

国际法委员会年鉴

2008年

第二卷
第一部分

第六十届会议文件

联合国



国际法委员会年鉴

2008年

第二卷
第一部分

第六十届会议文件

联合国
纽约和日内瓦，2019年



说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“年鉴”（如《2007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。

*

* *

国际法委员会第六十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编辑改动。

A/CN.4/SER.A/2008/Add.1 (Part1)

联合国出版物

eISBN 978-92-1-004322-9

ISSN 1994-4705

eISSN 2412-1231

目 录

简称	iv
关于引文的说明	v
填补委员会的临时空缺 [议程项目 1]	1
A/CN.4/602号文件 秘书处的说明	1
对条约的保留 [议程项目 2]	3
A/CN.4/600号文件 特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十三次报告	3
国际组织的责任 [议程项目 3]	17
A/CN.4/597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六次报告	17
A/CN.4/593和 Add.1号文件 从国际组织收到的评论和意见	33
共有的自然资源 [议程项目 4]	41
A/CN.4/591号文件 特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源：跨界地下水的第五次报告	41
A/CN.4/595和 Add.1号文件 各国政府对跨界含水层法条款草案的评论和意见	55
武装冲突对条约的影响 [议程项目 5]	87
A/CN.4/589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：中止或终止的程序的第四次报告	87
A/CN.4/592和 Add.1号文件 从国际组织收到的评论和意见	101
A/CN.4/L.721号文件 武装冲突对条约的影响工作组主席的说明条款草案第8条	109
驱逐外国人 [议程项目 6]	113
A/CN.4/594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四次报告	113
引渡或起诉义务（或引渡或起诉） [议程项目 7]	129
A/CN.4/603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）的第三次报告	129
A/CN.4/599号文件 从各国政府收到的评论和意见	147
发生灾害时的人员保护 [议程项目 8]	159
A/CN.4/598号文件 特别报告员爱德华多·巴伦西亚 - 奥斯皮纳先生关于发生灾害时的人员保护的初步报告	159
国家官员的外国刑事管辖豁免 [议程项目 9]	175
A/CN.4/601号文件 特别报告员罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告	175
第六十届会议文件一览表	213

简称

东盟 (ASEAN)	东南亚国家联盟
欧共体 (EC)	欧洲共同体
欧共体 (EEC)	欧洲经济共同体
欧盟 (EU)	欧洲联盟
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
国际刑警组织 (ICPO-INTERPOL)	国际刑事警察组织
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
红十字与红新月联合会 (IFRC)	红十字与红新月会国际联合会
基金组织 (IMF)	国际货币基金组织
海事组织 (IMO)	国际海事组织
移民组织 (IOM)	国际移民组织
北约 (NATO)	北大西洋公约组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
非统组织 (OAU)	非洲统一组织
人道协调厅 (OCHA)	人道主义事务协调厅
经合组织 (OECD)	经济合作与发展组织
禁化武组织 (OPCW)	禁止化学武器组织
欧洲经委会 (UNECE)	联合国欧洲经济委员会
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
训研所 (UNITAR)	联合国训练研究所
万国邮联 (UPU)	万国邮政联盟
世卫组织 (WHO)	世界卫生组织
世贸组织 (WTO)	世界贸易组织

*

* *

上诉法院 (AC)	上诉法院 (Appeals Court)
《法国国际法年鉴》(AFDI)	《法国国际法年鉴》(<i>Annuaire français de droit international</i>) (巴黎)
《美国国际法学报》(AJIL)	《美国国际法学报》(<i>American Journal of International Law</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《英国国际法年鉴》(BYBIL)	《英国国际法年鉴》(<i>The British Year Book of International Law</i>) (伦敦)
欧洲人权法院 (ECHR)	欧洲人权法院 (European Court of Human Rights)

大法庭 (GC)	大法庭 (Grand Chamber)
《国际法院汇编》(I.C.J. Reports)	国际法院, 《判决书、咨询意见和命令汇编》(ICJ, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>)
《国际法院书状》(I.C.J. Pleadings)	国际法院, 《书状、口头辩论和文件》(ICJ, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i>)
《国际法律资料》(ILM)	《国际法律资料》(<i>International Legal Materials</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《常设国际法院汇编》A 辑 (P.C.I.J., Series A)	常设国际法院, 《判决汇编》(PCIJ, <i>Collection of Judgments</i>) (第 1-24 号: 至 1930 年)
《常设国际法院汇编》B 辑 (P.C.I.J., Series B)	常设国际法院, 《判决、命令和咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i>) (第 1-18 号: 至 1930 年)
《常设国际法院汇编》A/B 辑 (P.C.I.J., Series A/B)	常设国际法院, 《咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Collection of Advisory Opinions</i>) (第 40-80 号: 始于 1931 年)
《斯里兰卡法律汇编》(SLR)	《斯里兰卡法律汇编》(<i>Sri Lanka Law Reports</i>)
联合王国上议院 (UKHL)	联合王国上议院 (United Kingdom House of Lords)
《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA)	联合国, 《国际仲裁裁决汇编》(United Nations, <i>Reports of International Arbitral Awards</i>)
《联邦法典》(U.S.C.)	《美国联邦法典》(United States Code)
《法律周报》(WLR)	《法律周报》(<i>Weekly Law Reports</i>)

*

* *

本卷中,“前南斯拉夫问题国际法庭”系指起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭。

*

* *

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。

填补委员会的临时空缺

(《章程》第11条)

[议程项目 1]

A/CN.4/602号文件

秘书处的说明

[原文：英文]
[2008年6月3日]

1. 伊恩·布朗利先生于2008年8月8日辞职后，国际法委员会将空缺一席。
2. 这种情况适用《委员会章程》第11条，该条规定如下：

委员会委员临时出缺时，应由委员会适当遵照本章程第2条和第8条的各项规定自行补足空缺。

第2条规定如下：

1. 委员会由三十四名委员组成，各委员应为公认胜任的国际法界人士。
2. 委员会委员不得有两人同为同一国家的国民。
3. 如候选人具有双重国籍，则候选人应视为其通常行使公民和政治权利的国家的国民。

第8条规定如下：

选举人进行选举时应铭记：凡当选委员会委员的人士，本人必须具备必要的资格，而委员会全体则应确实代表世界各主要文明形式和各主要法系。

3. 有待委员会选出的委员任期至2011年年底届满。

对条约的保留

[议程项目 2]

A/CN.4/600 号文件

特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十三次报告^{*}

[原文: 法文]

[2008 年 5 月 20 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		3
本报告引用的著作		4
对解释性声明的反应	1-55	5
A. 解释性声明(一般机制)	6-48	5
1. 积极反应: 赞同	8-12	6
2. 消极反应: 反对	13-23	7
3. 重新定性	24-31	9
4. 沉默	32-41	12
5. 提出赞同、反对或重新定性解释性声明的适用规则	42-48	14
B. 有条件的解释性声明	49-55	15

本报告引用的多边文书

来源

《妇女参政公约》(《妇女政治权利公约》)(1953年3月31日, 纽约)	联合国, 《条约汇编》, 第193卷, 第2613号, 第135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。
《大陆礁层公约》(《大陆架公约》)(1958年4月29日, 日内瓦)	同上, 第499卷, 第7302号, 第311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。

^{*} 衷心感谢 Daniel Müller 在报告编制过程中发挥的重要作用。Müller 先生为 Olivier Corten 和 Pierre Klein 所编的 *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: Commentaire article par article* (英文版将由牛津大学出版社于 2011 年出版) 中的第 20 条和第 21 条编写了评注。

- 《拉丁美洲禁止核武器条约》（《特拉特洛尔科条约》）（附增订议定书壹和贰）（1967年2月14日，墨西哥联邦区） 同上，第634卷，第9068号，第281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。
- 《1973年国际防止船舶造成污染公约》（《防止船污公约》）[英]（1973年11月2日，伦敦） 同上，第1340卷，第22484号，第184页。
- 《1973年国际防止船舶污染公约1978年议定书》[英]（1978年2月17日，伦敦） 同上，第62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。
- 《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。
- 《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。
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》（1989年3月22日，巴塞尔） 同上，第1673卷，第28911号，第57页。
- 《儿童权利公约》（1989年11月20日，纽约） 同上，第1577卷，第27531号，第3页。
- 《保护少数民族框架公约》[英]（1995年2月1日，斯特拉斯堡） 同上，第2151卷，第37548号，第243页。
- 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》（1997年12月15日，纽约） 同上，第2149卷，第37517号，第256页。

本报告引用的著作

BUZZINI, Gionata Piero

“Abstention, silence et droit international général”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXVIII, No. 2, 2005, pp. 342–382.

DROST, Heinrich

“Grundfragen der Lehre vom internationalen Rechtsgeschäft”, in D. S. Constantopoulos and H. Wehberg, eds., *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie: Festschrift für Rudolf Laun zu seinem siebenzigsten Geburtstag*. Hamburg, Girardet, 1953, pp. 213–221.

HORN, Frank

Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties. The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1988. 514 p. (Thesis, University of Uppsala, Sweden).

McNAIR, Lord

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

McRAE, D. M.

“The legal effect of interpretative declarations”, *BYBIL*, 1978, vol. 49, pp. 155–173.

MÜLLER, Daniel

“Convention de Vienne de 1969: article 20” and “Convention de Vienne de 1969: article 21”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*. Brussels, Bruylant, 2006, pp. 797–875 and pp. 883–929.

ROUSSEAU, Charles

Droit international public. Vol. I. Introduction et Sources. Paris, Sirey, 1970. 464 p.

SALMON, Jean, ed.

Dictionnaire de droit international public. Brussels, Bruylant, 2001. 1198 p.

SAPIENZA, Rosario

Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali. Milan, Giuffrè, 1996. 291 p.

对解释性声明的反应

1. 本“暂定研究大纲”¹没有提及国家和国际组织对解释性声明的反应问题。这是因为，最初没有打算将解释性声明与保留放在一起研究，只是后来才觉得需要同时研究保留和解释性声明。²

2. 《维也纳条约法公约》（下称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》（下称1986年《维也纳公约》）没有提及解释性声明（只在公约准备文件中简要谈到），³因而也就不会谈及对解释性声明的反应及其可能的形式、程序或效力。鉴于这个原因，以及这方面的实践很少见或不确定，必须采取与研究反对或接受保留问题不同的办法。⁴委员会在关于解释性声明的文件中已经指出这一点：

由于1969年和1986年《维也纳公约》未就解释性声明作出任何规定，而且关于这种声明的实践比较欠缺或具有相对不确定性，不能孤立地考量这种声明。我们只能通过与保留进行类比（或对比）的方法加以考虑，同时一定要注意区分有条件和无条件的解释性声明。⁵

3. 考虑到这些评论，不应忽视保留与解释性声明之间的区别，两者对条约产生的法律效力是不同的：因为依照“保留”的定义，保留是为了“排除或更改条约中某些规定对该国或该国际组织适用时的法律效力”，⁶而依照准则草案1.2，解释性声明是“意

图指定或阐明声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围”。⁷

4. 因此，保留与解释性声明意图产生的法律效力不同，事实上，对条约的影响也不同：按照定义，保留是为了更改或完全排除条约中某一规定或整个条约的特定方面对提出保留的国家或组织适用时的法律效力，解释性声明则没有（至少没有公开地）更改条约对声明方的法律效力的意图，而只是为了阐明其含义。由于这一重要区别，⁸关于对解释性声明的反应的规则不应当、确切地说绝不可简单照搬1969年和1986年《维也纳公约》关于接受和反对保留的规则（见下文A节）。

5. 有条件的解释性声明应明确区别于“纯粹”的解释性声明，⁹因此上述内容不完全切合其情况。依照准则草案1.2.1，有条件的解释性声明是一种单方面声明，“[声明方]使其同意受条约约束一事取决于对条约或对其某些规定的特定解释”。¹⁰因此，有条件的解释性声明与“纯粹”的解释性声明产生的法律效力不同，其特点是，声明方“不仅是提出一项解释，而且要使其成为其同意接受条约约束的条件”，这使有条件的解释性声明“近于保留”。¹¹但这本身不意味着对解释性声明的反应机制应当与对保留的反应（接受和反对）机制相同。这只是一项应加以研究的现行假设（见下文B节）。¹²

A. 解释性声明（一般机制）

6. 依照绝大多数文献所持立场（强调适用于保留的有关法律机制与适用于解释性声明的法律机制不同）采取的立场，¹³由于1969年和1986年《维也纳

¹ 见关于对条约的保留的第二次报告（《1996年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/477和Add.1号文件），第51页，第37段；另见第七次报告（《2002年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/526和Add.1-3号文件），第11页，第18段。

² 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205页，第217段和第218段。

³ 见关于对条约的保留的第三次报告（《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/491和Add.1-6号文件），第256至第257页，第64段至第68段。

⁴ 见关于对条约的保留的第十二次报告（《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/584号文件），第3段。

⁵ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），2.4节（解释性声明的程序）评注，第45页。有关区别，见准则草案1.2和1.2.1及其评注，《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第103至第112页。

⁶ 《1998年……年鉴》，第二卷（第二部分），准则草案1.1，第102页。另见准则草案1.1.1，《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第98页。

⁷ 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第103页。

⁸ 同上，第114页，准则草案1.3（保留和解释性声明之间的区别）。

⁹ 见上文第2段。

¹⁰ 《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第110页。

¹¹ 同上，准则草案1.2.1评注第(1)段。

¹² 同上，第112页，准则草案1.2.1评注第(14)段。

¹³ 特别见McRae, “The legal effect of interpretative declarations”, 特别是第166页；Horn, *Reservations and Interpretative*

公约》排除了解释性声明，其第19条至第23条不适用于对解释性声明的反应。埃塞俄比亚就也门关于《联合国海洋法公约》的声明发表反对意见时，明确分析了这一区别：

鉴于《公约》第309条禁止作出保留，[也门的]声明不构成保留；该声明是依照《公约》第310条提出的，因此，不适用《维也纳条约法公约》第19条至第23条关于接受和反对保留的规定。¹⁴

7. 但与保留的情况一样，解释性声明逻辑上可以导致有关国家和国际组织作出三种反应：

(a) 积极反应，反应方籍此明示或默示表明同意作出解释性声明的国家或组织提出的单方面解释（见下文第8段至第12段）；

(b) 消极反应，反应方籍此表明不同意作出解释性声明的国家或组织提出的解释，或表示反对“解释性声明”这一定性本身，通常的理由是该声明实际构成保留（见下文第13段至第23段）；

(c) 沉默，即没有明示同意或反对的任何表示（见下文第32段至第41段）。

解释性声明或以此形式所作的声明还可能有第四种反应，即不具体针对此种声明的内容，而是针对其定性（见下文第24段至第31段）。

1. 积极反应：赞同

8. 在对解释性声明的积极反应方面，几乎不存在国家实践。但在《交给秘书长保存的多边条约》中，有以色列对埃及关于《联合国海洋法公约》的声明¹⁵作出的积极反应：

Declarations to Multilateral Treaties, 第244页；和 *Sapienza, Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, 第274页。

¹⁴ 《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），第二卷，第XXI.6章。

¹⁵ “1979年《以色列—埃及和平条约》中有关提蓝海峡和阿卡巴海湾通行的条款属于《公约》第三部分提到的关于海峡水域的一般制度的框架范围；《公约》规定该制度不影响海峡水域的法律地位，并包含了有关海峡沿岸国安全和治安的若干义务”（同上）。

以色列政府对海洋法的关切主要是，确保在所有地点最大限度的自由通航和飞越，特别是在国际通航海峡的通行。

在这方面，以色列政府声明，1979年《以色列—埃及和平条约》中，双方将提蓝海峡和阿卡巴海湾视为对所有国家开放的国际水道，不受阻碍地享有通航和飞越自由，且不得中断；该《条约》确认的通航和飞越制度适用于上述地区。该《和平条约》的制度也完全符合《联合国海洋法公约》，将继续生效并适用于上述地区。

按以色列政府的解释，阿拉伯埃及共和国在批准[上述]《公约》时就这方面所作声明符合上述声明。¹⁶

从这项声明可以看出，以色列认为埃及提出的解释准确地反映了《公约》第三章的意思。以色列的“认可性声明”合乎逻辑，从某种意义上说，确认了埃及的解释。

9. 可以引用的另外一个例子，是海事组织秘书长发表的挪威就法国关于《1973年国际防止船舶造成污染公约（防止船污公约）1978年议定书》的声明作出的反应：

挪威政府适当注意到来文，将其理解为法国政府的声明，而不是对《公约》规定的保留；在允许对附件一作出保留的情况下，这种保留会具有正式保留本应产生的法律后果。¹⁷

这条声明似可解释为，只要法国的声明不构成一项保留，挪威就接受该声明。

10. 这些罕见的事例说明可能会出现一种情况，即国家或国际组织表示同意另一国家或国际组织在解释性声明中提出的具体解释。1969年和1986年《维也纳公约》第31条第3款(a)项明确考虑到了两个或多个缔约方各自的解释彼此相通的情况；该条款规定，就解释条约而言，

¹⁶ 同上。该声明实际上同时赞同埃及声明的定性和内容；从两项声明的提出情况，可以猜测它们可能是在经过外交协商之后提出的。

¹⁷ 联合国，《条约汇编》，第1341卷，第22484号，第330页。另见《国际海事组织或其秘书长行使保存人或其他职能的多边公约和文书的状况（截至2007年12月31日）》，第108页，脚注1。

应与上下文一并考虑者尚有：

(a) 当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定。

11. 不过，在研究报告当前阶段，还不必确定以此种方式表示同意解释性声明可产生的法律效力，而只需说明不得将这种同意混同于接受保留，因为依照1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款，接受保留则条约对保留国生效，而对解释性声明的积极反应显然并非如此。为突出强调两者之间的区别，最好采用不同的用语。“赞同”一词可用来指称对解释性声明的积极反应，表示同意或接受的意思，而不妨碍实际产生的法律效力。¹⁸

12. 按上述考虑，准则草案2.9.1起草如下，提出“赞同解释性声明”一语的定义，作为第2.9节（对解释性声明作出反应）的开章：

“2.9 对解释性声明作出反应

“2.9.1 赞同解释性声明

“‘赞同’解释性声明，是指一国或一国际组织对另一国或另一国际组织就条约提出的解释性声明作出反应的单方面声明，反应国或国际组织籍此表示同意解释性声明中提出的解释。”

2. 消极反应：反对

13. 对解释性声明的消极反应，换句话说，即一国或一国际组织表示不同意解释性声明所作解释的事例，虽然并非异常罕见，但也并不多见。大不列颠及北爱尔兰联合王国就阿拉伯叙利亚共和国关于1969年《维也纳公约》第五十二条的解释性声明¹⁹作出的反应就是这方面的一个例证：

¹⁸ 见 Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, 第74至第75页 (“Approbation”).

¹⁹ 该声明内容如下：

“D—阿拉伯叙利亚共和国政府对第五十二条的理解如下：

该条所述的‘威胁或使用武力’的用语，同样适用于适用经济、政治、军事或精神强迫以及造成一国违背其意愿或利益被迫签署条约的一切类型的强迫。”

联合国认为，叙利亚政府对第五十二条提出的解释没有准确反映维也纳会议就强迫问题达成的结论；会议已经解决了这个问题，通过了有关声明写入最后文件。²⁰

14. 对各项海洋法公约所作的解释性声明也引起若干消极反应。加拿大在批准《大陆架公约》时声明：“不能接受德意志联邦共和国关于第5条第1款的声明”。²¹《联合国海洋法公约》第三〇九条和第三一〇条禁止保留但准许解释性声明，因此促生了大量“解释性声明”，而这些声明也引起其他缔约国的许多消极反应。例如，1994年2月22日突尼斯来文称：

[马耳他]声明[中]对《公约》第74条和第83条的解释是，如没有专属经济区、大陆架或其他海区的划界协定，寻求公平解决的办法应该是，以中线为边界，即线上每一点到离划定领水的基线上最近的点均为相等距离。

突尼斯政府认为，这两项条款没有规定自动适用中线为专属经济区或大陆架划界，因此，这种解释完全不符合这两条规定的精神与内容。²²

另一个非常清楚的事例可见诸于意大利对印度关于对《公约》的解释性声明的声明：

意大利谨回顾在签署《公约》时提出并在批准《公约》时重申的声明，即“此类地区沿岸国的权利不包括军事演习须给予通知的权利或准许进行军事演习的权利”。按其措辞，意大利在批准《公约》时所作的声明构成对其他国家以往或今后对所涉问题的所有声明的答复。²³

(《……多边条约》，(见上文脚注14)，第XXIII.1章)。

²⁰ 同上。

²¹ 同上(第二十一章第4节)。德国的解释性声明内容如下：“关于《大陆架公约》第5条第1款，德意志联邦共和国声明：联邦政府认为，第5条第1款保障在大陆架以上水域，可以迄今通行的方式行使捕鱼权”(同上)。

²² 同上，第二十一章第6节，注19。马耳他声明的相关部分内容如下：

“马耳他政府对第74条和第83条的解释是，如没有专属经济区、大陆架或其他海区的划界协定，寻求公平解决的办法应该是，以中线为边界，即线上每一点到划定马耳他与其他国家领水宽度的基线上最近的点均为等距。”

(同上)

²³ 同上。

15. 欧洲委员会成员国的实践中也可看到一些事例。例如，针对其他缔约国就《保护少数民族框架公约》所作的明确了“少数民族”一词含义的声明，俄罗斯联邦声明：

认为任何国家均无权在签署或批准《保护少数民族框架公约》时，单方面在保留或声明中加入《框架公约》中没有提出的“少数民族”一词的定义。俄罗斯联邦认为，要把在《框架公约》缔约国境内常住、而被任意剥夺了先前拥有的国籍的人排除在《框架公约》适用范围之外的做法，违背《保护少数民族框架公约》的宗旨。²⁴

16. 意大利对印度的解释性声明的声明（上文第14段）的事例还说明，在实践中，对另一国或国际组织提出的解释性声明作出消极反应的国家往往会同时提出另一种其认为“更加正确”的解释。意大利在针对其他若干国家关于《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的解释性声明的声明中，也延用这种“建设性”拒绝的做法：

意大利政府对哥伦比亚、厄瓜多尔、墨西哥、乌拉圭和委内瑞拉政府在签署公约时所作声明以及今后可能提出的类似内容的其他声明表示反对。意大利政府认为，本公约任何条款不得解释为限制国际法承认的通航权利。因此，如挂其船旗的运载危险废物的船舶只是通过领海或行使在专属经济区的航行自由，缔约国不必向任何另一国发出通知或获得其许可。²⁵

其他作出与意大利相类似解释性声明的国家认为没有必要采取与意大利政府相同的反应方式，只是保持沉默。²⁶

17. 此外，这种实践引起了另一些反应，乍看起来，这些反应并没有明确表示拒绝。在某些情况下，一国似可在拟议解释符合某条补充解释的条件下接受这项拟议解释。奥地利、德国和土耳其对接

²⁴ 联合国，《条约汇编》，第2152卷，第37548号，第297页。

²⁵ 《……多边条约》（见上文脚注14），第XXVII.3章。

²⁶ 关于“沉默”问题，见下文第32段至第41段。

受波兰关于《欧洲引渡公约》的解释性声明²⁷附加了条件，便是一个很好的例子。由此，德国认为：

波兰关于《公约》第6条第1款(a)项的声明认为，在波兰获得庇护的人应与波兰国民等同视之，这不符合《公约》的宗旨和目标，除非其不妨碍向庇护所针对国家之外的国家引渡此类人员。²⁸

18. 若干西方国家对埃及批准《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》时所作声明²⁹作出类似反应。德国政府认为埃及的声明“旨在扩大《公约》的适用范围”³⁰（因此不符合“保留”的定性），因此声明：

德国认为阿拉伯埃及共和国政府只有权针对本国武装部队单方面提出这项声明，并认为有关声明只对阿拉伯埃及共和国的武装部队有约束力。德意志联邦共和国政府认为，这项单方面声明未经其他国家明确同意，不得适用于其他国家武装部队。因此，德意志联邦共和国政府声明，不同意将埃及的声明解释为适用于阿拉伯埃及共和国武装部队以外的其他武装部队，特别是不承认《公约》适用于德意志联邦共和国武装部队。³¹

19. 在《1973年国际防止船舶污染公约（防止油污公约）1978年议定书》方面，加拿大关于北极水域的一条声明也引起了有条件的反应。比利时、丹麦、法国、德国、希腊、意大利、荷兰、葡萄牙、西班牙和联合王国声明：

²⁷ 波兰1993年6月15日作出的声明：

“波兰共和国就第6条第1款(a)项声明，任何情况下均不会引渡本国国民。

“波兰共和国声明，在本公约下，依照第6条第1款(b)项，在波兰获得庇护的人与波兰国民等同视之。”

（联合国，《条约汇编》，第1862卷，第5146号，第469页）。

²⁸ 同上，第470页。另见奥地利对罗马尼亚的解释性声明的相同反应（同上，第2045卷，第202页）。

²⁹ 埃及提出的“保留”内容如下：

“阿拉伯埃及共和国政府声明，只有一国的武装部队在行使职能时不违反国际法的各项规则和原则，本国政府才接受《公约》第19条第2款的约束。”

（《……多边条约》（见上文脚注14），第XVIII.9章）。

³⁰ 同上。

³¹ 同上。另见加拿大、荷兰、联合王国和美利坚合众国的类似声明（同上）。

注意到加拿大的这项声明，认为应依照《联合国海洋法公约》第五十七条、第二三四条和第二三六条理解这项声明。特别是，……政府回顾，《公约》第二三四条在专属经济区或依《公约》第五十七条划定的类似区域界限内适用，第二三四条所述法律法规应在最佳可用科学证据的基础上，适当考虑到通航以及保护和维护海洋环境。³²

20. 应稍微转换角度，审视捷克共和国就德国关于《联合国海洋法公约》第十部分的解释性声明³³所作的声明，因为很难确定它是反对德国所维护的解释，还是将其声明重新定性为保留：

捷克共和国政府研究了德意志联邦共和国1994年10月14日关于对[所述公约]第十部分条款的解释的声明，其中涉及内陆国从海上出入的权利和过境自由；捷克政府声明，对捷克共和国而言，对德意志联邦共和国[上述]声明的解释不得违反《公约》第十部分条款。³⁴

21. 这些“有条件的接受”不构成准则草案2.9.1意义上的“赞同”，应被视为消极反应。实际上，提出此类声明者并不是在认可已提出的解释，确切而言，是提出了他们认为唯一符合条约的另一种解释。

22. 所有这些事例说明，对解释性声明的消极反应可能采取多种形式：或可直截了当地拒绝声明中提出的解释；或可提出对有争议条款的解释的反建议；或可提出自己对原声明的解释，以图限制其范围。无论何种情况，作出反应的国家或国际组织都旨在阻止或限制解释性声明的适用范围或其对条约、条约的适用或解释的法律效力。在这方面，消极反应在一定程度上类似于与对保留的反对，只是其产生的效力不同。例如，一国或国际组织不能借口不

³² 加拿大声明的案文，见《……多边公约和文书的状况》（见上文脚注17），第106页。

³³ 德国声明相关部分的内容如下：

“根据内陆国享有的过境自由法规，从过境国领土通过不得侵犯这些国家的主权。依照第125条第3款，第十部分所述权利和便利不得侵犯过境国的主权和正当权益。过境国和有关内陆国应逐案商定过境自由的确切定义。如没有就行使通行权利的条件和方式达成此类协议，人员和物资从德意志联邦共和国领土过境应遵从我国法律，尤其是交通方式及使用基础交通设施方面的法律。”

（《……多边条约》（见上文脚注14），第XXI.6章）

³⁴ 同上，注16。

赞同解释性声明中作出的解释，而反对条约在该国或国际组织与提出解释性声明者之间生效。作出消极反应者将消极反应视为一种保障措施，抗议确立它可能会反对的、它认为不适当的对条约的解释，³⁵并公开提出反对。

23. 因此，用“对抗”³⁶一词表示对解释性声明的消极反应，比用“反对”一词更恰当，虽然实践中有时也采用“反对”一词。³⁷按照对反对的定义的模式，³⁸准则草案2.9.2可以如下方式，将这种对解释性声明的“对抗”定义为提出方的意图及其预期的效力：

“2.9.2 对抗解释性声明

“所谓‘对抗’解释性声明，指一国或国际组织提出单方面声明，作为对另一国或国际组织对条约提出的解释性声明的反应，声明方藉此拒绝解释性声明提出的解释，或提出与解释性声明所作解释不同的另一种解释，以排除或限制其效力。”

3. 重新定性

24. 如关于对条约的保留的第三次报告所述，声明方将其单方面声明称为或措辞为“保留”或“解释性声明”与对该单方面声明的定性并无关系，³⁹尽管这是一个不可忽视的征象。⁴⁰准则草案1.1（1969

³⁵ 在这方面，见 McNair, *The Law of Treaties*, 第430至第431页。

³⁶ *Dictionnaire de droit international public* 对“protestation”（抗议/异议/反对）一词定义如下：“一个或多个国际法主体表达不承认第三方行为、举动或主张的有效性或对抗效力这一意愿的行为”（Salmon, 前引书，第907页）。

³⁷ 例如见意大利对哥伦比亚、厄瓜多尔、墨西哥、乌拉圭和委内瑞拉对《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》的解释性声明的反应（见上文脚注25）。加拿大对德国关于《大陆架公约》的解释性声明的反应（见上文脚注21）也被秘书长列入“反对”一类。

³⁸ 见准则草案2.6.1及其评注，《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第十章，2.C节，第438段。

³⁹ 《1998年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/491和Add.1-6号文件，第289页，第275段。另见准则草案1.1（保留的定义）和1.2（解释性声明的定义），《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97页。

⁴⁰ 准则草案1.3.2（措辞和名称）在这方面规定：“单方面声明的措辞或名称表示所要产生的法律效力。当一国或一国际组织就单一条约提出若干单方面声明并且指定其中一些

年和1986年《维也纳公约》第2条第1款d项)和《实践指南》准则草案1.2中“不论其措辞或名称为何”这一句子成份表达的就是这个意思。

25. 在实践中, 当事国经常明确对声明方作为解释性声明提出的单方面声明作出反应, 将之明确视为保留。⁴¹ 从这些反应的目的来看, 应将其称为“重新定性”, 它们与认可或对抗显著不同, 因为其不是与有关单方面声明的实际内容有关, 而是与其形式及适用的法律机制有关。

26. 这种现象的事例很多, 例如:

(a) 荷兰对阿尔及利亚关于《经济、社会、文化权利国际公约》第十三条第三和第四款的解释性声明的反应:

荷兰王国政府认为, 必须将关于《经济、社会、文化权利国际公约》第十三条第三和第四款的解释性声明视为对《公约》的保留。根据《公约》的内容和历史, 阿尔及利亚政府对第十三条第三和第四款的保留不符合《公约》的目标和宗旨。因此, 荷兰王国政府认为这项保留不可接受, 并正式表示反对;⁴²

(b) 若干国家对巴基斯坦就同一项公约所作声明的反应, 在说明许多理由之后结论如下:

因此, ……政府认为上述声明属于保留, 不符合《公约》的目标和宗旨。

因此, ……政府反对巴基斯坦伊斯兰共和国就《经济、社会、文化权利国际公约》提出的上述保留。但此项反对不阻碍《公约》在德意志联邦共和国和巴基斯坦伊斯兰共和国之间生效。⁴³

为保留而另一些为解释性声明时, 尤其是如此”(《1999年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第98页。

⁴¹ 法庭和条约监测机构也明确把解释性声明重新定性为保留(见准则草案1.3.2评注第(5)段至第(7)段, 同上, 第117至第118页)。但这与作出此类反应的问题无关, 所以这里不必再进行研究。

⁴² 《……多边条约》(见上文脚注14), 第一卷, 第IV.3章。另见葡萄牙的反对(同上)和荷兰对科威特声明的反对(同上)。

⁴³ 同上。另见丹麦、芬兰、法国、拉脱维亚、挪威、荷兰、西班牙、瑞典和联合王国所作的反对(同上)。

(c) 若干国家对菲律宾就《联合国海洋法公约》所作声明的反应:

……认为, 菲律宾政府在签署《联合国海洋法公约》时提出并在批准该《公约》时确认的声明实际含有对上述《公约》的保留和例外情况, 这违反了该《公约》第三〇九条的规定。⁴⁴

(d) 墨西哥进行的重新定性认为:

[……]美利坚合众国政府提出的……第三项声明[正式定性为解释性声明], 构成单方面意图援引《公约》[《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》]未规定的动机, 作为拒绝向请求国提供法律协助的理由, 这有悖《公约》的宗旨。⁴⁵

(e) 德国对突尼斯表示在执行《儿童权利公约》时将不会通过“任何违背《突尼斯宪法》的法律法规决定”这一声明的反应:

德意志联邦共和国认为, 突尼斯共和国的第一项声明是一项保留, 限制了第4条第一句的适用。⁴⁶

(f) 19个国家对巴基斯坦就《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》所作声明(声明中, 巴基斯坦明确指出, “该《公约》中的任何内容均不适用于为抵抗外族或外国占领或统治、争取实现自决权而发起的斗争, 包括武装斗争”)的反应:⁴⁷

奥地利政府认为, 巴基斯坦伊斯兰共和国政府所作声明实际上是一项保留, 目的是单方面限制《公约》的适用范围, 因此违背了《公约》的目标和宗旨。⁴⁸

⁴⁴ 同上, 第二卷, 第XXI.6章, 白俄罗斯的反对; 另见澳大利亚、保加利亚、俄罗斯联邦和乌克兰类似内容或类似精神的反应(同上)。

⁴⁵ 同上, 第一卷, 第VI.19章。

⁴⁶ 同上, 第IV.11章。

⁴⁷ 同上, 第二卷, 第XVIII.9章。

⁴⁸ 同上。见澳大利亚、加拿大、丹麦、芬兰、法国、德国、印度、以色列、意大利、日本、荷兰、新西兰、挪威、西班牙、瑞典、联合王国和美国类似内容或类似精神的反应(同上)。另见德国和荷兰对马来西亚所作单方面声明的反应(同上)。

(g) 德国和荷兰对马来西亚在加入《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》时所作声明（要求依照本国法律执行《公约》第7条）的反应：

德意志联邦共和国政府认为，马来西亚政府要求依照本国法律解释和适用《公约》第7条，是提出一项不确切的一般保留，使人无法明确确定该国政府打算如何更改《公约》产生的义务。因此，德意志联邦共和国政府反对上述声明，认为该声明属于保留，违背《公约》的目标和宗旨。这项反对不妨碍《公约》在德意志联邦共和国和马来西亚之间生效。⁴⁹

(h) 瑞典对孟加拉国要求遵照《孟加拉国宪法》执行《妇女政治权利公约》第3条的声明的反应：

在这方面，瑞典政府忆及，依照公认的国际条约法，对排除或更改条约若干条款的法律效力的声明的命名，不能决定声明是否构成对条约的保留。因此，如无进一步解释说明，瑞典政府认为，孟加拉国政府所作的声明实质上构成对《公约》的保留。

瑞典政府指出，对第3条的保留是一般性的，指出孟加拉国将依照本国宪法相关规定执行这一条款。瑞典政府认为，这项声明使人怀疑孟加拉国是否坚持《公约》的目标和宗旨，并忆及，公认的国际法不准许作出违背条约目标和宗旨的保留。⁵⁰

27. 所有这些事例说明，重新定性包括认定作为“解释性声明”提出的单方面声明实际上是“保留”，并具有一切相关法律效力。因此，重新定性旨在改变单方面声明在提出单方面声明的国家或组织与要求“重新定性”的国家或组织之间的法律地位。一般来讲，这些声明在大多数情况下都详细说明了理由，⁵¹ 主要依据是保留与解释性声明之间的区分标准。⁵²

⁴⁹ 同上，第 XVIII.7 章。

⁵⁰ 同上，第 XVI.1 章。另见挪威的相同声明（同上）。

⁵¹ 尤其突出的事例，见对巴基斯坦关于《经济、社会、文化权利国际公约》的解释性声明的反应（上文第 26(b) 段和上文脚注 43）。

⁵² 见准则草案 1.3 至 1.3.3，《1999 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 97 至第 98 页：

“1.3 保留和解释性声明之间的区别

28. 准则草案 2.9.3 依据这样的国家实践，对“重新定性”作出了相应的界定：

“2.9.3 重新定性解释性声明

“1. ‘重新定性’指国家或国际组织提出单方面声明，作为对另一国或另一国际组织作为解释性声明提出的对条约的声明的反应，声明方藉此认定该项对条约的声明属于保留，并给予相应对待。

“2. [国家和国际组织在进行重新定性时，应 [考虑到] [适用] 准则草案 1.3 至 1.3.3。]”

29. 引用的事例显示，在实践中，各国一般都是并用重新定性和反对保留。但应指出，将解释性声明重新定性为保留与反对保留进而“重新定性”是两码事。还应指出，即使一项保留“伪装”成解释性声明，从法律角度讲，它往往还是一项保留；对此，本《实践指南》所列有关程序与提出的规则仍充分适用。这显然意味着，一国如要提出重新定性和反对，须遵守适用于重新定性⁵³ 和反对⁵⁴ 的程序规则与期限；原则上，提出这种“混合声明”的期限相应缩减为 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款和

“作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

“1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法

“为了确定一国或一国际组织对一条约提出的单方面声明是保留还是解释性声明，应当参照所针对的条约，根据其用语的普通含义，本着善意解释该声明。应该适当考虑到该国或该国际组织提出声明时的意图。

“1.3.2 措辞和名称

“单方面声明的措辞和名称表示所要产生的法律效力。当一国或一国际组织就单一条约提出若干单方面声明并且指定其中一些为保留而另一些为解释性声明时，尤其是如此。

“1.3.3 在禁止保留时提出单方面声明

“在条约禁止对其所有条款或其中某些条款作出保留的情况下，不应将一国或一国际组织就有关条款提出的单方面声明视为保留，除非此项声明确实旨在排除或更改条约的某些条款或整个条约的特定方面在对声明方适用时具有的法律效力。”

⁵³ 见上文第 42 段至第 48 段。

⁵⁴ 见关于对条约的保留的第十一次报告，《2006 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/574 号文件，第 87 段至第 144 段。

准则草案2.6.13所述期限。⁵⁵ 超过这一期限后, 反对不再产生全部法律效力, 须将重新定性的保留视为已被接受。⁵⁶

30. 为此, 准则草案2.9.3第1款最后部分明确指出, 声明国或组织应相应地将重新定性的保留作为保留对待。

31. 第2款除确认惯常采用的做法之外, 还指明了委员会已经通过的区分保留和解释性声明的规则逻辑后果。此处有必要指明这些规则, 不仅是从严格的逻辑出发, 更是为便利需要; 因为这项规定涉及如何进行区分的实质性规则, 而不是如何提出的规则。将该条款置于方括号内即是出于这种考虑。

4. 沉默

32. 上文研究的实践显示, 对于解释性声明, 各国大多以沉默应之。明示的积极反应、甚至消极反应都极其少见。因此, 应当研究可否认为这种普遍的沉默意味着接受提出解释性声明的国家或国际组织所作的解释。

33. 在保留的情况中, 根据1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款提出的推定, 沉默即为接受。国际法院在1951年的咨询意见中指出, “默示接受保留占很大部分”,⁵⁷ 国际法委员会的工作也从一开始就承认默示接受所发挥的重大作用。⁵⁸ 汉弗莱·沃尔多克爵士论证默示接受原则的论述如下:

无可否认, 在我们提出的“灵活”机制中, 某国接受或拒绝另一国所作的保留主要影响这两个国家之间的关系; 因此, 确定这条保留的地位可能并不像在一致赞同机制中那样迫切。当然, 我们也不愿意某国避不提出对一条保留的意见,

从而得以在与提出保留国的关系中几乎无限制地维持一种模糊态度。⁵⁹

34. 纯粹的解释性声明(相对于有条件的声明)不存在这种关切。因为从定义上讲, 解释性声明只是为了“指定或阐明声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围”(上文第3段), 并未对声明方接受条约约束施加任何条件。⁶⁰ 其他国家或国际组织是否赞同声明中提出的解释丝毫不影响声明方相对条约的法律地位, 无论如何, 声明方都会成为或继续作为缔约方。其他方面长时间保持沉默对提出解释性声明的国家或组织的地位没有任何影响, 既不妨碍其成为缔约方, 也不妨碍其继续作为缔约方; 而在保留情况中, 依照1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4款(c)项, 如果没有该条第5款的推定, 则可能产生相反的结果。

35. 因此, 由于不能和保留进行类比处理, 在没有明确反应时, 是否可以推定为认可或反对解释性声明的问题仍未得到解决。但实际上, 对这个问题的答复只能是否定的, 因为确实很难想象沉默本身可以产生这样的法律效力。这里完全可以适用布齐尼在关于对违反国际法准则行为的沉默的研究报告中所作的如下论述: “沉默本身不能说明任何问题, 因为它可能同时‘表达’太多意思。”⁶¹

36. 沉默既可以表示赞同、也不可以表示不赞同提出的解释。各国认为不需要回应解释性声明的原因, 可能是声明准确反映了其立场, 也可能是它们认为该解释是错误的, 但不必公开宣布, 因为这些国家认为反正在发生争端时, 该解释不会被公正的第三方接纳。我们无法断定沉默属于两者之中的哪种情况。

37. 这似乎也是在文献中得到最广泛支持的立场。霍恩表示:

⁵⁵ 同上, 第128段, 准则草案2.6.13。

⁵⁶ 同上, 第143段, 准则草案2.6.15。

⁵⁷ 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。

⁵⁸ 见Müller, “Convention de Vienne de 1969: article 20”, 第814至第815页, 第31至第32段。

⁵⁹ 关于条约法的第一次报告, 《1962年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/144和Add.1号文件, 第76页, 第18条评注第(15)段。

⁶⁰ 这种情况显然不同于有条件的解释性声明(见下文第49段至第55段)。

⁶¹ Buzzini, “Abstention, silence et droit international général”, 第382页。

必须将解释性声明作为单方面提出的解释来对待，因此，只能采用对解释适用的原则。一般规则是，单方面解释不能与条约的任何其他缔约方对立。当事国不作反应不自动构成对解释的接受，而只能作为多方面累计因素之一，这些因素合起来才可能证明接受解释。采取不容反悔原则也许适切，但需要有更明确的证据可以证明当事国随时愿意接受解释。⁶²

38. 虽然沉默本身不能被视为认可或反对（决不能推定认可或反对），但从霍恩的立场也可看出，在一定条件下，沉默可依照诚意原则、特别是在解释条约方面，通过1969年和1986年《维也纳公约》第31条第3款(b)项转换成为接受；该条款规定，就解释条约而言，应考虑“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”。另外，条约法中也有默认的概念：1969年《维也纳公约》第四十五条规定：

一国于知悉事实后而有下列情形之一者，即不得再援引第四十六条至第五十条或第六十条及第六十二条所规定条约失效、终止、退出或停止施行条约之理由：

(甲) ……

(乙) 根据该国行为必须视为已默认条约之效力或条约之继续生效或施行。

1986年《维也纳公约》第45条根据国际组织的具体情况，重新采纳这一条款。

39. 但该条款没有确定有关“行为”的定义，而且，要事前确定一国或国际组织在哪些情况下必须明确提出反对、以防止被视为已默认解释性声明或由此种声明形成的实践是极其困难、甚至不可能的。⁶³也就是说，很难确定何时以及在何种具体情况下沉默相当于赞同。⁶⁴如厄立特里亚—埃塞俄比亚边界委员会强调指出的：

⁶² Horn, 前引书, 第244页; 另见McRae, 前引文, 第168页。

⁶³ 除其他外, 见Rousseau, *Droit international public*, 第430页, 第347号。

⁶⁴ 这方面, 见Drost, “Grundfragen der Lehre vom internationalen Rechtsgeschäft”, 第218页: 确定何时可将沉默视为接受的问题是一个视具体情况而定的问题。答案不能是肯定的,

可更改条约内容的行为的性质和范围当然应由法庭逐案判定。国际法院对柏威夏寺案的裁决基本切合这方面的情况。此案中, 法院查明了一方的行为; 从此项行为出发可以合理推想, 如果另一方不赞同, 应明确表示拒绝。因此, 法院得出结论认为, 后者已不能或已逾期无权质疑前者行为的有效性和效力。这种程序有多种表述, 包括不容反悔、逾期无权、默认或者默示或默认同意。但在每起案件中, 要素都是相同的, 即: 一方权限下的一项行动、行为或不作为, 表明对适用法律规则(无论来源于条约还是习惯法)内容的意见; 另一方实际或可合理推定知晓此项行为或不作为; 后者在合理时限内没有拒绝前者采取的立场或与之脱离关系。⁶⁵

40. 因此, 不能抽象地给出明确的准则, 据以确定何时保持沉默的国家可通过沉默产生默认或不容反悔的效力。这只能根据具体情况逐案确定。

41. 准则草案2.9.8和2.9.9体现了从国家实践中推出的原则。前一条准则清楚地指明, 1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款的推定不适用于国家或国际组织对解释性声明保持沉默的情况, 沉默本身既不能被解释为赞同, 也不能被解释为反对。后一条准则要求《实践指南》的使用者注意如下事实: 虽然原则上沉默既不等于赞同也不等于默认解释性声明, 但在某些情况下, 根据保持沉默的国家与解释性声明相关的行为或不行为, 可认为该国已默认声明。

“2.9.8 不可推定赞同或反对

“赞同或反对解释性声明不可凭推定。

“2.9.9 对解释性声明保持沉默

“1. 国家或国际组织仅对另一国或国际组织就条约提出的解释性声明保持沉默, 不算赞同该解释性声明。

除非有鉴于实际情况, 例如在事先通知之后, 沉默不能被简单地理解为一种客观情况, 而是确切地表达了潜在的意愿。”

⁶⁵ 关于厄立特里亚和埃塞俄比亚间的划界问题的裁决(2002年4月13日), 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十五卷(出售品编号: E/F.05.V.5), 第111页, 第3.9段; 另见阿尔法罗法官在柏威夏寺案(案情, 判决, 《1962年国际法院汇编》, 第40页)中著名的个别意见。

“2. 但在某些特定情况下，可酌情根据其沉默或行为，认为该国家或国际组织已默认解释性声明。”

5. 提出赞同、反对或重新定性解释性声明的适用规则

42. 虽然对解释性声明的反应与接受保留或反对保留显著不同，但似应尽可能地确保广泛宣传此类反应，因为尽管国家和国际组织在这方面不承担任何法律义务，⁶⁶ 但其希望反应产生的法律效力很大程度上取决于这些反应的传播情况。虽然当前阶段不会讨论这些反应对解释和适用相关条约产生的法律效力（以及原声明的法律效力），但不言而喻的是，此类单方面声明有可能在条约有效期内发挥作用；这是其存在的理由，也是国家和国际组织提出此类声明的目的。国际法院已强调指出此类声明在实践中的重要性：

虽然缔约方对法律文件的解释对确定法律文件的意思不是决定性的，但如果其中包含了一方对文书下自身义务的认可，该解释即具有重大证据价值。⁶⁷

43. 在一项关于单方面声明的研究报告中，萨皮延萨也强调了对解释性声明的反应的重要性：

将为解决[争端]发挥有益作用。在没有争端而只是出现解释方面的问题时，声明对提出声明者更加有用。⁶⁸

44. 尽管对解释性声明的反应不仅对提出声明者和法官有不可否认的作用，而且有助于其他当事国和国际组织确定自己对声明的立场，但是，1969年《维也纳公约》没有要求公文通知这种反应。如解释性声明的形式和公文研究中所指出的：

似乎没有理由将关于公文通知保留的规则转用于可以口头提出的纯粹的解释性声明；因此，如果坚持需要将这种声明正式公文通知给其他有关国家或国际组织，就是自相矛盾。如果提出声明者不这样公文通知其声明，该声明就可能不能

产生所期望的效力，但这完全是另一个问题。因此，似乎并无必要将关于这一点的澄清纳入实践指南。⁶⁹

45. 在对解释性声明的反应方面，没有任何理由采取不同的做法；要求对解释性声明的反应采取比相应解释性声明还严格的形式是不恰当的。但同样需要当心的是：如果国家或国际组织不适当地传播其对解释性声明的反应，就可能完全达不到期望的效力。如果反应方希望在适用条约、特别是发生争端时能考虑到其立场，或许应：

(a) 以书面形式作出反应，以满足法律保障方面的要求并确保通知；

(b) 如上述实践所示，说明所作反应的理由。⁷⁰ 各国一般很注意列出赞同、反对或重新定性的理由，有时甚至非常详细；这些理由不仅对提出声明者有用：可以提醒提出解释性声明的国家或国际组织注意其声明中被认为有问题的方面，并有可能推动其修订或撤回其声明：这相当于解释性声明中的“保留对话”；

(c) 在此类声明中，采用与对条约的其他声明（保留、反对或接受）的公文和通知所适用之程序相同的公文和通知程序。

46. 特别报告员虽然相信这些建议是明智的，但不确定应否提出一项准则草案来反映这些建议，因为委员并未就解释性声明本身通过相应建议。然而，如果委员会认为有必要在《实践指南》中增加这样一条准则草案，该草案也只能由建议组成，并以就包含保留的理由⁷¹ 和反对保留的理由⁷² 之声明通过的建议为模板。按这种假设，该条款可借鉴与对条约的其他类型声明所适用之程序相关的那些条款（实际上非常统一），即关于保留的准则草案2.1.1至2.1.7、关于解释性声明的准则草案2.4.1和2.4.7、

⁶⁹ 见上文脚注 66。

⁷⁰ 见上文第 13 段至第 20 段和第 26 段。

⁷¹ 见《2007 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/586 号文件。

⁷² 见关于对条约的保留的第十一次报告，《2006 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/574 号文件，第 110 段至第 111 段。

⁶⁶ 见《2001 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/518 和 Add.1-3 号文件，第 169 页，第 130 段。

⁶⁷ 西南非洲的国际地位案，咨询意见，《1950 年国际法院汇编》，第 135 页和第 136 页。

⁶⁸ Sapienza, 前引书，第 275 页。

关于反对保留的准则草案2.6.7、2.6.9和2.6.10以及关于明示接受保留的准则草案2.8.3至2.8.5：⁷³

“2.9.5 赞同、反对和重新定性的书面形式

“对解释性声明的赞同、反对和重新定性应书面提出。

“2.9.6 说明赞同、反对和重新定性的理由

“对解释性声明的赞同、反对和重新定性应尽可能说明理由。

“2.9.7 赞同、反对和重新定性的提出和公文通知

“提出和公文通知对解释性声明的赞同、反对和重新定性时，应依照准则草案2.1.3、2.1.4、2.1.5、2.1.6和2.1.7执行。”

47. 关于期限问题，原则上可随时提出对解释性声明的反应。解释贯穿条约始终，鉴于解释性声明本身一般（除条约有相反规定）不受任何特定期限限制，⁷⁴ 似乎没有理由给对解释性声明的反应设定任何具体期限。

48. 此外，也正因为如此，对解释性声明的反应类似于接受和反对保留：缔约国和缔约国际组织以及有资格成为条约缔约方的国家和国际组织至少应能够在得知解释性声明之后，对声明作出明确反应，条件是声明方有责任传播（或不传播）其声明；⁷⁵ 非缔约国家或国际组织的反应不一定与缔约方作出的反应产生相同法律效力（甚至可能完全没有效力，如果作出反应的国家或国际组织届时没有表示同意接受条约约束）。因此，虽然埃塞俄比亚尚未批准《联合国海洋法公约》，但秘书长接受该国反对也

⁷³ 对于后两种情况，所述准则草案的编号出自关于保留的第十一次和第十二次报告（同上，第87段至第98段和第105段至第111段；以及《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/584号文件，第45段至第56段）；起草委员会可能修改这些编号。

⁷⁴ 见《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第108页至第109页，准则草案1.2评注第(21)段至第(32)段。

⁷⁵ 见上文脚注66。

门就《公约》所作解释性声明的公文是完全符合逻辑的。⁷⁶

“2.9.4 提出赞同、反对和重新定性的自由

“任何缔约国或缔约国际组织以及任何有资格成为条约缔约方的国家或国际组织均有权在任何时候提出对解释性声明的赞同、反对或重新定性。”

B. 有条件的解释性声明

49. 有条件的解释性声明与“纯粹”的解释性声明的区别在于可能对条约生效产生的效力。有条件的解释性声明的主要特点是声明方将提出的解释作为同意接受条约约束的条件。如果不满足这个条件，即如果缔约的其他国家和国际组织不接受这项解释，则认为解释性声明方不受条约约束，至少对于对声明有异议的缔约方而言不受条约约束。法国在签署⁷⁷《拉丁美洲禁止核武器条约增订议定书贰》时所作声明即为很明确的例子：⁷⁸

如《条约》或《议定书贰》的一个或多个缔约方对法国政府如是提出的解释性声明之全部或部分持有异议，则这些文书在法兰西共和国与有异议的缔约国之间无效。⁷⁹

50. 如上文回顾，⁸⁰ 这个特点使得与“纯粹”的解释性声明相比，有条件的解释性声明更无限接近于保留。关于这一点，准则1.2.1（有条件的解释性声明）的评注指出：

因此，似乎很可能的一点是，关于有条件的解释性声明的法律制度与关于保留的法律制度十分接近，特别是在条约其他缔约方的预期反应方面，*其程度远远超过适用于纯粹的解释性声明的规则。⁸¹

⁷⁶ 见上文脚注14。

⁷⁷ 1974年3月22日批准《议定书》时确认了该声明；见联合国，《条约汇编》，第936卷，第9068号，第419页。

⁷⁸ 另见《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第110页，准则草案1.2.1评注第(3)段。

⁷⁹ 见上文脚注77。

⁸⁰ 见上文第5段。

⁸¹ 见《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），第112页，准则草案1.2.1评注第(14)段。

51. 鉴于这类解释性声明的条件性，有关反应的制度必须比适用于“纯粹”的解释性声明的制度更有序、更明确。有必要在合理的时限内确切地了解其他缔约国对提出的解释的立场，以便提出有条件的解释性声明的国家或组织能够确定其对条约的法律地位，即是否为缔约方。出现这些问题时的情况与对条约的保留情况相同；对保留的反应（接受或反对）适用非常正规和严格的法律制度，主要目的是尽早确定提出保留的国家或组织的法律地位。这一目的不仅体现在制定了较为正式的规则上，还表现在另一国或另一国际组织在某一时限之后如未表示不同意（即反对）保留，则可推定为接受这点上。⁸²

52. 因此，对有条件的解释性声明作出反应的程序应完全比照适用于接受和反对保留的规则，包括推定接受方面的规则。不过，1969年和1986年《维也纳公约》第20条第5款所定的十二个月的时限可能会引起质疑，因为如上文所解释的，这一时限可能并未反映习惯国际法。然而，汉弗莱·沃尔多克爵士提出这个解决办法的理由似乎也是成立的，可以比照应用于有条件的解释性声明。正如他所解释的：

我们认为，提议采用较长期限[十二个月]是很合理的。首先，针对已了解内容的特定条约商定一个较短期限[三或六个月]是一回事，但将此期限作为一项规则，适用于未就这一点制定任何规则的任一条约又是另一回事，这两者有相当大的差别。因此，如果提出的一个较长的期限，各国可能更容易接受其为关于提出反对的一般性时间限制。⁸³

⁸² 见《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第78页，准则草案2.4.8（过时提出有条件的解释性声明）：“在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得提出有关该条约的有条件的解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提出的有条件的解释性声明”。

⁸³ 《1962年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/144和Add.1号文件（见上文脚注59），第67页，第18条评论第(16)段。

53. 不过，这里有一个用语问题。至此所述的有条件的解释性声明和保留相对平行，这意味着对这种声明的反应可借用相同词汇，称为“接受”和“反对”。然而，反对保留的定义似乎完全不适合国家或国际组织表示不同意另一国或国际组织的有条件解释性声明的反应。准则草案2.6.1所述的反对保留的定义，主要是基于反对方预期的效力：根据这项定义，反对是一项单方面声明，“国家或国际组织意图在与提出保留的国家或组织的关系中据此排除或改变保留的法律效力，或排除整个条约的适用”。⁸⁴

54. 《实践指南》方面的工作开展到当前阶段，委员会尚未就有关条约的有条件的解释性声明的法律效力作出决定，因此，必然难以绝对地确定对这类声明的“反对”是否属于这一定义的范畴。不过，我们严重怀疑采用相同用语来指代对有条件的解释性声明的消极反应和对保留的反对是否合理。从定义出发，这种反应既不能改变、也不能排除有条件的解释性声明的法律效力（无论此种法律效力为何）；这种反应所能做的，就是将国家或国际组织排除到条约缔约方圈外。拒绝接受提出的有条件解释的后果是，同意接受约束的条件得不到满足。此外，表示拒绝之后，有责任采取行动的并非作出消极反应的一方，而是提出有条件的解释性声明的一方。

55. 因此，特别报告员认为，目前最好暂时搁置用语问题，直到委员会就有条件的解释性声明的效力及其可否与保留等同处理作出最后决定。

“2.9.10 对有条件的解释性声明的反应”

“国家和国际组织对有条件的解释性声明的反应，可比照适用准则2.6至2.8.12。”

⁸⁴ 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第437段。

国际组织的责任

[议程项目 3]

A/CN.4/597 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六次报告 *

[原文: 英文]

[2008 年 4 月 1 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书.....		17
本报告引用的著作.....		18
导言.....	1-5	19
章次		
第一章 援引国际组织的责任.....	6-40	20
条款草案第 46 条 一受害国或国际组织援引责任.....	10	21
条款草案第 47 条 一受害国或国际组织通知其要求.....	14	21
条款草案第 48 条 援引责任权利的丧失.....	14	22
条款草案第 49 条 数个受害实体.....	23	23
条款草案第 50 条 数个责任实体.....	27	24
条款草案第 51 条 受害国或国际组织以外的实体援引责任.....	40	26
第二章 反措施.....	41-66	26
条款草案第 52 条 反措施的目的和限制.....	48	28
条款草案第 53 条 不受反措施影响的义务.....	52	29
条款草案第 54 条 相称.....	55	29
条款草案第 55 条 与采取反措施有关的条件.....	55	29
条款草案第 56 条 终止反措施.....	55	30
条款草案第 57 条 受害国或国际组织以外的实体采取的措施.....	66	31

本报告引用的多边文书

- 《建立欧洲经济共同体条约》(《罗马条约》) [法] (1957 年 3 月 25 日, 罗马) 联合国,《条约汇编》, 第 298 卷, 第 4300 号, 第 3 页。
- 《保护臭氧层维也纳公约》(1985 年 3 月 22 日, 维也纳) 同上, 第 1513 卷, 第 26164 号, 第 293 页。

* 特别报告员感谢 Stefano Dorigo (意大利比萨大学, 博士)、Paolo Palchetti (意大利马切拉塔大学, 副教授) 和 Gerhard Thallinger (纽约大学, 法学硕士) 对撰写本报告所提供的帮助。

本报告引用的著作

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* (<http://www.asil.org>).

AMERASINGHE, C. F.

Principles of the Institutional Law of International Organizations. 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2005. 535 p.

AMRALLAH, Borhan

“The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces”, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32, 1976, pp. 57–82.

ARSANJANI, Mahnoush H.

“Claims against international organizations: *quis custodiet ipsos custodes*”, *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, No. 2, spring 1981, pp. 131–176.

DAVÌ, Angelo

Comunità europea e sanzioni economiche internazionali. Naples, Jovene, 1993. 649 p.

DE VISSCHER, Paul

“Observations sur le fondement et la mise en oeuvre du principe de la responsabilité de l’Organisation des Nations Unies”, *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. XXXX, 1963, pp. 165–191.

EAGLETON, Clyde

“International organization and the law of responsibility”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1950–I*. Paris, Sirey. Vol. 76, pp. 319–425.

EHLERMANN, Claus-Dieter

“Communautés européennes et sanctions internationales: une réponse à J. Verhoeven”, *Belgian Review of International Law*, vol. XVIII, 1984–1985, pp. 96–112.

GRAMLICH, Ludwig

“Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs”, *German Yearbook of International Law*, vol. 27, 1984, pp. 386–428.

HELISKOSKI, Joni

Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States. The Hague, Kluwer, 2001. 321 p.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION

“Accountability of international organisations”, Report of the Seventy-First Conference held in Berlin, 16–21 August 2004. London, 2004, pp. 164–234.

KLEIN, Eckart

“Sanctions by international organizations and economic communities”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30, 1992, pp. 101–113.

KLEIN, Pierre

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

MENG, Werner

“Internationale Organisationen im völkerrechtlichen Deliktsrecht”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45, 1985, pp. 324–371, summary in English, pp. 355–357.

O’KEEFFE, David and Henry G. SCHERMERS, eds.

Mixed Agreements. Deventer, Kluwer, 1983. 248 p.

PALCHETTI, Paolo

“Reactions by the European Union to breaches of *erga omnes* obligations”, in Enzo Cannizzaro, ed., *The European Union as an Actor in International Relations*. The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 219–230.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel

“Les organisations internationales et le droit de la responsabilité”, *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. XCII, 1988, pp. 63–102.

PITSCHAS, Christian

Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten. Berlin, Duncker & Humblot, 2001. 302 p.

REY ANEIRO, Adela

Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. 229 p.

RITTER, Jean-Pierre

“La protection diplomatique à l’égard d’une organisation internationale”, *Annuaire français de droit international*, vol. 8, 1962, pp. 427–456.

RIVIER, Raphaële (and Philippe LAGRANGE)

- “Travaux de la Commission du droit international (cinquante-huitième session) et de la Sixième Commission (soixante et unième session)”, *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, pp. 305–350.
- SCHERMERS, Henry G. and Niels M. BLOKKER
International Institutional Law: Unity within Diversity. 3rd rev. ed. The Hague, Martinus Nijhoff, 1995. 1305 p.
- SIMMONDS, R.
Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo. The Hague, Martinus Nijhoff, 1968. 357 p.
- STURMA, Pavel
“La participation de la Communauté européenne à des ‘sanctions’ internationales”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, No. 366, March 1993, pp. 250–264.
- TOMUSCHAT, Christian
“Kommentierung des Artikel 210”, in Hans von der Groeben, Jochen Thiesing and Claus-Dieter Ehlermann, eds., *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*. 5th ed. Baden-Baden, Nomos, 1997. Vol. 5, pp. 17–60.
- TRINDADE, A. A. Cançado
“Exhaustion of local remedies and the law of international organizations”, *International Law Review*, vol. 57, 1979, pp. 81–123.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix
La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica. Madrid, Dykinson, 2002. 167 p.
- VERHOEVEN, Joe
“Protection diplomatique, épuisement des voies de recours et juridictions européennes”, *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*. Brussels, Bruylant, 2007, pp. 1511–1528.
- “Communautés européennes et sanctions internationales”, *Belgian Review of International Law*, vol. XVIII, 1984–1985, pp. 79–95.
- WELLENS, Karel
Remedies against International Organisations. Cambridge, Cambridge University Press, 2002. 295 p.

导言

1. 在关于国际组织的责任的工作中，国际法委员会迄今已通过45条条款草案。¹ 这些条款构成主题分别为“国际组织的国际不法行为”和“国际组织的国际责任的内容”的第一部分（第1条至第30条）和第二部分（第31条至第45条）。

2. 在暂时通过之后，对这些条款中的多项条款作了评论，尤其是在第六委员会就国际法委员会的报告举行的辩论中以及各国和国际组织提交的书面说明中。此外，司法界也对一些条款进行了审查。欧洲人权法院在最近的两例裁决中考虑到了第3条和第5条，第一例是贝赫拉米和贝赫拉米诉法国案及萨拉玛提诉法国、德国和挪威案²，其后是贝里奇等人

诉波斯尼亚和黑塞哥维那案³。英国上议院在英女王（就杰达的申诉）诉国防大臣案⁴的判决中提到了第5条及相关评注。

3. 本报告员在其第五次报告中曾指出，由于报告所述原因，⁵ 在结束对现有草案的一读前，应给国际法委员会一个机会，让其根据已提出的全部评论，审查已暂时通过的文本。下一次报告将载列对这些评论的全面审查，并提出一些条款的修订建议。该报告还将探讨现存的所有问题，并提出一些拟列入第四部分的一般规定。剩余的问题之一是是否存在顾及某些组织特殊性的特别规则。

¹ 迄今为止通过的条款草案案文转载于《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第343段。

² 2007年5月2日的裁决[大法庭]，第71412/01号和第78166/01号，第29段至第33段和第121段。在第六委员会，丹麦在代表北欧五国发言（《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/62/SR.18)，第102段）以及希腊在发言（同上，第19次会议(A/C.6/62/SR.19)，第9段至第10段）时，均提到这项裁决。特别报告员在国际法委员会第五十九届会议辩论期间也曾回顾过这项裁决（《2001年……年鉴》，第一卷，第2932次会议）。

³ 2007年10月16日的裁决，第36357/04号等，第8段、第9段和第28段，ECHR 2007-XII。

⁴ 2007年12月12日的判决，[2007] UKHL 58（康希尔的宾汉姆勋爵），转载于[2008] 2 WLR 31。

⁵ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/583号文件，第3段至第6段。

4. 这份第六次报告沿用委员会在国家对国际不法行为的责任条款中采用的一般模式，⁶ 继续审查与国际组织的国际责任有关的事项。这些条款的第三部分涉及“一国国际责任的履行”；⁷ 本报告相应部分探讨与国际组织的国际责任的履行相关的问题。在导言之后，报告将分成两章，分别以“援引国际组织的责任”和“反措施”为标题。

5. 现行条款草案的一些批评人士一再说，国际法委员会基本上就是把国家对国际不法行为的责任条款中的“国家”换成了“国际组织”。⁸ 为此，应

⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段。

⁷ 同上，第33页。

⁸ 最近一次是Rivier的评论，“Travaux de la Commission du droit international et de la Sixième Commission”，第335页。

再次回顾，特别报告员或国际法委员会从一开始就没有认为国家方面的解决办法同样适用于国际组织；特别报告员在其第一次报告中即已做了很多说明。⁹ 任何有关问题都会、而且也的确是根据其是非曲直加以审查的。只有在涉及国际组织责任的问题似与已经审查过的国家责任问题相类似、而且没有理由提出不同的规则时，才采用相同的解决办法。毋庸讳言，国际法委员会的一些结论看上去可能存在问题。特别报告员绝不是想阻止任何评论者提出知情的批评和改进的建议。条款草案本身是一项集体的努力，目的是编制一份在国际关系中具有一定用途的案文。

作者甚至假定委员会有一项决定，即要使新案文与关于国家责任的案文保持一致。

⁹ 《2003年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/532号文件，第117页，第11段。

第一章 援引国际组织的责任

6. 本文对国际组织责任的履行的审议仅限于国家或另一国际组织援引责任的情况。因为根据现行草案第36条，第二部分所列国际义务仅涉及违反一国际组织根据国际法应对一国、另一国际组织或整个国际社会承担的的义务的情形，¹⁰ 因此，似无必要在第三部分具体说明关于责任履行的条款的范围具有同样限制。在起草国家对国际不法行为的责任条款时也采用了同样做法。这些条款并未在第三部分载列任何规定，说明责任的履行仅限于另一国援引责任的情形。可以认为第33条暗含了对第三部分范围的限制；¹¹ 该条与现行草案第36条相对应。

7. 在大多数情况下，只有被视为受害方的实体才可援引责任。在确定一个国家可否被视为受害方时，很难因负有责任的实体是国家还是国际组织而有所不同。为此，国家对国际不法行为的责任条款第42条¹² 中的“受害国”的定义显然同样适用于国家援引国际组织责任的情形。

8. 国际组织作为受害实体可援引国家的责任这一点，已为国际法院关于对执行联合国公务时所受伤害的赔偿案的咨询意见所确认。当时，国际法院指出，已“确定该组织有资格在国际一级提出求偿”。¹³ 国际法院关于联合国所提出之求偿要求的意见可适用于具有法人资格的所有国际组织，条件是对其承担的义务遭到了违背，而不管违背者是国家还是另一国际组织。

9. 有关实体因国家或国际组织的国际不法行为而受到伤害的界定标准似并不取决于该实体的性质。因此，国际组织被视为受伤害的条件须与对国家所适用的条件相同。这意味着国际组织可在下列三种情况下援引另一国际组织的责任：第一，所违背的义务是个别地对有关国际组织承担的；第二，所违背的义务是对若干实体承担的，其中包括有关国际组织，或者是对整个国际社会承担的，而且违背行为特别影响到有关组织；第三，所违背的义务是对若干实体承担的，其中包括有关国际组织，或者是对整个国际社会承担的，而且违背行为从根本上改变了作为义务当事相对方的所有实体的立场。虽然第二和第

¹⁰ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第343段。

¹¹ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第108页。

¹² 同上，第133页。

¹³ 对执行联合国公务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949年国际法院汇编》，第184页至第185页。

三种情况一般很少见，而且似乎很难找到有关国际组织的切实的例子，但不能排除国际组织会在这些情况下受到伤害这一事实。因此，有必要将第二和第三种情况列入受伤害的国际组织的定义中。

10. 由此，受害实体的定义应包含对国家国际不法行为的责任条款第42条¹⁴中相应定义的修改。建议采用下列案文：

“条款草案第46条 一受害国或国际组织
援引责任

“一国或一国际组织有权在被违背义务属下列情况之一时，作为受害方援引另一国际组织的责任：

“(a) 个别地对该国或该国际组织承担的义务；

“(b) 对包括该国或该国际组织在内的若干方面或对整个国际社会承担的义务，而且违背义务的行为：

“(一) 特别影响到该国或该国际组织；或

“(二) 具有如此性质以致会从根本上改变作为该义务当事相对方的所有各方在继续履行该义务时所处的立场。”

11. 一国的国内法规则将确定哪个国家机关主管提出要求，就国际组织而言，则必须参照有关组织的规则。¹⁵ 这些规则还将规定在某些情况下主管机关是否有义务提出要求。¹⁶ 在确定一个组织是否已放弃了要求，或默许终止要求时，也须进一步适用有关组织的规则。鉴于根据有关组织的相关规则来评价其行为的要求普遍适用，似不宜在第三部分中具体指明组织的规则。这也与国家国际不法行为的责任条款不涉及应将哪个国家机关视为提出或撤

回要求的主管机关这一事实相一致。国际法委员会在现有情况下第一次探讨后一个问题也会显得有点离奇。

12. 国家对国际不法行为的责任条款第三部分第一章包括若干一般性的程序规则。其中两项涉及一国在援引另一国的责任时，在通知其要求（第43条）和援引责任权利的丧失（第45条）¹⁷ 方面应当遵循的方式。虽然这些条款仅考虑国家可能较倾向于对其他国家提出的要求，但这些条款的内容没有一点表明它们不会同样适用于一国援引一国际组织的责任的情况。

13. 就通知其要求和援引责任权利的丧失而言，国际组织的状况与国家的状况并没有差别。因此，对国际组织适用国家对国际不法行为的责任条款中所表述的适用于国家的相同规则，似乎是合理的。

14. 考虑到要援引一国际组织的责任，应对国家对国际不法行为的责任条款第43条和第45条的案文进行修改，以涵盖提出要求的实体既可以是国家、也可以是另一国际组织的情况。因此，条款草案案文可为：

“条款草案第47条 一受害国或国际
组织通知其要求

“1. 援引一国际组织责任的受害国应将其要求通知该组织。

“2. 援引另一国际组织责任的受害国际组织应将其要求通知前一组织。

“3. 受害国或国际组织可具体指明：

“(a) 如果不法行为仍在继续，负有责任的国际组织应采取何种行动，停止该不法行为；

“(b) 根据第二部分的规定，应采取哪种赔偿形式。

¹⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第133页。

¹⁵ “组织的规则”的定义载于现行草案第4条第4款（《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第343段）。

¹⁶ Arsanjani, “Claims against international organizations: *quis custodiet ipsos custodes*”, 第147页，提出了“联合国是否有义务为其受害工作人员提出国际求偿要求”的问题。

¹⁷ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），分别为第136页和第139页。

“条款草案第48条 援引责任权利的丧失

“在下列情况下，不得援引一国际组织的责任：

“(a) 受害国或国际组织已以有效方式放弃要求；

“(b) 受害国或国际组织基于其行为应被视为已以有效方式默许其要求失效。”

15. 国家对国际不法行为的责任条款中，在上文论述过的两项条款之间，还包括一条关于可否提出要求的条款（第44条），¹⁸ 其中涉及与外交保护有关的问题。¹⁹ 一国针对一国际组织实行外交保护的情况很罕见。然而，这也不是完全不可能的，特别是涉及一个管理着一块领土或使用武力的组织时。

16. 如果一国针对一国际组织实行外交保护，那么要求的国籍将是一个首要条件。更棘手的问题是必须用尽当地救济。在这个问题上，文献中已表明意见各不相同，其中最普遍的看法是，当有关组织内已提供了充分和有效的救济时，即适用当地救济规则。²⁰

¹⁸ 同上，第76段。

¹⁹ 委员会对外交保护的定义是“一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成的损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行”（艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案（几内亚共和国诉刚果民主共和国），初步反对意见，判决，《2007年国际法院汇编》，第39段）。在该案中，国际法院认为，这一定义（载于外交保护条款草案第1条，《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第16页）“反映了”习惯国际法。

²⁰ 若干作者仍然主张当地救济规则适用于国家向国际组织提出的要求：Ritter, “La protection diplomatique à l’égard d’une organisation internationale”, 第454至第455页；De Visscher, “Observations sur le fondement et la mise en oeuvre du principe de la responsabilité de l’Organisation des Nations Unies”, 第174页；Simmonds, *Legal Problems arising from the United Nations Military Operations in the Congo*, 第238页；Amrallah, “The international responsibility of the United Nations for activities carried out by U.N. peace-keeping forces”, 第67页；Gramlich, “Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs”, 第398页（较暂时性的）；Schermers and Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 第1858段；Pierre Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, 第534页起；Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten*, 第250页；和 Wellens, *Remedies against International Organisations*, 第66至第67页。国际法协会在关于国际组织问责的最后报告中表达了同样的观点（第213页）。Eagleton, “International organization and the law of

17. 可以在欧洲联盟内找到援引当地救济规则的实例。虽然这种做法涉及针对成员国的求偿，但可以推断，欧洲联盟的责任若被援引，则必定已经要求用尽欧盟内部的现有救济。其中一个实例是欧洲联盟委员会法律事务司司长就欧盟国家和美国在飞机噪音消减措施问题上的纠纷，代表欧盟全体成员国向国际民航组织理事会发表的声明。欧盟成员国认为，美国的求偿是不可接受的，因为在引起争议的欧共体条例问题上，尚未用尽救济，因为当时这项措施“是在欧盟成员国的国家法庭以及欧洲法院上被质疑的”。²¹

18. 另一个例子是欧洲人权法院对博斯普鲁斯航空公司诉爱尔兰案²²的判决。该案件指控爱尔兰涉嫌因执行欧洲共同体的一项条例而侵犯人权。经调查未发现申诉人未用尽的救济后，法院判定考虑欧洲联盟内部可利用的救济。²³

19. 当一国际组织为其代理人提出要求时，无论是针对一国还是另一国际组织，国籍的要求显然都不适用。只有当该组织的要求涉及对其代理人个人造成的损害时，才可适用当地救济规则。²⁴ 国际法

responsibility”, 第395页认为，当地救济规则不适用于针对联合国提出的要求，但这只是因为“联合国没有像国家那样具有常设的司法系统或其他‘当地救济’手段”。Cañado Trindade, “Exhaustion of local remedies and the law of international organizations”, 第108页指出，“当对一个国际组织提出一项损害赔偿要求时，并不排除该规则的适用，但在这种情况下，法律仍可有不同的发展方向”。Pérez González (“Les organisations internationales et le droit de la responsabilité”, 第71页)也表达了应灵活适用当地救济规则的观点。Amerasinghe, *Principles of the International Law of International Organizations*, 第486页则认为，由于国际组织“一般没有对个人的司法权”，“它们能否提供适当的内部救济还是一个疑问。因此，很难想象如何适用当地救济规则”。该书的第一版已表达了同样的看法，而 Vacas Fernández, *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas: fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*, 第139至第140页，也持有这一观点。

²¹ “对美国的答复作出的口头说明和评论”（2000年11月15日），《2004年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/545号文件，附件，附文18。

²² [大法庭]，第45036/98号，ECHR 2005-VI，第141页，第105段。

²³ 2005年6月30日的判决，同上。

²⁴ 只要会影响到有关国家或国际组织，当地救济规则就不适用于因对代理人造成损害而提出的要求，因为这些问题不属于外交保护的范畴。Verhoeven (“Protection diplomatique, épuisement des voies de recours et juridictions européennes”, 第1517页)强调了这一点。

院在其关于对执行联合国公务时所受伤害的赔偿案²⁵的咨询意见中承认，一个组织有权提出这样的要求。然而，一国际组织对另一国际组织提出此类要求的可能性显然是微乎其微的。

20. 因国籍和当地救济因素而产生的可否提出要求问题也可能在对国际组织提出要求时出现，但这并不意味着现行条款草案应包括一项类似于国家对国际不法行为的责任条款第44条的规定。²⁶ 该规定主要是提醒注意实行外交保护的两个主要条件。它涉及一类在国家间关系中具有相当重要性的要求。由于现行草案没有与国家责任方面外交保护的实际情况类似的情形，目前的草案完全可以省略关于可否提出要求的条款。这并不意味着在向一个国际组织提出要求时，要求的国籍和用尽当地救济等规定总是无关的。

21. 按照国家对国际不法行为的责任条款的模式，接下来须解决的问题是出现数个受害实体的情况。对于出现数个受害国的情况，上述条款中有一条（第46条）规定：“在数个国家由于同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国可分别援引实施了该国际不法行为的国家的责任”。²⁷ 对数个国家受另一国损害情况的规定也显然可以扩展适用于负责实体是一国际组织而非一个国家的情况。

22. 当受害实体是国际组织时，应采取同样方法。国际组织或单独受到损害，或与某些国家一同受到损害。这些国家很可能是受害组织的成员，但也可能是非成员。是否存在数个受害实体，首先将取决于被违背的义务是否为向下列实体承担的义务：*(a)* 两个或多个组织或 *(b)* 一个或多个组织以及一国

或多国。²⁸ 此外，还取决于确定实体是否因该义务被违背而受害的条件是否已得到满足。

23. 因此，国家对国际不法行为的责任条款中相应规定的内容，经必要调整后，可为目前研究的问题作一个范例。现提出以下案文，旨在涵盖若干情况：两个或两个以上国家受害；两个或两个以上国际组织受害；一国或多国以及一个或多个国际组织受害。

“条款草案第49条 数个受害实体

“在数个实体由于一个国际组织的同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国或国际组织可分别援引实施了该国际不法行为的国际组织的责任。”

24. 当一个国际组织对一项国际不法行为负责时，另一实体也可对同一行为负责。国家对国际不法行为的责任条款第47条设想了出现数个责任国的可能性。²⁹ 在多种案件中都出现了责任实体之一是国际组织的情况，有鉴于此，更有可能出现数个责任实体。具体而言，有时一个组织及其成员或部分成员可能对同一国际不法行为负有责任。本草案第28条和第29条涉及其中一些情况。³⁰ 另一种情况是，该组织及其成员共同对第三方承担相同义务，并且违背了这一义务。³¹

25. 关于数个责任国，国家对国际不法行为的责任条款提出三点，当数个责任实体中的一个为国际组织时，这三点关联性相等。第一点是可对每个实体援引涉及该行为的责任。这一点应加以限定，因为本条款草案第29条指出，在规定条件下，一个组织的一个成员负有责任，这一责任“被假定为次要

²⁵ 《1949年国际法院汇编》（见上文脚注13），第184页。

²⁶ （上文第15段提到的）第44条的案文如下：“在下列情况下不得援引一国的责任：

“*(a)* 不是按照涉及要求国籍的任何适用规则提出要求；

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

（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138页）

²⁷ 同上，第141页。

²⁸ 例如，对欧洲共同体及其部分（或全体）成员国与一个或一个以上非会员国签订的某些混合协定而言，因其中尚未把应向欧洲共同体及其成员承担的义务一一分开，就可能发生这种情况（见O’Keefe and Schermers, *Mixed Agreements and Heliskoski, Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*）。

²⁹ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第142页。

³⁰ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第343段。

³¹ 上文脚注28中提到的混合协定也为此举例说明了欧洲共同体及其成员的义务未分开的情况。

责任”。³² 在此情况下，次要的含义是，只有先对组织援引责任，而且此举徒劳无益或意义不大，才会对其成员援引责任。

26. 国家对国际不法行为的责任条款第47条提出的第二点和第三点通常也适用于责任实体中有一个是国际组织的情况：受害方无权“取回多于所受损失的补偿”（第47条第2款(a)项）；作出赔偿的实体对其他责任实体享有追索权。关于这些问题，谁是责任实体关系不大。

27. 国家对国际不法行为的责任条款第47条为拟订案文奠定了基础，但似乎需要做出一些修改。应设想，有可能是两个或更多组织负有责任，或一个或更多组织与一个或更多国家共同负有责任。此外，应制定一项关于次要问题的限制性条款。最后，如果该案文不同于第47条，说明哪个实体可享有追索权，则会更加明确。拟议案文如下：

“条款草案第50条 数个责任实体

“1. 在一个国际组织和一个或更多国家或其他组织为同一国际不法行为负责的情况下，可对每个责任实体援引涉及该行为的责任。但如果一个实体的责任只是次要责任，只有在援引主要责任不导致赔偿的情况下才会援引次要责任。

“2. 第1款：

“(a) 不允许任何受害国或国际组织追索多于所受损失的补偿；

“(b) 不妨碍赔偿实体对其他责任实体的任何追索权。”

28. 并非只有本条款草案第46条所涉受害实体才可援引责任。根据国家对国际不法行为的责任条款第48条，在两种情况下，“受害”国以外的国家可援引责任。³³ 有关国家有权要求停止国际不法行为，并“向受害国或被违背义务的受益人”履行赔偿义务

（第48条第2款(b)项）。第48条设想的第一个情况是，“被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务”（第1款(a)项）。

29. 就在所述情况下援引责任而言，国际组织而不是国家违背有关义务这一事实似乎无关紧要。拥有这一义务的实体集团是否包括国际组织，也不重要。关于后一种情况，国际组织可在适用于国家的相同条件下援引责任似乎比较合理。

30. 欧洲共同体香蕉进口、销售和分配案³⁴ 提供了一个非受害国向国际组织提出索赔的实例。世贸组织小组发现，虽然美国在该案中“没有法律权利或利益”，³⁵ 但“根据世贸组织解决争端程序”，美国在货物和服务贸易中的潜在利益及其“确定欧盟制度是否符合世贸组织规则要求的兴趣”“足以确定一项权利”。³⁶ 该小组在脚注中提到一读通过的国家对国际不法行为的责任条款的一项规定，其中包括了“受害国”的定义：“如一国行为侵犯因多边条约而产生的权利，在证实该条约明文规定这项权利是为了保护缔约国的集体利益的条件下，则该多边条约的任何其他缔约国即为受害国”。³⁷

31. 按照国家对国际不法行为的责任条款第48条，非受害国可要求停止违背行为并履行赔偿义务的第二种情况是，“被违背的义务是对整个国际社会承担的义务”。³⁸ 至于违约的是一个国际组织而不是国家，对非受害国援引责任的权利并无影响。正如禁化武组织在这方面指出的，“似乎没有任何理由表明国家——有别于其他国际组织——不能援引一个国际组织的责任”。³⁹

³⁴ WT/DS27/R/ECU、WT/DS27/R/MEX、WT/DS27/R/USA、WT/DS27/R/GTM 和 WT/DS27/R/HND（1997年5月22日），第七章。转载于世贸组织，《1997年争端解决方案汇编》，第二卷和第三卷（剑桥，剑桥大学出版社）。

³⁵ 同上，第7.47段。

³⁶ 同上，第7.50段。

³⁷ 同上，脚注361。引文转载于《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第65页，第40条第2款(f)项。

³⁸ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第144页，第48条第1款(b)项。

³⁹ A/CN.4/593 和 Add.1 号文件，F.1 节（转载于本卷）。

³² 见上文脚注30。

³³ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段。

32. 一个较为困难的问题是，一个国际组织能否因另一国际组织违背对整个国际社会承担的义务而援引其责任。

33. 这方面的实践不是很说明问题。这不仅是因为这方面的实践涉及的是国际组织对国家采取的行动。组织一般对其成员的违约行为作出反应，并根据各自的规则采取行动。这并不意味着国际组织就有更为普遍的权利，可以在违背对整个国际社会承担的义务情况下援引责任。这方面最重要的实践似乎是欧洲联盟的实践。欧洲联盟经常说，非成员违背了似乎对整个国际社会承担的义务。例如，欧洲联盟理事会2000年4月26日的共同立场提到了“缅甸严重和有系统地侵犯人权的情况”。⁴⁰在大多数情况下，欧洲联盟的这种说法会导致对被指控的责任国采取经济措施。下一章将讨论这些措施。目前必须指出的是，并不十分清楚究竟是欧洲联盟的成员国共同援引责任还是欧洲联盟作为一个单独的组织援引责任。

34. 在关于国际组织是否有权在违背对整个国际社会承担的义务情况下援引责任的问题上，只有有限的文献资料。著述一般侧重欧洲联盟；其中表达的观点似乎有分歧，不过，大多数作者的回答是肯定的。⁴¹

35. 委员会在2007年给大会的报告中，要求对以下问题作出评论：

国家对国际不法行为的责任条款第48条规定，在一国违背对整个国际社会承担的义务情况下，各国有权要求责任国停止国际不法行为，并履行向受害国或被违背义务之受益人提供赔偿的义务。如果一个国际组织违背了对整个国际社会承担的义务，所有其他组织或其中部分组织是否有权提出类似要求？⁴²

36. 第六委员会表示的意见明显赞成肯定回答。一些国家无保留地赞成，⁴³而更多的国家则认为只有某些组织有权援引责任：即有任务授权保护国际社会整体利益的组织。⁴⁴有两个国际组织在书面评论中同意后一种观点。禁化武组织写道：

对于国际组织而言，其针对违背对整个国际社会承担的义务之行为援引责任的能力，可能取决于相关组织的组织条例所规定的活动范围。因此，每一个“有关”国际组织均有权援引这一责任，并要求停止影响到它的组织条例所规定的任务授权的不法行为。⁴⁵

欧洲联盟委员会表达了类似的看法：

由于缺乏中央机构，国际社会作为一个整体不能自行采取行动，只有国际社会各成员，方可作为国际社会的利益并代表国际社会对违背者采取行动。在欧洲联盟委员会看来，这一权利原则上属于国际社会所有成员，包括作为国际法主体的国际组织。但与此同时，国际组织只是依照其章程履行特定职能和保护特定利益而已。在被违背义务所涉事项不属于该组织的权力和职能范围时，没有令人信服的理由允许该组织采取分散的强制性行动。例如，很难想象因为一个军事同盟违背了可能对整个国际社会承诺的对国际人道主义法的一项根本保证而允许一个技术性运输组织制裁该军事同盟。⁴⁶

⁴⁰ 《欧洲共同体官方公报》，L 122号，第43卷，第1页（2000年5月14日）。

⁴¹ 以下作者表示，至少某些国际组织可以针对违背普遍义务的情况援引责任：Ehlermann, “Communautés européennes et sanctions internationales: une réponse à J. Verhoeven”, 第104至第105页；Eckart Klein, “Sanctions by international organizations and economic communities”, 第110页；Davì, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, 第496页起；Tomuschat, “Kommentierung des Artikel 210”, 第28至第29页；Pierre Klein, 前引书，第401页起；Rey Aneiros, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales*, 第166页。持相反意见的有：Verhoeven, “Communautés européennes...”, 第89至第90页和Sturma, “La participation de la Communauté européenne à des ‘sanctions’ internationales”, 第258页。根据Palchetti, “Reactions by the European Union to breaches of *erga omnes* obligations”, 第226页：“共同体的作用似乎只是执行其成员国享有的权利”。

⁴² 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30(a)段。

⁴³ 见马来西亚（《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/62/SR.19)，第75段）、匈牙利（第21次会议(A/C.6/62/SR.21)，第16段）、塞浦路斯（同上，第38段）和比利时（同上，第90段）的发言。

⁴⁴ 例如阿根廷（第18次会议(A/C.6/62/SR.18)，第64段）、丹麦，代表五个北欧国家（同上，第100段）、意大利（第19次会议(A/C.6/62/SR.19)，第40段）、日本（同上，第100段）、荷兰（第20次会议(A/C.6/62/SR.20)，第39段）、俄罗斯联邦（第21次会议(A/C.6/62/SR.21)，第70段）和瑞士（同上，第85段）的发言。

⁴⁵ A/CN.4/593和Add.1号文件，F1节（转载于本卷）。

⁴⁶ 同上，F2节。

37. 按照这个逻辑，国际组织是否有可能援引违背对整个国际社会承担的义务的责任取决于所违背义务的内容以及这种义务与该组织任务授权的关系。此项权利并不一定取决于该国际组织是国际社会的一个成员这一事实。此项权利可被视为该组织成员国的授权。这种做法似乎符合国际法院就国家在武装冲突中使用核武器的合法性案发表的咨询意见中表达的下述观点：

国际组织是国际法的主体。国际组织与国家不同，没有一般权限。国际组织受“特定原则”制约，也就是说，它们的权力是其创建国赋予的，其权限以这些国家委托其促进的共同利益为尺度。⁴⁷

38. 为了确定非受害国际组织何时有权援引另一国际组织违背对整个国际社会承担的义务的责任，可以使用第22条第1款(a)项在确定国际组织何时可以援引危急情况作为解除不法性的理由时使用类似措辞。⁴⁸

39. 就起草工作而言，虽然可以将国家对国际不法行为的责任条款第48条作为基本模式，但必须作出各种更改，以便将国家援引责任的权利与国际组织较为狭隘的权利区分开来。在最后一段中，由于拟议草案没有关于要求可受理性的规定，将删除关于国家责任的含糊内容。就目前而言，只需将有关通知要求和援引责任权利丧失的两条规定扩大适用于非受害国或非受害国际组织即可。

⁴⁷ 国家在武装冲突中使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第78页，第25段。

⁴⁸ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第343段。

第二章 反措施

41. 在本部分当中，需要对反措施加以审查，因为可能会针对一个应对国际不法行为负责的国际组织采取反措施。虽然相关实践不多，但反措施确是履行国际责任的一个重要方面，本草案不能忽略这一点。另外，很难找出令人信服的理由证明为何不能将国际组织列为可能的反措施目标。⁴⁹

⁴⁹ 根据 Alvarez, “International organizations: accountability or responsibility?”, 第33至第34页，国际法委员会有关国际组

40. 因此，建议采用如下案文：

“条款草案第51条 受害国或国际组织以外的 实体援引责任

“1. 受害国或国际组织以外的任何国家或国际组织有权按照第4款援引国际组织的责任，条件是被违背的义务是对包括援引责任的国家或组织在内的实体集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务。

“2. 受害国以外的任何国家有权按照第4款援引国际组织的责任，条件是被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。

“3. 不属于受害组织的任何国际组织有权按照第4款援引另一国际组织的责任，条件是被违背的义务是对整个国际社会承担的义务，而且援引责任的组织负有保护该义务所隐含的国际社会利益的职责。

“4. 有权按照前几款援引责任的任何国家或国际组织可要求责任国际组织：

“(a) 按照第33条的规定，停止国际不法行为，并提供不重复的承诺和保证，

“(b) 按照第二部分的规定，履行向受害国或国际组织或被违背义务的受益人提供赔偿的义务。

“5. 受害国或国际组织按照第47条和第48条援引责任的要求适用于有权按照前几款规定采取行动的国家或国际组织援引责任的情况。”

42. 世贸组织相关实践列举了某些国家经争端解决机构授权对欧洲共同体采取反措施的若干例子：

织责任的整项工作将变成“一列失事列车——举例而言，如果国际法委员会所预想的针对国际组织不法行为采取反措施的规定为某些人，如美国国会的某些议员，提供了新的理由，他们一直倾向于以拒付美国应缴会费等方式‘制裁’联合国”。不清楚作者指的是哪项由联合国实施、使美国受害的国际不法行为。也不清楚他是否建议：虽然应认为根据国际法允许对国际组织采取反措施，但出于战术原因，委员会不应这样说。

例如，1999年加拿大针对欧洲共同体不执行关于使用生长荷尔蒙生产的加拿大牛肉的决定采取反措施。⁵⁰ 在另一案，即美国：关于从欧洲共同体进口特定产品的措施案中，世贸组织小组认为，争端解决机构批准的停止给予优惠或履行其他义务“基本上属于报复性行为”。⁵¹ 小组没有区分对一国采取的反措施和对一国际组织采取的反措施，但指出：

根据一般国际法，报复（也指复仇或反措施）的概念在二十世纪期间发生了重大变化，原因特别包括禁止使用武力（诉诸战争权）。根据国际法，这几类反措施现在须满足几项要求，如国际法委员会在有关国家责任的工作中确定的要求（相称性等……见条款草案第43条）。不过，世贸组织对反措施、报复和复仇都有严格的规范，只能在世贸组织/解决争端的谅解书框架内实施。⁵²

43. 这些来自实践的例子证明，一般来说，受害国对责任国际组织采取反措施与对责任国采取反措施适用同样的条件。不过，需要对这项结论加以限定。如果受害国意图对一责任组织采取反措施，而该国又是该组织的一员，该组织的规则可以规定若干其他限制，甚至禁止在这种情况下采取反措施。例如，当欧洲共同体的两个成员国提出，它们违反《欧洲经济共同体条约》规定的义务当属合理，因为该组织理事会此前也曾违背该义务时，欧洲共同体法院指出：

除非另有明文规定，否则《[欧共体]条约》的基本概念要求成员国不得擅用法律。因此，不能以理事会未履行义务为由免除被告履行自身义务的责任。⁵³

现行司法补救制度是欧洲共同体禁止成员国采取反措施的一个理由。然而，对于其他国际组织来说，即使有关组织内部没有提供类似的补救办法，仍可能存在种种限制。

⁵⁰ 见 <http://international.gc.ca>。

⁵¹ 小组的报告(WT/DS165R, 2000年7月17日)，第6.23段。

⁵² 同上，脚注100。小组提到的国际法委员会工作的内容涉及一读通过的国家对国际不法行为的责任条款。

⁵³ 1964年11月13日的判决，欧洲经济共同体委员会诉卢森堡大公国和比利时王国案，联案第90/63号和第91/63号，《1964年欧洲法院汇编》，第631页。

44. 受害国际组织对责任国际组织诉诸反措施的情况确实罕见。不过，没有任何理由证明一个受害国际组织为何不应拥有这种重要手段，用于促使责任实体遵守第二部分规定的各项义务。如有关国家问题说明所述，责任组织的各项规定可对加入责任组织的受害组织诉诸反措施的行为加以限制。另外，在责任组织为受害组织一员的情况下，受害组织的各项规则也会对该组织针对责任组织采取反措施的可能性产生影响。除这些情况外，还必须考虑受害国际组织的情况与受害国的情况是否大致相同，或如委员会在征求各国和国际组织意见时指出的那样，“在国家对国际不法行为的责任条款第49条至第53条所列限制之外，是否还应规定其他限制？”⁵⁴

45. 几个国家曾在第六委员会表示，在这方面不应应对受害国际组织和受害国加以区分。⁵⁵ 有些国家虽然原则上承认国际组织可以像国家那样采取反措施，但强调国际组织需要“在其任务限制范围内行事”。⁵⁶ 一个国家认为，国际组织采取反措施需满足一项额外要求，即[该组织]应与“被违背义务所保护的權利有密切联系”。⁵⁷ 还有一个国家评论说，国际组织采取反措施时，采用的办法主要是不履行条约义务，但是，该国并未假定在可否诉诸反措施问题上也存在相应的限制。⁵⁸

46. 国际组织的规则将确定可以采取哪类反措施，以及应由该组织的哪个机构负责采取反措施。如上文（第11段）已经指出的，就提出和撤回要求而言，没有必要在目前讨论的草案中表明国际组织的

⁵⁴ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30(b)段。

⁵⁵ 见丹麦代表北欧五国的发言（《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/62/SR.18)，第101段）、日本的发言（第19次会议(A/C.6/62/SR.19)，第100段）、荷兰的发言（第20次会议(A/C.6/62/SR.20)，第40段）和比利时的发言（第21次会议(A/C.6/62/SR.21)，第91段）。

⁵⁶ 俄罗斯联邦的发言（第21次会议(A/C.6/62/SR.21)，第71段）。同样，瑞士（同上，第86段）提到“国际组织的……任务”，还提到建立国际组织的“宗旨”。人们可以查阅马来西亚提出的意见（同上，第19次会议，第75段），即“委员会应该考虑国际组织的性质和法律能力，审议是否应该实行其他限制”。

⁵⁷ 见阿根廷的发言（第18次会议(A/C.6/62/SR.18)，第64段）。

⁵⁸ 这是意大利的发言（第19次会议(A/C.6/62/SR.19)，第41段）。

行为受其规则约束。我们只能期望国际组织会始终如一地遵守自己的规则。不过，如果一个组织在采取反措施时没有适用自身规则，法律后果就未必就是必须将反措施视为非法。人们必须区分一组织对其成员采取的立场和对非成员采取的立场。就非成员而言，国际组织违反自身规则而采取反措施，这本身并不会使反措施成为非法。与此相反，就成员而言，由于国际组织的规则适用于该组织与其成员之间的关系，这些规则将阐明违规行为对反措施合法性的影响。

47. 就目前情况而言，国家对国际不法行为的责任条款第49条⁵⁹阐述了反措施的目的和限制，除若干措辞外，几乎无需作什么改动。为本草案的目的，必须修改第1款和第2款案文，以便涵盖受害国或国际组织可能对责任国际组织采取的反措施。第3款不需要修改。似乎可在这个原始条款中再增加两款，以便强调国际组织的规则可在限制或排除在国际组织与其成员之间的关系中采取反措施方面发挥的作用。其中一款可述及责任组织的规则，另一款则述及援引责任的国际组织的规则。

48. 建议采用如下案文：

“条款草案第52条 反措施的目的和限制

“1. 一受害国或国际组织只在为促使一国际不法行为的责任国际组织依第二部分规定履行其义务时，才可对该国际组织采取反措施。

“2. 反措施限于采取措施的国家或国际组织暂不履行对责任国际组织的国际义务。

“3. 反措施应尽可能容许恢复履行有关义务。

“4. 如果一国际组织对一国际不法行为负有责任，则责任组织的受害成员只有在不违背该组织规则的情况下，才可对该组织采取反措施。

“5. 如果一国际不法行为的责任国际组织是受害国际组织的成员，则受害组织只有在不违背本组织规则的情况下，才可对其成员组织采取反措施。”

49. 根据定义，针对一国际组织采取的反措施包括受害国或国际组织不履行其某项义务，如果不是因为以前的违背行为，这种举动将对责任组织造成伤害。如果受害国或国际组织没有采取某种行动的义务，那么不履行的举动本身将是合法的，因此不能视作反措施。

50. 国家对国际不法行为的责任条款草案第50条⁶⁰中载列了一国在对另一国采取反措施时不得合法违背的义务清单。这些义务由于自身非常重要，一国即使之前受到某一违背行为的伤害，也必须加以遵守。有关义务的重要性不因其权利主体的改变而改变；其中大多数义务可被视为对整个国际社会的义务。因此，当受害国打算对一个国际组织采取反措施时，该义务清单显然也有相关意义。

51. 鉴于所列义务的重要性，类似限制似乎也适用于受害国际组织，即便清单中提到的某些义务对大多数组织而言没有什么相关意义。关于“外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性”（第50条第2款(b)项）的义务尤其属于这种情况。毫无疑问，国际组织有更加重要和类似的关切，在目前情况下也应予以考虑。第50条评注解释说，有关限制的目的是为了保护外交和领事人员，使其免遭本来可能遭受到的“成为反措施目标”的危险。⁶¹国际组织的人员也面临类似危险。国际组织的馆舍、档案和文件也有类似问题。这些用语以及“人员”一词非常宽泛，足以包括一个国际组织长期或临时派到另一组织或一国的任何使团。因此，看似有理由改写第2款(b)项中的限制，提及责任国际组织的人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性。

52. 起草国家对国际不法行为的责任条款第50条第2款时，需要作些调整。包括了上一段所拟议修改的案文可表述如下：

⁵⁹ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第148页。

⁶⁰ 同上，第150页。

⁶¹ 同上，第153页，第(15)段。

“条款草案第 53 条 不受反措施影响的义务

“1. 反措施不得影响下列义务:

“(a) 《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务;

“(b) 保护基本人权的义务;

“(c) 禁止报复的人道主义性质的义务;

“(d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。

“2. 采取反措施的国家或国际组织仍应履行其下列义务:

“(a) 实行受害国或国际组织与责任国际组织之间任何适用的解决争端程序;

“(b) 尊重责任国际组织人员及同一组织的宿舍、档案和文件之不可侵犯性。”

53. 审议一受害国打算对责任国采取的反措施的条件和方式时, 国家对国际不法行为的责任条款第 51 条至第 53 条⁶² 包含了某些一般原则。第一条提出了相称这项要求; 第二条涉及采取反措施的程序条件; 第三条是不言而喻的陈述, 涉及终止反措施的问题。当受害国或国际组织对责任国际组织采取反措施时, 这些条款中规定的原则看起来同样具有相关意义。此外, 对这些条款所涉及的问题——无论是针对责任国还是针对责任国际组织——采用统一制度有着实际优势。这样, 关于国家责任的第 52 条就采取反措施的程序条件所采用的或许有些创新的因素, 也应适用于针对一个国际组织采取的反措施。

54. 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中重申了相称的规定。国际法院当时正在审议一个国家对另外一个国家采取的措施, 但对相称做出了更具一般意义的评估, 指出“有一重要考虑是, 考虑到所涉权利, 反措施的效果必须与所受的损害相称”。⁶³

当一个国际组织采取反措施时, 鉴于所有成员都可能参与其中, 相称的规定就有着尤为重要的意义。正如比利时曾指出的, “把这一规定转用到国际组织身上可以……防止国际组织采取的反措施产生破坏力过大的影响。”⁶⁴

55. 国家对国际不法行为的责任条款第 51 条可不加修改地转载。第 52 条和第 53 条需作某些调整。兹提出下列案文:

“条款草案第 54 条 相称

“反措施必须和所遭受的损害相称, 并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。

“条款草案第 55 条 与采取反措施有关的条件

“1. 一受害国或国际组织在采取反措施以前应:

“(a) 根据第 47 条要求责任国际组织履行第二部分规定的义务;

“(b) 将采取反措施的任何决定通知责任国际组织并提议与该组织进行谈判。

“2. 虽有第 1 款 (b) 项的规定, 受害国或国际组织可采取必要的紧急反措施以维护其权利。

“3. 在下列情况下不得采取反措施, 如已采取, 务必停止, 不得无理拖延:

“(a) 国际不法行为已经停止, 并且

“(b) 已将争端提交有权作出对当事国具有约束力之裁决的法院或法庭。

“4. 若责任国际组织不秉诚履行解决争端程序, 第 3 款即不适用。

⁶² 同上, 第 153 至第 156 页。

⁶³ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克), 判决, 《1997 年国际法院汇编》, 第 56 页, 第 85 段。

⁶⁴ 《大会正式记录, 第六十二届会议, 第六委员会》, 第 21 次会议 (A/C.6/62/SR.21), 第 92 段。

“条款草案第56条 终止反措施”

“一旦责任国际组织按照第二部分履行其与国际不法行为有关的义务，即应尽快终止反措施。”

56. 关于在第46条含义范围内没有受到伤害的国家或国际组织可能对责任国际组织采取的措施，有两个不同问题。第一个需要审查的问题与国家对国际不法行为的责任条款第54条所审议的问题类似。⁶⁵ 该条款指出，一个国家即使没有受到伤害，但如果该国有权援引国际责任，则关于反措施的一章不妨碍该国采取“合法措施”的权利。该条款涉及本草案第51条提到的那一类国家。

57. 由于国家对国际不法行为的责任条款第54条是一个“不妨碍”条款，因此，当审议一个尽管没有受到伤害但有权援引国际责任的国家可能对一个责任国际组织采取的措施时，如果要进一步深究，显然将超越本研究的宗旨的范畴。这方面的唯一选择是重述国家责任条款的内容。不过可以指出，只要这些措施本身是合法的，就没有必要指出采取这些措施的权利不受妨碍。

58. 本草案第51条设想了一种可能性，即在某些条件下，一个国际组织即使第46条含义范围内没有受到伤害，也可以援引另外一个国际组织的责任。实践中有几个没有受到伤害的国际组织对责任国采取措施的实例。这种做法大部分来源于欧洲联盟。例如，在上文（第33段）提到的关于“缅甸严重和系统地侵犯人权的情况”的声明之后，欧洲联盟理事会禁止“向缅甸出售、供应和出口可能被用于在国内镇压恐怖主义的装备”。⁶⁶ 在某些情况下，欧洲联盟采取的措施不符合欧盟对责任国承担的义务。之所以被认为合理，是因为该国先有违背国际义务的行为。⁶⁷

⁶⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第157页。

⁶⁶ 《欧洲共同体公报》（见上文脚注40），第29页。

⁶⁷ 例如，（欧共体）理事会条例中，有一部分内容要求暂停进口来自阿根廷的所有产品，就属这种情况，《欧洲共同体公报》，L 102号，第25卷（1982年4月16日），第1页。Ehlermann 对国际组织在没有受到“伤害”时也可就违背对整个国际社会的义务的行为采取反措施的观点进行了辩护，前引文，第104页至第105页；Pierre Klein，前引书，第401页；和 Rey Aneiros，前引书，第166页。

59. 举例说明一个国际组织在类似情形下对另外一个国际组织采取的措施是比较困难的。这不一定意味着“不妨碍”条款不应提到在本草案第46条含义范围内没有“受到伤害”的国际组织所采取的措施。不能排除一个国际组织对另外一个国际组织采取反措施的可能性。此外，欧洲联盟最近声称，“如果一个国际组织有法定职能保护某项利益，而另外一个国际组织违背了以此利益作为基础的义务，则前一个国际组织有权对后一个国际组织采取反措施”。⁶⁸ 欧洲联盟把这种义务定义为“对整个国际社会的义务”。因此，人们不能认为一个未受到违背义务行为伤害的国际组织对另外一个应对违背行为负责的国际组织采取措施的可能性微乎其微。这证实，最好把国际组织列入采取“合法措施”的权利不受反措施相关章节妨碍的那类实体的范围。

60. 在本背景下将要讨论的第二个问题属于不同的性质，涉及一国际组织成员因已向该组织移交对某些事务的管辖权因而无法采取有效反措施的情形。欧洲共同体法院谈到世贸组织体系内的报复问题时，以下列方式描述了这种情形：

一个经适当授权可在其管辖领域内采取相互报复措施的成员国认为在《服务贸易总协定》或《与贸易有关的知识产权协议》所覆盖领域内采取措施无效时，在没有密切合作的情况下，根据共同体的法律，该成员国无权在商品贸易领域内进行报复，因为该领域无论如何看均属于[欧共体]《条约》第113条[现第133条]所规定的共同体专属管辖范围。反过来，如果共同体有权在商品部门进行报复但却无力行使这一权利，那么在没有密切合作的情况下，根据法律，它将无法在《服务贸易总协定》或《与贸易有关的知识产权协议》所覆盖的领域内进行报复，因为这些都是成员国的管辖范围。⁶⁹

由于根据世贸组织协议，欧洲共同体及其成员国得到了不同的权利和义务，体现欧共体法律所规定的各自的管辖权，法院所设想的情形就成了现实。这种情形也发生在世贸组织协议的一个缔约国打算对欧共体或其一个或多个成员国实施的违背行为采取反措施这种相反情况下。此事出现在欧洲共同体香

⁶⁸ A/CN.4/593号文件，F2节（转载于本卷）。

⁶⁹ 第1/94号意见，《1994年欧洲法院汇编》，第I-5421页，第109段。

蕉进口、销售和分配案中，只是没有进行讨论。在该案中，厄瓜多尔获准针对欧洲共同体实施的一个违背行为，暂停履行对其成员国的某些义务。⁷⁰

61. 如果一个没有受到伤害但有权援引责任的国家或国际组织打算对责任国际组织采取措施，可能会出现类似问题。然而，鉴于“不妨碍”条款规定了在那些情形下采取措施的权利，无需再询问国家或国际组织届时能否要求其所在国际组织对责任组织采取措施，或是一个国际组织可否要求其成员采取措施。

62. 讨论一个国际组织代表受伤害成员采取反措施的可能性时，主要讨论的是成员国间存在牢固的经济一体化形式的组织，尤其是欧洲联盟。⁷¹ 如果成立这样一个组织涉及把对经济事务的专属管辖权移交给该组织，那么，其成员在受到伤害时将无法采取反措施，至少是有效的反措施。难以推定的是，通过对经济事务的专属管辖权移交给一个组织，各国意在放弃采取可影响到那些事务的反措施的任何可能性。这将意味着一个受到伤害的成员可通过该组织采取措施，即要求该组织代表它采取措施。该组织之后要么答应这一要求，要么根据其规则拒绝采取行动。关于一个组织在这些情形下可能采取的措施，第54条规定的相称要求至关重要。

63. 为了界定将有权代表成员采取反措施的国际组织，人们可以参照区域经济一体化组织的概念。

《保护臭氧层维也纳公约》⁷² 第13条以及后来的一些条约中都曾使用这一概念。如果参照区域经济一体化组织的想法可以接受，那么就必须在关于用语的第2条中列入一个定义。

64. 尽管有理由允许一个国际组织的受伤害成员通过该组织采取反措施，但似乎没理由承认一个组织可通过其成员在其管辖领域以外采取反措施。

65. 另外，在相反的情况下，如果责任不在一个国际组织而在其一个成员，也难以承认受害国可对该组织采取措施。如果认为在只有一个成员负有责任的情况下受害国便可把该组织作为目标，那么采取反措施的国家将因其自由选择权而能够对没有实施违背行为的国际组织产生影响。类似的考虑适用于只有国际组织负有责任而受害国打算把该组织的一个成员作为目标的情况。

66. 这里审议的两个问题可以按下列方式分两款处理：

“条款草案第57条 受害国或国际组织以外的
实体采取的措施

“1. 本章不妨碍依第51条第1款有权援引另一国际组织责任的任何国家或国际组织，对该另一国际组织采取合法措施，以确保停止该违背义务行为并使受害方和被违背义务的受益人得到赔偿。

“2. 如果一受害国或国际组织已将对某些事务的管辖权移交其所属区域经济一体化组织，在受害成员提出要求时，该组织可代表受害成员对责任国际组织采取影响到那些事务的反措施。”

⁷⁰ 见上文第30段。Heliskoski 就所讨论的方面对此案做了分析，前引书，第220至第221页。

⁷¹ Pierre Klein (前引书，第400至第401页)认为，鉴于国际组织一体化的程度，移交权利将使该组织有理由在成员国受到伤害时采取反措施。类似观点见 Ehlermann, 前引文，第106页和 Meng, “Internationale Organisationen im völkerrechtlichen Deliktsrecht”, 第350至第354页。根据 Verhoeven, “Communautés européennes ...”, 第88至第90页，一个国际组织将无权采取措施，但可执行这类措施。

⁷² 第1条，第6段载有下列定义：“‘区域经济一体化组织’是指由某一区域的一些主权国家组成的组织，它有权处理本公约或其议定书范围内的事务，并已按照其内部程序获得正式授权，可以签署、批准、接受、核准或加入有关的文书。”

国际组织的责任

[议程项目 3]

A/CN.4/593 和 Add.1 号文件

从国际组织收到的评论和意见

[原文：英文和法文]

[2008 年 3 月 31 日和 4 月 28 日]

目 录

	段 次	页 次
本文件引用的多边文书		34
导言	1-2	34
从国际组织收到的评论和意见		35
A. 一般性意见		35
1. 欧洲联盟委员会		35
2. 国际海事组织		35
B. 国际组织的责任的内容——一般性原则		35
1. 欧洲联盟委员会		35
2. 禁止化学武器组织		35
3. 世界卫生组织		36
C. 损害的赔偿——一般性意见		36
1. 欧洲联盟委员会		36
2. 禁止化学武器组织		36
3. 世界卫生组织		36
D. 条款草案第 43 条——确保有效履行赔偿义务		37
1. 欧洲联盟委员会		37
2. 国际海事组织		37
3. 国际移民组织		37
4. 禁止化学武器组织		37
5. 世界卫生组织		37
6. 世界贸易组织		37
E. 严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务		38
欧洲联盟委员会		38
F. 国际法委员会第五十九届会议工作报告第三章 D 节提出的具体问题		38
1. 一国际组织在另一组织违背了对整个国际社会承担的一项义务的情况下援引有关责任		38
(a) 欧洲联盟委员会		38
(b) 国际移民组织		38
(c) 禁止化学武器组织		38
(d) 世界卫生组织		39
(e) 世界贸易组织		39

2. 国际组织诉诸反措施	39
(a) 欧洲联盟委员会	39
(b) 国际移民组织	39
(c) 禁止化学武器组织	40
(d) 世界卫生组织	40
(e) 世界贸易组织	40

本文件引用的多边文书

来源

《专门机构特权和豁免公约》[英](1947年11月21日, 纽约)	联合国,《条约汇编》, 第33卷, 第521号, 第261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。
《马拉喀什建立世界贸易组织协定》[英](1994年4月15日, 马拉喀什)	同上, 第1867卷, 第31874号, 第3页。

导言

1. 2003年, 国际法委员会第五十五届会议请秘书处每年将其报告中与“国际组织的责任”专题相关的部分送交各国际组织作出评论。¹ 根据这项请求, 选邀了若干国际组织对委员会2003年、2004年、2005年、2006年和2007年报告的相关部分提出评论意见。² 最近, 委员会征求了对其2007年报告³第八章以及该报告第29段和第30段⁴所述特别关心的问题的意见。

2. 截至2008年4月15日, 共收到下列六个国际组织的评论(括号内为提交日期): 欧洲联盟委员会(2008年2月18日)、国际海事组织(2007年12月14日)、禁止化学武器组织(2008年1月11日)、世界卫生组织(世卫组织)(2008年3月28日)、世界贸易组织(2008年2月18日)和国际移民组织(2008年4月15日)。下文按专题分列, 转载了这六个国际组织的评论。

¹ 《2003年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第23页, 第52段。

² 2007年5月1日以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; 《2006年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/568和Add.1号文件及《2007年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/582号文件。

³ 《2007年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。委员会迄今为止暂时通过的国际组织的责任条款草案案文见同上, 第343段。委员会第五十九届会议通过的条款草案案文及其评注见同上, 第344段。

⁴ 同上。第29段和第30段内容如下:

“29. 委员会欢迎各国政府和国际组织就条款草案第31条至第45条, 特别是条款草案第43条提出评论和意见, 第43条的内容是, 责任国际组织的成员有义务按照该组织的规则采取一切适当措施, 使该组织能够有效履行其赔偿义务。

“30. 委员会还欢迎各国政府和国际组织就以下两个问题提出意见, 这两个问题将在下一份报告中探讨:

“(a) 国家对国际不法行为的责任条款第48条规定, 在一国违背对整个国际社会承担的义务情况下, 各国有权要求责任国停止国际不法行为, 履行向受害国或被违背义务之受益人提供赔偿的义务。如果一个国际组织违背了对整个国际社会承担的义务, 所有其他组织或部分组织是否有权提出类似要求?

“(b) 如果受害国际组织准备采取反措施, 在国家对国际不法行为的责任条款第49条至第53条所列限制之外, 是否还应规定其他限制?”

从国际组织收到的评论和意见

A. 一般性意见

1. 欧洲联盟委员会

同往年一样，考虑到国际组织种类繁多，欧洲共同体本身就是个例子，欧洲联盟委员会对把所有国际组织都归于该草案名下是否可行颇表关切。

2. 国际海事组织

一般来说，尚不清楚条款草案如何适用于该组织从事的活动（制定条约和技术合作）。如没有具体情况表明如何适用这些条款，将难以就涉及本组织（作为一个国际组织）的问题提出更具体的评论意见。

B. 国际组织的责任的内容——一般性原则

1. 欧洲联盟委员会

1. 欧洲联盟委员会完全赞同有关国际责任内容的一般性原则。同国家一样，国际组织也有义务停止不法行为，作出不再重复的适当保证，并充分赔偿国际不法行为造成的伤害。欧洲共同体的解决争端做法尤其证明，它承认对违反合同义务的行为所承担的国际责任。

2. 例如，欧共体会对世界贸易组织争端解决机构的决定作出例行答复，以便按照《解决争端谅解书》所载各项规则，使欧共体措施与所涉协定产生的义务相一致。¹ 按照世界贸易组织要求调整国内立法后，欧洲共同体势必要求世界贸易组织伙伴停止对其适用报复性措施。应欧洲共同体申请，世界贸易组织的一个小组最近就继续中止案发表了两份报告，解释了对世界贸易组织所有成员均具约束力的相关规则。²

¹ 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》，附件2（《关于争端解决规则与程序的谅解》）。

² 小组2008年3月31日的报告：《美国——继续中止履行对欧共体的某些义务——荷尔蒙争端》，WT/DS 320R，《加拿大——继续中止履行对欧共体的某些义务——荷尔蒙争端》，WT/DS 321R。

3. 另外，欧共体同意《联合国海洋法公约》附件九关于“责任”的第六条，这表明欧共体接受充分赔偿的原则。不过，迄今未见有任何判例法解释该条款。智利在箭鱼案³中针对欧洲共同体提出的一项申请目前已被搁置到2008年12月31日。⁴

³ 养护和可持续开发箭鱼种群案（智利/欧洲共同体），2000年12月20日的决定，《2000年国际海洋法法庭汇编》，第148页。

⁴ 同上，2007年11月30日的命令，《2005-2007年国际海洋法法庭汇编》，第128页。

2. 禁止化学武器组织

1. 国际组织的责任条款草案第31条至第45条提及国际组织实施国际不法行为所产生的法律后果。

2. 从条款草案案文来看，可以认为，实施国际不法行为的国际组织有三项主要义务：第一，履行被违背义务的责任不受影响；第二，国际组织必须停止实施该不法行为；第三，国际组织必须保证和承诺不再重复这一行为。

3. 关于条款草案第33条(b)项和第40条，为了作出不再重复的适当保证和承诺，可以要求该组织酌情提供具有说服力的证据，证明它致力于确保国际不法行为不再发生。这里可以提及拉格朗案，¹ 国际法院在谈到一国不履行领事义务的情况时指出，“道歉是不够的”。² 法院认为，“如一国在本法院诉讼中一再提及目前为履行特定条约义务而从事大量活动，则此举即表示承诺将这方面的工作坚持到底。”³ 这种考虑应与目前讨论的关于国际组织和国家保证和承诺不再重复不法行为的情况有关。

¹ 拉格朗案（德国诉美利坚合众国），判决，《2001年国际法院汇编》，第466页。

² 同上，第512页，第123段。

³ 同上，第512页至第513页，第124段。

3. 世界卫生组织

1. 关于条款草案第35条第2款，注意到一个组织的规则可对国际组织对其成员国和成员组织承担的责任产生影响。世界卫生组织同意这一表述；不过，除了运用组织的规则外，我们认为还有一项更普遍的原则，以不容反悔的方式，规定组织成员一旦投票赞成一项授权或要求该组织从事某些活动的决定，就不得声称该组织根据此要求采取的行动违背其国际义务。

2. 条款草案第36条评注指出，违反“有关雇用问题的国际法规则”的行为，就是国际组织对国家和其他组织以外的实体承担责任的一个例子。我们认为这项表述相当模糊，范围太大。如世界卫生组织上次报告和其他组织所述，我们无法同意把适用于一个组织的官员雇用规则当作国际法规则。这一表述没有实例为证，也与组织法律制度内的这些规则的内部性质不符。

C. 损害的赔偿——一般性意见

1. 欧洲联盟委员会

1. 特别报告员在讨论关于赔偿问题的条款草案第34条时指出，常设国际法院在霍茹夫工厂案¹中阐明的充分赔偿的根本原则应同样适用于国际组织。他认为，豁免国际组织对其国际不法行为所产生后果的赔偿责任将是荒唐的，因为这等于说，国际组织将有权无视国际法规定的义务（《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/583号文件，第22段）。

2. 虽然结果显而易见的，但是人们可能会对确切的基本推理感到疑惑。看来，国际组织违背义务的行为也会产生赔偿责任，因为国际组织首先是

作为国际法的主体而被允许参加国际关系的。换言之，对不法行为进行赔偿的义务与按照国际法采取行动的能力相对应，亦即没有责任就没有权力。从这一角度来看，如果一类行为体（国家）的国际不法行为将面临比另一类行为体（国际组织）更加严厉的法律后果，那的确是荒唐的。因此，赔偿义务之所以正当，原因在于国际法所具有的性质和职能，国际法是旨在以非歧视方式对主体行为进行管理的法律制度。

2. 禁止化学武器组织

1. 第34条至第40条涉及损害赔偿。正如国家对国际不法行为的责任条款（见大会第56/83号决议，附件）所规定，国际组织的责任条款草案也确定了国际不法行为的三种赔偿形式，即恢复原状、补偿和抵偿。

2. 条款草案案文考虑到了下列主张：实施有关违背行为的国际组织的首要责任是恢复违背行为发生前的原状。但是，如果实际上不可能恢复原状或恢复原状不成比例，该组织必须提供道义或物质补偿。条款草案第40条第1款指出，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损失，“如果这种损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿”。从表面上看，条款草案规定的三种赔偿形式之间存在先后次序，即恢复原状、赔偿和抵偿。因此，如果无法恢复原状，实施违背行为的组织应该予以赔偿；如果既不能恢复原状，又不能赔偿，那么抵偿就将成为违背行为的法律后果。

3. 世界卫生组织

条款草案第34条的评注指出，有时国际组织会作出恩惠性赔偿，因为它们不愿承认赔偿是基于自身的国际责任。这种说法一般说来可能是正确的，但应指出，世卫组织曾作出过恩惠性赔偿，当时，根据组织适用规章，并不存在赔偿的法律基础，但该组织认为出于人道主义或公平原因，应当进行赔偿。因此，这种赔付不是为规避责任而采取的理赔形式，反而是与组织责任并无关联的自愿赔付。这方面的例子包括向参加世卫组织协调开展的脊髓灰质炎接种活动的伤亡志愿者提供的赔付。在这种情况下，世卫组织并不承担对这些

¹ 霍茹夫工厂案，案情，1928年第13号判决，《常设国际法院汇编》，A辑，第17号，第47页。

伤亡进行赔偿的合同义务，赔付是出于人道主义原因。

D. 条款草案第43条——确保有效履行 赔偿义务

委员会第五十九届会议暂时通过的条款草案第43条案文如下：

第43条 确保有效履行赔偿义务

责任国际组织成员必须按照有关组织规章采取一切适当措施，向该组织提供有效履行本章之下义务的手段。

1. 欧洲联盟委员会

该条原则是可以接受的，措辞似乎也令人满意，但问题是这一新的条款草案的位置是否恰当。目前，作为条款草案第43条，其位置是关于损害赔偿的第二章的末尾。第二章的主要议题是赔偿的不同形式、利息和减轻的情节。但是，也可以把成员国的这项额外义务看作是第一章范围内的一项一般原则。如果采纳这一观点，更为恰当的做法将是把条款草案第43条的案文作为条款草案第34条的新的第3段。由此产生的后果是，需对案文稍加修改：如果要把这项规定挪到第一章，就必须删除条款草案第43条提及的“本章”。

2. 国际海事组织

拟议条款将把“国家对国际不法行为的责任”条款草案（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段）的范围扩大到“国际组织的责任”。需要提出评论意见的（条款草案第43条）主要规定涉及“确保有效履行赔偿义务”[……]。我们的理解是，当发现有关国际组织违背了一项国际义务（即该组织的机关或代理的行为“不符合该义务对它的要求，而不论该项义务的起源或特性为何”）时，该条款即具有效力。关于限度问题，我们希望澄清：(a) 将采用何种程序来确定违背行为已经发生；(b) 如何确定赔偿的额度/形式；以及(c) 这一情况与《专门机构特权和豁免公约》（第39条评注在谈及1960年代刚果境内的活动时曾经提及，但没有结合拟议条款作出解释）有何联系。

3. 国际移民组织

列入条款草案第43条是合理的，这没有问题，但应当重新考虑其准确位置。考虑到本条款草案的结构，将其作为第34条第二或第三款会更合逻辑。

4. 禁止化学武器组织

关于条款草案第43条，我们认为，在条款草案中规定成员国有义务采取一切适当措施以使组织能够有效履行义务的做法虽然可取，但实际上构成国际法的逐渐发展。因此，似宜考虑这类适当措施包含哪些内容，相关组织的组成文件没有提及这一点的情况下尤其如此。可以想象，这种措施包括赋予相关组织在其认为必要时要求成员国提供捐助的权利，以及明确提及成员国有义务在财政上予以合作，以使组织能够对实施的不法行为进行适当赔偿。

5. 世界卫生组织

世界卫生组织支持按照起草委员会核准案文，列入条款草案第43条。虽然原则上国际组织的成员对该组织的行为不承担剩余责任，但在实践当中，国际组织可能会发现在就违背国际义务的行为进行赔偿时，缺乏必要的财政资源。产生这种情况的主要原因是，国际组织采用成员摊款和一般指定用途的自愿捐款的方式来筹措经费。因此，一个提醒成员承诺帮助组织履行国际义务的解释性条款无疑是有益的。

6. 世界贸易组织

1. 条款草案第43条述及责任国际组织的成员有义务根据该组织的规则，采取一切适当措施，使组织能够有效履行赔偿义务。关于这一条，考虑到委员会报告所载评论，我们提出下列意见：

2. 我们倾向于支持草案的当前案文，而非脚注441¹中的拟议案文。主要原因是，本组织具有“成员

¹ 见《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），脚注441。脚注内容为：“一些委员提出、讨论并支持了下列案文：‘责任国际组织应按照其规章采取一切适当措施，确保其成员向该组织提供有效履行本章之下义务的手段。’”

驱动”性质；据此，本组织的总干事和秘书处在成员赋予的有限的执行权之外启动世界贸易组织行动的权力十分有限。我们认为，一种义务，比如向一国或另一国际组织作出财政赔偿的义务，将需得到我们成员的事先同意。在世界贸易组织实施了不法行为的情况下，对我们成员具有直接约束力的义务，将可能更好地确保采取行动，对不法行为的后果进行赔偿。我们注意到评注的内容，特别是第6和第7项的内容，但我们也关切地注意到，如果组织内部规章中没有明示规定弥补不法行为后果的义务，就可能会有人援引条款草案第43条中“按照组织规章”一语来限制成员的义务。

E. 严重违背依一般国际法强制性规范 承担的义务

欧洲联盟委员会

1. 特别报告员提出一种观点，当国际组织的国际不法行为严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务时，国际组织面临的后果应当与国家相同。出于上文所述同样的原因，这一类推在理论上的确是站得住脚的。

2. 在这方面，一个棘手的问题是，条款草案是否应该特别强调一个国际组织的成员国有义务制止该组织的违背行为。很难制定一项对一国际组织所有成员均同等适用的规则，不过，在特定机构批准了被指称的不法行为的情况下，只有该机构的成员方可采取适当的补救行动。因此，特别报告员完全有理由不尝试在条款草案中规定责任组织的成员应承担的具体义务（《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/583号文件，第58段），而是将这一问题留给组织的有关规则处理。

3. 最后，国际组织也（像国家一样）有义务不承认一项严重违背行为所造成的情形为合法（条款草案第45条第2款）。在这方面，特别报告员正确地提到欧共体及其成员国1991年发表的宣言。应当指出，这是该国际组织及其成员（而不仅是其成员国，特别报告员的提法有误（《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/583号文件，第64

段）就当时特定情况的一项联合声明。因此，该声明也构成欧洲共同体作为一个国际组织的实践的一部分。

F. 国际法委员会第五十九届会议工作报告 第三章 D 节提出的具体问题

1. 一国际组织在另一组织违背了对整个国际社会承担的一项义务的情况下援引有关责任

(a) 欧洲联盟委员会

1. 在一国际组织违背了对整个国际社会承担的一项义务的情况下，原则上，其他组织应当有权要求责任组织停止国际不法行为，并向受害人或被违背义务的受益人履行赔偿义务。

2. 另见关于反措施的意见。

(b) 国际移民组织

可先验性地把国家对国际不法行为的责任条款（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段）第48条转用于国际组织的责任条款草案；不过，委员会最好能以一些具体例子来阐释其要点。

(c) 禁止化学武器组织

1. 根据国家对国际不法行为的责任条款（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段）第48条，只有“受害国”可以要求停止国际不法行为，并要求承诺和保证不重复，以及履行赔偿义务。相反，受害国以外的国家不能要求以恢复原状或补偿的形式进行赔偿。我们认为，国际组织的情况颇为不同，它们的地位比国家受到更多限制。对于国际组织而言，其针对违背对整个国际社会承担的义务之行为援引责任的能力，可能取决于其组成文件所规定的组织的活动范围。因此，只要是影响到了其组成文书规定的任务授权，每一个“有关”国际组织均有权援引责任，并要求停止不法行为。关于索赔问题，有关组织只有在其可被认为是“受害方”的情况下，方可要求恢复原状或者补偿。

2. 另外, 这个问题仅涉及其他国际组织援引一国际组织的责任的能力。然而, 国家虽不同于“其他国际组织”, 似乎也没理由说国家不能援引一个国际组织的责任。

(d) 世界卫生组织

首先, 难以想象一个国际组织会违背国家责任条款(《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第30页, 第76段)第48条意义上的对整个国际社会所承担的义务。但是, 如果这种情况确实发生, 则其他国际组织是否可以要求停止该行为、不重复和履行义务, 这取决于有关组织的适用规则。与国家不同, 国际组织是其成员建立的, 为实现共同利益而履行其规则所定若干职能的功能性实体。国际组织是否可以采取某些行动, 甚至是针对第48条所设想的违背国际义务行为采取行动, 将取决于这些规则是否适用。当然, 这些规则也包括其主管理事机构的决定。世界卫生组织注意到, 其他组织也就条款草案第45条发表了类似意见。

(e) 世界贸易组织

1. 委员会2007年报告第30(a)段提出了一个问题, 即如果一个国际组织违背了其对整个国际社会承担的一项义务(见上文第1段), 所有其他组织或部分其他组织是否有权要求停止该国际不法行为, 并要求赔偿受害国或被违背义务的受益人。对此, 我们简要评论如下:

2. 虽然从法律上讲, 在此情况下没有特定理由表明不能将对国家适用的制度适用于国际组织, 但是我们感到关切的是, 与国家责任条款(《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第30页, 第76段)第48条类似的条款可能对国际组织执行其任务以及它们在执行这些任务的过程中一旦违背国际法是否能够继续生存产生何种影响。多重索赔的风险的确存在, 这可能会影响到这些国际组织在复杂法律环境中发起新行动的意愿, 以免遭致大量法律索赔。此外, 多重索赔可能会挤占国际组织本应用于其原有任务的资源。

3. 我们普遍认为, 由于国际组织的设立通常是为了促进共同目标, 因此, 它们被视为负有责任的

情况, 或者它们可能面临索赔或反措施的情况, 都应当比国家违背国际义务的情况下受到更多限制。不过, 由于目前的条款草案只是泛泛规定, 要做到这一点可能不是很容易。

2. 国际组织诉诸反措施

(a) 欧洲联盟委员会

1. 针对违背对整个国际社会承担的国际义务的行为采取反措施的权利, 与国际法的分散执法的概念密切相关。由于缺乏中央机构, 国际社会作为一个整体不能自行采取行动, 只有国际社会各成员, 方可为国际社会的利益并代表国际社会对违背者采取行动。在欧洲联盟委员会看来, 这一权利原则上属于国际社会所有成员, 包括作为国际法主体的国际组织。但与此同时, 国际组织只是依照其章程履行特定职能和保护特定利益而已。在被违背义务所涉事项不属于该组织的权力和职能范围时, 没有令人信服的理由允许该组织采取分散的强制性行动。例如, 很难想象因为一个军事同盟违背了可能对整个国际社会承诺的对国际人道主义法的一项根本保证而允许一个技术性运输组织制裁该军事同盟。因此, 似乎应当将一个国际组织对另一个国际组织采取反措施的权利局限于前者有保护后者所违背义务之相关利益的法定职能的情况。

2. 总之, 欧洲联盟委员会认为:

[……](b)一个受害国际组织若有意诉诸反措施, 应当受到比国家对国际不法行为的责任条款(《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第76段)第49条至第53条所列限制更多的限制, 即它只能在其拥有保护被违背的对整个国际社会承担的义务所涉利益的法定职能的情况下, 方可诉诸反措施。

(b) 国际移民组织

一组织诉诸反措施的可能性应视其组成文书及其理事机构通过的其他明确规范中是否有此类权利而定。借助默示权力的概念为采取反措施辩护可能会导致滥用, 除非承认国际习惯法中存在特定反措施, 且国际组织亦可加以援引。

(c) 禁止化学武器组织

目前无评论。

(d) 世界卫生组织

在诉诸反措施的问题上，国际组织将在原则上与国家一样，受到国家对国际不法行为的责任条款（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页，第76段）第49条至第53条所述限制的制约。尽管一般情况如此，在实践中，某些规定似乎很少与国际组织有关，尤其是关于不受反措施影响的义务的第50条中的规定。考虑到其特殊地位、任务性质和监督机制，国际组织似乎不大可能会违背这些义务。

(e) 世界贸易组织

关于委员会2007年报告第30(b)段提出的有关反措施的问题，我们只想指出，在一些情况下，国际组织本身无法采取反措施，只能允许其成员采取这类反措施。在一些情况下，这种反措施可能会违背成员根据国际组织规则所承担的义务，可能需要特别减损。即使某一特定条约允许采取反措施，这类措施也可能违背其他国际义务，因此，有可能使授权采取这种反措施的组织 and 实施这类反措施的国家产生赔偿责任。我们一般也认为，如果国际组织对其他国际组织采取反措施会挤占该组织本应用于其原有任务的资源，则不应让国际组织这么做。

共有的自然资源

[议程项目 4]

A/CN.4/591 号文件

特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源：跨界地下水的第五次报告

[原文：英文]

[2008 年 2 月 21 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		41
导言	1-3	42
章次		
第一章 有关跨界含水层的工作与有关石油和天然气的工作间的关系	4-6	42
第二章 条款草案的最后形式	7-9	43
第三章 供二读的修订条款草案	10-41	44
A. 标题	11	44
B. 第 1 条 范围	12-14	44
C. 第 2 条 用语	15-19	45
D. 第 3 条 含水层国的主权	20	46
E. 第 4 条 公平合理利用	21	46
F. 第 5 条 公平合理利用的相关因素	22	46
G. 第 6 条 不对其他含水层国造成重大损害的义务	23-25	47
H. 第 7 条 一般合作义务	26	47
I. 第 8 条 数据和资料的经常性交流	27	48
J. 第 9 条 保护和保全生态系统	28	48
K. 第 10 条 补给区和排泄区	29	48
L. 第 11 条 防止、减少和控制污染	30-32	48
M. 第 12 条 监测	33	48
N. 第 13 条 管理	34	48
O. 第 14 条 已规划的活动	35	49
P. 第 15 条 与发展中国家的科学技术合作	36	49
Q. 第 16 条 紧急情况、第 17 条 武装冲突期间的保护、第 18 条 与国防 或国家安全有关的数据和资料和第 19 条 双边和区域协定和安排	37	49
R. 增加的条款	38	49
第四章 鸣谢	42	50
附件：跨界含水层法		51

本报告引用的多边文书

来源

《联合国海洋法公约》（1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾）

联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，
第 3 页。

《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》[英](1992年3月17日,赫尔辛基) 同上,第1936卷,第33207号,第269页。

《国际水道非航行使用法公约》(1997年5月21日,纽约)

《大会正式记录,第五十一届会议,补编第49号》,第三卷,第51/229号决议,附件。

导言

1. 国际法委员会在2006年第五十八届会议上读通过了关于跨界含水层法的19条款草案及其评注,并决定通过秘书长将其转发各国政府征求评论和意见,此类评论和意见应在2008年1月1日之前提交秘书长。委员会还征求了各国政府关于条款草案最后形式的看法。¹

2. 2006年和2007年大会第六委员会就委员会的报告进行辩论。其间,45国政府提出口头评论和意见。其中23个国家政府连续两年这样做。秘书长已收到八国政府的书面评论和意见,其中两个国家以

往没有提出过任何口头评论和意见。因此,委员会目前总共收到47国政府的评论和意见。2006年新当选的委员会委员也对条款草案作了评论。²特别报告员十分感谢所有这些评论和意见。

3. 特别报告员认为,各国政府的评论和意见大体上是表示赞成和支持的,而且鼓励委员会在条款草案一读案文的基础上,着手进行二读,同时提议对条款草案作出某些修订、增删,并改进评注。因此,特别报告员打算在本报告中,将重点放在供二读的拟议修订条款草案上。

¹ 《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第26段和第72至第73段。

² 见《2007年……年鉴》,第一卷,第2930次和第2931次会议。

第一章

有关跨界含水层的工作与有关石油和天然气的工作间的关系

4. 在等待各国政府就一读条款草案及其评注提出评论和意见时,委员会在2007年第五十九届会议上讨论了在委员会和第六委员会中经常提出的有关跨界含水层的工作与有关石油和天然气的工作两者之间的关系问题。特别报告员在给委员会的第四次报告³中认定,虽然无补给含水层与石油和天然气的自然条件之间有某些相似之处,但将为石油和天然气制定的大部分规章不能直接适用于含水层。因此,他建议委员会在不与委员会今后在石油和天然气方面的可能工作挂钩的情况下,继续并完成关于跨界含水层法的二读。他的建议得到了委员会的肯定回应。⁴

5. 各国政府口头或书面的评论和意见也论及这一方面。提出这方面评论和意见的国家政府绝大多数基于若干理由支持跨界含水层法不应与委员会今

后在有关石油和天然气问题的工作挂钩这一提议。⁵这些理由包括:含水层与石油和天然气之间的异大于同;含水层提供了人类一半以上的淡水需求,是人类赖以生存的一种资源;管理含水层的挑战,包括环境影响和结果以及商业考虑,与石油和天然气所面临的挑战大不相同;虽然石油和天然气对于经济和社会

³ 《2007年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/580号文件。

⁴ 见《2007年……年鉴》,第二卷(第二部分),第177段。

⁵ 见《大会正式记录,第六十二届会议,第六委员会》,第22次会议,瑞典代表北欧国家(A/C.6/62/SR.22),第31段;印度,同上,第38段;阿根廷,同上,第57段;危地马拉,同上,第72段;美利坚合众国,同上,第88段;马来西亚,同上,第23次会议(A/C.6/62/SR.23),第8段;加拿大,同上,第18段;匈牙利,同上,第39段;罗马尼亚,同上,第24次会议(A/C.6/62/SR.24),第18段;墨西哥,同上,第10段;刚果民主共和国,同上,第30段;希腊,同上,第41段;古巴,同上,第68段;俄罗斯联邦,同上,第81段;日本,同上,第91段;阿拉伯叙利亚共和国,同上,第93段;葡萄牙,同上,第104段;以色列,同上,第109段;巴西,同上,第110段;新西兰,同上,第25次会议(A/C.6/62/SR.25),第14段;印度尼西亚,同上,第33段;伊朗伊斯兰共和国,同上,第44段;泰国,同上,第56段;委内瑞拉玻利瓦尔共和国,同上,第62段;土耳其,同上,第65段;波兰,同上,第26次会议(A/C.6/62/SR.26),第18段。

会发展具有战略重要性，但并非“人类的基本需要”；能源的勘探、开采和利用是一项复杂的工作；收集和评估各国在石油和天然气方面的做法需要花费相对较长的时间；含水层条款草案并不一定适用于石油和天然气；最后，关于含水层的工作将有助于确定委员会今后可能就石油和天然气问题开展的工作的可能方向、内容和价值。但有一个国家的政府并不认为委员会提出的分开处理的理由令人信服。⁶ 另一国政府提议推迟到后一阶段再对采用不同的条款草案案文的问题作出最终决定。⁷ 还有一国政府虽然支持在二读时单独进行关于含水层的工作，但是强调，

⁶ 荷兰，同上，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第44段以及书面评论，A/CN.4/595和Add.1（转载于本卷），A.9节。

⁷ 乌拉圭，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第22次会议(A/C.6/62/SR.22)，第68段。

今后会难以避免有关一类资源的条款草案的工作影响到有关另一类资源的条款草案的工作，绝不要先验地拒绝在关于各类资源的拟订工作中可能存在的任何联系。⁸

6. 许多国家的政府虽然支持将跨界含水层的工作与石油和天然气的工作分开进行，但对石油和天然气的工作表达了自己的看法。这些看法中有支持委员会优先开始进行关于石油和天然气的工作的，也有反对进行这种工作的。特别报告员并不打算在本报告中讨论这一问题，因为可以等到完成含水层工作以后再进行讨论。

⁸ 波兰，同上，第26次会议(A/C.6/62/SR.26)，第19至第20段。

第二章 条款草案的最后形式

7. 根据委员会的要求，许多国家政府也对条款草案的最后形式表示了自己的看法。这些看法各不相同。一些国家政府赞成框架公约，认为这比示范公约、没有约束力的决议或仅仅是委员会的报告更有益。⁹ 但也有一些国家政府指出，如果倾向于框架公约，则必须谨慎行事，不要替代现有的双边或区域安排，也不要限制国家达成此类安排的灵活性。¹⁰ 另一些国家政府赞成没有约束力的大会宣言，在其中列出指导各国制定区域协定的一般原则；一套建议性原则，权威表述应在双边和区域层面遵循并产生实际效力的国际标准和最佳做法；或者一份以准则或一套示范原则为形式的不具约束力的文书。¹¹ 其中某些国家政府认为，通过一项公约，特别是该公约如果得不到批准或全面支持的话，反而会削弱条

⁹ 阿根廷，同上，第22次会议(A/C.6/62/SR.22)，第57段；捷克共和国，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），W.3节，第1段，和《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第23次会议(A/C.6/62/SR.23)，第57段；匈牙利，同上，第39段；葡萄牙，同上，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第104段。

¹⁰ 美国，同上，第22次会议(A/C.6/62/SR.22)，第88段。

¹¹ 中国，同上，第22次会议(A/C.6/62/SR.22)，第61段；乌拉圭，同上，第68段；美国，同上，第88段；加拿大，同上，第23次会议(A/C.6/62/SR.23)，第18段；以色列，同上，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第109段；巴西，同上，第110段；新西兰，同上，第25次会议(A/C.6/62/SR.25)，第15段；土耳其，同上，第65段。

款草案的作用。其他一些国家政府则表示，不应匆忙就条款草案的形式作出最后决定，而应推迟到二读后再说。¹² 还有一国政府提出，通过一项不具法律约束力的文书可能值得考虑，以此作为建立关于使用所有共有自然资源的充分法律制度的第一步。¹³

8. 各国政府的立场依然存在分歧，但特别报告员注意到，一些国家政府已经从支持一项有法律约束力的公约转向支持无约束力的文件。特别报告员认为，委员会的最终目标应该是力求达成一项有法律约束力的公约，因为跨界含水层法是《国际水道非航行使用法公约》的后续，而且对人类而言，含水层的问题与地表水一样重要，甚至更为重要。但在国际社会没有达成共识的情况下，期待在合理的短时间内实现这一目标是不现实的。人们还认识到，即便取得了共识，公约的编纂过程现在也比1950年代和1960年代需要长得多的时间。在全球面临水危机的情况下，需要紧急采取行动。因此，由有关各国在

¹² 危地马拉，同上，第22次会议(A/C.6/62/SR.22)，第71段；马来西亚，同上，第23次会议(A/C.6/62/SR.23)，第9段；波兰，同上，第26次会议(A/C.6/62/SR.26)，第20段。

¹³ 荷兰，同上，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第48段和书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），W.6节。

条款草案规定的原则基础上缔结双边或区域安排来应对这种局面的做法更为实际。

9. 因此，特别报告员认为，委员会最好遵循2001年为关于国家对国际不法行为的责任条款草案所采取的两步做法。¹⁴ 因此，特别报告员提议委员会审议向大会提出的以下建议草案：

¹⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29页，第72至第73段。

委员会按照其《章程》第23条，决定建议大会：

(a) 在一项决议中注意到关于跨界含水层法的条款草案，并将条款草案列为决议附件；

(b) 建议各国与有关国家在条款草案阐述的原则基础上，作出适当双边或区域安排，妥善管理其跨界含水层；

(c) 并在稍后阶段，视此专题的重要性，考虑是否可能召开一次谈判会议，审查条款草案，以期缔结一项公约。

第三章 供二读的修订条款草案

10. 特别报告员考虑到各国政府的评论和意见，提出载于本报告附件的修订条款草案，供委员会二读。特别报告员在审议各国政府的评论和意见时，更为重视这些政府在提交的书面材料和2007年的口头表述中表达的评论和意见，而不是其2006年口头表述中的评论和意见。条款草案的一读案文是按照不预先确定其最后形式的方式拟订的。但是，修订案文是以公约为形式的，因为在上文第9段中向大会提出的建议草案预见最终通过公约的可能性。修订条款草案全文载于本报告附件中。各国政府的评论和意见有很大部分与评注有关。评注的修订案文将在委员会通过条款草案最后案文后立即提交委员会。

A. 标题

11. 有人提议将标题改为“共有的国际含水层法草案”。¹⁵ “共有”一词曾是一个热烈讨论的主题，因为一些含水层国家认为该用语可能暗示对含水层的共同共有权。“国际”一词也曾受到反对，因为它可能暗示含水层的国际化。为平息这些担忧，委员会采用了“跨界”一词，因为该用语仅仅表述物理因素。英文中使用“跨界”一词是最合适的，不需要修订该标题。不过，特别报告员知道在将该用语译为其他语文、特别是阿拉伯文方面存在一些困难。需要努力找到适当的译法。

¹⁵ 阿拉伯叙利亚共和国，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第93段。

B. 第1条 范围

12. 有人提议将该条的起首部分修正为“本条款草案的目的是规范下列方面：”。¹⁶ 该提议版本将造成含混不清。目前的起首部分遵循了标准提法，应予保留。有人发表看法认为，条款草案仍未充分处理跨越国际边界、但与地表水资源没有水力联系或仅与完全位于一国境内的河流或湖泊存在水力联系的含水层或含水层系统的情况。¹⁷ 将第1条和第2条放在一起读，就应当清楚看到条款草案适用于所有跨界含水层和含水层系统，无论它们是否与任何地表水有联系。不过，特别报告员打算在评注中说明各种情况。

13. 一些国家政府对(b)项表示关切。它们担心，这种提法过于宽泛，可能对含水层地区内的活动造成不必要的限制。有提议认为，委员会应将相关活动限制为可能产生“重大影响”的活动，或者在确定这类活动的做法不可行的情况下将该项完全删除。¹⁸ (b)项被视作地下水科学家和管理者妥善管理含水层的一个不可或缺的因素。该项不应删除。但是，特别报告员打算在评注中详细确定相关活动，以平息这

¹⁶ 沙特阿拉伯，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），C.4节，第1段。

¹⁷ 印度尼西亚，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第25次会议(A/C.6/62/SR.25)，第34段。

¹⁸ 中国，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议(A/C.6/61/SR.14)，第6段；和巴西，同上，第85段；和《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第110段。

些国家政府的关切。另一项提议是，述及可能影响含水层的非含水层国家的活动。¹⁹ 特别报告员认为，应在其后关于各国权利和义务的条款草案中明确说明这些活动的实施者。

14. 有人提议增加一个新项，内容如下：

“(d) 确定利用共有地下水和含水层系统方面的优先事项。”²⁰

特别报告员理解，提议者的意图是作出关于利用方面优先事项的规定。要在不同的利用类型中先验地确定优先次序很难。应根据条款草案第5条作出决定。提出的另一条意见是，范围似乎仅包括淡水资源，应明确表明不包括盐水资源。²¹ 的确，特别报告员迄今仅谈及淡水资源。但是，存在一些在十分有限的情况下利用卤水（盐水）含水层的案例，即将盐水提取和淡化后用于灌溉。这将在评注中作出解释。还有人提议在整个条款草案中的“含水层系统”前重复“跨界”这一形容词。²² 特别报告员认为，将“跨界”这一形容词用于“含水层”和“含水层系统”的用意很明显。

C. 第2条 用语

15. 有一项提议是将(a)项修改为：“‘含水层’是指位于透水性较弱的地层之上或之下的含有承压水或非承压水的渗透性地下地质层组以及该地质层组饱和带所含之水。”²³ 特别报告员认识到承压含水层在提议者所在区域的重要性，看来正是这种重要性促使提议者提议插入“承压”和“之下”的用语。目前的含水层定义完全涵盖承压含水层。还要指出，地质层组必须总是位于透水性较弱的地层之上才能称作含水层。有许多方式来界定含水层。特别报告员

认为，目前的提法在科学上和技术上是正确的，在法律上也是准确的。还是关于(a)项，特别报告员提议删除“地质层组”前的“地下”一词，因为就其性质而言，“地质层组”仅存在于地下，即使其某些部分可能暴露于地表。

16. 关于(d)项，一国政府指出，有一项理解是，含水层、特别是以承压地下水为形式的含水层，也可见于在国家领土之外由国家管辖或控制的区域中，当委员会在条款草案二读期间审议条款草案对所有共有的自然资源的适用问题时，将不可避免地要再次审议“含水层国”的定义，并处理条款草案对可见于各国大陆架之下的共有自然资源、特别是石油和天然气的适用问题。²⁴ 特别报告员认为，将适用范围扩大到大陆架将使问题复杂化，他反对这一提议。如果A国和B国之间的跨界含水层延伸到两国或者A国或B国的大陆架，那么根据目前含水层国的定义，两国均属于含水层国。如果A国的国内含水层延伸到A国大陆架并同时延伸到B国大陆架，或者如果一个含水层仅位于两国大陆架内，则两国均不属于含水层国。条款草案是否应涵盖后一种情况的含水层？首先，含水层大多数位于陆地领土之下。此种含水层延伸到领海之外的情形是可能的，但相当罕见。仅见于大陆架的岩石储层通常含有石油和天然气，有时含卤水。因此，如果委员会将适用范围扩大到大陆架，实际上将把关于跨界含水层的工作与关于石油和天然气的工作挂钩。

17. 特别报告员希望提出以下关于“利用”用语的定义的新项，该用语在整个条款草案中经常出现：

“(d之二) ‘跨界含水层或含水层系统的利用’包括提取水、热能和矿物，及储存和处置任何物质；”

该新项仅列出最为人知的目前用途，不是穷尽性的。例如在储存和处置方面，目前有一项新技术，即利用含水层进行废物处理中的碳固存。它将确定何者构成可接受的“储存”和“处置”的责任留给有关含水层国。有一项理解是，许多国家实行的规章

¹⁹ 墨西哥，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议(A/C.6/61/SR.14)，第34段。

²⁰ 沙特阿拉伯，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），C.4节，第2段。

²¹ 奥地利，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第13次会议(A/C.6/61/SR.13)，第41段。

²² 荷兰，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），D.6节，第1段。

²³ 沙特阿拉伯，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），D.8节。

²⁴ 荷兰，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），D.6节，第2段。

禁止注入有毒、放射性或其他有害废物。评注应阐述这些方面。

18. 关于 (f) 和 (g) 项，一国政府提议在 (f) 项中的“雨水汇集区域”前加入“那一部分”一语，并在 (g) 项末尾增加“或者上流系统将地下水位永久保持在接近地表处的区域”。²⁵ 特别报告员理解这些提议的用意是为了澄清下列方面：补给区是指大量水通过土壤渗入含水层和/或地表水直接供入含水层的区域，排泄区在地表无水的情况下也可存在。这些是相当详细的技术性澄清，可在评注中适当解释。

19. 各条款草案中使用了“影响”、“环境影响”、“重大损害”、“严重损害”、“影响到”、“重大不利影响”和“有害影响”等类似用语。这些用语是仔细选定的，应根据使用该用语的条款草案的上下文来理解。它们的准确含义将在评注中阐明。

D. 第3条 含水层国的主权

20. 一些国家政府试图加强关于主权的方面，办法包括直接提及大会1962年12月14日第1803(XVII)号决议、加入新提法（“每一含水层国应按照本条款草案，出于第1条中规定的目的，对位于其领土范围内的跨界含水层或含水层系统之部分行使固有主权”）或者删除本条最后一句。²⁶ 另一些国家政府指出，主权还受到国际法规则和公认原则的规范，并在这方面强调国际合作原则和减轻原则。²⁷ 特别报告员认为，目前的提法体现了这些不同立场之间的适当平衡。

²⁵ 匈牙利，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议(A/C.6/61/SR.14)，第12段。

²⁶ 巴西，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第110段；中国，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议(A/C.6/61/SR.14)，第5段；古巴，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第65段；委内瑞拉玻利瓦尔共和国，同上，第25次会议(A/C.6/62/SR.25)，第63段；和土耳其，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），E.6节。

²⁷ 葡萄牙，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），E.5节，和《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议(A/C.6/61/SR.14)，第69段；俄罗斯联邦，同上，第18次会议(A/C.6/61/SR.18)，第69段。

E. 第4条 公平合理利用

21. 有些国家政府强调可持续性的概念，提议将“公平合理利用”替换为“公平可持续利用”。²⁸ 可持续性的概念并不宜适用于含水层，因为无补给含水层中的水是不可再生的资源，而且即便是有补给含水层中的水，与此类含水层储存的总水量相比，其补给水量也只是一小部分。关于(c)项，有人提议将“目前和将来的需要”改为“今世后代的需要”。²⁹ 这一改动可能会过度拉长时间跨度。还是关于(c)项，有人提议删除“替代水源”一词，因为地下水资源以及地表水资源均不可视为彼此的替代物，而且它们均已成为利用计划的一部分。³⁰ 特别报告员理解，在一个国家确立其整体水资源总利用计划时，上述论点是正确的。但是，应指出的是，(c)项中的利用计划只涉及跨界含水层，而不包括国内含水层和国际河流及其他与跨界含水层没有联系的水资源。因此，在制定这种计划时必须考虑替代水资源。有人提议新增一个(e)项，即“任何国家不得向任何其他国家全部或部分转让、租赁或出售其含水层利用权，无论后者是含水层国还是非含水层国”。³¹ 特别报告员认为，这必须留待各国自行决定。

F. 第5条 公平合理利用的相关因素

22. 有人提议将第1款(c)项改为“特定的利用模式与每个国家境内含水层或含水层系统自然特性之间的相容性”，并增加一个新项，以考虑到含水层的面积、范围、厚度和特性及地下水的流向。³² 新拟的第1款(c)项的版本更多涉及各种利用方式之间的先后主次问题，这不符合目前(c)项的目的，而与第2款更为相关。不能先验地给予某一种利用方式这种优先地位。后一提议则可在第1款(c)项的评注中详

²⁸ 古巴，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第64段；阿拉伯叙利亚共和国，同上，第95段；墨西哥，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议(A/C.6/61/SR.14)，第35段。

²⁹ 古巴，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第66段。

³⁰ 土耳其，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），F.9节。

³¹ 沙特阿拉伯，同上，F.7，第2段。

³² 同上，G.8节，第1段。

加阐述。有人提议删除第1款(g)项,其理由与提议删除第4条(c)项中的“替代水源”理由相同。³³特别报告员在上文第21段中就该提议发表的意见也适用于此处。此外,鉴于该条款草案将涵盖含水层利用以外的其他活动,亦有人提议增加另一因素,即任何现有和计划中的其他活动及其影响。³⁴条款草案第6条、第10条和第14条就其他活动作出了规定。特别报告员认为,很难看出这些活动在确定含水层的公平合理利用方面存在直接的相关性。不过,如果确有相关性,第1款(b)项可涵盖这一情况。还有人提议进行文字上的修改,以澄清第1款(d)项以及第2款中的“人类的基本需要”。³⁵特别报告员认为,在评注中对此加以澄清更好。

G. 第6条 不对其他含水层国造成重大损害的义务

23. 一些国家政府重申反对设置“重大”损害的高门槛。另一些国家政府则表示,对义务的范围、“重大损害”、“影响”、“适当措施”以及应决定将采取何种措施的当局必须予以澄清。³⁶这些都应在评注中加以阐述。另有一国政府提出第6条的备选案文如下:

1. 含水层国在本国领土内利用跨界含水层或含水层系统时,应适当注意防止对其他含水层国造成重大损害。

2. 含水层国在进行非利用跨界含水层或含水层系统、但影响或可能影响该跨界含水层或含水层系统的其他活动时,应避免通过该含水层或含水层系统对其他含水层国造成重大损害。

3. 如果仍对其他含水层国造成重大损害,因自身活动造成这种损害的含水层国应当注意到条款草案第4条和第5条的规定,同受影响国协商,设法消除或减轻这种损害。³⁷

特别报告员认为,这一新案文会减弱该条规定的义务。

24. 有一国政府提议条款草案第6条第2款的主体应是所有国家,而不是含水层国。³⁸特别报告员认为,只有当补给区或排泄区位于一非含水层国时,该非含水层国才可能通过跨界含水层对含水层国造成损害。而对这一情况,条款草案第10条已经作出规定。

25. 对条款草案第6条第3款中缺少一条关于补偿的规定,一些国家政府表示遗憾。³⁹有一国政府希望就不可逆损害、损害国的补偿义务、补偿方法以及主管当局的指定等问题作出明确规定。⁴⁰由于各国政府在这一问题上意见分歧,特别报告员打算在评注中阐述关于这一问题的法律框架。

H. 第7条 一般合作义务

26. 有一国政府提议从第1款中删除“善意”,因为“善意”一词不免让人担心各国可能善意地采取未同另一方商谈的措施,并可能对另一方的需要造成不利影响。⁴¹“善意”用于此处,不是作为逃避合作义务的一个借口,而在《国际水道非航行使用法公约》中与之对等的第8条第1款中也有此语。关于条款草案第7条第2款,有相左的提议,一是以“shall”(应)取代“should”(应当),另一个是将该款改为“含水层国应当积极考虑设立联合合作机制”。⁴²特别报告员建议保持目前的案文不变。

³³ 土耳其,书面评论, A/CN.4/595 和 Add.1 (见上文脚注 6), G.10 节。

³⁴ 荷兰,同上, G.6 节。

³⁵ 希腊,《大会正式记录,第六十一届会议,第六委员会》,第 15 次会议(A/C.6/61/SR.15),第 34 段;马来西亚,同上,第 48 段。

³⁶ 葡萄牙,书面评论, A/CN.4/595 和 Add.1 (见上文脚注 6), D.7 节,第 1 段;瑞典代表北欧国家,《大会正式记录,第六十二届会议,第六委员会》,第 22 次会议(A/C.6/62/SR.22),第 31 段;乌拉圭,《大会正式记录,第六十一届会议,第六委员会》,第 14 次会议(A/C.6/61/SR.14),第 80 段;希腊,同上,第 15 次会议(A/C.6/61/SR.15),第 35 段;罗马尼亚,同上,第 19 次会议(A/C.6/61/SR.19),第 59 段。

³⁷ 土耳其,书面评论, A/CN.4/595 和 Add.1 (见上文脚注 6), H.9 节,第 1 段。

³⁸ 荷兰,同上, H.7 节,第 2 段。

³⁹ 同上,第 139 段;匈牙利,《大会正式记录,第六十一届会议,第六委员会》,第 14 次会议(A/C.6/61/SR.14),第 10 段;古巴,同上,第 16 次会议(A/C.6/61/SR.16),第 11 段。

⁴⁰ 沙特阿拉伯,书面评论, A/CN.4/595 和 Add.1 (见上文脚注 6), H.8 节。

⁴¹ 捷克共和国,同上, I.3 节,第 1 段。

⁴² 同上,第 2 段;和中国,《大会正式记录,第六十一届会议,第六委员会》,第 14 次会议(A/C.6/61/SR.14),第 6 段。

I. 第8条 数据和资料的经常性交流

27. 没有任何要求修改此项条款草案的评论或意见。

J. 第9条 保护和保全生态系统

28. 有人提议，将此条款草案的范围从含水层国扩至所有国家。⁴³ 此条的目的是保护含水层内以及含水层外的生态系统。特别报告员打算澄清后一类生态系统的范围，以便决定是否应该要求非含水层国保护这种生态系统。另有人提议，在此条末尾添加“同时特别考虑人类的基本需要”。⁴⁴ 特别报告员认为，对此条中义务的减损，应遵循国际法一般规则，也就是要看是否出现了解除行为不法性的情况，而在特定条件下，这类情况可能包括人类的基本用水需要。

K. 第10条 补给区和排泄区

29. 没有任何要求修改此项条款草案的评论或意见。

L. 第11条 防止、减少和控制污染

30. 在此又一次出现了认为“重大损害”的门槛定得太高（见上文第23段）的评论。⁴⁵ 有一国政府提出，必须提到各国在水质出问题时应采用的程序，并提议在“共同防止、减少……”前面增加“采取所有措施，”的字样。⁴⁶ 特别报告员认为，目前的措辞在规定防止、减少和控制污染的义务方面更为清晰，对于程序性措施，较为适当的办法是在评注当中加以解释。另一个国家的政府提议把本条款草案的范围从含水层国扩大到所有国家。⁴⁷ 特别报告员的一个疑问是，非含水层国的领土内如果没有他国某个跨

界含水层的补给区或排泄区，那么在防止、减少或控制该含水层的污染方面是否能起任何作用。

31. 关于本条款草案的第二句，有人提议把“审慎态度”改为“审慎原则”⁴⁸，并把“审慎原则”的适用范围扩大到利用，为此对案文修订如下：“含水层国应在跨界含水层和跨界含水层系统的利用方面适用审慎原则”。⁴⁹ 特别报告员打算援引各种公约使用“审慎态度”和“审慎原则”的例子，并界定这两个用语的含义。特别报告员认为，含水层的利用本身是无害的，不应一定涉及采取审慎态度。

32. 为了更为突出“审慎态度”，特别报告员提议把本条第二句的措辞顺序 [英文本] 改动如下：

“Aquifer States shall take a precautionary approach in view of uncertainty about the nature and extent of transboundary aquifers or aquifer systems ...”

M. 第12条 监测

33. 有一项提议是对头两句作如下修改：“含水层国应监测其跨界含水层或含水层系统。含水层国应在适当情况下与其他有关含水层国联合开展监测活动，并与主管国际组织开展合作”。⁵⁰ 特别报告员并不认为这一提议有道理。还有一项提议是增加一款，指出含水层国在彼此协商之后，将制定监测目标，并在此基础上决定监测制度和监测参数。⁵¹ 特别报告员认为，可以在评注中阐明这一点。

N. 第13条 管理

34. 没有任何要求修改此项条款草案的评论或意见。

⁴³ 荷兰，书面评论，A/CN.4/595和Add.1号文件（见上文脚注6），K.2节。

⁴⁴ 土耳其，同上，K.3节。

⁴⁵ 瑞典代表北欧国家，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第22次会议（A/C.6/62/SR.22），第31段。

⁴⁶ 葡萄牙，书面评论，A/CN.4/595和Add.1号文件（见上文脚注6），M.6节。

⁴⁷ 荷兰，同上，M.5节，第1段。

⁴⁸ 见上文脚注45。

⁴⁹ 荷兰，书面评论，A/CN.4/595和Add.1号文件（见上文脚注6），M.5节，第2段。

⁵⁰ 土耳其，书面评论，A/CN.4/595和Add.1号文件（见上文脚注6），N.2节。

⁵¹ 泰国，《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第25次会议（A/C.6/62/SR.25），第55段。

O. 第14条 已规划的活动

35. 有一条提议是，在第1款明确提到“环境影响”，以使第2款与第1款保持一致。⁵² 有人指出，第1款所要求的评估仅限于可能对另一个国家产生的影响，其范围可能比环境影响评估小。根据第2款提供的通知必须附上这样的评估，如果还有环境评估，也应一并附上。同一个国家政府提议，应规定在有关国家协商和谈判期间不实施已规划的活动的义务。⁵³ 应回顾，普遍希望的做法是使程序性要求比《国际水道非航行使用法公约》的要求更简单。如果为不实施已规划的活动规定一段时限，那么，除非同时也对其他行为和不行为——例如对通知的答复、协商和谈判——规定时限，并提出其他程序性要求，否则将是不公平的。还与这方面有关的是，另一个国家的政府提议增加下面一段：“如果未在合理时间内达成任何协定，通知国可以行使其主权权利，实施已规划的活动，并尽最大努力减少不利影响”。⁵⁴ 同样与这方面有关的是，有一些意见表示，该规定将使受影响国家能够否决其他国家内的已规划活动；受影响国家即使没有得到关于所涉规划的通知，也应有权同实施已规划活动的国家进行协商；只有经实施已规划活动的国家同意，才能够为此处涵盖的活动建立法律制度。⁵⁵ 特别报告员认为，由于在这方面没有关于含水层的既定规则，这些程序性要求必须留待有关国家作出最佳判断。关于某些国家的政府寻求的“重大不利影响”的定义，⁵⁶ 将评注中讨论。

⁵² 荷兰，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），P.6节。

⁵³ 同上。

⁵⁴ 土耳其，同上，P.7节。

⁵⁵ 埃塞俄比亚，《大会正式记录，第六十一届会议，第六委员会》，第14次会议（A/C.6/61/SR.14），第90段；约旦，同上，第15次会议（A/C.6/61/SR.15），第14段；和俄罗斯联邦，同上，第18次会议（A/C.6/61/SR.18），第69段。

⁵⁶ 葡萄牙，书面评论，A/CN.4/595和Add.1号文件（见上文脚注6），D.7节，第1段。

P. 第15条 与发展中国家的科学技术合作

36. 有一条提议是，把本条起首部分第二句中的“应”改为“可”，因为“应”意味着义务。⁵⁷ 这句话非穷尽地列举了各种合作。可以将其改为：“此类合作除其他外包括……”。

Q. 第16条 紧急情况、第17条 武装冲突期间的保护、第18条 与国防或国家安全有关的数据和资料 和第19条 双边和区域协定和安排

37. 没有任何要求修改此四项条款草案的评论或意见。

R. 增加的条款

38. 这些条款草案如果如上文第9段向大会提出的建议草案所设想的那样，最终成为一项公约，则应包括关于同其他协定的关系的条款。特别报告员提出以下关于同其他公约的关系的条款草案，供委员会审议：

“第20条 同其他公约和国际协定的关系

“1. 本条款草案不应改变各缔约国根据与本条款草案相符合的其他公约和国际协定而产生的权利和义务，但以不影响其他缔约国根据本条款草案享有其权利或履行其义务为限。

“2. 虽有第1款的规定，如果本条款草案缔约国也是《国际水道非航行使用法公约》的缔约国，该公约关于跨界含水层或含水层系统的规定只在与本条款草案规定相符时才予以适用。”

39. 第1款是为了界定本条款草案与管理跨界含水层和主要管理跨界含水层以外的其他事务、但对跨界含水层具有有限适用性的其他公约和国际协定之间的关系。后一种情况的例子之一是在欧洲经委会主持下缔结的《保护与使用越境水道和国际湖

⁵⁷ 土耳其，书面评论，A/CN.4/595和Add.1号文件（见上文脚注6），Q.6节。

泊公约》。另一个例子是《联合国海洋法公约》第一九四条（防止、减少和控制海洋环境污染的措施），特别是其关于陆上来源的污染的第3款(a)项。许多环境协定可能也有相关性。如果本条款草案的规定与其他公约和国际协定的规定相符合，平行适用将没有问题。然而，如果有抵触之处，规定一条一般性的优先地位规则将是不适当的。只有在充分检查了有关规定的内容之后，才有可能决定这样的优先地位。因此，特别报告员在《联合国海洋法公约》第三一一条第2款的基础上拟订了本条草案。该款也涵盖条款草案第12条所规范的双边和区域协定。许多国家的政府表示，条款草案不应影响现有协定。特别报告员打算在评注中说明，这些协定的缔约国应该考虑使此类协定与本条款草案的基本原则相统一；如果这些缔约方认为，由于某一具体跨界含水层或含水层系统的特殊性质和利用情况，需要在适用本条款草案的规定方面作出调整，则应在彼此之间协商，以期本着善意进行谈判，缔结一项使所有方面受惠的协定。

40. 第2款涉及在水力上与国际水道相连、同时在本条款草案和《国际水道非航行使用法公约》适用范围内的跨界含水层和含水层系统。本条款草案仅集中关注含水层，而上述公约的重点是地表水；该公约与含水层的相关性不大。如果出现抵触，本条款草案由于是专门为管理跨界含水层制定的，而且是该公约的后续文书，应优于该公约。

41. 有一条提议是，如果本案文采用公约的形式，应列入一个争端解决机制。⁵⁸ 特别报告员提议把解决争端的问题留给谈判会议处理。尽管建立关于含水层的争端解决机制至关重要，但很可能在现实中出现的争端将主要涉及对关于某个具体含水层的双边或区域协定所作规定的解释和适用。本条款草案就解决争端作出的规定可以是一项相当简短的原则声明。序言和最后条款也留给谈判会议处理。

⁵⁸ 大韩民国，书面评论，A/CN.4/595和Add.1（见上文脚注6），W.5节，第1段。

第四章 鸣谢

42. 除联合国法律事务厅编纂司给予的宝贵协助和支持外，特别报告员继续得到教科文组织的科技咨询，尤其是该组织于2008年1月派往东京的专家组⁵⁹提供的咨询；日本外务省提供的法律和行政协助；外务省就共有的自然资源专题所设研究组的学术界成员和法律专家⁶⁰提供的支持。教科文组织邀

请特别报告员参加了它的两次区域研讨会，其中一次是2007年5月在巴黎为欧洲国家举行的，另一次是于2007年9月在蒙特利尔与加拿大政府联合为美洲国家主办的。特别报告员有幸与这些区域的专家会晤，并参加了一次考察跨界含水层管理情况的实地访问。特别报告员借此机会对他们作出的非常宝贵的贡献表示真诚感谢。

⁵⁹ 教科文组织的爱丽斯·奥雷利和拉亚·斯蒂芬；得克萨斯科技大学法学院的加百利·埃克施泰因；国际水文地质学家协会的沙米·普里；美国地质勘探局的劳埃德·伍尔西；还有粮农组织的斯特凡诺·伯奇。

⁶⁰ 东京大学的中谷和弘；早稻田大学的河野真理子；甲南大学的中井逸子；北海道大学的小谷野麻里；骏河台大学的

万岁博之；东京都立大学的森忠志；京都大学的重田康弘；海上保安大学校的鹤田淳；立教大学的岩月直树；上智大学的岩石纯子。

附件

跨界含水层法

第一部分

导言

第1条 范围

本条款草案适用于：

(a) 跨界含水层和含水层系统的利用；

(b) 对此种含水层和含水层系统有影响或可能产生影响的其他活动；和

(c) 此种含水层和含水层系统的保护、保全和管理措施。

第2条 用语

为本条款草案的目的：

(a) “含水层”是指位于透水性较弱的地层之上的渗透性含水地质层组以及该地质层组饱和带所含之水；

(b) “含水层系统”是指在水力上相连的两个或两个以上的含水层组成的结构；

(c) “跨界含水层”或“跨界含水层系统”分别是指其组成部分位于不同国家的含水层或含水层系统；

(d) “含水层国”是指跨界含水层或含水层系统的任何组成部分位于其领土内的国家；

(d之二) “跨界含水层和含水层系统的利用”包括提取水、热能和矿物，及储存和处置任何物质；

(e) “有补给含水层”是指当代所获补给水量不可忽略的含水层；

(f) “补给区”是指向含水层供水的区域，包括雨水汇集区域以及雨水从地面流入或通过土壤渗入含水层的区域；

(g) “排泄区”是指含水层的水流向诸如水道、湖泊、绿洲、湿地或海洋等出口的区域。

第二部分

一般原则

第3条 含水层国的主权

每一含水层国对位于其领土范围内的跨界含水层或含水层系统之部分拥有主权。含水层国应按照本条款草案行使主权。

第4条 公平合理利用

含水层国应按照下述公平合理利用原则利用跨界含水层或含水层系统：

(a) 含水层国应以符合有关含水层国公平合理从中获益的方式利用跨界含水层或含水层系统；

(b) 含水层国应致力于从含水层水的利用中获取最大长期惠益；

(c) 含水层国应在考虑到含水层国目前和将来的需要及替代水源的基础上，单独或联合制定全面利用规划；

(d) 含水层国对于有补给跨界含水层或含水层系统的利用程度不应妨碍其持续发挥有效作用。

第5条 公平合理利用的相关因素

1. 依照条款草案第4条所述的公平合理方式利用跨界含水层或含水层系统，须考虑到所有相关因素，包括：

(a) 每个含水层国依赖含水层或含水层系统生活的人口；

(b) 有关含水层国目前和未来的社会、经济及其他需要；

(c) 含水层或含水层系统的自然特性；

(d) 对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用；

(e) 含水层或含水层系统的现有和潜在用途；

(f) 一个含水层国利用含水层或含水层系统对其他有关含水层国的影响；

(g) 对于含水层或含水层系统的某一现有和已规划的用途，是否存在替代办法；

(h) 对含水层或含水层系统的开发、保护和养护，以及为此而采取的措施的代价；

(i) 含水层或含水层系统在有关生态系统中的作用。

2. 对每个因素的权衡，应根据该因素对特定跨界含水层或含水层系统的重要性与其他相关因素的重要性相比较而定。在确定何谓公平合理利用时，应综合考虑所有相关因素，并根据所有因素得出结论。但是，在权衡对跨界含水层或含水层系统的不同用途时，应该特别考虑人类的基本需要。

第6条 不对其他含水层国造成重大损害的义务

1. 含水层国在本国领土内利用跨界含水层或含水层系统时，应采取一切适当措施，防止对其他含水层国造成重大损害。

2. 含水层国在进行非利用跨界含水层或含水层系统、但影响或可能影响该跨界含水层或含水层系统的其他活动时，应采取一切适当措施，防止通过该含水层或含水层系统对其他含水层国造成重大损害。

3. 如果仍对其他含水层国造成重大损害，因自身活动造成损害的含水层国应适当注意到条款草案

第4条和第5条的规定，同受影响国协商，采取一切适当措施，消除或减轻这种损害。

第7条 一般合作义务

1. 含水层国应在主权平等、领土完整、可持续发展、互利和善意的基础上进行合作，使跨界含水层或含水层系统得到公平合理利用和适当保护。

2. 为了第1款的目的，含水层国应当设立联合合作机制。

第8条 数据和资料的经常性交流

1. 根据条款草案第7条，含水层国应经常交流关于跨界含水层或含水层系统状况的便捷可得的数据和资料，特别是地质、水文地质、水文、气象和生态方面的数据和资料以及与含水层或含水层系统的水文化学有关的数据和资料，以及有关的预报。

2. 在对某些跨界含水层或含水层系统的性质和范围不完全掌握的情况下，有关含水层国应根据现行的做法和标准，尽力收集和编制有关这些含水层或含水层系统的更完整的数据和资料。它们应单独或共同地、并在适当情况下协同或通过国际组织采取这种行动。

3. 如果一含水层国请求另一含水层国提供关于含水层或含水层系统的非便捷可得的数据和资料，后者应尽力满足请求。被请求国可附带条件，要求请求国支付收集和酌情处理这种数据或资料的合理费用。

4. 含水层国应酌情尽力收集和處理这种数据和资料，以便于接收数据和资料的其他含水层国利用。

第三部分

保护、保全和管理

第9条 保护和保全生态系统

含水层国应采取一切适当措施，保护和保全跨界含水层或含水层系统内的、或赖其以存续的生态

系统，包括采取措施以确保含水层或含水层系统所保留的水以及经排泄区排出的水的质量和数量足以保护和保全这类生态系统。

第10条 补给区和排泄区

1. 含水层国应查明其跨界含水层或含水层系统的补给区和排泄区，并应在这些区域内采取专门措施，以最大限度减少对补给和排泄过程的有害影响。

2. 如果补给区或排泄区全部或部分地位于一国境内，而该国相对于有关含水层或含水层系统而言不属于含水层国，则该国应与含水层国合作，以保护该含水层或含水层系统。

第11条 防止、减少和控制污染

在跨界含水层或含水层系统的污染、包括补给过程产生的污染有可能对其他含水层国造成重大损害的情况下，含水层国应单独地、并在适当情况下共同地防止、减少和控制这种污染。鉴于一些跨界含水层或含水层系统的性质和范围不明确并且易受污染，含水层国应采取审慎态度。

第12条 监测

1. 含水层国应监测其跨界含水层或含水层系统。只要有可能，含水层国应与其他有关含水层国联合开展监测活动，并且在适当时与主管国际组织开展合作。但如果监测活动不是以联合方式开展的，那么含水层国应相互交流监测所得数据。

2. 含水层国应使用商定的或统一的标准和方法监测其跨界含水层或含水层系统。它们应当根据一个商定的含水层或含水层系统的概念模式，确定须监测的重要参数。这些参数应包括条款草案第8条第1款所列的含水层或含水层系统的状况参数，以及含水层和含水层系统的利用情况参数。

第13条 管理

含水层国应制订并执行规划，以根据本条款草案的规定妥当管理其跨界含水层或含水层系统。含

水层国应根据它们中任何一国的请求，就跨界含水层或含水层系统的管理进行协商。应在适当情况下建立联合管理机制。

第四部分

影响其他国家的活动

第14条 已规划的活动

1. 如果一国有合理理由认为，其境内某项已规划的活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。

2. 一国在实施或允许实施可能影响跨界含水层或含水层系统、并因而可能对另一国造成重大不利影响的已规划的活动之前，应将此事及时通知该另一国。在发出此种通知时应附上现有的技术数据和资料，包括任何环境影响评估，使被通知国能够评价已规划的活动可能造成的影响。

3. 如果通知国和被通知国对已规划的活动可能造成的影响持有不同意见，双方应进行协商，并在必要时进行谈判，以期公平解决这种情况。它们可利用独立的事实调查机构对已规划的活动的影响作出公正评估。

第五部分

杂项规定

第15条 与发展中国家的科学技术合作

各国应直接或通过主管国际组织，促进与发展中国家的科学、教育、技术及其他合作，以保护和管理跨界含水层或含水层系统。此类合作除其他外，应包括：

- (a) 培训其科学技术人员；
- (b) 便利其参与相关国际方案；

(c) 向其提供必要的设备和设施；

(d) 提高其制造这种设备的能力；

(e) 为研究、监测、教育和其他方案提供咨询意见并发展这方面的设施；

(f) 为最大限度减少重大活动对跨界含水层或含水层系统的有害影响而提供咨询意见并发展这方面的设施；

(g) 编写环境影响评估报告。

第16条 紧急情况

1. 为本条款草案的目的，“紧急情况”是指由自然原因或人类行为突然引起、而给含水层国或其他国家造成严重损害之紧迫威胁的情况。

2. 如果一紧急情况影响跨界含水层或含水层系统，并因此对各国造成紧迫威胁，则适用以下规定：

(a) 在其领土内发生紧急情况的国家应：

(一) 毫不迟延并以现有的最快方式，将此紧急情况通知其他可能受影响的国家以及主管国际组织；

(二) 与可能受影响的国家、并在适当情况下与主管国际组织合作，立即视情况需要采取一切切实可行的措施，预防、减轻和消除紧急情况的任何有害影响；

(b) 各国应向受紧急情况影响的其他国家提供科学、技术、后勤及其他方面的合作。合作可包括协调国际紧急行动和通信，提供受过培训的应急人员、应急设备和物资、科技专业知识和人道主义援助。

3. 如果紧急情况对人类基本需要构成威胁，尽管有条款草案第4条和第6条的规定，含水层国可以在严格必要限度内采取措施满足这类需要。

第17条 武装冲突期间的保护

跨界含水层或含水层系统及有关装置、设施和其他工事应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。

第18条 与国防或国家安全有关的数据和资料

本条款草案无任何规定责成一国提供对其国防或国家安全至关重要的保密数据或资料。尽管如此，一国应同其他国家善意合作，以视情况尽量提供资料。

第19条 双边和区域协定和安排

为了管理一个特定的跨界含水层或含水层系统的目的，鼓励含水层国相互达成双边或区域协定或安排。它们可就整个含水层或含水层系统或其中任何部分或某一特定工程、方案或利用达成此种协定或安排，除非此种协定或安排在未经其明示同意的情况下，对一个或多个其他含水层国利用该含水层或含水层系统的水资源造成重大不利影响。

第20条 同其他公约和国际协定的关系

1. 本条款草案不应改变各缔约国根据与本条款草案相符合的其他公约和国际协定而产生的权利和义务，但不得以不影响其他缔约国根据本条款草案享有其权利或履行其义务为限。

2. 虽有第1款的规定，如果本条款草案缔约国也是《国际水道非航行使用法公约》的缔约国，该公约关于跨界含水层或含水层系统的规定只在与本条款草案规定相符时才予以适用。

共有的自然资源

[议程项目 4]

A/CN.4/595 和 Add.1 号文件

各国政府对跨界含水层法条款草案的评论和意见

[原文：阿拉伯文 / 西班牙文 / 法文 / 英文]

[2008 年 3 月 26 日和 5 月 7 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		59
导言	1-2	59
从各国政府收到的评论和意见		60
A. 一般性评论		60
1. 巴西		60
2. 加拿大		60
3. 哥伦比亚		60
4. 古巴		61
5. 捷克共和国		61
6. 芬兰		61
7. 德国		62
8. 以色列		62
9. 荷兰		63
10. 波兰		63
11. 葡萄牙		63
12. 大韩民国		64
13. 沙特阿拉伯		64
14. 塞尔维亚		65
15. 瑞士		65
16. 美利坚合众国		65
B. 标题		67
伊拉克		67
C. 条款草案第 1 条 范围		67
1. 巴西		67
2. 以色列		67
3. 荷兰		67
4. 沙特阿拉伯		68
D. 条款草案第 2 条 用语		68
1. 巴西		68

2. 哥伦比亚	68
3. 德国	68
4. 匈牙利	68
5. 伊拉克	68
6. 荷兰	68
7. 葡萄牙	69
8. 沙特阿拉伯	69
9. 瑞士	69
E. 条款草案第3条 含水层国的主权	69
1. 奥地利	69
2. 巴西	69
3. 古巴	69
4. 以色列	70
5. 葡萄牙	70
6. 土耳其	70
F. 条款草案第4条 公平合理利用	70
1. 奥地利	70
2. 古巴	70
3. 德国	70
4. 伊拉克	71
5. 以色列	71
6. 波兰	71
7. 沙特阿拉伯	71
8. 瑞士	71
9. 土耳其	71
G. 条款草案第5条 公平合理利用的相关因素	72
1. 巴西	72
2. 古巴	72
3. 德国	72
4. 伊拉克	72
5. 以色列	72
6. 荷兰	73
7. 波兰	73
8. 沙特阿拉伯	73
9. 瑞士	73
10. 土耳其	74
H. 条款草案第6条 不对其他含水层国造成重大损害的义务	74
1. 巴西	74
2. 哥伦比亚	74
3. 古巴	74
4. 芬兰	74
5. 匈牙利	74

6. 以色列	74
7. 荷兰	74
8. 沙特阿拉伯	75
9. 土耳其	75
I. 条款草案第7条 一般合作义务	75
1. 奥地利	75
2. 巴西	75
3. 捷克共和国	75
4. 德国	76
5. 以色列	76
6. 波兰	76
7. 沙特阿拉伯	76
J. 条款草案第8条 数据和资料的经常性交流	76
1. 奥地利	76
2. 巴西	76
3. 哥伦比亚	77
4. 瑞士	77
K. 条款草案第9条 保护和保全生态系统	77
1. 以色列	77
2. 荷兰	77
3. 土耳其	77
L. 条款草案第10条 补给区和排泄区	77
1. 奥地利	77
2. 巴西	77
3. 以色列	77
4. 波兰	78
M. 条款草案第11条 防止、减少和控制污染	78
1. 奥地利	78
2. 巴西	78
3. 芬兰	78
4. 匈牙利	78
5. 荷兰	78
6. 波兰	79
7. 葡萄牙	79
8. 沙特阿拉伯	79
9. 瑞士	79
N. 条款草案第12条 监测	79
1. 巴西	79
2. 土耳其	79
O. 条款草案第13条草案 管理	79
1. 奥地利	79
2. 巴西	79

3. 德国	80
P. 条款草案第 14 条 已规划的活动	80
1. 巴西	80
2. 哥伦比亚	80
3. 古巴	80
4. 捷克共和国	80
5. 以色列	80
6. 荷兰	80
7. 土耳其	81
Q. 条款草案第 15 条 与发展中国家的科学技术合作	81
1. 巴西	81
2. 哥伦比亚	81
3. 以色列	81
4. 波兰	81
5. 沙特阿拉伯	82
6. 土耳其	82
R. 条款草案第 16 条 紧急情况	82
1. 奥地利	82
2. 巴西	82
3. 古巴	82
4. 以色列	82
5. 荷兰	82
6. 波兰	83
7. 沙特阿拉伯	83
S. 条款草案第 17 条 武装冲突期间的保护	83
1. 奥地利	83
2. 巴西	83
T. 条款草案第 18 条 与国防或国家安全有关的数据和资料	83
1. 巴西	83
2. 芬兰	83
3. 以色列	83
U. 条款草案第 19 条 双边和区域协定和安排	83
1. 奥地利	83
2. 巴西	84
3. 荷兰	84
4. 沙特阿拉伯	84
5. 瑞士	84
V. 增加条款草案和条款草案的重新排列	84
1. 伊拉克	84
2. 瑞士	84
W. 最后形式	85

1. 巴西	85
2. 加拿大	85
3. 捷克共和国	85
4. 芬兰	86
5. 大韩民国	86
6. 荷兰	86
7. 波兰	86
8. 葡萄牙	86
9. 瑞士	86

本报告引用的多边文书

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。
《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。
《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》[英]（1992年3月17日，赫尔辛基）	同上，第1936卷，第33207号，第269页。
《生物多样性公约》（1992年6月5日，里约热内卢）	同上，第1760卷，第30619号，第79页。
《国际水道非航行使用法公约》（1997年5月21日，纽约）	《大会正式记录，第五十一届会议，补编第49号》，第三卷，第51/229号决议，附件。

导言

1. 国际法委员会在第五十八届会议（2006年）上，一读通过了跨界含水层法条款草案。¹ 委员会在报告第73段中决定，根据其章程第16条和第21条，请秘书长将该条款草案转发各国政府以征求评论和意见，并要求在2008年1月1日以前将这类评论和意见提交秘书长。委员会在报告第26段中指出，委员会欢迎各国政府就条款草案的所有方面、条款草案的评注和最后形式提出评论和意见。秘书长分发了2006年11月27日向

各国政府转发条款草案的说明。大会在第61/34号决议第5段和第62/66号决议第6段中，提请各国政府注意就条款草案提出意见对委员会的重要性。

2. 截至2008年5月7日，收到了下列国家的答复：奥地利、巴西、加拿大、哥伦比亚、古巴、捷克共和国、芬兰、德国、匈牙利、伊拉克、以色列、荷兰、波兰、葡萄牙、沙特阿拉伯、大韩民国、塞尔维亚、土耳其和美利坚合众国。这些答复按专题排列，首先是一般性评论，接着逐条排列。

¹ 条款草案案文见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第75段，条款草案案文及其评注见同上，第76段。

从各国政府收到的评论和意见

A. 一般性评论

1. 巴西

1. 巴西感谢委员会在审议这一如此复杂而又重要的问题方面所做的工作。巴西还要感谢特别报告员山田中正先生和由恩里克·坎迪奥蒂先生领导的工作组卓有成效的工作和贡献，使得在较短的时间内完成了一读。

2. 委员会的条款草案应该指导联合国大会今后在这一事项上的工作。委员会可以作出的一个主要贡献是建立一套一般原则。这些原则应该有充分的灵活性，而且要掌握平衡，使跨界含水层所在国能够据此开展合作，以公平的方式并根据每个含水层的具体特点，对含水层加以最佳利用。国家本身应酌情制定自己的文书和机制，要考虑到具体情况和区域不同现实。由于情况多种多样，区域现实各有不同，因此条款草案应该承认区域协定享有优先地位，最适合管理有关跨界含水层的合作。

3. 委员会和大会的工作方向应当是制定一般原则，用以指导各国谈判，达成更为具体的区域协定。这样，委员会和大会就能避免拟定的案文因过于庞大而且技术和法律细节过多而无法在各国间取得广泛共识这种风险。此外，一个较为灵活和开放的案文可有助于提高对这一主题的认识，并强化该问题在国家议程上的优先地位，鼓励它们就区域协定进行谈判。巴西认为，条款草案反映了国家对其管辖区内的自然资源拥有主权的原则和不对这种资源造成重大损害的义务这两者间的谨慎平衡。必须维持这一平衡，避免过度限制国家进行的合法活动。

2. 加拿大

加拿大赞赏委员会在审查可用于跨界含水层的各种可能的国际法备选项方面所做的宝贵工作。在有些方面，尤其是在将“使用自己财产时不得损害别人财产”原则作为不造成跨界损害的义务依据而运用时，委员会强化了该原则作为习惯国际法基石的地位。

3. 哥伦比亚

1. 委员会提交的条款草案涉及有关跨界地下水资源的实质性问题以及国家对养护和保存这种资源的权利和义务。条款草案为确保全面和谐地管理水资源提供了一个规范框架，以便能养护、管理和利用跨界含水层。

2. 条款草案列示的活动结果对共有含水层和自然资源的国家来说极为重要而且很有用处，因为从中将产生按轻重缓急安排活动所需的数据，并确保在管理这些资源时注意环境。

3. 但对哥伦比亚来说，应该注意以下几点：应该进行一次全面的法律审查，从而确定条款草案是否符合国家关于这一问题的现有规定，例如1995年第191号法案（《边界法》）¹和《国家自然资源和环境保护法典》²、相关规范法令以及指导哥伦比亚处理涉及这些资源的关系的多边和双边协定。

4. 为了遵守条款草案第4、5、8、9、11、12、13和14条的规定，每个国家首先需要着手确认、划定和评估其境内含水层的状况、容量（供应量）和可用性（利用的可行性）。为此，必须考虑是否可能设立融资手段或者某种国际合作的机制，协助各国执行这项任务。

5. 为了以一致方式实施有关其他活动的条款草案第1条和第14条，必须着手对涉及含水层或地下水补给区的、需要执照或环境许可证的工程或活动的要求、条件和职权范围进行统一。

6. 关于有权管辖同一跨界含水层的不同国家彼此经常性交流数据和资料的提案，首先必须制定收集数据的程序书和格式，以确保收集的数据和资

¹ “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera”. *Diario Oficial*, No. 41.903, of 23 June 1995.

² 同上, No. 34.243, of 27 January 1975. “Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”.

料互补并增值，从而为有关国家共同拟订规划和管理活动提供必要的参考。

7. 值得注意的是，条款草案在提到对含水层造成的损害或最终会造成的损害时，使用了“重大”（西班牙语是“*sensible*”或“*significativo*”）或“严重”（西班牙语是“*grave*”）这样的修饰词。在这方面，应该澄清这些词语的意义和范围。因此，条款草案应该界定这一概念的范畴，以便为对产生了条款草案规定的法律效力的案件进行裁决提供依据。

4. 古巴

1. 鉴于如同《生物多样性公约》所反映的，环境法越来越倾向于使用“可持续的”一词，案文通篇在各地使用“公平合理利用”这一短语未免不足。因此，古巴认为，“公平可持续利用”更为合适。

2. 古巴还希望感谢特别报告员努力编写委员会审议的四次报告，特别感谢他提议对这一专题采取逐步解决的做法，首先从跨界地下水着手。古巴还感谢共有的自然资源工作组主席恩里克·坎迪奥蒂先生努力起草条款草案。

5. 捷克共和国

1. 捷克共和国赞赏委员会迄今为止的讨论结果，即关于跨界含水层法的条款草案。捷克共和国认为，草案案文可以作为今后就跨界含水层问题谈判详细的双边或多边协定的基础。关于跨界含水层的条款草案在国家对自然资源的主权、合理公平利用自然资源、保全和保护自然资源以及不造成重大损害的义务等原则之间，实现了平衡。

2. 但是，捷克共和国想对跨界含水层法的条款草案、特别是对条款草案第7条和第14条提出若干评论意见（见下文）。

6. 芬兰

1. 应该指出，条款草案有过于谨小慎微之虞。例如，与欧洲经济委员会1992年缔结的《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》相比，条款草案中规定

的保护环境义务依然不够大胆。虽然在制定条款草案时，这项《公约》不曾作为参考文献使用，但它毕竟是对地下水制定了适当的合作框架的极少数国际区域文书之一，可以作为进一步拟议委员会草案的一个范例。

2. 1997年《国际水道非航行使用法公约》也树立了一个典范，尽管这一典范不十分令人鼓舞。在谈判该公约时，与之有关的委员会条款草案仅能在某些方面得到强化，而在许多有冲突的问题上，委员会的案文被称作是一种妥协。令人瞩目的是，各国不愿通过一个具有法律约束力的文书受制于他们在诸如1992年里约热内卢举行的联合国环境与发展会议上通过的原则。1997年《公约》只得到极少数国家的批准。

3. 关于跨界含水层法的条款草案大致依据1997年《公约》中通过的原则，主要是为了管理地表水。在联合国欧洲经济委员会的《公约》中，“越境水域”一词既指划分、跨越或位于两个或两个以上国家边界的地表水，也指地下水。但仍有理由独立考虑地下水的特征，而不是过于拘泥1997年《公约》。值得注意的还有，与地下水有关的环境问题在性质上与有关天然气和石油的环境问题截然不同，因此，并不适用同样的原则。委员会倘若决定今后开始审议天然气和石油的问题，则应考虑这一点。

4. 如今，许多关于环境的国际公约是作为框架公约起草的。有关这些公约的合作通过缔约方和附属机构的会议进行管理和发展。从这种合作中产生了不同类型的公约制度。例如，一些公约通过了详细的议定书，以便具体说明公约中作出的一般规定。值得指出的是，委员会的条款草案没有关于这种制度要素的想法。相反，条款草案意在作为一项一般文书，为区域和双边的合作制定框架。虽然这一起点有其合理性，但也有风险。国家并不一定会有积极性批准一系列原则的一般性公约，而且这种公约也不一定会显著增添价值。此外，在没有强有力的制度要素情况下，最终达成的一项一般性公约不过是一份不起作用的原则清单而已。必须鼓励各国相互进行相互的、双边的合作，强调邻国之间共同协定、计划和其他合作形式的重要性，以便在有关使用和保护水资源的细节问题上达成更为具体的协定。

5. 为了明确起见，应该考虑统一整个条款草案中的有关术语。应该指出，条款草案第6条使用了“重大损害”一词，以规定使用跨界含水层等对其他国家造成的不利影响的临界值。但在关于已规划的活动条款草案第14条中，如果已规划的活动会对其他国家产生“重大不利影响”，则含水层国家有义务通知这些国家。另外，在关于紧急情况下采取措施的条款草案第16条中，含水层国家有义务将可能造成“严重损害”的紧急情况通知其他可能受影响的国家。

6. 条款草案中使用的不同措辞还表明，委员会没有按照可持续发展的流行做法起草文本。再举一个例子，条款草案第5条(b)项提到社会、经济和其他需要，但没有提到环境需要。应该将条款草案第4条中的“合理”一词改为“可持续”，以体现可持续发展的做法。

7. 在今后的工作中，应该重点考虑各种类型的环境威胁对地下水的数量和数量的影响。在这方面，委员会尤其应该考虑气候变化的影响。在拟定条款草案的进一步工作中，除了抽取和保护地下水之外，还应该考虑含水层（即贮存地下水的层组）的新用途，例如储存二氧化碳，提供地热资源等。

8. 最后，芬兰想提请注意1992年欧洲经委会的《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》。该《公约》的内容比目前拟定的国际文书草案要全面和详细得多。该公约于1996年生效，迄今为止，已有包括俄罗斯联邦在内的36个国家批准。各缔约方在2003年通过了《水公约》补编，使不属于欧洲经委会区域的国家也能加入这一《公约》。

7. 德国

1. 德国感到高兴的是，委员会已着手处理跨界含水层问题，因为地下水使用往往会引发冲突，尤其是在欧洲边界之外。从地下水的数量和构成两方面来说，这的确如此。鉴于存在冲突的可能，拟订一份国际公约或原则宣言似乎是有益的步骤。尤其是条款草案第3条至第8条所列的一般性原则，是迄今有关资源利用方式的明显改进，确定了合作与协调利用的原则。

2. 有关德国的地下水以及德国与其邻国之间的跨界地下水的利用问题，德国甚至在当今都遵守委员会条款草案的规定，因为德国受到欧洲联盟有关地下水保护的《水务框架指令》（第2000/60/EC号指令）¹和《地下水子系指令》（第2006/118/EC号指令）²的约束，且这些指令在联邦和土地法中得到落实。

3. 对德国来说，必须确保，与联合国条例的执行和适用相关的今后任何报告要求所带来的工作不与《水务框架指令》和/或《地下水子系指令》规定有义务做的工作相重复。

4. 作为一项原则问题，应采取不同于处理石油和天然气储藏的方法，单独审议地下水问题，即使有些地质因素表明要将这些问题一起处理。但是，地质办法完全忽视社会和经济的所涉影响，而这些影响在涉及地下水问题时却发挥重要的作用。石油和天然气储藏通常是在地下水储藏之下更深的地层，这就使比较产生了问题。

5. 德国特别希望看到其提议在即将举行的二读中能得到反映。按照特别报告员的建议，不管今后可能就石油和天然气开展任何工作，这次宣读都应进行下去。

¹ 《欧洲共同体公报》，L 327/1号（2000年12月22日）。

² 《欧洲联盟公报》，L 372/19号（2006年12月27日）。

8. 以色列

1. 以色列看不出有任何理由将这些条款草案分为两个不同的部分。以色列建议将这第二部分和第三部分合并起来，以便避免出现不同条款之间存在层级的含意。正如其下列意见所反映的，以色列认为，按照条款草案所讨论的，所有国家就跨界含水层的所有有关事项进行合作是非常重要的，对于含水层的养护和管理以及有关人民的福祉来说至关重要。

2. 正如以色列在2007年11月2日向第六委员会作出的发言¹已经表达的,以色列愿重申支持特别报告员在其第四次报告²中提出的结论,即认为委员会应将跨界含水层问题与其今后就石油和天然气开展的工作分开处理。

¹ 见《大会正式记录,第六十二届会议,第六委员会》,第24次会议(A/C.6/62/SR.24),第15页,第109段。

² 《2007年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/580号文件,第15段。

9. 荷兰

荷兰十分关注委员会就共有自然资源开展的工作。荷兰有许多自然资源是与其他国家共有的或在国家管辖范围之外的地区。这些包括地下水、矿藏(如石油和天然气)以及陆地、空中和海洋中的洄游类物种。因此,有关共有自然资源的使用以及有关对共有的自然资源的影响的国际条例显然对于荷兰来说至关重要。现有的条款草案仅涉及含水层问题。预计在完成含水层的工作之后还会进一步开展有关其他共有自然资源的工作。因此,似乎可以设想就这些其他共有自然资源制定一套或几套规则。目前的做法似乎放弃了为所有共有自然资源制定一套总规则的机会。尤其是尚未充分澄清为什么这些条款草案不能同样适用于除地下水以外的气体物质和液体物质。条款草案的一般性评注第(2)段指出,特别报告员注意到与石油和天然气存在许多类似之处,并注意到在完成二读之前有必要适当注意这一关系。荷兰支持这一意见,并吁请委员会在这些条款草案二读期间适当注意这方面的问题。看来大多数条款草案、尤其是公平合理利用的基本义务和不对其他国家造成重大损害的义务同样适用于其他共有自然资源,如地下水以外的气体物质和液体物质。因此,荷兰尚未确信需要对其他共有自然资源另外采取办法。

10. 波兰

1. 波兰欢迎跨界含水层法条款草案一读完成。这个专题亟待水资源国际法的进一步发展。

2. 鉴于水资源是人类生存所必不可少的,有关跨界含水层及含水层系统的利用和保护的国际条例是非常热门的话题,也是至关重要的。

3. 波兰认为,条款草案总的来说是就跨界含水层及含水层系统的原则和规则为各国提供有益的指导,在长期利用和保护含水层的需要之间建立适当的平衡。但是,将适用于所有国家的一般性义务的规定纳入条款草案中并提及非含水层国家的活动也许也是有益的,因为这可能会对跨界含水层及含水层系统产生影响。

4. 为避免可能出现的重叠,似乎也有必要确定条款草案与1997年联合国《国际水道非航行使用公约》之间的关系,因为在水力上与国际水道相连的跨界含水层同时受这两项文书的管辖。

5. 考虑到跨界含水层及含水层系统具有十分广泛的多样性,因此必须赞扬委员会在拟订条款草案时采取了一种框架办法,可以通过共有含水层或含水层系统的各国达成双边或区域协定来使这种方法适应特定跨界含水层的各种需要。

6. 至于条款草案第二部分提及的一般性原则,正在讨论的专题的性质似乎充分证明强调可持续性方面是有道理的。因此,可持续发展的原则完全应该纳入该部分。

7. 此外,有人提议将国际环境法的另外两项原则,即义务教育原则和审慎原则,也应该加入该部分。

8. 在地下水资源这样非常薄弱的领域开展义务教育的原则对于公众特别重要,尤其是对于直接负责水资源利用和管理的政府和市政当局来说特别重要。

9. 至于审慎办法原则(这一用语有待进一步说明),应将其作为在整个条款草案中适用于过度开发、水位下降、地表下沉等问题的一般性原则来对待,而不是只适用于预防、减少和控制污染问题(见条款草案第11条)。

11. 葡萄牙

1. 本专题具有复杂的多学科性,对人类未来十分重要,因此,葡萄牙称赞特别报告员致力于发展这一专题,以及竭尽全力拟订了一套非常好的条款草案。葡萄牙继续对他的工作抱有极高的期待。还

要感谢共有的自然资源工作组以及与委员会合作的地下水问题专家。

2. 迄今提出的各种解决办法相当平衡，人们可以发现条款草案与1997年《国际水道非航行使用法公约》和《联合国海洋法公约》的某些条款具有某些类似之处，这表明这些解决办法符合当代国际法的发展。

3. 此外，由于这是葡萄牙主要关注的问题，条款草案与已经对葡萄牙具有约束力的欧洲有关法律是一致的，这些法律是欧洲议会和欧洲联盟理事会2000年10月23日关于确定水政策领域的共同体行动框架的第2000/60/EC号指令¹以及欧洲议会和欧洲联盟理事会2006年12月12日关于保护地下水不受污染和恶化的第2006/118/EC号指令²。但是，葡萄牙认为，尽管欧洲有具体的法律适用于这一主题事项，但这不应妨碍欧洲联盟成员国为跨界含水层法的制订和全面编纂作出贡献。

4. 总的来看，葡萄牙注意到条款草案反映出人们对质量方面的关切大于数量方面。葡萄牙认为数量方面和质量方面不可分割，条款草案应更平衡地反映这两方面。在有关地下水的数量方面，条款草案提到预防和控制污染的问题，这是人们主要关注的一方面。但并没有提及各国在现在或今后发生有关跨界含水层水质量问题时应该采用何种程序处理。受影响或在其他方面涉及到污染问题的国家必须同时采取类似的措施，尽量缩小问题的影响。

5. 葡萄牙还指出，将有关水的人权的规定和国际环境法的原则纳入条款草案中是值得赞赏的。

¹ 《欧洲共同体公报》，L 327/1号（2000年12月22日）。

² 《欧洲联盟公报》，L 372/19号（2006年12月27日）。

12. 大韩民国

1. 大韩民国认为，委员会就共有的自然资源开展了宝贵的工作，通过在这一法律领域的编纂工作，及时地促进进步发展。

2. 大韩民国注意到条款草案的某些规定对现有的习惯法规则进行了编纂，由此反映了各国目前的做法和义务、学理和判例。但是，另一些规定似乎又超越了各国目前的做法和义务，这就意味着条款草案不仅仅是习惯法的宣示或该法的合理逐渐发展。有人强调需对此进行更为认真的审议和讨论。

3. 可能出现这样的情况，即如果对于非含水层国家没有任何真正的激励，那么就只有含水层国家会成为这一文书的缔约方。

4. 有关非缔约国家，缔约国可能不愿为那些不承担该公约义务的非缔约国的利益承担潜在的重大义务。

5. 委员会要作出的一项重要决定是：是否需要超越跨界含水层的范围，同时处理其他共有的自然资源。委员会谨慎处理此事是明智的。国家和产业对于石油和天然气资源的分配和管理有着巨大的经济和政治利益，委员会的任何提议都有可能引起极大的争议。国际社会各国在处理跨界石油和天然气储藏方面都有相当丰富的经验和做法。委员会是否应超越跨界含水层问题令人怀疑。

13. 沙特阿拉伯

1. 条款草案没有涉及以下方面：*(a)* 禁止在含水层中进行定向、倾斜和横向钻孔；*(b)* 不向属于非含水层或含水层系统国家的各方提供；*(c)* 如何考虑一含水层在面积、范围、厚度及其他特点方面存在的不同之处、地下水流动的方向或者各国之间人口存在的差异；*(d)* 使用导致污染的物质及其对含水层或含水层系统的影响；*(e)* 不可再生含水层、沙漠地区含水层以及降雨量丰富地区的含水层。

2. 条款草案涉及隐藏的地下水资源，这是一个充满危险的主题，因为缺乏精确的资料和数据，而且许多地下地质层组如裂沟和地层褶曲等可能阻碍这些地下水的流动。这些因素并未列入考虑。

3. 条款草案并没有对降雨量极少的干旱沙漠地区和地下水丰富的地区进行区分。这就是为什么必须优先考虑为特定目的（如提供饮用水）利用沙漠地区跨界含水层。

4. 最好是建立一种机制，就跨界含水层管理方面的成功经验进行交流，以便其他国家从这一经验中受益。

5. 构成条款草案的一般概念包括含水层和含水层系统。但是，有些条款只提及含水层，而没有提及含水层系统，除其他外，包括条款草案第6条第2款、条款草案第7条第1款和条款草案第8条。

6. 在一般性评注第(4)段中，委员会审议了以下问题：是否需要在条款草案中列出全面适用于所有国家的义务、含水层国对其他含水层国的义务以及含水层国对非含水层国的义务。委员会决定，为了能够行之有效，一些条款草案必须对不共有所涉跨界含水层的国家施加义务，并且在某些情况下赋予这类国家相对于含水层国的权利。委员会在达成这些结论时，强调了对跨界含水层或含水层系统的保护。

7. 由于该段暗示，尽管有些非含水层国家不是含水层的所涉国家，也不是该项目的参与方，但它们有可能获得相对于含水层国家的权利，因此，该段的措辞需要加以澄清。应重新审议这一项目。案文也谈到一般适用于所有国家的义务以及含水层国家对其他含水层国家的义务。但对这些义务并未作出具体规定。

14. 塞尔维亚

在与塞尔维亚各机构和研究所进行协商之后，塞尔维亚审议了条款草案的方方面面及其评注，不作任何补充评论。

15. 瑞士

1. 众所周知，世界各地的地下水在数量和质量上正在悄悄地不断耗竭。委员会的条款草案是朝水资源综合管理迈出的一步。条款草案加强了成员国在2002年可持续发展问题世界首脑会议上作出的决定，以便：

支持发展中国家到2005年年底制定出水资源综合管理和提高用水效率的规划，需在各级采取行动，以便：

(a) 制定和执行关于河流流域、水域和地下水综合管理的国家和区域战略、规划和方案，以及采取措施提高水基础设施的效率，减少流失，增加水的回收。¹

2. 瑞士是1992年欧洲经委会《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》的缔约国。瑞士有关这一问题的立法包括1991年1月24日的《联邦水保护法》(SR 814.20)、1991年6月21日的《联邦洪水保护法》(SR 721.100)和1983年10月7日的《联邦环境保护法》(SR 814.01)。

3. 委员会的条款草案与瑞士的立法是一致的。但是，并不是所有的条款草案都同等与瑞士的情况有关。有些条款草案涉及的水文地质条件在瑞士是很少见的，如古地下水或含水层补充条件不稳定供水不足的含水层的管理问题。在瑞士，跨界水的质量方面也非常重要(条款草案第11条)。此外，大型的含水层与河流(如莱茵河和阿尔沃河)的地表水紧密相连。²条款草案这方面的内容较少。

¹ 《可持续发展问题世界首脑会议的报告》，2002年8月26日至9月4日，南非约翰内斯堡(A/CONF.199/20号文件，出售品编号：E.03.II.A.1)，《可持续发展问题世界首脑会议执行计划》，附件，第26段。

² 瑞士的跨界含水层包括：位于瑞士、列支敦士登和奥地利交界处的康士坦茨湖上游地区莱茵河的冲积含水层；位于瑞士和德国交界处的康士坦茨湖下游地区的冲积含水层；位于瑞士和法国交界处的阿尔沃河冲积含水层。瑞士与法国之间有关小型跨界含水层利用的第一份协定是在1978年签订的(1978年1月1日，*Arrangement relatif à la protection, à l'utilisation et à la réalimentation de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois*)。在1970年代对双方开发的泵站以及利用阿尔沃河水运作一人造水补给站进行管理，以便控制其过度开发。这一含水层为日内瓦州供应的饮用水约占20%(储量估计为1700万立方米)。自2008年1月1日以来，日内瓦州与法国的有关城市签署的一份公约(*Convention relative à la protection, à l'utilisation, à la réalimentation et au suivi de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois*)取代了这一协定。

16. 美利坚合众国

1. 美利坚合众国认为，在为合理使用和保护构成人类越来越重要水源的地下含水层提供指导方面，国际法委员会关于跨界含水层的工作是一项重大进展。对于努力应对同跨界含水层有关的压力的一些国家，目前缺乏指导，这种情况应该得到处理；委员会努力为使用和保护这些含水层制订一套灵活的工具，这对这些国家可能是非常有益的帮助。在

迄今的工作中，委员会在涉及的范围以及提议的义务这两者之间保持了合理的平衡。也就是说，草案涉及的范围很广，包括影响或可能影响跨界含水层的任何地方的活动，以便保护含水层系统，但是草案注意不过分强调所提议的各方保护含水层的义务，以便不影响其他重要的活动。简言之，委员会在一个十分复杂而重要的问题上取得了非常良好的进展。

2. 美国仍然强烈倾向采取背景特定的区域和当地安排而不是一项全球的框架条约，认为前者是处理跨界地下水所受压力的最佳方式。虽然在起草条款草案时可能着眼于一项框架公约，但是美国支持改写这些条款，使之成为建议性质的非约束性原则，类似于跨界损害的责任情况下的处理方式。关于跨界含水层的总体情况，仍有许多问题需要了解，并且具体含水层的状况和各国的做法差别极大。在任何具体谈判中，可适当考虑许多因素，例如，相关含水层的水文学特点；目前的利用情况和对今后利用情况的预测；气候条件和预测；以及经济、社会和文化考虑。因此，有关地下水的安排最好通过在区域和地方级别的行动加以处理，在这两级采取行动时应考虑到影响每一具体情况的政治、社会、经济和其他因素。此外，目前的条款草案超出了现行法律和惯例。这些条款草案含有一整套义务，包括数据交换、监测、资源管理和技术合作的程序，这显然超出各国目前承担的义务，因此并不适合作为现有习惯法的一种宣示，甚至也不适合作为习惯法的一个合理的逐渐发展。因此，改写这些条款，使之成为建议性质的非约束性原则，将符合案文大部分内容的一般性质；不过这需要修改文字，消除其中的强制性语言和义务陈述。

3. 美国虽然并不认为一项全球条约会获得充分的支持，但是承认许多国家表示有意制订这样一项公约。如果委员会不顾美国的保留意见，继续朝这个方向努力，美国认为有一些重要问题需要解决。这些问题包括：(a) 一项框架公约与其他双边或区域安排的关系；(b) 非含水层缔约国的作用。

4. 第一方面的问题涉及一项公约与影响跨界含水层的管理和保护的其他协定之间的关系。若干其他协定已经缔结，例如美国与其邻国订立的边界水域管理协定。委员会在进一步审议这些条款

草案时，应确保框架公约的缔约方可以选择同其他含水层国家缔结不同于框架公约的协定。含水层国家最有资格判断当地情况，权衡与特定含水层有关的竞争性考虑和需要，以自己认为最好的方式管理共同含水层；不应禁止含水层国家这样做。因此，委员会应注意不要通过看来会取代现有双边或区域安排、或限制国家订立此种安排的灵活性的条款。

5. 此外，虽然第19条鼓励含水层国家订立管理共同含水层的双边和区域协定和安排，但是该条也禁止含水层国家在未经有关国家明示同意的情况下，就特定含水层或含水层系统订立会对一个或多个其他含水层国家利用该含水层或含水层系统中的水源造成重大不利影响的协定或安排。虽然该条评注指出，该项禁止的用意并非是让其他含水层国家针对缔约国拥有否决权，但是可以认为，该条款明白文字的效果是让非参与的含水层国家有能力阻止缔结一项协定，或以拒绝明示同意的方式，强迫谈判国作出不合理的让步。

6. 美国认识到所有相关含水层国家参与一项影响特定跨界含水层的协定的重要性。但是，若规定有义务寻求未参加协定谈判、但会受重大不利影响的含水层国家的明示同意，可能会对参加谈判的含水层国家施加不必要和不合理的限制。除其他义务外，缔约国无论是单独或共同行动，都必须公平合理地利用跨界含水层（条款草案第4条），避免对其他含水层国家造成重大损害（条款草案第6条）。因此，仍将缔结这样一项协定同其他含水层国家的明示同意挂钩，看来没有必要，因为上述条款将限制为缔结协定而作出的努力，并且可能是不合理的，让其他国家对分别进行的谈判拥有不适当的影响力。美国更愿意建议，应要求各国征求其他有关含水层国家的意见，在适当情况下邀请它们参加有关协定或安排。这样一项义务确保所有含水层国家都了解协定，并有合理的机会参与协定的拟订，同时不对有意缔结某一项协定或安排的相关含水层国家施加分沉重的限制。

7. 第二方面的问题涉及不共有跨界含水层的缔约国。目前的条款草案设想，非含水层国家将成为缔约国，并在可能影响含水层国家的活动方面承担义务。一些条款对非含水层缔约国规定了义务，包

括：关于补给区或排泄区所在国的条款草案第10条；关于可能影响跨界含水层的国家活动的条款草案第14条；关于同发展中国家开展技术合作的条款草案第15条；以及关于可能影响跨界含水层的紧急情况条款草案第16条。这些条款承认，含水层非常容易因含水层国家以外的来源而受到污染和其他损害。但是有关合作、信息交流、生态系统保护、污染控制和管理的条款却并不适用于非含水层国家。美国建议进一步考虑是否以某种方式将非含水层国家纳入后一类条款。例如，条款草案第11条要求含水层缔约国酌情预防、减少和控制可能对含水层缔约国造成重大损害的含水层或含水层系统污染。不过，鉴于根据条款草案第10条，非含水层缔约国已经有义务同含水层缔约国一起保护含水层或含水层系统，可考虑是否应当扩大该项义务，将预防可能对非含水层缔约国造成重大损害的污染也包括在内。

8. 最后，如果委员会要制订一个框架公约，必须加上最后条款并确保整篇案文使用适当术语。尤其是，目前的条款草案通篇使用“含水层国”或“国家”。而在一项公约中，应使用“含水层缔约方”或“缔约国”，以避免在公约所规定义务的范围方面产生任何混淆。

B. 标题

伊拉克

应在条款草案标题上加上“共有”一词，从而行文应为“共有跨界含水层法条款草案”。这应适用于整个条款草案。

C. 条款草案第1条 范围

1. 巴西

1. 巴西对条款草案第1条(b)项有所保留。措辞太泛最终会和在含水层周围地区进行的活动造成不必要的限制。目前条款草案的措辞范围可能涵盖农业和杀虫剂使用、城镇排水系统和废物堆积等问题，大大超过条款草案的初设范围。前述规定也可能对不大可能产生影响的的活动带来麻烦，因为活动和影响之间的直接联系没有得到保证。使用“影响”

(不带限定词“重大”)而不使用“损害”一词也有问题，因为“损害”一词的含义更加具体，并用于第二部分和第三部分的各项规定中。用“重大损害”这一表述取代“影响”是一种办法，能以某种方式解决巴西对这个问题的关切。不过，巴西倾向于完全排除这一款，因为(a)项和(c)项已适当界定了条款草案的范围。

2. 关于条款草案第1条的评注，巴西对第(2)段中提及《国际水道非航行使用法公约》(1997年)并指出对连接国际水道的跨界含水层适用该《公约》条款的内容表示强烈保留。巴西不是1997年《公约》的缔约方，该公约因其多项条款未获共识而尚未生效。另外，巴西无法接受以“国际水域”这一表述指称跨界水域，因为这样做可能使国家对位于本国领土内的水资源所拥有的主权遭到质疑。

2. 以色列

1. 以色列支持在条款草案第1条(a)项中使用“利用”一词。以色列认为，在条款草案第1条(b)项中使用“其他活动”一词过于宽泛，可能导致错误解读。

2. 以色列建议对1997年《国际水道非航行使用法公约》是否已涵盖条款草案第1条(c)项的某些规定以及条款草案与该公约之间的关系性质进行研究。

3. 荷兰

委员会在条款草案第1条评注的第(2)段中指出，1997年《国际水道非航行使用法公约》和条款草案的各项规定对在水力上与国际水道相连的含水层和含水层系统的双重适用在原则上不会造成任何问题，因为这两项法律制度不会相互冲突。不过，荷兰要指出，已重新确定了公平合理利用的原则，以将之适用于不可再生资源。荷兰同意对使用不可再生资源适用获取最大长期惠益的原则，而对使用可再生资源适用可持续利用的原则。然而，荷兰恰恰在这方面察觉到两个法律制度之间可能存在紧张关系。荷兰认为，需要作出进一步澄清，说明如何才能协调对水力上与国际水道相连的含水层适用同一原则的两个不同定义。

4. 沙特阿拉伯

1. 沙特阿拉伯提议将本条款草案的起句改为：“本条款草案的目标是规范下述情况：”。

2. 沙特阿拉伯还提议在该条款草案中列入有关优先利用跨界地下水的规定。因此，应增列一个新的(d)项，内容是：

“制定利用共有地下水和含水层系统方面的优先事项。”

D. 条款草案第2条 用语

1. 巴西

应改进含水层的概念，以涵盖抽取的可能性，因为有些岩石含水，但无法抽取，因此在技术意义上不属于含水层。含水层不一定是在透水性较弱的层组之上（例如，渗水层组之上的断裂含水层也是含水层）。因此，巴西建议对条款草案第2条(a)项采用以下措辞：

“‘含水层’是指含水并可从中抽取大量水的地下透水性地质层组。”

2. 哥伦比亚

鉴于各国际场合经常使用“公平合理使用”资源这一措辞，哥伦比亚认为应确定该措辞的定义，并将其定义列入条款草案。

3. 德国

1. (a)项中“位于透水性较弱的地层之上”这一措辞可以删除，因为该措辞没有必要并可能造成混淆。

2. 应在(f)项中增加以下内容：

“[……]从地面流入或通过土壤渗入或直接渗透……。”

3. 最好在条款草案第2条评注第(4)段（倒数第三句）中使用“水量或水质”，而非“水量和水质”。视

化学构成不同，即使转移少量的水也可能对收受含水层产生重大影响，因此有必要使用含水层系统一词。

4. 匈牙利

1. (f)项补给区定义中的“汇集区域”表述更经常用于地表水。此外，不仅仅地下水补给区可以在地下，排泄区地表也属于雨水汇集区域。换言之，补给区只是汇集区域的一部分，该区域土壤渗水量很大，并且/或者由地表水直接补给地下水。

因此，匈牙利提议(f)项采用以下措辞：

“‘补给区’是指向含水层供水的区域，包含[包括]雨水从地面流入和/或通过土壤渗入含水层的汇集区域。”

2. (g)项中的排泄区定义仅涵盖确实存在某种形式地表水的情况。匈牙利的理解是，排泄区可以在没有地表水的情况下存在。在许多地区，上流系统保持地下水位长期接近地表，这些地区无疑被视为排泄区。考虑到关于补给区和排泄区的条款草案第10条，各项定义应旨在确定有助于突出体现跨界含水层以上全部地区内的某些区域的具体特征。

因此，匈牙利提议(g)项采用以下措辞：

“‘排泄区’是指含水层的水流向水道、湖泊、绿洲、湿地或海洋等出口的流经区域，或上流系统保持地下水位长期接近地表的区域。”

5. 伊拉克

应在(f)项中加入“和其他水源”一词。该项因此行文如下：

“‘补给区’是指向含水层供水的区域，包括雨水和其他水源汇集区域，以及雨水和其他水源从地面流入或通过土壤渗入含水层的区域。”

6. 荷兰

1. 虽然对有些人来说，在(d)项“含水层国”定义中的“含水层”和“含水层系统”两词前使用形

容词“跨界”的用意可能显而易见，但对其他人来说，如果在该款中的“含水层系统”一词前和条款草案的其他部分重复使用这个形容词，也许会避免混淆。

2. 荷兰的理解是，含水层、尤其是承压地下水形式的含水层，也可在国家领土外的管辖或控制地区中发现。荷兰认为，委员会在条款草案二读期间考虑对所有共有自然资源适用条款草案时，势必重新审议“含水层国”的定义，并处理条款草案是否适用于可在国家大陆架地下发现的共有自然资源尤其是石油和天然气的问题。

7. 葡萄牙

1. 葡萄牙对没有就“重大损害”（条款草案第6条）和“重大不利影响”（条款草案第14条）作出定义颇感关切。国家有可能根据其当时的自身利益逐案解释这一具有主观性的措辞。实际上，这可能使较弱的国家处于不当的不利地位。这两个词也因此更难以区分。

2. 另外，人们还应考虑是否按照危险活动造成跨界损害情况下的损失分配原则草案的做法确定“生态系统”一词（条款草案第9条）的定义。¹

3. “重大不利影响”一词（条款草案第19条）也有同样的问题，即不够明确，使人们对要怎样评价此类影响的严重程度产生怀疑。

4. 鉴于上述词汇是条款草案基本规定的部分内容，如果对这些词汇没有统一和明确的理解，对国家在这个问题上的义务就会有不同的解释，甚至出现不履行这些义务的情况。因此，在有关用语的条款草案第2条中确定其定义或许是一个不错的选择。

¹ 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/566号文件。

8. 沙特阿拉伯

(a) 项应予修改，行文如下：

“‘含水层’是指位于透水性较弱的地层之上或之下的含有承压或非承压水的渗透性地下地质层组以及该地质层组饱和和带所含之水。”

9. 瑞士

1. 条款草案第2条和以后各条款草案英文本中的“recharge”一词在法文本中译成了“*réalimentation*”。瑞士认为应在法文本中保留“recharge”一词，因为其含义更接近于人类活动（人工补给）。

2. 条款草案第2条和以后各条款草案法文本中的“*zone de déversement*”一词（英文本：“discharge zone”）也许更适宜称为“*zone d'exutoire*”。

E. 条款草案第3条 含水层国的主权

1. 奥地利

奥地利曾建议将提及主权的内容移至序言部分。不过，按照目前的条款草案，似乎应该保留条款草案第3条的案文，以便在权利和义务之间达成某种平衡，同时强调主权是条款草案全文所依据的基本规则，必须据此解释条款草案。

2. 巴西

必须保留条款草案第3条中重申国家对位于其领土内的含水层拥有主权的文字。尽管如此，还应修改该条款草案的最后部分，申明应根据国际法而非“按照本条款草案”行使主权。应在国际法一词前增添以下文字：“除其他外，联合国大会1962年12月14日第1803 (XVII) 号决议提及的”。

3. 古巴

考虑到国家对位于其领土内的含水层拥有主权，并因此可自由确定对任何特定含水层的政策，条款草案第3条最后一句应该删除。

4. 以色列

以色列欢迎条款草案强调对跨界含水层的主权问题。不过，以色列不支持对有关这个问题的公认习惯国际法规定任何例外。因此，以色列建议在“按照”两字后面增添“国际法和”几字。

5. 葡萄牙

葡萄牙认为，应考虑是否要逐步采用更加符合实际情况和更加温和的主权理论。在不怀疑国家对位于本国领土内的跨界含水层或含水层系统的部分拥有主权的情况下，似应考虑强调国家间合作原则，以此作为一般性规则。

6. 土耳其

最好是明确提及国家对其领土内的自然资源拥有主权。在跨界含水层周边国家之间的对话或合作没有达到共同公平合理利用的水平的前提下，这种提法尤为重要。因此，各国应能够根据本条款草案为利用、开发和管理位于本国领土内的水资源而充分行使主权。在这方面，拟议的条款草案第3条行文如下：

“每一含水层国应按照本条款草案并为第3条规定的宗旨对位于其领土范围内的跨界含水层或含水层系统之部分行使固有主权。”

F. 条款草案第4条 公平合理利用

1. 奥地利

1. 必须密切结合关于“公平合理利用的相关因素”的条款草案第5条审视条款草案第4条。不过，需要对上述条款草案中使用的某些概念加以澄清：

2. (a) 项提出的“从中获益”概念引起某些怀疑。首先，在阐述条款草案第4条的条款草案第5条中列举与公平合理利用相关的因素，就是不尊重条款草案第3条所体现的基本规则，因为它除其他外，仅提及对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用。有鉴于条款草案第3条，一定要在条款草案中插入这个内容，从而使条款草案第4条(a)项行文如下：

“含水层国应以与其含水层及其补给份额相一致的方式利用跨界含水层或含水层系统。”

其次，如评注所示，对于为何应把“利用”改为“从中获益”没有提出令人信服的理由，尤其是鉴于条款草案第5条规定的标准提到“利用”。虽然(b)项和(d)项的评注非常明确和精细地说明了在确定跨界含水层“公平合理利用”时、尤其在阐述有补给含水层和无补给含水层时遇到的困难，但提及这类使用可以接受，从而使条款草案第4条(a)项全文如下：

“含水层国应以与其含水层及其补给份额相一致并符合公平合理利用的方式利用跨界含水层或含水层系统。”

3. 如果要把条款草案变成一份具有国际法律约束力的文书，就必须对“获取最大长期惠益”的概念进行进一步研究，因为这个概念包括许多模糊不清的问题，例如“浪费性利用”。就跨界含水层而言，在具体情况下应由谁确定“获取最大长期惠益”的含义这个问题尤其模糊不清。必须考虑到，对跨界情况适用“获取最大利益”的概念极为困难，因为为此目的需要自由转移利益，而这在跨界情况下难以实现。另外，也不能排除这样一种情况，即各含水层国会对利益评价得出不同的结论，因为这些利益经常是按政治标准评价，而非按纯粹的经济和生态标准评价。

2. 古巴

古巴提议在(c)项中加入“世代”一词。因此行文如下：

“含水层国应在考虑到含水层国今世后世的需要及替代水源的基础上，单独或联合制定全面利用规划。”

3. 德国

应在条款草案第4条评注第(1)段中加入以下文字：

“含水层地质层组的使用今后可能更加重要，在深含水层中的二氧化碳固存方面尤为如此。利用地质层组的其他例子包括：采矿活动产生的卤水处置或可能造成水质恶化的核废料处置。”

4. 伊拉克

1. (b) 项应与 (a) 项合并，而行文如下：

“含水层国应以从含水层或含水层系统所含水利用中获取最大长期惠益的公平合理的方式利用共有跨界含水层或含水层系统。”

2. (c) 项中的“及替代水源”这一措辞应予删除。

3. (d) 项应加入“无补给”一词。因此该项行文如下：

“含水层国对于有补给或无补给跨界含水层或有补给或无补给跨界含水层系统的利用程度不应妨碍其持续发挥有效作用。”

5. 以色列

1. 以色列认为，条款草案第4条至第6条成功确定了已获各国公认的若干重要一般性原则，即含水层公平合理利用原则和不对其他含水层国造成重大损害的义务。在表明这一点后，以色列建议采取一种平等对待上述原则的办法，任何一项原则都不能凌驾于其他原则之上。

2. 根据前述内容，以色列提议在条款草案第4条起句“利用原则”几词后加上以下文字：“并在适当顾及避免对其他含水层国造成重大损害情况下”。

3. 以色列认为，需要对 (c) 项规定的制定“全面利用规划”的义务进行进一步审议，因为以色列认为，拟议该项的规定给各国造成了不当负担。另外，由于允许单独制定利用规划而非仅要求进行协作，合作的义务被推翻了。因此，(c) 项中的“单独或”几字应予删除。

4. 以色列愿对可持续性原则表示支持，并欢迎这项原则在 (d) 项中得到认可。尽管如此，以色列仍建议代之使用“优化和可持续的使用”措辞，因为类似措辞已在1997年《国际水道非航行使用法公约》第5条中使用。

6. 波兰

在提出第二部分增列可持续发展原则的建议（见上文一般性评论）后，应在条款草案第4条中加以适当提及。

7. 沙特阿拉伯

1. 应该阐明公平合理利用的具体定义。(c) 项为变化和不可预测性敞开了大门，因为各国的需要不尽相同。应该在这方面制定严格的规则。(d) 项不甚明确，也许需要稍加澄清或重新拟定。

2. 应加入一个新的 (e) 项，行文如下：

“任何国家都不得向任何其他国家，无论是含水层国或非含水层国，全部或部分转让、租赁或出售利用跨界含水层的权利。”

8. 瑞士

1. (c) 项规定，含水层国应“单独或联合”制定全面利用规划。瑞士认为，跨界含水层的利用规划不应单独制定。正如条款草案第13条正确指出的那样，需要对含水层进行“联合管理”。如果存在两个（或两个以上）相互矛盾的利用规划，联合管理就难以进行。

2. (d) 项中“发挥有效作用”的表述不甚清晰。需要表达的思想是：经过一段时间后，净产出不应高于投入。

9. 土耳其

关于 (c) 项，综合水资源管理是利用地表和地下资源方面的基本概念。这一概念考虑到水文、社会、经济和环境方面，并争取达成有益、可持续、可行、公平和有利环境的目标。不过，这一概念没有考虑到开发盆地水源问题。另外，也不能将地下水源和地表水源视为可相互替代。相反，这两种水源是相辅相成的。因此，在制定全面利用规划时，“替代水源”不应成为有待考虑的一个因素，它们已经是规划的一部分。因此，“替代水源”一词应予删除。

G. 条款草案第5条 公平合理利用的 相关因素

1. 巴西

1. 巴西建议在第1款中列入一个与利用地热能有关的增列项目。地热能仍没有被大多数发展中国家和最不发达国家充分利用。新项目可采用以下措辞：“地热能（如有）的利用。”

2. 条款草案第5条确定了决定“公平合理利用”概念的相关因素。巴西特别赞赏第2款最后一句载有的一般性原则，即：“但是，在权衡对跨界含水层或含水层系统的不同用途时，应该特别考虑人类的基本需要。”

2. 古巴

关于第2款中“应该特别考虑人类的基本需要”的提法，古巴希望提请注意下述可能性：即使为公平起见有理由利用含水层，满足人类需要的努力仍可能危及待开发含水层地区生态系统的自然运作。

3. 德国

1. 条款草案第5条评注第(2)段指出：

系统变量与含水层的传导性（渗透性）以及储水性有关。

这里，应把“水力传导性”列在“含水层的传导性（渗透性）”后面，并把“储水性”改为“储水系数”。

2. 应该把第(2)段中“它们是地下水位分布和水的特性，如温度、硬度……”这句话改成：“如含水层的厚度、温度、硬度”。

3. 条款草案第5条评注第(5)段指出：

在确定“人类的基本需要”时，应该特别注意，提供足够的水来维持人类生命，既包括饮用水，也包括生产粮食以防止饥饿所需要的水。

在许多干旱和半干旱国家中，以地下水为基础的农业是大规模过度使用地下水储备的主要原因。现有定义为以粮食安全为借口的过度使用所规定的范围太大。目前在这些国家中，大多数农业都是为了出口，而不是为了粮食安全。在几乎所有的干旱和半干旱国家中，粮食自给自足是不现实的。因此，德国建议删除这项定义，而采用国际法协会提出的较狭义的定义：

人类的基本需要是指直接为人类生存而使用的水，包括饮用水、炊用水和卫生用水，以及直接维持家庭生计所需要的水。¹

¹ 《国际法协会柏林水资源规则》（2004年）第3条第(20)项, *International Law Association, Report of the Seventy-First Conference held in Berlin, 16-21 August 2004*.

4. 伊拉克

1. 应在起句中加上“通过双边或多边协定”措辞，因此行文如下：

“依照条款草案第4条所述的公平合理方式通过双边或多边协定利用跨界含水层或含水层系统，须考虑到所有相关因素，包括[……]。”

2. (g) 项中应增加“其他”一词，以便使案文在提及替代特定用途的办法时更加全面。因此该项行文如下：

“对于含水层或其他含水层系统的某一现有和已规划的用途，是否存在替代办法。”

5. 以色列

就与决定什么构成公平合理利用有关的因素的提法而言，必须避免背离1997年《国际水道非航行使用法公约》的内容，以便遵照以色列2007年11月2日在第六委员会发言时提出的建议，维护具有法律统一性和一致性的制度。¹ 在这方面，

¹ 见《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第109段。

以色列希望着重指出条款草案中两处背离公约内容的地方：

(a) (d) 项提出了一个新的因素，即“对含水层或含水层系统的形成和水补给所起的作用”。以色列认为，在适用公平合理利用原则时，相邻社区的需要最为重要。没有证据支持相反的主张，例如，根据各方领土内各个补给区的降雨量分配水量。尽管如此，鉴于现有技术能够以人工方式向含水层注水，因此也许应该大力主张对以人工方式向含水层补水的国家所作的努力予以回报，为其分配更多来自该含水层的水量。这项规则有助于激励各国积极向含水层补水。当然，其条件应是，为了避免污染，人工注入的水的质量可以接受。简言之，以色列认为，(d) 项的目前文本给人留下的印象是，自然补水是确定公平合理利用的一个相关因素，而这有悖于习惯国际法。因此，该项应予删除，或加以更正，仅提及以人工方式向含水层补充净水。

(b) (g) 项列明“对于含水层或含水层系统的某一现有和已规划的用途，是否存在替代办法”。虽然毫无疑问，替代水源是一个相关因素，但以色列认为，仅存在替代办法还不够，还必须考虑其可行性。以色列建议回到1997年《国际水道非航行使用法公约》第6条(g)项的最初提法，在“替代办法”前增加“具有可比价值的”几字。

6. 荷兰

根据条款草案第1条，本条款草案除了利用跨界含水层和跨界含水层系统外，还涵盖对跨界含水层和跨界含水层系统有影响或可能有影响的其他活动。条款草案第1条评注第(6)段指出，有必要规范此类其他活动，以便适当管理含水层。荷兰同意应对此类活动适用本条款草案，并希望这样做会对确认与公平合理利用含水层和含水层系统相关的因素产生影响。因此，荷兰建议在条款草案第5条(d)项中增列一切现有和已规划的其他此类活动及其影响，作为与公平合理利用含水层和含水层系统有关的补充因素。

7. 波兰

1. 建议在(f)项规定“影响”前面插入“实际和潜在”这一措辞。

2. 在提出第二部分增列可持续发展原则的建议（见上文一般性评论）后，应在条款草案第5条中予以适当提及。

8. 沙特阿拉伯

1. (c) 项应修正为：

“特定利用模式与每个国家内的含水层或含水层系统自然特性的兼容性。”

应增加一个新的(e)项之二，其中考虑到含水层面积、范围、厚度和特征以及地下水流向。

2. 条款草案第5条评注第(3)段除其他外指出：“除了可行性和可持续性之外，替代办法的服务期限在分析中的作用也很重要。例如，一个可持续的替代办法从含水层的补给排泄比率来说可能是更好的，但其利用期可能不如一个有控制的耗减替代办法那么长。”这一段头两行不明确。

3. 条款草案第5条评注第(4)段中以“例如，……”起始的句子应采用以下行文：

“湖泊接受地下水注入有多种方式。一些湖泊从整个湖底获得地下水注入。一些湖泊则通过整个湖底的渗流获得地下水注入。一些湖泊从部分湖底获得地下水注入，其他部分则通过渗流获得注入。”

9. 瑞士

1. 关于对含水层的“形成……所起的作用”（法文本：“*contribution à la formation*”）的(d)项似乎不是一个与含水层或含水层系统公平合理利用相关的因素，因为含水层是大约几百万年前形成的。把法文和英文本中的“*formation*”一词换成“*transformation*”也许更为适宜。

2. (i) 项中的“有关生态系统”不明确。似应重复条款草案第9条使用的表述（“跨界含水层或含水层系统内的、或赖其以存续的生态系统” / “*écosystèmes qui sont situés à l'intérieur, ou sont tributaries, de leurs aquifères ou systèmes aquifères trans-frontières*”）。

10. 土耳其

条款草案第4条(c)项的基本原理适用于(g)项，(g)项应予删除。

H. 条款草案第6条 不对其他含水层国造成重大损害的义务

1. 巴西

1. 巴西支持使用“重大损害”一词。必须将第1款和第2款提及的“重大损害”一词理解为通过含水层造成的损害。巴西强调，委员会已经表达的理解十分重要，即为避免重大损害而采取适当措施的义务属于“行为”义务，而非“结果”义务。

2. 关于“影响或可能影响……的活动”术语的使用，其背景与条款草案第1条(b)项的背景不同。为此，如果“影响”一词改成“重大影响”，这一表述就可以保留在案文中。委员会应找出适当语言更清楚地表述以下内容，即采取一切措施防止重大损害的义务仅适用于可合理认为国家知悉的活动或国家知道对含水层具有真正或潜在影响的活动。

2. 哥伦比亚

1. 评注阐述了“重大”一词的用途，因为重大损害的提法会引起推断认为还可能不存在不重大的损害。哥伦比亚认为这两个形容词都不适宜描述损害，因此提议仅使用“损害”一词而不带任何限定词。哥伦比亚提议修正所有条款草案，删除“重大”一词。

3. 古巴

古巴认为，第2款中使用的“防止……造成[……]损害”的措辞应改成“避免……造成[……]损害”，因为在环境问题上，目的不是防止而是避免造成一切形式的损害。

4. 芬兰

应在条款草案中更加重视环境观点。第6条采纳了“重大损害”的门槛，考虑到地下水的脆弱性，这种门槛相当高。

5. 匈牙利

委员会决定取消有关在已采取一切适当措施防止发生重大损害、但重大损害仍然发生的情况下予以赔偿的规定。匈牙利认为，鉴于最近国际环境法领域的发展情况，每当一含水层国对另一含水层国造成重大损害时，应根据“谁污染谁付费”的原则提供适当赔偿。匈牙利希望指出，根据这项原则，国家负有客观责任，这就是说，无论它们是否采取一切适当措施防止损害，只要它们造成了重大损害，就得支付赔偿。这项原则和由此产生的义务已在其他国际法文书中业已确立无疑。匈牙利认为，应把提及这项原则和义务的内容纳入草案，以明确表明应适用的特定国际法制度。本条款评注提到，包括责任原则草案在内的其他国际法规则都涵盖了这个问题。这种推理可能不妥，因为一般国际责任都以可归责性为基础，但国际环境法领域有所例外，责任完全建立在造成损害的基础上。

6. 以色列

1. 以色列建议采纳比采取“一切适当措施”更高的门槛，除去第1款中的“重大”一词。这项建议符合以色列的上述评论以及以色列2007年11月2日在第六委员会发言时发言的内容，¹并考虑到含水层的易受影响性。

2. 另外，以色列建议增加几项具体规定，明确阐明条款草案第6条规定的义务。例如，不妨考虑采用更详细的义务清单，例如2004年《柏林规则》第41条开列的义务。²此外，以色列还提请注意审慎原则，许多人现在都认为，审慎原则已成为国际环境法的习惯规则。

¹ 见《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第109段。

² International Law Association, *Report of the Seventy-First Conference held in Berlin, 16–21 August 2004*, 伦敦，2004年。

7. 荷兰

1. 第1款阐述了有关预防的各个方面，在违规情况下可能引起国家责任。荷兰认为，这已被正确列为应有的注意义务。第3款阐述的是尽管履行了应有的注意义务，因而也遵守了第1款，但仍造成重大损害的情况。评注第(6)段提出论点认为，应在此段

中删除讨论给予了应有的注意但仍造成重大损害情况下的赔偿问题的义务，但这些论点没有说服荷兰。虽然关于国际法不加禁止的行为造成的损害性后果的国际责任的国际法近年来有了进一步发展，包括制定了关于危险活动造成的跨界损害情况下损失分配的原则草案，¹但荷兰认为，这些事态发展无法证明应在这款中删除讨论给予了应有的注意但仍造成重大损害情况下的赔偿问题的义务。尤其是，关于危险活动造成的跨界损害情况下损失分配的原则草案仅适用于与使用含水层和含水层系统有关的危险活动，不涵盖非危险活动。另外，关于不造成重大损害的义务的条款草案中对于公平合理利用的条款草案的相关参照把赔偿问题与这两项条款草案的相互影响联系起来。在特定情况下，结果可能是，如果履行了应有的注意义务还要求支付赔偿，那么就既不公平也不合理。

2. 总评注第4段指出，为了使条款草案行之有效，一些条款草案必须对不共有所涉跨界含水层的国家施加义务。荷兰同意采取这种办法，并注意到由于本条款草案适用于利用跨界含水层以外的其他活动，该办法特别切合实际。因此，荷兰认为，条款草案第6条第2款的主体应是所有国家，而不应是含水层国。非含水层国国内开展的活动可能对位于其他国家的跨界含水层产生影响，从而造成重大损害。另外，如此扩大本条款草案的范围也与适用于所有国家而非仅含水层国的关于已规划的活动的条款草案第14条相一致。荷兰认为，条款草案第14条评注第(1)段提出的将该条款草案范围扩大到所有国家的论点可比照适用于条款草案第6条第2款，并进而适用于条款草案第9条和第11条。

¹ 《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/566号文件。

8. 沙特阿拉伯

条款草案第6条应包括一项明确规定，对不可逆转的损害、造成损害的国家所负赔偿义务和赔偿方法加以规范，并应指定主管机构负责此事。

9. 土耳其

1. 有关如何解释“重大损害”和界定重大损害适当门槛的辩论仍在进行之中。虽然大多数国际法典都采用“防止造成重大损害”的概念，但这个概念模糊

不清，具有相对性并难以适用。此外，如果没有适当门槛，“防止造成重大损害的适当措施”就难以确定。

2. 另一方面，地下水源的开发或少量污染都可被解释为重大损害。因此，该条款草案总体而言目标过高，应予修改。拟议案文如下：

“1. 含水层国在本国领土内利用跨界含水层或含水层系统时，应给予应有的注意，防止对其他含水层国造成重大损害。

“2. 含水层国在进行非利用跨界含水层或含水层系统、但影响或可能影响该跨界含水层或含水层系统的其他活动时，应避免通过该含水层或含水层系统对其他含水层国造成重大损害。

“3. 如果仍对其他含水层国造成重大损害，因自身活动造成损害的含水层国应适当注意到条款草案第4条和第5条的规定，努力同受影响国协商，消除或减轻这种损害。”

I. 条款草案第7条 一般合作义务

1. 奥地利

奥地利支持关于含水层国有进行合作的一般义务的概念。然而，目前的草案中，在把“互利”列入条款方面有不明确之处。“互利”是通过合作要实现的目标，但奥地利对是否要将其列为一项基本原则仍然有怀疑。

2. 巴西

巴西支持条款草案第7条的措辞和其中所载原则，认为这是进行合作的良好基础。这些原则，包括主权平等和领土完整方面的原则，同其他原则一道构成一种均衡的方式，以促进含水层国在善意和相互尊重的基础上进行合作。

3. 捷克共和国

1. 条款草案第7条中的“善意”一词使人担心，一些国家可能本着善意采取未同其他缔约方协商的措施，而可能对其他缔约方的需要产生不利影响。

2. 根据第2款，含水层国应当设立联合合作机制。捷克共和国认为，最好用“应 (shall)”而不是“应当 (should)”，因为这将规定各国在任何情况下都应建立联合机制。

4. 德国

应在第2款中增加内容如下：

“含水层国应在适当情况下把关于地下水的合作纳入现有的关于地表水的合作机制中。”

从中期来看，专门为地下水建立新的单独合作机制在许多地区是不实际的。在含水层与地表水没有水力联系的地区，单独就地下水进行合作是可取的。因此，在建立新的结构之前，都应首先检查现有的关于跨界水合作的制度结构是否能予以扩大，把地下水包括在内。

5. 以色列

以色列谨表示支持条款草案第7条第2款，并提议通过把“应当 (should)”改为“应 (shall)” (应) 来加强关于建立联合合作机制的义务。还可以通过以下方法进一步加强此种义务：详细说明联合合作机制所涉问题和提及适当的条款草案，例如数据和资料的交流 (条款草案第8条)、监测 (条款草案第12条) 和管理 (条款草案第13条)。

6. 波兰

鉴于合作对于保护、保全和管理含水层及含水层系统的重要性，应更详细地阐述合作的形式。该条款草案第2款可修改如下：

2. 为了第1款的目的，除其他外，含水层国应当就以下事项设立联合合作机制：

“(a) 管理；

“(b) 监测和评估；

“(c) 数据库；

“(d) 协调的通信、预警和警报系统；

“(e) 研究和发展；以及

“(f) 相互协助。”

7. 沙特阿拉伯

对于“主权平等”和“领土完整”需规定得更详细一些，因为地下水不同于地表水 (例如，河流)，因而难以对地下水适用这些概念。

J. 条款草案第8条 数据和资料的经常性交流

1. 奥地利

许多条约中都有与条款草案第8条中关于“数据和资料的经常性交流”的规定类似的条款。奥地利支持列入这一规定，因为国际惯例强调经常性交流数据和资料的重要性。关于目前的案文，奥地利谨指出两个问题：

(a) 第2款最后一句应改为：

“它们应单独或在适当情况下共同地、以及协同或通过国际组织采取这种行动。”

(b) 对于第4款中的“尽力”一词，奥地利将此理解为是表示一个国家应努力提供数据和资料的条款，而不是提供数据和资料的严格义务。

2. 巴西

条款草案第8条和第12条都提及一个或多个国家“在适当情况下”在国际组织的援助下采取措施。条款草案第8条没有具体说明由谁确定就国际组织的援助而言何种情况被视为“适当”。巴西认为，在条款草案中必须说明只有国家才享有此种权利。数据和资料交流方面的主要实际困难是数据库、参数和信息系统没有实现标准化。因此，条款草案第8条中应增加具体提及必须“共同努力，尽可能整合现有的数据库，使其相互兼容，同时考虑到各区域的具体情况和经验”的内容。例如，在南美洲，巴西地质局已同许多国家达成协定，以便各国均可使用“地下水信息系统”。

3. 哥伦比亚

为了确保有着共同含水层的国家建立监测和控制网络,提议把第4款的措辞修改为如下:

“共有含水层的国家应酌情尽力使其收集和处理这种数据和资料的方式能便于接收此种数据和资料的其他国家予以利用,以便建立含水层环境监测和控制的联合网络。”

4. 瑞士

条款草案第8条应更加明确地鼓励各国建立其含水层资料册。许多国家仍然不了解其含水层的范围、质量和数量。此外,条款草案第8条应提及条款草案第4条(c)项。确实,任何利用规划的质量都取决于能否获得相关的数据。

K. 条款草案第9条 保护和保全生态系统

1. 以色列

由于以色列和许多其他国家对于滥用含水层和含水层系统的环境影响日益感到关切,以色列谨赞扬委员会草拟了条款草案第9条和第11条,其中规定各国义务保护和保全含水层和含水层功效所及的各个生态系统。

2. 荷兰

在条款草案第9条评注第(4)段中,委员会指出,该条款草案所规定的各国的义务只限于保护“相关生态系统”。条款草案的措辞表明,相关系统是:(a) 跨界含水层内的生态系统;和(b) 依赖跨界含水层以存续的生态系统。荷兰对这是否正确地确定了相关的生态系统有怀疑。特别是,荷兰认为条款草案的目的不应是保护和保全依赖跨界含水层的生态系统((b)类),因为保护和保全这些生态系统对跨界含水层并没有影响。而看来需处理的是正好颠倒的情况。因此,条款草案的目的应是保护和保全跨界含水层所依赖的生态系统,例如补给区的生态系统。此外,可能应如条款草案第11条评注第(2)段所指出的那样,在评注中说明,该条款草案中规定的义务是应

有的注意义务。最后,荷兰认为,该条款草案的范围应从含水层国扩大到所有国家。

3. 土耳其

虽然在管理跨界地下水资源方面,保护和保全生态系统非常重要,但应特别注意到人类的基本用水需要。因此,应在该条款草案末加上“同时特别注意人类的基本需要”。

L. 条款草案第10条 补给区和排泄区

1. 奥地利

条款草案第10条是从地下水法领域的国际法演变而来的。评注解释说,必须使领土内有补给区或排泄区的国家也参与进来。奥地利赞同这种意图。关于规定这些国家负有合作义务的问题,考虑到跨界含水层和含水层系统的复杂性,奥地利仍然怀疑其可行性。奥地利认为,应倒置这种义务,规定含水层国家有义务谋求与境内有补给区或排泄区的国家的合作。

2. 巴西

该条款草案第三部分规定了含水层国的重要义务。条款草案第10条第2款还规定了非含水层国的义务。总体而言,巴西支持目前这一部分的内容和均衡结构,该部分依据的是过去通过的全球和区域法律文书。然而,条款草案第10条的某些部分必须更加准确,因为现正在辩论关于何谓补给区的问题。应该努力避免因确认和处理的区域过于宽广而迷失方向。应在条款草案第10条中增加“最重要”补给区和排泄区的措辞,确认“最重要”补给区和排泄区需要相当大的努力,但可促进以可持续方式管理地下水。

3. 以色列

1. 以色列建议加强本条款草案对各国规定的义务。因此,以色列建议委员会考虑采用比目前第1款的拟议案文更强硬的措辞,用能够确保含水层和含水层系统受到保护的措辞取代“最大限度减少……有害影响”。

2. 以色列认为第2款不能够在非含水层国境内的补给区可能遭滥用方面给予含水层国足够的保护。应规定境内有补给区的非含水层国应对条款草案第6条和第11条规定的关于保护含水层的所有具体义务负有责任，而不是规定关于在保护含水层或含水层系统方面进行合作的一般义务。

4. 波兰

建议条款草案第10条还要提及在可行的情况下消除对补给和排泄进程的任何有害影响。该条应改为：

“1. 含水层国应查明其跨界含水层或含水层系统的补给区和排泄区，并应在这些区域内采取专门措施，以防止、最大限度减少、控制以及在可行的情况下消除对补给和排泄过程的有害影响。”

M. 条款草案第11条 防止、减少和控制污染

1. 奥地利

奥地利坚决支持把“审慎态度”写入条款，但希望看到把第二句改为：

“含水层国应采取审慎态度。”

虽然奥地利并不反对第二句中表达的观点，但认为所作的解释应属于评注部分。

2. 巴西

1. 条款草案第11条规定了含水层国有义务防止、减少和控制可能对其他含水层国产生损害的污染。根据这项规定，鉴于跨界含水层和含水层系统的性质和范围不确定，并且它们易受污染，含水层国应采取“审慎态度”。正如委员会所知，一些跨界含水层已受到不同程度的污染，其他则还未受到污染。“防止”的义务针对的是新污染，“减少”和“控制”义务则针对现存污染。该条款草案评注第(2)段说，减少和控制污染的义务反映了目前各国的做法。该段还指出，在一些情况下，立即消除现有污染可能会导致污染起源国遭受远远超过受到损害的含水

层国可能得到的好处的“过度困难”。巴西同意这种解释。

2. 巴西支持委员会关于提及“审慎态度”而不是“审慎原则”的决定。巴西赞同这样的看法：鉴于科学上的不确定性和含水层的脆弱性，“审慎态度”这种说法不太容易引起争议。在条款草案中保留“审慎态度”这个用语，是可取的。

3. 芬兰

条款草案应更加注重环境观点。应促进人们所普遍接受的审慎原则，以便减轻事故可能造成的地下水污染的风险。

4. 匈牙利

匈牙利属于认为审慎原则已被列入国际环境法的国家。然而，匈牙利认识到一些国家表达了相反的看法。匈牙利认为，把“审慎原则”概念纳入条款草案案文，将十分有助于在国际法中普遍接受这一原则。

5. 荷兰

1. 委员会在评注第(1)段中说，该条款草案是条款草案第4条（公平合理利用）及条款草案第6条（不对其他含水层国造成重大损害的义务）所包含的一般原则的具体应用。荷兰谨提请委员会注意就1997年《国际水道非航行使用法公约》中相应条款的解释进行的学术辩论，特别是关于保护、保全和管理的章节中的特别规则是否优先于关于水质的一般原则的章节这一问题的辩论。进一步澄清这些条款之间的关系将是有益的，特别是适用关于公平合理利用含水层的条款草案与保护和保全含水层中的水质的关系。此外，荷兰认为，应把本条款草案的范围从含水层国扩大到所有国家。

2. 在评注第(6)段中，委员会还说，对审慎原则是否已被确立为习惯国际法存在不同的意见，因而它使用了争议较少的“审慎态度”的表述。荷兰坚信，审慎原则是习惯国际法的一个组成部分，但无论是否已成为习惯国际法的组成部分，它还是赞成

在条款草案中使用“审慎原则”。此外，荷兰认为必须澄清在哪方面含水层国必须应用审慎原则。从目前的表述和背景来看，必须在预防、减少和控制对跨界含水层的污染方面采用审慎原则。然而，荷兰认为，在利用跨界含水层活动的任何方面都必须应用审慎原则。可以将这作为一个单独条款列入第三部分，内容如下：

“含水层国应在利用跨界含水层和跨界含水层系统方面适用审慎原则。”

6. 波兰

提议在消除污染的问题上将该条款改写如下：

“在跨界含水层或含水层系统的污染、包括补水过程产生的污染，有可能对其他含水层国造成重大损害的情况下，含水层国应单独地，并在适当情况下，共同地防止、最大限度减少、控制以及在可行的情况下消除对其含水层或含水层系统的污染。”

7. 葡萄牙

为了处理地下水质量的问题，葡萄牙认为条款草案第11条应采用以下措辞：

“……含水层国应单独地，并在适当情况下，共同地采取一切措施，以防止、减少和控制对其跨界含水层或含水层系统的污染。”

8. 沙特阿拉伯

在界定“审慎态度”的含义方面需要更加详细；并需要明确各国的义务。

9. 瑞士

瑞士认为，应加强这项规定。足够好的质量是使用任何含水层或含水层系统的先决条件。

N. 条款草案第12条 监测

1. 巴西

1. 条款草案第12条中包含关于监测的规则和一些概念，比如是否方便寻求统一的标准和参数，用于监测跨界含水层的管理。此条草案建议，只要有可能，含水层国应一起开展此类监测活动。这一义务独立于联合监测，并适用于资料交流。应在第1款最后加上“在适当情况下”一语，因为出于技术或其他原因，资料交流有时是不可能的。

2. 第2款把对跨界含水层监测标准和方法的使用定为含水层国义务的关键要素。巴西建议，在第2款关于使用商定统一标准的义务部分中加入“尽可能”一词，这样才更切实可行。

2. 土耳其

采用一种比较温和的措辞，更为恰当：

“含水层国应监测其跨界含水层或含水层系统。他们应在适当情况下联合其他有关含水层国并协同各主管国际组织，进行这些监测活动。”

O. 条款草案第13条草案 管理

1. 奥地利

条款草案第13条以现有条约为例。评注解释说，含水层国应在国内一级制定管理计划，并应要求展开协商。奥地利认为，第一句应当改写，以明确反映在国内一级制定管理计划的义务。

2. 巴西

条款草案第13条第一部分让巴西感到困难，因为按照该部分的规定，含水层管理计划的制定和实施依据完全基于该委员会的条款草案。这些计划必须在区域一级制定，不仅要依据条款草案所预见的这些原则，而且还主要须依据区域和次区域的有关协定。条款草案确立的第二项义务，即应任何含水层国的要求，就跨界含水层或含水层系统的联合

管理展开协商的义务，似乎是在鼓励对这一问题采取单方面的解决方案。第13条第二部分的措辞必须重写，以求更积极表述：关于管理含水层的“协商途径和方法”，各国“应达成协商一致”。该条款草案最后一部分提出了“联合管理机制”的概念，但委员会似乎在其评注中表示，这一机制可能是不切实际的。巴西认为，提出统一的管理标准可能更妥，因为这样则更具互补性和合作性。不管怎样，每个国家都必须管理位于自己领土上的含水层部分。因此，不宜使用“联合管理”或“联合管理机制”等提法。

3. 德国

1. 应在条款草案中加上一款，强调必须交流基本社会经济资料：

“在这一联合管理机制中，含水层国应交换关于其含水层地域中社会经济现状与发展的数据和资料。含水层国在考虑其管理计划的依据时，应尽力单独或联合收集和编制上述数据和资料。”

2. 因此，应在评注中加入以下内容：

“第2款涉及关于含水层地域居民或以含水层为生的人们当前的社会经济状况数据和资料。此外，该款还涉及关于这些人之间社会经济动态的数据和资料。社会经济数据和资料包括如下方面的详细资料：*(a)* 利用含水层或含水层之水的所有经济活动；*(b)* 由含水层供水的所有水利用活动；*(c)* 为经济或生活目的而依靠含水层的人数；及*(d)* 因人口增长、迁移等原因而出现的利用活动变化。”

P. 条款草案第14条 已规划的活动

1. 巴西

关于第四部分条款草案第14条，巴西支持委员会在拟订这样一个敏感条款过程中采用的平衡做法。必须强调，该条草案并未规定建立一个实况调查机构的义务，因此不同于1997年《国际水道非航行使用法公约》。巴西支持目前的措辞，而且不会接受关于对已规划的活动予以“停效”的条款。

2. 哥伦比亚

不应使用“重大”一词来形容影响；应使用“不利影响”，而非“重大不利影响”。与此类似，哥伦比亚提议，在就第2款中所涉及的可能影响含水层的活动发出通知时，应附上技术和科学数据。

3. 古巴

古巴认为，为确保其正确实施，条款草案第14条应明确“重大不利影响”的含义。

4. 捷克共和国

根据条款草案第14条，如果一国有合理理由认为，其境内某项已规划的活动可能对跨界含水层或含水层系统造成影响，并因而可能对另一国造成重大不利影响，那么该国应在切实可行的情况下，对此活动可能造成的影响进行评估。捷克共和国认为，这种评估绝对不能仅由一方来进行；所有有关国家均须参与这一评估。

5. 以色列

条款草案第14条中所使用的“公平”一词，其含义似乎不同于案文前文所用的含义。以色列认为，该词的含义应在条款草案全文中前后一致，因此，以色列建议，在条款草案第14条中使用一个不同的词，以免混淆。

6. 荷兰

依照第1款，应对某项已规划的可能“影响”进行事先评估，其中包括对“环境影响”的评估。不过，第2款中使用的“任何”一词则暗示，仅在这种环境影响评估资料便捷可得的情况下，才须通知“环境影响评估”。此款制订依据了1997年《国际水道非航行使用法公约》第12条，似乎并不符合第1款。无论如何，荷兰认为，通知都应附上现有的技术数据和资料，包括按照第1款进行的评估。荷兰认为，明确提及“环境影响”的措辞可以而且应该保留在此条草案之中，例如，可在第1款中明确提及环境影响。虽然正如条款草案第14条评注第(1)段所示，荷兰理解委员会在这些条款草案中作出的程序规定

为何比1997年《公约》所作的规定简单，但是本条款草案中似乎缺少一个不可或缺的程序要素。此要素就是，有义务应要求在磋商和谈判期间不实施或不许可实施某项已规划的活动。这不仅在协商和谈判期间为可能受影响的国家提供了保障，而且也可在磋商和谈判结束后给规划国提供了保障，无论商谈成功与否。

7. 土耳其

此条款草案第3款未明确规定，如果经协商和谈判未能达成合理解决办法，那么，接下来应如何处理某项可能对其他含水层国产生不利影响的已规划的活动。因此，可以在该款末尾加上如下文字，以免模糊不清：

“若在合理期限内未达成协定，通知国则可以行使其主权权利，实施已规划的活动，同时尽最大努力减少其不利影响。”

Q. 条款草案第15条 与发展中国家的科学技术合作

1. 巴西

在第五部分中，条款草案第15条规定了与发展中国家进行科学技术合作的规则。巴西赞同这一规定，但建议增列两项，案文分别如下：

“收集数据和联合开展技术研究和项目；”

和

“促进含水层国之间的技术知识和经验交流，以在地下水管理方面提高它们的能力并加强它们之间的合作。”

2. 哥伦比亚

哥伦比亚再次强调必须设立含水层监测和控制系统，并提议增列一项，案文如下：

“支持建立一个跨界含水层监测和控制网络。”

3. 以色列

以色列强调其支持在水技术领域与发展中国家进行合作。

4. 波兰

由于发展中国家对条款草案规定的义务的遵守情况主要取决于其物质资源和能力，因此，此条款草案试图确保发展中国家具有适当的物质资源和能力，这是正确的。然而，波兰认为，这里所讨论的合作应扩大，以包括财务及法律事项。因此，建议将此条款修改如下：

“第15条 发展中国家的科学、技术、教育、财务及法律合作

“各国应直接或通过主管国际组织，促进与发展中国家的科学、教育、技术、法律及其他合作，以保护和管理跨界含水层或含水层系统。此类合作除其他外，应包括：

“(a) 培训科学、技术及法律人员；

“(b) 便利上述人员参加相关国际方案；

“(c) 向其提供必要的设备和设施；

“(d) 提高其制造这种设备的能力；

“(e) 为研究、监测、教育和其他方案提供咨询意见并发展这方面的设施；

“(f) 为最大限度减少重大活动对跨界含水层或含水层系统的有害影响而提供咨询意见并发展这方面的设施；

“(g) 编写环境影响评估报告；以及

“(h) 调动财政资源并建立适当机制，以帮助它们开展有关项目和促进它们的能力建设。”

5. 沙特阿拉伯

1. 此条草案第一行包括“各国应……促进”的措辞。必须界定“各国”的含义。该词是指世界上所有的国家吗？有必要予以澄清。

2. 沙特阿拉伯提出，鉴于发达国家掌握了方法并具有实践经验，此条草案应敦促发达国家分享其在跨界含水层联合管理方面的经验。

6. 土耳其

条款草案第15条第一句促进与发展中国家的科学、教育、技术及其他合作。但第二句却规定，“此类合作除其他外，应包括……”，意味着这是义务。因此，在第二句中应以“可”取代“应”。

R. 条款草案第16条 紧急情况

1. 奥地利

奥地利赞同条款草案第16条和第17条，但它们提出了彼此之间的关系的問題。应明确说明条款草案第16条是否适用于属于条款草案第17条的情况。

2. 巴西

关于条款草案第16条，最好用“风险”一词而不用“威胁”一词。虽然可以较清楚地看出，此条草案中的“威胁”的含义不同于国际安全领域中的“威胁”，但必须尽量避免可能导致国际行动的措辞。而如果此条规定中的“威胁”指的是损害概念，那么，应采用“风险”这一含义中性的词。

3. 古巴

关于条款草案第16条第1款，古巴认为，“造成严重损害”的措辞不确切，因此应予以明确。

4. 以色列

1. 以色列提议，应去掉此条草案第1款中的“突然”一词。就此，以色列谨指出，其对该条

草案的理解是，该条基本上是指出现一般国际法中所定义的“危急情况”的情形。在加布奇科沃-大毛罗斯项目案¹中，国际法院研究处理了有关“危急情况”的构成因素的规则问题。国际法院的裁决特别切合我们正在研究的问题，因为当时国际法院面对的危急情况是生态问题，涉及水的管理。在该裁决中，法院裁定，危急情况的构成要件之一是存在“迫在眉睫的危险”。法院在第54段中裁决：

一旦在适当的时候可以确定，一个危险无论如何遥远，只要其会发生的确定性和不可避免性没有因此丝毫减少，即可认定该长期“危险”属于“迫在眉睫”的危险。²

2. 以色列认为，这一结论尤其切合含水层，因为含水层具有逐步受到损害的特点。以色列因此认为，一旦发现即将到来的危险，无论如何遥远，都应认为是出现了紧急情况。

3. 关于第2款，在提出要求各国援助受紧急情况影响的其他国家的一般规则时，有必要持谨慎态度。这种总括性的义务规定，无论如何可取，尚不是习惯国际法的一部分。此外，尽管这项原则有其重要性，但以色列对其实用性提出疑问。

¹ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院汇编》，第7页。

² 同上，第42页，第54段。

5. 荷兰

虽然荷兰赞同强加于各国向受紧急情况影响的其他国家提供科学、技术、后勤及其他方面的合作的义务的目的，但对这一规定是否反映了国际习惯法，却表示疑问。荷兰认为，受紧急情况影响的某一国家可要求其他国家“援助”，被要求的其他国家有义务考虑这样的要求并作出决定，但这并不意味着被要求的其他国家有实际提供援助的义务。“合作”一词，似乎本是用来使这一规定更容易被接受，但实际上掩盖了当代国际法在这一点上的立场。如果委员会有意将这项条款纳入作为国际法的一项逐步发展，则应在关于此条草案的评注中加以明确。与此类似，荷兰赞同第3款中特殊例

外条款的目的，即为了保护人类基本需要，含水层国可不顾两个基本义务，即公平合理利用原则以及不对其他含水层国造成重大损害的义务。然而，荷兰仍然认为，不需要增添这一特殊临时例外规定，因为按照国家责任法，一国本来就有权援用解除不法性的情况，以此为理由不遵守它本应遵守的某一特定义务。对解除不法性的情况的援用须遵守保障条款，应进一步审议是否应为保护人类基本需要的目的而不遵守保障条款。如果委员会有此意愿，可在对此条款草案的评注中论述上述问题。

6. 波兰

现在的问题是，为什么这项规定只限于“突然”出现的紧急情况？有的紧急情况可能会过较长时间后才出现，但也是紧急的。因此，建议将第1款改写如下：

“1. 为本条款草案的目的，‘紧急情况’是指由自然原因或人类行为引起、而给含水层国或其他国家造成严重损害之紧迫威胁的情况，无论此种情况是突然发生的，还是经过事前已发生但其重要性当时尚未被认识的若干事件或活动积累而成。”

7. 沙特阿拉伯

(b)项中有“各国”一词。有必要界定并澄清该词的含义。

S. 条款草案第17条 武装冲突期间的保护

1. 奥地利

可能需要根据委员会关于“武装冲突对条约的影响”的工作结果，调整条款草案第17条。

2. 巴西

巴西赞同条款草案第17条目前的措辞。

T. 条款草案第18条 与国防或国家安全有关的数据和资料

1. 巴西

巴西赞同条款草案第18条当前的措辞。巴西不接受任何对各国决定它们希望交流哪些数据或资料的权利施加限制的修正。善意合作的义务不干涉国家对被认为具有国家安全敏感性的信息所拥有的权利，因此使该条款草案达到适当的平衡。

2. 芬兰

定期交流覆盖面足够广泛的关于跨界含水层的资料特别重要。交流的信息应包括在国家和区域一级参与保护环境的主管部门的联系方式。如出现任何紧急情况，应保证与主管部门之间的畅通联系。根据条款草案第18条，不应明确阻止或妨碍关键信息的交流，而且所有活动都应本着善意进行。

3. 以色列

条款草案第18条为交流数据和资料的义务做出了例外规定，使各国只有在影响国防或安全的情况下才能够不提供数据和资料，而没有涉及2004年《柏林规则》第56条第(5)项所述其他重要的国家利益，¹例如知识产权、隐私权或重要的文化或自然财富，而所有这些都可能由于交流信息的要求而面临危险。因此，应该考虑扩大交流数据和资料的义务的例外，以便也保护这些重要的利益。

¹ International Law Association, *Report of the Seventy-First Conference held in Berlin, 16–21 August 2004*, 伦敦, 2004年。

U. 条款草案第19条 双边和区域协定和安排

1. 奥地利

1. 条款草案第19条仍然引起某些问题：(a)不清楚这条草案的意图到底是在条款草案转变为一项公约的情况下，将其界定为一项需要进一步就具体跨界

含水层达成各项协定的框架协定的基础，还是应该在没有这些协定的情况下适用这样一项公约；(b) 还需要澄清与条款草案第13条、特别是与该条关于建立“联合管理机制”的最后一句话之间的关系。这样的机制显然将构成条款草案第19条所设想的双边和区域协定和安排；(c) 这条草案没有说明这些执行协定可以在多大程度上偏离当前的条款草案。特别是，不清楚这项规定是否旨在偏离1969年《维也纳条约法公约》所体现的相互间条约规则。虽然关于这项规定的评注明确提到1997年《国际水道公约》第4条，但前者远没有后者那样详细；(d) 此外，这条草案还没有以任何方式说明与现有或今后协定之间的关系。

2. 条款草案的表述还必须考虑到区域经济一体化组织成员国的特殊情况，这些组织的权限包括这样一项公约所处理的问题。

2. 巴西

条款草案第19条的内容是双边和区域协定和安排。这项条款含有建议性措辞，鼓励含水层国家达成这样的协定和安排。巴西同意委员会在评注第(2)段表示的以下意见：不能把条款草案第19条的第二句理解为赋予其他含水层国家对该条提到的项目或方案的否决权。然而，为了避免任何有悖于该条款草案的精神的解释，委员会应在条款草案的二读当中争取找到某些进一步的措辞，以非常清楚地表明没有任何这样的否决权。

3. 荷兰

条款草案不是以合作框架的形式提出。荷兰同意条款草案第19条的评注第(1)段所反映的委员会的意见，即，在地下水以及其他液体物质和气体物质方面，双边和区域协定的发展仍处于萌芽阶段，而且仍然有待妥善建立合作框架。起草并纳入与双边和区域协定和安排有关的条款草案的工作体现了这个方法，荷兰充分支持这样做。

4. 沙特阿拉伯

1. 双边利用既有积极方面也有消极方面。积极方面之一是，双边利用在边境地区人民之间导致更多和更富有成果的合作，从而鼓励保持和平关

系。其消极方面之一是，这种利用无论多么仅限于局部，也可能损及另一个国家。条款草案解决这个问题的办法是申明“除非此种协定或安排在未经一个或多个其他含水层国明示同意的情况下，对它们利用该含水层或含水层系统的水资源造成重大不利影响”。

2. 然而，“重大不利影响”的提法非常宽泛，需要某种具体说明和界定，以避免被其他含水层国家误解或错误引用。除非具体说明或明确界定不利影响，否则一个或多个国家可能最终获得“否决”权。

3. 条款草案第19条评注的第(2)段提到“除极个别情况外”。最好是澄清这些极个别情况是什么，以免它们成为无数解释的理由。

5. 瑞士

在第19条的法文本的第三行，“*tout ou partie*”几个字有一处小小的疏忽。

V. 增加条款草案和条款草案的重新排列

1. 伊拉克

1. 应以更为适当的方式对某些条款进行重新排列和排序如下：第9条：管理；第10条：监测；第11条：保护和保全生态系统。

2. 应在第五部分增加新的一条，题为：“含水层或含水层系统国家与有关国际组织的合作”，以便把与这些组织的合作纳入拟议条款草案的内容。

3. 增加另一条，题为“强制仲裁条款”，规定在发生任何与该法的解释或适用有关的国际争端时诉诸国际法庭。

2. 瑞士

1. 联邦条款：在联邦制国家，地下水的管理经常属于地区实体的权限范围。例如，在瑞士，各州与和它们分享水资源的邻国签订了关于跨界水资源的协定。

2. 应进一步阐述地表水与地下水之间的相互关系。

3. 应制订解决争端的规定（除第14条第3款以外的规定，因为该款适用的情况仅限于计划开展的活动）。

W. 最后形式

1. 巴西

委员会应在条款草案的二读期间决定它将提交联合国大会的文书的最后形式到底是一项公约草案，还是供大会核准和通过的条款草案。巴西重申，它希望是一项非约束性文书。鉴于含水层具有技术特异性，而且关于含水层的知识刚开始形成，并鉴于含水层的情况多种多样，在现阶段需要通过灵活的准则。这些准则应构成一个框架，供各国建立合作关系，特别是通过双边和区域安排和协定来开展合作。1997年《国际水道非航行使用法公约》树立了一个需要注意的先例。该公约除其他外，载有引起争议的、关于解决争端的规定，因此未能得到足够数目的批准书而未能生效。这个先例显示，为了推动发展关于这个问题的国际法，也许最好是采取循序渐进的方法。为达成一项约束性文书所进行的谈判会造成这样一个印象：有可能越过一些阶段，加速整个进程，但经验显示，在依据多种多样的现实情况处理新的主题时，最好的办法往往是通过非约束性文书，在其中作出一般性、灵活和可以调整的规定。巴西认为，在跨界含水层问题上取得进展的最好方法是把这些条款草案转变为一项非约束性宣言，这将鼓励各国通过谈判达成更为具体的区域和次区域法律文书，并在必要时达成约束性文书。在现阶段通过一项宣言并不妨碍今后随着跨界含水层法律在区域一级取得进展，以及随着含水层国家加强彼此之间的合作机制，再通过一项具有普遍约束力的框架公约。然而，这个重要的一步依赖于一个尚未完成的进程。最后，委员会如果决定提出一项非约束性文书，应相应调整条款草案中的措辞，特别是在案文中删除“应(shall)”字，因为这个字眼有着明确的强制含义。

2. 加拿大

正如加拿大在其于第六委员会发表的评论所指出的那样，该国可以支持这项工作，将其作为一套示范原则，供各国政府采用，特别是在若干国家可能共有地下水资源的区域背景下采用。然而，条款草案必须反映替代机制的功用，而且尊重那些已经存在的双边或多边机制（在加拿大的具体情况中无疑应该如此）。实际上，考虑到加拿大当前的有效机制，该国现在无法积极支持把条款草案作为一项多边公约的基础。

3. 捷克共和国

1. 捷克共和国一直在考虑跨界含水层法条款草案的最佳最后形式问题。在委员会的工作期间已经有人数度强调，跨界含水层项目显示出与最后通过1997年《国际水道非航行使用法公约》的条款草案以及2001年关于预防危险活动的跨界损害的条款草案完全相同或类似的特点。¹因此，如果使跨界含水层法条款草案最后采取一项框架公约的形式，完全顺理成章。

2. 另一方面，有人可能会争论说，由于各国对批准1997年《公约》的兴趣不足，该公约尚未生效，并表示担心，关于跨界含水层的条款草案会遇到同样的命运。

3. 然而，在这个具体情况中，公约的形式与非约束性决议的形式、甚或只是一项委员会报告的形式相比，看来更为有优势。重要的是，这个具体情况涉及国际法的逐渐发展。诚然，一项把习惯国际法规则编纂为法律的公约如果失败，有可能导致人们对这些习惯法规则的普遍约束性提出疑问，但如果考虑通过一项框架公约来逐步发展法律，则没有任何这样的风险。虽然这样一项公约的生效所需时间比较长，而且公约将对较少国家有约束力，但对于特定领域的国际法发展而言，约束性公约将是更为适当的文书。

¹ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第166至第168页，第97段。

4. 委员会仍待解决的问题是，是否应该把关于跨界含水层的条款草案与今后关于石油和天然气的条款草案合并为一项公约。尽管地下水与石油和天然气问题之间有很多相似之处，但捷克共和国主张看到它们之间的不同之处。这正是为什么捷克共和国认为，无论委员会关于石油和天然气所涉法律问题的讨论取得什么样的结果，都可以完成对条款草案的审议。实际上，捷克共和国把共有自然资源问题看作一个非常广泛的主题，因此认为，委员会如果就这样广泛的题目开展工作，将取得更多的成果。

5. 捷克共和国认为，必须查明各国在关于石油和天然气问题的国际法律问题上采取的做法。捷克共和国希望指出，收集这样的信息和随后评估这些信息的工作会需要较长的时间。这也正是为什么捷克共和国认为，无论关于石油和天然气问题的的工作进展如何，完成关于跨界含水层的工作都是有用的。

4. 芬兰

条款草案是以公约的形式提出的。但仍然应该考虑，这样一项公约有可能增加多少价值。这样一项公约是否会很快生效，这一点并不清楚。此外，最后举行的谈判也有可能削弱这些条款草案。

5. 大韩民国

1. 看来较好的办法是能够把条款草案纳入一项关于这个主题的宣言。作为替代办法，可以采用跨界损害赔偿责任问题中采用的办法，使条款草案成为一套建议。如果案文应当采用公约的形式，较好的办法将是为当前的条款草案列入一个解决争端的机制。

2. 应当建议，如果通过一项框架公约，该公约的缔约方应能够选择与其他含水层国家缔结协定，从而脱离公约的某些内容。脱离的选择是有意义的，因为特定的含水层国家最适于权衡与它们的共有含

水层有关、而且为其本国情况所特有的各种相互竞争的考虑因素，从而就自己的具体情况做出判断。建议考虑增加诸如“除非另有约定”这样的措辞，以之作为一项脱离规定。

6. 荷兰

委员会在总评注第(3)段认为，鉴于各国在大会第六委员会所表达的意见各不相同，现在要就最后形式问题作出结论尚为时过早。荷兰理解委员会采取的谨慎方法，建议只有在适当考虑把条款草案适用于除地下水以外的其他共有自然资源问题之后，再重新审议这个问题。荷兰认为，无论在任何情况下，如果尚未完成关于其他共有自然资源的工作，都不宜考虑制定一项公约。在完成关于所有共有自然资源的工作之前，也许应该考虑通过一项没有法律约束力的有关跨界含水层法的文书，以之作为为共有自然资源的使用建立一个适当的法律制度的第一步。

7. 波兰

鉴于各国表示的意见多种多样，而且国际惯例仍在发展之中，在现阶段就这个问题做出一项决定为时过早。

8. 葡萄牙

葡萄牙支持委员会着手对条款草案进行二读的打算。葡萄牙重申，它确信，条款草案的最后形式应该是一项国际框架公约。

9. 瑞士

条款草案的案文是一个健全的总框架，主要体现了被确认为习惯国际法的规范。瑞士可以想象在全球、区域或双边一级把其中的规定用作具有法律约束力的文书，或是将其作为一项范本，以供邻国之间就特定的含水层达成具体协定。

武装冲突对条约的影响

[议程项目 5]

A/CN.4/589 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四次报告： 中止或终止的程序

[原文：英文]

[2007 年 11 月 14 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		87
导言	1-2	88
章次		
第一章 1969 年《维也纳公约》的规定	3-6	88
第二章 1969 年《维也纳公约》第六十五条的立法经过	7-24	89
A. 立法经过的相关性	8	89
B. 第六十五条的立法经过摘要（与委员会中相同）	9-12	89
C. 委员会工作中出现的政策考量	13-18	91
D. 第六十五条立法经过概述（维也纳条约法会议）	19-22	92
E. 第六十五条（短语“非遇特别紧急情形”）的立法经过	23-24	94
第三章 “武装冲突对条约的影响”作为终止或中止理由的特殊性质	25-28	94
第四章 “武装冲突对条约的影响”作为区分要素的特殊性质	29	95
第五章 在武装冲突情形下的通知方式	30-36	96
第六章 未发涉及武装冲突的终止或中止的通知	37-42	97
第七章 部分结论	43-48	98

本报告引用的多边文书

来源

日内瓦海洋法公约（1958 年 4 月 29 日，日内瓦）

《大陆礁层公约》（《大陆架公约》）

联合国，《条约汇编》，第 499 卷，第 7302 号，第 311 页。

《领海及邻接区公约》（《领海及毗连区公约》）

同上，第 516 卷，第 7477 号，第 205 页。

《公海公约》

同上，第 450 卷，第 6465 号，第 11 页。

《捕鱼及养护公海生物资源公约》

同上，第 559 卷，第 8164 号，第 285 页。

《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日, 维也纳)

同上, 第500卷, 第7310号, 第95页。

《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日, 维也纳)

同上, 第596卷, 第8638号, 第261页。

《维也纳条约法公约》(1969年5月23日, 维也纳)

同上, 第1155卷, 第18232号, 第331页。

导言

1. 关于武装冲突对条约的影响的第三次报告¹中, 条款草案第8条比照采用了《维也纳条约法公约》(以下称为“1969年《维也纳公约》”)第四十二条至第四十五条的规定对待中止或终止的方式。在全

体辩论和在武装冲突对条约的影响工作组中均已指出, 该问题需要进一步审查。

2. 工作组在审议过程中一致同意, 应要求特别报告员对程序问题进行更详尽的审查, 尤其要参考1969年《维也纳公约》第六十五条。为了加快这一审查的进行, 秘书处草拟了一份关于《公约》第六十五条立法经过的非正式备忘录, 本报告摘录了其部分内容。

¹ 《2007年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/578号文件。

第一章

1969年《维也纳公约》的规定

3. 在序言中, 有必要指出1969年《维也纳公约》的各项规定的有限相关性。

第六十五条 关于条约失效、终止、退出条约或停止施行条约应依循之程序

4. 1969年《维也纳公约》第五编涉及“条约之失效、终止及停止施行”, 分如下五节:

一、当事国依照本公约之规定援引其承受条约拘束之同意有误为理由, 或援引非难条约效力、终止、退出或停止施行条约之理由者, 必须将其主张通知其他当事国。此项通知应载明对条约所提议采取之措施及其理由。

第一节: 总则(第四十二条至第四十五条)

第二节: 条约之失效(第四十六条至第五十三条)

二、在一非遇特别紧急情形不得短于自收到通知时起算三个月之期间届满后, 倘无当事国表示反对, 则发出通知之当事国得依第六十七条规定之方式, 实施其所提议之措施。

第三节: 条约之终止及停止施行(第五十四条至第六十四条)

三、但如有任何其他当事国表示反对, 当事国应藉联合国宪章第三十三条所指示之方法以谋解决。

第四节: 程序(第六十五条至第六十八条)

第五节: 条约失效、终止或停止施行之后果(第六十九条至第七十二条)

四、上列各项绝不影响当事国在对其有拘束力之任何关于解决争端之现行规定下所具有之权利或义务。

5. 由此, 与程序问题直接有关的规定如下:

五、以不妨碍第四十五条为限, 一国未于事前发出第一项所规定之通知之事实并不阻止该国为答复另一当事国要求其履行条约或指称其违反条约而发出此种通知。

第四节 程序

第六十六条 司法解决、公断及和解之程序

倘在提出反对之日后十二个月内未能依第六十五条第三项获致解决，应依循下列程序：

(甲) 关于第五十三条或第六十四条之适用或解释之争端之任一当事国得以请求书将争端提请国际法院裁决之，但各当事国同意将争端提交公断者不在此限；

(乙) 关于本公约第五编任一其他条文之适用或解释之争端之任一当事国得向联合国秘书长提出请求，发动本公约附件所定之程序。

第六十七条 宣告条约失效、终止、退出或停止施行条约之文书

一、第六十五条第一项规定之通知须以书面为之。

二、凡依据条约规定或第六十五条第二项或第三项规定宣告条约失效、终止、退出或停止施行条约之行为，应以文书致送其他当事国为之。倘文书未经国家元首、政府首长或外交部长签署，得要求致送文书国家之代表出具全权证书。

第六十八条 撤销第六十五条及第六十七条所规定之通知及文书

第六十五条或第六十七条所规定之通知或文书得在其生效力以前随时撤销之。

6. 必须面对的困难是，这些关于在终止或中止情况下应依据的程序的程序的规定，并不适用于“国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题”。第七十三条对此有所规定，适用于1969年《维也纳公约》的所有规定。

第二章

1969年《维也纳公约》第六十五条的立法经过

7. 第七十三条造成的结果是，委员会可自行并有必要制定针对武装冲突对条约的影响的特定情况的解决办法。

A. 立法经过的相关性

8. 第六十五条与正式适用规定的问题无关，并不意味着探讨立法经过是多余的。不能自始即排除在制定第六十五条时所考虑到的政策问题对武装冲突的影响问题中可适用的程序的相关性。与此同时，仍然存在如下可能性：武装冲突的情况同1969年《维也纳公约》目前所涵盖的终止或中止情况有本质上的区别，因此政策考虑也有所不同，将适时对这种可能性加以审查。

B. 第六十五条的立法经过摘要（与委员会中相同）

9. 第六十五条原为委员会于1966年所审议的关于条约法的条款草案第62条。² 秘书处于2007年关于1969年《维也纳公约》第六十五条的立法经过的备

忘录中略为详细地分析了其来源。立法经过的主要阶段如下：

一读——条款草案第51条（1963-1964年）

10. 秘书处的分析如下：

1963年特别报告员沃尔多克在其第二次报告（A/CN.4/156和Add.1-3号文件）³中列入了包含四项条款草案（第23条至第26条）的第四节，说明了“废止、通告废除、终止、退出或中止一项条约以及分割条约规定的程序”。

- 委员会在第698次至第700次以及第705次至第707次（第26条：分割）会议上讨论了特别报告员关于废止、通告废除、终止等的程序的提议。⁴

- 起草委员会随后提出了条款草案第25条的修订稿，在第714次会议上加以讨论。⁵

² 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第185页。

³ 《1963年……年鉴》[英]，第二卷，第36页。

⁴ 同上，第一卷，第163至第182页和第209至第232页。

⁵ 同上，第278至第280页。

1963年委员会于同年又通过了一套条款草案……，包括先前的条款草案第24条和第25条，被重新编号为条款草案第50条（按照条约规定的权利应依循的程序）和第51条（其他情况中应依循的程序），并附有评注。条款草案第51条为第一次制定，随后经委员会通过成为条款草案第62条，列入关于条款草案的提案中。

1964年全部条款草案（包括条款草案第51条）的一读随后于1964年完成，委员会在此之后将条款草案转给各国政府以征求评论。

- 1964年的辩论中仅有两次提到条款草案第51条（罗森先生在第743次会议上⁶及布里格斯先生在第754次会议上）。

一读通过的条款草案第51条案文如下：

第51条 其他情况中应依循的程序

1. 当事国在条约规定之外宣称条约无效或提出终止、退出条约或中止其执行的理由者，必须将其主张通知其他当事国。此项通知必须：

(a) 载明对条约所提议采取之措施以及提出的主张所依据的理由；

(b) 确定其他当事国作出答复所需的合理时限，此一时限不应少于三个月，除非情况特别紧急。

2. 倘无当事国表示反对，或在规定期限结束之前没有收到任何答复，则发出通知之当事国得实施其所提议之措施。在此情况下，该当事国应将此通知其他当事国。

3. 但如有任何其他当事国表示反对，则各当事国应藉联合国宪章第三十三条所指示之方法以谋解决。

4. 上列各项绝不影响当事国在对具有拘束力之任何关于解决争端之现行规定下所具有之权利或义务。

5. 在不违反第47条规定情况下，一国未于事前向其他当事国发出任何通知之事实，并不阻止该国在对要求其执行

条约或指控其违反条约作出答复时，援引条约无效或提出终止条约之理由。⁷

二读——条款草案第62条（1965-1966年）

11. 秘书处的分析如下：

1965年若干国家的政府提交了其除其他外关于委员会一读通过的条款草案第51条的评论（A/CN.4/182等）。⁸

1965年委员会未审议条款草案第51条，因为只能审议前29条款草案。在这一年的辩论中，只有罗森先生在第797次会议上的发言中提及条款草案第51条。⁹

1966年特别报告员沃尔多克在其第五次报告（A/CN.4/183和Add.1-4）中加入了关于第51条的一节，其中审查了各国政府的评论并提出建议。¹⁰

1966年委员会虽然未能在1966年初的摩纳哥会议上讨论第51条，但在辩论中几次顺带提及。

1966年委员会在第845次会议上审议了特别报告员关于第51条的提议，¹¹之后将该条款草案被提交给起草委员会。随后在第849次、第861次和第863次会议上顺带提及了该条款草案的规定。¹²起草委员会将关于条款草案第51条的报告提交给全体会议，在第864次会议上审议，¹³之后又转回起草委员会。委员会在第865次会议上审议了起草委员会提出的关于条款草案第51条的修订提议，之后在二读时表决通过了第51条。¹⁴在这以后的第868次、第876次和第887次会议上提及及经通过的条款草案第51条。¹⁵

⁷ 《1963年……年鉴》[英]，第二卷，A/5509号文件，第214页。

⁸ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，附件，第279页。

⁹ 《1965年……年鉴》[英]，第一卷，第148页，第7段。

¹⁰ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第46页。

¹¹ 同上，第一卷（第二部分），第3页。

¹² 同上，第32页、第129页和第142页。

¹³ 同上，第148页。

¹⁴ 同上，第159页，第51段。

¹⁵ 同上，第171页、第219页和第287页。

⁶ 《1964年……年鉴》[英]，第一卷，第129至第130页。

1966年条款草案第51条随后被重新编号为条款草案第62条，同一项评注一道在二读时通过。

在二读时通过的条款草案第62条的案文如下：

第62条 条约失效、终止、退出或中止施行情况下应遵循的程序

1. 当事国依照本条款之规定宣称条约失效或提出终止、退出或中止施行条约之理由者，必须将其主张通知其他当事国。此项通知应载明对条约所提议采取之措施及其理由。

2. 在一非遇特别紧急情形不得短于自收到通知时起算三个月之期间届满后，倘无当事国表示反对，则发出通知之当事国得依第63条规定之方式，实施其所提议之措施。

3. 但如有任何其他当事国表示反对，当事国应藉联合国宪章第三十三条所指示之方法以谋解决。

4. 上列各项绝不影响当事国在对其有拘束力之任何关于解决争端之现行规定下所具有之权利或义务。

5. 以不妨碍第42条为限，一国未于事前发出第1项所规定之通知之事实并不阻止该国为答复另一当事国要求其履行条约或指称其违反条约而发出此种通知。

12. 就现在的目的而言，这些分析的结果无疑是有限的，但探讨立法经过，对于了解某些基本政策问题会有一些帮助。

C. 委员会工作中出现的政策考量

13. 正如委员会1966年向大会提交的报告所示，委员会1963年至1966年的工作揭示了条款草案第51条（和以后的条款草案第62条）背后的政策考量。¹⁶

14. 首先应强调指出，条款草案第62条正式涉及的程序问题与实质问题有密切关系。的确，“程序”要素为不得任意主张可用来决定条约失效、终止或

中止的理由提供了保障。几位特别报告员进行的一系列研究都对这一法律保障考量作出了说明。¹⁷

15. 委员会1966年向大会提交的报告在条款草案第62条所附委员会评注中概述了以下政策要素：

(1) 委员会许多委员认为，本条款是适用该编规定的关键一条，涉及条约的失效、终止或中止施行。他们认为，在另一当事国提出反对的情况下，如果允许任意主张各节规定的可据以认为条约失效、终止或中止的部分理由，就会给条约的安全带来真正危险。他们认为，就以另一当事国被控违反条约为由，或以情势的根本变迁为由而通告废除或退出条约的主张而言，上述危险尤为严重。为了最大限度地减少这些危险，委员会已设法尽量精确和客观地界定可能援引各种理由的情况。不过，每当缔约国援引其中任何理由时，缔约国的主张是否合理这一问题几乎总是取决于各种情况，而对这些情况的裁定或理解可能具有争议性。因此，委员会认为，这些条款应该含有程序性保障，防止可能任意主张条约无效、终止或中止施行、并仅以此为借口来摆脱不方便履行的义务的做法。¹⁸

16. 如果有当事国对终止或中止条约条款的主张提出反对，委员会的一些委员坚持认为，由此产生的争端应属于国际法院的强制管辖范围。委员会大多数委员都不能接受这种程序性制约，而对设法通过《联合国宪章》第三十三条指示的手段解决问题则表示满意。下述评注段落阐明了应采取这种解决办法的理由：

(5) 第一项规定，主张条约无效或诉称有理由终止条约、退出条约或中止条约施行的一当事国应启动正常程序，必须首先将其主张通知其他当事国。在采取这一行动时，它必须说明拟就条约采取的措施，即废除条约、终止或中止等，及其采取这项措施的理由。然后还必须根据第二项给予其他当事国合理的答复期限。除特别紧急情况外，答复期不得少于三个月。该程序的第二阶段取决于是否有当事国提出反对。

¹⁷ 在这方面，下述材料尤为重要：G. 菲茨莫里斯关于条约法的第二次报告，《1957年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/107号文件，第20至第70页；汉弗莱·沃尔多克爵士的第二次报告；《1963年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/156和Add.1-3号文件，第35至第93页；以及汉弗莱·沃尔多克爵士的第五次报告，《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/183和Add.1-4号文件，第46至第50页。

¹⁸ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第262页。

¹⁶ 同上，第二卷，第169页，A/6309/Rev.1号文件。

如果在答复期届满前没有任何反对或答复，则该缔约国就可以按照第63条规定的方式，即通过一份经适当签署和送交其他当事国的文书采取上述拟议措施。反之，如果有当事国提出反对，则各当事国必须按照第三项的要求，设法通过《宪章》第三十三条指示的手段解决问题。委员会认定，除此之外，如果不采取某种程度或某种形式的强制性办法解决当事国之间的有关问题，就无法执行程序性规定。如果当事国在诉诸第三十三条指示的手段后陷入僵局，则每个当事国政府都必须理解这一情况，并按善意要求采取行动。此外，每个缔约国无论是否联合国会员国，仍有权在某些情况下将争端提交联合国主管机关。

(6) 在对武断行动规定程序性限制方面，即便委员会出于本评注中的前述理由，认为不得超过《宪章》第三十三条规定的范围，但委员会仍认为，该条款是有关条约失效、终止和中止施行的法律不可分割的一部分，对该条款设立程序性规定将是向前迈出的重要一步。委员会认为，明文规定由各条规定产生的实质性权利必须服从本条款所述程序和该程序所载对单边行动的限制，会在很大程度上防止纯粹武断地主张条约无效、终止或中止施行。¹⁹

17. 汉弗莱·沃尔多克爵士在委员会1966年第864次会议上说明了对程序性制约的限制：

13. 特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士说，必须根据早先的条款、尤其是根据第30条来看待第51条和第50条。起草委员会故意颠倒了这两条的次序，目的是表明：涉及终止条约的最后行动的第50条以终止行为是在终止属于合法的情况下实施为前提。

14. 第51条的困难在于，尽管有其保障内容、有其谈判规定并提及《宪章》第三十三条，但该条没有涉及陷入僵局的可能性。显然，……根据第51条，当事国只能自行采取行动。有关裁定争端的当代国际法规则本身就存在这种不严谨之处。

15. 他对希梅内斯·德阿雷查加先生希望看到第51条规定尽量明确这一愿望颇有同感，但应该记住，委员会没有在条款草案中列入终止行为的所有实际原因；例如，没有专门

处理条约过时问题。不过，就涉及的国家责任和国家继承问题而言，他本人认为，对这两个问题适用的原则不同。^{*20}

18. 上述意见坦率评估了条款草案第51条规定列述的各种限制，该条款草案是1969年《维也纳公约》第六十五条的前身。两个内容特别重要。首先，汉弗莱·沃尔多克爵士着重指出了“有关裁定争端的当代国际法规则本身就存在”的不严谨之处。必须明确指出，这个情况自1966年以来一直没有很大改变。第二，汉弗莱爵士提到终止行为的其他实际原因，如国家继承，这种提法十分有趣。就委员会工作而言，武装冲突的爆发显然也是一个实际原因。同样显而易见的是，委员会还认为，对武装冲突的发生，“适用的原则不同”。

D. 第六十五条立法经过概述（维也纳条约法会议）

19. 秘书处的分析如下：

导言

8. 维也纳会议对委员会1966年通过的条款草案第62条作出以下修改，由此产生了《维也纳公约》现行第六十五条案文：

第65条

关于条约失效、终止、退出条约或停止施行条约
应依循之程序

1. 当事国依照本公约之规定援引其承受条约约束之同意有误为理由，或援引非难条约效力、终止、退出或停止施行条约之理由者，必须将其主张通知其他当事国。此项通知应载明对条约所提议采取之措施及其理由。

2. 在一非遇特别紧急情形不得短于自收到通知时起算三个月之期间届满后，倘无当事国表示反对，则发出通知之当事国得依第67条规定之方式，实施其所提议之措施。

¹⁹ 同上，第263页。

²⁰ 同上，第一卷（第二部分），第149页。

3. 但如有任何其他当事国表示反对，当事国应藉联合国宪章第三十三条所指示之方法以谋解决。

4. 上列各项绝不影响当事国在对其有拘束力之任何关于解决争端之现行规定下所具有之权利或义务。

5. 以不妨碍第45条为限，一国未于事前发出第一项所规定之通知之事实并不阻止该国为答复另一当事国要求其履行条约或指称其违反条约而发出此种通知。

9. 通过比较可以看出，除了相互参照方面的修改外，维也纳会议期间对该条款作出的唯一实质性修改是对标题和第1项的修改。第2至5项按委员会草案所拟行文获得通过。

10. 接下来是维也纳会议对该项规定审议情况的简要说明，经上述修正的第65条因此获得通过。

维也纳会议审议第65[62]条情况概述

11. 维也纳会议全体委员会在1968年会议上审议了国际法委员会提出的条款草案第62条，全体委员会于当年通过了起草委员会提出的修订案文（仅载有法国所提修正案）。该条款草案随后于1969年获得全体会议通过。

维也纳会议审议第65[62]条详情大事记

12. 1968年和1969年分别举行了两届维也纳会议。以下是两届会议期间对条款草案第65[62]条的审议情况说明。

a. 1968年会议上全体委员会的讨论和行动

13. 1968年会议上，全体委员会审议了国际法委员会提出的条款草案第62条。虽然有几个国家的政府提出了起草建议，但只有法国提出的关于第1项的修正案获得通过。该条款草案随后被提交起草委员会，该委员会仅将法国的修正案纳入第1项。全体委员会在第83次会议上审议并通过了起草委员会提出的条款草案第62条的案文（第14至16段）。

1968年

- 全体委员会的报告（见第573至581段）

- 全体委员会第68至74次和第80次会议简要记录，其中载有对国际法委员会提出的条款草案第62条的讨论情况

- 全体委员会第83次会议简要记录

b. 1969年会议上会议全体的讨论和行动

14. 1969年5月15日，全体会议在第25次会议上通过了全体委员会批准的条款草案第62条。该条款后来经重新编号成为《维也纳条约法公约》第六十五条。注意，有些代表团提出它们支持该条款的条件是列入条款草案第62条之二，该条已成为《维也纳公约》第六十六条。

20. 全体委员会在第83次会议上通过的法国修正案特别重要。德布列松先生在第68次会议上说明了该修正案的宗旨：

德布列松先生（法国）在介绍法国代表团对第1项提出的修正案(A/CONF.39/C.1/L.342)时说，对第五编进行的研究表明，对于可按第43至47条规定对条约的有效性提出质疑的情况和第48至50条及第61条所述的条约自始无效的情况，国际法委员会已加以区分。虽然这种区别在公约草案的任何地方都未作明确阐述，但这两组条款的用词明显有别，全体委员会必须考虑的是，这种区别是否影响到将条约无效的主张或所称终止、退出或中止条约的理由通知其他当事国的义务。法国代表团在其对第39条的评论中指出，第62条的实际案文没有明确回答这个重要问题。

对第39条第1项的初步审查给人们留下这样的印象，即第二句是对第一句的补充，全项未对‘相对’无效和自始无效加以区分；上述解释还导致推定第62条第1项涵盖了第43至50条及第61条规定的情况。不过，对第五编进行的更认真研究表明，这种解释过于简单，也许可以认为，第39条第1项提到两种截然不同、相互并行、有效性竞合的手段。

如果是这样的话，可以认为第62条第1项仅适用于以第43至47条所述内容为由提出的无效主张。然而，第39条第1项第二句规定，在第48至50条及第61条所述自始无效的情况下不得援引第62条，在这种情况下，可以援引无效理由而不提及第62条第1项，甚至也可不受当事国的干预。第41条第4项和第5项对援引“相对”无效的国家 and 主张自始无效的国家所使用的措辞有所不同，也没有提及第42条的有关规定，这些都进一步证明了上述解释。

这个反常之处可能产生的后果是，条约的任何当事国都可以以极其难以成立的理由单方面主张无效，并为非当事国因这些条款所规定的无效性受益开辟了途径。

有人称，国际法委员会意在使第62条适用于第五编的所有规定，但法国代表团认为，在这个重要问题上决不能有任何模糊，法国代表团此前曾提出修正案，其唯一目的就是按照公认的含义澄清案文。²¹

21. 全体委员会通过的这项修正案加强了下述观点，即实质问题（无效）与要遵循的程序问题有密切关系。

22. 全体会议以106票赞成、零票反对、两票弃权通过了（当时的）第62条。²²

E. 第六十五条（短语“非遇特别紧急情形”）的立法经过

23. 该短语是联合国条约法会议最后通过的第六十五条案文的一部分。这一措辞第一次出现于1964年

²¹ 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》，全体委员会第68次会议，第403页，第9至第13段。

²² 同上，《第二届会议，1969年4月9日至5月22日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》，第25次全体会议，第136至第137页，第43段。

一读的条款草案第51条（即第六十五条的前身）之中（见上文第10段）。有关记录并没有对其出处给予确切解释，而且此短语也没有能够引起全体会议的讨论。但它倒引起了起草委员会的讨论，汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条约法的第五次报告中提到了这一点。在该报告中，汉弗莱爵士对各国政府的提案进行了研究，并指出：

芬兰政府也提出，应当第1款(b)项中规定在“特别紧急”情形中其他当事国必须作出答复的时限；芬兰政府提出，此时限可为两个星期或一个月。如果特别报告员没有记错的话，起草委员会讨论了这一问题，但认为很难提前确定一个适用于所有“特别紧急”情形的硬性时限。在实践中，特别紧急情形很可能是因另一当事国突然和严重违约而引发的情形；而且可以设想，在有的情形下，若发生特定的违约情况，即便两个星期的时限也可能过长。²³

24. 在评价记录中的这一内容时，我们必须牢记，鉴于1969年《维也纳公约》第七十三条的明确规定，记录中所提的“特别紧急情形”不可能与武装冲突的情形有任何必然联系。同时，应该表明，当时的这一“特别紧急”概念是基于事实的且与“特定的违约情况”有关。

²³ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/183和Add.1-4号文件，第49至第50页，第7段。

第三章

“武装冲突对条约的影响”作为终止或中止理由的特殊性质

25. 委员会在1963年至1966年期间关于条约法的工作中认为，不便将“条约当事国间爆发敌对行动的情形”写入条约案文。²⁴关于武装冲突对条约的影响的第一次报告对这一反应进行了研究。²⁵因此，在1966年向大会提交的报告中条款草案第69条（即1969年《维也纳公约》第七十三条）的评注中，委员会（就国家继承和国家责任的情形）指出：

在完全正常的国际关系下，这两类情形均可能影响到条约法某些部分的实施，因此，委员会认为，从逻辑以及从条款草案完整性的角度考虑，都应插入一条关于继承和国家责任情形的一般性保留条款。

(2) 委员会认为，有若干种不同考虑因素似乎均可适用于条约当事国间爆发敌对行动的情形。委员会认识到，因爆发敌对行动而导致的事实状况可能造成在当时基本现状下条约无法适用的实际效果。委员会也认识到，由于爆发敌对行动，可能出现一些涉及条约义务的法律后果问题。但委员会认为，在当今的国际法中，国家间敌对行动的爆发必须被视为一种完全不正常的情况，而且关于其法律后果的规则不应

²⁴ 同上，A/6309/Rev.1号文件，第267页，第69条的评注第(2)段。

²⁵ 《2005年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/552号文件，第7至第9段。

被视为适用于国与国正常关系的一般国际法规则的一部分。因此，编纂海洋法的日内瓦各公约中未含有任何关于爆发敌对行为的保留条款，尽管这种敌对行为显然会对这些公约许多条款的适用造成影响；而且这些公约也未以任何方式说明如何处理此类敌对行为的后果。诚然，《维也纳外交关系公约》的一个条款（第四十四条）以及《领事关系公约》的一个类似条款（第二十六条）中都提到了“武装冲突”的情形。然而，这两个条款之所以提到武装冲突的情形，是有其非常特殊的考虑的，而且这也仅仅是为了强调：这些条款中所订的规则即使在发生冲突的情况下也仍然有效。除此之外，这两项维也纳公约没有以其他方式说明如何处理此类敌对行为的后果；也不包含任何关于在武装冲突中其条款适用问题的一般性保留。因此，委员会得出结论认为，将条约当事国之间爆发敌对行动的情形置于目前各条款所编纂的一般条约法范畴之外，是合情合理的；而且在条款草案中不应考虑或提及这种情形。²⁶

²⁶ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第267至第268页，第(1)至(2)段。

26. 结果，1969年《维也纳公约》第七十三条提及了国家间爆发敌对行动的情形。大家会记得，第七十三条仅仅规定：“本公约之规定不妨碍*……国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题。”

27. 若直言而论，委员会1966年援引的各项政策考虑（见上文第25段）均过于宽泛，而这一点限制了其参考价值。应该进行更切合实际、且与终止和中止方式更加直接相关的分析。

28. 目前提出的分析基于这样一个一般假设，即1969年《维也纳公约》第六十五条并没有为目前的目的而提供有用的类推，而且武装冲突（或爆发敌对行为）的情形同该《公约》第五编所称的条约失效、终止或中止的标准情形有本质的不同，即与第六十五条所提及的情形有着本质的不同。法国在联合国条约法会议上对第62条（按当时的案文）的修正案意在澄清适用于整个第五编条款的通知程序。

第四章

“武装冲突对条约的影响”作为区分要素的特殊性质

29. 区分要素按照重要程度顺序列述如下：

(a) 在条约终止或中止的标准情形中，促成的因素是发生违约行为或发现条约无效的情况。而在发生武装冲突或军事占领的情形中，促成的因素则通常与违约或条约无效的因素无关。换言之，主导要素（从因果关系的意义上说）与违反条约规定毫不相干；

(b) 另有一个同样重要的因素是，造成条约终止或中止的原因并非违约行为，而是鉴于武装冲突情形作出的安全和必要考虑。正是从这方面可以清楚地看出，武装冲突的情形并非1969年《维也纳公约》所确认的其他终止或中止情形的范例。而且也可相当清楚地看出，终止和中止之间的政策选择背后的驱动要素是安全和适度反应。换言之，这些政策要素中包括必要性的要素；

(c) 委员会就第六十五条进行的辩论与武装冲突的实际后果之间的两极分化可以看出武装冲突情形特殊性质之一斑。委员会关注的焦点是法律争端各要素的发生问题，以及因此是否有必要作出和平解决的规定问题，特别是创设一项关于和平解决争端的义务问题。第六十五条的条款直接反映了这些关切；

(d) 在武装冲突的情况下，和平解决作为一种程序上的保障措施，其意义就算没有消失，起码也有所减少。事实上，和平解决的情景会因武装冲突的发生而改变。此外，一项或多项法律争端的鉴别是复杂的。其中涉及的因素又会导致一系列相关争端，列明如下：

(一) 条约终止的最初行为及因此而发出的通知，以及反对；

(二) 关于1969年《维也纳公约》第六十七条执行问题的争端；

(三) 武装冲突的合法性问题，既包括冲突发起国行为的合法性，以及目标国反应措施的合法性，而这一问题又会成为额外的争端根源；

(四) 收到终止或中止通知后表示反对的国家所采取的反措施的合法性问题；

(五) 还必须考虑的是，鉴于如果终止或中止一项条约的施行反而会令侵略国受益，则有责任不予终止或中止，因此在有关通知和反对条款的适用问题上存在一些制约性的特殊法律因素。

第五章 在武装冲突情形下的通知方式

30. 鉴于上述考虑，人们可能会提出一个问题，即在关于发生武装冲突的一套条款中列入通知义务是否现实。经仔细考虑，特别报告员得出结论认为，通知的作用不能自始就予以排除。

31. 这一结论的理由有以下几点。首先，即使在武装冲突的情况下，通知也构成程序上的保障措施的一部分，可以阻止单方面行动，并诱导采用争端解决程序。

32. 此外，在虽存在武装冲突、但正常关系得以一定程度维持的情况下，通知仍是可行的。很显然，武装冲突的具体情形千差万别。

33. 此外，还有一个很重要的法律因素，即关于武装冲突对条约的影星的第三次报告中条款草案第3条²⁷的效力，该条规定“条约”不因武装冲突爆发而“必然终止或中止施行”。而通知程序应同这一稳定制度完全一致。

34. 鉴于上述考虑，维持一套关于终止和中止方式的规定是确有道理的。这种规定的一个高效版本见G. 菲茨莫里斯先生在其关于条约法的第二次报告²⁸中提出的条款草案第26条，具体案文如下：

经通知终止或退出的程序（方式）

1. 为了确保有效和行之有效，终止或退出的通知，无论是根据条约或各当事国之间的其他特别协定发出的，还是因法律施行造成的后果而发出的，均须符合下文第2至9款规定的条件，达成的一项谅解是，凡提及条约之处，均须包括各当事国另行规定终止条约问题的任何协定。

2. 凡根据条约而发出的通知，均须遵守条约中规定的条件，且须在条约规定的情况下并以规定的方式发出。如果发出通知未根据条约的规定，而是行使法律赋予的职能，则须说明通知生效日期，且通知时限必须合理，即要考虑到条约的性质及有关情况。除本条其余各款另有规定外，如未能达到前述要求，或做法不合规，则通知即无法施行，除非所有其他当事国以明示或默示的方式（实际接受行为或不反对）接受通知的有效性。

3. 所有通知均须按照上述第25条第2款的规定正式传递给有关方面。仅仅宣布终止或退出或发出一份公开通知，或[在]媒体上公布，是不够的。若是双边条约，通知须发给另一当事国。若是诸边或多边条约，则须发给每一其他当事国，除非该条约规定可将通知发给一个“总部”政府、国际组织或其他指定当局。

4. 通知于交存适当当局之日生效，而通知期限应自该日起算。若通知系就同一条约发给若干国家政府，则须在通知中说明一个统一的日期，且各份通知须尽量同时发送。

5. 如果条约规定了通知期限，或只容许通知在特定期限结束时生效，但发出的通知却宣布要立即生效或在比条约规定的时限更短的时限后生效，那么该通知不会无效，而是（如果通知是根据条约而发出的）只会在条约所规定的正确时限结束后生效。但是，如果该条约允许在特定条件下发出通

²⁷ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/578号文件，第15段。

²⁸ 《1957年……年鉴》[英]，第二卷，第16页，A/CN.4/107号文件。

知或者无论条约是否有此规定，总之，有关通知不是根据条约而发出的，而是在行使法律赋予的一项职能，那么通知期限的问题将按照上述第2款的有关规定处理，而通知在合理期限结束前将不生效。

6. 除条约明文许可外，终止或退出的通知须是无条件的。除有此规定外，如果仅仅暗示、公开声明或宣布一方将在某些情况下或除非某些条件满足，否则终止或退出条约，那就不能构成终止或退出的实际通知，而要完成这一程序，须适时发出一份无条件通知。

7. 除非条约明确规定可以单独终止或废止或退出条约某些特定部分或某些个别条款，否则任何终止或退出的通知须覆盖整个条约。若无此类明示规定，则部分通知将无效且不可施行。

8. 同样，除非通知作出且条约允许与此相反的规定，否则终止或退出的通知将自动适用于条约所附并作为其组成部分的所有附件、议定书、注释、信函及声明。所谓组成部分，是指如果脱离条约或没有条约，那么这些所附内容将不具实质意义或效力。

9. 除非条约另有规定，否则任何终止或退出的通知均可在生效前或在通知时限结束前随时被取消或撤回；条件是，取消或撤回须得到任一其他当事国的同意，而此其他当事国本身已针对原终止或退出的通知，发出了这样一项通知或以其他方式改变其立场。²⁹

35. 上述一套规定应比1969年《维也纳公约》第六十五条的内容更为可取，原因如下。其一，后来的特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士提出的草案并非对菲茨莫里斯草案（如上文第34段所述）的继承，而是该《公约》第六十五条的前身。³⁰ 菲茨莫里斯草案的长处在于直接详细规定了终止和中止程序。而沃尔多克草案（及其后继者）的短处在于包含了强制解决争端的机制。

36. 由此可相当清楚地看出，沃尔多克草案中解决争端的问题难以适合武装冲突的背景。

²⁹ 同上，第34页。

³⁰ 见《1963年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/156和Add.1-3号文件，汉弗莱·沃尔多克爵士关于条约法的第二次报告，第86至第90页，第25条及评注。

第六章

未发涉及武装冲突的终止或中止的通知

37. 1969年《维也纳公约》第六十五条的规定与第七十三条所述的武装冲突情形无关，这一点似乎的确如此。关键的问题是，如果出现以下几种情况，会是什么结果：

- 第一：武装冲突的存在阻碍在合理时间内发出终止或中止的通知

- 第二：武装冲突的存在是终止或中止的法律原因，但在任何阶段均未发出通知。

38. 在这一分析阶段须假定，在特定条件下，武装冲突的发生可能成为当事国和第三国之间终止或中止的理由。关于条约是否受影响的条件的规定，见武装冲突对条约的影响工作组2007年修订的条款草案第4条，具体案文如下（A/CN.4/L.718号文件，第4页（油印件））：

一条约是否可于武装冲突的情形下被终止或中止，其确定应该取决于：

(a) 《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条；

(b) 武装冲突的性质和范围、武装冲突对条约的影响、条约的主题事项和缔约方的数目。

39. 现在可能会遇到两个问题。第一个问题是：由各特别报告员提出、并由1969年《维也纳公约》第六十五条规定的通知制度在武装冲突的情形中究竟是否可行。第二个问题是：如果认为该通知制度不适用，那么还有什么法律制度可用？

40. 应对这两个问题一并加以处理。对第一个问题有两个可能的答案：

(a) 该通知制度根本不可行；

(b) 如果具备下列条件，则适用放弃通知要求原则：

(一) 另一缔约方的行为构成对通知要求的放弃；

(二) 另一缔约方的行为表示其获悉终止或中止；

(三) 明示一致约定将在武装冲突结束后诉诸公认的和平解决程序。

41. 如果通知原则从原则上被认为不可行并予排除，那么还有什么法律制度可用？答案似乎是：应是一项与1969年《维也纳公约》规定的法律制度大致

相同的制度。特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士于1966年对此予以确认。他说：

第51条的困难在于，尽管它有各种保障措施、关于谈判的规定，以及对《宪章》第三十三条的参引，但是它没有解决可能出现僵局的问题。显然，根据第50条的规定，如果在用尽第51条所规定的程序之后仍未达成和解，各缔约方将只能自行其是、自负其责。而这种不严谨是当代国际法关于争端裁决的规则所固有的。³¹

42. 最终，1969年《维也纳公约》第六十五条中的通知程序，除了其作为条约稳定保障的功能之外，也可起到提供关于存在争端的证据的作用。然而，在大多数情况下，有可能通过其他手段证明争端的存在。而且应记得，在一般国际法中不存在通知义务。

³¹ 《1966年……年鉴》[英]，第一卷（第二部分），第864次会议，第149页，第14段。

第七章 部分结论

43. 在此不打算总结上述观点。本报告的目的是在委员会内促成集体意见。现有若干选择。

选择 1

44. 第一种可能是，确定没有足够的理由来采取与1969年《维也纳公约》第六十五条内容相似的通知制度。

选择 2

45. 第二种选择是，维持一个反映上文第30至34段所述考虑的通知制度。这样一种制度可根据G. 菲茨莫里斯先生在其第二次报告中所提的草案制定。有关草案如下：

条款草案第8条之二：终止或退出的行为

1. 任何一方终止或退出条约均属于一种行政行为和程序，而且在国际层面上，属于一国行政当局的功能。无论行为构成下列哪一个要素，上述这一点均适用：(一) 根据条约本

身或各当事国之间的单独协定，或因有关法律的施行导致的终止或中止，而发出通知；(二) 达成直接的终止协定，或替换、修订或修改条约；或(三) 接受无效或不合规定的终止通知或拒绝履行的通知。因此，本守则(A/CN. 4/101) 导言部分第9条（行使缔约权）的规定比照适用于终止和退出程序，如同这些规定适用于条约的拟定和缔结程序一样。

2. 在国际层面上，终止或退出通知系一国主管行政当局的正式文书或通知，且须通过外交或其他经认可的渠道发给另一或其他当事国，或发给条约规定的“总部”政府或当局，说明发出国将在规定的或适当的通知期限结束时终止或退出条约的意图。³²

条款草案第8条之三：以通知方式终止或退出的程序³³

³² 《1957年……年鉴》[英]（见上文脚注28），第34页，第25条。

³³ 该条款草案（菲茨莫里斯报告中的第26条，同上）案文见上文第34段。

46. 鉴于上文第35至第36段所述的理由，上述一整套规定应比1969年《维也纳公约》第六十五条的内容更为可取。

选择 3

47. 放弃通知要求原则有一定的理由，如下：

条款草案第9条 丧失援引条约失效、终止、退出或中止施行条约理由之权利

一国于知悉下列事实后，即不得再根据第46条至第50条或第60条及第62条的规定援引条约失效、终止、退出或中止施行条约之理由：

(a) 该国业经视情况明白同意条约有效，或仍然有效或继续施行；或

(b) 根据该国行为必须视情况认为其已默认条约之有效性或条约之继续有效或施行。

上述案文复制了1969年《维也纳公约》第四十五条的规定。

48. 条约条款可否分离的问题则被搁置一边，另作专题研究。³⁴

³⁴ A/CN.4/L.721 号文件（转载于本卷）。

武装冲突对条约的影响

[议程项目 5]

A/CN.4/592 和 Add.1 号文件

从国际组织收到的评论和意见

[原文: 英文]

[2008 年 2 月 27 日和 4 月 21 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		101
本报告引用的著作		102
导言	1-2	102
从国际组织收到的评论和意见		103
A. 欧洲联盟委员会		103
1. 武装冲突对《建立欧洲共同体条约》的影响		103
2. 武装冲突对欧洲共同体加入的条约的影响		103
3. 共同体做法与国际法委员会项目之间的关系		105
B. 国际海事组织		106
C. 国际货币基金组织		107
1. 武装冲突和国际货币基金组织会籍		107
2. 武装冲突对国际货币基金组织成员国政府的影响		108

本报告引用的多边文书

	来源
《国际货币基金组织协定》[英] (1945 年 12 月 27 日, 哥伦比亚特区华盛顿)	联合国, 《条约汇编》, 第 2 卷, 第 20 号, 第 39 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。
《建立欧洲经济共同体条约》合订本 [法] (1957 年 3 月 25 日, 罗马)	《欧洲联盟公报》, C 321 号, 第 49 卷 (2006 年 12 月 29 日), 第 174 页。
《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。
《一九七四年国际海上人命安全公约》(1974 年 11 月 1 日, 伦敦)	同上, 第 1184 卷, 第 18961 号, 第 2 页。
《第一次非加太 - 欧共同体协定》[英] (1975 年 2 月 28 日, 洛美)	《国际法律资料》, 第十四卷 (1975 年), 第 604 页。
《第二次非加太 - 欧共同体协定》[英] (1979 年 10 月 31 日, 洛美)	联合国, 《条约汇编》, 第 1277 卷, 第 21071 号, 第 3 页。

- 《第三次非加太 - 欧共体协定》[英] (1984年12月8日, 洛美) 同上, 第1922卷, 第32846号, 第3页。
- 《第四次非加太 - 欧共体协定》[英] (1989年12月15日, 洛美) 同上, 第1924卷, 第32847号, 第3页。
- 《修正第四次非加太 - 欧共体洛美协定的协定》[英] (1995年11月4日, 毛里求斯) 《欧洲共同体公报》, L 156号, 第41卷(1998年5月29日), 第3页。
- 《1973年国际防止船舶造成污染公约》(《防止船污公约》)[英] (1973年11月2日, 伦敦), 经《1978年议定书》[英] (1978年2月17日, 伦敦)修正 同上, 第1340卷, 第22484号, 第61页。
- 《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》(1996年5月9日, 伦敦) (《有害和有毒物质公约》) 《有害和有毒物质公约》(海事组织出版物, 出售品编号: IMO-479E)。另见《国际法律资料》, 第三十五卷(1996年), 第1415页。
- 《非洲、加勒比和太平洋国家集团成员为一方与欧洲共同体及其成员国为另一方之间的伙伴关系协定》[英] (2000年6月23日, 科托努) 同上, L 317号, 第43卷(2000年12月15日), 第3页。
- 《2000年6月23日于科托努签署的非洲、加勒比和太平洋国家集团成员为一方与欧洲共同体及其成员国为另一方之间的伙伴关系协定的修正协定》[英] (2005年6月25日, 卢森堡) 《欧洲联盟公报》, L 209号(2005年8月11日), 第27页。

本报告引用的著作

- BRANDTNER, Barbara and Allan ROSAS *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*. Brussels, Larquier, 2006, pp. 255–268.
- “Human rights and the external relations of the European Community: an analysis of doctrine and practice”, *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 468–490.
- GIANVITI, François KOKOTT, Julianne
- “Some Specific Legal Features of the International Monetary Fund”, in Robert C. Effros, ed., *Current Legal Issues Affecting Central Banks*, vol. 4. Washington, D.C., International Monetary Fund, 1997, pp. 1–15.
- “Kommentar zu artikel 297”, in R. Streinz, ed., *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. Munich, C. H. Beck, 2003, pp. 2449–2459.
- MUNDKUR, Ramanand
- GOLD, Joseph
- “Recognition of Governments in International Organizations, Including at the International Monetary Fund”, *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 4, 2005, pp. 77–97.
- Membership and Nonmembership in the International Monetary Fund: A Study in International Law and Organization*. Washington, D.C., International Monetary Fund, 1974. 683 p.
- PAASIVIRTA, Esa
- HOFFMEISTER, Frank
- “Human Rights, Diplomacy and Sanctions: Aspects to ‘Human Rights Clauses’ in the External Agreements of the European Union”, in Jarna Petman and Jan Klabbers, eds., *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*. Leiden, Nijhoff, 2003, pp. 155–180.
- “Les politiques de coopération au développement et d'assistance économique, technique et financière et les droits de l'homme”, in Mercedes Candela Soriano, ed.,

导言

1. 国际法委员会在第五十九届会议上请秘书处向国际组织分发一份说明, 要求提供资料, 说明它们在武装冲突影响到涉及它们的条约时采取的做

法。¹ 根据这一请求, 向选定的一些国际组织发出

¹ 《2007年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第272段。

了信函，提请它们注意国际法委员会武装冲突对条约的影响工作组在2007年提出的建议，即暂时搁置（在专题范围内）纳入涉及政府间组织的条约这一问题，留待委员会在后一个阶段就整个专题开展工作审议（见A/CN.4/L.718号文件，第4(1)(a)(二)段）。邀请各组织提出评论和意见，包括说明各自在武装冲突影响到涉及它们的条约时采取的做法。

2. 截至2008年4月21日，收到以下五个国际组织的来文（括号内为提交日期）：欧洲复兴开发银行（2008年1月10日）；欧洲联盟委员会（2008年2月6日）；国际原子能机构（2007年11月26日）；国际

海事组织（2008年1月9日）；以及国际货币基金组织（2008年4月21日）。欧洲复兴开发银行和国际原子能机构表示没有任何评论，欧洲联盟委员会²、国际海事组织和国际货币基金组织提交的书面呈件转载于下文。

² 欧洲联盟委员会还向国际法委员会提交了一份1985年委托专人编写、题为“在武装冲突期间保护环境”的研究报告，该报告除其他外，研究了环境条约在武装冲突期间的适用性。欧洲联盟委员会在提交该报告时指出，该研究报告虽不代表欧洲联盟委员会的官方观点，但对于国际法委员会的工作还是有助益的。该报告的副本可查阅国际法委员会秘书处负责维护的网站，网址为：legal.un.org/ilc。

从国际组织收到的评论和意见

A. 欧洲联盟委员会¹

1. 武装冲突对《建立欧洲共同体条约》的影响

1. 根据《建立欧洲共同体条约》第297条，成员国应彼此磋商，共同采取必要措施，以防止一成员国在发生影响维护法律和秩序的严重国内骚乱、发生战争、构成战争威胁的严重国际紧张局势时，或为履行该国已接受的维持和平与国际安全的义务时所需要采取的措施对共同市场的运作产生影响。若此类国内措施产生了扭曲共同市场竞争条件的影响，委员会应与有关国家一道，审查如何对这些措施作出调整，以符合《条约》确立的规则（第298条第(1)款）。如委员会认为，成员国不当使用第297条规定的权力，则可直接将此一事项提交国际法院（第298条第(2)款）。

2. 共同体成立以来，成员国之间未发生武装冲突，因此，这些规定迄今只是在适用该《条约》的领土以外发生武装冲突时发挥实际作用。联合王国和阿根廷之间发生福克兰战争时，《条约》第297条为联合王国对阿根廷实行比共同体本身决定的更为严格的制裁提供了法律依据。² 希腊也援引了第297条，

为其在1990年代初期对前南斯拉夫的马其顿共和国实施贸易禁运寻找理由。鉴于欧洲联盟委员会认为两国之间的名称之争不属于第297条的范畴，依照第298条向欧洲法院提起诉讼。后者并没有采取临时措施。³ 该争端于1995年9月得到解决，希腊随后取消了禁运，提交法院的案件终止审理。

2. 武装冲突对欧洲共同体加入的条约的影响

3. 在实践中有时会产生武装冲突对欧洲共同体所加入的条约的影响问题。[可参考欧洲联盟委员会]对于1991年前南斯拉夫境内的冲突和其他一些冲突[的做法]。

(a) 前南斯拉夫境内的冲突

4. 1980年，欧洲经济共同体及其成员国与南斯拉夫社会主义联邦共和国订立了一个《合作协定》。欧洲共同体理事会通过了1983年1月24日第314/83号条例，批准了该协定。⁴

¹ 这份呈件按收悉内容转载。本呈件所用名称及其材料的编排格式并不意味着联合国秘书处对任何国家、领土、城市、地区或其当局的法律地位、或其边界或界线的划定表示任何意见。

² Kokott, “Kommentar zu artikel 297”, 第2455页。

³ 欧洲法院, C-120/94 R 号案, 欧洲共同体委员会诉希腊共和国案, 1994年, ECR I-3037。

⁴ 《欧洲共同体公报》, L 41号, 第26卷(1983年2月14日), 第1页。

5. 1991年11月11日，理事会和成员国政府代表在理事会举行会议，中止了该《合作协定》的适用。⁵ 正如其序言所述，该决定是由若干因素促成的。首先，欧洲共同体及其成员国注意到南斯拉夫境内发生的危机和安全理事会在第713(1991)号决议中表示的关切，即这一状况的持续构成了对国际和平与安全的威胁。第二，人们认为，采取敌对行动及其对经济和贸易关系的影响使当初订立《合作协定》的条件发生了根本变化；这些影响令人怀疑是否应继续适用《协定》。第三，有人注意到，欧洲共同体及其成员国于1991年10月6日发起的关于遵守1991年10月4日停火协定的呼吁被置之不理。第四，欧洲共同体及其成员国于1991年10月6日宣布了其决定，如果冲突双方1991年10月4日达成的协定没有得到遵守，则将终止《合作协定》。为将该决定转为共同体法律，理事会通过了第3300/91号条例，中止《合作协定》所规定的贸易减让。⁶

6. 由于中止适用该《协定》对从南斯拉夫社会主义联邦共和国向欧洲共同体进口货物的私营进口商有直接影响，一家德国法院将一些初步问题提交欧洲法院审理。欧洲法院在1998年6月16日的判决中确认了理事会第3300/91号条例的有效性。⁷ 法院认定习惯国际法是共同体法律的一部分，审查了共同体立法者是否遵守了《维也纳条约法公约》第二十六条所规定的“条约必须遵守”这一根本原则。在这方面，法院提出如下意见：

53. 为提供因情势发生根本变迁而考虑终止或中止一项协定的可能性，《维也纳公约》第六十二条第一项编纂的习惯国际法规定了两个条件。第一，这些情况的存在必须构成缔约方同意受条约约束的必要依据；第二，该项变更必须实际上根本改变了根据条约规定仍需履行的义务的范围。

54. 关于第一个条件，《合作协定》序言规定，缔约双方决心‘促进经济、金融和贸易合作的发展和多样化，以使双

方贸易结构更加平衡和得到改进，同时扩大贸易量，并增加各自民众的福祉’，双方认识到‘有必要考虑到共同体扩大所带来的新情况对于营造共同体与南斯拉夫社会主义联邦共和国之间更为融洽的经济和贸易关系的意义’。根据这些考虑，《协定》第1条规定，其目标是‘促进缔约双方之间的全面合作，以促进南斯拉夫社会主义联邦共和国的经济和社会发展，并帮助加强双方之间的关系’。

55. 考虑到这一范围广泛的目标，保持南斯拉夫境内的和平局面这一睦邻关系所必不可少的条件，以及存在能够确保在南斯拉夫全境实施《协定》所设想的合作的机构，是启动和开展这种合作的一项必要条件。

56. 关于第二个条件，理事会在引发争议的条例的序言第二部分中认为，“采取敌对行动及其对南斯拉夫各共和国之间以及南斯拉夫与共同体之间的经济和贸易关系的影响，构成了欧洲经济共同体同南斯拉夫社会主义联邦共和国订立的《合作协定》及其各项议定书所依据的条件的根本改变”，“这些改变使人怀疑是否应当继续适用这些协定和议定书”，理事会的这一评估似乎没有明显错误。

57. 尽管如拉克所指出的，共同体确实必须继续同南斯拉夫保持一定的贸易量，共同体也确实本可继续给予关税减让，但事实仍然是，正如法律顾问在其意见书第93段中所指出的，有关习惯国际法规则的适用并不需要无法履行义务之情形，而且在南斯拉夫已经分裂的情况下，继续给予优惠待遇以促进贸易已没有任何意义。

58. 关于提交令中提出的问题，即根据《维也纳公约》第六十五条的规定，是否允许未经事先通知或设立观望期即中止《合作协定》，本法院注意到，共同体及其成员国在1991年10月5日、6日和28日的联合声明中宣布，它们将对那些不遵守其在理事会主席和南斯拉夫问题会议主席面前签署的1991年10月4日停火协定的有关方采取限制性措施；另外，共同体在停火协定缔结时已表明，如该协议未得到遵守，它将终止《合作协定》（《欧洲共同体月报》10-1991，第1.4.6、1.4.7和1.4.16段）。

59. 即使这些声明不符合《维也纳公约》第六十五条的形式要求，但应当指出，该条所规定的特定程序要求不构成习惯国际法的一部分。

60. 因此，对第一个问题的审查没有显示任何影响到中止条例的有效性的因素。

⁵ 同上，L 315号，第34卷（1991年11月15日），第47页。

⁶ 同上，第1页。理事会（欧共体）1991年11月11日第3300/91号条例中止了欧洲经济共同体和南斯拉夫社会主义联邦共和国之间《合作协定》所规定的贸易减让。

⁷ 欧洲法院，C-162/96号案，拉克公司诉美国茨海关案，[1998] ECR I-3655。

7. 1991年11月25日, 理事会在根据《合作协定》第60条第(2)款提前六个月发出通知后终止了该协定。⁸

(b) 非洲、加勒比和太平洋国家境内或彼此之间的某些冲突

8. 几十年来, 欧洲共同体及其成员国同若干非洲、加勒比和太平洋国家建立了合同关系。在达成所谓“第一至四号洛美协定”之后, 2000年6月23日在科托努签署、2005年6月25日在卢森堡修订的《非洲、加勒比和太平洋-欧洲联盟伙伴关系协定》确立了目前的合同关系。根据《协定》第9条第(2)款第4项, 尊重人权、民主原则和法治应成为缔约方国内和国际政策的基础, 并构成《协定》的根本要件。根据《协定》第11条第(4)款, “在出现暴力冲突局势时, 缔约方应采取一切适当行动, 防止暴力加剧, 限制暴力向其他领土蔓延, 促进和平解决现有争端”。《协定》第96条规定, 如一方认为另一方没有履行《协定》第9条第(2)款提到的尊重人权、民主原则和法治义务, 在采取适当措施之前, 双方应利用一项具体磋商机制。所采取的此类措施必须符合国际法, 与违约行为相比保持适度(《协定》第96条第(2)款(c)项)。

9. 这份函件的目的是并非是对个案作出详细评论, 但应指出的是, 欧洲共同体及其成员国可以诉诸《协定》第96条规定的机制, 视情况中止《协定》的部分内容, 并作为对伙伴国家爆发非国际性武装冲突的反应(如果而且只要因这一冲突而出现大规模违反人权法行为)。⁹ 如果一个伙伴国家的军队在与另一国的武装冲突期间实施严重侵犯人权的行为,

也照此执行。¹⁰ 关于共同体在这一领域做法的更多详细情况, 可参阅学术文献。¹¹

3. 共同体做法与国际法委员会项目之间的关系

10. 欧洲联盟委员会希望说明上述有限做法同特别报告员伊恩·布朗利在第三次报告中提议的国际法委员会项目条款草案之间的关系。¹²

11. 首先, 欧洲共同体的组成文书作为成员国之间缔结的条约, 在理论上可以纳入本研究的范畴(《维也纳条约法公约》第五条)。然而, 由于该文书包含关于武装冲突对内部市场的影响的具体规定, 并鉴于共同体的特定法律性质, 成员国将适用这些共同体规则, 而不是适用该项目所编纂的一般国际法规则。

12. 第二, 关于共同体加入的条约, 南斯拉夫以及非洲、加勒比和太平洋的案例似乎确认了关于非自动终止或中止的条款草案第3条(b)项的规则。有关国家爆发武装冲突没有对共同体条约产生当然影响。相反, 这些事件成为采取(部分)中止或终止条约的决定一个理由。

13. 第三, 南斯拉夫案例表明, 共同体立法机构和欧洲法院都将武装冲突的爆发视作《维也纳条约法公约》第六十二条所指的情况之基本改变。在这方面, 共同体的做法表明了条款草案第13条(d)项的用处。

14. 第四, 非洲、加勒比和太平洋案例证明, 共同体可以动用手中的特定机制, 假如而且只要在武装冲突期间发生大规模侵犯人权行为, 即可在面临武装冲突时中止其条约义务。由于缔约方之前在订立条约时已商定中止的理由和程序, 因此这一理由

⁸ 理事会1991年11月25日第91/602/EEC号决定, 《欧洲共同体公报》, L 325号, 第34卷(1991年11月27日), 第23页。

⁹ 欧洲共同体委员会, “委员会向理事会和欧洲议会发出的函件——与卷入武装冲突的非加太国家的合作”, 1999年5月19日, 布鲁塞尔, COM(1999)240 final, 第4页, 附件1。这份函件将《第四号洛美协定》第366a条(该条是《科托努协定》第96条的前身)作为中止执行协定的法律依据, “在因武装冲突而发生严重侵犯人权或严重违反《洛美协定》第5条所述的其他根本要件的行为时, 欧洲共同体应要求根据第366a条提及的程序展开磋商, 并可决定中止与特定国家开展发展合作或执行《公约》其他方面的内容”。

¹⁰ 同上, 第11页。

¹¹ 除其他外, 见 Brandtner and Rosas, “Human rights and the external relations of the European Community: an analysis of doctrine and practice”; Paasivirta, “Human rights and diplomacy: aspects to human rights clauses in the European Union’s external agreements”; Hoffmeister, “Les politiques de coopération au développement et d’assistance économique, technique et financière et les droits de l’homme”, 特别是第265至第267页。

¹² 《2007年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/578号文件。

属于条款草案第13条(a)项——当事方共同协定的中止——的范畴。

15. 鉴于以上这些论点，似乎不需要扩大研究的范围，使本草案适用于欧洲共同体的特定情况。相反，正如共同体在涉及1969年《维也纳条约法公约》的情况时的做法一样，共同体或可诉诸这些条款，即使这些条款的范围没有正式扩大到国际组织所订国际条约。

B. 国际海事组织

1. 国际海事组织（海事组织）注意到国际法委员会工作组报告(A/CN.4/L.178)第4(1)(a)段的建议，大意是，关于纳入涉及政府间组织的条约的问题应该暂时搁置到委员会关于全部专题的稍后工作阶段。

2. 在现阶段，海事组织希望提出下列评论和意见。首先，海事组织是负责主管航行安全和保障、保护海洋环境不受航运活动影响和与此有关的法律问题的联合国专门机构。为此，1948年《国际海事组织公约》第2条(b)项仅规定本组织应“为起草公约、协定或其他适当的文书作出规定，将这些规定推荐给各国政府和各政府间组织，并召开必要的会议”。《海事组织公约》未载列任何关于战时的公约运作或海事组织活动的规定，也未具体说明在海事组织主持下通过的公约（现有51项）和其他众多不具条约地位的文书是否应在战时继续运作。

3. 其次，一般而言，在海事组织主持下通过的条约文书，包括与保护环境有关的文书，适用于从事国际商业航行的船舶。作为一条规则，它们不适用于军舰或目前用于其他非商业目的的其他政府船只，即便在和平时期也是如此。这一立场有时、但不总是体现在海事组织通过的公约中。例如，《一九七四年国际海上人命安全公约》是海事组织处理船舶安全和保障问题的主要公约，并得到占世界船舶吨位98%以上的船舶的遵守。该公约根本没有任何关于对军舰的适用或关于武装冲突的影响的规定。推定该公约根本不适用于军舰。因此，进一步的问题，即该《公约》在武装冲突期间是否将继续适用于商船，如果适用，其程度为何，看来将取决于条约法的一般原则。

4. 相比之下，经《1978年议定书》修正的《国际防止船舶造成污染公约》（《防止船污公约》）第3条第(3)款规定：

本《公约》不适用于任何军舰、海军辅助船舶或其他国有或国营并目前只用于政府非商业性服务的船舶。但每一缔约方应采取不损害其所拥有或经营的这种船舶的操作或操作性能的适当措施，以保证这种船舶在合理和可行的范围内按本公约的规定行事。

5. 关于这一主题的另一个变体是1996年《国际海上运载有害和有毒物质造成损害的责任和赔偿公约》（《有害和有毒物质公约》）第4条第4款和第5款所载的提法，该两款规定如下：

4. 除第5款规定的情况外，本《公约》的规定不适用于军舰、海军辅助船舶或其他国有或国营并目前只用于政府非商业性服务的船舶。

5. 缔约方可决定将本《公约》适用于本国军舰或第4款所述其他船舶，在此情况下应向秘书长发出有关通知，具体说明此种适用的条款和条件。

6. 虽然《防止船污公约》和《有害和有毒物质公约》所载的规定显然在和平时期适用于各国政府，但至于这两项公约是否在武装冲突期间继续运作，即便是对商船而言，两公约也未作出规定。

7. 可以认为，公约缔约国之间的和平局势对公约的良好运作不可或缺，不过，就我们所知，此事项从未在海事组织提出或讨论过。鉴于所有这些条约的多边性质，就算它们能在武装冲突期间继续运作，也难以想见它们如何能够充分运作。

8. 还有其他一些涉及海事组织的条约，也许其中最重要的是1968年《国际海事组织和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于组织总部的协定》¹以及1983年《国际海事组织和瑞典政府关于世界海洋大学的协定》²。其他重要协定包括与联合国及其一

¹ 《关于组织总部的协定》（1968年11月28日，伦敦），联合国，《条约汇编》，第677卷，第9632号，第3页。

² 《关于世界海洋大学的协定》（1983年2月9日，伦敦），同上，第1409卷，第23595号，第233页。

些机构的协定以及同其他国际组织的各种合作协定。这些均未处理武装冲突对其运作的影响问题。虽然其一些规定可能能够在武装冲突期间适用，但其他规定，如果不是整个条约的话，无疑将在冲突期间被中止。

C. 国际货币基金组织

1. 国际法委员会为了研究关于武装冲突对条约的影响的条款草案，已请国际组织提供信息，说明它们在武装冲突影响到涉及它们的条约时所采取的做法。目前，条款草案第2条中所定义的“条约”不含国家与国际组织之间的条约及国际组织之间的条约，而将涉及国际组织的条约纳入的问题已被搁置，留待委员会在后一个阶段就整个专题开展工作时审议。

2. 国际货币基金组织（基金组织）在武装冲突对基金组织与国家或与国际组织之间的条约的影响方面没有经验。不过，在武装冲突对根据基金组织的《协定》为其成员者的影响方面，基金组织有许多经验。为了分析和提取这些经验，必须承认两项一般性原则。

3. 首先，武装冲突不影响基金组织成员的成员地位，除非由于这场冲突，国际社会不再承认该成员为《协定》所定义的“国家”（例如，因为国家解体或兼并）。

4. 第二，即使武装冲突不改变成员作为国家的地位，此种冲突可能影响该成员的政府，从而影响其行使《协定》规定的权利和履行其规定的义务的能力。

1. 武装冲突和国际货币基金组织会籍

5. 除非武装冲突影响某成员作为《协定》所定义的国家地位，否则该国将继续作为基金组织的成员。因此，被另一个国家军事占领的基金组织成员仍将保留其基金组织会籍。例如，伊拉克于2003年被占领，但它的基金组织会籍仍然保留。与此类似，当伊拉克在1990年至1991年间占领科威特时，科威特的基金组织会籍仍然保留。还有，当基金组

织某成员由于武装冲突而导致其一部分分离出来，而该分离获得国际社会的承认，则该成员保留基金组织会籍，而分离出来的国家如果愿意，则需要向基金组织申请会籍（作为独立国家）¹。例如在1971年，在经历一场国内武装冲突之后，孟加拉国从巴基斯坦分离出来，申请加入基金组织，并于1972年成为基金组织成员。巴基斯坦保留了其基金组织会籍。

6. 不过，如果由于武装冲突的关系，国际社会认为一个国家已不再存在，则该国的基金组织会籍将被终止。因此，如果基金组织的某成员由于兼并或解体而不复存在，其基金组织会籍将终止。关于解体，最近的一个例子是南斯拉夫社会主义联邦共和国的解体。在基金组织断定该国于1992年解体（考虑到国际社会的意见）后，其基金组织会籍即终止。基金组织还断定（仍然考虑到国际社会的意见）南斯拉夫社会主义联邦共和国有五个继承国，它们全部有资格继承其在基金组织的会籍。²

2. 武装冲突对国际货币基金组织成员国政府的影响

7. 基金组织成员通过本国政府行使成员权利，武装冲突可能影响此种政府。虽然国家（而不是政府）是基金组织成员（见《协定》第二条），但成员与基金组织的关系是通过其政府维系的。因此，只有基金组织能与其开展活动的成员国政府才可以行使其成员的权利（例如，使利用基金组织的资源）。武装冲突有时候可能造成这样的局势，即可断定已经没有政府可行使成员的权利。2003年伊拉克被占领之后的一段时间就存在这种局面。此外，自从1992年10月以来，基金组织作出结论认为索马里不存在

¹ 该国将需要按照《协定》第二条第2节的规定申请基金组织的会籍，并需要符合基金组织成员的标准；根据基金组织的做法，这些标准是：(a) 申请方是一个“国家”，(b) 该国正式控制其对外关系，(c) 该国愿意履行《协定》所规定的成员义务，(d) 该国能够履行《协定》所规定的成员义务（见 Gold, *Membership and Nonmembership in the International Monetary Fund: A Study in International Law and Organization*, 第41至第42页）。

² 克罗地亚（1993年1月15日）、斯洛文尼亚（1993年1月15日）、前南斯拉夫的马其顿共和国（1993年4月21日）、波斯尼亚和黑塞哥维那（1995年12月20日）、南斯拉夫联盟共和国（2000年12月20日）各自继承了前南斯拉夫社会主义联邦共和国在基金组织的会籍，从1992年12月14日生效。见 Francois Gianviti, “Some specific legal features of the International Monetary Fund”, 第1至第15页。

基金组织可以与之联合开展针对索马里的活动的有效政府。有时候，基金组织可断定，政府在冲突后仍然存在，但这个政府是流亡政府。1991年海地发生政变后，基金组织理事会决定（也是反映了国际社会的意见）与海地流亡当局打交道，视其为该成员国的政府，而不是与掌握实际控制权的当局打交道。如果武装冲突导致某成员国被占领，从而再没有一个国际承认的政府，则占领国须负责履行《协定》规定的被占领成员的义务。³ 基金组织关于是否

³ 见《协定》第三十一条第2节(g)项。

承认一国政府的上述决定符合其对待成员是否具备“国家”地位的方针，此种决定主要是根据国际社会的看法而作出。如果国际社会没有明确的指导，基金组织的工作人员将判定基金组织成员是否大部分（就表决权而言）在双边关系中承认该当局或与其打交道。⁴

⁴ 见 Mundkur, “Recognition of Governments in international organizations, including at the International Monetary Fund”, 第77至第97页。

武装冲突对条约的影响

[议程项目 5]

A/CN.4/L.721 号文件

武装冲突对条约的影响工作组主席的说明

条款草案第 8 条

[原文：英文]

[2008 年 5 月 5 日]

目 录

	段 次	页 次
导言	1-2	109
一、条款草案涵盖的情况	3-4	109
二、条款草案第 8 条草案要保留提到的内容	5-15	110
A. 提到 1969 年《维也纳公约》第四十二、四十三和四十五条的内容	5-7	110
B. 提到 1969 年《维也纳公约》第四十四条的内容	8-15	110
三、结论：可能采取的解决办法	16-18	111

导 言

1. 本《说明》不具备报告的性质。它是对条款草案中的第 8 条固有问题的简要研究，意图是向工作组介绍一些如何才能解决这些问题的思路。条款草案的第 8 条按目前的表述（见特别报告员的第三次报告，¹附件）如下：

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。

¹ 《2007 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/578 号文件，附件。

2. 条款草案第 8 条寻求解答在本条款草案范围内是否应该适用《维也纳条约法公约》²（1969 年《维也纳公约》）第四十二条至第四十五条的问题，本《说明》只涉及这个问题。1969 年《维也纳公约》第六十五条和以后各条述及的通知问题在特别报告员的第四次报告³中谈到，报告第 43 至 47 段提出了三种备选办法。

² 1969 年 5 月 23 日签署于维也纳（联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页）。

³ A/CN.4/589 号文件，转载于本卷。

一、条款草案涵盖的情况

3. 目前这一版的条款基本涵盖三类情况：

(a) 涉及一条约的所有或若干缔约方或其中一方的国际武装冲突；

(b) 国内武装冲突有可能影响卷入冲突的缔约国执行条约的情况；

(c) 一个国际组织的一个或若干个成员国卷入国际或国内武装冲突，因而可能难以履行该组织的组成条约或相关协定规定的某些义务。

上述最后一类文书与国际组织缔结的条约不同，似乎是在本草案的范畴之内。

4. 假设的第三种情况并不极其重要。如果出现这种情况，人们可以说，对于有关国家而言，规则应当是条约的可分离性而不是退出或中止整个条约；

二、条款草案第8条草案要保留提到的内容

A. 提到1969年《维也纳公约》第四十二、四十三和第四十五条的内容

5. 谈到1969年《维也纳公约》第四十二条，应即刻指出，该《公约》第七十三条规定，《公约》之规定“不妨碍……国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题”。无论“敌对行为”的确切含义究竟是什么，第七十三条显然从《维也纳公约》的范围内排除了武装冲突对条约的影响问题。因此，不能像第四十二条第二项那样说，即“终止条约、废止条约，或一当事国退出条约，仅因该条约或本[维也纳]公约规定之适用结果始得为之”，或者说，仅在《维也纳公约》的框架内方可为之，但在另行制定的关于武装冲突对条约的影响的条款范围内却不可为之。换言之，第四十二条在本条款范围内不具有相关性，这就是为什么在未来的条款草案的第8条中不应提及第四十二条。

6. 根据1969年《维也纳公约》第四十三条的规定，因“本公约”或“该条约规定适用”而终止、退出或中止条约者，“绝不损害任何国家依国际法而毋须基于条约所负履行该条约所载任何义务之责任”。这一规定所体现的是一项即使不存在第四十三条也依然适用的一般国际法规则；但是将其列入《维也纳公约》当然也无害处。如果不是因为有“因本公约……适用结果”的字样，则在关于武装冲突对条约的影响的条款草案中重述第四十三条也无碍。正因为如此，如在未来的条款草案的第8条中提及第四十三条，为慎重起见，宜在其中加入“作必要的更改”一语或大意相当的字样。

7. 第四十五条似有关联：如果一国明白同意条约仍然有效或继续施行，或者尽管爆发武装冲突，

此外，在这种情况下，条约义务的命运则可能由条约本身来决定。假设的第二种情况接近于1968年《维也纳公约》第六十二条（情况之基本改变）设想的情况，这样，提及第四十二至四十五条看来并非完全荒唐。根本的问题来自假设的第一种情况，即涉及一个条约的所有或若干缔约国而且它们之间的关系受到武装冲突扰乱的情况。《维也纳公约》第四十二至四十五条、特别是第四十四条（条约之规定可否分离）能否适用的问题恰恰就在这儿显得特别尖锐。这个问题可以用排除法处理解决。

但根据该国的行为，该条约必须视为依旧维持，则没有理由不承认此种情况使该有关国家无权终止、中止或退出条约。于是，似乎可以提到第四十五条，但是需保留特别报告员在第四次报告第20页上提到的第三个备选方案。而且，似乎还应加上“作必要的更改”字样，因为第四十五条的范畴分别受《维也纳公约》第四十五至五十条和第五十至五十二条所列之失效、终止、退出或中止条约理由的限制。

B. 提到1969年《维也纳公约》第四十四条的内容

8. 现在还需研究与1969年《维也纳公约》第四十四条（可否分离）有关的问题。这里又可以采用排除法。

9. 第四十四条第一项和第二项确立了不可分离的原则或推定。特别报告员在第四次报告中指出，武装冲突是条约存续期间的特大事件，与终止、退出或中止的其他理由相比当然更为重大。因此，毋庸置疑，在武装冲突的情况下，不可分离的原则也应予以保留。换言之，条款草案的第8条可以提及1969年《维也纳公约》第四十四条第一项和第二项。

10. 该《公约》第四十四条第五项涉及第五十一至五十三条所列之具体理由（对一国代表之强迫、对一国施行强迫、与现行绝对法抵触）。这与武装冲突对条约的影响无关，因此不应提到这一规定。

11. 1969年《维也纳公约》第四十四条第四项涉及该《公约》第四十九条和五十条所列之具体理由（欺诈、对一国代表之贿赂），因此情况相同。既

然如此，条款草案的第8条不应该提到第四十四条第四项。

12. 现在还需要研究1969年《维也纳公约》第四十四条第三项，该项允许缔约国仅针对特定条款终止、中止或退出条约，但须符合如下所有条件：*(a)* 终止、中止或退出条约的理由仅与条约的某一或若干特定条款有关（第四十四条第三项的起首语）；*(b)* 有关条款在适用上可与条约其余部分分离；*(c)* 拟终止、中止或退出之条款并非另一当事国或其他当事国同意承受整个条约拘束之必要根据；及*(d)* 条约其余部分之继续实施不致有失公平。

13. 首先要提出的问题是，爆发武装冲突是否只会影响条约的某一或若干特定条款。以目前交战的两国之间的边界条约和边界制度为例能说明这种情况可能发生：边界条款无疑能存续，而边界制度

则至少要中止。与此类似，在缔约方中只有一个卷入武装冲突的情况下，条约至少有部分会存续下去。对于卷入冲突的、又是国际组织成员国的缔约国而言，情况也同样如此。实际上，这里的情况“恰恰相反”：组织的组成条约及相关的协定继续有效，对交战国也是如此（见伊拉克/伊朗伊斯兰共和国战争），但交战方可能会无法履行某些条约义务。

14. 所以，武装冲突虽然具有翻天覆地的性质，但是，如果缔约方不顾冲突作出约定，或者达到了第四十四条第三项的累计条件，条约的条款似乎还是有可能存续。

15. 第四十四条第三项所列条件须根据具体情况加以解释。如何解释这些条件的问题则已超越本《说明》的范围。但是，需要衡量武装冲突对条约的影响时，当然就不能说这些条件毫不相干。

三、结论：可能采取的解决办法

16. 本《说明》简要研究的结果表明：

(a) 不应提及1969年《维也纳公约》第四十二条；

(b) 如果添加“作必要的更改”字样，还是可以提及1969年《维也纳公约》第四十三条；

(c) 1969年《维也纳公约》第四十五条可以提及，也加上“作必要的更改”的字样，条件是通知事项所用文字不借用第四十五条的条款（特别报告员第四次报告的备选办法^{3 4}）；以及

(d) 至于1969年《维也纳公约》第四十四条，可提及第一至三项，而不提第四项和第五项。

17. 根据上述结论，可讨论如下的备选办法：

(a) 备选办法 A——不提1969年《维也纳公约》第五编第一节的条款。这一办法的理由是，条款草案不必包罗万象，当然，其缺点是会避开可否分离的问题；

(b) 备选办法 B——制订一个条款，完全照用（经过改写的）第四十三条、第四十四条第一至三项和第四十五条的规定（除非第四十五条的条文用于通知条款），列入条款草案之中。优点是：可以做到尽量清晰，尤其是对可否分离问题。缺点是：比较复杂；

(c) 备选办法 C——按条款草案的第8条的思路行文（见特别报告员第三次报告⁵第23页）并提到第四十三条（作必要的更改）、第四十四条第一至三项以及第四十五条（作必要的更改），但最后一条的条文用于通知条款的情况除外。⁶优点是：比较清晰，尤其是有关可否分离问题的行文；比较简洁。缺点是：不完全清晰。

18. 关于备选办法 B 和 C，宜将1969年《维也纳公约》第五编第一节完全与通知问题分开，不予提及。

⁴ 如果选用这种办法，关于通知的新规定拟用的第四十五条的条文须作适当改动，并删去提及1969年《维也纳公约》第四十五至五十条、第六十条和六十二条的字样。

⁵ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/578号文件，附件，第72页。也许这个行文应稍作改动。“中止或终止的方式”的提法（应添加“退出”）似可改为“若干方式”。

⁶ 也可使用“作必要的更改”字样，以适用于条款草案第8条中所有提及的内容。如果认为该条款正文采用这样的行文有累赘之虞，则可在条款草案第8条的评注中加以修饰限制。

驱逐外国人

[议程项目 6]

A/CN.4/594 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四次报告*

[原文: 法文]

[2008 年 3 月 24 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书.....		113
本报告引用的著作.....		114
导言.....	1-3	115
章次		
第一章 双重或多重国籍情况下的驱逐.....	4-24	115
A. 具有双重或多重国籍的国民是外国人吗?	7-13	116
B. 驱逐国是不是被驱逐者的主要或有效国籍国?	14-24	117
第二章 丧失国籍、剥夺国籍和驱逐.....	25-35	119
A. 丧失国籍和剥夺国籍.....	26-29	119
B. 丧失国籍或剥夺国籍情况下的驱逐.....	30-35	126

本报告引用的多边文书

来源

《关于各缔约方领土内外侨地位的公约》[西] (1928 年 2 月 20 日, 哈瓦那)	国际联盟, 《条约汇编》, 第 132 卷, 第 3045 号, 第 301 页。
《关于国籍法冲突的若干问题的公约》[英] (1930 年 4 月 12 日, 海牙)	同上, 第 179 卷, 第 4137 号, 第 89 页。
《减少无国籍状态公约》(1961 年 8 月 30 日, 纽约)	联合国, 《条约汇编》, 第 989 卷, 第 14458 号, 第 175 页。
《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的(欧洲) 公约》[英] (1963 年 5 月 6 日, 斯特拉斯堡)	同上, 第 634 卷, 第 9065 号, 第 221 页。
《公约第二议定书》[英] (1993 年 2 月 2 日, 斯特拉斯堡)	同上, 第 1967 卷, 第 9065 号, 第 338 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。
《儿童权利公约》(1989 年 11 月 20 日, 纽约)	同上, 第 1577 卷, 第 27531 号, 第 3 页。
《欧洲国籍公约》[英] (1997 年 11 月 6 日, 斯特拉斯堡)	同上, 第 2135 卷, 第 37248 号, 第 213 页。

* 特别报告员非常感谢威廉·沃尔斯特先生协助编写这份报告, 特别是针对各国在驱逐背景下有关丧失国籍和剥夺国籍的实践作了大量研究。当然, 特别报告员将独自对本报告的内容承担责任。

本报告引用的著作

ABEL, Paul

“Denationalization”, *Modern Law Review* (London), vol. VI, 1942–1943.

AMNESTY INTERNATIONAL

Myanmar—The Rohingya Minority: Fundamental Rights Denied, 18 May 2004. 38 p.

BICKERTON, Ian

“Dutch murders bring tighter terror laws”, *Financial Times*, 15 July 2005, p. 6.

BOLL, Alfred M.

Multiple Nationality and International Law. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007. 626 p. (Developments in International Law, vol. 57)

CHIROT, Daniel

“The debacle in Côte d’Ivoire”, *Journal of Democracy*, vol. 17, No. 2, April 2006, pp. 63–77.

FERRETT, Grant

“Citizenship choice in Zimbabwe”, BBC News, 28 February 2003 (<http://news.bbc.co.uk>).

GEARING, Julian

“The struggle for the Highlands: accused of endangering the environment, Thailand’s tribespeople face eviction and an uncertain future”, *Asiaweek*, vol. 25, No. 43, 29 October 1999.

HUMAN RIGHTS WATCH

Malaysia/Burma—Living in Limbo: Burmese Rohingyas in Malaysia, vol. 12, No. 4 (C), 1 August 2000. 78 p.

Kuwait: Promises Betrayed—Denial of Rights of Bidun, Women, and Freedom of Expression, vol. 12, No. 2 (E), 1 October 2000. 30 p.

Côte d’Ivoire—The New Racism: The Political Manipulation of Ethnicity in Côte d’Ivoire, vol. 13, No. 6 (A), 28 August 2001 (<http://hrw.org>). 68 p.

Eritrea and Ethiopia—The Horn of Africa War: Mass Expulsions and the Nationality Issue, vol. 15, No. 3 (A), 29 January 2003. 64 p.

KIDANE, Won

“Civil liability for violations of international humanitarian law: the jurisprudence of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission in The Hague”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, 2007–2008, pp. 23–87.

KOJANEC, Giovanni

“Multiple nationality”, *Proceedings of the First European Conference on Nationality: Trends and Developments in National and International Law on Nationality, Strasbourg, 18–19 October 1999*, Council of Europe, (CONF/NAT (99) PRO 1 of 3 February 2000), pp. 35–47.

KOSLOWSKI, Rey

“Challenges of international cooperation in a world of increasing dual nationality”, in David A. Martin and Kay Hailbronner, eds., *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolution and Prospects*. The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp. 157–182.

MACAN-MARKAR, Marwaan

“Thailand: fear of expulsion haunts hill tribes”, *Asia Times*, 30 July 2003.

MAYER, Ann Elizabeth

“A ‘benign’ apartheid: how gender apartheid has been rationalized”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 5, No. 2, 2000–2001, pp. 237–338.

MBARIA, John

“Meet the Nubians, Nairobi’s fifth-generation ‘foreigners’”, *East African* (Kenya), 15 July 2002, part 2, p. 1.

MCDUGAL, Myres S., Harold D. LASSWELL and Lung-chu CHEN

“Nationality and human rights: the protection of the individual in external arenas”, *Yale Law Journal*, vol. 83, No. 5, April 1974, pp. 900–908.

MEYER, Peter and others

The Jews in the Soviet Satellites. Syracuse, N.Y., Syracuse University Press, 1953. 637 p.

PIOTROWICZ, Ryszard W.

“The Australian-Hungarian consular treaty of 1988 and the regulation of dual nationality”, *Sydney Law Review*, vol. 12, No. 2/3, March 1990, pp. 569–583.

ROTH, Cecil

The History of the Jews of Italy. Philadelphia, Jewish Publication Society of America, 1946. 575 p.

RUDKO, Mykola

“Regulation of multiple nationality by bilateral and multilateral agreements”, *Proceedings of the Second European Conference on Nationality: Challenges to National and International Law at the Beginning of the New Millennium, Strasbourg, 8–9 October 2001*, Council of Europe, (CONF/NAT (2001) PRO of 10 December 2001), pp. 109–128.

SALMON, Jean, ed.

Dictionnaire de droit international public. Brussels, Bruylant, 2001. 1198 p.

SARKIN, Jeremy

“Towards finding a solution for the problems created by the politics of identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC): designing a constitutional framework for peaceful cooperation”, *Politics of Identity and Exclusion in Africa: From Violent Confrontation to Peaceful Cooperation*. Conference held at Senate Hall, University of Pretoria, South Africa, 25–26 July 2001, pp. 67–80.

SHAVER, Lynn

“The revocation of dual citizenship in Turkmenistan”, *Human Rights Brief*, vol. 11, No. 1, 2003, pp. 4–6.

联合国

《联合国与厄立特里亚的独立》，联合国出版物，出售品编号：E.96.I.10（蓝皮书第十二卷）

UNITED STATES OF AMERICA DEPARTMENT OF STATE

“Kuwait”, *Country Reports on Human Rights Practices for 2003*. Vol. II. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 2004, pp. 1941–1963.

UNITED STATES OFFICE OF PERSONNEL MANAGEMENT

Investigations Service. *Citizenship Laws of the World* (IS-1 of March 2001). Washington D.C., Library of Congress, 2001. 233 p.

导言

1. 国际法委员会在第五十九届会议（2007年5月7日至6月5日和7月9日至8月10日）上审议关于驱逐外国人的第三次报告，¹特别是审议条款草案第4条（国家不驱逐本国国民）时，有人指出，双重或多重国籍者的驱逐问题应予更为详细的研究，并在条款草案第4条或单独一条草案中加以解决。²个别委员支持另一种观点，认为这个专题不应该在这一背景下处理，尤其考虑到委员会的意图是帮助加强禁止驱逐国民的规则。³但委员会在了结这个问题之前，必须先加以更为深入的探讨。

2. 顺着同一思路，有人指出，剥夺国籍的问题有时会被用作驱逐的初步行动，应作深入研究。⁴

3. 特别报告员在关于驱逐外国人的第三次报告中表示，关于双重国籍者的问题，最好不要结合条款草案第4条处理，因为提供保护使不受驱逐的做法应当针对任何国籍国。他认为，在面对非法驱逐情况下行使外交保护时，这个问题尤其可能会产生影响。不过，针对若干委员对此提出的疑问，特别报告员打算深入分析双重国籍者的驱逐问题以及将剥夺国籍作为驱逐前奏的问题。⁵这正是本报告的目的。

¹ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/581号文件。

² 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第227段。

³ 同上，第228段。

⁴ 同上，第227段。

⁵ 同上，第261段。

第一章

双重或多重国籍情况下的驱逐

4. 国籍本质上属于国内法范畴，但必须在国际法划定的界线内加以规范。这一用语来自委员会关于国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案⁶序言部分，反映了尤其是《关于国籍法冲突的若干问题的公约》表达的一个旧观点，其中规定：

每一国家依照其法律决定何人为其国民。此项法律如与国际公约、国际习惯及公认的关于国籍之法律原则不相冲突，其他国家应予承认。⁷

⁶ 见大会2000年12月12日第55/153号决议，附件。

⁷ 见该《公约》第一条，1937年7月1日生效。

5. 人们认为, 在讨论国籍问题时, 国家和个人的合法利益都必须得到适当考虑。关于个人利益, 1948年12月10日《世界人权宣言》规定人人有权享有国籍;⁸《公民及政治权利国际公约》⁹和《儿童权利公约》¹⁰确认每个儿童都有权取得国籍; 并且各国于1961年8月30日通过了《减少无国籍状态公约》。同样,《欧洲国籍公约》¹¹和联合国大会注意到的委员会关于国家继承涉及的自然人国籍问题的条款¹²也以有权享有国籍原则为基础。同时, 要维护国家的合法利益, 就必须承认各国拥有给予或取消个人国籍的自由, 条件是这些措施符合国际法在这方面确立的相关原则。因此, 国家可自主在其立法中确立唯一和排他性国籍的规则, 或反之, 可接受双重或多重国籍。

6. 需要指出的是, 承认双重或多重国籍的做法是一个相对新近的趋势。同一个人取得两个或多个国籍, 这在过去是被国际法阻止的。实际上, 反对双重国籍和避免无国籍状态的运动一样声势浩大, 直到近期才有所改观。双重国籍的情况最近几十年越来越多, 有些作者将其归于妇女的婚姻状况, 因为她们通过婚姻关系取得了第二个国籍。¹³ 其他原因可能还包括, 在当今这个世界全球化的时代, 国际移民紧锣密鼓, 移民倾向于在东道国长久定居, 取得这些国家的国籍可以帮助他们更好地融入社会、政治和经济体系。

A. 具有双重或多重国籍的国民是外国人吗?

7. 驱逐外国人问题一旦牵涉到双重或多重国籍人士, 就会产生特殊的法律问题。首先, 如果面临驱逐的个人拥有驱逐国国籍, 不驱逐国民原则是否还完全适用? 换言之, 可能受驱逐者如果没有丧失任何一个国籍, 能否被视为外国人? 其次, 根据这个问题, 国家如果在没有先取消某个拥有双重国籍的人的本国国籍的情况下驱逐该人, 是否违反国际法?

8. 关于第一个问题, 有些国家为了驱逐以外的其它需要, 实际上已将拥有另一国国籍的本国国民看作外国人。例如, 澳大利亚和匈牙利就执行了有关两国领事条约的换文, 将使用另一国护照及适当签证入境临时居留的双重国籍公民视为外国人。¹⁴ 澳大利亚早就认为可限制其国民享有某些权利, 特别是将澳大利亚国民中拥有另一国国籍者视为外国人。¹⁵ 波兰和美利坚合众国¹⁶以及加拿大和匈牙利¹⁷也分别就各自领事条约互换照会, 作出了类似规定。达成这些协定看来是为了确保有关国家公民能够在居留外国后返回原籍国, 同时保留受访国的国籍。

9. 在1928年法国-墨西哥混合索赔委员会受理的乔治·潘松案中, 法国提交了一名具有法国和墨西哥双重国籍人士提出的索赔要求。委员会认为, “即使从严格的法律角度将这个案件视为双重国籍案件, 索赔者是否本不应援用《公约》也令人非常疑惑, 因为墨西哥政府本身一直正式并且排他性地将其视为法国臣民”。¹⁸ 从这个案件看, 国家事实上可以将拥有其他国籍的本国国民视为外国人。这种姿态有利于有关国家驱逐双重国籍人士。本报告后文将提到, 如果有关人士仍是驱逐国国民, 驱逐国也没有正式

¹⁴ 见 Piotrowicz, “The Australian-Hungarian consular treaty of 1988 and the regulation of dual nationality”, 特别是第572至第576页。

¹⁵ 见 Kojanec, “Multiple nationality”。该作者还写道(同上, 第43页, 第5.1段): “澳大利亚高等法院1999年6月的裁决就说明了这一概念; 这项裁决规定, 根据《宪法》第44条, 同时拥有另一国国籍的澳大利亚国民因为与‘外国’的关系, 不得被选入联邦议会。”

¹⁶ 1972年5月31日的换文(第38号换文)(根据波兰和美国1972年5月31日订立、1973年7月6日生效的《领事公约》, *United States Treaties and Other International Agreements*, 第24卷, 第2部分, 第7642号, 第1231页(Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1974): “持美国护照及波兰入境签证进入波兰人民共和国临时居留的人, 在给予临时访客身份期间(与签证有效期相符)将被波兰主管当局视为美国公民, 以确保其获得《宪法》第29条规定的领事保护以及无需其他证件即可离境的权利, 不论当事人是否拥有波兰人民共和国公民身份”, 反之亦然。

¹⁷ “构成加拿大和匈牙利之间有关某些领事事项和护照的协定的换文(1964年6月11日, 渥太华)”(1965年5月25日生效, 联合国, 《条约汇编》, 第862卷, 第12356号, 第257页), 随附于同一天签署的贸易协定, 同上, 第12355号, 第233页。

¹⁸ 第195号案, 第4卷, *Annual Digest of Public International Law Cases* (1927-1928), 第300页; 另见《国际仲裁裁决汇编》, 第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第327页; 另见 McDougal, Lasswell and Chen, “Nationality and human rights: the protection of the individual in external arenas”, 第900至第908页。

⁸ 见大会第217(III)A号决议, 第15条第1款。

⁹ 第24条第3款。

¹⁰ 第7条第1款。

¹¹ 见第4条。

¹² 第1条(见上文脚注6)。

¹³ 见 Koslowski, “Challenges of international cooperation in a world of increasing dual nationality”。

剥夺其国籍，仅将其视为外国人不足以作为驱逐依据，而且此人可以以其拥有这一国籍为由对驱逐的合法性提出质疑。

10. 关于第二个问题，确切而言就是驱逐国在没有事先剥夺本国国籍的情况下驱逐拥有一个以上国籍者的合法性问题，特别报告员在第三次报告¹⁹中提出的禁止驱逐本国国民原则得到了委员会委员的一致支持；这项原则倾向于支持认为此类驱逐违背国际法这一观点。不过，驱逐国在没有事先剥夺本国国籍的情况下驱逐具有双重国籍的国民的案例在实践中并不罕见。遭受驱逐者的国籍在许多情况下并不明确。为了符合一国不得驱逐本国国民的义务，有些驱逐国通过法律预防措施剥夺有关人士的国籍，或者以此人国籍并没有充分确立为由拒绝承认其拥有本国国籍。不过，也可以注意到有相反的做法。

11. 然而，要求驱逐国在驱逐任何具有双重国籍的国民之前剥夺其本国国籍并非没有风险：实行这样一种义务可能会损害被驱逐者的返回权。如果被驱逐者需要返回驱逐国，例如在政府变更之后，其步骤就会因为国籍被剥夺而变得复杂；该人会因此被看作是申请进入外国国家的人，或者驱逐国必须恢复该人的国籍，该人才能行使返回权。从这里可以看出，在驱逐具有双重国籍的国民之前以剥夺国籍的方式将其地位转换为外国人，这种要求的实施不一定符合被驱逐者的利益；而委员会关于驱逐外国人问题的的工作旨在尽可能保护被驱逐者的权利。

12. 根据上述内容，特别报告员的观点如下：

(a) 不驱逐国民原则不适用于双重或多重国籍者，除非驱逐会导致无国籍状态；

(b) 考虑到有些国家的做法和被驱逐者的自身利益，不宜制定规则要求在驱逐前必须剥夺双重或多重国籍者的本国国籍。

13. 驱逐国是不是被驱逐者的主要或有效国籍国的问题，也会使驱逐引起的法律问题变得更加复杂。

B. 驱逐国是不是被驱逐者的主要或有效国籍国？

14. 特别报告员在第二次报告²⁰中已表示要避免研究取得国籍的条件，因为当前专题是驱逐外国人，而不是国籍法律制度。外交保护专题特别报告员约翰·R·杜尔加德先生在其第一次报告²¹中指出了这样做的难处，认为诺特博姆案的范围有限，他认为不应当从中得出一般性规则。²² 附带提及，委员会关于国家继承涉及的自然人国籍问题的条款采用了“境内惯常居所”²³作为国籍推定的标准。

15. 主要或有效国籍的概念在国际法中已经确立，这里没有必要对其作长篇大论。只需回顾这一概念指的是国籍所具有的性质，反映某人与某国归属关系时依据的联系（社会、文化、语言等）强于此人与另一国的此类联系。²⁴ 尽管国家实践和文献都倾向于“有效国籍”的表述方式，但使用这两种表述方式是为了提出在多重国籍情况下适用的国际法规则。例如，在纳赛尔·埃斯法哈尼恩诉德佳拉特银行案中，伊朗—美国索赔法庭宣布，可适用的国际法规则是主要和有效国籍的规则。²⁵

16. 有效国籍的标准适用于多重国籍导致国籍冲突的情况。国籍冲突时适用的原则是，主要国籍优先于其他一个或多个国籍。就驱逐而言，应当区分双重国籍和多重国籍的情况。

17. 在双重国籍的情况中，存在的问题是要弄清在两个国家中，哪个是遭遇驱逐者的主要国籍国。

²⁰ 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/573号文件。

²¹ 《2000年……年鉴》，第二卷（第一部分），第233页，A/CN.4/506和Add.1号文件。

²² 同上，第二卷（第二部分），第85至第87页。

²³ 第5条（见上文脚注6）。

²⁴ 见 Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, 第725页。

²⁵ 见《伊朗—美国索赔法庭汇编》，第2卷（剑桥，格劳秀斯，1984年），第157页，第157号案，1983年3月29日的判决。

¹⁹ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/581号文件，第57段。

如果驱逐国是有关人士的主要国籍国，依照一国不驱逐本国国民的规则，该国在原则上和逻辑上都不能驱逐本国国民。但是，与委员会一位委员表达的意见相反，这项规则并非绝对，特别报告员在第三次报告中也已指出这一点。²⁶ 1988年6月20日，C. L. C. 穆班加 - 奇波亚先生在提交给经济及社会理事会/人权委员会的“人人有权离开任何国家，包括其本国在内，并有权返回他的国家”的最后报告中讨论了一个类似的观点，指出在接收国同意的情况下，一国国民可被其本国驱逐。他写到：

因此，驱逐国民可在接收国明示或默示同意的情况下进行，但应接收国要求，国民所属国有义务重新接纳其国民入境。²⁷

18. 然而，特别报告员认为，在被驱逐者没有接收国国籍的情况下必须征得接收国同意，而当该接收国同时也是被驱逐者拥有国籍的两个国家之一时，这项要求似乎就不适用了。因为即使接收国不是被驱逐者的主要或有效国籍国，接收国与被驱逐者之间也同样存在正式的国籍法律联系，被驱逐者可在必要时加以援引。依照国际法规则，例如《关于各缔约方领土内外侨地位的公约》所阐述的国际法规则，国家有义务接收被主要国籍国驱逐的本国国民；该《公约》第6条规定：“各国义务接收被外国驱逐而寻求入境的本国国民。”

19. 国家对驱逐的同意可以是默示或者推定的。在贾马诉移民及海关执法局案²⁸中，美国最高法院将美国法律解释为没有规定美国在着手驱逐外国人时需事先征得接收国同意。尽管事先同意被认为更可取，最高法院仍认为法律并没有要求这么做，法院也不能推定会有其他解释。必须说明的是，鉴于接收国索马里当时四分五裂，没有一个处于运作状态的政府，在此案中美国政府并未取得事先同意，因为不可能要求这样的同意。之所以作出这一解释，主要原因可能是最高法院认为，在接收国断然拒绝接收被驱逐者的情况下，政府不能无限期地拘押等

待驱逐的外国人。²⁹ 法院没有再作解释，因为不想专门审查国际法的义务。

20. 这一论点以接收国的总体政治局势为基础，虽然可能看起来有根有据，但却忽视了个人的自身权利，特别是保护被驱逐者权利的要求。一国政府不运作、局势混乱、普遍不安全的情况，似乎并不适合接收一个被外国驱逐的人。相反，在一个军阀混战、武装团伙极其残酷施展暴力的索马里（还记得美国士兵被绑于车后在摩加迪沙街头拖拽的情景），国家瓦解会给被驱逐者带来生命危险。因此，除了单纯国家之间的关系以外，似乎还应考虑有关个人的境遇。

21. 在有些情况中，确定主要国籍会显得格外困难，因为鉴于主要国籍的标准是“惯常居所”，甚至还有经济利益，受驱逐者可能拥有一个以上的主要国籍。一个人在另一个他也拥有国籍的国家居住半年而且在两个国家都有经济利益的情况确实并不少见。将这类双重国籍者驱逐到第三国不会带来特别的法律问题：如果要保留第三次报告所载的条款草案第4条第2款，³⁰ 在这种情况下，驱逐就只能因特殊原因并在接收国同意之后才能进行。还有就是驱逐到另一个国籍国的问题。这一驱逐是否可能？法律依据是什么？能否在未经该接收国同意的情况下进行，还是必须征得该接收国同意？

22. 特别报告员认为，如果当事人拥有两个同等的主要国籍，不会因为被驱逐到另一个该当事人也拥有国籍的国家而陷入无国籍状态，那就只有在下列两种假定情况下，才可以考虑进行驱逐：

(a) 驱逐国允许当事人保留其国籍：在这种情况下，只有在征得另一个国籍国同意之后才能将当事人驱逐到该国；

(b) 驱逐国剥夺当事人的本国国籍，并借此使其成为外国人：在这种情况下，则适用关于驱逐外国人的普通法，因为被驱逐者已成为单一国籍者，只拥有接收国的国籍。

²⁶ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/581号文件，第49至第56段。

²⁷ E/CN.4/Sub.2/1988/35和Add.1及Add.1/Corr.1号文件，第116段。

²⁸ 见543 U.S. 335 (2005)。

²⁹ 关于这一点，见塞得维塔斯诉戴维斯案，533 U.S. 678 (2001)（论及两个外国人，其中一个出生在立陶宛，被德国拒绝入境，另一个出生在柬埔寨，也被德国拒绝入境，当时没有遣返协定）。

³⁰ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/581号文件，第57段。

这些想法既没有依据国家实践，也不是源自任何判例，但却可以妥善地促进国际法在相关领域的逐步发展。接下来就要证明法律发展的实际好处；这正是特别报告员的犹疑之处。

23. 如果驱逐牵涉到拥有多个国籍的人，问题还会变得更加复杂。在这种情况下，与双重国籍的情况不同，国籍冲突不再仅仅是两个国家之间的事情，而是涉及至少三个国家，甚至更多。如果这些国家中只有一个或两个是被驱逐者的主要国籍国，那就要适用上文所述在一个主要国籍国将当事人驱逐到其另一个主要国籍国的情况下作出的推论。另一方面，如果是一个主要国籍国将当事人驱逐到一个非主要国籍国，或者是由非主要国籍国将当事人驱逐到其主要国籍国，出现的问题又有所不同。在第一种情况中，驱逐国是否要剥夺受驱逐者的本国国

籍，才不至于使自己陷入驱逐本国国民的境地？或者才不需要事先征得非当事人主要国籍国的接收国的同意？在第二种情况中，非当事人主要国籍国的驱逐国能否在没有征得作为当事人的主要国籍国的接收国同意、且没有事先剥夺被驱逐者的本国国籍的情况下，将当事人驱逐到该接收国，因为该接收国是有效国籍国？

24. 这些就是以受驱逐者的国籍为基础、并结合在多重国籍导致国籍的积极冲突的情况下主要或非主要国籍的标准作出这些考虑后可能产生的问题。特别报告员仍然对现阶段进行这类考虑的实际好处和作用存有疑虑。他觉得，这些不同情况最好是在研究保护被驱逐者的财产权利的框架内讨论，他打算稍后在一份专门论述这个问题及其他问题的报告中提出这一点。

第二章

丧失国籍、剥夺国籍和驱逐

25. 丧失国籍和剥夺国籍涉及的并不是完全相同的机制，即使它们在驱逐情况下具有相似的结果。

A. 丧失国籍和剥夺国籍

1. 丧失国籍

26. 许多国家不允许国民持有另一国国籍。在这种情况下，取得另一国国籍就会导致自动丧失立法禁止获取其他国籍的国家的国籍。³¹

³¹ 例如，在列举“按照血统”和“按照出生于喀麦隆”取得喀麦隆国籍的种种情况之后，载有《喀麦隆国籍法典》的1968年6月11日第68-LF-3号法律（*Journal officiel de la République fédérale du Cameroun*, 1968年7月15日）在第12节中规定：“任何人只要出生在喀麦隆境内，如无法主张任何其他原籍国国籍，即自动取得喀麦隆国籍。”题为“丧失和剥夺国籍”的第四章第31节更加明确地论述了丧失国籍的情况，规定：

“下列情形的人将丧失喀麦隆国籍：

“(a) 自愿取得或保留外国国籍的成年喀麦隆国民；

“(b) ……；

“(c) 在国际或外国机构的公共部门供职、不顾喀麦隆政府要求其离职的命令而保留这种职位的人。”

27. 丧失国籍是个人自愿行为的结果，而剥夺国籍是国家决定，可具有集体性质或个别性质。世界各大洲许多国家都有关于丧失国籍问题的立法：阿尔及利亚、³² 安道尔、³³ 安哥拉、³⁴ 阿根廷、³⁵ 亚美尼亚、³⁶ 奥地利、³⁷

³² United States Office of Personnel Management, Investigations Service, *Citizenship Laws of the World* (IS-1 of March 2001), 第15页（引用1978年12月15日《阿尔及利亚国籍法典》）。

³³ 同上，第16页。

³⁴ 同上，第17页（引用1991年5月13日第13/91号法律）。

³⁵ 同上，第19页（引用第346号《阿根廷公民身份法》）（与西班牙的双重国籍除外）；然而，见Boll, *Multiple Nationality and International Law*, 第311至第313页（确认丧失的不是国籍，而只是公民身份或政治权利）。

³⁶ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注32），第20页（引用1995年7月5日《亚美尼亚宪法》和1995年11月26日《公民身份法》）；另见Rudko, “Regulation of multiple nationality by bilateral and multilateral agreements”，引用《亚美尼亚宪法》第14条，第112页。

³⁷ Boll, 前引书，第320页（指出保留国籍的请求必须事先提出，只有在符合国家利益的情况下才给予批准）；另见*Citizenship Laws of the World*（上文脚注32），第24页（引用经修正的1965年《公民身份法》，但规定了一些例外情况）。

阿塞拜疆、³⁸ 巴哈马、³⁹ 巴林、⁴⁰ 孟加拉国、⁴¹ 比利时、⁴² 不丹、⁴³ 玻利维亚、⁴⁴ 博茨瓦纳、⁴⁵ 巴西、⁴⁶ 文莱达鲁萨兰国、⁴⁷ 布隆迪、⁴⁸ 柬埔寨、⁴⁹ 喀麦隆、⁵⁰ 中国、⁵¹ 刚果、⁵² 克罗地亚、⁵³ 古巴、⁵⁴ 捷克共和国、⁵⁵ 朝鲜民主主义人民共和

国、⁵⁶ 刚果民主共和国、⁵⁷ 丹麦、⁵⁸ 吉布提、⁵⁹ 多米尼加共和国、⁶⁰ 厄瓜多尔、⁶¹ 埃及、⁶² 赤道几内亚、⁶³ 厄立特里亚、⁶⁴ 爱沙尼亚、⁶⁵ 斐济、⁶⁶ 芬兰、⁶⁷ 加蓬、⁶⁸ 冈比亚、⁶⁹ 格鲁吉亚、⁷⁰

³⁸ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 25 页(但规定了一些例外情况, 特别是与条约有关的例外情况); 另见 Rudko, 前引文, (引用《公民身份法》和《宪法》第 32 节第 109 条)。

³⁹ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 26 页(引用 1973 年 7 月 10 日《巴哈马宪法》)。

⁴⁰ 同上, 第 27 页(引用 1963 年 9 月 16 日《巴林国籍法》)。

⁴¹ 同上, 第 28 页(引用 1972 年《孟加拉国公民身份令》, 但规定了一些例外情况)。

⁴² 同上, 第 31 页(引用 1992 年 1 月 1 日修正的 1984 年 6 月 28 日《比利时国籍法典》); 另见 Boll, 前引书, 第 330 至第 331 页(指出对没有自愿行动的个人适用的国籍例外情况, 在某些情况下, 可以每十年一次提交保留国籍的申请)。

⁴³ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 35 页(引用 1958 年《不丹国籍法》和经 1985 年修正的 1977 年《不丹公民身份法》)。

⁴⁴ 同上, 第 36 页(但规定了一些例外情况, 特别是针对拉丁美洲国家和西班牙)。

⁴⁵ 同上, 第 38 页(引用《博茨瓦纳宪法》和 1982 年 12 月 31 日《博茨瓦纳国籍法》)。

⁴⁶ 同上, 第 39 页(引用 1994 年 6 月 6 日第 3 号宪法修正案、经 1969 年 10 月 13 日第 961 号法令修正的 1949 年 9 月 18 日第 818 号法律, 但规定了一些例外情况)。

⁴⁷ 同上, 第 40 页(引用驻美国外交使团提供的资料)。

⁴⁸ 同上, 第 43 页(引用 1971 年 8 月 10 日《布隆迪国籍法典》)。

⁴⁹ 同上, 第 44 页(引用 1954 年 11 月 20 日第 913-NS 号法令和 1954 年 9 月 27 日第 904-NS 号法律)。

⁵⁰ 同上, 第 45 页(引用 1959 年第 2 号条令和 1968 年第 68 号条令, 规定了涉外婚姻的一个例外情况)。

⁵¹ 同上, 第 51 页(引用 1980 年 9 月 10 日《中华人民共和国国籍法》、1999 年 12 月 20 日《全国人民代表大会常务委关于中华人民共和国国籍法在澳门特别行政区实施的几个问题的解释》(针对有关澳门的公民身份法)); 另见 Boll, 前引书, 第 343 页。

⁵² 同上, 第 56 页(引用《刚果国籍法典》和关于实施该法典的 1961 年 7 月 29 日《条例》)。

⁵³ 同上, 第 59 页(引用 1991 年 6 月《克罗地亚公民身份法》)(但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失, 而是取决于国家取消个人国籍的行为)。

⁵⁴ 同上, 第 60 页(引用瑞士驻美国外交使团古巴利益处提供的资料)(但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失, 而是取决于国家取消个人国籍的行为)。

⁵⁵ 同上, 第 62 页(引用经 1993 年 10 月 12 日第 272 号法律、1995 年 6 月 28 日第 140 号法律和 1996 年 4 月 26 日第 139 号法律修正的 1993 年 1 月 1 日《关于取得和丧失公民身份

法》)(但规定了一些例外情况, 包括涉外婚姻); 另见 Boll, 前引书, 第 360 页(指出了涉及婚姻的一个例外情况)。

⁵⁶ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 109 页(引用 1963 年 10 月 9 日的《国际法》)(但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失, 而是取决于国家取消个人国籍的行为)。

⁵⁷ 同上, 第 55 页(引用《刚果民法典》和《刚果国籍特别法》, 但规定了一些例外情况)。

⁵⁸ 同上, 第 64 页(引用《丹麦国籍法》); (但规定了涉外婚姻的一个例外情况)。然而见秘书长 1998 年 12 月 28 日关于人权与任意剥夺国籍的报告(E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2, 第 4 段)(引用 1998 年 10 月 22 日丹麦的答复: “丹麦于 1997 年 11 月 7 日在斯特拉斯堡签署了《欧洲国籍公约》……丹麦未发生过任意剥夺国籍的情况。”)。

⁵⁹ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 65 页(引用 1981 年 10 月 24 日第 200/AN/81 号法律)。

⁶⁰ 同上, 第 67 页(引用《多米尼加共和国宪法》第 11 条)。

⁶¹ 同上, 第 68 页(引用 1998 年《厄瓜多尔宪法》)(但规定了与西班牙签有条约的例外情况)。

⁶² 同上, 第 69 页(引用 1958 年 6 月 22 日第 17 号法律)(但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失, 而是取决于国家取消个人国籍的行为); 另见 Boll, 前引书, 第 369 页(指出如果有关个人没有在他国获准归化, 或虽已获准归化, 但该个人提交了保留埃及国籍的声明, 则此人的埃及国籍就予以保留)。

⁶³ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 72 页(引用驻美国外交使团提供的资料)。

⁶⁴ 同上, 第 73 页(引用《厄立特里亚国籍通告》)(但将来可能会规定一些例外情况)。

⁶⁵ 同上, 第 74 页(引用爱沙尼亚 1995 年 1 月 19 日法律(1995 年 4 月 1 日生效)); 另见 Rudko, 前引文, (引用《公民身份法》第 1 条和第 3 条); 另见 E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2 (上文脚注 58), 提及《公民身份法》第 22 条和第 26 至 29 条(第 7 段)并引用 1998 年 9 月 29 日爱沙尼亚的答复: “迄今为止, 爱沙尼亚法院没有受理过关于任意剥夺国籍的案件”(第 10 段)。

⁶⁶ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 76 页(引用 1997 年《联邦宪法》); 另见 Boll, 前引书, 第 373 页。

⁶⁷ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 77 页(引用经 1984 年修正的 1968 年 6 月 28 日《芬兰公民身份法》)(但规定了一些例外情况)。另见 Boll, 前引书, 第 377 页(指出芬兰于 2003 年修改立法, 规定如果保留了与芬兰的充分联系, 则可承认双重国籍)。

⁶⁸ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32), 第 79 页(引用驻美国外交使团提供的资料)。

⁶⁹ 同上, 第 80 页(引用《宪法》)(但规定了涉外婚姻的一个例外情况)。

⁷⁰ 见 Rudko, 前引文(引用《宪法》第 12 条和关于公民身份的法律第 1 条)。

德国、⁷¹加纳、⁷²危地马拉、⁷³几内亚、⁷⁴几内亚比绍、⁷⁵圭亚那、⁷⁶海地、⁷⁷洪都拉斯、⁷⁸印度、⁷⁹印度尼西亚、⁸⁰日本、⁸¹哈萨克斯坦、⁸²肯尼亚、⁸³基里巴斯、⁸⁴科威特、⁸⁵吉尔吉

斯斯坦、⁸⁶老挝人民民主共和国、⁸⁷拉脱维亚、⁸⁸莱索托、⁸⁹利比里亚、⁹⁰阿拉伯利比亚民众国、⁹¹立陶宛、⁹²卢森堡、⁹³马达加斯加、⁹⁴马拉维、⁹⁵马来西亚、⁹⁶马耳他、⁹⁷马绍尔群岛、⁹⁸毛里塔尼亚、⁹⁹密

⁷¹ 同上，第 82 页（引用《德国公民身份法》）（但规定了一些例外情况）；另见 Boll，前引书，第 385 页（也指出了关于取消的规则例外情况）。

⁷² *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 83 页（引用 1992 年 4 月《加纳宪法》）（但规定了涉外婚姻的一个例外情况）；另见秘书长的报告 E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2（上文脚注 58），第 15 段（引用 1998 年 11 月 9 日加纳的答复：“关于国籍权具有人权特征还大有可说之处，但人们不能忽略它的另一面，即这种权利对国家主权原则的影响”）。

⁷³ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 86 页（引用《危地马拉宪法》）（但规定了与其他一些中美洲和南美洲国家签有条约的例外情况）。

⁷⁴ 同上，第 87 页。

⁷⁵ 同上，第 88 页（引用 1973 年《国籍法》）。

⁷⁶ 同上，第 89 页（引用 1980 年《圭亚那宪法》）（但规定了涉外婚姻的一个例外情况）。

⁷⁷ 同上，第 90 页（引用《海地宪法》）。

⁷⁸ 同上，第 91 页（引用《洪都拉斯宪法》）（但规定了许多例外情况，包括以条约为基础的例外情况）。

⁷⁹ 同上，第 94 页（引用 1955 年《公民身份法》）；另见 Boll，前引书，第 409 页。

⁸⁰ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 95 页（引用经 1958 年 8 月 1 日修正的 1946 年 1 月 1 日《国籍法》）（但规定了一些例外情况）；另见 Boll，前引书，第 412 页（指出存在例外情况）。

⁸¹ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 103 页（引用 1950 年 5 月 4 日《国籍法》）；另见 Boll，前引书，第 436 页。

⁸² *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 105 页（引用 1992 年 3 月 1 日《哈萨克斯坦共和国公民身份法》）（但对于同一些前苏维埃各共和国缔结的条约，可能会有例外情况）。

⁸³ 同上，第 106 页（引用《肯尼亚宪法》）；另见 Boll，前引书，第 439 页。

⁸⁴ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 108 页（引用 1979 年 7 月 12 日《基里巴斯独立法令》）（但规定了涉外婚姻的一个例外情况）。

⁸⁵ 同上，第 112 页（引用《科威特宪法》）；另见 E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2（上文脚注 58），引用经修正的 1959 年第 15 号《埃米尔法令》第 4 条第 5 款，第 13 条、第 14 条和第 21 条之二（第 20 款）以及 1998 年 10 月 30 日科威特的答复：“国籍所涉问题对国家而言非常重要，因为这些问题包括牵涉到国家的方方面面，以及有关国家主权实体、国家内外安全及国家社会经济状况和形势的种种考虑因素；此外，国籍还意味着存在忠诚关系和爱国意识，如果取得国籍者丧失这两项内容，就有必要甚至必须取消其公民身份”（第 19 段）。

⁸⁶ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 113 页（引用 1993 年 5 月 5 日《宪法》草案）（但对于同前苏维埃各共和国缔结的条约，可能会有例外情况）；另见 Rudko，前引文，引用《宪法》第 13 条；吉尔吉斯共和国法律第 5 条；白俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦和俄罗斯联邦之间的《协定》；以及俄罗斯-吉尔吉斯斯坦之间的《协定》（简化取得公民身份的程序）。

⁸⁷ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 114 页（引用 1990 年 11 月 29 日《老挝公民身份法》）（但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失，而是取决于国家取消个人国籍的行为）。

⁸⁸ 同上，第 115 页（引用《拉脱维亚共和国公民身份法》）；另见 Rudko，前引文，（引用《宪法》第 5 条和《公民身份法》第 1 条及第 9 条）（但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失，而是取决于国家取消个人国籍的行为）；另见 Boll，前引书，第 445 页（指出通过法院裁决取消拉脱维亚国籍是有可能的）。

⁸⁹ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 118 页（引用 1993 年经修订的《宪法》和 1971 年《莱索托公民身份法令》）（但规定了涉外婚姻的一些例外情况）。

⁹⁰ 同上，第 119 页（引用《利比里亚共和国宪法》）。

⁹¹ 同上，第 120 页（引用 1954 年第 17 号《国籍法》和 1979 年第 3 号法律）。

⁹² 同上，第 122 页（引用 1991 年 12 月 5 日《立陶宛共和国公民身份法》）；另见 Rudko，前引文，（引用《宪法》第 12 条和《立陶宛共和国法律》第 1 条）。

⁹³ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 123 页（引用 1987 年 1 月 1 日法律）；另见 Boll，前引书，第 450 页。

⁹⁴ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 124 页（引用 1960 年 7 月 22 日第 60-064 号法令）（但规定了涉外婚姻的一些例外情况）。

⁹⁵ 同上，第 125 页（引用 1966 年 7 月 6 日《马拉维公民身份法》）（但规定了涉外婚姻的一些例外情况）。

⁹⁶ 同上，第 126 页（引用《马来西亚宪法》）；另见 Boll，前引书，第 454 页（指出取消国籍可自由裁量）。

⁹⁷ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 129 页（引用经修正的 1964 年《宪法》以及《马耳他公民身份法》）（但规定了一些例外情况）。

⁹⁸ 同上，第 130 页（引用 1978 年 12 月 21 日《马绍尔群岛宪法》和《马绍尔群岛移民法》）（但规定了涉外婚姻的一些例外情况）。

⁹⁹ 同上，第 131 页（引用 1961 年 6 月 12 日《国籍法典》）（但规定了涉外婚姻的一个例外情况）。

克罗尼西亚联邦、¹⁰⁰ 摩尔多瓦、¹⁰¹ 摩纳哥、¹⁰² 蒙古、¹⁰³ 莫桑比克、¹⁰⁴ 缅甸、¹⁰⁵ 纳米比亚、¹⁰⁶ 瑙鲁、¹⁰⁷ 尼泊尔、¹⁰⁸ 荷兰、¹⁰⁹ 尼加拉瓜、¹¹⁰ 尼日尔、¹¹¹ 挪威、¹¹² 阿曼、¹¹³ 巴基斯

坦、¹¹⁴ 帕劳、¹¹⁵ 巴拿马、¹¹⁶ 巴布亚新几内亚、¹¹⁷ 菲律宾、¹¹⁸ 卡塔尔、¹¹⁹ 大韩民国、¹²⁰ 俄罗斯联邦、¹²¹ 卢旺达、¹²² 圣多美和普林西比、¹²³ 沙特阿拉伯、¹²⁴ 塞内加尔、¹²⁵ 塞舌尔、¹²⁶ 塞拉利昂、¹²⁷ 新加坡、¹²⁸ 所罗门群岛、¹²⁹ 南非、¹³⁰ 西班

¹⁰⁰ 同上，第 134 页（引用 1979 年 5 月 10 日《公民身份和归化法》）。

¹⁰¹ 同上，第 135 页（引用 1990 年 6 月 23 日《公民身份法》）；另见 Rudko，前引文（引用《宪法》第 18 条和《摩尔多瓦公民身份法》第 4 条）。

¹⁰² *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 136 页（引用 1987 年 1 月 1 日关于取得摩纳哥国籍的法律）；另见 E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2（上文脚注 58），第 21 至第 23 段（引用 1998 年 9 月 19 日摩纳哥的答复）；1962 年 12 月 17 日《宪法》第 18 条（“在任何其他情况下，只有在刻意取得另一国籍或非法服役于外国军队之后，才会丧失摩纳哥国籍”）；1952 年 11 月 18 日第 572 号法，第 5 条和第 6 条（关于取得摩纳哥国籍）；1992 年 12 月 18 日第 1155 号法，第三至五章，第一节（关于国籍）；以及 1993 年 2 月 22 日第 10.822 号法令。

¹⁰³ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 137 页（引用 1992 年 1 月 13 日《蒙古宪法》）（但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失，而是取决于国家应申请取消个人国籍的行为）。

¹⁰⁴ 同上，第 139 页（引用经 1990 年 11 月修正的 1975 年《国籍法》）。

¹⁰⁵ 同上，第 140 页（引用驻美国外交使团提供的资料）。

¹⁰⁶ 同上，第 141 页（引用 1990 年 3 月 21 日《纳米比亚共和国宪法》）。

¹⁰⁷ 同上，第 142 页（引用 1968 年 1 月 30 日《宪法》和 1956 年至 1966 年《瑙鲁社区法令》）。

¹⁰⁸ 同上，第 143 页（引用经 1990 年修正的《宪法》；1964 年《尼泊尔公民身份法》）。

¹⁰⁹ 同上，第 144 页（引用 1984 年《国籍法》）（但规定了一些例外情况）；另见 Boll，前引书，第 465 页（指出如果取得国籍是因为出生在另一国家，或者当事人只是未成年时在外国生活不超过五年，就属于取消国籍的例外情况；但这些例外情况不适用于某些国籍，例如奥地利、比利时、丹麦、卢森堡和挪威国籍）。

¹¹⁰ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 147 页（引用《尼加拉瓜宪法》）（但规定了与中美洲国家和其他国家签有条约的例外情况）。

¹¹¹ 同上，第 148 页（引用驻美国外交使团提供的资料）。

¹¹² 同上，第 150 页（引用 1950 年 12 月 8 日《挪威国籍法》）（但规定了一些例外情况）；另见 Boll，前引书，第 475 页（指出已规定一些例外情况）。

¹¹³ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 151 页（引用驻美国外交使团提供的资料）（但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失，而是取决于国家取消个人国籍的行为）。

¹¹⁴ 同上，第 152 页（引用 1951 年 4 月 13 日《巴基斯坦公民身份法》）。

¹¹⁵ 同上，第 153 页（引用 1994 年《宪法》）。

¹¹⁶ 同上，第 155 页（引用《巴拿马宪法》）。

¹¹⁷ 同上，第 156 页（引用 1975 年 9 月 16 日《宪法》和 1976 年 2 月 13 日《公民身份法》）（但规定了涉外婚姻的一些例外情况）。

¹¹⁸ 同上，第 159 页（引用 1987 年 2 月 2 日《菲律宾宪法》）；另见 Boll，前引书，第 484 页（指出取消国籍只适用于当事人在别国必须宣誓效忠的情况，而且因出生而获得国籍的菲律宾国民将来可以恢复国籍）。

¹¹⁹ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 162 页（引用经 1963 年第 19 号法律和 1966 年第 17 号法律修正的 1961 年第 2 号法律）。

¹²⁰ 同上，第 110 页（引用后经修正的 1997 年 12 月 13 日《国籍法》）；另见 Boll，前引书，第 442 页。

¹²¹ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 164 至第 165 页（1992 年 2 月 6 日《公民身份法》）（但规定了与其他国家签有条约的例外情况）；另见 Rudko，前引文（引用《宪法》第 6 条和第 62 条；《双重公民身份法》第 3 条；1993 年俄罗斯联邦与土库曼斯坦关于双重公民身份事项管理条约的《协定》，*Diplomaticheskii vestnik* (1994)，第 1-2 号，第 24 至第 25 页；以及 1995 年俄罗斯与塔吉克斯坦共和国关于双重公民身份事项管理条约的《协定》，同上（1995 年 10 月），第 10 号，第 23 至第 26 页）。

¹²² *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 166 页（引用 1963 年 9 月 28 日《卢旺达国籍法典》）。

¹²³ 同上，第 171 页（引用 1990 年 9 月 13 日《国籍法》）。

¹²⁴ 同上，第 172 页（引用《沙特国籍法》）。

¹²⁵ 同上，第 173 页（引用经 1989 年修正的 1960 年《国籍法典》）（但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失，而是取决于国家取消个人国籍的行为）。

¹²⁶ 同上，第 174 页（引用 1970 年《宪法》和 1976 年 6 月 29 日《塞舌尔公民身份法》）。

¹²⁷ 同上，第 175 页（引用 1961 年《公民身份法》）。

¹²⁸ 同上，第 176 页（引用 1965 年 8 月 9 日《新加坡宪法》）；另见 Boll，前引书，第 503 页。

¹²⁹ *Citizenship Laws of the World*（见上文脚注 32），第 180 页（引用 1978 年 7 月 7 日第 783 号《所罗门群岛独立法令》）。

¹³⁰ 同上，第 182 页（引用经修正的 1995 年《南非公民身份法》（1995 年第 88 号法））（但规定了一些例外情况）；另见 Boll，前引书，第 512 页（指出经获准可保留国籍）。

牙、¹³¹ 斯里兰卡、¹³² 苏丹、¹³³ 斯威士兰、¹³⁴ 阿拉伯叙利亚共和国、¹³⁵ 泰国、¹³⁶ 汤加、¹³⁷ 土耳其、¹³⁸ 乌干达、¹³⁹ 乌克兰、¹⁴⁰ 阿拉伯联合酋长国、¹⁴¹ 坦桑尼亚联合共和国、¹⁴²

乌兹别克斯坦、¹⁴³ 瓦努阿图、¹⁴⁴ 委内瑞拉玻利瓦尔共和国、¹⁴⁵ 越南、¹⁴⁶ 也门、¹⁴⁷ 赞比亚¹⁴⁸ 和津巴布韦；¹⁴⁹ 可以说是绝大多数国家。¹⁵⁰ 原则上，本应在当事人获取另

¹³¹ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 184 页(引用经第 18/1990 号和第 29/1995 号法律修改的《民法典》第 17 至 26 条)(但规定了与阿根廷、玻利维亚、智利、哥斯达黎加、多米尼加共和国、厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜、巴拉圭和秘鲁签有条约的例外情况)；另见 Boll，前引书，第 515 页(指出取消国籍只适用于当事人在国外居住三年的情况，但西班牙处于战争或当事人已经通知当局有意保留西班牙国籍的情况除外)。

¹³² *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 185 页(引用经 1987 年修正的 1972 年 5 月 22 日《斯里兰卡公民身份法》)(但规定了一些例外情况)。

¹³³ 同上，第 186 页(引用 1957 年第 22 号《苏丹国籍法》、1970 年第 55 号法律和 1972 年第 47 号法律)。

¹³⁴ 同上，第 188 页(引用驻美国外交使团提供的资料)(但规定了因出生而取得国籍的一个例外情况，这种国籍不可取消)。

¹³⁵ 同上，第 192 页(引用驻美国外交使团提供的资料)；另见 Boll，前引书，第 527 页(指出当事人可获准保留国籍，但外国国籍通常不予承认，而国籍则一定予以保留)。

¹³⁶ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 196 页(引用 1965 年《国籍法》，以及 1992 年第 2 AD 号修正案和 1993 年第 3 AD 号修正案)；另见 Boll，前引书，第 533 页。

¹³⁷ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 199 页(引用经 1915 年至 1988 年修正的《国籍法》；汤加两部法律，第 59 章(1988 年修订版))；另见 Boll，前引书，第 536 页。

¹³⁸ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 202 页(引用《土耳其宪法》第 66 条和 1964 年第 403 号《土耳其公民身份法》)；另见 Boll，前引书，第 542 页(取消国籍可自由裁量；可准许保留国籍)。

¹³⁹ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 205 页(引用《乌干达宪法》)。

¹⁴⁰ 同上，第 206 页(引用 1991 年《公民身份法》)；另见 Rudko，前引文(引用 1991 年 9 月 12 日《乌克兰继承法》第 6 至 7 条；1956 年 5 月 22 日乌克兰和南斯拉夫社会主义联邦共和国之间的《公约》(假定公约继承)；1957 年 8 月 24 日乌克兰和匈牙利之间的《公约》；1957 年 9 月 4 日乌克兰和罗马尼亚之间的《公约》；1957 年 9 月 18 日乌克兰和阿尔巴尼亚之间的《公约》；1957 年 10 月 5 日乌克兰和捷克斯洛伐克之间的《公约》；1957 年 12 月 12 日乌克兰和保加利亚之间的《公约》；1957 年 12 月 16 日乌克兰和朝鲜民主主义人民共和国之间的《公约》；1958 年 1 月 21 日乌克兰和波兰之间的《公约》；以及 1958 年 8 月 25 日乌克兰和蒙古之间的《公约》)。

¹⁴¹ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 207 页(引用经 1975 年第 10 号法律修正的 1972 年 1 月 1 日第 17 号《国籍法》)。

¹⁴² 同上，第 195 页(引用 1995 年 10 月第 6 号《坦桑尼亚公民身份法》)(但规定了涉外婚姻的一些例外情况)。

¹⁴³ 同上，第 211 页(引用《公民身份法》)。

¹⁴⁴ 同上，第 212 页(引用 1983 年 7 月 30 日《宪法》，第 10 节)；另见 Boll，前引书，第 559 页。

¹⁴⁵ *Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 213 页(引用《宪法》)。

¹⁴⁶ 同上，第 214 页(引用经 1988 年 7 月 15 日修订的《越南国籍法》)。

¹⁴⁷ 同上，第 216 页(引用 1975 年第 2 号《公民身份法》)。

¹⁴⁸ 同上，第 218 页(引用《宪法》)(但规定了涉外婚姻的一个例外情况)。

¹⁴⁹ 同上，第 219 页(引用《宪法》)；另见 Boll，前引书，第 565 页。

¹⁵⁰ 下列国家在个人拥有另一国籍时不取消其本国国籍：安提瓜和巴布达(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 18 页(引用 1981 年 11 月 1 日《公民身份法》))；澳大利亚(同上，第 22 至第 23 页(引用 1948 年《澳大利亚公民身份法》))；巴巴多斯(同上，第 29 页(引用《宪法》))；白俄罗斯(同上，第 30 页(引用《白俄罗斯共和国法律》，1991 年 10 月 18 日《公民身份法》))；另见 Rudko，前引文，引用《公民身份法》第 1 条，以及白俄罗斯和哈萨克斯坦之间的《协定》；以及 Boll，前引书，第 327 页(指出白俄罗斯于 2002 年修正了立法，结束在另一国家归化的情况下自动取消国籍的做法)；伯利兹(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 32 至第 33 页(引用《伯利兹国籍法》，《伯利兹法律》第 127 A 章，R.E. 1980-1990 年))；贝宁(同上，第 34 页(引用《民事权利法》))；保加利亚(同上，第 41 页(引用 1998 年 11 月《保加利亚公民身份法》))；布基纳法索(同上，第 42 页(未予禁止))；加拿大(同上，第 46 页(引用 1947 年《加拿大公民身份法》、《公民身份法》和 1977 年《公民身份条例》))；佛得角(同上，第 47 页(引用驻美国外交使团提供的资料))；中非共和国(同上，第 48 页(引用 1995 年 1 月 7 日《宪法》))；智利(同上，第 50 页(引用驻美国外交使团提供的资料)(但规定了一些由条约引起的关于西班牙国籍的例外情况)；另见 1991 年 7 月智利与国际移徙组织和联合国难民事务高级专员办事处签订的遣返协定，*Diario oficial de la Republica de Chile* (19 February 1992)，第二条(准许智利难民回返，包括以庇护身份在外国归化后丧失智利国籍的人)；另见 Boll，前引书，第 340 页(指出智利于 2005 年修订宪法规定，准许双重国籍))；哥伦比亚(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 53 页(引用 1991 年 7 月《宪法》、1993 年 2 月 1 日第 43 号《公民身份法》))；哥斯达黎加(同上，第 57 页(引用《宪法》))；科特迪瓦(同上，第 58 页(引用驻美国外交使团提供的资料)；另见 Boll，前引书，第 429 页)；塞浦路斯(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 61 页(引用 1967 年《共和国法律》))；东帝汶(Boll，前引书，第 363 页(引用 2002 年 5 月 20 日《宪法》和 2002 年 11 月 5 日关于公民身份的第 9/2002 号法律)；萨尔瓦多(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 71 页(引用《萨尔瓦多宪法》)(但享有双重国籍的权利只给予因为出生而取得萨尔瓦多国籍的人))；法国(同上，第 78 页(引用《法国国籍法典》))；另见 Boll，前引书，第 382 页(但指出法国是《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的(欧洲)公约》和《公约第二议定书》的缔约国))；希腊(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32)，第 84 页(引

用经 1968 年和 1984 年修正的《公民身份法典》(但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失,而是取决于国家取消个人国籍的行为);另见 Boll, 前引书,第 391 页(指出在外国归化后不会自动丧失本国国籍,但这一规则也规定了例外情况)。希腊或者也可归于自动取消国籍的国家列表,因为它显然保留了取消的权力);格林纳达(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 85 页(引用 1973 年 12 月 19 日《格林纳达宪法》));匈牙利(同上,第 92 页(引用 1993 年 6 月 1 日第 55 号法律));冰岛(同上,第 93 页(引用经 1982 年 5 月 11 日和 1998 年 6 月 12 日修正的 1952 年 12 月 23 日《冰岛国籍法》)(但规定了一些例外情况));另见 Boll, 前引书,第 406 页(指出已于 2003 年修正立法,准许与冰岛有联系的个人保有双重国籍);爱尔兰(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 99 页(引用 1956 年《爱尔兰国籍和公民身份法》));伊朗伊斯兰共和国(同上,第 97 页(引用《伊朗民法典》)(但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失,而是取决于国家取消个人国籍的行为));另见 Boll, 前引书,第 415 页(指出在别处归化可导致丧失财产和失去在政府任职的资格);以色列(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 100 页(引用经 1968 年修正的 1952 年《公民身份法》));另见 Boll, 前引书,第 423 页(指出取得“敌国”国籍导致本国国籍取消的例外情况));意大利(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 101 页(引用经 1992 年 2 月 5 日修正的《意大利国籍法》));另见 Boll, 前引书,第 427 页(指出与意大利交战国的例外情况,并指明意大利是《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的(欧洲)公约》的缔约国)(还指出取得另一国籍后不通知意大利当局将被处以罚款));牙买加(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 102 页(引用经 1993 年 3 月 2 日修正的 1962 年《牙买加国籍法》));约旦(同上,第 104 页(引用 1954 年《约旦公民身份法》)(但取得第二国籍需经事先批准,阿拉伯国家的国籍除外));黎巴嫩(同上,第 117 页(引用驻美国外交使团提供的资料));马尔代夫(同上,第 127 页);马里(同上,第 128 页(引用 1995 年第 95-098 号《国籍法典》));毛里求斯(同上,第 132 页(引用 1968 年 3 月 4 日《毛里求斯独立法令》));墨西哥(同上,第 133 页(引用经 1998 年 3 月 20 日修正的《联邦宪法》));另见 Boll, 前引书,第 457 页(指出已归化的墨西哥国民确实丧失墨西哥国籍的例外情况);摩洛哥(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 138 页(引用 1958 年 9 月 6 日《摩洛哥国籍法典》));新西兰(同上,第 145 页(引用 1949 年 1 月 1 日《宪法》)。然而,见 Boll, 前引书,第 468 页(指出当个人自愿在国外归化以及个人实施反对国家的行为或行使有违国家利益的权利时的例外情况));尼日利亚(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 149 页(引用 1989 年《宪法》));另见 Boll, 前引书,第 471 页(指出针对已归化公民的例外情况);巴拉圭(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 157 页(引用《宪法》)(但有关取消国籍的规则只适用于已归化的公民));另见 Boll, 前引书,第 478 页(指出只适用于已归化的国民,出生于本国的国民在别处归化后将剥夺公民身份权,而不是取消国籍);秘鲁(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 158 页(引用 1993 年 10 月 31 日《宪法》和 1996 年 1 月第 26574 号《国籍法》));波兰(同上,第 160 页(引用《宪法》和 1962 年 2 月 15 日《公民身份法》)(但国籍不会因为接受另一国籍就自动丧失,而是取决于国家取消个人国籍的行为));葡萄牙(同上,第 161 页(引用 1981 年第 37/81 号《公民身份法》和第 322/82 号法令));另见 E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2 (上文脚注 58),第 25 段(引用 1998 年 12 月 3 日葡萄牙的答复:“依照《葡萄牙国籍法》(第 8 条),不得剥夺任何葡萄牙公民的国籍,除非其在成为另一国国民后宣布不希望保留葡萄牙国籍。因此,任意剥夺国籍在葡萄牙法律框架内是不可能发生的”);罗马尼亚(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 163 页(引用 1991 年

一国籍时丧失的本国国籍可因当事人放弃该另一国籍而得以保留,就此而言,这些法律规定不会导致无国籍状态的出现。

2. 剥夺国籍

28. 丧失国籍如上文所述,是当事人自愿行为的结果,而剥夺国籍是国家为剥夺一群人或者一个或多个人的国籍而作出的决定。在实践中,在诸如战争、国家继承或个人应受指责的举动等具体情况中,有些国家实际上会剥夺这些状况所涉之人或相关行为人的国籍。剥夺国籍可以采用下列任何一种形式:

第 21 号法律));圣基茨和尼维斯(同上,第 167 页(引用《宪法》));圣卢西亚(同上,第 168 页(引用 1979 年 6 月 5 日《公民身份法》));圣文森特和格林纳丁斯(同上,第 169 页(引用 1979 年 10 月 27 日《宪法》和 1984 年《公民身份法》));萨摩亚(同上,第 170 页(引用 1972 年 8 月 9 日《公民身份法》)(但规定了涉外婚姻的一些例外情况));然而,另见 Boll, 前引书,第 501 页(指出已于 2004 年修正立法,准许双重国籍);斯洛伐克(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 177 页(引用 1993 年 1 月 19 日斯洛伐克共和国国民议会第 40 号法律));斯洛文尼亚(同上,第 178 页(引用 1991 年 6 月 25 日《公民身份法》)(但规定了一些例外情况));另见 Boll, 前引书,第 508 页);瑞典(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 189 页(引用《瑞典国籍法》));另见 Boll, 前引书,第 518 页(引用 2001 年 7 月 1 日《瑞典公民身份法》));瑞士(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 190 页(引用经 1984 年和 1990 年修正的 1952 年 9 月 29 日《瑞士公民身份法》));多哥(同上,第 198 页(引用驻美国外交使团提供的资料));特立尼达和多巴哥(同上,第 200 页(引用经 1976 年修订的《宪法》和 1962 年 8 月 30 日《公民身份法》));突尼斯(同上,第 201 页(引用 1956 年 1 月 26 日《国籍法典》));图瓦卢(同上,第 204 页(引用 1986 年 9 月 15 日《图瓦卢宪法条令》和 1979 年《公民身份条令》));另见 Boll, 前引书,第 545 页(已归化的公民除外);大不列颠及北爱尔兰联合王国(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 208 至第 209 页(引用 1984 年《英国国籍法》));另见 E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2 (上文脚注 58),第 31 段(b)项(引用 1998 年 10 月 26 日联合王国的答复:“任何人以不同于 1948 年至 1964 年颁布的《英国国籍法》规定的方式,经过或由于归化或登记而取得[任何一种形式的英国国籍],如果有下列情况,就有可能被另行剥夺该公民身份或地位:……(三)在登记或归化之日起五年内被判处 12 个月或以上的监禁,而且在丧失英国国籍之后不会成为无国籍者”);1981 年《英国国籍法》,第 40 节(c. 61),1986 年《香港(英国国籍)法令》(第 948 号),第 7 条);美国(E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2 (见上文脚注 58),第 39 段(引用 1998 年 10 月 9 日美国的答复));和乌拉圭(*Citizenship Laws of the World* (见上文脚注 32),第 210 页(引用《宪法》)(但这项规则只适用于因出生而取得国籍的国民));另见 Boll, 前引书,第 556 页(指出针对已归化公民的一个例外情况,但仅限于他们不维持在乌拉圭的住所或不与乌拉圭保持联系的情况)(还指出国民在别处归化后确实会失去公民身份权,但不是国籍))。

(a) 集体取消国籍：出于族裔或其他原因，通过颁布关于国籍限制性法律，剥夺大批公民或永久居民或长期在境内居留者的该国国籍。普遍引用的例子包括第二次大战之前的捷克斯洛伐克、德国、¹⁵¹ 匈牙利、意大利、¹⁵² 和罗马尼亚¹⁵³。近期在诸如不丹、¹⁵⁴ 科特迪瓦、¹⁵⁵ 刚果民主共和国、¹⁵⁶ 多米尼加共和国、¹⁵⁷ 肯尼亚、¹⁵⁸ 科威特、¹⁵⁹

缅甸、¹⁶⁰ 俄罗斯联邦、¹⁶¹ 泰国、¹⁶² 赞比亚¹⁶³ 和津巴布韦¹⁶⁴ 等国，也出现了这类情况；

(b) 剥夺归化国籍：这种形式是移出国和移入国之间某些双边公约提出的一个选项，准许已通过归化取得东道国国籍的移民在他们将最终住所建立在原籍国之后恢复原有国籍。¹⁶⁵ 因此对于这些个人移入的国家，他们将恢复外国人身份，并有可能根据普通法遭受驱逐；

(c) 剥夺国籍：国家出于安全或国家刑事立法笼统规定的所有其他原因，取消外国人已取得的本国国籍。这类立法可能规定，取得有关国家国籍的外国人如有下列情况，则可能被剥夺该国籍：(一) 该人因危害国家内外安全之重罪或犯法行为而被判刑；(二) 该人实施了有损国家利益的行为。¹⁶⁶

¹⁵¹ 1935年9月15日《帝国公民身份法》(德国纽伦堡)(有时称“取消归化和撤销承认德国公民身份法”或“纽伦堡法”)(剥夺在第一次世界大战结束时到1933年1月希特勒掌权期间取得德国国籍的所有德国国民的国籍), *Nazi Conspiracy and Aggression*, 第四卷(Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1946)。另见 Abel, “Denationalization”, 特别是第59至第61页; 以及 McDougal, Lasswell and Chen, 前引文。

¹⁵² 见 Roth, *The History of the Jews of Italy*, 第524至第527页(撤回在1919年1月1日至1938年12月17日期间向犹太人发放的所有归化证)。

¹⁵³ 见 Meyer and others, *The Jews in the Soviet Satellites*, 第384页和第500页。

¹⁵⁴ 见 *Amnesty International, Nepal—Bhutanese Refugees Rendered Stateless: Leading Global NGOs Criticize Screening Process* (2003年6月19日), 新闻稿可查阅 www.amnesty.org (原籍尼泊尔的个人)。但请看下文的事实讨论情况, 即有些人认为, 被驱逐者从未取得不丹国籍。

¹⁵⁵ 见 Chiro, “The debacle in Côte d’Ivoire”, 第68页; 以及 Human Rights Watch, *The New Racism: The Political Manipulation of Ethnicity in Côte d’Ivoire* (要求父母双方都出生在科特迪瓦, 才可以将国籍传给子女)。

¹⁵⁶ 见 Sarkin, “Towards finding a solution for the problems created by the politics of identity in the Democratic Republic of the Congo (DRC): designing a constitutional framework for peaceful cooperation” (讨论东北部聚居的巴尼亚穆伦盖人)。

¹⁵⁷ 见蒂尔西亚·伊恩和维奥莱塔·博西科诉多米尼加共和国案, 2001年2月22日第12.189号案, 第28/01号报告, 美洲组织 OEA/Ser.L/V/II.111 号文件, doc. 20 rev., 第252页(美洲人权委员会, 指称虽然《多米尼加共和国宪法》规定是按照出生地主义给予国籍, 但两名在境内出生的海地血统女孩未能获得多米尼加国籍)。

¹⁵⁸ 见非洲国家法和比较法学会和少数人权利团体的口头发言, 联合国人权委员会, 第五十九届会议(2003年4月2日)(讨论被英国人从苏丹强行安置的努比亚人社区问题(www.minorityrights.org)); Mbaria, “Meet the Nubians, Kenya’s fifth-generation ‘foreigners’”; 以及联合国2003年4月3日的新闻稿(HR/CN/1017), “人权委员会听取非政府组织对世界各地侵权行为的指控”。

¹⁵⁹ 见 Human Rights Watch, *Kuwait—Promises Betrayed: Denial of Rights of Bidun, Women, and Freedom of Expression*; 以及 United States Department of State, *Country Reports on Human Rights Practices for 2003: Kuwait* (2004年2月25日)(讨论贝都因群体)。

29. 丧失国籍和剥夺国籍一样, 都不应导致出现无国籍状态。具体就剥夺国籍而言, 对于没有任何其他国籍的公民不得剥夺其国籍, 这是一项一般性义务。同样, 丧失国籍只有在有关人士切实获得另一国籍的情况下才有效。另外, 剥夺国籍不得任意实施或以歧视性理由为依据。在所有情况下, 丧失国籍和剥夺国籍都是使国民成为外国人, 使之前的国籍国能够将其驱逐。

¹⁶⁰ 见 *Amnesty International, Myanmar—The Rohingya Minority: Fundamental Rights Denied*; 以及 Human Rights Watch, *Living in Limbo: Burmese Rohingyas in Malaysia* (讨论安卡拉州的罗辛亚穆斯林少数群体)。

¹⁶¹ 克拉斯诺达尔边疆区的梅斯赫特少数群体被视为苏维埃社会主义共和国联盟国民, 但俄罗斯根据1991年第1948-I号法律拒绝给予国籍, 虽然根据该法律第13条第1款似乎应给予国籍。

¹⁶² 见 Macan-Markar, “Thailand: fear of expulsion haunts hill tribes”; 以及 Gearing, “The struggle for the Highlands: accused of endangering the environment, Thailand’s tribespeople face eviction and an uncertain future”。

¹⁶³ 见法律资源基金会诉赞比亚案, 2001年5月7日第211/98号, 《非洲人权和人民权利委员会第十四次年度报告(2000-2001年)》, 第三十七届会议, 非统组织 AHG/229(XXXVII)号文件(2001年7月2日至12日), 第86至第97页。

¹⁶⁴ 见 Ferret, “Citizenship choice in Zimbabwe”。

¹⁶⁵ 见 Salmon, 前引书, 第320页。

¹⁶⁶ 例如见第68-LF-3号法律(上文脚注31), 第34条。

B. 丧失国籍或剥夺国籍情况下的驱逐

30. 虽然双重或多重国籍的现象在当今时代获得了越来越多的承认，但似乎并不能就此确定在这方面存在一项习惯法规则。在厄立特里亚诉埃塞俄比亚案中，索赔委员会认为，在不具有任意性或歧视性质的情况下取消多重国籍者的国籍的做法是可以接受的。该委员会驳回了厄立特里亚关于剥夺具有厄立特里亚和埃塞俄比亚双重国籍人士的国籍再将其驱逐的做法违背国际法的论点。¹⁶⁷ 该委员会认为，在厄立特里亚临时政府为全民投票和建立新国家而发出有关公民身份获取问题的通告之后，有关人士其实就已经取得了厄立特里亚和埃塞俄比亚的双重国籍。¹⁶⁸ 因此，埃塞俄比亚剥夺因为取得厄立特里亚国籍而成为双重国籍者的本国公民的国籍，这一做法并没有违反国际法。¹⁶⁹ 相反，该委员会认定埃塞俄比亚地方当局以安全为由驱逐（大多来自小城镇的）双重国籍国民以及违背当事人意愿驱逐许多其他人士的做法是任意之举，因此有违国际法。换言之，该委员会在这起案件中反对的不是以双重国籍为由进行的驱逐，而是这一驱逐的任意性质。

31. 对于丧失国籍或剥夺国籍之后的驱逐，可考虑各种不同情况。

32. 对于双重国籍的情况，如果余留国籍国不是“剥夺国籍”的国家，那么当事人是否一定要被驱逐到这个余留国籍国？被驱逐者能不能反对？如果能，能够采取什么行动？

33. 原则上，驱逐国在这种情况下有权将当事人驱逐到余留国籍国，因为剥夺国籍是双重国籍状

¹⁶⁷ 见厄立特里亚-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，第79至第80段；另见《国际法律资料》，第44卷（2005年5月），第601页。另见Kidane, “Civil liability for violations of international humanitarian law: the jurisprudence of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission in The Hague”，特别是第52页。

¹⁶⁸ 见部分裁决……（上文脚注167），第40段和第45段。另见厄立特里亚临时政府第21/1992号通告（1992年4月6日）（确定了取得厄立特里亚国籍的种种方式，包括出生、婚姻和归化），联合国，《联合国与厄立特里亚的独立》，第156至第158页。

¹⁶⁹ 见部分裁决……（上文脚注167），第43段和第46段。另见 Human Rights Watch, *Eritrea and Ethiopia—The Horn of Africa War: Mass Expulsions and the Nationality Issue*。

态的结束；不论在剥夺国籍之前余留国籍国的国籍是不是主要国籍，被驱逐者此后都将只拥有这一国籍。关于这种以双重国籍为由实际剥夺国籍的情况，近期的例子包括土耳其¹⁷⁰和土库曼斯坦¹⁷¹，而威胁剥夺双重国籍人士国籍的例子有法国、¹⁷²荷兰¹⁷³和联合王国，尤其是在当事人与激进伊斯兰运动有联系的情况下。联合王国明确表示，该国立法准许该国政府剥夺因严重犯罪而被判刑的人的归化国籍，除非这些人会因此陷入无国籍状态。¹⁷⁴但是，如果被驱逐者不希望被驱逐到他从此拥有单一国籍而所属的国家，或者该人有理由担心会在这个国家面临生命危险，或者有可能在这个国家遭受酷刑或有辱人格的待遇，该人就可以在第三国同意的情况下被驱逐到该第三国。

34. 对于多重国籍的情况，第一种可能是“剥夺国籍”的国家就是主要国籍国。在这种情况下，可适用与上文阐述双重国籍情况时相同的推论，唯一区别是余留国籍国不是一个，而是两个甚至更多。另一种可能是驱逐国不是主要国籍国。在这种情况下，应优先考虑驱逐到主要国籍国。

35. 特别报告员认为，就本报告研究的问题提出一个或多个条款草案既无必要，也没有实际作用，主要理由如下：

(a) 给予国籍是每个国家的主权管辖权，国家可在本国立法中确定丧失国籍的条件，以及剥夺其

¹⁷⁰ 见 Mayer, “A ‘benign’ apartheid: how gender apartheid has been rationalized”，特别是第312至第313页（讨论议员默尔维·卡瓦其被剥夺国籍一案，该议员是伊斯兰德行党成员，戴头巾参加议会，未经政府允许取得了美国国籍），引述“Headscarf deputy is stripped of Turkish citizenship”，*Deutsche Presse-Agentur*（1999年5月15日）。

¹⁷¹ 见 Shaver, “The revocation of dual citizenship in Turkmenistan”（尼亚佐夫总统宣布，土库曼斯坦放弃1993年与俄罗斯联邦签订的关于准许俄罗斯-土库曼双重国籍的双边协定，导致了剥夺国籍和可能驱逐前国民的情况）。

¹⁷² “The French lesson”, *The Economist*（2005年8月13日）（讨论尼古拉·萨科齐以内政部长身份提出的意见，他认为如果双重国籍者是鼓吹恐怖主义的激进伊玛目，法国可取消其国籍）。

¹⁷³ 例如，见 Bickerton, “Dutch murders bring tighter terror laws”; and “Dealing with traitors”, *The Economist*（见上文脚注172）（讨论荷兰和联合王国关于通过立法取消加入激进伊斯兰的双重国籍人士国籍的提议）。

¹⁷⁴ 见 E/CN.4/1999/56 和 Add.1-2 号文件，第31段(b)项（上文脚注58）。

国民的国籍的条件，前提是这样做不造成无国籍状态，也不是任意性或歧视性的做法。严格来说，这与驱逐外国人的问题无关，因为即使丧失国籍或剥夺国籍之后不予驱逐，上文提到的规则也仍然适用。因此，这些规则更多地是属于国籍法律的范畴，而不是驱逐外国人的法律范畴；

(b) 更加具体地就驱逐问题而言，人们已经注意到，在双重国籍情况下不会出现无国籍状态，丧失国籍或剥夺国籍都将带来单一国籍的状况，从而有关人士就归入普通法驱逐规定的管辖范畴。因此，没有必要为这种情况制定特定的规则；

(c) 只有在多重国籍的情况下才会出现几种特殊状况：第一种牵涉到驱逐国在当事人丧失该国国籍或者被剥夺该国国籍后可将其驱逐到其他哪个国籍国的问题，尤其是当该驱逐国原本不是该人的主要国籍国时；第二种是被驱逐者行使其选择权（尤其是在国家继承情况下），意欲成为某国国民，而该国则准备以他获得新国籍为由将他驱逐出境。不过，尽管这个问题在本质上也涉及与自然人国籍有关的规则，但处理这两种情况的实践很少。

因此，即使是为了国际法的逐渐发展，特别报告员也认为委员会没有必要为这些情况制订规则草案。

引渡或起诉义务（或引渡或起诉）

[议程项目 7]

A/CN.4/603 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）的第三次报告

[原文：英文]

[2008 年 6 月 10 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		130
本报告引用的著作		130
导言	1-2	131
章次		
第一章 特别报告员第二次报告的后续行动	3-109	131
A. 国际法委员会第五十九届会议上本专题的审议情况	7-53	131
1. 第二次报告的具体性质	7-33	131
2. 委员会辩论摘要	34-53	135
B. 委员会特别有兴趣听取各国评论的具体问题：从各国政府收到的评论和资料	54-93	136
1. 对一国有约束力的载有引渡或起诉义务的国际条约，以及该国为限制该义务的适用而作出的保留	63-68	138
2. 一国通过并实施的涉及引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的国内法律法规，包括宪法性规定、刑法典和刑事诉讼法典	69-83	138
3. 反映或引渡或起诉义务适用情况的国家司法实践	84-89	139
4. 在一国立法或实践中，适用或引渡或起诉义务的原则的罪行或犯法行为	90-93	141
C. 大会第六十二届会议期间第六委员会关于引渡或起诉义务的讨论	94-109	141
1. 一般性评论	95-97	141
2. 义务的习惯法性质	98	141
3. 义务所涵盖的罪行	99-100	142
4. 义务的范围和内容	101-104	142
5. 与普遍管辖权的联系	105-106	142
6. 向国际刑事法庭移交嫌疑人	107	142
7. 特别报告员提出的条款草案第 1 条	108	143
8. 委员会工作的最终结果	109	143
第二章 关于引渡或起诉义务的规则草案	110-125	143
A. 第 1 条：条款草案的适用范围	112-118	143
B. 第 2 条：用语	119-122	144
C. 第 3 条：条约作为引渡或起诉义务的来源	123-125	144
第三章 结论	126-131	145

本报告引用的多边文书

	来源
《引渡公约》[英](1933年12月26日, 蒙得维的亚)	国际联盟,《条约汇编》,第165卷,第3803号,第45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。
《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。
《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。
《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。
《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。
《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日, 纽约)	同上,第1465卷,第24841号,第85页。
《南亚区域合作联盟(南盟)制止恐怖主义活动区域公约》[英](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:E.08.V.2),第174页。
《南亚区域合作联盟(南盟)制止恐怖主义活动区域公约附加议定书》[英](2004年1月6日, 伊斯兰堡)	同上,第250页。
《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。
《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。
《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。
《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39574号,第480页。
《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的补充议定书》(2001年5月31日, 纽约)	同上,第2326卷,第39574号,第211页。
《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004年12月2日, 纽约)	《大会正式记录,第五十九届会议,补编第49号》(A/59/49),第一卷,第59/38号决议,附件。

本报告引用的著作

ENACHE-BROWN, Colleen and Ari FRIED	<i>Yearbook</i> , vol. 71 –II, Session of Krakow, 2005, Second Part, Paris, Pedone, p. 297.
“Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of <i>Aut Dedere Aut Judicare</i> in International Law”, <i>McGill Law Journal</i> , vol. 43 (1997–1998), p. 613–633.	WISE, Edward M.
INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW	“The obligation to extradite or prosecute”, <i>Israel Law Review</i> , vol. 27 (1993), pp. 268–287.

导言

1. 本报告是特别报告员提交的关于引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的第三次报告。报告的目的是继续2006年初步报告¹和2007年第二次报告²的工作，就本专题最基本的方面向各国和国际法委员会委员提出问题。这些问题在一定程度上每年重复，意在

¹ 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571号文件。

² 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/585号文件。

使特别报告员能够得出一些最后结论，解决这项工作的主要问题，即或引渡或起诉义务是否作为应由习惯国际法决定的事项存在。

2. 虽然在目前阶段无法找到关于此问题的完全令人信服的答案，但研究的结果现在似乎比开始时显得有希望得多。开始时，一些人对这一义务是否存在表示疑问（见下文第60段和第61段）。关于本专题本身，需要广泛分析各种文书，例如条约及其准备工作材料、判例、国家立法和学理。

第一章 特别报告员第二次报告的后续行动

3. 特别报告员2007年在国际法委员会第五十九届会议期间提交的第二次报告事实上与2006年提交委员会的初步报告密切相关。读者甚至会发现这两次报告的某些片段几乎完全相同。但这种重复至少有三个理由。

4. 第一个理由很简单：由于大会于2006年底举行选举，委员会约一半的委员更替。因此，有必要在第二次报告中重述特别报告员在初步报告中提出的主要想法和概念，并且概述先是在委员会、后来又在第六委员会举行的讨论，便于新当选的委员了解情况。

5. 第二，正如第二次报告第3段所述，³在着手切实拟订关于引渡或起诉义务的拟议规则或条款草案前，似乎有必要征求委员会新委员对初步报告所述最具争议性的事项的看法。

6. 最后，毫无疑问，委员会在2006年报告⁴的相关部分提出的问题需要得到各国更加广泛的答复。不幸的是，特别报告员第二次报告定稿时，只有七个国家对这一请求作出回应，转递了其对于这些问题的评论和意见。因此，在第二次报告中只能考虑这七项评论和意见。随后，提供了评论、意见和信息者的数

量增加到20个，但从现在来看，似乎仍然有必要再次向各国发出请求，以便尽可能全面了解各国关于引渡或起诉义务的国内法规和国际承诺的实际情况。

A. 国际法委员会第五十九届会议上本专题的 审议情况

1. 第二次报告的具体性质

7. 第二次报告⁵包括序言、导言和两个章节。序言和导言是介绍性的，简单重述国际法委员会关于本专题的工作的经过。特别报告员认为现在不必在此重述这一经过。

8. 第二次报告第一章在标题中已表达了特别报告员打算向委员会新当选的委员们讲述有关这一专题的一些老问题和新问题，并回顾初步报告的内容。

9. 因此，第二次报告的这一章用两节篇幅重点阐述国际法委员会2006年第五十八届会议上这一专题重新审议的情况，并列出委员会特别有兴趣听取各国评论的具体问题。应该回顾，委员会在2006年届会的辩论期间已经提出一些重要问题，例如：⁶

³ 同上，第3段。

⁴ 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30段和第31段。

⁵ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/585号文件。

⁶ 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第十一章，B.2节，第220至第229段。

(a) 或引渡或起诉义务是完全来自订立这项义务的国际条约，还是也可被认为是以现有或刚刚出现的习惯国际法原则为基础？⁷

(b) 我们能否找到充分的习惯法基础，据以针对一些类别的罪行（例如，习惯国际法确认为最严重的罪行，如战争罪、海盗行为、灭绝种族罪和危害人类罪）适用这一义务？

(c) 对引渡或起诉义务的概念与普遍刑事管辖权的概念作明确区分能否被普遍接受？或委员会在针对或引渡或起诉义务时也许应开始审议普遍管辖权问题，至少在某种程度上这样做？如果着手审议这个问题，应在何种程度上这样做？

(d) 引渡或起诉任择义务中何者在履行这一义务的过程中应占据优先地位，还是各国应同等对待这两者？因此，有关国家履行这一任择义务的一个方面在何种程度上使该国不必履行另一方面的义务？

(e) 涉及国际法庭管辖权的“三重选择”的概念是应当完全排除出我们的审议，还是应当在各国实践发展的基础上，至少在某些情况下，列为一种可能的第三条途径？

(f) 委员会关于本专题的工作的最后成果，无论何时拟订，是应采取条款草案、规则草案、原则草案、准则草案或建议草案的形式，还是说现在决定为时过早？

10. 由于2006年委员会委员没有对所有这些问题作出肯定的答复，特别报告员在2007年需要请新当选的委员会委员作出更具决定性的答复，这一点十分重要。

11. 各代表团在第六委员会发表的看法和意见也能使答复的实质内容更为丰富。在秘书处的善意

协助下，这些看法和意见已经在第二次报告第一章C节和本报告第一章C节中作了概述。在这两次报告中，特别报告员都按秘书处的建议，保持了这些章节连同副标目的系统安排。

12. 必须强调，尽管在国际法委员会的两届会议上和第六委员会的两届会议上讨论了这些问题，但上文提出的所有问题似乎仍然可予以进一步审议。

13. 委员会委员也许记得，特别报告员在第二次报告⁸第一章D节曾决定就2006年委员会和第六委员会关于初步报告的辩论发表个人结论意见。特别报告员注意到，考虑到初步报告的特定性质，委员会委员和第六委员会的评论一般都集中于将由委员会和特别报告员在关于本专题的今后工作中审议的主要问题。

14. 委员会委员和第六委员会在关于本专题的辩论中发表了多种多样的意见、看法和建议，既涉及这项工作的实质内容，又涉及其形式，从标题一直到委员会在这方面的工作的最终形式的选择。第二次报告第40段至第60段详细介绍了这些意见、看法和建议以及特别报告员对它们的评价。

15. 第二次报告第一章E节和本报告第一章B节概述了各国政府应国际法委员会第五十八届会议请求而提供的评论和资料。这些答复已由秘书处编入A/CN.4/579号文件。⁹

16. 应该强调，从各国收到的材料由秘书处根据委员会早先在报告中提出的问题的顺序、以透明的方式编成四组资料。本章下文B节也按同一方式组织：(a) 载有或引渡或起诉义务的国际条约；(b) 国内法律条例；(c) 司法实践；以及(d) 罪行或犯罪行为。

17. 这种组织便于委员会和特别报告员在当前和未来的工作中为进一步阐述本专题而进行各

⁷ 初步报告已提出类似的请求，请求委员会委员“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”（见《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571号文件，第40段）。

⁸ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/585号文件。

⁹ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/579和Add.1-4号文件。

种比较。特别报告员再次感谢秘书处的协助与合作。《2007年……年鉴》第二卷（第一部分）中A/CN.4/579和Add.1-4号文件所载的评论和资料，由于各国迟交，特别报告员无法在其第二次报告中予以考虑。因此，这些评论和资料只能在本报告中予以考虑和分析（见下文第57至第87段）。

18. 第二次报告¹⁰的第二章为委员会在编纂和逐渐发展国际法的过程中传统上所拟定的每一实质专题开展的工作的核心内容。它载列了意在反映国际关系某一特定领域的国际法和国家实践的实际现状的条款、规则、原则、准则或建议草案的拟订情况，无论委员会选择何种形式。

19. 在编制第二次报告的过程中，特别报告员认为，尽管各国的评论和资料仍然很不全面，无法为得出建设性结论奠定坚实、明确的基础，但在那个阶段已有可能临时拟定一项关于未来有关引渡或起诉义务的条款草案的适用范围的条款草案。第二次报告第二章A节就是旨在处理这一工作。

20. 因此，在第二次报告第76段中，¹¹特别报告员考虑到初步报告和第二次报告提出的各项考虑，建议第一条采用下述行文：

“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。”

21. 特别报告员在第二次报告第79至104段中，¹²简短回顾了条款草案第1条提出的三个要素，力求指出与之有关的主要问题；特别报告员认为，这些要素可以作为供国际法委员会委员讨论的议题。它们是：

(a) 时间要素：未来条款草案的适用期限涵盖有关义务的确立、运作和产生效力等各个时期；

(b) 实质要素：国家引渡或起诉的具体待择义务；

(c) 属人要素：国家行使上述义务所针对的人。

22. 第二次报告第80段强调指出，¹³至少有三个特定时期与或引渡或起诉义务的确立、运作和效力相关联，每个时期有其特殊性，日后应在条款草案中得到反映。此外，尤其是由于这涉及引渡或起诉义务的确立时期，首要事项似乎是这项义务的来源问题。那么，如果最终接受从习惯法角度拟订该义务，就必须以国家实践充分发展所需时期为背景审议拟订条款需参考的国家实践。

23. 关于实质要素，第二次报告第89段指出，¹⁴委员会必须决定引渡或起诉的义务是否及在何种程度上存在，以及它属于绝对义务还是相对义务。可能会出现涉及这种选择的许多问题。第二次报告第90段至第92段提出了其中三个问题：¹⁵

(a) 在国家履行这项义务的实践中，这种选择的哪个部分应具有优先性，或国家是否可在引渡和起诉有关人员两者之间自由选择？

(b) 收到引渡请求的羁押国在准备以本国起诉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羁押国的法律制度时，是否有足够的自由裁量余地拒绝这一请求。

(c) 或引渡或起诉义务包括或排除第三种选择的可能性吗？特别是鉴于根据1998年《罗马规约》建立的国际刑事法院的待择管辖权，这个问题特别重要。

24. 最后，关于条款草案第1条提出的属人要素，正如第二次报告第94段所强调的那样，¹⁶必须记得国家的引渡或起诉义务并非是一种抽象义务，而是始终与国家针对具体自然人所实施的必要活动有

¹⁰ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/585号文件。

¹¹ 同上，第76段。

¹² 同上，第79至第104段。

¹³ 同上，第80段。

¹⁴ 同上，第89段。

¹⁵ 同上，第90至第92段。

¹⁶ 同上，脚注2，第94段。

关。在特定案件中，在引渡或起诉之间作出选择必须涉及到确指的人。

25. 将自然人包括在或引渡或起诉义务之中还有另一个条件，即自然人应在接受该义务约束的国家的管辖之下。条款草案第1条提出的“在其管辖之下”一语，既指切实行使的实际管辖权，也指一个国家有权对实施具体犯法行为的人确立的潜在管辖权。委员会在较晚阶段必须明确决定，在最后描述或引渡或起诉义务的范围时，应在何种程度上使用普遍管辖权概念。

26. 在较晚阶段，把有关人员所实施的（或至少是这些人涉嫌或被指控实施的）罪行和犯法行为问题与属人要素一并审议，是无可避免的，而实质义务的范围也将包括这些罪行和犯法行为。然而，正如第二次报告第100段所述，¹⁷ 特别报告员认为，为了拟订关于或引渡或起诉义务条款草案适用范围的规定，条款草案第1条的实际案文似乎不必直接提到这些罪行或犯法行为。

27. 第二次报告第二章B节的题目是“今后的工作计划”。在提交第一次报告之后，特别报告员在该次报告这一部分中想要与委员会委员们分享他对其他条款草案的想法和构想。这些想法和构想依然是本报告的实际事项。

28. 似乎无可辩驳的是，将要拟订的下一个条款草案可以“用语”为题，其中应当列入条款草案所使用术语的定义或说明。这些术语的清单应保持开放，并根据其他条款草案拟订过程中可能出现的具体需求对清单内容作出调整。例如，特别报告员第二次报告提出的建议局限于“管辖权”、“起诉”、“引渡”或“管辖之下的人”等术语。然而，这些术语成为本报告提出的条款草案第3条的有益依据。

29. 正如第二次报告第107段所述，¹⁸ 可能已预见的另一项、乃至另一整套条款草案，可以对或引渡或起诉义务原则及其备选要素作出更为详细的说明。

30. 人们对国际条约被视为引渡或起诉义务的公认渊源已基本达成共识，鉴于这一事实，在开始时看起来有可能在将来拟订一个条款草案，在其中表明：“如果一项条约规定了引渡或起诉义务，则该条约的每个缔约国都有义务引渡或起诉被指控的罪犯”。当然，这样一项条款将不影响承认国际习惯规范是将某些行为定罪的可能渊源，是国家起码对实施这种罪行的罪犯履行引渡或起诉义务的一种渊源。

31. 最后，正如第二次报告第113段和第114段所述，¹⁹ 与拟订随后的条款草案有关的值得注意的建议的另一来源是委员会1996年通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案。²⁰ 该法纳入了或引渡或起诉规则，并在规则随附的说明中，对可能提出的关于引渡或起诉义务的其他条款草案作出了特殊指示。

32. 第二次报告第114段提出其中四项准规则。然而，特别报告员已强调指出，这些规则尚未作为条款草案的提案正式包括在内。虽然委员会此前曾在一个不同的场合提出这些规则，特别报告员还是认为，有理由再次提请委员会委员给予关注。本报告实际上并未重复这些规则，但特别报告员打算在适当的时间和地点再次讨论这些规则。

33. 特别报告员在向委员会提交的关于引渡或起诉义务的第二次报告的导言中确认，初步报告的十项要点中提出的“初步行动计划”，²¹ 依然是特别报告员开展进一步工作的主要路线图，其中包括继续分析在秘书处善意协助下收集的信息量丰富的立法（国际和国内立法）、司法裁决、国家实践和学理材料。特别报告员深信，这些要素以及各国政府提出的其他意见和评论，应可为切实拟订随后的条款草案提供足够的背景。就本报告而言，特别报告员的期望依旧，但各国未能及时提出这些意见和评论，对工作进度的影响十分不利。

¹⁷ 同上，第100段。

¹⁸ 同上，第107段。

¹⁹ 同上，第113段和第114段。

²⁰ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页，第9条（引渡或起诉的义务）。

²¹ 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571号文件，第61段。

2. 委员会辩论摘要

34. 特别报告员打算在第二次报告中提出尽可能多的棘手问题和难题，目的是首先请委员会委员、而后请第六委员会成员作出答复和提出建议。由于采用这一做法，委员会委员在这一专题的辩论中表达了各种观点、意见、看法和建议，涉及这一工作的实质和形式，从标题开始，一直到委员会在该领域工作的最终形式的选择问题。

35. 关于标题，委员会委员认为，“义务”概念似乎优于引渡或起诉“原则”。因此，特别报告员也认为，即至少在本阶段，现有标题应予保留。特别报告员在2006年已经指出，与“原则”概念相比，“或引渡或起诉的“义务”概念对于继续开展进一步富有建设性的分析而言似乎较为稳妥。当然，这并不排除审议国家引渡或起诉权利作为上述义务的独特制衡这一平行问题的可能性乃至必要性。

36. 对于使用拉丁文“*aut dedere aut judicare*”这一提法，尤其是对于“*judicare*”这一术语并没有准确体现“起诉”这一术语的范围，各位委员表达了某些疑虑。特别报告员赞同这些说法，但他认为，在本阶段集中讨论术语的准确表述还为时尚早。特别报告员已在初步报告²²中回顾了在上述义务的不同发展阶段所使用的各种术语，格劳秀斯最早使用了“*punire*”一词。

37. 目前使用最多的术语是“*judicare*”，似乎应在今后的条款草案第2条（“用语”）中，界定该术语和其他术语更为确切的含义和准确范围。完全去除该项义务的拉丁文来源也似乎不妥，因为立法实践和学理都还保留了这一来源。

38. 委员会在2007年第五十九届会议上的辩论大体围绕三个主要问题，²³ 尽管并非所有委员均就这些问题表达了同意意见：

(a) 如何从有关义务的来源的角度处理该专题：

(b) 为关于引渡或起诉义务的条款草案的目的，应接受或引渡或起诉义务与普遍管辖权概念之间的何种相互关系（如果假定存在这种关系）；

(c) 应如何确立该义务以及今后条款草案适用的范围。

39. 特别报告员满意地注意到，尽管上述问题已在2006年第五十八届会议辩论期间提出，但在2007年第五十九届会议期间委员会委员表达的看法有了相当大的澄清。

40. 关于第一个问题，虽然委员会委员相当普遍地同意，适当的条约规定目前可视为或引渡或起诉义务的无异议来源，但委员会委员似乎越来越有兴趣探讨有无可能同时确认该义务的习惯法依据，至少是针对一些类型的犯罪，例如国际习惯法所确认的最严重犯罪。

41. 特别报告员同意，他在举出此类犯罪的一些例子时，遗漏了“危害人类和平及安全罪”的类别。另一方面，他感到满意的是，委员会一些委员将这一类别添加到可作为适用该义务的可能背景而加以审议的类别中，当然，这不妨碍此种审议的最后结果。

42. 在2006年会议期间，委员会委员就确认该义务的习惯法依据的可能性表示了更为谨慎的意见。2007年，他们对该问题的态度似乎大体上更为通融，虽然特别报告员同意许多委员的提醒，即这一结论仅应基于对各国的国际、立法和司法实践的十分可靠的分析。

43. 在第五十九届会议期间，还有人强调，为此目的，有必要了解许多国家的做法和法律确信。因此，似乎各委员接受了继续请各国直接或通过各国在第六委员会的代表提交适当资料的想法，尽管后一种渠道受到一些委员批评。

44. 一年多来，各国就初步报告发表的意见和评论仍相当少，但在缓慢增多，使人们感到一些乐观，认为这一来源将最终提供数量足够多和具有足够代表性的信息，以便可以在今后的报告中得出一些建设性的结论。

²² 同上，第5段起。

²³ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第365段。

45. 至于与普遍管辖权有关的第二个问题，与委员会委员去年所采取的立场相比，还可注意到一个具体的发展变化。在委员会第五十八届会议上，正如特别报告员在第二次报告中所述，一个普遍意见是应十分小心处理引渡或起诉义务与普遍管辖权原则之间的相互关系，并应明确区分普遍管辖权与或引渡或起诉义务，而在第五十九届会议上，许多委员采取了更为通融的做法。

46. 有委员提出，应同时分析这两项原则。例如，还有委员指出，必须对普遍管辖权进行分析，以便了解该管辖依据与或引渡或起诉义务有无重叠、在何处重叠。

47. 特别报告员同意这些提议，尤其是考虑到国际法学会2005年在波兰克拉科夫通过的关于对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的普遍刑事管辖权的决议所载的有趣结论。²⁴ 该决议相当明确地显示出普遍管辖权与或引渡或起诉义务之间的相互关系以及在某种程度上的相互依存关系。

48. 不过，特别报告员深信，进一步审议的主要趋势应继续与引渡或起诉义务挂钩，在任何情况下都不应以普遍管辖权问题为主导。

49. 第三个问题涉及特别报告员在条款草案第1条中提出的条款草案的适用范围和一些委员建议的或引渡或起诉义务的范围。关于该问题，特别报告员可以同意这样的提议，即该义务不应作为待择义务处理，今后应仔细和彻底分析该义务的两个要素，即“引渡”和“起诉”之间的相互关系和相互依存性。²⁵ 一些委员提议，还应审议两个要素的具体特点及其适用的必要条件。

50. 考虑到委员会委员表示的普遍意见，特别报告员将考虑撤回其关于可能的“三重选择”的最初概念，并将尝试提出和分析与将人员移交国际刑事

法院有关的可能具体情况，这种移交可能对或引渡或起诉义务产生影响。

51. 不过，关于另一个有争议的问题，特别报告员并不完全认同关于适用范围的拟议条款草案第1条的“时间要素”应以综合方式处理，而对与该义务的确立、运作和效力有关的各个期间不加任何区分。

52. 委员会许多委员提议将条款草案第1条提交起草委员会进一步拟订。特别报告员原则上不反对该提议。但是，出于实际原因，他提议将条款草案第1条与今后将提出的其他条款草案一并提交。考虑到这些条款草案之间可能的相互依存性，一整套条款草案将更为便于起草委员会进行审议。特别报告员在其第二次报告的第二章中提出了关于这些今后条款的实质性建议，委员会委员对这些建议的评价看起来相当好。

53. 由于国际法委员会的许多委员出席了关于引渡或起诉义务的辩论，特别报告员在其向委员会提出的结论意见²⁶中仅能够处理参加者提出的最普遍和最重要的问题和疑问。但是，他可以让各成员放心，所有其他评语、意见、看法和评论，无论是肯定的还是批评性的，均已得到认真注意，并在本报告的编写中得到考虑。

B. 委员会特别有兴趣听取各国评论的具体问题： 从各国政府收到的评论和资料

54. 委员会在其第五十九届会议报告的第三章中照例列出委员会特别有兴趣听取各国评论的具体问题的清单。引渡或起诉（或引渡或起诉）义务被列在所提出的问题中。²⁷

55. 在很大程度上，在这一背景下提出的问题类似于在2006年第五十八届会议期间提出的问题。²⁸ 委员会宣布欢迎各国政府就其关于该专题的立法和

²⁴ 国际法学会，《年鉴》，第297页。

²⁵ 不过，特别报告员想在此回顾，关于该专题的最出色的理论专家之一爱德华·M. 维斯教授在其关于引渡或起诉义务的著名论文中首先指出：“本论文涉及各项规定打击‘国际犯罪’的多边条约所载的引渡或起诉这一待择义务。”见Wise, “The obligation to extradite or prosecute”, 第268至第287页。

²⁶ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第364至第368段。

²⁷ 同上，第31至第33段。

²⁸ 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30段。

实践、特别是当代的立法和实践提供任何资料。如果可能，这种资料应涉及：

(a) 对一国有约束力的、载有刑事事项普遍管辖权原则的国际条约；它是否与或引渡或起诉义务有联系？

(b) 一国通过和实行的、关于刑事事项的普遍管辖权原则的国内法律法规，包括宪法性规定和刑法典或刑事诉讼法典；它是否与或引渡或起诉义务有联系？

(c) 体现刑事事项中普遍管辖权原则的适用的一国司法实践；它是否与或引渡或起诉义务有联系？

(d) 一国立法和实践中适用刑事事项的普遍管辖权原则的罪行或犯罪行为；它是否与或引渡或起诉义务有联系？

56. 此外，委员会还希望收到关于下列问题的资料：²⁹

(a) 国家是否有权依据其国内法在条约未涵盖的案件中引渡人员或者引渡其本国国籍人员；

(b) 国家是否有权对在他国发生的、不涉及本国国民的罪行提出管辖权主张；

(c) 国家是否将引渡或起诉义务视为习惯国际法下的义务，如果是，程度为何。

最后，委员会指出，它欢迎各国政府提供其可能认为与该专题相关的任何进一步资料和看法。

57. 遗憾的是，除收到各国在委员会第五十九届会议期间对2006年初步报告中列出的问题提交的书面答复资料外，实际上还未收到各国针对2007年第二次报告第20段中列出的问题的书面答复。对两份报告中任一报告（在大多数情况下只是初步报告）所列出的问题提供书面答复资料的国家包括：

(a) 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（见A/CN.4/579）；

(b) 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。

58. 特别报告员在其第二次报告中审议了上述(a)段中提及的七个国家提交的资料。³⁰上述(b)段中提及的其余13个国家是在2007年4月至7月间提交的资料（对初步报告中所列问题的答复），因此无法在第二次报告中加以考虑，但是他们的答复将在本报告中加以使用。

59. 尽管在两份报告中向各国提出的都是非常具体的问题，但是当然也不排除各国就该专题提交一般性意见的可能性。事实上，只有一个国家，即美国，提交的答复是一般性意见。

60. 美国在其一般性评论中指出，它认为“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”。³¹

61. 美国还认为，“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”。³²

62. 尽管一些国家通过其在第六委员会的代表或者通过书面意见，对或引渡或起诉法律义务的习惯法依据表示了一些疑虑，但是其他国家一般不支持先验性地断然拒绝探讨这一原则的习惯法背景，即使这仅适用于有限类别的罪行。

³⁰ 《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/585号文件，第61至第72段。

³¹ 同上，A/CN.4/579和Add.1-4号文件，A节，第1段。

³² 同上，第2段。

²⁹ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32段。

1. 对一国有约束力的载有引渡或起诉义务的国际条约，以及该国为限制该义务的适用而作出的保留

63. 所有作出答复的13个国家都列出了载有或引渡或起诉义务的多边和双边条约清单，³³ 只有瑞典除外，瑞典认为在提交答复资料时没有必要列出每个载有或引渡或起诉原则的国际条约。在列出特别报告员初步报告提及的条约和公约清单后，还列出了普遍性和区域性的多边条约³⁴。³⁵ 此外，智利提及了两项具有特别相关性、涉及具体罪行的多边条约。³⁶

64. 斯洛文尼亚和斯里兰卡提及它们没有对相关多边条约作出任何保留以限制适用或引渡或起诉义务。

65. 墨西哥指出，在签署《引渡公约》和加入《制止危及海上航行安全非法行为公约》时，墨西哥作出了保留，但是墨西哥的这些保留并不影响该国作为缔约方参加的多边条约规定的引渡或起诉义务。

66. 美国指出，美国没有作出保留，以限制引渡或起诉义务本身的适用。但美国在成为这些公约缔约方时坚持的立场是，公约规定的引渡义务仅用来增加美国与之签订了双边引渡条约的国家之间的引渡依据。

67. 波兰提及波兰就不引渡本国国民问题对《欧洲引渡公约》作出了两项声明。

68. 智利、科威特、拉脱维亚、黎巴嫩、墨西哥、波兰、塞尔维亚、斯洛文尼亚、斯里兰卡和突尼斯列出了载有或引渡或起诉义务的双边条约。这

些大多数都是引渡条约，但是科威特和突尼斯也提及有关法律援助和法律关系的各项协定。塞尔维亚强调，各项双边条约并不具体规范与引渡或起诉有关的事宜。但是，若干国家指出，拒绝引渡的理由包括被请求国的起诉管辖权，而且如果已经开始对同一罪行提起刑事诉讼，则将拒绝引渡请求。

2. 一国通过并实施的涉及引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的国内法律规章，包括宪法性规定、刑法典和刑事诉讼法典

69. 一些国家政府提及，国际条约的适用不需国内法律规定，在一些情况下直接适用（智利），而在另一些情况下根据本国宪法规定的立法层级予以适用（拉脱维亚、墨西哥、塞尔维亚和斯洛文尼亚）。

70. 拉脱维亚、黎巴嫩、墨西哥、波兰、塞尔维亚、斯洛文尼亚、瑞典和突尼斯提及本国刑法典和刑事诉讼法典中与各项罪行和引渡程序相关的规则，以及在何种情况下应接受或拒绝引渡，并介绍了能够作出此类决定的主管当局。

71. 拉脱维亚、黎巴嫩、波兰、塞尔维亚、斯洛文尼亚、瑞典和突尼斯针对请求予以引渡的人是否本国国民确立了不同的制度。瑞典强调，它视被引渡者移送的国家不同而采用不同的引渡制度。

72. 起诉的义务与拒绝引渡密切相关，例如，在爱尔兰，引渡的义务被认为是至为重要的，而只有在因缺乏对等协定而不允许引渡爱尔兰公民的情况下才考虑起诉的做法。

73. 在塞尔维亚，在引渡请求被拒绝的情况下，国家刑事立法规定要提起诉讼，追究所涉外国人的刑事责任，令其受到惩罚。只有在没有任何外国请求引渡外国人或在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性原则。

74. 在瑞典，检察官参与处理引渡程序，检察官还将获知引渡请求被拒绝之事。如果引渡请求被拒绝，将适用瑞典的立法规定进行初步调查和起诉，以履行或引渡或起诉原则中衍生出来的义务。

³³ 科威特仅提及双边协定。

³⁴ 爱尔兰、拉脱维亚、波兰和斯洛文尼亚提及各项欧洲公约；斯里兰卡提及南亚区域合作联盟拟订的各项公约；而墨西哥和智利提及1933年在蒙得维的亚签署的《引渡公约》。

³⁵ 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571号文件，第35至第39段。

³⁶ 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其议定书（大会第55/25号决议）。

75. 拉脱维亚、墨西哥、波兰、斯洛文尼亚、瑞典和突尼斯在引渡条件方面制定了双重罪行的规则。所实施的行为无论根据本国法律还是根据提出引渡请求国家的法律，都必须属于罪行。

76. 墨西哥提及，该国各项引渡程序都是根据双边条约或《引渡法》实行的；迄今为止，该国尚未收到任何根据多边条约提出的引渡请求。

77. 瑞典指出，根据其刑法典，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；在此种情况下，法律并不规定任何双重罪行条件。

78. 爱尔兰提及，该国2006年《国际刑事法院法》规定，可将有关个人移交国际刑事法院，由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》规定，如经“国际法庭”要求，可移交有关个人。

79. 波兰指出，对外国的引渡请求的最后决定由司法部长作出；只有法院作出的引渡请求不可受理的裁定才对司法部长具有约束力。

80. 斯里兰卡回顾说，1977年第08号《引渡法》规定了处理从指定的英联邦国家或条约国家收到的引渡罪犯的请求的基本法律制度。此外，斯里兰卡还提及修正该法律的相应规定，其中包括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立法规定。

81. 突尼斯提及其《刑事诉讼法典》承认主动属人管辖权原则、被动属人管辖权原则以及客观领土原则，但是塞尔维亚指出其刑事立法适用主动属人管辖权原则。

82. 科威特提及，科威特国政府受其约束的各项国际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。³⁷

³⁷ 例如涉及必须引渡的情况、不允许引渡的情况以及为引渡罪犯所必须满足的条件等事宜。

83. 美国指出，美国没有制定关于引渡或起诉义务的国内立法规定。

3. 反映“或引渡或起诉”义务适用情况的国家司法实践

84. 爱尔兰、拉脱维亚、墨西哥和斯洛文尼亚都表示它们没有反映或引渡或起诉义务适用情况的国家司法实践。

85. 智利和斯里兰卡³⁸提及反映或引渡或起诉义务适用情况的国家司法实践案例。智利介绍的两个案件都是有关拒绝引渡请求的。

86. 塞尔维亚表示，其司法实践允许在符合所有引渡条件的情况下引渡外国人。在过去十年里，拒绝引渡请求的情形非常少见，而且主要原因是涉及的人是塞尔维亚国民。出现这种情形时，所涉人士在塞尔维亚没有遭到起诉，因为他们的罪行没有满足被视为规定了引渡或起诉义务的国际文书下的罪行所需的条件。

87. 美国提及其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，并举了一个例子。³⁹

88. 特别报告员深信，各国司法实践可充当确认或引渡或起诉义务正在发展的习惯法背景的主要来源之一。虽然在各国提交的书面资料中可能会发现，司法当局在实践中运用该原则的例子相对较少，但是，其他来源报告的这类案件则不断增加。例如：

³⁸ 科伦坡最高法院在埃卡纳亚克诉司法部长案的判决（SLR 1988 (1)，第46页）中考虑到载有引渡或起诉义务的下列国际公约：(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》。

³⁹ 美国的一家上诉法院在美利坚合众国诉优素福案(327 F.3d 56 (2d Cir. 2003))中裁定，《蒙特利尔公约》“在缔约国之间”订立了“引渡或起诉实施条约禁止的行为的人的司法管辖协定”（第96页）。

(a) 美洲人权法院在其对戈伊武罗等人诉巴拉圭案的裁决、即2006年9月22日的判决(案情、赔偿和费用)⁴⁰中指出如下:

为达到此目的,引渡是一个重要的工具。因此,本法院认为应宣布《公约》缔约国应相互合作,消除本案中实施的违法行为的有罪不罚现象,起诉责任人,并在适当时予以惩罚。而且,基于这些原则,一个国家不能通过不正当适用危害相关国际义务的法律机制来直接或间接保护那些被指控实施侵犯人权罪行的人。因此,《美洲公约》确立的集体保障机制,再加上在这个问题上的区域和普遍性的国际义务,使得本区域各国有义务在这方面善意合作,要么同意引渡,要么对在领土上的对这一案件的事实负有责任者进行起诉:

(b) 危地马拉宪法法院在2007年12月12日裁决,不同意一名西班牙调查法官的两项引渡请求,因为该法院认为,西班牙在此案中不能行使普遍管辖权。此案在西班牙被称为里奥斯·蒙特案,其依据的是在武装冲突期间对危地马拉玛雅人灭绝种族罪的指控以及危地马拉官员在危地马拉市的西班牙大使馆实施的杀戮。宪法法院指出,它作出这一裁决的原因中还包括:《防止及惩治灭绝种族罪公约》并没有规定在未经领土所属国即危地马拉事先同意的情况下可由第三国行使普遍管辖权。不过,该裁决包含有关起诉或引渡义务的肯定声明。该法院三次忆及危地马拉有引渡或起诉的责任。该法院这一似乎并不基于任何公约规定或任何条约的肯定主张被引述为作出这一声明的基础。该法院仅将此称为一项规则或义务;⁴¹

⁴⁰ 美洲人权法院,《C辑》,第153号;可查阅 www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_ing.pdf (2019年5月28日查阅有效)。

⁴¹ 见危地马拉,宪法法院,2008年。此外,负责里奥斯·蒙特案的调查法官圣地亚哥·佩德拉斯·戈麦斯最近在马德里发表的声明(Spain, Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción Uno, D. Previa 331/1999)中,不仅对危地马拉当局在调查中不合作感到遗憾,而且发表了一些具有法律性质的很有价值的陈述,特别提及关于或引渡或起诉原则的习惯法和协定性质以及该原则对绝对法所涉所有罪行的适用:

“在调查罪行(灭绝种族罪、酷刑、暗杀)的过程中,西班牙王国通过及时和适当的调查委托,请危地马拉当局提供司法合作。尽管西班牙方面多次努力争取所述合作,但所委托的调查无一得到实施。危地马拉国表现出明显的拖延态度,不但延误工作进程,而且声称那些被控者的签名、脚注、财政资源等方面存在‘问题’。

“.....

(c) 西班牙国家法院在2008年4月28日作出的裁决是司法行为中出现或引渡或起诉原则的另一新例子。该国家法院在可以上诉的第一次初步裁定中认定,阿根廷因1975年实施的一起强迫失踪案和另一起监禁和酷刑案而提出的调查玛丽娅·埃斯特拉·马丁内斯·德·庇隆(胡安·庇隆的遗孀、即他的第三任妻子)的引渡请求可能无法予以同意。该法院列举的主要理由是阿根廷缺乏管辖权和法定时效对1975年犯下的罪行的适用。该法院认定,这些罪行不是广泛或有系统的,因此,不构成危害人类罪(该法院认为,对于危害人类罪,的确不得适用时效法规)。此外,该法院在解释西班牙和阿根廷之间的引渡条约时称,如果引渡请求被拒绝,则嫌犯所在国有义务在本国法院对其进行审判。不过,该法院还附加了一个迄今未为人所知的新条件:只有请求国(在此案中是阿根廷)提出要求时,本国法院才可进行审判。

89. 在我们开始关于引渡或起诉义务的工作后不久通过的上述三个司法行为可能有助于推动沿着这一方向开展进一步研究,因为它们表明,可被视为这一义务的基础的不仅有条约,而且还有其他来源。

“与此同时,该国宪法法院通过这一裁决,让各方了解到,危地马拉国对违反其国际义务和本国法律负有全部责任,它无视普遍性义务(普遍适用的)或引渡或起诉(引渡或起诉)的国际义务,而这项义务自从十七世纪由格劳秀斯确立以来得到了最权威的学说的承认,今天已被纳入习惯国际法和协定国际法以及国际刑法。值得指出的是,除了在习惯国际刑法、协定(以条约为基础的)国际法(如《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》.....)中的适用外,引渡或起诉要求是义务性的,并且被反复提到。

“尽管有此普遍适用的义务,适用于本质上是绝对法的所有国际罪行,如本案指控的人的罪行,但危地马拉最高法院未对这些法律的充分有效以及该国各法院执行这些法律的义务作出任何表述或暗示,因而,危地马拉公然违反了其作为一个国家的国际义务。

“.....

“根据国际法的规定,灭绝种族是一种犯罪行为。因此,国际社会所有成员都有义务对这种罪行进行起诉。危地马拉宪法法院在其裁决中,以它审理的正在调查的其他罪行的同样方式,将对玛雅人实施的行为定性为政治犯罪。

“.....

“所以,西班牙司法系统继续调查这些罪行的工作变得更加必要。.....很显然,在起诉那些推定应承担刑事责任者的过程中,危地马拉将不会予以合作,它违反上述或引渡或起诉义务,拒绝接受引渡他们的请求。”

4. 在一国立法或实践中，适用或引渡或起诉义务的原则的罪行或犯法行为

90. 智利、斯洛文尼亚和波兰提及或引渡或起诉义务适用于所有犯法行为。就智利而言，国内立法没有限制将这一原则适用于某些罪行或犯法行为的规定。在斯洛文尼亚，该原则适用于《刑法典》所述的所有犯罪行为，包括源于国际人道主义法和国际条约的各种犯罪行为。在波兰，该原则适用于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。

91. 爱尔兰对照提及了国内立法的资料。

92. 在墨西哥，根据《司法部门组织法》，实施联邦罪的个人可以被引渡，国际条约中所述犯罪行为是联邦罪，由联邦刑事法官审判。

93. 正如本节即 B 节开头时指出的那样，本节讨论的评论和资料是从数目有限的国家收到的书面形式的评论和资料。因此，实际上，各国对国际法委员会报告中提出的问题的更广泛的回应，大多可以从各国代表在大会第六十二届会议期间在第六委员会上的发言中找到。

C. 大会第六十二届会议期间第六委员会关于引渡或起诉义务的讨论

94. 本节就像第二次报告相应一节一样，取材于秘书处编制的关于大会第六委员会讨论的专题摘要。⁴² 特别报告员决定，同以前一样，保留对专题摘要资料的系统安排，包括秘书处所用的副标题，这样可以更清楚了、更透明地反映各会员国的看法和意见。由于缺乏从各国收到的根据 2007 年报告第三章所载要求提出的书面意见（见上文第 54 段），因此，要了解各国有关本专题的意见和实践，各代表团在第六委员会所表达的意见特别重要。

⁴² 见 A/CN.4/588 号文件，第 161 至第 173 段。特别报告员谨此再次感谢秘书处提供十分积极的协助，为本报告的编写收集材料并加以系统化。

1. 一般性评论

95. 在大会 2007 年第六十二届会议期间，在第六委员会会议上，一些代表团强调，引渡或起诉的义务旨在通过确保不让被控实施某些罪行的人员有避难所并审判其罪行，来打击有罪不罚的现象。有代表指出，适用这项义务不得损害各国的管辖权或影响国家官员刑事诉讼豁免权。

96. 一些代表团欢迎关于进一步发展特别报告员所提专题的计划。有代表表示支持委员会根据从各国政府收到的信息对有关引渡或起诉义务的国际条约、国内立法和司法裁决进行系统调查。一些代表团认为，委员会应在起草任何有关这一专题的条款之前优先开展这项调查工作。若干代表团在辩论中按照委员会的要求提供了关于本国在这一领域的法律和实践的信息。

97. 有代表指出，委员会应审查国际条约中引渡或起诉义务的不同模式，但另有代表认为，如果这项义务只存在于协定法之中，则关于此专题的条款草案可能并不妥当。⁴³

2. 义务的习惯法性质

98. 一些代表团认为，引渡或起诉义务只是依据条约，并不具备习惯法性质。其他一些代表团认为，至少对于最严重的国际罪行，这项义务已经取得习惯法地位，或者即将获得这种地位。⁴⁴ 有人辩称，授予各国际刑事法庭审判某些严重国际罪行的管辖权，就是证明对于这些罪行，引渡或起诉义务正在开始具有习惯法地位。⁴⁵ 一些代表团强调，应通过检

⁴³ 例如，见美国代表的发言（《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第 22 次会议，(A/C.6/62/SR.22)，第 91 段）。

⁴⁴ 中国代表发表了一个有趣的意见，该国代表说，“引渡或起诉义务主要是一项条约义务，但如它所适用的罪行本身是国际社会公认的习惯法规定的罪行，它也可能成为习惯国际法下的义务。该项义务所涵盖的罪行重点应是国际法确认的危害国际社会共同利益的国际罪行和跨国罪行，以及国内法所述危害国家和公共利益的严重罪行。可考虑在条款草案中列入一个非穷尽式的罪行清单”（同上，第 62 段）。

⁴⁵ 例如，瑞典代表代表北欧国家发言说，有理由认为，引渡或起诉义务在有关诸如灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑和恐怖主义罪等罪行方面，正在获得习惯法地位。委员会在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案中得出结

查相关国家实践来解决这个问题，并支持委员会对此问题作进一步的研究。⁴⁶ 总体上说，与各国对2006年初步报告的反应相比，可以说各国对或引渡或起诉义务可能具有习惯法依据的提法的批评态度在某种程度上已经缓和。

3. 义务所涵盖的罪行

99. 一些代表团建议委员会就这项义务所涵盖的罪行建立一份非穷尽式清单（见上文脚注44）。至于可以纳入这个清单的犯法行为，各代表团提及了灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和酷刑，以及恐怖主义和腐败。

100. 其他代表团则支持委员会只限于制订确定须适用这项义务的罪行的准则（例如，使用“危害人类和平与安全罪”的概念或提及整个国际社会的利益）。

4. 义务的范围和内容

101. 一些代表团表示，义务范围的界定应该仍是委员会研究的核心内容。有人指出，在被指控的罪犯出现在某国领土内时该国就产生了这项义务。

102. 还有人指出，在同时存在多个管辖权的情况下，罪行实施地所在国的管辖权或者被指控的罪犯的国籍国的管辖权优先。有人表示支持委员会在本专题范围内检查起诉义务的范围和条件以及引渡的条件（包括国内法的规定）。还有人提出了供委员会进一步审议的具体问题，比如确定义务适用性所需的领土联系的性质。

103. 一些代表团认为，引渡或起诉义务的内容，特别是其中两个选择之间的关系，应在规定该义务的每一公约的范围内解释。

论认为，灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪属于或引渡或起诉义务的适用范围。各国就结束这些罪行的有罪不罚现象所作实际承诺的重要性也在《国际刑事法院罗马规约》中得到反映，该规约是建立在互补性原则基础上的（同上，第33段）。

⁴⁶ 阿根廷代表就提出了这样一个建议，该国代表说，应根据有关罪行的类别，逐案显示该项原则的习惯法性质。尽管对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等最严重的罪行存在一种法律确信，但是对于这类罪行究竟是应适用上述原则，还是适用普遍管辖权，还不能妄下定论（同上，第58段）。

104. 有人建议，在研究义务的范围和内容时，委员会应特别审议引渡和起诉这两个选择之间的关系。一些代表团强调此项义务的待择性，并举例指出，羁押国有权自由裁量决定履行此项义务的哪一部分。其他代表团却指出此项义务的条件性，或指出引渡选项优于起诉选项。

5. 与普遍管辖权的联系

105. 一些代表团强调了引渡或起诉义务与普遍性原则之间的关联（特别指出了两者的共同目的），并建议委员会不应事先排除这样一种关联的存在。其他代表团拒绝承认存在此种关联，或认为这种关联没有实质意义。

106. 在此方面，一些代表团认为，普遍管辖权的概念不应成为本研究的重点。一些代表团鼓励委员会（在另外的规定中或在未来条款草案的评注中）分析这一概念与引渡或起诉义务的关系，其他代表团则反对这个建议。还有人辩称，委员会应明确区分这两个概念，并且在未来的条款草案中只在研究引渡或起诉义务需要时才处理普遍管辖权的问题。有观点认为，扩大普遍管辖权可以有效地实施引渡或起诉义务；为此，有人指出，为了有可能在或引渡或起诉这两个选项之间作出选择，国家应确保对相关犯法行为具有管辖权。

6. 向国际刑事法庭移交嫌疑人

107. 一些代表团欢迎特别报告员决定不进一步审查所谓的“三重选择”（即：向国际刑事法庭移交被指控的罪犯）的做法。⁴⁷ 但是其他一些代表团却仍认为，“三重选择”提出了应在本专题内审议的具体问题。有人指出，在任何情况下，各国必须履行有关国际刑事管辖的义务。

⁴⁷ 例如见联合国王国代表的发言，该国代表对特别报告员的上述决定表示欢迎，并回顾说，向各国际刑事法院移交个人的问题要遵循一套特定的条约安排和法律规则（同上，第24次会议，A/C.6/62/SR.24，第63段）。法国代表发表了类似的意见，她说，考虑到相关领域中适用的特别条约规则，法国代表团赞同特别报告员关于不进一步审查所谓“三重选择”（向国际刑事法庭移交个人）的决定（同上，第20次会议（A/C.6/62/SR.20），第12段）。

7. 特别报告员提出的条款草案第1条

108. 一些代表团对特别报告员提出的条款草案第1条表示欢迎。但是，有人指出，这条规定提出了一些仍待委员会处理的问题，需要进一步澄清。一些代表团批评此条规定提及义务的“待择”性以及义务有关的不同时期。⁴⁸ 有人呼吁进一步检查被指控的罪犯在某国“管辖之下”这一条件；为此，有人

⁴⁸ 墨西哥代表申明，源于或引渡或起诉原则的义务不是待择性而是有条件的。因此，他建议改写条款草案第1条，以消除这种待择性质（同上，第24次会议（A/C.6/62/SR.24），第9段）。

建议，条款草案应提及在羁押国境内或受其控制的个人。

8. 委员会工作的最终结果

109. 一些代表团表示它们对委员会工作成果的最终形式态度灵活。一些代表团指出，关于这个问题的决定将取决于委员会随后对专题进行审议的结果。总体上说，显然所有代表团都希望避免预先判断委员会关于这一专题的工作的最终形式。同时，这为委员会对这一问题作出最后决定留有更大余地。

第二章

关于引渡或起诉义务的规则草案

110. 虽然委员会和第六委员会都没有对引渡或起诉义务的正式形式作出决定，但它们似乎都对特别报告员在其第二次报告中提出的建议，即拟订关于或引渡或起诉义务的条款草案，包括从关于适用范围的条款草案第1条开始拟订几条初步条款草案，表示了相当肯定的态度。

111. 以条款草案的方式拟订委员会关于引渡或起诉义务的工作成果，不损害委员会对条款草案应纳入的国际文书的种类（决议附件、宣言、公约草案等）作出最后决定。

A. 第1条：条款草案的适用范围

112. 总体上说，上文第20段引述的条款草案第1条得到了委员会委员和第六委员会的代表们的积极评价，但有些发言涉及对该条加以改进（见上文第52段和第108段）。

113. 特别报告员考虑到在委员会和第六委员会中人们发表的意见，准备从上述条款的拟议案文中删去（“义务”之前的）形容词“待择”二字，但正如在上文脚注25中所提到的，在引渡或起诉义务的学理说明中使用了该形容词。

114. 条款草案第1条中引起某些讨论的另一要素是列举有关义务的形成和适用阶段（“确立、内容、

运作和效力”）。此处特别报告员准备进一步讨论完全删除列举的内容或用其他形式取而代之（如：“形成和适用”）。

115. 最后，条款草案第1条中的属人要素（“在其管辖之下的人”）也受到某些批评。有人建议以其他措辞取而代之，如“在羁押国境内的人”或“受羁押国控制的人”。虽然特别报告员更喜欢他原初的提议，但对这一问题似乎可以开展进一步的讨论。

116. 考虑到委员会委员和出席第六委员会会议的代表发表的评论以及各国的意见，特别报告员在本阶段希望讨论继续下去，并提出条款草案第1条的“另一类”文本：

“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][在羁押国境内的][受羁押国控制的]人的法律义务的确立、内容、运作和效力。”

117. 特别报告员希望取消受到批评的“待择”义务这一概念，提议在“义务”前加上“法律”二字，以强调上述义务必须基于法律背景，而不被视为道德或政治性质的义务。认为或引渡或起诉原则是制止犯罪的根本要素或者是强权外交的限制因素，这

种观点虽然不无道理，但可能产生增加其道德或政治意义而减轻其法律价值的倾向。

118. 对提议取消列举有关义务可能出现的不同阶段（确立、内容、运作和效力）的做法，特别报告员持有某些怀疑。当然，可以用简短一些的描述（如：形成和适用）来取而代之，但在拟订适用于或引渡或起诉义务出现的更详细阶段的规则草案的过程中，这可能会引起某些麻烦。但委员会必须尽快对这一问题作出决定，因为它是使未来的规则草案进一步系统化的先决条件。

B. 第2条：用语

119. 在制订有关引渡或起诉的义务的规则草案过程中，为避免误解和不必要的重复，此条看来是必要的。虽然特别报告员在第二次报告中就条款草案里可能需要更详细定义的用语提出了一些建议，但编制这种用语目录的可能性没有获得积极反响。不过，也无人反对这样一个条款，而且这一构想也得到了相当肯定的对待。

120. 作为这类用语的例子，特别报告员在第二次报告中提到了“引渡”、“起诉”、“管辖权”和“人”。关于最后一个用语，可能应在条款草案“适用范围”中增加对“罪行”和“犯法行为”的更严密说明。特别报告员仍然认为，条款草案第2条应继续开放征求意见直至工作结束，以便有机会在必要时增加其他定义和说明。

121. 同时，条款草案第2条中唯一可以毫无疑问建议的部分如下：

“第2条 用语

“1. 为本条款草案的目的：

(a) “引渡”是指……；

(b) “起诉”是指……；

(c) “管辖权”是指……；

(d) “管辖之下的人”是指……；

……

“2. 第1款关于本条款草案中用语的规定不妨碍 [其他国际文书或] 任何国家的国内法对这些用语的使用或赋予的含义。”

122. 请委员会委员提出他们认为为本条款草案的目的应在条款草案第2条中专门定义的其他用语。条款草案第2条第2款的括号部分沿用了（委员会拟订草稿的）国际条约中类似条款使用的不同形式。⁴⁹ 特别报告员认为，考虑到与或引渡或起诉义务有关的多项国际条约，条款草案第2条除“任何国家的国内法”部分外，应把“不妨碍”条款也扩大到“其他国际文书”。

C. 第3条：条约作为引渡或起诉义务的来源

123. 本报告提出的条款草案第3条涉及作为引渡或起诉义务来源的条约。特别报告员在第二次报告中已提出了这一建议。由于这一建议在委员会或第六委员会都未受到反对，条款草案第3条的案文似可如下：

“第3条 条约作为引渡或起诉义务的来源

“如果一项条约规定了引渡或起诉义务，则每个缔约国都有义务引渡或起诉被指控的罪犯。”

124. 国际条约被一般公认为引渡或起诉义务的来源，对这一点已有相当普遍的共识。含有或引渡或起诉义务的国际条约在逐年增多。拟订条款草案本身尚不足以作为编纂一条具有普遍约束力的习惯

⁴⁹ 例如，1969年《维也纳条约法公约》只提到了“任何国家国内法”（第二条第二项），而2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》则把“不妨碍”条款也扩大到了“其他国际文书”（第2条第3款）。

法规则的背景，但在越来越多的条约确立和确认这样一种义务的基础上发展国际实践，至少可以开始拟订一项适当的习惯规范。

125. 特别报告员在此要提请注意这样一种理论阐述：“如果一个国家加入许多国际条约，而所有这些条约都对或引渡或起诉原则作出了大同小异的规

定，这就有力证明了该国有意接受这一可以普遍实施的规定约束，并有力证明此种做法应导致这一原则在习惯法中得到确立。”⁵⁰

⁵⁰ Enache-Brown and Fried, “Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of *Aut Dedere Aut Judicare* in International Law”, 第 629 页。

第三章 结论

126. 正如开头部分所述，关于引渡或起诉义务的本报告与前两次报告（2006年的初步报告和2007年的第二次报告）密切相关。仔细阅读所有这三次报告，不难注意到所提问题的顺序及其在随后的报告中的延续。这种相互关联的办法虽然有一些重复，但似乎适合于最终拟订真正反映现有法律现实的规则草案。就在我们进行审议的这段不太漫长的期间，法律现实也在发生变化。例如，从处理有关事项的不断增长的国家法律行为和司法裁决，就可注意到这种变化。这种情况创造和发展了法律实践，而法律实践是确立和接受一种新的习惯规范的一个关键要素。证明或引渡或起诉义务的习惯法依据的存在正是我们努力的主要目的。最近三年来各国对这些努力的接受程度似乎在不断增加。

127. 在仍未解决的首批问题中，或引渡或起诉义务与普遍管辖权原则之间相互关系的问题显得比较突出。虽已努力向各国征求一些具有说服力的意见，特别是通过在第二次报告第20段中增补问题来做到这一点，但各国的反应可以归纳为下述三点：首先，就得到的答复数目而言，反应远远不够；其次，由于这些答复分歧明显（见上文第45至第48段、第107段和第108段），因此也不具备说服力；最后，在工作过程中，我们在提出与普遍管辖权有关的问题时，看来应避免任何夸张。另一方面，无论何时何地，只要涉及履行引渡或起诉的义务，就不可能无视或甚至不可能轻视普遍管辖权的问题。应当制订一个折中方案，而这在很大程度上要依靠各国对委员会在这方面提出的请求给予正面的反应。

128. 另一个尚未解决的重要问题涉及特别报告员在第二次报告中作出的关于不进一步审查“三重选择”的决定。所谓“三重选择”是指把被指控的罪

犯移交给国际刑事法庭。虽然许多国家都支持这个决定，但要完全排除这个问题看来还过早。

129. 应该记得，2007年1月9日，《阿根廷共和国政府公报》发布了在该国执行《罗马规约》的法令，其中包括对与移交问题密切相关的或引渡或起诉义务的规定。内容如下：

第4条 或引渡或起诉原则

如果在阿根廷共和国境内或在其管辖下的任何一个地方发现有涉嫌实施本法所述罪行的人，而共和国没有将其引渡或移交国际刑事法院，阿根廷共和国应采取一切必要措施行使与此种罪行有关的管辖权。⁵¹

130. 最近乌拉圭、巴拿马和秘鲁颁布的一些关于执行《罗马规约》的法律也在移交人员方面规定了或引渡或起诉义务。目前的印象是，“三重选择”仍然具有活力而且与引渡或起诉的义务密切相关。

131. 在结束对审议意见的陈述时，特别报告员要请委员会委员和参加第六委员会的代表公开答复本报告、或第二次报告乃至初步报告中提出的所有问题和难题。这将使我们有可能继续进行并完成我们共同开展的有关引渡或起诉义务的条款草案的工作。对于正面临国内和国际犯罪不断增长威胁的国际社会各国而言，这一工作的积极成效看来越来越重要。

⁵¹ *Boletín Oficial de la República Argentina*, 2015年，第31069号，2007年1月9日，执行《国际刑事法院罗马规约》的第26200号法（由第25390号法通过，2001年1月16日获得批准），一般规定、一般惩罚和原则，妨害国际刑事法院司法罪，与国际刑事法院的关系。2006年12月13日核准，2007年1月5日实际颁布。

引渡或起诉义务（或引渡或起诉）

[议程项目 7]

A/CN.4/599 号文件

从各国政府收到的评论和意见

[原文：英文 / 俄文 / 西班牙语]

[2008 年 5 月 30 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书.....		147
导言.....	1-5	149
从各国政府收到的评论和资料.....		150
A. 智利.....		150
B. 危地马拉.....		151
C. 毛里求斯.....		152
D. 荷兰.....		153
E. 俄罗斯联邦.....		155

本报告引用的多边文书

	来源
《中美洲引渡公约》[英]（1923 年 2 月 7 日，哥伦比亚特区华盛顿）	《美洲国际法期刊增刊》，第 17 卷，1923 年，第 76 页。
《国际私法公约》[英]（1928 年 2 月 20 日，哈瓦那）	国际联盟，《条约汇编》，第 86 卷，1950 年，第 111 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。
《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。
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 970-973 号。
《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（《第一公约》） [英] （1949 年 8 月 12 日，日内瓦）	同上，第 75 卷，第 970 号，第 31 页。
《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》 （《第二公约》）[英]（1949 年 8 月 12 日，日内瓦）	同上，第 75 卷，第 971 号，第 85 页。
《关于战俘待遇之日内瓦公约》（《第三公约》）[英] （1949 年 8 月 12 日，日内瓦）	同上，第 75 卷，第 972 号，第 135 页。
《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《第四公约》）[英] （1949 年 8 月 12 日，日内瓦）	同上，第 75 卷，第 973 号，第 287 页。

- 《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)
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)(1977年6月8日,日内瓦)
- 《欧洲引渡公约》[英](1957年12月13日,巴黎)
- 《欧洲引渡公约附加议定书》[英](1975年10月15日,斯特拉斯堡)
- 《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)
- 《公海公约》(1958年4月29日,日内瓦)
- 《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)
- 《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)
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》[英](1970年12月16日,海牙)
- 《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,哥伦比亚特区华盛顿)
- 《心理旋转物质公约》(《精神药物公约》)(1971年2月21日,维也纳)
- 《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)
- 《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)
- 经《1978年议定书》[英](1978年2月17日,伦敦)修正的《国际防止船舶造成污染公约》(《防止船污公约》)[英](1973年11月2日,伦敦)
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日,纽约)
- 《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》(1973年12月14日,纽约)
- 《欧洲制止恐怖主义公约》[英](1977年1月27日,斯特拉斯堡)
- 《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)
- 《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)
- 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日,纽约)
- 《美洲国家间引渡公约》[英](1981年2月25日,加拉加斯)
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾)
- 《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)
- 《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)
- 《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988年3月10日,罗马)
- 上述公约的《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)
- 《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)
- 《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》(1993年1月13日,巴黎)
- 《美洲被迫失踪人士公约》[英](1994年6月9日,贝伦杜帕拉)
- 联合国,《条约汇编》,第1125卷,第17512号,第3页。
- 同上,第17513号,第609页。
- 同上,第359卷,第5146号,第273页。
- 同上,第1161卷,第A-5146号,第450页。
- 同上,第1496卷,第A-5146号,第328页。
- 同上,第450卷,第6465号,第11页。
- 同上,第520卷,第7515号,第151页。
- 同上,第704卷,第10106号,第219页。
- 同上,第860卷,第12325号,第105页。
- 同上,第1438卷,第24381号,第191页。
- 同上,第1019卷,第14956号,第175页。
- 同上,第974卷,第14118号,第177页。
- 同上,第1589卷,第14118号,第474页。
- 同上,第1340卷,第22484号,第61页。
- 同上,第1015卷,第14861号,第243页。
- 同上,第1035卷,第15410号,第167页。
- 同上,第1137卷,第17828号,第93页。
- 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第190号。
- 联合国,《条约汇编》,第1456卷,第24631号,第101页。
- 同上,第1316卷,第21931号,第205页。
- 同上,第1752卷,第30597号,第177页。
- 同上,第1833卷,第31363号,第3页。
- 同上,第1465卷,第24841号,第85页。
- 美洲国家组织,《条约汇编》,第67号。
- 联合国,《条约汇编》,第1678卷,第29004号,第201页。
- 同上,第1678卷,第29004号,第201页。
- 同上,第1582卷,第27627号,第95页。
- 同上,第1974卷,第33757号,第45页。
- 《国际法律资料》,第33卷,1994年,第1529页。

- 《联合国人员和有关人员安全公约》（1994年12月9日，纽约）
联合国，《条约汇编》，第2051卷，第35457号，第363页。
- 《美洲国家反腐败公约》[英]（1996年3月29日，加拉加斯）
《国际法律资料》，第35卷，1996年，第727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）
联合国，《条约汇编》，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）
《国际法律资料》，第37卷，1998年，第4页。
- 《国际刑事法院罗马规约》（1998年7月17日，罗马）
联合国，《条约汇编》，第2187卷，第38544号，第3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。
- 《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。
- 《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打击陆、海、空运转移民的补充议定书》（2000年11月15日，纽约）
同上，第2241卷，第A-39574号，第480页。
- 《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。
- 《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。
- 《中美洲逮捕令与简化引渡程序条约》[西]（2005年12月2日，莱昂（尼加拉瓜））
中美洲一体化体系总秘书处，《中美洲一体化体系法律文书》，第一版，2008年，第419页。

导言

1. 本报告是按照大会2007年12月6日第62/66号决议的要求编写的。该决议除其他外，邀请各国政府就“引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）”这个专题向国际法委员会提供实践方面的资料。

2. 2006年，委员会在第五十八届会议上决定依照其《章程》（大会1947年11月21日第174（二）号决议，附件）第19条第2款的规定，通过秘书长邀请各国政府提出它们有关这个专题的立法和实践的信息，特别是当今的信息。更具体地说，大会请各国政府提供以下信息：

(a) 对一国有约束力的、载有引渡或起诉义务的国际条约，以及该国为限制该义务适用而作出的保留；

(b) 一国通过并适用的、涉及引渡或起诉义务（或引渡或起诉）的国内法规，包括宪法性规定和刑事诉讼法典；

(c) 反映或引渡或起诉义务之适用情况的国家司法实践；

(d) 在一国立法或实践中适用或引渡或起诉义务原则的罪行或犯罪行为。¹

3. 2007年，委员会在第五十九届会议上进一步请各国政府提交相关的立法和实践的信息，特别是当今的信息，具体来说是以以下方面的信息：

(a) 含刑事事项的普遍管辖权原则、对国家有约束力的国际条约；它是否与或引渡或起诉义务有关？

(b) 国家通过和适用的、关于刑事事项的普遍管辖权原则的国内法规，包括宪法性规定和刑法典或刑事诉讼法典；它是否与或引渡或起诉义务有关？

¹ 见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30段。

(c) 反映刑事事项的普遍管辖权原则的国家司法实践；它是否与或引渡或起诉义务有关？

(d) 在国家立法和实践中适用了刑事事项的普遍管辖权原则的罪行或犯法行为；它是否与或引渡或起诉义务有关？²

4. 在同届会议上，委员会还表示期望得到以下信息：

(a) 国家是否有权根据国内法引渡条约并未涵盖的案件中的人员或引渡其本国入？

(b) 国家是否有权主张对于发生在他国且不涉及本国国民的罪行的管辖权？

(c) 国家是否视引渡或起诉的义务为习惯国际法的义务，若然，在什么程度上是如此？³

5. 在委员会第五十九届会议上发表的评论意见转载于《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/579和Add.1至4号文件。从那时直至2008年5月30日，从下列五个国家收到了书面意见：智利、危地马拉、毛里求斯、荷兰以及俄罗斯联邦。

² 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31段。

³ 同上，第32段。

从各国政府收到的评论和意见

A. 智利

6. 为了补充《2007年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/579和Add.1至4号文件里转载的信息，智利提交了一份清单，列出了它加入的、含有引渡或起诉义务的条约：《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》，1984年12月10日通过，外交部1988年10月7日第808号最高法令颁布，载于1988年11月26日《政府公报》；《美洲防止和惩处酷刑公约》，1985年12月9日通过，外交部1988年10月7日第809号最高法令颁布，载于1988年11月26日《政府公报》；《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日通过，外交部1977年2月28日第129号最高法令颁布，载于1977年3月29日《政府公报》；《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，1949年8月12日通过，外交部1950年12月5日第752号最高法令颁布，载于1951年4月17日《政府公报》；《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》，1949年8月12日通过，外交部1950年12月5日第752号最高法令颁布，载于1951年4月17日《政府公报》；《关于战俘待遇之日内瓦公约》，1949年8月12日通过，外交部1950年12月5日第752号最高法令颁布，载于1951年4月18日《政府公报》；《关于战时保护平民之日内瓦公约》，1949

年8月12日通过，外交部1950年12月5日第752号最高法令颁布，载于1951年4月19日和20日《政府公报》；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，联合国大会1999年12月9日通过，外交部2002年7月3日第163号最高法令颁布，载于2002年9月13日《政府公报》；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，联合国大会1997年12月15日通过，外交部2001年11月20日第519号最高法令颁布，载于2002年2月6日《政府公报》；《反对劫持人质国际公约》，联合国大会1979年12月17日通过，外交部1981年11月16日第989号最高法令颁布，载于1982年1月8日《政府公报》；《关于制止非法劫持航空器的公约》，1970年12月16日在海牙签署，外交部1972年3月20日第147号最高法令颁布，载于1972年4月19日《政府公报》；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，1971年9月23日在蒙特利尔签署，外交部1975年11月4日第736号最高法令颁布，载于1975年12月11日《政府公报》；补充1971年《蒙特利尔公约》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》，1988年2月24日在蒙特利尔签署，外交部1989年7月10日第519号最高法令颁布，载于1989年9月9日《政府公报》；《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》，1988年3月10日在罗马通过，外交部1994年6月3日第793号最高法令

颁布，载于1994年8月8日《政府公报》；《联合国人员和有关人员安全公约》，1994年12月9日在纽约通过，外交部1999年5月12日第712号最高法令颁布，载于1999年7月21日《政府公报》；《联合国反腐败公约》，2003年10月31日在纽约通过，外交部2006年11月23日第375号最高法令颁布，载于2007年1月30日《政府公报》；《美洲国家反腐败公约》，1996年3月29日在加拉加斯通过，外交部1998年10月29日第1879号最高法令颁布，载于1999年2月2日《政府公报》。

B. 危地马拉

对危地马拉有约束力的、载有引渡或起诉义务的国际条约，以及危地马拉为限制该义务适用而作出的保留

1. 危地马拉提交了下列的相关多边条约清单：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公约》（《第一公约》）；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之公约》（《第二公约》）；《关于战俘待遇之公约》（《第三公约》）；《关于战时保护平民之公约》（《第四公约》））；1961年3月30日《麻醉品单一公约》；1970年12月16日《关于制止非法劫持航空器的公约》；1971年2月21日《精神药物公约》；1971年9月23日《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；1973年12月14日《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》；1979年12月17日《反对劫持人质国际公约》；1980年3月3日《核材料实物保护公约》；1997年12月15日《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；1999年12月9日《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；2000年11月15日《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；2003年10月31日《联合国反腐败公约》；1984年12月10日《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》。

2. 危地马拉进一步指出，它是1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1973年11月30日《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的缔约国，这两项公约都不包含引渡或起诉的义务，但都要求缔约国对相应的犯法行为确立管辖权，并依照每个国家的立法进行引渡。此外，危地马拉签署了、但尚

未批准1998年7月17日《国际刑事法院罗马规约》和1981年2月25日《美洲国家间引渡公约》。

3. 危地马拉还提交了一份清单，列出了相关的区域条约：1928年2月20日《国际私法公约》（《布斯塔曼特法典》）；1971年2月2日《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》；1985年12月9日《美洲防止和惩处酷刑公约》；1994年6月9日《美洲被迫失踪人士公约》；1996年3月29日《美洲国家反腐败公约》；1933年12月26日《引渡公约》；1923年2月7日《中美洲引渡公约》。

4. 危地马拉指出，它对上列的多边条约和区域条约的保留不影响这些条约中与引渡或起诉义务相关的条款规定。

5. 危地马拉进一步提交了一份相关的双边条约清单：《危地马拉与比利时引渡罪犯条约》、《危地马拉与比利时引渡罪犯条约附加公约》、《危地马拉与比利时引渡公约附加议定书》、《危地马拉与西班牙引渡条约》、《危地马拉与西班牙引渡条约附加议定书》、《危地马拉与美利坚合众国引渡条约》、《危地马拉与美国引渡条约补充公约》、《危地马拉与大不列颠及北爱尔兰联合王国引渡条约》、《危地马拉与联合王国引渡条约附加议定书》、《关于将引渡条约条款的适用范围延伸到联合王国管理的若干领土的换文》、《危地马拉与墨西哥引渡条约》、《危地马拉与大韩民国引渡条约》。

6. 最后，危地马拉报告说，它已经签署了三项条约，但这些条约尚未生效：《危地马拉与巴西引渡协定》、《危地马拉与秘鲁引渡条约》、《中美洲逮捕令与简化引渡程序条约》。

危地马拉通过并适用的、涉及引渡或起诉义务的内法规，包括宪法性规定和刑法典或刑事诉讼法典

7. 《危地马拉共和国政治宪法》第27条是有关引渡问题的；该条表明引渡受国际条约规范。这项条款还规定，不得因政治罪而引渡危地马拉人，更绝不能将其交给外国政府，除非按照有关危害人类罪或违反国际法的条约和公约须如此。这一条是有关

这个问题的一般国内立法的基础，例如《刑法典》第5条和第8条¹（共和国国会第17-73号法令及其修正案）和其他法律法规规定，例如《禁止贩运麻醉药品法》第68条和第69条、最高法院第8-2005号协定（规定了哪些法院有权就引渡请求作出决定）和1952年5月13日最高法院书记处第3426-B号公告。

8. 由于《宪法》规定引渡受国际条约规范，因此，国内现行关于引渡的少数规定在性质上主要是程序性的，是对那些条约的补充。国内立法必须符合公认的有关引渡的国际原则，例如，假如所涉事由属行为失检或可处一年以下监禁的轻罪或政治罪或相关的普通罪行，不得批准引渡被请求国的国民；同时被引渡的人被判处的刑罚不得比被请求国内可适用的刑罚更严厉，也不得判死刑。

9. 关于不交出国民的义务，《宪法》第27条禁止引渡国民的规定只适用于政治罪，但危害人类罪或违反国际法的罪行例外，这需要根据危地马拉加入的国际条约而定。因此，可通过排除法来推断，《宪法》不禁止交出国民，因为危地马拉当局有权决定批准或不批准引渡。不过，他们如果不批准一项引渡请求，则有义务起诉。

10. 同样，《刑法典》第5条第3款提供了一个具体例子，在这个例子中，危地马拉接受了或引渡或起诉义务，因为它指明“危地马拉人在危地马拉境外实施的行为，如果就此提出的引渡请求已被拒绝”，则应适用危地马拉刑法。

11. 《刑法典》涉及普通罪行，而危地马拉的《禁止贩运麻醉药品法》第68条和第69条与之不同，对与毒品有关的罪行定下了以下几项要素：

第68条 引渡和处理引渡请求的程序。[……]

(一) 设若引渡请求被拒绝，则不论这是司法裁决或是行政部门的决定，危地马拉都有义务起诉被拒绝的引渡请求所针对的人，并把经过认证的判决副本送至请求引渡的国家。

¹ 第5条第3款规定如下：“危地马拉人在危地马拉境外实施的行为，如果就此提出的引渡请求已被拒绝”。第8条规定如下：“只能对普通罪行尝试或给予引渡。只有存在互惠情况，才可根据国际条约给予引渡……”

本条适用于本法所定性的罪行。

第69条 豁免引渡程序权利。危地马拉国可不经正式引渡程序而把被追索的人交给请求引渡方，但需被追索的人在主管司法当局表示同意这种交付。

12. 在实践中，危地马拉不仅是为了对等而批准引渡的。危地马拉的《刑法典》第8条规定，只能对普通罪行尝试或给予引渡。它还规定，依照国际条约进行的引渡必须是对等的。不过，《宪法》第27条取代了这一条规定，规定引渡按国际条约规定实施。此外，危地马拉刑事立法没有关于什么是普通罪行的定义，也没有指明什么时候这才算政治罪。然而在实践中，根据法院的判例，“政治罪”一词是指危害国家安全或制度秩序的罪行（《刑法典》标题十一和十二）。

在危地马拉的立法或实践中适用引渡或起诉义务原则的罪行或犯法行为

13. 危地马拉解释说，根据上述一项或多项条约可以引渡的任何犯法行为都默示包含或引渡或起诉义务，只要没有对引渡不获批准情况下的起诉义务作出例外规定。

C. 毛里求斯

14. 毛里求斯提交了一份它所加入的、载有引渡或起诉义务的国际条约清单：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》和《关于战时保护平民之日内瓦公约》，1949年）；1977年6月10日在日内瓦签署的《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）；1977年6月10日在日内瓦签署的《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二议定书》）（1977年6月8日，日内瓦）；《关于制止非法劫持航空器的公约》，1970年，海牙（1983年4月25日批准）；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，1971年，蒙特利尔（1983年4月25日批准）；《精神药物公约》，1971年，维也纳（1973年5月8日

加入)；《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，纽约（2003年9月24日加入）；《反对劫持人质国际公约》，1979年，纽约（1980年10月17日批准）；《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，纽约（1992年12月9日加入）；《制止危及海上航行安全非法行为公约》，1988年，罗马（2004年7月21日加入）；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，1988年，维也纳，（2001年3月6日加入）；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，1997年，纽约（2003年1月24日加入）；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，1999年，纽约（2004年12月14日批准）；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，2000年，纽约（2003年4月18日批准）；《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（2003年9月24日加入）；《联合国反腐败公约》，2003年，纽约（2004年12月14日批准）。

2. 毛里求斯还于1983年4月5日批准了《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》，1963年，东京。然而，该《公约》并未规定引渡或起诉的义务，只是要求各缔约国在必要时采取这种措施，确立其作为注册国对在该国注册的航空器内犯下的罪行的管辖权。

3. 毛里求斯还表示，它与一些国家缔结了若干双边引渡条约。然而，这些双边引渡条约仅设立了在某些情况下进行引渡的义务，不同于引渡或起诉义务。

4. 毛里求斯的解释是，它没有任何关于引渡或起诉义务的具体国内立法。1970年的《引渡法》规定了毛里求斯的引渡做法，但甚至该法也没有任何关于或引渡或起诉的规定。另外，《引渡法》并不禁止引渡毛里求斯国民；通常在以国籍为由而拒绝引渡的国家，需要实施或引渡或起诉的原则以防止因为国籍而有罪不罚的情况。按照《防止腐败行为法》（2002年），对腐败罪仅仅可以引渡。该法未设立引渡或起诉义务。在这方面，该法第80节规定：“任何腐败罪将被视为可引渡罪行，可按照《引渡法》准予或获得引渡。”与此类似，2002年《金融情报和反洗钱法》第29节规定，洗钱罪属于可以引渡的罪行。该法并未规定起诉或引渡的义务。

5. 毛里求斯有若干确定对特定罪行的管辖权的法规，从而使检察长能够进行起诉。在这方面，用以执行《制止向恐怖主义提供资助的公约》的《2003年制止向恐怖主义提供资助公约法》规定了或引渡或起诉原则的适用。按照《2003年制止向恐怖主义提供资助公约法》第4节的规定，无论是在毛里求斯还是在海外实施的为恐怖主义提供资助的行为均构成犯罪。该法第7节第(-)款(h)项赋予毛里求斯一个法院审判涉嫌资助恐怖主义者的管辖权，但条件是嫌疑人在实施这一行为后必须身在毛里求斯境内，而不管构成犯罪的行为是在毛里求斯境内还是在境外实施，且此人不能引渡给对这一罪行拥有管辖权的外国。根据以上所述，毛里求斯法院似乎有权力对涉嫌在海外实施资助恐怖主义罪行的外国国民行使域外管辖权。该法规定了毛里求斯法院审判资助恐怖主义罪行的管辖权，但由于任何这种起诉均受制于毛里求斯没有能力引渡嫌疑人的情况，该法显然规定的是或引渡或起诉原则的适用。与此类似，引渡或起诉义务也被以同样方式规定于《2002年防止恐怖主义法》第30节(c)项，其中规定，如该法所界定的构成犯罪的行为是在毛里求斯境外实施或完成，而被指控的罪犯身在毛里求斯境内，且毛里求斯未将其引渡，则毛里求斯法院对审判该罪行和施以该法所规定的惩罚拥有管辖权。

6. 此外，毛里求斯指出，还有其他用于推动在刑事事项上进行国际合作的合作文书。例如，《2003年刑事及相关事项互助法》规定进行广泛协助，除其他外，包括向个人获取证据或陈述、搜查和扣押、提供文件或物证、送达文书，以及临时移交人员以协助调查或作为证人出庭。

D. 荷兰

对一国有约束力的、载有引渡或起诉义务的国际条约，以及该国为限制该义务的适用而作出的保留

1. 荷兰列举了如下相关条约：《取缔伪造货币国际公约》，1929年，日内瓦；《1936年取缔非法贩卖危险药品公约》，1936年，日内瓦；1949年日内瓦四公约（《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》和

《关于战时保护平民之日内瓦公约》);《公海公约》, 1958年,日内瓦;《麻醉品单一公约》, 1961年,纽约;《关于制止非法劫持航空器的公约》, 1970年,海牙;《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》, 1971年,蒙特利尔;《精神药物公约》, 1971年,维也纳;《国际防止船舶造成污染公约》(《防止船污公约》), 1973年;《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》, 1973年,纽约;《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》(《第一议定书》), 1977年,日内瓦;《欧洲制止恐怖主义公约》, 1977年,斯特拉斯堡;《反对劫持人质国际公约》, 1979年,纽约;《核材料实物保护公约》, 1980年,维也纳和纽约;《联合国海洋法公约》, 1982年,蒙特哥湾;《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,纽约;《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》, 1988年,维也纳;《制止危及海上航行安全非法行为公约》, 1988年,罗马;补充《蒙特利尔公约》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》, 1988年,蒙特利尔;上述公约的《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》, 1988年,罗马;《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,纽约;《联合国人员和有关人员安全公约》, 1994年,纽约;《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》, 1997年,巴黎;《制止恐怖主义爆炸的国际公约》, 1997年,纽约;《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》, 1999年,纽约;《反腐败刑法公约》, 1999年,斯特拉斯堡;《联合国打击跨国有组织犯罪公约》, 2000年,纽约;《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》, 2000年,纽约;《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,纽约;《网络犯罪公约》, 2001年,布达佩斯;《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年,卢森堡;¹《联合国反腐败公约》, 2003年,纽约。

2. 荷兰签署了《修正欧洲制止恐怖主义公约的议定书》及《制止核恐怖主义行为国际公约》,并且正着手批准这些条约。

3. 荷兰也是《欧洲引渡公约》(1957年)及其两项附加议定书(1975年和1978年)的缔约国,其中未规定或引渡或起诉义务,但推动了刑法领域中的国际司法合作。

4. 荷兰还缔结了若干双边引渡协定。

5. 最后,荷兰指出它是《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年)和《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》(1963年)的缔约国,这些文书未规定引渡或起诉义务,但要求各国确立对某些罪行的管辖权。

一国通过并适用的、涉及引渡或起诉义务的国内法规,包括宪法性规定和刑事诉讼法典

6. 2003年10月,荷兰的一项关于国际犯罪的新法律生效,规定在以下情况下可以起诉涉嫌犯下国际罪行:嫌疑人在国外犯下这种国际罪行但却在荷兰领土上被逮捕;嫌疑人在国外对荷兰国民犯下这种国际罪行;嫌疑人拥有荷兰国籍。这项法律中所规定的国际罪行为灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和酷刑。

反映或引渡或起诉义务之适用情况的国家司法实践

7. 荷兰指出,国际刑事法院成立时的国际事态促成荷兰决定增强检察部门处理这种复杂起诉工作的手段。自此,已经对在荷兰寻求庇护的一名刚果民主共和国军方成员和两名阿富汗前军方成员的国际罪行进行起诉并予以定罪。此外,还逮捕了被控为战争罪和灭绝种族罪共犯的两名荷兰公民。其中一些人对一审时法院作出的裁决提出上诉。最近,另外一名前阿富汗军官以及一名卢旺达难民被逮捕,并被控以战争罪和酷刑。卢旺达国民的诉案最初涉及有关战争罪和灭绝种族罪的指控。然而,法院在一审时裁定灭绝种族罪的指控不可受理。根据新的《国际罪行法》,现在可以对在荷兰领土上被逮捕的犯有灭绝种族罪的外国国民进行起诉。然而,1994年当嫌疑人据称犯下灭绝种族罪时,荷兰尚未实施

¹ 《欧洲共同体公报》, L 190号, 第45卷(2002年7月18日), 第1页。

这种法律（法无明文不为罪）。检察官提出上诉，但尚未有任何裁决。

E. 俄罗斯联邦

俄罗斯联邦作为缔约方的载有刑事事项普遍管辖权原则的国际条约

1. 俄罗斯联邦是1949年日内瓦四公约及其《第一附加议定书》的缔约方，其中规定了对战争罪的普遍刑事管辖权（《日内瓦第一公约》第49条和第50条；《日内瓦第二公约》第50条和第51条；《日内瓦第三公约》第129条和第130条；《日内瓦第四公约》第146条和第147条；日内瓦四公约1977年《第一附加议定书》第八十五条）。

2. 俄罗斯联邦还是大多数载有或引渡或起诉原则的惩治个人犯罪的国际和区域条约的缔约方。这些条约尤其包括1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》、1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、1973年《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1977年《欧洲制止恐怖主义公约》、1979年《核材料实物保护公约》、1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》、1988年《制止危及海上航行安全非法行为公约》、1997年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和2003年《联合国反腐败公约》。

3. 俄罗斯联邦是《联合国海洋法公约》的缔约方，其中第一〇五条规定了对海盗行为的普遍刑事管辖权。

4. 此外，俄罗斯联邦是一系列载有普遍管辖权原则、但与不引渡被指控的罪犯无关的国际条约的缔约方。这些包括1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》。俄罗斯联邦已签署、但尚未批准《国际刑事法院罗马规约》。

5. 在俄罗斯联邦加入成为缔约方的一些国际条约中，或引渡或起诉原则与确立普遍刑事管辖权无关。例如，1929年《取缔伪造货币国际公约》第8条规定，

“在不承认引渡国民原则的国家，国民在境外实施第3条所提及的罪行并返回本国领土后，应以其在本国领土实施该罪行的情况下实施惩处的同样方式对其予以惩处，即使犯罪者是在实施罪行后才取得了国籍”。

俄罗斯联邦关于刑事事项普遍管辖权原则的立法；它是否与或引渡或起诉义务有关？

6. 根据《俄罗斯联邦宪法》第15条第4款，普遍公认的国际法原则和规则及俄罗斯联邦作为缔约方的国际条约是俄罗斯联邦法律体系的组成部分。如果俄罗斯联邦作为缔约方的国际条约所确立的规则不同于法律规定，则应适用国际法的规则。

7. 俄罗斯的刑事法律包括《俄罗斯联邦刑法典》。按照《刑法典》第12条第3款，“外国国民和未在俄罗斯联邦永久居留的无国籍人士，如在俄罗斯联邦境外犯有罪行，只要案件中犯罪针对的是俄罗斯联邦或俄罗斯国民或在俄罗斯联邦永久居留的无国籍人士的利益，或案件在俄罗斯联邦作为缔约方的国际条约中有所规定，且犯罪者未在某一外国定罪，并正在俄罗斯联邦境内接受审判，即应按照本法典提起刑事诉讼”。

8. 只要俄罗斯联邦在载有普遍性原则的国际条约基础上根据该原则行使刑事管辖权，则俄罗斯联邦对《刑法典》第12条第3款的适用与或引渡或起诉义务有关。

在俄罗斯联邦立法和实践中适用刑事事项普遍管辖权原则的罪行和犯法行为

9. 按照《俄罗斯联邦刑法典》第12条第3款，俄罗斯联邦的普遍管辖权仅适用于俄罗斯受国际条约约束行使其刑事管辖权的那些罪行。这主要涉及危害和平和危害人类安全罪（《刑法典》第353至360条：策划、准备、发动或进行侵略战争；公开号召发动侵略战争；研制、生产、积存、购买或销售大规模毁灭性武器；使用禁止的战争手段和方法；种族灭绝；生态灭绝；雇佣军活动；袭击受国际保护的人员或机构）以及各项公约提及的一系列其他罪行（第206条，“劫持人质”；第211条，“劫持航空器、船舶或铁路机车车辆”；第227条，“海盗行为”；以及《刑法典》其他条款）。

俄罗斯联邦是否有权按照本国法律引渡不在条约适用范围内的案件中的涉案人员或引渡拥有其国籍者？

10. 俄罗斯联邦不仅按照其作为缔约国的国际条约，而且根据对等原则参与引渡事项上的国际合作。其《刑事诉讼法典》第462条规定，“俄罗斯联邦根据其作为缔约方的国际条约，或者在对等原则基础上，可以就按照俄罗斯联邦刑法以及请求引渡的外国的法律应受惩处的行为，将俄罗斯联邦境内的外国国民或无国籍人士引渡到外国，使其接受刑事起诉或服刑”。该《法典》第462条第2款规定，“根据对等原则进行引渡意味着，基于请求引渡的外国的保证，可预期在类似情况下，如俄罗斯联邦有此请求，引渡将予以批准”。

11. 《俄罗斯联邦宪法》规定不得将俄罗斯国民引渡给其他国家（第61条第1款）。《俄罗斯刑法典》第13条第1款也规定“在一外国领土犯有罪行的俄罗斯国民不得引渡给该国”。

12. 如果俄罗斯联邦拒绝将某人引渡给外国，且对该人拥有刑事管辖权（包括在普遍管辖权基础上），俄罗斯联邦主管当局建议提出请求的国家提供案件文档，以在俄罗斯境内起诉该人。

国家是否有权主张对发生在其他国家且不涉及本国国民的罪行行使管辖权？

13. 俄罗斯联邦《刑法典》第12条第3款对俄罗斯联邦在这方面的权限作了规定。如上文所述，《刑法典》规定，俄罗斯联邦可对外国国民或未在俄罗斯境内永久居留的无国籍人士在俄罗斯联邦境外犯下的罪行行使其刑事管辖权，只要犯罪针对的是俄罗斯联邦或俄罗斯国民或在俄罗斯联邦永久居留的无国籍人士的利益，以及案件在俄罗斯联邦作为缔约方的国际条约中有所规定，且外国国民或未在俄罗斯联邦境内永久居留的无国籍人士不曾在某一外国定罪。

14. 按照《刑事诉讼法典》第460条第1款，“俄罗斯联邦得根据俄罗斯联邦和某一外国同为缔约国的国际条约，或基于俄罗斯联邦总检察长关于此后将按照俄罗斯联邦法律在对等原则基础上向该国引

渡有关人员的书面承诺，请求该国引渡某人接受刑事起诉或服刑”。

俄罗斯联邦是否认为引渡或起诉义务是习惯国际法义务，若然，在什么程度上是如此？

15. 俄罗斯联邦认为特别报告员和国际法委员会须进一步研究这一问题。不过，它认为应考虑到以下各点。

16. 引渡和起诉有关人员原则上是犯罪者所在领土国家的主权权利。一国在其领土管辖范围内，有权独立决定应当引渡还是应当实施刑事司法。在某些情况下，它甚至可能完全不起诉某人，例如，用以交换在刑事调查中的证词或协助。

17. 毫无疑问，在缔结一项载有或引渡或起诉义务的国际条约时，国家可能不再完全自由裁量决定是否起诉引渡被指控的罪犯，因为它将受有关条约义务的约束。而按照习惯国际法，不大可能假定存在这样一项在公法敏感领域大大限制国家的主权权利的义务。

18. 俄罗斯联邦不赞同以下这一看法：可从许多国际条约规定了这样一项义务中推定习惯国际法中存在这样一项义务。否则，就可以认为，国家缔结大量引渡条约即表明产生了要求国家批准引渡请求的习惯法规则。然而，此类条约、甚至大量此类条约的存在本身，并不足以证明存在一项习惯国际法规则。与此同时，人们普遍接受，与引渡有关的义务只能产生于有关的国际文书。

19. 我们认为，同样不能以存在禁止特定类型罪行的习惯法规则为理由，推定存在一项习惯法规则要求国家就这些罪行行使刑事管辖权或批准引渡请求。

20. 正如国际法院在其关于大陆架案（阿拉伯利比亚民众国/马耳他）的判决中说明的，主要应从国家的实践和法律确信中寻求习惯国际法材料。¹ 俄罗斯联邦并没有先验地排除存在要求国家就特定类

¹ 判决，《1985年国际法院汇编》，第29页，第27段。

型罪行引渡或起诉有关人员的习惯国际法规则。然而，我们认为，只有在没有条约义务的情况下确认了有关国家的做法，同时有证据表明，国家如此行事是因为它们认为自身受法律规则约束，此后才能确立此类规则的存在和适用范围。

21. 这里，后一因素尤其重要，因为在实践中，很难确定国家何时引渡或起诉某人基于或引渡或起诉原则行事。国家如果不受条约约束，则它引渡其境内被指控的罪犯，不是因为它认为自身受对另一国家的义务的约束，而只是基于对等原则。

22. 我们认为，关于这一问题的法律确信的主要证据可来自国内法院的判决或国家的官方声明，其中明确宣称拒绝引渡则使被请求国家负有义务将案件移交国家主管当局，即使不存在相关条约义务。我们尚未看到令人信服的证据表明存在或引渡或起诉的习惯法规则。

23. 在习惯国际法中就少量引起整个国际社会关注的犯罪行为确立或引渡或起诉义务的问题值得单独进行分析。这主要涉及种族灭绝罪、战争罪和危害人类罪。

发生灾害时的人员保护

[议程项目 8]

A/CN.4/598 号文件

特别报告员爱德华多·巴伦西亚 - 奥斯皮纳先生关于发生灾害时的人员保护的初步报告

[原文：西班牙文 / 英文]

[2008 年 5 月 5 日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书		160
本报告引用的著作		161
导言	1-13	162
A. 将该专题列入国际法委员会工作方案	1-8	162
B. 本报告的目的	9-13	163
章次		
第一章 背景	14-42	163
A. 发生灾害时的人员保护问题的沿革	14-20	163
B. 渊源	21-42	165
1. 国际人道法和人道主义援助	22-24	165
2. 国际人权法作为采取以权利为本的办法实现保护的范例	25-26	165
3. 关于难民和境内流离失所者与灾害的国际法	27-29	166
4. 具体适用于发生灾害时的援助的法律文书	30-40	166
5. 最近动态	41	168
6. 习惯国际法	42	168
第二章 专题范围	43-58	169
A. 属事管辖：灾害的概念和分类	44-49	169
B. 属事管辖：人员保护的概念	50-55	170
C. 属人管辖	56	171
D. 属时管辖	57-58	171
第三章 工作形式	59-60	172
第四章 结论	61-66	172

本报告引用的多边文书

- | | 来源 |
|---|---|
| 《改善战地武装部队伤员境遇公约》[英](1864年8月22日,日内瓦) | 红十字委员会/红十字会与红新月会协会,《国际红十字会手册》,第12版,日内瓦,1983年7月,第19页。 |
| 《关于敷设自动触发水雷(第八)公约》[英](1907年10月18日,海牙) | James Brown Scott, ed., <i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> . 第3版。纽约,牛津出版社,1918年,第151页 |
| 《成立国际救济联合会的公约和规约》[英](1927年7月12日,日内瓦) | 国际联盟,《条约汇编》,第135卷,第3115号,第247页。 |
| 《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。 |
| 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。 |
| 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)(1977年6月8日,日内瓦) | 同上,第1125卷,第17512号,第3页。 |
| 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)(1977年6月8日,日内瓦) | 同上,第17513号,第609页。 |
| 《关于难民地位的公约》[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。 |
| 《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。 |
| 《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。 |
| 《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。 |
| 《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。 |
| 《卡特赫纳难民宣言》[英](1984年11月22日,哥伦比亚卡特赫纳德印第阿斯) | 《卡特赫纳难民宣言》,难民署出版物,2006年10月,日内瓦。 |
| 《非洲儿童权利与福利宪章》[英](1990年7月11日,亚的斯亚贝巴) | 《人权:国际文书汇编》,第二卷,《区域文书》(联合国出版物,出售品编号:E.97.XIV.1),C节,第39号。 |
| 《美洲便利灾难援助公约》[英](1991年6月7日,圣地亚哥) | 《美洲组织正式记录》(OEA/Ser.A/49(SEPF),第15页)。 |
| 《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》)(1998年6月18日,坦佩雷) | 联合国,《条约汇编》,第2296卷,第40906号,第5页。 |
| 《民防援助框架公约》(2000年5月22日,日内瓦) | 同上,第2172卷,第38131号,第213页。 |
| 《东盟灾害管理与应急响应协议》[英](2005年7月26日,万象) | 《2005年东盟文件系列》,第157页。 |
| 《保护和援助境内流离失所者议定书》[英](2006年11月30日,内罗毕) | 大湖区问题国际会议(http://icglr.org) |
| 《残疾人权利公约》(2006年12月13日,纽约) | 联合国,《条约汇编》,第2515卷,第44910号,第3页。 |

本报告引用的著作

BERRAMDANE, Abelkhaleq

“L’obligation de prévention des catastrophes et risques naturels”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, vol. 113, 1997, pp. 1717–1751.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto

“International law for humankind—towards a new *jus gentium* (II): general course on public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 2005. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006. Vol. 317, pp. 9–312

CARON, David D.

“Addressing catastrophes: conflicting images of solidarity and separateness”, in David D. Caron and Charles Leben, eds., *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 3–29.

EBERSOLE, Jon M.

“The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance”, *Human Rights Quarterly*, vol. 17, 1995, pp. 192–208.

EL BARADEI, MOHAMED and others

Model Rules for Disaster Relief Operations. United Nations publication, Sales No. E. 82.XV.PE/8. (Policy and Efficacy Studies No. 8).

FISHER, David

Law and legal issues in international disaster response: a desk study. Geneva, IFRC, 2007. 216 p.

HENCKAERTS, Jean-Marie and Louise DOSWALD-BECK

Customary International Humanitarian Law. Vol. 1 : Rules. Cambridge, Cambridge University Press, 2005. 628 p.

HOFFMAN, Michael H.

“What is the scope of international disaster response law?”, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*. Geneva, IFRC, 2003, pp. 13–20.

红十字会与红新月会国际联合会

“《国际灾害应对法》(《国际救灾法》): 2002年至2003年项目报告”(03/IC/11), 为第28届红十字和红新月国际会议准备的文件, 2003年12月2日至6日, 2003年, 日内瓦。

INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW

Yearbook, vol. 70, part II. Session of Bruges, 2003 : second part. Paris, Pedone.

JAKOVLJEVIĆ, Boško

“International Disaster Relief Law”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), pp. 251–286.

KALSHOVEN, Frits

“Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters”, in Frits Kalshoven, ed., *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*, The Hague, 22–24 June 1988. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 13–26.

KENT, Randolph C.

Anatomy of Disaster Relief: The International Network in Action. London, Pinter, 1987. 201 p.

MACALISTER-SMITH, P.

“The International Relief Union: reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927”, *Legal History Review*, vol. LIV, 1986, pp. 363–374.

联合国, 人道主义事务协调厅

《外国军事和民防资源用于救灾指导方针》, 2007年11月修订版1.1。日内瓦人道协调厅, 2008年。

PATRNOGIC, Jovica

“Some reflections on humanitarian principles applicable in relief actions”, in Christophe Swinarski, ed., *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*. Geneva/The Hague, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 925–936.

PROVOST, René

International Human Rights and Humanitarian Law. Cambridge, Cambridge University Press (Cambridge studies in international and comparative law), 2002. 418 p.

ROMANO, Cesare P. R.

“L’obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles”, in David D. Caron and Charles Leben, eds., *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 379–428.

VATTEL, Emer de

The Law of Nations, or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns, vol. III, English translation of the edition of 1758, in James Brown Scott, ed., *The Classics of International Law*. Washington, D.C., Carnegie Institution, 1916.

导言*

A. 将该专题列入国际法委员会工作方案

1. 在2002年委员会第五十四届会议上，其规划组成立了一个长期工作方案工作组，由阿兰·佩莱担任主席，¹该工作组后在委员会2006年第五十八届会议上重组。²在上述五年期间，工作组要求其成员、委员会其他委员和秘书处就多项专题编写草稿。莫里斯·卡姆托先生在2004年已提交关于紧急情况下人员的国际保护的提案，供工作组审议。³联合国秘书处法律事务厅编纂司作为委员会的秘书处，在委员会2006年第五十八届会议上以“国际救灾”为题向工作组提交了若干提案。⁴在该届会议上，委员会对编纂司在编写这些建议方面所提供的宝贵协助表示赞赏。在同一届会议上，规划组建议、并且委员会未经讨论而核可将“发生灾害时的人员保护”专题列入长期工作方案，⁵并将秘书处的建议列为其报告附件C，作为关于这一专题的大纲。

2. 委员会在2007年其第五十九届会议上决定将该专题列入其目前的工作方案，并任命爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生为特别报告员。⁶

3. 大会在其第六十一届会议上，根据其第六委员会建议，通过了2006年12月4日题为“国际法委

员会第五十八届会议工作报告”的第61/34号决议，在该决议中，大会特别注意到委员会关于将五个专题列入其长期工作方案的决定。

4. 大会在其第六十二届会议上，根据第六委员会的建议，通过了2007年12月6日题为“国际法委员会第五十九届会议工作报告”的第62/66号决议，在该决议中，大会特别注意到委员会关于将“发生灾害时的人员保护”专题列入其工作方案的决定。

5. 在2007年第六委员会审议国际法委员会第五十九届会议工作报告的过程中，一些代表欢迎将该专题列入委员会的工作方案，⁷但有一位代表仍质疑该专题对国际法的编纂或逐渐发展是否适宜。⁸

6. 得到任命后，特别报告员同感兴趣的政府组织和非政府组织代表建立了初步联系，包括同负责境内流离失所者的人权问题的秘书长特别代表、人道主义事务协调厅主管人道主义事务助理秘书长兼紧急救济副协调员，以及红十字与红新月联合会国际灾害应对法律、规则和原则项目的高级官员建立联系。

7. 为支持特别报告员工作，劳特派特国际法中心于2008年3月在剑桥大学举行了为期一天的圆桌会议，讨论“发生灾害时的人员保护”专题。圆桌会议由该中心主任、委员会前委员兼特别报告员詹姆斯·克劳福德先生主持，共有18位与会者出席，带来了各种相关的专业知识。

8. 委员会在2007年其第五十九届会议上，感谢编纂司通过提供法律材料及其分析在研究项目的准

* 特别报告员要感谢下列人员及单位的支持和咨询意见：博士生阿尔扬·弗米尔先生和由弗兰斯·内力森先生任所长的海牙T.M.C.阿塞尔研究所；都柏林三一学院法律讲师莉莉斯·赫弗南女士；剑桥大学国际法讲师兼联合王国剑桥大学惠威尔国际法讲座教授詹姆斯·克劳福德先生任主任的劳特派特国际法中心研究员古列尔莫·韦尔迪拉梅先生；由莉莉安娜·奥夫雷贡女士任主任的波哥大洛斯安第斯大学法学院国际法系法学硕士生塞巴斯蒂安·马查多先生；日内瓦红十字委员会前法律顾问克里斯多夫·施文纳斯基先生；布宜诺斯艾利斯的法学硕士迪亚哥·巴西莱先生（格罗宁根）；以及海牙的保罗·威尔古先生和文森特·斯蒂特拉先生。

¹ 《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第101页，第521段。

² 《2006年……年鉴》。第二卷（第二部分），第215页，第256段。

³ ILC(LVI)/WG/LT/INFORMAL/2号文件。副本已在编纂司存档。

⁴ 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第261段。

⁵ 同上，第257段。

⁶ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第112页，第375段。

⁷ 见下列国家的发言：贝宁（《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/62/SR.18)，第47段）、埃及（同上，第71段）、危地马拉（第19次会议(A/C.6/62/SR.19)，第12段）、大不列颠及北爱尔兰联合王国（同上，第42段）、斯里兰卡（同上，第55段）、印度（同上，第107段）、波兰（第20次会议(A/C.6/62/SR.20)，第1段）、美利坚合众国（同上，第23段）、匈牙利（第21次会议(A/C.6/62/SR.21)，第7段）、希腊（同上，第53段）、罗马尼亚（同上，第78段）、以色列（同上，第99段）、肯尼亚（同上，第112段）、塞拉利昂（第24次会议(A/C.6/62/SR.24)，第100段）以及新西兰（第25次会议(A/C.6/62/SR.25)，第19段）。

⁸ 见葡萄牙的发言（同上，第19次会议(A/C.6/62/SR.19)，第77段）。

备方面给予了宝贵协助。⁹ 在该届会议上，委员会要求秘书处编写一份背景研究报告，题目是“发生灾害时的人员保护”，最初只限于自然灾害。¹⁰ 特别报告员借此机会表示，同委员会一样，他也感谢法律顾问、特别是编纂司司长及该司人员所作的极为全面的研究，该研究报告无疑将成为委员会今后关于这一专题的工作不可或缺的依据。特别报告员还感谢该司向他提供背景材料，包括参考书目。鉴于已经有了秘书处的研究报告，而且铭记本报告只是一份初步报告而已，因此特别报告员认为，应尽可能避免重复秘书处在其研究报告中已经提供的信息。

B. 本报告的目的

9. 本报告必然是初步性的。其目的主要是为了总体性地讨论一下专题的范围，以便正确加以限定。因此，这是一份探索性的研究报告，而不是决定性的研究报告。报告将试图确定该专题的编纂和逐渐发展工作须参考的若干基本假设。为此，报告将提出一些初步问题，其中一些问题在一定程度上已在秘书处关于这一专题的初步建议中论及。秘书处初步建议的重点是适用于运作机制的一般原则，而本报告将把重点放在该专题的一般范围上。本报告目的是，概括地提出委员会一开始就需要加以审议的、涉及发生灾害时的人员保护的问题以及其引起的法律问题。本报告旨在鼓励在委员会内进行讨论，以就该专题应遵循的做法向特别报告员提供必要的指导意见。

10. 在将该专题放入其长期工作方案时，委员会将标题定为“发生灾害时的人员保护”。然而，没有任

⁹ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第386段。

¹⁰ 同上。该研究报告已经作为A/CN.4/590和Add.1-3号文件印发，并将作为本卷的增编出版。

何正式记录可以说明是什么原因导致委员会单单挑出“人员保护”，而排除了“救济”或“援助”，即秘书处在其原来的建议中强调的基本方面。因此，需要在初期就明确界定专题，阐明其核心的原则和概念。

11. 在这一过程中，最初的一个步骤就是要确定该专题的范围，不仅要确定其属事管辖权，而且也要确定其属人管辖权和属时管辖权问题。委员会商定的标题，即发生灾害时的人员保护，一定会对范围问题产生影响。就其表面而言，该标题可能意味着，将开展的工作不会引起对灾害法律后果的详尽分析，而只是对那些涉及到人员保护的方面进行分析。

12. 该标题还引入了一个独特的角度，即灾难受害者个人的视角，因此，该标题暗示应明确以基于权利的办法来处理这一专题。而基于权利的保护和援助办法的实质是确定发生灾难时灾难受害者个人应享受的具体待遇标准。如联合国秘书长所说，¹¹ 基于权利的办法在处理有关情况时不仅仅考虑到人的需要，而且也考虑到社会对个人不可剥夺的权利作出反应的义务，它使个人有权力要求公正——作为一项权利而不是一种施舍，并赋予社区在需要时寻求国际援助的道德基础。

13. 本报告将首先追踪发生灾害时的人员保护问题的演变历史。然后，将指明关于这一专题的法律编纂和发展的渊源及国际努力。然后报告将概述该专题一般范围的各个方面，以期指明需解决的主要法律问题。最后，特别报告员将提出尝试性的结论，但结论不会影响本报告期望在委员会中引发的讨论的结果。

¹¹ 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第1号》(A/53/1)，第174段。

第一章 背景

A. 发生灾害时的人员保护问题的沿革

14. 灾害一直是人类历史的一个重要组成部分。具体的例证包括公元79年维苏威火山的爆发、中世纪发生的瘟疫和2004年袭击亚洲大片地区的海啸。人道方面的考虑让人们受到道义上的感召，给予受

灾者援助，团结一致对抗灾难。值得回顾的是，各个骑士团，例如成立于1080年的马耳他骑士团（更为人所知的是“圣约翰骑士团”）向有需求的人们，包括受灾者提供了救济。随着现代民族国家和国际法的兴起，瑞士外交官艾玛·德瓦泰尔律师在1758年写下了一段话，这段话常常被人引用：

当事件发生时，只要做起来能够不冒太大风险，每一国家都应当给予其他国家援助以推动其发展，使其免于灾害和毁灭……如果一国遭受饥荒，一切有剩余物资储备的国家都应根据其需求而提供援助，但前提是不使自己面临陷于供应不足的风险……在这类悲惨困境中提供援助是人道主义的本能行为，几乎没有一个文明国家会断然拒绝这样做……无论一国遭受的是何种灾害，都应得到这类帮助。¹²

15. 但是，100年后，另一位瑞士公民亨利·杜南在为有效帮助武装冲突这一灾害的受害者而制定国际准则这一问题上成功地获得了支持。红十字委员会的创立和1864年8月22日《改善战地武装部队伤员境遇日内瓦公约》的通过是缘于人们对武装冲突期间战地受伤者的保护问题所表达的关切。因此，向某些群体提供保护和援助的第一批安排是针对战争作出的。

16. 其他灾害受灾者的需求得到同等认可则始于十九世纪下半叶。各国红十字和红新月协会按照各自的任务¹³在和平时期就可能祸害人类的灾难提供援助和救济，以此作为它们取得大力发展的条件和战时工作的有益准备；在和平时期，这些组织致力于与它们的战时责任相当的人道主义工作，也就是当如同战争一样的公共灾难发生、需要立即进行有组织的援助时给予救济。但是，只有在二十世纪初以来，向除武装冲突以外的灾难的受害者提供国际援助才成为国际社会议程上的一个主要问题。在过去一个世纪，由于灾害的频率、烈度和复杂程度增加，灾害救济得到了进一步的重视。随着国际红十字和红新月运动的形成和国际救济联合会的成立，¹⁴国际灾害救济开始进入国际法领域。从那以后，灾害救济的法律问题在国际上日益受到重视。虽然各国是出于自身的利益才彼此缔结关于战争行为的文书，但在发生灾害时提供保护和援助领域开展国际合作

¹² Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, 第二册, 第一章, 第114至第115页。

¹³ 见第二届国际红十字大会第3号决议(1869年, 柏林), *Compte rendu des travaux de la Conférence internationale tenue à Berlin du 22 au 27 avril 1869 par les délégués des gouvernements signataires de la Convention de Genève et des sociétés et associations de secours aux militaires blessés et malades* (Berlin, J. F. Starcke, 1869), 第251页。

¹⁴ 《成立国际救济联合会的公约和规约》于1927年开放供签署, 并于1932年生效, 但该联合会已停止运作。

的空间更大。在发生灾害时加强国际团结更需要国际法进一步发挥规范作用。

17. 在发生灾害时进行的保护和援助活动一般是从实用角度出发的。这反映在规范框架、主要是双边框架, 但也有通过联合国机关及其专门机构以及红十字委员会等实体的框架稳步增加。在灾害管理方面的国际造法和组织发展表明经常需要处理人员保护问题和国际社会在这一方面的处理方法。对于向遭遇人道主义紧急情况(例如灾害)影响的人口提供适当和有效的援助这一目的而言, 国际立法和组织这两个主题密不可分。¹⁵

18. 2001年, 红十字与红新月联合会执行了该组织的《国际灾害应对法》(《国际救灾法》)项目, 通过这项工作评价现有的不成体系的国际和国内灾害救济规范。根据项目成果, 由红十字和红新月机构及关于保护战争受害者的日内瓦四公约缔约国组成的国际红十字和红新月运动在2007年11月通过了一整套灾害援助行动准则。红十字与红新月联合会认为, 国际灾害救济法的法律核心组成成分是非冲突性灾害时国际灾害应对活动之获得、便利、协调、质量和问责所适用的法律、规则和原则, 包括对迫在眉睫的灾害的准备措施、援救行动和人道主义援助活动,¹⁶而且基于这样一个前提, 即这些活动适用于发生灾害的情形, 无论灾害的起源, 除非发生的是武装冲突, 而发生武装冲突的情形由国际人道法加以调整。此外, 《国际救灾法》的主要关注点是提供保护的行动方面, 即援助。

19. 红十字与红新月联合会根据文件编写的案头研究报告¹⁷和秘书处的研究报告都明确了国际灾害反应和救济相关的独特法律体系, 并对这一法律体系的各种渊源进行了详细的清点。涉及互助问题的双边条约数量巨大。此外, 《国际救灾法》还获得了大量的适用于发生灾害时人道主义援助活动的软性法律文书资料, 特别是联合国机关和其他国际组织的

¹⁵ 见 Kalshoven, “Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters”, 第14页。

¹⁶ 红十字与红新月联合会, “国际灾害应对法(《国际救灾法》): 2002年至2003年项目报告”(03/IC/11), 第15页。

¹⁷ Fisher, *Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*.

决定。这就难怪构成《国际救灾法》的规范准则在实质、空间和时间维度上彼此之间差异明显。因此，无法简单地评估《国际救灾法》的重要性和这一项目在国际社会所获得的支持度。

20. 从更广的概念层面来讲，《国际救灾法》的大量基本原则与国际人道主义法相同，这将有益地指导它今后的发展。¹⁸ 此外，《国际救灾法》吸收了国际人权法和关于难民和境内流离失所者的国际法的内容。从这个意义上讲，《国际救灾法》的渊源与下文B节所述的当前的独特专题的渊源基本相同。同时，《国际救灾法》针对委员会正在讨论的专题提出问题，包括如何为现有法律和实践归类，而不仅仅是圈定这些法律和实践。

B. 渊源

21. 当前国际灾害保护和援助方面的三个直接渊源可以归结为：国际人道法、国际人权法和关于难民和境内流离失所者的国际法。为本报告的目的，这里仅从在议专题的角度对这三个渊源分别进行简单介绍。

1. 国际人道法和人道主义援助

22. 如前面所述，各国缔结的承认人道主义关切和人道主义行动的第一批协定仅限于一种尤为严重的紧急情况：武装冲突。历史上武装冲突的情况变化与平时时期大为不同。在人道、中立和不偏袒的原则基础上，特定的行为准则、包括国际援助行为准则得以制定。这些最初的协定尤其侧重于向军人而不是平民提供保护和援助。但是，由于受到战争影响的平民人数增多，对所有因受伤而丧失战斗力的人提供保护的问题成为后来涉及武装冲突交战各方行为的各项协定的主要焦点。

23. 涉及武装冲突期间行为问题的各项协定逐步构成了今天称之为国际人道主义法的法律体系，¹⁹ 而这一领域的法律的编纂已经相当全面。国际人道

¹⁸ 见 Hoffman, “What is the scope of international disaster response law?”。

¹⁹ 见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页，第74至第87段。

主义法的适用条件是存在武装冲突，适用对象是属于特定类别的人。无论怎样，国际人道主义法提供的多重保护是将个人作为最终的受益人。²⁰

24. 向武装冲突中的平民提供救济，也就是人道主义援助的基本规则体现在1949年8月12日日内瓦四公约以及该公约的附加议定书之中。这些文书所载的规则在很大程度上反映了相应的习惯法规则。²¹ 此外，有关规则也出现在冲突各方之间或者冲突一方或多方与红十字委员会签订的协定中。此外，红十字与红新月联会等国际组织（无论是否为政府间组织）、联合国的主要机关和专门机构，以及人道协调厅等联合国秘书处的有关部门，通过制订关于冲突情形下的救济问题（包括维持和平特派团）的内部规则和决定，发挥重要作用。²² 因此，针对冲突情形存在着一大批关于援助问题的法律，这不仅可以启发关于灾害发生时人员保护的规则，而且甚至可以将适当的规则类推适用于武装冲突之外的灾害情形。

2. 国际人权法作为采取以权利为本的办法实现保护的范例

25. 国际人权法包含个人依国际法享有的权利和自由。国际人权法给予个人权利持有者的地位。国家负有永久和普遍义务，根据各项国际人权文书和习惯国际人权法，向本国境内的人提供保护。

26. 就灾害而言，若干人权特别重要。举例来说，发生灾害时紧要的权利包括生命权、²³ 食物权、²⁴ 保健和医疗权、²⁵ 获得水供给权、²⁶ 适当住房、衣着和环卫权、²⁷ 以及不受歧视权。²⁸ 国际人权法与灾害

²⁰ 见 Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 第34页。

²¹ 见 Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*。

²² 见 Jakovljević, “International disaster relief law”, 第256页。

²³ 《公民及政治权利国际公约》，第六条。

²⁴ 《经济、社会、文化权利国际公约》，第十一条。

²⁵ 同上，第十二条。

²⁶ 《消除对妇女一切形式歧视公约》，第十四条第2款(h)项。

²⁷ 《经济、社会、文化权利国际公约》，第十一条。

²⁸ 《公民及政治权利国际公约》，第二条。

之间的关系尚未一般性地反映在关于这两个主题的现有硬法文书中。迄今为止，只有两份国际人权文书明言适用于灾害情况。《残疾人权利公约》没有提到受保护权，正在草拟的条款只是规定缔约国在发生自然灾害时有义务确保提供保护和他安全。²⁹ 同样，《非洲儿童权利与福利宪章》明文规定了确保儿童获得适当保护和人道主义援助的义务。³⁰ 上述两份文书的有关条款都提到了国际人权法和国际人道主义法，以此作为应当履行那些义务的背景。由此，这些条款的性质似乎是按照人道原则定出国家的公共秩序标准，而不是个人的权利。在这方面应当回顾，每项人权都被视为给国家带来三个层面的义务：尊重、保护和履行的责任。³¹ 对发生灾害时的保护和援助采取以权利为本的办法也应考虑到这些义务。

3. 关于难民和境内流离失所者与灾害的国际法

27. 灾害往往造成大批人流离失所，或是跨越边界（难民），或是在受灾国边界以内（境内流离失所者）。难民和境内流离失所者一般被视为不同的类别，根据具体情况下的保护制度享有特定权利。

28. 国际难民法是针对武装冲突、尤其是第二次世界大战期间的迫害和破坏所造成的流离失所而制定的，最终于1951年通过了《关于难民地位的公约》，³² 这项公约成为国际难民法的基础文件。国际

²⁹ 同上，第十一条。

³⁰ 《非洲儿童权利与福利宪章》，第23条，第1款和第4款。

³¹ 例如见人权事务委员会1982年关于《公民及政治权利国际公约》第六条（生命权）的评论，该委员会认为国家应采取积极措施“消除营养不良和流行病”（人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第三十七届会议，补编第40号》（A/37/40），附件五，一般性评论第6号，第5段）。在《经济、社会、文化权利国际公约》的背景下，这几层义务说得更清楚。经济、社会和文化权利委员会1999年审议《公约》第十一条（足够食物权）时评论说：(a) “国家负有核心义务，须采取必要行动减缓饥饿状况，甚至在发生自然灾害或其他灾害时也应这样做”（经济、社会和文化权利委员会，《经济及社会理事会2000年正式报告，补编第2号》（E/2000/22-E/C.12/1999/11和Corr.1），附件五，一般性意见12，第6段）；(b) “该国则必须表明，它已作了一切努力利用它掌握的所有资源”（同上，第17段）；和(c) 一国如果不能履行义务，必须负责证明确实没有能力，而且“已寻求取得国际支持……但未能成功”（同上）。

³² 《公约》于1954年4月22日生效，其《议定书》于1967年10月4日生效。另见《非统组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》和中美洲、巴拿马和墨西哥难民国际保护座谈会1984年11月22日通过的《卡特赫纳难民宣言》（难民署，日内瓦）。

难民法规定，在下述情况下，一国有义务向有权获得难民地位的人提供保护：这种人在原籍国因国家不愿或不能而没有得到适当保护。发生灾害不被视为给予难民地位的理由。但是，往往是在出现灾害之类紧急情况下，很可能发生迫害，而迫害是给予难民地位的法律理由。此外，《公约》的缔约方，根据第23条，有义务在公共救济和援助方面给予合法留在其境内的难民与本国国民同样的待遇。

29. 目前，关于境内流离失所者还没有具有法律约束力的文书。关于保护境内流离失所者的一项权威性（无约束力）规范来源是，境内流离失所者问题秘书长代表起草的《关于境内流离失所问题的指导原则》（E/CN.4/1998/53/Add.2号文件，附件）。³³ 这项《指导原则》除其他外，规定要保护因自然或人为灾害而流离失所的人。³⁴ 特别是，《指导原则》明确表明保护和援助的主要责任在于国家当局，境内流离失所者有权请求并得到国家当局的保护和援助。³⁵

4. 具体适用于发生灾害时的援助的法律文书

30. 上述三套规则笼统地确定了人员保护的背景。但还有许多更直接适用的文书具体针对发生灾害时保护的操作部分（即援助）。特别报告员认为不必在此重复秘书处研究报告中列出的详尽的文书清单。³⁶ 为本报告的目的，只需重点强调有关灾害中的某些重要法律框架和规范制定趋势。

多边条约

31. 在多层层面，并不存在关于发生灾害时人员保护的一般问题的普遍性综合文书，但有一些文书，包括普遍性和区域性文书，都涉及保护的特定方面的问题。此外，许多软性法律和非法律宣言也得到编制并通过，包括在联合国主持下或与联合国

³³ 另见大湖区问题国际会议2006年11月30日通过的《保护和援助境内流离失所者议定书》，其中成员国承诺遵守《关于境内流离失所问题的指导原则》。

³⁴ E/CN.4/1998/53/Add.2号文件，附件：“导言：范围和宗旨”，第2段。

³⁵ 同上，原则3和原则25。

³⁶ A/CN.4/590和Add.1-3号文件（见上文脚注10）。对适用的规则和文书的详细调查，另见Fisher，前引书，第二部分，第33至第87页。

协作编制和通过。而且，非政府组织也通过了各项准则或示范规则，为此作出了贡献。

32. 专门处理一般救灾问题的第一项多边条约是《成立国际救济联合会的公约和规约》。但该文书仅两次对救济工作有帮助。³⁷ 尽管从技术上来说，该文书对17个国家仍然有效，但经济及社会理事会已经在1967年8月4日第一二六八（四十三）号决议中将该联合会的资产和职责移交联合国。联合会之所以停止运作，一个主要原因在于《公约》的结构。人们认为，该条约体系软弱无力，因为该体系所依赖的是具体权利和责任，而没有考虑到这些权利和责任的法律基础，因而没有据此确定适用的一般权利和责任。³⁸ 值得注意的是，《公约》的范围既包括武装冲突，又包括和平情况。³⁹

33. 目前载有提供国际援助的一般规则的有效普遍性条约只有两项：(a) 2000年通过的关于各国民防实体间合作的《民防援助框架公约》；(b) 1998年通过、2005年生效的《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》。后一项《公约》为在救灾行动过程中提供电信援助问题、包括这种援助的协调和减少规章障碍问题确立了全面的法律框架。该《公约》虽然仅限于电信方面，但涉及许多一般性问题，因而可能对今后更具有普遍性的编纂工作产生影响。应该注意到，该《公约》并没有对其在武装冲突中的适用问题加以法定限制。此外，《公约》将非政府组织也列为获准拥有一系列特定便利的援助行为体。上述两项文书都没有得到广泛参与，且实地适用效力不佳。

34. 在区域和次区域层面，例如在亚洲、欧洲和拉丁美洲，已经通过了一些相关协定。区域条约对于本专题的研究特别重要，因为区域条约往往更具有一般意义，涉及广泛的问题。最近的一项此类协定是2004年12月海啸过后、2005年7月26日通过的《东盟灾害管理与应急反应协议》，该协议反映了关于减灾和减少风险的许多当代思路，涉及灾难应

对方面的国际合作问题。一些协定设立了若干区域实体，受托执行一系列任务。

双边条约

35. 反过来，这些多边协定得到关于国家间提供援助和合作的许多双边条约的强化；这些国家虽然并非都是欧洲国家，但以欧洲国家为主（见A/CN.4/590和Add.1-3号文件）。⁴⁰

国内立法

36. 世界上几乎每一个国家都有应对国家灾害或灾害某些方面问题的立法。虽然一些国家已有专门应对灾害相关事项的立法，例如关于减少风险、提供援助和民防的立法，但必须记住，正如秘书处研究报告（A/CN.4/590和Add.1-3号文件）所指出的，⁴¹ 各国通过各种国内法律，例如关于环境保护和养护、森林、保健、食品安全、卫生、流行病、安保、安全、保护、民防、移民、关税、搜索救援、紧急情况、水、消防安全、工业事故预防、税收、气象、空间规划和地震预防等法律，对灾害预防和应对的不同方面作出规定。根据同一研究报告，在许多问题上，国内规则具有决定性作用，能为国际规范提供内容，或帮助启动国际合作行动。

其他关键文书

37. 关于救灾（包括预防和援助）的现有国际条约和协定体系也得到许多没有约束力的文书的补充，这些文书主要是政府间机构通过的，但也有私营机构和实体通过的。例如，前联合国救灾协调员办事处和红十字会协会联合进行了一次调查后，提出了一系列建议，力求通过便利救灾人员行动和救济物品的运送来加快国际救济工作。大会在1977年12月8日第32/56号决议中认可了这些关于加快国际救济工作的措施⁴²。

³⁷ Macalister-Smith, "The International Relief Union: reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927", 第370页。

³⁸ 同上，第372页。

³⁹ 同上，第367页。

⁴⁰ 见上文脚注10。

⁴¹ 同上。

⁴² 见秘书长关于联合国救灾协调员办事处的报告（A/32/64和Corr.1），附件二，第1至第3段。

38. 大会在1991年12月19日第46/182号决议中确立了开展当代救灾活动的基本框架。大会在该决议中承认防灾、减灾、备灾、增强待命能力以及提供救灾援助的协调、合作和领导作用等是关键的活动领域，并规定了一些指导原则。该决议还确立了救济、重建和发展之间的联系。

39. 此外不妨提及《红十字与红新月救灾原则和规则》、⁴³《对灾害中平民进行国际人道主义救济原则宣言》、⁴⁴欧洲委员会关于防备自然灾害和其他灾害以及规划和提供灾害救济的决议⁴⁵以及1995年通过的《国际红十字和红新月运动及非政府组织救灾行为守则》⁴⁶。其他重要案文包括国际法协会1980年通过的关于国际医疗和人道主义法的示范协定草案、⁴⁷联合国训练研究所1982年提议的旨在弥补国际法在援助灾民的规范方面的漏洞的《救灾行动示范规则》、⁴⁸国际人道主义法研究所1993年通过的《人道主义援助权利指导原则》、⁴⁹1995年通过的《复杂紧急情况人道主义援助莫洪克准则》、⁵⁰1999年通过的《关于境内流离失所问题的指导原则》(E/CN.4/1998/53/Add.2, 附件)、环球项目、⁵¹《动用外国军事和民防资产救灾

的指导方针》(另称《奥斯陆指导方针》)、⁵²和机构间常设委员会2006年通过的《人权和自然灾害业务准则》(A/HRC/4/38/Add.1, 附件)。

40. 此外，在1980年代，加快提供紧急援助公约草案获得起草并被提交给经济及社会理事会审议(见A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2, 附件)。尽管公约草案从未获通过，但如果某一法律文书获得通过，该草案的各项规定为最终可能列入此文书的各种规定提供了有用的参考点。

5. 最近动态

41. 由于最近国际社会越来越多地参与处理灾害情况，大家承认有必要完善适用于灾害事件的规范法律，以跨越提供有效援助的障碍。新近的事态发展表明，这一必要性已得到重视。这些情况包括：大会在最近各届会议上在审议其议程上许多独立但又相关的项目时通过了关于本专题的许多决议，⁵³国际法学会2003年在比利时布鲁日举行的会议上通过了关于人道主义援助的决议，⁵⁴2005年举行的世界减灾会议通过了《兵库宣言》，⁵⁵2007年举行的第三十次红十字与红新月国际大会通过了决议，认可《国际救灾及灾后初期恢复的国内协助及管理准则》⁵⁶。

6. 习惯国际法

42. 虽然本专题原则上似乎是逐步发展的议题，但不应排除找出适用的习惯法规范的可能性。红十字与红

⁴³ 第二十一届红十字国际大会(1969年, 伊斯坦布尔)通过、并经第二十二届至第二十六届大会(分别于德黑兰(1973年)、布加勒斯特(1977年)、马尼拉(1981年)、日内瓦(1986年)和日内瓦(1995年))修订, 转载于《红十字国际评论》, 第36卷(1996年), 第310号, 附件四。

⁴⁴ 1969年9月6日至13日在伊斯坦布尔举行的第二十一届红十字国际大会第二十六号决议(同上, 第9卷(1969年), 第104号, 第632页)。

⁴⁵ 部长理事会在1972年2月18日第207届部长代表会议上通过的第(72)6号决议。

⁴⁶ 1995年12月3日至7日在日内瓦举行的第二十六届红十字与红新月国际大会通过(《红十字国际评论》(见上文脚注43), 附件六)。

⁴⁷ 法文本转载于“Rapport spécial sur un projet d'accord-type relatif aux actions de secours humanitaires”, 《国际法协会第五十九次会议报告》, 1980年8月17-23日, 贝尔格莱德, 第520至第527页。

⁴⁸ El Baradei and others, Model Rules for Disaster Relief Operations.

⁴⁹ 1992年9月2日至4日在意大利圣雷莫举行的第十七次人道主义法当前问题圆桌会议上提出。

⁵⁰ 见 Ebersole, “The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance”。

⁵¹ 《环球项目: 人道主义宪章和应灾最低标准》, 第2版(2004年, 日内瓦)。

⁵² 人道协调厅, 《动用军事和民防资源救灾的指导方针》。

⁵³ 大会相关决议清单, 见 A/CN.4/590 和 Add.1-3 (上文脚注10)。

⁵⁴ 国际法学会, 《年鉴》, 第70卷, 第二部分, 第263页。

⁵⁵ 见2005年1月18日至22日在日本兵库县神户市举行的世界减灾会议的报告(A/CONF.206/6和Corr.1), 第一章, 决议1。另见《2005-2015年兵库行动纲领: 加强国家和社区的抗灾能力》(同上, 决议2)。

⁵⁶ 4号决议, 《国际救灾及灾后初期恢复的国内协助及管理准则》导言(红十字与红新月联合会, 2008年, 日内瓦), 第20页。

新月联会关于《国际救灾法》框架的案头研究报告承认，研究显示目前并不存在《国际救灾法》的习惯法体系。⁵⁷

但报告指出，红十字与红新月联会的研究可能还会找到值得重新审议这一点的证据。⁵⁸

⁵⁷ Hoffman, 前引文, 第 16 页。

⁵⁸ 同上, 脚注 25。

第二章 专题范围

43. 在关于本专题工作的初步阶段，特别报告员要求委员会在他能够提议相应条款草案前提供关于专题范围的指导。为了便利讨论，下文论述范围的三个方面：属事管辖、属人管辖和属时管辖。是否还应将范围界定为属地管辖的问题待决。

A. 属事管辖：灾害的概念和分类

44. 灾害的概念和分类对专题范围的影响很大。灾害虽然以各种不同形式出现，但都具有共同要素，确定这些共同要素有助于适当理解概念本身。

45. 灾害情况产生于人类面临危害时的脆弱性。《2005-2015年兵库行动纲领》关于危害的定义如下：

具有潜在破坏力的自然事件、现象或人类活动，它们可能造成人的伤亡、财产损害、社会经济混乱或环境退化。危害可包括将来可能产生威胁的各种隐患，其原因有各种各样，有自然的（地质、水文气象和生物），也有人类活动引起的（环境退化和技术危害）。⁵⁹

46. 但“灾害”一词并非法律用语。国际法中没有关于该术语的普遍接受的法律定义。一些国际文书完全略去灾害定义，⁶⁰而其他文书则规定了全面的定义。规定了全面定义的例子包括《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》，其中关于灾害的定义如下：使社会运作受到严重扰乱，对人类生命、健康、财产或对环境造成显著的、广泛的威胁，

无论它是由意外、自然还是人类活动所引起，也无论它是突然发生的还是由复杂的长期过程所致。⁶¹

47. 可以专门提及的第一点是，灾害概念并不区分灾害是在一个国家发生还是在多个国家发生。换言之，国际要素（即跨界影响）不是一个先决条件。第二，应该指出，此概念的门槛通常指国家、地区或社会机能失调的程度。第三个因素与对人类生命、健康、财产或环境的威胁可能产生的必然痛苦或损害有关。如果受影响的国家、地区或社会不愿或仅仅依靠自身资源无力应对灾害，灾害事件就可能具有国际意义。在上述要点中，人类遭受的痛苦是一个关键因素，因此往往在国际层面引起关注，国际社会往往会作出反应。提供援助的行为体的作用可以被称为人道媒介的作用，⁶²如下节讨论中所述，这一意见本身在保护问题上对范围有影响。

48. 国际文书通常根据一些预定标准区分各种灾害。首先，灾害按起因可分为两类：自然灾害（如地震、海啸和火山爆发）和人为灾害（如溢油、核事故和武装冲突）。此外，灾害经常按持续时间分为：突发灾害（如飓风）和渐发灾害或逐渐滋长的灾害（如干旱、缺粮和作物欠收）。最后，灾害可根据其发生的背景分类，即单一紧急情况或复杂紧急情况。复杂紧急情况的定义通常是，“一个国家、地区或社会发生的人道主义危机，因内部或外部冲突而致使当局完全或在相当程度上瘫痪，需要国际社会作出

⁵⁹ A/CONF.206/6 和 Corr.1 号文件（见上文脚注 55），决议 2，脚注 2。

⁶⁰ 例如，1996 年 10 月 16 日生效的《美洲便利灾害援助公约》。

⁶¹ 见《公约》第 1 条第 6 款。另见《东盟灾害管理与应急响应协议》（尚未生效）第 1 条第 3 款，其中指出，“‘灾害’系指社区或社会运作严重混乱并造成人员、物资、经济或环境广泛损失的情况”。

⁶² 见 Caron, “Addressing catastrophes: conflicting images of solidarity and separateness”, 第 13 页。

的反应超越任何单一机构和 / 或联合国现有国家方案的任务或能力”。⁶³

49. 秘书处关于本专题的提议建议在被认为更直接的需要的基础上在最初阶段将本专题局限于自然灾害。⁶⁴ 特别报告员认为, 从委员会最终商定的标题来看, 所涉范围较广。这种办法似乎最为有利于实现编纂和逐步发展本专题的基本目标, 即拟订人员保护的规则。可以说在所有灾害情况下提供保护具有同样的必要性。探讨概念范围时应考虑到上述所有类别的情况, 从而承认灾害按起因、持续时间和背景分类的复杂性。这些类别可能会彼此重叠。根据起因对灾害作明确分类并非总是可能的, 例如荒漠化和全球变暖的情况就是如此。明显的自然灾害可以是人类活动引起或加剧的; 例如, 荒漠化就是土地过度使用和毁林所致。另一例子是流行病的出现; 流行病发生可能不是人类媒介的直接结果, 但人们忽视卫生无疑会恶化流行病的情况, 在难民营或境内流离失所者营地尤其如此。上述情况表明, 灾害分类在很大程度上具有任意性, 因此最好采取整体性的办法处理此事。然而, 武装冲突本身将排除在外, 因为现有高度完善的特定领域的适用法律, 即国际人道主义法, 已对处理这种社会现实情况作出了十分详细的规定。这与以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中采取的办法一致; 其中, 国际法院认为, 适用于武装冲突、用以调整敌对行为的法律为可适用的特别法。⁶⁵

⁶³ 《应对复杂紧急情况民政 - 军事准则和参考》。“复杂紧急情况”的概念应与“复杂灾害”的概念相区分, 即“一个灾害因子暴露的脆弱性经常为其他灾害因子产生影响开辟道路”(Kent, *Anatomy of Disaster Relief: The International Network in Action*, 第 6 页)。

⁶⁴ 《2006 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 附件三, 第 2 段。但见秘书处随后的研究报告, 其中采取了更具有包容性的办法, 指出虽然大部分研究与自然现象产生的灾害有关, 但引述的法律文书和案文极少对自然灾害与人为灾害作明确区分(A/CN.4/590 和 Add.1-3 号文件, 第 8 段(上文脚注 10))。

⁶⁵ 《1996 年国际法院汇编》(见上文脚注 19), 第 240 页, 第 25 段。比较在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案中采取的立场, 咨询意见, 《2004 年国际法院汇编》, 第 178 页, 第 106 段。

B. 属事管辖: 人员保护的概念

50. 鉴于本专题的标题必然对其范围有影响, 人员保护的概念需予进一步审查。受灾害影响的人并不构成单独的法律类别。然而, 由于灾民面临十分独特的实际局面, 他们的确有需要满足的特定需求。在灾害事件中适用的国际人道主义法和国际人权法的基本原则是作为所有人道主义行动的基础的人道原则。⁶⁶

51. 首先, 保护的概念在与反应、救济和援助的概念相对照时, 提出了一个一般性的问题: 保护的概念应被视为一个独特的概念, 还是视为包含这些其他概念的概念? 任何灾害情况均可区分为三个阶段: 灾前、灾害本身和灾后。反应的概念暂时局限于灾害发生阶段。救济是较广的概念, 与援助一样, 包含灾前阶段和直接反应后的阶段。在目前讨论的专题的背景下, 援助可指供应和分配人口生存所必需的物品、材料和服务。保护概念的要素在很大程度上取决于这一概念使用所属的法律背景或领域。可以说保护是包罗万象的, 涵盖经常与保护相关的更为具体的反应、救济或援助的概念。然而, 人们应该区分广义的保护和狭义的保护。这一点的构想如下: 一般性的包罗万象的保护概念是存在的, 其中包括严格意义上的保护, 显示以权利为本的方法, 同时也包含其他概念, 特别是援助的概念。

52. 为本专题的目的, 保护仅限于人员保护。人员保护的概念在国际法中并非新概念; 这一概念反映了将人员划归为灾民与由此产生的权利和义务之间的特定关系。如上文所述, 人员保护制度是国际人道主义法、国际人权法和关于难民和境内流离失所者的国际法。这些制度可同时适用于同一情况, 因为它们基本上是相辅相成的。此外, “它们都受同一基本目的的指导: 在所有情况下保护人员”。⁶⁷ 这三个领域的法律突出表明人道主义原则的基本普遍

⁶⁶ 早在 1949 年, 国际法院就指出, 作为现代国际人道主义法支柱之一的 1907 年关于敷设自动触发水雷的《第八公约》载有“某些公认的一般原则, 即对人道的基本考虑, 在和平环境中比在战时要求更严”(科孚海峡案, 案情, 判决, 《1949 年国际法院汇编》, 第 22 页)。

⁶⁷ Cançado Trindade, “International law for humankind—towards a new *jus gentium* (II): general course on public international law”, 第 150 页。

性。发生灾害时的人员保护也基于人道、公正、中立和不歧视以及主权和不干涉原则。

53. 虽然此专题的标题明确提及人员保护，但保护制度经常延及对财产和环境的保护。关于这一点，特别报告员请求委员会给予指导，说明这些要素是否也应予以探讨，应在何种具体程度上予以探讨。

54. 十分重要的是，应界定在灾害情况下发生的权利和义务以及这种权利和义务可能产生的后果。从灾害受害者的角度来看，这个问题不仅事关国际人道主义法，而且事关国际人权法，包括是否存在获取人道主义援助的权利。获取人道主义援助的权利问题十分恰当，因为目前不能确定的是，现行国际法是否顾及受灾害影响的人的所有合法需求，或法律在这方面是否存在漏洞。在国际人道主义法中，这项权利已被承认为应由法律决定的事项。但在灾害情况下，似乎没有法律文书明示承认这一权利的存在。至多可称国际人权法已默示承认这一权利。然而，这项权利的性质并不明确。这是否为一项人权，或仅仅是受灾害影响的人的一项权利？这是一项个人权利还是一项集体权利？如能强制执行这项权利，执行对象是谁？确定一项人权存在及其地位如何的标准毕竟是有争议的。这提出了一个更加基本的问题，即国际人权法是否已朝这个方向发展。但可以辩称，提出和拟订关于在灾害中获得援助的权利，作为逐步发展国际法的事项，将防止现有人权支离破碎的风险，因为对这些权利的选择或重视本来是必要的，但又是武断的。⁶⁸ 无论如何，可以认为，这个办法是对国家主权原则及其关于不干涉的推论的挑战；⁶⁹ 根据国家主权原则，国家对保护和援助其境内受灾害影响的人的工作负有首要责任。⁷⁰ 因

此，国家主权原则和不干涉原则与国际人权法之间出现了紧张状态。⁷¹

55. 另一紧张状态经常出现在援助行为体的权利和义务与受灾国的权利和义务之间。鉴于灾难救济和治理对社会、经济和政治的影响，各国可能倾向于通过以建设性方式利用国际法来重新对其主权制定定义。目前，传统的国家制度正在目睹与国家责任有关的各种概念的出现。秘书处在关于此专题的提议中指出，⁷² 人员保护的概念可能属于关于保护责任的新原则的当代思维。后一概念要求对灾害情况的三个阶段分别采取相应措施，即履行预防、反应和重建的责任。但需要仔细考虑的是将保护责任的概念延伸到本专题是否适当，这一概念与本专题是否相关。即使保护责任在发生灾害时的人员保护和援助的背景下得到承认，其影响仍不清楚。例如，这一责任将在何种程度上为第三方创设权利？这些权利的内容为何？这些权利将如何产生？这些权利将是个人权利还是集体权利？

C. 属人管辖

56. 卷入灾害情况中的行为体多种多样，这是与本专题非常有关的一个因素。本专题的工作除了需要考虑到国家行为体的作用外，显然也需要考虑到国际组织、非政府组织和商业实体的作用。它需要评估非国家行为体的实践以及应给予的权重，以便在发生灾害时的人员保护的框架内为其进行适当定位。若干问题都与本专题有关。例如，国际人道主义法文书承认应由法律决定的提供服务权是否存在？有无必要由提供援助的非国家行为体正式表示愿意提供援助，或向非国家行为体发出请求？非国家行为体如果有不同于提供援助的保护义务，这些义务是什么？个人相对非国家行为体有无权利？商业分包人的地位如何？如这些问题所示，法律后果可能因所涉行为体不同而异。

⁶⁸ 见 Patrnoic, “Some reflections on humanitarian principles applicable in relief actions”, 第 934 页。

⁶⁹ 关于主权作为国际法的一条主要原则，见科孚海峡案（上文脚注 66），第 35 页。关于不干涉，见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国），案情，判决，《1986 年国际法院汇编》，第 106 至第 108 页，第 202 至第 205 段（“不干涉原则包括：每个主权国家都有权在没有外来干涉的情况下处理其事务；虽然违反这一原则的例子并不鲜见，但法院认为，这条原则是习惯国际法不可分割的一部分”（第 202 段））；以及大会 1970 年 10 月 24 日第二六二五（二十五）号决议，附件。

⁷⁰ 例如见大会第 46/182 号决议，附件，第 4 段。

⁷¹ 这一点在《莫洪克准则》中得到了承认；该《准则》指出，“不干涉原则和主权原则不应用来阻碍人道主义援助”，而且“人道主义援助的目标是抢救生命，而不是挑战援助活动所在国的主权”（Ebersole, 前引文，第 198 页）。

⁷² 《2006 年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件三，第 9 段。

D. 属时管辖

57. 一个涉面较广的办法似乎与应列入的阶段有关，才能形成完整的法律空间。提供灾害援助涉及各个连续的阶段，不仅包括灾难反应阶段，而且包括灾前和灾后阶段：一方面要防灾和减灾，另一方面要恢复重建；在审议提供灾害援助过程中产生的各种各样的具体问题时，显然必须有权利和义务的前后一致的框架。一个很好的例子是可能有争议的预防问题。值得注意的是，预防责任的概念也被承认为国际人道主义法中新的保护概念的内容。但就所谓国家防灾义务（单独或集体行动）的性质和范围而言，所涉问题很深入，可能需要予以探讨。⁷³在这方面，委员会关于预防危险活动的跨界损害专题的工作⁷⁴将与此有关。

⁷³ 见 Romano, “L’obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles”, 和 Berramdane, “L’obligation de prévention des catastrophes et risques naturels”。

⁷⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第164至第166页。

58. 另一方面是恢复重建阶段。恢复重建活动与反应阶段有适当关系，反应阶段是满足受灾害影响的人的眼前需求。恢复重建活动应有别于发展活动，发展活动是支持和实施自主的发展政策。实际上，这些阶段也许难以彼此分离，但在属事管辖、属时管辖和属人管辖方面，其性质迥异。正是由于这个原因，特别报告员认为，为本专题的目的，在仔细探讨恢复重建阶段的法律后果时，不宜审议此类活动，⁷⁵ 以便不对关于发展事项的准则带来不利影响。⁷⁶

⁷⁵ 例如，见欧洲人权法院，多安等诉土耳其案（诉请书编号：8803-8811/02、8813/02和8815-8819/02），2004年6月29日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，2004-VI，第123页，第154段，其中，法院讨论了紧急情况发生后重建活动的法律后果。相关段落部分内容如下：“但法院认为，当局有首要义务和责任，创造条件，提供资源，使申请人能够安全、体面地自愿返回家园或惯常居住地，或自愿在国内另一地方重新安置（在这方面，见《关于境内流离失所问题的指导原则》原则18和原则28，E/CN.4/1998/53/Add.2号文件，1998年2月11日）。”

⁷⁶ 见《发展权利宣言》（大会1986年12月4日第41/128号决议，附件）。

第三章 工作形式

59. 秘书处关于本专题的提议引用《联合国特权和豁免公约》作为可能的范本，所述目标是拟订一套规定，作为开展国际救灾活动的法律框架。⁷⁷在这方面，首先可能要考虑到委员会关于本专题的工作的性质方面的目的。委员会的任务是局限于编纂现有法律和实践，还是将超越拟议法范畴？秘书处的提议表示，这项工作将主要限于编纂现有法律和实践，但又强调视情况逐步发展。无论如何，委员会本身认为，根据《章程》中关于相关概念的定义，委员会的草案既是对国际法的编纂，又是国际法的逐步发展，并认为将每一条规划归某一类别的做法是不切实际的。尽管如此，鉴于与国际灾害反应有关的法律尚未定型，要在现行法与拟议法之间取得适当平衡，极为困难。

⁷⁷ 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件三，第24段。

60. 关于最终成果的形式，秘书处的提议指出，目标是拟订一项框架公约，因此似乎重点在于根据委员会《章程》第15条⁷⁸ 逐步发展国际法；第15条设想通过拟订公约草案逐步发展国际法。尽管如此，委员会实际上曾利用各种其他形式来表述其最后草案：示范规则、原则、准则、宣言、守则等等。无论最后形式为何，委员会都会将其工作结果编入条款草案，极少有例外，而条款草案均按委员会既定工作方法拟订。本专题的情况也应如此。按照通常惯例，委员会关于向大会建议最后条款草案的形式的决定原则上可能要等到本专题工作完成后作出。尽管如此，鉴于这项新工作的特殊性质，也许最好早日就其最后形式达成谅解，如果考虑以准则为形式而不是以公约为形式可能使最后草案更容易为各国接受，则尤其应早日达成谅解。

⁷⁸ 大会1947年11月21日第一七四(二)号决议。

第四章 结论

61. 本初步报告的意图是为委员会建设性讨论奠定基础，便利确定关于发生灾害时的人员保护专题的一般范围。

62. 在不影响委员会就范围问题举行讨论的结果的前提下，特别报告员认为，之所以为本专题选定的这样的标题，是因为要采用宽广的视角。可采取以权利为本的方法开展专题工作，这将为保护的运作机制提供信息。

63. 确定基本原则和拟订由基本原则推导而得的规则，需要反映于今后一套关于保护的两个要素的条款草案中（从国际救济联合会经验中取得的教训）。

64. 虽然委员会请秘书处编写的背景研究报告起初仅限于自然灾害的背景研究报告，但特别报告员认为，委员会同步开始就自然灾害和人为灾害问题开展工作，可能会有用。

65. 关于本专题的工作显然将需要考虑到灾害情况下行为体多种多样的问题。

66. 为了全面探讨问题，关于本专题的工作应涉及灾害情况的所有三个阶段，但似乎有理由特别注意与防灾和减灾以及与灾害刚刚发生后提供援助有关的事项。

国家官员的外国刑事管辖豁免

[议程项目 9]

A/CN.4/601 号文件

特别报告员罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金关于国家官员的 外国刑事管辖豁免的初步报告

[原文：俄文]

[2008 年 5 月 29 日]

目录

	段 次	页 次
本报告引用的多边文书.....		176
本报告引用的著作.....		177
导言.....	1-2	180
章次		
第一章 初步报告的目的.....	3-5	180
第二章 国际法委员会和国际法学会审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题的历史.....	6-26	181
A. 委员会的工作.....	6-24	181
B. 学会的工作.....	25-26	185
第三章 初步议题.....	27-102	186
A. 渊源.....	27-42	186
1. 国际条约.....	27-29	186
2. 习惯国际法.....	30-34	186
3. 国际礼让.....	35-36	188
4. 国际法和国内法的作用.....	37-41	188
5. 可用资料.....	42	190
B. 豁免和管辖.....	43-101	190
1. 管辖.....	43-47	190
2. 刑事管辖.....	48-50	191
3. 刑事管辖和民事管辖.....	51-55	192
4. 豁免.....	56-63	192
5. 刑事管辖豁免及其程序性.....	64-70	194
6. 豁免、不可审理原则和国家行为原则.....	71-77	196
7. 官员的属人管辖豁免和属事管辖豁免.....	78-83	197
8. 国家官员享有外国刑事管辖豁免的理由.....	84-97	198
9. 国家官员的豁免：外交和领事豁免.....	98-101	203
C. 摘要.....	102	204
第四章 确定本专题范围时应予审议的问题.....	103-130	205

A. 本专题的范围.....	103-105	205
B. 涵盖的人员.....	106-129	205
1. 所有官员；“国家官员”这一概念的定义.....	106-108	205
2. 享有属人管辖豁免的官员.....	109-121	207
3. 本专题范畴内的承认问题.....	122-124	210
4. 家庭成员.....	125-129	211
C. 摘要.....	130	212

本报告引用的多边文书

来源

- 《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》[英]（1945年8月8日，伦敦） 联合国，《条约汇编》，第82卷，第251号，第288页。
- 《联合国特权和豁免公约》[英]（1946年2月13日，纽约） 同上，第1卷，第4号，第15页。
- 《专门机构特权和豁免公约》[英]（1947年11月21日，纽约） 同上，第33卷，第521号，第261页。
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》（1948年12月9日，纽约） 同上，第78卷，第1021号，第277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31页起。
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》[英]（1949年8月12日，日内瓦） 同上，第75卷，第970号，第31页。
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇险难者境遇之日内瓦公约》[英]（1949年8月12日，日内瓦） 同上，第75卷，第971号，第85页。
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》[英]（1949年8月12日，日内瓦） 同上，第75卷，第972号，第135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） 同上，第75卷，第973号，第287页。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一议定书》）（1977年6月8日，日内瓦） 同上，第1125卷，第17512号，第3页。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二议定书》）（1977年6月8日，日内瓦） 同上，第17513号，第609页。
- 《欧洲理事会特权及豁免总协定》[英]（1949年9月2日，巴黎） 同上，第250卷，第3515号，第14页。
- 《维也纳外交关系公约》（1961年4月18日，维也纳） 同上，第500卷，第7310号，第95页。
- 《维也纳领事关系公约》（1963年4月24日，维也纳） 同上，第596卷，第8638号，第261页。
- 《维也纳条约法公约》（1969年5月23日，维也纳） 同上，第1155卷，第18232号，第331页。
- 《特种使节公约》（《特别使团公约》）（1969年12月8日，纽约） 同上，第1400卷，第23431号，第231页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》（1973年12月14日，纽约） 同上，第1035卷，第15410号，第167页。
- 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》[英]（1975年3月14日，维也纳） A/CONF.67/16。
- 《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。
- 《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。
- 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（2004年12月2日，纽约） 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第49号》(A/59/49)，第一卷，第59/38号决议，附件。

本报告引用的著作

- AKANDE, Dapo
“International law immunities and the International Criminal Court”, *AJIL*, vol. 98, No. 3, July 2004, pp. 407–433.
- ALTMAN, Heidi
“The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon”, April 2002, p. 4.
- BANKAS, Ernest K.
The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts. Berlin-Heidelberg, Springer, 2005.
- BANTEKAS, Ilias
“Head of State immunity in the light of multiple legal regimes and non-self-contained system theories: theoretical analysis of ICC third party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq war”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10, No. 1, Spring 2005, pp. 21–42.
- BARKER, J. Craig
“The future of former Head of State immunity after *ex parte Pinochet*”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, part 4, October 1999, pp. 937–948.
- BORGH, Alvaro
L'immunité des dirigeants politiques en droit international. Basel, Helbling & Lichtenhahn, 2003.
- BOWETT, Derek William
“Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources”, *BYBIL*, vol. 53 (1982), No. 1, pp. 1–26.
- BRÖHMER, Jürgen
State Immunity and the Violations of Human Rights. The Hague, Kluwer Law International, 1997.
- BROWNLIE, Ian
Principles of International Law, 6th ed. New York, Oxford University Press, 2003.
- CARTER, Barry E.
“Immunity for Foreign Officials: Possibly Too Much and Confusing as Well”, *American Society of International Law Proceedings. New world order or a world in disorder? Testing the limits of international law*, vol. 99, 30 March–2 April, 2005, pp. 230–233.
- CASSESE, Antonio
International Law. New York, Oxford University Press, 2001.
“When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* Case”, *European Journal of International Law*, vol. 13, No. 4, 2002, pp. 853–875.
- International Criminal Law*. New York, Oxford University Press, 2003.
- CHERNICHENKO, S.V.
“Jurisdiction of the State (or national jurisdiction) as a manifestation of State sovereignty”, *Theory of International Law*, vol. 2. Moscow, Independent Institute of International Law, 1999 (in Russian).
- CROOK, John R.
“Contemporary practice of the United States relating to international law: U.S. Brief suggests Pope’s immunity as a head of State”, *AJIL*, vol. 100, No. 1 (January 2006), p. 219.
- DAY, Adam
“Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo* wrong”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22, No. 3, 2004, pp. 489–512.
- DE SMET, Simon
“The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, No. 3, 2003, pp. 313–339.
- DENZA, Eileen
Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2nd edition, Oxford, Clarendon Press, 1998.
“*Ex Parte Pinochet*: Lacuna or Leap?” *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, part 4, October 1999, pp. 949–958.
- DICKINSON, Andrew, Rae LINDSAY and James P. LOONAM
State Immunity: Selected Materials and Commentary. New York, Oxford University Press, 2004.
- DU PLESSIS, Max and Shannon BOSCH
“Immunities and universal jurisdiction—The World Court steps in (or on?)”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 246–642.
- FONTEYNE, Jean-Pierre
“Acts of State”, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Amsterdam, Elsevier, 1992, pp. 17–20.
- FORCESE, Craig
“De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity”, *McGill Law Journal*, vol. 52, No. 1, Spring 2007, pp. 127–169.
- FOURNIER, Alain
“Compétence pénale”, *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de*

- droit international*, 1998, pp. 1–10.
- FOX, Hazel
The Law of State immunity, New York, Oxford University Press, 2002.
- “International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States”, in Malcom D. Evans, (ed.), *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 361–394.
- FRULLI, Michaela
 “The question of Charles Taylor’s immunity: still in search of balanced application of personal immunities?” *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, No. 4, December 2004, pp. 1118–1129.
- GULLY-HART, Paul
 “The function of State and diplomatic privileges and immunities in international cooperation in criminal matters: the position in Switzerland”, *Fordham International Law Journal*, June 2000, vol. 23, No. 5, p. 1334–1343.
- HAMID, Abdul Ghafur, Khin Maung SEIN and Hunud Abia KADOUF
 “Immunity versus international crimes: the impact of Pinochet and Arrest Warrant cases”, *Indian Journal of International Law*, vol. 46, No. 4, October–December 2006, pp. 495–516.
- HIGGINS, Rosalyn
 “After Pinochet: developments on head of State and ministerial immunities”, The Incorporated Council of Law Reporting Annual Lecture 2006, London pp. 1–18.
- INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW
Yearbook, 1889–1892, vol. XI, Hamburg session, September 1892, Brussels, Weissenbruch, 1892, pp. 426–438.
Tableau général des résolutions (1873–1956), Basel, Editions juridiques et sociologiques, 1957, pp. 15 and 16.
Yearbook, vol. 69 (2000–2001), Vancouver session, pp. 680–692. Rapporteur J. Verhoeven.
- JENNING, Robert and Arthur WATTS
Oppenheim’s International Law, vol. I, *Peace*, parts 2–4, 9th ed., Harlow, Longman, 1992.
- KESSEDIAN, Catherine
 “Immunités”, *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, pp. 1–21.
- KHLESTOVA, I.O.
 “Immunity of a State implies that it is not subject to the jurisdiction of another State”, *Problems of the jurisdictional immunity of a foreign State (legislation and practice)*, Moscow, 2002, p. 9 (in Russian).
- KOLLER, David S.
 “Immunity of foreign ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court”, *American University International Law Review*, vol. 20, No.1, 2004, pp. 7–42.
- LOWE, Vaughan
 “Jurisdiction”, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 335–360.
- LUKASHUK, Igor I.
International Law, General section, 3rd ed. Moscow, Wolters Kluwer, 2007.
- MALANCZUK, Peter
Akehurst’s Modern Introduction to International Law, 7th revised ed. London and New York, Routledge, 1997.
- MEAGHER, J. Patrick
 “Act of State and sovereign immunity: the Marcos cases”, *Harvard International Law Journal*, vol. 29, No. 1, Winter 1988, pp. 127–134.
- OXMAN, Bernard H.
 “Jurisdiction of States”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III. Amsterdam, Elsevier Sciences Publishers, 1997, pp. 55–60.
- PARLETT, Kate
 “Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception”, *European Human Rights Law Review*, No. 1, 2006, pp. 49–66.
- PARRY, Clive and John GRANT
Encyclopaedic Dictionary of International Law, New York, London, Rome, Oceana, 1986.
- PARSEGHIAN, L.Y.
 “Defining the ‘public act’ requirement in the act of State doctrine”, *University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991, pp. 1151–1180.
- PIERSON, Charles
 “Pinochet and the end of immunity: England’s House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture”, *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 14, No. 2, Fall 2000, pp. 263–326.
- PRZETACZNIK, Frank
Protection of Officials of Foreign States according to International Law, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983.
 “Basic principles of international law concerning the protection of the officials of foreign States”, *Revue de Droit*

- International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, vol. 69 (1) (January–March 1991), pp. 52–81.
- ROUSSEAU, Charles
Droit international public, vol. IV, Paris, Sirey, 1980, pp. 10 and 11. SALMON, Jean (dir.)
Dictionnaire de droit international public. Brussels, Bruylant, 2001.
- SASSOLI, Marco
 “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”, *Revue générale de droit international public*, vol. 106, 2002, pp. 791–818.
- SHAW, Malcolm
International Law, 5th ed. Cambridge University Press, 2003, 1288 p.
- SIMBEYE, Yitha
Immunity and International Criminal Law. Aldershot, England/Burlington, Vermont, Ashgate, 2004.
- SINCLAIR, I.
 “The law of sovereign immunity: recent developments”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1980-II, vol. 167, pp. 113–284.
- SMIS, Stefan and Kim VAN DER BORGHT
 “Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law: a contested law with uncontested objectives”. *American Society of International Law Insights*, July 2003.
- STEINBERGER, Helmut
 “State immunity”, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 Amsterdam, Elsevier, 2000, pp. 615–633.
- STERN, Brigitte
 “Immunités et doctrine de l’Act of State. Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d’État devant les juridictions étrangères”, *Journal du droit international*, No. 133 (1) (Jan./Feb./March 2006), pp. 63–88.
- STRISOWER, Leo
 “L’extraterritorialité et ses principales applications”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de la Haye*, vol. I, 1923, pp. 233 et seq.
- SUCHARITKUL, Sompong
 “Immunities of foreign States before national authorities”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1976-I, vol. 149, pp. 87–215.
- SUMMERS, Mark A.
 “Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31, No. 2, 2006, pp. 463–493.
 “Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?” *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, No. 1, (2007), p. 459–473.
- TOMONORI, Misushima
 “The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (Summer/Fall 2001), pp. 261–288.
- TONER, Paul J.
 “Competing concepts of immunity: The (R)evolution of the Head of State immunity defense”, *Penn State Law Review*, vol. 108, No. 3, Winter 2004, pp. 899–927.
- TRIFFTERER, Otto (ed.)
Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- VAN PANHUYS, H.F.
 “In the borderland between the act of state doctrine and questions of jurisdictional immunities”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 13, Part 4, October 1964, pp. 1193–1213.
- VERHOEVEN, Joe
 “Les immunités de juridiction et d’exécution du chef d’Etat et de gouvernement en droit international”, in Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 69, 2000–2001, session of Vancouver, 2001, Paris, Pedone.
 “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* Brussels, Larcier, 2004, pp. 61–148.
- WATTS, Arthur
 “The legal position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 1994-III, vol. 247, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 9–130.
- WICKREMASINGHE, Chanaka
 “Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations”, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 395–421.

WIRTH, Steffen

“Immunity for core crimes? The I.C.J.’s Judgment in the *Congo v. Belgium Case*”, *European Journal of International Law*,

vol. 13, No. 4, 2002, pp. 877–893.

ZANDER, Michael

“The act of state doctrine”, *AJIL*, vol. 53, 1959, pp. 826–852.

导言

1. 国际法委员会在2006年其第五十八届会议上根据规划小组的建议,¹ 认可在其长期工作方案中纳入“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题。² 委员会第五十八届会议报告附件载有这一专题的简介以及参考书目选编。³

¹ 规划小组则是根据长期工作方案工作组向其提交的报告提出这项建议的；该报告建议在委员会的长期工作方案中列入包括本专题的六个新专题（见 A/CN.4/L.704，第4段）。

² 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第257段。

³ 同上，附件一。

2. 在大会第六委员会对纳入委员会长期工作方案的新专题的讨论中，这个专题得到了普遍的支持。在这方面，“有意见表示，总结当前做法并争取就这个问题制定出普遍规则的时机看来已经成熟。还有人指出，为了保持国家之间的稳定关系，应该对国家官员享受这种豁免的必要性予以应有的重视”（A/CN.4/577号文件，第126段）。在第五十九届会议上，委员会决定将这一专题列入当前工作方案。⁴ 大会在2007年12月6日第62/66号决议中注意到这个决定。

⁴ 《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第376段。

第一章 初步报告的目的

3. 初步报告简要叙述了委员会和国际法学会审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题的历史，并介绍提出供委员会在处理这一专题工作的初期阶段审议的各种问题。委员会就一些问题表达的意见对于进一步对本专题进行实质性审议将很重要，这些问题包括：

(a) 国家官员外国刑事管辖豁免的渊源问题；

(b) “豁免”和“管辖”、“刑事管辖”和“刑事管辖豁免”概念的内容问题以及豁免和管辖之间的关系；

(c) 国家官员豁免的类型问题（属人管辖豁免和属事管辖豁免）；

(d) 国家官员豁免的理由问题以及官员豁免与国家豁免、外交及领事豁免和特别使团成员豁免之间的关系；

(e) 在确定本专题的范围时需要审议的问题。

4. (e) 项中的问题包括：

(a) 委员会将来在审议本专题后可能编写的指导原则草案或条款草案是否应涵盖所有国家官员或仅仅是他们当中的一部分（例如，只涵盖国家元首、政府首脑和外交部长）；

(b) 审议中的本专题将涵盖的现任和前任国家官员所享受豁免的范围；

(c) 国家官员豁免的放弃（以及可能是豁免的其他程序部分的放弃）。

5. 因此，本报告的目的是大致勾勒出两类问题：

(a) 原则上应由委员会进行分析，作为对国家官员的外国刑事管辖豁免专题审议之一部分的那些问题；

(b) 那些很可能应由委员会在审议本专题后可能拟订某种文书（例如指导原则草案或条款草案）加以解决的问题。

第二章

国际法委员会和国际法学会审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题的历史

A. 委员会的工作

6. 秘书处在委员会于1948年举行首届会议之前为委员会编写的国际法概览中载有题为“对外国的管辖”一节，据称涵盖了“国家及国家财产、国家公共船只、国家君主^{*}，及国家武装部队管辖豁免的整个领域”⁵。

7. 1949年，委员会在起草《国家权利义务宣言》时触及了这个问题。条款草案第2条规定：“各国对其领土以及境内一切人与物，除国际法公认豁免者外，有行使管辖之权”。⁶对这一条款草案的评注指出：“此一结语是对保护外交官和国际组织官员等之豁免的一种保障”。⁷此处并未直接提及国家官员。

8. 在编写由委员会于1950年通过的《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决所确认的国际法原则草案过程中，这个问题得到了审议。根据原则三草案，“如果一个人以国家元首或政府负责官员的身份实施构成国际法规定的罪行的行为，则这一事实不能免除其根据国际法应当承担的责任”。⁸正如委员会的评注指出的那样，这一案文是基于《纽伦堡法庭宪章》第7条。⁹根据委员会的见解，该法庭判决的以下段落也表达了同样的观点：“如果国家在授权行动时超出了国际法规定的权限，那么根据该国家授权行事而违反了战争法的人不能得到豁免。”¹⁰

9. 委员会在开展有关1954年《危害人类和平及安全治罪法》草案的工作时也审议了这个主题。根据与《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决所确认的国际法原则的原则三草案类似的《治罪法》条款草案第3条，“一个人以国家元首或政府负责官员的身份行事之事实不能免除其对实施了本法所述罪行的责任”。¹¹

10. 委员会1996年通过的《危害人类和平及安全治罪法》条款草案第7条以略有不同的措辞对这一观点作出了表述：“有危害人类和平及安全罪行的个人，即便是以国家元首或政府首脑的身份行事，其官方地位并不免除其刑事责任或宽减其刑罚。”¹²1988年提出、后成为治罪法草案最终版本的条款草案第7条的条款草案第11条没有用“即便是以国家元首或政府首脑的身份行事”的字样，而是使用了“特别以国家元首或政府首脑的身份行事之事实”的措辞。¹³对这一条的评注除其他外指出，这一措辞含有《纽伦堡法庭宪章》和《东京法庭宪章》（《美国对外关系文件》，1948年，普林斯顿大学出版社，第三卷（1945年7月—1946年12月），第354页）、委员会1950年通过的《纽伦堡原则》以及委员会1954年通过的《治罪法》草案相应规定的一些要素。¹⁴

11. 应当指出，《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决所确认的国际法原则草案和《危害人类和平及安全治

⁵ 《与国际法委员会的编纂工作有关的国际法概览》（联合国出版物，出售品编号：1948.V.1 (I)），第50段。

⁶ 《国际法委员会的工作》，第七版，第一卷，纽约：联合国，2007年，第264页（联合国出版物，出售品编号：C.07.V.9）。

⁷ 《1949年……年鉴》[英]，第253页。

⁸ 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第375页。

⁹ “不应认为，被告的官职，无论是国家元首还是政府部门的负责官员，可使被告免除责任或减轻处罚。”《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》。

¹⁰ 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第375页。正如特里夫特勒指出的那样，委员会通过的原则与纽伦堡法庭文件的规定只在措辞上有细微的差别，“除了‘或减轻处罚’的字样不再包括在内之外，差别只存在于措辞方面而在实质内容方面”。“Irrelevance of official capacity”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 1999, 第503页。

¹¹ 《1954年……年鉴》[英]，第二卷，第152页。

¹² 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第28页。

¹³ 《1988年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第71页。

¹⁴ 同上。此外，委员会还指出，“虽然明示提及国家元首或政府首脑，因他们拥有最大决定权，但‘个人的官方地位……特别’等字显示，此条也关系到其他官员。该原则的真正效力是，防止实施了危害和平与安全罪的个人援引其官方地位作为免除其责任或取得任何豁免的情形，即使正式声称构成罪行的行为是在履行其职能时实施的”。在条款草案第7条定稿的评注中，委员会指出：“对于从某些方面看负有治罪法下最大罪责的个人，如果听任他们援引国家主权，躲在因其官职而赋予的豁免后面逃避惩处，将是自相矛盾的……”（《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第28页）。不过范赫文就1996年《治罪法》草案这一规定的问题指出，“……这样一条规定依照事实并不暗示到底应该保留还是放弃豁免：它与豁免根本无关”。“Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”，第92页。

罪法》草案在概念上都与国际刑事管辖的观念相关联（尽管《治罪法》草案的本意是适用于国内和国际法院）。委员会通过的纽伦堡原则的评注，主要依据纽伦堡法庭的结论。¹⁵ 关于《危害人类和平及安全治罪法》，委员会指出：“关于治罪法的实施，有些委员认为，治罪法……如无主管刑事管辖权，将难以奏效；有鉴于此，委员会请大会明示是否将委员会的任务扩大至拟订一份适用于个人的主管国际刑事管辖权规约”。¹⁶ 委员会根据大会的要求在《危害人类和平及安全治罪法》草案的框架内拟订的国际刑事法院规约草案¹⁷ 成为一份单独文件时，有人在第六委员会表示遗憾，因为“根据最初设想，该法院是适用治罪法的法律机构”。¹⁸ 在这方面，1996年《治罪法》条款草案第7条的评注的脚注很重要。委员会注意到，“就有关司法诉讼中的起诉或惩罚而言，没有任何程序性豁免的情形，是没有任何实质性豁免或辩护理由的一个基本必然结果”，并认为应加上这样一个脚注：“国际刑事法庭的司法诉讼是个人不能以其官方地位援引任何实质性或程序性豁免来逃避起诉和惩罚的适当司法程序的典型实例。”¹⁹

12. 还应该记得，委员会在审议《治罪法》草案的这项规定时考虑到，一些国家提出了包括国家元

¹⁵ 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第191页，第42段。

¹⁶ 《1988年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第55页，第198段。在这方面，委员会委员麦卡弗里先生在讨论惩罚或起诉的义务时的一段典型发言可以作为例证。他说，除其他外，他认为普遍管辖权并不比一个国际刑事法院更容易令各国接受——实际上，可能更不容易被接受。因此，他不能肯定委员会在甚至尚未打算起草一个国际刑事法院的规约之前就着手起草有关普遍管辖权的条款是否明智。（《1988年……年鉴》[英]，第一卷，第2082次会议，第47段，第273页。另见《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第130页，第211至第216段。）

¹⁷ 大会在1989年12月4日第44/39号决议中请委员会“第四十二届会议于审议题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’项目时，讨论设立国际刑事法庭或其他国际刑事审判机构问题，这种机构应对被指控犯下可能为这类法典规定的恶行的人……具有管辖权*”。大会在1991年12月9日第46/54号决议中请委员会“在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内*，进一步审议和分析在其第四十二届会议工作报告中关于国际刑事管辖问题方面所提出的各项问题，包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议……”。

¹⁸ 大会第五十届会议期间第六委员会讨论情况专题摘要，A/CN.4/472号文件，第42段。有人说，“国际刑事法院比国家法院能更好地执行治罪法”（第43段）。还有观点认为“治罪法与未来的法院有一个共同的目的，这就是使国家法院*或某一国际机构能够惩治国家或个人犯下的特别令人憎恶的罪行”（第45段）。

¹⁹ 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29页。

首和政府首脑在内的国家官员可能享受豁免的相关问题。在这方面，起草委员会主席在介绍委员会在全体会议中经二读通过的《治罪法》草案时指出，起草委员会认为豁免问题是一个执行《治罪法》的问题，因此不应在《治罪法》关于一般性原则的部分中处理。²⁰

13. 委员会在拟订关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案时审议了国家官员的外国管辖豁免问题。根据第2条第1款(b)项(五)目的规定，“国家”是指“以国家代表身份行为的国家代表”。²¹ 这些代表包括国家元首或政府首脑、各部委负责人、大使、特团团团长、外交代表和领事官员。²² 第2条第1款(b)项(五)目中的“以国家代表身份”几个字，意在澄清这种豁免是根据属事管辖而给予这种人的代表身份的。²³ 条款草案并不涉及委员会所指出的国家元首和大使“享有”的属人管辖豁免。²⁴

14. 最初的建议是，委员会在审议本专题时应审议各种形式和表现的豁免；例如民事、行政和刑事管辖豁免。这项建议载于委员会为审议其关于该专题的未来工作问题所设立的工作组的报告。²⁵ 特别报告员素差伊库先生的第七次和第八次报告除其他外，载有关于“君主和其他国家元首”的属人管辖豁免的条款草案第25条，其中包括另一国刑事管辖权的豁免。²⁶ 该条款草案在1979年委员会第三十一届会议上受到批评，未列入向大会提交的条款草案之中。²⁷ 这些条款草案没有再提到国家元首（或其他国家代表）的刑事管辖豁免。

²⁰ 《1995年……年鉴》，第一卷，第2408次会议，第207页，第36段。

²¹ 《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第16页。

²² 同上，第14页，第17段。条款草案第2条的评注指明，该清单并非详尽无遗。委员会认为，受权代表国家的所有自然人均享有国家豁免。

²³ 同上。

²⁴ 同上，第14页，第19段。

²⁵ 《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第154页，第22段。

²⁶ 《1985年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/388号文件，第44和45页；《1986年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/396号文件，第31页。

²⁷ 委员会讨论特别报告员在第八次报告中提交的条款草案草案第25条的情况，见《1986年……年鉴》[英]，第一卷，第1943次至第1945次会议，第9至第28页。

15. 委员会仅将“不妨碍”条款列入条款草案。第3条第2款规定, 这些条款“不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免”。该款的评注指出, “本条款草案不预先判断国家给予外国君主或其他国家元首、其家属或家庭工作人员的豁免的程度。在实践中, 这些豁免可能也适用于他们的其地随从人员。同样, 本条款也不预先判断国家给予政府首脑和外交部长的豁免的程度。但这些人员没有具体地被包括在第2款内, 因为要拟定一份详尽无遗的清单是不容易的, 而且列举这种人员的任何做法都会引起依据的问题, 以及这种人员所应享有的管辖豁免的程度问题。有人一度提议在第2款‘国家元首’后面加上政府首脑和外交部长, 但没有得到国际法委员会的接受。”²⁸ 评注的另一个值得注意的部分表示: “因此, 第3条第2款的保留专指私人行为或国家实践所承认和给予的人身豁免和特权, 但这并不意味着其地位受到本条款的任何影响。现行习惯法仍未被触及。”²⁹

16. 国家官员豁免另一国刑事管辖以及国家官员的地位, 是委员会在拟订关于如下方面的条款草案时所审议的问题: 外交和领事关系; 特别特派团; 防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行; 以及在国家与国际组织关系中的国家代表权。

17. 关于外交关系、领事关系、特别特派团和在国家与国际组织关系中的国家代表权的条款草案都提到国家官员的特殊类别, 包括“外交代表”、“领事官员”、“派遣国代表”和“代表”, 他们经一个国家委托, 代表该国在该国与另一国或国际组织的关系中履行某些职能。条款草案规定, 这些类国家官员享受接受国的刑事管辖豁免。³⁰

²⁸ 《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第24页, 第(7)段。

²⁹ 同上, 第(6)段。

³⁰ 尤其见关于外交关系的条款草案第27、29、30、37、38、39和40条及其评注(《1958年……年鉴》[英], 第二卷, 第97至第99页和第102至第104页); 关于领事关系的条款草案第41、43、45、53、54和55条及其评注(《1961年……年鉴》[英], 第二卷, 第115至第119页和第122和123页); 关于特别特派团的条款草案第29、31、41、43和44条及其评注(《1967年……年鉴》[英], 第二卷, 第361、362、365和366页); 以及关于在国家与国际组织关系中的国家代表权的条款草案第28、30、31、37、38、59、61、62、68和69条及其评注(《1971年……年鉴》[英], 第二卷(第一部分), 第302至第305页、第308页、第309页、第319至第321页和第323页)。

18. 一个尤其引人注意的问题是委员会在拟订关于特别特派团的条款草案时审议了国家元首和其他高级别人员的地位问题。委员会最初审议了可否在条款草案中加入关于所谓高级特别特派团的一节的问题, 这些高级特别特派团包括由国家元首、政府首脑、外交部长和其他部长率领的使特派团。³¹ 特别报告员在1965年委员会第十七届会议上提交了关于这种特别特派团的条款草案。³² 这些条款草案(“规则”)构想率领特别特派团的国家元首、政府首脑、外交部长和其他部长享有绝对不可侵犯性以及在接受国管辖的完全豁免。³³ 委员会并未讨论这些条款草案本身, 而是审议了是否应为这种特派团规定特殊规则的问题。³⁴ 委员会考虑到各国对该问题的看法, 建议特别报告员不起草有关所谓高级特别特派团的规定草案, 而是将一项关于作为特别特派团团长的国家元首的地位的规定列入条款草案, 并考虑是否应当在关于某些豁免的规定中提到这些特别特派团的特殊情况。³⁵ 在这方面, 1967年委员会向大会提交的条款草案包括关于国家元首和高级别人员地位的条款草案第21条, 内容如下:

1. 率领特别特派团的派遣国元首在接受国或第三国除享有这些条款所规定的待遇外, 还应享受国际法给予进行正式访问的国家元首的便利、特权和豁免;

2. 政府首脑、外交部长和其他高级别人员在作为派遣国特别特派团成员时, 在接受国或第三国除享有这些条款所规定的待遇外, 还应享受国际法给予的便利、特权和豁免。³⁶

³¹ “国际法委员会在其第十六届会议上决定请其特别报告员在下一届会议上提交一个关于所谓高级特别特派团、特别是由国家元首、政府首脑、外交部长和内阁部长率领的特别特派团的法律地位的条款。”《1967年……年鉴》[英], 第二卷, 第393页。

³² 《1965年……年鉴》[英], 第二卷, 第143和144页。在这方面, 特别报告员巴尔托什先生指出: “特别报告员尽管竭尽全力制定专门适用于这种特派团的规则, 却未能在实践和文献中找到这种规则。”同上, 第143页。

³³ 同上, 第143和144页, 规则2草案(i)和(j); 规则3草案(e)和(g); 规则4草案(f)和(h); 以及规则5草案(d)和(f)。

³⁴ 《1966年……年鉴》[英], 第一卷(第二部分), 第881次会议, 第259至第261页。报告员对讨论做了总结、除其他外指出: “毫无疑问, 对于由国家元首率领的特派团, 已经有一般国际法的规则, 因此没有必要规定任何特别的规则。”同上, 第883次会议, 第261页。

³⁵ 《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 第277页, 第69段。

³⁶ 《1967年……年鉴》[英], 第二卷, 第359页。

19. 该条款草案的评注指出,“在国际法中……级别会赋予身处这一级别者在作为特别特派团成员时所享受的特殊的便利、特权和豁免”,而“委员会并未说明这些‘其他人员’要享受更多便利、特权和豁免而必须拥有的头衔和级别,因为这种头衔和级别在各国根据宪法性法律和现行礼仪而各不相同”。³⁷因此,委员会没有清楚说明哪些人属于“高级别”人员,在第21条第2款中仅举两个获得广泛接受的例子:政府首脑和外交部长。在这些条款草案范围之外,国际法给予国家元首、政府首脑、外交部长和其他“高级别”官员的豁免的程度,也仍然不清楚。

20. 委员会在1971年向大会提交的关于在国家与国际组织关系中的国家代表权的条款草案中列入了类似的条款。³⁸委员会在该项条款草案的评注中指出,若干国家在其书面评论中认为,整个第50条没有必要,因为“不论是否在草案中列入这一条,有关人士均享受国际法给予他们的便利、特权和豁免”。³⁹但委员会决定保留该条款草案,在评注中指出该条反映了“一种既定做法”。⁴⁰

21. 同样引人注意的是委员会为拟订关于防止和惩处侵害应受国际保护人员的罪行的条款草案而审议了“应受国际保护人员”一词的定义。在为条款草案目的而确定该词的含义时,委员会还确定了适用条款草案的范围,即属人管辖。根据委员会1972年向大会提交的条款草案第1条第1款的规定,“‘应受国际保护人员’在条款草案中是指:(a) 身处外国的国家元首或政府首脑及其随行家庭成员;(b) 根据一般国际法或国际协定,有权得到特别保护以代表

一国家或国际组织履行职能或者因为代表一国家或国际组织履行职能而有权得到特别保护的国家的任何官员或国际组织的任何官员及其同样有权得到特别保护的家庭成员”。⁴¹

22. 该条款草案的评注指出,(a)项特别提到国家元首或政府首脑,因为国际法规定给予这种地位以特殊保护。⁴²委员会强调,国家元首或政府首脑“只要身处外国,不论其访问的性质如何——无论是正式访问、非正式访问还是私人访问,均有权得到特别保护”。⁴³

23. 有人提议在该条草案案文中说明,内阁成员或其他类似(高)级别人员身处外国时,也应当在任何时候和任何情况下都受到国际保护;这一提议未得到委员会接受。首先,委员会决定,关于这类人员有权得到国际保护的原则,尽管受到某些人支持,但“不能以任何广泛接受的国际法规则为依据,因此不能作为提议提出”。⁴⁴其次,反对该提议的人指出,委员会在其关于特别特派团和在国家与国际组织关系中的国家代表权的工作中已经审议了可否使用类似措辞(例如“其他高级别人士”)的问题,但决定不采用这种措辞,因为其含义不够准确。⁴⁵

24. 委员会认为,条款草案第1条(b)项中所述官员不同于国家元首或政府首脑,应否享受特别保护取决于他们是否履行公务职能。⁴⁶

³⁷ 同上。

³⁸ “第50条 国家元首和高级别人员的地位

“1. 率领代表团的派遣国元首在东道国或第三国除享有本条款所规定的待遇外,还应享受国际法给予国家元首的便利、特权和豁免。

“2. 政府首脑、外交部长和其他高级别人员在作为派遣国代表团成员时,在东道国或第三国除享有本条款所规定的待遇外,还应享受国际法给予这种人的便利、特权和豁免。”

《1971年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),第315页。

³⁹ 同上。

⁴⁰ 同上。

⁴¹ 《1972年……年鉴》[英],第二卷,第312页。

⁴² 同上。

⁴³ 同上。

⁴⁴ 同上,第313页。

⁴⁵ 《1972年……年鉴》[英],第一卷,第1191次会议,第237页。我们知道,最后的论点并不反映委员会关于上述两个专题的工作的最后结果:关于特别特派团和在国家与国际组织关系中的国家代表权的条款草案中,除国家元首和外交部长外还提及了“其他高级别人员”。

⁴⁶ 同上,第二卷,第313和314页。因此,一名在东道国或接受国以外的国家休假的外交代表通常不享受特别保护(同上,第313页)。

B. 学会的工作

25. 该学会在十九世纪首次审议国家元首豁免外国法院管辖的问题。1891年通过了关于法院在针对外国国家、君主或国家元首的诉讼中的管辖权的国际条例草案。⁴⁷ 国家元首的豁免是在国家豁免的背景下审议的。该条款未将外国刑事管辖豁免单列出来，只是泛泛地提到豁免。条款草案第4至6条规定，国内法院只能审理非常有限的针对外国国家元首的民事诉讼案。⁴⁸

⁴⁷ 国际法学会，《年鉴》，1889-1892，第六卷，第426至第438页。关于学会审议这个主题的情况，另见 Verhoeven, “Les immunités de juridiction et d’exécution. Rapport provisoire” 2000年12月，国际法学会，《年鉴》，第69卷(2000-2001)，第487页。

⁴⁸ “第4条

“只有对外国的下列行动是允许的：

“1. 对物行动，包括有关领土内的不动产或动产的占有行动；

“2. 基于作为该领土内国民的继承人或受遗赠人、或享有对在该领土内公开的继承之权利的外国国家的地位采取的行动；

“3. 针对外国国家在有关领土内建立的商业或工业机构或经营的铁路采取的行动；

“4. 外国国家针对其明示承认……法院具有管辖权的行动；

“5. 由外国国家在有关领土内订立的合同引起的行动，如果可以根据某一明示条款或行动本身的性质而要求在同一领土内完全履行；

“6. 由于在有关领土内的违法行为或准违法行为引起的损害索赔。

“第5条

“不可采取因主权行为引起的行动、由于索赔者以国家官员的身份订立的合同引起的行动以及与公共捐款造成外国国家债务有关的行动。

“第6条

“针对外国君主和国家元首的行动应遵守第4条和第5条规定的规则。”

(国际法学会，《决议总表》(1873年—1956年)，1957年，巴塞尔，第15和第16页。)

26. 该学会于本世纪之初第二次审议国家元首的豁免问题，当时该专题开始引起公众、政治和专业领域的极大兴趣。⁴⁹ 由此导致该学会于2001年通过了题为“国际法规定的国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免”的决议。⁵⁰ 该决议规定：现任国家元首和政府首脑无论其实施的罪行严重程度为何，均豁免外国法院的刑事管辖。⁵¹ 根据该决议，前任国家元首和政府首脑所享受的外国刑事管辖豁免只适用于其在履行公务职能时实施的行为。然而，这种豁免是有限的，因为无论如何他们在如下情况下可能受到刑事起诉：其受到指控的行为属于国际法规定的罪行，该行为的实施只是为了满足个人利益，或该行为构成非法占有国家财产。⁵²

⁴⁹ 特别是不列颠及北爱尔兰联合王国当时正在审理备受瞩目的皮诺切特案。女王诉博街都市受薪裁判官案，皮诺切特·乌加特一方诉讼。《The Law Reports 2000, Appeal cases》，第1卷，第61页。

⁵⁰ 国际法学会，《年鉴》，第69卷(2000-2001)，第680至第692页。报告员费尔赫芬。

⁵¹ 同上，第687和第691页。

“第2条

“在刑事事项中，国家元首无论其可能实施的罪行严重程度为何，均享有外国国家法院管辖豁免。

“……

“第15条

“外国政府首脑享有……本决议所确认的国家元首享有的管辖豁免……。”

⁵² 同上，第691页。

“第13条

“……

“他们在刑事……诉讼中不享有管辖豁免，除非其行为是在履行公务职能时所实施，或与履行公务职能有关。然而，他们可能在如下情况下受到起诉和审判：其受到指控的行为构成国际法规定的犯罪，或其行为的实施只是为了满足个人利益，或其行为构成侵占国家资产和资源。”

“第16条

“第13条和第14条适用于政府首脑。”

第三章 初步议题

A. 渊源

1. 国际条约

27. 在委员会编写的条款草案基础上，通过了一系列国际条约：1961年《维也纳外交关系公约》；1963年《维也纳领事关系公约》；1969年《特别使团公约》；1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》；⁵³ 以及2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。⁵⁴ 这些条约中包含了关于国家官员地位和/或其外国管辖豁免问题的规定，有时甚至是逐字抄录委员会编写的条款草案中的上述规定。⁵⁵

28. 其他国际条约也对国家代表的豁免问题作出了规定。例如，在关于国际组织在成员国或东道国领土上的特权和豁免问题的条约中即有相应的条款。下列条约的有关条款宣称国家代表享有豁免，包括刑事管辖豁免：1946年《联合国特权和豁免公约》第四条；1947年《专门机构特权和豁免公约》第五条；1949年《欧洲委员会特权及豁免总协定》第四条以及其他条约条款。领事官员的豁免，包括刑事管辖豁免，则由双边领事公约作出规定。⁵⁶

29. 有一种观点认为，某些不专门针对豁免问题的国际条约也对国家官员的豁免问题作出了规定。例如，博尔吉指出，“若干关于制止国际犯罪的公约都含有排除国家元首豁免的规定”。⁵⁷ 这些是旨在打击国际犯罪的条约——特别是1948年《防止及惩治灭

绝种族罪公约》和1984年《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》。不过，还有另一种观点。例如，范赫文认为，迄今为止，没有任何条约明确排除通常适用于各国法院审理的国际法罪行案件中的豁免，无论是国家的豁免还是国家机关的豁免。⁵⁸ 他进一步指出，无可否认，确有一些公约试图组织有效制止这种罪行的行动。然而，从中似乎看不出签署国有（默示但确定地）减损豁免权的任何意愿。⁵⁹

2. 习惯国际法

30. 现有国际条约对某些类国家官员的外国刑事管辖豁免问题的一些重要但独立的方面作了规定：履行外交和领事职能的国家官员（外交代表和领事官员）豁免东道国、以及在某些情况下过境国的刑事管辖；国家派往国际组织的代表豁免东道国的刑事管辖；特别特派团成员豁免东道国的刑事管辖。这表明，享有外国刑事管辖豁免的群体并不限于国家元首。不过，这些条约并未对国家官员的外国刑事管辖豁免的问题作出一般性规定，也没有对许多具体情形以及享有豁免的官员群体的确切定义等等作出规定。没有一项普遍性的国际条约对所有这些问题以及与现任和前任国家官员的外国刑事管辖豁免有关的问题作出全面的规定。此外，并非关于这一问题的所有国际条约都已生效，⁶⁰ 而且即便已生效，各国也没有广泛参加。⁶¹ 值得注意的是，其中一些条约实际上还规定，其有关规则仅是对该领域现有国际

⁵³ 尚未生效。

⁵⁴ 尚未生效。

⁵⁵ 在2004年《国家及其财产管辖豁免公约》草案工作的结束阶段，达成了一项最后谅解，即这种豁免并没有扩大到刑事诉讼。其后，这一谅解又体现在大会2004年通过该《公约》的第59/38号决议第2段。

⁵⁶ 例如见1994年6月14日《俄罗斯联邦和摩尔多瓦共和国领事公约》第三节（特权和豁免）。案文（俄文）可查阅 www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_45519.html（2019年5月28日查阅有效）。

⁵⁷ 见 Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, 第66页。

⁵⁸ 见 Verhoeven, “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit internationales”, 第123页。他指出：“必须……注意到，正如有人已经指出的那样，这些公约（种族灭绝、酷刑等）中并未包含以明示方式排除[豁免]的规定，而且在其准备工作文件或其他文件中也没有任何内容显示这些条约的谈判国或缔约国有此默示意图。”同上，第125页。

⁵⁹ 同上，第123页。

⁶⁰ 例如，1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》和2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》尚未生效。

⁶¹ 例如，1969年《特别使团公约》有38个缔约国。

法的补充。⁶² 这由此证实在这个问题上习惯国际法的存在。此外，即使上述国际条约将习惯国际法关于国家官员的外国刑事管辖豁免问题的某些方面编入条款，也并不排除习惯国际法的有关准则依然存在，继续对所审议的主题起规管作用。

31. 国际习惯是这一领域的基本国际法渊源。正如福克斯所指出的那样，“如果没有任何关于国家元首地位和豁免问题的一般性公约，则由习惯国际法提供这些规则”。⁶³ 在国家元首以及其他国家官员的外国刑事管辖豁免问题上，都是如此。

32. 在确定刚果民主共和国外交部长在逮捕证案中豁免比利时的刑事管辖问题可适用法律的渊源时，国际法院在其2002年的判决中，就各方提及的文书中包括的外交关系、领事关系和特别特派团公约指出：“这些公约对豁免问题的某些方面提供了有益的指导。但是，其中并未包含任何明确定义外交部长所享有豁免的条款。因此，国际法院必须根据习惯国际法来裁定本案中提出的关于外交部长豁免的问题。”⁶⁴

33. 各国法院在裁决中也指出，外国管辖豁免的渊源是习惯国际法。⁶⁵ 例如，法国最高上诉法院

⁶² 例如，1969年《特别使团公约》第二十一条和1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第50条。

⁶³ Fox, *The law of State Immunity*, 第426页。另见Watts, “The legal position in international law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers”, 第36页; Borghi, 前引书, 第71至第72页; Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, 第94页; Summers, “Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?”, 详见第466页; Altman, “The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon”, 2002年4月, 第4页。

⁶⁴ 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 2002年2月14日的判决, 《2002年国际法院汇编》, 第21页, 第52段。

⁶⁵ 正如博尔吉所指出的那样, “在许多司法裁决, 包括瑞士、法国、美国和德国的司法裁决中, ……习惯法也被确立为豁免的渊源”。前引书, 第71页。另见女王诉巴特尔和都市警务处处长等, 皮诺切特一方诉讼案(“皮诺切特第1号”), 上议院, 1998年11月25日, 转载于《国际法律资料》, 第37卷, 第1302页, 详见第1309至第1311页; 女王诉巴特尔和都市警务处处长等, 皮诺切特一方诉讼案(“皮诺切特第3号”), 上议院, 1999年3月24日, 转载于《国际法律资料》, 第38卷, 第581页, 详见第621、622、641和644页; *Wei Ye, Hao Wang* 及不具名原告六人和其他类似地位者诉江泽民和法轮功管制办公室案, 美国地区法院, 伊利诺伊州北

在其2001年对所谓“卡扎菲案”的裁决中, 指出: “如果没有与此相反的国际规定约束有关各方, 那么, 按照国际习惯, 不得在一外国刑事审判机构对现任国家元首提起诉讼”。⁶⁶

34. 各国以其行政部门为代表, 也将习惯作为这一领域的国际法渊源。例如, 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)的双方方便主要是通过习惯国际法就刚果外交部长在比利时是否享有刑事管辖豁免问题论证各自的立场。⁶⁷ 美国政府在其向审理外国国家官员豁免案件的美国法院提交的“豁免建议”中, 将习惯国际法称为豁免的一个法律渊源。⁶⁸ 法国的检察长在其关于“卡扎菲案”的结论中称, “在传统上, 国家元首豁免原则被视为是一项必要的国际习惯规则, 有利于维护各国间的友好关系”。⁶⁹

区(2003年), 第5页; 布扎里诉伊朗伊斯兰共和国案, 2004年, CanLII 871 (Court of Appeal for Ontario), 第[40]和第[85]段(可查阅 www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.html, 2019年5月28日查阅有效)。

⁶⁶ 最高上诉法院, 刑事分庭, 2001年3月13日, 00-87.215, 刊载于 *Bulletin criminel*, 2001, N.64, 第218页(可查询 <http://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriJudi.do> (2019年5月28日查阅有效))。重印本作为卡扎菲案, 法国, 最高上诉法院, 刑事分庭, 2001年3月13日, 《国际法律汇编》, 第125卷, 第508页, 详见第509页。

⁶⁷ 《国际法院书状》, 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 起诉书, 2000年10月17日, 第13页, 第四部分(B)(保留原文中的强调重点): “……不承认现任外交部长的豁免违反了国际判例法……、习惯法和国际礼让”; 另见刚果民主共和国诉状, 第6段、第55段和第97段(1); 比利时辩诉状, 第3.4.6段、第3.5.144段等。

⁶⁸ 例如, 国务院2001年其在塔奇欧纳诉穆加贝案的“豁免建议”中, 指出: “根据在美国得到承认和适用的习惯国际法规则, [……]穆加贝总统, 身为一外国国家元首, 在本案中享有该法院的管辖豁免。” *AJIL*, 第95卷(2001年10月), 第874页。2005年, 就教皇本笃十六世的豁免问题, 国务院指出: “国家元首豁免的原则作为国际习惯法适用于美国。” Crook, “Contemporary practice of the United States relating to international law: US Brief suggests Pope’s immunity as a head of State”, 第219页。另见公布在美国国务院网站(www.state.gov)上关于下列案件的“豁免建议”第3段: 李伟勋诉薄熙来案(“进一步建议”, cc. 2-8); 哈特曼诉扎耶德·本·苏尔坦·阿勒纳哈扬案; 格拉迪斯·M. 拉丰唐诉让·贝特朗·阿里斯蒂德案; 第一美国集团诉扎耶德·本·苏尔坦·阿勒纳哈扬案; 约瑟芬·阿里高格和斯皮亚尼·玛丽安·费尔南多诉沙特阿拉伯王国、法赫德·本·阿卜杜勒-阿齐兹·阿勒沙特亲王、马吉德·阿菲菲、萨利姆·阿菲菲案; 监护人F. 诉圣安东尼奥主教管区案。

⁶⁹ 卡扎菲案, 检察长的呈件, 《国际法律汇编》, 第125卷, 第500页。

3. 国际礼让

35. 有人曾表示, 外国管辖豁免不是作为一种权利给予, 而是作为国际礼让。⁷⁰ 然而, 这一理论是难以让人接受的。豁免首先是一个权利问题, 即国家司法权利和义务问题。法院将有关国家官员豁免问题的争端视为关于侵犯司法权利和违背司法义务问题的争端, 这是自然的。2006年, 在琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部案中(该案审议了国家及其官员的豁免问题), 霍夫曼勋爵指出: “正如米利特勋爵在霍兰诉拉姆彭-沃尔夫案[2000]1 WLR 1573, 1588中所说的那样, 国家豁免不是‘联合王国选择自我施加的对其法院管辖权的限制’, 而是作为一个可自由裁量的事项, 可以放松或放弃。国家豁免是国际法施加的不对任何国家歧视的规定。”⁷¹ 国际法院在其对逮捕证案的判决中认定, 比利时违反了其对刚果民主

⁷⁰ 这一理论既见于司法裁决中, 又见于学理之中。在美国的法律诉讼中, 这也是众所周知的理论。例如, 早在1812年, 美国的最高法院就在其关于斯库诺交易号诉麦克法登案的裁决中指出: “……作为礼让, 国际社会成员已经默示同意在某些类案件, 如涉及外交部长或君主的案件中放弃对其他主权国家行使管辖权。”斯库诺交易号诉麦克法登案, 11 U.S. 116, 137 (1812)。哥伦比亚特区法院在其1998年3月11日对弗拉托诉伊朗伊斯兰共和国案的裁决中, 指出: “外国主权豁免, 无论是按照普通法, 还是按照现在的《外国主权豁免法》, 都一直是一项恩惠和礼让之举, 而不是一项根据美国法律赋予的权利”。999 F.Supp.1, 美国地区法院, 哥伦比亚特区。在 *Wei Ye, Hao Wang* 及不具名原告六人和其他类似地位者诉江泽民和法轮功管制办公室案中, 原告律师指出, “豁免是给予国家元首的一项礼让, 旨在确认相互需要避免因法院对来访国家元首施加阻碍及处罚而干预外国政府的适当运作”(详见第5页)。

范登韦恩加尔特法官在他就2000年4月11日逮捕证案的判决提出的反对意见中, 也指出: “并没有证据可以支持这样一种提法, 即一个国家根据国际习惯法有义务给予一现任外交部长对刑事诉讼的豁免。比利时发出逮捕证和进行通缉的做法可能有违国际礼让。但是, 它并没有违反国际义务。”《2002年国际法院汇编》, 第139页, 第1段。然而, 人们会记得, 在这一问题上, 绝大多数法官支持与之相反的意见。

正如《奥本海国际法》一书所述, “给予国家元首的特殊待遇的依据被以各种方式归于国际礼让和礼遇”。Jenning and Watts, *Oppenheim's International Law*, 1992, 第1034页。卡普兰写到: “有两个主要理由可解释[外国国家豁免]论的法律渊源。一种理由主张, 豁免是国家依据国家主权平等原则而享有的一项基本权利。另一观点则认为国家豁免是从国家管辖原则的一个例外演变而来的, 即法院地中止其审判管辖权, 以此作为实际上的礼遇之举, 以促进国家间关系”。“State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory”, 详见第748页。应该指出的是, 引用的一些关于礼让问题的意见并未将之称为一个渊源, 而是称为豁免的一个理由。

⁷¹ 琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部案, 上议院, 上诉委员会, 2006年6月14日(“琼斯2号案”), [2006] UKHL 26, 第101段。

共和国的一项国际法律义务, 因为对耶罗迪亚·恩东巴希先生发出逮捕证并进行国际通缉, 这违反了刚果民主共和国现任外交部长根据国际法的规定享有的刑事管辖豁免。⁷² 这一案件涉及习惯国际法规定的一项义务。更清楚的是, 在上述有关条约义务方面, 官员的外国刑事管辖豁免来自国际法。

36. 但是, 首先, 任何情况都无法阻止一国依据国际法规定的义务也是出于国际礼让, 给予其他国家官员、尤其是高级别官员管辖豁免。⁷³ 其次, 这还涉及另一个问题。在理论上和实践上, 有时均会出现高级官员家属及直接随行人员的外国管辖豁免的问题。至于这一类问题, 就有更为坚实的理由指出外国管辖豁免的渊源不是国际法, 而是国际礼让。⁷⁴ 最后, 有观点认为, 当国家高级官员并不是以公务身份、而是以私人身份到国外旅行时, 东道国没有给予他们豁免的法律义务, 但在这种情况下可出于礼让而给予豁免。⁷⁵ (这一问题将在关于豁免的范围问题的一节中加以论述。)

4. 国际法和国内法的作用

37. 有些国家的立法已提到外国官员豁免问题, 但基本上只涉及国家元首。例如, 联合王国、新加坡、巴基斯坦、南非、加拿大和澳大利亚通过的关于外国豁免问题的法律都将官方身份的外国国家元首列入国家的概念, 这与2004年《国家及其财产管辖豁免公约》的情况相同。⁷⁶ 在这方面, 根据联合王国立法, 公务身份的外国国家元首享有与外交使

⁷² 《2002年国际法院汇编》, 第33页。

⁷³ “无论是公约规定还是习惯法, [给予豁免]的义务并不排除国家当局给予外国国家元首比国际法……规定的更优惠的待遇。”Verhoeven, “Les immunités de juridiction et d'exécution. Rapport provisoire”, 第509页。

⁷⁴ 见下文第128段。

⁷⁵ 卡塞塞认为, “当他们[国家高级官员]正在进行私人访问、但没有以不透露身份的方式旅行时, 东道国则须给予他们特别的保护; 也可出于礼让, 即出于礼貌和善意, 给予他们特权和豁免; 不过, 并没有这样做的义务”。*International Law*, 第96页。

⁷⁶ 例如见联合王国1978年《国家豁免法》第14条; 新加坡1979年《国家豁免法》第16条; 巴基斯坦1981年《国家豁免法令》第15条; 南非1981年《外国主权豁免法》第1条; 加拿大1982年《国家豁免法》第2条; 澳大利亚1985年《外国国家豁免法》第3条。这些法律的相关条款的引述见Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, 第431

团团长相的豁免。⁷⁷ 根据《澳大利亚外国国家豁免法》第36条第1款,“在符合本节后续条款的情况下,1967年《外交特权和豁免法》经必要修改,扩大适用于现任(a)外国国家元首或(b)外国国家元首之配偶”。⁷⁸

38. 俄罗斯联邦立法载有关于所有外国国家官员豁免问题的规定。根据《俄罗斯刑事诉讼法典》第3条第2款,对依照国际法公认的规则或俄罗斯联邦缔结的国际条约享有刑事诉讼管辖豁免的外国官员提起刑事诉讼,需经该官员现在或过去为之工作的外国国家同意。在这方面,关于当事人是否享有此类刑事诉讼豁免以及此类豁免有多大范围的资料,将由俄罗斯联邦外交部提供给相关的俄罗斯法院或执法机构。⁷⁹ 在这种情况下,值得注意的是,依照国内法,对于外国官员在俄罗斯的刑事管辖豁免问题,以国际法为准。

39. 关于有些国家法律体系中出现普遍管辖制度的问题,这些国家的立法已经开始出现有关规定,可以被解释为行使普遍刑事管辖的当事国拒绝对外国官员给予豁免。例如,比利时1993年关于对严重违反1949年保护战争受难者的日内瓦四公约的行为提起刑事诉讼的法律在1999年修正后,列入了防止利用豁免来避免刑事起诉的规定:“个人公务身份所赋予的豁免不得阻止适用本法。”⁸⁰ 有了这一规定,就有可以对刚果民主共和国外交部长提起刑事诉讼。但在国际法院作出逮捕证案的判决之后,这项法律于2003年经修正⁸¹ 成为:“……只有在国际法准许的

情况下才取消豁免”。⁸² 因此,比利时法律中外国官员战争罪的刑事管辖豁免范围,实质上已开始根据国际法予以确定。

40. 国际法和国内法在国内法院及其他执法机构审议外国国家官员豁免问题时发挥什么作用,主要取决于国际法在有关国家法律制度中占据的地位、有关国家的法律文化以及法律和执法传统。众所周知,国内法院在审议外国官员豁免问题时广泛适用国际法(当然也会结合国内法),而国内法院在审理此类案件时实际上不会提到国际法。

41. 国家官员的外国刑事管辖豁免问题以及国家的管辖豁免问题是涉及国家间关系的问题。因此,这个问题中的基本的首要法律依据是国际法。因此,理想的情况是由有关这个问题的国际法确定国内法院及其他执法机构可适用的国内法的内容,或者是国内法院及其他执法机构在审议豁免问题时直接适用有关这个问题的国际法。⁸³ 国内法在这方面最好能够发挥辅助作用,使国际法中关于豁免问题的各项规定得到实施。⁸⁴ 由于国内法院往往难以确定应予适

“在《刑事诉讼法典》第一标题第1章中插入以下第1条之二:

“第1条之二 1. 依照国际法,不可对下列人员提起诉讼:

“一 现任国家元首、政府首脑和外交部长,以及国际法承认享有豁免的其他人;

“一 根据对比利时有约束力的条约享有全部或部分豁免的人。

“2. 依照国际法,对于应比利时当局或设在比利时境内并与比利时缔结了总部协定的国际组织正式邀请在比利时王国境内逗留的任何人,在其逗留期间不可采取与提起公诉有关的任何强制措施。”

⁸² Smis and Van der Borgh, “Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law: a contested law with uncontested objectives”.

⁸³ 在这方面,可提及法兰西共和国官员 R. 亚伯拉罕在国际法院审理法国国内的若干刑事诉讼程序案(刚果共和国诉法国)时,对法国国情的描述:“依照国际法,法国法律采纳了外国国家元首豁免的原则。任何关于国家及其代表的豁免的立法都没有衍生书面规则。明确且有力主张这些豁免原则的,是提及习惯国际法并直接予以适用的法国法院的判例。” CR 2003/21 号文件(译文),2003年4月28日星期一下午4时,第32段。

⁸⁴ 如范赫文所述,“看起来毫无疑问,豁免首先提出的是一个国际法问题,因此应由国际法来处理豁免产生的问题。而国内法应用来确定如何在每一个国内法律秩序中切实遵守这项规则,因为知道同其他领域一样,只要有任何缺陷就会

至第459页;和 Dickinson, Lindsay and Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, 第469至第523页。

⁷⁷ 联合王国《国家豁免法》第20条提及了1964年《外交特权法》。Bankas, 前引书,第440页。

⁷⁸ Dickinson, Lindsay and Loonam, 前引书,详见第483页。

⁷⁹ 见俄罗斯联邦关于修正《刑事诉讼法典》第3条的2008年3月4日第26号联邦法。

⁸⁰ 关于惩治严重违反国际人道主义法行为的1993年6月16日法律,第5条,第3章,经1999年2月10日法律修正,文件号:1993-06016/36,可查阅(佛兰德斯文和法文) <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (2019年5月28日查阅有效)。

⁸¹ 关于严重违反国际人道主义法行为的2003年8月5日法律, *dossier numéro*: 2003-08-05/32, 可查阅(佛兰德斯文和法文) <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm> (2019年5月28日查阅有效)。

“第13条

用的习惯国际法规则的内容，编纂有关这个问题的国际法就会非常有用。

5. 可用资料

42. 在研究本报告所议专题以及可能拟订相关规范性条款草案之时，似宜采用下列资料：国家实践，包括国内立法和国内法院裁定，特别是在世纪之交通过的、反映当前对该专题理解情况的裁定；行政当局在国内和国际司法机关的陈述，国家代表关于这个问题的发言；与这个专题有关的国际条约；国际法院在逮捕证案以及当前法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国）和刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国）等的案件中的判决及其他文件；各国际刑事法庭的相关裁决；上文所述委员会的资料及其他关于该专题的资料；国际法学会1997年至2001年期间审议国家元首和政府首脑豁免问题的资料；这一领域的学术研究；以及关于该专题的其他资料。⁸⁵

B. 豁免和管辖

1. 管辖

43. 本报告所议专题的标题本身就是以“豁免”和“管辖”两个概念之间存在相似点和不同点为前提。正如希金斯、科艾曼斯和比根塔尔法官在逮捕证案中发表联合个别意见所称，“‘豁免’是‘管辖豁免’的速记缩略语”。⁸⁶有管辖才有豁免。如果没有管辖，就没有理由提出或审议管辖豁免的问题。⁸⁷国际法院在逮捕证案判决书中写到，“只有在一国依照

产生国家的国际责任。”“Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international”。

⁸⁵ 例如，国际刑警组织请求各国分发针对外国官员的国际逮捕证。

⁸⁶ 《2002年国际法院汇编》，第64页，第3段。

⁸⁷ 正如布鲁默所述，“从逻辑上讲，有管辖问题才有主权豁免问题，因为如果没有管辖，豁免问题就不会出现。”*State Immunity and the Violations of Human Rights*, 第34页。“在能够分析豁免是不是一个切实可行的抗辩理由之前，确定管辖……是必需的。管辖必须首先确定，因为从定义上看，豁免是管辖豁免的缩略。”Toner, “Competing concepts of immunity: revolution of the Head of State immunity defense”, 第903页。

国际法有权管辖某一事项的情况下，才会出现针对行使这一管辖的任何豁免问题”。⁸⁸

44. 本报告所议专题涉及国内管辖而非国际管辖，也就是说，是一个国家而不是国际机关的管辖。M. 萧认为：“管辖是国家对人民、财产和情况施加影响的权力，反映了国家主权、国家间平等和不干涉内政的基本原则”。⁸⁹管辖通常被描述为一个国家的权力或权能。⁹⁰管辖是国家主权⁹¹及其官方特权的一种表现形式，在国家行使主权的领土之内尤其是如此。卢卡舒克指出，管辖“指的是国家作出行为规定并确保使用现有一切合法手段执行这些规定的权力”。⁹²布朗利指出，“至少可以推定，管辖具有域内属性”。⁹³不过，管辖还可以其他理由（例如公民身份⁹⁴）行使，也可以在域外行使。

45. 管辖通过政府的立法、行政和司法机关的行动行使。立法、行政和司法管辖之间通常有区

⁸⁸ 《2002年国际法院汇编》，第19页，第46段。时任院长的G. 纪尧姆法官曾表达同样的观点：“法院的管辖问题是法院在审议管辖豁免之前必须作出决定的问题。换句话说，只有在存在管辖的情况下才会出现管辖豁免。”同上，第35页，第1段。希金斯、科艾曼斯和比根塔尔法官也在其联合个别意见中同意这一看法：“如果从理论上讲没有管辖，那么，就绝对不会出现以其他方式存在的管辖豁免问题。”同上，第64页，第3段。

⁸⁹ Shaw, *International Law*, 第572页。

⁹⁰ “管辖”——“一词使人联想到权力的概念，在一系列表述中当作权能使用，在另一系列相关表述中当作判决权使用”。Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, 第624页。洛威认为：“‘管辖’一词指的是一个国家或其他管理当局（例如欧洲共同体）制订、适用和执行人们的行为规则的法律职权范围。”“Jurisdiction”, in Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed. 第335页。奥克斯曼认为：“从最广义上讲，国家管辖指的是国家采取行动的合法权力以及国家决定是否采取行动、在决定采取行动的情况下如何采取行动的权力。虽然法学家们通常较为狭义地将‘管辖’一词用来指制订和执行规则的合法权力，但记住最广泛的含义还是有好处的。”“Jurisdiction of States”, 第55页。

⁹¹ Bowett, “Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources”, “Jurisdiction of the State (or national jurisdiction) as a manifestation of State sovereignty”, Chernichenko, *Theory of International Law*, 第126页。

⁹² Lukashuk, *International Law, General section*, 第330和第331页。

⁹³ Brownlie, *Principles of International Law*, 第297页。卢卡舒克指出，管辖的基本原则是域内管辖。但管辖范围既可以在域内也可以域外。前引书。

⁹⁴ Shaw, 前引书，第572页。

分。⁹⁵ 立法或立规（造法）管辖包括由政府当局颁布法律及其他法律规定。行政管辖包括由国家、国家行政当局和官员实施和执行国家法律及其他法律规定的行动。司法管辖包括国家司法当局的活动，主要是案件审理方面的活动。行政和司法管辖具有共同特点：都涉及法律的适用和执行。因此，有些作者提到只存在两种管辖形式——立法（立规）管辖和行政管辖。⁹⁶

46. 特别报告员 S. 素差伊库在其关于国家及其财产的管辖豁免的第二次报告中提出下列管辖定义：“‘管辖’是指领土国家启动法律程序、解决争端、或裁夺争讼的权能或权力，以及在所有方面的司法权力”（条款草案第2条，第1款（g）项）。这一定义在解释性规定草案中作了扩充，说明了“管辖”概念的要件：

第3条 解释性规定

1. 在本条款中，除非另有规定：

……

(b) 第2条第1款（g）项定义中的“管辖”，……包括：

(一) 裁夺的权力，

(二) 确定法律和事实问题的权力，

(三) 司法和在法律程序所有阶段采取适当措施的权力，及

(四) 领土国家司法或行政和警察当局通常行使的其他此类行政和执行权力。⁹⁷

47. 从这一定义和解释性规定中可得出两个结论。首先，为了关于国家管辖豁免的条款草案的目的，特别报告员认为应只审议管辖的行政和司法方面。立法（立规）管辖不包含在这一定义中。其次，

为了条款的目的，管辖的概念包含程序行动的所有方面。⁹⁸

2. 刑事管辖

48. 管辖可分为民事、行政和刑事管辖，取决于当局颁布的法律（命令）的实质内容、当局的行为以及当局的命令所涉或当局审议的问题或案件。刑事管辖涉及通过法律和其他命令，把所涉个人行为定为犯罪行为，确定并使行为人对这些行为承担责任，并包括实施这些法律和命令的政府机构的活动。⁹⁹ 值得一提的是，司法机关、某些行政机关，还有一些不属行政或司法系统的机关均可负责适用和执行刑事法律，也就是说，这些机关行使国家的行政管辖权或行政和刑事司法管辖权。国家的法律制度决定了哪个政府当局和司法当局参与行使刑事管辖权。¹⁰⁰ 国内法中将特定个人行为定为犯罪行为并确定应对这些行为负责任的规则系刑法实体规则。确定刑法实体规则实施的做法和程序的规则则为刑法程序规则。一般而言，政府当局根据刑法程序规则适用或执行刑法实体规则的活动与刑事诉讼相关，包含在刑事程序的概念中。

49. 如上所述，管辖基本上是域内性质，但也有域外的，对刑事管辖而言尤其如此。国家可在以下情况下将其刑事管辖权延伸至本国领土边界之外：(a) 事关本国公民在境外实施、被本国法律定为犯罪的行为；(b) 事关在境外实施、被本国法律定为犯罪且伤及本国公民的行为；(c) 事关在境外实施、被本国法律定为犯罪且伤及本国的行为；(d) 事关在境外实施、被国际法定为犯罪的行为。例 (a) 涉及域外刑事管辖的“主动属人”原则；例 (b) 涉及“被动属人”原则（有时，这两种形式合二为一，成为一种域外刑

⁹⁸ 特别报告员本人在解释定义草案时指出，为了条款草案的目的，管辖的概念“包含整个司法进程，从启动或提起诉讼、送达令状、调查、审查、审判、构成临时或暂行措施的命令，到决定作出各种判决和执行以此方式作出的判决、或者中止和进一步免除这类判决”。同上，第206页。

⁹⁹ “广义上，国家刑事管辖可以界定为可适用的实体刑法的管辖，即进行定罪和处罚，也指确定在管辖上强制执行刑事成文法。” A. Fournier, “Compétence pénale”, 第1页。

¹⁰⁰ 例如在俄罗斯联邦，法院和内务主管当局负责执法，但检察官办公室也负责行使部分执法职能，而后者不隶属行政部门系统。

⁹⁵ 同上，第576至第578页；Lukashuk，前引书。

⁹⁶ 例如见 Chernichenko，前引书，第112至第117页。

⁹⁷ 《1980年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），A/CN.4/331和Add.1号文件，第206页和第211页。

事管辖形式，被称为“属人管辖”）；例(c)涉及“保护”原则；例(d)涉及“普遍”原则。¹⁰¹

50. 外国国家行使域内刑事管辖权或根据被动属人原则、保护原则或普遍原则行使域外刑事管辖权时，即有可能产生官员的豁免问题。当若干国家试图对同一个人行使刑事管辖权时，也可产生豁免问题。

3. 刑事管辖和民事管辖

51. 不同于民事行政管辖和民事程序，刑事行政管辖和刑事程序可能在远未实际进入审判阶段便已开始。刑事起诉包括一个相当长的预审阶段。在执法机构收到（据称）犯罪行为报告后、案件进入审判阶段前这一段时间内有多项刑事程序行动。警方和其他执法机构在初步调查中采取的行动，如起草犯罪现场勘验报告、收集实质性证据、讯问证人、启动刑事诉讼程序等等，都不需要或至少在许多国家都不需要司法裁决。此类行动可影响到某个外国官员。因此，刑事管辖权的行使可能在此预审阶段便已引出豁免问题。这对确定当前所审议专题的界限及豁免的范围具有重要意义。

52. 民事管辖的行使既可针对个人，也可针对国家。不过，举例而言，根据2004年《国家及其财产管辖豁免公约》，对以一国代表身份行事的国家代表提出的民事诉讼构成对该国提起的诉讼。¹⁰² 因此，法院审理这样一起诉讼等于是行使对一个国家的民事管辖权。

53. 刑事管辖的行使仅针对个人而言，不涉及国家。国家不同于个人，国家不产生刑事责任问题。正如康希尔的宾汉姆勋爵在2006年琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部案的裁决（其中说明了刑事管辖与民事管辖的区别）中指出，“在国际法或英国法中，国家不承担刑事责任，因此不得在刑事起诉中直接指控国

家”。¹⁰³ 此意见的一个要素是“直接”一词。显然，对一国官员行使刑事管辖权，即便是间接的，也影响到该官员所服务的国家。尤为明显的例子是对国家高级别官员的刑事起诉，特别是对国家元首或政府首脑、外交部长或是在国际事务中代表国家和/或为国家履行保障主权和安全的重大职能的其他政府成员。另一明显例子是对任何一级国家官员提起的刑事诉讼事关该官员以公务身份所实施的行为。正如2004年罗纳尔德·格朗特·琼斯和其他人诉沙特阿拉伯王国内政部和安诺案的裁决指出的，“对一个被指控为施酷刑者的刑事诉讼可以说是对这一外国的间接指控。难以看出为何对某一被指控为施酷刑者的个人的民事诉讼应被视为在更大程度上干涉某一外国内务或被视为一种更难接受的裁决外国内务的形式”。¹⁰⁴ 而且，针对某外国官员进行刑事调查的国家很有可能得到有关该官员所服务国家的主权和安全的情报。在这些情况下，尽管从法律上讲，这是对自然人的刑事起诉，但在本质上却是一国对另一国行使主权特权的问题。同时，这另一国的主权利益也受到影响。刑事管辖权的行使往往涉及极为侵入性的调查行动，因此，在此过程中，主权利益所受影响可能远远大于在民事管辖权行使过程中所受的影响。正如瑞士联邦法院在阿达莫夫案的裁决中所指出的，“根据一般国际法原则，一国内刑事司法制度应避免干涉其他国家的事务”。¹⁰⁵

54. 最后，在有些情况下，刑事管辖与民事管辖较难区别。比如，在有些法律制度下，可在刑事诉讼程序中提起一项民事诉讼。¹⁰⁶

55. 总之，尽管乍看之下，对某一外国官员行使刑事管辖与行使民事管辖，两者之间似乎有明确区别，但两者确有足够多的共同特点，值得我们在审议本专题时考虑到国家官员及国家本身的外国民事管辖豁免方面的现行做法。

¹⁰¹ 见秘书处关于国家官员的外国刑事管辖豁免的备忘录(A/CN.4/596)，脚注22至26。

¹⁰² 这沿用了《公约》中的“国家”定义。根据《公约》第2条第1款(b)项第(四)目，“国家”的含义包括“以国家代表身份行事的国家代表”；根据第6条第2款(b)项，“在一国法院中的诉讼应视为对另一国提起的诉讼，如果该另一国……未被指名为该诉讼的当事一方，但该诉讼实际上企图影响该另一国的财产、权利、利益或活动”。

¹⁰³ 琼斯2号案(见上文脚注71)，第31段。

¹⁰⁴ 琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部案，上议院，上诉委员会，2004年10月28日(“琼斯第1号”)，[2004] EWCA Civ 1394，第75段。

¹⁰⁵ 叶甫根尼·阿达莫夫诉联邦司法局案，瑞士联邦法庭，2005年12月22日的判决，ATF 132 II 81，第3.4.3段。

¹⁰⁶ 根据俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》第44条第2款，“如果刑事案件系由一审法院审理，便可在刑事诉讼程序启动后至法院调查结束前这段时间内提出民事主张”。

4. 豁免

56. 国家有权对其领土内所有个人行使管辖权，包括刑事管辖权，除非所涉个人享有豁免。¹⁰⁷ 豁免概念没有定义，至少在普遍性国际协定中没有定义，尽管这些协定经常使用这一名词。豁免通常被理解为：享有豁免的实体、个人或财产被作为国家管辖的例外情况或排除在国家管辖权范围之外；管辖权行使的一个障碍；管辖的限制；用于阻止对实体、个人或财产行使管辖权的一种抗辩；最后，实体、个人或财产免受管辖的权利，即不受管辖的权利。¹⁰⁸

57. 特别报告员在关于国家及其财产的管辖豁免的第二次报告中，在条款草案第2条第1款中提出了“豁免”和“管辖豁免”的以下定义：“(a) ‘豁免’是指免受、中止或不遵从领土国主管当局管辖的特权；(b) ‘管辖豁免’是指不受领土国司法或行政当局管辖的豁免。”¹⁰⁹ 正如特别报告员在介绍条款草案时所指出的：“‘豁免’是一个法律概念，可通过法律关系加以表述”；“某人……或某国有权享有的‘豁免’与相应主管当局的‘无权力’相关联”；“‘豁免’一词意味着领土国国内当局的无权力或不服从其管辖。”¹¹⁰

¹⁰⁷ 见上文第7段有关委员会起草的《国家权利义务宣言》草案第2条的内容。

¹⁰⁸ 例如，斯特科把豁免理解为“免受地方当局的管辖”。*Diplomatic Exemption from Civil Jurisdiction*, 第30页(波兰文), 援引于Przetacznik, *Protection of Officials of Foreign States according to International Law*, 第10页。《国际公法词典》提供了如下的豁免定义：“享有豁免的人、车辆或财产(国家、国家元首、外交官、领事官员、国际组织及其官员、外国武装部队、外国船只和飞机以及以前在投降国的外国人)免于这种程序，也不承担普通法义务”。Salmon (dir.), 前引书, 第558页。这一词典所定义的管辖豁免是“指允许某些实体和个人(国家、国家元首、外交官、领事官员、国际组织及其官员、外国武装部队等等)不受所在国或第三国管辖的豁免”。同上, 第559页。正如凯瑟迪安所指出的, 管辖豁免的概念包含“防止一国或一国际组织受另一国司法当局的起诉”。“Immunités”, 第5页。根据斯坦伯格的观点, “在国际公法的框架内, 国家豁免法是指外国国家可据以主张免于、中止或不服从另一国管辖的法律原则和规则”。“State immunity”, 第615页。沃斯认为, “国家豁免是不受外国管辖的权利”。“Immunity for core crimes? The I.C.J.’s Judgment in the Congo v. Belgium Case”, 第882页。根据赫列斯托瓦的观点, “国家豁免意味着不受另一国管辖”。*Problems of the jurisdictional immunity of a foreign State (legislation and practice)*, 第9页。

¹⁰⁹ 《1980年……年鉴》[英], 第二卷(第一部分), A/CN.4/331和Add.1号文件, 第33段。

¹¹⁰ 同上, 第17段。

58. 从这一“豁免”定义及素差伊库的评注中显然可以看出, 尽管他把豁免定义为一种法律关系, 但在此法律关系中享有豁免者的权利并不对应于该外国的任何义务(唯一对应于这一权利的要害是不服从管辖)。但在一个法律关系中, 一个人的权利与另一个人或多人的义务相对应。就此意义而言, 豁免也不例外。如果管辖豁免被视为一项法律原则(与相对应的法律关系一起), 建立了某种权利和对应的义务(似乎是这样的情况), 那么, 一方面, 享有豁免者有权使国家不对其行使管辖权, 另一方面, 拥有管辖权的国家有义务不对享有豁免者行使管辖权。¹¹¹

59. 关于豁免还有一种观点。豁免又被视为东道国对外国官员的管辖权的减损。这一豁免概念并不强调享有豁免个人的权利与拥有管辖权的国家的对应义务, 而是强调拥有属地管辖权的国家出于对其他国家及因此而对其他国家代表的尊重而不对该国行使管辖权的协议或意愿。在本质上, 对于豁免的这一理解并非以国际法、而是以国际礼让为基础。¹¹² 如果不折不扣地适用这一概念, 豁免便不成为权利问题, 而成为拥有管辖权的国家的自由裁量权问题。但在实践中并不是纯粹地适用这一概念。它被理解为根据国际法对豁免的诠释和理由的补充。正如萧所述, “虽说构成了对东道国管辖权的减损, 例如, 联合王国不能对其领土内的外国使节行使管辖权, 但还是被视为对外国国家主权的承认的主要内容以及所有国家法律平等的一个方面”。¹¹³

60. 委员会通过的条款草案和2004年《国家及其财产管辖豁免公约》均未载列“豁免”和“管辖”的定义及相应的解释条款。但它们确实在很大程度上反映了普遍接受的“豁免”和“管辖”概念的内容。就正在审议的专题而言, 如果要起草规范条款, 或许应尝试拟订“豁免”和/或“刑事管辖豁免”的定义。

¹¹¹ 根据辛克莱的观点, “豁免可在法理学上被定义为领土国不得对外国国家行使管辖权这一义务的对应体”。“The law of sovereign immunity: recent developments”, 第199页。

¹¹² 见上文第35段和第36段。

¹¹³ Shaw, 前引书, 第621页。S.素差伊库也写到: “待遇互惠、国家间礼让、国际礼让, 这些都是紧密相连的概念, 可以说为主权豁免理论提供了一个附属或补充依据”。“Immunities of foreign states before national authorities”, 第119页。

61. 豁免与管辖彼此相关，而且域外管辖以及尤其是普遍管辖制度的发展对豁免问题的考虑有着重大影响；尽管如此，审议和研究豁免问题时可不审议管辖问题的实质，反之亦然。正如国际法院在逮捕证案的判决中所述，“必须审慎区别国内法院管辖规则与管辖豁免规则：管辖并不意味着不存在豁免，不存在豁免也不意味着管辖。因此，虽说若干关于防止和惩罚某些重罪的国际公约规定了国家的起诉或引渡义务，从而要求国家延伸刑事管辖权，但这种管辖权延伸丝毫不影响习惯国际法规定的豁免……这些豁免在外国法院仍具有可对抗性，甚至是在法院根据这些公约行使管辖权的地方”。¹¹⁴

62. 希金斯、科艾曼斯和比根塔尔法官在就逮捕证案的判决联合提出的个别意见中指出，“豁免”与“管辖”密不可分，在任何情况下，豁免的存在不仅取决于个人地位，而且取决于管辖的类型及国家当局行使这一管辖权的依据。¹¹⁵他们还指出，“虽说‘豁免’概念在理论上取决于先行存在的管辖权，但两者各自适用一套特有的法律”，而法院绕过管辖权问题，“也就鼓励了当前这种令人遗憾的倾向……即合并这两个问题”。¹¹⁶

63. 围绕这一专题，有必要审议国家官员对外国刑事管辖的豁免问题，或许有必要制定关于这一问题的条款草案或指导原则。特别报告员认为在这种情况下不适宜进一步审议管辖权问题本身的实质，尤其是域外管辖权和普遍管辖权问题。因此，似乎无需在此项专题范围内制定有关管辖问题的任何条款草案。与此同时，在审议豁免范围这一问题时，包括在审议豁免规则是否有任何免除或例外时，显然必须审议管辖问题。

5. 刑事管辖豁免及其程序性

64. 上述关于豁免与管辖的观点，也与在这个专题下对“刑事管辖豁免”概念的审议有关。重要的是，管辖豁免，特别是刑事管辖豁免，并没有使享有这种豁免的人不受国家立法（立规）管辖。值得注

意的是，素差伊库提议的关于管辖豁免的定义只谈到对司法和行政当局管辖的豁免。从上述关于国家及其财产管辖豁免条款的“管辖”概念的定义草案来看，显然只是指行政和司法管辖豁免，而不是国家立法（立规）管辖豁免，即程序豁免、诉讼行动豁免。¹¹⁷因此，享有豁免的人不能免于服从拥有管辖权的国家制定的法律（适用于该国领土的法律）。¹¹⁸然而，拥有管辖权的国家不能保证将其法律适用于享有豁免的人。对享有豁免的人来说，在有管辖豁免的国家，豁免为其提供保护，使其免于遵行执法程序，但不能免于服从该国法律。这种观点在理论上受到广泛支持。¹¹⁹应指出，关于外交和领事关系及特别特派团的各项公约一方面授予某一类人对东道国管辖的豁免权，同时也规定这些人有义务尊重东道国的法律。¹²⁰

65. 应指出，关于豁免的性质有另一种观点。有时不仅提及程序豁免，而且提及实质或实际豁免，

¹¹⁷ 素差伊库写到：“所审议的豁免[外国国家在本国当局面前的豁免]主要是免受管辖，或不受制于地方权力或领土当局，而不是对实体法或基本法律条款享有豁免。它们是对程序法的豁免，或最多是对法律程序或诉讼的豁免，而不是对当地法律的豁免。援用国家豁免，可以中止地方管辖。但这种豁免可以许多不同方式在任何时候放弃，从而使法律程序得以启动，完全恢复施行当地实体法。”前引文，第96页。

¹¹⁸ “管辖豁免并不等于可以不遵守领土国家的法律秩序。在不涉及外国国家的诉讼中，或由第三国法院审理时（而该国根据关于法律冲突的规则，可能必须适用（第一）领土国家的实体法，如侵权行为地法），这个问题可能会作为一种有害事项而出现。”Steinberger，前引文，第616页。

¹¹⁹ 例如，“豁免这个词主要用来表示不受制于法律程序。因此，豁免并不默示或涉及不服从或无责任属事理由，理解了为什么总是可以放弃豁免，就必然很清楚这一点”（Parry and Grant, *Encyclopaedic dictionary of international law*, 第165页）；“……管辖豁免并不意味着对有关领土国法律制度的豁免”（Shaw, 前引书，第623页）；“[以豁免为由]的抗辩是要求诉讼豁免，而不是免于遵守法律。因此，如果放弃了豁免，就可以用普通方式适用法律判案。在被告国法院不提供救济的情况下可以看出，诉讼豁免可能导致回避责任；尽管如此，被告国的内在责任或国家责任不受影响”（Fox, “International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States”, 第370页）；“国际法规定的国家豁免只是对国内法院法律诉讼的豁免，并不能使国家免于本国法律诉讼或免于承担任何责任。换句话说，授予国家国际法规定的豁免并不意味着终止法治”（Tomonori, “The individual as beneficiary of state immunity: problems of the attribution of ultra vires conduct”, 第274页）。

¹²⁰ 1961年《维也纳外交关系公约》第四十一条、1963年《维也纳领事关系公约》第五十五条和1969年《特别使团公约》第四十七条。国际法学会2001年决议（见上文脚注50）序言部分也提及“授予国家元首或政府首脑的豁免权绝不意味着他们没有义务尊重法院地国领土上实行的法律”。

¹¹⁴ 《2002年国际法院汇编》，第24页和第25页，第59段。

¹¹⁵ 同上，第64页，第3段。

¹¹⁶ 同上，第4段。

即享有豁免的人可以不受法律管束，从而也不受国家立法管辖。¹²¹ 不过，就这个问题著书的大多数作者并不赞同这种观点。

66. 这对于刑事管辖范围尤其重要。享有刑事管辖豁免的人尤其不得免于遵守将某种行为定为犯罪并确定对其惩罚的实体法规则。外国刑事管辖豁免只是使拥有管辖权的外国国家的司法和执法机构不能对有关人员提起刑事诉讼和采取刑事程序行动。（如果不谈国家官员的外国刑事管辖豁免或刑事诉讼豁免，而谈对外国某些刑事程序措施和刑事诉讼的豁免，可能更准确一些。然而，在审议豁免范围问题之前无法答复这个问题。）外国刑事管辖豁免属于程序法范围，而不属于实体法范畴，是程序性质的。¹²² 因此，原则上不能免除享有豁免的人的刑事责任；只是要追究这种责任更困难一些。正如国际法院在其逮捕证案的判决中所强调的，“现任外交部长享有管辖豁免并不意味着他们可以在可能实施罪行后不受惩罚……刑事管辖豁免和个人刑事责任是两个完全不同的概念。管辖豁免是程序性质的，刑事责任则是实体法问题。管辖豁免可能阻止在某一时期或对某些罪行提起诉讼；但不能免除享有豁免的人的所有刑事责任。”¹²³

67. 在刑事诉讼程序的初期阶段，甚至在把刑事案件送交法院进行实质性审理之前，就可能已出现了官员的豁免问题。例如，在国际法院目前审理的法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国）中，刚果对法国在与据称在刚果实施的罪行相关的调查和刑事诉讼的初始阶段对包括刚果国家元首在内的若干刚果官员采取的某些刑事诉讼措施的合法性提出质疑（除其他外，提及国家元首的外国刑

事管辖豁免）。¹²⁴ 在国际法院目前审理的另一案件刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国）中，法国对包括吉布提国家元首在内的某些吉布提官员采取的类似措施的合法性也受到质疑。¹²⁵ 在皮诺切特案中，在审议西班牙关于引渡皮诺切特的请求时，出现了前国家元首对联合王国刑事管辖享有豁免的问题。¹²⁶ 在阿达莫夫案中，在审议将俄罗斯联邦前原子能部长引渡至第三国的问题时，也出现了他对外国刑事管辖享有豁免的问题。¹²⁷

68. 在国内法院开始审理一个刑事案件时，在法院审理案情之前，豁免被视为一个先决问题。¹²⁸ 国际法院在其在关于人权委员会特别报告员享有法律诉讼豁免的争议案的咨询意见中说，国内法院必须把管辖程序豁免视为“一开始就应迅速作出裁决的一个先决问题”。¹²⁹

69. 此外，有关官员服务的国家往往既反对由外国法院审理豁免问题，也反对外国国家对该官员试图采用和采用其他非司法刑事程序措施。在这种情况下，该官员服务的国家通常通过外交途径与采用刑事程序措施的外国接触，指出必须尊重该官员的豁免权，或甚至提出该外国国家对违反国际法豁免规则产生的义务需承担责任。如上文所述，这是因为国家官员的外国刑事管辖豁免是一个国家间关

¹²⁴ 法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国），临时措施，《2004年国际法院汇编》，第62页。

¹²⁵ 刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国），判决，《2008年国际法院汇编》，第177页。

¹²⁶ 1998年10月至11月，在西班牙最高法院裁定西班牙法院对奥古斯托·皮诺切特拥有管辖权后，西班牙司法当局发出了对该参议员的国际逮捕证，并要求将他引渡至西班牙。根据这些命令和1989年《引渡法》，都市专职治安官于1998年10月16日和23日发出了对智利前独裁者的两项预先逮捕证。见《国际法律资料》，第37卷（1998年），第1302和1303页，以及第38卷（1999年），第432页。

¹²⁷ 2005年5月，根据美国的要求，俄罗斯联邦前原子能部长E.阿达莫夫在伯尔尼被捕，受防范性拘留，以便随后引渡至美国。美国当局指控他犯下严重金融罪，包括大量盗用和为个人目的使用分配给俄罗斯核能源项目的资金。俄罗斯联邦也要求瑞士引渡阿达莫夫，以便能对其提起刑事诉讼。

¹²⁸ 萧指出，“主权豁免是一个程序问题，一个初步问题”。前引书，第623和第624页。“英格兰法把豁免作为一个在诉讼的最早阶段就应考虑到的一个程序问题；国际法似乎也这样要求。”Fox, *The law of State immunity*, 第13页。

¹²⁹ 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案，1999年4月20日的咨询意见，《1999年国际法院汇编》，第67段。

¹²¹ 例如见Stern, “Immunités et doctrine de l’Act of State: Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d’État devant les juridictions étrangères”, 第64页。“在国际法中，国家豁免是指确定在何种状况下外国国家可要求不受另一国（通常称为‘法院地国’）的管辖（立法、司法和行政权力）的法律规则和原则。”Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 第118页；Khlestova, 前引书，第9页。

¹²² 例如，俄罗斯联邦在关于刑事程序的《刑事诉讼法典》中载有关于外国国家官员对刑事程序措施豁免的规定，但在载有实体刑事法规则的《刑法典》中却没有此种规定。

¹²³ 《2002年国际法院汇编》，第25页，第60段。

系问题，豁免权以及尊重豁免权和不对享有豁免的人行使管辖的相应义务主要产生于国际法规则。

70. 行使刑事管辖还包括采取临时保护措施或执行措施。关于豁免问题的一些国际法律文书载有关于管辖豁免以及执行措施或临时保护措施豁免的各种规定（例如1961年《维也纳外交关系公约》第三十一条第一款和第三款、1969年《特别使团公约》第三十一条第一款和第四款、1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第30条第1款和第2款）。然而，1963年《维也纳领事关系公约》没有此种规定（《公约》第四十三条只提及管辖豁免）。至少在本阶段，最好只是讨论国家官员的外国刑事管辖豁免，而不涉及对临时保护措施或执行措施的豁免问题。

6. 豁免、不可审理原则和国家行为原则

71. 除豁免外，对国家管辖还有其他限制。它们是不可审理原则和国家行为原则。这两种原则都是在盎格鲁-撒克逊法律体系内发展起来的，主要在普通法系国家的法院中使用。然而，正如斯特恩所指出的，在民法法系国家中也看到类似的做法。¹³⁰

72. 这两种原则没有确切的定义。正如福克斯所指出的，“不可审理是一种范围不确定的原则。不论某外国国家本身是否诉讼当事方，均可用“不可审理”为由抗辩，并可将其作为初步抗辩提出，或在确定实体法的过程中提出”。¹³¹ 维克勒马辛哈写到，从根本上说，不可审理原则意味着“所提主张的标的事项实际上应按国际法（或可能按外国公法）处理，因此国内法院没有对其作出裁决的权能”。¹³² 根据不可审理原则，国内法院可裁定它不能审理诸如涉足国家间关系领域的问题。¹³³

73. 辛克莱指出，必须把豁免概念与不可审理这一概念区分开来。¹³⁴ 平等者之间不存在统治权这一格言所体现的豁免，是一种涉及所有独立国家主权地位平等的原则。如果国家放弃豁免，这项原则的要求将得到满足，因为同意地方法院实行管辖支持主权平等地位。不可审理，即地方法院由于标的事项的原因而没有管辖权，是一种虽然可能相关、但却不相同的概念。因此，法院可能拒绝宣布某外国国家适用于该外国境内的事项的某法律的有效性，理由是如果这样做就等于对该国内部事务行使管辖。”¹³⁵

74. 国家行为原则也基本上是限制对外国国家的管辖。应用该原则与法院审理以下问题密切相关：在外国境内的财产权利由于该国采取的有关行动而受到损害。¹³⁶ 在这种诉讼中，该外国国家采取的行为（规范行为或执行行为）的有效性，可能有争议。福克斯写到，“实体法要求法院不对与外国在其领土界限内的立法行为或其他政府行为相关的争端作出裁决，国家行为就成为支持这种实体法的理由”。¹³⁷ 通常，应用不可审理原则的结果是法院确认外国国家行为有效。这一做法是基于尊重国家主权原则，因为各国主权平等。由于所涉及的是另一主权国家的行为，国内法院不应审议其有效性问题，而只是正式承认该行为。

75. 至少在这种形式上，国家行为原则似乎比不可审理原则的范围要窄。通过以这种方式适用国家行为原则，法院确实审议（尽管程度有限）了外国国家的行为是否有效这个问题的实质。在同样的情况下适用不可审理原则时，法院却根本不考虑这个问题的实质。¹³⁸ 然而，可以认为这两种原则非常

¹³⁴ 前引文，第198页。

¹³⁵ 同上，第198和第199页。

¹³⁶ “国家行为原则已在美国适用，主要是在据称政府行为违反了可适用的国际法准则的外国没收行为的情况下”。Fonteyne, “Acts of State”, 第17页。

¹³⁷ 前引文，第364页。

¹³⁸ 韦尔伯佛思勋爵在博茨燃气和石油公司诉海默案[1982]中指出，“英格兰法中有一项更普遍的原则，即法院不对外国主权国家的交易事务作出裁决。尽管我希望避免就用语进行争论，但看来宜审议这项原则（如果它存在），不是将其作为‘国家行为’的一种变异，而作为司法自制或司法回避”。《国际法律汇编》，第64卷，第331页，详见第344页。

¹³⁰ 前引文，第64页。

¹³¹ 前引文，第384页。

¹³² “Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations”, 第390页。

¹³³ “根据不可审理原则，国内法院不得对某些事项作出判决，特别是国家关系，因为没有可用来裁定这些事项的任何司法标准或易处理的标准。” Fox, 前引文，第364页。

相似，尤其是如果应用国家行为原则，法院根本不对外国国家行为的有效性作出裁决，例如美国法院就是这样做的。例如，在1962年古巴国家银行诉萨巴蒂诺案的裁决中，沃特曼法官指出：“简而言之，国家行为原则认为美国法院不能就外国政府以主权者身份在其自己领土内实施的行为的合法性作出裁决。……这项原则是美国法院适用的一项冲突法规则；它本身不是一项国际法规则。……国家行为原则产生于君主豁免概念，因为‘君主不可能犯错’。”¹³⁹

76. 值得注意的是，后一项裁决直接提及国家行为概念和豁免概念之间的联系。¹⁴⁰ 如果考虑国家官员就其以公务身份实施的行为豁免外国刑事管辖的问题，就会发现这两种概念之间有着惊人的相似之处。然而，豁免与国家行为原则之间也有着重要差异。“主权豁免法属于法院管辖范围。国家行为原则却不是管辖问题。……它是一项谨慎的原则，目的是避免在敏感领域采取司法行动。主权豁免是一项国际法原则，在美国得到成文法的承认。作为被告的国家本身可以主张主权豁免。国家行为原则是一项国内法律原则，产生于美国法院的一种特殊作用。该原则不仅承认外国国家的主权，而且承认我国政府中平等分立的三个分支的权力范围。”¹⁴¹

77. 另外值得注意的是，国家行为原则和不可审理原则不同于国家官员的外国刑事管辖豁免，只在法院适用，因此可能只能限制外国国家的司法管辖，而不能限制其行政管辖。在审前阶段，这两项原

则没有被用来作为对外国国家的刑事管辖（阻止刑事诉讼行动）的抗辩理由。¹⁴²

7. 官员的属人管辖豁免和属事管辖豁免

78. 国家官员的豁免通常分为两个类型：属人管辖豁免和属事管辖豁免。¹⁴³ 属人管辖豁免，或属人豁免，源自官员的地位及其在政府机构中担任的职位，还有该官员在这个职位上需要履行的国家职能。担任重要或高级政府职位¹⁴⁴的官员以及委派出使东道国的外交代表（根据习惯国际法和1961年《维也纳外交关系公约》第三十一条第一款）享有这种类型的外国刑事管辖豁免。¹⁴⁵ 属人管辖豁免看来是形式

¹⁴² 关于豁免与国家行为原则和不可审理原则之间的相似之处和差异的详情，例如见 Brownlie, 前引书, 2003, 第320和第321页; Fox, 前引书, 第477至第502页; Meagher, “Act of State and sovereign immunity: The Marcos cases”, 第127至第134页; Van Panhuys, “In the borderland between the act of state doctrine and questions of jurisdictional immunities”, 第1193至第1213页; Parseghian, “Defining the ‘public act’ requirement in the act of state doctrine”, 第1151至第1180页; Stern, 前引书, 第63至第87页; Zander, “The act of state doctrine”.

¹⁴³ 例如，皮诺切特第3号案，《国际法律资料》，第38卷（1999年），第581页，详见第600、601、605、606、644、645页等，其中详细讨论了这两个类型的豁免。法国和吉布提在国际法院刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国）的口头答辩中也确认存在着两个类型的官员豁免：国际法院，CR 2008/3号文件，第15页，第23段；CR 2008/5号文件，第50和51页，第75至第77段。国际法委员会在对关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案第2条第1款(b)项(目)发表的评注中提到了这两个类型的豁免：《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第20和21页。其他例子还见：Cassese, *International Criminal Law*, 第265至第273页；Day, “Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got Belgium v. Congo wrong”, 第489页，详见第493页；Frulli, “The question of Charles Taylor’s immunity: still in search of balanced application of personal immunities?”, 第1118至第1129页，详见第1125和第1128页；Wirth, 前引文，第877至第893页，详见第882和第883页；Summers, “Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court”, 前引文，第463至第493页，详见第464页；Toner, 前引文，第902页；Borghini, 前引书，第53至第56页；Barker, “The future of former Head of State immunity after ex parte Pinochet”, 第937至第949页，详见第938至第945页；Simbeye, 前引书，第109至第111页，123；Hamida, Sein and Kadouf, “Immunity versus international crimes: the impact of Pinochet and Arrest Warrant cases”, 第495至第516页，详见第510和第511页。

¹⁴⁴ 关于是否有可能（以及如果有可能，通过何种办法）把那些与其他高级官员不同、享有人身豁免的高级官员单独区分出来的问题，将在关于本专题所涉官员范围的一节讨论。

¹⁴⁵ 其他国家官员，例如特别特派团中的派遣国代表（根据1969年《特别使团公约》第三十一条第一款），也可能根据

¹³⁹ 古巴国家银行诉萨巴蒂诺案，美国第二巡回上诉法庭，1962年7月6日，307 F 2d 845，转载于 *AJIL*，第56卷（1962年），第1085页，详见第1090和第1091页。正如丹萨所指出的，“用现在的‘方便法院原则’来取代‘国家行为’和‘不可审理’可能更为适当；前者与国际私法中的‘不方便法院原则’类似”。“*Ex Parte Pinochet: Lacuna or Leap?*”，详见第957至第958页。

¹⁴⁰ 人们注意到这两种概念的相似之处，例如在国际机械师及航天工作人员协会诉石油输出国组织（欧佩克）等案中，上诉法院的裁决说：“主权豁免原则与国家行为原则相似，因为它也代表必须尊重外国国家的主权”。美国第九巡回上诉法庭，1981年7月6日（1981年8月24日修正），649 F 2nd 1354, 1359；转载于《国际法律汇编》，第66卷，第413页，详见第418页。

¹⁴¹ 同上。从这个意义上说，国家行为原则似乎与不可审理原则以及与政治问题原则接近。上述裁决中提及了后者：“国家行为论与国内法中的政治问题原则相似。该原则要求在立法和行政部门能够更好地解决政治敏感问题时，法院遵从这些部门的决定。”同上，第417页。

最老的豁免。国家元首过去而且时至今日仍然享有这种豁免。人们认为，国家元首被赋予主权，是国家本身的象征和化身。这是国家元首绝对豁免的源泉，这种豁免也延及国家。随着时间的推移，人们开始把国家的豁免和国家元首的豁免分开考虑，但国家元首的属人管辖豁免在今天仍然得到广泛承认。

79. 属人管辖豁免范围覆盖国家官员以公务身份和私人身份在担任其职位之前和期间的行为。这种豁免由于和官员在政府机构担任的职位有关，因此属于临时性质，在官员任职时生效，离职时失效。

80. 国家官无论职位高低，均由于履行国家的公务职能而享有属事管辖豁免。属事管辖豁免有时也称为职能豁免。这种类型的豁免仅涉及国家官员以公务身份实施的行为，即，为行使国家职能所实施的行为。因此，这类豁免不覆盖以私人身份实施的行为。即便不再为政府工作，官员仍然就以公务身份服务时所实施的行为继续享有属事管辖豁免。¹⁴⁶

81. 如果采用对豁免的这种分类，那么根据推论，某些国家官员（具体是哪些官员不详）会同时享有外国管辖的属人豁免和属事豁免，而且所有国家官员均享有属事管辖豁免。¹⁴⁷

国际条约享有这样的豁免。

¹⁴⁶ 当然，问题在于，应该把何种行为视为“以公务身份”实施的行为。这个问题的答案对于确定豁免的范围和限度来说至关重要。对于这个问题，将在关于豁免范围的一节中讨论。

¹⁴⁷ 属人管辖豁免有时被称为程序性豁免，属事管辖豁免有时被称为实质性豁免。例如，卡塞塞认为，属事管辖豁免“与实体法有关，也就是说，它是一项实质性辩护理由”，而属人管辖豁免“与程序法有关，也就是说，该项豁免使国家官员享有民事或刑事管辖豁免（是一项程序性辩护理由）”。*International Criminal Law*, 第266页。然而，他承认，“在国外行事的国家官员如果违反了外国的刑事规则，有可能引起刑事责任，并在外国刑事管辖下承担责任”。同上，脚注6。科勒持有类似的观点，参看“Immunity of foreign ministers: paragraph 61 of the Yerodia judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court”，第7至第42页，详见第25和第26页。例如，另见Day, 前引书，第490页；Frulli, 前引文，第1125和第1126页。以下案件的原告提出了同样的意见：*Wei Ye, Hao Wang*及不具名原告六人和其他类似地位者诉江泽民和法轮功管制办公室（也称为610办公室）案，美国最高法院，调卷令申请，第7页。然而，出于上述理由，看来任何案件中的豁免都属于程序性质。塞拉利昂特别法院上诉分庭的意见也反映了另一个论点：“主权豁免问题是一个程序性问题”，检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案，关于管辖豁免的裁决，2004年5月31日，第27段。

82. 如果涉及的是目前在政府中担任高级职位的官员，则这两个类型的国家官员豁免之间的区别很小。国家元首、政府首脑、外交部长和其他一些高级官员享有的属人管辖豁免基本上涵盖了属事管辖豁免。出于这个原因，为了在涉及高级官员时更为精确地区分这两种类型的豁免，人们有时说，属人管辖豁免仅覆盖高级官员以私人身份实施的行为（高级官员以公务身份实施的行为属于属事管辖豁免的范围，无论有关官员正在职位上还是已经离职）。¹⁴⁸

83. 为了服务于研究这个问题时的分析目的，并有助于表明国家官员享有豁免的过程，把官员豁免分为属人管辖豁免和属事管辖豁免以及使用这两个术语的做法是适当的。¹⁴⁹然而，问题是，为了在国家官员的外国刑事管辖豁免这个问题上作出法律规定，这样的区分到底有多么必要。国际法院在逮捕证案的判决措辞中没有对豁免进行这样的分类，因此，没有使用“属人管辖豁免”和“属事管辖豁免”这两个术语。国际法院裁决外交部长是否享有外国刑事管辖豁免的依据是，他实施有关行为是在任职期间还是在离职以后，以及是以公务身份还是以私人身份实施的。¹⁵⁰关于外交和领事关系、特别特派团以及国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的各项公约也没有采用这样的分类。国际法学会的决议没有使用属人管辖豁免和属事管辖豁免的概念。¹⁵¹

¹⁴⁸ 例如见委员会关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案的评注：“除了因代表的活动或官方职务的基于属物理理由的豁免之外，君主个人和大使根据自己的权利在某种程度上还在个人及其与官方职务无关的私人活动方面，享有基于属人理由的豁免。”《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第21页。

¹⁴⁹ 例如，皮诺切特第1号案和第3号案（见上文脚注65）以及琼斯第1号案（脚注104）和第2号案（脚注71）采用了这个分类方法，来证实豁免的存在或不存在。

¹⁵⁰ 除其他外，见判决第54、55和61段。

¹⁵¹ 2004年《国家及其财产管辖豁免公约》部分明示部分默示地使用了这一豁免分类办法；第3条第2款规定，该公约不妨碍国家元首的属人管辖豁免。该公约没有直接提到属事管辖豁免，但从第1条（把《公约》适用于国家的豁免）和第2条第1款（b）项（从中得出，“国家”包括以国家代表身份行事的代表）看来，它确实受该公约的制约。

8. 国家官员享有外国刑事管辖豁免的理由

84. 国家官员享有豁免的理由可以决定哪些官员享有豁免及其豁免程度。1961年《维也纳外交关系公约》、1963年《维也纳领事关系公约》和1969年维也纳《特别使团公约》的序言都载有规定，说明为什么给予有关个人以豁免。¹⁵²

85. 1961年《维也纳外交关系公约》的序言除其他外申明：“……此等特权与豁免之目的在于给与个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务”。1963年《维也纳公约》和《特别使团公约》的序言载有类似规定。¹⁵³ 国际法院关于逮捕证案的判决几乎用同样的措辞解释了给予外交部长豁免的理由：“在习惯国际法中，给予外交部长的豁免不在于给予个人以利益，而在于确保他们代表各自国家切实履行职能。”¹⁵⁴

86. 关于国际法院判决所载这条规定，评论者通常强调，国际法院把职能需要作为外交部长享有豁免的理由。¹⁵⁵ 然而，没有人注意到国际法院指出给予外交部长豁免是为了确保“代表各自国家”切

¹⁵² 国际法学会的决议在序言中也载有一项条款，说明为什么必须给予国家元首和政府首脑特别待遇，为什么给予他们外国管辖豁免：“……给予作为国家代表的国家元首或政府首脑的特别待遇并不是为了他或她的个人利益，而是因为这是他或她独立和有效地行使职能和履行责任所必需，既符合他或她所领导的国家或政府的考虑周密的利益，也符合整个国际社会的这种利益。”国际法学会，《年鉴》，第69卷（2000-2001年），第743页。

¹⁵³ 1963年《维也纳公约》在序言部分第五段中说：“……此等特权及豁免之目的在于给与个人以利益而在于确保领馆能代表本国有效执行职务”。1969年《特别使团公约》在序言部分第七段中说：“……特种使节团享有特权与豁免，其目的非为个人谋利益，而在确保代表国家之特种使节团能有效执行职务。”

¹⁵⁴ 《2002年国际法院汇编》，第21页，第53段。

¹⁵⁵ 卡塞塞说，法院“……从关于高级国家官员，例如国家元首、政府首脑或外交代表的人身豁免规则所依据的理由当中合乎逻辑地推论，这些豁免必需强制防止对‘有效履行’其职能构成的任何妨碍”。“When may senior State officials be tried for international crimes? Some comments on *Congo v. Belgium Case*”，第855页。科勒指出，“法院争论说，由于这些职能，外国部长必须得到外国国家法院管辖的绝对豁免，即使在对这些国家进行私人访问时也是如此”。前引文，第11页。萨索利写到：“法院指出……外交部长在国际关系中的职能，然后得出结论认为，他在任职期间应享有外国刑事管辖豁免，具有完全的不可侵犯性”。“Les immunités internationales”，in “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”，第797页。

实履行职能这部分理由。正如上文所述，国际法院给出的外交部长豁免的依据与上述各项公约中的豁免的依据相同。但是，这些公约在对豁免的解释中，有意使用了“代表国家”、“代表各自国家”和“代表本国”的字样，以强调，给予豁免不仅是为了保证履行外交和领事代表以及特别特派团成员的实际职能，而且是因为这些职能是外交使团、领事机构和特别特派团（视情况而定）作为国家的代表为国家行使的。¹⁵⁶ 对于上文提及的国际法院判决中“代表各自国家”这几个字，看来也应该这样考虑和解释。

87. 这些公约为豁免提出的理由反映了两个基本理论，解释了给予国家官员外国管辖豁免的原因：这两个基本理论是“职能需要”理论和“代表性”理论。¹⁵⁷ 委员会对关于外交关系的条款草案发表的评注指出，“代表性”理论提出的给予外交豁免的理由是这一观念：外交使团是派遣国的化身；“职能”理论提出的理由是，为了使外交使团能够履行其职能，必须给予其豁免。此外，委员会指出，它是按照“职能需要”理论来“解决那些从实践中得不到任何指导的问题，同时铭记特派团团长和特派团本身的代表性”。¹⁵⁸ 因此，在为根据上述各项公约编纂的国际法规则给予的豁免提出的理由中，可以同时发现这两个理论方法的痕迹。其中每个方法在使用当中都不是排他的。鉴于以上所述，逮捕证案的判决也是如此。¹⁵⁹

88. 正如委员会在对关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案第2条第1款(b)(五)项发表的评注当中所指出的那样，给予属事管辖豁免是“因[国家]代表的活动或官方职务”。¹⁶⁰ 以公务身份行事的国家

¹⁵⁶ 例如见 Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 第11和第12页。

¹⁵⁷ 关于这个问题，即治外法权理论的第三个基本理论是，君主、大使或外交使团在东道国的房舍是派遣国领土向这些人在东道国内所处地点的某种延伸；但这一理论早已不再成立，也不再被使用。关于这个理论，详见 Strisower, “L’extraterritorialité et ses principales applications”。

¹⁵⁸ 《1958年……年鉴》[英]，第二卷，第95页。关于解释官员豁免的理论，详见 Borghi, 前引书，第42至第57页以及 Sucharitkul, 前引文，第115至第121页。

¹⁵⁹ 在适用职能理论时，如果有人辩称，为了使官员能够不仅履行职能，而且能够具体履行代表国家的职能或代国家行事的职能，豁免是必要的，那么，这两个理论之间没有明显不同。

¹⁶⁰ 《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第21页。

官员所实施的是国家行为。换言之，是国家在通过其代表（以代表身份采取行动时）行事。委员会在这方面指出：“对……外国政府代表或代理人公务行为提起诉讼，基本上是对其代表的国家提起诉讼。通过其代表行事的外国，基于属物理由享有豁免。这种基于属物理由的豁免，是给予国家的，……”¹⁶¹ 国家官员以公务身份实施的行为实际上是国家本身的行为，同样，他们就这些行为所享有的豁免事实上是国家的豁免。官员如果不再为国家工作，他从前以公务身份实施的行为所享有的豁免仍然有效，因为该项豁免事实上是国家的豁免。事实上，“有关代表的任务或职位终止后，国家豁免依然存在。其理由是有关的豁免不仅属于国家，而且也以活动的主权性质或官方性质为基础”。¹⁶² 这看来同时适用于民事和刑事管辖豁免。¹⁶³

89. 如果把一个国家官员（即某个人）的非法和应受刑事处罚的行为归于国家，是否意味着不能把该行为也归于个人自己？看来不是如此。一个以公务身份行事的国家官员的行为并非只能归于国家本身。¹⁶⁴ 如果一个官员以公务身份实施的非法行为只

能归于该官员为之服务的国家，那么，就永远不会出现该官员的刑事责任问题。然而，情况并非如此。如果国家放弃该官员享有的豁免，该官员将就自己的行为承担刑事责任（当然，放弃豁免本身并不足以产生责任，但因此有可能对该官员充分行使外国刑事管辖，包括刑事定罪）。官员享有的属事管辖豁免源自这一事实：他的行为是公务行为，归于他代表其行事的国家；但是，属事管辖豁免并不排除把官员的行为也归于他本人。¹⁶⁵ 豁免并不改变为使享有豁免的个人承担刑事责任所必须存在的实体条件。而这看来恰恰提供了更多的证据，表明属事管辖豁免是程序性的，不是实体上的。

90. 属人管辖豁免的理由也同时兼具职能/代表性成分。¹⁶⁶ 正如已经指出的那样，只有在政府中担任重要或高级职位的人员才享有属人管辖豁免，而且这类豁免与这些职位直接挂钩。那些对属人管辖豁免的职能理由进行描述的作者通常说，得到这种豁免的不仅有担任重要或高级职位的人，而且还有那些在国际关系中直接参与行使国家代表的职能的

¹⁶¹ 同上，第 20 页。

¹⁶² 同上，第 21 页。

¹⁶³ 在最近以此作为理由说明为什么应使国家官员享有外国刑事管辖豁免的例子中，可以提到吉布提的代理律师 L. 康多雷利与法国的代理律师 A. 佩莱之间的讨论，这次讨论发生在国际法院关于刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国）的口头答辩期间。L. 康多雷利对吉布提国家检察官和国家安全局首脑享有的豁免描述如下：“吉布提向法院提出的要求是，确认一个人如果享有国家机构的地位，另一国家则不得认为他应该为自己以此种公务身份实施的行为，即履行其职责的行为，承担刑事责任。实际上，国际法认为，这样的行为应归于该机构行事所代表的国家，而不是归于以该机构身份行事的个人 [第 24 段]。被告不能无视如下事实：如果查阅对这个问题进行了分析的著名专家们的著作，就会得出这一结论，即绝大多数专家都持同样的意见。从凯尔森和福克斯到莫雷利和夸德里、达姆、博特、阿克赫斯特、卡塞塞以及其他许多学者 [脚注略] 全都确信，存在一条国际法原则规定一个国家的机构就其为履行这一职能所实施的行为享有外国管辖豁免。” CR 2008/3 号文件（译文），2008 年 1 月 22 日下午 3 时，第 9 和第 10 页，第 23 和第 24 段。A. 佩莱并不反对 L. 康多雷利所陈述的原则。他指出：“国家机构如果以公务身份行事，并不产生自己的责任，而是产生国家的责任；因此，他们的行为享有国家豁免。” CR 2008/5 号文件（译文），1 月 25 日上午 10 时，第 42 页，第 74 和 75 段。在如何实施这项原则的问题上，法国的代理律师并不同意其对手的意见。同上，第 43 页，第 76 和第 77 段。

¹⁶⁴ 前南斯拉夫问题国际法庭在布拉什基奇案中：“官员不过是国家的工具，他们的公务行为只能归于国家”。检察官诉布拉什基奇案，上诉法庭，关于克罗地亚共和国请求复核第二审判法庭 1997 年 7 月 18 日裁决的请求的判决，1997

年 10 月 29 日，第 38 段。该文提出的理论看来与这一观点相抵触。然而，法院后来在判决书中确认：“每个国家均有权要求把其机构以公务身份实施的行为或办理的事务归于国家，从而不使该个别机构为这些行为或事务承担责任”。同上，第 41 段。因此，该法院看来其实是说，国家有权要求把其官员以公务身份实施的行为视为国家本身的行为，但是不排除不仅把这些行为归于国家，而且将其归于该官员的可能性，除非有关国家坚决主张不这样做。

¹⁶⁵ 正如范赫文指出的那样，“根据国际法把一个行为归于国家本身并不意味着，作为中介实施这项行为的个人一定可以不在外国管辖之下或根据国内法律承担责任。正是因为如此，才会有某些机构享有豁免”。“Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”，第 68 页。虽然这个问题不在本专题的范围内，但也值得指出，放弃某个官员享有的豁免之举并不改变把该官员实施的行为归于放弃豁免的国家这一情况。这些行为将继续不仅归于实施它们的个人，而且归于国家。因此，如果一个国家放弃豁免，该官员作为个人承担的责任依然存在，提出由国家本身为这些行为承担责任的依据也依然存在。

¹⁶⁶ 正如法院在塔奇欧纳诉穆加贝案中所指出的那样：“……对外国国家领导人或外交人员直接主张的法律上的强迫无论采取任何形式，都不妨碍该外国官员履行职能，而且构成对统治者的人身和尊严以及对派遣他的外国国家的公然侮辱”。美国纽约南区地区法院，2001 年 10 月 30 日。还可以比较以下意见：“习惯国际公法给予国家元首这样的属人特权，这既是考虑到他们在国际关系中的代表性质，也是考虑到他们的职能和他们是主权的象征。”马科斯和马科斯诉联邦警政部案，瑞士联邦法庭，1989 年 11 月 2 日，转载于《国际法律汇编》，第 102 卷，第 198 页，详见第 201 页。

职务。¹⁶⁷ 然而，此处出现的一个问题是：是否能够把需要在国际关系中履行代表国家的职能作为人身豁免的唯一理由？假设有关官员是国防部长呢？国防部长通常具有在国际关系中代表国家的职能。但是，他主要是在国内行使其职能。然而，国防部长直接参与确保自己国家的主权和安全。在这方面，如果有关官员担任重要或高级政府职位，在这个职位上履行对于确保国家主权至关重要的职能，难道不能成为属人管辖豁免的另一个理由？

91. 虽然职能需要这个理论比较流行，但以国家元首豁免为例，其理由往往是国家元首是国家的化身，也就是代表理论。在皮诺切特案¹⁶⁸的审议过程中，国家元首豁免的这个理由格外明显。但是，法院裁决也提供了国家元首豁免理由“倾向于职能”的例子。例如，美国法院裁决提请人们注意这样一个事实：国家元首需要得到豁免，以便能够自由行使国家职责（见关于大陪审团诉讼程序案和拉丰唐诉阿里斯蒂德案）。¹⁶⁹

¹⁶⁷ “……必须考虑在内的职能是国际性质的职能，即必然涉及与一个或多个国家（是国际法的主体）之间关系的职能。” Verhoeven, “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit internationale”, 第 89 页。

¹⁶⁸ 见皮诺切特第 3 号案，《国际法律资料》，第 38 卷（1999 年），第 580 页。米勒勋爵说：“在任国家元首享受豁免是因为其作为国家最高职务担任者享有特殊地位。他被视为国家本身的具体化。无论是因为国家元首的公职行为还是其个人私事而令其接受另一个国家国内法院的管辖，都是对其代表的国家的尊严和主权的公然侮辱，就是否认主权国家平等”（详见第 644 页）；布朗-威尔金森勋爵说：“国际法的一项基本原则是，一个主权国家（法院地国）不得裁决外国国家的行为。对于法院地国的诉讼程序，外国国家享有程序豁免。这种豁免范围覆盖刑事和民事责任。国家豁免或许产生于历史上的君主人身豁免。无论如何，国家元首的人身豁免一直延续到今天：国家元首享有与国家本身同样的豁免。……在任国家元首享有的这种豁免 [……] 是附属于国家元首个人的完全的豁免……，无论对其采取的行动和起诉是否涉及为国家谋利的事项，他对所有这些行动和诉讼都享有豁免权。这种豁免被称为属人豁免”（详见第 592 页）；切汶里的高夫勋爵说：“拉丁语格言‘平等者之间不存在统治权’体现了国家豁免原则，其意思是，一个主权者不得裁决另一个主权者的行为。该原则适用于国家之间，而国家元首享有与国家本身同样的豁免……”（详见第 598 页）。

¹⁶⁹ “与相关的主权豁免理论一样，国家元首豁免的理由是确保领导人不受外国法律制度拘留、逮捕或为难，使其能够履行职责，从而促进国际礼让。”关于大陪审团诉讼程序案，原告 700 人，美国上诉法院，第四巡回审判区，1987 年 5 月 5 日，转载于《国际法律汇编》，第 81 卷，第 599 页，详见第 601 页。（另见美国诉诺列加案，美国佛罗里达南区法院，1990 年 6 月 8 日，转载于《国际法律汇编》，第 99 卷，第 143 页，详见第 161 页）。在拉丰唐诉阿里斯蒂德案中，地区法院指出：“国家元首必须能够在不受外国法律制度民事和刑事责任威胁的情况下在国内外自由履行职责。”美国纽约

92. 国际法院在逮捕证案中引用的外交部长豁免理由主要是职能理由，也可以外推这些理由适用于享有属人管辖豁免的其他人。¹⁷⁰ 国际法院在其判决第 51 段将外交部长与国家元首和政府首脑等其他高级国家官员同等看待，法院由此自己为此提出了理由。¹⁷¹ 国家元首、政府首脑和外交部长等高级官员享有的豁免不仅使其公务行动、而且使其以个人身份采取的行动也免受外国管辖。后者或许不能直接归于国家。人们往往认为，有关官员享有的属人管辖豁免（即人身豁免）“在某种程度上”是其“自己的权利”。¹⁷² 如果这种说法成立，那么，也仅仅是因为其中使用了“在某种程度上”一语。委员会在关于国家及其财产的管辖豁免条款草案第 2 条第 1 款 (b) (v) 项的评注中，几乎紧接着该用语指出：“事实上，这些豁免的适用也不是为了君主和大使的私人利益，而是为了他们所代表的国家的利益，使他们能够履行他们的代表职务或有效执行他们的官方职责。”¹⁷³ 这绝非偶然。

93. 即使一如国际法院和国际法委员会所述，有关官员的属人管辖豁免存在职能理由，这种豁免与这些官员所服务的国家之间的联系也是显而易见的。他们所享有的豁免，即使是针对以个人身份实施的行为（包括上任前的行为）的豁免为他们提供了保护，但这只是因为他们担任政府要职，必须保证

东区法院，1994 年 1 月 27 日，转载于《国际法律汇编》，第 103 卷，第 581 页，详见第 585 页。

¹⁷⁰ 阿坎德认为：“如果享有属人管辖豁免的国家元首、外交官和其他官员在外国遭到逮捕和拘留，则将妨碍他们履行职能，因此，这些官员对外国国家的刑事管辖享有绝对豁免。”“International law immunities and the International Criminal Court”，第 407 页，详见第 409 和第 410 页。沃斯指出，“……国际法院认为，国家元首和外交部长享有豁免的理由是让他们能够履行职能。”前引文，第 879 页。德斯梅特指出，“人身豁免概念的理由是基于保证不受妨碍地履行公务职能的必要性。”“The immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice”。

¹⁷¹ 如果该案涉及的对象是国家元首，而不是外交部长，那么，我们只能推测豁免的理由是什么。在这方面，应该指出国际法院院长罗莎琳·希金斯援引的国家元首豁免理由：“一般国际法关于在任国家元首的规定是明确的。国家元首被视为主权国家的化身，其享有的豁免是以此地位为基本理由的。”“After Pinochet: developments on Head of State and ministerial immunities”，第 12 页。

¹⁷² 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 21 页。

¹⁷³ 同上，第 21 页。应该指出，这些措辞与上文第 85 段引用的、国际法院在逮捕证案判决第 53 段使用的措辞非常相似。

其活动不受外国干涉，也就是说，只是出于其所服务的国家的需要。给予这种豁免的唯一原因是，个人在国家中的职责对于这个国家的主权和独立运作非常重要。从这个意义上说，属人管辖豁免只能有条件地称为“个人”豁免。

94. 国家官员不受外国管辖的属人豁免和属事豁免背后都是国家。¹⁷⁴正是国家有权放弃官员（在任高级官员）的属人管辖豁免或属事管辖豁免，或仅仅放弃（离开政府公职的官员的）属事管辖豁免。¹⁷⁵归根结底，国家官员免受外国管辖的豁免属于国家本身，因此，只有国家才有权放弃这种豁免。

95. 可以说，国家官员豁免的职能理由、代表性理由或职能/代表性理由都是直接理由。一个国家在对另一个国家官员行使刑事管辖权时，不得阻碍这些官员履行政府职能，干扰其履行这些职能的活动，或给在国际关系中代表另一国的人士的活动制造障碍，因为这些活动实质上是另一个主权国家的活动。一如多年前的情形，国家间关系基本原则是职能理由、代表性理由或混合理由的依据。除国际礼让外，斯库诺交易号诉麦克法登案（1812年）和比利时国会号案（1880年）的判决已经引用了在行使国家管辖权方面适用的“平等者之间不存在统治权”的格言所体现的君主和主权国家完全平等和绝对相互依存原则，¹⁷⁶并将其作为豁免的理由，包括国家、国

家元首和国家外交代表的豁免的理由。在当代国际法中，这些原则已经转化为国家主权平等和不干涉内政原则，仍然是国家官员不受外国刑事管辖的豁免的法律理由。¹⁷⁷在皮诺切特案中，国家主权平等和“平等者之间不存在统治权”的原则被用来作为国家元首豁免的理由。¹⁷⁸前南斯拉夫问题国际法庭在布拉什基奇案中审议它是否可以传唤国家官员的问题时提到了这些原则：“讨论的这项一般规则已是国际法的公认规则，其基础是国家主权平等（“平等者之间不存在统治权”）。”¹⁷⁹在阿达莫夫案的判决中，关于俄罗斯联邦政府一名前成员（前原子能部长）的豁免问题，瑞士联邦法庭裁定，根据国际法，豁免是旨在防止一个国家缩减另一个国家的豁免权，防止一个国家对另一个国家的主权行为和机构行使管辖权。¹⁸⁰在许多其他法院裁决中，这些原则都已被确认为豁免的理由，¹⁸¹而且被各国纳入向法院提交的呈件¹⁸²中，

实践中，对于某些特殊情形下的案件，放宽主权授予的领土内绝对和完全的管辖。”美国最高法院，1812, 7 Cranch, 第116页，详见第136页。

¹⁷⁷ “在国家惯例和实践中可以看出，国际法中的国家豁免的实质理由是国家主权、独立、平等和尊严。所有这些概念似乎糅合在一起，共同构成了主权豁免的坚实的国际法律基础。一如这个词语所示，‘国家’或‘主权’豁免来自主权原则……在两个平等者之间，一方不得对另一方施加主权意志或权力，即平等者之间不存在统治权，这已经成为一项公认的规则。”Sucharitkul, 前引文，第117页。

¹⁷⁸ 例如见上文脚注168。

¹⁷⁹ 检察官诉布拉什基奇案，上诉法庭，关于克罗地亚共和国请求复核第二审判法庭1997年7月18日裁决的请求的判决，1997年10月29日，第41段。

¹⁸⁰ 联邦法庭，叶甫根尼·阿达莫夫诉联邦司法局案，2005年12月22日的判决，ATF 132 II 81, 第3.4.2段。

¹⁸¹ 例如，在查尔斯·泰勒案的裁决中，塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭裁定，国家豁免原则来自主权国家平等，因此，一个国家不得裁决另一个国家的行为。上诉分庭，检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案，关于管辖豁免的裁决，案号SCSL-2003-01-I, 2004年5月31日，第51段。欧洲人权法院一再声明，“国家主权豁免是国际法的一个概念，来自‘平等者之间不存在统治权’的原则，根据这项原则，一个国家不受另一个国家的管辖。”（2002年12月12日关于卡罗杰洛波洛等诉希腊和德国案的不可受理性的裁决，《判决和裁决汇编，2002-X》，诉请书编号59021/00）。另见欧洲法院2001年11月21日关于以下案件的三项裁决：阿德萨尼诉联合王国案（诉请书编号：35763/97）、麦克埃尔希尼诉爱尔兰案（诉请书编号：31253/96，同上）和福格蒂诉联合王国案（诉请书编号37112/97，同上）。根据美国司法实践：“国家元首豁免的理由是国家间需要礼让，尊重其他国家的主权。”关于大陪审团诉讼程序案，原告700人，817 F.2d 1108, 1110, 1987年5月5日的判决，转载于《国际法律汇编》，第81卷，第599页，详见第601和602页。

¹⁸² 刚果民主共和国在向国际法院提交的关于逮捕证案的备忘录中抱怨，其政府一名成员代表的国家主权受到了伤

¹⁷⁴ 纽迪盖特的萨维尔勋爵在谈到皮诺切特案时说：“这些豁免（属人和属事管辖豁免）并不属于个人，而是属于涉及的国家。”皮诺切特第3号案，《国际法律资料》，第38卷（1999年），第580页，详见第642页。

¹⁷⁵ 一如国际法院在逮捕证案的判决中指出的，“如果国家官员代表的或曾经代表的国家决定放弃豁免”，那么，这些国家官员“不再对外国管辖享有豁免”。逮捕证案（判决），第61段。关于只有官员所服务的国家才有权放弃该官员享有的豁免问题，例如见Brownlie, 前引书，第335页；和Wirth, 前引文，第882页。以下文书分别规定，国家有权放弃外交人员、领事官员和特别特派团成员的豁免：1961年《维也纳外交关系公约》（第三十二条）、1963年《维也纳领事关系公约》（第四十五条）和1969年《特别使团公约》（第四十一条）。

¹⁷⁶ 在比利时国会号案中，大法官布瑞特说，“从所有这些案件中可以归纳的一项原则是，由于每个主权当局具有绝对独立地位，由于国际礼让促使每个主权国家尊重所有其他国家的独立和尊严，每个国家都拒绝通过其法院对任何主权个体行使属地管辖权”。上诉法院（联合王国），1880年2月27日，《The Law Reports. Probate Division》，第5卷，第203页，详见第214页。在斯库诺交易号诉麦克法登案中，C. J. 马歇尔说：“世界由不相隶属的主权体组成，它们拥有平等权利和平等独立地位，它们相互往来，进行人类要求和需要的斡旋和交往，促进共同利益，因此，所有主权体都同意，在

作为官员豁免的理由；在理论上，这些原则已获得广泛支持。¹⁸³

96. 作为国家官员豁免外国刑事管辖的国际法理由又是以各国和国际社会根本政治考量为基础的。应以国家主权平等和不干涉他国内政原则为基础，承认必要的豁免权，使国家能够正常运作，并在国际关系中具有代表性，这是因为需要确保国际关系的稳定性和可预测性。¹⁸⁴ 法院裁决、国家立场文件和理论学说经常把确保国家间关系稳定的必要性与这些国际法原则一并援引为豁免的理由。在前面提到的关于斯库诺交易号诉麦克法登案和比利时国会号案的裁决中，法院已经提到，支持正常国家间关系的必要性是豁免的理由。¹⁸⁵ 一如在阿达莫夫案中指出的，给予在任政府成员免受刑事管辖和执法及行政程序的豁免的主要目的是维护政治稳定。豁免刑事起诉是为了防止官员因受到出于政治目的的指控而

害，并表示打算维护对于文明国家间建立有秩序的关系至关重要的原则，即：尊重负责处理这些关系的人的豁免（《国际法院书状》）。吉布提在向国际法院提交的关于刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国）的备忘录中表示，法国对伊斯梅尔·奥马尔·盖莱总统采取的行动可以视为对吉布提国家元首人格和荣誉的攻击以及对吉布提主权的攻击（第41段）。

¹⁸³ 正如鲁索指出的，“不受外国管辖的理由通常是国家独立原则……但也可以认为这是国家平等原则的结果……：只要所有国家管辖当局在法律上是平等的，那么，任何管辖当局都不得侵犯另一个管辖当局的权力，根据偏离普通法律规则的公约采取的行动除外”，*Droit international public*，第10和第11页。卡塞塞认为，人身豁免“理由的概念是，国家元首或政府首脑或外交人员或外交部长的任何活动都必须豁免外国管辖，以避免外国国家以处理纯属个人的行为为借口，侵犯他国主权特权或干扰外国国家人员履行公职”。前引文，第862页。托纳指出，“必须捍卫国家不受外国干涉的权利，这是属人管辖豁免和属事管辖豁免的政策基础”。前引文，第902页。另见本特卡斯，“普遍意义上的豁免维护了所涉国家的政治独立。”“Head of State immunity in the light of multiple legal regimes and non-self-contained system theories: theoretical analysis of ICC third party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq war”，第32页。

¹⁸⁴ 正如皮尔森指出：“国家元首豁免是国家豁免的逻辑延伸，而国家豁免又来自民族国家的平等和独立地位。豁免是伴随国家主权产生的。主权的实质就是，国家权力至高无上（平等者之间不存在统治权）。让一个国家接受另一个国家的管辖是对这个国家‘尊严’的冒犯。除这些理论因素外，国家豁免的实际理由是，豁免促进国家互相尊重，有助于维持国际关系的平稳运作。关键因素是对等。法院地国给予其他国家豁免，反过来，这些国家也尊重法院地国的豁免。”“Pinochet and the end of immunity: England’s House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture”，第269至第270页。

¹⁸⁵ 见上文第95段。

使其公务活动陷入瘫痪。¹⁸⁶ 而且，美国地区法院在2001年关于塔奇欧纳诉穆加贝案的裁决中指出：“这种案件实质上是让外国统治者回答关于其个人恶劣罪行的指控，使其受辱……，极有可能伤害所涉主权国家间的外交关系。”¹⁸⁷ 美国国务院在给美国法院的呈件中，例如，在审理关于外国官员豁免的案件中，通常会指出，确保豁免是出于外交政策考虑。¹⁸⁸

97. 因此，可以说，国家官员豁免外国刑事管辖的各种理由是相辅相成和相互关联的。至少，法院在许多案件中是这样适用这些理由的，国家行政部门是这样运用这些理由的，理论学说中也是这样引用这些理由的。

9. 国家官员的豁免：外交和领事豁免

98. 外交代表、领事官员、特别特派团成员以及各国驻在和派至国际组织的代表是国家官员。他们还有着特殊地位，并履行特别职能——在与其他国家和国际组织的关系中代表本国。这一特殊地位以及这些官员在组织国家间关系中的作用，成了拟定规定这类官员享有东道国管辖豁免的特殊规则的基础。这些官员的豁免一般称为外交和领事豁免，尽管严格来说，上述四类官员中的每一类官员的豁免是由各种来源中所载规则规定的。外交代表的豁免是由习惯国际法规则以及1961年《维也纳外交关系公约》条款规定的；领事官员的豁免是由习惯国际法规则、1963年《维也纳领事关系公约》条款以及双边领事公约条款规定的；特别特派团成员的豁免是由

¹⁸⁶ 见上文脚注180。

¹⁸⁷ 美国纽约南区法院，塔奇欧纳诉穆加贝案，2001年10月30日，No. 00 CIV. 6666 (VM)，第291页。

¹⁸⁸ 美国地区法院关于以色列安全总局前局长阿夫拉姆·迪希特案的裁决有一段关于美国政府利益陈述的内容：“如果违背这种国际共识，外国管辖当局就会以牙还牙，因而可能严重损害美国利益。鉴于美国肩负的全球领导责任，美国官员尤其可能成为国外出于政治目的的诉讼对象——包括因指控的战争罪行而提出的损害赔偿诉讼对象。豁免抗辩是一种重要的手段，可以排除这些诉讼，避免这种诉讼必然产生的困扰和外交紧张局面。因此，美国法院必须承认外国官员享有同样的豁免抗辩，这一点非常重要，因为如果拒不承认这种抗辩，则很可能导致外国管辖当局同样拒绝承认美国官员的这种保护。”美国纽约南区法院，拉希德·穆罕默德·易卜拉欣·马塔尔等诉以色列安全总局前局长阿夫拉姆·迪希特案，2007年5月2日，500 F.Supp. 2d 284。裁决案文可在以下网站查阅：http://www.cja.org/downloads/Matar_Dlchter_2nd_circuit_decision_1.pdf（2019年5月28日查阅有效）。

1969年《特别使团公约》条款规定的。¹⁸⁹最后,国家驻国际组织的代表的豁免是由关于相关组织的特权或豁免的公约或其总部协定的条款规定的。国际条约中规定的各类国家官员的豁免无疑比其他国家官员的豁免的分量要重得多。

99. 显然,可以说,身为外交代表、领事官员、特别特派团成员以及国家驻国际组织代表的国家官员既享有所有官员共同的豁免,又享有国际法给予这些特别类别的官员的特别豁免。通常,这些官员享有相应的特别豁免。但有时会出现这些官员不享有特别豁免,而是享有国家官员通常的外国刑事管辖豁免的情况。例如,派遣国派遣驻另一国的外交代表出席在第三国领土上举行的活动的情况。在此类情况下,该人员不享有外交豁免,但作为官员享有免于该第三国管辖的通常豁免。¹⁹⁰

100. 一个国家的元首往往享有相当于外交豁免的豁免。因此,一个外国国家元首的豁免问题有时是通过参照国内立法来决定的。¹⁹¹在其他情况下,行使管辖权的国家当局会在一个外国国家元首的豁免与外交豁免之间进行类推。¹⁹²

¹⁸⁹ 关于是否存在规定特别特派团成员地位的习惯国际法规则问题,需要进一步研究。正如已经指出的那样,该《公约》的缔约方很少。此外,特别特派团成员要享有该《公约》给予的豁免,必须满足其中规定的若干条件。

¹⁹⁰ 正如沃斯指出的那样,“外交官和领事代表是国家官员,因此不仅受到外交豁免的保护,且还受到国家豁免(属事管辖豁免)的保护。这种保护对不受外交或领事豁免条例约束的第三国来说是必要的”。如上,第883和第884页。

¹⁹¹ 关于联合王国和澳大利亚关于这一主题的立法,见上文第37段。

¹⁹² 例如,纽约地区法院在塔奇欧纳诉穆加贝案的判决中表示:“……保护范围所给予一个国家元首的属地管辖豁免的程度至少要与条约和广泛接受的习惯国际法给予外交和领事官员的豁免相称……正如某个法院指出的那样,国家给予外派特使的外交特权和豁免超出它们所承认的给予国家元首的豁免,这是不正常的。”美国纽约南区法院,2001年10月30日。还有如何通过给予外交豁免和适用1961年《维也纳公约》来解决其他高级官员的豁免问题的实例。希金斯特别描述了下列情形:“谈到……所有各类高级官员的豁免问题,瑞士联邦检察长办公室最近的一项部长令有点意思。2003年5月8日的法令拒不允许‘声援对伊拉克战争受害者协会’对乔治·W. 布什、迪克·切尼、唐纳德·拉姆斯菲尔德、科林·鲍威尔、康多莉扎·赖斯、比尔·克林顿、托尼·布莱尔、杰克·斯特劳以及其他人进行危害人类罪、种族灭绝和战争罪的起诉。该法令特别指出,在没有国际法院或法庭的授权令的情况下,布什总统享有绝对豁免。该法令然后谈及1961年《维也纳外交关系公约》并援引第三十一条第一款给予部长和高级人员的豁免,并指出,国际法在关于高级人员的情形方面不很精确,判例在不断发展。”前引文,第4页。

101. 上文讨论了外交和领事豁免的职能/代表性理由。¹⁹³关于这些豁免的国际法理由和政治理由,萧指出,“有关各类外交人员的特别特权和豁免部分源自于国家主权豁免及独立和平等,部分是由于这是国际制度的一项基本要求。国家必须相互以及同国际组织进行谈判和协商,要这样做就需要外交人员。由于这些人员以各种方式代表其国家,因此,他们受益于国家主权法律原则”。¹⁹⁴所以,外交和领事豁免与国家官员的豁免基础相同。¹⁹⁵

C. 摘要

102. 总结初步报告的第一至三章,除其他外,可指出以下各点:

(a) 国家官员豁免外国刑事管辖的基本渊源是国际法,特别是习惯国际法;

(b) 管辖与豁免虽然有关联,但是又不同。就当前讨论的专题而言,对豁免的审议应是有限的,不应审议管辖权问题本身的实质;

(c) 一国的刑事管辖权,就像国家的整体管辖权一样,是以立法、行政和司法管辖的形式(或如果行政管辖被理解为包括行政和司法管辖两者,那么只有立法和行政管辖的形式)行使的;

(d) 行政(或行政和司法)刑事管辖权与民事管辖权具有共同的特点,但与后者不同,因为许多刑事程序措施是在司法程序的预审阶段采取的。因此,国家官员享有的外国刑事管辖豁免问题在预审阶段更重要;

(e) 官员享有外国管辖豁免是国际法和相应司法关系的一项规则,在这样的司法关系中,享有豁

¹⁹³ 见上文第86段和第87段。

¹⁹⁴ 前引书,第668和第669页。

¹⁹⁵ 归根结底,所有国家官员享有的一切外国管辖豁免的背后是国家本身的豁免。国际法委员会在关于国家及其财产的管辖豁免条款草案的评注中提请注意此点:“对政府代表——不论其额定资格为外交或领事人员或其他人员——所享有的豁免归根到底是国家豁免的这一事实,从来没有人表示怀疑。反之,这一事实一直不当地被忽视。”《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第20页,脚注44。

免者不受外国管辖这项司法权利反映了外国国家不得对有关人员行使管辖权这项司法义务；

(f) 刑事管辖豁免意味着仅仅享有行政和司法管辖豁免（或如果行政管辖理解为包括行政和司法管辖两者，那么仅仅是行政管辖豁免）。因此，这是享有刑事诉讼或刑事程序措施豁免，而不是享有对外国国家实体法律的豁免；

(g) 国家官员享有的外国刑事管辖豁免是程序性的，而非实质性的。这是刑事责任的一个障碍，但在原则上并不排除刑事责任；

(h) 一个官员以公务身份采取的行动归于国家。因此，该官员因属事管辖豁免而享有不受外国刑事管辖的保护。但这并不排除将此类行动同时归于实施者；

(i) 最终而言，站在官员豁免背后的是国家，无论是属人管辖豁免还是属事管辖豁免，站在享有豁免者背后的也是国家，只有国家有权放弃一个官员的豁免；

(j) 官员享有的外国刑事管辖豁免有一些相辅相成和相互关联的组成部分：职能和代表性部分；国际法中有关国家主权平等和不干涉内政的原则；确保国际关系稳定以及各国独立开展活动的必要性。

第四章 确定本专题范围时应予审议的问题

A. 本专题的范围

103. 在确定本专题范围时应考虑以下几点。首先，本专题仅涉及国家官员的外国刑事管辖豁免。这意味着当前所审议的问题并非国际刑事管辖豁免或国家民事管辖豁免或国家行政管辖豁免的问题。国际刑事管辖豁免似乎在本质上不同于国家刑事管辖豁免。国际刑事管辖具有不同的法律性质，因为它是由国际法院或法庭行使的。国际法院或法庭是根据国际协定或主管国际组织的决定而设，因此基于这些协定或决定拥有并行行使管辖权。这就是说，国际法院或法庭的任务授权来源于国家本身，或是如塞拉利昂问题特别法庭在检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案的裁决中所述，来源于国际社会。¹⁹⁶ “平等者之间不存在统治权”所体现的国家主权平等原则是国家官员的外国管辖豁免的基本国际法理由，不能成为国际管辖豁免的理由。¹⁹⁷ 据以行使国际刑事

管辖权的国际法文书中不存在国家官员的国际刑事管辖豁免，不能据此而主张国家官员因此也不享有国家管辖豁免或以此证明国家官员不享有此类豁免。至于国家官员对于民事和行政等其他国家管辖形式的豁免，虽说此类豁免本身并不在当前讨论范围之内，但在国家实践和在理论上对它们的分析方面的例子与当前所审议专题完全相关，因为国家官员对于各种形式外国管辖的豁免的国际法理由是完全一样的。

104. 第二，本专题事关国家官员的豁免，其基础是国际法。也可根据国内法给予另一国官员豁免。不过，根据国内法给予豁免与本专题之所以相关的唯一原因是，相关国内法规定可能被视为表明在此领域内存在习惯国际法规则的一个佐证。

105. 第三，本专题事关一国官员对于另一国管辖的豁免。这意味着不打算审议一国官员对于其本国管辖的豁免问题。

¹⁹⁶ 上诉分庭，检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案，关于管辖豁免的裁决，案件编号：SCSL-2003-01-1，2004年5月31日，第51段。

¹⁹⁷ “在此方面，对国内法院与国际法院加以区别的一个理由，虽然不很明显，但似乎是出于这一原则，即一个主权国家不对另一主权国家的行为作出裁定；国家豁免原则源自主权国家平等，因此无关国际刑事法庭，因为国际刑事法庭并非国家机关，他们的任务授权来源于国际社会。”同上。这显然指以下这些情况：根据相应国际法院或法庭的组成文件，国家承担有国际义务，剥夺了国家官员对于该法院或法庭的管辖的豁免权利。与此同时，主权平等原则在有些情况下也可成为国际刑事管辖豁免的理由，例如，一个并非《国际刑事法院

规约》缔约方的国家的官员在另一个为《规约》缔约方的国家领土内，并且有关于将该官员移交国际刑事法院的请求。正如福克斯所述，“国家豁免可能成为国际法庭诉讼程序的一个障碍——例如，《罗马规约》……规定，如果在一国领土内的某个人作为另一国的代表享有外交豁免，那么领土国便没有义务将此入移交国际刑事法院审判；但国家豁免的主要意义事关它对国内法院管辖权的影响”。“International law and restraints on exercise of jurisdiction by national courts of States”，第363页。

B. 涵盖的人员

1. 所有官员：“国家官员”这一概念的定义

106. 对于在本专题范围内应审议的豁免问题所涉及的以及根据审议结果可能拟订的指导原则草案或条款草案所涵盖的人员群体存在多种不同定义。具体而言，第一个定义仅涵盖国际法院在逮捕证案的判决中及1969年《特别使团公约》中直接提及的三类官员，即国家元首、政府首脑和外交部长；第二个定义包含所有高级别国家官员，他们因自身职位而享有豁免；第三个定义包含所有在职和前任国家官员。最后一个定义似乎最适合、最利于本专题。

107. 在国家实践中，尤其是在国内法院裁决和在学理中，普遍公认的是，所有国家官员就其以公务身份实施的行为享有外国刑事管辖豁免，或者说属事管辖豁免。正如布朗-威尔金森勋爵在皮诺切特第3号案中所述，“属事管辖豁免不仅适用于前任国家元首和前任大使，而且也适用于参与行使国家职能的所有国家官员。这样的豁免是必要的，目的是防止当针对国家元首的索赔因豁免原则而被排除时，绕过国家豁免而对（比如说）实际实施酷刑的官员提起诉讼的情况”。¹⁹⁸ 国家官员不论职位级别，都享有

¹⁹⁸ 皮诺切特第3号案，《国际法律资料》，第38卷（1999年），第580页，详见第594页。英国一个法院在普若潘德金融公司诉辛案中就属事管辖豁免范围扩至所有国家官员的必要性提出了类似理由：“如果雇员、官员（或如某个主管当局所称的‘职能人员’）因他们所服务的国家享有豁免而就国家行为事项被作为个人加以起诉，那么1978年法给予国家的保护便将受损。必须将第14节(1)项理解为给予外国国家雇员和官员个人与国家本身同样的保护。”高等法院，王座分庭，1996年3月14日，转载于《国际法律汇编》，第11卷，第611页。在琼斯第1号案中，菲利普斯勋爵指出，“如果一国在职和前任官员因执行国务而在另一国法院被起诉，前一国的国家尊严也可能因此而受冒犯。在这种情况下，国家通常可将国家豁免范围延伸至这些官员。对这些官员的起诉可以说是对国家的非直接起诉”（第105段）。最后，在琼斯第2号案（见上文脚注71）中，康希尔的宾汉姆勋爵指出，有“充分权威证据表明，在此情况下，外国国家有权为其公务员主张豁免权，如同它自己面临起诉时可做的那样。不得绕过国家豁免权而起诉其公务员或代表”（第10段）。

维克拉马辛认为，“看来，根据国家豁免原则，[国家元首、政府首脑和外交关系部长以外的]其他国家官员就其公务行为在其他国家的法院享有属事管辖豁免，因为对此类公务行为的诉讼将有损雇主的豁免或使雇主的豁免失效”。（“Immunities enjoyed by officials of States and international organizations”，第409至第410页）。另见Forcese，“De-immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity”，第138和第139页。

此类豁免。例如，2006年，在贝勒哈斯等诉摩西·亚龙案中，美国哥伦比亚特区地区法院承认M.亚龙享有豁免，¹⁹⁹在据以对他提起诉讼的事件发生时，他是以色列军队情报部门的头目；法国最高上诉法院在2004年承认马耳他船舶注册局主管就其以公职身份实施的行为享有刑事管辖豁免。²⁰⁰

108. “国家官员”一词在实践中使用广泛，包括在司法裁决和理论中。然而在国际法中却没有“国家官员”概念的定义，至少在普遍性的国际协定中没有这个定义。至于理论，举例而言，F.普热塔克兹尼克提出了这一定义：“外国国家官员是指以下人员：根据该国法律享有作为该国官方代表（国家元首、政府首脑或外交部长）行事的法律授权，由派遣国授权以派遣国代表（外交代表或特别特派团的外交成员）的身份行事，或者是在接受国正式代表派遣国行事（领事官员、常驻某国际组织代表团的外交成员或是参加某国际会议的代表团的外交成员）。”²⁰¹在此定义中，国家官员实际上局限于在国际关系中代表国家的那些人。同时，国家官员据以享有豁免的公务职能却并不局限于上述代表职能。在此方面，上述作者还指出：“‘外国国家官员’这一概念的基本要素是，他必须是代表该外国国家或正式代表该国家行事或两者兼备。”²⁰²官员不仅在外交关系领域，而且在国家行使主权特权的所有领域代表国家行事。国家给予他们全权证书，以便他们代表国家或根据国家法律或实践代表国家行事。除“国家官员”一词外，使

¹⁹⁹ 美国哥伦比亚特区地区法院，贝勒哈斯等诉摩西·亚龙案，2006年12月14日，466 F. Supp. 2d 127。法官确定，袭击发生时，M.亚龙是以公务身份行事，其行动出自维护以色列国利益的需要，这“无可争辩”。得出这一结论的依据主要是以色列驻美国大使给美国国务院负责政治事务副国务卿的一封信。此信特别指出，M.亚龙所做的任何事情都是履行公务时所为，他的行动是“以色列国的主权行动，得到以色列政府的批准，旨在保护以色列公民不受恐怖袭击”，“允许对[这名前任官员]提起诉讼便是允许对以色列本身提起诉讼”。法官确定亚龙是以公务身份行事，因此认为，根据上述的《外国主权豁免法》，其行动可以被视为国家机关/机构的行动。

²⁰⁰ 法国最高上诉法院认为，“……习惯国际法反对一国受外国刑事管辖机构的起诉，这延伸至国家机关及其工作人员，因为他们以此身份实施的行为事关国家主权”。最高上诉法院的判决，刑事法庭，2004年11月23日，发表于*Bulletin Criminel 2004*，第292号，第1096页。此项裁决的案文可通过以下网址查阅：<http://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriJudi.do>（2019年5月28日查阅有效）。

²⁰¹ “Basic principles of international law concerning the protection of the officials of foreign states”，第52页。

²⁰² 同上。

用的其他称谓还有“国家代表”、²⁰³“国家人员”、²⁰⁴“国家机关”²⁰⁵。最后一词被用在关于国家对国际不法行为的责任条款内，而且，根据第4条第2款，该词包括“依该国国内法具有此种地位的任何人或实体”。²⁰⁶在关于这一条款的评注中，委员会指出，“国家机关”的所指“不限于中央政府的机关、高级官员或负责国家对外关系的人员，[还]包括任何种类或任何类别的、在等级结构的任何级别上履行任何职能的政府机关”。²⁰⁷鉴于“国家机关”包括但不限于个人官员，为本专题之目的而使用此词似乎是妥善的。至少在目前阶段可继续使用“国家官员”一词。如果委员会今后认为应定义这一词语或以其他方式表明其含义，委员会起草关于国家责任的条款第4条第2款（《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页）所用的办法也可比照适用于本专题。

2. 享有属人管辖豁免的官员

109. 如上所述，所有国家官员都享有外国刑事管辖的属事管辖豁免，仅有一些官员享有属人管辖豁免。目前尚无法界定这后一类官员。不妨回顾委员会在编制关于特别特派团、关于国家在其与国际组织关系中的代表及关于防止和惩处侵害受国际保护人员的犯罪行为的条款草案时在此方面面临的难题。²⁰⁸

²⁰³ 例如，见《国家及其财产管辖豁免公约》第2条第1款(b)项(四)。在这一条款的评注（载于关于条款草案第2条第1款(b)项(四)的部分内）中，委员会指出，以国家代表身份行事者这一类国家代表包括“受权代表具有国家一切表现形式的自然人”。《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第20页。

²⁰⁴ 例如见 Verhoeven, “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, 前引书, 第64页。博尔吉“政治领导人”一词，包括用作一本书的书名（前引书）。

²⁰⁵ 例如，涉及吉布提国家检察官和国家安全主管的刑事事项互助的若干问题案的当事方便使用了“国家机关”一词。法国的代理律师 A. 佩莱在口头答辩中同意吉布提代理律师 L. 康多雷利的意见，即“国家机关在以公务身份行事时，并不牵涉到自己的责任，而是国家责任”。不过，他认为，“除了一只手就能数清的某些机关或某几类机关（国家元首、外交部长、政府首脑和外交官——而且是在不同程度上），完全排除的一个情况是，‘可以主张，享有国家机关地位者，即便是高级别的，得益于可与国际法给予最高国家机关的豁免相当的人身豁免（也称为属人管辖豁免）！’”。国际法院，CR2008/5号文件，口头辩论，2008年1月25日，第75段。

²⁰⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第45页。

²⁰⁷ 同上，评注第(6)段。

²⁰⁸ 见上文第18至第20段和第23段。

110. 首先，享有人身豁免的这一类人员自然包括国家元首。他们对于外国刑事管辖的人身豁免在实践和理论中得到了最广泛的确认。²⁰⁹但国家元首并非唯一一类在考虑之列的人员。过去，享有人身豁免的只有国家元首（和大使），但享有此类豁免的官员范围已开始扩大。²¹⁰这有其客观原因。²¹¹国家管理的性质和结构发生了变化。管理一个当代国家，保障其主权及在国际关系中的代表，这些职能过去都集中在国家元首一个人身上，如今却在很大程度上属于政府首脑、政府成员尤其是外交部长。在许多国家，政府首脑在国家管理中比国家元首发挥着更大作用。因此，需要确保不仅是国家元首、而且还有对国家非常重要的其他一些官员的活动的最大独立性，最大限度地保障他们不受其他国家的干涉，从

²⁰⁹ “国家元首……在任何外国从事的通常受外国管辖的一切行为都享有绝对的管辖豁免，无论这些行为是在什么情况下发生的”。马科斯和马科斯诉联邦警政部案，瑞士联邦法庭，1989年11月2日，转载于《国际法律汇编》，第102卷，第198页，详见第203页。“美国政府承认的一国元首在美国法院享有绝对的人身管辖豁免，除非这一豁免已被成文法或被美国所承认的外国政府放弃。”拉丰唐诉让-贝特朗·阿里斯蒂德案，美国纽约东区法院，1994年1月27日，转载于《国际法律汇编》，第103卷，第581页，详见第584至第585页。“植根于习惯国际法的国家元首豁免原则规定，一国元首不受外国法院的管辖，至少是其在任期内的公务行为不受外国法院的管辖。”美国诉诺列加案，美国佛罗里达州南区法院，1990年6月8日，转载于《国际法律汇编》，第9卷，第143页，详见第161页。“习惯国际法反对在没有对所涉国家作出相反的国际规定的情况下把该国在职国家元首和政府首脑作为外国刑事管辖机构的起诉对象”卡扎菲案，最高上诉法院的判决，刑事法庭，2001年3月13日，发表于 *Bulletin criminel 2001* 第64号，第218页。“国际法随着时间而变化，但体现于普通法系的习惯国际法目前为任何一国元首提供了绝对豁免。”穆加贝案，博街，2004年1月14日，转载于 *International and Comparative Law Quarterly*，第53卷（2004年7月），第770页。

沃茨认为，“就刑事诉讼而言，国家元首的豁免被普遍视为是绝对的……”。前引文，第54页。辛贝耶也指出，“在职国家元首，作为国家最高级别的公职人员和代表，享有外国法院法律诉讼豁免”。前引书，第94页。正如范赫文所述，“无论围绕国家代表刑事责任问题有何不确定因素，无可争辩的是，国家元首对外国管辖享有绝对的刑事管辖豁免。这一豁免的绝对性质意味着无论犯罪行为为何或何时实施，都无例外地享有豁免”。“Les immunités de juridiction et d'exécution”，第516页。另见 Higgins，前引文，第12至第13页。

²¹⁰ “趋向于把特别保护的福利，包括可适用的豁免的福利范围扩大至‘高级别人员’（借用《特别使团公约》所用的一词）。”Verhoeven, “Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”，第65页。

²¹¹ 正如托纳所述，“民族国家活动所处的现代政治现实环境不再使人能够严格区分政府各部长的权力和责任。外交部长及许多其他重要的部长职位目前所代表的地位与国家元首相同。因此，在超出过去所承认的程度上，给予国家元首豁免的理由可扩大适用于其他部长”。如上，第912和第913页。

而保护国家本身在与其他国家关系中的主权。首要一点是,享有人身豁免的官员范围已开始扩大,除国家元首外,还包括政府首脑和外交部长。

111. 国家元首、政府首脑和外交部长可以说是构成了享有人身豁免的国家官员基本三位体。根据国际法,只有这三类官员因其职能及与之相应的职位而被视为国家在国际关系中的代表。例如,只有这些官员才可代表国家签署国际条约而无需出具全权证书(《维也纳条约法公约》第七条第二项)。1969年《特别使团公约》第二十一条、1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第一条第1款(a)项和1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第50条在确认国家元首的特殊地位及豁免的同时也确认了政府首脑和外交部长的特殊地位及因此而产生的豁免的特殊性。国际法院在逮捕证案的判决中,在提到享有外国管辖豁免的高级国家官员时除国家元首外也提及政府首脑和外交部长。不妨回顾国际法院在此项判决的第51段中指出,“在国际法中已牢固确立的是,如同外交和领事代表,某些担任国家高级职务者,诸如国家元首、政府首脑和外交部长,享有其他国家民事和刑事管辖的豁免”。²¹²

112. 国内法院裁决中也有承认政府首脑的外国管辖豁免的例子。1988年,在萨尔塔尼等人诉里根等人案中,美国地区法院同意美国国务院关于这一问题的意见,承认联合王国首相马格丽特·撒切尔享有管辖豁免。²¹³ 2003年,比利时最高上诉法院在沙龙案中指出,“习惯国际法反对在没有对所涉国家作出相反的国际规定的情况下把该国在职国家元首和政府首脑作为外国刑事管辖机构的起诉对象”。²¹⁴ 由此看出,继国际法院后,比利时法院也确认,不仅是国家元首,还有政府首脑的外国刑事管辖豁免均以习惯国际法为依据。

²¹² 《2002年国际法院汇编》,第20页和第21页,第51段。

²¹³ 萨尔塔尼等人诉里根等人案,美国哥伦比亚特区法院,1988年12月23日,转载于《国际法律汇编》,第80卷,第19至第24页。

²¹⁴ H.S.A.等诉S.A.等案,有关对阿里埃勒·沙龙、阿莫斯·亚隆和其他人的起诉的裁决,比利时最高上诉法院,P.02.1139.f号,2003年2月12日,转载于《国际法律资料》,第42卷,2003年,第596至第605页。

113. 在俄罗斯联邦有一个广为人知的在刑事诉讼程序预审阶段便承认外国政府首脑享有豁免的例子。2005年,当时的乌克兰总理尤莉娅·季莫申科计划访问俄罗斯联邦,而在她被任命担任这一职务前,俄罗斯联邦有人对她提起了一桩刑事诉讼。在访问前一天,俄罗斯联邦总检察长宣布,乌克兰总理如欲访问俄罗斯联邦,不会出现任何问题,因为国家高级领导人,包括政府首脑,享有豁免。²¹⁵

114. 除了逮捕证案,触及外交部长豁免问题的案件,鲜有任何资料。我们确实知道,1963年,在美国政府提出“豁免的建议”之后,一个美国法院拒绝受理起诉大韩国外交部长的案件。不过,值得注意的是,国务院的“建议”除了指出,根据习惯国际法,各国外交部长享有美国法院的管辖豁免以外,还提到承认大韩国外交部长的外交地位,因为在该案中,他正对美国进行正式访问。²¹⁶ 2001年,在塔奇欧纳诉穆加贝案中,一个美国地区法院同意美国政府提交的有关津巴布韦外交部长的“豁免的建议”。²¹⁷

115. 由于关于这种做法的资料很少,有关外交部长豁免问题的法院裁定资料也很少,所以,在逮捕证案中,范登韦恩加尔特法官在反对意见中说:“有人主张,根据习惯国际法,一国有义务给予在职外交部长免于刑事程序的豁免,这种看法没有证据。比利时签发了逮捕证,其行为或许有悖国际礼让。但该国并没有违反国际法律义务。”²¹⁸ 即使是在逮捕证案判决之后,学理也陈述了外交部长不享有

²¹⁵ 这一声明的案文(俄文)可查看网址:<http://www.newsru.com/russia/15feb2005/timoshenko.html> (2019年5月28日查阅有效)。

²¹⁶ Chong Boon Kim诉金溶植和金大卫案,夏威夷州第一巡回法院,1963年9月9日,转载于《国际法律汇编》,第81卷,第604和第605页。此案“豁免的建议”提及习惯法规定的豁免,不仅提到外国外交部长,而且提到外国国家元首。

还应当指出,以当时的措辞,1962年《美国对外关系法重述》宣布,国家的政府首脑和外交部长就其公务和私人行为享有与国家元首相同的豁免。*Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute, 1962, 第66、第200和第202段。

²¹⁷ 纽约南区法院,塔奇欧纳诉穆加贝案,2001年10月30日判决,169 F.Supp.2d 259, 2001年10月30日判决,第297页。

²¹⁸ 《2002年国际法院汇编》,第139页,第1段。

人身豁免的看法。²¹⁹ 同时,一些著者也同意国际法院在这项判决中阐述的、得到压倒性多数法官投票赞成的意见。²²⁰

116. 上述国际法院有关外交部长豁免的判决,是刚果共和国在就法国国内的若干刑事诉讼程序案向该法院提出的呈文中以及吉布提和法国在刑事事项互助的若干问题案中提及的。在这些案件中,当事方同意国际法院的看法。²²¹

117. 如前所述,1969年《特别使团公约》第二十一条和1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第50条,除了国家元首、政府首脑和外交部长以外,还单独提出根据国际法具有特殊地位的另一类人:“高级人士”。除了国家元首、政府首脑和外交部长以外,还有其他高级官员根据习惯国际法对外国刑事管辖享有人身豁免,这个事实在上文第11段所述的国际法院对逮捕证案的判决第51段得到确认。显然,尽管国际法院也没有准确地说,除了国家元首、政府首脑和外交部长以外,哪些高级官员享受外国管辖的豁免,但是该法院明确证实,这类官员不限于上述三种。

118. 对于逮捕证案判决的这个解释,至少在英国法院的两项裁定中得到确认。2004年地区法官在沙乌尔·穆法兹将军(以色列国防部长)案的裁定中指出,“采用‘例如’国家元首、政府首脑和外交部长这样的措辞,在我看来说明还包括其他类别。换言

之,这些类别并非是排他的”。²²² 这样,英国法院与国际法院的裁决保持距离,拒绝对以色列国防部长签发逮捕证并承认他的豁免,提出的职能理由与国际法院就外交部长豁免提出的理由相似。²²³ 在2005年薄熙来案中,法院同样援引了上述国际法院判决,承认了中国商务和国际贸易部部长薄熙来的豁免。高级地区法官拒绝对这位部长签发逮捕证,申明:“根据习惯国际法规则,薄先生可以豁免被起诉,因为除非能够自由旅行,否则他将无法履行职务。”²²⁴

119. 这个理论审慎地承认,除了“基本三位一体”,还有其他高级国家官员享有外国管辖的豁免。²²⁵ 在刑事事项互助的若干问题案中,各方原则上也承认,外交部长享有的豁免,某些其他高级国家官员也可以享有。不过,他们同意,刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国)所涉当事方,即吉布提国家检察官和吉布提国家安全主管不在其列。²²⁶ 还可以提及一些实例,说明其他国家官员享有或可能享有属人管辖豁免(例如国防部长、外贸部长)。然而,

²²² 地区法院(博街),关于沙乌尔·穆法兹将军案,2004年2月12日的判决,转载于*International and Comparative Law Quarterly*,第53卷(2004年),详见第773页。

²²³ 英国法院特别指出:“虽然[国防部长]的差旅与外交部长不是同一层次,但是事实上许多国家有海外部队,有很多联合国特派团要去访问,在某些国家之间,军事问题确实发挥突出作用,我觉得国防和外交政策的作用相互紧密交织,特别是在中东。”同上。

²²⁴ 关于薄熙来案,英格兰,博街治安法庭,2005年11月8日,转载于《国际法律汇编》,第128卷,第714页。应该指出,法官还提到薄先生作为特别特派团成员的豁免。同上,第715页。

²²⁵ 正如范赫文所指出的,“对于政府其他成员,更不确定这种办法是否可行。在其他部长履行国际职责时,无论是进行条约谈判或是在国外代表国家,要求采用这种办法不可否认是符合逻辑的。然而,当今国际惯例并没有明确确认这种做法。”“*Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international*”,第65页。卡塞塞还指出,属人管辖豁免保护的“只是一些类别的国家官员,即外交代表、国家元首、政府首脑,也许还有(无论如何根据法院阐述的理论)外交部长,甚至可能包括内阁其他高级成员”。前引文,第864页。卡特尔的看法相同:“如今在美国,国家元首豁免似乎提供给了外国的国家元首、外交部长,可能还有其家人,也许还有其他高级官员……部分由于其在判例法中的基础,该理论对于究竟包括哪些人并不明确”。“*Immunity for foreign officials: possibly too much and confusing as well*”,第230页。

²²⁶ 正如吉布提的代理律师L.康多雷利2008年1月22日在海牙进行口头答辩时所说:“这里没有人要求法院确认,像国家元首或外交代表那样,检察官和国家安全主管在任职期间应豁免外国管辖,并且在外国完全不可侵犯,并扩展适用于其私人行为。”国际法院,CR 2008/3号文件,2008年1月22日,第9页,第23段。

²¹⁹ 例如见Koller,前引文,第16页:“对外交部长豁免权最全面的研究显示,在外交部长私人访问时给予其豁免的理由比有关国家元首的弱得多,主要出自礼让,而不是法律。私人访问中豁免的必要性是难解的实证问题,法院仓促处理以及缺乏现有国家实践,因而没有给予适当的处理。由于简单地模糊外交部长、国家元首和外交官之间的区别,法院造成了概念上的混乱。”

²²⁰ 卡塞塞认为,“必须赞扬法院澄清和阐明了现行法律的一个模糊问题。法院这样做,大大扩展了国际法对外交部长的保护”。前引文,第855页。另见,例如,Wirth,前引文,第889页:“……似乎很合理,外交部长的职位很重要,因此足以给其与国家元首相同的豁免:外交部长维持国家的对外关系,因此在管理国家间冲突方面发挥重要作用;在这方面,外交部长比大使重要,后者至少在受国享有属人管辖豁免”。-

²²¹ 除其他外,见刚果共和国2002年12月9日关于对法国提起诉讼的申请(第11页)和吉布提2007年3月15日在刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国)中的一份备忘录(第51页)。

特别报告员不知道什么地方存在有关此种官员的详尽无遗的名单。如前所述，没有拟订享有特殊地位和豁免的其他高级官员名单，在有关特别特派团条款草案的工作中，委员会恰如其分地认为，具体官员或职位需由国家的国内法确定。²²⁷

120. 似乎只有能够确定这些官员享有此种豁免必须符合的一条或数条标准，才能确定哪些其他高级官员享有人身豁免，免于外国刑事管辖，尽管是一般意义上的。在承认国防部长和外贸部长豁免的上述国家法院裁定中，法院推断认为，这些官员的职能在很大程度上与外交部长的职能相似，所以他们需要豁免，正是为了履行这类职能。有意思的是，根据这个推理，在沙乌尔·穆法兹将军案中，法官说，他认为“把内政部长、就业部长、环境部长、文化媒体和体育部长归类为自动获得国家豁免的部长级职位”是非常不可能的。²²⁸ 只有不可或缺的和首要的职能是在国际关系中代表国家的那些其他高级国家官员才能享有属人管辖豁免，法国的代理律师佩莱在刑事事项互助的若干问题案的口头答辩中曾提到这个事实。²²⁹ 帕莱特说，“属人管辖豁免通常给予其职能对于维护国际关系极为重要、因而需要授予广泛豁免的职位。”²³⁰ 另外一些著者还提到，能够发挥作用，确保国家参与国际关系，是可能给予外交部长以外的其他政府成员人身豁免的一个理由。²³¹

121. 然而，无可否认，确保国家参与或在国际关系中被代表，很难说是国防部长或是外交部长以外的其他政府成员的基本职能（尽管在当今全球化的世界，几乎所有内阁成员都不同程度地参与国际

事务，在国际关系的专门领域代表自己的国家）。同时，与某些其他高级官员一样，国防部长的基本职能通常也包括专门参与解决影响国家主权的最重要问题。外国国家对这类在职官员行使刑事管辖权，将会妨碍这些官员的独立公务活动，因此妨碍他们所服务国家行使其主权所固有的特权。这些高级官员履行的职能对国家至关重要，对他们实施外国刑事管辖的话，行使管辖权的国家很可能会干涉基本属于这些官员所服务国家职权范围内的事务。在这方面，问题是，除了确保国家参与国际关系，高级官员履行确保国家主权的职能的重要程度是否是将所涉官员纳入享有属人管辖豁免的官员之列的一个额外标准。

3. 本专题范畴内的承认问题

122. 豁免问题的审议通常涉及被承认的国家以及这类国家的官员、被承认的国家元首和政府首脑。但是，也可能出现需要审议没有得到行使管辖权的国家承认的某国的豁免问题，或一个未得到承认的国家的官员的豁免问题，或不被承认为国家元首或政府首脑的人的豁免问题（在这种情况下，这个国家本身已得到承认，但其国家元首和政府首脑未被承认）的问题。在这些情况下，承认问题便与豁免问题的审议有关。正如沃茨所指出的，“只要提到豁免的任何问题，承认问题……就显得特别重要”。²³² 这个主张得到特别是美国法院一些裁定的确认。例如，在1995年卡迪克诉卡拉季奇案中，第二巡回上诉法院指出，“被承认的国家享有与司法程序有关的某些特权和豁免”。²³³ 由于美国政府不承认拉多万·卡拉季奇为国家元首，所以该法院也不承认他作为国家元首应享有的豁免。1990年，在美国诉诺列加等案中，地区法院指出，“为了主张国家元首应享有的豁免，一名政府官员必须要么根据《巴拿马宪法》被承认为巴拿马国家元首，要么被美国承认为巴拿马国家元首”。²³⁴ 由于美国政府不承认诺列加为国家元首，因此法院拒绝承认他享有国家元首应享有的外交豁免

²²⁷ 见上文第19段。

²²⁸ 地区法院（博街），关于沙乌尔·穆法兹将军案，2004年2月12日的判决，转载于 *International and Comparative Law Quarterly*，第53卷（2004年），详见第773页。

²²⁹ 佩莱认为：“给予国家官员豁免，不单是由于在行使其职能时，他们相当经常、甚至定期出国差旅。适用这一点的条件是，这种豁免对于正在执行的任务是不可或缺的，而且这些任务是有关职能所固有的。”国际法院，CR 2008/5号文件，2008年1月25日，第38页，第63段。

²³⁰ “Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception”，第59页。作者因而提出，享有此种豁免的其他高级官员也许可以包括国防部长或外交部常务次官。同上。

²³¹ 例如见 Toner，前引文，第912和第913页；Forcese，前引文，第137页。Du Plessis and Bosch，“Immunities and universal jurisdiction—The World Court steps in (or on?)”，第246页；以及 Wickremasinghe，前引文，第401页。

²³² “The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers”，第34页。

²³³ 卡迪克诉卡拉季奇案，第二巡回上诉法院，1995年10月13日的判决，70 F.3d 232, 64 USLW 2231，第244页。

²³⁴ 美国诉诺列加等案，美国佛罗里达南区法院，1990年6月8日，转载于《国际法律汇编》，第99卷，第143至第183页。

免。另一方面，在1994年的拉丰唐诉阿里斯蒂德案中，美国地区法院同意行政当局的“豁免的建议”，承认让·贝特朗·阿里斯蒂德享有国家元首应享有的豁免，因为美国政府承认在美国流亡的阿里斯蒂德先生为海地的合法国家元首。²³⁵

123. 不被承认的国家的官员以及不被承认的国家元首和政府首脑的豁免问题可能会在不同场合出现。例如，自身的豁免仍在讨论之中的某一位官员所服务的实体不被任何人包括行使管辖权的国家承认为独立国家。从国际法角度来说，国家官员的豁免是以国家主权平等原则为依据的。这项原则并不指导行使管辖权的国家与不被承认为国家的实体之间的关系。由于这个原因，很难谈论该实体官员的豁免权，或者与这个权利相对应、行使管辖权的国家不给予豁免的义务。一个国家被国际社会大多数国家承认、但不被某个国家（其当局正在审议豁免问题）承认时，前者的官员的豁免问题就变得更加复杂了。上述关于一个不被承认的国家的官员豁免主题所涉承认问题的评论也适用于不被承认的国家元首和政府首脑的豁免主题所涉的承认问题。

124. 在此专题范围内对承认作用问题的任何考量显然必须考虑到承认问题的实质，例如包括考虑承认的宣示性或合宪性的问题。这并不是委员会关于这个专题的讨论任务的一部分。因此，问题在于，承认问题今后是否应列入审议中专题的框架内，以及是否应当起草关于承认相对于官员豁免问题的作用的任何条款。应当指出，国际法学会决议在此问题上仅限于作出了一项声明决议“无损承认或不承认一个外国国家或外国政府对适用决议规定的规定”²³⁶

²³⁵ 拉丰唐诉阿里斯蒂德案，美国纽约东区法院，1994年1月27日，转载于《国际法律汇编》，第103卷，第581至第593页。应当指出，就承认问题而言，特别是在审议豁免问题时，美国和英国法院倚重行政当局的意见。例如，在英国上诉法院对塞斯诉埃米尔统治者萨迪克·穆罕默德·阿巴斯旁遮普邦案的判决中，萨默斯法官指出：“我们国家在这个问题上不能抱持两种意见，司法机构一种意见，行政机构一种意见。我们的国家元首必须决定主权大家庭中谁将被承认为国家元首的同类；在国家豁免权问题上，外国与我国的关系必须服从这项确定。”塞斯诉埃米尔统治者萨迪克·穆罕默德·阿巴斯旁遮普邦案，英格兰上诉法院，1952年5月20日，转载于《国际法律汇编》，第19卷，第215页。

²³⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 第69卷（2000-2001年），第680至第692页，第12条，详见第685页。

4. 家庭成员

125. 在实践中，常常会出现国家元首家庭成员的豁免问题（很自然，这种豁免只能是人身性质的）。1991年，在马科斯和马科斯诉联邦警政部案中，瑞士联邦法庭承认菲律宾前总统夫人伊梅尔达·马科斯享有豁免：“习惯国际法一贯给予访问外国的国家元首及其家庭成员和家人人身不受侵犯的特权和刑事管辖豁免……这种管辖豁免也给予以私人身份访问外国的国家元首，而且在这种情况下，延伸给予随行的最亲密家庭成员以及随从中的高级人员。”²³⁷与此类似、但这次是在民事案件中，即在1988年克莱因诉金子案中，墨西哥总统夫人的豁免得到美国法院的承认。该法院指出，“根据国际法的一般原则，国家元首及其直系家庭成员免于被起诉”。²³⁸1978年，在吉劳埃诉温莎（查尔斯王子、威尔士亲王）等人案中，另一家美国法院也承认英格兰女王的儿子查尔斯王子享有管辖豁免。²³⁹

126. 然而，也有国家元首家庭成员的豁免得不到法院承认的情况。蒙博托诉考托尼公司案就是例子。²⁴⁰1988年，比利时民事法院就这个案件作出的裁决中特别指出，扎伊尔总统的子女已经成年，因此“独立于其父亲，在任何情况下都不能享受他父亲应享受的同样的豁免”。²⁴¹与此类似，2001年，在W.诉列支敦士登大公案中，奥地利最高法院不承认列支敦士登国家元首的姐姐和两位兄弟享有豁免，因为他们不属于构成国家元首家庭之组成部分且根据习惯国际法应享受豁免的最亲密家庭成员。²⁴²

127. 首先应指出，在上面提到的两个案件中，法院拒绝承认国家元首家庭成员享有豁免，这些裁

²³⁷ 马科斯和马科斯诉联邦警政部案，*Revue suisse de droit international et européen*, 1991年，第535页（英文本见《国际法律汇编》，第102卷，第201页）。

²³⁸ 最高法院（纽约郡），克莱因诉金子案，1988年10月31日判决，141 Misc.2d 787，第788页。

²³⁹ 美国俄亥俄北区法院，东部处，1978年12月7日，《国际法律汇编》，第81卷，第605至第607页。

²⁴⁰ 布鲁塞尔民事法院（附判决书），1988年12月29日，转载于《国际法律汇编》，第91卷，第259至第263页。

²⁴¹ 同上。

²⁴² 最高法院，2001年2月14日的判决，7 Ob 316/00x，第11段。

决是以有关人员不属于国家元首的直系家庭成员、并非受国家元首抚养的人这一事实为依据的。如果这些人属于与国家元首的关系更加密切的家庭成员，而且构成其家庭的一部分，那么法院也许可以承认这些人的豁免。上引奥地利法院的裁决有一段就明确表明了这一点。第二，在所提五项裁决中，法院在三项裁决中指出，豁免是根据习惯国际法给予国家元首家庭成员的。在为数不多的记录在案的案件中，国内立法在规定国家元首享受豁免（联合王国、澳大利亚）的同时，还规定构成其家庭的家庭成员²⁴³及其配偶²⁴⁴也享受豁免。还应当指出，1961年《维也纳外交关系公约》第三十七条第一款、1963年《维也纳领事关系公约》第五十三条第二款、《特别使团公约》第三十九条第一款以及1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第36条第1款分别规定了作为外交人员的家庭之组成部分的家庭成员、作为领事官员的家庭之组成部分的家庭成员、作为派遣国在特别特派团中的代表的家庭之组成部分的家庭成员以及作为一国派往国际组织的代表的家庭之组成部分的家庭成员享有的接受国管辖豁免。

128. 这个原则反映了不同的观点。《奥本海国际法》指出，对国家元首家庭成员的地位与外交人员家庭成员的地位进行比较可以看出，构成国家元首家庭之组成部分的家庭成员享有东道国管辖豁免。²⁴⁵ P. 古利-哈特也承认国家元首和政府首脑的家庭成员享受豁免保护。²⁴⁶ A. 沃茨认为，国家元首的直系家庭成员可以享有豁免，但这种豁免是以礼让而非国际法为依据的。²⁴⁷ S. 素差伊库也赞同这种观点。²⁴⁸ 有人认为，如果一个国家元首的家庭成员也享有豁免，

那只是以国际礼让而非国际法为依据的，这种观点得到国际法学会决议的支持。²⁴⁹

129. 委员会是否需要在本专题下审议国家元首（可能还有其他享受人身豁免的人员）的家庭成员的豁免问题？特别报告员对此表示怀疑，因为从严格意义上讲，官员家庭成员的豁免问题不在本专题范围之内。

C. 摘要

130. 本初步报告的本章内容可以摘要如下：

(a) 这个专题只涵盖一国国家官员不受另一国（非该官员所服务的国家）的国内（非国际）刑事（非民事）管辖的豁免；

(b) 有人建议这个专题应涵盖所有国家官员；

(c) 或可设法为本专题界定“国家官员”的定义，或为本专题之目的界定此概念所涵盖的官员；

(d) 因其职位而享受人身豁免的高级官员主要有国家元首、政府首脑和外交部长；

(e) 除了上面提到的三位体，或可设法确定享受属人管辖豁免的其他高级官员。如果能够确定这类高级官员享有特殊地位的标准，那么就可以把这些官员从所有高级官员中单列出来；

(f) 在此专题框架内进一步审议承认问题以及高级官员家庭成员的豁免问题是否可取，值得怀疑。

²⁴³ 1978年7月20日《英国国家豁免法》，第20(1)节，转载于《国际法律资料》，第17卷，1978年，第1123页。

²⁴⁴ 1985年《澳大利亚外国国家豁免法案》第36(1)(b)节，转载于A. Dickinson, R. Lindsay and J. P. Loonam (eds.), 前引书，第483页。

²⁴⁵ Jennings and Watts, 前引书，第1039和第1040页。

²⁴⁶ “The function of State and diplomatic privileges and immunities in international cooperation in criminal matters: the position in Switzerland”, 第1335页。

²⁴⁷ 沃茨提到国家元首家庭成员与政府首脑和外交部长家庭成员的区别，以及这些人地位之间的区别，均视其在东道国是公务还是私人访问而定。前引文，第75至第80页和第110至第112页。

²⁴⁸ 《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第211至第212页，第446至第450段。

²⁴⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 第69卷（2000-2001年），第680至第692页，第5从，详见第682页。

第六十届会议文件一览表

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/587	第六十届会议临时议程	油印件。关于通过的议程，见《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/588	秘书处编制的关于大会第六十二届会议期间第六委员会讨论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/589[和 Corr.1]	特别报告员伊恩·布朗利先生关于武装冲突对条约的影响的第四次报告	转载于本卷。
A/CN.4/590和 Add.1-3	发生灾害时的人员保护：秘书处的备忘录	油印件。
A/CN.4/591	特别报告员山田中正先生关于共有的自然资源的第五次报告：跨界地下水	转载于本卷。
A/CN.4/592和 Add.1	武装冲突对条约的影响：从国际组织收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/593和 Add.1	国际组织的责任：从国际组织收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/594	特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人的第四次报告	同上。
A/CN.4/595和 Add.1	共有的自然资源：各国政府对跨界含水层法条款草案的评论和意见	同上。
A/CN.4/596	国家官员的外国刑事管辖豁免：秘书处的备忘录	油印件。
A/CN.4/597	特别报告员乔治·加亚先生关于国际组织的责任的第六次报告	转载于本卷。
A/CN.4/598	特别报告员爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生关于发生灾害时的人员保护的初步报告	同上。
A/CN.4/599	引渡或起诉义务（或引渡或起诉）：从各国政府收到的评论和意见	同上。
A/CN.4/600	特别报告员阿兰·佩莱先生关于对条约的保留的第十三次报告	同上。
A/CN.4/601	特别报告员罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告	同上。
A/CN.4/602和 Add.1	填补委员会的临时空缺：秘书处的说明	A/CN.4/602转载于本卷。A/CN.4/602/Add.1为油印件。
A/CN.4/603	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）的第三次报告	转载于本卷。
A/CN.4/L.721	武装冲突对条约的影响工作组主席的说明	同上。
A/CN.4/L.722	共有的自然资源：特别报告员关于序言的说明	油印件。
A/CN.4/L.723[和 Corr.1-3]	对条约的保留：起草委员会于2008年5月7日、9日、13日、14日、16日和28日通过的准则草案的标题和案文	同上。
A/CN.4/L.724	跨界含水层法：起草委员会二读通过的跨界含水层法序言部分和条款草案第1至19条的标题和案文	同上。

A/CN.4/L.725 和 Add.1	起草委员会于2008年5月21日、22日、28日、29日和30日暂时通过的第46、47、48、49[48]、50[49]、51[50]、52[51]和53条的标题和案文	同上。
A/CN.4/L.726	武装冲突对条约的影响：工作组的报告	同上。
A/CN.4/L.727 /Rev.1 和 Add.1	武装冲突对条约的影响：起草委员会于2008年6月4日一读暂时通过的条款草案第1、2、3、4、5、6[5之二]、7[5]、8、9[8之二]、10[8之三]、11[8之四]、12[9]、13[10]、14[11]、15、16[12]、17[13]、18[14]条的案文	同上。
A/CN.4/L.728	国际法委员会第六十届会议工作报告草稿：第一章（导言）	同上。见《大会正式记录，第六十三届会议，补编第10号》(A/63/10)核准的案文。最后案文见《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.729	同上：第二章（委员会第六十届会议工作概况）	同上。
A/CN.4/L.730	同上：第三章（委员会特别想听取意见的具体问题）	同上。
A/CN.4/L.731 和 Add.1-2	同上：第四章（共有的自然资源）	同上。
A/CN.4/L.732 和 Add.1-2 [及 Add.2/Corr.1]	同上：第五章（武装冲突对条约的影响）	同上。
A/CN.4/L.733 和 Add.1-5 [及 Corr.1、Add.3/Corr.1、Add.4/Corr.1 和 Add.5/Corr.1]	同上：第六章（对条约的保留）	同上。
A/CN.4/L.734 /Rev.1、A/CN.4/L.734/Add.1、A/CN.4/L.734/Add.2 和 A/CN.4/L.734/Add.2/Corr.1	同上：第七章（国际组织的责任）	同上。
A/CN.4/L.735 和 Add.1	同上：第八章（驱逐外国人）	同上。
A/CN.4/L.736	同上：第九章（发生灾害时的人员保护）	同上。
A/CN.4/L.737 和 Add.1	同上：第十章（国家官员的外国刑事管辖豁免）	同上。
A/CN.4/L.738 和 Add.1	同上：第十一章（引渡或起诉义务（或引渡或起诉））	同上。
A/CN.4/L.739 [和 Corr.1]	对条约的保留：起草委员会于2008年6月5日暂时通过的准则草案2.6.5、2.6.11、2.6.12和2.8的案文	油印件。
A/CN.4/L.740	对条约的保留：起草委员会于2008年7月7日、8日、9日、10日、16日和22日暂时通过的准则草案2.8.1、2.8.2、2.8.3、2.8.4、2.8.5、2.8.6、2.8.7、2.8.8、2.8.9、2.8.10、2.8.11和2.8.12的案文	同上。
A/CN.4/L.741	国际法委员会第六十届会议工作报告草稿：第十二章（委员会的其他决定和结论）	同上。见《大会正式记录，第六十三届会议，补编第10号》(A/63/10)核准的案文。最后案文见《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.742	规划小组的报告	油印件。
A/CN.4/SR.2956 -A/CN.4/SR.2997	第2956次至2997次会议临时简要记录	同上。最后案文见《2008年……年鉴》，第一卷。

Yearbook of the International Law Commission 2008
Volume II (Part One)