



联合国

国际法委员会报告

第七十二届会议

(2021 年 4 月 26 日至 6 月 4 日和 7 月 5 日至 8 月 6 日)

大会

正式记录

第七十六届会议

补编第 10 号([A/76/10](#))



大 会
正式记录
第七十六届会议
补编第 10 号

国际法委员会报告

第七十二届会议
(2021 年 4 月 26 日至 6 月 4 日和 7 月 5 日至 8 月 6 日)



联合国·纽约，2021 年

说明

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

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

委员会报告的排版本将载入《2021 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

ISSN: 0251-8562

简要目录

章次	页次
一. 导言.....	1
二. 委员会第七十二届会议工作概况.....	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	8
四. 保护大气层.....	10
五. 条约的暂时适用.....	53
六. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	96
七. 国家责任方面的国家继承.....	132
八. 一般法律原则.....	147
九. 与国际法有关的海平面上升.....	161
十. 委员会的其他决定和结论.....	174
附件	
确定国际法规则的辅助手段.....	181

目录

章次	页次
一. 导言.....	1
A. 委员	1
B. 临时空缺.....	2
C. 主席团成员和扩大的主席团.....	2
D. 起草委员会.....	3
E. 工作组和研究组.....	4
F. 秘书处	5
G. 议程	5
二. 委员会第七十二届会议工作概况.....	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	8
A. 国家责任方面的国家继承.....	8
B. 与国际法有关的海平面上升.....	8
四. 保护大气层.....	10
A. 导言	10
B. 本届会议审议此专题的情况.....	10
C. 委员会的建议.....	11
D. 向特别报告员表示感谢.....	11
E. 保护大气层指南草案案文.....	11
1. 指南草案案文.....	11
2. 指南草案案文及其评注.....	14
总评注.....	14
序言.....	14
评注	15
指南 1 用语	21
评注	21
指南 2 范围	25
评注	25
指南 3 保护大气层的义务	27
评注	27
指南 4 环境影响评估	29

	评注	29
指南 5	可持续利用大气层	31
	评注	31
指南 6	公平合理利用大气层	32
	评注	33
指南 7	有意大规模改变大气层	33
	评注	33
指南 8	国际合作	36
	评注	36
指南 9	相关规则之间的相互关系	39
	评注	40
指南 10	执行	46
	评注	47
指南 11	履约	48
	评注	48
指南 12	争端解决	50
	评注	50
五.	条约的暂时适用	53
A.	导言	53
B.	本届会议审议此专题的情况	53
C.	委员会的建议	54
D.	向特别报告员表示感谢	54
E.	条约的暂时适用指南案文	54
1.	构成条约的暂时适用指南的准则草案和附件草案案文	54
2.	条约的暂时适用指南的准则草案案文及其评注	70
	总评注	70
准则 1	范围	72
	评注	72
准则 2	目的	73
	评注	73
准则 3	一般规则	74
	评注	74

准则 4	协议形式.....	76
	评注.....	76
准则 5	开始.....	78
	评注.....	78
准则 6	法律效果.....	79
	评注.....	79
准则 7	保留.....	80
	评注.....	80
准则 8	违约责任.....	81
	评注.....	81
准则 9	终止.....	81
	评注.....	82
准则 10	各国国内法、国际组织规则与暂时适用的条约的遵守	84
	评注.....	84
准则 11	关于同意暂时适用条约的权限的各国国内法规定 和国际组织规则.....	85
	评注.....	85
准则 12	关于在源自各国国内法或国际组织规则的限制之下 暂时适用的协议.....	86
	评注.....	86
第五章附件.....		87
条约的暂时适用方面的部分参考文献.....		87
六. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....		96
A. 导言		96
B. 本届会议审议此专题的情况.....		97
1. 特别报告员介绍第八次报告		97
2. 辩论摘要		101
3. 特别报告员的总结		105
C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文		107
1. 条款草案案文.....		107
2. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注		111
第 8(前)条	第四部分的适用范围	111
	评注	111

第 8 条	法院地国审查豁免问题	112
	评注	113
第 9 条	通知官员所属国	116
	评注	116
第 10 条	援引豁免	121
	评注	121
第 11 条	放弃豁免	123
	评注	123
第 12[13]条	请求提供信息	129
	评注	129
七.	国家责任方面的国家继承.....	132
A.	导言	132
B.	本届会议审议此专题的情况.....	132
1.	特别报告员介绍第四次报告	134
2.	辩论摘要	135
3.	特别报告员的总结	139
C.	委员会迄今为止暂时通过的关于国家责任方面的国家继承的条款草案案文	141
1.	条款草案案文	141
2.	委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注.....	143
第 7 条	具有持续性的行为.....	143
	评注.....	143
第 8 条	叛乱运动或其他运动的行为归属	144
	评注.....	144
第 9 条	被继承国继续存在时的国家继承情况	144
	评注.....	145
八.	一般法律原则.....	147
A.	导言	147
B.	本届会议审议此专题的情况.....	147
1.	特别报告员介绍第二次报告	149
2.	辩论摘要	151
3.	特别报告员的总结	155
C.	委员会第七十二届会议暂时通过的关于一般法律原则的结论草案案文	157

1. 结论草案案文.....	157
2. 委员会第七十二届会议暂时通过的结论草案案文及其评注	158
结论 1 范围.....	158
评注.....	158
结论 2 承认.....	158
评注.....	158
结论 4 识别源自国家法律体系的一般法律原则	159
评注.....	159
九. 与国际法有关的海平面上升	161
A. 导言	161
B. 本届会议审议此专题的情况.....	162
十. 委员会的其他决定和结论.....	174
A. 特别追悼会.....	174
B. 委员会方案、程序和工作方法以及文件.....	174
1. 长期工作方案工作组.....	174
2. 委员会工作方法工作组.....	174
3. 审议联大关于国内和国际的法治的 2019 年 12 月 18 日 第 74/191 号决议和 2020 年 12 月 15 日第 75/141 号决议.....	175
4. 国际法委员会本届会议的混合形式.....	176
5. 酬金.....	177
6. 文件和出版物.....	177
7. 《国际法委员会年鉴》	178
8. 编纂司的协助.....	178
9. 网站.....	179
10. 联合国国际法视听图书馆.....	179
C. 委员会第七十三届会议的日期和地点.....	179
D. 国际法委员会召开未来届会的预算资源.....	179
E. 与其他机构的合作.....	179
F. 出席联大第七十六届会议的代表.....	180
G. 国际法讲习班.....	180
附件	
确定国际法规则的辅助手段.....	181

第一章

导言

1. 国际法委员会分别于 2021 年 4 月 26 日至 6 月 4 日和 7 月 5 日至 8 月 6 日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第七十二届会议第一期会议和第二期会议。这两期会议都是以混合形式(面对面和虚拟)举行的。本届会议由委员会第七十一届会议主席帕维尔·斯图尔马先生主持开幕。

A. 委员

2. 委员会由下列委员组成：

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)
 卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生(尼加拉瓜)
 波格丹·奥雷斯库先生(罗马尼亚)
 雅库巴·西塞先生(科特迪瓦)
 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)
 马蒂亚斯·福尔托先生(法国)
 帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(葡萄牙)
 胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生(墨西哥)
 克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(智利)
 侯赛因·哈苏纳先生(埃及)
 马哈茂德·哈穆德先生(约旦)
 黄惠康先生(中国)
 查尔斯·切尔诺·贾洛先生(塞拉利昂)
 艾哈迈德·拉腊巴先生(阿尔及利亚)
 玛丽亚·莱赫托女士(芬兰)
 村濑信也先生(日本)
 肖恩·墨菲先生(美利坚合众国)
 阮洪滔先生(越南)
 尼吕费尔·奥拉尔女士(土耳其)
 哈桑·瓦扎尼·恰迪先生(摩洛哥)
 朴基甲先生(大韩民国)
 克里斯·马伊纳·彼得先生(坦桑尼亚联合共和国)
 埃内斯特·彼得里奇先生(斯洛文尼亚)

阿尼鲁达·拉吉普特先生(印度)
 奥古斯特·赖尼希先生(奥地利)
 胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(秘鲁)
 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)
 帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)
 迪雷·特拉迪先生(南非)
 爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生(哥伦比亚)
 马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生(厄瓜多尔)
 阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)
 迈克尔·伍德爵士(大不列颠及北爱尔兰联合王国)
 耶夫格尼·扎加伊诺夫先生(俄罗斯联邦)

B. 临时空缺

3. 在 2021 年 4 月 29 日第 3511 次会议上，委员会选出马蒂亚斯·福尔图先生(法国)填补因格奥尔格·诺尔特先生当选国际法院法官后辞职而出现的临时空缺。

C. 主席团成员和扩大的主席团

4. 在 2021 年 4 月 26 日第 3508 次会议上，委员会选出以下主席团成员：

主席：马哈茂德·哈穆德先生(约旦)
 第一副主席：迪雷·特拉迪先生(南非)
 第二副主席：耶夫格尼·扎加伊诺夫先生(俄罗斯联邦)
 起草委员会主席：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(葡萄牙)
 报告员：胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(秘鲁)

5. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席¹、特别报告员²和与国际法有关的海平面上升专题研究组共同主席³组成。

6. 规划组于 2021 年 4 月 29 日成立，由下列委员组成：迪雷·特拉迪先生(主席)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女

¹ 埃内斯特·彼得里奇先生、帕维尔·斯图尔马先生和爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生。

² 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生和马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生。

³ 波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、尼吕费尔·奥拉尔女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生。

士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)。

D. 起草委员会

7. 在 2021 年 4 月 26 日、5 月 4 日和 14 日以及 7 月 12 日和 21 日举行的第 3508、3515、3522、3537 和 3546 次会议上，委员会为下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

(a) 国家官员的外国刑事管辖豁免：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(主席)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、马蒂亚斯·福尔托先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、肖恩·墨菲先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)；

(b) 保护大气层：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(主席)、村濑信也(特别报告员)、雅库巴·西塞先生、马蒂亚斯·福尔托先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)；

(c) 条约的暂时适用：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(主席)、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(特别报告员)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、肖恩·墨菲先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)；

(d) 国家责任方面的国家继承：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(主席)、帕维尔·斯图尔马先生(特别报告员)、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、肖恩·墨菲先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先

生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)；

(e) 一般法律原则：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(主席)、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)。

8. 起草委员会就上述五个专题共举行了 37 次会议。

E. 工作组和研究组

9. 规划组设立了以下工作组：

(a) 长期工作方案工作组：马哈茂德·哈穆德先生(主席)、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、克里斯·马伊纳·彼得先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)。

(b) 工作方法工作组：侯赛因·哈苏纳先生(主席)、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(当然成员)。

10. 在 2021 年 5 月 27 日第 3529 次会议上，委员会设立了与国际法有关的海平面上升专题研究组，由下列委员组成：博格丹·奥雷斯库先生(本届会议共同主席)、雅库巴·西塞先生(共同主席)、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(共同主席)、尼吕费尔·奥拉尔女士(本届会议共同主席)、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生。

亚先生(共同主席)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和耶夫格尼·扎加伊诺夫先生。

F. 秘书处

11. 主管法律事务副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·德塞尔帕·苏亚雷斯先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长休·卢埃林先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表。首席法律干事杰西卡·厄尔巴兹女士和阿诺德·普龙托先生担任委员会首席助理秘书。高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生担任委员会高级助理秘书。法律干事克里斯蒂安·阿尔伯恩女士、卡洛斯·伊万·富恩特斯先生、帕特里夏·乔治女士和卡拉·霍女士以及协理法律干事里娜·库西帕洛女士和道格拉斯·皮夫尼尼先生担任委员会助理秘书。

G. 议程

12. 委员会通过了其第七十二届会议议程，项目如下：

1. 会议工作安排。
2. 填补临时空缺。
3. 国家官员的外国刑事管辖豁免。
4. 条约的暂时适用。
5. 保护大气层。
6. 国家责任方面的国家继承。
7. 一般法律原则。
8. 与国际法有关的海平面上升。
9. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件。
10. 第七十三届会议的日期和地点。
11. 与其他机构的合作。
12. 其他事项。

第二章

委员会第七十二届会议工作概况

13. 关于“保护大气层”专题，委员会收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/736)以及各国政府和国际组织提交的评论和意见(A/CN.4/735)。报告审查了各国政府和国际组织提交的关于一读通过的序言和指南草案的评论和意见，对每一条指南草案提出了建议，并提议向大会提出一项建议。

14. 委员会二读通过了整套《保护大气层指南草案》，包括序言草案和 12 条指南草案及其评注。委员会决定根据其章程第 23 条，建议大会：(a) 在一项决议中表示注意到关于保护大气层的序言和指南草案，将指南草案作为该决议的附件，并确保尽可能广泛地予以分发；(b) 提请各国、国际组织以及所有可能需要处理该专题的人注意序言和指南草案及其评注(第四章)。

15. 关于“条约的暂时适用”专题，委员会收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/738)以及各国政府和国际组织提交的评论和意见(A/CN.4/737)。报告审查了各国政府和国际组织提交的关于一读通过的指南草案以及特别报告员向委员会第七十一届会议(2019 年)提出的若干示范条款草案的评论和意见。报告还载有特别报告员参考评论和意见提出的供二读审议的提案，并提议向大会提出一项建议。

16. 委员会二读通过了整套《条约的暂时适用指南》，其中包括 12 条准则草案和一份附件草案，附件载有关于条约的暂时适用的条款实例及其评注。委员会根据其章程第 23 条，建议大会注意到《条约的暂时适用指南》，并鼓励尽可能广泛地予以分发，请各国和国际组织注意该指南及其评注，并请秘书长编写一卷《联合国法律汇编》，汇编各国和国际组织多年来提供的各国和国际组织在暂时适用条约方面的实践，以及与这一专题有关的其他材料(第五章)。

17. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会收到了特别报告员的第八次报告(A/CN.4/739)，报告审查了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系，审议了建立法院地国和官员所属国之间争端解决机制的问题，审议了可有助于解决在确定和适用豁免过程中出现的实际问题的良好做法问题，并提出了关于第 17 条和第 18 条草案的提议。经全体会议辩论之后，委员会考虑到全体会议上进行的辩论情况和提出的建议，决定将第 17 条和第 18 条草案转交起草委员会。委员会还收到并通过了起草委员会关于第 8(前)条、第 8 条、第 9 条、第 10 条、第 11 条和第 12 条草案的报告，并暂时通过了这些条款草案及其评注(第六章)。

18. 关于“国家责任方面的国家继承”专题，委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/743)，其中论述了国家继承对责任形式的影响，特别是不同形式的赔偿、停止的义务以及不重复的承诺和保证。经全体辩论之后，委员会考虑到在全体会议上提出的意见，决定将特别报告员第四次报告中所载的第 7 条之二、第 16 条、第 17 条、第 18 条和第 19 条草案转交起草委员会。委员会暂时通过了起草委员会在第七十一届会议期间暂时通过的第 7、第 8 和第 9 条草案及其评注。此外，委员会注意到起草委员会主席关于起草委员会在本届会议期间暂时通过的第 10 条、第 10 条之二和第 11 条草案的临时报告，该报告已提交委员会，仅供参考(第七章)。

19. 关于“一般法律原则”专题，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/741 和 Corr.1)，其中讨论了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则的识别问题。经全体辩论之后，委员会考虑到在全体会议上提出的意见，决定将第二次报告中提出的结论草案 4、5、6、7、8 和 9 转交起草委员会。委员会收到并通过了起草委员会关于结论草案 1、2 和 4 的报告，并暂时通过了这些结论草案以及评注。此外，委员会注意到也载于起草委员会的报告中的结论草案 5(第八章)。

20. 关于“与国际法有关的海平面上升”专题，委员会重新设立了与国际法有关的海平面上升专题研究组。研究组收到了由研究组两位共同主席波格丹·奥雷斯库先生和尼吕费尔·奥拉尔女士编写的关于海洋法相关问题的第一份问题文件(A/CN.4/740 和 Corr.1 和 Add.1)，以及委员们提交的非正式文件和评论。在第一期会议期间，研究组在五次会议上就第一份问题文件中讨论的各个问题进行了“全会式的”辩论。研究组随后在第二期会议期间的三次会议上，在共同主席编写的一系列指导性等问题等基础上进行了互动讨论。此后，共同主席向全体会议报告了研究组的工作(第九章)。

21. 关于“委员会的其他决定和结论”，委员会重新设立了一个规划组，以审议其方案、程序和工作方法，规划组又决定重新设立长期工作方案工作组(由马哈茂德·哈穆德先生担任主席)和工作方法工作组(由侯赛因·哈苏纳先生担任主席)(第十章 B 节)。委员会决定在其长期工作方案中列入“确定国际法规则的辅助手段”专题(第十章 B 节和附件)。

22. 2021 年 7 月 22 日，国际法院院长琼·多诺霍法官以在线方式在委员会发言。令人遗憾的是，由于 2019 冠状病毒病(COVID-19)大流行，委员会无法与非洲联盟国际法委员会、亚非法律协商组织、欧洲委员会国际公法法律顧問委员会和美洲法律委员会进行传统的信息交流。然而，委员会在 2021 年 7 月 15 日与红十字国际委员会举行了非正式意见交换(第十章 E 节)。

23. 委员会决定其第七十三届会议将于 2022 年 4 月 18 日至 6 月 3 日和 7 月 4 日至 8 月 5 日在日内瓦举行(第十章 C 节)。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

24. 委员会认为，第七十一届会议(2019 年)报告第三章中关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”和“一般法律原则”专题的资料征集请求⁴ 仍然具有意义，并欢迎提供任何补充资料。

A. 国家责任方面的国家继承

25. 委员会希望各国在 2021 年 12 月 31 日之前提供资料，说明其与国家责任方面的国家继承有关的实践。委员会特别希望收到与本专题有关的以下方面实例：

- (a) 条约，包括一次付清协定和其他有关多边或双边协定；
- (b) 国内法律，包括执行多边或双边协定的国内法律；
- (c) 国内、区域和次区域法院和法庭的决定。

B. 与国际法有关的海平面上升

26. 在第七十三届会议(2022 年)上，研究组将侧重于与国家地位有关的海平面上升和保护受海平面上升影响的人员这两个分专题。在这方面，委员会欢迎各国、有关国际组织及国际红十字和红新月运动在 2021 年 12 月 31 日之前提供资料，说明其在与国际法有关的海平面上升问题方面的实践，并提供其他相关资料，包括关于以下方面的资料：

- (a) 因考虑到海平面上升而采取的与建造人工岛有关的实践或加强海岸线的措施；
- (b) 让出或划拨领土(转让或不转让主权)，以安置来自其他国家、特别是小岛屿发展中国家的受海平面上升影响的人员的情况；
- (c) 适用于保护受海平面上升影响的人员的区域和国家立法、政策和战略；
- (d) 有关国际组织及国际红十字和红新月运动在保护受海平面上升影响的人员方面的实践、资料和经验；
- (e) 第三国对小岛屿发展中国家、特别是受海平面上升影响的小岛屿发展中国家采取的措施，包括：(一) 与这些国家合作或联系的模式，包括人员前往这些第三国及在当地定居和发展专业活动的可能性；(二) 保持原国籍和/或获得第三国国籍或公民身份的机会；(三) 保护这些人或群体的文化特性。

27. 关于与海洋法有关的海平面上升这一分专题，除委员会第七十一届会议(2019 年)报告第三章征求意见的具体问题⁵ 外，委员会还欢迎各国在 2022 年 6 月 30 日之前提供：

⁴ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，分别见第 29 和第 30 段。

⁵ 同上，第 32 段。

(a) 关于用于测量海区宽度的基线的国家法律的更新和更新频率的实践实例；与交存联合国秘书长的国家海区通告的更新频率有关的实践实例；

(b) 与以下资料的更新和更新频率有关的实践实例：绘制专属经济区和大陆架基线和外部界限的海图，以及根据《联合国海洋法公约》和/或国家立法的相关规定编制的地理坐标表，包括交存联合国秘书长并妥为公布的地理坐标表；与导航图(包括用于显示沿海地区物理轮廓变化的导航图)的更新和更新频率有关的实践实例；

(c) 因海平面上升而考虑或修改海洋边界条约的任何实例；

(d) 关于海平面上升所致实际和/或预测海岸线倒退量的资料，包括关于对用于测量领海的基点和基线可能产生的影响的资料；

(e) 关于与海平面上升有关的沿海适应措施的现有或预计活动的资料，包括关于保护基点和基线活动的资料。

28. 委员会欢迎世界所有区域和次区域，特别是迄今为止很少或没有提交资料的区域和次区域内的国家提供这种国家实践实例和资料，以及与本专题有关的任何其他国家实践实例和资料。

第四章 保护大气层

A. 导言

29. 委员会第六十五届会议(2013 年)决定在遵守一项谅解的前提下将“保护大气层”专题列入工作方案，并任命村濑信也先生为特别报告员。⁶

30. 委员会第六十六届会议(2014 年)审议了特别报告员提交的第一次报告，第六十七届会议(2015 年)、第六十八届会议(2016 年)、第六十九届会议(2017 年)、第七十届会议(2018 年)分别审议了第二、第三、第四和第五次报告。⁷ 委员会第七十届会议在特别报告员第二、第三、第四和第五次报告提出的指南草案基础上，一读暂时通过了十二条指南草案及序言以及评注。⁸

B. 本届会议审议此专题的情况

31. 委员会本届会议收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/736)以及各国政府和国际组织提交的评论和意见(A/CN.4/735)。特别报告员在其报告中审查了各国政府和国际组织关于一读通过的序言和指南草案的评论和意见。他参考评论和意见审议了供二读审议的提案，并向联大提出了一项建议。

32. 委员会在 2021 年 4 月 26 日至 28 日、4 月 30 日以及 5 月 3 日和 4 日举行的第 3508 至 3510 次和第 3512 至 3515 次会议上审议了特别报告员的第六次报告。

33. 对该报告进行辩论后，委员会在 2021 年 5 月 4 日举行的第 3515 次会议上，决定参考委员会的辩论情况，将特别报告员第六次报告所载的指南草案 1 至 12 及序言转交起草委员会。

34. 在 2021 年 5 月 27 日举行的第 3529 次会议上，委员会审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.951)，并二读通过了保护大气层指南草案及序言(见下文 E.1 节)。

⁶ 在 2013 年 8 月 9 日第 3197 次会议上(《2013 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 168 段)。委员会将此专题列入工作方案时有以下谅解：“(a) 此专题工作的进行方式不会影响有关的政治谈判，包括就气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染进行的政治谈判。此专题不会处理，但也不妨碍诸如下述问题：国家及其国民的赔偿责任、污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、向发展中国家转让资金和技术，包括知识产权；(b) 这一专题也不会处理具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。这一专题不会试图“弥补”条约制度存在的缺陷；(c) 与外层空间有关的问题，包括外层空间的划界问题，不在此专题的范围之内；(d) 此专题的工作结果将是指南草案，但这种指南草案不会试图给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规则或法律原则。特别报告员的报告将以上述谅解为基础”。联大 2013 年 12 月 16 日第 68/112 号决议第 6 段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。委员会第六十三届会议(《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 365 段)以委员会该届会议报告附件二所载的建议(同上，第 189 页)为基础，将此专题列入长期工作方案。

⁷ 分别为 A/CN.4/667、A/CN.4/681 和 Corr.1 (仅有中文)、A/CN.4/692 以及 A/CN.4/705 和 Corr.1、A/CN.4/711。

⁸ 《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 53-54 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 95-96 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 66-67 段；同上，《第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 77-78 段。

35. 在 2021 年 7 月 26 日至 29 日举行的第 3549 至第 3554 次会议上，委员会通过了指南草案及序言的评注(见下文 E.2 节)。

36. 委员会根据其《章程》向联大提交该指南草案及序言以及下述建议(见下文 C 节)。

C. 委员会的建议

37. 在 2021 年 7 月 29 日举行的第 3554 次会议上，委员会根据其《章程》第 23 条决定建议联大：

(a) 在一项决议中表示注意到关于保护大气层的序言和指南草案，将指南草案作为该决议的附件，并确保尽可能广泛地予以分发；

(b) 提请各国、国际组织和所有可能需要处理该专题的人注意序言和指南草案及其评注。

D. 向特别报告员表示感谢

38. 在 2021 年 7 月 29 日举行的第 3554 次会议上，委员会在通过了保护大气层指南草案之后，以鼓掌方式通过了以下决议：

“国际法委员会，

通过了保护大气层指南草案，

向特别报告员村濑信也先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草指南草案做出杰出贡献，并使保护大气层指南草案的拟订工作取得成果。”

E. 保护大气层指南草案案文

1. 指南草案案文

39. 委员会第七十二届会议二读通过的指南草案案文载录如下。

保护大气层

序言

承认大气层是一种吸收能力有限的自然资源，是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的，

铭记污染物质和引起退化的物质的输送和扩散发生在大气层内，

考虑到大气污染和大气层退化是人类共同关心的问题，

认识到发展中国家的特殊情况和需要，

注意到大气层与海洋的密切相互作用，

尤其注意到低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境，

承认应当充分考虑到人类子孙后代在长期保护大气层质量方面的利益，

忆及拟订本指南草案时有一项谅解，即指南草案不会影响有关的政治谈判，也不会给现行条约制度强加条约制度尚不具有的规则或原则，

指南 1

用语

为了本指南草案的目的，

(a) “大气层”指环绕地球的气体圈层；

(b) “大气污染”指人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质或能量，产生的重大有害影响超出来源国，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象；

(c) “大气层退化”指人类直接或间接改变大气状况，产生重大有害影响，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象。

指南 2

范围

1. 本指南草案涉及保护大气层免遭大气污染和大气层退化。
2. 本指南草案不处理、也不妨碍关于污染者付费原则、谨慎原则和共同但有区别的责任原则的问题。
3. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位，也不影响与外层空间，包括外层空间划界有关的问题。

指南 3

保护大气层的义务

各国义务保护大气层，履行应尽义务，按照适用的国际法规则采取适当措施，防止、减少或控制大气污染和大气层退化。

指南 4

环境影响评估

对于在本国管辖或控制下拟开展的活动，凡可能对大气层造成大气污染或大气层退化等重大不利影响的，各国义务确保环境影响评估得到实施。

指南 5

可持续利用大气层

1. 考虑到大气层是一种吸收能力有限的自然资源，应当以可持续的方式利用。
2. 可持续利用大气层包括需要兼顾经济发展和大气层保护。

指南 6**公平合理利用大气层**

应当充分考虑到今世后代的利益，公平合理地利用大气层。

指南 7**有意大规模改变大气层**

旨在有意大规模改变大气层的活动仅应当审慎和谨慎地开展，并且须遵守任何适用的国际法规则，包括关于环境影响评估的国际法规则。

指南 8**国际合作**

1. 各国有义务就保护大气层免遭大气污染和大气层退化，酌情与其他国家或有关国际组织合作。
2. 各国应当就进一步增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学技术知识开展合作。合作可包括信息交流和联合监测。

指南 9**相关规则之间的相互关系**

1. 在确定、解释及适用关于保护大气层的国际法规则和其他相关的国际法规则，尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则时，应当依照协调原则和体系整合原则及为了避免冲突，尽可能产生单一一套相互兼容的义务。在这样做时应当遵守载于《维也纳条约法公约》的相关规则，包括其第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则。
2. 各国在制定关于保护大气层的国际法新规则和其他相关的国际法规则时，应当尽可能采用协调的方式。
3. 在适用第 1 和第 2 段时，应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体。这些群体除其他人外，可能包括土著人民、最不发达国家的人民和受海平面上升影响的低地沿海地区和小岛屿发展中国家的人民。

指南 10**执行**

1. 各国在执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务、包括本指南草案中所述的义务时，采取的形式可包括立法、行政和司法行动以及其他行动。
2. 各国应当努力落实本指南草案所载的各项建议。

指南 11**履约**

1. 各国须善意地遵守与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务，包括为此遵守它们所加入的相关协定中所载的规则和程序。

2. 为实现履约，可根据相关协定酌情采用促进性程序或强制执行程序：

(a) 促进性程序可包括在出现不履约情况时，以透明、非对抗和非惩罚性方式向各国提供援助，确保当事国遵守国际法为其规定的义务，同时考虑到其能力和特殊情况；

(b) 强制执行程序可包括就不履约发出警告、终止根据相关协定享有的权利和特权以及采取其他形式的强制执行措施。

指南 12

争端解决

1. 与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国家间争端应通过和平手段解决。

2. 鉴于此类争端可能涉及大量事实并依赖科学，应当适当考虑使用科学技术专家。

2. 指南草案案文及其评注

40. 委员会二读通过的指南草案案文及其评注载录如下。

保护大气层

总评注

(1) 与委员会以往工作成果一样，本指南草案应结合评注来解读。

(2) 委员会认识到，充分考虑到国际社会当前的需要十分重要。人们承认，人类环境和自然环境都可能因大气条件的某些改变而受到不利影响，这些改变主要由有害物质或能量的引入所致，有害物质或能量引起了跨界空气污染、臭氧层消耗以及最终导致气候变化的大气条件改变。委员会意在通过国际法的逐渐发展和编纂提供一些指南，可能有助于国际社会处理与大气层的跨界和全球保护有关的极为重要的问题。在这样做时，委员会依照 2013 年的谅解，⁹ 不希望影响有关的政治谈判，也不希望给现行条约制度强加它们尚不具有的规则或原则。

序言

承认大气层是一种吸收能力有限的自然资源，是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的，

铭记污染物质和引起退化的物质的输送和扩散发生在大气层内，

考虑到大气污染和大气层退化是人类共同关心的问题，

认识到发展中国家的特殊情况和需要，

注意到大气层与海洋的密切相互作用，

尤其注意到低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境，

承认应当充分考虑到人类子孙后代在长期保护大气层质量方面的利益，

⁹ 见上文脚注 6。

忆及拟订本指南草案时有一项谅解，即指南草案不会影响有关的政治谈判，也不会给现行条约制度强加条约制度尚不具有的规则或原则，

评注

(1) 序言的目的是为指南草案提供一个背景框架。序言部分第一段是总括性的，承认大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可或缺的。大气层是地球最大的单一自然资源，也是最重要的自然资源之一。经济及社会理事会的原自然资源委员会、¹⁰ 1972 年《联合国人类环境会议宣言》(下称《斯德哥尔摩宣言》)¹¹ 及 1982 年《世界自然宪章》¹² 将大气层与矿物资源、能源和水资源并列，视为自然资源。《世界自然宪章》承认，人类是自然的一部分，生命有赖于自然系统的功能维持不坠，以保证能源和养料的供应。¹³ 大气层为人类、植物和动物在地球上生存提供了至关重要的可再生“流动资源”；它还是运输和传播的媒介。作为一种自然资源，大气层过去长期被视为用之不竭的非专属的资源。人们如今不再持有这种看法。¹⁴ 必须牢记，也正如指南草案 5 所提到的，大气层是一种吸收能力有限的自然资源。

(2) 序言部分第二段指出大气层作为污染物质和引起退化的物质输送和扩散媒介的功能方面，涉及空气的大规模移动。大气移动具有动态的、变幻不定的特点。污染

¹⁰ 原自然资源委员会将“大气资源”列为“其他自然资源”，最初提及是该委员会第一届会议报告，《经济及社会理事会正式记录，第五十届会议，补编第 6 号》(E/4969-E/C.7/13)，第 4 节(“其他自然资源”)，第 94(d)段。该委员会(后改名为能源和自然资源促进发展委员会)的工作以后又转给可持续发展委员会。

¹¹ “地球上的自然资源，包括空气……，必须为今世后代的利益，酌量情形，通过仔细的设计或管理，加以保护。”(1972 年 6 月 16 日在斯德哥尔摩通过，见《一九七二年六月五日至十六日在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议报告书》(联合国出版物，出售品编号 E.73.II.A.14 (A/CONF.48/14/Rev.1 和 Corr.1)，第一部分，第一章，原则二)。

¹² “对人类所利用的……大气资源，应设法使其达到并维持最适宜的持续生产率”(《世界自然宪章》，联大 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议，一般原则，第 4 段)。

¹³ 同上，序言部分第二段，(a)分段。

¹⁴ 例如见，世界贸易组织(世贸组织)专题小组及上诉机构在 1996 年汽油案中确认，空气是可“耗尽的自然资源”。上诉机构的报告，美国一新配方汽油和常规汽油标准案(1996 年)，WT/DS2/AB/R。

物质和引起退化的物质的远距离跨界输送被视为当今大气环境的主要问题之一，¹⁵ 北极地区被认为是受有害污染物世界范围扩散影响严重的地区之一。¹⁶

(3) 序言部分第三段指出，大气污染和大气层退化是“人类共同关心的问题”。这一表述最早出现在联大 1988 年 12 月 6 日关于为今世后代保护全球气候的第 43/53 号决议中，该决议承认气候变化是“人类共同关心的问题”，因为气候是维持地球上的生命的一项必要条件。1992 年《联合国气候变化框架公约》¹⁷ 序言部分第一段承认，“地球气候的变化及其不利影响是人类共同关心的问题”（强调是后加的），¹⁸ 2015 年关于气候变化的《巴黎协定》序言重申了这一点。¹⁹ 同样，其他公约也使用了这一表述或类似措辞。²⁰ 该序言段所使用的这一措辞反映了整个国际社会关心的问题，即所有人都可能受到本指南草案所界定的大气污染和大气层退化的影响。值得回顾的是，这一表述在环境法领域中经常使用，

¹⁵ 见 2001 年《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，联合国，《条约汇编》，第 2256 卷，第 40214 号，第 119 页（在序言里指出：“持久性有机污染物……通过空气……作跨越国际边界的迁移并沉积在远离其排放地点的地区，随后在那里的陆地生态系统和水域生态系统中蓄积起来”）。《〈1979 年远距离越境空气污染公约〉减少酸化、富营养化和地面臭氧哥德堡议定书》（哥德堡，1999 年 11 月 30 日，联合国，《条约汇编》，第 2319 卷，第 81 页）2012 年修正案在序言第三段里指出：“关注……排放的[化学物质]在大气层里长距离输送，可产生不利的跨界影响”。2013 年《关于汞的水俣公约》（日本熊本县，2013 年 10 月 10 日，同上，第 3013 卷，第 54669 号（卷号待定），可查阅：<https://treaties.un.org>）认识到汞因“可在大气中作远距离迁移”，因而“此种化学品已成为全球性关注问题”（序言部分第 1 段）；见 J.S. Fuglesvedt *et al.*, “Transport impacts on atmosphere and climate: metrics”, *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), pp. 4648–4677; D.J. Wuebbles, H. Lei and J.-T. Lin, “Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences”, *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), pp. 65–84; J.-T. Lin, X.-Z. Liang and D.J. Wuebbles, “Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model”, *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008)。

¹⁶ 见 T. Koivurova, P. Kankaanpää and A. Stepien, “Innovative environmental protection: lessons from the Arctic,” *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), pp. 285–311, at p. 297。

¹⁷ 1992 年 5 月 9 日，纽约，联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号，第 107 页。

¹⁸ 《联合国气候变化框架公约》，序言部分第一段。

¹⁹ 《巴黎协定》（2015 年 12 月 12 日，巴黎），联合国，《条约汇编》，54113 号（卷号待定），可查阅 <https://treaties.un.org>，序言部分第十一段。

²⁰ 《生物多样性公约》（1992 年 6 月 5 日，里约热内卢，联合国，《条约汇编》，第 1790 卷，30619 号，第 79 页：序言部分第三段：“全人类的共同关切事项”）；《在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》（1994 年 10 月 14 日，巴黎，同上，1954 年卷，33480 号，第 3 页：序言部分第一段：“受关注的中心”；序言部分第二段：“国际社会……迫切关注”，序言部分第四段：“全球范围问题”）；《关于汞的水俣公约》（序言部分第一段：汞这种化学品已成为“全球性关注问题”）。

尽管对其范围、内容和后果存在理论分歧。²¹ 有一项谅解是，这一表述指出了一个需要整个国际社会开展合作的问题，然而，使用这一表述本身并不创设权利和义务，具体而言，它不意味着在指南草案所涉及的问题上产生了任何普遍义务。

(4) 序言部分第四段考虑到公平问题，涉及发展中国家的特殊情况和需要。²² 在环境保护方面需要给予发展中国家特别考虑，这一点已得到一些国际文书的认可，如 1972 年《斯德哥尔摩宣言》、²³ 1992 年《关于环境与发展的里约宣言》(下称“《里约宣言》”)²⁴ 和 2002 年《约翰内斯堡可持续发展宣言》。²⁵ 《斯德哥尔摩宣言》原则 12 强调应“顾及发展中国家的情况和特殊需求”。《里约宣言》原则 6 重点指出“发展中国家，尤其是最不发达国家和在环境方面最易受伤害的发展中国家的特殊情况和需要”。《约翰内斯堡宣言》表示决心注意“小岛

²¹ M. Bowman, “Environmental protection and the concept of common concern of mankind,” in M. Fitzmaurice, D.M. Ong and P. Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), pp. 493–518, at p. 501; D. French, “Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?” in M.J. Bowman, P.G.G. Davies and E.J. Goodwin, eds., *Research Handbook on Biodiversity and Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2016), pp. 334–360, at pp. 349 ff.; J. Brunnée, “Common areas, common heritage, and common concern,” in D. Bodansky, J. Brunnée and E. Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pp. 550–573, at p. 565; A. Boyle and C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 4th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2009), pp. 143–145; D. Shelton, “Common concern of humanity,” *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), pp. 83–96; D. Shelton, “Equitable utilization of the atmosphere: rights-based approach to climate change?”, in S. Humphreys, ed., *Human Rights and Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), pp. 91–125; S. Stec, “Humanitarian limits to sovereignty: common concern and common heritage approaches to natural resources and environment,” *International Community Law Review*, vol. 12 (2010), pp. 361–389; T. Cottier, ed., *The Prospects of the Common Concern of Humankind in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021).

²² 纳入公平原则的最早尝试之一是亚洲和非洲代表团在 1919 年国际劳工组织华盛顿会议上成功促使会议通过了差异性劳工标准，其依据是成为《国际劳工组织章程》(1946 年 10 月 9 日，联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 229 号，第 35 页)第 19 条第 3 款的 1919 年《凡尔赛条约》(《协约国和参战各国对德和约》，1919 年 6 月 28 日，《英国和外国国家文件》，1919 年，第一百一十二卷，伦敦，皇家印务局，1922 年，第 1 页)第 405 条第 3 款(劳工公约“应适当考虑到”当地产业条件“有很大差异”的各国的特殊情况)。同一原则还见于劳工组织 1919 年批准的一些公约以及后来通过的几项公约。见 I.F. Ayusawa, *International Labor Legislation* (New York, Columbia University, 1920), chap. VI, pp. 149 et seq. 另一个例子是 1970 年代联合国贸易和发展会议拟订的普遍优惠制，如委员会 1978 年《关于最惠国条款的条款草案》第 23 条草案所反映的那样。见 1978 年国际法委员会第三十届会议通过的《关于最惠国条款的条款草案》的第 23 条(最惠国条款与普遍优惠制待遇的关系)和第 30 条(有利于发展中国家的国际法新规则)，《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 74 段，另见第 47 至 72 段。见 S. Murase, *Economic Basis of International Law* (Tokyo, Yuhikaku, 2001), pp. 109–179 (in Japanese)。又见 1947 年《关税及贸易总协定》(1947 年 10 月 30 日，日内瓦)(联合国，《条约汇编》，第 55 卷，第 814 号，第 194 页)第十八条所述早先给予发展中国家的例外待遇。

²³ 《一九七二年六月五日至十六日在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议报告书》(A/CONF.48/14/Rev.1)，第一部分，第一章。见 L.B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), pp. 423–515, at pp. 485–493。

²⁴ 1992 年 6 月 14 日在里约热内卢通过，见《联合国环境与发展会议报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I)和 Corr.1)，第 1 号决议，第 3 页。

²⁵ 《可持续发展问题世界首脑会议的报告，2002 年 8 月 26 日至 9 月 4 日，南非约翰内斯堡》(A/CONF.199/20；联合国出版物，出售品编号：E.03.II.A.1 和更正)，第一章，决议 1，附件。

屿发展中国家和最不发达国家的发展需要”。²⁶《联合国气候变化框架公约》第三条和《联合国气候变化框架公约》下的《巴黎协定》第二条也反映了这一原则。本序言段的行文是参照 1997 年《国际水道非航行使用法公约》序言部分第七段拟订的。²⁷

(5) 序言部分第五段承认大气层与海洋的“密切相互作用”，这一作用事实上产生于二者之间的物理关系。科学家指出，大部分来自或通过大气层的海洋环境污染源于陆地，包括陆上人类活动。²⁸ 科学研究表明，人类活动还应为全球变暖负责，全球变暖造成海洋水温上升，而海洋水温上升又进而导致可引发洪水和干旱的极端大气状况。²⁹ 联大确认了气候变化对海洋的影响，并强调必须增进对海洋大气界面的科学了解。³⁰ 虽然该序言段没有提到，但大气层与其他生物圈及森林、湖泊和河流也有密切相互作用。³¹

(6) 第一次全球海洋综合评估(第一次世界海洋评估)是对海洋环境状况进行的一项全面深入研究，提到了来自陆地的物质经由大气层污染海洋，这些物质与海面温度、海平面上升、海洋酸化、盐度、分层、海洋环流、风暴和其他极端天气事件、紫外线辐射和臭氧层有关。³² 联大继续强调亟需应对大气层退化的影响，例如全球温度上升、海平面上升、海洋酸化和其他气候变化产生的影响，它们严重影响到沿海地区和低地沿海国家，包括许多最不发达国家和小岛屿发展中国家，并危及许多社会的生存。³³ 在对海洋有影响的其他人类活动中，包括废气

²⁶ 《约翰内斯堡宣言》，第 24 段。另见联大 2012 年 7 月 27 日第 66/288 号决议附件所载联合国可持续发展大会成果文件，“我们希望的将来”。

²⁷ 《国际水道非航行使用法公约》(1997 年 5 月 21 日，纽约)，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 49 号》(A/51/49)，第三卷，第 51/229 号决议，附件。《公约》于 2014 年 8 月 17 日生效。

²⁸ R.A. Duce *et al.*, “The atmospheric input of trace species to the world ocean”, *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5 (1991), pp. 193–259; T. Jickells and C.M. Moore, “The importance of atmospheric deposition for ocean productivity”, *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), pp. 481–501.

²⁹ 见政府间气候变化专门委员会(气专委)“气候变化 2014 综合报告：决策者摘要”，第 4 页。许多科学分析指出，由于海洋温度升高，21 世纪很多陆地地区将有出现严重和广泛干旱的风险。见 Ø. Hov, “Overview: oceans and the atmosphere” and T. Jickells, “Linkages between the oceans and the atmosphere”, in “Summary of the informal meeting of the International Law Commission: dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017”, paras. 4–12 and 21–30, respectively. Available from http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E。

³⁰ 联大 2020 年 12 月 31 日关于海洋和海洋法的第 75/239 号决议，第九和第十一部分。另见联大 2016 年 12 月 23 日第 71/257 号决议；2017 年 12 月 5 日第 72/73 号决议；2018 年 12 月 11 日第 73/124 号决议；2019 年 12 月 10 日第 74/19 号决议。

³¹ 气专委，《气候变化与土地：气专委关于气候变化、荒漠化、土地退化、可持续土地管理、粮食安全及陆地生态系统温室气体通量的特别报告》(2019 年)。可查阅 www.ipcc.ch/srccl/。

³² 联合国海洋事务和海洋法司，“第一次全球海洋综合评估(第一次世界海洋评估)”，可查阅 www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (特别见第 20 章，“来自陆地的沿海、沿江和大气层输入物”)。联大第七十届会议核准了该报告的摘要：见联大 2015 年 12 月 23 日关于海洋和海洋法的第 70/235 号决议。

³³ 联大 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议，变革我们的世界：2030 年可持续发展议程，第 14 段。另见“海洋和海洋法：秘书长的报告”(A/71/74/Add.1)，第八章(“海洋与气候变化和海洋酸化”)，第 115–122 段。

排放、货物排放、制冷剂排放和其他排放在内的船只产生的温室气体排放加剧了全球变暖和气候变化。³⁴

(7) 序言部分第六段阐述了大气层退化对所有国家最深刻的影响之一，即全球变暖造成的海平面上升。这一段特别提请注意低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境。政府间气候变化专门委员会(气专委)第五次评估报告估计，到 2100 年，全球平均海平面上升可能达到 26 厘米至 98 厘米之间。³⁵ 虽然准确的数字和变化速度仍然未确定，但该报告指出，即使温室气体浓度稳定下来，“几乎可以肯定”的是，海平面将在 21 世纪和今后几个世纪内继续上升。此外，海平面上升可能展现“一个显著的区域模式，相对于全球平均变化，一些地方将出现差异巨大的局部和区域海平面变化”。³⁶ 这种程度的海平面变化可能会给许多沿海地区(特别是面积大、人口稠密的低地沿海地区)和小岛屿发展中国家带来潜在的严重甚至是灾难性威胁。³⁷

(8) 序言部分第六段与指南草案 9 第 1 段所述的关于保护大气层的国际法规则与海洋法规则之间的相互关系有关。³⁸ 指南草案 9 第 3 段提到应当特别考虑到易受影响的个人和群体。³⁹ “尤其”一词旨在确认一些特定地区，同时又不限定潜在受影响地区的清单。

(9) 序言部分第七段强调子孙后代的利益，包括着眼于人权保护和代际公平。其目标是确保我们的星球一直适合子孙后代居住。现在采取措施保护大气层时，必须要充分考虑到大气层质量的长期保护。《巴黎协定》在序言中承认气候变化是人类共同关心的问题，之后规定缔约方在采取行动应对气候变化时，应当尊重、促进和考虑它们各自对人权和代际公平等的义务。“代际”考虑的重要性在 1972 年《斯德哥尔摩宣言》的原则一中已有表述。⁴⁰ 这种考虑还是 1987 年《布

³⁴ 2009 年国际海事组织(海事组织)温室气体排放研究，Ø. Buhaug 等人，《2009 年海事组织第二次温室气体排放研究》(伦敦，海事组织，2009 年)，第 23 页。另见 T.W.P. Smith 等人，《海事组织第三次温室气体排放研究》(伦敦，海事组织，2014 年)，执行摘要，表 1。M. Righi, J. Hendricks and R. Sausen, “The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 — Part 1: land transport and shipping”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), pp. 633–651.

³⁵ 气专委，《气候变化 2013：自然科学基础》。《政府间气候变化专门委员会第五次评估报告第一工作组的部分报告》(剑桥，剑桥大学出版社，2013 年)，第 1180 页。另见关于与国际法有关的海平面上升的第九章。

³⁶ 同上，第 1140 页。另见，气专委，《气专委气候变化中的海洋和冰冻圈特别报告》(2019 年)。可查阅 www.ipcc.ch/srocc/。

³⁷ 见 A.H.A. Soons, “The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries”, *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), pp. 207–232; M. Hayashi, “Sea-level rise and the law of the sea: future options”, in D. Vidas and P.J. Schei, eds., *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues* (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), pp. 187 et seq. See also, International Law Association, *Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012* (London, 2012), pp. 385–428, and International Law Association, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (interim report), pp. 13–18. See also International Law Association, *Sydney Conference (2018): International Law and Sea Level Rise* (report), Part II, p. 866.

³⁸ 见下文指南草案 9 的评注第(9)段。

³⁹ 见下文指南草案 9 的评注第(16)至(18)段。

⁴⁰ 《宣言》的原则一提及“为今代和后世保护和改善环境的神圣责任”。

伦特兰报告：我们共同的未来》⁴¹ 所提出的可持续发展概念的基础，并为《2030 年可持续发展议程》⁴² 提供了参考。它在 1992 年《生物多样性公约》的序言⁴³ 和其他条约⁴⁴ 中也有所体现。例如，《联合国气候变化框架公约》第三条第 1 款规定：“各缔约方应当……为人类当代和后代的利益保护气候系统”。国际法院 1996 年关于核武器问题的咨询意见指出，对于这类武器，必须考虑到“特别是其……对后代造成伤害的能力”。⁴⁵ 这段中使用“利益”一词，而不是“福利”。指南草案 6 也使用了类似表述，在“公平合理利用大气层”方面提及后代的利益。⁴⁶

⁴¹ 世界环境与发展委员会的报告，《我们共同的未来》(牛津，牛津大学出版社，1987 年)。报告强调了“满足当代需求而又不危及后代能力的发展”的重要性(第 43 页)。

⁴² 联大 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议强调必须阻止地球的退化，使地球能够“满足今世后代的需求”。

⁴³ 《公约》序言规定，为“今世后代的利益”，保护和持久使用生物多样性。

⁴⁴ 《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》(1997 年 9 月 5 日，维也纳，联合国，《条约汇编》，第 2153 卷，第 37605 号，第 303 页)第 4 条第(vi)款规定，缔约方应“努力避免那些对后代产生的能合理预计到的影响大于对当代人允许的影响的行动”。

⁴⁵ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 244 页，第 36 段。

⁴⁶ 有一些国内法院的裁决承认代际公平，见澳大利亚：Gray 诉规划部长，[2006] NSWLEC 720；印度：韦洛尔公民福利论坛和泰米尔纳德邦(联合)诉印度联邦等，最初的公共利益上诉状，1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996)；肯尼亚：Waweru、Mwangi (参加诉讼)及其他人(参加诉讼)诉肯尼亚，杂项民事诉讼，2004 年第 118 号案件，申诉号：118/04, ILDC 880 (KE 2006)；南非：南非燃料零售商协会诉姆普马兰加省农业、养护和环境部环境管理总干事等人，[2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059；巴基斯坦：Rabab Ali 诉巴基斯坦联邦，2016 年 4 月 6 日提出的申诉(摘要见 www.ourchildrenstrust.org/pakistan)。有关评论，见 C. Redgwell, “Intra- and inter-generational equity”, in C.P. Carlarne, K.R. Gray and R.G. Tarasofsky, eds., *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 185–201, at p. 198. See also, E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo, United Nations University Press, 1989), p. 96; M. Bruce, “Institutional aspects of a charter of the rights of future generations”, in S. Busuttil et al., eds., *Our Responsibilities Towards Future Generations* (Valeto, UNESCO and Foundation for International Studies, University of Malta, 1990), pp. 127–131; T. Allen, “The Philippine children’s case: recognizing legal standing for future generations”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), pp. 713–741 (referring to the judgment of the Philippine Supreme Court in *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 July 1993), *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), p. 168)。有些诉讼根据“公共信托论”给予起诉资格，这种理论要求政府作为受托人承担管理共同的环境资源的责任。见 M.C. Wood and C.W. Woodward IV, “Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last”, *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), pp. 634–684; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999); K. Coghill, C. Sampford and T. Smith, eds., *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (London, Routledge, 2012); M.C. Blumm and M.C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2nd ed. (Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2015); and K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015)。印度最高法院在 1996 年 12 月 13 日的一项判决中，宣布公共信托论为“国内法”；M.C. Mehta 诉 Kamal Nath 等，(1997) 1 最高法院第 388 号案件，重新刊登于 C.O. Okidi 编辑的《环境相关问题的司法判决简编：国家判决》，第一卷(内罗毕，联合国环境规划署/联合国开发计划署，1998 年)，第 259 页。见 J. Razzaque, “Application of public trust doctrine in Indian environmental cases”, *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), pp. 221–234。

(10) 序言部分第八段以委员会 2013 年的一项谅解为基础，根据该谅解，本专题被纳入第六十五届会议工作方案。⁴⁷ 这一序言段被认为对于反映 2013 年谅解的某些内容非常重要，因为该谅解导致了对本专题的范围和委员会的工作成果的重大限制。这一序言段应当与关于范围的指南草案 2 第 2 段一并解读。

指南 1

用语

为了本指南草案的目的，

(a) “大气层”指环绕地球的气体圈层；

(b) “大气污染”指人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质或能量，产生的重大有害影响超出来源国，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象；

(c) “大气层退化”指人类直接或间接改变大气状况，产生重大有害影响，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象。

评注

(1) 关于“用语”的本条指南草案旨在就本指南草案的涵盖范围达成共同的理解。提供这些用语仅是“为了本指南草案的目的”，无意影响这些词语在国际法中的任何现有或未来定义。

(2) 有关国际文书中没有“大气层”一词的定义。在(a)分段中提供了一个工作定义。它参考了气专委给出的定义。⁴⁸

(3) 所提供的定义与科学家们使用的定义一致。科学家认为，大气层存在于所谓的大气壳层当中。⁴⁹ 从物理角度而言，大气层从地球表面即干大气层底部边界向上延伸。海拔 25 千米以下的大气层的平均组成状况如下：氮(78.08%)、氧(20.95%)和若干微量气体，诸如氩(0.93%)、氦以及二氧化碳(0.035%)和臭氧等辐射活跃的温室气体，还有数量变化很大的温室气体水蒸气。⁵⁰ 大气层中还有云和气溶胶。⁵¹ 大气层按照温度特性被垂直分为五层。从下至上分别为：对流层、平流层、中间层、热层、散逸层。约有 80%的大气层质量在对流层，20%的大气层质量在平流层。从一定距离以外遥望地球时看到的薄薄一层白色雾带(厚度不到地球半径的 1%)就是大气层。在科学上，这些气层一起组成“低层大

⁴⁷ 《2013 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 168 段。

⁴⁸ 《第五次评估报告》，第三工作组，附件一。气专委，《气候变化 2014：减缓气候变化》，O. Edenhofer 等人编(剑桥，剑桥大学出版社，2014 年)，第 1252 页，可查阅 www.ipcc.ch/report/ar5/wg3/。

⁴⁹ 美国气象学会将“大气壳层”(也称为大气层或大气区)界定为“地球大气不同层级中的任何一层或‘若干层’”(可查阅 http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell)。

⁵⁰ 从物理角度而言，约占大气层质量 0.25%的水蒸气是一个极为易变的组成部分。在大气科学中，“因为空气中水蒸气浓度变化幅度很大，所以习惯做法是列出不同组成部分相对于干燥空气的比例”。臭氧的浓度也时常变化，大气中的臭氧浓度超过 0.1ppmv(体积百万分比)，被视为对人体有害。见 J.M. Wallace and P.V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2nd ed. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), p. 8。

⁵¹ 同上。

气”，它往上延伸至平均海拔 50 千米的高度，以此可与“高层大气”区别开来。⁵² 大气层的温度随高度变化而变化。在对流层(至海拔 12 千米的对流层顶)，温度随着高度的上升而下降，因为地球表面吸收和反射太阳能。⁵³ 与此相反，在平流层(至约 50 千米的平流层顶)，温度随着高度而逐渐上升，⁵⁴ 因为臭氧吸收紫外线辐射。在中间层(至海拔超过 80 千米的中间层顶)，温度再次随着高度上升而下降。在热层，来自太阳的 X 射线和紫外线辐射使温度再次快速上升。大气层“没有明确的上层界限”。⁵⁵

(4) 除了其物理特征外，还必须认识到大气层作为内部不停地在运动的媒介的功能，因为正是在这个背景下发生污染物质和引起退化的物质的输送和扩散(见序言部分第二段)。事实上，污染物质的远距离跨界转移是大气环境的主要问题之一。除了跨界污染以外，其他令人关切的问题与臭氧层消耗和气候变化有关。

(5) (b)分段界定了“大气污染”，提及跨界空气污染，而(c)分段界定了“大气层退化”，提及全球大气层问题。(b)、(c)两个分段都用了“人类”一词，意在指明本指南草案所针对的是“人为”大气污染和大气层退化。将重点放在直接和间接的人类活动方面是故意的，因为本指南草案的目的是为各国和国际社会提供指导意见。

(6) “大气污染”(或“空气污染”)一语有时作广义使用，包括大气层状况的全球性恶化，诸如臭氧层消耗和气候变化，⁵⁶ 但是，这个词语在本指南草案中作狭义使用，与现有条约实践一致。这样，该词语将全球性问题排除在大气污染定义之外。

⁵² 美国气象学会对“低层大气”的界定是：“一般粗略而言，指的是大气层中发生大多数天气现象的部分(即对流层和平流层下部)；因而用于与高层大气的一般含义形成对照”(可查阅 http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere)。“高层大气”被界定为剩余部分，即“用于指对流层以上的大气层的广义概念”(可查阅 http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere)。

⁵³ 对流层的厚度并非在所有地方都相同；其厚度取决于海拔与季节。对流层顶的海拔高度在赤道地区约为 17 千米，但在极区低一些。平均而言，对流层外边界的高度约为 12 千米。见 E.J. Tarbuck, F.K. Lutgens and D. Tasa, *Earth Science*, 13th ed. (New Jersey, Pearson, 2011), p. 466。

⁵⁴ 严格说，平流层的温度到 20-35 千米高度时都一直保持恒定，然后开始逐渐上升。

⁵⁵ 见 Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science* (上文脚注 53), p. 467。

⁵⁶ 例如，国际法学会(Institut de droit international)关于“跨界空气污染”的开罗决议(1987 年)第 1 条第 1 段规定，“为本决议的目的，‘跨界空气污染’指因为人类的直接或间接作为或不作为、导致大气的组成或质量发生物理、化学或生物改变、对其他国家对一国管辖权范围以外地带的环境产生伤害性或有害影响的现象。”(强调是后加的)。可查阅 www.idi-iil.org/Resolutions。

(7) 在界定“大气污染”时，(b)分段所用词语基本依据 1979 年《远距离越境空气污染公约》⁵⁷ 第 1 条(a)项，其中规定：

“空气污染”指“由人类直接或间接将物质或能量引入空气的现象，所致有害影响的性质包括危害人的健康、破坏生物资源和生态系统及物质财产，并损害或干扰舒适度及对环境的其他合理使用，而对‘空气污染物’应作相应理解”。

(8) 然而，与 1979 年《公约》的措辞不同，使用了“产生”一词，而不是“导致”，以便维护总体平衡，确保国际合作。改动是专门为“用语”作出的，是“为本指南草案的目的”，如本评注第(1)段所说，本指南草案的目的不是提供一个在整个国际法领域适用的“定义”。

(9) 与 1979 年《公约》的另一个不同之处是在“有害”之前增加了“重大”一词。这是为了保持一致，以便(b)分段与(c)分段的措辞相统一。“重大有害影响”一语意在限定指南草案要涵盖的人类活动的种类。委员会在以前的工作中也使用过“重大”一词。⁵⁸ 在使用时，委员会曾指出，“重大的程度超过‘可察觉’，但不必达到‘严重’或‘显著’的程度。损害必须有实际破坏作用[而且]……这些破坏作用必须能以实际和客观的标准衡量”。⁵⁹ 此外，根据实际和客观标准确定的“重大”一词也涉及价值的确定，这将取决于具体案件情况以及进行确定的时期。例如，某一具体损失在某一特定时期可能不被认为是“重大”，因为在那一时期，科学知识或人对某一具体资源的认识还没有赋予该资源很大价值。究竟什么是“重大”，这主要是应根据事实确定的问题。⁶⁰ 引入或

⁵⁷ 《远距离越境空气污染公约》(1979 年 11 月 13 日日内瓦，联合国，《条约汇编》，第 1302 卷，第 21623 号，第 217 页。《远距离越境空气污染公约》第 1 条(a)项措词的渊源在经济合作与发展组织(经合组织)理事会关于污染的定义，载于 1974 年 11 月 14 日的建议 C (74)224 “有关跨界污染的原则”(《国际法律资料》，第 14 卷(1975 年)，第 243 页)，行文如下“为本原则的目的，污染指由人类直接或间接将物质或能量引入环境，所致有害影响的性质包括危害人的健康、破坏生命资源和生态系统，并损害或干扰舒适度及对环境的其他合理使用”。见 H. van Edig, ed., *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (Paris, OECD, 1977), p. 13; 另见 Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment*, (见上文脚注 21) pp. 364-371; A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law*, 3rd ed. (New York, Transnational Publishers, 2004), p. 99 (污染的定义：“还包括各种能量形式，诸如噪音、振动、热和辐射”)。

⁵⁸ 例如，见《国际水道非航行使用法公约》(联大 1997 年 5 月 21 日第 51/229 号决议，附件)第 7 条；《预防危险活动的跨界损害条款》(2001 年)(联大 2007 年 12 月 6 日第 62/68 号决议，附件)第 1 条；《危险活动所致跨界损害的损失分配原则》(2006 年)(联大 2006 年 12 月 4 日第 61/36 号决议，附件)原则 2；《跨界含水层法条款》(2008 年)(联大 2008 年 12 月 11 日第 63/124 号决议，附件)第 6 条。还应着重指出，国际法院的判例中曾使用过“重大”一词，包括 2015 年在尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和哥斯达黎加沿圣胡安河修建道路(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)案的判决(判决，《2015 年国际法院案例汇编》，第 665 页，第 104 至 105 和第 108 段。另见第 153、155、156、159、161、168、173、196 和 217 段)中。

⁵⁹ 2001 年《预防危险活动的跨界损害条款》第 2 条评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 152 页，见第 98 段。

⁶⁰ 例如见《预防危险活动的跨界损害条款》评注(第 2 条评注第(4)和第(7)段)，同上。另见《危险活动所致跨界损害的损失分配原则》评注(原则 2 评注第(1)至(3)段)，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 67 段。

释放所致有害影响的性质须达到危害人类健康和地球自然环境的程度，包括助长这种危害。

(10) 《远距离越境空气污染公约》第 1 条(a)项和《联合国海洋法公约》第一条第 1 款第(4)项规定，把(物质和)“能量引入”大气层是“污染”的一部分。⁶¹ 这里(b)分段提及的“能量”理解为包括通过人类活动引入和释放到大气层中的热、光、噪音和放射能。⁶² 提及放射能这种能量不妨碍核能的和平利用，尤其是在涉及气候变化问题时。⁶³

(11) (b)分段中“影响超出来源国”一语澄清指南草案不涉及关于范围、一国内部或局部的污染的一般方向问题，要处理的是《远距离越境空气污染公约》第 1 条(b)项规定意义上的跨界影响，即：

“远距离跨界空气污染”指物理来源完全或部分位于属于一国国家管辖范围之内地区的空气污染，对另一国所管辖范围内的地区产生不利影响，两个地区之间相隔的距离通常使人无法区分单独排放源或集体排放源的作用”。

(12) 下文关于范围的指南草案 2 表明，本指南草案涉及保护大气层免遭大气污染和大气层退化。(b)分段仅涵盖“大气污染”，因此，为了本指南草案的目的，有必要借助于另一个不同的定义处理大气污染以外的问题。为此，(c)分段提供了一个“大气层退化”的定义。这个定义意在包含臭氧层消耗和气候变化问题。它涵盖人类直接或间接造成的全球大气状况改变。这些改变既可以是自然环境或生物区系的改变，也可以是全球大气层组成状况的改变。

⁶¹ 另见《保护和开发大加勒比区域海洋环境公约关于陆地来源和活动的污染的议定书》(奥拉涅斯塔德，1999 年 10 月 6 日)，《条约及其他国际文件汇编》，10-813，第 1(c)条。

⁶² 关于热，见世界气象组织/国际全球大气化学计划，项目报告，“特大城市对空气污染和气候的影响”，全球大气监测网第 205 号报告(日内瓦，世界气象组织，2012 年)；D. Simon and H. Leck, “Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning”, Special Issue, *Urban Climate*, vol. 7 (2014) pp. 1–134; J.A. Arnfield, “Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island”, *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), pp. 1–26; L. Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (London, Earthscan, 2008); 一般参看 B. Stone Jr., *The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2012)。关于光污染，见 C. Rich and T. Longcore, eds., *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting*, (Washington, D.C., Island Press, 2006); P. Cinzano and F. Falchi, “The propagation of light pollution in the atmosphere”, *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), pp. 3337–3357; F. Bashiri and C. Rosmani Che Hassan, “Light pollution and its effects on the environment”, *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), pp. 8–12。关于声/噪音污染，例如见 1944 年《国际民用航空公约》附件 16(芝加哥，1944 年 12 月 7 日，联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 295 号，第 295 页)，第一卷：飞机噪音，第 5 版，2008 年；见 P. Davies and J. Goh, “Air transport and the environment: regulating aircraft noise”, *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), pp. 123–135。关于放射性排放，见 D. Rauschnig, “Legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution: interim report”, *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Seoul, 1986), pp. 198–223, at p. 219; 国际原子能机构，“切尔诺贝利事故的环境后果及其补救：20 年经验——切尔诺贝利论坛专家组‘环境’报告”，辐射评估报告系列(2006 年)，STI/PUB/1239。另见联合国原子辐射影响问题科学委员会 2013 年提交联大的报告，《科学附件 A：2011 年日本东部大地震和海啸后引发的核事故的辐照量和辐照影响》(联合国出版物，出售品编号 E.14.IX.1)，可查阅 www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex_A.pdf。

⁶³ 国际原子能机构，《2014 年气候变化与核电》，(2014 年，维也纳)，第 7 页。

(13) 1985 年《保护臭氧层维也纳公约》⁶⁴ 第 1 条第 2 款将“不利影响”定义为“自然环境或生物区系内发生的，对人类健康或自然的和受管理的生态系统的组成、恢复力和生产力或对人类有益的物质造成重大有害影响的变化，包括气候变化”。《联合国气候变化框架公约》第一条第 2 款把“气候变化”界定为“除在类似时期内所观测的气候的自然变异之外，由于直接或间接的人类活动改变了地球大气的组成而造成的气候变化”。

指南 2 范围

1. 本指南草案涉及保护大气层免遭大气污染和大气层退化。
2. 本指南草案不处理、也不妨碍关于污染者付费原则、谨慎原则和共同但有区别的责任原则的问题。
3. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位，也不影响与外层空间，包括外层空间划界有关的问题。

评注

(1) 指南草案 2 规定了保护大气层指南草案的范围。第 1 段指出，指南草案处理保护大气层免遭大气污染和大气层退化问题。第 2 段和第 3 段载有保留条款。

(2) 第 1 段从两方面处理保护大气层问题，即大气污染和大气层退化。指南草案仅涉及人为肇因，不涉及自然因素，诸如火山爆发和陨石撞击。着重于人类活动造成的跨界大气污染和全球大气层退化是反映当前现实。⁶⁵

(3) 《21 世纪议程》承认，越界空气污染对人类健康有不良作用，也有其他不利环境作用，例如树木和森林的损失与水体的酸化。⁶⁶ 此外，气专委指出，科学显示，能 95%地确定，20 世纪中叶以来，人类活动是观测到的变暖的主要原因。气专委指出，人类对气候系统的影响是很清楚的。已经在大气层和海洋变暖、全球水循环变化、积雪和冰的减少、全球平均海平面上升以及一些极端气候事件的变化中检测到这种影响。⁶⁷ 气专委还指出，观察到的 1951 年到 2010 年全球平均地表温度升高的一半以上极有可能是由温室气体浓度的人为增加和其他人为“强迫”共同导致的。⁶⁸

(4) 本指南不处理单纯的国内污染或局部污染。然而或许可以指出，局部发生的一切，就大气层保护而言，有时可能具有跨界和全球影响。追求改善的人类行

⁶⁴ 《保护臭氧层维也纳公约》(1985 年 3 月 22 日，维也纳，联合国，《条约汇编》，第 1513 卷，第 26164 号，第 293 页。

⁶⁵ 一般参看：气专委，《气候变化 2013：自然科学基础，决策者摘要》，可查阅 www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_FINAL.pdf。

⁶⁶ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》，第一卷，《环发会议通过的决议》(A/CONF.151/26/Rev.1(Vol. I))；联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，决议 1，附件二，第 9.25 段。

⁶⁷ 气专委，《气候变化 2013：自然科学基础，决策者摘要》。

⁶⁸ 同上。气专委，《全球升温 1.5°C。气专委特别报告，决策者摘要》(2018 年)，第 4-5 页。可查阅 www.ipcc.ch/sr15/chapter/spm/。

动，不论是个别采取还是集体采取，都可能需要考虑到大气层、水圈、生物圈和地圈的整体及它们之间的相互作用。

(5) 二氧化硫和氮氧化物是跨界大气污染的主要来源，⁶⁹ 而气候变化和臭氧层消耗是导致大气层退化的两大因素。⁷⁰ 某些臭氧消耗物质也是造成全球变暖的因素。⁷¹

(6) 第 2 段说明本指南草案不涵盖什么。其依据是委员会 2013 年的谅解。它应当与序言部分第八段一并解读。为了更清楚地说明该谅解阐述的“不处理，但不妨碍”方式，该段已重新措辞，将连接两个短语的“但”改为“也”。第 2 段还解释说，关于污染者付费原则、谨慎原则和共同但有区别的责任原则的问题不包括在本指南草案之中。应当指出的是，这一段不处理这三项具体原则绝不意味着这些原则在法律上无关紧要。2013 年谅解还从本专题的范围中排除了关于国家及其国民的赔偿责任，以及向发展中国家转让资金和技术(包括知识产权)的问题。

(7) 2013 年谅解还有一个规定，指出“本指南草案不会处理具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质”。这一点也没有反映在本条指南草案的文本中。

(8) 第 3 段是一个保留条款，意在说明指南草案不影响适用的国际法所规定的空气空间的地位。大气层和空气空间是两个不同的概念，应予区分。涉及大气层和外层空间的制度也是分开的。因此，指南草案既不影响空气空间的法律地位，也不处理与外层空间有关的问题。

(9) 大气层作为环绕地球的气体圈层，是动态的、变化不定的，气体不断流动，与领土边界无关。⁷² 大气层是不可见的、无形的和不可分割的。而空气空间是静态的、基于空间的规范概念，国家在其领土范围内对空气空间“具有完全的和排他的主权”。例如，《国际民用航空公约》第一条规定：“每一国家对其领土之上的‘空气空间’具有完全的和排他的主权”。⁷³ 相应地，该公约第二条认为一国的领土是在该国主权、宗主权、保护或委任统治下的陆地区域及与其邻接的领水。领海边界以外的空气空间不处于任何国家的主权之下，像公海一样，开放供所有国家使用。

(10) 大气层按照温度特性在空间上被分为几层。大气层与外层空间之间没有科学上的明确界线。海拔 100 千米以上，稀薄的大气层逐渐与空旷的宇宙融为一体。

⁶⁹ Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (见上文脚注 21), pp. 378–379。

⁷⁰ 同上，第 379 页。《联合国气候变化框架公约》序言及第四条阐述了气候变化与臭氧消耗的联系。《哥德堡议定书》2012 年修正案序言及第 2 条第 1 款阐述了跨界大气污染与气候变化的联系。

⁷¹ 同上。

⁷² 一般参看 Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (上文脚注 21), pp. 359–361。

⁷³ 《国际民用航空公约》(1944 年 12 月 7 日，芝加哥)，联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 102 号，第 295 页。另见《联合国海洋法公约》第二条第 2 款，该款规定：“主权及于领海的上空及其海床和底土”。

体。⁷⁴《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内的外层空间活动的原则条约》没有提出“外层空间”的定义。⁷⁵1959年以来,这个问题一直在和平利用外层空间委员会法律小组委员会讨论范围内,该小组委员会对划界问题从空间和功能两个角度都进行了探讨。⁷⁶

指南 3 保护大气层的义务

各国负有义务保护大气层,履行应尽义务,按照适用的国际法规则采取适当措施,防止、减少或控制大气污染和大气层退化。

评注

(1) 指南草案 3 重申保护大气层的义务。它是本指南草案的核心。具体而言,下文的指南草案 4、5 和 6 都是从本条指南中派生出来的,试图将各种国际环境法原则适用于保护大气层的具体情况。

(2) 本条指南草案涉及跨界和全球两个背景。可以回顾,指南草案 1 包含用以界定“大气污染”的“跨界”要素(人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质或能量,产生的重大有害影响“超出来源国”,危及人类生命和健康以及地球自然环境)和用以界定大气层退化的“全球”要素(人类直接或间接改变大气状况,产生重大有害影响,危及人类生命和健康以及地球自然环境)。

(3) 本条指南草案将保护大气层的义务界定为防止、减少或控制大气污染和大气层退化。本条指南草案的行文来自 1972 年《斯德哥尔摩宣言》原则二十一,其中反映了特雷尔冶炼厂仲裁案的裁决。⁷⁷原则 21 指出,“各国具有按照其环境政策开发其资源的主权权利,同时亦负有责任,确保在它管辖或控制范围内的活动,不致对其他国家的的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害”。1992 年《里约宣言》原则 2 也反映了这一原则。

(4) 为了本条指南草案的目的,提及“各国”是表明国家可能酌情采取单独行动和联合行动。

⁷⁴ Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science* (见上文脚注 53), pp. 465 and 466。

⁷⁵ 1967 年 1 月 27 日,莫斯科、伦敦、华盛顿,联合国,《条约汇编》,第 610 卷,第 8843 号,第 205 页。

⁷⁶ 一般参看 B. Jasani, ed., *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space: Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, United Nations Institute for Disarmament Research (New York, Taylor and Francis, 1991), 特别是第 2 至第 3 章。

⁷⁷ 见《国际仲裁裁决汇编》第三卷,(出售品编号 1949.V.2),第 1905-1982 页(1941 年 3 月 11 日裁决),1907 页,第 1965 页起(“根据国际法原则……,在后果严重且有明确可信的证据证实损害的情形下任何国家都无权利使用或准许使用其领土以致产生烟气在他国领土或对他国领土或他国的财产或国民造成损害”);特别报告员的第一次报告(A/CN.4/667),第 43 段。另见 A.K. Kuhn, “The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada”, *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), pp. 785–788, and *ibid.*, vol. 35 (1941), pp. 665–666; and J.E. Read, “The Trail Smelter Dispute”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), pp. 213–229。

(5) 按目前行文，本条指南草案不妨碍保护大气层的义务是否属于《国家对国际不法行为的责任条款》第 48 条⁷⁸ 意义上的普遍义务问题，对于这一问题有不同的看法。

(6) 对大气层造成重大不利影响的主要是个人和私营企业的活动，这些活动通常不可归于一国。在这方面，应尽义务要求国家“确保”其管辖或控制范围内的这些活动不造成重大不利影响。然而，这并不意味着应尽义务仅仅适用于私营活动，因为国家自己的活动也应遵守应尽义务规则。⁷⁹ 为履行这项义务，不仅需要采取适当的规则和措施，还需要在执行过程中以及对公共和私营运营商进行行政控制时保持一定程度的警觉，例如监测这些运营商开展的活动，以保障另一方的权利。还需要考虑到监管和技术的背景及不断发展的标准。因此，即使造成了重大不利影响，也不一定构成未能履行应尽义务。这种未能履行限于国家在履行义务，采取一切适当措施防止、减少或控制已经或可能造成重大不利影响的人类活动方面的疏忽。国家的“确保”义务不要求取得某个结果(结果义务)，而是仅仅要求尽最大的善意努力避免造成重大不利影响(行为义务)。

(7) “防止、减少或控制”的义务表明，国家应按照与大气污染和与大气层退化相关的适用规则，单独或联合采取各种措施。“防止、减少或控制”一语借鉴自《联合国海洋法公约》第一九四条第 1 款(使用了“和”⁸⁰)和《联合国气候变化框架公约》第三条第 3 款(使用了“或”⁸¹)。确保“适当措施”被采取的义务是本条指南草案的一个重要考虑因素。在这方面，应当指出的是，《巴黎协定》在序言中“承认气候变化是人类共同关心的问题”，指出“必须确保包括海洋在内的所有生态系统的完整性并保护……生物多样性”。⁸²

⁷⁸ 第 48 条(受害国以外的国家援引责任)规定，“1. 受害国以外的任何国家有权按照第 2 款在下列情况下对另一国援引责任……(b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务”(联大 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议。委员会通过的条款草案及其评注，见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第四章，E 节)。

⁷⁹ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 55 和第 179 页，第 101 和第 197 段；见尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)(见上文脚注 58)，第 104、第 153、第 168 和第 228 段；国际海洋法法庭，国家对区域内活动的责任和义务(请求海底争端分庭提出咨询意见)，咨询意见，2011 年 2 月 1 日，《2011 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，第 131 段；《预防危险活动的跨界损害条款草案》，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97 段(案文也载于联大 2007 年 12 月 6 日第 62/68 号决议附件)，第 7-18 段；国际法协会国际法应尽义务研究组的第一和第二次报告，分别于 2014 年 3 月 7 日和 2016 年 7 月；J. Kulesza, *Due Diligence in International Law* (Leiden, Brill, 2016); Société française pour le droit international, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018; S. Besson, “La due diligence en droit international”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 409 (2020), pp. 153-398。

⁸⁰ M.H. Nordquist et al., eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), p. 50.

⁸¹ 第三条第 3 款规定：“各缔约方应当采取预防措施，预测、防止或尽量减少引起气候变化的原因，并缓解其不利影响”。例如见《联合国海洋法公约》(蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页，第二一二条；《保护臭氧层维也纳公约》，第 2 条第 2 款(b)项；《联合国气候变化框架公约》，第四条；《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，序言部分第一段和第 3 条；《关于汞的水俣公约》，第二条和第八至第九条。

⁸² 序言部分第十一和第十三段。

(8) 即使“防止、减少或控制”的适当措施同时适用于大气污染和大气层退化，但提及“适用的国际法规则”旨在表明所采取措施之间的差别，需要铭记大气污染的跨界性质和大气层退化的全球性质以及对二者适用的不同规则。在跨界大气污染情况下，各国防止重大不利影响的义务已确立为习惯国际法，例如已在委员会《预防危险活动的跨界损害条款》⁸³ 以及各国际性法院和法庭判例⁸⁴ 中得到确认。然而，对于全球大气层退化而言，习惯国际法中是否存在这项义务仍是一个未决问题。

(9) 国际法院指出，“各国履行一般义务以确保在其管辖和控制范围内的活动尊重……国家控制范围以外地区的环境，目前已成为国际法典的一部分”，⁸⁵ 国际法院十分重视对环境的尊重，“不仅是为了国家，也是为了全人类”。⁸⁶ 在莱茵铁路案中，法庭指出，“防止或至少减轻[对环境的重大损害]……现已成为一般国际法原则”。⁸⁷ 这些意见对保护大气层具有启发性和相关性。

指南 4 环境影响评估

对于在本国管辖或控制下拟开展的活动，凡可能对大气层造成大气污染或大气层退化等重大不利影响的，各国义务确保环境影响评估得到实施。

评注

(1) 指南草案 4 涉及环境影响评估。它是从总括性指南草案 3 中派生出来的三条指南草案的第一条。本条指南草案使用了被动语态，其目的是表明这是一项行为义务，而且，由于经济行为体的多样性，这项义务不一定要国家自己进行环境影响评估。所要求的是国家采取必要立法、监管和其他措施，以便确保对拟议活动的环境影响评估得到实施。通知和协商等程序性保障对这种评估也非常重要。

⁸³ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第五章，E 节，第 3 条(预防)：“起源国应采取一切适当措施，以预防重大跨界损害或随时尽量减少这种危险”。委员会还在《国家对国际不法行为责任的条款》中论述了防止的义务。第 14 条第 3 款规定，“一国违背要求它防止某一特定事件之国际义务的行为开始于该事件发生的时刻，该行为延续的时间为该事件持续……的整个期间”(同上，第四章，E 节)。根据评注，“防止的义务通常被认为是最大努力的义务，要求国家采取所有合理或必要措施，防止某一事件发生，但又不保证该事件不会发生”(同上，关于第 14 条第 3 款的评注第(14)段)。评注指出，“特雷尔冶炼厂仲裁案中处理的防止空气污染跨界损害的义务”，正是防止义务的一个例子(同上)。

⁸⁴ 国际法院也强调了防止问题。在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，国际法院指出，“应当铭记，鉴于对环境造成的损害往往具有不可逆转的性质，而对这种损害进行赔偿的机制本身也具有局限性，在环境保护领域需要加以警惕和防止”(加布奇科沃一大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页起，见第 78 页，第 140 段)。另见尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和圣胡安河沿线修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)(见上文脚注 58)，第 104 段。仲裁法庭在莱茵铁路案中 also 指出，“今天，国际环境法越来越重视防止责任”(比利时王国与荷兰王国莱茵铁路仲裁裁决，2005 年 5 月 24 日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第 35-125 页，见第 116 页，第 222 段)。

⁸⁵ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 241-242 页，第 29 段。

⁸⁶ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 84)，第 41 页，第 53 段；法院在乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 79)中援引了同一段落，第 78 页，第 193 段。

⁸⁷ 莱茵铁路案(见上文脚注 84)，第 66-67 页，第 59 段。

可以指出的是,《越境环境影响评估公约关于战略环境评估的基辅议定书》鼓励对可能的环境影响包括健康影响进行“战略环境评估”,这是指对环境,包括对人类健康、动物、植物、生物多样性、土壤、气候、空气、水、景观、自然遗产、物质资产、文化遗产以及这些因素之间相互作用的影响。⁸⁸

(2) 国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中间接指出了环境影响评估的重要性。⁸⁹ 在尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和圣胡安河沿线修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)中,法院就应尽义务申明,“一国对防止重大跨界损害履行应尽义务,要求该国在开展可能对另一国环境造成不利影响的的活动之前,必须确定是否有造成重大跨界损害的可能。如果存在这种可能,有关国家必须开展环境影响评估”。⁹⁰ 国际法院判定,有关国家“未履行一般国际法规定的在修建道路之前开展环境影响评估的义务”。⁹¹ 小和田恒法官在个人意见中指出,“环境影响评估对确保有关国家根据一般国际环境法规定采取行动,履行应尽职责,具有重要甚至关键性作用”。⁹² 在更早的纸浆厂案中,国际法院指出,“《规约》第 41 条(a)款所指的保护和保全的义务必须按照惯例来解释,这种惯例必须为近年来已被各国广泛接受,以至于实施环境影响评估现在可能被认为是一般国际法下的一项要求”。⁹³ 此外,国际海洋法法庭海底争端分庭关于国家对区域内活动的责任和义务的咨询意见认为,进行环境影响评估的义务不仅是《联合国海洋法公约》规定的义务,也是“习惯国际法规定的一般义务”。⁹⁴

(3) “在本国管辖或控制下拟开展的活动”一语旨在表明,各国确保环境影响评估的义务是针对其管辖或控制下的活动的。由于环境威胁不分边界,不排除各国可以作为其全球环境责任的一部分,就环境影响评估做出联合决定。

(4) “可能……造成……重大不利影响”一语规定了被认为触发环境影响评估所需的阈值。这一用语借鉴自《里约宣言》原则 17。其他一些文书也使用了类似的阈值,如 1991 年《关于跨界环境影响评估的埃斯波公约》。⁹⁵ 国际法院在 2010 年纸浆厂案中指出,如果拟议工业活动可能具有造成“重大跨界不利影响的风险,特别是对于共有资源而言”,就必须进行环境影响评估。⁹⁶

(5) 使用“可能造成……重大不利影响”的阈值,指南草案排除了对影响可能轻微的活动的环境影响评估。潜在危害的影响在“大气污染”和“大气层退化”方

⁸⁸ 《越境环境影响评估公约关于战略环境评估的议定书》(2003 年 5 月 21 日,基辅),联合国,《条约汇编》,第 2685 卷,第 34028 号,第 140 页,第二条,第 6-7 款。

⁸⁹ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 84),第 140 段。

⁹⁰ 《2015 年国际法院案例汇编》(见上文脚注 58),第 153 段。

⁹¹ 同上,第 168 段。

⁹² 同上,小和田恒法官的个人意见,第 18 段。

⁹³ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 79),第 204 段。

⁹⁴ 国际海洋法法庭,国家对区域内活动的责任和义务(请求海底争端分庭提出咨询意见),咨询意见,2011 年 2 月 1 日,《2011 年国际海洋法法庭案例汇编》,第 10 页,第 145 段。

⁹⁵ 《越境环境影响评估公约》,(1991 年 2 月 25 日,埃斯波),联合国,《条约汇编》,第 1989 卷,第 34028 号,第 309 页。

⁹⁶ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 79),第 204 段。

面必须都是“重大”的。指南草案1的(b)和(c)分段中都使用了“重大有害影响”一词，而且正如其评注所述，何为“重大”需要作出事实判定，而不是法律判定。⁹⁷

(6) “在大气污染或大气层退化”一语再次将本条指南草案与本套指南草案关注的保护大气层的两个主要问题即跨界大气污染和大气层退化联系起来。虽然环境影响评估要求的相关先例主要涉及跨界情况，但人们认为可能对全球大气层具有重大不利影响的项目也需遵守类似要求，如有意大规模改变大气层活动。⁹⁸ 在大气层退化方面，这些活动可能甚至比跨界损害在更大范围内造成严重损害；因此，相同考虑因素应当更有理由适用于可能造成全球大气层退化的活动。

(7) 尽管指南草案文本中没有涉及程序方面，但在进行环境影响评估时，透明和公众参与是确保获得信息和保障代表性的重要内容。1992年《里约宣言》原则10规定，环境问题最好是在所有关心环境的公民的参与下，在恰当的级别上加以处理。参与包括获得信息；有机会参与决策；有效诉诸司法和行政程序。《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》⁹⁹也论述了这些问题。上述《关于战略环境评估的基辅议定书》鼓励公众参与和协商，在计划或方案中考虑公众参与和协商的结果。¹⁰⁰

指南 5

可持续利用大气层

1. 考虑到大气层是一种吸收能力有限的自然资源，应当以可持续的方式利用。
2. 可持续利用大气层包括需要兼顾经济发展和大气层保护。

评注

(1) 大气层是一种吸收能力有限的自然资源。人们常常认为，无法像勘探和开发利用矿物或油气等资源那样勘探和开发利用大气层。但事实是，大气层在物质成份和功能成份上均可以开发利用，并且已被开发利用。污染者会降低大气层的质量和吸收污染物的能力，利用大气层牟利。本条指南草案对“共有资源”的概念做了类推，同时确认，全球大气层的整体性要求承认利益的共同性。因此，指南草案所立足的前提是，大气层是吸收能力有限的自然资源，其维持地球生命的能力会受到人类活动的影响。为了使大气层得到保护，必须将大气层视为一种自然资源，对它适用养护原则和可持续利用原则。

⁹⁷ 委员会在工作中经常使用“重大”一词，包括在《预防危险活动的跨界损害条款》(2001年)中。在该条款中，委员会选择不对该词进行界定，承认“重大”一词需要作事实判定，而不是法律判定(见总评注，第(4)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第五章，E节)。例如见《预防危险活动的跨界损害条款》第2条评注第(4)和第(7)段(同上)。另见《危险活动所致跨界损害的损失分配原则》评注(原则2评注，第(1)至(3)段，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章，E节)。

⁹⁸ 见下文指南草案7。

⁹⁹ 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(1998年6月28日，奥胡斯)，联合国，《条约汇编》，第2161卷，第37770号，第447页。

¹⁰⁰ 第2条第6至第7款。

(2) 第 1 段承认，大气层是“吸收能力有限的自然资源”。第 1 段第二部分试图将养护与开发结合起来，确保对地球的改造可以继续维持地球上生物的存续和福祉。为此，第二部分提到了应当以可持续的方式利用大气层这一主张。此句受到了《国际水道非航行使用法公约》¹⁰¹ 和《跨界含水层法条款》¹⁰² 中反映的委员会措词方式的启发。

(3) “利用”一词取广义，包含实际开发利用之外的其他概念。人们已通过若干方式利用了大气层。迄今为止开展的大多数活动可能并无影响大气状况的明确或具体意图。但也有某些活动就是为了改变大气状况，例如人工影响天气。拟议的有意大规模改变大气层¹⁰³ 的技术中，有些就是利用大气层的实例。

(4) 第 1 段中“应当以可持续的方式利用”一语有意写得简明，反映了将大气层视为应当得到可持续利用的自然资源这一范式转变。

(5) 第 2 段立足于国际法院加布奇科沃一大毛罗斯项目案判决中的用语，国际法院在判决中提到，“需要使环境保护与经济发展协调一致”。¹⁰⁴ 还有其他相关的案例。¹⁰⁵ 提到“大气层保护”而非“环境保护”，是为了使该段侧重于本专题的主旨，即保护大气层。

指南 6 公平合理利用大气层

应当充分考虑到今世后代的利益，公平合理地利用大气层。

¹⁰¹ 第 5 至第 6 条。委员会通过的条款及其评注，见《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第三章，E 节。

¹⁰² 联大 2008 年 12 月 11 日第 63/124 号决议，附件，第 4 至第 5 条。委员会通过的条款及其评注，见《2008 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，E 节。

¹⁰³ 见下文指南草案 7。

¹⁰⁴ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 84)，第 78 页，第 140 段。

¹⁰⁵ 在 2006 年纸浆厂案的命令中，国际法院着重强调了“确保在允许可持续经济发展的同时对共有自然资源予以环境保护这一需要的重要性”(乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，临时措施，2006 年 7 月 13 日的命令，《2006 年国际法院案例汇编》，第 113 页起，见第 133 页，第 80 段)；世贸组织上诉机构 1998 年关于美国一禁止进口特定虾类和虾类制品案的决定指出，“回顾世贸组织成员在《建立世贸组织协定》序言中明确确认了可持续发展的目标，我们认为，已经不能再认为[《关税及贸易总协定》]第 20 条(g)款可解释为只包括对可用尽的矿物或其他非生物资源的保护”(上诉机构报告，美国一禁止进口特定虾类和虾类制品案，WT/DS58/AB/R，1998 年 11 月 6 日通过，第 131 段，另见第 129 和第 153 段)；在 2005 年莱茵铁路仲裁案中，仲裁庭认定如下：“对以下问题存在不少争议，在环境法领域中，什么属于‘原则’，什么属于‘规则’：什么是‘软’法；哪些环境条约法或原则对习惯国际法的发展作出了贡献。……新出现的原则，不论其当前地位如何，均提到……可持续发展。……重要的是，这些新出现的原则现在将环境保护纳入了发展进程。环境法与发展法不是相互替代的关系，而是相互增强的一体的概念，其要求是，若发展可能对环境造成显著危害，则有义务防止或至少减缓这种危害。……本庭认为，这一义务已成为了一项一般国际法原则”，莱茵铁路案(见上文脚注 84)，第 58-59 段；2013 年印度河水域吉申甘加河仲裁案(巴基斯坦诉印度)部分裁决指出：“无疑，根据当代习惯国际法，各国在规划和开发可能对邻国造成损害的项目时，必须考虑到环境保护问题，自特雷尔冶炼厂案的时代以来，一系列国际……仲裁裁决均提到了以可持续方式管理自然资源的必要性。特别是，国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中阐释了‘可持续发展’原则，提到‘需要协调环境保护和经济发展’”：《常设仲裁法院裁决汇编》，印度河水域吉申甘加河仲裁案(巴基斯坦诉印度)：《2010-2013 年诉讼记录》，2013 年 2 月 18 日的部分裁决，第 449 段。2013 年 12 月 20 日最终裁决第 111 段确认了这一点。

评注

(1) 尽管如指南草案 5 所反映出的那样，公平合理地利用大气层是可持续性的一项重要要素，但将之单独作为一项原则列出来，被认为很重要。同指南草案 5 一样，本条指南草案措词较为抽象而笼统。

(2) 本条指南草案措词笼统，以便对保护大气层这一世界共有自然资源的工作适用公平原则。¹⁰⁶ 该句下半句论及“公平合理”的利用。“应当……公平合理地利用大气层”这一表述部分参考了《国际水道非航行使用法公约》第 5 条和《跨界含水层法条款》第 4 条。这一表述要求平衡各种利益并考虑所有相关因素，这些相关因素可能为大气污染所特有，也可能为大气层退化所特有。

(3) 本条指南草案上半句论及代内和代际公平方面。¹⁰⁷ 为了说明这两方面之间的关系，选用了“充分考虑到今世后代的利益”这一短语，而非“为了今世后代的福利”。使用“利益”一词而非“福利”，以显示大气层的一体性，“开发利用”大气层需要考虑平衡各种利益，以确保地球上生物的存续。“充分”一词旨在表明将各种因素和情况考虑在内的重要性，应当结合序言部分第七段解读，该段承认应当充分考虑到人类子孙后代在长期保护大气层质量方面的利益。

指南 7

有意大规模改变大气层

旨在有意大规模改变大气层的活动仅应当审慎和谨慎地开展，并且须遵守任何适用的国际法规则，包括关于环境影响评估的国际法规则。

评注

(1) 指南草案 7 论及目的为改变大气状况的活动。如指南草案标题所示，它仅涉及有意的大规模改变。

¹⁰⁶ 见大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982 年国际法院案例汇编》，第 18 页，第 71 段；关于公平及其在国际法中的一般使用，见边界争端案(布基纳法索诉马里)，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页，第 27-28 段和第 149 段；北海大陆架案，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 85 段；J. Kokott, “Equity in international law”, in F.L. Toth, ed., *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change* (Abingdon and New York, Routledge, 2014), pp. 173–192; P. Weil, “L’équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: Un mystère en voie de dissipation?”, in V. Lowe and M. Fitzmaurice, eds., *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), pp. 121–144; F. Francioni, “Equity in international law,” in R. Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 632–642.

¹⁰⁷ C. Redgwell, “Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity”, in C.P. Carlarne et al., eds., *The Oxford Handbook on International Climate Change Law*, (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 185–201; D. Shelton, “Equity” in Bodansky et al., eds. *Oxford Handbook of International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 639–662; and E. Brown Weiss, “Intergenerational equity” in *Max Planck Encyclopaedias of Public International Law* (updated 2021), available at <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1421>.

(2) “旨在有意大规模改变大气层的活动”一语部分源自《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》¹⁰⁸ 中的“改变环境的技术”的定义，“改变环境的技术”指通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物区系、岩石圈、水圈和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术。

(3) 这些活动包括通常被理解为“地球工程”的活动，其方法和技术包括二氧化碳清除和太阳辐射管理。¹⁰⁹ 与二氧化碳清除有关的活动涉及海洋、陆地和技术系统，试图通过天然碳汇或化学工程从大气层清除二氧化碳。提出的二氧化碳清除技术包括：土壤固碳、碳捕获和固存、环境空气捕获、海洋肥化、海洋碱度提升，以及加强风化。

(4) 科学专家指出，太阳辐射管理旨在通过有意降低地球表面温度减缓气候变化的不利影响。在这方面提出的活动包括：“反照率提升”，该方法涉及提高云层或地球表面的反射性，以便将更多的太阳热量反射回太空；平流层气溶胶，该技术涉及将微小的反射性颗粒注入高层大气，以便在太阳光到达地球表面之前予以反射；太空反射镜，该方法涉及在太阳光到达地球表面之前阻断一部分太阳光。

(5) 对“活动”一词，应取广义。然而，某些其他活动被《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》¹¹⁰ 和《一九四九年日内瓦四公约第一议定书》¹¹¹ 等国际法所禁止，不属于本条指南草案的范围。因此，本条指南草案只适用于“非军事”活动。涉及蓄意改变大气层的军事活动不属于本条指南草案的范围。

(6) 同样，其他活动也处于各种制度的规范之下。例如，造林已被纳入《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》¹¹² 制度和《巴黎协定》(第五条第二款)。在一些国际法律文书下，已经采取了规范碳捕获和封存的措施。《1972 年〈防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约〉》¹¹³ 1996 年议定书》(《伦敦议定

¹⁰⁸ 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(1976 年 12 月 10 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1108 卷，第 17119 号，第 151 页。

¹⁰⁹ 气专委，气专委地球工程专家会议，2011 年 6 月 20 日至 22 日，秘鲁利马，会议报告。一般参看 Oxford Geo-engineering Programme, “What is geoengineering?”, available at www.geoengineering.ox.ac.uk/what-is-geoengineering/what-is-geoengineering/; K. N. Scott, “International law in the anthropocene: responding to the geoengineering challenge”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, No. 2 (2013), pp. 309-358, at p. 322; Steve Rayner, et al., “The Oxford principles”, Climate Geoengineering Governance Working Paper No. 1 (University of Oxford, 2013), available from www.geoengineering-governance-research.org/perch/resources/workingpaper1rayneretaltheoxfordprinciples.pdf. See also, C. Armani, “Global experimental governance, international law and climate change technologies”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, No. 4 (2015), pp. 875-904.

¹¹⁰ 见第一条。

¹¹¹ 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)，1977 年，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页，第三十五条第三款和第五十五条；另见《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页，第八条第(二)款第 2 项(4)目。

¹¹² 《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》(1997 年 12 月 11 日，京都)，联合国，《条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号，第 162 页。

¹¹³ 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(1972 年 12 月 29 日，伦敦、墨西哥城、莫斯科和华盛顿特区)，联合国，《条约汇编》，第 1046 卷，第 15749 号，第 138 页。

书》)¹¹⁴ 现载有一项经过修正的条款和附件，以及关于控制废物和其他物质倾倒的新准则。“海洋铁肥化”和“海洋碱度提升”与海洋倾倒问题有关，因此1972年《公约》及其《伦敦议定书》也是有关文书。

(7) 旨在有意大规模改变大气层的活动具有极大潜力，可以防止、转移、调节或缓解干旱、飓风、旋风等灾害和危害的不利影响，并提高作物产量和水的供应。同时，人们也认识到，这些活动可能对当前的气候格局产生长远和意料之外的影响，而且不受国境的局限。如世界气象组织就人工影响天气所述：“大气过程是非常复杂的过程，以至于以人工方式导致世界某一处发生的天气变化很有可能对别处产生影响……在开始大规模人工影响天气的实验之前，必须认真评估可能的结果和理想的结果，并且必须达成令人满意的国际安排”。¹¹⁵

(8) 本条指南草案无意抑制创新和科学进步。《里约宣言》原则7和原则9承认了新技术和革新性技术以及在此领域开展合作的重要意义。然而，这并不意味着这些活动的影响总是正面的。

(9) 因此，本条指南草案并不试图授权或禁止这种活动，除非各国达成协议，要采取这样的行动。本条指南草案仅仅载述了以下原则，即如果要开展这种活动，仅应当审慎和谨慎地开展。“仅”字意在进一步强化在开展旨在有意大规模改变大气层的活动时的审慎和谨慎方式，而本条指南草案的后一部分表明，开展这种活动须遵守任何适用的国际法规则。

(10) “审慎和谨慎”的提法受到国际海洋法法庭在南方蓝鳍金枪鱼案、¹¹⁶ 混合氧化物核燃料厂案¹¹⁷ 和新加坡在柔佛海峡及周边填海案¹¹⁸ 中用语的启发。该法庭在填海案中指出：“有鉴于此，考虑到填海造地可能对海洋环境造成的影响，审慎和谨慎原则要求马来西亚和新加坡建立相关机制，交流信息和评估填海造地工程的风险或影响，并制定在相关区域应对这些风险或影响的方式”。本条指南草案使用了劝告性的语言，旨在鼓励在与大气污染和大气层退化有关的各领域的主管制度内，制订规则以规范这些活动。

(11) 本条指南草案末尾处“包括关于环境影响评估的国际法规则”一语增加了强调，以确认指南草案4所反映的环境影响评估的重要性。旨在有意大规模改变大气层的活动应当以充分公开和透明的方式进行，为了这一目的，可能需要进行

¹¹⁴ 《1972年〈防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约〉1996年议定书》(1996年11月7日，伦敦)，《国际法律资料》，第36卷(1997年)，第7页。

¹¹⁵ 见《关于外层空间发展视角下大气科学进步及其应用的第二次报告》(日内瓦，世界气象组织，1963年)；另见联合国环境规划署理事会1980年4月29日第8/7号决定(全球环境评估方案：评估外部界限)，A部分(关于各国在人工影响天气方面开展合作的规定)。

¹¹⁶ 南方蓝鳍金枪鱼案(新西兰诉日本；澳大利亚诉日本)，临时措施，1999年8月27日的命令，《1999年国际海洋法法庭案例汇编》，第280页，见第77段。该法庭指出，“有鉴于此，法庭认为，双方应当在这种情况下审慎和谨慎行事，以确保采取有效保护措施，防止对南方蓝鳍金枪鱼种造成严重危害”。

¹¹⁷ 混合氧化物核燃料厂案(爱尔兰诉联合王国)，临时措施，2001年12月3日的命令，《2001年国际海洋法法庭案例汇编》，第95页，见第84段(“有鉴于此，法庭认为，审慎和谨慎原则要求爱尔兰和联合王国开展合作，交流关于混合氧化物核燃料厂的运营所造成的风险或影响的信息，并酌情制定应对这些风险或影响的方法”)。

¹¹⁸ 新加坡在柔佛海峡及周边填海案(马来西亚诉新加坡)，临时措施，2003年10月8日的命令，《2003年国际海洋法法庭案例汇编》，第10页，见第99段。

指南草案 4 所规定的环境影响评估。有人认为，涉及有意大规模改变大气层的项目可能会造成重大不利影响，在这种情况下，有必要对这种活动进行评估。

指南 8

国际合作

1. 各国义务就保护大气层免遭大气污染和大气层退化，酌情与其他国家或有关国际组织合作。
2. 各国应当就进一步增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学技术知识开展合作。合作可包括信息交流和联合监测。

评注

(1) 国际合作位于这一整套指南草案的核心。国际合作概念在国际法中有很大的变化，¹¹⁹ 如今在很大程度上依托整个国际社会的共同利益概念。¹²⁰ 值得回顾的是，本指南草案序言部分第三段认为，大气污染和大气层退化是人类共同关心的问题。

(2) 本条指南草案第 1 段规定了各国酌情合作的义务。具体而言，要与其他国家和有关国际组织进行这种合作。“酌情”一词为国家视所要求的合作性质和主题事项以及适用的国际法规则履行合作义务留出一定的灵活性。这种合作的形式也可根据情况而有所不同，并给各国留出了一定的根据适用的国际法规则进行斟酌的空间。合作可以是双边的、区域的或多边的。各国也可自行采取适当行动。

(3) 在纸浆厂案中，国际法院强调了缔约国间合作的义务与防止义务的联系。法院指出，“正是通过合作，有关国家才能联合管理给环境造成损害的风险……以便防止有关损害”。¹²¹

(4) 在与环境保护有关的若干多边文书中已提到了国际合作。《斯德哥尔摩宣言》和《里约宣言》分别在原则二十四和原则 27 内强调了合作的重要性，要求

¹¹⁹ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (London, Stevens & Sons, 1964), pp. 60–71; C. Leben, “The changing structure of international law revisited by way of introduction”, *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), pp. 399–408. See also, J. Delbrück, “The international obligation to cooperate – an empty shell or a hard law principle of international law? – a critical look at a much debated paradigm of modern international law”, H.P. Hestermeyer *et al.*, eds., *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leiden, Martinus Nijhoff, 2012), pp. 3–16.

¹²⁰ B. Simma, “From bilateralism to community interests in international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994–VI*, vol. 250, pp. 217–384; Naoya Okuwaki, “On compliance with the obligation to cooperate: new developments of ‘international law for cooperation’”, in J. Eto, ed., *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase), (Tokyo, Shinzansha, 2015), pp. 5–46, at pp. 16–17 (in Japanese).

¹²¹ 乌拉圭河纸浆厂案(上文脚注 79)，第 49 页，第 77 段。

善意和伙伴精神。¹²² 此外，在一些现有条约中，《保护臭氧层维也纳公约》的序言部分写明，公约缔约方“意识到保护臭氧层使不会因人类活动而发生变化的措施需要国际间的合作和行动”。此外，《联合国气候变化框架公约》序言部分承认“气候变化的全球性要求所有国家……尽可能开展最广泛的合作，并参与有效和适当的国际应对行动”，同时重申“在应付气候变化的国际合作中的国家主权原则”。¹²³ 在《巴黎协定》第七条下，缔约方“认识到支持适应努力并开展适应努力方面的国际合作的重要性，以及考虑发展中国家缔约方的需要，尤其是特别易受气候变化不利影响的发展中国家的需要的重要性”。¹²⁴ 《巴黎协定》序言申明就《协定》处理的事项在各级开展教育、培训、公众意识，公众参与和公众获得信息和合作的重要性。¹²⁵

¹²² 《斯德哥尔摩宣言》原则二十四写明：

“关于保护和改善环境的国际问题，应由所有各国，不论大小，以平等地位本着合作精神来处理。通过多边或双边安排或其他适当办法的合作，是对各种领域内进行活动所引起的不良环境影响，加以有效控制预防、减少或消除的必要条件，唯须妥善顾及所有国家的主权和利益”。

《一九七二年六月五日至十六日在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议报告书》(见上文脚注 11)。

《里约宣言》原则 27 写明：

“所有国家和人民均应诚意地一本伙伴精神、合作实现本宣言所体现的各项原则，合作推动可持续发展方面的国际法的进一步发展。”

《联合国环境与发展会议报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》，第一卷：《环发会议通过的决议》(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，决议 1，附件一，第一章。

¹²³ 另见《联合国海洋法公约》第十二部分关于“全球性和区域性合作”的第二节。该节规定了“在全球性或区域性的基础上的合作”(第一九七条)、“即将发生的损害或实际损害的通知”(第一九八条)、“对污染的应急计划”(第一百九十九条)，“研究、研究方案及情报和资料的交换”(第二〇〇条)以及“规章的科学标准”(第二〇一条)。《联合国海洋法公约》关于海洋科学研究的第十三部分第二节规定了“国际合作”，写明了“国际合作的促进”(第二四二条)、“有利条件的创造”(第二四三条)和“情报和知识的公布和传播”(第二四四条)等内容。

¹²⁴ 第七条第六款。另见第六条第一款、第七条第七款、第八条第四款和第十四条第三款。

¹²⁵ 序言，第十四段。另见《国际水道非航行使用法公约》关于一般合作义务的第 8 条第 1 款，其中规定：

“水道国应在主权平等、领土完整、互利和善意的基础上进行合作，使国际水道得到最佳利用和充分保护”。

(5) 委员会在工作中也认识到合作的重要性。¹²⁶ 合作可采取多种形式。本条指南草案第 2 段尤其强调就增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学技术知识开展合作的重要性。第 2 段还着重指出了信息交流和联合监测。

(6) 《保护臭氧层维也纳公约》序言部分写明，国际合作和行动应当“依据有关的科学和技术考虑”，并在关于法律、科学和技术方面的合作的第 4 条第 1 款中规定：

各缔约方应促进和鼓励附件二里详细说明了、与本公约有关的科学、技术、社经、商业和法律资料的交换。这种资料应提供给各缔约方同意的各组织。

该公约附件二详细列出了信息交流的全套事项。第 4 条第 2 款规定在照顾到发展中国家的需要的情形下进行技术领域的合作。

(7) 《联合国气候变化框架公约》关于承诺的第四条第 1 款规定：

所有缔约方，……应(e) 合作为适应气候变化的影响做好准备；……(g) 促进和合作进行关于气候系统的科学、技术、工艺、社会经济和其他研究、系统观测及开发数据档案，目的是增进对气候变化的起因、影响、规模和发生时间以及各种应对战略所带来的经济和社会后果的认识，和减少或消除在这些方面尚存的不确定性；(h) 促进和合作进行关于气候系统和气候变化以及关于各种应对战略所带来的经济和社会后果的科学、技术、工艺、社会经济和法律方面的有关信息的充分、公开的迅速的交流；(i) 促进和合作进行与气候变化有关的教育、培训和提高公众意识的工作，并鼓励人们对这个过程最广泛参与，包括鼓励各种非政府组织的参与。

(8) 在此背景下，合作义务除其他以外，酌情包括信息交流。在这方面，或许可以指出，《国际水道非航行使用法公约》第 9 条详细列出了整套关于交换数据和资料的规定。此外，《远距离越境空气污染公约》第 4 条规定，缔约方应“就旨在尽可能防治可能具有不利影响的空气污染的政策、科学活动和技术措施交换信息并进行审查，以利减少空气污染，包括远距离越境空气污染”。该公约还载有关于以下事项的详细规定：研究与发展领域合作(第 7 条)；交换信息(第 8 条)；执行和进一步发展合作方案，以便在欧洲监测和评估空气污染物的远距离传输情况(第 9 条)。同样，在区域一级，《东非空气污染区域框架协定》(《内罗毕协

¹²⁶ 《预防危险活动的跨界损害条款》(2001 年)关于合作的第 4 条规定：

“当事国应真诚合作，并于必要时要求一个或多个有关国际组织提供协助，以预防重大跨界损害或随时尽量减少这种危险”。

此外，《跨界含水层法条款》(2008 年)标题为“一般合作义务”的第 7 条规定：

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

2. 为了第 1 款的目的，含水层国应设立联合合作机制”。

此外，《发生灾害时的人员保护条款草案》(2016 年)第 7 条草案规定了合作的义务。第 7 条草案规定：

“适用本条款草案时，各国应酌情相互合作，并与联合国、红十字与红新月运动各组成部分及其他援助方合作”。

定》，2008 年)¹²⁷ 和《西部和中部非洲空气污染区域框架协定》(《阿比让协定》，2009 年)¹²⁸ 也载有类似关于国际合作的规定。缔约方商定：

1.2 考虑采取联合措施减少空气污染物和温室气体排放的协同作用和共同效益；

.....

1.4 促进交换关于空气质量管理的教育和研究信息；

1.5 促进区域合作，以加强管制机构。

(9) 委员会在工作中也认识到科学技术知识的重要性。¹²⁹ 就保护大气层而言，重点是增进有关大气污染和大气层退化的原因和影响的科学技术知识。为了应对气候变化的不利影响，《巴黎协定》认识到避免、尽量减轻和处理与气候变化不利影响相关的损失和损害的重要性，并设想在以下领域开展合作：(a) 早期预警系统；(b) 应急准备；(c) 缓发事件；(d) 可能涉及不可逆转和永久性损失和损害的事件；(e) 综合性风险评估和管理；(f) 风险保险机制，气候风险分担安排和其他保险方案；(g) 非经济损失；和(h) 社区、生计和生态系统的复原力。¹³⁰

指南 9

相关规则之间的相互关系

1. 在确定、解释及适用关于保护大气层的国际法规则和其他相关的国际法规则，尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则时，应当依照协调原则和体系整合原则及为了避免冲突，尽可能产生单一一套相互兼容的义务。在这样做时应当遵守载于《维也纳条约法公约》的相关规则，包括其第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则。

2. 各国在制定关于保护大气层的国际法新规则和其他相关的国际法规则时，应当尽可能采用协调的方式。

3. 在适用第 1 和第 2 段时，应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体。这些群体除其他人外，可能包括土著人民、最不发达国家的人民和受海平面上升影响的低地沿海地区和小岛屿发展中国家的人民。

¹²⁷ 可查阅

https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABA_Q2008-AirPollutionAgreement.pdf。

¹²⁸ 可查阅

https://web.archive.org/web/20111224143143/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf。

¹²⁹ 《跨界含水层法条款》第 17 条第 4 款第二句规定：“合作可包括协调处理紧急情况的国际行动和通信，提供应急人员、应急设备和物资、科技专业知识和人道主义援助”。相应地，《发生灾害时的人员保护条款草案》第 9 条草案规定：“为本条款草案的目的，合作包括提供人道主义援助，协调国际救灾行动和通信，提供救灾人员、救灾设备和物资以及科学、医学、技术资源”。而且，第 10 条草案(减少灾害风险的合作)规定：“合作应扩展至采取旨在减少灾害风险的措施”。

¹³⁰ 第八条。

评注

(1) 指南草案 9 涉及“相关规则之间的相互关系”，¹³¹ 试图反映关于保护大气层的国际法规则与其他相关的国际法规则之间的相互关系。第 1 和第 2 段具有一般性，而第 3 段强调保护特别易受大气污染和大气层退化影响的群体。关于用语的指南草案 1 对大气污染和大气层退化作了界定。这两个术语侧重“人类”造成的污染和退化。这必然意味着其他法律领域管辖的人类活动与大气层及其保护有关。因此，必须尽可能避免关于保护大气层的规则与关于其他领域的国际法规则之间的冲突和紧张关系。因此，指南草案 9 着重指出了国际法中处理法律规则和原则间的紧张关系，包括与解释问题和冲突问题相关的紧张关系的各种技巧。指南草案 9 的表述参考了委员会研究组关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的结论。¹³²

(2) 第 1 段涉及三种法律进程，即相关规则的确定、解释及适用。本段第一句中的“及为了避免冲突”短语表示，“避免冲突”是本段的主要目的之一。然而，这并不是本条指南草案的唯一目的。本段(英文本)以被动式表述，并承认了一个事实，即确定、解释及适用进程不仅涉及各国，还酌情涉及其他各方，包括国际组织。

(3) “在确定、解释及适用……时，应当……尽可能产生唯一一套相互兼容的义务”这一表述参考了委员会研究组关于不成体系问题的结论。“确定”一词对条约义务和国际法其他渊源所产生的规则而言特别相关。在协调各种规则时，需要采取与确定有关的某些初步步骤，例如，确定两项规则是否涉及“同一事项”，确定哪一规则应当被视为一般法或特别法、前法或后法，以及对第三者的约定规则是否适用。

(4) 第一句具体提及“协调”原则和“体系整合”原则，不成体系问题研究组工作的结论中对这些原则给予了特别关注。正如关于协调的结论(4)指出的那样，当若干规范同时涉及一项问题时，应当尽可能作出能够产生“单一一套相互兼容的义务”的解释。此外，根据结论(17)，体系整合意味着“无论事项为何，条约是国际法律制度的产物”。因此，对条约的解释应当考虑到其他国际规则和原则。

(5) 第 1 段第二句试图将该款置于 1969 年《维也纳条约法公约》¹³³ 所载的相关规则范围内，包括第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则范围内。1969 年《公约》第三十一条第三款(丙)项意在保证“系统解释”，

¹³¹ 见国际法协会关于气候变化相关法律原则声明的第 2/2014 号决议的第 10 条草案(关于相互关系)，《2014 年 8 月在华盛顿特区举行的第七十六届会议的报告》，第 26 页。村濑信也(主席)和拉瓦妮亚·拉哲玛尼(报告员)，气候变化相关法律原则委员会的报告，同上，第 330-378 页，见第 368-377 页。

¹³² 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251 段。见关于“解释的关系”和“冲突的关系”的结论(2)。关于分析研究，见马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组报告“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”(A/CN.4/L.682 及 Corr.1 和 Add.1)。

¹³³ 联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

要求将“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”纳入考虑。¹³⁴ 换言之，第三十一条第三款(丙)项既强调了“国际法的统一”，又强调了“不应抛开一般国际法来考虑规则”。¹³⁵ 1969 年《公约》第三十条规定了上述体系整合原则在特定情况下无法有效发挥作用时的冲突解决规则。第三十条规定了关于特别法(第二款)、后法(第三款)和对第三者的约定(第四款)的冲突规则。¹³⁶ 第 1 段第二句中的“习惯国际法原则和规则”一语涵盖与确定、解释及适用相关规则有关的习惯国际法原则和规则。¹³⁷ 虽然第 1 段最后一句提到习惯国际法的“原则”和“规则”，但这并不妨碍“一般法律原则”可能与指南草案的相关性。

(6) 提及“尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则”着重指出了与保护大气层有关的这三个领域的重要性。具体指出的这些领域在条约实践、判例和理论方面与关于保护大气层的国际法规则有着密切联系。¹³⁸ 其他可能同样相关的法律领域并没有被忽视，相关法律领域的清单并不是要做到详尽无遗。此外，指南草案 9 的任何内容都不应被解释为将所列领域国际法规则的地位排在与保护大气层有关的规则之后，或者相反。

(7) 关于国际贸易法，相辅相成概念的出现是为了帮助协调该法与国际环境法，而国际环境法在一定程度上与保护大气层有关。1994 年《马拉喀什建立世界贸易组织(世贸组织)协定》¹³⁹ 序言规定，其目的是“依照可持续发展的目标”，使贸易和发展目标与环境需求相调和。¹⁴⁰ 世贸组织贸易和环境委员会开始开展各项活动，“旨在使国际贸易和环境政策相辅相成”，¹⁴¹ 该委员会在 1996 年提交新加坡部长级会议的报告中重申了自己的立场，即世贸组织系统和环境保护是“都重要的两个决策领域……应相互支持，以促进可持续发展”。¹⁴² 随着“相

¹³⁴ 例如见世贸组织上诉机构的报告，美国—禁止进口特定虾类和虾类制品案，WT/DS58/AB/R，1998 年 11 月 6 日，第 158 段。另见 Al-Adsani 诉联合王国案，第 35763/97 号申诉，ECHR 2001-XI，第 55 段。

¹³⁵ P. Sands, “Treaty, custom and the cross-fertilization of international law”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), p. 95, para. 25; C. McLachlan, “The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 279; O. Corten and P. Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 828–829.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 791–798.

¹³⁷ 不妨指出，《世贸组织关于争端解决规则与程序的谅解》(《马拉喀什建立世界贸易组织协定》，联合国，《条约汇编》，第 1869 卷，第 31874 号，第 3 页，附件 2，第 401 页)第 3 条第 2 款规定，“WTO 争端解决体制……适于……依照解释国际公法的习惯规则澄清这些[适用]协定的现有规定”(强调是后加的)。

¹³⁸ 见国际法协会关于气候变化相关法律原则声明的第 2/2014 号决议，第 10 条草案(关于相互关系)(上文脚注 131); A. Boyle, “Relationship between international environmental law and other branches of international law”, in Bodansky et al., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 126–146.

¹³⁹ 联合国，《条约汇编》，第 1867-1869 卷，第 31874 号。

¹⁴⁰ 同上，第 1867 卷，第 31874 号，第 154 页。

¹⁴¹ 贸易谈判委员会，1994 年 4 月 14 日决定，MTN.TNC/45(MIN)，附件二，第 17 页。

¹⁴² 世贸组织贸易和环境委员会报告(1996 年)，WT/CTE/1(1996 年 11 月 12 日)，第 167 段。

辅相成”概念逐渐被视为“世贸组织内部的法律标准”，¹⁴³ 2001 年《多哈部长宣言》表示，各国相信，“为保护环境和促进可持续发展而采取的行动是能够而且必须是相互支持的”。¹⁴⁴ 在国际贸易法中，相辅相成被视为用于解释不同条约相互冲突的规则协调原则的一部分。在一系列相关的世贸组织争端解决案件中，1996 年美国一新配方汽油和常规汽油标准案最引人注目，因为上诉机构拒绝将《关税及贸易总协定》规则与国际公法的其他解释规则区分开，指出“不能机械地抛开国际公法来解读《总协定》”(强调是后加的)。¹⁴⁵

(8) 国际投资法中也存在类似趋势和方法。自由贸易协定(载有一些投资条款)¹⁴⁶ 和许多双边投资条约¹⁴⁷ 也包含与环境有关的标准，这些标准得到了相关争端解决机构判例的确认。一些投资问题法庭强调，投资条约“不能脱离国际公法解读和解释”。¹⁴⁸

(9) 海洋法也是同样的情况。由于大气层与海洋间存在密切的物理相互作用，保护大气层与海洋和海洋法有着内在的联系。《巴黎协定》的序言部分指出，“必须确保包括海洋在内的所有生态系统的完整性”。这种联系也得到了《联合国海

¹⁴³ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003); R. Pavoni, “Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the ‘WTO-and-competing regimes’ debate?”, *European Journal of International Law*, vol. 21 (2010), pp. 651–652. See also S. Murase, “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), pp. 283–431, reproduced in S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo, Sophia University Press, 2011), pp. 1–127; and S. Murase, “Conflict of international regimes: trade and the environment”, *ibid.*, pp. 130–166.

¹⁴⁴ 2001 年 11 月 14 日在多哈举行的世贸组织部长级会议第四届会议上通过，WT/MIN(01)/DEC/1，第 6 段。2005 年《香港部长级宣言》重申，“《多哈部长宣言》第 31 段所载任务的目的是要加强贸易与环境之间的相互支持”(2005 年 12 月 18 日在中国香港举行的部长级会议第六届会议上通过，WT/MIN(05)/DEC，第 31 段)。

¹⁴⁵ 世贸组织上诉机构的报告，新配方汽油和常规汽油标准案，WT/DS2/AB/R，1996 年 4 月 29 日通过，第 17 页。另见 S. Murase, “Unilateral measures and the WTO dispute settlement” (discussing the *Gasoline* case), in S.C. Tay and D.C. Esty, eds., *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law* (Singapore, Times Academic Press, 1996), pp. 137–144.

¹⁴⁶ 例如见“加拿大、墨西哥合众国和美利坚合众国协定”，2020 年 7 月 1 日，第 1.3 条和第 14 章(“投资”)，可查阅美国贸易代表办公室网站：<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>。

¹⁴⁷ 有各种双边投资示范条约，如 2004 年《加拿大双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com; 2007 年《哥伦比亚双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com; 2012 年《美国双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com; 国际可持续发展研究所 2005 年《可持续发展国际投资示范协定》，载于 H. Mann 等人著，《国际可持续发展研究所可持续发展国际投资示范协定》，第 2 版(温尼伯，2005 年)，第 34 条。另见联合国贸易和发展会议，《可持续发展投资政策框架》(2015 年)，第 91–121 页，可查阅 http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; P. Muchlinski, “Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives”, in S. Hindelang and M. Krajewski, eds., *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 41–64.

¹⁴⁸ 菲尼克斯行动有限公司诉捷克共和国案，ICSID 第 ARB/06/5 号案，2009 年 4 月 15 日的判决，第 78 段。

洋法公约》的支持，¹⁴⁹ 该公约第一条第 1 款第(4)项对“海洋环境污染”的界定包括所有的海洋污染来源，包括来自陆地来源和船只的大气污染。¹⁵⁰ 该公约在第十二部分特别是第一九二、第一九四、第二〇七、第二一一和第二一二条中作出了关于海洋环境的保护和保全的详细规定。存在一些管理陆源海洋污染的区域公约。¹⁵¹ 海事组织一直致力于管理来自船只的污染，以努力补充《公约》规定¹⁵² 并应对气候变化。¹⁵³ 有效执行适用的海洋法规则可帮助保护大气层。同样，有效执行关于保护大气层的规则也可保护海洋。

(10) 对于国际人权法而言，环境退化，包括空气污染、气候变化和臭氧层消耗，“有可能影响实现人权”。¹⁵⁴ 人权与包括大气层在内的环境间的联系在实践中得到承认。《斯德哥尔摩宣言》原则一承认人人“都有在过着尊严和幸福生活的优良环境里享受自由、平等和适当生活条件的基本权利”。¹⁵⁵ 1992 年《里约宣言》原则 1 指出，“可持续发展问题的中心是人”，“有权顺应自然，过健康而有生产能力的生活”。¹⁵⁶ 关于大气污染，《远距离越境空气污染公约》承

¹⁴⁹ 在该公约之前，具有重要意义的唯一国际文书是 1963 年《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》(1963 年 8 月 5 日，莫斯科，联合国，《条约汇编》，第 480 卷，第 6964 号，第 43 页)。

¹⁵⁰ M.H. Nordquist et al., eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), pp. 41–42.

¹⁵¹ 例如，《保护东北大西洋海洋环境公约》(联合国，《条约汇编》，第 2354 卷，第 42279 号，第 67 页起，见第 71 页，第 1(e)条)、《保护波罗的海地区海洋环境公约》(1992 年 4 月 9 日，赫尔辛基，同上，第 1507 卷，第 25986 号，第 166 页起，见第 169 页，第 2 条第 2 款)、《保护地中海免受陆源污染议定书》(同上，第 1328 卷，第 22281 号，第 105 页起，见第 121 页，第 4 条第 1(b)款)、《保护东南太平洋免受陆源污染议定书》(1983 年 7 月 22 日，基多，同上，第 1648 卷，第 28327 号，第 73 页起，见第 90 页，第二条第(c)款)、《〈关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约〉保护海洋环境免受陆源污染议定书》(1990 年 2 月 21 日，科威特，同上，第 2399 卷，第 17898 号，第 3 页起，见第 40 页，第三条)。

¹⁵² 例如，2008 年海上环境保护委员会第五十八次会议上，海事组织通过了《国际防止船舶造成污染公约》经修正的附件六(同上，第 1340 卷，第 22484 号，第 61 页)，附件六管理除其他外，氧化硫和氧化氮的排放。迄今为止，《公约》已有六项附件，即关于管理预防石油污染的附件一(1983 年 10 月 2 日生效)；关于管理预防控制批量运输的有毒液体物质污染的附件二(1987 年 4 月 6 日生效)；关于管理预防以包装形式海运的有害物质污染的附件三(1992 年 7 月 1 日生效)；关于管理预防船只污水污染的附件四(2003 年 9 月 27 日生效)；关于管理预防船只垃圾污染的附件五(1988 年 12 月 31 日生效)；关于管理预防船只造成空气污染的附件六(2005 年 5 月 19 日生效)。

¹⁵³ S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), pp. 107–126; S. Karim and S. Alam, “Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal”, *Asian Journal of International Law*, vol. 1 (2011), pp. 131–148; Y. Shi, “Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?” *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113 (2016), pp. 187–192; J. Harrison, “Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping” (2012), Edinburgh School of Law Research Paper No. 2012/12, p. 20. Available from <https://ssrn.com/abstract=2037038>.

¹⁵⁴ 关于人权与环境之间关系的分析研究：联合国人权事务高级专员的报告(A/HRC/19/34)，第 15 段。另见人权理事会 2012 年 4 月 19 日关于人权与环境问题的第 19/10 号决议。

¹⁵⁵ 见 L.B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment” (上文脚注 23), pp. 451–455。

¹⁵⁶ F. Francioni, “Principle 1: human beings and the environment”, in J.E. Viñuales, ed., *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2015), pp. 93–106, at pp. 97–98.

认空气污染产生“有害影响，足以危害人类健康”，并规定，各方决心“保护人类与人类环境不受”一定规模的“空气污染”。¹⁵⁷ 同样对于大气层退化问题，

《保护臭氧层维也纳公约》载有一项条款，其中规定缔约国必须根据该公约和加入的议定书采取适当措施，“保护人类健康”。¹⁵⁸ 同样，《联合国气候变化框架公约》述及气候变化的不利影响，包括“对人类的健康和福利”的重大有害影响。¹⁵⁹

(11) 这方面的有关人权包括“生命权”、¹⁶⁰ “私人生活和家庭生活权”¹⁶¹ 和“财产权”，¹⁶² 以及《巴黎协定》序言部分第十一段所列的其他权利：

气候变化是人类共同关心的问题。缔约方在采取行动应对气候变化时，应当尊重、促进和考虑它们各自对人权、健康权、土著人民权利、当地社区权利、移徙者权利、儿童权利、残疾人权利、弱势人权利、发展权，以及性别平等、妇女赋权和代际公平等的义务。

(12) 如果人权公约中存在某项具体的环境权，包括健康权，有关法院和条约机构即适用这些权利。然而，若要使国际人权法促进保护大气层，还必须满足某些核心要求。¹⁶³ 首先，因为国际人权法仍然是“一个基于个人伤害的法律制度”，¹⁶⁴ 所以必须证明减损受保护权利的大气污染或大气层退化与一项受保护权利的被减损之间存在直接联系。其次，大气污染或大气层退化的不利影响必须达到某个阈值，才能纳入国际人权法的范畴。对这种最低标准的评估是相对的，取决于所援引权利的内容和案件的所有相关情况，例如损害的强度和持续时间及其对身体或精神的影响。第三，也是最重要的一点，必须证明一国的作为或不作为与大气污染或大气层退化之间存在因果联系。

(13) 关于大气层的国际法规则与人权法的关系中的一个难点在于两者在属人适用上的“脱节”。尽管关于大气层的国际法规则不仅适用于受害者所属国，也适

¹⁵⁷ 联合国，《条约汇编》，第1302卷，第21623号，第217页起，见第219页，第1和第2条。

¹⁵⁸ 同上，第1513卷，第26164号，第293页起，见第326页，第2条。

¹⁵⁹ 第1条。

¹⁶⁰ 1966年《公民及政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约，联合国《条约汇编》，第999卷，第14668号，第171页)，第六条；1989年《儿童权利公约》第6条(1989年12月20日，纽约，同上，第1577卷，第27531号，第3页)；2006年《残疾人权利公约》第十条(2006年12月20日，纽约，同上，第2515卷，第44910号，第3页)；1950年《保护人权与基本自由公约》第2条(1950年11月4日，罗马，同上，第213卷，第2889号，第221页，下称“《欧洲人权公约》”)；1969年《美洲人权公约》第4条(1969年11月22日，圣何塞，同上，第1144卷，第14668号，第171页)；1981年《非洲人权和民族权宪章》第4条(1981年6月27日，内罗毕，同上，第1520卷，第26363号，第217页)。

¹⁶¹ 《公民及政治权利国际公约》第十七条；《欧洲人权公约》第8条；《美洲人权公约》第11条第2款。

¹⁶² 《〈欧洲人权公约〉第一议定书》第1条(同上，第213卷，第2889号，第221页)；《美洲人权公约》第21条；《非洲人权和民族权宪章》第14条。见D. Shelton, “Human rights and the environment: substantive rights” in Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, (上文脚注21), pp. 265–283, at pp. 265, 269–278。

¹⁶³ P.-M. Dupuy and J.E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), pp. 320–329.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 308–309.

用于伤害的源头国，但人权条约的适用范围仅限于受一国管辖的个人。¹⁶⁵ 因此，当一国境内的对环境有害的活动影响到另一国的个人时，就产生了结合人权义务解释“管辖权”的问题，在解释和适用这一概念时，可能需要考虑人权条约的目标和宗旨。国际法院关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见在处理域外管辖权问题时称：“尽管各国管辖权主要是在境内，但有时也可在国家领土之外行使。考虑到《公民及政治权利国际公约》的目的和宗旨，即使是在这种情况下，《公约》缔约国也应当有义务遵守其规定，这似乎是顺理成章的”。¹⁶⁶

(14) 一个可能的考虑因素是不歧视原则的相关性。一些作者认为以下观点是不合理的，即国际人权法不适用于大气污染和全球大气层退化，并且法律只能向边界内污染的受害者提供保护。他们认为，不歧视原则要求责任国如同处理国内污染一样处理跨界大气污染或全球大气层退化。¹⁶⁷ 此外，如果并且只要有关人权准则具有域外效力，¹⁶⁸ 它们即可被视为与保护大气层的环境准则相互重叠，例如应尽义务(指南草案 3)、环境影响评估(指南草案 4)、可持续利用(指南草案 5)、公平合理利用(指南草案 6)和国际合作(指南草案 8)等，因此将能够以协调一致的方式予以解释和适用。

(15) 第 1 段涉及的是确定、解释和适用，相比之下，第 2 段涉及各国制定新规则的情况。该段表示了一种一般性意愿，鼓励各国在进行涉及建立新规则的谈判时，考虑到关于大气层的国际法规则与其他法律领域的规则之间的体系关系。

(16) 第 3 段着重说明易受影响群体因大气污染和大气层退化而面临的困境。其表述直接提及大气污染和大气层退化。其中提到第 1 段和第 2 段，一方面体现了“确定、解释及适用”，另一方面体现了“制定”。“应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体”一语强调了对易受影响的个人和群体给予考虑的广泛范围，涵盖本专题的两个方面，即“大气污染”和“大气层退化”。在案文中提及“人权”，甚至“权利”或“受法律保护的利益”被认为没有帮助。

(17) 第 3 段第二句列举了在大气污染和大气层退化背景下可能易受影响的群体。世界卫生组织指出：“所有人口将受到气候变化的影响，但初步的健康风险大不相同，取决于人口居住的地点和生活方式。生活在小岛屿发展中国家和其他

¹⁶⁵ 《公民及政治权利国际公约》第二条；《欧洲人权公约》第 1 条；《美洲人权公约》第 1 条。见 A. Boyle, “Human rights and the environment: where next?”, *European Journal of International Law*, vol. 23 (2012), pp. 613–642, at pp. 633–641.

¹⁶⁶ 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 179 页，第 109 段。

¹⁶⁷ Boyle, “Human rights and the environment” (见上文脚注 165), pp. 639–640.

¹⁶⁸ B. Simma and P. Alston, “Sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), pp. 82–108; V. Dimitrijevic, “Customary law as an instrument for the protection of human rights”, Working Paper, No. 7 (Milan, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), pp. 3–30; B. Simma, “Human rights in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change?”, in D. Alland et al., eds., *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), pp. 711–737; and H. Thirlway, “International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues,” *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), pp. 495–506.

沿海地区、特大城市、山区和极地地区的人们，都以不同的方式变得尤其脆弱”。¹⁶⁹ 在联大通过的《2030 年可持续发展议程》的可持续发展目标中，目标 3.9 和目标 11.6 涉及大气污染问题，尤其呼吁大幅度减少空气污染导致的死亡和患病人数，并呼吁特别关注城市的环境空气质量。¹⁷⁰

(18) 第 3 段第二句的“除其他人外，可能包括”一语表示列举并非详尽无遗。正如《土著人民气候变化全球峰会报告》中宣布的那样，“由于土著人民生活在受气候变化影响最严重的地区，在社会经济意义上通常处于最弱势地位，他们最容易受到气候变化的影响”。¹⁷¹ 最不发达国家人民也被认为特别易受影响，因为他们常常生活在极端贫困中，得不到基本的基础设施服务以及适当的医疗和社会保护。¹⁷² 受海平面上升影响的低地地区和小岛屿发展中国家的人民有可能会丧失土地，这会导致流离失所，在某些情况下会导致强迫移民。受《巴黎协定》序言的启发，除了指南草案 9 第 3 段具体列出的群体，其他可能特别弱势的群体包括当地社区、移民、妇女、儿童、残疾人和老年人，他们往往受到大气污染和大气层退化的严重影响。¹⁷³

指南 10

执行

1. 各国在执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务、包括本指南草案中所述的义务时，采取的形式可包括立法、行政和司法行动以及其他行动。
2. 各国应当努力落实本指南草案所载的各项建议。

¹⁶⁹ 世界卫生组织，《保护健康不受气候变化的影响：连接科学、政策和人民》（2009 年，日内瓦），第 2 页。

¹⁷⁰ 见 B. Lode, P. Schönberger and P. Toussaint, “Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25 (2016), pp. 27–38. 另见 2016 年规定的这些具体目标的指标(3.9.1: 家庭和环境空气污染导致的死亡率; 11.6.2: 城市细颗粒物年度均值)。

¹⁷¹ “《土著人民气候变化全球峰会报告》，2009 年 4 月 20 日至 24 日，阿拉斯加安克雷奇”，第 12 页。见 R.L. Barsh, “Indigenous peoples”, in Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, (上文脚注 21), pp. 829–852; B. Kingsbury, “Indigenous peoples”, in R. Wolfrum, ed., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, pp. 116–133; and H.A. Strydom, “Environment and indigenous peoples”, in *ibid.*, vol. III, pp. 455–461。

¹⁷² 世界银行集团，《气候变化行动计划》，2016 年 4 月 7 日，第 104 段，可查阅 <http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf>。

¹⁷³ 消除对妇女歧视委员会有一项关于“减少灾害风险和气候变化与性别有关的层面”的一般性建议；见 <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx>。同妇女和儿童一样，老年人和残疾人通常被称为易受影响群体。见世界卫生组织《保护健康不受气候变化……》(上文脚注 169)和世界银行集团《行动计划》(上文脚注 172)。2015 年《美洲保护老年人人权公约》(美洲国家组织大会，第四十五届常会，议事录，第 1(OEA/Ser.P/XLV-O.2)卷，第 11-38 页)第 25 条(健康环境权)规定：“老年人有权生活在健康的环境中，享有基本公共服务。为此，缔约国应采取适当措施，维护和促进这项权利的行使，特别是：a. 以与自然和谐的方式促进老年人充分发挥最大潜力；b. 确保老年人在与他人平等的基础上获得公共饮水和卫生服务等”。

评注

(1) 指南草案 10 涉及各国执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务。国际层面的履约是指南草案 11 的主题。这两条指南草案是相互关联的。本条指南草案使用“执行”一词，指各国为使条约规定在国家层面生效而可能采取的措施，包括国家法律中的执行措施。¹⁷⁴

(2) 本条指南草案由两段组成，一段论及国际法规定的现有义务，另一段论及指南草案所载建议。

(3) “各国在执行”一语指缔约方为使国际义务在国家层面生效而根据各国的国家宪法和法律制度可能采取的措施。¹⁷⁵ 国家执行可采取许多形式，包括“立法、行政和司法行动一级其他行动”。“可”一词，反映这一规定的自由裁量性质。使用“行政”行动而不是“行政部门”行动，这是由于“行政”被认为范围更广，因为它也涵盖了下级政府行政部门可能执行的行动。“其他行动”一词是涵盖国家执行的所有其他形式的剩余类别。“国家执行”一词也适用于欧洲联盟等区域组织的义务。¹⁷⁶

(4) 在第 1 段中使用“义务”一词，指的不是各国应承担的新的义务，而是指各国根据国际法已承担的现有义务。因此，选择了“包括本指南草案中所述的[义务]”一语，而“所述”一词着重指出，指南草案本身并不创造新的义务，也没有详尽无遗地阐述与本专题有关的各种问题。

(5) 指南草案提到国际法规定的与执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国家义务，即保护大气层的义务(指南草案 3)、确保进行环境影响评估的义务(指南草案 4)和合作的义务(指南草案 8)。¹⁷⁷ 鉴于各国负有这些义务，它们显然有必要忠实履行这些义务。

(6) 第 2 段中提到“本指南草案所载的各项建议”是为了将这些建议与第 1 段中提到的“义务”区分开来。“建议”一词被认为是适当的，因为它与使用“应当”一词¹⁷⁸ 的整个指南草案相一致。这并不妨碍指南草案在国际法上的任何规范性内容。第 2 段规定，各国应当努力落实本指南草案建议的做法。

¹⁷⁴ 一般参看：P. Sands and J. Peel, with A. Fabra and R. MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 4th ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), pp. 144–196; E. Brown Weiss and H.K. Jacobson, eds., *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), see “A framework for analysis”, pp. 1–18, at p. 4。

¹⁷⁵ C. Redgwell, “National implementation”, in Bodansky et al., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 923–947。

¹⁷⁶ See L. Krämer, “Regional economic integration organizations: the European Union as an example”, in Bodansky et al., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 854–877 (on implementation, pp. 868–870)。

¹⁷⁷ 甚至合作的义务有时也需要国家执行。根据指南草案 8 第 2 段，“合作可包括信息交流和联合监测”，这通常需要国家执行法律。

¹⁷⁸ 例如见指南草案 5、6、7 和 9 以及指南草案 12 第 2 段。

(7) 此外，尽管各国有时会在国际法允许的范围内诉诸域外适用国内法，¹⁷⁹ 但为了本指南草案的目的阐述这个问题被认为是没有必要的。¹⁸⁰ 一国在域外适用国内法的问题被认为会引发对其他国家及其这些国家的相互关系具有深远影响的一系列复杂问题。

指南 11

履约

1. 各国须善意地遵守与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务，包括为此遵守它们所加入的相关协定中所载的规则和程序。

2. 为实现履约，可根据相关协定酌情采用促进性程序或强制执行程序：

(a) 促进性程序可包括在出现不履约情况时，以透明、非对抗和非惩罚性方式向各国提供援助，确保当事国遵守国际法为其规定的义务，同时考虑到其能力和特殊情况；

(b) 强制执行程序可包括就不履约发出警告、终止根据相关协定享有的权利和特权以及采取其他形式的强制执行措施。

评注

(1) 指南草案 11 是对关于国家执行的指南草案 10 的补充，提到国际层面的履约。“履约”一词在各种协定或文献中的用法未必统一。本指南草案中使用的“履约”一词是指核查各国是否实际遵守一项协定或其他国际法规则规定的义务的国际层面的机制或程序。

(2) 第 1 段特别反映了“条约必须遵守”原则。与保护大气层有关的“国际法规定的义务”这一措辞的目的是使第 1 段使用的措辞形式与指南草案全文所使用的语言相一致。“国际法规定的义务”这一措辞的广泛性也被认为可以更好地反映了这样一个事实，即构成义务的条约规则在某些情况下可能仅对有关协定的缔约方具有约束力，而在另一些情况下，可能会将国际法规则编纂成法或具体化，或形成一项被接受为法律的一般惯例，¹⁸¹ 从而产生一项新的习惯国际法规则，对非缔约方产生法律效力。缔约国加入的“相关协定”一词被用来避免将规定的范

¹⁷⁹ 域外适用国内法的相关先例包括：(a) 向关税及贸易总协定提出的金枪鱼—海豚案(《美国海洋哺乳动物保护法》的“域外适用”与《总协定》第二十条不符，小组报告，美国—对金枪鱼的进口限制，DS21/R-39S/155, 1991 年 9 月 3 日(第一起金枪鱼—海豚案，未通过)，第 5.27-5.29 段；关税及贸易总协定，小组报告，美国—对金枪鱼的进口限制，DS29/R, 1994 年 6 月 16 日(第二起金枪鱼—海豚案，未通过)，第 5.32 段。)；(b) 世贸组织汽油案，(关于《美国清洁空气法》的域外适用，世贸组织，上诉机构报告，美国—新配方汽油和常规汽油标准，WT/DS2/AB/R, 1996 年 4 月 22 日)；(c) 欧洲法院，美国航空运输协会等诉能源与气候大臣案，2011 年 12 月 21 日(关于第 2008/101/EC 号欧洲联盟航空指令的域外适用)；(d) 新加坡 2014 年《跨境烟霾污染法》规定了根据“客体属地原则”的域外适用(新加坡议会，《正式报告》，第 12 号，第 2 部分，2014 年 8 月 4 日，第 5-6 段)。见 Murase, “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues” (上文脚注 143), pp. 349–372。

¹⁸⁰ 见特别报告员的第五次报告(A/CN.4/711)，第 31 段。

¹⁸¹ 见关于习惯国际法的识别的结论及其评注，结论 11，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第五章，第 143-146 页。

围缩小到仅包括多边环境协定，这种义务也可能存在于其他协定中。¹⁸² 第 1 段的一般性质也适当地引出了第 2 段。

(3) 第 2 段论及履约机制可采用的促进性程序或强制执行程序。¹⁸³ 起首部分的开头语“为实现履约”的措辞与阐述履约机制的现有协定的表述相一致。

“可……酌情使用”这一短语强调了可以采用促进性程序或强制执行程序帮助促进履约的不同情况和背景。区别连词“或”表示，促进性程序或强制执行程序可被根据有关协定设立的主管机关视为二择其一的办法。起首部分使用了“根据相关协定”一语，以强调促进性程序或强制执行程序是国家加入的协定规定的程序，并且这些程序将根据这些协定发挥作用。

(4) 除起首部分外，第 2 段还包括(a)和(b)两个分段。在这两个分段中，在“包括”之前都使用了“可”一词，以便使各国和根据有关协定设立的主管机关能够灵活地使用现有的促进性程序或强制执行程序。

(5) (a)分段使用了“在出现不履约情况时”¹⁸⁴ 这一短语，并提及“当事国”，而避免使用“不履约国家”的说法。促进性程序可包括向各国提供“援助”，因为一些国家可能愿意履约，但由于能力不足而无法这样做。在这种情况下，以透明、非对抗和非惩罚性方式提供促进性措施，以确保协助当事国遵守其国际法义务。¹⁸⁵ 该句末尾提到“同时考虑到其能力和特殊情况”，这被认为是必要的，它承认发展中国家和最不发达国家在履行与环境保护有关的义务时经常面临的具

¹⁸² 例如，这里反映的国家实践包括多边或区域协定或其他贸易协定，这些协定也可能考虑到环境保护条款，包括《关税及贸易总协定》第二十条规定的例外，甚至包括所谓的环境“附属协定”，如《北美环境合作协定》。

¹⁸³ 有关保护大气层的多边环境协定广泛采用了不履约情况的审查程序，包括下列协定：(a)《远距离越境空气污染公约》以及后来的《议定书》：见 E. Milano, “Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Convention and its Protocols”, in T. Treves et al., eds., *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009), pp. 169–180; (b)《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(联合国,《条约汇编》,第 1522 卷,第 26369 号,第 3 页,以及 [UNEP/OzL.Pro.4/15](#)); F. Lesniewska, “Filling the holes: the Montreal Protocol’s non-compliance mechanisms”, in Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 471–489; (c)《越境环境影响评估公约》; (d)《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》和第 24/CP.7 号决定 ([FCCC/CP/2001/13/Add.3](#)); J. Brunnée, “Climate change and compliance and enforcement processes”, in R. Rayfuse and S.V. Scott, eds., *International Law in the Era of Climate Change* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), pp. 290–320; (e)《巴黎协定》; D. Bodansky, “The Paris Climate Change Agreement: a new hope?”, *American Journal of International Law*, vol. 110 (2016), pp. 288–319。

¹⁸⁴ 这一说法依据的是《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》，该议定书第 8 条使用了“被查明不遵守规定的缔约国”这一短语(联合国,《条约汇编》,第 1522 卷,第 26369 号,第 40 页)。

¹⁸⁵ M. Koskeniemi, “Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), pp. 123–162; D.G. Victor, “The operation and effectiveness of the Montreal Protocol’s non-compliance procedure”, in Victor, K. Raustiala and E. B. Skolnikoff, eds., *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments: Theory and Practice* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), pp. 137–176; O. Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (The Hague, Kluwer Law International, 2001), pp. 178–179; Dupuy and Viñuales, *International Environmental Law* (上文脚注 163), p. 285 et seq.

体挑战。这种情况主要是由于普遍缺乏能力所致，有时可以通过获得外部支助得到缓解，这些外部支助利用能力建设促进这些国家遵守其国际法义务。

(6) (b)分段述及强制执行程序，强制执行程序可包括就不履约发出警告、终止根据相关协定享有的权利和特权以及采取其他形式的强制执行措施。¹⁸⁶ 与促进性程序不同，强制执行程序的目的是在出现不履约情况时通过对当事国实施处罚实现履约。该句末尾使用了“强制执行措施”，而不是“制裁”，以避免与“制裁”一词可能具有的负面含义相混淆。(b)分段所指的强制执行程序应当区别于任何援引国家的国际责任的情况，因此，采取这些程序的唯一目的应当是促使当事国重新如起首部分所说，遵守它们所加入的有关协定。¹⁸⁷

指南 12 争端解决

1. 与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国家间争端应通过和平手段解决。
2. 鉴于此类争端可能涉及大量事实并依赖科学，应当适当考虑使用科学技术专家。

评注

(1) 指南草案 12 涉及争端解决。第 1 段阐述了各国通过和平手段解决争端的一般义务。“国家间”一词澄清，该段所指的争端具有国家间性质。该段并未提及《联合国宪章》第三十三条第一项，但用意并不在于淡化该条款中提到的谈判、调查、调停、和解、仲裁、司法解决、当事国可能倾向采用的其他和平手段等各种和平解决手段的重要性，也不在于淡化选择手段原则。¹⁸⁸ 第 1 段的目的是不是干涉或取代条约制度中现有的争端解决规定，这些规定将继续以自己的方式发挥作用。本段的主要目的是重申和平解决争端的原则，¹⁸⁹ 并作为第 2 段的基础。

¹⁸⁶ G. Ulfstein and J. Werksman, “The Kyoto compliance system: towards hard enforcement”, in O. Schram Stokke, J. Hovi and G. Ulfstein, eds., *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance* (London, Earthscan, 2005), pp. 39–62; S. Urbinati, “Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change”, in Treves *et al.*, *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (上文脚注 183), pp. 63–84; S. Murase, “International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT Model”, in Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (上文脚注 143), pp. 173–174。

¹⁸⁷ G. Loibl, “Compliance procedures and mechanisms”, in Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 426–449, at pp. 437–439。

¹⁸⁸ C. Tomuschat, “Article 33”, in B. Simma *et al.*, eds., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed., vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 1069–1085; H. Ascensio, “Article 33”, in J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau, eds., *La Charte des Nations Unies*, 3rd ed. (Economica, 2005), pp. 1047–1060。

¹⁸⁹ N. Klein, “Settlement of international environmental law disputes”, in Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 379–400; C.P.R. Romano, “International dispute settlement”, in Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (上文脚注 21), pp. 1037–1056。

(2) 第 2 段前半部分承认，与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国家间争端会“涉及大量事实”并“依赖科学”。与保护大气层有关的国际法的逐渐发展过程一直强调科学投入，¹⁹⁰ 同样，近年来国际争端解决过程中也提出了更加复杂的科学和技术问题。因此，提交国际性法院和法庭的案件越来越侧重技术性和科学性很强的证据。¹⁹¹ 因此，这些在国家间环境争端的经历中显而易见的因素通常需要专门知识，以便认识到争端问题的来龙去脉并充分理解这些问题。

(3) 国际法院最近审理的涉及依赖科学的国际环境法问题的案件¹⁹² 直接或间接地表明了与保护大气层有关的争端解决的具体特点。为此，正如第 2 段所着重指

¹⁹⁰ See S. Murase, “Scientific knowledge and the progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere”, in J. Crawford *et al.*, eds., *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz* (Leiden, Brill Nijhoff, 2017), pp. 41–52.

¹⁹¹ 见国际法院院长亚伯拉罕法官 2016 年 10 月 28 日在第六委员会(就提交国际法院的国际环境法案件)发表的讲话(可查阅 www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president); 彼得·通卡院长, “国际法院为和平与正义服务——通卡院长的欢迎辞”, 2013 年 9 月 27 日(可查阅 <https://www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president>)。另见 E. Valencia-Ospina, “Evidence before the International Court of Justice”, *International Law Forum du droit international*, vol. 1 (1999), pp. 202–207; A. Riddell, “Scientific evidence in the International Court of Justice – problems and possibilities”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), pp. 229–258; B. Simma, “The International Court of Justice and scientific expertise”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 106 (2012), pp. 230–233; A. Riddell and B. Plant, *Evidence Before the International Court of Justice* (London, British Institute of International and Comparative Law, 2009), chap. 9; G. Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales* (Brussels, Bruylant, 2005)。

¹⁹² 在 1997 年加布奇科沃—大毛罗斯项目案(见上文脚注 84)和 2010 年纸浆厂案(见上文脚注 79)中, 当事方遵循传统的举证方法, 即通过专家—律师举证, 但他们是科学家而非律师。他们的科学结论被视为当事方的说法, 但这种做法遭到了法院一些法官个人的批评(乌拉圭河沿岸纸浆厂案, 判决, 格林伍德法官的个别意见, 第 27–28 段, 以及哈苏奈法官和西马法官的联合反对意见, 第 6 段)及评论者的批评。在空中喷洒除草剂案(2013 年撤诉)(空中喷洒除草剂案(厄瓜多尔诉哥伦比亚), 2013 年 9 月 13 日的命令, 《2013 年国际法院案例汇编》, 第 278 页)、2014 年南极捕鲸案(南极捕鲸案, (澳大利亚诉日本: 新西兰参加诉讼), 判决, 《2014 年国际法院案例汇编》第 266 页)和 2015 年修建道路案(见上文脚注 58)中, 当事方指定了独立专家, 在后两起案件中, 独立专家接受了对方的交叉诘问, 并被视为比专家—律师的陈述更具分量。在所有这些案件中, 国际法院均未根据《规约》第五十条指定自己的专家, 但国际法院在海洋划界案中指定了自己的专家, 尽管该案本身并不是环境法争端(加勒比海与太平洋划界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和波蒂略岛北部的陆地边界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决, 《2018 年国际法院案例汇编》, 第 139 页)。关于证明标准问题, 国际法院往往避免进行广泛阐述, 但法院偶尔会抽象地提及这一问题, 将此事留给法院酌处。在环境争端等涉及大量事实的案件/技术性案件中, 法院可能会被认为在必要时降低证明标准, 只权衡当事方各自提交的证据, 以便得出结论。例如, 见格林伍德法官在乌拉圭河沿岸纸浆厂案判决书中的个别意见(第 26 段)指出, 在这种情况下, 负有证明责任的一方只需要“在盖然性权衡(或证据权衡)的基础上”证实事实。另见 K. Del Mar, “The International Court of Justice and standards of proof”, in K. Bannelier, T. Christakis and S. Heathcote, eds., *The ICJ and the Evolution of International Law: the enduring impact of the Corfu Channel case* (Abingdon, Routledge, 2012), pp. 98–123, at pp. 99–100; A. Rajput, “Standard of proof” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (updated in 2021)。

出的那样，有必要“适当考虑”使用科学技术专家。¹⁹³ 本段的主要内容是强调在通过司法或其他方法解决国家间争端时使用科学技术专家。¹⁹⁴

(4) 委员会决定对本条指南草案保留一个简单的提法，不阐述可能相关的其他问题，如法官知法原则(*jura novit curia*)和不超出诉讼请求原则(*non ultra petita*)。¹⁹⁵

¹⁹³ 见 D. Peat, “The use of court-appointed experts by the International Court of Justice”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), pp. 271–303; J.G. Devaney, *Fact-finding before the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016); C.E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011), pp. 77–135; Special edition on courts and tribunals and the treatment of scientific issues, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012); C. Tams, “Article 50” and “Article 51”, in A. Zimmermann *et al.*, eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 1287–1311; C.E. Foster, “New clothes for the emperor? Consultation of experts by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), pp. 139–173; J.E. Viñuales, “Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), pp. 437–504, at pp. 476–480; G. Gaja, “Assessing expert evidence in the ICJ”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), pp. 409–418.

¹⁹⁴ 应当回顾指出，解决争端的非司法手段和司法手段之间存在密切的相互关系。在与环境和保护大气层有关的争端中，特别是在初步谈判阶段，各国往往需要有充分的科学证据作为其主张的依据，因此谈判与司法解决之间可能相距不远。

¹⁹⁵ 根据法官知法原则，法院原则上可对任何事实适用任何法律。此外，法院可评价证据并酌情得出结论(只要结论符合“不超出诉讼请求”规则)。鉴于法院的司法职能，法院需要充分理解手头案件中的每个相关技术事实的含义。见国际法院院长优素福法官 2018 年 10 月 26 日在联大第六委员会会议上发表的关于“Le recours à des experts désignés par la Cour en vertu de l’article 50 du Statut”的发言，可查阅 www.icj-cij.org/en/statements-by-the-president。“事实”与“法律”的边界往往模糊不清(M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* (The Hague, Kluwer Law International, 1996), pp. 42–49)。科学问题被评论者形容为“法律与事实掺杂的问题”(例如 C.F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 58)，既不能轻易归为法律问题，也不能轻易归为事实问题。优素福法官在纸浆厂案的声明中指出，专家的作用是阐明事实、澄清用于确立事实的方法的科学有效性或收集数据；而法院的职责是衡量事实的证明价值(纸浆厂案(见上文脚注 79)，优素福法官的声明，第 10 段)。另见 Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (见上文脚注 193), pp. 145–147。

第五章

条约的暂时适用

A. 导言

41. 委员会在第六十四届会议(2012 年)上, 决定将“条约的暂时适用”专题列入工作方案, 并任命胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生为专题特别报告员。¹⁹⁶ 联大随后在 2012 年 12 月 14 日第 67/92 号决议中赞赏地注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。

42. 委员会在第六十五届会议(2013 年)上审议了特别报告员的第一次报告; 在第六十六届会议(2014 年)上审议了第二次报告; 在第六十七届会议(2015 年)上审议了第三次报告; 在第六十八届会议(2016 年)上审议了第四次报告; 在第七十届会议(2018 年)上审议了第五次报告。¹⁹⁷ 委员会还在第六十五届会议(2013 年)、第六十七届会议(2015 年)和第六十九届会议(2017 年)上收到了三份秘书处编写的备忘录。¹⁹⁸ 在第七十届会议上, 根据特别报告员在第三、第四和第五次报告中提出的准则草案, 委员会一读暂时通过了作为条约的暂时适用指南草案的 12 项准则草案及其评注。¹⁹⁹

B. 本届会议审议此专题的情况

43. 委员会本届会议收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/738)以及各国政府和国际组织提交的评论和意见(A/CN.4/737)。特别报告员在其报告中审查了各国政府和国际组织就一读通过的指南草案以及他向委员会第七十一届会议(2019 年)提出的若干示范条款草案²⁰⁰ 提交的评论和意见。他根据这些评论和意见提出了供二读审议的提案, 并向联大提出了一项建议。

44. 委员会在 2021 年 5 月 4 日至 14 日举行的第 3514 次和第 3516 至第 3522 次会议上, 审议了特别报告员的第六次报告。

45. 对报告进行辩论后, 委员会在 2021 年 5 月 14 日举行的第 3522 次会议上, 决定根据委员会的辩论情况, 将特别报告员第六次报告所载的准则草案 1 至 12 以及五项示范条款草案转交起草委员会。

46. 在 2021 年 6 月 3 日举行的第 3530 次会议上, 委员会审议了起草委员会的一份临时报告。在 2021 年 7 月 26 日举行的第 3549 次会议上, 委员会审议了起草委员会的最后报告(A/CN.4/L.952/Rev.1), 并通过了条约的暂时适用指南, 包括准则草案和载有暂时适用条款实例的附件草案(见下文 E.1 节)。

¹⁹⁶ 《2012 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 267 段。

¹⁹⁷ A/CN.4/664(第一次报告)、A/CN.4/675(第二次报告)、A/CN.4/687(第三次报告)、A/CN.4/699 和 Add.1(第四次报告)以及 A/CN.4/718 和 Add.1(第五次报告)。

¹⁹⁸ 分别为 A/CN.4/658、A/CN.4/676 和 A/CN.4/707。A/CN.4/707 号文件的审议工作推迟至第七十届会议。

¹⁹⁹ 《大会正式记录, 第七十三届会议, 补编第 10 号》(A/73/10), 第 85-86 段和第 89-90 段。

²⁰⁰ 《大会正式记录, 第七十四届会议, 补编第 10 号》(A/74/10), 附件 A。

47. 在 2021 年 7 月 29 日至 8 月 3 日举行的第 3554 次至第 3557 次会议上，委员会通过了指南的评注(见下文 E.2 节)。

48. 委员会根据其章程向联大提交指南以及下述建议(见下文 C 节)。

C. 委员会的建议

49. 在 2021 年 8 月 3 日举行的第 3557 次会议上，委员会根据其章程第 23 条，决定建议联大：

(a) 在一项决议中注意到国际法委员会关于条约的暂时适用的指南，并鼓励对其进行尽可能广泛的传播；

(b) 请各国和国际组织注意该指南及其评注；

(c) 请秘书长编写一卷《联合国法律汇编》，汇编各国和国际组织多年来提供的在条约暂时适用方面的实践，以及与该专题有关的其他材料。

D. 向特别报告员表示感谢

50. 在 2021 年 8 月 3 日举行的第 3557 次会议上，委员会在通过条约的暂时适用指南后，以鼓掌方式通过了以下决议：

“国际法委员会，

通过了条约的暂时适用指南，

向特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草指南做出杰出贡献，并使条约的暂时适用指南的拟订工作取得成果。”

E. 条约的暂时适用指南案文

1. 构成条约的暂时适用指南的准则草案和附件草案案文

51. 委员会七十二届会议二读通过的条约的暂时适用指南草案案文载录如下。

条约的暂时适用指南

准则 1

范围

本准则草案涉及国家或国际组织对条约的暂时适用。

准则 2

目的

本准则草案的目的是，在《维也纳条约法公约》第二十五条和其他有关国际法规则的基础上，就关于条约的暂时适用的法律和实践提供指导。

准则 3**一般规则**

如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理，条约或条约之一部分于条约在有关国家或国际组织之间生效前暂时适用。

准则 4**协议形式**

除条约规定的情况外，条约或条约之一部分的暂时适用可在有关国家或国际组织之间以下述形式协议：

- (a) 一项单独的条约；或
- (b) 任何其他办法或安排，包括：
 - (一) 国际组织或政府间会议根据该组织或会议的规则通过的、反映有关国家或国际组织协议的决议、决定或其他行为；
 - (二) 由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明。

准则 5**开始**

条约或条约之一部分的暂时适用按条约规定的或另经协议的日期、条件和程序开始。

准则 6**法律效果**

除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分的暂时适用产生在有关国家或国际组织之间适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务。此种暂时适用的条约或条约之一部分必须善意履行。

准则 7**保留**

本准则草案不妨碍与对条约或条约之一部分的暂时适用提出的保留有关任何问题。

准则 8**违约责任**

根据适用的国际法规则，违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务引起国际责任。

准则 9**终止**

1. 条约或条约之一部分的暂时适用，于该条约在有关国家或国际组织之间的关系中生效时终止。

2. 除条约另有规定或另经协议外，暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织如果通知其他有关国家或国际组织其无意成为条约缔约方，则暂时适用应对该国或该国际组织终止。

3. 除条约另有规定或另经协议外，一国或一国际组织可援引其他理由终止暂时适用，在此情况下，该国或该国际组织应通知其他有关国家或国际组织。

4. 除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分暂时适用的终止不影响终止之前因此种暂时适用而产生的任何权利、义务或法律情势。

准则 10

各国国内法、国际组织规则与暂时适用的条约的遵守

1. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国家不得援引其国内法规定作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。

2. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。

准则 11

关于同意暂时适用条约的权限的各国国内法规定和国际组织规则

1. 一国不得援引其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反了该国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定为理由主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。

2. 一国际组织不得援引其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反了该组织关于同意暂时适用条约的权限的规则为理由主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。

准则 12

关于在源自各国国内法或国际组织规则的限制之下暂时适用的协议

本准则草案不妨碍各国或国际组织在条约中或以其他方式同意在源自各国国内法或国际组织规则的限制之下暂时适用条约或条约之一部分的权利。

附件

关于条约暂时适用的条款实例

以下条款实例旨在协助各国和国际组织起草暂时适用条约或条约之一部分的协议。这些实例并不涵盖所有可能的情况，也无意限定任何具体的表述。这些规定条约暂时适用的条款实例载于双边和多边条约，²⁰¹ 根据 A 至 E 节所述的一些典型问题编排。所列实例来自最近的实践，²⁰² 并尽可能反映了区域多样性，但它们并不是详尽无遗的。²⁰³

²⁰¹ 在本附件草案中，欧洲联盟及其成员国与第三方缔结的所谓“混合协定”被归为双边条约。

²⁰² 特别见秘书处编写的关于条约的暂时适用的备忘录，A/CN.4/707。

²⁰³ 任何实例未被列入不应解释为反映了委员会对该实例的任何立场。

A. 暂时适用的开始

关于暂时适用开始的条款实例如下：

1. 自签署之日起

(a) 双边条约

1. 《荷兰王国和菲律宾共和国关于根据 1978 年 STCW 公约[1978 年〈海员培训、发证和值班标准国际公约〉]规则 1/10 承认证书的承诺》(2001 年 5 月 31 日，马尼拉)：²⁰⁴

第 11 条

在不影响第 9 条的情况下，本承诺自签署之日起暂时适用，并在缔约双方以书面形式通知对方已履行本承诺在各自国家生效所需程序后的第二个月第一日生效。

2. 《丹麦王国政府与塞尔维亚和黑山部长会议关于继承丹麦王国与南斯拉夫社会主义联邦共和国缔结的条约的协定》(2003 年 7 月 18 日，哥本哈根)：²⁰⁵

第 3 条

.....

(b) 本协定的规定自本协定签署之日起暂时适用。

3. 《联合国与坦桑尼亚联合共和国关于刑事法庭余留事项国际处理机制总部的协定》(2013 年 11 月 26 日，达累斯萨拉姆)：²⁰⁶

第 48 条

生效

1. 本协定的规定自签署之日起暂时适用。

(b) 多边条约

4. 《德意志联邦共和国政府、联合国和保护野生动物迁徙物种公约秘书处之间关于公约秘书处总部的协定》(2002 年 9 月 18 日，波恩)：²⁰⁷

第 7 条

最后条款

.....

(7) 本协定的规定自签署之日起酌情暂时适用，直至下文第 9 款所述的生效为止。

²⁰⁴ 联合国，《条约汇编》，第 2385 卷，第 43056 号，第 403 页。

²⁰⁵ 同上，第 2420 卷，第 43679 号，第 359 页。

²⁰⁶ 同上，第 2968 卷，第 51602 号，第 237 页。

²⁰⁷ 同上，第 2306 卷，第 41136 号，第 469 页。

5. 《关于修订〈萨瓦河盆地框架协定〉和〈关于萨瓦河盆地框架协定航行制度的议定书〉的协定》(2004 年 4 月 2 日, 卢布尔雅那): ²⁰⁸

第 3 条

.....

5. 本协定自签署之日起暂时适用。

6. 《集体安全条约组织集体快速反应部队协定》(2009 年 6 月 14 日, 莫斯科): ²⁰⁹

第 17 条

本协定自签署之日起暂时适用, 除非与缔约方的国内法相抵触, 并在保存人收到签署本协定的缔约方关于已完成其生效所需内部程序的第四份通知之日生效。.....

2. 自签署日期之外的其他日期起

(a) 双边条约

7. 《构成取消外交护照持有人签证协定的换文》(1996 年 12 月 16 日, 索非亚): ²¹⁰

保加利亚的照会

.....

6. 本协定在通过外交途径最后一次通知已满足相关国内法律要求的 30 天后生效。其暂时适用在互换照会 10 天后开始。

.....

西班牙的照会

.....

西班牙王国驻索非亚大使馆谨通知保加利亚共和国外交部, 西班牙王国政府接受保加利亚政府的提议, 同意上述照会和本答复构成两国政府之间的协定, 根据第 6 款的规定生效和暂时适用。

.....

8. 《德意志联邦共和国和荷兰王国之间关于德意志联邦共和国在荷兰领土上空执行空中交通管制以及关于下莱茵机场民用业务对荷兰王国领土的影响的条约》(2003 年 4 月 29 日, 柏林): ²¹¹

第 16 条

批准、生效、暂时适用

²⁰⁸ 同上, 第 2367 卷, 第 42662 号, 第 697 页。

²⁰⁹ 同上, 第 2898 卷, 第 50541 号, 第 277 页。

²¹⁰ 同上, 第 1996 卷, 第 34151 号, 第 33 页。

²¹¹ 同上, 第 2389 卷, 第 43165 号, 第 117 页。

.....

3. 本条约自 2003 年 5 月 1 日起暂时适用。.....

9. 《〈关于欧洲共同体及其成员国与哈萨克斯坦共和国之间建立伙伴关系的伙伴关系与合作协定〉反映捷克共和国、爱沙尼亚共和国、塞浦路斯共和国、匈牙利共和国、拉脱维亚共和国、立陶宛共和国、马耳他共和国、波兰共和国、斯洛文尼亚共和国和斯洛伐克共和国加入欧洲联盟一事的议定书》(2004 年 4 月 30 日, 布鲁塞尔): ²¹²

第 5 条

.....

3. 如未在 2004 年 5 月 1 日之前交存本议定书的所有批准书, 则本议定书自 2004 年 5 月 1 日起暂时适用。

10. 《西班牙王国和马里共和国关于移民领域合作的框架协定》(2007 年 1 月 23 日, 马德里): ²¹³

第 16 条

.....

2. 本框架协定在签署三十天后暂时适用。

11. 《荷兰王国和阿根廷共和国关于海关事项行政互助的协定》(2012 年 9 月 26 日, 布宜诺斯艾利斯): ²¹⁴

第 23 条

生效

.....

2. 本协定自签署后的第二个月第一日起暂时生效。

(b) 多边条约

12. 1990 年 11 月 19 日《欧洲常规武装力量条约缔约国商定文件》(1996 年 5 月 31 日, 维也纳): ²¹⁵

六

1. 本文件在保存人收到所有缔约国的核准确认通知后生效。本文件第二节第二和第三段、第四节和第五节自 1996 年 5 月 31 日至 1996 年 12 月 15 日暂时适用。

²¹² 同上, 第 2570 卷, 第 45792 号, 第 254 页。

²¹³ 同上, 第 2635 卷, 第 46921 号, 第 3 页。

²¹⁴ 同上, 第 2967 卷, 第 51580 号, 第 123 页。

²¹⁵ 同上, 第 2980 卷, 第 44001 号, 第 195 页。

3. 在缔结或通知后

(a) 双边条约

13. 《构成取消外交护照持有人签证协定的换文》(1996 年 12 月 27 日, 马德里): ²¹⁶

西班牙的照会

.....

如果突尼斯政府在互惠基础上接受上述提议, 本照会和突尼斯大使馆对本照会的答复构成西班牙王国和突尼斯共和国之间的协定, 自互换照会之日起暂时适用, 并在最后一次通知已完成各自的国内要求之日生效。

.....

突尼斯的照会

.....

突尼斯共和国驻马德里大使馆谨通知外交部, 突尼斯共和国政府接受西班牙王国政府的提议, 并同意上述照会和本答复构成一项协定。

.....

14. 《构成修正荷兰王国与前南斯拉夫问题国际刑事法庭关于该法庭受训人员在荷兰地位的协定的换文》(2010 年 7 月 14 日, 海牙): ²¹⁷

荷兰的照会

.....

如联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南问题国际法庭)可以接受上述提议, 本部谨提议, 本照会和前南问题国际法庭作出肯定答复的照会构成对《实习人员协定》的修正, 自收到该肯定答复照会之日起暂时适用, 并在双方书面通知对方已符合关于生效的法律要求后的次日生效。

.....

前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南问题国际法庭)的照会

.....

前南问题国际法庭还谨通知贵部, 前南问题国际法庭可以接受贵部照会中的提议, 并确认贵部照会和本照会将构成对《实习人员协定》的修正, 自收到本肯定答复照会之日起暂时适用, 并在双方书面通知对方已符合关于生效的法律要求后的次日生效。

.....

²¹⁶ 同上, 第 1996 卷, 第 34152 号, 第 45 页。

²¹⁷ 同上, 第 2689 卷, 第 41714 号, 第 93 页。

15. 《欧洲联盟及其成员国与大韩民国之间的自由贸易协定》(2010 年 10 月 6 日, 布鲁塞尔): ²¹⁸

第 15.10 条

生效

.....

5. (a) 本协定自欧盟缔约方与韩国相互通知对方已完成各自的相关程序之日后的下个月第一日起暂时适用。

.....

(b) 多边条约

16. 《执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(1995 年 8 月 4 日, 纽约): ²¹⁹

第 41 条

暂时适用

1. 书面通知保存人同意暂时适用本协定的国家或实体暂时适用本协定。暂时适用自接到通知之日起生效。

17. 《2001 年国际可可协定》(2001 年 3 月 2 日, 日内瓦): ²²⁰

第 57 条

暂时适用的通知

1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府, 或有意加入本协定但还未能交存其文书的政府, 可随时通知保存人它将按照本国宪法程序和/或本国法律规章, 在本协定依第 58 条生效时, 或如协定已经生效, 则在特定日期, 暂时适用本协定。发出这种通知的政府应在发出通知时, 说明它是出口成员还是进口成员。

2. 凡依本条第 1 款递交通知, 表示将在本协定生效时或在特定日期适用本协定的政府, 应自那时起成为临时成员, 直至交存其批准书、接受书、核准书或加入书之日。

18. 《集束弹药公约》(2008 年 5 月 30 日, 都柏林): ²²¹

第十八条

暂时适用

任何国家可以在批准、接受、核准或加入本公约时宣布, 该国将在本公约生效之前暂时适用本公约第一条。

²¹⁸ 《欧洲联盟公报》, 第 54 卷, L 127, 2011 年 5 月 14 日, 第 6 页。

²¹⁹ 联合国, 《条约汇编》, 第 2167 卷, 第 37924 号, 第 3 页。

²²⁰ 同上, 第 2229 卷, 第 39640 号, 第 2 页。

²²¹ 同上, 第 2688 卷, 第 47713 号, 第 39 页。

19. 《武器贸易条约》(2013 年 4 月 2 日, 纽约): ²²²

第 23 条

临时适用

任何国家均可在签署或交存其批准书、接受书、核准书或加入书时宣布, 在本条约对该国生效之前暂时适用第 6 和第 7 条。

B. 暂时适用协议的形式

关于暂时适用协议形式的条款实例如下:

(a) 双边条约

20. 《关于储蓄收入征税及其暂时适用的协定》(2004 年 5 月 26 日, 布鲁塞尔和 2004 年 11 月 9 日, 海牙): ²²³

德国的信函

.....

在这些内部程序完成和本“关于自动交换利息形式储蓄收入的信息公约”生效之前, 我谨向贵方提议, 德意志联邦共和国和荷兰王国(事涉阿鲁巴)自 2005 年 1 月 1 日起, 或自 2003 年 6 月 3 日关于利息形式储蓄收入征税的理事会第 2003/48/EC 号指令适用之日起(以较晚者为准), 在各自国内宪法要求的框架内暂时适用本公约。

.....

荷兰的信函(事涉阿鲁巴)

.....

我可以确认, 荷兰王国(事涉阿鲁巴)同意贵方信函中的内容。

.....

(b) 多边条约

21. 《关于暂时适用〈建立加勒比共同体气候变化中心的协定〉的议定书》(2002 年 2 月 5 日, 伯利兹城): ²²⁴

回顾《建立加勒比共同体气候变化中心的协定》第 37 条规定, 该协定在向东道国政府交存第七份批准书后生效,

期望为加勒比共同体气候变化中心的迅速运作做好准备,

兹协议如下:

第一条

《建立加勒比共同体气候变化中心的协定》的暂时适用

²²² 同上, 第 3013 卷, 第 52373 号, [尚未出版]。

²²³ 同上, 第 2821 卷, 第 49430 号, 第 3 页。

²²⁴ 同上, 第 2953 卷, 第 51181 号, 第 181 页。

《建立加勒比共同体气候变化中心的协定》的签字国商定，在该协定根据第 37 条最终生效之前，在相互之间暂时适用该协定。

22. 《关于〈[保护人权与基本自由公约]第 14 号议定书〉生效前暂时适用其某些规定的协定》(2009 年 5 月 12 日，马德里): ²²⁵

.....

(b) 任何缔约方均可随时以向欧洲委员会秘书长发出通知的方式，宣布其接受第 14 号议定书上述部分的暂时适用。这种接受声明将在欧洲委员会秘书长收到声明之日后的下个月第一日生效；第 14 号议定书的上述部分将不适用于没有作出这种接受声明的缔约方；

23. 联合国世界旅游组织大会题为“本组织的未来”的第 365(XII)号决议: ²²⁶

.....

遗憾地注意到大会第 134(V)号决议通过的《章程》第 14 条修正案尚未得到必要数目国家的核准，该修正案旨在赋予东道国在执行委员会的常任席位和表决权，而不受委员会席位地域分配原则的约束，

2. 决定该修正案在批准之前暂时适用。

C. 加入/退出暂时适用

关于加入/退出暂时适用的条款实例如下：

24. 《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994 年 7 月 28 日，纽约): ²²⁷

第 7 条 临时适用

1. 本协定如到 1994 年 11 月 16 日尚未生效，则在其生效之前，由下述国家和实体予以临时适用：

(a) 在联合国大会中同意通过本协定的国家，但在 1994 年 11 月 16 日之前书面通知保管者其将不临时适用本协定，或者仅在以后作了签字或书面通知之后才同意临时适用本协定的任何国家除外；

(b) 签署本协定的国家和实体，但在签字时书面通知保管者其将不临时适用本协定的任何国家或实体除外；

(c) 书面通知保管者表示同意临时适用本协定的国家和实体；

(d) 加入本协定的国家。

25. 《武器贸易条约》(2013 年 4 月 2 日，纽约): ²²⁸

²²⁵ 欧洲委员会，《条约汇编》，第 194 号。

²²⁶ 联合国世界旅游组织，大会 1997 年 10 月在伊斯坦布尔举行的第十二届会议上通过的第 365 (XII)号决议。

²²⁷ 联合国，《条约汇编》，第 1836 卷，第 31364 号，第 3 页。

²²⁸ 见上文脚注 222。

第 23 条 临时适用

任何国家均可在签署或交存其批准书、接受书、核准书或加入书时宣布，在本条约对该国生效之前暂时适用第 6 和第 7 条。

D. 源自各国国内法或国际组织规则的暂时适用限制

源自各国国内法或国际组织规则的暂时适用限制方面的条款实例如下：

(a) 双边条约

26. 《西班牙王国和萨尔瓦多共和国关于航空运输的协定》(1997 年 3 月 10 日，马德里)：²²⁹

第 24 条 生效和解除

1. 缔约方自签署之时起暂时适用本协定的规定，但以其不与任一缔约方的法律相冲突为限。本协定自缔约双方通过互换外交照会通知对方已完成各自的宪法程序后生效。

27. 《荷兰王国政府和乌克兰部长内阁关于技术和财政合作的协定》(1998 年 5 月 11 日，基辅)：²³⁰

第 7 条 最后条款

.....

7.2. 只要不与双方现行法律相抵触，本协定自签署之日起暂时适用。

28. 《美利坚合众国政府和马绍尔群岛共和国政府之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》(2004 年 8 月 13 日，檀香山)：²³¹

第 17 条 生效和期限

.....

2. 暂时适用。双方自本协定签署之日起暂时适用本协定。任何一方均可随时停止暂时适用。每一方应将对暂时适用的任何约束或限制、此种约束或限制的任何变化以及暂时适用的停止立即通知另一方。

29. 《德意志联邦共和国政府与塞尔维亚和黑山部长会议的技术合作协定》(2004 年 10 月 13 日，贝尔格莱德)：²³²

²²⁹ 联合国，《条约汇编》，第 2023 卷，第 34927 号，第 341 页。

²³⁰ 同上，第 2386 卷，第 43066 号，第 3 页。

²³¹ 同上，第 2962 卷，第 51490 号，第 339 页。

²³² 同上，第 2424 卷，第 43752 号，第 167 页。

第 7 条

.....

3. 本协定在签署后按照适当的国内法暂时执行。

30. 《欧洲共同体及其成员国与摩洛哥王国之间的欧洲—地中海航空协定》
(2006 年 12 月 12 日, 布鲁塞尔): ²³³

第 30 条

生效

1. 本协定自签署之日起, 按照缔约方国内法暂时适用。

31. 《美利坚合众国和西班牙王国之间关于国土安全事项科学技术合作的协定》
(2011 年 6 月 30 日, 马德里): ²³⁴

第 21 条

生效、修正、期限和终止

1. 本协定在双方签署后, 在符合各自国内法的情况下暂时适用。.....

(b) 多边条约

32. 《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》
(1994 年 7 月 28 日, 纽约): ²³⁵

第 7 条

临时适用

.....

2. 所有上述国家和实体应依照其本国或其内部的法律和规章, 从 1994 年 11 月 16 日或签字、通知同意或加入之日(如果较迟的话)起, 暂时适用本协定。

33. 1995 年《谷物贸易公约》(1994 年 12 月 7 日, 伦敦): ²³⁶

第 26 条

暂时适用

任何签字国政府和有资格签署本公约的任何其他政府, 或其加入申请已得到理事会核准的政府, 均可向保存人交存暂时适用的声明。交存这种声明的任何政府均应按照本国法律规章暂时适用本公约, 并应被暂时视为本公约的缔约方。

²³³ 《欧洲联盟公报》, 第 49 卷, L 386, 2006 年 12 月 29 日, 第 57 页。

²³⁴ 联合国, 《条约汇编》, 第 2951 卷, 第 51275 号, 第 3 页。

²³⁵ 见上文脚注 227。

²³⁶ 联合国, 《条约汇编》, 第 1882 卷, 第 32022 号, 第 195 页。

34. 《西非经共体[西非国家经济共同体]能源议定书》(2003 年 1 月 31 日, 达喀尔): ²³⁷

第 40 条

暂时适用

(1) 各签字国同意在本议定书根据第 39 条对其生效之前暂时适用本议定书, 但以此种暂时适用不违反其宪法、法律或规章为限。

E. 暂时适用的终止

关于暂时适用终止的条款实例如下:

1. 在生效时

(a) 双边条约

35. 《拉脱维亚政府和捷克共和国政府自由贸易协定》(1996 年 4 月 15 日, 里加): ²³⁸

第 41 条

暂时适用

在本协定根据第 40 条生效之前, 捷克共和国自 1996 年 7 月 1 日起暂时适用本协定, 条件是拉脱维亚共和国在 1996 年 6 月 15 日之前发出关于本协定生效的国内法律要求已得到满足的通知, 且拉脱维亚共和国自 1996 年 7 月 1 日起适用本协定。

36. 《德意志联邦共和国与斯洛文尼亚共和国政府关于将斯洛文尼亚石油和石油产品最低储备厅代存在德国的石油和石油产品计入该厅储备的协定》(2000 年 12 月 18 日, 卢布尔雅那): ²³⁹

第 8 条

.....

2. 本协定自签署之日起暂时适用, 直至生效。

37. 《巴拉圭共和国政府和美利坚合众国政府航空运输协定》(2005 年 5 月 2 日, 亚松森): ²⁴⁰

第 17 条

生效

本协定及其附件自签署之日起暂时适用, 并在双方互换外交照会确认每一方已完成本协定生效所需的必要内部程序的后一份照会发出之日生效。.....

²³⁷ A/P.4/1/03。

²³⁸ 联合国, 《条约汇编》, 第 2069 卷, 第 35853 号, 第 225 页。

²³⁹ 同上, 第 2169 卷, 第 38039 号, 第 287 页。

²⁴⁰ 同上, 第 2429 卷, 第 43807 号, 第 301 页。

38. 《西班牙王国和国际航空运输协会(空运协会)关于空运协会在西班牙地位的协定》(2009年5月5日, 马德里): ²⁴¹

第12条 生效

1. 本协定在西班牙批准和空运协会核准之前, 自签署之时起暂时适用。

39. 《联合国与苏丹政府关于联合国阿卜耶伊临时安全部队地位的协定》(2012年10月1日, 纽约): ²⁴²

第十一条 杂项规定

.....

62. 在政府通知其已经根据苏丹《宪法》完成本《协定》生效的内部批准程序之前, 本《协定》经政府签署后生效且应临时适用。

(b) 多边条约

40. 《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994年7月28日, 纽约): ²⁴³

第7条 临时适用

.....

3. 临时适用应于本协定生效之日终止。但无论如何, 如到1998年11月16日, 第6条第1款关于至少须有七个决议二第1(a)段所述的国家(其中至少五个须为发达国家)同意接受本协定拘束的要求尚未得到满足, 则临时适用应于该日终止。

41. 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997年9月18日, 奥斯陆): ²⁴⁴

第18条 临时适用

任何国家可以在批准、接受、核准或加入本公约时宣布, 在本公约生效之前, 它将临时实施本公约第1条第1款。

²⁴¹ 同上, 第2643卷, 第47110号, 第91页。

²⁴² 同上, 第2873卷, 第50146号, 第125页。

²⁴³ 见上文脚注227。

²⁴⁴ 联合国, 《条约汇编》, 第2056卷, 第35597号, 第211页。

2. 在发出无意成为条约缔约方的通知后

(a) 双边条约

42. 《西班牙和国际油污赔偿基金之间的协定》(2000 年 6 月 2 日, 伦敦): ²⁴⁵

西班牙的照会

.....

若西班牙在 2001 年 5 月 11 日之前通过西班牙驻伦敦大使通知基金, 上述所有程序已经完成, 或者在该日期之前, 西班牙通过其驻伦敦大使通知基金, 这些程序将不会完成, 则本协定的暂时适用即告终止。

.....

国际油污赔偿基金 1992 年的照会

.....

关于西班牙与基金签署的《协定》和贵方的今日来函, 我谨通知贵方, 基金同意贵方信函中的内容, 该信函应视为双方制定的、确立对《协定》唯一可能解释的文书。

.....

43. 《德意志联邦共和国和荷兰王国之间关于德意志联邦共和国在荷兰领土上空执行空中交通管制以及关于下莱茵机场民用业务对荷兰王国领土的影响的条约》(2003 年 4 月 29 日, 柏林): ²⁴⁶

第 16 条

批准、生效、暂时适用

.....

3. 本条约自 2003 年 5 月 1 日起暂时适用。如果缔约方之一声明其无意成为缔约方, 则暂时适用终止。

44. 《欧洲共同体和约旦哈希姆王国关于科学技术合作的协定》(2009 年 11 月 30 日, 布鲁塞尔): ²⁴⁷

第 7 条

最后条款

.....

2. 本协定在缔约方相互通知已完成缔结本协定所需的内部程序时生效。缔约方完成上述程序之前, 自签署之时起暂时适用本协定。双方在此共同商定, 如果一方通知另一方其将不缔结本协定, 则依据暂时适用启动且在上述

²⁴⁵ 同上, 第 2161 卷, 第 37756 号, 第 45 页。

²⁴⁶ 同上, 第 2389 卷, 第 43165 号, 第 117 页。

²⁴⁷ 同上, 第 2907 卷, 第 50651 号, 第 51 页。

通知发出时仍在进行的项目和活动应继续进行，直至按本协定规定的条件完成为止。

(b) 多边条约

45. 《西非经共体能能源议定书》(2003 年 1 月 31 日，达喀尔): ²⁴⁸

第 40 条

暂时适用

.....

- 3 (a) 任何签字国均可书面通知保存人其无意成为本议定书缔约方，从而终止暂时适用本议定书。任何签字国终止暂时适用的日期为保存人收到该签字国书面通知满 60 天后。

3. 其他理由

(a) 双边条约

46. 《美利坚合众国政府和利比里亚共和国政府之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》(2004 年 2 月 11 日，华盛顿): ²⁴⁹

第 17 条

生效和期限

.....

2. 暂时适用。双方自本协定签署之日起，在各自国内法律和规章允许的范围内暂时适用本协定。任何一方均可随时停止暂时适用。每一方应将对暂时适用的任何约束或限制、此种约束或限制的任何变化以及暂时适用的停止立即通知另一方。

47. 《欧洲联盟及其成员国与大韩民国之间的自由贸易协定》(2010 年 10 月 6 日，布鲁塞尔): ²⁵⁰

第 15.10 条

生效

5.

- (c) 一方可以书面通知另一方终止暂时适用。此类终止在通知后的下个月第一日开始。

48. 《欧洲联盟及其成员国与乌克兰之间的自由贸易协定》(2014 年 3 月 21 日，布鲁塞尔): ²⁵¹

²⁴⁸ 见上文脚注 237。

²⁴⁹ 联合国，《条约汇编》，第 2963 卷，第 51492 号，第 23 页。

²⁵⁰ 见上文脚注 218。

²⁵¹ 《欧洲联盟公报》，第 57 卷，L 161, 2014 年 5 月 29 日，第 3 页。

第 486 条
生效和暂时适用

.....

7. 任何一方均可向保存人发出书面通知，声明打算终止暂时适用本协议。.....

(b) 多边条约

49. 《执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(1995 年 8 月 4 日，纽约)：²⁵²

第 41 条
暂时适用

.....

2. 对一国或一实体的暂时适用应在本协定对该国或该实体生效之日终止或在该国或实体书面通知保存人其终止暂时适用的意思时终止。

50. 《关于〈[保护人权与基本自由公约]第 14 号议定书〉生效前暂时适用其某些规定的协定》(2009 年 5 月 12 日，马德里)：²⁵³

(e) 第 14 号议定书上述规定的暂时适用将在第 14 号议定书生效时或缔约方以其他方式同意时终止。

2. 条约的暂时适用指南的准则草案案文及其评注

52. 委员会二读通过的条约的暂时适用指南的准则草案案文及其评注载录如下。

条约的暂时适用指南

总评注

(1) 条约的暂时适用指南的目的是就关于条约的暂时适用的法律和实践向各国、国际组织及其他使用方提供协助。各国、国际组织和其他使用方可能会在暂时适用条约或条约之一部分的协议的形式、此种暂时适用的开始和终止及其法律效果等方面遇到种种困难。本指南的目标是引导各国、国际组织和其他使用方找到与现行规则相符或看来最适合当代实践的答案。与委员会以往的工作成果一样，准则草案应结合评注来解读。

²⁵² 见上文脚注 219。

²⁵³ 欧洲委员会，《条约汇编》，第 194 号。

(2) 暂时适用是一个可供各国和国际组织使用的机制，用来在某一条约生效所需的全部国内和国际要求完成之前使该条约的所有规定或某些规定立即具有效力。²⁵⁴ 暂时适用具有实用的目的，因此能发挥有效作用，例如在所涉事项具有某种紧急性，或者在谈判国或参与谈判的国际组织希望在生效之前建立信任²⁵⁵ 等情况下发挥作用。²⁵⁶ 广义而言，暂时适用的总体目的是为条约生效做准备或为条约的生效提供便利。但必须强调，暂时适用是一种自愿性机制，各国和国际组织可自愿加以利用或不予利用，同时也可能受国内法和国际组织规则的限制。

(3) 本指南虽然没有法律约束力，但试图结合当代实践描述和澄清现行的国际法规则。指南以1969年《维也纳条约法公约》(下称“1969年《维也纳公约》”)²⁵⁷ 和1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(下称“1986年《维也纳公约》”)²⁵⁸ 第二十五条为出发点，并试图对该条加以澄清和解释，此外，还参考了各国和国际组织在这个问题上的实践。本指南使用了1969年和1986年《维也纳公约》第二条中定义的术语，其含义与第二条中的含义相同。虽然本指南不妨碍条约法其他规则的适用，但它酌情参照了1969年和1986年《维也纳公约》的相关规定，并无意涵盖这两项《维也纳公约》所有条款的每一种可能的适用，特别是在实践尚未发展的情况下。总的来说，指南反映

²⁵⁴ 见D. Mathy, “第二十五条”, 载于O. Corten和P. Klein所编《〈维也纳条约法公约〉评注》, 第1卷(牛津, 牛津大学出版社, 2011年), 第640页; 和A. Q. Mertsch, 《暂时适用的条约: 约束力和法律性质》(莱顿, 博睿, 2012年)。有著述者将这一概念定义为“在条约生效前适用其条款或以有约束力的方式遵守其条款”(R. Lefeber, “条约, 暂时适用”, 载于R. Wolfrum所编《马克斯·普朗克国际公法百科全书》, 第10卷(牛津, 牛津大学出版社, 2012年), 第1页), 或定义为“在有限期间内适用条约或条约的某些条款的一种简化形式”(M.E. Villager, 《对1969年〈维也纳条约法公约〉的评注》(莱顿和波士顿, 马丁努斯·奈霍夫出版社, 2009年), 第354页)。

²⁵⁵ 见H. Krieger, “第二十五条”, 载于O. Dörr和K. Schmalenbach所编《〈维也纳条约法公约〉评注》(海德堡和纽约, 施普林格出版社, 2012年), 第408页。

²⁵⁶ 见特别报告员关于条约的暂时适用的第一次报告, 《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/664号文件, 第25-35段。

²⁵⁷ 1969年《维也纳公约》第二十五条内容如下:

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:

- (甲) 条约本身如此规定; 或
- (乙) 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思通知已暂时适用条约之其他各国时终止。

(联合国, 《条约汇编》, 第1155卷, 第18232号, 第331页起, 见第338-339页。)

²⁵⁸ 1986年《维也纳公约》第25条内容如下:

暂时适用

1. 有下列情形之一时, 条约或其一部分在其生效前暂时适用:

- (a) 该条约本身有此规定;
- (b) 各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织以其他方式有此协议。

2. 除该条约另有规定或各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织另有协议外, 该条约或其一部分对一国或一国际组织的暂时适用, 于该国或该组织将其不愿成为该条约当事方的意思通知该条约正对其暂时适用的各国和国际组织时应即终止。(A/CONF.129/15 (尚未生效)。)

了目前的现行法，尽管它的某些方面更具建议性质。因此，指南是一个参考手册，从业者应能从中找到条约的暂时适用所产生的问题的答案。但需要强调的是，绝不能说《指南》确立了任何支持暂时适用条约的假设。暂时适用既不能取代确保条约生效的做法(生效仍是条约的自然使命)，也不能作为绕过国内程序的手段。

(4) 当然，述及实践中可能出现的所有问题并涵盖各国和国际组织可能面临的各种情况，是不可能的。但笼统的行文方法与本指南的主要目的之一相符，即承认条约暂时适用的灵活性，²⁵⁹ 避免做出过于硬性的规定。暂时适用始终是任选的，本质上具有自愿性质。根据这一点，本指南承认各国和国际组织可商定采取指南中没有述及的、它们认为更适合某一特定条约宗旨的解决办法。暂时适用的另一个基本特点是它能够适应不同的情况。²⁶⁰

(5) 为了在暂时适用做法上向各国和国际组织提供协助，本指南还包含双边和多边条约中有关这一主题的条款实例，具体载于附件草案。列入这些实例无意限制条约暂时适用的灵活性和自愿性，也不试图涵盖所有可能出现的各类情况，它们仅仅是一些实例而已。

准则 1

范围

本准则草案涉及国家或国际组织对条约的暂时适用。

评注

(1) 准则草案 1 涉及本指南的适用范围。应将这一规定与述及指南目的的准则草案 2 一并解读。

(2) 本指南始终使用了“条约的暂时适用”一语。在实践中，其他术语，如“暂时生效”(相对于“确定生效”)的广泛使用，造成了条约的暂时适用这一概念在范围和法律效果方面的混淆。²⁶¹ 同样，条约往往不用“暂时”这一形容词，而

²⁵⁹ 见特别报告员第一次报告(A/CN.4/664)，第 28-30 段。

²⁶⁰ 例如，最近在联合王国退出欧洲联盟方面采用了暂时适用做法。有三项欧洲联盟—联合王国条约被暂时适用：《欧洲联盟和欧洲原子能共同体与大不列颠及北爱尔兰联合王国之间的贸易与合作协定》，布鲁塞尔和伦敦，2020 年 12 月 30 日，《欧洲联盟公报》，L 444，第 14 页；《欧洲联盟与大不列颠及北爱尔兰联合王国之间关于交换和保护机密信息的安全程序的协定》，布鲁塞尔和伦敦，2020 年 12 月 30 日，同上，L 149，第 2540 页；以及《大不列颠及北爱尔兰联合王国政府与欧洲原子能共同体关于就安全和平使用核能开展合作的协定》，布鲁塞尔和伦敦，2020 年 12 月 30 日，同上，L 150，第 1 页。这些条约于 2021 年 1 月 1 日至 2021 年 4 月 30 日暂时适用，其中包括 2021 年 2 月底商定的延期。联合王国还对退出欧洲联盟背景下的其他双边和多边条约采用了暂时适用做法(例如见 www.gov.uk/guidance/uk-trade-agreements-with-non-eu-countries)。

1969 年《维也纳公约》第二十五条第一款(b)项提供的灵活性在条约伙伴有时通过换文商定暂时适用等事实中得到证明：例如关于暂时适用《欧洲原子能共同体和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于就安全和平利用核能开展合作的协定》的换文，同上，L. 445，第 23 页)。

²⁶¹ 在这方面，可参考《西非国家经济共同体(西非经共体)1975 年至 2010 年的条约、议定书、公约和补充法》(阿布贾，尼日利亚外交部，2011 年)中的分析，其中收集了西非经共体主持下缔结的 59 项条约。从中可以看出，在这 59 项条约中，只有 11 项没有规定暂时适用(见 A/CN.4/699，第 168-174 段)。

是提到“临时”或“过渡”适用。²⁶² 因此，1969年和1986年《维也纳公约》第二十五条的框架虽然是暂时适用的法律依据，²⁶³ 但缺乏细节和准确性，需要进一步的澄清。²⁶⁴ 因此，指南的目的是在解释两项《维也纳公约》第二十五条方面提供更大的明确性。

(3) 指南涉及“国家或国际组织”对条约的暂时适用。一些准则草案中提到的“国家”和“国际组织”不应理解为这意味着准则草案的范围仅限于国家之间、国家与国际组织之间或国际组织相互间缔结的条约。

准则 2

目的

本准则草案的目的是，在《维也纳条约法公约》第二十五条和其他有关国际法规则的基础上，就关于条约的暂时适用的法律和实践提供指导。

评注

(1) 准则草案 2 指出，指南的目的是就关于条约暂时适用的法律和实践向各国和国际组织提供指导。

(2) 这条准则草案意在强调，指南参考了 1969 年《维也纳公约》和其他有关国际法规则，包括 1986 年《维也纳公约》。提到“和其他有关国际法规则”的主要目的是扩大这项规定的范围，涵盖国际组织暂时适用条约的情况。准则草案 2 承认 1986 年《维也纳公约》尚未生效，因此对它的提及应有别于 1969 年《维也纳公约》。

(3) 准则草案 2 旨在确认整个指南所持的基本态度，即 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条并没有反映关于条约暂时适用的当代实践的所有方面。提及条约暂时适用的“法律和实践”两个方面就隐含了这种态度。这一态度还进一步体现在“其他有关国际法规则”的提法中，这种提法表明，其他国际法规则，包括习惯性质的规则也可适用于条约的暂时适用。

(4) 然而，尽管有可能存在与条约暂时适用有关的其他规则和实践，但本指南确认了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条的核心重要性。提到“在……的基础上”，并明确提及第二十五条，是为了表明该条是本指南的出发点，即便为了充分反映适用于条约暂时适用的法律，需以其他国际法规则作为补充。

²⁶² 见《构成联合国与南斯拉夫联盟共和国之间关于联合国人权事务高级专员办事处在南斯拉夫联盟共和国地位问题的协定的换文》中南斯拉夫联盟共和国的来函第 33 段(联合国，《条约汇编》，第 2042 卷，第 35283 号，第 23 页和《1998 年联合国法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.03.V.5)，见第 103 页)；《白俄罗斯与爱尔兰关于在爱尔兰的白俄罗斯共和国未成年公民回返条件的协定》第 15 条(联合国，《条约汇编》，第 2679 卷，第 47597 号，第 65 页起，见第 79 页)；以及《马来西亚政府与联合国开发计划署关于建立开发署全球共享服务中心的协定》第 16 条(同上，第 2794 卷，第 49154 号，第 67 页)。见秘书处关于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条起源的备忘录(《2013 年……年鉴》，第二卷(第一部分))，A/CN.4/658 号文件和 A/CN.4/676)以及秘书处关于各国和国际组织在规定暂时适用的条约方面实践的备忘录(A/CN.4/707)。

²⁶³ 见 Mertsch, 《暂时适用的条约……》(见上文脚注 254)，第 22 页。

²⁶⁴ 见 A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Paris, Editions A. Pedone, 2005), p. 111; M.A. Rogoff 和 B.E. Gauditz, “国际协定的暂时适用”，《缅甸法律述评》，第 39 卷 (1987 年)，第 41 页。

准则 3

一般规则

如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理，条约或条约之一部分于条约在有关国家或国际组织之间生效前暂时适用。

评注

(1) 准则草案 3 指出了条约暂时适用的一般规则。这条准则草案的案文仿照了 1969 年《维也纳公约》第二十五条的规定，以强调指南的出发点是第二十五条。但这以准则草案 2 的评注第(3)段所述的一般理解为前提，即 1969 年和 1986 年《维也纳公约》并没有反映关于条约暂时适用的当代实践的所有方面。

(2) 起首语确认了条约或条约之一部分暂时适用的一般可能性。这一行文沿用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条第一款起首部分的措辞。

(3) 对暂时适用整个条约及其“一部分”的区分源于第二十五条。委员会在以往的条约法工作中特别设想了后来所称的只暂时适用条约之一部分的可能性。在 1966 年条约法条款草案第 22 条草案第 2 款中，委员会确认，“同一规则”也适用于“条约一部分”。²⁶⁵ 相应的评注解释说，“如今，同样常见的做法是仅使条约中的某一部分暂时生效，以满足当时情况的即时需要”。²⁶⁶ 可以只暂时适用条约的一部分，还有助于克服可能不宜暂时适用的某些类型的规定所引起的问题，如建立条约监督机制(这些机制可在暂时适用阶段行使职能)的执行条款所引起的问题。此外，包含贸易条款的条约之部分经常被暂时适用。²⁶⁷ 因此，条约一部分的暂时适用反映在整个指南使用的“条约或条约之一部分的暂时适用”一语中。²⁶⁸

²⁶⁵ 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 177 页及以下各页，第 38 段。

²⁶⁶ 第 22 条草案评注第(3)段，同上。

²⁶⁷ 由于欧洲联盟及其成员国之间的权限分配，条约一部分的暂时适用在欧洲联盟及其成员国与第三方之间缔结的混合协定中也很常见。见各国政府和国际组织的评论和意见(A/CN.4/737)，德国对准则草案 3 的评论，第 14 页。另见 M. Chamon, “Provisional application of treaties: the EU’s contribution to the development of international law”, *European Journal of International Law*, vol. 31, No. 3 (August 2020), pp. 883–915, 以及 F. Castillo de la Torre, “El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 60 (May-August 2018), pp. 491–512。

²⁶⁸ 关于在双边条约中暂时适用条约一部分的实践的例子，见《荷兰王国和摩纳哥公国关于在摩纳哥支付荷兰社会保险福利的协定》(联合国，《条约汇编》，第 2205 卷，第 39160 号，第 541 页起，见第 550 页，第 13 条第 2 款)；关于明确排除暂时适用条约一部分的双边条约的例子，见《奥地利联邦政府和德意志联邦共和国政府关于警务和海关当局边境地区合作的协定》(同上，第 2170 卷，第 38115 号，第 573 页起，见第 586 页)和《德意志联邦共和国政府与克罗地亚共和国政府之间关于技术合作的协定》(同上，第 2306 卷，第 41129 号，第 439 页)。关于多边条约，可在以下文书中找到相关实践：《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(同上，第 2056 卷，第 35597 号，第 211 页起，见第 252 页)；《集束弹药公约》(同上，第 2688 卷，第 47713 号，第 39 页起，见第 112 页)；《武器贸易条约》(联合国，《条约汇编》，第 3013 卷，第 52373 号)(第 23 条)；以及《欧洲常规武装力量条约缔约国商定文件》(《国际法律资料》，第 36 卷，第 866 页，第六部分，第 1 段)。同样，《关于暂时适用经修订的查瓜拉马斯条约的议定书》(同上，第 2259 卷，第 40269 号，第 440 页)明确规定了《经修订的条约》的哪些条款不得暂时适用，而《跨太平洋经济战略伙伴关系协定》(同上，第 2592 卷，第 46151 号，第 225 页)是暂时适用条约一部分的一个例子，根据该协定第 20.5 条，仅对协定的一个缔约方即文莱达鲁萨兰国暂时适用。

(4) “在有关国家或国际组织之间生效前”一语参考了第二十五条的起首部分。提及“在条约生效前”强调了暂时适用对于为条约生效做准备或便利条约生效的作用，即使暂时适用可能还有其他目的。虽然这一表述可指条约本身生效，²⁶⁹但在多边条约情况下，在条约本身生效后但尚未对一些国家或国际组织生效之前，这些国家和国际组织通常继续暂时适用条约。²⁷⁰因此，准则草案 3 中提及的“生效”应根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于同一主题的第二十四条加以理解。该条涉及条约本身生效和条约对每个有关国家或国际组织，即根据暂时适用拥有权利和义务的国家或组织生效。在本条准则草案中列入“在有关国家或国际组织之间”一语反映了如下事实：在条约本身生效后，条约尚未对其生效的国家或国际组织可以继续暂时适用。

(5) “如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理”反映了第二十五条第一款(a)和(b)项所确认的暂时适用的两个可能依据。根据有关条约的规定予以暂时适用的可能性已经充分确立，²⁷¹因此沿用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》中的措辞。

(6) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条第一款(b)项提到“谈判国”或“谈判国和谈判组织”暂时适用条约或条约之一部分的协议，与此不同，准则草案 3 没有使用这一措辞。在当代实践中，暂时适用的国家或国际组织可能不是有关条约的谈判国或谈判组织，但后来同意暂时适用该条约。通过研究一些从未生效但其暂时适用被延长到终止日期之后的商品协定，可以发现相关的实践。²⁷²

²⁶⁹ 如《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(同上，第 1836 卷，第 31364 号，第 3 页)和《关于〈[保护人权与基本自由公约关于修改公约监察体系的]第 14 号议定书〉生效前暂时适用其某些规定的协定》(马德里，2009 年 5 月 12 日，欧洲委员会，《条约汇编》，第 194 号)。

²⁷⁰ 如《武器贸易条约》。

²⁷¹ 双边领域的例子包括：《欧洲共同体和巴拉圭共和国关于航空服务某些方面的协定》(《欧洲联盟公报》L 122, 2007 年 5 月 11 日)，第 9 条；《阿根廷共和国与苏里南共和国关于普通护照持有者豁免签证的协定》(联合国，《条约汇编》，第 2957 卷，第 51407 号，第 213 页)，第 8 条；《瑞士联邦与列支敦士登公国关于环境税问题的条约》(同上，第 2761 卷，第 48680 号，第 23 页)，第 5 条；《西班牙王国与安道尔公国关于废物转移和管理的协定》(同上，第 2881 卷，第 50313 号，第 165 页)，第 13 条；《西班牙王国政府与斯洛伐克共和国政府关于合作打击有组织犯罪的协定》(同上，第 2098 卷，第 36475 号，第 341 页)，第 14 条第 2 款；以及《俄罗斯联邦与白俄罗斯共和国关于组建联盟的条约》(同上，第 2120 卷，第 36926 号，第 595 页)，第 19 条。多边领域的例子包括：《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》，第 7 条；《关于修订〈萨瓦河盆地框架协定〉和〈关于萨瓦河盆地框架协定航行制度的议定书〉的协定》(同上，第 2367 卷，第 42662 号，第 697 页)，第 3 条第 5 款；《俄罗斯联邦多边核环境方案框架协定》(同上，第 2265 卷，第 40358 号，第 5 页起，见第 13-14 页)，第 18 条第 7 款，及其《关于索赔、法律程序和赔偿的议定书》(同上，第 35 页)，第 4 条第 8 款；《葡萄牙语国家共同体规约》(同上，第 2233 卷，第 39756 号，第 207 页)，第 21 条；以及《设立支持非正规教育政策的“Karanta”基金会和在附件中列入基金会章程的协定》(同上，第 2341 卷，第 41941 页，第 3 页)，分别为第 8 和第 49 条。

²⁷² 例如见 1994 年《国际热带木材协定》(联合国，《条约汇编》，第 1955 卷，第 33484 号，第 81 页)，该协定根据第 46 条几次被延长，期间有一些国家(危地马拉、墨西哥、尼日利亚和波兰)加入。另见黑山在《保护人权与基本自由公约关于修改公约监察体系的第 14 号议定书》(同上，第 2677 卷，第 2889 号，第 3 页起，见第 34 页)方面的情况。黑山于 2006 年独立，因此不是谈判国，它继承了上述条约，可以根据《马德里协定》(《关于〈[欧洲人权公约]第 14 号议定书〉生效前暂时适用其某些规定的协定》)暂时适用某些规定。关于阿尔巴尼亚、比利时、爱沙尼亚、德国、列支敦士登、卢森堡、荷兰、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国所作的暂时适用声明，见同上，第 30-37 页。

在上述情况下，这种延长可被理解为适用于已加入该商品协定的国家，从而表明也认为这些国家在暂时适用该协定。此外，对于是否有必要通过提及参加条约谈判来区分不同国家集团或国际组织的问题，在双边条约的情况下不宜做此区分，而双边条约占暂时适用的条约的绝大多数。鉴于这些原因，本条准则草案只重述了基本规则，而没有提到“谈判国”或“谈判国和谈判组织”。

(7) 准则草案 3 应与准则草案 4 一并解读，准则草案 4 进一步阐述了以一项单独协定的方式暂时适用的情况，从而解释了“以其他方式”协议适用的含义。

准则 4

协议形式

除条约规定的情况外，条约或条约之一部分的暂时适用可在有关国家或国际组织之间以下述形式协议：

(a) 一项单独的条约；或

(b) 任何其他办法或安排，包括：

(一) 国际组织或政府间会议根据该组织或会议的规则通过的、反映有关国家或国际组织协议的决议、决定或其他行为；

(二) 由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明。

评注

(1) 准则草案 4 涉及除条约本身规定的情况外，可暂时适用条约或条约一部分的协议形式。这项规定的结构采用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条的顺序，首先设想了有关条约本身规定暂时适用的可能性，其次规定了当国家或国际组织“以其他方式”协议如此办理时(这通常发生在条约对暂时适用未予提及的情况下)，暂时适用的其他可能依据。

(2) 第一种可能性是暂时适用的条约本身涉及暂时适用，在这种情况下，条约可以不同方式规定暂时适用。例如，条约可要求谈判国或签署国暂时适用条约。条约也可允许这些国家加入或退出暂时适用，例如通过提交声明或通知条约保存人的方式。²⁷³

(3) 起首语“除条约规定的情况外”确认了各国以条约本身规定以外的方式协议暂时适用的第二种可能性，并直接参照了准则草案 3 中的“如条约本身如此规定”。这也是第二十五条中的措辞。“在有关国家或国际组织之间”具有与准则草案 3 中的这一提法同样的含义。(a)、(b) 两项指出了约定暂时适用的其他两类方法。

²⁷³ 例如见《武器贸易条约》第 23 条。一种情况是，条约的平行协定明文规定缔约方可通过单方面声明暂时适用条约之一部分而同意受到约束，《关于设立暂时适用方面统一专利法院的协议议定书》属于此例(2015 年 10 月 1 日，布鲁塞尔，见 www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf)。另见《修正〈关于在自动处理个人数据方面保护个人的公约〉的议定书》(2018 年 10 月 10 日，斯特拉斯堡，欧洲委员会，《条约汇编》，第 223 号)第 37 条第 2 款。

(4) (a)项设想了通过单独的条约暂时适用的可能性，这种条约不同于暂时适用的条约。²⁷⁴ 如第一种可能性的情况一样，根据1969年和1986年《维也纳公约》第二条第一款(a)项，“条约”一词应解释为涵盖根据条约法缔结的构成国家或国际组织间协议的所有文书，无论其具体名称如何。此类文书可包括换文或、谅解备忘录、意向声明或议定书。²⁷⁵

(5) (b)项承认了如下可能性：除单独的条约外，也可通过“任何其他办法或安排”约定暂时适用，这就扩大了就暂时适用达成协议的可能性的范围。因此，(a)项未涵盖的文书可列入(b)项。这种办法符合暂时适用的内在灵活性。²⁷⁶ 为提供进一步的指导，(b)项的(一)、(二)分项提到了这种“办法或安排”的两个例子，但它们并不是详尽无遗的。

(6) (b)项(一)分项设想了以“国际组织或政府间会议通过的决议、决定或其他行为”的方式约定暂时适用的情况。“政府间会议”一词应作广义理解，可包括为谈判多边条约而召开的全权代表外交会议或多边条约的缔约国会议。“反映有关国家或国际组织协议”一语是指国际组织或会议通过的规定暂时适用条约可能性的“决议、决定或其他行为”。“协议”的提法是为了强调有关国家或国际组织必须同意暂时适用。表示同意暂时适用条约的方式取决于该组织或会议的规则，这从“按照该组织或会议的规则”中可以看出。该短语应根据2011年关于组织责任的条款第2条(b)项来理解，其中规定“组织的规则”一词：

具体是指：该组织的宪章性文件、依宪章性文件通过的决定、决议和其他文件及该组织已确立的惯例。²⁷⁷

²⁷⁴ 正在暂时适用的条约之外关于暂时适用的双边条约例子包括：《德国与荷兰之间关于储蓄收入征税的协定及其暂时适用》(同上，第2821卷，第49430号，第3页)和《荷兰王国与卡塔尔国之间关于航空服务的协定修正案》(同上，第2265卷，第40360号，第507页起，见第511页)。荷兰缔结了一些类似的条约。正在暂时适用的条约之外关于暂时适用的多边条约例子包括：《关于暂时适用建立加勒比共同体气候变化中心的协定的议定书》(同上，第2953卷，第51181号，第181页)、《关于暂时适用经修订的查瓜拉马斯条约的议定书》和《马德里协定》(《关于〈欧洲人权公约第14号议定书〉生效前暂时适用其某些规定的协定》)。

²⁷⁵ 见条约法条款草案第22条草案评注第(2)段(上文脚注265)，第210页；O. Dörr 和 K. Schmalenbach (编)，《〈维也纳条约法公约〉评注》，第2版(柏林，Springer, 2018年)，第449-450页；Mathy，“第二十五条”(见上文脚注254)，第649-651页。

²⁷⁶ 在实践中，有些条约在联合国登记为暂时适用的条约，但并没有说明约定暂时适用所采用的其他办法或安排。以下是这些条约的例子：《荷兰王国与美利坚合众国之间关于美国人员在荷属加勒比地区地位的协定》(同上，第2967卷，第51578号，第79页)；《拉脱维亚政府和阿塞拜疆共和国政府关于合作打击恐怖主义、非法贩运麻醉药品和精神药物及其前体以及有组织犯罪的协定》(同上，第2461卷，第44230号，第205页)；以及《联合国与哈萨克斯坦共和国政府关于建立联合国亚洲及太平洋经济社会委员会北亚和中亚次区域办事处的协定》(同上，第2761卷，第48688号，第339页)。见R. Lefebvre，“条约的暂时适用”，载于J. Klabbbers 和 R. Lefebvre 所编《条约法文集：贝尔特·维尔达格纪念文集》(海牙，马丁努斯·奈霍夫出版社，1998年)，第81页。

²⁷⁷ 《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第87-88段，随后附于大会2011年12月9日第66/100号决议。

(7) (b)项(二)分项提到一国或一国际组织在条约不予提及或未以其他方式约定的情况下，作出将暂时适用条约或条约之一部分的声明的特殊可能性。²⁷⁸ 但条约要暂时适用于其他有关国家或国际组织，该声明必须得到这些国家或国际组织的明确接受，而不仅仅是不予反对。对暂时适用的这种接受应采用书面形式，但本条准则草案保留了一定程度的灵活性，允许其他的接受形式，条件是接受必须是明确接受。“声明”一词不是指与国家的单方面声明有关的法律制度，这种制度不涉及条约的暂时适用。²⁷⁹

准则 5

开始

条约或条约之一部分的暂时适用按条约规定的或另经协议的日期、条件和程序开始。

评注

(1) 准则草案 5 涉及暂时适用的开始。本条准则草案借鉴了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于生效的第二十四条第一款。

(2) “条约或条约之一部分”反映了本指南采用的提及整个条约或条约之一部分的暂时适用的做法。“按条约规定的……日期、条件和程序开始”一语明确说明了暂时适用如何开始。此案文参考了 1969 年《维也纳公约》第六十八条，其中使用了“发生效力”。这一短语证实，此处所指的是对选择暂时适用条约的国家或国际组织的法律效果。

(3) “按……日期、条件和程序开始”的提法涵盖了当代实践中反映的条约暂时适用开始的各种方式。²⁸⁰ 这些方式包括在签署后、在某一日期、在通知后开始，或者在多边条约情况下，在国际组织通过一项决定后开始。

(4) “按条约规定的或另经协议的”一语表明，暂时适用条约或条约一部分的协议是基于暂时适用的条约中的规定、单独的条约(无论其具体名称如何)或准则草案 4 中设想的约定暂时适用的其他一些办法或安排，并须遵守这些文书规定的条件和程序。

(5) 准则草案 5 不妨碍 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十四条第四款，该款规定，对条约生效前必然发生之事项所作的某些规定，自该条约约文通过之时起适用。这些事项包括条约约文之认证、同意受条约拘束之确定、条约生效之方式或日期、保留、或保管机关之职能。因此，这些规定自动适用，无需具体约定其暂时适用，并且可能与条约暂时适用的开始相关。

²⁷⁸ 阿拉伯叙利亚共和国对《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(联合国，《条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号)的声明就是一个例子。阿拉伯叙利亚共和国单方面宣布将暂时适用《公约》时，禁止化学武器组织(禁化武组织)总干事作出了答复，告知该国其暂时适用《公约》的“请求”将通过保存人转交各缔约国。《公约》没有对暂时适用《公约》的情况作出规定，《公约》谈判期间也没有讨论这种可能性，各缔约国和禁止化学武器组织也都没有反对阿拉伯叙利亚共和国按其单方面声明暂时适用《公约》(见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/675)第 35(c)段、特别报告员的第三次报告(A/CN.4/687)第 120 段)。

²⁷⁹ 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 173-177 段。

²⁸⁰ 见 A/CN.4/707，第 104 段，(d)-(g)分段。

准则 6

法律效果

除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分的暂时适用产生在有关国家或国际组织之间适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务。此种暂时适用的条约或条约之一部分必须善意履行。

评注

(1) 准则草案 6 涉及暂时适用的法律效果。可以设想两种“法律效果”：一是暂时适用条约或条约之一部分的协议的法律效果，二是被暂时适用的条约或条约之一部分的法律效果。

(2) 本条准则草案第一句确认，暂时适用条约或条约之一部分的法律效果是在有关国家或国际组织之间产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务。换言之，暂时适用的条约或条约之一部分被视为自暂时适用在相互之间开始时，对暂时适用的各方具有约束力。这种法律效果源于有关国家或国际组织暂时适用条约(或接受暂时适用)的协议，该协议可采用准则草案 4 所述的形式。在该协议没有提及暂时适用的法律效果的情况下(这种情况很常见)，本条准则草案明确指出，暂时适用的法律效果是适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务。²⁸¹

(3) “条约或条约之一部分的暂时适用”仿照了准则草案 5 的措辞。“适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务”是本条准则草案的核心内容，指的是对有关国家或国际组织产生的法律效果，以及期望那些商定暂时适用的国家或国际组织做出的行为。“在有关国家或国际组织之间”具体说明了谁有义务适用条约或条约之一部分。这不仅可包括暂时适用条约的其他国家或国际组织，还可包括条约已在其与仍然暂时适用条约的国家或国际组织的关系中生效的那些国家或国际组织。

(4) “除条约另有规定或另经协议外”一语表明，基本规则受到可能产生另一种法律结果的条约或其他协议的约束。这种理解是假定暂时适用即确立适用条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，但当事方可能另有协议。国家实践反映了这一理解。²⁸²

(5) 准则草案 6 第二句表明，暂时适用的条约必须善意履行。这句话反映了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十六条规定的善意履行义务(条约必须遵守)。

《维也纳公约》第二十六条提到若干法律效果。第一种法律效果对应于准则草案 6 的第一句，即暂时适用产生的具有约束力的义务。第二种法律效果是，生效的条约“必须善意履行”。准则草案中的“此种”一词在第一句(因暂时适用而产生的具有约束力的义务这一法律效果)和第二句(因善意履行要求而产生的法律效果)之间建立了联系，从而表明这两种法律效果属于同一条约。

(6) 然而，必须在暂时适用和生效之间作出重要的区分。暂时适用并不是为了引起一国或一国际组织同意受条约或条约之一部分约束所产生的全部权利和义务。条约的暂时适用与其生效仍然是不同的，因为暂时适用不受所有条约法规则的约

²⁸¹ 见 Mathy, “第二十五条”(上文脚注 254), 第 651 页。

²⁸² 见特别报告员第五次报告(A/CN.4/718)中提及的欧洲自由贸易联盟(欧贸联)实践的例子。

束。因此，暂时适用“产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务”的措辞并不意味着暂时适用与生效具有完全相同的法律效果。提及“具有法律约束力的义务”是为了更加确切地描述暂时适用的法律效果，并避免任何将暂时适用等同于生效的解释。²⁸³

(7) 本条准则草案暗含的一种理解是，暂时适用条约的行为不影响其他国家或国际组织的权利和义务。²⁸⁴ 同样，暂时适用条约不会导致对条约内容的修改。这是因为暂时适用仅限于适用条约或条约之一部分的义务。此外，准则草案 6 不应被理解为限制国家或国际组织根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第四编修正或修改暂时适用的条约的自由。

准则 7

保留

本准则草案不妨碍与对条约或条约之一部分的暂时适用提出的保留有关的任何问题。

评注

(1) 准则草案 7 涉及一国或一个国际组织为摒除或更改整体或部分暂时适用的条约的某些条款产生的法律效果的目的而提出保留的可能性。

(2) “与对条约或条约之一部分的暂时适用提出的保留有关的任何问题”这一提法包括但不限于与 1969 年《维也纳公约》第二编第二节的规定有关的问题。

(3) 本条准则草案采用了“不妨碍”条款的形式。鉴于缺乏大量的实践，并考虑到各国的评论和意见，准则草案或本评注的目的不是要详细处理可能出现的问题。²⁸⁵ 委员会的《对条约的保留实践指南》虽然没有明确述及与暂时适用有关的保留，但可以提供指导。²⁸⁶

(4) 原则上不排除提出与暂时适用有关的保留。1969 年和 1986 年《维也纳公约》第十九条允许各国和国际组织在签署、批准、接受、核准或加入一项条约时提出保留。暂时适用条约的决定可在签署时(在条约对有关国家或国际组织生效之前)或在批准、接受、核准或加入之前和之时(在条约本身尚未生效的情况下)作出。

(5) 如上文所述，考虑到在对暂时适用提出保留方面缺乏大量实践，本条准则草案被拟订为一个“不妨碍”条款。在双边条约情况下，一国或一国际组织在草签或签署后但在条约生效前提出了单方面声明，意图藉此促使另一缔约方更改条约的规定，此项声明不论其措辞或名称如何，不构成保留。²⁸⁷ 在多边条约情况下，尽管

²⁸³ 见条约法条款草案第 22 条草案评注第(1)段(上文脚注 265)，第 210 页，以及《2013 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，秘书处编写的关于条约的暂时适用的备忘录(A/CN.4/658)，第 44-55 段。另见特别报告员的第一次报告(A/CN.4/664)。

²⁸⁴ 但条约一个或多个缔约方的嗣后实践可为根据 1969 年《维也纳公约》第三十一或第三十二条解释条约提供资料。见 A/73/10 第四章：与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践。

²⁸⁵ 见各国政府和国际组织的评论和意见(A/CN.4/737)。

²⁸⁶ 《2011 年……年鉴》，第二卷(第三部分)。

²⁸⁷ 见《对条约的保留实践指南》准则 1.6.1，《2011 年……年鉴》，第二卷(第三部分)，第 1-2 段。

各国在同意暂时适用时作出过解释性声明，但必须将这种声明与条约法²⁸⁸ 含义内的保留区分开。²⁸⁹ 然而，在特定情况下，这种解释性声明或单方面声明的法律效果与保留的法律效果在多大程度上具有可比性，仍有待确定。在一国或一国际组织提出仅限于暂时适用阶段的保留的情况和提出一项或多项意图在此阶段之后产生后果的保留的情况之间加以区分，也可能具有相关性。

准则 8

违约责任

根据适用的国际法规则，违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务引起国际责任。

评注

(1) 准则草案 8 涉及违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务所引起的责任问题。它源于准则草案 6 中所述的暂时适用的法律效果，包括在“条约必须遵守”方面。由于暂时适用的条约或条约之一部分会产生具有法律约束力的义务，因此，违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务，构成引起国际责任的国际不法行为。违反对其他有关国家或国际组织所负义务的国家或国际组织将承担国际责任。列入本准则草案被认为是必要的，因为它涉及暂时适用条约或条约之一部分的一项重要法律后果。1969 年《维也纳公约》第七十三条指出，其规定不妨碍国家所负国际责任引起的关于条约的任何问题，1986 年《维也纳公约》第七十四条也有类似的规定。如准则草案 2 所述，本指南的范围不限于两项《维也纳公约》的范围。

(2) 本条准则草案应与 2001 年关于国家对国际不法行为的责任的条款²⁹⁰ 和 2011 年关于国际组织对国际不法行为的责任的条款²⁹¹ 一并阅读，因为这些条款反映了习惯国际法。因此，有意从中借鉴了“产生的义务”和“引起”这两个表述。同样，之所以采用“根据适用的国际法规则”这一表述，也主要是为了引述这些条款中反映的适用规则。

准则 9

终止

1. 条约或条约之一部分的暂时适用，于该条约在有关国家或国际组织之间的关系中生效时终止。

²⁸⁸ 例如见《能源宪章条约》(联合国，《条约汇编》，第 2080 卷，第 36116 号，第 95 页)第 45 条第 2 款(a)项；《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》第 7 条第 1 款(a)项。

²⁸⁹ 尤其见《对条约的保留实践指南》(同上)准则 1.3。

²⁹⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段，随后附于大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议。

²⁹¹ 《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87 段，随后附于大会 2011 年 12 月 9 日第 66/100 号决议。

2. 除条约另有规定或另经协议外，暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织如果通知其他有关国家或国际组织其无意成为条约缔约方，则暂时适用应对该国或该国际组织终止。

3. 除条约另有规定或另经协议外，一国或一国际组织可援引其他理由终止暂时适用，在此情况下，该国或该国际组织应通知其他有关国家或国际组织。

4. 除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分暂时适用的终止不影响终止之前因此种暂时适用而产生的任何权利、义务或法律情势。

评注

(1) 准则草案 9 涉及暂时适用的终止问题。一国或一国际组织对条约或条约之一部分的暂时适用通常在以下两种情形下停止：一是在条约在有关国家或国际组织之间生效的情况下，二是当暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织将其不欲成为缔约方的意图通知也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织时。这不排除一国或一国际组织以其他理由提出终止暂时适用的可能性。

(2) 第 1 段规定暂时适用在条约生效之时终止。条约生效是暂时适用终止的最常见的方式。²⁹² 条约或条约之一部分的暂时适用可通过条约本身生效而终止，这点隐含在准则草案 3 中的“在条约生效前”这一表述中，该表述参考了 1969 年和 1986 年《维也纳条约》第二十五条。²⁹³ 根据准则草案 5，暂时适用条约或条约之一部分的两个或两个以上国家或国际组织，其暂时适用持续到条约在它们之间生效时为止。²⁹⁴

(3) 之所以使用“在有关国家或国际组织之间的关系中”一语，是为了将条约生效的情况与一个或多个条约方暂时适用条约的情况区分开。对多边条约当事方的关系而言，这一点尤为重要，因为有关条约可能只对其中一些当事方生效，而对其他当事方仅继续暂时适用。因此，该短语意在涵盖这方面可能存在的所有法律情况。

(4) 第 2 段反映本条准则草案评注第(1)段述及的第二种情形，即国家或国际组织通知其无意成为条约缔约方的情形。这贴近 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条第二款的措辞。

(5) 第 2 段起首语“除条约另有规定或另经协议外”并未像 1969 年和 1986 年《维也纳公约》那样提到这种另外的协议只能在各“谈判”国和国际组织之间缔

²⁹² 见秘书处编写的关于条约的暂时适用的备忘录(A/CN.4/707)，第 88 段。

²⁹³ 大多数双边条约载明，条约在“生效前”、“批准前”、“生效所需的正式要求得到满足前”、“完成内部程序和本公约生效前”、“政府……互相书面通知对方已遵守本国宪法所要求的程序前”、“本条第一款提及的所有程序完成前”或“生效前”将暂时适用(见 A/CN.4/707，第 90 段)。多边条约也是如此，如《马德里协定》(《关于〈欧洲人权公约第 14 号议定书〉生效前暂时适用其某些规定的协定》)(d)款规定，“一旦《公约》第 14 号议定书之二对有关缔约方生效，这样的[暂时适用]声明将失效。”

²⁹⁴ 例如见《德意志联邦共和国与斯洛文尼亚共和国政府关于将斯洛文尼亚石油和石油产品最低储备厅代存在德国的石油和石油产品计入该厅储备的协定》(联合国，《条约汇编》，第 2169 卷，第 38039 号，第 287 页起，见第 302 页)；以及《构成西班牙政府和哥伦比亚政府签证免费协定的换文》(同上，第 2253 卷，第 20662 号，第 328 页起，见第 333-334 页)。

结。“或另经协议”一语的指代对象仍然是谈判条约的国家或国际组织，但也可包括未参加条约谈判却在参加条约暂时适用的国家和国际组织。鉴于缔结现代多边条约的复杂性，当代实践支持更广义地解读两项《维也纳公约》的措辞，即在暂时适用方面将所有有关国家或国际组织视为具有同等法律地位，并承认还存在其他的国家集团或国际组织，与终止暂时适用有关的事务可能要征得这些国家集团或国际组织的同意。²⁹⁵

(6) 第 2 段中的“通知其他有关国家或国际组织”²⁹⁶ 指的是相互间正在或可以暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织，以及所有表示同意受该条约约束的国家。

(7) 关于暂时适用的协议可以规定提前发出通知，以便利暂时适用的有序终止。但委员会决定不比照采用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第五十六条第二款所述规则，规定在条约未载有关于终止、解除或退出的规定的情况下解除或退出条约的通知期限，或“合理期限”。委员会之所以没有这样做，是因为顾及第二十五条固有的灵活性，并考虑到这方面的实践不足。

(8) 第 3 段承认，一国或一国际组织也可以援引第 2 段预期以外的理由来终止暂时适用。这种额外的可能性隐含在第二十五条第二款规定的终止暂时适用的灵活性中。例如，一国或一国际组织可能想终止多边条约的暂时适用，但仍然有意成为条约缔约方。另一种情形是，一国或一国际组织在发生严重违约时可能仅仅想对严重违约的国家或国际组织终止或中止暂时适用条约，但仍继续对其他当事方暂时适用条约。受严重违约影响的国家或国际组织也可能希望在严重违约情况得到充分纠正后再恢复原已中止的暂时适用。

(9) 上文针对第 2 段提出的关于起首语“除条约另有规定或另经协议外”的考虑同样适用于第 3 段。“可以援引”一语是为了确认，援引其他理由作为终止暂时适用的依据具有任择性质，同时表示需要具体说明终止暂时适用的理由。此外，援引这些理由的国家或国际组织将需要(“应”)通知按本指南理解的其他有关国家或国际组织。鉴于可能终止暂时适用情况的多样性，对通知时限作任何一般性要求都是不可行的。尽管如此，终止某些条约，例如确立体制安排的条约的暂时适用，需要充分提前通知。在其他情况下，如本评注第(7)段所述，可在收到通知后立即终止暂时适用。

²⁹⁵ 这种做法与准则草案 3 就谈判国采取的做法相一致。见上文准则草案 3 的评注第(6)段。

²⁹⁶ 少数双边条约载有终止暂时适用的明确条款，有些还规定了终止的通知问题。其中一个例子为《美利坚合众国政府和马绍尔群岛共和国政府之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》(联合国，《条约汇编》，第 2962 卷，第 51490 号，第 339 页)，第 17 条。其他例子包括：《德意志联邦共和国和荷兰王国之间关于德意志联邦共和国在荷兰领土上空执行空中交通管制以及关于下莱茵机场民用业务对荷兰王国领土的影响的条约》(同上，第 2389 卷，第 43165 号，第 117 页起，见第 173 页)；《西班牙和国际油污赔偿基金之间的协定》(同上，第 2161 卷，第 37756 号，第 45 页起，见第 50 页)；以及《西班牙王国与盟国欧洲最高总部所代表的北大西洋公约组织之间关于在西班牙境内设立和运作国际军事总部所适用的特别条件的协定》(同上，第 2156 卷，第 37662 号，第 139 页起，见第 155 页)。关于多边条约暂时适用的终止，《执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(同上，第 2167 卷，第 37924 号，第 3 页起，见第 126 页)包含一个允许以通知方式终止的条款(第 41 条)，该条体现了 1969 年《维也纳公约》第二十五条第二款的措辞。此外，商品协定方面的实践表明，可约定通过撤出协定的方式终止暂时适用，《国际橄榄油和食用橄榄协定》就是如此。

(10) 1969 年《维也纳公约》规定的终止已生效条约的程序要求一般不适用于暂时适用的终止。²⁹⁷ 但为确保法律确定性，本条准则草案第 4 段载有一项保留条款，旨在确认，终止条约的暂时适用原则上不影响在条约终止前因暂时适用条约而产生的任何权利、义务或法律情况。这项规定是仿照 1969 年《维也纳公约》第七十条第一款(b)项拟订的。

准则 10

各国国内法、国际组织规则与暂时适用的条约的遵守

1. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国家不得援引其国内法规定作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。
2. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。

评注

(1) 准则草案 10 涉及遵守暂时适用的条约及其与各国国内法和国际组织规则的关系。具体而言，本条准则草案涉及各国援引国内法或国际组织援引其组织规则作为不履行暂时适用一项条约或条约之一部分所产生义务的理由。第一段涉及适用于各国的规则，第二段涉及适用于国际组织的规则。

(2) 这项规定十分贴近 1969 年²⁹⁸ 和 1986 年²⁹⁹ 《维也纳公约》第二十七条的措辞，因此应与这些条款的内容和其他适用的国际法规则一并考虑。

(3) 暂时适用一项条约或条约之一部分时须遵守国际法。与第二十七条一样，³⁰⁰ 准则草案 10 指出，作为一般规则，一国或一国际组织不得援引自身的国内法规定或内部规则为理由，不履行此种暂时适用所产生的义务。同样，也不得援引这种规定或规则来逃避违反这种义务可能产生的责任。³⁰¹ 不过，如准则草案 12 所述，有关国家和国际组织可作为其暂时适用协议的一部分，同意源自该国国内法或该组织内部规则的限制。

²⁹⁷ 见 S. Talmon and A. Quast Mertsch, “Germany’s position and practice on provisional application of treaties”, GPIL - German Practice in International Law, 2021。

²⁹⁸ 1969 年《维也纳公约》第二十七条规定如下：

国内法与条约之遵守

一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。此项规则不妨碍第四十六条。

²⁹⁹ 1986 年《维也纳公约》第 27 条规定如下：

国家的国内法、国际组织的规则和条约的遵守

1. 为一条约当事方的国家不得援引其国内法的规定作为不履行条约的理由。
2. 为一条约当事方的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行条约的理由。
3. 以上两款所载规则不妨碍第 46 条。

³⁰⁰ 见 A. Schaus, “1969 年《维也纳公约》。第二十七条：国内法与条约之遵守”，载于 Corten 和 Klein 所编《〈维也纳条约法公约〉评注》，第 1 卷(见上文脚注 254)，第 688-701 页，见第 689 页。

³⁰¹ 见第 7 条，“条约的强制性：国际法高于国内法之原则”，载于特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士的第四次报告(《1959 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/120 号文件，第 43 页)。

(4) 诚然，每个国家或国际组织可按照其国内法或内部规则决定是否同意暂时适用一项条约或条约之一部分，³⁰² 而一旦暂时适用条约或条约之一部分，就不得以不符合国内法或国际组织规则为由而不暂时适用该条约或条约之一部分。因此，援引此类内部规定，据此为不暂时适用条约或条约之一部分的行为辩护，不符合国际法。

(5) 以一国国内法或一国际组织的内部规则为由不履行条约或条约之一部分的暂时适用所产生的义务，将导致有关国家或国际组织根据准则草案 8 背负国际责任。³⁰³ 任何其他观点将违背关于国际责任的法律，根据该法，将一国或一国际组织的行为定性为国际不法行为的问题由国际法管辖，这种定性不受国内法或国际组织规则将其定性为合法之影响。³⁰⁴

(6) “各国国内法和国际组织规则”的表述包括此种性质的任何规定，而不仅仅是专门涉及暂时适用条约问题的国内法或规则。

(7) 本条准则草案两段中的“此种暂时适用所产生的义务”一语足以涵盖这一义务从条约本身产生，或从暂时适用该条约或条约之一部分的单独协定产生的情况。这符合准则草案 6 中的一般规则，该条准则草案指出，除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分的暂时适用产生在有关国家或国际组织之间适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务。此种暂时适用的条约或条约之一部分必须善意履行。

准则 11

关于同意暂时适用条约的权限的各国国内法规定和国际组织规则

1. 一国不得援引其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反了该国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定为理由主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。

2. 一国际组织不得援引其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反了该组织关于同意暂时适用条约的权限的规则为理由主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。

评注

(1) 准则草案 11 涉及关于同意暂时适用条约的权限的各国国内法规定或国际组织规则的影响。第一段涉及各国的国内法，第二段涉及国际组织的规则。

³⁰² 见 Mertsch, 《暂时适用的条约……》(见上文脚注 254), 第 64 页。

³⁰³ 见 Mathy, “第二十五条”(见上文脚注 254), 第 646 页。

³⁰⁴ 见 2001 年关于国家对国际不法行为的责任条款第 3 条(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段，随后附于大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议)；2011 年关于国际组织责任的条款第 5 条(《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87 段，随后附于大会 2011 年 12 月 9 日第 66/100 号决议)。

(2) 准则草案 11 十分贴近 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第四十六条的措辞。具体而言，准则草案第一段沿用了 1969 年《维也纳公约》第四十六条第一款；³⁰⁵ 第二段沿用了 1986 年《维也纳公约》第四十六条第二款。³⁰⁶ 因此，本条准则草案应与这些条款和其他适用的国际法规则一并考虑。

(3) 准则草案 11 规定，任何声称同意暂时适用是无效的主张必须基于明显违反该国或该组织关于同意此种暂时适用的权限的国内法或规则，此外，必须涉及一项具有根本重要性的规则。

(4) 违反情事如对按照国家和视情况按照国际组织的通常惯例善意地对待此事的任何国家或任何国际组织客观明显时，即为“明显”。³⁰⁷

准则 12

关于在源自各国国内法或国际组织规则的限制之下暂时适用的协议

本准则草案不妨碍各国或国际组织在条约中或以其他方式同意在源自各国国内法或国际组织规则的限制之下暂时适用条约或条约之一部分的权利。

评注

(1) 准则草案 12 涉及各国和国际组织在同意暂时适用条约或条约之一部分时可能受到的源自其国内法和内部规则的限制。这类限制可能是实质性的或程序性的，如表示同意受条约约束方面的限制，或者同时具有这两种性质。各国和国际组织可同意在遵守源自国内法或组织规则的限制的情况下暂时适用，并可在同意暂时适用条约或条约之一部分时反映这些限制。

(2) 本条准则草案承认一国或一国际组织有权在同意暂时适用一项条约或条约之一部分时，确保此种同意符合源自其内部规定的限制。例如，本条准则草案规定

³⁰⁵ 1969 年《维也纳公约》第四十六条规定如下：

国内法关于缔约权限之规定

- 一. 一国不得以其同意受条约约束的表示违反该国国内法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。
- 二. 违反情事倘由对此事依通常惯例并秉善意处理之任何国家客观视之为显然可见者，即系显明违反。

³⁰⁶ 1986 年《维也纳公约》第 46 条规定如下：

一国国内法关于缔约权限的规定和一国际组织关于缔约权限的规则

1. 一国不得以其同意受条约约束的表示违反该国国内法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。
2. 一国际组织不得以其同意受条约约束的表示违反该组织关于缔约权限的规则为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。
3. 违反情事如对此事情上按照各国和在适当情况下按照各国际组织的通常惯例诚意地行事任何国家或任何国际组织客观明显时，即为明显。

³⁰⁷ 根据 1969 年《维也纳公约》第四十六条第二款和 1986 年《维也纳公约》第 46 条第 3 款。

了以下可能性：条约可明确提及国家的国内法或国际组织的规则，并规定此种暂时适用以不违反国家国内法或国际组织的规则为条件。³⁰⁸

(3) 本条准则草案的标题反映了暂时适用条约以相互同意为基础，并反映出也有可能暂时适用根据国内法或国际组织规则完全不可行。³⁰⁹

(4) 本条准则草案不应被解释为意味着需要有一项单独的协定，涉及从有关国家的国内法或国际组织的规则中产生的限制的适用性。任何此种从国内法产生的限制的存在，只要在条约本身、单独的条约或在关于暂时适用条约或条约之一部分的任何其他形式协议中足够明显即可。

第五章附件

条约的暂时适用方面的部分参考文献

A. 书籍

Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Azaria, Danae. *Treaties on Transit of Energy via Pipelines and Countermeasures*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Bjorge, Eirik. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Geslin, Albane. *La mise en application provisoire des traités*. Paris: Editions A. Pedone, 2005.

Gomaa, Mohammed M. *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Grignon, Julia. *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Geneva, Schulthess, 2014.

Gutiérrez Baylón, Juan de Dios. *Derecho de los Tratados*. Mexico City: Editorial Porrúa, 2010.

³⁰⁸ 例如见《能源宪章条约》第 45 条。

³⁰⁹ 见欧贸联国家与其他许多国家(即阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、加拿大、智利、埃及、格鲁吉亚、黎巴嫩、墨西哥、黑山、秘鲁、菲律宾、大韩民国、塞尔维亚、新加坡、前南斯拉夫的马其顿共和国、突尼斯和中美洲国家、海湾合作委员会成员国和南部非洲关税同盟国家)之间自由贸易协定的一些例子，这些协定在这方面使用了不同的用语，例如：“如果其宪法规定允许”、“如果其各自的法律要求允许”或“如果其国内要求允许”(www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements)。例如，欧贸联国家与南部非洲关税同盟国家之间的自由贸易协定第 43 条第 2 款规定如下：

第 43 条(生效)

[……]

2. 如果其宪法规定允许，任何欧洲自由贸易联盟国家或南部非洲关税同盟国家均可暂时适用本协定。应根据本款暂时适用本协定事宜通知保存人。

另见《欧洲委员会特权及豁免总协定》(1949 年 9 月 2 日，巴黎，《欧洲条约汇编》，第 2 号)第 22 条和《编纂欧洲药典公约》(1964 年 7 月 22 日，斯特拉斯堡，同上，第 50 号)第 17 条。

Klabbers, Jan, and René Lefeber, eds. *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, The Hague: Kluwer Law International, 1998.

Osminin, B.I. *The Adoption and Implementation by States of International Treaty Obligations*. Wolters Kluwer, 2006.

Quast Mertsch, Anneliese. *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Queen Mary Studies in International Law, vol. 9. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

Reuter, Paul. *Introduction au droit des traités*. 3rd ed. Geneva: Graduate Institute Publications, 1995/*Introduction to the Law of Treaties*. London and New York: Kegan Paul International, 1995.

Sarooshi, Dan. *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

Simonet, Loïc. *Le traité sur le commerce des armes : du premier instrument juridique consacré à la réglementation des transferts internationaux d'armes conventionnelle*. Paris: Editions A. Pedone, 2015.

Villager, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

B. 文章和书籍章节

Andrés Sáenz de Santa María, María Paz. “La aplicación provisional de los tratados internacionales en el derecho español”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 34, No. 1 (1982).

_____. La Unión Europea y el derecho de los tratados: una relación compleja. *Revista española de derecho internacional*, vol. 68/2 (July–December 2016).

Arsanjani, Mahnoush H., and W. Michael Reisman. Provisional application of treaties in international law: the Energy Charter Treaty awards. In Enzo Cannizzaro, ed. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Ascensio, Hervé. Article 70. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Aust, Anthony. Article 24. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Azaria, Danae. Exception of non-performance. In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015.

_____. Provisional application of treaties. In Duncan B. Hollis, ed. *The Oxford Guide to Treaties*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.

Bartels, Lorand. Withdrawing provisional application of treaties: has the EU made a mistake? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, No. 1 (2012).

Belz, Matthew. Provisional application of the Energy Charter Treaty: *Kardassopoulos v. Georgia* and improving provisional application in multilateral treaties. *Emory International Law Review*, vol. 22, No. 2 (fall 2008).

Bothe, Michael. Article 46. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Brölmann, Catherine and Guido Den Dekker. Treaties, Provisional application. In Anne Petters, ed. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

Cadilhac, Marie-Cécile. Association UE-Ukraine : débuts mouvementés d'application provisoire pour un accord ambitieux. *Revue trimestrielle de droit européen*, (2015).

Casey-Maslen, Stuart. Article 23: provisional application. In Stuart Casey-Maslen *et al.*, eds. *The Arms Trade Treaty: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Castillo de la Torre, Fernando. El Tribunal de Justicia y las relaciones exteriores tras el Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, No. 60 (May–August 2018).

Chamon, Merijn. Provisional application of treaties: the EU's contribution to the development of international law. *European Journal of International Law*, vol. 31, No. 3 (August 2020).

Charney, Jonathan. U.S. provisional application of the 1994 Deep Seabed Agreement, *American Journal of International Law*, vol. 88, No. 4 (October 1994).

Crnic-Grotic, V. Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties. *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1997).

Dalton, Robert E. Provisional application of treaties. In Duncan B. Hollis, ed. *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Da Silva, Clare, and Brian Wood. Article 7: export and export assessment. In Clare da Silva and Brian Wood, eds. *Weapons and International Law: The Arms Trade Treaty*. Brussels: Larcier, 2015.

Do Nascimento e Silva, Geraldo Eulalio. Le facteur temps et les traités. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 154 (1977).

Fahner, Johannes. The empire strikes back: Yukos-Russia, 1-1. EJIL:Talk! Blog of the *European Journal of International Law*, 26 May 2016. Available at www.ejiltalk.org/the-empire-strikes-back-yukos-russia-1-1/.

Fitzmaurice, Malgosia and Anneliese Quast. Review: La mise en application provisoire des traités. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, No. 2 (April 2007).

Flaesch-Mougin, Catherine, and Isabelle Bosse-Platière. L'application provisoire des accords de l'Union européenne. In *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Govaere, Inge, *et al.*, eds. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

Fukui, Yasuhito. CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 22, No. 2 (July 2017).

Gamarra, Yolanda. Current questions of State succession relating to multilateral treaties. In Pierre Michel Eisemann and Martti Koskeniemi, eds. *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague: Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2000.

García, Javier. La aplicación provisional de los tratados. In Spain, Ministry of Foreign Affairs, ed. *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*. Madrid: 1990.

Hafner, Gerhard. The “provisional application” of the Energy Charter Treaty. In Christina Binder *et al.* *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. Provisional application of treaties. *Austrian Review of International and European Law Online*, vol. 24, No. 1 (June 2021).

Jacobsson, Marie G. Syria and the issue of chemical weapons - a snapshot of a legal time-frame: the United Nations Security Council resolution 2118 (2013) and the OPCW Executive Council Decision. In Jonas Ebbesson *et al.*, eds. *International Law and Changing Perceptions of Security. Liber Amicorum Said Mahmoudi*. Leiden: Brill Nijhoff, 2014.

Jennings, Robert Y. Treaties. In Mohammed Bedjaoui, ed. *International Law: Achievements and Prospects*. Paris and Dordrecht, UNESCO and Martinus Nijhoff, 1991.

Klaus, Ulrich. The *Yukos* case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties. Policy Papers on Transnational Economic Law, No. 11. Halle: Transnational Economic Law Research Center, 2005.

Kohona, Palitha T. B. Reservations: discussion of recent developments in the practice of the Secretary-General of the United Nations as depositary of multilateral treaties. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, No. 2 (January 2005).

Koskenniemi, Martti. Paragraph 3: Law of Treaties. In Pierre Michel Eisemann and Martti Koskenniemi, eds. *State Succession: Codification Tested against the Facts*. The Hague: Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2000.

Krieger, Heike. Article 25. Provisional application. In Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd ed. Berlin: Springer, 2018.

Lefeber, René. The provisional application of treaties. In Jan Klabbers and René Lefeber, eds. *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1998.

_____. Treaties, provisional application. In Rüdiger Wolfrum, ed. *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Li, Fenghua. The *Yukos* cases and the provisional application of the Energy Charter Treaty. *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, No. 1 (2017).

Mathy, Denise. Article 25. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Michie, Andrew. The provisional application of arms control treaties. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, No. 3 (winter 2005).

_____. The provisional application of treaties in South African law and practice. *South African Yearbook of International Law*, vol. 30, No. 1 (2005).

_____. The role of provisionally applied treaties in international organisations. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 39, No. 1 (March 2006).

_____. Provisional application of non-proliferation treaties. In Daniel H. Joyner and Marco Roscini, eds. *Non-Proliferation Law as a Special Regime: A Contribution to Fragmentation Theory in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Niebruegge, Alex M. Provisional application of the Energy Charter Treaty: the *Yukos* arbitration and the future place of provisional application in international law. *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, No. 1 (2007).

Ouguergouz, Fatsah, Santiago Villalpando and Jason Morgan-Foster. Article 77: Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Provost, René. Article 73: Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Quast Mertsch, Anneliese. The reform measures of ECHR Protocol No. 14 and the provisional application of treaties. In Malgosia Fitzmaurice and Panos Merkouris, eds. *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Queen Mary Studies in International Law, vol. 12. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

Rogoff, Martin A. and Barbara E. Gauditz. The provisional application of international agreements. *Maine Law Review*, vol. 39, No. 1 (1987).

Rosenne, Shabtai. The depositary of international treaties. *American Journal of International Law*, vol. 61, No. 4 (October 1967).

_____. More on the depositary of international treaties. *American Journal of International Law*, vol. 64, No. 5 (October 1970).

Sagar, David. Provisional application in an international organization. *Journal of Space Law*, vol. 27, No. 2 (1999).

Schaus, Annemie. Article 27. Convention of 1969. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Schenker, Claude. L'application provisoire des traités: droit et pratique suisses. *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht: Revue suisse de droit international et européen*, 2015, vol. 25, No. 2, 217–238.

Simma, Bruno, and Christian J. Tams. Article 60. In Olivier Corten and Pierre Klein, eds. *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Talmon Stefan, and Anneliese Quast Mertsch. Germany's position and practice on provisional application of treaties. *GPIL – German Practice in International Law*, 25 February 2021.

Treves, Tullio. L'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les conditions de son universalisme. *Annuaire français de droit international*, vol. 39 (1993).

Vignes, Daniel. Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités. *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972).

Yihdego, Zeray. Article 23: provisional application. In Clare da Silva and Brian Wood, eds. *Weapons and International Law: The Arms Trade Treaty*. Brussels: Larcier, 2015.

C. 判例

General Agreement on Tariffs and Trade. Canada — Import, distribution and sale of certain alcoholic drinks by provincial marketing agencies, Report of the Panel, DS17/R, adopted on 18 February 1992.

_____. Report of the Panel, Norway — Restrictions on imports of apples and pears, L/6474, adopted on 22 June 1989.

_____. Report of the Panel, Thailand — Restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes, DS10/R, adopted on 7 November 1990.

_____. Report of the Panel, United States — Measures affecting alcoholic and malt beverages, DS23/R, adopted on 19 June 1992.

Netherlands, The Hague District Court, Cases Nos. C/09/477160/HA ZA 15-1; C/09/477162/HA ZA 15-2; C/09/481619/HA ZA 15-112, Judgment, 20 April 2016. Available at <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230>.

Netherlands, The Hague Appeals Court, Case No. 200.197.079/01, Judgment, 18 February 2020. Available at <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2020:234>.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.

Permanent Court of Arbitration, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

Permanent Court of Arbitration, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*, case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014.

D. 国际组织的决议和决定

Comprehensive Nuclear Test-Ban Treaty, Meeting of States Signatories, Resolution establishing the Preparatory Commission for the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Organization. CTBT/MSS/RES/1, adopted on 19 November 1996.

European Union, Council decision (EU) 2017/38 of 28 October 2016 on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its member States, of the other part, *Official Journal of the European Union*, L 11, 14 January 2017, p. 1080.

United Nations, Framework Convention on Climate Change, Ad Hoc Working Group on Further Commitments for Annex I Parties under the Kyoto Protocol. Legal considerations relating to a possible gap between the first and subsequent commitment periods. 20 July 2010. [FCCC/KP/AWG/2010/10](#).

_____, Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol. *Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its eighth session, held in Doha from 26 November to 8 December 2012. 28 February 2013*. [FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1](#).

_____, Conference of the Parties. Decision 1/CP.21 on adoption of the Paris Agreement, para. 5, in *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty-first session*. [FCCC/CP/2015/10/Add.1](#).

United Nations, General Assembly resolution [50/245](#) of 10 September 1996 on the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty.

United Nations, General Assembly resolution [67/234 B](#) of 2 April 2013 on the Arms Trade Treaty.

United Nations, General Assembly resolution 97(1) of 14 December 1946, modified by General Assembly resolutions 364 (IV) of 1 December 1949, 482 (V) of 12 December 1955 and [33/141](#) of 19 December 1978 on registration and publication of treaties and international agreements pursuant to Article 102 of the Charter of the United Nations.

E. 其他文献

1. 国际组织

Council of Europe, ed. *Treaty Making – Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

_____, Committee of Ministers. Minutes of the sitting held at the Sofia Hotel Balkan, Sofia, Bulgaria, 12 December 2016. CM/PV(2016)126-final, appendix 3, decision on tackling violent extremism and radicalisation leading to terrorism para. 3. Available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806c9744.

_____, Treaty Office. Draft model final clauses for conventions, additional protocols and amending protocols concluded within the Council of Europe. 12 February 2016. CAHDI (2016) 8.

European Commission. Provisional application of new agreement between the European Union and Afghanistan signals new phase in cooperation. Press release, 30 November 2017. Available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5008_en.htm.

Organization for the Prohibition of Chemical Weapons. Syria's accession to the Chemical Weapons Convention enters into force. 14 October 2013. Available at www.opcw.org/news/article/syrias-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force/.

United Nations, General Assembly, Report of the Secretary-General on examples of precedents of provisional application, pending their entry into force, of multilateral treaties, especially treaties which have established international organizations and/or regimes. 12 June 1973. A/AC.138/88.

_____, General Assembly. Report of the Secretary-General on strengthening and coordinating United Nations rule of law activities. 27 July 2015. A/70/206, para. 11.

_____. *Final Clauses of Multilateral Treaties: Handbook* (United Nations publication, Sales No. E.04.V.3).

_____, Office of Legal Affairs. *Treaty Handbook*, (United Nations publication, Sales No. E.12.V.1).

_____. *Repertory of Practice of United Nations Organs, Supplement No. 3*, vol. IV, arts. 92–111 of the Charter (United Nations publication, Sales No.: E.73.V.2).

_____. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, vol. V, Articles 92–111 of the Charter (United Nations publication, Sales No: 1955.V.2 (vol. V)).

_____. *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, ST/LEG/7/Rev.1 (United Nations publication, Sales No. E.94.V.15), paras. 237–241.

_____. *Summary of Practice of the Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties*, ST/LEG/7/Rev.1. (United Nations publication, Sales No. E/94/V.5).

2. 国家

Estonia, Foreign Relations Act, adopted on 15 June 2006, *Riigi Teataja*, I 2006, 32, 248, entered into force on 1 January 2007. Available at www.riigiteataja.ee/en/eli/517012014001/consolide.

France, Circular of 30 May 1997 on the preparation and conclusion of international agreements, *Journal officiel de la République française*, No. 0125, 31 May 1997, 8415. The text of the circular is available at www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000200416.

Nigeria, Ministry of Foreign Affairs. The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States [1975–2010]. Abuja, 2011.

Peru. Reservation to the Vienna Convention on the Law of Treaties. C.N.1021.2000.TREATIES-2 (Depositary Notification). Available on the website of the United Nations Treaty Collection, at <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2000/CN.1021.2000-Eng.pdf>.

Spain. *Boletín Oficial del Estado*, No. 288 (28 November 2014), sect. I, p. 96841.

Switzerland, Federal Justice and Police Department. Réglementer clairement l'application à titre provisoire de traités internationaux. 19 February 2004. Available at www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2004/2004-02-19.html.

Turkey, Constitution of the Republic of Turkey. Available at https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf.

United States of America, Library of Congress Report on the Law of the Sea Treaty: alternative approaches to provisional application, 93rd congress, 2nd session, House Committee on Foreign Affairs (4 March 1974). *International Legal Materials*, vol. 13, No. 2 (1974), at p. 456.

3. 国际法委员会

Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat. 24 March 2017. A/CN.4/707.

Third report on identification of customary international law, by Sir Michael Wood, Special Rapporteur. 27 March 2015. [A/CN.4/682](#).

Third report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, by Mr. Georg Nolte, Special Rapporteur, 7 April 2015. A/CN.4/683.

Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat. 25 November 2014. A/CN.4/676.

Yearbook ... 2013, vol. II (Part One), document A/CN.4/658, Provisional application of treaties: memorandum by the Secretariat.

Yearbook ... 2011, vol. II (Part Three), Guide to Practice on Reservations to Treaties.

Yearbook ... 2001, vol. II (Part Two) and corrigendum, articles on responsibility of States for internationally wrongful acts.

Yearbook ... 1974, vol. II (Part One), document A/CN.4/278, First report on succession of States in respect of treaties.

Yearbook ... 1966, doc. A/6309/Rev.1, part II, Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session.

Yearbook ... 1966, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, part II, annex, Comments by Governments on parts I, II and III of the draft articles on the law of treaties drawn up by the Commission at its fourteenth, fifteenth and sixteenth sessions.

Yearbook ... 1966, vol. II, draft articles on the law of treaties.

Yearbook ... 1965, vol. I, 790th meeting.

Yearbook ... 1965, vol. II, document A/6009, Report of the International Law Commission on the work of the first part of its seventeenth session.

Yearbook ... 1962, vol. I, 668th meeting.

Yearbook ... 1962, vol. II, document A/5209, Report of the International Law Commission covering the work of its fourteenth session.

Yearbook ... 1962, vol. II, document A/CN.4/144, First report on the law of treaties, by Sir Humphrey

Waldock.

Yearbook ... 1959, vol. I, 487th meeting.

Yearbook ... 1959, vol. II, Brierly, J.L., First report on the law of treaties, document A/CN.4/23.

4. 条约

Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties (Vienna, 23 August 1978), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1946, No. 33356, p. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 23 May 1969), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232, p. 331.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 21 March 1986). A/CONF.129/15.

5. 其他

International Law Association. *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 2004*. Arms Control and Disarmament Law. Final Report of the Committee.

Michie, Andrew. “The provisional application of treaties with special reference to arms control, disarmament and non-proliferation instruments”, Master of Laws dissertation, University of South Africa, 2004.

第六章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

53. 委员会在第五十九届会议(2007 年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案，并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。³¹⁰ 同届会议上，委员会请秘书处编写一份关于本专题的背景研究报告，该研究报告提交给了委员会第六十届会议(2008 年)。³¹¹

54. 特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008 年)收到并审议了初步报告，第六十三届会议(2011 年)收到并审议了第二次和第三次报告。³¹² 委员会第六十一届会议(2009 年)和第六十二届会议(2010 年)未能审议本专题。³¹³

55. 委员会第六十四届会议(2012 年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替不再是委员会委员的科洛德金先生担任特别报告员。³¹⁴ 委员会同届会议(2012 年)收到并审议了该特别报告员提交的初步报告，第六十五届会议(2013 年)收到并审议了她的第二次报告，第六十六届会议(2014 年)收到并审议了她的第三次报告，第六十七届会议(2015 年)收到并审议了她的第四次报告，第六十八届会议(2016 年)和第六十九届会议(2017 年)收到并审议了她的第五次报告，第七十届会议(2018 年)和第七十一届会议(2019 年)收到并审议了她的第六次报告，第七十一届会议(2019 年)收到并审议了她的第七次报告。³¹⁵ 委员会在特别报告员

³¹⁰ 在 2007 年 7 月 20 日第 2940 次会议上(《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 376 段)。大会在 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议第 7 段中注意到委员会决定将本专题列入其工作方案。在第五十八届会议(2006 年)上，委员会已根据其报告附件 A 中所载建议，将本专题列入长期工作方案(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 257 段)。

³¹¹ 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 386 段。秘书处编写的备忘录见 A/CN.4/596 和 Corr.1。

³¹² 分别为 A/CN.4/601、A/CN.4/631 和 A/CN.4/646。

³¹³ 见《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 207 段；和同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 343 段。

³¹⁴ 同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 266 段。

³¹⁵ 分别为 A/CN.4/654、A/CN.4/661、A/CN.4/673、A/CN.4/686、A/CN.4/701、A/CN.4/722 和 A/CN.4/729。

第二、第三、第四和第五次报告提出的条款草案基础上，暂时通过了七条条款草案及其评注。关于定义的第 2 条草案案文仍在拟订中。³¹⁶

B. 本届会议审议此专题的情况

56. 委员会收到了特别报告员的第八次报告(A/CN.4/739)。该报告审查了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系；审议了建立法院地国和官员所属国之间争端解决机制的问题；并审议了可有助于解决在确定和适用豁免过程中出现的实际问题的良好做法的问题。根据报告中对这些问题的处理，还提出了关于第 17 条和第 18 条草案的建议。

57. 委员会在 2021 年 5 月 12 日至 21 日举行的第 3520 次、第 3521 次和第 3523 至第 3528 次会议上审议了第八次报告。

58. 对该报告进行辩论后，委员会在 2021 年 5 月 21 日举行的第 3528 次会议上，决定根据委员会的辩论情况和所提建议，将特别报告员第八次报告所载的第 17 和第 18 条草案转交起草委员会。

59. 在 2021 年 6 月 3 日和 7 月 26 日举行的第 3530 次和第 3549 次会议上，委员会收到并审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.940、A/CN.4/L.953 和 Add.1)，并暂时通过了第 8(前)、第 8、第 9、第 10、第 11 和第 12 条草案(见下文 C.1 节)。

60. 在 2021 年 8 月 3 日至 5 日举行的第 3557 次至第 3561 次会议上，委员会通过了第 8(前)、第 8、第 9、第 10、第 11 和第 12 条草案的评注(见下文 C.2 节)。

1. 特别报告员介绍第八次报告

61. 特别报告员回顾说，在提交委员会第七十一届会议审议的第七次报告中，她完成了对 2012 年提交委员会的工作计划中所提问题的审议。但在第七次报告第五章，她特别提请注意三个值得委员会在一读结束前加以审查的一般性问题，即国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系、建立争端解决机制的

³¹⁶ 见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 48-49 段。

委员会在 2013 年 6 月 7 日第 3174 次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第 1、第 3 和第 4 条草案，在 2013 年 8 月 6 日和 7 日第 3193 至第 3196 次会议上通过了其评注(同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 48-49 段)。

委员会在 2014 年 7 月 25 日第 3231 次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第 2 条草案(e)项和第 5 条草案，在 2014 年 8 月 6 日和 7 日的第 3240 至第 3242 次会议上通过了其评注(同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 130-132 段)。

委员会在 2016 年 7 月 27 日第 3329 次会议上暂时通过了经起草委员会暂时通过和委员会第六十七届会议注意到的第 2 条草案(f)项和第 6 条草案，在 2016 年 8 月 11 日第 3345 次和第 3346 次会议上通过了其评注(同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 194-195 段和第 250 段)。

委员会在 2017 年 7 月 20 日第 3378 次会议上经记录表决暂时通过了第 7 条草案，在 2017 年 8 月 3 日和 4 日第 3387 至第 3389 次会议上通过了其评注(同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 74、第 76 和第 140-141 段)。

在 2019 年 8 月 6 日第 3501 次会议上，起草委员会主席介绍了起草委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”的临时报告，其中载有起草委员会在第七十一届会议上暂时通过的第 8(前)条草案(A/CN.4/L.940)。委员会注意到起草委员会关于第 8(前)条草案的临时报告，该报告提交委员会仅供参考(同上，《第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 125 段和脚注 1469)。

可能性以及将良好做法建议列入条款草案的可能性。第八次报告审议了这些问题。

62. 特别报告员解释说，第八次报告分为导言和四个章节。导言的目的是说明委员会对此专题的处理情况。第一章审查了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系。第二章审议了与争端解决有关的问题，并提议为此建立一个具体机制。第三章讨论了推荐的良好做法问题。第四章涉及未来的工作计划。

63. 关于起草委员会尚未审查的条款草案，特别报告员说，她在本届会议开始前举行了两轮非正式磋商，以审查委员会工作的现状，并提出建议，便利起草委员会在 COVID-19 大流行病造成的困难情况和本届会议采取的工作方法下取得进展。她对参加磋商的委员表示感谢。

64. 关于国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系，特别报告员回顾说，在第六次报告中，她提到需要在随后的报告中讨论与国际刑事法庭合作的义务可能对国家官员的外国刑事管辖豁免产生的影响。³¹⁷ 有两个事件使她未在本第七次报告中讨论这个问题。一是豁免与合作义务之间的关系问题已经在约旦移交巴希尔案中向国际刑事法院提出，当时该案尚未审结。二是报告完成时联大议程上有一个项目，涉及可能请求国际法院就国家元首豁免问题及其与同国际刑事法院合作的义务之间的关系提供咨询意见。³¹⁸ 特别报告员指出，对咨询意见的需要似乎已经减弱，而且国际刑事法院在 2019 年 5 月 6 日就上述案件作出了判决。³¹⁹ 因此，当前的情况使委员会能够从总体上处理国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系。

65. 处理本专题的两位特别报告员都分析了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系问题。它与委员会通过的第 1 条草案中界定的条款草案范围密切相关。本专题显然不涉及国际刑事法庭的豁免。但也不可否认，不能抽象地讨论国家官员的外国刑事管辖豁免问题，也不能无视为审议国际社会关注的罪行而设立的国际刑事法庭的存在。鉴于国家官员可能犯下国际罪行，之后可能会在国家或国际刑事法院受到起诉，因此，似乎无法否认本专题与国际刑事管辖权之间存在关系。这种关系还与问责制原则和打击国际法规定的罪行的有罪不罚现象这两个委员会辩论中反复出现的主题密切相关。

66. 与国际刑事法庭和本专题之间的关系有关的具体问题出现在两个方面。一是对源自与国际刑事法庭合作义务的豁免例外可能作出的界定。二是在这一合作义务下外国刑事管辖权的地位。委员会在 2016 年和 2017 年讨论了第一个问题，决定不在第 7 条草案中保留这一例外。第二个问题在国际刑事法院上诉分庭对约旦移交巴希尔案的判决中得到解决，法院在该判决中确认，当《罗马规约》³²⁰ 缔

³¹⁷ A/CN.4/722, 第 43 段。

³¹⁸ 议程项目 89，题为“请求国际法院就各国根据不同国际法渊源在国家元首、政府首脑和其他高级官员豁免方面承担的法律义务的后果提供咨询意见”(A/73/251 和 Add.1)。

³¹⁹ 《苏丹达尔富尔局势，检察官诉奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔案，约旦移交巴希尔案上诉判决书》，上诉分庭 2019 年 5 月 6 日判决(ICC-02/05-01/09-397-Corr)。

³²⁰ 1998 年 7 月 17 日，罗马，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页。

约国根据法院的协助请求行事时，系该国协助法院行使其管辖权，而不是在行使国家刑事管辖权。³²¹

67. 特别报告员重申了她在第七十一届会议上口头表达的以及在第八次报告中表达的观点，即委员会审查国际刑事法院的判决对其工作目的而言既无益处，也无必要。必须在《罗马规约》确立的具体法律制度背景下理解该判决，而且似乎不可能将其推及委员会审议的本专题，本专题具有一般范围，应适用于其刑事管辖权可能出现豁免问题的任何国家。

68. 然而，特别报告员认为，委员会在审议与国际刑事法庭有一定关系的问题时，忽视这些法庭的存在似乎是不合理的。虽然本专题的范围仅限于外国刑事管辖豁免，但一些委员会委员和国家都表示，委员会正在开展的工作不应忽视国际社会在国际刑法领域取得的成就，其工作不应改变或损害国际刑法的实质性和体制性规范。

69. 提交委员会审议的第 18 条草案³²²对此作出了回答。它是一项不妨碍条款，将保障适用于国家刑事法院和国际刑事法庭的豁免制度的分离和独立性，并维护国际刑事法庭运作的特殊规范。特别报告员还注意到第 18 条草案和第 1 条草案第 2 款作为不妨碍条款的相似之处，并建议将前者作为第 1 条草案第 3 款纳入。

70. 关于争端解决问题，特别报告员指出，如第八次报告所述，第六次和第七次报告提出的程序性规定旨在帮助官员所属国和法院地国之间建立信任，从而促进解决在确定和适用豁免过程中可能出现的争端。尽管如此，所涉国家之间法律立场的不同仍有可能导致只能通过当代国际法中适用的和平手段来解决的争端。因此，特别报告员认为，有必要在本条款草案中列入一项关于解决争端的具体规定。

71. 显然，法院地国和官员所属国之间可能产生的任何争端均可提交各国接受的争端解决机制，这在实践中也确实发生过。但这些传统的争端解决机制往往以事后方式运作，作为恢复国际合法性的最后手段。它们没有为各国在早期解决争议、避免造成今后难以扭转的既成事实提供机会。

72. 第 15 条草案中提出的协商机制和第 13 条草案(重新编号为第 12 条草案)规定的信息交流系统都是为了促进争端早日解决。但如果两者均不起作用，也可以建立一个机制，将争端提交给中立和公正的第三方。特别报告员解释说，该机制要发挥作用，应围绕两个基本要素构建：一是将提交第三方解决争端与法院地国暂停行使刑事管辖权联系起来；二是第三方所作决定具有约束力。

73. 提交委员会的建议选择了仲裁或国际法院，以避免设立特设机构所需的漫长谈判过程。据认为，这两种机制及其程序规则为各国所熟知。国际法院作为国际法普通法院的地位也将使该法院特别适合就外国刑事管辖豁免案件中可能出现的复杂问题作出裁决。

³²¹ 见上文脚注 319。

³²² 特别报告员提出的条款草案如下：

“第 18 条草案

本条款草案不妨碍国际刑事法庭运作所遵循的规则。”

74. 基于这些考虑，提交委员会审议的拟议第 17 条草案³²³ 建立了一个分为三个连续阶段的争端解决制度：协商、谈判(均作强制性机制理解)和诉诸仲裁或国际法院(作为自愿性质的替代机制)。这一模式受当代国际法中现行的争端解决一般规则的约束，将为各国提供一个维护各自权益的有用工具，避免造成既成事实。

75. 特别报告员指出，委员会在最近的很多工作中都纳入了关于争端解决的规定，包括在不遵循条款草案传统模式的项目，例如关于一般国际法强制性规范(强行法)的工作中。但她承认，争端解决机制与规范性文书特别相关，委员会尚未决定是否向联大建议使本条款草案成为一项条约。即使不成为一项条约，第 17 条草案从专门讨论程序性规定和保障的条款草案第四部分来看也是完全合理的。

76. 关于良好做法，特别报告员回顾说，在第七次报告中，她提出了在条款草案中提到一些可推荐各国采纳的良好做法的可能性。这些做法特别包括由一个高级别国家当局就豁免的确定和适用作出决定，以及各国起草手册或指南，供参与确定和适用豁免过程的国家机构使用。特别报告员解释说，提出这种办法是因为据发现，在一些情况下，国家主管当局不熟悉国际法中的豁免引起的特殊问题、豁免与国际法基本原则的关系以及有关外国官员豁免的决定可能对法院地国的国际关系产生的影响。

77. 在委员会第七十一届会议的辩论中，一些委员谈到了良好做法问题，特别报告员回顾说，所表达的意见差别很大。一种提议是将条款草案第四部分改为一个附件，作为良好做法向各国推荐。特别报告员认为这种形式不合适。另一些委员认为，将良好做法纳入条款草案无益。第三组委员认为，虽然纳入良好做法可能有用，但起草需要很长时间，会使委员会推迟完成此专题的工作。

78. 特别报告员还指出，委员会第七十一届会议工作报告请各国提供资料，说明“是否面向有权做出可能会影响外国官员及其在法院地国领土内刑事管辖豁免的任何决定的国家官员和机构，发过有关手册、指南、规程或业务指示。”³²⁴ 只有一个国家对此作了答复，说没有这种指南。

79. 鉴于所表达的各种考虑，特别报告员解释说，第八次报告没有就推荐的良好做法提出具体建议。但这并不妨碍将她指出的那些做法纳入条款草案，无论是在第四部分，还是在一般性评注中。

³²³ 特别报告员提出的条款草案如下：

“第 17 条草案

争端的解决

1. 如经法院地国和官员所属国协商之后，在确定和适用豁免方面仍存在分歧，则两国应尽力通过谈判尽快解决争端。
2. 如在不超过[6][12]个月的合理期间内未能通过谈判达成解决办法，法院地国或官员所属国均可向对方建议将争端提交仲裁或提交国际法院。
3. 如已将争端交付仲裁或提交国际法院，则法院地国应暂停行使管辖权，直至主管机关作出最终裁决。”

³²⁴ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 29 段。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

80. 委员们赞扬特别报告员就第八次报告所做的广泛工作，认为该报告在充分研究的基础上对本专题与国际刑事管辖权之间的关系、增加一项争端解决条款的可能性和推荐的良好做法等问题进行了清晰、简洁和全面的处理。委员们对她在会议之前和会议期间组织的几轮非正式磋商表示赞赏。据指出，这使起草委员会得以在本届会议上取得工作进展。

81. 有人回顾说，特别报告员现已完成其关于此专题的工作计划，包括第八次报告中涉及的其他问题。一些委员表示希望委员会在本届会议上或本五年期内完成一读。强调了在一读结束时让各国有机会对整套条款草案发表评论的重要性。还有人指出，本专题自 2007 年以来一直被列入委员会当前的工作方案，使之成为委员会审议时间最长的专题之一。有人认为，委员会就本专题开展工作所花的时间反映了其复杂性及其一些基本方面的争议性。在这方面，有人指出，各国曾呼吁委员会就本专题的前进方向达成一致。对此，一些委员建议，委员会在完成关于本专题的一读之前，需要克服委员们对第 7 条草案的不同意见。还回顾了审议不可侵犯性问题和第 2 条草案(原第 3 条草案)中未确定的定义的必要性。

(b) 具体评论

第 18 条草案

82. 委员们一致认为，国际刑事法庭的任何豁免问题都不属于本专题的范围。若干委员指出，特定国际刑事法庭的豁免受确立其自身法律制度的文书管辖。但一些委员认为，委员会应在条款草案中具体述及这种关系。有人指出，这两个法律领域都有促进问责和防止国际法规定的最严重罪行有罪不罚的重要目标。有人指出，国际性刑事法院行使管辖权往往必须依赖国家。一些委员表示，应避免给国际刑法的实质性和体制性规范的解释和适用蒙上阴影。特别回顾了《罗马规约》缔约国与国际刑事法院合作的义务以及各国根据安全理事会第 955(1994)号和第 827(1993)号决议承担的合作义务的重要性。还有一些委员指出，在过去的实践中，安全理事会根据《联合国宪章》第七章采取行动，为各国规定了协助他国进行刑事调查的横向义务。但一些委员也强调，条款草案的编写方式必须使之平等适用于《国际刑事法院罗马规约》的缔约国和非缔约国。

83. 一些委员支持列入第 18 条草案，并赞同特别报告员的观点，即不妨碍条款将有助于处理条款草案与国际刑事法庭运作规则之间的关系。有人认为，本套条款草案表明其既不适用于、也不涉及国际刑事法庭的自主制度。有人建议第 18 条草案向各国明确，本套条款草案不影响各国以前可能接受或承担的任何其他义务。还有人指出，委员会在以前的工作中经常使用不妨碍条款，这些条款是为了界定专题的范围，而不是建立等级关系。

84. 其他一些委员反对通过第 18 条草案。有人认为，国家管辖权和国际管辖权之间可能的重叠不足以在二者之间建立关系。一些委员认为，此专题与国际刑事法庭之间的关系已在第 1 条草案第 1 款和评注中阐明。一些委员还怀疑，本套条款草案如在没有第 18 条草案的情况下获得通过，会破坏国际刑法的发展。有人表示关切说，不妨碍条款可能被解释为在国际刑事法庭规范和关于国家官员在国

内法院豁免的法律之间建立等级关系。还有人指出，使国际刑事法院的管辖权优先于国内法院的管辖权，将有违补充性原则。有人强调，关于此专题与国际刑事法庭之间关系的规定不应确立习惯国际法中不存在的豁免例外。一些委员强调，虽然各国可以在其相互关系中商定不承认豁免，但不能将这些规则扩大到其他国家。关于安全理事会的授权，有人回顾需要密切注意这种授权的案文，以确定其内容。有人指出，以前涉及国家对国际罪行管辖权的文书，包括防止及惩治危害人类罪条款草案和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》³²⁵，并不包含类似的不妨碍条款。此外，一些委员认为，审议第 18 条草案的复杂性可能会对完成本专题的一读造成不必要的延误。

85. 有几位委员提到国际刑事法院上诉分庭对约旦移交巴希尔案的判决。一些委员指出，该判决不合理，并存在争议。因此，这些委员认为不妨碍条款的措辞不应对该判决表示认可，并指出，不应在评注中将该判决与第 18 条草案联系起来。但一些委员不同意上述说法。有一种观点认为，委员会不应对国际刑事法院上诉分庭在约旦移交巴希尔案中的判决作出评价，该判决涉及上诉分庭完全有法定权限处理的法律事项。无论如何，委员们普遍认为，委员会不需要也不应该在关于本专题的工作中讨论这一判决。

86. 关于第 18 条草案的案文，提出了一些具体建议。为顾及既非完全国内性质也非完全国际性质的混合法庭的存在，一些委员支持关于提及“国际化刑事法庭”而不是“国际刑事法庭”的建议。还有人建议借鉴《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》³²⁶ 中的保留条款案文，在“国际刑事法庭……所遵循的规则”中加上“和惯例”等字。还有人表示支持明确提及安全理事会决定所产生的义务。一些委员对第 18 条草案所涵盖的规则的范围过于宽泛或不明确表示关切。有人指出，第 18 条草案中提出的不妨碍条款比第 1 条草案相关评注的范围更大，因为前者提及的是国际刑事法庭的“运作”，后者提及的则是这些法庭的豁免。有一项建议是完善案文，将其改为：“本条款草案不妨碍根据设立国际刑事法庭的相关组成文书，在此类国际刑事法庭适用豁免。”另一项建议是提及国际法规定的国家既有义务。其他委员提出，“管辖权”是适当的用语，因为国际刑事法庭不存在豁免。在这方面，有人强调，案文中应考虑到多个此类管辖权的存在。还有人建议，最好有一项条款，规定本套条款草案“不涉及”国际刑事法庭的问题。

87. 关于拟议案文的位置，若干委员表示，他们倾向于将该项规定作为第 1 条草案新的第 3 款列入。一些委员认为，这将突出第 1 条草案第 2 款已经包含的不妨碍条款与第 18 条草案之间的关系。其他委员认为两种位置均可接受。有人强调，无论如何，这两项规定须一并阅读。

88. 由于特别报告员没有提出第 18 条草案的标题，有人建议，如果该项规定作为一个单独的条款草案保留，可以采用“与国际化法庭的关系”这一标题。其他建议的标题包括“不妨碍”、“与专门条约制度的关系”、“本条款草案范围以外的情况”和“本条款草案与设立国际刑事法庭的文书之间的关系”等。

³²⁵ 2006 年 12 月 20 日，纽约，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页。

³²⁶ 分别为 1961 年 4 月 18 日，维也纳，同上，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页，以及 1963 年 4 月 24 日，维也纳，同上，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页。

第 17 条草案(争端的解决)

89. 一些委员同意列入一项关于争端解决的条款草案。有人指出, 争端解决条款可视为最后的程序性保障, 并以第 8 至 16 条草案为基础。条款草案中提出的程序机制可以看作是一个整体, 旨在很好地平衡法院地国和官员所属国的利益。有人指出, 列入这一条款可能会受到各国的欢迎, 有些国家一直在考虑建立一个国际机制来解决与国家官员豁免有关的争端。此外, 在实际层面上, 一些委员指出, 在一读时列入一项争端解决条款会引发各国提出可能有益的评论。但也有人认为, 不适合在整套条款草案中添加争端解决条款。特别是, 有人表示, 各国可能不愿建立一个可被视为限制其行使国家刑事管辖权的机制。

90. 一些委员认为, 只有当条款草案意在成为一项条约时, 争端解决条款才具有相关性。有些委员认为, 列入争端解决条款并不取决于委员会最终工作结果的性质。有人指出, 尚不能排除条款草案成为条约的可能性, 因此认为争端解决条款是适当的。若干委员认为需要进一步明确该条款的预期目的, 以确定其适当的措辞。一些委员认为, 如果条款草案意在成为一项条约, 一个典型的仲裁条款会更合适。但如果条款草案无意成为一项条约, 则关于程序性建议的更笼统的条款比较合适。

91. 一些委员认为, 委员会在最近的其他专题工作中通过的与争端解决有关的规定可以作为这项规定的范本, 并特别提到关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案³²⁷ 的结论 21 和防止及惩治危害人类罪条款草案³²⁸ 第 15 条: 前者被认为是向各国提出程序性建议的一个可能的模式; 后者是有效的仲裁条款的良好范例。但一些委员建议在本套条款草案中忽略防止及惩治危害人类罪条款草案第 15 条草案第 3 款和第 4 款中涉及对争端解决的保留的内容。还有人认为, 结论草案 21 不是一个适当的模式, 因为委员会关于一般国际法强制性规范(强行法)的工作尚未完成。还有人回顾, 拟订结论草案 21 的动机在于《维也纳条约法公约》³²⁹ 第 53 条的特殊谈判历史, 这不适用于本专题。

92. 一些委员对第 17 条草案所载的争端解决手段表示了看法。有人指出, 该条草案侧重于谈判、仲裁和司法解决, 而没有提及《联合国宪章》第三十三条规定的和平解决争端的其他手段。一些委员支持在该条草案中增加更多的手段。有人认为, 扩大手段选择范围将使这项规定与国家实践更加一致。《联合国海洋法公约》³³⁰ 第十五部分被认为是一个可能的模式。

93. 还有人强调, 应着重指出所有国家根据《宪章》第二条第三款和第三十三条有义务通过和平手段解决它们之间的任何分歧。一些委员强调了各国自由选择争端解决手段的重要性。有人建议, 要么在条款草案中增加一个明确提及该原则的款项, 要么在评注中解释这一点。还有人指出, 第 17 条草案并不违背自由选择手段的原则, 而是可以视为对这种自由的行使。

³²⁷ 《大会正式记录, 第七十四届会议, 补编第 10 号》(A/74/10), 第 56 段。

³²⁸ 同上, 第 44 段。

³²⁹ 1969 年 5 月 23 日, 维也纳, 联合国, 《条约汇编》, 第 1155 卷, 第 18232 号, 第 331 页。

³³⁰ 1982 年 12 月 10 日, 蒙特哥湾, 同上, 第 1833 卷, 第 31363 号, 第 3 页。

94. 关于第 1 款，一些委员要求进一步澄清协商和谈判之间的区别。有人提议，可以修改该款，在“谈判”之前加上“通过它们自己选择的任何其他手段所进行的”。有人建议将“尽快”改为“在可行的情况下尽快”，以便各国具有适当的灵活性。另外，有人提议添加协商和谈判的时限，以便利争端的解决。

95. 关于第 2 款，有人认为，将争端提交司法或仲裁解决是否是强制性的这一点不清楚。一些委员支持使用强制性措辞，使第 17 条草案成为一项仲裁条款。但其他委员更喜欢当前的措辞。有人建议，如果这项规定是为了提醒各国，则应当是一般性的。因此，一些委员认为，只有在该项规定是强制性的情况下，列入 6 个月或 12 个月的时限才有意义。还有人指出，鉴于豁免争端的敏感性，即使是 6 个月也可能拖延太久。有人要求澄清，在例如谈判没有合理的成功前景等情况下，可否在 6 个月或 12 个月的期限届满之前将争端提交司法或仲裁解决。一些委员建议提及更多司法机构，酌情包括国际海洋法法庭和最终的非洲司法和人权法院。还有人提议在所列的可用手段中增加调解、调停和斡旋。一些委员提议，第 17 条草案应澄清一国不接受另一国发出的争端解决邀请的后果。一些委员还认为，设立一个新的常设机构来处理豁免争端是不可取的。

96. 一些委员支持第 17 条草案第 3 款。但有些委员对这项规定表示怀疑。有人指出，与豁免有关的现有条约没有规定在国家间争端解决之前暂停国内程序。有一种观点是，在国际争端解决之前暂停国内程序将是对官员所属国的极大尊重。一些委员认为，该条款草案没有述及豁免所涉国家官员的情况。有人提议，该条款草案可以禁止刑事程序的进一步进行，对继续拘留的问题不作定论。一些委员建议，法院或仲裁庭应在临时措施范围内逐案处理暂停问题。有人指出，在过去向国际法院提出国家官员豁免相关申诉的案件中，该法院没有指示采取临时措施，下令暂停国内程序。另外还指出，有必要确保国内法律制度中有使任何暂停生效的规定。此外，一些委员建议，该条款草案应具体说明国际法院或仲裁法庭的最终裁决对国内程序的影响。还有人建议，争端解决条款可以确立一种初步移交程序，允许国内法院寻求第三方争端解决机制的指导。

97. 有人指出，拟议的第 17 条草案有可能妨碍现有的仲裁条款。建议增加一个不妨碍条款来解决这一问题。

98. 关于该条款草案的标题，有人提出，以“程序性要求”作为该条款的标题可能更合适，因为“争端的解决”意味着对各国规定有约束力的义务。

推荐的良好做法

99. 委员们普遍同意特别报告员的意见，即没有必要就推荐的良好做法提出新的建议。虽然一些委员原则上支持反映良好做法的想法，但一些委员认为，列入这些建议与本套条款草案的形式不符。其他委员还认为，就推荐的良好做法开展广泛工作，会不必要地导致委员会推迟完成对本专题的一读。还指出了制定一套易于适用于不同国家法律制度的良好做法所面临的潜在困难。若干委员表示支持特别报告员的提议，即述及在提交委员会的条款草案中，或者更有可能的是，在评注中已经指出的良好做法。还有人建议，可以从各国的评论中推断出它们所推荐的良好做法，因此没有必要在委员会的工作中直接提及这些做法。

3. 特别报告员的总结

100. 特别报告员感谢委员们对第八次报告的评论。她认为，委员们的评论、意见、批评和建议将有助于推进委员会的工作。

101. 特别报告员首先回应了对本专题工作进展情况的关切，指出委员会尚有几个实质性问题没有解决，需要进一步努力才能在一读通过条款草案之前成功解决。她注意到一些委员在这方面提到了关于属事豁免例外的第 7 条草案。但她强调，委员会正在处理一个造成法律困难和政治敏感性的问题方面取得高效进展。这一进展很大程度上归功于在现五年期和上一个五年期得到委员会广泛支持的工作计划和方法。她相信委员会将能本着其特有的合议精神，解决国际法的逐渐发展和编纂过程中不可避免出现的问题。

102. 关于委员会本专题工作的未来成果，特别报告员认为，本专题一直是以条款草案的形式拟定的，其目的是根据委员会促进国际法逐渐发展和编纂的任务，就本专题的一般规则向各国提出建议。她认为没有理由在现阶段改变委员会的工作形式，特别是考虑到工作的规范层面，并相信委员会同意这一观点。因此，委员会本专题的工作将采取条款草案的形式，无论委员会是否在二读时建议联大将其作为可能的条约的基础。她认为，正在编写的文书的性质和可能就条款草案的进一步处理向联大提出的建议是两个应当分开的问题。

103. 关于第 18 条草案，特别报告员指出，委员们的发言虽然表达了不同的意见，但反映了这个问题的重要性。

104. 关于条款草案的范围，特别报告员回顾说，一些委员认为委员会没有必要审查本专题与国际刑事法庭之间的关系，因为这个问题超出了本专题的范围。但她也注意到，大多数委员发言支持审查这一问题并保留第 18 条草案。特别报告员同意后一种做法，并认为，鉴于国际法的演变，很难证明有意避免提及适用于国际刑事法庭的制度的自主性是合理的。考虑到在实践中就国际刑事法庭管辖范围内的相同罪行提出外国刑事管辖豁免问题的案例数量之多，情况尤其如此。承认这种联系并正式宣布适用于此类法院的法律制度的自主性，不会影响本专题的范围，并将使委员会能够避免关于国内刑事法院和国际刑事法庭豁免的辩论。

105. 关于国际刑事法院在约旦移交巴希尔案中的判决，特别报告员回顾说，一些委员反对第 18 条草案，是因为担心该条草案与法院的判决直接相关，可能被解读为认可或支持该判决。特别报告员认为这种担心没有道理。虽然她在讨论这个问题前一直在等待国际刑事法院的判决，但她始终保留重新审视本专题与国际刑事法庭之间关系的权利。正如她在 2019 年已经指出的那样，委员会没有必要审议该判决，因为它与本专题无关。因此，她在第八次报告中提到该判决，仅限于回顾其主要结论，并解释为什么它与委员会的工作无关。她重申不能将第 18 条草案视为确认、认可或支持国际刑事法院的判决，并相信起草委员会在审议该条款草案时会考虑到委员们的关切。

106. 此外，特别报告员指出，虽然一些委员采用了第八次报告英文译文中的措辞，即对该判决的接受情况“并不友好”，³³¹但她认为更好的翻译是“存在争议”。

³³¹ A/CN.4/739, 第 23 段。

107. 关于拟议的不妨碍条款的效力问题，特别报告员注意到有人认为，第18条草案的拟议案文相当于承认，关于国际刑事法庭运作的规则在等级上高于关于国家官员外国刑事管辖豁免的规则。特别报告员同意关于国际刑事法庭的公约规范一般只适用于相关公约的缔约国这一观点，但不同意第18条草案会对该原则有任何影响。她回顾说，委员会在工作中经常使用不妨碍条款，委员会认为这种条款不会产生等级关系。相反，她同意一些委员的如下看法，即第18条草案只是将打算保持其有效性和不同适用领域的不同法律制度分开而已。

108. 关于第18条草案的位置，特别报告员指出，几乎所有支持列入第18条草案的委员都认为，该条款最好作为第3条草案第1款列入。这种安排比较合适，因为第18条草案与本套条款草案的范围密切相关，可以补充第1条草案第2款所载的不妨碍条款。特别报告员表示，她打算就此向起草委员会提出适当的建议。

109. 关于委员们提出的具体起草建议，特别报告员特别强调了提及“国际化”刑事法庭而不是“国际”刑事法庭的建议，但认为更合适的做法是将所有这些建议留给起草委员会研究。

110. 关于第17条草案，特别报告员强调，列入一项专门涉及争端解决的条款草案的提议得到了委员会大多数委员的支持。她还注意到，一些委员将列入争端解决条款草案与委员会工作的最终结果将是一项条约的想法联系起来。但另一些委员认为，争端解决条款也可以理解为条款草案第四部分所包含的程序性保障的延伸，因此，无论工作的最终结果如何，列入这样一个条款都是适当的。第17条草案与后一种观点相对应，这也解释了该条款直接放在第四部分其他拟议条款之后的原因。不过，特别报告员同意，委员会工作的最终结果可能与第17条草案的内容相关。传统的仲裁条款对条约草案而言可能更合适，如果委员会不打算提出条约，则指导各国如何解决争端的条款更合适。特别报告员不打算让该条草案成为一项仲裁条款，但愿意讨论起草委员会委员的意见和建议。她还回顾说，无论委员会对本专题工作性质的最终决定如何，在一读时列入一项争端解决条款以便各国就此提出反馈意见都是有益的。

111. 关于第17条草案所载的争端解决手段，特别报告员注意到在该条草案中纳入其他争端解决手段或其他司法机构的提议。但她认为该条款旨在为解决争端提供一个简单有用的模式。虽然各国显然可以使用任何其他争端解决手段，但在该条中重复这些可选择的手段没有什么意义。不过，特别报告员对于纳入对第17条草案的目的而言特别有用的其他具体手段的可能性持开放态度。鉴于本套条款草案的总体做法，她还认为宜将对司法手段的提及限于国际法院。关于对仲裁的提及，特别报告员解释说，笼统地提到尊重自由选择手段的原则是适当的，而从上下文来看，所提的显然与国家间仲裁有关。特别报告员还注意到委员们认为，设立一个专门机构是没有用的。

112. 关于拟议争端解决机制的特点，特别报告员针对辩论中提出的一个问题解释说，她的提议分为三个阶段：协商、谈判和司法或仲裁解决。她注意到协商和谈判可能会重叠，澄清说二者的区别在于正式程度，而且谈判的特定目的是为了找到双边解决办法。特别报告员还注意到委员们提出，如果有关国家决定将争端提交仲裁或国际法院，则应暂停行使国家管辖权。但她解释说，该条款旨在为官员所属国提供保障，防止滥用权力的或出于政治动机的起诉。她指出，需要考虑

到确保在保护法院地国利益和官员所属国利益之间取得适当平衡的必要性，以免造成既成事实，剥夺法院地国的刑事管辖权或官员所属国的豁免权。关于所提出的争端解决机制的结果在法院地国法律秩序中的法律效力问题，特别报告员表示她认为这个问题很重要，应由起草委员会审议，同时也应审议诉诸国际法院或仲裁的任择性质可能产生的实际后果。

113. 关于良好做法问题，特别报告员指出，委员们几乎一致支持她的提议，即不在本套条款草案中列入有关这个问题的条款。她表示，根据一些委员的建议，她打算在提交委员会的评注中提及良好做法的例子。

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文

1. 条款草案案文

114. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

国家官员的外国刑事管辖豁免

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员对另一国刑事管辖享有的豁免。
2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免，特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

第 2 条

定义

为本条款草案的目的：

.....

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人；

(f) “以官方身份实施的行为”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为；

第二部分

属人豁免*

第 3 条

享有属人豁免的人员

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

* 委员会正在审议第四部分中适用于本条款草案的程序性规定和保障措施。

第 4 条

属人豁免的范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职期间或任职之前的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。
3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

第三部分

属事豁免**

第 5 条

享有属事豁免的人员

国家官员在以此种身份行事时，对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

第 6 条

属事豁免的范围

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。
2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。
3. 根据第 4 条草案享有属人豁免的个人在任期届满后继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

第 7 条

不适用属事豁免的国际法下的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：
 - (a) 灭绝种族罪；
 - (b) 危害人类罪；
 - (c) 战争罪；
 - (d) 种族隔离罪；
 - (e) 酷刑；
 - (f) 强迫失踪。
2. 为了本条款草案的目的，国际法规定的上述罪行应根据本条款草案附件所列条约中这些罪行的定义来理解。

** 委员会正在审议第四部分中适用于本条款草案的程序性规定和保障措施。

第四部分***

第 8(前)条

第四部分的适用范围

本部分的程序性规定和保障措施适用于针对现任或前任外国官员的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载的任何条款草案的任何刑事诉讼，包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用。

第 8 条

法院地国审查豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，应立即审查豁免问题。
2. 在不妨碍第 1 款的情况下，法院地国主管当局审查豁免问题应总是：
 - (a) 在启动刑事诉讼前进行；
 - (b) 在采取可能影响另一国官员的强制措施，包括可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性的强制措施前进行。

第 9 条

通知官员所属国

1. 在法院地国主管当局启动刑事诉讼或采取可能影响另一国官员的强制措施前，法院地国应将此情况通知官员所属国。各国应考虑建立适当程序，以便利此种通知。
2. 除其他内容外，通知应包括该官员的身份、行使刑事管辖权的理由以及拟行使管辖权的主管当局。
3. 通知应通过外交途径发出，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式发出，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。

第 10 条

援引豁免

1. 一国在意识到另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权后，可为其官员援引豁免。应尽快援引豁免。
2. 援引豁免应以书面形式进行，表明该官员的身份和所任职务以及援引豁免的理由。
3. 援引豁免可通过外交途径进行，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到援引豁免有关通信的当局应立即将此情况通知任何其他相关当局。

*** 委员会尚未通过这一部分的标题。

第 11 条

放弃豁免

1. 官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃豁免必须总是以书面形式明确地表达。
3. 放弃豁免可通过外交途径表达，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式表达，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局。
5. 放弃豁免不可撤销。

第 12[13]****条

请求提供信息

1. 法院地国可请官员所属国提供其认为相关的任何信息，以便决定豁免是否适用。
2. 官员所属国可请法院地国提供其认为相关的任何信息，以便决定援引或放弃豁免。
3. 可通过外交途径请求提供信息，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 被请求国应善意地考虑任何关于提供信息的请求。

附件

第 7 条草案第 2 款提到的条约清单

灭绝种族罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日，第六条；
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，1948 年 12 月 9 日，第二条。

危害人类罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日，第七条。

战争罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日，第八条第二款。

种族隔离罪

- 《制止并惩处种族隔离罪行国际公约》，1973 年 11 月 30 日，第二条。

酷刑

**** 方括号内的数字是指特别报告员报告中条款草案的原来编号。

- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，1984 年 12 月 10 日，第 1 条第 1 款。

强迫失踪

- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，2006 年 12 月 20 日，第二条。

2. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

115. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第 8(前)条

第四部分的适用范围

本部分的程序性规定和保障措施适用于针对现任或前任外国官员的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载的任何条款草案的任何刑事诉讼，包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用。

评注

(1) 第 8(前)条草案是条款草案第四部分第一条，目的是界定第四部分的适用范围，并与分别关于前任或现任国家官员的外国刑事管辖属人豁免和属事豁免的第二部分和第三部分有关。通过提到第四部分与第二和第三部分之间的联系，第 8(前)条草案考虑到委员会以往工作中反映的平衡概念，其中包括第二部分和第三部分标题的脚注，该脚注指出，“委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障”。³³²

(2) 由于第四部分是条款草案的一个组成部分，其中所载的条款拟一般性地适用于条款草案中的其他条款。然而，委员会委员对第四部分的适用范围存在意见分歧，尤其是在其与委员会第六十九届会议(2017 年)暂时通过的第 7 条草案的关系方面。

(3) 一些委员认为，第四部分所载的程序性保证和保障只适用于可能存在豁免的情况，而第 7 条草案所列的罪行似乎不属于这种情况，因为它采用了绝对的措辞，规定属事豁免“不适用于国际法规定的如下罪行”。相反，一些委员支持对特别报告员提出的条款草案作更广泛的解释，并设想即使在第 7 条草案所述的情况下，程序性保障和保证也能发挥作用。

(4) 鉴于这一意见分歧，委员会暂时通过了第 8(前)条草案，其中明确指出，条款草案第四部分所载的所有程序性规定和保障“适用于针对现任或前任外国官员的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载的任何条款草案的任何刑事诉讼，包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用”。第 8(前)条草案

³³² 列入该脚注的决定是在委员会第六十九届会议(2017 年)暂时通过第 7 条草案时作出的。见《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 140 和第 141 段。特别见第 7 条草案评注第(9)段，其中指出，“为了反映委员会在处理本专题时对程序性的高度重视，一致同意在条款草案目前的案文中添加如下脚注：‘委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障’”。

不预断也不妨碍通过任何额外的程序性保证和保障，包括具体保障是否适用于第 7 条草案。

(5) 通过“包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用”一语，委员会确认，整个第四部分也适用于第 7 条草案。这一点特别体现在提及对豁免的确定上，这种确定被理解为决定豁免是否适用的过程，是第 13 条草案的主题，目前正在起草委员会审议当中。在确定属事豁免是否适用时，应考虑到委员会暂时通过的第 4、5 和 6 条草案中所列的规范性要素以及第 7 条草案中所述的例外情况。此外，根据第 8(前)条草案，在确定例外是否适用时，应遵守第四部分所载的所有程序性规定和保障。

(6) 有人建议第 8(前)条草案应明确提及第 7 条草案，以确保第四部分的规定和保障适用于该条，委员会虽然讨论了这个建议，但没有予以保留，而决定使用更笼统更中立的措辞，提到“依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用”。

(7) 第四部分适用于“针对外国官员的任何刑事诉讼”。在第 8(前)条草案中，“刑事诉讼”一词泛指法院地国为进一步行使刑事管辖权而可采取的不同步骤。鉴于各国法律制度和传统在实践中的差异，大家认为没有必要明确提及这些步骤的性质，这可能包括行政部门的行为以及法官和检察官实施的行为。无论如何，应当牢记，“刑事诉讼”一词的使用在条款草案一读通过之前最后修订时应予以审视，特别是为了确保该词和“行使刑事管辖权”一词的使用及其各自的含义在整个条款草案中是一致的、系统的。对此的审视应在委员会就“刑事管辖权”概念的定义作出决定后进行，此定义尚待起草委员会审议。

(8) 第 8(前)条草案使用了“针对现任或前任外国官员”一语。这反映出需要将外国官员与在法院地国打算启动的刑事程序以及可能适用的豁免联系起来。明确提到官员在与外国关系中可能的临时状况(前任或现任)，并不是要改变刑事管辖豁免的时间范围，因为如委员会在第 2 条草案(e)项的评注中指出的那样，这一要素与“官员”的定义无关，“属人豁免和属事豁免的时间范围是其他条款草案讨论的问题”。³³³ 因此，应参照关于属人豁免的第 4 条草案和关于属事豁免的第 6 条草案的规定来理解“前任或现任”一词。在一读通过条款草案之前，“外国官员”一词也应予以审视，以便决定应一致系统地使用该词语，还是其他条款草案中使用的“另一国官员”一词。

第 8 条

法院地国审查豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，应立即审查豁免问题。

2. 在不妨碍第 1 款的情况下，法院地国主管当局审查豁免问题应总是：

(a) 在启动刑事诉讼前进行；

(b) 在采取可能影响另一国官员的强制措施，包括可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性的强制措施前进行。

³³³ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 145 页，第 2 条草案(e)项评注第(12)段。

评注

(1) 第 8 条草案涉及法院地国主管当局拟对或确实对另一国官员行使刑事管辖权时，应当审查刑事管辖豁免问题的义务。“审查豁免问题”是指为评估法院地国当局涉及其刑事管辖的行为是否会影响另一国官员的刑事管辖豁免而采取的必要措施。因此，对豁免权的“审查”是一种准备行动，标志着一个程序的开始，该程序将以确定豁免权是否适用而结束。然而，豁免问题的“审查”和“确定”虽然密切相关，但却是不同的范畴。“豁免的确定”将在另一条款草案中处理，该条款尚待起草委员会审议。

(2) 第 8 条草案包含两款，分别用于界定一般规则(第 1 款)和适用于特定情况的特定规则(第 2 款)。在这两种情况下，审查豁免问题的义务都由法院地国“主管当局”承担。委员会决定不明确提及属于这一类别的国家机关，因为确定这些机关将取决于豁免问题出现的时间以及法院地国的法律制度。由于这些机关在每个国家内部法律制度中可能不同，据认为最好还是使用能够涵盖不同性质的机关的术语，包括行政机关、警察、检察机关和法院。就本条草案而言，确定哪些国家机关属于“主管当局”类别是一个应逐案考虑的问题。

(3) 第 1 款所载的一般规则界定了法院地国主管当局“一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，应立即审查豁免问题”的义务。

(4) 委员会认为，使用“另一国官员”一词比使用“外国官员”更为恰当。该用语相当于第 8(前)条草案中使用的“外国官员”和作为专题标题使用的“国家官员”(复数)，其定义载于委员会暂时通过的第 2 条草案(e)项。因此，此术语涵盖任何国家官员，无论级别如何，无论是受属人豁免还是属事豁免的保护，也无论在审议豁免问题时他们是否为在职官员。故按照条款草案第二部分和第三部分的规定，“另一国官员”一语应涵盖可受益于外国刑事管辖豁免的所有官员。

(5) 只有当另一国官员可能受到法院地国行使刑事管辖权的影响时，才会出现审查豁免问题的义务。在一般规则适用的情况下，委员会使用“行使刑事管辖权”一语，委员会认为这比“刑事诉讼”更可取，“刑事诉讼”是特别报告员提议的，被认为范围太窄。第 3、5 和 7 条草案中也使用了“行使刑事管辖权”一语，尽管相应评注中没有界定其范围。值得一提的是，“刑事管辖权”这一概念载于特别报告员第二次报告，³³⁴ 起草委员会尚未审议这一概念。在任何情况下，就第 8 条草案而言，“行使刑事管辖权”都应被理解为法院地国主管当局为确定一人或数人的刑事责任而可能采取的必要行为，但最终需依照委员会在适当时候通过的“刑事管辖权”的定义。这类行为可能具有不同的性质，并不限于司法行为，可包括政府行为、警察行为、调查或起诉。

(6) 然而，“行使刑事管辖权”这一一般类别所涵盖的所有行为并非都会产生审查豁免问题的义务。相反，只有当另一国官员可能受到这一类别涵盖的某一行为“影响”时，才会产生这种义务。根据国际法院对 2000 年 4 月 11 日逮捕令案³³⁵

³³⁴ 《2013 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661 号文件，第 41 和 42 页，第 36 至 42 段。

³³⁵ 见 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 22 页，第 54 和 55 段。

和刑事事项互助的若干问题案³³⁶的判决，一项特定的刑事诉讼措施只有在对外国官员施加义务从而妨碍或阻止其行使职能的情况下，才可能影响到该官员的豁免权。例如，不仅针对所称的犯罪事实，而且实际针对所涉人员启动初步调查或提起刑事诉讼，如果没有根据适用的国内法律对该人施加任何义务，就不能视为侵犯豁免权。法院地国还至少能采用不对该外国官员造成约束或制约的措施，收集案件的初步证据(收集证人证词、文件、物证等)。

(7) 第1款规定的一般规则特别重视法院地国主管当局审查豁免问题的时间，强调应及早审查，否则豁免制度的效力可能会受到损害。虽然对国家官员各种形式的外国刑事管辖豁免作出规定的条约都没有载列关于此问题的具体规则，但国际法院已明确表示，豁免问题应当及早，即在诉讼程序启动前加以审查。³³⁷考虑到这一点，委员会认为有必要清楚说明开始审查豁免问题的时间，具体表述如下：“一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响”。“一旦意识到”这一表达方式在某种程度上沿用了国际法学会在其2001年关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖和执行豁免的决议中使用的措辞，³³⁸使用这一表达方式是为了强调，对豁免问题的审查应尽快进行，而不需要等到正式司法程序开始之后。为强化这一点，使用了《维也纳领事关系公约》第三十六条和第三十七条中的“立即”一词。

(8) 第8条草案第2款载有一项特别规则，确定了法院地国主管当局应审查豁免问题的两种特殊情况。该款规定的特别制度作为“不妨碍”条款，维护第1款所载一般规则的适用性。在这方面，使用“不妨碍”一词是为了强调，一般规则适用于所有情况，不能受到第2款所载特别规则的影响或损害。第2款所载的特别规则的目的是提请法院地国主管当局注意其在采取该款所述的一项特别措施之前有义务审查豁免问题，如果它们尚未根据一般规则已经这样做的话。副词“总是”的使用意在强化这一点。

(9) 根据第2款所载的特别规则，豁免问题的审查应总是“在启动刑事诉讼前进行”((a)项)、“在采取可能影响另一国官员的强制措施……前进行”((b)项)。委员会选择这两种情况的理由是，这两种情况都涉及总是影响另一国官员的行为，如果发生这种行为，可能会侵犯该官员可能享有的任何外国刑事管辖豁免权。使用“前”一词的用意是要强化豁免问题的审查始终应在诉讼前进行这一原则。

³³⁶ 见刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国)，判决，《2008年国际法院案例汇编》，第177页起，见第236-237页，第170和171段。

³³⁷ 国际法院在关于人权委员会一名特别报告员享有法律程序豁免的争议的案件中处理了这一问题，澄清了《联合国特权和豁免公约》(1946年2月13日，纽约，联合国，《条约汇编》，第1卷，第4号，第15页，第90卷，第327页)所载特权和豁免对法官和律师独立性特别报告员在马来西亚被起诉的案件中的适用性(该特别报告员因在一次访谈中的言论而被起诉)。在这方面，国际法院应联合国经济及社会理事会的要求发表了一项咨询意见，其中指出，“豁免问题是初步问题，必须在诉讼开始前尽快解决”，这“是公认的程序法原则”，其目的并不是“剥夺豁免规则本身存在的理由”。法院以14票赞成、1票反对的表决结果认定，“马来西亚法院有义务将管辖豁免问题作为诉讼开始前的初步问题尽快解决”(关于人权委员会一名特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，《1999年国际法院案例汇编》，第62页起，见第88页，第63段，以及第90页，第67(2)(b)段)。

³³⁸ 国际法学会的决议第6条指出，“国家当局一旦意识到这种地位，应立即给予外国国家元首理应有享有的不可侵犯性、管辖豁免权和执行豁免权”(《国际法学会年鉴》，第69卷(温哥华会议，2001年)，第747页；可查阅学会网站(www.idi-iil.org)的“决议”栏目)。

(10) “刑事诉讼”一词是指启动司法程序，其目的是确定某人(在此是指另一国官员)可能承担的刑事责任。这一术语有别于“行使刑事管辖权”一词，如上文所述，后者具有更广泛的含义。委员会倾向于使用“启动刑事诉讼”，而不是“起诉”、“控告”或“指控”，或“启动审判”或“启动口头程序”，因为这些术语在每个国家国内法律制度中的含义都可能不同。因此，现决定使用更一般的术语，以便将根据法院地国国内法确定启动刑事司法程序的任何特定行为包括在内。如果要“启动刑事诉讼”，那就无论如何都应先审查豁免问题，这一要求符合国际惯例和判例。不过，这并不排除在稍后阶段，包括上诉阶段，在需要时审查豁免问题。

(11) “可能影响另一国官员的强制措施”是指法院地国主管当局针对该官员的、可在行使刑事管辖权的情况下随时采取的行为，无论是否已启动刑事诉讼程序。这些基本上是针对个人的措施，可能影响官员的行动自由、让其出庭作证或被引渡到第三国等等。这些措施并不一定意味正在进行“针对该官员的刑事诉讼”，但可能属于“行使刑事司法管辖权”的范畴。由于这类措施在每个国家国内法律制度中可能不同，据认为最好还是使用“强制措施”这一笼统术语来指“权力行为”。“强制措施”一词是国际法院在2000年4月11日逮捕令案中使用的术语，并受到国际法院在刑事事项互助的若干问题案中推理的启发。³³⁹

(12) 在实践中可以采取的最常见的强制措施之一是拘留官员。塞拉利昂问题特别法庭在查尔斯·泰勒一案中宣布，在下令拘留之前必须审查豁免问题。上诉分庭在2004年5月31日的决定中指出：“如果坚持认为在任国家元首在提出豁免问题之前必须先被监禁，那就不仅实质上与主权豁免概念的全部目的背道而驰，而且还在不考虑案情实质的情况下假定存在与这一概念的例外有关的问题，而这些问题应在审查豁免问题之后再确定。”³⁴⁰ 因此，委员会认为有必要在审议豁免时处理关于拘留的问题。

(13) 关于这一问题，应当指出，条款草案的适用范围仅限于外国刑事管辖豁免，因此不涵盖不可侵犯性问题。然而，尽管管辖豁免和不可侵犯性是两个不同且不可互换的类别，但同样肯定的是，各项国际条约同时述及这两个问题，如《维也纳外交关系公约》³⁴¹ 规定，“外交代表人身不得侵犯。外交代表不受任何方式之逮捕或拘禁”(第二十九条)，³⁴² “对外交代表不得为执行之处分”(第三

³³⁹ 2000年4月11日逮捕令案(见上文脚注335)，第22页，第54段；刑事事项互助的若干问题案(见上文脚注336)，第236-237页，第170段。

³⁴⁰ 检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒，塞拉利昂特别法庭，上诉分庭，SCSL-2003-01-I案，关于管辖豁免的决定，2004年5月31日，第30段。判决文本可查阅特别法庭网站(www.scsldocs.org)，“Documents”，“Charles Taylor”。

³⁴¹ 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第500卷，第7310号，第95页。

³⁴² 同样的规定见《特别使团公约》(1969年12月8日，纽约)，同上，第1400卷，第23431号，第231页，第29条；《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》(1975年3月14日，维也纳)，联合国，《1975年法律年鉴》(出售品编号：E.77.V.3)，第87页，或联合国关于国家在其对国际组织关系上的代表权问题会议正式记录，1975年2月4日至3月14日，维也纳，第二卷，会议文件(联合国出版物，出售品编号：E.75.V.12)，第207页，A/CONF.67/16号文件，第28条和58条。这方面更微妙的措辞，见《维也纳领事关系公约》，第四十一条第一和第二款。

十一条第三款)。³⁴³ 同样,还应提及国际法学会关于国家元首和政府首脑根据国际法享有的管辖豁免和执行豁免的决议(第 1 和 4 条)。³⁴⁴

(14) 另一方面,委员会考虑到,在某些情况下,拘留另一国官员可能会影响管辖豁免。因此,该条草案第 2 款(b)项最后说明,强制措施“包括”那些“可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性”的措施。“该官员根据国际法可能享有”一语旨在提请大家注意,并非每一位另一国官员仅仅因为其为官员就享有不可侵犯性。

第 9 条 通知官员所属国

1. 在法院地国主管当局启动刑事诉讼或采取可能影响另一国官员的强制措施前,法院地国应将此情况通知官员所属国。各国应考虑建立适当程序,以便利此种通知。
2. 除其他内容外,通知应包括该官员的身份、行使刑事管辖权的理由以及拟行使管辖权的主管当局。
3. 通知应通过外交途径发出,或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式发出,其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。

评注

(1) 第 9 条草案涉及通知事项,法院地国应就其打算对另一国官员行使刑事管辖权一事通知另一国。

(2) 大家普遍认为,给予国家官员外国刑事管辖豁免是出于国家利益,因此应由国家而不是官员决定是援引还是放弃豁免。有鉴于此,官员所属国还必须决定以何种方式要求尊重其官员的豁免。然而,为了行使这些权力,官员所属国必须意识到另一国当局打算对其一名官员行使刑事管辖权。

(3) 委员会注意到,规定国家官员享有某种形式的外国刑事管辖豁免权的条约文书,没有任何条款规定法院地国有义务将其打算对另一国官员行使刑事管辖权一事通知官员所属国,只有《维也纳领事关系公约》第四十二条有此规定。³⁴⁵ 委员会还考虑到,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》假定,法院地国必须将其对另一国行使管辖权的意向通知另一国,为此在《公约》第 22 条中规定了“送达传票或对一国提起诉讼的其他文书”的方式。³⁴⁶ 虽然这一规定采用的模式不同于外国刑事管辖豁免模式,但不可否认的是,关于诉讼的通知是相关国家援引

³⁴³ 同样的规定见《特别使团公约》,第三十一条;以及《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》,第三十条和第六十条第二款。

³⁴⁴ 《国际法学会年鉴》,第 69 卷(见上文脚注 338),第 745 和 747 页。

³⁴⁵ 《公约》第四十二条如下:“遇领馆馆员受逮捕候审或羁押候审,或对其提起刑事诉讼时,接受国应迅即通知领馆馆长。倘领馆馆长本人为该项措施之对象时,接受国应经由外交途径通知派遣国。”《维也纳外交关系公约》、《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》和《特别使团公约》没有类似的规定。

³⁴⁶ 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004 年 12 月 2 日,纽约),《大会正式记录,第五十九届会议,补编第 49 号》(A/59/49),第一卷,第 59/38 号决议,附件。

豁免的基本要求，因此，为本条草案的目的，可比照考虑这一规定。考虑到这一点，委员会决定将通知作为程序性保障之一列入条款草案第四部分。

(4) 通知是一项基本要求，能确保官员所属国可靠地了解法院地国对其一名官员行使刑事管辖权的意图，从而能够决定援引或放弃豁免。同时，通知有助于法院地国和官员所属国之间启动对话，从而成为确保适当确定和适用国家官员的外国刑事管辖豁免的一项同样基本的要求。因此，委员会将通知视为条款草案第四部分界定的一项程序性保障。“通知”和“协商”的概念不能混为一谈，因为协商的时间较晚；协商是第 15 条草案的主题，尚待起草委员会审议。

(5) 第 9 条草案分为三款，分别涉及通知的时间、通知的内容以及法院地国发出通知可用的方式。

(6) 第 1 款提到通知的时间。考虑到通知的目的，通知应及早发出，只有这样，通知才能充分有效。然而，不能忽视的是，通知可能会对法院地国行使刑事管辖权产生不利影响，在此项行动处于非常初步的阶段时特别如此。一方面，法院地国有义务通知官员所属国，另一方面，法院地国有权开展刑事管辖活动，这些活动可能影响多个主题和事实，而不一定影响另一国官员。在这两者之间取得平衡，被认为是必要的。为解决这一问题，下列情况被确定为通知的关键时刻：

(a) 启动刑事诉讼；(b) 采取可能影响另一国官员的强制措施。通知必须在上述任何一种情况发生之前作出。因此，本条草案第 1 款与第 8 条草案第 2 款(a)项和(b)项保持一致，以便使通知官员所属国的时间与法院地国主管当局必须审查豁免问题特殊情况的时间保持一致，如果法院地国主管当局还没有审查过豁免问题的话。“刑事诉讼”和“可能影响另一国官员的强制措施”应按照第 8 条草案的评注中的描述予以理解。

(7) “另一国官员”一词在本条款草案中的使用等同于“国家官员”，因此应根据委员会暂时通过的第 2 条草案(e)项所载定义予以理解。如该条草案的评注所指出的，“国家官员”一词的使用不影响豁免的时间范围，³⁴⁷ 该时间范围根据适用于属人豁免和属事豁免的特定规则而定。³⁴⁸ 该评注与本条款草案同样相关，在“另一国官员”类别下，应列入根据条款草案第二部分和第三部分的规定可享有豁免权的另一国官员。因此，“另一国官员”一词既可以指在法院地国试图行使刑事管辖权时在任的官员，也可以指前任官员，但两者均可享有某种形式的豁免。

(8) 向各国提出的第 1 款第二句是考虑到一些国家的国内制度可能没有程序让行政当局、法官或检察官办公室之间进行沟通。³⁴⁹ 在这种情况下，法院地国履行就其对一名官员提起刑事诉讼或采取强制措施一事通知官员所属国的义务可能会受到很大阻碍，特别是因为在实践中，关于另一国官员的外国刑事管辖豁免问题的沟通往往是通过外交渠道进行的。因此，委员会认为有必要在第 1 款中列入最后这句话，提请各国注意这一问题。不过，还考虑到各国国内法律制度和做法的

³⁴⁷ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 145 页，第 2 条(e)项草案评注第(12)段。

³⁴⁸ 见第 4 条草案第 1 款和第 3 款(属人豁免)和第 6 条草案第 2 款和第 3 款(属事豁免)。

³⁴⁹ 见特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第七次报告(A/CN.4/729)所载对这一问题的分析，第 121-126 段。

多样性，决定使用非规定性措辞，使各国能够评估其各自法律制度中是否存在上述程序，如果有，再决定是否采用这些程序。为此，使用了动词“审查”。

(9) 第 2 款阐述通知的内容。考虑到通知的目的，其内容可能因具体情况而异，但应始终包括足够的信息，使官员所属国能够就援引或放弃其一名官员可能享有的豁免作出判断。委员会虽然对是否列入该款举行了讨论，但最终选择保留该款，因为它有助于确保法院地国向官员所属国提供起码的相关信息。然而，考虑到各国法律制度和做法不同，可能会规定以不同的方式披露有时可能只有检察官或法官才能获得的某些信息内容，该款的目的是给法院地国留下余地。因此，第 2 款力求在赋予法院地国在行使刑事管辖权方面充分的自由裁量权和确保其向官员所属国提供充分信息之间取得平衡。正因为考虑到这一点，在列举第 9 条草案所指通知中无论如何要列入的信息内容之前使用了“除其他内容外”一语。

(10) 通知中应包含的信息分为三类：(a) 官员的身份；(b) 行使刑事管辖权的理由；(c) 行使管辖权的主管当局。官员的身份是官员所属国评估所涉人士是否实际上是其官员之一并决定援引或放弃豁免的一个基本要素。关于应通知官员所属国的实质性信息，委员会认为，如特别报告员最初的建议所述，仅限于“可能受行使刑事管辖权影响的官员的行为”是不够的。因此，该款中使用了“行使刑事管辖权的理由”一词，其措辞更为笼统，不仅可以在通知中列入与官员行为有关的事实要素，还可以包括关于行使管辖权所依据的法院地国法律的信息。最后，委员会认为应在基本信息清单中列入有关在通知所涵盖的具体案件中行使管辖权的主管当局的信息。之所以有此必要，是因为官员所属国可能有兴趣了解负责决定启动刑事诉讼或采取强制措施机构，以便酌情与这些机构进行沟通，并在其认为适当的情况下提出豁免问题。考虑到在每个国家国内法律体系中有权采取这类行动并审查豁免问题的机构可能不同，才使用了“主管当局”这一通用术语，可涵盖法院地国的法官、检察官或警官以及其他政府当局。之所以使用单数形式的“主管当局”，是因为在通知所涉案件中已经确定主管机关，但这不排除由多个机关行使管辖权的可能性。

(11) 第 3 款是关于法院地国通知官员所属国可用的通信方式。任何关于国家官员刑事管辖豁免的国际条约都没有涉及这一问题。但是，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规定了送达传票或对一国提起诉讼的其他文书的方式，其中第 22 条第 1 款规定如下：“(a) 按照对法院地国和有关国家有约束力的任何可适用的国际公约；(b) 如果法院地国法律未作禁止，则按照求偿方和有关国家关于送达诉讼文书的特殊安排；或(c) 如无此公约或特殊安排，则：(一) 通过外交渠道送交有关国家的外交部；或(二) 采取有关国家接受的不受法院地国法律禁止的任何其他方式。”

(12) 委员会认为，在本条款草案中指明法院地国可用于通知目的的通信渠道是有益的。为此，第 3 款界定了一个模式，其中纳入了“外交途径”和“相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式”。

(13) 在国家官员的外国刑事管辖豁免问题出现的情况下，通过外交途径沟通是最常用的，这在很大程度上是因为，对另一国某一官员适用或不适用外国刑事管辖豁免的问题是一个敏感话题，是“官方事项”，因此应适用《维也纳外交关系

公约》第四十一条第二款的规定。³⁵⁰ 正因为如此，“外交途径”被放在首位，以突出其在实践中的更大分量。“通过外交途径”是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 22 条第 1 款(c)项(一)目的措辞，委员会曾在关于预防和惩治危害人类罪的条款草案中使用过该措辞。³⁵¹ 由于这一表述在《公约》各正式版本中并不完全相同，因此在本第 9 条草案中保留了每种语文版本中最初使用的术语。

(14) 除“外交途径”外，还考虑到各国可以使用其他通信方式发出与豁免有关的通知，其中一些方式在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 22 条已经提到。为此，在第 3 款中列入了“相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式”。这界定了一种替代方式，其使用应由有关国家根据具体情况决定，并可反映在一般国际条约和有关国家可能达成的其他协定中。由于国家间通信方式可以在涉及广泛问题的文书中加以规定，因此列入了“为此目的”一词，以强调在任何情况下都可以订立相关协议，可适用于产生国家官员的外国刑事管辖豁免问题的情况。然而，这并不意味着这些协议应该专门针对豁免权，也不应该对豁免的通知问题作出明确规定。最后，应注意一点，“相关国家[……]接受的”这一表达方式是要求其他通信方式必须得到法院地国和官员所属国的接受。

(15) 第 3 款最后一个短语指出，相关国家“为此目的”接受的其他通信方式“可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式”。特别报告员在其最初提案中建议使用这一通信方式时，引起了激烈的辩论，有人提出了诸如“国际合作和司法协助条约”这一概念本身的问题，此类条约并不专门对豁免问题作出规定，而且考虑到根据此类条约可以发出和接收通知的国家当局类型，这可能会将外交部和负责国际关系的其他机关排除在第 9 条草案所指的通知程序之外。尽管如此，委员会决定保留提及各国之间的这一通信方式，但有一项谅解是，此通信方式有时被各国使用，可能是便利通知的有用工具。

(16) 就本条草案而言，“国际合作和司法协助条约”是指为便利国家间刑事事项合作和司法协助而缔结的文书，这些文书可以是多边或双边性质的。这类多边条约包括但不限于《欧洲刑事事项互助公约》³⁵² 及其两项附加议定书；³⁵³ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》；³⁵⁴ 《欧洲引渡公约》³⁵⁵ 及其四项附加议定书；³⁵⁶

³⁵⁰ 根据该条，“使馆承派遣国之命与接受国洽商公务，概应径与或经由接受国外交部或另经商定之其他部办理”。

³⁵¹ 委员会通过的条款草案案文及其评注见《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 44 和 45 段。

³⁵² 《欧洲刑事事项互助公约》(1959 年 4 月 20 日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第 472 卷，第 6841 号，第 185 页。

³⁵³ 《欧洲刑事事项互助公约附加议定书》(1978 年 3 月 17 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1496 卷，第 6841 号，第 350 页；《欧洲刑事事项互助公约第二附加议定书》(2001 年 11 月 8 日，斯特拉斯堡)，同上，第 2297 卷，第 6841 号，第 22 页。

³⁵⁴ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》(1972 年 5 月 15 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1137 卷，第 17825 号，第 29 页。

³⁵⁵ 《欧洲引渡公约》(1957 年 12 月 13 日，巴黎)，同上，第 359 卷，第 5146 号，第 273 页。

³⁵⁶ 《欧洲引渡公约附加议定书》(1975 年 10 月 15 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1161 卷，第 5146 号，第 450 页；《欧洲引渡公约第二附加议定书》(1978 年 3 月 17 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1496 卷，第 5146 号，第 328 页；《欧洲引渡公约第三附加议定书》(2010 年 11 月 10 日，斯特拉斯堡)，同上，第 2838 卷，第 5146 号，第 181 页；《欧洲引渡公约第四附加议定书》(2012 年 9 月 20 日，维也纳)，欧洲委员会，《欧洲委员会条约汇编》，第 212 号。

《美洲刑事事项互助公约》；³⁵⁷《美洲引渡公约》；³⁵⁸《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》；³⁵⁹理事会2009年11月30日关于预防和解决刑事诉讼中行使管辖权冲突的框架决定(2009/948/JHA)；³⁶⁰《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》；³⁶¹《葡萄牙语国家共同体成员国引渡公约》；³⁶²以及《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系明斯克公约》和《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系基希讷乌公约》。³⁶³关于双边条约，由于数目很多，不可能列入本评注中，但至少可以提及在各国际组织内拟订的示范条约，这些示范条约构成许多双边协定的基础。这些条约包括《刑事事项互助示范条约》、³⁶⁴《刑事事件转移诉讼示范条约》³⁶⁵和《引渡示范条约》。³⁶⁶所有这些文书都载有关于国家间通信方式的规定，可用于第9条草案所述的通知。

(17) 第9条草案将国际合作和司法协助条约中确立的通信方式称为“其他通信方式”的一个子类别，其使用条件是这些方式是“适用的”，这意味着法院地国和官员所属国都是上述条约的当事方，其中所定的制度在可能出现有关国家的外国刑事管辖豁免问题的情况下能够产生效果。

(18) 无论如何，应当指出，除适用的条约中已经确立的通信方式外，第9条草案第3款没有就通信方式问题对各国提出新要求。

(19) 最后，关于通知的形式，委员会委员对是否应采用书面形式表达了不同的意见，他们评估了在通知过程中避免滥用的必要性，以及通知行为本身有时需要的灵活性。最后，各位委员认为无须明确说明通知应以书面作出。虽然大家认为通知最好以书面形式发出，但也不排除其他可能性，特别是考虑到通知(特别是通过外交途径发出的通知)往往先是口头作出，随后再书面作出，无论其形式如何(普通照会、信函或类似形式)。

³⁵⁷ 《美洲刑事事项互助公约》(1992年5月23日，拿骚)，美洲国家组织，《条约汇编》，第75号。

³⁵⁸ 《美洲引渡公约》(1981年2月25日，加拉加斯)，联合国，《条约汇编》，第1752卷，第30597号，第177页。

³⁵⁹ 《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》(2000年5月29日，布鲁塞尔)，《欧洲共同体公报》，C197, 2000年7月12日，第3页。

³⁶⁰ 《欧洲联盟公报》，L328, 2009年12月15日，第42页。

³⁶¹ 《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》(2005年11月23日，普拉亚)，《共和国公报》，第一卷，第177号，2008年9月12日，第6635页。

³⁶² 《葡萄牙语国家共同体成员国引渡公约》(2005年11月23日，普拉亚)，同上，第178号，2008年9月15日，第6664页。

³⁶³ 《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系公约》(1993年1月22日，明斯克)，载于独立国家联合体(独联体)国家元首理事会和政府首脑理事会信息报告“Sodruzhestvo”，第1(1993)号；《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系公约》(2002年10月7日，基希讷乌)，同上，第2(41)(2002)号。

³⁶⁴ 《刑事事项互助示范条约》，大会1990年12月14日第45/117号决议，附件(后来经大会1998年12月9日第53/112号决议修订，附件一)。

³⁶⁵ 《刑事事件转移诉讼示范条约》，大会1990年12月14日第45/118号决议，附件。

³⁶⁶ 《引渡示范条约》，大会1990年12月14日第45/116号决议，附件(后来经大会1997年12月12日第52/88号决议修订，附件)。

第 10 条 援引豁免

1. 一国在意识到另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权后，可为其官员援引豁免。应尽快援引豁免。
2. 援引豁免应以书面形式进行，表明该官员的身份和所任职务以及援引豁免的理由。
3. 援引豁免可通过外交途径进行，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到援引豁免有关通信的当局应立即将此情况通知任何其他相关当局。

评注

(1) 第 10 条草案从两个角度看待援引豁免的问题：一是承认官员所属国援引豁免的权利；二是叙述关于援引豁免的时间、内容和通信方式的程序方面。此外，第 10 条草案还提到需向法院地国主管当局通知援引豁免的信息。本条款草案不涉及援引的效果，这将在稍后阶段讨论。因此，委员会通过的本条草案中没有包括特别报告员最初提出的关于自行决定审议豁免问题的第 6 款³⁶⁷或起草委员会一名成员提出的关于援引豁免可能产生的暂缓效果的新提案。

(2) 第 10 条草案第 1 款采纳了特别报告员最初提议的条款草案第 1 款和第 2 款。内容基于承认官员所属国有权在另一国试图对其官员行使刑事管辖权时援引其官员的豁免权。虽然关于国家官员外国刑事管辖的某种形式豁免的条约没有明确提到援引豁免或官员所属国的相应权利，但援引国家官员的豁免是一种普遍做法，被认为是国际法所涵盖的。援引豁免有双重目的，一方面，这是官员所属国要求尊重豁免的一个手段，另一方面，这有助于寻求行使管辖权的国家了解这一情况，并在确定豁免的过程中考虑到官员所属国提供的信息。

(3) 援引豁免的权利属于官员所属国。豁免的目的是维护官员所属国的主权，这意味着承认豁免是为了国家的利益，而不是个人的利益，这一事实很容易证明上述论点是合理的。³⁶⁸因此，援引豁免的决定和与援引豁免有关的任何决定均应

³⁶⁷ 特别报告员在其第七次报告中最初提议的条款草案第 6 款案文如下：“无论如何，有权确定豁免的机关应自行决定是否对享有属人豁免的国家官员适用豁免，而不论官员所属国是否援引豁免”(A/CN.4/729, 第 69 段)。

³⁶⁸ 这是一个无可争辩的问题，也反映在一些条约中，例如《维也纳外交关系公约》在序言中指出，“此等特权与豁免之目的不在于给与个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务”(第四段)。下列文书的序言里也有几乎相同的措辞：《维也纳领事关系公约》(第五段)、《特别使团公约》(第七段)和《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(第六段)。同样，国际法学会在其关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖豁免和执行豁免的决议序言中指出，国家元首和政府首脑作为国家的代表，应得到特殊待遇，“不是为了他们的个人利益，而是因为有必要让他们为了有关国家和整个国际社会的利益，独立、有效地履行职责”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文脚注 338)，第 743 页，第三段)。委员会处理这一专题的两位特别报告员也表示了相同的看法(见《2010 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/631 号文件，第 395 页起，见第 402 页，第 19 段；《2011 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/646 号文件，第 223 页起，见第 228 页，第 15 段；《2013 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661 号文件，第 35 页起，见第 44 页，第 49 段)。

由国家本身作出而不是由官员作出。无论如何，这是一项任选性质的权利，才使用了“一国……可为其官员援引豁免”这一措辞。

(4) 援引豁免的权力属于官员所属国，大家认为没有必要确定有权就援引豁免作出决定的当局或有权援引豁免的当局。这类当局是哪些取决于国内法，但应理解为包括根据国际法负责国际关系的当局。然而，这并不排除由国家为此目的而特别授权的人援引豁免，在刑事诉讼中尤其如此。

(5) 因此，援引豁免必须被理解为官员所属国的一种官方行为，据此告知试图行使刑事管辖权的国家，有关人士是其官员，在该国看来，此人士享有豁免权，由此可能产生后果。故越早援引豁免，越有用。这一点反映在下列表述中：官员所属国在“意识到另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权”后即可援引豁免。

“另一国”被认为比“法院地国”更可取，其涵盖面更广泛更全面，特别是因为援引豁免可以在严格意义上的刑事诉讼程序启动之前。“意识到”这一表述沿用了第8条草案中使用的词语。关于官员所属国意识到这一情况的方式，委员会首先考虑到了“通知”与“援引”之间的关系。通知的目的是将法院地国主管当局行使刑事管辖权的意图告知官员所属国，从而构成官员所属国了解此一情况的主要来源。然而，委员会并不是要排除官员所属国可能以另一种方式意识到这一情况的可能性，这包括从本国官员处收到的信息以及从任何其他信息来源收到的信息。因此，此处没有提及将第9条草案所述的通知作为确定可以援引豁免的时间的相关行为。

(6) 第1款规定，官员所属国在意识到另一国“可能或正在对其官员行使刑事管辖权”后，可援引豁免。采用这一措辞是为了表明，官员所属国有时可能在较晚时候才意识到对其官员采取的行动，但这不能剥夺官员所属国援引豁免的权利，尤其是在可能影响该官员的管辖行为已经在实施的情况下。

(7) 第1款最后一句是，“应尽快援引豁免”。使用“尽快”一词是因为官员所属国必须分析各种相关因素(法律和政治)，以便决定是否援引豁免，如果是的话，还要确定援引的范围。考虑到官员所属国需要的时间可能因情况而异，使用该词比“尽可能从速”或“在合理时间内”更为可取，后者的解释可能有歧义。此外，“尽快”一语还提请注意及早援引豁免的重要性。

(8) 无论如何，应当牢记，援引豁免对官员所属国而言是一种保障措施，由于这个原因，官员所属国是“尽快”援引豁免的一个利害关系方，但这并不妨碍该国在任何其他时间援引豁免。“可”字的用法应按此理解。援引豁免应依法进行，不论其效果会否因不同情况而不同。

(9) 第2款涉及援引豁免的方式和豁免的内容。委员会考虑到，官员所属国援引豁免会影响确定豁免权的进程，可能阻止法院地国行使管辖权。因此，大家认为，援引须书面为之，而无论形式为何。援引豁免时应该明确提到官员的身份和职务，以及援引豁免的理由。

(10) “所任职务”指官员的头衔、职级或级别(例如，国家元首、外交部长或法律顾问)。无论如何，提及官员所任职务在任何情况下都不应解释为将较低级别的官员排除在外国刑事管辖豁免权适用范围之外。如委员会所述，“鉴于‘国

家官员’的概念完全基于有关个人代表国家或行使国家职能这一点，因此，其职位高低与定义的唯一目的无关”。³⁶⁹

(11) 委员会认为，规定官员所属国应说明其援引的豁免类型(属人豁免或属事豁免)是不合适的，这可能是过高的技术要求。提及官员的职务和援引豁免的理由可为法院地国评估本条款草案第二部分或第三部分所载规则是否适用提供依据。

(12) 第 3 款说明援引豁免可用的方式。该款沿用了第 9 条草案第 3 款的模式，在一般含义方面可参考第 9 条草案第 3 款评注。然而，应当指出，委员会对本条款草案第 3 款的措辞作了一些修改，以便使其适应援引的具体特点。具体而言，所用的措辞是“援引豁免可……”，而不是“应”，借此表明不排除以其他方式援引官员的刑事管辖豁免，特别是可以在刑事诉讼中通过法院地国法律允许的司法行为援引豁免。

(13) 第 4 款的目的是确保官员所属国援引豁免一事为豁免问题所涉另一国主管当局所知，另一国主管当局应审查或确定豁免的适用。这是为了防止援引豁免仅仅因为没有告知需要审查豁免问题或对其作出判断的当局而无法产生效果。本款反映了审查和确定豁免问题的义务由国家承担的原则，国家必须采取必要措施履行这一义务，因此这被认为是既有利于官员所属国又有利于拟行使刑事管辖权的国家的程序性保障。然而，鉴于各国现有法律制度和做法各不相同，以及需要尊重自行安排原则，大家认为没有必要说明哪些当局有义务报告或哪些当局应收到援引通知。从逻辑上来看，有一项谅解是，这两种情况下都涉及试图或正在对另一国官员行使刑事管辖权的国家当局，而“其他相关当局”是指有权参与审查或决定豁免问题的当局。在这两种情况下，主管当局是指行政机关、司法机关还是指检察官办公室，甚至是指警察当局，都是无关紧要的。

第 11 条 放弃豁免

1. 官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃豁免必须总是以书面形式明确地表达。
3. 放弃豁免可通过外交途径表达，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式表达，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局。
5. 放弃豁免不可撤销。

评注

(1) 第 11 条草案从两个角度处理豁免放弃问题，一是承认官员所属国放弃豁免的权利，二是阐述与放弃的形式和表达方式有关的程序方面事项。此外，第 11 条草案还提到需将豁免已经放弃的情况通知法院地国主管当局。虽然第 11 条草

³⁶⁹ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 145 页，第 2 条草案(e)项评注第(14)段。

案的结构沿用了第 10 条草案的模式，但两者的内容并不相同，援引和弃权是不同的做法，不能混淆。

(2) 与援引相反，放弃管辖豁免的问题委员会在以前的若干条款草案³⁷⁰中已详细讨论过，并反映在国际条约中。一些国际条约以这些条款草案为基础，规定了某些国家官员的某些形式的外国刑事管辖豁免。这些条约包括《维也纳外交关系公约》(第三十二条)、《维也纳领事关系公约》(第四十五条)、《特别使团公约》(第四十一条)和《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(第三十一条)。此外，放弃豁免的问题也在关于这一主题的私人编纂项目中得到处理，特别是国际法学会 2001 年和 2009 年的决议。³⁷¹ 放弃国家豁免也是如此，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》³⁷² 和关于国家豁免的国家法律³⁷³ 都对此作出了规定。

³⁷⁰ 委员会在其关于外交关系、领事关系、特别使团和国家在与国际组织关系中的代表权的工作中讨论了放弃某些国家官员豁免权的问题。关于外交关系和豁免的条款草案第 30 条措辞如下：“豁免之抛弃。一. 外交代表对管辖之豁免得由派遣国抛弃之。二. 刑事诉讼中，豁免之抛弃概须明示为之”(《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 99 页)。关于领事关系的条款草案第 45 条规定：“豁免之抛弃。一. 派遣国得就个别领馆人员，抛弃第四十一条、第四十三条及第四十四条所规定之豁免。二. 豁免之抛弃概须明示”(《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，第 118 页)。关于特别任务的条款草案第 41 条措辞如下：“豁免之抛弃。一. 派遣国得抛弃其特种使节团内之代表、外交职员及依第三十六条至第四十条享有豁免之其他人员所享管辖之豁免。二. 豁免之抛弃概须明示”(《1967 年……年鉴》，第二卷，A/6709/Rev.1 和 Rev.1/Corr.2 号文件，第 365 页)。最后，关于国家代表与国际组织的关系的条款草案第 31 条指出：“豁免的放弃。1. 派遣国得放弃代表团团长、代表团外交职员和依第三十六条享有豁免的人员所享管辖的豁免。2. 豁免的放弃概须明示”(《1971 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/8410/Rev.1 号文件，第 304 页)。

³⁷¹ 国际法学会关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖豁免和执行豁免的决议第 7 条措辞如下：“1. 如果国家放弃国际法赋予的不可侵犯性、管辖豁免或执行豁免，国家元首将不享有此类豁免。放弃豁免可明示，也可默示，前提是放弃是肯定的。有权决定放弃豁免的机构是有关国家的国内法确定的。2. 当国家元首被怀疑犯有特别严重的罪行时，或者其职能的行使似乎没有受到法院地国当局应该作出的决定的影响时，才应决定是否放弃豁免”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文脚注 338)，第 749 页)。决议第 8 条内容如下：“1. 各国可通过协议，就其国家元首的管辖豁免和执行豁免商定它们认为适当的克减。2. 未明示克减的，前款提及的不可侵犯性和豁免即推定为未被撤销；这种克减的存在和范围必须通过法律手段明确确定”(同上)。这一做法并没有因 2009 年通过关于国家及其代理人在国际犯罪案件中的管辖豁免的决议而改变，但该决议纳入了新的内容，在第二条第 3 款中规定，“如果代理人被怀疑或被指控犯下国际罪行，各国应考虑放弃其豁免”。这项建议与第二条第 2 款类似，该款指出，“各国义务根据公约和习惯国际法预防和制止国际犯罪。豁免不应成为本决议所涵盖罪行受害者有权获得适当赔偿的障碍”(《国际法学会年鉴》，第 73-I-II 卷(那不勒斯会议，2009 年)，第 227 页；可查阅学会网站(www.idi-il.org)的“决议”栏目)。

³⁷² 但是，应当记住，就 2004 年《公约》而言，放弃豁免只是通过列举一些案件间接提及，在这些案件中，可以自动理解为外国已同意法院地国法院行使管辖权。关于这一点，见《公约》第七条和第八条。

³⁷³ 见美利坚合众国，1976 年《外国主权豁免法》，第 1605(a)(1)、第 1610(a)(1)、(b)(1)和(d)(1)及第 1611(b)(1)节；大不列颠及北爱尔兰联合王国，1978 年《国家豁免法》，第 2 节；新加坡，1979 年《国家豁免法》，第 4 节；巴基斯坦，1981 年《国家豁免令》，第 4 节；南非，1981 年《外国豁免法》，第 3 节；澳大利亚，1985 年《外国豁免法》，第 10、3 和 6 节；加拿大，1985 年《国家豁免法》，第 4.2 节；以色列，2008 年《外国豁免法》，第 9 和 10 节；日本，2009 年《日本对外国民事管辖权法》，第 6 条；西班牙，10 月 27 日第 16/2015 号关于外国、总部或办事处设在西班牙的国际组织以及在西班牙举行的各种国际会议的特权和豁免的组织法，第 5、6 和 8 条。

(3) 官员所属国放弃豁免是该国放弃主张豁免权的官方行为，从而消除了对法院地国法院行使管辖权设置的这一障碍。因此，放弃豁免将使任何关于豁免权的适用及其限制和例外的讨论无效。国际法院在 2000 年 4 月 11 日的逮捕令案中确认了这种放弃的效果，其中指出，“如果官员所代表或曾经代表的国家决定放弃外国管辖豁免，则官员即停止享有这种豁免”。³⁷⁴

(4) 第 1 款承认官员所属国放弃豁免的权利。本款沿用了《维也纳外交关系公约》第三十二条第一款的措辞，仅略作调整。第 11 条草案第 1 款规定，“官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免”。这里的重点是放弃权利的持有者，即官员所属国，而不是官员本人，这是为了官员所属国的权利和利益而承认国家官员的外国刑事管辖豁免的合乎逻辑的结果。因此，只有官员所属国才能放弃豁免，从而同意另一国对其一名官员行使刑事管辖权。“可”字用来表示放弃豁免是官员所属国的一项权利，而不是一项义务。这是沿用了委员会以前的做法，在涉及国家官员外国刑事管辖豁免的各种条款草案中，委员会认为国家没有放弃豁免的义务。

(5) 放弃豁免的权力属于官员所属国，大家认为没有必要确定哪些当局有权就放弃豁免权作出决定，或哪些当局有权传递放弃豁免的决定。前文所述的公约和国内法律都没有对这一问题作出具体规定，只是抽象地提及国家。³⁷⁵ 委员会在以前的工作中就认为，最好不要明确提及有权放弃豁免的国家机关。³⁷⁶ 此外，国家实践有限，也没有定论。³⁷⁷ 哪些是有权放弃豁免权的当局取决于国内法，但应理解为其中包括根据国际法负责国际关系的当局。然而，这并不意味着放弃豁免权的决定不能由国家为此目的而特别授权的任何其他人传递，在法院诉讼中尤其如此。

(6) 与关于援引的第 10 条草案相反，委员会认为没有必要在本条草案中列入任何时间要素，因为放弃豁免可在任何时候。

³⁷⁴ 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见上文脚注 335)，第 25 页，第 61 段。

³⁷⁵ 一些国内法律例外地提及由使团团长传递放弃的决定。见联合王国，1978 年《国家豁免法》，第 2.7 节；新加坡，1979 年《国家豁免法》，第 4.7 节；巴基斯坦，1981 年《国家豁免令》，第 4.6 节；南非，1981 年《外国豁免法》，第 3.6 节；以色列，2008 年《外国豁免法》，第 9(c) 节。

³⁷⁶ 在关于外交关系和豁免的条款草案中，委员会认为最好不说明哪个主管机构有权放弃外交代表的豁免。因此，在二读通过的第 30 条草案案文中，委员会决定修改第 2 款的措辞，删除一读通过的该款中“概需”后面的几个字：“由派遣国政府”。委员会对这一决定的解释如下：“委员会决定删去‘由派遣国政府’一语，因该语可能误解为抛弃豁免之通知非确实由派遣国政府发出不可。其实，使馆馆长既如上文所述为本国政府之代表，则遇馆长通知抛弃豁免时，接受国之法院即应承认其为派遣国政府之声明。至于使馆馆长作此声明之权力问题，新条文未予论及，盖此乃一国内部问题，仅与派遣国及使馆馆长有关”(《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 99 页，第 30 条评注第(2)段)。同样，委员会在谈到领事关系条款草案第 45 条草案时指出：“本条条文并未叙明抛弃豁免应经由何种途径通知。如领馆馆长为受有关处分者，豁免之抛弃须经由外交途径以声明通知。如豁免之抛弃关涉其他领馆人员，则通知得由主管领馆馆长提出”(《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，第 118 页，第 45 条评注第(2)段)。

³⁷⁷ 例如，在美国，海地司法部长在 Paul 诉 Avril(佛罗里达州南区地区法院，1993 年 1 月 14 日判决，812 F. Supp. 207)一案中表示海地放弃此官员的豁免；在比利时，乍得司法部在侯赛因·哈布雷案中放弃豁免。在瑞士，在费迪南德和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局(联邦法院，1989 年 11 月 2 日判决，ATF 115 Ib 496)一案中，法院没有分析哪些政府机构有此权限，而只认为只要是政府机构即可，并接受了菲律宾外交使团发出的来函。

(7) 第 2 款提到放弃的形式，规定“必须总是以书面形式明确地表达”。这一措辞沿用了《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款和《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款的模式。《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款规定，“豁免之抛弃，概须明示”。《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款规定，“除本条第三项所规定之情形外，特权及豁免之抛弃概须明示，并应以书面通知接受国”。放弃豁免必须“以书面形式明确地表达”一语加强了法律确定性的原则。

(8) 放弃豁免必须明示，这是委员会在以往工作中一直坚持的看法，³⁷⁸ 并反映在相关国际条约³⁷⁹ 和国内法³⁸⁰ 中。考虑到这一点，委员会没有保留特别报告员在其第七次报告中提议的原条款草案第 4 款，该款内容如下：“从法院地国和官员所属国均为缔约国的国际条约中可以明确无疑推断出的放弃，应被视为明示放弃。”³⁸¹ 委员会委员虽然普遍认为可以在条约中对放弃豁免权作出明确规定，³⁸² 但对“可以……推断”一语的使用提出了批评意见，一些委员认为这是承认一种默示的放弃。

(9) 放弃豁免的可能性可产生于条约条款规定的各国应承担的义务，在皮诺切特案(第 3 号)中就是如此，虽然这并没有构成上议院作出决定的基础。³⁸³ 尽管角度不同，放弃豁免的可能性还产生于对《国际刑事法院罗马规约》第二十七条和第九十八条的解释³⁸⁴ 以及缔约国与国际刑事法院合作的义务。然而，在委员会看来，没有充分的理由认为这种条约义务的存在可以在一般情况下自动被理解为放弃国家官员的豁免，特别是考虑到国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕令案的判决中的如下意见：“因此，尽管一些关于预防和惩治某些严重罪行的国际公约规定各国有起诉或引渡义务，从而要求它们扩大其刑事管辖权，但这种管辖权的扩大不会以任何方式影响习惯国际法规定的豁免，包括外交部长的豁免。这种豁免在外国法院继续有效，即使这些法院是根据上述公约行使这种管辖权。”³⁸⁵

(10) 放弃豁免权，除明示外，还必须以书面形式表述。然而，这并不影响放弃豁免的通知的具体形式，这不仅取决于官员所属国的意愿，而且还取决于用于传

³⁷⁸ 见上文脚注 370。

³⁷⁹ 见《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款、《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款、《特别使团公约》第四十一条第二款和《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第三十一条第二款。

³⁸⁰ 10 月 27 日关于外国、在西班牙设有总部或办事处的国际组织以及在西班牙举行的国际会议的特权和豁免的第 16/2015 号组织法在关于国家元首、政府首脑和外交部长豁免权的第 27 条中规定放弃豁免必须明示。

³⁸¹ A/CN.4/729, 第 103 段。

³⁸² 在这方面，国际法学会在其 2001 年关于国家元首和政府首脑的管辖豁免和执行豁免的决议第 8 条第 1 款中指出，“各国可以通过协议，就其国家元首的管辖豁免和执行豁免商定它们认为适当的克减”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文脚注 338)，第 749 页)。

³⁸³ 女王诉 Bow 街大都会法院法官，皮诺切特—乌加特缺席案(第 3 号)，联合王国，上议院，1999 年 3 月 24 日决定，[1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147；另见《国际法报告》，第 119 卷(2002 年)，第 135 页。

³⁸⁴ 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页。

³⁸⁵ 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见上文脚注 335)，第 24 和 25 页，第 59 段。

递放弃豁免的决定的手段，甚至取决于提出放弃的框架。因此，没有什么能阻止通过向法院地国当局发出普通照会、信函或其他非外交信件、通过程序性行为或文件，或任何其他文件，明确清楚可靠地表明相关国家愿意放弃其官员的外国刑事管辖豁免。

(11) 最后，应提请注意的是，与第 10 条草案第 2 款相反，委员会认为没有必要在本条草案中明确提及放弃的内容。各位委员虽然对是否提及内容有分歧，但最终认为最可取的做法是把自由裁量的空间留给官员所属国。因此，删除了特别报告员最初提案中所载的“应提及被放弃豁免的官员，并酌情提及放弃豁免所涉及的行为”的措辞。无论如何，委员会希望指出，放弃的内容必须足够清楚，使接收放弃豁免的通知的国家当局能够清楚地了解放弃的范围。³⁸⁶ 为此目的，一项理解是，官员所属国应明确提及被放弃豁免权的官员的姓名，并酌情提及放弃豁免的实质范围，当该国不希望完全放弃豁免而是将其限于某些行为或排除某些据称由该官员实施的行为时，特别应如此。如果放弃豁免的范围有限，则官员所属国可对未涵盖的行为援引豁免，即另一国当局试图或正在对同一官员行使刑事管辖权所针对的行为是放弃的范围之外的行为或在表示放弃豁免之后了解到的行为。

(12) 第 3 款提到官员所属国可用来传递放弃其官员豁免权的方式。因此，本款与第 10 条草案第 3 款相似，基本沿用了该款的措辞，唯一的例外是使用了动词“表达”，以便使第 11 条第 3 款草案与《维也纳领事关系公约》第四十五条案文保持一致。鉴于此处第 3 款与第 10 条草案第 3 款之间的相似之处，请参考第 10 条草案关于官员所属国有权就放弃豁免作出决定并予以传递的当局的评注。尤其应当指出的是，谈到通信方式时使用了“可”字，意在保留将放弃豁免的决定直接通知法院地国法院的可能性。

(13) 第 4 款规定，“收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局”。本款对应于第 10 条草案第 4 款，其中只对某些用词作了调整。由于这两款遵循相同的逻辑，为同样的目的服务，第 10 条草案关于这一点的评注也适用于本条草案第 4 款。

³⁸⁶ 明确声明的三个例子载于秘书处关于国家官员外国刑事管辖豁免的备忘录(A/CN.4/596 和 Corr.1)(见委员会网站，第六十届会议文件)，第 252 和 253 段)。在 Paul 诉 Avril 案中，海地司法部长指出，“前海地武装部队中将、海地共和国军政府前总统 Prosper Avril 绝对不享有任何形式的豁免权，无论是君主、国家元首还是前国家元首的豁免权，无论是外交、领事还是作证豁免权，或任何其他类型的豁免权，包括判决或起诉豁免权、判决执行豁免权和判决前后出庭豁免权”(Paul 诉 Avril 案(见上文脚注 377)，第 211 页)。在费迪南德和伊梅尔达·马科斯案中，菲律宾提交的放弃书措辞如下：“菲律宾政府特此放弃菲律宾前总统费迪南德·马科斯和他的妻子伊梅尔达·马科斯根据美国法律或国际法可以享有或本可以享有的任何豁免，包括(1) 国家豁免权、(2) 国家元首豁免权或(3) 外交豁免权。[……]豁免的放弃适用于在上述案件(在纽约州南区进行的调查)中对费迪南德和伊梅尔达·马科斯的起诉，以及他们试图援引其豁免权所涉的任何犯罪行为或其他相关事项”(费迪南德和伊梅尔达·马科斯诉警察局案(见上文脚注 377)，第 501 和 502 页)。在布鲁塞尔针对侯赛因·哈布雷的案件中，乍得司法部明确放弃豁免：“1993 年 1 月 15 日至 4 月 7 日在恩贾梅纳举行的主权全国会议正式取消了侯赛因·哈布雷先生的所有管辖豁免权。这一立场得到了 1995 年 6 月 9 日第 010/PR/95 号法的认可，该法赦免了政治犯和流亡者以及武装反对派人士，但不包括“共和国前总统侯赛因·哈布雷、他的同伙和(或)他的同谋”。因此，很明显，侯赛因·哈布雷先生无法要求乍得当局赋予他任何豁免权，自从主权全国会议结束以来就是如此”(2002 年 10 月 7 日乍得司法部长给布鲁塞尔地区预审法官的信)。

(14) 第 5 款规定,“放弃豁免不可撤销”。这一规定的依据是,一旦放弃豁免,其效果将投射到未来,豁免问题将不再成为法院地国当局行使刑事管辖权的障碍。因此,考虑到放弃豁免的效果及其性质,似乎显然可以认为放弃是不可撤销的,否则这一做法将失去其全部意义。尽管如此,本条草案第 5 款在委员会委员中引起了一些辩论。

(15) 这场辩论并不影响认为放弃豁免不可撤销的理由,但影响到不可撤销的可能例外情况。首先应该指出,委员会委员总体上同意,现有第 5 款反映了体现善意原则的一般规则,并能满足尊重法律确定性的必要性。然而,一些委员也认为,这条一般规则可能允许某些例外,例如在以下情况下:放弃豁免之后出现了官员所属国原来不知道的新事实;发现在法院地国对特定案件行使管辖权时,正当程序的基本规则未得到尊重;或者发生了一般性的例外情况,包括政府更迭或法律制度改变,可能导致在寻求行使刑事管辖权的国家不再能保障获得公正审判的权利。

(16) 这引起了关于将本款列入第 11 条草案是否有用、是否可取的辩论。一些委员表示支持删除本款,特别是考虑到相关条约和各国国内法都没有明确提到放弃豁免不可撤销,而且与此相关的实践很少。³⁸⁷ 其他委员则认为,出于法律确定性的原因,保留第 5 款是有益的,并考虑到委员会本身在提及其关于外交往来与豁免的条款草案中所述的放弃豁免时表示,“诉讼程序,无论在哪个或几个法院中进行,应视为不可分割之整体,如在第一审法院中已对豁免作明示或默示之抛弃,便不得对上诉主张豁免,固不待言”。³⁸⁸ 然而,其他委员指出,放弃豁免的不可撤销性质不能从这一断言中推断出来。

(17) 为了解决放弃豁免的不可撤销性可能有例外情况的问题,委员会一些委员建议修改第 5 款的措辞,列入诸如“除非在特殊情况下”或“原则上”等作为保障。他们认为,这将确认,在上述情况等特殊情况下可以撤销放弃。其他委员认为,采用这些表述会使第 5 款的解释进一步复杂化,如果最终决定在第 11 条草案中保留本款的话,最好不要改变措辞。关于这一点,有意见认为,放弃豁免权归根结底是一国的单方面行为,其范围应根据委员会 2006 年通过的适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则(特别是原则 10)来界定。³⁸⁹ 最后,

³⁸⁷ 关于放弃豁免和外国接受法院地国管辖的问题,见:美国,1976 年《外国主权豁免法》,第 1605 (a) (1)、第 1610 (a) (1)、(b) (1)和(d) (1)及第 1611 (b) (1)节;联合王国,1978 年《国家豁免法》,第 2 节;新加坡,1979 年《国家豁免法》,第 4 节;巴基斯坦,1981 年《国家豁免令》,第 4 节;南非,1981 年《外国豁免法》,第 3 节;澳大利亚,1985 年《外国豁免法》,第 10 节;加拿大,1985 年《国家豁免法》,第 4 节;以色列,2008 年《外国豁免法》,第 9 和 10 节;日本,2009 年《日本对外国民事管辖权法》,第 5 和第 6 条;西班牙,10 月 27 日第 16/2015 号关于外国、总部或办事处设在西班牙的国际组织以及在西班牙举行的各种国际会议的特权和豁免的组织法,第 5、6、7 和 8 条。只有澳大利亚和西班牙的法律规定了放弃豁免的不可撤销性。根据 1985 年《外国豁免法》,“外国放弃本部分规定的豁免的协议具有放弃该豁免的效力,除非依据该协议的条款,否则该放弃不得撤回”(第 10.5 节)。第 16/2015 号《组织法》则规定,“一旦在西班牙法院启动诉讼程序,第 5 条和第 6 条所述的外国同意不得撤销”(第 8 条,同意的撤销)。

³⁸⁸ 《1958 年……年鉴》,第二卷, A/3859 号文件,第 99 页,第 30 条评注第(5)段。

³⁸⁹ 原则 10 如下:“不能任意撤销一项已经对声明国创立了法律义务的单方面声明。在考虑一项撤销是否属于任意时,应考虑下述因素:(a) 声明中与撤销有关的任何具体条件;(b) 义务的对象对这类义务的信赖程度;(c) 情况发生根本变化的程度。”(《2006 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 161 页,第 176 段)。

有人强调，很难确定哪些特殊情况可以证明撤销放弃是合理的，尽管有人重申，这一类特殊情况可包括政府更迭或法律制度改变，因为这种变化可能会有损于人权的尊重和官员接受公正审判的权利。另一方面，关于是否有可能将在放弃豁免时或在法院地国行使管辖权时不为人所知的、放弃豁免的决定不涵盖的新事实的出现列为例外情况，有人对此表示怀疑，因为这些事实并不构成例外情况，而是官员所属国所表示的放弃没有涉及的情况，因此在这些情况下可以根据条款草案所载的一般规则适用豁免。

(18) 根据前述各段总结的讨论情况以及在条款草案一读期间委员意见分歧的类似情况下普遍遵循的做法，委员会决定在第 11 条草案中保留第 5 款，便于各国能够充分了解讨论情况，并发表其评论。

第 12[13]条*

请求提供信息

1. 法院地国可请官员所属国提供其认为相关的任何信息，以便决定豁免是否适用。
2. 官员所属国可请法院地国提供其认为相关的任何信息，以便决定援引或放弃豁免。
3. 可通过外交途径请求提供信息，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 被请求国应善意地考虑任何关于提供信息的请求。

评注

(1) 第 12 条草案指出，法院地国和官员所属国均可请对方提供信息。这是列入条款草案第四部分的最后一项程序性规定，之后才述及确定豁免是否适用的问题，豁免是否适用是第 13 条草案涉及的问题，起草委员会尚未予以审议。第 12 条草案分为四款，述及有关国家请求提供信息的权利(第 1 和第 2 款)、请求提供信息的程序(第 3 款)和被请求国“应考虑”这种请求的方式(第 4 款)。

(2) 第 1 款和第 2 款指出，法院地国和官员所属国均可请求提供信息。虽然委员会认为法院地国和官员所属国请求提供信息时遵循相同的逻辑，但为清楚起见，最好分两款列出每种情况。这两款措辞类似，唯一的不同是请求国追求的最终目的不同，法院地国“决定豁免是否适用”，而官员所属国则“决定援引或放弃豁免”。

(3) 第 1 款和第 2 款提到的提供信息的请求是考虑到这种最终目的的，应在国家为对某一特定案件的豁免作出决定而应遵循的程序范围内予以理解，无论是从法院地国的角度(考虑和确定豁免)还是从官员所属国的角度(援引或放弃豁免)来看均是如此。因此，这两款都用了“以便决定”，这表明在这两种情形下，最后的决定都是一个过程的结果，这个过程可能包括不同的阶段和行动。

* 方括号内的数字是指特别报告员报告中条款草案的原来编号。

(4) 委员会在通过第 12 条草案时考虑到, 为了确定豁免是否适用问题, 法院地国需要有与所涉官员有关的信息(姓名、在国内的职务、职权等)以及官员所属国与官员行为的关系, 而这种行为可能是行使刑事管辖权的基础。这一信息对于使法院地国能够就豁免作出决定(特别是在属事豁免的情况下)很重要, 但可能只为官员所属国所知。从官员所属国的角度来看, 为了决定援引或放弃豁免, 情况也是如此, 因为官员所属国可能需要获得关于法院地国国内法律、主管机关的信息或关于法院地国开展工作的状况的信息。第 12 条草案的目的是为获取此类信息提供便利。

(5) 上一段提及的信息可能已经为法院地国或官员所属国所掌握, 尤其是在第 9 条草案(通知)、第 10 条草案(援引)和第 11 条草案(放弃)的规定在请求提供信息之前已经适用的情况下。毫无疑问, 通过这些规定, 法院地国和官员所属国会相互提供信息。然而, 在一些情况下, 通过这些途径收到的信息可能不足以达到上述目的。因此, 特别是在这些情况下, 请求提供信息成为确保豁免权正常运作的有用且必要的工具, 这也有助于加强有关国家之间的合作并建立相互信任。有鉴于此, 第 12 条草案规定的请求提供信息制度构成对两国的程序性保障。

(6) 请求提供信息可能涉及请求国认为有助于就豁免作出决定的任何要素。鉴于各国在决定豁免是否适用或决定援引或放弃豁免时可能考虑的要素很多, 不可能拟订一份详尽的要素清单。委员会选择使用“其认为相关的任何信息”一语, 认为这比“必要的信息”更可取, 因为形容词“必要的”可能具有限制性, 过于正式, 在英语里特别如此。相反, 根据几项国际文书³⁹⁰的规定, 使用“相关”一词使请求国(无论是法院地国还是官员所属国)有权在每一种情况下决定它希望收到的相关信息。

(7) 第 3 款提到可以请求提供信息的途径。本款沿用第 9、10 和 11 条草案第 3 款的模式, 措辞比照使用, 因此, 这些条款草案的评注也适用于本款。

(8) 不过, 委员会希望提请注意的一点是, 委员会决定不在第 12 条草案中列入与第 10 条和第 11 条草案第 4 款类似的关于法院地国或官员所属国当局之间内部沟通的一款。原因是, 请求提供的信息, 应被理解为主要指补充信息或额外信息, 在许多情况下, 这些信息是对法院地国或官员所属国已经拥有的信息的补充, 基本上产生于诉讼程序的较后阶段。因此, 有理由认为, 这两国中的任何一国作出决定的当局已经为对方所知, 没有必要列入这一作为保障条款的要素。无论如何, 如果索取信息的请求是在处理豁免问题的早期提出的, 应当认为, 没有理由不适用同一国家主管当局之间有沟通义务的原则。

(9) 第 4 款取代特别报告员最初提议的第 4 和第 5 款, 这两款列出拒绝接受请求的可能的理由, 以及索取信息和提供信息的可能的条件, 特别是保密性。³⁹¹委员会认为, 较可取的做法是在第 12 条草案中列入较简单的一款, 仅说明索取

³⁹⁰ 例如, 见《欧洲刑事事项互助公约》(1959 年 4 月 20 日, 斯特拉斯堡), 联合国, 《条约汇编》, 第 472 卷, 第 6841 号, 第 185 页, 第 3 条; 《美洲刑事事项互助公约》(1992 年 5 月 23 日, 拿骚), 美洲国家组织, 《条约汇编》, 第 75 号, 第 7 条; 《葡萄牙语国家共同体成员国间刑事事项法律援助公约》(2005 年 11 月 23 日, 普拉亚), 《第一共和国公报》, 2008 年 9 月 12 日第 177 号, 第 6635 页, 第 1 条第 1 和 2 款; 《刑事事项互助示范条约》, 大会 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议, 附件(后经大会 1998 年 12 月 9 日第 53/112 号决议附件一修订), 第 1 条第 2 款。

³⁹¹ 见特别报告员第七次报告(A/CN.4/729), 附件二。

信息的任何请求都将由被请求国(无论是法院地国还是官员所属国)善意考虑的原则。这有几个原因。首先,最初的提案列出了允许拒绝的理由,但可以相反地解释为承认提供所要求的信息的义务,而国际法中不存在这种义务,除非涉及国际合作和司法协助的条约或其他条约中可能包含具体义务。其次,最初的提案可能与国际合作和司法协助条约中确立的请求和交换信息的制度相冲突,而这些制度在任何情况下在缔约国之间都适用。第三,确立保密规则可能与国家保密规则相冲突。第四,这一点并非最不重要,第 12 条草案的目的是促进法院地国和官员所属国的合作和信息交流,如果条款草案明确列出拒绝理由和附带条件的规则,这一目的可能会受到损害或受到质疑。

(10) 然而,委员会认为,上述理由不足以成为忽视各国在评估关于提供信息的请求时应遵循的标准的充分理由。因此,委员会选择了简单地表明被请求国有义务善意考虑向其提出的任何请求的措辞。“被请求国”一词与各国熟悉的国际合作和司法协助条约中常用的术语是一致的。

(11) 第 4 款中的“应善意地考虑”一语是指各国在与第三方的关系中本着善意行事的一般义务。就性质而言,这项义务的范围不能加以抽象分析,而必须逐案确定。这项义务被纳入第 12 条草案,应在本条草案本身界定的背景下加以理解,即作为有利于法院地国和官员所属国之间合作的程序性工具,以便每个国家都能形成正确的判断,作出第 1 款和第 2 款所指的决定。因此,理解“应善意地考虑”一语,应考虑到同时运作的两个要素:第一,考虑请求是一项义务;第二,考虑这方面的请求的目的是便利另一国在考虑豁免是否适用或考虑援引或放弃豁免时作出知情、能提出理由的决定。因此,“应善意地考虑”一语反映的是行为义务,而不是结果义务。

(12) 被请求国在作出答复时应考虑到这些要素,以此作为考虑关于提供信息的任何请求的起点,但没有任何理由阻止被请求国在就此事作出决定时也考虑其他要素或情况,如主权、公共秩序、安全和基本公共利益等问题。无论如何,委员会认识到应由被请求国确定其决定的理由,因此认为没有必要在第 12 条草案中明确提及这些要素。

(13) 委员会认为没有必要在第 4 款中明确提及对提供所要求的信息附加条件的可能性。但是,任何事情都不能阻止被请求国评估如何确立条件,作为“善意考虑”任何关于提供信息的请求的过程的一部分,特别是在这样做便利或有利于提供所请求的信息的情况下。

第七章

国家责任方面的国家继承

A. 导言

116. 委员会第六十九届会议(2017 年)决定将“国家责任方面的国家继承”专题列入工作方案,并任命帕维尔·斯图尔马先生为特别报告员。³⁹² 联大随后在 2017 年 12 月 7 日第 72/116 号决议中表示注意到委员会决定将本专题列入工作方案。

117. 在同一届会议上,委员会审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/708),特别报告员在报告中阐明了研究本专题范围和成果的方法,并概述了与本专题相关的一般规定。经全体会议辩论后,委员会决定将特别报告员第一次报告所载的第 1 至第 4 条草案转交起草委员会。委员会随后注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第 1 和第 2 条草案的临时报告,该报告提交委员会仅供参考。³⁹³

118. 委员会第七十届会议(2018 年)审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/719),其中讨论了继承的合法性、国家责任方面的国家继承的一般规则,以及责任所致义务方面的国家继承的特殊类别。经全体会议辩论后,委员会决定将特别报告员第二次报告所载的第 5 至第 11 条草案转交起草委员会。委员会随后注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第 1 条第 2 款和第 5 条及第 6 条草案的临时报告,该报告提交委员会仅供参考。³⁹⁴

119. 委员会第七十一届会议(2019 年)审议了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/731),这份报告讨论了对被继承国以及对被继承国国民犯下的国际不法行为造成的损害的赔偿问题。这份报告还载有关于条款草案整体构架的技术性建议。委员会还收到了秘书处的一份备忘录,其中提供了可能与委员会今后关于本专题的工作有关的条约资料(A/CN.4/730)。经全体会议辩论之后,委员会决定将特别报告员第三次报告所载第 2 条草案(f)段、第 X 条、第 Y 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条和第 15 条草案以及第二部分和第三部分的标题转交起草委员会。委员会之后审议了起草委员会关于本专题的第一次报告³⁹⁵,并暂时通过了第 1 条草案、第 2 条草案(a)段至(d)段和第 5 条草案及其评注,上述草案已由起草委员会第六十九届和第七十届会议暂时通过。³⁹⁶ 委员会还注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第 7、第 8 和第 9 条草案的临时报告,该报告提交给委员会仅供参考。³⁹⁷

B. 本届会议审议此专题的情况

120. 委员会本届会议收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/743)。

³⁹² 在 2017 年 5 月 9 日第 3354 次会议上。根据委员会报告(《大会正式记录,第七十一届会议,补编第 10 号》(A/71/10))附件 B 所载建议,委员会第六十八届会议(2016 年)已将该专题列入长期工作方案。

³⁹³ 起草委员会主席的临时报告可查阅《国际法委员会工作分析指南》:
http://legal.un.org/ilc/guide/3_5.shtml。

³⁹⁴ 同上。

³⁹⁵ 见 A/CN.4/L.939 和起草委员会主席的临时报告,载于《国际法委员会工作分析指南》(见上文脚注 393)。

³⁹⁶ 见《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10)。

³⁹⁷ 起草委员会主席的临时报告可查阅《国际法委员会工作分析指南》(见上文脚注 393)。

121. 特别报告员的第四次报告由三部分组成, 特别报告员在这份报告中概述了关于本专题的工作, 其中包括第六委员会辩论摘要和对该报告的方法的解释(第一部分)。之后, 特别报告员讨论了国家继承对责任形式的影响的相关问题, 特别是赔偿的不同形式(恢复原状、补偿和抵偿)、停止义务以及不重复的承诺和保证(第二部分)。最后, 特别报告员讨论了本专题今后的工作方案(第三部分)。第四次报告中提出了五条新的条款草案(第 7 条之二、第 16 条、第 17 条、第 18 条和第 19 条草案)。³⁹⁸

³⁹⁸ 特别报告员在其第四次报告中提出的第 7 条之二、第 16 条、第 17 条、第 18 条和第 19 条草案案文如下:

第 7 条之二草案

复合行为

1. 当国际不法行为具有复合性时, 若发生一系列整体定义为不法的作为或不作为, 则涉及被继承国和(或)继承国的国际责任。若与另一作为或不作为一并采取的该作为或不作为足以构成被继承国或继承国的不法行为, 则该国仅对其自身行为的后果负责。

2. 但是, 若一国际不法行为在继承国的上一次作为或不作为之后才发生, 则该国的国际责任将延及自第一次作为或不作为起的整个期间并且只要这些作为或不作为重复且继续不符合国际义务, 这一国际责任即一直持续。

3. 第 1 款和第 2 款的规定不妨碍被继承国或继承国在以构成对该国有效的任何国际义务的违反为条件和范围、因一单一行为而招致的任何责任。

第 16 条草案

恢复原状

1. 在被继承国继续存在的国家继承情况下, 该国有义务恢复原状, 前提及限制范围是恢复原状并非实际无法做到, 或者不涉及完全不成比例的负担。

2. 若因恢复原状的性质而仅一继承国或其中某一继承国能够恢复原状, 或者若无一继承国的参与即无法实现恢复原状, 则被继承国国际不法行为的受害国可要求该继承国恢复原状或参与。

3. 第 1 款和第 2 款不影响该继承国与被继承国或与另一继承国(视实际情况而定)之间的任何分摊或其他协定。

4. 若一国对被继承国实施了国际不法行为, 而该行为所造成的损害继续影响到在国家继承日期后属继承国管辖的领土或个人, 则继承国可要求该国恢复原状。

第 17 条草案

补偿

1. 在被继承国继续存在的国家继承的情况下, 该国有义务为其国际不法行为造成的损害作出补偿, 前提是该损害未通过恢复原状而获弥补。

2. 在特定情形下, 受该国际不法行为损害的国家可要求继承国或其中某一继承国补偿, 条件是被继承国不复存在或者该继承国在国家继承之日后继续从该行为中受益。

3. 第 1 款和第 2 款不影响继承国与被继承国或与另一继承国(视实际情况而定)之间的任何分摊或其他协定。

4. 继承国可要求对被继承国实施国际不法行为的国家作出补偿, 条件是被继承国不复存在, 或者在国家继承之日后, 该继承国继续承受该国际不法行为的损害性后果。

第 18 条草案

抵偿

1. 在被继承国继续存在的国家继承情况下, 该国有义务为其国际不法行为造成的损害给予抵偿, 前提是该损害未通过恢复原状或补偿而获弥补。

2. 第 1 款不妨碍任何继承国可要求或可提供的适当抵偿, 特别是对国际法上的罪行进行起诉。

第 19 条草案

不重复的承诺和保证

1. 在被继承国继续存在的国家继承情况下, 若是在必要的情形下, 则即使在国家继承之日后, 该国也有义务作出适当的不重复的承诺和保证。

2. 若国际不法行为所违反的义务在国家继承之日后, 在继承国与另一有关国家之间继续有效, 且若是在必要的情形下:

(a) 则被继承国国际不法行为的受害国可要求一继承国作出适当的不重复的承诺和保证;

(b) 则另一国国际不法行为的受害国的继承国可要求该另一国作出适当的不重复的承诺和保证。

122. 在 2021 年 5 月 21 日第 3528 次会议上，委员会暂时通过了第 7、第 8 和第 9 条草案³⁹⁹，上述草案已由起草委员会第七十一届会议(2019 年)暂时通过(见下文 C.1 节)。

123. 委员会在 2021 年 7 月 5 日至 12 日的第 3531 次至第 3537 次会议上审议了特别报告员的第四次报告。在 2021 年 7 月 12 日第 3537 次会议上，委员会决定结合全体辩论中表达的意见，将特别报告员第四次报告所载的第 7 条之二、第 16 条、第 17 条、第 18 条和第 19 条草案转交起草委员会。

124. 在 2021 年 7 月 28 日第 3552 次会议上，起草委员会主席提交了关于起草委员会本届会议暂时通过的第 10 条、第 10 条之二和第 11 条草案的临时报告。提交的临时报告仅供参考，可在委员会网站上查阅。⁴⁰⁰

125. 在 2021 年 8 月 4 日和 5 日第 3560 至第 3562 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的第 7、第 8 和第 9 条草案的评注(见下文 C.2 节)。

1. 特别报告员介绍第四次报告

126. 特别报告员首先重申了他在第四次报告第一部分中概述的委员会关于本专题工作的以下一般考虑：(a) 条款草案的附属性质和有关国家之间缔结的协定的优先性；(b) 与委员会先前的工作(特别是《国家对国际不法行为的责任条款》⁴⁰¹)保持一致的重要性；(c) 权利和义务的公平、公平比例或分配的概念的作用；(d) 不可避免地会结合政治和法律考虑的国家继承情况的特殊性；(e) “白板”规则和自动继承均未被接受为一般规则这一事实；(f) 将国际法的编纂与逐渐发展结合起来的需要。

127. 特别报告员进而指出，报告的第二部分涉及国家继承对责任形式的影响。第二部分讨论了在国家继承情况下可能适用的责任形式和法律后果，同时与《国家对国际不法行为的责任条款》保持一致。报告和其中提出的条款草案认可国家责任一般规则继续适用于被继承国，被继承国实际不可能提供某一具体形式赔偿的除外。报告还讨论了需要一个或多个继承国作出特定形式赔偿的特殊情况。此外，报告还分析了(a) 国家对国家责任所产生的国际权利和义务的实际继承情况，以及(b) 即便在国家继承的情况下，国家仍要为本国的国际不法行为承担责任的情形。

128. 关于拟议的条款草案，特别报告员解释称，报告述及了复合行为的问题，以回应起草委员会成员在委员会第七十一届会议(2019 年)关于第 7 条草案(具有持续性的行为)的辩论期间提出的要求。第 7 条之二草案(复合行为)是根据特别报告员第二次和第四次报告中的分析提出的，被视为有助于澄清复合行为的问题。特别报告员认为，复合行为与具有持续性的行为不同。第 7 条之二草案并不打算建立一项新的规则，而是立足于在国家继承情况下适用国家责任的一般规则。

129. 特别报告员在述及关于不同赔偿形式的条款草案时解释称，第 16 条草案(恢复原状)和第 17 条草案(补偿)采用了类似的结构。两条草案都规定了相关情况

³⁹⁹ 载于起草委员会的报告(A/CN.4/L.939/Add.1)。

⁴⁰⁰ 可查阅《国际法委员会工作分析指南》(见上文脚注 393)。

⁴⁰¹ 大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注载于《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)及更正，第 76-77 段。

下被继承国和继承国在恢复原状和补偿方面的义务。这两条草案还述及了继承国与被继承国或另一继承国之间的责任分摊或其他相关协定。特别报告员进一步解释称，第 16 条草案与《国家对国际不法行为的责任条款》一致，第 17 条草案则参考了对有关实践的分析，包括欧洲人权法院和联合国赔偿委员会的决定。

130. 此外，特别报告员还研究了第 18 条草案中提出的抵偿作为非物质损害的一种赔偿形式的问题。必须在传统视角与现代的国家责任法之间进行区分。根据前者，精神损害的性质似乎与有关国家的双边关系及其尊严和人格有关。后者则设想了“法律损害”这一概念，主要涉及对保护一组国家或国际社会基本集体利益的整体义务的违背。这种义务包括保护人权或防止和惩罚国际法所规定的罪行。第四次报告指出了《国家对国际不法行为的责任条款》第 37 条委员会评注中所载的例子，但报告的重点是调查和惩罚责任人，将之视为严重违反普遍义务的情况下最适当的抵偿形式。特别报告员澄清称，报告研究了在前南斯拉夫领土上犯下的国际法规定的罪行的相关判例，因为这些罪行是现代实践中最重要的例子，并且已在国家和国际两级经过了审判。第 18 条草案就是在这种背景下提出的。第 18 条草案第 1 款规定，在被继承国继续存在的国家继承情况下，该国有义务为其国际不法行为造成的损害给予抵偿，前提是该损害未通过恢复原状或补偿而获弥补。第 2 款载有一个不妨碍条款，力求反映出以审慎和灵活的方式来决定适当的抵偿形式，特别是调查和惩罚国际法所规定的罪行。

131. 报告还分析了停止义务以及不重复的承诺和保证。报告力求对停止义务作出澄清说明，特别报告员认为，停止义务仅在国际不法行为具有持续性的情况下相关，并依国家责任的一般规则而适用。特别报告员认为，不重复的承诺和保证在功用上与其他赔偿形式不同，因此有必要将之纳入报告并加以分析。他强调指出，不重复的承诺和保证是以未来为导向的，即仅在国际不法行为发生后才会适用。他还解释称，被违背的主要义务必须依然存在并有效，因此任何次要义务的转移都取决于主要义务的继承。第 19 条草案(不重复的承诺和保证)就是为此提出的。第 1 款载有基于《国家对国际不法行为的责任条款》的一般规则：在被继承国继续存在的情况下，若是在必要的情形下，则即使在国家继承之日后，该国也有义务作出适当的不重复的承诺和保证。第 2 款则述及特殊情况，包含两个适用条件：(a) 国际不法行为所违反的义务在继承国与另一有关国家之间继续有效；以及(b) 是在必要情形下。如果这两个条件都具备，那么受害国可要求一继承国作出适当的不重复的承诺和保证，而另一国实施的国际不法行为的受害国的继承国可要求该另一国作出适当的不重复的承诺和保证。

132. 报告的第三部分讨论了今后的工作方案。特别报告员表示，他的第五次报告将重点讨论多个受害继承国和多个责任继承国的问题。第五次报告还将讨论一些杂项和技术性问题，包括条款草案的重新编号和最终结构。希望本专题能在委员会第七十三届会议上完成一读。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

133. 委员会委员对特别报告员的第四次报告表示赞赏。

134. 关于本专题工作的一般考虑，委员们普遍同意特别报告员关于条款草案的附属性质和有关国家之间协定的优先性的意见。一些委员提出，条款草案的评注

可以提供国家间继承协定的实例，还可以起草一些示范条款，用作国家责任方面的继承协定的谈判基础。

135. 对于不继承的一般规则、“白板”规则和“自动”继承的规则，委员们表达了不同的观点。一些委员同意特别报告员的意见，即多样的、因具体情况而异的国家实践既不支持“白板”规则的优先性，也不支持自动继承的优先性，而另一些委员则认为，不继承的一般规则可存在例外。其他委员重申，适用于本专题的一般规则是“白板”规则，不存在自动继承这种规则。有人表示认为拟议的条款草案似乎走上了自动继承这一方向，但其他委员并不同意这种观点。有人指出，第四次报告虽然表示国家“责任的转移”不同于国家“责任产生的权利和义务的转移”，但没有充分解释这种区别。一些委员就报告的方法提出了疑问，并询问报告所载的分析在多大程度上比照参考了债务方面的国家继承的情况，以及在多大程度上受到了 1983 年《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》的启发。⁴⁰²

136. 若干委员强调需要考虑更多不同地区的国家实践，并回顾指出，第六委员会的辩论中已经强调了国家实践的稀缺。其他委员指出，尽管国家实践有限，但委员会仍应确定在此问题上存在哪些实践。有人表示，在赔偿问题上，不应根据一次付清协定或根据不一致、不充分和针对具体情况的国家实践得出一般性结论。在这方面，有人回顾指出，委员会的任务不仅限于编纂，还包括国际法的逐步发展。还有人建议在评注中更清楚地说明国家实践与每条草案之间的关系，从而明确显示哪些条款草案得到国家实践的支持，而哪些条款草案构成国际法的逐渐发展。

137. 有人表示，委员会关于该专题的工作重点应是澄清国家责任方面的规则在国家继承的具体事实场景下如何运作。有人提出，委员会应进一步探讨国家继承在私人索赔方面的法律后果，《国家对国际不法行为的责任条款》没有涵盖这一问题，不过也有人表示反对这一提议。

138. 委员们重申了在术语和实质内容上与委员会先前工作保持一致的重要性。在这方面，有人建议参照 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 7 条⁴⁰³ 和 1983 年《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》第 4 条，在条款草案中增加一项关于其暂时适用的规定。有人指出，委员会可受益于国际法学会关于国家继承的工作。

(b) 第 7 条之二草案

139. 几位委员认为，第 7 条之二草案是对第 7 条草案的有益补充。有人提出，该条草案可以依靠《国家对国际不法行为的责任条款》第 15 条所载的复合行为的定义。有人提出了其他观点，回顾指出会员国曾在第六委员会中对关于复合行为的讨论表示保留。一些委员认为，第 1 款和第 2 款的范围需要澄清，特别是涉及被继承国在继续存在的情况下的责任问题。还有人认为，对于第 1 款，宜澄清该款是否排除了在第 2 条所设想的情形之外可能发生的国家责任产生的权利和义

⁴⁰² 《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(1983 年 4 月 8 日，维也纳)，联合国，《1983 年法律年鉴》(出售品编号 E.90.V.1)，第 139 页。

⁴⁰³ 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978 年 8 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1946 卷，第 33356 号，第 3 页。

务的转移。此外，有人认为，第 2 款更多地涉及《国家对国际不法行为的责任条款》第 14 条中提到的违背国际义务的行为在时间上的延续，而不是涉及复合行为。一些委员认为有必要进一步研究在被继承国继续存在的情况下与共同责任有关的事项，并要求分析在继承过程中发生复合行为或持续行为的情况下停止义务如何适用的问题。有人表示认为，复合行为与持续行为之间存在一定程度的混淆。有人提请注意国际法学会关于继承、持续行为和复合行为的工作。有人建议在起草时对这一条款予以精简，因为其部分拟议内容被认为已经包含在了国家责任的一般规则中。还有人提出了其他起草建议，涉及对第 1 款和第 2 款的范围进行澄清。

(c) 第 16 条至第 19 条草案

140. 一些委员指出，第四次报告第二部分第三章题为“国家继承对责任形式的影响”，但实际上侧重于国家实施国际不法行为的后果，特别是涉及赔偿的多种形式(第 16 条至第 18 条草案设想的恢复原状、补偿和抵偿)。有人回顾指出，停止的义务、不重复的承诺和保证以及其他赔偿形式不是责任的形式，而是《国家对国际不法行为的责任条款》所规定的国家责任的法律后果。有人对将有关义务转移给继承国以便就被继承国在继承日期之前实施的行为提供赔偿的问题表示了关切，因为这种概念似乎不符合《国家对国际不法行为的责任条款》第 2 条规定的归属要求。

141. 有人强调，需要明确地将赔偿与停止和不重复的承诺和保证区分开。有人质疑是否有必要为不同的赔偿形式制定具体的单独条款草案。相应地，有人提议简化第 16 条至第 19 条草案，使之变为仅两项条款：一项涉及停止和不重复，另一项涉及赔偿。有人认为有必要参照不同类别的国家继承进一步讨论各种赔偿形式，特别是讨论导向多种不同解决办法的各种情形。有人指出，条款草案不妨碍受害国管辖的个人可能享有的任何赔偿权利，因此，有人建议增加一条关于此内容的草案。还有人表示，讨论如何履行就被继承国实施或针对被继承国实施的国际不法行为所造成的损害作出充分赔偿的义务的问题，超出了本专题的范围。

142. 几位委员质疑第四次报告中提出的第 16 条至第 19 条草案是否有必要，因为国家责任的一般规则已经涵盖了这几条所涉的情况。有人对重述或改写国家责任法表示关切，因为条款草案可能产生误述法律的风险。但有人指出，《国家对国际不法行为的责任条款》可能没有涵盖本专题的所有相关方面。

143. 一些委员认为，诉诸一次付清协定不应有损作为国家责任法基本原则的充分赔偿规则。此外，有人认为，一次付清协定可能不适合解决涉及普遍义务的争端。

144. 虽然有人表示第 16 条、第 17 条和第 19 条草案采用“可要求”这一灵活措辞是适当的，但也有若干委员认为，这种措辞和第 18 条草案中“可要求”的表述模糊而缺乏明确性。几位委员要求澄清第 16 条至第 19 条草案是否适用于被继承国不复存在的情况。有人要求澄清指出，不是每个被继承国都受赔偿义务的约束，而是只有对不法行为负责的被继承国受此约束。此外，有人建议澄清第 16 条至第 19 条草案，使之仅适用于继承国受到约束而应当为被继承国的行为提供赔偿的情况，以符合条款草案第二部分。

145. 关于第 16 条草案设想的恢复原状问题，虽然有人表示同意特别报告员将恢复原状视为国际法规定的优先赔偿形式的做法，但也有一些委员对这种做法提出了质疑。有人指出，该条款没有对恢复原状作出定义。几位委员认为，第 16 条草案是多余的，因为该条只是重述了《国家对国际不法行为的责任条款》中的相关规定。虽然有人赞赏特别报告员努力对“法律上”和“实际”的恢复原状进行区分，但由于缺乏国家实践中的依据，这种区分受到了质疑。有人表示同意特别报告员的说法，即恢复原状的对象丢失或毁坏不足以代表“实际上办不到”这一概念在国家继承情形下可涵盖的所有情况。关于第 16 条草案第 1 款，一些委员强调需要解释被继承国为何应恢复原状，因为在某些情况下，被继承国可能没有责任，不法行为可能不归于该国。有人指出，第 1 款的表述可以更加明确和减少主观性，并且宜与《国家对国际不法行为的责任条款》第 35 条完全一致。关于第 16 条草案第 2 款，一些委员提出，可以通过适用不当得利原则来解决该款设想的情形，但有人对在国法背景下适用这一原则表示疑虑。几位委员认为，在第 2 款的情况下，继承国没有义务代替被继承国恢复原状。有人表示，第 2 款似乎是基于“自动继承”。一些委员认为有必要澄清第 3 款所指的继承国与被继承国之间的协定是否可被受害国反对。有人指出，第 3 款不符合与赔偿有关的国家责任规则，因为其中设想的被继承国与继承国之间的协定无法就受害国产生法律效力。有人提议在第 4 款中加入一项“不妨碍”条款以维护个人的权利。此外，有鉴于上述，就第 16 条草案提出了各种起草建议。

146. 关于第 17 条草案规定的补偿，有人表示同意特别报告员的说法，即在国际不法行为的责任受到国家继承影响的情况下，补偿似乎是最常见的赔偿形式。一些委员认为，有必要澄清该拟议条款所立足的各项原则。有人提到，1983 年《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》和国际法学会的工作均数次提及公平原则，这一原则可在计算补偿数额和在若干国家之间分摊补偿方面发挥作用。有人指出，第 1 款没有提及经济上可评估的损害，这一点与《国家对国际不法行为的责任条款》第 36 条不同。有人提出，可以通过适用禁止不当得利的原则来解决第 2 款设想的情形。特别是，在被继承国不复存在的情形下，这一原则具有相关性。有人提到，在被继承国继续存在时，需要澄清在哪些情况下才能正当地将义务转移给继承国。有人表示，第 2 款所载理念已经包含在第 7 条草案中。有人提出，第 2 款中设想的两个条件应是累加条件，而不是择一条件。有人就第 4 款中的两个条件提出了同样的建议。有人要求澄清第 3 款所指的协定是否可被受害国反对。在这方面，有人表示，第 3 款不符合与赔偿有关的国家责任规则，因为其中设想的被继承国与继承国之间的协定无法就受害国产生法律效力。一些委员指出，第 3 款的内容似乎已被第 1 条草案第 2 款所涵盖。几位委员认为，第 17 条草案没有充分证明因果关系，请特别报告员在这方面作进一步阐述。有人建议把用于补偿估价的方法写入评注。相应地，就第 17 条草案的案文提出了各种起草建议。

147. 关于第 18 条草案规定的抵偿，有人表示支持特别报告员的做法，即在关于本专题的工作中，通过基于“客观责任”和“法律损害”的国家责任的现代概念解释抵偿。有人重申，对于被继承国不复存在的情况以及继承国何时和在何种条件下有权要求这种形式的抵偿，该条款未作明确说明。关于第 2 款，一些委员赞扬将调查和起诉国际罪行写入该款。与之相反的是，也有人表示没有证据表明调查和起诉国际罪行构成一种抵偿形式，对调查和起诉此类罪行作为一种抵偿形

式的相关性提出了质疑。几位委员认为，宜举出国家实践的例子，表明继承国确实将起诉国际罪行视为一种抵偿形式，并分析是否存在通过起诉国际法规定的罪行来要求或提供抵偿的义务。有人提出，“可”一词并未涵盖继承国通过起诉国际罪行提供抵偿的义务。此外，有人提出，起诉严重违反普遍义务的行为是就整个国际社会作出的一种特定形式的抵偿。有人认为，第 18 条草案没有明确说明在涉及普遍义务的情况下，谁有权援引《国家对国际不法行为的责任条款》第 48 条意义上的责任。几位委员认为，在发生违反一般国际法强制性规范(强行法)和违背普遍义务的情况下，所有的赔偿形式都具有相关性，而不仅仅是抵偿。有人指出，必须对国家的责任与个人的刑事责任加以区分。为了作出这种区分，有人提出了几项起草建议以修正第 18 条草案。

148. 虽然有人表示支持关于不重复的承诺和保证的第 19 条草案的案文，但一些委员建议对案文进行修改，以使之更加清楚和准确。有人要求澄清为什么第 19 条草案没有包含停止的义务。特别是，有人指出，如果条款草案最终没有关于停止的条款，则应在评注中解释什么构成持续损害。一些委员认为，在不可能恢复原状和损害不仅是物质性的情况下，停止和不重复的保证具有同等的作用。有人质疑该条草案中使用的“适当的”一词，因为该词没有向各国提供足够的指导。虽然有人对第 1 款表示了支持，但也有人对第 2 款提出了关切，因为该款似乎表明，只有继承国在继承日期之后实施不法行为时，不重复的保证和承诺才会成为可用的补救之一。一些委员重申了第 16 条、第 17 条和第 18 条草案第 2 款作出的评论。有人询问，第 2 款是否适用于被继承国不复存在的情况。有人指出，任何关于被继承国责任所产生的国际义务的继承的所称规则，都会与关于具有持续性的行为的第 7 条草案第 1 款相矛盾。有人建议在评注中解释第 2 款涵盖哪些“情形”，以及列出“适当的保证”的例子，并以表格形式概述继承的不同情形。有人提到需要进一步分析非洲人权和民族权委员会关于构成不重复的承诺和保证的要素的实践。还有人就第 19 条草案提出了起草建议。

(d) 最终形式

149. 一些国家的评论表现出他们倾向于采用准则草案、原则草案、结论草案、示范条款草案或分析报告等替代形式，几位委员考虑到这些评论，质疑条款草案是否是本专题最适当的成果形式。若干委员建议，委员会可在第七十三届会议上重新考虑本专题工作的形式，而其他委员则认为没有必要这样做。还有人建议，可在委员会完成大部分实质性工作后，再就本专题的成果作出最后决定。

(e) 今后的工作方案

150. 几位委员同意特别报告员提出的今后的工作方案，而其他委员则警示称，委员会在审议本专题时不应草率行事。一些委员对能否在第七十三届会议上完成一读表示怀疑。

3. 特别报告员的总结

151. 特别报告员在辩论总结中，对关于第四次报告的实质性讨论表示满意。全体会议上的辩论内容丰富而有趣，在他看来，这表明了本专题的错综之处和复杂性质。他还指出，委员们作出的各种评论有时是无法相容的，但他愿与委员们接洽以缩小分歧并采取灵活的方法。

152. 关于需要确保考虑更多不同地区的国家实践的问题，特别报告员申明他愿意这样做，并欢迎委员们提出这方面的任何实例。

153. 关于一次付清协定，特别报告员澄清称，第四次报告采取了谨慎和有条件的做法。尽管特别报告员无法确认一次付清协定具有习惯国际法地位，但他仍然认为，一次付清协定是本专题的一个重要要素，因为这种协定反映了国家实践。此外，各国可以自由达成提供少于充分赔偿的协定，特别是考虑到国际法院在国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)⁴⁰⁴中的声明，以及捷克斯洛伐克和捷克法院关于第二次世界大战后缔结的某些一次付清协定的影响的国家判例。

154. 关于不当得利原则，特别报告员再次表示，这一原则是相关的，是支持在例外情况下将国家责任产生的义务转移给一个或多个继承国的特殊要素或情形之一。但他也澄清指出，自己有意不在拟议的条款草案中明确提及这一原则，因为他不接受将这项原则作为继承国责任的唯一依据，原因有几个。这一原则被视为含混不清和不精确，而且往往与“既得权利”的概念相联系，而后者被视为过时并与现代国际法不符。他表示愿意在评注中述及这一问题。

155. 特别报告员强调，拟议条款草案的案文并未暗指自动继承。他同意有关意见，即国家实践并不支持“白板”规则或自动继承规则的优先性。在 1960 年代至 1980 年代期间制定的国家继承法中，“白板”规则是对新独立国家适用的规则。但他不赞同应将“白板”理论提升为适用于所有类别继承的一般规则的意见。

156. 特别报告员理解就这些条款草案的效用或必要性提出的问题，但重申《国家对国际不法行为的责任条款》并没有涵盖本专题的所有相关方面。因此，这些条款草案可被视为对现有规则的补充。本专题工作旨在填补国家责任规则和国家继承规则编纂方面的空白。

157. 针对关于拟议条款草案的结构、关于拟议条款草案在被继承国继续存在或不复存在时的适用性以及关于不同类别的继承的评论，特别报告员解释称，第四次报告中提出的条款草案应与前几次报告中提出的条款草案一并阅读。第四次报告的重点是国际不法行为的法律后果的内容和形式。不过，他表示同意的是，可以精简拟议的条款草案以避免不必要的重复。特别报告员还同意委员们的有关意见，即宜指出条款草案的内容大体上为法律后果，并且具体是指赔偿的形式。关于违反普遍义务的后果，特别报告员表示这种后果不限于抵偿，并提议在评注或在另一条草案中讨论这一问题。在这方面，特别报告员提出了新的条款草案和对拟议条款草案的修订，以澄清和解决提出的不同问题。他还根据委员们的建议，提议对关于赔偿的条款草案进行整体重组。关于有人提出的应分析国家继承涉及私人的责任问题的评论，特别报告员认为，宜在委员会可能列入工作方案的其他专题下处理这一问题，但同意起草一个不妨碍条款。

158. 特别报告员对关于第 7 条之二草案的建议和提议普遍表示欢迎。他表示将提议修改条款草案的顺序和编号，以便将委员们的评论纳入考虑。

159. 关于第 16 条和第 17 条草案，特别报告员称愿意考虑委员们提出的起草建议。他指出，第 16 条草案旨在确认基于国家责任的一般规则的义务在国家继承

⁴⁰⁴ 国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页。

的情形下依然适用。他认为，第 16 条和第 17 条草案的第 3 款都不是多余的，因为它们涉及继承国与被继承国之间的分摊协定的特殊情况。例如，受害国可决定向被继承国提出索赔，而被继承国已无法将某一物品恢复原状，因为该物品位于继承国的领土上，而且继承国受益于不法行为的结果。但是，如果被继承国向受害国支付补偿而不是恢复原状，继承国与被继承国可缔结分摊协定相抵。特别报告员认为，分摊协定在允许受害国提出索赔的同时，旨在解决被继承国与继承国之间的索赔。关于委员们对第 16 条和第 17 条草案中“可要求”这一表述的评论，特别报告员着重指出，这些条款应强调这种义务的例外和有条件的性质，可酌情点明其属于逐渐发展。他欢迎关于这些条款草案的大多数起草建议。

160. 特别报告员表示，鉴于他提议对条款草案进行重组，或许可以对关于抵偿的第 18 条草案进行精简，并与其他赔偿形式一起列入一条草案。关于可能在第 2 款中提及调查和起诉国际法规定的罪行的问题，他提请注意国际法院审理的刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)⁴⁰⁵一案中当事方的诉状，其中表明起诉国际罪行可被视为抵偿的一种形式。他指出，可以认为前南斯拉夫问题国际刑事法庭和国际刑事法院的设立表明，调查和起诉违反普遍义务的罪行符合整个国际社会的利益。

161. 关于第 19 条草案，特别报告员表示愿按一些委员的建议，列出适当的承诺的实例清单，写入评注。对于没有提出关于停止义务的条款草案的问题，特别报告员承认，新增一项关于这方面的条款将是一个有价值的补充，并欢迎为此目的提出的起草建议。

162. 关于本专题的成果，特别报告员同意有关观点，即委员会可在稍后阶段决定最合适的选择。特别报告员表示愿意讨论其他形式，但表示不希望改变委员会本专题工作的形式。特别报告员还表示，可就各种问题进行非正式磋商。

163. 关于今后的工作方案，特别报告员承认，由于目前的 COVID-19 大流行和经修改的委员会工作安排，委员会可能无法在本五年期结束前完成一读。

C. 委员会迄今为止暂时通过的关于国家责任方面的国家继承的条款草案案文

1. 条款草案案文

164. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

国家责任方面的国家继承

第 1 条

范围

1. 本条款草案适用于国家对国际不法行为的责任方面国家继承的效果。
2. 本条款草案在有关国家未商定任何不同解决办法的情况下适用。

⁴⁰⁵ 刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005 年国际法院案例汇编》，第 168 页。

第 2 条 用语

就本条款草案而言：

- (a) “国家继承”指一国对领土的国际关系所负责任由另一国取代；
- (b) “被继承国”指发生国家继承时被另一国取代的国家；
- (c) “继承国”指发生国家继承时取代另一国的国家；
- (d) “国家继承日期”指在国家继承所涉领土的国际关系责任方面被继承国由继承国取代的日期；

.....

第 5 条 本条款草案所涵盖的国家继承情况

本条款草案只适用于依照国际法尤其是《联合国宪章》所体现的国际法原则而发生的国家继承的效果。

.....

第 7 条 具有持续性的行为

当继承国的国际不法行为相对于被继承国的国际不法行为具有持续性时，继承国的国际责任仅延伸至国家继承日期之后其本身行为的后果。在并且只在继承国承认被继承国的行为并认作自己的行为的情况下，继承国的国际责任也延伸至这种行为的后果。

第 8 条 叛乱运动或其他运动的行为归属

1. 成功地在被继承国的一部分领土或在其管理下的某一领土内建立一个新国家的叛乱运动或其他运动的行为，依国际法应视为该新国家的行为。
2. 第 1 款不妨碍把按照国家对国际不法行为的责任规则应视为被继承国行为的任何行为归于被继承国，无论该行为与有关运动的行为如何相关。

第 9 条 被继承国继续存在时的国家继承情况

1. 当被继承国在国家继承日期之前实施了一项国际不法行为，并且被继承国继续存在时，受害国在下列情况下，即使在继承日期之后仍有权援引被继承国的责任：

- (a) 被继承国的一部分领土或由被继承国负责其国际关系的任何领土成为另一国领土的一部分；
- (b) 被继承国领土的一部分或多个部分分离出来形成一个或多个国家；或

- (c) 继承国是新独立国家，其领土在国家继承日期之前是由被继承国负责其国际关系的附属领土。

2. 在特定情况下，受害国和继承国应努力达成处理损害的协定。
3. 第 1 款和第 2 款不影响被继承国和继承国之间在执行第 1 款和第 2 款时的任何分摊或其他协定。

2. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

165. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第 7 条

具有持续性的行为

当继承国的国际不法行为相对于被继承国的国际不法行为具有持续性时，继承国的国际责任仅延伸至国家继承日期之后其本身行为的后果。在并且只在继承国承认被继承国的行为并认作自己的行为的情况下，继承国的国际责任也延伸至这种行为的后果。

评注

(1) 第 7 条草案力求处理被继承国于继承日期之前实施的并在继承日期之后由继承国延续的具有持续性的行为方面的国家责任的继承问题。在这种情形下，指明和界定就被继承国和继承国而言的国家责任的范围被视为具有至关重要的意义。

(2) 对于第 7 条草案，应结合《国家对国际不法行为的责任条款》⁴⁰⁶ 来理解，该条草案述及具有持续性的行为。⁴⁰⁷

(3) 第 7 条草案第一句阐明了基本规则，即具有持续性的国际不法行为在国际继承之后仍会继续发生的情况下，继承国的国际责任仅延伸至国家继承日期之后其本身行为的后果。⁴⁰⁸ 这意味着，只有在国际不法行为可归于继承国而非被继承国的情况下，才会追究继承国的责任。这一结论符合《国家对国际不法行为的责任条款》，其中第 14 条第 2 款得出结论：“有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为延续的时间为该行为持续、并且一直不遵守该国际义务的整个期间。”

(4) 第一句是发生继承情况下的一般规则，而第 7 条草案第二句则述及特殊情况。该句指出，在并且只在继承国承认被继承国的行为并认作自己行为的情况下，继承国的国际责任也会延伸至被继承国的行为。这一结论源自并立足于《国家对国际不法行为的责任条款》，具体为第 11 条，该条规定：“……不归于一国的行为，在并且只在该国确认并当作其本身行为的情况下，依国际法视为该国的行为。”⁴⁰⁹ 例如在灯塔案仲裁中，法庭裁定，对于克里特岛在其作为奥斯曼帝国自治领土期间发起的特许权协定的违反，希腊应负有责任，这一裁定的部分根据是，该项违反得到了希腊的认可并最终被希腊所延续，甚至在希腊获得该岛

⁴⁰⁶ 大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注载录于《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。

⁴⁰⁷ 第 14 条，同上，见第 59 页；另见《国家责任条款》第 14 条评注第(5)段，同上，见第 60 页。

⁴⁰⁸ 摩洛哥西班牙区的英国财产案(西班牙诉联合王国)[摩洛哥西班牙区求偿案](1925 年)，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第 615-742 页，见第 648-649 页(仅有法文)。

⁴⁰⁹ 见《国家责任条款》第 11 条评注第(1)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 77 段，见第 52 页。

的领土主权之后。即便有关主张最初是基于对特许权协定的违反，但如果继承国面对其境内发生的持续性的违反行为，认可并延续这一情况，则可推断该国已对此承担责任。⁴¹⁰

第 8 条

叛乱运动或其他运动的行为归属

1. 成功地在被继承国的一部分领土或在其管理下的某一领土内建立一个新国家的叛乱运动或其他运动的行为，依国际法应视为该新国家的行为。
2. 第 1 款不妨碍把按照国家对国际不法行为的责任规则应视为被继承国行为的任何行为归于被继承国，无论该行为与有关运动的行为如何相关。

评注

- (1) 本条草案旨在述及叛乱运动或其他运动行为这一具体情况。
- (2) 第 1 款重申了《国家对国际不法行为的责任条款》第 10 条第 2 款所载的关于成功建立一个新国家的叛乱运动或其他运动的行为归属的规则。⁴¹¹ 第 8 条草案第 1 款的案文紧密跟随上述条款第 10 条第 2 款的案文，但提到的是“被继承”国而不是“先已存在的”国家。
- (3) 第 2 款是一个不妨碍条款，以说明一国本来能够对该运动的行为采取警惕、防止或惩罚措施却未能这样做的情况。该款紧密仿照《国家对国际不法行为的责任条款》第 10 条第 3 款，但提到的是“被继承国”，以结合国家继承这一背景来阐述这一规定。提到“国家对国际不法行为的责任规则”，应理解为是指关于归属的国际法规则，主要载于《国家对国际不法行为的责任条款》第 4 条至第 11 条。⁴¹²

第 9 条

被继承国继续存在时的国家继承情况

1. 当被继承国在国家继承日期之前实施了一项国际不法行为，并且被继承国继续存在时，受害国在下列情况下，即使在继承日期之后仍有权援引被继承国的责任：
 - (a) 被继承国的一部分领土或由被继承国负责其国际关系的任何领土成为另一国领土的一部分；
 - (b) 被继承国领土的一部分或多个部分分离出来形成一个或多个国家；或
 - (c) 继承国是新独立国家，其领土在国家继承日期之前是由被继承国负责其国际关系的附属领土。

⁴¹⁰ 奥斯曼帝国灯塔特许权案，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷(1956 年)，第 155 页起，见第 197-198 页；另见《国家责任条款》第 11 条评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 77 段，见第 52 页。

⁴¹¹ 同上，见第 50-51 页；A/CN.4/719(特别报告员的第二次报告)，第 107-121 段。

⁴¹² 见《国家责任条款》第二章评注第(1)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 77 段，见第 38 页。

2. 在特定情况下，受害国和继承国应努力达成处理损害的协定。
3. 第 1 款和第 2 款不影响被继承国和继承国之间在执行第 1 款和第 2 款时的任何分摊或其他协定。

评注

(1) 第 9 条草案述及被继承国在国家继承日期之后继续存在的情况下，被继承国保留其所实施的国际不法行为所产生的义务的问题，以及继承国与受害国之间达成协定的可能性。可发生这种继承的情形有：一国的一个或多个部分分离、一个新的独立国家成立，或一国的部分领土转移。

(2) 第 1 款确立了一项规则，即当被继承国在国家继承日期之前实施了国际不法行为，而被继承国在其下所列的三种具体情况下继续存在时，即使在继承日期之后，受害国仍然有权援引被继承国的责任。如此，受害国援引被继承国责任的权利在国家继承日期之后不受影响。⁴¹³ “仍”和“即使在继承日期之后”这两个用语就反映了这一点。

(3) 本案文参考了《国家对国际不法行为的责任条款》。此处表述包含了国家对国际不法行为的责任方面的所有规则。此外，被继承国可继续依赖于解除国际不法行为不法性的情形。⁴¹⁴

(4) 第 2 款述及行为或其后果与继承国领土之间存在直接联系的特殊情况。在这种情况下，被继承国可能无法单独处理损害问题，可能需要与继承国合作。第 2 款不意味着将义务自动转移给继承国，而只是规定有关国家可根据实际情况和最适当的赔偿形式达成协定。⁴¹⁵

(5) “在特定情况下”这一短语涵盖了处理损害可能涉及继承国的各种情况。例如，如果为了处理责任问题宜将有关财产恢复原状，或者继承国的领土或某一机构与国际不法行为之间存在联系，则在这种情形下，也可能涉及继承国。⁴¹⁶ 此外，如果继承国因在继承日期之前实施的国际不法行为而不公正地获益，则处理损害可能涉及继承国。这可能包括，例如，被征用的属于外国投资者的工厂或属于另一国的艺术品被保留在继承国境内的情况。

(6) 第 3 款述及共担责任的概念以及被继承国和继承国之间以协议方式分摊责任的情况。该款的行文不影响第 1 款和第 2 款的内容，并重申了第 1 条草案第 2 款所载的规则，即“本条款草案在有关国家未商定任何不同解决办法的情况下适

⁴¹³ 见 W. Czapliński, “La continuité, l’identité et la succession d’États — évaluation de cas récents”, *Revue belge de droit international*, vol. 26 (1993), pp. 375–392, at p. 388 ; M. Koskenniemi, Report of the Director of the English-speaking Section of the Centre, *State Succession: Codification Tested against the Facts*, pp. 71 and 119 ff. ; P. Pazartzis, *La succession d’États aux traités multilatéraux : à la lumière des mutations territoriales récentes* (Paris, Pedone, 2002), pp. 55–56.

⁴¹⁴ 见《国家责任条款》第 20 至第 27 条及其评注，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 77 段，见第 72–86 页。另参见国际法学会，《年鉴》，第 76 卷，塔林会议(2015 年)，“国际责任事项中的国家继承”，第十四委员会，报告员：马塞洛·科恩，第 711 页起，见第 714 页。

⁴¹⁵ A/CN.4/719 (特别报告员的第二次报告)，第 98–103 段。

⁴¹⁶ P. Dumberry, “Is a new State responsible for obligations arising from internationally wrongful acts before its independence in the context of sécession?”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 43 (2005), pp. 419–454, at pp. 429–430.

用”。第 3 款并不限于补偿时的资金分摊问题，同时确认必要赔偿的形式在不同实际情况下可能不同，使被继承国和继承国可在协定中讨论赔偿的形式。

第八章

一般法律原则

A. 导言

166. 委员会第七十届会议(2018 年)决定将“一般法律原则”专题列入工作方案,并任命马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生为特别报告员。联大随后在 2018 年 12 月 22 日第 73/265 号决议第 7 段中注意到委员会决定将这一专题列入工作方案。

167. 委员会在第七十一届会议(2019 年)上审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/732),特别报告员在报告中提出了他处理本专题的范围和成果的方法,以及委员会在工作中应处理的主要问题。在全体会议举行辩论之后,委员会决定将特别报告员第一次报告所载结论草案 1 至 3 送交起草委员会。委员会随后注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的结论草案 1 的临时报告,该报告只有英文本,已提交委员会参考。⁴¹⁷

168. 也是在第七十一届会议上,委员会请秘书处编写一份备忘录,评述国家间仲裁法庭、普遍性国际刑事法院和法庭的判例,以及不同条约,这对委员会今后关于这一专题的工作尤为重要。

B. 本届会议审议此专题的情况

169. 委员会在本届会议上审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/741 和 Corr.1)。特别报告员在第二次报告中论述了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上一般法律原则的识别,并提出了六项结论草案。他还就该专题的未来工作方案提出了建议。委员会还收到了要求秘书处提交的备忘录,评述国家间仲裁法庭、普遍性国际刑事法院和法庭的判例,以及不同条约,这对委员会今后关于这一专题的工作尤为重要(A/CN.4/742)。

170. 委员会在 2021 年 7 月 12 日至 21 日举行的第 3536、3538、3539 和 3541 至 3546 次会议上审议了特别报告员的第二次报告。

⁴¹⁷ 起草委员会主席的临时报告可查阅《国际法委员会工作分析指南》
http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml。

171. 在 2021 年 7 月 21 日第 3546 次会议上，委员会决定结合全体会议辩论期间发表的意见，将特别报告员第二次报告所载结论草案 4 至 9 送交起草委员会。⁴¹⁸

172. 在 2021 年 8 月 3 日第 3557 次会议上，委员会审议了起草委员会在本届会议上暂时通过的关于结论草案 1 (法文和西班牙文)、2、4 和 5 的报告 (A/CN.4/L.955 和 Add.1)。⁴¹⁹ 在同次会议上，委员会暂时通过了结论草案 1、2 和 4 (见下文 C.1 节)，并注意到结论草案 5。在 2021 年 8 月 5 日和 6 日的第 3561 和 3563 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的关于结论草案 1、2 和 4 的评注(见下文 C.2 节)。

⁴¹⁸ 特别报告员在第二次报告中提出的结论草案如下：

结论草案 4

识别源自国家法律体系的一般法律原则

为确定源自国家法律体系的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 存在一项世界主要法律体系共有的原则；和
- (b) 其移置于国际法体系。

结论草案 5

确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在

1. 要确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在，需要对各国法律体系进行比较分析。
2. 比较分析必须广泛且有代表性，包括世界不同法律族系和区域。
3. 该比较分析包括对国家立法和国家法院所作裁判的评估。

结论草案 6

核实其移置于国际法体系

在下列条件下，世界主要法律体系共有的一项原则移置于国际法体系：

- (a) 该原则符合国际法基本原则；和
- (b) 该原则在国际法体系中适足适用的条件具备。

结论草案 7

识别在国际法体系内形成的一般法律原则

为确定在国际法体系内形成的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 一项原则在条约和其他国际文书中得到广泛承认；
- (b) 一项原则是条约所定国际法或习惯国际法的一般规则的基础；或
- (c) 一项原则为国际法体系基本特征和基本要求所固有。

结论草案 8

法院和法庭所作裁判

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判是确定此类原则的辅助资料。
2. 可酌情考虑国家法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判，作为确定此类原则的辅助资料。

结论草案 9

学说

各国最高水平的国际法学家的学说可以作为确定一般法律原则的辅助资料。

⁴¹⁹ 起草委员会主席的相应声明可查阅《国际法委员会工作分析指南》：
http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml。

1. 特别报告员介绍第二次报告

173. 特别报告员回顾了这一专题的复杂性，指出一般法律原则是国际法的三项主要渊源之一，因此需要对其进行仔细和广泛的分析。他指出，他的第二次报告涉及识别一般法律原则的方法。他回顾了委员会和联大第六委员会富有成果的辩论，并强调了其中六个要点。

174. 首先，他回顾说，对于此专题的范围和委员会工作最后成果的形式，存在普遍共识。特别报告员认为，委员会委员和第六委员会的各国广泛认为，此专题应处理作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质、范围、作用，及其与其他国际法渊源的关系，以及识别这些原则的方法。他还注意到，大家同意委员会的成果采用附加评注的结论草案的形式。

175. 第二，特别报告员回顾说，大家普遍同意应以《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项作为委员会工作的起点，并结合国家实践和判例进行分析。

176. 第三，他回顾说，广泛的共识认为，承认是一般法律原则存在和识别的必要条件。

177. 第四，委员会和第六委员会内部普遍认为，《法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”一词不合时宜，应予避免。

178. 第五，特别报告员回顾说，源于国家法律体系的一般法律原则这一类别以及识别这些原则的基本方法几乎得到一致支持。

179. 最后，关于第一次报告中提出的第二类一般法律原则，即在国际法体系内形成的原则，特别报告员指出，虽然有委员会委员和第六委员会的一些国家支持这类原则，但一些委员和代表团表达了怀疑意见。

180. 特别报告员指出，第二次报告分为五个部分：第一部分涉及与识别一般法律原则有关的某些一般问题；第二部分和第三部分分别讨论识别源于国家法律体系和在国际法体系内形成的一般法律原则的方法；第四部分审查了确定一般法律原则的辅助资料；第五部分简要讨论了委员会关于这一专题的未来工作方案。特别报告员在第二次报告中提出了六项结论草案。

181. 特别报告员在第一部分的导言中着重提出了三点意见，即：(a) 委员会的工作方法应限于澄清如何确定在特定时间点存在一般法律原则，及一般法律原则的内容；(b) 委员会委员和第六委员会的各国普遍同意，承认是确定一般法律原则存在的必要条件；(c) 应采用《公民及政治权利国际公约》⁴²⁰提及一般法律原则的第十五条第二款使用的“各国”一词，而非“文明各国”的表述。

182. 第二部分论述了对源自国家法律体系的一般法律原则的识别。第一章简要阐述了处理这一问题的基本方法，即要识别源于国家法律体系的一般法律原则，需要分两步骤进行分析。第二章和第三章详细论述了这些步骤。第四章讨论了识别源自国家法律体系的一般法律原则的方法和识别习惯国际法的方法之间的区别。

⁴²⁰ 1966年12月16日，纽约，联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号，第171页。

183. 特别报告员注意到，为识别一般法律原则，实践和文献采取了两步骤分析：(a) 首先，必须确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在；(b) 第二，必须查明这一原则被移植到国际法律体系内。

184. 他强调了第一步分析的具体结论，即：(a) 必须对国家法律体系进行比较分析，表明它们有一项共有原则；(b) 有必要涵盖尽可能多的国家法律体系，以确保一项原则得到各国的有效承认；(c) 没有必要审查世界上每一个国家的法律体系；(d) 有人提议使用《国际法院规约》和《委员会章程》中使用的“世界主要法律体系”一语，用于描述涵盖世界不同法系和区域的分析范围；(e) 共有性测试相对简单，包括比较国家法律体系当中的现有规则，及查明它们共有的法律原则；(f) 与这一分析相关的材料包括各国的国内法渊源，例如立法和国家法院的裁决，同时考虑每个国家法律体系的具体特点；(g) 有可能存在以下观点，即如果一个国际组织被给予发布规则的权力，而这些规则对其会员国具有约束力，并直接适用于会员国的法律体系，则在进行比较分析时就应该考虑这些规则。

185. 关于第二步分析，特别报告员指出，世界主要法律体系的一项共有原则被移植到国际法律体系内并不是自动发生的。他强调了两项要求：(a) 该原则必须符合国际法的基本原则；(b) 必须具备在国际法体系中充分适用该原则的条件。特别报告员还指出，因为《国际法院规约》第三十八条第一款所列的国际法渊源之间没有等级之分，所以与任何协定国际法或习惯国际法规则相符，并不是移植的要求。他还指出，从这个意义来说，三个渊源的规范之间可能出现的任何冲突，都应诉诸特别法等原则来解决。

186. 报告第三部分论述了在国际法体系内形成的一般法律原则的识别。第一章回顾了 2019 年委员会在第七十一届会议期间和第六委员会在联大第七十四届会议期间的辩论提出的主要问题，并阐述了特别报告员在这方面的一般做法。第二章讨论确定在国际法体系内形成的一般法律原则是否存在的方法。第三章处理习惯国际法的识别方法和在国际法体系内形成的一般法律原则的识别方法之间的区别。

187. 特别报告员回顾说，虽然委员会委员和第六委员会的一些国家表示支持第二类一般法律原则，并支持他的第一次报告所载分析，但两个讨论场合也听到了一些不同意见。他注意到，主要关切的问题是：没有充足或决定性的实践，可就一般法律原则的类别达成结论；难以将这些原则与习惯国际法区分开来；识别这类一般原则的标准不够严格，因此存在过于轻易援引这些原则的显著风险。

188. 第四部分论述了识别一般法律原则的辅助资料。特别报告员指出，他在这方面的方法以委员会就习惯国际法的识别工作得出的结论为基础。⁴²¹ 特别报告员指出，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项对习惯国际法或一般法律原则的适用，原则上没有区别。他认为，该条所指的“法律原则”显然适用于第三十八条前几项所列的国际法的三个渊源。

189. 第五部分简要阐述了特别报告员提出的未来工作方案。他表示打算在下次报告中论述一般法律原则的作用及其与其他国际法渊源的关系。他还表示，在

⁴²¹ 大会 2018 年 12 月 20 日第 73/203 号决议，附件。委员会通过的结论草案及其评注载录于《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 65-66 段。

下一次报告中，他也将有机会审查在委员会第七十二届会议辩论期间可能出现的与他的第二次报告有关的问题。

190. 最后，特别报告员回顾了他的提议，即委员会在工作接近尾声时提供一份与一般法律原则有关的具有广泛代表性的主要研究文献目录，并指出该提议在第七十一届会议上得到了委员们的支持。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

191. 委员们总体上欢迎特别报告员的第二次报告，并对秘书处编写的备忘录表示赞赏。一些委员指出了这一专题的重要性，并强调，在讨论与国际法渊源有关的问题时需要采取谨慎态度。

192. 关于报告的方法，一些委员赞扬特别报告员对相关国家实践、判例和学说所作调查。关于使用国家在诉讼过程中对一般法律原则发表的意见的问题，有人认为应保持谨慎；也有人指出，无论如何，应适当权衡争端各方的不同意见。

193. 一些委员重申同意特别报告员的意见，即专题的范围应包括作为国际法渊源的一般法律原则的法律性质；一般法律原则的范围，这指的是一般法律原则的起源和相应的类别；一般法律原则的作用及其与其他国际法渊源的关系；以及一般法律原则的识别。关于成果，委员们重申支持附加评注的结论草案。

194. 一些委员回顾说，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项是委员会工作的起点。有人认为，专题的标题应具体且明确提及第三十八条第一款(寅)项。一些委员指出，一般法律原则是国际法的一个自成一体的来源，虽然在《规约》中，国际法不同渊源之间没有等级之分，但一般法律原则起到的是辅助或补充作用。一些委员指出，正如《常设国际法院规约》⁴²²起草者所设想的那样，一般法律原则的作用是填补国际法的空白，避免出现无法可依的情况。一些委员同意特别报告员的总体做法，即识别一般法律原则的标准必须足够严格，以防止它们被用作识别国际法规范的捷径，同时又应当足够灵活，因此识别工作不会变成一项不可能的任务。

195. 在全体会议辩论期间发言的委员们一致支持抛弃《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”的说法。虽然一些委员支持使用特别报告员基于《公民及政治权利国际公约》第十五条第二款提出的“community of nations”(各国)一词，但另一些委员对该词表示疑问。一些委员指出，有必要在本专题的背景下思考“nations”一字的含义。一些委员强调，“nations”的说法是恰当的，因为它比“states”的说法提供了更多样的法律体系和传统的渊源。有人对《公约》第十五条第二款在不同语文的作准文本中使用不同的说法表示关切。有委员建议改用“international community”(国际社会)、“international community of States”(由国家组成的国际社会)、“States”(各个国家)或“community of nations as a whole”(整个国际社会)等表述。

196. 关于法文(“principes généraux ‘de/du’ droit”)和西班牙文(“principios generales ‘de/del’ derecho”)使用的术语，有人认为，重要的是不要偏离《国际法

⁴²² 1920年12月16日，日内瓦，国际联盟，《条约汇编》，第6卷，第170号，第379页。

院规约》第三十八条第一款(寅)项所载的措辞。有委员提醒说，有必要按照每种正式语文目前使用的表达调整术语。另一方面，有委员说，适当的术语最终将取决于委员会给予本专题的范围。还有委员指出，无论使用哪个术语，都不应影响该条款的含义。

197. 几位委员认为，承认是识别一般法律原则的基本要求。委员们还普遍认为，本专题涵盖源自国家法律体系的一般法律原则。虽然一些委员表示支持在国际法体系内形成的一般法律原则，但另一些委员则对将这类原则纳入本专题或将其作为国际法渊源表示疑问。一些委员强调，可能需要澄清“principle”(原则)一词及其与“rule”(规则)之间的关系。

198. 一些委员表示应对不准确使用术语的问题保持谨慎。有人指出，几个不同的术语，如“一般国际法”、“国际法的一般原则”和“国际法的基本原则”，在实践和学说中经常被互换使用。一些委员认为，有必要对“原则”、“一般国际法”和“第三十八条第一款(寅)项之下的一般法律原则”进行区分。还有委员指出，有必要区分作为法律渊源的原则的概念和作为习惯国际法或协定国际法规则的一个子类的原则的概念。

(b) 结论草案 4 至 6

199. 关于结论草案 4 (识别源自国家法律体系的一般法律原则)、5 (确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在)和 6 (查明其被移植到国际法体系)，委员们总体同意特别报告员建议的两步骤分析。然而，有人对这两个步骤能否按照特别报告员的建议合并为一项行动加以适用表示怀疑。

200. 关于第一个步骤，即识别一项世界主要法律体系共有的原则的存在，有人认为，结论草案 5 第 1 段没有必要在分析国家法律体系时提及比较法的方法和技巧；反之，应将重点放在这些系统可能共有的基本概念上。还有人建议，最好将这一过程称之为“比较审查”。

201. 关于结论草案 5 的第 2 段，一些委员同意特别报告员的意见，即比较分析必须广泛且有代表性，这就要求涵盖尽可能多的国家法律体系。这包括确保世界各种法律体系的代表性，包括在适当情况下确保土著、原住民或第一民族法律体系的代表性。一些委员认为这一要求过于严格，有人指出，在实践中，这种比较分析并非总是广泛且有代表性。一种意见认为，要求广度和代表性，必然意味着评估无需非常有深度。还有人指出，结论草案没有提及获取各国法律资料的问题。

202. 有人就结论草案 5 第 2 段提出了起草建议，认为应列入一项要求，类似于委员会在关于习惯国际法的识别的结论中采用的要求，即比较分析必须足够广泛和有代表性。还有人建议，委员会不妨在结论草案 5 中纳入这样一个概念，即许多国家的法律体系应当承认所述原则。委员们还提出了另一些起草建议，指出分析应当灵活，并逐案进行。

203. 一些委员对使用“法律族系”的概念描述比较分析的范围提出了疑问。有人认为，地域代表性和语言也应该是承认的标准。有人指出，一个法律族系内的国家法律体系可能有、也可能没有共有的原则。虽然若干委员支持使用特别报告员提议的“世界主要法律体系”的说法，但有人指出，这一措辞可能意味着法律

族系本身对一项原则的承认可能被视为具有决定性，而非这些族系中国家立法的承认。有人认为不需要“主要”一词。

204. 结论草案 5 第 3 段提出了建议，即比较分析应包括对国家立法和国家法院的裁决的评估，一些委员认为这项要求过于严格，而另一些委员则认为结论草案没有体现出特别报告员报告中提到的与在国内法律体系当中识别法律原则相关的广泛材料。一些委员认为，结论草案还应提及宪法、行政或执行惯例。

205. 虽然一些委员支持下述做法，即如果国际组织被给予发布规则的权力，而这些规则对其会员国具有约束力，并直接适用于后者的法律体系，则在进行比较分析时应该考虑纳入这些国际组织的惯例，但也有委员表示在这方面需保持谨慎。有人认为，纳入这种惯例需要解释理由，因为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项没有提到国际组织。

206. 关于结论草案 6 所反映的第二步分析，即查明被移植到国际法体系的问题，一些委员同意特别报告员的意见，认为这是一个必要的步骤，并表示支持列举的两项要素为移植所要求。然而，也有人指出，这些要素似乎过于复杂，委员会应该仅声明移植的要求。还有人指出，特别报告员在其报告中提到的案例都不支持这两项要素为累加要素这一前提。一些委员认为，移植不是承认的要求，将一项原则具体转化为适用于争端的法律才是。还有人指出，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项没有关于移植的内容，因此不一定作为特别报告员建议的承认的要求之一。有人认为，可考虑将“可移植”一词作为“被移植”的替代说法。

207. 关于结论草案 6 中移植所需的第一个要素——分段(a)，即符合国际法基本原则，一些委员支持使用这一表述，而另一些委员则要求澄清“国际法基本原则”这一表述的含义和内容。一些委员建议，还应根据更具体和准确的国际法规则来考虑相符性。有人提出起草建议，认为这些原则需要符合“国际法的基本原则和价值观”，符合“国际法律秩序的迫切需要”和符合“国际法律秩序的基本要素”。

208. 关于结论草案 6 中反映的移植的第二个要素——分段(b)，即具备该原则在国际法体系中适足适用的条件，一些委员同意其背后的逻辑，而另一些委员则认为，适用方面存在困难，并不将移植排除在外。

209. 有人建议，应进一步考虑某一特定原则的适用对象的确切性质，作为移植过程中应考虑的一个因素。还有人认为，结论草案中反映的移植的要求没有考虑各国将某项一般法律原则适用于其法律关系的意愿。

(c) 结论草案 7

210. 关于结论草案 7，一些委员支持特别报告员关于存在国际法体系内形成的一般法律原则的观点，并同意其法律依据是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项。有人指出，要避免无法可依，答案不仅在于源自国家法律体系的一般法律原则，也存在于源自国际法体系本身的一般法律原则中。还有人表示，在国际法体系内形成的一般法律原则可被视为国际法日益成熟和日益复杂的一个标志，因此，国际法越来越少依赖国内法渊源来填补空白。一些委员指出，第三十八条第一款(寅)项的案文及其准备工作文件以及判例表明，该条款并未将一般法律原则局限于源自国家法律体系的原则，而是支持在国际法体系内形成的一般法律原

则的存在。有人指出，从识别国际法体系的某些总体特征的需要来看，在国际法体系内形成的一般法律原则类别的存在是显而易见的，这些原则可以为国内法律体系中没有出现的情况提供适当的解决办法，否则，这些情况将得不到解决。

211. 另一些委员对将这类原则纳入专题范围以及《国际法院规约》是否支持这些原则的存在再次表示怀疑。有一种意见认为，《法院规约》的准备工作文件所反映的是，第三十八条第一款(寅)项仅纳入了从国内法律体系，即从国内法中发展出的一般法律原则，在作为国际层面创建一般原则的证据引用的案例中，没有任何案例提及第三十八条第一款(寅)项。一些委员指出，特别报告员第二次报告中在这一类别下描述的一般原则实际上是协定法或习惯法的规则，根据第三十八条第一款(寅)项，一般法律原则仅指源自国家法律体系的原则。有人指出，如果一项原则被纳入一项国际公约或习惯国际法，它将成为各自渊源下的国际法规则，而不是一般法律原则。有人认为，鉴于一般法律原则的辅助作用，第二类原则的适用有两项先决条件：(a) 特定事项出现在国际法中，需要加以规范；(b) 没有识别出任何源于国家法律体系的一般法律原则。有人要求澄清在国际法体系内形成的一般法律原则和习惯国际法之间的区别。

212. 关于识别在国际法体系内形成的一般法律原则的方法，委员们对特别报告员在结论草案 7 的三个分段中提出的三种承认的形式表示出不同关切。关于第一种形式，即在条约和其他国际文书中得到广泛承认的原则，一些委员质疑说，通过这种形式得到承认的原则是否真正构成义务来源，独立于所称的、证明该原则得到承认的规则。在这方面，有人质疑，通过这种形式识别的一项原则是否能够约束尚未同意受相关公约规则约束的国家。还有人指出，在国际法体系内形成的一般法律原则可能体现于条约和其他文书中，但并没有在这些文书中得到承认。一些委员对特别报告员考虑将联大决议等其他文书作为潜在的承认形式的做法提出疑问。另有一些委员询问，在条约和其他国际文书中得到广泛承认的一项原则是否应该具有特殊特征，是否任何原则都可以通过这种方式成为一般法律原则。

213. 关于第二种承认的形式，即通过确定原则是条约所定国际法或习惯国际法的一般规则的基础而识别出的原则，有人认为，使用的术语不够清晰，无法为识别这些原则提供依据，特别报告员提出的演绎方法似乎过于主观。还有意见认为，这种承认的形式混淆了识别习惯国际法规则和承认一般法律原则的过程。有人指出，一项工作是识别条约承认的原则或作为条约基础的原则，另一项工作是对有关条约规则赋予意义，作为适用或解释条约进程的一部分，尚不清楚这两项工作有何不同。还有人一贯反对者规则如何适用于这种情况表示关切。

214. 关于第三种承认的形式，即为国际法体系基本特征和基本要求所固有的原则，有人强调，很难确定“国际法体系基本特征和基本要求”的内容，进而推导出该原则。还有人指出，该说法似乎混淆了一般国际法强制性规范(强行法)的识别过程和一般法律原则的承认过程。另一些委员支持这种形式的承认，认为国际法体系中本身存在一些一般法律原则。

215. 有人认为，第二类一般法律原则不应过于宽泛，必须与现有的习惯国际法规则明确区分开来，以防止其成为识别尚未出现一般惯例的习惯规范的捷径。

(d) 结论草案 8 和 9

216. 关于结论草案 8 (法院和法庭所作裁判), 一些委员支持《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所载确定国际法规则的辅助资料适用于一般法律原则的概念。但是, 有人质疑这是否会将“原则”等同于“规则”。虽然一些委员支持与委员会以前的工作保持一致, 因此应使用与关于识别习惯国际法的结论类似的案文, 但另一些委员对结论草案 8 采用的措辞表示怀疑。有人指出, 就一般法律原则而言, 国内司法裁判不是辅助资料, 而是直接用于确定有关原则的资料。

217. 关于结论草案 9 (学说), 有人指出, 学者的学说常常被作为依据, 证明一项原则得到国家法律体系的广泛承认, 而非用于证明一般法律原则的存在。

218. 最后, 有人建议, 联合国或国际专家机构的决议也可以作为确定一般法律原则的辅助资料。

(e) 未来的工作方案

219. 委员们总体支持特别报告员关于在其第三次报告中探讨一般法律原则的作用及其与其他法律渊源的关系的提议。但是, 有意见认为, 如果委员会不考虑一般法律原则产生、变化或不复存在的过程, 则很难处理上述问题。

220. 委员们就特别报告员今后关于这一专题的工作提出了一些建议, 包括一般法律原则之间的关系; 一般法律原则与《联合国宪章》所载国际法基本原则之间的关系; 与软性国际法之间的关系; 以及与一般国际法的强制性规范(强行法)之间的关系。还有人指出, 具有区域性质的一般法律原则问题, 以及一般原则的普遍性概念是否与这些原则不一致的问题, 也应予以讨论。

221. 一些委员认为, 可能有必要在结论草案中增加一节, 为结论草案中使用的术语提供定义。还有委员表示支持结论草案界定或描述作为国际法渊源的一般法律原则的基本要素。

3. 特别报告员的总结

222. 特别报告员对辩论进行总结, 他向委员会委员表示了感谢, 并对该专题引起的关注表示欢迎。

223. 特别报告员重申, 委员会委员和联大第六委员会的各国一致认为, 委员会关于这一专题的工作应以《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项作为起点, 同时结合国家实践、判例和相关学说。他认为, 这意味着将委员会的工作限定于该条款提到的作为国际法渊源的一般法律原则。

224. 关于提及一般法律原则时使用的西班牙文和法文术语, 特别报告员强调, 委员会最近在 2018 年关于习惯国际法的识别的结论中使用了“*principios generales del derecho*”这一西班牙文表述和“*principes généraux du droit*”这一法文表述。特别报告员还回顾说, 某些条约, 如《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》,⁴²³《国际刑事法院罗马规约》⁴²⁴和一些国际刑事法院和法庭的规约分

⁴²³ 1949 年 8 月 12 日, 日内瓦, 联合国, 《条约汇编》, 第 75 卷, 第 973 号, 第 287 页, 第 67 条。

⁴²⁴ 1998 年 7 月 17 日, 罗马, 联合国, 《条约汇编》, 第 2187 卷, 第 38544 号, 第 3 页, 第 21 条, 第 1(c)段。

别使用了“*principios generales del derecho*”的西班牙文表述和“*principes généraux du droit*”的法文表述。

225. 特别报告员注意到，大多数委员赞成将《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中使用的“文明各国”一词替换为《公民及政治权利国际公约》所载“各国”一词。然而，他也注意到，一些委员对《公约》不同语文的作准文本使用了不同术语表示关切。关于委员们强调土著、原住民或第一民族法律体系对一般法律原则的识别方法非常重要的评论，特别报告员建议在评注中处理这些事项。

226. 关于一些委员的评论，即一旦一项一般法律原则成为习惯国际法的一部分，它就不再被视为一般法律原则，特别报告员澄清说，实践证实，一项一般法律原则和源自其他国际法来源的规范有可能并列存在。

227. 特别报告员还表示，对一般法律原则赋予定义，可能有助于澄清委员会关于这一专题的工作范围，他建议委员会在讨论一般法律原则的作用后讨论这一定义。

228. 关于结论草案 4 中所反映的源自国家法律体系的一般法律原则的识别，他注意到，大家对于两步骤分析达成了共识：一方面是确定一项原则为世界主要法律体系的共有原则；另一方面是查明上述原则被移植到国际法律体系。

229. 特别报告员注意到，一些委员同意使用“世界主要法律体系”这一表述来描述必须进行的比较分析的范围，以查明结论草案 5 之下的一般法律原则。他同意有委员在全体会议上提出的建议，即在结论草案 5 第 2 段中加入“足够”一词，因为这样说可提供一定程度的灵活性，同时体现出分析必须“足够广泛和有代表性”的事实。

230. 关于在确定一项一般法律原则的存在方面国际组织的作用的不同看法，特别报告员指出，有关的实践一向倾向于分析各个国家的法律体系，以识别一项一般法律原则。他指出，国际组织发布的规则可以作为补充而非替代资料。

231. 关于识别源自国家法律体系的一般法律原则的第二步分析，即移植到国际法体系的问题，特别报告员讨论了辩论期间提出的用“可移植”取代“被移植”的起草建议。他指出，这不仅仅是一个术语问题，而是一个实质性问题。特别报告员解释说，“可移植”不会对识别过程发挥作用，而是描述确定一项公认的一般法律原则是否可适用于具体案件的相关标准。特别报告员在报告中使用了“被移植”一词，是为了表明，在确定国际法体系中一般法律原则内容的过程中，它是一个组成部分。在某些情况下，经过比较分析的识别，国家法律体系当中的原则可能适用于国际法体系。在另一些情况下，在国内层面识别的原则的一些要素并未移植到国际法体系中。

232. 特别报告员回顾了结论草案 6 中提出的一般法律原则的移植的两项要求。根据第一项要求，国内法律体系的原则应符合国际法的基本原则，他将这些原则理解为《联合国宪章》所载原则，由《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》⁴²⁵ 发展而来。他认为，一般法律原则的识别不应受制于任何协定国际法或习惯国际法规范的授权，否则会在不同渊源之间建立层级关

⁴²⁵ 大会 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV) 号决议，附件。

系。他补充说，关于规范冲突的原则，如特别法可适用。与此同时，特别报告员认识到就这个问题表达的不同意见，这些意见可以在起草委员会中进一步讨论。

233. 关于移植的第二项要求，即在国际法体系中适用国内法律原则存在充分的条件，特别报告员同意委员们的意见，即结论草案 6 的(b)分段可以简化，以澄清其目的是为了确保一项原则可以在国际法体系中适用，而不被歪曲或误用。

234. 关于委员们对国际法体系内形成的一般法律原则的各种不同看法，特别报告员指出，对可能存在这类原则进行详细审查是委员会关于这一专题的工作之一。他认为，该工作将是对国际法的一项重要贡献。关于委员们就结论草案 7 的各分段提出的各种问题，特别报告员表示，可以在起草委员会中讨论这些问题。

235. 特别报告员表示，他知道在国际法体系内形成的一般法律原则类别这一问题仍有争议。他还表示已经注意到一些委员提出的建议，即应进一步研究此问题，以便在委员会中达成共识，他表示愿意就这一问题与委员们合作。

236. 关于确定一般法律原则的辅助资料，特别报告员注意到，委员们基本同意他在第二次报告中提出的办法，即《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所载的确定国际法规则的辅助资料适用于一般法律原则。他重申，在《规约》第三十八条第一款(卯)项的范围之外承认国际法院和法庭在形成一般法律原则方面的作用，是一个需要极其谨慎处理的问题。

237. 关于未来的工作方案，特别报告员表示，他打算在第三次报告中讨论一般法律原则的作用及其与其他国际法渊源产生的规范的关系问题。然而，他指出，下一次报告所载的分析结果可能会对识别一般法律原则的方法产生影响。他还表示，他将考虑委员们对他的第二次报告的意见，并处理辩论中提出的各种问题。

C. 委员会第七十二届会议暂时通过的关于一般法律原则的结论草案案文

1. 结论草案案文

238. 委员会第七十二届会议暂时通过的结论草案案文载录如下。

结论 1

范围

本结论草案涉及作为国际法渊源的一般法律原则。

结论 2

承认

一般法律原则须为各国承认才会存在。

.....

结论 4

识别源自国家法律体系的一般法律原则

为确定源自国家法律体系的一般法律原则的存在和内容，有必要查明：

- (a) 存在一项世界各法律体系共有的原则；
- (b) 其被移植到国际法律体系内。

2. 委员会第七十二届会议暂时通过的结论草案案文及其评注

239. 委员会第七十二届会议暂时通过的结论草案案文及其评转载录如下。

结论 1

范围

本结论草案涉及作为国际法渊源的一般法律原则。

评注

(1) 结论草案 1 是介绍性的，规定本结论草案涉及作为国际法渊源的一般法律原则。本结论草案通篇使用“一般法律原则”这一表述，指的是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所列的“文明各国所承认的一般法律原则”，并结合国家实践、国际性法院和法庭的判例以及学说进行了分析。⁴²⁶

(2) 结论草案 1 重申，一般法律原则是国际法的渊源之一。一般法律原则与条约和习惯国际法一起被列入《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项，作为法院在裁判向其提交的争端时应适用的“国际法”的一部分，从而确认了一般法律原则的法律性质。该项规定的前身是《常设国际法院规约》第三十八条第三款，是 1920 年在国际联盟内部，特别是国际联盟理事会设立的法学家咨询委员会进行长时间讨论的结果，该委员会试图对《规约》通过之前存在的惯例进行编纂。自此之后，作为国际法渊源的一般法律原则在包括双边和多边条约在内的国家实践中以及在不同的法院和法庭的裁决中被提及。⁴²⁷

(3) “国际法渊源”一词是指一般法律原则形成的法律过程和形式。结论草案旨在澄清一般法律原则的范围、识别方法、作用及其与其他国际法渊源的关系。

结论 2

承认

一般法律原则须为各国承认才会存在。

评注

(1) 结论草案 2 重申了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的一个基本要素，即一项一般法律原则要存在，就必须得到各国的“承认”。

(2) 承认作为形成一般法律原则的基本条件，广泛存在于国家实践、国际性法院和法庭的判例以及学说中。这意味着，要确定一项一般法律原则在某一特定时间点是否存在，有必要审查所有可获得的证据，证明该原则已得到承认。用来进行这一确定工作的具体标准是客观的，将在随后的结论草案中制定。

(3) 结论草案 2 用“community of nations”(各国)一词取代《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“civilized nations”(文明各国)一词，因为后者不合时

⁴²⁶ 考虑到近来的国家实践和判例，结论草案 1 的法文和西班牙文本分别用“*principes généraux du droit*”和“*principios generales del derecho*”。可以这样理解，使用“*du droit*”和“*del derecho*”既不改变，也不暗示改变《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的实质。

⁴²⁷ 例如，见 A/CN.4/732(第一次报告)和 A/CN.4/742(秘书处的备忘录)。

宜。⁴²⁸ “community of nations” (各国)一词见于《公民及政治权利国际公约》第十五条第二款，该条约有 173 个缔约国，因此得到广泛接受。⁴²⁹ 结论草案 2 的不同语文版本复制了该公约各作准文本中使用的表述。例如，法文本使用了 “l’ensemble des nations”，西班牙文本使用了 “comunidad internacional” 的表述。本条结论草案采用这一措辞，目的是强调所有国家根据《联合国宪章》第二条第一款规定的主权平等原则，平等地参加一般法律原则的形成过程，没有任何区别。

(4) 使用 “community of nations” (各国)一词并不是为了修改《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的范围或内容。具体而言，这个词并不试图表明一项一般法律原则需要得到统一或集体承认，也不表明一般法律原则只能在国际法律体系内产生。此外，“community of nations” (各国)一词不应与《维也纳条约法公约》⁴³⁰ 关于一般国际法强制性规范(强行法)的第五十三条中的“国际社会全体”相混淆。

(5) 使用 “community of nations” (各国)一词并不排除在某些情况下，国际组织也可能促进一般法律原则的形成。

结论 4

识别源自国家法律体系的一般法律原则

为确定源自国家法律体系的一般法律原则的存在和内容，有必要查明：

- (a) 存在一项世界各法律体系共有的原则；
- (b) 其被移植到国际法律体系内。

评注

(1) 结论草案 4 涉及识别源自国家法律体系的一般法律原则的要求。其中规定，为确定一项一般法律原则的存在和内容，有必要查明：(a) 存在一项世界各法律体系共有的原则；以及(b) 该原则被移植到国际法律体系内。

(2) 这一两步骤分析在实践和文献中被广泛接受，目的是表明一项一般法律原则得到《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的“承认”。这是一种客观的方法，供所有负责这项工作者用于确定某一般法律原则在某一具体时间点是否存在，以及该一般法律原则的内容是什么。

(3) (a)分段提出了识别的第一项要求，即查明是否存在一项世界各法律体系共有的原则。这项工作本质上是归纳性的，对说明一项法律原则已得到各国的普遍承认是有必要的。使用“世界各法律体系”一语的目的是强调一项要求：某一原

⁴²⁸ 考虑的其他说法包括 “States” (各个国家)、 “community of States” (国家共同体)、 “the international community” (国际社会)、 “nations” (不同国家)， “nation States” (国家)和 “nations as a whole” (全体国家)。

⁴²⁹ 该款规定：“任何人之行为或不行为，于发生当时依各国公认之一般法律原则为有罪者，其审判与刑罚不受本条规定之影响。”《公民及政治权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页。见联合国，《多边条约现状》，第四章第 4 节。

⁴³⁰ 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

则必须存在于世界各法律体系中。这个说法兼容并蓄，涵盖了世界上各种各样的国家法律体系。这一要求在结论草案 5 中得到进一步发展。

(4) (b)分段提出了识别的第二项要求，即查明为世界各法律体系共有的原则被移植到国际法律体系中的情况。这一要求在结论草案[……]中加以进一步阐述，对表明一项原则不仅在各国国家法律体系中得到承认，而且也被承认为适用于国际法律体系是必要的。

(5) (b)分段使用“被移植”一词，可理解为一个过程，通过此过程确定各法律体系的一项共有原则是否可以在国际法律体系中适用、在何种程度上适用以及如何适用。使用该词并不意味着需要正式的或明示的移植行为。

(6) “被移植”比“可移植”(有时用于此上下文)更可取。“被移植”必然包含“可移植”；后者是指通过(a)分段所述程序识别的一项原则是否可在国际法律体系中适用，但并不涵盖查明移植情况的整个过程。

(7) 由于国际法律体系和国家法律体系之间存在差异，通过(a)分段所示程序识别的一项原则或一项原则的某些要素可能不适合在国际法律体系中适用。因此，“被移植”包含一种可能性，即通过这个两步骤分析识别的一般法律原则的内容可能与各国法律体系中的原则并不完全相同。

第九章

与国际法有关的海平面上升

A. 导言

240. 委员会第七十届会议(2018 年)决定将“与国际法有关的海平面上升”专题列入长期工作方案。⁴³¹

241. 联大随后在 2018 年 12 月 22 日第 73/265 号决议中注意到委员会将这一专题列入其长期工作方案,并在这方面吁请委员会考虑各国政府在第六委员会辩论期间发表的评论以及表达的关切和意见。

242. 委员会第七十一届会议(2019 年)决定将这一专题列入其工作方案。委员会还决定在该专题下设立一个不限成员名额的研究组,由波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、尼吕费尔·奥拉尔女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生轮流担任共同主席。委员会还注意到研究组共同主席的联合口头报告。⁴³²

243. 也是在第七十一届会议期间,研究组由帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和尼吕费尔·奥拉尔女士担任共同主席,于 2019 年 6 月 6 日举行了会议。研究组审议了一份关于其工作安排的非正式文件,其中载有 2019 至 2021 年的路线图。研究组重点讨论了其成员组成、拟议会议日历和工作方案,以及工作方法。⁴³³

244. 关于工作方案,研究组打算就 2018 年编写的专题提纲中确定的三个分专题开展工作⁴³⁴:在波格丹·奥雷斯库先生和尼吕费尔·奥拉尔女士的共同主持下,研究与海洋法有关的问题;在帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生的共同主持下,研究与国家地位有关的问题,以及与受海平面上升影响人员的保护有关的问题,工作方案可根据所研究的问题的复杂程度进行调整。

245. 关于工作方法,预计在每届会议期间研究组将举行大约五次会议。经商定,共同主席将在每届会议之前编写一份问题文件。问题文件将作为正式文件进行编辑、翻译和分发,作为研究组讨论和其成员作出年度贡献的基础。研究组此后关于每一个分专题的报告也将以该文件为基础。而后,将邀请研究组成员提交文章,就共同主席编写的问题文件发表评论或进行补充(例如阐述区域实践、判例或分专题的任何其他方面)。将在稍后阶段就研究组工作成果的形式提出建议。

246. 研究组还商定,将在委员会每届会议结束时编写一份反映研究组工作的报告,并适当考虑共同主席编写的问题文件和成员的相关文章,同时概述研究组的讨论情况。该报告将在研究组中商定,随后由共同主席提交给委员会,以便在委员会的年度报告中列入一份摘要。

⁴³¹ 《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),第 369 段。

⁴³² 《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10),第 265-273 段。

⁴³³ 同上,第 269 段。

⁴³⁴ 《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),附件 B。

B. 本届会议审议此专题的情况

247. 委员会在本届会议上重组了与国际法有关的海平面上升专题研究组，由处理与海洋法有关问题的两位共同主席博格丹·奥雷斯库先生和尼吕费尔·奥拉尔女士担任主席。

248. 根据商定的工作方案和工作方法，研究组收到了关于这一专题的第一份问题文件(A/CN.4/740 和 Corr.1)，与奥雷斯库先生和奥拉尔女士编写的初步参考书目(A/CN.4/740/Add.1)一起印发。

249. 由于爆发 2019 冠状病毒病疫情，及委员会第七十二届会议因此推迟，所以共同主席请委员会委员们就第一份问题文件直接向他们发送书面评论。在第一份问题文件完成后，安提瓜和巴布达和俄罗斯联邦提交了资料，这些资料与一些国家政府⁴³⁵ 先前按照委员会 2019 年年度报告第三章的要求⁴³⁶ 提交的资料一道发布在委员会的网站上。太平洋岛屿论坛对第一份问题文件的评论于 2021 年 5 月 31 日分发给研究组所有成员。

250. 研究组于 2021 年 6 月 1 日至 4 日和 7 月 6 日、7 日、8 日和 19 日举行了八次会议。⁴³⁷

251. 在 2021 年 7 月 27 日第 3550 次会议上，委员会注意到研究组共同主席的联合口头报告。⁴³⁸

研究组举行的讨论

252. 在 2021 年 6 月 1 日举行的研究组第一次会议上，共同主席(奥拉尔女士)表示，第一期会议期间举行的头四次会议的目的是以全体会议的形式，就第一份问题文件和研究组成员可能希望处理的任何相关事项进行实质性交流。将以临时报告的形式对交流情况进行总结，将其作为研究组定于在第二期会议期间举行讨论的基础。在第二期会议举行讨论之后，研究组将整理和商定该报告，然后由共同主席将报告提交委员会，以便将其纳入委员会的年度报告中。研究组商定的这一程序以委员会 2019 年的报告为根据。

253. 关于专题的实质内容，正如 2018 年编写的提纲也指出的那样，与会者回顾，海平面上升的实际后果引发了一些与国际法有关的重要问题。这些问题涉及与海洋法有关的事项，包括低洼沿海地区和岛屿被淹没对于其基线、自基线延伸的海洋区以及海洋区划界(无论是通过协议还是裁定划界)的法律影响问题。2018 年的提纲还规定，探讨这些问题，应依照国际法委员会逐步发展和编纂国际法这

⁴³⁵ 克罗地亚、马尔代夫、密克罗尼西亚联邦、荷兰、罗马尼亚、新加坡、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。太平洋岛屿论坛也提供了资料。收到的资料可查阅：https://legal.un.org/ilc/guide/8_9.shtml。

⁴³⁶ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 31-33 段。

⁴³⁷ 研究组成员名单见上文第一章。

⁴³⁸ 见 A/CN.4/SR.3550。

项任务，深入分析包括条约和习惯国际法在内的现行国际法。⁴³⁹ 这将有助于国际社会查明现行国际法能够在多大程度上应对这些问题的的工作，以及各国在哪些方面需要制定切实可行的解决办法，以便有效应对海平面上升引发的问题。

(a) 第一份问题文件

254. 研究组共同主席(奥雷斯库先生和奥拉尔女士)在研究组第一次会议上介绍了第一份问题文件，概述了要点并表示了初步意见。

255. 共同主席(奥雷斯库先生)介绍了第一份问题文件的导言、第一部分和第二部分。除其他外，他回顾说，第一份问题文件的导言概述了会员国在第六委员会发表的意见，他还提请研究组注意在第一份问题文件印发后，各代表团在联大第七十五届会议(2020 年)期间在第六委员会发表的评论。一些代表团对第一份问题文件表示赞赏，⁴⁴⁰ 而另一些代表团则提到了这份文件。⁴⁴¹ 与会者回顾了专题的范围和最终成果建议、委员会商定的对研究组工作范围的限制、对各国以及区域和国际组织实践的侧重。

256. 共同主席(奥雷斯库先生)介绍了第一份问题文件关于海平面上升对基线和从基线开始测量的海域外部界限可能产生的法律影响的分析，包括对海平面上升导致基线移动的影响的分析。他随后介绍了第一份问题文件关于海平面上升对海洋划界可能产生的法律影响的分析，以及关于海平面上升是否构成 1969 年《维也纳条约法公约》第六十二条第二款所称的情况之基本改变的分析。⁴⁴² 共同主席(奥雷斯库先生)还介绍了共同主席就海平面上升对基线和从基线量起的海域外部界限以及对海洋划界(无论是通过协议还是裁定划界)可能产生的法律影响所作分析的主要初步意见，这些内容体现在第一份问题文件第 104 和第 141 段中。

257. 然后，共同主席(奥拉尔女士)介绍了第一份问题文件第三和第四部分的结构和内容，并特别指出了其中涉及的两个核心问题：海平面上升导致新划定的基线向陆地移动的潜在法律后果，以及海平面上升对岛屿、岩礁和低潮高地的法律地位的影响。她随后概述了沿海国和第三国在既定海区内的权利和管辖权可能受到的影响。由于部分内水变成领海，部分领海变成毗连区和/或专属经济区，部分专属经济区变成公海，这些既定海区发生了变化。共同主席(奥拉尔女士)还强

⁴³⁹ 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，附件 B，第 5 段。2018 年的提纲第 14 段主要规定：“本专题仅涉及海平面上升的法律影响，不涉及环境保护、气候变化本身、因果关系、责任和义务。本专题无意就海平面上升引起的问题全面而详尽地划定国际法的适用范围，只想概述一些关键的问题。虽然还有其他诱因可能造成类似后果，但是对于要探讨的三个方面，应该仅在海平面上升的背景下加以分析。如有可能，应注意区分与海平面上升有关的后果和其他因素造成的后果。本专题不会对 1982 年《联合国海洋法公约》等现行国际法提出修正建议。今后可能会出现其他需要分析的问题。”

⁴⁴⁰ 在 25 个就委员会的工作发言的代表团中，有 11 个代表团对第一份问题文件表示赞赏：伯利兹代表小岛屿国家联盟、斐济代表太平洋小岛屿发展中国家、马尔代夫、密克罗尼西亚联邦、新西兰、巴布亚新几内亚、葡萄牙、所罗门群岛、汤加、土耳其、图瓦卢代表太平洋岛屿论坛国家。

⁴⁴¹ 有三个代表团提到了第一份问题文件：大韩民国、塞拉利昂和美利坚合众国。

⁴⁴² 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

调了群岛国家的情况，在这些国家，由于小岛屿被淹没或珊瑚礁干涸，现有的群岛基线可能受到影响，有可能导致群岛基线地位的丧失。

258. 共同主席(奥拉尔女士)进一步讨论了《联合国海洋法公约》⁴⁴³ 第一二一条规定的岛屿和岩礁的地位，以及由于海平面上升而被重新归类为岩礁的潜在重大后果，如可能成为《公约》第一二一条第 3 款规定的“不能维持人类居住或其本身的经济生活”的岩礁。共同主席(奥拉尔女士)最后着重介绍了第一份问题文件中提出的几项初步意见(见该文件第 190 和第 218 段)。

(b) 非洲国家海洋划界实践

259. 共同主席(西塞先生)介绍了非洲国家在海洋划界方面的实践。由于海洋划界是非洲近些年来开展的对沿海国家关系重大的一项进程，他审查了 38 个非洲沿海国家的立法、宪法和公约方面的实践，以及国际性法院做出的相关司法决定，⁴⁴⁴ 以评估沿海国家是否支持移动或固定的海洋界限。

260. 调查的结果是，虽然非洲在基线和海洋边界方面有一些立法和宪法实践，但做法多种多样，因此无法推断存在赞成或反对永久或移动基线或海洋边界的法律确信。非洲没有普遍的做法，因为海岸的地理情况各不相同，使用基线、潮汐(高潮或低潮)、移动或永久线的理由取决于海岸的总体形态。

261. 尽管如此，共同主席认为，在非洲适用国际公法原则可能有利于固定基线或永久海洋边界，原因如下：

(a) 根据殖民时代遗留下来的边界不变原则，按照占领地保有原则，可以假定，前殖民国家划定的海洋边界在新独立国家之间继续适用，没有修改的可能性；

(b) 《维也纳条约法公约》第六十二条第二款规定的对适用情势变迁原则的限制(即边界条约不受情况发生根本变化的影响)，似乎也适用于海洋边界，因为现有判例认为没有必要区分陆地和海洋边界。因此，海平面上升原则上不应应对维持已经划定的边界或已界定的基线或基点产生法律后果。冻结基线可以应对这一关切；

(c) 鉴于各国在陷入僵局或难以就其海洋边界划界达成协议时有义务进行合作(诉诸《联合国海洋法公约》第八十三条第 3 款或第七十四条第 3 款)，可冻结未决的海洋边界问题，以利于寻找其他解决办法，如建立联合开发区。

⁴⁴³ 《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)，同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。

⁴⁴⁴ 大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982 年国际法院案例汇编》，第 18 页；大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，判决，《1985 年国际法院案例汇编》，第 13 页；几内亚和几内亚比绍海洋疆界划界案，1985 年 2 月 14 日的裁决，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第四部分，第 149-196 页(法文版；英文版载于《国际法材料》，第 25 卷(1986 年)，第 251-306 页)；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案，1989 年 7 月 31 日的决定，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第二部分，第 119-213 页；喀麦隆和尼日利亚陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参加诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页；大西洋海洋划界案(加纳/科特迪瓦)，判决，《2017 年海洋法法庭案例汇编》，第 4 页；印度洋海洋划界案(索马里诉肯尼亚)，初步反对意见，判决，《2017 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

(c) 本届会议第一期会议期间举行的一般性交换意见摘要

(一) 关于专题的一般性评论

262. 在本届会议第一期会议期间，研究组成员以口头和书面形式就第一份问题文件发表了评论。

263. 有人强调了这一专题的重要性和受海平面上升影响的国家所表达关切的正当性，还强调在处理这一专题时需要充分认识到其紧迫性。有些成员强调，海平面上升是过去几十年来存在的一种现代现象，预计会产生重大后果(如第一份问题文件所述)，而另一些成员则认为这既不是新现象，也不是突发现象。还有人提出，应确认存在自然的和人类活动引起的这两类海平面上升以及这两类情况的影响，并且地震、海啸或其他自然灾害造成的自然海平面升降或海平面极端现象可能导致海岸线变化。有人提及第一份问题文件导言第三节(关于海平面上升的科学发现和前景以及与该专题的关系)，表示支持将海平面上升视为一个经科学证明的事实，出于就海平面上升的国际法律影响开展具体工作这一有限目的，委员会可以注意这一事实。还有人指出，除海平面上升之外，随着时间的推移也有其他原因可能导致海岸线位置发生改变，这在历史上屡屡发生，任何以海平面上升为理由的新规则都必须考虑到这些情况下的实践，并且可能需要确定区分不同情况的机制。还有人提到，在处理这一专题时的假定是，这一现象是气候变化的结果，因此(主要)是人为引起的，但同时回顾指出，正如 2018 年提纲所述，研究组行动的限制之一是该专题“不涉及……因果关系”。因此，研究组应在气候变化导致海平面上升是已得到科学证明的事实这一前提下审议本专题。

264. 还有人着重指出了在理解和寻求解决复杂的法律和技术问题的同时不忽视人的层面这一巨大挑战，以及评估这一现象的规模及其后果(包括从海洋法的角度评估)的难度。但是，成员们总体认为该专题特别重要，该专题提出了委员会可以阐明的重要问题。

(二) 关于第一份问题文件的一般性评论

265. 有人表示关切的是，第一份问题文件被解读为已经反映了委员会的观点，并且由于委员会第七十二届会议推迟，该文件在委员会本身有机会予以审议之前，已在委员会之外得到了广泛讨论。有人指出，这也是因为，出于本专题的紧迫性和重要性所需，研究组采用了与以往的研究组不同的程序。但有人指出，这并不是本专题独有的现象，特别报告员的报告被视为委员会成果的问题曾屡屡发生。

266. 一些成员表示支持有关分析，包括第一份问题文件所载的初步意见，另一些成员则对这些初步意见表示了质疑。一些成员认为，需要稳定性、安全性、确定性和可预测性并且需要维持沿海国与其他国家之间权利和义务的平衡，但他们尚未就第一份问题文件的初步意见是否反映了这些需求达成一致。此外，一些成员认为，各国发表的支持稳定性、确定性和可预测性的声明可能会有不同的解释，对第一份问题文件反复依赖“会员国表达的关切”提出了质疑。有一种意见认为，各国关于“稳定性”的愿望并不一定像第一份问题文件所提出的那样，是建立法律确信的“迹象”，因为根据委员会关于习惯国际法的识别的结论草案，

很难将对稳定性的偏好定性为体现了“一种法律权利或义务感”。⁴⁴⁵ 有人指出，判例中提到的“稳定性”、“确定性”和“可预测性”等术语涉及的是陆地边界的划定，而不是海洋，考虑因素不同。还有人提到，它们本身并不构成一项原则，而是对一种现象的描述。有人提出，本专题所涉“法律稳定性”的含义需要进一步澄清，包括为此向会员国提出具体问题，研究组对此表示欢迎，但也有人指出，受海平面上升影响的国家的代表团在第六委员会所作的声明似乎表示，他们所指的“法律稳定性”是指需要保持基线和海区的外部界限。

(三) 审议在第六委员会发表的意见和国家实践

267. 成员们承认，已就这一主题发言的国家大多支持将该专题列入委员会的工作方案。有人指出，各国总体上似乎同意，委员会关于这一专题的工作成果不应干扰或修改《联合国海洋法公约》。还有人指出，在 2019 年第六委员会辩论期间，各国发表的声明突出体现了确定性、安全性和可预测性原则，以及维持沿海国与其他国家之间权利和义务的平衡。

268. 有人重点指出，缺乏国家实践，特别是来自世界某些地区的国家实践。还有人提问，各国的声明及其提交的关于国家实践的资料是否应被视为要求产生新的规则，或者是否可将其视为出于解释《联合国海洋法公约》相关条款目的的嗣后实践。一些成员质疑，各国针对第一份问题文件所作的声明是否足以证明国家实践支持固定基线。鉴于国家实践不足，也有人认为，各国在第六委员会的这种声明具有重要意义和相关意义。还有人建议，除了请各国提供资料之外，委员会还应进行研究，包括审评所有国家的法律以及秘书长根据《联合国海洋法公约》分发的海洋区通告。

(四) 国际法协会的工作

269. 一些成员强调了国际法协会国际海洋法下的基线问题委员会以及国际法与海平面上升问题委员会的工作，建议研究组添加更多关于这些委员会的工作的详情，并基于此进行分析。他们指出，国际海洋法下的基线问题委员会于 2012 年得出结论，正常基线是移动的，现行法律没有提供充足的办法以解决损失全部领土的问题，例如由海平面上升造成的损失全部领土的问题。还有人回顾指出，之后设立的国际法与海平面上升问题委员会建议国际法协会通过一项决议，载入拟议法提案，“如果海平面变化影响到海岸线的地理现实，则不应要求重新调整基线和界限”。该提案得到在悉尼举行的国际法协会第七十八届会议第 5/2018 号决议核可。⁴⁴⁶ 又有人提议，研究组应效仿国际法协会 2018 年悉尼国际法与海平面上升问题会议的报告，对不同方案的利弊进行分析。此外，有人指出，根据《联合国海洋法公约》，基线必须符合实际。还有人指出，国际海洋法下的基线问题委员会认为，就海平面上升的影响而言，其 2012 年的调查结果并非最后结论，因此，国际法与海平面上升问题委员会应继续研究这些影响，该委员会曾于 2018 年提议，如果已根据《联合国海洋法公约》适当确定了某一沿海或群岛国家的基线 and 海区外部界限，则即使海平面变化影响海岸线的地理现实，也不应要

⁴⁴⁵ 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第五章，E 节，结论 9。

⁴⁴⁶ *International Law and Sea Level Rise: Report of the International Law Association Committee on International Law and Sea Level Rise*, D. Vidas, et al. (eds.), Brill, Leiden, 2019, pp. 66–67.

求重新计算这些基线和外部界限。还有人强调，委员会采用的方法(包括与第六委员会保持密切关系)与国际法协会不同。

(五) 对《联合国海洋法公约》的解释：移动基线或固定基线

270. 一些成员指出，《联合国海洋法公约》第五条规定的正常基线是低潮线，他们认为低潮线本质上是移动的。另一些成员指出，《公约》没有说明基线是移动的还是必须定期更新。成员们一致认为，在与冻结基线和更新(或不更新)海图有关的问题上，分析相关国家实践既有重要性，也有必要性。一些成员认为，基线不是由海图或座标表确立的，而是由《公约》和其他相关来源所载的详细规则确立的，《公约》第十六条提到的海图或座标表仅涉及直线基线或封口线(而不是正常基线)，并且《公约》明确规定，此类海图和座标表应按照《公约》第七、第九和第十条所载的规则绘制。又有人着重指出，必须对基点(如被选为相关海岸上的相关点，则涉及海洋划界)和基线(涉及海区外部界限的确定)进行区分，因为海平面上升对二者的影响不同，因此它们可能需要不同的法律解决办法。

271. 一些成员认为《联合国海洋法公约》第五条在正常基线可否移动的问题是明确的，另一些成员则认为对该条可有不同的解释。有人指出，《公约》的准备工作文件中没有提到海平面上升。一些成员指出，《公约》完全没有述及海平面上升问题，包括涉及基线的问题和海图更新的问题。另一些成员认为，《公约》即便没有讨论海平面上升的问题，但也讨论了基线位置改变的问题，包括在特定条件(例如三角洲)下可以固定基线的情况。然而，有人指出，对于任何没有述及的情况，可以有不同的解释，因此不应过度解读。还有人表示，有鉴于此，不能依据《公约》来决定基线是否可以移动。不过也有人提到，《联合国海洋法公约》确实考虑了基线因海岸变化而改变的问题，但没有具体讨论海平面上升问题。

272. 对于是否存在移动或固定或永久基线的问题，成员们表达了不同意见，对此，有人建议委员会进一步研究一般国际法下是否存在稳定性原则，包括研究河流划界法。还有人认为必须深入考虑国际法院就加勒比海和太平洋海洋划界(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)案作出的判决，⁴⁴⁷ 该法院在其中使用了移动的划界线进行海洋划界。

273. 一些成员强调，如果保留移动基线，则基线向陆地移动可能会导致沿海国严重丧失主权和管辖权。移动基线还可能导致资源和海洋保护区的重大损失，同时对国家管辖范围以外区域的生物多样性保护工作产生不利影响。这些成员评论称，关于海洋边界的法律不确定性很可能成为沿海邻国冲突和不稳定的根源。还有人指出，在移动体系下，各国必须投入大量资源，用于定期更新海图或地理数据。共同主席认为基线通常具有移动性质的这个解释没有回应面临海平面上升影响的国家的关切，部分成员表示同意共同主席的观点。因此，一些成员认为，维持现有的海洋基线和界限是最佳解决办法，符合各国与海平面上升的影响有关的利益。

⁴⁴⁷ 加勒比海和太平洋海洋划界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和波蒂略岛北部的陆地边界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2018年国际法院案例汇编》，第139页。

274. 改变海洋权利领域不仅仅是改变位置，必然会导致此类权利的全部丧失，对于这一观点，其他成员并不信服。也有人指出，并非在所有情况下都要求固定基线(例如，一个国家的陆地面积由于构造板块的移动实际上增大的情况)。有人认为，如果基线是固定的，那么如果未来有国家的陆地表面增加，这些国家将无法将其基线向海洋移动并主张更大的面积。有人还提到，在某些特定情况下，面临海平面上升威胁的国家可能建造了沿海防御工事，并可能希望将防御工事作为固定基线。至于由海平面上升以外的其他因素造成陆地表面增加的情况，有人强调，这方面不属于研究组的任务范围，研究组只处理海平面上升的影响。还有人回顾，根据商定的研究组的任务限制，研究组的最终成果应明确限于气候变化导致的海平面上升。

275. 一些成员认为，在第一份问题文件中讨论的两个选项(移动基线与永久基线)之间可能有一系列中间可能性，值得进行全面和详细的研究。由于讨论仍属初步性质，研究组需要进行进一步深入分析，才能就这一复杂问题采取立场。

276. 还有人提出了导航图的问题，有一种观点认为，更新导航图对于航行安全很重要，而另一种观点则认为，鉴于海平面上升时海岸向陆地后退，而且卫星技术比以往更容易获得，所以航行并未面临特别的潜在危险。有人表示支持共同主席随后提出的建议，即可以对导航图问题进行进一步研究。例如，在进行这种研究时，可以审查国际海道测量组织规则所要求的导航图的不同功能，以及为登记海洋区域目的向联合国秘书长交存的导航图的不同功能。

277. 一些成员建议，研究组应考虑可能出现的一种情况：由于海平面上升以及海岸线向陆地移动，相向沿海国专属经济区原来经双方商定划界的重叠区域现在不再重叠，这种情况可能会导致这些国家陷入不合理的法律虚构之中。有人表示支持审查这一假设，包括从条约法的概念角度进行审查，如条约过时或发生意外不可能履行的情况。另一种观点认为，当自然基线发生重大变化时，保留现有基线可能导致海洋区域过大，超出《联合国海洋法公约》允许的范围，这可能使沿海国受益，但会损害其他国家或国际社会的权利。成员们还同意应更详细地审查第三国可能丧失或获得的利益，同时指出，迄今为止，就该专题发表评论的国家都没有要求进行这一分析，也没有提及这一问题。一些成员指出，如果采用固定基线的办法，海平面上升可能会导致内水面积很大，这些水域通常被视为领海(甚至是公海)，但在这种情况下就没有无害通过权。同样，固定基线可能导致在通常不是海峡的通道内维持海峡制度。

(六) 国际法的其他渊源

278. 一些成员认为，虽然《联合国海洋法公约》对其缔约国而言是一个关键渊源，但应进一步分析其他渊源。还有人回顾说，根据《公约》序言，该《公约》未予规定的事项，应继续以一般国际法的规则和原则为准据。由于海平面上升引起的法律问题无法完全在《公约》体系内得到解决，有人建议考虑一般国际法的其他相关规则。另一些成员指出，《公约》第五条涵盖了这一事项。这些其他渊

源主要包括习惯国际法、1958 年日内瓦各项公约⁴⁴⁸ 以及其他多边和双边文书，这些渊源涉及海洋法的各个方面，并包括可能受海平面上升影响的不同区域。一些成员建议，还应更详细地审查其他原则和规则，例如陆地支配海洋原则，海洋自由原则，以及公平、善意、历史性权利和所有权原则的作用，和平解决争端的义务，维护国际和平与安全，保护沿海国和非沿海国的权利以及对自然资源的永久主权原则。因此，研究组打算在关于这一专题的进一步工作中跟进这些建议。

(七) 专属经济区和大陆架的永久性

279. 第一份问题文件提到永久标明的大陆架外部界限与专属经济区可能的移动外部界限之间可能出现差异，一些成员就此提出关于提出的大陆架永久性和专属经济区之间的关系的具体问题。有人认为，第一份问题文件中关于大陆架永久性的某些说法是不正确的。

280. 这一观点认为，不存在永久性：问题文件中提出的论点的前提是根据地理标准确定大陆架；但是，在 200 海里以内，只有距离标准是适用的，而根据这种观点，大陆架和专属经济区的外部界限取决于基线的位置。因此，有人认为，不能根据大陆架是陆地领土的自然延伸来主张基线的永久性。

(八) 海平面上升与《维也纳条约法公约》第六十二条第二款

281. 一些成员指出，海洋条约和裁定的边界应具有最终效力，同时认为有必要进行更多的研究。有人指出了“条约必须遵守”之原则的相关性。若干成员对《维也纳条约法公约》第六十二条以及海平面上升是否会构成不可预料的情况变化发表了意见。一些成员指出，正如第一份问题文件中引用的国际判例所反映的，在这方面不应区分陆地边界和海洋边界。另一些成员则更为保留，认为应就此问题开展更多研究，包括分析每种意见的利弊。有人表示支持这一建议，并回顾称，国际法协会的国际法与海平面上升问题委员会关于这一问题的理论和 2018 年结论的倾向是，确定陆地和海洋边界的变化不应构成不可预见的情况变化。一些成员指出，陆地边界有时是移动的，取决于河流或湖泊的岸边、河流或湖泊的中点或河流深泓线的位置，而有一种观点认为，国家实践有一种不同的趋势：在河流流量改变的情况下，已商定的河流边界永久保留。有人认为，第六十二条是否涵盖海洋划界条约是一个条约解释问题，这是国际法院和法庭的事，而不是委员会的事，因为这超出了委员会的任务范围。还有人提到双边海洋边界协定对第三国不具约束力，因此不要求第三国承认确立或固定海洋边界的协定。另一种观点认为，确立边界和固定界限的海事协定是根据《维也纳条约法公约》缔结的条约，对所有国家都有约束力。这并不影响此类条约的缔约国根据《联合国海洋法公约》适当考虑第三国合法海洋权利的义务。有人指出，需要进一步审查这一事项，包括从国际法客观体系的视角进行审查。还有人建议，研究组应研究，如果已商定的陆地边界终点因海平面上升而位于海上，这会对海洋边界有什么影响。

⁴⁴⁸ 《领海及毗连区公约》(1958 年 4 月 29 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 516 卷，第 7477 号，第 205 页；《公海公约》(1958 年 4 月 29 日，日内瓦)，同上，第 450 卷，第 6465 号，第 11 页；《大陆架公约》(1958 年 4 月 29 日，日内瓦)，同上，第 499 卷，第 7302 号，第 311 页；以及《捕鱼及养护公海生物资源公约》(1958 年 4 月 29 日，日内瓦)，同上，第 559 卷，第 8164 号，第 285 页。

(九) 岛屿、人工岛屿和岩礁

282. 一些成员呼吁谨慎处理《联合国海洋法公约》第一二一条下的岛屿专题。另一些成员认为，本应更多关注菲律宾共和国和中华人民共和国之间的南海仲裁案⁴⁴⁹中关于第一二一条规定的岛屿地位问题的仲裁裁决以及给予这些岛屿海洋权利的理由，也有人表示需要对该裁决进行批判性分析。有意见认为，专门用于保护岛屿免受海平面上升影响的人造防御工事并没有使天然岛屿变成人工岛屿。不过，有人提出，需要更明确的准则，以区分为保护目的建造人工岛屿和为人为创造权利而建造人工岛屿的情况。有人认为，不应滥用沿海防御工事来扩大海洋权利。有人提问，第一份问题文件中的意见是仅限于海平面上升，还是有更普遍的适用性。还有人提问，被淹没的“岩礁”是否应继续享有海洋权利。有人认为，冻结一个岛屿的地位不应成为一般规则，因为岛屿被淹没的原因可能与海平面上升无关。研究组认为，可以在这一领域进行更多的研究，以查明是否可以科学地作出这种区分，以及特定因素对其研究的重要性有多大。有人还强调，人为保护基线和沿海地区的成本很高。

(d) 第一期会议结束时的总结发言

283. 委员们就研究组今后的工作和工作方法提出了一些建议。

284. 建议涉及专题的标题⁴⁵⁰和第一份问题文件的结构。研究组认为，关于专题标题的问题可在稍后阶段研究。研究组也欢迎大家就第一份问题文件的结构以及参考书目提出建议。一项建议是在秘书处的支持下详细研究国家基线立法，研究组对此也表示欢迎。还有人建议将第一份问题文件列入《国际法委员会年鉴》第二卷第一部分。

285. 一些成员回顾称，研究组的任务是对海平面上升的法律影响进行摸底调查，这可能需要采取后续行动，但最终不会制定任何具体的准则或条款，他们建议，为了保持公信力，研究组和委员会应该从一开始就以明确和透明的方式区分现行法、拟议法和政策选择。同时，也有人建议委员会充分遵循其此前与该专题相关的工作，例如关于习惯国际法的识别的结论以及关于与条约解释有关的嗣后协定和嗣后惯例的结论。大家虽然强调第一份问题文件的初步性质，并强调有必要尊重研究组的任务，即“对海平面上升引起的法律问题及相关问题进行摸底调查”，但也强调，只有在较后的阶段，即研究组经过深入分析和考虑其成员的意见之后，才能提出结论。

286. 相反，有人认为，鉴于该专题的重要性，应由一名特别报告员而不是由一个研究组审议该专题，以确保透明度，并使委员会能够就案文草案采取立场，而不是开展专题研究。在这方面，还有人建议任命共同特别报告员，以便完成一套条款草案，最终可根据《委员会章程》第 23 条提交各国，用于谈判一项关于海平面上升的法律后果的全球框架公约。

287. 研究组的方法也被认为对该专题的结果具有重要影响，因为这一方法可能使委员会更有创造性地提出解决方案，供各国审议一个对国际社会的和平、安全

⁴⁴⁹ 菲律宾共和国和中华人民共和国之间的南海仲裁案，2016 年 7 月 12 日的裁决，仲裁庭，常设仲裁法院，联合国，《国际仲裁裁决报告》，第三十三卷，第 166 页。

⁴⁵⁰ 这些建议包括将专题标题修改为：“海平面上升与国际法”。

和稳定越来越重要的专题。有人认为，委员会得出的任何结论都可为各国，特别是为受海平面上升影响特别严重的国家提供切实可行的法律解决办法，通过解释现有规则或在存在空白的地方提出新规则，维护这些国家根据海洋法享有的权利和应享待遇。然后将由各国和整个国际社会作出决定，以实践、谈判、国际决议还是就相关法律文书达成协议的方式，通过这些规则。

288. 一些成员建议采取谨慎的做法，避免仓促下结论。关于科学发现这一章，有人表示支持将海平面上升视为一个经科学证明的事实，出于就海平面上升的国际法律影响开展具体工作这一有限目的，委员会可以注意这一事实。在这方面，有人回顾说，研究组的任务不包括确定因果关系，气候变化造成的海平面上升应被视为经科学证实的事实，是关于这一专题的工作的前提。同时，如果有必要，研究组可以考虑邀请科学专家参加研究组今后的会议。

(e) 第二期会议期间举行的互动讨论的结果

289. 在 2021 年 7 月 6 日第二期会议期间举行的研究组第一次会议上，共同主席答复了研究组成员在第一期会议期间提出的意见，并介绍了临时报告草稿，草稿的英文本已于 2021 年 7 月 2 日分发给所有成员，其他所有语文版本随后于 2021 年 7 月 5 日分发。

290. 在随后进行的互动讨论中，各位成员就研究组的工作方法进行了辩论。一些成员表示关切的是，共同主席的第一份问题文件(A/CN.4/740 和 Corr.1 和 Add.1)可能被解释为是由整个研究组提出的。有人还强调，研究组开展工作的时间有限，需要有集体协商进程。一些成员还建议，鉴于这一专题的重要性，对委员会而言更可取的做法可能是考虑遵循其常规程序，任命一名或几名关于这一专题的特别报告员，以便提高透明度，同时能够通过一读和二读案文草案的方式考虑各国的立场。另有人对研究组工作的预期成果提出了疑问。

291. 在这方面，共同主席表示，他们是按照委员会在 2019 年商定的工作方法开展工作的。⁴⁵¹ 他们认为，这些工作方法经刻意调整，比以前的研究组所遵循的方法更为正式，似乎是特别报告员形式和传统研究组形式的混合体。他们对各位成员提供的投入表示欢迎，并强调需要一个集体产品。有人指出，这一年的辩论是在第一份问题文件和其中所载初步意见的基础上进行的“摸底调查”，研究组要完成与该专题有关的海洋法方面的任务，还需要作大量进一步研究。因此，共同主席请各位成员就研究组将进行集体研究的各项议题发挥带头作用，在本届会议第一期会议上交换意见时已经提出了其中一些议题。

292. 大家还回顾了第一期会议期间概述的研究组工作的预期成果。⁴⁵² 还有人建议研究组继续同时在与海洋法有关的各方面取得进展。

293. 在结束关于研究组工作方法的交流时，成员们商定，载有本届会议期间辩论要点的临时报告经研究组最后定稿和同意后，由共同主席提交委员会，以便将其列入委员会年度报告，作为其中一章。

⁴⁵¹ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 265-273 段。另见上文第 245 和第 246 段。

⁴⁵² 另见下文第 296 段。

294 研究组随后在共同主席为跟进第一期会议期间的辩论而准备的问题的基础上,就这一专题开展实质性讨论。⁴⁵³ 作为这次讨论的结果,研究组确定了以下问题,作为近期重点关注、开展进一步深入分析的领域。这些研究将由研究组成员在自愿的基础上进行:

(a) 法律渊源:除了《联合国海洋法公约》⁴⁵⁴ (特别是其第五条的起源和解释)、1958 年日内瓦各项公约⁴⁵⁵ (及其准备工作文件)以及普遍性和区域范围的习惯国际法之外,研究组还将审查其他法律渊源,包括相关的多边、区域和双边条约或其他文书,例如与渔业管理或界定海区的公海有关的文书,或 1959 年《南极条约》⁴⁵⁶ 及其 1991 年《环境保护议定书》、⁴⁵⁷ 国际海事组织界定污染或搜救区的条约,或 2001 年《保护水下文化遗产公约》、⁴⁵⁸ 一般法律原则,以及国

⁴⁵³ 共同主席提出的指导性问题的如下: (1) 研究组应就该专题审查其他哪些法律渊源? 例如,有人建议,除《联合国海洋法公约》外,还有其他“需要审议的多边和双边条约,涉及海洋法的各个方面,涉及可能受海平面上升影响的不同地区。这些条约需要予以解释,包括需要参照嗣后实践予以解释。”除了 1958 年的日内瓦各项公约之外,还需要查明这些条约。还有人建议研究组研究在新的背景下可能相关的其他一般国际法规则。的确,这将是一个需要研究的重要问题。从这一角度来看,共同主席希望大家能说明哪些其他规则可予以研究。另有人建议研究组审查《联合国海洋法公约》没有列入的习惯国际法规范,因此最好能说明应考虑哪些此类规范; (2) 海图和导航图问题的哪些具体方面应该审查以及如何审查? (3) 研究组的工作是否需要更多的科学投入? 审查海平面上升及其影响的不同原因与研究组不能审查“因果关系”的任务限制有哪些方面,两者如何调和? (4) 是否需要对海平面上升对基线的影响、由此测量的海域的外部界限和近海地貌进行更多的技术研究? 如果是的话,应该如何做? 研究组是否应纯粹从技术角度研究不同的情形? (5) 一位成员表示有兴趣“讨论因其他国家丧失现有权利并因公海表面积增加而将从海平面上升中获益的国家的利益”,研究组应否按此建议对海平面上升问题进行分析? (6) 关于法律稳定性和可预见性问题,有人问此问题是否值得更深入的讨论。问题是,应该研究哪些方面,如何研究? (7) 几位成员援引公平原则,这也是许多国家提出的问题。公平应否是研究组在分析海平面上升的后果和寻找解决办法时要考虑的一个重要因素? 研究组对“公平”如何理解? 更倾向于保持基线而非移动基线,或反之,有哪些其他政策因素可予以考虑(两位成员提出的一点)? (8) 有人认为,各种选项(移动基线/永久基线方法)之间可能存在“一系列可能性”,所有可能性都应加以探讨。共同主席希望大家能说明可能有哪些此类可能性; (9) 研究组应否如一位成员所建议,研究如何“区分为保护目的建造人工岛屿和为人为创造权利而建造人工岛屿的情况”? (10) 几位成员表示,需要进一步研究《维也纳条约法公约》第六十二条(情势变迁原则)以及该条是否适用于条约商定的海洋边界。除了海平面上升对有效的海洋边界协定的影响外,研究组可审议的另一个问题是移动基线情形中的海平面上升对国际法院、国际海洋法法庭或仲裁庭已判定的海洋划界案件的影响。既判力原则是否适用? 还有什么其他原则可能适用? 或者是否有义务重新审理已结案的案件? 这对“稳定性、安全性和可预测性”有何影响? (11) 未来海洋划界时,如何处理海平面上升对现有海域权利主张的影响问题(见第一份问题文件第 141(f)段)? (12) 一位成员建议对河流划界法进行研究,这样做有何好处? (13) 研究组应否制订一份须优先审议的事项清单? (14) 供已审查了非洲国家的实践和法律的共同主席进一步研究的问题; (15) 需要研究其他区域(亚洲、欧洲、拉丁美洲)的实践。共同主席希望各位成员承担此类任务(已由两位成员承担)。

⁴⁵⁴ 联合国,《条约汇编》,第 1833 卷,第 31363 号,第 3 页。

⁴⁵⁵ 《领海及毗连区公约》(1958 年 4 月 29 日,日内瓦),联合国,《条约汇编》,第 516 卷,第 7477 号,第 205 页;《公海公约》(1958 年 4 月 29 日,日内瓦),同上,第 450 卷,第 6465 号,第 11 页;《大陆架公约》(1958 年 4 月 29 日,日内瓦),同上,第 499 卷,第 7302 号,第 311 页;《捕鱼及养护公海生物资源公约》(1958 年 4 月 29 日,日内瓦),同上,第 559 卷,第 8164 号,第 285 页。

⁴⁵⁶ 《南极条约》(1959 年 12 月 1 日,华盛顿特区),联合国,《条约汇编》,第 402 卷,第 5778 号,第 71 页。

⁴⁵⁷ 《南极条约环境保护议定书》(1991 年 10 月 4 日,马德里),同上,第 2941 卷,第 3 页。

⁴⁵⁸ 《保护水下文化遗产公约》(2001 年 11 月 12 日,巴黎),同上,第 2562 卷,第一部分,第 45694 号,第 3 页。

际水道测量组织等有关国际组织的规定。这项审查的目的是确定与基线和海区有关的现行法，但不影响对拟议法或政策选择的审议。审查还旨在评估这些文书是否允许或要求(或不要求)在某些情况下调整基线，以及基线的改变是否会导致海区的改变；

(b) 国际法的原则和规则：研究组将更详细地审查国际法的各种原则和规则，例如陆地支配海洋原则、边界不变原则、依法保有原则、情事变迁原则或航行自由原则，以及公平原则、善意原则、历史权利和所有权的作用、和平解决争端的义务、维护国际和平与安全、保护沿海国和非沿海国的权利，以及对自然资源的永久主权原则；

(c) 实践和法律确信：研究组将致力于将其对国家实践和法律确信的研究扩大到可获得的信息很少(如果有)的区域，包括亚洲、欧洲和拉丁美洲(研究组一名成员已经承担了对该区域进行此类分析的任务)，并继续开展关于非洲的工作。为此，研究组将通过评估国家这类实践是否与习惯国际法相关，或是否与条约解释相关，来审查国家实践与法律渊源的相互关系。研究组还将研究交存联合国秘书长的海区通知和可在法律事务厅海洋法和海洋事务司网站上查阅的国家立法，以确定各国是否更新此类通知和法律；

(d) 航海图：除上文第 37 段提及的研究外，研究组还将审议涉及各国在更新航海图方面的业务考量、情形及做法的相关建议。

295. 研究组成员还一致认为，研究组可以请科学技术专家协助他们履行任务，但基于一项谅解，即他们将以有选择、有用和有限的方式这样做。

(f) 研究组今后的工作

296. 关于今后的工作方案，研究组将讨论与国家地位有关的问题和与保护受海平面上升影响的人有关的问题，由帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生共同主持工作，他们将编写第二份问题文件，作为第七十三届会议期间研究组讨论的基础。然后，研究组将整合委员会第七十二届会议和第七十三届会议的工作成果，争取在下一个五年期的头两年完成关于这一专题的实质性报告。

第十章

委员会的其他决定和结论

A. 特别追悼会

297. 2020 年 9 月 3 日，委员会委员召开了一次在线非正式追悼会，悼念委员会前主席、“外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位”专题特别报告员亚历山大·扬科夫法官。

298. 在 2021 年 7 月 22 日举行的第 3547 次会议上，委员会召开了一次追悼会，悼念“国家对国际不法行为的责任”专题特别报告员詹姆斯·克劳福德法官。

B. 委员会方案、程序和工作方法以及文件

299. 2021 年 4 月 29 日，本届会议成立了规划组。

300. 规划组于 2021 年 4 月 29 日、5 月 25 日以及 7 月 9 日、23 日和 27 日举行了五次会议。规划组收到了秘书处编写的关于联大第七十四届(A/CN.4/734)和第七十五届(A/CN.4/734/Add.1)会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要；联大关于国际法委员会工作的 2019 年 12 月 18 日第 74/186 号决议和 2020 年 12 月 15 日第 75/135 号决议；以及联大关于国内和国际的法治的 2019 年 12 月 18 日第 74/191 号决议和 2020 年 12 月 15 日第 75/141 号决议。

1. 长期工作方案工作组

301. 规划组 2021 年 4 月 29 日第 1 次会议决定再次召集长期工作方案工作组，由马哈茂德·哈穆德先生担任主席。工作组主席在 2021 年 7 月 27 日第 5 次会议上向规划组口头汇报了工作组本届会议的工作。规划组注意到口头报告。

302. 委员会本届会议根据工作组的建议，决定建议将“确定国际法规则的辅助手段”专题纳入委员会的长期工作方案。在选择专题时，委员会遵循第五十届会议(1998 年)关于专题选择标准的建议：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂。委员会还议定，它不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。⁴⁵⁹ 委员会认为，关于这一专题的工作可对国际法的逐渐发展和编纂作出有益贡献。所选择的专题的大纲载于本报告附件。

2. 委员会工作方法工作组

303. 规划组 2021 年 4 月 29 日第 1 次会议决定重新设立委员会工作方法工作组，由侯赛因·哈苏纳先生担任主席。工作组主席在 2021 年 7 月 23 日第 4 次会议上向规划组口头汇报了工作组本届会议的工作。规划组注意到口头报告。

⁴⁵⁹ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 553 段。

3. 审议联大关于国内和国际的法治的 2019 年 12 月 18 日第 74/191 号决议和 2020 年 12 月 15 日第 75/141 号决议

304. 联大在关于国内和国际的法治的 2019 年 12 月 18 日第 74/191 号决议和 2020 年 12 月 15 日第 75/141 号决议中特别重申，邀请委员会在提交联大的报告中就委员会目前在促进法治方面发挥的作用发表评论。委员会自第六十届会议(2008 年)以来，每年就其在促进法治方面的作用发表了评论。委员会指出，2008 年报告⁴⁶⁰ 第 341 至第 346 段所载评论依然适用，并重申了在历届会议发表的评论。⁴⁶¹

305. 委员会回顾说，法治是其工作的精髓。委员会的宗旨一如其《章程》第 1 条所申明的，是促进国际法的逐渐发展和编纂。

306. 委员会在所有工作中都铭记法治原则，充分意识到在国家层面实施国际法的重要性，并以在国际上促进尊重法治为目标。

307. 委员会在履行逐渐发展和编纂国际法的任务过程中，将继续视情况将法治作为一项治理原则加以考虑，而人权又是法治的基石，《联合国宪章》的序言和第十三条及《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》都揭示了这一点。⁴⁶²

308. 委员会在当前工作中，意识到“法治与联合国三大支柱(和平与安全、发展、人权)之间相互关系”，⁴⁶³ 不会顾此失彼。因此，委员会深知，《2030 年可持续发展议程》确认需要在各级实行有效的法治和良政。⁴⁶⁴

309. 委员会在履行关于国际法的逐渐发展和编纂任务时，认识到法治目前面临的挑战。鉴于联大强调必须促进分享各国在法治方面的最佳做法，⁴⁶⁵ 委员会谨回顾指出，其大部分工作就是收集和分析各国与法治有关的实践，以评估这些实践对国际法的逐渐发展和编纂可能作出的贡献。

310. 委员会铭记多边条约进程对推进法治的作用，⁴⁶⁶ 回顾委员会围绕不同专题开展的工作已经促成了若干多边条约进程，使一些多边条约得以通过。⁴⁶⁷

⁴⁶⁰ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)。

⁴⁶¹ 同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 231 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 390-393 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 392-398 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 274-279 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 171-179 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 273-280 段；同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 288-295 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 314-322 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 269-278 段；同上，《第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 372-380 段；同上，《第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 293-301 段。

⁴⁶² 联大关于《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》的 2012 年 11 月 30 日第 67/1 号决议，第 41 段。

⁴⁶³ 秘书长关于衡量联合国系统在冲突中和冲突后支持促进法治的效力的报告，S/2013/341，2013 年 6 月 11 日，第 70 段。

⁴⁶⁴ 联大 2015 年 10 月 21 日第 70/1 号决议，第 35 段。

⁴⁶⁵ 联大 2020 年 12 月 15 日关于国内和国际的法治的第 75/141 号决议，第 2 段和第 19 段。

⁴⁶⁶ 同上，第 8 段。

⁴⁶⁷ 具体见《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 294 段。

311. 由于 COVID-19 大流行，委员会推迟了 2020 年届会。在本届会议期间，委员会继续为促进法治作出贡献，包括就其目前工作方案内的专题开展工作，这些专题包括“保护大气层”(本届会议二读通过)、“条约的暂时适用”(本届会议二读通过)、“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“与国际法有关的海平面上升”、“国家责任方面的国家继承”和“一般法律原则”。

312. 委员会重申在其所有活动中致力于促进法治。

4. 国际法委员会本届会议的混合形式

313. 委员会感谢第七十一届和第七十二届会议主席团和秘书处做出的组织安排，使委员会能够在 2021 年第七十二届会议上召开混合形式会议。混合形式使委员能够选择在万国宫现场参加会议，或通过配有联合国所有正式语文远程同声传译的在线平台(Zoom)参加会议。委员会还感谢委员会东道国瑞士政府采取了必要措施，使混合形式会议得以召开，并为现场参加会议的委员和秘书处工作人员前往日内瓦提供便利。委员会指出，以混合形式召开会议和所使用的在线平台(Zoom)的功能对会议的成功至关重要。如果没有一些委员和秘书处的工作人员在日内瓦开会时在场，委员会届会是不可能举行的。他们到场使委员会能够顺利运作，否则委员会的工作可能会受到不利影响。

314. 委员会还指出，本届会议遵循联合国日内瓦办事处现有的卫生条例和 COVID-19 风险减轻措施。这意味着不允许秘书处工作人员分发任何纸质文件副本。参加委员会会议所需的文件通过秘书处设立的专用网盘和其他电子手段在线提供。

315. 委员会感谢为确保委员会顺利进行审议所做的非凡努力，使委员会能够完成届会。但是，委员会谨指出，尽管采取了一切努力和措施来改善各种问题，委员会的正常工作还是受到了严重干扰。特别是在第一期会议期间，遇到各种困难，包括：(a) 由于委员们位于不同时区，会议时间缩短，特别是决策和谈判的时间缩短；在组织会议的特殊条件下，保证为会议提供口译的时间短于通常的三个小时，从而导致委员会每天会议时间缩短，而不是通常的六个小时；此外，灵活性不足，因为在这种情况下，全体会议未用完的会议时间不能像通常那样由起草委员会使用，尽管委员会委员们确实将这些时间用在了非正式磋商；(b) 委员会委员不得不在不同的时区工作，这意味着他们要对工作时间表进行大量调整，造成疲倦和额外的压力，特别是对那些清晨或深夜持续在线的委员而言；(c) 鉴于合议精神是委员会运作的核心，尽管曾试图确保委员平等并保持公平，但起草委员会受到的影响较为明显，因为它以正常方式开展工作的能力受到了影响，包括通过非正式接触和交流开展工作的能力；(d) 在虚拟环境中进行详细的起草工作具有挑战性，而限制纸质文件副本的分发对这项工作无益；(e) 有时会遇到互联网连接问题，所使用的设备音效不佳，因而很难理解发言人说的话，无法进行口译；(f) 尽管联合国日内瓦图书馆为委员们提供了更多的在线资源和书目资料包，但实践证明，对在线与会的委员们而言，使用图书馆设施是一项挑战；(g) 委员们的助理不在万国宫、不在日内瓦，不利于委员们让助理参与工作，对双方都不利；(h) 国际法讲习班连续第二年无法举行，委员会委员和讲习班参与者之间失去了宝贵的互动机会，这些参与者通常是专门研究国际法的年轻法学家和教授或在各自国家的公务员系统中从事学术或外交工作的政府官员。第二期会议在一定

程度上克服了其中一些困难；例如，工作时间有弹性，有更多委员亲自出席，助理也可以亲自出席。

316. 总体而言，委员会的能力受到削弱，最关键的是，关于案文细节的谈判变得困难。然而，规划组指出，召开本届会议是值得的，可以吸取一些经验教训，有助于调整委员会的工作方法。

5. 酬金

317. 委员会重申对联大通过 2002 年 3 月 27 日第 56/272 号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告已表明了这些意见。⁴⁶⁸ 委员会强调，第 56/272 号决议尤其影响到特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的支持。

6. 文件和出版物

318. 委员会再次强调，委员会在国际法的逐渐发展和编纂方面的工作具有独特性，因为委员会在处理国际法问题时，认为国家实践及国家法院和国际性法院的裁决尤为重要。委员会重申，必须提供并开放一切与委员会履行职能有关的国家实践和其他国际法渊源的证据。特别报告员的报告需要充分介绍判例和其他有关资料，包括条约、司法裁决和理论学说，并对审议的问题展开透彻分析。委员会强调，委员会及其特别报告员都充分意识到，有必要尽可能缩减文件总量，并将继续铭记这类考虑因素。尽管委员会意识到尽可能简洁的好处，但仍重申，委员会坚信，不应预先限定与委员会工作有关的文件和研究项目的篇幅。委员会还指出，无论秘书处在报告提交之前所作的篇幅预估如何，都不能要求特别报告员在报告提交秘书处后缩短篇幅。联大已一再重申，字数限制的规定不适用于国际法委员会的文件。⁴⁶⁹ 委员会还强调，特别报告员必须及时编写报告，并充分提前提交秘书处，供其处理并提交委员会，以便最好在委员会届会有关部分开始之前四周以所有正式语文印发报告。在这方面，委员会重申其要求：(a) 特别报告员应在秘书处规定的时限内提交报告；(b) 秘书处应继续确保按时以联合国的六种正式语文印发委员会的正式文件。

319. 委员会重申，委员会坚定地认为其简要记录是国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作，不能受到任意的篇幅限制。委员会再次满意地指出，第六十

⁴⁶⁸ 见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525-531 段；同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 447 段；同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 369 段；同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 501 段；同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 269 段；同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 379 段；同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 358 段；同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 240 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 396 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 399 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 280 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 181 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 281 段；同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 299 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 333 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 282 段；同上，《第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 382 段；同上，《第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 302 段。

⁴⁶⁹ 关于对特别报告员报告页数限制的考虑因素，例见《1977 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 132 页，和《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 123-124 页。另见联大 1977 年 12 月 9 日第 32/151 号决议第 10 段和联大 1982 年 12 月 16 日第 37/111 号决议第 5 段，以及之后关于委员会向联大提交年度报告的决议。

五届会议(2013 年)实行的简化简要记录处理程序的措施,加快了向委员会委员传送英文本和法文本的速度,方便及时改错和迅速印发。委员会再次吁请秘书处恢复以英文和法文编写简要记录的做法,并继续努力保持有关措施,以确保向委员会委员迅速传送临时记录。委员会还指出,最近提交电子版临时记录、以显示修改的方式进行修改的做法进展顺利。委员会还欢迎这些工作方法使资源得到了更合理的利用,并吁请秘书处继续努力,便利以所有正式语文编写简要记录定本,同时不影响其完整性。

320. 委员会感谢日内瓦和纽约参与文件处理的所有部门努力确保及时、高效地处理委员会文件,而且经常在时间紧迫的情况下完成工作。委员会强调,及时、高效地处理文件对委员会顺利开展工作至为重要。在目前情况下,所有部门所做的工作都更加值得赞赏。

321. 委员会重申对使用多种语文的承诺,并回顾应在工作中高度重视联大 2015 年 9 月 11 日第 69/324 号决议和 2019 年 9 月 16 日第 73/346 号决议所强调的联合国六种正式语文地位平等。

322. 委员会再次感谢联合国日内瓦办事处图书馆继续十分高效、称职地向委员会委员提供协助。委员会欢迎图书馆为委员会准备的书目资料包。委员会还指出,在本届会议期间,即使受 COVID-19 大流行的限制,图书馆仍继续提供有价值的服务。

7. 《国际法委员会年鉴》

323. 委员会重申,《国际法委员会年鉴》对于了解委员会在国际法的逐渐发展和编纂,以及在国际关系中加强法治方面的工作具有关键意义。委员会注意到,联大在第 74/186 号决议和第 75/135 号决议中表示赞赏有关国家政府为帮助解决《年鉴》工作积压问题的信托基金提供自愿捐款,并鼓励各方进一步为该信托基金捐款。

324. 委员会建议联大如在第 74/186 号决议和第 75/135 号决议中那样,对过去几年在减少所有六种语文版《年鉴》积压方面取得的显著进展表示满意,并欢迎联合国日内瓦办事处会议管理司,特别是其编辑科作出努力,切实执行联大要求减少文件积压的有关决议;鼓励会议管理司继续向编辑科提供一切必要支持,推动《年鉴》的相关工作。

8. 编纂司的协助

325. 委员会感谢秘书处编纂司在向委员会提供实质性服务方面提供宝贵协助,以及一直向特别报告员提供协助,并应委员会的要求就目前审议的专题的各方面编写深入的研究报告。委员会特别感谢秘书处在 2020 年和 2021 年所作的努力,使委员会能够在 COVID-19 大流行背景下举行非正式和正式会议。

9. 网站

326. 委员会对秘书处维护关于委员会工作的网站深表感谢，并欢迎不断更新和完善该网站。⁴⁷⁰ 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站⁴⁷¹ 是委员会和广大社会中研究委员会工作的学者的宝贵资源，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播以及对国际法的更广泛理解。委员会欣见关于委员会工作的网站还介绍了委员会议程上各个专题的现状，并收录了委员会简要记录的预先编辑版和委员会全体会议录音的链接。

10. 联合国国际法视听图书馆

327. 委员会再次赞赏地指出，联合国国际法视听图书馆⁴⁷² 对于增进对国际法和联合国在该领域的工作(包括委员会的工作)的了解，意义非凡。

C. 委员会第七十三届会议的日期和地点

328. 委员会决定其第七十三届会议将于 2022 年 4 月 18 日至 6 月 3 日和 7 月 4 日至 8 月 5 日在日内瓦举行。

D. 国际法委员会召开未来届会的预算资源

329. 委员会强调，必须确保为其所有委员提供必要的预算资源，使他们能够出席年度届会，并确保委员会有效运作所需的秘书处全部实务人员参加会议。委员会表示关切的是，近年来的预算限制已使预算金额降至此水平以下。鉴于委员会在国际法逐渐发展和编纂方面的作用，委员会认为所有委员都能出席其会议是至关重要的，因为这能确保世界主要文明形式和主要法律制度在整个委员会中的代表性。委员会曾多次重申其对酬金问题的看法，以及特别报告员的研究因资源缺乏而受影响的程度。委员会强调必须确保为委员会及其秘书处的运作分配必要的预算资源，包括特别报告员(特别是来自发展中区域的特别报告员)需要获得必要的协助，以便开展编写报告所需的研究工作。委员会欢迎在有关方案预算下为解决这些问题所作的一切努力。委员会建议考虑设立一个信托基金，以支持特别报告员的工作，并解决其秘书处人员充分参与所需经费方面的任何预算短缺问题。

E. 与其他机构的合作

330. 国际法院院长琼·多诺霍法官在委员会 2021 年 7 月 22 日第 3548 次会议上发言，通报了国际法院最近的司法活动。⁴⁷³ 随后交换了意见。

331. 鉴于 COVID-19 大流行导致现有安排有限，委员会很遗憾无法与非洲联盟国际法委员会、亚非法律协商组织、欧洲委员会国际公法法律顾问委员会和美洲

⁴⁷⁰ <http://legal.un.org/ilc>.

⁴⁷¹ 一般可查阅：<http://legal.un.org/cod/>。

⁴⁷² http://legal.un.org/avl/intro/welcome_avl.html.

⁴⁷³ 发言载于该次会议简要记录。

法律委员会交换意见。委员会继续重视与这些机构的合作，并表示希望能够在今后的届会上组织意见交流。

332. 2021 年 7 月 15 日，委员会委员与红十字国际委员会(红十字会)就共同关心的问题非正式地交换了意见。红十字会副主席吉勒·卡尔博尼耶先生致欢迎辞，红十字会首席法务官兼法律司司长科尔杜拉·德勒格女士和委员会第一副主席迪雷·特拉迪先生致开幕词。红十字会科学和政策顾问尼尔·戴维森先生就“红十字会对自主武器系统的立场”这一专题作了发言，委员会“与国际法有关的海平面上升”专题研究组共同主席帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和尼吕费尔·奥拉尔女士就该专题作了发言。红十字会国际法与政策部主任海伦·达勒姆女士还主持了与武装冲突有关的环境保护专题特别报告员玛丽亚·莱赫托女士与红十字委员会法律顾问海伦·奥布雷贡·吉塞肯女士之间关于“武装冲突中的环境保护”的讨论。达勒姆女士作了总结发言。

F. 出席联大第七十六届会议的代表

333. 委员会决定由主席马哈茂德·哈穆德先生代表委员会出席联大第七十六届会议。

G. 国际法讲习班

334. 委员会强调它对国际法讲习班的重视，讲习班使年轻法律工作者，特别是发展中国家的年轻法律工作者，能够熟悉委员会的工作和设在日内瓦的众多国际组织的活动。由于 COVID-19 大流行，2020 年和 2021 年都没有举行讲习班。委员会表示希望能在 2022 年举行讲习班。

335. 委员会感谢那些继续向联合国国际法讲习班信托基金提供自愿捐款的国家，并建议联大再次呼吁各国提供自愿捐款，以确保能在 2022 年举办讲习班，实现尽可能广泛的参与和适当的地域分配。

附件

确定国际法规则的辅助手段

查尔斯·贾洛编写

一. 导言

1. 国际法院的职能是按照国际法裁决各国提交给它的争端，它必须适用《国际法院规约》第三十八条第一款。这一款规定虽然在形式上只是对国际法院法官作出的，但被普遍认为是关于国际法渊源的最权威的表述之一，如果不是唯一最权威的表述的话。第三十八条第一款在相关部分里规定，法院在解决提交给它的争端时应适用：

(子) 不论普通或特别国际协议，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

(丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。

(寅) 一般法律原则为文明各国所承认者。

(卯) 在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。¹ [强调是后加的]。

2. 不令人意外的是，鉴于渊源问题在国际法律体系的中心地位，国际法委员会(“委员会”)花了大量时间研究《国际法院规约》第三十八条第一款所列的渊源，即国际公约和(近些时候)国际习惯以及一般法律原则。实际上可以说，委员会迄今为止最重要的贡献是它在条约法方面所做的工作，这些工作最终形成了1969年的《维也纳条约法公约》，²但这项工作后来仍继续进行。³委员会关于条约法的初步工作后来引发委员会对同一主题进行越来越专门的研究。这些研究的题目包括：国家和国际组织间或两个或两个以上国际组织相互间缔结的条约问题、⁴对条约的保留、⁵武装冲突对条约的影响、⁶国家的单方面行为、⁷与条

¹ 《国际法院规约》第三十八条第一款，《联合国宪章》，附件一，第21-30页(1945年)。

² 《维也纳条约法公约》，1969年5月23日，联合国，《条约汇编》，第1155卷，第331页。《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》，1978年8月23日，联合国，《条约汇编》，第1946卷，第3页；以及《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》，1986年3月21日，联合国，《条约汇编》，第1155卷，第331页。

³ 一般见国际法委员会，“关于委员会”，可查阅<https://legal.un.org/ilc/>(最后一次查阅，2021年7月27日)(委员会的相关工作包括：条约法(1949-1966年)；对多边公约的保留(1951年)；条约方面的国家继承(1968-1974年)；国家与国际组织之间缔结的条约(1970-1982年)；对条约的保留(1993-2011年)；武装冲突对条约的影响(2004-2011年)；国家的单方面行为(1996-2006年)；与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践(前身为“条约随时间演变”)(2008-2018年)；条约的暂时适用(2012-2021年)；强行法，现为一般国际法强制性规范(强行法)(2015年至今)。

⁴ 国际法委员会第三十四届会议工作报告，联合国文件A/37/10，第12-63页(1982年)。

⁵ 国际法委员会第六十三届会议工作报告，联合国文件A/66/10，第23页(2011年)。

⁶ 同上。见第106页。

⁷ 国际法委员会第五十八届会议工作代表，联合国文件A/61/10，第159-167页(2006年)。

约解释相关的嗣后协定和嗣后实践、⁸ 条约的暂时适用⁹ 以及一般国际法的强制性规范(强行法)。¹⁰

3. 关于《国际法院规约》第三十八条第一款(丑)项,其中提到国际习惯是公认为法律的一般惯例的证据,委员会曾在第六十四届会议(2012 年)上将“习惯国际法的形成和证据”专题纳入其第六十四届会议(2012 年)的工作方案,但后来在第六十五届会议(2013 年)上将标题改为“习惯国际法的识别”。¹¹ 委员会第七十届会议(2018 年)二读通过了一套附有评注的关于习惯国际法的识别的结论草案,并根据《委员会章程》第二十三条转交给联大并提出了最后建议。¹² 联大第七十三届会议(2018 年)欢迎这一专题工作的完成,并注意到其决议所附的关于习惯国际法的识别的结论草案。¹³ 联大向各国推荐这些结论,并鼓励广泛传播。

4. 在第七十届会议(2018 年)期间,委员会继续努力澄清国际法的基本渊源,决定将“一般法律原则”专题列入其当前工作方案,并任命了一名特别报告员。¹⁴ 一般法律原则在实践中引起了几个问题,当然,也是第三十八条第一款(寅)项提及的法律渊源。¹⁵ 在第七十一届会议(2019 年)期间,一般法律原则专题特别报告员向委员会提交了第一份报告,并于 2020 年提交了第二份报告。¹⁶ 然而由于新冠肺炎全球大流行,会议破例推迟了一年。因此,关于后一份报告的辩论只能在 2021 年第七十二届会议期间进行。¹⁷

5. 委员会对阐明国际法渊源的重视似受到了各国和国际法律界的欢迎。迄今为止,它已经完成了旨在澄清条约和习惯法的研究。对于有时被忽视、有时被误解的一般法律原则这一渊源,研究也进展顺利。到目前为止,委员会对第三十八条第一款前三项进行了系统的审议,但是第三十八条第一款关于确定国际法规则的“补助资料”的最后一项基本上仍未得到处理。

⁸ 国际法委员会第七十届会议工作报告,联合国文件 A/73/10,第 11 页(2018 年)。

⁹ 同上。见第 201 页。

¹⁰ 国际法委员会第七十一届会议工作报告,联合国文件 A/74/10,第 141 页(2019 年)。

¹¹ 国际法委员会,第 3132 次会议临时简要记录,联合国文件 A/CN.4/SR.3132,第 22 页(2012 年 5 月 22 日)。

¹² 国际法委员会第七十届会议工作报告,联合国文件 A/73/10,第 119 页(2018 年)。

¹³ 见联大第 73/203 号决议,第 1 和第 4 段(2018 年 12 月 20 日)。

¹⁴ 国际法委员会,第 3433 次会议临时简要记录,联合国文件 A/CN.4/SR.3433,第 3 页(2018 年 7 月 19 日)。

¹⁵ 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项,《联合国宪章》,附件一,第 21-30 页(1945 年)。

¹⁶ 马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯(一般法律原则特别报告员),关于一般法律原则的第一次报告,联合国文件 A/CN.4/732(2019 年 4 月 5 日);马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯(一般法律原则特别报告员),关于一般法律原则的第二次报告,联合国文件 A/CN.4/741(2020 年 4 月 9 日);另见联合国秘书处,关于一般法律原则的秘书处备忘录,国际法委员会,联合国文件 A/CN.4/742(2020 年 5 月 12 日)。

¹⁷ 见国际法委员会,《第七十二届会议每日简讯》(2021 年),可从以下网址查阅: <https://legal.un.org/ilc/sessions/72/bulletin.shtml>(最后一次查阅,2021 年 7 月 30 日)(关于一般法律原则专题的全体辩论始于特别报告员 2021 年 7 月 12 日在委员会第 3536 次会议上的介绍,结束于 2021 年 7 月 21 日委员会第 3546 次会议将案文转交起草委员会。)

6. 当然，这个主题在委员会这些年的工作中出现过，这包括在第七十一届会议期间在关于一般法律原则的第一次报告的全体辩论中，暴露了辅助手段不明确的问题。然而对这一专题的潜在价值并未单独审查过，即使从其本身明确措辞来看，它只是“确定法律原则之补助资料”。无论怎么说，这些辅助手段的某些方面以及它们与国际法渊源的相互作用和关系是不确定的、令人困惑的，甚至可以说是尚未得到解决的。因此，为了在国际法的明确性、可预测性和统一性方面不留下空白，建议委员会考虑完成其对第三十八条第一款的系统研究，也审查(卯)项中所列的确定国际法规则的辅助手段，也就是说，审查“司法判例及各国权威最高之公法学家学说”。

7. “司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”在国际法的发展中发挥了至关重要的作用。这一点在国际法形成时期尤其明显，但不限于那个时期。司法判决和学术著作的份量各不相同，取决于所涉及的法庭和国际法具体相关领域。鉴于委员会以前和最近所做的关于国际法渊源的工作及它作为一般国际法专家机构的具体任务，委员会似特别适合澄清确定法律规则的辅助手段的几个方面。这将包括相对于国际法渊源而言辅助手段所具有的性质、范围和功能。

8. 如同与渊源有关的最近其他专题一样，在不影响本研究可能因需要而会产生不同的结果的情况下，本专题的结果可以是一套附有评注的结论草案。因此，倾向于结论草案这种结果，这将与委员会在“习惯国际法的识别”专题¹⁸和“一般法律原则”专题¹⁹上的做法相类似。迄今为止，在委员会的实践中，“结论草案”尚没有单一的定义。按照此处使用的含义，这里提议，关于这一专题的研究结果将代表着理性审议过程的结果，并代表着对确定国际法规则的辅助手段方面发现的规则和做法的再次阐述。因此，这种结论草案的内容符合委员会的章程和既有惯例，可以推定为反映了国际法的编纂和逐渐发展。

二. 该专题符合委员会关于新专题的标准

9. 该专题符合委员会 1996 年确定并于 1998 年再次重申的选择新专题的标准。²⁰对新专题的要求是：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题在国家实践方面应处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂；²¹虽然对于目前情况不适用，因为目前所议的是一个典型的一般国际法专题，但委员会也曾商定不局限于传统专题，也可考虑那些反映国际法新动态和国际社会紧迫关切的专题。²²

¹⁸ 见国际法委员会第七十届会议工作报告，联合国文件 A/73/10，第 119-122 页(2018 年)。

¹⁹ 见国际法委员会第七十一届会议工作报告，联合国文件 A/74/10，第 329 页(2019 年)。

²⁰ 《1997 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分，见第 71-72 页，第 238 段，联合国文件 A/CN.4/SER.A/1997/Add.1；《1998 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分，见第 110 页，第 553 段，联合国文件 A/CN.4/SER.A/1998/Add.1(1998 年)。

²¹ 同上；另见国际法委员会第五十二届会议工作报告，联合国文件 A/55/10，第 131 页，第 728 段(2000 年)。

²² 《1998 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分，见第 110 页，第 553 段，联合国文件 A/CN.4/SER.A/1998/Add.1(1998 年)。(“委员会不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。”)

10. 这个专题符合上面所说的委员会专题选择标准。该专题对各国很重要，因为它能够促进对司法判例及各国权威最高之公法学家学说以及各国和国际各级不同法院和法庭对这些判例和学说采取的实际和理论处理方法的更全面理解。大量的国际和国家判例以及学术文献在确定适用的国际法规则时提及司法判例和公法学家学说，尽管并不总是明确地作为辅助手段来提及。²³ 因此，通过研究第三十八条第一款(卯)项中关于使用辅助手段的方法和各种不同意见，可以提供一个权威性的方法指南，在确定是否存在《国际法院规约》第三十八条第一款(子)项至(寅)项所说的国际法规则时，有可能帮助确定应给予判例和学说多大的权重。

11. 这一专题在国家实践方面也足够成熟，允许编纂和逐步发展。这是因为这方面存在着数量众多的国家和国际司法判例。在过去半个世纪里，国际性法院和法庭的数量也急剧增加，同时有足够多的学术著作和其他学术文献也提到确定法律规则的辅助手段。

12. 因专门侧重于第三十八条第一款(卯)项，这一专题也是具体和可行的。将这一专题与委员会以前的工作结合在一起，委员会便有机会完成其贡献，澄清辅助手段在确定国际法渊源方面的作用。因此，这项工作可以是目前围绕关于一般法律原则的第三十八条第一款(寅)项正在进行的工作的有益补充；视委员会何时处理而定，还可使第三十八条第一款(寅)项工作与第一款(卯)项工作之间的潜在协同作用得到进一步探讨。

三. 第三十八条第一款简要概述和关于辅助手段的疑问

13. 第三十八条第一款中司法判例及各国权威最高之公法学家学说的地位仍然是作者们争论的话题。甚至对于第三十八条第一款确立了一份还是两份清单，学术观点似乎都存在分歧。一些人认为(卯)项中提到的司法判例是与该条(子)项至(寅)项中列出的其他法律渊源十分相似的一种法律渊源，并认为第三十八条的措词“……在原则上非常重要，并认为将确定法律规则的辅助手段(不仅通过类比，而是直接)视为一种法律渊源没有什么大的困难……”²⁴ 第二种观点或许更引人注目，认为该条确定了两份清单。(子)项至(寅)项提供了“可产生具有法律效力的国际法规则的正式来源”²⁵，而(卯)项被认为提供了可据以“确定现有的法律规则”的替代或补充手段。²⁶ 换言之，辅助手段仅被视为确定或查明法律渊源存在或其内容的工具，而不是渊源本身。有机会研究这一问题或能使委员会根据

²³ 见 Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, 66 INT'L & COMP. L. Q.1 (2017); 另见 Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 L. & PRACT. OF INT'L CTS. & TRIB. 464 (2017)。欲参考学说方面有思想的新专著，见 SONDRE T. HELMERSEN, *THE APPLICATION OF TEACHINGS BY THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE* (Cambridge Univ. Press, 2021)。

²⁴ Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in *THEORY OF INTERNATIONAL LAW AT THE THRESHOLD OF THE 21ST CENTURY*, 413-24 (J. Makarczyk ed., 1996)。

²⁵ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 EUR. J. INT'L L. 649, 652 (2013); O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals by Georg Schwarzenberger*, 53 AM. J. INT'L L. 197 (1959)。

²⁶ 同上，第 653 页(引述施瓦岑贝格尔)。

实践澄清现有的法律状况，并就国际法不同领域辅助手段的状况和使用提供指导。

14. 此外，在关于“司法判例”这一广泛类别的讨论中，存在着国家法院和法庭的判例相对于国际性法院和法庭的判例的地位问题。²⁷ 虽然司法判例本身不能成为法律渊源，但司法机构在解释和适用决定国际法规则的条约、习惯和一般法律原则时得出的结论可以确定对各国、国际组织和其他机构具有约束力的法律义务。

15. 关于辅助手段与不同国际法渊源的关系，司法判例似乎发挥着不同的角色，有时澄清一般条约规则，或有目的地解释这些规则，使其适用于以往或许未考虑到的新情况。²⁸ 在这方面，国际法院作为联合国的主要司法机关，通过其判决为国际法各领域的发展作出了重大贡献，特别是在关于使用武力的法律、海洋法、海洋划界、国家责任、条约法、领事关系、庇护、国际环境法、非殖民化、自决等方面。反过来，国际法院经常适用其先前判例中阐明的实质性规则。在这样做的过程中，它通过其解释国际法规则的司法判例，也为巩固甚至发展国际法作出了贡献。²⁹

16. 关于习惯国际法，正如委员会秘书处在“习惯国际法的识别”专题中编写的备忘录所解释的那样，“国家法庭的裁决在确定习惯国际法方面具有两项一般职能”。³⁰ 一项职能是作为国家实践的证据。另一项是帮助确定法律规则。委员会关于习惯国际法的识别的最后结论承认了这种双重性。³¹ 因此，在这一先前工作和正在进行的关于一般法律原则的工作的基础上，思考国家和国际性法院的司法裁决在解释和适用第三十八条所设想的条约、习惯和一般法律原则中阐述的国际法规则方面发挥的作用，可能有益于该专题下的分析。

17. 《国际法院规约》第三十八条当然不是在真空中发展的。奥本海在 1908 年就第三十八条起草之前的情况提供了一种深刻见解：

除了第二次海牙和平会议商定但尚未成立的国际捕获法院之外，目前没有任何国际法院能够界定这些习惯规则，并以权威的方式将其适用于案

²⁷ 见 Sienho Yee, *Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 J. INT. DISP. SETTLEMENT 472 (2016)。

²⁸ 见国际法院，《国际法院手册》，第 98-100 页，联合国出售品编号 1055(2016)，可查阅 <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> (2021 年 7 月 27 日最后一次访问)(事实上，早在 1949 年，国际法院就在其“关于执行联合国职务时所受损害的赔偿问题的咨询意见”中承认了与《联合国宪章》有关的这种“新情况”，咨询意见，《1949 年国际法院案例汇编》)(“法院在这里面临着一种新情况。只有认识到这种情况受制于结合国际法原则考虑的《宪章》条款，才能解决它引起的问题。”)(此后，国际法院在许多判例中明确承认国际法的演变，并强调了这种演变对确定适用于有关案件的法律的重要性。))。

²⁹ 见国际法院，《国际法院手册》，第 77 页，联合国出售品编号 1055(2016)，可查阅 <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> (2021 年 7 月 27 日最后一次访问)(其结论是，“法院的判决不仅决定某一特定争端，而且必然有助于国际法的发展。法院充分认识到这一点，在编写和起草判决时考虑到这两个目标。”)。

³⁰ 联合国秘书处，习惯法的识别：就确定习惯国际法而言国家法院的判决在普遍性国际法院和法庭的案例法方面发挥的作用，秘书处的备忘录，国际法委员会，联合国文件 A/CN.4/691 (2016 年 2 月 9 日)。

³¹ 例如，见国际法委员会，第七十届会议工作报告，联合国文件 A/73/10，第 120-121 页(2018 年)(结论 6、10、13、14)(有一些情况下，同时涉及国家法院的司法裁决和公法学家的学说)。

件，而这些案件本身将成为对下级法院具有约束力的先例。国际法的著述者，特别是条约的作者，在某种意义上必须扮演法官的角色，必须宣布是否存在既定的习惯，是否存在仅有别于一种习惯的用法，是否一种得到认可的用法现已发展成熟，成为一种习惯，诸如此类……。正因如此，对法律的适用而言，国际法教科书比其他法律分支的教科书更为重要。³²

18. 目前的第三十八条第一款(卯)项基于《常设国际法院规约》。1920年法学家咨询委员会，特别是德斯坎普斯主席，提出了一份案文，读作：国际法判例作为适用和发展法律的一种手段。³³ 这遭到了一些人的反对。在随后的辩论中，德斯坎普斯主席指出，“学说和判例无疑不会创造法律；但是它们有助于确定存在的规则。法官应同时利用判例和学说，但它们只能充当解释说明”。³⁴ 德斯坎普斯最初的建议没有被采纳。在随后的讨论中，鲁特先生和菲利莫尔先生提交了另一版本的草案。³⁵ “面对持续的反对，德斯坎普斯[]于是建议……如下措辞：‘法院应考虑司法判例和各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料’。”³⁶ 德斯坎普斯自己也建议加上“作为确定法律原则之补助资料”。这种说法未经修改获得通过。³⁷ 因此，作为拟议研究的一部分，仔细审查该条款的起草历史应能有助于澄清辅助手段在确定国际法规则方面的预期作用和当前地位。

四. 司法判例

19. 《国际法院规约》第三十八条第一款明确指出，“司法判例”是“确定法律原则之补助资料”。³⁸ 尽管如此，正如一位评论者所说，“这种说法低估了国际法院判例在规范制定过程中的作用。令人信服的详细判决往往对规范制定过程产生非常重要的影响，即便在理论上法院适用现有法律而不制定新法律”。³⁹ 当然，原则上，国际法院的判例除对当事国外不具有约束力，即使在当事国之间，也只对本案具有约束力(《国际法院规约》第五十九条)。⁴⁰ 因此，尽管国际法院不像普通法体系那样依照先例，即按照等级，上级法院的司法先例对下级法院具有约束力，但国际法院在实践中确实依赖其自身先前的裁决。这提高了国际法适用的可预测性和一致性。这还有助于增强国家和国际组织的法律保障。国际

³² Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 EUR. J. INT'L L. 649, 659 (2013); 另见 L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 AM. J. INT'L L. 313 (1908).

³³ 同上，第 651 页。

³⁴ 同上，第 652 页。

³⁵ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 Eur. J. Int'l L. 649, 652 (2013).

³⁶ 同上。

³⁷ 同上。

³⁸ 《国际法院规约》，第三十八条第一款(卯)项，《联合国宪章》，附件一，第 21-30 页(1945 年)。

³⁹ Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, in RECUEIL DES COURS: COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY OF INT'L L. (VOL. 205), 247-330 (1987).

⁴⁰ 《国际法院规约》，第五十九条，《联合国宪章》，附件一，第 21-30 页(1945 年)。

法院只有出于严重的理由才会背离先前的判例，而且在此时往往会提供这样做的理由。

20. 有时，确定对第三十八条第一款应作狭义的还是广义的解释可能很困难。国际法院也自然地依赖其前身常设国际法院的工作。在国际法院申辩的当事方也这样做。当事方和任何加入方常常也会广泛提及司法判例和学说或学术著作。在判决中，国际法院也通常会提及其他国际性和国家法院和法庭的判例，这或许在意料之中。国际法院仅在数目较少的案件中的主要判决中引用了个别学者的著作，尽管在国际法院裁决案件或提供咨询意见时，委员会等专家机构的工作成果似乎发挥着重要作用。

21. 国际法院现在越来越多地参考其他法院的司法判例，这种模式只会随着国际法的日益专业化而增加。例如，国际法院曾援引国际海洋法法庭⁴¹、中美洲法院⁴²、欧洲共同体法院⁴³（现为欧洲联盟法院）、一些仲裁裁决⁴⁴以及区域人权机构，如美洲人权法院⁴⁵、欧洲人权法院⁴⁶和非洲人权和民族权委员会⁴⁷。关于后者，在其2010年对迪亚洛案判决中⁴⁸，国际法院提到非洲人权和民族权委员会对《非洲人权和民族权宪章》第12条第4款的解释。国际法院指出：

当法院被要求[……]适用保护人权的区域文书时，它必须适当考虑到为监测有关条约的正确适用专门设立的独立机构(如果有)对该文书的解释。⁴⁹

⁴¹ 见领土和海洋争端(尼加拉瓜诉哥伦比亚)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第624页起，见第666页第114段(11月19日)。

⁴² 见陆地、岛屿和海上边界争端案(萨尔瓦多诉洪都拉斯：尼加拉瓜参加诉讼)，判决，《1992年国际法院案例汇编》，351页起，见第599页第401段(9月11日)(提到萨尔瓦多诉尼加拉瓜案中的判决，AJIL 674 (CACJ 1917))。

⁴³ 见1995年9月13日《临时协议》的适用(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊)，判决，《2011年国际法院案例汇编》，第644页起，见第678-79页，第109段(12月5日)。

⁴⁴ 见尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，判决，《2007年国际法院案例汇编》，第659页起，见第701页第133段(10月8日)(提及1922年3月24日瑞士联邦委员会就哥伦比亚和委内瑞拉之间边界争端作出的裁决，I R.I.A.A. 223 (1922))(在同一案件中，仅一段之后，国际法院还提及1933年1月23日洪都拉斯边界特别法庭的裁决(危地马拉诉洪都拉斯)II RIAA 1325 (1949))。

⁴⁵ 见艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，补偿，《2012年国际法院案例汇编》，第324页起，见第331页，第13段(6月19日)。

⁴⁶ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007年国际法院案例汇编》，第43页起，见第92页第119段(2月26日)；艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，补偿，《2012年国际法院案例汇编》，第324页起，见第331页，第13段(6月19日)；国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第99页起，见第132页第72段(2月3日)。

⁴⁷ 见艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第639页起，见第663-64页第66-67段(11月30日)。

⁴⁸ 同上，见第664页第67段。

⁴⁹ 同上；关于第三十八条以及国际法院对司法裁决之态度的详细讨论另见 Mads Andenas and Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of "Judicial Decisions" in Article 38 of the ICJ Statute*, 77 MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT 907-972 (2017)。

22. 此外，国际法院经常参考专门法庭的工作，包括前南斯拉夫问题国际刑事法庭⁵⁰ 和卢旺达问题国际刑事法庭⁵¹ 在国际刑法和国际人道法问题上的工作。在某些情况下，如前一段所述，国际法院对专门法庭的裁决给予了一定程度的尊重。同样，鉴于国际法的每个领域都是更广泛的国际法律体系的一部分，这些法庭自己也经常参考国际法院的判例，在第三十八条提到的渊源之外寻求关于在关键问题上的国际法现状的权威指导。

23. 作为所谓不同法院和法庭之间的一种司法对话，专门法院和国家法院如何遵循国际法院关于一般国际法事项的裁决也可能值得研究。⁵² 例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭提到了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项设想的辅助手段。例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在 Kupreškić 等人案中指出，“由于本法庭具有国际性……只能依靠国际法的既定渊源，并在此框架内依靠司法判例”。⁵³ 关于应赋予这些判例多大的价值，审判分庭认为，这些判例“只能作为‘确定法律原则之补助资料’”。⁵⁴ 法庭进一步澄清，“在国际刑事审判中，司法先例并非明确的法律渊源”。⁵⁵ 与此相关的是，《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 20 条第 3 款规定，“特别法庭上诉分庭的法官应以前南斯拉夫问题和卢旺达问题国际法庭上诉分庭的裁判为指导”。⁵⁶ 然而，塞拉利昂问题特别法庭强调，这一规定并不意味着这些国际法庭的判例构成直接渊源或对塞拉利昂问题特别法庭具有约束力。⁵⁷

24. 在国际刑事法院也可以看到类似的立场，《罗马规约》第二十一条中规定的适用法律⁵⁸ 在很大程度上反映了《国际法院规约》第三十八条所列的渊源。国际刑事法院除了适用自己的规约、可适用的条约和其他国际法原则和规则以及从

⁵⁰ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页起，见第 130 页第 212 段(2 月 26 日)。

⁵¹ 同上，见第 126 页第 198 段。

⁵² 例如，关于人权法领域司法对话的学术分析见 *Special Issue: Judicial Dialogue in Human Rights*, edited by Elżbieta Karska and Karol Karski, 21 INT'L COM. L. REV. 5 (2019)。

⁵³ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 EUR. J. INT'L L. 649, 653 (2013); 另见 L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 AM. J. INT'L L. 313 (1908)。

⁵⁴ 同上。

⁵⁵ Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 Eur. J. Int'l L. 649, 653 (2013)。

⁵⁶ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 20 条第 3 款，2002 年 1 月 16 日，2178 U.N.T.S. 145。

⁵⁷ 见 Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al., Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment, at 295 (Mar. 2, 2009); 关于塞拉利昂问题特别法庭对国际刑法判例之贡献的评论，见 CHARLES C. JALLOH, *THE LEGAL LEGACY OF THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE* (Cambridge Univ. Press, 2020); CHARLES C. JALLOH (ED.), *THE SIERRA LEONE SPECIAL COURT AND ITS LEGACY: THE IMPACT FOR AFRICA AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* (Cambridge Univ. Press, 2014); Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, 15 FIU L. REV. 1 (2021); Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, 15 FIU L. REV. 1, 1-13 (2021); Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions on the SCSL's Legal Legacy*, 15 FIU L. REV. 1, 91-95 (2021)。

⁵⁸ 精辟评论见 Margaret M. deGuzman, “Article 21”, in O. TRIFFTERER AND K. AMBOS, EDS., *ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY* (3rd ed., Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016) 932–948。

世界各法系国内法、包括通常对其管辖范围内的各种犯罪行使管辖权的国内法得出的一般原则之外，还可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。

25. 虽然司法判例，包括其他法院和法庭的司法判例的地位问题将取决于这些法庭的相关组织法或文书，甚至其法理学，但在使用司法判例作为确定法律的辅助手段确定适用于特定案件的法律规则方面，可以找到各种各样的实践。这便引出了一个问题：什么是“司法判例”？此外，《国际法院规约》第三十八条第一款中的“司法判例”一词没有被“国际”或“国家”一词限定，也没有被“区域”一词限定。这似乎表明，可能需要对“司法”和“判例”有更全面的理解。

26. 在关于渊源的讨论中，与国际性法院相比，国家法院的裁决以及区域法院和准司法法庭的裁决在确定国际法规则方面的相关性和重要性也一直存在问题。还可以提出的合理问题包括，在确定具体规则时，由一两个争议当事方设立的专门特设小组或仲裁员的工作成果是否应与各国设立的国际性或区域性法院特别是具有普遍性或准普遍性的法院设立的司法机构的判例具有同样的分量。在国际投资法等领域，或当此类仲裁机构的决定偏离现有国际法规则时，这个问题尤为相关。

27. 在某些情况下，也有人担心，不同的国际性法院和法庭可能同时处理同一争端，或可能就同一国际规则得出相互矛盾的结论，从而引发关于它们各自的机构管辖权及其彼此之间的等级关系问题。⁵⁹ 虽然这些关切和问题可能有一定意义，但它们不属于本专题的范围。

28. 在这种更广泛的背景下，应该有可能确定一种方法，协助查明司法判例作为确定国际法适用规则的辅助手段的价值和权重。如此，委员会将能够确定一种对各国、国际组织、法院和法庭以及法律学者和国际法从业人员有用的一致做法。

五. 权威最高之公法学家的学说

29. 《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项第二部分确认，“各国权威最高之公法学家学说”亦是“确定法律原则之补助资料”。的确，历史上，最知名学者的著述在澄清适用的国际法规则方面曾具有更重大的意义。⁶⁰ 这样的地位似乎已有些式微，在部分程度上无疑已经式微，因为各国越来越多地利用国际公约来规范事务，而在可能不存在国际公约或事实证明国际公约不足以对事务进行规范的情况下，各国可能会自行诉诸习惯国际法和一般法律原则，尽管确定上述渊源中是否存在适用规则以及适用规则的内容这一过程通常也会得益于查阅学者的著述。除“权威最高之公法学家”的“学说”之外，各法院和法庭也可借助电子

⁵⁹ 对不成体系和制度冲突问题的关切也引发了关于国际法统一性、连贯性和合法性的辩论。在这方面，见《2006 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分，见第 177-84 页，联合国文件 A/CN.4/SER.A/2006/Add.1；国际法委员会研究组的报告，“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，联合国文件 A/CN.4.L.682，第 13-14 页，第 13 段(2006 年 4 月 13 日)。

⁶⁰ 见 Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, 66 INT'L & COMP. L. Q.1 (2017)；另见 Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 L. & PRACT. OF INT'L CTS. & TRIB. 464 (2017)。

手段，通过查阅文摘和汇编此类信息的其他可靠信息源来了解大量的国家实践。这似乎抑制了依赖“公法学家”著述的必要性。

30. 国家和国际层面的不同法院和法律体系在确定法律规则时，不论是国家法律规则还是国际法律规则，会对公法学家的学说或法律理论采取不同的处理方法。公法学家的学说在国际法院的判决中仅略有体现，主判决书中提及公法学家学说的情况较少。但尽管如此，学者的著述在法官个人的个别意见以及众多其他国际级法院和法庭的裁决和判决中却相当突出，在区域级和另一些国际级法庭的判决中也很常见。可举的例子很多，其中包括非洲人权和民族权法院、欧洲人权法院、国际海洋法法庭、美洲人权法院、包括国际刑事法院在内的国际刑事类法庭，以及诸如世界贸易组织等其他机构。国内和国际层面的某些法院和法庭甚至频频收到或邀请学者以法庭之友身份就具体的法律问题提交意见。

31. 若学者或公法学家个人的著述有些分量，至少作为解释法律的辅助资料有些分量的话，那么学者团体或某些专家机构的著述似可视作更具权威性。一个门槛性质的问题是，专家的集体著述是否能被视为公法学家学说的组成部分？此外，若可以视为的话，可能还要在纯私营性质的专家机构的工作成果和国家或国际组织创建的专家机构的工作成果之间作出区分。参与诸如编纂或逐渐发展等对法律的地位进行科学评估工作的国际律师团体所发表的意见，肯定会证明是有助益且有影响的。上述意见因而可属于“学说”范畴。此类专家团体的例子既包括临时性团体，也包括常设性团体，例如哈佛国际法研究部(1929-1932 年)、国际法学会和国际法协会。这些私营机构均在不同历史时期为澄清和推进国际法的特定领域作出过有益贡献。

32. 由各国创立的机构，例如人权事务委员会、禁止酷刑委员会和红十字国际委员会等根据某项条约设立并承担特定职责的机构，取决于所涉问题，可能在确定适用的国际法规则方面具有一些权威性。至少在其职权范围内法律领域的解释问题上是如此。同样，诸如亚非法律协商组织、非洲联盟国际法委员会、欧洲委员会国际公法法律顾问委员会、美洲法律委员会等法律编纂机构或区域性编纂机构的工作成果与国家或由国家创建的组织存在关联，尽管是在区域一级存在关联，但也可享有类似的地位。委员会曾在此前的工作中承认这一点，例如在与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践专题关于专家机构声明的结论草案当中。⁶¹ 由此可见，似应对第三十八条第一款作进一步的仔细研究。

33. 同样，可以考虑委员会在履行其独特的联大任务即协助各国根据《联合国宪章》第十三条促进逐渐发展和编纂国际法时所做的工作。实际上，委员会及其特别报告员和委员们不仅大量援引司法判例，而且还经常援引学者的“学说”，包括在其报告和所通过的条款、原则、指南的评注当中，在全体会议的辩论过程中，以及在各起草委员会当中。根据其《章程》，委员会甚至可能愿意与此类权

⁶¹ 《国际法委员会第七十届会议工作报告》，联合国 A/73/10 号文件，第 113 页，第(18)段(2018 年) (“通常，如果有的缔约国保持沉默，则只将无异议视为同意，才能认为条约的所有缔约方(甚至只是大部分缔约方)对声明中表述的解释达成协定。结论草案 10 第 2 段作为一般规则规定：‘在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后实践的接受。’第 3 段第二句不是要确认上述一般规则的例外情况，而是旨在作出说明并将这一规则适用于专家机构声明的典型情况。”)；另见格奥尔格·诺尔特(与条约解释相关的嗣后实践问题特别报告员)，《关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的第四次报告》，联合国 A/CN.4/694 号文件(2016 年 3 月 7 日)。

威建立更密切的联系，因为委员会也可正式地咨询“科学研究机构和个别专家”(第16条)。此外，还明确要求委员会向联大提交条款草案，并辅之以“充分说明判例和其他有关资料，包括：条约、司法判决和学说”(第20条(a)项)。

34. 就编纂而言，委员会在对国家实践进行评价时，可要求相关政府提供“法律、法令、司法判决……”(第19条第2款)。同样，在确定使习惯国际法的依据更便于查阅的方式和方法时，委员会应对收集和发布“有关国家惯例的文件以及各国法庭和国际法庭作出的国际法问题的判决”给予应有的考虑(第24条)。上述章程规定似乎表明，这些判例不仅对于司法机构而言具有相关性，对于协助编纂和逐渐发展国际法的国际法律专家机构而言亦具有相关性。但尽管如此，很可以理解的是，委员会并未自诩其工作成果具有某种特殊地位或权威性，尽管一些法院和一些学者倾向于赋予其一定程度的权威性。

35. 说到底，法律专家个人、法律专家团体以及其他学术机构的著述尽管普遍存在于国内和国际法院、专家以及委员会的工作当中，至少是作为解释法律的辅助资料而普遍存在，但其作为确定国际法规则的补助资料所吸引到的关注却较为有限。但尽管如此，正如美国最高法院在 *Paquete Habana* 号渔船一案中所指出的那样，“司法法庭诉诸于此类著述，不是为了探寻其作者就法律应当是什么所作的思考，而是为了探寻法律到底是什么的可信依据。”⁶² 所以说，著述质量如何、是否客观以及是否透彻，对于其权威性而言至关重要。如何通过实证和/或其他方法对学者及其著述的影响力进行评估，这一问题可能会引起兴趣。

36. 耐人寻味的是，自 *Paquete Habana* 号渔船一案于1900年作出判决以来，在系统地确定“司法判例”和“权威最高之公法学家学说”的范畴方面，似乎未作出多少尝试。其结果是，也许是由于该专题的性质，在如何采用系统方法对司法判例和不同国家权威最高之公法学家的学说进行评估，以及在确定适用的法律规则时如何赋予其权重方面，仍未能一致。在多文化、多元的世界中，可能还存在如下问题：在使用国际法语言以确保公法学家在构建对国际法的理解时能真正代表一个具有普遍性的国际法体系方面，情况如何？

六. 该专题的范围以及可能需要处理的问题

37. 综上所述，建议委员会的研究可涵盖与第三十八条第一款(卯)项有关的一些基本问题，以确定各国、国际级法院和法庭、国际组织以及私营和政府背景的专家机构和学者在确定适用的(国际)法律规则过程中是如何利用“补助资料”的。

38. 在不排除该专题研究过程中可能出现的其他问题或其他方面的情况下，可建议委员会主要分析以下问题：

(一) 该专题及其目标和系统方法的阐述；

(二) 用以确定法律规则的补助资料的性质和范围：

(a) 补助资料的起源，包括设立常设国际法院期间的起草历史；补助资料在诸如国际人权法、国际刑法、国际经济法等国际法不同领域所发挥的功用；

⁶² *Paquete Habana* 号渔船案，175 U.S. 677、20 S. Ct. 290(1900年)，686-700。

(b) “补助资料”的范围和相关术语，包括“补助”、“资料”、“司法”、“判例”、“确定”、“法律规则”、“学说”、“权威最高”、“公法学家”以及“各国”的含义；

(c) 补助资料的地位及各国作为国际法的依据利用补助资料的情况，尤其是在国际裁定当中，以及最终在司法判例和公法学家的著述当中；

(d) 补助资料在国内和国际级法院确定法律规则方面的功能及其彼此之间的关系；各种不同法律体系在这方面若有区别的话，有何区别；

(三) 补助资料与国际法渊源(即条约、习惯以及一般法律原则)之间的关系；

(四) 查明以下问题的各种不同方法：作为确定法律规则的补助资料，赋予司法判例的权重和价值，以及赋予各国公法学家学说的权重；赋予学者个人著述的权重与赋予学者团体以及官方或其他专家机构著述的权重之间的区别，包括在各种不同司法体系之间的区别；

(五) 载有研究过程中收集到的和邀请各国提供的第三十八条第一款(卯)项所指补助资料相关多语种著述清单的参考目录；

(六) 研究可能取得的成果(结论)；以及

(七) 任何其他/杂项问题。

七. 提议采用的该专题工作方法

39. 该专题的工作方法将既依赖第一手和第二手材料，又依赖相关文献。工作将主要以大量的国家实践、条约、其他国际文书、相关国家、区域和国际级法院的司法判例，以及国家的法律、法令及其他文件为指导。学者的著述也将被纳入考虑，包括专家个人的著述以及专家机构和相关国际组织的著述在内。考虑到本专题的性质以及第三十八条第一款(卯)项的文字和精神，尤其如此。

八. 结论

40. 总的来说，司法判例以及权威最高之公法学家的学说似乎是一种形式的国际法依据，经常被国际和国内的法院和法庭援引。就其明确表述的地位而言，它们只是用以“确定”法律规则的“补助资料”。但尽管如此，在存在困惑且国内和国际的法院和法庭所采取的司法处理方法各异的情况下，似乎存在着对现代国际法体系中纳入了哪些司法判例和学说及其可能产生的法律影响和其他影响作出进一步澄清的空间。在上述背景下，就第三十八条第一款(卯)项开展全面研究，可能有助于补充委员会在确定国际法规则方面的主要工作及其最近在一般国际法这一重要领域着手开展的专题。委员会开展上述研究，有望在国际法渊源这一经典专题方面对编纂和逐渐发展国际法作出重大贡献。

初步/精选参考目录

1. 法律文书：

Statute of the International Court of Justice, U.N. Charter, Annex I, at 21-30 (1945).

Statute of the Special Court for Sierra Leone, Jan. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 145.

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties, Aug. 23, 1978, 1946 U.N.T.S. 3.

Vienna Convention on the Law of Treaties Concluded Between States and International Organizations, or between International Organization, Mar. 21, 1986, 1155 U.N.T.S. 331.

2. 国际法委员会文件：

Georg Nolte (Special Rapporteur for subsequent practice in relation to treaty interpretation), *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation*, U.N. Doc. A/CN.4/694 (Mar. 7, 2016).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *First report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/732 (Apr. 5, 2019).

Marcelo Vázquez-Bermúdez (Special Rapporteur for general principles of law), *Second report on general principles of law*, U.N. Doc. A/CN.4/741 (Apr. 9, 2020).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Second report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/672 (May 22, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international Law), *Third report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/682 (Mar. 27, 2015).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fourth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/695 (Mar. 8, 2014).

Sir Michael Wood (Special Rapporteur for identification of customary international law), *Fifth report on identification of customary international law*, U.N. Doc. A/CN.4/717 (Mar. 14, 2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Thirty-fourth Session, U.N. Doc. A/37/10 (1982).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-fourth Session, U.N. Doc A/47/10 (1992).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of its Forty-eighth Session, U.N. Doc A/51/10 (1996).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Sixty-third Session, U.N. Doc. A/66/10 (2011).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventieth Session, U.N. Doc. A/73/10 (2018).

Int'l Law Comm'n, Rep. on the Work of the Seventy-first Session, U.N. Doc. A/74/10 (2019).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3132nd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3132 (May 22, 2012).

Int'l Law Comm'n, *Provisional summary record of the 3433rd meeting*, U.N. Doc. A/CN.4/SR.3433 (July 19, 2018).

U.N. Secretariat, Identification of customary international law, The role of decisions of national courts in the case law of international courts and tribunals of a universal character for the purpose of the determinization of customary international law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/691 (Feb. 9, 2016).

U.N. Secretariat, General principles of law, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/742, (May 12, 2020).

3. 判例:

A. International Court of Justice:

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. and Montenegro), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 43 (Feb. 26).

Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Rep. of Maced. v. Greece), Judgment, 2011 I.C.J. Rep. 644 (Dec. 5).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 639 (Nov. 30).

Ahmadou Sadio Diallo (Rep. of Guinea v. Dem. Rep. Congo), Judgement, 2012 ICJ Rep. 324 (June 19).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 5).

Continental Shelf (Tunis./ Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, 1982 I.C.J. Rep. 18 (Feb. 24).

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, 1984 I.C.J. Rep. 3 (Mar. 21).

Jurisdictional Immunities of the State (Ger. v. It.: Greece intervening), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 99 (Feb. 3).

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal. v. Hond.: Nicar. intervening), Judgment, 1992 I.C.J. Rep. 351 (Sept. 11)(Referring to the judgment in El Sal. v. Nicar. AJIL 674 (CACJ 1917)).

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Eq. Guinea intervening), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 303 (Oct. 10).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226 (July 8).

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahr. (Qatar v. Bahr.), Merits, Judgment, 2001 I.C.J. Rep. 40 (Mar. 16).

Military and Paramilitary Activities (Nicar. V. U.S.), 1986 I.C.J. Rep. 14 (June 27).

North Sea Continental Shelf (F.R.G. v. Den., F.R.G., v. Neth.), Judgement, 1969 I.C.J. Rep. 3 (Feb. 20).

Nottebohm Case (Liech. v. Guat.), Preliminary Objection, Judgment, 1953 I.C.J. Rep. 111 (Nov. 18).

Territorial and Maritime Dispute (Nicar. v. Colom.), Judgment, 2012 I.C.J. Rep. 624 (Nov. 19).

Territorial and Maritime Dispute between Nicar. and Hond. in the Caribbean Sea (Nicar. v. Hond.), Judgment, 2007 I.C.J. Rep. 659 (Oct. 8) (Referring to the award rendered on Mar. 24, 1922 by the Swiss Federal Council in Frontier Dispute between Colombia and Venezuela, I R.I.A.A. 223 (1922)).

B. Inter-American Court of Human Rights:

Case of the Rochela Massacre v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 175 (Jan. 28, 2008).

Case of Cantoral Huamaní and García Santa Cruz v. Peru, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 176 (Jan 28, 2008).

Case of Escué Zapata v. Colom., Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 178 (May 5, 2008).

Case of the Miguel Castro Prison v. Peru, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 181 (Aug. 2, 2008).

Case of Albán Cornejo et al. v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 183 (Aug. 5, 2008).

Case of the Saramaka People v. Surin., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 185 (Aug. 12, 2008).

Case of García Prieto et al. v. El Sal., Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 188 (Nov. 24, 2008).

Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador, Interpretation of the Judgment on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 189 (Nov. 26, 2008).

C. Other

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et. al., Case No. SCSL-04-15-T, Trial Court Judgment (Mar. 2, 2009).

The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 20 S. Ct. 290 (1900).

4. 文献:

William J. Aceves, *Symposium Introduction: Scholarship as Evidence of International Law*, 26 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. R. 1 (2003).

Michael Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, 47 BRIT. Y.B. INT'L L. 1 (1975).

Rosanne van Alebeek & André Nollkaemper, *The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law*, in U.N. HUMAN RIGHTS TREATY BODIES: LAW AND LEGITIMACY 356–413 (H. Keller & G. Ulfstein eds., Cambridge Univ. Press, 2012).

Karen J. Alter et. al., *Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences*, 27 EUR. J. INT'L L. 293 (2016).

Mads Andenas & Johann R. Leiss, *The Systemic Relevance of “Judicial Decisions” in Article 38 of the ICJ Statute*, in 77 MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES OFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT 907-972 (2017).

Rudolf Bernhardt, *Custom and Treaty in the Law of the Sea*, in RECUEIL DES COURS: COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACAD. INT'L L. (VOL. 205), 247-330 (1987).

Eirik Bjorge, *The Convention as a Living Instrument Rooted in the Past, Looking to the Future*, 36 HUM. RTS. L. J. 243 (2016).

Eirik Bjorge, *The convergence of the methods of treaty interpretation: Different regimes, different methods of interpretation?*, in A FAREWELL TO FRAGMENTATION: REASSERTION AND CONVERGENCE IN INTERNATIONAL LAW, 498–535 (Mads Andenas & Eirik Bjorge eds., Cambridge Univ. Press, 2015).

EIRIK BJORGE, *THE EVOLUTIONARY INTERPRETATION OF TREATIES* (Oxford University Press, 2014).

Michael Bohlander, *The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia—A First Overview*, in 3 THE GLOBAL COMMUNITY Y.B. INT'L L. & JURIS. 195 (2003).

Aldo Z. Borda, *A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals*, 24 EUR. J. INT'L LAW 649 (2013).

Christopher J. Borgen, *Resolving Treaty Conflicts*, 37 GEO. WASH. L. R. 573 (2005).

THOMAS BUERGENTHAL, *LAWMAKING BY THE ICJ AND OTHER INTERNATIONAL COURTS*, (Cambridge Univ. Press, 2009).

Philippe Cahier, *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*, in *THEORY OF INTERNATIONAL LAW AT THE THRESHOLD OF THE 21ST CENTURY*, 353-66 (J. Makarczyk ed., 1996).

Jonathan I. Charney, *Is International Law Threatened by the Multiplication of International Tribunals?*, in *RECUEIL DES COURS: COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW* (VOL. 271), 101-372 (1999).

BIN CHENG (ED.), *INTERNATIONAL LAW: TEACHING AND PRACTICE* (Stevens, Lond., 1982).

Hiram E. Chodosh, *An Interpretive Theory of International Law: The Difference Between Treaty and Customary Law*, 28 VAND. J. TRANSNAT'L L. 973 (1995).

H. Vern Clemons, *The Ethos of the International Court of Justice is Dependent Upon the Statutory Authority Attributed to its Rhetoric: A Metadiscourse*, 20 FORDHAM INT'L L. J. 1479 (1996).

JAMES CRAWFORD, *BROWNIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (9th ed., Oxford Univ. Press, 2019).

JEAN D'ASPREMONT, *FORMALISM AND THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW: A THEORY OF THE ASCERTAINMENT OF LEGAL RULES* (Oxford Univ. Press, 2013).

Lori F. Damrosch et. al., *Scholars in the Construction and Critique of International Law*, 94 AM. SOC'Y INT'L L. 317 (2021).

Margaret M. deGuzman, "Article 21", in O. TRIFFTERER AND K. AMBOS, EDS., *ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY* (3rd ed., Munich and Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016) 932-948.

Favio Farinella, *Reinterpretación de las fuentes del Derecho Internacional desde una perspectiva de derechos humanos*, 15 REV. ANUALES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES 407 (2018).

BARDO FASSBENDER & ANNE PETERS (EDS.), *THE OXFORD HANDBOOK OF THE HISTORY OF INTERNATIONAL LAW* (Oxford Univ. Press, 2012).

Andreas Føllesdal, *To Guide and Guard International Judges*, 46 N. Y. U. J. INT'L & POL. 793 (2014).

Mathias Forteau, *Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission*, 109 AM. J. INT'L L. 498 (2015).

Jean P.A. François, *L'influence des publicistes sur le développement du droit international*, in *MÉLANGES EN L'HONNEUR DE GILBERT GIDEL*, 275-81 (Sirey, Paris, 1961).

Gilbert Guillaume, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, 2 J. INT'L DISP. SETTLEMENT 5 (2011).

Gilbert Guillaume, *Le précédent dans la justice et l'arbitrage international*, 3 J. DE DROIT INT'L 685 (2010).

Sondre T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea*, 11 J. INT'L DISP. SETTLEMENT 20 (2020).

Sondre T. Helmersen, *Scholarly Judicial Dialogue in International Law*, 16 L. & PRACT. OF INT'L CTS. & TRIB. 464 (2017).

SONDRE T. HELMERSEN, *THE APPLICATION OF TEACHINGS BY THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE* (Cambridge Univ. Press, 2021).

Larissa van den Herik, *The decline of customary international law as a source of international criminal law*, in CUSTOM'S FUTURE: INTERNATIONAL LAW IN A CHANGING WORLD, 230-52 (C. A. Bradley ed., Cambridge Univ. Press, 2016).

Larissa van den Herik, *Using custom to reconceptualize crimes against humanity*, in JUDICIAL CREATIVITY AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS, 80-105 (S. Darcy & J. Powderly eds., Oxford Univ. Press, 2010).

GLEIDER I. HERNÁNDEZ, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND THE JUDICIAL FUNCTION (Oxford Univ. Press, 2014).

Jakob v. H. Holtermann & Mikael R. Madsen, *European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible*, 28 LEIDEN J. INT'L L. 211 (2015).

CHARLES C. HYDE, INTERNATIONAL LAW AS INTERPRETED AND APPLIED BY THE UNITED STATES (VOL. 1) (Sagwan Press, 2018).

Clifford J. Hynning, *Sources of International Law*, 34 CHI.-KENT L. REV. 116 (1956). INT'L CT. OF JUSTICE, HANDBOOK OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, U.N. Sales No. 1055 (2016), available at <https://www.icj-cij.org/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf> (last accessed July 27, 2021).

CHARLES C. JALLOH, THE LEGAL LEGACY OF THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE (Cambridge Univ. Press, 2020).

CHARLES C. JALLOH (ED.), THE SIERRA LEONE SPECIAL COURT AND ITS LEGACY: THE IMPACT FOR AFRICA AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (Cambridge Univ. Press, 2014).

Symposium, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone*, 15 FIU L. REV. 1 (2021).

Charles C. Jalloh, *The Continued Relevance of the Contributions of the Sierra Leone Tribunal to International Criminal Law*, 15 FIU L. REV. 1, 1-13 (2021).

Charles C. Jalloh, *Closing Reflections on the Contributions on the SCSL's Legal Legacy*, 15 FIU L. REV. 1, 91-95 (2021).

Robert Y. Jennings, *The judiciary, international and national, and the development of international law*, 45 INT'L & COMP. L. Q. 1 (1996).

Robert Y. Jennings, *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in THEORY OF INTERNATIONAL LAW AT THE THRESHOLD OF THE 21ST CENTURY, 413-24 (J. Makarczyk ed., 1996).

Jörg Kammerhofer, *Lawmaking by scholars*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE THEORY AND PRACTICE OF INTERNATIONAL LAWMAKING, 305-25 (C Brölmann & Y Radi eds., Edward Elgar, 2016).

David Kennedy, *The Sources of International Law*, 2 AM. UNIV. INT'L L. REV. 1 (1987).

Thomas Kleinlein, *Judicial Lawmaking by Judicial Restrain? The Potential of Balancing in International Economic Law*, 12 GER. L. J. 1141 (2011).

ROBERT KOLB, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (Hart, 2016).

MANFRED LACHS, THE TEACHER IN INTERNATIONAL LAW: TEACHINGS AND TEACHING (2d ed., Martinus Nijhoff, 1987).

Evangelia Linaki, *Judicial Decisions: What kind of Source of International Law?*, THE LEX-WARRIOR ONLINE L. J. (Sept. 22, 2013), available at <http://www.journal.lex-warrior.in/2013/09/22/judicial-decisions-kind-source-international-law/> (last accessed July 30, 2021).

Anja Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, 74 NORD. J. INT'L L. 27 (2005).

O. J. Lissitzyn, *Reviewed Work: International Law. Vol. 1 (3rd ed.): International Law as Applied by International Courts and Tribunals. by Georg Schwarzenberger*, 53 AM. J. INT'L L. 197 (1959).

MULAMBA BENJAMIN M'BUYI, *INTRODUCTION À L'ÉTUDE DES SOURCES MODERNES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC* (Bruylant, 1999).

Jenny S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, 56 STANFORD L. REV. 429 (2003).

Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 INT'L & COMP. L. Q. 279 (2005).

Maurice Mendelson, *The ICJ and the sources of international law*, in FIFTY YEARS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE 63-89 (V. Lowe & M. Fitzmaurice eds., Cambridge Univ. Press, 1996).

Nathan Miller, *An International Jurisprudence? The Operation of 'Precedent' Across International Tribunals*, 15 LEIDEN J. INT'L L. 483 (2002).

Philip M. Moremen, *National Court Decisions As State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?*, 32 N.C. J. INT'L L. & COM. REG. 259 (2006).

André Nollkaemper, *Concerted adjudication in case of shared responsibility*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2014-27 (2014), available at https://pure.uva.nl/ws/files/2401010/156047_Concerted_Adjudication_in_Cases_of_Shared_Responsibility.pdf (last accessed July 31, 2021).

GBENGA ODUNTAN, *THE LAW AND PRACTICE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1945-1996): A CRITIQUE OF THE CONTENTIOUS AND ADVISORY JURISDICTION* (Fourth Dimension Pub., 1999).

Karen Oellers-Frahm, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction - Problems and Possible Solutions*, in MAX-PLANCK Y.B. U.N. L ONLINE (VOL. 5), 67-104 (2001).

L. F. L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, 2 AM. J. INT'L L. 313 (1908).

Andre Oraison, *Réflexions sur "La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations"*, 2 REV. BEL. DE DROIT INT'L 507 (1991).

Andreas L. Paulus, *The Judge and International Custom*, in THE LAW & PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS, 253-265 (F. Baetens & R. Bismuth eds., Martinus Nijhoff, 2013).

Mehrdad Payandeh, *Book Note*, 12 INT'L J. CONST. L. 832 (2014) (Reviewing MARC JACOB, PRECEDENTS AND CASE-BASED REASONING IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE (2014)).

Michael Peil, *Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice*, (1) 3 CAMBRIDGE J. INT'L L. 136 (2012).

Alain Pellet, *Article 38*, in THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: A COMMENTARY (3d ed., A. Zimmermann & C. J. Tams eds., Oxford Univ. Press, 2019).

Alain Pellet, *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*, in GAETANO MORELLI LECTURES SERIES (VOL. 2), 7-61 (E. Cannizzaro et. al. eds., 2018).

Alain Pellet, *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, in LOOKING TO THE FUTURE, ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW IN HONOR OF W. MICHAEL REISMAN, 1065-83 (M. H. Arsanjani et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2011).

Emilia J. Powell & Sara M. Mitchell, *The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems*, 69 THE J. OF POL. 397 (2007).

Cesare P. R. Romano, *Can You Hear Me Now? The Case for Extending the International Judicial Network*, 10 CHI. J. INT'L L. 233 (2009).

SHABTAI ROSENNE, *THE PERPLEXITIES OF MODERN INTERNATIONAL LAW* (Martinus Nijhoff, 2004).

William Schabas, *Customary law or 'judge-made' law: judicial creativity at the UN criminal tribunals*, in *THE LEGAL REGIME OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*, 75-101 (J. Doria et. al. eds., Martinus Nijhoff, 2009).

Marc Schack & Astrid Kjeldgaard-Pedersen, *Striking the balance between custom and justice- creative legal reasoning by international criminal courts*, 16 INT'L CRIM. L. R. 913 (2016).

Christoph Schreuer & Matthew Weiniger, *A Doctrine of Precedent?*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (P. Muchlinski et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2008).

MOHAMED SHAHABUDEEN, *PRECEDENT IN THE WORLD COURT* (Cambridge Univ. Press, 1996).

MALCOM SHAW, *ROSENNE'S LAW AND PRACTICE OF THE INTERNATIONAL COURT: 1920-2015* (5th ed., Martinus Nijhoff Brill, 2016).

Yuval Shany, *No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary*, 20 EUR. J. INT'L L. 73 (2009).

Sandesh Sivakumaran, *The Influence of Teachings of Publicists on the Development of International Law*, 66 INT'L & COMP. L. Q.1 (2017).

Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L L. J. 191 (2003).

Anne-Marie Slaughter, *Court to Court*, 92 AM. J. INT'L L. 708 (1998).

Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 VA. J. INT'L L. 1103 (2000).

SOC. FRA. DROIT INT'L, *LE PRÉCÉDENT EN DROIT INTERNATIONAL: COLLOQUE DE STRASBOURG* (A. Pedone, 2016).

MAX SØRENSEN, *LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL: ÉTUDE SUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE* (Copenhagen Munksgaard, 1946).

Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, 26 EUR. J. INT'L L. 417 (2015).

Ruti Teitel & Robert Howse, *Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order Symposium - The Normalizing of Adjudication In Complex International Governance Regimes: Patterns, Possibilities, and Problems*, 41 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 959 (2009).

HUGH THIRLWAY, *THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW* (Oxford Univ. Press 2d ed. 2019).

Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Quelques réflexions sur le pouvoir normatif jurisprudentiel du juge international*, in *DROITS INT'L ET CULTURE JURIS.*, 209-34 (A. Pedone, 2015).

SÉBASTIEN TOUZÉ (DIR.), *LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA DOCTRINE* (A. Pedone, 2013).

Tullio Treves, *Conflicts Between the International Tribunals for the Law of the Sea and the International Court of Justice*, 31 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 809 (1999).

Tullio Treves, *Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals*, in *MAX-PLANCK Y.B. U.N. L ONLINE* (VOL. 4), 215-31 (2000).

ANTÔNIO A. C. TRINDADE (DIR.), *PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO* (2d ed., Brasília, 2017).

Jorge E. Vinuales & Pierre-Marie Dupuy, *The Challenge of 'Proliferation': An Anatomy of the Debate*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ADJUDICATION*, 135-157 (C. Romano et. al. eds., Oxford Univ. Press, 2013).

MICHAEL WAIBEL ET. AL. (EDS.), *THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION*, (Kluwer Law International, 2011).

Melissa Waters, *Mediating norms and identity: The role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law*, 93 *GEORGETOWN LAW JOURNAL* 487–574 (2004).

Sir Michael Wood, *Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art. 38(1) ICJ Statute)*, in *THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* (2010).

Sienho Yee, *Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 *J. INT. DISP. SETTLEMENT* 472 (2016).

A. ZIMMERMANN & C. J. TAMS., EDS., *THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: A COMMENTARY* (3d ed., Oxford Univ. Press, 2019).
