

第五章

武装冲突对条约的影响

A. 导言

55. 委员会在第五十六届(2004年)会议期间决定将“武装冲突对条约的影响”专题列入其目前的工作方案,并任命伊恩·布朗利先生为这个专题的特别报告员。⁷⁴

56. 委员会第五十七届(2005年)会议和第五十九届(2007年)会议收到了特别报告员的第一次⁷⁵、第二次⁷⁶和第三次⁷⁷报告,以及秘书处编写的备忘录“武装冲突对条约的影响:对实践和理论的审查”⁷⁸。

57. 在2007年5月31日举行的第2928次会议上,委员会决定成立一个工作组,由卢修斯·卡弗利施先生任主席,以便就委员会审议特别报告员第三次报告期间找出的好几个问题提出进一步的指导意见。在2007年8月2日举行的第2946次会议上,

⁷⁴ 2004年8月6日第2830次会议,《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),段364。大会2004年12月2日第59/41号决议第5段赞同委员会将这一专题列入其议程的决定。委员会在第五十二届(2000年)会议上将“武装冲突对条约的影响”专题列入其长期工作方案,《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),第729段。委员会关于第52届会议工作提交大会的报告附有一篇简短的纲要,说明这一专题可能的通盘结构和处理方法,同上,附件。大会2000年12月12日第55/152号决议第8段注意到列入这一专题。

⁷⁵ 《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/552号文件。

⁷⁶ 《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/570号文件。

⁷⁷ 《2007年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/578号文件。

⁷⁸ A/CN.4/550和Corr.1-2号文件(油印件,见委员会网站,第57届大会文件)。委员会于2005年8月5日第2866次会议上批准了特别报告员的一项建议,即请秘书处向各国政府发出照会,请它们就其与本专题有关的实践,特别是近期的实践提供资料以及提供任何其他有关资料。《2005年……年鉴》,第二卷(第二部分),第112段。

委员会通过了工作组的报告。⁷⁹在第2946次会议上,委员会还决定将特别报告员在第三次报告里所提议的第1至3、5、5之二、7、10和11条草案连同工作组提议的第4条草案以及工作组的建议,一并提交起草委员会。⁸⁰

B. 本届会议审议该专题的情况

58. 在本届会议期间,在2008年5月16日举行的第2964次会议上,委员会决定再次设立关于武装冲突对条约的影响问题工作组,由卢修斯·卡弗利施先生任主席,以便完成对委员会在2007年第五十九届会议期间审议特别报告员第三次报告时提出的若干问题的审议。

59. 工作组收到了下列文件:特别报告员的第四次报告(A/CN.4/589),这一报告由委员会全体会议转来,处理中止或终止的程序问题;工作组主席编写的一份说明(A/CN.4/L.721),涉及《维也纳条约法公约》(下文简称1969年《维也纳公约》)第42至第45条的适用性问题;以及从各国际组织收到的评论和意见汇编(A/CN.4/592和Add.1)。

60. 工作组审议了以下四个问题:(a)对第8条草案而言,1969年《维也纳公约》第65条的程序对终止或中止条约的适用性问题;(b)同样对第8条草案而言,1969年《维也纳公约》第42至第45条的适用性问题,特别是关于条约规定可否分离问题的第44条;(c)特别报告员在他的第三次报告中提出的第9条草案,关于中止条约的恢复问题;和(d)特别报告员在他的第三次报告中提出的第12、第13和第14条草案,分别涉及第三国作为中立国的

⁷⁹ 《2007年……年鉴》,第二卷(第二部分),第323-324段。

⁸⁰ 委员会还核准了工作组的建议,即由秘书处向各国际组织发一份照会,请各组织就武装冲突对涉及各组织的条约的影响问题,提供各自的实践情况。同上,第272段。

地位问题，根据《维也纳公约》终止或中止条约的问题，和缔约国是否能够谈判具体协定，规定条约继续生效或重新生效的问题。在2008年5月29日第2968次会议上，委员会通过了工作组的报告(A/CN.4/L.726)。

61. 在同次会议上，委员会决定将工作组提议的第8、8之二、8之三、8之四、第9、第14条草案以及特别报告员提议的第12和第13条草案连同工作组在其报告中所提的建议，一并提交起草委员会。

62. 委员会在2008年6月6日和7月17日第2973和2980次会议上审议了起草委员会的报告，并在后一次会议上一读通过了关于武装冲突对条约的影响的一套共18条的条款草案以及一个附件(见下文C节)。在2008年8月6日第2993和2994次会议上一读通过了武装冲突对条约的影响条款草案的一套评注(见下文D节)。

63. 在2008年8月6日第2993次会议上，委员会根据其《章程》第16至第21条作出决定，通过秘书长将条款草案(见下文C节)转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2010年1月1日之前将评论和意见提交秘书长。

64. 在2008年8月6日第2994次会议上，委员会表示十分感谢特别报告员伊恩·布朗利先生以其学术研究和丰富经验为本专题工作所做的出色贡献，这使委员会能够顺利完成武装冲突对条约的影响条款草案的一读。委员会还感谢武装冲突对条约的影响工作组在其主席卢修斯·卡弗利施先生领导下所做的不懈努力和贡献。

C. 委员会一读通过的武装冲突对条约的影响条款草案案文

1. 条款草案案文

65. 委员会第六十届会议一读通过的条款草案案文载录如下。

武装冲突对条约的影响

第1条 范围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响，其中至少有一个缔约国是武装冲突的当事方。

第2条 用语

为本条款草案的目的：

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

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

第3条 非自动终止或中止

在下列当事方之间条约的施行不因武装冲突爆发而必然终止或中止：

- (a) 武装冲突当事国之间；
- (b) 武装冲突当事国与第三国之间。

第4条 可能终止、退出或中止条约的征象

为了确定在发生武装冲突时条约是否可能终止、退出或中止，应参照：

- (a) 《维也纳条约法公约》第31条和第32条；以及
- (b) 武装冲突的性质和范围、武装冲突对条约的影响、条约的事项和条约缔约方的数目。

第5条 根据源自条约事项的含义施行条约

如果条约事项本身含有条约在武装冲突期间继续全部或部分施行的含义，发生武装冲突本身不影响这些条约的施行。

第6条 武装冲突期间缔结条约

1. 武装冲突的爆发不影响武装冲突当事国依照《维也纳条约法公约》缔结条约的能力。
2. 各国可缔结关于在武装冲突情况下终止或中止某项条约的施行的合法协定。

第 7 条

关于条约施行的明文规定

如果条约明文规定适用于武装冲突，在武装冲突情况中该条约应继续施行。

第 8 条

通知终止、退出或中止

1. 参与武装冲突的国家如有意终止或退出其作为缔约国的条约，或中止该条约的施行，应将该意向通知条约的其他缔约国或条约保存人。

2. 通知自其他各缔约国收到通知之时起生效。

3. 以上两款不影响缔约国根据条约的规定或可适用的国际法规则对终止、退出条约或中止其施行表示反对的权利。

第 9 条

不依条约存在的国际法义务

因武装冲突而终止、退出或中止其施行的条约，不影响一国履行依国际法必须履行的该条约所载义务的责任。

第 10 条

条约规定的分离

因武装冲突而导致条约的终止、退出或中止，应对整个条约有效，除非条约另有规定或当事国另有协议，但下列情况不在此限：

(a) 条约的部分条款在适用上可与条约的其余部分分离；

(b) 从条约本身可以推论或通过其他方式确定，接受以上所指条款并非其他缔约国接受整个条约约束之必要基础；及

(c) 条约其余部分之继续施行不致有失公平。

第 11 条

丧失终止、退出条约或中止其施行的权利

凡属下列情况之一，一国不得再因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行：

(a) 该国业已明确同意条约仍然有效或将继续施行；或

(b) 根据该国的行为，可以认为该国已默认条约将继续施行或继续有效。

第 12 条

中止条约的恢复

因武装冲突而中止的条约，应根据第 4 条草案规定的标准，决定是否恢复施行。

第 13 条

行使单独或集体自卫权对条约的影响

依照《联合国宪章》行使单独或集体自卫权的国家，有权全部或部分中止施行与行使该项权利不符的条约。

第 14 条

安全理事会的决定

本条款草案不妨碍安全理事会依照《联合国宪章》第七章规定所作决定的法律效力。

第 15 条

禁止侵略国受益

从事《联合国宪章》以及联合国大会第 3314(XXIX) 号决议所指的侵略行为的国家不得因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，如果这将使其受益。

第 16 条

源自中立法权利和责任

本条款草案不妨碍有关国家根据中立法而具有的权利和责任。

第 17 条

其他终止、退出或中止的情况

本条款草案不妨碍尤其因下列情况而终止、退出或中止条约：

- (a) 当事方达成协议；或
- (b) 发生重大违约情事；或
- (c) 发生意外不可能履行；或
- (d) 情况发生基本改变。

第 18 条

武装冲突后条约关系的恢复

本条款草案不妨碍武装冲突当事国在武装冲突结束后根据协议对因武装冲突而终止或中止的条约的重新生效问题作出规定的权利。

附件

第 5 条草案中所指各类条约指示性一览表

- (a) 与武装冲突法，包括国际人道主义法有关的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约；
- (c) 友好、通商和航海条约以及涉及私权类的协定；
- (d) 保护人权的条约；
- (e) 关于保护环境的条约；

- (f) 关于国际水道以及有关工程和设施的条约；
- (g) 关于含水层以及有关工程和设施的条约；
- (h) 多边造法条约；
- (i) 关于以和平手段解决国家间争端的条约，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院；
- (j) 关于商事仲裁的条约；
- (k) 关于外交关系的条约；
- (l) 关于领事关系的条约。

2. 条款草案案文及其评注

66. 委员会第六十届会议一读通过的条款草案案文及其评注载录如下。

武装冲突对条约的影响

第 1 条 范 围

本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响，其中至少有一个缔约国是武装冲突的当事方。

评 注

(1) 第 1 条草案将 1969 年《维也纳公约》第 73 条作为拟订条款草案的出发点，该条规定，该公约的规定不损害国家间爆发敌对行动而在某项条约方面产生的任何问题。⁸¹ 因此，本条款草案适用于武装冲突对国家间条约的影响。

(2) 第 1 条草案是根据 1969 年《维也纳公约》第 1 条的格式拟订的。“至少有一个缔约国是武装冲突的当事方”一语的目的是要具体表明，这些条款草案也涵盖条约第三方缔约国相对于卷入武装冲突的国家的地位。因此可设想三种情形：(a)

⁸¹ 委员会第十五届（1963 年）会议得出的结论是，关于条约法的条款草案不应包含有关爆发敌对行动对条约的影响问题的任何规定，尽管这个问题会在终止条约和停止施行两方面引起困难。委员会认为，这一研究必然涉及考虑《联合国宪章》有关使用武力或武力威胁的规定对该项敌对行动的合法性的影响。《1963 年……年鉴》[英]，第二卷，A/5509 号文件，第 220 页，第 14 段。联合国条约法会议上增加了对这个问题有明确保留的第 73 条。

武装冲突两国之间条约关系的情况；(b) 与另一国卷入武装冲突的一国与非该冲突当事方的第三国之间的条约关系的情况；(c) 一国国内武装冲突对该国与其他条约缔约国条约关系产生影响的情况。

(3) 若干代表团在第六委员会表示，条款草案还应适用于暂时适用的条约或条约的一部分。⁸² 委员会认为，可以通过提及 1969 年《维也纳公约》第 25 条的规定⁸³ 解决这个问题。

(4) 对涉及到国际组织的条约的影响问题，本阶段没有在条款草案中考虑。因此，本条款草案不处理武装冲突对涉及国际组织的条约的影响。

(5) 在结构上，本条款草案分若干部分：一、第 1 条和第 2 条草案是介绍性的，处理范围和用语。二、第 3、第 4 和第 5 条草案构成核心条款，反映条款草案的基础，有利于法律稳定和连续性。它们反映了条约关系连续性的推定。三、第 6 和第 7 条草案从第 3 至第 5 条草案的基本原则中推断出几个基本的法律主张。这些条文草案是阐述性的。四、第 8 至第 12 条草案吸取 1969 年《维也纳公约》相应条款的内容，处理终止、退出和中止的各种附带问题。最后，武装冲突不仅影响条约法，而且还影响国际法的其他领域，包括《联合国宪章》下的国家义务。因此，第 13 至第 18 条草案采用“不妨碍”条款或但书的方式处理与这种关系有关的几个杂项问题。

⁸² 见下列国家的评论：荷兰（2005 年），《大会正式记录，第六十届大会，第六委员会》，第 18 次会议 (A/C.6/60/SR.18)，第 40 段；和马来西亚（2006 年），《同上，第六十一届大会，第六委员会》，第 19 次会议 (A/C.6/61/SR.19)，第 48 段。

⁸³ “第二十五条 暂时适用

“一、条约或条约之一部分于条约生效前在下列情形下暂时适用：

“(a) 条约本身如此规定；或

“(b) 谈判国以其他方式协议如此办理。

“二、除条约另有规定或谈判国另有协议外，条约或条约一部分对一国暂时适用，于该国将其不欲成为条约当事国之意通知已暂时适用条约之其他各国时终止。”

第 2 条
用语

为本条款草案的目的：

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

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

评注

(1) 第 2 条草案对本条款草案所用的两个关键技术语作了界定。

(2) (a) 项界定了“条约”一词，逐字照搬 1969 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款 (a) 项的格式。对双边条约与多边条约没有作特别区别。

(3) (b) 款将“武装冲突”一词作为只适用于本条款草案的工作定义来界定。它无意为整个国际法提供武装冲突的定义，因为这样做很困难，而且也不属于本专题的范围。⁸⁴

⁸⁴ 见 1985 年 8 月 28 日国际法学会在赫尔辛基会议上通过的题为“武装冲突对条约的影响”的决议：

“第 1 条

“就本决议而言，‘武装冲突’一词是指战争或国际冲突状态，所涉武装行动由于其性质或范围可能影响武装冲突当事国之间或武装冲突当事国与第三国之间条约的实施，不论武装冲突任何当事方或所有当事方是否正式宣战或作出其他声明。”

(*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 -II (1986), 第 278 页。可查阅 www.idi-iil.org, résolutions)。应该指出，1969 年《维也纳公约》第 73 条提到“国家之间发生敌对行动”，而塔迪茨案指出，“国家间一旦诉诸武力或政府当局与有组织的武装集团或一国内部的此种集团之间一旦发生持久的武装暴力行动，武装冲突即告发生。”(*The Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a "DULE"*, International Tribunal for the Former Yugoslavia, IT-94-1-AR 72, Decision of 2 October 1995, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. 1, 第 352 页，第 70 段。另见 ILM, vol. 35, No. 1 (January 1996), 第 37-38 页，第 70 段。)

(4) 该定义适用于武装冲突当事国之间以及武装冲突当事国和第三国之间的条约关系。该条款的表述方式，特别是“武装冲突当事国与第三国之间”等词语，是要涵盖可能因情况不同而有所不同的武装冲突的影响。因此，它也包括武装冲突只影响一个条约缔约方实施条约的情况，它承认武装冲突可能以不同的方式影响条约缔约方的义务。这一短语也可在条款草案的范围内包括国内武装冲突可能对卷入这种冲突的国家与另一国的条约关系发生的影响。影响的重点在实施或执行条约上，而不是在条约本身。

(5) 关于“由于其性质或范围而可能影响”这一短语所含强烈程度的要求，条款草案保留了一些灵活性，以便适合于各种各样的类似情形。因此，在有些情形中可以说，强烈程度的因素不太重要，例如在边境地区的低烈度冲突方面，因为这种冲突尽管强烈程度低，但也严重影响关于边境交通管制的双边条约的适用。另一方面也承认存在着一些历史情形，说明武装冲突的性质和范围确实对条约的适用有影响。

(6) 还有人认为应该包括牵涉到当事方之间不发生武装冲突的战争状态的情况。⁸⁵ 因此，该定义包括没有遇到武装抵抗的占领领土的情况。在这方面，1954 年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》的规定相当重要。第 18 条的有关规定如下：

第 18 条
公约的适用

1. 除了在和平时期有效的规定以外，本公约适用于两个或两个以上缔约国之间宣战或发生任何其他武装冲突的情况，即使其中一国或多国不承认存在战争状态。

2. 公约还适用于部分或全部占领一缔约国领土的所有情况，即使上述占领未遇抵抗。

(7) 类似的考虑也强烈主张将封锁包括在内，即使当事方之间不发生武装行动。⁸⁶

⁸⁵ 见 A. McNair 和 A.D. Watts, *The Legal Effects of War*, Cambridge University Press, 1966 (4th ed.), 第 2-3 页。

⁸⁶ 同上，第 20-21 页。

(8) 当今的武装冲突模糊了国际和国内武装冲突的区分。内战的数目增多了。而且, 许多这些“内战”都有“外来成分”, 诸如其他国家不同程度的参与, 供应军火, 提供训练设施和经费等等。国内武装冲突对条约施行的影响可以与国际武装冲突一样大, 如果不是更大的话。因此, 特别报告员提出的条款草案包括国内武装冲突对条约的影响。

(9) “武装冲突”的定义没有明确提及“国际”或“国内”武装冲突。这样做的目的是避免在条款草案中反映具体的事实或法律考虑, 从而避免引起相反解释的危险。

第 3 条 非自动终止或中止

在下列当事方之间条约的施行不因武装冲突爆发而必然终止或中止:

- (a) 武装冲突当事国之间;
- (b) 武装冲突当事国与第三国之间。

评注

(1) 第3条草案具有至关重要的意义。它确立了法律稳定和连续性的基本原则。为此, 它纳入了国际法学会1985年决议中的几大新成果, 将法律立场转为赞成这样一个制度, 即确立关于武装冲突的发生本身不造成中止或终止条约的假设。同时承认将第3条草案中的稳定原则与武装冲突的发生可能造成中止或终止条约义务这一事实相协调并不容易。

(2) 该措辞仿照国际法学会1985年通过的决议的第2条⁸⁷。这项原则得到若干权威人士赞扬。奥本海确认“相当普遍的意见是, 战争绝不取消任何条约”。⁸⁸ 麦克奈尔勋爵表达了基本上是英国人的

⁸⁷ 国际法学会决议第2条案文如下:

“当事方之间的条约实施不因武装冲突的爆发而当然终止或中止。”(Annuaire de l'Institut de droit international (上见脚注84), 第280页)。

⁸⁸ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7th ed., H. Lauterpacht (编), London, Longmans, 1952, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, 第302页。

观点, 他说: “因此很清楚的是, 战争本身没有终止交战各方之间战前存在的条约义务。”⁸⁹ 布里格斯教授1983年在国际法学会工作时说: “第一条、也是最重要的一条规则是, 仅仅爆发武装冲突(无论宣战与否)不当然终止或中止冲突当事方之间有效的条约。这是既定的国际法。”⁹⁰

(3) 对能否将“必然”改为“自动”的问题作了审议, 以便与标题一致, 但经决定不作更改, 因为“必然”更加接近于“当然”, 这是这种情况下常用的短语, 例如国际法学会通过的决议第2和第5条⁹¹就这样使用。

(4) 为了与关于用语的第2条草案更加一致, (a)项援用武装冲突“当事国”, (b)项涵盖武装冲突“当事国”与第三国之间的条约的执行。

(5) 审议了关于能否将撤出条约作为武装冲突爆发的后果之一与终止或中止一起列入第3条草案的问题, 但被否决, 因为退出条约涉及到一个国家有意识的决定, 而第3条草案处理的是自动适用法律问题。

第 4 条

可能终止、退出或中止条约的征象

为了确定在发生武装冲突时条约是否可能终止、退出或中止, 应参照:

- (a) 《维也纳条约法公约》第31条和第32条; 以及

⁸⁹ A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 第697页。

⁹⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61-I (1985), 第8页; 另见 *The Law of Nations: Cases, Documents and Notes*, 2nd ed., H. W. Briggs (编), New York, Appleton-Century-Crofts, 1952, 第938页。

⁹¹ 国际法学会决议第5条案文如下:

“武装冲突的爆发并不当然终止或中止执行该冲突当事方与第三国之间生效的双边条约。

“多边条约的某些缔约国之间爆发武装冲突并不在其他缔约国之间或者在这些缔约国与武装冲突当事国之间当然地终止或中止执行该条约。”(Annuaire de l'Institut de droit international (上见脚注84), 第280页)。

(b) 武装冲突的性质和范围、武装冲突对条约的影响、条约的事项和条约缔约方的数目。

评注

评注

(1) 第4条草案在内容上承接第3条草案。武装冲突的爆发并不必然终止或中止条约的执行。这是条款草案的另一个关键条款。

(2) 与第3条草案不同的是，本条草案将退出条约作为武装冲突当事国可采用的可能性之一列入。本条草案中的退出问题提供了一个适合于将其列入后面的补充条款草案的上下文。

(3) 关于(a)和(b)项所列的征象，对一些建议作了审议，以便将“征象”改为“要素”和“标准”等等的用语，但经决定保留“征象”，以免有既定要求的含义。它们应仅仅被看作是按具体情况适用于某些案例的可能性迹象。

(4) (b)项并没有详尽无遗地列出所有征象，这也是不言而喻的。实际上应该回顾，(a)项提到的1969年《维也纳公约》第31和第32条本身就载有一些需予考虑的征象。

(5) 审议了使用武力的合法性问题，这是在第4条草案里应考虑的因素之一，但决定将这个问题放到实施第13至15条草案的背景中予以解决。

(6) 不能认为同一条约缔约国之间的武装冲突的影响与武装冲突当事方和第三国之间对条约的影响一样。

第5条

根据源自条约事项的含义施行条约

如果条约事项本身含有条约在武装冲突期间继续全部或部分施行的含义，发生武装冲突本身不影响这些条约的施行。

(1) 第5条草案是说明性的，涉及这样的情况，即条约事项含有整个条约或者其中某些规定的执行不受武装冲突的影响的意思。⁹²

(2) 原案文所载“必然”一词已被删除，以免可能与第4条草案发生冲突。此外，原来的“目的和宗旨”等词改为“事项”。对后半部分的案文作了微调，将“妨害”改成“影响”，这与条款草案所用的用语更加一致。

(3) 特别报告员在原第7条草案的提案中有一个各类条约的清单，这些条约的主题事项有它们在武装冲突期间可继续实施的必然含义。如何确定这样一份清单，国际法委员会和第六委员会中都有不同的意见。

(4) 在委员会2005年会议的辩论中，特别报告员对拟订第7条草案规定的政策作了以下解释：

[……]第7条草案处理其目的和宗旨包含在武装冲突期间继续实施的必然含义的条约。第1款规定了发生武装冲突本身不妨碍这些条约的实施的基本原则。第2款开列了此类条约的指示性清单。据指出，这样分类的效果就是会形成一套关于那些类型的条约的目的与宗旨的较弱的且可反驳的推定，即以之作为条约目的和宗旨的证明，能够表明条约在战争期间继续生效。他澄清说，虽然他不同意清单上所列的各类条约，但他还是把它们列为供委员会考虑选定的可能对象。清单反映了几代法律工作者的看法，在很大程度上反映了现行的国家实践，尤其是美国可以追溯到1940年代的实践情况。虽然与第3条和第4条草案密切相关，这个条文草案基本上是解释性的，因此，可以将其排除在外。⁹³

(5) 在2005年大会第六十届会议上，美国在第六委员会非常谨慎地阐述了使用类别的问题。

⁹² 本条源自特别报告员在第一次报告(上见脚注75)中提出的第7条草案。原第7条草案案文如下：

“根据条约目的和宗旨的必然含义实施条约

“1. 如果条约目的和宗旨包含在武装冲突期间继续实施条约的必然含义，发生武装冲突本身不妨碍这些条约的实施。

“2. 有此特点的条约包括：[……]”

⁹³ 《2005年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第167段。

第7条依照条约目的和宗旨的含义处理条约实施问题。这是条款草案中最为复杂的一条。该条列出了12类条约，其目的和宗旨包含武装冲突期间继续实施条约的含义。对条约这样分类是有问题的，因为对条约进行这种粗略分类的尝试似乎总是失败。条约不会自动归为几类中的一类。即便是对某些规定进行分类都很难，因为不同条约中类似规定使用的语言和缔约方意图各不相同。比较有用的方法是，委员会可以列举出一些应予考虑的因素，供断定武装冲突期间一个条约或其中的一些规定应当继续执行（或中止或终止）。在许多情形中，列出这些因素可以提供有用信息，指导各国的行动。⁹⁴

(6) 而委员会则决定将这种清单列于条款草案的附件。因此，本条款草案有一个附件，附件载有一个条约类别清单，列出主题事项含有在武装冲突期间继续全部或部分实施的含义的条约类别。虽然重点在条约类别上，但条约中完全有可能只有某些条款的主题事项带有继续实施的必然含义。此外经决定，原第7条草案第1款的内容，经调整后，应作为第5条草案放在第4条草案后面。关于将此作为第4条草案的另外一款的建议被认为不适当，认为这可能会引起该条的不平衡。

(7) 这份清单完全是提示性的，附件中的类别出现的先后，毫不意味着重要性的高低。此外还认为，这些类别有些是相互贯穿，可能会有重叠。委员会决定不在清单中列入涉及到强制法的一个项目。这个类别在性质上与提议的其他类别并不相似。这些类别以主题事项为主，而强制法则贯穿若干主题。不言而喻，第5条草案的规定不影响具有强制法性质的原则和规则的效力。然而，有些委员认为应该列入体现强制法规范的一类条约。

(8) 选择条约类别的依据主要是学说以及现有国家惯例。会议认为，各国大量资料证明国家惯例的可能性很小。此外，查明有关的国家惯例，在这个领域格外困难。情况往往是，国家惯例方面有的明显例子，所涉的法律原则却与武装冲突对条约的影响这个确切的法律问题没有关系。例如，一些现代国家惯例大多涉及情况的根本性变化造成的影响，或者缔约后履行不能的情形，因此这些惯例与

本事项无关。在有些情况下，如建立常设制度的条约等，国家惯例有扎实的基础。在其他类别方面，在国内法院的判例和向法院提出的一些行政建议中有牢固的基础，但这些类别不一定按常规得到国家惯例的佐证。

(a) 与武装冲突法，包括国际人道主义法有关的条约

(9) 各文献来源无一不认为明示适用于武装冲突的条约是不受武装冲突影响的。麦克奈尔勋爵这样描述了英国的实践：“大量证据显示，明示其目的在于规定战争期间，包括实际作战期间各缔约方之间的关系的条约在战争期间仍然有效，在战争结束后无需恢复。”⁹⁵

(10) 在学说里以及在各国的实践里，这一原则都得到了普遍接受。1963年美国国防部总顾问在提到在战争期间适用《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》的问题时，他说：“我的意见、同时也是国务院法律顾问的意见是，对该条约的恰当解释不能是这样的。”⁹⁶ 他接着指出：

[……] 应该指出，把战争期间使用某种武器或采取某种行动定为非法的条约的标准实践是明文规定它们适用于战争期间，以期防止适用以下规则的可能

⁹⁵ McNair, 同前(上见脚注89), 第704页。

“在第一次世界大战爆发时，存在着若干其目的在于规定敌对行为的条约（一个或多个中立国为其缔约国），例如1856年《巴黎宣言》[《海上国际法原则宣言》]和1899年和1907年《海牙公约》。人们的假设是，那些条约不受战争影响，继续有效，因此英国和其他捕获法院的许多判决都是围绕着那些公约作出的。此外，各和平条约也没有对它们的恢复作出任何具体规定。不清楚这一法律结果是由于缔约方损害了某些中立国而引起的还是因为那些条约作为一般法律规则的来源具有意图在战争期间实施的性质所引起的，但人们相信，后者被认为是正确的看法。如果需要提出证据来证明联合王国政府认为《海牙公约》在缔结和平后仍然有效的話，那么最近几年的《英国条约汇编》出版的英国‘加入、退出等等’年度清单中，以及在英国于1925年提出的1907年《海牙第六公约》[《关于战争开始时敌国商船地位公约》]退约书中都多次提到那些公约。同样地，1923年当一个外国政府问联合王国政府是否认为1906年7月6日日内瓦公约[《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》]在前同盟国和前敌国之间仍然有效时，联合王国政府答复说，‘英王陛下的政府认为，该条约由于属于其目的在于规定战争期间敌对国行为的一类，因此不受战争爆发的影响。’”(同上)

⁹⁶ M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 14 (1970), 第510页(“Hearings before the Senate Committee on Foreign Relations on the Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water [...], 88th Cong., 1st sess.”)。

⁹⁴ 可查阅 www.state.gov/s/l/2005/87206.htm。发言摘要载于《大会正式记录，第六十届大会，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/60/SR.20)，第34段。

性，即战争可能使得条约的实施在交战各方之间被中止或废止。(见 *Karnuth 诉美国案*，279 U.S. 231, 236-239; 《奥本海国际法》[英]，第二卷，第七版，页 302-306。)⁹⁷

在目前的条约里，并没有出现明确禁止在战争中使用核武器的文字，因此，必须推断不适用此种禁止。⁹⁸

(11) 委员会有些委员想知道，按第7条草案来看这一类是否有必要，因为该条说如果条约有规定，它就应在武装冲突的形式下继续实施。如指出的那样，该清单只是提示性的。此外，本清单的范围比武装冲突中明示可适用的条约还要广。它广泛地包括了关于武装冲突法的各项条约，其中包括关于国际人道主义法的条约。早在1785年，《普鲁士和美利坚合众国友好通商条约》第24条就明确规定，武装冲突对条约的人道主义法规定没有影响。⁹⁹此外，《法律重述》(第三版)重述了依传统国际法的立场，即国家间爆发战争，即终止或中止相互之间的协定，但它同时又承认，“管辖敌对行动的协定依然有效，因为这些协定是为战争中适用而制定

的……”¹⁰⁰ 国际法院在以核武器相威胁或使用核武器的合法性咨询意见中认为，“如同适用于武装冲突的人道主义法原则那样，国际法无疑规定，中立原则，不管是什么内容，只要其根本性质类似于人道主义原则和规则的，即适用于(以《联合国宪章》有关规定为限)所有国际武装冲突，不管使用的是何种武器。”¹⁰¹

(12) 不管怎样，继续实施的含义不影响武装冲突法作为武装冲突时期适用的特别法的实施。确定这些类别，并不解决该法适用方面可能产生的许多问题。目的也不是要主导关于人道主义法原则和规则对具体情况的适用性问题的结论。

(b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约

(13) 跨越几个世代的学说都承认，声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利的条约不因武装冲突而中止或终止。涉及的协定种类包括割让领土、合并领土条约、使一国部分领土中立化的条约、建立或修改边界的条约、建立使用或进入一国领土的例外权利的条约等。

(14) 有一定数量的国家实践支持了以下立场，即此种协定不因发生武装冲突而受到影响。麦克奈尔说明了相关的英国实践，¹⁰² 而托宾则指出，这一实践大致上是符合学说所采取的看法的。¹⁰³ 在北大西洋沿岸渔场案的仲裁中，英国政府认为，美国根据1783年的条约¹⁰⁴ 对渔场所有的权利因1812年战争而废止了。法院不同意这一看法，它指出，

⁹⁷ 同上。并指出：

“例见：

“《关于在战争中放弃使用重量在400克以下爆炸性弹丸的宣言》[英](圣彼得堡，1868年11月29日至12月11日)[*British and Foreign State Papers, 1867-1868*, vol. LVIII, London, H. M. Stationery Office, 1876, 第16页]；

“《禁止使用窒息性气体宣言》[英](海牙，1899年7月29日)[*The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, J. B. Scott (编), New York, Oxford University Press, 1916]；

“《禁止使用扩张弹头宣言》[英](海牙，1899年7月29日)[同上]；

“《陆战法规和惯例公约》[英](海牙，1899年10月18日)[同上]；

“《禁止在战争中使用窒息性、毒性、或其他气体和细菌作战方法的议定书》[英](日内瓦，1925年6月17日)；

“1949年《[改善战地武装部队]伤者病者[境遇之日内瓦公约]》(第2条)、《[关于]战俘[待遇之日内瓦公约]》(第2条)、《[关于战时保护]平民[之日内瓦公约]》(第2条)。”(同上)

⁹⁸ 同上。

⁹⁹ *Treaty of Amity and Commerce between His Majesty the King of Prussia and the United States of America* (The Hague, 10 September 1785) (*Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, vol. 8, Department of State, 1971, 第78页)，第24条，转引于 H.W. Verzijl (编), *International Law in Historical Perspective*, Leyden, Sijthoff, 1973, 第371页。

¹⁰⁰ *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, 第336 e 段。

¹⁰¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, *I.C.J. Reports 1996*, 第226页起，详见第261页，第89段。

¹⁰² McNair, 同前(上见脚注89), 第704-715页。

¹⁰³ H.J. Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, New York, Columbia University Press, 1933, 第137页。

¹⁰⁴ *Definitive Treaty of Peace between the United States and Great Britain* (Paris, 3 September 1783), H. Miller (编), *Treaties and other International Acts of the United States of America*, vol. 2, documents 1-40 (1776-1818), Washington D.C., United States Government Printing Office, 1931, 第151页。

“现代发展的国际法确认，许多条约义务不因战争而消除，最多因战争而中止。”¹⁰⁵

(15) 同样，在 *In re Meyer's Estate* 案中，美利坚合众国上诉法院处理了有关领土条约的永久性问题，认为“各当局似乎一致认为，与政府的政策、与国家安全、或与维护战争以强制实施处分性条约或条约的处分性条款没有任何冲突之处。此种条款与战争状态相符，并不因此而减损”。¹⁰⁶

(16) 承认这一主张的作者有霍尔¹⁰⁷、赫斯特¹⁰⁸、奥本海¹⁰⁹、菲茨莫里斯¹¹⁰、麦克奈尔¹¹¹、卢梭¹¹²、古根海姆¹¹³、达耶和佩莱¹¹⁴、奥斯特¹¹⁵、托

宾¹¹⁶、德尔布吕克¹¹⁷、斯通¹¹⁸以及库尔蒂·贾尔迪诺¹¹⁹。

(17) 不过诉诸此类条约确实会产生某些问题。特别是，割让方面的条约或其他影响永久土地处置安排的条约会产生永久权利。就如赫斯特指出的：“具有永久性的是因条约而取得的权利而不是条约本身。”¹²⁰ 因此，如果条约得到了执行，那么它们不会因后来缔约方之间发生的武装冲突而受到影响。

(18) 另一个产生困难的来源是，这一类的界线在某种程度上是不确定的。例如保证条约的使用，这是一个范围很广的主题，¹²¹ 但显而易见，武装冲突的影响显然将取决于保证条约的确切目标和宗旨。意图保证一永久状态的条约，例如保证某一领土的永久中立性的条约将不会因武装冲突而终止。因此麦克奈尔指出，“建立和保证瑞士或比利时或卢森堡永久中立地位的条约必然是政治性的，但它们不会因爆发战争而被废止，因为它们的目的 是建立一个永久的制度或地位。”¹²²

(19) 若干作者将会把有关给予国民对等权利和取得国籍的条约包括在建立永久权利或永久地位的一类条约里。但是，在某种程度上，应将导致认为此类协定不应终止的各种考虑因素同有关割让领土和边界的条约区分开来。因此，此类协定将更恰

¹⁰⁵ *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain v. United States)*, Permanent Court of Arbitration, award dated 7 September 1910, 联合国, RIAA, vol. XI (出售品编号 1961.V.4), 第167页起, 详见第181页。也见 *A British Digest of International Law*, vol. 2b, C. Parry (编), London: Stevens & Sons, 1967, 第585-605页。

¹⁰⁶ *In re Meyer's Estate* 107 Cal. App. 2d 799, 805 (1981)。

¹⁰⁷ W.E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed., A. Pearce Higgins (编), Clarendon, Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924, 第456-457页。

¹⁰⁸ C. J. B. Hurst, “The effect of war on treaties”, *The British Year Book of International Law 1921-22*, 第37-47页。

¹⁰⁹ Oppenheim, 同前(上见脚注88), 第304页。

¹¹⁰ G. G. Fitzmaurice, “The juridical clauses of the peace treaties”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1948-II*, vol. 73 (1948), 第312-313页。

¹¹¹ McNair, 同前(上见脚注89), 第704-710和第720页。

¹¹² Ch. Rousseau, *Droit international public*, vol. I, Introduction et sources, Paris, Sirey, 1970, 第223页。

¹¹³ P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2nd ed., vol. I, Genève, Librairie de l'Université 1967, 第241-242页。

¹¹⁴ P. Daillier 和 A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7th ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, 第309页。

¹¹⁵ A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 第244页。

¹¹⁶ Tobin, 同前(上见脚注103), 第50-69页。

¹¹⁷ J. Delbrück, “War, effect on treaties”, R. Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, 第1370页。

¹¹⁸ J. Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law*, revised edition, London, Stevens and Sons, 1959, 第448页。

¹¹⁹ A. Curti Gialdino, *Gli Effetti della Guerra sui Trattati*, Milan, Dott. A. Giuffrè, 1959, 第240和第245页。

¹²⁰ Hurst, 同前(上见脚注108), 第46页。另见 Fitzmaurice, 同前(上见脚注110), 第313-314和第317页。

¹²¹ 见 Verzijl(编), 同前(上见脚注99), 第457-459页; Tobin, 同前(上见脚注103), 第55-69页; G. Ress, “Guarantee Treaties”, Bernhardt (编), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Amsterdam, Elsevier, 1995, 第634-637页; McNair, 同前(上见脚注89), 第239-254页。

¹²² McNair, 同前(上见脚注89), 第703页。

当地归属于更广泛的、关于友好、通商和航海和其他有关私权的协定的一类。下面将审查这类条约。

(20) 委员会和各国在为条约法制定规章时，也在某种程度上承认边界条约的特殊地位。1969年《维也纳公约》第62条第2款(a)项规定，如果某一条约确立边界，情况的根本性变化不得引以为终止或退出该条约的一个理由。这种条约被认作是这个规则的一个例外，否则，这个规则不仅不能作为和平变化的文书，而且还可能会引起危险的争端。¹²³ 同样，《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(下文简称1978年《维也纳公约》)对于边界条约的弹性方面得出类似结论，第11条规定，“(a) 国家继承本身并不影响条约设立的边界、或(b) 条约设立的有关边界体制的义务和权利[……]”虽然这些例子于武装冲突对条约的影响问题没有直接关系，但它们还是指向这类制度被赋予的特别地位。

(c) 友好、通商和航海条约以及涉及私权类的协定

(21) 此类条约是很重要的一类国际交往，它们是更新近的双边投资条约的前身。此类条约有各种不同的名称，它们往往被叫做企业条约或友好条约。不应将它们同一般的商业条约混为一谈。一批受人尊敬的作者将关于友好、通商和航海(或建立)的条约当作是不因武装冲突而终止的条约。这些作者包括赫斯特¹²⁴、托宾¹²⁵、麦克奈尔¹²⁶、菲茨莫里斯¹²⁷和韦尔齐尔¹²⁸。

¹²³ 见委员会对第59条草案的评注第(11)段[现为《维也纳公约》第62条]，《1966年……年鉴》[英]，第二卷，A/6309/Rev.1号文件；或《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议，1968年3月26日至5月24日和1969年4月9日至5月22日，维也纳，会议文件》[英](A/CONF.39/11/Add.2号文件，联合国出版物，出售品编号：E.70.V.5)，第79页。确定边界的条约例外于情况根本变化规则，虽然少数国家反对，但在联合国条约法会议上得到绝大多数国家的核准。

¹²⁴ Hurst，同前(上见脚注108)，第43-44页。

¹²⁵ Tobin，同前(上见脚注103)，第82-87页。

¹²⁶ McNair，同前(上见脚注89)，第713-715、第718-719页。

¹²⁷ Fitzmaurice，同前(上见脚注110)，第314-315页。

¹²⁸ Verzijl(编)，同前(上见脚注99)，第382-385页。另见《秘书处的备忘录》“武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”(上见脚注78)(第37-46段)。备忘录第46段指出，美利坚合众国的大量案例认为，相互继承条约在武装冲突期

(22) 这一类条约包括有关给予居住在各自缔约方领土内的国民对等权利的其他条约，那些权利包括取得财产的权利、转让该财产的权利和因继承取得财产的权利。¹²⁹ 与此类有关联的协定包括关于取得和丧失国籍，以及其他身份事项，例如婚姻和监护权的协定。¹³⁰

(23) 给予此类条约特别地位的政策基础基本上是要在互惠条件下为国民和其他有关的私权提供法律保障。因此，有某一数目的国家实践肯定了此类条约不因战争而终止的立场就不足为怪了。

(24) 在1931年，瑞士联邦司法和警察部不接受一交战国同一中立国之间的定居和通商条约可予以废除或终止。¹³¹ 在有关的谈判中英国政府的立场与瑞士的立场相反。美国的实践受到了某些司法判决的影响。美国实践的改变，即尽管发生战争，但条约仍然适用，这反映在1945年代理国务卿(格鲁)给司法部长的信中。¹³²

间继续适用，这些案例得到了英国判例法的支持。这种判例符合许多法院和评论家的普遍论点，即与武装冲突期间国家政策相一致的条约应该得到维护，因为有关条约涉及的仅仅是私权而已。但是，法国最高法院作出了与此相反的结论，使这一问题成为国际法中一个未决的领域。

¹²⁹ 见McNair，同前(上见脚注89)，第711页；Fitzmaurice，同前(上见脚注110)，第315页；Verzijl(编)，同前(上见脚注99)，第382-385页；“武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”，《秘书处的备忘录》(上见脚注78)，第37-46、第67和第76段及Oppenheim，同前(上见脚注88)，第304页。

¹³⁰ 见McNair，同前(上见脚注89)，第714页和Verzijl(编)，同前(上见脚注99)，第385页。

¹³¹ *Répertoire suisse de droit international public: Documentation concernant la pratique de la Confédération en matière de droit international public, 1914-1939*, P. Guggenheim(编), Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1975, vol. I, 第188-191页。

¹³² Whiteman，同前(上见脚注96)，第495-497页；作者指出：

“关于涉及外国财产看守人将死者遗产给予德国国民的诉讼案件，司法部长比德尔于1945年询问国务院是否同意司法部提出的立场，即1923年12月8日同德国订立的《友好、通商和领事权利条约》[英](*United States Treaty Series* 725; 44 *United States Statutes at Large* 2132; 52, 国际联盟，《条约汇编》，133)第一和第四条并没有因战争被废止，它们仍然有效。代理国务卿格鲁在他于1945年5月21日给司法部长的答复中指出：

“《条约》第一条涵盖了广泛领域，规定每一缔约方的国民有权进入他方领土并在其中旅行、从事明确规定的种类的职业、拥有和租赁建筑物和租赁土地、在税收方面不受歧视、

(25) 1948年, 代理法律顾问杰克·泰特采纳并确认了这一立场。他说:¹³³

享有向法院申诉的自由, 他们的人身和财产受到保护。第四条是关于处置和继承地产和个人财产的。

“看来关于战争对条约的影响的法律并不明确或没有得到很好的解决。……[接着提到并引述了以下案件, 即 *Karnuth 诉美国案*, 279 *United States* 231, 236 (1929); *Techt 诉 Hughes 案*, 229 *New York* 222, 240 (1920), 128 *N.E.* 185, 191 (1920); 驳回调卷令请求, 254 *United States* 643 (1920) 以及 *Sophie Rickmers 案*, 45 *Fed. 2d* 413 (*S.D.N.Y.* 1930)。]

“‘……

“将这些判决的原则应用于1923年同德国订立的《条约》第一条时, 该条的某些规定, 例如进入美国、从事某些职业的权利等在目前的情况下是否有效看来会产生相当大的疑虑。另一方面, 似乎没有理由不让第四条继续生效, 尽管爆发了战争。

“同奥匈帝国签订的一项条约中类似第四条的规定在上面提到的 *Techt 诉 Hughes 案* 中被认为在战时仍然有效, ……

“*State ex rel. Miner 诉 Reardon 案* [120 *Kans.* 614, 245 *Pac.* 158 (1926)] 沿用了该案的判决……内布拉斯加最高法院在 *Goos 诉 Brocks 案* 中提出了相同的结论 [117 *Neb.* 750 (1929), 223 *N.W.* 13 (1929)], ……

“尽管面前案件中的条约规定与 *Karnuth 案* 的规定有些不同, 应该指出, 在后一案件中, 最高法院指出, 看来人们相当普遍地同意, 至少以下条约义务仍旧有效: ……一缔约国国民或子民有权继续拥有和转移在他国领土内的土地的规定……

“虽然国务卿蓝辛于1918年9月10日写到, 国务院不认为关于处置和继承地产的条约规定在与德国和奥匈帝国交战期间继续有效……那项说法是在这里讨论的各项司法判决之前, 是在那些判决所代表的实践明确地为各法院接受之前提出的。同较早的时期相比, 看来趋势是确认战争期间条约规定的效力应具有更大的持续性。人们相信, 国务卿蓝辛的说法不代表现在的看法。

“可以指出, 本国法院采取的立场看来比许多国际法的作者的立场有些更倾向于赞成条约规定在战时继续有效。在诸位现代作者中, 似乎有赞成以下看法的趋势, 即答复关于某一特定条约是否因缔约国间爆发战争而被废止的问题的关键因素必须在于各缔约方在签订条约时的意图, 而不是条约规定本身的性质。(Sir Cecil Hurst, “The Effect of War on Treaties”, 1921 - 1922 *The British Year Book of International Law*, 37, 47) 另见 C.C. Hyde, *International Law* (2nd ed., 1945), vol. II, 第1546页起; *Harvard Research in International Law, Law of Treaties*, 29 *AJIL Supp.* (1935), 1183起。似乎没有任何证据说明当1923年与德国签订条约时这方面的实际意图为何。但是, 鉴于当时刚刚在上面提到的 *Techt 诉 Hughes 案* 中作出的裁决, 认为诸如1923年《条约》第四条的规定在爆发战争时应仍然有效的看法应该不是不合理的。

“鉴于上述情况, 国务院不反对你认为1923年12月8日同德国签订的《条约》第四条尽管爆发战争仍应继续有效的立场。”

“The Acting Secretary of State (Grew) to the Attorney General (Biddle), letter, May 21, 1945, MS. Department of State, file 740.00113 EW/4-1245.”

¹³³ Whiteman, 同前(上见脚注96), 第502-503页, 1948年11月10日给司法部长的信。

在1945年5月21日代理国务卿给司法部长的信中, 国务院提出了它关于上述条约第四条尽管爆发战争应继续有效的看法。在克拉克诉艾伦案(1947), 91 *L. Ed.* 1633, 1641-43, 最高法院裁定, 1923年同德国签订的条约的第四条有关财产的取得、处置和缴税的规定在战争期间仍然有效。国务院注意到, 习惯上, 恰如克拉克诉艾伦案的裁决和美国最高法院的若干其他裁决所显示的, 决定性的因素是在有关的条约规定和维持战争状态之间是否存在不相容的情况, 致使该项规定显然不应执行。

关于德国政府于1941年为领事目的在旧金山取得的财产, 1923年同德国签订的条约的有关规定是第19条第2款……。国务院认为, 这些规定的法律效力并没有因美国和德国之间爆发战争而改变。这一看法与本政府在平时和在战时关于属于一国政府并位于另一国领土内的财产所采取的政策完全相符。本政府一向主张, 对他国政府在美国管辖领土内拥有的财产给予按照国际惯例一般给予此种财产的承认并忠实遵守按条约给予此种财产的任何权利保障。同样, 本政府也一直不懈地要求其他政府对其在它们领土内的财产给予此种确认和权利。

在美国和德国爆发战争之后本政府对待德国在美国的外交和领事财产的历史可作为此事的参议。

……

鉴于这些考虑, 国务院不反对外国财产办事处认为尽管美国与德国之间爆发了战争, 1923年12月8日签订的条约的第19条第2款的规定继续有效的立场。

(26) 若干州的市政法院的判决反映了这一观点, 但依据的法理学并不相互一致。¹³⁴

(27) 国际法院对类似的条约规定的裁定并不反对上面提到的法律立场。但是, 法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中并没有讨论到武装冲突对条约继续有效或中止的影响的问题。¹³⁵ 此外, 法院对当事方之间是否存在“武装

¹³⁴ R. Rank, “Modern war and validity of treaties: a comparative study”, *Cornell Law Quarterly*, vol. 38 (1952-1953), 第511-533页; Whiteman, 同前(上见脚注96), 第497-505页以及 Verzijl (编), 同前(上见脚注99), 第377-385页。

¹³⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment 26 November 1984, *I.C.J. Reports* 1984, 第392页起, 详见第426-429页。

冲突”的问题没有作出任何认定。¹³⁶ 可以回顾到，美国仍然与尼加拉瓜保持着外交关系，而且也没有宣战或宣布发生武装冲突。

(28) 法院在石油平台案中的判决¹³⁷ 也是假设1955年美国与伊朗的《友好、经济关系和领事权利条约》¹³⁸ 仍然有效。这些判决的相关性因《友好条约》仍然有效而受到了影响。¹³⁹ 各当事方没有对此提出异议。

(29) 此外，我们可以很有把握地假定，本类条约包括双边投资条约。亦如奥斯特指出的，此类协定的目的是互相保护缔约国的国民。¹⁴⁰

(d) 保护人权的条约

(30) 文献很少为本目的提及保护人权条约的状况。这种情况实际上很容易解释。许多相关文献早于《联合国宪章》时代出现的人权规范。而且，关于人权的专门文献有一种忽略技术性问题的倾向。1985年通过的国际法学会决议包括下列条款(第4条):“除非条约另有规定，武装冲突的存在并不致使缔约国有权单方面终止或暂停有关对人身进行保护的条约规定。”¹⁴¹ 第4条以36票赞成、0票反对和2票弃权获得通过。¹⁴²

(31) 此类人权保护的使用可视为是给予友好、通商和航海条约及关于私有权的类似协定，包括双边投资条约的地位的自然延伸。也与建立领土制度的条约有着密切关系；在建立这种制度时，就建立

¹³⁶ 见“武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”，秘书处的备忘录(上见脚注78)，第69-74段。

¹³⁷ *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment 6 November 2003, *I.C.J. Reports 2003*, 第161页。另见 *Preliminary Objection, Judgment 12 December 1996, I.C.J. Reports 1996*, 第803页，详见第809页，第15段。

¹³⁸ 1955年8月15日签署于德黑兰，联合国，《条约汇编》，第284卷，第4132号，第93页。

¹³⁹ 见 *Case concerning Oil Platforms, Preliminary Objection, Judgment 12 December* (上见脚注137)，第809页，第15段。

¹⁴⁰ 见 Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 同前(上见脚注115)，第244页。

¹⁴¹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 -II (1986), 第280页。

¹⁴² 同上，第219-221页。

了规范全体人民人权的标准，或规范少数群体的制度或地方自治制度。

(32) 对人权条约在武装冲突期间的适用问题作了下列叙述：

关于人权条约是否适用于武装冲突的辩论仍在持续，尽管如此，人们广为接受的观点是，各项人权条约不可减损条款在武装冲突期间适用。首先，国际法院关于核武器的咨询意见 [*Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, 第226页] 中指出，“《公民及政治权利国际公约》的保护不应在战争时期停止，除非援引《公约》第4条，在国家紧急时期可以减免某些规定。”[第240页，第25段] 关于核武器的咨询意见是法院在审查武装冲突对条约影响方面最密切相关的案例，包括武装冲突对人权和环境条约的影响的重要讨论。第二，国际法委员会在其关于国家国际不法行为责任条款所作评注中指出，尽管关于自卫的自然权利可能使得不遵守某些条约具有正当性，“至于国际人道主义法规定的义务以及在不可减损的人权条款方面，自卫并不解除行为的不法性。”最后，评论家也都一致认为，不可减损的人权条款在武装冲突期间适用。鉴于不可减损的人权条款将绝对法规制定为法律，因此，可将武装冲突期间适用不可减损人权条款视为前节所述规则的必然结论，即尽管爆发武装冲突，作为绝对法的条约条款必须予以遵守。¹⁴³

(33) 这一叙述说明了武装冲突期间与人权标准适用性有关的问题。¹⁴⁴ 本委员会的任务不是要着手参与此类实质性事项，而是要将注意力集中在武装冲突对特定条约的实施或有效性的影响问题上。在这方面，进行减损效力的测试是不合适的，因为减损涉及到条款的实施问题，与有效性或终止无关。但是，“在战争时期或其他威胁国家存亡的公共紧急情况下”进行减损的权限的确提供证据说明，此类武装冲突不会造成中止或终止。最终，恰当的标准是第4条草案里所列的标准。行使减损(与否)的权限不会阻止条约的另一缔约国宣称，条约是因为外在理由而中止或终止的。

¹⁴³ “武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”，秘书处的备忘录(上见脚注78)，第33段(脚注略)。

¹⁴⁴ 另见 R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2002。

(e) 关于保护环境的条约

(34) 大多数环境条约不含关于其在武装冲突情况下适用性的明确条款。保护环境条约的主题和模式有极大的差异。¹⁴⁵

(35) 与国际法院关于核武器的咨询意见有关的诉讼文书明确表示，在有关所有环境条约在和平和战争期间均适用的主张方面，没有一般性协议，除非有表示相反意见的明确规定。¹⁴⁶

(36) 在关于核武器的咨询意见中，国际法院形成了下列一般性法律立场：

本院承认环境日常面临威胁，使用核武器将构成环境的一种浩劫。本院也承认环境不是一个抽象的概念，而是代表人类包括子孙后代的生活空间、生活素质、甚至健康。各国有一般的义务确保在其管辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家或在国家管辖范围以外的地区的环境，这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。

但是，本院认为，问题不在关于保护环境的条约在武装冲突期间是否适用，而在这些条约所产生的义务是否是在军事冲突期间具有完全约束力的义务。

法院不认为这些条约可能以一国有保护环境的义务为由，有意剥夺该国根据国际法行使自卫的权利。不过，国家在追求合法的军事目标而估量什么手段是必要和相称时，必须考虑到环境。在估量一项行动是否符合必要和相称的原则时，尊重环境是必须考虑的因素之一。

《里约宣言》原则 24 的规定实际上支持这个办法，该原则规定：“战争本来就会破坏可持续发展。因此各国应遵守国际法关于在武装冲突期间保护环境的规定，并于必要时合作促进其进一步发展。”法院进一步注意到，《第一附加议定书》[《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》] 第 35 条第 3 款和第 55 条规定对环

境的其他保护。总的来说，这些规定体现了保护自然环境使其免遭广泛、长期和严重损害的一般义务；禁止意图或可以预料将会造成这种损害的作战方法和手段；并禁止为了报复而攻击自然环境。这些规定是对所有签署上述规定的国家的有力约束。¹⁴⁷

(37) 当然，这些规定是重要的，它们对采用环境条约适用于武装冲突情况的推定提供了一般性和间接的支持。但是，正如咨询意见记录中的书面呈件所示，在具体的法律问题上没有协商一致。¹⁴⁸

(f) 关于国际水道以及有关工程和设施的条约

(38) 与水道或航行权有关的条约基本上是建立或规范永久性权利或永久性制度或地位的条约类别的亚类，但单独审查这一类别较为方便。一些权威著作承认，此类文书不适宜在武装冲突期间终止。此类作者有：托宾¹⁴⁹、麦克奈尔¹⁵⁰、菲茨莫里斯¹⁵¹、兰克¹⁵²、钦肯¹⁵³和德尔布吕克。¹⁵⁴

(39) 然而，情况远非简单。菲茨莫里斯对各国的实践作了下列描述：

无论公约的性质如何，在公约的所有缔约国成为交战国时，将以公约是双边条约的同样方式来决定有关事项。例如，造法性类别的条约或意在创造永久性解决办法的类别的公约，诸如规定某些运河或水道自由航行或殖民地地区商业自由和平等的公约，将不受爆发由所有缔约国参加的战争的情况的影响。其实施可部分中止，但它们继续存在，一旦和平恢复，它们的实施就自动恢复。¹⁵⁵

¹⁴⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (上见脚注 101)，第 241-242 页，第 29-31 段。

¹⁴⁸ 见 D. Akande, “Nuclear weapons, unclear law? Deciphering the *Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court*”, *The British Year Book of International Law* 1997, vol. 68, 第 183-184 页。

¹⁴⁹ Tobin, 同前 (上见脚注 103)，第 89-95 页。

¹⁵⁰ McNair, 同前 (上见脚注 89)，第 720 页。

¹⁵¹ Fitzmaurice, 同前 (上见脚注 110)，第 316-317 页。

¹⁵² Rank, “Modern war and the validity of treaties”, 同前 (上见脚注 134)，第 526-527 页。

¹⁵³ C. M. Chinkin, “Crisis and the performance of international agreements: the outbreak of war in perspective”, *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 7 (1980-1981), 第 202-205 页。

¹⁵⁴ Delbrück, 同前 (上见脚注 117)，第 1370 页。

¹⁵⁵ Fitzmaurice, 同前 (上见脚注 110)，第 316 页。

¹⁴⁵ 见 Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2003, 第 307-316 页; P. W. Birni 和 A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd ed., Oxford University Press, 2002, 第 148-151 页以及 K. Mollard Bannelier, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001。

¹⁴⁶ 见“武装冲突对条约的影响: 对实践和理论的审查”, 秘书处的备忘录 (上见脚注 78), 第 58-63 段。

(40) 有关某些水道的地位的条约的适用或许要以服从行使《联合国宪章》第五十一条承认的自卫的固有权利为前提。¹⁵⁶

(41) 无论如何，每个海峡和运河的制度通常是通过具体条款手段解决的。此类条约的例子包括《确定易北河航行章程的公约》(1922年)、有关基尔运河的《协约国和参战各国对德合约》(《凡尔赛条约》)的条款(1919年)、《关于海峡制度的公约》(1936年)、《巴拿马运河条约》(1977年)¹⁵⁷以及《关于巴拿马运河永久中立和营运的条约》(1977年)¹⁵⁸。

(42) 一些多边协定明确规定了在战争期间的中止权。所以，关于1921年《国际可航行水道制度的规约》第15条规定：“本规约没有规定战争期间交战国和中立国的权利和义务。但是，本规约在战争期间继续有效，只要此类权利和义务允许即可。”

(43) 《国际水道非航行使用法公约》(1997年)在第29条作如下规定：

武装冲突期间的国际水道和装置

国际水道和有关的装置、设施及其他工程，应享有适用于国际性及非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得用于违反这些原则和规则。

(44) 因此有一定理由将本类别纳入提示性清单。

(g) 关于含水层以及有关工程和设施的条约

(45) 类似于以上的考虑似乎适用于关于含水层以及有关工程和设施的条约。地下水占世界淡

水资源的97%，不包括两极地区冰层所含的水。¹⁵⁹在地表水资源方面有相当多的国家实践，但在地下水资源方面却乏善可陈。委员会在关于跨界含水层法律的工作展现了在这个领域取得的成就。¹⁶⁰关于地下水的双边、区域和国际协定和安排的现有体系越来越引人注目。¹⁶¹

(46) 根据武装冲突法规定的根本性保护，基本的假定是，跨界含水层或含水层系统及有关工程、设施和其他工事应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。¹⁶²

(47) 虽然武装冲突法自身规定了保护，但关于含水层以及有关工程和设施的条约主题事项是否有不受武装冲突影响的必然含义可能不那么清楚。含水层的脆弱性和保护其中的含水的必要性，正是提出连续性必然含义的紧迫原因。

(h) 多边造法条约

(48) 麦克奈尔对造法条约的定义是：

多方造法条约

多方造法条约指的是在不创设国际制度、地位或体系的情况下，创立用以调整各方未来行为的国际法规则的条约。据认为，不论是所有缔约方还是部分缔约方交战，这些条约都能不受战事的影响，一直有效。以这些条约为基础通常可能形成永久法律。这方面的例子不多。1856年《巴黎宣言》[《海上国际法原则宣言》]即为一例。《宣言》的内容清楚表明各方打算利用《宣言》来调整各方在战争期间的行为，但是战争结束后《宣言》仍然有效，为此提出的理由是各方打算根据《宣言》来创立永久法律规则。《1907年关于限制用武力索求合同债款的海牙第二公约》和1928年《巴黎和约》[《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(《白里安—凯洛格公约》)]也都属于这类情况。创立关于国籍、婚姻、离婚、对等执行判决等问题的规则的公约可能也属于此类。¹⁶³

¹⁵⁶ 见 R.R. Baxter, *The Law of International Waterways, with particular regard to Interoceanic Canals*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1964, 第205页。

¹⁵⁷ 1977年9月7日签署于华盛顿，联合国，《条约汇编》，第1280卷，第21086号，第3页。另见 ILM, vol. 36 (1977), 第1022页。

¹⁵⁸ 1977年9月7日签署于华盛顿，ILM (上见脚注157)，第1040页。

¹⁵⁹ 见 Burchi 和 Mechlem, 同前(上见脚注25), foreword.

¹⁶⁰ 上见本报告第四章。

¹⁶¹ 一般性参阅，见 Burchi 和 Mechlem, 同前(上见脚注25)。

¹⁶² 上见委员会本届会议通过的跨界含水层法条款草案第18条。

¹⁶³ McNair, 同前(上见脚注89)，第723页。

(49) 卢梭¹⁶⁴、菲茨莫里斯¹⁶⁵、斯塔克¹⁶⁶、德尔布吕克¹⁶⁷和库尔蒂·贾尔迪诺¹⁶⁸等其他几位权威学者对这类条约的意义也有所表述。

(50) “造法”一词有些似是而非，¹⁶⁹可能轮廓不够清晰。但是，在第二次世界大战后作出的安排中，在技术性多边条约方面产生了某些国家实践。斯塔克指出：“涉及卫生、毒品、保护工业财产等‘制定法律’一类的多边公约，不因战争爆发而废止；相反，条约只是中止生效并在敌对行动结束之后重新生效，或甚至在战争期间得到部分适用。”¹⁷⁰

(51) 美国的立场载于国务院法律顾问欧内斯特·格罗斯1948年1月29日的信中：

然而，关于你的信中所指的那一类多边条约，我国政府认为，一般来讲，对于美国缔结的非政治性多边条约，只要美国政府从未按照多边条约的规定宣布退出该条约，在美国处于交战状态时这些条约对于美国来说仍然有效；虽然当这些条约的某些缔约国处于战争状态时，可以理解条约的某些条款事实上可能无法执行，但这个事实并不能废止这些条约。我国政府认为，战争对这些条约的影响仅限于敌对交战之间终结或中止条约的执行；除非有特别的原因采取相反的观点，这些条约在共同交战之间、交战国与中立国之间和中立国之间仍然有效。

我国政府认为，美国和意大利和平条约于1947年9月15日生效以后，对于美国和意大利两国在战争处于战争状态时有效的非政治性多边条约，只要两国政府都没有按照有关条款宣布退出，这些条约现在在美国和意大利之间恢复生效和实施。美国政府对保加利亚、匈牙利和罗马尼亚采取类似的立场……¹⁷¹

(52) 英国的立场载于外交部1948年1月7日的信中：

你在来函中询问技术性或非政治性多边条约的法律地位，以及英国国王陛下政府是否认为由于战争原因，这些条约已经被废除还是只是中止执行。我愿就此作出答复。

谨请注意，在与意大利、芬兰、罗马尼亚、保加利亚和匈牙利签署的和平条约中，没有提及这些条约，和平会议认为没有必要对这些条约作出规定，因为根据国际法，在战争期间这些条约原则上在交战国之间仅仅是中止执行，和平重现以后将自动恢复生效。国王陛下政府不认为多边公约应该随着战争的爆发而在事实上失效，对于中立国签署的公约尤其如此。此类公约的明显例子有1919年《航空管理公约》和多项邮政和电讯公约。其实，真实的法律思想似乎是，仅仅由于交战国之间正常的和平关系中止，才使得有关的多边公约无法履行或暂时中止执行。在某些情况下，例如《红十字公约》，多边公约是为应对战争期间的国与国之间的关系而特别设计的，显然此类公约将仍然有效，而不会中止执行。

至于仅由交战国缔结的多边公约，如果这些公约属于非政治性的技术性公约，国王陛下政府可能采取的观点是，这些公约将在战争期间中止执行，但是战争结束后将自动恢复生效，除非专门废止。然而，这种情况从未发生过。¹⁷²

¹⁷² 同上，第346页。另参见Oppenheim，同前（上见脚注88），第304-306页。菲茨莫里斯叙述了双边条约重新生效或不生效的途径，例如通知的方法，他指出：

“此类规定的好处是在前敌国与任一同盟国或参战国之间爆发战争时，它毫无疑问地确定了各方对每一项有效的双边条约的立场。如果没有此类规定，情况当然不会如此，原因是界定战争对条约，尤其是对双边条约的影响相当困难，而且难免辨别不清。

“在双边条约和公约方面存在着同样的问题，但是，问题的严重性要小得多，因为一般情况下战争爆发将对有关多边条约或公约产生何种影响的问题是显而易见的。有鉴于此，再加上前敌国和同盟国和参战国（连同若干其他国家，包括中立国或不参加媾和的国家）拒绝的多边公约为数众多，确定这些公约的细节较为困难，所以决定在《和平条约》中对这些公约不予提及，而按有关这一问题的国际法基本规则对此予以处理。然而，有意思的是，在和平会议法律委员会讨论这一问题时，委员会的观点被正式记录在案，列入会议记录中。即一般来讲，虽然在战争期间不可能在交战国之间，或在某些情况下被战争切断联系的交战国和中立国之间适用多边公约，但是交战国之间缔结的多边公约，特别是技术性公约的存在和持续有效性不会受到战争爆发的影响，这些公约最多中止活动，一旦和平重现，便会自动重新生效，而不必对此有任何特别规定。事实上事情并非如此简单，甚至涉及多边公约时也是如此，无论如何这基本上是决定不在和平条约中对此事项作出明确规定的根据。”（Fitzmaurice，同前（上见脚注110），第308-309页）。

¹⁶⁴ Rousseau，同前（上见脚注112），第223和第224页。

¹⁶⁵ Fitzmaurice，同前（上见脚注110），第308、第309和第313页。

¹⁶⁶ *Starke's International Law*, 11th ed., I. A. Sheare (编), London, Butterworths, 1994, 第493页。

¹⁶⁷ Delbrück，同前（上见脚注117），第1370页。

¹⁶⁸ Curti Gialdino，同前（上见脚注119），第225-239页。

¹⁶⁹ 见“武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查”，秘书处的备忘录（上见脚注78），第49-50段。

¹⁷⁰ Starke（编），同前（上见脚注166），第493页。

¹⁷¹ Rank, “Modern war and the validity of treaties”, 同前（上见脚注134），第343-344页。

(53) 德国¹⁷³、意大利¹⁷⁴和瑞士¹⁷⁵政府对这一问题的立场基本相同。但是，各国的做法并非完全前后一致，其做法，特别是近期的做法需要进一步证明。

(54) 在这一特定背景下，国内法院的判决必须视为有问题的渊源。首先，判决常常是在政府部门的明确指导下作出的。其次，国内法院可能会依赖与国际法原则没有直接关系的政策因素作出判决。尽管如此，可以说国内法院的判例是不符合继续有效原则的。¹⁷⁶ 苏格兰最高民事法庭对 *Masinimport 诉苏格兰机械轻工业有限公司案* (1976年) 的判决支持了这项一般原则。¹⁷⁷

(55) 虽然造法条约的渊源不同，但不妨将该类条约作为具有继续有效地位的一类条约予以承认。就原则而言，这些条约应该符合条件，支持继续有效原则的国家实践比比皆是。

(i) 关于以和平手段解决国家间争端的条约，包括诉诸调解、调停、仲裁和国际法院

(56) 本类条约在文献中的地位不那么显赫，可被假定为在某种程度上可并入构成国际制度的多边条约类。然而，某些编撰者对于构成和平解决国际争端机制的条约的继续施行予以明确承认。¹⁷⁸ 按照这一原则，在战后对第一次世界大战前缔结的特别协定作出了相关裁决。

¹⁷³ Rank, "Modern war and the validity of treaties", 同前(上见脚注134), 第349-354页。

¹⁷⁴ 同上, 第347和第348页。

¹⁷⁵ *Répertoire suisse de droit international public* (上见脚注131), 第186-191页。

¹⁷⁶ 见 Rank, "Modern war and the validity of treaties", 同前(上见脚注134), 第511和第533页以及 Verzijl (编), 同前(上见脚注99), 第387-391页。

¹⁷⁷ *Masinimport v Scottish Mechanical Light Industries Ltd.*, ILR, vol. 74 (1987), 第559页起, 详见第564页。

¹⁷⁸ 见 S. H. McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1958, 第74-87页和 McNair, 同前(上见脚注89), 第720页。另见 Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920 - 1942, A Treatise*, New York, The Macmillan Company, 1943。

(j) 关于商业仲裁的条约

(57) 作为一项原则和一项稳健的政策，继续有效原则似乎适用于与商业仲裁和执行裁决有关的多边公约引起的义务。在 *Masinimport 诉苏格兰机械轻工业有限公司案*中，苏格兰最高民事法院认为，这些条约在第二次世界大战以后继续有效，不受1947年《罗马和平条约》¹⁷⁹的管辖。与此有关的协定有1923年9月24日签署的《仲裁条款议定书》和1927年9月26日的《关于执行外国仲裁裁决的公约》。法庭将上述文书归类于“多方造法条约”。1971年，意大利最高上诉法院(联席会议)认为虽然意大利对法国宣战，1923年《商务仲裁条款议定书》没有被终止，只是在战争状态结束之前停止适用。¹⁸⁰

(58) 对这一类条约的认可似乎有其道理；它们同其他类型的条约，包括多边造法条约也存在着联系。

(59) 关于爆发敌对行为对按照《国际商会规则》作出裁决的条款有何影响的问题，有一个重要的范例。在达尔米亚水泥公司诉巴基斯坦国民银行案中，皮埃尔·拉利夫教授作为唯一仲裁员基于1965年9月在印度和巴基斯坦之间发生的敌对行为，作出了下列裁断：

总之，我坚定认为，在索赔者对国际商会仲裁法院提出仲裁要求之时，即使假定印度和巴基斯坦之间处于战争状态，但在双方之间仍存在着按照《国际商会规则》作出裁决的有效和具有约束力的协定。¹⁸¹

¹⁷⁹ *Masinimport v Scottish Mechanical Light Industries Ltd.* (上见脚注177), 第564页。

¹⁸⁰ *Lanificio Branditex v. Società Azais e Vidal*, ILR, vol. 71 (1986), 第595页。另见瑞士关于以下案件仲裁条款议定书的判决：*Telefunken v. N.V. Philips*, 同上, vol. 19, 第557页(联邦法院)。

¹⁸¹ *Dalmia Cement Ltd. v National Bank of Pakistan*, award of 18 December 1976, 同上, vol. 67 (1984), 第611页起, 详见第629页。他还说：

“没有必要审查提出仲裁要求的行动是否构成与‘敌方’‘往来’，也没有必要审查据称支持这一争议的当局是否不同‘英式’裁决或当地裁决有关，还同按照《国际商会规则》进行国际裁决有关。至于当事方是否确实或可能考虑到在接受裁决条款之时，在巴基斯坦和印度之间出现‘战争状态’或小于战争规模的武装冲突的可能性，讨论这一问题亦属多余。”

(k) 关于外交关系的条约

(60) 提示性清单还包括外交关系条约。虽然实例记载不够完整,但是使馆在发生武装冲突期间保持开放的做法并不少见。不管在任何情况下,《维也纳外交关系公约》明确规定《公约》适用于武装冲突期间。第24条规定使馆档案及文件“无论何时”均属不得侵犯,“无论何时”这一用语是在维也纳会议期间添加的,目的是明确表明在发生武装冲突的情况下其不可侵犯性仍然有效。¹⁸²其他条款,例如关于离境便利的第44条,包括“纵有武装冲突情事”的用语。第45条尤其重要,它作出了下列规定:

遇两国断绝外交关系,或遇使馆长期或暂时撤退时:

(a) 接受国应尊重并保护使馆馆舍以及使馆财产与档案,纵有武装冲突情事,亦应如此办理;

(b) 派遣国得将使馆馆舍以及使馆财产与档案委托接受国认可之第三国保管;

(c) 派遣国得委托接受国认可之第三国代为保护派遣国及其国民之利益。

(61) 继续有效原则得到了一些评注者承认。¹⁸³国际法院在驻德黑兰的美国外交和领事人员案中着重叙述了《维也纳外交关系公约》所反映的制度的特性。国际法院指出:

简言之,外交法的规则构成一个自足独立的制度,一方面规定了接受国在便利、特权、豁免方面应照料外交使团的义务,另一方面也预见到使团成员可能违规,故具体规定了接受国为了对付任何可能的此类违规而可以动用的手段。这些手段本质上是完全有效的,因为除非派遣国召回使团成员,由于接受国不再承认

他作为使团成员,可能造成他的特权和豁免权即刻丧失,这实际上将迫使该人员出于自身考虑立即离境。但是外交人员和外交使团馆舍不可侵犯性原则是这一长期制度的基石之一,伊斯兰传统对这一制度的演变作出了重大贡献。此外,1961年《[维也纳外交关系]公约》第44条和第45条都着重强调了不可侵犯性原则的根本特征(还有1963年《[维也纳领事关系]公约》第26和第27条)。即使发生武装冲突或外交关系断绝,根据这些条款接受国也必须尊重外交使团成员和馆舍、使团财产和档案的不可侵犯性。¹⁸⁴

(62) 1961年《维也纳外交关系公约》对伊朗和美国都有效。国际法院较为清楚地表明,所适用的法律包括“一般国际法上可适用的规则”;《公约》是对法律的法典化。¹⁸⁵

(l) 关于领事关系的条约

(63) 与外交关系条约一样,将领事关系条约归入在发生武装冲突的情况下不一定废除或中止的协定类别有充足的理由。普遍认为,即便爆发战争或外交关系中断,仍可维持领事关系。¹⁸⁶《维也纳领事关系公约》明确规定《公约》适用于武装冲突期间。因此,第26条规定接受国对于领馆人员及其他人员离境提供的便利,“纵有武装冲突情事”,亦应如此办理。第27条规定接受国应尊重并保护领馆馆舍,“纵有武装冲突情事”,亦应如此办理。继续有效原则得到了钦肯教授的认可。¹⁸⁷

(64) 国际法院在德黑兰的美国外交和领事人员案中着重叙述了1961年和1963年两项维也纳公约的特性。

(65) 《维也纳领事关系公约》对伊朗和美国都有效。国际法院认为《公约》是对法律的法典化,

“基于上述原因,

“本仲裁员

“认定索赔者提出的仲裁诉讼属于国际商会仲裁法院管辖范围,仲裁员有根据《国际商会调解和仲裁规则》第13条第3款对争议进行裁决的管辖权。”(同上)

¹⁸² 见E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, 第160页。

¹⁸³ 例如见Chinkin, 同前(上见脚注153), 详见第194-195页。另见“武装冲突对条约的影响: 对实践和理论的审查”, 秘书处的备忘录(上见脚注78), 第36段。

¹⁸⁴ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgement of 24 May 1980, *I.C.J. Reports 1980*, 第3页起, 详见第40页, 第86段。

¹⁸⁵ 同上, 第24页, 第45段; 第41页, 第90段和(判决正文), 第44页, 第95段。

¹⁸⁶ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1991, 第111页。

¹⁸⁷ Chinkin, 同前(上见脚注153), 尤其见第194-195页。另参见“武装冲突对条约的影响: 对实践和理论的审查”, 秘书处的备忘录(上见脚注78), 第36段。

而且较为清楚地表明，所适用的法律包括“一般国际法上可适用的规则”。¹⁸⁸

(66) 各国在双边条约中关于领事规定的实践前后不太一致。¹⁸⁹ 需要掌握更多的资料，特别是关于近期实践的资料。

第 6 条

武装冲突期间缔结条约

1. 武装冲突的爆发不影响武装冲突当事国依照《维也纳条约法公约》缔结条约的能力。

2. 各国可缔结关于在武装冲突情况下终止或中止某项条约的施行的合法协定。

评注

(1) 第 6 和第 7 条草案应该先后顺序加以理解。列入这两条是为了保留条约必须遵守的原则，符合条款草案关于确保条约的法律保障和连续性的基本政策。这两个条款草案反映，国家在武装冲突时可以继续相互交往。

(2) 第 6 条草案第 1 款反映以下基本主张，即武装冲突不影响冲突当事国缔结条约的能力。

(3) 从技术上讲，这条规定处理武装冲突对国家缔结协定的能力的影响，而不是对条约本身的影响，但在条款草案中保留该款被认为是有用的。为了表明“武装冲突当事国”的能力而对该款作了微调，以表明武装冲突可能只有一个当事国，如国内武装冲突的情形。

(4) 第 2 款处理武装冲突当事国的实践，在武装冲突期间明确同意中止或终止当时两国间生效的条约。正如麦克奈尔指出：“在战争期间，在两个敌对的交战国之间订立条约义务……从司法原理

¹⁸⁸ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (上见脚注 184), 第 24 页, 第 45 段; 第 41 页, 第 90 段和 (判决正文), 第 44 页, 第 95 段。

¹⁸⁹ 见 Rank, “Modern war and the validity of treaties”, 同前 (上见脚注 134), 第 341-355 页和 McIntyre, 同前 (上见脚注 178), 第 191-199 页。

上说，并非不可能。”¹⁹⁰ 实际上，确实缔结过此类协定，若干法学家也曾提起过有关事例。杰拉尔德·菲茨莫里斯在某种程度上也赞同麦克奈尔的观点，他在《海牙讲座》中指出：

而且，在战争期间，在两个交战国之间实际订立条约，从理论上来说并非不可能。例如，交战国之间缔结停战协定就属于这种情况。属于这种情况的还有交战国就交换人员，或就敌国人员安全通过其领土等问题缔结特殊协定。这些协定也许需要通过中立的第三国或保护国缔结，但是，一旦缔结，这些协定就成为具有约束力的有效国际协定。¹⁹¹

第 7 条

关于条约施行的明文规定

如果条约明文规定适用于武装冲突，在武装冲突情况中该条约应继续施行。

评注

(1) 第 7 条草案是对第 6 条草案的补充，它处理条约明确规定武装冲突进行中继续实施的进一步可能性。它规定了一般性规则，即条约如有如此规定，则在武装冲突中继续实施。

(2) 第 7 条草案着重于在讨论中的那种不受冲突影响的条约的“可施行性”。起初，这条规定采用条约的继续“生效”一词。有些委员建议采用继续“适用”或者“施行”。经决定采用最后一条，因为据认为，重点不应放在条约是否生效或者可适用，而应放在条约在武装冲突情况中是否能实际施行。

(3) 对是否保留“明文”这一限定语的问题作了辩论。有人认为，这种限定语没有必要，因为存在着一些条约，虽然没有为此明文规定，仍按其含义继续施行。但是，经过全面考虑后决定保留更严格的措辞，明确只包括载有这种明文规定的条约，而将那些按自然含义继续施行的条约则归入到第 4 和第 5 条草案的适用范围内。

¹⁹⁰ McNair, 同前 (上见脚注 89), 第 696 页。

¹⁹¹ Fitzmaurice, 同前 (上见脚注 110), 第 309 页。

(4) 严格来讲, 这条草案似乎多余, 但普遍认为, 为了明确说明, 这种规定有合理之处。

第 8 条 通知终止、退出或中止

1. 参与武装冲突的国家如有意终止或退出其作为缔约国的条约, 或中止该条约的施行, 应将该意向通知条约的其他缔约国或条约保存人。

2. 通知自其他各缔约国收到通知之时起生效。

3. 以上两款不影响缔约国根据条约的规定或可适用的国际法规则对终止、退出条约或中止其施行表示反对的权利。

评注

(1) 第8条草案确定通知终止、退出或中止条约的基本义务。案文依据1969年《维也纳公约》第65条, 但按武装冲突作了修订和调整。该条款草案的目的是确定通知的基本义务, 同时承认另一缔约国提出反对的权利, 但仅止于此。换言之, 在这种情形下, 会有始终得不到解决的争议, 至少在冲突的剩余时间内如此。有人认为要全面照搬第65条是不可行的, 因为想强制实行武装冲突时终止、退出或中止条约的和平解决争端制度是不现实的。

(2) 第1款的案文按《维也纳公约》作了调整, 将“希望”改为“有意”, 然后增加了“该意向”等词, 以具体指明通知的对象是什么。对关于在这里按《维也纳公约》的用语用“其主张”的可能性问题也作了讨论, 但经决定不采用这个用语, 以便将本程序与《维也纳公约》第65条加以明确区别。

(3) 关于“或条约保存人”的说法, 有些委员建议改为“和条约保存人”, 或者删除“其他各”等词。但最后按原来的建议保留该案文, 因为这是保存人通知各方的职能。此外, 有些条约没有保存人。因此, 通知各缔约国或者保存人的可能性必须在第1款中规定。但是, 关于通知的生效问题, 重要的是另一缔约国或其他一些缔约国收到通知的时刻, 而不是保存人收到通知的时刻。因此, 第2款没有提及保存人。

(4) 关于第2款的案文, 有一项建议说应具体指出, 必须考虑的是收到通知后生效的“终止、中止或退出”。但是经决定只保留“通知”生效, 因为如果采纳建议的修正方案, 可能会有表示终止、中止或退出在通知收到后立即生效的效应, 而第3款则预期条约缔约方保留反对终止的权利。

(5) 第3款的意图是保留某一条约或一般性国际法下可能存在的反对终止、中止或退出条约的权利。因此, 反对的是终止、中止或退出的意图, 这种意图是由第1款设想的通知所转达的。

第 9 条 不依条约存在的国际法义务

因武装冲突而终止、退出或中止其施行的条约, 不影响一国履行依国际法必须履行的该条约所载义务的责任。

评注

(1) 第9和第11条草案试图按照1969年《维也纳公约》第43至第45条的模式, 作更改后建立一种制度。其目的是: 如果某一项义务载于某一条约, 而该条约因武装冲突而终止或中止, 或者缔约国退出该条约, 则继续要求履行一般国际法下的同一义务。增加了与武装冲突的关系, 目的是将本规定放在本条款草案的适当背景中。

(2) 本条草案所订的原则似乎是老生常谈, 因为习惯国际法继续在条约义务外适用。国际法院在对尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案的著名判词中说:

得到公认的上述[一般和习惯国际法]原则已编纂或体现在多边公约之中, 这一事实即使对于已成为这些公约缔约方的国家而言, 也并不意味着这些规则已不再作为习惯法原则存在或适用。¹⁹²

¹⁹² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 26 November 1984* (上见脚注135), 第424页, 第73段; 另见Morelli法官在以下案件的不同意见: *North Sea Continental Shelf, Judgment 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969*, 第3页起, 尤其见第198页。

第 10 条

条约规定的可分开性

因武装冲突而导致条约的终止、退出或中止，应对整个条约有效，除非条约另有规定或当事国另有协议，但下列情况不在此限：

(a) 条约的部分条款在适用上可与条约的其余部分可以分开；

(b) 从条约本身可以推论或通过其他方式确定，接受以上所指条款并非其他缔约国接受整个条约约束之必要基础；及

(c) 条约其余部分之继续施行不致有失公平。

评注

(1) 第 10 条草案处理将受武装冲突影响的条约规定分开的可能性问题。

(2) 有人表示关注，最初的引言以 1969 年《维也纳公约》第 44 条的引言为基础，这使人以为默认规则是，整个条约不是终止，就是中止，除非有理由将规定分离。有人指出，关于武装冲突的影响问题不同于《维也纳公约》设想到的问题，因为有实践表明武装冲突对有些条约的影响只是部分的。要不这么做，就会含有中止对整个条约产生影响的意义。因此第 5 条草案确认，条约事项可隐含条约在武装冲突期间继续施行的含义。经最后仍然决定保留第 10 条草案，但重新拟订引言，不再强调条约中预先存在终止、退出或中止的权利。

(3) (a) 至 (c) 项逐字照搬《维也纳公约》第 44 条。

第 11 条

丧失终止、退出条约或中止其施行的权利

凡属下列情况之一，一国不得再因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行：

(a) 该国业已明确同意条约仍然有效或将继续施行；或

(b) 根据该国的行为，可以认为该国已默认条约将继续施行或继续有效。

评注

第 11 条草案以 1969 年《维也纳公约》的同等条款即第 45 条为基础。这条规定处理终止、退出或中止施行条约的权利之丧失问题。为更适合于武装冲突，引言增加了适当的措辞。

第 12 条

中止条约的恢复

因武装冲突而中止的条约，应根据第 4 条草案规定的标准，决定是否恢复施行。

评注

(1) 本条草案是第 4 条草案的进一步发展，它处理恢复因武装冲突而中止的条约问题。第 4 条草案提到的征象也与本条草案的适用有关。因此，1969 年《维也纳公约》第 31 和第 32 条以及武装冲突的性质和范围、武装冲突对条约的影响、条约的主题事项和条约缔约方的数量，都可以考虑进去。

(2) 何时恢复条约的问题应该依具体情况解决。

第 13 条

行使单独或集体自卫权对条约的影响

依照《联合国宪章》行使单独或集体自卫权的国家，有权全部或部分中止施行与行使该项权利不符的条约。

评注

(1) 第 13 条草案是根据国际法学会 1985 年赫尔辛基会议通过的有关决议拟订的三个条款中的第一个。¹⁹³ 第 13 条草案反映必须明确承认这些条款

¹⁹³ 具体地说，国际法学会决议第 7 条案文如下：

“一国按照《联合国宪章》行使个别或集体自卫权时，有权全部或部分中止与行使该项权利不符的条约的实

草案不为侵略国造成优势。第14和第15条草案也反映了这种政策的必要性。

(2) 该条草案涉及按照《联合国宪章》行使单独或集体自卫权的国家的情况。这种国家有权全部或部分中止与行使这项权利行为不符的条约的施行。该条草案必须按照第14和第15条草案的设想，放在适用《联合国宪章》的制度的背景下予以理解。

第14条 安全理事会的决定

本条款草案不妨碍安全理事会依照《联合国宪章》第七章规定所作决定的法律效力。

评注

(1) 第14条草案要保留安全理事会根据《联合国宪章》第七章所作决定的法律效力。它与国际法学会1985年决议第8条¹⁹⁴的职能相同。委员会更赞同以“不妨碍”条款提出这条规定的方法，而不是国际法学会通过的格式，因为其措辞太肯定。

(2) 有些委员赞成删除“第七章规定”等字，以反映安理会根据《宪章》其他几章作出决定。但是，在第七章方面提到的内容被保留了下来，因为条款草案的上下文是武装冲突。

(3) 《联合国宪章》第一百零三条规定，联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先地位。除了《宪章》本身所载的权利和义务外，第一百零三条还包括根据联合国机构有约束力的决定所规定的职责。特别是第一百零三条规定安全理

施，但须承受后来安全理事会决定该国为侵略国所造成的后果。”(Annuaire de l'Institut de droit international (上见脚注84)，第280-282页)

¹⁹⁴ 国际法学会决议第8条如下：

“一国遵守联合国安全理事会有关威胁和平、破坏和平的行动或侵略行为的决议，应终止或中止实施与该决议相抵触的条约。”(同上，第282页)

事会的决定居优先地位，这已经被实践和学说所广为接受。¹⁹⁵

(4) 第14条草案对由于第一百零三条而牵涉到的各种问题保持开放。

第15条 禁止侵略国受益

从事《联合国宪章》以及联合国大会第3314(XXIX)号决议所指的侵略行为的国家不得因武装冲突而终止、退出条约或中止其施行，如果这将使其受益。

评注

(1) 第15条草案禁止侵略国从因它挑起的武装冲突可能导致的终止、退出或中止条约中获益。该规定的格式以国际法学会1985年的决议第9条¹⁹⁶为基础，并作了某些调整，特别是列入了退出条约的可能性和具体指明所涉及的条约是因有关武装冲突而终止、退出或中止的条约。

(2) 本条草案的标题强调该规定不是处理侵略行为的问题，而是处理在终止、退出或中止条约方面侵略国可能从有关武装冲突中获得的利益。

第16条 源自中立法权利和责任

本条款草案不妨碍有关国家根据中立法而具有的权利和责任。

¹⁹⁵ 特别见委员会国际法不成体系问题研究组的分析性研究(A/CN.4/L.682及Corr.1和Add.1)(油印件，可在委员会网站查阅，第58届会议文件；定稿载于《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，附件)，第328-340段。

¹⁹⁶ 国际法学会决议第9条如下：

“一国实施《联合国宪章》和联合国大会第3314(XXIX)号决议所指含义的侵略，而终止或中止一项条约的实施会给该国带来益处，那么，该国不得终止或中止该项条约的实施。”(Annuaire de l'Institut de droit international (上见脚注84)，第282页)

评注

第16条草案是另一个“不妨碍”条款，这次是争取保留从中立法中产生的权利和责任。与原先较具体的措辞“作为第三国的中立国地位”相比，如此措辞得到更多的支持。会议认为，“中立国”一词作为起草的一个事项，是不确切的，因为它不明确它指的是正式中立，还是仅仅是不交战。对案文作重新拟订，使这条规定更具有但书的性质。

第 17 条

其他终止、退出或中止的情况

本条款草案不妨碍尤其因下列情况而终止、退出或中止条约：

- (a) 当事方达成协议；或
- (b) 发生重大违约情事；或
- (c) 发生意外不可能履行；或
- (d) 情况发生基本改变。

评注

(1) 第17条草案保留因适用其他国际法规则而终止、退出或中止条约的可能性，(a)至(b)项就这种情况列出了四个例子，它适用的是1969年《维也纳公约》第54至第62条。标题中的“其他”一词旨在表明这些理由是除了本条款草案以外的理由。引言中“尤其”一词是为了澄清(a)至(d)项是一个提示性清单。

(2) 尽管上述保留可以说是不言而喻的，但作此澄清被认为是有用的。它意在避免这样的暗示：武装冲突的发生导致了禁止适用终止、退出或中止条约的其他理由的特别法规则。

第 18 条

武装冲突后条约关系的恢复

本条款草案不妨碍武装冲突当事国在武装冲突结束后根据协议对因武装冲突而终止或中止的条约的重新生效问题作出规定的权利。

评注

(1) 本条草案的具体目的是处理“战前”协定地位不明而有必要对条约状况予以整体评估的情况。此种评估实际上可包括其地位不明，或因武装冲突而被视为终止或中止的条约的重新生效。关于恢复这种条约的具体协定不受本条款草案的妨害。

(2) 本条草案明确规定有关的权利是冲突“当事国”的权利。

附件

第 5 条草案中所指各类条约提示性一览表

- (a) 与武装冲突法，包括国际人道主义法有关的条约；
- (b) 声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利，包括确定或修改陆地和海洋边界的条约；
- (c) 友好、通商和航海条约以及涉及私权类的协定；
- (d) 保护人权的条约；
- (e) 关于保护环境的条约；
- (f) 关于国际水道以及有关工程和设施的条约；
- (g) 关于含水层以及有关工程和设施的条约；
- (h) 多边造法条约；
- (i) 关于以和平手段解决国家间争端的条约，包括通过调解、调停、仲裁和国际法院；
- (j) 关于商务仲裁的条约；
- (k) 关于外交关系的条约；
- (l) 关于领事关系的条约。