

# 国际造法:中国在国际法委员会的参与

秦倩 罗天宇\*

**【内容提要】** 自国际局势日渐趋向多极化以来,国际法的法典化对于国际关系的发展无疑更具有意义。自1949年国际法委员会依据《联合国宪章》第十三条规定成立后,一直在国际法发展与编纂过程中发挥重要影响力。对于中国来说,国际法治大国是中国走向大国的必由之路。尽管已经在一些国际造法实践中发出“中国声音”,中国仍应在国际法规则的酝酿、国际习惯法的形成等领域发挥更多的作用。本文选择国际法委员会为切入点,通过分析1971年以来委员会历任中国籍委员的背景、学术观点及中国具体参与国际法委员会的编纂情况,探讨中国参与国际造法的实践情况。

**【关键词】** 国际法委员会, 国际造法, 中国

**【Abstract】** Since the international situation has becoming more polarized, the codification of international law is of great significance to the development of international relations. Since the establishment of the International Law Commission (ILC) under the thirteenth Charter of the United Nations in 1949, it plays an important role in the development and codification of international law. Although China has issued some ideas on some international law making process, China should play a more important role in the field of international law and the formation of international customary law. This paper intends to choose the International Law Commission as a case and make a short analysis about Chinese participation in the law making practice of ILC since 1971.

**【Key Words】** International Law Commission, International law Making, China

\* 秦倩,复旦大学国际关系与公共事务学院副教授;罗天宇,复旦大学国际关系与公共事务学院硕士研究生。

目前,各个国家、非国家行为体在国际争端性议题上形成了重复性的较量。对于任何利益集团来说,在海洋、国际空间、自然资源等领域上,都难以占据绝对压倒性优势,同时,对于各个行为体来说,经由谈判形成的协约花费也远小于战争。各个国际公约,如空间法、海洋法的形成可以说是前述共识下的产物。

在这样的大背景下,我们应当充分认识到,国际法治将在国际事务中扮演日益重要的角色。尤其是很多国际性问题需要各国通力合作方能解决,那么在解决问题的过程中,将各方所需尽的义务及能享有的权利,以条约的形式作出明确规定,无疑会更有效率,也会降低交易成本。

而在以往,很多国际间的规则总是以习惯法的形式存在,但是习惯法是一种不成文法,即使其在很多国际事务上发挥了重要作用,我们也应承认,国际习惯法的不确定性容易引起争议。在国际事务出现变多、变细的趋势之下,编纂更为明确的成文法无疑是更符合国际发展的实际需求。在这一过程中,各国参与国际造法的实践可以说是另一层面的竞争,是一种软权力的争夺。基于这一角度,本文试图探讨自1971年重回联合国以后,中国参与的国际造法实践成效。

国际法的发展需要中国的参与,中国要真正成为一个大国,也需要在法治“标准”上发出自己的声音。但是在国际法律事务中,中国理念和中国实践很少被援引,因此,探讨中国过往参与的国际造法实践显得更有意义。

而国际造法的讨论涉及领域较广,在此,我们选取了国际法委员会作为讨论的切入点。在联合国成立之初,《联合国宪章》第十三条第一款就规定,“大会应发动研究,并作成建议:以促进政治上之国际合作,并提倡国际法之逐渐发展与编纂。”<sup>①</sup>而这项功能主要由大会的下属机构国际法委员会所承担。因此,可以认为,国际法委员会在国际造法上发挥了独特的作用。

根据《国际法委员会章程》不难看出,在设立之初,国际法委员会虽然主要针对国际公法领域,但并不排斥进入私法领域。当然,随着1951年海牙国际私法会议逐渐成为常设的政府间国际组织以及1966年联合国大会设立国际贸易法委员会,国际法委员会实际上并不需要对国际私法进行

---

<sup>①</sup> 《联合国宪章》, <http://www.un.org/zh/sections/un-charter/chapter-iv/index.html>, 2017-03-31。

过多的关注。国际法委员会对国际法形成的直接贡献在外交关系法、领事关系法、条约法和海洋法诸领域最为突出、最为明显。<sup>①</sup>而这些法学领域,实际上也是各国发生反复较量的领域。因此,本文希望通过研究国际法委员会上中国的表现,来讨论我国的国际造法参与与实践情况。

## 一、国际法委员会的结构与工作机制

### (一) 国际法委员会的人员构成

在进入中国的国际造法参与讨论之前,我们首先应当了解国际法委员会的工作机制和人员构成。在1947年委员会成立之初,国际法委员会的委员定额为15人,随后历经三次人数扩大:依据大会1956年12月18日第1103(XI)号决议,从原有的15人增加到21人,按照大会1961年11月6日第1647(XVI)号决议,增加到25人,又按照大会1981年11月18日第36/39号决议,增加到现在的34人。<sup>②</sup>因为随着联合国成员国的数目增多,国际法委员会就应该考虑吸纳更多来自不同国家的委员。而且依照《章程》第8条,即要求“委员会全体代表世界各主要文明形式和各主要法系”。<sup>③</sup>在此基础上,联合国大会1981年11月18日第36/39号决议规定委员会委员的地理分布执行下列标准:非洲籍(8名)、亚洲籍(7名)、东欧籍(3名)、拉丁美洲<sup>④</sup>籍(6名)、西欧或其他国家籍(8名)、1名非洲籍国民与1名东欧籍国民轮流、1名亚洲籍国民与1名拉丁美洲籍国民轮流。<sup>⑤</sup>

自国际法委员会成立以来,共有228名委员,分别来自90个国家。<sup>⑥</sup>其中,欧洲依然占据统治性的人数优势,欧洲籍的委员达81人之多,亚洲

① 黄惠康:《国际法委员会的工作与国际法的编纂及发展》,《湖南师范大学社会科学学报》1998年第6期,第25—31页。

② 参见联合国C/07/V9号文件,第14—15页。

③ 参见《国际法委员会章程》第8条。

④ 拉丁美洲国家区域集团的名称后改为“拉丁美洲和加勒比国家”。详见联合国1988年2月1日第88/19号、1988年2月5日第88/23号和1988年2月8日第88/24号日刊。

⑤ 参见联合国A/61/92号文件,第6—8段。

⑥ 资料来源于<http://legal.un.org/ilc/guide/annex2.shtml#a22>, 2017-07-10。南斯拉夫、苏联及它们解体后产生的国家,在这里计为不同的国家。

位列其二,为 46 人,非洲以 42 人排列第三。在其他三个大洲中,北美洲 31 人,南美洲 25 人,大洋洲 3 人。可见,欧洲国家在国际组织中依然占据了压倒性的优势,人数达到 36%。这意味着在国际造法上,尤其是外交关系法、海洋法等传统国际公法上,欧洲国家占据较为明显的优势。

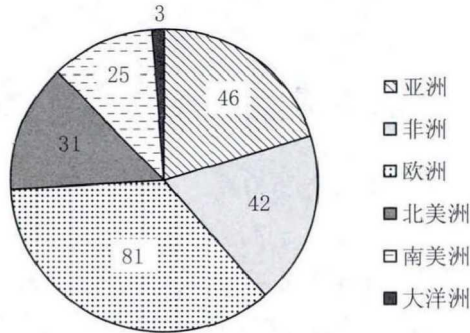


图 1 国际法委员会委员的地理分布

而具体到各个国家,委员人数在 5 人及以上的国家共计有 10 个。美国与俄罗斯可以说不分伯仲,均有 11 位人次的委员(俄罗斯的人数中包含了苏联时期任职的委员)。中国、印度、尼日利亚、巴西作为具有代表性的发展中国家在国际法委员会中的地位也通过任职的委员人数得到很好的确认。

表 1 国际法委员会的国籍来源(5 人以上)

国家	人数	国家	人数
美国	11	尼日利亚	6
俄罗斯(包括苏联)	11(6+5)	法国	5
英国	9	日本	5
中国	8	希腊	5
印度	7	巴西	5
墨西哥	7		

资料来源:作者自制。

英国、法国作为欧洲代表,分别有 9 席和 5 席。比较值得注意的是墨西哥、希腊与日本,墨西哥可以看成是拉丁美洲的代表,希腊作为欧洲文明的发源地,同时在某种意义上可以看成是东欧国家的代表,这两者的人

数可以理解。而日本的在国际法委员会人数方面取得的成绩可以归因为其积极参与国际组织的国家政策的成功，这点上是值得我们借鉴的。

## （二）国际法委员会的结构

根据联合国大会的决定，国际法委员会是大会的一个常设和非专任的附属机构，委员与国际法院的法官不同，并非全年专门任职，因此委员会仅举行年会。<sup>①</sup>这就影响了国际法委员会的如下结构形制：

### 1. 主席团、扩大的主席团与规划小组

每年届会举行前，国际法委员会都从委员中选举产生 5 名主席团成员：主席、第一副主席、第二副主席、起草委员会主席<sup>②</sup>和该届会议的总报告员。主席团负责审议本届会议的工作计划表和与该届会议有关的其他组织事项。

扩大的主席团则由该届会议选举的主席团成员、目前仍然是国际法委员会委员的前任主席和特别报告员组成，也可请求该扩大的主席团审议与国际法委员会工作的组织、方案和方法有关的问题。

自 20 世纪 70 年代以来，国际法委员会在每届会议上都成立一个规划小组，任务是审议委员会的工作方案和方法。1992 年后，规划小组另成立一个长期方案工作组，负责就列入委员会工作方案的专题提出建议。规划小组还成立了一个临时工作组来审查和审议按照大会要求或委员会自己的倡议来改进委员会工作方法的途径。<sup>③</sup>

然而，以上机构虽不可或缺，但在国际法委员会的实践中，对委员会的工作起着重要作用的主要是特别报告员和起草委员会，以及特定专题的工作组。

### 2. 特别报告员

任用特别报告员是委员会的机构特点之一。委员会往往在审议一项专题的最初阶段酌情任命一名特别报告员，该职位需要在来自不同区域的委员之间进行分配。<sup>④</sup>特别报告员执行若干重要任务：规划和确立专题、

① 参见联合国 A/CN.4/325 号文件，第 4 段。

② 1974 年以前，起草委员会主席都由第一副主席兼任。自当年国际法委员会第 26 届会议起，起草委员会主席与第一副主席并列。参见联合国 A/CN.4/325 号文件，第 45 段。

③ 参见联合国 C/07/V9 号文件，第 17—18 页。

④ 参见联合国 C/07/V9 号文件，第 20 页。

起草专题报告并说明法律状况并在专题报告中提出关于条款草案的建议、在全体会议上参与专题的审议、协助所负责专题起草委员会的工作、为条款草案编写评注等。可以说,特别报告员的报告是委员会工作的基础,并且是委员会章程确立的委员会工作方法和技巧的一个重要组成部分。

国际法委员会自1949年以来针对各专题总计任命了56名特别报告员,分别来自34个国家,其中近一半来自西欧和北美(见表2)。

表2 国际法委员会各国特别报告员人数(2人以上)<sup>①</sup>

国家	人数	国家	人数
美国	6	荷兰	2
英国	6	俄罗斯(包括苏联)	2
意大利	4	瑞典	2
法国	3	南非	2
日本	3	捷克斯洛伐克	2
墨西哥	2		

资料来源:作者自制。

### 3. 起草委员会与工作组

国际法委员会自1949年第一届会议以来,一直通过起草委员会开展工作。尽管起草委员会是在一位主席领导下发挥职能的单一机构,但自1992年以来,每届会议审议两至三个不同专题,每项专题都有不同的委员参加审议。其中,特别报告员在审议其分管的专题时担任起草委员会委员。总报告员依职参加起草委员会在所有专题方面的工作。起草委员会的组成需公平代表国际法委员会的各主要法系和各种语言,并且以同其起草任务相称为限。<sup>②</sup>

起草委员会的工作与特别报告员紧密相关,往往是就特别报告员编写的条款草案开展工作,有权处理与所拟草案有关的程序性与实质性问

<sup>①</sup> 国际法委员会特别报告员,参见 <http://legal.un.org/ilc/guide/annex3.shtml>。2017-07-15。

<sup>②</sup> 同上,第25—27页。

题。与之相比，工作组主要因特定专题而设，也主要在意见尚在形成中的早期阶段着手工作，因此与委员会针对特定专题形成何种处理办法和草案拟定更为密切。由于授权的灵活性，1996年后，委员会愈益倚重工作组，希望化解委员具体的意见分歧，提高委员会的行动效率，在某些情况下，还代行起草委员会的责任采取行动。<sup>①</sup>

### （三）国际法委员会的工作方法

国际法委员会的宗旨乃在促进国际法的逐渐发展与编纂。国际法委员会章程规定了委员会挑选适合“逐渐发展”和“编纂”国际法专题的方法。<sup>②</sup>一旦某项专题被列入会议审议议程，在委员会工作完结之前，会经历以下三部曲：

第一，启动阶段，主要是组织工作、收集相关材料和先例，包括任命特别报告员、制定工作计划、请各国政府和国际组织提交有关法律、司法判决等数据和信息，并请秘书处提交调查报告。

第二，一读阶段，委员会对特别报告员提交的条款草案进行审议，包括下列工作：特别报告员提出报告或条款草案；委员会在全体会议上审议特别报告员的报告和在全会上及起草委员会内审议提议的条款草案；拟定条款草案和说明判例、委员会内部的任何意见分歧及考虑采取的各种解决方法的评注；在起草委员会内批准一读草案并随后在全会上批准一读草案及其评注；作为委员会的文件印发一读草案并提交给联合国大会，同时提交各国政府，在一年或更多的时间内征求各国书面意见。

第三，二读阶段，也是最后阶段，通常包括：特别报告员对各国政府的答复，连同大会第六委员会辩论中所提出的任何意见一并进行研究；向委员会提交另一份报告，建议对一读草案作出适当的修改；根据各国政府的书面和口头意见在起草委员会审议和批准修改后的二读案文；委员会在全体会议上通过二读案文及其评注，亦即最终报告以及关于采取进一步行动的建议。<sup>③</sup>

随后，委员会将二读案文提交联合国大会，由大会第六委员会对草案

<sup>①</sup> 国际法委员会特别报告员，参见 <http://legal.un.org/ilc/guide/annex3.shtml>。2017-07-15，第24—25页。

<sup>②</sup> 参见《国际法委员会章程》第16、17、18条。

<sup>③</sup> 参见联合国C/07/V9号文件，第38—42页。

进行审议,并在审议基础上根据委员会的建议最终作出以下行动建议:(1)报告既已发布,不必采取行动;(2)以决议方式表示注意或通过这项报告;(3)向会员国推荐这项草案,以求缔结一项公约;或(4)召集会议以缔结一项公约。<sup>①</sup>实际上,委员会关于该项专题的编纂工作在向大会提交关于该专题的最后报告时即已完成。

观察委员会关于国际法逐渐发展和编纂工作的三部曲,可以看出委员会工作的特点在于:把各国政府意志、成员国代表要求和国际法专家的研究结合起来。<sup>②</sup>而各国政府在每一阶段都可以发挥重要作用。它们可以向委员会提交提议或公约草案供其审议,在委员会开始工作时提供资料,并随着工作的进展对草案发表书面或口头评论。这是在《国际法委员会章程》下,各国有效参与委员会国际造法工作之制度性权利。另外,虽然国际法委员会委员均系个人身份任职,承担的是学术性和非政治性工作,但由于委员候选人须由联合国会员国提名,联合国大会选举产生,因此,委员会在工作中并不能完全摆脱政治化阴影。鉴于国际法委员会在鼓励和推动国际造法中的重要作用,一国如能积极选送本国适格国际法人士,妥善运用制度性权利,有效参与委员会的国际造法进程,亦可影响国际规则的制定与形成,从而保护本国利益,甚至在此过程中把本国相关规则国际化,以本国规则为蓝图和底本来制定相关领域的国际规则。

以上,简单介绍了国际法委员会的结构和工作机制,是为下文研究提供铺垫。实际上,如何探讨一国在国际法委员会中的参与,主要有两个侧面:(1)一国民如何嵌入国际法委员会的运行结构;(2)一国在委员会的编纂流程中有何作为。这里也主要通过两个层面来探讨中国参与国际法委员会的国际造法实践。

## 二、中国籍委员与国际法委员会

我国参与国际法委员会活动可分为两个阶段:1971年前和1971年中

<sup>①</sup> 参见《国际法委员会章程》第23条第1款。

<sup>②</sup> 梁西主编:《国际法》(修订第2版),武汉大学出版社2003年版,第38页。



国重回联合国以后。

1971年以前，在联合国代表中国的是“非法占据席位”的“中华民国”。从1949年到1966年，“中华民国”有两位代表以私人身份任职国际法委员会(见表3)。1971年，联合国恢复中华人民共和国一切权利后，我国先后选派并经大会选举通过6名国际法委员会委员。

表3 国际法委员会的中国籍委员

	姓名	任职时间
1949—1971年	徐淑希	1949—1961
	刘 错	1962—1966
1971—至今	倪征燠	1982—1984
	黄嘉华	1985—1986
	史久镛	1987—1993
	贺其治	1994—2001
	薛捍勤	2002—2010
	黄惠康	2010—

资料来源：作者自制。

这6名委员之背景如何？在历届国际法委员会会议上，分别担任了哪些职务？在他们任职的年份里委员会进行了哪些专题的国际法编纂工作？

首先看背景，这里面除了倪征燠先生和黄嘉华先生在国际法委员会任职较短以为，其他四位基本都任职了五年以上，也即是说，他们起码做满了一届。至于他们中途离任的原因，多是因选入国际法院退出席位。这里面需要说明两个问题，一是为什么我国自1982年起才进入国际法委员会。经过对一些文献的分析，推测我国刚重归联合国之时，国际造法活动主要针对的是国际海洋法。联合国成立了一个特设委员会进行海洋法的磋商，而中国在1972年的时候参加了该委员会的工作。此后十年，一直在进行相关的工作，而负责参加会议的就是倪先生。而在1981年1月，海洋法会议对近十年的讨论草案进行定稿工作，倪征燠先生表现出色。恰恰是他这十年间的表现，为其1981年底在第36届联合国大会上当选为联合国国际法委员会委员创造了良好条件。可以看出，当时国际法委员

会并没有负责海洋法的起草工作,而我国的主要注意力均集中在海洋法的相关问题上,所以一直到此事解决,到1982年方有中国籍委员在委员会任职。

另一个问题是黄嘉华先生的任职时间为什么特别短暂。这里主要是因为倪征燠先生1984年当选为国际法院的法官以后,黄嘉华先生当时以常驻联合国特命全权大使的身份兼任了国际法委员会委员的职务,而1986年后史久镛先生通过选举当选了委员一职,黄嘉华先生就顺势离任,这就是他任职时间特别短的原因。

比较6名委员的背景,不难发现,从薛捍勤女士开始,委员的选择开始由原本的偏学术型转向为实务型。原本的四位委员在他们前往国际法委员会任职之前,已经是相关国际法领域颇有声誉的专家,而薛捍勤女士和黄惠康先生则是先任职于中国外交部门,而后才进入国际法委员会。薛女士曾经担任过外交部条约法律司司长、中国驻荷兰大使,黄惠康先生亦曾经担任过外交部条约法律司司长,同时还担任过中国驻纽约总领馆副总领事、中国驻马来西亚特命全权大使。

由此观之,薛、黄二位都具有相当的操作外交实务的经验,他们在国际法委员会的工作上能发出更贴合我国外交实践情况的声音。这种委员选派上的偏实务性是近十五年以来的变化,也反映了新时代我国国际法人才上已经拥有了较不错的积累。

我们可以进一步观察6名委员在国际法委员会历次会议中担任的具体职务。阅读国际法委员会每年的年度报告,可以发现其中有5个职位最为重要,分别是:主席、第一副主席、第二副主席、起草委员会主席与总报告员。这五个职位以外,国际法委员会每年都会根据主席团的意见,为当届会议设立一个规划小组,该规划小组由第一副主席负责,小组通常有8到10名成员,基本上这些人可以看做是一届会议的核心委员。

而从6名中国籍委员的实际任职情况来看(见表4),史久镛先生、贺其治先生、薛捍勤女士三位在国际法委员会中发挥的作用更为核心一些。倪征燠先生1984年是规划小组的成员;黄嘉华先生则没有担任过上述五个职位,也没有进入过规划小组,这也可能与他的供职时间短有关;史久镛先生在1988年担任总报告员,并进入规划小组,1990年出任当届会议的主席;贺其治先生在1997年、1998年、2001年均是规划小组的成员,同

时,在 2001 年还担任了总报告员一职;薛捍勤女士自 2004 年开始,每年均进入国际法委员会的规划小组,其中 2004 年担任第一副主席、2006 年担任总报告员,2010 年被选为当届主席,不过同年辞职进入了国际法院;黄惠康先生则在 2015 年进入规划小组。总体来看,从史久镛先生开始,经过贺其治先生与薛捍勤女士,中国在国际法委员会中已经发挥了举足轻重的作用,薛女士从她任职的第三年开始,就每年都能进入负责审议委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作,以及就此向主席团提出报告的规划小组,并先后担任了第一副主席、总报告员、主席这一系列重要职务。

表 4 中国籍委员在国际法委员会的参与情况(1971 年后)<sup>①</sup>

姓名	年份	主席团	规划小组	起草委员会	工作组
倪征燠	1982	/	/	✓	/
	1983	/	/	✓	/
	1984	/	✓	✓	/
黄嘉华	1985	/	✓	✓	/
	1986	/	/	✓	/
史久镛	1987	/	/	✓	/
	1988	总报告员	✓	✓	/
	1989	/	/	✓	/
	1990	主席	/	✓	/
	1991	/	/	/	/
	1992	/	/	/	/
	1993	/	/	“国家责任”专题起草委员会成员 <sup>②</sup>	/

<sup>①</sup> 作者根据国际法委员会历年出台的年度报告(1982 年至 2016 年)制作完成,参见 <http://legal.un.org/ilc/reports/>。2017 年 6 月 30 日浏览。

<sup>②</sup> 1993 年第 45 届会议以来,国际法委员会年度会议开始就不同专题分设不同的起草委员会,成员亦不同。

续 表

姓 名	年份	主席团	规划小组	起草委员会	工 作 组
贺其治	1994	/	/	/	“国际刑事法院规约草案”工作组成员
	1995	/	/	1. “国家责任”； 2. “关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”	/
	1996	/	/	“危害人类和平与安全治罪法案”	长期工作方案小组
	1997	/	✓		1. “国家责任”； 2. 长期工作方案小组
	1998	/	✓	1. “国家责任”； 2. “对条约的保留”	1. “国家责任”； 2. “国家单方面行为”； 3. 长期工作方案小组
	1999	/	/	“国家责任”	1. “国家及其财产的管辖豁免”； 2. “国家单方面行为”； 3. 长期工作方案小组
	2000	/	/	“国家责任”	长期工作方案小组
	2001	总报告员	✓	1. “国家责任”； 2. “关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”； 3. “对条约的保留”	“国家责任”
薛捍勤	2002	/	/	1. “对条约的保留”； 2. “外交保护”	1. “关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”； 2. “国际法的碎片化”； 3. 长期工作方案小组

续 表

姓 名	年份	主席团	规划小组	起草委员会	工 作 组
薛捍勤	2003	/	/	“对条约的保留”	同上
	2004	第一副主席	✓	1. “外交保护”； 2. “国际责任”	同上
	2005	/	✓	1. “对条约的保留”； 2. “国际组织的责任”	同上
	2006	总报告员	✓	1. “外交保护”； 2. “关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”； 3. “对条约的保留”； 4. “国际组织的责任”； 5. “共有的自然资源”	同上 + “共有的自然资源”
	2007	/	✓	1. “对条约的保留”； 2. “国际组织的责任”； 3. “驱逐外国人”	1. “共有的自然资源”； 2. “武装冲突对条约的影响”； 3. 长期工作方案小组
	2008	/	✓	1. “对条约的保留”； 2. “共有的自然资源”； 3. “武装冲突对条约的影响”； 4. “驱逐外国人”	1. “国际组织的责任”； 2. “武装冲突对条约的影响”； 3. “驱逐外国人”； 4. 长期工作方案小组
	2009	/	✓	1. “对条约的保留”； 2. “国际组织的责任”； 3. “突发事件中人员的保护”； 4. “驱逐外国人”	1. “共有的自然资源”； 2. “过时的条约”； 3. “最惠国待遇条款”； 4. 长期工作方案小组
	2010	主 席	✓	1. “对条约的保留”； 2. “武装冲突对条约的影响”	同上

续表

姓名	年份	主席团	规划小组	起草委员会	工作组
黄惠康	2010	/	/	“驱逐外国人”	/
	2011	/	/	1. “武装冲突对条约的影响”； 2. “国际组织的责任”	“对条约的保留”
	2012	/	/	“驱逐外国人”	/
	2013	/	/	/	/
	2014	/	/	“国家官员外国刑事管辖豁免”	/
	2015	/	✓	1. “习惯国际法的识别”； 2. “保护大气层”； 3. “与武装冲突有关的环境保护”	/
	2016	/	/	“灾难事件中的人员保护”	/

当然,按照国际法委员会的惯例,主席团五位成员的职务是由不同区域集团的国民轮流担任的。<sup>①</sup>因此,从重要性上看,还需进一步检视中国籍委员在国际法委员会具体编纂实践中的参与。如表4所示,各位中国籍委员在各自任职期间均积极参与了委员会项下各专题起草委员会或工作组的工作。在国际法委员会中,起草委员会在协调各种观点和制定可普遍接受的解决方法方面起着重要的作用。<sup>②</sup>起草委员会不仅受托处理纯文字起草方面的问题,还受托处理一些国际法委员会全体未能解决或似乎可能引起不必要的冗长讨论的实质性问题。实际上,国际法委员会通常在对某一专题条款进行第一次讨论后,不举行表决,而是将该条款提交起草委员会,由它设法就此问题起草一个普遍令人满意的案文。起草委员会

① 联合国C/07/V9号文件,第17—18页。

② 参见《1987年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分,第237段和《1996年国际法委员会年鉴》第2卷第二部分,第212段。

的提议常常可得到国际法委员会的一致通过,有时甚至无需进行讨论。<sup>①</sup>依据现有资料,虽不能完整地展现中国籍委员在各专题起草委员会的具体参与情况,但从1982年后,中国籍委员几乎参与了委员会所有已完成和待完成的专题草案起草工作,(见表4)可以说,对各相关领域国际法规则的发展发挥了重要作用。正如,《奥本海国际法》所给予的公允评论,国际法委员会所进行的国际法编纂工作,即便委员会完成的最后案文并未转化为公约,委员会的工作由于其使用学术和现实的方法来研究相关专题,对于各领域国际习惯法规则也有较大影响,因而对当代国际法的发展居功至伟。<sup>②</sup>

### 三、中国在国际法委员会的参与实践： 以《外交保护条款草案》为例

依据上述国际法委员会的工作方法,在委员会编纂活动中,各国都可以参与委员会的编纂过程,实际上,委员会章程自始就载有旨在使各国政府在委员会工作的每一阶段都有机会表明其意见的规定。根据《国际法委员会章程》,委员会在开始工作时应:(1)向各国政府寄发调查表,请它们提供与其逐渐发展工作计划所列的项目有关的资料和情报(第16条(c));(2)向各国政府提出具体详尽的要求,请它们提供法律案文、法令、司法判决、条约、外交信件和其他与为了编纂目的而研究的专题有关的文件(第19条第2款)。委员会还应邀请或请求各国政府提供关于委员会载有一读草案并附带适当解释、补充材料和各国政府提交的资料的文件的评论(第16条(g)至(h)和第21条)。最后,委员会在编写最后的二读草案和解释性报告时应考虑这些评论(第16条(i)和第22条)。<sup>③</sup>

可以说,鉴于国际法委员会本质上是一个以个人身份任职的法律专家机构,它没有为国际社会造法的权力,因此,大会创立的在委员会协助

① 参见联合国 C/07/V9 号文件,第 26—27 页。

② 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第一分册,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 61 页。

③ 参见联合国 C/07/V9 号文件,第 56—57 页。

下推动国际法逐渐发展和编纂的制度之核心,就是要各国政府提交的材料、评论和意见在委员会的编纂方法中起根本作用。而对各国政府而言,越早介入国际法委员会的编纂工作,将本国的立场、建议与实践提供给委员会以使其编纂借鉴和考虑,越能更好地型塑国际规则的生成,从而维护本国的利益。

从中国参与国际法委员会的实践来看,在国际法委员会针对某一专题的启动到二读阶段,1971年以后中国政府就该特定专题提交书面评论的可以统计到的共有三次:1988年针对《国家及其财产的管辖豁免草案》递交评论意见,1999年就《武装冲突对条约的影响条款草案》递交评论意见,和2001年针对《国家责任条款草案》递交评论意见。即使将1971年以前的一并纳入统计,也不过就是五次。更多情况下,中国参与国际法委员会的编纂活动,是在联合国大会第六委员会就国际法委员会提交的报告进行年度辩论期间作出评论。1979年以前,大会六委提交大会的相关报告载有六委对国际法委员会年度报告进行讨论的主要趋势摘要,而1980年以来,该摘要则作为六委文件的一部分印发,题为“专题摘要”。<sup>①</sup>按照国际法委员会的惯例,在二读阶段结束之前,委员会在编写最后的条款案文和解释性报告时都应考虑各国政府在六委的这些评论。另外,国际法委员会在关于某一专题的二读阶段完成并将二读通过的最后草案提交联合国大会后,大会也通常都要求得到各国政府有关该草案的评论,以确定最后草案是否适合拟定公约或者对此将采取何种进一步行动。

以下,本文拟以《外交保护条款草案》为例,观照中国在国际法委员会编纂实践中的参与情况。

### (一) 国际法委员会《外交保护条款草案》的编纂过程

国际公法几乎涉及国家间交往的所有层面,哪些是适合国际法委员会逐渐发展和编纂的专题?国际法委员会在1949年举行的第一届会议上,选定了14个有待编纂的主题,是为“1949年清单”。<sup>②</sup>该清单一直是国际法委员会基本的长期工作方案,后来在六十多年的工作中,国际法委员会又陆续增加了28个专题。后增加的专题有些是与1949年某一专题有

<sup>①</sup> 参见联合国C/07/V9号文件,第57页。

<sup>②</sup> 同上,第31—35页。



关而被列入清单的。“外交保护”专题即是如此，是国际法委员会在审议1949年“国家责任”专题过程中延伸出来的。

### 第一，启动阶段

国际法委员会1995年正式核准将外交保护专题列入议程，翌年，在第48届会议上确定“外交保护”为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。<sup>①</sup>1995年12月11日，联合国大会在第45次会议上，请求各国政府就此议题向国际法委员会递交建议。随后，美国政府最先回应了大会的这一决议，于1996年8月5日，向国际法委员会递交书面评论，就外交保护的性质、用尽当地救济规则、法人的外交保护、持续国籍等问题，发表了本国看法，也提出了希望委员会重点关注的法律问题。<sup>②</sup>

国际法委员会1997年7月11日任命摩洛哥籍委员穆罕默德·本努纳(Mohamed Bennouna)先生为此专题的特别报告员。1999年因本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际刑事法庭法官，委员会又任命南非籍委员克里斯托弗·罗伯特·约翰·杜加尔德(C. John R. Dugard)先生为此专题的特别报告员。2000到2004年，特别报告员先后提交了五次报告，“外交保护”议题及报告每次均列入国际法委员会年度工作报告，交大会第六届委员会审议，并由各国政府进行辩论。

### 第二，一读阶段

国际法委员会2004年在第56届会议上一读通过了一套共19条的《外交保护条款草案及其评注》，并根据《国际法委员会章程》第16条和第21条作出决定，通过秘书长将这些条款草案转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2006年1月1日之前将评论和意见提交秘书长。2005年，特别报告员作出第六次报告。截至2006年1月26日，国际法委员会收到11国政府<sup>③</sup>就2004年一读草案发来的评论和意见以及特别报告员的第七次报告，该报告参照各国政府提出的评论和意见，提出了关于

<sup>①</sup> 《联合国国际法委员会1995年年鉴》第2卷，第501段；《联合国国际法委员会1996年年鉴》第2卷，第248段和附件2，增编1。

<sup>②</sup> 联合国A/51/358/Add.1号文件。

<sup>③</sup> 11国为：奥地利、萨尔瓦多、危地马拉、墨西哥、荷兰、挪威（代表北欧国家丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典）、巴拿马、卡塔尔、美国和乌兹别克斯坦。参见联合国A/CN.4/561号文件，第8页。之后英国、意大利、比利时三国又发表了评论。参见联合国A/CN.4/561/Add.1、A/CN.4/561/Add.2号文件。

二读审议第 1 至第 19 条草案的建议以及另外一条草案的提案。

### 第三,二读阶段

2006 年 5 月和 8 月,委员会二读通过了关于外交保护的整套条款草案及其评注。会后,按照其《章程》,委员会将最终的二读条款草案纳入国际法委员会第 58 届会议年度报告提交大会并建议大会在外交保护条款草案的基础上制定一项公约。<sup>①</sup>

至此,国际法委员会关于外交保护专题的编纂工作原则上已经完成。随后,联合国大会 2006 年 12 月 4 日第 61/35 号决议注意到外交保护条款草案,并邀请各国政府不迟于 2007 年 6 月 1 日就国际法委员会关于在条款草案的基础上拟订一项公约的建议提交书面评论。截至 2007 年 6 月 29 日,秘书长收到 12 个国家政府的书面评论,包括阿根廷、奥地利、巴西、古巴、捷克、印度、黎巴嫩、挪威(代表北欧国家)、葡萄牙、俄罗斯、英国和美国。<sup>②</sup>由于这 12 个国家,尤其是英美,认为条款草案制定成公约的基础尚不成熟,不主张现阶段将其制定为国际公约,因此目前,该案文依然维持着草案形态。

### (二) 中国参与《外交保护条款草案》编纂实践

在《外交保护条款草案》编纂过程中,无论在国际法委员会还是联合国大会阶段,中国均未提交有关该草案的书面评论。中国的参与实践主要体现在:

1. 任职国际法委员会的中国籍委员薛捍勤女士先后于 2002 年、2004 年、2006 年担任“外交保护条款草案”起草委员会成员。囿于资料的限制,无法得知薛女士在整个草案起草过程中的具体贡献,但是按照起草委员会的职能,薛女士作为该专题的起草成员,对外交保护条款草案的文字和实质性问题都应产生过一定的影响。

2. 中国在联大六委针对国际法委员会年度报告外交保护专题发表的评论

按照国际法委员会的惯例,委员会自 1949 年第一届会议起,每年都向大会提交年度工作报告,由大会第六委员会负责审议。国际法委员会当

---

① 联合国 A/62/10 号文件,第 10—11 页。

② 参见联合国 A/62/118 号文件。

年主席和一位特别报告员<sup>①</sup>出席第六委员会的会议,介绍委员会工作报告,针对各国驻联合国代表团就国际法委员会年度报告的评论发表意见,还可与各代表团进行非正式会晤。

在《外交保护条款草案》编纂的三个阶段,中国驻联合国代表团均在大会六委就国际法委员会年度报告外交保护专题发表评论,具体为:

### 第一,启动阶段

2002、2003年,我国代表薛捍勤女士、刘振民先生先后在联大六委对国际法委员会当年会议报告外交保护专题发表评论。薛女士的评论较为简单,主要围绕外交保护的范围和用尽当地救济规则。<sup>②</sup>刘振民先生较之则更为具体,在用尽当地救济规则、尤其是公司法人的外交保护方面,对草案第10、17、18、19、21、22条进行了具体评论。<sup>③</sup>

### 第二,一读阶段

2004年,国际法委员会通过《外交保护条款一读草案》并将其纳入年度报告提交大会。我国代表高风先生在联大六委关于国际法委员会第56届会议工作报告外交保护议题发言。高先生在表明中国对一读草案条款基本上满意的基础上,对一读草案第12、16及其评注、18、19条进行具体评论,同时声明中国保留今后对条款草案进一步发表看法的权利,以及建议可以将外交保护专题制定成一项宣言、指导原则或示范法,既可以供各国参照适用,也可以成为将来制定具体的公约的基础。<sup>④</sup>

### 第三,二读阶段

2006年,《外交保护条款草案》及其评注二读通过。当年,我国代表段洁龙先生在第61届联大六委对《外交保护条款草案》除发表总体性评论

---

① 根据联合国大会1989年12月4日第44/35号决议第5段,才开始指派一名特别报告员出席六委审议会议。

② 中国代表薛捍勤女士在第57届联大第六委员会关于“国际法委员会第54届会议的报告”议题(外交保护和委员会的工作)的发言, <http://www.china-un.org/chn/lhghywj/ldhy/yw/ld57/t40105.htm>, 2017-07-09。

③ 中国代表刘振民先生在第58届联大六委关于“国际法委员会第55届会议的报告”议题(外交保护)的发言, <http://www.china-un.org/chn/lhghywj/fyywj/wn/fy03/t530817.htm>, 2017-07-09。

④ 中国代表高风在第59届联大六委关于“国际法委员会第56届会议工作报告”议题的发言, <http://www.china-un.org/chn/lhghywj/fyywj/wn/fy04/t530633.htm>, 2017-07-09。

外,特别对草案第1、4、7、8、12、13、15、19条进行具体评论。<sup>①</sup>措辞方式和前述几位代表理路一致。

将中国上述参与实践与他国的相关实践对比可知:

首先,我国虽在国际法委员会整个编纂过程中均有参与,但参与的场合限于在联大六委对国际法委员会报告涉外交保护专题进行口头评论。这虽然也被国际法委员会视为在草案起草过程中应予考虑的事项,但从参与效果上看,短短几分钟的简短评论,不如根据《国际法委员会章程》授予的制度性权利,在启动和一读阶段,提交书面评论以及本国相关案例、数据和信息,从而第一时间影响国际法委员会的编纂,把本国利益渗透进该议题中。相比之下,美国在外交保护专题的三个编纂阶段,都向国际法委员会提交书面评论,阐释本国立场、提交本国实践,全面跟踪草案的整个编纂过程。而外交保护专题的特别报告员也会针对美国书面评论中提出的意见逐一反馈,并阐明原因。<sup>②</sup>这其实是特别报告员与一个国家进行互动和博弈的过程,正是在反复的互动中,一国得最大程度影响国际法委员会,将本国有关特定专题最为关切的法律问题镶嵌在编纂的最后案文中。

其次,从技术角度看,我国代表在联大六委的评论内容,短且空泛。国际法委员会一直尽力避免在象牙塔内开展工作,与国际生活现实保持密切联系。<sup>③</sup>正如宋杰所言,国际法委员会对国际法任一议题的编纂,都是建立在大量的国际案例和国家案例的基础上。因此,一国要有效参与国际法委员会的编纂工作,所提建议须契合相应的国际实践和本国实践。<sup>④</sup>我国代表对《外交保护条款草案》的发言,虽然也细化到具体条款,但除了刘振民先生提及巴塞罗那案判决外,其他意见均未援引任何国际和我国相关案例和实践。实际上,随着中国越来越深入参与世界事务,尤其是“一带

---

① 中国代表段洁龙在第61届联大六委关于“国际法委员会第58届会议工作报告”议题中“外交保护”和“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”两项专题的发言, [http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao\\_674904/zyjh\\_674906/t283191.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/zyjh_674906/t283191.shtml), 2017-07-09。

② 参见联合国 A/CN.4/567 号文件。

③ 《1974年国际法委员会年鉴》,第2卷第一部分, A/9610/Rev.1号文件,第210段。

④ 宋杰:《从英美实践来看我国参与国际法律事务的有效性问题》,《比较法研究》2015年第2期。

一路”战略的推进，中国海外利益的维护面临诸多挑战。外交保护制度之于中国的意义愈益重要。对此，我国的实践为何、应持何种立场，如何有效地引导外交保护国际规则的形成，均值得细细思量。

## 四、结 语

应该说，自 1971 年重返联合国以后，我国在国际造法上的参与实践呈现逐渐增多的态势。自 1982 年以来，我国在国际法委员会中的参与是一个非常明显的例子。而在之前，我国 70 年代也在海洋法条约的完成中积极发挥自己的作用。

作为一个发展中国家，中国高度重视国际法在国际关系发展中所能扮演的角色，中国坚信国际法有助于和平、稳定与发展。要促进国际关系的良性发展，必须拥有一个完整而被普遍接受的国际法体系。在当前，随着全球局势日益复杂，在地区间矛盾冲突不断的时候全球整体的一体化却在不断加深，固有的国际关系规范不断受到挑战，整体处于一个较为混乱的秩序之中。因此，现在比之过去，更需要重申制定国际关系和国际法律秩序的基础。从过往的经验可以看出，只有各个国家——无分大小、无分意识形态、无分相应的军事实力和经济实力之强弱——在一个和平的框架下共处和发展，才能使得世界秩序向一个正确的方向发展。

而从我国在国际法委员会中的实际参与情况，我们可以得出一定的结论，具体有如下三个方面：

首先，我国在国际造法实践中扮演了越来越重要的角色。无论是从国际法委员会中委员的人数，还是委员在委员会中具体的任职，都可以看出我国在这一体系中的重要作用。而从我国对于委员会年度会议报告作出的回应来看，我们是真真切切参与到国际造法活动中去的，这需要我们继续保持并发扬。

其次，国际法既是一门技术，也是一门艺术，但从内核上看，首先是技术，是用一套术语和程序包装起来的利益。尤其是在国际法委员会阶段，关于条款草案的技术性讨论居多，国际政治与政府意志在一定程度上并非主导因素。因此，在委员会编纂进程中，特别报告员一职非常重要。特

别报告员专司草案起草,其立法理念和法律素养对于拟定中的国际规则形貌影响深远。当前,我国仍未有人在国际法委员会中出任特别报告员一职,希望未来能够补缺。

第三,由于国际社会的性质,国际法整体上是一种横向结构的共存法,国家及其实践是国际法的基石。但是正如任何国内社会必须有思想基础和奋斗希望,国际社会也同样必须牢记终极价值。<sup>①</sup>因此,国际法一直处于用“实然法”(lex lata)来解说、创制“应然法”(lex ferenda)的状态。<sup>②</sup>这对中国参与国际造法实践就提出了两个任务:

其一,梳理中国国际法实践。从学术研究角度,这就意味着应重视中国国际法的实证研究。我国代表在联大六委针对《外交条款草案》也提出了不少具体的意见,反映了我国对此最为关切的问题和我国的利益,但是意见总体缺乏国家和国际案例作支撑,理论有余、实证不足,说服力相对就薄弱。所以,做好国际法的实证研究是提高我国未来参与国际造法效率的前提和基础。

其二,构建国际法中国理论。国际法因为历史的原因,有着很强的西方烙印,新中国成立后的前三十年,国际法律体系疏离中国;改革开放后中国积极融入国际法律体系,但总体上是以经济发展为助推,欠缺以文化和政治文明为主导的国际法观念和立场,因此当今国际法仍然是中国参与不充分的机制体系。<sup>③</sup>从未来应然国际法的维度来看,我国应构建完整而系统的中国国际法理论,在参与国际造法实践中,改善和推进国际法治,构建国际良法,塑造全球善治。

总的看来,国际法委员会是研究我国重归联合国以来参与国际造法实践很好的切入点。我们可以看到中国在国际造法实践中角色的变换以及我国参与国际造法时坚持的一些原则和持有的倾向,也可以看到我国在实践中遇到的一些问题,以及可能的改进方向。

---

① 马尔科姆·N.肖:《国际法》(第6版),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第10页。

② Noora Johanna Arajärvi, "Between Lex Lata and Lex Ferenda? Customary International(Criminal) Law and the Principle of Legality," 15 *Tilburg Law Review: Journal of International and European Law* 163(2011).

③ 何志鹏等:《国际法的中国理论》,法律出版社2017年版,第30—32页。