



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.701/Add.1
7 August 2006

CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第五十八届会议
2006 年 5 月 1 至 6 月 9 日和
7 月 3 日至 8 月 11 日，日内瓦

国际法委员会第五十八届会议工作报告草稿

报告员：薛捍勤女士

第十三章

委员会的其他决定和结论

增 编

目 录

页 次

附 件

附件 A. 国家官员的外国刑事管辖豁免	2
附件 B. 国际组织的管辖豁免.....	23
附件 C. 发生灾害时的人员保护问题.....	34
附件 D. 信息跨界流动的个人数据保护问题	59
附件 E. 域外管辖权	88

附 件 A

国家官员的外国刑事管辖豁免

(Roman.A. 科洛德金先生)

A. 一个热门话题

1. 近年来，国家官员的外国刑事管辖豁免问题已经引起了更大的关注。这在很大程度上与人权保护观念的增强、容忍严重人权侵犯行为的意愿降低、以及在打击恐怖主义、跨国犯罪、腐败和洗钱方面的努力有关。社会再不愿意容忍这类犯罪者——无论其在本国的官方地位如何——有罪不罚的现象。同时，几乎无可置疑的是，国家官员的豁免对于保持国家间关系的稳定是必不可少的。

2. 在联合王国审理智利前独裁者皮诺切特将军案后，这一领域的学术和公众讨论以及国家实践、包括国内案例法都得到极大发展。¹ 在 1998 年至 2001 年期间，各国共有 20 多家国内法院试图对外国高级官员和卸任官员提起刑事诉讼。² 具体地说，1998 年在比利时和法国曾试图起诉刚果民主共和国总统 L.-D. 卡比拉；2001 年至 2002 年在比利时试图起诉以色列总理 A. 沙龙；2000 年至 2001 年在法国试图

¹ United Kingdom High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court): *In Re Augusto Pinochet Ugarte*, ILM. Vol.38 (1999), p.68, at pp. 68-90; United Kingdom House of Lords: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis, Ex parte Pinochet*, ILM, Vol.37 1302 (1998), p.1302, at pp. 1302-1339; United Kingdom House of Lords: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex parte Pinochet*, ILM., Vol.38 (1999), p.581, at pp. 581-663.

² 例如见: Borghi A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, (Genève: Helbing & Lichtenhahn, Genève 2003), pp. 361-369.

起诉利比亚总统 M. 卡扎菲、刚果共和国总统德·萨苏·恩格索以及古巴领导人 F. 卡斯特罗；2001 年在塞内加尔试图起诉乍得前总统 H. 哈布雷。³

3. 2002 年，国际法院作出关于“2004 年 4 月 11 日逮捕证”(刚果民主共和国诉比利时案)的判决。⁴ 这一判决对这一领域的国际法现状作出了有价值的评估。

4. 目前国际法院正在审理一项事关在法国的某些刑事诉讼程序的案件(刚果共和国诉法国案)。该案的焦点也是国家高级官员的外国刑事管辖豁免问题。国际法院在 2003 年发布了一项有关临时措施问题的命令，这项命令对于本议题的讨论也具有意义。⁵

5. 在国际法院的上述判决之后，各国法院也作出一些判决，对审议本议题有重要意义。例如，美国的上诉法院在 2004 年对涉及津巴布韦总统 R.穆加贝和中国前领导人江泽民的案件作出最后判决。⁶ 尽管这些判决仅涉及民事管辖豁免，但对于审议刑事管辖豁免问题也有意义。

³ “Plusieurs affaires qui ont défrayé la chronique à la fin des années 1990 ont posé la question des limites de l’immunité de juridiction dont disposaient les chefs d’Etats ou anciens chefs d’Etats.” P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public*, Nguyen Quoc Dinh, (7e édition, Paris, 2002), p. 453.

⁴ 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 2002 年 2 月 14 日的判决, www.icj-cij.org.

⁵ 在法国的若干刑事诉讼程序案(刚果共和国诉法国), 2003 年 6 月 17 日的命令——请求指示临时措施, www.icj-cij.org.

⁶ *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2d Cir. Oct. 6, 2004) (Tachiona II); *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (7th Cir. Sept. 8, 2004). 关于这些案件的评述, 例如见 Andrews S., “U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin,” *ASIL Insight*, www.asil.org/insights/2004/11/insight041122.html.

6. 应当指出，在最近法庭案件审理上述案件过程中以及在司法程序之外，包括代表行政当局在内的不同国家机构都从国际法的角度多次表达了对本议题的立场。⁷

7. 当试图以严重违反人权(比如酷刑或种族灭绝)和国际人道主义法而起诉国家官员时，这类人的外国刑事管辖豁免问题最经常引起公众的重大反应。某些国家最近争取对这类犯罪行使普遍管辖权。然而，不仅在对国际犯罪(或国际法规定的犯罪)行使普遍刑事管辖权时，而且在行使其他形式的管辖权时，这个问题均会出现。例如，一国试图根据本国刑法而起诉另一国的官员或前官员时，便会出现这个问题。这些人被怀疑犯有虽然与大规模和严重侵犯人权无关但是针对行使管辖权之国家或其公民的罪行。

8. 原先，在人权问题引起注意很久以前，一个国家及其代表或财产的豁免问题产生于下述两者之间的冲突：一方面是这一国家根据各国主权平等原则所拥有的权利，另一方面是这些代表或财产所在国家根据完全领土管辖权原则所拥有的权利。权利和原则的这一冲突在今天似乎依然重要。的确，显然有可能说，它体现了与制定普遍的和和其他类型的国内刑事管辖权有关的新内容，包括在全球化背景下打击严重侵犯人权、恐怖主义、跨国犯罪、洗钱等方面所需要的域外管辖权。

9. 然而，尽管有这些相互关系，豁免和管辖问题却性质独立，从属于不同的法律规范。如国际法院在上述判决中指出的，“必须仔细区分关于国内法院管辖权的规则与关于司法豁免的规则：有管辖权并非意味着不存在豁免，而不存在豁免也并非意味着有管辖权。因此，尽管各种防止和惩治某些严重犯罪的国际公约向各国施加了起诉或引渡的义务，从而要求其扩张刑事管辖权，但这类管辖权的扩张绝不

⁷ 例如：在乌克兰总理 Y. 季莫申科就任前很久，俄罗斯联邦就对其提起了刑事诉讼。当季莫申科计划访问俄国时，关于她在俄罗斯联邦刑事豁免问题的官方立场是由俄罗斯联邦总检察长公开宣布的。他特别指出，既然国家高级领导人——包括政府首脑——享有豁免，因此如果乌克兰总理 Y. 季莫申科希望访问俄罗斯，是不成问题的。他同时补充说，对 Y. 季莫申科的刑事诉讼将被延期。直到 2006 年 12 月 26 日，因为诉讼时效已过，俄罗斯军事总检察院才宣布撤销对乌克兰前总理的刑事诉讼 (http://genproc.gov.ru/ru/news/news_current_print.shtml?2005/12/2962_print.html)。

影响习惯国际法中的豁免……”。⁸ 最近关于本专题的一份出版物也指出，“处理违反国际法行为的法院必须首先区分管辖豁免与关于国内法院刑事管辖权的规则”。⁹ 豁免是管辖权的路障，¹⁰ 因此需要单独分析。

10. 国际法学会在上个世纪末审议了国家高级官员的外国刑事管辖豁免问题，通过了一项载有 16 个条款的决议¹¹。该决议与有关准备工作文件一起构成制定这一领域国际法的重要学说渊源。

11. 2004 年，联合国大会以第 59/38 号决议通过了《联合国关于国家及其财产的管辖豁免公约》。¹² 根据《公约》第 1 条第 1(b)(i)款和(iv)款，“国家”一词包括政府的各种机关与以该机关身份而行事的国家代表。同时，《公约》第 3 条第 2 款规定其不妨碍国家元首根据国际法所享有的属人管辖方面的特权和豁免。但不完全清楚的是，这对其它官员的属人管辖豁免有何含义，特别是政府首脑和外交部长这类高级官员。¹³ 然而无论如何，上述决议第 2 段宣称，大会同意特设委员会的一

⁸ 2000 年 4 月逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，第 59 段。

⁹ Bankas E.K., *The State Immunity Controversy in International Law*, Springer, (Berlin – Heidelberg, 2005), p. 296.

¹⁰ 国家权利义务宣言草案第 2 条称：“各国有权对本国领土以及领土上的所有人和物行使管辖权，但以国际法所承认的豁免为限”。《国际法委员会的工作》(英文第 6 版)，第一卷，(联合国，纽约，2004 年)，第 262 页。

¹¹ 《国际法学会年鉴》，vol. 69, 2000-2001 session of Vancouver, (Paris: Pedone, 2001), pp. 442-709.

¹² 2004 年 12 月 16 日第 59/38 号决议。

¹³ 国际法委员会关于此问题的评注如下：“第 2 款旨在明确提及根据现行国际法给予外国君主或其他国家元首个人以私人身份所享有的豁免。作为国家机关或国家代表行为的君主或其他国家元首的国家管辖豁免则在第 2 条处理。第 2 条第 1 款(b)(一)项和(b)(五)项[《公约》中第(四)项 – R.K.]适用国家政府各种机关和国家代表，包括国家元首……。因此，第 3 条第 2 款的保留专指私人行为或国家实践所承认和给予的个人豁免和特权，但这并不意味着其地位受到本条款的任何影响。现行习惯法仍未被触及”。《大会正式记录》，第四十六届会议，补编《第 10 号》(A/46/10)，第 35 – 36 页。

般性谅解，即《联合国国家及其财产管辖豁免公约》不涉及刑事诉讼。¹⁴ 特设委员会主席在向第五十九届大会提交报告时指出，《公约》不适用于存在特别豁免制度的情况，包括个人管辖豁免(特别法)。¹⁵

12. 临时国际法庭的规章(纽伦堡、东京、南斯拉夫、卢旺达)和国际刑事法院的规约都载有条款，剥夺国家官员、包括高级国家官员对这些国际机构管辖权的豁免。¹⁶ 然而，这里涉及的是国际刑事管辖权问题。¹⁷

13. 关于国家官员的外国国内刑事管辖豁免，下述公约的有关条款是众所周知的：1991 年《维也纳外交关系公约》、1993 年《维也纳领事关系公约》、1969 年《特别使团公约》、1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》以及 1975 年《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》。然而，这些文书仅涉及本专题的某些具体方面。国家官员的外国刑事管辖豁免的主要国际法渊源是国际习惯。

B. 国际法委员会对国家官员豁免问题的处理

14. 委员会已经多次以不同形式处理过本专题。这体现在下述工作中：国家权利义务宣言草案，¹⁸ 纽伦堡法庭章程承认的国际法原则草案，¹⁹ 危害人类和平及安全治罪法草案(1954 年)，²⁰ 危害人类和平及安全治罪法草案(1996 年)，²¹ 外交²² 和

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

¹⁵ 同上，第五十九届会议，第六委员会，第 13 次会议(A/C.6/59/SR.13)。

¹⁶ 《国际军事法庭宪章》第 7 条；《远东国际军事法庭宪章》第 6 条；《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第 7 条第 2 款；《卢旺达问题国际法庭规约》第 6 条第 2 款；《罗马规约》第 27 条。

¹⁷ 在关于逮捕证一案中，国际法院似乎明确区别了国家高级官员的国际刑事管辖豁免与国内刑事管辖豁免两种情况。参见：国际法院，2000 年 4 月 11 日逮捕证案，(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 4 月 14 日的判决，第 56-58 段。

¹⁸ 具体参见第 2 条草案及其评注。《1949 年年鉴》，第 287 页。

¹⁹ 具体参见第 3 条原则草案及其评注。《1950 年……年鉴》，第二卷，第 192 页。

²⁰ 具体参见第 3 条草案及其评注。《1954 年……年鉴》，第二卷，第 119-120 页。

²¹ 具体参见第 7 条草案及其评注。《1996 年……年鉴》，第二部分，第 26-27 页。

领事²³ 关系与豁免条款草案，特别使团条款草案，²⁴ 国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案，²⁵ 关于防止和惩治侵害外交官和其他国际保护人员的条款草案，²⁶ 以及上述的国家及其财产管辖权豁免的条款草案。²⁷

15. 然而，国际法委员会从来没有单独和重点审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题。²⁸

C. 国际法委员会应当审议国家官员的 外国刑事管辖豁免问题吗？

16. 国家实践和各国法院判决、上述公约、国际法院在“逮捕证”案中的判决、以及委员会的工作似乎都证明：在这一领域存在着习惯国际法。尽管对本专题看法不同，我们认为这一结论也得到了国际法律学说的确认。²⁹

17. 国家官员，首先是国家高级官员犯罪——特别是大规模和严重违反人权或国际人道主义法——应当承担责任、包括刑事责任，无疑是重要的。当国民权利受到犯罪行为侵犯时，一国应当能够对犯罪嫌疑人行使刑事管辖权，这是重要的。然而，基于普遍承认的国际法原则特别是国家主权平等原则的国家间关系应当是稳定的，可预测的，这也是非常重要的。因此，代表本国行事的官员与其他国家之间应当彼此独立。

²² 《1958年……年鉴》，第二卷，第89-105页。

²³ 《1996年……年鉴》，第二卷，第89-128页。

²⁴ 具体参见第21条原则草案及其评注。《1997年……年鉴》，第二卷，第359页。

²⁵ 《1971年……年鉴》，第一卷，第287页及其后各页；《1971年……年鉴》，第二卷，第101-110页。

²⁶ 《1972年……年鉴》，第二卷，第309-323页。

²⁷ 见上文脚注10。

²⁸ 有人曾建议在国家及其财产的管辖豁免的条款草案中纳入一个关于君主或国家元首的外国刑事管辖豁免的规定。重点参见特别报告员 Sompong Sucharitkul 关于本专题的第七次报告第25条草案。《1985年……年鉴》，第二卷，第一部分，第44至45页。

²⁹ 关于本专题出版物的简短目录附后。

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

D. 拟议专题的可能审议范围

19. 当委员会分析本专题时，应当特别审议下述问题。

(1) 审议应仅涵盖国内司法豁免。如上所述，这一制度的法律体制不同于国际司法豁免的法律体制。

我们建议将分析限于刑事管辖豁免。(同时，也许应考虑在外国刑事管辖豁免问题中加上外国民事和行政的属人管辖权豁免问题，比如上述国际法学会的条款草案)。

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

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

应当界定委员会关于豁免性质的立场，无论豁免是程序性的还是实质性的；也许还应界定豁免在性质上是否具有强制性这一问题上的立场。后一问题的研究也许有益于审议国家官员的外国刑事管辖豁免与具有强制法地位的禁止酷刑、种族灭绝等行为的规则之间的关系。³¹

³⁰ 具体参见 2000 年 4 月 11 日逮捕证案，(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，法官希金斯、科尔曼斯和比尔根塔尔联合发表的单独意见，第 3-5 段。

³¹ 关于这些关系的问题，参见：例如，Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber, *Al-Adsani v. The United Kingdom* [GC], No. 35763/97, ECHR 2001-XI, paras. 57-67; *Ibid.*, Joint Dissenting Opinion of Judges Rosakis and Caflish joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajic.

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

也应当审议国家官员豁免与国家豁免和外交豁免之间的关系。

也有必要分析“管辖豁免”、“不可侵犯”、“程序性强制实施措施豁免”和“执行豁免”概念之间的关系。

无论可能采取何种形式，委员会关于本专题的最后文件也应当纳入关于官员管辖权豁免制度与刑事责任制度之间的区别。豁免并不意味着有罪不罚！³³

(3) 本研究开始时，重要的是审议基本问题：国家官员外国刑事管辖豁免的原理。例如，豁免是否仅出于职能的必要，即完全与国家官员所行使的职能相关？或者，重要的不仅是职能方面因素，而且以下事实也重要，即：比如说，官员正代表一个主权国家与其他国家平等地参与国际关系，从而保证对所有国家都重要的稳定性？国家官员的豁免是否反映了该国主权上的权利？或者，国家官员的外国刑事管辖豁免是否是拥有这类管辖权之国家由于承认在实践上有必要尊重国际礼让而同意不行使管辖权的结果？³⁴ 国家官员豁免的依据能否等同于国家本身豁免的依据？³⁵ 本专题审议的逻辑将在很大程度上取决于国家官员的外国刑事管辖豁免背后的概念。

³² “然而，重要的是铭记，国家豁免也许作为不可受理主义或不可管辖主义、而非严格意义上的豁免而出现”。Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Fifth ed., (Oxford Univ. Press, N.Y., 1998), p.326; see also, for example: Bianchi A., “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case,” *EJIL*, Vol. 10 (1999), pp. 266-270.

³³ 关于这一问题参见：2000年4月11日逮捕证案，(刚果民主共和国诉比利时)，2002年2月14日的判决，第60段。

³⁴ 例如 L. Caplan 认为国家豁免的基础源自拥有领土管辖权的国家的“实际礼让”。Caplan L.M., *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, 97 (4), *AJIL*, Vol.97 (2003), pp. 745-757.

³⁵ 关于国际法院实践中的豁免基础，包括官员豁免的基础，例如见：Vereschetin, V.S. & Le Mon, C.J., *Immunities of Individuals under International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, in: *The Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence* (2004, vol. I, pp. 77-89, publ. by Oceana Publ., N.Y.).

(4) 有必要确定哪些国家官员享有这类豁免。国际法院在“逮捕证”案中的判决提到外交部长与国家或政府首脑的豁免；这些人被列举为享有外国管辖豁免的国家高级官员。³⁶ 国际法学会的条款草案则仅提到国家和政府首脑。

委员会也许应尝试审议国家高级官员的豁免问题，包括国家元首和政府首脑以及外交部长(然而，在这类情况下必须铭记：在准确界定哪些官员属于国家高级官员时将出现明显困难)。另一做法是审议不仅高级的、而且国家任何其他官员的豁免问题。

然而，委员会似乎最好首先侧重于国家元首和政府首脑以及外交部长。至少就这一组官员存在着足够的国家实践和学说(包括司法实践)。

必须同时审议现任官员和卸任官员的豁免问题。

此外，也值得审议这些官员家庭成员的豁免问题，这也将是委员会审议的问题。

(5) 在审议此问题时，似乎也应审议外国国家和政府及其首脑的承认问题。例如在 M.A. 诺列加案中，上诉法院指出，“地区法院驳回了诺列加关于国家元首豁免的申诉，认为美国政府从未承认诺列加为巴拿马合法的民选统治者。”³⁷

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

首先，个人享有豁免的期限(他或她任职的期限；他或她离职的期限)。

其次，外国刑事管辖豁免所涵盖的国家官员行为。公务行为，私人行为。区别这两类行为的标准。任职以前、期间和以后所实施的行为。也应当审议这一问题，即：受刑事处罚的行为，特别是国际犯罪，能否被视为公务行为？³⁸

³⁶ “... 国际法上已经牢固确立下述一点：外交和领事官员、国家某些高级官员，比如国家元首、政府首脑和外交部长，享有民事和刑事两方面的外国管辖豁免”。2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，第 51 段。

³⁷ *United States v. Noriega*, 117 F.3d 1206; 1997 U.S. App. LEXIS16493; 47 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 786; 11 Fla. L. Weekly Fed. C 103.

³⁸ 例如见：2000 年 4 月 11 日逮捕证案，(刚果民主共和国诉比利时)，2002 年 2 月 14 日的判决，法官法官希金斯·科尔曼斯和比尔根塔尔联合发表的单独意见，第 85 段。

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

第四，豁免是否取决于该官员在行使管辖权之外国领土上的身分性质(官方访问、私人访问、流放等等)。

第五，国家官员的外国刑事管辖豁免是表示一个外国不得对该人提起任何刑事诉讼，还是仅排除一些具体的刑事诉讼(即仅排除那些直接影响享有豁免者并限制他或她履行公务的能力的诉讼行为)？例如，在关于某些刑事诉讼的案件(刚果诉法国)中，依关于对临时措施的命令来看，国际法院认为国家元首的外国刑事管辖豁免并不构成一个外国提起任何刑事诉讼的障碍。³⁹

第六，豁免是否取决于作为嫌疑人的官员所犯罪行的严重性？这一问题显然很关键，也可被视为豁免是否有例外的问题。

在最严重的侵犯国际法犯罪案中，包括涉及现任国家官员时，均不存在豁免，这样的观点例如出现于联合王国上院对皮诺切案的审议中，还相当详细地出现于比利时关于国际法院审理的逮捕证案的备忘录中。⁴⁰ 甚至有人认为，对于国际犯罪，存在着一个外国刑事管辖“无豁免”原则。⁴¹

³⁹ 无论如何，法院不认为在法国进行而刚果要求终止的关于刚果官员的这些刑事诉讼侵犯了刚果的产生于这些人豁免权的权利。因此，法院并不认为有必要终止这些诉讼。国际法院：关于在法国的某些刑事诉讼的案件(刚果民主共和国诉法国)，2003年6月17日的命令，关于说明一项临时措施的请求，第30-35段。

⁴⁰ 英国上议院： *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex parte Pinochet* ILM, vol.37 (1998), see for ex. Lord Millet, at p. 651, Lord Phillips of Worth Matravers, at p.661; 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium -28 September 2001, www.icj-cij.org, paras. 3.5.10-3.5.150. 还例如见：Watts A., “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours ...* vol. 247 (1994-III), pp. 82-84 (然而必须牢记的是，Arthur Watts 爵士演讲的这一部分是专门论述国家元首的责任的); 2000年4月11日逮捕证案，(刚果民主共和国诉比利时)，2002年2月14日的判决，Al-Khasawneh 法官的不同意见， paras. 5-7.

⁴¹ Borghi A., 同上文注 2, pp. 287-333.

然而，根据国际法院的意见，豁免是对现任国家高级官员犯罪的严重性行使外国刑事管辖权的一个障碍，无论他或她涉嫌。⁴² 国际法学会的条款草案在涉及现任国家和政府首脑时也反映了这一观点。⁴³

应当注意的是，必须分开讨论现任官员和卸任官员豁免的范围或限制问题。

(7) 如果确定了国家官员的外国刑事管辖豁免不包括该官员的不可侵犯性、强制措施豁免和执行豁免，则产生的问题是在本专题的框架内应否也审议这些问题。现在，有可能审议处于有刑事管辖权的外国领土上一个官员之财产的强制措施和执行的豁免问题。

(8) 有必要审议放弃豁免问题。显然，不是官员而是国家拥有放弃他或她之豁免的权利。这一问题涉及哪一国家机构(在确定该机构时应适用哪一法律，是国内法，还是国际法?)以及国家以何种方式有权放弃其官员的豁免(明示放弃、暗示放弃、临时放弃、一般性放弃——例如，通过缔结国际条约，等等)。

(9) 有必要审议委员会拟议专题最后产物所应采取形式的问题。

如果委员会决定制定条款草案，则应当考虑是否在条款中包括以下两个问题：

(10) 特别法。似乎任何条款草案都应含有一个规定，界定条款草案与那些规定以不同方式管辖本专题的特别条约制度之间的关系。

(11) 争端的解决。委员会也许认为有必要制定一个特别制度，解决涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的国际争端。

⁴² 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 2002年2月14日的判决, 第56至61段。

⁴³ 国际法学会, 同上文注11, 具体见国际法学会通过的决议的第2条。

Selected bibliography

- Akande, D., "International law immunities and the International Criminal Court", *AJIL*, vol. 98 (2004), pp. 407-433.
- Ambos, K., "Impunity and International Criminal Law", *HRLJ*, vol. 18 (1997), pp. 1-15.
- Ascensio, H., E. Decaux and A. Pellet (sous la direction de), *Droit international public* (Paris : Pedone, 2000), pp. 26-27, 84-87, 183-237.
- Barker, J. C., "State immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action?", *ICLQ*, vol. 47 (1998), pp. 950-958.
- Baker, B., "Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), pp. 1487-1499.
- Bankas K. E., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Heidelberg/Berlin: Springer, 2005).
- Bass, P.E., "Note: Ex-Head of State Immunity: A Proposed Statutory Tool of Foreign Policy", *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), pp. 299-319.
- Bassiouni, Ch., *Introduction to International Criminal Law* (Ardsley, New York: Transnational Publ. Inc, 2003), pp. 64-89, 712-715.
- Bianchi, A., "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *EJIL*, vol. 10 (1999), pp. 237-277.
- Bianchi, A., "Serious Violations of Human rights and Foreign' States Accountability Before Municipal Courts", in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003), pp. 149-181.
- Boister, N. & Burchill R., "The Implications of the Pinochet Decisions for the Extradition or Prosecution of Former South African Heads of State for Crimes Committed Under Apartheid", *Revue Africaine de droit international et compare / African Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (1999), pp. 619-637.
- Bojic M., "Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable?", Master thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2005.
- Borghi, A., *L'immunité des dirigeants politiques en droit international* (Geneva: Helbing & Lichtenhahn, 2003).
- Boutruche, T., « L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), pp. 77-103.

Brohmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), pp. 29-32.

Bullier A.J., « Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d'Etat et chefs de guerre en Afrique? », *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), pp. 47-51.

Caflisch, L., « Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme », in Boisson de Chazournes L. & Gowlland-Debbas V. (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (La Haye/Londres/Boston : Kluwer, 2001), pp. 651-676.

CAHDI, *Immunities of Heads of State and Government and Certain Categories of Senior Officials vis-à-vis the States' Obligations to Prosecute Perpetrators of International Crimes*, Report, 23rd meeting, 4-5 March 2002.

Callan, E., "In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the grand jury and the head of state immunity doctrine", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), pp. 117-139.

Caplan, L. M., "State Immunity, Human Rights, and *Jus cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", *AJIL* vol. 97 (2003), pp. 741-781.

Cara, Jean-Yves de, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), pp. 72-100.

Casey, L.A. and Rivkin, D.B., "The New York University - University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Limits of Legitimacy: The Rome Statute's Unlawful Application to Non-State Parties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003-2004), pp. 63-89.

Cassese, A., "Immunities", in: *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2003), pp. 264-274.

Cassese, A. and M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Paris : Presses Universitaires de France, 2002).

Cassese, A., « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux? A propos de l'affaire Congo c/Belgique (C.I.J) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), pp. 479-500.

Chinkin, C.M. (ed.), "In Re Pinochet", *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 690-711.

Cosnard, M., « Les immunités du chef d'Etat » in *Le chef d'Etat et le droit international, Colloque de Clermon-Ferrand* (Paris : Pedone, 2002), pp. 189-268.

Cosnard, M., « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lordes du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *RGDIP*, 1999-2, pp. 309-328.

Cot, J.-P., « Éloge de l'indécision, la Cour et la compétence universelle », RBDI, vol. XXXVII, (2002), pp. 546-553.

Danilenko, G. M., "The Statute of the International Criminal Court and Third States", *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (2000), pp. 445-494.

Day, A., "Crimes against humanity as a Nexus of individual and state responsibility: why the ICJ got Belgium v. Congo wrong", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), pp. 489-512.

De Sena, P., "Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement of International Human Rights", in: Conforti B. & Francioni F. (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (The Hague: Martinus Nijhoff Publ., 1997), pp. 367-381.

De Smet, L. and Naert, F., "Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law", RBDI, vol. XXXVII (2002), pp. 471-511.

De Smet, S., "The Immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003), pp. 313-339.

Defarges, Ph.M., « Punir les tyrans », *Défense nationale*, vol. 55 (1999), pp. 46-54.

Dellapenna, J.W., "Head-of-state immunity - Foreign Sovereign Immunities Act- suggestion by the Department of State", *AJIL*, vol. 88 (1994), pp. 528-532.

De Sena, Pasquale, "Italian practice relating to International Law. Judicial decisions", *Italian Yearbook of International Law*, vol. VIII (1988-1992), pp. 43-57.

Dominice, Ch., « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat », *RGDIP*, 1999-2, pp. 297-302.

Du Plessis, M., "Immunities and Universal Jurisdiction - The World Court Steps In (or On?)", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), pp. 246-262.

Dupuy, P.-M., « Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », *RGDIP* (1999-2), pp. 289-295.

Fenet, A., « La responsabilité pénale internationale du chef d'Etat », *Revue Générale de Droit*, vol. 32 (2002), pp. 585-615.

Fitzgerald, A., "The Pinochet case: Head of State Immunity Within the United States", *Whittier Law Review*, vol. 22 (2001), pp. 987-1028.

Flauss, J.-F., « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, pp. 299-324.

Fox, H., "The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State", *ICLQ*, vol. 48 (1999), pp. 207-216.

Fox, H., "Shorter Articles, Comments and Notes - The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government", *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 119-125.

Fox, H., "Some Aspects of Immunity from Criminal Jurisdiction of the State and its Officials: The Blaskic case", in: *Man's Inhumanity to Man: Essays in International Law in Honour of Antonio Cassese*, pp. 297-307.

Fox, H., *The Law of State Immunity* (Oxford/New York: Oxford University Press, 2002).

Gaeta, P., "Official Capacity and Immunities" in A.Cassese et al (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1 (Oxford University Press, New York, 2002), pp. 975-1002.

Garnett, R. L., "State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights", *Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), pp. 367-373.

George, S.V., "Head of "State immunity in the United States courts: still confused after all these years", *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), pp. 1051-1088.

Grosscup, S., "The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and The Specter of Victor's Justice", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32 (2004), pp. 355-381.

Henzelin, M., « L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ? », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2002, pp. 179-212.

Hickey, C., "The dictator, drugs and diplomacy by indictment: head of state immunity in US v. Noriega", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4 (1989), pp. 729-765.

Honrubia, V.A., « La responsabilité international de l'individu », *Recueil des cours...*, vol. 280 (1999), pp. 220-230.

Hopkins, J., "Former Head of Foreign State - Extradition – Immunity", *CLJ*, vol. 58 (1999), pp. 461-465;

Hopkins, J., "Immunity - Head of Foreign State", *CLJ*, vol. 57 (1998), pp. 4-6.

Hopkins, K., "The International Court of Justice and the Question of Sovereign Immunity: Why the Yerodia case is an Unfortunate Ruling for the Development of Public International Law", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pp. 256-263.

Institut de Droit international, *Annuaire*, vol. 69, 2000-2001, Session de Vancouver (Paris: Pedone), pp. 442-709.

Institut de droit international, "L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers", in: *Institut de droit international. Tableau général des résolutions (1873-1956)* (Bâle, 1957), pp. 14-18.

International Law Association, "Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences", *Report of the 69th Conference held in London 25-29th July 2000* (London, 2000), pp. 403-431.

Jackson, V.C., "Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence", *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), pp. 521-609.

Kamto, M., « Une troublante 'Immunité totale' du Ministre des affaires étrangères », RBDI (2002), pp. 518-530.

Kenneth C. Randall, "Book Review: 'Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law'", *AJIL*, vol. 99 (2005) p. 293.

Kittichaisaree, K., *International Criminal Law* (Oxford University Press, New York, 2001), pp. 43-63;

Klingberg, V., "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone", *GYBIL*, vol. 46 (2003), pp. 537-564.

Knoops, Geert-Jan G.I., *Defences in Contemporary International Criminal Law* (Transnational Publ. Inc, 2001), pp. 70-72.

Kofele-Kale, N., *International law of Responsibility for Economic Crimes: Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment* (The Hague/Boston, Mass.: Kluwer Law International, 1995).

Koivu, V., "Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), pp. 305-330.

Koller, D.S., "Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court", *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), pp. 7-42.

Labuschagne, J. M. T., "Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pp. 291-295.

Lansing, P. and Perry, J.K., "Should Former Government Leaders Be Subject to Prosecution After Their Term in Office? The Case of South African President P.W.Botha", *California Western International Law Journal*, vol. 30 (1999), pp. 91-115.

Lloyd Jones, D., "Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law", *ICLQ*, vol. 52 (2003), pp. 463-472.

Mallory, J. L., "Resolving the Confusion Over Head of State immunity: The Defined Rights of Kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), pp. 169-197.

Mangu, A., "Immunities of Heads of State and Government: A comment on the Indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the Reaction of the Ghanaian Government", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), pp. 238-245.

McLachlan, C., "The Influence of International Law on Civil Jurisdiction", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), pp. 125-144.

McLachlan, C., "Pinochet Revisited", *ICLQ*, vol. 51 (2002), pp. 959-966.

Mitchell, A. D., "Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet", *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), pp. 225-256.

Murphy, S.D., "Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin", *AJIL*, vol. 97 (2003), pp. 974-977;

Murphy, S.D., (ed.), "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", *AJIL*, vol. 95 (2001), pp. 873-877.

Neier, A., "Accountability for State Crimes: The Past Twenty Years and the Next Twenty Years", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), pp. 351-362.

Nicholls, C., "Reflections on Pinochet", *Virginia Journal of International Law*, vol. 41(2000), pp. 140-151.

O'Neill, K.C., "A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet", *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), pp. 289-317.

Panhuys, H.F.van, "In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities", *ICLQ*, vol. 13 (1964), pp. 1193-1213.

Penrose, M.M., "It's Good to Be King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), pp. 193-220.

Pierson, Ch., "Pinochet and the End of Immunity: England's House of Lords Holds that a Former Head of State is Not Immune for Torture", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), pp. 263-326.

Prouvèze, R., « Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXIème siècle : l'affaire Milosevic ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale », *Observateur des Nations Unies*, No 11 (2001), pp. 201-221.

Prouvèze, R., « L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique): quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal? », *Observateur des Nations Unies*, No 12 (2002), pp. 285-309.

Przetacznik, F., « Protection of foreign officials », *Revue égyptienne de droit international*, vol. 33 (1977), pp. 113-151.

Przetacznik, F., « Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69 (1991), pp. 51-81.

Rau, M., “After Pinochet: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations - The Decisions of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* Case”, *German Law Journal*, vol. 3 (2002).

Robertson, G., *Crimes against Humanity. The Struggle for Global Justice* (Allen Lane, Penguin Press, 1999), pp. 190-224, 342-407.

Rodley, N.S., “Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), pp. 11-26.

Rousseau, Ch., *Droit international public*. Tome IV: Les relations internationales (Paris, Sirey, 1980), pp. 8-19, 122-126, 170-210, 248-263.

S. v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten. 24 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 436. German Federal Constitutional Court, June 10, 1997, *AJIL*, vol. 92 (1998), pp. 74-78.

Salmon, J., « Libres propos sur l’arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l’affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. C. Belgique) », *RBDI* (2002), pp. 512-517.

Salmon, J. and David, E., « Chef d'Etat, Chef de Gouvernement, ministre des Affaires étrangères. Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives », *RBDI*, vol. XXXV (2000), pp. 122-125.

Sands, Ph., “After Pinochet: The Role of National Courts”, in: *From Nuremberg to the Hague. The Future of International Criminal Justice*, ed. by Ph. Sands. (Cambridge University Press, 2003) pp. 68-108.

Sands, Ph., “International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 37-53.

Sands, Ph., “What is the ICJ for?”, *RBDI* (2002), pp. 537-545.

Sassòli M., « Les immunités internationales », in: *L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, *RGDIP* (2002), pp. 797-817.

Sears, J.M., “Confronting the ‘Culture of Impunity’: Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*”, *GYBIL*, vol. 42 (1999), pp. 125-146.

Shaw, M.N., "The Personality Issue - Immunity for Government Figures", in: *International Law*, 5th ed. (Cambridge University Press, 2003), pp. 655-667.

Shaw, M.N., "The *Yerodia* case: Remedies and Judicial Functions", RBDI (2002), pp. 554-559.

Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford University Press, New York, 1999), pp. 64-92.

Simbeye, Y., *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot, England; Burlington, Vt.: Ashgate, 2004).

Sison, G., "A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity", *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), pp. 1583-1602.

Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand: le Chef d'Etat et le droit international* (Paris: Pedone, 2002).

Stone, C., "Head of State Immunity. New Standard on a Narrow Issue", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1989), pp. 491-502.

Summers, M.A., "The International Court of Justice's Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction that Would Obligate All States to Prosecute War Criminals?", *Boston University International Law Journal*, vol. 21 (2003), pp. 63-100.

Thomas, K.R. and Small, J., "Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability For Torture?", *Netherlands International Law Review*, vol. 50, pp. 1-30.

Tomonori, M., "The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2001), pp. 261-287.

Tomuschat, C., "Jurisdictional Immunity", in: *General Course on Public International Law, Recueil des cours...*, vol. 281 (1999), pp. 176-183.

Toner, P.J., "Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), pp. 899-927.

Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article* (Baden-Baden: Nomos, 1999), "Commentary to Article 27", pp. 501-514.

Tunks, M.A., "Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head of State Immunity", *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), pp. 651-682.

Van Alebeek, R., "The Pinochet case: International Human Rights Law on Trial", *BYBIL*, vol. LXXI (2000), pp. 47-70.

- Vernoeven, J., « Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 », RBDI (2002), pp. 531-536;
- Vicuña, F. O., "Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights", ICLQ, vol. 40 (1991), pp. 34-48.
- Villalpando, S., « L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999 », *Revue Générale de droit international public*, vol. 104 (2000), pp. 393-427.
- Walsh, N. M., "The President and Foreign Minister of Zimbabwe are Entitled to Head of State Immunity under United States and International Law, but their Political Party is not Immune and was Properly Served by Notice of Process on it in New York", *New York International Law Review*, vol. 15 (2002), pp. 91-99.
- Warbrick, C., "Immunity and international crimes in English law", ICLQ, vol. 53 (2004), pp. 769-764.
- Watts, A., "The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *Recueil des cours ...*, vol. 247 (1994-III), pp. 52-63.
- Weyembergh, A., « Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire Pinochet le 6 novembre 1998 », RBDI, vol. 32 (1999), pp. 178-204.
- Weller, M., "On the hazards of foreign travel for dictators and other international criminals", *International Affairs*, vol. 75 (1999), pp. 599-617.
- White, M., "Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), pp. 209-226.
- Whomersley, C.A., "Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts", ICLQ, vol. 41 (1992), pp. 848-858.
- Wickremasinghe, C., "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", ICLQ, vol. 49 (2000), pp. 724-730.
- Wilson, R.A., "Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7 (1984), pp. 113-138.
- Wilson, R.J., "Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law", *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), pp. 927-979.
- Wouters, J., "The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks", *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 253-267;
- Yang, X., "Immunity for International Crimes: Reaffirmation of Traditional doctrine", *Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), pp. 242-246.

Yang, X., “State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions”, *BYBIL*, vol. 74 (2003), pp. 333-408.

Zappala, S., “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, *EJIL*, vol. 12 (2001), pp. 595-612.

Ziman, G. M., “Holding Foreign Governments Accountable for Their Human Rights Abuses: A proposed Amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21 (1999), pp. 185-213.

Zuppi, A.-L., “Immunity v. Universal Jurisdiction: the Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice”, *Louisiana Law Review*, vol.63 (2003), pp. 309-339.

附 件 B

国际组织的管辖豁免

(乔治·加亚先生)

1. 1969 年《维也纳条约法公约》和国家责任条款的通过促使委员会对国际组织问题开展了类似的研究。最近联大以第 59/38 号决议通过了联合国《国家及其财产管辖豁免公约》，使委员会有机会重新考虑应否研究国际组织的管辖豁免问题。

2. 作为“国家与国际组织关系”问题研究的一部分，本专题已经列于委员会议程上达三十年之久。阿卜杜拉·埃里安先生和列奥纳多·迪亚斯·冈萨雷斯先生先后担任专题第二部分“国际组织及其代表的地位、特权和豁免”问题特别报告员。条款草案提交到起草委员会，但是没有退转回全体会议。委员会于 1992 年决定“暂时搁置审议一个似乎并非国家或国际组织所迫切需要的专题”。¹

3. 的确，许多国际组织的组建文书、特权和豁免议定书或总部协定都规定了豁免。但是，这些规定通常很笼统。另外，各国法庭面临豁免问题并非罕见，而这些法庭在这方面不受任何条约拘束。本专题的意义也在于许多国际组织的活动日益增多。例如，在总部协定国家之外安排会议的实践也引起了一些问题。

4. 一些法庭已经宣称存在着对国际组织赋予豁免的国际法义务。根据日内瓦劳工法庭在审理 ZM 诉阿拉伯国家常驻代表团案时的意见，² “无论普遍还是区域的国际组织”都享有“绝对的管辖豁免”。荷兰最高法院在伊朗—美国赔偿法庭诉 AS 案³ 中称：“无论如何，即使不存在条约[...], 经东道国同意，国际组织在其机构所在国都享有与上述条约规定同样的管辖豁免特权”。在 T.M. 诉阿拉伯国家联盟

¹ 《(1992 年)……年鉴》，vol.第二卷(第二部分)第 53 页，第 362 段。

² 1993 年 11 月 17 日的判决，《国际法案例汇编》，第 116 卷，第 643 页（引文见第 646 页）。

³ 1985 年 12 月 20 日的判决，《国际法案例汇编》。第 94 卷，第 327 页（引文见第 329 页）。

案中，比利时宪法法院援引了一般国际法原则或一些具体协定赋予国际组织的豁免。⁴

5. 哥伦比亚特区上诉法院在 *Weidner* 诉国际电信卫星组织案⁵ 中和菲律宾最高法院在一系列判决中都做出了类似裁决。例如，在东南亚渔业发展中心诉 *Acosta* 案⁶ 中，后一法院指出，“国际组织的基本豁免之一是当地管辖豁免，即：豁免于其所在国各法庭发出的拘票和传票”。

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

7. 研究国际组织的管辖豁免不是简单地确认管辖国家豁免的规则在何种程度上也可适用于国际组织。必须从可用于根据组织的规则或仲裁协定而对组织提起求偿的补救措施这一角度研究后者的豁免问题。必须避免冒有拒绝司法审理的风险。因此，例如，在上述的日内瓦劳工法庭判决中，法庭考虑了是否存在“诉诸被告组织行政庭的真实可能性”。⁷ 最近，在 *Pistelli v. Istituto Universitario Europeo* 案中，意大利宪法法院判定，如果组织的规则保证“同样权利和利益在一个独立和公正法庭前的司法保护”，则可以接受一个国际组织的管辖豁免。⁸

8. 本专题的主要问题

- 本研究旨在审议的国际组织定义。
- 诉讼管辖豁免。特别是：豁免生效的模式、同意行使管辖、参与法院诉讼的效果、反诉；有关商业交易、雇佣协议、财产案、参与公司或其它集体等问题；仲裁协定的效果。
- 涉及法院诉讼的限制措施的豁免。
- 与国际组织豁免有关的自然人和法人权利的保护。特别是争端解决的替代方法。

9. 适用的条约、一般原则、相关立法或司法判决

⁴ 2001 年 12 月 3 日的判决，参见 www.cass.be。

⁵ 1978 年 9 月 21 日的判决，《国际法案例汇编》，第 63 卷，第 191 页以下。

⁶ 1993 年 9 月 2 日的判决，《国际法案例汇编》，参见 www.lawphil.net。

⁷ 上文注 2，见 P.649。

⁸ 2005 年 10 月 28 日的判决，R.D.I., (2006) p. 248 et seq., at p. 254 (作者译文)

上述少数条约、国家立法和司法判决中的趋势。尽管条约和立法仅涉及数量有限的组织，某些司法判决也考虑一般意义上国际组织的管辖豁免问题。

10. 现行学说

对于是否存在关于国际组织豁免的一般国际法规则，目前存在着意见分歧。尽管某些研究依然否认任何这类规则的存在，⁹ 最近著作中的流行趋势是更赞成承认某种形式的豁免——有时甚至是绝对的豁免¹⁰——是国际法的一部分。执行的管辖豁免得到了更广泛的承认。¹¹ 附文献说明。

11. 制定公约草案的益处

考虑到有关国际组织豁免条约不适用情况的数量以及大多数条约规定的笼统性，使关于国际组织豁免的国际法规则更易于确认，是符合一切有关方面利益的。应酌情而适当考虑逐渐发展的需要。国际组织经济活动的重要性日益增大，经常与私营部门直接竞争，使这一事项变得迫切。

这一专题一旦确立，则适合制定一个公约草案。这将与《国家及其财产管辖豁免公约》一起适用。

⁹ 参见：Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris, 1990, at p. 122; De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, 1992, at p. 18; Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, (Bruxelles, 1998), at p. 230; FOX, *The Law of State Immunity*, (Oxford, 2004), at p. 469.

¹⁰ 参见：Lalive, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", in *Recueil des cours*.....(1953-III) p. 209 ff., at p. 304; Fedder, "The functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization", *American University Law Review*, vol.9(1960), p. 60 ff.; CONFORTI, *Diritto Internazionale*, (Napoli, 2002), at p. 259. Domonicé, "L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales", *Recueil des cours*,.....vol.187(1984-IV), p. 145 ff., at p. 220, 认为仅存在着关于联合国及其专门机构的习惯规则。

¹¹ 参见：Schröer, "Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive", *Rivista di diritto int. privato e processuale*, (1977), p. 575 ff., at p. 584; Domonicé, "L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales", supra note 10, at p. 225; MOUSSÉ, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, (Bruxelles, 1997) at pp. 376-377; Zanghi, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, (Torino, 2001) at p. 330.

Selected bibliography

N.G. ABRAHAMSON, "Waiver of Immunity for World Bank Denied. *Mendaro v. The World Bank*", *Suffolk Transnational Law Journal*, 1984, p. 413 ff.

K. AHLUWALIA, *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*, The Hague, 1964.

M. AKEHURST, "Settlement of Claims by Individuals and Companies Against International Organizations", *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de la Haye*, 1967-68, p. 69 ff.

C. F. AMERASINGHE, *The Law of the International Civil Service as Applied by International Administrative Tribunals*, Oxford, 1994.

C.F. AMERASINGHE, *Principles of the institutional law of the international organizations*, Cambridge, 1996.

C. ARCHER, *International Organizations*, New York/London, 1993.

M. ARISTODEMOU, "Applicability of art. VI, section 22, of the Convention on the privileges and immunities of the United Nations", *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1992, p. 695 ff.

M.H. ARSANJANI, "Claims against international organizations", *Yale Journal of World Public Order*, 1980-81, p. 131 ff.

H. AUFRICH, "The expansion of the concept of Sovereign immunity, with special reference to international organizations", *Proceedings of the American Soc. of Int. Law*, 1952, p. 85 ff.

R. BARDOS, "Judicial abstention through the Act of State doctrine", *Int. Trade Law Journal*, 1981-83, p. 177 ff.

R.R. BAXTER, "Jurisdiction Over Visiting Forces and the Development of International Law", *Proceedings of the American Soc. of Int. Law*, 1958, p. 174 ff.

R.M. BATTAGLIA, "Jurisdiction over NATO employees", *Italian Yearbook of Int. law*, 1978-79, p. 166 ff.

D.J. BEDERMAN, "The souls of international organizations: legal personality and the Lighthouse at Cape Spartel", *Virginia Journal of Int. Law*, 1996, p. 275 ff.

P. BEKKER, *The legal position of intergovernmental organizations, a functional necessity analysis of their legal status and immunities*, Dordrecht/Boston/London, 1994.

J.K. BENTIL, "Involvement of an international organization in litigation in England", *Litigation*, 1989, p. 90 ff.

- J.K. BENTIL, "Suing an international organization for debt payment", *Solicitor's Journal*, 1990, p. 475 ff.
- C. BERTRAND, "La nature juridique de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)", *Revue générale de droit int. public*, 1998, p. 365 ss.
- G. BISCOTTINI, *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, I, Padova, 1971.
- D. BOWETT, *The Law of International Institutions*, London, 1982.
- D. BRADLOW, "International organizations and private complaints: the case of the World Bank Inspection Panel", *Virginia Journal of Int. Law*, 1994, p. 553 ff.
- C.H. BROWER, "International Immunities: Some Dissident Views on the Role of Municipal Courts", *Virginia Journal of Int. Law*, 2000, p. 1 ff.
- C. BYK, "Case note to Hintermann v. UEO", *Journal du droit int.*, 1997, p. 142 ff.
- P. CAHIER, *Etude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats ou elles résident*, Milano, 1959.
- P. CANE, "Prerogative acts, acts of State and justiciability", *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 680 ff.
- A. CASSESE, "L'immunité de juridiction des organisations internationales dans la jurisprudence italienne", *Annuaire français de droit int.*, 1984, p. 556 ff.
- S. CHANDRASEKHAR, "Cartel in a can: the financial collapse of the International Tin Council", *Northwestern Journal of Int. Law and Business*, 1989, p. 309 ff.
- K. CHEN, "The legal status, privileges and immunities of the specialized agencies", *American Journal of Int. Law*, 1948, p. 900 ff.
- I. CHEYNE, "Status of international organizations in English law", *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1991, p. 982 ff.
- K. CULLY, "Jurisdictional immunities of intergovernmental organizations", *Yale Law Journal*, 1982, p. 1167 ff.
- PH. D'ARGENT, "Jurisprudence belge relative au droit international public", *Revue belge de droit international*, 2003, p. 612 ff.
- E. DAVID, "Observations sur Ligue des Etats arabes c. T.M.", *Journal des tribunaux*, 2001, p. 610 ff.
- E. DAVID, "Une décision historique?", *Journal des tribunaux*, 2003, p. 686 ff.
- S. DE BELLIS, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, 1992.

P. DE VISSCHER, "De l'immunité de juridiction de l'Organisation des Nations Unies et du caractère discrétionnaire de la compétence de protection diplomatique", *Revue critique de jurisprudence belge*, 1971, p. 456 ff.

N.Q. DINH, "Les privilèges et immunités des organismes internationaux d'après les jurisprudences nationales depuis 1945", *Annuaire français de droit int.*, 1957, p. 262 ff.

G. DI STEFANO, "La CICR et l'immunité de juridiction en droit international contemporain: fragments d'investigation autour d'une notion centrale de l'organisation internationale", *Revue Suisse de droit int. et européen*, 2002, p. 355 ff.

C. DOMINICÉ, "Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées", *Annuaire français de droit int.*, 1999, p. 623 ff.

C. DOMINICÉ, "Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales", *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. II, Castellón, 1998, p. 305 ff.

C. DOMINICÉ, "L'arbitrage et les immunités des organisations internationales", Dominicé, Patry, Reymond (eds.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 483 ff.

C. DOMINICÉ, "L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales", *Recueil des cours*, 1984, IV, p. 145 ff.

DRONILLAT, *L'immunité de juridiction des organismes internationaux*, 1954.

J. DUFFAR, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, Paris, 1982.

F. DURANTE e E. SPATAFORA, *Gli Accordi di Sede*, Milano, 1993.

C.T. EBENROTH, "Shareholders' liability in international organizations. The settlement of the International Tin Council case", *Leiden Journal of Int. Law*, 1991, p. 171 ff.

A. EHRENFELD, "United Nations immunity distinguished from Sovereign immunity", *Proceedings of the American Society of Int. Law*, 1958, p. 88 ff.

P.M. EISEMANN, "Crise du Conseil international de l'étain et insolvibilité d'une organisation intergouvernemental", *Annuaire français de droit int.*, 1985, p. 730 ff.

A. FARRUGIA, "International organizations immunity is absolutely not restrictive", *Brooklin Journal of Int. Law*, 1989, p. 497 ff.

FEDDER, "The functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization", *American University Law Review*, 1960, p. 60 ff.

G. FISCHER, "Organisation international du travail. Privilèges et immunités", *Annuaire français de droit int.*, 1955, p. 385 ff.

J.F. FLAUSS, "Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme", *Revue Suisse de droit int. et européen*, 2000, p. 299 ff.

J.F. FLAUSS, "Contentieux de la fonction publique européenne et Convention européenne des droits de l'homme", *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, 1997, p. 157 ff.

H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2004.

P. FREYMOND, "Remarques sur l'immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière", *Friedens-Warte*, 1955-56, p. 365 ff.

E. GAILLARD, "Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales", *Bulletin A.S.A.*, 2000, p. 471 ff.

G. GAJA, "L'esecuzione sui beni di Stati stranieri: l'Italia paga per tutti?", *Rivista di diritto int.*, 1985, p. 345 ff.

P. GLAVINIS, *Les litiges relatifs au contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris, 1990.

GLAZER, "A Functional Approach to the International Finance Corporation", *Columbia Law Review*, 1957, p. 1089 ff.

G.H. GLENN, "Immunities of international organizations", *Virginia Journal of Int. Law*, 1982, p. 247 ff.

M. GORDON, "Recent developments, international organizations: immunity", *Harvard Int. Law Journal*, 1980, p. 552 ff.

F. GREGORIDES, *Die Privilegien und Immunitäten der internationalen Beamten mit besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich*, Vienna, 1972.

J.C. GRIFFITH, "Restricting the immunity of international organizations in labor disputes: reforming an obsolete shibboleth", *Virginia Journal of Int. Law*, 1985, p. 1007 ff.

J.G. GUTTEL, "Is the International Olympic Committee amenable to suit in a US Court?", *Fordham Int. Law Journal*, 1984, p. 61 ff.

W.J. HABSCHEID, "Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess", *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1997, p. 269 ff.

K. HAILBRONNER, "Immunity of International Organizations from German National Jurisdiction", *Archiv des Völkerrechts*, 2004, p. 329 ff.

D. HAMMERSCHLAG, note to "Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development", *Maryland Journal of Int. Law and Trade*, 1992, p. 279 ff.

F.W. HENDERSON, "How much immunity for international organizations?", *North Carolina Journal of Int. Law and Commerce*, 1985, p. 487 ff.

F.W. HENDERSON, "Jurisdictional immunities of intergovernmental organizations", *Yale Law Journal*, 1982, p. 1167 ff.

W. JENKS, *International Immunities*, London, 1961.

J. KERRY KING, *The privileges and immunities of the personnel of international organizations*, Odense, 1949.

J. KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002.

P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, 1998.

B. KNAPP, "Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux", *Revue générale de droit int. public*, 1965, p. 621 ff.

J.L. KUNZ, "Privileges and immunities of international organizations", *American Journal of Int. Law*, 1947, p. 828 ff.

J.F. LALIVE, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", *Recueil des cours*, 1953, III, p. 209 ff.

R. LA ROSA, "Immunità delle organizzazioni internazionali dalla esecuzione e principi costituzionali", *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 1987, p. 453 ff.

K.R. LEE, "Recent developments", *Virginia Journal of Int. Law*, 1980, p. 913 ff.

R.P. LEWIS, "Sovereign immunity and international organizations", *Journal of Int. Law and Economy*, 1979, p. 675 ff.

R.P. LEWIS, "The status of international organizations under the law of the United States", *Harvard Law Review*, 1958, p. 1300 ff.

M.E. MACGLASHAN, "The International Tin Council: Should a Trading Organisation Enjoy Immunity?", *Cambridge Law Journal*, 1987, p. 193 ff.

H.J. von MERKATZ, "Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents", *Revue de droit international de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 1968, p. 146 ff.

D.B. MICHAELS, *International Privileges and Immunities. A Case for a Universal Statute*, The Hague, 1971.

D. MITRANY, *A Working Peace System : An Argument for the Functional Development of International Organization (and other essays)*, Oxford, 1943.

F. MORGERNSTERN, *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, 1986.

J. MOUSSÉ, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruxelles, 1997.

A.S. MULLER, *International organizations and their host States*, The Hague, 1995.

O. NAKAMURA, "The Status, Privileges and Immunities of International Organizations in Japan", *Japanese Annual of International Law*, 1992, p. 116 ff.

R.J. OPARIL, "Immunity of international organizations in United States Courts: absolute or restrictive?", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1991, p. 689 ff.

T. O'TOOLE, "Sovereign immunity redivivus: suits against international organizations", *Suffolk Transnational Law Journal*, 1980, p. 1 ff.

B.N. PATEL, "The accountability of international organizations: a case study of the Organization for the prohibition of chemical weapons", *Leiden Journal of Int. Law*, 2000, p. 571 ff.

G. PERRENOUD, *Régime des Privilèges et Immunités des Missions Diplomatiques Etrangères et des Organisations Internationales en Suisse*, Lausanne, 1949.

P. PESCATORE, "Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des Organisations internationales", *Recueil des cours*, 1968, II, p. 1 ff.

I. PINGEL (ed.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, 2004.

I. PINGEL-LENUZZA e E. GAILLARD, "International organizations and immunity from jurisdiction: to restrict or to bypass", *Int. and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 1 ff.

I. PINGEL-LENUZZA, "Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié: concilier les contraires", *Revue générale de droit int. public*, 2000, p. 445 ff.

R. PISILLO MAZZESCHI, "Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana", *Rivista di diritto int.*, 1976, p. 499 ff.

L. PREUSS, "The International Organizations Immunities Act", *American Journal of Int. Law*, 1946, p. 332 ff.

P. PUSTORINO, "Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi *Waite et Kennedy* e *Beer et Regan*", *Rivista di diritto int.*, 2000, p. 132 ff.

A. REINISCH, *International organizations before national courts*, Cambridge, 2000.

A. REINISCH e WEBER, "In the Shadow of *Waite et Kennedy*. The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Courts and Administrative

Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement", *International Organizations Law Review*, 2004, p. 59 ff.

J. SALMON, "Immunités et actes de fonction", *Annuaire français de droit international*, 1992, p. 314 ff.

M. SCHNEIDER, "International Organizations and Private Persons: The Case for a Direct Application of International Law", Dominicé, Patry, Reymond (eds.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel/Frankfurt am Main, 1993, p. 345-358.

C.H. SCHREUER, "CONCURRENT JURISDICTION OF NATIONAL AND INTERNATIONAL TRIBUNALS", *HOUSTON LAW REVIEW*, 1976, p. 508 ff.

F. SCHRÖER, "De l'application de l'immunité juridictionnelle des états étrangers aux organisations internationales", *Revue générale de droit international public*, 1971, p. 712 ff.

F. SCHRÖER, "Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive", *Rivista di diritto int. privato e processuale*, 1977, p. 575 ff.

I. SCOBIE, "International organizations and internal relations", Dupuy (ed.), *A handbook of international organizations*, Dordrecht/Boston/London, 1998, p. 831 ff.

I. SEIDL-HOHENVELDERN, "Functional immunity of international organizations and human rights", Benedek (ed.), *Development and developing international and european law*, Frankfurt am Main, 1999, p. 137 ff.

I. SEIDL-HOHENVELDERN, "L'immunité de juridiction des Communautés européennes", *Marché commun*, 1990, p. 475 ff.

I. SEIDL-HOHENVELDERN, "L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales", Weil (ed.), *Cours et Travaux de l'Institut des hautes Etudes Internationales de Paris, Droit International 1*, Paris, 1981, pp. 109-167.

I. SEIDL-HOHENVELDERN and G. LOIBL, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1996.

F. SEYERSTED, "Jurisdiction over organs and officials of States, the Holy See and intergovernmental organizations", *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1965, p. 31 ff.

I. SINCLAIR, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", *Recueil des Cours*, 1980, II, p. 113 ff.

M. SINGER, "Jurisdictional immunity of international organizations: human rights and functional necessity concerns", *Virginia Journal of Int. Law*, 1995, p. 53 ff.

H. TIGROUDJA, "L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p. 83 ff.

J. VERHOEVEN (ed.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Bruxelles/Paris, 2004.

M. WENCKSTERN, *Die Immunität internationaler Organisationen*, Tübingen, 1994.

N. D. WHITE, *The Law of International Organisations*, Manchester/New York, 1996.

YUEN-LI LIANG, "The legal status of the United Nations in the United States", *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1948-49, p. 577 ff.

R. ZACKLIN, "Diplomatic Relations: Status, Privileges and Immunities", Dupuy (ed.) *A handbook of international organizations*, Dordrecht/Boston/London, 1998, pp. 179-198.

C. ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Torino, 2001.

附 件 C

发生灾害时的人员保护问题

(秘 书 处)

1. 导 言

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

2. 然而，自然灾害是范围更广的多种人为的或技术的灾难的一部分。还可以进一步作出区分，即那些由单独的(自然的或非自然的)灾难引发的紧急情况，和那些可能涉及多种——包括自然的和人为的(比如武装冲突)——灾难的“复杂紧急情况”。² 此外，人们认识到，这种对自然的和非自然的(例如技术的)灾难的区分并非总是体现在处理灾难问题的现有法律文本和其他文本中，而且也并非总能够维持清楚的界定。因此，虽然这里提出，审议发生自然灾害时所进行的活动可能是更为紧迫的需要，但这不妨碍以后也审议关于其他灾害时应采取的行动的国际原则和规则。

¹ 《1997年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第238段。

² 复杂紧急情况的定义是：“在某国、某地区或某社会由内外冲突而导致权力机构完全或相当严重地瓦解，需要以超出任何单独机构和/或联合国现行方案之能力而做出国际反应的人道主义危机”。机构间常设委员会关于“复杂紧急情况定义”的工作文件，1994年12月(编纂司存档)。

2. 背景

自然灾害

3. 如果不考虑人类活动对环境的影响及其与自然灾害频率和严重程度之间的潜在因果关系，自然灾害突出的一点是，它们属于地球地质史或有时是水文气象史上自然发生的事件。“自然灾害”包括地震、洪水、火山爆发、滑坡、飓风(台风和旋风)、龙卷风、海啸(海潮)、干旱和瘟疫。它们通常造成巨大的生命损失和财产破坏。³ 地震经常在没有预兆的情况下发生，随之因建筑倒塌、滑坡或海啸而造成大面积破坏和人员伤亡。⁴ 尽管有可能预告飓风(台风和旋风)、龙卷风、甚至火山爆发，但其发作可能是突然和猛烈的，并且破坏一个很大的地理区域，导致大范围的混乱、食物和净水供应中断以及传染病爆发。相比之下，干旱、饥荒或欠收发生过程较缓慢，但是具有同样的灾难性后果。这类灾害能够在短期内削弱发展的效益，从而也对可持续发展和减贫工作构成严重的阻碍。⁵

4. 这类事件成为“灾害”更多地反映了人类在自然危害不利后果面前的脆弱性。⁶ 的确，随着人类居住点在历史上自然灾害易发地区——比如冲积平原、海岸地区和地质断层上(所谓地震“热点”)——的迅速增多，损失和破坏的风险也相应增加。另外，大自然不理睬政治疆界。许多自然灾害同时影响数国或者甚至整个区域；2004年的海啸证实了这一点。在这类情况下，救灾工作便具有了国际性质和特点。

³ 根据一种估计，仅 2004 年，就发生 360 次灾难，受灾人数超过 1.45 亿人，造成的物质损害超过 1030 亿美元。《联合国秘书长关于“加强联合国紧急人道主义援助的协调”的报告》(2005 年)，文件 A/60/87-E/2005/78，第 4 段。

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

⁵ 2005 年 1 月 22 日“减少灾害问题世界会议”通过的《兵庫宣言》，文件 A/CONF.206/6，决议 1。

⁶ 见下文注 46 关于“危险”及其与“灾害”之联系的论述。

提供抗灾救济的当代活动

5. 尽管受灾国有责任对灾害作出应对和协调，但这些国家可以请求国际援助。的确，国际社会的参与并不限于多国性灾害，一个单独国家也可以提出具体请求，以应付完全发生在其境内的灾难的后果。今天，各种各样的团体，包括联合国及其专门机构、主要的捐款团体与非政府组织贡献了大量资源来帮助那些受到灾害影响的国家及其人民。⁷

6. 1991 年 12 月 19 日大会第 46/182 号决议所承认的这方面主要活动包括：防止和减轻灾害，通过加强早期预报能力等做好准备，改善诸如应急财政安排这类援助能力，发出联合的援助呼吁，在灾害援助供应方面提供协调、合作和领导。⁸ 即使所采取的活动类型自 1991 年以来已经有了相当大的演变，这些活动分类今天依然基本相关。

7. 在实施方面，时间在刚发生灾害时具有基本的重要性，救灾物资的现场协调在当时尤其重要。⁹ 然而，人道主义救济工作人员在执行任务时经常面临一些挑战。这包括：部门协调的难度(部门内部和部门之间)，在必要时间内启动技术专长能力上的限制，在水与卫生、住处和营地管理及保护上的能力差距，在充分和及时提供资金方面的限制，国家、地方的准备和应对能力不足所带来的困难，以及蓄意攻击和杀害人道主义工作人员。

8. 尽管有些障碍是技术性的，其他则是法律性的，从而制定规范能够极大地促进技术性安排。比如，不适当的现行规范通常是平时情况所设计的，但是在紧急状况下不适于或不足以用于应对措施。人道主义人员抵达灾害现场的速度可能受到签证、移民和海关程序的限制，再加上航班紧张、落地权程序和检查。施加进出口控制以及提供文件和支付海关税可能引起后勤瓶颈问题与转运点的耽搁。关于豁

⁷ 在联合国内部，协调国际救灾的责任属于联合国救灾协调员；他也是负责人道主义事务协调办公室的人道主义事务副秘书长。

⁸ 该决议进一步肯定了救济、安置与发展之间的关系。

⁹ Arjun Katoch, “International natural disaster response laws, principles and practice, reflections, prospects and challenges”, 见红十字会与红新月会国际联合会编辑的 *IDRL, International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges* (2003), p.48.

免与特权以及赔偿责任的确定，也可能引起问题。另外，人道主义救济工作人员、特别是联合国及其有关人员的安全，最近已经成为国际法律团体关注的问题。¹⁰ 在复杂紧急情况下，遭受自然灾害国家的普遍政治局势可能引起这些问题。

保护受害者

9. 主要是在保护灾害——包括自然灾害——受害者这样一个更大范围的政策框架内采取人道主义援助，包括救灾。这依然是救灾社团内部讨论的一个专题。¹¹ 现在人们正在思考关于保护责任的新原则的问题，本建议也应视为这类思考的一部分。¹² 保护责任虽然首先属于冲突的范畴，但是也与灾害有关。

10. 在 2004 年威胁、挑战和改革问题高级别小组所确认的具体责任中，如同整个保护责任所显示的，被视为与本专题关系最大的是国际社会的预防责任。¹³ 包括减少风险内容在内的预防原则在救灾领域久以确立，并且最近在 2005 年 1 月举行的减少灾害问题世界会议上通过的《兵库宣言》¹⁴ 中得到确认。该宣言尽管承认了吸收一切利害关系方——包括区域和国际组织以及金融机构、含有非政府组织和志愿人员的民间团体、私营部门和科学界——参与的重要意义，但确认国家负有保护境内人民和财产免遭各种自然的或人类活动所导致之危害影响的首要责任。¹⁵

¹⁰ 见 1994 年通过的《联合国人员和有关人员的安全公约》(《联合国条约集》第 2051 卷第 363 页)与大会在 2005 年 12 月 8 日通过的 60/42 号决议中的《联合国人员和有关人员安全公约任择议定书》(将 1994 年公约的范围扩大到——例如——为提供紧急人道主义援助采取的联合国行动;但是当提供人道主义援助仅是为了应对自然灾害时,东道国可宣布“不参加”这一机制)。

¹¹ 见“人道主义应对措施的回溯: 联合国紧急救济协调员办公室暨人道主义事务副秘书长请人编撰”(2005 年 8 月)第 4.2 节, 第 30 至 31 页。

¹² 见关于威胁、挑战和改革问题的高级别小组: “一个更安全的世界: 我们的共同责任”, 2004 年, 文件 A/59/562 和 Corr.1。

¹³ 有人建议说, 国际法委员会根据其侧重于国家间和平交往问题的传统实践, 不应考虑采取应对措施, 包括强制措施和极端情况下军事干涉的责任问题。

¹⁴ 上文注 5, 决议 1。

¹⁵ 同上, 分别见执行部分第 2 段和第 4 段。

3. 现行规范和规则的简要回顾

11. 作为灾害事故应对措施的各种国际级活动受到一系列规范的约束。这些规范合起来称为“国际灾害应对法”(救灾法)。¹⁶ 救灾法并不是国际法的一个全新领域。¹⁷ 它的起源至少可追溯到十八世纪中叶。当时 Emer de Vattel 写道：

“……当事件发生时，只要做起来能够不冒太大风险，每一国家都应当援助其他国家，使其免于灾害和毁灭。¹⁸ ……如果一国遭受饥荒，一切有剩余物质的国家都应根据其需求而提供援助，但不使自己冒有陷于贫乏的风险……在这类悲惨困境中提供援助是这样的一个人道主义行为，以至于找不到任何文明国家绝对会拒绝这样做……每当灾害影响一个国家，都应得到这类援助。”¹⁹

12. 就其现代形式来说，救灾法是指适用于平时的自然或工业技术灾害的国际人道援助的原则和规则。²⁰ 更具体地说，救灾法已经被称为“非冲突性灾害时关于国际灾害应对之获得、便利、协调、质量和责任所适用的法律、规则和原则，包括对急迫灾害的准备措施、援救行动和人道主义援助活动”。²¹

¹⁶ 本建议题目使用灾害“救济”，以表明本专题的范围更广；比如，不限于“应对”工作。然而，就“应对”可能包括其他相关行动——比如灾前减轻风险活动——来说，这两个词可以不加区别地使用。

¹⁷ Michael H. Hoffman, “What is the scope of international disasters response law? ”, *IDRL, International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges* (2003), p.13 (红十字会和红新月会国际联合会)。

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

¹⁹ 同上，p.115。他同时注意到：如果该国可为提供的援助付款，则可以公平的价格出售它们；他说，没有责任给予“它可为自己得到之物，从而没有义务使一个它能买的东西成为礼物”。

²⁰ Hoffman, 上文注 17, p.13。

²¹ 红十字会和红新月会国际联合会：“国际灾害应对法：2002-2003 年项目报告”，2003 年，p.15。

13. 灾害本身尚没有被视为国际权利和义务的一个直接渊源。然而，它们有时促成国际协定的缔结。²² 今天，救灾法的大部分组成内容是协定法，包括一些多边协议(全球的和区域的)²³ 以及在欧洲和其他地方出现的重要双边条约体系。²⁴ 其他相同条款的规定涉及到人员和器材的进入及其境内活动，救济物品的入境与海关，人员的地位、豁免和保护，以及救灾工作的费用。²⁵

14. 特别是在政府间或非政府组织与各国之间缔结的大量备忘录和总部协定，可找到另外的规则来源。尽管许多这类文书侧重于具体内容，但仍有可能发现一些一般或共同的、已经被视为反映公认观点的国际法规定。

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

²³ 战后只通过了两个主要的多边协议具体处理救灾，即 1986 年《核事故和辐射紧急情况援助公约》，《联合国条约集》第 1457 卷第 133 页和 1998 年《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(1998 年 6 月 16 日至 18 日在芬兰坦佩雷举行的紧急电信问题政府间会议上通过，文件 ICET-98)。但是其他几个多边条约也许同样有关。这些条约处理的灾害救济涉及陆地、空中和海洋运输以及海关程序的某些方面问题。比如：1946 年《联合国特权和豁免公约》，《联合国条约集》第 1 卷第 15 页和第 90 卷第 327 页；1980 年《国际铁路运输公约》，《联合国条约集》第 1397 卷第 2 页；1944 年《国际民用航空公约》，《联合国条约集》第 15 卷第 295 页；1965 年《便利国际海上运输公约》，《联合国条约集》第 591 卷第 265 页；1990 年《临时入境公约》，《联合国条约集》第 1762 卷第 121 页；1973 年《关于海关手续简化和统一的公约》(由海关合作理事会主持制定)和修正的 1999 年《关于海关手续简化和统一的国际公约》(在世界海关组织主持下于京都制定)包括了旨在便利救济物质离岸、登陆和转口、以及放宽海关程序的规定)。还有点关系的是 1994 年《联合国人员和有关人员的安全公约》及其 2005 年议定书(上文注 10)规定各国负有责任防止和惩治那些针对受特殊保护人员的犯罪。

²⁴ 区域协定包括 1987 年欧洲委员会《关于重大自然和技术灾害的预防、防护及救济安排的开放部分协定》，决议(87)2 (部长委员会于 1987 年 3 月 20 日通过)；1960 年《关于为医疗诊断而在医院和其他医疗机构免费借用医疗手术和实验设备的临时进口和免除关税的协定》，*Official Journal*, vol. L 131, pp. 48-49；美洲国家组织 1991 年《便利灾害援助美洲公约》(1991 年 7 月 6 日在智利圣地亚哥召开的美洲国家组织第二十一届常规大会上通过)；东盟 2005 年《灾害管理和应急反应协定》(2005 年 7 月 26 日在万象通过)。

²⁵ “国际灾害应对法：2002-2003 年项目报告”，上文注 21, p.16。

15. 另外，很大一部分救灾法的发展出现在“软法”领域中，包括联合国大会和经社理事会以及红十字会国际联合会这类其他组织中的决议，以及政治宣言、行为准则、执行准则、以及联合国内部规则条例。这些为灾害发生时准备、动员、协调、便利和提供人道主义援助等提供了解释工具。²⁶ 当前的“基础”决议是大会第 46/182 号决议。它与诸如红十字国际会议关于“加快国际救济的措施”的决议²⁷ 等其他文书共同构成了一个日益增大的规范框架的核心部分。一系列大会决议²⁸ 以及其他文书——最近的是《兵库行动框架》²⁹ ——为这一规范框架提供了基础和补充。

国际人道主义法与其他国际法相关规则的适用

16. 评论家们通常将国际人道主义法称为任何制定救灾法工作的参考和比照。³⁰ 这两个领域之间的联系反映了人道主义工作的一个共同传统，并涉及到红十字国际

²⁶ 例如见第二十三届红十字国际会议第 6 号决议通过的“关于加快国际救济的措施”，《国际红十字和红新月运动手册》第 811-15 页(1994 年第 3 版)。见经社理事会第 2102 (LXIII)号决议(1977 年 8 月 3 日)；“关于向遇灾平民提供国际救济的国际会议原则宣言”(1969 年)，同上，第 808 页；海关合作理事会 1970 年 6 月 8 日“关于加快救济物品转送的建议”，文件 T2-423；The Sphere Project, Humanitarian Charter and Minimum Standards in Disaster Response, 2004；“国际红十字和红新月运动以及非政府组织的救灾行为准则”，第二十六届红十字和红新月国际会议决议附件 VI，1995 年，日内瓦。

²⁷ 同上。

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

²⁹ 《2005-2015 年兵库行动框架：加强国家和社区的抗灾能力》，减少灾害问题世界会议于 2005 年 1 月 22 日通过，文件 A/CONF.206/6，决议 2。

³⁰ Hoffman, 上文注 17, pp.14-15。

委员会会与红十字会和红新月会国际联合会独特的使命。尽管无法确定救灾法是否将沿着国际人道主义法的足迹发展，³¹ 但是存在着即使仅以类比方法而可适用于救灾的国际人道主义法规则的事例。

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

通过编纂和逐步发展而系统化

18. 尽管对救灾法存在的承认日益增多，但也有人认为该领域基本上缺乏一套构成单独法律体系的规则。³² 编纂的主张可以追溯到十九世纪晚期关于扩大“日内瓦法”的流产建议，该建议力图使国际人道主义法也涵盖灾害的受害者。1927 年在国际联盟的主持下设立“国际救济联合会”，³³ 体现了二十世纪为国际救灾而制定法律和机构性框架的第一次重大努力。公约前言规定，国际救济联合会特别将“促进该领域的国际法发展”作为其宗旨之一。

19. 尽管联合会基本上没有发挥作用，并且被联合国及其专门机构所取代，但在后来几年中仍然出现了关于编纂救灾法某些内容的建议。³⁴ 在联合国，早在 1971 年，大会在第 2816 (XXVI) 决议中邀请可能的受援国政府考虑适当的立法和其他措施，以便于接受援助，包括飞机越境权和降落权以及赈济队的必要特权和豁免。二十世纪八十年代早期，联合国救灾协调员发起了一个关于谈判救灾活动文书的可能性研究。以国际法委员会主席为首的一批国际法专家接着在 1983 年审议了该研究，从而产生了秘书长关于“加快提供紧急救济国际公约”草案的建议。³⁵ 该建议在 1984

³¹ 同上，p.15。

³² 红十字会和红新月会国际联合会：“国际灾害应对法：对现行条约法的初步审议和分析”，2003 年 1 月，p.2。

³³ 根据《建立国际救济联合会国际公约》而成立(国际联盟条约集第 135 卷第 247 页)，1932 年在 30 个缔约国之间生效。见 Bradford Morse, “Practice, Norms and Reform of International Rescue Operations”, *Recueil des Cours...*, vol. 154 (1977-IV), pp.125-193 at 132-3.

³⁴ 例如在 1980 年在贝尔格莱德召开的国际法协会第五十九届大会上通过了一个载有救灾合作协定草案的报告。见 International Law Association, *Report of the Fifty-ninth Conference, held at Belgrade (1982)*, p.5.

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

年首次提交给经社理事会后没有得到进一步审议。基本上由于几个主要非政府组织的反对，20 世纪 80 年代晚期关于人道主义援助责任公约的一个后续建议也未得到批准。³⁶ 1989 年在开罗举行的世界粮食理事会(世界粮食规划署所属)第十五届会议上又出现了一个类似倡议，而在其之前有一个关于在平民动乱、战争和自然灾害时向受难人民所提供之紧急粮食援助安全通过的国际协定的建议。³⁷

20. 根据 1990 年的情况，秘书长在关于向自然灾害和类似紧急情况受害者提供人道主义援助的报告中再次确认有必要制定新的法律文书，以克服人道主义援助方面的障碍；但他将建议限制在“新的法律文书，比如灾民得到救济的权利宣言、援助国与受援国之间以及受援国之间的双边协定。”³⁸

21. 近年来，关于制定一个在自然灾害和环境紧急状况发生时提供国际援助的法律规范的想法又重新活跃起来。秘书长在 2000 年关于加强联合国紧急人道主义援助协调的报告中³⁹ 提到，这样一个规范可说明受援国和援助国的责任。因此他建议各成员国考虑起草一个关于部署和使用国际城市搜索和援救队的公约。他说：

“该公约将为复杂问题提供一个工作框架，比如空域的利用、设备进口的海关规则、援助国和受援国各自的责任；这必须在对一个突发自然灾害作出国际反应之前解决。”⁴⁰

22. 同样，红十字会和红新月会国际联合会发表的“2000 年世界灾害报告”也对有限的法律进展表示了普遍的失望。在提到某些条约中存在的有助于人道主义救济工作的法律因素时，该报告将情况描述为：

³⁶ 见文件 A/45/587 第 43-44 段。早些时候也有人反对关于考虑“国际人道主义新秩序”的建议。该建议主要要求制定一个在战时和平时管辖人民之间和各国之间关系的全面法律原则的国际公认的框架。见文件 A/40/348。

³⁷ 《大会正式记录，第四十四届会议，补编第 19 号》(A/44/19)第一部分。在 1990 年于曼谷举行的第十六届会议上，理事会部长们要求理事会执行主任“与一切有关机构进一步磋商关于更有效地确保紧急粮食援助安全通过的措施准则问题”。它还建议秘书长考虑由大会确认一个国际协定草案。同上，《第四十五届会议，补编第 19 号》(A/45/19)。同时见“世界粮食理事会的泰国曼谷部长会议结论”，第 31 段。

³⁸ 文件 A/45/587，第 41 和第 45 段。

³⁹ 文件 A/55/82-E/2000/61。

⁴⁰ 同上，第 135 段(m)。

“处于核心的是一个明显的漏洞。没有广泛接受的确定的国际法渊源来指出关于灾害应对和援助的法律标准、程序、权利和义务。没有系统的努力而将彼此不同的现行法律线索归纳到一起,构成习惯法或以新的方式扩张和发展这些法律。”⁴¹

23. 另外,在通过《兵库宣言》和《2005-2015 年兵库行动框架》之后,越来越重视风险减低和预防措施。这两份文件特别呼吁考虑加强关于减少灾害风险的国际法律文书。⁴²

4. 关于委员会审议本专题的建议

24. 本建议之目的是制定一套条款,以作为开展国际救灾活动的法律规范,澄清主要法律原则和概念并从而创造一个这类救灾工作可以站稳脚跟的法律“空间”。一个可能的模式是 1946 年《联合国特权和豁免公约》。该公约关于特权和豁免的狭隘内容成为普遍的法律立场的基本参考,并经常被联合国与各国和其他实体之间的协议所援引。同样,拟议的管辖救灾的案文可以为这一领域各种行为者——包括但不限于联合国——之间的一系列具体协议提供基本的参考规范。

⁴¹ 红十字会和红新月会国际联合会:“世界灾害报告,重视公共健康”(2000 年),p.145。2001 年,红十字会和红新月会国际联合会发起研究现行法律和其他机制在促进人道主义活动应对自然和技术性灾害方面的适当性。该研究谋求确认在国际救灾中最普遍的法律问题,分析现行国际规范的范围和落实情况、并为空白领域提出解决办法。见“红十字会和红新月会国际联合会:国际灾害应对法,简介文件”(2003 年 4 月),p.2;以及红十字会和红新月会国际联合会“经修订的救灾法战略规划:2005-2007 年”,见 www.ifrc.org/idrl。大会在 2002 年 12 月 16 日的第 57/150 号决议中提到这一发展,并强调尤其是对原则、范围和目标必须进行政府间监督。在 2003 年,红十字会和红新月会国际联合会第二十八届国际会议(由所有红十字会/红新月运动和各 1949 年日内瓦公约缔约国组成)要求红十字会和红新月会国际联合会以及各国分会“在各国、联合国和其他有关机构参与下共同努力,在这一领域开展研究和推广活动”,并在 2007 年向国际联合会作出报告。见第二十八届红十字和红新月国际会议“最后目标 3.2.6”(2003 年 12 月)。关于在这一领域诉诸国际法的效力的不同看法,见 David P. Fidler, “Disaster Relief and Governance after the Indian Ocean Tsunami: what role for international law?”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), p.458 起,尤见 pp.471-3。

⁴² 第四部分 A 节,第 22 段。

25. 鉴于这一领域迅速发展的情况，预计本专题的工作将首先限于编纂现行规范和规则，并侧重于适当的逐渐发展。因此，重点将是将现行规则具体化，以便利实地开展的活动，而非无必要地制定那些可能无法预料地无意中限制这类活动的新规范。

简要的实质性概述

(a) 范 围

26. 正如上文已提到的，⁴³ 建议委员会在开始时，将本专题的属事范围限于自然灾害(与自然危害相关的灾害)、或者范围更大的紧急状况的自然灾害因素。同时，也许应当考虑在自然灾害和其他灾害之间作出区分的后果——即使加上一个“不妨碍”条款。另外，不同的自然灾害有不同的自身特点：在界定属事范围的过程中也许必须分析这类特点。

27. 关于属地范围，本专题将主要涵盖那些管辖灾害现场的规则，但也要扩展到进行规划、协调和监测工作之处。本专题的属时范围将不仅包括灾害的“应对”阶段，也包括灾前和灾后阶段。⁴⁴

28. 关于属人范围，就本专题的性质来说，尽管存在着国家实践，但首先是通过政府间组织的机构——比如联合国——以及非政府组织的活动和其他非国家实体——比如红十字会和红新月会国际联合会——才产生了大量活动，并从而制定了大量的法律规范。尽管早期文书倾向于将非政府组织排除在适用范围之外，但我们建议委员会采取一个更大范围的方针以涵盖这类实体的工作人员。这将符合现在的趋势，如同《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》所采取的方针所证明的那样，比如说，将特权和豁免条款扩大到那些参与提供公约规定的电信援助的

⁴³ 见上文本建议第 1 和第 2 段。

⁴⁴ 见上文注 16。

非政府组织工作人员。⁴⁵这也符合当前的实践，即很大部分救灾工作是由非政府组织实施的。

29. 既然现行国际人权义务——在所适用国际法允许的范围内可能在紧急状况下被减损——适用于自然灾害的情况，也许有必要考虑这类灾害受害者之困境对人权的影响，特别是关于得到保护的权利、获得灾害救济和基本需要的权利。也许仅限于确认受灾国尊重和保证其领土上所有个人人权的义务。这样的重新确认也可能是确定属人范围重点的一个因素。

(b) 定 义

30. 界定未来案文所涵盖的主要概念，将是所开展工作的一个重要组成部分。界定“自然灾害”和“自然危害”⁴⁶将有助于区分其他类型的灾害，比如“技术危害”。

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

32. 另外，也可以考虑纳入救灾特别操作方面的具体技术用语，但以决定处理这类事项为前提。

⁴⁵ 在联合国《联合国人员和有关人员的安全公约》所规定的保护体系内同样如此，上文注 10；大会在 2003 年 12 月 9 日的第 58/82 号决议中注意到，秘书长已经拟订一项供纳入联合国同各人道主义非政府组织或机构缔结协定的标准条款，澄清《公约》对这些组织和机构所部署人员的适用。见文件 A/58/187。

⁴⁶ 《2005-2015 年兵库行动框架》(上文注 29)强调减少“危害”易受性和风险。“危害”的定义是“具有潜在破坏力、有可能造成个人伤亡、财产损害、社会经济混乱或环境退化的实质性事件、现象或人类活动。危害可包括将来可能产生威胁的各种隐患，其原因各种各样：有自然的(地质、水文气象和生物)，也有人类活动引起的(环境退化和技术危害)”。注 2。

(c) 核心原则

33. 在发生灾害时的人员保护领域，有一系列核心原则为当代活动提供了基础。许多反映了现行的人道主义援助原则，即不仅仅适用于因自然灾害所引起的紧急救灾，但却同等适用。其他则来自国际人权法等其他领域。尽管大会 1991 年 12 月 19 日第 46/182 号决议采纳的一套紧急人道主义援助准则被广泛视为主要文件，还有其他类似的原则。⁴⁷ 所有这些都同样重视向自然灾害和其他紧急情况受害者提供人道主义援助的重要性。

34. 这些原则包括：⁴⁸

- 人道原则——随时处理出现的人类苦难，并应当尊重和保护所有受害者的尊严和权利；
- 中立原则——提供人道主义援助不涉及政治、宗教、种族或意识形态因素；
- 公正原则——根据以国际公认标准所进行的需求评估而提供人道主义援助，优先考虑最紧急的灾难，遵守不歧视原则；
- 根据《联合国宪章》充分尊重国家主权和领土完整的原则：在受灾国的同意下提供人道主义援助；
- 便利原则——居民需要人道主义援助的国家为政府间和非政府组织的人道主义援助工作提供便利，特别是在提供食物、医药、住处和健康关照方面；为此，不加限制地允许进入受影响地区和接触受害者，具有基本的重要性；
- 不歧视原则——提供援助不得涉及任何以下歧视：种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生、年龄、残疾或其他状况。
- 问责制原则——人道主义援助机构和提供人道主义援助的其他实体对其所援助的人民以及向其提供资源者都负有责任；

⁴⁷ 例如见国际红十字和红新月活动以及非政府组织在灾难救济中的行为准则，上文注 26。

⁴⁸ 不妨碍在较一般的层次上适用某些原则。

- 合作原则——应当根据国际法和对各国法的尊重而进行国际合作；⁴⁹
- 保护原则——关照其领土上所发生自然灾害和其他紧急情况的受害者，这是每一国家的首要责任；
- 安全原则——人道主义工作者及其货物和财产的平安和安全是提供这类援助的基础；
- 预防原则——各国应审议现行立法和政策，以同时在国家和国际层面上将灾害风险减少战略纳入所有相关法律、政策和规划文书，以解决易受灾害的问题；
- 减轻原则——国家应采取具体措施，在地方和国家一级减少灾害风险，以最大限度地减轻本国境内外灾害的影响。

35. 也必须审议这些原则反映各国现行具体法律义务与个人权利的程度，或者是否在更普遍的层次上适用它们的问题。

(d) 具体规定

36. 建议委员会也审议关于提供灾害救济的行动方面的一些具体法律问题。这不限于现行法律规范的漏洞。相反，将采用更整体性的方法，旨在涵盖这方面所采取之活动的大部分法律问题——即使仅仅是在一般的层次上。

37. 以下附录列出了在本领域中需要考虑的任何法律文书的问题大纲。

附 录

拟议的大纲

1. 一般规定
 - a. 适用范围
 - b. 定义
2. 适用的原则
 - a. 人道

⁴⁹ 在各国之间以及受灾国与参与国际人道主义救济行动的实体之间。

- b. 中立
 - c. 公正
 - d. 依据于《联合国宪章》的国家主权和领土完整
 - e. 便利
 - f. 不歧视
 - g. 问责制
 - h. 合作
 - i. 保护
 - j. 安全
 - k. 预防
 - l. 减轻
3. 救灾和保护
- a. 受害者得到保护、平安和安全的权利
 - b. 受害者享有灾害救济和基本需求的权利
 - c. 受援国保护救灾工作人员及其财产、住处、交通设备、救济货物和援助设备的义务
4. 提供救灾援助
- a. 提供援助的条件
 - b. 主动支援和请求援助
 - c. 协调
 - d. 通信和信息交流
 - e. 救济援助品的分发和使用
 - f. 救灾活动的费用
 - g. 遵守国家法律、标准和规定
 - h. 赔偿责任
 - i. 保险
5. 便利
- a. 工作人员
 - (一) 签证、入境和工作许可；

- (二) 承认专业资格
 - (三) 行动自由
 - (四) 地位
 - (五) 身份证明
 - (六) 特权和豁免
 - (七) 通知的要求
 - b. 救济货品
 - (一) 海关、关税和检疫
 - (二) 地位
 - (三) 货物运输和过境
 - (四) 通知的要求
 - (五) 身份证明
6. 预防灾害和减少风险
- a. 早期警告
 - b. 协调活动
 - c. 培训和信息交换

Selected bibliography

1. Books

Alexander, D., *Natural Disasters* (London: UCL Press, 1993).

Alexander, D., *Confronting Catastrophe: New perspectives on Natural Disasters* (New York: Oxford University Press, 2000).

Beigbeder, Y., *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations: The Right and Duty to Humanitarian Assistance* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991).

Brown, B.J., *Disaster Preparedness and the United Nations: Advance Planning for Disaster Relief* (New York: Pergamon Press, 1979).

Dynes, R.R., *Organized Behavior in Disaster* (Lexington, Massachusetts: Heath Lexington Books, 1970)

El Baradei, M., *Model Rules for Disaster Relief Operations* (New York: United Nations Institute for Training and Research, 1982).

Fidler, D.P., *International Law and Infectious Diseases* (New York: Oxford University Press, 1999).

Green, S., *International Disaster Relief: Toward A Responsive System* (New York: McGraw-Hill, 1977).

Holborn, L. W., *The International Refugee Organization, A Specialized Agency of the United Nations: Its History and Work, 1946-1952* (London/New York: Oxford University Press, 1956).

International Strategy for Disaster Reduction (ISDR), *Living with Risk : A Global Review of Disaster Reduction Initiatives*, vols. I and II (2004).

Kälin, W., *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, (Studies in Transnational Legal Policy, Washington D.C., The American Society of International Law and the Brookings Institution, vol. 32, 2000).

Macalister-Smith, P., *International Humanitarian Assistance: Disaster Relief Actions in International Law and Organization* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985).

Pan American Health Organization, *Humanitarian Assistance in Disaster Situations: A Guide for Effective Aid* (PAHO/WHO Emergency Preparedness and Disaster Relief Coordination Program, Washington D.C., 1999).

Posner, R., *Catastrophe: Risk and Response* (New York: Oxford University Press, 2004).

Ramcharan, B.G., *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy : The Emerging Global Watch* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991).

2. Articles and other documents

Alexander, D., "The Study of Natural Disasters, 1977-1997: Some Reflections on a Changing Field of Knowledge", *Disasters*, vol. 21, No. 4 (1997), pp. 284-304.

Awoonor, K.N., "The Concerns of Recipient Nations", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York, Routledge, 1999), pp. 63-81.

Bannon, V. and Fisher, D., "Legal Lessons in Disaster Relief from the Tsunami, the Pakistan Earthquake and Hurricane Katrina", *ASIL Insight*, 15 March 2006, The American Society of International Law, accessed at <<http://www.asil.org/insights/2006/03/insights060315.html>> on 23 March 2006.

Baudot-Quéguiner, E., "The laws and principles governing preparedness, relief and rehabilitation operations: the unique case of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies", International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 128-137.

Berramdane, A., « L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome 113, (1997), pp.1717-1751.

Bettati, M., « Un droit d'ingérence? », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 95 (1991), pp.639-670.

Bothe, M., "Relief Actions", in Rudolph Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam: Elsevier Science Publishers), vol. 4, 2000, p. 168.

Bothe, M. "Relief Actions: The Position of the Recipient State", in Frits Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*, The Hague, 22-24 June 1988 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989).

Bothe, M. « Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires », Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 58th Conference, Belgrade, 1978*, pp. 461-466.

Bothe, M. « Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires », Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 59th Conference, Belgrade, 1980*, pp. 520-527.

Brown, B.J., "An Overview of the Structure of the Current System", in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, (New York: New York University Press, 1979), pp. 3-25.

Burley, L.A., "Disaster Relief Administration in the Third World", *International Development Review*, vol. 1 (1973), pp. 8-12.

Callamard, A., "Accountability to disaster-affected populations", *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges*, International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, 2003, pp. 153-164.

Caron, D., "Addressing Catastrophes: Conflicting Images of Solidarity and Separateness", in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp.3-29.

Coursen-Neff, Z., "Preventive Measures Pertaining to Unconventional Threats to the Peace such as Natural and Humanitarian Disasters", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30 (1998), pp.645-707.

de La Pradelle, « L'organisation des secours en cas de désastre naturel », Committee on International Medical Law, *International Law Association, Report on the 55th Conference, New York, 1972*, pp. 317-327.

de La Pradelle, « L'organisation des secours en cas de désastre naturel », Committee on International Medical and Humanitarian Law, *International Law Association, Report on the 57th Conference, Madrid, 1976*, pp. 309-320.

Ebersole, J.M. "The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies, Task Force on Ethical and Legal Issues in Humanitarian Assistance", *Human Rights Quarterly*, vol.1 (1995), pp. 192-208.

El-Khawas, M., "A reassessment of international relief programs", in Glantz, M.H. (ed.), *The Politics of Natural Disaster : The Case of the Sahel Drought* (New York: Praeger, 1976).

A.A., "Responding to Emergencies: A View from Within", in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 259-274.

Fidler, D.P., "The Indian Ocean Tsunami and International Law", *ASIL Insight*, January 2005, The American Society of International Law, accessed at <<http://www.asil.org/insights/2005/01/insight050118.htm>>, on 31 October 2005.

Fidler, D.P., “Disaster Relief and Governance after the Indian Ocean Tsunami: What Role for International Law?”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), pp. 458-473.

Finucane, A., “The Changing Roles of Voluntary Organizations”, in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 175-190.

Fischer, H., “International Disaster Response Law Treaties: Trends, Patterns, and Lacunae”, in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 24-44.

Fischer, H., “International Disaster Response Law: A Preliminary Overview and Analysis of Existing Treaty Law”, in International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges* (2003).

Fonrouge, J.M., « Droit international : approche des problèmes liés à la survenue des catastrophes technologiques ou naturelles », *Médecine de catastrophe – urgences collectives*, Tome 1, nr. 4/5 (1998), pp.113-123.

Gold, J., “Natural disasters and Other Emergencies Beyond Control: Assistance by the IMF”, *The International Lawyer*, vol. 24 (1990), pp.621-641.

Goldstein, R.J., “Proposal for Institutionalization of Emergency Response to Global Environmental Disasters”, *Pace Yearbook of International Law*, vol. 4 (1992), pp.219-240.

Gostelow, L. “The Sphere Project: The Implications of Making Humanitarian Principles and Codes Work”, *Disasters: The Journal of Disaster Studies, Policy and Management*, vol. 23, No. 4 (1999), pp. 316-325.

Green, S.J., “Expanding Assistance for National Preparedness and Prevention Programs”, in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches* (New York: New York University Press, 1979), pp. 83-103.

Gunn, S. W. A., “The Language of Disasters: A Brief Terminology of Disaster Management and Humanitarian Action”, in Cahill, K.M., *Basics of International Humanitarian Missions* (New York: Fordham University Press and The Center for International Health and Cooperation, 2003), pp. 35-46.

Hardcastle, R.J. and Chua, A.T.L., “Humanitarian Assistance: Towards a Right of Access to Victims of Natural Disasters”, *International Review of the Red Cross*, No. 325 (1998), pp.589-609.

Hardcastle, R. and Chua, A., "Victims of Natural Disaster : The Right to Receive Humanitarian Assistance", *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, No. 4, (1997), pp. 35-49.

Helton, A.C., "The Legality of Providing Humanitarian Assistance Without the Consent of the Sovereign", *International Journal of Refugee Law*, vol. 4 (1992), pp.373-375.

Helton, A.C., "Legal Dimensions of Responses to Complex Humanitarian Emergencies", *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), pp.533-546.

Hoffman, M., "Towards an international disaster response law", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2000*, (2000), pp. 144-157.

Hoffman, M., "What is the scope of international disaster response law?", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 13-20.

Holland, G.L., "Observations on the International Decade for Natural Disaster Reduction", *Natural Hazards*, vol. 2 (1989), pp. 77-82.

Jakovljević, B., "The Right to Humanitarian Assistance: Legal Aspects", *International Review of the Red Cross*, vol 27, No. 260 (1987), pp. 469-484.

Jakovljević, B., "International Disaster Relief Law", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), pp. 251-286.

Jakovljević, B. and Patrnogic, J., "Protection of Human Beings in Disaster Situations – A Proposal for Guiding Principles", in International Institute of Humanitarian Law *Collection of Publications*, No.8, San Remo, 1989.

Kalshoven, F., "Assistance to the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters", in Kalshoven, F. (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*, The Hague, 22-24 June 1988 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 13-26.

Katoch, A., "International Disaster Response and the United Nations", in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice : Reflections, Prospects, and Challenges* (2003), pp. 47-56.

Leben, C., « Vers un droit international des catastrophes », in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 31-91.

Lienhard, C., « Pour un droit des catastrophes », *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, no. 13 (1995), pp. 91-98.

Macalister-Smith, P., “Disaster Relief: Role of International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), pp. 25-43.

Macalister-Smith, P., “The International Relief Union: Reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927”, *Legal History Review - Revue d'Histoire du Droit*, vol. 54 (1986), pp. 363-374.

Macalister-Smith, P., « Les organisations non gouvernementales et la coordination de l'assistance humanitaire », *Revue internationale de la croix-rouge*, Tome 27, No. 767 (1987), pp.524-531.

Macalister-Smith, P., “The right to humanitarian assistance in international law”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques – The International Law Review*, vol. 66, No. 3 (1988), pp. 211-233.

Macalister-Smith, P., *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (1991).

Okere, B. and Makawa, E.M., “Global Solidarity and the International Response to Disasters”, in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 429-456.

Owen, D., “Obligations and Responsibilities of Donor Nations”, in Cahill, K.M. (ed.), *A Framework for Survival: Health, Human Rights and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters* (London/New York: Routledge, 1999), pp. 52-62.

Patnogi, J., “Some Reflections on Humanitarian Principles Applicable in Relief Actions”, in Swinarski, C. (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Geneva/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp. 925-936.

Petit, E.W., « Les actions d'urgence dans les catastrophes : evolution des activités des organisations interétatiques et des organisations non gouvernementales », in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, (The Hague/Boston/London : Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 537-589.

Rabin, R., “Dealing with Disasters : Some Thoughts on the Adequacy of the Legal System”, *Stanford Law Review*, vol. 30 (1978), pp. 281-298.

Romano, C.P.R., « L'obligation de prevention des catastrophes industrielles et naturelles», in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), pp. 379-428.

Samuels, J.W., “Organized Responses to Natural Disasters”, in Macdonald, R.S.J., Johnson, D.M., and Morris, G.L. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sijthoff & Noordhoff - Alphen aan den Rijn, 1978), pp. 675-690.

Samuels, J.W., “The Relevance of International Law in the Prevention and Mitigation of Natural Disasters”, in Stephens, L.H. and Green, S.J. (eds.), *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches* (New York: New York University Press, 1979), pp. 245-266.

Ségur, P., « La catastrophe et le risque naturels : essai de définition juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Tome 113, 1997, pp.1693-1716.

Shibata, A., “Creating an International Urgent Assistance Mechanism in Case of Natural and Industrial Catastrophes”, in Caron, D. and Leben, C. (eds), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes* (2001), pp. 457-535.

Slim, H., “By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organisations”, *The Journal of Humanitarian Assistance* (2002), accessed at <<http://www.jha.ac/articles/a082.htm>> on 13 July 2006.

Thouvenin, J.-M., « L'internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 102, 1998-2, pp. 327-363.

Toman, J. “Towards Disaster Relief Law: Legal Aspects of Disaster Relief Operations” , in Kalshoven, F. (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters: Papers delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict*, The Hague, 22-24 June 1988 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 181 – 199.

Tsui, E., “Initial Response to Complex Emergencies and Natural Disasters”, in Cahill, K.M., *Emergency Relief Operations* (New York: Fordham University Press and the Center for International Health and Cooperation, 2003).

Walker, P., “Victims of natural disaster and the right to humanitarian assistance: a practitioner’s view”, *International Review of the Red Cross*, vol. 325 (1998), p. 611.

Walter, J. (ed.), “Risk Reduction: Challenges and Opportunities”, in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2002*, (2002), pp. 9-39.

Walter, J. (ed.), “Accountability: a question of rights and duties”, in International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, *World Disasters Report 2002*, (2002), pp. 149-169.

Westgate, K.N. and O’Keefe, P., *Some Definitions of Disaster*, University of Bradford Disaster Research Unit, Occasional Paper No. 4 (June 1976).

3. Selected United Nations documents

Assistance in Cases of Natural Disaster, Report of the Secretary-General, document A/5845, 5 January 1965.

Assistance in Cases of Natural Disaster, Comprehensive report of the Secretary-General, document E/4994, 13 May 1971.

Office of the United Nations Disaster Relief Coordinator, Report of the Secretary-General, document A/32/64, 12 May 1977.

New International Humanitarian Order, Report of the Secretary-General, document A/40/348 and Add.1, 9 October 1985.

Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations, Report of the Secretary-General, document A/45/587, 24 October 1990.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, Addendum, document A/49/177/Add.1 – E/1994/80/Add.1, 1 November 1994.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/54/154 – E/1999/94, 15 June 1999.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/55/82 – E/2000/61, 30 May 2000.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/59/68 – E/2001/63 (and Corr.1, 2 (Arabic only) and 3 (Arabic only)), 8 May 2001.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/56/95 – E/2001/85, 16 June 2001.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/56/307, 20 August 2001.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/57/77 – E/2002/63, 14 May 2002.

Emergency response to disasters, Report of the Secretary-General, document A/57/320, 16 August 2002.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/57/578, 29 October 2002.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/58/434, 14 October 2003.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/59/93 – E/2004/74, 11 June 2004.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/59/228, 11 August 2004.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/59/374, 21 September 2004.

Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/60/87 – E/2005/78, 23 June 2005.

Implementation of the International Strategy for Disaster Reduction, Report of the Secretary-General, document A/60/180, 1 August 2005.

Report of the Secretary-General on the work of the Organization, *Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No.1* (A/60/1), 8 August 2005.

International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development, Report of the Secretary-General, document A/60/227, 12 August 2005.

Human rights and mass exoduses, Report of the Secretary-General, document A/60/325, 1 September 2005.

Letter dated 31 January 2006 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly, document A/60/664, 2 February 2006.

Strengthening of the coordination of emergency, humanitarian assistance of the United Nations, Report of the Secretary-General, document A/61/85 - E/2006/81, 2 June 2006

附 件 D

信息跨界流动的个人数据保护问题

(秘 书 处)

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

A. 问题的性质

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

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

² 同上，p. 1402。大型计算机在 1949 年的诞生使信息收集发生了一场革命。

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

⁴ Joshua S. Bauchner, “State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: A Case Study of the Privacy debate”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol.26 (2000-2001), p.1.

⁵ Jerry Kang, “Information Privacy in Cyberspace Transactions”, *Stanford Law Review*, vol. 53 (1997-1998), at p. 1199.

动中交换信息。⁶ 各式各样的行为者每日每时都出于多种原因和采用多种手段收集有关个人的数据，并将此类数据保存在公共和私营部门。⁷ 在不同的行为者分享或传递此类数据时，也产生了关于个人隐私权的严肃问题，尽管这并不是什么新的关注。⁸

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

⁶ 关于创造全球网络安全文化的联大 2002 年 12 月 20 日第 57/239 号决议。又见联大 2005 年 2 月 15 日第 59/220 号决议。经社理事会主席提交的 2000 年高官会部长宣言，大会第五十五届会议正式记录，补编第 3 号(A/55/3/Rev.1)，第三章第六段。

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

⁸ 隐私问题可能会在自然人或作为法人的自然人之间的横向关系中发生，这种可能性似乎把当代的关注与以前几十年的关注区分开了，过去国家与私人个人之间的关系涉及的主要是纵向关系，一般而言，见秘书长关于“可能会影响个人权利的电器应用和在民主环境中应当对此种应用规定的限制”的报告，文件 E/CN.4/1142 和 Add.1-2(1973 年)。又见秘书长关于“记录和其他技术方法的进步与尊重隐私和各国的完整及主权，文件 E/CN.4/1116 和 Corr.1 及 Add.1-3 (1974 年)。

⁹ 一般见，Steven Hetcher, “Changing the Social meaning of privacy in Cyberspace”, Harvard Journal of Law and Technology, vol.15 (2001-2002), pp.149-209. See also Asian-Pacific Economic Cooperation (APEC) Privacy Framework, para.1. 不妨指出，互联性的提高也使信息系统和网络面临着越来越多种多样的威胁和弱点，要求加强电脑安全。电脑黑客对于网络的完整性开展挑战。互联网被用来发表仇恨言论和从事多种犯罪活动，包括儿童色情和窃取身份信息。

¹⁰ 乔治·欧文在《1984 年》中使用的比喻是“老大哥”。

¹¹ ACLU report by Jay Stanley and Barry Steinhardt, “Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society” (2003) available at http://www.aclu.org/Privacy/Privacylist.cfm?_c=39. (visited on 16 March 2006).

4. 国际社会对于使用信通技术的信任和安全表示了关注，最近一次是在信息社会世界峰会上，并且力图找到方法加强“信任框架”，包括增强对个人信息、隐私和数据的保护，¹² 这是并不奇怪的。另外，还呼吁联合国起草一项有法律约束力的文书，详细规定数据受保护权和隐私权是可强制执行的人权。¹³

5. 持怀疑态度的人提出的问题是，“网际空间”法是否就像“马匹法”一样虚无空泛。¹⁴ 这场辩论——网际空间能否或应否加以规范——基本已经远去，大体上成为了一种历史的里程碑。¹⁵ 然而，出现了一些课题，其中之一是，电子和数字空间的用户由于加入网际空间并且日渐依赖信通技术而得到了哪些权利，有什么期

¹² World Summit on the Information Society, Outcome Documents, Geneva 2003-Tunis 2005. The World Summit (WSIS) was held in two phases in Geneva 10-12 December 2003 and in Tunis 16-18 November 2005. The Geneva Declaration of Principles, the Geneva Plan of Action, the Tunis Commitment and the Tunis Agenda for the Information Society constitute the Outcome Documents and are available at <http://www.itu.int/wsisis> (visited on 16 March 2006).

¹³ Montreux Declaration on the Protection of personal data in a globalised world: a universal right respecting diversity, adopted by Data Protection and Privacy Commissioners assembly in Montreux for their 27th International Conference, 14-16 September 2005, available at <http://www.privacyconference2005.org>. See also the interest in the subject as reflected in paragraph 51 of the Declaration of the Heads of Governments and States of Countries which share French language at their Summit in Ouagadougou, November 2004:

«Nous sommes convenus d'attacher une importance particulière à la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes, notamment de leur vie privée, dans l'utilisation des fichiers et traitements des données à caractère personnel. Nous appelons à créer ou consolider les règles assurant cette protection. Nous encourageons la coopération internationale entre les autorités indépendantes chargées dans chaque pays de contrôler le respect de ces règles.»

The Internet Governance Forum has also identified data protection as one of the issues requiring discussion, see generally <http://www.intgovforum.org>. (visited on 7 April 2006).

¹⁴ Frank H. Easterbrook, “Cyberspace and the Law of the Horse”, University of Chicago Legal Forum, (1996), pp.207-216.

¹⁵ Raymond S.R. Ku, Michele A. Faber, Arthur J. Cockfield, *Cyberspace Law: Cases and Materials* (New York: Aspen Law and Business, 2002), p. 37 quoted by Van N. Nguy, “Using Architectural Constraints and the Game Theory to Regulate International Cyberspace Behaviour”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5, (2001), 431 at 432.

待？¹⁶ 在处理与电脑相关的问题过程中可以看到三种法律对策。¹⁷ 显然，这些对策并不那么容易区分，是相互重叠的。首先，已有的法律经常被适用于新的情况；第二，已有的法律可能不足以应对新的情况，但还是经修订加以适用；第三，新的问题要求创建新的法律。¹⁸ 在这种网际空间法当中，为了处理信通技术带来的问题，

¹⁶ 其他的命题涉及到治理：信通技术得到改善而带来的电子和数字空间由谁治理和规范，怎样规范，可以采用哪些工具加以规范？一般而言，各种行为者对于治理电子和数字空间所作出的推理回答都包括下列三种立场当中的一项：(a) 较为传统式的中央管理办法，由政府作为互联网和信通技术活动的管理人；(b) 放任式办法，认为互联网和信通技术活动是新的社会前沿，传统的规则不再使用也不再适宜，根本的运行宗旨是自治和自律；最后一种是(c) 国际性较强的立场。这种立场认为，互联网的全球和互联性质和信息社会的出现更适合通过国际法加以规范。这些答案是相互交错、相互关联和互为增强的。较一般而言，请参阅 Viktor Mayer-Schönberger, “The Shape of Governance: Analysing the World Internet Regulation”, *Virginia Journal of International Law*, vol.43 (2002-2003), 他提出了这三种网际空间法的论述并且将之称为(a) 基于国家的传统主义论；(b) 网际分离主义论；(c) 网际国际主义论，并且对其中每种立场都作了评判。另一个命题是，应当如何规范这个电子和数字空间，可以采用何种工具加以规范？

¹⁷ Frits W. Hondius, “Data Law in Europe”, *Stanford Journal of International Law*, vol.16(1980), p.87 at 88. 在日常生活—实际空间中，人的行为受到四种制约，即法律、社会规范、市场和“体系架构”，为了帮助分析理解“网际空间”法，所有这些都被采用，相互影响和互动。通常，参与数据跨界流动的各种行为者利用这些工具在不同层次实行规范。例如，政府可能会通过关于隐私权的法律，而传输线路和设施的提供者可能会商定相关的技术兼容标准、费率和协议；服务供应商可能会制订自己的隐私权守则；用户可能会按照某些互联网行为惯例行事；制造商可能会商定某些守则以便保证兼容性和联网。See generally, Lawrence Lessig, “The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach”, *Harvard Law Review*, vol.113 (1999-2000), pp.501-549 at p.509, 他关于体系架构的定义是，“‘我们看到的’有形世界或‘这个有形世界是如何构建的’。网际空间的体系架构是这个空间的守则—构成网际空间的软件和硬件”。

¹⁸ 同上。

适用或调整后适用了多个领域的法律。¹⁹ 一方面，合同法、侵权行为、证据、知识产权或不同法律之间的抵触与解决应用和利用信通技术带来的问题密切相关；另一方面，数据保护已经成为第三类法律对策的一个例子：对新的情况适用新的法律。²⁰ 本提案的重点就在这方面。数据保护的定义是，在处理个人信息的过程中，尤其是在利用信通技术辅助处理程序的情况下，保护个人的权利和自由及基本利益。²¹ 数据保护的愿望是，确保数据不被滥用，数据主体具有和保留纠正误差的能力。²²

B. 现有规范和规则的简述

6. 自 1960 年代后期以来，数据保护就一直是国际社会关注的问题。²³ 在这个问题上，总的方向是确保信息的自由流动。²⁴ 这种总体倾向对于国际贸易流动、保

¹⁹ 国际电信联盟侧重于数据跨界流动的体制基础设施和技术运作，其他一些组织参与制订数据处理、数据传输和数据安全的标准。see Michael Bothe “Data, Transborder flow and Protection,” *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. One (North-Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo: 1992), pp 950-961 at p.954. 联合国贸易法委员会 1985 年通过了关于计算机记录法律价值的一项建议，得到联大 1985 年 12 月 11 日第 40/71 号决议的批准。又见《联合国关于国际合同使用电子通信手段的公约》，联大 2005 年 11 月 23 日第 60/21 号决议。例如，又见欧洲议会和欧洲委员会关于统一信息社会版权的某些方面和有关权利的 2001 年 5 月 22 日第 2001/29/EC 号指令以及美国 1998 年的数字千年版权法。

²⁰ Frits W. Hondius, “Data Law in Europe, supra note 17, p. 88.

²¹ 同上，p. 89.

²² Bradley P. Smith, Book review “Policing across Natural Boundaries”, *Yale Journal of International Law*, vol.20 (1995), p. 215, at pp. 216-217.

²³ 国际人权会议 1968 年 5 月 12 日通过的《德黑兰宣言》第 18 段和关于人权与科技发展的第十一号决议表示的关注是，近期的科学发现和技术进步为经济、社会和文化进步开辟了广阔的前景，但同时也可能危害个人和各国人民的权利和自由。联大 1968 年 12 月 19 日第 2450 (XXIII)号决议请秘书长研究科技发展引起的人权问题。见上文脚注 8 提到的报告。这个问题最终被提到了人权委员会。例如，见人权委员会 1971 年 3 月 18 日第 10 (XXVII)号决议。欧洲委员会 1968 年设立了关于统一计算机输入数据合法手段的专家委员会，另外，经合组织 1969 年成立了第一个专家组即数据库专门组。后来，又于 1978 年成立了跨界数据障碍和隐私权保护问题专家组。

护知识产权和保护人权特别是隐私权有着影响。国家或业界采用的各种方针倾向于强调对各种价值观重视程度上的不同之处。对这个领域加以规范的有多种约束性和非约束性文书、国家法规和司法裁决。经过联合国、欧洲委员会和经合组织范围之内所作的早期努力，通过了“第一代”文书，为 1970 年代开始在国家层次颁布“第一代”法规发挥了协同作用。²⁵ 这些文书承认，数据保护的愿望和国家之间信息自由流动的愿望之间存在着冲突，这是基本问题。²⁶ 德国的黑森州首先在 1970 年颁

²⁴ 《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》确认了跨越疆界索取、接受和发送信息和思想的权利，又见一些区域性人权文书：Article 19 of the UDHR, article 19 of the ICCPR. See also article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 1950; article 13 of the American Convention on Human Rights, San Jose, 1969; article 9 of the African Charter on Human and People's Rights; the Concluding Document of Vienna Meeting 1986 of representatives of the participating States of the conference on Security and Cooperation in Europe, paragraphs (34)-(46); Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the Conference on Security and Cooperation in Europe (1990), part II, paragraph 9; Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the Conference on Security and Cooperation in Europe (1991), part II, paragraph 26; article 23 of the Cairo Declaration on Human Rights in Islam.

²⁵ 欧洲委员会首先在 1973 年通过了关于私营部门电子数据库保护个人隐私的一项决议，即欧洲委员会第 73 (22)(1973)号决议，后来又通过了关于公共部门电子数据库保护个人隐私的另一项决议，即欧洲委员会第 74 (29) (1974)号决议。经合组织在 1980 年通过了关于保护隐私和个人数据跨界流动的准则，欧洲委员会在 1981 年通过了关于在自动处理个人数据方面保护个人的公约。联合国内的努力用了较长的时间才成熟起来。人权委员会在 1977 年第 10B (XXXIII)号决议中请防止歧视和保护少数小组委员会开展关于计算机化个人档案相关准则的第二次研究。路易·儒瓦内先生(法国)担任了小组委员会有关这个问题的特别报告员。他提出的报告建议考虑采用可能的办法制定由国家和国际立法确定的最低标准。联大 1990 年 12 月 14 日第 45/95 号决议通过了经济及社会理事会 1990 年 5 月 25 日第 1990/38 号决议所载联合国关于计算机化个人电脑档案的准则。关于准则执行情况的后继动态，见按照 1993 年 3 月 10 日第 1993/113 号决定编写的 E/CN.4/1995/75 号文件；按照 1995 年 3 月 8 日第 1995/114 号决定编写的 E/CN.4/1997/67 号文件；按照 1997 年 4 月 16 日第 1997/122 号决定编写的 E/CN.4/1999/88 号文件。人权委员会未经表决予以通过的 1999 年 4 月 28 日第 1999/109 号决定(a) 由于各国正在逐步考虑到适用的准则，因此从议程中删去这个问题；请秘书长委托主管的检查机关确保联合国系统内有关组织贯彻落实相关准则。

²⁶ Jon Bing, "The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection", *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol.5 (1984), p.271 at 273.

布了一般性的数据保护法规，²⁷ 瑞典 1973 年颁布了相关法规，是这样做的第一个国家。²⁸ 其他一些国家采取的办法是采用部门性较强的专项法规。²⁹

7. “第一代”法规在贯彻执行的过程中存在着差异，因而在欧盟和其他地方推动了行动和进一步的动态。随之而来的是通过了“第二代”文书，³⁰ 其中有些，如

²⁷ Data protection derives its name from German “Datenschutz”. Sweden: *Data Act of 1973 (Datalagen, 1973: 289)*, in force 1 July 1974. See also for example, Norway: *Personal Data Registers Act of 1978 ((lov om personregistre mm av 9 juni 1978 nr 48)*, in force 1 January 1980; Denmark: *Private Registers Act of 1978 (lov nr 293 af 8 juni 1978 om private registre mv)* and *Public Authorities’ Registers Act of 1978 (lov nr 294 af 8 juni 1978 om offentlige myndigheders registre)*, both in force 1 January 1979; Canada: *Human Rights Act 1977*; 1982 *Federal Privacy Act*; Germany: *Federal Data Protection Act, “Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)” 1977*; France: *Act 78-17 of 6 January 1978 concerning Data Processing, Files and Liberties*; United Kingdom: *Data Protection Act 1984*.

²⁸ Jon Bing, “The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines ...”, *supra* note 26, p. 271.

²⁹ In the United States, the following legislation were for example passed: *Privacy Act, Pub. L. No.93-579 (1974)*; *Fair Credit Reporting Act, Pub. L. No. 91-508 (1970)*; the *Right to Financial Privacy Act, Pub. L. No. 95-630 (1978)*; *Cable Communication Policy Act, Pub. L. No. 98-549 (1984)*; *Family Educational Rights and Privacy Act, Pub.L.93-380, 1974*.

³⁰ 1994 年的世贸组织《服务贸易总协定》中关于一般例外的第十四条除其他外提到了采用或实施以下措施：(c) 为服从与本协定规定不相抵触的法律和规定的需要，包括与下属有关的：……(ii) 保护个人隐私和有关个人资料的处理与扩散，以及保护个人记录和账户的秘密。又见关于处理个人数据和此类数据自由流动方面保护个人的 1995 年欧洲议会和理事会第 95/46/EC 号指令，其中详细制定了隐私权规范结构以供欧盟成员国在国内采用，*Official Journal L.281 of 23.11.1995*. In 2001; 2001 Council of Europe, *Additional Protocol to the 1981 Convention*; 关于电信业处理个人数据和保护隐私权的 2002 年欧盟议会和委员会第 2002/58/EC 号指令取消了早先关于同一内容的 1997 年欧洲议会和委员会第 97/66/EC 号指令。又见关于提供公开可得电子通信服务或公共通信网络方面保留生成或处理的数据的 2006 年欧盟议会和委员会指令，其中修订了第 2002/58/EC 号指令。欧洲联盟 2000 年 12 月 7 日颁布的《基本权利宪章》(尚未生效)载有关于保护个人数据的一条具体规定：

1. 每个人有权保护关于基本的个人数据。
2. 此类数据的处理必须处于有关者说明的目的并得到本人同意，或按照法律规定的合法依据进行。每个人有权检索所收集的涉及其本人的数据并有权加以纠正。
3. 由独立的机关负责检查遵守上述规则的情况。

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

欧盟的指令，涉及到第三国³¹和“第二代”法规³²，另外还出现了一些努力，推动以在多边框架内制订的法规范本为基础颁布立法。³³其他一些国家仍然倾向于颁布

³¹ 第 25 条处理了在充分保护的基础上将个人数据转向第三国的的问题，第 26 条规定了允许克减的具体情况。回应这一欧盟指令，美国商业部通过了安全港口隐私原则鼓励公司予以合作，美国商业部 2000 年 7 月 21 日颁发的这一原则可在下列网页查阅：<http://www.export.gov/safeharbor/SHPRINCIPLESFINAL.htm> (visited on 24 March 2006)。欧共体委员会第 2000/520/EC 号决定确认这些原则提供了充分的保护。关于向美国传输数据的适足保护程度问题，欧共体法院于 2006 年 5 月 30 日就第 C-317/04 和 C-318/04 号案件并案通过了一项裁决。欧洲议会除其他外要求取消批准向美国海关和边境保护局发送航班乘客名单记录数据的欧共体委员会决定(2004 年 5 月 14 日第 2004/535/EC 号)，第 C-317/04 和 C-318/04 号案件。法院以此事超出共同体主管范围作为技术性理由取消了委员会的这项决定。

³² Argentina: Personal Data Protection Act “Ley de Proteccion de los Personales (Act 25.326) of 4 October 2000; Australia: 1988 Privacy Act and the 2000 Privacy Amendment Act (private sector); Austria: Personal Data Protection Act 17 August 1999 and Landers’ legislations to implement the EC Directive; Brazil: Anteprojeto de Lei No.61/1996; Anteprojeto de Lei No.151; Belgium: Law on Privacy Protection in relation to the Processing of Personal Data, 8 December 1992, modified by the implementation law of 11 December 1998 and Secondary Legislation of 13 February 2001; Canada: the 2001 Personal Information Protection and Electronic Document Acts (PIPEDA); Chile: Ley No. 19.628, Sobre la Proteccion de la Vida Privada, 28 August 1999; Cyprus: The Processing of Personal Data (Protection of the Individual) Law of 2001, as amended in 2003 and the Regulation of Electronic Communications and Postal Services Law of 2004; Czech Republic: Personal Data Protection Act, 4 April 2000; Denmark: Act on Processing of Personal Data (Act No. 429), 31 May 2000, Germany: Federal Data Protection Act (Bundesdatenschutzgesetz), 18 May 2001 and Landers’ Data Protection laws adopted to implement the European Directive; Estonia: Data Protection Act, 12 February 2003; Finland: Finnish Personal Data Act (523/1999), 22 April 1999, as Amended on 1 December 2000 and Finnish Data Protection Act in Working Places of 2004; France: Law 2004-801 modifying law 78-17 of 6 January 1978; Greece: Implementation Law 2472 on the Protection of individuals with regard to the processing of personal data entered into force 10 April 1997; Ireland: Data Protection Act 1998, amended by Data Protection Act 2003, 10 April 2003; Hungary: Act LXIII on the Protection of Personal Data and Public Access to Data of Public Interest of 1992, Act IV of 1978 on the Criminal Code on Misuse of personal data and misuse of personal information and Data Protection Act , 14 December 2001 (Act XXVI) as amended by Act XXXI of 2002; Italy: Protection of individuals and other subjects with regard to the processing of personal data Act No. 675, 31 December 1996 and New Data Protection Code entered into force 1 January 2004; Israel: Data protection Law enacted in 1981 and amended in 1996; Japan: the Act of the Protection of Personal Information, Law No. 57 of 2003; Latvia: Personal Data Protection Law Amended by Law of 24 October 2004; Lithuania: Law on Legal Protection of Personal Data, 21 January 2003, No IX-1296, with Amendments of 13 April 2004; Luxembourg: Data Protection Law, 2 August 2001; The Netherlands: Personal Data Protection Act, 6 July 2000 (the former sectoral Codes of conduct are under review to become legislations); New Zealand: Privacy Act , 1 July 1993;

部门性的专项法规。³⁴ 各国倾向于采用的办法深刻地植根于历史、法律和政治传统。³⁵ 较一般而言，欧洲通过的法律对收集数据加以限制。³⁶ 这些法律要求事先通知索取数据的目的。另外，除非经数据主体同意或通过法律运作，此后以任何方式使用数据必须合乎具体的目的。第二，法规规定了事后的控制检查，目的是确保数据的持续可靠性。关于此类数据记录存在的通知、数据检索权以及纠正数据误差的机会都是

Poland: Act on the Protection of Personal Data, 29 August 1997 amended on 1 January 2004; Paraguay: Data protection law in Paraguay, Act No. 1682 Regulating Private Information; Portugal: Personal Data Protection Law 67/98 of 26 October 1998; Republic of Korea: Act on the Protection of Personal Data maintained by Public Agencies Act (Act no. 4734) of 1994, the Act on the Promotion and Protection of Information Infrastructure, (Act No.5835) of 1999; Russian Federation: Law of the Russian Federation on Information, computerization, and Information Protection of 25 January 1995; Slovenia: 1999 Personal Data Protection Act (based on Council of Europe Convention) and Act Amending the Personal Data Protection Act in July 2001; Slovakia: Act No. 428/2002 coll. on Protection of Personal Data, as Amended by the Act No. 602/2003 Coll., Act No. 576/2004 Coll. and the Act No. 90/2005 Coll.; Spain: Ley Organica 15/1999 de Proteccion de Datos de Caracter Personal, 13 December 1999; Sweden: Personal Data Act 1998: 204 of 29 April 1998 and Regulation 1998: 1191 of 3 September 1998; Switzerland: Swiss Federal Act on Data Protection 235.1 (DPA) of 19th June 1992; Tunisia: Personal Data Protection Law No 2004-63, 27 July 2004; United Kingdom: Data Protection Act of 16 July 1998 completed by legislation of 17 February 2000.

³³ 2002 年在圣文森特和格林纳丁斯的金斯敦举行的英联邦法律部长会议提出了关于隐私权的两项法案范本草案(私营部门和公共部门)。对法律范本产生了影响的是加拿大个人数据保护制度、用以执行欧盟指令的 1998 年联合王国数据保护法以及经合组织准则。

³⁴ In the United States, the following legislation were passed: Privacy Act, 5 U.S.C. §552a (2001); Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C. §1681 (2001); Video Privacy Protection Act, 18 U.S.C. §2710-11 (2000); Cable Communications Policy Act, 20 U.S.C. § 551 (2000); Drivers Privacy Protection Act, 18 U.S.C. § §2721-2725 (2000); Telephone Consumer Protection Act, 47 U.S.C. §227 (2000); Family Educational Rights and Privacy Act, 20 U.S.C. §1232 (2000); Health Insurance Portability and Accountability Act, Pub. L. no, 104-191 (1996); Children On-line Privacy Protection Act, 15 U.S.C. §6501-06 (2000).

³⁵ Frits W. Hondius, "Data Law in Europe", 脚注 17, pp.87-110. 各国或者通过平等覆盖公共部门和私有部门的单一法令(如欧洲联盟成员国、阿根廷、智利、以色列、瑞士、俄罗斯联邦), 或者通过在不同章节内分别处理公共部门和私有部门的单一法令, 或分别处理公共部门和私有部门的两项法令(如澳大利亚、加拿大、巴拉圭、突尼斯); 或者通过一项覆盖公共部门的法令, 另外用单项法规处理私营部门活动的不同方面(如日本、大韩民国); 在有些情况下, 颁布一般性立法的同时对于不同的部门实行替代性法则(例如新西兰)。

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

此种可靠性的要件。³⁷ 第三，此类法规规范了此类数据的安全和保护方面的问题，对于储存和使用作了规定，包括防止损失、破坏和未经授权予以披露的程序。任何使用或披露都必须加以记录，如果发生未经授权加以使用或披露的情况即应通知数据主体。³⁸ 建立了处理这些问题的一种监察机制。第三，另外还考虑了控告和纠正制度。

8. 另一方面，美国具体采用的办法是部门性的，依靠立法、规章和自律的结合，³⁹ 对策倾向于以市场为驱动。立法基本上覆盖公共部门或其中的专门领域，得到保护的数据主体是公民和常驻外籍人员。而且，没有负责执法的单一机构。

9. 还可指出，业界在采用自律守则保护个人数据方面发挥了积极作用。⁴⁰

10. 判例法也承认数据保护的重要性。欧洲法院在“渔业案”中确认，数据保护原则是共同体法的一般性原则。该法院称，第 95/46/EC 号欧共体指令在共同体一级通过的一般原则已经构成成员国在所涉领域内的法律的一部分。⁴¹ 在 Rechnungshof 一案件中，欧洲法院指出，由于该项法令的规定针对的是处理有可能受到侵犯的个人数据问题，特别是隐私权问题，因此就必须参照基本权利解释，而基本权利是共同体法律的一般性原则。该法院还认为：

第 95/46 号指令第 6 条第 1 款(c)项和第 7 条(c)和(e)项可由个人在国家法院援引以求排除适用与这些规定相抵触的国家法律规则，因此可直接适用。⁴²

³⁷ 同上。

³⁸ 同上。

³⁹ 美利坚合众国关于互联网治理的评论，经济和工商事务局 2005 年 8 月 15 日公布：数据保护和隐私：……确保保护个人信息的任何有效方法包括：在金融、医药和儿童隐私等高度敏感领域保护消费者隐私的适当法律；政府执行此类法律；鼓励私营部门努力保护消费者隐私，见网页 <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2005/51063.htm>。(2006 年 3 月 21 日访问)。

⁴⁰ The International Chamber of Commerce is playing a lead role in this regard. See for example its Toolkit for Policy makers, at http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/TOOLKIT- rev.pdf.

⁴¹ *Case No C-369/98 R .v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Fisher, ECJ Judgment of 14 September 2000.*

⁴² *In Rechnungshof...in joined cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, ECJ Judgment of 20 May* (Reference for a preliminary ruling from the Verfassungsgerichtshof and Oberster Gerichtshof): *Rechnungshof (C-465/00) v Österreichischer Rundfunk and Others and between Christa Neukomm (C-138/01), Joseph Lauermann (C-139/01) and Österreichischer Rundfunk (2003/C 171/03), para.101.*

欧洲人权法院明确，承认保护个人数据包含在《欧洲公约》第 8 条规定的隐私权之内，因此是一项基本权利。⁴³

11. 约束性和非约束性的国际文书、各国通过的国家法规以及司法裁决揭示了若干核心原则，其中包括：(a) 合法和公正的数据收集和处理；(b) 准确性；(c) 目的的规定和限制；(d) 相称性；(e) 透明度；(f) 个人参与和特别是检索权；(g) 无歧视；(h) 责任；(i) 监督和法律制裁；(j) 个人数据跨界流动的数据等同性；(k) 克减原则。

C. 拟订供委员会审议的提案

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

界定本专题的范围

13. 隐私与数据保护之间存在着联系。隐私权已经具有数百年的历史，在许多国家的宪法⁴⁴以及约束性和非约束性国际文书⁴⁵中获得了地位和承认。但是，隐

⁴³ See also *Amann v. Switzerland*, 27798/95 [2000] ECHR 88 (16 February 2000); *Leander v. Sweden* - 9248/81 [1987] ECHR 4 (26 March 1987); *Rotaru v. Romania* - 28341/95 [2000] ECHR 192 (4 May 2000); *Turek v. Slovakia*, 57986/00 [2006] ECHR 138 (14 February 2006).

私权并不是绝对的，隐私权的范围和界限也并不总是易于衡量和划定。从哲学和分析的角度看，隐私涉及到多种可能和思想，这些可能和思想可划入下列类别之一，或横跨所有这些类别：(a) 空间、(b) 抉择、(c) 信息⁴⁶ 以及(d) 通信隐私。

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

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

16. 第二，本专题将处理为通信手段提供保护的问题，即第四类当中由于与保障信息隐私有关而涉及到的通信隐私的各个方面：邮件、电话、电子邮件和信通技术的其他形式的安全和隐私。随着技术的改进，信息的公开可得对于个人“保护自

⁴⁴ For example, in 1361, the Justices of the Peace Act 34 Edw. 3 c.1 in England provided for the arrest of peeping toms and eavesdroppers; a 1776 Public Records Act of Sweden required that all information held by government be used for legitimate purposes; in the United States, in 1890, Warren and Brandeis, “The Law of Privacy”, *Harvard Law Review*, vol.4 (1890-91), p.192 at 195, wrote that a right to privacy was “the right to be let alone”. In *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S.479 (1965), the Supreme Court gave an expansive interpretation of the Bill of Rights and averred that an individual had a constitutional right to privacy.

⁴⁵ Article 12 of the UDHR, article 17 of the ICCPR. See also articles V, IX and X of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, Bogota, 1948; article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 1950; article 11 of the American Convention on Human Rights, San Jose, 1969; the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Addis Ababa, 1990; article 18 of the Cairo Declaration on Human Rights in Islam. Cf. also article 18 of the African Charter on Human and People’s Rights. In the area of medical ethics, see for example the Nuremberg Code on Directions for Human Experimentation, the 1948 Declaration of Geneva and the 1964 Declaration of Helsinki.

⁴⁶ Jerry Kang, “Information Privacy...”, *supra* note 5, p. 1193 at 1202-1203. In *Whalen v. Roe*, 429 U.S.589 (1977), the United States Supreme Court extended the substantive due process protection of privacy to information privacy.

⁴⁷ 同上，p.1203。

⁴⁸ G. Michael Epperson, “Contracts for Transnational Information Services...”, *supra* note 36, at pp.160-161. “Data protection does not mean that all such privacy interests shall be fully protected. The term refers less to absolute prohibition of the accumulation and usage than to the establishment of procedures guaranteeing to data subjects the opportunity to know of the existence of data concerning them and of the uses to which such data will be put...” .

己的隐秘世界”这种传统隐私范式提出了挑战。⁴⁹ 数据安全、位置数据和流通数据都已经成为保护范围之内的要件。数据安全涉及到数据的物理安全，为此要努力确保数据在所在位置不会被破坏或篡改。数据还始终处于流通和运动状态，很容易落入第三方的控制范围。个人所处的位置(位置数据)⁵⁰ 和向另一方发送的内容(流通数据)⁵¹ 不再能够保证匿名。为静态或流动数据提供的保护类型和性质将是这一专题范围内的事物。但是，所提供的保护，必须按照社会对于确保有效执法，包括对于打击国际恐怖主义和有组织犯罪的工具需要加以权衡。

17. 第三，本专题将限于处理个人数据流动。⁵² 跨界数据流动可能会涉及到不同种类的数据，如(a) 业务数据；⁵³ (b) 实际金融交易；⁵⁴ (c) 科学或技术信息；⁵⁵ (d) 可识别个人身份的信息，如涉及信用、病历、刑事记录、与旅行有关的各种预订，或可能是一个简单的姓名或识别号码。其中只有可识别个人身份的数据是意图列入本提

⁴⁹ Daniel J. Solove, “Privacy and Power...”, *supra* note 1, at p. 1437.

⁵⁰ 使用者终端设备的经度、纬度和高度，位置信息的流向、水平和精度，网络单元的名称和位置信息的时间都已经变得可以容易地加以记录。

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

⁵² Eric J. Novotny, “Transborder Data flows and International Law: A framework for Policy-Oriented Inquiry”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 141, at 144 fn.7. “数据”和“信息”有时作为同义词使用。但是，从技术角度看：

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

⁵³ 同上，p.156。用于支持组织决定或维持某些行政职能的数据。

⁵⁴ 同上，p.157。涉及款项的进出和转账的数据。

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

案范围之内的数据，尽管此类数据也可能以业务或金融交易信息的形式出现，⁵⁶ 或者成为科学和技术调查包括人口调查的部分内容。

18. 可识别个人的身份信息可涉及到 (a) 与个人有关的根源；(b) 与个人有关的描述；(c) 与个人有关的工具性测绘。⁵⁷ 可能需要防止披露的是这些方面。自然人一般都与可识别个人身份的信息相联。在有些国家，法人和其他实体可能会受到影响。⁵⁸ 这一基于属人理由的专题范围将必须决定如何处理除自然人以外的其他实体。

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

20. 第四，在保护信息数据方面，存在着一些得到承认的限制和例外以及相互冲突的利益。实际上，国家宪法和司法裁决以及国际人权文书所提供的隐私保护以克减或限制为形式承认了可能的限制和例外。

⁵⁶ 同前引书，p.157。又见 2005 年 9 月 20 日被宣布为可予受理的一起未决案件 (*Segerstedt - Wiberg and others v. Sweden, Application No. 62332/00*)。欧洲人权法院将必须断定，收集和储存有关个人的、“与其公共活动有关的”、“已经公开的”、准确的和出于国家安全而收集的信息是否构成对于隐私权的侵犯。另外这还涉及到拒绝向所涉个人通知所收集信息的全部内容的权利。冰岛最高法院在关于 *Guomundsdottir v. Iceland* 一案的 2003 年 11 月 27 日第 151/2003 号裁决中就 DNA 数据和死者身份的查验处理了“个人数据”问题。See Dr. Renate Gertz, “An Analysis of the Icelandic Supreme Court judgment on the Health Sector Database Act,” *Journal of law and technology*, vol. 1, issue 2, June 2004, pp. 290-306.

⁵⁷ Jerry Kang, “Information Privacy...”, *supra* note 5, at pp.1207-08..

⁵⁸ Eric J. Novotny, “Transborder Data flows and International Law...” *supra* note 52, at p.157.

定 义

21. 数据跨界流动被界定为“为了处理和/或储存[信通技术]档案而跨越政治疆界以电子方式传输数据”。⁵⁹ 这一基于属物理由的专题范围是需要认真考虑的问题，尤其需要研究的是，涉及的是否仅为自动化生成的计算机数据，还是任何类型的数据，包括人工生成和处理的数据；范围的界定是应当看使用的技术，还是应当看涉及到的任何类型数据而无论技术如何。

22. 需要加以界定的术语包括数据、数据主体、数据使用者、数据档案、数据保留、数据保存、可识别个人身份的数据、敏感数据、流通数据、位置数据、个人数据跨界流动、个人数据的处理、通信、第三方使用者、登记和交易数据、点击流数据。这些定义只是示意性的，需要考虑到网络环境中不断发生的技术进步。

核心原则

23. 在这个领域几乎四十年来的发展中，可以找到一些核心原则，这些原则包括下列各项：⁶⁰

- 合法和公正的数据收集和处理：这些原则设想，个人数据的收集仅限于必要的最低程度。尤其是此类数据不应非法或通过不正当手段获得；
- 准确性：信息质量原则是一种定性规定，由此而来的一种责任是，数据对于使用的目的来说应当准确，达到必要的完备程度，是最新数据；
- 目的规定和限制：这些原则规定的要求是，应当向数据主体说明收集数据的目的。除了说明的目的之外，不应出于其他目的披露、提供或

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

⁶⁰ See generally, Justice Michael D. Kirby, “Transborder Data flows and the ‘Basic Rules’ of data privacy”, *Stanford Journal of International Law*, vol.16 (1980), pp.27-66. See also John M. Eger, “The Global Phenomenon of Teleinformatics: An Introduction”, *Cornell International Law Journal*, vol.14 (1981) pp.203-236. See also Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, United States Department of Health, Education, and Welfare, *Records, Computers and the Rights of Citizens* (1973).

以其他方式使用数据。数据的披露、提供或使用必须有数据主体的同意或知情，或按法律行事。此后的任何使用也仅限于此种目的，或与此种目的并不矛盾的另一种目的。各国采取的方针存在着差异。有些国家认为取得同意的义务属于事前义务。

- 相称性：相称性提出的要求是，采取的必要措施应当相称于所坚持的合法主张。
- 透明度：指在保护个人数据方面，对于动态、做法和政策采取一种开放的总体政策。
- 个人参与以及尤其是检索权：对于数据保护的目而言，这项政策可能是最为重要的。个人应当可以检索此类数据，并且能够判定档案保管人是否具有与其相关的数据，获得此种信息或使此种信息以某种合理的格式、方式和费用传输给本人。这一原则使个人有权了解任何数据档案的存在情况及其内容，对数据提出质疑并要求数据得到纠正、修改或删除。
- 无歧视：这项原则是指，不应当汇编有可能引起非法或任意歧视的数据。其中包括基于种族或族裔起源、肤色、性生活、政治见解、宗教、哲学、和其他信仰以及某个社团或工会的成员身份整理的信息。
- 责任：这项原则涉及的是数据安全，应当采取负责和妥当的措施保护数据，防止数据的损失和破坏，防止未经授权的检索、使用、修改或披露，数据档案的保存人应当对数据负责。
- 独立监察和法律制裁：监察和制裁要求，应有一种机制确保正当程序和原则。应当建立起法律上负责的一个机关实施数据保护规定。
- 个人数据跨界流动的数据等同性：这是一个一致性原则，目的是在数据流动符合标准或被认为就目的而言并无不妥的情况下，避免对数据的自由流动造成无理障碍和限制。
- 克减原则：这是指，为了保护国家安全、公共秩序、公共健康或道德，或者为了保护他人的权利，规定例外和实行限制的权力。

克 减

24. 隐私关注极其重要，但必须与其他价值一权益取得平衡。与保护个人联系在一起的避免困窘、建立亲密关系和防止滥用的隐私价值观，必须权衡兼顾防止个人对于个人信息加以控制的其他反价值观，诸如不干扰破坏国际贸易和商务流动以及信息流动的必要性、保护真相的必要性以及在安全环境中生活的必要性。⁶¹ 有些限制和例外是允许的，例如，在国家安全、公共秩序、⁶² 公共健康或道德⁶³ 方面，或者为了保护其他人的权利和自由，以及出于有效执法和在国际上开展打击犯罪的司法合作的必要性，包括打击国际恐怖主义和有组织犯罪构成威胁。

25. 个人数据的处理必须按照人权原则加以解释。⁶⁴ 因此，符合公共利益的任何目标如果符合以下条件，就有理由干预私人生活：(a) 符合法律，(b) 为在民主社会内追求合法目标所必需，(c) 并非与追求的目标不相称。⁶⁵ “符合法律”一语超出了要求国内法具备某种法律依据的形式上的规定，它要求的是，法律依据可予“评估”和“预见”。⁶⁶ 可预见性的必要条件是，规则的制订有充分的确切性，以便任何个人能够规范自己的行为。⁶⁷

⁶¹ See generally, Catherine Crump, “Data Retention: Privacy, Anonymity and Accountability Online, *Stanford Law Review*, vol.56 (2003-2004), pp.191-229.

⁶² See e.g. 2001 Council of Europe Convention on Cybercrime in 2001 and adopted at Budapest on 23 November 2001, ETS no. 185.

⁶³ 例如，教科文组织 1997 年 11 月 11 日通过了《世界人类基因组和人权宣言》，得到了联合国大会 1998 年 12 月 9 日第 53/152 号决议的赞同。又见 1997 年 3 月 4 日在奥维埃多通过的 1997 年欧洲委员会关于在生物技术和医学应用方面保护人权和人的尊严公约，ETS no.164; 1998 年 1 月 12 日的欧洲委员会关于在生物技术和医学应用方面保护人权和人的尊严公约 1998 年附加议定书，ETS no. 168。

⁶⁴ *Rechnungshof...in joined cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01, ECJ Judgment of 20 May 2003.*

⁶⁵ *Fressoz and Roire v. France* -29183/95 [1999] ECHR 1, 1999 年 1 月 21 日。例如，在审查对称性时，应考虑到数据影响私人生活的程度。对于关系到私人亲密关系、健康、家庭生活或性生活的数据，加以保护的力度必须大于关系到收入和税务的数据，后一类数据虽然也是个人数据，但对身份的涉及程度较低，因此敏感程度也就较低。

⁶⁶ *Amann v. Switzerland*, supra note 41, para 55-62.

⁶⁷ *Malone v. United Kingdom*, Judgment of 2 August 1984, ECHR Series A, no. 82, pp.31-32, para.66.

26. 在国家行为方面也出现了一些问题。第一个问题涉及到数据保留和数据保存。在网际世界中，有两种收集个人信息的基本方法：(一) 来自使用者的直接索取(登记和交易数据)⁶⁸；(二) 暗中追踪互联网漫游途径(点击流数据)。⁶⁹ 各国出于执法目的利用法律监测网际空间活动的方式之一是颁布数据保留法规。⁷⁰ 互联网服务供应商基本上都被要求就其客户在网际空间的活动记录点击流、收集和储存数据。这引起了一些特别的关注，因为这种要求：

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

27. 数据保存不同于数据保留，是针对面临调查、但法院尚未签发相关命令的某个客户保存记录和其他证据的一种执法工具，权限范围相对有限。⁷² 以允许识别数据主体的方式保护个人数据在有些情况下可能要求，一旦目的失去时效，数据即应销毁、妥为存档或改变标识。数据保留的时间越长，或加以保留的法令越一般化，从隐私角度按照人权原则提出的关注就越强烈。

⁶⁸ Daniel J. Solove, “Privacy and Power: ...”, *supra* note 1, at p.1408.

⁶⁹ 同上, p.1411.

⁷⁰ 例如，欧共体委员会 2004 年 5 月 14 日的第 2004/535/EC 号决定。瑞士的互联网服务供应商须按照法律规定记录所有电子邮件的时间、日期、发件人身份和收件人身份。西班牙也规定互联网服务供应商将用户的某些类型数据保留一年。又见 2006 年欧洲联盟议会和委员会关于在提供公开可得的电子通信服务或公共通信网络方面保留所生成的或处理的数据、修订了第 2002/58/EC 号指令的指令。

⁷¹ Catherine Crump, “Data Retention: Privacy, ...”, *supra* note 61, p.194.

⁷² 2001 年提供必要的适当工具截获和阻断恐怖主义以团结和加强美国法(《美国爱国法》)对于法规作了多处修正，以便加强美国执法机关的调查和监测能力。《美国爱国法》修正的法规包括，监听法、电子通信隐私法、计算机欺诈和滥用法、外国情报监测法、家庭教育权利和隐私法、笔名登记和诱捕及追踪法、洗钱法、移民和国籍法、洗钱控制法、银行保密法、金融隐私权法、公正信用报告法。

28. 第二个相关问题是政府进入个人和公共数据库的检索权，政府购买私营数据库的个人信息用于执法的能力。此类数据库的数据往往是自愿汇编的，自愿与政府机关分享。⁷³

29. 可能需要找到保证数据保留或数据保存以及检索权不会使隐私的实质内容受到根本损害的保障方法。

30. 关于为统计用途或科学研究、新闻目的、艺术或文学表现而使用档案，还有一个承认限制的问题。保护真相的重要性和信息自由流动的重要性必然要求，某些数据档案即使可能涉及到可识别个人身份的数据，也必须区别对待。使用关于统计、技术或科学研究的档案，或关于新闻报道或文学艺术表现的档案就属于这个类别。知情权可能会受到限制，只要是此类限制以法律为依据，并且必须是尊重他人权利和名誉，保护国家安全或公共秩序或公共健康和道德所必需。

数据的准确性/等同性

31. 数据从一个国家向另一个国家传输带来了安全和保护问题，当另一国家无法确保适当保护水平时，是否和在何种情况下应当实施传输，适用的法律是什么，应当如何解决由此产生的问题。因此，数据准确性和数据等同性问题可能需要在本专题范围内作某些处理。

32. 下列附录仅属示意性，简要列出了可能需要加以解决的问题：

⁷³ See generally, Daniel J. Solove, “Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy”, *Southern California Law Review*, vol.75 (2002), p.1083. The New York Times on Tuesday 21 March 2006, B.6, “Librarian Is Still John Doe, Despite Patriot Act Revision”, notes that 30,000 national security letters are issued in a year demanding patron records. See also *John Doe; American Civil Liberties Union; and American Civil Liberties Union Foundation v. Attorney-General, et al.*, United States Southern District Court of New York, opinion, decision and order of Judge Victor Marrero.

附 录

- **范 围：**保护个人数据和通信隐私
 - 基于属人理由的范围：个人数据
 - 基于属物理由的范围：私营和公共部门：是否应当将国际组织包括在内的问题
 - 可能的排除：纯粹的个人和家庭活动
- **定 义：**数据、数据主体、数据使用者、数据档案、数据保留、数据保存、可识别个人身份的数据、敏感数据、流动数据、位置数据、个人数据跨界流动、个人数据的处理、通信、第三方使用者、登记和交易数据、点击流数据
- **核心原则：**合法和公正的数据收集和处理、准确性、目的规定和限制、相称性、透明度、个人参与及尤其是检索权、无歧视、责任、独立监督和法律制裁、个人数据跨界流动的数据等同性、克减
- **检索权限制：**维护公共秩序、国家防务和安全、公共健康等等
- **保密和安全：**通信保密、敏感数据的安全
- **数据主体的权利：**被通知、不同意、检索、修正、出于合法理由反对处理数据、救济
- **数据处理：**公正性和合法性、问责
- **合法数据处理的标准：**同意、合同义务、其他法律义务、保护数据主体重大利益的必要性、为公共利益所必要、为合法权益所必要
- **例外和限制：**国家安全、国防、公共安全、刑事执法、财税问题和经济利益、保护数据主体和他人
 - 制订政策(人口普查、人口登记、普查)、科学、研究和统计、新闻和艺术活动
- **制裁和救济：**行政、司法
- **跨界保护的适足水平：**适足度原则、适足度的判定、克减
- **实施：**立法、规章、自律

Selected bibliography

All European Academies, *Privacy protection in the information society* (Amsterdam: Allea, 2002).

Bauchner, Joshua S., "State Sovereignty and the Globalizing Effects of the Internet: A case Study of the Privacy Debate", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), pp 689-722.

Bauchner, Joshua S. and Ramani, Rekha, *International Regulatory Devices: Legal Research Guides to the EU Data Protection Directive and the Convention on Biological Diversity*, (Buffalo, NY: Hein, 2001).

Beardwood, John and Fabiano, Daniel, "Approaches to 'Extra-jurisdictional' Data Transfers in Canadian and European Outsourcing : a Comparative Approach", *Computer Review International* vol. 6 (2005) , pp 166-177.

Becker, Richard K.A., "Transborder Data flows: Personal Data - Recommendations of the Organization for Economic Co-operation and Development concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder flows of Personal data, O.E.C.D. Doc. C(80) 58 (Oct. 1, 1980), *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981) pp 241-247.

Belleil Arnaud, *E-privacy : le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'Internet*, (Paris : Dunod, 2001).

Bergkamp, Lucas, *European Community law for the new economy* (Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2003).

Beyleveld, D et al (eds.), *The Data Protection Directive and medical research across Europe* (Aldershot: Ashgate, 2004).

Bignami, Francesca, "Transgovernmental Networks vs. Democracy: the Case of the European Information Privacy Networks", *Michigan Journal of International Law*, vol.26 (2005) pp 807-886.

Bing, Jon, "The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection", *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol.5 (1984) pp 271-303.

Bureau international du travail, *Protection des données personnelles des travailleurs* [Texte imprimé]: recueil de directives pratiques du BIT (Genève : Bureau international du Travail, 1997).

Bothe, Michael, "Transborder Data Flows: Do we mean Freedom or Business?", *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), pp 333-344.

Bothe, Michael, "Data, Transborder flow and Protection", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. One (North - Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo: 1992), pp 950-961.

Bourgeois, Claude (sous la direction de Jérôme Huet), *L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information*, Thèse de l'Université René Descartes (Paris, 2003)

Boyle, David C., "Proposal to Amend the United States Privacy Act to Extend Its Protections to Foreign Nationals and Non-Resident Aliens", *Cornell International Law Journal*, vol. 22 (1989), pp 285-305.

Brulin, Hughes, *La protection des données : quête et errements dans le Troisième Pilier, Actualités de droit pénal européen*, (Bruxelles: La Charte, 2003), pp 133-152.

Burke Michael E. et al, "Information Services, Technology, and Data Protection", *International Lawyer*, vol. 39 (2005) pp 403-416.

Carr, James G., "Wiretapping in West Germany", *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), pp 607-645.

Chassigneux, Cynthia, *L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne*, (Ann Arbor. Michigan: UMI Dissertation Services, 2004).

Chatillon, Georges (Dir.), *Le Droit international de l'Internet : actes du Colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje* (Bruxelles, Bruylant, 2002).

Chene, Thibault (sous la direction de Monsieur Gaël Kostic), *La protection des données personnelles face aux fichiers des renseignements généraux*, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II (2005).

Chung, Chan-Mo and Shin, Ilsoon, "On-Line Data Protection and Cyberlaws in Korea", *Korean Journal of International & Comparative Law*, vol. 27 (1999) pp 21-43.

Commission nationale de l'informatique et des libertés; [réd. par Louise Cadoux], *Voix, image et protection des données personnelles* (Paris : la Documentation française, 1996).

Crump, Catherine, "Data Retention: Privacy, Anonymity, and Accountability Online", *Stanford Law Review*, vol.56 (2003-2004), pp 191-229.

Damon, Lisa J., "Freedom of Information versus National Sovereignty: the need for a new global forum for the Resolution of Transborder data Flow Problems", *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1986-1987), pp 262-287.

Daniel-Paczosa, Angela, "Data Protection and the Right to Privacy in the United States and West Germany: Comments and Notes", *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1987), pp 154-163.

de Graaf, Frits, "The Protection of Privacy in Dutch Law", *Human Rights*, vol. 5 (1975-1976), pp 177-192.

De Schutter, B., "Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice", *Integrated Security in Europe: A Democratic Perspective, Bruges, 14-17 November 2001*, (Bruges :College of Europe, 2001) pp 51-55.

De Schutter, Olivier, « Article II-68: Protection des données à caractère personnel », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, (Bruxelles: Bruylant, 2005) pp 122-152.

Dempsey, James X. and Flint, Lara M., "Commercial Data and National Security", *George Washington Law Review*, vol. 72 (2004), pp1459-1502.

Dhont, Jan and Perez Asinari, María Verónica, « New Physics and the Law: A Comparative Approach to the EU and US Privacy and Data Protection Regulation, in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, (Namur : Presses Universitaires de Namur, 2003), pp. 67-97.

Dilascio, Tracey, "How Safe is the Safe Harbor?: U. S. and E. U. Data Privacy Law and the Enforcement of the FTC's Safe Harbor Program", *Boston University International Law Journal*, vol.22 (2004) pp 399-424.

Easterbrook, Frank H., "Cyberspace and the Law of the Horse", *University of Chicago Legal Forum* (1996) pp 207-216.

Eger, John M., "The Gloval Phenomenon of Teleinformatics: An Introduction", *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), 203-236.

Elmajzoub, Mira (sous la dir. de Jean Frayssinet), *La gestion des données personnelles dans le secteur de la police en Europe*, Thèse de l'Université Montpellier I. (UFR Droit, 2004).

Epperson, G. Michael, "Contracts for Transnational Information Services: Securing Equivalency of Data Protection", *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), pp 157-175.

Estadella-Yuste, Olga, "The Draft Directive of the European Community Regarding the Protection of Personal Data", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), pp 170-179.

Evans, A.C., "European Data Protection Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), pp 571-605.

Fenoll-Trousseau, Marie-Pierre (dir.), *Internet et protection des données personnelles* (Paris : Litec, 2000).

Fishman, William L., "Introduction to Transborder Data Flows", *Stanford Journal of International Law*, vol.16 (1980), pp 1-26.

Fishman, William L., "Some Policy and Legal Issues in Transborder Data Flow", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980) pp. 179-188.

Frazier, Leah E., “Extraterritorial enforcement of Pipeda: A Multi-tiered analysis”, *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004) pp. 203-225.

Gao, Fuping, “The E-Commerce Legal Environment in China: Status Quo and Issues”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18 (2004), pp. 51-75.

Garcia Belaude, Domingo, “El Habeas data y su configuración normativa (con algunos referencias a la Constitución peruana 1993),” in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998) pp. 715-722.

Gerards, Janneke Hilligle, Heringa, Aalt Willem and Janssen, Heleen Louise, *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective: General issues concerning genetic information, Genetic information in European states, International and national legal instruments, Regulation of genetic information in the United States* (Antwerp, Intersentia, 2005).

Gevers, Sjef, “Human Tissue Research with Particular Reference to DNA Banking”, *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention : Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, (Leiden: Nijhoff, 2005), pp. 231-244.

Gilbert, Françoise, “Emerging issues in Global AIDS policy: Preserving privacy”, *Whittier Law Review*, vol. 25 (2003), pp. 273-306.

Goemans, Caroline and Dumortier, Jos, “Enforcement Issues - Mandatory Retention of Traffic Data in the EU : Possible Impact on Privacy and On-line Anonymity, in *Digital Anonymity and the Law : Tensions and Dimensions* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) pp.161-183.

Gouras, Eckhart K., “The Reform of West German Data Protection Law as a Necessary Correlate to Improving Domestic Security”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1985-1986), pp.597-621.

Groetker, Ralf, “Looking for Mohammed: Data Screening in Search of Terrorists, in *Ethics of Terrorism & Counter-terrorism* (Frankfurt: Ontos Verl, 2005), pp. 301-318.

Gubitz, Arnulf S., “The U. S. Aviation and Transportation Security Act of 2001 in Conflict with the E. U. Data Protection Laws : How much Access to Airline Passenger Data does the United States need to combat Terrorism?”, *New England Law Review*, vol. 39 (2005) pp. 431-475.

Heisenberg, Dorothee, *Negotiating privacy: The European Union, the United States, and Personal Data Protection* (Boulder, Lynne Rienner, 2005).

Herran Ortiz, Ana Isabel, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información* (Bilbao, Universidad de Deusto, 2003).

Hetcher, Steven, “Changing the Social Meaning of Privacy in Cyberspace”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2001-2002) pp. 149-209.

Hondius, Frits W., “Data Law in Europe”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp 87-111.

Hondius, Frits W., *Emerging Data Protection in Europe* (Amsterdam: North Holland Publishing Co., American Elsevier Publishing: New York 1975)

Hoofnagle, Chris Jay, "Big Brothers Little Helpers: How Choice Point and Other commercial Data Brokers Collect and Package Your Data for Law Enforcement", *North Carolina Journal of international Law and Commercial Regulation*, vol. 29 (2004) pp. 595-637.

Institut international d'administration publique (Editeur scientifique), *La protection des données personnelles* (Paris: Institut international d'administration publique, 1999).

Ivascanu, Daniela, "Legal Issues in Electronic Commerce in the Western Hemisphere", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17 (2000) pp. 219-255.

Kang, Jerry, "Information Privacy in Cyberspace Transactions", *Stanford Law Review*, vol.50 (1997-1998) pp. 1193-1220.

Kirby, Justice Michael D., "Transborder Data Flows and the "Basic Rules" of Data Privacy", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980) pp. 27-66.

Kossick, Robert, "The Internet in Latin America: New Opportunities, Developments, & Challenges", *American University International Law Review*, vol.16 (2002-2001), pp. 1309-1341.

Lehdonvirta, Vili, "European Union Data Protection Directive: Adequacy of Data Protection in Singapore", *Singapore Journal of Legal Studies* (2004) pp. 511-546.

Lemay, Virginie (sous la dir. de Monsieur KOSTIC), *La protection des données personnelles face aux nouvelles conditions d'entrée aux Etats-Unis*, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II, 2004.

Lessig, Lawrence, "The Law of the Horse: What Cyberlaw might teach", *Harvard Law Review*, vol 113, (1999-2000) pp. 501-549.

Lipowicz, Irena, Right to Information versus Data Protection: a Challenge for Modern Constitution and Modern Society, in *The Constitutional Revision in Today's Europe*, (London: Esperia, 2002) pp. 479-482.

Lowther, Ryan, "U.S. Privacy Regulations Dictated by EU Law: How the Healthcare Profession May Be Regulated", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003) pp. 435-454.

Lujan Fappiano, Oscar, Habeas data: na aproximación a su problemática y a su posible solución normative, in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1 (1998) pp. 643-666.

Manley, Thomas J. and Hobby, Scott M., "Globalization of Work: Offshore Outsourcing in the IT Age", *Emory International Law Review*, vol.18 (2004) pp 401-419.

Marcal Grilo Lobato de Faria, Maria Paula, *Données génétiques informatisées: un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé* (Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 1999).

Marcelin, Franck (sous la direction de J-M Bruguiere), *La protection des données personnelles et la régulation*, Thèse, 2002.

Marks, Stephen P., "Tying Prometheus Down: The International Law of Human Genetic Manipulation", *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), pp. 115-136.

Marliac-Negrier, Claire, *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, (Aix-Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2 vol. 1, 2001).

Mayer-Schönberger, Viktor, "The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation", *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), pp. 605-673.

Merl, Seth R., "Internet Communication Standards for the 21st Century: International Terrorism must force the U.S. to adopt "carnivore" and new electronic surveillance standards", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 27 (2001-2002), pp 245-284.

Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat (Pierre Truche, Jean-Paul Faugere et Patrice Flichy ; rapporteur général Maurice Ronai; conseiller juridique Jean-Philippe Mochon, *Administration électronique et protection des données personnelles : livre blanc: rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat* (Paris: La Documentation française, 2002).

Moncayo von Hase, Andrés, *El comercio electrónico : problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional*, in *Derecho del comercio internacional : acuerdos regionales y OMC*, (Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004) pp. 275-342.

Monnier, Gilles, *Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média : droit suisse de la personnalité aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure* (Berne, Stämpfli, 1999).

Munoz, Rodolphe, *La protection des données des passagers*, *Revue du droit de l'Union européenne : revue trimestrielle de droit européen* (2004) pp. 771-795.

Nguy, Van N., "Using Architectural Constraints and Game Theory to Regulate International Cyberspace Behavior", *San Diego International Law Journal*, vol. 5(2004) pp. 431-463.

Novotny, Eric J., "Transborder Data Flows and International Law: A Framework for Policy-Oriented Inquiry", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), pp. 141-180.

Oble-Laffaire, Marie-Laure, *Protection des données à caractère personnel* (Paris, Ed. d'Organisation, 2005).

Orengo, Erika (sous la dir. de Monsieur le Professeur J. Huet et Monsieur G. Kostic), *La protection des personnes dans le cadre des flux transfrontières de données personnelles*, Thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris, 2002)

Page, Gérald, *Le droit d'accès et de contestation dans le traitement des données personnelles : étude de base en droit privé suisse et américain* (Zürich, Schulthess, 1983).

Palazzi, Pablo A., *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*, Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002)

Panel in Trade in Services: The case of transborder data flows, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 79 (1985) pp. 246-260.

Panel on Legal issues of Transborder Data Transmission, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980) pp. 175-178.

Perez Asinari, María Verónica, "Legal Constraints for the Protection of Privacy and personal Data in electronic Evidence", *International Review of Law, Computers and Technology*, vol.18 (2004) pp. 231-250.

Perrin, Jean-François, « La notion d'"effectivité" en droit européen, international et comparé de la protection des données personnelles », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, (Genève, Librairie Droz, 2002) pp. 197-208.

Pierre-Beausse, Cyril, *La protection des données personnelles*, (Luxembourg: Ed. Promoculture, 2005).

Ploem, Corrette, "Freedom of Research and its Relation to the Right to Privacy", in *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention : Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, (Leiden: Nijhoff, 2005) pp. 161-173.

Pool, Ithiel de Sola and Solomon, Richard Jay, "Intellectual Property and Transborder Data Flows", *Stanford Journal of International Law*, vol.16 (1980) pp. 113-139.

Pouillet, Yves, Perez Asinan, María Verónica, « Données des voyageurs aériens : le débat Europe - Etats-Unis », in *Journal des tribunaux: Droit européen*, vol. 12 (2004) pp 266-274.

Praeli, Francisco J. Eguiguren, "El hábeas data y su desarrollo en el Perú," in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol.1 (1998) pp. 611-625.

Quillere-Majzoub, Fabienne, « Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne : l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen?, » in *Journal du droit international*, vol.132 (2005) pp. 609-635.

Rehder, Jörg, Collins, Erika C., "The Legal Transfer of Employment-related Data to outside the European Union : Is it even still possible?" *International lawyer*, vol. 39 (2005) pp.129-160.

Renard, Aliénor, Les enjeux mondiaux de la protection des données personnelles dans le cadre de la communication en ligne, Mémoire de DESS Gestion européenne et internationale de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris, 2002).

Ribs, Jacques, "20 ans de protection des données", ou Les droits de l'homme de la troisième génération, in La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario (Barcelona, Bosch, 1998) pp. 597-611.

Salbu, Steven R., "Regulation of Borderless High-Technology Economies: Managing Spillover Effects", *Chicago Journal of International Law*, (2002) pp. 137-153.

Seitz, Nicolai, "Transborder Search: A New Perspective in Law Enforcement", *Yale Journal of Law & Technology*, vol.7 (2004-2005) pp. 23-50.

Senat, Service des affaires européennes, Division des études de législation comparée, *La protection des données personnelles* (Paris : le Sénat, 1999).

Shaffer, Gregory, "Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting Up of U.S. Privacy Standards", *Yale Journal of International Law*, vol. 25 (2000) pp. 1-87.

Shaffer, Gregory, "The Power of EU Collective Action : the Impact of EU Data Privacy Regulation on US Business Practice", in *The Globalization of International Law* (Aldershot, Ashgate, 2005) pp. 497-515.

Siegenthaler, Joanne, La protection des données à caractère personnel en Europe: spécificité de l'Union européenne et régime suisse, in La Suisse saisie par l'Union européenne : thèmes choisis sur le droit et les politiques de L'UE, (Fribourg, Edis, 2003) pp. 213-249.

Siemen, Birte, "The EU-US Agreement on Passenger Name Records and EC-Law : Data Protection, Competences and Human Rights Issues in International Agreements of the Community", *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004) pp. 629-665.

Sihanya, Bernard, "Infotainment and Cyberlaw in Africa: Regulatory Benchmarks for the Third Millennium", *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), pp 583-639.

Société de législation comparée, La Protection des données personnelles / 3èmes Journées franco-suissees, Dijon, 13-15 octobre 1986, Paris, Société de législation compare, 1987.

Solove, Daniel J., "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy", *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), pp 1393-1462.

Soma, John T., Rynerson, Stephen D. and Beall-Eder, Britney D., An Analysis of the Use of bilateral Agreements between transnational trading Groups : the U.S./EU E-Commerce Privacy Safe Harbor, *Texas International Law Journal*, vol.39 (2004) pp. 171-214.

Sussmann, Michael A. "The Critical Challenges from International High-tech and Computer related crime at the Millennium", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9 (1998-1999), pp 451-489.

Swire, Peter P. and Litan, Robert E., *None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive* (Washington DC: Brookings Institute Press 1998)

Tabatoni, Pierre, *La protection de la vie privée dans la société d'information* (Paris, Presses universitaires de France, 2002).

Taussig, Eric A., European Union Data Protection Directive, in *Cross-border Human Resources, Labour and Employment Issues: Proceedings of the New York University 54th Annual Conference on Labour*, (The Hague: Kluwer Law International, 2005) pp. 327-337.

Turn, Rein, "Privacy Protection and Security in Transnational Data Processing Systems", *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980) pp. 67-86.

Wakana, Joann M., "The Future of Online Privacy: A Proposal for International Legislation", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol.20 (2003-2004) pp. 151-179.

Walden, Ian, "Anonymising Personal Data under European Law", in *Digital Anonymity and the Law : Tensions and Dimensions* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2003) pp. 147-159.

Yarn, Douglas, "The Development of Canadian Law on Transborder Data Flow", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), pp 825-855.

Zgajewski, Tania, « L'échange des données personnelles des passagers aériens entre l'Union européenne et les États-Unis : une mise en lumière des faiblesses de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme » , in *Studia diplomatica*, vol. 57 (2004) pp117-158.

附 件 E

域外管辖权

(秘 书 处)

A. 背景情况

1. 传统上，国家行使管辖权主要限于其领土上的人、财产和行为，以及相对例外的国民境外旅行的情况。今天，国家对境外的人、财产或行为而行使域外管辖权，已经成为一个日益增长的普遍现象，这主要是在于：(a) 跨越国境者之活动的增长；¹ (b) 跨国公司数量的日益增长；(c) 包括国际银行和国际股票交易在内的世界经济的全球化；² (d) 包括贩毒、洗钱、股票欺诈和国际恐怖主义等跨国犯罪活动的增长；(e) 非法移民的增长；³ 以及 (f) 为合法或非法目的而跨界使用因特网的增长，比如电子合同、电子商业和网络犯罪。

2. 当国家主张域外管辖权时，是在没有国际法有关规则的情况下试图以本国立法、司法或执行措施而管辖在境外影响其利益的人、财产或行为。在国内法的专门领域内，主要是刑法和商法，由于境外的人、财产或行为更可能影响其利益，所以一国行使域外管辖权具有更普遍的倾向。

3. “域外管辖权”专题在国家实践上处于高级阶段，并且是具体的。尽管似乎强烈需要这方面的编纂，但有人也许质问实践是否足以统一或广泛地支持目前的编纂。然而，这方面的最新发展情况表明，可以将实践合并成一个更统一的法律观

¹ “自 1965 年以来，国际移民的数量已经成倍增长。到 2000 年，全世界有将近 17,500 万移民”。Jean-Daniel Gerber, “Foreword”, in Alexander T. Aleinikoff and V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003), at p. vii.

² “世界已经被演变成一个全球化过程。国家、社会、经济和文化正在世界不同地方而日益一体化和相互依存。新技术使得资本、商品、服务、信息和创见从一国和大陆迅速转向另一个国和大陆”。*Migration in an Interconnected World: New Directions for Action*, 国际移徙问题全球委员会报告(2005 年 10 月), synopsis, at p. 1, paras. 1 and 2.

³ “每年有大约 250 到 400 万移民未经许可而穿越各国边界”。同上, at p. 85.

念。另外，通讯和交通方面的创新，使得国家域外管辖权限制的编撰和逐渐发展成为一个及时和重要的工作。

B. 现行规范和规则的简要概览

1. 域外管辖权的概念

4. 可将域外管辖权的概念理解为一国在其境外行使主权权力或权威。这一概念可能有两个需要考虑的方面，即管辖权、治外法权和适用法。

5. 可将一国的管辖权视为一国的主权权力或权威。⁴ 更具体地说，一国的管辖权可被分为三类，即：立法管辖权、裁断管辖权和执行管辖权。⁵ 立法管辖权是指一国通过立法而规定的管理人、财产或行为之行为规范的权威。裁断管辖权是指一国根据其法律而确定当事人在特定案件中权利的权威。执行管辖权是指一国主管当局确保其法律得到遵守的权威。审议不同形式的管辖权可能有两个重要原因。首先，在立法时国际合法地行使立法管辖权，是合法行使有关该法的裁断或执行管辖

⁴ 参见，例如， Bernard H. Oxman, “Jurisdiction of States”, in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol.3(Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1997, pp. 55-60, at p. 55.

⁵ “‘管辖权’一词最经常地用于说明一国界定和履行权力以及控制自然人和法人行为的合法权力。一国以下列方式行使管辖权：制定规则(有时称为行使立法管辖权或定规权)，制定那些确认规则被违犯的程序和确切后果(有时称为司法管辖权或裁决权)，以及强制性施加后果——比如因违犯行为而失去自由或财产、或者听候裁决、指控规则违犯(有时称为执行管辖权或职权)”。 Bernard H. Oxman, 脚注 4, at p. 55. 也参见 Roger O’Keefe, “普遍管辖权”,《国际刑事审判学报》, vol. 2, (2004), pp. 735-760, at pp. 736-740; Frederick A. Mann, “国际法中的管辖权学说”, *Recueil des cours*.....vol.111,(1964-I), pp. 1-162, at p. 1; Derek W. Bowett, “管辖权: 对活动和资源的管理权正在变化的格局”, *BYIL*, vol. 53, 1982, pp. 1-26, at pp. 1 ff; Ian Brownlie, 《国际公法原则》, 6th ed., (Oxford: Oxford University Press, 2003), at p. 297; Malcolm N. Shaw, 《国际法》, 4th ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), at p. 452; 关于法语文献, 参见 Patrick Daillier and Alain Pellet, 《国际公法》, 6th ed., (Paris: L.G.D.J., 1999), pp. 501 and 504, paras. 334 and 336; Pierre-Marie Dupuy, 《国际公法》, 7th ed., (Paris: Dalloz, 2004), at pp. 78 ff; Jean Combacau and Serge Sur, 《国际公法》, 6th ed., (Paris, Montchrestien, 2004), at pp. 343 ff.

权的前提。⁶ 其次，合法行使不同类型管辖权的要求可能有区别。⁷ 域外行使立法管辖权导致的潜在干涉，可能少于裁断或执行管辖权。

6. 可将治外法权的概念视为关于一国超越其领土，包括土地、内水、领海以及毗邻空间的区域。超出一国领土的区域可能属于别国领土，或者也许在任何国家属地管辖权之外，即公海和毗邻空间⁸ 以及外空。⁹ 从实践以及法律的角度来说，一国各机关一般仅在自己领土范围内行使立法、司法或执行职能。¹⁰ 国际法关于国

⁶ “如果实质的管辖权超越合法限制，则后续的执行管辖权是非法的。” Brownlie, 脚注 5, p. 308; “普遍的意见是，除非一国有制定规则的管辖权，否则不得执行这些规则，”。 Bernard H. Oxman, 脚注 4, at p. 55; “一国可利用司法和非司法措施而促使、强迫遵守(或惩罚不遵守)其法律和规则，但其必须具有作规定的管辖权……”。《美国对外关系法的(第三次)重新表述》(美国法律学会(编))，1987, para. 431(1), at p. 321. 关于刑法：“一个法院不能对(美国或美国一个州)不按宪法确立的一项罪行而行使管辖权”。《重新表述》，上文第 422 段，comment c, at p. 314. 考虑到两者之间的密切关系，对第 2 类和第 3 类管辖权的区别存在着不同看法。关于裁决管辖权区别的文献，参见，例如，罗伯特 Y. 詹宁斯和 A. 瓦茨：《奥本海国际法》，英文第 9 版，第一卷——和平法(1992 年)，第 456 页；Michael Akehurst, “国际法中的管辖权”，比利时国际法年鉴，vol. 46, 1972-1973, pp. 145-257, at pp. 145 ff; Bernard H. Oxman, 脚注 4, at p. 55.

⁷ “这些区别对于确定管辖权的限度可能是重要的。根据所行使管辖权的性质，支持行使管辖权所要求的与一国的必然联系可能而有所不同”。 Bernard H. Oxman, 脚注 4, at p. 55.

⁸ 这一事项大部分由条约管辖，例如：1940 年 3 月 19 日《蒙特维的亚国际刑法条约》第八条；《美洲国家组织条约汇编》第 34 卷，第 7 页。1952 年 5 月 10 日《布鲁塞尔统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方面若干规定的国际公约》第一条、第三条和第四条；《公海公约》第五条、第六条和第十一条，日内瓦，1958 年 4 月 29 日；《联合国条约集》第 450 卷，第 6465 号，第 82 页。1958 年 4 月 29 日《日内瓦领海及毗邻区公约》第十九条和第二十一条；《联合国条约汇编》第 516 卷，第 7477 号，第 205 页。

⁹ 然而，应当指出，外空法构成国际法的一个单独领域，不适合在本专题下审议。

¹⁰ 在例外情况下，一国法院可以依据有关两国间的协议而设在另一国领土内。参见洛克比案，安理会第 1192 号决议(1998 年)，1998 年 8 月 27 日，第 4 段；苏格兰法院 2001 年 1 月 31 日和 2002 年 3 月 14 日的裁决和上诉可分别见于：<http://www.scotcourts.gov.uk/library/lockerbie/index.asp>.

家领土完整和独立的原则禁止一国机关不经别国同意而设于该国或行使职能。¹¹ 另外，一国试图通过向别国派遣官员、不经别国同意而在其领土上行使管辖权的企图，一般被视为侵犯后者的领土完整和独立。¹² 国际法的特别规则，¹³ 而非关于域外管辖权的国际法，处理关于一国机关在别国领土设置和行使管辖权的某些特殊情况，例如，处于别国的外交房舍、领事房舍和军事基地的情况。

7. 关于适用法，可将域外管辖权的概念视为一国根据本国法和本身利益——并非适用外国法或国际法——而行使管辖权。因此，一国适用外国法和国际法——而非本国法——的情况将被排除于本专题之外，这种情况不构成一国根据本国法和本国利益而行使域外管辖权。

¹¹ 国家领土完整和政治独立的原则是《联合国宪章》第二条第 4 项所确认原则的一部分。在帕尔马斯岛案中，独任仲裁员马克斯·修格尔说，“国家关系中的主权意味着独立。对于地球的一部分而言，独立是一国在其中排除别国而行使功能的权利。过去几个世纪中各国国家机构的发展以及相伴随的国际法的发展，形成了国家对其本身领土的专属权限这一原则，从而使其成为解决国际关系大多数问题的出发点”。帕尔马案(荷兰诉美国)，1928 年 4 月 4 日的裁决，联合国《国际仲裁裁决汇编》第二卷，(1928 年)，第 829-871 页(引文见第 838 页)。“首要的原则是一国不能未经别国同意、以执行本国法律而在后者领土上采取措施”。Ian Brownlie, 脚注 5, at p. 306.

¹² “有许多关于各国声称有权在国外执行本国法律的案件。⁵ 尽管存在一些争议，但是一国在别国领土上不经其同意而(公开或秘密)实施国家行为，比如 1960 年以色列在阿根廷绑架纳粹战犯埃克曼和美国特工在 Alvarez-Machain 案中的绑架，或法国特工在新西兰港口弄沉彩虹战士号，一般构成违反领土主权和不干涉原则”。Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., (London, Routledge, 1997), at p. 110.

¹³ 关于派遣国或东道国对军事基地上军事和文职外国人行使管辖权的特别协议，参见 Helmut Rumpf, “外国领土上的军事基地”，载于 Rudolf Bernhardt (dir.), 国际公法百科全书, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, pp. 381-388, at pp. 381-382.

2. 域外管辖权的各种原则

8. 一国行使管辖权或主权权威，通常规定于一国的国内法。然而，行使这一管辖权或权威的合法性——包括域外管辖权——是由国际法决定的。¹⁴

9. 常设国际法院在荷花号案中的判决可被视为审议那些处理一国行使域外管辖权之国际法规则的起点。¹⁵ 法院指出，一国的管辖权是领土性的；一国不能在没有国际法许可规则的情况下，在领土外行使管辖权。然而，法院在一国行使境外管辖权与一国就境外的人、财产或行为而在境内行使管辖权作了区别。法院指出，就后一种情况来说，各国具有广泛的任意裁量权：

“现在，国际法施加于一国的首要限制是——若不存在相反的许可规则——不得以任何形式在别国领土上行使权力。就此来说，管辖权肯定是领土性的；它不能由一国在其领土外行使，除非从国际惯例或公约衍生一个许可的规则。

“然而，这并不是说国际法禁止一国在其领土上就涉及任何国外发生的行为、并且它不能够依赖于某些国际法的许可规则的案件而行使管辖权”。

.....

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

10. 自从常设国际法院在 1927 年判决荷花号案以来，在国家域外管辖权方面出现了一系列的重大发展。特别是，可以根据当代国际法而主张某些管辖权原则作为一国域外管辖权的根据，这包括：(a) “客观”属地原则；(b) “效果主义”；(c) 保护原则；(d) 国籍原则和(e) 被动人格原则。一国根据国际法行使域外管辖权

¹⁴ 荷花号案(法国诉土耳其)，1927 年 9 月 7 日的第 9 号判决，《常设国际法院案例汇编》(1928 年)，A 辑第 10 号第 18-19 页。

¹⁵ 同上。荷花号案：一法国船抵达伊斯坦布尔时与一土耳其船在公海上相撞，导致土耳其船上土耳其国民数人死亡；案情涉及土耳其对法国船上一法国国民为致死所负刑事责任而行使裁决管辖权。

之各种原则的共同基本因素，是根据与有关的人、财产或行为的充分联系主张管辖权的国家在这类案件中的正当利益。

11. 客观属地原则可理解为，当试图管辖之行为的一个组成因素发生在领土国境内时，一国可对其领土外的人、财产或行为行使管辖权。

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

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

14. 国籍原则可理解为国家可以就本国国民，包括自然人、公司、飞机和船舶在境外的活动而行使管辖权。¹⁶ 这个久已确立的管辖权原则是基于一国对其国民所拥有的主权利力。

15. 被动人格原则可理解为一国可就对其国民造成伤害的境外行为行使管辖权。这一管辖权原则在过去受到某些国家的质疑，但近年来已经获得更多的承认。¹⁷

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

¹⁶ 人员、公司、飞机或船舶的国籍取决于国内法和国际法的有关规则，国际法委员会在审议其他专题时已经处理了这些规则。

¹⁷ 在刑法方面，参见希金斯、库吉曼和比尔根塔尔法官关于 2000 年 4 月 11 日逮捕证案的联合独立意见(脚注 23)。也参见：1963 年 9 月 14 日东京《关于在航空器内的犯罪和某些其他行为的公约》第四条，《联合国条约汇编》第 704 卷，第 10106 号，第 219 页；1979 年 12 月 17 日纽约《反对劫持人质国际公约》第五条，《联合国条约汇编》第 1316 卷，第 21931 号，第 205 号。

17. 下面将简要地就同这方面特别有关系的国内法，即刑法和商法而审议涉及国家域外管辖权的各种原则。¹⁸

3. 关于特别法律领域的域外管辖权

(a) 刑 法

18. 各国在刑法事项上主张立法或裁断管辖权，传统上依据于一系列久已确立的管辖权原则。尽管“属地原则”被视为刑法事项管辖权的首要依据，¹⁹“客观属地原则”和“国籍原则”也久已确立。²⁰相反，对被动人格原则、保护原则和效果主义等其他原则的依据，已经变得争议更多。然而，最近各国的实践表现出一种对某些具体类型的境外犯罪扩大其刑事管辖权之传统基础的一般趋势。这些犯罪具有特别的国际性范围和影响，比如恐怖主义、网络犯罪和毒品犯罪。²¹

¹⁸ 域外管辖权在移民法和环境法方面也许同样日益重要。近年来在禁止企图从海上登陆的非法移民与有恐怖主义活动嫌疑的外国人方面已经日益频繁地出现移民法的域外适用。关于环境法，一国可以谋求管辖那些有可能在其领土上或在全球范围——发生在公海或另一国领土内——的有害环境影响的行为和情况。参见 Austen L. Parrish, “特雷尔冶炼厂案回顾：治外法权、国际环境法和为加拿大—美国跨界水污染争端寻求解决办法”载于《波士顿大学法律评论》，vol. 85, (2005), pp. 363-430。

¹⁹ 参见荷花号(法国诉土耳其)案，脚注 14，原文第 20 页。

²⁰ 共同法的国家倾向于将其对海外国民行使管辖权的犯罪限于非常重大的案件(比如叛国、谋杀或重婚)。但是它们从未反对过分使用国籍原则作为行使管辖权的基础。在这方面值得注意的是，美国国会最近通过一个法案，规定对协助美国境外武装力量的公民所犯罪行以及擅自脱逃并未受军法审判的前军人犯罪行使联邦管辖权。这一法律，即 2000 年军事域外管辖权法(Publ. L. No. 106-523, 114 Stat. 2488 (2000) (编纂于 18 U.S.C. 3261-67 (2002))旨在填补强奸、纵火、抢劫、盗窃和欺诈等罪行方面的管辖权漏洞(参见 Mark J. Yost and Douglas S. Anderson, “2000 年军事域外管辖权法：弥合差距”，《美国国际法学报》，2001, pp. 446-454)。关于共同法国家的案例，也参见 *United States v. Bowman* (260 U.S. 94 (1922))，*Blackmer v. United States* (284 U.S. 421 (1932)) or *United States v. Boshell* (952 F.2d 1101 (9th Cir. 1991))。

²¹ 关于洗钱犯罪的这类大体上的延伸，参见，2001 年消除国际洗钱行为和反恐资金筹措法(Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001))。

19. 被动人格原则是国家对境外实施的侵犯本国国民的犯罪拥有管辖权。尽管在过去有争议，²² 但“现在反映在……不同国家的立法之中……并且至少就有关的特别类型犯罪来说，在今天遭遇相对很少的反对”。²³ 特别是在恐怖主义方面，原来不愿适用被动人格原则的某些国家，现在承认其作为管辖权的一个恰当基础。最近关于恐怖主义的美国立法²⁴ 和司法案例²⁵ 构成了这方面的事例。

20. 保护原则允许各国对在境外实施一项被视为对该国某些基本国家利益构成威胁之行为的外国人行使管辖权。尽管这一原则通常限于很具体的犯罪和政治行

²² 特别是在美国和联合王国：参见，例如，*United States v. Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)) and *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. 1994)); 也参见 *Cutting case* (in John B. Moore, 国际法文摘, Washington, vol. 2, 1906, pp. 228-242), 美国在该案中强烈抗议墨西哥要求就一美国公民对在美国的一个墨西哥国民所犯罪行而行使管辖权。然而，参见 1974 年法国拒绝以色列引渡巴勒斯坦恐怖主义分子的请求；原因在于这一请求依据的是被动人格原则(cf. Eric Cafritz and Omer Tene, “法国刑法第 113-7 条：被动人格原则”，*Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, (2002-2003), pp. 585-599, at p. 594)。

²³ 参见希金斯、库吉曼和比尔根塔尔法官关于 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果共和国诉比利时)的联合独立意见，《2002 年国际法院报告书》，第 77 页，第 47 段。的确，国际实践表明大多数国家包括美国承认这一原则，但将其适用限于具体犯罪。(关于恐怖主义，参见以下脚注)。关于美国，参见，例如，美国对外关系法的(第三次)重新表述，脚注 6, para. 402, at p. 240)，称：被动人格原则尚未在普通侵权或犯罪方面得到普遍承认；中国、意大利和丹麦将行使被动人格管辖权限于某些类型的案件，施以某些最低程度的惩罚；双重犯罪标准是希腊、芬兰、挪威和瑞典行使被动人格管辖权的法定前提；《挪威刑法典》规定，只有国王可根据被动人格管辖权提起法律诉讼；芬兰、意大利和瑞典适用该原则也要求行政当局的同意 (Eric Cafritz and Omer Tene, 脚注 22, at p. 594)。的确，在这方面参看《法国刑法典》新的第 113-7 条：规定对任何类型犯罪适用都被动人格原则。

²⁴ 参见，例如，关于在恐怖主义方面使用大规模杀伤武器的 18 U.S.C.A.2332a (a)(1)(2004)；关于与恐怖主义有关的爆炸公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施的 18 U.S.C.A.2332f (b)(2)(B)(2002)。关于法国立法，参见，比如，1975 年通过的一个法令，Law no. 75-624 of July 11, 1975, *J.O.*, July 13, 1975, at p. 7219。

²⁵ 参见，例如 *United States v. Yunis* (681 F.Supp. 896 (1988)); *United States v. Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. (1994)))构成了这方面的案例。

为，²⁶ 但可视为对新型的网络犯罪和恐怖主义犯罪具有特殊意义。在这方面，某些国家已经扩大了对“重大利益”概念的解释，以处理恐怖主义安全问题，并在立法中引进保护原则²⁷ 将其适用于某些法庭案件。²⁸

21. “效果主义”允许一国在某一境外活动在该国境内产生实质性影响时行使管辖权。这一原则最近也被适用于刑事案件。²⁹ 某些国家的立法允许这类立法适用

²⁶ 参见哈佛大学对国际法、犯罪管辖权公约草案的研究(美国国际法学报(补编), pp. 435-652, at pp. 543 and 561); 这一公约草案将“保护”的概念与“国家安全”和“伪造”的概念联系起来。保护原则也通常适用于比如货币、移民或经济犯罪这类罪行((Ian Brownlie, 脚注 5, at p. 302)。关于各国适用保护原则, 分别参见美国和联合王国法院的判决, 比如, *United States v. Pizzarusso*, 388 F.2d 8 (2th Cir. 1968), *United States v. Egan*, 501 F. Supp. 1252 (S.D.N.Y. 1980) and *Naim Molvan v. A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, Ann. Digest, 15 (1948), 115), *Joyce v. D.P.P.* ((1946) AC 347, Ann. Digest, 15 (1948), 91)。

²⁷ 关于与恐怖主义有关的爆炸公共设施、政府设施、公共交通制度和基础设施, 参见 18 U.S.C.A. 2332f (b)(2)(E)(2002); 关于与恐怖主义有关的用于爆破飞机的导弹制度, 参见 18 U.S.C.A. 2332g (b)(4)(2004)。

²⁸ 关于最近的案件, 参见 *United States v. Ben Laden* (92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000)。美国法院在该案中认为, 根据国际法的保护原则, 反恐怖主义法规定的域外管辖权是合理的。(比照 James T. Gathii, “酷刑、治外法权、恐怖主义和国际法”, 奥尔巴尼法律评论, vol. 67, (2003-2004), pp. 335-370, at p. 343); 关于恐怖主义的老案件, 参见 *Wechsler* (Conseil de Guerre de Paris, July 20, 1947, *J.D.I.*, vol. 44, at p. 1745), *In re Urios* ([1919-1922] Ann. Dig. 107 (No. 70 (法国最高上诉法院, 1920))), *In re Bayot* ([1923-1924] Ann. Dig. 109 (No. 54) (法国最高上诉法院, 1923)), *Nusselein v. Belgian State* ([1950] Ann. Dig. 136 (No. 35) (比利时最高上诉法院, 1950))。

²⁹ 尽管根据某些国家的案例(主要来自于西欧国家), 属地原则似乎是用以打击网络犯罪的管辖权的主要基础, 但它在广义上被解释为相当于适用效果主义或保护原则。关于明确适用属地原则, 参见某英国法庭关于因特网色情内容的判决(*Southwark Crown Court, R. v. Graham Waddon*, 30 June 1999, [2002] All ER 502)以及澳大利亚高等法院的判决, *Dow Jones & Company Inc. v Gutnick* ((2002) HCA 56 (10 December 2002))。但是关于将属地原则广义地解释为相当于适用效果学说或被动原则的情况, 也参见德国联邦法庭在 *Toben* 案中的判决(BGH 46, 212, Urteil vom 12.12.2000)——关于在因特网上否认大屠杀——以及法国某法院的判决、雅虎案(*Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001))。参见 Yulia A. Timofeeva, “互联网内容争议中的全球立法管辖权: 比较分析”, 康涅狄格国际法学报, vol. 20, (2005), pp. 199-225, at pp. 202 ff。

于仅仅在境外谋划或企图进口毒品但在主张管辖权的国家境内未付诸实施的人，从而规定其域外效果。³⁰

22. 关于执行管辖权，一国未经另一国同意不得在其境内执行其刑法，即调查犯罪或逮捕嫌疑人。³¹ 然而在某些情况下，各国派代表到另一国境内执行其刑法，比如在别国境内调查³² 或者逮捕嫌疑人，³³ 这些人涉及恐怖主义、网络犯罪和贩毒行为。³⁴

³⁰ 参见美国法院在诺列加案中适用的法规(美国诉诺列加，117F.3d1206，1515-19 (11th Cir. 1997)); 也参见美国《旅行法》，18 U.S.C. 1952 (a) (3) (2002)。

³¹ 然而应当提到，某些国家的法院认为。一国不能行使执行管辖权并不影响其对有关事项进行立法和裁断。参见，例如，德国联邦法院在 Toben 案中的判决(脚注 29)以及雅虎案(脚注 29)。

³² 例如，美国承认最近在俄国境内进行了某些调查以搜索某些数据，理由是这些数据否则将会丢失(关于详情，参见 Patricia L. Bellia, “跨界追逐电子数据”，芝加哥大学法律论坛，(2001)，pp. 35-101, at p. 40)。

³³ 这些绑架行为所引起的重要问题是，法院或法庭是否有管辖权审判被非法带至庭前受审的人。案例法在这一问题上分歧很大。关于美国法，参见 *Ker v. Illinois* (119 U.S. 436 (1866))，*Frisbie v. Collins* (342 U.S. 519 (1952))，*United States v. Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)) 和 *United States v. Alvarez-Machain* (504 U.S. 655 (1992)); 但是关于美国法的另一解决方式，参见 *United States v. Toscanino* (500 F.2d 267 (2th Cir. 1974)); 关于其他国家：以色列的艾克曼案(District Court of Jerusalem, *Attorney General of Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5, case No. 40/61); 英国的 *Ex parte Susannah Scott* 案，109 Eng. Rep 166 (K.B. 1829); 但是，关于英国法院的其他解决方式，参见 *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett)* (1993, 3 P, 138 (H.L.)); 关于加拿大，参见 *In re Harnett* 案(1973, 1 O.R.2d 206, 207 (Can)); 关于德国，参见联邦宪法法院的判决：法院认为如果被害人国反对绑架，则仅需要遣返被绑架者 (39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985)); 关于南非，参见 *State (South Africa) v. Ebrahim* (1991, (2) SALR 553 (A)); 这方面可参见 Yulia A. Timofeeva, 脚注 29, at pp. 202 ff。

³⁴ 一般通常认为这类行为构成侵犯《联合国宪章》第二条第四项所保护的国家主权，并就绑架来说，违反了欧洲各国加入的《欧洲人权法公约》第五条(关于后者案件，参见 *Stocke v. Germany* - 11755/85 [1991]欧洲人权法院 25(19 March 1991)和 *Ocalan v. Turkey* - 46221/99 [2005]欧洲人权法院 282(12 May 2005)。

(b) 商 法

23. 世界经济全球化的增长，导致各国日益依赖域外管辖权的行使来对抗跨国公司和其他全球行为者以保护其经济利益。尽管在商业领域通过国内法行使域外管辖权的行动已经在某些方面，比如竞争法/反托拉斯法引起严重抵制，但有一些迹象表明，这类措施正在逐渐取得承认。尽管美国³⁵在这一领域依然是最积极的域外措施的立法者，其他国家和区域组织，比如欧洲联盟、³⁶ 法国、³⁷ 德国³⁸ 以及最近的大韩民国³⁹ 也制定了可在域外适用的法律。

³⁵ 在这方面，可以提到两个美国商法：1890 年的《谢尔曼法》和 2002 年的《萨班斯-奥克斯利法》。第一个是美国主要的反托拉斯法，禁止任何以限制州际或对外贸易的合同、信托和阴谋以及对这类商业任何部分的垄断企图和实际垄断。它也规定对参与任何这些行为的经济处罚。2002 年的《萨班斯-奥克斯利法》管辖列于美国证券交易所的企业治理并“要求适用于所有股票在美国上市的公司，外国公司不例外”。参见 Corinne A. Falencki, “Sarbanes-Oxley: 不理睬反对治外法权的推定”，乔治·华盛顿大学国际法评论，vol. 36, 2004, pp. 1211-1236, at p.1216。

³⁶ 在这方面，欧洲联盟尽管原来反对域外管辖权并强烈批评美国的实践，但实际上也对其成员国境外的控制性兼并、收购和合资行使管辖权。的确，欧洲共同体法院承认其对某些外国公司及其境外活动的管辖权，并对它们适用《成立欧洲共同体的公约》第八十一条和第八十二条的竞争条款(以前的第八十五条和第八十六条)、以及理事会关于控制企业集中的第 4064/89 号条例，经过理事会第 1310/97 号条例修正过的案文。参见 David J. Feeney, “欧洲委员会关于公司合并的域外管辖权”，乔治亚州立大学法律评论，vol. 19, 2002, pp. 425-491, at p. 427。

³⁷ 最著名的事例是《法国民法典》关于法国法院裁断法国人与外国人境外签署合同的规定备受批评。参见 Jean Combacau and Serge Sur, 脚注 5, at p. 354。

³⁸ 德国《反竞争限制法》一开始颁布于 1957 年，已经有数起重大修订，最后一次是 1998 年，并于 1999 年又做了最后更改：第 130(2)条规定，“本法案应适用于所有在本法适用领域有影响的限制竞争行为，即使它们产生于这类领域之外的行为”。因此，一切的禁止和通知要求适用于有直接、合理意见和重大效果的行为(不必实质性的)。该法也经常适用于外国企业(参见 2006 年 6 月 21 日访问的网站 <http://www.antitrust.de/>)。也参见 A.V. Lowe, “域外管辖权问题：经济主权和寻求解决办法”，《国际和比较法季刊》，vol. 34, 1985, pp. 724-746, at p. 736, 也引用了 David J. Gerber, “德国反托拉斯法的域外适用”，*AJIL*, vol. 77, 1983, pp. 756-783。

24. 在商法方面，各国对域外管辖权的行使首先是依据国籍原则和“效果主义”作出有关规定。例如，欧洲联盟对有当地子公司的跨国公司采取了扩大的国籍主义，以便对其活动行使管辖权。⁴⁰ 另一方面，美国日益依据“效果主义”而针对境外的外国行为者的行为行使管辖权——只要这些行为旨在并且实际上在美国国内市场上产生影响，⁴¹ 但在国际上引起一些反对。⁴²

25. 扩大一国的域外管辖权和“效果主义”以涵盖违反其外交政策利益的行动，已被证明特别有争议。这方面的一个事例是美国企图通过域外措施对古巴和利比亚实施经济制裁，比如 1996 年《赫尔姆斯—伯顿法》和《达马托—肯尼迪法》。这类措施引起了潜在受影响国的外交抗议，通过“封杀法”和在世界贸易组织发起争端解决程序。⁴³ 最后，大家商定无限期中止实施这些措施的域外规定。

³⁹ 大韩民国最近也赋予其本国反托拉斯法以域外管辖权。2005 年 10 月 1 日，修订的垄断规则和公平贸易法规定该法的域外适用生效。这一法律修订旨在使该法符合韩国法院最近自 2002 年以来的实践，向某些外国制造商适用本国反倾销法。参见韩国公平贸易委员会 2002 年 4 月 4 日的决定(case 02-77); 由首尔高级法院在 2003 年 8 月 26 日的判决中确认(2002nu 14647); 以及韩国公平贸易委员会 2003 年 4 月 29 日的决定(case 03-98); 也参见 Youngjin Jung, “韩国竞争法：行向全国化的第一步”，*Journal of Korean Law*, vol. 4, No. 2, 2005, pp. 177-200 和 Won-Ki Kim, “美国反托拉斯法的域外适用和韩国对该法的采用”，新加坡国际和比较法学报，vol. 7, 2003, pp. 368-411。

⁴⁰ CJEC, *Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Community*, case 48/69, 14 July 1972; *Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Community*, case 6/72, 21 February 1973; *Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Community*, joined cases 6 et 7/73, 6 March 1974. 也参见 David J. Feeney, 脚注 36, at p. 426 和 Joseph J. Norton, “欧洲法院对联合商标案的判决：域外管辖权和对支配地位的滥用”，丹佛国际法和政策学报，vol. 8, (1979), pp. 379- 414.

⁴¹ 参见，例如，*F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004)。

⁴² “无论其确切内容和标准如何，所谓属地管辖权的‘效果’主义，已经在国际法律界引起很大争议并且成为法律界热烈讨论的课题”。Joseph J. Norton, 脚注 40, at p. 385.

⁴³ 参见以下第 4 节。

26. 一国根据被动人格原则在商法方面行使裁断管辖权也引起了争议，这涉及到《法国民法典》某条规定允许法国法庭裁断法国国民和外国人之间合同引起的任何争端。⁴⁴

27. 关于执行管辖权，尽管国际法一般来说禁止不经领土国同意而在域外实施执行管辖权，各国在某些情况下缔结协议，允许在域外执行其商业和竞争法。⁴⁵

C. 无效行使域外管辖权的后果

28. 一国只有在符合国际法的程度内伸张域外管辖权，才有权获得其他国家承认。当一国行使域外管辖权而其他国家认为过分时，其他国家可以通过一系列不同方式反对这类管辖权的行使。这类反对的事例包括外交抗议；⁴⁶ 拒绝承认法律、命

⁴⁴ 参见 Jean Combacau and Serge Sur, 脚注 5, at p. 354.

⁴⁵ 参见修订的《关于民商事司法管辖和判决执行的布鲁塞尔公约》(欧盟成员国之间), ILM vol.29 (1990), p.1413; 《关于民商事司法管辖和判决执行的卢加诺公约》(欧盟和欧洲自由贸易联盟成员国之间), ILM vol.28 (1989), p.620; 《关于外国判决和仲裁裁决的域外合法性的拉美公约》(美洲国家组织成员之间), ILM vol.18 (1979) p.1224; 《关于外国判决域外合法性国际范围管辖权的拉丁美公约》, ILM, vol.24(1985), p.468; 以及 2000 年 12 月 22 日关于在民商事管辖权和承认和强制执行判决的第 44/2001 号欧盟理事会规则, Official Journal L. 012, 16/01/2001, pp. 0001-0023。也参见《国际货币基金组织协议》, 第 8.2 条规定“不得在任何成员的领土上执行涉及任何成员的货币并且有违于该成员根据本协议而保持或施加的换汇控制规则的换汇合同”。参见 A. V. Lowe, 脚注 38, at p. 732.

⁴⁶ 例如, 当美国修订出口行政规则以禁止向苏联出口石油或天然气开发设备时, 欧洲共同体和联合王国提出了抗议。欧洲共同体的意见列出了所争议措施的规定并声明: “在本案中适用的美国措施因为其域外特点而在国际法上不能接受。它们谋求管辖非美国国籍的公司在美国境外的行为, 特别是这些公司不在美国的财产和技术数据的处理”。参见欧洲共同体于 1982 年 8 月 12 日向美国国务院提交的关于《出口行政法》1982 年 6 月 22 日修正案的照会和评论; 联合王国政府于 1982 年 10 月 18 日就同一事项提交的照会; 以及欧洲共同体 1983 年 3 月 14 日再次提交的备忘录, 载于 A.V. Lowe, 域外管辖权: 附加说明的法律资料汇编, (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1983), p. 197, at p. 201。对外行域使管辖权提出的其他外交抗议包括: 日本于 1960 年 8 月 23 日和 1961 年 3 月 20 日向美国国务院提交的备忘录, 同上, at p. 121 (extract); 联合王国于 1969 年 10 月 20 日向欧洲共同体委员会提交的备忘录, 同上, at p. 144。

令和判决；⁴⁷ 比如“封杀法”⁴⁸ 和“反报法” 这类立法措施；⁴⁹ 比如禁止令这类司法措施；⁵⁰ 以及提起国际诉讼。⁵¹ 在草案中可以处理对承认域外管辖权的限制以及对不合理伸张这类管辖权的可能回应。

⁴⁷ “当一国或其法院的行为违反国际法，包括有关行使管辖权的规则，其他国家在国际法上有权(但非被迫)拒绝让任何法律行为生效……。在实践上，大多数国家在国际私法规则中确保一个超越国际法允许之管辖权限度的外国法和决定不在国外承认或执行”。罗伯特 Y. 詹宁斯和 A. 瓦茨，脚注 6，at p. 485. 特别是，某些国家一般拒绝让别国公法生效，比如税收、刑法和充公法。一般见同上，at pp. 488-498。

⁴⁸ “禁止法”通常是对行使管辖权合法性有异议的国家以制定一个直接的冲突法而禁止有争议条款执行的法律。这类规定可能，比如说，禁止与外国法庭诉讼或调查程序合作、禁止遵守其他国家的域外法律、宣布基于这类措施的判决无效和允许为这类措施所遭受损害获偿。作为下面讨论的外国强制主义的结果，禁止法可能有限制域外措施可执行性的附加效果，甚至在颁布这类措施的国家。在适用这类主义的国家，既然履行涉及到违反领土国的法律，本国法院将不要求履行有关的域外措施。例如，一些国家通过保护措施以回应美国通过的 1996 年《古巴自由和民主团结(自由)法》(也称为“赫尔姆斯-伯顿法”——谋求惩罚与古巴做生意的非美国公司)。加拿大修正了其《外国域外措施法》(R.S.C., ch. F-29, § 3 (1985), amended by ch. 28, 1996 S.C. (Can.)); 墨西哥通过了《保护商务和投资反对违反国际法的外国政策法》(参见<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/doc/63.doc>); 欧洲联盟通过了第 2271/96 号规则(Council Regulation (EC) 2271/96, 1996 O.J. (L 309) 1-6)。参见 John Boscariol, “古巴睡衣裤危机的剖析：重新审议美国域外贸易措施引起的封杀立法”，国际商业法律和政策，vol. 30, 1999, pp. 439-499, at pp. 441-2, 471-474(解释加拿大的《外国域外措施法》); Alexander Layton and Anharad M. Parry, “域外管辖权－欧洲的反应”，休斯顿国际法学报，vol. 26, (2004), pp. 309-325, at pp. 311-12(解释英国的 1980 年《贸易利益保护法》，c. 11 § 1(1)(b)(Eng.)); Harry L. Clark, “应付美国的域外制裁和外国的反措施”，宾州大学国际经济法学报，vol. 20, (1999), pp. 61-96, at pp. 81-92。也参见 A.V. Lowe, *supra* note 46, at pp. 79-219(含有不同国家的“禁止法”案文)。

⁴⁹ 参见，例如，EU Council Regulation 2271/96, Art.6, 1996 O.J. (L 309)1; Foreign Extraterritorial Measures Act, Canada, 脚注 47, §9(1)(a)。

⁵⁰ 例如，在 U.S. v. Imperial Chemical Industries 案中，一个英国公司可以从英国法庭获得一个禁止令，限制本案一方强制执行美国法庭的域外命令。参见罗伯特 Y. 詹宁斯和 A. 瓦茨，脚注 6, at p. 477, note 50 (引自 U.S. v. Imperial Chemical Industries (1952) F.Supp 215)。

D. 出现并行合法管辖权时的优先考虑

29. 也许会有这样的情况，伸张域外管辖权的国家是唯一与任何国家境外的有关人员、财产或情况有联系的国家。在这种情况下，该国有专属管辖权。更经常发生的是，一国域外管辖权与一个或更多的其他国家——最明显的是领土国——的管辖权重迭。各国的并行管辖权可能导致关于优先管辖权的争端。就优先性来说，这个问题涉及到域外管辖权和领土管辖权之间的关系。⁵² 在这方面，有必要区分立法或裁断管辖权与执行管辖权。

30. 数国有并行管辖权时，伸张域外管辖权所导致的优先性问题，最经常地涉及立法或裁断管辖权。某些国家制定了解决这类问题的一般性原则或规则。例如，一国法院可被要求域外适用另一国立法。为缩小冲突的可能性和尊重外国，某些国家的法院已经采纳了禁止本国法域外适用的推定。⁵³ 因此，除非有特别表明一个专门法律和规范旨在适用于外国国民在境外实施的行动，法院将认为立法并没有这类意图。这类规则部分依据于礼让和不干涉他国内部事务的原则以及实践上的考虑。

31. 法院为处理域外措施导致对管辖权的竞争性主张而制定的另一规则是外国强制主义。外国强制主义规定，一方不得因另一国法律所要求采取的行动而在该

⁵¹ “原则上，超越管辖权引发国家责任，甚至在没有伤害另一国意图的情况下”。Ian Brownlie, 脚注 5, at p. 312。因此，各国能够在国际法庭为不正当行使管辖权而求偿。这类措施的最有关事例是荷花号案，法国对土耳其据称过分行使管辖权而寻求赔偿。在艾克曼案中，阿根廷关于以色列主张执行管辖权的争端被提交到安全理事会，两国达成了解决办法。

⁵² 参见罗伯特 Y. 詹宁斯和 A. 瓦茨，脚注 6, at p. 458(“领土性是管辖权的首要基础；即使另一国有并行管辖权的理由，其权利行使限于不得与拥有领土管辖权国家权利发生冲突”)；Patrick Daillier and Alain Pellet, 脚注 5, at pp. 498-9, 502(“由于权力等级，尤其是领土主权对个人权力的优先地位，理论上的解决办法缺乏灵活性，原则上排除了国内法在国外的任何适用(至少排除了强迫性的)适用”)。

⁵³ 参见 Frederick A. Mann, 脚注 5, at pp. 63-64; F. Hoffman-LaRoche v. Empagran, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359, U.S. Supreme Court, 14 June 2004(“首先，本法庭通常以避免不合理干涉另一国的主权而解释矛盾性法规”。)

国承担刑事或民事责任。⁵⁴ 因此，一个主管法院不能适用与领土国刑法直接冲突的一个域外措施，即使它确定对管辖权的主张是合理的。

32. 在执行管辖权方面通常并不出现并行管辖权的问题。作为一般规则，各国不允许在无领土国同意的情况下在另一国的领土执行其法律。常设国际法庭曾在荷花号案中指出，“一国……不得以任何形式在另一国领土内行使权利”。⁵⁵ 因此，由于以色列在阿根廷领土上抓获阿道夫·艾克曼并随即将其转移到以色列审判，安全理事会要求以色列政府对阿根廷做出适当赔偿。⁵⁶

E. 一项文书的解释

33. 关于本专题的文书可以着眼于规定管辖国际公法上行使域外管辖权的一般原则和更具体的规则。对现行规范和规则的全面审议表明，委员会可以在制定这样一个文书时参照大量的关于行使域外管辖权的国家实践。

34. 世界经济技术和全球化方面的最近发展，限制了国家完全依靠传统管辖权原则保护本国利益的能力，导致了域外管辖权有关法律在某些方面的分歧和不稳定程度升级。因此，制定关于本专题的文书草案除了编纂法律之外可能需要进行大量的逐渐发展工作。尽管国家实践表明了新规则出现或传统规则扩大的强烈趋势，可能引导委员会解决分歧领域，从而实际重要性日益增加的国际法领域中提供更大的清晰度和稳定性，为了制定本专题文书草案，的确需要在法律的逐渐发展方面开展一些工作。

⁵⁴ 参见 Harry L. Clark, 脚注 48, at pp. 92-93; Ian Brownlie, *supra* note 5, at p. 308 (引自罗伯特 Y. 詹宁斯, BYIL, vol. 33, 1957, pp. 146-176, at p.151); Richard K. Gardiner, *International Law*, Pearson Education Ltd., (London: Pearson Education Ltd. 2003), at p. 325; 罗伯特 Y. 詹宁斯和 A. 瓦茨, 脚注 6, at pp. 464-5.

⁵⁵ 荷花号案(法国诉土耳其), 脚注 14。

⁵⁶ 安理会第 138 号(1960 年)决议。但是也比照: 以色列政府总检查长诉阿道夫·艾克曼, ILR, vol. 36, p. 5; *U.S. v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655, United States Supreme Court (1992)。

专题范围

35. 鉴于管辖权专题在总体上的包罗广泛，界定本专题的范围很重要。尽管某些编纂的努力已经大体上从更广义的管辖权角度审议了域外管辖权问题，⁵⁷ 但可以将专题仅限于主张域外管辖权。另外，可将本专题仅限于适用于域外的国内法。

36. 某些可能产生域外管辖权问题的某些法律领域在某种程度上受特别制度的约束。其中首要的是海洋法、外空法、国际人道主义法和税法。另外，在司法和警察协助与合作方面以及外国判决的承认和执行方面主张域外管辖权，大部分受现行国际、区域和双边协议的约束。尽管这些特别规则可能对于制定域外管辖权方面的一般性原则的规则提供某些指导，但文书草案将不影响现行法律制度。

37. 虽然各国伸张域外管辖权能够经常导致并行或冲突性的行使管辖权的企图，但没有必要重新审议各国为解决这类冲突而制定的国际私法规则。然而，也许应当纳入一般性的礼让原则。它们对于主张域外管辖权导致的冲突具有特殊意义。

38. 在以往编纂工作中尚未充分讨论的本专题一个方面，是无效主张域外管辖权的后果。尽管国家对国际不法行为的责任条款在某种程度上处理了这一问题，但在这方面仍然有大量的国家实践可以利用，从而为解决有关无效主张域外管辖权的争端可引起的特别问题而制定规则和程序。

定 义

39. 界定文书所涵盖的主要概念将是本研究的基本内容之一。界定“管辖权”和“域外”对于确定案文草案范围十分关键。进一步审议本专题，可能表明有必要在草案中明确界定其他用语。

40. 可将一国管辖权的概念视为一般意义上的一国的主权权力或权威。在这方面，可以区别三类管辖权，即立法、裁断和执行管辖权。

41. 可将域外的概念视为超出一国领土的区域，包括其土地、内水、领海以及毗邻空间。这类区域可能属于别国领土或在任何国家属地管辖权的范围之外。

⁵⁷ 哈佛大学对国际法、犯罪管辖权公约草案的研究，脚注 26, p. 439; 美国对外关系的(第三次)重新表述，脚注 6。应当注意到，“重新表述”主要侧重于美国的实践，尤其与本专题的关系有限。

域外管辖权的核心原则

42. 人们通常认为，国家为了对一个自然人或法人、财产或情况有效地主张管辖权，则必须与该人、财产或情况有某种联系。可能构成行使域外管辖权充分基础的联系类别，反映在约束一国行使这类管辖权的一般国际法原则中。这些原则如下：

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

43. 主张任何域外管辖权必须至少依据上述原则之一，才能够在国际法上有效。一个以上的上述原则也许都关系到一个特殊案件中取决于具体情况的域外管辖权的有效性。

关于主张域外管辖权的规则

44. 根据一国企图行使的管辖权类别，该国为有效行使域外管辖权而与某人、财产或情况必有的联系程度可能不同。因此，有必要说明各种管辖权原则可能为主张域外立法、裁断或执行管辖权而提供根据的程度。行使域外管辖权也可能在某些特殊法律领域引起特别问题，比如那些涉及刑法中网络犯罪或商法中电子商务的领域。因此，也许应当纳入具体规定以处理这类特别问题。制定一般性原则和规则也许无法恰当地处理它们。

对国家主张域外管辖权之权利的限制

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

无效主张域外管辖权的后果

46. 当一国主张域外管辖权而另一国认为在国际法上无效时，各国普遍义务合作解决争端。这方面的一个法律文书也应当拟订解决有关这类争端的程序：发出关于认为该管辖权主张无效的通知，根据核心原则而审议立法国主张的有效性并兼顾受影响国家的反对。

拟议的关于域外管辖权文书大纲

一、一般性条款

1. 适用范围
2. 与其他法律制度的关系
 - (a) 特别法
 - (b) 现行条约制度
3. 用语

二、管辖权原则

1. 属地原则
 - (a) 客观属地原则
 - (b) 效果主义
2. 国籍原则
3. 被动人格原则
4. 保护原则

三、主张域外管辖权

1. 立法管辖权
2. 裁断管辖权
3. 执行管辖权
4. 具体法律领域

四、对主张域外管辖权的限制

1. 主权、领土完整和不干涉
2. 礼让
 - (a) 反对治外法权的推定
 - (b) 外国强制主义
 - (c) 合理性原则

五、争端解决

1. 一般合作义务
2. 提供通知的义务
3. 审议域外措施的义务
4. 采取反措施一般性的一般性权利
5. 争端解决机制

Selected bibliography

A. International Jurisprudence

1. Judicial Organs

(a) Permanent Court of International Justice

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

(b) International Court of Justice

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment 14 February 2002, Joint separate opinion of Judges Higgins, Koojimans and Buergenthal, *I.C.J. Reports 2002*, p. 3.

(c) European Court of Human Rights

Stocke v. Germany, Judgment, 19 March 1991, Application No. 11755/85, *European human rights reports*, 1991, vol. 13, No. 6, pp. 839-852.

Loizidou v. Turkey, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 December 1996, Application No. 15318/89, *ECHR Reports of Judgments and Decisions*, 1996-VI, p. 2236.

Öcalan v. Turkey, Judgment, 12 May 2005, Application No. 46221/99.

(d) Court of Justice of the European Communities

Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Community, case 48/69, 14 July 1972.

Europemballage Corp. and Continental Can Co. v. Commission of the European Community, case 6/72, 21 February 1973.

Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Community, joined cases 6 and 7/73, 6 March 1974.

2. Arbitral Tribunals

Fur Seal Arbitration in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the U.S. has been a Party*, (Washington, vol. 1, 1898), pp. 755-961.

Cutting case in John B. Moore, *Digest of International Law*, (Washington, vol. 2, 1906), pp. 228-242.

B. National Jurisprudence

Ex parte Susannah Scott, 109 Eng. Rep 166 (K.B. 1829).

Ker v. Illinois (119 U.S. 436 (1866)).

In re Urios ([1919-1922] Ann. Dig. 107 (No. 70 (Cour de Cassation Criminel, France, 1920))).

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

In re Bayot ([1923-1924] Ann. Dig. 109 (No. 54) (Cour de Cassation, France, 1923)).

Joyce v. D.P.P. ((1946) AC 347, *Ann. Digest*, 15 (1948), 91).

Wechsler, Conseil de Guerre de Paris, July 20, 1947, *Journal de droit international*, vol. 44, p. 1745.

Naim Molvan v. A.G. for Palestine ((1948) AC 531, *Ann. Digest*, 15 (1948), 115).

Nusselein v. Belgian State ([1950] Ann. Dig. 136 (No. 35) (Cour de Cassation, Belgique, 1950)).

Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, District Court of Jerusalem, 12-15 December 1961, *International Legal Reports*, vol. 36, p. 5.

In re Harnett, 1973, 1 O.R.2d 206 (Can)).

United States v. Columba-Colella (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)).

Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774 (D.C Cir. 1984).

Federal Constitutional Court (39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985.

United States v. Yunis (681 F.Supp. 896 (1988)).

State (South Africa) v. Ebrahim (1991, (2) SALR 553 (A)).

United States v. Yunis (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)).

United States v. Alvarez-Machain (504 U.S. 655 (1992)).

R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett) (1993, 3 P, 138 (H.L)).

United States v. Vasquez-Velasco, 15 F.3d 833, 838-39 (9th Cir. 1994).

Noriega case (United States v. Noriega, 117 F.3d 1206, at. 1515-19 (11th Cir. 1997)).

Bangoura v. Washington Post ([2004] 235 D.L.R. (4th) 564) and the Italian Court of Cassation (Corte de Cassazione, closed session, sect. V, 27 December 2000, Judgment No. 4741).

Toben case (BGH 46, 212, Urteil vom 12.12.2000).

United States v. Ben Laden (92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000).

Estate of Cabello v. Fernandez-Larios, 157 F. Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001)).

United States v. Bustos-Useche (273 F.3d 622 (5th Cir. 2001), *cert. denied*, 535 U.S. 1071 (2002)).

Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)).

Aguinda v. Texaco, Inc., 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002).

Korea Fair Trade Commission decision of 4 April 2002 (case 02-77), confirmed by the Seoul High Court Decision of 26 August 2003 (2002nu 14647) and KFTC decision of 29 April 2003 (case 03-98).

Sinaltrainal v. Coca-Cola Co., 256 F. Supp. 2d 1345 (S.D.Fla. 2003).

F. Hoffman-LaRoche v. Empagran, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (14 June 2004).

C. International Organizations

1. United Nations

Security Council, resolution 1192, 27 August 1998.

2. Council of Europe

Council of Europe, Recommendation No. R (97) 11 of the Committee of Ministers to Member States on the amended model plan for the classification of documents concerning State practice in the field of public international law, 12 June 1997, Appendix, Part Eight (II).

D. Literature

Whitman, Christina Brooks (ed.), “Extraterritorial Jurisdiction and Jurisdiction Following Forcible Abductions: A New Israeli Precedent in International Law. Notes”, *Michigan Law Review*, vol. 72 (1973-1974), pp. 1087-1113.

Akehurst, Michael, “Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145-257.

Bellia, Patricia L., “Chasing Bits across Borders”, *University of Chicago Legal Forum*, . (2001), pp. 35-101.

Boscariol, John, “An Anatomy of a Cuban Pyjama Crisis: Reconsidering Blocking Legislation in Response to Extraterritorial Trade Measures of the United States”, *Law and Policy in International Business*, vol. 30 (1999), pp. 439-499.

Bowett, Derek W., “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources”, *British Yearbook of International Law*, vol. 53 (1982), pp. 1-26.

Cafritz, Eric and Omer Tene, “Article 113-7 of the French Penal Code: The Passive Personality Principle”, *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), pp. 585-599.

Clark, Harry L., “Dealing with U.S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), pp. 61-96.

Dunning, Timothy S., “D’Amato in a China Shop: Problems of Extraterritoriality with the Iran and Libya Sanctions Act of 1996, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19 (1998), p. 169, at p. 177.

Falencki, Corinne A., “Sarbanes-Oxley: Ignoring the Presumption against Extraterritoriality”, *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), pp. 1211-1238.

Feeney, David J., “The European Commission’s Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers”, *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), pp. 425-491.

Gathii, James T., “Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law”, *Albany Law Review*, vol. 67, pp. 335-370.

Gerber, David J., “The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws”, *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), pp. 756-783.

Jung, Youngjin, “Korean Competition Law: First Step towards Globalization”, *Journal of Korean Law*, vol. 4 (2005), pp. 177-200.

Kim, Won-Ki, “The Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law and its Adoption in Korea”, *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), pp. 386-411.

Layton, Alexander and Parry, Anharad M., “Extraterritorial Jurisdiction – European Responses”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), pp. 309-325.

Meng, Werner, “Extraterritorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts”, in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2 (Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1995), pp. 337-343.

Norton, Joseph Jude, “The European Court of Justice Judgment in United Brands: Extraterritorial Jurisdiction and Abuse of Dominant Position”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), pp. 379-414.

O’Keefe, Roger, “Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), pp. 735-760.

Siddarth Fernandes, “F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran and the Extraterritoriality Limits of United States Antitrust Jurisdiction: Where Comity and Deterrence Collide”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), pp. 267-318.

Timofeeva, Yulia A., “World Wide Prescriptive Jurisdiction in Internet Content Controversies: A Comparative Analysis”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), pp. 199-225.

Yost, Mark J. and Douglas S. Anderson, “The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Closing the Gap”, *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), pp. 446-454.

E. Other documents

Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, Harvard Research in International Law, Supplement American Journal of International Law, vol. 29, pp. 435-652.

-- -- -- -- --