A/73/10

联 合 国

国际法委员会报告

第七十届会议

(2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日)

大　会

正式记录

第七十三届会议

补编第 10 号(A/73/10)

请回收

A/73/10

大　会
正式记录
第七十三届会议
补编第 10 号(A/73/10)

国际法委员会的报告

第七十届会议
(2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日)

联合国・纽约，2018

说明

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

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

委员会报告的排版本将载入《2018 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

简要目录

章次		页次
一.	导言	1
二.	委员会第七十届会议工作概况	6
三.	委员会特别想听取意见的具体问题	9
四.	与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践	11
五.	习惯国际法的识别	121
六.	保护大气层	161
七.	条约的暂时适用	204
八.	一般国际法强制性规范(强行法)	226
九.	与武装冲突有关的环境保护	240
十.	国家责任方面的国家继承	275
十一.	国家官员的外国刑事管辖豁免	284
十二.	纪念委员会成立七十周年	294
十三.	委员会的其他决定和结论	298

目录

章次 页次

一. 导言 1

A. 委员 1

B. 临时空缺 2

C. 主席团成员和扩大的主席团 2

D. 起草委员会 3

E. 工作组 4

F. 秘书处 5

G. 议程 5

二. 委员会第七十届会议工作概况 6

三. 委员会特别想听取意见的具体问题 9

A. 一般国际法强制性规范(强行法) 9

B. 国家官员的外国刑事管辖豁免 9

C. 与武装冲突有关的环境保护 9

D 国家责任方面的国家继承 9

E 新专题 9

四. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践 11

A. 导言 11

B. 本届会议审议此专题的情况 12

C. 委员会的建议 12

D 向特别报告员表示感谢 12

E 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案案文 13

1. 结论草案案文 13

2. 结论草案案文及其评注 16

第一部分
导言

结论 1 范围 16

评注 16

第二部分
基本规则和定义

结论 2 条约解释通则和资料 17

评注 17

结论 3 以嗣后协定和嗣后实践作为作准的解释资料 24
评注 24
结论 4 嗣后协定和嗣后实践的定义 28
评注 28
结论 5 作为嗣后实践的行为 38
评注 38
第三部分
一般方面
结论 6 嗣后协定和嗣后实践的识别 45
评注 45
结论 7 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响 53
评注 53
结论 8 能够随时间演变的条约用语的解释 66
评注 66
结论 9 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重 73
评注 74
结论 10 与条约解释有关的缔约方协定 78
评注 79
第四部分
具体方面
结论 11 在缔约国大会框架内通过的决定 86
评注 86
结论 12 国际组织的组成文书 97
评注 97
结论 13 专家条约机构的声明 110
评注 110
五. 习惯国际法的识别 121
A. 导言 121
B. 本届会议审议此专题的情况 121
C. 委员会的建议 122
D. 向特别报告员表示感谢 122
E. 关于习惯国际法的识别的结论草案案文 123
1. 结论草案案文 123

2. 结论草案案文及其评注 126

总评注 126

第一部分
导言

结论 1 范围 128

评注 128

第二部分
基本方法

结论 2 两个构成要素 129

评注 129

结论 3 两个构成要素的证据评估 131

评注 131

第三部分
一般惯例

结论 4 惯例的要求 134

评注 134

结论 5 作为国家实践的国家行为 136

评注 136

结论 6 实践的形式 137

评注 137

结论 7 评估国家实践 139

评注 139

结论 8 惯例必须具备一般性 140

评注 140

第四部分
被接受为法律(法律确信)

结论 9 被接受为法律(法律确信)的要求 142

评注 142

结论 10 被接受为法律(法律确信)的证据形式 144

评注 144

第五部分
某些材料对于识别习惯国际法的意义

结论 11 条约 147

评注 147

结论 12 国际组织和政府间会议的决议 151
评注 151
结论 13 法院和法庭的判决 153
评注 153
结论 14 学说 155
评注 155
第六部分
一贯反对者
结论 15 一贯反对者 156
评注 156
第七部分
特别习惯国际法
结论 16 特别习惯国际法 158
评注 158
六. 保护大气层 161
A. 导言 161
B. 本届会议审议此专题的情况 161
C. 委员会一读通过关于保护大气层的指南草案及序言案文 162
1. 指南草案及序言案文 162
2. 指南草案及序言以及评注案文 165
总评注 165
序言 165
评注 166
指南 1 用语 172
评注 173
指南 2 指南的范围 176
评注 177
指南 3 保护大气层的义务 178
评注 179
指南 4 环境影响评估 181
评注 181
指南 5 可持续利用大气层 183
评注 183

指南 6 公平合理利用大气层 184
评注 184
指南 7 有意大规模改变大气层 185
评注 185
指南 8 国际合作 187
评注 187
指南 9 相关规则之间的相互关系 190
评注 191
指南 10 执行 198
评注 198
指南 11 遵约 199
评注 199
指南 12 争端解决 201
评注 201
七. 条约的暂时适用 204
A. 导言 204
B. 本届会议审议此专题的情况 204
C. 委员会一读通过的条约的暂时适用指南草案案文 206
1. 条约的暂时适用指南草案案文 206
2. 条约的暂时适用指南草案案文及其评注 208
总评注 208
准则 1 范围 210
评注 210
准则 2 目的 211
评注 211
准则 3 一般规则 211
评注 211
准则 4 协议形式 213
评注 214
准则 5 暂时适用的开始 216
评注 216

准则 6 暂时适用的法律效果 216
评注 217
准则 7 保留 218
评注 218
准则 8 违约责任 219
评注 219
准则 9 暂时适用的终止和中止 219
评注 220
准则 10 各国国内法和国际组织规则与暂时适用的条约的遵守 222
评注 222
准则 11 各国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定和国际组织关于同意暂时适用条约的权限的规则 223
评注 223
准则 12 关于在源自各国国内法和国际组织规则的限制之下暂时适用的协议 224
评注 224
八. 一般国际法强制性规范(强行法) 226
A. 导言 226
B. 本届会议审议此专题的情况 226
1. 特别报告员介绍第三次报告 228
2. 辩论摘要 231
(a) 一般评论 231
(b) 对结论草案的具体评论 231
3. 特别报告员的总结 237
九. 与武装冲突有关的环境保护 240
A. 导言 240
B. 本届会议审议此专题的情况 241
1. 特别报告员介绍其第一次报告 242
2. 辩论摘要 243
(a) 一般性评论 243
(b) 关于原则草案 19 的评论 245
(c) 关于原则草案 20 的评论 245
(d) 关于原则草案 21 的评论 245

(e) 今后的工作 246

3. 特别报告员的总结 246

C. 委员会迄今为止暂时通过的与武装冲突有关的环境保护原则草案案文 247

1. 原则草案案文 247

2. 委员会第七十届会议暂时通过的原则草案及其评注案文 250

原则 4 加强环境保护的措施 250

评注 251

原则 6 保护土著人民的环境 255

评注 255

原则 7 与武装冲突有关的驻军协议 257

评注 257

原则 8 和平行动 259

评注 259

原则 14 和平进程 261

评注 261

原则 15 武装冲突后的环境评估与补救措施 264

评注 264

原则 16 战争遗留物 265

评注 266

原则 17 海上战争遗留物 268

评注 268

原则 18 共享与准许获取信息 269

评注 270

十. 国家责任方面的国家继承 275

A. 导言 275

B. 本届会议审议此专题的情况 275

1. 特别报告员介绍第二次报告 277

2. 辩论摘要 278

(a) 一般性评论 278

(b) 具体评论 279

(c) 最终形式 281

(d) 今后的工作方案 281

3. 特别报告员的总结 282
十一. 国家官员的外国刑事管辖豁免 284
A. 导言 284
B. 本届会议审议这个专题的情况 285
1. 特别报告员介绍第六次报告 285
2. 辩论摘要 289
(a) 一般评论 289
(b) 对第 7 条草案辩论摘要的评论 289
(c) 对第六次报告所述程序方面的评论 290
(d) 对程序性保障和保证的评论 292
(e) 今后的工作 293
十二. 纪念委员会成立七十周年 294
A. 导言 294
B. 国际法委员会七十周年届会 294
十三. 委员会的其他决定和结论 298
A. 一般法律原则 298
B. 委员会请秘书处就委员会议程上的专题编写并更新研究报告 298
C. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件 298
1. 长期工作方案工作组 298
2. 委员会工作方法工作组 299
3. 审议大会 2017 年 12 月 7 日关于国内和国际法治问题的第 72/119 号决议 299
4. 审议大会 2017 年 12 月 7 日关于国际法委员会第六十九届会议工作报告的第 72/116 号决议第 13 和第 14 段 300
5. 酬金 300
6. 文件和出版物 300
7. 《国际法委员会年鉴》 301
8. 编纂司的协助 302
9. 网站 302
10. 联合国国际法视听图书馆 302
D. 委员会第七十一届会议的日期和地点 302
E. 与其他机构的合作 302

F. 出席大会第七十三届会议的代表..... 303

G. 国际法讲习班..... 303

附件

A. 普遍刑事管辖权..... 306

B. 海平面上升与国际法有关的问题..... 325

第一章
导言

1. 国际法委员会于 2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日在纽约举行了第七十届会议第一期会议，于 2018 年 7 月 2 日至 8 月 10 日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第二期会议。本届会议由委员会第六十九届会议主席格奥尔格·诺尔特先生主持开幕。

A. 委员

2. 委员会由下列委员组成：

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生(尼加拉瓜)

波格丹·奥雷斯库先生(罗马尼亚)

雅库巴·西塞先生(科特迪瓦)

康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)

帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(葡萄牙)

胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生(墨西哥)

克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(智利)

侯赛因·哈苏纳先生(埃及)

马哈茂德·哈穆德先生(约旦)

黄惠康先生(中国)

查尔斯·切尔诺·贾洛先生(塞拉利昂)

艾哈迈德·拉腊巴先生(阿尔及利亚)

玛丽亚·莱赫托女士(芬兰)

村濑信也先生(日本)

肖恩·墨菲先生(美利坚合众国)

阮洪滔先生(越南)

格奥尔格·诺尔特先生(德国)

尼吕费尔·奥拉尔女士(土耳其)

哈桑·瓦扎尼·恰迪先生(摩洛哥)

朴基甲先生(大韩民国)

克里斯·马伊纳·彼得先生(坦桑尼亚联合共和国)

埃内斯特·彼得里奇先生(斯洛文尼亚)

阿尼鲁达·拉吉普特先生(印度)

奥古斯特·赖尼希先生(奥地利)

胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(秘鲁)

吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)

帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)

迪雷·特拉迪先生(南非)

爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生(哥伦比亚)

马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生(厄瓜多尔)

阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)

迈克尔·伍德爵士(大不列颠及北爱尔兰联合王国)

耶夫格尼·扎加伊诺夫先生(俄罗斯联邦)

B. 临时空缺

3. 在 2018 年 5 月 1 日举行的第 3391 次会议上，委员会选举耶夫格尼·扎加伊诺夫先生(俄罗斯联邦)填补罗曼·科洛德金先生辞职造成的临时空缺。

C. 主席团成员和扩大的主席团

4. 在 2018 年 4 月 30 日举行的第 3390 次会议上，委员会选出了下列主席团成员：

主席：	爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生(哥伦比亚)
第一副主席：	帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)
第二副主席：	阮洪滔先生(越南)
起草委员会主席：	查尔斯·切尔诺·贾洛先生(塞拉利昂)
报告员：	帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(葡萄牙)

5. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席[1] 和特别报告员组成。[2]

6. 委员会在 2018 年 4 月 30 日举行的第 3390 次会议上设立了由下列委员组成的规划组：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

[1] 格奥尔格·诺尔特先生，埃内斯特·彼得里奇先生。

[2] 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生和迈克尔·伍德爵士。

D. 起草委员会

7. 委员会在分别于 2018 年 5 月 1 日、4 日、11 日、22 日和 29 日、7 月 17 日和 24 日举行的第 3391、3395、3401、3409、3413、3431 和 3435 次会议上，为下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

(a) 一般国际法强制性规范(强行法)：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(主席)、迪雷·特拉迪先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

(b) 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(主席)、格奥尔格·诺尔特先生(特别报告员)、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

(c) 习惯国际法的识别：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(主席)、迈克尔·伍德爵士(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、波格丹·奥雷斯库先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

(d) 条约的暂时适用：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(主席)、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、肖恩·墨菲先生、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

(e) 保护大气层：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(主席)、村濑信也先生(特别报告员)、波格丹·奥雷斯库先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

(f) *与武装冲突有关的环境保护*：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(主席)、玛丽亚·莱赫托女士(特别报告员)、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迈克尔·伍德爵士和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

(g) *国家责任方面的国家继承*：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(主席)、帕维尔·斯图尔马先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、波格丹·奥雷斯库先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

8. 起草委员会就上列七项专题一共举行了 32 次会议。

E. 工作组

9. 委员会在 2018 年 5 月 3 日举行的第 3394 次会议上设立了*与武装冲突有关的环境保护工作组*：马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生(主席)、玛丽亚·莱赫托女士(特别报告员)、雅库巴·西塞先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迈克尔·伍德爵士和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

10. 委员会在 2018 年 5 月 16 日举行的第 3404 次会议上设立了*习惯国际法的识别工作组*：马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生(主席)、迈克尔·伍德爵士(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

11. 规划组设立了以下工作组：

(a) *长期工作方案工作组*：马哈茂德·哈穆德先生(主席)、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、克里斯·马伊纳·彼得先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先

生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(当然成员)。

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

F. 秘书处

12. 主管法律事务厅副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·塞尔帕·苏亚雷斯先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长休·卢埃林先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时代表秘书长。首席法律干事阿诺德·普龙托先生和杰西卡·艾尔贝兹女士担任委员会首席助理秘书。高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生担任委员会高级助理秘书。法律干事戴维·纳诺波利斯先生和弗朗切斯科·梅西内奥先生以及协理法律干事克里斯蒂安·阿尔伯恩女士和巴尔特·施密特·杜依赞特库恩斯特先生担任委员会助理秘书。

G. 议程

13. 委员会在 2018 年 4 月 30 日举行的第 3390 次会议上通过了第七十届会议议程，包括下列项目：

1. 会议工作安排。
2. 填补临时空缺。
3. 国家官员的外国刑事管辖豁免。
4. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践。
5. 条约的暂时适用。
6. 习惯国际法的识别。
7. 与武装冲突有关的环境保护。
8. 保护大气层。
9. 一般国际法强制性规范(强行法)。
10. 国家责任方面的国家继承。
11. 纪念委员会成立七十周年。
12. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件。
13. 第七十一届会议的日期和地点。
14. 与其他机构的合作。
15. 其他事项。

第二章
委员会第七十届会议工作概况

14. 关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题，委员会收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/715)，以及各国政府提出的评论和意见(A/CN.4/712 和 Add.1)。第五次报告阐述了各国就一读通过的各项结论草案及评注提出的评论和意见，并就每一项结论草案提出了建议。

15. 委员会二读通过了关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的一套结论草案，共 13 项，包括评注。委员会根据其《章程》第 23 条建议大会在一项决议中表示注意到关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案，将结论草案作为该决议附件，并确保将其尽可能广泛传播；还提请各国以及所有可能被要求解释条约的人注意这些结论草案及其评注(第四章)。

16. 关于“习惯国际法的识别”专题，委员会收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/717)，其中阐述了各国就一读通过的各项结论草案及评注提出的评论和意见，以及使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段。

17. 委员会还收到了该报告的一项增编(A/CN.4/717/Add.1)所载关于该专题的订正文献目录，并收到了各国政府提出的评论和意见(A/CN.4/716)以及秘书处关于使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)。

18. 委员会二读通过了关于习惯国际法的识别问题的一套结论草案，共 16 项，包括评注。委员会根据其《章程》第 23 条建议大会除其他外，在一项决议中表示注意到关于习惯国际法的识别的结论草案，将结论草案作为该决议附件，并确保将其尽可能广泛传播；提请各国以及所有可能被要求识别习惯国际法规则的人注意这些结论草案及其评注；以及跟进秘书处备忘录中的建议(第五章)。

19. 关于“保护大气层”专题，委员会收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/711)，其中专门讨论了执行、遵约和争端解决方面的问题。

20. 委员会在全体会议辩论之后，决定将特别报告员第五次报告所载的三条指南草案转交起草委员会。在本届会议审议了该专题后，委员会一读通过了关于保护大气层的序言草案和 12 项指南草案及其评注。委员会根据其《章程》第 16 至 21 条，决定通过秘书长向各国政府和国际组织转发这些指南草案，征求评论和意见，并要求在 2019 年 12 月 15 日前向秘书长提交这种评论和意见(第六章)。

21. 关于“条约的暂时适用”专题，委员会收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/718)，其中继续分析了会员国发表的看法，提供了关于国际组织的实践的补充资料，阐述了条约因违约而终止或暂停暂时适用、提具保留和修正案等专题。该报告的一项增编(A/CN.4/718/Add.1)载有关于该专题的文献目录。此外，委员会还收到秘书处编写的备忘录(A/CN.4/707)，其中回顾了过去 20 年向秘书长交存或登记的载有暂时适用规定的(双边和多边)条约方面的国家实践，包括有关的条约行动。

22. 在全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员提出的指南草案和示范条款以及委员会以前通过的指南草案转交起草委员会。在审议起草委员会的报告后，委员会一读通过了一套题为“条约的暂时适用指南”的指南草案，共 12 项，包括评注。委员会根据其《章程》第 16 至 21 条，决定通过秘书长向各国政府和国际

组织转发这些指南草案，征求评论和意见，并要求在 2019 年 12 月 15 日前向秘书长提交这种评论和意见(第七章)。

23. 关于“**一般国际法强制性规范(强行法)**”专题，委员会收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/714 和 Corr.1)，其中说明了委员会和六委以往审议该专题的情况，讨论了一般国际法强制性规范(强行法)对条约法和国家责任法产生的总体后果以及一般国际法强制性规范(强行法)的其他影响。委员会遂决定将报告中提出的结论草案 10 至 23 转交起草委员会。委员会注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的结论草案 8 和 9 以及结论草案 10 至 14 的临时报告。这些临时报告提交委员会仅供参考(第八章)。

24. 关于“**与武装冲突有关的环境保护**”专题，委员会收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/720 和 Corr.1)，其中阐述了在占领局势下保护环境的问题。报告对依据占领法保护环境问题作了一般性介绍，并阐述了占领法、国际人权法与国际环境法之间的互补性。报告载有有关在占领局势下保护环境的三项原则草案。在全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员报告所载原则草案转交起草委员会。委员会后来收到起草委员会的报告，并注意到起草委员会暂时通过的原则草案 19 至 21。此外，委员会还暂时通过了起草委员会在第六十八届会议上暂时通过的原则草案 4、6 至 8 以及 14 至 18 及其评注(第九章)。

25. 关于“**国家责任方面的国家继承**”专题，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/719)，其中阐述了继承的合法性、关于国家责任方面的国家继承的一般规则以及责任所致义务方面的国家继承的特殊类别。在全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员报告所载第 5 至第 11 条草案转交起草委员会。委员会后来注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第 1 条第 2 款和第 5 条及第 6 条草案的临时报告。该临时报告提交委员会仅供参考(第十章)。

26. 关于“**国家官员的外国刑事管辖豁免**”专题，委员会收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/722)，其中专门阐述了外国刑事管辖豁免的程序问题，特别分析了之前委员会工作中对程序问题的处理方法，这种程序问题如何纳入本专题的总体范围，以及特别报告员在进一步分析程序问题时打算采用的办法；并分析了与管辖权概念有关的程序问题的三项内容，即：(a) 时间；(b) 受影响的行为种类；(c) 豁免的确定。没有提出供本届会议审议的条文草案。委员会关于第六次报告的辩论只进行了一部分，将于明年完成(第十一章)。

27. 关于**国际法委员会成立七十周年**，委员会于 2018 年 5 月 21 日在纽约、2018 年 7 月 5 日和 6 日在日内瓦举行了纪念活动，主题为“国际法委员会 70 年——总结过去，展望未来”。纽约和日内瓦的纪念活动都分为两部分，第一部分为庄严仪式，随后为一系列小组讨论。在纽约由莱顿大学格劳修斯国际法研究中心国际公法教授、国际法学会主席尼科·斯赫雷弗发表主旨演讲；在日内瓦由国际法院院长阿布杜勒卡维·艾哈迈德·优素福先生发表主旨演讲(第十二章)。

28. 关于“**委员会的其他决定和结论**”，委员会决定将“一般法律原则”专题列入工作方案，并决定任命马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生为该专题特别报告员(第十三章 A 节)。

29. 委员会重新设立了一个规划组，以审议委员会的方案、程序和工作方法，规划组又决定重新设立长期工作方案工作组(由马哈茂德·哈穆德先生担任主席)和工作方法工作组(由侯赛因·哈苏纳先生担任主席)(第十三章 C 节)。委员会决

定在长期工作方案中列入以下专题：(a) 普遍刑事管辖权；(b) 海平面上升与国际法有关的问题(第十三章 C.1 节及附件 A 和 B)。

30. 委员会继续与美洲法律委员会和欧洲委员会国际公法法律顾问委员会进行了传统的信息交流。委员会委员还与红十字国际委员会进行了非正式的意见交流(第十三章 E 节)。

31. 委员会决定其第七十一届会议于 2019 年 4 月 29 日至 6 月 7 日及 7 月 8 日至 8 月 9 日在日内瓦举行(第十三章 D 节)。

第三章
委员会特别想听取意见的具体问题

32. 委员会欢迎在 2018 年 12 月 31 日之前就以下问题提供任何资料，以便特别报告员在各自报告中加以考虑。

A. 一般国际法强制性规范(强行法)

33. 委员会认为，第六十七届会议(2015 年)报告关于“一般国际法强制性规范(强行法)”专题的第三章中所载的资料征集请求[3] 仍然具有相关性，并欢迎提供任何补充资料。

B. 国家官员的外国刑事管辖豁免

34. 委员会欢迎各国提供资料，说明其处理豁免的程序办法、特别是援引和放弃豁免方面的国内法律和做法(司法、行政和其他措施)，以及在国家当局正在审议或可能审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题的情况下可资利用的交流、协商、合作和国际司法协助机制。同样，若国际组织能够提供资料，说明在其职权范围内可能影响国家官员的外国刑事管辖豁免的国际合作机制，也将有所裨益。

C. 与武装冲突有关的环境保护

35. 委员会认为，第六十七届会议(2015 年)报告关于本专题的第三章中所载的资料征集请求[4] 仍然具有相关性，并欢迎就此提供任何补充资料。此外，委员会希望各国能够提供资料，说明因武装冲突而对环境造成的损害方面的责任、义务和补偿情况，例如判例法或当事方之间的协议或安排等。

D. 国家责任方面的国家继承

36. 委员会希望各国提供资料，说明其与国家责任方面的国家继承有关的做法。委员会特别希望收到以下方面的实例：

(a) 条约，包括相关的多边和双边协定；

(b) 与本专题有关的国内法律，包括执行多边或双边协定的国内法律；

(c) 国内、区域和次区域法院和法庭在处理涉及国家责任方面的国家继承有关事宜过程中发布的决定。

E. 新专题

37. 委员会决定在长期工作方案中纳入两个新的专题，即：(a) 普遍刑事管辖权；及(b) 海平面上升与国际法有关的问题。委员会在选择专题时遵循了委员会

[3] 《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 31 段。

[4] 同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 35 段。

第五十届会议(1998 年)商定的以下标准，即：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂；(d) 委员会不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。委员会欢迎各国对这两个新专题发表看法。

38. 此外，委员会欢迎各国就可能列入长期工作方案的专题提出任何建议。在提出这些建议时，最好同时说明理由，并考虑到上文提到的选择专题的标准。

第四章
与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

A. 导言

39. 委员会第六十届会议(2008 年)决定将“条约随时间演变”专题列入其工作方案，并决定在下一届会议上设立一个专题研究组。[5] 委员会第六十一届会议(2009 年)设立了条约随时间演变专题研究组，由格奥尔格·诺尔特先生担任主席。在该届会议上，研究组的讨论侧重于确定要涵盖的问题、研究组的工作方法和委员会关于该专题的工作可能产生的成果。[6]

40. 从第六十二届至第六十四届会议(2010 年至 2012 年)，委员会都重新设立了研究组，由格奥尔格·诺尔特先生任主席。研究组审查了主席非正式提交的三份报告，这些报告分别讨论了国际法院和具有特别管辖权的仲裁法庭的相关判例；[7] 在特殊制度下与嗣后协定和嗣后实践有关的判例；[8] 以及在司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后实践。[9]

41. 在第六十四届会议上(2012 年)，委员会根据研究组的建议[10] 决定：(a) 按照研究组的建议，自第六十五届会议(2013 年)起改变此专题的工作方式；(b) 任命格奥尔格·诺尔特先生为“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题特别报告员。[11]

42. 从第六十五届会议(2013 年)到第六十八届会议(2016 年)，委员会在特别报告员接连提交的四份报告的基础上审议了这一专题。[12]

43. 在第六十八届会议(2016 年)上，委员会一读通过了一套关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案，共 13 项，包括评注。[13] 委员会根据其《章

[5] 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议。见《2008 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 353 段；专题提纲见同上，附件一。大会 2008 年 12 月 11 日第 63/123 号决议第 6 段注意到该决定。

[6] 《2009 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 220-226 段。

[7] 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 344-354 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 337 段。

[8] 同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 338-341 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 230-231 段。

[9] 同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 232-234 段。在第六十三届会议上(2011 年)，研究组主席提交了参照研究组讨论情况重新拟订的九项初步结论(同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 344 段)。在第六十四届会议上(2012 年)，研究组主席提交了也是参照研究组讨论情况重新拟订的另外六项初步结论(同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 240 段)。研究组还讨论了此专题进一步工作应采取的形式以及工作的可能成果。研究组主席提出了若干建议并得到研究组的赞同(同上，第 235-239 段)。

[10] 同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 226 和第 239 段。

[11] 同上，第 227 段。

[12] A/CN.4/660 (第一次报告)、A/CN.4/671 (第二次报告)、A/CN.4/683 (第三次报告)和 A/CN.4/694 (第四次报告)。

[13] 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 75-76 段。

程》第 16 至第 21 条决定，通过秘书长向各国政府转发这些结论草案，征求其评论和意见。[14]

B. 本届会议审议此专题的情况

44. 委员会本届会议收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/715)以及各国政府提交的评论和意见(A/CN.4/712 和 Add.1)。

45. 在 2018 年 4 月 30 日至 5 月 7 日举行的第 3390、第 3391 以及第 3393 至第 3396 次会议上，委员会审议了特别报告员的第五次报告，并指示起草委员会根据特别报告员的建议开始对整套结论草案进行二读，同时考虑各国政府的评论和意见，以及全体会议上对特别报告员的报告进行的辩论情况。

46. 委员会在 2018 年 5 月 18 日举行的第 3406 次会议上审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.907)，并二读通过了关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的整套结论草案(下文 E.1 节)。

47. 委员会在 2018 年 8 月 6 日至 8 日举行的第 3444 至第 3448 次会议上，通过了上述结论草案的评注(下文 E.2 节)。

48. 委员会根据其《章程》向大会提交该结论草案以及下述建议。

C. 委员会的建议

49. 在 2018 年 8 月 8 日举行的第 3448 次会议上，委员会根据其章程第 23 条，决定建议大会：

(a) 在一项决议中注意到关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案，在决议中附上该结论草案，并确保对其进行最广泛的传播；

(b) 提请各国及所有可能受命解释条约者注意该结论草案及其评注。

D. 向特别报告员表示感谢

50. 在 2018 年 8 月 8 日举行的第 3448 次会议上，委员会在通过了关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案之后，以鼓掌方式通过了以下决议：

“国际法委员会，

“通过了关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案，

“向特别报告员格奥尔格·诺尔特先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草结论草案做出杰出贡献，并使关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案的拟订工作取得成果。”

[14] 同上，第 73 段。

E. 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案案文

1. 结论草案案文

51. 委员会第七十届会议二读通过的结论草案案文载录如下。

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

第一部分
导言

结论 1
范围

本结论草案涉及嗣后协定和嗣后实践在条约解释中的作用。

第二部分
基本规则和定义

结论 2
条约解释通则和资料

1. 《维也纳条约法公约》第三十一和第三十二条分别规定了解释条约的通则和补充的解释资料的使用。这些规则也作为习惯国际法适用。

2. 如第三十一条第一款之规定，条约应按照其用语按上下文所具有的通常含义并参照该条约的目的和宗旨善意地予以解释。

3. 第三十一条第三款除其他外规定，应与上下文一并考虑到的还有：(a) 缔约方之间嗣后所订关于条约的解释或其规定的适用的任何协定；和(b) 在条约适用方面确定各缔约方对条约的解释意思一致的任何嗣后实践。

4. 可将条约适用方面的其他嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料加以使用。

5. 条约的解释是单一的综合行动，这一行动对第三十一和第三十二条分别载明的各种解释资料各给予适当的强调。

结论 3
以嗣后协定和嗣后实践作为作准的解释资料

第三十一条第三款(a)和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践是缔约方对条约含义理解的客观证据，因而是适用第三十一条所反映的条约解释通则时的作准的解释资料。

结论 4
嗣后协定和嗣后实践的定义

1. 嗣后协定作为第三十一条第三款(a)项之下作准的解释资料是指缔约方在条约缔结后达成的关于解释条约或适用条约规定的协定。

2. 嗣后实践作为第三十一条第三款(b)项之下作准的解释资料是指条约缔结后确定各缔约方对条约的解释意思一致的适用条约的行为。

3. 嗣后实践作为第三十二条之下的补充的解释资料是指条约缔结后一个或多个缔约方适用条约的行为。

结论 5
作为嗣后实践的行为

1. 第三十一和第三十二条所指的嗣后实践可包括某一缔约方的任何适用条约的行为，不论此行为是行使行政、立法、司法还是其他职能。

2. 其他行为，包括非国家行为体的行为，不构成第三十一和第三十二条所指的嗣后实践。然而此种行为在评估条约缔约方的嗣后实践时可能相关。

第三部分
一般方面

结论 6
嗣后协定和嗣后实践的识别

1. 为识别第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践，尤其须确定缔约方是否通过协定或实践就条约的解释采取了立场。如果缔约方只是商定暂不适用条约，或商定确立一种实际安排(临时协议)，便没有采取这种立场。

2. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。

3. 为识别第三十二条所指的嗣后实践，尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

结论 7
嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响

1. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践经与其他解释资料互动，有助于澄清条约的含义。这可导致可能的解释范围、包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围变窄、变宽或受到另外的影响。

2. 第三十二条所指的嗣后实践也可能有助于澄清条约的含义。

3. 可以推定，条约缔约方在适用条约方面达成协定或采用一种实践，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后实践修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本条结论草案不影响《维也纳条约法公约》和习惯国际法关于修正或修改条约的规则。

结论 8
能够随时间演变的条约用语的解释

第三十一和第三十二条所指的嗣后协定和嗣后实践可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义。

结论 9
嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所指的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。

2. 此外，第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践的权重，除其他外，还取决于该实践是否以及如何重复出现。

3. 嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料的权重可取决于第 1 和第 2 段所述标准。

结论 10
与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款(a)和(b)项所指的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定要得到考虑，可以但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款(b)项所指的协定而必须积极从事嗣后实践的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可能构成对嗣后实践的接受。

第四部分
具体方面

结论 11
在缔约国大会框架内通过的决定

1. 为本结论草案的目的，缔约国大会指缔约国为了审查或执行条约而举行的会议，但缔约国作为国际组织机关成员行事的情况不在此列。

2. 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和任何可适用的议事规则。根据情况，这种决定可明确或间接地体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，或产生第三十一条第三款(b)项或第三十二条所指的嗣后实践。在缔约国大会框架内通过的决定通常为执行条约提供了非排他性的一系列可行选择。

3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达了缔约国之间就条约的解释达成的实质性协议，则不论决定以何种形式和程序通过，包括经协商一致通过，均构成第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践。

结论 12
国际组织的组成文书

1. 第三十一条和第三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约。因此，第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践是这类条约的解释资料，第三十二条所指的嗣后实践可以作为这类条约的解释资料。

2. 第三十一条第三款所指的缔约方嗣后协定和嗣后实践或第三十二条所指的嗣后实践可以出自国际组织适用其组成文书的实践，或体现在这类实践中。

3. 在适用第三十一和第三十二条时，国际组织适用其组成文书的实践可以有助于解释该文书。

4. 第 1 至 3 段适用于对作为国际组织组成文书的任何条约的解释，但不妨碍该组织的任何有关规则。

结论 13
专家条约机构的声明

1. 为本结论草案的目的，专家条约机构指根据一项条约设立且不是国际组织机关的、由以个人身份任职的专家组成的机构。

2. 专家条约机构的声明对条约解释的相关性取决于该条约的适用规则。

3. 专家条约机构的声明可产生或提及第三十一条第三款所指的缔约方嗣后协定或嗣后实践，或第三十二条所指的嗣后实践。缔约方的沉默不应推定为构成第三十一条第三款(b)项所指的、接受专家条约机构声明中表达的对相关条约的解释的嗣后实践。

4. 本条结论草案不妨碍专家条约机构的声明有助于其任务范围内条约的解释。

2. 结论草案案文及其评注

52. 委员会二读通过的结论草案案文及其评注载录如下。

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

第一部分
导言

结论 1
范围

本结论草案涉及嗣后协定和嗣后实践在条约解释中的作用。

评注

(1) 与委员会以往工作成果一样，本结论草案应结合评注来解读。

(2) 本结论草案旨在说明嗣后协定和嗣后实践在条约解释中发挥的作用，并立足于 1969 年《维也纳条约法公约》(下称“1969 年《维也纳公约》”)。[15] 这些结论草案将嗣后协定和嗣后实践置于《维也纳公约》所载解释规则的框架之内，

[15] 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

指出并阐明了有关的方面，讨论了在适用上述规则的过程中可能产生的某些问题。

(3) 本结论草案并未论及嗣后协定和嗣后实践可在条约解释过程中发挥作用的所有可能的情况。例如，总体上未作讨论的一个方面是：嗣后协定和嗣后实践对国家与国际组织之间或国际组织相互间缔结的条约的相关性。[16] 结论草案 12 第 3 段只有限地述及国际组织的实践。本结论草案没有处理国际组织通过的规则的解释问题、习惯国际法的识别或一般法律原则问题。本草案不妨碍第三十一条、包括其第三款(c)项所指的其他解释资料。根据第三款(c)项，对条约的解释应考虑到适用于缔约方之间关系的任何有关国际法规则。

(4) 本结论草案旨在便利受命解释条约者的工作，其指导对象除国际性法院和法庭外，还有各国(包括各国法院)、国际组织，以及所有受命解释条约的其他方。

第二部分
基本规则和定义

结论 2
条约解释通则和资料

1. 《维也纳条约法公约》第三十一和第三十二条分别规定了解释条约的通则和补充的解释资料的使用。这些规则也作为习惯国际法适用。

2. 如第三十一条第一款之规定，条约应按照其用语按上下文所具有的通常含义并参照该条约的目的和宗旨善意地予以解释。

3. 第三十一条第三款除其他外规定，应与上下文一并考虑到的还有：(a) 缔约方之间嗣后所订关于条约的解释或其规定的适用的任何协定；和(b) 在条约适用方面确定各缔约方对条约的解释意思一致的任何嗣后实践。

4. 可将条约适用方面的其他嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料加以使用。

5. 条约的解释是单一的综合行动，这一行动对第三十一和第三十二条分别载明的各种解释资料各给予适当的强调。

评注

(1) 结论草案 2 规定，嗣后协定和嗣后实践为在 1969 年《维也纳公约》第三十一和第三十二条所述的条约解释规则框架范围内的条约解释资料。标题“条约解释通则和资料”表明两点。第一，第三十一条整体为解释条约的“通则”。[17] 第

[16] 见《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约的维也纳公约》(下称“1986 年《维也纳公约》”)(1986 年 3 月 21 日，维也纳，尚未生效)(A/CONF.129/15)。在这些评注中使用了一些涉及这种条约但也具有一般相关性的材料。

[17] 1969 年《维也纳公约》第三十一条标题。

二，第三十一条和第三十二条共同列出了一些在条约解释中应予(第三十一条)或可予(第三十二条)考虑的“解释资料”。[18]

第 1 段第一句——第三十一条和第三十二条之间的关系

(2) 结论草案 2 第 1 段强调第三十一和第三十二条之间的相互关系，以及这些规定共同反映了习惯国际法的事实。将第三十一和第三十二条一并提及，这等于从一开始就明确了结论草案处理嗣后协定和嗣后实践的总体背景。

(3) 第三十一条载有通则，而第三十二条则涉及解释的补充资料的使用，这两项规则[19] 必须一并阅读，因为它们构成解释条约的整体框架。第三十二条含有分界点，区分出以下两者：一是在解释过程中依照第三十一条均必须考虑的主要解释资料的适用，[20] 二是第三十二条规定的“解释之补充资料”的适用。为确定因适用第三十一条而产生的意思，或依照第三十一条解释而条约意义或其用语仍属不明或难解时或所获结果显属荒谬或不合理时，为确定意思起见，可使用补充解释资料。

第 1 段第二句——《维也纳公约》解释规则与习惯国际法

(4) 结论草案 2 第 1 段第二句确认第三十一条和第三十二条所述规则反映了习惯国际法。[21] 各种国际性法院和法庭均承认这些规则的习惯性质，例如国际法

[18] 见与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践第一次报告(A/CN.4/660)，第 8 段；M.E. Villiger,“1969 年《维也纳条约法公约》：40 年之后”，《2009 年海牙国际法学院教程汇编》(下称“《……教程汇编》”)，第 344 卷，第 9-133 页，见第 118-119 页和第 126-128 页。

[19] 关于这一上下文中“规则”一词的含义：见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 217-220 页(评注，导言)；R.K. Gardiner,《条约解释》，第 2 版(牛津，牛津大学出版社，2015 年)，第 36-38 页。

[20] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 223 页，第 28 条草案的评注第(19)段；汉·沃尔多克，关于条约法的第三次报告，《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件，第 58-59 页，第 21 段；M.K. Yasseen,“根据《维也纳条约法公约》对条约进行解释”，《1976 年……教程汇编》第三卷，第 151 卷，第 1-114 页，见第 78 页；I. Sinclair,《维也纳条约法公约》(曼切斯特，曼彻斯特大学出版社，1984 年)，第 141-142 页；Villiger,“1969 年《维也纳……公约》”(见上文脚注 8)，第 127-128 页。

[21] Y. le Bouthillier,“对《维也纳公约》第三十二条的评注”，O. Corten 和 P. Klein 所编《〈维也纳条约法公约〉评注》(牛津，牛津大学出版社，2011 年)，第 841-865 页，见 843-846 页，第 4-8 段；P. Daillier、M. Forteau 和 A. Pellet,《国际公法》，第 8 版(巴黎，L.G.D.J.，2009 年)，285-286 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 13-20 页；Villiger, 1969 年《维也纳公约》”(见上文脚注 18)，第 132-133 页。

院[22]、国际海洋法法庭(“海洋法法庭”)[23]、国家间仲裁法庭[24]、世界贸易组织(世贸组织)上诉机构[25]、欧洲人权法院[26]、美洲人权法院[27]、欧洲联盟法院[28] 和国际投资法庭，包括《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》[29] 之下的解决投

[22] 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 46 页，第 65 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条)；关于航行权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页起，见第 237 页，第 47 段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页起，见第 109-110 页，第 160 段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 174 页，第 94 段；阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)，判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页起，见第 48 页，第 83 段；利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚诉马来西亚)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 652 页起，见第 645 页，第 37 段；拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页起，见第 501 页，第 99 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条)；卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1059 页，第 18 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条)；领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 21-22 页，第 41 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条，未明确提到 1969 年《维也纳公约》第三十二条，但提到补充解释资料)。

[23] 担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务，第 17 号案件，咨询意见，2011 年 2 月 1 日，《2011 年海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，见第 57 段。

[24] 比利时王国与荷兰王国莱茵铁路案仲裁裁决，2005 年 5 月 24 日的决定，联合国，《联合国国际仲裁裁决汇编》(《国际仲裁裁决汇编》)，第二十七卷(出售品编号：E/F.06.V.8)，第 35-125 页，见第 45 段(1969 年《维也纳公约》第三十一至第三十二条)。

[25] 世贸组织《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条第 2 款规定，“该体制适于……依照解释国际公法的习惯规则澄清[世贸组织所涵盖的]协定的现有规定”(联合国，《条约汇编》，第 1869 卷，第 31874 号，第 402 页)，但并未具体提到 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条。然而，上述机构历来承认第三十一条和第三十二条反映了习惯国际法的规则，并通过《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条第 2 款诉诸这些规则。例如，见世贸组织上诉机构报告，美国－新配方汽油和常规汽油标准案(美国－汽油案)，WT/DS2/AB/R, 1996 年 5 月 20 日通过，第三节 B(1969 年《维也纳公约》第三十一条第一款)；世贸组织上诉机构报告，日本－酒精饮料税案(日本－酒精饮料案(二))，WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，D 节(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条)。另见格·诺尔特，“特殊制度下与嗣后协定和嗣后实践有关的判例：国际法委员会条约随时间演变问题研究组第二次报告”，载于格·诺尔特所编《条约和嗣后实践》 (牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 210-240 页，见第 215 页。

[26] Golder 诉联合王国，第 4451/70 号，1975 年 2 月 21 日，A 辑第 18 号，第 29 段；Witold Litwa 诉波兰，第 26629/95 号，2000 年 4 月 4 日，《2000 年欧洲人权法院案例汇编》第三卷，第 58 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条)；Demir 和 Baykara 诉土耳其[大审判庭]，第 34503/97 号，2008 年 11 月 12 日，《2008 年欧洲人权法院案例汇编》，第 65 段(暗指 1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十三条)；Hassan 诉联合王国[大审判庭]，第 29750/09 号，2014 年 9 月 16 日，《2014 年欧洲人权法院案例汇编》，第 100 段。

[27] 保留对《美洲人权公约》生效的影响(第 74 和 75 条)，咨询意见 OC-2/82, 1982 年 9 月 24 日，美洲人权法院，A 辑第 2 号，第 19 段(暗指 1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条)；Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等诉特立尼达和多巴哥，判决(实质问题、赔偿和费用)，2002 年 6 月 21 日，美洲人权法院，C 辑第 94 号，第 19 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条第一款)；更多裁决见 C.E. Arévalo Narváez 和 P.A. Patarroyo Ramírez, “条约随时间的演变以及人权：美洲人权法院判例分析”，《哥伦比亚国际法年鉴(2017)》，第 295-331 页，见第 315 页，脚注 88。

[28] 2010 年 2 月 25 日的判决，C-386/08 号案，Brita 有限责任公司诉汉堡港海关总局，《2010 年欧洲法院案例汇编》I-01289, 第 41-43 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条)。

[29] 联合国，《条约汇编》，第 575 卷，第 8359 号，第 159 页。

资争端国际中心[30] 所设各法庭。因此，第三十一和第三十二条所载规则在 1969 年《维也纳公约》的缔约国之间作为条约法适用，并在所有国家之间，包括在《维也纳公约》对所涉缔约国生效前缔结的条约缔约国之间作为习惯国际法适用。

(5) 第三十三条也可能与“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题的结论草案相关。例如，第三十一条第三款(a)项之下的“嗣后协定”可能以两种或多种语文拟订，从而可能出现任何嗣后协定与条约本身不同语文文本之间关系的问题。尽管如此，委员会决定目前暂不处理这类问题，包括第三十三条在多大程度上反映了习惯国际法的问题。[31]

第 2 段——第三十一条第一款

(6) 鉴于 1969 年《维也纳公约》第三十一条第一款对于本专题的重要性，结论草案 2 第 2 段沿用了该款的案文。按照第三十一条整条所载的通则，第三十一条第一款是任何条约解释的出发点。提到该款是为了确保在解释过程中平衡以下两方面，一是根据上下文以及结合条约目的和宗旨评估条约用语，二是本结论草案中关于嗣后协定和嗣后实践的考虑。但是，将第三十一条第一款作为单独一款予以重申，并不意味着表明该款及其中所述解释资料在第三十一条本身的范围内实质上处于首位。第三十一条中的所有解释资料，包括第 2 段提及的上下文要素均为单一的综合规则的一部分。[32]

第 3 段——第三十一条第三款

(7) 第 3 段沿用了 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项的措辞，以便将作为本专题主要核心的嗣后协定和嗣后实践置于条约解释的一般法律框架之内。因此，保留了第三十一条第三款起首部分“应与上下文一并考虑者尚

[30] 英国国家电网公司诉阿根廷共和国，关于管辖权的裁决(国际贸易法委员会)，2006 年 6 月 20 日，第 51 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条)；Canfor 公司诉美利坚合众国，Tembec 公司等诉美利坚合众国，以及 Terminal 林产品公司诉美利坚合众国，合并法庭命令，2005 年 9 月 7 日，第 59 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条)；见 Renco 集团有限公司诉秘鲁共和国，关于管辖权问题的临时裁决，2016 年 7 月 15 日，解决投资争端国际中心 UNCT/13/1 号案件，第 69 段；委内瑞拉美国有限责任公司诉委内瑞拉玻里瓦尔共和国，关于管辖权问题的临时裁决，2016 年 7 月 26 日，常设仲裁法院第 2013-34 号案件，第 49 段。

[31] 国际法院承认第三十三条第四款反映了习惯国际法，拉格朗案(见上文脚注 22)，第 502 页，第 101 段；世贸组织上诉机构认为第三和第四款的规则反映了习惯法，世贸组织上诉机构报告，美国一对加拿大的某些软木木材反倾销关税最终裁断案(美国一软木木材案(四))，WT/DS257/AB/R, 2004 年 2 月 17 日通过，第 59 段(1969 年《维也纳公约》第三十三条第三款)；世贸组织上诉机构报告，智利一某些农产品的价格幅度制度和保障措施案，WT/DS207/AB/R 和 Corr.1, 2002 年 10 月 23 日通过，第 271 段(1969 年《维也纳公约》第三十三条第四款)；海洋法法庭和欧洲人权法院更进一步，主张第三十三条整条反映了习惯法，见担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务(见上文脚注 23)；Golder 诉联合王国(见上文脚注 26)，第 29 段；Witold Litwa 诉波兰(见上文脚注 26)，第 59 段；Demir 和 Baykara 诉土耳其[大审判庭](见上文脚注 26)，第 65 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十三条)。

[32] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 219-220 页，第(8)段。详见下文结论草案 2 第 5 段的评注第(12)段。

有”的措辞，以突出表明，评估第三十一条第三款(a)项和(b)项所述解释资料是第三十一条所述解释通则的组成部分。[33]

第 4 段——第三十二条所指的嗣后实践

(8) 第 4 段说明了不符合第三十一条第三款(b)项的所有标准、但是在第三十二条范围之内的条约适用方面的嗣后实践。第三十二条列入了一个非详尽无遗的补充解释资料清单。[34] 第 4 段借用了第三十二条的“得使用”的措辞，以维持需考虑第三十一条提到的考虑解释资料的强制性和使用第三十二条所指补充解释资料的自由裁量性质之间的区分。

(9) 特别是，条约适用方面的嗣后实践，若并非条约所有缔约方、而仅仅是一个或数个缔约方的协定，则可用作补充解释资料。这一点委员会曾指出过，[35] 并自此得到各国际性法院和法庭的承认，[36] 在文献中[37] 也得到承认(详见结论草案 4 的评注第(23)至第(35)段)。

(10) 但是，委员会认为，不应在本结论草案中处理非“条约适用方面”的嗣后实践作为补充解释资料的问题。在特定情况下，这种实践也可以作为可能的补充解释资料。[38] 但除了可能有助于“评估”条约适用方面的相关嗣后实践之外，此类实践超出了委员会目前在本专题之下处理的范围(见结论草案 5 及其评注)。因

---

[33] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 220 页，第(8)段；格·诺尔特，“与嗣后协定和嗣后实践有关的国际法院和特别管辖权仲裁法庭判例：国际法委员会条约随时间演变问题研究组的介绍性报告”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 169 页起，见第 177 页。

[34] Yasseen,“……条约进行解释”，(见上文脚注 20)，第 79 页。

[35] 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/5809 号文件，第 203-204 页，第 69 条草案的评注，第(13)段。

[36] 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 22)，第 1096 页，第 79-80 段；Loizidou 诉土耳其(初步反对意见)，第 15318/89 号，1995 年 3 月 23 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 310 号，第 79-81 段；Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等(见上文脚注 27)，第 92 段；南方金枪鱼案(新西兰诉日本；澳大利亚诉日本)，临时措施，1999 年 8 月 27 日的命令，《1999 年海洋法法庭案例汇编》，第 280 页，见第 50 段；世贸组织上诉机构报告，欧洲共同体—某些计算机设备的关税分类案(欧共体—计算机设备案)，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 22 日通过，第 90 段；另见世贸组织上诉机构报告，美国—某些原产国标签要求案(美国—原产国标签案)，WT/DS384/AB/R 和 WT/DS386/AB/R, 2012 年 7 月 23 日通过，第 452 段。

[37] Yasseen, “……对条约进行解释”，(见上文脚注 20)，第 52 页(“la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d’interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir *une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties.” Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d’interprétation, selon l’article 32 de la Convention de Vienne”* (强调是后加的)）；Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注 20)，第 138 页：“《公约》第三十一条第三款(b)项仅[涉及]一种具体形式的司法实践——即所有当事方共有的一致性嗣后实践。然而不在这一狭窄定义范围内的嗣后实践可构成《公约》第三十二条意义上的补充的解释资料”(强调是后加的)；S. Torres Bernárdez, “自 1969 年《维也纳条约法公约》通过以来国际法院对条约的解释”，载于 G. Hafner 等人所编《Ignaz Seidl-Hohenveldern 教授诞辰八十周年纪念文集》(海牙，Kluwer Law International, 1998 年)，第 721 页起，见第 726 页；M.E. Villiger, 《对 1969 年〈维也纳条约法公约〉的评注》(莱顿，Martinus Nijhoff, 2009 年)，第 431-432 页。

[38] 见 L. Boisson de Chazournes, “嗣后实践、实践及‘家族相似性’：力求将嗣后实践植入到实施场地中”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 53-63 页，见第 59-62 页。

此，结论草案 2 第 4 段如界定“第三十二条之下的嗣后实践”的结论草案 4 第 3 段一样，提到“条约适用方面”的任何嗣后实践。

第 5 段——“单一的综合行动”

(11) 委员会认为，应在作为结论草案 2 结束的第 5 段[39] 中强调：尽管结论草案 2 的结构是从一般到具体，但解释过程是一个“单一的综合行动”，要求“适当强调”各种解释资料。[40] “单一的综合行动”这一表述取自委员会对 1966 年条约法条款草案的评注。[41] 委员会还在评注中表明，希望“强调解释过程是一个整体”。[42]

(12) 结论草案 2 第 5 段还解释了，在作为“单一的综合行动”的解释过程中，必须对 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条提到的各种解释资料各给予适当强调。但是，委员会认为，在结论草案 2 第 5 段的案文中，没有必要以举例方式提到一种或多种具体的解释资料。[43] 这就避免了一种可能的误解，即无论条约的具体规定或案件情况如何，认为不同的解释资料中有一种优先于其他。

(13) 第 5 段使用了“解释资料”一语。这一用语不仅涵盖第三十二条所提及的“解释之补充资料”，而且涵盖第三十一条所提到的各个要素。[44] 在对条约法条款草案的评注中，委员会交替使用“解释资料”和“解释要素”，而为了本专题的目的，委员会保留了“解释资料”这一用语，因为它还描述了其作为工具或手段在解释过程中的作用。[45] “资料”一词并没有将第三十一条和第三十二条中提到的不同要素分开，而是说明，这些要素在解释过程中各有其作用，解释过程既是“单一”的同时又是“综合”的行动。[46] 正如法院推理通常首先是看条约的用语，继而在一个互动进程中，[47] 结合上下文并根据条约的目的和宗旨，分析

[39] A/CN.4/660, 第 64 段；诺尔特, “……国际法院……判例……”，(见上文脚注 33)，第 171 和第 177 页。

[40] 关于嗣后协定和嗣后实践相对于其他解释资料的不同作用，见 A/CN.4/660, 第 42-57 段；诺尔特, “……国际法院……判例……”，(见上文脚注 33)，第 183 页。

[41] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 219-220 页，第(8)段。

[42] 同上。

[43] 见特别报告员的第一次报告 (A/CN.4/660)，第 8-28 段。

[44] 另见上文结论草案 2 评注，第(1)段；Villiger, “1969 年《维也纳……公约》”(见上文脚注 18)，第 129 页；Daillier、Forteau 和 Pellet,《国际公法》(见上文脚注 21)，第 284-289 页。

[45] 第 3172 次会议临时简要记录，2013 年 5 月 31 日(A/CN.4/SR.3172)，第 4 页。

[46] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 219-220 页，第(8)段。

[47] 同上。

这些用语，[48] 在条约解释的任何情况下，必须首先确定不同解释资料确切的相关性，然后才能将其“扔进熔炉”，[49] 相应地予以适当权重，以作出适当的解释。

(14) 在具体案件的条约解释过程中，对“各种解释资料各给予适当的强调”的义务，可能因有关条约或条约条款的具体情况而导致对各种解释资料有不同的强调。[50] 这并不是说法院或任何其他解释者多少能够自由选择如何使用和应用不同的解释资料。解释者需要确定不同解释资料在具体案件中的相关性，并通过善意地予以适当强调，确定这些解释资料与其他解释资料的互动关系，正如拟适用的条约规则所要求的那样。[51] 关于嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重的结论草案 9 就要求作出的评价提供了一些指导。

(15) 结论草案 2 没有提到以条约的“性质”作为在确定给予某些解释资料的权重时通常应考虑的一个因素。[52] 但各国际性法院和法庭的判例表明，条约的性质有时可能与条约的解释相关。[53] 条约性质的概念对 1969 年《维也纳公约》而言并不陌生(例如见第五十六条第一款(a)项)[54]，委员会的其他工作也提到了条约

---

[48] 同上，第 219 页，第(6)段。另见 Yasseen,“……对条约进行解释”，(上文脚注 20)，第 58 页；Sinclair,《维也纳……公约》(上文脚注 20)，第 130 页；J. Klabbers,“条约、目标和宗旨”，《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 7 段；Villiger,《……评注》(见上文脚注 37)，第 427 页，第 11 段；边界和跨界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和可否受理，判决，《1988 年国际法院案例汇编》，第 69 页起，见第 89 页，第 45-46 段；大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国大陆架划界案，1977 年 6 月 30 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十八卷(出售品编号：E/F.80.V.7)，第 3-413 页，见第 32-35 页，第 39 段。

[49] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 220 页。

[50] A/CN.4/660 中提出的结论草案 1 第 2 段，第 28 段，并主要见第 10-27 段。

[51] 关于嗣后协定和嗣后实践在条约解释过程中所占权重，国内法院的决定并不一致，见大不列颠及北爱尔兰联合王国，上议院：R (Mullen)诉内政大臣[2004] UKHL 18，第 47-48 段(Steyn 勋爵)；深静脉血栓与航空旅行集团诉讼[2005] UKHL 72，第 31 段(Steyn 勋爵)。美利坚合众国，最高法院：住友商事(美国)公司诉 Avagliano, 457 U.S. 176 (1982 年)，第 183-185 页；O’Connor 诉美国，479 U.S. 27 (1986 年)，第 31-32 页；美国诉 Stuart, 489 U.S. 353 (1989 年)，持不同意见的法官(Scalia 勋爵)对占多数意见的法官将“条约签署国的实践”作为审判依据提出了批评，他认为，不需要考虑这些实践，因为“《条约》的用语已能解决当前问题，没有必要寻找更多依据”，见第 371 页。瑞士：联邦行政法院，2010 年 1 月 21 日的判决，BVGE 2010/7，第 3.7.11 段；联邦最高法院，A 诉 B, 2004 年 4 月 8 日的上诉判决，第 4C.140/2003 号，BGE，第 130 卷(三)，第 430 页起，见第 439 页。

[52] 第一次报告(A/CN.4/660)中提出的结论草案 1，第 2 段起，见第 28 段，以及第 8-28 段中的分析。

[53] 例如，世贸组织各专家组和上诉机构看来更加强调世贸组织所涉各协定的用语(例如世贸组织上诉机构，巴西—航空器出口融资方案，加拿大诉诸《争端解决谅解》第 21.5 条，WT/DS46/AB/RW, 2000 年 8 月 4 日，第 45 段)，而欧洲人权法院和美洲人权法院则强调有关公约作为人权条约的性质(例如，Mamatkulov 和 Askarov 诉土耳其[大审判庭]，第 46827/99 和 46951/99 号，《2005 年欧洲人权法院案例汇编》第一卷，第 111 段；在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利，咨询意见 OC-16/99, 1999 年 10 月 1 日，美洲人权法院，A 辑，第 16 号，第 58 段)；另见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10 和 Add.1)，第 281-282 页，和诺尔特,“特殊制度下……的判例”(见上文脚注 25)，第 210 页起，见第 216、244-246、249-262、270-275 页。

[54] M. Forteau, ‘Les Techniques Interpretatives de la Cour Internationale de Justice’，*Revue générale de droit international public*，第 115 卷(2011 年)，第 399 页起，见第 406-407 页、第 416 页；南非不遵守安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，Dillard 法官的个别意见，第 150 页起，见第 154 页，脚注 1。

或条约条款的性质。[55] 但是，委员会决定，本条结论草案不应当提到条约的性质，以免影响解释过程的统一性，并避免对条约进行任何分类。无论如何，很难将“条约的性质”与条约的目的和宗旨相区分。[56]

结论 3
以嗣后协定和嗣后实践作为作准的解释资料

第三十一条第三款(a)和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践是缔约方对条约含义理解的客观证据，因而是适用第三十一条所反映的条约解释通则时的作准的解释资料。

评注

(1) 通过将 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践定性为“作准的”解释资料，委员会指出了为什么这些资料在条约解释中起到重要作用。[57] 这样，委员会就遵循了其 1966 年对条约法条款草案的评注，该评注将第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践描述为“作准的解释资料”，其中强调：

> 作为解释的一个要素，此种嗣后实践在适用条约方面的重要性十分明显；因为它构成有关缔约国对条约意义的理解的客观证据。[58]

(2) 但是，第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践并非唯一“作准的解释资料”。正如委员会所解释的：

> 委员会处理条约解释问题的方法系以条约约文必须假定为缔约国意向的作准表示……以用语的通常意义，条约的上下文关系，条约的目的及宗旨，国际法的一般规则以及缔约国的作准解释作为解释条约的主要标准。[59]

因此，“作准”一词是指缔约国行为不同形式的“客观证据”或“证明”，反映了“缔约国”对条约意义的“共同理解”。

---

[55] 关于武装冲突对条约的影响的条款草案(第 6 条(a)款)，大会 2011 年 12 月 9 日第 66/99 号决议，附件；另见《对条约的保留实践指南》，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10 和 A/66/10/Add.1)；准则 4.2.5 提到条约义务的性质，而不是条约本身的性质。

[56] 例如见《对条约的保留实践》指南准则 4.2.5 的评注 (第(3)段，见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10 和 A/66/10/Add.1))。另一方面，关于武装冲突对条约的影响的条款草案第 6 条提出了“与条约性质有关的一系列因素，特别是条约的主题事项、它的宗旨和目的、它的内容以及缔约方的数量”，同上，第 6 条草案评注，第(3)段。

[57] 见 R. Jennings 和 A. Watts 所编《奥本海国际法》第 9 版，第 1 卷(哈洛，朗文，1992 年)，第 1268 页，第 630 段；G. Fitzmaurice, “国际法院的法律和程序(1951-4)：条约的解释与其他某些条约问题”《1957 年英国国际法年鉴》，第 33 卷，第 203-293 页，见第 223-225 页；世贸组织专家组报告，美国－影响大型民用飞机贸易的措施(第 2 次申诉)(美国－大型民用飞机案(第 2 次申诉))，WT/DS353/R, 2012 年 3 月 23 日通过，第 7.953 段。

[58] 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(15)段。

[59] 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/5809 号文件，第 204-205 页，第(15)段；另见同上，第 203-204 页，第 13 段：“第三项说明其他作准的解释要素：(甲) 缔约国关于解释条约的协定，及(乙) 后来在适用条约时明白确定全体缔约国对解释条约的了解的实践”[强调是后加的]；另一方面，沃尔多克在其第三次报告中解释了“准备工作本身并非作准解释资料”。见同上，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件，第 58-59 页，第(21)段。

(3) 通过将第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践描述为“作准的”解释资料，委员会承认，作为条约之基础的缔约国的共同意愿在确定条约的意义方面具有特定的权威性，甚至在条约缔结之后也是如此。因此，1969年《维也纳公约》赋予条约缔约国一种可能在某些国内法律制度中不常见的解释法律文书的作用。

(4) 但是，将第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的缔约方嗣后协定和嗣后实践定性为“作准的解释资料”并不意味着这些资料必然具有决定性。按照第三十一条第三款起首部分，嗣后协定和嗣后实践毕竟只应在解释条约方面纳入“考虑”，而条约的解释是一个“单一的综合行动”，在第三十一条所指的所有解释资料中，没有等级之分(见结论草案 2 第 5 段)。[60] 因此，尽管某些评论者提出了一些意见，[61] 但确定缔约国对条约解释一致意思的嗣后协定和嗣后实践并非必然具有法律约束力。[62] 结论草案 10 第 1 段确认了这一点。因此，委员会将“嗣后协定”定性为代表“解释条约时必须考虑的缔约国的作准解释”，[63] 但并没有说嗣后协定高于所有其他解释资料，必然是决定性的。

(5) 这不排除条约缔约国在愿意的情况下，就条约的解释达成一项具有约束力的协定。条约法问题特别报告员汉弗雷·沃尔多克爵士在其第三次报告中说，在解释过程中，可能难以区分构成后来成为第三十一条第三款(a)项和(b)项的条款所指的缔约国嗣后实践——仅应在解释过程中与其他资料一并考虑——和缔约国认为具有约束力的后来的协定：

> 如果前后一致并包括所有缔约国，嗣后实践看来在确定条约应有的意义方面具有决定性，无论如何，在其表明缔约国认为解释对其有约束力之时是如此。在这些情况下，作为条约解释的一个要素，以及作为形成默示同意重叠和源自该实践的意义的一个要素，嗣后实践成为一项由协定确立的作准的解释。[64] (强调是后加的)

---

[60] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 219-220 页，第(8)和第(9)段。

[61] M.E. Villiger,“解释规则：担心、误解、误用？国际法委员会所设想的‘熔炉’”，载于 E. Cannizaro 所编《〈维也纳公约〉之后的条约法》(牛津，牛津大学出版社，2011 年)，第 105-122 页，见第 111 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 34 页；O. Dörr,“第三十一条，解释之通则”，载于 O. Dörr 和 K. Schmalenbach 所编《〈维也纳条约法公约〉评注》，第 2 版(柏林，Springer, 2018 年)，第 559-616 页，见第 593-595 页，第 72-76 段；K. Skubiszewski,“漫谈《联合国宪章》的解释问题”，载于 R. Bernhardt 等人所编 Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler (柏林，Springer, 1983 年)，第 891-902 页，见第 898 页。

[62] H. Fox,“《维也纳公约》第三十一条第 3 款(a)项和(b)项与卡西基里/塞塞杜岛案”，载于 M. Fitzmaurice、O. Elias 和 P. Merkouris 所编《条约解释与〈维也纳条约法公约〉：30 年之后》(莱顿，Martinus Nijhoff, 2010 年)，第 59-74 页，见第 61-62 页；A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (布鲁塞尔，Bruylant, 2013 年)，第 313-315 页；M. Benatar,“从证明价值到作准的解释：解释性声明的法律效果”，《比利时国际法评论》，第 44 卷(2011 年)，第 170-195 页，见第 194-195 页；提醒：J.M. Sorel 和 B. Eveno,“1969 年《维也纳公约》第三十一条：解释之通则”载于 Corten 和 Klein,《〈维也纳……公约〉……》(见上文脚注 21)，第 804-837 页，见第 825 页，第 42-43 段；另见格·诺尔特,“司法或准司法程序外的国家嗣后协定与嗣后实践”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 307-385 页，见第 375 页，第 16.4.3 段。

[63] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(14)段。

[64] 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件，第 60 页，第(25)段。

(6) 一些条约明确确认了达成有约束力的嗣后解释性协定的可能性。例如，《北美自由贸易协定》第 1131 条第 2 款规定，“[政府间]委员会对本协定条款的解释对依本条所设法庭具有约束力”。[65] 此种缔约国认为对其有约束力的有关条约权威解释的特别程序或协定的存在，可能排除也可能不排除额外使用 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践。[66]

(7) 委员会继续采用“作准的解释资料”一词，以描述第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践不一定具有的决定性但却具有的权威性。委员会在结论草案 3 中没有采用“作准解释”或“权威解释”的说法，因为这些概念常常被理解为是指缔约国之间有关条约解释的必然具有决定性或有约束力的协定。[67]

(8) 国内法院有时明确承认，第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践是“作准的”解释资料。[68] 但是，关于这一分类所产生的法律后果，各国内法院的意见并非始终一致。一些法院认为条约缔约方的嗣后协定和嗣后实践可产生特定的约束效果[69]，另一些法院则强调，第三十一条第三款仅要求“考虑”嗣后协定和嗣后实践，事实也的确如此。[70]

(9) “作准的解释资料”包含事实和法律要素。事实要素体现在“客观证据”这一表述中，而法律要素则体现在“缔约国的理解”这一概念中。因此，委员会

---

[65] 《美利坚合众国政府、加拿大政府和墨西哥合众国北美自由贸易协定》(1992 年)(华盛顿特区，美国政府印刷局，1993 年)；梅萨电力集团责任有限公司诉加拿大政府，贸易法委员会按照《北美自由贸易协定》第十一章作出的仲裁，2016 年 3 月 24 日的裁决，常设仲裁法院第 2012-17 号案件，第 478-480 段。

[66] 另见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(1994 年)，联合国，《条约汇编》，第 1867 卷，第 31874 号，第 3 页，第九条第 2 款；世贸组织上诉机构报告，欧洲共同体—冷冻无骨切片鸡肉关税分类案(欧共体—切片鸡肉案)，WT/DS269/AB/R 和 Corr.1, WT/DS286/AB/R 和 Corr.1, 2005 年 9 月 27 日通过，第 273 段；世贸组织上诉机构报告，欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分销制度案，厄瓜多尔第二次诉诸《争端解决谅解》第 21.5 条(欧共体—香蕉案(三))，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU 和 Corr.1, 2008 年 12 月 11 日通过，WT/DS27/AB/RW/USA 和 Corr.1, 2008 年 12 月 22 日通过，第 383 和 390 段。

[67] 例如，见 Methanex 公司诉美利坚合众国案，国际贸易法委员会依据《北美自由贸易协定》第十一章进行的仲裁，对管辖权和案情实质的最后裁决，2005 年 8 月 3 日，第二部分，H 章，第 23 段(提及 Jennings 和 Watts(见上文脚注 57), 第 1268 页，第 630 段)；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 34 页；U. Linderfalk,《论条约的解释》(多德雷赫特，Springer, 2007 年)，第 153 页；Skubiszewski,“漫谈《联合国宪章》的解释问题”(见上文脚注 61)，第 898 页；G. Haraszti,《条约法的一些基本问题》(布达佩斯，Akadémiai Kiadó，1973 年)，第 43 页；另见诺尔特,“特殊制度下……的判例”(见上文脚注 25)，第 210 页起，见第 240 页，第 4.5 段。

[68] 瑞士联邦最高法院：A 诉 B, 2004 年 4 月 8 日的上诉判决，第 4C.140/2003 号，BGE, 第 130 卷(三)，第 430 页起，见第 439 页(法院提到缔约国是“条约的主人”(“Herren der Verträge”)；2012 年 9 月 12 日的判决，第 2C_743/2011 号，BGE, 第 138 卷(二)，第 524 页起，见第 527-528 页。德国，联邦宪法法院，BVerfGE, 第 90 卷，第 286 页起，见第 362 页。另见印度，最高法院，Godhra 电力有限公司等诉古吉拉特邦等[1975] AIR 32。可查阅 http://indiankanoon.org/doc/737188(访问日期：2016 年 6 月 8 日)。

[69] 德国，联邦财政法院，BFHE, 第 215 卷，第 237 页起，见第 241 页；同上，第 181 卷，第 158 页起，见第 161 页。

[70] 新西兰，上诉法院，Zaoui 诉总检察长(第 2 号)[2005] 1 NZLR 690, 第 130 段；中国香港，终审法院，吴嘉玲等人诉入境事务处处长[1999] 1 HKLRD 315, 354；奥地利，最高行政法院，VwGH, 2006 年 3 月 30 日的判决，2002/15/0098, 2, 5。

将“嗣后协定”定性为代表“解释条约时必须考虑的缔约国的作准解释”，[71] 并说明，嗣后实践“同样……构成缔约国对条约意思的理解的客观证据”。[72] 鉴于条约的特性是体现其缔约国的共同意愿，“缔约国的理解”的“客观证据”作为解释资料具有相当的权威性。[73]

(10) “嗣后协定”(第三十一条第三款(a)项)与“嗣后……确定各当事国对……之协定之实践”(第三十一条第三款(b)项)之间的区分并不意味着二者权威性的不同。[74] 不过，委员会认为，“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”当然具有构成条约作准解释的效力，而“嗣后实践”仅在其“表明当事国对用语含义的共同理解”时才具有这一效力。[75] 因此，“当事国之嗣后协定”与“嗣后……确定各当事国对……之协定之实践”之间的区别在于确定当事国对条约解释的一致意思的方式，在于确定一致意思的难易程度。[76]

(11) 不应当将作为作准的条约解释资料的嗣后协定和嗣后实践与各国际性法院、法庭或专家条约机构在具体案件中对条约的解释相混淆。第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践是“作准的”解释资料，因为它们表示当事国本身对条约的理解。各国际性法院、法庭和专家条约机构的权威有其他来源，包括所要解释的条约。但是，各国际性法院、法庭和专家条约机构的判决和其他声明如果反映、产生或提到当事国本身的此种嗣后协定和实践，则可能间接地有助于识别作为作准的解释资料的嗣后协定和嗣后实践。[77]

(12) 结论草案 2 和 4 区分了 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指确定当事国一致意思的“嗣后实践”，以及第三十二条之下作为补充解释资料可能相关的条约一个或多个、但并非所有当事国(广义上的)嗣后实践。[78] 此种并不确定所有当事国一致意思的第三十二条之下的嗣后实践不能构成条约所有当事国对条约的“作准”解释，因此，就解释目的而言，不具有相同的权重(见结论草案 9)。[79]

(13) 结论草案 3 最后一部分清楚地表明，以嗣后协定和嗣后实践作为作准的解释资料，应当是适用 1969 年《维也纳公约》第三十一条所反映的条约解释通则的一部分。

---

[71] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(14)段。

[72] 同上，第(15)段。

[73] Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 34 和 414-415 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 67)，第 152-153 页。

[74] A/CN.4/660, 第 69 段。

[75] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221-222 页，第(15)段；另见 W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (柏林，Springer, 1983 年)，第 294 页。

[76] 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 22)，见第 1087 页，第 63 段，另见下文结论草案 4 及其评注。

[77] 见下文结论草案 13 和诺尔特,“……国家嗣后协定与嗣后实践”(上文脚注 62)，第 307 页起，见第 381 页及以下各页，第 17.3.1 段。

[78] 尤见下文结论草案 4 第 3 段的评注第(23)至(35)段。

[79] 另见下文结论草案 4 第 3 段的评注第(33)段。

结论 4
嗣后协定和嗣后实践的定义

1. 嗣后协定作为第三十一条第三款(a)项之下作准的解释资料是指缔约方在条约缔结后达成的关于解释条约或适用条约规定的协定。

2. 嗣后实践作为第三十一条第三款(b)项之下作准的解释资料是指条约缔结后确定各缔约方对条约的解释意思一致的适用条约的行为。

3. 嗣后实践作为第三十二条之下的补充的解释资料是指条约缔结后一个或多个缔约方适用条约的行为。

评注

一般方面

(1) 结论草案 4 定义了结论草案 2 第 3 和第 4 段中提到的三种“嗣后”条约解释资料，即第三十一条第三款(a)项下的“嗣后协定”、第三十一条第三款(b)项下的“嗣后实践”以及第三十二条下的“嗣后实践”。

(2) 在所有三种情况下，“嗣后”一词均指在“一项条约缔结后”发生的行为。[80] 这个时间点常常早于条约生效的时刻(1969 年《维也纳公约》第二十四条)。1969 年《维也纳公约》各项条款(例如第十八条)表明，一项条约可在它实际生效之前“缔结”。[81] 为本专题的目的，只要条约案文确定为《维也纳公约》第十条意义范围内的定本，即为“缔结”。嗣后协定和嗣后实践可发生在条约缔结之后，而不仅仅发生在生效之后。的确，很难找出理由说明，为什么在一项条约的案文最后确定与条约生效之间达成的协定或实践不能用于对条约的解释。[82]

(3) 1969 年《维也纳公约》第三十一条第二款规定，条约的“上下文”包括若干“协定”和“文书”，[83] 这些“协定”和“文书”是“因缔结条约所订”。“因缔结条约”这一短语应理解为包括在与缔结条约密切相关的那段时间里或背

[80] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(14)段。

[81] 见 J. L.布赖尔利，关于条约法的第二次报告，《1951 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/43 号文件，第 70 页及以下各页；G. G.菲茨莫里斯，关于条约法的第一次报告，《1956 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/101 号文件，第 112 页；另见 S. Rosenne,“条约、缔结与生效”，载于 R. Bernhardt 所编《国际公法百科全书》，第四卷 (阿姆斯特丹，North Holland, 2000 年)，第 933 页(“严格地说，正是通过缔结条约而完成了谈判”)；Villiger,《……评注》(见上文脚注 37)，第 78-80 页，第 9-14 段。

[82] 例如，见《欧洲稳定机制宣言》，《欧洲稳定机制条约》缔约国于 2012 年 9 月 27 日商定了此宣言。

[83] 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(13)段；《德意志联邦宪法》认为，这个用语可包括单方面宣布，如果另一方不提出反对的话。见《德意志联邦宪法》，BVerfGE, 第 40 卷，第 141 页起，见第 176 页；一般见 Gardiner,《条约解释》(上文脚注 19)，第 240-242 页。

景下订立的协定和文书。[84] 如果是在这段时间之后订立的，则这种“协定”和议定的“文书”即为第三十一条第三款下的“嗣后协定”或嗣后实践。[85]

第 1 段——对第三十一条第三款(a)项下“嗣后协定”的定义

(4) 结论草案 4 第 1 段规定了第三十一条第三款(a)项下“嗣后协定”的定义。“缔约方”一词表明，这种协定必须是在条约所有缔约方之间达成的。

(5) 第三十一条第三款(a)项使用了“嗣后协定”一词，而非“嗣后条约”。但“嗣后协定”不一定不如“条约”正式。虽然 1969 年《维也纳公约》意义下的条约必须是书面形式的(第二条第一款(a)项)，但关于条约的习惯国际法则没有这种要求。[86] 1969 年《维也纳公约》之下的“协定”一词[87] 和习惯国际法下的“协定”一词并不意味着任何特定的正式程度。1969 年《维也纳公约》第三十九条列出了一般规则：“条约得以当事国之协议修正之”，委员会对此的解释是，“作出修正的协议可采取原条约缔约方所选择的任何形式”。[88] 同样，《维也纳公约》并未对第三十一条第三款(a)和(b)项下的协定和实践设定任何具体的形式要求。[89]

(6) 虽然所有条约都是协定，但并非每项协定都是条约。实际上，第三十一条第三款(a)项下的“嗣后协定”“应”在条约的解释上予以“考虑”。因此，它不一定具有约束力。结论草案 10 对这一问题作了更具体的说明。

(7) 1969 年《维也纳公约》对第三十一条第三款(a)项下的“嗣后协定”与第三十一条第三款(b)项下“嗣后……确定各当事国对条约解释之协定之任何实践”作了区分。这种区分并不总是十分清楚，一些国际性法院和其他仲裁机构的判例也显示出某种不愿明言的态度。在领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)中，

---

[84] Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 38 页；Jennings 和 Watts,《奥本海国际法》(见上文脚注 57)，第 1274 页，第 632 段(“……但另一方面，如果条约和补充协定之间间隔的时间太长，可能会妨碍把它与“条约的缔结”联系起来”)。

[85] 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(14)段；另见 Villiger,《……评注》(上文脚注 37)，第 431 页，第 20-21 段；另见 K.J. Heller,“The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings”，《国际刑事司法杂志》，第 10 卷(2012 年)，第 229-248 页，见第 237 页。

[86] Villiger,《……评注》(见上文脚注 37)，第 80 页，第 15 段；P. Gautier,“对《维也纳公约》第二条的评注”，载于 Corten 和 P. Klein,《〈维也纳……公约〉……》(见上文脚注 21)，第二卷，第 38-40 页，第 14-18 段；J. Klabbers,《国际法中的条约概念》(Kluwer Law International, 1996 年)，第 49-50 页；另见 A. Aust,“非正式国际文书的理论和实践”，《国际法和比较法季刊》，第 35 卷，第 4 号(1986 年)，第 787-812 页，见第 794 页及以下各页。

[87] 见第二条第一款(a)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至四十一条、第五十八条、第六十条。

[88] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 232 和 233 页；另见 Villiger,《……评注》(上文脚注 37)，第 513 页，第 7 段；P. Sands,“对《维也纳公约》第三十九条的评注”，载于 Corten 和 Klein,《〈维也纳……公约〉……》(见上文脚注 21)，第 971-972 页，第 31-34 段。

[89] 国际法委员会条款草案第二十七条第三款(b)项，这一款后来成为《维也纳公约》的第三十一条第三款(b)项，其中的“谅解”一词，在《维也纳公约》中改为“协定”。这个修改“只是一个起草问题”，见《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日》(A/CONF.39/11, 出售品编号：E.68.V.7)，第 169 页；Fox,“……第三十一条第三款(a)项和(b)项……”(见上文脚注 62)，第 63 页。

国际法院使用了“嗣后态度”的表述，来表示它后来所说的“嗣后协定”和嗣后单方面“态度”这两重意义。[90] 在*利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属*案中，国际法院对使用某一份地图是否可以作为嗣后协定或嗣后实践的问题没有下定论。[91] 世贸组织的专家组和上诉机构也并非总是对第三十一条第三款(a)和(b)项下的嗣后协定和嗣后实践作出区分。[92]

(8) 但根据《北美自由贸易协定》设立的法庭在 CCFT *诉美国*案中[93] 作出了这一区分。在该案中，美利坚合众国声称，《北美自由贸易协定》的三个缔约国采取的一些单方面行动，如果联系起来看，可以构成嗣后协定。[94] 最初，该法庭认为证据不足以确定第三十一条第三款(a)项之下的嗣后协定。[95] 但进入第二阶段，法庭认为，同样这些证据构成了确定缔约方就解释达成一致的相关嗣后实践：

> 问题仍然是：是否有一个“嗣后实践”，确定《北美自由贸易协定》缔约国在这个问题上存在第三十一条第三款(b)项意义下的一致性？法庭认为这是肯定的。尽管法庭认为没有充分的记录在案的证据，表明存在‘缔约方之间关于条约解释或条约规定适用方面的嗣后协定’，但回答这个问题的国家所举出的现有证据向我们表明，“在条约适用方面确实存在确定缔约方对条约适用的一致性的嗣后实践……”。[96]

(9) 这一论证可能表明，第三十一条第三款之下的“嗣后协定”和“嗣后实践”之间的一个区别，在于体现缔约方意愿的作准表述的不同形式。实际上，委

---

[90] 见*领土争端*案(见上文脚注 22)，第 6 页起，见第 34 页及以下各页，第 66 段及以下各段。

[91] *利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属*案(见上文脚注 22)，第 656 页起，第 61 段；在*加布奇科沃－大毛罗斯*案中，法院讲到“嗣后立场”，以便确定“因此，条约本身的明确措辞表明，缔约方实际上承认是可以谈判的”，加布奇科沃－大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页起，见第 77 页，第 138 段，另见*卡塔尔和巴林海洋划界和领土问题*案，*判决(管辖权和可否受理)*，《1995 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 16 页，第 28 段(‘嗣后行为’)。

[92] 见世贸组织专家组报告中的“具体承诺表指南”，*墨西哥－影响电信服务的措施*案，WT/DS204/R, 2004 年 6 月 1 日通过，以及世贸组织上诉机构报告中的“具体承诺表指南”，*美国－影响跨界提供赌博服务的措施*案，WT/DS285/AB/R 和 Corr.1, 2005 年 4 月 20 日通过；对世贸组织专家组报告中“1981 年谅解”的定性，*美国－“外国销售公司”的税务待遇*案，WT/DS108/R, 2000 年 3 月 20 日通过；世贸组织专家组报告中的“东京回合补贴和反补贴协定”，*巴西－影响椰子粉的措施*案，WT/DS22/R, 1997 年 3 月 20 日通过，以及世贸组织上诉机构报告中的“放弃”，*欧共体－香蕉*案(三)(见上文脚注 66)。

[93] C.C.F.T *诉美国*案，国际贸易法委员会依照《北美自贸协定》第十一章进行的仲裁，关于管辖权的裁决，2008 年 1 月 28 日；另见 Compañía de Aguas del Aconquija S.A.和 Vivendi Universal S.A.*诉阿根廷共和国*，关于质疑委员会主席的裁决，2001 年 10 月 3 日，解决投资争端国际中心 ARB/97/3 号案件，《2004 年解决投资争端国际中心案例汇编》，第六卷(2004 年)，第 168 页起，见第 174 页，第 12 段；P. Merkouris 和 M. Fitzmaurice,“条约解释准则：世界贸易组织和《北美自由贸易协定》的某些案例研究”，载于 Fitzmaurice、Elias 和 Merkouris 所编《条约解释……》 (见上文脚注 62)，第 153-238 页，见第 217-233 页。

[94] C.C.F.T *诉美国*案(见上文脚注 93)，第 174-177 段。

[95] 同上，第 184-187 段。

[96] 同上，第 188 段，另见第 189 段；相似的还有 Aguas del Tunari SA *诉玻利维亚共和国*(荷兰/玻利维亚双边投资条约)，就应诉方反对管辖权作出的裁决，解决投资争端国际中心 ARB/02/3 号案件, 2005 年 10 月 21 日，《解决投资争端国际中心评论—外国投资法律杂志》，第 20 卷，No.2 (2005 年)，第 450 页，见 528 页及以下各页，第 251 段及以下各段。

员会在 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项下的“任何嗣后协定”与第三十一条第三款(b)项下“确定各当事国……理解的嗣后实践”之间作出区分，并不是想表示两者可能产生的法律效果上的区别。[97] 这两个概念的区别在于“缔约方之间的嗣后协定”自动具有作准的解释资料的作用，而“嗣后实践”只是在其不同内容联系在一起能够表明“缔约方对用语的意义的共同理解”时，方才具有这种效果。[98]

(10) 因此，区分第三十一条第三款之下的嗣后协定与嗣后实践的依据是，是可以在缔约方的共同行动或承诺中确定这种协定，还是必须通过综合起来可以表明一个共同立场的若干单独行动来确定缔约方的一致。因此，第三十一条第三款(a)项下的“嗣后协定”必须是由缔约方在一次有意的共同行动或承诺中“达成”的、表明它们对条约解释或条约规定适用的共同理解(即便包括单独的行动)。[99]

(11) 而第三十一条第三款(b)项下的“嗣后实践”则囊括了条约缔约方所有(其他)形式的相关嗣后行为，这些行为可帮助确定缔约方在条约解释方面的一致性或“理解”。[100] 然而，在特定情况下“实践”和“协定”可能是一回事，无法区分。这就解释了为什么“嗣后实践”一词有时在一般意义上使用，同时包含第三十一条第三款(a)和(b)项所指的解释资料。[101]

(12) 一系列单独的嗣后协定，每项均在部分缔约方之间缔结，但把这些协定综合起来，便可确定条约所有缔约方对于条约解释的一致意见，这种情况不一定属于第三十一条第三款(a)项下的“一项”嗣后协定。第三十一条第三款(a)项下“嗣后协定”的意思仅限于所有缔约方之间的共同行动或承诺 (见上文第(10)段)。[102] 少数缔约方之间嗣后签订的不同协定，若综合起来可确定所有缔约方对于条约解释的一致意见，则构成第三十一条第三款(b)项下的嗣后实践。少数缔约方之间嗣后签订的各种协定，即使综合起来也不能确定所有缔约方对于条约解释的一致意见，则作为第三十二条之下的补充解释资料，可具有解释上的价值(见下文第(23)段和(24)段)。

(13) 第三十一条第三款(a)项下的嗣后协定，是“关于”条约解释或适用条约规定的协定。因此，缔约方必须除其他可能的目的外，力求澄清一项条约的含义，或应如何适用。[103]

---

97 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221-222 页，第(15)段。

98 同上；另见 Karl, *Vertrag und spätere Praxis* ...(上文脚注 75)，第 294 页。

99 共同的行动或承诺可能构成换文或其他形式的协定。

100 委员会在关于条约法的相应条款草案第二十七条第三款(b)项中使用了“谅解”一词(见上文脚注 89)。

101 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，临时措施，2006 年 7 月 13 日的命令，《2006 年国际法院案例汇编》，第 113 页起，见第 127-128 页，第 53 段：在该案中，即使一个明确的嗣后口头协定，也被一个缔约方定性为“嗣后实践”。

102 见世贸组织上诉机构报告，美国－关于进口、营销和销售金枪鱼和金枪鱼产品的措施案，WT/DS381/AB/R, 6 月 13 日通过，第 371 段。

103 同上，第 366-378 段，特别是 372 段；例如按照双边税收条约中仿效经济合作与发展组织《税收示范公约》第 25 条第 3 款的一项条款达成的协定；Linderfalk,《关于条约的解释》(见上文脚注 67)，第 164 页及以下各页。

(14) 一项协定是不是“关于”条约解释或适用的协定，有时可以通过其中使用的一些将“嗣后协定”与相关条约联系起来的语句来确定。这类语句可能是明确的，但也可能见于之后的条约。[104] 例如，在丹麦与挪威的 Jan Mayen 案中，国际法院似乎已认可当事国之间“在同一领域”的一项“嗣后条约”可用于解释前一项条约的目的。但在该案中，法院最终还是拒绝使用嗣后条约用于该目的，因为嗣后条约丝毫没有“提到”之前的那项条约。[105]

(15) 在吴嘉玲等人诉入境事务处处长案[106] 中，中国香港终审法院在解释《中英联合声明》时采用了较为严格的做法。该案的当事一方主张，《联合声明》第五条下的中英联合联络小组——由中国和联合王国的代表组成——就《联合声明》的解释达成了一致。该当事方提到的依据是一本声称“基于现行移民条例和实践以及[联合联络小组]中英双方的共同意见”编写的小册子。但法院不认为小册子的目的是第三十一条第三款(a)项意义下的“解释或适用”《联合声明》。[107]

第 2 段——对第三十一条第三款(b)项下“嗣后实践”的定义

(16) 结论草案 4 第 2 段并不是要对可能用于条约解释目的的任何形式的嗣后实践作出一般性定义。第 2 段只涉及作为作准解释资料的嗣后实践，即第三十一条第三款(b)项所述、确定各缔约方对条约解释一致性的嗣后实践。(狭义上的)这种嗣后实践有别于 1969 年《维也纳公约》第三十二条下(广义上的)一个或多个缔约方的其他“嗣后实践”，后者并未确立缔约方的一致意见，但可以作为辅助解释资料(见结论草案 4 第 3 段)。[108]

(17) 第三十一条第三款(b)项下的嗣后实践可以包括任何“行为”。使用的“行为”一词，与委员会关于国家对国际不法行为的责任条款第二条同义。[109] 因此，它不仅可以包括有助于确定一致意见的行为，也包括不作为，如相关沉默。[110] 至于在什么情况下不作为或沉默可能促成所有缔约方就条约的解释达成一致，结论草案 10 第 2 段作出了说明。

---

104 *Orascom TMT Investments S.à r.l.*诉阿尔及利亚民主人民共和国，2017 年 5 月 25 日的裁决，解决投资争端国际中心 ARB/12/35 号案件，第 302-303 段。

105 格陵兰和扬马延之间区域的海洋划界案，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 51 页，第 28 段。在哥斯达黎加与尼加拉瓜关于航行权和相关权利的争端案中，专案法官纪尧姆提到了两国的一项谅解备忘录(关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 22)，专案法官纪尧姆的声明，第 290 页起，见第 298-299 页，第 16 段)。然而并不清楚两国是否准备将这份备忘录用于解释所审议的边界条约。

106 见吴嘉玲等人诉入境事务处处长案(上文脚注 70)。

107 同上，第 152-153 段。

108 关于这两种嗣后实践形式的区分，见本评注下文第(23)和第(24)段。

109 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)及更正，第 34-35 页，评注第(2)-(4)段。

110 沃尔多克，《关于条约法的第三次报告》，《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件，第 61-62 页，第(32)-(33)段；隆瑞古寺案(柬埔寨诉泰国)，实质问题，1962 年 6 月 15 日的判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 23 页；在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，管辖权和可否受理，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 392 页起，见第 410 页，第 39 段；阿根廷和智利比格尔海峡争端案，《国际仲裁裁决汇编》，第 21 卷(出售品编号：E/F.95.V2)，第 53-264 页，见第 185-187 页，第 168-169 段。

(18) 第三十一条第三款(b)项下的嗣后实践，必须是“适用条约”的行为。这不仅包括在国际上或在国内为适用条约——包括为遵守或确保履行条约义务——采取的官方行为，除其他外，也包括关于条约解释的官方声明，如外交会议上的发言、法律争端过程中的声明，或国内法院的判决；条约产生的官方函件；或为执行条约颁布国内法或缔结国际协定，即使是在国内或在国际上实际采取任何具体适用条约的行动之前。

(19) 不妨一提的是，在一起案件中，《北美自由贸易协定》的一个专家组否定了国内法可用来帮助作出解释：

> 最后，鉴于双方都提到他们本国有关陆路运输的法律，专家组认为应当提及《维也纳公约》第二十七条，该条规定：“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。”这项规定指示本专家组无须审议国家法律，而只需研究适用的国际法。因此，不论是美国的国内法还是墨西哥的国内法，都不能用来解释《北美自由贸易协定》。这样做无异于适用一套不相干的法律框架。[111]

虽然 1969 年《维也纳公约》第二十七条肯定是有效而且重要的，但这项规则并不意味着国内法在条约适用上不能作为嗣后实践的一个要素加以考虑。援引国内法为不履行条约辩解，和为解释一项条约法规定而提及国内法，这两者之间是有区别的。因此，国际裁判机构，特别是世贸组织上诉机构和欧洲人权法院都承认违反条约义务的国内法(和其他国内执行措施)不同于可用来解释条约的国内法或其他措施，并经常对二者作出区分。[112] 然而，应当指出，“善意”这个要素在任何“适用条约方面的嗣后实践”中都是必要的。因此，明显滥用条约而不是善意地履行条约(即便有失误)，不能视为第三十一条和第三十二条意义上的“适用条约”。

(20) 第三十一条第三款(b)项下适用条约方面的嗣后实践必须确立“关于条约解释的”协定，这一要求与第三十一条第三款(a)项下的平行要求含义相同(见上文第(13)和第(14)段)。有助于解释条约的嗣后实践与“适用条约”方面的其他实践之间，常常很难作出区分。

(21) 至于在什么情况下“缔约方对条约解释的一致”实际得到“确定”，结论草案 10 作出了说明。

---

[111] 《北美自贸协定》仲裁专家组最后报告，跨界卡车运输服务(墨西哥诉美利坚合众国)，编号 USA-MEX-98-2008-01, 2001 年 2 月 6 日通过，第 224 段(脚注略)。

[112] 例如，世贸组织专家组报告，美国－版权法第 110(5)节条款案，WT/DS160/R, 2000 年 7 月 27 日通过，第 6.55 段；世贸组织专家组报告，美国－“归零”法的继续存在和适用案，WT/DS350/R, 2009 年 2 月 19 日通过，第 7.173 段；世贸组织上诉机构报告，美国－对中国某些产品确定征收的反倾销税和反补贴税案，WT/DS379/AB/R, 2011 年 3 月 25 日通过，第 335-336 段；CMS 燃气输送公司诉阿根廷共和国(美国/阿根廷双边投资条约)，就反对管辖权作出的裁决，2003 年 7 月 17 日，解决投资争端国际中心 ARB/01/8 号案件，《2003 年解决投资争端国际中心案例汇编》，第 7 卷，第 492 页，第 47 段；V.诉英国[大审判庭]，第 24888/94 号申诉，1999 年 12 月 16 日，《1999 年欧洲人权法院案例汇编》第九卷，第 73 段；Kart 诉土耳其[大审判庭]，第 8917/05 号申诉，2009 年 12 月 3 日，《2009 年欧洲人权法院案例汇编》第六卷，第 54 段；Sigurður A. Sigurjónsson 诉冰岛，第 16130/90 号申诉，1993 年 6 月 30 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 264 号，第 35 段。

(22) 第三十一条第三款(b)项并没有明确要求“实践”必须是条约缔约方自己的行为。然而，首先是缔约方自己，通过它们的机构行事，[113] 或通过具体践行条约的行为，才可能确定它们的一致。至于其他行为方是否能够产生相关的嗣后实践，结论草案 5 作出了说明。[114]

第 3 段——第三十二条之下的嗣后实践

(23) 结论草案 4 第 3 段论及第三十二条之下的嗣后实践，即第三十一条第三款(b)项中没有提到的嗣后实践。这一段论及结论草案 2 第 4 段中提到的“条约适用方面的其他嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料”。这种形式的嗣后实践不要求所有缔约方一致同意，委员会在条约法条款草案的评注中最初是这样讲的：

> 但一般而论，以个别当事国的实践或只是若干当事国的实践作为解释要素与所有当事国所一致共有并表示它们对条约意义有共同了解的实践自不可同日而语。后面这种后来实践证明当事国对条约的解释一致同意，不啻为一种解释协定。基于此种理由，委员会认为，确定全体当事国对解释条约的共同了解的后来实践应该列入第三项[后来成为 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款]内作为与解释协定相并立的作准解释方法。在另一方面，个别国家适用条约的实践仅可作为第七十条[后来成为第三十二条]所称“其他”解释方法之一。[115]

(24) 结论草案 4 第 3 段并没有提出像第三十一条第三款(b)项中的那样一项要求，即相关实践必须是“关于条约解释的”。因此，就第 3 段而言，在适用条约方面的任何实践，只要能够表明条约应如何解释，便可作为第三十二条下的相关补充解释资料。

(25) 自 1969 年《维也纳公约》通过后，第三十二条下的嗣后实践已被各国际性法院和其他裁判机构作为一种解释资料予以承认并适用(见下文第(26)段至(32)段)。然而，应当指出，世贸组织上诉机构在日本－酒精饮料案(二)中，[116] 为条约解释的目的提出了一个嗣后实践的定义，该定义似乎认为，只有“确定了缔约方对条约解释的一致”的条约适用方面的这种嗣后实践，才能用于条约解释的目的，而不是任何其他形式的、一个或多个缔约方的嗣后实践：用于解释条约的嗣后实践，公认应当是‘协调、共同和一致的’系列行为或声明，足以确立一种明确的模式，表明缔约方对条约解释的一致。[117] 然而，国际法院和其他国际性法院和法庭的判例，乃至世贸组织争端解决机构的判例(见下文第(33)和(34)段)

---

[113] Karl, *Vertrag und spätere Praxis …*(见上文脚注 75)，第 115 页及以下各页。

[114] 见结论草案 5 第 2 段。

[115] 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/5809 号文件，第 204 页，第(13)段；另见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221-222 页，第(15)段。

[116] 世贸组织上诉机构报告，日本－酒精饮料案(二)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，以及世贸组织专家组报告，WT/DS8/R、WT/DS10/R 和 WT/DS11/R, 1996 年 11 月 1 日通过。

[117] 同上(世贸组织上诉机构报告)，E 节，第 16 页。

都表明，符合 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所有条件的嗣后实践，就条约解释目的而言，并不是缔约方在适用条约方面唯一的嗣后实践形式。

(26) 例如，在卡西基里/塞杜杜岛案中，国际法院认为，一个缔约方委托一位技术专家编写的报告“始终是一份国内文件”，[118] 虽然不能代表第三十一条第三款(b)项下确定各缔约方一致意见的嗣后实践，但仍可为国际法院根据其他解释资料得出的结论“提供支持”。[119]

(27) 欧洲人权法院在 Loizidou 诉土耳其一案中裁定，该法院的解释“得到各缔约方嗣后实践的确认”，[120] 即“有证据显示存在一种实践，表明缔约方几乎普遍认为《公约》第二十五条和第四十六条……不允许作出领土或实质上的限制”。[121] 欧洲人权法院经常——并不一定总是——将缔约方的嗣后实践作为依据，为此援引国家法律或国内行政实践作为解释资料。例如，在 Demir 和 Baykara 诉土耳其一案中，法院裁定，“关于欧洲国家的实践，可以说，绝大多数欧洲国家都承认公务员与主管机关进行集体谈判的权利，”[122] “其余的例外只能以特殊情况作为理由”。[123]

(28) 美洲人权法院在考虑到缔约方的嗣后实践时，也没有将其使用仅限于实践确定了缔约方一致意见的情况。例如，在 Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等人诉特里尼达和多巴哥一案中，美洲人权法院裁定，对造成他人死亡的所有行为形式一律强制判处死刑不符合《美洲人权公约》第四条第 2 款(只对最严重的犯罪判处死刑)。为了支持这一解释，法院认为，“不妨在这方面考虑从维持死刑的美洲国家的立法中摘取的几个例子”。[124]

(29) 根据《公民权利和政治权利国际公约》设立的人权事务委员会在处理干涉《公约》所赋权利的理由时，对根据(1969 年《维也纳公约》第三十二条之下)广义上的嗣后实践提出的论点持开放态度。[125] 委员会在解释《公约》第十九条第 3 款(可允许对言论自由实行的限制)中较为笼统的规定时，指出“在很多管辖区都

[118] 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 22)，第 1078 页，第 55 段。

[119] 同上，第 1096 页，第 80 段。

[120] Loizidou 诉土耳其(初步反对意见)，第 15318/89 号申诉，1995 年 3 月 23 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 310 号，第 79 段。

[121] 同上，第 80 段；值得一提的是，法院形容“这种国家实践”是“统一和一贯的”，尽管法院承认，可能有两个国家例外(塞浦路斯和联合王国；“不管其意义如何”)，第 80 和 82 段。

[122] Demir 和 Baykara 诉土耳其[大审判庭]，第 34503/97 号申诉，2008 年 11 月 12 日，《2008 年欧洲人权法院案例汇编》，第 52 段。

[123] 同上，第 151 段；相似的还有 Jorgic 诉德国，第 74613/01 号申诉，2007 年 7 月 12 日，《2007 年欧洲人权法院案例汇编》第三卷，第 69 段。

[124] Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等人诉特立尼达和多巴哥(见上文脚注 27)，Sergio García Ramírez 法官单独的赞同意见，第 12 段；Artavia Murillo 等人(“体外受精”)诉哥斯达黎加，判决(初步反对意见，实质问题、赔偿和费用)，2012 年 11 月 28 日，美洲人权法院，C 辑第 257 号，第 245-256 段。

[125] Jong-Cheol 诉大韩民国，意见，2005 年 7 月 27 日，第 968/2001 号来文，人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第六十届会议，补编第 40 号》(A/60/40)，第二卷，附件五，G 节。

可以找到类似的限制，”[126] 委员会的结论是，存在争议的法律所追求的目的，本身并没有超出《公约》第十九条第 3 款规定的合理目的。[127]

(30) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 Jelisić 案的判决中提到《防止及惩治灭绝种族罪公约》[128]，指出：

> 审判分庭……根据《维也纳条约法公约》第三十一和第三十二条规定的条约解释通则解释《灭绝种族罪公约》的条款。……审判分庭还考虑到了根据该公约形成的嗣后实践。分庭特别考虑到卢旺达问题国际刑事法庭作出的裁决。……此外还考虑了各国的实践，特别是通过其国内法院形成的实践，以及该领域的国际主管机构开展的工作。[129]

(31) 世贸组织的解决争端机构有时也对满足第三十一条第三款(b)项条件的“嗣后实践”和适用条约方面其他形式的嗣后实践作出区分，认为其他形式的嗣后实践也与条约解释目的有关。例如，在美国版权法第 110(5)节条款案[130] (未上诉)中，专家组必须确定有关支付版权费的“轻微例外原则”是否适用。[131] 专家组发现有证据表明在几个成员国的国内法中确有这种原则存在，并指出：

> 我们忆及《维也纳公约》第三十一条第三款规定，为解释目的应与上下文一并考虑的还有：(a) 任何嗣后协定、(b) 嗣后实践或(c) 在缔约方之间适用的任何有关国际法规则。我们注意到，缔约方和第三方提请我们注意不同国家根据“轻微例外原则”在国内法中实行限制的一些例子。我们认为，鉴于 1948 年、1967 年和 1971 年之前和之后反映在伯尔尼联盟成员国的版权法中的国家实践，以及《与贸易有关的知识产权协定》对世贸组织成员国适用之前和之后反映在这些国家版权法中的国家实践，我们有关轻微例外原则的结论得到证实。[132]

专家组为谨慎起见又添加了以下脚注：

> “我们阐述这些国家实践的例子，并非想对这些例子是否足以构成《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项含义内的‘嗣后实践’表达意见。”[133]

---

[126] 同上，第 8.3 段。

[127] 同上；另见 Yoon 和 Choi 诉大韩民国，意见，2006 年 11 月 3 日，第 1321/2004 和第 1322/2004 号来文，同上，《第六十二届会议，补编第 40 号》(A/62/40)，第二卷，附件七，V 节，第 8.4 段。

[128] 联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页。

[129] 检察官诉 Goran Jelisić 案，审判庭，判决，1999 年 12 月 14 日，IT-95-10-T, 第 61 段(脚注略)；相似的还有检察官诉 Radislav Krstić，审判庭，判决，2001 年 8 月 2 日，IT-98-33-T, 第 541 段。

[130] 世贸组织专家组报告，美国－版权法第 110(5)节条款案，WT/DS160/R, 2000 年 7 月 27 日通过。

[131] 见《与贸易有关的知识产权协议》，第 9 条第 1 款。

[132] 世贸组织专家组报告，美国－版权法第 110(5)节条款案，WT/DS160/R, 2000 年 7 月 27 日通过，第 6.55 段(脚注略)。

[133] 同上，脚注 69。

(32) 在欧洲共同体－某些计算机设备的关税分类案中，世贸组织上诉机构批评专家组没有将世界海关组织(海关组织)统一制度委员会的决定视为相关的嗣后实践：

> 适当的解释还应包括对嗣后实践的存在和相关性的研究。我们注意到美国曾向专家组提到世界海关组织统一制度委员会 1997 年 4 月关于将某些局域网设备归类为自动数据处理机器的决定。新加坡作为专家组审理程序中的第三方，也提到这些决定。欧洲共同体指出，它已对这些决定提出保留。……然而，我们认为，在解释附表八十中的关税减让时，海关组织的决定可能是相关的。[134]

因此，在经过认真研究之后，世贸组织各争端解决机构也承认第三十一条第三款(b)项下的“嗣后实践”与(第三十二条之下)更广义的嗣后实践概念之间的区别，即后者并不要求所有条约缔约方之间的一致。[135]

(33) 在采用一个或几个缔约方，但不是所有条约缔约方的嗣后实践作为第三十二条下解释的补充资料时，必须始终牢记，“一个国家的意见不成其为国际法”。[136] 无论如何，第三十一条第三款(b)项下达成一致的嗣后实践──作为作准的解释资料，与第三十二条之下(广义)的其他嗣后实践，两者之间的区别意味着应给予前者更大的解释权重。国内法院有时不明确区分第三十一条第三款下的嗣后协定和嗣后实践及第三十二条下的其他嗣后实践。[137]

(34) 区分第三十一条第三款(b)项下的嗣后实践与第三十二条之下的嗣后实践，也有助于回答一个问题，即嗣后实践是需要一定频率的重复行动，[138] 还是只要有一次用于条约的适用就够了。[139] 在世贸组织框架内，上诉机构认为：

---

[134] 见世贸组织上诉机构报告，欧共体－计算机设备案，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 22 日通过，第 90 段。另见 I. van Damme,《世贸组织上诉机构对条约的解释》(牛津，牛津大学出版社，2009 年)，第 342 页。

[135] 另见世贸组织上诉机构报告，美国－COOL 案，WT/DS384/AB/R 和 WT/DS386/AB/R, 2012 年 7 月 23 日通过，第 452 段。

[136] Sempra Energy International 诉阿根廷共和国，裁决，2007 年 9 月 28 日，解决投资争端国际中心 ARB/02/16 号案件，第 385 段；另见 Enron Corporation 和 Ponderosa Assets, L.P.诉阿根廷共和国，裁决，2007 年 5 月 22 日，解决投资争端国际中心 ARB/01/3 号案件，第 337 段；世贸组织专家组报告，美国－大型民用飞机案(第二次申诉)，WT/DS353/R, 2012 年 3 月 23 日通过，第 7.953 段中脚注 2420；Philip Morris Brands Sàrl、Philip Morris Products S.A.和 Abal Hermanos S.A 诉乌拉圭东岸共和国，解决投资争端国际中心 ARB/10/7 号案件，2016 年 6 月 28 日的裁决，第 476 段。

[137] 例如，见：联合王国，上议院，深静脉血栓与航空旅行集团诉讼[2005] UKHL 72, 第 54-55 段和第 66-85 段(Mance 勋爵)；联合王国，上议院，R (Al-Jedda)诉国防大臣[2007] UKHL 58, 第 38 段；联合王国，上议院，R (Mullen)诉内政大臣[2004] UKHL 18, 第 47 段(Steyn 勋爵)；联合王国，上议院，King 诉 Bristow 直升机公司(苏格兰) [2002] UKHL 7, 第 80 段(Hope 勋爵)；新西兰，上诉法院，Zaoui 诉总检察长(第 2 号)[2005] 1 NZLR 690, 第 130 段(Glazebrook J.)；新西兰，上诉法院，P.诉司法部长，ex parte A.P. [2004] 2 NZLR 28, 第 61 段(Glazebrook J.)；德国，联邦行政法院，BVerwGE, 第 104 卷，第 254 页起，见第 256-257 页；1988 年 11 月 29 日的判决，1 C 75/86 [1988]，*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1989 年，第 765 页起，见第 766 页。

[138] Villiger,《……评注》(见上文脚注 37)，第 431 页，第 22 段。

[139] Linderfalk,《关于条约的解释》(见上文脚注 67)，第 166 页。

“一个孤立的行为通常不足以形成嗣后实践，必须是确定了缔约方之间一致的一系列行动，方为有效。”[140]

然而，如果要在作为条约解释资料的嗣后实践概念与缔约方之间可能的一致之间做出区分，频率并不是界定 (第三十二条下)广义的“嗣后实践”概念的一个必要要素。[141]

(35) 因此，(第三十二条下)广义的“嗣后实践”涵盖一个或多个(但并非所有)缔约方的任何适用条约的行为。它可能有各种形式。[142] 具体而言，这种“一个或多个缔约方适用条约的行为”可包括直接适用有关条约，即一种可归属于某一缔约方适用条约的行为，或关于条约解释或适用的声明或司法宣示。这种行为可包括关于条约含义的官方声明，对不履行条约提出的抗议，或对其他缔约方声明或行为的默许。[143]

结论 5
作为嗣后实践的行为

1. 第三十一和第三十二条所指的嗣后实践可包括某一缔约方的任何适用条约的行为，不论此行为是行使行政、立法、司法还是其他职能。

2. 其他行为，包括非国家行为体的行为，不构成第三十一和第三十二条所指的嗣后实践。然而此种行为在评估条约缔约方的嗣后实践时可能相关。

评注

(1) 结论草案 5 涉及第三十一和第三十二条所指的嗣后实践的可能主体问题。“第三十一和第三十二条所指”说明本条结论草案既适用于作为 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指的作准解释资料的嗣后实践，也适用于作为第三十二条所指的补充解释资料的嗣后实践。结论草案 5 第 1 段以肯定句式界定了条约适用中谁的行为可能构成第三十一条和第三十二条所指的嗣后实践，而第 2 段以否定句式说明了哪些行为不构成第三十一条和第三十二条所指的嗣后实践，但在评估条约缔约方的嗣后实践时可能相关。由于本结论草案不具体涉及国家和国际组织之间或国际组织相互间的条约，因此只在结论草案 12 第 3 段有限述及国际组织的实践，而在结论草案 5 中没有涉及。[144]

[140] 世贸组织上诉机构报告，日本－酒精饮料案(二)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，E 节，第 13 页。

[141] 见上文结论草案 9 第 2 段的评注第(11)段；Kolb, *Interprétation et création du droit international*(布鲁塞尔，Bruylant, 2006)，pp. 506-507。

[142] Aust,《现代条约法和实践》，第 3 版 (剑桥，联合王国，剑桥大学出版社，2013 年)，第 239 页。

[143] Karl, *Vertrag und spätere Praxis …*(见上文脚注 75)，第 114 页及以下各页。

[144] 见上文结论草案 1 的评注第(3)段。

第 1 段——构成嗣后实践的行为

(2) 结论草案 5 第 1 段采用的 “某一缔约方的任何行为”一语借用了国家对国际不法行为的责任条款第 2 条(a)项的措辞。[145] 相应地，“任何行为”包括作为和不作为。它不限于一国国家机关的行为，还可涵盖代表指定公共机构行事的私人行为方的行为。“不论此行为是行使行政、立法、司法还是其他职能”一语侧重于国家而不是其机关的职能。[146] 相关行为必须是“适用条约”的行为。[147] 不过，借用的国家对国际不法行为的责任条款中的措辞并不延及“归属”概念和关于相关行为应是“国际不法”行为的要求。由于“适用条约”这一概念要求善意的行为，因而明显的滥用条约不在这一范围之内。[148]。

(3) 国际法院在*卡西基里/塞杜杜岛案*中确认了这样一个实例：一种行为仅间接源于缔约方的行为，但仍可能形成国家实践。国际法院在该案中考虑了当地马苏比亚部落的成员对纳米比亚(前西南非洲)和博茨瓦纳(前贝专纳兰)边界上一个岛屿的经常使用可否视为《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践。法院得出结论认为，这种行为可以认定是嗣后实践，条件是它：与卡普里维当局的这一观点相关：1890 年条约规定的边界是沿乔贝河的南河道划定的；而且贝专纳兰当局完全了解这种使用并予以认可，以此作为对条约边界的确认。[149]

(4) 第 1 段述及某一缔约方适用条约的行为，但这并不意味着任何这种行为必定在给定案件中构成条约解释意义上的嗣后实践。使用“可包括”一语就是为了体现这一点。对于国家机关的行为可能违反该国在某一事项上的官方表述立场，从而导致国家行为模棱两可的情况，这种说明尤为重要。

(5) 由于各国国内组织的巨大差异，很难确定在哪些情况下，下级国家机关的行为构成条约解释意义上的相关嗣后实践。与机关在国家等级制度中的位置相比，相关标准更重视它在解释和适用特定条约中的职能。

(6) 国家在适用条约方面的嗣后实践当然可以由 1969 年《维也纳公约》第七条所指高级政府官员实施。但是，由于大部分条约通常不是由高级政府官员适用，各国际性法院和法庭认识到，低级主管机关的行为在某些情况下也可以构成适用条约方面的嗣后实践。因此，国际法院在*摩洛哥境内美国国民权利案*中承认，鉴于当地海关当局不一致的实践，应灵活解释 1906 年《阿尔赫西拉斯国际会议总议定书》[150] 第 95 条。[151] 各仲裁法庭的判例确认，相关嗣后实践可来自下级官

[145] 国家对国际不法行为的责任条款及评注，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 35 页，评注第(4)段；为了条约解释的目的，国际组织的相关嗣后行为的归属问题在下文结论草案 12[11]中作了说明。

[146] 参见国家对国际不法行为的责任条款第 4 和第 5 条，大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。关于委员会通过的条款草案及其评注，见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。

[147] 见上文结论草案 4 的评注第(18)段。

[148] 见上文结论草案 4 的评注第(19)段。

[149] *卡西基里/塞杜杜岛案*(见上文脚注 22)，第 1094 页，第 74 段。

[150] 34 Stat. 2905 (1902-1907)。

[151] *摩洛哥境内美利坚合众国国民权利案*，1952 年 8 月 27 日的判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 211 页。

员。在德国外债案的裁决中，仲裁法庭将英格兰银行致德国联邦债务管理局的一封信作为相关嗣后实践。[152] 在关于居住在法国的教科文组织退休职员所领退休金的征税制度案中，仲裁法庭原则上认可，法国税务部门不对教科文组织退休职员的退休金征税的实践是相关嗣后实践，但最终认为上级机关，即法国政府的一些相反的官方声明具有决定作用。[153]

(7) 因此，下级和地方官员的做法可以成为某一缔约方“适用条约”的嗣后实践，前提是该做法足够明确，并且政府应该知道该做法而没有在合理时间内反对这种做法。[154]

第 2 段——不构成嗣后实践的行为

(8) 结论草案 5 第 2 段由两句话组成。第一句说明第 1 段所设想以外的行为，包括非国家行为体的行为，不构成第三十一和第三十二条所指的嗣后实践。使用“其他行为”一词是为了明确区分第 2 段和第 1 段所述行为。同时，第 1 段未涵盖的行为在“评估”条约缔约方的嗣后实践时可能相关。[155]

(9) “条约适用方面的嗣后实践”将由受命适用条约者(通常是缔约国本身)提出。伊朗－美国索赔法庭制定的一般规则如下：

> 条约解释的一个公认原则是，要结合上下文一并考虑某项国际条约适用方面的任何嗣后实践。不过，这种实践必须是条约缔约方的实践，并且确定了各缔约国关于条约解释的一致。
>
> 尽管解决方案谈判的参加者之一——伊朗中央银行是伊朗的一个实体，因而其实践可归于作为《阿尔及尔宣言》缔约方之一的伊朗，但解决方案谈

[152] 关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠和北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条(e)项条款的情况问题，1980 年 5 月 16 日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷(出售品编号：E/F.90.V.7)，第 67-145 页，见第 103-104 页，第 31 段。

[153] “关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题”，2003 年 1 月 14 日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(出售品编号：E/F.05.V.5)，第 231-266 页，见第 257 页第 66 段和第 259 页第 74 段。

[154] 见 Chanaki, *L'adaptation des traités* ...(见上文脚注 62)，第 323-328 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 269-270 页；M. Kamto,《国际法中的国家意志》，《2004 年海牙国际法学院讲义》，第 310 卷，第 9-428 页，见第 142-144 页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 597 页，第 79 段。

[155] 委员会在关于习惯国际法的识别的结论草案 4 第 3 段采用了同样的办法，根据该结论草案，“其他行为体的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的实践，但在评估第 1 和第 2 段所指的实践时可能相关。”

判和实际解决方案的其他参加者，即几家美国银行，并非美国政府的实体，因而它们的实践不能如此归于作为《阿尔及尔宣言》另一缔约方的美国”。[156]

(10) 结论草案 5 第 2 段的第一句旨在反映该一般规则。它强调了条约缔约国的主要作用，缔约国是条约的主人，并最终对条约的适用负责。这并不排除一种可能，即如果非国家行为体的行为相当于行使某一缔约国的行政或其他职能，则可能构成适用条约的一种形式。例如一缔约国可能通过私人实体(无论是否为国有)行事，或授权它们在执行条约方面行使政府权力。

(11) 结论草案 5 第 2 段所述的“其他行为”可是不同行为体的其他行为。具体而言，这些行为可包括缔约方并非“适用条约”的行为、非条约缔约方的国家关于条约解释的声明、[157] 独立条约监督机构与解释所涉条约有关的声明、[158] 受缔约国大会委派就条约条款的落实提供咨询意见的技术机构的行为或非国家行为体不同形式的行为或声明。

(12) 第 2 段第二句中的“评估嗣后实践”应从广义上理解为既包括查明嗣后实践的存在，也包括确定其法律意义。其他国家、国际组织或非国家行为体等其他行为体的声明或行为有可能反映缔约方的相关嗣后实践或成为其肇始者。[159] 但这种由其他行为体的行为反映或肇始的缔约方嗣后实践不应并入条约缔约方本身的实践。然而，非条约缔约方的行为体的活动在评估条约缔约方的嗣后实践时可能相关。

(13) 国际组织的决定、决议和其他实践本身就可能与条约的解释相关。例如，1986 年《维也纳公约》第 2 条(j)项就确认了这一点，其中提及“确立的实践”，将其作为“组织的规则”的一种形式。[160] 结论草案 5 仅涉及国际组织的实践在评估条约缔约国的嗣后实践时是否相关的问题。国际组织适用其组成文书的实践在结论草案 12 第 3 段中述及。

---

[156] 见伊朗－美利坚合众国索赔法庭，*美利坚合众国等诉伊朗伊斯兰共和国*，第 108-A-16/582/591 FT 号裁决，《伊朗－美利坚合众国索赔法庭裁决汇编》，第 5 卷(1984 年)，第 57 页起，见第 71 页；相似的还有*伊朗－美利坚合众国索赔法庭*，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)，*伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国*，同上，第 38 卷(2004-2009 年)，第 77 页起，见第 124-125 页，第 127-128 段；另见伊朗－美利坚合众国索赔法庭，第 ITL 37-111-FT 号中间裁决，“国际学校服务公司诉伊朗国家铜业公司”，同上，第 5 卷(1984 年)，第 338 页起，Lagergren 庭长的不同意见，第 348 页起，见第 353 页：“《维也纳公约》关于嗣后协定的规定系指条约当事国之间的协定，尽管伊朗伊斯兰共和国是该案仲裁当事方之一，但仲裁当事双方之间的和解协定很难被视为等同于均为条约缔约方的两国间的协定”。各项阿尔及尔声明(阿尔及利亚人民民主共和国政府的声明以及阿尔及利亚人民民主共和国政府就美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府处理索赔问题发表的声明)见《国际法律资料》，第 20 卷 (1981 年)，(分别为)第 224 和第 230 页，见第 232-233 页。

[157] 例如，见美利坚合众国关于人权事务委员会第 33 号一般性意见：缔约国在《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》下的义务的意见，2008 年 12 月 22 日，第 1 页，第 3 段(可查阅 www.state.gov/documents/organization/138852.pdf)。美国与解释《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》(联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页)有关的声明──虽然美国既不是该公约的当事国也不是缔约国──构成结论草案 5 第 2 段所称的“其他行为”。

[158] 例如，见国际法协会人权法和实践委员会，“关于联合国人权条约机构调查结果影响的最后报告”，*第七十一届会议报告*，柏林，2004 年 8 月 16 日至 21 日(伦敦，2004 年)第 621 页，第 21 段及以下各段。

[159] 见 Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 270 页。

[160] 见下文结论草案 12 的评注第(40)-(42)段。

(14) 国际组织根据授权为说明某一特定领域国家实践而编写的报告在评估这种实践方面可能十分重要。例如，《难民署根据关于难民地位的 1951 年公约和 1967 年议定书确定难民身份的程序和标准手册》(下称“《难民署手册》”)是一部重要出版物，反映了国家实践，因而也提供了相关指导。[161] 同样的还有所谓的 1540 汇总表，该表是根据 2004 年 4 月 24 日第 1540(2004)号决议设立的联合国安全理事会委员会对会员国所采取的执行措施的系统汇编。[162] 该汇总表涉及 1972 年《关于禁止发展、生产和储存细菌及毒素武器和销毁此种武器的公约》[163] 以及 1993 年《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》执行的部分，[164] 构成了这两项条约嗣后国家实践的证据，以及对这些实践的评估。[165]

(15) 其他非国家行为体也可在评估缔约方适用公约的嗣后实践时发挥作用。红十字国际委员会(红十字委员会)就是一个这样的例子。[166] 除了完成关于保护战争受难者的日内瓦四公约和《国际红十字与红新月运动章程》赋予的一般性任务，[167] 红十字委员会还不时就 1949 年日内瓦四公约[168] 及各项附加议定书[169] 的

[161] 见难民署，《根据关于难民地位的 1951 年公约和 1967 年议定书确定难民身份的程序和标准手册》(2011 年 12 月)，HCR/IP/4/Eng/REV.3(www.refworld.org/docid/4f33c8d92.htm)，前言；“Semunigus 诉澳大利亚移民和多元文化事务部长案”正确地否决了难民署手册本身体现国家实践的意见，[1999] FCA 422(1999)，1999 年 4 月 14 日判决，第 5-13 段；但手册作为一项关于嗣后国家实践的正确声明具有重要的证据份量。该手册的权威性基于 1951 年《关于难民地位的公约》(联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，第 137 页)第 35 条第 1 款，根据该款，“缔约各国保证同联合国难民事务高级专员办事处……在其执行职务时进行合作，并应特别使其在监督适用本公约规定而行使职务时获得便利”。

[162] 安全理事会 2004 年 4 月 24 日第 1540(2004)号决议，执行部分第 8(c)段；根据 1540 委员会的网页，“1540 汇总表是 1540 委员会使用的一个主要方法，用于汇总会员国执行联合国安全理事会第 1540 号决议工作的有关信息”(www.un.org/en/sc/1540/nationalimplementation/matrix.shtml (2016 年 5 月 11 日查阅))。

[163] 联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 14860 号，第 163 页。

[164] 联合国，《条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号，第 45 页。

[165] 一般见 Gardiner,《条约解释》(上文脚注 19)，第 270 页。

[166] H.-P. Gasser,“红十字国际委员会(红十字委员会)”，《马克思普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 20 段。

[167] 《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页(“《日内瓦第一公约》”)，第 3 和第 9 条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 971 号，第 85 页(“《日内瓦第二公约》”)，第 3 和第 9 条；《关于战俘待遇的日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 972 号，第 135 页(“《日内瓦第三公约》”)，第 3 和第 9 条；及《关于战时保护平民的日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 973 号，第 287 页(“《日内瓦第四公约》”)，第 3 和第 9 条；《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一议定书》)，1977 年，同上，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页，第 81 条；1986 年在日内瓦举行的第 25 届国际红十字大会通过，并于 1995 年和 2006 年修正的《国际红十字和红新月运动章程》，第 5 条。可查阅：www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf(2018 年 8 月 9 日查询)。

[168] 日内瓦第一、第二、第三和第四公约，同上。

[169] 《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第一议定书)，1977 年，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页；《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第二议定书)，1977 年，同上，第 17513 号，第 609 页。

解释提供指导，这是《运动章程》规定的任务。[170] 《国际红十字委员会章程》第 4 条第 1 款第(7)项和《国际红十字与红新月运动章程》第 5 条第 2 款第(7)项规定，该国际委员会的职责是：

> 为了解和传播适用于武装冲突的国际人道法知识而努力工作，并为发展该法做好准备。

2009 年，红十字委员会根据这项任务发布了《关于根据国际人道主义法直接参与敌对行动概念的解释指南》。[171] 该解释指南是基于有关国家条约和习惯做法的一项“专家进程”的成果，“反映了红十字委员会关于如何解释现行国际人道主义法的机构立场”。[172] 但在这方面应当指出，各国重申了它们在发展国际人道主义法方面的主要作用。2011 年第 31 届红十字与红新月国际大会第 1 项决议在回顾“[红十字委员会]的重要作用”的同时，“强调各国在发展国际人道主义法方面的主要作用”。[173]

(16) 在评估缔约方嗣后实践时可能相关的非国家行为体行为的另一实例是国际禁止地雷运动——集束弹药联盟的一项联合举措——地雷和集束弹药监测组织。该监测组织[174] 充当了 1997 年《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(《渥太华公约》)[175] 和 2008 年《集束弹药公约》(《奥斯陆公约》)[176] 事实上的监测机制。监测组织列出了缔约国和签署国的相关声明和实践，并除其他外指出了涉及《奥斯陆公约》的各种解释性问题。[177]

(17) 红十字委员会和监测组织的实例说明，非国家行为体可以提供关于缔约方嗣后实践的宝贵信息，促进对这种信息的评估，甚至促使信息形成。但非国家行为体也可以追求其自身的目标，而这些目标可能不同于缔约国的目标。因此对它们的文件和评估意见需要严加审查。

(18) 结论草案 5 的案文没有提及“社会实践”，作为“在评估条约缔约方的嗣后实践时可能相关……的其他行为”的一个例子。[178] 欧洲人权法院有时认为，“社会接受程度增加”[179] 和“重大社会变化”[180] 就条约解释目的而言具有相关性。但该法院援引“社会变化”或“社会接受”的做法最终仍与缔约国的实践有

---

[170] 1986 年在日内瓦举行的第 25 届国际红十字大会通过，并于 1995 年和 2006 年进行了修正。可查阅：www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf(2016 年 5 月 17 日查询)。

[171] 日内瓦，2009 年，第 10 页，可查阅 www.icrc.org。

[172] 同上，第 9 页。

[173] 第 1 号决议——加强对武装冲突受害者的法律保护，2011 年 12 月 1 日。

[174] 见 www.the-monitor.org。

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

[176] 同上，《条约汇编》，第 2688 卷，第 47713 号，第 39 页。

[177] 例如，见《2011 年集束弹药监测报告》，第 24-31 页。

[178] 见 A/CN.4/660，第 129 段及以下各段。

[179] Christine Goodwin 诉联合王国[大审判庭]，第 28957/95 号申诉，2002 年 7 月 11 日，《2002 年欧洲人权法院案例汇编》第六卷，第 85 段。

[180] 同上，第 100 段。

关。[181] Dudgeon 诉联合王国案[182] 和 Christine Goodwin 诉联合王国案[183] 等主要案件尤为如此。在 Dudgeon 诉联合王国案中，欧洲人权法院认定社会“对同性恋行为的宽容度增加”，指出 “欧洲委员会大多数成员国认为，将当前所讨论的这种同性性行为当作一种本身应适用刑法制裁的事项来处理不再必要，也不再适当”，因此法院不能“忽视成员国国内法在这方面发生的显著变化”。[184] 该法院还指出，“在北爱尔兰本国，当局近年来也不再执行该法”。[185] 在 Christine Goodwin 诉联合王国案中，该法院重视“明确、无可争议的证据所表明的一个持续的国际趋势，这一趋势不仅支持社会增加对变性者的接受度，而且支持从法律上承认手术后变性者的新性别身份。”[186]

(19) 欧洲人权法院因此证实了社会发展是否已实际体现在缔约国的实践中。例如，在涉及非婚生儿童地位问题的案件[187] 以及关于宣称罗姆人有权由市政当局指定一个临时居住地，以便保持其居无定所的生活方式的案件[188] 便是如此。

(20) 可以断定，仅是 (嗣后)社会实践本身不足以构成缔约方适用条约的相关嗣后实践。但欧洲人权法院有时承认社会实践有助于评估国家实践。

[181] 另见 I.诉联合王国[大审判庭]，第 25680/94 号申诉，2002 年 7 月 11 日，第 65 段；Burden 和 Burden 诉联合王国[大审判庭]，第 13378/05 号申诉，2006 年 12 月 12 日，第 57 段；Shackell 诉联合王国(裁定)，第 45851/99 号申诉，2000 年 4 月 27 日，第 1 段；Schalk 和 Kopf 诉奥地利，第 30141/04 号申诉，2010 年 6 月 24 日，第 58 段。

[182] Dudgeon 诉联合王国，第 7525/76 号申诉，1981 年 10 月 22 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 45 号，特别是第 60 段。

[183] Christine Goodwin 诉联合王国[大审判庭](见上文脚注 179)，特别是第 85 段。

[184] Dudgeon 诉联合王国，第 7525/76 号申诉，1981 年 10 月 22 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 45 号，第 60 段。

[185] 同上。

[186] Christine Goodwin 诉联合王国[大审判庭](见上文脚注 179)，第 85 段；另见同上，第 90 段。

[187] Mazurek 诉法国，第 34406/97 号申诉，2000 年 2 月 1 日，《2000 年欧洲人权法院案例汇编》第二卷，第 52 段；另见 Marckx 诉比利时，第 6833/74 号申诉，1979 年 6 月 13 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 31 号，第 41 段；Inze 诉奥地利，第 8695/79 号申诉，1987 年 10 月 28 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 126 号，第 44 段；Brauer 诉德国，第 3545/04 号申诉，2009 年 5 月 28 日，第 40 段。

[188] Chapman 诉联合王国[大审判庭]，第 27238/95 号申诉，2001 年 1 月 18 日，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第一卷，第 70 和 93 段；另见 Lee 诉联合王国[大审判庭]，第 25289/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 95-96 段；Beard 诉联合王国[大审判庭]，第 24882/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 104-105 页；Coster 诉联合王国[大审判庭]，第 24876/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 107-108 段；Jane Smith 诉联合王国[大审判庭]，第 25154/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 100-101 段。

第三部分
一般方面

结论 6
嗣后协定和嗣后实践的识别

1. 为识别第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践，尤其须确定缔约方是否通过协定或实践就条约的解释采取了立场。如果缔约方只是商定暂不适用条约，或商定确立一种实际安排(临时协议)，便没有采取这种立场。

2. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。

3. 为识别第三十二条所指的嗣后实践，尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

评注

(1) 结论草案 6 的目的是要表明如何识别作为解释资料的嗣后协定和嗣后实践。

第 1 段第一句——短语“就条约的解释”

(2) 第 1 段第一句提到，为了第三十一条第三款(a)项和(b)项的目的而识别嗣后协定和嗣后实践，要求特别考虑这样的问题：有关各方是否通过协议或实践已就条约的解释采取了立场，或者它们是否受其他考虑的驱动。

(3) 第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定必须是“关于条约之解释或其规定之适用”的，第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践必须是“在条约适用方面”的，从而确定了“对条约的解释”的一致。[189] 在第三十一条第三款中，“解释”和“适用”两个用语之间的关系并非一目了然。“解释”是澄清条约含义包括其中一项或多项条款的含义的过程。“适用”包括全部或部分地行使条约权利或履行条约义务的行为。“解释”是指心理过程，而“适用”侧重于实际的行为(作为或不作为)。从这个意义上说，这两个概念是有区别的，可用于第三十一条第三款之下的不同用途(见下文第(4)至(6)段)，但它们也密切相关，互以对方为基础。

[189] 见上文结论草案 4, 第 1-3 段，及评注的第(17)-(20)段。

(4) 虽然有些“解释”问题可能一直与条约的适用无关，[190] 但条约的适用几乎必然涉及某种解释因素——即使在有关规则从表面看来一目了然的情况下。[191] 因此，“关于条约之解释”的协定或行为以及“条约适用方面”的协定或行为都意味着各方就条约的解释采取了立场。[192] 在第三十一条第三款(a)项(第一项选择)“关于……条约规定之适用的嗣后协定”的情况下，对条约解释的立场是各方具体并有目的地采取的，而在第三十一条第三款(a)项(第二项选择)“关于条约之适用的嗣后协定”的情况下，这一点不那么容易辨认出来。[193] 根据第三十一条第三款(b)项进行的一些简单的适用行为即“根据所解释的条约而采取的每一项措施”也隐含着“通过适用”就解释采取的立场，[194] 因此，第三十一条第三款(a)项中的“或”字并不是描述“解释”和“适用”之间的互相排斥关系。

(5) 然而，“适用”条约的意义，就解释条约的目的而言，并不限于识别有关缔约国由此而就条约的解释采取的立场。事实上，适用条约的方式不仅有助于确定条约的意义，而且有助于识别缔约国所采取的解释在多大程度上是“有根据的”，从而或多或少是稳固确立的。

(6) 应该指出的是，条约的“适用”并不一定反映缔约国有这样的立场，即这种适用是根据条约在当时情况下在法律上唯一可能的适用。[195] 而且，“适用”的概念并不排除非国家行为体的某些行为：条约承认这些行为是适用的形式，[196] 因而可构成确定缔约方之间一致性的实践。最后，在适用条约时的某一特定行为

---

[190] 根据 G. Haraszti 的看法，“解释将阐明案文的意思视为其目标，而适用意味着说明给缔约各方带来的后果”(见 Haraszti,《……一些基本问题》(上文脚注 67)，第 18 页)；不过他承认，“不论以何形式呈现的法律规则，除非其内容得到阐明，否则不可能适用”(同上，第 15 页)。

[191] 哈佛条约法草案，《美国国际法期刊(增刊)》，第 29 卷(1935 年)，第 653 页起，见第 938-939 页；A. McNair,《条约法》(1961 年，克拉伦登出版社，牛津)，第 372 页；Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 20)，第 116 页；国际法不成体系问题研究组 2006 年报告(A/CN.4/L.682 和 A/CN.4/L.682/Corr.1)，第 423 段；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 28-30 页和第 238 页；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 47 页；U. Linderfalk,“《维也纳公约》第三十一和第三十二条的等级结构是否真实？对解释规则进行解释”，《荷兰国际法评论》，第 54 卷 (2007 年)，第 133-154 页，见第 141-144 页和第 147 页；G. Distefano,“条约缔约国的嗣后实践”，《法国国际法年鉴》，第 40 卷(1994 年)，第 44 页；Villiger,“解释的规则……”(见上文脚注 61)，第 111 页。

[192] Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 266 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 67)，第 162 页；Karl, *Vertrag und spätere Praxis…*(见上文脚注 75)，第 114 和第 118 页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 598-599 页，第 81 和第 83 段。

[193] 这个第二项备选案文应巴基斯坦提议而提出，但其范围和目的从未得到讨论或澄清，见《联合国条约法会议，第一和第二届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11, 联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，第 31 次会议，1968 年 4 月 19 日，第 168 页，第 53 段。

[194] 见 Linderfalk,《论条约的解释》(上文脚注 67)，第 164-165 页和第 167 页；另见结论草案 2 第 4 段和结论草案 4 第 3 段。

[195] 见下文结论草案 7, 第 1 段。

[196] 见 Boisson de Chazournes,“嗣后实践、实践……”(上文脚注 38)，第 53 页起，见第 54、56 及 59-60 页。

的法律意义不局限于其可能根据第三十一条对解释作出的贡献，而且可能对履行举证责任[197] 或满足其他规则的条件[198] 作出贡献。

(7) 不受条约义务驱动的嗣后行为，不是第三十一条第三款意义内的“适用条约”的行为，或“关于”条约解释的行为。例如，在关于联合国某些费用案的咨询意见中，一些法官怀疑联合国会员国继续缴纳会费是否等于接受该组织的某些做法。[199] 菲茨莫里斯法官在这方面提出了一个著名的警告，他说，“从实践中得出的论点，如果走得太远，则会招来问题”。[200] 菲茨莫里斯认为，“从会员国缴费这个单纯的事实推断出它们必然在所有情况下都承认存在着缴费的实在法义务，这几乎是不可能的”。[201]

(8) 同样，国际法院在审理卡塔尔和巴林海洋划界和领土问题案时认为，1987年协议(关于将争端提交国际法院管辖的协议)的当事方努力缔结一项附加的特别协定(该协定将说明争端所涉的事项)并不意味着当事方实际上将缔结这样的附加协定视为确立国际法院管辖权的必要条件。[202]

(9) 另有一个其本意不是为了“适用”条约，也不是“关于条约的解释”的自愿做法的例子，它涉及难民法方面的“补充保护”问题。未获《关于难民地位的公约》所规定的难民地位者往往会获得相当于《公约》中难民地位的“补充保护”。然而给予补充保护的国家并不认为自己的行为是在“适用”该公约或涉及该公约的“解释”。[203]

(10) 有时很难将第三十一条第三款(a)项和(b)项涉及条约的解释或适用的有关嗣后协定或嗣后实践与条约更大范围内的其他行为或发展，其中包括在条约主题事项领域的“同时代发展”加以区分。然而这样的区分是重要的，因为唯有缔约方就解释做出的行为才能使它们对解释过程产生特定权威。一般的规则似乎是，协

[197] 见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(格鲁吉亚诉俄罗斯联邦)，初步反对意见，判决，《2011 年国际法院案例汇编》，第 70 页，见第 117 页，第 105 段，国际法院在这里否认某些行为(声明)已经满足了举证责任，能证明俄罗斯联邦在 1999 年至 2008 年 7 月期间履行了其按照《消除一切形式种族歧视国际公约》所承担的义务，这特别是因为有关行为不是专门为了公约而实施的。根据辛马法官的意见，举证责任已经在一定程度上得到履行，见辛马法官的个别意见，同上，第 199-223 页，第 23-57 段。

[198] 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 22)，国际法院不仅从条约的解释角度而且从取得时效的角度分析了嗣后实践(见第 1092 页，第 71 段，第 1096 页，第 79 段，及第 1105 页，第 97 段)。

[199] 联合国的某些开支案(《宪章》第十七条第二项)，1962 年 7 月 20 日咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页起，见第 201-202 页(菲茨莫里斯法官的个别意见)及第 189-195 页(斯彭德法官的个别意见)。

[200] 同上，第 201 页。

[201] 同上。

[202] 卡塔尔和巴林之间的海洋划界和领土问题案(卡塔尔诉巴林)，管辖权和可否受理，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 16 页，第 28 段。

[203] 见 A. Skordas,“一般规定：第五条”，载于 A. Zimmermann 所编《1951 年〈关于难民地位的公约〉及其 1967 年议定书：评注》牛津，牛津大学出版社，2011 年)，第 682 页，第 30 段；J. McAdam,《国际难民法律中的补充保护》(牛津，牛津大学出版社，2007 年)，第 21 页。

定或实践与条约的关联性越具体，它就能根据第三十一条第三款(a)项和(b)项获得越多的解释性权重。[204]

(11) 对第三十一条第三款(a)项和(b)项下的嗣后协定或嗣后实践加以定性，也就是就条约的解释采取了立场，往往需要谨慎的事实分析和法律分析。从司法实践和国家实践中摘取的例子可以说明这一点。

(12) 国际法院的案例提供了若干例子。一方面，国际法院不认为两国“部长级联合公报”包括在“自由航行权传统的基础”之内，因为“公报设立的合作模式很可能被修正以适合双方需要。”[205] 但该法院还认为，如果对条约的解释无特定主张，条约的适用亦无特定形式，这本身就构成一种实践，表明缔约方持有一种法律立场，根据这种立场，关于有毒武器的各项条约是不禁止核武器的。[206] 无论如何，只能通过认真考虑缔约方集体意见之表达是否以及在何种程度上意在涉及“条约的解释”，才能确定这一表达所具有的确切意义。因此，国际法院在*南极捕鲸案*中认为，缔约国以协商一致方式核可的[国际捕鲸委员会]的有关决议和准则要求缔约国考虑能否通过使用非致命性研究方法实际和科学地实现研究目标，但这些决议和准则并没有确立一项要求，即只有当其他方法不可用时才能使用致命的方法。[207]

(13) 伊朗－美国索赔法庭曾面对过这样的问题：《索赔解决声明》是否要求美国将军事财产归还伊朗。该法庭提及缔约方的实践，认定这一条约含有默示义务，必须在不归还财产的情况下给予补偿：[208]

> 66. ……虽然总声明的第 9 段并没有明确说一旦因 1979 年 11 月 14 日之前适用的美国法律规定而某些物品不能归还时则有补偿伊朗的任何义务，但法庭认为，这样的义务隐含在该段里。
>
> ……
>
> 68. 此外，法庭注意到，载于上文第 66 段的解释与缔约方适用《阿尔及尔协定》的嗣后实践，特别是与美国的行为是一致的。这样的实践，根据《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项，在解释条约时也应考虑到。美国在

[204] 关于协定或实践作为解释资料的“权重”，见下文结论草案 9，第 1-3 段；区别当事方在解释条约方面的具体行为与一般性发展的必要性和困难性的实例见*海洋争端案(秘鲁诉智利)*，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 41-58 页，第 103-151 段。

[205] *关于航行权和相关权利的争端案*(见上文脚注 22)，第 234 页，第 40 段；另参阅*卡西基里/塞杜杜岛案*(上文脚注 22)，第 1091 页，第 68 段，法院在这里暗示，当事方之一某些实际合作的形式对于解决目前的边界问题有法律意义，因而不同意另一当事方的相反立场。

[206] *以核武器相威胁或使用核武器的合法性，咨询意见*，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 55-56 段；另参阅*石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决*，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 30 段；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 262-264 页。

[207] *南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参加诉讼)*，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 257 页，第 83 段。

[208] 见伊朗－美国索赔法庭，*伊朗伊斯兰共和国和美利坚合众国*，《伊朗-美国索赔法庭裁决汇编》，第 382-B1-FT 号部分裁决，第 19 卷(1989 年)，第 294-295 页。

1981 年 3 月 26 日致函伊朗，告知它国防物品的出口将不予批准时，明确表示，“对伊朗在设备方面的成本将尽可能给以赔偿”。

霍尔茨曼法官在反对意见中批评了这一立场：

> 缔约国的嗣后行为只有在显然受条约驱动时，才能成为解释条约的适当基础。这里没有证据表明也没有人认为，美国对伊朗财产予以赔偿的意愿依据的是据信第 9 段所规定的义务。这种行为就相当于承认合同中的付费义务。如果没有迹象表明行为受条约驱动，就不应当用该行为来解释条约。[209]

多数意见和反对意见结合起来表明，必须认真分析缔约方是否通过协定或行为“就条约的解释”采取了立场。

(14) 有时也可从条约或某一具体规定的性质推断出缔约国就条约的解释采取了立场这一事实。[210] 适用条约方面的嗣后实践往往包括不同国家机关(行政、立法、司法或其他机关)在不同层面(国内和国际)自觉适用条约的行为，而欧洲人权法院等机构则通常不明确处理某一特定实践是否确立“关于解释”《公约》 的协定这一问题。[211] 因此，在说明成员国国内法律状况时，该法院很少问及某一种特定法律状况是否产生于讨论《公约》可能所作规定的立法程序。相反，法院推定成员国在制定立法或以某种方式采取其他行动时，了解《公约》对其规定的义务，并在采取行动时体现对其自身义务的理解。[212] 美洲人权法院有时也使用立法实践作为一种解释资料。[213] 与国际法院一样，欧洲人权法院有时甚至认为，缔约方对《公约》的某一特定解释“缺乏任何理解”，可能表示它们就条约的解释采取了立场。[214]

(15) 《关于战俘待遇之日内瓦公约》[215] 第一一八条规定：“实际战事停止后，战俘应即予释放并遣返，不得迟延。”为防止有些国家滥用战俘意愿拖延遣返，

---

[209] 霍尔茨曼法官的个别意见，部分赞同、部分反对，同上，第 304 页。

[210] 见与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践第二次报告(A/CN.4/671)，第 15 段。

[211] 例如见 Soering 诉联合王国，第 14038/88 号，1989 年 7 月 7 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 161 号，第 103 段；Dudgeon 诉联合王国，第 7525/76 号，1981 年 10 月 22 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 45 号，第 60 段；Demir 和 Baykara 诉土耳其[大审判庭]，第 34503/97 号，2008 年 11 月 12 日，欧洲人权法院 2008, 第 48 段；然而作为对照，请比较 Mamatkulov 和 Askarov 诉土耳其案[大审判庭]，第 46827/99 号和第 46951/99 号，《2005 年欧洲人权法院案例汇编》，第一卷，第 146 段；Cruz Varas 等人诉瑞典，第 15576/89 号，1991 年 3 月 20 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 201 号，第 100 段。

[212] 见上文脚注 211；另见 Marckx 诉比利时，第 6833/74 号，1979 年 6 月 13 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 31 号，第 41 段；Jorgic 诉德国，第 74613/01 号，2007 年 7 月 12 日，《2007 年欧洲人权法院案例汇编》，第三卷，第 69 段；Mazurek 诉法国，第 34406/97 号，2000 年 2 月 1 日《2000 年欧洲人权法院案例汇编》，第二卷，第 52 段。

[213] 例如见 Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等人诉特里尼达和多巴哥案(见上文脚注 27)，第 12 段。

[214] Bankovic 等人诉比利时及 16 个其他缔约国(裁决)[大审判庭]，第 52207/99 号，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第十二卷，第 62 段。

[215] 见上文脚注 168。

缔约国刻意没有宣布战俘不想被遣返的意愿具有关联性。[216] 然而红十字委员会始终坚持将其可独立确定战俘不被遣返的意愿作为参与条件。[217] 这种做法已经反映在缔约国的实践之中，表明第一一八条没有规定绝对的遣返义务。然而这并不一定意味着第一一八条应更严格地解释为要求不得违反战俘意愿遣返他们。红十字委员会关于习惯国际人道主义法的研究报告中在对第 128 A 条规则的评注中审慎指出：

> 根据《日内瓦第四公约》，不得将任何被保护人移送至“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由”的国家[《关于战时保护平民之日内瓦公约》第四十五条第四款]。《日内瓦第三公约》不包含类似的条款，但自 1949 年以来形成的实践表明，在红十字委员会发挥中立调解人作用的每一次遣返行动中，无论是国际还是非国际冲突，冲突各方都接受红十字委员会的参与条件，包括红十字委员会能够在遣返(或在非国际性武装冲突时则为释放)之前，通过私下约谈当事人来查验他们是否愿意被遣返(或被释放)。[218]

(16) 这一措辞表明，各国接受在红十字委员会参与且提出了尊重战俘意愿这一条件的情况下，应当询问战俘的意愿。各国从这一实践中得出了不同结论。[219] 2004 年《联合王国手册》规定：

> 较有争议的问题是，是否即便违背战俘本人的意愿，也必须将其遣送回国。最近的国家实践表明，不应这么做。联合王国的政策是，不应违背战俘意愿将其遣送回国。[220]

(17) 专门将“必须”和“应”二词同时使用，说明联合王国同其他国家一样，认为嗣后实践反映了可以但不是必须尊重战俘公开宣称的意愿这种条约解释。[221]

---

[216] C. Shields Delessert,《敌对活动结束后释放与遣返战俘》(苏黎世，Schulthess, 1977 年)，第 145-156 页和第 171-175 页；关于一般遣返义务，见 S. Krähenmann,“武装冲突中保护战俘”，载于《国际人道主义法手册》，第 3 版，D. Fleck 编(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 359-412 页，见第 409-410 页。

[217] 因此，红十字委员会通过自己的介入，力求调和快速遣返与尊重战俘意愿这两种利益(见 Krähenmann,“武装冲突中保护战俘”(上文脚注 216)，第 409-410 页)。

[218] J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck 编，《国际人道主义习惯法》，第 1 卷：《规则》(剑桥，红十字国际委员会和剑桥大学出版社，2005 年)，第 455 页(脚注略)。

[219] J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck 编，《国际人道主义习惯法》，第 2 卷：《实践》(剑桥，红十字国际委员会和剑桥大学出版社，2005 年)，第 2893-2894 页，第 844-855 段，以及对澳大利亚、以色列、荷兰和西班牙的在线更新，可查阅 http://ihl-databases.icrc.org/ customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond。

[220] 联合王国国防部，《武装冲突法手册》(牛津，牛津大学出版社，2004 年)，第 205-206 页，第 8.170 段(脚注略)。

[221] 另见美国国防部，《战争法手册》(2015 年，2016 年修订)，第 9.37.4.2.条：“[《关于战俘待遇之日内瓦公约》]本身并没有改变公认的国际法原则，根据这些规则，庇护适用于[战俘]，拘留国可以但不是必须授予庇护。”可查阅 www.defense.gov。

(18) 源自判例和国家实践的上述例子证明，有必要审慎识别和解释嗣后协定和嗣后实践，特别是要问清，缔约方是否通过协定或实践就条约的解释采取了立场，或者是否有其他考虑。[222]

第 1 段第二句——暂不适用条约或临时协议

(19) 第 1 段第二句只起说明作用。该句具体提到两类需要与关于条约解释的实践作出区分的情况，而给其他此类情况留下了空间。

(20) 缔约方拥有共同嗣后实践不一定表明缔约方就条约的解释达成了协议，也可能意味着缔约方商定暂不适用条约，[223] 或商定确立一种实际安排(临时协议)。[224] 以下例子起说明作用。

(21) 1864 年《改善战地武装部队伤员境遇日内瓦公约》第七条规定，“医院、救护车和疏散队应采用特殊的统一旗帜。……[这一]……旗帜应绘以白底红十字。”[225] 1877-1878 年俄土战争期间，奥斯曼帝国宣布，未来将以白底红新月作为救护车标志，同时尊重保护敌方救护车的红十字标志，并表示《公约》的特殊标志“‘迄今一直让土耳其无法行使《公约》规定的权利，因为这一标志冒犯了穆斯林士兵’”。[226] 因为这一声明，奥斯曼帝国、瑞士(作为保存国)和其他缔约方经通信商定，接受红新月标志，但仅限冲突期间。[227] 在 1899 年和 1907 年海牙和平会议上以及 1906 年举行的 1864 年《日内瓦公约》修约会议期间，奥斯曼帝国、波斯和暹罗要求将红新月、红狮与日以及红焰标志加入《公约》未果。[228] 不过在 1906 年，奥斯曼帝国和波斯至少使两国为此提出的“保留”得到了接受。[229] 但是，1906 年奥斯曼帝国和波斯的保留获得接受，并不意味着各缔约方认可在 1906 年之前，通过未受异议的嗣后实践以特定方式解释了 1864 年《日内

---

[222] A/CN.4/671, 第 11-18 段。另见 L. Crema, “《维也纳公约》之内和之外的嗣后协定与嗣后实践”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 25-26 页。

[223] 见 A/CN.4/671, 第 33 页，第 71 段。

[224] 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 22)，第 234-235 页，第 40 段；乌拉圭河纸浆厂案(见上文脚注 22)，第 14 页起，见第 65-66 页，第 138-140 段；J. Crawford, “对《维也纳条约法公约》第三十一条第三款的合意主义解释”，载于诺尔特,《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 32 页；另一案例见 A/CN.4/671, 第 72 段；及 J. R. Crook, “美国当代实践”，《美国国际法期刊》，第 105 卷(2011 年)，第 775 页及以后各页，见第 809-812 页。

[225] 见红十字委员会，《国际红十字手册》，第 12 版(日内瓦，1983 年)，第 20 页。

[226] “Bulletin international des Sociétés de Secoursaux Militaires blesses”，第 29 号(1877 年 1 月)，第 35-37 页，引用于 F. Bugnion,《红十字标志简史》(日内瓦，红十字委员会，1977 年)，第 15 页。

[227] 同上，第 31 号(1877 年 7 月)，第 89 页，引用于 Bugnion,《红十字标志……》(见上文脚注 226)，第 18 页。

[228] Bugnion,《红十字标志……》(见上文脚注 226)，第 19-31 页。

[229] 1923 年埃及通过继承而加入，见 Bugnion,《红十字标志……》(见上文脚注 226)，第 23-26 页；1929 年修订各项日内瓦公约时，土耳其、波斯和埃及声称，使用其他标志已成为既成事实，且这些标志已在实践中使用而未致任何异议，红新月和红狮与日这才最终被 1929 年《改善战地武装部队伤者病者境遇日内瓦公约》第十九条第二款承认为特殊标志(国际联盟，《条约汇编》，第 118 卷，第 2733 号，第 303 页)。

瓦公约》。至少到 1906 年，奥斯曼帝国和波斯的实践都不被视为 1864 年《日内瓦公约》的内容，只是将其作为不改变一般条约义务的暂行特例措施予以接受。

第 2 段——各种形式

(22) 结论草案 6 第 2 段的目的在于，承认第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。委员会已承认第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践包括适用条约过程中任何可能有助于确定对该条约解释的一致意见的“行为”，包括某些情况下的不作为。[230] 根据所涉条约的情况，这不仅包括对外行为，例如国际一级的正式行动、声明和投票，还包括国内的立法、行政和司法行为，甚至可能包括代表一个或多个缔约方并在该条约认为属于其适用形式范围内的非国家行为体的行为。[231] 因此，可能催生第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践的个人行为无需满足任何特定形式标准。[232]

(23) 国际一级的嗣后实践不一定是联合行为。[233] 各方有平行的行为即可。至于并行活动是否在实际上表达了某特定案件中对某项条约解释的共同理解(协定)，则是另一个单独的问题(见下文结论草案 10 第 1 段)。[234] 嗣后协定既见于有法律约束力的条约，亦见于谅解备忘录等没有约束力的文书。[235] 嗣后协定还见于缔约国大会的某些决定(见下文结论草案 11，第 1、第 2 和第 3 段)。

第 3 段——识别第三十二条所指的嗣后实践

(24) 本条结论草案第 3 段规定，识别第三十二条所指的嗣后实践时，解释者尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。[236] 委员会决定在单独的一段中论述第三十二条之下的嗣后实践(见结论草案 4，第 3 段)，[237] 是为了分析上清晰起见(见下文结论草案 7 第 2 段和结论草案 9 第 3 段)，但并不因此对解释过程的整体性提出质疑。识别第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践的有关考虑因素亦比照适用于第三十二条之下嗣后实践的识

---

[230] 见上文结论草案 4 的评注，第(17)-(20)段。

[231] 例如见上文结论草案 5 的评注；Boisson de Chazournes,《嗣后实践……》(上文脚注 38)，第 54、56 和 59-60 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 257-259 页；另见*海洋争端案(秘鲁诉智利)*，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 42-45 页，第 103-111 段和第 48-49 页，第 119-122 段，以及第 50 页，第 126 段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 597-598 页，第 79 段。

[232] Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 254-255 页。

[233] *柏威夏寺案*(见上文脚注 110)，第 33 页；*卡西基里/塞杜杜岛案*(见上文脚注 22)，第 1213 页，第 17 段，帕拉－阿朗古伦法官的不同意见。

[234] *尼加拉瓜和洪都拉斯之间在加勒比海的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)*，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 659 页起，见第 737 页，第 258 段；但是，见*大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)*，判决，《1982 年国际法院案例汇编》，第 18 页起，见第 83-84 页，第 117 段，在此段中，法院将争议双方授予的特许权视为双方默示协定的证据；另见*海洋争端案(秘鲁诉智利)*(见上文脚注 231)。

[235] Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 244 和 250 页。

[236] 见上文，本评注第(1)-(4)段；以及 A/CN.4/671，第 3-5 段。

[237] 见上文结论草案 2 的评注，第(10)段。

别。因此，某条约非全体缔约方之间就该条约的解释或适用达成的协定是第三十二条之下的嗣后实践的一种形式。

(25) 一个涉及条约非全体缔约方的实际安排的例子是美利坚合众国运输部与墨西哥合众国通信和运输部 2011 年 7 月 6 日签订的《关于国际跨境卡车货运服务的谅解备忘录》。[238] 该谅解备忘录并未提及《北美自由贸易协定》(《北美自贸协定》)的第三方加拿大，而是指出，备忘录“不损害美国和墨西哥在《北美自贸协定》下的权利和义务”。这些情况表明，该谅解备忘录不声称构成第三十一条第三款(a)或(b)项及第三十二条意义上对《北美自贸协定》的解释协议，而是仅限于作为有限数目的当事方之间的实际安排。

结论 7
嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响

1. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践经与其他解释资料互动，有助于澄清条约的含义。这可导致可能的解释范围、包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围变窄、变宽或受到另外的影响。

2. 第三十二条所指的嗣后实践也可能有助于澄清条约的含义。

3. 可以推定，条约缔约方在适用条约方面达成协定或采用一种实践，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后实践修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本条结论草案不影响《维也纳条约法公约》和习惯国际法关于修正或修改条约的规则。

评注

第 1 段第一句——澄清条约的含义

(1) 结论草案 7 涉及嗣后协定和嗣后实践可能对条约解释产生的影响，旨在说明嗣后协定和嗣后实践可以如何有助于澄清条约的含义。第 1 段强调嗣后协定和嗣后实践必须与其他解释资料互动(见结论草案 2, 第 5 段)。[239] 因此，它们本身未必具有决定性。

(2) 嗣后协定和嗣后实践与所有解释资料一样，可能对条约解释这一互动过程产生各种影响，这一过程包括在任何具体案件中，对“单一的综合行动”中的各种解释资料各给予适当强调。[240] 因此，考虑第三十一条第三款和第三十二条所指的嗣后协定和嗣后实践，可以通过缩小(具体说明)某个用语或条款的可能含义，或整个条约的范围(见下文第(4)、第(6)、第(7)、第(10)和第(11)段)，帮助澄

[238] Crook,“美国当代实践”(见上文脚注 224)，第 809-812 页；另见墨西哥，Diario Oficial de la Federación (2011 年 7 月 7 日)，Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América(www.dof.gob.mx)。

[239] 见上文结论草案 2 第 5 段的评注，第(12)-(15)段。

[240] 同上。

清条约的含义。[241] 另一方面，这种考虑也可以通过证实更广义的解释，帮助澄清条约的含义。最后，它有助于理解缔约方可作出的可能解释的范围，包括缔约方根据条约行使自由裁量权的范围(见下文第(12)至(15)段)。

(3) 国际性法院和法庭通常在具体案件的论证过程中首先确定条约用语的“通常含义”。[242] 法院大多在审理的稍后阶段，即考虑某项行为是证实还是更改了最初对通常含义的解释(或通过其他解释资料)得出的结果时，才考虑嗣后协定和嗣后实践。[243] 如果缔约方不想表达用语的通常含义，而想表达第三十一条第四款意义上的特殊含义，那么嗣后协定和嗣后实践也可能有利于说明该特殊含义。以下例子[244] 显示了嗣后协定和嗣后实践作为解释资料，如何可在解释过程中通过与其他资料的互动，协助澄清条约的含义。

(4) 嗣后协定和嗣后实践可以通过从某个用语的多重含义中确认一个狭义的解释，来帮助确定该用语的“通常含义”。例如，[245] 国际法院在关于*以核武器进行威胁或使用核武器的合法性*的咨询意见中确认，短语“毒药或有毒武器”：

> 在国家实践中通常被理解为主要、甚至唯一作用是使人中毒或窒息的武器。这个实践十分明确，相关文书的缔约方并没有将该词理解为指核武器。[246]

(5) 另一方面，嗣后实践也可以避免将一般用语限定为只有某个特定含义，而否认其他可能的含义。[247] 例如，国际院法在*摩洛哥境内的美利坚合众国公民权利案*中称：

> 检查相关材料给人的一般印象是，海关工作人员……已利用他们能够获得的一切评估材料，虽然利用方式可能不尽一致。

---

[241] 术语遵循委员会《对条约的保留实践指南》指南 1.2(解释性声明的定义)：“‘解释性声明’是指[一]国或[一]国际组织为了阐明或澄清条约或其中某些规定的含义或范围而作出的单方面声明。”(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第四章，指南 1.2)；另见对指南 1.2 的评注，第(18)段(A/66/10/Add.1)。

[242] 见上文对结论草案 2 第 5 段的评注，第(14)段；*大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见*，《1950 年国院法院案例汇编》，第 4 页起，见第 8 页。

[243] 例如见*吉利丹岛和西巴丹岛的主权归属案*(上文脚注 22)，第 656 页，第 59-61 段和第 665 页，第 80 段；*领土争端案*(上文脚注 22)，第 34 页，第 66-71 段；*关于航行权和相关权利的争端案*(上文脚注 22)，第 290 页(专案法官纪尧姆的声明)。

[244] 例如见诺尔特，“特殊制度下的判例”(上文脚注 25)，第 210-306 页。

[245] 另见*石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决*，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 30 段；*喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，判决*，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 306 页，第 67 段；*大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见*，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 9 页。

[246] *使用或威胁使用核武器的合法性，咨询意见*，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 55 段。

[247] *对《灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见*，《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页起，见第 25 页。

在这种情况下，法院认为第 95 条没有对争议问题订立严格规则。该条需要一个比本案中当事双方各自的主张更为灵活的解释。[248]

(6) 不同形式的实践可能导致对同一条约中的某些用语作出狭义的解释，而对另一些用语作出宽泛的解释。[249]

(7) 条约应依其用语在“上下文”中具有的通常含义加以解释(第三十一条第一款)。嗣后协定和嗣后实践通过与这一具体解释资料的互动，也可以有助于对条约中的用语作出较狭义或较广义的解释。[250] 例如，在关于政府间海事协商组织的咨询意见中，国际法院不得不确定《国际海事组织(海事组织)公约》[251] 第 28(a)条下“八个……最大船主国”一词的含义。鉴于“最大船主国”的概念可以有不同解释(例如按“登记吨位”或“国民财产”计算)，且该组织及其成员没有第 28(a)条下的相关实践，法院转而参照公约其他条款下的实践，提出：

> 鉴于执行《公约》的各项条款都是基于登记吨位……法院因此认为，在起草[第 28(a)条]并将之纳入《公约》时，不太可能考虑以登记吨位以外的其他标准来确定最大船主国。[252]

(8) 除用语和上下文外，第三十一条第一款还强调“目的及宗旨”对条约解释的重要性。[253] 嗣后协定和嗣后实践也可有助于澄清条约的目的及宗旨，[254] 或协调条约的“目的及宗旨”与其他解释资料的运用。

---

[248] 摩洛哥境内的美利坚合众国公民权利案，1952 年 8 月 27 日的判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 211 页。

[249] 比照参见联合国的某些开支案(《宪章》第十七条第二项)，1962 年 7 月 20 日的咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 条，国际法院参照联合国相关的嗣后实践，对“费用”一词作出了宽泛的解释，而对“行动”一词作出了狭义的解释，见第 158-161 页(“费用”)和第 164-165 页(“行动”)。

[250] 例如见边界和跨界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和可否受理，判决，《1988 年国际法院案例汇编》，第 69 页起，见第 87 页，第 40 段。

[251] 联合国，《条约汇编》，第 289 卷，第 4214 号，第 3 页。

[252] 政府间海事协商组织海事安全委员会章程，咨询意见，《1960 年国际法院案例汇编》，第 150 页起，见第 169 页；另见第 167-169 页；另见根据《保护东北大西洋海洋环境公约》提出的诉讼(爱尔兰诉联合王国)，2003 年 7 月 2 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷(出售品编号：E/F.04.V.15)，第 59-151 页，见第 99 页，第 141 段。

[253] Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 211 和 219 页。

[254] 同上，第 212-215 页；另见南非不遵守安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 31 页，第 53 段；在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 179 页，第 109 段；R. Higgins,“关于国际法中的时效规则的若干意见”，载于 J. Makarczyk 所编《二十一世纪初的国际法理论》(海牙，Kluwer Law International, 1996 年)，第 173-181 页，见第 180 页；Distefano,“……嗣后实践”(见上文脚注 191)，第 52-54 页；Crema,“……嗣后协定与嗣后实践”(上文脚注 222)，第 21 页。

(9) 例如，在格陵兰和扬马延间区域海洋划界案[255] 和石油平台案[256] 中，国际法院通过提到缔约方的嗣后实践，澄清了双边条约的目的及宗旨。在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中，国际法院主张：

> 从条约案文和上文第 64 和 65 段分析的实践来看，乍得湖流域委员会是一个在特定地理区域内行使职权的国际组织；但是其宗旨不是在区域一级处理与维持国际和平及安全有关的事务，因此不属于《宪章》第八章规定的情况。[257]

第 1 段第二句——可能的解释范围变窄或变宽或受到另外的影响

(10) 国家实践证实，嗣后协定和嗣后实践不仅有助于通过缩小条约下权利和义务的可能含义的范围，来具体说明一个用语的含义，也可表明一个更大的可能解释范围，或表明条约赋予各国的自由裁量权的特定范围。[258]

(11) 例如，虽然按照 1944 年《国际民用航空公约》[259] 第 5 条用语的通常含义，似乎没有要求包机必须获得许可才能在飞行途中降落，但长期以来的国家实践都要求这类许可，因此该条被普遍理解为要求许可。[260] 另一个案例是 1961 年《维也纳外交关系公约》第二十二条第三款，[261] 其中规定使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。虽然警方对外交房舍采取的或以拦截和搜查交通工具的方式实施的强制行为通常会遭到国家的抗议，[262] 但是将违反当地交通和停车法

---

[255] 格陵兰和扬马延间区域海洋划界案，判决，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 50 页，第 27 段。

[256] 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 813 和 815 页，第 27 和 30 段。

[257] 另见喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 306 页，第 67 段。

[258] 这并不是说可能存在对条约的不同解释，而是说条约必须让缔约方有可能在一系列允许的行为中作出选择，见 Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 32-33 页和第 268 页，引用上议院在 R 诉内政部大臣案，Adan 缺席[2001]AC 477 中发表的意见：“……需要确定有关条约规定的自主含义……由此可见，与其他多边条约一样，必须赋予《难民公约》可从[1969 年《维也纳公约》]第三十一条和第三十二条所指来源中得出的独立含义，而不是随便借鉴某个缔约国法律体系的特点得出含义。因此，原则上，条约只能有一个真正的解释……在实践中，面对解释问题上的重大分歧，由各国法院做出决定。不过，做决定时，法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚，探索条约真正的自主含义。而真正的含义只有一个”(《判例汇编》，2001 年上诉案例，第 2 卷，见第 515-517 页(斯泰恩勋爵)。

[259] 联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 102 号，第 2 页。

[260] S. D. Murphy,“嗣后协定和嗣后管理对条约解释的作用”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 85 页；A. Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注 142)，第 215 页。

[261] 联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页。

[262] E. Denza,《外交法：〈维也纳外交关系法〉评注》，牛津大学国际法评论，第 4 版(牛津，牛津大学出版社，2016 年)，第 131-133 页；J. Salmon,《外交法手册》(布鲁塞尔，Bruylant, 1994 年)，第 208 页，第 315 段。

规的外交车辆拖走这一做法，在实践中基本上被认为是允许的。[263] 这种实践显示，虽然禁止对外交车辆采取处罚措施，但是如果发现外交车辆对交通和/或公共安全构成直接危险或障碍，则可以拦下或拖走。[264] 从这个意义上来看，缔约方的嗣后实践明确说明了“强制执行”一词的含义，并进而明确了交通工具受保护的范围。

(12) 另一个例子是《一九四九年日内瓦四公约第二议定书》[265] 第十二条，其中规定：

> 在有关主管当局指导下，医务和宗教人员以及医疗队和医务运输工具应展示白底红十字、红新月或红狮与太阳的特殊标志。在任何情形下，该特殊标志均应受尊重。该特殊标志不应用于不正当的用途。

虽然“应”字表示国家在任何情况下都有义务使用特殊标志来标识医务人员和医务运输工具，但嗣后实践表明国家在适用该条时可拥有一定的自由裁量权。[266] 鉴于武装团体近年来专门袭击因有保护标志而特别容易辨认的医疗车队，国家在某些情况下不再对这类车队露做特殊标记。德国政府在回答议会关于其在阿富汗的做法的提问时指出：

> 与国际安全援助部队的其他分队一样，德国联邦国防军也经历过医疗车队遭到袭击的情况。这些医疗单位和车队因其保护标志而容易辨认，甚至成为特定的袭击对象。因此，德国联邦国防军在国际安全援助部队内部与比利时、法国、联合王国、加拿大及美国共同决定遮住医疗车队上的保护标志。[267]

(13) 这种国家实践证实了对第十二条的解释，即使用保护标志的义务[268] 在例外情况下容许缔约方有一定的自由裁量权。

---

[263] 例如见澳大利亚外交贸易部，《驻外代表的特权和豁免》(http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf)；冰岛外交部礼宾司，《外交手册》(Reykjavik, 2009 年)，第 14 页(www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF)；联合王国，见内政部政务次官(埃尔顿议员在上议院的发言，1983 年 12 月 12 日的上议院辩论，第 446 卷，cc3-4；美国，见 M. Nash (Leich)，“美国在国际法方面的当代实践”，《美国国际法期刊》，第 88 卷(1994 年 4 月)，第 312 页起，见第 312-313 页。

[264] Denza,《外交法……》(见上文脚注 262)，第 132-133 页；M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen:Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 第 2 版(Baden-Baden, Nomos, 2010 年)，第 70 页。

[265] 见上文脚注 169。

[266] Y. Sandoz、C. Swinarski 和 B. Zimmermann 编，《对一九四九年八月十二日日内瓦四公约一九七七年六月八日附加议定书的评注》(多德雷赫特，红十字委员会和马蒂努斯·奈霍夫出版社，1987 年)，第 1440 页，第 4742-4744 段；H. Spieker,“医务运输工具”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 7-12 段；另见法文版使用的不太死板的将来时“sera arboré”。

[267] Deutscher Bundestag,“Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”，2010 年 4 月 9 日，Bundestagsdrucksache 17/1338，第 2 页(特别报告员翻译)。

[268] Spieker,“医务运输工具”(见上文脚注 266)，第 12 段。

(14) 赋予缔约国明显不带条件的权利的条约规定可能会引起行使该权利的自由裁量权是否受到该条规定的宗旨限制的问题。例如，根据《维也纳外交关系公约》第九条，接受国可通知派遣国某使馆人员为不受欢迎人员而不必说明理由。各国一般在发现或怀疑使馆人员从事间谍活动，或实施其他严重违反接受国法律的行为或造成严重政治骚乱的情况下发出这类通知。[269] 不过，各国也在其他情况下发出过这类通知，例如使节对第三方造成严重伤害，[270] 或是屡次违法，[271] 甚至为了执行关于酒后驾车的法律发出这类通知。[272] 有些国家甚至没有给出明确理由，纯粹出于政治动机而发出这类通知。其他国家似乎不认为这种做法构成对宣布使馆人员为不受欢迎人员的权力的滥用。因此，这类实践表明，第九条规定了无条件的权利。[273]

第 2 段——第三十二条所指的嗣后实践

(15) 结论草案 7 第 2 段涉及第三十二条之下的嗣后实践的可能影响(见结论草案 4, 第 3 段)，这类嗣后实践不反映所有缔约方就条约解释达成的协定。这类实践，作为解释的补充资料，可证实适用第三十一条所作之解释，或在依第三十一条所作解释意义不明或难解，或所获结果显然荒谬或不合理时，确定其含义。因此，第三十二条区分了利用准备工作或嗣后实践证实根据第三十一条得出的含义与利用它们来“确定”含义这两种情况。因此，可以利用第三十二条之下的嗣后

[269] 见 Denza,《外交法……》(上文脚注 262)，第 64-73 页，其中进一步提到了与间谍活动有关的声明。另见 Salmon,《外交法手册》(上文脚注 262)，第 484 页，第 630 段；以及 Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische* ...(上文脚注 264)，第 30 页。

[270] 荷兰外交部礼宾司，《使领馆礼仪指南》。可查阅 www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts。

[271] 法国外交与国际发展部，《外国驻法外交官指南：豁免——遵守当地法律和法规》(www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and)；土耳其外交部，《外国驻土耳其使团应遵守的交通规则》，第 63552 号重要通知，交规 2005/PDGY/63552(2005 年 4 月 6 日)(www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa)；联合王国外交及联邦事务部，1985 年 4 月 19 日致驻伦敦使馆馆长的通知，又刊印于 G. Marston 的“1985 年联合国王国关于国际法的材料”，《1985 年英国国际法年鉴》，第 56 卷，第 437 页。

[272] 见加拿大外交、贸易与发展部，经修订的酒后驾车政策(www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng)；美国国务院，国务院第 10-181 号外交照会(2010 年 9 月 24 日)(www.state.gov/documents/organization/149985.pdf)，第 8-9 页。

[273] 见 G. Hafner,《嗣后协定和实践：解释、非正式修改与正式修正》，载于诺尔特,《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 105 页起，见第 112 页，其中载有《维也纳外交关系公约》第九条下一个影响更加深远的案例。

实践，这不仅是为了确定某些情况下条约的含义，而且也用来——并且总是可以用来——证实适用第三十一条得出的含义。[274]

(16) 当整个条约的“目的及宗旨”似乎与其某些规定的具体宗旨不符时，第三十二条所指的嗣后实践可有助于减少可能的冲突。[275] 在*卡西基里/塞杜杜岛案*中，国际法院强调，“缔约方既努力确保各自在河上的通航自由，又尽可能精确地划定各自的势力范围。”[276] 因此不妨视为该法院通过考虑仅其中一方的某项嗣后实践而化解了可能的紧张局势。[277]

(17) 第三十二条所指的嗣后实践的另一个例子涉及《一九四九年日内瓦四公约第一议定书》[278] 第 57 条第 2 款第(二)项下的“可行的预防措施”一词。1980 年 10 月 10 日《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(第二议定书)第 3 条第 4 款使用了该用语，[279] 其中规定：“可行的预防措施是指顾及当时存在的一切情况，包括人道和军事考虑以后所采取的实际可行或实际可能的预防措施。”这一定义逐渐通过嗣后实践被接受，作为《一九四九年日内瓦四公约第一议定书》第 57 条第 2 款第(二)项下“可行的预防措施”的一般定义出现在许多军事手册中。[280]

(18) 对第三十一条第三款(b)项和第三十二条之下的嗣后实践进行识别，使国内法院有时作出广义或狭义的解释。例如，联合王国上议院援引缔约方嗣后行为，将《华沙公约》第二十六条第(2)款所述“损害”一词解释为亦包含“损失”。[281]

---

[274] 世贸组织上诉机构报告，*中国－影响某些出版物和娱乐视听产品贸易权和分销服务的措施案*(*中国－出版物和视听产品案*)，WT/DS363/AB/R, 2010 年 1 月 19 日通过，第 403 段；“虽然专家组适用《维也纳公约》第三十一条解释‘录音制品分销服务’就该词的含义得出了‘初步结论’，专家组还是决定使用解释的补充资料证实该含义。关于这一点，我们注意到，中国的上诉论点似乎假定如果委员会发现适用第三十一条导致‘录音制品分销服务’一词的含义不明或难解，故而适用第三十二条来确定，而不是证实该词的含义，那么专家组根据《维也纳公约》第三十二条所作的分析必然将得出不同的结果。我们不同意这种论点。第三十二条下考察的要素与第三十一条下分析的要素不同，但是无论根据第三十一条分析的结果如何，第三十二条下需要考察的都是同样的要素。根据第三十一条分析的结果可能影响的，是第三十二条下需考察的各要素的权重。”另见 Villiger,《……评注》(上文脚注 37)，第 447 页，第 11 段。

[275] 见世贸组织上诉机构报告，*美国－禁止进口某些虾类和虾制品案*－AB-1998-4, WT/DS58/AB/R, 1998 年 11 月 6 日通过，第 17 段(“大多数条约的目的和宗旨不是单一、纯粹的，而是具有各种不同，可能是冲突的目的和宗旨”；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 216 页。

[276] *卡西基里/塞杜杜岛案*(见上文脚注 22)，第 1074 页，第 45 段。

[277] 同上，第 1096 页，第 80 段。

[278] 同上。

[279] 联合国，《条约汇编》，第 1342 卷，第 22495 号，第 137 页。

[280] 阿根廷(1989 年)、加拿大(2001 年)和联合王国(2004 年)的军事指南，见 Henckaerts 和 Doswald-Beck,《国际人道主义习惯法》，第 2 卷……(上文脚注 219)，第 359-360 页，第 160-164 段，以及澳大利亚军事指南网上最新版(2006 年)(www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc)；另见 Sandoz、Swinarski 和 Zimmermann,《对……附加议定书的评注》(上文脚注 266)，第 683 页，第 2202 段。

[281] 联合王国，上议院，*Fothergill 诉君主航空有限公司案*[1981] AC 251, 第 278 页(Wilberforce 勋爵)和第 279 页(Diplock 勋爵)；类似的案件见德国，联邦法院(民事事项)，BGHZ, 第 84 卷，第 339 页起，见第 343-344 页。

另一方面，美国最高法院考虑到缔约方的嗣后实践，决定对 1929 年《华沙公约》第十七条所述“事故”一词作狭义解释，即不包括非由意外或异常事件造成的事件。[282] 另一个限制性解释的例子是澳大利亚联邦法院在裁决中将《维也纳外交关系公约》第二十二条所述“损害尊严”一词解释为仅要求接受国提供保护，防止破坏和平或扰乱使馆基本职能的行为，而不涉及任何形式的骚扰或侮辱。[283]

(19) 国内法院有时尤其会参考其他国内法域的裁决，并从而开展“司法对话”，即使无法由此确定缔约方的共识。[284] 这种参考除了适用第三十二条外，还有助于同其他国内法院一起制定嗣后实践。[285] 上议院 Hope 勋爵援引维也纳解释规则而提供了一个总方向，他说：

> 在理想的世界中，该《公约》的所有缔约方应赋予公约相同的含义。所以判例提供了进一步的可能证据来源。需要认真考虑被要求处理所涉问题的其他法域法院，特别是高级别法院的推理。对获得其他法域普遍接受的解释应予以很大的权重。另一方面，如果裁决相互矛盾，或裁决之间没有达成明确一致，则须采取区别对待的方法。[286]

(20) 当不同国内法域的实践存在差异时，应着重于更具代表性的法域集团的实践，并将更大权重赋予更高级法院的裁决。[287]

第 3 段——解释与修正或修改

(21) 结论草案 7 第 3 段讨论了嗣后协定和嗣后实践可以在多大程度上影响条约解释，但又不超出第三十一条第三款(a)项和(b)项意义内的解释范围。第 3 段提醒

---

[282] 美国，最高法院，*法国航空公司诉 Saks 案*，470 U.S. 392, 第 403-404 页。

[283] 澳大利亚，澳大利亚联邦法院，*澳大利亚联邦警察专员和澳大利亚联邦诉 Geraldo Magno 和 Ines Almeida 案*[1992] FCA 566, 第 30-35 段(Einfeld J.)；另见联合王国，上议院，*R(Mullen)诉内政大臣案*[2004] UKHL18, 第 47-48 段(Steyn 勋爵)。

[284] 例如，见美国，最高法院，*法国航空公司诉 Saks 案*，470 U.S. 392, 第 397-407 页；美国，最高法院，*Abbott 诉 Abbott 案*，560 U.S.(2010)，法院意见书(肯尼迪法官撰写)，意见原文单(www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf)(2016 年 6 月 9 日查阅)，见第 12-16 页；德国，联邦行政法院，BVerwGE, 第 139 卷，第 272 页，见第 288-289 页；澳大利亚高等法院，*Andrew John Macoun 诉税务专员案*[2015] HCA 44, 见第 75-82 页；P. Wall，“显著进展：澳大利亚高等法院在 Macoun 诉税务专员案[2015] HCA 44 中采取的条约解释办法”(案情说明)，《墨尔本国际法杂志》，第 17 卷(2016 年)，第 170-188 页。

[285] A. Tzanakopulos，“作为解释手段的司法对话”，载于 H.P. Aust 和 G. Nolte 所编《国内法院对国际法的解释：一致、多样、趋同》(牛津，牛津大学出版社，2016 年)，第 72 页起，见第 94 页；E. Benvenisti, Benvenisti，“回收民主：国内法院对外国法律和国际法的战略使用”，《美国国际法期刊》，第 102 卷(2008 年)，第 241-274 页。

[286] 联合王国，上议院，*King 诉 Bristow 直升机有限公司(苏格兰)案*[2002] UKHL 7, 第 81 段。另见联合王国，最高法院，*R (Adams)诉司法大臣案*[2011] UKSC 18, 第 17 段(Philips 勋爵)(“《公民权利和政治权利国际公约》的许多签署国中唯一一个国家的这种实践没有为第十四条第 6 款的含义提供指导……不能认为存在签署国有助于确定第十四条第 6 款含义的任何一致实践”)。

[287] 联合王国，上议院，*Sidhu 诉英国航空公司案*[1997] AC 430，见第 453 页(Hope 勋爵)；*Fothergill 诉君主航空有限公司案*[1981] AC 251, 第 275-276 页(Wilberforce 勋爵)。另见加拿大，最高法院，*Yugraneft 公司诉 Rexx 管理公司案*[2010] 1 SCR 649, 第 21 段(Rothstein, J.)。

解释者，协定可能可以修正或修改条约，但是这类嗣后协定是 1969 年《维也纳公约》第三十九条所指协定，应当与第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定加以区分。第二句承认判例中可能存在反例，文献中可能有不同意见，但指出缔约方通过嗣后实践修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。

(22) 1969 年《维也纳公约》第三十九条规定：“条约得以当事国之协议修正之”。另一方面，第三十一条第三款(a)项提到“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”，似乎不涉及修正或修改条约的问题。正如世贸组织上诉机构所称：

> 第三十一条第三款(a)项下的“适用”一词涉及协定具体规定如何“适用”当前规则或义务的情况；该词不包含创造新义务或是延长受时间限制的当前义务的意思。[288]

(23) 第三十一条第三款(a)项和第三十九条一并解读表明，缔约方在条约缔结后达成的协定可解释、修正或修改条约。[289] 第三十九条所指协定不必采取与其修正的条约同样的形式。[290] 正如国际法院在乌拉圭河沿岸纸浆案中指出的：

> 不论具体名称是什么，也不论记录在什么文书中([乌拉圭河行政委员会会议]记录)，这种“谅解”只要是双方同意的，即对缔约方具有约束力，缔约方必须本着诚信遵守。就适当的双方协定所确定的具体项目而言，它们有权不遵守 1975 年规约规定的程序。[291]

(24) 有时可能很难区分缔约方根据条约具体规定达成的赋予嗣后协定约束力的协定、第三十一条第三款(a)项所指不具有约束力的嗣后协定以及第三十九至第四十一条所指修正或修改条约的协定。[292] 除所适用的条约本身可能作出的规定外，似乎没有第三十九条(如果适用的话)以外的任何区分不同形式嗣后协定的正式标准。不过，很明显，各国和国际性法院基本都愿意给予缔约方相当大的通过嗣后协定解释条约的空间。这种空间甚至可以超出条约用语的通常含义。国家和法院认可条约的解释空间，却不太愿意认可与适用条约相关的协定实际具有修正

[288] 世贸组织上诉机构报告，欧共体－香蕉案(三)(见上文脚注 66)，第 391-393 段。

[289] Murphy,“嗣后协定……的作用”(见上文脚注 260)，第 88 页。

[290] Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 20)，第 107 页，其中提到沃尔多克,《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(见上文脚注 193)，第 37 次会议，1968 年 4 月 24 日，第 207 页，第 49-52 段；Villiger,《……评注》(见上文脚注 37)，第 513 页，第 7、9 和 11 段；K. Odendahl,“第三十九条. 修正条约的一般规则”，载于 Dörr 和 Schmalenbach,《维也纳条约法公约……》(见上文脚注 61)，第 706 页，第 16 段。

[291] 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 22)，第 62-63 页，第 128 和 131 段；法院继而得出结论称，本案不满足这些条件，见第 62-66 页，第 128-142 段。

[292] 在司法实践中，有时不需要确定一项协定是具有解释还是修改条约的效果，见领土争端案(上文脚注 22)，第 29 页，第 60 段(“……法院认为，为本判决之目的，没有必要划分其属于对声明的证实还是修改”)；有时认为，第三十一条第三款(a)项所指协定也可以具有修改条约的效果，(见 Aust,《现代条约法和实践》(上文脚注 142)，第 212-214 页，其中举了例子)。

或修改条约的效果。[293] 因此，不排除协定对条约的修改，但也不假定具有这种效果。[294]

(25) 关于缔约方是否可以通过共同的嗣后实践修正或修改条约，委员会最初在条约法条款草案中提议将以下条款纳入 1969 年《维也纳公约》，这本可明确认通过嗣后实践修改条约的可能性：

> 第三十八条 通过嗣后实践修改条约
>
> 嗣后在条约适用方面确定各当事国对修改条约规定之协定的实践可修改条约。[295]

(26) 该条款草案在维也纳会议上引起了重要争论。[296] 删除第三十八条草案的修正案付诸表决，以 53 票赞成、15 票反对、26 票弃权通过。维也纳会议后，讨论了这一问题：否决第三十八条草案是否意味着排除了缔约方通过嗣后实践修改条约的可能性。许多著述者得出结论称，谈判国只是不想在 1969 年《公约》中讨论该问题，而按照习惯法的一般规则，确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后实践的确可以修改条约。[297] 不过，自 1969 年《维也纳公约》通过以来，国际性法院和法庭通常避免承认这种可能性。

(27) 在*关于航行权和相关权利的争端案*中，国际法院主张：“《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项意义内的缔约方嗣后实践可能导致违背基于默认同意的

---

[293] *乌拉圭河沿岸纸浆厂案*(见上文脚注 22)，第 63 页，第 131 段和第 66 页，第 140 段；Crawford,“对……第三十一条第三款的合意主义解释”(见上文脚注 224)，第 32 页；伊朗－美国索赔法庭，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 156)，第 77 页起，见第 125-126 页，第 132 段；在法庭诉讼外的外交环境下，国家可能比较愿意公开承认某项协定或共同的实践构成对条约的修改，见 Murphy,“嗣后协定……的作用”(上文脚注 260)，第 83 页。

[294] *乌拉圭河沿岸纸浆厂案*(见上文脚注 22)，第 66 页，第 140 段；Crawford,“对……第三十一条第三款的合意主义解释”(见上文脚注 224)，第 32 页。

[295] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 236 页(脚注略)。

[296] 见《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(上文脚注 193)，第 37 次会议，1968 年 4 月 24 日，第 207-215 页；A/CN.4/671，第 119-121 段；Distefano,“……嗣后实践”(上文脚注 191)，第 56-61 页。

[297] Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 20)，第 138 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 275-280 页；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 51-52 页；Kamto,“……国家意志”(见上文脚注 154)，第 134-141 页，见第 134 页；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注 142)，第 213 页；Villiger,《……评注》(上文脚注 37)，第 432 页，第 23 段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 595-596 页，第 77 段(又见 Odendahl,“第三十九条……”(见上文脚注 290)，第 702 页，第 10-11 段)；Distefano,“……嗣后实践”(见上文脚注 191)，第 62-67 页；H. Thirlway,“1960-1989 年国际法院的法律和诉讼：2006 年补编－第三部分”，《2006 年英国国际法年鉴》，第 77 卷，第 1-82 页，见第 65 页；M. N. Shaw,《国际法》，第 7 版(剑桥，剑桥大学出版社，2014 年)，第 677 页；I. Buga,“嗣后实践与条约修改”，载于 M. J. Bowman 和 D. Kritsiotis 所编《现代条约法的概念和语境视角》(即将出版)，脚注 73，其中提到了更多的参考资料；反对这种观点，强调相对于实践的非正式性，缔结条约具有庄重性，见 Murphy,“嗣后协定……的作用”(见上文脚注 260)，第 89-90 页；另见 Hafner,《嗣后协定和实践……》(见上文脚注 273)，第 115-117 页(区分法院和国家的角度，在这种背景下强调修正案的重要性)。

初始意图”。[298] 不是很清楚国际法院这样说是想承认第三十一条第三款(b)项所指的嗣后协定也可以具有修正或修改条约的效果，还是只是就条约解释发表意见，因为缔约方的“初始”意图未必对条约解释具有决定性。事实上，委员会在结论草案 8 中确认，嗣后协定和嗣后实践与其他解释资料一样，“可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义”。[299] 因此，“解释”的范围未必由固定的“初始意图”确定，而必须考虑到广泛的因素，包括某些后来的发展。国际法院这一较含糊的判词提出了第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践可以在多大程度上有助于“解释”，以及嗣后实践可否具有修正或修改条约的效果的问题。事实上，在实践中，条约的解释与条约的修正或修改之间的界线有时“很难确定，即便有可能确定”。[300]

(28) 除了在*关于航行权和相关权利的争端案*的判词中提出这一问题外，[301] 国际法院再没有明确确认某项嗣后实践具有修改条约的效果。在*纳米比亚案*的咨询意见和*隔离墙案*的咨询意见中尤为如此，法院在意见中承认嗣后实践对确定条约的含义有重要影响，但是没有明确承认这类实践导致了对条约的修正或修改。[302] 鉴于这些意见涉及设立国际组织的条约，似乎很难从中得出条约法的一般规则。与国际组织组成文书有关的嗣后协定和嗣后实践问题在结论草案 12 中阐述。[303]

(29) 国际法院遇到缔约方可能通过嗣后实践修改条约问题的其他重要案件涉及边界条约。正如该法院在*喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*中指出的：

> 喀麦隆在该领土内的行为只牵涉到它是否默认对条约的修改的问题，法律上不能完全排除修改条约的可能性。[304]

---

[298] *关于航行权和相关权利的争端案*(见上文脚注 22)，第 242 页，第 64 段；另见*向居住在法国的教科文组织退休职员支付退休金的税收制度问题案*(见上文脚注 153)；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 51 页；Kamto,“……国家意志”(见上文脚注 154)，第 134-141 页；R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Cologne, 柏林，Heymann, 1963 年)，第 132 页。

[299] 见结论草案 8 及其评注，第(1)-(18)段。

[300] Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 20)，第 138 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 275 页；Murphy,“嗣后协定……的作用”(见上文脚注 260)，第 90 页；B. Simma,“关于嗣后协定和实践的思考”，载于诺尔特,《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 46 页；Karl, *Vertrag und spätere Praxis*…(见上文脚注 75)，第 42-43 页；Sorel 和 Boré Eveno,“1969 年《维也纳公约》，第三十一条……”(见上文脚注 62)，第 825 页，第 42 段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 595-596 页，第 77 段；的确难以划分界限，即使理论上二者被视为“在法律上有明显区别”，见 Parra-Aranguren 法官在*卡西基里/塞杜杜岛案*(上文脚注 22)中的反对意见，见 1212-1213 页，第 16 段；同样见 Hafner,《嗣后协定和实践……》(见上文脚注 273)，第 114 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 67)，第 168 页。

[301] *关于航行权和相关权利的争端案*(见上文脚注 22)，第 242 页，第 64 段。

[302] Thirlway,“1960-1989 年国际法院的法律和诉讼……”(见上文脚注 297)，第 64 页。

[303] 见《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 10 号》，A/67/10，第 124 页，第 238 段，以及同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》，A/63/10，附件 A，第 42 段。

[304] *喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页起，见第 353 页，第 68 段。

(30) 国际法院在柏威夏寺案中认定存在这种默认，强调一方(法国)明确声称主权，因此另一方(泰国)需要作出反应。[305] 不过，该判决是在《维也纳公约》通过前作出的，因此至少可以推测维也纳会议的辩论上考虑过该判决。[306] 该判决也没有明确承认嗣后实践对条约的修改，因为关于法国地图上的分界线与两国最初的边界条约商定的分水岭是否一致这个问题，虽然通常认为是不一致的，但国际法院没有下定论。[307]

(31) 因此，虽然国际法院留下了缔约方通过嗣后实践修改条约的可能性，但是迄今没有明确确认在具体案例中实际产生过这种效果。确切地说，该法院得出了与条约案文的通常含义不太一致，但是与确认的缔约方实践相一致的解释。[308] 仲裁法庭相反的裁决或是被视为“个别特例”[309]，或是在维也纳公约会议之前作出而已被该会议作为重要参考。[310]

(32) 世贸组织上诉机构明确表示不接受导致修改条约义务的解释，因为这不是“适用”现有的条约规定。[311] 上诉机构的立场可能受到《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条第 2 款的影响，其中规定“[争端解决机构]的建议和裁决不得增加或减少所涉协定规定的权利和义务”。[312]

---

[305] 柏威夏寺案(见上文脚注 110)：“毫无疑问，以非常确定的方式通过行为承认……这种情况下显然需要作出反应”(第 23 页)；“法属印度支那对所有权的主张再明确不过了”，因此“需要作出反应”(第 30 页)。

[306] M. Kohen,“Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”，《德国国际法年鉴》，第 43(2000)卷，第 253 页起，见第 272 页。

[307] 柏威夏寺案(见上文脚注 110)，第 26 页：“这一事实，如果千真万确，在 1908 年一定更加明显”。Parra-Aranguren 法官认为柏威夏寺案表明，“那种情况下的嗣后实践起到了修改条约的作用”(见卡西基里/塞杜杜岛案(上文脚注 22)，Parra-Aranguren 法官的反对意见，第 1212-1213 页，第 16 段)；Buga,“嗣后实践与条约修改”(见上文脚注 297)，脚注 120。

[308] 特别是，纳米比亚案的咨询意见(见上文脚注 254)被解读为暗示嗣后实践修改了《联合国宪章》第二十七条第三项，见 A. Pellet,“第三十八条”，载于 A. Zimmermann 等人所编《〈国际法院规约〉评注》，第 2 版(牛津，牛津大学出版社，2012 年)，第 844 页，第 279 段；注 809，参见 A/CN.4/671，第 124-126 段。

[309] M. Kohen,“适当限制嗣后协定和实践的作用”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 34 页及以后各页，见第 43 页，其中提到埃塞俄比亚和厄立特里亚划界案的裁决，2002 年 4 月 13 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(出售品编号：E/F.05.V.5)，第 83-195 页，见第 110-111 页，第 3.6.-3.10 段；另见埃及和以色列之间塔巴界桩位置案，1988 年 9 月 29 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷(出售品编号：E/F.93.V.3)，第 1-118 页，见第 56-57 页，第 209 和 210 段，仲裁法庭在附带意见中称：“划定的界线与《协定》不符时，以划定的界线为准”(同上，第 57 页)；另见 R. Kolb,“La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”，《瑞士国际法和欧洲法评论》，第 14 卷(2004 年)，第 9-32 页，见第 20 页。

[310] 对美利坚合众国与法国航空运输协定的解释，1963 年 12 月 22 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷(出售品编号：E/F.69.V.1)，第 5-74 页，见第 62-63 页；《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(见上文脚注 193)，第 37 次会议，1968 年 4 月 24 日，第 208 页，第 58 段(日本)；Murphy,“嗣后协定……的作用”(见上文脚注 260)，第 89 页。

[311] 世贸组织上诉机构报告，欧共体—香蕉案(三)(见上文脚注 66)，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/ RW2/ECU 和 Corr.1, 2008 年 12 月 11 日通过，WT/DS27/AB/RW/USA 和 Corr.1, 2008 年 12 月 22 日通过，第 391-393 段。

[312] 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(见上文脚注 66)，《关于争端解决规则与程序的谅解》，附件 2，第 401 页。

(33) 欧洲人权法院偶尔承认缔约方的嗣后实践是修改公约的可能来源。在 Öcalan 诉土耳其案中，该法院确认：

> 成员国既定的实践可能导致修正《公约》。在该案中，法院认为，国家刑法政策中普遍废除死刑的嗣后实践可以视为确认缔约国就废除第 2 条第 1 款规定的例外情况达成了一致，因此取消了案文对第 3 条的演进性解释的范围限制(同上，第 40-41 页，第 103 段)。[313]

(34) 运用这种推理，该法院在 Al-Saadoon 和 Mufdhi 诉联合王国案中得出以下结论：

> 因此可以看出，大审判庭在 Öcalan 案中并未否认第 2 条已被修正，以取消允许死刑的例外情况。此外，如上所述，这种立场从那以来逐渐形成。只有两个成员国尚未签署第 13 号议定书，所有签署国中只有三个国家尚未批准。这些数字，再加上一贯的暂停执行死刑的国家实践，明确显示第 2 条已被修正，以禁止在任何情况下执行死刑。在这种背景下，法院认为第 2 条第 1 款第二句的措辞不再阻碍其将第 3 条下的“不人道或有辱人格的待遇或处罚”一词解释为包括死刑(比照 Soering 案，上文引用，第 102-104 段)。[314]

(35) 从国际性法院和法庭的判例中可以得出以下结论：世贸组织的情况显示，条约本身可阻止缔约方的嗣后实践具有修改作用。相反，欧洲人权法院的案件显示，条约可以允许缔约方的嗣后实践具有修改作用。因此，最终主要还是条约本身决定这一问题，并在很大程度上取决于条约或相关条约规定。[315]

(36) 如果条约中没有这类表示，则情况更加复杂。国际法院的判例中不太能找到针对这种情况的明确的补充规则。不过，也许可以得出这一结论：国际法院虽然认定“法律中不能完全排除”缔约方通过嗣后实践修改条约的可能性，[316] 但是认为只要有可能，就应避免这类修改。相反，该法院似乎倾向于接受对条约用语通常含义的宽泛解释。

(37) 从国际法院的判例中得出的这一结论符合各国在关于 1969 年《维也纳公约》第三十八条草案的辩论中提出的一些考虑因素。[317] 如今，虽然普遍认为国际法不像国内法那样死板(的确如此)，但是不应以非正式途径规避条约中规定的

---

[313] Öcalan 诉土耳其[大审判庭]，第 46221/99 号，2005 年 5 月 12 日，《2005 年欧洲人权法院案例汇编》第四卷，第 163 段，其中提到了 Soering 诉联合王国案，第 14038/88 号，1989 年 7 月 7 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 161 号，第 103 段。另见 Al-Saadoon 和 Mufdhi 诉联合王国，第 61498/08 号，2010 年 10 月 4 日，第 119–120 段。

[314] Al-Saadoon 和 Mufdhi 诉联合王国，第 61498/08 号，2010 年 10 月 4 日，第 120 段；B. Malkani，“避免协助使用死刑的义务”，《国际法和比较法季刊》，第 62 卷 (2013 年)，第 523-556 页；并在 Hassan 诉联合王国案[大审判庭]中得到确认(见上文脚注 26)，第 101 段。

[315] 见 Buga，“嗣后实践与条约修改”(上文脚注 297)，脚注 126-132。

[316] 见喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页起，见第 353 页，第 68 段。

[317] A/CN.4/671，第 119-121 段。

修正程序这种观点似乎越来越得到认同。[318] 许多国家在维也纳会议上提出的关切，即嗣后实践修改条约的可能性有可能给国内宪法造成问题，也越来越受到重视。[319] 虽然条约必须遵守原则并没有因确定了所有缔约方一致意见的嗣后实践对条约的修正或修改而正式受到质疑，但是如果像嗣后实践这样的非正式方式能够轻易修改一项条约，那么的确可能对条约关系的稳定性造成问题。[320]

(38) 总之，虽然国际判例中有人认为只要条约中没有相反的表示，则理论上缔约方达成一致的嗣后实践就可以修改条约，但是不应假定实际出现了这种效果，通过嗣后实践修正或修改条约的可能性也未得到普遍承认。[321]

结论 8
能够随时间演变的条约用语的解释

第三十一和第三十二条所指的嗣后协定和嗣后实践可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义。

评注

(1) 结论草案 8 涉及在条约用语的含义是否能够随时间演变这个更一般性问题的背景下，嗣后协定和嗣后实践可以发挥的作用。

[318] Murphy,“嗣后协定和嗣后实践……的作用”(上文脚注 260)，第 89 页；Simma,“关于嗣后协定……的思考”(上文脚注 300)，第 47 页；Hafner,《嗣后协定和实践……》(见上文脚注 273)，第 115-117 页；J.E. Alvarez,“通过嗣后协定和实践修改条约的限制”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 130 页。

[319] 见北约战略概念案，德国联邦宪法法院，2001 年 6 月 19 日的判决，申诉号 2 BvE 6/99(英文译文见：www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html)，第 19-21 段；德国联邦财政法院，BFHE, 第 157 卷，第 39 页起，见第 43-44 页；同上，第 227 卷，第 419 起，见第 426 页；同上，第 181 卷，第 158 页起，见第 161 页；S. Kadelbach,“与国际上使用嗣后协定和实践有关的国内宪法问题”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 145-148 页；Alvarez,“……修改条约的限制”(见上文脚注 318)，第 130 页；I. Wuerth,“条约解释、嗣后协定和实践与国内宪法”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 154-159 页；H. Ruiz Fabri,“嗣后实践、国内权力分立与合法性问题”载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 165-166 页。

[320] 例如见 Kohen,“*Uti possidetis*, prescription et pratique subséquente …”(上文脚注 306)，第 274 页(特别是在边界条约方面)。

[321] 相反，国家和法院倾向于尽量将缔约方达成一致的嗣后实践视为以特定方式解释条约的努力。对条约作出宽泛的解释是有可能的，因为 1969 年《维也纳公约》第三十一条并没有赋予特定的解释资料优先地位，而是要求解释方酌情考虑所有解释资料。(见上文结论草案 2 第 5 段及其评注；Hafner,《嗣后协定和实践……》(见上文脚注 273)，第 117 页；一些著述者认为，第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践作为解释资料的“解释”范围超出了通过其他解释资料进行的解释，包括法院或仲裁法庭的各种演进性解释，例如见 Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 275 页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 595-596 页，第 77 段。有鉴于此，一个重要问题就是可以在多大程度上对所涉条约规定作出演进性解释。(见结论草案 8；在关于航行权和相关权利的争端案中，国际法院可以不回答缔约方的嗣后实践是否修改了“comercio”一词的含义，因为法院已判定可以对其作出演进性解释。关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 22)，第 242-243 页，第 64-66 段。)

(2) 在涉及条约时，所谓时际法[322] 的一般问题历来是这样提出的：条约是应当根据其缔结时的情况和法律来解释(“当时意义”或“静态”解释)，还是应当根据适用之时的情况和法律来解释(“演进性”、“演变性”或“动态性”解释)。[323] 当初，仲裁官 Max Hubert 在帕尔马斯岛案中的判词是“必须根据当时的法律来审视案件事实”，[324] 导致许多国际性法院和法庭以及许多法学家普遍赞成“注重当时意义的解释”方法。[325] 与此同时，仲裁法庭在莱茵铁路案中声称，“今天，主流法学家普遍支持对条约的演进性解释”。[326]

(3) 1966 年，委员会在条约法条款草案的评注中认为，“试图制定一项全面涵盖时间因素的通则会产生难题”，因此，委员会“得出结论认为，应忽略时间因素”。[327] 同样，通过委员会不成体系问题研究组内的辩论，委员会在 2006 年得出结论认为，难以制定并商定一条通则，从而要么偏向于“当时意义解释原则”，要么偏向于大体上承认有必要考虑条约“不断演变的含义”的原则。[328]

(4) 结论草案 8 不应视为就一般条约解释宜采取当时意义办法还是演进办法这一问题采取了任何立场。结论草案 8 强调的是，与任何其他条约解释资料一样，嗣后协定和嗣后实践在适当情况下，既可支持当时意义解释，也可支持演进性解释(或通常所称的演变性解释)。因此，委员会的结论是，这些条约解释资料“可协助确定”演进性解释对某特定条约用语是否适合。

(5) 各国际性法院和法庭的判例确认了这一办法。采用演进性解释办法──尽管程度不同──的各国际性法院和法庭，看来都采用逐案处理的办法，通过第三十一条和第三十二条提到的各种条约解释资料，确定是否应当赋予条约用语以能够随时间演变的含义。

---

322 T.O. Elias,“国际法理论”，《美国国际法期刊》，第 74 卷(1980 年)，第 285 页及以下各页；D.W. Greig,《时际性与条约法》(伦敦，英国国际法和比较法学会，2001 年)；M. Fitzmaurice,“动态性(演进性)条约解释，第一部分”，《海牙国际法年鉴》，第 21 卷(2008 年)，第 101-153 页；M. Kotzur,“时际法”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)；U. Linderfalk,“出于正确的理由做正确的事情：对于条约解释为何应当采取动态或静态的办法”，《国际社会法律评论》，第 10 卷 (2008 年)，第 109 页及以下各页；A. Verdross 和 B. Simma, Universelles Völkerrecht, 第 3 版(柏林，Duncker & Humblot, 1984 年)，第 496 页及以下各页，第 782 段及以下各段。

323 M. Fitzmaurice,“动态性(演进性)……解释”(见上文脚注 322)。

324 帕尔马斯岛案(荷兰诉美利坚合众国)，1928 年 4 月 4 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号 1949.V.1)，第 829-871 页，见第 845 页。

325 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 220-221 页，第(11)段。

326 莱茵铁路案仲裁裁决(见上文脚注 24)，第 35 页，见第 81 段；例如，见 A. Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注 142)，第 215-216 页；M. Fitzmaurice,“动态性(演进性)……解释”(见上文脚注 322)，第 29-31 页；G. Distefano,“L’interprétation évolutive de la norme internationale”，*Revue générale de droit international public*, 第 115 卷 (2011 年)，第 373-396 页，见第 384 页和第 389 页及以下各页；Higgins,“关于……时效规则的若干意见(见上文脚注 254)，第 174 页及以下各页；Sorel 和 Boré Eveno,“1969 年《维也纳公约》第三十一条……”(见上文脚注 62)，第 807 页，第 8 段；P.-M. Dupuy,“条约的演变性解释”，载于 Cannizzaro,《……条约法》(见上文脚注 61)，第 125 页及以下各页；M. Kotzur,“国际法”(见上文脚注 322)，第 14 段。

327 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 222 页，第(16)段；Higgins,“关于……时效规则的若干意见”(见上文脚注 254)，第 178 页。

328 国际法不成体系问题研究组的报告，2006 年，(A/CN.4/L.682 和 Corr.1)，第 478 段。

(6) 特别是，国际法院被视为发展出了两套判例，一套偏向于“当时意义”解释，一套偏向于“演变性”解释，专案法官纪尧姆在其关于航行权和相关权利的争端案的声明中就指出了这一点。[329] 他认为，倾向于当时意义办法的法院裁决大多涉及专门的条约用语(“分水岭”[330]、“主航道或河流最深线”[331]、地名[332]、“河口”[333])。另一方面，支持演进性解释的案件似乎涉及更一般的用语。对从定义上就具备演变性的用语而言尤为如此，例如《国际联盟盟约》第二十二条中“现代世界的艰难条件”、“这些人民的福祉和发展”或“神圣的信任”。国际法院在纳米比亚案的咨询意见中，对“神圣的信任”赋予不断演变的含义，认为“神圣信任的最终目标是有关人民的自决和独立”。[334] 条约某个用语具有“非特定”性质[335]，以及条约旨在“长期有效”[336]，也可催生不断演变的含义。

(7) 其他国际司法机构有时也采用演进性解释办法，不过对此种解释表现出了不同的开放程度。世贸组织上诉机构仅偶尔采用演进性解释。但是，在一桩众所周知的案件中，该上诉机构裁定，“第 20 条(g)项中‘自然资源’这一普通用语在内容和指代范围上并不是‘静止’的，而是‘从定义上就具备演变性’”。[337] 海洋法法庭海底争端分庭认为，某些“确保……的义务”的含义[338]“会随着时间而变化”，[339] 并强调，《联合国海洋法公约》中关于国家责任的规则会随着法律的发展而发展，而“不会被认为是静止的”。[340] 欧洲人权法院更笼统地指

[329] 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 22)，专案法官纪尧姆的声明，第 290 页起，见第 294 页及以下各页，第 9 段及以下各段；另见《2005 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 89 页，479 段；国际法不成体系问题研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1)，第 478 段；国际法学会，关于“公共国际法中的时际问题”的决议，《国际法学会年刊》，第 56 卷(威斯巴登届会，1975 年)，第 536 页及以下各页(www.idi-iil.org)。

[330] 阿根廷和智利在第 62 号界桩与菲茨罗伊峰之间划界争端案，1994 年 10 月 21 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十二卷(出售品编号 E/F.00.V.7)，第 3-149 页，见第 43 页，第 130 段；另外关于“分水岭”一词，参见隆瑞古寺案(见上文脚注 110)，第 16-22 页。

[331] 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 22)，第 1060-1062 页，第 21 和第 25 段。

[332] 关于厄立特里亚与埃塞俄比亚划界问题的裁决(厄立特里亚诉埃塞俄比亚)，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(出售品编号 E/F.05.V.5)，第 83-195 页，见第 110 页，第 3.5 段。

[333] 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页起，见第 338 和 339 页，第 48 段，以及第 346 页，第 59 段。

[334] 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注 54)，第 31 页，第 53 段。

[335] 爱琴海大陆架案，判决，《1978 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 32 页，第 77 段；国际法委员会国际法不成体系问题研究组的报告，2006 年(A/CN.4/L.682 和 Corr.1)，第 478 段。

[336] 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 22)，第 243 页，第 66 段。

[337] 世贸组织上诉机构的报告，美国－禁止进口特定虾类和虾类制品案(美国－虾案)，WT/DS58/AB/R, 1998 年 11 月 6 日通过，第 130 段。

[338] 见《联合国海洋法公约》，1982 年，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页，第一五三条第 4 款和附件三第四条第 4 款。

[339] 担保个人和实体从事“区域”内活动的国家所负责任和义务(见上文脚注 23)，见第 117 段。

[340] 同上，第 211 段。

出，“《公约》是一项活的文书……必须依照当今的情况来解释”。[341] 美洲人权法院也更常采用演进性解释办法，特别是结合其所谓人道的办法。[342] 在莱茵铁路案中，多方面跨境铁路安排的持续存在和效力是一个重要理由，促使仲裁法庭同意，即便对于技术性相当强的规则，也可以予以演进性的解释。[343]

(8) 归根到底，大多数国际性法院和法庭并未将演进性解释作为一种单独的解释形式，而是通过在个案的基础上考虑某些标准(特别是以上第(6)段提到的标准)，在使用 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条中所提到的各种解释资料中作出此种演进性解释。因此，对用语随时间变化的意义的任何演进性解释，必须产生于正常的条约解释过程。[344]

(9) 委员会认为，这种情况确认了其最初对条约解释采用的办法：

> 委员会处理条约解释问题的方法系以条约约文必须假定为缔约国意向的作准表示，又解释的目的为阐明约文意义而不从头研究缔约国的假定意向为根据。……以用语的通常意义，条约的上下文关系，条约的目的及宗旨，国际法的一般规则以及缔约国的作准解释作为解释条约的主要标准。[345]

因此，结论草案 8 通过使用“推定意图”一语，提到通过应用第三十一条和第三十二条承认的各种解释资料所确定的当事国的意图。因此，“推定意图”并非一个可单独确定的最初意愿，准备工作并非确定当事国推定意图的主要基础，而是如第三十二条所示，仅仅是补充解释资料。虽然解释必须设法确定当事国的意图，但解释者必须根据进行解释之时现有的解释资料予以确定，其中包括条约

---

[341] Tyrer 诉联合王国，第 5856/72 号，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 26 号，第 31 段；Güzelyurtlu 等人诉塞浦路斯和土耳其，第 36925/07 号，2017 年 4 月 4 日，第 286 段；Magyar Helsinki Bizottság 诉匈牙利[大审判庭]，第 18030/11 号，《2016 年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)，第 138 和第 150 段；Biao 诉丹麦[大审判庭]，第 38590/10 号，2016 年 5 月 24 日，第 131 段。

[342] 在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利(见上文脚注 53)，第 114 段(“这一指导意见与国际人权法问题特别相关，由于对有关保护的国际文书的演进性解释，国际人权法取得了很大进展。演进性解释符合 1969 年《维也纳公约》确立的条约解释的通则。本院在关于《美洲关于人的权利和义务宣言》的解释的咨询意见(1989 年)中以及欧洲人权法院在 Tyrer 诉联合王国(1978 年)、Marckx 诉比利时(1979 年)、Loizidou 诉土耳其(1995 年)等案件中均认定，人权条约是活的文书，其解释必须考虑到随时间流逝而来的变化和今天的条件)”(脚注略)；Arévalo Narváez 和 Patarroyo Ramirez，“条约随时间的演变以及人权……” (见上文脚注 27)，第 295-331 页。

[343] 见莱茵铁路仲裁案(见上文脚注 24)，见第 80 段：“在本案中，问题并非是概念还是普通用语问题，而是一个涉及铁路运营和能力的新的技术发展问题”；另见爱琴海大陆架案(见上文脚注 335)，第 32 页，第 77 段；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案(几内亚比绍诉塞内加尔)，裁决，1989 年 7 月 31 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷(出售品编号 E/F.93.V.3)，第 119-213 页，见第 151-152 页，第 85 段。

[344] 正如国际法不成体系问题研究组在2006年的报告中所述，“起点必须是……就此(演进性解释)问题做出决定就是一件解释条约本身的事情”(见 A/CN.4/L.682 和 Corr.1，第 478 段)。

[345] 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/5809 号文件，第 204-205 页，第(15)段；另见第(13)段，“第三款具体规定，进一步的权威解释要素有：(a) 关于条约之解释之任何协定，和(b) 嗣后在条约适用方面确定各当事方对条约解释之协定之任何实践”(同上，第 203-204 页)；另一方面，沃尔多克在关于条约法的第三次报告中解释称，准备工作本身并非作准的解释资料(同上，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件，第 58-59 页，第(21)段)。

当事国的嗣后协定和嗣后实践。因而解释者须回答这样的问题：是否可推定当事国在缔结条约时有意使所用的用语具有可随时间演变的含义。

(10) 结论草案 8 没有就一般条约解释宜采取当时意义办法还是演进性办法这一问题采取任何立场(见上文评注，第(4)段)。但是，本条结论应当被理解为表明，在是否对具体案件采取演进办法得出结论时，需要慎重一些。为此目的，结论草案 8 提到嗣后协定和嗣后实践，认为其作为解释资料，可有助于解释者在正常的条约解释过程中，评估用语的含义是否能够随时间演变。[346]

(11) 这一办法以国际法院及其他国际性法院和法庭的判例为基础并为其所确认。在*纳米比亚案*的咨询意见中，国际法院援引了联合国机构和一些国家的实践，以具体说明其从自决权固有的演进性质中得出的结论。[347] 在*爱琴海案*中，国际法院认为“重要”的是，联合国的行政实践和当事国的行为确认了它认定的“领土地位”这一用语的“一般和通常意义”，尽管当事国在另一处上下文中援用了限制性的解释。[348] 无论如何，国际法院采取演进性办法的裁定并未偏离案文可能具有的含义，并未偏离——如其嗣后协定和嗣后实践中也表示的——条约当事国的推定意图。[349]

(12) *关于航行权和相关权利的争端案*的国际法院判决显示了缔约方的嗣后协定和嗣后实践如何能够帮助确定某一用语是否具有能够随时间演变的含义。国际法院在解释 1858 年一项条约中的“comercio”一词时认定：

> 一方面，《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项的意义下的当事国的嗣后实践可能导致偏离缔约方默认的原有意图。另一方面，在有些情况中，当事国缔结条约时的意图是……赋予所用用语……一种能够演变的含义或内容，而不是一种一旦确定即永不改变的含义或内容，以便除其他外，为国际法的发展留出余地。[350]

该法院随后认定，“comercio”一词是一个“普通用语”，其“当事国必然意识到其含义……很可能随时间演变”，意识到“缔结的条约要持续很长时间”，并得出结论认为“必须推定当事国……意图使”这一用语“具有不断演变的含义”。[351] 斯科特尼科夫法官在个别意见中虽然不同意这一推理，但最终得出了同样的结果，他承认，对于哥斯达黎加最近“至少十年”有关圣胡安河旅游的嗣后实践，尼加拉瓜“从未抗议”，而是“采取允许旅游航行的一贯做法”，并得出结论认为，这“表明当事国就其解释达成了一致”。[352]

---

[346] 另见 Gardiner,《条约解释》(上文脚注 19)，第 292-294 页；R. Kolb, *Interprétation et création du droit international* (见上文脚注 141)，第 488-501 页；J. Arato,“嗣后实践与演进性解释”，《国际性法院和法庭的法律和实践》，第 9-3 卷(2010 年)，第 443-494 页，见第 444-445 页、第 465 页及以下各页。

[347] *南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果*(见上文脚注 54)，第 30-31 页，第 49-51 段。

[348] *爱琴海大陆架案*(见上文脚注 335)，第 31 页，第 74 段。

[349] 另见*几内亚比绍与塞内加尔海洋疆界划界案*(见上文脚注 343)，第 151-152 页，第 85 段。

[350] *关于航行权和相关权利的争端案*(见上文脚注 22)，第 242 页，第 64 段。

[351] 同上，第 243 页，第 66-68 段。

[352] 同上，斯科特尼科夫法官的个别意见，第 283 页起，见第 285 页，第 9-10 段。

(13) 南斯拉夫问题国际刑事法庭有时考虑到更普遍的国家实践形式，包括国家立法趋势，这反过来又可能改变对犯罪范围或犯罪要件的解释。例如，在检察官诉 Furundžija 案[353] 中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭的审判分庭为界定《关于战时保护平民之日内瓦公约》第二十七条[354]、《第一附加议定书》(《第一议定书》)第七十六条第一款[355] 和《第二附加议定书》(《第二议定书》)第四条第二款(五)项[356] 所禁止的强奸罪，研究了世界各主要法律制度通用的刑法原则，认为：

> “可以看出，一些国家的立法工作存在这样一个趋势，即扩大强奸罪定义的范围，把先前定为较轻犯罪的行为也纳入进来，包括性侵犯或非礼行为。这种趋势表明，在国家一级，各国倾向于更严格地对待严重的性侵犯形式。[357]

(14) 欧洲人权法院的“活的文书”的办法除其他外，也是基于不同形式的嗣后实践。[358] 尽管该法院并不一般要求第三十一条第三款(b)项意义上的“当事国对其解释的一致意思……”，但其采取演进办法的裁定往往辅之以对嗣后实践的详细叙述。[359]

(15) 美洲人权法院尽管相对而言很少提到嗣后实践，但该法院常常提到更广泛的国际发展，这一办法介于嗣后实践和第三十一条第三款(c)项之下其他“相关规则”之间。[360] 例如，在 Mayagna (Sumo) Awas Tingni 社区诉尼加拉瓜案中，美洲人权法院指出：

---

353 检察官诉 Anto Furundžija，审判分庭，判决，1998 年 12 月 10 日，IT-95-17/1-T 号案件，前南斯拉夫问题国际刑事法庭《1998 年司法案例汇编》，第 1 卷，第 165 段及以下各段。

354 联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 973 号，第 287 页。

355 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)，1977 年，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页。

356 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)，1977 年，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17513 号，第 609 页。

357 见检察官诉 Anto Furundžija (上文脚注 353)，第 179 段；相似的还有，检察官诉 Alfred Musema, 卢旺达问题国际刑事法庭，第一审判分庭，判决，2000 年 1 月 27 日，ICTR-96-13-A 号案件，第 220 段及以下各段，尤其是第 228 段。

358 见诺尔特,“特殊制度下……的判例”(上文脚注 25)，第 246 页及以下各页。

359 Öcalan 诉土耳其[大审判庭]，第 46221/99 号，2005 年 5 月 12 日，《2005 年欧洲人权法院案例汇编》第四卷，第 163 段；VO 诉法国[大审判庭]，第 53924/00 号，2004 年 7 月 8 日，《2004 年欧洲人权法院案例汇编》第八卷，第 4 和第 70 段；Johnston 等人诉爱尔兰，第 9697/82 号，1986 年 12 月 18 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 112 号，第 53 段；Bayatyan 诉美国[大审判庭]，第 23459/03 号，2011 年 7 月 7 日，第 63 段；Soering 诉联合王国，第 14038/88 号，1989 年 7 月 7 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 161 号，第 103 段；Al-Saadoon 和 Mufdhi 诉联合王国，第 61498/08 号，2010 年 10 月 4 日，第 119-120 段，《2010 年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)；Demir 和 Baykara 诉土耳其[大审判庭]，第 34503/97 号，2008 年 11 月 12 日，《2008 年欧洲人权法院案例汇编》，第 76 段；Christine Goodwin 诉联合王国[大审判庭] (见上文脚注 179)。

360 例如，见 Velásquez-Rodríguez 诉洪都拉斯，判决(实质问题)，1988 年 7 月 29 日，美洲人权法院，C 辑，第 4 号，第 151 段；在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利(见上文脚注 53)，第 130-133 段和第 137 段。

> 人权条约是活的文书[“instrumentos vivo”]，其解释必须适应时代的演变，具体而言，适应目前的生活条件。[361]

(16) 人权事务委员会偶尔也曾采用基于国家实践发展的演进性办法。因此，在法官诉加拿大案中，人权事务委员会放弃了其基于 Kindler 案[362] 一再作出的声明，阐述说：

> 委员会意识到，上述判例是大约 10 年以前做出的，自那时起，国际上就废除死刑达成了更广泛的共识，而在保留死刑的国家中，不执行死刑的共识也在不断扩大。[363]

在 Yoon 和 Choi 案中，委员会强调，《公民权利和政治权利国际公约》[364] 所载任何权利的含义都随时间演变，并得出结论认为，《公约》第十八条第 3 款现在至少提供了某种保护，使人不致被迫违背自己真心持有的宗教信仰而行动。委员会得出这一结论是因为，“越来越多保持义务兵役制度的《公约》缔约国实行了义务兵役的替代办法”。[365]

(17) 最后，解决投资争端国际中心下设的法庭着重指出，对于条约当事国意图根据其嗣后条约实践而演变的这种条款，嗣后实践可能是特别重要的解释资料。[366]

(18) 因此，各国际性法院和法庭的判例以及专家条约机构的声明确认，第三十一和第三十二条所指的嗣后协定和嗣后实践“可协助确定”是否应向某一“用语”赋予“能够随时间演变的含义”。“用语”一语并不限于具体措辞(如“商业”、“领土地位”、“强奸”或“投资”)，而是还可能包含更为相互关联和相互交叉的概念(如“依照法律”(《公民权利和政治权利国际公约》第九条)或“必需”(《公约》第十八条)等在各项人权条约中存在的概念)。条约的“用语”是条约所载规则的要素，因此涵盖相关规则。

(19) 同样，第三十一条第三款(b)项和第三十二条所指的嗣后实践也对国内法院决定采取演进性办法还是静止办法解释条约作出了贡献。举例而言，在一宗涉及《国际儿童拐骗事件的民事问题公约》[367] 的案件中，新西兰上诉法院将“监护

---

[361] Mayagna (Sumo) Awas Tingni 社区诉尼加拉瓜，判决(实质问题、赔偿和费用)，2001 年 8 月 31 日，C 辑第 79 号，第 146 段；另见关于在《美洲人权公约》第 64 条框架内对《美洲关于人的权利和义务宣言》的解释，咨询意见，1989 年 7 月 14 日，OC-10/89, A 辑第 10 号，第 38 段。

[362] Kindler 诉加拿大，意见，1993 年 7 月 30 日，第 470/1991 号来文，人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第四十八届会议，补编第 40 号》(A/48/40)，第二卷，附件十二，U。

[363] 法官诉加拿大，意见，2002 年 8 月 5 日，第 829/1998 号来文，《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 40 号》(A/58/40)，第二卷，附件五，G，第 10.3 段。

[364] 联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页。

[365] Yoon 和 Choi 诉大韩民国，意见，2006 年 11 月 3 日，第 1321/2004 和第 1322/2004 号来文，《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 40 号》(A/62/40)，第二卷，附件七，V，第 8.4 段。

[366] 见米海利国际公司诉斯里兰卡民主社会主义共和国(美国/斯里兰卡双边投资条约)，裁定和同意意见，2002 年 3 月 15 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/00/2,《解决投资争端国际中心案例汇编》，第 6 卷(2004 年)，第 308 页及以下各页，见第 317 页，第 33 段；相似的还有，Autopista Concesionada de Venezuela, CA 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，关于管辖权的决定，2001 年 9 月 27 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/00/5，同上，第 419 页，第 97 段。

[367] 联合国，《条约汇编》，第 1343 卷，第 22514 号，第 89 页。

权”解释为不仅包括法定权利，也包括“事实权利”。该法院回顾了不同国家的立法和司法实践，并提到第三十一条第三款(b)项，分析指出这一实践“证明态度上发生了根本性改变”，并因此随后对“监护权”采取了现代理解，而非“1980 年的理解”。[368] 德国联邦宪法法院在一系列涉及在冷战结束后已改变的安全局势下解释《北大西洋公约》[369] 的案件中，也认定第三十一条第三款(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践“可对条约的含义产生重大意义”，并最终裁定，嗣后协定和嗣后实践在所涉案件中确实对条约含义产生了重大意义。[370]

(20) 国内法院的其他决定证实，第三十一条第三款和第三十二条所指的嗣后协定和嗣后实践不一定支持对条约的演进性解释。例如，在美国东方航空公司诉 Floyd 等人案中，美国最高法院面临的问题是，1929 年《华沙公约》[371] 第 17 条中“人身伤害”这一用语是否不仅包括身体伤害，也包括纯心理伤害。该法院考虑到“1929 年后做法”和“签字国的解释”，强调尽管有些举措反其道而行之，但大部分缔约国一直将这一用语理解为只包括身体伤害。[372]

结论 9
嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所指的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。

2. 此外，第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践的权重，除其他外，还取决于该实践是否以及如何重复出现。

3. 嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料的权重可取决于第 1 和第 2 段所述标准。

评注

(1) 结论草案 9 列出了一些标准，可能有助于确定在具体情况下进行解释时对某一特定嗣后协定或嗣后实践作为解释资料给予多少权重。当然，对嗣后协定或嗣后实践给予的权重也必须取决于其他解释资料(见结论草案 2, 第 5 段)。

---

[368] 新西兰，上诉法院，C 诉 H [2009] NZCA 100, 第 175-177 段和第 195-196 段(Baragwanath J.)；另见第 31 段(Chambers J.)：“修改 1980 年起草和商定的案文肯定不可行，因为任何修改必须经诸多缔约国商定。因此，必须通过解释和说明的演变，来实现使案文与社会趋势和其他趋势保持一致所必需的演变。考虑到同样于 1980 年生效的《维也纳条约法公约》的条款，这是可允许的做法。第三十一条第三款(b)项允许反映‘嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何实践’的说明。”相似的还有加拿大，最高法院，Pushpanathan 诉加拿大(公民和移民部部长) [1998] 1 SCR 982, 第 129 段(Cory J.)。

[369] 联合国，《条约汇编》，第 34 卷，第 541 号，第 243 页。

[370] 德国，联邦宪法法院，BVerfGE, 第 90 卷，第 286 页起，见第 363-364 页，第 276 段；同上，第 104 卷，第 151 页起，见第 206-207 页。

[371] 《统一国际运输某些规则的公约》，国际联盟，《条约汇编》，第一百三十七卷，第 11 页。

[372] 美利坚合众国，最高法院，美国东方航空公司诉 Floyd 等人，499 U.S. 530, 第 546-549 页；另见联合王国，上议院，国王诉 Bristow 直升飞机公司(苏格兰) [2002] UKHL 7, 第 98 和第 125 段(Hope 勋爵)。

第 1 段——权重：清晰性、特定性和其他因素

(2) 第 1 段讨论第三十一条第三款下的嗣后协定或嗣后实践的权重，因此是从总体上同时涉及(a)项和(b)项。第 1 段明确指出，嗣后协定或嗣后实践作为解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。使用“除其他外”一语，就表明不应将这些标准视为唯一标准。其他标准可能涉及到协定或实践发生的时间[373]、缔约方对特定协定或实践的重视或者适用的举证责任。

(3) 相对于其他解释资料而言，嗣后协定或实践作为解释资料的权重常常取决于其清晰性以及对于有关条约的特定性。[374] 例如，国际法院的裁决、世贸组织的专家组及上诉机构的仲裁裁决和报告都表明了这一点。[375] 解决投资争端国际中心的法庭对 Plama 联合有限公司诉保加利亚共和国案的裁决具有启示意义：

> 确实，为了澄清条约文本生效时的含义，可以考虑一个缔约国与第三国之间的条约。原告对于保加利亚在 1987 年缔结保加利亚—塞浦路斯双边投资条约之后缔结投资条约的实践做了非常清楚和深入的介绍。1990 年代保加利亚的共产主义制度改变之后，该国缔结的双边投资条约采用了大为开放的争端解决条款，包括诉诸解决投资争端国际中心进行仲裁。但是，这一实践对本案并没有很大的关联，因为保加利亚和塞浦路斯嗣后的谈判表明，缔约国并不想要最惠国待遇条款具有可通过保加利亚嗣后条约实践而引申出来的含义。保加利亚和塞浦路斯于 1998 年谈判修订双边投资条约。谈判没有成功，但专门考虑到了修订争端解决条款……从这些谈判中也可以得出结论，即双边投资条约的缔约国本身并未考虑将最惠国待遇条款扩大至其他双边投资条约中的争端解决条款。[376]

(4) 尽管国际法院和各个仲裁法庭倾向于对特定性较强的国家嗣后实践作为解释资料给予更多权重，但欧洲人权法院常常依靠于对国内法律或国家采取的国际立场作出广泛的比较性评估。[377] 对于后一种情况，应当铭记，《欧洲保护人权与基本自由公约》(下称“《欧洲人权公约》”)[378] 下规定的权利和义务必须在

---

[373] 在海洋争端案(秘鲁诉智利)中，法院优先采纳更接近生效日期的实践，海洋争端案(秘鲁诉智利)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 50 页，第 126 段。

[374] Murphy,“嗣后协定和嗣后实践……的作用”(见上文脚注 260)，第 91 页。

[375] 例如，见格陵兰和扬马延间区域海洋划界案，判决，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 55 页，第 38 段；“关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题”(见上文脚注 153)，第 231 页起，见第 259 页，第 74 段；世贸组织专家组报告，美国“归零”法的继续存在和适用，WT/DS350/R, 2009 年 2 月 19 日通过，世贸组织上诉机构报告，美国－高地棉花补贴案(美国－高地棉花案)，WT/DS267/AB/R, 2005 年 3 月 21 日通过，第 625 段。

[376] Plama 联合有限公司诉保加利亚共和国，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/03/24，关于管辖权的裁决，2005 年 2 月 8 日，《解决投资争端国际中心综述－外国投资法期刊》，第 20 卷，第 1 号(2005 年春)，第 262 页起，见第 323-324 页，第 195 段。

[377] 例如，见 Cossey 诉联合王国，第 10843/84 号，1990 年 9 月 27 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 184 号，第 40 段；Tyrer 诉联合王国，第 5856/72 号，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 26 号，第 31 段；Norris 诉爱尔兰，第 10581/83 号，1988 年 10 月 26 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 142 号，第 46 段。

[378] 《欧洲保护人权与基本自由公约》(1950 年 11 月 4 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页。

留出一定判断余地的前提下，正确地转化为有关国家的法律、行政机构实践和国际安排。为此，其缔约国国内法律之间如果存在足够强的共同点，可有助于确定一项人权的范围或限制这项人权的必要性。此外，鉴于某些权利或义务的特点，有时更宜考虑特定性不那么强的实践。例如，在 Rantsev 诉塞浦路斯案中，该法院认为：

> 这两份[国际]文书的条款清楚表明，缔约国……形成的观点是，只有将涉及所有三个方面的举措结合起来，才能有效打击贩运人口活动……因此，惩罚和起诉贩运人口活动只是成员国打击贩运人口活动总体事业的一个方面。对第 4 条[禁止强迫劳动]下产生的积极义务的范围必须放到这个广义的背景下加以考虑。[379]

(5) 另一方面，在 Chapman 诉联合王国案中，该法院指出，“或许可以说，欧洲委员会缔约国之间正在形成国际共识，承认少数群体的特殊需要及保护其安全、身份认同和生活方式的义务”，[380] 但最后又指出“本院并不认为该共识已足够具体，使本院能够得出任何指导意见，来确定缔约国在任一特定情况下视为可取的行为或标准”。[381]

第 2 段——权重：实践的重复出现和其他因素

(6) 结论草案 9 第 2 段仅涉及第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践，并明确规定，除了第 1 段提到的标准，嗣后实践的权重除其他外还取决于该实践是否以及如何重复出现。“是否以及如何”这一表述引入了时间和重复性这两个因素。它表明，举例来说，如果有关实践的重复不仅仅是技术性的或者无意的，则可能会增加其在第三十一条第三款(b)项范围下的解释性价值——具体视所涉条约而定。时间因素和重复性因素也有助于表明缔约方对条约解释所持特定立场的“根据”。此外，嗣后协定未得到执行也可能说明其不具备作为第三十一条第三款(a)项下解释资料的权重。[382]

(7) 对于第三十一条第三款(b)项中的“嗣后实践”[383] 是否要求条约不仅是一次性适用的问题，世贸组织上诉机构在日本—酒精饮料案(二)中进行了讨论：

> 用于解释条约的嗣后实践，公认应当是‘协调的、共同的和一致的’系列行为或声明，足以确立一种明确的模式，表明缔约方对条约解释的一致。[384]

---

[379] Rantsev 诉塞浦路斯和俄罗斯，第 25965/04 号，2010 年 1 月 7 日，《2010 年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)，第 285 段；另见第 273-274 段。

[380] Chapman 诉联合王国[大审判庭]，第 27238/95 号，2001 年 1 月 18 日，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第一卷，第 93 段。

[381] 同上，第 94 段。

[382] 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 22)，第 63 页，第 131 段。

[383] 见上文结论草案 4, 第 2 段。

[384] 世贸组织上诉机构报告，日本—酒精饮料案(二)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，E 部分，第 12-13 页(脚注略)。

(8) 这一定义表明，第三十一条第三款(b)项下的嗣后实践所要求的是不仅仅就条约的解释作出一次“行为或声明”，而是此种行动的次数和统一性达到一定程度，使人们可以认定缔约方已就条约的解释达成了稳定的一致。这一门槛就意味着，第三十一条第三款(b)项下的嗣后实践要求存在基础广泛、稳定和合格的共同实践模式，才能确认缔约方就解释达成了一致。

(9) 另一方面，国际法院则较为灵活地适用了第三十一条第三款(b)项，而没有增加进一步的条件，特别是在卡西基里/塞杜杜岛案的判决中。[385] 其他国际性法院大多遵循国际法院的办法。伊朗—美国索赔法庭[386] 和欧洲人权法院[387] 都是如此。

(10) 但实际上，世贸组织上诉机构制订的标准与国际法院采取的办法之间的区别并没有表面看起来那么大。世贸组织上诉机构采用的“协调、共同和一致”的表述似乎来自一部出版物[388]，这本书称，“嗣后实践的价值自然取决于它协调、共同和一致的程度”。[389] 因此，“协调、共同和一致”的表述是要指出在哪些情况下，第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践在解释过程中作为解释资料具有较多或较少的权重，而不是要提出实践中具体的次数要求。[390] 世贸组织上诉机构自己也曾采取这种细致入微的态度。[391]

(11) 委员会认为“协调、共同和一致”的表述可能有助于确定嗣后实践在某一具体情况下的权重，同时也认为这一规定并没有得到充分确立，不足以构成适用

---

[385] 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 22)，第 1075-1076 页，第 47-50 段和第 1087 页，第 63 段；领土争端案(见上文脚注 22)，第 34-37 页，第 66-71 段。

[386] 伊朗－美国索赔法庭，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 156)，第 77 页起，见第 116-126 页，第 109-133 段。

[387] Soering 诉联合王国，第 14038/88 号，1989 年 7 月 7 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 161 号，第 103 段；Loizidou 诉土耳其(初步反对意见)，第 15318/89 号，1995 年 3 月 23 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 310 号，第 73 段和第 79-82 段；Bankovic 等人诉比利时及 16 个其他缔约国(裁决)[大审判庭]，第 52207/99 号，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第十二卷，第 56 和第 62 段；关于解决投资争端国际中心的法庭的判例，见 O.K. Fauchald，“解决投资争端国际中心法庭的法律推理－实证分析”，《欧洲国际法杂志》，第 19 卷，第 2 期(2008 年)，第 301 页起，见第 345 页；另见 A. Roberts,“投资条约解释中的实力和说服：国家的双重角色”，《美国国际法期刊》，第 104 卷(2010 年)，第 207-215 页。

[388] Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 20)，第 137 页；另见 Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 48-49 页；“共同的”一词来自国际法委员会的工作，而“一致的”和“协调的”则是 Yasseen 进一步论述得出的条件；见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 98-99 页，第 17-18 段，以及第 221-222 页，第 15 段。

[389] Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 20)；伊朗－美国索赔法庭，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 156)，第 77 页起，见第 118 页，第 114 段。

[390] 阿根廷和智利比格尔海峡划界争端案，1977 年 2 月 18 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第 53-264 页，见第 187 页，第 169 段；J.-P Cot,“条约缔约方的嗣后实践”，《国际公法总期刊》，第 70 卷，1966 年，第 644-647 页(“证明价值”)；Distefano,“……嗣后实践”(见上文脚注 191)，第 46 页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 598 页，第 80 段；另见在国际法院海洋争端案(秘鲁诉智利)的口头抗辩，CR 2012/33, 第 32-36 页，第 7-19 段(Wood)，可查阅 www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf，以及 CR 2012/36, 第 13-18 页，第 6-21 段(Wordsworth)，可查阅 www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf。

[391] 世贸组织上诉机构报告，欧共体－计算机设备案，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 22 日，第 93 段。

第三十一条第三款(b)项的一个最低门槛，并有可能被错误地认为规定性过强。最终，委员会仍然认为，“嗣后实践的价值取决于其在多大程度上体现了缔约方对用语含义的共同理解。”[392] 这就意味着，缔约方就解释达成协定的一次性实践也需要在第三十一条第三款(b)项下考虑进来。[393]

(12) 嗣后实践的权重(“除其他外”)也可取决于其他因素，例如一致性和广度。嗣后实践的一致性的高低，取决于是否有行为在例外情况下偏离了既定的实践模式，也取决于有关行为偏离既定模式的程度。实践的广度指参与实践并确立所有缔约方达成协定的缔约方的数量。

第 3 段——第三十二条所指嗣后实践的权重

(13) 结论草案 9 第 3 段述及的问题是，对于第三十二条所指的嗣后实践，应予以多大的权重(见结论草案 4 第 3 段)。该段并不涉及可在什么时候和哪些情况下考虑这种实践的问题。世贸组织上诉机构在面对相似情况时曾强调指出，对这两个问题必须加以区别：

> 我们认为，就第三十二条之下的解释而言，哪些情况才能算作缔结条约的“背景情况”属于初步问题，至于确定特定背景情况的相关程度的高低，则是另一个问题，而欧洲共同体将这两个问题混为了一谈。[394]

上诉机构还认为，

> 首先，专家组并未将欧洲共同体在乌拉圭回合谈判期间的分类实践作为《维也纳公约》第三十二条意义内的补充解释资料予以审查；第二，未审查该分类实践作为补充解释材料的价值。[395]

为了确定这类嗣后实践的“相关性”，上诉机构提到了“客观因素”：

> 这些因素包括有关事件、文件或文书的类型及其法律性质；背景情况与缔结条约的时间联系；确实了解还是只能查阅某项出版的法案或文书；涉

[392] 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 222 页，第(15)段；Cot,“……缔约方的嗣后实践”(见上文脚注 390)，第 652 页。

[393] 在实践中，作为一般性规则，一次性的做法常常不足以确定缔约方就条约解释达成协定，但是，第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践没有要求任何重复，只是要求就解释达成协定。因此，一次性做法确立协定的可能性就取决于有关的行为及条约，见 E. Lauterpacht,“国际性法庭的裁决带来的国际组织法律的发展”，《1976 年……学院讲义》，第 152 卷，第 377-466 页，见第 457 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 67)，第 166 页；C.F. Amerasinghe,“公开的国际组织文件的解释”，《1994 年英国国际法年鉴》，第 65 卷，第 175 页起，见第 199 页；Villiger 支持要有一定的次数要求，但也强调，最重要的一点是确立协定，Villiger,《……评注》(见上文脚注 37)，第 431 页，第 22 段。Yasseen 和 Sinclair 写道，“通常”一次性的行为不能够构成实践，Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 47 页；Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 20)，第 137 页；参阅诺尔特,“……国家嗣后协定和嗣后实践”(见上文脚注 62)，第 310 页。

[394] 世贸组织上诉机构报告，欧共体—鸡块案，WT/DS269/AB/R 和 Corr.1，以及 WT/DS286/AB/R 和 Corr.1, 2005 年 9 月 27 日通过，第 297 段。

[395] 世贸组织上诉机构报告，欧共体—计算机设备案，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 22 日，第 92 段(脚注略，强调系原文所有)。

及待解释条约条款的文件、文书或事件的主题；以及这项文件、文书或事件是否或如何在条约谈判中得到了使用或施加了影响。[396]

(14) 上诉机构书虽然并未使用“特定性”一词，但提到了上文所述的标准。上诉机构没有提到清晰性，而是使用了“一致性”，并称不应将一致性用来设定基准，而是应将之用于确定有关实践的相关程度。“一致的过往实践常常可能具有重要意义。但是，在解释关税减让的含义时，不一致的分类实践不可能具有相关性”。[397]

(15) 另一个有助于确定第三十二条下相关性的因素或许是参与这一实践的受影响国家的数目。上诉机构指出：

为确立这种意向，仅仅一个缔约方的过往实践可能也具有相关性，但相对于全体缔约方的实践而言，其价值显然大打折扣。具体到对减让表中某项关税减让的解释，进口成员的分类实践实际上可能非常重要。[398]

与此同时，应当指出

在投资仲裁案件中，如果对一国的嗣后单边声明予以较大权重，则不仅有违常例，还可能引发正当程序方面的关切，更不用说对这种声明予以决定性权重了。[399]

结论 10
与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款(a)和(b)项所指的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定要得到考虑，可以但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款(b)项所指的协定而必须积极从事嗣后实践的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可能构成对嗣后实践的接受。

评注

第 1 段第一句——“共同理解”

(1) 第 1 段第一句提出了一项原则，即第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的“协定”必须是缔约方关于条约解释的共同理解。要使共同理解具有第三十一条第三款规定的效力，缔约方必须知悉并接受其中包含的解释。在结论草案 4 及其

[396] 欧共体—鸡块案(见上文脚注 394)，第 290 段(脚注略)。

[397] 同上，第 307 段(脚注略，强调系原文所有)；另参阅欧共体—计算机设备案(见上文脚注 395)，第 95 段。

[398] 欧共体—计算机设备案(见上文脚注 395)，第 93 段(强调系原文所有)。

[399] 菲利普莫里斯品牌公司、菲利普莫里斯产品公司和阿瓦尔埃尔马诺斯公司诉乌拉圭东岸共和国(见上文脚注 136)，第 476 段。

评注[400] 中已经说明了(a)项和(b)项所指“协定”形式的不同，而结论草案 10 第 1 段旨在找出这两项的共同之处，即缔约方就条约解释在实质上达成的协定。

(2) 区分作为第三十一条第三款(a)项和(b)项所述作准解释资料的嗣后协定和嗣后实践与第三十二条所述作为补充解释资料的嗣后实践[401] 的一个要素是所有缔约方就条约解释达成的“协定”。正是缔约方的这种协定使第三十一条第三款所述的解释资料[402] 对于第三十一条下解释通则的互动解释进程具备了特定的功能和权重。[403]

(3) 不同缔约方就解释表达的相互冲突的立场，会排除协定的存在。除其他外，仲裁法庭在德国外债案中的裁决就确认了这一点，仲裁法庭认为，无法从管理机构的一系列函件中得出“默认的嗣后理解”，因为其中一家机构即英格兰银行表达了不一样的立场。[404]

(4) 但是，仅在缔约方的立场相互冲突的范围内、仅在缔约方立场冲突持续的时间内，协定才不存在。从缔约方以不同方式适用条约这一事实本身，并不能得出在条约解释方面存在相互冲突的立场这一结论。这种不同可能说明对一个正确的解释存在不同意见，但也可能仅仅反映出一种共同理解，即条约允许在适用时行使一定范围的自由裁量权。[405] 例如，关于人权的条约往往意在有一个统一的解释，但也会为各国行使自由裁量权留出空间。

(5) 一个或多个缔约方模棱两可的行为通常使人无法确认存在协定[406]，但是，并不是一国行为中不符合总体情况的每个要素都必然导致该国行为具有模糊性。例如，仲裁法院在比格尔海峡案中认为，尽管缔约方曾经对条约的解释有过不同意见，但这一事实并不必然意味着不存在协定的状况是永久性的：

> 同样，为解决争端而进行的谈判虽然没有成功，但不太可能造成任何永久的影响。谈判事宜至多可能暂时使缔约方的有关行为失去证明价值，无

[400] 见上文结论草案 4 的评注第(10)段。

[401] 见上文结论草案 3 和结论草案 4 第 3 段。

[402] 见 Crawford,“对……第三十一条第三款的合意主义解释”(上文脚注 224)，第 30 页：“没有理由认为(b)项中的‘协定’一词与(a)项中的协定一词的含义有任何的不同。”

[403] 见上文结论草案 2 的评注，第(12)-(15)段；对第三十一条必须作“整体理解”，该条将解释进程视为“一个综合的行动”，该条并“未确立一个解释条约的法律等级制度”，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 219 页第(8)段和第 220 页第(9)段。

[404] 关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条(e)项条款问题案，1980 年 5 月 16 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第三部分，第 67-145 页，见第 103-104 页，第 31 段；另见欧共体—计算机设备案(上文脚注 395)，第 95 段；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案(上文脚注 343)，第 175 页，第 66 段。

[405] 见上文结论草案 7 的评注，第(12)-(15)段。

[406] 关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题(见上文脚注 153)，第 258 页，第 70 段；Kolb,“La modification d’un traité …”(见上文脚注 309)，第 16 页。

法佐证各自的条约解释，因为这些行为是在谈判期间作出的。谈判事宜不可能产生更大的影响。[407]

(6) 与此相似，在Loizidou诉土耳其案中，欧洲人权法院认为，“缔约方的嗣后实践确认”了缔约方可以对接受委员会和法院职能作出限制的范围，即“有证据显示一种实践，表明缔约方基本普遍同意《公约》……第25和第46条不允许作出领土或实质性的限制”。[408] 该法院在适用第三十一条第三款(b)项时将“这种国家实践”称为“统一和一贯的”，但同时也指出有两个国家可能属于例外。[409] 这一裁决表明，解释者(至少在《欧洲公约》下)在评估缔约方就某项特定解释是否达成协定时有一定的斟酌余地。[410]

(7) 1969年《维也纳公约》中的“协定”一词[411] 并不意味着任何具体的形式要求，[412] 包括第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的“协定”。[413] 但是，委员会注意到，为了区分第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定和第三十一条第三款(b)项所指“确定协定”的嗣后实践，前者预先假定有一次“共同的行动”。[414] 没有要求第三十一条第三款(a)项所指的协定要公布或按《联合国宪章》第一百零二条的规定进行登记。[415]

(8) 第三十一条第三款(a)和(b)所指的协定若要成为“共同”协定，有时缔约方各自达成相同的理解就足以满足条件，有时则要求缔约方彼此知晓各方理解一

[407] 阿根廷和智利比格尔海峡争端案，1977年2月18日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第53-264页，见第188页，第171段。

[408] Loizidou诉土耳其(初步反对意见)，第15318/89号，1995年3月23日，《欧洲人权法院案例汇编》A辑，第310号，第79和第81段。

[409] 同上，第80和第82段；该案不涉及对具体人权的解释，而是涉及一国是否受《公约》约束的问题。

[410] 世贸组织争端解决机构较严格的判例认为，不同的解释者可能对问题作出不同的评价，见美国—用于计算倾销幅度的法律、法规和方法(归零法)案，WT/DS294/R, 2006年5月9日通过，第7.218段：“即使已经确凿地确认，欧洲共同体所指全部76个成员国都采取了一种[特定的]实践……，这也只能意味着有不少世贸组织成员采取了与美国不同的办法。……我们注意到，在本诉讼中，有一个第三方提交了论述，反驳欧洲共同体的观点”。

[411] 见第二条第一款(a)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至第四十一条、第五十八条和第六十条。

[412] 见上文结论草案4的评注，第(5)段；常设仲裁法院在孟加拉湾海洋边界仲裁案(孟加拉国诉印度)中确认了这一点，2014年7月7日的裁决，可查阅www.pcacases.com/web/sendAttach/383，第47页，第165段；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注20)，第45页；Distefano,“……嗣后实践”(见上文脚注191)，第47页。

[413] 见上文结论草案4的评注，第(5)段；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注19)，第231-232页和第243-247页；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注142)，第213页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注61)，第594页，第75段；R. Gardiner,“《维也纳公约》的条约解释规则”，载于D. B. Hollis所编《牛津条约指南》(牛津，牛津大学出版社，2012年)，第475和第483页。

[414] 见上文结论草案4的评注，第(10)段；一次“共同的行动”也可包括交换信件，见欧洲分子生物实验室仲裁案(欧洲分子生物实验室诉德国)，1990年6月29日，《国际法案例汇编》，第105卷(1997年)，第1页起，见第54-56页；Fox,“……第三十一条第三款(a)项和(b)项……”(上文脚注62)，第63页；Gardiner,《条约解释》(上文脚注19)，第248-249页。

[415] Aust,“非正式国际文书的理论与实践”(见上文脚注86)，第789-790页。

致。国际法院在卡西基里/塞杜杜岛案中指出，只有“贝专纳当局充分意识到并接受”卡普里维当局对条约边界的解释，有关实践才属于第三十一条第三款(b)项规定的范围。[416] 在有些情况下，可以推定有关缔约方已知悉和接受其他缔约方的立场，尤其是对于在国家层面实施的条约而言。

第 1 段第二句——第三十一条第三款(a)项和(b)项所指协定可能的法律效力

(9) 第 1 段第二句的目的是重申就第三十一条第三款而言，“协定”本身无需具有法律约束力，[417] 这与 1969 年《维也纳公约》其他条款相反，在其他条款中，“协定”是有法律约束力的文书。[418]

(10) 这一点也得到委员会的确认，委员会在条约法条款的最后草案中使用了“确立缔约方谅解的任何嗣后实践”这一说法。[419] “谅解”一词是说，第三十一条第三款所指“协定”并不要求缔约方由此承担或创造任何在条约之上或独立于条约之外的法律义务。[420] 维也纳会议以“协定”一词取代“谅解”，并没有实质性的原因，而“仅仅涉及措辞问题”，用以强调缔约方的谅解是他们的“共同”理解。[421] 第三十一条第三款(a)项所指“协定”同样不需要具有法律约束力。[422]

---

[416] 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 22)，第 1094 页，第 74 段 (“马苏比亚部落对该岛的占领”)和第 1077 页，第 55 段 (“伊森报告”，“德国似乎从不知晓这份报告”)；Dörr, “第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 602-603 页，第 89 段。

[417] 见上文结论草案 4 的评注，第(6)段；P. Gautier,“非约束性协定”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 14 段；Benatar,“从实证价值到作准解释……”(见上文脚注 62)，第 194-195 页；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注 142)，第 213 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 244 页；另见诺尔特,“……国家嗣后协定和嗣后实践”(上文脚注 62)，第 307 页起，见第 375 页。

[418] 见第二条第一款(a)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至第四十一条、第五十八和第六十条。

[419] 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 222 页，第(15)段。

[420] 阿根廷和智利比格尔海峡争端案，1977 年 2 月 18 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第 53-264 页，见第 187 页，第 169 段；关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条(e)项条款问题案，1980 年 5 月 16 日，同上，第十九卷，第 67-145 页，见 103-104 页，第 31 段；Karl, *Vertrag und spätere Praxis*...(见上文脚注 75)，第 190-195 页；Kolb,“La modification d’un traité …”(见上文脚注 309)，第 25-26 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 67)，第 169-171 页。

[421] 《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(见上文脚注 193)，第 31 次会议，1968 年 4 月 19 日，第 169 页，见第 59 段(澳大利亚)；P. Gautier,“非正式协定与《维也纳条约法公约》”，载于 N. Angelet 所编《权利法与法权：Jean Salmon 纪念文集》(布鲁塞尔，Bruylant, 2007 年)，第 425-454 页，见第 430-431 页(“第三款所述系指解释性的协定，此处使用‘协定’是取其广义的意义，不一定与《维也纳公约》第二条定义的‘条约’相符。因此，解释性协定最终有可能是一个口头协定甚至是政治协定”)。

[422] 见 Gautier,“非约束性协定”(上文脚注 417)，第 14 段；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注 142)，第 211、213 页。

(11) 因此，缔约国通过嗣后协定或第三十一条第三款所指的嗣后实践对条约赋予一定含义[423]，或者换句话说，对条约采取一种特定的“谅解”[424] 就足够了。第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践即使本身不具有法律约束力，但作为解释资料，它们仍然可以根据第三十一条的规定，作为解释过程的组成部分，产生法律影响。[425] 据此，国际性法院和法庭不要求第三十一条第三款所指“协定”反映缔约方有创立新的或另外的具有法律约束力的承诺的意向。[426] 与此相似，有时谅解备忘录被承认为“有可能非常有助于解释”，但“不是独立的法律权利和义务的来源”。[427]

第 2 段——参与嗣后实践的形式

(12) 第 2 段第一句确认了一项原则，即并非所有缔约方都必须参与某一特定实践，才能形成第三十一条第三款(b)项所指的协定。第二句澄清说明，在特定情况下，未参与这一实践的缔约方的沉默或不作为可构成对这一实践的接受。

(13) 从一开始，委员会就承认，通过第三十一条第三款(b)项所指嗣后实践形成的“协定”可部分地源于一个或多个缔约方的沉默或不作为。委员会在解释为何在第二十七条第三款(b)项中使用“缔约方的谅解”一语(后来成为第三十一条第三款(b)项中的“协定”)(见上文第(10)段)而没有使用“全体缔约方的谅解”的说法时指出：

[423] 这一词汇遵循委员会《对条约的保留实践指南》中准则 1.2.(解释性声明的定义)的评注(见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》，A/66/10/Add.1，第(18)和(19)段)。

[424] 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221-222 页，第(15)和(16)段(在日后成为第三十一条第三款(a)项和第三十一条第三款(b)项的文字中均使用了“谅解”一语)。

[425] 美国一联合王国希斯罗机场用户诉讼案仲裁，关于第一个问题的裁决，1992 年 11 月 30 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷(出售品编号：E/F.04.V.18)，第 1-359 页，见第 131 页，第 6.7 段；Aust,“非正式国际文书的理论和实践”(见上文脚注 86)，第 787 和第 807 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 67)，第 173 页；Hafner,“嗣后协定和实践……”(见上文脚注 273)，第 110-113 页；Gautier,“非正式协定与《维也纳条约法公约》”(见上文脚注 421)，第 434 页。

[426] 例如，“说明缔约方就解释达成协定的模式”(世贸组织上诉机构报告，日本—酒精饮料案(二)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，E 节，第 13 页)；或者“模式……必须暗示就相关条款的解释达成协定”(世贸组织专家组报告，欧洲共同体及其成员国—某些信息技术产品的关税待遇案，WT/DS375/R、WT/DS376/R 和 WT/DS377/R, 2010 年 9 月 21 日通过，第 7.558 段)；或“体现就解释达成协定的实践”(伊朗一美国索赔法庭，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 156)，第 77 页起，见第 119 页，第 116 段)；或“国家实践”“表明缔约国没有任何谅解”(Bankovic 等人诉比利时及 16 个其他缔约国(裁决)[大审判庭]，第 52207/99 号，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第十二卷，第 62 段)；“本庭不受任一方缔约国意见的约束。虽然依照[1969 年《维也纳公约》]第三十一条第三款(a)项的规定，本庭必须‘考虑’缔约国之间的任何嗣后协定，但如何妥善解释第 10.18 条及如何将其适用于本案事实，完全是本庭的任务”：Renco 集团公司诉秘鲁共和国(见上文脚注 29)，第 156 段。

[427] 美国一联合王国希斯罗机场诉讼案仲裁(见上文脚注 425)，第 131 页，第 6.7 段；另见莱茵铁路案仲裁(见上文脚注 24)，第 98 页，第 157 段。

委员会认为，“缔约方的谅解”一语自然是指“全体缔约方”。不加上“全体”一词只是为了防止被误解为每个缔约方都必须各自参与这种实践，其实只要每个缔约方接受有关实践就足够了。[428]

(14) 国际法院也承认有可能经由沉默或不作为表示对解释的同意，该法院在柏威夏寺案中称，一国在面对另一方某种嗣后行为的情况下，“如果显然当时情况要求在合理期限内作出某种反应”，则“必须认定该国已经默认了”。[429] 国际法院关于在通过嗣后实践确立条约解释协定方面沉默的作用的这一总体立场在后来的裁决中也得到了确认[430]，并得到大多数法学著作的支持。[431] “要求作出某种反应”的“情况”包括缔约方就条约进行互动的具体背景。[432]

(15) 仲裁法院在比格尔海峡案[433] 中讨论了阿根廷的主张，即智利对某些岛屿的管辖行为不能作为相关的嗣后行为，因为阿根廷未对这些行为作出反应。但该法院认为：

《维也纳公约》中并未明确“协定”可以采取的表现形式。在本案中，管辖的行为不是为了确立独立于条约规定之外的所有权来源；也不能像智利的理解，认为其违反了这些规定。证据支持的观点是，这些行为是公开的，为阿根廷所熟知，它们只能来自于《条约》。在这种情况下，阿根廷的沉默就允许得出结论，认为这些行为旨在确认独立于管辖行为本身之外的对条约含义的解释。[434]

---

[428] 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 222 页，第(15)段。

[429] 柏威夏寺案(见上文脚注 110)，第 23 页。

[430] 另见石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 30 段；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事活动和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，管辖权和可否受理问题，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 392 页起，见第 410 页，第 39 段；检察官诉 Anto Furundžija(见上文脚注 353)，第 165 段及以下各段，见第 179 段；Rantsev 诉塞浦路斯和俄罗斯，第 25965/04 号，2010 年 1 月 7 日，《2010 年欧洲人权法院案例汇编》(摘录)，第 285 段；较慎重的立场，见世贸组织上诉机构报告，欧共体—鸡块案，WT/DS269/AB/R 和 Corr.1、WT/DS286/AB/R 和 Corr.1, 2005 年 9 月 27 日通过，第 272 段；另见，对于控股有限公司，伊朗－美国索赔法庭，第 30-16-3 号裁决，RayGo Wagner 设备公司诉伊朗快递公司，《伊朗－美国索赔法庭裁决汇编》，第 2 卷(1983 年)，第 141 页起，见第 144 页；关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条(e)项条款问题案，1980 年 5 月 16 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第 67-145 页，见第 103-104 页，第 31 段。

[431] Kamto,“国际法中的国家意志”(见上文脚注 154)，第 134-141 页；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 49 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 267 页；Villiger,《……评注》(见上文脚注 37)，第 431 页，第 22 段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 599-600 页和第 601-602 页，第 84 和第 87 段。

[432] 例如，在国际组织的框架内行动时，见关于 1995 年 9 月 13 日《临时协定》的适用案(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊)，2011 年 12 月 5 日的判决，《2011 年国际法院案例汇编》，第 644 页起，见第 675-676 页，第 99-101 段；Kamto,“国际法中的国家意志”(见上文脚注 154)，第 136 页。

[433] 阿根廷和智利比格尔海峡争端案，1977 年 2 月 18 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第 53-264 页。

[434] 同上，见第 187 页，第 169(a)段。

在同一案件中，仲裁法院认为：

> (如本院业已表明的那样)，仅仅是印制一些地位和价值极其令人怀疑的地图(尽管其确实代表阿根廷的官方观点)不能够排除或阻止智利采取一些行动，显示该国对自身根据 1881 年条约所具有权利的观点——如果阿根廷认为这些行动违反条约的话，仅靠出版地图本身也不能免除阿根廷就智利的行动作出反应的必要性。[435]

(16) 沉默的作用的大小也取决于另一方的嗣后实践所涉及的法律情形以及由此表达的主张。因此，在*喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*中，国际法院认为：

> 其中有些活动——开展公共保健和教育、治安、司法——通常可视为“主权”行为。但是，本院注意到，因喀麦隆在本地区有事先存在的所有权，法律上要作的相关考查是是否有证据显示喀麦隆默认将所有权移交给尼日利亚。[436]

(17) 这一判决表明，在涉及边界划定的条约案中，只有在非常特殊的情况下才要求针对违反边界划定的行为作出反应。在这种情况下，似乎有一种强有力的推定，即沉默或不作为不构成对实践的接受。[437]

(18) 沉默或不作为在确立解释协定方面的相关性的高低，很大程度上取决于具体案件的具体情况。国际性法院和法庭的裁决显示，通过沉默或不作为来接受一方或多方的实践并不能很容易地得到确立。

(19) 例如，国际性法院和法庭不太愿意接受以下观点，即议会程序或国内法庭判决应被视为第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践，条约的其他缔约方即便已通过包括本国外交部门在内的其他渠道注意到这些程序和判决，仍需要对这些程序和判决作出反应。[438]

(20) 此外，即使当一方通过行动就条约解释对另一方(或几方)表达特定立场时，这也不一定要求另外一方或几方作出反应。在*卡西基里/塞杜杜岛案*中，国际法院认为，对于接受各方委任就某一争端事项确定特定事实情况的联合专家委员会的结论，如果一国没有对其作出反应，并不能由此作为依据，认定有关方面已就争端达成协定。[439] 该法院认为，当事方认为专家的工作仅仅是一个准备阶

---

[435] 同上，见第 188 页，第 171 段。

[436] *喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页起，见第 352 页，第 67 段。

[437] 同上，见第 351 页，第 64 段：“但是，本院指出，鉴于本院已经认定，乍得湖的边界已经划定……自然，事实上必须对尼日利亚的任何行动的效力进行评价，评价其作为违法行为的法律后果”；另见*边界争端案*，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页起，见第 586 页，第 63 段；*几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案*(见上文脚注 343)，第 181 页，第 70 段。

[438] *利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案*(见上文脚注 22)，第 650 页，第 48 段；世贸组织上诉机构报告，*欧共体—鸡块案*，WT/DS269/AB/R 和 Corr.1、WT/DS286/AB/R 和 Corr.1, 2005 年 9 月 27 日通过，第 334 段(“仅仅是能够查阅一个公布的判决不能等同于接受”)；另见欧洲联盟法院，2016 年 12 月 21 日的判决，案件编号 C-104/16 P，*欧盟理事会诉波利萨里奥阵线*[2016 年]，欧洲法院 973 号案例报告，第 118 段。

[439] *卡西基里/塞杜杜岛案* (见上文脚注 22)，第 1089-1091 页，第 65-68 段。

段，以便今后在政治层面上另外作出决定。就更一般的情况而言，世贸组织上诉机构认为：

> “在特定情况下，根据当时的具体情形，可以将条约特定缔约方的“没有反应”或沉默理解为接受了条约其他缔约方的实践。某个没有参与有关实践的缔约方主动或被动地知悉其他缔约方的实践(如经过通知或参加某个讨论了有关实践的论坛)而没有对此作出反应时，就可以视为上述的一种情况。[440]

国际海洋法法庭确认了上述办法。该法庭考虑到各国解释《联合国海洋法公约》第五十六、第五十八和第七十三条的实践，称：

> 本庭承认，不仅在西非地区，还有世界其他一些地区，有些国家的国内法对在本国专属经济区捕鱼的外国船只的装载量作出了规定，与几内亚比绍相似。本庭还注意到，对于此类法律并没有明示的反对意见，而且这些法律一般上都得到遵守。[441]

(21) 国内法院的裁决还确认，只有在“相关情况要求做出某些反应”时，方可将缔约方的沉默理解为接受。[442] 这种情况有时体现在特定的合作环境中，如规定了特别密切的合作形式的双边条约。[443] 如果条约设想的合作形式属于国际组织范围之内，而该组织规定不得将缔约方的实践及其沉默用作解释目的，情况则有所不同。[444]

(22) 面对条约某一缔约方的某项嗣后实践保持沉默或不作为，在法律上可能产生重要的意义，不仅可能促成一项潜在的共同协定，还可能导致多项非基于同意的规则发挥作用，如禁止反言规则、排除规则或时效规则。[445]

(23) 第三十一条第三款(a)项和(b)项所指缔约方之间的协定在确立后，将来也可能终止。缔约方可根据第三十一条第三款用另一个具有不同范围或内容的协定加以取代。在这种情况下，新协定自达成之日起取代旧协定成为作准的解释资料，至少在未来具有效力。[446] 但是，不应仅凭推测就认定存在这种情况，因为国家通常不会出于短期考虑因素而改变其对条约的解释。

---

[440] 世贸组织上诉机构报告，欧共体—鸡块案(见上文脚注 438)，第 272 段(脚注略)。

[441] “弗吉尼亚 G 号”商船案(巴拿马/几内亚比绍)，判决，《2014 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 218 段。

[442] 瑞士，联邦法院，1971 年 2 月 17 日的判决，BGE, 第 97 I 卷，第 359 页，见第 370-371 页。

[443] 见美国，最高法院，O’Connor 和 ux 诉美国，479 U.S. 27, 见第 33-35 页；德国，联邦宪法法院，BVerfGE, 第 59 卷，第 63 页起，见第 94-95 页。

[444] 见联合王国，最高法院：一方面是阿桑奇诉瑞典检察机关[2012 年] UKSC 22, 第 68-71 段(Phillips 勋爵)；另一方面是 Bucnys 诉立陶宛司法部[2013 年] UKSC 71, 第 39-43 段(Mance 勋爵)。

[445] 联合国的某些开支(《宪章》第十七条第二项)，1962 年 7 月 20 日的咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页起，见第 182 页(Spender 法官的不同意见)。

[446] Hafner, “嗣后协定和实践……”(见上文脚注 273)，第 118 页；这意味着第三十一条第三款所述协定的解释性效力并不一定追溯到条约生效之日，与 Yasseen 的主张一样，“……对条约进行解释”(见上文脚注 20)，第 47 页。

(24) 缔约国就条约解释达成嗣后协定后，也有可能出现不同意见。但是，这种不同意见通常不能取代前述嗣后协定，因为善意原则使缔约方不能简单地抵赖通过共同解释所产生的合法预期。[447] 另一方面，一个缔约方如果明确表示推翻以前通过共同实践产生的谅解，“确实会在很大程度上削弱此后有关实践的重要性”，但不会削弱以前的共同实践的重要性。[448]

第四部分
具体方面

结论 11
在缔约国大会框架内通过的决定

1. 为本结论草案的目的，缔约国大会指缔约国为了审查或执行条约而举行的会议，但缔约国作为国际组织机关成员行事的情况不在此列。

2. 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和任何可适用的议事规则。根据情况，这种决定可明确或间接地体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，或产生第三十一条第三款(b)项或第三十二条所指的嗣后实践。在缔约国大会框架内通过的决定通常为执行条约提供了非排他性的一系列可行选择。

3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达了缔约国之间就条约的解释达成的实质性协议，则不论决定以何种形式和程序通过，包括经协商一致通过，均构成第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践。

评注

(1) 结论草案 11 述及国家采取的可能达成第三十一条第三款所指嗣后协定或嗣后实践或第三十二条所指嗣后实践的行动的一种具体形式，即在缔约国大会框架内通过的决定。[449]

第 1 段——缔约国大会的定义

(2) 缔约国大会是多边审查和执行条约的持续进程的一种行动方式。[450] 这种大会可粗略地分为两个基本类别。第一，有些大会事实上是国际组织的一个机关，缔约国在大会中以机关成员的身份采取行动(如世界贸易组织、禁止化学武器组

[447] Karl, *Vertrag und spätere Praxis*...(见上文脚注 75)，第 151 页。

[448] 海洋争端案(秘鲁诉智利)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 52 页，第 142 段。

[449] 其他说法包括：“缔约方会议”或“缔约国会议”。

[450] 见 V. Röben,“缔约国大会(会议)”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 605 页；R. R. Churchill 和 G. Ulfstein,“多边环境协定中的自治机构安排：国际法中极少受到注意的一个现象”，《美国国际法期刊》，第 94 卷(2000 年)，第 623-659 页；J. Brunnée,“处理同意问题：多边环境协定下的法律制订”，《莱顿国际法期刊》，第 15 卷(2002 年)，第 1-52 页；A. Wiersema,“新的国际法制订者？多边环境协定的缔约方大会”，《密歇根国际法期刊》，第 31 卷 (2009 年)，第 231-287 页；L. Boisson de Chazournes,“随时间演变的环境条约”，《环境政策和法律》，第 39 卷 (2009 年)，第 293-298 页。

织或国际民用航空组织的缔约方会议)。[451] 此类大会不属于结论草案11的范畴，结论草案 11 不涉及国际组织的和国际组织内的嗣后实践。[452] 第二，其他缔约国大会是就有关条约召集的，这些条约没有规定设立国际组织，而是仅仅规定或允许缔约国较为定期地举行会议，以便开展审查和执行工作。此类审查会议是缔约国就条约进行合作和开展嗣后行动的框架。这两种缔约国大会都可能具有修正和/或调整条约的特定权力。例如，1972 年《生物武器公约》审查会议进程[453]、1968 年《不扩散条约》第八条第 3 款规定的审查会议[454] 和国际环境条约所设立的缔约方大会。[455] 依照《国际捕鲸管制公约》成立的国际捕鲸委员会[456] 是界于上述两个基本类别之间的缔约国大会的一个例子，国际法院在南极捕鲸案的判决中考虑了该委员会的嗣后实践。[457]

(3) 缔约国大会通常由条约设立，因此在某种意义上属于“条约机构”。但是，不应将缔约国大会与由独立专家组成的机构(见结论草案 13)或成员数量有限的机构混为一谈。缔约国大会是向有关条约的全体缔约方开放、较为定期举行的会议。得到普遍加入的条约和成员数量较为有限的条约均可设立缔约国大会。

(4) 为了承认缔约国大会及其运作规则的广泛多样性，第 1 段为本结论草案的目的，对“缔约国大会”这一用语作了宽泛的定义，仅将缔约国作为国际组织机关成员行事的情况排除在外(这是后面另一条结论草案的主题)。因此，该用语也包括有非国家参与缔约的条约的缔约方大会。

第 2 段第一句——决定所具有的法律效力

(5) 第 2 段第一句承认，缔约国大会采取的任何行动的法律意义首先取决于规范缔约国大会的规则，最主要的是组织条约和任何适用的程序规则。缔约国大会开

---

[451] 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(1994 年)(见上文脚注 66)；《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(1993 年)(见上文脚注 164)；《国际民用航空组织公约》(《芝加哥公约》，1944 年)，联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 102 号，第 295 页。

[452] 见下文结论草案 12。

[453] 见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》(1972 年)(见上文脚注 163)，第十一条。按照这个机制，缔约国在审查会议上应“……审查本公约的实施情况，以保证本公约序言的宗旨和各项条款……正在得到实现。此项审查应考虑到任何与本公约有关的科学和技术的新发展”(第十二条)。

[454] 《不扩散核武器条约》(1968 年)，联合国，《条约汇编》，第 729 卷，第 10485 号，第 161 页；第八条第 3 款规定，在条约生效后五年，应举行审查会议，此后，如有此决定，应每隔五年另行召集这种会议，“……审查本条约的实施情况，以保证本条约序言的宗旨和本条约的各项条款正在得到实现”。通过这种决定，缔约国逐条审查《不扩散核武器条约》的实施情况，并就后续行动拟订结论和建议。

[455] 例证包括《联合国气候变化框架公约》(1992 年)(联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号，第 107 页)缔约方会议，作为《联合国气候变化框架公约京都议定书》(《京都议定书》，1997 年)(联合国，《条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号，第 161 页)缔约方会议的《公约》缔约方会议和《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》(《拉姆萨尔公约》，1971 年)(联合国，《条约汇编》，第 996 卷，第 14583 号，第 245 页)缔约方会议。

[456] 人们常称该公约设立了一个国际组织，但该公约并未非常明确地作出这样的规定，而是赋予了国际捕鲸委员会一些特点，这些特点符合本文对缔约国大会的定义。

[457] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 46 段。

展各种行动，包括审查条约的执行情况、审查条约本身，并根据修正程序作出决定。[458]

(6) 缔约国大会的权力可以载于通则或具体条款中或两者兼有。例如，《联合国气候变化框架公约》第七条第 2 款首先做了下面的总体论述，然后阐述了该缔约方会议的十三项具体任务，其中一条涉及审查缔约方在条约下的义务：

> 缔约方会议作为本公约的最高机构，应定期审评本公约和缔约方会议可能通过的任何相关法律文书的履行情况，并应在其职权范围内作出为促进本公约的有效履行所必要的决定。

(7) 不同条约中所载具体条款请缔约方大会提出实施条约具体条款的“准则”[459]或确定条约机制 “相关的原则、方式、规则和指南”。[460]

(8) (广义的)修正程序包括条约主要案文的修正程序(修正结果大多要求缔约国按照组织程序加以批准)以及默认接受和选择退出程序[461]，后两者通常适用于附件，其中载有需定期更新的物质、物种或其他要素清单。[462]

(9) 首先，第 2 段规定，在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于有关条约和任何可适用的议事规则。“主要”一词为辅助规则“除条约另有规定外”(例见 1969 年《维也纳公约》第十六条、第二十条、第二十二条第一款、第二十四条、第七十条第一款和第七十二条第一款)留出了余地。“任何”一词是澄清说明，缔约国大会如有议事规则的话也将适用，因为可能有一些这样的情形，即缔约国大会在没有专门通过的议事规则的情况下运作。[463]

第 2 段第二句——决定可能体现嗣后协定或嗣后实践

(10) 第 2 段第二句承认，缔约国大会的决定可构成 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条所述用于条约解释的嗣后协定或嗣后实践。在缔约国大会框架内通过的决定可履行一个重要职能，即确定缔约国对条约含义的共同理解。

(11) 缔约国大会的决定除其他外，可构成或体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，缔约国通过这些协定来解释基本的条约。例如，《生物武器公约》审

---

458 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》：关于审查职能的第 6 条第 1 款和关于修正的第 10 条之二；《联合国气候变化框架公约》：关于审评权力的第七条第 2 款和关于修正的第十五条；《京都议定书》：关于作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议审评权的第十三条第 4 款和关于修正程序的第二十条；《濒危野生动植物种国际贸易公约》(联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14537 号，第 243 页)，关于缔约国大会的第十一条和关于修正程序的第十七条；《不扩散核武器条约》；世界卫生组织《烟草控制框架公约》(联合国，《条约汇编》，第 2302 卷，第 41032 号，第 166 页)，第 23 条第 5 款(审评权)、第 28 条(修正)和第 33 条(议定书)。

459 世界卫生组织《烟草控制框架公约》第 7 和第 9 条。

460 《京都议定书》关于排放贸易的第十七条提供了一个例子，见 Churchill 和 Ulfstein,“多边环境协定中的自治机构安排……”(上文脚注 450)，第 639 页；J. Brunnée,“重新构建国际法架构？环境框架协定中的同意模式”，载于 R. Wolfrum 和 V. Röben 所编《条约制订方面的国际法发展》(Berlin, Springer, 2005 年)，第 110-115 页。

461 见 J. Brunnée,“条约的修正”，载于 Hollis,《牛津条约指南》(上文脚注 413)，第 354-360 页。

462 同上。

463 例如，《联合国气候变化框架公约》就是这样。

查会议定期就《公约》规定的解释通过“谅解和进一步协议”。这些协议由缔约国在审查会议框架内经协商一致通过，“从条约的所有条款发展出来，解决可能出现的具体问题”。[464] 通过这些谅解，缔约国界定、具体说明或阐述《公约》规定的含义和范围，以此来解释这些规定，此外还会通过关于执行这些规定的准则。《生物武器公约》执行支助股[465] 将“进一步协议”定义为：

(一) 解释、界定或阐述《公约》某一规定的含义或范围的协议；或

(二) 就如何执行某一规定提供指示、准则或建议的协议。[466]

(12) 与此相似，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(《伦敦倾倒公约》)[467] 之下的缔约国大会也通过了多项解释《公约》的决议。海事组织法律事务处应管理机构的请求，就《伦敦倾倒公约》之下缔约国大会的“解释性决议”提出了以下意见：

> 根据《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项，……应在解释条约时考虑缔约方之间的嗣后协定。这一条没有规定载有这种解释的嗣后协定的特定形式。这似乎是说，只要意向是明确的，解释可采取各种形式，包括在缔约方会议上通过的决议，甚至是在缔约方会议简要记录中记录下来的一项决定。[468]

(13) 同样，世界卫生组织(世卫组织)法律顾问在一般意义上指出：

> 缔约方会议是由《烟草控制框架公约》所有缔约方构成的最高机构，其作出的决定无疑是《维也纳公约》第三十一条所述的“当事国嗣后所订关于条约之解释之协定”。[469]

(14) 也有评论者认为缔约国大会的决定能够体现嗣后协定[470]，并指出：

---

[464] 见 P. Millett,“《生物武器公约》：保障二十一世纪的生物安全”，《冲突和安全法期刊》，第 15 卷 (2010 年)，第 25-43 页，见第 33 页。

[465] “执行支助股”由缔约国会议创立，以便为会议提供行政支助，并加强缔约国之间的建立信任措施(见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第六次审查会议最后文件(BWC/CONF.VI/6)，第三部分(决定和建议)，第 5 段)。

[466] 见执行支助股提交的背景资料文件，该文件为《公约》缔约国第七次审查会议编写，题为“以往各次审查会议就《公约》每一条款达成的进一步谅解和协议”(BWC/CONF.VII/INF.5)(后来经过更新，增添了 2012 年日内瓦此次会议达成的谅解和协议)。

[467] 联合国，《条约汇编》，第 1046 卷，第 15749 号，第 120 页。

[468] 议程项目 4(海洋富氧化)，秘书处提交的关于解释性决议决定的程序性规定的材料：海事组织法律事务处的意见，LC 33/J/6 号文件，第 3 段。

[469] 见世界卫生组织《烟草控制框架公约》缔约方会议，烟草制品非法贸易议定书政府间谈判机构，“烟草制品非法贸易议定书主席修订文本和一般性辩论：关于议定书范围的法律意见”，世卫组织法律顾问关于烟草制品非法贸易议定书范围的说明 (FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6)，附件，第 8 段；S. F. Halabi,“世界卫生组织的《烟草控制框架公约》：对缔约方会议所通过的指南的分析”，《格鲁吉亚国际和比较法期刊》，第 39 卷(2010 年)，第 121-183 页。

[470] D. H. Joyner,《解释核不扩散条约》(牛津，牛津大学出版社，2011 年)，第 83 页(关于不扩散条约)；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注 142)，第 213-214 页。

“此类声明本身不具有法律约束力，但可以具有法律上的重要意义，特别是作为条约的作准解释来源。”[471]

(15) 国际法院就《国际捕鲸管制公约》设立的国际捕鲸委员会的作用指出：

《公约》第六条写道，“委员会可不定期地就涉及鲸或捕鲸以及本公约目标和宗旨的任何事项向任何或全体缔约国政府提出建议”。这些建议采取决议的形式，不具有约束力。但是，如果它们经由协商一致或一致投票而获得通过，则对于解释《公约》或其《附录》可能具有相关性。[472]

(16) 以下来自缔约国大会实践的实例支持了这样的主张，即此类大会的决定可能体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定。

(17) 《生物武器公约》第一条第一款规定，缔约国承诺在任何情况下决不发展、生产、储存或以其他方法取得或保有：

凡类型和数量不属于预防、保护或其他和平用途所正当需要的微生物剂或其他生物剂或毒素，不论其来源或生产方法如何。

(18) 缔约国在第三次审查会议(1991 年)上明确指出，上述条款规定的禁令涉及“对植物和动物以及人类有害的微生物剂或其他生物剂或毒素”。[473]

(19) 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》[474] 第 4 条第 9 款引发了关于“非本议定书缔约国的国家”定义的一场辩论。根据第 4 条第 9 款：

为本条的目的，“非本议定书缔约方的国家”一词，以任何特定的控制物质而言，应包括尚未同意受当时对该物质生效的控制措施约束的每一国家或区域经济一体化组织。

(20) 关于氢氟氯化碳，《蒙特利尔议定书》两项相关修正[475] 规定的义务引发了一个问题，即一国是否必须没有加入这两项修正案，才能成为“非本议定书缔约方的国家”。缔约方会议决定：

[471] B. M. Carnahan,“条约审查会议”，《美国国际法期刊》，第 81 卷 (1987 年)，第 226-230 页，见第 229 页。

[472] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 46 段。

[473] 《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第三次审查会议最后宣言，1991 年 9 月 9 日至 27 日，日内瓦(BWC/CONF.III/23, 第二部分)。

[474] 联合国，《条约汇编》，第 1522 卷，第 26369 号，第 3 页。

[475] 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书哥本哈根修正案》(1992 年)，联合国，《条约汇编》，第 1785 卷，第 26369 号，第 517 页；以及《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书北京修正案》(1999 年)，同上，第 2173 卷，第 26369 号，第 183 页。

“非本议定书缔约方的国家一语包括所有尚未同意受《哥本哈根修正》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织。[476]

(21) 默认接受程序导致的行为[477] 本身虽然不是第三十一条第三款(a)项所指缔约方的嗣后协定，但它们除了条约规定的主要效力外，在有些情况下可以暗示存在这样一种嗣后协定。有一个例子涉及《伦敦倾倒公约》缔约方会议的某些决定。在 1993 年举行的第十六次会议上，缔约方磋商会议以《公约》规定的默认接受程序通过了对附件一的三项修正。[478] 这样的话，这些修正并非嗣后协定。但是，它们确实包含了对基本条约本身的广泛的解释。[479] 有关修正提到并立足于一项三年前举行的磋商会议所通过的决议，其中确立了缔约方的以下协定：“《伦敦倾倒公约》是处理向通过海洋进入的海床下处置库倾倒低放射性废物问题的适当机构。”[480] 该决议被称为“实际扩展了《公约》下‘倾倒’的定义，决定该词涵盖从海上而不是通过管道从陆地向海床中或海床下倾倒废物的做法”。[481] 如此，有关修正证实，该项解释性决议包含了一项关于条约解释的嗣后协定。

(22) 《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》[482] 第 17 条第 5 款规定，“修正……应于保存人接得至少四分之三接受[修正]的缔约国的批准、核准、正式确认或接受文书之后第九十天……开始生效”。缔约方会议参考印度尼

[476] 详见第 XV/3 号决定：1999 年《北京修正》缔约方依照《蒙特利尔议定书》第 4 条针对氢氟氯化碳承担的义务；定义本身如下：“…… (a) 第 4 条第 9 款中的“非本议定书缔约方的国家”一语于 2016 年 1 月 1 日之前不适用于那些按《议定书》第 5 条第 1 款行事的缔约方，届时依照《哥本哈根修正》和《北京修正》的相关规定，氢氟氯化碳的生产和消费控制措施将开始对这些按《议定书》第 5 条第 1 款行事的国家生效；(b)“非本议定书缔约方的国家”一语包括所有尚未同意受《哥本哈根修正》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织；(c) 但同时还认识到，鉴于在采用对“非本议定书缔约方的国家”一语的上述解释时在时间上涉及的实际困难，决定只要所涉国家已于 2004 年 3 月 31 日之前采取了下列各项措施，则以上第 1(b)段便将不对之适用：(i) 通知秘书处它打算尽快批准、加入或接受《北京修正》；(ii) 提供证明，确认它已完全遵守经《哥本哈根修正》修正的《议定书》第 2 条、第 2A-2G 条和第 4 条的相关规定；(iii) 向秘书处提交了第(i)和(ii)项中所述数据，并计划于 2005 年 3 月 31 日予以增订；如系此种情形，则在缔约方第十七次会议结束之前便可暂不把此种国家归入“非本议定书缔约方的国家”的定义范围；(《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》缔约方第十五次会议报告 (UNEP/OzL.Pro.15/9)，第十八章，A 节，第 XV/3 号决定，第 1 段)。

[477] 见上文本评注第(8)段。

[478] 见缔约方伦敦第十六次磋商会议，LC.49(16)号、LC.50(16)号和 LC.51(16)号决议(联合国，《条约汇编》，第 1775 卷，第 15749 号，第 395 页)。首先，会议决定在 1995 年 12 月 31 日以前修正逐步停止倾倒工业废物的规定；其次，禁止向海洋倾倒工业废物和下水管道废弃物的焚化物。最后，决定取代附件一第 6 段，禁止倾倒放射性垃圾或其他放射性物质(见“向海洋倾倒：1972 年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(《伦敦公约》)的发展”，《聚焦海事组织》(1997 年 7 月)，第 11 页)。

[479] 有人主张，对《伦敦倾倒公约》附件一的这些修正“是公约的重大变化”(见 Churchill 和 Ulfstein,“多边环境协定中的自治机构安排……”(上文脚注 450)，第 638 页)。

[480] 海事组织，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》第十三次缔约方磋商会议报告，LDC 13/15，附件 7, LDC.41 (13)号决议，第 1 段。

[481] Churchill 和 Ulfstein,“多边环境协定中的自治机构安排……”(见上文脚注 450)，第 641 页。

[482] 联合国，《条约汇编》，第 1673 卷，第 28911 号，第 57 页。

西亚—瑞士的一项倡议，决定澄清要求修正得到四分之三缔约方接受的规定，商定：

> 在不影响任何其他多边环境协定的前提下，《巴塞尔公约》第 17 条第 5 款的含义应被解释为指修正只有得到其通过时四分之三的缔约方接受才能生效，同时指出对第 17 条第 5 款的这一解释不要求任何缔约方批准《关于禁令的修正》。[483]

缔约方以协商一致方式通过了这项关于第 17 条第 5 款的解释的决定，当时许多缔约国强调指出，任何公约的缔约国大会是“关于公约解释的最高机构”。[484] 虽然这意味着此项决定体现了第三十一条第三款(a)项所指的缔约方嗣后协定，但在作出这一决定前也进行了辩论，即是否必须对《公约》作出正式修正才能达成这一结果。[485] 还应指出，日本代表团要求将这一立场写入会议报告，称该国“在解释《公约》关于修正生效的规定的问题上，支持按照保存人联合国法律事务厅的法律咨询意见所述，采取现时办法[486]，并且仅在此次具体情况下接受关于印度尼西亚—瑞士国家牵头倡议的决定中阐述的定时办法。”[487]

(23) 前述例子表明，缔约国大会的决定可能在特定情形下体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定。这些决定也可能产生第三十一条第三款(b)项下所述的嗣后实践，如果不反映缔约方的协定，也可能产生第三十二条所指的其他嗣后实践。一项缔约国大会决定到底具有哪种性质，必须始终予以仔细确定。为此目的，应结合缔约国大会决定的总体案文、其目的和宗旨及适用方式来考虑所选择用语的特定性和明确性。缔约方通常不希望此类决定具有任何特定的法律意义。

第 2 段第三句——决定可能提供一系列可行的选择

(24) 结论草案 11 第 2 段最后一句提醒解释者，缔约国大会通过的决定通常为执行条约提供一系列可行的选择。这些决定即便是缔约国协商一致通过的，也不一定体现用于条约解释目的的嗣后协定或嗣后实践。事实上，缔约国大会常常并不以解决或处理条约解释问题为明确目的。

(25) 世卫组织《烟草控制框架公约》缔约国大会的决定就是一例。该公约第 9 和第 10 条分别涉及烟草制品成分的管制和对于披露此类制品成分信息的管制。缔约国承认实施此类措施需要大量的财政资源，故而在执行第 9 和第 10 条的“实际考虑”的标题下商定了“缔约国可考虑使用的一些选择”，如：

---

[483] 见《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》缔约方会议第十次会议报告(2011 年 10 月 17 日至 21 日，哥伦比亚卡塔赫纳)，UNEP/CHW.10/28, 附件一，BC-10/3 号决定(印度尼西亚— 瑞士国家牵头提高《巴塞尔公约》效力的倡议)，第 2 段。

[484] 同上，第三章 A 节，第 65 段。

[485] 见 G. Handl,“缔约方会议和其他有政治授权的机构的‘国际法律制订’”，载于 Wolfrum 和 Röben,《国际法在条约形成方面的进展》(上文脚注 460)，第 127-143 页，见第 132 页。

[486] 联合国法律顾问所赞成的“现时办法”规定，“当条约对此事项未作规定或比较模糊时，秘书长的实践是以交存每份修正接受文书时条约缔约方的数目来计算接受国的数目。”见联合国法律事务厅 2004 年 3 月 8 日备忘录摘要，可查阅 www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx。

[487] 《巴塞尔公约》缔约方会议报告……(见上文脚注 483)，第 68 段(强调是后加的)。

(a) 指定的烟草税；

(b) 烟草生产和/或进口许可费；

(c) 烟草产品登记费；

(d) 烟草批发商和/或零售商许可证制度；

(e) 对烟草行业和零售商征收的违规罚款；和

(f) 每年的烟草管理费(烟草业和零售商)。[488]

该决定提供了执行《公约》第 9 和第 10 条的一系列并非详尽无遗的可行选择。但是，缔约方据此默示商定，所述的“选择”是与《公约》相符的。

整个第 2 段

(26) 因此，缔约国大会的决定可以具有不同的法律效力。此类决定无意成为关于条约解释的声明，因而其本身往往并不为体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定。在另外一些案例中，缔约方足够明确地指出，缔约国大会的决定体现了缔约方就条约解释达成的协定。这些决定还可能产生一种效力，使缔约方根据条约规定承担合作的法律责任，“因此缔约国应适当考虑”这种决定。[489] 无论是何种情况，都不能简单地认为，由于条约没有赋予缔约国大会作出有法律约束力的决定的职能，其决定就一定不具有法律意义，只能构成政治承诺。[490]

(27) 归根结底，缔约国大会决定的效力取决于每个具体案例的具体情况，对这些决定也需要加以正确的解释。缔约国是否一致或无人质疑地按照缔约国大会决定的解释来适用条约，可能是相关的考虑因素之一。如果在缔约国大会作出决定之后仍然出现做法不一致的情况，则可能说明各国并没有认为有关决定属于第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定。[491] 但是，不构成第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所指嗣后实践的那些缔约国大会的决定仍有可能构成第三十二条所述的补充的解释资料。[492]

第 3 段——关于条约解释的协定

(28) 第 3 段列出了一项原则，即第三十一条第三款所述所有缔约方关于条约解释的协定必须涉及条约的内容。因此，重点在于缔约国大会的决定所体现的协定的内容，而非达成这一决定的形式或程序。源自缔约国大会的行为可能具有不同

[488] 执行世卫组织《烟草控制框架公约》第 9 条和第 10 条的部分指南(《管制烟草制品成分和管制烟草制品披露)，FCTC/COP4(10)，附件，世卫组织《烟草控制框架公约》第四届缔约方会议通过(2010 年 11 月 15 日至 20 日，乌拉圭埃斯特角)，载于 FCTC/COP/4/DIV/6, 第 39 页。

[489] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 257 页，第 83 段。

[490] 同上，第 248 页，第 46 段。

[491] 见上文结论草案 10 评注，第(23)-(24)段。

[492] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起(专案法官 Charlesworth 的个别意见，见第 454 页，第 4 段：“我注意到，[国际捕鲸委员会]投票通过的决议具有一定的后果，但不属于《维也纳公约》第三十一条第三款的规定范围”)。

的形式和名称，并且可能由不同的程序产生。缔约国大会甚至可能在没有正式通过的议事规则的情况下开展工作。[493] 缔约国大会的决定如果是全体缔约方一致投票得出的，则可能明确体现第三十一条第三款(a)项所指的“嗣后协定”，前提是这是一项“关于条约之解释”的决定。

(29) 但是，缔约国大会有关审查和执行职能的决定通常会以协商一致的方式通过。这种做法源于议事规则，议事规则通常要求缔约国尽一切努力就实质性事项达成协商一致。早期的一个例子见《生物武器公约》缔约方会议审查会议的议事规则。规则 28 第 2 段规定：

> 审查会议的任务是审查《公约》的实施情况，以期确保《公约》序言和条款的宗旨得到实现。因此，为加强《公约》的效力，应尽一切努力以协商一致的办法就实质性事项达成一致意见。除非为取得协商一致已经用尽一切努力，否则不应在这种事项上采取投票的办法。[494]

这种表述业已成为关于缔约国大会实质性决策程序的标准表述，各种表述只有细微的差异。

(30) 为解决对于以协商一致方式通过决定的关切，在第 3 段的中间加入了“包括经协商一致通过”一语，以消除一种观念，即通过协商一致通过的决定必然等同于实质性的一致意见。事实上，协商一致这一概念并不必然表明就实质事项达成任何程度上的协定。按照联合国秘书处法律事务厅依照联合国大会 2006 年 9 月 8 日第 60/286 号决议发布的“关于某些程序性问题的评论”：[495]

> 协商一致通常被理解为一个决策进程，以没有正式反对意见也不通过正式投票的方式作出决定。但是，协商一致并不一定反映实质性事项上意见的“完全统一”。协商一致是用来说明一种做法，即为取得总体一致意见而尽一切努力，并且没有代表团明确反对所记录下来的协商一致意见。[496]

(31) 因此，以协商一致通过并非第三十一条第三款(a)项或(b)项所指协定的充分条件。缔约国大会议事规则通常并不表明决议作为第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所指嗣后实践的可能的法律效力。这种议事

---

493 《联合国气候变化框架公约》缔约方会议暂时适用缔约方会议及其附属机构议事规则草案(FCCC/CP/1996/2)，但不包括“投票”章节中的规则草案 42，因为缔约方迄今为止尚未就其中列出的两种投票替代办法之一达成协定，见缔约方会议第一届会议报告(1995 年 3 月 28 日至 4 月 7 日) (FCCC/CP/1995/7)，第 8 页，第 10 段；缔约方会议第十九届会议报告(2013 年 11 月 11 日至 23 日) (FCCC/CP/2013/10)，第 6 页，第 4 段；同样，《生物多样性公约》(1992 年，联合国，《条约汇编》，第 1760 卷，第 30619 号，第 79 页)缔约方会议没有通过议事规则中的规则 40 的第 1 段(投票)，“原因是各缔约方对就实质性问题作出决定所需的多数尚未达成协商一致意见”，见《生物多样性公约》缔约方会议第十一次会议报告(2012 年 10 月 8 日至 19 日) (UNEP/CBD/COP/11/35)，第 65 段。

494 见 1980 年 3 月 3 日至 21 日在日内瓦举行的《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国审查会议临时议事规则中规则 28 第 2 段(BWC/CONF.I/2)。

495 见大会 2006 年 9 月 8 日关于振兴大会的第 60/286 号决议，该决议请秘书处法律事务厅“提供有关本组织政府间机构规则和做法的先例和实践，供公众查询”(附件，第 24 段)。

496 见“联合国实践中的协商一致：概论”，秘书处编写的文件，可查阅 http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf；另见 R. Wolfrum 和 J. Pichon,“协商一致”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 3-4 段和第 24 段。

规则只能决定缔约国大会应如何通过其决定，而不能确定这些决定作为第三十一条第三款所指嗣后协定可能具有的法律效力。尽管第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定本身并不需要具备约束力，但 1969 年《维也纳公约》规定，这种嗣后协定可以具有第三十一条下的法律效力，前提是缔约方必须就条约解释达成了实质性协定。国际法院已经确认，在这种情况下，应注意集体性决定这一形式与实质性协定之间的区别。[497]

(32) 有些决定虽然是经协商一致通过的，但不能作为第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，尤其是在有一个或多个缔约方反对这种协商一致的情况下。

(33) 例如，《生物多样性公约》缔约国大会在 2002 年举行的第六次会议上着手拟订了《关于对生态系统、生境或物种构成威胁的外来物种的预防、引进和减轻其影响问题的指导原则》。[498] 几次争取达成一致意见未果后，缔约国大会主席建议通过决定，在会议最后报告中记录澳大利亚提出的保留。但是，澳大利亚的代表重申，无法接受指导原则，“因此坚持其正式的反对意见”。[499] 主席宣布辩论结束，并“根据既定做法”，宣布该项决定未经投票获得通过，并澄清说将把持异议的国家的反对意见反映在会议最后报告中。在决定得到通过后，澳大利亚重申其观点，即协商一致是指在没有正式反对意见的情况下通过文件，并对通过该决定草案的合法性表示关切。因此，第 VI/23 号决定的一个脚注指出“有一名代表在本决定通过过程中提出了正式反对意见，并强调指出，他并不认为缔约方大会可以合法地在有正式反对意见的情况通过一项动议或案文”。[500]

(34) 在这种情况下，《生物多样性公约》执行秘书请联合国法律顾问提供法律意见。[501] 法律顾问的意见[502] 表达了这样一种观点，即一个缔约方可以“不参与文件的实质或案文[，]表示其加入协商一致并不等于接受文件部分内容的实质或案文[，]和/或对该国政府关于文件……实质或案文的立场提出任何其他限制”。[503] 因此显然，即便有一个或多个缔约国反对决定的实质内容，决定仍然可能经协商一致通过。

(35) 在《生物多样性公约》下作出的决定和 2010 年《〈气候变化公约〉京都议定书》缔约方会议在坎昆达成的一项类似决定(尽管有玻利维亚的反对意

[497] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 257 页，第 83 段。

[498] 见《生物多样性公约》缔约方大会第六次会议报告(UNEP/CBD/COP/6/20)，附件一，第 VI/23 号决定。

[499] 同上，第 313 段。

[500] 同上，第 318 段；讨论情况见第 294-324 段。

[501] 存于《生物多样性公约》秘书处，SCBD/SEL/DBO/30219 号文件(2002 年 6 月 6 日)。

[502] 2002 年 6 月 17 日的信函，通过传真发送。

[503] 同上。

见)，[504] 提出了“协商一致”是指什么的重要问题。[505] 但是，对于不属于本专题讨论范围的这个问题，必须将其与条约全体缔约方是否就第三十一条第三款(a)项和(b)项所述条约解释的事项达成实质性一致意见的问题区分开来。凡是不体现缔约国大会全体缔约方就实质问题达成一致意见的决定，不能作为第三十一条第三款所指的协定，但也许可以成为第三十二条所指“其他嗣后实践”的一种形式(见结论草案 4 第 3 段)。

(36) 另一个不同的问题是，缔约国大会的决定如果符合条件，属于第三十一条第三款下所指的协定，那么具有什么样的法律效力？2011 年，海事组织法律事务处被要求“向理事机构[……]提供询意见，以说明就某项解释性决议作出决定的程序性要求，具体而言，是要说明作出这样的决定是否需要协商一致”。[506] 法律处在答复中确认缔约国大会的决议原则上可以构成第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，同时告知理事机构，即便缔约方大会经协商一致通过一项决定，也不意味着有关决定对全体缔约方有约束力。[507]

(37) 尽管海事组织法律处的意见源自一个错误的假设，即第三十一条第三款(a)项所指“嗣后协定”仅在“作为一项条约或其修正案”时有约束力[508]，但法律处得出的结论是正确的：即缔约国大会协商一致的决定即便体现了关于解释的实质性协定，也不(必然)对全体缔约方有约束力。[509] 相反，正如委员会指出的那样，第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定只是在解释过程中可以考虑的不同的解释资料中的一项。[510]

(38) 因此，缔约国大会的解释性决议即便本身不具有约束力，仍可成为第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践，条件是有充分的情况表明这是缔约方在通过决定时的意向，或缔约方的嗣后实践确立了一项关于条约解释的协定。[511] 对于第三十一条第三款(a)和(b)项下的这种解释性决议，解释者应予以适当的权重，但不一定要将之视为有法律约束力的文件。[512]

---

[504] 见 2010 年 11 月 29 日至 12 月 10 日在坎昆举行的作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议第六届会议报告(FCCC/KP/CMP/2010/12 和 Add.1)，第 1/CMP.6 号决定(坎昆协议：附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组第十五届会议的工作结果)和第 2/CMP.6 号决定(坎昆协议：土地利用、土地利用的变化和林业)；以及作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议纪要，第 29 段。

[505] 见诺尔特，“……国家嗣后协定和嗣后实践”(上文脚注 62)，第 372-377 页。

[506] 海事组织，闭会期间海洋肥化问题工作组第 3 次会议报告(LC 33/4)，第 4.15.2 段。

[507] 海事组织，LC 33/J/6 号文件 (见上文脚注 468)，第 3 段。

[508] 同上，第 8 段。

[509] 见上文结论草案 10 评注，第(9)-(11)段。

[510] 上文结论草案 3 评注，第(4)段。

[511] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页，Greenwood 法官的个别意见，见第 407-408 页，第 6 段，和专案法官 Charlesworth 的个别意见，见第 453-454 页，第 4 段。

[512] 见上文结论草案 3 评注，第(4)段。

结论 12
国际组织的组成文书

1. 第三十一条和第三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约。因此，第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践是这类条约的解释资料，第三十二条所指的嗣后实践可以作为这类条约的解释资料。

2. 第三十一条第三款所指的缔约方嗣后协定和嗣后实践或第三十二条所指的嗣后实践可以出自国际组织适用其组成文书的实践，或体现在这类实践中。

3. 在适用第三十一和第三十二条时，国际组织适用其组成文书的实践可以有助于解释该文书。

4. 第 1 至 3 段适用于对作为国际组织组成文书的任何条约的解释，但不妨碍该组织的任何有关规则。

评注

一般方面

(1) 结论草案 12 涉及一种特定的条约，即国际组织的组成文书，以及根据 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条解释此类条约时应该或可以考虑嗣后协定和嗣后实践的方式。

(2) 1969 年《维也纳公约》第五条专门针对国际组织的组成文书，该条规定：

> “本公约适用于为一国际组织组织约章之任何条约及在一国际组织内议定之任何条约，但对该组织任何有关规则并无妨碍。”[513]

(3) 第五条所述国际组织的组成文书同其他条约一样，属于国际协定，“不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内”(第二条第一款(a)项)。此类条约所包含的规定是组成文书的一部分。[514]

(4) 一般来说，第五条通过规定 1969 年《维也纳公约》适用于国际组织组成文书而不妨碍该组织相关规则，[515] 遵循了《公约》的一般原则，即“除条约另有规定外”，缔约国间的条约应遵循《公约》所载的规则。[516]

---

[513] 另见 1986 年《维也纳公约》第 5 条的平行条款。

[514] 1969 年《维也纳公约》第二十条第三款规定，条约是一国际组织的组成文书时，保留须经该组织主管机关接受。《关于对条约的保留的第十二次报告》，《2007 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/584 号文件，第 75-77 段；S. Rosenne,《1945-1986 年条约法发展情况》(剑桥，剑桥大学出版社，1989 年)，第 204 页。

[515] 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 191 页(第四条草案)；K. Schmalenbach,“第五条”，载于 Dörr 和 K. Schmalenbach,《〈维也纳条约法公约〉……》(见上文脚注 61)，第 89 页，第 1 段。

[516] 例如，见 1969 年《维也纳公约》第十六条，第十九条(a)项和(b)项，第二十条第一款、第三款至第五款，第二十二条，第二十四条第三款，第二十五条第二款，第四十四条第一款，第五十五条，第五十八条第二款，第七十条第一款，第七十二条第一款，第七十七条第一款。

(5) 结论草案 12 仅涉及国际组织组成文书的解释。因此本条结论不完全涵盖嗣后协定和嗣后实践对国际组织条约解释作用的所有方面。特别是，本条结论不适用于解释国际组织内部通过的条约，也不适用于解释国际组织缔结的本身不属于国际组织组成文书的条约。[517] 此外，结论草案 12 不适用于解释国际组织机关的决定本身，[518] 包括不适用于解释各国际性法院的裁决，[519] 也不适用于解释法院或法庭“明确一贯的判例”[520] (“一贯判例”)的效果。[521] 最后，本条结论没有专门述及由独立专家组成的条约监督机构的声明的有关问题。此类问题由结论草案 13 论述。

第 1 段——第三十一条和第三十二条的适用性

(6) 结论草案 12 第 1 段第一句确认 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约。[522] 国际法院在其关于*国家在武装冲突中使用核武器的合法性*的咨询意见中已确认这一点：

> “从形式上看，国际组织组成文书是多边条约，而公认的条约解释规则适用于多边条约。”[523]

(7) 关于《联合国宪章》，该法院认为：

> 本院曾多次不得不解释《联合国宪章》，在这些场合下，本院一直遵循一般适用于条约解释的原则和规则，因为本院确认《宪章》是一项多边条约，尽管是一项具有某些特殊特征的条约。[524]

---

[517] 后一类由 1986 年《维也纳公约》规定(A/CONF.129/15)。

[518] *科索沃单方面宣布独立是否符合国际法*，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编》，第 403 页起，见第 442 页，第 94 段(“……尽管《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条所载关于条约解释的规则可作为指引，但安全理事会决议同条约有所区别，因此在解释安全理事会决议时还需考虑其他因素”)；另见 H. Thirlway,“1960-1989 年国际法院的法律和程序，第八部分”，《1996 年英国国际法年鉴》，第 67 卷，第 1 页起，见第 29 页；M.C. Wood,“安全理事会决议的解释”，《马克斯·普朗克联合国法律年鉴》，第 2 卷(1998 年)，第 73 页起，见第 85 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 128 页。

[519] *“请求解释 1962 年 6 月 15 日对柏威夏寺(柬埔寨诉泰国)案所作判决”*，判决，《2013 年国际法院案例汇编》，第 281 页起，见第 307 页，第 75 段(“法院的判决不能等同于一项条约。按 1969 年《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项所述的原则，条约这种文书的约束力和内容源自缔约国的同意，其解释可能受到缔约国嗣后行为的影响”)。

[520] *见女王代表 Alconbury 发展有限公司等诉环境、运输和地区事务大臣*[2001] UKHL 23；*女王代表 Ullah (受法律援助) (申诉人)诉特别审裁官(应诉人)暨 Do (受法律援助)) (申诉人)诉内政大臣(应诉人)*[2004] UKHL 26[20] (康希尔勋爵 Bingham)；*女王(应动物保护国际的申请)诉文化、媒体和体育大臣*[2008] UKHL 15。

[521] 特别是如《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所述，此类判例可用作确定法律原则的资料。

[522] Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 281-282 页。

[523] *国家在武装冲突中使用核武器的合法性*，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 74 页，第 19 段。

[524] *联合国的某些开支(《宪章》第十七条第二项)*，咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页起，见第 157 页。

(8) 同时，第五条表明并且各国际性法院的判决也确认的是，国际组织组成文书也是一种特定类型的条约，可能需要以特别的方式加以解释。因此，国际法院表示：

> 但国际组织的组成文书也是特定类型的条约；其目的是组建具有一定自主权的新的法律主体，该法律主体受各缔约方的委托负责实现共同的目标。此类条约由于除其他外同时具有公约性和创设性特征，会引起具体的解释问题；所设组织的性质、创设者赋予的目标、与有效行使其职能相关的规则、以及其自身实践，这些都是在需要解释组成条约时值得特别重视的要素。[525]

(9) 结论草案 12 第 1 段第二句更具体地说明了第三十一条和第三十二条涉及用嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的一些要素，并确认第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践属于国际组织组成文书的解释资料，第三十二条所指的其他嗣后实践则有可能成为国际组织组成文书的解释资料。

(10) 国际法院确认第三十一条第三款(b)项适用于国际组织组成文书。该法院在关于*国家在武装冲突中使用核武器的合法性*的咨询意见中，首先表示国际组织组成文书是一种特定类型的条约，然后谈到对世卫组织《组织法》的解释：

> 按照 1969 年《维也纳条约法公约》第三十一条表述的习惯解释规则，条约的条款必须“按其上下文并参照条约之目的及宗旨”来解释，而且应“与上下文一并考虑者尚有：
>
> ……
>
> “(b) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何实践”。[526]

该法院援引其自身判例中把第三十一条第三款(b)项所述嗣后实践作为解释资料的各种先例，然后宣布第三十一条第三款(b)项：

> 将在本案中同样适用，以便裁定根据世卫组织《组织法》，本院要作出答复的问题是否属于该组织“活动范畴内”产生的问题。[527]

(11) *喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*是一个涉及国际组织组成文书解释的案件，国际法院在对该案的裁决中再次强调各缔约方的嗣后实践。[528] 该法院指出“成员国还将条约案文中原本没有规定的某些任务委托给了该委员会”，[529] 由此得出结论：

---

[525] *国家在武装冲突中使用核武器的合法性*，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 75 页，第 19 段。

[526] 同上。

[527] 同上。

[528] 见《乍得湖流域开发公约和规约》(《1964 年拉密堡条约》)第十七条，《海德堡国际法期刊》，第 34 卷 (1974 年)，见第 80 页；一般参考：P.H. Sand,“国际水法在乍得湖流域的发展”，同上，第 52-76 页。

[529] *喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案*，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 305 页，第 65 段。

从上文第 64 段和第 65 段所分析的条约案文和[缔约方]实践看，乍得湖流域委员会是一个在特定地域范围内行使权力的国际组织；然而，该委员会的宗旨不包括在区域一级解决维护国际和平与安全方面的问题，因此不属于《宪章》第八章适用的范畴。[530]

(12) 第三十一条第三款(a)项也适用于国际组织的组成条约。[531] 但是，成员国之间关于国际组织组成文书解释问题的单独嗣后协定很少见。此类文书产生解释问题时，缔约方通常在该组织的全体机关框架内以成员身份行事。如果需要对条约进行修改、修订或补充，成员国或者会使用条约中规定的修订程序进行修订，或者会另外订立一个条约，通常是议定书。[532] 但是，缔约方在相关组织的全体机关内开会时也有可能以缔约方身份行事。在 1995 年：

[欧洲联盟]15 个成员国的政府已经达成共同协定，认为这项决定是对《条约》有关条款已经商定的最终解释。[533]

也就是说：

欧洲货币的名称定为欧元。……将使用欧元这个具体名称，而不是《条约》中用来指称欧洲货币单位的通用术语“ecu”。[534]

欧洲联盟“内开会的成员国”作出的这一决定在文献里被视为第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定。[535]

(13) 有时很难确定在国际组织全体机关“内开会的成员国”是打算像通常那样以该机关成员的身份行事，还是以该组织组成文书缔约国的身份行事。[536] 欧洲联盟法院在面对这个问题时首先考察了所涉行动的措辞：

该条款的措辞明确显示，如果成员国的代表不是以理事会成员的身份而是以其政府代表的身份行事，以此方式集体行使成员国的权力，则此等行动不受法院的司法审查。[537]

但该法院后来还是认为，在确定所涉决定是机关的决定还是成员国本身作为条约缔约方的决定时，“[决定]的内容及其通过时的全部情形”具有决定性的意义：

---

[530] 同上，见第 306-307 页，第 67 段。

[531] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页；另见下文脚注 558 和随附文本。

[532] 见 1969 年《维也纳公约》第三十九至第四十一条。

[533] 见欧洲理事会马德里会议，主席的结论，《欧洲联盟公报》，第 12 号(1995 年)，第 9 页起，见第 10 页，第 I.A.I 节)。

[534] 同上。

[535] 见 Aust,《现代条约法和实践》(上文脚注 142)，第 215 页；Hafner,“嗣后协定和实践……”(见上文上文脚注 273)，第 109-110 页。

[536] P.C.G. Kapteyn 和 P. VerLoren van Themaat，《欧洲共同体法律导论》，第三版，L.W. Gormley 编 (伦敦，威科法律国际，1998 年)，第 340-343 页。

[537] C-181/91 和 C-248/91 号案，议会诉理事会和委员会[1993 年]，欧洲法院 I-3713 号案例报告，第 12 段。

因此，将一项行动说成是“成员国的决定”，不足以将其排除在《条约》第 173 条所规定的审查之外。为了将一项决定排除在审查范围外，仍须参考该决定的内容及其通过时的全部情形，确定所涉行动是否确实不属于理事会的决定。[538]

(14) 除了第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的确立全体缔约方协定的嗣后协定和嗣后实践之外，第三十二条所指的一个或多个缔约方在适用国际组织组成文书时的嗣后实践也可能与该条约的解释相关。[539] 例如，国际组织组成文书有时像其他多边条约一样，是通过嗣后双边或区域协定或实践执行的。此类双边条约本身并不是第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，单纯是因为这种条约只是在多边组成文书的一部分缔约方之间缔结的。但是，这些条约可能默示了缔约方关于组成文书本身的解释的主张，有可能成为第三十二条所指的补充解释资料。

第 2 段——“出自”或“体现在”一国际组织实践中的缔约国嗣后协定和嗣后实践

(15) 结论草案 12 第 2 段强调了第三十一条第三款和第三十二条所指的缔约国嗣后协定和嗣后实践可能产生或被体现的一种具体方式。缔约国的嗣后协定和嗣后实践可“出自”其对国际组织适用组成文书的实践的反应。或者，该组成协定的缔约国的嗣后协定和嗣后实践可被“体现在”国际组织适用其组成文书的实践中。“出自”是指产生和发展出缔约国嗣后协定和嗣后实践的情形，而“体现在”则是指反映和表达这种协定和实践的情形。国际组织的实践或出自国际组织的实践都可能与该组织组成文书缔约国的嗣后协定或嗣后实践的识别有关(见结论草案 4)。[540]

(16) 国际法院在其关于*国家在武装冲突中使用核武器的合法性*的咨询意见中确认，国际组织的实践有可能反映成员国作为条约缔约国本身的协定或实践，但认为该案中的实践并不“体现或等同于”第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践：

> 使用核武器的合法性问题在世卫组织被提出来后，第 WHA46.40 号决议立即就在不无反对的情况下得到了通过。该决议独立来看，不能被认为体现或等同于以下实践，即在该组织各成员之间确立了解释《组织法》的协定，认为《组织法》赋予该组织处理使用核武器合法性问题的权力。[541]

[538] 同上，第 14 段。

[539] 见上文结论草案 2 第 4 段和结论草案 4 第 3 段，及分别见结论草案 2 评注第(10)段和结论草案 4 评注第(23)-(37)段。

[540] R. Higgins,“联合国政治机关发展国际法的情况”，《美国国际法学会第 59 次年度会议纪要》(华盛顿特区，1965 年 4 月 22 日至 24 日)，第 116-124 页，见第 119 页；国际组织的实践还可能本身就是第 3 段所称的一种解释资料(见下文第(25)-(35)段)。

[541] *国家在武装冲突中使用核武器的合法性*，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 81 页，第 27 段。

(17) 在该案中，国际法院在考虑国际组织决议对解释其组成文书的相关性时，首先考虑了该决议是否体现或等同于第三十一条第三款(b)项所指的“确立该组织成员间协定的实践”。[542]

(18) 同样，世贸组织上诉机构也概括指出：

> 根据《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项的案文，我们认为，成员国通过的决定可能有资格成为用于解释相关协定或适用协定条款的“当事国之间的嗣后协定”，条件是：(一) 在时间上，该决定是在相关协定之后通过的；和(二) 该决定的规定和内容体现了成员国之间对解释或适用世贸组织法律条款达成的协定。[543]

(19) 关于在什么条件下全体机关的决定才可被视为第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，世贸组织上诉机构认为：

> 263. 关于第一项要素，我们注意到《多哈部长级会议决定》是 2001 年 11 月 14 日在世贸组织第四次部长级会议上以协商一致方式通过的。……关于第二项要素，所需回答的关键问题是：《多哈部长级会议决定》第 5.2 段是否表明成员国之间对《技术性贸易壁垒协定》第 2.12 条中“合理间隔”的解释或适用达成了协定？
>
> 264. 我们回顾《多哈部长级会议决定》第 5.2 段规定：
>
> > 在符合《技术性贸易壁垒协议》第 2 条第 12 款所述条件的前提下，“合理间隔”一词应当理解为通常不少于 6 个月的期间，但不能有效实现所争取之合法目标的情形除外。
>
> 265. 至于《多哈部长级会议决定》第 5.2 段是否体现了成员国之间对《技术性贸易壁垒协定》第 2.12 条中“合理间隔”一语的解释和适用达成的协定，我们在上诉机构关于欧共体－香蕉案(三)(第 21.5 条—厄瓜多尔(二))/欧共体－香蕉案(三)(第 21.5 条—美国)等案件的报告中找到了有益的指引。上诉机构指出，国际法委员会把《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定称为“应与上下文一并考虑的另一项作准的解释要素”。上诉机构指出，“国际法委员会通过使用‘作准的解释’，把第三十一条第三款(a)项解读为是指对条约解释产生具体影响的各项协定。”因此，我们将考虑第 5.2 段是否对《技术性贸易壁垒协定》第 2.12 条的解释产生具体影响。
>
> ……
>
> 268. 综上所述，我们支持小组的结论……即：《多哈部长级会议决定》第 5.2 段构成《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项含义范畴内的缔约方之间

[542] 常设国际法院在关于国际劳工组织附带规范雇主个人工作的权限的咨询意见中便采用了这种办法，1926 年 7 月 23 日，《常设国际法院案例汇编》，B 辑第 13 号，见第 19-20 页；见 S. Engel, “‘活的’国际章程和世界法院(国际机关在其组成文书下的嗣后实践)”，《国际和比较法季刊》，第 16 卷 (1967 年)，第 865-910 页，见第 871 页。

[543] 世贸组织上诉机构报告，美国－影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R, 2012 年 4 月 24 日通过，第 262 段(强调系原文所有)。

就《技术性贸易壁垒协定》第2.12条中“合理间隔”一语的解释达成的嗣后协定。[544]

(20) 国际法院在依据大会关于各国友好关系的宣言来解释《宪章》第二条第四项时虽然没有明确提及第三十一条第三款(a)项，但强调了“各方及各国对大会某些决议的态度”及对这些决议表示的同意。[545] 在这方面，若干著述者得出的结论是，在某些情形下，第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定可出自或体现在国际组织全体机关的行动中，[546] 例如联合国大会的行动。[547] 事实上，正如世贸组织上诉机构提到国际法委员会时所表示的，[548] 只有在国际组织组成文书缔约方以缔约方身份行事，而非像通常那样在体制上仅以各全体机关成员的身份

[544] 同上(脚注略)；《多哈部长级会议决定》尽管不涉及《世贸组织协定》本身的条款，但涉及其中一个附件(《技术性贸易壁垒协定》)，该附件是《建立世贸组织的协定》的“完整组成部分”(《世贸组织协定》第2条第2款)。

[545] 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，实质问题，判决，《1986年国际法院案例汇编》，第14页起，见第100页，第188段：“对此类决议案文的同意所具效力不能被理解为仅是‘重申或阐明’《宪章》中的条约义务。相反，同意的效力可被理解为自身接受决议宣示的一项规则或一套规则的有效性”。这段话的主要目的在于解释大会决议在形成习惯法方面可能起到的作用，但同时也确认了与条约有关的论点，即：此类决议可能有助于表达缔约方对于把《联合国宪章》解释为条约的协定或立场(“阐明”)；相似的还有：科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010年国际法院案例汇编》，第403页起，见第437页，第80段；在此意义上，例如L.B. Sohn,“联合国系统是联合国法律的作准解释者”，载于O. Schachter和C.C. Joyner所编《联合国法律秩序》(剑桥，美国国际法学会/剑桥大学出版社，1995年)，第1卷，第169-229页，见第177页(针对尼加拉瓜案指出，“本院接受《友好关系宣言》是对《宪章》的作准解释”)。

[546] H. G. Schermers和N. M. Blokker,《国际机构法》，第5修订版(莱顿/波士顿，马丁努斯·奈霍夫出版社，2011年)，第854页(提到油污赔偿基金大会就基金组成文书所作的解释)；M. Cogen,“欧洲核研究组织、欧洲南半球天文台、欧洲航天局和欧洲气象卫星利用组织的成员地位、非正式成员地位和加入前安排”，《国际组织法律述评》，第9卷(2012年)，第145-179页，见第157-158页(提到2010年6月17日欧洲核研究组织通过一致决定，将《欧洲核研究组织公约》的加入标准解释为1969年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所称的嗣后协定)。

[547] 见E. Jiménez de Aréchega,“过去三十年的国际法”，《1978年……学院讲义》，第159卷，第1-334页，见第32页(谈到《友好关系宣言》时指出，“该决议……构成了《宪章》全体缔约方对这些基本原则所持观点和由此产生的某些推论的作准表述。鉴于这种情形，《宣言》的法律份量和权威似乎难以否认：它既是确认会员国自己认为构成习惯法现行准则的决议，又是其所有成员通过嗣后协定和嗣后实践对《宪章》的解释”)；O. Schachter，“国际公法通用课程”，《1982年……学院讲义》，第178卷，第9-396页，见第113页(“可把用于解释和‘具体化’《宪章》各项原则(不论是作为一般规则还是针对具体情形)的法律宣示性决议视为缔约方对其现有条约义务的作准解释。在此意义上，这些决议属于解释，且经所有会员国同意，所以完全属于确定的法律渊源。”)；P. Kunig,“《联合国宪章》的解释”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》，第十卷(www.mpepil.com)，第273页及以下各页，见第275页(指出，“它们[即大会决议]如果以协商一致的方式获得通过，就能在……解释《联合国宪章》方面发挥重大作用”)；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注142)，第213页(提到联合国大会1996年12月17日关于消除国际恐怖主义的措施的第51/210号决议“可被视为关于解释《联合国宪章》的嗣后协定”)。著述者提到的所有决议均是以协商一致的方式获得通过的。

[548] 世贸组织上诉机构报告，美国—影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R, 2012年4月24日通过，第265段。

行事时，才可根据第三十一条第三款(a)项将集体决定定为“作准的解释要素”。[549]

(21) 第 2 段指的是国际组织的实践，而非国际组织某一机关的实践。虽然国际组织的实践常常出自某一机关的实践，但也可能产生于两个或多个机关的行为。

(22) 缔约方的嗣后协定和嗣后实践可能“出自或体现在”国际组织的实践中，有时可能与该组织的实践本身存在密切联系。例如，国际法院在*纳米比亚*案的咨询意见中，对《联合国宪章》第二十七条第三项中“同意票”用语所作的解释包括弃权，这主要是依据了该组织有关机关的实践，同时考虑到该实践当时被会员国“普遍接受”：

> 安全理事会长期以来的会议纪要提供了大量证据，表明主席的裁决以及安理会理事国、特别是常任理事国采取的立场，已经连贯一致地将一个常任理事国采取的自愿弃权做法解释为并不阻碍决议的通过。安全理事会采用的这一程序自 1965 年修订《宪章》第二十七条以来一直未变，已为联合国会员国普遍接受，并表明了该组织的一种一般实践。[550]

国际法院在该案中既强调了国际组织一个或多个机关的实践，又强调了会员国对该实践的“普遍接受”，并将这两种因素的结合称为“该组织的一般实践”。[551] 该法院在关于*在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果*的咨询意见中沿用了这种做法，指出：

> 本院认为大会已获接受的有所演变的实践符合《宪章》第十二条第一项。[552]

通过使用“大会已获接受的实践”这一说法，[553] 该法院即默示确认，如果就该组织在适用条约时遵循的实践代表会员国作出默许。就是允许就相关条约规定的解释确立协定。[554] 同样，欧洲联盟法院在*慕尼黑欧洲学校*案的判决中认定，“欧洲学校申诉委员会的判例……应被视为《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项意义内的适用《欧洲学校条例确定公约》的嗣后实践”。鉴于这项实践

---

[549] Y. Bonzon,《世贸组织中的公共参与和合法性》(剑桥，剑桥大学出版社，2014 年)，第 114-115 页。

[550] *南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果*，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 22 页。

[551] H. Thirlway,“1960-1989 年国际法院的法律和程序，第二部分”，《1990 年英国国际法年鉴》，第 61 卷，第 1-133 页，见第 76 页 (提到“法院提及该组织‘的’实践，很可能是想指这不是该组织作为一个实体在其与国际法其他主体的关系中遵循的实践，而是在整个组织范围内得到遵循、批准或尊重的实践。从这个角度看，该实践……不如说是在相关时刻安全理事会其他成员承认此类决议的有效性，实际上是所有会员国以默许接受的方式承认此类决议的有效性”)。

[552] *在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果*，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 150 页(强调是后加的)。

[553] 同上。

[554] 见上文结论草案 11 的评注，第 2 段，第二句，第(13)-(25)段；Villiger, 《……评注》(见上文脚注 37)，第 431-432 页，第 22 段；J. Arato,“条约解释和组织转型”，《耶鲁国际法期刊》，第 38 卷(2013 年)，第 289-357 页，见第 322 页。

“从未受到该公约缔约国的质疑”，“必须将这些缔约国未提出任何质疑的情况视为反映了他们对此种实践的默许。”[555]

(23) 因此，可以合理地认为，“相关实践通常是指承担执行义务的那一方的实践”，[556] 这意味着“如果国家通过条约委托一个组织执行某些活动，则执行这些活动的方式可以构成有关条约之下的实践；但这种实践是否确立了缔约方关于条约解释的协定，可能还需要考虑其他因素”。[557]

(24) 同样，在南极捕鲸案中，国际法院提到国际捕鲸委员会(既是《国际捕鲸管制公约》设立的国际组织名称[558]，也是该组织一个机关的名称)的(无约束力)建议，澄清说这些建议如果经“协商一致或一致表决获得通过，则可能对《公约》或其《附录》的解释相关”。[559] 然而，该法院同时也作出了谨慎的表示：

> “澳大利亚和新西兰夸大了其所依据的建议性决议和导则的法律意义。首先，国际捕鲸委员会的许多决议都是在未得到《公约》全体缔约国支持，尤其是未得到日本同意的情况下通过的。因此，这些文书既不能被视为第八条解释方面的嗣后协定，也不构成《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项分别所指的确定缔约方关于条约解释的协定的嗣后实践。[560]

(25) 然而，这一谨慎表示并不排除未获全体成员国支持而通过的决议可能会产生或表明个别成员国在适用条约方面的第三十二条所指的立场或实践。[561]

国际组织自身的实践

(26) 结论草案 12 第 3 段提及可能对解释国际组织的组成文书相关的另一个实践形式：组织自身形成的实践，即“自己的实践”，有别于成员国的实践。在一些案例中，国际法院在解释国际组织的组成文书时就考虑了这些组织自身的实践，而没有提及该组织成员国的实践或成员国是否接受。该法院特别指出国际组织“自己的实践”……在解释过程中“可能值得特别关注”。[562]

---

[555] 2015 年 3 月 11 日的判决，C-464/13 号和 C-465/13 号联合案件，慕尼黑欧洲学校诉 Silvana Oberto 和 Barbara O’Leary [2015 年]，第 65-66 段。

[556] Gardiner,《条约解释》 (见上文脚注 19)，第 281 页。

[557] 同上。

[558] S. Schiele,《国际环境制度的演变：着眼气候变化》(剑桥，剑桥大学出版社，2014 年)，第 37-38 页；A. Gillespie，《捕鲸外交：确定国际环境法中的各项问题》 (切尔滕纳姆，爱德华·埃尔加出版社，2005 年)，第 411 页。

[559] 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页。

[560] 同上，第 257 页，第 83 段。

[561] 见在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 149 页(提及大会 1961 年 4 月 15 日第 1600 (XV)号决议(以 60 票赞成、23 票弃权和 16 票反对获得通过，反对国包括苏联和其他东欧国家)和大会 1963 年 12 月 13 日第 1913 (XVIII)号决议，(以 91 票赞同、西班牙和葡萄牙 2 票反对获得通过)。

[562] 国家在武装冲突中使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 74 页；另见 D. Simon,《国际组织条约的司法解释》 (巴黎，贝多内出版社，1981 年)，第 379-384 页。

(27) 例如，国际法院在关于联合国大会接纳国家加入联合国的权限的咨询意见中指出：

> 根据第四条的委托负责决定本组织准入事项的各机关对该案文的一贯解释是，大会只有根据安全理事会的建议才能决定接纳。[563]

(28) 同样，在《联合国特权和豁免公约》第六条第二十二节的适用案中，该法院在提到“联合国”的实践时，是在指该组织各机关的行动：

> 实践中，根据秘书长提供的信息，联合国确曾在特定情况下把性质越来越多样化的特派任务托付给不具备联合国官员身份的个人。……在所有这些情况下，联合国的实践表明，得到此类任命的人，尤其是此类委员会的成员，都被视为第二十二节所指的特派专家。[564]

(29) 在关于政府间海事协商组织的咨询意见中，国际法院提到了“该组织本身在履行《公约》过程中遵循的实践”可以作为解释资料。[565]

(30) 在关于联合国的某些开支的咨询意见中，该法院解释了为什么国际组织本身的实践，包括其下属机关的实践，对国际组织组成文书的解释可能相关：

> 在起草《宪章》过程中提出的将《宪章》的最终解释权授予国际法院的建议未被接受；因此本院现在提供的意见是咨询意见。于是，正如 1945 年预见的那样，各机关必须至少先行确定自身的管辖范围。例如，如果安全理事会通过一项旨在维护国际和平与安全的决议，而根据该决议规定的任务或授权，秘书长发生了债务，则必须推定这些债务构成“本组织的开支”。[566]

(31) 许多国际组织都有相同的特点，即没有规定由一个“最终权威来解释”其组成文书。因此，该法院由这一情况得出的结论目前一般被认为适用于国际组织。[567] 在某些开支案的咨询意见中，发现一种出于国际组织(包括其一个或多个机关)的某项实践的前提假定，是确认这种实践可作为解释资料的方法之一。[568]

---

[563] 联合国大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 9 页。

[564] 《联合国特权和豁免公约》第六条第二十二节的适用，咨询意见，《1989 年国际法院案例汇编》，第 177 页起，见第 194 页，第 48 段。

[565] 政府间海事协商组织海上安全委员会的组成，咨询意见，《1960 年国际法院案例汇编》，第 150 页起，见第 169 页。

[566] 联合国的某些开支(《宪章》第十七条第二项)，咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页起，见第 168 页。

[567] 见 J. Klabbers,《国际组织法律导论》，第 3 版 (剑桥，剑桥大学出版社，2015 年)，第 86 页；C.F. Amerasinghe,《国际组织机构法原则》，第 2 版(剑桥，剑桥大学出版社，2005 年)，第 25 页；J.E. Alvarez,《制定法律的国际组织》(牛津，牛津大学出版社，2005 年)，第 80 页；Rosenne,《……条约法发展情况》(见上文脚注 514)，第 224-225 页。

[568] 见 Lauterpacht,“……国际组织法律的发展”(上文脚注 393)，第 460 页；N.M. Blokker,“Beyond ‘Dili’: on the powers and practice of international organizations”，载于 G. Kreijen 所编《国家、主权和国际治理》(牛津，牛津大学出版社，2002 年)，第 299-322 页，见第 312-318 页。

(32) 虽然目前公认，按照国际组织机关的实践来解释该组织的组成文书是相关的解释资料，[569] 但各著述者对于如何按《维也纳公约》的解释规则来说明国际组织“自己的实践”对解释的相关性，有一些不同的理解。[570] 国际法院援引了国际组织在一些成员国反对的情况下通过的一些行动，[571] 确认了这类行动可能构成以解释为目的的实践，但不构成各方就解释达成协定且属于第三十一条第三款规定范围内(更有份量的)实践。但基本公认的是，国际组织自身形成的实践往往也具有相关性，从而可能帮助在适用第三十一和第三十二条时解释有关文书。[572]

(33) 委员会在结论草案 2 评注中确认，具体的嗣后实践和嗣后协定有的能够，有的则不能够帮助确定有关用语在其上下文中以及根据条约的目标和宗旨而具有的通常含义。[573] 这些考虑也比照适用于国际组织自身的实践。

(34) 因此，国际组织“自己的实践”可能具有的相关性可以出自 1969 年《维也纳公约》第三十一和第三十二条。具体而言，根据这些规定，在确定有关国际组织的职能时，可以考虑到该组织自身(包括其一个或多个机关)的实践。[574] 但明确的是，国际组织的实践并不是第三十一条第三款(b)项所指的缔约方自身的嗣后实践。

(35) 因此，根据 1969 年《维也纳公约》第五条，在适用第三十一和第三十二条的解释规则来解释国际组织的组成文书时，可以考虑到该组织的实践，包括考虑

---

[569] C. Brölmann,“条约解释的专门规则：国际组织”，载于 Hollis,《牛津条约指南》(见上文脚注 413)，第 507-534 页，见第 520-521 页；S. Kadelbach,“《宪章》的解释”，载于 B. Simma 等人所编《〈联合国宪章〉：评注》第 3 版(牛津，牛津大学出版社，2012 年)，第 71 页起，见第 80 页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 127 和第 281 页。

[570] Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 19)，第 282 页；Schermers 和 Blokker,《国际机构法》(见上文脚注 546)，第 844 页；J. Crawford,《布朗利的国际公法原则》，第 8 版(牛津，牛津大学出版社，2012 年)，第 187 页；Klabbers,《国际组织法律导论》(见上文脚注 567)，第 85-86 页；另见关于 2001 年 1 月 8 日召回私人持股合法性及此类股份估值适用标准的部分裁决，2002 年 11 月 22 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷(出售品编号 E/F.04.V.15)，第 183-251 页，见第 224 页，第 145 段。

[571] 见在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 149 页(提及大会 1961 年 4 月 15 日第 1600(XV)号决议(以 60 票赞成、23 票弃权和 16 票反对获得通过，反对国包括苏联和其他东欧国家)和大会 1963 年 12 月 13 日第 1913(XVIII)号决议，(以 91 票赞同、西班牙和葡萄牙 2 票反对获得通过)。

[572] 国际法院所用的措辞是“……其组成文件中具体规定或默示的，以及在实践中发展的宗旨和职能”，执行联合国公务时所受损害的补偿，咨询意见，《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页起，见第 180 页。

[573] 见结论草案 2 评注第(15)段和上文脚注 58；尤其另见喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院判例汇编》，第 275 页起，见第 306-307 页，第 67 段。

[574] 见西南非洲—表决程序案，1955 年 6 月 7 日的咨询意见，《1955 年国际法院案例汇编》，第 67 页起，劳特帕赫特法官的个别意见，见第 106 页。(“要想妥善地解释组成文书，必须不仅考虑到原始文书的正式文字，而且要考虑到其实践中的运作并联系本组织存在期间所出现的各种趋势”)。

到其组成特性。[575] 此类要素可能还有助于查明：国际组织组成文书的某一项规定的含义能否与时俱进？若能，又是如何与时俱进的？[576]

(36) 像第 2 段一样，第 3 段针对国际组织作为一个整体的实践，而非国际组织内某一机关的实践。国际组织的有关实践可出自一个机关的行为，但也可能产生于两个或多个机关的行为。由于目前普遍要求国际组织不得越权，有一种理解是国际组织只有在其职权范围内行事的情况下，其实践才对组成文书的解释具有相关性。[577]

(37) 结论草案 12 第 3 段基于结论草案 5, 其中论及结论草案 4 中定义的条约缔约方适用条约时的“嗣后实践”。结论草案 5 并不意味着国际组织自身适用其组成文书的实践不能属于第三十一和第三十二条所指的有关实践。[578]

第 4 段——不妨碍“组织规则”

(38) 结论草案 12 第 4 段体现了《维也纳公约》第五条并且其行文也借鉴了该条。该段适用于第 1 至 3 段所述情形并确保第 1 至 3 段所指的规则可以适用而且进行解释和适用时“不妨碍该组织的任何有关规则”。“该组织的规则”一词应按照 1986 年《维也纳公约》第二条第一款(j)项和 2011 年关于国际组织的责任条款第二条(b)项作相同理解。

(39) 委员会在其 2011 年关于国际组织的责任的条款草案总评注中表示：

> “各国际组织在下列方面相互之间有很大的不同：在其权力和职能、成员国数目、该组织与成员的关系、辩论程序、结构和设施以及国际组织受其约束的主要规则包括条约义务等。”[579]

---

[575] 评论家们正在就以下问题进行辩论，即：某些国际组织具体的机构性质，加上其组成文书中所显示的原则和价值，是否也能够导致人们借鉴国家宪法，对此类文书作出“宪法性”解释？例如，见 J.E. Alvarez,“国际组织中的宪法性解释”，载于 J.-M. Coicaud 和 V. Heiskanen 所编《国际组织的合法性》(东京，联合国大学出版社，2001 年)，第 104-154 页；A. Peters, “L’acte constitutif de l’organisation internationale”，载于 E. Lagrange 和 J.-M. Sorel 所编《国际组织的法律》 (巴黎，LGDJ，2013 年)，第 216-218 页；J. Klabbers, “Constitutionalism Lite”,《国际组织法律评论》，第 1 卷(2004 年)，第 31–58 页，见第 50-54 页。

[576] 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 31-32 页，第 53 段；另见结论草案 8 及评注，第(24)-(30)段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 575 页，第 30 段；Schmalenbach,“第五条”(上文脚注 515)，第 92 页，第 7 段。

[577] 联合国的某些开支(《宪章》第十七条第二项)，咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页起，见 168 页(“但如果该组织采取行动证明其言论，即这样做对于实现联合国明文规定的宗旨之一是适当的，就可推定这种行动没有超越该组织的权力”)。

[578] 见上文结论草案 5 评注，第(14)段。

[579] 关于国际组织的责任的条款草案，总评注，第(7)段，(国际法委员会第六十三届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》A/66/10)，第五章，第 70 页，第 88 段)。

(40) 第 4 段暗示，除其他外，国际组织组成文书中可能包含的更具体的“有关解释规则”可能优先于 1969 年《维也纳公约》所规定的一般解释规则。[580] 例如，如果组成文书包含一项类似于《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第 9 条第 2 款的条款，规定解释有关文书需要遵循特别程序，则应推定，缔约方在订立条约之后达成协定，即表示无意通过达成第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定来规避上述程序。但是，如果条约规定的特别程序和第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定“具备不同的职能和具有不同的法律效力”，则可能相互兼容。[581] 组成文书很少含有关于其解释的明确的程序性或实质性规则。[582] 具体的“有关解释规则”无需在组成文书中写明；这些规则也可以隐含在组成文书中，或出自“该组织已确立的实践”。[583] “该组织已确立的实践”从含义范围上说比“该组织的实践”要窄。

(41) 委员会在对 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第二条(j)项的评注中指出，一个组织的某项实践的重要性可能取决于相关组织组成文书所表述的该组织的特定规则和特征：

> “确实，大多数国际组织若干年后会形成一套实践，作为其规则的组成部分。但是，这里提到实践，绝不表示实践在所有组织中享有相同的地位；相反，每个组织在这方面各有其特点。”[584]

(42) 在此意义上，“该组织已确立的实践”也可能成为国际组织组成文书的一种解释资料。1986 年《维也纳公约》第二条第一款(j)项和关于国际组织的责任的条款草案[585] 第二条(b)项，都将“该组织已确立的实践”认定为“该组织的规则”。这种做法在不同组织中可能产生不同的法律效力。应该主要按国际法传统渊源(条约或习惯)还是按机构法的渊源来解释这种效力，这一点并不始终明

[580] 例如，见 Klabbers,《国际组织法律导论》 (上文脚注 567)，第 84 页；Schmalenbach,“第五条”(上文脚注 515)，第 89 页第 1 段和第 96 页第 15 段；Brölmann,“条约解释的专门规则……”(上文脚注 569)，第 522 页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 576-577 页，第 31 段。

[581] 世贸组织上诉机构报告，美国－影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R, 2012 年 4 月 4 日通过，第 252-257 段。

[582] 大多数所谓的解释条款旨在确定哪个机关有权作准地解释条约或其中某些条款，而不是制订“关于”解释本身的具体规则，见 C. Fernández de Casadevante y Romani,《主权与国际规范的解释》(柏林/海德堡，施普林格出版社，2007 年)，第 26-27 页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 576 页，第 31 段。

[583] 见 1986 年《维也纳公约》，第二条(j)项；国际法委员会关于国际组织的责任的条款草案，第二条(b)项，国际法委员会第六十三届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第五章，E 节，第 87 段；C. Peters,“国际组织的嗣后实践和已确立的实践”，《哥廷根国际法期刊》，第 3 卷(2011 年)，第 617-642 页。

[584] 《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章，第 21 页，第二条第 1 款(j)项草案的评注，第(25)段。

[585] 国际法委员会第六十三届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第五章，第 52 页。

确。[586] 例如，就欧洲联盟的组成条约(欧盟基本法)而言，欧洲联盟法院从未讨论或适用过 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款所指的缔约方的嗣后实践，该法院曾在某场合解释称，即便是所有成员国达成的推迟执行特定条约某项条款的协定，也不足以凌驾于其目标和宗旨之上。[587] 但是，即便很难作出概括性描述，“该组织已确立的实践”通常会包含一种具体形式的实践，[588] 这种实践已得到该组织成员的普遍接受，尽管有时是默示接受。[589]

结论 13
专家条约机构的声明

1. 为本结论草案的目的，专家条约机构指根据一项条约设立且不是国际组织机关的、由以个人身份任职的专家组成的机构。

2. 专家条约机构的声明对条约解释的相关性取决于该条约的适用规则。

3. 专家条约机构的声明可产生或提及第三十一条第三款所指的缔约方嗣后协定或嗣后实践，或第三十二条所指的嗣后实践。缔约方的沉默不应推定为构成第三十一条第三款(b)项所指的、接受专家条约机构声明中表达的对相关条约的解释的嗣后实践。

4. 本条结论草案不妨碍专家条约机构的声明有助于其任务范围内条约的解释。

评注

第 1 段——“专家条约机构”这一用语的定义

(1) 一些条约会设立机构，由以个人身份任职的专家组成，负责监测这些条约的适用情况，或以其它方式为适用这些条约作出贡献。在各项全球性人权条约之下设立的委员会就是这种专家条约机构的例子，[590] 例如消除种族歧视委员

[586] 见 Higgins,“……发展国际法的情况”(上文脚注 540)，第 121 页(“条约解释的若干方面与这一领域的习惯实践融合得非常接近”)；Peters,“……嗣后实践……”(上文脚注 583)，第 630-631 页(“应视为该组织的一种习惯国际法”)；将“该组织已确立的实践”限定为所谓的内部规则是没有说服力的，因为委员会表示，“采用一个组织的‘内部’法这个提法会出现一些问题，因为虽然这种法律有其对内的一面，但在其他方面还有国际性质”，《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章，第 21 页，第二条第 1 款(j)项草案的评注，第(25)段；Schermers 和 Blokker,《国际机构法》(见上文脚注 546)，第 766 页；但见 C. Ahlborn,“国际组织的规则和国际责任法”，《国际组织法律述评》，第 8 卷(2011 年)，第 397-482 页，见第 424-428 页。

[587] C-43/75 号案件，Gabrielle Defrenne 诉比利时航空[1976 年]欧洲法院 455 号案例报告，第 57 段；另见格·诺尔特，“特殊制度下与嗣后协定和嗣后实践有关的判例”，载于诺尔特，《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 210-306 页，见第 297-300 页。

[588] Blokker, “Beyond ‘Dili’ …” (见上文脚注 568)，第 312 页。

[589] Lauterpacht,“……国际组织法律的发展”(上文脚注 393)，第 464 页(“全体成员普遍的同意”)；Higgins,“……发展国际法的情况”(上文脚注 540)，第 121 页(“此处所需的默认的程度和长度可能比别处弱一些，因为联合国机关无疑具有作出[关于其自身管辖权和职权的]此类决定的最初权威”)；Peters,“……嗣后实践和已确立的实践”(上文脚注 583)，第 633-641 页。

[590] 见 N. Rodley，“条约机构的作用和影响”，载于 D. Shelton 所编《牛津国际人权法手册》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 621-641 页，见第 622-623 页。

会[591]、人权事务委员会[592]、消除对妇女歧视委员会[593]、残疾人权利委员会[594]、儿童权利委员会[595] 和禁止酷刑委员会。[596] 其他专家条约机构包括：《联合国海洋法公约》之下的大陆架界限委员会[597]、《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(《奥胡斯公约》)遵约委员会[598] 和《麻醉品单一公约》之下的国际麻醉品管制局[599]。

(2) 第 1 段对“专家条约机构”这一用语的定义仅仅是“为本结论草案的目的”。

(3) “以个人身份任职”这一用语意味着专家条约机构的成员履职行事时不受指示约束。[600] 结论草案 13 不涉及由国家代表组成的机构。由国家代表组成、不属于国际组织机关的机构的产出，是借此在其框架内集体行动的这些国家的一种形式的实践。[601]

(4) 结论草案 13 也不适用于属于国际组织机关的机构。[602] 之所以将属于国际组织机关的机构排除在结论草案 13 的范围之外，是出于一致性方面的考虑，因为

[591] 《消除一切形式种族歧视国际公约》第八至第十四条(1966 年 3 月 7 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 660 卷，第 9464 号，第 195 页。

[592] 《公民权利和政治权利国际公约》第二十八至第四十五条(1966 年 12 月 19 日，纽约)，同上，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页。

[593] 《消除对妇女一切形式歧视公约》第十七至第二十二条(1979 年 12 月 18 日，纽约)，同上，第 1249 卷，第 20378 号，第 13 页。

[594] 《残疾人权利公约》第三十四至第三十九条(2006 年 12 月 13 日，纽约)，同上，第 2515 卷，第 44910 号，第 3 页。

[595] 《儿童权利公约》第 43 至第 45 条(1989 年 11 月 20 日，纽约)，同上，第 1577 卷，第 27531 号，第 3 页。

[596] 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 17 至第 24 条(1984 年 12 月 10 日，纽约)，同上，第 1465 卷，第 24841 号，第 85 页。

[597] 大陆架界限委员会是根据《联合国海洋法公约》第七十六条第 8 款和该《公约》附件二设立的(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)，同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。

[598] 《奥胡斯公约》遵约委员会是根据《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》第十五条设立的 (1998 年 6 月 25 日，丹麦奥胡斯)，同上，第 2161 卷，第 37770 号，第 447 页，以及 2002 年缔约方会议第一届会议通过的关于审查遵约情况的第 I/7 号决定(ECE/MP.PP/2/Add.8)。

[599] 国际麻醉品管制局是根据《麻醉品单一公约》第五条设立的 (1961 年 3 月 30 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 520 卷，第 7515 号，第 151 页。

[600] 例如，见《公民权利和政治权利国际公约》第二十八条第 3 款；另见 Christian Tomuschat,《人权：理想主义与现实主义之间》，第 3 版 (牛津，牛津大学出版社，2014 年)，第 219 页。

[601] 缔约国大会的决定就尤其属于这种情况，见结论草案 12 [11]。

[602] 国际劳工组织(劳工组织)实施公约与建议书专家委员会是属于国际组织机关的专家机构的重要例子。该机构于 1926 年设立，负责审查关于已批准公约的政府报告，由 20 名来自不同地域、法律系统和文化的知名法学家组成，由劳工组织理事会任命，任期三年，见 www.ilo.org 和劳工组织向委员会提供的资料，可查阅国际法委员会网站：http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml。任意拘留问题工作组是一例由以个人身份任职的专家组成的机构，其任务授权来自人权理事会 2013 年 9 月 26 日第 24/7 号决议，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 53 号》(A/68/53/Add.1)。该工作组是人权理事会的附属机构，因此不是结论草案 13 所指的专家条约机构，见 www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx。

本结论草案的重点并不是国际组织实践对适用《维也纳公约》解释规则的相关性，而是涉及对其组成文书的解释问题(见结论草案 12, 特别是第 3 段)。这不排除本结论草案的实质性内容可能比照适用于属于国际组织机关的独立专家机构的声明。

(5) “根据一项条约设立”这一表述指某具体的条约专家机构的设立或职权是由一项条约规定的。大多数情况下，可以清楚地看出这些条件是否满足，但也可能存在模棱两可的情况。例如，经济、社会及文化委员会是由国际组织的一项决议设立的机构，[603] 但后来被《经济、社会及文化权利国际公约任择议定书》赋予了“审议”某些“来文”的职权。[604] 这一机构属于结论草案 13 意义内的专家条约机构，因为该委员会行使某些职权是依照一项条约的规定。《联合国气候变化框架公约京都议定书》遵约委员会是另一个模棱两可的例子。该机构是由缔约方会议的一项决定设立的，但《议定书》第十八条也暗示了要设立该机构。[605]

第 2 段——条约规则的优先地位

(6) 各项条约采用不同的用语来指称专家条约机构不同形式的行动，例如，“意见”[606]、“建议”[607]、“评论”[608]、“措施”[609]和“后果”[610]。为本结论草案的目的，结论草案 13 采用了“声明”这一一般性用语。[611] 该用语涵盖了专家

[603] 经济及社会理事会，1985 年 5 月 28 日第 1985/17 号决议。

[604] 大会 2008 年 12 月 10 日第 63/117 号决议所附《经济、社会及文化权利国际公约任择议定书》第一至第十五条。

[605] 《联合国气候变化框架公约京都议定书》(1997 年 12 月 11 日，京都) (联合国，《条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号，第 162 页)遵约委员会是根据《议定书》第十八条和缔约方会议第七届会议通过的关于与《京都议定书》规定的遵约有关的程序和机制的第 24/CP.7 号决定(FCCC/CP/2001/13/Add.3)设立的。

[606] 见《公民权利和政治权利国际公约》，第四十二条第 7 款(丙)项；《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，第五条第 4 款；《经济、社会及文化权利国际公约任择议定书》，第九条第一款。

[607] 见《消除一切形式种族歧视国际公约》，第九条第二款；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第二十一条第 1 款；《儿童权利公约》(1989 年 11 月 29 日，纽约)(联合国，《条约汇编》，第 1577 卷，第 27531 号，第 3 页)，第四十五条(d)项；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年 12 月 20 日，纽约)(同上，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页)，第三十三条第五款；《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾) (同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页)，第七十六条第 8 款。

[608] 见《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，第 19 条第 3 款；《公民权利和政治权利国际公约》，第四十条第 4 款；《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990 年 12 月 18 日，纽约) (联合国，《条约汇编》，第 2220 卷，第 39481 号，第 3 页)，第 74 条。

[609] 关于审查遵约情况的第 I/7 号决定(见上文脚注 598)，第十一节，第 36 段，和第十二节，第 37 段；《麻醉品单一公约》，第十四条。

[610] 关于与《京都议定书》规定的遵约有关的程序和机制的第 24/CP.7 号决定(见上文脚注 605)，附件，第十五节。

[611] 见《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第三章，第 26 (b)段；另见“关于联合国人权条约机构调查结果影响的最后报告”，国际法协会，《第七十一届会议报告》(见上文脚注 158)第 5 页，第 15 段；通过法律实现民主欧洲委员会(威尼斯委员会)，“关于国内法中国际人权条约执行情况和法院作用的报告”(CDL-AD(2014)036)，威尼斯委员会第 100 届全体会议(2014 年 10 月 10 日至 11 日，罗马)通过，第 31 页，第 78 段。

条约机构所有有关的事实性和规范性评估。对某些机构使用的其他一般性用语包括“判例”[612] 和“产出”[613]。这些用语有的太狭隘，给这类机构的产出赋予了特定的法律意义，有的则太宽泛，涵盖了专家条约机构的任何行为，均不适合本结论草案的目的，本结论草案旨在适用于范围广泛的各类专家条约机构。

(7) 第 2 段强调，凡是专家条约机构的声明，其所具有的任何可能的法律效果均首先取决于适用的条约本身的具体规则。因此，这种可能的法律效果可能非常不同。必须通过适用《维也纳公约》所载的条约解释规则来确定法律效果。一项条约用来指称某具体形式的声明的用语的一般意义或其上下文通常会明确显示，这种声明并不具有法律约束力。[614] 例如，“意见”(《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》第五条第 4 款)、“意见与建议”(《消除一切形式种族歧视国际公约》第十四条第八款)和“建议”(《联合国海洋法公约》第七十六条第 8 款)等用语就属于这种情况。“条约”一词可以指设立专家条约机构的条约，也可以指正被解释的条约。这二者可以是两项不同的文书，因此，专家条约机构有时会被授权解释设立该机构的条约之外的其他条约。[615]

(8) 为当前目的，没有必要对不同专家条约机构的职权作出详细描述。例如，各人权条约之下的专家条约机构的声明往往是针对国家报告(例如“结论性意见”)或针对个人来文(例如，“意见”)通过的，或者涉及各自条约的一般性执行

[612] 见艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 663-664 页，第 66 段；Rodley,“条约机构的作用和影响”(上文脚注 590)，第 640 页；A. Andrusevych 和 S. Kern 编《〈奥胡斯公约〉遵约委员会判例(2004-2014 年)》，第 3 版 (2016 年) (利沃夫，资源和分析中心“社会和环境”，2011 年)；“2005 年 2 月 18 日至今通过的《奥胡斯公约》遵约委员会调查结果汇编”，可查 www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_ findings.pdf (访问日期：2016 年 7 月 8 日)。

[613] R. Van Alebeek 和 A. Nollkaemper,“人权条约机构的决定在国内法中的法律地位”，载于 H. Kelle 和 L. Grover 所编《联合国人权条约机构：法律和合法性》(联合王国剑桥，剑桥大学出版社，2012 年)，第 356-413 页，见第 402 页；Rodley,“条约机构的作用和影响”(见上文脚注 590)，第 639 页；K. Mechlem,“条约机构和人权的解释”，《范德比跨国法期刊》，第 42 卷(2009 年)，第 905-947 页，见第 908 页。

[614] 这一点在文献中得到了普遍接受，见国际法协会，《第七十一届会议报告》(上文脚注 158)，第 5 页，第 18 段；Rodley,“条约机构的作用和影响”(见上文脚注 590)，第 639 页；Tomuschat,《人权……》(见上文脚注 600)，第 233 和第 267 页；D. Shelton,“人权条约机构规范性声明的法律地位”，载于 H.P. Hestermeyer 等人所编《共存、合作与团结：吕迪格·沃尔夫鲁姆友人文选》，第一卷，(莱顿/波士顿，马丁努斯·奈霍夫出版社，2012 年)，第 553-575 页，见第 559 页；H. Keller 和 L. Grover,“人权事务委员会的一般性意见及其合法性”，载于 Keller 和 Grover,《联合国人权条约机构……》(见上文脚注 613)，第 116-198 页，见第 129 页；威尼斯委员会，“关于……国际人权条约执行情况……的报告” (见上文脚注 611)，第 30 页，第 76 段；对于《京都议定书》第十八条和第 24/CP.7 号决定中的“断定”一词，见 G. Ulfstein 和 J. Werksmann,“京都遵约体系：走向强制执行”，载于 O.S. Stokke、J. Hovi 和 G. Ulfstein 所编《执行气候制度：国际遵约》(伦敦，弗里乔夫·南森学会，2005 年)，第 39-62 页，见第 55-56 页。

[615] 例如，见《经济、社会及文化权利国际公约任择议定书》第一和第二条(2008 年 12 月 10 日，纽约)，大会第 63/117 号决议，附件。

或解释(例如，“一般性意见”)。[616] 条约的不同具体条款对这种声明予以规范，主要是确定其法律效果，但这种声明也往往会明确或含蓄地对条约进行解释，这种解释方式会产生一些一般性问题，结论草案 13 就是试图解决这些问题。[617]

第 3 段第一句——“可产生或提及……嗣后协定或嗣后实践”

(9) 专家条约机构的声明本身不能构成第三十一条第三款(b)项所指的嗣后协定或嗣后实践，因为该条款规定，必须有缔约方协定或缔约方嗣后实践确定各缔约方对条约解释的协定。人权事务委员会一项提议草稿引发的缔约国反响就是一例佐证。人权事务委员会在提议中表示，其自身的“全体判例”或各国对这些判例的默认，可构成第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践。人权事务委员会提议的主张是：

> 就本委员会产生的全体判例而言，可认为这些判例构成在《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项意义内的“嗣后在条约适用方面确定各缔约方对条约解释之协定之实践”，或可认为缔约国对这些裁定的默认亦构成这种实践。[618]

(10) 这一主张受到一些国家批评后，[619] 委员会便没有继续推动这一提议，通过的第 33 号一般性意见没有提及第三十一条第三款(b)项。[620] 这件事证明，专家条约机构的声明本身并不能构成第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践。[621]

(11) 但是，专家条约机构的声明可能会产生或提及第三十一条第三款(a)项或(b)项所指的缔约方的嗣后协定或者确立缔约方关于条约解释的协定的嗣后实践。各

---

[616] W. Kälin,“国家报告的审查”，载于 Keller 和 Grover,《联合国人权条约机构……》(见上文脚注 613)，第 16-72 页；G. Ulfstein,“个人申诉”，同上，第 73-115 页；Mechlem,“条约机构……”(见上文脚注 613)，第 922-930 页；《公民权利和政治权利国际公约》之下一般性意见的法律依据是第四十条第 4 款，但对于各人权条约之下的其他专家机构，这一实践也已得到普遍接受，见 Keller 和 Grover,“……一般性意见……”(见上文脚注 614)，第 127-128 页。

[617] 例如，Rodley,“条约机构的作用和影响”(见上文脚注 590)，第 639 页；Shelton,“……规范性声明的法律地位”(见上文脚注 614)，第 574-575 页；A. Boyle 和 C. Chinkin,《国际法的制定》(牛津，牛津大学出版社，2007 年)，第 155 页。

[618] 第 33 号一般性意见草案(缔约国根据《公民权利和政治权利任择议定书》所承担的义务) (2008 年 8 月 18 日第二次修订稿) (CCPR/C/GC/33/CRP.3), 2008 年 8 月 25 日，见第 17 段；若干著述者也提出了这一立场，见 Keller 和 Grover,“……一般性意见……” (见上文脚注 614)，第 130-132 页，及更多参考文献。

[619] 例如，见“美利坚合众国对人权事务委员会‘第 33 号一般性意见草案：缔约国在《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》下的义务’的评论”，2008 年 10 月 17 日，第 17 段。可查阅 www.state.gov/documents/organization/138851.pdf (访问日期：2016 年 7 月 8 日)。

[620] 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 40 号》(A/64/40)，第一卷，附件五。

[621] Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注 61)，第 600 页，第 85 段。

国[622]、委员会[623]、国际法协会[624] 许多著述者[625] 都承认了这种可能性。的确，缔约方之间的嗣后协定或确立缔约方本身就条约解释达成的协定的嗣后实践没有理由不能出自专家条约机构的声明或被这种声明所提及。

(12) 虽然一个专家条约机构的声明在原则上可产生第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的缔约方本身的嗣后协定或嗣后实践，但在实践中，取得这种结果并非易事。大多数在国际层面设立专家条约机构的条约都具有很多缔约方。往往很难证明所有缔约方都已明确或含蓄地接受以下情况，即某专家条约机构的某项具体声明表达了对条约的特定解释。

(13) 要想识别出专家条约机构声明所反映的缔约方关于条约解释的协定，审视国际组织以及缔约国大会的决议不失为一种方法。联合国大会的决议尤其可能明确或含蓄地提到专家条约机构的声明。例如，大会关于“反恐活动中保护人权和基本自由”的两项决议[626] 就是这种情况，其中明确提到了人权事务委员会关于紧急状态期间克减执行《公约》条款的第 29 号一般性意见(2001 年)。[627] 两项决议都重申各国有义务在任何情况下尊重《公民权利和政治权利国际公约》下的某些权利，不得克减，并使用第 29 号一般性意见解释和具体说明缔约国在《公约》第四条之下的义务时所用的措辞，强调了克减的“非常性和临时性”。[628] 这两项决议未经表决获大会通过；如果协商一致意见体现出所有缔约国接受上述声明所载的解释，则这些决议反映了第三十一条第三款(a)项或(b)项所指的嗣后协定。[629]

(14) 经济、社会及文化权利委员会在第 15 号一般性意见(2002 年)中的声明是另一个反映了缔约方协定的可能产生方式的例子，这项声明指出，《公约》第十一

[622] 例如见《大会正式记录，第七十届会议，第六委员会》，第 22 次会议简要记录(A/C.6/70/SR.22)，2015 年 11 月 6 日，第 46 段(美国：“缔约国对条约机构的声明或活动作出的反应在某些情况下可以构成第三十一条第三款所述的(这些国家的)嗣后实践”)。

[623] 见结论草案 3 评注第(11)段。

[624] 见国际法协会，《第七十一届会议报告》(见上文脚注 158)，第 6 页，第 21 段。

[625] 例如，见 M. Kanetake,“联合国人权条约监督机构在国内法院”，《国际和比较法季刊》，第 67 卷(2018 年)，第 201-232 页，见第 218 页；Mechlem,“条约机构……”(见上文脚注 613)，第 920-921 页；B. Schlütter,“论联合国条约机构的人权解释工作”，载于 Keller 和 Grover,《联合国人权条约机构……》(见上文脚注 613)，第 289-290 页；E. Klein 和 D. Kretzmer,“联合国人权事务委员会：一般性意见──自主监测文书的演变”，《德国国际法年鉴》，第 58 卷(2015 年)，第 189-229 页，见第 205-206 页；Ulfstein 和 Werksmann,“京都遵约体系……”(见上文脚注 614)，第 96 页。

[626] 大会 2010 年 12 月 21 日第 65/221 号决议，第 5 段，脚注 8，和 2013 年 12 月 18 日第 68/178 号决议，第 5 段，脚注 8。

[627] 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 40 号》(A/56/40)，第一卷，附件六。

[628] 同上，第 2 段。

[629] 见结论草案 11 第 3 段及其评注。

条和第十二条暗示了水权是一项人权[630]。大会经过数年辩论之后，于 2015 年 12 月 17 日未经表决通过了一项决议，使用经济、社会及文化权利委员会第 15 号一般性意见中为解释获得安全饮用水的人权而采用的措辞，界定了这项权利。[631] 这项决议可能提到了一项第三十一条第三款(a)项或(b)项所指的协定，取决于协商一致意见是否构成所有缔约方对声明所载解释的接受。[632]

(15) 大会也有其他决议明文提及专家条约机构的声明[633] 或呼吁各国考虑有关条约机构对相关条约执行情况的建议、评论和一般性意见。[634] 缔约国大会的决议也可以发挥同样的作用，例如提及或呼吁各国考虑《奥胡斯公约》遵约委员会的建议。[635] 不过，在断定这类决议是否意味着第三十一条第三款(a)项或(b)项所指的嗣后协定或嗣后实践之前，必须谨慎对待这类决议。

(16) 即使专家条约机构的声明不产生或不提及嗣后协定或确立条约所有缔约方协定的嗣后实践，也可以有助于识别第三十二条所指的、不确立上述协定的其他嗣后实践。例如，人权理事会的一些决议提到了人权事务委员会或经济、社会及文化权利委员会的一般性意见，就属于此类。[636] 即使人权理事会成员数目有限，这些决议也可以通过表明第三十二条所指的其他嗣后实践，有助于条约的解释。另一个例子涉及国际麻醉品管制局。[637] 一些国家反对麻管局关于设立所谓

---

630 经济、社会及文化权利委员会，第 15 号一般性意见(2002 年)，《2003 年经济及社会理事会正式记录，补编第 2 号》(E/2003/22-E/C.12/2002/13)，附件四，第 2 段。(“水权保证人人能为个人和家庭生活得到充足、安全、可接受、便于汲取、价格合理的供水”)。

631 大会 2015 年 12 月 17 日第 70/169 号决议回顾了经济、社会及文化权利委员会关于水权的第 15 号一般性意见(见上文脚注 630)，并使用了相同的用语：“确认享受安全饮用水的人权意味着每个人都有权不受歧视地获得供个人和家庭使用的充足、安全、可接受、便于汲取和负担得起的用水”(第 2 段)。

632 见结论草案 11 第 3 段及其评注，第(31)-(38)段；就关于水权的第 70/169 号决议(见上文脚注 631)而言，“……美国不赞同关于第 2 段的协商一致，理由是界定享有水和卫生设施的权利采用的措辞仅以经济、社会及文化权利委员会及特别报告员的观点为基础，而且从未在任何国际协定中出现过，也未反映出任何国际协商一致”(见《大会正式记录，第七十届会议，第三委员会，第 55 次会议》(A/C.3/70/SR.55)，2015 年 11 月 24 日，第 144 段)。并不完全清楚的是，美国此举是仅仅想重申其立场，指出该项决议并没有确认委员会声明本身的特定效力，还是想表明该国不同意定义的实质内容。

633 见大会 2014 年 12 月 18 日第 69/166 号决议，未经表决获得通过，回顾人权事务委员会关于尊重隐私、家庭、住宅和通信权以及保护荣誉和声誉问题的第 16 号一般性意见(《大会正式记录，第四十三届会议，补编第 40 号》(A/43/40)，附件六)。

634 见大会 2014 年 12 月 18 日第 69/157 号决议，未经表决获得通过；及 2013 年 12 月 18 日第 68/147 号决议，未经表决获得通过。

635 关于审查遵约情况的第 I/7 号决定(见上文脚注 598)，附件，第三和第十二节，第 37 段；V. Koester,“《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》 (《奥胡斯公约》)”，载于 G. Ulfstein 等人所编《让条约发挥作用：人权、环境和军控》(联合王国剑桥，剑桥大学出版社，2007 年)，第 179-217 页，见第 203 页。

636 见人权理事会 2015 年 3 月 26 日第 28/16 号和 2015 年 3 月 27 日第 28/19 号决议，未经表决获得通过(人权理事会报告，《大会正式记录，第七十届会议，补编第 53 号》(A/70/53))。

637 见上文脚注 599。

安全注射室以及其他减少危害措施的建议，[638] 批评麻管局过于死板地解释禁毒公约并越权行事，[639] 从而参与了第三十二条所指的嗣后实践。

(17) 第 3 段第一句通过“可产生”和“或提及”这两个用语限定了专家条约机构的声明可与条约缔约方的嗣后协定和嗣后实践发生关联的方式。“可产生”这一表述涉及先有声明、而后出现缔约方的实践和可能的协定的情况。在这种情况下，声明可以作为缔约国嗣后实践的催化剂。[640] “提及”一词则涵盖先有缔约方的嗣后实践和可能的协定、后有声明的情况，在这种情况下，声明只是指向这一协定或实践。第 3 段使用了“提及”而不是“反映”，是为了明确表示缔约方的任何嗣后实践或协定并非包含于声明本身之中。不过，“提及”一词并不要求声明明文提到这类嗣后实践或协定。[641]

第 3 段第二句——沉默不应推定为接受

(18) 通常，如果有的缔约国保持沉默，则只将无异议视为同意，才能认为条约的所有缔约方(甚至只是大部分缔约方)对声明中表述的解释达成协定。结论草案 10 第 2 段作为一般规则规定：“在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后实践的接受。”[642] 第 3 段第二句不是要确认上述一般规则的例外情况，而是旨在作出说明并将这一规则适用于专家机构声明的典型情况。

(19) 具体而言，这意味着，通常不能指望缔约国就专家条约机构的每一项声明表明立场，不论是针对另一个国家的声明，还是针对所有国家的普遍声明。[643]

---

[638] 见《国际麻醉品管制局 2009 年报告》(E/INCB/2009/1，联合国出版物，出售品编号 E.10.XI.1)，第 278 段；另见 P. Gallahue,“国际毒品管制”，载于 A. Nollkaemper 和 I. Plakokefalos 所编《国际法中的责任共担实践》(剑桥，剑桥大学出版社，2017 年)，第 171 页，脚注 55。

[639] D. Barrett,《在国际关系中独一无二？比较国际麻醉品管制局与联合国人权条约机构》(伦敦，国际减低危害协会，2008 年)，第 8 页；D.R. Bewley-Taylor,《国际毒品管制：共识的破裂》(剑桥大学出版社，剑桥，2012 年)，第 124-126 页。

[640] 例如，见消除对妇女歧视委员会，关于基于性别的暴力侵害妇女行为、更新第 19 号一般性建议的第 35 号一般性建议(2017 年) (CEDAW/C/GC/35)：“25 年以来，缔约国在各自的实践中认可了委员会的解释。法律确信和国家实践表明，禁止基于性别的暴力侵害妇女行为已成为习惯国际法的一项准则”，援引国家实践和法律确信来佐证“第 19 号一般性建议是加快这一进程的关键推动力”这一陈述(同上，第 2 段)。

[641] 人权条约之下的专家条约机构很少为了解释条约的某一条款而试图识别缔约方的实践，例子见，格·诺尔特，“特殊制度下与嗣后协定和嗣后实践有关的判例：国际法委员会条约随时间演变问题研究组第二次报告”，载于诺尔特所编《条约和嗣后实践》(见上文脚注 25)，第 210-278 页；Schlütter,“……人权解释工作”(见上文脚注 625)，第 318 页。

[642] 见结论草案 10，第 2 段。

[643] 见 Ulfstein 和 Werksmann,“京都遵约体系……”(见上文脚注 614)，第 97 页；Van Alebeek 和 Nollkaemper,“人权条约机构的决定……的法律地位”(见上文脚注 613)，第 410 页。

另一方面，根据某些条约规定的合作责任，缔约国可能有义务对专家条约机构专门针对它们的声明[644] 或关于本国行为的单独来文加以考虑并作出反应。[645]

第 4 段——不妨碍其他贡献

(20) 结论草案 13 只述及专家条约机构通过产生或提及第三十一条第三款(a)项和(b)项及第三十二条所指的缔约方本身的嗣后协定或嗣后实践而可能有助于条约解释的问题。第 4 段规定，本结论草案不妨碍专家条约机构的声明有助于其任务范围内条约的解释。

(21) 国际法院已经确认，尤其是在艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案中确认，人权事务委员会的声明对于解释《公民权利和政治权利国际公约》具有相关性，无论此类声明是否产生或提及第三十一条第三款所指的缔约方协定：

> 人权事务委员会自设立以来，已积累了大量解释性判例，特别是就其收到的针对《第一任择议定书》缔约国的个人来文做出的调查结果，以及以“一般性意见”形式形成的判例。
>
> 虽然本院在行使司法职能时绝无义务参照该委员会对该《公约》的解释来解释《公约》，但本院认为，对于专门为监督该条约的适用情况而设立的这一独立机构所做的解释，应予以高度重视。关键在于，要实现国际法必要的明确性和至关重要的一致性，还要实现其法律上的安全性，权利受到保障的个人和有义务遵守条约义务的国家都应享有这种法律上的安全性。[646]

[644] 例如关于可否允许该国提出的某项保留的声明，见委员会 2011 年通过的《对条约的保留实践指南》，指南 3.2.3 及其评注第(3)段，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10/Add.1)。

[645] C. Tomuschat,“人权事务委员会”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，见第 14 段(“缔约国不能简单地对它们[个人来问]不予理睬，而是必须本着诚意予以审议，……完全不予回应……将可能构成违约行为……”)，在这方面，另见通过法律实现民主欧洲委员会(威尼斯委员会)，第 690/2012 号研究报告和威尼斯委员会第 100 届全体会议(2014 年 10 月 10 日至 11 日，罗马)通过的“关于国内法中国际人权条约执行情况和法院作用的报告”，第 78-79 段。

[646] 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 663-664 页，第 66 段；另见国际劳工组织行政法庭关于对国际农业发展基金提起的申诉的第 2867 号判决，咨询意见，《2012 年国际法院案例汇编》，第 10 页起，见第 27 页，第 39 段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 179-181 页，第 109-110 和 112 段，以及第 192-193 页，第 136 段，其中法院提到人权事务委员会和经济、社会及文化权利委员会的多项声明；另见与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 457 页，第 101 段，其中提及禁止酷刑委员会在确定《禁止酷刑公约》的时间范围时的声明。

(22) 区域人权法院和机构也曾使用专家条约机构的声明，帮助解释其被要求适用的条约。[647] 不同国内法院认为，人权条约所设专家条约机构的声明，虽然本身不具法律约束力，[648] 但“在确定相关权利的含义和确定违约行为时，值得给予相当的重视”。[649]

(23) 国际法委员会本身在《对条约的保留实践指南》[650] 的评注中论述了人权条约所设专家条约机构的声明对于保留所具有的相关性问题。[651]

(24) 各个法院的判决并没有总是充分解释专家条约机构的声明对于条约解释的相关性。国际法院在关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见中，提到了“人权事务委员会的一贯做法”，以支持该法院本身对《公民权利和政治权利国际公约》一项条款的解释。[652] 这说明，可按照第三十二条描述补充

[647] 美洲人权法院，宪法法庭(Camba Campos 和其他人)诉厄瓜多尔案，判决(初步反对意见，实质问题，赔偿和费用)，2013 年 8 月 28 日，C 辑第 268 号，第 189 和第 191 段；非洲人权和民族权委员会，公民自由组织及其他方诉尼日利亚，第 218/98 号来文，关于提交给非洲委员会第二十九届常会(2001 年 5 月，的黎波里)的来文的决定，见第 24 段(“在解释和适用《宪章》的过程中，委员会……还受《宪章》和包括联合国条约机构的决定和一般性意见在内的国际人权标准的指导”)；非洲人权和民族权委员会，社会和经济权利行动中心及经济和社会权利中心诉尼日利亚，第 155/96 号来文，关于提交给非洲委员会第三十届常会(2001 年 10 月，班珠尔)的来文的决定，见第 63 段(“借鉴经济、社会及文化权利委员会在其第 7 号一般性意见中对“强迫驱逐”一词的定义”)；欧洲人权法院：Magyar Helsinki Bizottsag 诉匈牙利[大审判庭](见上文脚注 341)，第 141 段；Marguš 诉克罗地亚[大审判庭]，第 4455/10 号，《2014 年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)，第 48-50 段；巴卡诉匈牙利，第 20261/12 号，2014 年 5 月 27 日，第 58 段；Othman (Abu Qatada)诉联合王国，第 8139/09 号，《2012 年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)，第 107-108、147-151、155 和 158 段；Gäfgen 诉德国[大审判庭]，第 22978/05 号，《2010 年欧洲人权法院案例汇编》，第 68 段和第 70-72 段；另见国际法协会，第七十一届会议报告(上文脚注 158)，第 29-38 页，第 116-155 页。

[648] 见威尼斯委员会引用的决定，关于……国际人权条约执行情况……的报告”(上文脚注 611)，见第 76 段，脚注 172 和 173(爱尔兰，最高法院，Kavanagh (Joseph)诉 Mountjoy 监狱长和司法部长[2002] IESC 13 (2002 年 3 月 1 日)，第 36 段；法国，最高行政法院，Hauchemaille 诉法国，案件编号 238849, 2001 年 10 月 11 日，ILDC 767(FR 2001)，第 22 段)。

[649] 国际法协会，第七十一届会议报告(上文脚注 158)，第 43 页，第 175 段；例如，见德国，联邦行政法院，《联邦宪法法院裁决汇编》，第 134 卷，第 1 页起，见第 22 页，第 48 段；哥伦比亚，宪法法院，T-077/13 (2013)号裁决，2013 年 2 月 14 日；印度，德里高等法院，Laxmi Mandal 诉 Deen Dayal Harinagar 医院等，WP(C) 编号 8853/2008 和 10700/2009(2010)，2010 年 6 月 4 日的判决，第 23 段；孟加拉国，最高法院高等法院部，孟加拉国法律援助和服务信托基金等诉孟加拉国政府，上诉编号 5863/2009、754/2010、4275/2010，ILDC 1916 (BD 2010)，2010 年 7 月 8 日，第 45 段；但是见西班牙，Tribunal Supremo de Espãna, sentencia núm. 1263/2018, 17 July 2018, fundamento de derecho séptimo, pp. 23–24。

[650] 国际法委员会报告(2011 年)，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号(A/66/10/Add.1)。

[651] “当然，如果这些机构已被赋予决策权，则当事方必须遵守它们的决定，但是，目前在实践中，除了区域人权法院以外，还没有这么做。与此相反，其他监督机构在保留方面和它们拥有宣示权力的其他方面没有任何法律决策权，因此，它们得出的结论不具有法律约束力，缔约国只是有义务诚意地“顾及”其评估”(同上，准则 3.2.3 评注第(3)段)。

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

解释资料时的规定，酌情使用专家条约机构的声明，[653] 并且这些声明还“有助于确定用语在其上下文并参照条约目的和宗旨的一般含义”。[654] 专家条约机构的声明虽然并不是条约缔约方的实践，但也是条约所授权的行为，其目的在于促进对条约的正确适用。假定“[条约]机构的不同活动会涉及不同的渊源”，还提到了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，从而认定这些机构的声明具有法律意义，是“确定法律规则的补充资料”。[655]

(25) “其任务范围内”这一表述重申了结论草案 13 第 2 段的规定，即专家条约机构的声明对条约解释的相关性取决于该机构开展工作所要遵循的适用的条约规则。第 4 段原则上适用于所有条约专家机构。但是，此处英文本使用了复数，以表明各专家条约机构的声明有助于“其任务范围内”条约解释的程度会有所差异。

[653] 大阪高等法院明确指出：“可以认为，应该借助‘一般性意见’和‘意见’……，作为解释《公民权利和政治权利国际公约》的补充资料。”大阪高等法院 1994 年 10 月 28 日判决，引自国际法协会第七十一届会议报告(见上文脚注 158)，见第 85 段，脚注 178，另外可查阅《日本国际法年鉴》，第 38 卷(1995 年)，见第 129-130 页；例如也见荷兰，中央上诉法庭，申诉人诉荷兰社会保险银行董事会(可查阅 http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, 访问日期：2016 年 7 月 11 日)；联合王国，一方面，上议院，Jones 诉沙特阿拉伯，2016 年 6 月 14 日 [2006] UKHL 26 (“无价值”)，另一方面，上议院，A. 诉内政大臣 [2005] UKHL 71，第 34-36 段(依据条约机构的声明确立一项排除法证据规则，防止利用通过酷刑手段获得的信息)和上诉法院，R (斯凯尼案的应用)诉国防大臣，申请进行司法审查，(2005) EWCA Civ 1609 (2006) HRLR 7，见第 101 段(援引人权事务委员会第 31 号一般性意见，确立《1998 年人权法》域外适用)；南非，一方面，威特沃特斯兰高等法院：Bon Vista Mansions 居民诉南部都市地方理事会案，2002 (6) BCLR, 第 625 页起，见第 629 页(“一般性意见具有国际法所规定的权威性地位”)，引自国际法协会第七十一届会议报告第 11 段(上文脚注 158)，另一方面，宪法法院，卫生部长等诉治疗行动运动和其他人(第 2 号)(CCT 8/02)[2002] ZACC 15，第 26 和第 37 段(反对[适用]经济、社会及文化权利委员会第 3 号一般性意见规定的“最低核心标准”)(《1991 年经济及社会理事会正式记录，补编第 3 号》(E/1991/23-E/C.12/1990/8 和 Corr.1)，附件三，第 83 页)；日本，东京区法院，2001 年 3 月 15 日的判决，1784 Hanrei Jiho 67，见 74 (“一般性意见既不是对《公民权利和政治权利国际公约》的作准解释，也不对条约在日本的解释具约束力”)，引自国际法协会第七十一届会议报告第 87 段(上文脚注 158)。

[654] 见结论草案 2 评注第(15)段；另见结论草案 12，第 3 段。

[655] C. Chinkin,“渊源”，载于 D. Moeckli、S. Shah、S. Sivakumaran 和 D. J. Harris 所编《国际人权法》，第 3 版 (牛津，牛津大学出版社，2018 年)，第 63-85 页，见第 78-80 页，可被视作理论，也可能被视作司法裁决；在此方向上，另见：R. Van Alebeek 和 A. Nollkaemper, “人权条约机构的决定在国内法中的法律地位”，载于 Keller 和 Ulfstein，《联合国人权条约机构……》(见上文脚注 613)，第 408 和第 410 页及以下各页。

第五章
习惯国际法的识别

A. 导言

53. 委员会第六十四届会议(2012 年)决定将“习惯国际法的形成与证据”专题列入工作方案，并任命迈克尔·伍德爵士为特别报告员。[656] 大会在 2012 年 12 月 14 日第 67/92 号决议第 7 段中赞赏地注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。委员会第六十五届会议(2013 年)决定将专题标题改为“习惯国际法的识别”。[657]

54. 自第六十五届会议(2013 年)至第六十八届会议(2016 年)，委员会审议了特别报告员的四份报告[658]，以及秘书处的两份备忘录[659]。

55. 委员会第六十八届会议(2016 年)一读通过了一套共 16 条关于习惯国际法的识别的结论草案及其评注。[660] 委员会根据其《章程》第 16 至第 21 条决定，通过秘书长将这些结论草案转交各国政府，征求其评论和意见。[661]

B. 本届会议审议此专题的情况

56. 委员会本届会议收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/717)及载有此专题最新文献书目的报告增编(A/CN.4/717/Add.1)，以及各国政府提交的评论和意见(A/CN.4/716)。委员会还收到了秘书处关于使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)。

57. 委员会在 2018 年 5 月 7 日至 14 日举行的第 3396 至第 3402 次会议上审议了特别报告员的第五次报告。在 2018 年 5 月 14 日举行的第 3402 次会议上，委员会将结论草案 1 至 16 转交起草委员会，并指示起草委员会根据特别报告员的建议开始对结论草案进行二读，同时考虑各国政府的评论和意见，以及全体会议上对特别报告员的报告进行的辩论情况。

58. 委员会在 2018 年 5 月 25 日举行的第 3412 次会议上审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.908)，二读通过了关于习惯国际法的识别的整套结论草案(见下文 E.1 节)。

---

656 2012 年 5 月 22 日第 3132 次会议(《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 157 段)。委员会第六十三届会议(2011 年)按照委员会报告附件 A 所载的建议(同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 305-314 页)将该专题列入长期工作方案。大会 2011 年 12 月 9 日第 66/98 号决议注意到该专题已列入委员会长期工作方案。

657 同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 65 段。

658 见 A/CN.4/663(第一次报告)、A/CN.4/672(第二次报告)、A/CN.4/682(第三次报告)，A/CN.4/695 和 Add.1(第四次报告及增编)。

659 见 A/CN.4/659(秘书处备忘录)和 A/CN.4/691(秘书处备忘录)。

660 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 57 和 59 段。

661 同上，第 60 段。

59. 委员会在 2018 年 5 月 14 日举行的第 3402 次会议上，决定设立一个工作组，由马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生任主席，协助特别报告员编写将供委员会通过的结论草案的评注草案。2018 年 5 月 3 日至 4 日，工作组举行了两次会议。

60. 委员会在 2018 年 8 月 2 日至 3 日举行的第 3441 至第 3443 次会议上，通过了上述结论草案的评注(下文 E.2 节)。

61. 委员会在 2018 年 8 月 2 日举行的第 3441 次会议上，请求重新印发秘书处关于使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)，以反映二读通过的结论草案案文和评注。

62. 委员会根据其《章程》向大会提交该结论草案以及下述建议。

C. 委员会的建议

63. 在 2018 年 8 月 6 日举行的第 3444 次会议上，委员会根据其《章程》第 23 条决定建议大会：

(a) 通过一项决议注意到关于习惯国际法的识别的结论草案并将结论草案附在该决议之后，并确保尽可能予以广泛传播；

(b) 请各国和可能需要识别习惯国际法规则的所有各方注意该结论草案及其评注；

(c) 注意特别报告员编写的参考书目(A/CN.4/717/Add.1)；

(d) 注意秘书处关于使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)，备忘录概括介绍了习惯国际法证据问题的现状，并就如何改善提出了建议；

(e) 通过以下方式后续落实秘书处备忘录中的建议：

(一) 提请各国和国际组织注意有必要发表其国际法相关实践的摘要和概述，继续使各国的立法、行政和司法实践便于考察，并尽一切努力支持现有的国际法专业出版物和文献；

(二) 请秘书处继续开发和加强提供习惯国际法证据的联合国出版物，包括及时出版这些出版物；

(三) 又请秘书处通过在线数据库提供关于使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)附录所载资料，并依据各国、国际组织和其他有关实体提供的信息定期更新数据库。[662]

D. 向特别报告员表示感谢

64. 委员会在 2018 年 8 月 6 日举行的第 3444 次会议上，在通过关于习惯国际法的识别的结论草案后，以鼓掌方式通过了以下决议：

[662] A/CN.4/710, 第 7 至第 10 段。

“国际法委员会，

通过了关于习惯国际法的识别的结论草案，

向特别报告员迈克尔·伍德爵士表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草结论草案做出杰出贡献，并使关于习惯国际法的识别的结论草案的拟订工作取得成果。”

E. 关于习惯国际法的识别的结论草案案文

1. 结论草案案文

65. 委员会第七十届会议二读通过的结论草案案文载录如下。

习惯国际法的识别

第一部分
导言

结论 1
范围

本结论草案涉及如何确定习惯国际法规则的存在及内容。

第二部分
基本方法

结论 2
两个构成要素

要确定一项习惯国际法规则的存在及内容，必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

结论 3
两个构成要素的证据评估

1. 为查明是否存在一项一般惯例及该惯例是否被接受为法律(法律确信)而对证据进行评估时，必须考虑到总体背景、规则的性质以及有关证据被发现时的具体情况。

2. 两个构成要素中的每一要素必须单独予以确定。这就要求评估每一要素的证据。

第三部分
一般惯例

结论 4
惯例的要求

1. 作为习惯国际法的一个要素所要求存在的一般惯例，主要指的是有助于习惯国际法规则的形成或表述的国家实践。

2. 在某些情况下，国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表述。

3. 其他行为体的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的实践，但在评估第 1 和第 2 段所指的实践时可能相关。

结论 5
作为国家实践的国家行为

国家实践由国家行为构成，不论该行为是行使行政、立法、司法职能，还是行使其他职能。

结论 6
实践的形式

1. 实践可有多种形式，既包括实际行为，也包括言语行为。在某些情况下，还可包括不作为。

2. 国家实践的形式包括但不限于：外交行为和信函；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；行政部门行为，包括“实地”作业行为；立法和行政行为；各国法院的判决。

3. 各种不同形式的实践之间没有预先确定的等级。

结论 7
评估国家实践

1. 应考虑特定国家的所有已知的实践，作为一个整体进行评估。

2. 如果特定国家的实践不一致，可根据情形减少赋予该实践的权重。

结论 8
惯例必须具备一般性

1. 有关惯例必须具备一般性，即必须足够广泛和有代表性，还必须是一贯的。

2. 只要惯例具备一般性，就不要求特定存续时间。

第四部分
被接受为法律(法律确信)

结论 9
被接受为法律(法律确信)的要求

1. 关于一般惯例须被接受为法律(法律确信)的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感。

2. 被接受为法律(法律确信)的一般惯例不同于单纯的常例或习惯。

结论 10
被接受为法律(法律确信)的证据形式

1. 被接受为法律(法律确信)的证据可有多种形式。

2. 被接受为法律(法律确信)的证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；各国法院的判决；条约规定；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为。

3. 在有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种惯例经过一定时间而没有做出反应，可用作已接受其为法律(法律确信)的证据。

第五部分
某些材料对于识别习惯国际法的意义

结论 11
条约

1. 条约所载的规则可反映习惯国际法规则，条件是能够确定该条约规则：

(a) 将条约缔结时已经存在的一项习惯国际法规则编纂成法；

(b) 将条约缔结之前开始形成的一项习惯国际法规则具体化；

(c) 形成了一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例，从而产生了一项新的习惯国际法规则。

2. 一项规则在多项条约中出现，可能但并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。

结论 12
国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议本身并不能创立一项习惯国际法规则。

2. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展。

3. 如果能够确定国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议中的某项规定与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可反映一项习惯国际法规则。

结论 13
法院和法庭的判决

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段。

2. 也可酌情考虑将各国法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决用作确定此类规则的辅助手段。

结论 14
学说

各国最权威的国际法专家的学说可用作确定习惯国际法规则的辅助手段。

第六部分
一贯反对者

结论 15
一贯反对者

1. 如果一国在一项习惯国际法规则的形成过程中对其表示反对，只要该国坚持其反对立场，则该规则不可施用于该国。

2. 反对立场必须明确表示，向其他国家公开，并始终坚持。

3. 本结论草案不影响任何关于一般国际法强制性规范(强行法)的问题。

第七部分
特别习惯国际法

结论 16
特别习惯国际法

1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的、地方的还是其他层面的，都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。

2. 要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

2. 结论草案案文及其评注

66. 委员会二读通过的结论草案案文及其评注载录如下。

习惯国际法的识别

总评注

(1) 与委员会以往工作成果一样，本结论草案应结合评注来解读。

(2) 本结论草案论及习惯国际法规则的识别方法。这些草案试图就确定习惯国际法规则的存在及内容的方法提供实际指导。这不仅令国际公法专家们关注：其他人员，包括参与国内法院工作的人员，也越来越多地被要求识别习惯国际法规则。需要逐案开展条理清楚且细致的法律分析，以确保妥善识别习惯国际法规则，从而提高具体判定以及更广泛的习惯国际法的可信度。

(3) 习惯国际法是源自被接受为法律的惯例的不成文法。习惯国际法仍然是国际公法的重要渊源。[663] 习惯国际法是《国际法院规约》第三十八条第一款所列的国际法渊源之一，《规约》该款(丑)项提到了“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者”。[664] 这一措辞反映了习惯国际法的两个构成要素：一项一般惯例，以及该惯例被接受为法律(后者常称为“法律确信”)。[665]

(4) 习惯国际法的识别这一事项有着丰富的相关材料，包括判例和学术著作。[666] 结论草案反映了各国、国际性法院、国际组织和大多数著述者采取的做法。结论草案承认，识别习惯国际法的程序并不总是能够精确地描述，结论草案旨在提供明确的指导，而不做出过于硬性的规定。

(5) 16 条结论草案分为七个部分。第一部分论及范围和目的。第二部分阐述习惯国际法的基本识别方法，即“两要素”方法。第三和第四部分就习惯国际法的两个构成要素提供进一步指导，这两个构成要素也是习惯国际法的识别标准，即“一项一般惯例”和“被接受为法律”(法律确信)。第五部分论及在识别习惯国际法规则时频繁援引的某些类别的材料。虽然习惯国际法规则对所有国家具有约束力，第六和第七部分论及两种例外情况：一贯反对者和特别习惯国际法(仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则)。

第一部分
导言

第一部分只包括一条结论草案，该部分确定了结论草案的范围，同时扼要说明了结论草案的功能和目的。

---

663 国际法的一些重要领域因几乎没有适用的条约，仍然主要由习惯国际法加以规范。即便有时存在着生效的条约，但对条约没有规范到的问题仍然执行习惯国际法规则；在涉及条约非缔约方时以及在非缔约方之间，习惯国际法规则也仍然适用。此外，条约可能会提到习惯国际法规则；在按照《维也纳条约法公约》(联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页(“1969 年《维也纳公约》”))第三十一条第三款(c)项解释条约时，也可将这种规则纳入考虑。另外，有时候，即便现在已经有了生效的条约，但可能有必要确定在某些行为发生时适用的法律(“时际法”)，而这种法律可能属于习惯国际法。无论如何，即便习惯国际法的规则与条约具备相同的内容，这种规则也可独立于条约而继续存在和适用，甚至是在条约的缔约方之间继续存在和适用(见*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)*，实质问题，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 93-96 页，第 174-179 段；*《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)*，判决，《2015 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 47-48 页，第 88 段)。

664 1920 年，国际联盟设立了法学家咨询委员会以编写《常设国际法院规约》草案，该委员会提出了这一措辞；1945 年《国际法院规约》中原样保留了这一措辞。虽然这种起草方式曾被批评为不准确，但这一程式化语句仍被广泛视为体现了习惯国际法的实质所在。

665 在结论草案和评注中，拉丁文术语 opinio juris(法律确信)与“被接受为法律”一同保留，因为该术语常见于法律话语(包括在国际法院的判例中)，而且该术语可更好地体现出习惯国际法主观要素的实质在于法律信念而非正式同意。

666 虽然这一领域的学术著作可能有价值，但本评注没有提及这些著作(特别报告员的报告中大量提及)。习惯国际法方面的文献目录，包括对应一些结论草案所涵盖问题的文献，以及论及习惯国际法在各领域应用情况的文献，见特别报告员的第五次报告(A/CN.4/717/Add.1)附件二。

结论 1
范围

本结论草案涉及如何确定习惯国际法规则的存在及内容。

评注

(1) 从本质上而言，结论草案 1 是介绍性的。该条规定，各条结论草案涉及习惯国际法规则的确定方法，即在开展确定工作时使用的法律方法。

(2) 结论草案均采用了“习惯国际法”这一术语，该术语较为常用，且最能清楚地反映这一国际法渊源的性质。法律文书、判例和学术著作中有时使用的其他术语包括“习惯”、“国际习惯”和“国际习惯法”以及“万国法”和“一般国际法”。[667]

(3) 本结论草案和评注提到习惯国际法“规则”时，所指对象包括那些因为具有更加通用、更加基本的特点而可能被称为“原则”的规则。[668]

(4) “识别”与“确定”这两个术语在本结论草案及评注中可以互换。草案提到了要确定习惯国际法的“存在及内容”，这反映出，虽然往往既需要识别规则是否存在也需要识别规则有何内容，但有时也会仅承认规则存在，但对其具体内容仍有争议。例如，当各方就某特定表述(往往是条约或决议等案文中的表述)是否事实上与一项现行习惯国际法规则完全一致的问题，或是就某项公认的习惯国际法规则是否存在例外情况的问题提出疑问时，就可能出现上述情况。

(5) 结论草案在论及习惯国际法规则的识别时，并未直接论及习惯国际法随时间发展的过程。但在实践中，并不能始终将习惯国际法的识别与其形成分隔开来；要识别习惯国际法规则的存在及内容，很可能涉及对其发展过程的考虑。因此，结论草案不可避免地在多处提到了习惯国际法规则的形成。但是，草案并未系统论述这些规则是如何产生、改变或终止的。

(6) 还有若干其他事项不属于结论草案的范围。首先，结论草案没有论及习惯国际法的实质内容：它们仅涉及习惯国际法的识别方法问题。[669] 第二，结论草案没有试图解释习惯国际法与《国际法院规约》第三十八条第一款所列的国际法的其他渊源(不论普通或特别国际协约以及一般法律原则)之间的关系；只有在为了解释习惯国际法规则的识别方法而必须谈到这一问题时，才予以述及。第三，结论草案并不影响国际法规则之间的等级问题，包括涉及一般国际法强制性规范

[667] 其中一些术语可能在使用上具有其他含义；特定是，“一般国际法”有多种不同用法(含义并非始终明确)，包括用于指代通用国际法规则，不论是条约法、习惯国际法，还是一般法律原则。有关“一般国际法”这一术语的司法讨论，见*尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)*，判决，《2015 年国际法院案例汇编》，第 665 页起，见第 782 页(多诺霍法官的个别意见，第 2 段)和第 846-849 页(杜加尔德专案法官的个别意见，第 12-17 段)。

[668] 另见*缅因湾区域海洋边界划界案*，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页起，见第 288-290 页，第 79 段(“‘规则’与‘原则’之间的关系只不过是用两个用语表达同一概念，因为在[确定适用的国际法的]背景下，‘原则’显然指的是法律原则，也就是说，它也包括国际法规则，在国际法规则中，使用‘原则’一词可能是合理的，因为原则具有更加通用、更加基本的特点”)。

[669] 因此，在这些评注中提到各法院和法庭的具体判决是为了说明判决所用方法，而不是为了介绍判决的实质内容。

(强行法)的问题，或某些义务的普遍适用性的问题。第四，结论草案没有论及习惯国际法在各国法律体系内部的地位问题。最后，结论草案没有概括处理习惯国际法可能的举证责任问题。

第二部分
基本方法

第二部分阐述习惯国际法的基本识别方法，包括两条结论草案，指出确定一项习惯国际法规则需要确定存在两个构成要素：一项一般惯例以及该惯例被接受为法律(法律确信)。这要求对每一要素的证据进行认真分析。

结论 2
两个构成要素

要确定一项习惯国际法规则的存在及内容，必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

评注

(1) 结论草案 2 阐明了基本方法，即识别习惯国际法的规则需要调查两项独立而相关的问题：是否存在一项一般惯例，及该惯例是否被接受为法律(即伴有法律确信)。换言之，必须审视各国实际上是怎么做的，并试图确定它们是否承认存在着这样做的义务或权利。“两要素法”是结论草案的基础，也得到各国、判例和学术著作的广泛支持。该方法旨在确保识别习惯国际法规则的工作只确定实际存在的此类规则。[670]

(2) 一项一般惯例和该惯例被接受为法律(法律确信)是习惯国际法的两个构成要素：这两个要素共同构成习惯国际法规则存在的必要条件。因此，要识别这一规则，就必须仔细研究可用证据，确定在任何给定案件中均存在这两项要素。这一点在国际法院判例等处得到了证实，国际法院判例提到“必须满足两项条件”[671]，并反复指出“要确定存在一项习惯国际法规则，除法律确信外，还须存在着‘既定惯例’”[672]。因此，要证实某项关于习惯国际法规则存在或内容的主张具有充分的依据，就需要寻找一项已在各国获得一定接受度乃至可被视为表现了一项法

[670] 案件当事各方的一致意见不足以作为识别依据，必须确定确实存在被接受为法律的一般惯例。另见*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(见上文脚注 663)，见第 97-98 页，第 184 段(“如果两国商定将某项规则纳入条约，其商定协议足以使这一规则成为约束双方的法律规则；但在习惯国际法领域中，仅缔约方就规则内容达成共识还不够。法院必须确定各国惯例的确证实该规则存在于国家法律确信中”)。

[671] *北海大陆架案*，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 44 页，第 77 段。

[672] 例如见*国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)*，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页起，见第 122-123 页，第 55 段；*大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)*，判决，《1985 年国际法院案例汇编》，第 13 页起，见第 29-30 页，第 27 段；*北海大陆架案*(见上文脚注)，见第 44 页，第 77 段。

律权利或义务(即被法律所要求、允许或禁止)的惯例。[673] 考察的内容必须始终是：是否存在一项被接受为法律的一般惯例？

(3) 若无法证实存在一项被接受为法律的一般惯例，则结论是不存在所称的习惯国际法规则。例如，在庇护权案中，国际法院认为，与所称存在的(特别)习惯国际法规则有关的事实显示：

> 纵观外交庇护的使用方式以及多种不同场合表达的官方意见，其中存在太多不确定与矛盾之处，也存在太多变动与差异之处，就被一些国家所批准而被另一些国家所拒绝的各项庇护公约的快速继承而言，存在太多不一致，且所涉惯例过于受到种种案件中政治权宜考虑的影响，因此，无法从中分析出任何与所称的单方面确定犯罪性质的规则有关的恒定、统一、可被接受为法律的做法。[674]

(4) 正如结论草案 2 所明确指出的，仅具备一个构成要素不足以识别习惯国际法规则。未被接受为法律(没有法律确信)的惯例，即便被广泛和一致地使用，也只能是没有约束力的做法，而在没有惯例支撑的情况下认为某项规定是(或应当是)法律，则仅仅属于愿望；只有二者合一方能证实存在一项习惯国际法的规则。[675] 虽然不时有学者试图设计识别习惯国际法的其他方法，强调其中的某个构成要素比另一个更加重要，乃至完全排除某个要素，但这种理论并未被各国或判例所采用。

(5) 两要素法经常被称为“归纳”法，与可能的“演绎”法相对，根据演绎法，规则可通过存在一般惯例及其被接受为法律(法律确信)的经验证据之外的方式确定。两要素法事实上并未排除在适用两要素法时作为辅助手段谨慎使用演绎法，特别是在审查以下两种可能的习惯国际法规则时：源自表述更为宽泛的其他

---

673 例如，在国家的管辖豁免案中，对国内立法、司法判决以及主张和其他官方声明等形式的国家实践进行了广泛的调查，发现这种国家实践伴有法律确信，从而识别了习惯国际法规定的国家豁免的范围(国家的管辖豁免案(见上文脚注 672)，见第 122-139 页，第 55-91 段)。

674 哥伦比亚一秘鲁庇护权案，1950 年 11 月 20 日的判决：《1950 年国际法院案例汇编》，第 266 页起，见第 277 页。

675 例如，在通行权案中，法院认为没有证据表明，葡萄牙武装部队和武装警察经印度领土在达曼与葡属印度飞地之间以及在两个飞地本身之间反复通行的惯例是依法当然许可或依法当然行使的。法院解释称：“考虑到本案的特殊情况，法院认为，通行前必须获得许可的这一情况依法当然构成通行权谈判。该惯例意味着，领土主权享有撤回或拒绝许可的自由裁量权。有人辩称，通行一贯可以得到许可，但法院认为这不影响法律立场。没有任何记录表明，给予许可是英国或印度负有的义务”(在印度领土上的通行权案(实质问题)，1960 年 4 月 12 日的判决：《1960 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 40-43 页)。在以核武器相威胁或使用核武器的合法性一案中，法院认为：“一方面，有了新生的法律确信，而另一方面，仍存在对威慑做法的强烈坚持，这二者之间的关系持续紧张，使专门禁止使用核武器的习惯规则难以作为现行法出现。”(以核武器相威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 255 页，第 73 段)。另见检察官诉萨姆·辛加·诺曼案，案件号 SCSL-2004-14-AR72(E)，对以缺乏管辖权为由提出的初步请求所作裁定(招募儿童)，2004 年 5 月 31 日，塞拉利昂特别法庭，第 13 页，第 17 段。

规则、以这些规则为背景发挥作用并反映了被接受为法律的一般惯例的规则[676]；或得出结论认为可能的国际法规则构成“不可分割的制度”的一部分[677]。

(6) 两要素法适用于在国际法的所有领域识别习惯国际法规则的存在及内容。这一点已得到各国惯例以及判例的证实，也符合国际法的统一性和一贯性，国际法是一个单一的法律系统，并非分为几个各有确定其渊源方法的独立分支。[678] 在实际情况下，适用基本方法时很可能会考虑到所称规则产生和发挥作用的具体情况和背景，[679] 但必须始终尊重习惯国际法作为被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的基本性质。

结论 3
两个构成要素的证据评估

1. 为查明是否存在一项一般惯例及该惯例是否被接受为法律(法律确信)而对证据进行评估时，必须考虑到总体背景、规则的性质以及有关证据被发现时的具体情况。

2. 两个构成要素中的每一要素必须单独予以确定。这就要求评估每一要素的证据。

评注

(1) 结论草案 3 涉及习惯国际法两个构成要素的证据评估。[680] 它就如何根据评估时掌握的各种证据确定习惯国际法规则的存在及内容提供了总体指导，这一评估过程既反映了所要求的系统和严谨分析，也反映了习惯国际法作为国际法渊源的动态本质。

(2) 第 1 段阐述了所有结论草案所立足的总原则，即评估任何及所有可用证据时都必须认真并考虑背景。调查是否存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例时，必须考虑到有关情况，逐案认真调查。[681] 这种分析不仅能提高任何具体决定的可信度，还能将两要素方法以具备必要灵活性的方式适用于国际法的所有领域。

---

[676] 以下案件看上去就使用了这一方法：乌拉圭河沿岸的纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 55-56 页，第 101 段。

[677] 领土争端和海洋划界案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 624 页起，见第 674 页，第 139 段。

[678] 另见国际法不成体系问题研究组的工作结论，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251(1)段。

[679] 见下文结论草案 3。

[680] 此处使用的“证据”一词为广义，涉及可被视为习惯国际法识别依据的所有材料，而非具体法院或具体法律系统中使用的技术性含义。

[681] 另见北海大陆架案(上文脚注 671)，田中法官的反对意见，见第 175 页(“要决定在习惯法的形成过程中是否存在这两个因素，是一项棘手和困难的工作。对重复的情况、国家实践例证的数量、习惯法产生所需的时间都无法以数学方法、以统一标准决定。对每项因素，都需要结合不同的场景和情况相对地进行评估”)；自由与正义党诉外交和联邦事务大臣，英格兰和威尔士上诉法院，[2018] EWCA Civ 1719 号(2018 年 7 月 19 日)，第 19 段(“习惯国际法的确认涉及对各种证据的详尽和仔细审查”)。

(3) 考虑总体背景这一要求反映出，需要在适用两要素方法的同时考虑所称的规则据称所规范的主体事项。这意味着，在每种情况下，必须将可适用于所涉事项的任何国际法基本原则均纳入考虑。[682] 此外，所查阅的证据的类型(以及审议是否存在可用证据的工作)取决于具体情况，某些形式的惯例和某些形式的被接受为法律(法律确信)的证据依背景情况，可能具有尤为重要的意义。例如，在国家的管辖豁免案中，国际法院认为：

> 就本案而言，意义尤为重要的国家实践见于：各国法院在面对他国是否享有豁免的问题时作出的判决、已颁布豁免法规的国家的立法、各国向他国法院提出的豁免主张，以及各国在国际法委员会对该主题进行广泛研究时以及后来在通过《联合国[国家及其财产管辖豁免]公约》时发表的声明。本案中，特别能反映法律确信的有：提出豁免主张的国家声称国际法向本国赋予了这种豁免他国管辖的权利的声明；批准豁免的国家承认国际法对其施加了批准豁免的义务的声明；与此相反，还有其他案件中当事国声称本国有权对他国行使管辖的声明。[683]

(4) 在评估证据以确定是否存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例时，所涉规则的性质也可具有重要意义。特别是，在涉及禁止性规则时，有时可能难以找到许多(与不作为[684] 相反的)肯定性国家实践；对涉及这种规则的案件，很可能取决于评价这种不作为是否被接受为法律。

(5) 鉴于行为可能充斥着不明晰之处，第 1 款进一步指出，对任何证据，均必须考虑到其被发现时的具体情况；只有这样做之后，方能对证据赋予适当的权重。例如，在摩洛哥境内美国国民案中，国际法院在试图确定是否存在一项(特别)习惯国际法规则时表示：

> 外交信函中有一些零星的表述，如果脱离上下文予以考虑，可能会将之视为对美国行使领事管辖权和其他领事裁判权的主张予以承认。另一方

---

[682] 在国家的管辖豁免案中，国际法院认为，国家豁免的习惯规则源于国家主权平等原则，在此背景下，审视这一规则时必须结合每个国家对其领土拥有主权的原则；国际法院还认为，源自上述主权，国家对上述领土内的事件和人员享有管辖权(国家的管辖豁免案(见上文脚注 672)，见第 123-124 页，第 57 段)。另见尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动案和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建公路案(上文脚注 667)，多诺霍法官的个别意见(第 3-10 段)。国际法院还曾解释称“国际法规则，无论是习惯国际法还是传统国际法的规则，都不在真空中运作，而是基于事实并在它仅为其中一部分的更大法律规则框架内运作”(1951 年 3 月 25 日世界卫生组织与埃及之间协定的解释，咨询意见，《1980 年国际法院案例汇编》，第 73 页起，见第 76 页，第 10 段)。

[683] 国家的管辖豁免案(见上文脚注 672)，见第 123 页，第 55 段。在航行权利和相关权利案中，一个问题是(案件当事双方均承认)由来已久的自给性捕鱼惯例是否已演变为一项(特别)习惯国际法规则，对此国际法院指出：“就该惯例的性质而言，尤其是考虑到该地区地处偏远、人口较少且分布松散，该惯例不太可能以任何正式形式载入官方记录。在法院看来，尼加拉瓜未能否认源自长期以来未受扰乱和质疑的惯例的权利之存在，这一点十分重要”(航行权利和相关权利争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页起，见第 265-266 页，第 141 段)。前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭指出过观察国家战地惯例的难度：检察官诉塔迪奇案，案件号 IT-94-1-AR72, 1995 年 10 月 2 日对辩方就管辖权问题提出的中间上诉申请作出的裁决，第 99 段。

[684] 关于不作为这种形式的惯例，见下文结论草案 6 及其评注第(3)段。

面，法院不能无视信函的主旨，这一主旨表明法国和美国始终试图找到双方同意的解决办法，且双方均无意就自身的法律立场作出让步。[685]

同样，在将立法作为惯例予以考虑时，有时立法被解释和适用的方式可能比实际案文更加重要。各国法院的判决若被立法机关撤销或因为担心与国际法不一致而未予执行，则重要性会降低。就份量而言，即兴或一时激动下作出的声明通常低于认真考虑作出的声明；低级官员的声明可能低于政府高级成员的声明。若当事国不抗议，则不抗议的重要性取决于所有具体情况，若对方已经采取了具体的行动、当事国知晓这种行动且这种行动对其利益有直接不利影响，则该国不抗议的做法可能尤为重要。若一国的某项实践不符合其显然利益，或者会给该国带来不小的代价，则更有可能反映出该项惯例已被接受为法律。

(6) 第 2 段指出，只有确定两个构成要素均存在，方能识别习惯国际法规则的存在及内容，并解释称，这要求对每一要素的证据进行评估。换言之，虽然惯例和被接受为法律(法律确信)一起方能提供识别习惯国际法所必需的信息，但需要开展两项单独的调查。两个构成要素可能事实上相互交织(惯例背后可能伴随着某种动机)，但就识别习惯国际法规则的目的而言，每一个要素在概念上都是单独的。

(7) 虽然习惯国际法表现在伴有法律确信的行为的具体实例上，但构成有关惯例的行动本身并不是被接受为法律的证据。此外，被接受为法律(法律确信)不仅涉及惯例的参与方，还涉及有能力对惯例作出反应的各方。[686] 因此，仅从所涉惯例并不能推断出被接受为法律；用国际法院的话说，“以某种方式行动或同意以某种方式行动，本身并不能证明任何法律性质的结论”。[687]

(8) 第 2 段强调，不可仅从一个要素的存在而推断出另一个要素的存在，需要对每个要素开展单独的调查。尽管如此，该段并不排除同一材料可既用于查明惯例，又用于查明被接受为法律(法律确信)。例如，国内法院的一项判决可能既是有关实践，又能表明其结果是习惯国际法的要求。同样，一国发表的官方报告可作为实践(或载有关于该国实践的资料)，并表明其所依据的法律观点。但重点依然是，必须将该材料作为两项单独调查的一部分予以研究，以查明惯例和查明被接受为法律的情况。

(9) 在习惯国际法规则的识别过程中，是否存在一般惯例往往是首先考虑的因素，只有确定这个问题之后才开始调查这种一般惯例是否被接受为法律，但这一审查顺序并不是强制的。因此，识别习惯国际法规则也可先评估据称表达了普遍法律信念的书面案文，之后再试图验证是否存在与之相对应的一般惯例。

---

685 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案，1952 年 8 月 27 日的判决：《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 200 页。

686 另见下文结论草案 9 的评注第(5)段。

687 北海大陆架案(见上文脚注 671)，见第 44 页，第 76 段。在“莲花号”案中，常设国际法院也认为：“在报告的案件中，判决十分少见，这一点足以从事实上证明所称的情况，尽管如此，……这只能显示各国在实践中往往不提起刑事诉讼，而非各国承认自己有义务不提起刑事诉讼；因为，除非各国不诉讼的原因是认识到自身有不诉讼的义务，否则谈不上国际习惯。所称的事实无法推断出各国已认识到存在着这种义务”(“莲花号”案，常设国际法院，A 辑，第 10 号(1927 年)，第 28 页)。另见下文结论草案 9 第(2)段。

第三部分
一般惯例

如上文结论草案 2 所述，既确定存在一项一般惯例又确定这一惯例被接受为法律(法律确信)，是识别习惯国际法规则的必不可少的要求。第三部分就习惯国际法两个构成要素中的第一个——“一项一般惯例”提供了更加详细的指导。该要素又称“实质”或“客观”要素，[688] 指(在被接受为法律的同时)能创立或表述习惯国际法的行为的实例。在评估一项一般惯例是否实际存在时，必须考虑若干因素。

结论 4
惯例的要求

1. 作为习惯国际法的一个要素所要求存在的一般惯例，主要指的是有助于习惯国际法规则的形成或表述的国家实践。

2. 在某些情况下，国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表述。

3. 其他行为体的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的实践，但在评估第 1 和第 2 段所指的实践时可能相关。

评注

(1) 结论草案 4 具体说明了在确定习惯国际法规则的存在及内容时，应考虑来自哪方的实践。

(2) 第 1 段明确指出，在确定习惯国际法规则的存在及内容时，主要应审视国家实践；确实，习惯国际法的实质要素常常被称为“国家实践”。[689] 作为具有一般性权能的国际法体系主要主体，国家在习惯国际法的形成中发挥着突出重要作用。在习惯国际法的识别过程中，应主要审查国家的实践。事实上，在许多情况下，确定习惯国际法规则的存在及内容仅与国家实践相关。正如国际法院在*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动*案中所述，要“审议有哪些习惯国际法规则适用于本争端……必须关注各国的实践和法律确信”。[690]

(3) “主要”一词具有双重目的。除了强调国家实践在习惯国际法规则的形成和表述中的主要作用，它还请读者参阅在某些情况下对习惯国际法规则的形成和表述做出贡献的其他实践，这些实践是第 2 段的主题。

---

[688] 有时也称“做法”，但这可能与“单纯的常例或习惯”相混淆，后者与习惯国际法不同：见下文结论草案 9，第 2 段。

[689] 国家实践在国际公法中还具有其他重要作用，包括与条约解释有关的作用，但这些不属于本结论草案的范围。

[690] *尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动*案(见上文脚注 663)，见第 97 页，第 183 段。在*大陆架*案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)中，法院同样指出，“当然，不言而喻，习惯国际法的材料应主要在各国的实际惯例和法律确信中寻找……”(*大陆架*案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)(见上文脚注 672)，见第 29 页，第 27 段)；在*国家的管辖豁免*案中，法院证实，“习惯国际法源自国家实践”(*国家的管辖豁免*案(见上文脚注 672)，第 143 页，第 101 段)。

(4) 第 2 段表明，“在某些情况下”，国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表述。[691] 虽然国际组织经常作为国家实践的平台或促进者，但该段论及的是属于国际组织本身的实践，而不是国家在国际组织内行事的实践或国家与国际组织有关的实践(这种实践属于所涉国家)。[692] 在国际组织本身的实践具有相关性的情况下(如下文所述)，结论草案和评注中提到国家实践时应被解读为包括比照适用的国际组织实践。

(5) 国际组织不是国家。[693] 国际组织是由国家(或由国家和/或其他国际组织)设立和赋权以履行某些职能，并为此具有国际法律人格(即根据国际法具有自身的权利和义务)的实体。国际组织在国际关系中的实践[694] (在伴有法律确信时)，可算作产生或证明习惯国际法规则的实践，但仅限于以下情况：(a) 规则的主题属于国际组织的任务范围，和/或(b) 专门针对国际组织的规则(例如关于国际组织的国际责任或涉及国际组织可能加入的条约的规则)。第 2 段中“在某些情况下”一语的作用是说明，国际组织的实践将不会与所有习惯国际法规则的识别相关，而且，相关的可能是部分而非所有国际组织的实践。

(6) 在此框架内，产生第 2 段所指实践的最明显的情况是，成员国将专属的权能转移给国际组织，以便后者行使其成员国的一部分公共权力。例如，欧洲联盟的某些权能便属于这种情况。若成员国并未将专属权能转移，但向国际组织赋予了在职能上与国家权力相等的权能，在这种情况下也可产生第 2 段所指范围内的实践。因此，国际组织在缔结条约、作为条约保存方、部署军队(例如维和部队)、管辖领土或就本组织及其官员的特权和豁免范围发表立场时的实践可有助于形成或表述这些领域的习惯国际法规则。[695]

(7) 与此同时，评估一国际组织的实践作为一般惯例的一部分的的权重时需要慎重。国际组织之间差异很大，不仅权力存在差异，在成员情况和职能方面也存在差异。一般规则是，越是直接代表成员国实施或越是直接经成员国核可实施的

---

691 在这些结论草案中，“国际组织”这一术语指受国际法规范的文书(通常是条约)所设立并具有自身国际法律人格的组织。该术语不包括非政府组织。

692 另见下文结论草案 6、10 和 12，这些草案除其他外，提到了国际组织内部的国家实践和被接受为法律。

693 另见委员会于 2011 年通过的关于国际组织责任的条款草案，总评注，第(7)段：“国际组织与国家相当不同，此外国际组织相互之间也有很大的差别。与国家相对的是，国际组织不具有一般性权能，其建立是为了行使专门的职能(‘特定性原则’)。各国际组织在下列方面相互之间有很大的不同：其权力和职能、成员国数量、该组织与成员的关系、辩论程序、结构和设施以及国际组织受其约束的主要规则包括条约义务等”(《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 段)。另见执行联合国职务时所受损害的赔偿，咨询意见：《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页起，见第 178 页(“在任何法律体系中，各法律主体的性质或权利范围并不一定相同”)。

694 组织的“确立的惯例”(即 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第 2 条第 1 款(j)项意义上的形成组织规则的一部分的惯例)不属于本结论的范围。

695 在这方面，欧洲复兴开发银行《关于贷款、担保和其他融资协议的标准条款和条件》和亚洲基础设施投资银行《主权担保贷款一般条件》都确认，适用于该银行和一项融资协议当事方之间争议的国际公法的来源，除其他外，包括“……各种形式的国际习惯，包括国家和国际金融机构在普遍性、连贯性和存续时间方面足以产生法律义务的实践”(欧洲复兴开发银行，《标准条款和条件》(2012 年 12 月 1 日)，第 8.04(b)(六)(C)条；亚洲基础设施投资银行，《主权担保贷款一般条件》(2016 年 5 月 1 日)，第 7.04(七)(c)条。(强调是后加的))。

国际组织实践，且上述成员国数量越多，在习惯国际法规则的形成或表述方面就可能具有更大的权重。除其他外，在衡量实践的权重时可能需要考虑的因素有：该组织的性质；行为接受审议的机关的性质；该行为是否逾越了该组织或机关的职权；以及该行为是否与该组织成员国的行为一致。

(8) 第 3 段指明，国家和国际组织以外的实体的行为，例如非政府组织(NGOs)和个人的行为以及跨国公司和非国家武装团体的行为，既不能创立也不能表达习惯国际法。因此，这些实体的行为无助于形成或表述习惯国际法规则，也不能作为证明习惯国际法规则存在及内容的直接(主要)证据。但是，该段承认，这种行为可规定或记录国家和国际组织的实践及其被接受为法律(法律确信)的情况，从而在识别习惯国际法的工作中发挥间接作用。[696] 例如，个人的行为有时可能与习惯国际法规则的形成或表达相关，但仅仅是在国家核可此种个人行为或对之作出反应的意义上相关。[697]

(9) 红十字国际委员会的正式声明，例如有关尊重国际人道主义法的呼吁和备忘录，在塑造国家应对这种声明的实践方面可能同样发挥着重要的作用；红十字国际委员会的出版物也可有助于识别相关惯例。因此这种活动可能有助于习惯国际法的发展和确定，但本身并不属于实践。[698]

结论 5
作为国家实践的国家行为

国家实践由国家行为构成，不论该行为是行使行政、立法、司法职能，还是行使其他职能。

评注

(1) 国家在国际关系中通过行政机关行事最为常见，但结论草案 5 说明的是，国家实践包括国家的任何行为，不论所涉及的是哪个机关，也不论所涉及的是哪种职能。按照国家统一原则，这包括构成国家组织的一部分并以此身份行事的任何国家机关的行为，不论该机关是在行使行政、立法、司法职能，还是在行使“其他”职能，例如商业活动或向私营部门提供行政指导。

(2) 所涉行为必须是“国家的”，方能构成国家实践。任何国家机关的行为，都应被视为该国的行为，不论该机关行使的是立法、行政、司法或任何其他职能，不论该机关在国家的组织中具有何种地位，也不论该机关在性质上属于中央政府机关还是国家地方机关。机关包括依该国国内法具有此种地位的任何人员或

[696] 在发挥后面这种作用时，其成果可能属于下文结论草案 14 的范围。委员会在“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”这一专题下审议了涉及“非国家行为体”类似论点：见该专题下二读通过的结论草案 5，第 2 段，(见上文第四章)。

[697] 例如见*航行权利和相关权利争端案*(上文脚注 683)，第 265-266 页，第 141 段。

[698] 这不妨碍红十字国际委员会为履行尤其由 1949 年 8 月 12 月关于保护战争受难者的《日内瓦四公约》赋予它的特定职责而采取的行动的意义。

实体；以其他方式经该国法律授权行使政府权力要素的人员或实体，其行为也是“国家”行为，前提是该人或实体在所涉具体实例中是以上述身份行事。[699]

(3) 国家的有关实践不限于对其他国家或其他国际法主体的行为；国家内部的行为，例如该国对待本国国民的方式，也可与国际法事项有关。

(4) 国家实践可以是单一国家的实践，也可以是两个或两个以上国家共同行事的实践。后一种实践的实例可包括若干国家在公海巡逻以打击海盗或合作发射卫星进入轨道的联合行动。应将这种联合行动与国际组织的予以区分。[700]

(5) 实践必须被其他国家知晓(无论公开与否)，[701] 方能有助于习惯国际法规则的形成和识别。确实，除非及直至国家的保密行为被其他国家知晓，否则难以理解该行为如何能够实现上述目标。

结论 6
实践的形式

1. 实践可有多种形式，既包括实际行为，也包括言语行为。在某些情况下，还可包括不作为。

2. 国家实践的形式包括但不限于：外交行为和信函；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；行政部门行为，包括“实地”作业行为；立法和行政行为；各国法院的判决。

3. 各种不同形式的实践之间没有预先确定的等级。

评注

(1) 结论草案 6 举例说明了“实践”这一术语所涵盖的行为的种类，并指出，在识别习惯国际法时，没有任何一种实践形式相对其他实践具有先验的优先地位。该条结论草案指出，不同形式的实践是可以从经验上核实的事实，并且为了当前目的，没有区分行为与行为的证据。

(2) 各国会采取多种不同的形式行使权力，且不会局限于几种行为，有鉴于此，第 1 段规定，实践可采取多种广泛的形式。有些人认为，为了识别习惯国际法的目的，能算作实践的只有国家的“行动”，而不是国家的“言语”，但是，现在人们普遍接受，言语行为(无论书面还是口头)也可算作实践；事实上，实践有时可能完全由言语行为组成，例如外交抗议。

(3) 第 1 段进一步指明，不作为也可算作实践。但是，“在某些情况下”这几个字旨在提醒，只有蓄意不采取行动方可起到这一作用：所涉国家需要有意识地在某给定情况下不采取行动，而且不能仅凭推断认为不采取行动是蓄意的。这种不

[699] 见国家对国际不法行为的责任条款的第 4 和第 5 条，大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注，见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。

[700] 另见上文结论草案 4 第 2 段及其评注。

[701] 就特别习惯国际法而言，实践应至少被另一个或另一组相关国家知晓(见下文结论草案 16)。

作为(有时称为“消极实践”)的例子可包括：不对外国国家官员提起刑事诉讼；不对某些入籍人员予以保护；以及不使用武力。[702]

(4) 第 2 段列出了常见的有益于识别习惯国际法的多种形式的实践。“但不限于”这几个字强调，所列形式并非详尽无遗；考虑到政治和技术变化的不可避免性和步伐，要拟出涵盖实践可采取的所有形式的详尽清单是不切实际的。[703] 所列出的实践形式只是例子，此外，这些例子也可能出现重叠(例如“外交行为和信函”与“行政部门行为”)。

(5) 第 2 段列出了各种实践形式，但对其顺序无意赋予任何重要意义。对所列的每种形式，都应予以广泛地解释，以反映国家行动和反应的多种不同方式。例如，“行政部门行为”这一表述泛指行政部门任何形式的行为，包括行政命令、法令和其他措施；在国际层面或对立法机关作出的正式声明；以及向国家或国际法院和法庭提出的主张。同样，“立法和管理行为”涵盖由公共主管部门实施的各种形式的规管处置。“‘实地’作业行为”一语包括执法和没收财产以及战地或其他军事活动，例如调动部队或舰船，或部署某些武器。“与条约有关的行为”这几个字涵盖与谈判、缔结以及执行条约有关的行为；一国缔结一项条约即可能参与条约相关领域的实践，例如海洋划界协定或东道国协定。同理，“与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为”包括各国在国际组织内或政府间会议上与谈判、通过和执行决议、决定以及通过的其他文件有关的行动，不论其名称为何及是否具有法律约束力。在具体情况中，这些实践形式的任何实例是否确实具有相关性，这取决于正在审议的具体规则以及所有相关情形。[704]

(6) 各国各级法院的判决均可算作国家实践[705] (不过对级别更高的法院可能予以更高的权重)；在具体要点上被推翻的判决通常不被视为具有相关性。应将各国法院的判决作为一种国家实践形式的作用与其作为确定习惯国际法规则的“辅助手段”的潜在作用区分开来。[706]

(7) 第 2 段比照适用于上文结论草案 4 第 2 段所述有助于习惯国际法规则的形成和表述的国际组织实践形式。

(8) 第 3 段澄清，没有任何一种实践形式在理论上比其他形式具有更高的证明价值。但是在具体情况中，如上文结论草案 3 和 7 的评注中所解释的，在结合情境评估不同的实践形式(或实例)时，应当赋予它们不同的权重。

---

[702] 例证见“莲花号”案(上文脚注 687)，见第 28 页；诺特波姆案(第二阶段)，1955 年 4 月 6 日的判决：《1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 22 页；国家的管辖豁免案(见上文脚注 672)，见第 134-135 页，第 77 段。

[703] 另见“使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段”，《1950 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 368 页，第 31 段；A/CN.4/710 号文件：使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段：秘书处的备忘录”(2018 年)。

[704] 见上文结论草案 3 的评注第(3)段。

[705] 例如见国家的管辖豁免案(上文脚注 672)，见第 131-135 页，第 72-77 段；2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 24 页，第 58 段。“各国法院”这一术语也可包括在一个或多个国内法律体系内运作、具备国际要素的法院，例如由本国法官和国际法官混合组成的法院或法庭。

[706] 见下文结论草案 13 第 2 段。各国法院的判决也可成为被接受为法律(法律确信)的证据，有关内容见下文结论草案 10 第 2 段。

结论 7
评估国家实践

1. 应考虑特定国家的所有已知的实践，作为一个整体进行评估。

2. 如果特定国家的实践不一致，可根据情形减少赋予该实践的权重。

评注

(1) 结论草案 7 论及评估某特定国家的实践以确定该国立场的工作，这是评估是否存在一般惯例的工作的一部分(下文结论草案 8 的主题)。结论草案 7 的两个段落明确指出，必须考虑到所涉国家在所涉事项上的所有已知实践，作为一个整体进行评估，包括其一致性。

(2) 第 1 段指出，首先，在试图确定某特定国家在所涉事项上的立场时，应考虑到该国的所有已知实践。这意味着审视的案例应详尽无遗(考虑到是否已知)，并包括该国所有机关的有关实践和某特定机关的所有有关实践。该段还说明，有关实践应作为一个整体进行评估，不应孤立评估；只有这样才能确定该国的实际立场。

(3) 国家的管辖豁免案就体现了“作为一个整体”评估所有已知实践的必要性。在该案中，国际法院注意到，虽然希腊最高法院曾在一宗案件中裁定，依照“属地侵权原则”，习惯国际法规定的国家豁免不涵盖武装部队在武装冲突期间的行动，但希腊特别最高法院采取了不同的立场；希腊政府在拒绝执行希腊最高法院的判决时也采取了上述不同立场并曾在欧洲人权法院为这种立场辩护，希腊最高法院在后来的一项判决中也采取了这种立场。国际法院将这种实践“作为一个整体”予以评估，得出结论，“将希腊的国家实践作为一个整体来看，实际上是反对而非支持意大利的论点”，即习惯国际法规定的国家豁免不涵盖武装部队在武装冲突期间的行动。[707]

(4) 第 2 段明确指出了一个特定国家的实践存在或似乎存在不一致的情况。如上文所述，若一国内部的不同机关或部门就同一事项采取了不同的行政方针，或者同一个机关的实践随着时间发生变化，就可能出现这种情况。如果在这种情况下，认为一国的实践作为一个整体并不一致，则该国对“一般惯例”的贡献可能降低。

(5) 第 2 段中“可根据情形”一语说明，这样的评估需要审慎地进行，并且不一定所有情况下都能得出同样的结论。例如，国际法院在渔业案中认定：“不必过分重视……在挪威的实践中发现的少数不确定或矛盾之处，无论是真实的还是表面上的。这种不确定或矛盾之处很容易理解，毕竟在那么长的时间内，占主导地位的事实情况和条件也发生了多种变化”。[708] 因此，若同一国低级机关与高级机关的实践存在差异，则高级机关的实践不太可能因此而降低权重。中央政府机关的实践通常会比联邦国家组成单位的实践或国家次级政府机关的实践具有更加

[707] 国家的管辖豁免案(见上文脚注 672)，见第 134 页，第 76 段和第 136 页，第 83 段。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 663)，见第 98 页，第 186 段。

[708] 渔业案，1951 年 12 月 18 日的判决，《1951 年国际法院案例汇编》，第 116 页起，见第 138 页。

重要的意义。行政机关的实践往往在国家层面最为相关，因此在识别习惯国际法方面具有特殊重要性，但可能也需要考虑到各所涉机关的宪法地位。[709]

结论 8
惯例必须具备一般性

1. 有关惯例必须具备一般性，即必须足够广泛和有代表性，还必须是一贯的。

2. 只要惯例具备一般性，就不要求特定存续时间。

评注

(1) 结论草案 8 论及惯例必须具备一般性这一要求，力求说明该要求的本质，以及核实某具体案件中该要求是否得到满足所需要开展的调查。

(2) 第 1 段解释了一般性的概念，即遵循所称的习惯国际法规则的实例的集合，包括了两项要求。第一，该惯例必须足够广泛且具有足够代表性。第二，该惯例必须表现出一致性。用国际法院在*北海大陆架案*中的话说，所涉惯例必须既“广泛并基本上统一”[710]：它必须是一项“既定惯例”。[711] 如下文所解释的，这两项要求中的任何一项都无绝对的标准；每项要求需要达到的标准都必须结合实际情况予以评估。[712] 但是，在每一种情况下，惯例必须具有这样一种特质，使人们可以观察出某种基本上统一的常例。在评价是否可得出这一结论时，要考虑到相矛盾或不一致的惯例。[713]

(3) 对惯例“广泛和有代表性”的要求，不宜予以精确的公式化定论，因为具体情况可能存在很大差异(例如，出现需要采取行动的情况的频率)。[714] 举例而言，所有国家都定期参与外交关系，因此在外交关系方面，惯例必须普遍存在方能满足本要求，而在其他一些事项方面，惯例的数量很可能较少。“足够”一词体现了这一点，暗指无法(像惯例的实例数量一样)抽象地确定参与有关惯例的国家的必要数量和分布。但是，普遍参与并不必要：没有必要证明所有国家都参与了所涉惯例。参与国应包括有机会或有可能适用所称规则的国家。[715] 这些国家

[709] 例如见*国家的管辖豁免案*(上文脚注 672)，见第 136 页，第 83 段(国际法院指出，“根据希腊法律”，特别最高法院的意见高于希腊最高法院的意见)。

[710] *北海大陆架案*(见上文脚注 671)，见第 43 页，第 74 段。包括国际法院在内，各方使用过许多种术语来描述一般性的要求，这些术语在所指含义上不存在真正的区别。

[711] 同上，见第 44 页，第 77 段。

[712] 另见上文结论草案 3。

[713] 除其他外，出现与所称规则不同之处可能说明规则不存在，或表明，除其他外，出现了允许的习惯例外；先前的规则发生了变化；存在一项特别习惯国际法规则；或存在一个或多个一贯反对者。可能还需要考虑不一致惯例出现的时间，特别是需要考虑是否该不一致发生在过去而其后的惯例大体上保持一致。

[714] 另见 *Ure 诉澳大利亚联邦案*[2016] FCAFC 8, 澳大利亚联邦法院 2016 年 2 月 4 日的判决，第 37 段(“我们不愿作出这样的表态，即国家实践实例数量较少就无法证明习惯国际[法]规则的存在。我们接受规范性较弱的立场，即国家实践实例数量越少，就越难完成这一任务”)。

[715] 因此，如果某具体惯例以及其他国家在回应方面的不作为确实已被普遍接受为法律(伴有法律确信)，则有较少国家参与这种惯例就足够了。

必须具有代表性。评估代表性时，有必要参考所有情形，包括所涉的各种利益和/或各地理区域。

(4) 因此，在评估一般性时，必须要考虑到的一个因素是，特别参与有关活动或最有可能关注所称规则的国家(特别受影响国家)在多大程度上参与了惯例。[716] 虽然在许多情况下，所有国家或几乎所有国家都会受到同等影响，但举例而言，若不考虑相关沿海国家和船旗国的惯例，要确定某项涉及海区航行的习惯国际法规则的存在及内容显然不切实际；若不考虑资本出口国以及投资所在国的惯例，要确定某项关于外国投资的规则的存在及内容显然也不切实际。但应明确指出，“特别受影响国家”这一术语不应被理解为指各国的相对权力。

(5) 关于惯例必须具有一贯性的要求意味着，若有关行动的差异过大，无法观察到行为模式，则无法认定一般惯例的存在(因此也就不存在对应的习惯国际法规则)。例如，国际法院在渔业案中认定：“尽管某些国家采用了 10 海里规则……但其他国家采用了不同的限值。因此，10 海里规则没有获得国际法一般规则的地位。”[717]

(6) 在审查惯例是否一贯时，当然必须考虑在事实上可比较的行为实例，即考虑在何处曾发生过相同或类似的问题，以便这种实例可以确实构成可靠的指导。常设国际法院在“莲花号”案中提到：“与所审案件近似的先例；只有从这一性质的先例中才能发现适用于具体所审案件的[习惯国际法]一般原则的存在。”[718]

(7) 与此同时，并不要求各国实践完全一致。相关实践只需要基本上或实质上一致，这意味着，即便存在一些不一致和矛盾之处，也不一定不能认定“一项一般惯例”的存在。在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中，国际法院认定：

> 不应期望所涉规则在各国实践中的适用情况是完美的……本法院并不认为，要确定某项规则是习惯规则，所对应的实践必须与该规则绝对严格地保持一致。本法院认为，各国的行为只要大体上与这种规则一致，就足以推导出习惯规则的存在……[719]

---

[716] 国际法院曾表示，“一项必要要求是，在所涉时期内，即便该时期较短，国家实践，包括利益特别受到影响的国家的实践，必须是既广泛又基本上统一的”，北海大陆架案(见上文脚注 671)，见第 43 页，第 74 段。

[717] 渔业案(见上文脚注 708)，见第 131 页。国际法院分庭在缅因湾案中认定，若惯例显示“每宗具体案件在最终的分析中都与其他案件不同……就不可能具备形成习惯法原则和规则所必需的条件”(缅因湾区域海洋边界划界案(见上文脚注 668)，见第 290 页，第 81 段)。例如，另见，哥伦比亚一秘鲁庇护权案(上文脚注 674)，见第 277 页(“法院所掌握的事实显示，在外交庇护的使用方面，存在太多不确定与矛盾之处，也存在太多变动与差异之处……无法从中观察出任何与所称的单方面确定犯罪性质的规则有关的恒定和统一的做法……”)；对美利坚合众国与意大利航空运输服务协定的解释，1965 年 7 月 17 日的咨询意见，联合国，《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA)，第十六卷(出售品编号 E/F.69.V.1)，第 75-108 页，见第 100 页(“只有在事实上观察到的没有变化的恒定惯例可以构成一项习惯国际法规则，这是正确的”)。

[718] “莲花号”案(见上文脚注 687)，见第 21 页。另见北海大陆架案(上文脚注 671)，见第 45 页，第 79 段；检察官诉 Moinina Fofana 和 Allieu Kondewa 案，案件号 SCSL-04-14-A, 判决(上诉分庭)，2008 年 5 月 28 日，塞拉利昂特别法庭，第 406 段。

[719] 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 663)，见第 98 页，第 186 段。

(8) 若不一致是以违反规则的形式出现，也不一定妨碍一般惯例的确定，尤其是在所涉国家不承认违反规则或对该规则表示支持的情况下。正如国际法院所述：

> 国家行为与某给定规则不一致的实例，通常应视为对该规则的违反，而非视为承认一项新规则的表现。若某国的行动方式表面上与某项承认的规则不符，但该国援引该规则内规定的例外情况或理由为自己的行为辩护，则不论该国行为据此事实上是否合理，这种态度的意义恰恰是确认该规则，而非削弱该规则。[720]

(9) 第 2 段提到了时间要素，指明若某项一般惯例得到遵循的时间相对较短，这本身并不妨碍确定存在着对应的习惯国际法规则。虽然较长的存续时间可能产生更加广泛的惯例，但习惯规则的存在并不需要一般惯例存续了久远或较长或固定的时间。[721] 国际法院在*北海大陆架*案中证实了这一点，认定“所过时间较短这一点本身并不妨碍一项习惯国际法新规则的形成”。[722] 但也正如该段所指明的，一项一般惯例的出现必须经过一些时间；不存在“速成习惯”。

第四部分
被接受为法律(法律确信)

证明某种惯例被足够广泛和有代表性的一些国家一贯遵守，就其本身而言并不足以识别习惯国际法规则。第四部分涉及习惯国际法的第二个构成要素，常常被称为“主观”或“心理”要素，这一要素要求在每种情况下，还必须满足这样的条件，即各国接受有关惯例的约束性，将之接受为法律(法律确信)。

结论 9
被接受为法律(法律确信)的要求

1. 关于一般惯例须被接受为法律(法律确信)的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感。

2. 被接受为法律(法律确信)的一般惯例不同于单纯的常例或习惯。

评注

(1) 结论草案 9 试图概括习惯国际法第二个构成要素即被接受为法律(法律确信)的性质和作用。

(2) 第 1 段解释说，作为习惯国际法的一个构成要素，被接受为法律(法律确信)述及一项要求，在采用有关惯例时必须带有一种法律权利或义务感，即必须伴有

[720] 同上。例如另见*检察官诉萨姆·辛加·诺曼*案(上文脚注 675)，第 51 段。在评估某特定国家的实践时同理：见上文结论草案 7。

[721] 举例而言，在国际空间法或海洋法等领域，习惯国际法有时发展迅速。

[722] *北海大陆架*案(见上文脚注 671)，见第 43 页，第 74 段。

关于此种惯例被习惯国际法所允许、要求或禁止的信念。[723] 因此，必须逐案证明国家以某种方式行事是因为它们感觉或相信，它们因一项习惯国际法规则而在法律上必须或有权利如此行事：它们必须作为一项权利采用这项惯例，或作为一项义务遵守这项惯例。国际法院在*北海大陆架案*的判决中强调：

> 有关行为不仅要构成既定惯例，而且其本身或其实施方式须能够佐证一种看法，即有规则要求采用这种惯例，因此该惯例具有强制性。这样一种信念的必要性，即主观因素的存在，包含在'法律必要确信'的概念中。因此，有关国家必须感到它们是在遵守相当于法律义务的东西。[724]

(3) 被接受为法律(法律确信)须与其他法律以外的行动动机区别开，如礼让、政治权宜之计或便利；如果该惯例的动机仅是这类其他考虑因素，将不能识别习惯国际法规则。因此，在*庇护权案*中，国际法院在所声称的惯例实例未被证明属下列情况时拒绝承认存在习惯国际法规则：

> 由给予庇护之国作为属于该国的一项权利行使并由领土所属国作为其有责任履行的义务予以遵守，而非仅出于政治权宜之计。……领土所属国承认庇护似乎出于便利或简单的政治权宜，而非任何法律义务感。[725]

(4) 出于条约义务试图遵守一项义务与试图遵守国内法很像，就识别习惯国际法目的而言不是被接受为法律：以此种意图采用的惯例本身不能据以推断存在一项习惯国际法规则。[726] 一国很可能承认它同时根据习惯国际法和条约受到某种义务的约束；但这种情况需要得到证明。另一方面，当国家遵守一项对其不具约束力的条约条款，或在其与该条约非缔约方的关系中适用公约条款，在不存在任何相反的解释时，这可证明存在被接受为法律(法律确信)。

(5) 应面向实施有关惯例的国家和能够对惯例做出反应的国家查证被接受为法律(法律确信)。必须证明这些国家知道该惯例符合习惯国际法。[727] 没有必要证

---

[723] 虽然将某项惯例接受为法律(法律确信)常被描述为"一种法律义务感"，但结论草案 9 使用了"一种法律权利或义务感"这种更为宽泛的措辞，因为国家在习惯国际法之下既有权利也有义务，而且它们可能在行事时相信它们有这样做的权利或义务。但结论草案 9 并不表明，如果没有禁止，国家需要指出一项权利来证明其行动有理。

[724] *北海大陆架案*(见上文脚注 671)，见第 44 页，第 77 段；另见第 76 段(提及一项要求，即各国"相信自己是在适用习惯国际法的一项强制性规则")。法院还提及，除其他外，"显示相信国家有某种一般权利的惯例"(*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(见上文脚注 663)，见第 108 页，第 206 段)。

[725] *哥伦比亚一秘鲁庇护权案*(见上文脚注 674)，见第 277 和第 286 页。另见"*莲花号*"案(上文脚注 687)，见第 28 页("即使在所报告的案件中罕见的司法裁决足以证明实际情形……这也只会表明，各国常常在实践中放弃刑事诉讼，而不是它们认为自己有义务这样做；因为只有此种放弃行为是基于它们意识到有责任放弃，才有可能称得上国际习惯。声称的事实无法使人推断国家意识到有此种义务；另一方面……有被认为能够证明情况恰恰相反的其他情形")；*在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(见上文脚注 663)：第 108-110 页，第 206-209 段。

[726] 例如另见*北海大陆架案*(上文脚注 671)：第 43 页，第 76 段。在一项非宣誓性条约几乎吸引到普遍参与时，这一点可对确定是否已经形成一项习惯国际法规则造成特别的困难。

[727] 见*在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(上文脚注 663)，第 109 页，第 207 段("无论是那些采取这种行动的国家还是那些有能力对其做出反应的国家，其行为方式都必须使它们的行为可以证明这一信念，即这种惯例是由于存在着要求将其付诸实施的法律规则而变得具有强制性"(援引*北海大陆架案*判决)。

明所有国家都承认(被接受为法律)所声称的规则为习惯国际法规则；需要的是广泛和有代表性的接受以及没有反对或很少反对。[728]

(6) 第 2 段强调，在没有被接受为法律(法律确信)的情况下，一般惯例不可被认为创立或表达了习惯国际法；它只是常例或习惯。换言之，各国认为它们可依法自由选择遵循或置之不理的惯例不会促进或反映习惯国际法(除非要识别的规则本身规定可以做出此种选择)。[729] 并非所有观察到的常规国际行为都具有法律意义：例如，为来访国家元首准备红地毯之类的外交礼仪不伴有法律义务感，因此也不产生或表明任何采取相应行动的法律义务或权利。[730]

结论 10
被接受为法律(法律确信)的证据形式

1. 被接受为法律(法律确信)的证据可有多种形式。

2. 被接受为法律(法律确信)的证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；各国法院的判决；条约规定；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为。

3. 在有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种惯例经过一定时间而没有做出反应，可用作已接受其为法律(法律确信)的证据。

评注

(1) 结论草案 10 涉及可从中查明特定惯例被接受为法律(法律确信)的证据。它反映的事实是，被接受为法律这一点可通过国家行为的各种表现形式公布出来，应予以仔细审议，以确定这些表现形式是否在任何特定情况下都确实反映一国对习惯国际法现况的观点。

(2) 第 1 段提出了一项一般主张，即被接受为法律(法律确信)可有多种体现形式。国家可以多种方式表示承认(或拒绝)一项习惯国际法规则的存在。随后段落明确说明，支持所声称规则、表明被接受为法律的此种行为包含与该惯例有关的声明和实际行动(以及不作为)。

---

[728] 因此，在有关某项惯例是否伴有被接受为法律(法律确信)问题上“国际社会的成员意见极为分歧”时，不能说存在此种被接受为法律：见*以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案*(上文脚注 675)，第 254 页，第 67 段。

[729] 在*通行权案*中，国际法院就武装部队和武装警察通过的问题指出，“该惯例意味着领土主权享有撤销或拒绝许可的自由裁量权。有人争辩说，这种许可总是可以得到的，但法院认为，这不影响法律立场。没有任何记录表明，给予许可是英国或印度负有的义务”(*在印度领土上的通行权案*(见上文脚注 675)，第 42-43 页)。在*国家的管辖豁免案*中，国际法院同样认为，在试图确定一项习惯国际法规则的内容时“虽然各国有时的确可能会决定给予比国际法要求更广泛的豁免，但就当前目的而言，要点是在这一个案例中豁免的给予并不伴有必要的法律确信，因此无助于说明法院目前正在审议的问题(*国家的管辖豁免案*(见上文脚注 672)，第 123 页，第 55 段)。

[730] 国际法院指出，事实上：“有许多国际行为，例如在礼仪和礼宾方面，几乎总是得到实施，但其动机仅仅是出于礼貌、方便或传统的考虑，而不是出于任何法律义务感”(*北海大陆架案*(见上文脚注 671)，第 44 页，第 77 段)。

(3) 第 2 段提出了被接受为法律(法律确信)的证据形式的非详尽清单，包括为此类目的最常采用的形式。[731] 此种证据形式也可表明不存在被接受为法律。被接受为法律的证据形式和上文结论草案 6 第 2 段所述的国家实践的形式之间存在一些共同点；[732] 这在一定程度上反映出一个事实，即两个要素有时可能出现于同一材料之中(但是即使在那样的情况下，仍需要逐案对两要素进行单独识别[733])。无论如何，声明更有可能体现国家的法律信念。而且将声明作为接受为法律(或相反)的表示，而不是作为惯例的实例，可能往往更有实际意义。

(4) 在被接受为法律(法律确信)的证据形式中，以国家名义发表的关于习惯国际法允许、禁止或要求一项特定惯例的明确公开声明最清楚地说明该国出于法律权利或义务感，避免或采用了这种惯例(或承认其他国家正当地采用或避免了该惯例)。同样，符合所谓规则的惯例的效力，可被声称不存在此类规则的同时期声明抵消。[734] 无论是哪种情况，都可在如下场合发表此类声明：在多边场合的辩论中；在向立法机构提出立法草案时；作为向法院和法庭提出的书面和口头陈述中的主张；在宣称其他国家的行为非法的抗议中；作为对编纂法律的提议的响应。声明可由一国单独发表，或与其他国家联合发表。

(5) 第 2 段中所列其他证据形式也可能特别有助于确定各国对某些惯例的法律立场。其中，“官方出版物”一词涵盖了以国家名义发布的文件，如军事手册和官方地图，其中可找到被接受为法律(法律确信)。同样，政府法律顾问公开发布的意见也可说明一国的法律立场，但如果该国拒绝采用其意见则另当别论。外交信函可包括，例如，向外交使团发出的通知照会，如关于特权和豁免的通知照会。国家立法虽往往是政治选择的产物，但作为被接受为法律的证据，特别是在明确说明(例如与该立法通过有关的明确说明)该立法依据或履行习惯国际法时，可能是有价值的。各国法院的判决对国际法问题发表意见时，也可能包含此类声明。

(6) 多边草案和外交进程可提供关于各国在习惯国际法内容方面的法律信念的宝贵和可获得的证据。因此结论草案 10 提及“条约规定”和“与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为”。下文结论草案 11 和 12 对它们在识别习惯国际法规则方面的潜在效用进行了更详细的研究。

(7) 第 2 段比照适用于国际组织的被接受为法律(法律确信)的证据形式。

(8) 第 3 段规定，在某些情况下，国家未能在合理时间内做出反应，也可如国际法院在*渔业案*中指出的那样，“证明了这样一个事实，即它们不认为……[其他

[731] 另见 A/CN.4/710 号文件：使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段：秘书处的备忘录(2018 年)。

[732] 清单之间还有其他不同之处，因为其目的是指出与每个构成要素有关的主要实例。

[733] 见上文结论草案 3，第 2 段。

[734] 有时，惯例本身伴有对法律义务的明确否认，例如国家向对外国外交财产造成的损害支付惠给赔偿的情况。

国家采用的某种惯例]与国际法相矛盾”。[735] 如果容忍某种惯例代表着对这种惯例的赞同，这种容忍的确可能成为被接受为法律(法律确信)的证据。然而，为使这种没有公开反对或抗议的情况具有此种证明价值，每种情况的情形必须符合两个要求，以确保这种不作为并非出于与该惯例的合法性无关的原因。[736] 首先，至关重要的是，已有对该惯例做出反应的要求：[737] 例如，如果这种惯例通常对没有或拒绝做出反应的国家的利益或权利产生不利影响，即可能是此种情况。[738] 第二，提及一国“有能力做出反应”意味着，有关国家必须已知悉该惯例(包括由于对该惯例的宣传，必须推定该国已有所知悉)，且该国必须有足够的时间和能力采取行动。如果一国未知悉或不能认为该国知悉某惯例，或尚未有合理时间做出反应，则不能将不作为归因于承认这种做法是习惯国际法所要求(或允许)的。一国也可就其不作为提供其他解释。

第五部分
某些材料对于识别习惯国际法的意义

(1) 在确定习惯国际法规则的存在及内容时，除了惯例被接受为法律(伴有法律确信)的宣称实例这种主要证据以外，还可以参考各种材料。通常包括有关法律问题的书面文本，特别是条约、国际组织和政府间会议的决议、(国际性法院和各国法院的)司法判决以及学术著作。这些文本可协助收集、综合或解释与识别习惯国际法有关的做法，并可提供准确的表述来为针对两个构成要素的调查提供框架和指导。第五部分试图解释这些材料的潜在重要性，并说明仔细研究这类材料的内容和编写这些材料时的背景情况至关重要。

[735] 渔业案(见上文脚注 708)，第 139 页。另见“莲花号”案(上文脚注 687)，第 29 页(“法院认为有必要强调以下事实：有关国家似乎没有反对在船旗国以外国家的法庭进行有关碰撞案件的刑事诉讼程序，它们似乎也没有提出抗议：它们的行为似乎没有明显不同于它们在所有共同管辖权案件中遵守的行为。这一事实与存在国家对船旗国的专属管辖权的默示同意直接相反，例如法国政府人员认为，从刑事法院很少审理管辖权问题这一事实可以推断出这一点。如果它们真的认为这种情况违反了国际法，那么法国政府在 Ortigia-Oncle-Joseph 案及德国政府在 Ekbatana-West-Hinder 案中都没有抗议意大利和比利时法院行使刑事管辖权似乎是不可能的，也不符合国际惯例”)；Priebke, Erich s/ solicitud de extradición 案，第 16.063/94 号案件，1995 年 11 月 2 日的判决，阿根廷最高法院，Gustavo A. Bossert 法官的投票，第 40 页，第 90 段。

[736] 另见，从更一般性的意义上，北海大陆架案(上文脚注 671)，第 27 页，第 33 段。

[737] 国际法院曾在不同情况下指出：“没有做出反应很有可能构成默认……换言之，沉默也可表达意思，但只有在其他国家的行为要求做出回应的情形下才会如此”。白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属案(马来西亚/新加坡)，判决，《2008 年国际法院案例汇编》，第 12 页起，见第 50-51 页，第 121 段)。另见航行权利和相关权利争端案(见上文脚注 683)，第 265-266 页，第 141 段(“在法院看来，尼加拉瓜未能否认一项权利的存在，此权利源自长期以来未受扰乱和质疑的惯例，这一点十分重要”)。

[738] 某种惯例很可能被视为影响到所有或几乎所有国家。

(2) 在目前背景下，国际法委员会工作成果本身应得到特殊考虑。正如国际法院和其他法院及法庭已经确认的，[739] 委员会对一项习惯国际法规则的存在及其内容的认定具有特别重要的价值；委员会认为不存在这样一项规则的结论亦是如此。这源自委员会作为联合国大会的附属机构而承担的促进国际法的逐渐发展和编纂的独特任务；[740] 其程序的充分性(包括对国家实践和法律确信广泛调查结果进行审议)；及其与联大和各国的紧密联系(包括在着手开展工作的同时收到各国的口头和书面评论)。不过，委员会作出的认定的权重取决于各种因素，其中包括委员会所依赖的资料来源，其工作所进行到的阶段，最重要的是取决于各国对其工作成果的接受程度。[741]

结论 11
条约

1. 条约所载的规则可反映习惯国际法规则，条件是能够确定该条约规则：

(a) 将条约缔结时已经存在的一项习惯国际法规则编纂成法；

(b) 将条约缔结之前开始形成的一项习惯国际法规则具体化；

(c) 形成了一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例，从而产生了一项新的习惯国际法规则。

2. 一项规则在多项条约中出现，可能但并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。

评注

(1) 结论草案 11 涉及条约对于识别习惯国际法的意义。本条不涉及作为一种惯例形式的与条约有关的行为。此事在结论草案 6 中已涉及。本条也不直接涉及条约制订过程或条约条款草案，它们本身可形成上文结论草案 6 和 10 中所指出的国家实践和被接受为法律(法律确信)的证据。

(2) 尽管条约本身仅对缔约方有约束力，但它们“在记录和界定，甚至发展源于习惯的规则方面可发挥重要作用”。[742] 其条款(以及通过和实施这些条款的过

[739] 例如见加布奇科沃－大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页起，见第 40 页，第 51 段；国家关于“区域”内活动的责任和义务，咨询意见，2011 年 2 月 1 日，《2011 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页起，见第 56 页，第 169 段；检察官诉 Elizaphan Ntakirutimana 和 Gérard Ntakirutimana 案，ICTR-96-10-A 号案件和 ICTR-96-17-A 号案件，判决(上诉分庭)，2004 年 12 月 13 日，卢旺达问题国际刑事法庭，第 518 段；迪拜－沙迦边境仲裁(1981 年)，《国际法案例汇编》，第 91 卷，第 543-701 页，见第 575 页；2 BvR 1506/03, 德国联邦宪法法院，2003 年 11 月 5 日第二审判庭的命令，第 47 段。

[740] 见《国际法委员会章程》(1947 年)，大会 1947 年 11 月 21 日第 174(II)号决议通过。

[741] 一旦大会已就委员会的一项最终草案采取行动，例如将其附于决议之中或推荐给各国，委员会的工作成果也可在下文结论草案 12 下进行考虑。

[742] 大陆架案(见上文脚注 672)，见第 29-30 页，第 27 段(“当然，不言而喻，尽管多边公约在记录和界定，甚至发展源于习惯的规则方面可发挥重要作用，但习惯国际法的材料还是应主要在各国的实际惯例和法律确信中寻找”)。1969 年《维也纳公约》第三十八条提到“条约所载规则成为对第三国有拘束力之公认国际法习惯规则”的可能性。

程)可有助于阐明习惯国际法的内容。[743] 表述清晰的条约条款，如果宣示了习惯国际法规则，可为这些规则的存在或内容提供特别适当的证据。然而，“可能反映”这种措辞提请注意，条约本身无法创立习惯国际法规则或绝对证明习惯国际法规则的存在及内容。

(3) 一项条约的缔约方数量可能是确定该条约所载具体规则是否体现习惯国际法的重要因素；在这方面，已经几乎获得普遍接受的条约可被视为特别具有指示性。[744] 但尚未生效，或尚未获得普遍参与的条约在特定情况下也可具有重要影响，尤其是当它们获得通过时没有反对意见，或获得绝大多数国家支持而通过时。[745] 在任何情况下，非缔约国对于一项广泛批准的条约的态度，包括在条约缔结时和缔结后的态度，也将具有相关性。

(4) 第 1 段规定了条约中提出的规则可以被视为反映习惯国际法的三种情况，由习惯国际法规则形成(或开始形成)的时间区分。使用“条约中提出的规则”这种措辞，试图说明一条规则可能未必载于某单一条约条款，而是可能在一并解读的两条或多条条款中得到反映。[746] “条件是能够确定”这种措辞明确了仅仅靠条约的案文并不能确定条约中的一项规则是否确实与宣称的习惯国际法规则相一致；规则的存在必须逐例由惯例(连同被接受为法律)来印证。重要的是可以证明各国对惯例的参与并非(仅)由于条约义务，而是由于确信条约中所载规则是或已成为一项习惯国际法规则。[747]

(5) (a)分段涉及能够确定条约中提出的规则宣示了已经存在的一项习惯国际法规则的情况。[748] 在调查一项宣称的习惯国际法规则是否符合这种情况时，应首

[743] 见国家的司法管辖豁免(上文脚注 672)，见第 128 页，第 66 段；“使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段”，《1950 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 368 页，第 29 段，(“若干国家为力求确定国际习惯法中某项法则之存在，辄有将为他国所遵行之惯例订为协约者，甚至有将虽经签字而尚未生效之多边协约视为具有证明国际习惯法之价值者。”)。

[744] 例如见厄立特里亚－埃塞俄比亚混合索赔委员会，部分裁决：战俘，埃塞俄比亚的第 4 号索赔，2003 年 7 月 1 日，UNRIAA, 第二十六卷(出售品编号 E/F.06.V.7)，第 73-114 页，见第 86-87 页，第 31 段(“当然，关于 1949 年日内瓦四公约已大体上成为习惯国际法表述的主张具有重要的现代效力，并且本案中的双方均赞同这一点。这些公约获得了几乎普遍的接受这一事实本身也支持这项结论”(脚注省略))；检察官诉萨姆·欣加·诺曼案(见上文脚注 675)，见第 17-20 段(除其他外，提到“极大的认可，所有国际文书中最高的接受程度”来说明《儿童权利公约》的有关条款已反映习惯国际法)。

[745] 例如见大陆架案(上文脚注 672)，见第 30 页，第 27 段(“不可否认，1982 年的《公约》[《海洋法公约》—当时尚未生效]已被绝大多数国家通过，具有十分重要的意义；因此，即便当事方没有提到《公约》，法院显然也有义务考虑《公约》任何相关条款作为习惯国际法规则在何种程度上对当事方具有约束力”)。

[746] 也有可能某单一条款仅部分反映了习惯国际法。

[747] 在北海大陆架案中，这种考虑致使所引述的若干国家实践被视为不充分的证据(北海大陆架(见上文脚注 671)，第 43 页，第 76 段)。

[748] 例如见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(上文脚注 663)，第 46-47 页，第 87 段。

先考虑条约案文，因为案文可能包含关于此事的明确声明。[749] 明文允许对某一条约条款有所保留可能表明该条款不反映习惯国际法，但这不一定具有决定性。[750] 然而，这种案文中的说明可能不存在，或可能是一般性地提及条约，而不是条约所载的任何具体规则；[751] 在这种情况下，可查看条约的准备工作(travaux préparatoires)，[752] 包括在起草过程中各国作出的可能透露将一项已经存在的习惯国际法规则编纂成法的意愿的任何声明。如果发现谈判国确实认为所涉规则是一项习惯国际法规则，这将是被接受为法律(法律确信)的证据，而且谈判国的数量越多，权重就越大。但是，仍然有必要考虑是否有具备充分普遍性和代表性以及连贯性的相关惯例的实例来支持习惯国际法规则(不同于条约义务)的存在。这是因为各方声称该条约宣示了现有法律的事实只是这方面的单一证据，还因为自条约缔结以来，条约案文所依据的习惯国际法规则可能已经发生变化或被取代。换言之，相关惯例必须能够确认法律确信，或与法律确信同时存在。

(6) (b)分段涉及能够确定根据数量有限的国家实践拟订的条约规则将一项被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例具体化的情况。换言之，该条约规则巩固了一项在条约起草时刚刚开始出现的习惯国际法规则，并给予其进一步的定义，因

[749] 例如，在 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》(联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页)中，各缔约国“确认灭绝种族之行为，不论出于平时或战时，均属国际法下之一种罪行”(第一条)(强调是后加的)；而 1958 年日内瓦《公海公约》载有如下序言段落：“深愿编纂关于公海之国际法规则”(同上，第 450 卷，第 6465 号，见第 82 页)。条约同样可能表明其体现了逐渐发展而不是对法律的编纂；例如，在*哥伦比亚－秘鲁庇护权案*中，国际法院裁定 1933 年《蒙得维的亚国家权利与义务公约》(国际联盟，《条约汇编》，第 165 卷，第 3802 号，第 19 页)的序言称该公约是对先前一份公约的更改(并且批准前一份公约的国家数量有限)，这有悖于认为该公约“仅编纂了已被认定为习惯的原则”的论点(*哥伦比亚－秘鲁庇护权案*(见上文脚注 674)，见第 277 页)。

[750] 另见委员会《对条约的保留实践指南》，准则 3.1.5.3(对反映习惯规则的规定的保留)和 4.4.2(对习惯国际法之下的权利和义务不产生效果)，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10 和 Add.1)。

[751] 例如，1930 年《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(国际联盟，《条约汇编》，第 179 卷，第 4137 号，第 89 页)规定“将上述原则和规则纳入公约，无论如何不得视为预断这些原则和规则是否已经构成国际法一部分的问题”(第 18 条)。有时，会笼统地同时提及编纂和发展：例如，在 1969 年《维也纳公约》中，各缔约国在序言中表示它们深信“本公约[达成了]条约法之编纂及逐渐发展”；在 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004 年 12 月 2 日大会第 59/38 号决议)中，各缔约国在序言中考虑到“国家及其财产的管辖豁免为一项普遍接受的习惯国际法原则”，并表示相信《公约》“将有助于国际法的编纂与发展及此领域实践的协调”。另见 Benkharbouche *诉外交和联邦事务大臣，以及外交和联邦事务大臣及利比亚诉* Janah, 联合王国最高法院，[2017] UKSC 62 (2017 年 10 月 18 日)，第 32 段。

[752] 在*北海大陆架案*中，国际法院审查了 1958 年《大陆架公约》(联合国，《条约汇编》，第 499 卷，第 7302 号，第 311 页)第 6 条在起草时是否反映了习惯国际法，并判定：“因此，《公约》中规则的法律地位主要取决于致使[国际法]委员会提出该规则的程序。已经结合丹麦－荷兰关于[在海洋划界中]等距离测量的先验必要性的主张对这些程序进行了审查，并且法院认为这种审查在此也能满足要求，显示委员会在提出《公约》第 6 条中出现的等距离原则时相当犹豫，在某种程度上是一种试验，充其量是拟议法，绝不是现行法或是正在出现的新习惯国际法规则。显然不能以此为基础来说《公约》第 6 条反映或具体化了这样的规则”(*北海大陆架案*(见上文脚注 671)，见第 38 页，第 62 段)。另见*国家的司法管辖豁免*(上文脚注 672)，第 138-139 页，第 89 段。

此之后开始反映这项规则。[753] 在此，确定情况确实如此也需要评估条约表述是否被接受为法律，并确实得到一般惯例的支持。[754]

(7) (c)分段涉及能够确定条约中提出的规则产生了一项新的习惯国际法规则的情况。[755] 这一过程不能轻率地视为已经发生。正如国际法院在*北海大陆架*案中所解释的那样，要确定条约中提出的规则产生了习惯国际法规则已经形成的效果：

> 其必要前提是，相关条款应在任何潜在情况下均具备根本的规范制订性质，能被视为构成一般法律规则的基础；……一个不可或缺的条件是，即便所涉及的期间非常短暂，国家实践，包括那些利益特别受到影响的国家的实践，应在所援引条款的意义上达到广泛而且基本统一，而且其发生方式也表明，所涉法律规则或法律义务得到普遍承认。[756]

换言之，必须看到一般惯例“在所援引条款的意义上”被接受为法律(伴有法律确信)。鉴于条约缔约方之间的一致行为可以假定为源于条约义务，而不是接受所涉规则根据习惯国际法具有的约束力，此类缔约方与非条约缔约方有关的惯例，以及非缔约方与缔约方有关或非缔约方之间的惯例，都将具有特别的价值。

(8) 第 2 段试图提醒，在一些双边或其他条约中存在类似的条款，从而为可能范围广泛的国家确定了类似的权利和义务，但并不一定表明这些条款反映了一项习惯国际法规则。虽然这种重复确实可能证明存在相应的习惯国际法规则(或形成了这样一项规则)，这“同样可以证明事实正好相反”，因为各国缔结条约是由于不存在任何规则，或是为了减损一项存在却不同的习惯国际法规则。[757] 同

---

[753] 即便最终无法商定某一条约条款，习惯国际法仍有可能稍后“在[谈判条约的]会议的辩论和接近协定的基础上通过各国实践”而演变出来，*捕鱼管辖权*案(*德意志联邦共和国诉冰岛*)，案情实质，判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 175 页起，见第 191-192 页，第 44 段。

[754] 例如见*大陆架*案(上文脚注 672)，第 33 页，第 34 段(“法院认为，毫无疑问，各国惯例显示，根据距离确定应享权利的专属经济区制度已成为习惯法的一部分”(强调是后加的))。

[755] 正如国际法院所确认的，“这个过程完全有可能发生，且实际上不时发生：这已构成公认的习惯国际法新规则形成的方法之一”(*北海大陆架*案(见上文脚注 671)，见第 41 页，第 71 段)。频繁援引的一个例子是 1907 年《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》附件《海牙章程》。尽管根据《公约》，起草这些条款，是为“修改[当时存在的]一般战争法规和惯例”(因此不是编纂现有的习惯国际法)，但后来它们被视为反映了习惯国际法(见*在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果*，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 172 页，第 89 段)。

[756] *北海大陆架*案(见上文脚注 671)，见第 41-43 页，第 72 和第 74 段(在第 71 段提醒“这种结果不能轻率地视为已经达成”)。另见*尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动*(上文脚注 663)，见第 98 页，第 184 段(“如果两国商定将某项规则纳入条约，其商定协议足以使这一规则成为约束双方的法律规则；但在习惯国际法领域中，仅缔约方就规则内容达成共识还不够。法院必须确定各国惯例的确证实该规则存在于国家法律确信中”)。

[757] 见*艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛*案(*几内亚共和国诉刚果民主共和国*)，初步异议，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 582 页起，见第 615 页，第 90 段(“据几内亚援引，促进和保护外国投资协定以及《华盛顿公约》等各项国际协定制定了保护投资的特别法律制度，或这方面的规定通常被列入国家与外国投资者之间直接签订的合同，这些事实不足以证明外交保护的习惯规则发生了变化，因为这同样可以证明事实正好相反”)。

样，需要调查是否存在某种被接受为法律(伴有法律确信)的惯例实例来支持书面规则。

结论 12
国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议本身并不能创立一项习惯国际法规则。

2. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展。

3. 如果能够确定国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议中的某项规定与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可反映一项习惯国际法规则。

评注

(1) 结论草案 12 涉及国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议在确定习惯国际法规则方面可发挥的作用。该条规定，尽管这类决议本身既不构成习惯国际法规则，也不能作为证明习惯国际法规则的存在及其内容的确凿证据，但它们在为现有或正在形成的法律提供证据方面有其价值，可以促进一项习惯国际法规则的发展。[758]

(2) 与结论草案 6 中一样，“决议”一词指国际组织或政府间会议通过的决议、决定和其他文件，而无论其名称如何，[759] 也无论它们是否具有法律约束力。在此，应特别关注联大的决议，因为联大是联合国一个几乎获得普遍参与的全体机构，可提供其会员集体意见的重要证据。成员较为有限的机构(或会议)通过的决议也可能相关，但它们在识别习惯国际法规则方面的重要性很可能较小。

(3) 尽管严格而言，国际组织各机构的决议(与政府间会议的决议不同)源自这些组织，而非成员国，但在本结论草案的范围内，重要的是它们可反映这些国家意见的集体表达：当决议意在(明示或暗示)处理法律问题时，它们可有助于了解其成员国在这类问题上的态度。上文结论草案 11 中对条约的大部分说明都适用于决议；但是，与条约不同，决议通常不是具有法律约束力的文件，并且一般得到的法律审查要比条约案文少。和条约一样，决议不可以替代确定是否确实存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的工作。

(4) 第 1 段明确了国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议不可独立构成习惯国际法规则。换言之，意在制订一项习惯国际法规则的一项决议(或一系列决议)仅仅获得通过并不能创立这类法律：必须能够确定决议中提出的规则确实与

[758] 见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注 675)，见第 254-255 页，第 70 段；SEDCO 公司诉伊朗国家石油公司和伊朗案，中间裁决，第 ITL 59-129-3 号裁决，1986 年 3 月 27 日，《国际法案例汇编》，第 84 卷，第 483-592 页，见第 526 页。

[759] 其名称众多，例如“宣言”或“原则宣言”。

被接受为法律(伴有法律确信)的某项一般惯例相一致。不存在此类决议本身产生的“速成习惯”。[760]

(5) 第 2 段首先指出，决议仍可通过为习惯国际法规则的存在及其内容提供证据来协助确定习惯国际法规则。“可”字试图提醒，并非所有决议都有这样的作用。正如国际法院指出的那样，决议“纵无约束力……在某些情况下，可以作为重要的证据来确定有一个规则存在或有一种法律确信刚刚出现”。[761] 当一项决议意在宣示一项现有的习惯国际法规则时尤其如此，这时它可以作为这项规则被支持决议的各国接受为法律的证据。换言之，“对这些决议案文予以同意所产生的影响……，可以将其理解为……接受该决议所宣布的一项或一套规则的有效性”。[762] 反过来，否决票、弃权或不赞成共识，连同一般声明和解释立场的发言一起，可用作表明不存在被接受为法律的证据。

(6) 因为各国通过投票或其他方式对特定决议(或某一决议中提出的特定规则)表达的态度往往出于政治考虑或其他非法律考虑，所以通过这类决议确定被接受为法律(法律确信)的工作必须“以应有的谨慎态度”进行。[763] 这一点通过“可”字得到体现。应逐例对各种因素进行仔细的评估，以核实所涉国家是否确实意在确认一项习惯国际法规则的存在。正如国际法院在*以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案*中指出的那样：“需要审视[决议的]内容和通过[决议]时的状况；还需审视是否有一种法律确信存在，认为这项决议具有规范的性质。有时一系列决议可能体现出确立一项新规则所需的法律确信的逐渐演变。”[764] 所使用的确切措辞是寻求评价某一决议之法律重要性的出发点；对国际法的提及，以及在案文，包括在序言和执行部分中选择(或避免)特定用语，都可能具有重要意义。[765] 同样相关的还有通过决议前的辩论和谈判，特别是在通过决议前后短时间内作出的对投票的解释和类似发言。[766] 决议所获支持程度(可见于多数票的规模以及否决票和弃权票的情况)至关重要。就一项决议的不同方面表达的不同意见可表明

[760] 另见上文结论草案 8 的评注第(9)段。

[761] *以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案*(上文脚注 675)，见第 254-255 页，第 70 段(提及联大的决议)。

[762] *尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(见上文脚注 663)，见第 100 页，第 188 段。另见科威特政府诉美国独立石油公司(AMINOIL)案，1982 年 3 月 24 日最终裁决，《国际法案例汇编》，第 66 卷，第 518-627 页，见第 601-602 页，第 143 段。

[763] *尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(见上文脚注 663)，见第 99 页，第 188 段。

[764] *以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案*(见上文脚注 675)，见第 255 页，第 70 段。

[765] 例如，在 1946 年 12 月 11 日第 96(I)号决议中，联大“确认灭绝种族为国际法下之一种犯罪行为”，这种措辞表明该段旨在宣示现有习惯国际法。

[766] 在联大中，对投票的解释往往在某一主要委员会通过决议时作出，全体会议中通常不再重复。

不存在一般性的被接受为法律(法律确信)，至少在那些方面不存在，而获得否决票和弃权票的决议不太可能被视为反映习惯国际法。[767]

(7) 第 2 段进一步确认国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议，即便本身缺乏法律效力，有时仍可在习惯国际法的发展方面发挥重要作用。与一项条约一样，当一项(或一系列)决议为一项与其案文相符、被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的发展提供灵感和推动力时，或当一项决议将某条正在出现的规则具体化时，便可能是这种情况。

(8) 第 3 段明确表示，国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议规定本身不能作为证明习惯国际法的存在及其内容的确凿证据。这是因为已经指出，要证明一项规则的存在，可由一项决议作为证据的各国的法律确信必须得到惯例的验证；因此需要其他证据，尤其是表明所宣称的规则确实在各国的实践中得到遵守。[768] 如果不存在惯例，或惯例有所不同或不统一，一项决议规定便不能成为一项习惯国际法规则的证据。

结论 13
法院和法庭的判决

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段。

2. 也可酌情考虑将各国法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决用作确定此类规则的辅助手段。

评注

(1) 结论草案 13 涉及国际性和各国法院和法庭的判决在协助识别习惯国际法规则方面的作用。应回顾，各国法院的判决在识别习惯国际法方面可发挥双重作用。一方面，正如上文结论草案 6 和 10 所指出的样，它们可作为法院地国的惯例及被接受为法律(法律确信)的证据。另一方面，结论草案 13 指出，当这类判决本身对习惯国际法规则的存在及其内容作了审查时，它们也可用作确定习惯国际法规则的辅助手段(moyen auxiliaire)。

(2) 结论草案 13 严格遵循《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的用语，该条款规定，虽然法院之判决除对于当事国外无拘束力，但司法判例是确定国际法规则，包括习惯国际法规则的“辅助手段”。“辅助手段”的措辞表明了这类判决在阐明法律方面的补充作用，而并非(像条约、习惯国际法或一般法律原则那样)本身就是国际法的渊源。“辅助手段”一词的使用不是表明也无意表明这类判决对于习惯国际法的识别不重要。

---

[767] 例如见*以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案*(见上文脚注 675)，见第 255 页，第 71 段(“本案所审查的决议之中有几项决议在通过时，相当多的国家投反对票或弃权；因此，这些决议虽然显示各方对核武器问题深感关切，仍然不足以确定存在一种认为使用此类武器为非法的法律意见”)。

[768] 例如见*康克由*(别名“杜赫”)*案*，001/18-07-2007-ECCC/SC 号案件，上诉判决，柬埔寨法院特别法庭最高法庭(2012 年 2 月 3 日)，第 194 段(“1975 年《酷刑宣言》[1975 年 12 月 9 日第 3452(XXX)号决议，《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》]是一项不具约束力的大会决议，因而需要有进一步的证据，才能确定其中对酷刑的定义反映了相关时期的习惯国际法”)。

(3) 各法院和法庭关于国际法问题的判决，尤其是考虑了习惯国际法规则的存在，并识别和适用了这类规则的判决，可为确定习惯国际法规则存在与否提供宝贵的指南。不过，这类判决的价值大不相同，取决于推理过程的质量(主要包括判决在多大程度上经过了对某项宣称被接受为法律的一般惯例之证据的彻底审查)，尤其是各国和随后的判例对判决的接受程度。其他考虑因素可酌情包括法院或法庭的性质；判决通过时所获多数赞成的规模；以及法院或法庭适用的规则和程序。此外，还必须铭记，关于习惯国际法的司法裁决不会使法律停滞不前；自具体判决发布之日起，习惯国际法规则可能已经有所演变。

(4) 第 1 段提到“国际性法院和法庭”，这种措辞意在涵盖任何被提请审查习惯国际法规则的行使司法权的国际机构。认识到国际法院判例的重要性，和其作为具有一般管辖权的唯一常设国际性法院的特殊地位，该法院被明确提及。它是联合国的主要司法机关，其规约是《联合国宪章》的组成部分，其成员由大会和安理会选举产生。[769] 除了国际法院的前身常设国际法院，“国际性法院和法庭”这一说法还包括(但不限于)专门法院和区域法院，例如，国际海洋法法庭、国际刑事法院和其他国际刑事法庭、区域人权法院和世界贸易组织争端解决机构。它还包括国家间仲裁庭和其他适用国际法的仲裁庭。国际性法院和法庭通常可利用的技能和广泛的证据可使其判决具有重要分量，但需取决于上一段提及的那些考虑因素。

(5) 为本结论草案的目的，“判决”一词包括判决和咨询意见以及关于程序事项和中间事宜的指示。个别意见和不同意见可有助于理解判决，并可能讨论到法院或法庭的判决中没有涵盖的要点；但必须对它们持有谨慎态度，因为它们反映个别法官的观点，或可能提出未被法院或法庭接受的要点。

(6) 第 2 段涉及各国法院(也被称为国内法院)的判决。[770] 国际性法院和各国法院之间的区别并不总是那么明确；在这些结论草案中，“各国法院”一词包括在一个或多个国内法律体系内运作的具有国际性人员构成的法院，例如具有本国和国际混合人员构成和混合管辖权的“混合性”法院和法庭。

(7) 试图依据各国法院的判决作为确定习惯国际法规则的辅助手段时需要采取审慎态度。[771] 第 1 段和第 2 段的不同措辞便体现出这一点，特别是第 2 段中使用的“可酌情考虑”的说法。各国法院是在一个特定的法律体系中运作的，该体系可能仅以特殊和有限的方式反映国际法。各国法院的判决可反映特定的国家观

[769] 尽管国际性法院和法庭不存在等级关系，其他法院和法庭往往认为国际法院的判决有权威。例如见，Jones 等人诉联合王国案，第 34356/06 号和第 40528/06 号申诉，欧洲人权法院，《2014 年欧洲人权法院案例汇编》，第 198 段；“赛加羚羊”号轮案(第 2 号)(圣文森特和格林那丁斯诉几内亚)，判决，《1999 年海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，见第 133-134 段；日本－酒精饮料税案，世贸组织上诉机构报告，WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，D 节。

[770] 关于作为确定习惯国际法规则的辅助手段的各国法院的判决，例如见 Mohammed 等人诉国防部案，联合王国最高法院，[2017] UKSC 2 (2017 年 1 月 17 日)，第 149-151 段(Mance 勋爵)。

[771] 另见司法和宪法发展部长诉南部非洲诉讼中心，南非最高上诉法院(2016 年) 3 SA 317 (SCA) (2016 年 3 月 15 日)，第 74 段。

点。与大多数国际性法院不同，各国法院有时可能缺乏国际法方面的专业知识，并可能在作出判决时未能听取各国提出的论点。[772]

结论 14
学说

各国最权威的国际法专家的学说可用作确定习惯国际法规则的辅助手段。

评注

(1) 结论草案 14 涉及学说(法文为 doctrine)在识别习惯国际法规则方面的作用。草案严格遵循《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的用语，规定这类著作可作为辅助手段(moyen auxiliaire)，用以确定习惯国际法规则，也就是说，用来确定是否存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例。“学说”一词也常常被称作“论著”，应予以广泛的解读；它包括非书面形式的学说，例如讲座和视听材料。

(2) 与上文结论草案 13 提到的法院和法庭的判决一样，论著本身不是国际法的渊源，但可为确定习惯国际法规则的存在及其内容提供指南。这种辅助作用承认了学说在下列领域可能具备的价值：收集并评估国家实践；识别国家实践的差异和规则的可能缺失或发展；评估法律。

(3) 在借鉴论著时必须保持警惕，因为它们在确定某项习惯国际法规则存在方面的价值可能有差异：“可用作”这一措辞即反映了这种提醒。首先，著述者有时不仅试图记录法律的现状(现行法)，还设法支持其发展(拟议法)。在这么做时，他们并不总是区分(或清楚地区分)法律的现状和他们所设想的法律的状况。其次，论著可反映著述者的本国观点或其他个人观点。第三，论著的质量参差不齐。因此，评估特定著述的权威性至关重要；美国最高法院在 Paquete Habana 案中提到：

> 法学家和法律评论家的著作——他们通过多年的劳动、研究和经验，特别熟悉其所研究的主题。司法法庭求助于这些著作，不是为了了解其著述者关于法律应当是什么的猜测，而是为了求得关于法律实际上是什么的可靠证据。[773]

(4) “国际法专家”一词源自《国际法院规约》，涵盖了其论著可阐明国际法问题的所有人。虽然其中大多数著述者必然是国际公法专家，但其他人也没有被排除在外。“最权威的”国际法专家的提法强调应该关注该领域知名者的论著。但是在最终的分析中，重要的是特定论著的质量，而不是著述者的声望；在这方面应该考虑的因素有，著述者在识别习惯国际法方面采取的方法，以及其文字忠

[772] 另见“使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段”，《1950 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 370 页，第 53 段。

[773] Paquete Habana 和 Lola 案，美国最高法院 175 US 677(1900)，见第 700 页。另见“莲花号”案(上文脚注 687)，第 26 和第 31 页。

于这种方法的程度。“各国”国际法专家的提法，着重指出在识别习惯国际法时务必尽可能考虑可代表各主要法律体系和全球各区域以及各种语言的论著。

(5) 参与编纂和发展国际法的国际机构的工作成果可在这方面提供有用的资源。[774] 这类集体机构包括国际法学会(Institut de droit international)和国际法协会，以及不同专门领域和来自不同地区的国际专家机构。必须参照以下因素，仔细评估每一项工作成果的价值：所涉机构的任务授权和专业知识、工作成果在多大程度上试图阐述现有法律、其在特定问题上所开展工作的仔细程度和客观性、特定工作成果在机构内部获得的支持以及各国和其他各方的认可程度。

第六部分
一贯反对者

第六部分只包含一条关于一贯反对者规则的结论草案。

结论 15
一贯反对者

1. 如果一国在一项习惯国际法规则的形成过程中对其表示反对，只要该国坚持其反对立场，则该规则不可施用于该国。

2. 反对立场必须明确表示，向其他国家公开，并始终坚持。

3. 本结论草案不影响任何关于一般国际法强制性规范(强行法)的问题。

评注

(1) 习惯国际法的规则，“就其本质而言，必须对国际社会的全体成员具有平等效力，因而不得受制于其中任何一方出于有利于自身的目的、任意行使的任何单方面排除的权利”。[775] 尽管如此，一国若对一条开始形成的习惯国际法规则持续表示反对并且在该规则具体化以后保持反对，则该规则不可施用于该国。这有时被称为一贯反对者“规则”或“原则”，在与习惯国际法规则的识别有关的情况中并不少见。正如本结论草案试图表达的那样，援引一贯反对者规则须满足严格的条件。

(2) 要把一贯反对者同为数众多的国家反对一条习惯国际法新规则的出现并因而使该规则完全无法具体化(因不存在被接受为法律的一般惯例)的情况区分开来。[776]

(3) 一国通过不认可一条开始形成的习惯国际法规则或采取其他做法，从而对该规则表示反对的，可能采取以下两种姿态中的一种或两种：该国可寻求阻止这条规则的产生；或旨在确保如果这条规则产生，将不可对该国施用。一个例子

[774] 本部分(第五部分)总评注第(2)段阐述了应给予国际法委员会的工作成果的特殊考虑。

[775] 北海大陆架案(见上文脚注 671)，第 38-39 页，第 63 段。这对于“一般”习惯国际法成立，与“特别”习惯国际法相对(关于特别习惯法，见下文结论草案 16)。

[776] 例如见德国联邦宪法法院的判决，第 46 卷(1978 年)，1977 年 12 月 13 日的判决，2 BvM 1/76, No. 32, 第 34-404 页，见第 388-389 页，第 6 段(“这不只是说一国可采取行动，从一开始就坚持主张权利，从而成功地坚持对一条国际法现有规则的适用表示反对(就国际法院在挪威渔业案……中的判决而言；而是说，目前不能假定存在一条对应的国际法一般规则”)。

是，某些国家反对当时开始出现的、允许划定最大 12 海里领海的规则。这些国家可能希望把三海里、四海里或六海里领海统一成一条一般规则，但无论如何不准备接受其被执行宽度更大的领海。[777] 如果一条习惯国际法规则被认定已产生，应由有关国家确立从一贯反对者地位获利的权利。

(4) 一贯反对者规则在国际和国内判例[778] 以及在其他情况[779] 中被援引和承认的情况并不少见。虽然存在不同观点，但一贯反对者规则受到国家和著述者以及从事国际法工作的科学机构的广泛认可。[780]

(5) 第 1 段明确表示，反对必须是在所涉规则形成过程中提出的。及时提出反对至关重要：该国必须在某一特定做法具体化、成为一条习惯国际法规则之前表示其反对；如果该国在尽可能早的时间如此行事，其立场将最有保障。虽然反对同违反的界限不常易于区分，但不存在所谓的嗣后反对者规则：一旦规则形成，反对将无助于希望免受约束的国家。

(6) 如果一国将其确立为一贯反对者，只要其坚持反对立场，则该规则不可施用于该国；使用“不可施用”这一表述是为了反映一贯反对者的例外立场。本段进一步说，一旦放弃反对立场(反对立场可随时明确或以其他方式加以放弃)，当事国就受该规则的约束。

(7) 第 2 段明确了一国确立并维持对一条习惯国际法规则的一贯反对者地位所必须满足的严格要求。反对立场除必须在该做法具体化成为法律规则前提出外，还必须明确表示出来，这意味着不接受开始形成的规则或不受其约束的意图必须毫不含糊。[781] 然而，不要求以特定形式提出反对立场。以书面或口头形式明确提出的反对言辞(即相对于实际行动)足以维持反对国的法律立场。

---

[777] 在这一过程中，而且作为一揽子海洋法的一部分，国家实际上没有维持其反对立场。虽然要长期地有效保持一贯反对者地位有时证明是很难的，但这不会对结论草案 15 所述规则的存在提出疑问。

[778] 例如见渔业案(上文脚注 708)，见第 131 页；Michael Domingues 诉美国案，案件号 12.285 (2002)，美洲人权委员会，第 62/02 号报告，第 48 和 49 段；Sabeh El Leil 诉法国案[GC]，第 34869/05 号，欧洲人权法院，2011 年 6 月 29 日，第 54 段；世贸组织小组报告，“欧洲共同体—影响生物技术产品批准和营销的措施”，WT/DS291/R、WT/DS292/R 和 WT/DS293/R，2006 年 11 月 21 日通过，见第 335 页，脚注 248；西德曼·德布莱克诉阿根廷共和国案，美国上诉法院第九巡回审判庭，965 F.2d 699; 1992 U.S. App., 第 715 页，第 54 段。

[779] 例如见土耳其于 1982 年在第三次联合国海洋法会议上的发言，第 A/CONF.62/SR.189 号文件，第 76 页，第 150 段(可访问 http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html)；美国国防部，“战争法手册”，总法律顾问办公室，华盛顿特区，2016 年 12 月，第 29-34 页，第 1.8 节(习惯国际法)，尤其参见第 30 页，第 1.8 段(“习惯国际法在总体上对各国均有约束力，但在一条习惯国际法规则的发展过程中一贯对其反对的国家不受该规则约束”)以及第 34 页，第 1.8.4 段。

[780] 委员会最近在“对条约的保留实践指南”中提到了这条规则，委员会说“保留可能是‘一贯反对者’表示坚持反对的一种手段；该反对者肯定可以拒绝通过一项条约适用某项规范，这样，其他国家便无法依一般国际法援引此项规范来指控他了”(见指南 3.1.5.3 的评注第(7)段，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10/Add.1))。

[781] 例如见 C 诉入境事务处处长等人案，香港上诉法庭，[2011] HKCA 159, CACV 132-137/2008 (2011)，第 68 段(“反对的证据必须清楚”)。

(8) 必须向其他国家公开反对立场的要求，意味着这一反对立场必须向国际社会传达，不能仅在内部发出声音。应由反对国确保该反对立场确实为其他国家所知。

(9) 必须始终坚持反对立场的要求，在习惯国际法规则出现之前和之后均适用。需要用现实的方式评估这一要求是否得到满足，并牢记每起案件的实际情况。这一要求意味着，首先，当情况要求重申反对立场时(也就是说，在沉默或不作为可合理得出该国已放弃其反对立场的结论的情况下)则应重申。然而，明显不能期待国家在每个场合作出反应，尤其是在其立场已广为知晓的情况下。第二，再次重复的反对立场必须总体一致，即无重大矛盾。

(10) 第 3 段明确规定，结论草案 15 不影响任何关于一般国际法强制性规范(强行法)的问题。结论草案 1 的评注已明确指出，现有的所有结论草案并不影响国际法规则之间的等级问题，包括涉及一般国际法强制性规范(强行法)的问题，或某些义务的普遍适用性的问题。[782]

第七部分
特别习惯国际法

第七部分只包含一条结论草案，处理特别习惯国际法(有时被称为“区域习惯”或“特殊习惯”)的问题。一般习惯国际法规则对所有国家有约束力，而特别习惯国际法规则在数量有限的国家之间适用。特别习惯国际法规则虽然并不十分常见，但照顾到了不尽相同的、仅某些国家特有的利益和价值观，因而在国与国关系中发挥着重要作用。[783]

结论 16
特别习惯国际法

1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的、地方的还是其他层面的，都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。

2. 要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

评注

(1) 可能存在不具一般性的习惯国际法规则，这一点毫无争议。国际法院的判例确认这一点，除其他外，曾经提到“特别适用于美洲国家法系的”[784] 或“影响仅限于非洲大陆，正如以前仅限于西班牙语美洲的”[785] 习惯国际法、“地方

[782] 见上文结论草案 1 的评注第(5)段。

[783] 不能排除的是，这类规则可能随时间推移演变为一般习惯国际法规则。

[784] *尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案*(见上文脚注 663)，见第 105 页，第 199 段。

[785] *边界争端案*，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页起，见第 565 页，第 21 段。

习惯”[786] 以及“区域性”习惯国际法。[787] 有的案件审理了明确此类规则的问题，包括庇护权案[788] 和通行权案。[789]“特别习惯国际法”这一术语指的是与一般适用的习惯国际法规则相对的规则。选用这一术语而不用“特别习惯”，目的在于强调本结论草案关心的是法律规则，而不单单是习惯或惯例；各国之间很可能存在不构成国际法规则的“地方习惯”。[790]

(2) 结论草案 16 被放在整套结论草案的最后，是因为前面的结论草案总体上也适用于特别习惯国际法规则的确定，除本条结论草案另作规定的地方以外。尤其是正如本评注描述的那样，两要素法是适用的。[791]

(3) 第 1 段具有定义的性质，解释特别习惯国际法仅在数量有限的国家之间适用。应该把它同一般习惯国际法区分开来，也就是同原则上适用于所有国家的习惯国际法区分开来。因此，特别习惯国际法规则本身不为第三国创设义务或权利。[792]

(4) 特别习惯国际法规则可能适用于不同类型的国家集团形式。经常提到的是区域性的习惯规则，例如“特别适用于美洲国家法系的”规则(外交庇护制度常被援引)。[793] 特别习惯国际法可能涵盖一个较小的地域，例如一个次区域，或者甚至约束少至两个国家。在通行权案中，国际法院解释称：

> 很难理解为什么必须要在两个以上的国家之间才能根据长期实践确立地方惯例。法院认为两国之间长期持续的、被其接受用于规范相互关系的惯例没有理由不应成为这两个国家之间相互权利和义务的根据。[794]

一些案件审理了对此类特别习惯国际法规则的主张，例如涉及以下问题：进入外国领土上飞地的权利，[795] 由三个沿海国共有(共管)历史水域，[796] 居住在两

[786] 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案(见上文脚注 685)，见第 200 页；在印度领土上的通行权案(见上文脚注 675)，见第 39 页。

[787] 航行权利和相关权利争端案(见上文脚注 683)，见第 233 页，第 34 段。

[788] 哥伦比亚一秘鲁庇护权案(见上文脚注 674)。

[789] 在印度领土上的通行权案(见上文脚注 675)。

[790] 另见上文结论草案 9，第 2 段。

[791] 国际法院已把特别习惯国际法归入其《规约》第三十八条第 1 款(丑)项的范畴；哥伦比亚一秘鲁庇护权案(见上文脚注 674)，见第 276-277 页。

[792] 这一立场与 1969 年《维也纳公约》关于条约与第三国的规定(第三编第四节)中的立场相似。

[793] 哥伦比亚一秘鲁庇护权案(见上文脚注 674)，见第 276 页。

[794] 在印度领土上的通行权案(见上文脚注 675)，见第 39 页。

[795] 同上，第 6 页。

[796] 见洪都拉斯在关于土地、岛屿和海洋边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯：尼加拉瓜参加诉讼)中的主张，1992 年 9 月 11 日的判决，第 351 页起，见第 597 页，第 399 段。

个沿岸国之间界河上的国民出于生计而捕鱼的权利，[797] 跨国或国际过境免于移民手续的权利，[798] 以及就管理两国界河上的发电问题达成协议的义务。[799]

(5) 虽然适用特别习惯国际法规则的国家之间往往存在某种地理关系，但未必总是如此。“不论是区域、地方还是其他层面的”这一表述的目的是承认虽然特别习惯国际法大多是区域、次区域或地方性的，但原则上没有理由认为由共同的事业、利益或活动(而非其地理位置)联系起来或构成一个利益共同体的国家间不能发展出一条特别习惯国际法规则，不论是通过条约还是其他方式加以确立的。

(6) 第 2 段讨论明确特别习惯国际法规则的实质性要求。从根本上说，判断这一规则是否存在，就是要寻找一条当事国之间通行、被其接受、规范其相互关系的一般惯例。国际法院在*庇护权*案中就此事提供了指导意见，对于哥伦比亚关于存在一个“拉丁美洲国家特有的区域或地方习惯”的主张，法院认定：

> 依据此种习惯的当事方必须证明，这一习惯建立的方式使之对另一当事方也已具有约束力。哥伦比亚政府必须证明其援引的规则符合有关国家采用的恒定、统一的惯例，并且这种惯例体现了属于给予庇护国的一项权利和领土所属国负有的一项义务。这源于《国际法院规约》第三十八条，其中称国际习惯为“作为通例之证明而经接受为法律者”。[800]

(7) 因此，既要求有一项一般惯例、又要求其被接受为法律(法律确信)的两要素法也适用于识别特别习惯国际法规则的情况。然而，对于特别习惯国际法而言，惯例必须具有一般性的意思是，它必须是“各当事国之间”(也就是在所涉规则适用的所有国家中)的一致惯例。其中每一国都必须已经接受该惯例为这几国之间的法律。就此而言，两要素法在特别习惯国际法规则的情况中适用得更为严格。

---

[797] *航行权利和相关权利争端案*(见上文脚注 683)，见第 265-266 页，第 140-144 段；另见塞普尔韦达－阿莫尔法官的个别意见，见第 278-282 页，第 20-36 段。

[798] Nkondo *诉警察部长等人案*，南非最高法院，1980(2) SA 894(O)，1980 年 3 月 7 日，《国际法案例汇编》，第 82 卷，第 358-375 页，见第 368-375 页(Smuts 法官认定：“没有证据表明，南非共和国与莱索托之间存在长期有效的惯例，已具体化为免于移民手续过境的地方习惯权利”(见第 359 页))。

[799] Kraftwerk Reckingen AG *诉苏黎世州等案*，上诉判决，BGE 129 II 114, ILDC 346 (CH 2002)，2002 年 10 月 10 日，瑞士，联邦最高法院[BGer]；公法二庭，第 4 段。

[800] *哥伦比亚－秘鲁庇护权案*(见上文脚注 674)，见第 276-277 页。

第六章
保护大气层

A. 导言

67. 委员会第六十五届会议(2013 年)决定在遵守一项谅解的前提下将“保护大气层”专题列入工作方案，并任命村濑信也先生为特别报告员。[801]

68. 委员会第六十六届会议(2014 年)收到并审议了特别报告员提交的第一次报告，第六十七届会议(2015 年)、第六十八届会议(2016 年)、第六十九届会议(2017 年)分别收到并审议了第二、第三和第四次报告。[802] 委员会在特别报告员第二、第三和第四次报告提出的指南草案基础上，暂时通过了九条指南草案和八个序言段以及评注。[803]

B. 本届会议审议此专题的情况

69. 委员会本届会议收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/711)。特别报告员先是处理了指南草案在国家一级的执行问题。在这方面，他强调依有关义务的性质，存在着各种执行模式，并强调了在某些情况下域外适用国内法的问题。其次，他探讨了未履行有关义务的情况。谈到国际一级的遵守问题，特别报告员解释说，他赞成合作遵约机制，意在协助不遵守的当事方，而不是惩罚性或强制执行的机制，这种机制基于国家责任，意在对违规方进行处罚。第三，特别报告员考虑了解决争端的问题。在这方面，他强调，既有必要以和平方式解决争端，也有必要考虑到环境争端依赖科学和涉及大量事实的特点，因此需要对科学证据进行评估并确保有充分的程序规则适用于此类争端。

70. 特别报告员根据自己的分析，提出了另外三项指南草案，分别涉及执行(指南草案 10)、遵约(指南草案 11)和解决争端(指南草案 12)。此外，特别报告员希望在本届会议上完成对指南草案的一读。

---

[801] 在 2013 年 8 月 9 日举行的第 3197 次会议上(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10))，第 168 段。委员会将此专题列入工作方案时有以下谅解：“(a) 此专题工作的进行方式不会影响有关的政治谈判，包括就气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染进行的政治谈判。此专题不会处理，但也不妨碍诸如下述问题：国家及其国民的赔偿责任、污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、向发展中国家转让资金和技术，包括知识产权；(b) 这一专题也不会处理具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。这一专题不会试图“弥补”条约制度存在的缺陷；(c) 与外层空间有关的问题，包括外层空间的划界问题，不在此专题的范围之内；(d) 此专题的工作结果将是指南草案，但这种指南草案不会试图给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规则或法律原则。特别报告员的报告将以上述谅解为基础。”大会 2013 年 12 月 16 日第 68/112 号决议第 6 段注意到委员会决定将此专题列入工作方案。委员会第六十三届会议(2011 年)以委员会报告附件 B 所载的建议为基础，将此专题列入长期工作方案(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 365 段)。

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

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

71. 委员会在分别于 2018 年 5 月 17 日、22 至 25 日和 29 日举行的第 3405 次和第 3409 次至第 3413 次会议上审议了特别报告员的第五次报告。

72. 对该报告进行辩论后，委员会在 2018 年 5 月 29 日举行的第 3413 次会议上，决定根据委员会的辩论情况，将特别报告员第五次报告所载的指南草案 10 至 12 转交起草委员会。

73. 在 2018 年 7 月 2 日举行的第 3417 次会议上，委员会审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.909)，并一读暂时通过了关于保护大气层的指南草案(见下文 C.1 节)。

74. 在 2018 年 8 月 8 日和 9 日举行的第 3448 次至第 3450 次会议上，委员会通过了指南草案的评注(见下文 C.2 节)。

75. 在 2018 年 8 月 9 日举行的第 3450 次会议上，委员会向特别报告员村濑信也先生深表感谢，由于他的杰出贡献，委员会得以圆满结束对关于保护大气层的指南草案的一读。

76. 在 2018 年 8 月 9 日举行的第 3450 次会议上，委员会根据其章程第 16 至第 21 条，决定通过秘书长将关于保护大气层的指南草案(见下文 C 节)转交给各国政府和各国际组织征求评论和意见，要求在 2019 年 12 月 15 日之前向秘书长提交此类评论和意见。

C. 委员会一读通过关于保护大气层的指南草案及序言案文

1. 指南草案及序言案文

77. 委员会一读通过的关于保护大气层的指南草案及序言案文载录如下。

序言

*承认*大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的，

*铭记*污染物质和引起退化的物质的输送和扩散发生在大气层内，

*注意到*大气层与海洋的密切相互作用，

*因此认识到*保护大气层免遭大气污染和大气层退化是整个国际社会面临的紧迫关切问题，

*认识到*发展中国家的特殊情况和需要，

*又尤其意识到*低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境，

*指出*应当充分考虑到人类子孙后代在长期保护大气层质量方面的利益，

*忆及*本指南草案不会影响有关的政治谈判，包括关于气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染的政治谈判，也不会试图“弥补”条约制度中存在的缺陷，或是给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规则或法律原则，

指南 1
用语

为了本指南草案的目的，

(a) “大气层”指环绕地球的气体圈层；

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

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

指南 2
指南的范围

1. 本指南草案涉及保护大气层免遭大气污染和大气层退化。

2. 本指南草案不处理、但也不妨碍以下问题：污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、国家及其国民的赔偿责任，以及向发展中国家转让资金和技术，包括知识产权。

3. 本指南草案不涉及具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。

4. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位，也不影响与外层空间，包括外层空间划界有关的问题。

指南 3
保护大气层的义务

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

指南 4
环境影响评估

对于在本国管辖或控制下拟议开展的活动，凡可能对大气层造成大气污染或大气层退化等重大不利影响的，各国有义务确保进行环境影响评估。

指南 5
可持续利用大气层

1. 考虑到大气层是一种吸收能力有限的自然资源，应当以可持续的方式加以利用。

2. 可持续利用大气层包括需要兼顾经济发展和大气层保护。

指南 6
公平合理利用大气层

应当考虑到今世后代的利益，以公平合理的方式利用大气层。

指南 7
有意大规模改变大气层

应当在遵守任何适用的国际法规则前提下，审慎和谨慎地开展旨在有意大规模改变大气层的活动。

指南 8
国际合作

1. 各国有义务就保护大气层免遭大气污染和大气层退化，酌情与其他国家或有关国际组织合作。

2. 各国应当就进一步增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学知识开展合作。合作可包括信息交流和联合监测。

指南 9
相关规则之间的相互关系

1. 在确定、解释及适用关于保护大气层的国际法规则和其他相关的国际法规则，尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则时，应当依照协调原则和体系整合原则及为了避免冲突，尽可能产生单一一套相互兼容的义务。在这样做时应当遵守载于 1969 年《维也纳条约法公约》的相关规则，包括其第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则。

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

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

指南 10
执行

1. 各国在执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务、包括本指南草案中所述的义务时，采取的形式可包括立法、行政、司法和其他行动。

2. 各国应当努力落实本指南草案所载的各项建议。

指南 11
遵约

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

2. 为实现遵约，可根据相关协定酌情采用促进性程序或强制执行程序：

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

(b) 强制执行程序可包括发布不遵约警告、终止根据相关协定享有的权利和特权以及采取其他形式的强制执行措施。

指南 12
争端解决

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

2. 鉴于此类争端可能涉及大量事实并依赖科学，应当适当考虑使用技术和科学方面的专家。

2. 指南草案及序言以及评注案文

78. 委员会第七十届会议通过的指南草案及序言以及评注案文载录如下。

保护大气层

总评注

(1) 与委员会以往工作成果一样，本指南草案应结合评注来解读。

(2) 委员会认识到充分照顾国际社会当前需要的重要性。人们承认，人类环境和自然环境都可能因大气层条件的某些改变而受到不利影响，这些改变主要由引入有害物质所致，造成跨界空气污染、臭氧层消耗，以及最终导致气候变化的大气层条件改变。委员会意在通过国际法的逐渐发展和编纂提供指南，协助国际社会处理与跨界和全球大气层保护有关的关键问题。委员会做这项工作，不会影响有关的政治谈判，包括关于气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染的政治谈判，也不会试图“弥补”条约制度中存在的缺陷，或是给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规定或法律原则。

序言

*承认*大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的，

*铭记*污染物质和引起退化的物质的输送和扩散发生在大气层内，

*注意到*大气层与海洋的密切相互作用，

因此*认识到*保护大气层免遭大气污染和大气层退化是整个国际社会面临的紧迫关切问题，

*认识到*发展中国家的特殊情况和需要，

*又尤其意识到*低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境，

*指出*应当充分考虑到人类子孙后代在长期保护大气层质量方面的利益，

*忆及*本指南草案不会影响有关的政治谈判，包括关于气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染的政治谈判，也不会试图“弥补”条约制度中

存在的缺陷，或是给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规则或法律原则，

评注

(1) 在以往情况下，委员会在结束某个专题的工作时拟订序言部分。[804] 然而这次的情况不同，因指南发生变化，序言草案在拟订指南的过程中就形成了。例如，委员会将特别报告员第二份报告[805] 所载指南草案 3 (人类的共同关切)转交给了起草委员会，与可能拟订的序言一并审议。

(2) 序言部分是要为指南草案提供一个背景框架。第一序言段是总括性的，承认大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可或缺的。大气层是地球最大的单一自然资源，也是最重要的自然资源之一。原联合国自然资源委员会、[806] 1972 年《斯德哥尔摩宣言》[807] 及 1982 年《世界自然宪章》[808] 将之与矿物、能源和水资源并列，视为自然资源。大气层为人类、植物和动物在地球上生存提供了至关重要的可再生的“流动资源”；它还被用作运输和传播的媒介。作为一种自然资源，大气层过去长期被视为无限、非专属的资源，因为存在一种认为人人可在不剥夺他人的情况下从中受益的假设。人们如今不再持有这种看法。[809] 必须牢记，大气层是一种吸收能力有限的有限资源。

(3) 第二序言段指出大气层作为污染物质和引起退化的物质输送和扩散媒介的功能方面。委员会认为宜在序言部分提及这个功能方面。这一决定反映了一种关切，即如按原先提议，将功能方面包括在定义之中，可能暗示这种输送和扩散是

---

[804] 委员会以往一般是将工作结果交给大会，不带序言草案，后者留待会员国详细拟订。然而，也有过委员会拟就此种序言的先例。例如，这样的情况有：关于消除未来无国籍状态的两项公约草案(1954 年)，《1954 年……年鉴》，第二卷，第 25 段；关于减少未来无国籍状态的公约草案(1954 年)，《1954 年……年鉴》，第二卷，第 25 段；仲裁程序示范规则(1958 年)，《1958 年……年鉴》，第二卷，第 22 段(序言反映了进行仲裁的基本规则)；国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案(1999 年)，《1999 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 47 段(案文也载于 2000 年 12 月 12 日大会第 55/153 号决议附件)；预防危险活动的跨界损害条款草案(2001 年)，《2001 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 97 段(案文也载于 2007 年 12 月 6 日大会第 62/68 号决议附件)；适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则(2006 年)，《2006 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 176 段；危险活动所致跨界损害的损失分配原则草案(2006)《2006 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 66 段(案文也载于 2006 年 12 月 6 日大会第 61/36 号决议附件)；跨界含水层法条款(2008 年)，《2008 年……年鉴》第二卷(第二部分)，第 53 和 54 段。

[805] A/CN.4/681 和 Corr.1, 第 3 段。

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

[807] “地球上的自然资源，包括空气……，必须为今世后代的利益，酌量情形，通过仔细的设计或管理，加以保护。”(1972 年 6 月 16 日在斯德哥尔摩通过，见《联合国人类环境会议报告，1972 年 6 月 5 日至 16 日斯德哥尔摩》(联合国出版物，出售品编号 E.73.II.A.14 (A/CONF.48/14/Rev.1 和 Corr.1)，第一部分，第一章，原则 2)。

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

[809] 世界贸易组织(世贸组织)专题小组及上诉机构在 1996 年汽油案中确认，空气是“可耗尽的自然资源”。美国－新配方汽油和常规汽油标准案(1996 年)，WT/DS2/AB/R。

所希望的，但这不是委员会的意向。污染物质和引起退化的物质的远距离跨界输送被视为当今大气环境的主要问题之一，[810] 北极地区被认为是受有害污染物世界范围扩散影响最为严重的地区之一。[811]

(4) 第三序言段承认大气层与海洋的“密切相互作用”，这一作用事实上产生于二者之间的物理关系。大部分来自或通过大气层的海洋环境污染源于陆地，包括陆上人类活动。[812] 科学研究表明，人类活动还应为全球变暖负责，全球变暖造成海洋水温上升，而海洋水温上升又进而导致洪水和干旱等极端大气状况。[813] 大会 2016 年 12 月 23 日第 71/257 号决议确认了气候变化对海洋的影响，并强调必须增进对海洋大气界面的科学了解。[814]

---

[810] 见 2001 年《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，联合国，《条约汇编》，第 2256 卷，第 40214 号，第 119 页(在序言里指出：“持久性有机污染物……通过空气……作跨越国际边界的迁移并沉积在远离其排放地点的地区，随后在那里的陆地生态系统和水域生态系统中蓄积起来”)。《1979 年远距离越境空气污染公约减少酸化、富营养化和地面臭氧哥德堡议定书》2012 年修正案(联合国，《条约汇编》，第 2319 卷，第 81 页)在序言第三段里指出：“关注……排放的[化学物质]在大气层里长距离输送，可产生不利的跨界影响。”2013 年《关于汞的水俣公约》(日本熊本县)2013 年 10 月 10 日，公约案文可从下述网址查阅：https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf)承认汞因其“可在大气中作远距离迁移”，因而“此种化学品已成为全球性关注问题”(第一序言段)；见 J.S. Fuglesvedt *et al.*, “Transport impacts on atmosphere and climate: metrics”, *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), pp. 4648–4677; D.J. Wuebbles, H. Lei and J.-T Lin, “Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences”, *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), pp. 65–84; J.-T Lin, X.-Z Liang and D.J. Wuebbles, “Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model”, *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008)。

[811] 现已认定了对北极环境的多种污染威胁，诸如持久性有机污染物和汞，主要源自北极地区以外。这些污染物随北向盛行风和海洋环流移动，从北极以南的欧洲和其他大陆最终沉积在北极地区。见 T. Koivurova, P. Kankaanpää and A. Stepien, “Innovative environmental protection: lessons from the Arctic,” *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), pp. 285-311, at p. 297。

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

[813] 根据政府间气候变化专门委员会，“2014 年气候变化综合报告：为决策者编写的摘要”，第 4 页：“气候系统中储存能量的增加主要表现为海洋水温升高，占 1971 年至 2010 年累积能量的 90%以上(高度可信)，其中只有约 1%存储在大气层中。在全球范围内，海洋表层温度升幅最大。1971 年至 2010 年期间，在海洋上层 75 米以上深度的海水温度升幅为每十年 0.11 [0.09 至 0.13]°C。几乎可以肯定，上层海洋(0-700 米)从 1971 年至 2010 年出现了升温，并可能在 1870 年代至 1971 年出现了升温。”许多科学分析指出，由于海洋温度升高，21 世纪很多陆地地区将有出现严重和广泛干旱的风险。见 S.K. Min *et al.*, “Human contribution to more-intense precipitation extremes”, *Nature*, vol. 470 (2011), pp. 378–381; A. Dai, “Increasing drought under global warming in observations and models”, *Nature Climate Change*, vol. 3 (2013), pp. 52–58; and J. Sheffield, E.F. Wood, and M.L. Roderick, “Little change in global drought over the past 60 years”, *Nature*, vol. 491 (2012), pp. 435–438. See also Ø. Hov, “Overview: oceans and the atmosphere” and T. Jickells, “Linkages between the oceans and the atmosphere”, in “Summary of the informal meeting of the International Law Commission: dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017”, paras. 4–12 and 21–30, respectively. Available from http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_ dialogue_4may2017.pdf&lang=E。

[814] 大会 2016 年 12 月 23 日关于海洋和海洋法的第 71/257 号决议，第 185-196 段和第 279 段。

(5) 2015 年完成了第一次全球海洋综合评估(第一次世界海洋评估)，这是对海洋环境状况进行的一项全面深入研究，其中有一章部分述及来自陆地并经由大气层而污染海洋的物质。[815] 大会第七十届会议核准了该报告的摘要。[816]

(6) 在对海洋有影响的各种人类活动中，船只产生的温室气体排放加剧了全球变暖和气候变化。国际海事组织(海事组织)2009 年关于温室气体排放的研究报告将船只产生的温室气体排放分为四大类，即废气排放、货物排放、制冷剂排放和其他排放。[817] 研究表明，船只的温室气体过度排放改变了大气成分和气候，对海洋环境和人类健康造成不利影响。[818]

(7) 大会继续强调亟需解决大气层退化的影响，例如全球温度上升、海平面上升、海洋酸化和其他气候变化产生的影响，这些影响正在严重波及沿海地区和低地沿海国家，包括许多最不发达国家和小岛屿发展中国家，并危及许多社会的生存。[819]

(8) 第三序言段也与指南草案 9 第 1 段存在联系，因为大气与海洋之间存在的物理联系构成了保护大气层的规则与海洋法规则之间的相互关系的物理基础。[820]

(9) 第四序言段，在铭记上述与大气层有关的问题的重要性的前提下，申明保护大气层免遭大气污染和大气层退化是“整个国际社会面临的紧迫关切问题”。虽

[815] 联合国海洋事务和海洋法司，“第一次全球海洋综合评估(第一次世界海洋评估)”，可查阅：www.un.org/depts/los/global_ reporting/WOA_RegProcess.htm (2017 年 7 月 7 日查询)(特别见第 20 章，“来自陆地的沿海、沿江和大气层输入物”)。

[816] 大会 2015 年 12 月 23 日第 70/235 号决议。

[817] Ø. Buhaug *et al.*, *Second IMO GHG Study 2009* (London, IMO, 2009), p. 23. See also T.W.P. Smith *et al.*, *Third IMO GHG Study* (London, IMO, 2014), executive summary, table 1. M. Righi, J. Hendricks and R. Sausen, “The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 — Part 1: land transport and shipping”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), pp. 633–651.

[818] 船舶排放的温室气体的大多数被排放在或被传送到海洋边界层，影响大气构成。例如见 V. Eyring *et al.*, “Transport impacts on atmosphere and climate: shipping”, *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), pp. 4735, 4744–4745 and 4752–4753。 D.E.J. Currie and K. Wowk, “Climate change and CO_2 in the oceans and global oceans governance”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), pp. 387 and 389; C. Schofield, “Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3 (2009), p. 12; and S.R. Cooley and J.T. Mathis, “Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development”, *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), pp. 29–47.

[819] 大会 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议，变革我们的世界：2030 年可持续发展议程，第 14 段，(“气候变化是当今时代的最大挑战之一，它产生的不利影响削弱了各国实现可持续发展的能力。全球升温、海平面上升、海洋酸化和其他气候变化产生的影响，严重影响到沿岸地区和低洼沿岸国家，包括许多最不发达国家和小岛屿发展中国家。许多社会和各种维系地球的生物系统的生存受到威胁。”)。另见《海洋和海洋法：秘书长的报告》(A/71/74/Add.1)，第八章(“海洋与气候变化和海洋酸化”)，第 115-122 段。

[820] 见下文指南草案 9 的评注第(6)段。

然一些条约和文献表明对于“人类的共同关切”概念存在一定程度的支持，[821] 但委员会决定不用这个词语为问题定性，因为共同关切概念的法律后果在关于大气层的国际法发展的当前阶段尚不清楚。据认为，以事实性陈述来表述大气层问题的严重性这个国际社会关心的问题较妥，不宜用某种规范性的词句来表述。因此，在这方面采用了“整个国际社会面临的紧迫关切问题”这个表述。委员会常用这种表述作为选择新专题纳入长期工作方案的判断标准之一。[822]

(10) 序言部分插入第五段是顾及公平问题，并考虑到发展中国家的特殊情况和需要。纳入公平原则的首次尝试是亚洲和非洲代表团在 1919 年国际劳工组织华盛顿会议上成功促使会议通过了差异性劳工标准。[823] 另一个例子是 1970 年代联

[821] 1992 年《联合国气候变化框架公约》(1992 年 5 月 9 日纽约，联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号，第 107 页)序言第 1 段承认“地球气候的变化及其不利影响是人类共同关心的问题”。同样，1992 年《生物多样性公约》(同上，第 1760 卷，第 30619 号，第 79 页)序言部分表示缔约“意识到……生物多样性对进化和保持生物圈的生命维持系统的重要性”(第 2 段)，并确认“生物多样性的保护是全人类的共同关切事项”(第 3 段)。1994 年《关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》(1994 年 10 月 14 日在巴黎开放供签署，同上，第 1954 卷，第 33480 号，第 3 页)在序言部分采用了与类似于共同关切的词语，包括：防治荒漠化是“受关注的中心”、“国际社会迫切关注，并且“是全球范围问题”。采用与共同关心的问题类似词语的还有另一些文书，诸如《关于汞的水俣公约》、《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，以及 1979 年《远距离越境空气污染公约》的哥德堡议定书。见 A.E. Boyle, “International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, in *International Law and Global Climate Change*, R. Churchill and D. Freestone, eds. (Leiden, Kluwer Academic, 1991), pp. 11–12; D. French, “Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?” in *Research Handbook on Biodiversity and Law*, M. Bowman, P. Davies and E. Goodwin, eds. (Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2016), pp. 334–360, p. 347; A. Kiss, “The common concern of mankind”, *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), p. 246; A.A. Cançado-Trindade and D.J. Attard, “The implication of the “common concern of mankind” concept on global environmental issues”, in *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, T. Iwama, ed. (Tokyo, Environmental Research Centre, 1991), pp. 7–13; J. Brunnée, “Common areas, common heritage, and common concern”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunnée and H. Hey, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2007), pp. 565–566. See also C. Kreuter-Kirchhoff, “Atmosphere, international protection”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 737-744 (the atmosphere as a “common concern of mankind”)。

[822] 《1997 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 238 段；《1998 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 553 段。另见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 269 段。委员会一致认为不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法的最新发展以及国际社会紧迫关切的专题。

[823] 依据是成为《国际劳工组织章程》第 19 条第 3 款(1946 年 10 月 9 日，联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 229 号，第 35 页)的 1919 年《凡尔赛条约》(《协约国和参战各国对德和约》，1919 年 6 月 28 日)第 405 条第 3 款(劳工公约“应适当顾及”当地产业条件“迥异”的各国特殊情况)。同一原则还见于该组织 1919 年批准的一些公约以及嗣后通过的一些公约。见 I.F. Ayusawa, *International Labor Legislation* (New York, Columbia University, 1920), chap. VI, pp. 149 *et seq*.

合国贸易和发展会议拟订的普遍优惠制，如委员会 1978 年最惠国条款草案第 23 条草案所反映的那样。[824]

(11) 在环境保护方面需要给予发展中国家特别考虑，这一点已得到一些国际文书的认可，如 1972 年《联合国人类环境会议斯德哥尔摩宣言》(下称“《斯德哥尔摩宣言》”)[825]、1992 年《关于环境与发展的里约宣言》(下称“《里约宣言》”)[826] 和 2002 年《约翰内斯堡可持续发展宣言》[827]。《斯德哥尔摩宣言》原则 12 强调应“考虑发展中国家的国情和具体需求”。《里约宣言》原则 6 重点指出“发展中国家，尤其是最不发达国家和在环境方面最易受伤害的发展中国家的特殊需要”。《约翰内斯堡宣言》表示决心注意“小岛屿发展中国家和最不发达国家的发展需要”。[828] 1992 年《联合国气候变化框架公约》[829] 第三条和 2015 年《巴黎协定》[830] 第二条也反映了这一原则。

(12) 第五序言段的行文是参照 1997 年《国际水道非航行使用法公约》[831] 序言部分第七段拟订的。

(13) 第六序言段阐述了大气层退化对所有国家最深刻的影响之一，即全球变暖造成的海平面上升。这一段特别提请注意低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境。政府间气候变化专门委员会第五次评估报告估计，到 2100 年，全球平均海平面上升可能达到 26 厘米至 98 厘米之间。[832] 虽然准确的数字和变化速度仍然未确定，但该报告指出，即使温室气体浓度稳定下来，“几乎可以肯定”的是，海平面将在 21 世纪和今后几个世纪内继续上升。此外，海平面上升可能展现“一个显著的区域模式，相对于全球平均变化，一些地方将出现差异巨大的地方和区域海平面变化”。[833] 这种程度的海平面变化可能

---

[824] 见 1978 年国际法委员会第三十届会议通过的最惠国条款草案的第 23 条(最惠国条款与普遍优惠制待遇的关系)和第 30 条(有利于发展中国家的国际法新规则)，《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 74 段，另见第 47 至 72 段。S. Murase, Economic Basis of International Law, (Tokyo, Yuhikaku, 2001)，pp. 109-179(in Japanese). 又见 1947 年《关税和贸易总协定》(1947 年 10 月 30 日，日内瓦)(联合国，《条约汇编》，第 55 卷，第 814 号，第 194 页)第十八条所述早先给予发展中国家的例外待遇。

[825] See L.B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), pp. 423–515, at pp. 485–493.

[826] 1992 年 6 月 14 日在里约热内卢通过，见《联合国环境与发展会议报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (第一卷)和 Corr.1)，第 1 号决议，第 3 页。

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

[828] 《约翰内斯堡宣言》，第 24 段。另见联合国可持续发展大会成果文件，“我们希望的未来”，载于大会 2012 年 7 月 27 日第 66/288 号决议附件。

[829] 联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号，第 107 页。

[830] 《联合国气候变化框架公约》下的《巴黎协定》(2015 年 12 月 12 日，巴黎)，https://treaties.un.org/doc/Treaties/2016/02/20160215%2006-03%20PM/Ch_XXVII-7-d.pdf。

[831] 大会 1997 年 5 月 21 日在第 51/229 号决议(附件)中通过。《公约》于 2014 年 8 月 17 日生效。

[832] 政府间气候变化专门委员会，《2013 年气候变化：物理科学基础。第一工作组给〈政府间气候变化专门委员会(气专委)第五次评估报告〉的贡献》(联合王国剑桥，剑桥大学出版社，2013 年)，第 1180 页。

[833] 同上，第 1140 页。

会给许多沿海地区带来潜在的严重甚至是灾难性威胁，特别是那些拥有大面积、人口稠密的低地沿海地区的国家，以及小岛屿发展中国家。[834]

(14) 第六序言段与指南草案 9 第 1 段所述的关于保护大气层的国际法规则与海洋法规则之间的相互关系有关。[835] 本序言段还与指南草案 9 第 3 段所述的特别考虑到容易受到影响的个人和群体有关。[836]“尤其”一词旨在确认一些特定地区，同时又不限定潜在受影响地区的清单。

(15) 第七序言段强调子孙后代的利益，包括促进人权保护。其目标是确保我们的星球一直适合子孙后代居住。2015 年《巴黎协定》在序言中承认气候变化是人类共同关心的问题，之后规定缔约方在采取行动应对气候变化时，应当尊重、促进和考虑，除其他外，它们各自对人权和代际公平的义务。“代际”考虑的重要性在 1972 年《斯德哥尔摩宣言》的原则 1 中已有表述。[837] 这种考虑还是 1987 年《布伦特兰报告：我们共同的未来》[838] 所提出的可持续发展概念的基础，并为《2030 年可持续发展议程》[839] 提供了参考。它在 1992 年《生物多样性公约》的序言[840] 和其他条约[841] 中也有所体现。1992 年《联合国气候变化框架公约》第三条第 1 款规定：“各缔约方应当为人类当代和后代的利益保护气候系统。”国际法院 1996 年关于核武器问题的咨询意见指出，对于这类武器，必须考虑到“特别是其……对后代造成伤害的能力”。[842]

[834] 见 A.H.A. Soons, “The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries”, *Netherlands International Law Review*, vol. 37 (1990), pp. 207–232; M. Hayashi, “Sea-level rise and the law of the sea: future options”, in *The World Ocean in Globalisation: Climate Change, Sustainable Fisheries, Biodiversity, Shipping, Regional Issues*, D. Vidas and P.J. Schei, eds. (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), pp. 187 *et seq*。 另见国际法协会，《2012 年 8 月在索非亚举行的第七十五届会议报告》(伦敦，2012 年)，第 385-428 页；国际法协会，《约翰内斯堡会议报告(2016 年)：国际法与海平面上升》(中期报告)，第 13-18 页。

[835] 见下文指南草案 9 的评注第(6)段。

[836] 见下文指南草案 9 的评注第(16)段。

[837] 《宣言》的原则 1 提及“保护和改善这一代和将来的世世代代的环境的庄严责任”。

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

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

[840] 《公约》序言规定，为“今世后代的利益”，保护和持久使用生物多样性。

[841] 《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》(1997 年 9 月 5 日维也纳，联合国，《条约汇编》，第 2153 卷，第 37605 号，第 303 页)第 4 条第(六)款规定，缔约方应“努力避免那些对后代产生的能合理预计到的影响大于对当代人允许的影响的行动”。

[842] 使用或威胁使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 244 页，第 36 段。

(16) 在第七序言段中，委员会选择使用“利益”一词，而不是“福利”。指南草案 6 也使用了类似表述，在“公平合理利用大气层”方面提及后代的利益。[843]

(17) 第八序言段取自委员会在 2013 年就本专题纳入第六十五届会议工作方案达成的谅解。[844]

指南 1
用语

为了本指南草案的目的，

(a) “大气层”指环绕地球的气体圈层；

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

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

---

[843] 尽管国际法庭尚未作出过关于习惯代际权利的裁决，但许多国内法院的裁决可能会构成习惯国际法的实践，这些裁决承认代际公平，见 C. Redgwell, “Intra- and inter-generational equity”, in *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C.P. Carlarne, K.R. Gray and R.G. Tarasofsky, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 185-201, at p. 198。见澳大利亚：Gray 诉规划大臣，[2006] NSWLEC 720；印度：韦洛尔公民福利论坛和泰米尔纳德邦(联合)诉印度联邦等，最初的公共利益上诉状，1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996)；肯尼亚：Waweru、Mwangi (参加诉讼)及其他人(参加诉讼)诉肯尼亚，杂项民事诉讼，2004 年第 118 号案件，申诉号：118/04, ILDC 880 (KE 2006)；南非：南非燃料零售商协会诉姆普马兰加省农业、养护和环境部环境管理总干事等人，[2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059；巴基斯坦：Rabab Ali 诉巴基斯坦联邦，2016 年 4 月 6 日提出的申诉(摘要见 www.ourchildrenstrust.org/pakistan)。有关评论，见 E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo, United Nations University Press, 1989), p. 96; M. Bruce, “Institutional aspects of a charter of the rights of future generations”, in *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttil et al. (eds.) (Valetta, UNESCO and Foundation for International Studies, University of Malta, 1990), pp. 127-131; T. Allen, “The Philippine children’s case: recognizing legal standing for future generations”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), pp. 713-741 (提到菲律宾最高法院在 Minors Oposa 等人诉 Factoran 案中作出的判决(1993 年 7 月 30 日)，《国际法律资料》 第 33 卷 (1994 年)，第 168 页)。有些诉讼根据“公共信托论”给予起诉资格，这种理论要求政府作为受托人负责管理共同的环境资源。见 M.C. Wood and C.W. Woodward IV, “Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last”, *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), pp. 634-684; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999); K. Coghill, C. Sampford and T. Smith (eds.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (London, Routledge, 2012); M.C. Blumm and M.C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2nd ed. (Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2015); and K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015)。印度最高法院在 1996 年 12 月 13 日的一项判决中，宣布公共信托论为“本国的法律”；M.C. Mehta 诉 Kamal Nath 等案，(1997) 1 最高法院第 388 号案件，重新刊登于 C.O. Okidi 编辑的《环境相关问题的司法判决简编：国家判决》，第一卷(内罗毕，联合国环境规划署/联合国开发计划署，1998 年)，第 259 页。见 J. Razzaque, “Application of public trust doctrine in Indian environmental cases”, *Journal of Environmental Law*, vol. 13 (2001), pp. 221-234。

[844] 委员会商定，本段的用语和位置将在委员会关于本专题的工作的以后一个阶段重新审视。另见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 168 段。

评注

(1) 委员会认为，出于实际需要，最好提供一项关于“用语”的指南草案，以便就本指南草案的涵盖范围达成共同的理解。提供这些用语仅是“为了本指南草案的目的”，无意影响这些词语在国际法中的任何现有或未来定义。

(2) 有关国际文书中没有“大气层”一语的定义。然而，委员会认为有必要为本指南草案提供一个工作定义。(a)项所载定义参考了政府间气候变化专门委员会(气专委)工作组给出的定义。[845]

(3) 委员会认为，其使用的法律定义有必要与科学家们使用的定义保持一致。据科学家认为，大气层存在于所谓的大气壳层当中。[846] 干大气层从其底部分界线即 地球表面向上延伸。海拔 25 千米以下的大气层的平均组成状况如下：氮(78.08%)、氧(20.95%)和若干痕量气体，诸如氩(0.93%)、氦以及二氧化碳(0.035%)和臭氧等辐射活跃的温室气体，还有数量变化不定的水蒸气。[847] 大气层中还有云和气溶胶。[848] 大气层按照温度特性被垂直分为五层。从最下层至最上层分别为：对流层、平流层、中间层、热层、散逸层。约有 80%的大气层质量位于对流层，20%的大气层质量位于平流层。从一定距离以外遥望地球时看到的薄薄一层白色雾带(厚度不到地球半径的 1%)就是大气层。在科学上，这些气层一起组成“低层大气”，它往上延伸至平均海拔 50 千米的高度，以此可与“高层大气”区别开来。[849] 大气层的温度随高度变化而变化。在对流层(至海拔 12 千米的对流层顶)，因为地球表面吸收和反射太阳能，温度随着高度的上升而下降。[850] 反之，在平流层(至约 50 千米的平流层顶)，因为臭氧吸收紫外线辐射，所以温度随着高度而逐渐上升。[851] 在中间层(至海拔超过 80 千米的中间层顶)，

[845] 《第五次评估报告》，第三工作组，附件一。政府间气候变化专门委员会，*Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change*, O. Edenhofer *et al*., eds. (Cambridge University Press, 2014), p. 1252, available at www.ipcc.ch/report/ar5/wg3/。

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

[847] 从物理角度而言，约占大气层质量 0.25%的水蒸气是一个变化极为频繁的成分。在大气科学中，“因为空气中水蒸气浓度的大幅度变化，所以习惯做法是列出不同成分占干燥空气的比例”。臭氧的浓度也时常变化，大气中的臭氧浓度超过 0.1ppmv(体积百万分比)，被视为对人体有害。见 J.M. Wallace and P.V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2nd ed. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006)，p. 8。

[848] 同上。

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

[850] 对流层的厚度并非在所有地方都相同；该厚度取决于海拔与季节。赤道上空对流层顶的海拔约为 17 千米，但这一海拔在两极低得多。平均而言，对流层外边界的高度约为 12 千米。见 E.J. Tarbuck, F.K. Lutgens and D. Tasa, *Earth Science*, 13th ed. (New Jersey, Pearson, 2011)，p. 466。

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

温度再次随着高度上升而下降。在热层，来自太阳的 X 射线和紫外线辐射使温度再次快速上升。大气层“没有明确的上层界限”。[852]

(4) (a)项中将大气层界定为环绕地球的气体圈层，是对大气层的“物理”描述。此外还有一个“功能”层面，涉及空气的大规模移动。大气移动具有动态的、变幻不定的特点。空气以一种所谓“大气环流”的复杂形态环绕着地球移动。正如上文序言部分评注里所说，委员会决定在序言第二段里提及大气层的这一功能方面。[853]

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

(6) (b)项界定了“大气污染”，提及跨界空气污染，而(c)项界定了“大气层退化”，提及全球大气层问题。(b)、(c)两项都用了“人类”一词，意在指明本指南草案所针对的是“人为”大气污染和大气层退化。委员会意识到，将重点放在直接和间接的人类活动方面是故意的，因为本指南是要为各国和国际社会提供指导意见。

(7) “大气污染”(或“空气污染”)一语有时广义使用，包括大气层状况的全球性恶化，诸如臭氧层消耗和气候变化，[854] 但是，这个词语在本指南草案中是狭义使用，与现有条约实践一致。这样，该词语将全球性问题排除在大气污染定义之外。

(8) 为界定“大气污染”，(b)项所用词语基本依据 1979 年《远距离越境空气污染公约》第 1 条(a)项，[855] 其中规定：

> “空气污染”指“由人类直接或间接将物质或能量引入空气的现象，所致有害影响的性质包括危害人的健康、破坏生物资源和生态系统及物质财

[852] 见 Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science* (上文脚注 850), p. 467。

[853] 见上文序言部分评注第(3)段。

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

[855] 《远距离越境空气污染公约》(1979 年 11 月 13 日日内瓦，联合国，《条约汇编》，第 1302 卷，第 21623 号，第 217 页。《远距离越境空气污染公约》第 1 条(a)项措词的渊源在经济合作与发展组织(经合组织)理事会关于污染的定义，载于 1974 年 11 月 14 日的建议 C (74)224“有关跨界污染的原则”(《国际法律资料》，第 14 卷(1975 年)，第 243 页)，行文如下“为本原则的目的，污染指由人类直接或间接将物质或能量引入环境，所致有害影响的性质包括危害人的健康、破坏生命资源和生态系统，并损害或干扰舒适度及对环境的其他合理使用”。见 H. van Edig, ed., *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (Paris, OECD, 1977), p. 13; see also P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2009), pp. 188–189; A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law* (London, Graham & Trotman, 1991), p. 117 (污染的定义：“还包括各种能量形式，诸如噪音、振动、热、辐射”)。

产，并损害或干扰舒适度及对环境的其他合理使用，而对‘空气污染物’应作相应理解”。

或许还可以指出，《联合国海洋法公约》[856] 第一条第 1 款第(4)项将“污染”一词界定为指“人类直接或间接把物质或能量引入海洋环境，其中包括河口湾，以致造成或可能造成损害生物资源和海洋生物、危害人类健康”。[857] 引入或释放所致有害影响的性质须达到危害人类健康和地球自然环境的程度，包括有助于造成这种危害。

(9) 《远距离越境空气污染公约》第 1 条(a)项和《联合国海洋法公约》第一条第 1 款第(4)项规定，把(物质和)“能量引入”大气层是“污染”的一部分，但委员会决定在本条指南草案的(b)项中不采用“能量”这个词。委员会的理解是，为了本指南草案的目的，“物质”一词包含“能量”。“能量”理解为包括通过人类活动引入和释放到大气层中的热、光、噪音和放射能。[858]

(10) (b)项中“影响超出来源国”一语澄清指南草案要处理的是 1979 年《远距离越境空气污染公约》第 1 条(b)项规定意义上的跨界影响，即：

[856] 《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日蒙特哥湾，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。

[857] 《联合国海洋法公约》第二一二条规定了一项防止空气带来的海洋污染的义务，在这个意义上，该公约关于“污染”的定义对于大气污染具有相关性。

[858] 关于热，见 World Meteorological Organization/International Global Atmospheric Chemistry, Project Report, “Impacts of megacities on air pollution and climate”, Global Atmosphere Watch Report No. 205 (Geneva, World Meteorological Organization, 2012); D. Simon and H. Leck, “Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning”, Special Issue, *Urban Climate*, vol. 7 (2014) pp. 1–134; J.A. Arnfield, “Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island”, *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), pp. 1–26; L. Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas* (London, Earthscan, 2008); see, in general, B. Stone Jr., *The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live* (Cambridge, Massachusetts, Cambridge University Press, 2012)。 关于光污染，见 C. Rich and T. Longcore, eds., *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting*, (Washington, D.C., Island Press, 2006); P. Cinzano and F. Falchi, “The propagation of light pollution in the atmosphere”, *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), pp. 3337–3357; F. Bashiri and C. Rosmani Che Hassan, “Light pollution and its effects on the environment”, *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), pp. 8–12。关于声/噪音污染，可参看 annex 16 of the 1944 Convention on International Civil Aviation (Chicago, 7 December 1944, United Nations, *Treaty Series*, vol. 15, No. 295 p. 295), vol. I: *Aircraft Noise*, 5th ed. 2008; see P. Davies and J. Goh, “Air transport and the environment: regulating aircraft noise”, *Air and Space Law*, vol. 18 (1993), pp. 123–135。关于放射性排放，见 D. Rauschning, “Legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution: interim report”, *Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association* (Seoul, 1986), pp. 198–223, at p. 219; and International Atomic Energy Agency, *Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation: Twenty Years of Experience – Report of the Chernobyl Forum Expert Group ‘Environment’*, Radiological Assessment Report Series (2006), STI/PUB/1239。另见联合国原子辐射影响问题科学委员会 2013 年提交大会的报告，《科学附件 A：2011 年日本东部大地震和海啸后核事故所致的辐射照射水平和影响》(联合国出版物，出售品编号 E.14.IX.1)，可查阅 www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex_A.pdf。在尤其涉及气候变化问题时，这并不妨碍核能的和平利用(见《气候变化与核能 2014》, (2014 年，维也纳)，第 7 页)。

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

(11) 由于(b)项的“大气污染”是狭义界定，因此，为了本指南草案的目的，有必要借助于另一个不同的定义处理非大气污染问题。为此，(c)项提供了“大气层退化”的定义。这个定义意在包含臭氧层消耗和气候变化问题。定义涵盖人类直接或间接改变全球大气状况。这些改变既可以是自然环境或生物区系的改变，也可以是全球大气层组成状况的改变。1985 年《保护臭氧层维也纳公约》[859] 在第 1 条第 2 款中规定“不利影响”是指“自然环境或生物区系内发生的，对人类健康或自然的和受管理的生态系统的组成、恢复力和生产力或对人类有益的物质造成重大有害影响的变化，包括气候变化”。《联合国气候变化框架公约》第一条第 2 款把“气候变化”界定为“除在类似时期内所观测的气候的自然变异之外，由于直接或间接的人类活动改变了地球大气的组成而造成的气候变化”。

(12) “重大有害影响”一语意在限定指南草案要涵盖的人类活动的种类。委员会在以前的工作中经常使用“重大”一词。[860] 委员会曾指出“……‘重大’的程度超过‘可察觉’，但不必达到‘严重’或‘显著’的程度。损害必须是会导致真实的有害影响的[而且]……这些有害影响必须是可以用事实或客观标准加以衡量的”。[861] 此外，“重大”一语要根据事实和客观标准确定，但也涉及一种价值判断，取决于具体情况和作出判断的时间段。例如，一段特定时间内(某种资源)的一个特定损失或许不被视为“重大”，因为当时的科学知识或人类认知水平尚未对该资源赋予很大价值。究竟什么是“重大”，这主要是应根据事实确定的问题。[862]

(13) 就“大气污染”而言，物质的引入或释放只须有助于造成“有害”影响，而就“大气层退化”而言，改变大气层状况必须具有“重大有害影响”。关于本指南适用范围的指南 2 草案表明，本指南涉及保护大气层免遭大气污染和大气层退化。如以上第(11)段所述，《保护臭氧层维也纳公约》第 1 条第 2 款中“不利影响”一语指具有重大有害影响的变化。“有害”一词指某事物往往存在不甚明确或意料之外的害处。

指南 2
指南的范围

1. 本指南草案涉及保护大气层免遭大气污染和大气层退化。

---

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

[860] 例如，见《国际水道非航行使用法公约》(1997 年)第 7 条(大会 1997 年 5 月 21 日第 51/229 号决议，附件)；预防危险活动的跨界损害条款草案(2001 年)第 1 条(大会第 62/68 号决议，附件)；危险活动所致跨界损害的损失分配原则草案(2006 年)原则草案 2(大会第 61/36 号决议，附件)；跨界含水层法条款草案(2008 年)条款草案 6(大会第 63/124 号决议，附件)。

[861] 2001 年预防危险活动的跨界损害条款草案第 2 条草案评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 152 页，见第 98 段。

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

2. 本指南草案不处理、但也不妨碍以下问题：污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、国家及其国民的赔偿责任，以及向发展中国家转让资金和技术，包括知识产权。

3. 本指南草案不涉及具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。

4. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位，也不影响与外层空间，包括外层空间划界有关的问题。

评注

(1) 指南草案 2 规定了指南草案在保护大气层方面的范围。第 1 段以肯定的方式描述了范围，写明指南涉及的是保护大气层免遭大气污染和大气层退化，而第 2 和第 3 段采用否定措词，具体写明本指南草案不涵盖什么。第 4 段是关于空气空间和外层空间的保留条款。

(2) 第 1 段从两方面处理保护大气层的问题，即大气污染和全球大气层退化。指南草案仅涉及人为肇因，不涉及自然因素，诸如火山爆发和陨石撞击。着重于人类活动造成的跨界大气污染和全球大气层退化是反映当前现实，这已得到科学的支持。[863] 根据政府间气候变化专门委员会，科学以 95%的把握表明，人类活动是 20 世纪中叶以来所观察到的暖化的主导原因。气专委指出，人类对气候系统的影响是很清楚的。从大气层和海洋变暖、全球水循环变化、冰雪减少、全球平均海平面上升和某些气候极端情况的变化中都测到了这种影响。[864] 气专委还指出，观察到的 1951 年到 2010 年全球表面平均温度上升值的一半以上极有可能是人类引起的温室气体浓度上升和其他人为“强迫”共同造成的。[865]

(3) 本指南也不涉及一国内部或局部的污染。然而或许可以指出，局部发生的一切，就大气层保护而言，有时可能具有跨界和全球影响。追求改善的人类行动，不论是个别采取还是集体采取，都可能需要考虑到大气层、水圈、生物圈和地圈的整体及其相互作用。

(4) 二氧化硫和氮氧化物是跨界大气污染的主要来源，[866] 而气候变化和臭氧层消耗是导致大气层退化的两大因素。[867] 某些臭氧消耗物质也是造成全球变暖的因素。[868]

---

[863] 一般参看：政府间气候变化专门委员会，*Climate Change 2013: The Physical Science Basis", Summary for Policy makers*，可查阅 www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SPM_FINAL.pdf。

[864] 同上。

[865] 同上。

[866] Birnie, Boyle, Redgwell, *International Law and the Environment* (见上文脚注 855), p. 342。

[867] 同上，第 336 页。气候变化与臭氧消耗的联系在《联合国气候变化框架公约》序言及第 4 条里得到过处理。跨界大气污染与气候变化的联系在 2012 年哥德堡议定书序言及第 2 条第 1 款里得到过处理。

[868] 同上。

(5) 第 2 和第 3 段以及序言部分第四段反映了委员会在 2013 年第六十五届会议上将本专题纳入工作方案时达成的谅解。[869] 应当强调，委员会决定不处理第 2 段中的问题绝不表示对这些问题的法律地位的意见。此外，有人认为，委员会应该处理这些问题。

(6) 第 4 段是一个保留条款，意在说明指南草案不影响适用的国际法所规定的空气空间的地位。大气层和空气空间是两个截然不同的概念，应予区分。空气空间是静态的、基于空间的规范概念，国家在其领土范围内对空气空间“具有完全的和排他的主权”。例如，《国际民用航空公约》第 1 条规定：“每一国家对其领土之上的‘空气空间’具有完全的和排他的主权”。[870] 相应地，该公约第 2 条认为一国的领土是在该国主权、宗主权、保护或委任统治下的陆地区域及与其邻接的领水。领水边界以外的空气空间被视为处于任何国家的主权之外，像公海一样，开放供所有国家使用。另一方面，大气层作为环绕地球的气体圈层，是动态的、变化不定的，气体不断流动，与领土边界无关。[871] 大气层是不可见的、无形的和不可分割的。

(7) 此外，尽管大气层根据温度特点被在空间上划成若干圈层，但大气层与外层空间之间没有科学上的明确界线。海拔 100 千米以上，稀薄的大气层逐渐与空旷的宇宙融为一体。[872]《关于各国探索和利用外层空间包括月球与其他天体活动所应遵守原则的条约》没有“外层空间”的定义。[873] 1959 年以来，这个问题一直在和平利用外层空间委员会法律小组委员会讨论范围内，对划界问题从空间和功能两个角度都进行了探讨。[874]

(8) 因此，委员会选择在第 4 段里表明，指南草案既不影响空气空间的法律地位，也不处理与外层空间有关的问题。此外，关于外层空间的提法反映了委员会 2013 年的谅解。

指南 3
保护大气层的义务

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

---

[869] 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 168 段。

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

[871] 一般参看 Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (见上文脚注 855), chap. 6。

[872] Tarbuck, Lutgens and Tasa, *Earth Science* (见上文脚注 850), pp. 465 and 466。

[873] 1967 年 1 月 27 日莫斯科、伦敦、华盛顿，联合国，《条约汇编》，第 610 卷，第 8843 号，第 205 页。

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

评注

(1) 指南草案 3 是本指南草案的核心。具体地说，下文的指南草案 4、5 和 6 都是从这条指南中派生出来的。这三条指南草案试图将各种国际环境法原则适用于保护大气层的具体情况。

(2) 本条指南草案提到了跨界和全球两个背景。可以回顾，指南草案 1 包含用以界定“大气污染”的“跨界”要素(“大气污染”指人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质，产生的有害影响超出来源国，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象)和用以界定大气层退化的“全球”要素(“指人类直接或间接改变大气状况，产生重大有害影响，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象”)。指南草案 3 将保护大气层的义务界定为防止、减少和控制大气污染和大气层退化，从而对与之相关的各类义务进行区分。指南草案的行文来自《斯德哥尔摩宣言》原则 21, 其中反映了“特雷尔冶炼厂仲裁案”的裁决。[875] 此外，也可在 1992 年《里约宣言》原则 2 中找到相关论述。

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

(4) 按目前行文，本条指南草案不妨碍保护大气层义务是否属于“国家对国际不法行为的责任”条款第 48 条[876] 意义上的普遍义务问题，对于这一问题有不同的看法。有人支持保护大气层不受全球性跨界污染和全球性大气层退化影响的义务属于普遍义务，但也有人支持这种承认的法律后果在本专题下还不完全明确的观点。

(5) 对大气层造成重大不利影响的主要是个人和私营工业的活动，这些活动通常不可归咎于国家。在这方面，应尽义务要求国家“确保”其管辖或控制下的这些活动不造成重大不利影响。然而，这并不意味着应尽义务仅仅适用于私营活动，因为国家自己的活动也受制于应尽义务规则。[877] 为履行这项义务，不仅需要采取适当的规则和措施，还需要在执行过程中以及对公共和私营运营商进行行

---

[875] 见《国际仲裁裁决汇编》第三卷，(出售品编号 1949.V.2)，第 1905-1982 页(1941 年 3 月 11 日裁决)，第 1965 页起；特别报告员的第一次报告(A/CN.4/667)，第 43 段。另见 A.K. Kuhn, “The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada”, *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), pp. 785–788, and *ibid*., vol. 35 (1941), pp. 665–666; and J.E. Read, “The Trail Smelter Dispute”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), pp. 213–229。

[876] 第四十八条(受害国以外的国家援引责任)规定，“1. 受害国以外的另一国家有权按照该条第 2 款在下列情况下对另一国援引责任……，(b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务”(大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议。委员会通过的条款草案及其评注，见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第四章，E 节)。

[877] 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 55 和第 179 页，第 101 和第 197 段；哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)，《2015 年国际法院案例汇编》，第 665 页起，见第 706、第 720、第 724 和第 740 页，第 104、第 153、第 168 和第 228 段；国际海洋法法庭，“国家对区域内活动的责任和义务(请求海底争端分庭提出咨询意见)”，咨询意见，2011 年 2 月 1 日，《2011 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，第 131 段；关于预防危险活动的跨界损害条款草案，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97 段(案文也载于 2007 年 12 月 6 日大会第 62/68 号决议附件)，第 7-18 段；国际法协会国际法应尽义务研究组的第一和第二次报告，分别于 2014 年 3 月 7 日和 2016 年 7 月；J. Kulesza, *Due Diligence in International Law* (Leiden, Brill, 2016)。

政控制时保持一定程度的警觉，例如监测这些运营商开展的活动。还需要考虑到监管和技术的背景及不断发展的标准。因此，即使造成了重大不利影响，并不自动构成未能履行应尽义务。这种未能履行限于国家在履行义务方面的疏忽，也就是没有采取一切适当措施防止、减少或控制人类活动，而这些活动已经或可能造成重大不利影响。国家的“确保”义务不要求取得某个结果(结果义务)，而是仅仅要求其作出最大努力避免造成重大不利影响(行为义务)。

(6) “防止、减少或控制”的提法表示国家应按照与大气污染和与大气层退化相关的适用规则，单独或联合采取各种措施。“防止、减少或控制”一语借鉴自《联合国海洋法公约》[878] 和《联合国气候变化框架公约》。[879]

(7) 即使“防止、减少或控制”的适当措施同时适用于大气污染和大气层退化，但提及“适用的国际法规则”旨在表明所采取措施之间的差别，需要铭记大气污染的跨界性质和大气层退化的全球性质以及对二者适用的不同规则。在跨界大气污染情况下，各国防止重大不利影响的义务已确立为习惯国际法，例如已得到委员会预防危险活动的跨界损害条款草案[880] 和各国际性法院及法庭判例[881] 的确认。然而，对于全球大气层退化而言，这项义务是否存在仍是一个未决问题。国际法院指出，“各国履行一般义务以确保在其管辖和控制范围内的活动尊重……国家控制范围以外地区的环境，目前已成为国际法典的一部分，”[882] 并十分重视对环境的尊重，“不仅对国家，也对全人类而言”。[883] 该法院在莱茵铁路案中，法庭指出，“防止或至少减轻[对环境的重大损害]……现已成为一般国际法原则”。[884] 然而，对于这些说法可否视为完全支持承认国际习惯法中存在防止、减少或控制大气污染和大气层退化这一义务，委员们意见不一。不过，

878 第一百九十四条。

879 第三条第 3 款有一个相似的规定，即：“各缔约方应当采取预防措施，预测、防止或尽量减少引起气候变化的原因，并缓解其不利影响”。

880 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第五章，E 节，第 3 条(预防)：“起源国应采取一切适当措施，防止重大跨界损害或随时尽量减少这种危险”。委员会还在国家对国际不法行为责任的条款中论述了预防义务。第 14 条第 3 款规定，“一国违背要求它防止某一特定事件之国际义务的行为开始于该事件发生的时刻，并延续至该事件持续的整个期间”(同上，第四章，E 节)。根据评注，“对预防义务的通常理解是作出最大努力的义务，要求国家采取一切合理或必要措施防止某一事件发生，但不能确保事件不致发生”(同上，第 14 条第 3 款评注第(14)段)。评注指出，“特雷尔冶炼厂仲裁案处理的防止空气污染造成跨界损害的义务”，正是预防义务的一个例子(同上)。

881 国际法院也强调了防止问题。在加布奇科沃－大毛罗斯项目案中，国际法院表示，“应该铭记，鉴于对环境造成的损害往往具有不可逆转的性质，而对这种损害进行赔偿的机制也具有局限性，在环境保护领域需要加以警惕和防止”(加布奇科沃－大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页起，见第 78 页，第 140 段)。仲裁法庭在莱茵铁路案中也指出，“今天，国际环境法越来越重视防止责任”(比利时王国与荷兰王国莱茵铁路仲裁裁决，2005 年 5 月 24 日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第 35-125 页起，见第 116 页，第 222 段)。

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

883 加布奇科沃－大毛罗斯项目案(见上文脚注 881)，第 41 页，第 53 段；法院在乌拉圭河沿岸纸浆厂案中援引了同一段落(见上文脚注 877)，第 78 页，第 193 段。

884 莱茵铁路案(见上文脚注 881)，第 66-67 页，第 59 段。

这一义务见于某些有关公约。[885] 在这方面，应当指出的是，《巴黎协定》在序言中“承认气候变化是人类共同关心的问题”，指出“必须确保包括海洋在内的所有生态系统的完整性并保护生物多样性”。[886]

指南 4
环境影响评估

对于在本国管辖或控制下拟议开展的活动，凡可能对大气层造成大气污染或大气层退化等重大不利影响的，各国有义务确保进行环境影响评估。

评注

(1) 指南草案 4 涉及环境影响评估。这是从总括性指南草案 3 中派生出来的三条指南草案的第一条。国际法院在*哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案*中指出，“国家对防止重大跨界损害履行应尽义务，要求一国在开展可能对另一国环境造成不利影响的活动之前，必须确定是否有造成重大跨界损害的可能。如果存在这种可能，有关国家必须开展环境影响评估”。[887] 在上述案件中，国际法院判定，该国“未履行一般国际法规定的在建造道路之前开展环境影响评估的义务”。[888] 小和田恒法官在个人意见中指出，“环境影响评估对确保有关国家根据一般国际环境法规定采取行动，履行应尽职责，具有重要甚至关键性作用”。[889] 国际法院 2010 年在*纸浆厂案*中指出，“《规约》第四十一条(a)款所指的保护和保全的义务必须按照惯例来解释，这种惯例必须为近年来已被各国广泛接受，以至于*进行环境影响评估现在可能被认为是一项一般国际法要求*”。[890] 此外，国际海洋法法庭海底争端分庭 2011 年关于“国家对区域内活动的责任和义务”的咨询意见认为，进行环境影响评估的义务不仅是《海洋法公约》规定的义务，也是“习惯国际法规定的一般义务”。[891] 同样，国际法院在*加布奇科沃－大毛罗斯项目案*中间接指出了环境影响评估的重要性。[892]

(2) 指南草案使用被动语态——“各国有义务确保进行环境影响评估”，是相对于“各国有义务进行适当的环境影响评估”而言，表明这是一项行为义务。由于经济行为者的广泛性，这项义务不一定要求国家本身进行环境影响评估。所要求

[885] 例如见《联合国海洋法公约》；《保护臭氧层维也纳公约》(1985 年 3 月 22 日，维也纳)，同上，第 1513 卷，第 26164 号，第 293 页；《联合国气候变化框架公约》；《生物多样性公约》；《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》(1994 年 10 月 14 日在巴黎开放供签署)，同上，第 1954 卷，第 33480 号，第 3 页；《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》(2001 年 5 月 22 日，斯德哥尔摩)，同上，第 2256 卷，第 40214 号，第 119 页；《关于汞的水俣公约》。

[886] 第二条第一款。

[887] *哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案*(*尼加拉瓜诉哥斯达黎加*)，*判决*，《2015 年国际法院案例汇编》，第 665 页，第 153 段。

[888] 同上，第 168 段。

[889] 同上，小和田恒法官的个人意见，第 18 段。

[890] *乌拉圭河沿岸纸浆厂案*(见上文脚注 877)，第 204 段。

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

[892] *加布奇科沃－大毛罗斯项目案*(见上文脚注 881)。

的是国家为进行环境影响评估采取必要立法、监管和其他措施，以便对拟议活动进行环境影响评估。通知和协商是评估的关键。

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

(4) 阈值被认为是开展环境影响评估所必要的。因此添加了“可能造成重大不利影响”一语。这句话来自《里约宣言》原则 17。其他一些文书也使用了类似的阈值，如《关于跨界环境影响评估的埃斯波公约》[893]。国际法院在纸浆厂案中指出，如果拟议工业活动具有造成“重大跨界不利影响的风险，特别是在共有资源上”，就必须进行环境影响评估。[894]

(5) 使用“可能造成重大不利影响”的阈值，指南草案排除了对影响可能轻微的活动的环境影响评估。潜在危害的影响在“大气污染”和“大气层退化”方面必须都是“重大”的。何为“重大”需要作出事实判定，而不是法律判定。[895]

(6) “在大气污染或大气层退化方面”一语被认为十分重要，因为它将本条指南草案与本套指南草案关注的两个主要环境保护问题联系起来，即跨界大气污染和大气层退化。虽然环境影响评估要求的相关先例主要涉及跨界污染，但人们认为可能对全球大气层造成重大不利影响的项目也需遵守类似要求，如有意大规模改变大气层活动。[896] 与保护大气层相比，这些活动可能甚至比跨界损害在更大范围内造成严重损害；因此，相同规则更有理由适用于可能造成全球大气层退化的活动。鉴此，《越境环境影响评估公约关于战略环境评估的基辅议定书》鼓励对可能的环境影响包括健康影响进行“战略环境评估”，这是指对环境，包括人类健康、动物、植物、生物多样性、土壤、气候、空气、水、景观、自然遗产、物质资产、文化遗产的影响以及这些因素之间的相互作用。[897]

(7) 人们承认透明和公众参与是获得信息和保障代表性的重要内容，但也有人认为指南草案本身不应该涉及环境影响评估的程序方面。1992 年《里约宣言》原则 10 规定，环境问题最好在有关一级，在所有有关公民的参与下加以处理。这包括获得信息；有机会参与决策；有效诉诸司法和行政程序。《在环境问题上获

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

[894] 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 877)，第 83 页，第 204 段。

[895] 委员会在工作中经常使用“重大”一词，包括在预防危险活动的跨界损害条款(2001 年)中使用。当时，委员会选择不对该词进行界定，承认“重大”一词需要作事实判定，而不是法律判定(见一般性评注，第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第五章，E 节)。另见如预防危险活动的跨界损害条款第 2 条评注第(4)和第(7)段)(同上)。还见危险活动所致跨界损害的损失分配原则草案评注(原则 2 评注，第(1)至(3)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章，E 节)。

[896] 见指南草案 7。

[897] 《越境环境影响评估公约关于战略环境评估的基辅议定书》(2003 年 5 月 21 日，基辅)，文件 ECE/MP.EIA/2003/2(可查阅：www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish)，第 2 条第 6-7 款。

得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》[898] 也论述了这些问题。《关于战略环境评估的基辅议定书》鼓励公众参与和协商，并在计划或方案中考虑公众参与和协商的结果。[899]

指南 5
可持续利用大气层

1. 考虑到大气层是一种吸收能力有限的自然资源，应当以可持续的方式加以利用。

2. 可持续利用大气层包括需要兼顾经济发展和大气层保护。

评注

(1) 大气层是一种吸收能力有限的自然资源。[900] 人们常常认为，就勘探和开发利用矿物或油气等资源的意义上而言，大气层是无法开发利用的。但事实是，大气层在物质成份和功能成份上均可以开发利用，并且受到开发利用。污染方会通过降低大气层的质量及其吸收污染物的能力而开发利用大气层。指南草案类比“共有资源”的概念，同时确认，全球大气层的整体性要求承认各方利益的共同性。相应地，指南草案所立足的前提是，大气层是吸收能力有限的自然资源，其维持地球生命的能力会受到人类活动的影响。为了使大气层得到保护，必须将大气层视为可开发利用资源，从而对之适用保护原则和可持续利用原则。有些委员对可否将大气层类比为跨界水道或含水层而加以对待表示怀疑。

(2) 第 1 段承认，大气层是“吸收能力有限的自然资源”。第 1 段第二部分试图将保护与开发结合起来，确保对地球的改造不会妨碍地球上生物的存续和福祉。这样做是援引了利用大气层应采取可持续方式这一主张。此句受到了《国际水道非航行使用法公约》[901] 和跨界含水层法中反映的委员会措词方式的启发。[902]

(3) “利用”一词取广义，包含实际开发利用之外的其他概念。人们已通过若干方式利用了大气层。迄今为止开展的大多数活动可能并无影响大气状况的明确或具体意图。但是，也有某些活动，其目的就是改变大气状况，例如人工影响天气。提出的有意大规模改变大气层[903] 的技术中，有些就是利用大气层的实例。

(4) 本条指南草案中“应当以可持续的方式加以利用”的措词简明而不过于注重法律细节，很好地反映了将大气层视为应得到可持续利用的自然资源这一范式

---

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

[899] 第 2 条第 6-7 款。

[900] 见上文序言部分评注第(2)段。

[901] 第 5 和第 6 条。委员会通过的条款草案及其评注，见《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第三章，E 节。

[902] 大会 2008 年 12 月 11 日第 63/124 号决议，附件，第 4-5 条。委员会通过的条款草案及其评注，见《2008 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，E 节。

[903] 见下文指南草案 7。

转变。其行文方式更贴近国际政策和规范的声明，而非确定各国权利和义务的操作守则。

(5) 第 2 段立足于国际法院加布奇科沃－大毛罗斯项目案判决中的用语，国际法院在其中提到，“需要协调环境保护与经济发展”，[904] 还有其他有关先例。[905] 提到“大气层保护”而非“环境保护”，是为了使该段侧重于本专题的主旨，即保护大气层。

指南 6
公平合理利用大气层

应当考虑到今世后代的利益，以公平合理的方式利用大气层。

评注

(1) 如指南草案 5 所反映的，公平合理地利用大气层是可持续性的一项重要要素，但必须将之单列为一项自主原则。同指南草案 5 一样，本指南措词较为抽象而宽泛。

(2) 指南草案措词宽泛，以便对保护大气层这一世界共有自然资源的工作适用公平原则。[906] 该句第一部分论及“公平合理”的利用。“应当……以公平合理

[904] 加布奇科沃－大毛罗斯项目案(见上文脚注 881)，第 78 页，第 140 段。

[905] 在 2006 年纸浆厂案的命令中，国际法院着重强调了“确保对共有自然资源予以环境保护同时允许可持续经济发展这一需要的重要性”(乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，临时措施，2006 年 7 月 13 日的命令，《2006 年国际法院案例汇编》，第 113 页起，见第 133 页，第 80 段)；世贸组织上诉机构 1998 年关于美国－禁止进口特定虾类和虾类制品案的决定指出，“回顾世贸组织成员在《世贸组织协定》序言中明确确认了可持续发展的目标，我们认为，已经不能再认为[《关税及贸易总协定》]第 20 条(g)款可解释为只包括对可用尽的矿物或其他非生物资源的保护”(上诉机构报告，美国－禁止进口特定虾类和虾类制品案，WT/DS58/AB/R，1998 年 11 月 6 日通过，第 131 段，另见第 129 和第 153 段)；在 2005 年莱茵铁路仲裁案中，仲裁庭认定如下：“在环境法领域中，对以下问题存在不少争议，什么属于‘原则’，什么属于‘规则’：什么是‘软’法；哪些环境条约法或原则对习惯国际法的发展作出了贡献。……新出现的原则，不论其当前地位如何，均提到……可持续发展。……重要的是，这些新出现的原则现在使环境保护成为了发展进程的一部分。环境法与发展法不是相互替代的关系，而是相互增强的一体的概念，要求是，若发展可能对环境造成显著危害，则有义务防止或至少减缓这种危害。……本庭认为，这一义务已成为了一项一般国际法原则”，莱茵铁路案(见上文脚注 881)，第 58-59 段；2013 年印度河水域吉申甘加河仲裁案(巴基斯坦诉印度)部分裁决中写道：“无疑，根据当代习惯国际法，各国在规划和开发可能对邻国造成损害的项目时，必须考虑到环境保护问题，自特雷尔冶炼厂案的时代以来，一系列国际……仲裁裁决均提到了以可持续方式管理自然资源的必要性。特别是，国际法院在加布奇科沃－大毛罗斯项目案(见上文脚注 881)中阐释了‘可持续发展’原则，提到‘需要兼顾环境保护与经济发展’”(《常设仲裁法院裁决汇编》，印度河水域吉申甘加河仲裁案(巴基斯坦诉印度)：《2010-2013 年诉讼记录》，2013 年 2 月 18 日的部分裁决，第 449 段)。2013 年 12 月 20 日最终裁决第 111 段证实了这一点。

[906] 例如，见 J. Kokott, “Equity in international law”, in *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, F.L. Toth, ed. (Abingdon and New York, Routledge, 2014), pp. 173-192；边界争端案(布基纳法索诉马里)，《1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页；See, in general, P. Weil, “L’équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: Un mystère en voie de dissipation?”, in *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, V. Lowe and M. Fitzmaurice, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1996), pp. 121–144; F. Francioni, “Equity in international law,” in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 632–642。

的方式利用大气层”这一表述部分参考《国际水道非航行使用法公约》第 5 条以及跨界含水层法第 4 条。该句要求平衡各种利益并考虑大气污染或大气层退化可能独有的所有有关因素。

(3) 该句第二部分论及代内和代际公平问题。[907] 为了说明公平的这两个方面之间的关系，委员会选择使用“考虑到……后代的利益”这一短语，而非“为人类当代和后代的福利”。使用“利益”一词而非“福利”以显示大气层的一体性，“开发利用”大气层需要考虑平衡各方利益，以确保地球生物的存续。

指南 7
有意大规模改变大气层

应当在遵守任何适用的国际法规则前提下，审慎和谨慎地开展旨在有意大规模改变大气层的活动。

评注

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

(2) “旨在有意大规模改变大气层的活动”一语源自《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》[908] 所载的“改变环境的技术”的定义，“改变环境的技术”指通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物区系、岩石圈、水圈和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术。

(3) 这些活动包括通常被理解为“地球工程”的活动，其方法和技术包括二氧化碳清除和太阳能辐射管理。与前者有关的活动涉及海洋、陆地和技术系统，试图通过天然碳汇或化学工程从大气层清除二氧化碳。提出的二氧化碳清除技术包括：土壤固碳、碳捕获和固存、环境空气捕获、海洋肥化、海洋碱度提升，以及加强风化。实际上，造林一直被用于减少二氧化碳。

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

(5) 如上文所述，对“活动”一词，应取广义。然而，某些其他活动被《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》[909] 和《一九四九年日

[907] C. Redgwell, “Principles and emerging norms in international law: intra- and inter-generational equity”, in *The Oxford Handbook on International Climate Change Law*, C.P. Carlarne *et al.*, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 185–201.; D. Shelton, “Equity” in *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.*, eds. (上文脚注 821), pp. 639–662。

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

[909] 见第一条。

内瓦四公约第一议定书》[910] 等国际法所禁止，不属于本指南草案的范围。因此，本指南草案只适用于“非军事”活动。涉及蓄意改变大气层的军事活动不属于本指南的范围。

(6) 同样，其他活动将继续处于各种体制的规范之下。例如，造林已被纳入《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》[911] 体制和《巴黎协定》(第五条第二款)。在一些国际法律文书下，已经采取了规范碳捕获和封存的措施。《1972年〈防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约〉[912] 1996 年议定书》(《伦敦议定书》)[913] 载有一项经过修正的条款和附件，以及关于控制废物和其他物质倾倒的新准则。“海洋铁肥化”和“海洋碱度提升”与海洋倾倒问题有关，因此 1972 年《公约》及其《伦敦议定书》也是有关文书。

(7) 旨在有意大规模改变大气层的活动具有极大潜力，可以防止、转移、调节或缓解干旱、飓风、旋风等灾害和危害的不利影响，并提高作物产量和水的供应。同时，人们也认识到，这些活动可能对当前的气候格局产生长远和意料之外的影响，而且不受国境的局限。如世界气象组织就人工影响天气所述：“大气过程是非常复杂的过程，以至于以人工方式导致世界某一处发生的天气变化很有可能对别处产生影响……在开始大规模人工影响天气的实验之前，必须认真评估可能的结果和理想的结果，并且必须达成令人满意的国际安排”。[914]

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

(9) 因此，本条指南草案并不试图授权或禁止这种活动，除非各国达成协定，要采取这种行动步骤。指南草案仅仅是指出了以下原则，即如果要开展这种活动，应当审慎和谨慎地开展。“审慎和谨慎”的提法受到国际海洋法法庭在南方蓝鳍

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

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

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

[913] 《1972 年〈防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约〉1996 年议定书》(1996 年 11 月 7 日，伦敦)，《国际法律资料》，第 36 卷(1997 年)，第 7 页。

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

金枪鱼案[915]、混合氧化物核燃料厂案[916] 和填海案[917] 中用语的启发。该法庭在上述最后一个案件中指出：“有鉴于此，考虑到填海造地可能对海洋环境造成的影响，审慎和谨慎原则要求马来西亚和新加坡建立相关机制，交流信息和评估填海造地工程的风险或影响，并制定在相关地区应对这些风险或影响的方式”。指南草案使用了劝告性的语言，旨在鼓励在与大气污染和大气层退化有关的各种领域的主管体制内，制订规则以规范这些活动。

(10) 指南前半部分提到“在遵守任何适用的国际法规则前提下”。理解是，在指南草案的适用方面，国际法将继续发挥作用。

(11) 广为承认的是，这种活动应当以充分公开和透明的方式进行，而且可能需要进行指南草案 4 所规定的环境影响评估。有人认为，涉及有意大规模改变大气层的项目很可能伴有造成严重损害的巨大风险，因此尤其有必要对这种活动进行评估。

(12) 有些委员仍然认为无需拟订有关这一事项的指南草案，因为本质上对此事项仍有争议，这方面的讨论不断变化，而且可依据的实践很少。另一些委员认为，可在二读期间加强本条指南草案。

指南 8
国际合作

1. 各国有义务就保护大气层免遭大气污染和大气层退化，酌情与其他国家或有关国际组织合作。

2. 各国应当就进一步增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学知识开展合作。合作可包括信息交流和联合监测。

评注

(1) 国际合作位于关于保护大气层的整套指南草案的核心。国际合作概念在国际法中有很大的变化，[918] 今日在很大程度上依托整个国际社会的共同利益概

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

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

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

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

念。[919] 本指南草案序言部分第四段承认这一点，故言明保护大气层免遭大气污染和大气层退化是“整个国际社会面临的紧迫关切问题”。

(2) 在此背景下，本指南草案第 1 段规定了各国酌情合作的义务。具体而言，要与其他国家和有关国际组织进行这种合作。“酌情”一词为国家视所要求的合作性质和主题事项履行合作义务留出一定的灵活性。这种合作的形式也可根据情况而有所不同，并给各国留出一定的斟酌空间。合作可以是双边的、区域的或多边的。各国也可自行采取适当行动。

(3) 在纸浆厂案中，国际法院强调了告知义务、缔约国间的合作以及预防义务的联系。法院指出，“正是通过合作，有关国家才能联合管理给环境造成损害的风险……以便实际预防有关损害”。[920]

(4) 在若干有关环境保护的多边文书中已规定了国际合作。《斯德哥尔摩宣言》和《里约宣言》分别在原则 24 和原则 27 内强调了合作的重要性，要求善意和伙伴精神。[921] 此外，在一些现有条约中，《保护臭氧层维也纳公约》(1985)的序言部分写明，公约缔约方“意识到保护臭氧层使不会因人类活动而发生变化的措施需要国际间的合作和行动”。此外，《联合国气候变化框架公约》(1992 年)序言部分承认“气候变化的全球性要求所有国家……尽可能开展最广泛的合作，并参与有效和适当的国际应对行动”，同时重申“在应付气候变化的国际合作中的国家主权原则”。[922]

(5) 《国际水道非航行使用法公约》关于一般合作义务的第 8 条第 1 款规定：

---

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

[920] 乌拉圭河纸浆厂案(上文脚注 877)，第 49 页，第 77 段。

[921] 《斯德哥尔摩宣言》原则 24 写明：

“有关保护和改善环境的国际问题应当由所有的国家，不论大小，在平等的基础上本着合作精神加以处理，必须通过多边或双边的安排或其它合适途径的合作，在正当地考虑所有国家的主权和利益的情况下，防止、消灭或减少和有效地控制各方面的行动所造成的对环境的有害影响。”

《联合国人类环境会议报告，1972 年 6 月 5 日至 16 日斯德哥尔摩》(见上文脚注 807)。

《里约宣言》原则 27 写明：

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

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

[922] 另见《联合国海洋法公约》关于“全球性和区域性合作”的第十二部分第二节。该节规定了“在全球性或区域性的基础上的合作”(第一百九十七条)、“即将发生的损害或实际损害的通知”(第一百九十八条)、“对污染的应急计划”(第一百九十九条)，“研究、研究方案及情报和资料的交换”(第二百条)以及“规章的科学标准”(第二百零一条)。《联合国海洋法公约》关于海洋科学研究的第十三部分第二节规定了“国际合作”，写明了“国际合作的促进”(第二百四十二条)、“有利条件的创造”(第二百四十三条)和“情报和知识的公布和传播”(第二百四十四条)等内容。

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

(6) 委员会在工作中也认识到合作义务的重要性。“预防危险活动的跨界损害条款草案”(2001 年)在关于合作的条款草案 4 中规定：

有关国家应本着诚意进行合作，并在必要时寻求一个或多个主管国际组织的协助，以预防重大跨界损害或无论如何尽量减小这方面的风险。

此外，“跨界含水层法条款草案”在关于合作的一般义务的条款草案 7 中规定：

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

2. 为了第 1 款的目的，含水层国应设立联合合作机制。

(7) 最后，“发生灾害时的人员保护条款草案”(2016 年)在条款草案 7 中规定了合作的责任。[923]

(8) 合作可采取多种形式。本指南草案第 2 段尤其强调就增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学知识开展合作的重要性。第 2 段还着重指出了信息交流和联合监测。

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

各缔约方应促进和鼓励附件二里详细说明的、与本公约有关的科学、技术、社经、商业和法律资料的交换。

该公约附件二详细列出了信息交流的全套事项。第 4 条第 2 款规定在考虑到发展中国家需要的前提下进行技术领域的合作。

(10) 《联合国气候变化框架公约》关于承诺的第四条第 1 款规定：

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

[923] 第 7 条草案规定：

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

2016 年委员会第六十八届会议二读通过了该条款草案，并作为委员会关于该届会议工作的报告(A/71/10)的一部分(第 48 段)提交大会。2016 年 12 月 13 日大会第 71/141 号决议注意到条款草案，并邀请各国政府就委员会关于在这些条款基础上拟订一项公约的建议提交评论。

(11) 合作义务除其他以外，还包括信息交流。在这方面，或许可以指出，《国际水道非航行使用法公约》第 9 条详细列出了整套关于交换数据和资料的规定。此外，《远距离越境空气污染公约》第 4 条规定，缔约方应“就旨在尽可能防治可能具有不利影响的空气污染的政策、科学活动和技术措施交换信息并进行审查，以利减少空气污染，包括远距离跨界空气污染”。该公约还载有关于以下事项的详细规定：研究与发展领域合作(第 7 条)；交换信息(第 8 条)；执行和进一步发展合作方案，以便在欧洲监测和评估空气污染物的远距离传输情况(第 9 条)。同样，《东非空气污染区域框架协定》(《内罗毕协定》，2008 年)[924] 和《西部和中部非洲空气污染区域框架协定》(《阿比让协定》，2009 年)[925] 也载有类似关于国际合作的规定。缔约方同意：

> 1.2 考虑采取联合措施减少空气污染物和温室气体排放的协同作用和共同效益；1.4 促进交换关于空气质量管理的教育和研究信息；1.5 促进区域合作，以加强管制机构。

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

(13) 就保护大气层而言，委员会认为重点是增进有关大气污染和大气层退化的原因和影响的科学知识。

指南 9
相关规则之间的相互关系

1. 在确定、解释及适用关于保护大气层的国际法规则和其他相关的国际法规则，尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则时，应当依照协调原则和体系整合原则及为了避免冲突，尽可能产生单一一套相互兼容的义务。在这样做时应当遵守载于 1969 年《维也纳条约法公约》的相关规则，包括其第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则。

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

3. 在适用第 1 和第 2 段时，应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体。这些群体除其他人外，可能包括土著人民、最不发达

[924] 可查阅 https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf。

[925] 可查阅 https://web.archive.org/web/20111224143143/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf。

国家的人民和受海平面上升影响的低地沿海地区和小岛屿发展中国家的人民。

评注

(1) 指南草案 9 涉及“相关规则之间的相互关系”，[926] 试图反映关于保护大气层的国际法规则与其他相关的国际法规则之间的相互关系。第 1 和第 2 段具有一般性，而第 3 段强调保护特别易受大气污染和大气层退化影响的群体。关于用语的指南草案 1 对大气污染和大气层退化作了界定。这两个术语侧重“人类”造成的污染和退化。这必然意味着其他法律领域管辖的人类活动与大气层及其保护有关。因此，必须尽可能避免关于保护大气层的规则与关于其他领域的国际法规则之间的冲突和紧张关系。因此，指南草案 9 着重指出了国际法中处理法律规则和原则间的紧张关系，包括与解释问题和冲突问题相关的紧张关系的各种技巧。指南草案 9 的表述参考了委员会关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的研究小组得出的结论。[927]

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

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

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

(5) 第 1 段第二句试图将该款置于 1969 年《维也纳条约法公约》[928] 所载的相关规则范围内，包括第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则范围内。第三十一条第三款(丙)项意在保证“系统解释”，要求将“适用于

[926] 见国际法协会关于气候变化相关法律原则声明的第 2/2014 号决议的第 10 条草案(关于相互关系)，《2014 年 8 月在华盛顿特区举行的第七十六届会议的报告》(2014 年，伦敦)，第 26 页。

[927] 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251 段。见关于“解释的关系”和“冲突的关系”的结论(2)。关于分析研究，见马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组报告“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”(A/CN.4/L.682 及 Corr.1 和 Add.1)。

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

当事国间关系之任何有关国际法规则”纳入考虑。[929] 换言之，1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(丙)项既强调了“国际法的统一”，又强调了“不应抛开一般国际法来考虑规则”。[930] 1969 年《维也纳公约》第三十条规定了上述体系整合原则在特定情况下无法有效发挥作用时的冲突解决规则。第三十条规定了关于特别法(第二款)、后法(第三款)和对第三者的约定(第四款)的冲突规则。[931] 第 1 段第二句中的“习惯国际法原则和规则”一语涵盖与确定、解释及适用相关规则有关的习惯国际法原则和规则。[932]

(6) 提及“尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则”着重指出了与保护大气层有关的这三个领域的重要性。具体指出的这些领域在条约实践、判例和理论方面与关于保护大气层的国际法规则有着密切联系。[933] 其他可能同样相关的法律领域并没有被忽视，相关法律领域的清单并不是要做到详尽无遗。此外，指南草案 9 的任何内容都不应被解释为将所列领域国际法规则的地位排在与保护大气层有关的规则之后，或者相反。

(7) 关于国际贸易法，相辅相成概念的出现是为了帮助协调该法与国际环境法，而国际环境法在一定程度上与保护大气层有关。1994 年《马拉喀什建立世界贸易组织(世贸组织)协定》[934] 序言规定，其目的是“依照可持续发展的目标”，使贸易和发展目标与环境需求相调和。[935] 世贸组织贸易和环境委员会开始开展各项活动，“旨在使国际贸易和环境政策相辅相成”，[936] 委员会在 1996 年提交新加坡部长级会议的报告中重申了自己的立场，即世贸组织系统和环境保护是“都重要的两个决策领域……应相互支持，以促进可持续发展”。[937] 随着“相辅相

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

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

[931] *Ibid*., pp. 791–798.

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

[933] 国际法协会，《……在华盛顿特区举行的第七十六届会议的报告》(上文脚注 926)； and A. Boyle, “Relationship between international environmental law and other branches of international law”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (上文脚注 821), pp. 125–146。

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

[935] 同上，第 1867 卷，第 31874 号，第 154 页。

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

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

成”概念逐渐被视为“世贸组织内部的法律标准”，[938] 2001 年《多哈部长宣言》表示，各国相信，“为保护环境和促进可持续发展而采取的行动是能够而且必须是相互支持的”。[939] 在国际贸易法中，相辅相成被视为协调原则的一部分，用于解释不同条约相互冲突的规则。在一系列相关的世贸组织争端解决案件中，1996 年*美国—新配方汽油和常规汽油标准案*最引人注意，因为上诉机构拒绝将《关税及贸易总协定》规则与国际公法的其他解释规则区分开，指出“不能机械地抛开国际公法来解读《总协定》”(强调是后加的)，[940] 从而大力支持解释的协调原则和体系整合原则。

(8) 国际投资法中也存在类似趋势和方法。《北美自由贸易协定》[941] 和许多双边投资条约[942] 也包含与环境有关的标准，这些标准得到了相关争端解决机构判例的确认。一些投资问题法庭强调，投资条约“不能脱离国际公法解读和解释”。[943]

(9) 海洋法也是同样的情况。由于大气层与海洋间存在密切的物理相互作用，保护大气层与海洋和海洋法有着内在的联系。《巴黎协定》的序言部分指出，

---

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

[939] 2001 年 11 月 14 日在多哈举行的世贸组织部长级会议第四届会议上通过，WT/MIN(01) /DEC/1, 第 6 段。2005 年《香港部长级宣言》重申，“《多哈部长宣言》第 31 段所载指令的目的是要加强贸易与环境之间的相互支持”(2005 年 12 月 18 日在中国香港举行的部长级会议第六届会议上通过，WT/MIN(05)/DEC, 第 31 段)。

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

[941] 《加拿大政府、美利坚合众国政府和墨西哥合众国北美自由贸易协定》(华盛顿特区，美国政府印刷局，1993 年)。特别注意第 104 条第 1 款和第 1114 条。

[942] 有各种双边投资示范条约，如 2004 年《加拿大双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf；2007 年《哥伦比亚双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf；2012 年《美国双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf；国际可持续发展研究所 2005 年《可持续发展国际投资示范协定》，载于 H. Mann 等人著，《国际可持续发展研究所可持续发展国际投资示范协定》，第 2 版(温尼伯，2005 年)，第 34 条。可查阅 www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf。另见联合国贸易和发展会议，《可持续发展投资政策框架》(2015 年)，第 91-121 页，可查阅 http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; P. Muchlinski, “Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives”, in *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang and M. Krajewski, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 41–64。

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

“必须确保包括海洋在内的所有生态系统的完整性”。这种联系也得到了 1982 年《联合国海洋法公约》的支持，[944] 该公约第一条第 1 款第(4)项对“海洋环境污染”的界定包括所有空气传播的海洋污染来源，包括来自陆地来源和船只的大气污染。[945] 该公约在第十二部分第一九二、第一九四、第二百零七、第二百一十一和第二百一十二条中作出了关于海洋环境的保护和保全的详细规定。存在一些管理来自陆地来源的海洋污染的区域公约。[946] 海事组织一直致力于管理来自船只的污染，以努力补充《公约》规定[947] 并应对气候变化。[948] 有效执行适用的海洋法规则可帮助保护大气层。同样，有效执行关于保护大气层的规则也可保护海洋。

(10) 对于国际人权法而言，环境退化，包括空气污染、气候变化和臭氧层消耗，“有可能影响实现人权”。[949] 人权与包括大气层在内的环境间的联系在实践中得到承认。《斯德哥尔摩宣言》原则 1 承认人人“拥有在有尊严和福祉的生活环境中享有自由、平等和适当生活条件的基本权利”。[950] 1992 年《里约宣言》原则 1 指出，“人类处于可持续发展问题的中心”，“有权享有与自然和谐

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

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

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

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

[948] S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), pp. 107–126; S. Karim and S. Alam, “Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal”, *Asian Journal of International Law*, vol. 1 (2011), pp. 131–148; Y. Shi, “Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?” *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113 (2016), pp. 187–192; J. Harrison, “Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping” (2012), Edinburgh School of Law Research Paper No. 2012/12, p. 20. Available from https://ssrn.com/abstract=2037038 (accessed 7 July 2017).

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

[950] 见 L.B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment” (上文脚注 825), at pp. 451–455。

共处的健康和富有成效的生活”。[951] 关于大气污染，《远距离越境空气污染公约》承认空气污染产生“有害影响，足以危害人类健康”，并规定，各方决心“保护人类与人类环境不受”一定规模的“空气污染”。[952] 同样对于大气层退化问题，《保护臭氧层维也纳公约》载有一项条款，其中规定缔约国必须根据该公约和加入的议定书采取适当措施，“保护人类健康”。[953] 同样，《联合国气候变化框架公约》述及气候变化的不利影响，包括“对人类的健康和福利”的重大有害影响。[954]

(11) 这方面的有关人权为“生命权”、[955]“私人生活和家庭生活权”[956] 及“财产权”。[957] 如果人权公约中存在某项具体的环境权，包括健康权，有关法院和条约机构即适用这些公约。然而，若要使国际人权法促进保护大气层，还必须满足某些核心要求。[958] 首先，因为国际人权法仍然是“一个基于个人伤害的法律制度”，[959] 所以必须证明减损受保护权利的大气层污染或退化与一项受保护权利的被减损之间存在直接联系。其次，大气污染或退化的不利影响必须达到某个界限，才能纳入国际人权法的范畴。对这种最低标准的评估是相对的，取决于所援引权利的内容和案件的所有相关情况，例如损害的强度和持续时间及其对身体和精神的影响。第三，也是最重要的一点，必须证明某国的作为或不作为与大气污染或退化之间存在因果联系。

(12) 关于大气层的国际法规则与人权法之间相互关系中的一个难点在于两者在适用上的“脱节”。尽管关于大气层的国际法规则不仅适用于受害者所属国，也

---

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

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

[953] 同上，第 1513 卷，第 26164 号，第 293 页起，见第 326 页，第 2 条。

[954] 第一条。

[955] 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日，纽约，联合国《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页)，第六条；1989 年《儿童权利公约》第 6 条(1998 年 12 月 20 日，纽约，同上，第 1577 卷，第 27531 号，第 3 页)；2006 年《残疾人权利公约》第十条(2006 年 12 月 20 日，纽约，同上，第 2515 卷，第 44910 号，第 3 页)；1950 年《保护人权与基本自由公约》第 2 条(1950 年 11 月 4 日，罗马，同上，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页，下称“《欧洲人权公约》”)；1969 年《美洲人权公约》第 4 条(1969 年 11 月 22 日，圣何塞，同上，第 1144 卷，第 14668 号，第 171 页)；1981 年《非洲人权和民族权宪章》第 4 条(1981 年 6 月 27 日，内罗毕，同上，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页)。

[956] 《公民权利和政治权利国际公约》第十七条；《欧洲人权公约》第 8 条；《美洲人权公约》第 11 条第 2 款。

[957] 《〈欧洲人权公约〉第一议定书》第 1 条(同上，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页)；《美洲人权公约》第 21 条；《非洲人权和民族权宪章》第 14 条。见 D. Shelton, “Human rights and the environment: substantive rights” in *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D.M. Ong and P. Merkouris, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), pp. 267–283, at pp. 267, 269–278。

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

[959] *Ibid*., pp. 308–309.

适用于伤害的源头国，但人权条约的适用范围仅限于受一国管辖的个人。[960] 因此，当一国境内的对环境有害的活动影响到另一国民众的权利时，就产生了结合人权义务解释“管辖权”的问题，在解释和适用这一概念时，可能需要考虑人权条约的目标和宗旨。国际法院在关于*在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果*的咨询意见中声明：在处理域外管辖权问题时，“尽管各国管辖权主要是在境内，但有时也可在国家领土之外行使。考虑到《公民权利和政治权利国际公约》的目的和宗旨，即使是在这种情况下，《公约》缔约国也应当有义务遵守其规定，这似乎是顺理成章的”。[961]

(13) 一个可能的考虑因素是不歧视原则的相关性。一些作者认为，断定国际人权法不适用于大气污染和全球退化，并且法律只能向边界内污染的受害者提供保护，这是不合理的。他们认为，不歧视原则要求责任国如同处理国内污染一样处理跨界大气污染或全球大气退化。[962] 此外，如果并且只要许多人权准则今天得到承认，成为公认的或正在形成的习惯国际法规则，[963] 它们即可被视为与保护大气层的环境准则相互重叠，例如应尽义务(指南草案 3)、环境影响评估(指南草案 4)、可持续利用(指南草案 5)、公平合理利用(指南草案 6)和国际合作(指南草案 8)等，因此将能够以协调一致的方式予以解释和适用。

(14) 第 1 段涉及的是确定、解释和适用，相比之下，第 2 段涉及各国制定新规则的情况。该段规定“各国在制定关于保护大气层的国际法新规则和其他相关的国际法规则时，应当尽可能采用协调的方式”。该段表示了一种一般性意愿，鼓励各国在进行涉及建立新规则的谈判时，考虑到关于大气层的国际法规则与其他法律领域的规则之间的体系关系。

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

---

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

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

962 Boyle, “Human rights and the environment” (见上文脚注 960), pp. 639–640。

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

(16) 第 3 段第二句列举了在大气污染和大气层退化背景下可能易受影响的群体。世界卫生组织指出：“所有人口将受到气候变化的影响，但初步的健康风险大不相同，取决于人口居住的地点和生活方式。生活在小岛屿发展中国家和其他沿海地区、特大城市、山区和极地地区的人们，都以不同的方式变得尤其脆弱。”[964] 在大会通过的《2030 年可持续发展议程》的可持续发展目标中，目标 3.9 和目标 11.6 涉及大气污染问题，尤其呼吁大幅度减少空气污染导致的死亡和患病人数，并呼吁特别关注城市的环境空气质量。[965]

(17) 第 3 段第二句的“除其他人外，可能包括”一语表示列举并非详尽无遗。正如《土著人民气候变化全球峰会报告》中宣布的那样，“由于土著人民生活在受气候变化影响最严重的地区，在社会经济意义上通常处于最弱势地位，他们最容易受到气候变化的影响”。[966] 最不发达国家人民也被认为特别易受影响，因为他们常常生活在极端贫困中，得不到基本的基础设施服务以及适当的医疗和社会保护。[967] 受海平面上升影响的低地地区和小岛屿发展中国家的人民有可能会丧失土地，这会导致流离失所，在某些情况下会导致强迫移民。受《巴黎协定》序言的启发，除了指南草案 9 第 3 段具体列出的群体，其他可能特别弱势的群体包括当地社区、移民、妇女、儿童、残疾人和老年人，他们往往受到大气污染和大气层退化的严重影响。[968]

---

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

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

[966] “《土著人民气候变化全球峰会报告》，2009 年 4 月 20 日至 24 日，阿拉斯加安克雷奇”，第 12 页，可查阅 www.un.org/ga/president/63/letters/global summitoncc.pdf#search=%27 (2017 年 7 月 7 日查询)。见 R.L. Barsh, “Indigenous peoples”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (footnote 821 above), pp. 829–852; B. Kingsbury, “Indigenous peoples”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, pp. 116–133; and H.A. Strydom, “Environment and indigenous peoples”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, pp. 455–461。

[967] 世界银行集团，《气候变化行动计划》，2016 年 4 月 7 日，第 104 段，可查阅 http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf (2017 年 7 月 7 日查询)。

[968] 消除对妇女歧视委员会有一项题为“减少灾害风险和气候变化与性别有关的层面”的议程；见 www.ohchr.org/EN/ HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (2017 年 7 月 7 日查询)；同妇女和儿童一样，老年人和残疾人通常被称为易受影响群体。见世界卫生组织《保护健康不受气候变化……》(上文脚注 964)和世界银行集团《行动计划》(上文脚注 967)。2015 年《美洲保护老年人人权公约》(美洲国家组织大会，第四十五届常会，议事录，第 1(OEA/Ser.P/XLV-O.2)卷，第 11-38 页)第 25 条(健康环境权)规定：“老年人有权生活在健康的环境中，享有基本公共服务。为此，缔约国应采取适当措施，维护和促进这项权利的行使，特别是：a. 以与自然和谐的方式促进老年人充分发挥最大潜力；b. 确保老年人在与他人平等的基础上获得公共饮用水和卫生服务等”。

指南 10
执行

1. 各国在执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务、包括本指南草案中所述的义务时，采取的形式可包括立法、行政、司法和其他行动。

2. 各国应当努力落实本指南草案所载的各项建议。

评注

(1) 指南草案 10 涉及各国执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国际法规定的义务。国际层面的遵约是指南草案 11 的主题。本指南草案使用“执行”一词，指各国为使条约规定在国家层面生效而可能采取的措施，包括国家法律中的执行措施。[969]

(2) 指南草案 10 由两段组成，一段论及国际法规定的现有义务，另一段论及指南草案所载建议。

(3) 指南草案提到国际法规定的与执行与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的相关国家义务，即保护大气层的义务(指南草案 3)、确保进行环境影响评估的义务(指南草案 4)和合作的义务(指南草案 8)。[970] 鉴于各国负有这些义务，它们显然有必要忠实履行这些义务。

(4) “各国在执行”一词指缔约方为使国际协定在国家层面生效而根据各国的国家宪法和法律制度规定可能采取的措施。[971] 国家执行可采取许多形式，包括“立法、行政、司法和其他行动”。“可”一词，反映这一规定的自由裁量性质。使用“行政”行动而不是“行政部门”行动，这是由于“行政”被认为范围更广，因为它也涵盖了下级政府行政部门可能执行的行动。“其他行动”一词是涵盖国家执行的所有其他形式的剩余类别。“国家执行”一词也适用于欧洲联盟等区域组织的义务。[972]

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

---

969 See generally, P. Sands and J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 135–183; E. Brown Weiss and H.K. Jacobson, eds., *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998), see “A framework for analysis”, pp. 1–18, at p. 4.

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

971 C. Redgwell, “National implementation”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (上文脚注 821), p. 925。

972 See L. Krämer, “Regional economic integration organizations: the European Union as an example”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (上文脚注 821), pp. 853–876 (on implementation, pp. 868–870)。

(6) 第 2 段中提到“本指南草案所载的各项建议”是为了将这些建议与第 1 段中提到的“义务”区分开来。“建议”一词被认为是适当的，因为它符合整个指南草案，指南草案中使用了“应当”一词[973]，这并不妨碍指南草案在国际法上的任何规范性内容。第 2 段规定，各国应当努力落实本指南草案所载的各项建议。

(7) 委员会决定不像特别报告员原先提出的那样，列入一条关于国家对国际不法行为的责任的指南草案。[974] 一般认为，责任的次要规则是委员会已经阐述过的一个主题，委员会于 2001 年通过了《国家对国际不法行为的责任条款》。[975] 这些规则同样适用于环境义务，包括保护大气层免受大气污染和大气退化。

(8) 此外，尽管各国有时会在国际法允许的范围内诉诸域外适用国内法，[976] 但委员会认为没有必要为了本指南草案的目的阐述这个问题。[977] 委员会认为，一国在域外适用国内法的问题引发了对其他国家及其这些国家的相互关系具有深远影响的一系列复杂问题。

指南 11
遵约

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

2. 为实现遵约，可根据相关协定酌情采用促进性程序或强制执行程序：

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

(b) 强制执行程序可包括发布不遵约警告、终止根据相关协定享有的权利和特权以及采取其他形式的强制执行措施。

评注

(1) 指南草案 11 是对关于国家执行的指南草案 10 的补充，提到国际法层面的遵约。“遵约”一词在各种协定或文献中的用法未必统一。本指南草案中使用的

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

[974] 见特别报告员的第五次报告(A/CN.4/711)，第 31 段。

[975] 委员会通过的条款及其评注，见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。

[976] 域外适用国内法的相关先例包括：(a) 向关税及贸易总协定提出的金枪鱼－海豚案(《美国海洋哺乳动物保护法》的“域外适用”与《总协定》第二十条不符，小组报告，美国－对金枪鱼的进口限制，DS21/R-39S/155, 1991 年 9 月 3 日(第一起金枪鱼－海豚案，未通过)，第 5.27-5.29 段；关税及贸易总协定，小组报告，美国－对金枪鱼的进口限制，DS29/R, 1994 年 6 月 16 日(第二起金枪鱼－海豚案，未通过)，第 5.32 段。)；(b) 世贸组织汽油案，(关于《美国清洁空气法》的域外适用，世贸组织，上诉机构报告，美国－新配方汽油和常规汽油标准，WT/DS2/AB/R, 1996 年 4 月 22 日)；(c) 欧洲法院，美国航空运输协会等诉能源与气候大臣案，2011 年 12 月 21 日(关于第 2008/101/EC 号欧洲联盟航空指令的域外适用)；(d) 新加坡 2014 年《跨境烟霾污染法》规定了根据“客体属地原则”的域外适用(新加坡议会，《正式报告》，第 12 号，第 2 部分，2014 年 8 月 4 日，第 5-6 段)。见 Murase, “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues” (上文脚注 938), at pp. 349–372。

[977] 见特别报告员的第五次报告(A/CN.4/711)，第 31 段。

“遵约”一词是指在国际法层面核查各国是否实际遵守一项协定或其他国际法规则规定的义务。第 1 段特别反映了条约必须遵守原则。与保护大气层有关的“国际法规定的义务”这一措辞的目的是使第 1 段使用的措辞形式与指南草案全文所使用的语言相一致。“国际法规定的义务”这一措辞的广泛性也被认为可以更好地反映了这样一个事实，即构成义务的条约规则在某些情况下可能仅对有关协定的缔约方具有约束力，而另一些义务可能反映或促成习惯国际法规则的具体化，从而对非缔约方产生法律效力。缔约国加入的“相关协定”一词被用来避免将规定的范围缩小到仅包括多边环境协定，这种义务也可能存在于其他协定中。[978] 第 1 段的一般性质也适当地引出了第 2 段。

(2) 第 2 段论及遵约机制可采用的促进性程序或强制执行程序。[979] 起首部分的开头语“为实现遵约”提供了一种有目的的积极方法，其措辞与阐述遵约机制的现有协定的表述相一致。“可……酌情使用”这一短语强调了可以采用促进性程序或强制执行程序帮助促进遵约的不同情况和背景。区别连词“或”表示，促进性程序或强制执行程序应被根据有关协定设立的主管机关视为二择其一的办法。起首部分使用了“根据相关协定”一语，以强调促进性程序或强制执行程序是各国加入的现有协定规定的程序，并且这些程序将根据这些现有协定发挥作用。

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

(4) (a)分段使用了“在出现不遵约情况时”[980] 这一短语，并提及“当事国”，而避免使用“不遵约国家”的说法。促进性程序可包括向各国提供“援助”，因为一些国家可能愿意遵约，但由于能力不足而无法这样做。因此，以透明、非对抗和非惩罚性方式提供促进性措施，以确保协助当事国遵守国际法为其规定的义

[978] 例如，国家惯例的这种反映包括多边或区域协定或其他贸易协定，这些协定也可能考虑到环境保护条款，包括《关税及贸易总协定》第二十条规定的例外，甚至包括所谓的环境“附属协定”，如《北美环境合作协定》。

[979] 有关保护大气层的多边环境协定广泛采用了不遵约情况的审查程序，包括下列协定：(a)《远距离越境空气污染公约》以及后来的《议定书》(联合国，《条约汇编》，第 1302 卷，第 21623 号，第 217 页)：见 E. Milano, “Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Convention and its Protocols”, in *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, T. Treves *et al.*, eds. (The Hague, T.M.C. Asser Press, 2009), pp. 169–180; (b) 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(联合国，《条约汇编》，第 1522 卷，第 26369 号，第 3 页，以及 UNEP/OzL.Pro.4/15)； F. Lesniewska, “Filling the holes: the Montreal Protocol’s non-compliance mechanisms”, in *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds. (上文脚注 957), pp. 471–489; (c) 《越境环境影响评估公约》；(d)《联合国气候变化框架公约京都议定书》和第 24/CP.7 号决定(FCCC/CP/2001/13/Add.3)；J. Brunnée, “Climate change and compliance and enforcement processes”, in R. Rayfuse and S.V. Scott, eds., *International Law in the Era of Climate Change* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), pp. 290–320; (e) 《联合国气候变化框架公约》下之《巴黎协定》(FCCC/CP/2015/10/Add.1, 附件); D. Bodansky, “The Paris Climate Change Agreement: a new hope?”, *American Journal of International Law*, vol. 110 (2016), pp. 288–319)。

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

务。[981] 该句末尾提到“同时考虑到其能力和特殊情况”，这被认为是必要的，它承认发展中国家和最不发达国家在履行与环境保护有关的义务时经常面临的具体挑战。这种情况主要是由于普遍缺乏能力所致，有时可以通过获得外部支助得到缓解，这些外部支助利用能力建设促进这些国家遵守国际法为其规定的义务。

(5) (b)分段述及强制执行程序，强制性程序可包括发布不遵约警告、终止根据相关协定享有的权利和特权以及采取其他形式的强制执行措施。[982] 与促进性程序不同，强制执行程序的目的是在出现不遵约情况时通过对当事国实施处罚实现遵约。该句末尾使用的术语为“强制执行措施”，而不是“制裁”，以避免与“制裁”一词可能具有的负面含义相混淆。(b)分段所指的强制执行程序应区别于任何援引国家的国际责任的情况，因此，采取这些程序的唯一目的是促使当事国重新如起首部分所述遵守它们所加入的有关协定。[983]

指南 12
争端解决

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

2. 鉴于此类争端可能涉及大量事实并依赖科学，应当适当考虑使用技术和科学方面的专家。

评注

(1) 指南草案 12 涉及争端解决。第 1 段阐述了各国通过和平手段解决争端的一般义务。“国家间”一词澄清，该段所指的争端具有国家间性质。该段并未提及《联合国宪章》第三十三条第一项，但用意并不在于淡化该条款中提到的谈判、调查、调停、和解、仲裁、司法解决、当事国可能倾向采用的其他和平手段等各

[981] M. Koskenniemi, “Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), pp. 123–162; D.G. Victor, “The operation and effectiveness of the Montreal Protocol’s non-compliance procedure”, in Victor, K. Raustiala and E.B. Skolnikoff, eds., *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments: Theory and Practice* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), pp. 137–176; O. Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (The Hague, Kluwer Law International, 2001), pp. 178–179; Dupuy and Viñuales, *International Environmental Law* (上文脚注 958), p. 285 *et seq*。

[982] G. Ulfstein and J. Werksman, “The Kyoto compliance system: towards hard enforcement”, in O. Schram Stokke, J. Hovi and G. Ulfstein, eds., *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance* (London, Earthscan, 2005), pp. 39–62; S. Urbinati, “Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change”, in *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Treves *et al.* (上文脚注 979), pp. 63–84; S. Murase, “International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT Model”, in *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Murase (上文脚注 938), pp. 173–174。

[983] G. Loibl, “Compliance procedures and mechanisms”, in *Research Handbook on International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds. (见上文脚注 957), pp. 426–449, at pp. 437–439。

种和平解决手段的重要性，也不在于淡化选择手段原则。[984] 第 1 段的目的不是干涉或取代条约制度中现有的争端解决规定，这些规定将继续以自己的方式发挥作用。本段的主要目的是重申和平解决争端的原则，[985] 并作为第 2 段的基础。

(2) 第 2 段这句话的前半部分承认，与保护大气层免遭大气污染和大气层退化有关的国家间争端会“涉及大量事实”并“依赖科学”。与保护大气层有关的国际法的逐渐发展过程一直强调科学投入，[986] 同样，近年来国际争端解决过程中也提出了更加复杂的科学和技术问题。因此，提交国际性法院和法庭的案件越来越侧重技术性和科学性很强的证据。[987] 因此，这些因素在国家间环境争端的经历中显而易见，它们通常需要专门知识，以便认识到争端问题的来龙去脉并充分理解这些问题。

(3) 在最近的涉及依赖科学的国际环境法问题的案件中，各国和国际法院的态度发生了明显变化，这直接或间接反映了解决与保护大气层有关的争端的具体特点。[988] 为此，正如第 2 段所着重指出的那样，有必要“适当考虑”使用技术和

[984] C. Tomuschat, “Article 33”, in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., vol. 1, B. Simma, ed. (Munich, Verlag C.H. Beck, 2002), pp. 583–594.

[985] N. Klein, “Settlement of international environmental law disputes”, in *Research Handbook of International Environmental Law*, Fitzmaurice, Ong and Merkouris, eds. (上文脚注 957), pp. 379–400; C.P.R. Romano, “International dispute settlement”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Bodansky *et al.* (上文脚注 821), at pp. 1039–1042。

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

[987] 见国际法院院长龙尼·亚伯拉罕 2016 年 10 月 28 日在第六委员会(就提交国际法院的国际环境法案件)发表的讲话(可查阅 www.icj-cij.org/files/press-releases/0/19280.pdf)；彼得·通卡院长，“国际法院为和平与正义服务——通卡院长的欢迎辞”，2013 年 9 月 27 日(可查阅 www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17538.pdf)。另见 E. Valencia-Ospina, “Evidence before the International Court of Justice”, *International Law Forum du droit international*, vol. 1 (1999), pp. 202–207; A. Riddell, “Scientific evidence in the International Court of Justice — problems and possibilities”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), pp. 229–258; B. Simma, “The International Court of Justice and scientific expertise”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 106 (2012), pp. 230–233; A. Riddell and B. Plant, *Evidence Before the International Court of Justice* (London, British Institute of International and Comparative Law, 2009), chap. 9。

[988] 在 1997 年加布奇科沃－大毛罗斯案(见上文脚注 881)和 2010 年纸浆厂案(见上文脚注 877)中，当事方遵循传统的举证方法，即通过专家－律师举证，但他们是科学家而非律师。他们的科学结论被视为当事方的说法，但这种做法遭到了法官及评论者的强烈批评。在空中喷洒除草剂案(2013 年撤诉)(空中喷洒除草剂案(厄瓜多尔诉哥伦比亚)，2013 年 9 月 13 日的命令，《2013 年国际法院案例汇编》，第 278 页)、2014 年南极捕鲸案(南极捕鲸案，澳大利亚诉日本：新西兰参加诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》第 266 页)和 2015 年修建道路案(见上文脚注 887)中，当事方指定了独立专家，在后两起案件中，独立专家接受了对方的交叉诘问，并被视为比专家－律师的陈述更具分量。在所有这些案件中，国际法院均未根据《规约》第五十条指定自己的专家，但国际法院最终在海洋划界案中指定了自己的专家，尽管该案本身并不是环境法争端(加勒比海与太平洋划界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决(案情实质)，2018 年 2 月 2 日，可查阅 www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20180202-JUD-01-00-EN.pdf)。

科学方面的专家。[989] 本段的主要内容是强调在通过司法或其他方法解决国家间争端时使用技术和科学方面的专家。[990]

(4) 在解决与保护大气层有关的争端的司法或仲裁过程中，jura novit curia(法官知法)和 non ultra petita (不超出诉讼请求)等原则可能具有相关性，因为法律与事实之间的关系是一个与科学证据相关的问题。[991] 但是，委员会决定保留一个简单的提法，不在指南草案中阐述这些问题。

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

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

[991] "事实"与"法律"的边界往往模糊不清(M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* (The Hague, Kluwer Law International, 1996), pp. 42–49)。科学问题被评论者形容为"法律与事实掺杂的问题"(e.g., C.F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 58)，既不能轻易归为法律问题，也不能轻易归为事实问题。优素福法官在纸浆厂案的声明中指出，专家的作用是阐明事实、澄清用于确立事实的方法的科学有效性或收集数据；而法院的职责是衡量事实的证明价值(纸浆厂案(见上文脚注 877)，优素福法官的声明，第 10 段)。See also Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (见上文脚注 989), pp. 145–147). 根据法官知法原则，法院原则上可对任何事实适用任何法律，理论上可评价证据并酌情得出结论(只要法院遵守不超出诉讼请求规则)；这些都属于法律问题。鉴于法院的司法职能，并根据法官知法原则，法院需要充分理解手头案件中的每个相关技术事实的含义。见特别报告员的第五次报告(A/CN.4/711)，第 104 段。

第七章
条约的暂时适用

A. 导言

79. 委员会在第六十四届会议(2012 年)上，决定将“条约的暂时适用”专题列入工作方案，并任命胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生为专题特别报告员。[992] 大会随后在 2012 年 12 月 14 日第 67/92 号决议中赞赏地注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。

80. 特别报告员从 2013 年至 2016 年提交了四次报告，[993] 委员会分别在第六十五至第六十八届会议(2013 至 2016 年)上审议了这些报告。委员会还分别在第六十五届会议(2013 年)、第六十七届会议(2015 年)和第六十九届会议(2017 年)上各收到了一份秘书处编写的备忘录。[994]

81. 委员会在特别报告员第三和第四次报告提出的准则草案的基础上，在第六十八届会议(2016 年)上注意到起草委员会暂时通过的准则草案 1 至 4 和 6 至 9。由于时间所限，委员会决定在下一届会议上审议准则草案 5 和 10。

82. 委员会在第六十九届会议(2017 年)上将起草委员会 2016 年暂时通过的准则草案 1 至 4 和 6 至 9 发回起草委员会，以便最终确定一套合并的准则草案。随后，委员会暂时通过了起草委员会在该届会议上提出的准则草案 1 至 11 及其评注。

B. 本届会议审议此专题的情况

83. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第五次报告(A/CN.4/718)及载有该专题参考文献的报告增编(A/CN.4/718/Add.1)。特别报告员在第五次报告中分析了各国和国际组织就委员会第六十九届会议暂时通过的准则草案提出的意见，提供了关于国际组织的实践的补充资料，并提交了两条新的准则草案：关于保留的准则草案 5 之二和关于终止或中止的准则草案 8 之二，以及 8 条示范条款草案。[995] 委员会还收到了秘书处编写的第三份备忘录(A/CN.4/707)，备忘录回顾了过去 20 年向秘书长交存或登记的载有暂时适用规定的(双边和多边)条约方面的国家实践，包括与这些条约有关的条约行动。

84. 在 2018 年 5 月 14 日至 18 日和 22 日举行的第 3402 至第 3406 次和第 3409 次会议上，委员会审议了特别报告员的第五次报告和秘书处的第三份备忘录。委员会在 2018 年 5 月 22 日举行的第 3409 次会议上决定将准则草案 5 之二和准则草案 8 之二以及 8 条示范条款草案交送起草委员会，并指示起草委员会参考关于

[992] 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 267 段。

[993] A/CN.4/664(第一次报告)、A/CN.4/675(第二次报告)、A/CN.4/687(第三次报告)以及 A/CN.4/699 和 Add.1(第四次报告)。

[994] A/CN.4/658、A/CN.4/676 和 A/CN.4/707。A/CN.4/707 号文件的审议工作推迟至本届会议。

[995] 特别报告员在其第五次报告(A/CN.4/718)中建议的示范条款草案的案文，见下文脚注 996。

特别报告员报告的各国政府评论和意见及全体会议辩论，完成包括第六十九届会议(2017 年)暂时通过的准则草案在内的整套准则草案的一读。

85. 委员会在 2018 年 5 月 31 日举行的第 3415 次会议上审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.910)，并通过了准则草案 6 [7]、7 [5 之二]、9、10、11 和 12。委员会随后一读通过了作为条约的暂时适用指南草案的关于条约的暂时适用的整套准则草案(见下文 C.1 节)。委员会还注意到起草委员会的建议，即在评注中提及有可能在二读期间，根据特别报告员在适当时候提出的订正提案并参考在全体会议辩论和起草委员会上提出的意见和建议，列入一套示范条款草案[996]。

[996] 特别报告员在其第五次报告(A/CN.4/718)中建议的示范条款草案(不包括脚注)内容如下：

A. 暂时适用条约的时限

1. 开始

示范条款草案 1

谈判[缔约]国[国际组织]同意自签署之日(或商定的任何随后日期)起暂时适用本条约。

示范条款草案 2

谈判[缔约]国[国际组织]同意自……[某个具体日期]起暂时适用本条约。

示范条款草案 3

谈判[缔约]国[国际组织]同意暂时适用条约[条约第……条]，但在签字时以书面形式通知保存人它不同意此类暂时适用的国家[国际组织]除外。

示范条款草案 4

本条约应自一国[一国际组织]通知其他有关国家[国际组织]暂时适用本条约之日或向保存人交存这一内容的声明之日起暂时适用。

2. 终止

示范条款草案 5

本条约的暂时适用应在它对暂时适用条约的国家[国际组织]生效时终止。

示范条款草案 6

如一国[一国际组织]通知其他国家[国际组织](或保存人)它不打算成为本条约的缔约方，则应终止本条约对该国[国际组织]的暂时适用。

B. 暂时适用的范围

1. 整个条约

示范条款草案 7

一国[一国际组织]如已通知其他国家[国际组织](或保存人)它将暂时适用本条约，则必须按照与有关国家[国际组织]商定的那样遵守条约的所有规定。

2. 仅条约的一部分

示范条款草案 8

一国[一国际组织]如已通知其他国家[国际组织](或保存人)它将暂时适用本条约第[……]条，则必须按照与有关国家[国际组织]商定的那样遵守该条的规定。

86. 在 2018 年 7 月 24 日、27 日、31 日和 8 月 2 日举行的第 3435、第 3437、第 3440 和第 3441 次会议上，委员会通过了上述准则草案的评注(见下文 C.2 节)。

87. 在 2018 年 8 月 2 日举行的第 3441 次会议上，委员会向特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生深表感谢，由于他的杰出贡献，委员会得以圆满结束对条约的暂时适用指南草案的一读。

88. 在 2018 年 8 月 2 日举行的第 3441 次会议上，委员会根据其章程第 16 至第 21 条，决定通过秘书长将准则草案(见下文 C 节)转交给各国政府和各国际组织征求评论和意见，要求在 2019 年 12 月 15 日之前向秘书长提交此类评论和意见。

C. 委员会一读通过的条约的暂时适用指南草案案文

1. 条约的暂时适用指南草案案文

89. 委员会一读通过的条约的暂时适用指南草案案文载录如下。

条约的暂时适用指南

准则 1
范围

本准则草案涉及条约的暂时适用。

准则 2
目的

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

准则 3
一般规则

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

准则 4
协议形式

除条约规定的情况外，条约或条约之一部分的暂时适用可以下述形式协议：

(a) 一项单独的条约；或

(b) 任何其他办法或安排，包括国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议，或由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明。

准则 5
暂时适用的开始

条约在有关国家或国际组织之间生效前，条约或条约之一部分的暂时适用按条约规定的或另经协议的日期、条件和程序开始。

准则 6
暂时适用的法律效果

除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分的暂时适用产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已在有关国家或国际组织之间生效。

准则 7
保留

1. 根据比照适用的《维也纳条约法公约》相关规则，一国可在同意暂时适用条约或条约之一部分时提出保留，其目的在于排除或更改暂时适用该条约某些规定所产生的法律效果。

2. 根据国际法相关规则，一国际组织可在同意暂时适用条约或条约之一部分时提出保留，其目的在于排除或更改暂时适用该条约某些规定所产生的法律效果。

准则 8
违约责任

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

准则 9
暂时适用的终止和中止

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

2. 除条约另有规定或另经协议外，暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织如果通知相互间也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织其无意成为条约缔约方，则暂时适用对该国或该国际组织终止。

3. 本条准则草案不妨碍比照适用《维也纳条约法公约》第五编第三节规定的相关规则或涉及终止和中止的其他国际法相关规则。

准则 10
各国国内法和国际组织规则与暂时适用的条约的遵守

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

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

准则 11
各国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定和国际组织关于同意暂时适用条约的权限的规则

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

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

准则 12
关于在源自各国国内法和国际组织规则的限制之下暂时适用的协议

本准则草案不妨碍一国或一国际组织在条约中或以其他方式同意在源自该国国内法或该组织规则的限制之下暂时适用条约或条约之一部分的权利。

2. 条约的暂时适用指南草案案文及其评注

90. 委员会一读通过的条约的暂时适用指南草案案文及其评注转载如下。

条约的暂时适用指南

总评注

(1) 与委员会以往工作成果一样，本准则草案应结合评注来解读。

(2) 条约的暂时适用指南的目的是就关于条约的暂时适用的法律和实践向各国、国际组织及其他使用方提供协助。各国、国际组织和其他使用方可能会在暂时适用条约或条约之一部分的协议的形式、这种暂时适用的开始和终止及其法律效果等方面遇到种种困难。指南的目标是引导各国、国际组织和其他方找到与现行规则相符和最适合当代实践的答案。

(3) 暂时适用是一个可供各国和国际组织使用的机制，用来在某一条约生效所需的所有内部和国际要求满足之前使该条约的所有规定或某些规定立即具有效力。[997] 暂时适用具有实用的目的，因此能发挥实际作用，例如在所涉专题具有某种紧急性，或者在谈判国或参与谈判的国际组织希望在生效之前建立信任[998]

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

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

等情况下发挥作用。[999] 广义而言，暂时适用的总体目的是为条约生效做准备或为条约的生效提供便利。但必须强调，暂时适用是一种自愿性机制，各国和国际组织可自愿加以利用或不予利用，同时也可能受国内法和国际组织规则的限制。

(4) 本准则草案本身虽然没有法律约束力，但结合当代实践阐述了现行的国际法规则。本准则草案主要参考了 1969 年《维也纳条约法公约》(下称“1969 年《维也纳公约》”)[1000] 和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(下称“1986 年《维也纳公约》”)[1001] 第二十五条，并试图对该条加以澄清和解释，此外，还参考了各国和国际组织在这个问题上的实践，但不妨碍其他的国际法规则。

(5) 当然，本准则草案不可能述及实践中可能出现的所有问题并涵盖各国和国际组织可能面临的各种情况，但其笼统的行文方法与其主要目的之一相符，即承认条约暂时适用的灵活性，[1002] 避免做出过于硬性的规定。暂时适用始终是任选的，本质上具有自愿性质。根据这一点，本指南承认各国和国际组织如另有决定，可通过相互间的协议排除准则草案中述及的处理方案。

(6) 本指南还应有助于促进术语的统一使用，从而避免混淆。某些术语，如“暂时生效”(相对于“确定生效”)的广泛使用，造成了条约的暂时适用这一概念在范围和法律效力方面的混淆。[1003] 同样，条约往往不用“暂时”这一形容

---

[999] 见 A/CN.4/664, 第 25-35 段。

[1000] 1969 年《维也纳公约》第二十五条内容如下：

暂时适用

一、条约或条约之一部分于条约生效前在下列情形下暂时适用：

(甲) 条约本身如此规定；或

(乙) 谈判国以其他方式协议如此办理。

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

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

[1001] 1986 年《维也纳公约》第二十五条内容如下：

暂时适用

1. 有下列情形之一时，条约或其一部分在其生效前暂时适用：

(a) 该条约本身有此规定；

(b) 各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织以其他方式有此协议。

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

[1002] 见 A/CN.4/664, 第 28-30 段。

[1003] 在这方面，可参考 2011 年出版的《西非国家经济共同体(西非经共体)1975 年至 2010 年的条约、议定书、公约和补充法》(阿布贾，尼日利亚外交部)中的分析，其中收集了西非经共体主持下缔结的 59 项条约。从中可以看出，在这 59 项条约中，只有 11 项没有规定暂时适用(见 A/CN.4/699, 第 168-174 段)。

词，而是提到“临时”或“过渡”适用。[1004] 因此，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条的框架虽然是这个问题的法律依据，[1005] 但一直被批评为难以理解，[1006] 并缺乏法律准确性。[1007] 准则草案的目的是在这方面提供更大的明确性。

(7) 为了在暂时适用做法上向各国和国际组织提供协助，预计本指南也将包含示范条款草案，将载于附件。[1008] 这些示范条款草案将反映双边和多边条约暂时适用的最佳做法。这些条款草案无意限制条约暂时适用的灵活性和自愿性，也不自诩能涵盖所有可能出现的各类情况。

准则 1
范围

本准则草案涉及条约的暂时适用。

评注

(1) 准则草案 1 涉及本准则草案的适用范围。应将这一规定与述及准则草案目的的准则草案 2 一并解读。

(2) 本案文旨在向各国和国际组织提供指导，有人认为“涉及”一词比“适用于”等其他提法更加适合，“适用于”更多见于对国家和其他国际法主体规定适用规则的案文。

(3) 委员会决定，不添加其他限定词将本准则草案的属人范围局限于国家。实际上，本准则草案也涉及国际组织，准则草案 5 至 7、9 至 12 既提到国家也提到国际组织就说明了这一点。[1009] 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条均设想了暂时适用条约的情况，亦与上述论断一致。

[1004] 见《构成联合国与南斯拉夫联盟共和国之间关于联合国人权事务高级专员办事处在南斯拉夫联盟共和国地位问题的协定的换文》中南斯拉夫联盟共和国的来函第 33 段(联合国，《条约汇编》，第 2042 卷，第 35283 号，第 23 页和《1998 年联合国法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.03.V.5)，第 103 页)；《白俄罗斯与爱尔兰关于在爱尔兰的白俄罗斯共和国未成年公民回返条件的协定》第 15 条(联合国，《条约汇编》，第 2679 卷，第 47597 号，第 65 页起，见第 79 页)；以及《马来西亚政府与联合国开发计划署关于建立开发署全球共享服务中心的协定》第 16 条(同上，第 2794 卷，第 49154 号，第 67 页)。见秘书处关于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条起源的备忘录(A/CN.4/658 和 A/CN.4/676)以及秘书处关于各国和国际组织在条约中规定暂时适用的做法的备忘录(A/CN.4/707)。

[1005] 见 Mertsch,《暂时适用的条约……》(见上文脚注 997), p. 22。

[1006] 见 A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Paris, Editions A. Pedone, 2005), p. 111。

[1007] 见 M.A. Rogoff 和 B.E. Gauditz,“国际协定的暂时适用”，《缅因法律述评》，第 39 卷 (1987 年)，第 41 页。

[1008] 特别报告员在第五次报告中建议的示范条款草案案文，见上文脚注 996。由于时间不够，委员会无法完成对示范条款草案的审议。因此，委员会打算在第七十一届会议上继续审议，以便允许各国和国际组织在第七十二届会议上准则草案二读之前能够调阅载有示范条款草案的附件。

[1009] 准则草案 4 述及国际组织或国际会议在暂时适用条约或条约之一部分的协定中可能发挥的作用的问题。

准则 2
目的

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

评注

(1) 准则草案 2 涉及准则草案的目的，这符合委员会的惯例，即在案文中加入这一规定以澄清所涉案文的目的。本准则草案的目的是就条约暂时适用的法律和实践向各国和国际组织提供指导。

(2) 准则草案 2 意在强调，本准则参考了 1969 年《维也纳公约》和其他国际法规则，包括 1986 年《维也纳公约》。提到“和其他国际法规则”的主要目的是扩大这项规定的范围，涵盖国际组织暂时适用条约的情况。准则草案 2 承认 1986 年《维也纳公约》尚未生效，因此其提法应有别于 1969 年《维也纳公约》。

(3) 准则草案 2 旨在确认整套准则草案所持的基本态度，即 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条不一定反映了关于条约暂时适用的当代实践的所有方面。委员会决定提及条约暂时适用的“法律和实践”两个方面就表明了这种态度。这一态度还体现在“其他国际法规则”的提法中，这种提法表明，委员会认为其他的国际法规则，包括习惯性质的规则也可适用于条约的暂时适用。

(4) 与此同时，虽然有可能存在与条约暂时适用有关的其他规则和实践，但本准则草案确认了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条的核心重要性。提到“基于”并明确提到第二十五条，是为了表明该条是本准则草案的基本出发点，不过为了充分地了解适用于条约的暂时适用的法律，需以其他国际法规则作为补充。

准则 3
一般规则

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

评注

(1) 准则草案 3 指出了关于条约的暂时适用的一般规则。委员会这样做是为了特意仿照 1969 年《维也纳公约》第二十五条的规定，以强调本准则草案的出发点是第二十五条。但这以准则草案 2 的评注第(3)段所述的一般理解为前提，即 1969 年和 1986 年《维也纳公约》不一定反映了关于条约暂时适用的当代实践的所有方面。

(2) “条约或条约之一部分可……暂时适用”确认了条约或条约之一部分暂时适用的一般可能性。行文沿用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条第一款起首部分的措辞，“可”字则用来强调暂时适用的任择性。

(3) 委员会还审议了如何在案文中最好地表述哪些国家或国际组织可暂时适用条约以及为了这种暂时适用需要征得哪些国家或国际组织的同意的问题，因此保留了更笼统的措辞。第二十五条第一款(b)项提到，“谈判国”或“谈判国和谈判组织”可在彼此间协议暂时适用条约或条约之一部分，准则草案 3 与之不同，

没有提到哪些国家或国际组织可以暂时适用条约。委员会曾审议过是否将一般规则的适用限于某些特定的国家或国际组织、从而使当前行文与第二十五条一致的问题，但在审议过程中，委员会承认，在当代实践中，不是有关条约谈判国或谈判组织的国家或国际组织也可暂时适用该条约。对于第二十五条第一款(b)项中“谈判国”一词是否会妨碍非谈判国或非谈判国际组织缔结暂时适用协议的问题，尚无法根据已研究过的多边条约做出明确回答。[1010] 此外，对于是否有必要根据与条约的关系来区分不同国家集团或国际组织的问题，委员会认为在双边条约的情况下不宜做此区分，而历史上暂时适用的条约中绝大多数都是双边条约。不过，委员会研究了一些从未生效但在终止日期之后仍在暂时适用的商品协定，从中发现了相关的实践。[1011] 在上述情况下，这种延长的暂时适用被认为也适用于已加入所涉商品协定的国家，从而说明这些国家据信也在暂时适用该协定。

(4) 对暂时适用整个条约及其“一部分”的区分源于第二十五条。委员会在条约法工作中特别设想了后来所称的暂时适用条约之一部分的可能性。在 1966 年条约法条款草案第 22 条草案第 2 款中，委员会确认，关于当时所称的“暂时生效”的“同一规则”也适用于“条约一部分”。[1012] 相应的评注解释说，“如今，同样常见的做法是仅使条约中的某一部分暂时生效，以满足当时情况的即时需要”。[1013] 可以只暂时适用条约的一部分，还有助于克服可能不宜暂时适用的某些类型的规定所引起的问题，如建立条约监督机制的执行条款所引起的问题。因此，条约一部分的暂时适用反映在整套准则草案使用的“条约或条约之一部分的暂时适用”一语中。[1014]

[1010] 见 A/CN.4/707, 第 37 段。

[1011] 例如见 1994 年《国际热带木材协定》(联合国，《条约汇编》，第 1955 卷，第 33484 号，第 81 页)，该协定根据第 46 条几次被延长，期间有一些国家(危地马拉、墨西哥、尼日利亚和波兰)加入。另见黑山在《保护人权与基本自由公约关于修改公约监察体系的第 14 号议定书》(同上，第 2677 卷，第 2889 号，第 3 页起，见第 34 页)方面的情况。黑山于 2006 年独立，因此不是谈判国，它继承了上述条约，可以根据《马德里协定》(《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》)暂时适用某些规定。关于阿尔巴尼亚、比利时、爱沙尼亚、德国、列支敦士登、卢森堡，荷兰、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国所作的暂时适用声明，见同上，第 30-37 页。

[1012] 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 38 段。

[1013] 第 22 条草案的评注第(3)段，同上。

[1014] 关于在双边条约中暂时适用条约一部分的实践的例子，见《荷兰王国和摩纳哥公国关于在摩纳哥支付荷兰社会保险福利的协定》(联合国，《条约汇编》，第 2205 卷，第 39160 号，第 541 页起，见第 550 页，第 13 条第 2 款)；关于明确排除暂时适用条约一部分的双边条约的例子，见《奥地利联邦政府和德意志联邦共和国政府关于警务和海关当局边境地区合作的协定》(同上，第 2170 卷，第 38115 号，第 573 页起，见第 586 页)和《德意志联邦共和国政府与克罗地亚共和国政府之间关于技术合作的协定》(同上，第 2306 卷，第 41129 号，第 439 页)。关于多边条约，可在以下文书中找到相关实践：《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(同上，第 2056 卷，第 35597 号，第 211 页起，见第 252 页)；《集束弹药公约》(同上，第 2688 卷，第 47713 号，第 39 页起，见第 112 页)；《武器贸易条约》(A/CONF.217/2013/L.3, 第 23 条)；以及《欧洲常规武装力量条约缔约国商定文件》(《国际法律资料》，第 36 卷，第 866 页，第六部分，第 1 段)。同样，《关于暂时适用经修订的查瓜拉马斯条约的议定书》(同上，第 2259 卷，第 40269 号，第 440 页)明确规定了《经修订的条约》的哪些条款不得暂时适用，而《跨太平洋经济战略伙伴关系协定》(同上，第 2592 卷，第 46151 号，第 225 页)是条约之一部分仅暂时适用于协定一个缔约方的例子。

(5) “在有关国家或国际组织之间生效前”参考了第二十五条的起首部分。委员会考虑了“生效”的提法可能存在的歧义。虽然这一表述一方面可指条约本身生效，[1015] 但也有这样的例子：在条约本身生效后但尚未对一些国家或国际组织生效之前，这些国家和国际组织继续暂时适用条约，多边条约就属于这种情况。[1016] 因此，准则草案 3 中提及的“生效”应根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于同一主题的第二十四条加以理解。该条涉及条约本身生效和条约对每个有关国家或国际组织生效。开头提及“在条约生效前”也旨在强调暂时适用对于为条约生效做准备或便利条约生效的作用，即使暂时适用可能还有其他目的。

(6) “如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理”反映了第二十五条第一款(a)和(b)项所确认的暂时适用的两个可能依据。根据有关条约的规定予以暂时适用，是完全可能的，[1017] 因此沿用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》中的措辞。

(7) 对于另外一种情形，即依据某一单独协定而暂时适用，委员会采用了经修改的、更加笼统的措辞。与 1969 年和 1986 年《维也纳公约》中不同，没有具体提到某一特定国家集团或国际组织，而是承认当代实践既包括仅有谈判国协议暂时适用的情况，也包括后来签署或加入条约的非谈判国协议暂时适用的情况。此外，本条准则草案还设想到这种可能性：与条约完全无关的第三国或国际组织在以其他方式与一个或多个有关国家或国际组织达成协议后暂时适用条约。这就是为什么准则草案 3 采用了比较中性的措辞和被动语态，只重述了基本规则。

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

准则 4
协议形式

除条约规定的情况外，条约或条约之一部分的暂时适用可以下述形式协议：

[1015] 如《关于执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约第十一部分的协定》(同上，第 1836 卷，第 31364 号，第 3 页)和《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》。

[1016] 如《武器贸易条约》。

[1017] 双边领域的例子包括：《欧洲共同体和巴拉圭共和国关于航空服务某些方面的协定》(《欧洲联盟公报》L 122, 2007 年 5 月 11 日)，第 9 条；《阿根廷共和国与苏里南共和国关于普通护照持有者豁免签证的协定》(联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第 51407 号)，第 8 条；《瑞士联邦与列支敦士登公国关于环境税问题的条约》(同上，第 2761 卷，第 48680 号，第 23 页)，第 5 条；《西班牙王国与安道尔公国关于废物转移和管理的协定》(同上，[所在卷尚未出版]，第 50313 号)，第 13 条；《西班牙王国政府与斯洛伐克共和国政府关于合作打击有组织犯罪的协定》(同上，第 2098 卷，第 36475 号，第 341 页)，第 14 条第 2 款；以及《俄罗斯联邦与白俄罗斯共和国关于组建联盟的条约》(同上，第 2120 卷，第 36926 号，第 595 页)，第 19 条。多边领域的例子包括：《关于执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约第十一部分的协定》，第 7 条；《关于萨瓦河盆地框架协定修正案的协定》和《关于萨瓦河盆地框架协定航行制度的议定书》(同上，第 2367 卷，第 42662 号，第 697 页)，第 3 条第 5 款；《俄罗斯联邦多边核环境方案框架协定》(同上，第 2265 卷，第 40358 号，第 5 页起，见第 13-14 页)，第 18 条第 7 款，及其《关于索赔、法律程序和赔偿的议定书》(同上，第 35 页)，第 4 条第 8 款；《葡萄牙语国家共同体规约》(同上，第 2233 卷，第 39756 号，第 207 页)，第 21 条；以及《设立支持非正规教育政策的“Karanta”基金会和在附件中列入基金会章程的协定》(同上，第 2341 卷，第 41941 页，第 3 页)，分别为第 8 和第 49 条。

(a) 一项单独的条约；或

(b) 任何其他办法或安排，包括国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议，或由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明。

评注

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

(2) 如前所述，准则草案 4 解释了第二十五条第一款(b)项所设想的、载于准则草案 3 中的“以其他方式协议如此办理”的提法。这一点从开头句“除条约规定的情况外”中可以看出，它直接参照了准则草案 3 中的“如条约本身如此规定”。这也是第二十五条中的措辞。(a)、(b)两项指出了约定暂时适用的其他两类方法。

(3) (a)项设想了通过单独的条约暂时适用的可能性，这种条约应与暂时适用的条约区分开来。[1018]

(4) (b)项承认了如下可能性：除单独的条约外，也可通过“其他办法或安排”约定暂时适用，这就扩大了就暂时适用达成协议的可能性的范围。委员会认为，额外提到这一点确认了暂时适用具有内在的灵活性。[1019] 为提供进一步的指导，提到了这种“办法或安排”的两个例子，即以国际组织通过的或在政府间会议上

[1018] 正在暂时适用的条约之外关于暂时适用的双边条约例子包括：《德国与荷兰之间关于储蓄收入征税的协定及其暂时适用》(同上，[所在卷尚未出版])，第 49430 号)和《荷兰王国与卡塔尔国之间关于航空服务的协定修正案》(同上，第 2265 卷，第 40360 号，第 507 页起，见第 511 页)。荷兰缔结了一些类似的条约。正在暂时适用的条约之外关于暂时适用的多边条约例子包括：《关于暂时适用建立加勒比共同体气候变化中心的协定的议定书》(同上，[所在卷尚未出版]，第 51181 号)、《关于暂时适用经修订的查瓜拉马斯条约的议定书》和《马德里协定》(《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》)。

[1019] 在实践中，有些条约在联合国登记为暂时适用的条约，但并没有说明约定暂时适用所采用的其他办法或安排。以下是这些条约的例子：《荷兰王国与美利坚合众国之间关于美国人员在荷属加勒比地区地位的协定》(同上，[所在卷尚未出版]，第 51578 号)；《拉脱维亚政府和阿塞拜疆共和国政府关于合作打击恐怖主义、非法贩运麻醉药品和精神药物及其前体以及有组织犯罪的协定》(同上，第 2461 卷，第 44230 号，第 205 页)；以及《联合国与哈萨克斯坦共和国政府关于建立联合国亚洲及太平洋经济社会委员会北亚和中亚次区域办事处的协定》(同上，第 2761 号，第 48688 号，第 339 页)。见 R. Lefeber, “条约的暂时适用”，载于 J. Klabbers 和 R. Lefeber 所编《条约法文集：贝尔特·维尔达格纪念文集》(海牙，马丁努斯·奈霍夫出版社，1998 年)，第 81 页。

通过的决议，或由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明的方式，商定暂时适用。[1020]

(5) 虽然这种做法仍然十分特殊，[1021] 但委员会认为，在条约不予提及或未以其他方式约定的情况下，提到一国或一国际组织可以作出暂时适用条约或条约之一部分的声明，是不无助益的。但必须可以核实其他国家或有关国际组织接受这一声明，而不仅仅是不予反对。从现有实践来看，对暂时适用的接受大多采用书面形式。本条准则草案保留了一定程度的灵活性，允许其他的接受形式，条件是接

[1020] 这些协议并不是作为条约缔约方的国际组织订立的协议，而是各国之间在该国际组织主持的会议上达成的协议。可以举出几个这样的例子。第一，《国际海事卫星组织公约》及其《业务协定》的修正案(联合国，《条约汇编》，第 1143 卷，第 17948 号，第 105 页)。见 D. Sagar, “国际组织中的暂时适用”，《太空法期刊》，第 27 卷，(1999 年)，第 99-116 页。第二，有一些国际组织主管机关在其章程并未明确赋予权力的情况下暂时适用修正案的先例，即万国邮政联盟大会、欧洲委员会部长委员会和国际电信联盟的做法。见 Sagar, “国际组织中的暂时适用”，第 104-106 页。第三，作为《联合国气候变化框架公约京都议定书》(联合国，《条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号，第 162 页)缔约方会议的《公约》缔约方会议 2012 年通过的修正案，在该修正案中，附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组在审议与《京都议定书》修正案生效有关的清洁发展机制运作方面可能出现的空白时，建议可暂时适用这些修正案。见“有关第一个承诺期与随后各承诺期之间可能出现空白的法律考虑”(FCCC/KP/AWG/2010/10)，第 18 段。第四，《世界旅游组织章程第 14 条修正案》(联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第 14403 号)。各国政府有机会通过集体决定使协定暂时生效的其他例子包括：(a)《国际橄榄油和食用橄榄协定》(同上，第 2684 卷，第 47662 号，第 63 页)；(b)《国际热带木材协定》；(c) 1993 年《国际可可协定》(同上，第 1766 卷，第 30692 号，第 3 页)；以及(d) 2010 年《国际可可协定》(同上，第 2871 卷，第 50115 号，第 3 页)。最后，两份学术资料称作暂时适用的案例提及全面禁止核试验条约组织筹备委员会的设立，该委员会是以签署国会议 1996 年 11 月 19 日通过一项决议(CTBT/MSS/RES/1)的形式设立的。尽管在促成《全面禁止核试验条约》的谈判中，暂时适用提议被驳回，尽管《全面禁止核试验条约》没有明确的暂时适用规定，尽管没有为此签署单独的条约，但这些学者认为，由于筹备委员会的决定意在于《全面禁止核试验条约》生效之前执行其核心条款，因此，签署国会议的决议可视为“以其他方式”约定或依据 1969 年《维也纳公约》第二十五条第一款(乙)项“暗示暂时适用”的证据。见 A. Michie, “军备控制条约的暂时适用”，《冲突和安全法期刊》，第 10 卷，(2005 年)，第 347-377 页，见第 369-370 页。另见 Y. Fukui, “再论因《禁核试条约》不生效而产生的法律问题”，《冲突和安全法期刊》，第 22 卷，第 183-200 页，见第 197-199 页。相反，在联合国裁军研究所主持下出版并包含筹备委员会执行秘书所作前言的另一资料来源则认为，《全面禁止核试验条约》目前并未在暂时适用。见 R. Johnson, 《未竟之功：〈禁核试条约〉的谈判与核试验的停止》，UNIDIR/2009/2 (2009 年)，第 227-231 页。

[1021] 在有些情况下，条约并未要求谈判国或签署国暂时适用条约，但留有余地，允许每个国家自行决定是否希望在从案文通过至生效乃至生效之后的整个进程中的任一时刻适用条约或条约之一部分。在这种情况下，国家发表单边声明，就可以成为一种表达意图的形式，产生源自暂时适用的义务。阿拉伯叙利亚共和国暂时适用《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(联合国，《条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号)就是一个例子。阿拉伯叙利亚共和国单方面宣布将暂时适用《公约》时，禁止化学武器组织(禁化武组织)总干事作出了中立的答复，告知该国其暂时适用《公约》的“请求”将通过保存人转交各缔约国。虽然《公约》没有对暂时适用《公约》的情况作出规定，《公约》谈判期间也没有讨论这种可能性，但各缔约国和禁化武组织都没有反对阿拉伯叙利亚共和国按其单方面声明暂时适用《公约》(见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/675)第 35(c)段、特别报告员的第三次报告(A/CN.4/687)第 120 段)。还有一种情况是，条约的平行协定明文规定缔约方可通过单方面声明暂时适用条约之一部分而同意受到约束，《关于设立暂时适用方面统一专利法院的协议议定书》属于此例 (见 www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf)。

受必须表示出来。委员会未在“声明”之前加上“单方面”一词，以免将关于条约暂时适用的规则与国家单方面行为的法律制度相混淆。

准则 5
暂时适用的开始

条约在有关国家或国际组织之间生效前，条约或条约之一部分的暂时适用按条约规定的或另经协议的日期、条件和程序开始。

评注

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

(2) “条约或条约之一部分”反映了本准则草案采用的提及整个条约或条约之一部分的暂时适用的做法。

(3) “在有关国家或国际组织之间生效前”包含两个要素。“在……生效前”采用了准则草案 3 中的措辞，其中“生效”指条约在有关国家或国际组织之间的生效。如准则草案 3 的评注所述，这种考虑主要与多边条约的暂时适用有关。如准则草案 3 的评注所已经指出的，[1022] 委员会决定保留对“生效”的笼统提法。

(4) 第二个要素则是既提及国家也提及国际组织。这反映了准则草案 1 评注第(3)段提到的委员会的立场，即本准则草案的范围应包括国家与国际组织之间的条约，或国际组织相互间的条约。笼统地提到在国家或国际组织“之间”生效，是为了涵盖各种可能的情形，例如条约已对之生效的某一国家或国际组织与条约尚未对之生效的另一国家或国际组织之间暂时适用的情况。

(5) “按……日期、条件和程序开始”一语对暂时适用如何开始下了定义。此案文参考了 1969 年《维也纳公约》第六十八条，其中提及“发生效力”。这一短语证实，此处所指的是对选择暂时适用条约的国家或国际组织的法律效果。委员会决定不明文列出表示同意受条约约束的各种方式，以便使规定更为简洁。

(6) “按条约规定的或另经协议的”一语表明，暂时适用条约或条约一部分的协定是基于暂时适用的条约中的规定、单独的条约——无论其具体名称如何——或约定暂时适用的其他办法或安排，并须遵守这些文书规定的条件和程序。

准则 6
暂时适用的法律效果

除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分的暂时适用产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已在有关国家或国际组织之间生效。

[1022] 见上文准则草案 3 的评注第(5)段。

评注

(1) 准则草案 6 涉及暂时适用的法律效果。可以设想两种“法律效果”：一是暂时适用条约或条约一部分的协议的法律效果，二是被暂时适用的条约或条约之一部分的法律效果。

(2) 本条准则草案首先指出，条约或条约之一部分的暂时适用产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已在有关国家或国际组织之间生效。换言之，暂时适用的条约或条约之一部分被视为自暂时适用开始之时，对暂时适用的各方具有约束力。这种法律效果源于有关国家或国际组织暂时适用条约的协议，这种协议可采用准则草案 4 所述的形式。在该协议没有提及暂时适用的法律效果的情况下(这种情况很常见)，本条准则草案规定，暂时适用产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已经生效。[1023]

(3) 本一般立场有一个限定语，即“除条约另有规定或另经协议外”，这表明基本规则受到可能产生另一种法律结果的条约或其他协议的约束。这种理解是假定暂时适用即确立适用条约的具有法律约束力的义务，犹如条约已经生效，但当事方可能另有协议。现有国家实践反映了这一理解。[1024]

(4) “条约或条约之一部分的暂时适用”仿照了准则草案 5 的措辞。“适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已……生效”是本条准则草案的核心内容，指的是假设条约生效将对有关国家或国际组织产生的效果，以及期望已决定采取暂时适用的国家或国际组织做出的行为。提到“在有关国家或国际组织之间”，是为了使本条准则草案与准则草案 5 相一致。“除条约另有规定或另经协议外”表明了这项一般规则的成立条件，即条约没有另外规定。

(5) 然而，必须作出重要的区分。原则上，暂时适用并不是为了引起一国或一国际组织同意受条约或条约之一部分约束所产生的全部权利和义务。条约的暂时适用与其生效仍然是不同的，因为暂时适用不受所有条约法规则的约束。因此，关于暂时适用“产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已……生效”的措辞并不意味着暂时适用与生效具有相同的法律效果。提及“具有法律约束力的义务”是为了更加确切地描述暂时适用的法律效果。

(6) 委员会审议了是否可能增添明确的保障措施使条约的暂时适用不可能导致修改条约内容的问题。但委员们认为，准则草案 6 的行文在这一点上已足够全面，因为暂时适用仅能产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已经生效。因此，本条准则草案暗含的一种理解是，暂时适用条约的行为不影响其他国家或国际组织的权利和义务。[1025] 此外，准则草案 6 不应

[1023] 见 Mathy,“第二十五条”(上文脚注 997)，第 651 页。

[1024] 秘书处的备忘录(A/CN.4/707)分析了逾 400 项双边条约和 40 项多边条约，并确认暂时适用的双边和多边条约的实际数量均高于联合国《条约汇编》中的条约数量；另见特别报告员提交的报告中的例子：A/CN.4/664、A/CN.4/675、A/CN.4/687 以及 A/CN.4/699 和 Add.1。后者有一个附件，其中载有欧洲联盟暂时适用与第三国协定的近期做法实例。另见特别报告员第五次报告(A/CN.4/718)中提及的欧洲自由贸易联盟实践例子。

[1025] 但条约一个或多个缔约方的嗣后实践可为根据 1969 年《维也纳公约》第三十一或第三十二条解释条约提供资料。见上文第四章：与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践。

被理解为限制国家或国际组织根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第四编修正或修改暂时适用的条约的自由。

准则 7
保留

1. 根据比照适用的《维也纳条约法公约》相关规则，一国可在同意暂时适用条约或条约之一部分时提出保留，其目的在于排除或更改暂时适用该条约某些规定所产生的法律效果。

2. 根据国际法相关规则，一国际组织可在同意暂时适用条约或条约之一部分时提出保留，其目的在于排除或更改暂时适用该条约某些规定所产生的法律效果。

评注

(1) 准则草案 7 涉及一国或一个国际组织为摒除或更改暂时适用条约某些条款产生的法律效果的目的提具保留的问题。

(2) 鉴于这方面的实践相对较缺乏，并鉴于 2011 年《对条约的保留实践指南》[1026] 没有述及暂时适用情况下的保留问题，委员会对条约暂时适用情况下的保留问题的审议仅处于初步阶段。对于是否适当或有必要在案文中加上一项规定，述及在暂时适用条约或条约之一部分的情况下的保留问题，各位委员发表了差异很大的不同意见，不过委员们普遍认为，就暂时适用提出保留的可能性在原则上没有任何障碍。

(3) 各国在同意暂时适用时发表过解释性声明，但必须将这种声明与保留区分开。[1027] 停止暂时适用的声明也不构成条约法含义内的保留。[1028]

(4) 第 1 款开头语是“根据比照适用的《维也纳条约法公约》相关规则”，意思是此处采用了 1969 年《维也纳公约》适用于暂时适用情况下的保留的一些规则，但不一定采用了全部规则。该短语置于该款之首，用以清楚说明所提及的《维也纳公约》相关规则是关于提出保留的规则，而不是关于暂时适用相关条约某些规定的规则。

(5) “一国可在同意暂时适用条约或条约之一部分时提出保留，其目的在于排除或更改暂时适用该条约某些规定所产生的法律效果”一语参考了《维也纳公约》第二条第一款(d)项和第十九条。提及“暂时适用……产生的”法律效果，突出了准则草案 6 和准则草案 7 之间的内在联系。在保留是否排除或更改条约暂时适用产生的法律效果的问题上，或在当事方之间暂时适用条约的协议的问题上，这一措辞被认为是中立的。

[1026] 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10 和 Add.1)。

[1027] 尤其见《对条约的保留实践指南》 (同上)准则 1.3。

[1028] 例如见《能源宪章条约》(联合国，《条约汇编》，第 2080 卷，第 36116 号，第 95 页)第 45 条第 2 款(a)项；《关于执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约第十一部分的协定》第 7 条第 1 款(a)项。

(6) 第 2 款对国际组织提出保留的问题作了规定，与第 1 款所述国家提出保留的情况平行。除必要调整外，第 2 款复制了第 1 款的用语。开头语“根据国际法相关规则”应予广义理解，主要包括条约法规则，但也涉及国际组织的规则。

准则 8
违约责任

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

评注

(1) 准则草案 8 涉及违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务所引起的责任问题。它反映了准则草案 6 的法律影响。鉴于暂时适用的条约或条约之一部分会产生具有法律约束力的义务，违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务，必然构成引起国际责任的不法行为。委员会审议了是否有必要在案文中加入一项关于责任的规定的问题。委员会认为，本条准则草案涉及暂时适用条约或条约之一部分的一项重要法律后果，因此有必要写入案文。1969 年《维也纳公约》第七十三条指出其规定不妨碍国家所负国际责任引起的关于条约的任何问题，1986 年《维也纳公约》第七十四条也有类似的规定。如准则草案 2 所述，本准则草案的范围不限于两项《维也纳公约》的范围。

(2) 委员会决定保留条约之“一部分”的提法，以明确说明，当暂时适用条约的某一部分时，只有违反条约的那一部分才会引起国际责任。

(3) 本条准则草案与 2001 年关于国家对国际不法行为的责任的条款[1029] 和 2011 年关于国际组织的责任的条款[1030] 相一致，这些条款草案反映了习惯国际法。因此，委员会有意地从中借鉴了“产生的义务”和“引起”这两个表述。同样，之所以采用“根据适用的国际法规则”这一表述，也主要是为了引述这些条款草案。

准则 9
暂时适用的终止和中止

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

2. 除条约另有规定或另经协议外，暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织如果通知相互间也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织其无意成为条约缔约方，则暂时适用对该国或该国际组织终止。

3. 本条准则草案不妨碍比照适用《维也纳条约法公约》第五编第三节规定的相关规则或涉及终止和中止的其他国际法相关规则。

[1029] 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段，随后被列为大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议的附件。

[1030] 《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87 段。

评注

(1) 准则草案 9 涉及终止和中止暂时适用问题。一国或一国际组织对条约或条约之一部分的暂时适用通常在以下两种情形下停止：一是当条约对有关国家或国际组织生效时，二是当暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织将其不欲成为缔约方的意图通知也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织时。不排除也可能存在其他较不常见的终止暂时适用的方式。

(2) 第 1 款规定暂时适用在条约生效之时终止。条约生效是暂时适用终止的最常见的方式。[1031] 条约或条约之一部分的暂时适用可通过条约本身生效而终止，这点隐含在准则草案 3 和 5 中的“在条约生效前”这一表述中，这一表述参考了 1969 年和 1968 年《维也纳条约》第二十五条。[1032] 根据准则草案 5, 暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织，其暂时适用持续到相对于暂时适用同一条约或条约之一部分的其他国家或国际组织而言，条约对该国或该国际组织生效时为止。[1033]

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

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

(5) 第 2 款开头语“除条约另有规定或另经协议外”并未像 1969 年和 1986 年《维也纳公约》那样提到这种另外的协议只能在各“谈判”国和国际组织之间缔结。“或另经协议”一语的指代对象仍然是谈判条约的国家或国际组织，但也可包括未参加条约谈判的国家和国际组织。鉴于缔结现代多边条约的复杂性，当代实践支持更广义地解读《维也纳公约》的措辞，即在暂时适用方面将参与谈判的所有国家或国际组织视为具有同等法律地位，并承认还存在其他的国家集团或国际组织，与终止暂时适用有关的事务可能要征得这些国家集团或国际组织的同意。[1034]

[1031] 见 A/CN.4/707, 第 88 段。

[1032] 大多数双边条约载明，条约在“生效前”、“批准前”、“生效所需的正式要求得到满足前”、“完成内部程序和本公约生效前”、“政府……互相书面通知对方已遵守本国宪法所要求的程序前”、“本条第一款提及的所有程序完成前”或“生效前”将暂时适用(见 A/CN.4/707, 第 90 段)。多边条约也是如此，如《马德里协定》(《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》)(d)款规定，“一旦《公约》第 14 号议定书之二对有关缔约方生效，这样的[暂时适用]声明将失效。”

[1033] 例如见《德意志联邦共和国与斯洛维尼亚共和国政府关于将斯洛文尼亚石油和石油产品最低储备厅代存在德国的石油和石油产品计入该厅储备的协定》(联合国，《条约汇编》，第 2169 卷，第 38039 号，第 287 页起，见第 302 页)；以及《构成西班牙政府和哥伦比亚政府签证免费协定的换文》(同上，第 2253 卷，第 20662 号，第 328 页起，见第 333-334 页)。

[1034] 这种做法与准则草案 3 就谈判国采取的做法相一致。见上文准则草案 3 的评注第(2)和(5)段。

(6) 委员会关切的另一个问题是，要确定一国或一国际组织终止暂时适用条约或条约之一部分的意图应通知哪些国家或国际组织。本条准则草案中的“通知相互间也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织”对此予以了明确。[1035]

(7) 委员会决定不在案文中加上一项单方面终止暂时适用的保障措施，例如比照适用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第五十六条第二款所述规则，规定在条约未载有关于终止、解除或退出的规定的情况下解除或退出条约的通知期限。委员会之所以没有这样做，是因为顾及第二十五条固有的灵活性，并考虑到了这方面实践的不足。

(8) 第 3 款确认准则草案 9 不妨碍 1969 年《维也纳公约》第五编第三节相关规则或关于终止和中止的其他国际法相关规则的比照适用。尽管显然缺乏相关实践，尽管《维也纳公约》第二十五条第二款提供了终止暂时适用的灵活方式，但委员会还是认为有必要在本指南中加入一个关于终止和中止条约的条款，以应对第 1 款和第 2 款没有涵盖的一些可能出现的情形。例如，一国或一国际组织可能仅仅希望终止暂时适用，但仍然有意成为条约缔约方。另一种可以想象的情形是，一国或一国际组织在发生严重违约时可能仅仅想对严重违约的国家或国际组织终止或中止暂时适用条约，但仍继续对其他当事方暂时适用条约。受严重违约影响的国家或国际组织也可能希望在严重违约情况得到充分纠正后再恢复原已中止的暂时适用。

(9) 第 3 款行文采用“不妨碍”条款的形式，意在保留一种可能性，即 1969 年《维也纳公约》关于终止和中止的规定可能适用于暂时适用的条约。但这一规定并不想清楚确定第三节所列的哪些理由可作为终止暂时适用的补充依据，也不想确定在哪些情形下及在何种程度上这些理由将得到利用。相反，应根据具体情形“比照适用”《维也纳公约》规则。

(10) 提及“或其他国际法相关规则”主要是为了扩展这一规定的范围，使其涵盖国际组织暂时适用条约的情况，但这一提法也清楚表明，更广泛地来说，此项规定不妨碍终止暂时适用的其他方法。[1036]

(11) 这项规定的范围限于 1969 年《维也纳公约》第五编第三节，以避免一般提及第五编时可能造成的法律不确定性。同样，具体提及第三节可排除《维也纳公

[1035] 少数双边条约载有终止暂时适用的明确条款，有些还规定了终止的通知问题。其中一个例子为《美利坚合众国政府和马绍尔群岛共和国政府之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》(联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第 51490 号，第 14 页)，第 17 条。其他例子包括：《德意志联邦共和国和荷兰王国之间关于德意志联邦共和国在荷兰领土上空执行空中交通管制以及关于下莱茵机场民用业务对荷兰王国领土的影响的条约》(同上，第 2389 卷，第 43165 号，第 117 页起，见第 173 页)；《西班牙和国际油污赔偿基金之间的协定》(同上，第 2161 卷，第 37756 号，第 45 页起，见第 50 页)；以及《西班牙王国与盟国欧洲最高总部所代表的北大西洋公约组织之间关于在西班牙境内设立和运作国际军事总部所适用的特别条件的协定》(同上，第 2156 卷，第 37662 号，第 139 页起，见第 155 页)。关于多边条约的终止，《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(同上，第 2167 卷，第 37924 号，第 3 页起，见第 126 页)包含一个允许以通知方式终止的条款(第 41 条)，该条体现了 1969 年《维也纳公约》第二十五条第二款的措辞。此外，商品协定方面的实践表明，可约定通过撤出协定的方式终止暂时适用，《国际橄榄油和食用橄榄协定》就是如此。

[1036] 例如见 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(同上，第 1946 卷，第 33356 号，第 3 页)第二十九条谈及终止暂时适用对与国家继承有关的领土有效的多边条约的其他方式。

约》第五编关于条约之失效的第二节的适用性。本指南在准则草案 11 中述及了无效性问题。

准则 10
各国国内法和国际组织规则与暂时适用的条约的遵守

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

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

评注

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

(2) 这项规定十分贴近 1969 年[1037] 和 1986 年[1038]《维也纳公约》第 27 条的措辞，因此应与这些条款的内容和其他适用的国际法规则一并考虑。

(3) 暂时适用一项条约或条约之一部分时须遵守国际法。与第 27 条一样，[1039] 准则草案 10 指出，一般规则是，一国或一国际组织不得援引自身的国内法或内部规则为理由，不履行这种暂时适用所产生的义务。同样，也不得援引这种国内法或内部规则来逃避违反这种义务可能产生的责任。[1040] 不过，如准则草案 12 所述，有关国家和国际组织可作为其暂时适用协议的一部分，同意源自该国国内法或该组织内部规则的限制。

(4) 诚然，每个国家或国际组织可按照其国内法或内部规则决定是否同意暂时适用一项条约或条约之一部分，[1041] 但一旦暂时适用条约或条约之一部分，就不得以违反国内法或国际组织规则为由而不暂时适用有关条约或条约之一部分。因

[1037] 1969 年《维也纳公约》第二十七条规定如下：

国内法与条约之遵守

一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。此项规则不妨碍第四十六条。

[1038] 1986 年《维也纳公约》第 27 条规定如下：

国家的国内法、国际组织的规则和条约的遵守

1. 为一条约当事方的国家不得援引其国内法的规定作为不履行条约的理由。

2. 为一条约当事方的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行条约的理由。

3. 以上两款所载规则不妨碍第 46 条。

[1039] 见 A. Schaus, “1969 年《维也纳公约》。第二十七条：国内法与条约之遵守”，载于 Corten 和 Klein 所编《〈维也纳条约法公约〉评注》，第 1 卷 (见上文脚注 997)，第 688-701 页，见第 689。

[1040] 见第 7 条，“条约的强制性：国际法高于国内法之原则”，载于特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士的第四次报告中(《1959 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/120 号文件，第 43 页)。

[1041] 见 Mertsch, 《暂时适用的条约……》(见上文脚注 997)，第 64 页。

此，援引此类内部规定，据此为不暂时适用条约或条约之一部分的行为辩护，不符合国际法。

(5) 以一国国内法或一国际组织的规则为由不履行条约或条约之一部分的暂时适用所产生的义务，将导致有关国家或国际组织背负国际责任。[1042] 任何其他观点将违背关于国家责任的法律，根据该法，由国际法负责将一国或一国际组织的行为定性为国际不法行为，这种定性不受国内法将其定性为合法之影响。[1043]

(6) 本条准则草案中提到的“各国国内法和国际组织规则”指的是此种性质的任何规定，而不仅仅是专门涉及暂时适用条约问题的国内法或规则。

(7) 本条准则草案两段中的“此种暂时适用所产生的义务”一语足以涵盖这一义务从条约本身产生，或从暂时适用该条约或条约之一部分的单独协定产生的情况。这符合准则草案 6, 该条准则草案指出，暂时适用条约或条约之一部分产生适用该条约或条约之一部分的具有法律约束力的义务，犹如该条约已在有关国家或国际组织之间生效。

准则 11
各国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定和国际组织关于同意暂时适用条约的权限的规则

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

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

评注

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

(2) 准则草案 11 十分贴近 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第四十六条的措辞。具体而言，本条准则草案第一段沿用了 1969 年《维也纳公约》第四十六条第一

[1042] 见 Mathy,“第二十五条”(上文脚注 997)，第 646 页。

[1043] 见 2001 年关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 3 条(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段，随后附于 2001 年 12 月 12 日大会第 56/83 号决议)；2011 年关于国际组织责任的条款草案第 5 条草案(《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87 段，随后附于 2011 年 12 月 9 日大会第 66/100 号决议)。

款；[1044] 第二段沿用了 1986 年《维也纳公约》第四十六条第二款。[1045] 因此，该准则草案应与这些条款和其他适用的国际法规则一并考虑。

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

(4) 此种违反情事如对按照国家和视情况按照国际组织的通常惯例善意地对待此事的任何国家或任何国际组织客观明显时，即为“明显”。[1046]

准则 12
关于在源自各国国内法和国际组织规则的限制之下暂时适用的协议

本准则草案不妨碍一国或一国际组织在条约中或以其他方式同意在源自该国国内法或该组织规则的限制之下暂时适用条约或条约之一部分的权利。

评注

(1) 准则草案 12 涉及各国和国际组织在同意暂时适用条约或条约之一部分时可能受到的源自其国内法和内部规则的限制。本条草案承认这类限制可能存在，进而确认各国和国际组织有权同意在遵守源自国内法或组织规则的限制的情况下暂时适用，并在同意暂时适用条约或条约之一部分时反映这些限制。

(2) 虽然暂时适用条约或条约之一部分可能受到限制，但本条准则草案承认一国或一国际组织有这种灵活性：即在同意暂时适用一项条约或条约之一部分时，可确保此种同意符合源自其内部规定的限制。例如，本条准则草案规定了以下可能性：条约可明确提及国家的国内法或国际组织的规则，并使此种暂时适用以不违反国家国内法或国际组织的规则为条件。[1047]

[1044] 1969 年《维也纳公约》第四十六条规定如下：

国内法关于缔约权限之规定

一. 一国不得以其同意受条约拘束的表示违反该国国内法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。

二. 违反情事倘由对此事依通常惯例并秉善意处理之任何国家客观视之为显然可见者，即系显明违反。

[1045] 1986 年《维也纳公约》第 46 条规定如下：

一国国内法关于缔约权限的规定和一国际组织关于缔约权限的规则

1. 一国不得以其同意受条约拘束的表示违反该国国内法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。

2. 一国际组织不得以其同意受条约拘束的表示违反该组织关于缔约权限的规则为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。

3. 违反情事如对在此事情上按照各国和在适当情况下按照各国际组织的通常惯例诚意地行事的任何国家或任何国际组织客观明显时，即为明显。

[1046] 根据 1969 年《维也纳公约》第四十六条第二款和 1986 年《维也纳公约》第 46 条第 3 款。

[1047] 例如见《能源宪章条约》第 45 条。

(3) 本条准则草案标题中的“协议”一词反映了暂时适用条约以相互同意为基础，并反映出也有可能暂时适用根据国内法或国际组织规则完全不可行。[1048]

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

[1048] 见欧洲自由贸易联盟(欧贸联)国家与其他许多国家(即阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、加拿大、智利、埃及、格鲁吉亚、黎巴嫩、墨西哥、黑山、秘鲁、菲律宾、大韩民国、塞尔维亚、新加坡、前南斯拉夫的马其顿共和国、突尼斯和中美洲国家、海湾合作委员会成员国和南部非洲关税同盟国家)之间自由贸易协定的一些例子，这些协定在这方面使用了不同的用语，例如：“如果其宪法规定允许”、“如果其各自的法律要求允许”或“如果其国内要求允许”(http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements)。例如，欧贸联国家与南部非洲关税同盟国家之间的自由贸易协定第 43 条第 2 款规定如下：

第 43 条(生效)

[……]

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

第八章
一般国际法强制性规范(强行法)

A. 导言

91. 委员会第六十七届会议(2015 年)决定将“强行法”专题列入工作方案，并任命迪雷·特拉迪先生为专题特别报告员。[1049] 大会随后在 2015 年 12 月 23 日第 70/236 号决议中注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

92. 委员会第六十八届会议(2016 年)和第六十九届会议(2017 年)分别审议了特别报告员的第一和第二次报告[1050]。对报告进行讨论后，委员会决定将其中所载的结论草案转交草委员会。委员会分别在第六十八届和第六十九届会议上听取了起草委员会主席关于一般国际法强制性规范(强行法)的临时报告，其中载有起草委员会暂时通过的结论草案。

93. 委员会第六十九届会议按照特别报告员第二次报告的建议[1051]，决定将专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。[1052]

B. 本届会议审议此专题的情况

94. 委员会本届会议收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/714 和 Corr.1)，这份报告审议了一般国际法强制性规范(强行法)的后果和法律效力。特别报告员以其分析为基础，提出了 13 项结论草案。[1053]

[1049] 在 2015 年 5 月 27 日举行的第 3257 次会议上(《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 286 段)。委员会第六十六届会议(2014 年)按照委员会报告附件所载的建议(同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 23 段)将此专题列入长期工作方案。

[1050] A/CN.4/693 和 A/CN.4/706。

[1051] A/CN.4/706，第 90 段。

[1052] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 146 段。

[1053] 特别报告员在其第三次报告中提出的结论草案 10 至 23 案文如下：

结论草案 10
与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约无效

1. 条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触者无效。这样一项条约不产生任何权利或义务。

2. 若与条约缔结之后产生的新的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触，现有条约即成为无效而终止。条约缔约方继续履行条约之义务解除。

3. 为避免与一般国际法强制性规范(强行法)抵触，对条约条款的解释应尽可能使之符合一般国际法强制性规范(强行法)。

结论草案 11
与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约条款的可分割性

1. 条约如在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触则整体无效，条约任何一部分均不可分割或分离。

2. 因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而成为无效的条约整体终止，除非：

(a) 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条款就其适用而言，可与条约的其余部分分离；

(b) 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条款不构成同意该条约的必要基础；

(c) 该条约其余部分继续施行不致有失公正。

结论草案 12
消除依据无效条约实施的行为的后果

1. 因在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的条约缔约方有消除依据与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约条款实施的任何行为之后果的法律义务。

2. 一项条约因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而终止，不影响在该条约终止前因实施该条约而产生的任何权利、义务或法律情势，除非此种权利、义务或法律情势本身与一般国际法强制性规范(强行法)抵触。

结论草案 13
一般国际法强制性规范(强行法)对条约保留的影响

1. 对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约条款的保留不影响该强制性规范的约束性，该强制性规范应继续适用。

2. 保留不得以违反一般国际法强制性规范(强行法)的方式排除或更改条约的法律效力。

结论草案 14
关于解决条约与一般国际法强制性规范(强行法)之间抵触所涉争端的建议程序

1. 在遵守国际法院管辖权规则的前提下，关于一项条约是否与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的任何争端，均应提交国际法院裁判，除非争端各方商定将争端交付仲裁。

2. 尽管有第 1 段的规定，但是若当事方未依照国际法作出接受国际法院管辖权的必要同意，则争端涉及一般国际法强制性规范(强行法)这一事实不足以确立国际法院的管辖权。

结论草案 15
一般国际法强制性规范(强行法)对习惯国际法的影响

1. 习惯国际法规则如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则不会形成。

2. 不具有强行法性质的习惯国际法规则如与新产生的一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则停止存在。

3. 由于一般国际法强制性规范(强行法)约束所有国际法主体，一贯反对者规则不适用。

结论草案 16
一般国际法强制性规范(强行法)对单方面行为的影响

与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的单方面行为无效。

结论草案 17
一般国际法强制性规范(强行法)对国际组织有约束力的决议的影响

1. 国际组织具有约束力的决议，包括联合国安全理事会的此类决议，如与一般国际法的强制性规范(强行法)抵触，则不创设有约束力的义务。

2. 在可能的情况下，对国际组织的决议，包括联合国安全理事会的决议，必须采取符合一般国际法强制性规范(强行法)的方式加以解释。

结论草案 18
一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间的关系

一般国际法强制性规范(强行法)创设普遍义务，对这些义务的违反关乎所有国家。

结论草案 19
一般国际法强制性规范(强行法)对解除不法性的情况产生的影响

1. 对于违反一般国际法强制性规范(强行法)产生的义务的任何行为，不得提出任何情况以解除其不法性。

2. 第 1 段不适用于一般国际法强制性规范(强行法)在行为实施之后出现的情况。

结论草案 20
合作义务

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止任何严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为。

95. 委员会在 2018 年 5 月 30 日和 6 月 1 日及 7 月 2 日至 4 日和 9 日举行的第 3414 至第 3421 次和第 3425 次会议上，审议了第三次报告。

96. 委员会在 2018 年 7 月 9 日举行的第 3425 次会议上，将特别报告员第三次报告所载的结论草案 10 至 23 [1054] 转交起草委员会，但有一项谅解，即结论草案 22 和 23 将以“不妨碍”条款的方式加以处理。

97. 在 2018 年 5 月 14 日举行的第 3402 次会议上，起草委员会主席提交了起草委员会关于“一般国际法强制性规范(强行法)”的临时报告，涉及委员会第七十届会议暂时通过的结论草案 8 和 9。在 2018 年 7 月 20 日举行的第 3434 次会议上，起草委员会主席提交了起草委员会的另一份临时报告，涉及委员会第七十届会议暂时通过的结论草案 10 至 14。两份报告均仅供参考，可在委员会网站上查阅。[1055]

1. 特别报告员介绍第三次报告

98. 特别报告员回顾了第六委员会的辩论，在此过程中指出，虽然各国已普遍同意了起草委员会暂时通过的强行法规范的识别标准，但也有少数国家建议加入一些其他要素，例如不可克减、国际社会的基本价值观和实践。他指出，有人呼吁对“接受和承认”的概念予以更明确的澄清。许多国家同意有关规范的强制性应得到“大多数”国家的接受和承认。一些国家倾向于采用更为严格的限定语，不仅考察接受和承认的国家的数量，还要考察这些国家是否具有代表性。特别报告员还指出，对于哪些法律渊源可构成强制性规范的基础，各国也存在不同意见，但他表示，各国已近乎普遍认可习惯国际法是强行法规范最常见的基础。

99. 特别报告员随后介绍了第三次报告第四节所载的拟议结论草案。他表示，结论草案 10、11 和 12 参照了 1969 年《维也纳条约法公约》(下称“1969 年《维也纳公约》”)的条款，结论草案 10 第 3 段除外，该段规定条约的解释应符合强

2. 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)指的是重大或系统性违反。

3. 本结论草案中设想的合作可通过制度化合作机制或通过特设合作安排开展。

结论草案 21
不予承认或不提供协助的义务

1. 对于违反一般国际法强制性规范(强行法)所造成的状况，各国有义务不承认其合法性。

2. 各国不应援助或协助以维持违反一般国际法强制性规范(强行法)行为造成的状况。

结论草案 22
有义务对一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的犯罪行使国家管辖权

1. 各国有义务对该国国民实施或在受该国管辖的领土上实施的、为一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的犯罪行使管辖权。

2. 第 1 段不妨碍一国根据其国内法所允许的任何其他理由确立管辖权。

结论草案 23
公务职位无关性以及不适用属事豁免

1. 为一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的罪行系由担任公职的人实施这一事实不应构成排除刑事责任的理由。

2. 属事豁免不应适用于一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的任何罪行。

[1054] 同上。

[1055] 报告见《国际法委员会工作分析指南》：http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml。

制性规范。特别报告员认为这是 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项的必然结果，该项要求在解释条约时考虑国际法的相关规则。此外，特别报告员指出，有大量实践可以佐证结论草案 10 第 3 段的内容。

100. 结论草案 13 述及一般国际法强制性规范(强行法)对条约保留的影响，主要参照了委员会于 2011 年通过的《对条约的保留实践指南》[1056] 指南 4.4.3。

101. 结论草案 14 载有关于解决条约与强行法规范之间抵触所涉争端的建议程序。特别报告员表示，1969 年《维也纳公约》第六十六条对其第五十三和第六十四条的适用具有至关重要的意义。但在他看来，难以将第六十六条所载的程序纳入这套不具约束力的结论草案。反之，他认为自己提出的结论草案 14 可在 1969 年《维也纳公约》第六十六条不适用(例如因为当事国没有加入《公约》而不适用)的情况下，鼓励各方将争端提交司法解决，包括提交国际法院解决。

102. 关于结论草案 15, 特别报告员指出第 1 段参照了各国法院一系列认定强行法规范高于习惯国际法规则的裁决。在他看来，这种裁决结论必然意味着现有的强行法规范会使与之抵触的习惯国际法规则无效或无法产生。结论草案 15 第二段述及习惯国际法规则与新出现的强行法规范抵触的情况，该段受 1969 年《维也纳公约》第六十四条的启发，不仅得到了各国的支持，并有欧洲法院的判决为佐证。特别报告员还指出，关于一贯反对者规则对强行法规范不适用的第 3 段符合强行法的普遍性，已在国家实践中得到接受，包括在国内和区域法院的裁决中得到接受。

103. 结论草案 16 述及与强行法规范抵触的单方面行为无效的问题，关于这条草案，特别报告员指出，使用“无效”一词参考了委员会于 2006 年通过的《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》中的指导原则 8 [1057]。

104. 结论草案 17 述及国际组织有约束力的决议。特别报告员指出，第一段主张国际组织具有约束力的决议如与强行法规范抵触，则不创设有约束力的义务，这一主张有大量文献和各国表示安全理事会决议要遵守强行法规范的公开声明为佐证，也得到了国内、区域和国际性法院裁决的支持。特别报告员还表示，结论草案 17 第 2 段与结论草案 10 第 3 段类似，载有一项解释性推定，指出对国际组织的决议应尽可能以符合强行法规范的方式予以解释。不同场合下的各国声明和欧洲法院的判决都支持这种主张。

105. 关于结论草案 18，特别报告员指出，强行法规范创设普遍义务这一点已几乎得到普遍公认。

106. 结论草案 19、20 和 21 述及国际责任的多个方面。结论草案 19 参考了 2001 年通过的国家对国际不法行为的责任条款草案[1058] (下称“国家责任条款”)第 26 条草案，该草案第 1 段确认，一般国际法之下解除不法性的情况不适用于违反强行法规范所产生义务的行为。第 2 段则旨在防止对在强行法规范产生之前发生的违反该规范的行为追溯追责。

[1056] 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 75 段。

[1057] 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 176 段。

[1058] 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段。

107. 结论草案20述及进行合作以通过合法手段制止任何严重违反强行法规范的行为的义务。第1段参照了国家责任条款第41条草案第1款。合作义务是一项已明确确立的国际法原则，已明文写入委员会2016年通过的发生灾害时的人员保护条款草案[1059]，并在国际法院隔离墙案咨询意见[1060]和美洲人权法院La Cantuta案[1061]中获得了支持。

108. 结论草案21规定各国有义务不承认违反强行法规范所致状况的合法性，也有义务不援助或协助以维持这种状况，该项草案参照了国家责任条款第41条草案第2款。委员会已于2001年承认这一义务具有习惯国际法地位，这一点在国际法院纳米比亚案[1062]和隔离墙案的咨询意见中得到确认，安全理事会和大会的决议也予以了证实。特别报告员还指出，结论草案21与结论草案20不同，并不限于“严重”违反行为，因为不承认或不协助的义务的基础是所涉规范的强制性，而非违反规范的行为的严重性。他指出，在这方面，纳米比亚案和隔离墙案的咨询意见均未将严重性列为产生不承认或不协助义务的门槛。此外，这一义务与合作义务不同，并不要求直接作为，义务条件较不繁苛，因此采用较低门槛是合理的。

109. 结论草案22述及对强行法规范所禁止的犯罪确立管辖权的问题，参照了委员会于2017年一读通过的关于危害人类罪的条款草案[1063]第7条草案，但行文更加简略。第2段在述及普遍管辖权问题时采取了与第7条草案第3款相同的方法，因为这方面的实践不太确定。

110. 结论草案23述及公职的无关性以及不适用属事豁免的问题。第1段规定担任公职不构成排除责任的理由，参考了2017年一读通过的关于危害人类罪的条款草案第6条草案第3款，已被普遍公认为习惯国际法的一部分。第2段规定，对强行法规范所禁止的罪行，不适用属事豁免，该段主要参照了委员会于2017年暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案[1064]第7条草案。虽然这项规定草案受到了一些批评，包括有国家实践与之相悖，但特别报告员指出，与之相悖的实践通常涉及民事诉讼和针对国家的诉讼，从几项司法裁决来看，包括从国际法院在国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)案中的裁决来看，此类诉讼并不会被视为刑事豁免的判例。[1065]

[1059] 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第10号》(A/71/10)，第48段。

[1060] 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编》，第136页起，见第200页，第159段。

[1061] La Cantuta诉秘鲁(实质问题、赔偿和费用)，C辑，第162号，判决，2006年11月29日，美洲人权法院，第160段(“正如一再指出的那样，本案所涉行为违反了国际法强制性规范(强行法)……鉴于事件的性质和严重性……需要消除有罪不罚，对国际社会而言，这表现为国家间有义务进行合作”)。

[1062] 南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页起，见第54页，第119段。

[1063] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第10号》(A/72/10)，第45段。

[1064] 同上，第140段。

[1065] 国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第99页起，见第130页第70段(国内法)，和第141页第96段(判例法)。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

111. 委员们普遍对关于一般国际法强制性规范(强行法)的第三次报告表示欢迎。对于特别报告员突破条约法和国家责任法这两个委员会先前已开展广泛编纂工作的领域、述及强行法所有可能后果的尝试，几位委员表示称赞。一些委员指出，强行法的后果，例如对国际刑法、习惯国际法和安全理事会决议的后果，已产生了重要的实践问题，并在学术文献中引发了讨论，判例法方面的多方不同意见不应妨碍委员会处理这些问题。

112. 特别报告员在研究这一专题时采取了务实的方法，而没有从学说着手或过于关注理论，对此几位委员表示支持。还有人指出，这一专题缺少相关实践，涉及的政治和道德因素也相对复杂，给有关工作带来了挑战。有人强调，委员会应采取谨慎的方法，以现行法律和既定惯例为基础，均衡地研究强行法后果的所有方面。有人表示，强行法的各项特征与违背强行法的后果密不可分，应将二者一同审议。有人关切地指出，特别报告员对本质上为描述性的要素赋予了法律意义，例如不可克减，它是强行法规范的识别标准，而不是强行法规范的法律后果。有人建议研究 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第五十三条、第六十四条、第六十六条(a)款和其他相关条款的谈判历史。

113. 委员们表示满意的是，特别报告员提出的大多数结论草案都参照了 1969 年《维也纳公约》和委员会通过的其他文书的相关规定。但有人质疑地指出，述及国际法各种渊源与强行法抵触的后果的结论草案并未参照上述规定。一些委员倾向于在述及强行法对条约之外的国际法渊源的后果时采用与 1969 年《维也纳公约》第五十三条和第六十四条相同的结构。他们强调，需要制定有关程序，用于查证某一特定的国际法规则是否与强行法抵触而无效。

114. 几位委员同意，可以按照背景将结论草案分为几组，以连贯、简明和有效的方式予以组织排列，紧密贴合现有文书的结构。有人表示，委员会应重新考虑将“结论”草案作为其审议该专题的成果是否合适。

115. 有人指出，特别报告员没有提出一项关于一般法律原则的结论草案，这意味着与强行法规范抵触的一般法律原则仍可能有效。一些委员支持不将一般法律原则写入结论草案，理由是一般法律原则不可能与强行法发生抵触。还有人表示，除了委员会过往工作涉及的要素之外，委员会还应将新的要素引入该专题。

116. 有人表示，贯穿整套结论草案，“后果”、“法律效力”、“无效”(void)、“无效”(invalid)等术语的使用应与现有文书的用法一致。有人建议，应澄清结论草案中使用的“抵触”这一概念，以便在决定一项条约或行为在法律上是否与强行法规范抵触时向各国提供指导或标准。

(b) 对结论草案的具体评论

(一) 结论草案 10

117. 一些委员指出第 1 段第一句重复了 1969 年《维也纳公约》第五十三条，并建议在评注中对第二句作进一步说明，该句规定，与强行法抵触的条约不产生任

何权利或义务。还有人建议，第二句的行文应更紧密地贴合《公约》第七十一条第二款(a)项。还有人认为第二句是多余的。

118. 一些委员承认条约与强行法直接抵触的情况极为罕见，支持在该项结论草案中加入第 3 段，规定应以符合强行法规范的方式解释条约，以此作为对各国的解释指导。有人建议在评注中表明这一规定不应凌驾于 1969 年《维也纳公约》和习惯国际法中的解释规则之上。有人表示，解释问题很可能关乎于国际法的所有渊源，最好在一项单独的结论草案中予以论述。还有人提出了几项旨在使该项规定更加明晰的起草建议。

(二) 结论草案 11

119. 一些委员对第 1 段表示欢迎，该段确认，在缔结时就与强行法规范抵触的条约的任何一部分均不可分离。有人表示，宜在结构上将第 2 段所载的可分离性列为一项一般规则，而将(现载于第 1 段的)不可分割性列为适用于 1969 年《维也纳公约》第五十三条所述情形的一项特殊规则。有人呼吁对此种情形适用不同法律后果的依据予以更详细的审议。还有人表示，该项结论草案还可涵盖创设国家义务的国际组织行为。另外有人建议，可重写第 1 段，使之与结论草案 10 第 1 段一致，并且该段应当着重指出，与现有强行法规范抵触的条约条款绝对不可分离。

(三) 结论草案 12

120. 有人认为，结论草案 12 第 1 段段末“依据……条约条款实施的任何行为”一语过于宽泛，无法描述条约与行为之间的关系，可改为“因执行条约而实施的任何行为”。还有人建议，应在第 1 段中仿照 1969 年《维也纳公约》第七十一条加入“尽量”这一限定语，以确保该项规定的实用性，或者，应在评注中解释为什么该段的行文与第七十一条略有不同。还有人建议，应在第 1 和第 2 段之间新增一段，参照第七十一条第一款(b)项，规定各国还应使其相互关系符合强行法。另外有人建议第 2 段行文与第七十一条第二款(b)项一致，特别是应提到权利、义务或情势的“维持”。有人认为，本应在该项结论草案中加入 1969 年《维也纳公约》第六十九和第七十条的条文，述及所有情势下的条约无效或终止的问题，包括因与强行法抵触而无效或终止的情况。

121. 由于结论草案 12 涉及条约无效或终止的后果，还有人建议，最好将该项规定放在结论草案 14 之后。

(四) 结论草案 13

122. 有人认为结论草案 13 第 2 段与人权条约领域相关，并提到了人权事务委员会关于对《公民权利和政治权利国际公约》的保留的一般性意见[1066]，指出对这一人权条约的保留如果违反强制性规范则不符合其目标和宗旨。还有人认为，条约中存在强行法规范本身并不意味着对该条约的任何保留(例如对仲裁条款的保

[1066] 人权事务委员会，第 24 号一般性意见(1994 年)：关于批准或加入《公约》或其《任择议定书》时提出的保留或者有关《公约》第四十一条下声明的问题，《大会正式记录，第五十届会议，补编第 40 号》，第一卷(A/50/40 (Vol. I))，附件五，第 8 段。

留)均属于无效。还有人建议将这项规定移至其他位置，以免有人误认为关于条约保留的争端也要遵循结论草案 14 所载的建议的司法解决程序。

(五) 结论草案 14

123. 有人表示支持“解决争端的建议程序”，该程序旨在提供便利，帮助最终决定有关条约是否因与强行法抵触而无效。有些委员认为，可根据该项规定提交国际法院的争端应仅限于涉及条约因与强行法规范抵触而无效的争端，但其他委员会支持扩大该程序的适用范围，也涵盖关于条约是否与强行法规范抵触的争端，以及关于无效后果的争端。有人指出，委员会 1966 年的条款草案仅仅提到所有争端解决手段，但参加联合国条约法会议(维也纳会议)的国家有意设立了一个处理强行法相关争端的特殊机制，即后来的 1969 年《维也纳公约》第六十六条(a)项。与此同时，一些委员提出不少国家对《公约》第六十六条提出了保留，说明各国在这种情况下颇不愿意接受司法解决，询问如何才能克服这一问题。还有人担心诉诸仲裁会提高不一致风险，从而可能与统一国际法律体系和实现法律确定的目标背道而驰。还有人询问，国际法院或某个仲裁法庭的决定是会导致条约无效或终止，还是仅仅具有宣告意义。

124. 一些委员认为，将该程序称为“建议”程序，会削弱 1969 年《维也纳公约》缔约国承担的有法律约束力的义务，即将其涉及条约因与强行法规范抵触而无效的争端提交国际法院的义务。这种结果可能导致没有最终程序来确定条约是否与强行法抵触，从而恰恰可能产生各国当初将第六十六条纳入 1969 年《维也纳公约》所旨在避免的问题。反之，有人建议，如果一国单方面宣称某项条约因与强行法抵触而无效，可以由另一项程序处理，例如 1969 年《维也纳公约》第六十五条所载的程序；即便国内或区域法院已宣布条约违反强行法规范，也可照此处理。在这方面，有人提到，国际法院曾指出，1969 年《维也纳公约》第六十五至第六十七条“即使没有编纂习惯法，至少也总体反映了习惯国际法，并载有某些以诚信行事义务为基础的程序原则”。[1067] 还有人建议，对于涉及强行法的争端，不一定需要国家同意国际法院的管辖权。另一项建议是，可新增一段，规定可诉诸国际法院的咨询管辖权或其他友好的争端解决程序。

125. 其他委员对整项结论草案的必要性提出了质疑，因为归根结底只有各国才能选择解决争端的适当程序，而《联合国宪章》第三十三条所列的不同方法之间并没有本质上的高低之分。还有人认为，委员会拟订结论草案的方针是结论草案要反映现行国际法，而该项规定并不符合这一方针，特别报告员自己已经承认，该项规定并不反映现行国际法，只是作为一种建议的程序列入草案。

(六) 结论草案 15

126. 委员们表示支持关于强行法对习惯国际法影响的头两段，这两段采用的方法与述及条约法时采用的方法相同。与此同时，有人认为，鉴于国家同意并不是强行法的唯一依据，委员会不应回避以下问题，即是什么使强行法规范有别于习惯国际法？

[1067] Gabčeikovo-Nagymaros 项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页起，见第 66 页，第 109 段。

127. 有人提出修改意见，指出起草委员会暂时通过的结论草案 3 和 5 已经分别确认，强行法规范可被嗣后具有同样性质的规范所更改，而习惯国际法是形成强行法规范的最常见的基础。据此建议，结论草案 15 应表明，与强行法规范抵触的习惯国际法规则仍然可能产生，前提是这项新的习惯规则必须被接受和承认为不容克减的规范。另一项建议是仿照第 2 段在第 1 段中加入“不具有强行法性质的”几个字，以保留由新强行法规范替代旧规范的可能性。还有人建议修改第 1 段，表明实践和法律确信如果与强行法抵触则不能产生习惯法规则，而不是假定在抵触发生时就已经存在习惯法规则。

128. 第 3 段规定一贯反对者规则对强行法规范不适用，几位委员对此表示满意，认为这符合委员会本届会议二读通过的关于习惯国际法的识别的结论草案中的“不妨碍”条款。[1068] 有人指出，一项规范成为强行法规范，就意味着得到了代表所有区域和所有法律制度的大多数国家的接受和承认。

129. 但仍有一些委员认为，拟议的第 3 段没有充分反映这一问题的复杂性，问题的关键在于强行法规范的优先地位与国家同意原则之间的关系。有人询问，如果某项习惯国际法规则后来获得强行法地位，那么是否应当剥夺在这项习惯规则的形成阶段确认的一贯反对地位。还有人建议，应进一步审议对强行法现有规范的反对与在强行法规范形成过程中提出的反对之间的区别。另一项建议是，可将一贯反对的问题放到评注中论述。

(七) 结论草案 16

130. 几位委员强调，有必要澄清结论草案中“单方面行为”一语的含义，例如可改为“单方面承诺”，以强调该项结论草案仅涉及产生法律义务的正式单方面行为。有人建议将单方面行为分为三类。有人询问，该项结论草案是否也应适用于国际组织。还有人建议，可在评注中澄清单方面行为与保留之间的区别。

(八) 结论草案 17

131. 一些委员同意结论草案 17 采取的立场，即包括安全理事会决议在内的国际组织决议所创设的具有约束力的义务如果违反强行法规范，就应当无效。有人认为，结论草案应述及所有国际组织决议，包括大会在安全理事会无法作出决定的情况下通过的关于维护和平与安全的决议。还有人指出，国际组织的其他行为，例如欧洲联盟的条例、指令和决定或某政府间会议的行为，也可能创设法律义务，应在结论草案中予以述及。虽然安全理事会决议与强行法规范直接抵触的可能性很小，但一些委员仍然认为应专门提到安全理事会的决议。他们考虑到这些决议根据《联合国宪章》第七章和因《联合国宪章》第一百零三条的适用而具有的独特地位以及在国际法各领域对各国的法律后果，认为这种专门提及是必要的。

132. 其他委员认为本项工作的目的是制定一般规则，不宜专门提到安全理事会的决议。有人关切地表示，这样做可能给安全理事会决议的效力和《联合国宪章》建立的集体安全制度带来负面影响。有人建议，本结论草案应改变重点，述及强行法规范对各国在国际组织内通过决议时的参考作用。

[1068] 见上文第五章。

133. 有人建议，该项规定应表明，违反强行法的决议不仅不再具有约束力，而且也将无效。其他建议包括：明确指出对国际组织的影响还应包括不予承认的义务以及与强行法规范抵触所产生的所有其他法律后果，并且同条约无效时一样，在国际组织决议无效时也应考虑可分离性的可能。

(九) 结论草案 18

134. 一些委员虽然支持强行法规范确立普遍义务的主张，但建议评注应阐明并非所有普遍义务都源于强行法规范。有人质疑强行法规范“创设”普遍义务的说法是否正确。一些委员建议改写该项规定，以更好地反映强行法规范与普遍义务之间的关系以及产生的后果。还有人建议，该项规定应沿用关于国家责任的条款第 48 条第 1 款的措辞。另一种观点认为，结论草案应仅限于严重违反强行法规范所产生义务的情况，以符合关于国家责任的条款第 40 和第 41 条。还有人认为，强行法与普遍义务之间关系复杂，需要进行更彻底和深入的审议，以便就这一问题提出更广阔的视角并反映最近的事态发展，例如反映关于普遍义务是否可能产生于环境保护相关规则的讨论。

(十) 结论草案 19

135. 普遍对结论草案 19 表示同意，该结论草案依据的是关于国家责任的条款第 26 条。同时，有人建议该项规定应当更加贴近第 26 条的措辞。还有人提议，该结论草案应包括在国际组织的责任范围内解除不法性的情况。另有人认为，该结论草案也可以涵盖反措施。

(十一) 结论草案 20

136. 有人建议，结论草案 20 第 1 段应更贴近国际法院纳米比亚案咨询意见的案文，指出各国“有义务”[1069] 进行合作，以制止任何严重违反强行法的行为。还有人表示，不清楚合作义务是否反映了现行法律，也不明确这种合作义务将产生哪些具体的义务。

137. 有与会者建议使第 2 段与关于国家责任的条款第 40 条第 2 款保持一致，改为：“违背此类义务如涉及责任国严重或系统性不履行该义务，则为严重违约行为”。

138. 一些委员质疑关于合作形式的第 3 段的必要性，尤其是因为该项规定没有提到联合国集体安全机制，包括安全理事会。另一种观点认为，第 3 段旨在通过制度性合作或特别合作的方式逐步落实合作的义务，这是受欢迎的，应得到支持。

(十二) 结论草案 21

139. 虽然结论草案 21 得到普遍支持，但若干委员表示质疑的是，“违反”之前的限定词“严重”被省略，而关于国家的责任条款第 41 条第 2 款中有这个限定词，省略该词导致该原则超出了这些条款规定的范围。特别是，有人指出，特别报告员提出省略“严重”一词的理由同样适用于合作的义务。另一种观点认为，

[1069] 见南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 54 页，第 117-119 段。

有强大的法律和政策依据将合作义务限制在严重违反强行法的情况下(根据结论草案 20)，但关于对违反行为不予承认或不提供协助的义务，却没有这样的依据。在这方面，有人指出，国际法委员会应致力于该领域的逐渐发展。

140. 有人提议添加一段，表明不予承认不应使受影响人口处于不利地位，有关的行为，例如对出生、死亡和婚姻的登记应得到承认。

(十三) 结论草案 22 和 23

141. 关于在正在制定的结论草案中处理个人刑事责任和属事豁免问题(草案结论 23)的适当性，委员们表达了不同意见。若干委员支持在关于违反强行法的后果的研究中处理这两个问题，所以支持将它们纳入结论草案。其他几位委员认为，结论草案 22 和 23 处理了关于依国家管辖进行刑事起诉的国际刑法主要规则和强行法的一套子规则(即禁止国际罪行规则)的影响。有委员认为，这种做法偏离了该专题范围，该专题仅限于国际法的次要规则，并侧重于强行法所有规则的一般影响。

142. 关于结论草案 22 第 1 段，几位委员指出，第三次报告提供了充分的条约和判例法证据，证明各国有法律义务对强行法所禁止的犯罪确立管辖权，这源于禁止国际罪行和各国为制止严重违反强行法的行为而进行合作的义务。一些委员感到遗憾的是，该规定排除了被动国籍原则，他们建议在评注中处理管辖权冲突问题。

143. 另一些委员认为，第三次报告没有充分证明国家实践支持国际法的一项规定，即各国有义务对在其领土上实施或该国国民实施的、为强行法所禁止的所有罪行行使管辖权。相反，半数甚至大多数国家都没有关于强行法所禁止的罪行的法规，例如危害人类罪、种族隔离罪和侵略罪，这表明普遍不认为国际法规定了此义务。委员们还认为，第三次报告列举的国家在执行条约时行使国家刑事管辖权的例子不一定证实了第 1 段提出的主张。

144. 若干委员支持保留第 2 段的不妨碍规定，以便允许基于普遍管辖权扩大国内管辖权的行使范围。有人建议添加“根据国际法”这一短语，以承认目前国际法在普遍管辖权问题上的模糊状态。

145. 关于结论草案 23 第 1 段，有人认为，公务职位无关性规则已牢固确立。

146. 关于第 2 段，若干委员认为，特别报告员通过考察支持和反对将属事豁免适用于强行法罪行的做法，全面审查了这个问题，正确地得出结论认为，多数判例支持不对违反强行法规范的罪行适用属事豁免。还有人表示支持在处理属事豁免例外问题时区分刑事和民事管辖权。有人建议在结论草案或评注中说明这种例外所适用的具体罪行。

147. 其他委员认为，特别报告员在其第三次报告中提到的惯例不支持他提出的结论草案。有人指出，拟议的结论草案 23 可能比 2017 年第六十九届会议通过的关于国家官员外国刑事管辖豁免的条款草案第 7 条的范围更广泛。[1070] 有人表示关切的是，结论草案 23 可能使委员会更难以就关于国家官员外国刑事管辖豁免

[1070] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 140 段。

的条款草案达成一致意见，也会使关于危害人类罪的条款草案[1071] 更难以成为一项公约。

148. 另一种意见是，委员会内的两种立场可以通过缩小结论草案的范围来调和，包括制定适用的罪行清单，并在评注中强调不适用属事豁免的例外性。还有一些人提议将该条款暂时搁置，先完成关于国家官员外国刑事管辖豁免和危害人类罪的工作。

(十四) 今后的工作

149. 一些委员对目前采用的程序表示遗憾，按照目前的程序，结论草案留在起草委员会处理，直至对整套结论草案完成一读，而不是由委员会全体会议每年对负有评注的结论草案进行审议，也没有给各国就委员会的某一审议立场发表评论的机会。另一种意见认为，所采用的程序并非真正的障碍，因为各国可以在第六委员会对特别报告员的报告及其拟议的结论草案以及起草委员会各主席的临时口头报告作出反应。

150. 有人表示支持制定一份强行法规范的说明性清单。有人建议，该清单可以借鉴国际法委员会以往工作中确定的强行法规范。有人强调，必须尽可能考虑到各国就该清单应包含的规范提出的意见。其他人提醒，委员会可能需要很长时间才能就一份说明性清单达成一致意见。

151. 有人指出，确立区域强行法的可能性得到第六委员会一些国家的支持，有人建议对区域强行法规范的存在及其与普遍适用的强行法规范之间的关系进行研究。另一些人质疑区域强行法的存在，并提醒道，任何关于区域强行法的讨论都可能会损害强行法概念(即整个国际社会接受和承认的规范)的完整性，并可能与这一概念背道而驰。

152. 虽然有人表示支持特别报告员在国际法委员会下届会议上结束对结论草案的一读，但另一种观点认为，委员会不应过于匆忙地完成有关该专题的工作。

3. 特别报告员的总结

153. 特别报告员指出，国际法委员会普遍支持他的第三次报告中采取的方法和拟议的结论草案。他同意其他委员的意见，即必须适当阐明强行法规范对国际法律体系稳定性的后果。他认同委员们表达的关切，即如果不包括适当和负责任的保障措施，可能有潜在风险。他重申该专题的目的不是制定新规则，而是使现有规则更易于使用和理解。他承认国家实践的相对缺乏是一个挑战，但他认为这并非不可逾越的障碍，也不应作为对该专题采取保守方法的理由。相反，他强调委员会的作用应该是如实地评估这种做法，结合委员会通常依赖的其他来源，以便对现有国际法作出最准确的描述。他指出，他提议的许多结论草案都包含 1969 年《维也纳公约》中的措辞。同时，值得回顾的是，制定《公约》的结构时并非只考虑了强行法规范。

154. 关于拟议的结论草案，特别报告员感谢委员们提出的各种意见和修正建议，这些可在起草委员会讨论或反映在评注中。委员们普遍同意结论草案 10 至 13。结论草案 10 的前两段(一并解读)阐述了条约与强行法规范抵触的主要后果，

[1071] 同上，第 45 段。

即这种条约可能在缔结时无效，或因之后出现的强行法规范而无效。这两段都源于 1969 年《维也纳公约》。他同意一项提议，即基于他对结论草案 10 第 3 段的提议，拟订一条载有解释之通则的结论草案，该草案将适用于所有国际法渊源。相应的评注将阐明此通则应符合 1969 年《维也纳公约》的解释之通则。他还认同，善意是这种解释通则的核心基础，“尽可能”这个限定词就体现了这一点，而且可在评注中进一步解释。鉴于条约必须遵守原则，解释条约时要采用一致和融合的方法，况且在可能符合强行法的情况下，这种方法总是比条约失效更可取。

155. 如结论草案 11 第 1 段所反映的，条约与现行强行法规范抵触时，不可分割规则具有绝对性，一些委员对此表示关切，特别报告员赞同这种关切，但特别报告员认为，没有来自国家实践的一致的法律依据，就难以偏离 1969 年《维也纳公约》的规定。他不支持关于在结论草案 12 中提及《公约》第六十九条和第七十条的建议，因为这两条并不涉及强行法的具体后果。

156. 关于解决争端的建议程序的结论草案 14, 如果委员普遍同意，特别报告员并不反对插入源于 1969 年《维也纳公约》第六十五条的一个新段。但是，他质疑的是，违反强行法规范的后果取决于两个或两个以上国家通过谈判达成的协定，这种做法是否适当。他重申，结论草案 14 并不试图对任何国家施加任何规定，也不处理管辖权问题或立场，也没有淡化 1969 年《维也纳公约》缔约国具有法律约束力的义务。他同意扩大解决争端的备选办法，并将第二段改写为“不妨碍”条款。他进一步解释道，将结论草案 14 置于第一组结论草案结尾处并非尽量弱化解决争端程序的重要性，而是为了说明这种程序同涉及条约与强行法规范抵触的结论草案相关。

157. 一些委员对结论草案 15 第 1 段所依据的逻辑表示关切，为此特别报告员建议将该段改写为：“习惯国际法规则所依据的惯例如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则不会形成”。他还同意起草委员会在第 1 段中插入“不具有强行法性质”，以解决通过嗣后强制性规范来修改一项强制性规范的问题。关于第 3 段，他并不反对在以下两者之间建立联系：习惯国际法形成期间一贯反对的影响，以及一旦规范获得强行法地位后不再适用一贯反对。

158. 有委员坚持认为在结论草案 17 中专门提及安全理事会决议是恰当的，特别报告员同意这一点，因为鉴于安理会的独特权力和《联合国宪章》第 103 条的规定，关于强行法规范对国际组织行为的影响的讨论通常是在安全理事会决议的范围内进行。

159. 特别报告员反对在结论草案 18 中添加限定词“严重”，他指出，这在关于国家责任的条款中找不到依据，而且加入该词也未能适当反映强行法规范与普遍义务之间的关系。同时，他不反对在起草委员会审议期间考虑使结论草案 18 的案文与巴塞罗那电车公司案判决中的相关段落保持一致。[1072] 他还试图解释为何在结论草案 21 中省略限定词“严重”，他指出，暗示各国可以承认甚至协助“不严重”的违反强行法的行为，是不对的。

[1072] 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 32 页第 33 段。

160. 特别报告员也认同，结论草案 18 至 21 不仅适用于国家，也适用于国际组织。

161. 特别报告员承认，结论草案 22 和 23 不同于其他结论草案，因为它们涉及主要规则，而其余结论草案述及方法问题。他说这或许可以为不列入这些结论草案提供一个令人信服的理由。但是，他指出强行法规范对豁免的影响问题已在该专题提纲第 17 段中明确提到，该专题提纲是在决定将该专题列入委员会长期工作方案时编写的。[1073] 在委员会审议期间，没有人对这一问题提出任何异议，当时也没有会员国或委员会委员提议将豁免从该专题中排除。他和一些委员都指出，有大量的惯例支持这两项结论草案，而且委员会以前甚至基于更少的惯例通过了重要的结论草案。有人称列入这两项结论草案将导致委员会正在审议的其他专题无法达成一致意见，他认为这种论点无法令人信服。同样，他也不认同没有足够的惯例来支持结论草案 23。他指出，提到有关民事诉讼的案件，如国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，往往是为了证明一种观点，即对具有强行法性质的国际罪行的豁免没有例外，这些案件申明，在与刑事诉讼有关的案件中，它们不能作为例外的权威理由。虽然注意到这两项结论草案得到了委员会的广泛支持，但他指出，为了找到前进的方向，无论从实质性角度还是从委员会达成共识的角度而言，委员会不妨通过一项“不妨碍”条款来处理上述问题。在这方面，他建议起草委员会用一项“不妨碍”条款取代这两项结论草案，该条款的内容如下：“本结论草案不妨碍具体/个别/特定一般国际法强制性规范(强行法)的后果”。相应的评注将表明，属事豁免属于该条款所涉及的此类问题，并将以不具妨碍的方式起草。

162. 关于对将案文留在起草委员会、不编写评注的工作方法的意见，特别报告员指出，委员会先前已同意这种工作方法，以此作为一种折衷办法。他进一步回顾称，每年都在届会第二期审议该专题，没有足够的时间编写和通过评注。尽管如此，他承诺编写一套完整的评注，供委员会审议，但有一项谅解，即在 2019 年届会第一期会议审议该专题。

163. 最后，特别报告员向委员们保证，在编写第四次报告时，他将仔细考虑他们对未来工作的所有意见。他同意这方面的各种建议，例如列入参考书目，需要保持术语使用的一致性，以及项目中也应涵盖一般原则等。

[1073] 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，附件。

第九章
与武装冲突有关的环境保护

A. 导言

164. 国际法委员会第六十五届会议(2013 年)决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入工作方案，并任命玛丽·雅各布松女士为该专题特别报告员。[1074]

165. 从第六十六届会议(2014 年)至第六十八届会议(2016 年)，委员会收到并审议了三份报告。[1075] 在第六十六届会议(2014 年)上，委员会审议了特别报告员的初步报告。[1076] 在第六十七届会议(2015 年)上，委员会审议了特别报告员的第二次报告，[1077] 并注意到起草委员会暂时通过的导言部分规定草案和原则草案，起草委员会后来在第六十八届会议上出于技术原因对这些草案作了重新编号和修订。[1078] 因此，委员会在该届会议上暂时通过了原则草案 1、2、5、9 和 13 以及评注。[1079] 在同一届会议上，委员会还审议了特别报告员的第三次报告，[1080] 并注意到起草委员会暂时通过的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18, [1081] 未暂时通过任何评注。

166. 在第六十九届会议(2017 年)上，由于雅各布松女士已不再担任委员会委员，委员会设立了一个工作组，以考虑此专题今后的方向。[1082] 马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生担任工作组主席，尽管特别报告员雅各布松女士已不再担任委员会委员，但工作组收到了她编写的关于起草委员会第六十八届会议暂时通过的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18 的评注草案，委员会在同一届会议上注意到这些原则草案。工作组建议委员会为本专题任命一名新的特别报告员，以协助顺利完成关于本专题的工作。[1083] 在工作组主席作出口头报告后，委员会决定任命玛丽亚·莱赫托女士为特别报告员。[1084]

[1074] 委员会 2013 年 5 月 28 日第 3171 次会议做出了这一决定(见《2013 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 78 页，第 167 段)。本专题的大纲见《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件五。

[1075] A/CN.4/674 和 Corr.1(初步报告)、A/CN.4/685(第二次报告)以及 A/CN.4/700(第三次报告)号文件。

[1076] 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第十一章。

[1077] 同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第九章。

[1078] A/CN.4/L.870 和 A/CN.4/L.870/Rev.1 号文件。

[1079] 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 188 段。

[1080] 同上，第十章。

[1081] A/CN.4/L.876 号文件。

[1082] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 255 段。

[1083] 同上，第 260 段。

[1084] 同上，第 262 段。

B. 本届会议审议此专题的情况

167. 在本届会议上，委员会在第3390次会议上设立了一个工作组，由巴斯克斯－贝穆德斯先生担任主席，协助特别报告员编写原则草案4、6至8和14至18的评注草案。工作组于2018年5月3日和4日举行了两次会议。

168. 在2018年7月10日第3426次会议上，委员会暂时通过了经第六十八届会议上起草委员会暂时通过的原则草案4、6至8和14至18(见下文C.1节)。

169. 在同次会议上，委员会开始审议特别报告员玛丽亚·莱赫托女士的第一次报告(A/CN.4/720和Corr.1)。委员会在2018年7月11日至17日第3427至3431次会议上继续审议第一次报告。

170. 特别报告员在其第一份报告中阐述了占领局势下的环境保护。报告概述了占领法所指的保护环境，并讨论了占领法、国际人权法和国际环境法之间的互补性。特别报告员提出了将列入一个单独部分(第四部分)的关于在占领局势下的环境保护的三项原则草案。她还就这一专题今后的工作方案提出了一些建议。

171. 在2018年7月17日第3431次会议上，委员会将特别报告员第一次报告所载原则草案19至21提交起草委员会。[1085]

172. 在2018年7月26日第3436次会议上，起草委员会主席提交了起草委员会关于“与武装冲突有关的环境保护”的报告，其中载有起草委员会在第七十届会

[1085] 特别报告员第一次报告提出的原则草案如下：

“第四部分

原则草案 19

1. 占领国在管理被占领土过程中，包括在管理领土国有权行使主权权利的任何毗邻海域的过程中，应考虑到环境因素。

2. 占领国除非万不得已，否则应尊重被占领土的环境保护立法。

原则草案 20

占领国在管理被占领土的自然资源时应确保可持续利用自然资源，并将对环境的损害减少至最低限度。

原则草案 21

占领国应利用其所拥有的一切手段，确保被占领土内的活动不对另一国的环境或国家管辖范围以外的地区造成重大损害。”

议上暂时通过的原则草案 19、20 和 21(A/CN.4/L.911)。[1086] 该报告可在委员会网站上查阅。[1087] 委员会注意到起草委员会提交的原则草案。预期委员会将在下届会议上就原则草案及其评注采取行动。

173. 在 2018 年 8 月 9 日举行的第 3451 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的原则草案的评注(见下文 C.2 节)。

1. 特别报告员介绍其第一次报告

174. 特别报告员回顾了该专题的背景，指出委员会已根据其前任提交的三份报告对该专题进行过积极审议。她还强调了各国对这一专题的持续兴趣，以及与联合国环境规划署和红十字国际委员会协商的重要性。她的第一份报告以以前的报告为基础，没有提出新的方法，力求确保与迄今完成的工作保持一致。报告就委员会确定供进一步审议的一个问题提出了三项新的原则草案，即占领局势下的环境保护。特别报告员重申了这一专题的时间范围，涵盖整个冲突周期，并为审查武装冲突法、国际人权法和国际环境法留出了空间。

175. 占领法是一个独特的法律体系，其主要依据是 1907 年《海牙章程》和 1949 年《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)。虽然这些文书只提供了对环境的间接保护，但“公民生活”和“用益权”等相关概念易于演进式解释。此外，必须结合占领的情形，特别是其稳定性和持续时间来解释占领法。特别报告员回顾说，一般而言，管理被占领土应该是为了被占领人民的利益，而不是占领国的利益。

[1086] 起草委员会暂时通过的案文如下：

“第四部分
在占领局势下适用的原则

原则草案 19
占领方的一般义务

1. 占领方应按照适用的国际法尊重和保护被占领土的环境，并应在管理此种领土时将环境因素纳入考虑。

2. 占领方应采取适当措施，防止对被占领土的环境造成可能有损被占领土居民健康和福利的重大损害。

3. 占领方应尊重被占领土关于环境保护的法律和制度，并仅可在武装冲突法规定的限制内予以改动。

原则草案 20
自然资源的可持续利用

在占领方为了被占领土居民的利益和出于武装冲突法规定的其他合法目的而获准管理和利用被占领土内自然资源的情形下，其管理和利用方式应确保这些自然资源的可持续利用，并将对环境的损害减少至最低限度。

原则草案 21
应尽职责

占领方应履行应尽职责，确保被占领土内的活动不对被占领土以外地区的环境造成重大损害。”

[1087] 该报告和起草委员会主席的相应声明可查阅国际法委员会工作分析指南：http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml。

176. 报告讨论了国际人权法、国际环境法和作为特别法的占领法之间的关系。国际判例证实，人权法与占领法同时适用，而义务的确切内容取决于占领的性质和持续时间。报告侧重阐述健康权，作为人权法如何可在占领情况下促进环境保护的一个例子。习惯环境法和协议环境法在占领局势中也发挥作用，特别是在跨界问题或全球问题方面。特别报告员强调，这种环境义务保护集体利益，应由比武装冲突或占领所涉国家范围更广的一些国家承担。

177. 报告载有关于三项新的原则草案的建议。特别报告员建议将这些问题列入新的第四部分，因为它们可能与武装冲突以及冲突后阶段有关，这取决于占领的性质。

178. 原则草案 19 将占领国保护环境的义务列入维护被占领人民福祉的一般义务。特别报告员在介绍报告时建议重新拟订第 1 段的案文，该段案文得到了国际人权法和国际法院和法庭判例的支持。相关义务涵盖陆地领土以及毗邻海域和上方空域。第 2 段重申，占领国除非万不得已，否则应尊重被占领土的环境保护立法。

179. 原则草案 20 以 1907 年《海牙章程》第五十五条中的用益权原则为基础，同时也借鉴了可持续利用原则作为相对应的现代概念。该原则规定，占领国在开发利用不可再生资源时应谨慎行事，并以确保长期使用和再生能力的方式开发利用可再生资源。这项原则的实际应用将取决于占领的性质和持续时间。原则草案 20 的措辞以国际法协会通过的《柏林水资源规则》第 54 条第 1 款为基础。[1088]

180. 原则草案 21 纳入了不对另一国的环境造成损害的原则。不损害原则是国际环境法的一项核心原则，适用于占领局势，这一点已在国际判例和委员会以前的工作中得到确认。措辞源自国际法院对乌拉圭河纸浆厂案的判决。[1089] “其所拥有的”一语特别为根据当时的情况灵活处理留出了空间。

181. 特别报告员进一步解释说，第一部分和第二部分的各项原则适用于占领局势，建议在第三部分所载的原则草案 15 至 18 的评注中澄清，这些原则也与占领局势有关。

182. 关于今后的工作，特别报告员表示打算在下一次报告中讨论某些与非国际性武装冲突中保护环境有关的问题、与武装冲突有关的环境损害所涉责任和赔偿责任有关的问题以及与合并一整套原则草案有关的问题。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

183. 委员们支持沿用前任特别报告员采用的方法，特别是采用分时段办法处理这一专题。同时，有人重申，严格的时间划分可能不总是可行的。若干委员同意特别报告员的意见，即委员会不应寻求改变与占领有关的国际人道主义法，而应填补与环境保护有关的空白。

[1088] 《水资源平等使用及可持续开发柏林规则》(国际法协会，第七十一届会议报告，柏林，2004 年 8 月 16 日至 21 日，伦敦，2004 年，第 334 页起，见第 397 页。)

[1089] 乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页。

184. 一些委员支持增加一个单独的第四部分，专门阐述占领问题。另一些委员坚持认为占领完全属于武装冲突阶段(第二部分)，还有一些委员坚持认为占领与武装冲突后阶段(第三部分)有关。几位委员支持特别报告员提出的关于将委员会已经暂时通过的某些原则草案的适用范围扩大到占领局势的建议，并指出应在评注中予以说明。一些委员建议，在一项单独的原则草案中说明，第一、第二和第三部分的原则草案比照适用于占领局势。

185. 一些委员认为，该报告几乎没有提出支持其结论的国家惯例，而另一些委员则要求纳入更多不同区域的国家惯例。一些委员要求在评注或原则草案案文中对占领概念作出定义。另一些委员认为没有必要提供定义，同时他们承认占领局势在性质和持续时间上可能各不相同。一些委员还建议考虑占领合法还是非法，不将占领法适用于非法使用武力造成的局势。

186. 一些委员建议在原则草案或评注中阐述占领法对国际组织的适用性问题。一些委员建议国际组织可以行使类似占领方的职能，但其他委员对这一建议提出质疑。一些委员指出，国际组织对某一领土的国际管理在性质上与交战占领大不相同。

187. 几位委员建议用相关条约中使用的更笼统的术语“占领方”取代“占领国”。

188. 几位委员指出，虽然武装冲突法早于国际环境法，但对前者进行解释必须纳入后者的内容。其他委员不赞成对武装冲突法进行演变式解释。

189. 委员们指出，占领法是武装冲突法的一个子集，它只向环境提供“间接”保护。委员们普遍同意，国际人权法和国际环境法继续适用于占领局势，同时应考虑到武装冲突法的特殊性。一些委员认为，如果根据占领局势有必要的话，国际人道主义法作为特别法可以使这些法律无效。其他委员认为，在占领局势下，军事必要性并非凌驾于国际人权法和国际环境法义务之上，而是必须与国际人权法和国际环境法义务相平衡。

190. 几位委员强调，国际人权法和国际环境法的适用取决于占领的类型、性质和持续时间。在这方面，一些委员建议区分不同形式的占领，例如“交战”或“军事”占领和“和平”或“长期”占领，或“殖民”占领。其他委员指出，报告的重点是交战占领，因此在此背景下没有必要进行这种区分。

191. 一些委员对特别报告员在占领局势下保护财产权与保护环境之间建立关联表示质疑。有人指出，对公共或私人财产的损害不一定可与对环境的损害相提并论。另一些委员认为，保护环境已成为现代国家的一项核心任务，“用益权”概念可在当前的法律背景下加以解释，以涵盖环境考虑。

192. 若干委员还指出，虽然报告的很大一部分涉及国际人权法，但特别报告员没有在此基础上提出一项原则草案。几位委员建议增加一项新的原则草案或一个新的段落，阐述国际人权法的相关性，但另一些委员对该建议表示怀疑，认为它超出了本专题的范围。

193. 几位委员虽然同意健康权与环境保护相关，但鼓励特别报告员扩大分析范围，将生命权、水权和食物权等其他人权纳入其中。有人建议把重点放在特别脆弱的人群上。

(b) 关于原则草案 19 的评论

194. 委员们普遍表示支持特别报告员在介绍报告时对原则草案 19 第 1 段所作的口头订正，但一些委员要求对拟议措辞作进一步澄清。具体而言，几位委员要求澄清某些术语；包括“一般义务”、“环境因素”和“管理”，或重新考虑使用“领土国”和“主权权利”这两个词。

195. 一些委员质疑提及被占领土的海域和空域。其他委员认为，该权力仅限于占领国建立权力和行使有效控制的地区。

196. 关于第 2 段，委员们支持特别报告员的立场，即占领国有尊重被占领土环境保护立法的一般义务。若干委员认为，占领方在修改环境法律方面享有的自由度比第 2 段的措辞所允许的更大，特别是在加强对人口的保护方面。有一种意见认为，在这种情况下，必须征求当地居民的意见。

197. 有人建议，除了国内法律之外，占领国还应尊重被占领土负有的环境保护方面的国际义务。还有人认为，占领国还受自身根据国际法应承担的义务的约束。

198. 有人就原则草案 19 提出了一些起草建议，包括在该原则草案中增加一段，以反映国际人权法的作用。

(c) 关于原则草案 20 的评论

199. 关于原则草案 20, 一些委员支持“可持续利用”一词，但有一种意见认为，该词应加以澄清。其他委员认为，可持续利用原则是一项政策目标，而不是一项法律义务，并对将该原则适用于占领局势提出质疑。一些委员还质疑与用益权概念的关联，并询问这一概念如何适用于不同类别的财产，包括私有财产、公共物品和自然资源。其他委员强调，占领国应考虑自然资源管理和开发利用的可持续性。

200. 在这方面，若干委员强调了对自然资源的永久主权原则和人民自决原则对于原则草案的重要性，而其他委员质疑这些原则的相关性。

201. 委员们强调，占领方的行动应当是为了被占领人民的利益，而不是为了自己的利益。有人建议扩大这项原则，使其更广泛地适用于被占领国的经济和社会发展。

202. 一些委员还质疑“将环境损害减少至最低限度”一语，有一种意见认为“防止”一词更合适。有一种意见认为，在占领局势下，重点是根据第三部分所载各项原则草案消除和修复环境损害，而不是管理自然资源。

203. 对原则草案 20 提出了一些起草建议。

(d) 关于原则草案 21 的评论

204. 委员们普遍表示支持在原则草案 21 中纳入不损害或应尽职责原则，但有一种意见认为该原则不应被纳入本项目。有人建议在其中列入合作防止、减少和控制跨界环境污染的义务。

205. 会上提出了一些起草建议或澄清说明，包括关于“其所拥有的一切手段”、“重大损害”和“国家管辖范围以外的地区”等短语的建议或说明。还有人建议，不损害原则的范围应延伸至占领以外的武装冲突局势。

(e) 今后的工作

206. 有人表示支持特别报告员关于这一专题今后工作的建议。有人建议特别报告员在下一次报告中讨论原则草案在多大程度上适用于非国际性武装冲突、强制执法措施、环境损害赔偿以及责任和赔偿责任问题。还鼓励特别报告员澄清非国家行为体的作用和义务。有人建议详细说明预防原则和“污染者付费”原则与本专题的相关性，但也有人反对这项建议。

207. 还有人表示支持在2019年完成关于该专题的一读，但有人指出这一目标要求过高。

3. 特别报告员的总结

208. 关于占领法对国际组织的适用性，特别报告员指出，此类法律可能与领土管理有关，特别是与联合国特派团有关，条件是它们需要对一块领土行使的职能和权力类似于武装冲突法下占领国的职能和权力。特别报告员指出，即使考虑到占领法可以补充安全理事会相关决议中规定的任务，也很少有为此目的诉诸占领法的实际做法。这仍然是一种理论上的可能性，这个问题还不够成熟，不应在原则草案中予以阐述。特别报告员建议将原则草案中的“占领国”改为“占领方”。这可以为这方面的进一步发展保留可能性。

209. 特别报告员强调，现在已经不太重视交战占领和和平占领之间的区别，原则草案7和8已经基本涵盖了基于协定的武装部队的驻扎。她重申，报告和原则草案的重点是交战占领或军事占领。此外，特别报告员认为，不需要区分不同形式的占领，因为武装冲突法没有区分不同类型的占领。同时，特别报告员指出，占领国根据占领法承担的义务在一定程度上取决于当时的情况，因此在执行时承认一定的灵活性。

210. 关于不同领域的国际法之间的相互作用，特别报告员指出，占领法作为特别法的要求，以及具体的实际局势，影响着国际人权法和国际环境法等其他领域的国际法可在多大程度上补充武装冲突法。正如国际法院的判例所表明的那样，这并不意味着人道主义原则、人权和环境考虑因素可以被忽视。因此，问题不是某些和平时期规则是否适用于武装冲突或占领局势，而是这些规则如何适用。

211. 关于占领合法还是非法这一一般性问题，特别报告员指出，无论冲突的原因如何，只要符合武装冲突的标准，武装冲突法就适用。她强调，从国际人道主义法的角度来看，占领法同样适用于所有占领，无论这些占领是否是在诉诸战争权范围内合法使用武力的结果。

212. 特别报告员指出，尽管第一次报告以健康权为重点，但从环境保护的角度来看，其他人权也是相关的。她认为，评注中论述这些权利可能会有所帮助。特别报告员建议在评注中澄清第一次报告中的拟议原则草案与委员会已经通过的原则草案之间的关系。

213. 特别报告员指出，她在导言中提出的重新表述得到了普遍支持。她补充说，“一般义务”一词是参照《海牙章程》第四十三条使用的，该条规定了占领

国恢复和维持公共秩序和公民生活的义务。解释这种义务时必须参考当前情况，包括环境问题作为所有国家根本利益的重要性，并考虑到国际人权法的发展。她还指出，如原则草案 11 的评注所示，“环境因素”一词视具体情况而定，并不断演变。特别报告员还表示，关于原则草案 19 第 1 段关于领土范围的部分可以在评注中阐述。关于原则草案 19 第 2 段，特别报告员承认，除了提及被占领国的立法之外，提及被占领国的国际义务也是有益的。最后，特别报告员表示同意几位委员的建议，即列入一项与占领国的人权义务有关的规定。

214. 关于原则草案 20, 特别报告员指出，第一个问题涉及对占领方管理和利用被占领土资源的权利的限制。在这方面，她表示，关于在原则草案或评注中添加类似国际法学会《关于使用武力的布鲁日宣言》[1090] 的措辞的建议可能有所帮助。她补充说，应考虑到对自然资源的永久主权原则。关于“将对环境的损害减少至最低限度”的提法，特别报告员强调，如原则草案 2 所示，原则草案的宗旨是“通过将武装冲突期间对环境损害减少至最低限度的预防措施”，加强“与武装冲突有关的环境保护”。此外，特别报告员回顾说，原则 20 草案以《海牙章程》第五十五条为基础，该条作为习惯国际法具有约束力，应被解释为包含环境方面。此外，可持续性概念，特别是在可持续利用自然资源背景下，已经得到明确确立，大会通过《2030 年可持续发展议程》和 17 个可持续发展目标[1091] 即体现了这一点。

215. 特别报告员指出，原则草案 21 获得了广泛同意。除了目前的措词之外，两种备选案文得到了支持，一种来自国际法院关于*使用或威胁使用核武器的合法性*的咨询意见，[1092] 另一种来自委员会“预防危险活动的跨界损害条款草案”。[1093]

216. 关于这一专题的今后工作，特别报告员澄清说，她打算在这一专题的背景下阐述非国际武装冲突以及责任和赔偿责任问题，而不是全面地说明这两个领域。她指出，鉴于习惯国际法的发展趋势是逐渐淡化国际与非国际武装冲突之间区别，明确将原则草案限制在一种类型的武装冲突是不可取的。这也符合委员会迄今为止在这一专题上采取的办法。

C. 委员会迄今为止暂时通过的与武装冲突有关的环境保护原则草案案文

1. 原则草案案文

217. 委员会迄今为止暂时通过的原则草案案文载录如下。

[1090] 国际法学会，《年鉴》，第 70 卷，第二部分，布鲁日会议(2003 年)，第 285 页起；可查阅 www.idi-iil.org, Declarations。

[1091] 大会 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议。

[1092] *使用或威胁使用核武器的合法性*，咨询意见，《1996 年国际法院判例汇编》，第 226 页。

[1093] 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 146 页起。

与武装冲突有关的环境保护

原则 1
范围

本原则草案适用于武装冲突之前、期间和之后的环境*保护。

原则 2
宗旨

本原则草案旨在通过将武装冲突期间对环境损害减少至最低限度的预防措施以及通过补救措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

[……]

第一部分
一般原则

原则 4
加强环境保护的措施

1. 各国应依照国际法规定的义务，采取有效的立法、行政、司法或其他措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

2. 此外，各国应当酌情采取进一步措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

原则 5 [一-(十)]
指定受保护区

国家应当以协议或其他方式，指定具有重大环境和文化意义的区域为受保护区。

原则 6
保护土著人民的环境

1. 各国应当采取适当措施，在发生武装冲突时保护土著人民所居住领土的环境。

2. 如武装冲突对土著人民所居住领土的环境造成有害影响，各国应当在冲突结束后借助适当程序，特别是通过土著人民自身的代表机构，同有关土著人民开展有效的协商与合作，以便采取补救措施。

原则 7
与武装冲突有关的驻军协议

各国和国际组织应当酌情将环境保护条款纳入与武装冲突有关的驻军协议。此种条款可包括预防措施、影响评估、恢复和清理措施。

* 以后再研究全部或部分原则草案使用“环境”还是“自然环境”更合适。

原则 8
和平行动

各国和国际组织参加与武装冲突有关的和平行动，应考虑这些行动对环境的影响，并采取适当措施，防止、减轻和补救其负面的环境后果。

第二部分
武装冲突期间适用的原则

原则 9[二-1]
武装冲突期间对自然环境的总体保护

1. 应按照适用的国际法，特别是武装冲突法，尊重和保护自然环境。

2. 应注意保护自然环境免遭广泛、长期和严重的损害。

3. 除非自然环境成为军事目标，否则任何一部分都不得受到攻击。

原则 10[二-2]
对自然环境适用武装冲突法

应对自然环境适用武装冲突法，包括关于区分、相称性、军事必要性和攻击中采取预防措施的原则和规则，以期保护环境。

原则 11[二-3]
环境因素

适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

原则 12[二-4]
禁止报复

禁止作为报复而对自然环境进行攻击。

原则 13[二-5]
受保护区

以协议指定为受保护区的具有重大环境和文化意义的地区，只要不包含军事目标，应保护其不受任何攻击。

第三部分
武装冲突后适用的原则

原则 14
和平进程

1. 武装冲突各方应当作为和平进程的一部分，处理与遭冲突损害的环境的恢复和保护有关的问题，包括酌情在和平协议中处理此事。

2. 有关国际组织应当酌情在这方面发挥协助作用。

原则 15
武装冲突后的环境评估与补救措施

鼓励包括国际组织在内的有关行为方在武装冲突后的环境评估与补救措施方面开展合作。

原则 16
战争遗留物

1. 武装冲突后，冲突各方应争取消除其管辖或控制下造成或可能造成环境破坏的有毒和危险的战争遗留物，或使之无害。应根据适用的国际法规则采取此类措施。

2. 各方还应争取相互并酌情同他国和国际组织就技术与物资援助达成协议，包括在适当情况下开展联合行动，消除这种有毒和危险的战争遗留物或使之无害。

3. 第 1 和第 2 段不妨碍国际法规定的任何清除、移除、销毁或维护雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置之权利和义务。

原则 17
海上战争遗留物

各国和有关国际组织应当开展合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。

原则 18
共享与准许获取信息

1. 为便利武装冲突后采取补救措施，各国和有关国际组织应按国际法规定的义务，共享并准许获取相关信息。

2. 本原则草案中并无任何内容要求一国或国际组织必须共享和准许获取对其国防或安全至关重要的信息。但国家或国际组织应诚意合作，根据具体情况提供尽可能多的信息。

2. 委员会第七十届会议暂时通过的原则草案及其评注案文

218. 委员会第七十届会议暂时通过的原则草案及其评注案文载录如下。

与武装冲突有关的环境保护

原则 4
加强环境保护的措施

1. 各国应依照国际法规定的义务，采取有效的立法、行政、司法和其他措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

2. 此外，各国应当酌情采取进一步措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

评注

(1) 原则草案 4 确认，各国须采取有效措施，加强与武装冲突有关的环境保护。第 1 段回顾了国际法规定的义务，第 2 段鼓励各国自愿采取进一步措施。这两段中均包含的“加强环境保护”一语与本套原则草案的目的相对应。同样，两段中“与武装冲突有关的”一语是为了强调环境保护与武装冲突的关系。

(2) 第 1 段反映出各国根据国际法有义务加强与武装冲突有关的环境保护，并述及各国为此须采取的措施。这项义务通过“应”字来体现。该款有一个限定语“依照国际法规定的义务”，表明该款不要求各国采取超出其现有义务范围的措施。一国根据该规定承担的特定义务将有所不同，具体取决于其受国际法下的哪些相关义务约束。

(3) 因此，第 1 段措辞笼统，以涵盖各种措施。该款列出了各国可采取的措施类型，即“立法、行政、司法和其他措施”。如“其他措施”这一开放性类别所示，这些例子并不是详尽无遗的。事实上，它们是为了强调各国应采取的最相关的措施类型。

(4) 武装冲突法对直接或间接为加强与武装冲突有关的环境保护这一目标做出贡献的国家规定了一些义务。但“国际法的规定”这一概念的范围更广，还涵盖与武装冲突之前、期间或之后的环境保护有关的其他相关条约义务或习惯义务，无论这些义务是源于国际环境法、人权法还是其他法律领域。

(5) 就武装冲突法而言，向武装部队并尽可能向平民等各方传播武装冲突法的义务有助于保护环境。[1094] 这方面的一个相关条款是《第一附加议定书》第八十三条，其中规定缔约方有义务向其部队传播第三十五条和第五十五条[1095] 等条

[1094] 《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》(《第一公约》) (1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页，第四十七条；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》(《第二公约》) (1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 971 号，第 85 页，第四十八条；《关于战俘待遇的日内瓦公约》(《第三公约》) (1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 972 号，第 135 页，第一百二十七条；《关于战时保护平民的日内瓦公约》(《第四公约》) (1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 973 号，第 287 页，第一百四十四条；《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》)，(1977 年 6 月 8 日，日内瓦)，同上，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页，第八十三条；《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第二附加议定书) (1977 年 6 月 8 日，日内瓦)，同上，第 17513 号，第 609 页，第十九条；《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于采纳一个新增特殊标志的附加议定书》(第三附加议定书)(2005 年 12 月 8 日，日内瓦)，同上，第 2404 卷，第 43425 号，第 261 页，第七条；以及《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(1980 年 10 月 10 日，日内瓦)，同上，第 1342 卷，第 22495 号，第 137 页，第六条。另见 J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, vol. I (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), rule 143, pp. 505-508。

[1095] 《第一附加议定书》第三十五条规定：

“一、在任何武装冲突中，冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。

二、禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射体和物质及作战方法。

三、禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段。”

第五十五条规定：

“一、在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段。

二、作为报复对自然环境的攻击，是禁止的。”

款。这项义务还可与日内瓦公约四公约共同的第一条相联系，在该条中，缔约国承诺在所有情况下尊重和确保尊重这些公约。[1096] 可通过将有关信息纳入军事手册来进行这种传播，[1097] 如红十字国际委员会(红十字委员会)《关于武装冲突中的环境保护的军事手册和指南准则》所鼓励的那样。[1098]

(6) 共同的第一条还被解释为要求各国在有能力时发挥影响力，防止和制止武装冲突各方违反日内瓦四公约的行为。[1099] 就保护环境而言，举例来说，这可能涉及分享某些类型武器对自然环境造成的损害性质方面的科学专业知识，或就如何保护具有特殊生态重要性或脆弱性的地区提出技术建议。

(7) 《第一附加议定书》第三十六条还规定了进行“武器审查”的进一步义务。根据这项规定，缔约方有义务断定，在某些或所有情况下，新武器的使用是否为《第一附加议定书》或适用的任何其他国际法规则所禁止。[1100] 值得注意的是，这项义务涵盖一切作战手段或方法的研究、发展、取得或采用：包括武器及其使用方式。[1101] 根据红十字委员会关于各项附加议定书的评注，第三十六条“意味着为阐明合法性问题而建立内部程序的义务”。一些国家，包括非《第一附加议定书》缔约国在内，已经建立了这种程序。[1102]

(8) 开展“武器审查”的义务对《第一附加议定书》的所有缔约国都有约束力。“任何其他国际法规则”一语表明，该义务不仅仅在于研究某种武器的使用是否会违反武装冲突法。这意味着首先要审查新的武器、作战手段或方法的使用在某些或所有情况下是否为《第一附加议定书》，包括第三十五条和第五十五条所禁止，这两条与环境保护直接相关。其次，有必要超出《第一附加议定书》的范围，分析武装冲突法、无论是条约法还是习惯法的任何其他规则或任何其他国

1096 《日内瓦第一公约》第一条；《日内瓦第二公约》第一条；《日内瓦第三公约》第一条；《日内瓦第四公约》第一条。

1097 在军事手册中纳入这些规定的国家有：阿根廷、澳大利亚、比利时、贝宁、布隆迪、加拿大、中非共和国、乍得、哥伦比亚、科特迪瓦、法国、德国、意大利、肯尼亚、荷兰、新西兰、秘鲁、俄罗斯联邦、南非、西班牙、瑞典、瑞士、多哥、乌克兰、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。相关信息见 https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45 (2018 年 5 月 7 日访问)。

1098 《关于武装冲突中的环境保护的军事手册和指南准则》(A/49/323, 附件)的准则 17 指出：“各国应传播这些规则，各自在其国内广为宣传，并将这些规则编入其军事和民事教学方案中”。

1099 见红十字委员会 2016 年关于《日内瓦第一公约》第一条的评注(2016 年)。红十字委员会关于习惯国际法的研究提供了较广义的解释，根据这一解释，尊重和确保尊重的义务不限于日内瓦四公约，而是指对某一特定国家具有约束力的整个国际人道主义法(J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), p. 495, rule 139)。

1100 《第一附加议定书》，第三十六条。

1101 C. Pilloud and J. Pictet, “Article 35: Basic rules”, *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmerman, eds. (Geneva, Martinus Nijhoff, 1987), p. 398, para. 1402。关于“第三十六条：新武器”的评注在第 425 页第 1472 段作为对手段和方法的解释提到本节。

1102 已知建立审查武器合法性的国家机制并向红十字委员会提供设立这些机制的文书的国家有：澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、德国、荷兰、挪威、瑞典、联合王国和美国。另一些国家向红十字委员会表示它们根据国防部的指令进行审查，但尚未提供这些指令。2017 年 12 月 31 日从红十字委员会收到的资料。

际法领域是否可能禁止使用新的武器、作战手段或方法。这种审查将包括考虑到任何适用的国际环境法和人权义务。[1103]

(9) 虽然《第一附加议定书》仅适用于国际性武装冲突，但第三十六条规定的武器审查也可促进在非国际性武装冲突中遵守法律。此外，习惯国际法禁止使用本质上具有滥杀滥伤作用的武器，以及会造成过分伤害或不必要痛苦的作战手段或方法。[1104] 这些规则不限于国际性武装冲突。[1105] 因此，应根据所有适用的国际法，包括有关非国际性武装冲突的法律，审查新的武器和作战方法，特别是在保护平民和区分原则方面。不使用本质上具有滥杀滥伤作用的武器、作战手段或方法的义务在非国际性武装冲突中具有保护环境的间接作用。另外，必须遵守禁止可能造成严重环境损害的某些武器(如生物和化学武器)的特殊条约规定。

(10) 各国还有义务有效行使管辖权，起诉涉嫌犯下与武装冲突中的环境保护有关、严重违反日内瓦四公约的某些战争罪行的人。[1106] 严重违反的例子包括故意造成重大痛苦或对身体或健康的严重伤害，以及广泛破坏和占用财产，这些行为并非出于军事必要性，而是肆意和非法的，对它们的禁止可为自然环境的某些组成部分提供间接保护。

(11) 另一项基于条约的义务是各国应记录地雷埋设情况，以便于今后清除地雷。[1107]

(12) 原则草案第 2 段涉及进一步加强与武装冲突有关的环境保护的自愿措施。因此，该段的规定性比第 1 段要弱，使用了“应当”一词来反映这种差异。“此外”和“进一步措施”这两个短语都表明，该段超出了第 1 段述及的各国应依照国际法规定的义务采取的措施范围。与第 1 段所述措施一样，各国采取的措施可

[1103] 瑞典、瑞士和联合王国等一些国家认为有必要在审查军事武器时考虑到国际人权法，因为军事人员可能在某些情况下(例如维和特派团)使用武器履行执法任务。进一步的评论，见 S. Casey- Maslen, N. Corney and A. Dymond-Bass, “The review of weapons under international humanitarian law and human rights law”, *Weapons under International Human Rights Law*, Casey-Maslen, ed. (Cambridge University Press, Cambridge, 2014)。

[1104] Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, rules 70 and 71, pp. 237–250.

[1105] 由于习惯法规定不得将平民作为攻击目标，因此在非国际性武装冲突中也禁止本质上具有滥杀滥伤作用的武器。适用于非国际性武装冲突的一些军事手册，例如澳大利亚、哥伦比亚、厄瓜多尔、德国、尼日利亚和大韩民国的军事手册也规定禁止本质上具有滥杀滥伤作用的武器。可查阅 https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule71#Fn_1_19 (2018 年 5 月 8 日访问)。

[1106] 《日内瓦第一公约》第四十九条；《日内瓦第二公约》第五十条；《日内瓦第三公约》第一百二十九条；《日内瓦第四公约》第一百四十六条。

[1107] 例如见《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附的经 1996 年 5 月 3 日修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的第二号议定书》(《经 1996 年 5 月 3 日修正后的第二号议定书》) (1996 年 5 月 3 日，日内瓦)(下称“《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》”)，联合国，《条约汇编》，第 2048 卷，第 22495 号，第 93 页。

具有立法、司法、行政或其他性质。此外还可包括在武装冲突情况下为自然环境提供额外保护的特别协定。[1108]

(13) 除了鼓励各国采取超出其现有国际法义务范围的自愿措施来加强与武装冲突有关的环境保护外，该段还反映了各国在这方面实践的最新发展情况。[1109] 关于各国如何继续这种发展，一个例子是在其军事手册中规定更加明确的环境保护准则。[1110] 例如，这些准则的目的可以是确保对参与和平行动的军事人员进行关于该行动环境方面和开展环境评估的培训。[1111] 各国应当采取的其他措施可酌情以加强与其他国家和有关国际组织的合作为目的。

(14) 第 2 段旨在反映和鼓励的总体发展还以国际组织的实践为基础。这种实践的一个例子是旨在作为一个可持续环境管理方案的联合国“绿动蓝盔”倡议。[1112] 另一个例子是联合国维持和平行动部和外勤支助部制定的联合环境政策。该政策包含开展环境基线研究和遵守一些多边环境协定的义务。其中提到以各种条约和文书，包括《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)[1113]、《世界自然宪章》[1114]、《濒危野生动植物种国际贸易公约》[1115]、《生物多样性公约》[1116]和《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》(《拉姆萨尔公约》)[1117]作为特派团制定其环境目标和程序时应当考虑的标准。[1118]

[1108] 关于特别协定，见《日内瓦第一公约》第六条、《日内瓦第二公约》第六条、《日内瓦第三公约》第六条、《日内瓦第四公约》第七条。另见日内瓦四公约共同的第三条。

[1109] 例如见斯洛文尼亚，《斯洛文尼亚武装部队服役规则》，第 210 项；巴拉圭国防委员会，*Política de Defensa Nacional de la Republica de Paraguay* [巴拉圭共和国国防政策]，1999 年 10 月 7 日，第 I (A)段；以及荷兰，2016 年 4 月 20 日荷兰常驻联合国代表团致秘书处的普通照会，第 5 段。另见以下国家向第六委员会提供的资料：克罗地亚(A/C.6/70/SR.24, 第 89 段)，古巴(同上，第 10 段)，捷克共和国(同上，第 45 段)，新西兰(A/C.6/70/SR.25, 第 102 段)和帕劳(同上，第 27 段)。

[1110] 已经这样做的国家包括澳大利亚、布隆迪、喀麦隆、科特迪瓦、荷兰、大韩民国、瑞士、乌克兰、联合王国和美国。可查阅 https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule44 (2018 年 5 月 8 日访问)。更多的例子见 A/CN.4/685, 第 69-76 段和 A/CN.4/700, 第 52 段。

[1111] 见联合国环境规划署(环境署)网站上关于危机后环境恢复的信息，可查阅 www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery。

[1112] 环境署，《绿动蓝盔：环境、自然资源和联合国维持和平行动》(2012 年，内罗毕)。

[1113] 《联合国人类环境会议报告》(A/CONF.48/14/Rev.1；联合国出版物，出售品编号：E.73.II.A.14)，第一章。

[1114] 大会 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议，附件。

[1115] 1975 年 3 月 3 日在华盛顿开放供签署，联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14537 号，第 243 页。

[1116] 《生物多样性公约》(1992 年 6 月 5 日，里约热内卢)，联合国，《条约汇编》，第 1760 卷，第 30619 号，第 79 页。

[1117] 1971 年 2 月 2 日，拉姆萨尔，联合国，《条约汇编》，第 994 卷，第 14583 号，第 245 页。

[1118] 联合国维持和平行动部和外勤支助部，“联合国外地特派团环境准则”，2009 年 7 月 24 日。另见外勤支助部网站，可查阅 https://fieldsupport.un.org/en/environment。

原则 6
保护土著人民的环境

1. 各国应当采取适当措施，在发生武装冲突时保护土著人民所居住领土的环境。

2. 如武装冲突对土著人民所居住领土的环境造成有害影响，各国应当在冲突结束后借助适当程序，特别是通过土著人民自身的代表机构，同有关土著人民开展有效的协商与合作，以便采取补救措施。

评注

(1) 原则草案 6 认识到，由于土著人民与其环境之间的特殊关系，各国应当采取适当措施，在武装冲突中保护这种环境。该原则进一步认识到，如武装冲突对土著人民领土的环境造成有害影响，各国应当尝试采取补救措施。鉴于土著人民与其环境之间的特殊关系，采取这些措施时应当通过土著人民自身的领导机构和代表机构与之进行协商与合作，从而尊重这种关系。

(2) 土著人民与其环境之间的特殊关系在国际文书，如国际劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)和《联合国土著人民权利宣言》[1119] 以及各国的实践和国际性法院和法庭的判例中得到承认、保护和支持。为此，土著人民的土地被认为“对他们作为人民的集体实际生存和文化生存具有根本重要性”。[1120]

(3) 第 1 段特别基于《联合国土著人民权利宣言》第 29 条第 1 款，其中指出土著人民有权“养护和保护其土地或领土和资源的环境和生产能力”，[1121] 以及劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)第七条第 4 款，该条确认“各政府应与有关民族合作，采取措施保护并保持他们居住领土的环境”。

[1119] 见国际劳工组织(劳工组织)，《关于独立国家土著和其他部落人民的公约》(1989 年 6 月 27 日，日内瓦)(1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号))，该公约修订了 1957 年《土著和部落人口公约》(第 107 号)；《联合国土著人民权利宣言》，大会 2007 年 9 月 13 日第 61/295 号决议，附件，第 26 条。土著人民权利问题特别报告员和人权与环境问题特别报告员(前人权与环境问题独立专家)的报告概述了土著人民在环境和自然资源方面的权利的落实情况(例如，分别见 A/HRC/15/37 和 A/HRC/4/32)。

[1120] 例如见里奥内格罗屠杀诉危地马拉案，在该案中，美洲人权法院确认“土著社区成员的文化符合他们在世界中特有的存在、观察和行动方式，并系在他们同其传统土地和自然资源的密切关系基础上构成，不仅因为传统土地和自然资源是他们主要的生存手段，而且因为这些土地和自然资源是他们的世界观和宗教信仰的组成部分，因此，也是他们的文化特性的组成部分”。里奥内格罗屠杀诉危地马拉案，判决(初步反对意见，实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 250 号案件，2012 年 9 月 4 日，第 177 段，脚注 266。参照 Yakye Axa 土著社区诉巴拉圭案，判决(实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 125 号案件，2005 年 6 月 17 日，第 135 段，以及 Chitay Nech 等人诉危地马拉案，判决(初步反对意见，实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 212 号案件，2010 年 5 月 25 日，第 147 段，脚注 160。

[1121] 另见 2016 年 6 月 15 日通过的《美洲土著人民权利宣言》，美洲国家组织，大会，《第四十六届常会报告，2016 年 6 月 13 日至 15 日，多米尼加共和国圣多明各》，XLVI-O.2, 会议录，第一卷，AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)号决议，第十九条，第 4 款。

(4) 土著人民对某些土地或领土的特定权利可能是不同国家不同法律制度的主题。此外，在关于土著人民权利的国际文书中，采用了不同措辞来提及与土著人民有关联的土地或领土，他们对这些土地或领土拥有各种权利和保护地位。[1122]

(5) 武装冲突可能会增加易受环境危害影响的现有脆弱性，或在有关领土造成新的环境危害，从而影响到与之有关联的人民的生存和福祉。根据第 1 段，在发生武装冲突时，各国应当采取适当措施，促进土著人民与其祖传土地之间关系的继续。可采取第 1 段所述的适当保护措施，特别是在武装冲突之前或期间。该段的措辞足够广泛，从而可根据具体情况调整相关措施。

(6) 例如，有关国家应当采取步骤，确保不在土著人民的土地或领土上进行军事活动，除非是基于相关公共利益有理由这样做，或经有关的土著人民自由同意，或应其要求这样做。[1123] 这可以通过避免在土著人民的土地或领土上安装军事设施，以及如原则草案 5 所规定的那样将其领土划为保护区来实现。总的来说，有关国家应当在使用有关土著人民的土地或领土进行军事活动前与他们进行有效协商。[1124] 在武装冲突期间，土著人民的权利、土地和领土还享有武装冲突法和适用的人权法所提供的保护。[1125]

(7) 第 2 段侧重于武装冲突结束后的阶段。这项规定的目的是为了便利在武装冲突对土著人民所居住领土的环境产生不利影响时采取补救措施。[1126] 该段通过这一点，力求确保土著人民在冲突后环境下，在与其领土有关的问题上享有参与权，同时把重点放在作为该段主题的国家上。

(8) 在这种情况下，有关国家应当借助适当程序，特别是通过土著人民自身的代表机构，与有关土著人民进行有效的磋商与合作。在此过程中，各国应当考虑

[1122] 例如见劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)第十三条第 1 款中使用的“其所占有或使用的土地或领域——或两者都适用”，或《联合国土著人民权利宣言》序言中使用的“土地、领土和资源”。

[1123] 见《联合国土著人民权利宣言》第 30 条：

“1. 不得在土著人民的土地或领土上进行军事活动，除非是基于相关公共利益有理由这样做，或经有关的土著人民自由同意，或应其要求这样做。

2. 各国在使用土著人民的土地或领土进行军事活动前，应通过适当程序，特别是通过其代表机构，与有关的土著人民进行有效协商。”

[1124] 同上。

[1125] 见《美洲土著人民权利宣言》，第三十条，第 3 和第 4 段，内容如下：

“3. 根据国际人道主义法，土著人民有权在国内或国际性武装冲突情况下或在此期间获得保护和安全。

4. 各国根据所加入的国际协定，特别是国际人道主义法和国际人权法，包括《关于战时保护平民之日内瓦公约》及其《关于保护非国际性武装冲突受难者的第二议定书》，应在在发生武装冲突时，采取适当措施保护土著人民及其社区的人权、机构、土地、领土和资源[……]。”

[1126] 根据《联合国土著人民权利宣言》第 28 条，“土著人民传统上拥有或以其他方式占有或使用的土地、领土和资源，未事先获得他们自由知情同意而被没收、拿走、占有、使用或损坏的，有权获得补偿，方式可包括归还原物，或在不可能这样做时，获得公正、公平、合理的赔偿。”同样，《美洲土著人民权利宣言》第三十三条规定：“土著人民和个人有权获得有效和适当的补救，包括迅速的司法补救办法，以赔偿其集体和个人权利受到的任何侵犯。各国应在土著人民充分有效的参与下，为行使这项权利提供必要的机制。”

土著人民与其领土之间关系的特殊性——在社会、政治、精神、文化等方面。此外，各国还应当考虑到，这种关系往往具有“集体”性质。[1127]

(9) 列入借助适当程序和通过土著人民代表机构的必要性，是为了确认不同国家可藉以与土著人民进行有效磋商与合作的现有程序的多样性，以及土著人民代表模式的多样性，以便在采取可能影响到他们的措施之前，事先征得他们的自由知情同意。[1128]

原则 7
与武装冲突有关的驻军协议

各国和国际组织应当酌情将环境保护条款纳入与武装冲突有关的驻军协议。此种条款可包括预防措施、影响评估、恢复和清理措施。

评注

(1) 原则草案 7 涉及各国之间以及国家和国际组织之间订立的与武装冲突有关的驻军协议。“与武装冲突有关的”一语强调了本套原则草案的目的，即加强与武装冲突有关的环境保护。因此，这项规定没有提到武装部队的部署同武装冲突没有任何关系的情况，因为这种情况超出了本专题的范围。

(2) 本条原则草案一般性地提及“与武装冲突有关的驻军协议”。这些协议的具体名称和目的可能会有所不同，根据具体情况，可包括部队地位协议和特派团地位协议。本原则草案的目的是反映最新动态，即各国和国际组织已开始在与东道国缔结的驻军协议中处理与环境保护有关的事项。[1129] “应当”一词，表明这一规定不是强制性的，而是为了确认和鼓励这一动态。

(3) 在驻军协议中列入环境条款的例子包括美国与伊拉克之间关于美国从伊拉克撤军的协议，其中包含关于环境保护的明确规定。[1130] 另一个例子是北大西洋公约组织(北约)与阿富汗之间的部队地位协议，其中双方同意采取预防性做法来

[1127] 例如见劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)第十三条，其中规定：“在实施本公约这部分的条款时，各国政府应重视有关民族与其所占有或使用的土地或领域——或两者都适用——的关系对于该民族文化和精神价值的特殊重要性，特别是这种关系的集体方面”。虽然具体针对的是该公约的适用，但它明确指出了土著人民与其土地或领土间关系的集体方面。

[1128] 例如见《联合国土著人民权利宣言》第 19 条。美洲人权法院确立了保障措施，要求各国“根据[土著人民]的习俗和传统”获得“他们自由、事先且知情的同意”。见萨拉马卡人诉苏里南案，判决(初步反对意见，实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 172 号案件，2007 年 11 月 28 日，第 134 段。

[1129] 《欧洲联盟与前南斯拉夫的马其顿共和国关于欧洲联盟领导的部队在前南斯拉夫的马其顿共和国地位的协议》(官方公报 L 082, 29/03/2003 P. 0046 – 0051, 附件；下称《康科迪亚部队地位协议》)第 9 条规定，部队有义务尊重国际规范，尤其是关于可持续利用自然资源的规范。见《欧洲联盟与前南斯拉夫的马其顿共和国关于欧洲联盟领导的部队在前南斯拉夫的马其顿共和国地位的协议》，可查阅 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0329 (01) (2018 年 5 月 7 日访问)。

[1130] 《美利坚合众国和伊拉克共和国关于美国部队撤出伊拉克及其在伊拉克暂时驻留期间活动的组织的协议》，(2008 年 11 月 17 日，巴格达)，第 8 条(下称《美国－伊拉克协议》)。可查阅 www.state.gov/documents/organization/122074.pdf。

保护环境。[1131] 欧洲安全和防卫政策下的特派团地位协议也多次提到环境义务。[1132] 有关的条约实践还包括德国与北约其他国家之间的协议，其中规定应对潜在的环境影响进行识别、分析和评估，以免造成环境负担。[1133] 此外，美国与大韩民国之间的特别谅解备忘录载有若干关于环境保护的规定。[1134] 还可参考适用于在一个国家短期驻扎的外国军队进行演习、陆上过境或训练的安排。[1135]

(4) 也可参考其他协议，包括与武装冲突的关系不太明确的驻军协议，例如美国与澳大利亚的部队地位协议(其中载有关于损害索赔的相关规定)，[1136] 以及美国与菲律宾的加强防务合作协议，其中包含旨在防止损害环境的条款，并规定了审查程序。[1137]

(5) 本原则草案还提供了一份非详尽无遗的清单，其中列出了可纳入与武装冲突有关的驻军协议的环境保护条款。因此第二句提到“预防措施、影响评估、恢复和清理措施”，作为环境保护条款可涉内容的例子。驻军可能会给环境造成不利影响。[1138] 为了尽可能避免这种不利影响，预防性措施非常重要。影响评估是确定驻军结束时可能需要采取的恢复和清理措施所必要的。

(6) 原则草案中提到的措施可能涉及各种相关方面。条约实践中所反映的、应特别提及的一些具体例子有：承认环境保护的重要性，包括防止对准许部署国使

[1131] 《北大西洋公约组织和阿富汗伊斯兰共和国关于在阿富汗执行共同商定由北约主导活动的北约部队和北约人员地位的协议》(2014 年 9 月 30 日，喀布尔)，《国际法律资料》，第 54 卷，第 272-305 页，第 5 条第 6 款、第 6 条第 1 款和第 7 条第 2 款。

[1132] 《欧洲联盟成员国之间关于借调给欧洲联盟和总部各机构以及部队、可在准备和执行〈欧洲联盟条约〉第 17 条第 2 款所述的任务，包括演习时供欧洲联盟使用的军事和文职人员，以及供欧洲联盟为采取这方面行动而支配的成员国军事和文职人员地位的协议》(EU SOFA)(2003 年 11 月 17 日，布鲁塞尔)。可查阅 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A42003A1231%2801%29 (2018 年 5 月 7 日访问)。

[1133] 《补充北大西洋公约缔约国部队地位协定的关于驻德意志联邦共和国的外国军队的协议》(1959 年 8 月 3 日，波恩)，联合国，《条约汇编》，第 481 卷，第 6986 号，第 329 页，1971 年 10 月 21 日和 1993 年 3 月 18 日修订(下称《北约－德国协议》)，第 54A 条。另见 1951 年 6 月 19 日《北大西洋公约缔约国部队地位协议》，第十五条。

[1134] 美国与大韩民国缔结的《环境保护特别谅解备忘录》(2001 年 1 月 18 日，首尔)(下称《美国－大韩民国备忘录》)。可查阅 www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12_MOSU.Environmental.Protection.pdf。

[1135] 例如见《芬兰和北约之间关于为执行北约行动/演习/类似军事活动提供东道国支持的谅解备忘录》(2014 年 9 月 4 日)，可查阅 www.defmin.fi/files/2898/HNS_MOU_FINLAND.pdf，参考号 HE 82/2014。根据第 5.3(*g*)条，派遣国必须遵守东道国环境法规以及东道国有关储存、移动或处置危险材料的规定。

[1136] 《美国驻澳大利亚部队地位协议》(1963 年 5 月 9 日，堪培拉)，联合国，《条约汇编》，第 469 卷，第 6784 号，第 55 页(下称《美国－澳大利亚协议》)，第 12 条第 7 (*e*) (i)款。

[1137] 《菲律宾与美国之间加强防务合作的协议》(2014 年 4 月 28 日，奎松市)(下称《美国－菲律宾协议》)。可查阅 www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/。

[1138] 例如见 D.L. Shelton and I. Cutting, “If you break it, do you own it?”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6 (2015), pp. 201–246, at pp. 210–211, and J. Taylor, “Environment and security conflicts: The U.S. Military in Okinawa”, *The Geographical Bulletin*, vol. 48 (2007), pp. 6–7。

用的设施和区域造成污染；[1139] 关于将以和保护环境相一致的方式执行协议的谅解；[1140] 东道国与派遣国之间就可能影响公民健康和环境的问题进行的合作和信息共享；[1141] 防止环境损害的措施；[1142] 定期的环境绩效评估；[1143] 审查程序；[1144] 适用东道国的环境法；[1145] 或与此相类似，部署国承诺遵守东道国的环境法律、法规和标准；[1146] 遵守关于可持续利用自然资源的国际准则的义务；[1147] 在不利影响不可避免的情况下采取恢复措施；[1148] 以及就环境损害索赔作出规定等。[1149]

(7) “酌情”一词显示了两个不同的考虑。首先，与武装冲突有关的驻军协议有时是在紧急情况下订立的，可能无法处理环境保护问题。其次，在协议中包含环境保护条款有时可能特别重要。其中一个例子是可能会受到驻军影响的保护区。因此，“酌情”一词为本条文平添了几分微妙性，使其能够顾及不同情形。

原则 8
和平行动

各国和国际组织参加与武装冲突有关的和平行动，应考虑这些行动对环境的影响，并采取适当措施，防止、减轻和补救其负面的环境后果。

评注

(1) 和平行动可以多种方式与武装冲突有关。以前，许多和平行动是在敌对行动结束和签署和平协议后部署的。[1150] 如和平行动问题高级别独立小组所指出的，如今许多特派团是在没有这种政治协议的环境中，或在订立这种协议的努力失败的环境中行动。[1151] 此外，现代联合国维和特派团是多层面的，涉及一系列的建设和平活动，从提供安全环境到监测人权，或重建一个国家的能力。[1152] 其

[1139] 见《美国－大韩民国备忘录》。

[1140] 见《美国－伊拉克协议》第 8 条。

[1141] 见《美国－大韩民国备忘录》。

[1142] 见《美国－菲律宾协议》第九条第 3 款和《北约－德国协定》第 54A 条。

[1143] 这些评估可以确定和评估行动的环境方面，并可针对这些要求相应作出规划、计划和预算承诺，如《美国－大韩民国备忘录》所做的那样。

[1144] 见《美国－菲律宾协议》第九条第 2 款。

[1145] 见《北约－德国协议》第 54A 条和《美国－澳大利亚协议》第 12 条第 7(e) (i)款。

[1146] 见《美国－伊拉克协议》第 8 条。

[1147] 如《康科迪亚部队地位协议》第 9 条那样。

[1148] 见《北约－德国协议》第 54A 条。

[1149] 《北约－德国协议》第 41 条和《美国－澳大利亚协议》第 12 条第 7(e) (i)款。

[1150] 和平行动问题高级别独立小组关于“集中力量，促进和平：政治、伙伴关系和人民”的报告。(载于 A/70/95-S/2015/446)，第 23 段。

[1151] 同上。

[1152] V. Holt and G. Taylor, *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges*, 维持和平行动部和人道主义事务协调厅联合委托进行的独立研究 (联合国出版物，出售品编号：E.10.III.M.1)，第 2-3 页。

任务还包括保护平民。[1153] 原则草案 8 意在涵盖可能涉及武装冲突的多个部分或方面，并可能具有不同时间性的所有此类和平行动。

(2) “与武装冲突有关的”一语确定了本条原则草案的范围。它明确指出了与武装冲突的联系，以确保对这些义务的解释不会过于宽泛(即可适用于国际组织与促进和平有关的每一项行动)。虽然应结合原则草案的内容从广泛角度对其加以理解，但应当认识到，并非所有此类行动都与武装冲突有直接联系。

(3) 本原则草案涵盖国家和国际组织参加的与武装冲突有关、可能有多个行为方参与的和平行动。所有这些行为方都会对环境产生一些影响。例如，维持和平行动部和外勤支助部认识到维持和平行动可能对当地环境造成的损害。[1154]

(4) 和平行动对环境的影响可能从规划阶段一直延伸到行动的执行阶段，再到行动后阶段。预期目标是和平行动应当尽可能减小其活动对环境的影响。因此，本原则草案侧重于在环境会受到和平行动不利影响的情况下开展的活动。同时，应采取的“适当”措施被理解为可根据行动背景而有所不同。相关考虑可特别包括：这类措施是与武装冲突前、冲突期间还是冲突后阶段有关，以及在具体情况下可采取哪些措施。

(5) 本原则草案反映出各国以及联合国、欧洲联盟[1155] 和北约[1156] 等国际组织日益认识到应考虑和平行动对环境的影响，并采取必要措施预防、减轻和补救其负面影响。例如，一些联合国外地特派团有专门的环境部门来制定和执行具体特派团的环境政策并监督环境合规情况。[1157]

(6) 现行国际法中没有“和平行动”或“维持和平”的明确或确切定义，本原则草案意在广泛涵盖与武装冲突有关的所有此类和平行动。《和平纲领》强调，“建立和平”是采取行动，特别是通过和平手段，使敌对两方达成协议；[1158] “维持和平”是实地部署联合国人员，通常是联合国军事人员和/或警察人员，

[1153] 例如见安全理事会决议中联合国主导的特派团的下列任务：联合国塞拉利昂特派团(联塞特派团)(1289(2000))；联合国刚果民主共和国观察团(联刚观察团)(1291(2000))；联合国利比里亚特派团(联利特派团)(1509(2003)和 2215(2015))；联合国布隆迪行动(联布行动)(1545(2004))；联合国海地稳定特派团(联海稳定团)(1542(2004))；联合国科特迪瓦行动(联科行动)(1528(2004)和 2226(2015))；联合国苏丹特派团(联苏特派团)(1590(2005)；非洲联盟－联合国达尔富尔混合行动(达尔富尔混合行动)(1769(2007))；以及联合国中非共和国和乍得特派团(中乍特派团)(1861(2009))。

[1154] 见联合国维持和平行动部和外勤支助部，“外勤部环境战略”(2017 年)。可查阅 https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116_dfs_exec_summary_environment_0.pdf(2018 年 5 月 8 日访问)。该战略以联合国外地特派团环境政策和环境准则作为补充(见上文脚注 1118)。

[1155] 例如见欧洲联盟，“欧盟领导的军事行动的环境保护和能源效率军事概念”，2012 年 9 月 14 日，EEAS 01574/12 号文件。

[1156] 例如见北约，“关于在北约领导的军事活动期间保护环境的北约联合原则”，2018 年 3 月 8 日，NSO(Joint)0335(2018)EP/7141 号文件。

[1157] “联合国和平行动的未来：执行和平行动问题高级别独立小组的各项建议：秘书长的报告”，(A/70/357-S/2015/682)，第 129 段。

[1158] “和平纲领：预防性外交、建立和平与维持和平”(A/47/277-S/24111)，第 20 段。另见其补编，即秘书长在联合国五十周年提出的立场文件(A/50/60-S/1995/1)。

往往也包括文职人员；[1159] 而“建设和平”则是以合作项目的形式从事互利的事业，以加强和平所必不可少的互信。[1160] 和平行动问题高级别独立小组的报告涵盖“一系列广泛手段……包括：特使和调解人；政治特派团，包括建设和平特派团；区域预防外交办事处；观察团，包括停火观察团和选举观察团；小型技术专家特派团，例如选举支助团；复合特派团”。[1161] 因此，“和平行动”这一用语旨在涵盖所有这些类型的行动以及比联合国维和行动更广泛的行动，包括执行和平行动和区域组织的行动。案文中没有提到“多边”和平行动，因为认为没必要在本原则草案中明确涉及这一问题。但对“和平行动”一词的一般理解是它涉及多边行动。

(7) “预防”一词的使用确认了一个事实，即和平行动本质上不是孤立的，各行为方在规划行动时，应当计划或着眼于尽量减少对环境的负面后果。预防义务要求在早期阶段采取行动，“减轻”的概念则是指减少已经发生的危害。“补救”的概念与原则草案 2 中的“补救措施”意义相同，包括可能为恢复环境采取的任何措施。

(8) 原则草案 8 的性质与原则草案 7 明显有别，而且所涉义务与后者不同。和平行动不同于与武装冲突有关的驻军协议，不一定涉及武装部队或军事人员。此类行动还可能包括其他类型的行为方，如文职人员和各类专家。原则草案 8 的预期范围也更广、更具一般性，并把重点放在这类和平行动的活动上。

(9) 本原则草案还被理解为包括审查已完成的行动，以确定、分析和评估这些行动对环境造成的任何负面影响。这是一种“吸取经验教训”的做法，旨在避免未来和平行动对环境的负面影响或将这种负面影响减少至最低限度，并确保不再重犯错误。

原则 14
和平进程

1. 武装冲突各方应当作为和平进程的一部分，处理与遭冲突损害的环境的恢复和保护有关的问题，包括酌情在和平协议中处理此事。

2. 有关国际组织应当酌情在这方面发挥协助作用。

评注

(1) 原则草案 14 旨在表明在当代和平进程的背景下，环境考量比以前更受重视，包括通过在和平协议中就涉及环境的问题作出规定。

[1159] 同上。

[1160] 同上，第 56 段。

[1161] A/70/95-S/2015/446, 第 18 段。

(2) 在原则草案中列入“和平进程”一词，意在扩大其范围，以涵盖整个和平进程以及所缔结的任何正式和平协议。[1162] 现代武装冲突有各种结果，不一定采取正式协议的形式。例如，在武装冲突结束时，可以达成停火协议、停战协议或无法达成协议情况下事实上的和平局面。和平进程也可能在武装冲突实际结束之前开始。因此，缔结和平协议只是一个方面，即使缔结，也可能是在停止敌对行动几年之后。为此，并为了避免任何时间上的空白，使用了“作为和平进程的一部分”一语。和平进程的结果往往涉及不同步骤和通过不同文书。

(3) 第 1 段使用“武装冲突各方”一语来表示该段既涵盖国际性武装冲突，也涵盖非国际性武装冲突。这符合一般理解，即这套原则草案适用于国际性和非国际性的武装冲突。

(4) “应当”一词用于反映这项义务的规范意义，同时也认识到它并不对应于任何现有的法律义务。

(5) 原则草案措辞笼统，是为了顾及武装冲突后可能存在的各种情况。武装冲突后的环境状况可能因许多因素而有很大差异。[1163] 在一些情况下，环境可能遭受严重损害，这种损害立即显现，可能需要紧急处理；而在另一些情况下，环境受到的损害可能不那么大，不需要紧急恢复。[1164] 有些环境损害可能在武装冲突结束后几个月甚至几年才会变得明显。

(6) 本原则草案旨在涵盖所有正式的和平协议，以及在和平进程的任何时间缔结或通过的其他文书或协议，无论是在两个或两个以上国家之间、国家和非国家武装团体之间、还是在两个或两个以上的非国家武装团体之间缔结的。这些协议和文书可以采取不同的形式，如正式和平协议的子协议、非正式协议、声明、公

[1162] 联合国和平协议数据库是一个“参考工具，为建立和平专业人员提供近 800 份可广泛理解为和平协定和相关材料的文件”，其中包含各种文件，如“正式和平协议和子协议，以及更加非正式的协议和文件，例如声明、公报、非正式会谈产生的联合公开声明、各方会议的商定报告、换文和一些国际或区域会议的主要成果文件……该数据库还包含构成各方之间协议和/或和平谈判结果的部分立法、法律和法令”。还包括安全理事会的部分决议。该数据库的网址为：http://peacemaker.un.org/document-search。

[1163] 例如，冲突的强度和持续时间以及使用的武器都可能影响到某一特定武装冲突会造成多大的环境损害。

[1164] 在武装冲突中造成环境损害的著名例子包括美国武装部队在越南战争中使用橙剂造成的损害以及伊拉克军队在海湾战争中烧毁科威特油井的事件，这些都有详细记录。其他武装冲突，如哥伦比亚、刚果民主共和国、伊拉克和叙利亚的冲突也记录了对环境造成的不同程度的损害。见环境署驻哥伦比亚办事处，可查阅 www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post (2018 年 5 月 9 日访问)；环境署，“刚果民主共和国冲突后环境评估”，可查阅 https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_DRC_PCEA_EN.pdf (2018 年 5 月 9 日访问)；环境署，“伊拉克冲突后环境评估、清理和重建”，可查阅 https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y (2018 年 5 月 9 日访问)；“叙利亚冲突下的黎巴嫩环境评估”(由开发署和欧盟提供支持)，可查阅 www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf (2018 年 5 月 9 日访问)。另见国际法和政策研究所，“武装冲突中的自然环境保护：一项实证研究”(奥斯陆，2014 年)，第 34-40 页。

报、非正式会谈产生的联合公开声明、各方会议的商定报告、以及构成各方之间协议和/或和平谈判结果的相关立法、法律和法令。[1165]

(7) 一些现代和平协议包含环境条款。[1166] 例如，和平进程期间所缔结的文书或和平协议中涉及的环境问题类型包括：关于各方就环境问题进行合作的义务或鼓励；以及详细列明由哪个当局负责环境相关问题的条款，这些问题包括防止环境犯罪和执行关于自然资源和公共资源共享的国家法律法规。[1167] 本原则草案的目的在于鼓励各方考虑在协议中纳入这些条款。

(8) 第 2 段旨在鼓励有关国际组织在促进和平进程中时考虑到环境因素。该段的措辞是为了足够广泛，以涵盖联合国安全理事会根据《宪章》第七章通过的决议所涉及的情况，以及有关国际组织在有关国家或武装冲突各方同意下发挥协助作用的情况。

(9) 第 2 段提到“有关国际组织”，表明并非所有组织都适合处理这一特定问题。本原则草案中的有关组织包括被公认为在过去各种武装冲突的和平进程发挥了重要作用的组织，特别是联合国及其机构，以及非洲联盟、欧洲联盟、东南亚

[1165] See C. Bell, “Women and peace processes, negotiations, and agreements: operational opportunities and challenges”, Norwegian Peacebuilding Resource Centre, Policy Brief, March 2013, available at http://noref.no under “Publications”, p. 1.

[1166] 这些文书主要是在非国际性武装冲突中、在国家和非国家行为体之间订立的，其中包括：《萨尔瓦多政府和拉本多·马蒂民族解放阵线之间的和平协定》(《查普尔特佩克协定》)(1992 年 1 月 16 日，墨西哥城)，A/46/864, 附件，第二章；《科索沃和平与自治临时协定》(《朗布依埃协定》) S/1999/648, 附件；《阿鲁沙布隆迪和平与和解协定》(2000 年 8 月 28 日，阿鲁沙)，可查阅 http://peacemaker.un.org/node/1207, 第三议定书，第 62 页，第 12 条第 3(*e*)款和第四议定书，第 81 页，第 8(*h*)条；《刚果人政治谈判最后文件》(2003 年 4 月 2 日，太阳城)，可查阅 http://peacemaker.un.org/drc-suncity-agreement2003, DIC/CEF/03 号决议，第 40-41 页和第 DIC/CHSC/03 号决议，第 62-65 页；苏丹共和国政府与苏丹人民解放运动/苏丹人民解放军签署的《全面和平协定》，可查阅 http://peacemaker.un.org/node/1369, 第五章，第 71 页和第三章，第 45 页，其中规定的指导原则是：“应遵循可持续利用和管理自然资源方面的最著名做法”(第 1.10 段)——有关石油资源的进一步规定见第 3.1.1 段和第 4 段；《达尔富尔和平协定》(2006 年 5 月 5 日，阿布贾)，可查阅 http://peacemaker.un.org/node/535, 第 2 章，第 21 页，第 17 条，第 107(*g*)和(*h*)款以及第 30 页，第 20 条；乌干达共和国政府与上帝抵抗军/运动在签署的《全面解决办法协定》，(2007 年 5 月 2 日，朱巴)，可查阅 https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_070502_AgreementComprehensiveSolutions.pdf, 第 14.6 段；以及《塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线和平协定》(1999 年 7 月 7 日，洛美)，S/1999/777, 附件，第七条。

[1167] 《查普尔特佩克协定》，第二章。进一步的规定见《和平协定》附件二所载的第 13 条；其中规定，国家民警局环境司应“负责防止和打击破坏环境的犯罪和过失行为”。《阿鲁沙布隆迪和平与和解协定》，第三议定书，第 62 页，第 12 条第 3(e)款和第 81 也，第 8(h)条，有几处提到保护环境，其中一条规定情报部门的任务之一是“尽早发现任何威胁国家生态环境的因素”。此外，该协定指出，“分配或划拨新土地的政策应考虑到需要通过保护森林来保护环境和管理国家水系”。

国家联盟和美洲国家组织。[1168] 原则草案还包括“酌情”一词，以反映一个事实，即国际组织以此为目的的参与并非总是为各方所要求或希望。

原则 15
武装冲突后的环境评估与补救措施

鼓励包括国际组织在内的有关行为方在武装冲突后的环境评估与补救措施方面开展合作。

评注

(1) 原则草案 15 的目的是鼓励有关行为方进行合作，以确保在冲突后局势下进行环境评估和采取补救措施。本原则草案与原则草案 8 密切相关。

(2) “有关行为方”一词包括国家和非国家行为体。不仅是国家，包括国际组织和非国家行为体在内的各种广泛的行为方均可在环境评估和补救措施方面发挥作用。“鼓励”一词具有督促性，并被认为是对这一领域缺乏实践的确认。

(3) “环境评估”一词不同于“环境影响评估”，通常是事先采取的预防措施。[1169] 这种评估在制定和通过计划、方案、政策和立法方面发挥着重要作用。其中可涉及在计划或方案中评价可能的环境影响，包括健康影响。[1170]

(4) 在这种情况下，冲突后环境评估已成为将环境考虑纳入冲突后阶段发展计划的工具。此类评估通常旨在确定对健康、生计和安全造成的重大环境风险，并就如何解决这些风险向国家当局提供建议。[1171] 冲突后环境评估旨在满足各种需求和政策进程，这些进程根据需要，在范围、目标和方法上各不相同。[1172] 这种

[1168] 联合国在许多武装冲突，特别是安哥拉、刚果民主共和国、利比亚和莫桑比克的武装冲突中担任调解人。区域组织也在全世界的和平进程中发挥了促进作用。例如，非洲联盟参与了和平进程的各个方面，尤其是在科摩罗、科特迪瓦、几内亚比绍、利比里亚和索马里。见 Chatham House, Africa Programme, “The African Union’s role in promoting peace, security and stability: from reaction to prevention?”, 会议纪要，可查阅 www.chathamhouse.org, p. 3。美洲国家组织参与了多民族玻利维亚国和哥伦比亚等国的和平进程。见 P.J. Meyer, “Organization of American States: background and issues for Congress” (Congressional Research Service, 2014), 可查阅 www.fas.org, p. 8。另见非洲联盟和人道主义对话中心，*Managing Peace Processes: Towards more inclusive processes*, vol. 3 (2013), p. 106。欧洲联盟除其他外参与了中东和北爱尔兰武装冲突的和平进程。另见瑞士联邦外交事务部，“Mediation and facilitation in today’s peace processes: centrality of commitment, coordination and context”, Thomas Greminger 的发言，法语国家国际组织务虚会，2007 年 2 月 15 至 17 日, 可查阅 www.swisspeace.ch 的“Publications”部分。

[1169] 例如见《越境环境影响评估公约》(1991 年 2 月 25 日，埃斯波)，联合国，《条约汇编》，第 1989 卷，第 34028 号，第 309 页。

[1170] 《越境环境影响评估公约战略环境评估议定书》，可查阅 www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eidocuments/legaltexts/protocolenglish.pdf。

[1171] 危机后环境评估，可查阅 http://drustage.unep.org/disastersandconflicts/what-we-do/preparedness-response/post-crisis-environmental-assessment。

[1172] D. Jensen, “Evaluating the impact of UNEP’s post conflict environmental assessments”, *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Jensen and S. Lonergan, eds., available at https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem_000_Doc_061.pdf, p. 18.

在一国要求下进行的冲突后环境评估可采取以下形式：(a) 需求评估；[1173] (b) 定量风险评估；[1174] (c) 战略评估；[1175] 或(d) 综合评估。[1176] 例如，卢旺达的综合评估涉及科学专家的评价和评估，涵盖范围界定、案头研究、实地工作、环境抽样、地理信息系统建模、分析和报告以及全国协商等一系列活动。“冲突通常会对环境产生直接或间接影响，影响到人类健康和生计以及生态系统服务”，[1177] 这一点很容易得到承认。

(5) 鼓励进行这种评估，是因为如果不注意武装冲突对环境的影响，很可能会导致“进一步的人口流离失所和社会经济不稳定”，从而“影响冲突后地区的恢复和重建和”并“造成恶性循环”。[1178]

(6) 为了使案文与其他原则草案特别是原则草案 2 相一致，在本原则中使用了“补救”一词，尽管“恢复”在实践中用得更多。评估完成后，所面临的挑战是确保制定环境恢复计划，以加强国家和地方环境部门，恢复生态系统，减少风险并确保在有关国家的发展计划中可持续地利用资源。[1179] “补救措施”一词的范围比“恢复”更有限。

原则 16
战争遗留物

1. 武装冲突后，冲突各方应争取消除其管辖或控制下造成或可能造成环境损害的有毒和危险的战争遗留物，或使之无害。应根据适用的国际法规则采取此类措施。

2. 各方还应争取相互并酌情同他国和国际组织就技术与物资援助达成协议，包括在适当情况下开展联合行动，消除这种有毒和危险的战争遗留物或使之无害。

3. 第 1 和第 2 段不妨碍国际法规定的任何清除、移除、销毁或维护雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置之权利和义务。

[1173] 需求评估和案头研究可在冲突期间或冲突后进行，并以收集已有的关于环境趋势和自然资源管理、国际和国家挑战的二手资料为基础。然后在进行有限的实地验证访问情况下，将这些资料汇编成案头研究报告，尝试确定环境需求并排定其优先顺序。同上，第 18-19 页。

[1174] 涉及实地访问、实验室分析和卫星图像的定量风险评估侧重于冲突中的轰炸以及破坏建筑物、工业用地和公共基础设施的行为对环境造成的直接影响。同上，第 19-20 页。

[1175] 战略评估对当地居民生存和应对策略的间接影响以及治理和能力崩溃造成的体制问题进行评价。这往往需要更长时间。同上，第 20 页。

[1176] 综合评估力求提供关于每个自然资源部门和环境趋势、治理挑战和能力需求的详细情况。根据与利益攸关方进行的全国磋商，综合评估试图确定优先事项和所需短期、中期和长期干预措施的费用。同上，第 20 页。

[1177] DAC Network on Environment and Development Cooperation (ENVIRONET), “Strategic environment assessment and post-conflict development SEA toolkit” (2010), p. 4, available at http://content-ext.undp.org/aplaws_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf.

[1178] 同上。

[1179] 环境署，“灾害和冲突方案”，可查阅 www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP_conflict_and_disaster_brochure.pdf, 第 3 页。

评注

(1) 原则草案 16 旨在加强冲突后局势中的环境保护。它力图确保在武装冲突后消除造成或可能造成环境损害的有毒和危险的战争遗留物，或使之无害。本原则草案涵盖了陆地上有毒和危险的战争遗留物以及在海上放置或倾倒的这类遗留物——只要它们在前武装冲突一方的管辖或控制范围之内。所采取的措施应遵守适用的国际法规则。

(2) 第 1 段是一般性条款。战争遗留物的形式各异。它们不仅包括战争遗留爆炸物，还包括其他危险物质和物体。有些战争遗留物对环境根本没有危险，或者在冲突结束后如留在原处，可能危险较小。[1180] 换言之，消除战争遗留物在某些情况下可能比将它们留在原地造成更大的环境风险。正因为如此，原则草案中包含“或使之无害”的字样，以说明在某些情况下，什么也不做或采取移除以外的措施，可能才是适当的。

(3) “争取”的义务是行为义务，与“造成或可能造成环境损害的有毒和危险的战争遗留物”有关。在提及对人类或环境构成危险的战争遗留物时，经常使用“有毒”和“危险”两个术语，它们在这里的使用被认为是适当的。[1181] “危险”的含义比“有毒”宽泛一点，因为所有对人类或环境构成威胁的战争遗留物都可能被认为是危险的，但并非都是有毒的。“有毒的战争遗留物”一词在国际法中没有定义，但一直被用来指“军事活动产生的对人类和生态系统构成危险的任何有毒或放射性物质”。[1182]

(4) “管辖或控制”的提法意在涵盖法律上和事实上控制的地区，甚至超出领土关系所确定的范围。“管辖”一词除一国的领土外，还涵盖根据国际法国家有权在域外行使其权限和权力的活动。[1183] “控制”意在涵盖一个国家(或武装冲

[1180] 例如，在海上倾倒的化学武器通常就是这种情况。见 T.A. Mensah, “Environmental damages under the Law of the Sea Convention”, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, J.E. Austin and C.E. Bruch, eds. (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), pp. 226–249。“化学弹药搜索和评估”是波罗的海国家之间的一个合作项目，由欧盟提供部分资助。关于该项目的信息，见 http://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/finland/chemsea-tacklesproblem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea。另见波罗的海海洋环境保护委员会(赫尔辛基委员会)网站：www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions。

[1181] 更多信息见红十字国际委员会，“加强对武装冲突受害者的法律保护”，为 2011 年第三十一届红十字与红新月国际大会编写的报告，第 31IC/11/5.1.13 号，第 18 页。

[1182] 见 M. Ghalaieny, “Toxic harm: humanitarian and environmental concerns from military-origin contamination”, discussion paper (Toxic Remnants of War project, 2013), p. 2。另见 www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/。关于有毒的战争遗留物的更多信息，另见日内瓦学院，《武器法百科全书》，可查阅 www.weaponslaw.org 的“词汇表”项，其中援引了红十字委员会“加强对武装冲突受难者的法律保护”，第 18 页。见奥地利、哥斯达黎加、爱尔兰和南非在大会第一委员会第六十八届会议上所作的发言，可在节纸门户网站查阅：http://papersmart.unmeetings.org。

[1183] 见预防危险活动的跨界损害条款草案第 1 条草案评注第(9)段。《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97-98 段。另见大会 2007 年 12 月 6 日第 62/68 号决议，附件。

突一方)行使事实上的控制权的情况，尽管它可能缺乏法律上的管辖权。[1184] 因此该词“是指有效控制一国管辖范围以外活动的事实能力”。[1185]

(5) 本原则草案旨在适用于国际性和非国际性武装冲突。为此，第 1 段述及“冲突各方”。在关于战争遗留物的各种武装冲突法条约中，都使用了“冲突方”一语。[1186] 在本原则草案中使用该词被认为是适当的，因为可以预见，有些情况下，在一个国家没有完全控制权的地区，可能存在有毒或危险的战争遗留物。例如，非国家行为体可能控制存在有毒和危险的战争遗留物的地区。

(6) 第 2 段应结合第 1 段理解。其目的是鼓励各方之间的合作和技术援助，使第 1 段所述的战争遗留物无害。应当指出的是，第 2 段并不打算在合作方面对各方规定任何新的国际法义务。但可以预见的是，可能会出现发生武装冲突而一方无法确保使有毒和危险的战争遗留物无害的情况。因此认为鼓励各方在这方面进行合作十分重要。

(7) 第 3 段载有一项不妨碍条款，其目的是确保在以现有条约或习惯国际法义务为准方面没有不确定性。有各种关于战争遗留物的武装冲突条约法，因此不同国家对战争遗留物有不同的义务。[1187]

(8) “清除、移除、销毁或维护”等词，以及所列出的特定战争遗留物，即“雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置”，是经特别选定的，并源于现有的武装冲突法条约，以确保该段以目前存在的武装冲突法为基础。[1188]

(9) 应当指出的是，本原则草案的目的不是直接处理责任或受害人赔偿问题。这是因为清除、移除、销毁或维护战争遗留物的责任在现有的武装冲突法中已有

[1184] 第 1 条草案评注第(12)段，同上。

[1185] A/CN.4/692, 第 33 段。关于“控制”的概念，见南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 54 页，第 118 段，其中指出：“南非不再有权管理该领土，这一事实并不免除它根据国际法在对该领土行使其权力方面对其他国家的义务和责任。对某一领土的实际控制，而不是主权或权利的合法性，正是对影响到其他国家的行为的国家责任的基础”。

[1186] 例如见《特定常规武器公约第二号议定书》，以及《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附的《战争遗留爆炸物议定书》(第五号议定书)(下称《特定常规武器公约第五号议定书》)(1996 年 5 月 3 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 2399 卷，第 22495 号，第 100 页。

[1187] 例如见《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》；《特定常规武器公约第五号议定书》；《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997 年 9 月 18 日，奥斯陆)，联合国，《条约汇编》，第 2056 卷，第 35597 号，第 211 页；《集束弹药公约》(2008 年 5 月 30 日，都柏林)，同上，第 2688 卷，第 47713 号，第 39 页；《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(1992 年 9 月 3 日，日内瓦)，同上，第 1974 卷，第 33757 号，第 45 页。

[1188] 见《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》、《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》和《集束弹药公约》的措词。

规定，至少在某些条约指明谁应采取行动的意义上是如此。[1189] 本原则草案不妨碍责任分配和赔偿问题。

原则 17
海上战争遗留物

各国和有关国际组织应当开展合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。

评注

(1) 与措辞更笼统、更一般性地涉及战争遗留问题的原则草案 16 不同，原则草案 17 涉及海上战争遗留物的具体情况，包括对海洋环境的长期影响。原则草案 17 具有附加价值，因为原则草案 16 只涵盖前武装冲突一方管辖或控制下的战争遗留物，这意味着它的范围不够宽，无法涵盖所有海上战争遗留物。本原则草案明确鼓励开展国际合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。[1190]

(2) 由于海洋法的多面性，特定国家可以拥有主权、管辖权、主权和管辖权，或既无主权也无管辖权，具体取决于遗留物所在地点。[1191] 因此，海上战争遗留物构成重大法律挑战这一点并不令人惊讶。[1192] 例如，武装冲突各方可能已不复存在，沿海国可能没有资源确保海上战争遗留物不对环境构成危险，沿海国可能不是冲突一方，但为努力消除遗留物，可能仍然需要该国的合作。另一个可预见的挑战是，留下遗留物的一方在当时可能没有违反其国际法义务，但这些遗留物现在构成了环境风险。

[1189] 例如见《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》第 3 条第 2 款，“按照本议定书的规定，每一缔约方或冲突当事方对其布设的所有地雷、诱杀装置和其他装置负有责任，并承诺按照本议定书第 10 条的规定对其进行清除、排除、销毁或维持”。第 10 条第 2 款规定又规定：“各缔约方和冲突各方对其控制区域内的雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置负有此种责任”。此外，《特定常规武器公约第五号议定书》第 3 条第 2 款规定：“每一缔约方和武装冲突当事方应在现行敌对行动停止后并在可行的情况下尽快标示和清除、排除或销毁其控制之下的受影响领土内的战争遗留爆炸物”；《集束弹药公约》第四条第一款规定：“每一缔约国承诺清理并销毁或确保清除和销毁位于其管辖或控制下的集束弹药污染地区的遗留集束弹药”；《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》第 5 条第 1 款规定：“每一缔约国承诺销毁或确保销毁在其管辖或控制下的雷区内的所有杀伤人员地雷”。

[1190] 大会自 2010 年以来，包括在大会第 71/220 号决议中，明确确认需要采取合作措施，评估海上倾弃化学弹药所生废物的环境影响和提高对此种影响的认识。该决议重申了《2030 年可持续发展议程》，并回顾了一些相关的国际和区域文书。它还注意到应提高对海上倾弃化学弹药所生废物相关环境影响的认识，并请秘书长征求会员国和有关区域和国际组织对决议设想的合作措施的意见，并确定联合国系统内的适当政府间机构，以进一步适当审议和实施这些措施。

[1191] 见《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。战争遗留物可能位于领水、大陆架、专属经济区或公海，这将对各国的权利和义务产生影响。

[1192] See A. Lott, “Pollution of the Marine Environment by Dumping: Legal Framework Applicable to Dumped Chemical Weapons and Nuclear Waste in the Arctic Ocean” 1 Nordic Environmental Law Journal (2015), p. 57 and W. Searle and D. Moody, “Explosive Remnants of War at Sea: Technical Aspects of Disposal”, in *Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*, A. Westing, ed. (Taylor & Francis 1985).

(3) 因此，原则草案 17 一般性地涉及各国，而不仅是卷入武装冲突的国家。其目的是鼓励所有国家和有关国际组织[1193] 进行合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。鉴于所涉问题往往是专业化问题，因此“国际组织”用“有关”一词来限定。

(4) 由于这是一个实践仍在发展的领域，“应当开展合作”被认为是适当的，而不是规定性更强的“应开展合作”。合作是战争遗留物方面的一个重要因素，因为受海上战争遗留物负面影响的沿海国可能没有资源，因此无法确保海上战争遗留物不构成环境风险。

(5) 各国和有关国际组织可通过多种方式进行合作，确保海上战争遗留物不构成环境风险。例如，它们可以进行海域勘测，向受影响国免费提供相关信息，可以提供带有标记的地图，并可提供技术和科学信息以及关于遗留物现在或今后是否构成风险的信息。

(6) 人们日益认识到海上战争遗留物对环境的影响。[1194] 海上战争遗留物对环境构成的危险可能会对人类，特别是海员和渔民的健康和安全造成重大的附带损害。[1195] 环境危险与公共健康和安全之间的明确联系已得到一些国际法律文书的承认，因此，鼓励各国和国际组织合作确保海上战争遗留物不构成危险被认为特别重要。[1196]

(7) 原则草案 17 有意未涉及关于海上战争遗留物所造成损害的责任分配或赔偿的任何问题。确定哪一方负有确保海上战争遗留物不构成环境风险的主要义务，是一个非常复杂和棘手的问题——尤其是考虑到海洋(从内水到公海)法的不同法律性质。

原则 18
共享与准许获取信息

1. 为便利武装冲突后采取补救措施，各国和有关国际组织应按国际法规定的义务，共享并准许获取相关信息。

[1193] 例如，“化学弹药搜索和评估”项目于 2011 年启动，是波罗的海国家之间的一个合作项目，由欧盟提供部分资助(见上文脚注 1180)。

[1194] 见大会 2010 年 12 月 20 日第 65/149 号决议和 2013 年 12 月 20 日第 68/208 号决议以及 A/68/258 号文件。另见 Mensah, “Environmental damages under the Law of the Sea Convention”, p. 233。

[1195] 波罗的海海洋环境保护委员会(赫尔辛基委员会)，是《保护波罗的海地区海洋环境公约》理事结构，发布了渔民遇到海上倾弃化学弹药早期阶段准则。便于查阅的概览见詹姆斯·马丁不扩散研究中心所做的工作，网址：www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at -sea/。

[1196] 环境危险与公共健康和安全之间有明显的联系。例如见《第一附加议定书》第五十五条第一款，其中规定应在国际性武装冲突中保护自然环境，并禁止使用旨在或可能对自然环境造成损害从而妨害居民健康的作战方法或手段；《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》第 1 条第 2 款(1992 年 3 月 17 日，赫尔辛基)，联合国，《条约汇编》，第 1936 卷，第 33207 号，第 269 页，其中规定对环境的不利影响包括：对环境的不利影响包括“对人类健康和安全、植物、动物、土壤、空气、水、气候、地貌和历史纪念物或其他物理结构影响或这些因素之间的互动；它们也包括上述因素的变化对于文化遗产或社会经济状况而产生的影响”。

2. 本原则草案中并无任何规要求一国或国际组织必须共享和准许获取对其国防或安全至关重内容的信息。但国家或国际组织应诚意合作，根据具体情况提供尽可能多的信息。

评注

(1) 原则草案 18 一般性地提到“各国”，因为这一用语比“武装冲突各方”更加广泛。非武装冲突方的国家可能会作为第三国受到影响，并可能掌握有助于采取补救措施的相关信息，将这些信息提供给其他国家或国际组织可能十分有益。尽管其他原则草案涉及非国家行为体，而且本套原则草案涵盖国际性和非国际性武装冲突，但这一义务适用于各国。

(2) 虽然各国通常是最相关的对象，但本原则草案还提到国际组织，并以“有关”一词来限定。“国防”一词只适用于国家。对于一些国际组织而言，保密要求也可能影响到它们本着诚意共享或准许获取的信息的范围。[1197]

(3) 原则草案 18 包括两段。第 1 段提及各国和国际组织依照国际法可能有义务共享并准许获取信息，以期便利武装冲突后采取补救措施。第 2 段提及这种获取可能须考虑到的安全因素。

(4) “按国际法规定的义务”这一表述反映出各条约载有与武装冲突有关的环境保护方面的义务，这些义务可有助于在武装冲突后采取补救措施，[1198] 如记录地雷的位置。上文列出了为在武装冲突中保护环境而准许获取和/或共享信息的义务。与此有关的还有《特定常规武器公约第二号议定书》中涉及“记录和利用关于雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置的资料”的第 9 条第 2 款和《特定常规武器公约第五号议定书》中涉及“资料的记录、保存和提供”的第 4 条第 2 款。

(5) 此外，这一表述还反映出，相关条约中包含的准许获取和/或共享信息的义务通常伴有与可拒绝披露信息的理由有关的例外或限制。这些理由除其他外涉及“国防和公共安全”，或者披露会使与此类信息有关的环境受损害的风险增加的情况。[1199]

(6) “共享”一词是指各国和国际组织在相互关系中和作为合作手段提供的信息，“准许获取”则主要是指准许个人获取这些信息，因此更多地是一种单边关系。

(7) 在全球和区域层面的许多国际法渊源中，都可找到关于共享和准许获取环境相关信息的义务。

[1197] 例如参见联合国难民事务高级专员公署(难民署)，《保护难民署关注对象个人资料的政策》(2015 年)，可查阅 www.refworld.org/pdfid/55643c1d4.pdf。

[1198] 《第一附加议定书》第三十三条；《日内瓦第一公约》第十六条；《日内瓦第二公约》第十九和第四十二条；《日内瓦第三公约》第二十三条；《日内瓦第四公约》第一百三十七条。

[1199] 见《奥胡斯公约》第四条第 3 款(b)项；《保护东北大西洋海洋环境公约》(1992 年 9 月 22 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 2354 卷，第 42279 号，第 67 页，第 9 条第 3 款(g)项。另见《拉丁美洲和加勒比地区关于在环境事务方面获取信息、公众参与和诉诸司法的区域协定》，第 5 条第 6 (b)款。

(8) 在《世界人权宣言》[1200] 第十九条和《公民权利和政治权利国际公约》[1201] 第十九条中可以找到现代国际人权法中获取信息权利的来源。关于《公民权利和政治权利国际公约》第十九条的第 34 号一般性意见规定，第十九条第 2 款应当被解读为包括获取公共机构掌握的信息的权利。[1202]

(9) 还在《欧洲人权公约》范围内形成了获取环境信息的权利，Guerra 等人诉意大利案[1203] 就是例证：欧洲人权法院在该案中裁定，申请人有权根据《公约》第 8 条(家庭生活权和隐私权)获取环境信息。也可以参考欧洲联盟关于公众获取环境信息的指令以及欧洲法院 2011 年的相关判决。[1204] 除隐私权外，获取环境信息的权利还以表达自由权为基础(例如美洲人权法院审理的 Claude-Reyes 等人诉智利案)。[1205]

(10) 1992 年《里约宣言》的原则 10 也规定，个人应能适当获取信息，包括关于危险材料的信息。最近通过的关于和平和包容性社会的可持续发展目标 16 要求各国根据国家立法和国际协定，确保公众获得各种信息，保障基本自由。[1206]

(11) 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(《奥胡斯公约》)第二条将“环境信息”界定为与各种环境要素的状况、正在影响或可能影响环境要素的各种因素和可能受以上要素影响的人类健康和安全状况有关的任何信息。[1207] 《奥胡斯公约》第四条规定，缔约国必须“在国家立法范围内为公众提供这种[环境]信息”。此种权利必然要求国家担负收集此类环境信息的义务，以便一旦收到请求，即为公众提供这种信息。

(12) 《联合国气候变化框架公约》第六条提及信息的获取，指出各缔约方应：“在国家一级并酌情在次区域和区域一级，根据国家法律和规定，并在各自的能力范围内，促进和便利：……公众获取有关气候变化及其影响的信息”。[1208] 此外，《生物安全公约卡塔赫纳议定书》规定，缔约方应促进和便利获取有关改性活生物体的信息。[1209] 《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先

[1200] 大会 1948 年 12 月 10 日第 217 (III) A 号决议。

[1201] 1966 年 12 月 16 日，纽约，联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14531 号，第 3 页。

[1202] 人权事务委员会关于第十九条(见解自由和言论自由)的第 34 号一般性意见(2011 年)，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 40 号》，第一卷(A/66/40(Vol. I)，附件五，第 18 段。

[1203] Guerra 等人诉意大利案，1998 年 2 月 19 日，《判决和决定汇编》1998 年第一辑。

[1204] 欧洲议会和欧洲委员会关于公众获取环境信息的第 2003/4/EC 号指令；通信办公室诉信息专员案，C-71/10 号案件，2011 年 7 月 28 日的判决。

[1205] Claude-Reyes 等人诉智利案，美洲人权法院，2006 年 9 月 19 日的判决(实质问题、赔偿和费用)，C 辑，第 151 (2006)号。

[1206] 大会 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议。

[1207] 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(《奥胡斯公约》)(1998 年 6 月 25 日，丹麦奥胡斯)，联合国，《条约汇编》，第 2161 卷，第 37770 号，第 447 页，第二条。

[1208] 《联合国气候变化框架公约》(1992 年 5 月 9 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 30882 号，第 107 页。

[1209] 《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》，第 23 条。

知情同意程序的鹿特丹公约》[1210] 和《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》[1211] 均载有关于获取信息的条款。同样，2013 年《关于汞的水俣公约》第十八条[1212] 规定，各缔约方应“推动和促进”获取这类信息。最近缔结的《巴黎协定》也在许多条款中述及获取信息，例如该协定第四条第八款作为通报国家自主贡献的国家责任的一部分而提及，第十二条中则有关于气候变化教育和公众获取信息的更宽泛的规定。[1213]

(13) 根据《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》，各缔约方应“充分、公开和及时提供”荒漠化信息。[1214] 同样，2010 年《巴厘准则》规定，应当确保“提出请求后应可廉价、有效、及时地获得由公共主管部门掌握的环境信息”。[1215]

(14) 在人道主义排雷和战争遗留物的特定制度内，一些文书载有关于提供环境信息的要求。例如，根据《集束弹药公约》，关于延长完成清理和销毁遗留集束弹药最后期限的请求必须列出这种延期在环境和人道主义方面的任何可能影响。[1216] 同样，在销毁集束弹药方面，还必须说明“所有销毁场址的位置以及应遵守的适用安全标准和环境标准”。[1217] 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》载有类似的义务。[1218] 还可以参考《国际地雷行动标准》第 10.70 条，除其他外，该条规定，国家排雷行动当局应当“向方案内的其他排雷组织发布有关重大环境事件的信息”。[1219]

(15) 关于国际组织的做法，2009 年《联合国外地特派团环境政策》规定，维持和平特派团应指派 1 名环境干事，“提供与特派团行动有关的环境信息，并采取

[1210] 《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》(1998 年 9 月 10 日，鹿特丹)，联合国，《条约汇编》，第 2244 卷，第 39973 号，第 337 页，第 15 条。

[1211] 《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》(2001 年 5 月 22 日，斯德哥尔摩)，联合国，《条约汇编》，第 2256 卷，第 40214 号，第 119 页，第 10 条。

[1212] 案文可查阅 https://treaties.un.org (交存秘书长的多边条约状况，第 XXVII.17 章)。

[1213] 《2015 年 11 月 30 日至 12 月 13 日在巴黎举行的〈联合国气候变化框架公约〉，缔约方会议第二十一届会议报告增编：缔约方会议通过的决定》(FCCC/CP/2015/10/Add.1)，第 1/CP.21 号决定，附件。

[1214] 《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》(1994 年 10 月 14 日在巴黎开放供签署)，联合国，《条约汇编》，第 1954 卷，第 33480 号，第 3 页，第 16 条，另见第 19 条。

[1215] 联合国环境规划署，联合国环境规划署理事会在 2010 年 2 月 26 日 SS.XI/5 号决定 A 部分通过的《关于为在环境问题上获得信息、公众参与和诉诸法律而制定国家立法的准则》。可查阅 www.unep.org 的“资源”部分。

[1216] 第四条第六款第(八)项。

[1217] 第七条(透明度措施)，第一款第(五)项。

[1218] 第五条。

[1219] 《国际地雷行动标准》第 10.70 条，2007 年 10 月 1 日，《安全和职业健康：保护环境》，第 12.1 (a)段。可查阅 www.mineactionstandards.org。

行动，促进对环境问题的认识。”[1220] 该政策还包括一项关于传播和研究环境信息的要求，其前提是获取实际上可以传播、因而不是保密资料的信息。

(16) 此外，红十字委员会《关于武装冲突中的环境保护的军事手册和指南准则》载有关于保护组织的一项规定，[1221] 其中可包括“为防止或修复环境损害”而收集环境数据的环境组织。[1222]

(17) 关于武装冲突后环境评估，值得回顾的是，环境署关于将环境纳入冲突后评估的准则提到了公众参与和获取信息的重要性，因为在冲突后环境中，“自然资源的配置和管理是以特定、分散或非正规方式进行的”。[1223]

(18) 在这方面共享信息和进行合作的义务反映在《国际水道非航行使用法公约》中。[1224] 此外，《生物多样性公约》第十四条包含一项关于交流信息的规定，要求每一缔约国应尽可能并酌情“就其管辖或控制范围内对其他国家或国家管辖范围以外地区生物多样性可能产生严重不利影响的活动促进通报、信息交流和磋商，其办法是为此鼓励酌情订立双边、区域或多边安排”。[1225] 另外，该《公约》第十七条呼吁缔约方便利有关生物多样性保护和持久使用的信息的交流。

(19) 委员会以前与原则草案这一方面有关的工作包括国家继承涉及的自然人国籍问题条款(1999 年)[1226]、预防危险活动的跨界损害条款(2001 年)[1227] 、危险活动所致跨界损害的损失分配原则(2006 年)[1228] 和跨界含水层法条款(2008 年)。[1229]

(20) 第 2 段在原则草案 18 中具有类似的目的。第 1 段规定的义务的例外涉及对一国的国防或一国或国际组织的安全至关重要的信息。这种例外并不是绝对的。第 2 段第二句规定，国家和国际组织应诚意合作，根据具体情况提供尽可能多的信息。第 2 段基于《国际水道非航行使用法公约》中的规定。该公约第 31 条规

[1220] 联合国维持和平行动部和外勤支助部，《联合国外地特派团环境政策》，2009 年，第 23.5 段。

[1221] 见红十字委员会《关于武装冲突中的环境保护的军事手册和指南准则》，A/49/323, 附件，准则 19, 其中提及《日内瓦第四公约》第六十三条第二款和《第一附加议定书》第六十一至第六十七条。

[1222] 应当指出的是，准则 19 提及根据各方之间的特别协定或其中一方的许可。

[1223] 环境署，指导说明，《将环境纳入冲突后需求评估》(2009 年，日内瓦)，可查阅 http://postconflict.unep.ch/publications/environment_toolkit.pdf(参见 A/CN.4/700 第 144 段和脚注 238)。

[1224] 《国际水道非航行使用法公约》(1997 年 5 月 21 日，纽约)，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 49 号》(A/51/49)，第三卷，第 51/229 号决议，附件，第 9、第 11、第 12、第 14-16、第 19、第 30、第 31 条和第 33 条第 7 款。

[1225] 第十四条第 1 款(c)项。

[1226] 大会 2000 年 12 月 12 日第 55/153 号决议，附件，第 18 条，条款草案及其评注载录于《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47-48 段。

[1227] 第 8、第 12-14 和 17 条。

[1228] 大会 2006 年 12 月 4 日第 61/36 号决议，附件，原则 5。原则草案及其评注载录于《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66-67 段。

[1229] 大会 2008 年 12 月 11 日第 63/124 号决议，附件，第 8、13、15、17 和 19 条。委员会通过的条款草案及其评注载录于《2008 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 53-54 段。

定，水道国没有义务提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料，同时注意到善意合作的义务仍然适用。预防危险活动的跨界损害条款[1230] 和跨界含水层法条款[1231] 也有类似的例外。

(21) 原则草案 18 与合作义务以及关于武装冲突后环境评估和补救措施的原则草案 15 密切相关。

[1230] 第 14 条。

[1231] 第 19 条。

第十章
国家责任方面的国家继承

A. 导言

219. 委员会第六十九届会议(2017 年)决定将“国家责任方面的国家继承”专题列入工作方案，并任命帕维尔·斯图尔马先生为特别报告员。[1232] 大会随后在 2017 年 12 月 7 日第 72/116 号决议中注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

220. 在同一届会议上，委员会审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/708)，该报告试图阐明特别报告员研究此专题的范围和结果的方法，并概述了与此专题相关的一般规定。继全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员第一次报告所载的第 1 至第 4 条草案转交起草委员会。随后，委员会注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第 1 和第 2 条草案的临时报告。提交该报告仅供委员会参考。[1233]

B. 本届会议审议此专题的情况

221. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/719)，并在 2018 年 7 月 17 日至 24 日举行的第 3431 至第 3435 次会议上审议了该报告。

222. 特别报告员的第二次报告分为四个部分。特别报告员在报告中首先述及了某些先导问题，包括继承的合法性(第一部分)。随后，他讨论了国家责任方面的国家继承的一般规则，特别述及了行为的归属，以及持续的违背义务行为与已完成的违背义务行为之间的区别(第二部分)。之后，特别报告员审议了责任所致义务方面的国家继承的某些特殊类别(第三部分)。随后，特别报告员讨论了关于本专题的今后工作方案(第四部分)。特别报告员针对其第二次报告第一部分(第 5 条草案)、第二部分(第 6 条草案)和第三部分(第 7 至第 11 条草案)审议的问题，相应地提出了七项条款草案。[1234]

[1232] 在 2017 年 5 月 9 日的第 3354 次会议上，根据委员会报告(《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10))附件 B 所载建议，将这个专题列入了委员会第六十八届会议(2016 年)长期工作方案。

[1233] 起草委员会主席的临时报告可查阅《国际法委员会工作分析指南》：http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml。

[1234] 特别报告员在其第二次报告中提出的第 5 至第 11 条草案案文如下：

第 5 条草案
本条款草案所涵盖的国家继承情况

本条款草案只适用于依照国际法尤其是《联合国宪章》所体现的国际法原则而发生的国家继承的效果。

第 6 条草案
一般规则

1. 国家继承不影响在国家继承日之前犯下的国际不法行为的归属。

2. 若被继承国继续存在，则受害国或受害主体，甚至在继承日期之后，亦可援引被继承国的责任，就该国际不法行为造成的损害向被继承国提出赔偿要求。

3. 本规则不妨碍可能依据一个持续性的行为违背一项国际义务，而将该国际不法行为归于继承国，条件是该项义务对继承国具有约束力。

4. 尽管有第 1 款和第 2 款的规定，但受害国或受害主体可以按照下列各条款草案的规定，就被继承国的一项国际不法行为造成的损害也向或仅向一个继承国或多个继承国提出赔偿要求。

第 7 条草案
国家若干部分的分离(脱离)

1. 除第 2 和 3 款提到的例外之外，在一个国家领土一个部分或若干部分脱离，组成一个或多个国家的情况下，若被继承国继续存在，则被继承国国际不法行为产生的义务不转属继承国。

2. 若具体情况要求如此，则当被继承国的国际不法行为由其某一领土单位的机关实施，而该机关后来已成为继承国机关时，该行为产生的义务将转移给继承国。

3. 若具体情况要求如此，则当被继承国的国际不法行为或其后果与一个或多个继承国的领土有直接联系时，该行为产生的义务由被继承国和一个或多个继承国承担。

4. 成功在被继承国的一部分领土或在其管理下的某一领土内建立一个新国家的叛乱运动或其他运动的行为，依国际法应视为该新国家的行为。

第 8 条草案
新独立国家

1. 除第 2 款提及的例外情况外，在建立新独立国家的情况下，被继承国国际不法行为产生的义务不转属继承国。

2. 若新独立国家同意，则被继承国国际不法行为产生的义务可转移给继承国。若该行为或其后果与继承国领土有直接联系，且该前附属领土曾拥有实质自治权，则可考虑这一具体情形。

3. 成功建立新独立国家的民族解放运动或其他运动的行为依国际法应视为新国家的行为。

第 9 条草案
一国部分领土的移交

1. 除第 2 和 3 款提及的例外情况外，当被继承国部分领土成为继承国领土时，被继承国国际不法行为产生的义务不转属继承国。

2. 若具体情况要求如此，则当被继承国的国际不法行为由其某一领土单位的机关实施，而该机关后来已成为继承国机关时，该行为产生的义务将转移给继承国。

3. 若具体情况要求如此，则当被继承国的国际不法行为或其后果与一个或多个继承国的领土有直接联系时，该行为产生的义务由被继承国和继承国承担。

第 10 条草案
国家的合并

1. 当两个或两个以上的国家合并组成一个新的继承国时，任一被继承国的国际不法行为产生的义务转属继承国。

2. 当一国并入另一现存国家且不复存在时，被继承国的国际不法行为产生的义务转属继承国。

3. 除非有关国家、包括受害国另有协定，否则适用第 1 和 2 款。

第 11 条草案
国家解体

1 一国解体且不复存在而其领土各部分组成两个或两个以上继承国时，被继承国实施国际不法行为产生的义务转属一个、几个或所有继承国，但须遵照有关协定。

2. 继承国应秉持诚意与受害国进行谈判并相互谈判，以解决被继承国国际不法行为的后果。应考虑到领土联系、公平比例和其他相关因素。

223. 在 2018 年 7 月 24 日举行的第 3435 次会议上，委员会决定将特别报告员第二次报告所载的第 5 至第 11 条草案转交起草委员会。

224. 在 2018 年 8 月 3 日举行的第 3443 次会议上，起草委员会主席提出了一份关于起草委员会暂时通过的第 1 条草案第 2 款以及第 5 和第 6 条草案的临时口头报告。这份报告仅供参考，可在委员会网站查阅。[1235]

225. 在 2018 年 8 月 9 日举行的第 3451 次会议上，委员会决定请秘书处编写一份备忘录，提供可能与此专题今后工作有关的的条约的资料。

1. 特别报告员介绍第二次报告

226. 特别报告员指出，他的第二次报告考虑到了委员会委员和第六委员会代表的评论。关于继承责任专题的一般规则，特别报告员认为不应以一种支持继承的一般理论取代不继承的一般理论：需要采取更为灵活务实的办法。虽然与委员会以前的工作保持一致很重要，特别是在术语方面保持一致很重要，但没有必要采用与 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》和 1983 年《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》相同的结构。委员会以前就国家对国际不法行为的责任开展的工作同样重要。

227. 在这方面，特别报告员指出，国家责任这一复杂的法律制度已由国际法委员会通过其国家对国际不法行为的责任条款[1236] 编纂成法，该条款在很大程度上体现了习惯国际法。如有必要，应适用或发展源自该条款的一般原则和规则，用于为在继承情况下面临责任问题的国家提供指导。对于继承问题，不应抽象地从“责任”的角度来考虑，而是应当结合次级层面的原则和规则来考虑，特别是规范以下方面的原则和规则：确立国际不法行为并将之归于某一国；责任的内容和形式；这种责任的援引。凡是识别出的一般规则，之后都可能出现例外或受到修改，例外和修改会考虑多种因素，包括违约行为是已经完成还是仍在持续、损害是否是局部性的、被继承国是否继续存在等。特别报告员认为，被继承国是否继续存在是一个特别重要的问题。

228. 特别报告员在其第二次报告中提出了七项新的条款草案。除了阐述某些一般规则(第 5 和第 6 条草案)外，这些条款草案的重点是被继承国的国际不法行为产生的义务的转移(第 7 至第 11 条草案)。第 5 条草案论及继承的合法性问题，规定本条款草案只适用于依照国际法尤其是《联合国宪章》所体现的国际法原则而发生的国家继承的效果。特别报告员最初对述及这个具有潜在争议性问题犹豫不决，因为除了明显的非法继承情况外，还有属于“灰色”或“中性”地带的情况，这些情况可能不受国际法管辖。因此，第 5 条草案是仿照 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 6 条制定的一项适度的规定，与委员会先前通过的其他规定以及国际法学会开展的工作相一致。

229. 第二项一般规定是第 6 条草案，其中规定了适用于国家责任方面的国家继承的一般规则，即在确立国际不法行为时的不继承原则。该项条款草案规定，国家继承不影响在国家继承日之前犯下的国际不法行为的归属。随后，该项条款草

[1235] 报告可查阅《国际法委员会工作分析指南》：http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml。

[1236] 大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注载录于《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 页。

案讨论了区分瞬时违背行为和持续违背行为对责任继承的可能影响，以及复合行为问题。

230. 第 6 条草案之后的五项条款草案发展并修改了第 6 条草案中表达的一般规则。他们审议了个别类别的继承，并具体说明了被继承国国际不法行为产生的义务属于被继承国的情况以及这些义务转属给继承国的情况。这五项条款草案分为两组。第 7、第 8 和 9 条草案述及被继承国继续存在时的继承情况，而第 10 和第 11 条草案述及被继承国不复存在时的情况。

231. 第 7、第 8 和第 9 条草案分别述及一国若干部分分离、新独立国家的建立和一国部分领土的移交。这几条具有相似的结构。首先，它们表述了一般规则，即被继承国的国际不法行为产生的义务不转属继承国；然后，它们指出了适用于具体情形的例外情况，例如行为或其后果与一个或多个继承国的领土有直接联系。第 7 和第 9 条草案还阐述了一种可能性，即行为由被继承国某一领土单位的机关实施，而该机关后来已成为继承国机关。

232. 第 10 条草案述及国家合并和一国并入另一现存国家这两种情况，第 11 条草案则述及国家解体。第 11 条草案强调了协定的作用，继承国应秉持诚意进行协定谈判。

233. 特别报告员指出，第一次报告提出并转交起草委员会的第 3 和第 4 条草案的最终措辞和位置安排可留待稍后阶段讨论。关于今后的工作方案，特别报告员重申，他打算遵循其第一次报告中概述的工作方案(A/CN.4/708, 第 133 段)，同时保持必要的灵活性。今后可能需要对赔偿的形式和援引问题作进一步分析，并且可能在关于用语的第2条草案中加入一些其他定义。原则上，第三次报告(2019 年)将重点讨论受损害的被继承国向继承国转移权利或索偿的问题。之后，第四次报告(2020 年)将述及程序性问题和其他问题，包括多个继承国问题和共同责任问题，以及与受害国际组织或受害个人有关的问题。特别报告员设想，整套条款草案可能在 2020 年或 2021 年一读通过，具体取决于辩论的进展情况。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

234. 委员们普遍欢迎特别报告员的第二次报告，并赞扬报告的结构。几位委员指出，关于国家责任方面的国家继承的国家实践很少，这给委员会关于这一专题的工作带来了重大挑战。一些委员同意特别报告员的意见，认为现有的国家实践多种多样，各有背景特殊性，还往往具有政治敏感性，他们还指出，国内和国际性法院和法庭的相关判决也不多。若干委员认为，这些困难证实了一些委员最初对该专题是否适合编纂或逐渐发展表示的疑虑。特别报告员的报告高度依赖学术著作和国际法学会的工作，几位委员就此提出了告诫。此外还有人指出，报告中审议的实践虽然普遍比特别报告员第一次报告审议的实践更加多样化，但仍主要侧重欧洲的来源和实例。

235. 几位委员同意特别报告员的意见，即有可能确定适用于国家责任方面的国家继承的基本一般规则，根据该规则，除非在某些情况下，国家责任不会自动转移给继承国。有人强调，正如特别报告员所说，在这方面需要采取务实灵活的办

法。委员会其他委员认为，确定几条规则比试图确认存在一项单一的基本一般规则更实际，因为可能无法确定这样一项规则。

236. 不继承这一基本一般规则的可能例外的范围引发了大量辩论。几位委员告诫不要以同样笼统的继承推定取代笼统的国家责任不继承理论。有人指出，特别报告员提出的一些条款草案事实上支持这种继承推定，特别是在被继承国不复存在的情况下。几位委员认为，这种建议的依据是政策理由而不是国家实践，本质上更像是逐渐发展或拟议法，而不是编纂现有国际法。在这方面，有人强调，必须澄清每项条款草案在多大程度上构成国际法的逐渐发展或编纂。

237. 关于特别报告员采用的方法，一些委员对将被继承国实施的国际不法行为所产生义务之继承问题(第二次报告进行了审议)与关于损害被继承国的国际不法行为引起的权利和索赔问题(将在第三次报告中进行审议)分开审议表示怀疑。他们认为，这可能会导致不必要的重复工作。关于要分析的继承类别，若干委员同意特别报告员提议的对被继承国继续存在的情况和不复存在的情况作出基本区分。然而，其他委员认为，这种区分不一定得到国家实践的支持，而是政策考虑的结果。委员们还普遍同意，在术语和实质问题方面，必须与委员会以前的工作保持一致，特别是与国家对国际不法行为的责任条款保持一致。

238. 关于拟议规则的从属性质，若干委员建议增加一项条款草案，指出条款草案仅在包括国际不法行为受害国在内的当事方之间没有任何协定的情况下适用。在这方面，一些委员强调了条约、其他协定和继承国单方面承诺的基本作用。还有一种意见认为，在从现有协定推导一般规则时需要谨慎，因为这些协议的范围往往很窄，只对协议各方有约束力。一种意见认为，委员会的工作应完全专注于国家对受害方也是国家的国际不法行为的责任。

239. 一些委员建议将该专题的标题改为“国家继承情况下的国家责任问题”。还有人建议是否能将条款草案在结构上分为几个部分。

(b) 具体评论

(一) 第 5 条草案——本条款草案所涵盖的国家继承情况

240. 委员们普遍表示支持第 5 条草案，该条的措辞与委员会以前的工作一致。有人指出，该条草案也符合不法行为不产生权利这一基本原则和大会 1970 年第 2625(XXV)号决议(《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》)。关于继承的合法性，一些委员指出，除了合法继承和非法继承之外，不存在第三类。其他委员认为，继承的合法性问题应与非法继承在责任方面的可能后果，包括与继承前发生的任何非法领土变更有关的后果分开审议。还有意见认为，第 5 条草案可能无法实现其预期目的，因为将非法继承排除在条款草案的适用范围之外可能反而会有利于非法继承国，因为国家责任不继承这项一般规则的任何已确定的例外可能都不会被理解为适用于这些国家。

(二) 第 6 条草案——一般规则

241. 虽然委员们普遍表示同意第 6 条草案所载的国家责任不继承规则，但几位委员指出，该条草案的行文并不明确。在这方面，委员们提出了一些起草建议，主要目的在于澄清国家继承情况下的不法行为责任仅由实施不法行为的国家承担，除非条款草案另有规定。

242. 关于不继承这项一般规则的法律依据，一些委员表示支持特别报告员的观点，即这一规则源自国家对国际不法行为的责任条款所载的行为归属规则，具体而言，不继承规则是该条款第 1 条所载国家责任定义的必然结果。然而，另一些委员认为，行为归属问题不同于责任继承问题，使用行为归属的用语可能会造成混淆，因为只有在涉及根据国家对国际不法行为的责任条款第 2 条已经归于被继承国的国际不法行为时，才会产生国家责任方面的继承问题；如果没有这种归属，就不会有责任的转移。还有意见认为，关于行为归属的一般规则和关于国家责任的其他规则实际上可能会受到关于国家继承的规则的影响。

243. 关于第 6 条草案第 4 款，一些委员认为，该款提及“赔偿”，这将使条款草案的范围仅限于国家责任的某些方面；因此，有必要澄清在责任继承情况下转移的国际不法行为所产生的义务的范围。另一些委员认为，第 4 款破坏了第 6 条草案第一部分所载的不继承的一般规则，并与只有不法行为者应对不法行为负责这项一般法律原则相冲突。

(三) 第 7 条草案——国家若干部分的分离

244. 委员会几位委员建议从第 7 条草案及其标题中删去任何提及“脱离”的词语，因为这一用语可能被解释为包括非法继承。一些委员认为，有限的国家实践不支持第 7 条草案所列的不继承规则的例外情况。此外，若干委员认为，“若具体情况要求如此”(第 2 款和第 3 款)、“某一领土单位的机关”(第 2 款)、“直接联系”和“承担”(第 3 款)等表述不明确。关于第 2 款，一种意见认为，如果某个原属于被继承国、后来成为继承国机构的机关实施了某项持续性行为，则不会发生责任转移，而是可以认定两种单独的国际不法行为，一种归于被继承国，一种归于继承国。还有意见认为，应在本条草案和其他条草案中增加一些继承后的权利和义务分配标准，不当得利概念可能在这方面提供更多的明确性。另一些委员认为，适用于不当得利的规则在这方面可能不相关。

245. 几位委员对第 7 条草案第 4 款表示支持，并提出了一些起草建议，以进一步澄清叛乱运动或其他运动的行为归属与由此在继承日发生的责任转移之间的联系。还有人提出了一些起草建议，以期将本条草案与第 8 条草案和/或第 9 条草案合并。

(四) 第 8 条草案——新独立国家

246. 委员们就第 8 条草案提出了一些起草建议。该条得到了委员会几名委员的支持。另一些委员质疑委员会是否仍有必要通过一项专门针对“新独立国家”的条款草案，因为这一概念现在似乎已不合时宜。但另一些委员指出，大会存有一份非自治领土清单，而基于自决原则的继承案例提出了某些具体的法律问题，不容忽视。几位委员建议将“新独立国家”的定义列入第 2 条草案所列的定义。

247. 一种意见认为，在第 8 条草案第 2 款所述的应予考虑的标准中，应当提及国际不法行为与继承国人口之间可能存在的直接联系，而不仅仅是国际不法行为与继承国领土之间可能存在的直接联系。关于第 3 款，一些委员认为，“叛乱运动或其他运动”的概念将包括“民族解放”运动，因此有可能采用与第 7 条草案第 4 款同样的措辞。

(五) 第 9 条草案——一国部分领土的移交

248. 关于第 9 条草案，几位委员指出，他们对第 7 条草案的意见比照适用于此，包括支持不继承一般规则的例外情况的国家实践有限，以及需要澄清所使用的一些术语的含义。有人提出了若干起草建议。

(六) 第 10 条草案——国家的合并

249. 委员会几位委员指出，第 10 条和第 11 条草案涉及被继承国不复存在的情况，这两条草案支持责任继承的一般推定，这不符合第 6 条草案确定的关于国家责任不继承的一般规则。他们认为，没有足够的国家实践支持这种继承推定，这种推定仅得到了一些学术著作和国际法研究所的工作的支持。特别报告员提供的实例往往涉及征用，而征用本身并不是国际不法行为。一些委员强调，在没有同意的情况下，根本不可能推断继承国承担任何义务。一些委员认为，这种逆转不继承的一般规则所依据的政策理由实际上可能导致不公平或不公正的结果。此外，有人指出，将法律后果归于仍然存在的被继承国，或不归于仍然存在的被继承国，可能会导致歧视性结果。另一些委员表示支持第 10 和第 11 条草案，因为它们确定了所有国际不法行为的法律后果的确定性，从而维护了受害方的权利。

250. 有人就第 10 条草案提出了一些起草建议，其中一些建议旨在删除任何提及不同种类的国家合并之间的差异的内容，因为它们在责任继承方面的法律后果被认为是相同的。

(七) 第 11 条草案——国家解体

251. 除了同时适用于第 10 条草案和第 11 条草案的上述意见之外，委员会一些委员指出，第 11 条草案提出了具体挑战，需要结合国家解体的高度背景特殊性谨慎审议。

252. 委员会几位委员认为，第 11 条草案第 1 款不明确，特别是“但须遵照有关协定”一语；必须具体说明这样的协定涉及哪些当事方以及协定的范围是在继承国之间分配责任还是转移责任本身。关于第 2 款，若干委员认为不宜设立谈判的义务，而是保留劝告性的用语。委员们提出了一些起草建议。

(c) 最终形式

253. 关于这一项目应采取的最终形式，若干委员指出，一些国家已表示倾向于条款草案以外的形式，如准则草案或结论草案，但另一些国家支持条款草案的形式。有意见认为，最终形式可以在较晚的阶段决定。一些委员指出，不妨考虑是否可以起草示范条款，作为谈判继承协定的基础。

(d) 今后的工作方案

254. 委员会委员普遍同意特别报告员关于今后工作方案的建议。还有意见认为，特别报告员应审议其他专题，如国际组织的作用和不承认政策对责任继承问题的影响。

3. 特别报告员的总结

255. 针对讨论情况，特别报告员对收到的许多评论表示感谢，并对辩论的主流意见表示欢迎，辩论的重点是如何最好地以平衡的方式处理这一专题。关于对编纂该专题的可行性和适当性表示的怀疑，特别报告员重申了他的观点，认为该专题适合编纂和逐渐发展，因为该专题旨在进一步阐明委员会以前的编纂工作在国家责任和国家继承这两个领域留下的空白。该专题意在解释国家继承对国家责任一般规则的可能影响，而不是制定关于国家继承的新规则。他认为，在委员会以前关于国家责任的工作中，这些问题被故意搁置，这种情况应促使委员会进行进一步审议，而不是阻碍审议。特别报告员认为，国家对国际不法行为的责任条款中没有任何内容表明，国际不法行为的法律后果因国家继承而消失。特别报告员还表示，他同意委员会应考虑将该专题的标题改为“国家继承情况下的国家责任问题”。

256. 关于方法问题，特别是委员们关于现有实践的评论，特别报告员强调，他打算将国际法的逐渐发展与编纂结合起来，这种方法符合委员会的任务。他指出，拟议法和政策考虑之间几乎没有区别，他还指出，包括双边和多边条约在内的国家实践也受政策考虑的影响。

257. 特别报告员还指出，在国家责任的继承方面正在出现缓慢但不断增长的判例趋势，虽然缓慢但日益显著，特别是在区域人权法院中。他承认自己在报告中非常依赖学术著作，但认为这符合著作作为识别法律规则的辅助手段的作用。此外，特别报告员强调，私人编纂机构，特别是国际法学会，已经就该专题提出了早期草案，这证实了该专题的相关性。但他补充说，委员会不受这些机构以往工作的约束。

258. 关于国家责任方面的国家继承专题的一般规则的识别问题，特别报告员同意，需要具备这样的一项或多项一般规则，同时还需要有适用于个别继承类别的例外情况。为了确立一国的责任(基于其自身的国际不法行为)，不继承是一项绝对规则：行为和被违背的国际义务都必须仅仅指向被继承国。不法行为的法律后果，包括解除不法性的情况、停止义务和可能的反措施，原则上只适用于被继承国。继承国不会因其没有实施的不法行为而承担责任，而是可能要对自己的不法行为承担责任，例如为持续的违背行为负责，或者因叛乱运动或其他运动的行为归属该国而承担责任。此外，不继承规则也存在一些例外，即国际不法行为的某些后果在被继承国不复存在的情况下也仍不消失。这些后果继续存在的方式与领土、人口、财产或债务在继承情况下继续存在的方式类似。当然，对于在哪些特殊条件下才会触发这一状况，仍然存在争议。无论如何，并不会因为这种状况就认定继承国要对其没有实施的行为负责或受到指责；恰恰相反，应称赞继承国没有坐视受害国或受害人得不到任何赔偿。

259. 特别报告员指出，被继承国继续存在的情况与被继承国不复存在的情况二者之间基本区分的依据在于对实际差异的描述，与公认的继承类别一致，不受可能的政策考虑的影响。起草这方面的具体规则和例外情况，措辞必须防止不公正和不公平的结果。关于被继承国实施的国际不法行为所产生义务之继承问题(第二次报告进行了审议)与关于损害被继承国的国际不法行为引起的权利和索赔问题(将在第三次报告中进行审议)分开，特别报告员指出，可根据需要，通过最终合并条款草案来避免重复。

260. 特别报告员还表示同意其他几项评论和建议，包括：需要考虑国际不法行为与继承国人口之间的联系；受害国或受害人的同意与继承国承担责任的相关性；协定和单方面声明在继承事项中的重要性；以及需要列入一项规定，明确表明条款草案的从属性质。他还同意，需要在第 2 条草案中增加一些定义，并认为应该支持关于条款草案结构和内容的一些起草建议。

261. 特别报告员认为，条款草案还应将国家以外的主体作为可能的受害主体。这种方法符合国家对国际不法行为的责任条款的第一部分，该部分也适用于违反国家对其他行为方的国际义务的情况。

262. 关于第 5 条草案，特别报告员重申，这一提议符合 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》和 1983 年《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》。他指出，尚不清楚现代国际法是否完全规范了与国家成立有关的某些事实。第 5 条草案旨在以与委员会以往关于继承的工作相一致的方式积极界定条款草案的实质范围。该条草案绝不试图通过免除非法继承国的责任来给予它们任何特权；相反，该条既涉及义务的可能转移，也涉及责任产生的权利的转移。

263. 关于第 6 条草案，特别报告员对收到的一些关于提高该条草案的明确性的建议持开放态度。关于第 4 款，特别报告员指出，提及赔偿并不排除其他国家责任规则的相关性，这些规则仍然适用于被继承国。

264. 关于第 7 条草案，特别报告员赞同一些起草建议，包括从其中删去任何提及“脱离”的词语；此外，需要进一步澄清或删除“若具体情况要求如此”一语。关于第 8 条草案，特别报告员表示，他认为，应当保留委员会以前审议过的所有类别的继承，包括新独立国家这一类别。关于第 7 条草案和第 9 条草案，特别报告员指出，“某一领土单位的机关”一词指的是这种机关具有实质自治权的情况，例如联邦国家内的情况。此外，他赞同一些起草建议，包括旨在将第 7、第 8 和第 9 条草案合并为单一一条的建议。特别报告员还澄清说，第 7、第 8 和第 9 条草案的目的并不是要产生将义务自动转移给继承国的义务。。

265. 关于第 10 和第 11 条草案，特别报告员同意全体辩论期间提出的许多评论。然而，他强调，第 10 条草案提出了一种可反驳的推定，而不是在所有情况下以自动继承规则替代不继承规则。此外，他认为，有关非法征用的案例不能被视为不相关。关于第 11 条草案，特别报告员强调，这是一项一般性的引言条款，以后将由另一项关于已不复存在的被继承国的国际不法行为所产生义务的分配标准和规则的条款草案予以补充。

266. 关于今后的工作方案，特别报告员注意到一些委员同意他的拟议工作方案，并同意可能需要谨慎考虑关于受损害的被继承国的权利或索赔主张的转移的第三次报告的重点，以避免工作重复，并且国际组织的作用也可以在较晚的阶段与其他问题一起审议。

第十一章
国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

267. 委员会在第五十九届会议(2007 年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案，并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。[1237] 同届会议上，委员会请秘书处编写一份关于此专题的背景研究报告，该研究报告提交给了委员会第六十届会议(2008 年)。[1238]

268. 该特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008 年)收到并审议了初步报告，第六十三届会议(2011 年)收到并审议了第二次和第三次报告。[1239] 委员会第六十一届会议(2009 年)和第六十二届会议(2010 年)未能审议本专题。[1240]

269. 委员会第六十四届会议(2012 年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替不再是委员会委员的科洛德金先生担任特别报告员。[1241] 委员会同届会议(2012 年)收到并审议了该特别报告员提交的初步报告，第六十五届会议(2013 年)收到并审议了她的第二次报告，第六十六届会议(2014 年)收到并审议了她的第三次报告，第六十七届会议(2015 年)收到并审议了她的第四次报告，第六十八届会议(2016 年)和第六十九届会议(2017 年)收到并审议了她的第五次报告。[1242] 委员会在特别报告员第二、第三、第四和第五次报告提出的条款草案基础上，迄今为止暂时通过了七条条文草案及其评注。关于术语的使用的第 2 条草案案文仍在拟订中。[1243]

[1237] 2007 年 7 月 20 日第 2940 次会议(《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 376 段)。大会 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议第 7 段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议(2006 年)上，委员会已根据其报告附件 A 中所载建议(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 257 段)将本专题列入其长期工作方案。

[1238] 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 386 段。秘书处编写的备忘录见 A/CN.4/596 和 Corr.1 号文件。

[1239] 分别为 A/CN.4/601、A/CN.4/631 和 A/CN.4/646。

[1240] 见《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 207 段；和同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 343 段。

[1241] 同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 266 段。

[1242] 分别为 A/CN.4/654、A/CN.4/661、A/CN.4/673、A/CN.4/686 和 A/CN.4/701。

[1243] 见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 48 和第 49 段。

在 2013 年 6 月 7 日第 3174 次会议上，委员会收到起草委员会的报告并暂时通过了第 1、第 3 和第 4 这三条草案，在 2013 年 8 月 6 日和 7 日第 3193 至第 3196 次会议上通过了这三条的评注(同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 48 和第 49 段)。

委员会在 2014 年 7 月 25 日第 3231 次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第 2 条草案(e)项和第 5 条草案，又在 2014 年 8 月 6 日和 7 日的第 3240 至第 3242 次会议上通过了其评注。

B. 本届会议审议这个专题的情况

270. 委员会收到特别报告员第六次报告(A/CN.4/722)。她在报告中概述了国际法委员会和第六委员会就第 7 条草案进行的辩论。本条草案涉及根据国际法不应适用属事豁免的各种罪行，经委员会第六十九届会议暂时通过。她随后在第二和第三章中开始讨论国家官员的外国刑事管辖豁免的程序方面。具体而言，她开始审议豁免的程序方面，预计将于明年完成审议工作。她首先分析了委员会以往工作中如何处理程序方面、此类程序方面如何符合本专题的总体界限，以及特别报告员在分析程序方面时希望使用的方法；其次，她分析了与管辖权概念有关的程序方面的三个组成部分，即：(a) 时间点；(b) 受到影响的行为种类；(c) 豁免的确定。报告未列入新的条款草案。

271. 预计拟于 2019 年提交的第七次报告将是程序方面的最后一部分。第七次报告将审议以下问题：援引豁免和放弃豁免，并讨论与官员所属国和当事外国官员二者有关的程序性保障的问题，包括对此类官员必须予以承认的保障和权利；法院地国和官员所属国之间的沟通；官员所属国所提供资料的转递；官员所属国与法院地国之间的合作和国际法律援助。另外，报告还将分析各国与国际性刑事法院之间的合作以及此类合作可能对外国刑事管辖豁免带来的长期影响相关事项。此外，报告还将载有就第六次报告涉及的各个议题提出的条款草案以及第七次报告中所载的分析。希望委员会明年将完成条款草案的一读。

272. 委员会在 2018 年 7 月 30 日和 31 日举行的第 3438 至第 3440 次会议上审议了第六次报告。将在 2019 年第七十一届会议上继续就本报告展开并完成辩论。

1. 特别报告员介绍第六次报告

273. 特别报告员在介绍第六次报告之初指出，与前几次报告不同，本次报告导言部分概述了国际法委员会和第六委员会就此前在委员会第六十九届会议上暂时通过的第 7 条草案进行的辩论的详情。这种办法是有道理的，因为就豁免的限制和例外以及相关的第 7 条草案展开的辩论十分激烈，同时铭记这一主题很敏感，意见存在分歧。此外，在就第 7 条草案进行辩论时，有人提请注意必须审议程序方面，重点关注程序性保障，而对于一些人而言，讨论程序方面是通过第 7 条草案的前提。

274. 特别报告员强调，在本专题中讨论程序方面很重要，回顾称秘书处的备忘录[1244]、前任特别报告员的第三次报告[1245] 以及本特别报告员以往的报告[1246]，包括在 2017 年委员会届会期间举行的非正式磋商和 2017 年第六委员会互动对话期

在 2016 年 7 月 27 日第 3329 次会议上，委员会暂时通过了经第六十七届会议上起草委员会暂时通过和委员会注意到的第 2 条草案(f)项和第 6 条草案。在 2016 年 8 月 11 日第 3345 次和第 3346 次会议上，委员会通过了其评注(同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 194 至第 195 段和第 250 段)。

在 2017 年 7 月 20 日第 3378 次会议上，委员会经记录表决暂时通过了第 7 条草案。在 2017 年 8 月 3 日和 4 日第 3387 次至第 3389 次会议上，委员会通过了其评注(同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 74、第 76 和第 140 至第 141 段)。

[1244] A/CN.4/596 和 Corr.1。

[1245] A/CN.4/646。

[1246] A/CN.4/654、A/CN.4/661 和 A/CN.4/701。

间讨论的关于程序性规定和保障的非正式概念文件，均讨论过程序方面。特别报告员注意到，委员会在此前的工作中主要侧重于审议豁免、援引和放弃豁免、受豁免影响的行为以及确定豁免的时间点问题。此外，委员会还审议了关于管辖权概念的有关分析，以及豁免的限制和例外与程序性保障之间的关系。事实上，委员会已然假定，它会在某个阶段讨论适用于本条款草案的程序性规定和保障。她还回顾说，第六委员会已审议了程序方面，特别是在第六十六届大会上。

275. 不过，特别报告员指出，在随后的几年中，委员会在豁免的程序方面的侧重点有所转变，从时间点、援引和放弃等传统上与程序有关的方面，转变至是否需要设置程序性保障，以防对外国官员的刑事管辖被政治化并遭到滥用。第六委员会的讨论也出现了同样的转变，对于外国刑事管辖豁免的程序方面产生的兴趣，与保障并加强豁免和国家主权平等原则密切相关。特别报告员强调，为防止出于政治动机的诉讼和滥用管辖权行为而分析并制定程序性保障并不是一个新主题，因为在早些时候的讨论中已经提出过这一关切，在 2016 年和 2017 年就第 7 条草案进行辩论时，关于这一问题的讨论更加明显。

276. 特别报告员强调，鉴于豁免诉求是在外国刑事管辖区内提出，审议豁免的程序方面十分重要。她表示，关于程序方面，委员会可以提出尊重各国主权平等以及国际社会作为一个整体所坚持的其他法律原则和价值(包括打击有罪不罚)的建议。她还指出，审议程序方面可确保有可能受到行使外国刑事管辖权影响的国家官员能够享受国际法、特别是国际人权法所承认的一切程序性保障。在特别报告员看来，通过在豁免的处理方法中加入一个中立的要素，适当审议程序方面，将给法院地国和官员所属国双方均提供确定性。此外，这还将减轻政治因素的影响，并避免不必要的关于出于政治原因或其他目的对外国官员进行恶意起诉的指称。

277. 关于可能要讨论的问题的范围，特别报告员强调，要评估程序方面，就要审议一系列详细的问题，包括：(a) 刑事“管辖权”是指什么；(b) 外国刑事管辖豁免对法院地国的哪些行动造成影响；(c) 是否适用豁免的问题由谁裁定，这一裁定有何影响；(d) 外国刑事管辖豁免何时开始适用；(e) 是否需要援引豁免，谁可援引豁免；(f) 怎样以及由谁放弃或取消豁免；(g) 放弃或取消豁免对行使管辖权有何影响；(h) 怎样确保法院地国与官员所属国之间的沟通，可用哪些机制进行沟通；(i) 有无机制可供官员所属国表明法律立场，并让法院地国的法院在裁定豁免是否适用于某一具体案件时予以考虑；(j) 怎样促进法院地国与官员所属国之间的国际司法合作与协助；(k) 应在何种程度上、通过何种程序考虑与国际性刑事法院合作的义务；(l) 在必要时，怎样向官员所属国或国际性刑事法院移交法院地国业已启动的程序。

278. 为了解决此类问题，特别报告员表示，有必要考虑如下的一套标准，包括：(a) 被认定为“国家官员”、以官方身份行事(至少就属事豁免而言)的外国人出现在法院地国的管辖范围内；(b) 需要在法院地国行使管辖权的权利与官员所属国确保其官员的豁免权受到尊重的权利之间达成平衡；(c) 需要在尊重国家官员的职能性和代表性与保障对犯下国际法规定的严重罪行打击有罪不罚之间达成平衡；(d) 确保国家官员享有国际人权法所承认的程序性权利和保证。

279. 在这方面，特别报告员认为，有必要采用一种广泛、全面的方针，考虑到四个不同但又互补的方面：

(a) 管辖权概念对豁免造成的程序性影响，特别是时间点、确定可能受到豁免影响的法院地国行为，以及与确定豁免有关的问题；

(b) 具有自主程序意义、与在特定案件中适用或不适用豁免有直接联系并且作为对官员所属国的第一级保障的程序性要素，特别是与援引和放弃豁免有关的问题；

(c) 对官员所属国的程序性保障，特别是协助法院地国与官员所属国之间沟通和协商的机制、有关司法当局之间传递信息的机制，以及当事国之间的国际法律合作和互助文书；

(d) 公正审判概念中固有的程序性保障，包括尊重国际人权法。

280. 特别报告员还认为，委员会有必要审议与国际性刑事法院合作的义务可能对外国国家官员的豁免产生的影响。

281. 特别报告员强调，审议各种程序性问题要求各国就其做法提供资料。她对已经从各国收到的评论意见表示感谢，并再次请各国提交文稿。

282. 在介绍第六次报告的内容时，特别报告员指出，尽管豁免的各种程序方面问题相互关联，须全面处理，但本报告重点讨论管辖权概念对豁免的程序方面的影响。她回顾称，曾建议在其第二次报告中纳入“管辖权”的定义，而目前起草委员会仍在对这一概念进行定义。虽然第六次报告无意就管辖权概念再次展开一般性讨论，但特别报告员强调，管辖权对于一些程序方面问题有重要意义。因此，第六次报告主要讨论“何时”、“什么”和“谁”，审查了：(a) 考虑豁免的时间点；(b) 可能受到豁免影响的法院地国当局的行为；(c) 确定决定是否适用豁免的主管机关。

283. 关于考虑豁免权的时间点问题，特别报告员强调指出，国家主管机关应在这一过程的早期阶段考虑是否存在豁免权，否则豁免权就会失去其效用和存在的理由。然而，她强调说，要界定“早期阶段”的含义并不容易，特别是因为各国法律制度中与刑事程序有关的做法和程序多种多样。因此，特别报告员认为，必须将如下两个因素结合起来确定考虑豁免的时间点：(a) 刑事诉讼程序所处的阶段(调查、起诉和审判)；(b) 有待采取的任何措施的约束力和强制性及其对外国国家官员的影响。

284. 通过运用这些标准，特别报告员得出如下结论：

(a) 法院地国的法院必须在开始行使管辖权时，且在就案件实质通过任何决定之前，尽早考虑豁免问题；在任何情况下，当法院必须采取专门针对这名官员的措施对其施加义务，如不遵守有可能导致采取强制性措施并可能妨碍其妥善履行国家职能时，必须考虑豁免问题。因此，法院必须在下列时点考虑豁免问题：(一) 在开始起诉外国官员之前；(二) 在对该官员提出指控或将其移送审判之前；或(三) 在开始听讯之前。

(b) 豁免是否适用于查证或调查阶段则更加没有定论，但在采取专门针对这名官员的措施对其施加义务，如不遵守有可能导致采取强制性措施并可能妨碍其妥善履行国家职能之前，特别是对其发出逮捕令、正式提出指控或采取某些临时措施之前，必须考虑豁免问题。

(c) 似乎无法得出结论认为，必须在调查伊始即考虑管辖权的豁免问题，特别是因为单纯调查性的行为一般来说既没有约束力，也不会直接影响国家官员或直接影响其履行职责。

285. 最后，她强调，在考虑豁免的时间点方面，必须保持属人豁免和属事豁免的区分，特别是考虑到认定国家元首、政府首脑或外交部长与认定任何其他国家官员的要求不同。

286. 关于哪些行为受到豁免影响，特别报告员指出，直接受到豁免影响的措施包括提出刑事指控、传唤作为被调查者出庭或出席确认指控听讯、作出确认指控的决定、移送审判、传唤作为刑事审判被告人出庭、发布法院拘留令，或申请引渡或移交一名外国官员。所有上述行为都具有司法性质，直接影响国家官员，并可能影响或干扰其履行国家职能。

287. 特别报告员还指出了法院地国当局的哪些其他行为可能对外国官员及其拥有的外国刑事管辖豁免产生影响。这些行为包括：(a) 本质上属于行政性质的行为，例如，包括作为法院地国领土内警方行动的一部分或根据国际逮捕令拘留一名外国官员，或在国际警务合作系统中登记搜查证或逮捕令；(b) 虽然被描述为具有司法性质，但通常的目的是对第三人而不是对一名外国官员行使刑事管辖权的行为，例如包括传唤出庭作证，或下令向法院地国法院提供该官员所掌握的信息；(c) 法院地国法院在对外国官员行使管辖权时可能下令采取、但本身并不是为了确定其刑事责任的预防性措施，例如，包括旨在扣押外国官员资产的临时措施。

288. 在特别报告员看来，此类行为是否受外国刑事管辖豁免影响取决于多个因素，在铭记属人豁免和属事豁免的区别的情况下，包括：(a) 区分管辖豁免和不可侵犯性；(b) 该官员的人身与被寻求扣押的资产分离；(c) 措施的约束力和强制性及其对该外国官员履行职责的影响。因此，必须具体情况具体分析，审议此类行为是否受到豁免的影响。

289. 关于豁免的确定，特别是确定法院地国有权审议并决定豁免是否适用的主管机关，特别报告员指出，法院地国法院有权就此事项给予明确意见，不过司法机构以外的机关(如检察官)若负责调查或初步程序，在出现受豁免影响的任何行为时，这些机关也可能就此作出决定。

290. 特别报告员强调，申明一家外国法院有权就确定豁免给予明确意见并不必然暗示其他国家机关或当局不能对此发表意见，并和法院一道采取行动解决豁免问题。无论如何，其他机关或国家当局能否表达意见取决于国内法。她对官员所属国提供的信息表达了类似的意见，这些信息对于法院确定豁免可能相当重要。特别报告员指出，将在第七次报告中将此事作为一个合作问题加以分析。

291. 法院地国法院对豁免的确定必须考虑到各种因素，具体取决于是确定属人豁免还是确定属事豁免。对于前者，法院考虑这名国家官员是否具有国家元首、政府首脑或外交部长地位，以及在法院审理豁免时是否在任便足够了。对于属事豁免，法院必须评估：(a) 所涉个人是否是国家官员；(b) 所涉行为是否是以官方身份实施；(c) 上述行为是否是该官员在其任期内实施；(d) 所涉行为是否属于国际法规定的不适用属事豁免的任何类别罪行。

292. 特别报告员还介绍了今后的工作方案，如上文第 271 段所述。

2. 辩论摘要

293. 鉴于本届会议审议本报告的时间有限，第七十一届会议将继续就第六次报告进行辩论。因此，发言的委员们强调，他们的发言属于初步性质，保留明年进一步评论该报告的权利。

(a) 一般评论

294. 委员们赞扬特别报告员的报告出色且扎实，也有一些委员遗憾地表示，报告分发过迟，与其中分析的问题相关的条文草案要等到明年才会提交。有人指出，报告未涵盖所有程序方面，也未论述本专题的程序方面与实质方面之间的关系。另一些委员则认为，第六次报告虽然没有提出条文草案，但所作的分析极大地增进了对程序问题的了解。若干成员希望明年能够及时提交第七次报告以供审议。

295. 委员们强调，本专题对国家依然很重要。在这方面，一些委员提到，非洲联盟有意在大会议程中列入一个项目，请国际法院就国际法中的管辖问题及《国际刑事法院罗马规约》第二十七条与第九十八条之间在涉及缔约国时的关系提供咨询意见。有人重申，本专题具有政治敏感性和法律复杂性，不但可能影响国际关系，而且在国家一级可能影响法院实践，因而可借此机会协助各国协调它们关于国家官员豁免的程序。还有人强调，在审议本专题时，需要审慎细致地对待和关注国家实践。为此，一些委员遗憾地指出，缺乏某些地区或属事豁免特定方面的实践。其他委员则承认，在关于程序方面和保障的问题上，实践和理论乏善可陈。

296. 一些委员还提请注意本专题与委员会现行工作方案中其他专题之间的关系，这些专题包括危害人类罪和国际法强制性规范(强行法)以及在本届会议上纳入委员会长期方案的普遍刑事管辖。这关系到委员会的工作，因为委员会的工作需前后连贯，以保证一致性并防止国际法不成体系。一些委员重申，本专题的拟订工作需注意与其他相关制度保持一致，特别是《国际刑事法院罗马规约》第二十七条第(一)款。

297. 有人认为，程序问题的讨论很重要，有助于确保在可适用豁免的情况下豁免得到尊重，以维护国际关系的稳定，并保证国家主权平等的原则得到遵守。同样重要的是，要考虑到法院地国的管辖权、打击有罪不罚的重要性和有关国家官员的权利。因此，一些委员认为，有必要仔细考虑要拟订何种程序。有人表示，这种程序应在各个不同的利益之间谋求微妙的平衡，其中包括豁免得到尊重、确保国际关系稳定和考虑到为打击有罪不罚而对豁免有所限制。

298. 若干委员表示支持特别报告员广泛和全面处理程序方面的建议。此外，委员们提到，有必要处理程序方面的两个组成部分：关于时间、援引和放弃等问题的传统考虑；以及更重要的是，关于保障的一系列考虑，特别但不仅仅是因为第 7 条草案已获得通过。

(b) 对第 7 条草案辩论摘要的评论

299. 一些委员赞赏第六次报告中关于第 7 条草案的辩论摘要，回顾了第 7 条草案通过的情况，还有委员们提请注意他们认为不容忽视的各种论点。一些委员重申对第 7 条草案通过的方式感到不满，认为这会影响委员会的工作方法。另一些

委员回顾指出，会员国需要委员会明确说明第 7 条草案究竟是反映现有的习惯国际法还是反映逐渐发展。鉴于本专题的一读预期将于明年完成，一些委员表示，委员会不妨借此机会再次审视第 7 条草案的内容，不但可探讨它反映的是习惯国际法还是反映逐渐发展这个问题，而且可对该条草案通过的方式作些补救。另一些委员则回顾，本专题的实质工作是审议限制和例外。在这方面，程序方面的讨论被认为有助于确保第 7 条草案的公平和有效实施。有人同时着重指出，程序性规定和保障与整个条款草案相关，而不仅仅关系到第 7 条草案。若干委员期待明年对第七次报告中的这些方面进行审议。另一种观点认为，通过程序性保障来补救第 7 条草案的实质性基本缺陷，能否行得通是成疑问的。

(c) 对第六次报告所述程序方面的评论

300. 关于管辖概念，一些委员注意到特别报告员就第 2 条草案提出了供起草委员会审议的建议，但认为完全没有必要为关于本专题的条款草案的目的界定刑事“管辖”。就程序方面而言，着眼于功能即足以勾画出管辖的范围。有人建议，作为一般方法，对于管辖的一般概念，包括国家管辖的一般基本要素，要与特定国家行使刑事管辖权的主管机构问题加以区分。另一些委员则认为，这一定义有其必要，因为它能够明确受豁免规则影响的刑事管辖范围。

301. 有人认为，就方法而言，继续区分属人豁免与属事豁免有助于处理程序规定及日后处理保障问题，但一些委员指出，不应过度区分。

302. 委员们都期待看到特别报告员在第七次报告中就第六次报告所论述的程序方面提出条文草案。

(一) 时间

303. 关于时间问题，普遍认为委员会可以审议这一领域，在现有案例法和实践的基础上提供有用的指导。

304. 总之，委员们强调在诉讼的早期阶段处理豁免问题以免后来出现混淆的重要性。从案例法看，豁免问题确实具有不确定性质，必须在争端开始时迅速解决和作出裁决。有人回顾，国际法院已在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议咨询意见中表明，这个原则是“被普遍承认的程序法原则”，旨在防止“使豁免规则的实质内容失效”。[1247]

305. 然而，一些委员认为有必要依照特别报告员的建议，处理某些实际方面，诸如“在早期阶段”或“尽早”的含义，因为这些词语模糊不清。已经确知，至少在属人豁免方面，2001 年国际法学会关于国际法中国家元首和政府首脑的管辖豁免和执行豁免的温哥华决议中表明，一旦知悉外国国家元首的地位，即应向其提供其有权享有的豁免和不受侵犯权。因此，有人指出，必须不加拖延地而且无论如何要在对国家官员启动程序之时和采取有碍于其履行职责的约束性措施之前考虑豁免问题。此外，有人认为，Avena 案[1248] 可为处理关于“不加拖延地”

[1247] 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，《1999 年国际法院案例汇编》，第 62 页起，见第 88 页，第 63 段。

[1248] Avena 及其他墨西哥国民(墨西哥诉美利坚合众国)，判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页。

立即行动的实际方面提供借鉴；在该案中，法院将该词语解释为不一定意味着“要在逮捕后和审问前立即如此做”。

306. 一些委员承认，鉴于各国在调查和起诉方面的法律和实践不尽相同，很难确定在调查阶段何时适用豁免规则。委员会仍有必要研究这个问题，为国家提供实际指导。

307. 有人建议，豁免考虑时间原则上应涵盖整个刑事诉讼程序，从调查、逮捕、拘留、引渡、移送、起诉、检察官审查、审前阶段和临时保护措施一直到正式的法院诉讼和判决及执行判决。

308. 一些委员怀疑是否可以断定调查阶段不能立即适用豁免，因为这在很大程度上取决于每个案件的具体情况及有关具体国家的法律和实践。这个问题需进一步探讨。

(二) 受影响的行为

309. 关于适用豁免的法院地国行为，委员们普遍同意需要审查特别报告员在第六次报告中提出的三大类行为，即拘留、作为证人出庭和预防性措施。一些委员指出，有必要澄清“受到豁免影响的行为”的含义。一些委员认为，为豁免的目的，不妨区别针对特定情况的刑事调查和针对具体案件的刑事调查。应特别关注的是后者。在这方面，有人着重提到对国家官员采取强制性措施的约束行为。因此，一种意见是，在对国家官员采取有碍于其履行职责的约束性措施之前，必须先考虑豁免问题。

310. 一些委员估计，这些措施包括签发逮捕令、刑事起诉、传唤其作为被调查人出庭或参加确认罪名的庭讯以及要求引渡或自首。还有人指出，刑事诉讼期间的行为并非都意味着对官员采取强制性的约束措施。例如，刑事指控本身被指出并未对官员履行职责产生直接影响。

311. 委员们强调，重要的是，约束措施具有强制性，因而妨碍官员履行职责。有人回顾，国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕证案中提及要保护有关个人在履行职责时不受另一国任何权力行为的妨碍[1249]，而在关于刑事事项互助的若干问题一案中，国际法院强调，“评估国家元首的豁免权是否受到攻击的决定因素是有无受到权力行为的约束”[1250]。

312. 一些委员建议进一步处理豁免特别是属事豁免不容侵犯所涉及的问题，而非过度依赖从属人豁免的相关实践中加以引申或作某些推论。还有人建议，需进一步深入分析国际刑事警察组织的作用，特别是其在“红色通缉令”制度方面的实践。

313. 一些委员认为，有必要进一步研究作为证人出庭的有关问题，特别是与属事豁免相关的问题，包括在出具证据材料和文件方面。

314. 一些委员还认为，需进一步审议预防性措施问题。

[1249] 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 22 页，第 54 段。

[1250] 关于刑事事项互助的若干问题(吉布提诉法国)，判决，《2008 年国际法院案例汇编》，第 177 页起，见第 237 页，第 170 段。

(三) 豁免的确定

315. 一些委员同意特别报告员的观点，认为应由法院地国的法院确定是否存在豁免，而如果存在，豁免是否有例外。但有人建议委员会考虑在程序上规定任何对官员行使管辖的行为均须由高等法院作裁决，而非由最低级的地方法院作裁决。

316. 一些委员赞同不得忽视行政机关发挥的作用。在这方面，有人提请注意负责外交事务的部委在全国发挥的作用。

317. 另一些委员强调，需要在本专题的范围内处理有关检察机关酌处权的问题，以拟订可能的限制。为求防止出现滥权或出于政治动机的起诉，有必要作这样的限制。有人指出，为检察官制定准则的好处是可以改善对“三巨头”和其他国家官员任意或狂妄行使检察机关酌处权的情况。反过来看，这样的准则可提供一种保障机制，在国家官员犯下经国际法定为严重罪行的情况下，防止检察机关酌处权的负向行使。

318. 一些委员强调，有必要确保有关适用执法程序的规则的确定性。有人建议，如有疑问或含糊不清，应指定一个国家机关向执法机构提供适当的指示，而在这方面应承认负责外交事务的部委所发挥的作用。

319. 还有人建议，可审查由国际法院和法庭解决与豁免问题相关争端的问题。也有必要审查安全理事会在关于遵守逮捕令或遵守出具文件的命令的事项上可能发挥的作用。

320. 一些委员主张进一步探讨可能将放弃豁免作为国家官员的一个选择的问题。

(d) 对程序性保障和保证的评论

321. 委员们认为，审议程序性保障和保证对顺利完成本专题的工作至关重要。有人指出，在确保个别正当程序的保障和国际人权法规定的其他保证与旨在保护国际关系稳定和防止出于政治动机起诉和滥权起诉的保障之间，有必要加以区分。这两方面都需要处理，而且有人表示，有意义的保障不但应针对法院地国一般剥夺国家官员豁免的后果，而且应针对第 7 条草案的特定情况。

322. 例如，关于影响有关外国官员的程序性保障，有人提请注意《公民权利和政治权利国际公约》，特别是其保障刑事诉讼中最低国际标准的规定，诸如逮捕或拘禁(第九条)、嫌疑人和被告受到公平对待(第十条)和受到公平审判的权利(第十四条)。

323. 关于可能影响国际关系稳定的保障及有关的第 7 条草案，有一种观点是，委员会有必要致力于达成某种共识。为此，有人建议针对第 7 条草案产生的问题拟订具体的保障。这些保障意味着只有在下列情况下才允许依照第 7 条草案行使刑事管辖：(a) 外国官员身在法院地国；(b) 由于其特殊的严重性，该官员犯下所称罪行的证据是“确凿无疑的”；[1251] (c) 法院地国对外国官员提起刑事诉讼

[1251] 适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页起，见第 129 页，第 209 段。

的决定是政府最高层或检察机关作出的；而且(d) 法院地国必须与官员所属国合作。

324. 还进一步说明，这方面进行合作的义务意味着：法院地国若打算提起刑事诉讼，必须通知官员所属国并询问官员所属国是否愿意放弃官员的豁免权；而若官员所属国能够且愿意就此事向其本国法院提起诉讼，则法院地国必须将诉讼移送官员所属国并将被指控罪犯引渡回该国，或经有关国家商定，将其移送主管国际法院或法庭。不然的话，如果官员所属国不能或不愿就此事向其本国法院提起诉讼或送交国际法院或法庭，则法院地国在准许本国机关继续进行起诉之前，必须先表示愿意将被指控罪犯移送主管国际法院或法庭，如果该法院或法庭有管辖权的话。

325. 一些委员强调，官员所属国可在对本国官员行使管辖方面发挥重要作用。还有人认为，几乎不可能通过程序性保障和保证来解决第 7 条草案产生的问题。

(e) 今后的工作

326. 委员们在发言中普遍支持特别报告员提议的今后工作计划，强调第七次报告中需要就程序方面提出完整的一套条款草案。有人表示，希望在下届会议期间完成条款草案的一读。

327. 虽然有些委员赞成探讨与国际刑事法院合作的义务可能对国家官员的豁免产生何种影响，但另一些委员反对审议这个问题，认为这不符合商定的范围和第 1 条草案，因为其中规定本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免。还有人建议，不妨考虑公约义务对豁免产生的程序方面影响，按公职人员可能犯下所界定的哪些罪行分析这样的影响。

328. 一些委员强调，需要设计法院地国与官员所属国之间可能建立的立足于一个辅助性或互补性系统的沟通机制。这一系统应可促进国家对官员进行调查和起诉。

329. 一些委员认为，宜澄清程序援引(尤其是属事豁免的程序援引)与其后果(包括对有关国家的国际责任产生的后果)之间的关系。

330. 委员会第七十一届会议将继续并完成对第六次报告的辩论。

第十二章
纪念委员会成立七十周年

A. 导言

331. 委员会第六十八届会议(2016 年)建议在 2018 年第七十届会议期间，在纽约和日内瓦的会议上举行周年纪念活动。在这方面，委员会建议在纽约举行一次隆重的半天会议，邀请高级贵宾出席，并与出席大会第六委员会的代表举行为期半天的非正式会议，就委员会的工作、委员会与第六委员会之间的关系以及这两个机构在促进国际法的逐渐发展和编纂方面的作用交换意见。委员会还建议在日内瓦与各国和国际组织的法律顾问、学术界人士和其他杰出的国际法学家举行一次为期一天半的会议，专门讨论委员会的工作。委员会还建议，在纽约举行的法律顾问年度会议上讨论会议的报告，并发布周年纪念活动的结果。委员会请秘书处与委员会主席和规划小组主席协商，着手安排举行纪念活动。[1252] 大会赞赏地注意到这些建议。[1253]

332. 委员会第六十九届会议(2017 年)确认了周年纪念计划，并指出，在日内瓦会议之前将举行一次高级别开幕会议，邀请高级贵宾出席。成立了一个咨询委员会，[1254] 在闭会期间继续与秘书处一道开展工作，筹备举办纪念活动。

333. 此外，委员会建议 2018 年 5 月 21 日在纽约举行活动，7 月 5 日和 6 日在日内瓦举行活动，主题为“国际法委员会 70 年——总结过去，展望未来”。[1255] 大会赞赏地注意到委员会关于纪念其七十周年活动安排的建议，并鼓励各国自愿捐款，以利举行纪念活动。[1256]

B. 国际法委员会七十周年届会

334. 在 2018 年 5 月 1 日第 3392 次会议上，委员会听取了关于委员会第七十届会议纪念活动安排的简要介绍。

335. 在“国际法委员会 70 年——总结过去，展望未来”的主题下，委员会于 2018 年 5 月 21 日在纽约、2018 年 7 月 5 日和 6 日在日内瓦举行了其成立 70 周年纪念活动。在纽约，委员会 2018 年 5 月 21 日在第 3407 次会议上举行了一次隆重的半天会议，随后在第 3408 次会议上与大会第六委员会的代表进行了半天对话。在第 3407 次会议上，委员会主席爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生、大会主席米罗斯拉夫·莱恰克先生、主管法律事务副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·德塞尔帕·苏亚雷斯先生(代表秘书长)、大会第六委员会主席布尔汉·加

[1252] 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 327-332 段。

[1253] 大会 2016 年 12 月 13 日第 71/140 号决议。

[1254] 咨询小组的成员包括：委员会该届会议主席格奥尔格·诺尔特先生、规划组主席爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生、雅库巴·西塞先生、村濑信也先生和帕维尔·斯图尔马先生。

[1255] 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 279-281 段。

[1256] 大会 2017 年 12 月 7 日第 72/116 号决议。

福尔先生、瑞士常驻联合国代表于尔格·劳贝尔先生和美利坚合众国国务院法律顾问珍妮弗·纽斯特德女士阁下作了纪念发言。

336. 莱顿大学格劳秀斯国际法研究中心国际公法教授、国际法学会主席尼科·斯赫雷弗先生作了主旨发言。

337. 在委员会第3408次会议与第六委员会对话期间，加福尔先生和巴伦西亚－奥斯皮纳先生作了介绍发言，随后进行了两次小组讨论。

338. 关于“委员会与第六委员会：结构性挑战”的第一小组讨论了以下问题：国际法的逐渐发展和编纂今后面临哪些挑战；委员会应更加侧重于一般国际法还是国际法的特定领域；是否需要重新审视逐渐发展和编纂之间的区分；委员会与谁对话：只对国家，还是对法院和其他行为体。

339. 该小组由巴伦西亚－奥斯皮纳先生担任主席，法国外交部弗朗索瓦·阿拉布吕纳先生、马哈穆德·哈穆德先生、伯利兹常驻代表团雅尼娜·库瓦·费尔逊女士和埃内斯特·彼得里奇先生担任小组成员。

340. 关于“委员会与第六委员会：关于过去和未来互动的思考”的第二小组审议了以下问题：第六委员会和委员会以何种方式正式和非正式互动，以推动国际法的逐步发展和编纂？这两个机构如何相互影响，共同的成就和困难是什么；可以采取哪些实际措施来加强第六委员会与委员会之间的关系；委员会应如何设计其成果，第六委员会应如何处理这些成果；委员会十年后会是如何。

341. 该小组由加福尔先生担任主席，俄罗斯联邦外交部 Evgeny Zagaynov 先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、秘鲁常驻代表团安赫尔·奥尔纳先生和侯赛因·哈苏纳先生担任小组成员。

342. 日内瓦的活动包括一次隆重的会议，和一次与来自各国的法律顾问和其他国际法专家的会议，重点是委员会有关国际法的逐渐发展和编纂工作的各个方面。在2018年7月5日委员会第3422次会议上，巴伦西亚－奥斯皮纳先生、米格尔·德塞尔帕·苏亚雷斯先生、瑞士联邦外交部国际法司司长兼法律顾问科琳娜·西龙·比勒女士，和联合国人权事务副高级专员凯特·吉尔摩女士作了纪念发言；

343. 国际法院院长阿卜杜勒卡维·艾哈迈德·优素福先生阁下作了主旨发言。

344. 在2018年7月5日和6日委员会第3423次至3424次会议与法律顾问和国际法专家的会议上，委员会第六十九届会议主席格奥尔格·诺尔特先生作了介绍发言，并进行了五次小组讨论。

345. 关于“委员会及其影响”的第一小组讨论了以下问题：国际法委员会的最终成果如何了；委员会的工作对国家实践、包括法院判决和法学界产生了什么影响；委员会工作的形式在多大程度上影响到其效果。

346. 该小组由莫桑比克常驻日内瓦代表佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生担任主席，墨西哥科技自治学院亚历杭德罗·罗迪莱斯先生和日内瓦大学劳伦斯·布瓦松·德沙祖尔内女士以及帕维尔·斯图尔马先生担任小组成员。

347. 关于“委员会的工作方法”的第二小组讨论了以下专题：委员会是否需要根据工作结果进一步调整其工作方法；与其他机构和个人的交流如何发生了变

化，可如何改进；特别报告员的作用；起草委员会的作用；评注的作用；编纂司的作用；和其他支持。

348. 该小组由塞尔维亚外交部亚历山大·加伊奇先生担任主席，伦敦大学学院 Danae Azaria 女士、雅温得第二大学莫里斯·卡姆托先生和村濑信也先生担任小组成员。

349. 关于“委员会的职能：有多少是确定现行法律，有多少是提议新法律？”的第三小组讨论了以下问题：对“国际法委员会”的需要——当时(现在？)；是否常常难以保持区分逐渐发展和编纂，或是否存在委员会工作中应该强调这种区分的专题；委员会应强调巩固现行法律，还是应强调发展新的法律。

350. 该小组由新加坡总检察长办公室的 Davinia Aziz 女士担任主席，北京大学陈一峰先生、里加法学研究生院 Ineta Ziemele 女士和肖恩·墨菲先生担任小组成员。

351. 关于“不断变化的国际法的格局”的第四小组讨论了以下专题：委员会与国际法的发展——70 年后的评估；委员会下一步应处理哪些专题；是否应重新考虑委员会的选题方法；各国在确定专题方面可以发挥什么作用。

352. 该小组由瑞典外交部埃莉诺·哈马舍尔德女士担任主席；迦太基大学 Hajer Gueldich 女士、首尔国立大学 Keun - Gwan Lee 先生和克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生担任小组成员。

353. 关于“委员会未来的职权和成员”的第五小组讨论了以下问题：各国政府、法院和其他国际立法机构和进程如何看待委员会及其工作成果；与第六委员会的关系是否需要改善；委员会成员不同的法律传统、籍贯和职业是否影响到委员会的工作；如何实现性别均等，或许还有其他形式的多样性，如代际多样性；委员会未来十年有哪些可能性和陷阱。

354. 该小组由国际法委员会前委员德黑兰大学的贾姆契德·蒙塔兹先生担任主席，布拉格经济大学苏珊娜·特拉夫尼奇科娃女士、布宜诺斯艾利斯大学莫尼卡·平托女士和迪雷·特拉迪先生担任小组成员。

355. 委员会主席作了总结发言。

356. 委员会委员、各国和国际组织及学术机构的代表参加了大量会外活动，使纽约和日内瓦的纪念活动更加丰富。这些会外活动包括：亚非法律协商组织主办的国家官员豁免、危害人类罪和习惯国际法识别问题非正式意见交流会；达格·哈马舍尔德图书馆演讲人系列之村濑信也先生关于委员会保护大气层工作进展情况的讲座；巴西、大韩民国、斯洛伐克和瑞士举办的关于委员会在打击有罪不罚现象中作用的小组讨论会；哥斯达黎加举办的题为“普遍管辖权的期许(和陷阱)”的活动；达格·哈马舍尔德图书馆演讲人系列之尼吕费尔·奥拉尔女士关于“气候变化与保护海洋：两种制度的故事”的讲座；国际法协会美国分会联合国法律委员会举办的关于“国际法的编纂：回到未来？”的小组讨论会；亚非法律协商组织举办的关于国际豁免与有罪不罚之间的相互作用以及习惯国际法识别结果的实际影响的非正式讨论；哥斯达黎加举办的题为“关于普遍管辖权的前进道路：与委员会委员对话”的对话；斐济、加纳、洪都拉斯和圣卢西亚举办的关于“加强发展中小国对国际法委员会工作的贡献”的小组讨论会；达格·哈马舍尔德图书馆演讲人系列之朴基甲先生关于委员会最近工作中现行法和拟议法的

讲座；哥伦比亚在委员会第七十届会议之际举办的有关发生灾害时的人员保护条款草案的小组讨论会；巴西举办的题为“关于国家对国际不法行为的责任条款：往何处去？”的小组讨论会；捷克共和国和斯洛文尼亚举办的关于国家继承领域现有问题的讨论会；中国、芬兰、葡萄牙、西班牙、瑞典和土耳其举办的题为“70 年七名女性”的实现国际法委员会两性均等问题圆桌讨论会；达格·哈马舍尔德图书馆演讲人系列之帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士关于“从外部看委员会：会员国、学术界和国际法院”的讲座；和法学家俱乐部环境委员会主办的关于《全球环境契约》的小组讨论会。

357. 作为活动的一部分，秘书处在纽约、日内瓦和海牙举办了关于国际法编纂史和委员会成就的摄影展。

358. 根据大会 2017 年 12 月 7 日第 72/116 号决议，鼓励各国向法律事务厅支助宣传国际法信托基金自愿捐款，以促进国际法委员会七十周年庆祝。从各国政府收到了下列慷慨捐款：智利(50,000 美元)；中国(10,000 美元)；芬兰(10,000 欧元)；爱尔兰(10,000 美元)；葡萄牙(5,043 美元，指定用于展览招待会，见下文)；卡塔尔(10,000 美元)；新加坡(5,000 美元)；斯里兰卡(5,000 美元)和大不列颠及北爱尔兰联合王国(2,000 英镑)。还收到了伊斯坦布尔比尔基大学(5,000 美元)和其他(4,000 美元)的捐款。

359. 下列国家政府提供了实物捐助：印度、日本和越南：2018 年 5 月 21 日在纽约举行午餐招待会；大韩民国——2018 年 5 月 21 日在纽约与葡萄牙一起举办展览招待会(见上段)；罗马尼亚——2018 年 5 月 21 日在纽约的晚餐招待会；德国——2018 年 7 月 5 日在日内瓦举行午餐招待会；瑞士——2018 年 7 月 5 日为隆重会议提供音乐和晚餐招待会；以及奥地利和捷克共和国——2018 年 7 月 6 日午餐招待会。

360. 委员会十分感谢这些慷慨捐款，这些捐款用于支付与在纽约和日内瓦组织活动有关的费用和杂费。其中包括：纽约主旨发言人和应邀参加日内瓦纪念活动的嘉宾的差旅费(机票和每日津贴)；准备宣传材料；举办摄影展，包括在纽约举办展览开幕招待会；日内瓦会议厅的装饰品、音乐和点心；以及各种招待会。

361. 70 周年纪念活动详细情况将在一份出版物中提供，出版物将尽快编写和发布，并尽可能广泛分发。为了确保立即向包括来自发展中国家的潜在用户提供上述出版物，信托基金的部分资源留用于该出版物。

362. 委员会注意到，关于“国际法委员会过去/今后 70 年对国际法的发展的贡献：编纂、逐步发展还是兼而有之”的专题讨论会，将于 2018 年 10 月 26 日至 27 日由佛罗里达国际大学法律评论组主办。

第十三章
委员会的其他决定和结论

A. 一般法律原则

363. 在 2018 年 7 月 19 日第 3433 次会议上，委员会决定将“一般法律原则”专题列入工作方案并任命马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生为该专题特别报告员。

B. 委员会请秘书处就委员会议程上的专题编写并更新研究报告

364. 在 2018 年 8 月 2 日举行的第 3441 次会议上，委员会请求再次印发秘书处关于使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)，以反映二读通过的关于习惯国际法的识别的结论草案和评注案文。

365. 在 2018 年 8 月 9 日举行的第 3451 次会议上，委员会决定请秘书处编写一份备忘录，提供可能与“国家责任方面的国家继承”专题今后工作有关的的条约的资料。

C. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件

366. 委员会 2018 年 4 月 30 日第 3390 次会议设立了本届会议的规划小组。

367. 规划小组于 2018 年 5 月 1 日及 7 月 30 日和 31 日举行了 3 次会议。规划小组收到的文件有：大会第七十二届会议第六委员会讨论情况专题摘要(A/CN.4/713)G 节，题为“委员会的其他决定和结论”；大会 2017 年 12 月 7 日关于国际法委员会第六十九届会议工作报告的第 72/116 号决议；大会 2017 年 12 月 7 日关于国内和国际法治问题的第 72/119 号决议。

1. 长期工作方案工作组

368. 规划小组 2018 年 5 月 1 日第 1 次会议决定再次召集长期工作方案工作组，由马哈茂德·哈穆德先生担任主席。工作组主席在 2018 年 7 月 30 日第 2 次会议上向规划小组口头汇报了工作组本届会议的工作。规划小组注意到口头报告。

369. 委员会本届会议根据工作组的建议，决定将下列专题纳入委员会的长期工作方案：

(a) 普遍刑事管辖权；

(b) 与国际法有关的海平面上升问题。

370. 在选择专题时，委员会遵循了第五十届会议(1998 年)关于专题选择标准的建议：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂。委员会还议定，它不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。委员会认为，上述两个专题的工作可对国际法的逐渐发展和编纂作出有益贡献。所选择的这两个专题，大纲载于本报告的附件 A 和 B。

2. 委员会工作方法工作组

371. 规划小组 2018 年 5 月 1 日第 1 次会议决定重新设立委员会工作方法工作组，由侯赛因·哈苏纳先生担任主席。工作组主席在 2018 年 7 月 30 日第 2 次会议上向规划小组口头汇报了工作组本届会议的工作。规划小组注意到口头报告。

3. 审议大会 2017 年 12 月 7 日关于国内和国际法治问题的第 72/119 号决议

372. 大会在 2017 年 12 月 7 日关于国内和国际法治问题的第 72/119 号决议中特别重申，请委员会在提交大会的报告中，就委员会目前在促进法治方面的作用作出评论。自第六十届会议(2008 年)以来，委员会每年均对其在促进法治方面的作用作出评论。委员会指出 2008 年报告[1257] 第 341 至第 346 段所载评论依然适用，并重申了其后各届会议所作的评论。[1258]

373. 委员会回顾，法治是其工作的精髓。委员会的宗旨一如其《章程》第 1 条所申明的，是促进国际法的逐渐发展及编纂。

374. 委员会在所有工作中都铭记法治原则，充分意识到在国家层面实施国际法的重要性，并以在国际上促进尊重法治为追求的目标。

375. 委员会在履行逐渐发展和编纂国际法的任务过程中，将继续视情况将法治作为一项治理原则加以考虑，而人权又是法治的基石，《联合国宪章》的序言和第十三条及《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》都揭示了这一点。[1259]

376. 委员会在目前开展的工作中，充分注意到“法治与联合国三大支柱(和平与安全、发展、人权)之间的相互关系”[1260]，不会顾此失彼。为此，委员会深知，《2030 年可持续发展议程》中确认有必要在各级实行有效的法治和良政。[1261] 委员会在履行关于国际法的逐渐发展和编纂的任务时，认识到法治当前面临的挑战。

377. 鉴于大会强调必须促进分享各国在法治方面的最佳做法，[1262] 委员会谨回顾指出，其大部分工作就是收集和分析各国与法治有关的实践，以评估这些实践

[1257] 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)。

[1258] 同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 231 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 390-393 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 392-398 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 274-279 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 171-179 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 273-280 段；同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 288-295 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 314-322 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 269-278 段。

[1259] 大会 2012 年 11 月 30 日关于《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》的第 67/1 号决议，第 41 段。

[1260] 秘书长关于衡量联合国系统在冲突中和冲突后支持促进法治的效力的报告，S/2013/341, 2013 年 6 月 11 日，第 70 段。

[1261] 大会 2015 年 10 月 21 日第 70/1 号决议，第 35 段。

[1262] 大会 2017 年 12 月 7 日第 72/119 号决议，第 2 和第 24 段。

对国际法的逐渐发展和编纂可能作出的贡献。委员会强调，各国对委员会在这方面的要求做出反应具有重要意义。

378. 委员会铭记多边条约进程对推进法治的作用，[1263] 回顾委员会围绕不同专题开展的工作已经促成了若干多边条约进程，使一些多边条约得以通过。[1264]

379. 本届会议期间，委员会继续为法治做出贡献，包括就下列专题开展工作：“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”(本届会议二读通过)、“习惯国际法的识别”(本届会议二读通过)、“条约的暂时适用”(本届会议一读通过)、“保护大气层”(本届会议一读通过)、“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“一般国际法强制性规范(强行法)”、“与武装冲突有关的环境保护”和“国家责任方面的国家继承”。委员会目前工作方案上的另一专题是“危害人类罪”(上届会议一读通过)。委员会还决定将新专题“一般法律原则”列入其工作方案。

380. 委员会重申在其全部活动中致力于促进法治。

4. 审议大会 2017 年 12 月 7 日关于国际法委员会第六十九届会议工作报告的第 72/116 号决议第 13 和第 14 段

381. 委员会回顾其决定，本届会议适逢委员会成立七十周年，部分会议将于 2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日在纽约联合国总部举行，并赞赏地注意到秘书处在行政和组织方面做出的必要安排。这些安排尤其促进了委员会委员与各国政府的代表，特别是在第六委员会和其他机构中的代表的互动。

5. 酬金

382. 委员会重申了对大会通过 2002 年 3 月 27 日第 56/272 号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告表明了这些意见。[1265] 委员会强调，第 56/272 号决议尤其影响到特别报告员，因为决议缩减了对他们研究工作的支持。

6. 文件和出版物

383. 委员会再次强调，委员会的工作在国际法的逐渐发展和编纂方面具有独特的性质，委员会在对待国际法的问题上十分重视特别相关的国家实践及国家法院和国际性法院的裁决。委员会重申，必须提供和开放一切与委员会履行职能有关

[1263] 同上，第 9 段。

[1264] 具体见《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 294 段。

[1265] 同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525-531 段；同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 447 段；同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 369 段；同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 501 段；同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 269 段；同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 379 段；同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 358 段；同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 240 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 396 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 399 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 280 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 181 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 281 段；以及同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 299 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 333 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 282 段。

的国家实践和其他国际法渊源的证据。特别报告员的报告需要充分说明判例和其他有关资料，包括条约、司法裁决和理论学说，并对审议的问题展开透彻的分析。委员会强调，委员会和委员会的特别报告员都充分意识到，有必要尽可能节省文件总量，并将始终牢记这个考虑因素。尽管委员会意识到尽可能简洁的好处，但仍重申，委员会坚信，对与委员会工作有关的文件和研究项目长度不能预先规定限额。因此，不能要求特别报告员在报告提交秘书处后缩短篇幅，无论秘书处在报告提交之前所作的任何篇幅预估如何。大会已一再重申，字数限制的规定不适用于委员会的文件。[1266] 委员会还强调，特别报告员必须及时编写报告，按时提交秘书处，以便有充分的时间处理并提交委员会，最好是在委员会届会有关部分的开始日期之前四个星期以所有正式语文印发。在这方面，委员会重申其要求：(a) 特别报告员应在秘书处规定的时限内提交报告；(b) 秘书处继续确保按时以联合国的六种正式语文印发委员会的正式文件。

384. 委员会重申，委员会坚持认为，委员会的简要记录是国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作，不能受到任意的篇幅限制。委员会再次满意地注意到，第六十五届会议(2013 年)实行的精简处理简要记录的措施加快了向委员会委员传送英文本和法文本以便及时纠正和迅速印发的速度。委员会要求秘书处恢复以英文和法文编写简要记录的做法，并继续努力保持有关措施，以确保向委员会委员迅速传送临时记录。委员会还对这些工作方法更合理地利用了资源表示欢迎，要求秘书处继续努力，便利以所有正式语文编写简要记录定本，而又不致影响其完整性。

385. 委员会感谢日内瓦和纽约参与文件处理的各个部门经常在时间紧迫的情况下及时、高效地处理委员会的文件。委员会指出，及时、高效地处理文件对委员会顺利开展工作至为重要。

386. 委员会重申对使用多种语文的承诺，忆及大会 2015 年 9 月 11 日第 69/324 号决议强调联合国六种正式语文地位平等至关重要，因此委员会在其工作中极其重视六种正式语文的地位平等。

387. 委员会表示热烈赞赏联合国总部图书馆在委员会纽约会议期间提供的设施和协助，特别是组织了委员会成员参与的一系列讲座。

388. 委员会再次表示热烈赞赏联合国日内瓦办事处图书馆继续十分高效和称职地向委员们提供协助。

389. 委员会对伊琳娜·格拉西莫娃女士的逝世表示深切哀悼，对于她多年来作为联合国日内瓦办事处图书馆法律图书管理员所提供的协助、奉献和专业精神表示赞赏。

7. 《国际法委员会年鉴》

390. 委员会重申，《国际法委员会年鉴》对于了解委员会在国际法的逐渐发展和编纂，以及在国际关系中加强法治方面的工作具有关键意义。委员会注意到，

[1266] 例如，关于对特别报告员报告页数限制的考虑，见《1977 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，132 页，和《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，123-124 页。另见大会 1977 年 12 月 9 日第 32/151 号决议第 10 段和大会 1982 年 12 月 16 日第 37/111 号决议第 5 段，以及之后关于委员会向大会提交年度报告的决议。

大会第 72/116 号决议赞赏有关国家政府为帮助解决《年鉴》工作积压问题的信托基金自愿捐款，并鼓励各方进一步为该信托基金捐款。

391. 委员会建议大会如在第 72/116 号决议中那样，对过去几年里在减少所有六种语文版《年鉴》积压工作方面取得显著进展表示满意，欢迎联合国日内瓦办事处会议管理司，特别是其编辑科为切实执行大会要求减少积压工作的有关决议所作的努力；鼓励会议管理司继续向编辑科提供一切必要支持，推动《年鉴》的相关工作。

8. 编纂司的协助

392. 委员会表示赞赏秘书处编纂司在向委员会提供实质性服务方面给予的宝贵协助，以及一直向特别报告员提供的协助，并应委员会的要求就目前审议的专题的各方面编写深入的研究报告。委员会特别对秘书处编写了关于使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)表示感谢。

9. 网站

393. 委员会对于秘书处在网站上公布委员会的工作深表赞赏，并欢迎网站的不断更新和完善。[1267] 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站[1268] 是委员会和研究委员会工作的更多学者的宝贵资源，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播以及对国际法的广泛理解。委员会欢迎关于委员会工作的网站还介绍了委员会议程上各个专题的现状，并收录了委员会简要记录的预先编辑版和委员会全体会议录音的链接。

10. 联合国国际法视听图书馆

394. 委员会再次赞赏地指出，联合国国际法视听图书馆[1269] 对于增进对国际法和联合国在该领域的工作包括委员会工作的了解，意义非凡。

D. 委员会第七十一届会议的日期和地点

395. 委员会决定，委员会第七十一届会议将于 2019 年 4 月 29 日至 6 月 7 日和 7 月 8 日至 8 月 9 日在日内瓦举行。

E. 与其他机构的合作

396. 美洲司法委员会主席埃尔南·萨利纳斯·布尔戈斯先生代表该组织出席委员会本届会议，并在 2018 年 7 月 4 日第 3420 次会议上发了言。[1270] 他概述了该委员会就种种法律问题所开展的活动，特别是 2017 年所开展的活动。随后交换了意见。

[1267] http://legal.un.org//ilc。

[1268] 一般而言，可从以下网站获取：http://legal.un.org/cod/。

[1269] www.un.org/law/avl/。

[1270] 发言载于该次会议简要记录。

397. 欧洲委员会国际公法法律顾问委员会主席佩伊维·考科兰塔女士和国际公法司司长兼法律咨询和国际公法局条约处处长、委员会秘书玛尔塔·雷克纳女士代表国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议，并都在 2018 年 7 月 19 日第 3433 次会议上发言。[1271] 她们着重介绍了国际公法法律顾问委员会目前在国际公法领域开展的工作，以及欧洲委员会目前的活动。随后交换了意见。

398. 委员会响应非洲联盟国际法委员会(非盟国际法委)的倡议，根据委员会章程第 26 条第 1 款，建议在第七十一届会议第二期会议期间结合非盟国际法委成立十周年纪念活动，与非盟国际法委举行一次会议。委员会请秘书处与委员会主席和扩大主席团的成员协商，探讨举行这一会议的可能性。

399. 2018 年 7 月 18 日，委员会委员与红十字国际委员会(红十字会)就共同关心的问题非正式地交换了意见。在红十字会副主席 Gilles Carbonnier 先生、红十字会首席法务官兼法律司司长 Knut Dörmann 先生和委员会主席爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生讲话之后，专题特别报告员格奥尔格·诺尔特先生介绍了“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题，红十字会法律司评注更新股负责人 Jean-Marie Henckaerts 先生介绍了“嗣后协定和嗣后实践与日内瓦四公约评注的更新项目”。专题特别报告员肖恩·墨菲先生还介绍了“危害人类罪”专题，其他发言还包括“国际人道主义法和网络战争：红十字会在适用和澄清现行法律方面的工作，这是评估发展需要的前提条件”。每组介绍之后由红十字会国际法和政策主任 Helen Durham 女士主持讨论。Helen Durham 女士作了总结发言。

F. 出席大会第七十三届会议的代表

400. 委员会决定由主席爱德华德·巴伦西亚－奥斯皮纳代表委员会出席大会第七十三届会议。

G. 国际法讲习班

401. 依照大会 2017 年 12 月 7 日第 72/116 号决议，在国际法委员会本届会议期间，第五十四届国际法讲习班于 2018 年 7 月 2 日至 20 日在万国宫举行。讲习班的对象是专长于国际法的年轻法学家、年轻教师以及在其本国公务员系统任职的从事学术或外交工作的政府官员。

[1271] 发言载于该次会议简要记录。

402. 来自世界各个地区分属不同国籍的 25 名学员参加了这届讲习班。[1272] 学员们列席了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

403. 委员会主席爱德华德·巴伦西亚－奥斯皮纳先生宣布讲习班开幕。联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和活动的进行，同时担任讲习班主任。日内瓦大学负责讲习班的专业协调。日内瓦大学国际法专家 Vittorio Mainetti 先生担任协调员，法律助理 Federico Daniele 先生从旁协助。

404. 委员会委员作了以下演讲：埃内斯特·彼得里奇先生：“国际法委员会的工作”；查尔斯·切尔诺·贾洛先生：“普遍管辖原则”；帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士：“从外部看国际法委员会”；村濑信也先生：“保护大气层”；玛丽亚·莱赫托女士：“与武装冲突有关的环境保护”；康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士：“国家官员的外国刑事管辖豁免”；迪雷·特拉迪先生：“强行法”；格奥尔格·诺尔特先生：“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”；肖恩·墨菲先生：“危害人类罪”；胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生：“条约的暂时适用”。

405. 学员们参加了 2018 年 7 月 5 日和 6 日在日内瓦举行的国际法委员会七十周年纪念活动：“国际法委员会 70 年──总结过去，展望未来”。

406. 学员们还参加了日内瓦大学举办的关于国际法委员会工作的会议，专门讨论“习惯国际法的识别”和“与国家责任有关的国家继承”。委员会相关专题特别报告员迈克尔·伍德先生和帕维尔·斯图尔马先生参加了会议。下列人员在会上发言：伦敦大学学院讲师 Danae Azaria 女士；日内瓦国际关系与发展研究院名誉教授 Peter Haggenmacher 先生；日内瓦国际关系与发展研究院教授 Marcelo Kohen 先生；日内瓦大学国际法教授 Robert Kolb 先生；日内瓦大学教授 Nicolas Levrat 先生；日内瓦大学国际法教授兼国际公法和国际组织系主任 Marco Sassòli 先生；日内瓦大学高级讲师 Mara Tignino 女士；布拉格查理大学法学院资深讲师 Alla Tymofeyeva 女士。

407. 国际劳工组织(劳工组织)档案处处长 Remo Becci 先生带领讲习班学员参观了劳工组织，学员们听取了劳工组织行政法庭书记官长 Dražen Petrović 先生关于“国际行政司法”和劳工组织法律顾问 Georges Politakis 先生关于劳工组织标准制订的两场介绍。他们还参观了世界贸易组织(世贸组织)，听取了世贸组织法律

[1272] 下列人员参加了讲习班研讨会：Manjida Ahamed 女士(孟加拉国)、Noor Alsada 女士(卡塔尔)、Ezéchiel Amani Cirimwami 先生(刚果民主共和国)、Meseret Fassil Assefa 女士(埃塞俄比亚)、Jing Geng 女士(美利坚合众国)、Arnaud Irakoze 先生(布隆迪)、Berdak Kalmuratov 先生(乌兹别克斯坦)、Fadi Khalil 先生(埃及)、Ales Klyunya 先生(俄罗斯联邦)、Oumar Kourouma 先生(几内亚)、Ralph Loren-Eisendecher 先生(智利)、Patrick Luna 先生(巴西)、Michael Moffatt 先生(加拿大)、Yusuke Nakayama 先生(日本)、Keseme Odudu 女士(尼日利亚)、Andrés Ordoñez-Buitrago 先生(哥伦比亚)、Anastasija Popeska 女士(前南斯拉夫的马其顿共和国)、Harsha Rajwanshi 女士(印度)、Mustafa Can Sati 先生(土耳其)、Antara Singh 女士(尼泊尔)、Gianfranco Smith 先生(巴拿马)、Alba Surana Gonzalez 女士(安道尔)、Hilda Tizeba 女士(坦桑尼亚)、Tianze Zhang 先生(中国)、Eva Zijlstra 女士(荷兰)。由日内瓦大学国际法教授 Makane Moïse Mbengue 先生担任主席的甄选委员会于 2018 年 4 月 24 日举行会议，从 302 名申请人中录取了 25 人参加本届讲习班。

事务司 Juan Pablo Moya Hoyos 先生和世贸组织上诉机构秘书处 Shashank Kumar 先生关于“世贸组织争端解决制度”的介绍。

408. 围绕“为委员会确定新专题”和“澄清普遍管辖原则的范围和适用问题”组织了两个工作组，学员们被分配到其中一个工作组。委员会的两位委员帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和查尔斯·切尔诺·贾洛先生为两个工作组提供了督导和指导。每个工作组都编写了一份报告，并在讲习班最后一次工作会议上介绍了心得。报告编辑成册，发给了所有学员和委员会委员。

409. 讲习班闭幕式上，国际法委员会主席、国际法讲习班主任和讲习班学员代表 Michael Moffatt 先生向委员会致辞。每名学员都获颁一份参加讲习班的证书。

410. 委员会特别感谢地指出，自 2016 年以来，阿根廷、奥地利、中国、芬兰、印度、爱尔兰、墨西哥、瑞士和联合王国等国政府向联合国国际法讲习班信托基金提供了自愿捐款。尽管近年的金融危机严重影响了讲习班的财务状况，但信托基金还是可以提供足够份数的研究金，使优秀学员特别是来自发展中国家的优秀学员得以参加，从而实现了学员的适当地域分布。2018 年共向 12 名学员颁发了研究金。

411. 自 1965 年创设讲习班以来，分属 175 个不同国籍的 1,233 名学员参加了讲习班，其中 748 人获得了研究金。

412. 委员会强调了对讲习班的重视。讲习班使年轻法律工作者，特别是发展中国家的年轻法律工作者，能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的众多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请它们提供自愿捐款，以保证在 2019 年能够继续举办讲习班，并让尽可能多的学员参加。

413. 委员会注意到，在往届学员的倡议下，国际法讲习班校友网络已经正式启动，2018 年 7 月 17 日在联合国日内瓦办事处举行了首届大会[1273]。校友网络名誉理事会成员包括国际法委员会 5 名委员：帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、村濑信也先生和帕维尔·斯图尔马先生，以及日内瓦国际关系与发展研究院国际法教授 Marcelo Kohen 先生。执行委员会由五名成员组成：主席 Verity Robson 女士；负责讲习班和会议事务的副主席 Mary-Elisabeth Chong 女士；负责内部关系事务的副主席 Valeria Reyes Menéndez 女士；负责外联和宣传事务的副主席 Moritz Rudolf 先生；秘书长 Vittorio Mainetti 先生。名誉理事会和执行委员会成员在大会结束时签署了章程。

[1273] https://ilsalumni.org/。

附件

A. 普遍刑事管辖权

查尔斯·切尔诺·贾洛先生

一. 导言

1. “普遍管辖原则”或“普遍性原则”是国际法中一项独特的管辖权依据，可允许一国为国际社会的利益对某些罪行行使国家管辖权。这一概念没有一个单一的全球公认定义，但出于实用目的，可以不考虑犯罪发生的所在属地、被指控或被定罪肇事者的国籍、受害人的国籍，或与行使这种管辖权的国家的任何其他联系，单纯依据罪行的性质将其称为刑事管辖权。[1] 这就意味着，一国可以对其领土之外一名外籍人士对另一名外籍人士实施的罪行行使普遍管辖权。这种管辖权与国际法下的传统管辖权依据有显著的差别，传统的管辖权依据通常要求在行使管辖的国家与所涉行为之间存在某种类型的属地、国籍或其他联系。

2. 由于普遍性原则存在定义和其他方面的模糊，它的适用曾经造成国家间关系的紧张，今天也依然如此，所以有人提出，国际法委员会(“本委员会”)应将这一专题列入工作方案，这可以为各国厘清条理，从而促进国际事务的法治。

3. 在现代背景下，尤其是第二次世界大战之后的纽伦堡审判以来，普遍管辖原则越来越多地被各国援引，用于打击滔天国际罪行有罪不罚的现象。[2] 其中包括战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪，这些罪行属于整个国际社会关切的严重罪行之列。[3] 事实上，除了设立各种特设国际[4] 或“混合”[5] 刑事法庭以及国际刑事法院，追究对全世界各种冲突中此类罪行负有最大责任的人，各国在过去已经依赖普遍管辖原则作为在这方面行使国家刑事管辖的合法依据——例如以色列 1961

[1] 见《普林斯顿普遍管辖权原则》的原则 1(1)，(2001 年 1 月 27 日通过)，普林斯顿大学法律和公共事务方案和《普遍管辖权：国家法院与国际法下严重罪行的起诉问题》(Stephen Macedo 编著)，2004 年。在本专题的标题中，我们隐含地区分了普遍刑事管辖权与普遍民事管辖权。但我们注意到，正文使用更常用的短语“普遍管辖原则”或“普遍性原则”指普遍刑事管辖权原则。

[2] 联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，第 10-11 段，联合国文件 A/65/181(2010 年 7 月 29 日)。

[3] 见《国际刑事法院罗马规约》序言，1998 年 7 月 17 日，《联合国条约汇编》第 2187 卷第 3 页，其中使用了这一措辞。但是，这绝非这一概念的第一次表述。事实上，这一措辞可追溯到国际法委员会的工作，委员会在其《治罪法草案》中认定，普遍管辖权与此类犯罪相挂钩。例如，见《危害人类和平及安全治罪法》，《国际法委员会年鉴》，1996 年，第二部分。

[4] 联合国安全理事会根据《联合国宪章》第七章行事，分别于 1993 年和 1994 年设立了前南斯拉夫问题和卢旺达问题国际刑事法庭。

[5] 联合国还与塞拉利昂、柬埔寨和黎巴嫩签订了协议，为这些国家设立了“混合”型的特别法庭。有的区域机构已着手处理这一问题，例如非洲联盟与其成员国之一签订了一项协议，在塞内加尔国内法院内设立一个混合法庭起诉酷刑和危害人类罪，而欧洲联盟也与成员国之一开展了同样的合作。对其中一些法庭的评价，见 Charles Chernor Jalloh 编著的《塞拉利昂特别法庭及其影响：对非洲和国际刑法的影响》(剑桥大学出版社，2013 年)；Simon Meisenberg 和 Ignaz Stegmiller 编著的《柬埔寨法院特别法庭》(施普林格，2016 年)。

年对阿道夫·艾希曼行使的刑事管辖。[6] 然而，如果不界定国际法之下允许一国就这种情况行使国家刑事管辖权的范围，就存在这样一种风险：一国要么违反国际法去侵犯另一国的主权，要么拒绝行使刑事管辖权，即便普遍管辖权可能允许这样做。

4. 普遍管辖权的支持者提出了若干理由。首先，认为普遍管辖权的存在反映了国际社会促进国家惩罚在任何国家管辖范围以外实施行为的罪犯的愿望——例如万民法下海盗罪的古典例子，这是一种影响共同管辖权的罪行，因此也就是一种国际法上的犯罪(一种“违反万国法的罪行”)。[7]

5. 其次，认为对某些罪行行使普遍管辖权是合理的，因为这些罪行违反了普遍价值观和人道主义原则。这些基本价值观是所有国家刑法体系的根本。因此，根据本委员会以往开展的工作，对于遭到所有国家谴责的国际罪行构成的行为——特别是以巨大规模实施的此种行为——施加惩罚的意向，必然会超越基于犯罪地点或犯罪者或受害者国籍而具有管辖权的、甚至可能被动地容忍或鼓励此种暴行的单一国家的疆界，因为这类行为会破坏国际社会作为一个整体的根基。[8]

6. 最后，长期以来，而且肯定是自1946年纽伦堡审判和判决以来，人们感到有些罪行是如此之严重，其影响的规模是如此之巨大，乃至于这些罪行的实施震撼了全人类的良知。[9] 正是由于这个原因，各国将某些行为划为必须追究犯罪者个人刑事责任的严重犯罪行为。这些罪行令人发指的性质，加上其破坏所有国家和平与安全的可能，反过来使每个国家有权调查和起诉犯下这些罪行的人。[10] 同早些年代的海盗很相似，此类罪行的犯罪者被认为是“人类公敌”——全人类的敌人——不配在世界上任何地方有藏身之地。总之，行使普遍管辖权的逻辑整体看来就是，各国可以也应当针对不然就可能不会被任何人追究责任的个人采取行动。这是伸张正义以及在一定程度上制止国际法谴责的某些罪行的仅有办法之一。[11]

---

[6] 以色列总检察长诉艾希曼案，(以色列最高法院，1962年)，36 ILR 5(1961年)。

[7] 见，同上，其中提到海盗行为是此种罪行的一个例子。阿道夫·艾希曼一案反映了这一点。艾希曼是纳粹德国的一名高级官员，在第二次世界大战期间负责组织逮捕、驱逐、监禁和灭绝犹太人的行动。以色列特工人员1960年5月11日在阿根廷将他绑架。阿根廷向安全理事会提出控告，声称这一行为侵犯其主权和国际法。安全理事会1960年6月24日通过了第138(1960)号决议。安全理事会宣布，这种行为可能导致国际摩擦，如果再度发生就可能危及国际和平与安全。它要求以色列作出适当赔偿。以色列表示遗憾，并认为这一表态即构成了此种赔偿。阿根廷对以色列表示遗憾表示了不满。阿根廷驱逐了以色列大使。经过幕后外交商讨，两国发表了一份联合公报，宣布这一事件结案。

[8] 国际法委员会1996年第四十八届会议通过并列入向大会提交的委员会该届会议工作报告的《〈危害人类和平及安全治罪法草案〉的案文及其评注》(1996年)表达了这些情绪(第50段)。该报告还含有关于条款草案尤其是第8和第9条的评注，载于1996年《国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。委员会在普遍性原则与国际刑事法院的管辖权相并行的基础上，对国家层次的罪行规定了最广泛形式的管辖权。

[9] 联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，秘书长在各国政府的评论和意见基础上编写的报告，第10-11段，联合国文件A/65/181(2010年7月29日)。

[10] 《国际刑事法院罗马规约》，前注3，序言，(“国际社会关注的最严重犯罪”)；Luis Benavides，《普遍管辖原则：性质和范围》，1 Anuario Mexicano de Derecho Internacional, L. Rev. 22, 26-27 (2001)。

[11] 见1996年《国际法委员会报告》，前注8，包括《危害人类和平及安全治罪法草案》第8和第9条的案文及评注。

7. 然而，尽管有上述及其他相关理由，关于行使普遍管辖权的国家实践表明，这一原则的性质和实质内容的各个方面都深陷于法律争议之中。各国似乎一般都同意普遍管辖权的合法性，至少在某些情况下是这样，也认可这在原则上是打击有罪不罚的一个有用和重要的工具。很多条约[12] 要求各国对与本国可能没有关联的某些特定罪行确立并行使国家管辖权，例如 1948 年《灭绝种族罪公约》下的灭绝种族罪、1949 年日内瓦四公约及 1977 年《第一附加议定书》[13] 下的“严重破坏行为”(战争罪)以及 1984 年《禁止酷刑公约》[14] 下的酷刑。普遍性原则似乎也是一些区域条约以及很多国家国内立法的基础。但是，关于普遍管辖权的总体共识似乎就到此为止了。

8. 从在联合国大会第六委员会一个工作组的框架内编写的一份非正式文件中可以看出，各国之间关于普遍性原则的分歧包括三个方面，即：1) *普遍管辖权的定义*，包括与其他相关概念的区别；2) *普遍管辖权的范围*，包括国际法下受此种管辖的罪行清单，以及该清单的长短；3) *普遍管辖权的适用参数*，包括适用条件；行使此种管辖权的标准；程序和实践方面，包括是否要求只有当嫌疑人处于属地之内时方能对其进行调查或采取其他措施；国家司法系统的作用；与其他国际法概念的互动关系；国际援助与合作，包括司法协助问题和就刑事事项开展横向技术及其他合作的问题；同与据称受禁止行为有不同关联的其他国家相比，

[12] 例如，见《反对劫持人质国际公约》第 5 条，1979 年 12 月 17 日，1316《联合国条约汇编》206；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 5 条第 3 款，1984 年 12 月 10 日，1465《联合国条约汇编》85；《关于发生武装冲突时保护文化财产公约的实施条例》第 28 条，1954 年 5 月 14 日，http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000824/082464 mb.pdf；《保护海底电报电缆公约》第 8-9 条，1884 年 3 月 14 日，http://www.iscpc.org/information/Convention on Protection of Cables1884.pdf；《禁止流通和贩运淫秽出版物》第 2 条，1923 年 9 月 12 日，《国际联盟条约汇编》214；《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》第 3 条，1963 年 9 月 14 日，704《联合国条约汇编》219；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的公约》第 3 条，1973 年 12 月 14 日，1035《联合国条约汇编》168；《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 6 条，1948 年 12 月 9 日，78《联合国条约汇编》277；《联合国人员和有关人员的安全公约》，1994 年 12 月 9 日，2051《联合国条约汇编》363；《关于制止危害海上航行安全公约》第 7 条(第 4、第 5 款)，1988 年 3 月 10 日，1678《联合国条约汇编》222；1949 年《日内瓦四公约第一附加议定书》第 85 条第 1 款，1977 年 6 月 8 日，1125《联合国条约汇编》3；《日内瓦第一公约》第 49 条，1949 年 8 月 12 日，75《联合国条约汇编》31；《日内瓦第四公约》第 146 条，1949 年 8 月 12 日，75《联合国条约汇编》287；《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 4 条第 3 款，1970 年 12 月 16 日，860《联合国条约汇编》105；《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》，大会第 44/34 号决议，第 9 条(第 2-3 款)(1989 年 12 月 4 日)；《美洲被迫失踪人士公约》第 4、第 6 条，1994 年 6 月 9 日，http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html；《反对劫持人质国际公约》，大会第 34/146 号决议，第 5、第 8 条(1979 年 12 月 17 日)；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 6.1 条，2006 年 12 月 20 日，2716《联合国条约汇编》3；《国际取缔伪造货币公约》第 17 条，1929 年 4 月 20 日，112《国际联盟条约汇编》371；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的大陆架固定平台的议定书》第 3 条，1988 月 3 月 10 日，1678《联合国条约汇编》304；《日内瓦第二公约》第 50 条，1949 年 8 月 12 日，75《联合国条约汇编》85；《麻醉品单一公约》第 36 条第 2 款，1961 年 3 月 30 日，520《联合国条约汇编》151；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，安理会第 832 号决议，(1993 年 5 月 25 日)；《日内瓦第三公约》第 129 条，1949 年 8 月 12 日，75《联合国条约汇编》135。此外，《国际刑事法院罗马规约》的补充性原则，第 17-20 条和第 53 条，1998 年 7 月 17 日，联合国文件 A/CONF.183/9，提出国家可以对国际刑事法院管辖范围内的罪行行使国家一级的管辖权。

[13] 日内瓦公约，前注 12。

[14] 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，1984 年 12 月 10 日，1465《联合国条约汇编》85。

属地国是否应有优先行动权；法定时效和国际正当程序标准的可能适用性，包括受公平审判权和一罪不再审规则(一事不再理)；此种管辖在涉及某些罪行时与通常基于条约的引渡或起诉义务(不引渡即起诉)之间的互动关系以及普遍性与互补性原则的关系，按照互补性原则，《罗马规约》缔约国对核心罪行的国家起诉具有优先于常设国际刑事法院(国际刑院)管辖权的地位。[15]

9. 尽管如此，各国在决定是否援引普遍管辖权提起刑事诉讼时可加利用的政治裁量余地，很可能是围绕着普遍性原则的最大争议。非洲集团、拉丁美洲和加勒比集团及不结盟运动对此的批判尤其强烈，它们说，实力较弱国家的国民一向是普遍管辖权的唯一真正目标，而实力较强国家的国民基本上都得到了豁免。相反，其他一些国家，特别是一些国内法院似乎更经常援引普遍性的西欧及其他国家集团的国家，如比利时、法国和西班牙反驳说，行使普遍性管辖权符合国际法，必须将此理解为与国际社会作为一个整体所谴责的某些严重罪行不受惩罚现象展开斗争的重要壁垒的组成部分。在嫌疑人的属地或国籍国或者嫌疑人可能藏身的国家证明不愿意和(或)无能力起诉的情况下，就更是如此。

10. 适用普遍管辖权的尝试往往引起所涉国家在双边、区域和国际层面的法律、政治和外交摩擦，或许这并不令人感到意外。例如，提交国际法院的 2000 年 4 月 11 日逮捕令案[16] 就出现了这种情况。该案涉及比利时以战争罪和危害人类罪的指控对刚果外交部长阿卜杜拉耶·耶罗迪亚下达逮捕令的有效性。[17] 在随后的事态发展中，继多个欧洲国家起诉了某些卢旺达高官之后，有 54 个成员国的非洲联盟(非盟)的国家元首和政府首脑大会通过了若干决议，[18] 其中申明，“普遍管辖权是一项国际法原则，其宗旨是确保对犯下战争罪和危害人类罪等严

[15] 见大会第六委员会，《普遍管辖权原则的范围和适用》，主席为工作组讨论所编写的非正式工作文件，第 1 至 7 页(2017 年 11 月 3 日)(参照出席第六委员会的各国代表之间此前交换的意见并汇总了 2011 至 2014 年期间拟订的多份非正式文件编写，作为便利进一步讨论的基础)，https://papersmart.unmeetings.org/media2/16155022/wg-universal-jurisdiction_informal-working-paper.pdf。

[16] 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《2002 年国际法院案例汇编》，第 7 段。国际法院较为近期处理的一些案件以法国为一方，刚果、吉布提和赤道几内亚为另一方，其中有些案件尚未判决但引起了对刑事管辖豁免和主张的类似关切。国际法院在更为近期被要求裁决其他一些案件，其中涉及比利时和塞内加尔在一起案件中根据《禁止酷刑公约》负有的起诉或引渡义务。

[17] 同上，在逮捕令案中，国际法院处理的是豁免问题，不是普遍管辖权问题。

[18] Assembly/AU/Dec. 420(XIX)，关于滥用普遍管辖原则问题的决定，文件 EX.CL/731(XXI)；2012 年 7 月 15 日至 16 日在埃塞俄比亚亚的斯亚贝巴举行的大会第十九届常会；Assembly/AU/Dec.355(XVI)，关于滥用普遍管辖原则问题的决定，文件 EX.CL/640(XVIII)，2011 年 1 月 30 日至 31 日在埃塞俄比亚亚的斯亚贝巴举行的大会第十六届常会；Assembly/AU/Dec.296 (XV)，关于滥用普遍管辖原则问题的决定，文件 EX.CL/606 (XVII)；2010 年 7 月在乌干达坎帕拉举行的第十五届常会；Assembly/AU/Dec.271(XIV)，关于滥用普遍管辖原则问题的决定，文件 EX.CL/540(XVI)；2010 年 1 月 31 日至 2 月 2 日在埃塞俄比亚亚的斯亚贝巴举行的第十四届常会；Assembly/AU/Dec.243(XIII) Rev.1，关于滥用普遍管辖原则问题的决定，文件 Assembly/AU/11 (XIII)；2009 年 7 月 1 日至 3 日在大阿拉伯利比亚人民社会主义民众国锡尔特举行的大会第十三届常会；Assembly/AU/Dec.213(XII)，关于执行关于滥用普遍管辖原则问题的大会决定的决定，文件 Assembly/AU/3 (XII)；2009 年 2 月 1 日至 3 日在埃塞俄比亚亚的斯亚贝巴举行的第十二届常会；Assembly/AU/Dec.199 (XI)，关于滥用普遍管辖权问题委员会报告的决定，文件 Assembly/AU/14 (XI)；2008 年 6 月 30 日至 7 月 1 日在埃塞俄比亚亚的斯亚贝巴举行的第十一届常会。

重罪行的个人不会有罪不罚，并确保将其绳之以法”，这符合《非洲联盟宪章》第 4 条(h)项。[19] 但是，同样在这些决定及若干此后的决定中，非盟也对普遍管辖权有可能受到政治上的“错用”和“滥用”表示了严重的关切。[20] 因此，非盟除其他外，呼吁暂停基于该原则签发或执行逮捕令，设立一个国际监管机构负责审查和(或)处理由于个别国家适用普遍管辖权引起的申诉，以及在全球一级(联合国)和区域一级(非盟－欧盟)就此事开展对话。[21]

11. 考虑到一方面有些国家认为，普遍管辖权是国际社会当前努力遏制国际法下严重犯罪行为的一种宝贵工具，而另一方面，有些国家对于普遍管辖权与国际法的其他规则的互动和关系以及可能会受到选择性、任意性和政治性的滥用和适用表示担忧，随之而来的问题就是，国际法委员会作为大会下负责逐渐发展和编纂国际法的附属机构，是否应当就这项重要议题开展一项法律研究。如果委员会决定从事这一研究以便有可能协助基于各国的实践拟订准则或结论，可能会对各国具有实用价值。实际上，大会早在 2009 年就明确承认有必要澄清这一法律原则，当时以非洲集团在 2009 年第六十四届会议期间提出的一项提案为基础，经协商一致同意在第六委员会的议程上增加了这个项目。[22]

12. 自 2009 年以来，第六委员会每年都就这项专题展开辩论。[23] 过去的九年当中，在澄清关于普遍管辖权的分歧领域方面取得了进展，可在其他方面，没有取得预计的重大进展。就在前不久的 2018 年 1 月，非洲联盟通过了一项决定，对大会关于普遍性专题的辩论“显然陷入僵局”表示遗憾，因此呼吁在纽约的非洲集团“就如何推进这一讨论向峰会提出建议”。[24] 缺乏有意义进展的原因似乎至少一部分在于，对这一管辖权原则被有选择性和任意性地适用的可能存在政治分歧。在 2017 年大会就这个问题进行辩论的过程中，确实有压倒多数的代表团可以就推进普遍性管辖权相关讨论的必要性达成一致，但在其定义、性质、范围和限制上各持己见。从第六委员会 2010 年 10 月以来的辩论中可以看出同样的格局。

---

[19] 坦桑尼亚联合共和国常驻联合国代表 2009 年 6 月 29 日致联合国秘书长的信函，联合国文件 A/63/237/Rev.1 (2009 年 7 月 23 日)。又见《非洲联盟宪章》第 4 条(h)项(“联盟的运作遵循下列原则：“对于严重情况，即战争罪、种族灭绝和危害人类罪，联盟有权按照大会的决定在成员国境内实施干预”)。

[20] 非盟关于普遍管辖权的决定，见脚注 18 涉及的讨论。

[21] 非盟关于普遍管辖权的决定，同上。请注意，继非盟－欧盟专家组会议之后，非盟委员会得出结论认为，“难以在关于此事的进一步讨论中与欧盟方面找到持久的解决办法”。因此，非盟向大会提出了这个项目以求扩大讨论的范围，大会于 2009 年将此列为专题。重要的是在 2012 年，非盟又采取了一个积极步骤，并通过了《非洲联盟国际罪行普遍管辖权示范法》，其中建议成员国在国内立法中纳入相关规定(核可对种族灭绝、危害人类罪、战争罪、海盗罪、贩运毒品和恐怖主义的“普遍管辖权”)。

[22] 第六委员会第六十四届会议的报告，《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/64/452, 第 1-2 页。

[23] 大会第 64/117 (2010 年 1 月 15 日)、第 65/33 (2011 年 1 月 10 日)、第 66/103 (2012 年 1 月 13 日)、第 67/98 (2013 年 1 月 14 日)、第 68/117 (2013 年 12 月 18 日)、第 69/124 (2014 年 12 月 18 日)、第 70/119 (2015 年 12 月 18 日)、第 71/149 (2016 年 12 月 20 日)、第 72/120 (2017 年 12 月 18 日)号决议。

[24] 截至本文撰写之时，非洲集团尚未举行会议或提出这样一项建议。见 Assembly/AU/Dec.665-689(XXX)，关于国际刑事法院的决定，文件 EX.CL/1068(XXXII)，2018 年 1 月 28 日至 29 日在埃塞俄比亚亚的斯亚贝巴举行的第三十届常会，第 5(v)段，第 2 页。

13. 在这种情况下，如果委员会侧重为数有限的一组核心法律问题，而不是各国作为反映它们分歧意见的不同领域提出的全套问题(如上文第 8 段所述)，看上去就能特别稳妥地协助各国，就性质、范围、限制和程序保障的澄清拟订准则或得出结论，指导各国正确适用普遍管辖权。

14. 首先，以准则草案或结论草案为目标的普遍管辖权法律研究可以协助第六委员会有关这个问题的议事工作。从已有的广泛国家实践、先例和理论来看，逐渐发展和编纂这个专题的时机已经成熟。就此我们可以指出，本委员会已经在国际法领域开展了广泛的工作，在与第六委员会的密切合作下，事实上为这个领域的发展做出了重大贡献。[25] 现在着手处理这一专题将是该传统的延续，这个传统包括但不限于在 1950 年拟订了纽伦堡法庭宪章及该法庭判决书确认的各项国际法原则，以及在 1994 年编写了常设国际刑事法院规约草案。

15. 其次，拟议的这项专题继续是所有国家双边、区域和国际参与的一个来源，尤其是在普遍性原则据称被有选择和任意适用的背景下。非盟和欧盟 2009 年 1 月成立了一个特设专家组，为其讨论这个问题提供信息，这表明技术方法被认为对各国有帮助和有意义。

16. 第三，如下文的讨论，这个专题达到了委员会关于将专题列入长期工作方案的标准。

17. 委员会的长期工作方案已经包含一个题为“域外管辖权”[26] 的相关专题，但尚未列入委员会的当前议程。无论如何，这两个专题没有任何重叠或重复。有关“域外管辖权”(涉及刑事和商务事项)的提纲出于普遍性原则的特质而明确认为普遍性原则不在其范围之内，并将其排除在外。[27] 将普遍管辖权列入长期工作方案，只会充实该项专题。

二. 这一专题达到了列入长期工作方案的标准

18. 一项专题要列入国际法委员会的长期工作方案，就必须表明达到了 1996 年规定的下列标准：

(1) 专题应反映出各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；

(2) 专题在国家实践方面应处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；

[25] 本委员会在国际刑法领域做了大量工作。这始于委员会的第一个项目，即拟订纽伦堡法庭宪章及该法庭判决书确认的各项国际法原则，此后又处理了国际刑事管辖权问题、侵略的定义问题、《危害人类和平及人类治罪法草案》(1954年、1996年)、《国际刑事法院规约草案》、侵略罪、引渡或起诉的义务(不引渡即起诉)，以及较为近期的“国家官员的外国刑事管辖豁免”和“危害人类罪”等专题。

[26] 见秘书处关于“域外管辖权”专题的提案(附件五)，http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/annexes.pdf&lang=EFSRAC (最近一次访问是在 2018 年 8 月 10 日)。

[27] 《国际法委员会第五十八届会议工作报告》，联合国文件 A/61/10, 附件 E (2006 年) (第 16 段指出，普遍管辖权的基理不同于其他管辖权，援引普遍管辖权通常是为了保护国际社会的利益而不单纯是法院所在国的本国利益，因此，这一原则“处于本专题的范围之外”。值得顺带一提的是，域外管辖权是本委员会在第一届会议期间审查秘书处编写的一份国际法调查报告时选定的第一批专题之一。在建议可纳入工作方案的 25 项专题中，委员会确定了包含 14 项专题的暂定清单，其中之一便是“对在国家领土以外实施的罪行的管辖权”)。

(3) 专题应具体可行；

(4) 委员会不应局限于传统专题，还应考虑那些反映国际法中新动态和整个国际社会的紧迫关切事项的专题。[28] 以下的讨论将表明，本专题满足所有这些标准。

1. 对普遍刑事管辖权开展研究反映了各国的需要

19. 如前所述，第六委员会自 2009 年以来一直在辩论普遍管辖权专题，但进展甚微。第六委员会最近的说法是，“最好依照国际法负责任地、慎重地适用普遍管辖权，以此确保使用这种管辖权的合法性和公信力”。[29] 由此而来的问题是，什么是慎重的适用，需要在何种程度上按照国际法适用。认识到在经过多年辩论之后仍然缺乏长足进展，找到了一种对所有会员国开放的工作组模式以促进专题的更多非正式讨论，希望这种方式能有助于尽量缩小各代表团之间的意见分歧。[30] 工作组的确就该专题取得了某些进展，但反映出的某些分歧似乎与较大范围的第六委员会和大会内的分歧并无二致。除了成立工作组之外，还决定，任何审议都应“无碍于联合国其他论坛对这项专题及相关问题的审议”。[31] 这一措词的明示意图就是为联合国的其他有关机构——例如国际法委员会——留有余地，以便从其各自的任务授权角度处理这个专题。

20. 从第六委员会的角度看，国际法委员会就这项专题开展研究有可能帮助大会进一步澄清普遍性原则在国际法下的地位，或至少是某些法律方面。国际法委员会通过集中的法律分析在目前阶段做出贡献，可以为在纽约举行的辩论尽可能提供协助，并解决各国对于普遍性原则可能受到滥用或错用的关切。国际法委员会还应协助拟订以国家实践为根基的具体提案，以便更好地帮助各国立足于更为清晰的法律基础，即使不能就这一专题在大会内形成协商一致意见，至少也可以谈判达成一种妥协结果。国际法委员会作为一个技术性附属机构，非常适合就这一重要的国际法原则开展此种法律分析。这一法律研究将有助于发挥普遍性原则的潜力，结合国际社会打击国际法下严重罪行的努力，填补当前存在的有罪不罚空白，同时为各国和包括法院在内的国家主管部门提供迫切需要的法律确定性。

2. 这一专题在国家实践方面进入了足以付诸逐渐发展和编纂的成熟阶段

21. 无论各国之间目前对于普遍管辖权的适用范围存在何种疑问，很多国家已经基于条约义务在立法中规定了某种形式的普遍管辖权或准普遍管辖权。这方面的证据见诸于各国向秘书长提供的丰富资料以及第六委员会秘书处为了便利大会有关普遍管辖权的辩论而为大会编写的多份报告。不引渡即起诉的义务[32] 可能与普遍管辖权相关，但不一定同延，除规定了这一义务的国内法和多项国际公约之外，一些国家还希望国内法当中规定某种形式的普遍管辖权，以便应对国际法

[28] 《国际法委员会年鉴》，1997 年，第二卷(第二部分)，第 238 段。

[29] 大会第六委员会决议草案，联合国文件 A/C.6/66/L.19，第 1 页(2001 年 11 月 1 日)。

[30] 联合国，*第七十二届会议：普遍管辖权原则的范围和适用*(议程项目 85)，http://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction.shtml (最近一次访问是在 2018 年 8 月 10 日)。

[31] 大会第 65/33 号决议，第 2 段 (2011 年 1 月 10 日)。

[32] 例如，见脚注 12 中提到的条约。

下的某些严重罪行，即使被控行为发生在本国境外且不涉及本国国民。鉴于这类调查和起诉不断增多，因此也就存在着充分的国家实践，所有这些调查和起诉的广泛性和深入性都达到了足以着手逐渐发展和编纂这个领域内的法律的程度。

22. 审视以下各项就可以看出本委员会从事这样一项研究的附加值：(1) 第六委员会 2009 年至 2017 年就普遍管辖权开展的广泛辩论；[33] (2) 各个国家或国家集团提交的、列举其普遍管辖权实践的大量立法、司法和行政分支的资料；(3) 秘书长为了帮助各国构建在第六委员会内就该专题进行的辩论所编写的多份详细报告；[34] 以及(4) 大会每年就此事通过的决议。[35] 如果说着手处理一个第六委员会目前正在审议的专题可能会引起关切，那么就应当强调，大会在过去数年里每年通过的关于普遍管辖权的范围和适用的决议都一再指出，大会关于这个问题的辩论一向希望“不妨碍”[36] 联合国其他论坛审议这个问题。显然，既然国际法委员会是大会的一个附属机构，当然也就包括在内。不仅如此，过去数年当中，来自所有地理区域[37] 的国家事实上都在第六委员会的不同辩论阶段多次提出，国际法委员会是从法律上澄清普遍管辖权的较为合适的论坛，这是由这一问题的“技术性质”所决定的。[38]

---

[33] 一些国家在 2017 年的辩论中谈到了这个专题，包括阿尔及利亚、阿根廷、澳大利亚、孟加拉国、巴西、中国、古巴、捷克共和国、萨尔瓦多、爱沙尼亚、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、以色列、肯尼亚、黎巴嫩、莱索托、列支敦士登、马来西亚、墨西哥、尼日利亚、挪威、巴拉圭、卢旺达、新加坡、斯洛文尼亚、南非、苏丹、叙利亚、泰国、特立尼达和多巴哥、联合王国、美国和委内瑞拉玻利瓦尔共和国。

[34] 联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/65/181(2010 年 7 月 29 日)；联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/66/93 (2011 年 6 月 20 日)；联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/66/93/Add.1 (2011 年 6 月 20 日)；《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/67/116 (2012 年 6 月 28 日)；《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/68/113 (2013 年 6 月 26 日)；《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/69/174 (2014 年 7 月 23 日)；《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/70/136 (2015 年 7 月 14 日)；《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/71/111 (2016 年 6 月 28 日)；《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国文件 A/72/112 (2017 年 6 月 22 日)。

[35] 大会第 64/117 (2010 年 1 月 15 日)、第 65/33 (2011 年 1 月 10 日)、第 66/103 (2012 年 1 月 13 日)、第 67/98 (2013 年 1 月 14 日)、第 68/117 (2013 年 12 月 18 日)、第 69/124 (2014 年 12 月 18 日)、第 70/119 (2015 年 12 月 18 日)、第 71/149 (2016 年 12 月 20 日)、第 72/120 (2017 年 12 月 18 日)号决议。

[36] 同上。

[37] 例如，在大会 2017 年的一般性辩论期间，拉丁美洲和加勒比共同体(由 33 个拉丁美洲和加勒比国家组成，设想由国际法委员会审议这个专题——“假如在工作组今后的会议上无法取得进展，我们就应考虑请国际法委员会研究这一专题的某些或全部要素。如果我们考虑到委员会目前正在研究与普遍管辖原则相联系的一些问题，这样做将特别有益”)和加勒比共同体(由 14 个国家组成——“我们认为将这个专题提交国际法委员会的可能性值得考虑。鉴于委员会目前正在研究的一些专题与普遍管辖原则有关，我们认为决定提交这一专题也将是恰逢其时”)的发言，以及尼日利亚(“考虑到这一辩论的技术性，我们也吁请国际法委员会为此做出贡献”)和哥伦比亚、危地马拉、列支敦士登、越南、南非、泰国等其他国家的发言。

[38] 同上。

3. 这一专题具体、可行，秘书处已经收集了关于普遍刑事管辖权的大量国家实践

23. 普遍刑事管辖权作为一项研究课题，既是具体的，也是可行的。已有的国家实践足以编纂现行的惯例，存在的争议足以使编纂和逐渐发展普遍管辖权的范围成为必要。已经有人指出，在第六委员会讨论该原则的范围和适用的近十年里，已经收集了国家实践、先例和理论，可用以帮助开展编纂工作。这可能是一个独特的局面。考虑到委员会就其专题提出的问卷调查似乎鲜有国家回复，目前掌握的信息提供了现成的原始材料，委员会可借以推进自己的工作。

24. 研究普遍管辖权问题之所以可行，还因为各国广为批准的很多公约已经要求各国通过国内立法禁止某些类型的行为，并将管辖权扩大到涵盖此类罪行。[39] 除了关于这一专题的区域文书和学术著述，一些不同的辖域还有关于普遍管辖权的判例法[40]。例如，其中包括《非洲联盟普遍管辖权示范法》[41]、《开罗－阿鲁沙普遍管辖原则》[42] 及《普林斯顿普遍管辖权原则》[43]。另外，委员会目前或近期审议的其他一些专题可帮助委员会较容易地澄清普遍管辖原则，当然这并不是说存在着重叠之处，会扩大这一专题的范围。

4. 普遍刑事管辖权研究使委员会得以处理一个既传统又现代的专题

25. 至少从 1990 年代以来，国际罪行的个人刑事责任问题看似日趋重要，在当前这个阶段研究普遍管辖权，将使本委员会得到进一步的机会，不仅处理各国和整个国际社会在传统上所关切的问题，而且也处理各国在当代特别关心且对其具有实用性的问题。开展这项研究还使本委员会能够发展像管辖权这样一个传统专题的不同侧面。这方便地结合了国际法的古典问题和现代考虑。这样一项研究的确可有助于支持本委员会在体现国际法对增进人权的持续关切的各个领域内开展工作。以前就治罪法草案开展的工作以及较近期关于常设国际法院规约草案和危害人类罪等专题的工作，进一步确认了暴行罪受害人获得某种形式正义的权利。

---

[39] 在这方面，见(上文)脚注 12 中的参考材料。

[40] 见 Polyukhovich 诉英联邦案[1991 年] HCA 32 (澳大利亚)；比利时 1993 年《灭绝种族罪法》(2003 年修订)，2002 年国际法院逮捕令案即由此而来；2005 年比利时诉乍得案；加拿大 2000 年《危害人类罪和战争罪法》，2005 年加拿大诉 Desire Munyaneza 案即由此而来；2010 年芬兰诉 Bazaramba 案；法国《刑事诉讼法》第 689 条；德国 2002 年《刑法》，2015 年 Ignace Murwanashyaka 案援引了该法；爱尔兰 1861 年《侵害人身罪法》，现为 1976 年《刑事(管辖)法》；以色列总检察长诉艾希曼案，第 40/61 号刑事案件(耶路撒冷区法院，1961 年)；2001 年马来西亚诉乔治·W·布什等人案(缺席判定有罪)；2015 年塞内加尔的侯赛因·哈布雷案；1985 年《西班牙司法权组织法》第 23.4 条；1998 年皮诺切特案；2006 年琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部等人案；制裁沙特阿拉伯王国的《对恐怖主义资助者实行法律制裁法》(S.2040)。

[41] 《非洲联盟国际罪行普遍管辖权示范法》(2012 年)。

[42] 非洲法律援助组织，《开罗－阿鲁沙关于严重侵犯人权罪行的普遍管辖原则：非洲的视角》，在阿鲁沙举行的后续专家会议上通过(2002 年)。

[43] 《普林斯顿普遍管辖权原则》，前注 1。

三. 研究的可能范围以及作为可能结果的准则或结论

26. 关于研究的可能范围，按照各国在第六委员会的审议结果(已在上文第 8 段提到的非正式文件中确认了许多关键差距)，建议委员会不要试着全面处理各国间有欠明朗的所有问题。相反，可侧重于为数相对有限、可以通过其工作以及与第六委员会的合作提供进一步相关指导的一组法律关切。

27. 首先，似乎必须考虑确定普遍管辖权概念的基本定义、作用和宗旨、普遍管辖权“类型”的划分以及国家实践反映的适用条件或标准。[44] 这可包括法院所在国是否可以或倾向于仅在调查对象处于境内时才采取行动，根据不同的国际法渊源(即条约和习惯)区分此种管辖权主张的法律依据，以及起诉的决定是否属于裁量/酌定性质，而不是义务/强制性质。

28. 研究的第二个方面可在第二次或之后的报告中处理，将确定普遍管辖权的范围和限制，包括可能拟订一份管辖权范围内罪行的非详尽清单。[45] 例如，有必要考虑国家实践中是否存在对战争罪、种族灭绝罪和危害人类罪的普遍管辖权。各国之间可能出现的、因此可能值得处理的其他问题，包括可能需要解决在并行管辖权的情况下争夺管辖权的争议。[46]

29. 最后，鉴于普遍性原则与国际法院和法庭工作的关系和可能的交叉，这个项目的范围还可包括确定一套准则或结论，以防止《罗马规约》缔约国行使普遍管辖权与国际刑事法院管辖权的冲突，以及在安全理事会将涉及非缔约国的案件提交国际刑事法院或设立其他国际刑事法庭的情况下，所有国家行使普遍管辖权的冲突。有些国际刑事法庭可能对有限的一些核心国际罪行具有重叠的管辖权，对于国家一级的普遍管辖权问题与这类法庭的工作之间的这种关系，开展周密的研究应有助于提供更大的确定性。

四. 结论

30. 委员会过去在 1994 年《国际刑事法院规约》和 1996 年《治罪法草案》方面开展的工作高度评价了普遍管辖权在国家和国际两级起诉制度中的重要地位。在这方面，国际法委员会、各国较为近期在第六委员会、其他国际法研究机构和编纂者及出版机构都一致认为，普遍管辖权在起诉国际法谴责的严重国际罪行方面可发挥潜在的有益作用。这能增加国际社会内强化正义的前景，将有可能帮助各国在主权必要性和打击有罪不罚之间实现更好的平衡。[47] 如果很多国家都能依靠这样的一条原则，并且基于较为明确的“交通规则”这样做，就能更有力地惩治此类罪行，或许甚至能阻慑此类罪行。

---

[44] 非正式工作文件，前注 15。

[45] 联合国安理会正式记录，第六十四届会议第 12 次会议，第 21 段，联合国文件 A/C.6/64/SR.12 (2009 年 11 月 29 日)。

[46] 同上，第 12 段。大多数合作是根据各国之间缔结的双边协定实施的。见《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(2013 年 1 月)中 T. R. Salomon 所著《刑事事项司法协助》；比利时发起的“制定一项关于为国内起诉最严重国际罪行提供司法协助和引渡的多边条约”倡议，截至 2016 年 3 月 16 日得到联合国大会 49 个会员国支持，联合国安全理事会，第六十四届会议第 12 次会议，第 12 段，联合国文件 A/C.6/64/SR.12 (2009 年 11 月 29 日)。

[47] 同上，第 154 段。

31. 关于这个项目的最终成果，可以是关于普遍刑事管辖权的范围和适用的准则草案或结论草案。取决于各国在大会第六委员会提出的建议，还可以采取其他形式。

32. 总之，解决普遍管辖权难题，一部分在于帮助各国找到能够帮助它们在主权必要性和打击有罪不罚之间实现更好的平衡的各项原则。这必然要求从逐渐发展以及编纂现有国际法的角度阐明普遍管辖原则的恰当轮廓。审议这一专题将得出的结论和评注也将对国际组织、法院和法庭以及国际法学者和从业者有用。考虑到国际法委员会在这方面独特的法定任务授权，以过去和当前就国际刑法相关专题开展的工作为借鉴，委员会将会做出有益的贡献。

参考文献选编

A. Declarations, draft articles, resolutions, conclusions and recommendations

1943 Joint Four Nation-Declaration, Moscow Conference

1950 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal

1954 International Law Commission Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind

1967 Declaration on Territorial Asylum

1970 Basic Principles for the Protection of Civilian Populations in Armed Conflicts

1973 Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity

1974 Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict

1990 Declaration of Minimum Humanitarian Standards (Turku Declaration)

1996 International Law Commission Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind

2000 ILA London Conference, Committee on International Human Rights Law and Practice, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights offences: Conclusions and recommendations

2001 Institute of International Law Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law

2001 Princeton Principles on Universal Jurisdiction

2002 Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective

2002 London Scheme for Extradition within the Commonwealth, Incorporating the Amendments Agreed at Kingstown in November

2004 International Association of Penal Law resolution on Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle ‘Ne bis in idem’

2005 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law

2005 Institute of International Law Resolution on Universal Criminal Jurisdiction with Regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes

2009 Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden (Djibouti Code of conduct)

2009 Institute of International Law Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes

2009 International Association of Penal Law Resolution on Universal Jurisdiction

2009 Recommendations of the Report of the AU-EU Technical Ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction

2009–2017, United Nations General Assembly, Resolutions [64/117; 65/33; 67/98; 68/117; 69/124; 70/119; 71/149; 72/120], The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction

B. International Jurisprudence

(1) International Court of Justice

Fisheries (U.K. v. Nor.), Judgment, 1951 I.C.J. Rep. 116.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Serb. & Montenegro), Order, 1993 I.C.J. Rep. 3.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn. & Herz. v. Yugoslavia), Judgment, Preliminary Objections, 2006 I.C.J. Rep. 595.

Arrest Warrant (Dem. Rep. Congo v. Belg.), Judgment, 2002 I.C.J. Rep. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Order, 1962 I.C.J. Rep. 310.

Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belg. v Sen.), Order, 2009 I.C.J. Rep. 139.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Rep. 226.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Rep. 14.

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. U.K.), Judgment, 1998 I.C.J. Rep. 9.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 1951 I.C.J. Rep. 15.

(2) European Court of Human Rights

Al-Adsani v. United Kingdom, App. no. 35763/97, Eur. Ct. H.R. (2001).

Siliadin v. France, App. no. 73316/01, 43 Eur. Ct. H.R. 16 (2005).

Berger v. Germany, App. No. 10731/05, Eur. Ct. H.R. (2009).

Case of Al-Adsani v. The United Kingdom, 34 Eur. Ct. H.R. 273 (2002).

Soering v. United Kingdom, App. No. 14038/88, Eur. Ct. H.R. (1989).

The Decision on the admissibility by Ely Ould Dah v. France, App. No. 13113/03, Eur. Ct. H.R. (2009).

(3) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

Appeals by Nuon Chea and Ieng Thirith Against the Closing Order, Doc. No. D427/2/12, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, (Feb. 15, 2011).

Chea v. Kaing, Case File No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, E188 E.C.C.C. 1 (2010).

(4) Inter-American Court of Human Rights

Cantoral-Benavides v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 69, ¶ 1 (Aug. 18, 2000).

Maritza Urrutia v. Guatemala, Merits, Reparation, Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Nov. 27, 2003).

(5) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

Prosecutor v Delalić, Case No. IT-96-21-A (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 20, 2001).

Prosecutor v. Krstić, Case No. IT-98-33-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 2, 2001).

Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).

Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A "Dule", Case No. IT-94-1 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Aug. 10, 1995).

Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Feb. 22, 2001).

(6) International Criminal Tribunal for Rwanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Sept. 02, 1998).

(7) Special Court for Sierra Leone

Prosecutor v. Taylor, Case SCSL-2003-01-I (Special Ct. for Sierra Leone May 31, 2004).

Prosecutor v. Fofana & Kondewa, Case SCSL-04-14-ES-836 (Special Ct. for Sierra Leone Aug. 11, 2014).

(8) Permanent Court of International Justice

The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10.

C. International Organizations

African Union, Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction, Doc. Assembly/AU/11(XIII).

African Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes, Doc. EX.CL/73l(XXI)c, art. 8.

Commission of Inquiry on Darfur, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, UN SCOR, UN Doc. S/2005/60, § 614 (Jan. 25, 2005).

Human Rights Committee, "General Comment no. 20 (Article 7)," UN Doc A/47/40, 193 (Mar. 10, 1992).

Int'l Law Comm'n, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries*, Rep. of the Comm'n to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, U.N. Doc A/CN.4/SER.A/1996/Add.l (Part 2) at 17–56 (1996).

Int'l Law Comm'n, *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare),* adopted U.N. Doc. A/69/10, ¶ 65 (2014).

International Law Association, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses, prepared by the Committee on International Human Rights Law and Practice, submitted to London Conference (2000).

Justitia Et Pace Institut De Droit International, *Resolution on Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes* http://www.andreasbucherlaw.ch/images/stories/res_iil_en_universal_civil_jurisdiction.pdf.

Rep. of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/65/181 (2010).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/66/93/Add.1 (2011).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/67/116 (2012).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/68/113 (2013).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/69/174 (2014).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/70/125 (2015).

Rep. of the Secretary-General, *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, U.N. Doc. A/71/111 (2016).

Resolutions of The Congresses Of The International Association Of Penal Law, *Eighteenth International Congress of Penal Law (Istanbul, 20–27 September 2009)*, http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf (last visited July 16, 2017).

The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, EU Doc. 8672/1/09 Rev. 1 (Apr. 16, 2009).

D. Academic Literature

Abad Castelo, A., "The End of Universal Jurisdiction in Spain?", 18 *SYbIL* 223–230 (2013–2014).

Abass A., "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction," 6 *International Criminal Law Review* (2006).

Addis A., "Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction," 31 *Human Rights Quarterly* 129, (2009).

Aghenitei M. and Boboc L., "Universal Jurisdiction and Concurrent Criminal Jurisdiction," Vol. I (1) *Union of Jurists of Romania Law Review*, (Jan./Mar. 2011).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part* (Oxford University Press, 2013).

Ambos K., *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing* (Oxford University Press, 2014).

Ankumah E. A., *The Cairo-Arusha Principles on Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses: An African Perspective*, 98 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 238 (*Mar. 31–Apr. 3, 2004).

Armand L. C. De Mestral, Extraterritorial Application of Export Control Legislation: Canada and the U. S. A. (Canadian Council on International Law Research Study), 19 (1st Ed. 1990).

Arp B., "Universal Jurisdiction to Enforce," *The American Journal of International Law,* Vol 110 (2016).

Ascensio H., "Are Spanish Courts Backing Down on Universality? The Supreme Tribunal's Decision in Guatemalan Generals," 1 *Journal of International Criminal Justice* (2003).

Bailleux, A., "L'histoire De La Loi Belge De Compétence Universelle. Une Valse à Trois Temps: Ouverture, Étroitesse, Modestie," 59(1) *Droit Et Société* 107, (2005).

Bassiouni M. C., “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, 42 *Va. J. Int’l L*. 81 (2011).

Bassiouni M.C. and Wise E, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, (M Nijhoff, 1995).

Bassiouni M.C., “Post-Conflict Justice” (Transnational Publishers, New York, 2002)

Bekou O. and Cryer R. “The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Close Encounter?”, *ICLQ* Vol 56, 49- 68, (Jan. 2007).

Ben-Ari R., “Universal Jurisdiction: Chronicle of a Death Foretold?”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol 43:2, (2014–2015).

Benavides L., “The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope,” 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, L. Rev.* 22 (2001).

Blakesley C.L., ‘Extraterritorial Jurisdiction,’ in M. Cherif Bassiouni (ed.), International Criminal Law, vol. 2, *Transnational Publishers Inc.*, 36, (1999).

Bollo Arocena, M.D., “The Reform of the Universal Jurisdiction in Spain,” 18 *SYbIL* 239–247 (2013–2014).

Bottini G, “Universal Jurisdiction after the Creation of the International Criminal Court,” 36 *International Law and Politics*, (2004).

Brandes R., “Who’s Afraid of Universal Jurisdiction? The Fujimori Case,” *SW Journal of International Law*, Vol 123, (2008–2009).

Broomhall B., “Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law,” 35 *New England Law Review*, 399, (2001).

Caflisch, L., “Immunité De Juridiction Et Respect Des Droits De L’homme,” in *International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi Saab*, (2001).

Cassese A., “Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction,” 1 J. Int’l Crim. Just. 589 (2003).

Cassesse A., Cassese’s International Criminal Law, (A. Cassese *et al.* eds., OUP Oxford, 3d ed. 2008).

Chinchón Alvarez, J., “The Reform(s) of Universal Jurisdiction in Spain: For Whom the Bells Tolls?”, 18 *SYbIL* 231–237 (2013–2014).

Coppens, P., “Du Droit De Punir: Humanite? A Propos De La Competence Universelle,” 35(3) *Revue Generale De Droit* 403, (2005).

Corredor Carvajal, I., “Analyse De La Compétence Juridictionnelle à Partir De La Première Décision De La Cour Africaine Des Droits De l’Homme Et Des Peuples: l’Affaire Hissène Habré,” 5 *ACDI: Anuario Colombiano De Derecho Internacional* 59, (2012).

Cosnard, M., “Chapitre XVI. La Compétence Universelle En Matière Pénale,” in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, (2006).

Cot, J., “Eloge De L’indécision : La Cour Et La compétence Universelle,” 35(1/2) *Revue Belge De Droit International* 546, (2002).

Cottim, A., *Terrorismo No Mar De Um Mundo Globalizado*, (2008).

Cryer R, *An Introduction To International Criminal Law And Procedure* (Cambridge University Press 2014).

Dube A., “The AU Model Law on Universal Jurisdiction: An African Response to Western Prosecutions Based on the Universality Principle,” *Potchefstroom Electronic Law Journal* (18)3, 457, (2015).

Dumas, H., “Rwanda: Comment Juger Un Génocide?”, 4 *Politique Étrangère* 39, (2015).

Duțu, M., “Vespasian V. Pella - Românul Științei Juridice Universale,” 5 *Pandectele Romane* 231, (2017).

Elst R.V, "Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Convention," 13 *Leiden Journal of International Law* 815, (2000).

Escobar Hernández, C., "Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?", 18 *SYbIL* 255–265 (2013–2014).

Garcia Arán, M., López Garrido, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El caso Pinochet,* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).

Hall C, "Universal Jurisdiction: Developing and Implementing an Effective Global Strategy," in Kaleck W. et al. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (2007).

Hans M., "Providing for Uniformity in the Exercise of Universal Jurisdiction: Can Either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court Accomplish This Goal?", 15 *Transnat'l Law* (2002), 357.

Hesenov R., "Universal Jurisdiction for International Crimes- A Case Study," *European Journal of Criminal Policy*, Vol 19 (2013).

Hitimana, C., "Les Rapports Entre Le Droit Pénal National Et Le Droit Pénal International Dans La Prévention Et La Répression Des Infractions Internationales," (Université D'Ottawa /University of Ottawa, 2004).

Hoover D.V., "Universal Jurisdiction not so Universal: Time to Delegate to the International Criminal Court," (2011) *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*. Paper 52, http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/52.

Implementing the principle of universal jurisdiction in France, https://www.fidh.org/IMG/pdf/universal_juris.pdf (last visited Jul. 16, 2017).

Inazumi M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, School of Human Rights Research.

Jalloh C.C., "Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A Preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction," *University of Pittsburgh, Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper No. 2009-38, (Mar. 2010).

Kaleck W., "From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998–2008," 30 *Michigan Journal of International Law* 927, (2009).

Kamminga M.T., "Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences," 23 *Human Rights Quarterly* 940, (2001).

Kissinger H., "The Pitfalls of Universal Jurisdiction: Risking Judicial Tyranny," 80 *Foreign Affairs* 86, (July–Aug. 2001).

Konstantopoulou, Z., "Universal Jurisdiction," 3 *Revue Internationale De Droit Pénal* 487, (2010).

Kontorovich E., "The Inefficiency of Universal Jurisdiction," *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 2007-13, (July 2007).

Lafontaine, F., and Bousquet, F., "Défendre Un Accusé Pendant Un Procès Pour Génocide, Crimes Contre L'humanité Et Crimes De Guerre Au Canada: Mission Impossible?", 22(2) *Canadian Criminal Law Review* 159, (2017).

Lagerwall, A., "Que Reste-t-Il De La Compétence Universelle Au Regard De Certaines Évolutions Législatives Récentes?", 55(1) *Annuaire Français De Droit International* 743, (2009).

Langer M., "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes," 4–6. https://www.researchgate.net/publication/228162248.

Liu, J., "Issues of Universal Jurisdiction in Comtemporary International Relations." 6(286) *Shèhui Kexué Journal of Social Sciences* 34, (2004).

Lundborg, I., “Att Ställa Den Skyddsbehövande Inför Rätta: Om De Rättsliga Förutsättningarna För Att Förhindra Skyddslöshet Vid Tillämpningen Av Flyktingkonventionens Uteslutandeklausuler Och Samtidigt Motverka Straffrihet För De Grova Folkrättsbrott Som Faller under Klausulernas Artikel 1F(a),” (2010).

Macedo S., *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf (last visited July 16, 2017).

Márquez Carrasco, C. y Martín Martínez, M. “El Principio de Jurisdicción Universal en el Ordenamiento Jurídico Español: Pasado, Presente y Futuro,” XI *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 251–303, 2011 .

May L., “Crimes against Humanity: A Normative Account” (Cambridge University Press, 2000).

Morgan A. L., “U.S. Officials’ Vulnerability to “Global Justice”: Will Universal Jurisdiction over War Crimes Make Traveling for Pleasure Less Pleasurable?”, 57 *Hastings L.J.* 423, 425 (2005).

Morris M.H., “Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks,” 35 *New Eng. Rev.* 337, (2001).

Morris-Sharma N.Y., “The ILC’s Draft Articles before the 69th Session of the UNGA: A Reawakening?”, *Asian Journal of International Law*, 2, (2015).

Odila Conceição Silva Donda, E., “O Princípio Da Jursidição Universal Dos Direitos Humanos e o Alcance Da Paz e Segurança Internacional,” 29 *Derecho y Cambio Social*, (2012).

O’Keefe R., “Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept,” *Journal of International Criminal Justice*, 2(3) 735, (2004).

O’Keefe R., “The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction,” *Journal of International Criminal Justice* 7 811, (2009).

Ondo, T., “La compétence Universelle En Afrique: Essai D’analyse,” 88(1) *Revue De Droit International Et De Droit comparé* 53, (2011).

O’Sullivan A. *Universal Jurisdiction in International Criminal Law: The Debate and the Battle for Hegemony* (Routledge 2017).

Orentlicher, D. F., “Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles,” 92 *Georgetown Law Journal* 1057, (2004).

Orihuela Calatayud, E., “La Jurisdicción Universal en España,” *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia* (2016).

Pasculli M., “Universal Jurisdiction between Unity and Fragmentation of International Criminal Law,” Issue 1 *Rivista di Criminologia*, (Apr. 2011).

Perez Cepeda, A.I., *El Principio de Jurisdicción Universal: Fundamentos y Limites* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).

Pérez González, C., “Some Comments on Article 24 (4) (M) of Spain’s Organic Law of the Judiciary: Universal Jurisdiction Over Trafficking in Human Beings Offences?”, 18 *SYbIL* 249–254 (2013–2014).

Peyró Llopis, A., “Le Sahara Occidental Face à La compétence Universelle En Espagne,” 43 (1) *Revue Belge De Droit International* 61, (2010).

Pigrau Solé, A., *La Jurisdicción Universal y su Aplicación en España. La Persecución del Genocidio, los Crímenes de Guerra y los Crímenes Contra La Humanidad por los Tribunales Nacionales* (Barcelona, 2009).

Princeton University Program in Law and Public Affairs, The Princeton Principles on Universal Jurisdiction (2001), available at http://www.princeton.edu/~lapa/unive_jur.pdf.

Randall K. C., *Universal Jurisdiction Under International Law*, 66 Tex. L. Rev. 785, 794–95 (1988).

Reydams L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, (Oxford University Press, 2003).

Rezai Shaghaji, D., "L'exercice De La Compétence Universelle Absolue à L'encontre Des Crimes Graves De Droit International, Afin De Protéger Les Intérêts Généraux De La Communauté Internationale Dans Son Ensemble," 93(1) *Revue De Droit International Et De Droit comparé* 30, (2016).

Ríos Rodríguez, J., "La Restriction De La compétence Universelle Des Juridictions Nationales: Les Exemples Belge Et Espagnol," 114(3) *Revue générale De Droit International Public* 563, (2010).

Roht-Arriaza N., *Guatemala Genocide Case*, 100 Am. J. Int'l L. 207 (2006).

Ryngaert C, "The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A Fraught Relationship?", New Criminal Law Review, Vol. 12, Number 4.

Ryngaert C., "Applying the Rome Statute's Complementarity Principle: Drawing Lessons from the Prosecution of Core Crimes by States Acting Under the Universality Principle," *Criminal Law Forum* 19 153, (2008).

Ryngaert C., *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press 2015).

Ryngaert C., *Universal Jurisdiction over Violations of International Humanitarian Law in Germany* (2008).

Safarov, N. A., "Presledovanie Mezhdunarodnykh Prestuplenii: Universal'naia Iurisdiktsiia Protiv Diplomaticheskogo Immuniteta," 9 *Gosudarstvo i Pravo* 81, (2011).

Safarov, N. A., "Universal'naia Iurisdiktsiia v Mekhanizme Presledovaniia Mezhdunarodnykh Prestuplenii," 4(60) *Moskovskii Zhurnal Mezhdunarodnogo Prava* 190, (2005).

Sánchez Legido, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

Sánchez Legido, A.: "El Fin del Modelo Español de Jurisdicción Universal," 27 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2014).

Savadogo, R.O., *et al.*, "Les Chambres Africaines Extraordinaires Au Sein Des Tribunaux Sénégalais," 45(1) *Études Internationales*, 105, (2014).

Schabas W. A., "The International Criminal Court" (Oxford University Press, 2010).

Schabas W. A., "The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone" (Cambridge University Press, 2006).

Scharf M.P., "Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States," 35 *New Eng. L. Rev.* 363, (2001).

Schiff B., *Building the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2008).

Sharpe D. N., *Prosecutions, Development, and Justice: The Trial of Hissein Habre*, 16 Harv. Hum. Rts. J. 147 (2003).

Simbeye Y., *Immunity and International Criminal Law* (Ashgate 2004).

Stahn C. (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015).

Vallejo Peña, C., *El Estado de la Jurisdicción Internacional en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Español* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2016).

Van der Wilt H., "Universal Jurisdiction under Attack: An Assessment of African Misgivings towards International Criminal Justice as Administered by Western States," *Journal of International Criminal Justice* 9(5) 1043, (2011).

Vincent, P., "L'Arret Yerodia de la Cour Internationale de Justice Et Les Avatars De La Loi Belge De Compétence Universelle," 3 *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège* 379, (2004).

Watio, R.T., “Quelques Réflexions sur les Lois du 12 Février 2007 Portant Modification du Code Pénal Sénégalais et Mise en Oeuvre du Statut de la Cour Pénale Internationale,” 15(1) *African Yearbook of International Law Online / Annuaire Africain De Droit International Online* 285, (2007).

Weiss P, “The Future of Universal Jurisdiction,” in Wolfgang Kaleck et al. (eds.), International Prosecution of Human Rights Crimes (2007).

Werle G, *Principles of International Criminal Law* (3rd edn, 2014).

Xavier P., “The Principles of Universal Jurisdiction and Complementarity: How do the two Principles Intermesh?”, 88 *International Review of the Red Cross* 375, 378 (2006).

B. 海平面上升与国际法有关的问题

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

一. 导言

1. 近年来，对于国际社会相当一部分成员而言，海平面上升已成为一个越来越重要的问题——超过 70 个国家正在或可能受到海平面上升的直接影响，此类国家的数量已逾全球国家总数的三分之一。事实上，众所周知，这一现象已日益影响到沿海地区、低洼沿海国家和小岛屿国家，特别是当地人民生活的诸多重要方面。另有众多国家可能会受到间接影响(例如人口流离失所或无法获得资源)。海平面上升已成为一种全球现象，从而导致影响整个国际社会的全球性问题。

2. 2015 年，联合国大会在《2030 年可持续发展议程》第 14 段中承认：“气候变化是当今时代的最大挑战之一，它产生的不利影响削弱了各国实现可持续发展的能力。全球升温、海平面上升、海洋酸化和气候变化产生的其他影响，严重影响到沿岸地区和低洼沿岸国家，包括许多最不发达国家和小岛屿发展中国家。许多社会和各种维系地球的生物系统的生存受到威胁。”[1]

3. 由此可见，气候变化造成的几类影响包括海平面上升。据科学研究和报告(如政府间气候变化专门委员会第五次评估报告)表明，未来这一现象有可能加速。[2] 因此，低洼沿海地区和岛屿被淹没将使这些地区变得越来越不适合居住或根本无法居住，这些地方将丧失部分或全部人口。

4. 海平面上升的这些实际后果引发了与国际法有关的若干重要问题。例如，低洼沿海地区和岛屿被淹没对于其基线、自基线延伸的海洋区以及海洋区划界(无论是通过协议还是裁定划界)有何法律影响？对与这些海洋区相关的国家权利有何影响？如果一国的领土和人口消失，对国际法之下的国家地位产生何种后果？直接受海平面上升影响的人员在国际法之下受到何种保护？

5. 探讨这些问题，应依照国际法委员会逐步发展和编纂国际法这项任务，深入分析包括条约和习惯国际法在内的现行国际法。这将有助于国际社会努力确定现行国际法能够在多大程度上应对这些问题，以及各国在哪些方面需要制定切实可行的解决办法，以便有效应对海平面上升引发的问题。

[1] A/RES/70/1。着重部分系本文所加。

[2] 政府间气候变化专门委员会第五次评估报告估计，到 2100 年，全球平均海平面上升可能达到 26 厘米至 98 厘米之间。见政府间气候变化专门委员会《2013 年气候变化：物理科学基础。第一工作组对〈政府间气候变化专门委员会第五次评估报告〉的贡献》(联合王国剑桥，剑桥大学出版社，2013 年)，第 25 页。

6. 各国一直高度关注和支持这个专题。联合国大会第七十二届会议期间，第六委员会的15个代表团要求将其列入国际法委员会的工作方案，[3] 还有9个代表团在发言中提到了这个问题的重要性。[4] 此外，2017年10月26日在罗马尼亚常驻纽约代表团举行的非正式会议期间，35 个出席会议的国家对国际法委员会探讨这一专题表示了积极的兴趣。

7. 此外，密克罗尼西亚联邦政府提出了日期为2018年1月31日的提案，建议将“海平面上升的法律影响”这一专题列入国际法委员会的长期工作方案，[5] 本提纲的编写考虑到了这项提案。

二. 国际法委员会工作中曾提及本专题之处

8. 关于“保护大气层”的第四次报告曾提及本专题(第66至第67段)，2017年委员会第六十九届会议审查了该报告。会上经过辩论后，委员会决定在该专题中暂时通过，除其他外，提及海平面上升的一个序言段落[6] 和另一段落[7]。当时，几位委员会委员建议以更加全面的方式处理海平面上升问题，将其作为优先事项，列为委员会的一项单独专题。

9. 关于委员会2016年完成的“发生灾害时的人员保护”专题，[8] 其条款草案在评注中被认为适用于不同类型的“灾害”，[9] 包括“突发事件(如地震或海啸)和缓慢发生的事件(如干旱或“海平面上升”)以及频繁的小规模事件(洪水或山体滑坡)。”[10]

[3] 印度尼西亚、密克罗尼西亚、秘鲁、罗马尼亚、汤加和太平洋小岛屿发展中国家(密克罗尼西亚、斐济、基里巴斯、瑙鲁、帕劳、巴布亚新几内亚、马绍尔群岛、萨摩亚、所罗门群岛、汤加、图瓦卢和瓦努阿图)。见 http://statements.unmeetings.org/media2/16154559/marshall-islands-on-behalf-of-pacific-small-island-developing-states-.pdf。

[4] 奥地利、智利、印度、以色列、马来西亚、新西兰、大韩民国、新加坡和斯里兰卡。

[5] 见2018年1月31日ILC(LXX)/LT/INFORMAL/1号文件。

[6] “又尤其意识到低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境”。见国际法委员会第六十九届会议工作报告(2017年)，A/72/10 号文件，http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2017/english/chp6.pdf&lang=EFSRAC，第152页。

[7] “3.在适用第1和第2款时，应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体。这些群体除其他人外，可能包括土著人民、最不发达国家的人民和受海平面上升影响的低地沿海地区和小岛屿发展中国家的人民。”见国际法委员会第六十九届会议工作报告(2017年)，A/72/10 号文件，http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2017/english/chp6.pdf&lang=EFSRAC，第157页。

[8] 2016 年国际法委员会第六十八届会议通过，作为委员会当届会议工作报告(A/71/10)的一部分提交至大会，第48段。报告将载入《2016年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

[9] 第三条草案(a)项将其定义为“造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、大规模流离失所、或大规模的物质或环境损害，从而严重扰乱社会运转的一个灾难性事件或一系列事件”。

[10] 第三条草案评注第4段。

三. 其他机构对本专题的审议

10. 最初讨论海平面上升专题的是国际法协会国际海洋法下的基线问题委员会，索菲亚会议审议了该委员会的最后报告(2012年)。[11] 2012年报告确认，“海平面上升导致的大量领土丧失是一个超出基线和海洋法范围的问题，需要结合国际法的多个部分一同审议。”

11. 因此，国际法协会于 2012 年设立了新的国际法与海平面上升问题委员会。委员会决定将工作重点放在三个主要问题领域：海洋法、被迫移民与人权、国家地位问题与国际安全。委员会在 2016 年约翰内斯堡会议上介绍的中期报告[12] 重点讨论了有关海洋法和移民/人权的问题。悉尼会议上审议了另一份报告，完成了该委员会有关海洋法问题的工作。[13] 此外，2018 年报告还提出了 12 项附带评注的原则，其中包含《关于保护在海平面上升背景下流离失所者的原则宣言》。委员会的任务预计将延长，以继续研究国家地位问题及其他有关的国际法问题。

四. 海平面上升的后果

12. 如前所述，海平面上升致使低洼沿海地区和岛屿被淹没，主要造成三个方面的后果：A) 海洋法；B) 国家地位；C) 受海平面上升影响的人员的保护。

13. 这三个问题反映了海平面上升对国家构成要素(领土、人口和政府/国家地位)的法律影响，因此相互关联，应该一起讨论。

五. 专题的范畴和需要处理的问题

14. 本专题仅涉及海平面上升的法律影响，不涉及环境保护、气候变化本身、因果关系、责任和义务。本专题无意就海平面上升引起的问题全面而详尽地划定国际法的适用范围，只想概述一些关键的问题。虽然还有其他诱因可能造成类似后果，但是对于要探讨的三个方面，应该仅在海平面上升的背景下加以分析。如有可能，应注意区分与海平面上升有关的后果和其他因素造成的后果。本专题不会对 1982 年《联合国海洋法公约》等现行国际法提出修正建议。今后可能会出现其他需要分析的问题。考虑到上述考虑因素，委员会可以分析与海平面上升的法律影响有关的下列问题。

---

[11] 见国际法协会国际海洋法下的基线问题委员会，最后报告(2012 年)，索菲亚会议，第 30 页，可参阅 http://ilareporter.org.au/wp-content/uploads/2015/07/Source-1-Baselines-Final-Report-Sofia-2012.pdf。报告指出，“关于正常基线的现行法律适用于因领土扩大和丧失引起重大海岸变化的情形。沿海国家可以通过物理加固来保护和维持领土，但不能通过法律拟制的不能代表实际低水位线的图表线来保护和维持领土。”

[12] 见国际法协会国际法与海平面上升问题委员会中期报告(2016 年)，约翰内斯堡会议，可参阅 http://www.ila-hq.org/index.php/committees。

[13] 见国际法协会国际法与海平面上升问题委员会报告草稿(2018 年)，悉尼会议，第 19 页，可参阅 http://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_SeaLevelRise.pdf。委员会建议国际法协会通过一项决议，其中载有两项“拟议法”建议：(1)“建议国家应接受这一点，即一旦根据 1982 年《海洋法公约》的详细要求适当确定了沿海或群岛国家海域的基线和外部界限，即使海平面变化影响海岸线的地理现实，也不应要求重新计算这些基线和界限”；(2) 建议“出于法律确定性和稳定性考虑，海平面上升对海洋边界的影响，无论当事方在谈判海洋边界时是否予以考虑，不应视为情况的根本变化。”

15. **海洋法的问题：**

(一) 海平面上升对基线和从基线开始测量的海域外部界限可能产生的法律影响；

(二) 海平面上升对海洋划界可能产生的法律影响；

(三) 海平面上升对岛屿在构成基线和海洋划界方面的作用可能产生的法律影响；

(四) 海平面上升对沿海国及其国民在已确立边界或基线的海域行使主权和管辖权可能产生的法律影响，特别是在资源的勘探、开采和保护方面，以及对第三国及其国民的权利(例如无害通过、航行自由、捕鱼权)方面的影响；

(五) 海平面上升对岛屿(包括岩礁)的地位以及具有岸岛的沿海国的海洋权利可能产生的法律影响；

(六) 人工岛屿、填海或岛屿防御活动作为对海平面上升的应对/适应措施，在国际法之下的法律地位。

16. **国家地位的问题：**

(一) 分析岛屿国家领土完全被海洋覆盖或变得无法居住的情况对国家地位的存续或丧失可能产生的法律影响；

(二) 对以下做法进行法律评估：岛屿国家用屏障巩固岛屿或建造人工岛屿，以保护其国家地位不因陆地领土可能完全被海洋覆盖或变得无法居住而受到威胁；

(三) 分析以下法律拟制：考虑到基线冻结和对条约、司法判决或仲裁裁决所定边界的尊重，可以因为岛屿国家的主权领土在完全被海洋覆盖或变得不适合居住之前，存在依其主权领土而确定的领海，承认该岛屿国家的国家地位继续存续；

(四) 评估以下做法可能产生的法律影响：将第三国的一片或部分领土转让给陆地领土有可能完全被海水覆盖或变得不适合居住的岛屿国家(无论是否移交主权)，以维持其国家地位或任何形式的国际法律人格；

(五) 分析以下做法可能产生的法律影响：陆地领土有可能完全被海水覆盖或变得不适合居住的岛屿发展中国家与另一国合并，或双方为维持岛屿国家的国家地位或任何形式的国际法律人格而建立联邦或联盟。

17. **与保护受海平面上升影响的人员有关的问题**

(一) 国家保护其所管辖个人的人权的责任在多大程度上适用于与海平面上升有关的后果；

(二) 是否可以运用国际合作原则帮助国家应对海平面上升对其人口造成的不利影响；

(三) 是否已存在国际法律原则，适用于国家为帮助人民克服海平面上升而留在原地而采取的措施；

(四) 是否已存在国际法律原则，适用于海平面上升的不利影响所致人员撤离、迁移和移民海外；

(五) 可能有哪些原则适用于保护海平面上升的不利影响所致境内流离失所者或移民的人权。

六. 委员会关于本专题的工作方法

18. 采用研究组的形式，可以摸清对海平面上升及相关问题所引起的法律问题。研究组将依照国际法委员会编纂和逐步发展习惯国际法这项任务，分析包括条约和习惯国际法在内的现行国际法。这将有助于国际社会努力应对这些问题，以及帮助国家制定切实可行的解决办法，以便有效应对海平面上升引发的问题。

19. 研究组的工作将基于为解决本专题提出的各方面问题而撰写的文章，这些问题涉及：A) 海洋法、B) 国家地位、C) 受海平面上升影响的人员的保护。这种方法将具有足够的灵活性，能够让委员会委员积极参与本专题的工作。应该指出，国际法委员会以往曾成功运用过这种方法，国际法不成体系问题研究组(2002 至 2006 年)便是一例。[14]

20. 研究组的工作将立足于各国实践、国际条约、其他国际文书、国际法院和各国法院及法庭的司法判决以及学者的分析，以系统和综合的方法分析以上所有信息。

七. 本专题符合选择新专题的标准

21. 在选择列入工作方案的新专题时，委员会遵循第五十届会议(1998 年)商定的标准，[15] 即专题(a) 应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题在国家实践方面应处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂；(d) 委员会不应局限于传统专题，还应考虑那些反映国际法中新动态和整个国际社会的紧迫关切事项的专题。

22. *首先*，“**海平面上升与国际法有关的问题**”专题反映了各国的需要：国际社会现有的国家中，超过三分之一可能直接受到海平面上升的影响，并对这一专题十分关注。此外，这一问题可能会对整个国际社会产生更广泛的影响，因为另有众多国家可能会受到海平面上升的间接影响(例如人口流离失所、无法获得资源)。海平面上升已成为一种全球现象，从而导致影响整个国际社会的全球性问题。地理位置截然不同的国家，包括内陆国家，都对这一问题保持关注，可见其受关注范围之广。

23. *其次*，在涉及海洋法的问题(如维持基线、建造人工岛屿、沿海防御)和与保护受海平面上升影响的人员有关的问题(如在国内或其他国家重新安置当地社区、创建人道主义签证类别)上，出现了新的国家实践。此外，还存在流亡政府等做法，在丧失领土控制权的情况下维持国家地位。海平面上升的后果，可界定为影响若干有关国家的存续，而且无论如何会影响到领土、人口和治理等国家地位基本参数以及为促进国家繁荣对基本资源的享有，因此需要尽早分析其法律影响。

24. *第三*，正因如此，此专题具有可行性，因为通过研究组的工作，将确定条件成熟、可能进行编纂和逐渐发展的领域，以及需要填补空白的领域。与此同时，如上文第四和第五节所述，将要探讨的内容十分具体。

---

[14] 其后还有“条约随时间演变问题”(2009 至 2012 年)和“最惠国条款”(2009 至 2015 年)研究小组。

[15] 第五十届会议报告，A/53/10(1998 年)，第十章(C 节)，第 553 段。另见第六十九届会议报告，A/72/10 (2017 年)，第三章(C 节)，第 32 段。

25. 第四，鉴于上述论点，毋庸置疑的是，本专题反映了国际法中新动态和整个国际社会的紧迫关切事项。

八. 结论

26. 最终成果将是“海平面上升与国际法有关的问题”研究组的最后报告，并附有研究组工作的一套结论。研究组提出最后报告后，将考虑是否及如何在国际法委员会或其他论坛继续进一步发展这一专题或其中部分内容。

参考文献

Books and articles

Gómez, Mariano J. Aznar. “El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático. “ *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 26 (2013): 2–23 / “The State Without Territory: The Disappearance of the Territory due to Climate Change, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales N° 6* (2013).

Baldacchino, Godfrey, and David Milne. *The case for non-sovereignty*. Routledge, 2009.

Bergmann, Nina. *Versinkende Inselstaaten: Auswirkungen des Klimawandels auf die Staatlichkeit kleiner Inselstaaten*. Duncker & Humblot, 2016.

Bird, E., and V. Prescott. “Rising global sea levels and national maritime claims.” *Marine Policy Reports* 1, no. 3 (1989).

Blake, Gerald H., ed. *Maritime Boundaries: World Boundaries*. Vol. 5. Routledge, 2002.

Bowett, Derek William. “The legal regime of islands in international law.” Oceana Publications, (1979).

Boyle, Alan, “Climate Change, Ocean Governance and UNCLOS”, In *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty. By Jill Barrett and Richard Barnes* (eds). British Institute of International and Comparative Law, 2016 (2016): 225–231.

Caron, David D. “When law makes climate change worse: rethinking the law of baselines in light of a rising sea level.” *Ecology LQ* 17 (1990): 621.

Caron, David D. “Climate change, sea level rise and the coming uncertainty in oceanic boundaries: a proposal to avoid conflict.” In *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, pp. 1–18. Brill, 2009.

Castangia, Isabella. *Sovranità, contiguità territoriale e isole in una controversia internazionale del XVIII secolo*. Vol. 39. Jovene, 1988.

Dipla, Haritini. *Le régime juridique des îles dans le droit international de la mer*. Graduate Institute Publications, 2015.

Duong, Tiffany TV. “When islands drown: The plight of climate change refugees and recourse to international human rights law.” *U. Pa. J. Int’l L.* 31 (2009): 1239.

Freestone, David. “Can the UN Climate Regime Respond to the Challenges of Sea Level Rise.” *U. Haw. L. Rev.* 35 (2013): 671.

Freestone, David, and John Pethick. “Sea Level Rise and Maritime Boundaries: The Effect of Rising Sea Level on International Boundaries.” In *Coastal Zone’91*, pp. 3162–3162. ASCE, 1991.

Freestone, David. “International law and sea level rise.” *International Law and Global Climate Change, Kluwer Law International, London* (1991): 109.

Gagain, Michael. “Climate change, sea level rise, and artificial islands: Saving the Maldives’ statehood and maritime claims through the constitution of the oceans.” *Colo. J. Int’l Envtl. L. & Pol’y* 23 (2012): 77.

Gerrard, Michael B., and Gregory E. Wannier, eds. *Threatened island nations: legal implications of rising seas and a changing climate*. Cambridge University Press, 2013.

Hayashi, Moritaka, "Sea level rise and the law of the sea: future options." *The World Ocean in Globalisation. Brill/Martinus Nijhoff, Boston/Leiden* (2011): 187–206.

Hayashi, Moritaka. "Islands' Sea Areas: Effects of a Rising Sea Level." *Review of Island Studies*, 10 June 2013, https://www.spf.org/islandstudies/research/a00003/.

Hayashi, Moritaka "Sea Level Rise and the Law of the Sea: How Can the Affected States Be Better Protected?." In *The Limits of Maritime Jurisdiction* Clive Schofield, Seokwoo Lee and Moon-Sang Kwon. eds., Brill, 2013.

Hestetune, Jared. "The invading waters: climate change dispossession, state extinction, and international law." *California Western School of Law* (2010).

Huang, Lei. "International law relating to the outer limits of maritime zones in the context of sea level rise." Master's thesis, Universitetet i Tromsø, 2011.

Jaen, Monica. "Protecting the Oceans from Climate Change: An Analysis of the Role of Selected International Instruments on Resources and Environmental Protection in the Context of UNCLOS." *Ocean YB* 21 (2007): 91.

Jayaraman, K. *Legal Regime of Islands*. Marwah Publications, 1982.

Jayewardene, Hiran Wasantha. *The regime of islands in international law*. Vol. 15. Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

Kälin, Walter. "The Human Rights Dimension of Natural or Human Made Disasters." *German Yearbook of International Law* 55 (2013): 119–147.

Kaye, Stuart. "The Law of the Sea Convention and Sea Level Rise after the South China Sea Arbitration." *Int'l L. Stud. Ser. US Naval War Col.* 93 (2017): i.

Kausher, Armand, R. C. Kay, M. Asaduzzaman, and S. Paul. "Climate change and sea-level rise: the case of the coast." In *The Implications of Climate and Sea–Level Change for Bangladesh*, pp. 335–405. Springer, Dordrecht, 1996.

Kendall, Rachel. "Climate change as a security threat to the Pacific Islands." *NZJ Envtl. L.* 16 (2012): 83.

Rigaud, Kanta Kumari, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe *et al. Groundswell: preparing for internal climate migration*. World Bank, 2018.

Lusthaus, Jonathan. "Shifting sands: sea level rise, maritime boundaries and inter-state conflict." *Politics* 30, no. 2 (2010): 113–118.

McAnaney, Sheila C. "Sinking islands-formulating a realistic solution to climate change displacement." *NYUL Rev.* 87 (2012): 1172.

McAdam, Jane. *Climate change, forced migration, and international law*. Oxford University Press, 2012.

McAdam, Jane, Bruce Burson, Walter Kälin, and Sanjula Weerasinghe. "International law and sea-level rise: forced migration and human rights." (2016).

McAdam, Jane. "'Disappearing states', statelessness and the boundaries of international law." (2010).

Menefee, Samuel Pyeatt. "Half seas over: The impact of sea level rise on international law and policy." *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y* 9 (1990): 175.

Murphy, Sean D. "International Law Relating to Islands." (2017).

Nandan, Satya N. "The exclusive economic zone: A historical perspective." (1987).

Nansen Initiative, *Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change* (December 2015)

Orellana, Marcos A., “Climate Change and the International Law of the Sea. Mapping the Legal Issues”, in Randall S. Abate, *Climate Change Impacts on Ocean and Coastal Law. U.S. and International Perspectives*, (Oxford Scholarship Online: January 2015)

Pardo, Miguel Lamas. “Micronaciones en islas artificiales según el Derecho Marítimo e Internacional.” *Anuario de derecho marítimo* 29 (2012): 197–227.

Park, Susin: El Cambio Climático y el Riesgo de Apatridia: La Situación de los Estados Insulares Bajos, Geneva, (ACNUR / UNHCR, May 2011).

Puthucherril, Tony George. “Rising Seas, Receding Coastlines, and Vanishing Maritime Estates and Territories: Possible Solutions and Reassessing the Role of International Law.” *International Community Law Review* 16, no. 1 (2014): 38–74.

Rayfuse, Rosemary. “International Law and Disappearing States.” *Envtl. Pol’y & L.* 41 (2011): 281.

Rayfuse, Rosemary. “International law and disappearing states: utilising maritime entitlements to overcome the statehood dilemma.” (2010).

Rayfuse, Rosemary Gail, and Shirley V. Scott, eds. *International Law in the Era of Climate Change*. Edward Elgar Publishing, 2012.

Ruppel, Oliver C, Roschmann, Christian, Ruppel-Schlichting, Katharina. eds, *Climate Change: International Law and Global Governance.* Volume I: Legal Responses and Global Responsibility, Nomos, 2013

Schofield, Clive. “Shifting Limits: Sea Level Rise and Options to Secure Maritime Jurisdictional Claims.” *Carbon & Climate L. Rev.* (2009): 405.

Schofield, Clive, and David Freestone. “Options to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in the face of global sea level rise.” (2013): 141.

Schofield, Clive. “The trouble with Islands: the definition and role of Islands and rocks in maritime boundary delimitation.” In *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the Law of the Sea*, pp. 19–38. Brill, 2009.

Scholten, Henk Jan. *Statehood and State Extinction: Sea Level Rise and the Legal Challenges Faced by Low-lying Island-states*. Rijksuniversiteit Groningen, 2011.

Sefrioui, Sarra. “Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective.” In *The Future of the Law of the Sea*, pp. 3–22. Springer, Cham, 2017.

McInerney-Lankford, Siobhán, Mac Darrow, and Lavanya Rajamani. *Human rights and climate change: a review of the international legal dimensions*. The World Bank, 2011.

Soons, Alfred HA. “The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries.” *Netherlands International Law Review* 37, no. 2 (1990): 207–232.

Storr, Cait. “Islands and the South: Framing the Relationship between International Law and Environmental Crisis.” (2016): 519–540.

Stoutenburg, Jenny Grote. “Implementing a new regime of stable maritime zones to ensure the (economic) survival of small island states threatened by sea-level rise.” *The International Journal of Marine and Coastal Law* 26, no. 2 (2011): 263–311.

Stoutenburg, Jenny Grote. “When Do States Disappear? Thresholds of Effective Statehood and the Continued Recognition of “Deterritorialized” Island States.” *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate* 57 (2013).

Stoutenburg, Jenny Grote. *Disappearing island states in international law*. Brill, 2015.

Takamura, Yukari. “Climate Change and Small Island Claims in the Pacific.” In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 657–684. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Camprubí, Alejandra Torres. *Statehood under water: Challenges of sea-level rise to the continuity of Pacific Island States*. Brill, 2016.

Vidas, Davor. “Sea-Level Rise and International Law.” *Climate law* 4, no. 1-2 (2014): 70–84.

Vidas, Davor, David Freestone, and Jane McAdam. “International Law And Sea Level Rise: The New ILA Committee.” *ILSA Journal of International & Comparative Law*21, no. 2 (2015): 157–167.

Wannier, Gregory E., and Michael B. Gerrard. “Disappearing States: Harnessing International Law to Preserve Cultures and Society.” In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 615–656. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Warrick, Richard A., and Qazi Kholiquzzaman Ahmad, eds. *The implications of climate and sea-level change for Bangladesh*. Springer Science & Business Media, 2012.

Wentz, Jessica. “Assessing the Impacts of Climate Change on the Built Environment Under NEPA and State EIA Laws: A Survey of Current Practices and Recommendations for Model Protocols.” (2015).

Williams, Angela. “Turning the tide: recognizing climate change refugees in international law.” *Law & Policy* 30, no. 4 (2008): 502–529.

Wong, Derek. “Sovereignty Sunk-The Position of Sinking States at International Law.” *Melb. J. Int’l L.* 14 (2013): 346.

Yamamoto, Lilian, and Miguel Esteban. *Atoll Island States and international law*. Springer-Verlag Berlin An, 2016.

Ni, Xing-Yin. “A Nation Going under: Legal Protection for Climate Change Refugees.” *BC Int’l & Comp. L. Rev.* 38 (2015): 329.

Xue, Guifang Julia. “Climate Change Challenges and the Law of the Sea Responses.” In *Climate Change: International Law and Global Governance*, pp. 547–592. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2013.

Other Documents

Stocker, Thomas, ed. *Climate change 2013: the physical science basis: Working Group I contribution to the Fifth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change.* Cambridge University Press, 2013.

International Law Association Sofia Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea.” (2012).

International Law Association Washington Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea.” (2014).

International Law Association Johannesburg Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea.” (2016).

International Law Association Sidney Conference. “Report of the Committee on Baselines under the International Law of the Sea.” (2018).

International Law Association Johannesburg Conference. “Interim Report of the Committee on ‘International Law and Sea Level Rise’.” (2016).

International Law Association Sidney Conference. “Report of the Committee on ‘International Law and Sea Level Rise’.” (2018).