

附件一

国家官员的外国刑事管辖豁免

(罗曼·科洛德金先生)

A. 一个热门话题

1. 近年来，国家官员的外国刑事管辖豁免问题开始引起人们更多的关注。这在很大程度上与人权保护观念的增强、容忍严重侵犯人权行为的意愿降低、以及在打击恐怖主义、跨国犯罪、腐败和洗钱方面的努力有关。社会不再愿意容忍这类犯罪者有罪不受惩罚的情况，无论其在国家中的官方地位如何。同时，国家官员的豁免对于保持国家间关系的稳定必不可少这一点几乎无可置疑。

2. 在联合王国审理智利前独裁者奥古斯托·皮诺切将军案之后，这一领域的学术讨论和公众讨论以及国家实践、包括国内案例法都得到极大发展。¹ 在1998年至2001年期间，出现了20多次试图对外国高级官员和卸任官员提起刑事诉讼的情况。² 具体地说，1998年在比利时和法国曾试图起诉刚果民主共和国总统洛朗·德西雷·卡比拉；2001年至2002年试图在比利时起诉以色列总理阿列尔·沙龙；2000年至2001年试图在法国起诉利比亚总统穆阿迈尔·卡扎菲、刚果共和国总统德尼·萨苏-恩格索以及古巴领导人弗雷德·卡斯特罗；

¹ 联合王国高级法院，王座庭（分庭）：奥古斯托·皮诺切特·乌加特案，《国际法律资料》，第38卷（1999年），第68页及以下各页，详见第68页至第90页；联合王国上议院：女王诉巴特利和大都会警务处处长及其他人—皮诺切特案单方审查程序，同上，第37卷（1998年），第1302页及以下各页，详见第1302页至第1339页；联合王国上议院：女王诉巴特利和大都会警务处处长及其他人—皮诺切特案单方审查程序，同上，第38卷（1999年），第581页及以下各页，详见第581页至第663页。

² 例如，见A. Borghi., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2003, pp. 361-369.

2001年试图在塞内加尔起诉乍得前总统侯赛因·哈布雷。³

3. 2002年，国际法院作出对2004年4月11日逮捕证案的判决。⁴ 判决中包含对该领域国际法现状的宝贵评估。

4. 目前国际法院正在审理法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国）。该案的焦点也是国家高级官员的外国刑事管辖豁免问题。国际法院在2003年发布了一项有关临时措施问题的命令，这项命令对于正在讨论的本问题也具有意义。⁵

5. 在国际法院的上述判决之后，各国法院也作出了一些裁决，对审议本问题也有重要意义。例如，美国的上诉法院在2004年对涉及津巴布韦总统罗伯特·加布里埃尔·穆加贝和中国前领导人江泽民的案件作出最后判决。⁶ 尽管这些判决仅涉及

³ “1990年代后期有几个成为头条新闻的案件提出了对国家现任或前任元首的豁免限制问题”（P. Daillier and A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7th ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 453）。

⁴ 2000年4月11日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），判决，《2002年国际法院汇编》，第3页。判决的案文另见：www.icj-cij.org。

⁵ 法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国），2003年6月17日的裁决，《2003年国际法院汇编》，第102页。裁决的案文另见：www.icj-cij.org。

⁶ *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. A LEXIS 20879（第二巡回法院，2004年10月6日）（*Tachiona II*）；*Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. A LEXIS 18944（第七巡回法院，2004年9月8日）。关于这些案件的评述，例如见S. Andrews, “U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin”, *ASIL Insights (November 2004)*, www.asil.org/insights_2004.cfm。

民事管辖豁免，但对于审议刑事管辖豁免问题也有意义。

6. 应当指出，在上述法院审理案件的过程中以及在司法程序之外，包括代表行政当局的机关在内的各种国家机关都从国际法的角度多次表达了对本议题的立场。⁷

7. 当试图以严重违反人权（比如酷刑或灭绝种族）和国际人道主义法而起诉国家官员时，这类人的外国刑事管辖豁免问题往往引起公众的重大反应。某些国家最近试图对这类犯罪行使普遍管辖权。然而，无论是针对国际犯罪（或国际法规定的犯罪）行使普遍刑事管辖权，还是行使其他形式的管辖权，都会出现这个问题。例如，一国试图根据本国刑法起诉另一国的官员或前官员时，便会出现这个问题，这些人涉嫌实施虽然与大规模和严重侵犯人权无关但却针对行使管辖权的国家或其公民的罪行。

8. 最初，在人权问题引起注意很久以前，一国、一国代表或一国财产的豁免问题源自下述两方面之间的冲突：一方面，国家的权利源自国家主权平等原则，另一方面，国家对位于其领土范围内的代表或财产所享有的权利源自国家的完全领土管辖权原则。这一权利和原则冲突在今天似乎依然重要。的确，很明显可以认为它现在体现了与制定普遍的其他类型的国内刑事管辖权有关的新内容，包括在全球化背景下打击严重侵犯人权、恐怖主义、跨国犯罪、洗钱等方面所需要的域外管辖权。

9. 然而，尽管有这些相互关系，豁免和管辖问题却在性质上彼此独立，遵守不同的法律规范。如国际法院在上述判决中所指出的必须仔细区分关于国内法院管辖权的规则与关于司法豁免的规则：

⁷ 例如，2005年，关于乌克兰总理尤利娅·季莫申科计划访问俄罗斯联邦一事，由于俄罗斯联邦在她就任总理之前很久即就对其提起了刑事诉讼，因此俄罗斯联邦总检察长公开宣布了对她的俄罗斯联邦刑事豁免问题的官方立场。他特别指出，既然包括政府首脑在内的国家高级领导人享有豁免，因此如果乌克兰总理尤利娅·季莫申科希望访问俄罗斯，是不成问题的。他同时补充说，对季莫申科女士的刑事诉讼将被延期。直到2006年12月26日，因为诉讼时效已过，俄罗斯联邦军事总检察院才宣布撤销对这位乌克兰前总理的刑事诉讼 (<http://genproc.gov.ru>)。

有管辖权并不意味着不存在豁免，而不存在豁免也并不意味着有管辖权。因此，尽管各种防止和惩治某些严重犯罪的国际公约向各国施加了起诉或引渡的义务，因而要求各国扩张刑事管辖权，但管辖权方面的这种扩张绝不影响习惯国际法中的豁免。⁸ 最近关于本专题的一份出版物也指出，“处理违反国际法行为的法院必须首先区分管辖豁免与关于国内法院刑事管辖权的规则”。⁹ 豁免是对管辖权的阻碍，¹⁰ 因此需要单独分析。

10. 国际法学会在上个世纪末审议了国家高级官员的外国刑事管辖豁免问题，并通过了一项载有16项条款的决议。¹¹ 该决议与有关准备工作文件共同构成制定这一领域国际法的重要学说渊源。

11. 2004年12月2日，联合国大会以第59/38号决议通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。根据《公约》第2条第1款(b)项(一)目和(四)目，“国家”一词包括“国家政府的各种机关”和“以国家代表身份行事的国家代表”。同时，《公约》第3条第2款规定其“不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免”。但不完全清楚的是，这对其他官员的属人管辖豁免有何含义，特别是对政府首脑和外交部长这类高级官员。¹² 然而无论如何，上述决议第2段宣称，大会同意国家及其财产

⁸ 2000年4月逮捕证案（见上文脚注4），第24页至第25页，第59段。

⁹ E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin, Springer, 2005, p. 296.

¹⁰ 国家权利义务宣言草案第2条称：“各国有权对本国领土以及领土上的所有人和物行使管辖权，但以国际法所承认的豁免为限”（《1949年……年鉴》[英]，第287页，和大会1949年12月6日第375(IV)号决议的附件；另见《国际法委员会的工作》，第6版，第一卷（联合国出版物，出售品编号：E.04.V.6），附件四，第262页）。

¹¹ 《国际法学会年鉴》，温哥华会议，2000-2001年，第69卷（2001），Paris: Pedone, 2001, 442-709。

¹² 委员会对委员会1991年通过的条款草案第3条的评注如下：“第2款旨在明确提及根据现行国际法给予外国君主或其他国家元首个人以私人身份所享有的豁免。作为国家机关或国家代表行为的君主或其他国家元首的国家管辖豁免则在第2条处理。第2条第1款(b)项和(b)项(五)项[《公约》中第(四)项]适用国家政府各种机关和国家代表，包括国家元首……。因此，第3条第2款的保留专指私人行为或国家实践所承认和给予的个人豁免和特权，但这并不意味着其地位受到本条款的任何影响。现行习惯法仍未被触及”（《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第26页）。

管辖豁免特设委员会的一般性谅解，即《联合国国家及其财产管辖豁免公约》不涉及刑事诉讼。¹³ 特设委员会主席在向大会第五十九届会议提交报告时指出，《公约》不适用于存在特别豁免制度的情况，包括个人管辖豁免（特别法）。¹⁴

12. 特设国际刑事法庭的章程和规约（纽伦堡、东京、前南斯拉夫、卢旺达）和《国际刑事法院规约》中都载有剥夺国家官员、包括高级国家官员对这些国际机构管辖权的豁免条款。¹⁵ 然而，这里涉及的是国际刑事管辖权问题。¹⁶

13. 关于国家官员的外国国家刑事管辖豁免，下述公约的有关条款众所周知：1961年《维也纳外交关系公约》、1963年《维也纳领事关系公约》、1969年《特别使团公约》、1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》以及1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》。然而，这些文书仅涉及本问题的某些具体方面。国家官员的外国刑事管辖豁免的主要国际法渊源是国际习惯。

B. 国际法委员会工作中的国家官员豁免问题

14. 委员会已经多次以不同形式处理过本专题。这体现在下述工作中：国家权利义务宣言草案；¹⁷ 《纽伦堡法庭章程》中承认的国际法原则草案；¹⁸

¹³ 关于这一问题的建议见于特设委员会报告的第14段，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第22号》(A/59/22)。

¹⁴ 同上，第六委员会，第13次会议(A/C.6/59/SR.13)，第37段。

¹⁵ 《国际军事法庭宪章》第7条（见联合国，《条约汇编》，第82卷，第251号，第288页）；《远东国际军事法庭宪章》第6条（见 *Documents on American Foreign Relations*, vol.VIII, Princeton University Press, 1948, p.354）；《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第7条第2款（见 S/25704，附件）；《卢旺达问题国际法庭规约》第6条第2款（见1994年11月8日安全理事会第955（1994）号决议，附件）；以及《罗马刑事法院规约》第27条。

¹⁶ 在逮捕证案中，国际法院似乎明确区别了国家高级官员的国际刑事管辖豁免与国内刑事管辖豁免两种情况（2000年4月11日逮捕证案（上文脚注4），第56段至第58段）。

¹⁷ 具体见第2条草案及其评注。（上文脚注10）。

¹⁸ 具体见第三条原则草案及其评注。《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第192页。

1954年危害人类和平及安全治罪法草案；¹⁹ 1996年危害人类和平及安全治罪法草案；²⁰ 外交关系条款草案²¹ 和领事关系条款²² 以及豁免条款草案；特别使团条款草案；²³ 国家在其与国际组织关系中的代表权的条款草案；²⁴ 关于防止和惩治侵害外交官和其他国际保护人员的条款草案；²⁵ 以及上文所述国家及其财产管辖豁免条款草案。²⁶

15. 然而，委员会从来没有单独重点审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题。²⁷

C. 国际法委员会应当审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题吗？

16. 国家实践和各国法院判决、上述各项公约、国际法院在2000年4月11日逮捕证案中的判决、以及委员会迄今为止的工作似乎都证明：在这一领域存在着习惯国际法。尽管对本专题看法不同，我们认为这一结论也得到了国际法律学说的确认。²⁸

17. 国家官员，首先是国家高级官员实施犯罪，特别是实施大规模和严重违反人权或国际人道主义法的罪行，理应承担包括刑事责任在内的责任、这一点无疑是重要的。当国民权利受到犯罪行为侵害时，一国应当能够对犯罪嫌疑人行使刑事管辖权，这一点很重要。然而，基于普遍承认的国际

¹⁹ 具体见第3条草案及其评注。《1954年……年鉴》[英]，第二卷，第119页至第120页。

²⁰ 具体见第7条草案及其评注。《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第28页至第29页。

²¹ 《1958年……年鉴》[英]，第二卷，第89页至第105页。

²² 《1961年……年鉴》[英]，第二卷，第89页至第128页。

²³ 具体见第21条原则草案及其评注。《1967年……年鉴》[英]，第二卷，第359页。

²⁴ 《1971年……年鉴》[英]，第一卷，第287页及之后各页；《1971年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第101至第110页。

²⁵ 《1972年……年鉴》[英]，第二卷，第309页至第323页。

²⁶ 见上文脚注12。

²⁷ 在某个阶段曾经有人建议在国家及其财产管辖豁免条款草案中纳入一个关于君主或国家元首的外国刑事管辖豁免的规定。具体见特别报告员颂蓬·素差伊库关于这一专题的第七次报告中的条款草案第25条。《1985年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第44页至第45页。

²⁸ 关于本专题的出版物简短目录附后。

法原则特别是国家主权平等原则的国家间关系应当稳定并且可预测，这也非常重要，因此代表本国行事的官员应对于其他国家独立。

18. 如果国际法委员会审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题并提出对这一领域国际法内容的意见，则可以通过编纂和逐渐发展国际法为确保这些概念之间的适当平衡做出贡献。

D. 拟议专题的可能审议范围

19. 当委员会分析本专题时可特别审议下述问题：

(1) 讨论应仅限于国内司法豁免。如上所述，这一制度的法律体制不同于国际司法豁免的法律体制。

建议应将分析仅限于刑事管辖豁免。(同时，也可考虑在外国刑事管辖豁免问题上加上外国民事和行政的属人管辖豁免问题，比如上述国际法学会的条款草案中。²⁹)

当然，应当侧重于外国管辖豁免(众所周知，国内法律制度为国家某些官员规定了本国司法豁免)和国际法而不是国内法规定的豁免。

(2) 也许有必要为本专题之目的首先审议豁免(包括属事管辖豁免和属人管辖豁免)的概念和刑事管辖权(包括其基本原则的问题)的概念以及两者之间的关系。有人认为，在审议豁免问题之前必须审议管辖权问题；这特别是因为只有当国家拥有必要的管辖权时，才会产生管辖豁免问题。³⁰

应当界定委员会关于豁免性质的立场，无论是程序性的还是实质性的；也许还应界定委员会关于豁免是否具有强制性的立场。对后者的研究也许有益于审议国家官员的外国刑事管

辖豁免与具有绝对法地位的禁止酷刑、灭绝种族等行为的规则之间的关系。³¹

应当审议管辖豁免与其他具有类似成果的法律学说之间的关系，比如“国家行为”学说和“不可管辖”学说。³²

也可考察国家官员豁免与国家豁免及外交豁免之间的关系。

还必须分析“管辖豁免”、“不可侵犯”、“程序性强制实施措施豁免”和“执行豁免”等概念之间的关系。

委员会关于本专题工作的最后成果文件(无论其形式如何)中应当包括有关官员管辖豁免制度与刑事责任制度之间区别的规定。豁免并不意味着有罪不罚。³³

(3) 在本研究开始之初，必须审议国家官员外国刑事管辖豁免的原理这一基本问题。例如，豁免是否仅出于职能上的必要，即完全与国家官员所行使的职能相关？或者，重要的不仅是职能方面因素，而且以下事实也重要，例如，官员正代表一个主权国家与其他国家平等地参与国际关系以确保对所有国家都重要的稳定性？国家官员的豁免是否反映了该国源自主权的权利？或者，国家官员的外国刑事管辖豁免是否是拥有这类管辖权的国家由于承认在实践上有必要尊重国际礼节而同意不行使管辖权的结果？³⁴

³¹ 关于这些关系的问题，例如见大法庭就案情做出的判决，哈立德·阿德萨尼诉联合王国案，第35763/97号申请，2001年11月21日的判决，大法庭，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，2001-XI，第56至第67段；特别是法官罗扎克斯和卡弗里斯的联合反对意见，法官威尔德哈勃、科斯塔、卡布拉尔·巴雷托和瓦吉克也加入了该意见。

³² 然而，重要的是铭记国家豁免也许作为不可受理主义或不可管辖主义、而非严格意义上的豁免而出现”(I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford University Press, 1998, p. 326)。例如另见 A. Bianchi, “豁免与人权：皮诺切特案”，《欧洲国际法学报》，第10卷，第2号(1999年)，第266至第270页。

³³ 关于这一问题，见2000年4月11日逮捕证案(上文脚注4)，第60段。

³⁴ 例如，Caplan认为国家豁免的基础是拥有领土管辖权的国家“实际礼让”的体现(见 L. M. Caplan, “State Immunity, Human Rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory”, *AJIL*, vol. 97, No. 4 (2003), pp. 741 et seq., at 745-757)。

²⁹ 见上文脚注11。

³⁰ 具体见2000年4月11日逮捕证案(上文脚注4)，法官希金斯、科尔曼斯和比尔根塔尔的联合单独意见，第3段至第5段。

国家官员豁免的依据能否等同于国家本身豁免的依据？³⁵ 本专题的审议逻辑将在很大程度上取决于国家官员的外国刑事管辖豁免背后的概念。

(4) 必须确定哪些国家官员享有这类豁免。国际法院在2000年4月11日逮捕证案中的判决提到外交部长与国家元首和政府首脑的豁免，这些人被引述为享有外国管辖豁免的国家高级官员。³⁶ 国际法学会的条款草案则仅提到国家元首和政府首脑。

委员会也可应尝试审议国家高级官员的豁免问题，包括国家元首和政府首脑以及外交部长（不过在这类情况下必须铭记：在准确界定哪些官员属于国家高级官员时明显将出现困难）。另一做法是不仅审议高级官员而且审查国家任何其他官员的豁免问题。

不过，委员会似乎最好首先侧重于国家元首和政府首脑以及外交部长。至少目前关于这一官员群体存在着足够的国家实践和学说（包括司法实践）。

必须同时审议现任官员和卸任官员的豁免问题。

此外，也可审议这些官员家庭成员的豁免问题，这也将是委员会审议的问题。

(5) 似乎可参照承认外国国家和政府及其首脑的专题来分析这种相关性。例如在曼努埃尔·诺列加案中，上诉法院指出，“地区法院驳回了诺列加关于国家元首豁免的申诉，认为美国政府从未承认诺列加为巴拿马合法的民选统治者。”³⁷

³⁵ 关于国际法院实践中的豁免的基础，包括官员豁免的基础，例如见 V. S. Vereschetin and C. J. Le Mon, “Immunities of Individuals under International Law in the jurisprudence of the International Court of Justice”, *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2004, vol. I, pp. 77-89.

³⁶ 国际法上已经牢固确立的一点是：外交和领事官员、国家某些高级官员，比如国家元首、政府首脑和外交部长，享有民事和刑事两方面的外国管辖豁免”（2000年4月11日逮捕证案（上文脚注4），第51段）。

³⁷ 美国诉诺列加案（117 F.3d 1206; 47 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 786; 11 Fla. L. Weekly Fed. C 103).

(6) 本专题的核心问题是国家官员的外国刑事管辖豁免的范围和限度。在这方面可以列出一系列问题：

首先，个人享有豁免的期限（他或她任职的期限；他或她离职后的期限）。

其次，外国刑事管辖豁免所涵盖的国家官员的行为。公务行为，私人行为。区别这两类行为的标准。任职以前、任职期间和卸任之后所实施的行为。也可审议应受刑事处罚的行为，特别是国际犯罪能否被视为是公务行为的问题。³⁸

第三，解决国家官员的外国刑事管辖豁免问题是否取决于他或她在行使管辖权之国的境内还是境外实施犯罪？这是否取决于当行使外国刑事管辖权时，他或她处于刑事管辖权国家的境内或境外？

第四，豁免是否取决于官员在行使管辖权的该外国的领土范围内的身份性质（官方访问、私人访问、流放等等）。

第五，国家官员的外国刑事管辖豁免意味着外国不得对该人提起任何相关刑事诉讼，还是仅排除一些特定的刑事诉讼（具体而言，仅排除那些直接影响享有豁免者并限制他或她履行公务的能力的诉讼行为）？例如，从法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国）中关于临时措施的裁决来看，国际法院并不认为国家元首的外国刑事管辖豁免构成能阻碍外国提起任何刑事诉讼。³⁹

第六，豁免是否取决于涉嫌官员所犯罪行的严重性？这一问题显然很关键，也可被视为豁免是否存在例外的问题。

³⁸ 例如，见2000年4月11日逮捕证案（上文脚注4），法官希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔的联合单独意见，第85段。

³⁹ 在任何情况下，法院都不认为在法国适用且被刚果共和国要求终止的关于刚果共和国官员的这些刑事诉讼侵犯了刚果因这些人拥有豁免而产生的权利。因此，法院并不认为有必要终止这些诉讼（见法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国），临时措施，2003年6月17日的裁决，《2003年国际法院汇编》，第102页起，详见第109页至第110页，第30段至第35段）。

有一种观点认为，在最严重的违反国际法犯罪的情况中不存在豁免，包括对现任国家官员的豁免，例如，联合王国上议院在审议皮诺切特案期间就出现过这种观点，比利时在2000年4月11日逮捕证案中呈交国际法院的备忘录中也详细阐述了这种观点。⁴⁰ 甚至有人认为，对于国际犯罪，存在外国刑事管辖“无豁免”原则。⁴¹

不过，在国际法院看来，豁免阻碍了对现任高级官员行使外国刑事管辖，无论他或她涉嫌实施的罪行严重程度如何。⁴² 国际法学会编写的条款草案在涉及现任国家和政府首脑时也反映了这一观点。⁴³

应当注意的是，必须分开讨论与现任官员和卸任官员豁免的范围或限制有关的问题。

⁴⁰ 联合王国上议院：女王诉巴特利和大都会警务处处长及其他人—皮诺切特案单方审查程序（见上文脚注1），第581至第663页，详见第651页（米利特勋爵）和第661页（菲利普斯勋爵和沃思·马塔沃斯）；2000年4月11日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），比利时王国的反诉状，2001年9月28日，www.icj-cij.org.，第3.5.10至3.5.150段。另见，例如，A. Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”，《海牙国际法学院教程汇编》，1994-III，第247卷，第82至第84页（然而必须牢记的是，阿瑟·沃特爵士演讲中的这一部分是专门论述国家元首的责任的）。另见2000年4月11日逮捕证案，判决（上文脚注4），哈苏奈法官的反对意见，第5至第7段。

⁴¹ Borghi, 前引书（上文脚注2），第287段至第331段。

⁴² 2000年4月11日逮捕证案，判决（上文脚注4），第56段至第61段。

⁴³ 见上文脚注11。具体见国际法学会通过的决议的第2条。

(7) 如果确定国家官员的外国刑事管辖豁免不包括该官员的不可侵犯性、强制措施豁免和执行豁免，那么问题在于是否应当在本专题的框架内审议这些问题。现在有可能审议位于行使刑事管辖权的外国领土上的官员之财产的强制措施与执行豁免问题。

(8) 有必要审议放弃豁免问题。显然，是国家而不是官员本身拥有放弃其豁免的权利。这一问题涉及哪个国家机构（在确定该机构时应适用哪种法律，是国内法，还是国际法？）以及国家有权以何种方式放弃其官员的豁免（明示放弃、暗示放弃、临时放弃、还是一般性放弃，例如通过缔结国际条约，等等）。

(9) 有必要审议委员会关于拟议专题的最后成果报告所应采取的形式问题。

如果委员会决定拟订条款草案，可考虑是否在其条款中纳入与以下两个问题有关的规定：

(10) 特别法。似乎任何条款草案都应载有一项规定，对条款草案与那些规定以不同方式管辖同一专题的特别条约制度之间的关系作出界定。

(11) 争端的解决。委员会也许认为有必要制定一项特别制度，以解决涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的国际争端。

参考书目选编

- AKANDE, D. "International law immunities and the International Criminal Court", *AJIL*, vol. 98 (2004), 407-433.
- ALEBEEK, R. VAN: "The Pinochet case: international human rights law on trial", *BYBIL*, vol. 71 (2000), 29-70.
- AMBOS, K. "Impunity and international criminal law: a case study on Colombia, Peru, Bolivia and Argentina", *Human Rights Law Journal*, vol. 18, No. 1-4 (1997), 1-15.
- ASCENSIO, H., E. Decaux and A. Pellet (eds.). *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, 26-27, 84-87, 183-237.
- AVELLÁN HONRUBIA, V. "La responsabilité internationale de l'individu et les principes généraux du droit international", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1999*, vol. 280 (2000), 219-230.
- BAKER, B. "Twilight of impunity for Africa's presidential criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25, No. 8 (2004), 1487-1499.
- BANKAS, E. K. *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Heidelberg/Berlin, Springer, 2005.
- BARKER, J. C. "State immunity, diplomatic immunity and act of State: a triple protection against legal action?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), 950-958.
- BASS, P. E. "Ex-Head of State immunity: a proposed statutory tool of foreign policy", *Yale Law Journal*, vol. 97, No. 2 (1987), 299-319.
- BASSIOUNI, Ch. *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley (New York). Transnational Publishers, 2003, 64-89, 712-715.
- BIANCHI, A., "Immunity versus human rights: the Pinochet case", *European Journal of International Law*, vol. 10, No. 2 (1999), 237-277.
- . "Serious violations of human rights and foreign States' accountability before municipal courts", in L. Ch. Vohrah *et al.*(eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, 149-181.
- BOISTER, N. and R. Burchill. "The implications of the Pinochet decisions for the extradition or prosecution of former South African Heads of State for crimes committed under apartheid", *African Journal of International and Comparative Law/Revue Africaine de droit international et comparé*, vol. 11 (1999), 619-637.
- BOJIC, M. "Immunity of High State Representatives with regard to international crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still untouchable?", Master thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2005.
- BORGHI, A. *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Geneva, Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- BOUTRUCHE, T. "L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice", *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), 77-103.
- BRÖHMER, J. *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1997, 29-32.

- BULLIER, A. J. “Y a-t-il encore une immunité pour chefs d’État et chefs de guerre en Afrique?”, *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), 47–51.
- CAFLISCH, L. “Immunité de juridiction et respect des droits de l’homme”, in L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague/London/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, 651–676.
- CALLAN, E. M. “In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the Grand Jury and the Head of State immunity doctrine”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), 117–139.
- CAPLAN, L. M. “State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory”, *AJIL*, vol. 97 (2003), 741–781.
- CARA, J.-Y. “L’affaire Pinochet devant la Chambre des Lords”, *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), 72–100.
- CASEY, L. A. and D. B. Rivkin, JR. “The limits of legitimacy: the Rome Statute’s unlawful application to non-State parties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003–2004), 63–89.
- CASSESE, A. *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2003, 264–274.
- . “Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux? À propos de l’affaire *Congo c/ Belgique* (C.I.J.)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), 479–499.
- . and M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.
- CHINKIN, C. M., et al. “In re Pinochet”, *AJIL*, vol. 93 (1999), 690–711.
- 国际公法顾问委员会《会议报告》，第23次会议（斯特拉斯堡，2002年3月4日至5日）。
- COSNARD, M. “Les immunités du chef d’Etat”, in Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand: le chef d’État et le droit international*, Paris, Pedone, 2002, 189–268.
- . “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *Revue générale de droit international public* (1999–2), 309–328.
- COT, J.-P. “Éloge de l’indécision. La Cour et la compétence universelle”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 546–553.
- DANILENKO, G. M. “The Statute of the International Criminal Court and third States”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, No. 3 (2000), 445–494.
- DAY, A. “Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo wrong*”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), 489–512.
- DE SENA, P. “Immunity of State organs and defence of superior orders as an obstacle to the domestic enforcement of international human rights”, in B. Conforti and F. Francioni (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, 367–403.
- . et al.(eds.) “Italian practice relating to international law: judicial decisions”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1988–1992), 43–57.
- DE SMET, L. and F. Naert. “Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium’s Act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 471–511.

- DE SMET, S. "The immunity of Heads of States in US courts after the decision of the International Court of Justice", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, No. 3 (2003), 313–339.
- DELLAPENNA, J. W. "Head-of-state immunity – Foreign Sovereign Immunities Act – suggestion by the Department of State", *AJIL*, vol. 88 (1994), 528–532.
- DOMINICÉ, Ch. "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat", *Revue générale de droit international public* (1999–2), 297–308.
- DU PLESSIS, M. and S. Bosch "Immunities and universal jurisdiction – the World Court steps in (or on?)", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), 246–262.
- DUPUY, P.-M. "Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes", *Revue générale de droit international public* (1999-2), 289–296.
- FASSBENDER, B. "*S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten*", *AJIL*, vol. 92, No. 1 (1998), 74–78.
- FENET, A. "La responsabilité pénale internationale du chef d'État", *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), 585–615.
- FITZGERALD, A. "The Pinochet case: Head of State immunity within the United States", *Whittier Law Review*, vol. 22, No. 4 (2001), 987–1028.
- FLAUSS, J.-F. "Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 10 (2000), 299–324.
- FOX, H. "The first Pinochet case: immunity of a former Head of State", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), 207–216.
- . "The resolution of the Institute of International Law on the immunities of Heads of State and Government", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 119–125.
- . "Some aspects of immunity from criminal jurisdiction of the State and its officials: the *Blaškić* case", in L. Ch. Vohrah *et al.*(eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, 2003, 297–307.
- . *The Law of State Immunity*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2002.
- GAETA, P. "Official capacity and immunities", in A. Cassese *et al.*(eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. I, New York, Oxford University Press, 2002, 975–1002.
- GARNETT, R. "State immunity triumphs in the European Court of Human Rights", *The Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), 367–373.
- GEORGE, S. V. "Head-of-State immunity in the United States courts: still confused after all these years", *Fordham Law Review*, vol. 64, No. 3 (1995), 1051–1088.
- GROSSCUP, S. "The trial of Slobodan Milosevic: the demise of Head of State immunity and the specter of victor's justice", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32, No. 2 (2004), 355–381.
- HENZELIN, M. "L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?", *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 12 (2002), 179–212.
- HICKEY, Ch. E. "The dictator, drugs and diplomacy by indictment: Head-of-State immunity in *United States v. Noriega*", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4, No. 3 (1989), 729–765.

- HOPKINS, J. "Immunity—Head of foreign State", *The Cambridge Law Journal*, vol. 57 (1998), 4–6.
- . "Former Head of foreign State—Extradition—Immunity", *The Cambridge Law Journal*, vol. 58, No. 3 (1999), 461–465.
- HOPKINS, K. "The International Court of Justice and the question of sovereign immunity: why the *Yerodia* case is an unfortunate ruling for the development of public international law", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), 256–263.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. "L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des États étrangers", in H. Wehberg (ed.), *Tableau général des résolutions (1873–1956)*, Basel, Editions juridiques et sociologiques, 1957, 14–18.
- . *Annuaire*, vol. 69 (2000–2001), *Session of Vancouver*, 2001, Paris, Pedone, 441–709.
- 国际法协会 "关于对严重侵犯人权行为行使普遍管辖权的最后报告", 2000年7月25日至29日在伦敦举行的第六十九届会议报告, 2000年, 伦敦, 第403至第431页。
- JACKSON, V. C. "Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence", *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), 521–609.
- KAMTO, M. "Une troublante 'Immunité totale' du ministre des Affaires étrangères (Sur un aspect de l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*)", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 518–530.
- KITTICHAISAREE, K. *International Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2001, 43–63.
- KLINGBERG, V. "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone", *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), 537–564.
- KNOOPS, G.-J. *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, 2001, 70–72.
- KOFELE-KALE, N. *International Law of Responsibility for Economic Crimes: Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1995.
- KOIVU, V. "Head-of-State immunity v. individual criminal responsibility under international law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 12 (2001), 305–330.
- KOLLER, D. S. "Immunities of Foreign Ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court", *American University International Law Review*, vol. 20, No. 1 (2004–2005), 7–42.
- LABUSCHAGNE, J. M. T. "Diplomatic immunity: a jurisdictional or substantive-law defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), 291–295.
- LANSING, P. and J. King Perry: "Should former government leaders be subject to prosecution after their term in office? The case of South African President P. W. Botha", *California Western International Law Journal*, vol. 30, No. 1 (1999), 91–115.
- LLOYD JONES, D. "Article 6 ECHR and immunities arising in public international law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), 463–472.
- MALLORY, J. L. "Resolving the confusion over Head of State immunity: the defined rights of kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), 169–197.
- MANGU, A. "Immunities of Heads of State and Government: a comment on the indictment of Liberia's president Charles Taylor by the Special Court for Sierra

- Leone and the reaction of the Ghanaian Government”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), 238–245.
- MCLACHLAN, C. “The influence of international law on civil jurisdiction”, *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 6 (1993), 125–144.
- . “Pinochet revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 959–966.
- MITCHELL, A. D. “Leave your hat on? Head of State immunity and Pinochet”, *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), 225–256.
- MOREAU DEFARGES, Ph. “Punir les tyrans”, *Défense nationale*, vol. 55 (1999), 46–54.
- MURPHY, S. D.(ed.), “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *AJIL*, vol. 95 (2001), 873–903.
- . “Head-of-State immunity for former Chinese President Jiang Zemin”, *AJIL*, vol. 97 (2003), 974–977.
- NEIER, A. “Accountability for State crimes: the past twenty years and the next twenty years”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), 351–362.
- NICHOLLS, C. “Reflections on Pinochet”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 41, No. 1 (2000), 140–151.
- O’NEILL, K. C. “A new customary law of Head of State immunity?: Hirohito and Pinochet”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 38, No. 2 (2002), 289–317.
- ORREGO VICUÑA, F. “Diplomatic and consular immunities and human rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), 34–48.
- PANHUYS, H. F. VAN “In the borderland between the act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), 1193–1213.
- PENROSE, M. M. “It’s good to be the king!: Prosecuting Heads of State and former Heads of State under international law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39, No. 1 (2000), 193–220.
- PIERSON, Ch. “Pinochet and the end of immunity: England’s House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), 263–326.
- PROUVÈZE, R. “Les tribunaux pénaux internationaux à l’aube du XXIème siècle: l’affaire *milosevic* ou la difficile recherche d’un véritable rôle de juridiction pénale internationale”, *L’Observateur des Nations Unies*, No. 11 (2001), 201–221.
- . “L’affaire relative au Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (RDC c. Belgique): Quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal?”, *L’Observateur des Nations Unies*, No. 12 (2002), 285–309.
- PRZETACZNIK, F. “Protection of foreign officials”, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 33 (1977), 113–151.
- . “Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69 (1991), 51–81.
- RANDALL, K. C. “Book Review: *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*”, *AJIL*, vol. 99 (2005), 293–298.
- RAU, M. “After *Pinochet*: foreign sovereign immunity in respect of serious human rights violations – the decision of the European Court of Human Rights in

- Al-Adsani case”, *German Law Journal*, vol. 3, No. 6 (2002).
- ROBERTSON, G. *Crimes against Humanity: the Struggle for Global Justice*, London, Allen Lane the Penguin Press, 1999, 190–224, 342–407.
- RODLEY, N. S. “Breaking the cycle of impunity for gross violations of human rights: the Pinochet case in perspective”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), 11–26.
- ROUSSEAU, Ch. *Droit international public. Tome IV: Les relations internationales*, Paris, Sirey, 1980, 8–19, 123–126, 171–210, 247–263.
- SALMON, J. “Libres propos sur l’arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l’affaire relative au Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 512–517.
- . and E. David. “Chef d’Etat, Chef de Gouvernement, ministre des Affaires étrangères”, in N. Angelet (ed.), “La pratique du pouvoir exécutif et le contrôle des chambres législatives en matière de droit international (1995–1999)”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 122–125.
- SANDS, Ph. “What is the ICJ for?”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 537–545.
- . “After Pinochet: the role of national courts”, in Ph. Sands (ed.), *From Nuremberg to The Hague: the Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, 68–108.
- . “International law transformed? From Pinochet to Congo...?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), 37–53.
- SASSOLI, M. “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”, *Revue générale de droit international public*, vol. 106 (2002), 797–817.
- SEARS, J. M. “Confronting the ‘culture of impunity’: immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), 125–146.
- SHAW, M. N. “The Yerodia case: remedies and judicial function”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 554–559.
- . *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, 2003, 655–667.
- SHELTON, D. *Remedies in International Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 1999, 64–92.
- SIMBEYE, Y. *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2004.
- SISON, G. “A king no more: the impact of the Pinochet decision on the doctrine of Head of State immunity”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), 1583–1602.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL *Colloque de Clermont-Ferrand: le Chef d’État et le droit international*, Paris, Pedone, 2002.
- STONE, C. R. “Head of State immunity—new standard on a narrow issue—waiver of Head of State immunity: *In re: Grand Jury Proceedings, John Doe #700*”, *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1988–1989), 491–502.
- SUMMERS, M. A. “The International Court of Justice’s decision in *Congo v. Belgium*: how has it affected the development of a principle of universal jurisdiction that would obligate all States to prosecute war criminals?”, *Boston University International Law Journal*, vol. 21, No. 1 (2003), 63–100.
- THOMAS, K. R. and J. Small “Human rights and State immunity: is there immunity from civil liability for tor-

- ture?", *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), 1–30.
- TOMONORI, M. "The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29, No. 3/4 (2001), 261–287.
- TOMUSCHAT, C. "General course on public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1999, vol. 281 (2001), 176–183.
- TONER, P. J. "Competing concepts of immunity: the (r) evolution of the Head of State immunity defense", *Penn State Law Review*, vol. 108, No. 3 (2004), 899–927.
- TRIFFTERER, O.(ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 501–514.
- TUNKS, M. A. "Diplomats or defendants? Defining the future of Head of State immunity", *Duke Law Journal*, vol. 52, No. 3 (2002), 651–682.
- VERHOEVEN, J. "Quelques réflexions sur l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 531–536.
- VILLALPANDO, S. "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999", *Revue Générale de droit international public*, vol. 104 (2000), 393–427.
- WALSH, N. M. "The President and Foreign Minister of Zimbabwe are entitled to Head-of-State immunity under United States and international law, but their political party is not immune and was properly served by notice of process on it in New York", *New York International Law Review*, vol. 15, No. 2 (2002), 91–99.
- WARBRICK, C. "Immunity and international crimes in English law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), 769–774.
- WATTS, A. "The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1994-III*, vol. 247 (1995), 52–63.
- WELLER, M. "On the hazards of foreign travel for dictators and other international criminals", *International Affairs*, vol. 75, No. 3 (1999), 599–617.
- WEYEMBERGH, A. "Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998", *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), 178–204.
- WHITE, M. "Pinochet, universal jurisdiction, and impunity", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), 209–226.
- WHOMERSLEY, C. A. "Some reflections on the immunity of individuals for official acts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 848–858.
- WICKREMASINGHE, C. "Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), 724–730.
- WILSON, R. A. "Diplomatic immunity from criminal jurisdiction: essential to effective international relations", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7, No. 1 (1984), 113–138.
- WILSON, R. J. "Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law", *Human Rights Quarterly*, vol. 21, No. 4 (1999), 927–979.
- WOUTERS, J. "The judgement of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* case: some critical

- remarks”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), 253–267.
- YANG, X. “Immunity for international crimes: a reaffirmation of traditional doctrine”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), 242–246.
- . “State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmations and misconceptions”, *BYBIL*, vol. 74 (2003), 333–408.
- ZAPPALÀ, S. “Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The *Ghaddafi* case before the French *Cour de Cassation*”, *European Journal of International Law*, vol. 12, No. 3 (2001), 595–612.
- ZIMAN, G. M. “Holding foreign Governments accountable for their human rights abuses: a proposed amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21, No. 1 (1999), 185–213.
- ZUPPI, A. L. “Immunity v. universal jurisdiction: the *Yerodia Ndombasi* decision of the International Court of Justice”, *Louisiana Law Review*, vol. 63, No. 2 (2003), 309–339.

附件二

国际组织的管辖豁免

(乔治·加亚)

1. 1969年《维也纳条约法公约》的通过以及2001年通过国家对国际不法行为的责任条款草案都促使委员会对国际组织问题开展类似的研究。大会2004年12月2日第59/38号决议最近通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，使委员会有机会重新考虑是否应研究国际组织的管辖豁免问题。

2. 作为“国家与国际组织之间关系”研究的一部分，本专题载列于委员会议程长达三十年之久。该专题的第二部分题为“国际组织及其代表的地位、特权和豁免”，由阿卜杜拉·埃里安先生和列奥纳多·迪亚斯·冈萨雷斯先生先后担任其特别报告员。条款草案已提交起草委员会，但是没有退转回全体会议。委员会于1992年决定“暂时搁置国家或国际组织似乎不认为迫切需要审议的专题”。¹

3. 的确，许多国际组织的组成文书、特权和豁免议定书或总部协定都规定了豁免。但是，这些规定通常很笼统。另外，各国法庭经常面临豁免问题，而且这些法庭在这方面不受任何条约拘束。本专题的意义也在于许多国际组织的活动日益增多。例如，在与之订立有效总部协定的国家的领土之外安排会议的做法也引起了一些问题。

4. 一些法庭已经宣称存在豁免国际组织的一般国际法义务。日内瓦劳工法庭在 *ZM 诉阿拉伯国家联盟常驻联合国代表团案* 中指出，² “无论全球性的还是区域性的国际组织都享有绝对的管辖豁免”。荷兰最高法院在 *伊朗 - 美国索赔法庭诉 AS 案* 中称：

¹ 《1992年……年鉴》，第二卷（第二部分），第57页，第362段。

² *ZM 诉阿拉伯国家联盟常驻联合国代表团案*，1993年11月17日的判决，《1993年国际法院汇编》，第116卷，第643页及以下各页，详见第647页。

“即使不存在条约[……]，根据非书面国际法，经东道国同意，任何情况下国际组织在其所在地国都有权依据上述条约中一般规定的相同理由享有管辖豁免特权”。³ 在 *T.M. 诉阿拉伯国家联盟案* 中，比利时宪法法院援引了一般国际法原则或具体协定赋予国际组织的豁免。⁴

5. 哥伦比亚地区上诉法院在 *韦德纳诉国际通信卫星组织案*⁵ 和菲律宾最高法院在一系列判决中都做出了类似裁决。例如，在 *东南亚渔业发展中心诉阿科斯塔案* 中，菲律宾最高法院指出“国际组织的基本豁免之一是当地管辖豁免，也即不受其所在国法庭发出的法律令状和诉讼的约束”。⁶

6. 上面提到的这类先例说明，无论是基于编纂还是逐渐发展，都有必要对国家实践做一个彻底研究，以得出适当结论。

7. 研究国际组织的管辖豁免不是简单地确认管辖国家豁免的规则在何种程度上也可适用于国际组织。必须从可用于根据组织的规则或仲裁协定而对组织提请求偿的补救措施这一角度研究国际组织的豁免问题。必须避免出现司法不公的风险。因此，例如，在上述的日内瓦劳工法庭的判决中，法庭考虑了是否存在“诉诸被告组织行政庭的真实可

³ *伊朗 - 美国索赔法庭诉 AS 案*，1985年12月20日的判决，同上，第94卷，第327页及以下各页，详见第329页。

⁴ *T.M. 诉阿拉伯国家联盟案*，2001年12月3日的判决，见 www.cassonline.be。

⁵ *韦德纳诉国际通信卫星组织案*，1978年9月21日的判决，《国际法律汇编》，第63卷，第191页及以下各页。

⁶ *东南亚渔业发展中心诉阿科斯塔案*，1993年9月2日的判决，见 www.lawphil.net。

能性”。⁷ 最近，在皮斯特里诉欧洲大学学院案中，意大利最高法院判定，如果国际组织的规则保证“在独立和公正法庭上对同样的权利和利益给予司法保护”，就可以接受对国际组织的管辖豁免。⁸

8. 本专题提出的主要问题

— 本项研究旨在审议的国际组织定义。

— 诉讼管辖豁免。特别是：豁免生效的模式、同意行使管辖权、参与法院诉讼的效果、反诉；有关商业交易、雇佣协议、财产案件、参与公司或其他集体的问题；仲裁协定的效力。

— 涉及法院诉讼的限制措施的豁免。

— 与国际组织豁免有关的对自然人和法人权利的保护。特别是替代争端解决方法的作用。

9. 适用的条约、一般原则、相关立法或司法判决

上文有少数内容提及条约、国家立法和司法判决中的趋势。尽管条约和立法仅涉及数量有限的组织，但一些司法判决也审查一般意义上的国际组织管辖豁免问题。

10. 现行学说

对于是否存在关于国际组织豁免的一般国际法规则，目前存在意见分歧。尽管一些研究依然否认任何这类规则的存在，⁹ 但最近著作中的主流趋势

倾向于承认某种形式的豁免¹⁰——有时甚至是绝对豁免——是国际法的一部分。执行管辖豁免得到了更广泛的承认。¹¹ 见后附的参考书目选编。

11. 制定公约草案的益处

考虑到在许多情况下不能适用与国际组织豁免有关的条约而且大多数条约的规定具有笼统性，让涉及国际组织豁免的国际法规则更易于确认将符合所有关切方的利益。应酌情适当考虑逐渐发展的需要。国际组织的经济活动日益重要，经常与私营部门直接竞争，使该问题变得更为迫切。

一旦保留这一专题，则应制定一项公约草案。该公约草案将与《联合国国家及其财产管辖豁免公约》共同适用。

Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, p. 122; De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, Cacucci Editore, 1992, p. 18; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 230; 和 H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p. 469.

¹⁰ 见 J.-F. Lalive, “国家和国际组织的管辖豁免”, 《海牙国际法学院教程汇编》, 1953-III, 第 84 卷 (1955 年), 第 209 页起, 详见第 304 页; E. H. Fedder, “The functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization”, *American University Law Review*, vol. 9 (1960), pp. 60-69; 和 B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Naples, Editoriale Scientifica, 2002, p. 259. Dominicé 认为习惯法规则仅对联合国和特殊机构存在 (见 Ch. Dominicé, “国际组织的管辖和执行豁免”, 《海牙国际法学院教程汇编》, 1984-IV, 第 187 卷 (1985 年), 第 145 页及以下各页, 详见第 220 页)。

¹¹ 见 F. Schröder, “Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 13 (1977), pp. 575 *et seq.*, at p. 584; Dominicé, 前引文 (见上文脚注 10), 第 225 页; J. Moussé, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Brussels, Établissements Émile Bruylant, 1997, pp. 376-377; 和 C. Zanghi, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2001, p. 330.

⁷ ZM 诉阿拉伯国家联盟常驻联合国代表团案 (上文脚注 2), 第 649 页。

⁸ 皮斯特里诉欧洲大学学院案, 2005 年 10 月 28 日的判决, 《国际法杂志》, 第 89 卷 (2006 年), 第 248 页及以下各页, 详见第 254 页。

⁹ 见 P. Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris,

参考书目选编*

- ABRAHAMSON, N. G. "Waiver of immunity for World Bank denied: *Mendaro v. The World Bank*", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 8 (1984), 413–422.
- AHLUWALIA, K. *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1964, 230 p.
- AKEHURST, M. "Settlement of claims by individuals and companies against international organisations", *Yearbook of Association of Attenders and Alumni of the Hague Academy of International Law* (1967–1968), vol. 37/38 (1969), 69–98.
- AMERASINGHE, C. F. *The Law of the International Civil Service as Applied by International Administrative Tribunals*, Oxford University Press, 1994.
- . *Principles of the Institutional Law of the International Organizations*, Cambridge University Press, 1996, 519 p.
- ARCHER, C. *International Organizations*, London/New York, Routledge, 1992, 205 p.
- ARISTODEMOU, M. "Applicability of article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 695–701.
- ARSANJANI, M. H. "Claims against international organizations: quis custodiet ipsos custodes", *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, No. 2 (1981), 131–176.
- AUFRICHT, H. "The expansion of the concept of sovereign immunity: with special reference to international organizations", *Proceedings of the American Society of International Law at its Forty-sixth Annual Meeting held at Washington, D. C. (April 24–26, 1952)*, Washington D.C., American Society of International Law, 1952, 85–100.
- BARDOS, R. "Judicial abstention through the act of State doctrine. *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries*", *The International Trade Law Journal*, vol. 7, No. 1 (1981–1982), 177–192.
- BATTAGLIA, R. M. "Jurisdiction over NATO employees", *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 4 (1978–1979), 166–184.
- BAXTER, R. R. "Jurisdiction over visiting forces and the development of international law", *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-second Annual Meeting held at Washington, D. C. (April 24–26, 1958)*, Washington D.C., American Society of International Law, 1958, 174–180.
- BEDERMAN, D. J. "The souls of international organizations: legal personality and the lighthouse at Cape Spartel", *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995), 275–377.
- BEKKER, P. *The Legal Position of Intergovernmental Organization: a Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1994, 265 p.
- BENTIL, J. K. "Involvement of an international organization in litigation in England", *Litigation*, vol. 8, No. 3 (1989), 90–97.
- . "Suing an international organisation for debt payment", *The Solicitor's Journal*, vol. 134 (1990), 475–479.

* 由意大利比萨大学博士生 Stefano Dorigo 编写。

- BERTRAND, C. “La nature juridique de l’Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)”, *Revue générale de droit international public*, vol. 102, No. 2 (1998), 365–406.
- BISCOTTINI, G. *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, vol. I, Padova, CEDAM, 1971, 185 p.
- BOWETT, D. *The Law of International Institutions*, 4th ed., London, Stevens, 1982, 431 p.
- BRADLOW, D. D. “International organizations and private complaints: the case of the World Bank Inspection Panel”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), 553–613.
- BROWER, C. H., II “International immunities: some dissident views on the role of municipal courts”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), 1–92.
- BYK, C. “Case note to *Hintermann v. UEO*”, *Journal du droit international*, vol. 124 (1997), 141–151.
- CAHIER, Ph. *Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident*, Milan, A Giuffrè, 1959, 449 p.
- CANE, P. “Prerogative acts, acts of State and justiciability”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29 (1980), 680–700.
- CASSESE, A. “L’immunité de juridiction des organisations internationales dans la jurisprudence italienne”, *Annuaire français de droit international*, vol. 30 (1984), 556–566.
- CHANDRASEKHAR, S. “Cartel in a can: the financial collapse of the International Tin Council”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 10, No. 2 (1989), 309–332.
- CHEN, K. “The legal status, privileges and immunities of the specialized agencies”, *AJIL*, vol. 42 (1948), 900–906.
- CHEYNE, I. “Status of international organisations in English law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), 981–983.
- CULLY, K. “Jurisdictional immunities of intergovernmental organizations”, *The Yale Law Journal*, vol. 91, No. 6 (1982), 1167–1195.
- D’ ARGENT, P. “Jurisprudence belge relative au droit international public (1993–2003)”, *Revue belge de droit international*, vol. 36, No. 2 (2003).
- DAVID, E. “Ligue des Etats arabes c. T... M...(Observations)”, *Journal des tribunaux*, No. 6020 (2001), 610–613.
- . “Bruxelles (9^e ch.) 4 mars 2003 (Observations: Une décision historique?)”, *Journal des tribunaux*, No. 6110 (2003), 686–687.
- DE BELLIS, S. *L’immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, Cacucci Editore, 1992.
- DE VISSCHER, P. “De l’immunité de juridiction de l’Organisation des Nations Unies et du caractère discrétionnaire de la compétence de protection diplomatique”, *Revue critique de jurisprudence belge* (1971), 456–462.
- DISTEFANO, G. “La CICR et l’immunité de juridiction en droit international contemporain: fragments d’investigation autour d’une notion centrale de l’organisation internationale”, *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, vol. 3 (2002), 355–370.
- DOMINICÉ, C. “L’immunité de juridiction et d’exécution des organisations internationales”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 187 (1984), 145–238.
- . “L’arbitrage et les immunités des organisations internationales”, in C. Dominicé, R. Patry, C. Raymond

- (eds.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel, Helbing and Lichtenhahn, 1993, 483–497.
- . “Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, in J. Cardona Llorens (ed.), *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de Droit international*, vol. II (1998), Castellón de la Plana, Aranzadi, 1999, 305–348.
- . “Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées”, *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), 623–648.
- DROUILLAT, R. “L’actualité judiciaire. L’immunité de juridiction des organismes internationaux”, *Recueil Sirey. Jurisprudence* (1954), 97.
- DUFFAR, J. *Contribution à l’étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, 392 p.
- DURANTE, F. and E. Spatafora: *Gli Accordi di Sede. Immunità et privilegi degli enti e dei funzionari internazionali in Italia*, Milan, Giuffrè, 1993, 512 p.
- EBENROTH, C. T. “Shareholders’ liability in international organizations – the settlement of the International Tin Council case”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 4 (1991), 171–183.
- EHRENFELD, A. “United Nations immunity distinguished from sovereign immunity”, *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-second Annual Meeting held at Washington, D.C. (April 24–26, 1958)*, Washington D.C., American Society of International Law, 1958, 88–94.
- EISEMANN, P. M. “Crise du Conseil international de l’étain et insolvabilité d’une organisation intergouvernementale”, *Annuaire français de droit international*, vol. 31 (1985), 730–746.
- FARRUGIA, A. “Boiman v. United Nations General Assembly: international organizations immunity is absolutely not restrictive”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 15, No. 2 (1989), 497–525.
- FEDDER, E. H. “The functional basis of international privileges and immunities: a new concept in international law and organization”, *American University Law Review*, vol. 9, No. 1 (1960), 60–69.
- FISCHER, G. “Organisation internationale du travail. Privilèges et immunités”, *Annuaire français de droit international* (1955), 385–392.
- FLAUSS, J.-F. “Contentieux de la fonction publique européenne et Convention européenne des droits de l’homme”, in J.-F. Flauss and P. Wachsmann (eds.), *Le droit des organisations internationales. Recueil d’études à la mémoire de Jacques Schwob*, Brussels, Bruylant, 1997, 157–173.
- . “Droit des immunités et protection internationale des droits de l’homme”, *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2000), 299–324.
- FOX, H. *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, 572 p.
- FREYMOND, P. “Remarques sur l’immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière”, *Die Friedens-Warte. Blätter für internationale Verständigung und zwischenstaatliche Organisation*, vol. 53, No. 4 (1956), 365–379.
- GAILLARD, E. “Convention d’arbitrage et immunités de juridiction et d’exécution des Etats et des organisations internationales”, *Bulletin de l’Association Suisse d’Arbitrage*, vol. 18, No. 3 (2000), 471–481.
- GAJA, G. “L’esecuzione su beni di Stati esteri: l’Italia paga per tutti?”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 68, No. 2 (1985), 345–347.

- GLAVINIS, P. *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, 271 p.
- GLAZER, J. H. "A functional approach to the international finance corporation", *Columbia Law Review*, vol. 57, No. 8 (1957), 1089–1112.
- GLENN, G. H., M. M. Kearney and D. J. Padilla, "Immunities of international organizations", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, No. 2 (1982), 247–290.
- GOETTEL, J. G. "Is the International Olympic Committee amenable to suit in a United States Court?", *Fordham International Law Journal*, vol. 7, No. 1 (1983–1984), 61–82.
- GORDON, M. "International organizations: immunity – *Broadbent v. Organization of American States*", *Harvard International Law Journal*, vol. 21, No. 2 (1980), 552–561.
- GREGORIDES, F. *Die Privilegien und Immunitäten der internationalen Beamten, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich*, Vienna, [s.n.], 1972, 214 p.
- GRIFFITH, J. C., Jr. "Restricting the immunity of international organizations in labor disputes: reforming an obsolete shibboleth", *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, No. 4 (1985), 1007–1033.
- HABSCHEID, W. J. "Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess", *Zeitschrift für Zivilprozess* (1997), 269–286.
- HAILBRONNER, K. "Immunity of international organizations from German national jurisdiction", *Archiv des Völkerrechts* (2004), 329–342.
- HAMMERSCHLAG, D. "*Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development*", *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 16, No. 2 (1992), 279–303.
- HENDERSON, F. W. "How much immunity for international organizations? *Mendaro v. World Bank*", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 10 (1985), 487–497.
- JENKS, C. W. *International Immunities*, London, Stevens and Sons, 1961.
- KING, J. K. *The Privileges and Immunities of the Personnel of International Organizations*, Odense, Strandberg Bogtryk, 1949.
- KLABBERS, J. *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, 2002.
- KLEIN, P. *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Brussels, Bruylant, 1998.
- KNAPP, B. "Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux", *Revue générale de droit international public* (1965), 615–681.
- KUNZ, J. L. "Privileges and immunities of international organizations", *AJIL*, vol. 41 (1947), 828–862.
- LALIVE, J. F. "L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1953–III, vol. 84 (1955), 209–396.
- LA ROSA, R. "Immunità delle organizzazioni internazionali dall'esecuzione e principi costituzionali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1987), 453–474.
- LEE, K. R. "International organizations. Immunity. Personnel decision of international organizations are not 'commercial activities' and thus may not form the basis for an action against the organization", *Virginia*

- Journal of International Law*, vol. 20, No. 4 (1980), 913–923.
- LEWIS, R. P.: “Sovereign immunity and international organizations: *Broadbent v. OAS*”, *Journal of International Law and Economics*, vol. 13, No. 3693 (1978–1979), 675–693.
- LIANG, YUEN-LI. “The legal status of the United Nations in the United States”, *The International Law Quarterly*, vol. 2, No. 4 (1948–1949), 577–602.
- MACGLASHAN, M. E. “The International Tin Council: should a trading organisation enjoy immunity?”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 46 (1987), 193–195.
- MERKATZ, H. J. VON “Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents”, *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 46, No. 2 (1968), 147–164.
- MICHAELS, D. B. *International Privileges and Immunities. A Case for a Universal Statute*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1971, 249 p.
- MITRANY, D. *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization (and other essays)*, London, Oxford University Press for the Royal Institute of International Affairs, 1943, 56 p.
- MORGENSTERN, F. *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, Grotius, 1986, 147 p.
- MOUSSÉ, J. *Le contentieux des organisations internationales et de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 828 p.
- MULLER, A. S. *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, 317 p.
- NAKAMURA, O. “The status, privileges and immunities of international organizations in Japan”, *Japanese Annual of International Law*, vol. 35 (1992), 116–129.
- NGUYEN, Q. D. “Les privilèges et immunités des organismes internationaux d’après les jurisprudences nationales depuis 1945”, *Annuaire français de droit international*, vol. 3, No. 3 (1957), 262–304.
- OPARIL, R. J. “Immunity of international organizations in United States Courts: absolute or restrictive?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, No. 4 (1991), 689–710.
- O’TOOLE, T. J. “Sovereign immunity redivivus: suits against international organizations”, *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 4 (1979–1980), 1–16.
- PATEL, B. N. “The accountability of international organisations: a case study of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2000), 571–597.
- PERRENOUD, G. *Régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organisations internationales en Suisse*, Lausanne, F. Rouge, 1949, 253 p.
- PESCATORE, P. “Les relations extérieures des communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1961–II, vol. 103 (1962), 1–244.
- PINGEL-LENUZZA, I. “Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié: concilier les contraires”, *Revue générale de droit international public* (2000), 445–464.
- , and E. Gaillard, “International organisations and immunity from jurisdiction: to restrict or to bypass”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 1–15.

- PINGEL-LENUZZA, I.(ed.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable: actes du colloque du 30 avril 2004*, Paris, Pedone, 2004, 162 p.
- PISILLO MAZZESCHI, R. “Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 59, No. 3 (1976), 489–521.
- PREUSS, L. “The International Organizations Immunities Act”, *AJIL*, vol. 40 (1946), 332–345.
- PUSTORINO, P. “Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi *Waite et Kennedy e Beer et Regan*”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, No. 1 (2000), 132–150.
- REINISCH, A. *International Organizations before National Courts*, Cambridge University Press, 2000, 449 p.
- . and U. A. Weber. “In the shadow of Waite and Kennedy – the jurisdictional immunity of international organizations, the individual’s right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement”, *International Organizations Law Review*, vol. 1, No. 1 (2004), 59–110.
- SALMON, J. “Immunités et actes de la fonction”, *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), 314–357.
- SCHNEIDER, M. E. “International organizations and private persons: the case for a direct application of international law”, in C. Dominicé, R. Patry and C. Reymond (eds.), *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Basel, Helbing and Lichtenhahn, 1993, 345–358.
- SCHREUER, C. H. “Concurrent jurisdiction of national and international tribunals”, *Houston Law Review*, vol. 13, No. 3 (1976), 508–526.
- SCHRÖER, F. “De l’application de l’immunité juridictionnelle des Etats étrangers aux organisations internationales”, *Revue générale de droit international public* (1971), 712–741.
- . “Sull’applicazione alle organizzazioni internazionali dell’immunità statale dalle misure esecutive”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 13 (1977), 575.
- SCOBIE, I. “International organizations and internal relations”, in R. J. Dupuy (ed.), *A Handbook on International Organizations*, 2nd ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, 831–896.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I. “L’immunité de juridiction et d’exécution des Etats et des organisations internationales”, in P. Weil (ed.), *Cours et travaux de l’Institut des hautes études internationales de Paris. Droit International 1*, Paris, Pedone, 1981, 109–167.
- . “L’immunité de juridiction des Communautés européennes”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, vol. 388 (1990), 475–479.
- . “Functional immunity of international organizations and human rights”, in W. Benedek, et al.(eds.), *Development and Developing International and European law: Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, 137–149.
- . and G. Loibl. *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, Cologne, C. Heymanns, 1996, 414 p.
- SEYERSTED, F. “Jurisdiction over organs and officials of States, the Holy See and intergovernmental organisations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), 31–82.
- SINCLAIR, I. M. “The law of sovereign immunity: recent developments”, *Collected Courses of the Hague*

- Academy of International Law, 1980-II*, vol. 167 (1980), 113–284.
- SINGER, M. “Jurisdictional immunity of international organizations: human rights and functional necessity concerns”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, No. 1 (1995), 53–165.
- TIGROUDJA, H. “L’immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d’accès à un tribunal”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 41 (2000), 83–106.
- VERHOEVEN, J.(ed.). *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Brussels/Paris, Larcier/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, 283 p.
- WENCKSTERN, M. *Die Immunität internationaler Organisationen*, Tübingen, Mohr, 1994, 399 p.
- WHITE, N. D. *The Law of International Organisations*, Manchester/New York, Manchester University Press, 1996, 285 p.
- ZACKLIN, R. “Diplomatic relations: status, privileges and immunities”, in R. J. Dupuy (ed.), *A Handbook on International Organizations*, 2nd ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, 179–198.
- ZANGHÌ, C. *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2001.
- Note: “The status of international organizations under the law of the United States”, *Harvard Law Review*, vol. 71 (1957–1958), 1300–1324.

附件三

发生灾害时的人员保护

(秘书处)

A. 引言

1. “发生灾害时的人员保护”属于委员会在其第四十九届会议上，在就长期工作方案增列专题一事制定了准则之后所考虑的“国际法的新发展和整个国际社会的紧迫关切事项”的范畴。¹这一专题在开始阶段的侧重点将是：在发生自然灾害，或针对更大紧急情况中的自然灾害部分，通过开展各种活动，预防自然灾害并减轻其影响，并通过在发生自然灾害之后提供紧急人道主义援助，达到保护人员的目的。鉴于与救灾有关的现行国际法的发展现状，特别是鉴于联合国内外救灾团体意识到使这类法律系统化有其必要性，委员会应该审议这一专题。

2. 然而，自然灾害是范围更广的包括人为或技术灾难在内的多种灾害的一部分。还可以进一步进行区分，将其分为由单独灾难（自然的或非自然的）引发的紧急情况，和可能涉及包括自然灾害和人为灾害（比如武装冲突）的多种灾难的“复杂紧急情况”。²此外，人们认识到，这种对自然和非自然（例如技术上的）灾害的区分并非总能体现在处理灾害问题的现有法律文本和其他文本中，而且也并非总能维持清楚的界定。因此，虽然有人提出审议发生自然灾害时开展的活动可能更具紧迫的必要性，但这不妨碍把涉及发生其他类型灾害时所采取行动的国际原则和规则纳入审议范围的可能性。

¹ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第72页，第238段。

² 复杂紧急情况的定义是：“在一国、一区域或一社会由内外冲突而导致权力机构完全或相当严重地瓦解，需要超出任何单独机构和/或联合国现行方案之任务或能力的国际反应的人道主义危机”（机构间常设委员会关于复杂紧急情况定义的工作文件，1994年12月）。

B. 背景

自然灾害

3. 如果不考虑人类活动对环境的影响及其与自然灾害频率和严重程度之间的潜在因果关系，自然灾害最突出的特点在于，它们属于地球的地质史或有时是水文气象史上自然发生的事件。“自然灾害”包括地震、洪水、火山爆发、滑坡、飓风（台风和旋风）、龙卷风、海啸（海潮）、干旱和瘟疫。它们通常造成巨大的生命损失和财产破坏。³地震经常在没有预兆的情况下发生，随之因建筑倒塌、滑坡或海啸而造成大面积破坏和人员伤亡。⁴尽管有可能预告飓风（台风和旋风）、龙卷风、甚至火山爆发，但其发作可能是突然和猛烈的，并且对很大的地理区域造成破坏，导致大范围的混乱、食物和净水供应中断以及传染病爆发。相比之下，干旱、饥荒或欠收发生过程较缓慢，但是具有同样的灾难性后果。这类灾害能够在短期内削弱发展的效益，因此也对可持续发展和减贫构成严重阻碍。⁵

4. 这类事件成为“灾害”事实上更多地反映了人类在自然危害不利后果面前的脆弱性。⁶的确，随着人类居住点在历史上自然灾害易发地区——比如

³ 据估计，仅在2004年就发生了“360次灾难，受灾人数超过1.45亿人，造成的物质损失超过1 030亿美元”（《联合国秘书长关于“加强联合国紧急人道主义援助的协调”的报告》，2005年，A/60/87-E/2005/78号文件，第4段）。

⁴ 同上。据估计，2004年12月26日印度尼西亚苏门答腊沿海发生的严重地震和引发的海啸影响了整个印度洋的12个国家，造成超过24万人死亡，100多万人流离失所。

⁵ 2005年1月22日世界减灾会议通过的《兵库宣言》（A/CONF.206/6和Corr.1，第1号决议）。

⁶ 见下文脚注45中关于“危害(hazard)”及其与“灾害(disasters)”之联系的论述。

冲积平原、海岸地区和地质断层上（所谓地震“热点”）——迅速增多，损失和破坏的风险也相应增加。另外，大自然中没有政治疆界之分。许多自然灾害同时影响数国或者甚至整个区域；2004年的海啸证实了这一点。在这类情况下，救灾工作便具有了国际性质和特点。

当代的抗灾救济活动

5. 尽管受灾国有责任应对和协调灾害，但也可以请求国际援助。的确，国际社会的参与并不限于多国性灾害，单个国家也可以提出具体请求，以应付完全发生在其境内的灾难的后果。今天，各种各样的团体，包括联合国及其专门机构、主要捐助界和非政府组织都贡献了大量资源帮助受到灾害严重影响的国家及其人民。⁷

6. 大会1991年12月19日第46/182号决议承认这方面的主要活动包括：防止和减轻灾害；通过加强预警能力做好准备；改善诸如应急财政安排这类援助能力；发出联合援助呼吁；在灾害援助供应方面提供协调、合作和领导。⁸即使所开展的活动类型自1991年以来已经有了相当大的演变，对这些活动的分类今天仍然具有很大的相关性。

7. 在实施方面，当灾害发生时，时间是关键，救灾物资的实时现场协调尤其重要。⁹然而，人道主义救济人员在执行任务时经常面临一些挑战。这包括：部门内部和部门之间的协调困难重重；在必要时间内调动技术专长的能力有限；在水与卫生、庇护所和营地管理及保护方面存在能力差距；在充分和及时提供资金方面存在限制；国家和地方的准备与应对能力不足；以及蓄意攻击和杀害人道主义工作人员。

8. 尽管有些障碍是技术性的，但其他障碍则是法律性的，因此制定规范框架将极大地促进技术性

安排。比如，现行规范框架通常是针对平时情况设计的，存在不足之处，在紧急状况下不适于或不足以用于促进应对措施。人道主义救济人员抵达灾害现场的速度可能受到签证、移民和海关程序以及飞越权、落地权程序和检查的限制。施加进出口控制以及提供文件和支付海关关税可能会在转运点引起后勤瓶颈问题和延误。在豁免和特权以及赔偿责任方面也可能出现问题。另外，人道主义救济人员、特别是联合国及其有关人员的安全，最近已经成为国际法律界关注的问题。¹⁰在复杂紧急情况下，遭受自然灾害国家的普遍政治局势可能使这些问题更为严重。

保护受害者

9. 在广义的保护灾害受害者（包括自然灾害受害者）的政策框架内实施的人道主义援助，包括救灾在内，仍然是救灾界的一个内部讨论专题。¹¹本建议也应视为属于当代对新出现的产生保护责任的原则的反思范畴，¹²保护责任虽然首先属于冲突的范畴，但是也与灾害有关。

10. 在威胁、挑战和改革问题高级别小组2004年确认的体现整体保护责任的三种具体责任中，国际社会的预防责任被视为与本专题最为相关。¹³包括减少风险在内的预防原则在救灾领域久已确立，2005年1月举行的世界减灾会议上通过的《兵库宣言》¹⁴重申了这一原则。在承认吸收所有利益攸关方（包括区域和国际组织、金融机构、包括非政府组织和志愿人员在内的民间团体、私营部门和科学

¹⁰ 见1994年通过的《联合国人员和有关人员安全公约》以及大会2005年12月8日第60/42号决议通过的《联合国人员和有关人员安全公约任择议定书》（《议定书》将1994年《公约》的范围扩大到涵盖联合国的行动，特别是为发放紧急人道主义援助而开展的联合国行动，不过如果提供人道主义援助仅是为了应对自然灾害，东道国可能宣布“退出”这一机制）。

¹¹ 见“人道主义应对措施回顾：联合国紧急救济协调员暨主管人道主义事务的副秘书长委托编撰的独立报告”（2005年8月），第4.2段，第30至第31页。

¹² 见威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告，《一个更安全的世界：我们的共同责任》，2004年，A/59/565和Corr.1号文件。

¹³ 有人建议说，国际法委员会根据其侧重于国家间和平交往问题的传统方针，不应考虑采取应对措施，包括采取强制措施和在极端情况下实行军事干涉的责任问题。

¹⁴ 上文脚注5，第1号决议。

⁷ 在联合国内部，协调国际救灾的责任属于联合国救灾协调员，该协调员同时也是负责人道主义事务协调厅的主管人道主义事务的副秘书长。

⁸ 该决议进一步认可了救济、安置与发展之间的关系。

⁹ 见A. Katoch, “国际自然灾害应对措施与联合国”, V. Bannon (编), 《国际救灾法、原则和实践：反思、前景和挑战》，日内瓦，红十字会与红新月会国际联合会，2003年，第48页。

界)的重要性的同时,该《宣言》重申国家负有保护其境内人民和财产免遭各种自然灾害或人类活动所致危害之影响的首要责任。¹⁵

C. 现行规范和规则概览

11. 国际一级为应对灾害事故而采取的各种活动受一系列法律规范的约束。这些法律规范合称为“国际救灾法”。¹⁶ 国际救灾法并不是一个全新的国际法领域。¹⁷ 它的起源至少可追溯到十八世纪中叶。埃谟·德·瓦特尔在当时写道:

当情况发生时,只要不必冒太大风险,每一国家都应当施以援手,推动其他国家,使其免于灾害和毁灭。¹⁸

如果一国遭受饥荒,一切有剩余物质的国家都应在不使自身陷于匮乏的限度内根据其需求提供援助……在这类悲惨困境中提供援助是非常明显的人道主义行为,几乎不会有任何文明国家会绝对拒绝这样做……每当一个国家受到灾害的影响,都应得到这类援助。¹⁹

12. 就其现代形式来说,国际救灾法是指适用于和平时期的自然或技术灾害的国际人道主义援助原则和规则。²⁰ 更具体地说,国际救灾法的“核心”被描述为:“适用于冲突之外的灾害期间关于国际应灾活动(其中包括针对急迫灾害的准备措施、援

救行动和人道主义援助活动)的获取、促进、协调、质量和问责的法律、规则和原则”。²¹

13. 灾害本身未被视为是国际权利和义务的直接渊源。然而,它们有时促成缔结国际协定。²² 今天,国际救灾法的大部分组成内容是协约法,包括一些多边协议(全球和区域协议)²³ 以及欧洲和其他地方出现的重要双边条约体系。²⁴ 其中许多协议涉及以下方面的规定:提供相互援助、对发出援助请求和提供援助进行规范、为进入主权领土提供便利、技术合作、信息共享以及培训。其他共同的规定涉及:人员和器材的进入及其境内活动、救济物品的入境与海关、人员的地位、豁免和保护以及救灾活动相关费用。²⁵

14. 可以从大量的谅解备忘录和总部协定,特别是政府间组织或非政府组织与各国缔结的此类文件中找到进一步的规则渊源。虽然许多这类文书倾向于针对具体情况,但仍有可能发现许多被视为体现了公认的国际法观点的一般性规定或共同规定。

²¹ 红十字会和红新月会国际联合会:“国际救灾法:2002-2003年项目报告”,2003年,第14页。

²² 见 J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1973, p. 47.

²³ 虽然战后只通过了两个主要的多边协议具体处理救灾问题,也即1986年《核事故或辐射紧急状况援助公约》和1998年《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(1998年6月16日至18日在芬兰坦佩雷举行的紧急电信问题政府间会议上通过),但其他几个多边条约也许也具有相关性,这些多边条约涉及陆地、空中和海洋运输以及海关程序方面的一些救灾问题。例如,1946年《联合国特权和豁免公约》;1980年《国际铁路运输公约》;1944年《国际民用航空公约》;1965年《便利国际海上运输公约》;1990年《临时入境公约》;《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》(1973年在海关合作理事会的主持下在京都通过)以及修正的1999年《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》(1999年在世界海关组织的主持下在京都通过),其中包括旨在便利救济物质离岸、入境或转口、以及放宽海关程序的规定。1994年《联合国人员和有关人员安全公约》及其2005年议定书(上文脚注10)也有一定的相关性,后者特别规定各国有责任防止和惩治那些针对受特殊保护人员的犯罪。

²⁴ 区域协定包括1987年欧洲委员会《关于重大自然和技术灾害的预防、防护及救济安排的开放部分协定》,第(87)2号决议(1987年3月20日由部长理事会通过)以及1960年《关于为医疗诊断而在医院和其他医疗机构免费借用医疗手术和实验设备的临时进口和免除关税的协定》;1991年《美洲便利灾难援助公约》(1991年7月6日在圣地亚哥召开的美洲国家组织大会第二十一常会上通过);2005年《东南亚国家联盟(东盟)灾害管理与应急响应协议》(2005年7月26日在万象通过)。

²⁵ 见“国际救灾法:2002-2003年项目报告”(上文脚注21),第16页。

¹⁵ 同上,分别见执行部分第2段和第4段。

¹⁶ 本建议的标题提及灾害“救济”,阐明了本专题更广泛的范围,也即不限于“应对”阶段。然而,提及“应对”可能包括其他相关行动,例如灾前减轻风险活动,因此这两个用语可相互替换使用。

¹⁷ 见 M. H. Hoffman,“什么是国际救灾法的范畴?”,V. Bannon (编),《国际救灾法、原则和实践:反思、前景和挑战》,日内瓦,红十字会与红新月会国际联合会,2003年,第13页。

¹⁸ E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, Text of 1758, volumes I, II, III, IV, translation by Charles G. Fenwick with an introduction by Albert de Lapradelle, Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. III, p. 114.

¹⁹ 同上,第115页。他同时注意到如果该国可以付款购买为其提供的援助,就可以用公平的价格出售这些援助;他指出“没有责任为该国提供其自身可获得之物,因而也没有义务赠与可购买之物”。

²⁰ 见 Hoffman, 前引文(上文脚注17),第13页。

15. 另外, 很大一部分国际救灾法的发展出现在“软性法律”领域, 特别是: 联合国大会、经济及社会理事会以及红十字和红新月国际大会等其他组织的决议; 政治宣言; 行为准则、业务准则、以及联合国内部细则和条例。这些“软性法律”为发生灾害时准备、动员、协调、促进和发放人道主义援助提供了解释工具。²⁶ 当前的“基础”决议是大会1991年12月19日第46/182号决议, 它与红十字会国际会议关于加快国际救济措施的决议等其他法律文书²⁷ 共同构成一个日益扩大的规范框架的核心, 大会的一系列决议²⁸ 以及其他文书, 包括最近的《兵库行动框架》²⁹ 为该规范框架提供了基础和补充。

国际人道主义法与其他国际法救灾规则的可适用性

16. 评论家们通常将国际人道主义法视为拟订国际减灾应对法时的参考和比照。³⁰ 这两个领域之间的联系反映了共同的人道主义动机, 并涉及红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会的

²⁶ 例如, 见第23次红十字会国际大会通过的“加快国际救济的措施”, 第6号决议, 红十字国际委员会/红十字会与红新月会国际联合会, 《国际红十字和红新月运动手册》, 第13版, 日内瓦, 1994年, 第811至第815页; 经济及社会理事会第2102(LXIII)号决议, 1977年8月3日; 第21次红十字会国际会议通过的1969年《关于向受灾平民提供国际人道主义救济的原则宣言》, 第26号决议, 《国际红十字和红新月运动手册》, 第808页; 1970年6月8日的《海关合作理事会关于加快救济物资转送的建议》, T2-423号文件(载于www.wcoomd.org); 《环球项目: 人道主义宪章和应灾最低标准》, 日内瓦, 环球项目, 2004年; 《国际红十字和红新月运动及非政府组织在救灾中的行为守则》, 第26次红十字会与红新月会国际大会各项决议的附件六, 《红十字国际评论》, 第310期(1996年1月至2月), 第119页及以后各页。

²⁷ 见上文脚注26。

²⁸ 见大会的以下决议: 1971年12月14日第2816(XXVI)号决议; 1981年12月17日第36/225号决议; 1982年12月17日第37/144号决议; 1984年12月17日第39/207号决议; 1986年12月8日第41/201号决议; 1990年12月21日第45/221号决议; 1993年12月14日第48/57号决议; 1994年12月20日第49/139号决议; 1996年12月17日第51/194号决议; 1997年11月12日第52/12号决议; 1997年12月16日第52/172号决议; 1999年12月22日第54/233号决议; 2000年12月14日第55/163号决议; 2001年12月14日第56/103号决议; 2001年12月19日第56/164号决议; 2001年12月21日第56/195号决议; 2002年12月16日第57/150号决议; 2002年12月16日第57/153号决议; 2003年12月22日第58/177号决议; 2004年12月22日第59/231号决议。

²⁹ 《2005-2015年兵库行动框架: 建立国家和社区的抗灾能力》, 世界减灾会议2005年1月22日通过(A/CONF.206/6和Corr.1号文件, 第2号决议)。

³⁰ 见Hoffman, 前引文(上文脚注17), 第14-15页。

独特使命。尽管无法确定国际救灾法是否将沿着国际人道主义法的道路发展,³¹ 但是存在着即使仅以类比方法仍可适用于救灾的国际人道主义法规则的实例。

17. 同样, 其他国际法规则的某些原则和内容, 比如涉及环境、人权、难民和境内流离失所者的那些原则和内容, 可能与更大范围的国际应灾法律框架有关。

通过编纂和逐渐发展实现系统化

18. 尽管越来越多的人承认存在国际救灾法, 但也有人认为该领域在很大程度上缺乏一致性, 没有一套构成单一法律体系的规则。³² 有关编纂的建议可以追溯到十九世纪晚期未取得成功的关于扩大“日内瓦法”的建议, 它旨在使国际人道主义法也涵盖灾害的受害者。1927年在国际联盟的主持下设立国际救济联合会,³³ 体现了二十世纪为国际救灾而制定法律和机构性框架的第一次重大努力。《公约》的前言规定, 国际救济联合会特别将“促进该领域国际法的发展”作为其宗旨之一。

19. 尽管国际救济联合会基本上没有发挥作用, 并已被联合国及其专门机构所取代, 但在之后几年仍然有人继续提出几次关于编纂国际救灾法某些内容的建议。³⁴ 在联合国, 早在1971年, 大会第2816(XXVI)决议就邀请可能的受援国考虑制定适当的立法和其他措施, 以便于接受援助, 包括越境和降落权以及赈济队的必要特权和豁免。1980年代早期, 在联合国救灾协调员的倡议下发起了关于谈判制定救灾活动相关法律文书的可能性研究。在当

³¹ 同上, 第15页。

³² 见红十字会和红新月会国际联合会, “国际救灾法: 现行条约法初步审议和分析。德国波鸿大学霍斯特·费舍尔编写的现行条约法研究摘要”(2003年1月), 第2页。

³³ 根据1932年生效且拥有30个缔约国的《建立国际救济联合会公约和规约》成立, 见B. Morse, “国际救援活动的实践、规范和改革”, 《海牙国际法学院教程汇编》, (1997-IV), 第157卷(1980年), 第121至第194页, 详见第132至第133页。

³⁴ 例如, 在1980年在贝尔格莱德召开的国际法协会第五十九次会议上通过了载有救灾合作协议草案的报告。见国际法协会, 《第五十九次会议报告》(贝尔格莱德, 1980年8月17日至23日), 1982年, 伦敦, 第5页。

时的国际法委员会主席的主持下，一批国际法专家随后在1983年审查了该研究，并导致秘书长提出关于加快提供紧急救济国际公约草案的建议。³⁵ 该建议在1984年首次提交给经社理事会后，由于遭到几个主要非政府组织的反对，导致未能得到进一步审议，后来在1980年代晚期提出的关于人道主义援助义务公约的后续建议也未得到批准。³⁶ 1989年在开罗举行的世界粮食理事会（世界粮食规划署所属）第十五届会议上又提出一个类似倡议，在其之前曾提出关于向受到内乱、战争和自然灾害影响的人提供紧急粮食援助安全通道的建议。³⁷

20. 总结1990年的情况，秘书长在其关于向自然灾害和类似紧急情况受害者提供人道主义援助的报告中再次承认有必要制定新的法律文书，以克服在人道主义援助方式上存在的障碍，但将其建议限制在“新的法律文书，比如关于灾民的救济权的宣言、捐助国与受援国之间的双边协定以及受援国之间的双边协定”的范围内。³⁸

21. 近年来，关于制定国际援助法律框架应对自然灾害和环境紧急状况的思想重新活跃起来。秘书长在其2000年关于“加强联合国紧急人道主义援助协调”的报告中³⁹提到，这种框架可阐明受援国和援助国的责任。因此他建议各成员国考虑起草关于部署和使用国际城市搜救队的公约，并指出：

这种公约将为空域の利用、设备进口海关章程、援助国和受援国各自的责任等复杂问题提供一个工作框架，在对突发自然灾害作出国际反应之前必须解决这些问题。⁴⁰

³⁵ 见 A/39/267/Add.1-E/1984/96/Add.2 号文件。

³⁶ 见 A/45/587 号文件，第43至第44段。早些时候也有人反对关于审议“国际人道主义新秩序”的建议。该建议特别要求制定一个在战时与和平时期对人民之间和各国之间的关系进行调整的国际公认的全面法律原则框架；见 A/40/348 号文件。

³⁷ 见《大会正式记录，第四十四届会议，补编第19号》(A/44/19) 第一部分。在1990年曼谷举行的第十六届会议上，理事会的部长们要求理事会执行主任“就制订方针，采取更有效的措施和保证安全运送紧急粮食援助方面与所有有关机构进一步磋商”（同上，《第四十五届会议，补编第19号》(A/45/19)，第31段）。还建议秘书长考虑由大会核可一份国际协议草案（同上）。

³⁸ A/45/587 号文件，第41和第45段。

³⁹ A/55/82-E/2000/61 号文件。

⁴⁰ 同上，第135(m)段。

22. 同样，红十字会和红新月会国际联合会发布的《2000年世界灾害报告》也对有限的法律进展表示普遍失望。在提到某些条约中存在有助于人道主义救济工作的法律因素之后，该报告将情况描述为：

其核心所在是一个无聊的漏洞。目前没有得到广泛接受的确定的国际法渊源详细规定与应灾和援助有关的法律标准、程序、权利和义务。没有为把彼此不同的现行法律线索归纳成为习惯法或者采用新方式扩张和发展这些法律付出系统化的努力。⁴¹

23. 另外，在通过《兵库宣言》和《2005-2015年兵库行动框架》之后，本专题中的减低风险和预防方面得到越来越多的重视，这两份文件特别呼吁重视加强与减少灾害风险有关的国际法律文书。⁴²

D. 关于委员会审议本专题的建议

24. 建议的目的是制定一套条款作为开展国际救灾活动的法律框架，澄清主要的法律原则和概念，从而创造能够为开展此类救灾工作提供保障的法律“空间”。一个可能的模式是1946年《联合国特权和豁免公约》。该公约关于特权和豁免的狭义内容成为普遍的法律立场的基本参考，并经常被联

⁴¹ P. Walker 和 J. Walker (编)，《2000年世界灾害报告》，日内瓦，红十字会和红新月会国际联合会，2000年，第145页。2001年，红十字会和红新月会国际联合会发起一项关于现行法律和其他机制在促进人道主义活动应对自然和技术性灾害方面的适当性的研究。该研究谋求确认在国际应灾中最普遍的法律问题，分析现行国际规范的范围和落实情况、并为空白领域提出解决办法。见红十字会和红新月会国际联合会，《国际救灾法，简介文件》，2003年4月，第2页，以及《2005-2007年国际救灾法修订战略计划》，见 www.ifrc.org/idrl。大会在2002年12月16日第57/150号决议的序言中提到这一发展，并强调政府间监督的必要性，特别是在原则、范围和目标方面。2003年，第28次红十字会和红新月会国际大会（由红十字会/红新月运动的所有各方以及1949年《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》的缔约国组成）授权红十字会和红新月会国际联合会以及各国分会在该领域“牵头开展有各国、联合国和其他有关机构参与的共同努力，开展研究和推广活动”，并向2007年的国际大会提交报告（红十字会和红新月会国际联合会，《第28届红十字会和红新月会国际大会，日内瓦，2003年12月2日至6日，宣言，人道主义行动议程，决议，第25页（最后目标3.2.6）》）。关于在这一领域诉诸国际法的效力的不同看法，见 D. P. Fidler, “Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?”, *Melbourne Journal of International Law*, 第6卷, No.2 (2005), 第458页起，详见第471至第473页。

⁴² 《2005-2015年兵库行动框架》（见上文脚注29），第22段。

联合国与各国及其他实体之间的协议所援引。同样，所设想的对救灾进行规范的案文可以为该领域包括但不限于联合国在内的各种行为者之间的一系列具体协议提供基本的参考框架。

25. 鉴于这一领域迅速发展的情况，预计本专题的工作将主要限于编纂现行规范和规则，并酌情侧重于逐渐发展。因此，重点将是将现行规则具体化，以便利于实地开展的活动，而不是毫无必要地制定那些可能以无法预见的方式无意中限制这类活动的新规范。

简要的实质性概述

(a) 范围

26. 如上所述（上文第1-2段），建议委员会在开始时，将本专题的属事范围仅限于自然灾害（与自然危害相关的灾害）、或者范围更大的紧急情况中的自然灾害因素。同时，也许应当体现在自然灾害和其他灾害之间作出区分的后果，即使是通过加上一个“不妨碍”条款。此外，不同的自然灾害有不同的自身特点：在界定属事范围的过程中也许必须分析这类特点。

27. 关于属地管辖权范围，本专题将主要涵盖那些涉及灾害现场的规则，但也要扩展到出现规划、协调和监测工作的情形。本专题的属时管辖权范围将不仅包括灾害的“应对”阶段，也包括灾前和灾后阶段。⁴³

28. 关于属人管辖权的范围，就本专题的性质来说，尽管存在着国家实践，但主要是通过联合国等政府间组织的机构以及非政府组织的活动和红十字会和红新月会国际联合会等其他非国家实体才产生了大量活动，因此很大一部分的法律规范制定工作也是在这些实体中完成的。尽管早期的法律文书倾向于将非政府组织排除在适用范围之外（无论是明示还是默认），但建议委员会采取更广泛的方法将这类实体的工作人员也涵盖在内。这将符合当前的趋势，如同《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》所采取的方针所证明的那样，比如说按

⁴³ 见上文脚注16。

照《公约》的设想，将特权和豁免条款扩大到涵盖那些参与提供《公约》规定的电信援助的非政府组织工作人员。⁴⁴ 这也将符合当前的实践，即很大一部分的救灾工作是由非政府组织实施的。

29. 现有的国际人权义务在可适用的国际法允许范围内的紧急状况中可能会被减损，由于其适用于自然灾害情形，因此也许有必要考虑这类灾害受害者的困境对人权的影响，特别是与受到保护、获得灾害救济和满足基本需求有关的权利。这可能仅限于确认受灾国尊重和保证其领土上所有个人人权的义务。这种重新确认也可能是确定本专题的属人管辖权范围重点的一个因素。

(b) 定义

30. 界定未来的案文将要涵盖的主要概念将是即将开展的工作的一个重要组成部分。界定“自然灾害 (natural disaster)”和“自然危害 (natural hazards)”⁴⁵ 这两个用语将有助于区分其他类型的灾害，比如“技术性危害”。

31. 涉及救灾的各种案文所界定的用语包括：“救灾人员”、“具备救灾人员”、“救济物资”、“联合国救济行动”、“国际救灾援助”、“援助国或组织”、“受援国”、“中转国”、“军事和民用防卫资产”、“救济供应”、“救济服务”、“减灾行动”、“灾害风险”、“健康危害”、“非政府组织”、“非国家实体”、以及“电信”。

32. 另外，也可以考虑纳入与救灾的特别业务方面有关的具体技术用语，但以决定处理这类事项为前提。

⁴⁴ 同样，在《联合国人员和有关人员安全公约》确立的保护体系中，大会2003年12月9日第58/82号决议注意到秘书长制定了关于将联合国与人道主义非政府组织或机构之间签署的协议合并的标准条款，其目的是澄清《公约》对这些组织或机构所部署人员的适用；见A/58/187。

⁴⁵ 《2005-2015年兵库行动框架》（上文脚注29）强调减少对“危害”脆弱性和风险，并将“危害”界定为“可导致个人伤亡、财产损害、社会和经济混乱或环境退化的具有潜在破坏力的物理事件、现象或者人类活动。危害可包括将来可能产生威胁且来源各异的各种隐患：自然隐患（地质、水文气象和生物）或者人类活动引起的隐患（环境退化和技术危害）”（脚注2，第1段）。

(c) 核心原则

33. 在发生灾害时的人员保护领域，有多项核心原则为同一时期的活动提供支持。其中许多原则体现了现行的人道主义援助原则，也即不仅仅适用于因自然灾害引起的紧急状况救灾，但不是同等适用。另一些原则来自国际人权法等其他领域。尽管大会1991年12月19日第46/182号决议特别通过的一套《紧急人道主义援助准则》被广泛视为是主要文件，但还有其他的类似原则。⁴⁶ 所有这些原则都赞同为自然灾害和其他紧急状况的受害者提供人道主义援助的重要意义。

34. 这些原则包括：⁴⁷

— 人道原则 随时处理出现的人类苦难，并应当尊重和所有受害者的尊严和权利；

— 中立原则 提供人道主义援助不涉及政治、宗教、种族或意识形态因素；

— 公正原则 根据以国际公认标准进行的需求评估提供人道主义援助，优先考虑最紧急的灾难，并遵守不歧视原则；

— 根据《联合国宪章》充分尊重国家主权和领土完整的原则 在受灾国的同意下提供人道主义援助；

— 便利原则 其人口需要人道主义援助的国家应当为政府间组织和非政府组织的人道主义援助工作提供便利，特别是在提供食物、药品、住处和医疗方面，在这方面不加限制地允许其进入受影响地区和接触受害者至关重要；

—— 不歧视原则 提供援助时不得因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍

⁴⁶ 例如，见《国际红十字和红新月运动及非政府组织在救灾中的行为守则》（上文脚注26）。

⁴⁷ 不妨碍在更广泛的层面上适用某些原则。

或社会出身、财产、出生、年龄、残疾或其他状况实行歧视；

— 问责制原则 人道主义援助机构和提供人道主义援助的其他实体对接受其援助的人和其资源提供者负有责任；

— 合作原则 开展国际合作⁴⁸时应依据国际法并尊重国内法；

— 保护原则 照顾其领土上所发生的自然灾害和其他紧急情况的受害者主要是国家的责任；

— 安全原则 人道主义工作者及其货物和财产的平安和安全是提供这类援助的基础；

— 预防原则 各国应审议现行立法和政策，以便将减灾战略并入国家和国际一级的所有相关的法律、政策和规划文书，以解决易受灾害的问题；

— 减轻原则 国家应采取具体措施，在地方和国家一级减少灾害风险，以期最大限度地减轻本国境内外灾害的影响。

35. 也必须审议这些原则体现各国现行具体法律义务与个人权利的程度，或者这些原则在更普遍的层次上是否适用。

(d) 具体规定

36. 建议委员会也审议与提供灾害救济的行动方面有关的一些具体法律问题。这不限于当前法律框架中的漏洞。相反，将采用更加统一的方法，以期涵盖正在该领域开展的活动的绝大部分法律问题——即使仅在广义的层面上。

37. 以下附录列出了本领域的任何法律文书中都需要考虑的问题纲要。

⁴⁸ 在各国之间以及受灾国与参与国际人道主义救济行动的实体之间。

附录

拟议纲要

1. 一般规定
 - (a) 适用范围
 - (b) 定义
2. 适用原则
 - (a) 人道
 - (b) 中立
 - (c) 公正
 - (d) 国家主权和领土完整，符合《联合国宪章》
 - (e) 便利
 - (f) 不歧视
 - (g) 问责制
 - (h) 合作
 - (i) 保护
 - (j) 安全
 - (k) 预防
 - (l) 减轻
3. 救灾和保护
 - (a) 受害者得到保护、平安和安全的权利
 - (b) 受害者获得灾害救济和基本需求的权利
 - (c) 受援国保护救灾工作人员及其财产、住处、交通设备、救济物资和援助设备的义务
4. 提供救灾援助
 - (a) 提供援助的条件
 - (b) 主动支援和请求援助
 - (c) 协调
- (d) 通信和信息交流
- (e) 救济援助品的分发和使用
- (f) 救灾活动相关费用
- (g) 遵守国家法律、标准和规章
- (h) 赔偿责任
- (i) 保险
5. 便利
 - (a) 工作人员
 - (一) 签证、入境和工作许可
 - (二) 承认专业资格
 - (三) 行动自由
 - (四) 地位
 - (五) 身份证明
 - (六) 特权和豁免
 - (七) 通知的要求
 - (b) 救济物资
 - (一) 海关、关税和检疫
 - (二) 地位
 - (三) 货物运输和过境
 - (四) 通知的要求
 - (五) 身份证明
6. 预防灾害和减少风险
 - (a) 预警
 - (b) 协调活动
 - (c) 培训和信息交换

参考书目选编

1. 书籍

- ALEXANDER, D. *Natural Disasters*, London: UCL Press, 1993, 632 p.
- . *Confronting Catastrophe: New perspectives on Natural Disasters*, New York, Oxford University Press, 2000, 282p.
- BEIGBEDER, Y. *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations: The Right and Duty to Humanitarian Assistance*, Dordrech, Martinus Nijhoff, 1991.
- BROWN, B. J. *Disaster Preparedness and the United Nations: Advance Planning for Disaster Relief*, New York, Pergamon Press, 1979, 147p.
- DYNES, R. R. *Organized Behavior in Disaster*, Lexington (Massachusetts), Heath Lexington Books, 1974.
- EL BARADEI, M. *Model Rules for Disaster Relief Operations*, New York, United Nations Institute for Training and Research, 1982, 68p.
- FIDLER, D. P. *International Law and Infectious Diseases*, New York, Oxford University Press, 1999.
- GREEN, S. *International Disaster Relief: Toward A Responsive System*, New York, McGraw-Hill, 1977.
- HOLBORN, L. W. *The International Refugee Organization: a Specialized Agency of the United Nations: Its History and Work, 1946-1952*, London/New York, Oxford University Press, 1956.
- KALIN, W. *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, Studies in Transnational Legal Policy, Washington D.C., The American Society of International Law and the Brookings Institution, vol. 32, 2000.
- MMACALISTER-SMITH, P. *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *Humanitarian Assistance in Disaster Situations: A Guide for Effective Aid*, PAHO/WHO Emergency Preparedness and Disaster Relief Coordination Program, Washington D.C., 1999.
- POSNER, R. A. *Catastrophe: Risk and Response*, New York, Oxford University Press, 2004.
- RAMCHARAN, B. G. *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy: The Emerging Global Watch*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 185p.
- 联合国。国际减少灾害战略（减灾战略）：《与灾害共生：全球减灾举措概览》，第一和第二卷（2004年）。

2. 文章和其他文件

- ALEXANDER, D. "The study of natural disasters, 1977-1997: some reflections on a changing field of knowledge", *Disasters*, vol. 21, No. 4 (1997), 284-304.
- AWOONOR, K. N. "The concerns of recipient nations", in K. M. Cahill, (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Con-*

- flicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 63-81.
- BANNON, V. and D. Fisher: "Legal lessons in disaster relief from the tsunami, the Pakistan earthquake and Hurricane Katrina", *The American Society of International Law, ASIL Insight*, vol.10, No.6 (March 2006), www.asil.org/insights.cfm.
- BAUDOT-QUEGUINER, E. "The laws and principles governing preparedness, relief and rehabilitation operations: the unique case of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies", in V. Bannon (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 128-137.
- BERRAMADANE, A. "L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol.113 (1997), 1717-1751.
- BETTATI, M. "Un droit d'ingérence?", *Revue générale de droit international public*, vol. 95 (1991), 639-670.
- BOTHE, M. "Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires", *International Law Association, Report on the 58th Conference, Manila, 27 August-2 September 1978*, London, 1980, 461-466.
- . "Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires", *International Law Association, Report on the 59th Conference, Belgrade, 17-23 August 1980*, London, 1982, 520-527.
- . "Relief Actions: The Position of the Recipient State", in F. Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 91-97.
- . "Relief actions", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol.4, Amsterdam, Elsevier, 2000, 168-173.
- BROWN, B. J. "An overview of the structure of the current system", in L. H. Stephens and S. J. Green (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York, New York University Press, 1979, 3-27.
- BURLEY, L. A. "Disaster relief administration in the Third World", *International Development Review*, vol. 15, No.1 (1973), 8-12.
- CALLAMARD, A. "Accountability to disaster-affected populations", in V. Bannon (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 153-164.
- CARON, D. D. "Addressing catastrophes: conflicting images of solidarity and separateness", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 3-29.
- COURSEN-NEFF, Z. "Preventive measures pertaining to unconventional threats to the peace such as natural and humanitarian disasters", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30 (1998), 645-707.
- EBERSOLE, J. M. "The Mohonk criteria for humanitarian assistance in complex emergencies: Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance", *Human Rights Quarterly*, vol. 17, No.1 (1995), 192-208.
- EL-KHAWAS, M. "A reassessment of international relief programs", in M. H. Glantz (ed.), *The Politics of Natural Disaster: the Case of the Sahel Drought*, New York, Praeger, 1976, 77-100.

- FARAH, A. A. "Responding to emergencies: a view from within", in K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 259-274.
- FIDLER, D. P. "The Indian Ocean tsunami and international law", *The American Society of International Law, ASIL Insight* (January 2005), www.asil.org/insights.cfm.
- . "Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (May 2005), 458-473.
- FINUCANE A. "The changing roles of voluntary organizations", in K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 175-190.
- FISCHER, H. "International disaster response law treaties: trends, patterns, and lacunae", in V. Bannion (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects, and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 24-44.
- FONROUGE, J. M. "Droit international: approche des problèmes liés à la survenue des catastrophes technologiques ou naturelles", *Médecine de catastrophe - urgences collectives*, vol.1, Nos. 4/5 (December 1998), 113-123.
- GOLD, J. "Natural disasters and other emergencies beyond control: assistance by the IMF", *The International Lawyer*, vol. 24 (1990), 621-641.
- GOLDSTEIN, R. J. "Proposal for institutionalization of emergency response to global environmental disasters", *Pace Yearbook of International Law*, vol. 4 (1992), 219-240.
- GOSTELOW, L. "The Sphere Project: The implications of making humanitarian principles and codes work", *Disasters: The Journal of Disaster Studies, Policy and Management*, vol. 23, No. 4 (1999), 316-325.
- GREEN, S. J. "Expanding assistance for national preparedness and prevention programs", in L. H. Stephens and S. J. Green (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York, New York University Press, 1979, 83-103.
- GUNN, S. W. A. "The language of disasters: a brief terminology of disaster management and humanitarian action", in K. M. Cahill (ed.), *Basics of International Humanitarian Missions*, New York, Fordham University Press and The Center for International Health and Cooperation, 2003, 35-46.
- HARDCASTLE, R. J. and A. T. L. Chua: "Humanitarian assistance: towards a right of access to victims of natural disasters", *International Review of the Red Cross*, No. 325 (December 1998), 589-609.
- . and A. T. L. Chua: "Victims of natural disaster: the right to receive humanitarian assistance", *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, No. 4 (1997), 35-49.
- HELTON, A. C. "The legality of providing humanitarian assistance without the consent of the sovereign", *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, No.3 (1992), 373-375.
- . "Legal dimensions of responses to complex humanitarian emergencies", *International Journal of Refugee Law*, vol.10, No.3 (1998), 533-546.
- HOFFMAN, M. "Towards an international disaster response law", in P. Walker and J. Walker (eds.), *World Disasters Report 2000*, Geneva, IFRC, 2000, 144-157.
- . "What is the scope of international disaster response law?", in V. Bannion (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 13-20.

- HOLLAND, G. L. "Observations on the International Decade for Natural Disaster Reduction", *Natural Hazards*, vol. 2, No.1 (1989), 77-82.
- 红十字会与红新月会国际联合会: "国际救灾法: 现行条约法初步概览与反洗——德国波鸿大学霍斯特·费舍尔教授编写的现行条约法研究摘要" (2003年1月)。
- JAKOVLJEVIC, B. "The right to humanitarian assistance: legal aspects", *International Review of the Red Cross*, vol 27, No. 260 (September-October 1987), 469-484.
- J——. "international disaster relief law", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), 251-286.
- . and J. Patrnoic: "Protection of human beings in disaster situations - a proposal for guiding principles", in *Collection of Publications*, No. 8, Sanremo, International Institute of Humanitarian Law, 1989.
- KALSHOVEN, F. "Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters", in *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 13-26.
- KATOCH, A. "International disaster response and the United Nations", in V. Bannon (ed.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Geneva, IFRC, 2003, 47-56.
- LA PRADELLE, P. de: "L'organisation des secours en cas de desastre naturel", *International Law Association, Report of the Fifty-fifth Conference, New York*, 21-26 August 1972, London, 1974, 317-327.
- . "L'organisation des secours en cas de désastre naturel", *International Law Association Report on the Fifty-seventh Conference, Madrid, 30 August-4 September 1976*, London, 1978, 309-320.
- LEBEN, C. "Vers un droit international des catastrophes?", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff, 2001, 31-91.
- LIENHARD, C. "Pour un droit des catastrophes", *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, No. 13 (1995), 91-98.
- MACALISTER-SMITH, P. "Disaster relief: reflections on the role of international law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), 25-43.
- . "The International Relief Union: reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927", *The Legal History Review*, vol. 54 (1986), 363-374.
- . "Les organisations non gouvernementales et la coordination de l'assistance humanitaire", *Revue internationale de la croix-rouge*, No. 767 (September-October 1987), 524-531.
- . "The right to humanitarian assistance in international law", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques (The International Law Review)*, vol. 66, No. 3 (July-September 1988), 211-233.
- . *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (1991).
- OKERE, B. and E. M. MAKAWA: "Global solidarity and the international response to disasters", in D. D. Caron and C. Leben (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 429-456.
- OWEN, D., "Obligations and responsibilities of donor nations", in K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2nd rev. ed., London/New York, Routledge, 1999, 52-62.

- PATRNOGIC, J., "Some reflections on humanitarian principles applicable in relief actions", in C. Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva/The Hague, Martinus Nijhoff, 1984, 925-936.
- PETTIT, E. W. "Les actions d'urgence dans les catastrophes: évolution des activités des organisations interétatiques et des organisations non gouvernementales", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 537-589.
- RABIN, R. L. "Dealing with disasters: some thoughts on the adequacy of the legal system", *Stanford Law Review*, vol. 30 (1977-1978), 281-298.
- ROMANO, C. P. R. "L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 379-428.
- SAMUELS, J. W. "Organized responses to natural disasters", in R. S. J. Macdonald, D. M. Johnson, and G. L. Morris (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, 675-690.
- . "The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters", in L. H. Stephens and S. J. Green (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York, New York University Press, 1979, 245-266.
- SEGUR, Ph. "La catastrophe et le risque naturels: essai de définition juridique", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, vol.113 (1997), 1693-1716.
- SHIBATA, A. "Creating an international urgent assistance mechanism in case of natural and industrial catastrophes", in D. D. Caron and C. Leben (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 2001, 457-535.
- SLIM, H. "By what authority? The legitimacy and accountability of non-governmental organisations", *The Journal of Humanitarian Assistance*, vol.10, No.1 (2002), www.jha.ac.
- THOUVENIN, J.-M. "L'internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle", *Revue générale de droit international public*, vol.102 (1998), 327-363.
- TOMAN, J. "Towards disaster relief law: legal aspects of disasterrelief operations", in F. Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 181-199.
- TSUI, E. "Initial response to complex emergencies and natural disasters", in K. M. Cahill (ed), *Emergency Relief Operations*, New York, Fordham University Press and the Center for International Health and Cooperation, 2003, 32-54.
- WALKER, P. "Victims of natural disaster and the right to humanitarian assistance: a practitioner's view", *International Review of the Red Cross*, vol. 325 (December 1998), 611-617.
- WALTER, J.(ed.): "Risk reduction: challenges and opportunities", in *World Disasters Report 2002*, Geneva, IFRC, 2002, 9-39.
- . "Accountability: a question of rights and duties", in *World Disasters Report 2002*, Geneva, IFRC, 2002, 149-169.
- WESTGATE, K. N. and P. O'Keefe: *Some Definitions of Disaster*, University of Bradford Disaster Research Unit, Occasional Paper No. 4 (June 1976).

3. 联合国文件选编

大会 秘书长关于自然灾害情况下的援助的报告，1965年1月5日(A/5845)。

经济及社会理事会 秘书长关于自然灾害情况下的援助的综合报告，1971年5月13日(E/4994)。

大会 联合国救灾协调员办事处，秘书长的报告，1977年5月12日(A/32/64)。

大会 国际人道主义新秩序。秘书长的报告，1985年6月3日和10月9日(A/40/348和Add.)。

大会 新的国际人道主义秩序。向自然灾害和类似紧急情况的灾民提供援助，秘书长的报告，1990年10月24日(A/45/587)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，增编，1994年11月1日(A/49/177/Add.1 - E/1994/80/Add.1)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，1999年6月15日(A/54/154 - E/1999/94)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，2000年5月30日(A/55/82 - E/2000/61)。

大会、经济及社会理事会 国际减少灾害战略的执行情况，秘书长的报告，2001年5月8日(A/56/68 - E/2001/63)。

大会 加强联合国人道主义紧急援助的协调，秘书长的报告，2001年6月18日(A/56/95 - E/2001/85)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2001年8月20日(A/56/307)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调，秘书长的报告，2002年5月14日(A/57/77 - E/2002/63)。

大会 紧急应灾，秘书长的报告，2002年8月16日(A/57/320)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2002年10月29日(A/57/578)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2003年10月14日(A/58/434)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调，秘书长的报告，2004年6月11日(A/59/93 - E/2004/74)。

大会 国际减少灾害战略的执行情况，秘书长的报告，2004年8月11日(A/59/228)。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2004年9月21日(A/59/374)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调，秘书长的报告，2005年6月23日(A/60/87 - E/2005/78)。

大会 国际减少灾害战略的执行情况，秘书长的报告，2005年8月1日(A/60/180)。

秘书长关于联合国工作的报告，《大会正式记录，第六十届会议，补编第1号》(A/60/1)，2005年8月8日。

大会 自然灾害领域人道主义援助从救济向发展过渡的国际合作，秘书长的报告，2005年8月12日(A/60/227)。

大会 人权和人口大规模流亡,秘书长的报告,2005年9月1日(A/60/325)。

大会 2006年1月31日秘书长给大会主席的信,2006年2月2日(A/60/664)。

大会、经济及社会理事会 加强联合国紧急人道主义援助的协调,秘书长的报告,2006年6月2日(A/61/85 - E/2006/81)。

附件四

信息跨界流动的个人数据保护问题

(秘书处)

1. 建议国际法委员会考虑将“信息跨界流动的个人数据保护问题”纳入长期工作方案。

A. 问题的性质

2. 数据的收集或储存并不是一种新的现象。长久以来，公共机关和私营实体，包括自然人和法人实体，都收集、保存数据和记录。¹但是，第二次世界大战²以来的科技进步和尤其是1960年代以来信息和通信技术(信通技术)³的发展带来的迅猛和难以想象的变革，改变了信息和个人数据生成、收集、储存、存档、传播、发送的方式。尤其是，互联网已经证明是一种跨越传统有形边界的全球信息基础设施，因而构成对传统国家主权概念的挑战。⁴国家之间的数据电子流动变得更为简便、廉价，几乎是即时和无所不在的。时间和空间大为缩减。生成的数据详尽、可处理、以个人为索引、并且有永久性。⁵各种行为者——政府、行业、其他企业和组织以及个人用户——日趋依靠信通技术提供基本的货物和服务、开展企业活动和在一系列人为活动中交换信息。⁶各式各样的行为者每日每时都出于多种

原因和采用多种手段收集有关个人的数据，并将此类数据保存在公共和私营部门。⁷在不同的行为者分享或传递此类数据时，也产生了关于个人隐私权的严肃问题，尽管这并不是什么新的关切。⁸

3. 由于新技术使得查找和追踪来源更加容易，关于隐私受侵犯问题的公共政策关切带动了辩论。⁹改进的数据监测技术、数字式音频技术、综合业务数字网、数字式电话，包括移动电话位置数据、DNA和生物测定技术、黑匣子、无线电频率识别芯片和植入式全球定位系统芯片的问世及其方便可得，使得评论员和民权自由主张者都引用奥威尔的比喻，¹⁰警告说现在的世界有可能变成一个监视社会。¹¹

决议，以及经济及社会理事会主席提交的[经社理事会2000年实质性会议]高级别部分部长宣言，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第3号》(A/55/3/Rev.1)，第三章。

⁷ 例如，在计算机化的数据档案中储存的信息涉及到银行活动、工资收入、旅行记录、社会保障、保险以及加入各种会员制俱乐部、订报和参加所有其他世俗社会活动的资料，现在很容易归档和处理。

⁸ 隐私问题可能会在自然人或作为法人的自然人之间的横向关系中发生，这种可能性似乎把当代的关切与以前几十年的关切区分开了，过去国家与私人个人之间的关系涉及的主要是纵向关系，一般而言，见1974年秘书长关于可能会影响个人权利的电子应用和民主社会应当对此种应用规定的限制的报告，(E/CN.4/1142[和 Corr.1]以及 Add.1-2)。另见1973年秘书长关于记录和其他技术方法的进步与尊重隐私和各国的完整及主权的报告，(E/CN.4/1116和 [Corr.1]以及 Add.1-3 [和 Add.3/Corr.1]和 Add.4)。

⁹ 略见 S. Hetcher, “Changing the social meaning of privacy in cyberspace”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 15 (2001-2002), pp. 149-209. 另见亚太经济合作组织，《亚太经合组织隐私框架》，新加坡，亚太经合组织，2005年，序言，第1段。不妨指出，互联性的提高也使信息系统和网络面临着越来越多种多样的威胁和弱点，要求加强电脑安全。电脑黑客给网络的完整性带来挑战。互联网被用来发表仇恨言论和从事多种犯罪活动，包括儿童色情和窃取身份信息。

¹⁰ 乔治·奥威尔在《1984年》(1949年)中使用了“老大哥”这一比喻。

¹¹ 见 the report of the American Civil Liberties Union, by Jay Stanley 和 Barry Steinhardt, “Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society”(2003) available at <http://www.aclu.org>.

¹ Daniel J. Solove, “Privacy and power: computer databases and the metaphors for information privacy”, *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), pp. 1393-1462, 在第1400页中指出，早在11世纪，征服者威廉就为征税目的收集了臣民的信息。即使不是所有国家，但现在很多国家都定期开展人口普查，提出有关个人详情的各种问题。

² 同上，第1402页。1949年大型计算机的诞生使信息收集发生了一场革命。

³ 其中包括计算机、照相机、感测器、无线通信、全球定位系统、生物测定学、遥感和其他技术。

⁴ Joshua S. Baugher, “State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), p. 689-722.

⁵ Jerry Kang, “Information privacy in cyberspace transactions”, *Stanford Law Review*, vol. 53 (1997-1998), pp. 1193-1294, at p. 1999.

⁶ 见关于创造全球网络安全文化的大会2002年12月20日第57/239号决议。另见大会2004年12月22日第59/220号

4. 国际社会对使用信通技术的信任和安全表示关注，最近一次是在信息社会世界首脑会议上，并且力图找到方法加强“信任框架”，包括增强对个人信息、隐私和数据的保护，¹² 这一点并不令人意外。另外，人们呼吁联合国起草一项有法律约束力的文书，详细规定数据受保护权和隐私权是可强制执行的人权。¹³

5. 持怀疑态度的人质疑“网络世界”法是否就像“马匹法”一样虚无空泛。¹⁴ 这场关于网际空间能否或应否加以规范的辩论基本已经远去，在很大程度上已成为历史的里程碑。¹⁵ 尽管如此，还是出现了一些课题，其中之一是，电子和数字空间的用户由于加入网际空间并且日渐依赖信通技术而得到了哪些权利，有什么期待？¹⁶ 在处理与电脑相关的问

¹² 信息社会世界首脑会议，成果文件，2003年日内瓦—2005年突尼斯。会议分两个阶段分别于2003年12月10至12日在日内瓦和2005年11月16至18日在突尼斯举行。成果文件由《日内瓦原则宣言》、《日内瓦行动计划》、《突尼斯承诺》和《信息社会突尼斯议程》构成，详见：<http://www.itu.int/wsis>。

¹³ 关于“在全球化世界中保护个人数据和隐私：尊重多样性的普遍权利”的《蒙特勒宣言》，由2005年9月14至16日在瑞士蒙特勒举行的第二十七届数据保护和隐私权专员国际大会通过，详见 www.privacyconference2005.org。另见2004年11月在瓦加杜杜举行的法语国家政府首脑和国家元首会议宣言第51段中体现出的对该主题的关注：

“Nous sommes convenus d'attacher une importance particulière à la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes, notamment de leur vie privée, dans l'utilisation des fichiers et traitements des données à caractère personnel. Nous appelons à créer ou consolider les règles assurant cette protection. Nous encourageons la coopération internationale entre les autorités indépendantes chargées dans chaque pays de contrôler le respect de ces règles.” [我们同意特别关注保护个人在使用文件和处理个人数据方面的自由和基本权利，包括个人的私生活在内。我们呼吁建立或加强确保这一保护的规则。我们鼓励各国负责监督实施这些规则的独立机构彼此开展国际合作。]

因特网治理论坛也将数据保护列为需要讨论的问题之一，略见 www.intgovforum.org。

¹⁴ F. H. Easterbrook, “Cyberspace and the law of the horse”, *University of Chicago Legal Forum* (1996), pp. 207-216.

¹⁵ 见 R. S. R. Ku, M. A. Faber, and A. J. Cockfield, *Cyberspace Law: Cases and Materials*, New York, Aspen Law and Business, 2002, p. 37, quoted by V. N. Nguy in “Using architectural constraints and the game theory to regulate international cyberspace behaviour”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5, (2004), pp. 431-463, at 432.

¹⁶ 其他的命题涉及到治理：因信通技术得到改善而产生的电子和数字空间由谁治理和规范，怎样规范，可以采用哪些工具加以规范？一般而言，各种行为者对于治理电子和数字空间做出的反应分属于下列三种立场中的一种：(a) 较为传

题过程中可以看到三种法律对策。¹⁷ 显然，这些对策并不那么容易区分，它们是相互重叠的。首先，已有的法律经常被适用于新的情况；第二，已有的法律可能不足以应对新的情况，但在经过修订后还是加以适用；第三，新的问题要求创建新的法律。¹⁸ 在这种网际空间法当中，为了处理信通技术带来的问题，适用或经过调整后适用了多个领域的法律。¹⁹ 一方面，合同法、侵权法、证据法、知识产权法或法律冲突法与解决信通技术的应用和利用所产生的问题密切相关；另一方面，数据保护已经成为第三

统式的集权式办法，由政府作为互联网和信通技术活动的主要管理人；(b) 放任式办法，认为互联网和信通技术活动是新的社会前沿，不适用也不宜适用传统的规则；其根本的运行宗旨是自治和自律；最后一种是(c) 国际主义的姿态。认为互联网的全球和互联性质和信息社会的出现更适合通过国际法加以规范。这些应对措施相互交错、相互关联和相辅相成。略见 V. Mayer-Schönberger, “The Shape of governance: analysing the world internet regulation”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), pp. 605-673, 他提出了这三种网络法的论述并且将之称为 (a) 基于国家的传统主义论；(b) 网络分离主义论；(c) 网络国际主义论，并各个进行了评判（第612页）。另一个命题是，应当如何规范这个电子和数字空间，可以采用何种工具加以规范？

¹⁷ F. W. Hondius, “Data law in Europe”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 87-111, at p. 88. 在分析理解“网络空间”法时，采用了四种制约人在日常生活—“现实空间”中的行为的因素，也即法律、社会规范、市场和“体系架构”，并在彼此之间进行了相互作用和互动。通常，参与数据跨界流动的各种行为者利用这些工具在不同层次进行规范。例如，政府可能会通过关于隐私权的法律，而传输线路和设施的提供者可能会商定相关的技术兼容标准、费率和协议；服务供应商可能会制订自己的隐私权守则；用户可能会按照某些互联网的行为惯例行事；制造商可能会商定某些守则以保证兼容性和联网。略见 L. Lessig, “The law of the horse: what cyberlaw might teach”, *Harvard Law Review*, Vol. 113 (1999-2000), pp. 501-549, 他将体系架构定义为“‘我们发现的’有形世界或‘这个有形世界的构建方式’”（第507页）。网络空间的体系架构是其代码：“这个空间得以构建的软件和硬件”（第509页）。

¹⁸ Hondius, 前引文（上文脚注17），第88页。

¹⁹ 国际电信联盟侧重于数据跨界流动的体制基础设施和技术运作，其他一些组织则参与制订数据处理、数据传输和数据安全标准。见 M. Bothe “Data, transborder flow and protection”, in R. Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, pp. 950-961, at p. 954. 联合国国际贸易法委员会1985年通过了关于计算机记录的法律价值的建议（《大会正式记录，第四十届会议，补编第17号》(A/40/17)，第六章，第360段）。大会1985年12月11日第40/71号决议的批准。又见《联合国关于国际合同使用电子通信手段的公约》，大会2005年11月23日第60/21号决议赞扬了联合国国际贸易法委员会的这项建议。另见《(联合国)国际合同使用电子通信公约》。例如，另见2001年5月22日欧洲议会和理事会关于统一信息社会中的版权的某些方面和有关权利的第2001/29/EC号指令（《欧洲共同体公报》，第L167号，2001年6月22日，第10页）以及美国1998年《数字千年版权法》。

类法律对策的一个实例：对新情况适用新法律。²⁰ 本建议的重点就在这方面。数据保护被界定为在处理个人信息的过程中，尤其是在利用通信技术辅助处理程序的情况下，保护个人的权利和自由及基本利益。²¹ 数据保护旨在确保数据不被滥用，数据主体拥有并保留纠正误差的能力。²²

B. 现行规范和规则概览

6. 自1960年代后期以来，数据保护就一直国际社会关注的问题。²³ 在这个问题上，总的方向是确保信息的自由流动。²⁴ 这种总体倾向对于国际贸易流动、保护知识产权和保护人权特别是隐私权产生了影响。国家或业界采用的各种方针倾向于强调对不同价值观重视程度上的差异。有多种约束性和非约束性文书、国家法规和司法裁决对这个领域加以规范。联合国、欧洲委员会和经合组织内部的早期

²⁰ Hondius, 前引文(上文脚注17), 第88页。

²¹ 同上, 第89页。

²² 见B. P. Smith, *review of Policing Across Natural Boundaries*, *Yale Journal of International Law*, vol. 20 (1995), pp. 215-217, at pp. 216-217.

²³ 国际人权会议1968年5月12日通过的《德黑兰宣言》第18段和关于人权与科技发展的第十一号决议(分别见1968年4月22日至5月13日在德黑兰举行的国际人权会议的最后文件(联合国出版物, 出售品编号: E. 68.XIV.2), A/CONF.32/41号文件, 第5和第12页,)表示的关注是, 近期的科学发现和技术进步虽然为经济、社会和文化进步开辟了广阔的前景, 但同时也可能危害个人和各国人民的权利和自由。大会1968年12月19日第2450(XXIII)号决议请秘书长研究科技发展引起的人权相关问题。见上文脚注8中提到的报告。这个问题最终被提交给人权委员会; 例如, 见人权委员会1971年3月18日第10(XXVII)号决议。欧洲委员会1968年设立了关于统一计算机合法数据输入手段的专家委员会, 另外, 经合组织1969年成立了第一个专家组也即数据库专门组。后来又于1978年成立了后续的跨界数据障碍和隐私权保护问题专家组。

²⁴ 《世界人权宣言》(第19条)、《公民及政治权利国际公约》(第19条)以及一些区域性人权文书确认了跨界索取、接受和发送信息和思想的权利。另见1950年《欧洲人权公约》第10条; 1969年《美洲人权公约》《哥斯达黎加圣何塞公约》第13条; 1981年《非洲人权和人民权利宪章》第9条; 1986年欧洲安全与合作会议与会国代表通过的《维也纳会议最后文件》(《国际法材料》, 第28卷, 第2号(1989年), 第531页及以下各页, 详见第540至第541页, 第34至第46段); 1990年6月29日欧洲安全与合作会议关于人的方面的大会的哥本哈根会议文件(同上, 第29卷, 第5号(1990年), 第1305页及以下各页, 详见第1311页, 第9段); 1991年10月3日欧洲安全与合作会议关于人的方面的大会的莫斯科会议文件(同上, 第30卷, 第6号(1991年), 第1671页及以下各页, 详见第26段); 以及1990年7月31日至8月5日在开罗举行的伊斯兰外交部长会议通过的《开罗伊斯兰人权宣言》第23条。

努力以通过“第一代”法律文书告终, 并为1970年代开始的在国家层次颁布“第一代”立法发挥了协同作用。²⁵ 这些法律文书承认理想的数据保护与理想的国家间信息自由流动之间存在冲突这个基本问题。²⁶ 德国的黑森州首先在1970年颁布了一般性的数据保护立法,²⁷ 瑞典则是第一个这样做的国家。²⁸ 其他一些国家选择采用部门性较强的专项立法。²⁹

7. “第一代”立法在贯彻执行的过程中存在着差异, 因而在欧盟内部和其他地方推动了行动和

²⁵ 1973年欧洲委员会首先通过了一项关于在私营部门的电子数据库保护个人隐私的决议(1973年9月26日的第(73)22E号决议, 后来又通过了关于在公共部门的电子数据库保护个人隐私的另一项决议(1974年9月20日的第(74)29E号决议。经合组织在1980年通过了《关于保护隐私和个人数据跨界流动的准则》, 欧洲委员会在1981年通过了《关于在自动处理个人数据方面保护个人的公约》。联合国内部的努力用了较长的时间才成熟起来。人权委员会在1977年3月11日的第10B(XXXIII)号决议中请防止歧视和保护少数小组委员会开展关于计算机化个人档案领域内的相关准则的第二次研究。路易·茹瓦内先生担任了小组委员会的特别报告员。其报告中提出了一些可能的选择供审议, 涉及由国家和国际立法来确立的最低标准(见E/CN.4/Sub.2/1983/19)。大会1990年12月14日第45/95号决议通过了经济及社会理事会1990年5月25日第1990/38号决议所载联合国关于计算机化个人电脑档案的准则。该准则执行情况的后续动态, 见按照人权委员会1993年3月10日第1993/113号决定编写的E/CN.4/1995/75号文件; 按照1995年3月8日第1995/114号决定编写的E/CN.4/1997/67号文件; 以及按照1997年4月16日第1997/122号决定编写的E/CN.4/1999/88号文件。人权委员会在1999年4月28日第1999/109号决定中不经表决决定(a)鉴于各国正在逐步考虑到适用的准则, 因此从议程中删去这个问题; 并(b)请秘书长委托主管的检查机关确保联合国系统内的有关组织贯彻落实各项准则。

²⁶ 见J. Bing, “The Council of Europe Convention and the OECD guidelines on data protection”, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), pp. 271-303, at p. 273.

²⁷ 数据保护这一说法源于德文“Datenschutz”。瑞典: 1973年《数据法》(Datalagen, 1973: 289), 1974年7月1日生效。其他实例见, 挪威: 1978年的《个人数据注册法》(lov om personregistre mm av 9 juni 1978 nr 48), 1980年1月1日生效; 丹麦: 1978年《私人注册法》(lov nr 293 af 8 juni 1978 om private registre mv)和1978年《公共机关注册法》(lov nr 294 af 8 juni 1978 om offentlige myndigheders registre), 两部法律均在1979年1月1日生效; 加拿大: 1977年《人权法》和1982年《联邦隐私法》; 德国: 1977年《联邦数据保护法》(Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)); 法国: 1978年1月6日关于数据处理、档案和个人自由的第78-17号法令; 联合王国: 1984年《数据保护法》。

²⁸ Bing, 前引文(上文脚注26), 第271页。

²⁹ 例如, 美国通过了下列法律: 1974年《隐私法》, Pub. L. No. 93-579 (1974); 《公平信用报告法》, Pub. L. No. 91-508 (1970); 《财务隐私法》, Pub. L. No. 95-630 (1978); 1984年《有线通信政策法》, Pub. L. No. 98-549 (1984); 以及《家庭教育权与隐私法》, Pub. L. 93-380, 1974。

进一步发展。随之而来的是通过了“第二代”法律文书³⁰（其中一些，例如欧盟的指令，涉及到第三国）³¹，和“第二代”法规³²，另外还出做出了一些

³⁰ 1994年世贸组织《服务贸易总协定》（《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件）中关于一般例外的第十四条特别提到了采用或实施以下措施“为确保服从与本协定规定不相抵触的包括与下述有关的法律和规定所必需的：……（二）保护与个人资料的处理和散播有关的个人隐私以及保护个人记录和账户秘密的”。另见欧洲议会和理事会关于在个人数据处理和自由流动方面保护个人的1995年第95/46/EC号指令，其中详细制定了隐私权规范结构供欧盟成员国在国内采用，《欧洲共同体公报》，第L 281号，1995年11月23日，第31页。另见2001年《关于在个人数据自动处理方面保护个人的公约的有关监管机构和跨界数据流动的附加议定书》；欧洲议会和理事会关于电子通信部门处理个人数据和保护隐私的2002年7月12日第2002/58/EC号指令，《欧洲共同体公报》，第L 201号，2002年7月31日，第37页，其中撤销了早先关于同一内容的欧洲议会和理事会1997年12月15日第97/66/EC号指令，同上，第L 24号，1998年1月30日，第1页。另见欧洲议会和理事会2006年3月15日关于保留在提供公开可得电子通信服务或公共通信网络时产生或处理的相关数据并修正第2002/58/EC号指令的2006/24/EC号指令，同上，第L 105号，2006年4月13日，第54页。2000年12月7日颁布但尚未生效的《欧洲联盟基本权利宪章》第8条载有关于保护个人数据的具体规定：

“1. 人人有权保护涉及自身的个人数据。

“2. 必须公平地按照特定目的处理此类数据，并取得当事人的同意，或者符合法律规定的其他合法依据。人人有权检索已收集的涉及其本人的数据并有权加以纠正。

“3. 由独立的机关负责检查上述规则的遵守情况。”（同上，第C 364号，2000年12月18日，第1页。）

亚太经合组织也在2004年通过了《亚太经济合作隐私权框架》，以促进采用一致的方法处理信息隐私，以此确保亚太地区的信息自由流动（见上文脚注9）。

³¹ 欧洲议会和理事会第95/46/EC号指令第25条（见上文脚注30）涉及在充分保护的基础上将个人数据转向第三国的问题，第26条规定了允许克减的具体情况。为回应欧盟的这一指令，美国商业部通过了《安全港隐私原则》，鼓励公司予以合作。美国商业部2000年7月21日颁布了《安全港隐私原则》（见《联邦纪事》，第65卷，第142和第182号（2000年）；另见www.ita.doc.gov）。欧洲联盟委员会2000年7月26日第2000/520/EC号决定承认这些原则提供了充分的保护，《欧洲共同体公报》，第L 215号，2000年8月25日，第7页。2006年5月30日，在并案审理案件C-317/04和C-318/04时，欧洲共同体法院就与向美国传输数据有关的适足保护程度问题做出了判决（见同上，第C 178号，2006年7月29日，第1页）。欧洲议会特别要求撤销欧共体委员会关于批准向美国海关和边境保护局发送航班乘客名单记录数据的2004年5月14日第2004/535/EC号决定，同上，第L 235号，2004年7月6日，第11页。法院以此事超出欧共体管辖范围作为技术性理由撤销了理事会的这项决定。

³² 阿根廷：2000年10月4日《个人数据保护法》（第25.326号法律）；澳大利亚：1988年《隐私法》和2000年《（私营部门）修正隐私法》；奥地利：《1999年8月17日个人数据保护法》和各州执行欧洲联盟指令的立法；比利时：1992年12月8日《关于个人数据处理的隐私保护法》，并由1998年12月11日的执行法和2001年2月13日的二级立法修订；巴西：第61/1996和第151号草案；加拿大：2001年《个人信息保护与电子文件法》；智利：1999年8月28日《私生活

努力，推动以在多边框架内制订的法规范本为基础颁布立法。³³ 其他一些国家仍然倾向于颁布部门性的专项法规。³⁴ 各国倾向于采用的办法深刻地植根

保护法》；塞浦路斯：2003年修正的2001年《个人数据处理（保护个人）法》，以及2004年《电子通信条例和邮递服务法》；捷克共和国：2000年4月4日《个人数据保护法》；丹麦：2000年5月31日《个人数据处理法》（第429号法律）；德国：2001年5月18日《联邦数据保护法》，以及各州为执行欧洲联盟指令而通过的数据保护法；爱沙尼亚：2003年2月12日《数据保护法》；芬兰：2000年12月1日修正的1999年4月22日《芬兰个人数据法》（第523/1999号），以及2004年《芬兰工作场所数据保护法》；法国：修正1978年1月6日第78-17号法律的2004-801号法律；希腊：1997年4月10日生效的关于在处理个人数据使保护个人的第2472号执行法；匈牙利：1992年《关于保护个人数据和公众获取符合公共利益的数据的第LXIII号法律》，1978年《关于滥用个人数据和个人信息的第IV号刑事法律》，和2002年第XXXI号法律修正的2001年12月14日《第XXVI号数据保护法》；爱尔兰：经2003年4月10日的2003年《数据保护法》修正的1998年《数据保护法》；以色列：1981年颁布并于1996年修正的数据保护法；意大利：1996年12月31日关于在处理个人数据时保护个人和其他主体的第675号法律，以及2004年1月1日生效的《新数据保护法》；日本：《保护个人信息法》，2003年第57号法律；拉脱维亚：经2004年10月24日的法律修正的《个人数据保护法》；立陶宛：2003年1月21日《关于个人数据法律保护的第IX-1296号法律》，2004年4月13日多次修正；卢森堡：2002年8月2日《数据保护法》；荷兰：2000年7月6日《个人数据保护法》（之前的部门行为准则正接受立法审查）；新西兰：1993年7月1日《隐私法》；巴拉圭：《巴拉圭数据保护法》，管理隐私信息的第1682号法律；波兰：1997年8月29日《个人数据保护法》，2004年1月1日修正；葡萄牙：1998年10月26日第67/98号个人数据保护法；大韩民国：1994年《公共机构保留的个人数据保护法》（第4734号法律），1999年《促进和保护信息基础设施法》（第5835号法律）；俄罗斯联邦：1995年1月25日《联邦信息、信息化和信息保护法》；斯洛伐克：经第602/2003 Coll、第576/2004 Coll和第90/2005 Coll号法律修正的关于保护个人信息的第428/2002 Coll号法律；斯洛文尼亚：1999年《（基于欧洲理事会公约）的个人数据保护法》和2001年7月的《个人数据保护法修正法》；西班牙：1999年12月13日关于保护个人数据的第15/1999号组织法；瑞典：1998年4月29日《第1998：204号个人数据法》，和1998年9月3日《第1998：1191号条例》；瑞士：1992年6月19日《第235.1号联邦数据保护法》；突尼斯：2004年7月27日《第2004-63号个人数据保护法》；联合王国：1998年7月16日《数据保护法》，由2000年2月17日的立法补充完整。

³³ 2002年在圣文森特和格林纳丁斯的金斯敦举行的英联邦法律部长会议提出了两项关于（私营部门和公共部门）隐私权的示范法案草案。该示范法受到了加拿大个人数据保护制度、联合王国1998年《执行欧洲联盟指令的数据保护法》以及经合组织《准则》的影响。

³⁴ 美国通过了以下立法：《隐私法》，5 U.S.C. § 552a (2001)；《公平信用报告法》，15 U.S.C. § 1681 (2001)；《视频隐私保护法》，18 U.S.C. § 2710-2711 (2000)；1984年《有线通信政策法》，47 U.S.C. § 551 (2000)；《司机隐私保护法》，47 U.S.C. § 2721-2725 (2000)；《电话用户保护法》，47 U.S.C. § 227 (2000)；《家庭教育权和隐私法》，20 U.S.C. § 1232 (2000)；1996年《健康保险流动性和问责法》，Pub. L. No. 104-191 (1996)；以及《儿童在线隐私保护法》，15 U.S.C. § 6501-6506 (2000)。

于历史、法律和政治传统。³⁵ 一般而言，欧洲通过的法律对数据的收集加以限制。³⁶ 这些法律要求事先通知索取数据的目的。此外，除非经数据主体同意或由法律作出规定，对数据的任何后续使用必须合乎具体的目的。第二，立法要求实行事后控制，目的是确保数据的持续可靠性。关于此类数据记录存在的通知、数据检索权以及纠正数据误差的机会都是此种可靠性的要素。³⁷ 第三，此类立法对数据的储存和使用作了规定，包括防止损失、破坏和未经授权予以披露的程序在内，从而规范了此类数据的安全和保护方面的问题。任何使用或披露都必须加以记录，如果发生未经授权加以使用或披露的情况即应通知数据主体。³⁸ 建立了处理这些问题的框架。第四，另外还考虑了控告和纠正制度。

8. 另一方面，这种办法——特别是美国采取的这种办法——是部门性的，依赖于立法、规章和自律的结合，³⁹ 这种办法更多的以市场为驱动。立法主要覆盖公共部门或其中的专门领域，得到保护的数据主体是公民和常驻外籍人员。此外没有负责执法的单一机构。

9. 还有一点要注意的是，业界在采用自律守则保护个人数据方面发挥了积极作用。⁴⁰

³⁵ 见Hondius, 前引文(上文脚注17), 第87至第111页。各国或者通过了平等覆盖公共部门和私有部门的单一法令(例如, 欧洲联盟成员国、阿根廷、智利、以色列、俄罗斯联邦和瑞士), 或者通过了以单章应对公共部门和私营部门的法律, 或者分别涉及公共和私营部门的两部单独法律(例如, 澳大利亚、加拿大、巴拉圭和突尼斯); 或者通过了涵盖了公共部门的法律和涉及私营部门活动的各个方面的单独立法(例如日本和大韩民国), 在有些情况下, 一般性立法还有替代性的各部门行为准则作为补充(例如, 新西兰)。

³⁶ G. Michael Epperson, "Contracts for Transnational Information Services: Securing Equivalency of data Protection," *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), p. 157, at p. 162.

³⁷ 同上。

³⁸ 同上。

³⁹ 经济和工商事务局2005年8月15日公布的《美利坚合众国关于互联网治理的评论》指出:“数据保护和隐私 任何确保保护个人信息的有效方法都包括: 在金融、医药和儿童隐私等高度敏感领域保护消费者隐私的适当法律; 政府执行此类法律; 鼓励私营部门努力保护消费者隐私”(WSIS-II/PC-3/DT/7E, P.24); 可在国际电信联盟的网站 www.itu.int 上了解这些评论,“已收到的关于因特网治理工作组报告的评论汇编”, 2005年8月30日。

⁴⁰ 国际商会在这方面发挥了带头作用。例如, 见国际商会的《决策者资料汇编》, 见网站 www.rfid-in-action.eu/rfid-

10. 判例法也承认数据保护的重要性。欧洲法院在渔业案中确认, 数据保护原则是共同体法的一般性原则。法院称, 欧洲议会和理事会第95/46/EC号指令在共同体一级通过的一般原则已经构成成员国在所涉领域内的法律的一部分。⁴¹ 在公开审计署案中, 法院指出, 由于该指令的规定针对的是处理有可能受到侵犯的个人数据问题, 特别是隐私权问题, 因此就必须参照基本权利解释, 而基本权利是共同体法律一般原则的内在组成部分。法院还认为:“第95/46号指令第6条第1款(c)项以及第7条(c)项和(e)项可直接适用, 可由个人在本国法院援引以求排除适用与这些规定相抵触的本国法律规则”。⁴² 欧洲人权法院明确承认把个人数据作为《欧洲公约》第8条规定的隐私权范围内的一项基本权利加以保护。⁴³

11. 约束性和非约束性的国际文书以及各国通过的国家立法和司法裁决揭示了一些核心原则, 其中包括: (a) 合法和公正地收集和处理数据; (b) 准确性; (c) 对目的的规范和限制; (d) 相称性; (e) 透明性; (f) 个人的参与特别是检索权; (g) 非歧视; (h) 责任; (i) 监督和法律制裁; (j) 个人数据跨界流动的数据等同性; (k) 克减原则。

knowledge-platform/all-rfid-documents/guidelines-on-privacy/iccwbo_privacy-toolkit. 2012年11月27日检索。

⁴¹ 女王诉农业、渔业和粮食部, 渔业部一方诉讼案(案件编号: C-369/98), 欧洲法院2000年9月14日的判决,《欧洲共同体公报》, 第C 355号, 2000年11月25日, 第4页。第95/46/CE号指令, 见上文脚注30。

⁴² C-465/00、C-138/01和C-139/01合并案(宪法法院和最高法院的初步裁决的参考): *Rechnungshof (C-465/00) v. Österreichischer Rundfunk and Others and between Christa Neukomm (C-138/01), Joseph Lauermann (C-139/01) and Österreichischer Rundfunk* (“个人数据处理方面的个人保护—第95/46/EC号指令—保护私生活—公开审计署管理下各机构的雇员收入数据”), 2003年5月20日欧洲法院的判决,《欧洲共同体公报》, 第C 171号, 2003年7月19日, 第3页, 第2段。

⁴³ 另见亚曼诉瑞士案, 第27798/95号申请, 2000年2月16日的判决, 大法庭, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, 2000-II, 第245页及以下各页; 利安德案, 1987年3月26日的判决, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, A辑, 第116卷, 第6页及以下各页; 罗塔鲁诉罗马尼亚案, 第28341/95号申请, 2000年5月4日的判决, 大法庭, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, 2000-V, 第109页及以下各页; 塔瑞克诉斯洛伐克, 第57986/00号申请, 2006年2月14日的判决, 欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》, 2006-II, 第41页及以下各页。

C. 拟订供委员会审议的建议

12. 本提案的目标是，拟订与保护个人数据有关的一般性原则。综观现有规范和规则可以看出，虽然存在着方法上的差异，但一些核心原则有着共同之处。先例以及其他有关材料，包括条约、国家立法、司法裁决及非约束性文书都表明有可能拟订一套规定，参照当代惯例充实与数据保护相关的问题。这项工作会有利于制订一套国际公认的最佳做法指导方针，有助于各国政府拟订国家法规。这还有利于业界设计自律范本。现在要求就这个问题作出国际反应的呼声日强，因此，商拟“第三代”隐私权原则会是一个良好的开端。虽然这是一个技术性和专门化的领域，但它也是国家行为尚不广泛或者尚未充分成熟的一个领域。尽管如此，通过采用自己的工作办法，委员会有可能弄清法律意见和实践的新趋势，而这些新趋势很可能塑造任何最终会形成的全球法律制度。

界定本专题的范围

13. 隐私与数据保护之间存在着联系。隐私权已经具有数百年的历史，在许多国家的宪法⁴⁴以及约束性和非约束性国际文书⁴⁵中获得了地位和承认。但是，隐私权并不是绝对的，隐私权的范围和界限也并不总是易于衡量和划定。从哲学和分析的

⁴⁴ 例如在1361年，英格兰的《和平司法法》(34 Edw. 3 c.1)规定逮捕偷窃者和偷窥者；1776年瑞典的《公共记录法》规定将政府掌握的所有信息用于合法目的；1890年，美国的Samuel D. Warren和Louis D. Brandeis在“隐私权”(《哈佛法律概览》，第4卷，第5号(1890年)，第193至第220页)一文中写道隐私权是“‘不受打扰’的权利”(第195页)。在格里斯沃德诉康涅狄格州案中，美国最高法院对《权利法案》做出扩大解释，并确认个人拥有宪法上的隐私权，《美国汇编》，第381卷(1965年)，第479页。

⁴⁵ 《世界人权宣言》第12条和《公民及政治权利国际公约》第17条。另见1948年在波哥大举行的第九次美洲国家国际会议通过的《美洲关于人的权利和义务宣言》第五、第九和第十条；《欧洲人权和基本自由公约》第8条；1969年《美洲人权公约》；“哥斯达黎加圣何塞公约”第11条；1990年《非洲儿童权利与福利宪章》；1990年《伊斯兰人权开罗宣言》第18条。另见1981年《非洲人权和人民权利宪章》第18条。在医学伦理领域，例如《纽伦堡法典关于人体实验的指示》(《纽伦堡军事法庭依据监督委员会第10号法律审判战争罪犯(纽伦堡，1946年10月至1949年4月)》，第15卷系列，第二卷，哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版处，1949-1953年，第180页)，1948年《日内瓦宣言》(世界医学协会，《宣言手册》(1996年10月)，17.A)和1964年《赫尔辛基宣言》(同上，17.C，或者“世界医学协会赫尔辛基宣言。涉及人类受试者的医学研究道德准则”，《世界卫生组织月报》，2001年，79(4)，第373页)。

角度看，隐私涉及到多种可能性和思想，这些可能性和思想可划入下列类别之一，或横跨所有这些类别：(a)空间性的、(b)决策性的、(c)信息方面的⁴⁶以及(d)通信隐私。

14. 虽然这四个类别相互牵涉和影响，但本建议的范围并不涉及一般性的隐私问题，较为狭义，倾向于限制在四个方面。

15. 第一，本建议主要侧重于第三类：即隐私的信息方面，涉及的是个人对于处理个人信息的控制，包括个人信息的获取、披露和使用，⁴⁷这个概念通常被称为“公正的记录管理”。⁴⁸有必要考虑数据主体和使用者拥有的权益。

16. 第二，本专题将处理为通信手段提供保护的问题，即第四类当中由于与保障信息隐私有关而涉及到的通信隐私的各个方面：邮件、电话、电子邮件和信通技术的其他形式的安全和隐私。随着技术的改进，信息的公开可得对于个人“保护自己的隐秘世界”这种传统隐私范式提出了挑战。⁴⁹数据安全、位置数据和流通数据都已经成为保护范围的要件。数据安全涉及到数据的物理安全，为此要努力确保数据的所在位置不会被破坏或篡改。数据还始终处于流通和运动状态，很容易落入第三方的控制范围。个人所处的位置(位置数据)⁵⁰和向另一方发送的内容(流量数据)⁵¹不再能够保证匿名。为静态或流动数据提供的保护的类型和性质将是本专

⁴⁶ 见Kang，前引文(上文脚注5)，详见第1202至第1203页。在瓦勒诉罗案(429 U.S. 589 (1977))，美国最高法院将实质性的正当程序隐私保护扩展到涵盖私人信息。

⁴⁷ Kang，前引文(上文脚注5)，详见第1203页。

⁴⁸ G. Epperson，(上文脚注36)：“不过，数据保护并不意味着所有此类隐私权益都将得到全面的保护。这一用语并非指绝对禁止数据的积累和使用，而是指建立程序，保证数据主体有机会知道存在与其相关的数据以及这些数据的用途”(第160页至第161页)。

⁴⁹ D. J. Solove，“隐私与权力……”，前引文(上文脚注1)，详见第1437页。

⁵⁰ 用户终端设备的长宽高，位置信息的流向、等级和精度，网络单元的名称和位置信息的时间都已经变得易于记录。

⁵¹ 通信的路线、持续时间、时刻或数量，使用的协议，发送者或接收者终端设备的位置，通信发源或终止的网络，某次通信的开始、停止或持续时间以及通信传输的格式都是数据流过程中容易辨认的部分。

题的范围。但是，所提供的保护，必须按照社会对于确保有效执法，包括对于打击国际恐怖主义和有组织犯罪的工具的需求加以权衡。

17. 第三，本专题将限于处理个人数据流动。⁵² 跨界数据流动可能会涉及到不同种类的数据，如 (a) 业务数据；⁵³ (b) 实际金融交易数据；⁵⁴ (c) 科学或技术信息数据；⁵⁵ (d) 可识别个人身份的信息数据，如涉及信用、病历、刑事记录、旅行预订，或可能是一个简单的姓名或识别号码。其中只有可识别个人身份的数据才是意图列入本提案范围之内数据，尽管此类数据也可能采取业务或金融交易信息的形式⁵⁶ 或者作为包括人口调查在内的科学和技术调查的一部分出现。

18. 可识别个人的身份信息可涉及 (a) 个人身份；(b) 与个人有关的描述；(c) 与个人有关的辅助性描述。⁵⁷ 这些方面是可能需要防止披露的。自然人一般都与可识别个人身份的信息相联。在有些国家，法人和其他实体可能会受到影响。⁵⁸ 本专题的属人范围在于决定如何对待除自然人以外的其他实体。

⁵² 见 E. J. Novotny, “Transborder data flows and international law: A framework for Policy-Oriented Inquiry”, *Stanford Journal of International Law*, 第 16 卷 (1980), 第 141 页起。“数据”和“信息”有时作为同义词使用。但是，从技术角度看：

“‘数据’是指可通过机器处理的一组编排符号。‘信息’是指人可以理解的较高级的数据。跨界数据流通的目的是创造、储存、检索和使用信息，有时，为了中转目的而将信息压缩为数据” (第 144 页，脚注 7)。

⁵³ 同上，第 156 页。用于支持组织决定或维持某些行政职能的数据。

⁵⁴ 同上，第 157 页。涉及借贷双方和转账的数据。

⁵⁵ 同上，第 158 页。反映试验、调查、环境或气象测量或经济统计结果的数据。

⁵⁶ 同上，第 157 页。另见未决案件 (瑟格斯德茨 - 韦伯格和其他人诉瑞典案，第 62332/00 号申请)，2005 年 9 月 20 日宣布该案可受理。欧洲人权法院必须裁定，收集和储存有关个人的、“与其公共活动有关的”、“已经公开的”、准确的和出于国家安全而收集的信息是否构成对于隐私权的侵犯。另外这还涉及到拒绝向所涉个人通知所收集信息的全部内容的权利。在这方面，见法院 2006 年 6 月 6 日的判决，《判决和裁决汇编》，2006-III，第 131 页及以下各页。冰岛最高法院在 2003 年 11 月 27 日关于古孟德斯多提尔诉冰岛案的第 151/2003 号判决中就死者的 DNA 数据和相关的身份查验问题讨论了“个人数据”的定义问题。见 R. Gertz, “An Analysis of the Icelandic Supreme Court judgment on the Health Sector Database Act”, *SCRIPTED-A Journal of Law and Technology*, vol. 1, No. 2 (June 2004), 241-258。

⁵⁷ Kang, 前引文 (上文脚注 5)，详见第 1207 页至第 1208 页。

⁵⁸ Novotny, 前引文 (上文脚注 52)，详见第 157 页。

19. 数据流包括各种行为者之间的流动，这些行为者可以是政府、政府间组织、非政府组织，也可以是私营部门，如跨国公司和企业，其中有些提供数据处理服务。在处理这个专题时必须考虑到可能涉及到的公有或私营部门活动范围。

20. 第四，在保护信息数据方面，存在一些公认的限制和例外以及相互冲突的利益。实际上，国家宪法和司法裁决以及国际人权文书所提供的隐私保护都以克减或限制的形式承认了可能的限制和例外。

定义

21. 数据跨界流动被界定为“为处理和 / 或储存 [信通技术] 档案而跨越政治疆界以电子方式传输数据”。⁵⁹ 本专题的属物范围是一个需要认真考虑的问题，特别是，是否仅应包括自动生成的计算机数据，还是应当包括任何类型的数据，包括人工生成和处理的数据；以及是否应当按照所采用的技术或按照所涉数据的类型而不是技术来界定范围。

22. 必须对以下用语加以界定：数据；数据主体；数据使用者；数据档案；数据保留；数据保存；可识别个人身份的数据；敏感数据；流通数据；位置数据；个人数据跨界流动；个人数据的处理；通信；第三方使用者；注册和交易数据；点击流数据。这些定义只是说明性的，需要考虑到网络环境中不断发生的技术进步。

核心原则

23. 从这个领域将近四十年的发展中可以找到一些核心原则，这些原则包括：⁶⁰

⁵⁹ International Barriers to Data flows, Background Report, Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives, Ninety-sixth Congress, First session, April, 1979, quoted in the Panel on Legal Issues of Transborder Data Transmission, ASIL *Proceedings*, vol. 74 (1980), p. 175.

⁶⁰ 略见 M. D. Kirby, “Transborder data flows and the ‘basic rules’ of data privacy”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 27-66。另见 J. M. Eger, “The global phenomenon of teleinformatics: an introduction”, *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981) pp. 203-236。另见 Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, United States Department of Health, Education and Welfare, Records, *Computers and the Rights of Citizens* (1973), Appendix A, p. 147。

— 合法和公正地数据收集和处理 这些原则设想个人数据的收集仅限于必要的最低程度。尤其是不应非法或通过不正当手段获得此类数据。

— 准确性 信息质量原则是一种定性规定，由此产生的责任是，数据对于其使用目的而言必须准确、具备必要的完整性并且必须是最新数据；

— 对目的规范和限制 这些原则要求向数据主体阐明收集数据的目的。除用于已阐明的目的之外，不应出于其他目的披露、提供或以其他方式使用数据。数据的披露、提供或使用必须获得数据主体的同意或知情，或按法律行事。后续的任何使用也仅限于此种目的，或与此目的并不矛盾的另一目的。各国采取的方针存在着差异。有些国家认为取得同意的义务属于事前义务。

— 相称性 相称性要求采取的必要措施与所坚持的合法主张相称。

— 透明性 透明性意味着对保护个人数据方面的动态、做法和政策采取开放的总体政策。

— 个人的参与特别是检索权 这项原则对于数据保护而言可能是最重要的。对于判断数据档案的保管人是否掌握了与其本人相关的数据，本人是否有可能以某种合理的格式、方式和费用获得此种信息或将此种信息传输给自己，个人应当可以进行检索。这一原则使个人有权了解任何数据档案的存在情况及其内容，对数据提出质疑并要求数据得到纠正、修改或删除。

— 非歧视 这项原则是指不应当汇编有可能引起非法或任意歧视的数据。其中包括按照种族或族裔起源、肤色、性生活、政治见解、宗教、哲学、和其他信仰以及协会或工会成员身份整理得来的信息。

— 责任 这项原则涉及数据安全；应当采取负责和妥当的措施保护数据，防止损失和破坏数据，防止未经授权的检索、使用、修改或披露，数据档案的保存人应当对数据负责。

— 独立监督和法律制裁 监督和制裁要求建立机制确保正当程序和问责。应当有合法的主管当局负责实施数据保护。

— 个人数据跨界流动的数据等同性 这是一项一致性原则；目的是在数据流动符合标准或被认为就目的而言并无不妥的情况下，避免对数据的自由流动带来无正当理由的障碍和限制。

— 克减原则 该原则产生了为保护国家安全、公共秩序、公共健康或道德，或者为了保护他人的权利而规定例外情况和实行限制的权力。

克减

24. 虽然对隐私的关切极其重要，但这种关切也必须与其他价值 - 权益取得平衡。与保护个人联系在一起的避免困窘、建立亲密关系和防止滥用的隐私价值观，必须权衡兼顾反对个人控制个人信息的其他相反的价值观，诸如不干扰破坏国际贸易和商务流动以及信息流动的必要性、保护真相的必要性以及在安全环境中生活的必要性。⁶¹ 有些限制和例外是允许的，例如，在国家安全、公共秩序、⁶² 公共健康或道德⁶³ 方面，或者为了保护其他人的权利和自由，以及出于有效执法和在国际上开展打击犯罪的司法合作的必要性，包括打击国际恐怖主义和有组织犯罪构成的威胁。

25. 个人数据的处理必须按照人权原则加以解释。⁶⁴ 因此，符合公共利益的任何目标如果属于以下情况，就有理由干预私人生活：(a) 符合法律，(b) 为民主社会内追求合法目标所必需，以及 (c) 并非

⁶¹ 略见 C. Crump, "Data retention: privacy, anonymity and accountability online, *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), pp. 191-229.

⁶² 例如，见欧洲委员会 2001 年 11 月 23 日在布达佩斯通过的《网络犯罪公约》。

⁶³ 例如，教科文组织 1997 年 11 月 11 日通过了《世界人类基因组与人权宣言》（教科文组织，《大会记录，第二十九届会议》，第一卷，《决议》，第 16 号决议），并得到大会 1998 年 12 月 9 日第 53/152 号决议的核可。另见 1997 年《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严的公约》，以及 1998 年《在生物学和医学应用中保护人权和人类尊严公约禁止克隆人的附加议定书》。

⁶⁴ C-465/00, C-138/01 和 C-139/01 合并案（见上文脚注 42）。

与所追求的目标不相称。⁶⁵“符合法律”一语超出了要求国内法具备法律依据的形式主义；它要求法律依据可“易懂”和“可预见”。⁶⁶可预见性要求在制定规则时具备充分的准确性，足以让任何个人都能规范自身行为。⁶⁷

26. 在国家实践方面也出现了一些问题。第一个问题涉及数据保留和数据保存。在网际世界中两种收集个人信息的基本方法：*(a)*从使用者那里直接索取（注册和交易数据）⁶⁸；以及*(b)*暗中追踪人们浏览互联网的方式（点击流数据）。⁶⁹各国出于执法目的利用法律监测网际空间活动的方式之一是颁布数据保留立法。⁷⁰互联网服务供应商基本上都被要求就其客户在网际空间的活动记录点击流并收集和储存数据。这引起了一些特别的关注，因为这种要求

“重新构筑”了互联网，使之从相对模糊的状态进入了较为透明的状态。这种对环境的操纵影响了互联网上盛行的价值观。具体而言，由于数据保留使得把行为与行为者联系起来较为容易，因而也就在削弱隐私和匿名的价值的同时提高了问责的价值。⁷¹

27. 数据保存不同于数据保留，它的权限范围相对有限，是针对接受调查、等待法院判决的某个

⁶⁵ 见弗兰索兹和鲁瓦尔诉法国案，第29183/95号申请，1999年1月21日的判决，大法庭，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，1999-I，第1页及以下各页。例如，在审查相称性时，应考虑到数据影响私人生活的程度。对于关系到私人亲密关系、健康、家庭生活或性生活的数据，其保护力度必须大于关系到收入和税务的数据，后一类数据虽然也是个人数据，但对身份的涉及程度较低，因此敏感程度也就较低。

⁶⁶ 亚曼诉瑞士案（见上文脚注43），第55至第62段。

⁶⁷ 马龙诉联合王国案，第8691/79号申请，1984年8月2日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A辑，第82卷，第31至第32页，第66段。

⁶⁸ D. J. Solove, “隐私与权力”，前引文（上文脚注1），详见第1408页。

⁶⁹ 同上，第1411页。

⁷⁰ 例如，欧盟委员会2004年5月14日第2004/535/EC号决定（见上文脚注31）。瑞士的互联网服务供应商须按照法律规定记录所有电子邮件的时间、日期、发件人身份和收件人身份。西班牙也规定互联网服务供应商将用户的某些类型的数据保留一年。另见2006年3月15日欧洲议会和理事会关于在提供公开可得电子通信服务或公共通信网络方面保留所生成或处理的数据并修订第2002/58/EC号指令的第2006/24/EC号指令。

⁷¹ C. Crump, 前引文（上文脚注61），第194页。

客户而保存记录和其他证据的一种执法工具。⁷²以允许识别数据主体的方式保护个人数据在有些情况下可能要求在目的到期的情况下对数据进行销毁、适当归档或重新识别。数据保留的时间越长，或关于保留的法令越一般化，按照人权原则对隐私的关切程度就越高。

28. 第二个相关问题涉及政府进入个人和公共数据库的检索权，也即政府从私营数据库购买个人信息用于执法的能力。此类数据库的数据往往是自愿汇编的，并是与政府当局自愿共享的。⁷³

29. 可能需要找到保障方法，确保数据保留或数据保存以及数据库检索权不会导致隐私权的实质内容不可实行。

30. 在为了统计或科学研究用途，或者为新闻报道或者文学艺术表达而使用档案方面，也存在承认限制的问题。保护真相和信息自由流动的重要性必然要求某些数据档案即使可能涉及到可识别个人身份的数据，也必须区别对待。使用档案用于统计、技术或科学研究，或者用于新闻报道或文学艺术表达就属于这个类别。知情权可能会受到限制，前提是此类限制以法律为依据，并且是尊重他人权利和名誉，保护国家安全或公共秩序或公共健康和道德所必需的。

⁷² 2001年《提供用于截获和阻止恐怖主义适当手段以团结和巩固美国法》（《美国爱国法》）对立法作了多处修正，以加强美国执法机关的调查和监测能力。《美国爱国法》修正的法规包括：《监听法》、1986年《电子通信隐私法》、1986年《计算机欺诈和滥用法》、1978年《外国情报监测法》、《家庭教育权与隐私法》、《笔名注册和诱捕及追踪装置法》、1986年《洗钱管制法》、《移民和国籍法》、1970年《银行保密法》、1978年《金融隐私法》以及《公正信用报告法》。

⁷³ 略见D. J. Solove, “Digital dossiers and the dissipation of Fourth Amendment privacy”, *Southern California Law Review*, vol. 75 (2002), pp. 1083 - 1167. The *New York Times* in its edition of 21 March 2006, B. 6 (A. L. Cowan, “Librarian is still John Doe, despite Patriot Act Revision”), notes that 30,000 national security letters are issued in a year demanding patron records. 另见 *John Doe, American Civil Liberties Union and American Civil Liberties Union Foundation v. Attorney-General, et al.*, United States Southern District Court of New York, opinion, decision and order of Judge Victor Marrero.

数据的适足性 / 等值性

31. 数据从一个国家传输到另一个国家带来了安全和保护问题，例如，当另一国家无法确保适当的保护水平时，是否以及在何种情况下应当实施传输，应适用的法律是什么，以及应当如何解决由此产生的问题。因此，可能需要在本专题的范围内对数据的适足性或等值性问题作某些处理。

32. 下文中的附录是关于可能需要解决的问题的指示性概述：

附录

范围：保护个人数据和通信隐私

属人范围：个人数据

属物范围：私营和公共部门：问题在于是否应当将国际组织包括在内

可能的排除：纯粹的个人和家庭活动

定义：数据；数据主体；数据使用者；数据档案；数据保留；数据保存；可识别个人身份的数据；敏感数据；流动数据；位置数据；个人数据跨界流动；个人数据的处理；通信；第三方使用者；注册和交易数据；点击流数据

核心原则：合法和公正地数据收集和处理；准确性；对目的规范和限制；相称性；透明性；个

人的参与特别是检索权；非歧视；责任；独立监督和法律制裁；个人数据跨界流动的数据等同性；克减

检索权限制：维护公共秩序；国家防务和安全；公共健康等等

保密和安全：通信保密；敏感数据的安全

对于数据主体的权利：知情；收回同意；检索；修正；出于合法理由反对处理数据；补救措施

数据处理：公正性和合法性；问责

合法的数据处理标准：同意；合同义务；其他法律义务；为保护数据主体的重大利益所必需；公共利益方面的必要性；出于合法权益之必需

例外和限制：国家安全；国防；公共安全；刑事执法；财税问题和经济利益；保护数据主体和他人

决策（人口普查、人口注册、普查）：科学、研究和统计；新闻和艺术活动

制裁和补救：行政；司法

跨界保护的适足水平：适足度原则；适足度的判定；克减

落实：立法；规章；自律

参考书目选编

- ALL EUROPEAN ACADEMIES: *Privacy Protection in the Information Society*, Amsterdam, Altea, 2002.
- BAUCHNER, J. S. “State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000–2001), 689–722.
- . and R. Ramani: *International Regulatory Devices: Legal Research Guides to the EU Data Protection Directive and the Convention on Biological Diversity*, Buffalo (New York), Hein, 2001.
- BEARDWOOD, J. and D. Fabiano: “Approaches to ‘extra-jurisdictional’ data transfers in Canadian and European outsourcing: a comparative approach”, *Computer Law Review International*, vol. 6 (2005), 166–177.
- BECKER, R. K. A. “Transborder data flows: personal data—recommendations of the Organisation for Economic Co-operation and Development concerning guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data, O.E.C.D. Doc. C(80)58 (Oct. 1, 1980)”, *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981)241–247.
- BELLEIL, A: *e-Privacy – Le marché des données personnelles: protection de la vie privée à l’âge d’Internet*, Paris, Dunod, 2001.
- BERGKAMP, L. *European Community Law for the New Economy*, Antwerp/Oxford/New York, Intersentia, 2003.
- BEYLEVELD, D., et al.(eds.): *The Data Protection Directive and Medical Research across Europe*, Ashgate, Aldershot, 2004.
- BIGNAMI, F. “Transgovernmental networks vs. democracy: the case of the European information privacy network”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 26 (2004–2005), 807–868.
- BING, J. “The Council of Europe Convention and the OECD guidelines on data protection”, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), 271–303.
- BOTHE, M. “Transborder data flows: do we mean freedom or business?”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), 333–344.
- . “Data, transborder flow and protection”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, 950–961.
- BOURGEOIS, C. “L’anonymat et les nouvelles technologies de l’information”, Paris, Université René Descartes, 2003 (unpublished doctoral thesis; J. Huet, advisor).
- BOYLE, D. C. “Proposal to amend the United States Privacy Act to extend its protections to foreign nationals and non-resident aliens”, *Cornell International Law Journal*, vol. 22 (1989), 285–305.
- BRULIN, H. “La protection des données: quête et errements dans le troisième pilier”, *Actualités de droit pénal européen*, Brussels, La Charte, 2003, 133–152.
- BURKE, M. E., et al. “Information services, technology, and data protection”, *International Lawyer (ABA)*, vol. 39 (2005), 403–416.
- CARR, J. G. “Wiretapping in West Germany”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), 607–645.
- CHASSIGNEUX, C. “L’encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne”, Ann Arbor (Michigan), UMI Dissertation

- Services, 2004 (doctoral thesis of the Université Panthéon-Assas (Paris II) and the Université de Montréal).
- CHATILLON, G.(ed.): *Le droit international de l'internet: Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne et l'Association Arpeje*, Brussels, Bruylant, 2002.
- CHENE, T. "La protection des données personnelles face aux fichiers des renseignements généraux", Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2005 (mémoire de DESS, Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II; G. Kostic, advisor).
- CHUNG, Ch.-M. and I. Shin: "On-line data protection and cyberlaws in Korea", *Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 27 (December 1999), 21-43.
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS: *Voix, image, protection des données personnelles*, Paris, La documentation française, 1996.
- CRUMP, C. "Data retention: privacy, anonymity, and accountability online", *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), 191-229.
- DAMON, L. J. "Freedom of information versus national sovereignty: the need for a new global forum for the resolution of transborder data flow problems", *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1986-1987), 262-287.
- DANIEL-PACZOSA, A. "Data protection and the right to privacy in the United States and West Germany", *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1987), 154-163.
- DE GRAAF, F. "The protection of privacy in Dutch law", *Human Rights*, vol. 5 (1975-1976), 177-192.
- DE SCHUTTER, B. "Data protection in the area of freedom, security and justice", *Collegium*, No. 22 (December 2001), *Proceedings of the Conference Integrated Security in Europe: a Democratic Perspective*, Bruges, 14-17 November 2001, Bruges, College of Europe, 2001, 51-55.
- DE SCHUTTER, O. "Article II-68: Protection des données à caractère personnel", *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, Brussels, Bruylant, 2005, 122-152.
- DEMPSEY, J. X. and L. M. Flint: "Commercial data and national security", *George Washington Law Review*, vol. 72 (2003-2004), 1459-1502.
- DHONT, J. and M. V. Pérez Asinari: "New physics and the law. A comparative approach to the EU and US privacy and data protection regulation", in F. R. van der Mensbrugge (ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003, 67-97.
- DILASCIO, T. "How safe is the safe harbor? U.S. and E.U. data privacy law and the enforcement of the FTC's Safe Harbor program", *Boston University International Law Journal*, vol. 22 (2004), 399-424.
- EASTERBROOK, F. H. "Cyberspace and the law of the horse", *University of Chicago Legal Forum* (1996), 207-216.
- EGER, J. M. "The global phenomenon of teleinformatics: an introduction", *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), 203-236.
- EGUIGUREN PRAELI, F. J. "El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú," in *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 611-625.
- ELMAJZOUB, M. "*La gestion des données personnelles dans le secteur de la police en Europe*", Montpellier,

- Université de Montpellier I, UFR Droit, 2004 (unpublished doctoral thesis; J. Frayssinet, advisor).
- EPPELSON, G. M. "Contracts for transnational information services: securing equivalency of data protection", *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), 157–175.
- ESTADELLA-YUSTE, O. "The draft directive of the European Community regarding the protection of personal data", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 170–179.
- EVANS, A. C. "European data protection law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), 571–605.
- FENOLL-TROUSSEAU, M.-P. and G. Haas (eds.): *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec, 2000.
- FISHMAN, W. L. "Introduction to transborder data flows", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 1–26.
- . "Some policy and legal issues in transborder data flow", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), 179–188.
- FRAZIER, L. E. "Extraterritorial enforcement of PIPEDA: a multi-tiered analysis", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), 203–225.
- GAO, F. "The e-commerce legal environment in China: status quo and issues", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18 (2004), 51–75.
- GARCÍA BELAUNDE, D. "El Habeas Data y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)," in *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 715–722.
- GERARDS, J. H., A. W. Heringa and H. L. Janssen: *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, Antwerp, Intersentia, 2005.
- GEVERS, S. "Human tissue research, with particular reference to DNA banking", in J. K. M. Gevers, E. H. Hondius and J. H. Hubben (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 231–243.
- GILBERT, F. "Emerging issues in global AIDS policy: preserving privacy", *Whittier Law Review*, vol. 25 (2003–2004), 273–306.
- GOEMANS, C. and J. Dumortier: "Enforcement issues – mandatory retention of traffic data in the EU: possible impact on privacy and on-line anonymity", in C. Nicoll, J. E. J. Prins and M. J. M. van Dellen (eds.), *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, 161–183.
- GOURAS, E. K. "The reform of West German data protection law as a necessary correlate to improving domestic security", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1985–1986), 597–621.
- GROETKER, R. "Looking for Mohammed: data screening in search of terrorists", in G. Meggle, et al. (eds.), *Ethics of Terrorism and Counter-terrorism*, Frankfurt, Ontos, 2005, 301–318.
- GUBITZ, A. S. "The U.S. Aviation and Transportation Security Act of 2001 in conflict with the E.U. data protection laws: how much access to airline passenger data does the United States need to combat terrorism?", *New England Law Review*, vol. 39 (2004–2005), 431–475.
- HEISENBERG, D. *Negotiating Privacy: the European Union, the United States, and Personal Data Protection*, Boulder, Lynne Rienner, 2005.

- HERRÁN ORTIZ, A. I. *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.
- HETCHER, S. “Changing the social meaning of privacy in cyberspace”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2001–2002), 149–209.
- HONDIUS, F. W. *Emerging Data Protection in Europe*, Amsterdam/New York, North Holland/Elsevier, 1975.
- . “Data law in Europe”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 87–111.
- HOOFNAGLE, C. J. “Big Brother’s little helpers: how ChoicePoint and other commercial data brokers collect and package your data for law enforcement”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 29 (2003–2004), 595–637.
- INSTITUT INTERNATIONAL D’ADMINISTRATION PUBLIQUE: *La protection des données personnelles*, Paris, Institut international d’administration publique, 1999.
- 国际劳工组织:《保护劳动者的个人资料》,日内瓦,国际劳工组织,1997年(《劳工组织实践守则》)。
- IVASCANU, D. “Legal issues in electronic commerce in the Western hemisphere”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17 (2000), 219–255.
- KANG, J. “Information privacy in cyberspace transactions”, *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997–1998), 1193–1294.
- KIRBY, M. D. “Transborder data flows and the ‘basic rules’ of data privacy”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 27–66.
- KOSSICK, R. “The Internet in Latin America: new opportunities, developments, & challenges”, *American University International Law Review*, vol. 16 (2000–2001), 1309–1341.
- LEHDONVIRTA, V. “European Union data protection Directive: adequacy of data protection in Singapore”, *Singapore Journal of Legal Studies* (2004), 511–546.
- LEMAY, V. “La protection des données personnelles face aux nouvelles conditions d’entrée aux Etats-Unis”, Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004 (mémoire de DESS, Droit du multimédia et de l’informatique de Paris II; G. Kostic, advisor).
- LESSIG, L. “The law of the horse: what cyberlaw might teach”, *Harvard Law Review*, vol. 113 (1999–2000), 501–549.
- LIPOWICZ, I. “Right to information versus data protection: a challenge for modern constitution and modern society”, in G. Amato, G. Braibant and E. Venizelos (eds.), *The Constitutional Revision in Today’s Europe*, London, Esperia, 2002, 479–482.
- LOBATO DE FARIA, M. P. M. G. *Données génétiques informatisées: un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé*, Villeneuve d’Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1999.
- LOWTHER, R. “U.S. privacy regulations dictated by EU law: how the healthcare profession may be regulated”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002–2003), 435–454.
- LUJÁN FAPPIANO, O. “Habeas Data: una aproximación a su problemática y a su posible solución normativa”, in Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, vol. 1, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 643–666.
- MANLEY, T. J. and S. M. Hobby: “Globalization of work: offshore outsourcing in the IT age”, *Emory International Law Review*, vol. 18 (2004), 401–419.

- MARCELIN, F. “*La protection des données personnelles et la régulation*”, Avignon, Université d’Avignon et des Pays de Vaucluse, 2002 (unpublished doctoral thesis; J.-M. Bruguière, advisor).
- MARKS, S. P. “Tying Prometheus down: the international law of human genetic manipulation”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), 115–136.
- MARLIAC-NEGRIER, C. *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, Aix-Marseille, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2001.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. “The shape of governance: analyzing the world of Internet regulation”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002–2003), 605–673.
- MERL, S. R. “Internet communication standards for the 21st century: international terrorism must force the U.S. to adopt ‘carnivore’ and new electronic surveillance standards”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 27 (2001–2002), 245–284.
- MINISTÈRE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA RÉFORME DE L’ÉTAT (P. Truche, J.-P. Faugère and P. Flichy; rapporteur général M. Ronai; conseiller juridique J.-Ph. Mochon): *Administration électronique et protection des données personnelles: livre blanc. Rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l’Etat*, Paris, La documentation française, 2002.
- MONCAYO VON HASE, A. “El comercio electrónico: problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional”, in C. M. Correa (ed.), *Temas de derecho industrial y de la competencia. Derecho del comercio internacional: acuerdos regionales y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, 275–342.
- MONNIER, G. *Le droit d’accès aux données personnelles traitées par un média: droit suisse de la personnalité; aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure*, Berne, Stämpfli, 1999.
- MUÑOZ, R. “La protection des données des passagers”, *Revue du droit de l’Union européenne* (2004), 771–795.
- NGUY, V. N. “Using architectural constraints and game theory to regulate international cyberspace behavior”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), 431–463.
- NOVOTNY, E. J. “Transborder data flows and international law: a framework for policy-oriented inquiry”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 141–180.
- OBLE-LAFFAIRE, M.-L. *Protection des données à caractère personnel*, Paris, Editions d’Organisation, 2005.
- ORENGO, E. “*La protection des personnes dans le cadre des flux transfrontières de données personnelles*”, Paris, Université Panthéon-Assas, 2002 (unpublished doctoral thesis; J. Huet and G. Kostic, advisors).
- PAGE, G. *Le droit d’accès et de contestation dans le traitement des données personnelles: étude de base en droit privé suisse et américain*, Zurich, Schulthess, 1983.
- PALAZZI, P. A. *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad, Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- PANEL ON TRADE IN SERVICES: “The case of transborder data flows”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 79 (1985), 246–260.
- PANEL ON LEGAL ISSUES OF TRANSBORDER DATA TRANSMISSION: *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), 175–178.

- PÉREZ ASINARI, M. V. “Legal constraints for the protection of privacy and personal data in electronic evidence handling”, *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18 (2004), 231–250.
- PERRIN, J.-F. “La notion d’‘effectivité’ en droit européen, international et comparé de la protection des données personnelles”, in Faculté de droit de l’Université de Lausanne (ed.), *Mélanges en l’honneur de Bernard Dutoit*, Geneva, Librairie Droz, 2002, 197–208.
- PIERRE-BEAUSSE, C. *La protection des données personnelles*, Luxemburg, Promoculture, 2005.
- PLOEM, C. “Freedom of research and its relation to the right to privacy”, in J. K. M. Gevers, E. H. Hondius and J. H. Hubben (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 161–173.
- POOL, I. de S. and R. J. Solomon: “Intellectual property and transborder data flows”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 113–139.
- POULLET, Y. and M. V. Péres Asinan: “Données des voyageurs aériens: le débat Europe–Etats-Unis”, in *Journal des tribunaux: Droit européen*, vol. 12, No. 105 (January 2004), 266–274.
- QUILLERÉ-MAJZOUB, F. “Les individus face aux systèmes d’information de l’Union européenne: l’impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen?,” in *Journal du droit international*, vol. 132 (2005), 609–635.
- REHDER, J. and E. C. Collins: “The legal transfer of employment-related data to outside the European Union: is it even still possible?,” *International Lawyer*, vol. 39 (2005), 129–160.
- RENARD, A. “Les enjeux mondiaux de la protection des données personnelles dans le cadre de la communication en ligne”, Paris, Université Panthéon-Sorbonne, 2002 (mémoire de DESS, Gestion européenne et internationale).
- RIBS, J. “20 ans de protection des données, ou les droits de l’homme de la troisième génération”, in M. Balado and J. A. García Regueiro (eds.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, 1998, 597–611.
- SALBU, S. R. “Regulation of borderless high-technology economies: managing spillover effects”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), 137–153.
- SEITZ, N. “Transborder search: a new perspective in law enforcement?,” *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 7 (2004–2005), 23–50.
- SENAT, SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES: *Etude de législation comparée No. 62: La protection des données personnelles*, Paris, Le Sénat, 1999.
- SHAFFER, G. “Globalization and social protection: the impact of EU and international rules in the ratcheting up of U.S. privacy standards”, *Yale Journal of International Law*, vol. 25 (2000), 1–88.
- . “The power of EU collective action: the impact of EU data privacy regulation on US business practice”, in P. S. Berman (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, 497–515.
- SIEGENTHALER, J. “La protection des données à caractère personnel en Europe: spécificité de l’Union européenne et régime suisse”, in T. Balmelli (ed.), *La Suisse saisie par l’Union européenne. Thèmes choisis sur le droit et les politiques de l’UE*, Fribourg, Edis, 2003, 213–249.
- SIEMEN, B. “The EU–US agreement on passenger name records and EC-law: data protection, competences and human rights issues in international agreements of the Community”, *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004), 629–665.

- SIHANYA, B. "Infotainment and cyberlaw in Africa: regulatory benchmarks for the Third Millennium", *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), 583–640.
- SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. "La protection des données personnelles. Etat de la législation et tendances de la jurisprudence/3èmes Journées franco-suisses, Dijon, 13–15 octobre 1986", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, No. 3 (July–September 1987).
- SOLOVE, D. J. "Privacy and power: computer databases and metaphors for information privacy", *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000–2001), 1393–1462.
- SOMA, J. T., S. D. Rynerson and B. D. Beall-Eder: "An analysis of the use of bilateral agreements between transnational trading groups: the U.S./EU e-commerce privacy safe harbor", *Texas International Law Journal*, vol. 39 (2004), 171–214.
- SUSSMANN, M. A. "The critical challenges from international high-tech and computer-related crime at the Millennium", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9 (1998–1999), 451–489.
- SWIRE, P. P. and R. E. Litan: *None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1998.
- TABATONI, P. *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.
- TAUSSIG, E. A. "European Union data protection Directive", in A. P. Morriss and S. Estreicher (eds.), *Cross-Border Human Resources, Labor and Employment Issues: Proceedings of the New York University 54th Annual Conference on Labor Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 327–337.
- TURN, R. "Privacy protection and security in transnational data processing systems", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 67–86.
- WAKANA, J. M. "The future of online privacy: a proposal for international legislation", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 26 (2003–2004), 151–179.
- WALDEN, I. "Anonymising personal data under European law", in C. Nicoll, J. E. J. Prins and M. J. M. van Dellen (eds.), *Digital Anonymity and the Law: Tensions and Dimensions*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, 147–159.
- YARN, D. "The development of Canadian law on trans-border data flow", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), 825–855.
- ZGAJEWSKI, T. "L'échange des données personnelles des passagers aériens entre l'Union européenne et les États-Unis: une mise en lumière des faiblesses de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme", in *Studia diplomatica*, vol. 57, Nos. 4–5 (2004), 117–158.

附件五

域外管辖权

(秘书处)

A. 背景

1. 传统上, 国家行使管辖权主要限于其领土上的人、财产和行为, 以及相对例外的国民境外旅行的情况。今天, 国家对境外的人、财产或行为而行使域外管辖权, 已经成为一个日益普遍的现象, 这主要是在于: (a) 人员的跨境活动增多;¹ (b) 跨国公司数量的日益增长; (c) 包括国际银行和国际股票交易在内的世界经济全球化;² (d) 包括贩毒、洗钱、股票欺诈和国际恐怖主义等跨国犯罪活动增长; (e) 非法移民增长;³ 以及 (f) 越来越多地为合法或非法目的跨境使用因特网, 比如电子合同、电子商业和网络犯罪。

2. 国家主张域外管辖权是在没有国际法有关规则的情况下试图以本国的立法、司法或执行措施管辖在境外影响其利益的人、财产或行为。在国内法的专门领域, 主要是刑法和商法的领域内, 由于境外的人、财产或行为更可能影响其利益, 所以国家更普遍地倾向于行使域外管辖权。

3. “域外管辖权”专题就国家实践而言已处于高级阶段, 并且是具体的。尽管该领域似乎强烈需要进行编纂, 但也许会有人质问实践是否足够统一或广泛, 能够支持目前编纂。不过, 这方面的最新

¹ “自1965年以来, 国际移民的数量已经增加了一倍。截至2000年, 全世界有大约1.75亿移民”(J.-D. Gerber, “Foreword”, in Alexander T. Aleinikoet and V. Chetail (编), *Migration and International Legal Norms*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003, p. vii)。

² “世界已经被全球化过程所改变。世界不同地区的国家、社会、经济和文化正日益一体化和相互依存。新技术使得资本、商品、服务、信息和思想能够从一国和大陆迅速转向另一个国家和大陆”(《相互关联的世界中的迁徙: 新的行动方向》, 国际移徙问题全球委员会的报告, 2005年10月, 第1页, 第1段)。

³ “每年大约有250到400万移民未经许可穿越各国边界”(同上, 第85页)。

发展情况表明, 实践可能正在朝着一个更一致的法律观念汇拢。此外, 通讯和交通方面的创新, 使得国家域外管辖权限制的编纂和逐渐发展成为一个及时和重要的工作。

B. 现行规范和规则概览

1. 域外管辖权的概念

4. 可将域外管辖权的概念理解为一国在其境外行使主权权力或权威。这一概念可能有三个需要考虑的方面, 即管辖权、治外法权和适用法。

5. 可将一国的管辖权视为一国的主权权力或权威。⁴ 更具体地说, 一国的管辖权可被分为三类, 即: 立法管辖权、裁断管辖权和执法管辖权。⁵ 立法

⁴ 例如, 见B. H. Oxman, “Jurisdiction of States”, in Rudolf Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, pp. 55-60, at p. 55.

⁵ “管辖权”一词最经常地用于说明一国界定和履行权力 and 责任以及控制自然人和法人行为的合法权力。一国以下列方式行使管辖权: 制定规则(有时称为行使立法管辖权或定规权); 制定那些确认规则被违犯的程序和确切后果(有时称为司法管辖权或裁决权); 以及强制施加后果——比如因违犯行为而失去自由或财产、或者听候裁决、指控违犯规则(有时称为执法管辖权或职权)”(Oxman, 同前, (上文脚注4), 详见第55页)。另见R. O’Keefe, “Universal Jurisdiction: clarifying the basic concept”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, No. 1 (March 2004), pp. 735-760, at pp. 736-740; F. A. Mann, “The doctrine of jurisdiction in international law”, *Recueil des cours...* vol. 111 (1964-I), pp. 1-162, at p. 1; D. W. Bowett, “Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources”, *BYBIL*, vol. 53 (1982), 第1至第26页, 详见第1页; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, at p. 297; M. N. Shaw, *International Law*, 4th ed., Cambridge University Press, 1997, at p. 452; 法语文献见, P. Daillier and Alain Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 6th ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, 第501和第504页, 第334和第336段; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7th ed., Paris: Dalloz, 2004, 详见第78页; and J. Combacau and S. Sur, *Droit international public*, 6th ed., Paris, Montchrestien, 2004, 详见第343页。

管辖权是指一国通过立法来确立人、财产或行为所需遵守的行为规则的权威。裁断管辖权是指一国根据其法律确定当事人在特定案件中权利的权威。执法管辖权是指一国主管当局确保其法律得到遵守的权威。审议不同类别的管辖权可能出于两个重要原因。首先，在通过一项法律时在国际上合法地行使立法管辖权是有效行使该法律的裁断管辖权或执法管辖权的前提。⁶其次，合法行使不同类型的管辖权可能有不同的要求。⁷与裁断管辖权或执法管辖权相比，域外行使立法管辖权造成干扰的可能性较少。

6. 可将治外法权的概念视为与一国超越其领土，包括土地、内水、领海以及毗邻空间的区域有关。超出一国领土的区域可能属于别国领土，或者也许在任何国家的属地管辖权之外，即公海和毗邻空间⁸以及外空。⁹从实践以及法律的角度来说，一国各机关一般仅在本国领土范围内行使立法、司法或执法职能。¹⁰国际法关于国家领土完整和独立的

⁶ 如果实质的管辖权超越合法限制，则后续的执法管辖权是非法的”（Brownlie，前引书（上文脚注5），第308页）；“普遍的意见是，除非一国制定规则的管辖权，否则不得执行这些规则”（Oxman，前引文（上文脚注4），详见第55页）；“一国可利用司法和非司法措施而促使、强迫遵守（或惩罚不遵守）其法律和规则，但其必须具有作规定的管辖权……”（*Restatement of the Law Third, Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, para 431. (1), p. 321）。在刑法方面：“法院不能对美国（或美国的一个州）违反宪法确立的一项罪行行使管辖权”（同上，para. 422, comment c, p. 314）。考虑到两者之间的密切关系，对第2和第3类管辖权之间的区别存在不同看法。关于区分裁断管辖权的文献，例如见 *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I, Peace, R. Y. Jennings and A. Watts (编), Harlow, Longman, 1992, p. 456; M. Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, *BYBIL*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145-257, at p. 145; 以及 Oxman, 前引文（上文脚注4），at p. 55。

⁷ 这些区别对于确定管辖权的限度可能是重要的。根据所行使管辖权的性质，支持行使管辖权所要求的与一国的必然联系各有不同”（Oxman，前引文（上文脚注4），详见第55页）。

⁸ 这一事项大部分由条约管辖，例如：1940年《国际刑法条约》第8条；1952年《统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方面若干规则的国际公约》第1、第3和第4条；《公海公约》第5条、第6条和第11条；1958年《领海及毗连区公约》第19条和第21条。

⁹ 然而，应当指出，外空法构成国际法的一个单独领域，不适合在本专题下审议。

¹⁰ 在例外情况下，一国法院可以依据有关两国间的协议而设在另一国领土上。见洛克比案，安全理事会1998年8月27日第1192（1998）号决议，第4段；苏格兰法院2001年1月31日和2002年3月14日的裁决和上诉分别见于：www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/lockerbie-trial。2012年11月27日检索。

原则禁止一国机关不经别国同意在其领土上实际存在或履行职能。¹¹另外，一国试图不经别国同意通过向别国派遣官员而在别国领土上行使管辖权的，一般被视为侵犯后者的领土完整和独立。¹²对于一国机关在别国领土上实际存在和行使管辖权的某些特殊情况，例如位于别国领土上的外交房舍、领事房舍和军事基地，应当遵守国际法的特别规则¹³，而非关于域外管辖权的国际法。

7. 关于适用法，可将域外管辖权的概念视为一国根据本国法和本国利益而不是适用外国法或国际法来行使管辖权。因此，一国适用外国法和国际法——而非本国法的情况不属于本专题的范围，因为这不构成一国根据本国法和本国利益行使域外管辖权的情况。

2. 域外管辖权的原则

8. 一国行使管辖权或主权威威，通常由其国内法做出规定。然而，行使这一管辖权或权威——包括域外管辖权在内——的合法性是由国际法决定的。¹⁴

¹¹ 国家领土完整和政治独立原则是《联合国宪章》第二条第四项确认的原则之一。在帕尔马斯岛案中，独任仲裁员马克斯·于贝尔指出：“主权在国家关系中意味着独立。对于地球的一部分而言，独立系指一国在其上排除别国而行使国家职能的权利。各国国家机构在过去几个世纪中的发展以及相伴随的国际法的发展，形成了国家对其本身领土的专属权这一原则，使其成为解决国际关系大多数问题的出发点”（《帕尔马斯岛案（荷兰诉美国），1928年4月4日的裁决》，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号：1949.VI），1928年），第829页至第871页，详见第838页）。“首要的原则是一国不能未经别国同意而通过执行本国法律的方式在后者领土上采取措施”（Brownlie，前引书（上文脚注5），详见第306页）。

¹² 有许多关于国家声称有权在国外执行本国法律的案件。尽管存在一些争议，但是一国在别国领土上不经其同意而（公开或秘密）实施国家行为，比如1960年以色列在阿根廷绑架纳粹战犯埃克曼和美国特工在阿尔瓦雷斯·马翁案中的绑架行为，或法国特工在新西兰港口沉没彩虹战士号，一般都构成违反领土主权和不干涉原则”（P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., London, Routledge, 1997, at p. 110）。

¹³ 关于派遣国或东道国对军事基地上军事和文职外国人行使管辖权的特别协议；见 H. Rumpf, “Military bases on foreign territory”, in R. Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, pp. 381-388, at pp. 381-382。

¹⁴ 见荷花号案（法国诉土耳其），1927年9月7日的第9号判决，《1928年常设国际法院汇编》，A辑，第10号，详见第18至第19页。

9. 常设国际法院在荷花号案中的裁决可被视为是审议那些处理一国行使域外管辖权之国际法规则的起点。¹⁵ 法院指出, 一国的管辖权是领土性的; 一国不能在没有国际法许可规则的情况下, 在领土外行使管辖权。然而, 法院区分了一国行使境外管辖权的情况与一国就境外的人、财产或行为而在境内行使管辖权的情况。法院指出, 就后一种行使管辖权的情况来说, 各国有广泛的任意裁量权:

现在, 国际法施加于一国的首要限制是——若不存在相反的许可规则——不得以任何形式在别国领土上行使权力。就此来说, 管辖权肯定是领土性的; 它不能由一国在其领土之外行使, 除非从国际惯例或公约衍生出许可规则。

然而, 这并不是说国际法禁止一国在其领土上就任何涉及在国外发生的行为、并非该国能依赖某些国际法许可规则的案件行使管辖权。

……

在这些情况下, 对一国所能要求的一切是, 它不应当超越国际法对其管辖权的限制; 在这些限制内, 它有权依据主权而行使管辖权。¹⁶

10. 自从常设国际法院1927年判决荷花号案以来, 在国家域外管辖权方面出现了一系列的重大发展。特别是, 可以根据当代国际法而主张某些管辖权原则作为一国域外管辖权的根据, 这包括: (a) “客观”属地原则; (b) “效果学说”; (c) 保护原则; (d) 国籍原则; 以及 (e) 被动人格原则。关于一国根据国际法在域外行使管辖权的各种原则都具备一项共同的基本要素, 那就是以与所涉人员、财产或行为充分相关为依据主张拥有管辖权的国家对此享有合法利益。

11. 客观属地原则可理解为, 当试图管辖之行为的构成因素出现在领土国境内时, 一国可对其领土外的人、财产或行为行使管辖权。

¹⁵ 同上。荷花号案涉及一艘法国船抵达伊斯坦布尔时与一土耳其船在公海上相撞, 导致土耳其船上土耳其国民数人死亡; 案情涉及土耳其对法国船上一法国国民为土耳其国民的死亡所负刑事责任而行使裁断管辖权。

¹⁶ 同上, 第18至第19页。

12. 效果原则可理解为根据外国国民于一国领土外发生的行为在该领土上产生重大影响而主张管辖权。这一依据尽管密切关系到客观属地原则, 但不要求行为要素之一发生在管制国的领土上。

13. 保护原则可理解为一国可由于境外的人、财产或行为可能对该国的基本国家利益构成威胁而对其行使管辖权, 比如对一国国家安全的国外威胁。这一管辖权原则可被视为客观属地原则或效果学说的具体适用。

14. 国籍原则可理解为国家可就本国国民, 包括自然人、公司、飞机和船舶在境外的活动行使管辖权。¹⁷ 这个久已确立的管辖权原则以一国对其国民所拥有的主权权力为基础。

15. 被动人格原则可理解为一国可就对其国民造成伤害的境外行为行使管辖权。这一管辖权原则在过去受到某些国家的质疑, 但近年来已经获得更多的认可。¹⁸

16. 普遍原则可理解为任何国家都可基于国际社会的利益对国际法上规定的某些犯罪行使管辖权。一国甚至可在与犯罪人、受害人或犯罪地没有特别联系的情况下行使这类管辖权。因此, 一国可以就其境外的某一外国国民对另一外国国民所犯罪行而行使这类管辖权。然而, 一国是为国际社会的利益, 而非完全为自己国家的利益而行使这类管辖权, 因此这一管辖权原则不属于本专题的范围。

17. 下面将简要地就与这方面特别相关的国内法领域, 也即刑法和商事法来审议涉及国家域外管辖权的各项原则。¹⁹

¹⁷ 人员、公司、飞机或船舶的国籍取决于国内法和国际法的有关规则, 国际法委员会在审议其他专题时已经处理了这些规则。

¹⁸ 在刑法方面, 见法官希金斯、库吉曼和比尔根塔尔的联合独立意见, 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 《2002年国际法院汇编》, 第3页, 详见第76页至第77页, 第47段。另见1963年《关于在航空器内的犯罪和某些其他行为的公约》第4条, 以及1979年《反对劫持人质国际公约》第5条。

¹⁹ 域外管辖权在移民法和环境法方面也许同样日益重要。近年来在禁止企图从海上登陆的非法移民以及涉嫌从事恐怖主义活动的外国人方面已经日益频繁地出现移民法的域外适用。关于环境法, 一国可以谋求管辖那些有可能在其领土上

3. 特别法律领域的域外管辖权

(a) 刑法

18. 各国在刑法事项上主张立法或裁断管辖权，这在传统上依据一系列久已确立的管辖权原则。尽管“属地原则”被视为刑法事项管辖权的首要依据，²⁰但“客观属地原则”和“国籍原则”也久已确立。²¹与此相对的是，以被动人格原则、保护原则和效果学说等其他原则为依据的做法变得更具争议。不过，最近各国的实践表现出扩大刑事管辖权的传统基础使其涵盖某些特定类型境外犯罪的一般趋势，这些犯罪具有特别的国际范围和影响，比如恐怖主义、网络犯罪和毒品犯罪。²²

19. 被动人格原则让国家对境外实施的侵犯本国国民的犯罪拥有管辖权，该原则尽管在过去有争议，²³但“目前反映在……不同国家的立法之

或在全球范围——在公海或另一国领土内——产生有害环境影响的行为和情况。例如，见 A. L. Parrish, “Trail Smelter déjà vu: extraterritoriality, international environmental law, and the search for solutions to Canadian—U.S. transboundary water pollution disputes”, *Boston University Law Review*, vol. 85 (2005), pp. 363-429.

²⁰ 见荷花号案（上文脚注14），详见第20页。

²¹ 普通法国家倾向于将其对海外国民行使管辖权的犯罪限于非常重大的案件（比如叛国、谋杀或重婚），但从未反对过分使用国籍原则作为行使管辖权的基础。在这方面值得注意的是，美国国会最近通过一项法案，规定对协助美国境外武装力量的公民所犯罪行以及擅自脱逃并未受军法审判的前军人的犯罪行使联邦管辖权。这一法律，即2000年《军事域外管辖权法》（Publ. L. No. 106-523, 114 Stat. 2488 (2000)（编纂于18 U.S.C. 3261-67 (2002)）旨在填补强奸、纵火、抢劫、盗窃和欺诈等罪行方面的管辖权漏洞（见 M. J. Yost and D. S. Anderson, “The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: closing the gap”, *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 446-454）。关于普通法国家的案例，见 *United States v. Bowman* (260 U.S. 94 (1922)), *Blackmer v. United States* (284 U.S. 421 (1932)) 或 *United States v. Boshell* (952 F.2d 1101 (9th Cir., 1991))。

²² 关于洗钱犯罪方面的这类大体上的延伸，见2001年《消除国际洗钱行为和反恐资金筹措法》（Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001)）。

²³ 特别是在美国和联合王国：例如见 *United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)) 和 *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. 1994))；另见 *Cutting case* (in J. B. Moore, *A Digest of International Law*, 第2卷，Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, pp. 228-242)，美国在该案中强烈抗议墨西哥要求就一美国公民对在美国的一个墨西哥国民所犯罪行行使管辖权。不过，见1974年法国拒绝以色列关于引渡巴勒斯坦恐怖主义分子的请求，其理由是请求依据的是被动人格原则（见 E. Cafritz and O. Tene, “Article 113-7 of the French

中……并且至少就所涉特定类型的犯罪而言，现在遭到的反对相对较少”。²⁴特别是在恐怖主义方面，原来不愿适用被动人格原则的某些国家，现在也承认其是一个恰当的行使管辖权的基础。美国最近关于恐怖主义的立法²⁵和司法案例²⁶是这方面的典型实例。

20. 保护原则允许各国对在境外实施被视为对该国某些基本国家利益构成威胁之行为的外国人行使管辖权，尽管这一原则通常限于很具体的犯罪和政治行为，²⁷但对新型的网络犯罪和恐怖主义犯罪也有特殊的相关性。在这方面，一些国家已经扩大了对“重大利益”概念的解释，以解决恐怖主义安

Penal Code: the passive personality principle”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), pp. 585-599, at p. 594)。

²⁴ 见法官希金斯、库吉曼和比尔根塔尔法在2000年4月11日逮捕证案中的联合单独意见（见上文脚注18），详见第76至第77页，第47段。的确，国际实践表明包括美国在内的大多数国家承认这一原则，但将其适用于具体犯罪。（关于恐怖主义，见下文）。关于美国，例如见《第三次法律重述……》（上文脚注6），第402段，详见第240页），其中指出被动人格原则尚未在普通侵权法或刑法方面获得普遍承认；中国、意大利和丹麦将行使被动人格管辖权仅限于某些类型的罪行或被处于某些最低程度惩罚的罪行；芬兰、希腊、挪威和瑞典以双重犯罪标准作为行使被动人格管辖权的法定前提；《挪威刑法典》规定，只有国王可根据被动人格管辖权提起法律诉讼；芬兰、意大利和瑞典也要求取得行政当局同意（见 Cafritz and Tene（上文脚注23），详见第596页至第598页）。的确，在这方面参看《法国刑法典》新的第113-7条，其中规定对任何类型的犯罪都适用都被动人格原则。

²⁵ 例如，见18 U.S.C.A. 2332A (a)(1)(2004)，涉及与恐怖主义有关的使用大规模杀伤武器的情况；18 U.S.C.A. 2332f (b)(2)(B)(2002)，涉及与恐怖主义有关的炸毁公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施的情况。法国的情况，例如见1975年7月11日通过的1975年第75-624号法律，《法兰西共和国公报》，1975年7月13日，详见第7219页。

²⁶ 例如，见 *United States v. Yunis* (681 F. Supp. 896 (1988))；and *United States v. Vasquez-Velasco*（上文脚注23）。

²⁷ 见 Harvard Law School, *Harvard Research in International Law*, Supplement to the *AJIL*, vol. 29 (1935), Codification of International Law, Part. II, “Jurisdiction with Respect to Crime”(draft convention on jurisdiction with respect to crime), pp. 435-651, at p. 543 and 561；这一公约草案将“保护”的概念与“国家安全”和“伪造”的概念联系起来。保护原则也通常适用于货币、移民或经济犯罪等罪行（见 Brownlie, 前引书（上文脚注5），详见第302页）。例如，关于各国适用保护原则的情况，分别见美国和联合王国法院的判决，*United States v. Pizzarusso*, 388 F.2d 8 (2th Cir. 1968)；*United States v. Egan*, 501 F. Supp. 1252 (S.D.N.Y. 1980)；*Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, *Annual. Diges/ILRt*, vol. 15 (1948), p. 115)；and *Joyce v. D.P.P.* ((1946) AC 347, 同上, p. 91)。

全问题，并在立法中引进了保护原则²⁸，在某些法庭审理案件时予以适用。²⁹

21. “效果学说”允许一国在某一境外活动在该国境内产生实质性影响时行使管辖权，这一学说最近也被适用于刑事事项。³⁰一些国家的立法规定了域外效果，允许将国家立法适用于仅仅在境外谋划或企图进口毒品但在主张管辖权的国家境内未付诸实施的人。³¹

22. 关于执法管辖权，一国未经另一国同意不得在其境内执行其刑法，也即调查犯罪或逮捕嫌疑

人。³²然而在某些情况下，国家派出代表到另一国境内执行其刑法，特别是在别国境内开展调查³³或者逮捕涉嫌实施恐怖主义、网络犯罪和贩毒的嫌疑人³⁴。³⁵

(b) 商事法

23. 世界经济日益全球化，导致各国越来越依赖行使域外管辖权来保护其经济利益，对抗跨国公司和其他全球行为者。尽管在商业领域通过国内法行使域外管辖权的行动已经在竞争法/反托拉斯法等方面引起严重抵制，但有迹象表明，这类措施正在逐渐获得承认。美国³⁶依然是在该领域最积极的

²⁸ 例如，见 18 U.S.C. 2332F (b)(2)(E)(2002)，涉及与恐怖主义有关的炸毁公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施的情况；以及 18 U.S.C.A. 2332G(b)(4)(2004)，涉及与恐怖主义有关的用于摧毁飞机的导弹系统。

²⁹ 最新的案件，见 *United States v. Ben Laden* (92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000))，美国法院在该案中认为，根据国际法的保护原则，反恐怖主义法规定的域外管辖权是合理的。（见 J. T. Gathii, “Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law”, *Albany Law Review*, vol. 67 (2003 - 2004), pp. 335-370, at p. 343)；与“恐怖主义”有关的较早的案件，见 *Wechsler* (Conseil de Guerre de Paris, 20 July 1947, *Journal du droit international*, vol. 44, at p. 1745)；*In re Urios* ([1919-1922] *Annual Digest/ILR*, vol. 1, p. 107 (No. 70 (Cour de Cassation, France, 1920))), or *Journal de droit international*, vol. 47 (1920), p. 195)；*In re Bayot* ([1923-1924] *Annual Digest/ILR*, vol. 2, p. 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923)), or *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, 1924*, p. 136)；*Nusselein v. Belgian State* ([1950] *Annual Digest/ILR*, vol. 17, p. 136 (No. 35) (Cour de Cassation, Belgique, 1950)), or *Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat de Belgique, 1950*, p. 450)。

³⁰ 尽管根据一些国家的判例主要来自于西欧国家，属地原则似乎是用以打击网络犯罪的主要的管辖权依据，但它在广义上被解释为相当于适用效果学说或保护原则。关于属地原则的明确适用，见某英国法庭关于网站色情内容的判决 (*Southwark Crown Court, R. v. Graham Waddon* [2000], 30 June 1999, [2002] All ER(D), 502, 30 June 1999) 以及澳大利亚高等法院的判决，*Dow Jones & Company Inc. v Gutnick*, HCA 56, 10 December 2002。关于将属地原则广义解释为相当于适用效果学说或被动原则的情况，见德国联邦法院对托宾案的判决 (BGH 46, 212, decision of 12 December 2000)，该案与在因特网上否认存在大屠杀有关，以及法国某法院对雅虎案的判决 (*Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001))。见 Y. A. Timofeeva, “World wide prescriptive jurisdiction in internet content controversies: a comparative analysis”, *Connecticut Journal of International Law*, 第20卷 (2005)，第199至第225页，详见第202页起。

³¹ 见美国法院在诺列加案中适用的法规 (美国诉诺列加案, 117 F.3d 1206, 详见第1515至第1519页 (11th Cir. 1997))；也见《美国旅行法》，18 U.S.C. 1952 (a)(3)(2002)。

³² 不过应当提到的是，某些国家的法院认为一国不能行使执法管辖权并不影响其对有关事项进行立法和裁断。例如，见德国联邦法院对托宾案的判决 (上文脚注30) 以及雅虎案 (同上)。

³³ 例如，美国承认最近在俄国境内进行了某些调查以搜索某些数据，理由是这些数据否则将会丢失 (更多详情，见 P. L. Bellia, “Chasing Bits across Borders”, *University of Chicago Legal Forum*, (2001), pp. 35-101, at p. 40)。

³⁴ 这些绑架行为引发的一个重要问题是，法院或法庭是否有管辖权审判被非法带至庭前受审的人。案例法在这个问题上的分歧很大：关于美国法院的情况，见 *Ker v. Illinois* (119 U.S. 436 (1866))，*Frisbie v. Collins* (342 U.S. 519 (1952))，*United States v. Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)) 和 *United States v. Alvarez-Machain* (504 U.S. 655 (1992))；美国法院提供的另一解决办法见 *United States v. Toscanino* (500 F.2d 267 (2th Cir. 1974))；其他国家的情况：以色列，*Eichmann case* (*Attorney General of Israel v. Eichmann* (1961), District Court of Jerusalem, 12-15 December 1961, ILR, 第36卷 (1968), p. 5)；英国，*Ex parte Susannah Scott* (1829) (*The English Reports*, vol. 109 (1910), p. 166)；英国法院提供的另一种解决办法见 *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court* (*Ex parte Bennett*) (1993, 3 P, 138 (H.L.))；加拿大，见 *In re Harnett* (1973, 1 O.R.2d 206, 207 (Can.))；德国，见联邦宪法法院的判决，法院在判决中指出如果被害国反对绑架，则仅需要遣返被绑架者 (39 *Neue Juristische Wochenschrift* 1427 (1986) (German Federal Constitutional Court 1985))；南非，见 *State (South Africa) v. Ebrahim* (ILR, vol. 1995, p. 417)；这方面的情况见 Timofeeva, 前引文 (上文脚注30)，详见第202页起。

³⁵ 一般通常认为这类行为构成侵犯《联合国宪章》第二条第四项所保护的国家主权，就绑架行为而言，也违反了欧洲各国加入的《欧洲人权法公约》第5条 (关于后一种情况，见司多克诉德国，第11755/85号申请，1991年3月19日的判决，欧洲人权法院，《判决和裁决》，A辑，第199卷 (1991年)，第5页，以及约克兰诉土耳其，第46221/99号申请，2005年5月12日的判决，大法庭，欧洲人权法院，《判决和裁决汇编》，2005-IV)。

³⁶ 在这方面，美国的两部商事法律值得一提：1890年《谢尔曼反托拉斯法》和2002年《萨班斯-奥克斯利法》。第一部法律是美国主要的反托拉斯法，禁止任何旨在限制州际贸易或对外贸易的合同、信托和阴谋以及企图垄断或实际垄断对这类商业的任何部分行为。该法还规定了对参与

域外措施立法者，其他国家和地区组织，比如欧洲联盟、³⁷ 法国、³⁸ 德国³⁹ 以及最近的大韩民国⁴⁰ 也制定了可在域外适用的法律。

24. 在商事法方面，各国主要依据国籍原则和“效果学说”来描述其域外管辖权。例如，欧洲联盟对在当地设立子公司的跨国公司采取了扩大的国籍主义，以便确立对其各项活动的管辖权。⁴¹ 另一方

任何这些行为的经济处罚。2002年《萨班斯-奥克斯利法》涉及美国证券交易所上市公司的法人治理问题，并“要求适用于所有股票在美国上市的公司”，外国公司也不例外。见 C. A. Falencki, “Sarbanes-Oxley: ignoring the presumption against extraterritoriality”, *George Washington International Law Review*, vol. 36(2004), pp. 1211-1238, at p. 1216.

³⁷ 在这方面，欧洲联盟尽管原来反对域外管辖权并强烈批评美国的实践，但实际上也对其成员国境外的控制性兼并、收购和合资行使管辖权。的确，欧洲共同体法院承认其对某些外国公司及其境外活动拥有管辖权，并对它们适用《《建立欧洲经济共同体条约》》第81和第82条中的竞争条款（原第85和第86条）以及经1997年6月30日的理事会（EC）1310/97号条例修正的理事会关于控制企业集中的（EEC）4064/89号条例。见 D. J. Feeney, “The European Commission's extraterritorial jurisdiction over corporate mergers”, *Georgia State University Law Review*, vol. 19(2002-2003), pp. 425-491, at p. 427.

³⁸ 最著名的实例是备受批评的《法国民法典》中关于法国法院裁断法国人与外国人境外签署的合同的规定。见 Combacau and Serge Sur, 前引书（上文脚注5），详见第354页。

³⁹ 《德国反限制竞争法》一开始颁布于1957年，已经有数次重大修订，最后一次修改是1998年，并于1999年做最后修正：第130(2)条规定，“本法应适用于所有在本法适用领域有影响的限制竞争行为，即使这些行为源自该领域之外的行为”。因此，所有的禁止和通知要求都适用于有直接、合理可预见和重大效果（不必是实质性效果）的行为。该法也经常适用于外国企业（见 www.antitrust.de）。另见 A. V. Lowe, “The problems of extraterritorial Jurisdiction: economic sovereignty and the search for a solution”, 《国际法和比较法季刊》，vol. 34(1985), pp. 724-746, at p. 736, 还可援引 D. J. Gerber, “The extraterritorial application of the German antitrust laws”, *AJIL*, vol. 77(1983), pp. 756-783.

⁴⁰ 大韩民国最近也将域外管辖权赋予其本国反托拉斯法。修订后的《垄断规则和公平贸易法》于2005年4月1日生效，其中规定该法可域外适用。这一法律修订旨在使该法符合韩国法院自2002年以来的最新实践，向某些外国制造商适用本国反倾销法。见韩国公平贸易委员会2002年4月4日的决定（case 2-77）；该决定得到首尔高级法院在2003年8月26日的判决（2002 nu 14647）和韩国公平贸易委员会2003年4月29日的决定（case 3-98）的确认；另见 Y. Jung, “Korean competition law: first step towards globalization”, *Journal of Korean Law*, vol. 4, No. 2(2005), pp. 177-199, and W. Kim, “The extraterritorial application of U.S. antitrust law and its adoption in Korea”, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7(2003), pp. 368-411.

⁴¹ *Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Community*, case 48-69, *Judgement of 14 July 1972*, *European Court Reports 1972*, p. 619; *Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Community*, case 6-72, *Judgement of 21 February 1973*, *European Court*

面，尽管在国际上有一些反对意见，但美国日益依据“效果学说”确立对境外外国行为者的行为的管辖权，只要这些行为旨在并且实际上在美国国内市场⁴²上产生了影响。⁴³

25. 扩大一国的域外管辖权和“效果学说”以涵盖与其外交政策利益相冲突的活动，这种做法已被证明特别有争议。这方面的一个实例是美国企图通过域外措施对古巴和利比亚实施经济制裁，比如1996年《赫尔姆斯-伯顿法》⁴⁴ 和《达马托-肯尼迪法》⁴⁵。这类措施引起潜在的受影响国提出外交抗议，通过阻却法并在世贸组织提起争端解决程序（见下文，拟议的域外管辖文书概要，第E.7节）。最后，大家商定无限期中止实施这些措施的域外规定。

26. 一国根据被动人格原则在商事法方面行使裁断管辖权也引起了争议，这涉及到《法国民法典》中关于允许法国法庭裁断法国国民和外国人之间的任何合同争端的规定。⁴⁶

27. 关于执法管辖权，尽管国际法通常禁止不经领土国同意而在域外主张执法管辖权，但国家在某些情况下缔结协议，允许在域外执行其商事法和竞争法。⁴⁷

Reports 1973, p. 215; *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Community*, *Joined Cases 6 and 7-73*, *Judgement of 6 March 1974*, *European Court Reports 1974*, p. 223. See also Feeney, 前引文（上文脚注37），详见第426页，and J. J. Norton, “The European Court of Justice Judgment in *United Brands*: Extraterritorial Jurisdiction and Abuse of Dominant Position”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8(1979), pp. 379-414.

⁴² 例如，见 *F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran* (542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004)).

⁴³ “[无论其确切内容和标准如何]，所谓属地管辖权的‘效果’学说，已经在国际法律界引起很大争议并且成为法律界热烈讨论的课题”（Norton, 前引文（上文脚注41），详见第385页）。

⁴⁴ Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996, Pub. L. No. 104-114 (1996).

⁴⁵ 1996年《伊朗和利比亚制裁法》(H. R. 3107)。

⁴⁶ 见 Combacau and Sur, 前引书（上文脚注5），详见第354页。

⁴⁷ 见经修正的《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》（欧盟成员国之间）；《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》（欧盟和欧洲自由贸易联盟成员国之间）；《美洲外国判决和仲裁裁决的治外效力公约》（美洲国家组织成员之间）；《关于对外国判决的域外效力实施国际管辖权的美洲公约》；

C. 无效行使域外管辖权的后果

28. 一国只有在国际法允许的范围内主张域外管辖权时才有权获得其他国家的承认。当一国行使域外管辖权而其他国家认为过度时，其他国家可以通过一系列不同方式反对行使这类管辖权。这类反对的实例包括外交抗议；⁴⁸ 拒绝承认法律、命令和判决；⁴⁹ “阻却法”⁵⁰ 和“反报法”等立法措

以及[欧洲联盟]理事会2000年12月22日关于管辖权以及承认和执行民事判决的第44/2001号条例，《欧洲共同体公报》，第L12号，2001年1月16日，第1页。另见《国际货币基金组织协定条款》，其中第8.2(b)条规定“不得在任何成员的领土上执行涉及任何成员的货币并且有违于该成员根据本协议而保持或施加的换汇控制规则的换汇合同”。另见Lowe, “The problems of extraterritorial jurisdiction...”, 前引文(上文脚注39)，详见第732页。

⁴⁸ 例如，当美国修订其《出口管理条例》以禁止向苏联出口石油或天然气开发设备时，欧洲共同体和联合王国提出了抗议。欧洲共同体的评论意见阐述了对有争议措施的规定，并特别指出：“在本案中适用的美国措施因为其域外特点而在国际法上不能接受。这些措施谋求管辖非美国国籍的公司在美国境外的行为，特别是处理这些公司不在美国的财产和技术数据的行为”；见1982年8月12日欧洲共同体提交美国国务院的对1982年6月22日《出口管理条例》修正案的照会和评论；联合王国政府1982年10月18日就同一事项提交的照会；以及欧洲共同体1983年3月14日再次提交的备忘录，见A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction: an Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge, Grotius, 1983, p. 197, at p. 201)。针对域外行使管辖权提出的其他外交抗议的实例包括：日本1960年8月23日和1961年3月20日向美国国务院提交的备忘录，同上，详见第121页(摘要)；联合王国于1969年10月20日向欧洲共同体委员会提交的备忘录，同上，详见第144页)。

⁴⁹ 当一国或其法院的行为违反国际法，包括有关行使管辖权的规则，其他国家在国际法上有权(而不是有义务)拒绝让任何法律行为生效……在实践中，大多数国家在国际私法规则中确保超越国际法允许的管辖权限度的外国法和决定不会在国外得到承认或执行”(Oppenheim's *International Law* (见上文脚注6)，详见第485页)。特别是，一些国家一般拒绝让别国的公法生效，如税法、刑法和充公法。略见，同上，第488页至第498页。

⁵⁰ “阻却法”通常是对行使管辖权的合法性持有异议的国家通过的法律，旨在采取制定直接的冲突法的方式禁止执行有争议的法律规定。特别是，这类规定可能禁止与外国提起诉讼或调查程序合作，禁止遵守其他国家的域外法律，宣布基于这类措施的判决无效，以及允许因这类措施遭受损害而获得赔偿。作为下文讨论的外国强制学说的结果，阻却法可能会产生限制域外措施的可执行性的副作用，即使在颁布这类措施的国家也不例外。在适用这类学说的国家，由于履行将涉及违反领土国的法律，因此本国法院不要求履行有关的域外措施。例如，一些国家通过了保护措施以回应美国通过1996年《古巴自由和民主团结(自由)法》(也称为《赫尔姆斯-伯顿法》(见上文脚注44)，谋求惩罚与古巴做生意的非美国公司)。加拿大修正了其《外国域外措施法》(R.S.C., ch. F-29, para. 3 (1985), amended by ch. 28, 1996 S.C. (Can.))；墨西哥通过了《保护商务和投资反对违反国际法的外国政策法》(www.disputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf)；欧洲联盟通过了关于提供保护避免受到第三国通过的立法的域外适

施；⁵¹ 禁止令等司法措施；⁵² 以及提起国际诉讼。⁵³ 对承认域外管辖权的限制以及对无效主张这类管辖权的可能回应都可在草案中得到讨论。

D. 出现并行合法管辖权时的优先顺序

29. 也许会出现这样的情况，也即主张域外管辖权的国家是唯一与任何国家境外的有关人员、财产或情况有联系的国家。在这种情况下，该国有专属管辖权。更经常出现的情况是，一国域外管辖权与一个或更多其他国家——主要是领土国——的管辖权重迭。各国的并行管辖权可能产生管辖权优先顺序方面的争端。这个问题涉及域外管辖权和领土管辖权之间在优先顺序方面的关系。⁵⁴ 在这方面，有必要区分立法或裁断管辖权与执法管辖权。

用以及相关行为的影响的1996年11月22日(EC)2271/96号理事会条例，《欧洲共同体公报》，第L309号，1996年11月29日，第1页。见J. W. Boscariol, “An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States”, *Law and Policy in International Business*, vol. 30, No.3 (1999), pp. 439-499, at pp. 441-442, and 471-474 (describing Canada's Foreign Extraterritorial Measures Act)；A. Layton and A. M. Parry, “Extraterritorial Jurisdiction - European Responses”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, No.2 (2004), pp. 309-325, at pp. 311-312 (describing the United Kingdom's Protection of Trading Interests Act of 1980, c. 11 § 1(1)(b)(Eng.))；H. L. Clark, “Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), pp. 61-96, at pp. 81-92。另见Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction...*, 前引书(上文脚注48)，详见第79至第219页(containing texts of blocking statutes from various States)。

⁵¹ 例如，见(EC)2271/96号理事会条例，第6条(上文脚注50)；以及《加拿大外国域外措施法》，第9(1)(a)条(同上)。

⁵² 例如，在美国诉帝国化学工业公司案中，一家英国公司可以从英国法庭获得一个禁止令，限制案件中的一方当事人强制执行美国法庭的域外裁决。见Oppenheim's *International Law* (上文脚注6)，详见第477页，脚注50(特别援引美国诉帝国化学工业公司案(1952)，105 F.Supp 215)。

⁵³ 原则上，超越管辖权会引发国家责任，甚至是在未伤害另一国意图的情况下”(Brownlie, 前引书(上文脚注5)，详见第312页)。因此，国家能够在国际法庭为不正当行使管辖权寻求赔偿。荷花号案是与这类措施最为相关的实例，在该案中，法国针对土耳其据称过分行使管辖权的行为寻求赔偿。在艾希曼案(见上文脚注34)中，有关以色列在阿根廷主张执法管辖权的争端被提交给安全理事会，两国就此达成了解决办法。

⁵⁴ 见Oppenheim's *International Law* (上文脚注6)，详见p. 458 (“领土性是管辖权的首要基础；即使另一国有并行管辖权的理由，其权利行使也仅限于不得与拥有领土管辖权国家权利发生冲突”)。另见Daillier and Alain Pellet, 前引书(上文脚注5)，详见第502页(“依据权力等级制特别是领土主权对属人管辖权的优先地位而产生的理论上的解决办法缺乏灵活性，原则上排除了国内法在国外的任何适用(至少排除了强迫性适用)”)。

30. 因主张域外管辖权而导致出现并行管辖权的优先顺序问题, 这种情况往往涉及立法管辖权或裁断管辖权。一些国家制定了解决这类问题的一般性原则或规则。例如, 可要求一国法院域外适用另一国立法。为最大限度地减少发生冲突的可能性并威慑外国, 一些国家的法院采纳了禁止其本国法域外适用的推定。⁵⁵ 因此, 除非有特别表明存在专门的法律或规范旨在适用于外国国民在境外实施的行动, 法院将认为立法机关并没有这类意图。这类规则的一部分依据是礼让原则和不干涉他国内部事务原则以及现实的考虑。

31. 外国强制主义是法院为处理域外措施造成的并行主张管辖权问题而制定的另一项规则。外国强制主义规定, 一方不得因另一国法律要求采取的行动而在该国承担刑事或民事责任。⁵⁶ 因此, 即使主管法院裁定管辖权主张是合理的, 它也不能适用与领土国的刑法直接冲突的域外措施。

32. 在执法管辖权方面通常不会出现并行管辖权问题。作为一般规则, 国家不得允许在未取得领土国同意的情况下在另一国的领土上执行其法律。常设国际法庭曾在荷花号案中指出, “一国……不得以任何形式在另一国领土行使权力”。⁵⁷ 因此, 由于以色列在阿根廷领土上抓获阿道夫·艾克曼并随即将其转移到以色列审判, 安全理事会要求以色列政府对阿根廷做出适当赔偿。⁵⁸

E. 拟订法律文书

33. 关于本专题的法律文书可着眼于制定一般原则和更为具体的涵盖依据国际公法主张域外管辖

权事宜的规则。对现行规范和规则的概览表明, 有大量与主张域外管辖权有关的国家实践可供委员会在制定此类法律文书时参考。

34. 最新的技术发展和世界经济全球化限制了国家完全依靠传统管辖权原则保护本国利益的能力, 促使域外管辖权有关法律在某些方面的分歧和不稳定程度上升。因此, 制定关于本专题的法律文书草案除了编纂之外可能还需要进行大量的法律逐渐发展工作。尽管国家实践体现出新规则出现或传统规则扩大的强烈趋势, 可能引导委员会解决分歧领域, 从而使实际重要性日益增加的某个国际法领域更为清晰和确定, 但为了制定本专题的法律文书草案, 的确需要开展一些法律的逐渐发展工作。

1. 本专题的范围

35. 鉴于管辖权专题总体上范围广泛, 界定本专题的范围很重要。某些编纂的努力已经从更广义的普遍管辖权的角度审议了域外管辖权问题,⁵⁹ 因此不妨将本专题仅限于主张域外管辖权方面。另外, 不妨将本专题仅限于国内法的域外适用方面。

36. 一些有可能产生域外管辖权问题的法律领域在一定程度上受特别法制度的调整。其中主要是海洋法、外空法、国际人道主义法和税法。另外, 如果在司法和警方协助与合作方面以及外国判决的承认和执行方面主张域外管辖权, 大部分要受现行国际、区域和双边协议的约束。尽管这些特别规则可为制定域外管辖权方面的一般原则和规则提供一些指导, 但本法律文书草案不会影响现行法律制度。

37. 尽管国家主张域外管辖权往往会导致试图并行行使管辖权或管辖权冲突, 但没有必要重新审议国家为解决这类冲突而制定的国际私法规则。不过, 也许应当纳入一般性的礼让原则。这些原则对于解决因主张域外管辖权而产生的冲突具有特殊意义。

⁵⁵ 见Mann, 前引文(上文脚注5), 详见第63至第64页; 以及*F. Hoffman-LaRoche v. Empagran* (上文脚注42): “首先, 法院通常会分析模棱两可的法律, 以避免不合理地干扰其他国家的主权权力”(第4页)。

⁵⁶ 见Clark, 前引文(上文脚注50), 详见第92至第93页; Brownlie, 前引书(上文脚注5), 详见第308页(援引Judge R. Y. Jennings, “Extraterritorial jurisdiction and the United States antitrust laws”, *BYBIL*, vol. 33, (1957), pp. 146-175, at p. 151); R. K. Gardiner, *International Law*, London, Pearson, 2003, at p. 325; and *Oppenheim's International Law* (上文脚注6), at p. 464-465。

⁵⁷ 荷花号案(上文脚注14), 第18页。

⁵⁸ 安全理事会1960年6月23日第138(1960)号决议。不过, 见艾希曼案(上文脚注34), 以及阿尔瓦雷斯-麦凯恩案(同上)。

⁵⁹ 见Harvard Law School, *Harvard Research in International Law, Codification of International Law...* (上文脚注27), 第439页; and American Law Institute, *Restatement of the Law (Third)...* (上文脚注6)。值得一提的是, 该Restatement主要侧重于美国的实践, 因此与本专题的关系有限。

38. 无效主张域外管辖权的后果是以往的编纂工作中没有充分讨论的本专题一个方面。尽管国家对国际不法行为的责任条款在某种程度上处理了这一问题，但在努力制定规则和程序解决无效主张域外管辖权相关争端引起的特别问题时，但在这方面仍然有大量的国家实践可供利用。

2. 定义

39. 本研究的基本内容之一是界定法律文书将要涵盖的主要概念。界定“管辖权”和“域外”这两个用语是确定案文草案范围的关键。进一步审议本专题可能会发现有必要在草案中明确界定的其他用语。

40. 可将一国的管辖权概念视为一般意义上的一国主权权力或权威。在这方面，可以区别三类管辖权，即立法、裁断和执法管辖权。

41. 可将治外法权概念视为超出一国领土包括其土地、内水、领海以及毗邻空间的区域。这类区域可能在别国的领土范围内或者不在任何国家的属地管辖权范围内。

3. 域外管辖权的核心原则

42. 通常认为，为了让国家对一自然人或法人、财产或情况有效地主张管辖权，必须与该人、财产或情况存在某种联系。约束一国行使域外管辖权的一般国际法原则体现了构成行使域外管辖权充分依据的各类联系。这些原则如下：

- 涉及域外管辖权的属地原则
- 客观属地原则
- 效果学说
- 国籍原则
- 被动人格原则
- 保护原则

43. 主张任何域外管辖权必须至少以上述原则之一为依据才能够在国际法上有效。视具体情况不同，在确定域外管辖权在具体案件中的有效性时，可能涉及上述多项原则。

4. 关于主张域外管辖权的规则

44. 按照一国企图行使的管辖权的类别，该国为有效行使域外管辖权而与某人、财产或情况必有联系的程度可能不同。因此，有必要说明各种管辖权原则可能为主张域外立法、裁断或执法管辖权而提供根据的程度。行使域外管辖权也可能在某些特殊法律领域引起特别问题，比如那些与刑法领域中的网络犯罪或商事法领域中的电子商务有关的问题。因此，也许应当纳入具体规定以处理这类特别问题。制定一般性原则和规则也许无法恰当地处理它们。

5. 对国家主张域外管辖权的权利的限制

45. 主张域外管辖权应受到某些国际法基本原则的限制，比如《联合国宪章》所载的国家主权平等、国家领土完整原则以及不干涉别国内政原则。在主张域外管辖权的适用时也应考虑礼让的因素。

6. 无效主张域外管辖权的后果

46. 当一国主张域外管辖权而另一国认为在国际法上无效时，国家有合作解决争端一般义务。有关这一主题的法律文书也应拟订解决这类争端的程序：发出关于认为该管辖权主张无效的通知，根据核心原则审议制定法律的国家所提主张的有效性；同时兼顾受影响国家的反对意见。

7. 拟议的域外管辖权法律文书大纲

一、一般规定

1. 适用范围

2. 与其他法律制度的关系

(a) 特别法

- (b) 已有条约制度
- 3. 用语
- 二、管辖权原则
 - 1. 属地原则
 - (a) 客观属地原则
 - (b) 效果学说
 - 2. 国籍原则
 - (a) 反对治外法权的推定
 - (b) 外国强制理论
 - (c) 合理性原则
 - 3. 被动人格原则
 - 4. 保护原则
- 三、主张域外管辖权
 - 1. 立法管辖权
 - 2. 裁断管辖权
 - 3. 执法管辖权
- 4. 具体法律领域
- 四、对主张域外管辖权的限制
 - 1. 主权、领土完整和不干涉
 - 2. 礼让
- 五、争端解决
 - 1. 一般合作义务
 - 2. 通知义务
 - 3. 域外措施审查义务
 - 4. 采取反措施的一般权利
 - 5. 争端解决机制

参考书目选编

A. 国际判例

1. 司法机关

(a) 常设国际法院

Case of the S.S. "Lotus" France v. Turkey, Judgment No. 9 of 7 September 1927, P.C.I.J. Reports 1928, Series A. No. 10.

(b) 国际法院

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3 (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal).

(c) 欧洲人权法院

Stocke v. Germany, Application no. 11755/85, Judgment of 19 March 1991, European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, vol. 199.

Loizidou v. Turkey, Application no. 15318/89, Judgment of 18 December 1996 Merits), European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions, 1996-VI, p. 2216.

Ocalan v. Turkey, Application no. 46221/99, Judgment of 12 May 2005, Grand Chamber, European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions 2005-IV.

(d) 欧洲共同体法院

Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, Case 48-69, Judgment of 14 July 1972, European Court Reports 1972, p. 619.

Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Communities, Case 6-72, Judgment of 21 February 1973, European Court Reports 1973, p. 215.

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities, Joined Cases 6 and 7-73, Judgment of 6 March 1974, European Court Reports 1974, p. 223.

2. 仲裁庭

Fur Seal Arbitration, J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, pp. 755-961.

Cutting, J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. II, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, pp. 228-242.

B. 国家判例

Ex parte Susannah Scott, *The English Reports*, vol. 109 (1910), p. 166.

Ker v. Illinois (119 U.S. 436 (1886)).

In re Urios ([1919-1922] *Annual Digest/ILR*, vol. 1, p. 107 (No. 70 (Cour de Cassation, France, 1920))); *Journal de droit international*, vol. 47 (1920), p. 195.

United States v. Bowman (260 U.S. 94 (1922)).

In re Bayot ([1923-1924] *Annual Digest/ILR*, vol. 2, p. 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923)); *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et*

- de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, 1924, p. 136.
- Joyce v. D.P.P.* ((1946)AC 347, *Annual Digest/ILR*, vol. 15, p. 91).
- Wechsler* (Conseil de Guerre de Paris, 20 July 1947, *Journal de droit international*, vol. 44, p. 1745).
- Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948)AC 531, *Annual Digest/ILR*, vol. 15 (1948), p. 115).
- Nusselein v. Belgian State* ([1950] *Annual Digest/ILR*, vol. 17, p. 136 (No. 35) (Cour de Cassation, Belgium, 1950)); *Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat de Belgique*, 1950, p. 450.
- Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem, 12–15 December 1961, *ILR*, vol. 36 (1968), p. 5.
- In re Harnett* (1973, 1 O.R.(2d)206, 207 (Can)).
- United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)).
- Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* (726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)).
- Federal Constitutional Court (39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985).
- United States v. Yunis* (681 F.Supp. 896 (1988)).
- State (South Africa) v. Ebrahim*, *ILR*, vol. 95, p. 417.
- United States v. Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)).
- United States v. Álvarez-Machain* (504 U.S. 655 (1992)).
- R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett)* (1993, 3 P, 138 (H.L)).
- United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833, 838–839 (9th Cir. 1994)).
- United States v. Noriega* (117 F.3d 1206, 1515–1519 (11th Cir. 1997)).
- Bangoura v. Washington Post* ([2004] 235 D.L.R.(4th) 564) and the Italian Court of Cassation (Corte de Cassazione, closed session, sect. V, 27 December 2000, Judgment No. 4741).
- Töben case* (BGH 46, 212, decision of 12 December 2000).
- United States v. Bin Laden* (92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000)).
- Estate of Cabello v. Fernandez-Larios* (157 F. Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001)).
- United States v. Bustos-Useche* (273 F.3d 622 (5th Cir. 2001), cert. denied, 535 U.S. 1071 (2002)).
- Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme* (169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)).
- Aguinda v. Texaco, Inc.* (303 F.3d 470 (2nd Cir. 2002)).
- Korea Fair Trade Commission decision of 4 April 2002 (case 2-77), confirmed by the Seoul High Court Decision of 26 August 2003 (2002nu 14647) and KFTC decision of 29 April 2003 (case 3-98).
- Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.* (256 F. Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2003)).
- F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran* (542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (14 June 2004)).

C. 国际组织

1. 联合国

安全理事会 1998 年 8 月 27 日第 1192 (1998) 号决议。

2. 欧洲委员会

部长委员会向成员国提出的关于国际公法领域国家实践相关文书分类修正示范计划的第 R(97)11 号建议, 1997 年 6 月 12 日, 附录, 第八(二)部分。

D. 文献

- AKEHURST, M. "Jurisdiction in international law", *The British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), 145-257.
- BELLIA, P. L. "Chasing bits across borders", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2001 (2001), 35-101.
- BOSCARIOL, J. W. "An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States", *Law and Policy in International Business*, vol. 30, No. 3 (1999), 439-499.
- BOWETT, D. W. "Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources", *The British Yearbook of International Law*, vol. 53 (1982), 1-26.
- CAFRIITZ, E. and O. Tene. "Article 113-7 of the French Penal Code: the passive personality principle", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), 585-599.
- CLARK, H. L. "Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), 61-96.
- DUNNING, T. S. "D'Amato in a china shop: problems of extraterritoriality with the Iran and Libya Sanctions Act of 1996", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19 (1998), 169-199.
- FALENCKI, C. A. "Sarbanes-Oxley: ignoring the presumption against extraterritoriality", *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), 1211-1238.
- FEENEY, D. J. "The European Commission's extraterritorial jurisdiction over corporate mergers", *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), 425-491.
- FERNANDES, S. "*F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran* and the extraterritorial limits of United States antitrust jurisdiction: where comity and deterrence collide", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), 267-317.
- GATHII, J. T. "Torture, extraterritoriality, terrorism, and international law", *Albany Law Review*, vol. 67 (2003-2004), 335-370.
- GERBER, D. J. "The extraterritorial application of the German antitrust laws", *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), 756-783.
- JUNG, Y. "Korean competition law: first step towards globalization", *Journal of Korean Law*, vol. 4, No. 2 (2005), 177-199.
- KIM, W. "The extraterritorial application of U.S. antitrust law and its adoption in Korea", *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), 386-411.
- LAYTON, A. and A. M. Parry: "Extraterritorial jurisdiction - European responses", *Houston Journal of International Law*, vol. 26, No. 2 (2004), 309-325.
- MENG, W. "Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Amsterdam, Elsevier, 1995, 337-343.
- NORTON, J. J. "The European Court of Justice judgment in United Brands: extraterritorial jurisdiction and abuse of dominant position", *Denver Journal*

- of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), 379–414.
- O'KEEFE, R. "Universal jurisdiction: clarifying the basic concept", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, No. 3 (September 2004), 735–760.
- TIMOFEEVA, Y. A. "Worldwide prescriptive jurisdiction in Internet content controversies: a comparative analysis", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), 199–225.
- WHITMAN, C. B.(ed.). "Extraterritorial jurisdiction and jurisdiction following forcible abductions: a new Israeli precedent in international law", *Michigan Law Review*, vol. 72 (1973–1974) , 1087–1113.
- YOST, M. J. and D. S. Anderson: "The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: closing the gap", *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), 446–454.

E. 其他文件

HARVARD LAW SCHOOL, *Harvard Research in International Law, Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), Codification of International Law, Part II, "Jurisdiction with Respect to Crime", 435–651.