



联合国

国际法委员会报告

第六十五届会议

(2013年5月6日至6月7日和7月8日至8月9日)

大会

正式记录

第六十八届会议

补编第10号(A/68/10)

大 会
正式记录
第六十八届会议
补编第 10 号(A/68/10)

国际法委员会报告

第六十五届会议
(2013 年 5 月 6 日至 6 月 7 日和 7 月 8 日至 8 月 9 日)



联合国·纽约, 2013

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《2013 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

简要目录

| 章次 | 段次 | 页次 |
|---|---------|-----|
| 一. 导言..... | 1-12 | 1 |
| 二. 委员会第六十五届会议工作概况..... | 13-24 | 6 |
| 三. 委员会特别想听取意见的具体问题..... | 25-28 | 8 |
| 四. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例..... | 29-39 | 9 |
| 五. 国家官员的外国刑事管辖豁免..... | 40-49 | 50 |
| 六. 发生灾害时的人员保护..... | 50-62 | 69 |
| 七. 习惯国际法的形成与证据..... | 63-107 | 91 |
| 八. 条约的暂时适用..... | 108-129 | 97 |
| 九. 与武装冲突有关的环境保护..... | 130-144 | 101 |
| 十. 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>)..... | 145-149 | 105 |
| 十一. 最惠国条款..... | 150-164 | 107 |
| 十二. 委员会的其他决定和结论..... | 165-218 | 111 |
| 附件 | | |
| 附件 A. 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>)工作组的报告..... | | 121 |
| 附件 B. 危害人类罪..... | | 135 |

目录

| 章次 | 段次 | 页次 |
|---|-------|----|
| 一. 导言..... | 1-12 | 1 |
| A. 委员..... | 2 | 1 |
| B. 临时空缺..... | 3 | 2 |
| C. 主席团成员和扩大的主席团..... | 4-6 | 2 |
| D. 起草委员会..... | 7-8 | 3 |
| E. 工作组和研究组..... | 9-10 | 4 |
| F. 秘书处..... | 11 | 4 |
| G. 议程..... | 12 | 4 |
| 二. 委员会第六十五届会议工作概况..... | 13-24 | 6 |
| 三. 委员会特别想听取意见的具体问题..... | 25-28 | 8 |
| A. 国家官员的外国刑事管辖豁免..... | 25 | 8 |
| B. 习惯国际法的形成与证据..... | 26 | 8 |
| C. 条约的暂时适用..... | 27 | 8 |
| D. 与武装冲突有关的环境保护..... | 28 | 8 |
| 四. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例..... | 29-39 | 9 |
| A. 导言..... | 29-32 | 9 |
| B. 本届会议审议此专题的情况..... | 33-37 | 10 |
| C. 委员会第六十五届会议暂时通过的关于与条约解释相关的 嗣后协定和嗣后惯例的结论草案案文..... | 38-39 | 11 |
| 1. 结论草案案文..... | 38 | 11 |
| 2. 委员会第六十五届会议暂时通过的结论草案案文及其评注..... | 39 | 12 |
| 导言..... | | 12 |
| 结论 1. 条约解释通则和资料..... | | 12 |
| 评注..... | | 13 |
| 结论 2. 以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料..... | | 20 |
| 评注..... | | 20 |
| 结论 3. 能够随时间演变的条约用语的解释..... | | 24 |
| 评注..... | | 24 |
| 结论 4. 嗣后协定和嗣后惯例的定义..... | | 30 |
| 评注..... | | 31 |
| 结论 5. 嗣后惯例的归属..... | | 43 |
| 评注..... | | 43 |

| | | | |
|----|---|-------|----|
| 五. | 国家官员的外国刑事管辖豁免..... | 40-49 | 50 |
| | A. 导言..... | 40-42 | 50 |
| | B. 本届会议审议此专题的情况..... | 43-47 | 50 |
| | C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款 草案案文..... | 48-49 | 52 |
| | 1. 条款草案案文..... | 48 | 52 |
| | 2. 委员会第六十五届会议暂时通过的条款草案案文及其评注..... | 49 | 53 |
| | 第一部分 导言..... | | 53 |
| | 第1条. 本条款草案的范围..... | | 53 |
| | 评注..... | | 53 |
| | 第二部分 属人豁免..... | | 58 |
| | 第3条. 享有属人豁免的人员..... | | 58 |
| | 评注..... | | 58 |
| | 第4条. 属人豁免的范围..... | | 66 |
| | 评注..... | | 66 |
| 六. | 发生灾害时的人员保护..... | 50-62 | 70 |
| | A. 导言..... | 50-55 | 70 |
| | B. 本届会议审议此专题的情况..... | 56-60 | 71 |
| | C. 委员会迄今为止暂时通过的发生灾害时的人员保护条款草案 案文..... | 61-62 | 72 |
| | 1. 条款草案案文..... | 61 | 72 |
| | 2. 委员会第六十五届会议暂时通过的条款草案案文及其评注..... | 62 | 75 |
| | 第5条之二. 合作的形式..... | | 75 |
| | 评注..... | | 75 |
| | 第5条之三. 减少灾害风险的合作..... | | 77 |
| | 评注..... | | 77 |
| | 第12条. 提议援助..... | | 78 |
| | 评注..... | | 78 |
| | 第13条. 对提供外部援助规定条件..... | | 79 |
| | 评注..... | | 79 |
| | 第14条. 便利外部援助..... | | 81 |
| | 评注..... | | 82 |
| | 第15条. 终止外部援助..... | | 83 |
| | 评注..... | | 83 |
| | 第16条. 减少灾害风险的义务..... | | 84 |
| | 评注..... | | 84 |

| | | | |
|-----|--|---------|-----|
| 七. | 习惯国际法的形成与证据 | 63-107 | 91 |
| | A. 导言 | 63 | 91 |
| | B. 本届会议审议此专题的情况 | 64-107 | 91 |
| | 1. 特别报告员介绍第一次报告 | 66-72 | 91 |
| | 2. 辩论摘要 | 73-107 | 92 |
| | (a) 一般评论 | 73-75 | 92 |
| | (b) 专题的范围 | 76-82 | 93 |
| | (c) 方法学 | 83-89 | 94 |
| | (d) 应参考的材料范围 | 90-97 | 95 |
| | (e) 今后有关本专题的工作 | 98-100 | 96 |
| | 3. 特别报告员的总结 | 101-107 | 97 |
| 八. | 条约的暂时适用 | 108-129 | 98 |
| | A. 导言 | 108 | 98 |
| | B. 本届会议审议此专题的情况 | 109-110 | 98 |
| | 1. 特别报告员介绍第一次报告 | 111-116 | 98 |
| | 2. 辩论摘要 | 117-125 | 99 |
| | 3. 特别报告员的总结 | 126-129 | 100 |
| 九. | 与武装冲突有关的环境保护 | 130-144 | 102 |
| | A. 导言 | 130-131 | 102 |
| | B. 本届会议审议此专题的情况 | 132-144 | 102 |
| | 特别报告员关于本专题非正式磋商的报告 | 133-144 | 102 |
| 十. | 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>) | 145-149 | 105 |
| | A. 导言 | 145-147 | 105 |
| | B. 本届会议审议此专题的情况 | 148-149 | 106 |
| 十一. | 最惠国条款 | 150-164 | 107 |
| | A. 导言 | 150-151 | 107 |
| | B. 本届会议审议此专题的情况 | 152-153 | 107 |
| | 1. 研究组的工作 | 154-158 | 107 |
| | 2. 研究组在本届会议期间进行的讨论 | 159-164 | 109 |
| 十二. | 委员会的其他决定和结论 | 165-218 | 111 |
| | A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件 | 165-191 | 111 |
| | 1. 将新专题列入委员会工作方案 | 167-168 | 111 |
| | 2. 长期工作方案工作组 | 169-170 | 111 |
| | 3. 审议关于国内和国际法治的大会 2012 年 12 月 14 日 第 67/97 号决议 | 171-180 | 112 |

| | | |
|--|---------|-----|
| 4. 酬金 | 181 | 113 |
| 5. 文件和出版物 | 182-187 | 113 |
| 6. 处理《国际法委员会年鉴》积压工作问题的信托基金 | 188 | 114 |
| 7. 《国际法委员会年鉴》 | 189 | 114 |
| 8. 编纂司的协助 | 190 | 114 |
| 9. 网站 | 191 | 115 |
| B. 委员会第六十六届会议的日期和地点 | 192 | 115 |
| C. 与其他机构的合作 | 193-198 | 115 |
| D. 出席大会第六十八届会议的代表 | 199-200 | 116 |
| E. 吉尔贝托·阿马多纪念演讲 | 201 | 116 |
| F. 国际法讲习班 | 202-215 | 116 |
| G. 纪念国际法讲习班开办 50 周年 | 216-218 | 118 |
| 附件 | | |
| 附件 A. 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>)工作组的报告 | | 121 |
| 附件 B. 危害人类罪 | | 135 |

第一章

引言

1. 国际法委员会分别于 2013 年 5 月 6 日至 6 月 7 日和 2013 年 7 月 8 日至 8 月 9 日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第六十五届会议第一期会议和第二期会议。本届会议由委员会第六十四届会议主席卢修斯·卡弗利施先生主持开幕。

A. 委员

2. 委员会包括下列成员：

穆罕默德·贝洛·阿多克先生(尼日利亚)

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

卢修斯·卡弗利施先生(瑞士)

恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)

佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)

阿卜杜勒拉齐克·穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生(利比亚)

康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)

马蒂亚斯·福尔托先生(法国)

基里尔·格沃尔吉安先生(俄罗斯联邦)

胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生(墨西哥)

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)

玛丽·雅各布松女士(瑞典)

莫里斯·卡姆托先生(喀麦隆)

江萨·吉滴猜萨里先生(泰国)

艾哈迈德·拉腊巴先生(阿尔及利亚)

唐纳德·麦克雷先生(加拿大)

村濑信也先生(日本)

肖恩·墨菲先生(美利坚合众国)

贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)

格奥尔格·诺尔特先生(德国)
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)
吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)
纳林德·辛格先生(印度)
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)¹
阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)
努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生(印度尼西亚)
迈克尔·伍德先生(大不列颠及北爱尔兰联合王国)

B. 临时空缺

3. 2013年5月6日,委员会选举马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生填补斯蒂芬·瓦钱尼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. 委员会在2013年5月6日举行的第3159次会议上,选出了下列主席团成员:
主席: 贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)
第一副主席: 帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)
第二副主席: 纳林德·辛格先生(印度)
起草委员会主席: 迪雷·特拉迪先生(南非)
报告员: 马蒂亚斯·福尔托先生(法国)

¹ 见下文第3段。

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²和特别报告员³组成。

6. 委员会设立了由下列委员组成的规划组：斯图尔马先生(主席)、卡弗利施先生、科米萨里奥·阿丰索先生、穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、哈苏纳先生、哈穆德先生、雅各布松女士、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、拉腊巴先生、麦克雷先生、村濑先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、特拉迪先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和福尔托先生(当然成员)。

D. 起草委员会

7. 委员会在分别于 2013 年 5 月 14 日、5 月 24 日和 7 月 16 日举行的第 3163、3170 和 3180 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) 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例：特拉迪先生(主席)、诺尔特先生(特别报告员)、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、哈穆德先生、雅各布松女士、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、村濑先生、墨菲先生、朴先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、斯图尔马先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和福尔托先生(当然成员)。

(b) 国家官员的外国刑事管辖豁免：特拉迪先生(主席)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(特别报告员)、哈穆德先生、雅各布松女士、吉滴猜萨里先生、村濑先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和福尔托先生(当然成员)。

(c) 发生灾害时的人员保护：特拉迪先生(主席)、巴伦西亚—奥斯皮纳先生(特别报告员)、戈麦斯—罗夫莱多先生、哈穆德先生、雅各布松女士、吉滴猜萨里先生、村濑先生、墨菲先生、朴先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、伍德先生和福尔托先生(当然成员)。

8. 起草委员会就以上三个专题共举行了 20 次会议。

² 卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、卡姆托先生、彼得里奇先生和维斯努穆尔蒂先生。

³ 埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、戈麦斯—罗夫莱多先生、雅各布松女士、卡姆托先生、诺尔特先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生和伍德先生。

E. 工作组和研究组

9. 委员会在 2013 年 5 月 8 日和 23 日举行的第 3161 和 3169 次会议上，重新设立了以下工作组和研究组：

(a) 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)问题不限成员名额工作组：吉滴猜萨里先生(主席)。

(b) 最惠国条款研究组：麦克雷先生(主席)、卡弗利施先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、哈穆德先生、村濑先生、墨菲先生、朴先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、伍德先生和福尔托先生(当然成员)。

10. 规划组重新设立了以下工作组：

五年期长期工作方案工作组：麦克雷先生(主席)、卡弗利施先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、格沃尔吉安先生、戈麦斯-罗夫莱多先生、哈穆德先生、雅各布松女士、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、拉腊巴先生、村濑先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、辛格先生、斯图尔马先生、特拉迪先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和福尔托先生(当然成员)。

F. 秘书处

11. 副秘书长兼法律顾问帕特里夏·奥布赖恩女士担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长乔治·科伦济斯先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时代表秘书长。高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生和阿诺德·普龙托先生担任高级助理秘书。法律干事焦纳塔·布津尼先生和哈娜·德雷菲尔特-莱恩女士以及协理法律干事诺亚·比亚沃斯托茨基担任委员会助理秘书。

G. 议程

12. 委员会在 2013 年 5 月 6 日第 3159 次会议上⁴，通过了第六十五届会议议程。议程经依照委员会在 2013 年 5 月 28 日第 3171 次会议上作出的决定修订之后，包括下列项目：

⁴ 见下文第十二章 A.1 节。

1. 会议工作安排。
2. 填补临时空缺。
3. 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)。
4. 发生灾害时的人员保护。
5. 国家官员的外国刑事管辖豁免。
6. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例。
7. 条约的暂时适用。
8. 习惯国际法的形成与证据。⁵
9. 与武装冲突有关的环境保护。
10. 最惠国条款。
11. 委员会方案、程序和工作方法以及文件。
12. 第六十六届会议日期和地点。
13. 与其他机构的合作。
14. 其他事项。

⁵ 委员会在 2013 年 7 月 25 日第 3186 次会议上决定按照特别报告员的建议，将专题的名称改为“习惯国际法的识别”。见第七章 B 节。

第二章

委员会第六十五届会议工作概况

13. 关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题，委员会收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/660)。除其他外，该报告载有与下列问题有关的四项结论草案：条约解释通则和资料；以嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料；嗣后协定和嗣后惯例作为条约解释资料的定义；将与条约有关的惯例归于一个国家。经全体会议辩论之后，委员会决定将这四项目结论草案转交起草委员会。在审议了起草委员会的报告之后，委员会暂时通过了五项结论草案及其评注(第四章)。

14. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会收到特别报告员的第二次报告(A/CN.4/661)。除其他外，该报告分析了(a) 本专题和本条款草案的范围；(b) 豁免和管辖的概念；(c) 属人豁免和属事豁免的区别；并(d) 确定了组成属人豁免制度的基本规范，此后提出了六条条文草案。经全体会议辩论之后，委员会决定将这六条条文草案转交起草委员会。在审议了起草委员会的报告之后，委员会暂时通过了三条条文草案及其评注(第五章)。

15. 关于“发生灾害时的人员保护”专题，委员会收到特别报告员的第六次报告(A/CN.4/662)。该报告讨论了发生灾害时的人员保护中的预防问题，包括减少灾害风险、将预防作为国际法原则以及预防方面的国际合作。经全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员建议的两条条款草案转交起草委员会。

16. 委员会暂时通过了七条条文草案及其评注，亦即委员会在第六十四届会议(2012年)曾注意到的第5条之二和第12至第15条——分别涉及合作形式、提议援助、对提供外部援助规定条件、便利外部援助和终止外部援助，以及第5条之三和第16条——分别涉及减少灾害风险的合作以及减少灾害风险的义务(第六章)。

17. 关于“习惯国际法的形成与证据”专题，委员会收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/663)。除其他外，该报告介绍了委员会先前开展的与本专题相关的工作概况、代表们在大会第六委员会上发表的意見、本专题的范围、应参考的材料范围以及与习惯国际法作为国际法渊源有关的问题。委员会还收到秘书处编写的一份关于委员会此前的工作中可能与本专题尤为相关的要素的备忘录(A/CN.4/659)。全体会议上的辩论讨论了本专题的范围和方法学、应参考的材料范围以及今后工作计划等问题。特别报告员还就专题的标题、在本专题范围内审议强制法问题以及提供国家惯例补充资料的必要性举行了非正式磋商。委员会决定将该专题的标题改为“习惯国际法的识别”(第七章)。

18. 关于“条约的暂时适用”专题，委员会收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/664)。该报告考虑了处理本专题的理论方法并简要回顾了现有的国家惯例，试图从总体上确定在条约的暂时适用方面出现的主要法律问题。委员会还收到秘书处编写的一份追溯第二十五条在委员会和维也纳条约法会议上的谈判历史

的备忘录(A/CN.4/658)。辩论围绕条约的暂时适用的目的以及阐明特别报告员今后报告中应审议的具体问题进行(第八章)。

19. 关于“与武装冲突有关的环境保护”专题，委员会决定将其列入工作方案，并任命玛丽·雅各布松女士为特别报告员(第十二章 A.1 节)。特别报告员向委员会提交了一系列非正式工作文件，以便与委员会委员启动非正式对话，讨论可能与发展和审议本专题工作有关的各种问题。在非正式磋商中讨论的问题包括范围和方法学、委员会工作的可能成果以及与本专题有关的各种实质性问题(第九章)。

20. 关于“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题，委员会重新组建了本专题工作组。该工作组继续评估本专题的有关工作，特别是根据国际法院 2012 年 7 月 20 日在“与引渡或起诉的义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”一案中作出的判决评估有关工作。委员会注意到工作组报告，该报告作为附件附于委员会报告之后(第十章和附件 A)。

21. 关于“最惠国条款”专题，委员会重新组建了本专题研究组。除其他外，该研究组根据当代惯例和判例等，特别是戴姆勒金融服务公司(*Daimler Financial Services AG*)诉阿根廷共和国⁶以及宝剑建筑进出口工业和贸易公司(*Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi*)诉土库曼斯坦⁷两案的判例，继续审查似乎会影响投资法庭解释最惠国条款的各种因素(第十一章)。

22. 委员会设立了规划组，负责审议其方案、程序和工作方法(第十二章 A 节)。委员会决定在其工作方案中列入“大气层的保护”专题，并任命村濑信也先生为该专题特别报告员(第十二章 A.1 节)。委员会还决定将“危害人类罪”专题列入其长期工作方案(第十二章 A.2 节和附件 B)。

23. 委员会继续与以下组织进行传统的信息交流：国际法院、亚非法律协商组织、欧洲委员会欧洲法律合作委员会和国际公法法律顧問委员会、美洲法律委员会。委员会还与非洲联盟国际法委员会交流了信息。委员会成员还与其他机构和协会就共同感兴趣的问题举行了非正式会议(第十二章 C 节)。

24. 委员会决定第六十六届会议于 2014 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日在日内瓦举行(第十二章 B 节)。

⁶ 国际投资争端解决中心第 ARB/05/1 号案件，2012 年 8 月 22 日发往当事双方。

⁷ 国际投资争端解决中心第 ARB/10/1 号案件，2013 年 7 月 2 日发往当事双方。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

A. 国家官员的外国刑事管辖豁免

25. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会请缔约国在 2014 年 1 月 31 日之前提供资料，说明国内机构如何定义国家官员的外国刑事管辖豁免情况下的“公务行为”或“以公务身份实施的行为”，特别是提供司法判决。委员会请各国在 2014 年 1 月 31 日之前提供这些资料。

B. 习惯国际法的形成与证据

26. 委员会请各国在 2014 年 1 月 31 日之前提供资料，说明以下文件体现的关于国际习惯法的形成与证据的国家实践，以及在特定情况下有助于确立此种法律的证据类型：

- (a) 在立法机构、法院和国际组织的正式发言；以及
- (b) 国家、区域和次区域法院的判决。

C. 条约的暂时适用

27. 委员会请各国在 2014 年 1 月 31 日之前提供资料，说明其关于暂时适用条约的实践，并特别举例说明以下方面的实践：

- (a) 关于暂时适用条约的决定；
- (b) 此种暂时适用的终止；以及
- (c) 暂时适用的法律效力。

D. 与武装冲突有关的环境保护

28. 关于这一专题，委员会希望各国提供资料，说明在它们的实践中，在涉及国际或非国际武装冲突时，国际或国内环境法是否被解释为适用。委员会特别希望收到以下材料：

- (a) 条约，特别是有关的区域或双边条约；
- (b) 与本专题有关的国内法律，包括执行区域或双边条约的国内法律；
- (c) 对武装冲突局势引起的争端适用国际或国内环境法的判例法。

第四章 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

A. 导言

29. 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,并决定在第六十一届会议上设立一个专题研究组。⁸ 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、工作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。⁹

30. 从第六十二届至第六十四届会议(2010-2012 年),都重新设立了研究组,由格奥尔格·诺尔特先生任主席。研究组审查了研究组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;¹⁰ 在特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例;¹¹ 以及在司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后惯例。¹²

31. 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。¹³ 在第六十四届会议上(2012 年),研究组主席介绍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。¹⁴ 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。¹⁵

32. 在第六十四届会议上(2012 年),委员会根据研究组的建议¹⁶ 还决定:(a) 按照研究组的建议自第六十五届会议(2013 年)起改变本专题的工作方式;(b) 任命

⁸ 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议。见《大会正式记录,第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 353 段。关于本专题的提纲,见同上,附件 A。大会在 2008 年 12 月 11 日第 63/123 号决议第 6 段中注意到了这项决定。

⁹ 见《大会正式记录,第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 220 至 226 段。

¹⁰ 同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 344 至 354 段;和同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 337 段。

¹¹ 同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 338 至 341 段;和同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 230 至 231 段。

¹² 同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 232 至 234 段。

¹³ 研究组主席这些初步结论的案文,见同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 344 段。

¹⁴ 研究组主席这些初步结论的案文,见同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 240 段。

¹⁵ 同上,第 235 至 239 段。

¹⁶ 同上,第 226 和 239 段。

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惯例”专题特别报告员。¹⁷

B. 本届会议审议此专题的情况

33. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/660)，并在2013年5月6日至8日及10日和14日举行的第3159至3163次会议上进行了审议。

34. 在其第一次报告中，特别报告员先是处理了此专题的范围、目标和可能成果(第二节)，然后考虑了条约解释通则和资料(第三节)；以嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料(第四节)；嗣后协定和嗣后惯例作为条约解释资料的定义(第五节)；将与条约有关的惯例归于一个国家(第六节)。报告还含有关于未来工作方案的一些提示(第七节)。特别报告员还提出了对应着第三至第六节所处理的四个问题的结论草案。¹⁸

¹⁷ 同上，第227段。

¹⁸ 特别报告员提议的四项结论草案全文如下：

结论草案 1

条约解释通则和资料

《维也纳条约法公约》第三十一条作为条约义务和习惯国际法的体现，规定了解释条约的通则。

在一个具体案件中解释一项条约时，会导致对《维也纳公约》第三十一和三十二条所载各种解释资料给予不同程度的强调，尤其是根据所涉条约或条约条款，对条约案文或条约目的和宗旨给予不同程度的强调。

结论草案 2

以嗣后协定和嗣后惯例作为权威解释资料

条约缔约国之间达成的嗣后协定和嗣后惯例是权威的解釋資料，在解釋條約時應予以考慮。

締約方之間的嗣後協定和嗣後慣例可指導對一項條約進行注重演變的解釋。

结论草案 3

嗣后协定和嗣后惯例作为条约解释资料的定义

为条约解释目的，“嗣后协定”是缔约国在条约缔结后达成的关于解释条约或适用条约规定的公开表明的事项。

为条约解释目的，“嗣后惯例”是条约缔结后由条约一个或多个缔约国实施的关于解释或适用条约的行为，包括声明。

条约适用方面的嗣后惯例如确定缔约国方就条约的解释达成协定，即是《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所称解释资料。在特定情况下，可把其他嗣后惯例用作《维也纳公约》第三十二条所称补充解释资料。

结论草案 4

嗣后惯例的可能主体和归属

嗣後慣例可能包括所有國家機構的行為，而出於條約解釋目的，這些行為可以歸屬於一國。

非國家行為體的嗣後慣例，包括社會慣例，只要在国家嗣后惯例中得到体现或采纳，就有可以为条约解释目的而被考虑在内，或作为此种国家惯例的证据。

35. 在 2013 年 5 月 14 日第 3163 次会议上，委员会将载于特别报告员第一次报告的结论草案 1 至 4 移交起草委员会。

36. 在 2013 年 5 月 31 日第 3172 次会议上，委员会审议了起草委员会的报告并暂时通过了五项结论草案(见下文 C.1)。

37. 在 2013 年 8 月 5 日和 6 日第 3191 至第 3193 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的结论草案的评注(见下文 C.2)。

C. 委员会第六十五届会议暂时通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案案文

1. 结论草案案文

38. 委员会迄今为止暂时通过的结论草案案文载录如下。

结论 1

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关于解释条约的补充资料的规则。这些规则也作为习惯国际法适用。
2. 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惯例。
4. 可将条约适用方面的其他嗣后惯例作为第三十二条所称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 2

以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料

第三十一条第三款(a)和(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例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 3

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称的嗣后协定和嗣后惯例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 4

嗣后协定和嗣后惯例的定义

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. “嗣后惯例”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. 其他“嗣后惯例”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

嗣后惯例的归属

1. 第三十一和第三十二条所称的嗣后惯例可包括依国际法可归属于条约某一缔约方的任何适用条约的行为。
2. 其他行为，包括非国家行为者的行为，不构成第三十一和第三十二条所称的嗣后惯例。然而此种行为在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义。

2. 委员会第六十五届会议暂时通过的结论草案案文及其评注

39. 委员会第六十五届会议暂时通过的结论草案案文及其评注载录如下。

导言

(1) 以下结论草案以《维也纳条约法公约》(《维也纳公约》)¹⁹为基础，该公约构成“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”的框架。委员会认为，《维也纳公约》的相关规则今天得到普遍接受。²⁰

(2) 头五个结论草案为一般性质。本专题的其他方面，尤其是更为具体的各点，将在工作的稍后阶段处理。

结论 1

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关于解释条约的补充资料的规则。这些规则也作为习惯国际法适用。

¹⁹ 《维也纳条约法公约》，1969年，联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，第331页(《维也纳公约》)。

²⁰ 见下文中的结论草案1第1段及所附评注。

2. 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惯例。
4. 可将条约适用方面的其他嗣后惯例作为第三十二条所称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 1 规定，嗣后协定和嗣后惯例为在《维也纳条约法公约》(《维也纳公约》)第三十一和第三十二条所述解释条约规则框架范围内条约解释的资料。标题“条约解释通则和资料”表明两点。第一，《维也纳公约》第三十一条整体为解释条约的“通则”。²¹ 第二，《维也纳公约》第三十一条和第三十二条共同列出了若干“解释的资料”，在解释条约中必须(第三十一条)或可以(第三十二条)考虑。²²
- (2) 结论草案 1 第 1 段强调《维也纳公约》第三十一和第三十二条之间的相互关系，谈到这些规定共同反映了习惯国际法。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惯例的总体背景。
- (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，这两项规则²³必须一并阅读，因为它们构成解释条约的整体框架。第三十二条含有一个分界点，区分出以下两者：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²⁴与依照第三十一条解释而条约意义或其术语仍属不明或难解时或所获结果显属荒谬或不合理时可使用的“解释之补充资料”。

²¹ 《维也纳公约》第三十一条标题，同上。

²² “关于与条约解释有关的嗣后协定和嗣后惯例的第一次报告”，A/CN.4/660, 2013 年 3 月 19 日(“第一次报告”)，第 6 页，第 8 段；M.E. Villiger, “1969 年《维也纳条约法公约》：40 年之后”，《海牙国际法学院教程汇编》，第 344 卷(2009 年)，第 9 页，见 118-119 页、第 126-128 页。

²³ 关于这一上下文中“规则”一词的含义：见《1966 年……年鉴》，第二卷，第 218-219 页；R. Gardiner, 《条约解释》(牛津大学出版社，2008 年)，第 36-38 页。

²⁴ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 223 页，第 19 段；沃尔多克，关于条约法的第三次报告，《1964 年……年鉴》，第二卷，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”，《海牙国际法学院教程汇编》，第 151 卷(1976 年)，第 1 页起，见第 78 页；I. Sinclair, 《维也纳条约法公约》(曼彻斯特大学出版社，1984 年)，第 141-142 页；M.E. Villiger, 上文脚注 22, 第 127-128 页。

(4) 结论草案 1 第 1 段第二句确认《维也纳公约》第三十一条和第三十二条所载规则反映了习惯国际法。²⁵ 各种国际法院和法庭均承认这些规则的习惯性质, 尤其是国际法院、²⁶ 国际海洋法法庭、²⁷ 国家间仲裁、²⁸ 世界贸易组织(世贸组织) 上诉机构、²⁹ 欧洲人权法院、³⁰ 美洲人权法院、³¹ 欧洲联盟法院、³² 和《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》之下的国际投资争端解决中心所设各法

²⁵ Y. le Bouthillier, “对《维也纳公约》第三十二条的评注”, 载 O. Corten 和 P. Klein (编), 《〈维也纳条约法公约〉评注》(牛津大学出版社, 2011 年), 第 841 页, 见 843-846 页, 第 4-8 段; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, 《国际公法》, 第 8 版 (L.G.D.J., 2009 年), 见 285-286 页; Gardiner, 上文脚注 23, 见第 12-19 页; M.E. Villiger, 上文脚注 22, 第 132-133 页。

²⁶ 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(《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》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫), 判决, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 43 页起, 见第 109-110 页, 第 160 段; 在被占领的巴勒斯坦领土上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 625 页起, 见第 645 页, 第 37 段; 拉葛兰兄弟案(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(《维也纳公约》第三十一条); 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚), 判决, 《1999 年国际法院案例汇编》, 第 1045 页起, 见第 1059 页, 第 18 段(《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(《维也纳公约》第三十一条, 未明确提到《维也纳公约》第三十二条, 但提到补充解释资料)。

²⁷ 资助个人和实体从事该领域活动的国家的责任和义务(向海底争端法庭提交咨询意见的要求), 咨询意见, 2011 年 2 月 1 日, 《2011 年海洋法法庭案例汇编》, 见第 57 段。

²⁸ 莱茵铁路公司案仲裁(比利时诉荷兰), 裁决, 2005 年 5 月 24 日, 联合国, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十七卷, 第 35 页, 第 45 段(《维也纳公约》第三十一至第三十二条)。

²⁹ 《世贸组织解决争端谅解书》(“谅解书”)第三条第二款规定,“(……)用于(……)按照国际公法解释的习惯规则, 澄清[世贸组织所涉]协定的现有规定”, 但并未具体提到《维也纳公约》第三十一至第三十二条。然而, 上述机构历来承认第三十一和第三十二条载有习惯规则, 并通过谅解书第三条第二款诉诸这些规则。例如见世贸组织上诉机构的报告, 美国—汽油案, 1996 年 4 月 29 日通过的 WT/DS2/AB/R, B 1 节(《维也纳公约》第三十一条第 1 款); 世贸组织上诉机构的报告, 日本—酒精饮料案(二), 1996 年 10 月 4 日通过的 WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R、WT/DS11/AB/R, D 节(《维也纳公约》第三十一至第三十二条); 国际法委员会条约随时间演变问题研究组的第二次报告, 诺尔特(编), 《条约和嗣后惯例》(牛津大学出版社, 2013 年), 第 213 页起, 见第 215 页。

³⁰ Golder 诉联合王国, 判决, 1975 年 2 月 21 日, 第 4451/70 号申诉, 《欧洲人权法院案例汇编》A 辑, 第 18 号, 第 29 段; Witold Litwa 诉波兰, 判决, 2000 年 4 月 4 日, 第 26629/95 号申诉, 《欧洲人权法院案例汇编》2000-III, 第 58 段(《维也纳公约》第三十一条); Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC], 判决(案情实质和公正抵偿), 2008 年 11 月 12 日, 第 34503/97 号申诉, 《欧洲人权法院案例汇编》1345, 第 65 段(暗指《维也纳公约》第三十一条至第三十三条)。

³¹ 保留对《美洲人权公约》生效的影响(第 74 和 75 条), 咨询意见, 1982 年 9 月 24 日, OC-2/82, 美洲人权法院, A 辑第 2 号, 第 19 段(暗指《维也纳公约》第三十一至第三十二条); Hilaire, Constantine 和 Benjamin 和其他人诉特立尼达和多巴哥, 判决(案情、赔偿和费用, 判决), 2002 年 6 月 21 日, 美洲人权法院, C 辑第 94 号, 第 19 段(《维也纳公约》第三十一条第 1 款)。

³² Brita GmbH 诉 Hauptzollamt Hamburg-Hafen, 判决, 2010 年 2 月 25 日, Case C-386/08, ECR I-01289, 第 41-43 段(《维也纳公约》第三十一条)。

庭。³³ 因此，第三十一和第三十二条所载规则在《维也纳公约》缔约国之间就该《公约》范围内各条约而言作为条约法适用，在所有国家之间作为习惯国际法适用。

(5) 委员会还审议了在结论草案 1 中提到《维也纳公约》第三十三条以及该条是否也反映习惯国际法的问题。第三十三条可能与“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”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，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一问题，而是保留将来在有关这一专题的工作出现这一问题时再加以处理的可能性。

(6) 委员会尤其审议了第三十三条所列规则是否反映了习惯国际法的问题。一些委员认为，第三十三条的所有规则均反映了习惯国际法，而另一些委员则希望保留该条中所列部分规则而非全部规则可如此定性的可能性。各国际法院和法庭的判例尚未充分处理这一问题。国际法院和世贸组织上诉机构承认，第三十三条的某些部分反映了习惯国际法规则：在拉葛兰案中，国际法院承认第三十三条第 4 款反映了习惯法。³⁴ 而国际法院在卡西基里/塞杜杜岛案中是否认为第三十三条第 3 款反映了习惯法规则，则不甚明确。³⁵ 世贸组织上诉机构认为，第 3 和第 4 款反映了习惯法。³⁶ 仲裁法庭在 Young Loan 仲裁案中认定，第 1 款“纳入”了一项“原则”。³⁷ 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

³³ National Grid 公司诉阿根廷共和国，管辖权裁决(国际贸易法委员会)，2006 年 6 月 20 日，第 51 段(《维也纳公约》第三十一至第三十二条)；Canfor Corporation 诉美利坚合众国，Tembec 公司、Tembec Investments 公司和 Tembec Industries 公司诉美利坚合众国，以及 Terminal Forest Products 公司诉美利坚合众国，合并法庭命令，2005 年 9 月 7 日，第 59 段(《维也纳公约》第三十一至第三十二条)。

³⁴ 拉葛兰兄弟案，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页起，见第 502 页，第 101 段。

³⁵ 卡西基里/塞杜杜岛屿案，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1062 页，第 25 段；法院本会可能仅仅因当事国未对适用这一规定表示异议而适用了这一规定。

³⁶ 世贸组织上诉机构报告，美国—对加拿大的某些软木木材反倾销关税最终裁断，WT/DS257/AB/R，2004 年 1 月 19 日，第 61 段(《维也纳公约》第三十三条第 3 款)；世贸组织上诉机构报告，美国—高地棉补贴案，WT/DS267/AB/R，2005 年 3 月 3 日，第 424 段，上诉机构适用并明确提到《维也纳公约》第三十三条第 3 款，而没有表明其习惯地位；世贸组织上诉机构报告，智利—某些农产品的价格幅度制度和保障措施案，WT/DS207/AB/R，2002 年 9 月 23 日，第 271 段(《维也纳公约》第三十三条第 4 款)。

³⁷ Young Loan Arbitration on German External Debts(比利时、法国、瑞士、英国、美国诉德国)，1980 年 5 月 16 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第 67 页；ILR，第 59 卷(1980 年)，第 494 页，第 17 段。

映了习惯法。³⁸ 因此，在判例法中，有大量案例表明，第三十三条整条确实反映了习惯国际法。

(7) 鉴于第三十一条第 1 款对于本专题的重要性，结论草案 1 第 2 段转载了该款的案文。按照第三十一条整条所载的通则，第三十一条第 1 款是任何条约解释的出发点。这确实有助于确保根据上下文以及结合其目标和宗旨评估条约术语工作与后续结论草案中关于嗣后协定和嗣后惯例的考虑之间的平衡。但是，将第三十一条第 1 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材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材料均为单一的综合规则的一部分。³⁹

(8) 第 3 段沿用了《维也纳公约》第三十一条第 3 款(a)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惯例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 3 款起首部分“应与上下文一并考虑者尚有”的措辞，以突出表明，评估第三十一条第 3 款(a)和(b)项所述解释材料须是第三十一条所述解释通则的组成部分。⁴⁰

(9) 第 4 段澄清了嗣后在条约适用方面的惯例，其并不符合第三十一条第 3 款(b)项的所有标准，但是却在第三十二条的范围之内。第三十二条列入了一个非详尽的补充解释资料清单。⁴¹ 第 4 段借用了第三十二条的“得使用”的措辞，以维持第三十一条提到的考虑解释资料的强制性和根据第三十二条使用补充解释资料的更多的任意性之间的区分。

(10) 特别是，嗣后在条约适用方面的惯例，其并非该条约所有缔约方、而仅仅是一个或数个缔约方的协定，可被用作解释的补充资料。委员会曾这样阐述，⁴²

³⁸ 资助个人和实体从事该领域活动的国家的责任和义务(向海底争端法庭提交咨询意见的要求)，咨询意见，《2011 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，见第 57 段。Golder 诉联合王国，判决，1975 年 2 月 21 日，第 4451/70 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 18 号，第 29 段；Witold Litwa 诉波兰，判决，2000 年 4 月 4 日，第 26629/95 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2000-III，第 59 段 Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，2008 年 11 月 12 日，第 34503/97 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》1345，第 65 段(《维也纳公约》第三十一至第三十三条)。

³⁹ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 219-220 页，第(8)段。详见下文结论草案 1 第 5 段的评注第(12)段。

⁴⁰ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 220 页，第(8)段：“国际法委员会条约随时间演变问题研究组的介绍性报告”，诺尔特(编)，上文脚注 29，第 169 页，见第 177 页。

⁴¹ Yasseen，上文脚注 24，见第 79 页。

⁴² 《1964 年……年鉴》，第二卷，第 204 页，第 13 段。

并得到各国际法院和法庭的承认，⁴³ 在文献中也得到承认⁴⁴ (更多详情，见结论草案 4 的评注第(22)至第(36)段)。

(11) 但是，委员会并不认为，应当在本结论草案中处理不在“条约适用方面”的嗣后惯例作为补充解释材料的问题。然而，在特定情况下，这种惯例也可作为相关补充解释资料。⁴⁵ 但除了其可能有助于“评估”条约适用方面相关嗣后惯例之外，此类惯例超过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)。因此，结论草案 1 第 4 段要求任何嗣后惯例须是“条约适用方面”的，正如界定“其他‘嗣后惯例’”的结论草案 4 第 3 段所要求的那样。

(12) 委员会认为，结论草案 1 若要完整，重要的是要在第 5 段⁴⁶ 中强调，尽管结论草案 1 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⁴⁷。“单一的综合行动”这一表述取自委员会 1966

⁴³ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1096 页，第 79-80 段；Loizidou 诉土耳其，判决(初步反对意见)，1995 年 3 月 23 日，第 15318/89 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 310 号，第 79-81 段；Hilaire、Constantine 和 Benjamin 及其他人诉特立尼达和多巴哥，判决(案情实质、赔偿和费用、判决)，2002 年 6 月 21 日，美洲人权法院，C 辑，第 94 号，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 日命令，《1999 年海洋法法庭案例汇编》，第 274 页，第 50 段；世贸组织上诉机构报告，欧盟——计算机设备案，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R，1998 年 6 月 5 日，第 90 段；另参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 6 月 29 日，第 452 段。

⁴⁴ Yasseen, 上文脚注 24, 见第 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 concordant, 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, 上文脚注 24, 第 138 页:“(……)《公约》第三十一条第 3 款 (b) 项仅[涉及]一种具体形式的司法惯例——即所有当事方共有的一致性嗣后惯例。然而不在这一狭窄定义范围内的嗣后惯例可构成《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、G. Loibl、A. Rest、L. Sucharipa-Behrmann、K. Zemanek (编), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday* (Kluwer Law International, 1998), 第 721 页, 见第 726 页; M.E. Villiger, 《对 1969 年〈维也纳条约法公约〉的评论》(Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 第 431-432 页。

⁴⁵ L. Boisson de Chazournes, “Subsequent Practice, Practices, and “Family Resemblance”: Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu”, 见诺尔特, 上文脚注 29, 第 53 页, 见 59-62 页。

⁴⁶ 第一次报告, 第 64 段, 国际法委员会条约随时间演变问题研究组的介绍性报告, 诺尔特, 上文脚注 29, 第 169 页起, 见第 171 和 177 页。

⁴⁷ 关于嗣后协定和嗣后惯例相对于其他解释资料的不同作用, 见第一次报告, 第 42-57 段; 国际法委员会条约随时间演变研究组的介绍性报告, 上文脚注 29, 第 169 页, 见第 183 页。

年对《条约法》条款的评注。⁴⁸ 委员会在其中还表明，打算“强调解释过程是一个整体”。⁴⁹

(13) 结论草案 1 第 5 段还说明，在第三十一条和第三十二条提到的作为“单一的综合行动”的解释过程中，必须对各种解释资料给予适当的强调。但是，委员会认为，在结论草案 1 第 5 段的案文中，没有必要作为例子提到一种或多种具体的解释资料。⁵⁰ 这避免了一种可能的误解，认为不同的解释资料中有任何一种优先于其他，而无论相关具体规定或案件情况如何。

(14) 第 5 段使用了“解释资料”一语。这一术语不仅涵盖第三十二条所提及的“补充解释资料”，而且涵盖第三十一条所提到的各个要素。⁵¹ 在对《条约法》条款草案的评注中，委员会有时交替使用“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”这一术语，因为它还描述了其作为工具或手段在解释过程中的作用。⁵² “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，这些资料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。⁵³ 正如法院推理通常首先是看条约的术语，继而在一个互动进程中，⁵⁴ 结合上下文并根据条约的目的和宗旨，分析这些术语一样，⁵⁵ 在进行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”，⁵⁶ 对其给予相应的适当权衡，以得出一个适当的解释。

⁴⁸ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 219-220 页，第(8)段。

⁴⁹ 同上。

⁵⁰ 这是特别报告员的提议，见第一次报告，第 28 段(“(1) 条约解释通则和资料——(……)在一个具体案件中解释一项条约时，会导致对《维也纳公约》第三十一和第三十二条所载各种解释资料给予不同程度的强调，尤其是根据所涉条约或条约条款，对条约案文或条约目的和宗旨给予不同程度的强调。”另参见第一次报告中的分析，第 8-27 段。

⁵¹ 也见结论草案 1 第 1 段的评注；Villiger，上文脚注 22，第 129 页；Daillier et al，上文脚注 25，见第 284-289 页。

⁵² 第 3172 次会议临时简要记录，A/CN.4/SR.3172，第 4 页。

⁵³ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 219-220 页，第(8)段。

⁵⁴ 同上。

⁵⁵ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 219 页，第(6)段；Yasseen，上文脚注 24，见第 58 页；Sinclair，上文脚注 24，见第 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》(<http://www.mpepil.com>)，第 7 段；Villiger，《评论》，上文脚注 44，第 427 页，第 11 段；边界与跨界武装行动(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和是否可受理，判决，《1988 年……年鉴》，第 69 页，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，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十八卷，第 3 页起，见第 32-35 页，第 39 段。

⁵⁶ 同上。

(15) 在具体案件的条约解释过程中，对“各种解释资料给予适当的强调”的义务，可能产生对各种解释资料的不同强调，取决于有关条约或条约条款的具体情况。⁵⁷这并不是说，一个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。指导有关解释的是解释者作出的评价，评价的内容是确定不同解释资料在具体案件中的相关性，并通过善意地适当强调，确定这些解释资料在该案中与其他解释资料的互动关系，正如拟适用的规则所要求的那样。如果可能并实际可行，这一评价应当包括考虑在相同及可能在其他相关方面先前的相关评估和决定。⁵⁸

(16) 在结论草案 1 中是否宜提到条约的“性质”并视之为在确定给予某些解释资料或多或少的权重时通常相关的因素，委员会进行了辩论。⁵⁹有些委员认为，一项条约的主题(例如，有关规定是涉及纯经济事项还是涉及个人的人权问题；条约的规则是更多偏于技术还是偏于价值取向)及其基本结构和职能(例如，有关规定更多为互惠性质还是为了保护公益)可能影响到条约的解释。他们说，各国际法院和法庭的判例表明，情况就是如此。⁶⁰有人还提到，条约的“性质”的概念对《维也纳公约》而言并不陌生(参见第五十六条第(1)款(a)项)，⁶¹条约和/或条约条款的“性质”的概念被纳入了委员会的其他工作，特别是关于武装冲突对条约的影响专题。⁶²但是，另一些委员认为，结论草案不应当提到条约的“性质”以维护解释过程的统一性，避免对条约进行任何分类。还有人提到，“条约

⁵⁷ 第一次报告，结论草案 1，第(2)段，见第 28 段，并一般见第 10-27 段。

⁵⁸ 第一次报告(同上)以不同国际法院和法庭的判例为例，以说明在特定案件中如何确定资料在解释工作中的权重，从而表明特定嗣后惯例和嗣后协定如何能够或不能协助确定有关术语在其上下文中并结合条约的目标和宗旨的通常意义。

⁵⁹ 见第一次报告，同上，结论草案 1，第(2)段，以及第 8-28 段中的分析。

⁶⁰ 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术语(例如世贸组织上诉机构报告，巴西—航空器出口融资方案，加拿大援引争端解决谅解书第 21.5 条，WT/DS46/AB/RW，2000 年 7 月 21 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[GC]，判决，2005 年 2 月 4 日，第 46827/99 和 46951/99 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2005-I，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)；参见国际法委员会报告，2011 年，A/66/10 和 Add.1，第 281-282 页，和关于国际法委员会条约随时间演变研究组的第二次报告，诺尔特(编)，上文脚注 29，第 216、244-246、249-262、270-275 页。

⁶¹ 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，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(Dillard 法官的个别意见)，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，见第 138 和第 154 页，脚注 1。

⁶² 关于武装冲突对条约的影响的条款草案(条款草案 6(a))，大会第 66/99 号决议附件；另参见《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 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。

的性质”的提法不明确，难以将其与条约的目的和宗旨区分。⁶³ 委员会最终决定这一问题保持开放，目前不在结论草案 1 中提到条约的性质。

结论 2

以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料

第三十一条第三款(a)和(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例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《维也纳公约》第三十一条第三款(a)和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例定性为“作准的解释资料”，委员会指出了为什么这些资料是条约解释的重要因素。⁶⁴ 委员会因此遵循其 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)和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例描述为“作准的解释资料”，其中强调：

“作为解释的一个要素，此种嗣后惯例在适用条约方面的重要性十分明显；因为其构成有关缔约国对条约意义的理解的客观证据”。⁶⁵

(2) 但是，第三十一条第三款(a)和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例并非唯一的“作准的解释资料”。特别是，对条约案文的通常含义作出分析也是此种资料。正如委员会所解释的：

“(……)委员会对条约解释的办法的基础是，条约案文必须假定为缔约国意图的权威表述，(……)将其用语的通常意义、条约的背景、其目的和宗旨、及国际法一般规则，连同缔约国的作准解释，作为解释条约的主要标准”。⁶⁶

⁶³ 按照《对条约的保留实践指南》准则 4.2.5 的评注，难以区分条约义务的性质与条约的目的和宗旨。《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 Add.1)。另一方面，关于武装冲突对条约的影响的条款草案 6 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 条的评注第(3)段。

⁶⁴ 见 R. Jennings, A. Watts (编)，《奥本海国际法》(朗曼，第 9 版，1992)，第 1 卷，第 1268 页，第 630 段；G. 菲茨莫里斯，“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”《英国国际法年鉴》，1957 年，第 33 卷，第 203 页，见 223-225 页；世贸组织专家组报告，美国—大型民用飞机案(第 2 次申诉)，WT/DS353/R，2011 年 3 月 31 日，第 7.953 段。

⁶⁵ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 221-222 页，第(15)段。

⁶⁶ 《1964 年……年鉴》，第二卷，第 204-205 页，第(15)段；也参见同上，第 203-204 页，第(13)段：“第 3 款具体规定，进一步的[着重号另加]权威解释要素：(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惯例”；另一方面，沃尔多克解释了准备工作本身并非作准解释资料，见同上，第 58-59 页，第(21)段。

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

(3) 通过将第三十一条第三款(a)和(b)项描述为解释的“作准”资料，委员会承认缔约国的共同意愿，从这一意愿出发，任何条约结果在确定条约的意义方面都具有特定的权威性，甚至在条约缔结之后也是如此。因此，《维也纳公约》让条约缔约国发挥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，第三十一条第三款(a)和(b)项之下嗣后协定和嗣后惯例作为“作准的解释资料”并不意味着这些资料必然是决定性的或具有法律约束力。按照第三十一条第三款起首部分，嗣后协定和嗣后惯例不过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。⁶⁷ 因此，与某些评论者的意见相反，⁶⁸ 确定缔约国同意条约解释的嗣后协定和嗣后惯例并非必然是决定性的或具有法律约束力。⁶⁹ 因此，委员会将“嗣后协定”定性为代表“缔约国的权威解释，其必须结合条约本身加以解释”，⁷⁰ 这并非是说，在其高于所有其他解释资料这一意义上，此种解释必然是决定性的。

(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·沃尔多克爵士在关于条约法的第三次报告中说，在解释过程中，可能难以区分构成第三十一条第三款(a)和(b)项的缔约国嗣后协定——其仅应当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稍后的协定：

“如果前后一致并包括所有缔约国，嗣后惯例看来在确定条约应有的意义方面具有决定性，无论如何[强调是后加的]，在其表明缔约国认为解

⁶⁷ 《1966年……年鉴》，第二卷，第220页，第8和9段。

⁶⁸ 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. Cannizzaro (编)，《〈维也纳公约〉之后的条约法》(牛津大学出版社，2011年)，第105页，见第111页；Gardiner, 上文脚注23，见第32页；O. Dörr, “对《维也纳公约》第三十一条的评论”，O. Dörr, K. Schmalenbach (编)，《维也纳条约法公约》(Springer, 2012)，第521页，见第553-554页，第72-75段；K. Skubiszewski, “漫谈《联合国宪章》的解释问题”，载于 R. Bernhardt et al. (编)，*Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler* (Springer, 1983)，第891页，见第898页。

⁶⁹ H. Fox, “《维也纳公约》第三十一条第3款(a)和(b)项与卡西基里/塞塞杜岛案”，载于 M. 菲茨莫里斯、O. Elias、P. Merkouris (编)，《条约解释与〈维也纳条约法公约〉：30年之后》(Martinus Nijhoff Publishers, 2010)，第59页，见第61-62页；A. Chanaki, *L’adaptation des traités dans le temps* (Bruylant, 2013)，pp. 313-315；M. Benatar, “从证明价值到作准的解释：解释性声明的法律效果”，*Revue belge de droit international*, 第44卷(2011年)，第170页，见第194-195页；提醒：J.M. Sorel, B. Eveno, “对《维也纳公约》第三十一条的评论”载于 O. Corten, P. Klein (编)，《〈维也纳条约法公约〉评论》(牛津大学出版社，2011)，第一卷，第804页，见第826页，第42和第43段；也见“国际法委员会条约随时间演变问题研究组第三次报告”，载于诺尔特(编)，上文脚注29，第307页，见375页，第16.4.3段。

⁷⁰ 《1966年……年鉴》，第二卷，第221页，第14段。

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，以及作为构成默示协定重叠和源自该惯例意义的一个要素，嗣后惯例成为一项由协定确立的权威解释”。⁷¹ (强调是后加的)

沃尔多克最初的意见——即(单一的)商定的嗣后惯例“看来在确定意义方面具有决定性”——这一意见，《维也纳公约》最终没有采纳，但是，在“缔约国认为解释对其有约束力”之时，确立缔约国同意有关条约解释的嗣后协定和嗣后惯例在有关此种解释方面必定是决定性的。然而总有可能的是，国内法的规定禁止一国政府在此种情况中，在没有满足宪法所规定的某些要求(多数为程序性要求)的情况下，达成有约束力的协定。⁷²

(6) 在条约本身有此规定的情况下，缔约国达成有约束力的嗣后解释性协定的可能性十分明显。例如，《北美自由贸易协定》第 1131(2)条规定，“[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”。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，可能排除或不排除额外使用第三十一条第三款(a)和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例。⁷³

(7) 委员会继续使用“作准的解释资料”，以描述第三十一条第 3 款(a)和(b)项之下嗣后协定和嗣后惯例不一定具有的决定性但或多或少具有的权威性。委员会在结论草案 2 中没有采用“权威解释”或“权威性解释”，因为这些概念常常被理解为意味着必定是缔约国之间有关条约解释的结论性或有约束力的协定。⁷⁴

(8) “作准的解释资料”包含了事实和法律要素。事实要素载于“客观证据”这一表述中，而法律要素则载于“缔约国的理解”的概念。因此，委员会将“嗣后协定”定性为表示“缔约国的权威解释，其解释必须结合条约本身阅读”，⁷⁵ 并随后说明，嗣后惯例“同样(……)构成缔约国对条约意义的理解的客观证据”。⁷⁶

⁷¹ 沃尔多克，关于条约法的第三次报告，《1964 年……年鉴》，第二卷，第 60 页，第 25 段。

⁷² 这一问题将在本专题工作的晚些时候处理。

⁷³ 这一问题正在关于本专题工作的稍后阶段详细探讨；另参见《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，和世贸组织上诉机构报告，欧盟委员会鸡肉切片案，WT/DS269/AB/R、WT/DS286/AB/R，2005 年 9 月 12 日，第 273 段；世贸组织上诉机构报告，欧盟委员会香蕉案(三)，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU、WT/DS27/AB/RW/USA，2008 年 11 月 26 日，第 383 和 390 段。

⁷⁴ 例如参见 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 9 日，第二部分，H 章，第 23 段(提及 Jennings & Watts (编)，上文脚注 64，第 1268 页，第 630 段)；Gardiner，上文脚注 23，见第 32 页；U. Linderfalk，《论条约的解释》(Springer，2007)，第 153 页；Skubiszewski，上文脚注 68，第 898 页；G. Haraszti，《条约法的一些基本问题》(Akadémiai Kiadó，1973)，第 43 页；另见国际法委员会条约随时间演变问题研究组调查报告，上文脚注 29，第 213 页，见第 242 页，第 4.5 段。

⁷⁵ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 221 页，第 14 段。

⁷⁶ 同上，第 221-222 页，第(15)段。

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。⁷⁷

(9) “嗣后协定”(第三十一条第3款(a)项)与“确定各当事国对协定……之嗣后惯例”(第三十一条第3款(b)项)之间的区分并不意味着其在权威性方面有所不同。⁷⁸相反,委员会认为,“当事国嗣后所定关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”当然具有构成条约权威解释的效力,而“嗣后惯例”仅在其“表明当事国对术语意义的共同理解”时才具有这一效力。⁷⁹因此,“当事国之嗣后协定”与“确定各当事国对协定……之嗣后惯例”之间的区别在于确立当事国对条约解释之协定的方式,因此区别在于更容易确立协定。⁸⁰

(10) 不应当将作为作准的条约解释资料的嗣后协定和嗣后惯例与各国际法院、法庭或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3款(a)和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例为“作准的”解释资料,因为它们表示当事国本身对条约的理解。而各国际法院、法庭和条约机构的权威来自其他渊源,最通常是来自所要解释的条约。但是,各国际法院、法庭和条约机构的判决和其他宣判如果反映或引起当事国本身的此种嗣后协定和惯例,则可能与确定作为作准的解释资料的嗣后协定和嗣后惯例间接相关。⁸¹

(11) 结论草案1和4区分了《维也纳公约》第三十一条第3款(b)项之下确定当事国之协定的“嗣后惯例”,和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(广义的)其他嗣后惯例。⁸²此种并不确立所有当事国同意的“其他”嗣后解释性惯例不能构成条约所有当事国对条约的“权威”解释,因此,就解释目的而言,不具有相同的权重。⁸³

(12) 结论草案2的最后一部分清楚地表明,以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料应作为适用《维也纳公约》第三十一条所反映的条约解释通则的一部分。

⁷⁷ Gardiner, 上文脚注23, 见第32页和第354-355页; Linderfalk, 关于条约的解释, 上文脚注74, 第152-153段。

⁷⁸ 第一次报告, 第29页。

⁷⁹ 《1966年……年鉴》, 第二卷, 第221-222页, 第(15)段; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983), 第294页。

⁸⁰ 卡西基里/塞杜杜岛案, 判决, 《1999年国际法院案例汇编》, 第1045页起, 见第1087页, 第63段, 另见结论草案4及其评注。

⁸¹ 这一方面将在关于本专题工作的稍后阶段详细处理; 例如见国际法委员会条约随时间演变问题研究组第三次报告, 诺尔特, 上文脚注29, 第307页起, 见第381页及以下各页, 第17.3.1段。

⁸² 尤见结论草案4(3)的评注第(22)至第(36)段。

⁸³ 详见结论草案4(3)的评注第(9)至第(11)段, 和结论草案1(4)的评注第(34)段。

结论 3

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称的嗣后协定和嗣后惯例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 3 涉及在条约术语的含义是否能够随时间演变的更一般性问题的背景下，嗣后协定和嗣后惯例可以发挥的作用。

(2) 在涉及条约时，所谓时际法⁸⁴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)，还是应当根据使用之时的情况和法律来解释(“演进”、“演化”或“动态”解释)。⁸⁵当初，仲裁官 Max Hubert 在帕尔马斯岛案中判词是“必须根据当时的法律来审视案件事实”，⁸⁶导致许多国际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。⁸⁷与此同时，法庭在“莱茵铁路公司”案中认为，⁸⁸“今天，主流法学家普遍支持对条约的演进式解释”。

(3) 1966 年，委员会在条约法草案的评注中认为，“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。”⁸⁹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

⁸⁴ T.O. Elias, “国际法理论”, 《美国国际法杂志》第 74 卷(1980 年), 第 285 页及以下各页; D. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties* (英国国际法和比较法学会, 2003 年); M. 菲茨莫里斯, “动态性(演变性)条约解释, 第一部分”, 《海牙国际法年鉴》, 第 21 卷(2008 年), 第 101 页及以下各页; M. Kotzur, “国际法”, 《马克斯普朗克国际公法百科全书》(<http://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*, 3rd edition (Duncker & Humblot, 1984), pp. 496ff, paras. 782ff.

⁸⁵ 菲茨莫里斯, 上文脚注 84, 第 101 页及以下各页。

⁸⁶ 帕尔马斯岛仲裁案(荷兰诉美国)(1928), 裁决, 1928 年 4 月 4 日, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二卷, 第 829 页, 见第 845 页。

⁸⁷ 《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 202-203 页, 第(11)段。

⁸⁸ 莱茵铁路公司案仲裁(比利时诉荷兰), 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十七卷, 第 35 页, 第 81 段; 例如见 A. Aust, 《现代条约法和实践》, 第 2 版(剑桥大学出版社, 2007), 第 243-244 页; M. 菲茨莫里斯, 上文脚注 84, 见第 29-31 页; G. Di Stefano, “L’interprétation évolutive de la norme internationale”, *RGDIP*, vol. 115 (2011-II), p. 373, at pp. 384 and 389ff; R. Higgins, “Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law” 载于 J. Makarczyk (编), 《处于 21 世纪门槛的国际法理论》(Kluwer Law International, 1996)第 173 页, 见第 174 页及以下各页; Sorel & Boré Eveno, 上文脚注 69, 见第 808 页, 第 8 段; P.-M. Dupuy, “以演进方式解释条约”载于 E. Cannizzaro (编), 《〈维也纳公约〉之后的条约法》(牛津大学出版社, 2011), 第 123 页, 见第 125 页及以下各页; M. Kotzur, “国际法”, 上文脚注 84, 见第 14 段。

⁸⁹ 《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 222 页, 第 16 段; R. Higgins, 上文脚注 84。

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”，要么偏向于一般承认需考虑到条约的“演进意义”的那种解释。⁹⁰

(4) 结论草案 3 不应当被视为一般条约解释采取当时意义办法适当还是采取演进办法适当这一问题采取了任何立场。结论草案 3 强调的是，与任何其他条约解释资料一样，嗣后协定和嗣后惯例在适当情况下均可支持当时意义解释和演进解释(或通常所称的演化解释)。因此，委员会的结论是，这些条约解释资料“可协助确定演进解释办法对于特定条约术语是否适合”。

(5) 各国际法院和法庭的判例确认了这一办法。采用演进解释办法——尽管程度不同——的各国际法院和法庭，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术语以能够随时间演变的含义。

(6) 特别是，国际法院被视为做出了两种判例，一种更偏向于“当时意义”解释，一种更偏向于“演变性”解释，正如纪尧姆专案法官在其关于航行权和相关权利的争端案的声明中所指出的。⁹¹ 他认为，更倾向于当时意义办法的法院裁决大多涉及及相当具体的条约术语(“分水岭”；⁹² “主航道/河流最深线”；⁹³ 地名；⁹⁴ “河口”⁹⁵)。另一方面，赞成演变性解释的案件看来涉及更一般的术语。《国际联盟盟约》第二十二条“现代世界的艰难条件”或“这些人民的福祉和发展”等“根据定义为演变性”的用语尤为如此。国际法院在其“纳米比亚咨询意见”中，援引第二次世界大战之后人民自决权的演变，给出了注重演变的解释。⁹⁶ 某

⁹⁰ 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。

⁹¹ 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，纪尧姆专案法官的声明，第 290 页，见第 294 页及以下各页，第 9 段及以下各段；另见《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10，第 479 段；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；国际法学会关于“Le problème intertemporel en droit international public”的决议，*Annuaire de l'Institut de droit international* (1975)，第 536 页及以下各页。

⁹² 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，第 3 页起，见第 43 页，第 130 段；另外对于“分水岭”一词，参见隆瑞古寺案(柬埔寨诉泰国)，判决(案情实质)，《1962 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 16-22 页。

⁹³ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1056 页起，见第 1060-1061 页，第 21 和第 25 段。

⁹⁴ 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，第 83 页，第 110 页，第 3.5 段。

⁹⁵ 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，见第 339 页，第 48 段和第 346 页，第 59 段。

⁹⁶ 南非不遵守安全理事会第 276 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，见第 31 页，第 53 段。

个条约的特定用语具有“通用”性质，⁹⁷ 以及条约旨在“长期有效”，⁹⁸ 可能也引起演变含义。

(7) 其他国际司法机构有时也采用演进解释办法，尽管对此种解释表现出不同的开放程度。世界贸易组织上诉机构偶尔采用演进解释。但是，在一桩众所周知的案件中，上诉机构认为，“第 20 条(g)项中‘自然资源’这一通用术语不是‘静止’的，而‘根据定义是发展的’”。⁹⁹ 国际海洋法法庭海底争端分庭认为，某些“确保……的义务”的含义¹⁰⁰ “会随着时间而变化”，¹⁰¹ 并强调，《联合国海洋法公约》中关于国家责任的条款会随着法律的发展而发展，而“不会被认为是静止的”。¹⁰² 欧洲人权法院更一般地认为，“《公约》是一项活的文书，(……)必须依照当今的情况来解释”。¹⁰³ 美洲人权法院也更一般地采用演进解释办法，特别是其所谓人道的办法。¹⁰⁴ 在莱茵铁路公司一案中，多方面跨界铁路安排的持续存在和效力是一个重要理由，促使法庭同意，即使对非常技术性的规则，也可以进行注重演变的解释。¹⁰⁵

(8) 归根到底，大多数国际法院和法庭并未将演进解释承认为解释的一种单独形式，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

⁹⁷ 爱琴海大陆架案(希腊诉土耳其)，判决，《1978 年国际法院案例汇编》，第 3 页，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。

⁹⁸ 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，见第 243 页，第 66 段。

⁹⁹ 世贸组织上诉机构的报告，美国虾案，WT/DS58/AB/R，1998 年 10 月 12 日，第 130 段。

¹⁰⁰ 《联合国海洋法公约》，1982 年联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31383 号，第 3 页，第 153 条第 4 款和附件三第 4 条第 4 款。

¹⁰¹ 资助个人和实体从事该领域活动的国家的责任和义务案，咨询意见，《2011 年海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，第 117 段。

¹⁰² 同上，第 211 段。

¹⁰³ Tyrer 诉联合王国(1978 年)，判决，第 5856/72 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 26 号，第 31 段。

¹⁰⁴ 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，1999 年 10 月 2 日，OC-16/99，第 114 段(“这一指导意见与国际人权法问题特别相关，由于对有关保护的文书的演进解释，国际人权法取得了很大进展。演进解释符合 1969 年《维也纳公约》确立的条约解释的通则。本法院和欧洲人权法院在关于《美洲关于人的权利和义务宣言》的解释的咨询意见(1989 年)中和在 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”(脚注省略))。

¹⁰⁵ 莱茵铁路公司仲裁案(比利时诉荷兰)，裁定，2005 年 5 月 24 日，第 80 段：“在本案中，问题并非概念还是通用术语问题，而是一个涉及铁路运营和能力的新的技术发展的的问题。”；另见爱琴海大陆架案(希腊诉土耳其)，判决，《1978 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 32 页，第 77 段；见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，第 119 页起，见第 151-152 页，第 85 段。

使用各种解释资料中得出此种演进解释。因此，对术语随时间变化的意义的任何演进解释，必须产生于正常的条约解释过程。¹⁰⁶

(9) 委员会认为，这种情况确认了其最初对条约解释的办法：

“(……)委员会对条约解释的办法的基础是，条约案文必须假定为当事国意图的权威表述，案文意义的阐释——而非从头开始调查所谓当事国的意图——构成解释的目的(……)，将用语的通常含义、上下文、欺侮地和宗旨、国际法一般规则，以及当事国的权威解释作为条约解释的首要标准。”¹⁰⁷

因此，通过使用“推定意图”一语，结论草案 3 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”并非一个单独可确定的最初意愿，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，其中包括条约当事国的嗣后协定和嗣后惯例。因而解释者须回答这样的问题：是否可推定当事国在签订条约时有意使所用的术语具有可随时间演变的含义。

(10) 结论草案 3 没有普遍就条约解释应更多采取当时意义办法适当还是采取演进办法适当这一问题采取任何立场。(见以上评注，第(4)段)。但是，该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 3 将嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料，从而可能提供有益的借鉴，有利于解释者评估——作为条约解释正常程序的一部分评估——术语的含义是否能够随时间演变。¹⁰⁸

(11) 这一办法以国际法院和各其他国际法院和法庭的判例为基础并为其所确认。在纳米比亚一案中，国际法院援引了联合国机构和一些国家的惯例，以具体说明其从自决权固有的演变性质中得出的结论。¹⁰⁹ 在爱琴海一案中，国际法院认为“十分重要”的是，联合国的行政惯例和当事国的行为确认了它认定的“领土地位”这一用语的“一般和通用意义”，尽管当事国在另一处上下文中援用了

¹⁰⁶ 正如国际法不成体系问题研究组报告所说的，“起点必须是(……)就此(演变性解释)问题做出决定就是一件解释条约本身的事情”，国际法不成体系问题研究组报告，2006年，A/CN.4/L.682和 Corr.1，第478段。

¹⁰⁷ 《1964年……年鉴》，第二卷，第204页，第15段；另参见同上，第203页，第13段：“第3款具体规定，进一步的[着重号另加]权威解释要素：(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惯例”；另一方面，沃尔多克解释了准备工作本身并非作准解释资料，见同上，第58页，第(21)段。

¹⁰⁸ 另参见 Gardiner, 上文脚注 23, 见第 253-254 页；R. Kolb, *Interprétation et Création du Droit International* (Bruylant, 2006), 第 488-501 页；J. Arato, “嗣后惯例与演进性解释”，《国际法院和法庭的法律和实践》，第 9 卷(2010 年)，第 443 页，见第 444-445 页，第 465 页及以下各页。

¹⁰⁹ 南非不遵守安全理事会第 276 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 30-31 页，第 49-51 段。

限制性的解释。¹¹⁰ 无论如何，国际法院采取演进办法的裁定并未偏离案文可能具有的含义，并未偏离——如其在嗣后协定和嗣后惯例中也表示的——条约当事国的推定意图。¹¹¹

(12) 国际法院关于“关于航行权和相关权利的争端案”的判决也表明，缔约国的嗣后协定和嗣后惯例如何能够帮助确定某一术语是否具有能够随时间演变的内容。在解释 1858 年一项条约中的“comercio”这一术语时，法院认为：

“一方面，在《维也纳公约》第三十一条第 3 款(b)项的意义上，当事国的嗣后惯例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，当事国缔结条约的意图是(……)赋予所用术语(……)一种能够演变的内容或含义，而不是一种一旦确定即永不改变的内容或含义，以便除其他外为国际法的发展留出余地。”¹¹²

法院随后认定，“comercio”这一术语是一个“通用术语”，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”这一术语“具有演变的内容”。¹¹³ 在个人意见中，斯科特尼科夫法官尽管不同意这一推理，但他最后也得出了同样的结果，他接受，对于哥斯达黎加最近“至少十年”有关圣胡安河旅游的嗣后惯例，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”。¹¹⁴

(13) 前南国际刑事法庭有时考虑到更普遍的国家惯例形式，包括会员国立法趋势，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 *Furundzija* 一案中，前南问题国际法庭的分庭为界定《日内瓦第四公约》第 27 条、第一附加议定书第 76 条(1)款和第二附加议定书第 4 条(2)款(E)项所禁止的强奸罪，¹¹⁵ 检查了世界各主要法律制度通用的刑法原则，并认为：

“……可以看出，一些缔约国本国立法中的一个趋势是，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

¹¹⁰ 爱琴海大陆架案(希腊诉土耳其)，判决，《1978 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 31 页，第 74 段。

¹¹¹ 参见几内亚比绍与塞内加尔海洋疆界划界案(几内亚比绍诉塞内加尔)，裁定，1989 年 7 月 31 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第 119 页起，见第 151-152 页，第 85 段。

¹¹² 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 242 页，第 64 段。

¹¹³ 同上，第 66-68 段。

¹¹⁴ 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。

¹¹⁵ 检察官诉 *Furundzija*，审判庭，判决，1998 年 12 月 10 日，ICTY-95-17/1，第 165 段及以下各段。

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。”¹¹⁶

(14) 欧洲人权法院的“活的文书”的办法除其他外也是基于嗣后惯例的不同形式。¹¹⁷ 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“当事国同意对条约解释之……”，但其采取演进办法的裁定往往辅之以详细叙述嗣后(国家、社会和国际法律)惯例。¹¹⁸

(15) 美洲人权法院尽管相对而言很少提到嗣后惯例，但该法院常常提到更广泛的国际发展，这一办法介于嗣后惯例和第三十一条第 3 款(c)项之下其他“相关规则”之间。¹¹⁹ 例如，在“Mayagna (Sumo) Awas Tingni 社区诉尼加拉瓜”案中，美洲人权法院指出：

“人权条约是活动文书[“instrumentos vivo”]，其解释必须适应于时代的演变，具体而言，适应于目前的生活条件。”¹²⁰

(16) 人权事务委员会有时也采用基于国家实践的发展的演进办法。因此，在法官诉加拿大案中，人权事务委员会放弃了其在 Kindler 案¹²¹中的判例，阐述说：

“委员会意识到，上述判例是大约 10 年以前做出的，自那时以来，国际协商一致意见更加广泛地主张废除死刑，而在保留死刑的国家中，更加广泛的协商一致意见是不执行死刑。”¹²²

¹¹⁶ 同上，第 179 段；同样，检察官诉 Alfred Musema，第一审判庭，判决，2000 年 1 月 27 日，ICTR-96-13-A，第 220 段及以下各段，尤其是第 228 段。

¹¹⁷ 国际法委员会条约随时间演变问题研究组第二次报告，见诺尔特，上文脚注 29，第 213 页起，见第 246 页及以下各页。

¹¹⁸ Öcalan 诉土耳其，判决(案情实质和公正抵偿)，2005 年 5 月 12 日，第 46221/99 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2005-IV，第 163 段；Vo 诉法国[GC]，判决，2004 年 7 月 8 日，第 53924/00 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2004-VIII，第 4 和第 70 段；Johnston et al 诉爱尔兰，判决，1986 年 12 月 18 日，第 9697/82 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 112 号，第 53 段；Bayatyan 诉美国[GC]，判决，2011 年 7 月 7 日，第 23459/03 号申诉，第 63 段；Soering 诉联合王国，判决，1989 年 7 月 7 日，第 14038/88 号申诉，《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，判决，2010 年 10 月 4 日，第 61498/08 号申诉，第 119-120 段；Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，2008 年 11 月 12 日，第 34503/97 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2008，第 76 段。

¹¹⁹ 如见 Velásquez-Rodríguez 诉洪都拉斯，判决，案情实质，1988 年 7 月 29 日，美洲人权法院，C 辑，第 4 号，第 151 段；关于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，1999 年 10 月 2 日，OC-16/99，第 130-133 段、第 137 段。

¹²⁰ Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community 诉尼加拉瓜，判决(案情实质、赔偿和费用)，2001 年 8 月 31 日，C 辑第 79 号，第 146 段；另参见关于在《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。

¹²¹ Kindler 诉加拿大，意见，1993 年 7 月 30 日，第 470/1991 号来文来文，CCPR/C/48/D/470/1991。

¹²² 法官诉加拿大案，意见，2002 年 8 月 5 日，第 829/1998 号来文，CCPR/C/78/D/829/1998，第 10.3 段。

在 Yoon 和 Choi 案中，委员会强调，《公民权利和政治权利国际公约》所载任何权利的含义随时间演变，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，使人不致违背自己真心持有的宗教信仰而被迫行动。委员会得出这一结论是因为，“越来越多的保持义务兵役制度的缔约国实行了义务兵役的替代办法”。¹²³

(17) 最后，投资争端解决中心法庭着重指出，对于条约当事国意图根据其嗣后条约惯例而演变的这种条款，嗣后惯例可能是特别重要的解释资料。例如，在米海利国际公司诉斯里兰卡民主社会主义共和国案中，法庭认为：

“当事双方均没有主张，《投资争端解决中心公约》载有任何先验的‘投资’的确切定义。而是将此种定义留待嗣后国家实践确定，从而保留了其完整性和灵活性，并为投资专题方面国际法未来的逐渐发展留出了余地。”¹²⁴

(18) 因此，各国际法院、法庭和其他条约机构的判例确认，第三十一和第三十二条所称的嗣后协定和嗣后惯例“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。“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“依法”(《公民权利和政治权利国际公约》第九条)或“必须”(《公民权利和政治权利国际公约》第十八条)，这些概念在各项人权条约中存在)。由于条约的“用语”是其所载规则的要素，因此涵盖相关规则。

结论 4

嗣后协定和嗣后惯例的定义

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. “嗣后惯例”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. 其他“嗣后惯例”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。

¹²³ Yoon 和 Choi 诉大韩民国，意见，2006 年 11 月 3 日，第 1321/2004 和 1322/2004 号来文，CCPR/C/88/D/1321-1322/2004，第 8.4 段。

¹²⁴ 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 310 页起，第 33 段；同样 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，《解决投资争端国际中心案例汇编》，第 6 卷(2004 年)，第 419 页，第 97 段。

评注

(1) 结论草案 4 对结论草案 1 第 3 和第 4 段中讲到的“嗣后”对条约进行解释的三种不同的方法做了定义，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“嗣后惯例”，和第三十二条下的其他的“嗣后惯例”。

(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。¹²⁵ 这个时间点常常早于条约生效的一刻(第二十四条)。《维也纳公约》各种条款(例如第十八条)表明，一项条约可在它实际生效之前“缔结”。¹²⁶ 为了本专题的目的，只要条约案文最后确定即为“缔结”。嗣后协定和嗣后惯例发生在条约缔结之后，而不仅仅发生在生效之后。实际上，很难找出理由，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议或惯例不能用于对条约的解释。¹²⁷

(3) 《维也纳公约》第三十一条第二款规定，条约的“内容”包括若干“协定”和“文书”，¹²⁸ 这些“协定”和“文书”的订立是与缔结条约联系在一起的。“因缔结条约”这一短语应理解为包括在与缔结条约相关的那段封闭的时间里或背景下订立的协定和文书。¹²⁹ 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”或嗣后惯例。¹³⁰

(4) 结论草案 4 的第 1 段规定了第三十一条第三款(a)项下“嗣后协定”的定义。

(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”更正式。虽然《维也纳公约》意义下的条约

¹²⁵ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 221 页，第(14)段。

¹²⁶ 布赖尔利，关于条约法的第二次报告，《1951 年……年鉴》，第二卷，第 70 页及以下各页；《1956 年……年鉴》，第二卷，第 112 页；S. Rosenne, “条约、缔结与生效”载于 R. Bernhardt (编)，《国际公法百科全书》，第 4 卷 (North Holland Publishing, 2000)，第 933 页 (“严格地说，正是通过缔结条约而完成了谈判)；Villiger, 《评论》，上文脚注 44, at pp. 78-80 页，第 9-14 段。

¹²⁷ 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。

¹²⁸ 见《1966 年……年鉴》，第二卷，第 221 页，第(13)段；《德意志联邦宪法》认为，这个术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, 上文脚注 23, 见第 215-216 页。

¹²⁹ Yasseen, 上文脚注 24, 见 38 页；Jennings & Watts (编)，上文脚注 64, 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。”)。

¹³⁰ 见《1966 年……年鉴》，第二卷，第 221 页，第(14)段；另见 Villiger, 评注，上文脚注 44, 见第 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 页起，见第 237 页。

必须是书面形式的(第二条第一款(a)), 但关于条约的习惯国际法则没有这种要求。¹³¹ 《维也纳公约》之下的“协定”一词¹³² 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。《维也纳公约》第三十九条规定了一般规则, 根据该项规则, “(a)条约可根据缔约方之间的协定作出修正”, 委员会对此的解释是, “修正协定可采取原条约缔约方所选择的任何形式”。¹³³ 同样, 《维也纳公约》并未对第三十一条第三款(a)和(b)项下的协定和惯例设定任何具体形式的要求。¹³⁴

(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)下的“嗣后协定”只能在条约的解释上予以考虑。因此, 它不一定具有约束力。有关在什么情况下缔约方之间的嗣后协定具有约束力, 又在什么情况下仅仅是若干种解释方法的一种, 将在有关这个主题以后阶段的工作中处理。

(7) 《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)项下缔约方对条约解释达成一致的任何嗣后惯例作了区分。这个区分并不总是十分清楚, 一些国际法院和其他仲裁机构的判例法也显示出某种不愿明言的态度。在利比亚诉乍得一案中, 国际法院使用了“嗣后态度”的表述, 表示它后来所说的“嗣后协定”和嗣后单方面“态度”的两重意义。¹³⁵ 在印度尼西亚诉马来西亚一案中, 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

¹³¹ Villiger, 《评论》, 上文脚注 44, 第 80 页, 第 15 段; P. Gautier, “对《维也纳公约》第二条的评论”, 载于 Corten 和 P. Klein (编), 《〈维也纳条约法公约〉——评论》, 第一卷(牛津大学出版社, 2011), 第 33 页, 见第 38-40 页, 第 14-18 段; J. Klabbbers, 《国际法中的条约概念》(Kluwer Law International, 1996), 第 49-50 页; 也见 A. Aust, “非正式国际文书的理论和实践”, *International and Comparative Law Quarterly*, 第 35 卷(1986 年), 第 787 页, 见第 794 页及以下各页。

¹³² 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。

¹³³ 《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 232 页; 另参阅 Villiger, *Commentary*, 上文脚注 44, 见第 513 页, 第 7 段; P. Sands, “对《维也纳公约》第三十九条的评注”, 载于 O. Corten 和 P. Klein (编), 《〈维也纳条约法公约〉——评论》, 第二卷(牛津大学出版社, 2011), 第 963 页, 见 971-972 页, 第 31-34 段。

¹³⁴ 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“理解”一词, 在《维也纳公约》中改为“协定”。这个改变“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, 第 169 页; H. Fox, 上文脚注 69, 第 63 页。

¹³⁵ 领土争端(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)案, 判决, 《1994 年国际法院案例汇编》, 第 6 页起, 见第 34 页及以下各页, 第 66 段及以下各段。

惯例的问题没有下定论。¹³⁶ 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惯例作出区分。¹³⁷

(8) 但《北美自由贸易协定》法庭在 CCFT 诉美国案中，¹³⁸ 直截了当地作出了这一区分。在该案中，美国声称，三个《北美自由贸易协定》的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。¹³⁹ 最初，小组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。¹⁴⁰ 但进入第二阶段，法庭认为，同样这些证据构成的相关的嗣后惯例，进而确定了缔约方对于解释达成的一致：

“问题是：是否有一个“嗣后惯例”，确定了《北美自由贸易协定》的缔约国在这个问题上符合第三十一条第三款(b)项的协定？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“缔约方之间关于条约解释或条款规定适用方面的嗣后协定”，但回答这个问题的国家所

¹³⁶ Pulau Ligitan 和 Pulau Sipadan 主权案，《2002 年国际法院案例汇编》，第 625 页起，见第 656 页，第 61 段；在加布奇科沃一大毛罗斯一案中，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”，加布奇科沃一大毛罗斯项目案(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，也见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)，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 122 页，第 28 段(‘嗣后行为’)。

¹³⁷ 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，WT/DS204/R，2004 年 4 月 2 日，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，WT/DS285/AB/R，2005 年 4 月 7 日；对世贸组织专家组报告中“1981 年谅解”的限定，美国——“外国销售公司”的税务待遇，WT/DS108/R，1999 年 10 月 8 日；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，WT/DS22/R，1996 年 10 月 17 日，以及世贸组织上诉机构报告中的“放弃”，欧盟——香蕉案(三)，第二次诉诸第 21 条第 5 款，WT/DS27/AB/RW2/ECU、WT/DS27/AB/RW/USA，2008 年 11 月 26 日。

¹³⁸ 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；也见 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Decision on the Challenge to the President of the Committee*, 3 October 2001, 投资争端解决中心案件编号 ARB/97/36, 《投资争端解决中心案例汇编》(2004 年), p. 168, at p. 174, para. 12; P. Merkouris and M. 菲茨莫里斯, “Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement” in M. 菲茨莫里斯, O. Elias and P. Merkouris (编), 《条约解释与〈维也纳条约法公约〉: 30 年之后》(Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p. 153, at pp. 217-233.

¹³⁹ C.C.F.T 诉美国案，国际贸易法委员会依照《北美自贸协定》进行的仲裁，关于管辖权的裁决，2008 年 1 月 28 日，paras. 174-177。

¹⁴⁰ 同上，第 184-187 段。

举出的现有证据向我们表明，确有一项“适用条约的嗣后惯例，构成了缔约国对条约适用的协定”。¹⁴¹

(9) 这一论证表明，第三十一条第三款之下的“嗣后协定”和“嗣后惯例”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，委员会在《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)项下确定缔约方(……)一致的“嗣后惯例”之间作出区分，并不是想指出两者之间可能存在的法律效果上的区别。¹⁴² 这两个概念之间的区别在于“缔约方之间的嗣后协定”当然具有作准的解释资料的作用，而“嗣后惯例”只是在其不同内容联系在一起能够表明“缔约方对术语的意义持有共同理解”时，方才具有这种效果。¹⁴³

(10) 因此，第三十一条第三款之下的嗣后协定和嗣后惯例，其区分的根据是，是否可以找到缔约方之间在一个共同的行动中达成的一项名副其实的协定，还是必须通过若干单独的行动，综合这些行动可以表明一个共同的立场，由此确定缔约方的一致。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共同的行动“达成”的，表明他们对条约的解释或适用条款规定的共同理解。

(11) 而第三十一条第三款(b)项下的“嗣后惯例”，则囊括了条约缔约方所有(其他)形式的相关的嗣后行为，这些行为可帮助确定缔约国在条约解释方面的协定或“谅解”。¹⁴⁴ 然而，在具体情况下“惯例”和“协定”可能是一回事，无法区分。这就解释了为什么“嗣后惯例”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。¹⁴⁵

(12) 一组单独的嗣后协定，每项协定仅限于少数缔约方，但把这些协定放在一起，便可形成条约所有缔约方对于条约解释的协定，这些嗣后协定通常不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)项下的“嗣后协定”意思，为清楚起见，应限于所有缔约方之间单一的一项协定。少数缔约方之间事后签订的不同的协定，综合起来可形成所有缔约方对于条约解释的一致，应作为第三十一条第三款(b)项下的嗣后惯例。少数缔约方之间事后签订的

¹⁴¹ 同上，第 188-189 段；类似情况：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，投资争端解决中心案件编号 ARB/02/3，2005 年 10 月 21 日，《投资争端解决中心评论——外国投资法律杂志》，第 20 卷(2005 年)，第 450 页，见 528 页及以下各页，第 251 段及以下各段。

¹⁴² 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 221-222 页，第 15 段。

¹⁴³ 同上；Karl，上文脚注 79，见第 294 页。

¹⁴⁴ 委员会在关于条约法的相应条款草案第 27 条第三款(b)项中使用了“理解”一词(见上文脚注 134)。

¹⁴⁵ 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，命令(临时措施)，《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“嗣后惯例”。

不同的协定，即使放在一起也不能形成所有缔约方对条约解释的协定，可以具有解释上的价值，作为第三十二条之下的补充解释资料(见下文第(22)段和(23)段)。因此，“嗣后协定”一词的使用，限于条约所有缔约方之间的协定，表现为一项单一的协定，或一个共同的行动，无论形式如何，但反映所有缔约方的一致。¹⁴⁶

(13) 第三十一条第三款(a)项下的嗣后协定，必须是“关于”条约解释或适用条款规定的协定。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。¹⁴⁷

(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词语来确定，这些词语将“嗣后协定”与相关的条约联系起来。这类语句也可见于一项之后的条约。例如，在丹麦与挪威之间的 Jan Mayen 案中，国际法院显然已经接受当事国之间“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，法院最终还是没有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。¹⁴⁸ 在哥斯达黎加和尼加拉瓜“关于航行和相关权利的争端”中，Guillaume 法官提到了 San Juan 河的旅游业，根据两国间的一项《谅解备忘录》，实际采用的做法。¹⁴⁹ 然而并不清楚两国是否准备将这份《谅解备忘录》用于解释所审议的边界条约。

(15) 结论草案 4 的第 2 段并不是要为任何形式的嗣后惯例作出一般性定义，可能用于条约解释的目的。第 2 段仅限于作准解释资料的嗣后惯例，根据第三十一条第三款(b)项的规定，确定各缔约方对条约解释的一致。(狭义上)这种嗣后惯例有别于(广义上的)一个或多个缔约方的其他“嗣后惯例”，后者并未形成缔约方的一致，但根据《维也纳公约》第三十二条，可以作为解释的辅助资料(见下文第 22 和 23 段)。¹⁵⁰

(16) 第三十一条第三款(b)下的嗣后惯例可以包括任何“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。¹⁵¹ 因此，

¹⁴⁶ 见世贸组织上诉机构的报告，美国——关于进口、营销和销售金枪鱼和金枪鱼产品的措施，WT/DS381/AB/R，2012 年 5 月 16 日，第 371 段。这个问题还将在本专题以后阶段进一步讨论。

¹⁴⁷ 同上，第 366-378 段，特别是 372 段；Linderfalk，《关于条约的解释》，上文脚注 74，见第 164 页及以下各页。

¹⁴⁸ 格陵兰和扬马延之间区域的海洋划界案(丹麦诉挪威)，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 51 页，第 28 段。

¹⁴⁹ 航行权和相关权利争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页，专案法官纪尧姆的声明，第 290 页起，见第 298-299 页，第 16 段。

¹⁵⁰ 关于这两种嗣后惯例形式的区分，见下文评注第(22)和第(23)段。

¹⁵¹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 34-35 页，第 2-4 段。

它不仅仅包括促成一致意见的各种行为，也包括不行为，包括相关的沉默。¹⁵² 有关在什么情况下不行为或沉默可能促成所有缔约方就条约的解释达成一致的问题，将在以后阶段的工作中处理。

(17) 第三十一条第三款(b)项下的嗣后惯例，必须是“适用条约过程中”的行为。这不仅仅包括在国际上或在国内为适用公约采取的官方行为，如遵守或确保履行条约的义务，而且除其他外也包括：有关条约解释的官方声明，如在外交会议上的发言、在法律争端过程中的声明，或国内法院的判决；有关条约的官方函件；或颁布国内法，或为执行条约缔结的国际协定，即使是在国内或在国际上实际采取任何具体适用行动之前。

(18) 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。”¹⁵³

虽然《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家法律在适用条约上不能作为嗣后国家惯例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律规定提及国内法，这两者之间是有区别的。因此，国际裁判机构，特别是世贸组织的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)的存在，和可用来解释条约

¹⁵² 沃尔多克，“关于条约法的第三次报告”，《1964年……年鉴》，第二卷，第61-62页，第(32)-(33)段；隆瑞古寺案(柬埔寨诉泰国)，《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)，判决(管辖权和可否受理)，《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卷第53页起，见第186-187页，第168-169段。

¹⁵³ 《北美自贸协定》仲裁专家组最后报告，跨界卡车运输服务(墨西哥诉美国)，编号USA-MEX-98-2008-01，2001年2月6日通过，第224段。

的国内法和其他措施的存在，并经常性地对两者作出区分。¹⁵⁴ 然而，应当指出，任何“适用条约的嗣后惯例”，都离不开有一个要素——善意。因此，明显蓄意或显而易见地篡改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”。

(19) 第三十一条第三款(b)项下适用条约的嗣后惯例，要求必须是“有关条约解释的”，与第三十一条第三款(a)项下的平行要求同等意义(见上文第(13)和第(14)段)。专门针对一项条约的嗣后惯例，即“有关条约解释的”惯例，与“适用条约”方面的其他惯例之间，常常很难作出区分。然而，又必须作出区分，因为只有缔约方采取的“有关条约解释的”行为，才有助于“作准”的解释，而对于第三十二条下的其他嗣后惯例则没有这项要求。

(20) 在什么情况下“缔约方对条约解释的一致”实际得到“确定”，这个问题将在本专题工作以后的阶段处理。

(21) 第三十一条第三款(b)项并没有明确要求“惯例”必须是条约缔约方自己的行为。然而，首先是缔约方自己，通过他们的机构行事，¹⁵⁵ 或通过可归于这些机构的行为，具体践行条约，才可能形成协定。其他行为人是否能够产生相关的嗣后惯例问题在结论草案 5 中得到处理。¹⁵⁶

(22) 结论草案 4 的第 3 段论及“其他”的嗣后惯例，即第三十一条第三款(b)项中没有讲到的其他惯例。这一段论及结论草案 1 第 4 段中讲到的“条约适用方面的其他嗣后惯例，作为第三十二条所称的补充的解释资料”。这种形式的嗣后惯例不要求所有缔约方一致同意，委员会在评注中最初是这样讲的：

“但是一般而言，一个缔约方的做法，或仅仅是部分缔约方的做法，作为解释的一个要素，与所有缔约方都认可的共同做法，显示他们对条约意义的共同理解，两者完全不在同一个平面上。后一种嗣后惯例表明各缔约方对条约解释的认同，等同于一项解释性协定。因此，委员会认为，确定所有缔约方对条约解释共同理解的嗣后惯例，应列入第 3 段[也即《维也纳公

¹⁵⁴ 例如世贸组织专家组报告，US - Section 110(5) Copyright Act, WT/DS160/R, 2000 年 6 月 15 日，第 6.55 段；世贸组织专家组报告，US - Continued Existence and Application of Zeroing Methodology, WT/DS350/R, 2008 年 10 月 1 日，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，WT/DS379/AB/R, 2011 年 3 月 11 日，第 335-336 段；CMS Gas 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，投资争端解决中心案件编号 ARB/01/8，《投资争端解决中心案例汇编》，第 7 卷(2003 年)，第 492 页，第 47 段；V 诉英国[GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，1999 年 12 月 16 日，第 24888/94 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》1999-IX, 第 73 段；Kart v. Turkey [GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，2009 年 12 月 3 日，第 8917/05 号申诉，第 54 段；Sigurdur A Sigurjónsson 诉冰岛，判决(案情实质和公正抵偿)，1993 年 6 月 30 日，第 16130/90 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑第 264 号，第 35 段。

¹⁵⁵ Karl, 上文脚注 79, 见第 115 页及以下各页。

¹⁵⁶ 见结论草案 5(2)。

约》第三十一条第三款的内容], 与解释性协定一并作为作准的解释资料。而单个国家在适用条约方面的做法, 只能作为第七十条中讲到的“进一步的”解释资料之一加以考虑。”¹⁵⁷

(23) 结论草案 4 的第 3 段并没有像第三十一条第三款(b)项那样, 阐明一项要求, 即相关惯例必须是“有关条约解释的”。因此, 对第 3 段而言, 在适用条约方面的任何做法, 只要能够表明条约应作如何解释, 便可作为第三十二条下的相关补充解释资料。

(24) 此处的“其他”嗣后惯例, 是在通过《维也纳公约》之后, 已被各种国际法院和其他裁判机构作为一种解释手段予以承认并且适用的嗣后惯例(见下文第(25)段至(33)段)。然而, 应当指出, 世贸组织的上诉机构, 在日本—酒精饮料案(二)中,¹⁵⁸ 为条约解释之目的提出了一个嗣后惯例的定义, 该定义似乎认为, 在条约适用上的这种嗣后惯例, 确定了缔约方对条约解释的一致, 只有这种惯例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惯例:

“用于解释条约的嗣后惯例, 公认应当是‘协调的、共同的和一致的’系列行为或声明, 足以确定一个明确的模型, 表明缔约方对条约解释的一致。”¹⁵⁹

然而, 国际法院和其他国际法院和法庭的判例法, 乃至世贸组织争端解决机构自己的判例法(见下文第 32 和 33 段)都表明, 符合《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所有条件的嗣后惯例, 对条约解释目的而言, 并不是缔约方在适用条约方面唯一的嗣后惯例的形式。

(25) 例如, 在卡西基里/塞杜杜岛一案中, 国际法院认为, 一位技术专家编写的报告, 该报告是由一个缔约方委托编写的, “始终是一份国内文件”,¹⁶⁰ 虽然报告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惯例, 但仍可支持国际法院根据其他解释资料得出的结论。¹⁶¹

¹⁵⁷ 《1964 年……年鉴》, 第二卷, 第 204 页, 第 13 段; 也见《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 221-222 页, 第(15)段。

¹⁵⁸ 世贸组织上诉机构的报告, 日本—酒精饮料案(二), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 1996 年 10 月 4 日, 和世贸组织专家组报告, WT/DS8/R、WT/DS10/R 和 WT/DS11/R, 1996 年 7 月 11 日。

¹⁵⁹ 同上(世贸组织上诉机构的报告), E 节, 第 13 页。

¹⁶⁰ 卡西基里/塞杜杜岛案, 《1999 年国际法院案例汇编》, 第 1045 页起, 见第 1078 页, 第 55 段。

¹⁶¹ 同上, 第 1096 页, 第 80 段。

(26) 国际投资争端解决中心的法庭也使用了国家的嗣后惯例作为广义上的解释资料。¹⁶² 例如，在处理少数股权所有人是否享有投资保护条约中的权利和是否有资格进入投资争端解决中心的程序问题时，法庭在 CMS Gas 诉阿根廷一案中认为：

“国家惯例进一步支持了这种物换星移的意义所在。(……)少数和非控股参与也因此被纳入受保护的范畴，或被允许要求他们自身的权利。当今流行的各种一次性付清协议的做法(……)，还有其他例子，都证明在处理国际索赔中采取灵活的做法日益普遍。”¹⁶³

(27) 欧洲人权法院在 Loizidou 诉土耳其一案中裁定¹⁶⁴，该法院的解释“得到各缔约方嗣后惯例的确认”，¹⁶⁵ 即有一种做法，表明缔约方几乎普遍同意《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。¹⁶⁶ 欧洲人权法院经常借助缔约国的嗣后惯例——虽然并非一成不变——援引一国的法律或国内的行政惯例作为解释的资料。例如，在 Demir 和 Baykara 诉土耳其一案中，¹⁶⁷ 法院裁定，“关于欧洲国家的惯例，可以发现在，他们中的绝大多数国家，公务员与主管机关进行集体谈判的权利是得到承认的，”¹⁶⁸ “其余的少数例外，只能根据具体情况作出解释”。¹⁶⁹

(28) 美洲人权法院在考虑到缔约方的嗣后惯例时，也没有将惯例的使用限于缔约方已就惯例取得一致的案件。例如，在 Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等人诉特里尼达和多巴哥一案中，¹⁷⁰ 美洲人权法院裁定，所有造成另一人死亡的行为必须判处死刑的做法，不符合《美洲人权公约》第四条第 2 款(只能对最严重

¹⁶² 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(2008 年)，第 301 页，见第 345 页。

¹⁶³ 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，投资争端解决中心案件编号 ARB/01/8，《投资争端解决中心案例汇编》，第 7 卷(2003 年)，第 492 页，第 47 段。

¹⁶⁴ Loizidou 诉土耳其，判决(初步反对意见)，1995 年 3 月 23 日，第 15318/89 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑第 310 号。

¹⁶⁵ 同上，第 79 段。

¹⁶⁶ 同上，第 81 段；值得一提的是，法院形容“这种国家惯例”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。

¹⁶⁷ Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，2008 年 11 月 12 日，第 34503/97 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2008。

¹⁶⁸ 同上，第 52 段。

¹⁶⁹ 同上，第 151 段；类似情况，Jorgic 诉德国，判决，2007 年 7 月 12 日，第 74613/01 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2007-III，第 69 段。

¹⁷⁰ Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等人诉特立尼达和多巴哥(案情、赔偿和费用)，2002 年 6 月 21 日，美洲人权法院，C 辑第 94 号。

的犯罪判处死刑)。为了支持这一解释,法院认为,“在这方面,有些例子值得考虑——那些仍然保留死刑的美洲国家法律中的例子”。¹⁷¹

(29) 《公民权利和政治权利国际公约》下设的人权事务委员会,在审议为侵犯公约规定的权利提出的辩解时,对根据广义上的嗣后惯例提出的论点持开放态度。¹⁷² 委员会对《公约》第十九条第 3 款中较为笼统的规定(可允许的对言论自由的限制)做了解释,认为“在很多司法制度中都可以找到类似的限制, ”¹⁷³ 委员会的结论是,存在争议的法律所追求的目标,本身并没有超出《公约》第十九条第 3 款的目标。¹⁷⁴

(30) 国际海洋法法庭几次提到缔约方的嗣后惯例,但却没有核实惯例是否实际上在缔约方之间就条约的解释取得一致。例如,在 M/V ‘SAIGA’ (第 2 号)一案中,¹⁷⁵ 法庭根据《联合国海洋法公约》审议了使用武力迫使船只停止航行的做法。¹⁷⁶ 法庭采用了“停止船只航行的通常做法”,没有具体指明相关的国家惯例,而是假定存在某种一般性标准。¹⁷⁷

(31) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 *Jelisić* 判决中提到《灭绝种族罪公约》,指出:

“审判庭(……)根据《维也纳条约法公约》第三十一和第三十二条规定的解释条约的一般性规则,解释《灭绝种族罪公约》的条款。(……)审判庭还考虑到有关公约的嗣后惯例。特别考虑到卢旺达问题国际刑事法庭做出的裁决。(……)各国的做法,特别是通过各国国内法院,以及国际权威部门在这个领域里的工作也得到考虑。”¹⁷⁸

¹⁷¹ 同上,第 12 段。

¹⁷² Jong-Cheol 诉大韩民国,意见,2005 年 7 月 27 日,第 968/2001 号来文,CCPR/C/84/D/968/2001。

¹⁷³ 同上,第 8.3 段

¹⁷⁴ 同上;也见 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,CCPR/C/88/D/1321-1322/2004,第 8.4 段。

¹⁷⁵ M/V ‘SAIGA’ (第 2 号)案(圣文森特和格林纳丁斯诉圭亚那),判决,《1999 海洋法法庭案例汇编》,第 262 页,见第 155-156 段。

¹⁷⁶ 《联合国海洋法公约》第 293 条。

¹⁷⁷ M/V “SAIGA” (第 2 号)案(圣文森特和格林纳丁斯诉圭亚那),判决,《1999 年海洋法法庭案例汇编》,第 262 页,见第 155 和 156 段;也见 The “Tomimaru” 案(日本诉俄罗斯联邦),立即释放,判决,《2005-2007 年海洋法法庭案例汇编》,第 74 页,第 72 段;Southern Bluefin Tuna 案(新西兰诉日本;澳大利亚诉日本),临时措施,1999 年 8 月 27 日命令,《1999 年海洋法法庭案例汇编》,第 280 页,见第 45 和 50 段。

¹⁷⁸ 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;类似案例,检察官诉 Radislav Krstić 案,审判庭,判决,2001 年 8 月 2 日,IT-98-33-T,第 541 段。

(32) 世贸组织的解决争端机构有时也对满足所有第三十一条第三款(b)项条件的“嗣后惯例”，与在适用条约方面其他形式的嗣后惯例之间作出区分，他们认为后者对条约解释目的而言也是相关的。例如，在美国版权法第 110(5)节条款案中¹⁷⁹ (未上诉)，专家组必须确定，有关支付版权的“轻微例外原则”是否适用。¹⁸⁰ 专家组发现证据，证明在几个成员国的国内法中确有这种原则存在：

“我们忆及《维也纳公约》第三十一条第三款规定，(a) 任何嗣后协定，(b) 嗣后惯例，或(c) 任何对缔约方适用的相关的国际法规则，对解释目的而言均应予以考虑。我们注意到，当事方和一些第三方向我们提出了一些国家的事例，表明一些国家的法律在轻微例外原则上局限。我们认为，伯尔尼联盟成员国本国的版权法在 1948、1997 和 1971 年之前和之后，以及世贸组织成员国的版权法在《与贸易有关的知识产权协定》对他们生效之前和之后，其中所反映的各国的做法，证实了我们对轻微例外原则所做的结论。”¹⁸¹

专家组为谨慎起见又补充了以下脚注：

“我们阐述这些国家做法的例子，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“嗣后惯例”表达意见。¹⁸²

(33) 在“欧共体—电脑设备”一案中，上诉机构批评专家组没有作为相关的嗣后惯例，考虑世界海关组织协调制度委员会的决定：

“正确解释还应包括研究现有的和相关的嗣后惯例。我们注意到，美国曾向专家组提出世界海关组织协调制度委员会在 1997 年 4 月关于某些 LAN 设备按 ADP 机器分类的决定。新加坡作为专家组审理中的第三方，也提到这些决定。欧洲共同体认为，共同体对那些决定提出保留。(……)然而，我们认为，在解释关税减让税率表 LXXX 方面，海关组织的决定可能是相关的。”¹⁸³

¹⁷⁹ 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 6 月 15 日。

¹⁸⁰ 见《与贸易有关的知识产权协议》，第 9.1 条。

¹⁸¹ 世贸组织专家组报告，美国版权法第 110(5)节条款案，WT/DS160/R，第 6.55 段，2000 年 6 月 15 日。

¹⁸² 同上，脚注 68。

¹⁸³ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—电脑设备，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R，1998 年 6 月 5 日，第 90 段。也见 I. van Damme，《世贸组织上诉机构对条约的解释》(牛津大学出版社，2009)，第 342 页。

因此，在经过认真研究之后，世贸组织的争端解决机构也承认第三十一条第三款(b)项下的“嗣后惯例”，与更宽泛的嗣后惯例概念之间的区别，后者并不要求所有条约缔约方之间的一致。¹⁸⁴

(34) 在采用一个或几个缔约方，但不是所有条约缔约方的嗣后惯例作为第三十二条下解释的补充资料时，必须始终牢记，“一个国家的意见不构成国际法”。¹⁸⁵ 无论如何，第三十一条第三款(b)项下达成一致的嗣后惯例，作为作准的解释资料，与第三十二条之下(广义)的其他嗣后惯例，两者之间的区别意味着应主要给予前者更大的解释权重。

(35) 第三十一条第三款(b)项下(达成一致的)嗣后惯例，与(第三十二条之下)适用条约的任何特例意义上的嗣后惯例，两者之间的区分也有助于回答嗣后惯例是否需要某种频率的重复行动的问题，¹⁸⁶ 或是否一次适用条约便已足够。¹⁸⁷ 在世贸组织的框架下，上诉机构认为：

“一个孤立的行为一般而言不足以确定嗣后惯例，必须是缔约方的一系列行动，确定了彼此之间的一致，方为有效。”¹⁸⁸

然而，如果要在作为条约解释资料的嗣后惯例概念与缔约方之间可能的协定二者之间做出区分，频度并不是定义(第三十二条下)广义上“嗣后惯例”概念的必需要素。¹⁸⁹

(36) 因此，(第三十二条下)广义的“嗣后惯例”，涵盖了一个或多个缔约方的任何适用条约的行为。它可采取各种形式。¹⁹⁰ 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——一个可归属于一缔约国适用条约的行为，或有关条约解释或适用的声明或司法宣示。这种行为可包括有关条约含义的官方声明，对不履行条约提出的抗议，或其他缔约方声明或行为的默许接受。¹⁹¹

¹⁸⁴ 也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6月29日，第452段。

¹⁸⁵ *Sempra Energy International* 诉阿根廷共和国，裁决，2007年9月28日，投资争端解决中心案件编号 ARB/02/16，第385段；也见 *Enron Corporation* 和 *Ponderosa Assets, L.P.* 诉阿根廷共和国，裁决，2007年5月22日，投资争端解决中心案件编号 ARB/01/3，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，2011年3月31日，第7.953段中脚注2420。

¹⁸⁶ Villiger, 评论，上文脚注44，见第431页，第22段。

¹⁸⁷ Linderfalk, 《关于条约的解释》，上文脚注74，见第166页。

¹⁸⁸ 世贸组织上诉机构的报告，日本—酒精饮料案(二)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R，1996年10月4日，E节，第13页。

¹⁸⁹ Kolb, 上文脚注108，第506-507页。

¹⁹⁰ Aust, 上文脚注88，第239页。

¹⁹¹ Karl, 上文脚注79，第114页及以下各页。

结论 5

嗣后惯例的归属

1. 第三十一和第三十二条所称的嗣后惯例可包括依国际法可归属于条约某一缔约方的任何适用条约的行为。
2. 其他行为，包括非国家行为者的行为，不构成第三十一和第三十二条所称的嗣后惯例。然而此种行为在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义。

评注

(1) 结论草案 5 涉及第三十一条和第三十二条所称的嗣后惯例的可能主体问题。“第三十一条和第三十二条所称”说明该结论草案既适用于作为《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所称权威解释资料的嗣后惯例，也适用于作为第三十二条所称的补充解释资料的嗣后惯例。结论草案 5 的第一段以肯定的方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称的嗣后惯例，而第 2 段以否定方式说明了哪些行为不构成第三十一条和第三十二条所称的嗣后惯例，但在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义。

(2) 结论草案 5 第 1 段采用的说法“依国际法可归属于条约某一缔约方的任何适用条约的行为”借用了国家对国际不法行为的责任条款第 2 条(a)项的措词。¹⁹²相应的，‘任何行为’包括行动和疏忽，不限于一国国家机关的行为，还涵盖依国际法可归属于条约某一缔约方的任何行为。但对国家对国际不法行为的责任条款的援引并不涉及相关行为应为‘国际不法’行为的要求(见以下第(8)段)。

(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：一种行为虽不是直接源于缔约方的行为，但仍构成国家惯例。法院在该案中认为，在下述条件下，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可视为《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指的嗣后惯例：

“此种经常使用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。”¹⁹³

(4) 第一段述及可归属于条约某一缔约方的任何适用条约的行为，但这并不意味着这种行为必定在给定案件中构成条约解释意义上的嗣后惯例。使用“可包

¹⁹² 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，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将在本专题工作以后阶段进行讨论。

¹⁹³ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1095 页，第 74 段。

措”的措辞意在反映这一点。这一说明的重要性特别体现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，从而导致国家行为的模棱两可。

(5) 委员会讨论过结论草案 5 是否应专门述及在哪些情况下下级国家机关的行为构成出于条约解释目的的相关嗣后惯例。在这方面，委员会一些委员指出很难区分下级和上级国家机关，特别是考虑到国家治理内部机构方面的巨大差异。还有人指出，与机关在国家等级制度中的位置相比，相关标准更重视其在解释和适用特定条约中的实际作用。鉴于可料想到的情况的复杂性和多样性，委员会认为不应在结论草案 5 的案文中论述这一问题，而应在评注中予以论述。

(6) 国家在适用条约方面的嗣后惯例当然可以由《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，各国际法院和法庭认识到，低级主管机关的行为也可以构成与适用条约相关的嗣后行动。因此，国际法院在有关摩洛哥境内的美国国民权利一案中承认，应根据当地海关当局的不一致的惯例灵活解释《阿尔赫西拉斯议定书》第 95 条。¹⁹⁴ 各仲裁法庭的判例确认，相关嗣后惯例可来自下级官员。在德国外债案的裁决中，仲裁法庭将英格兰银行给德国联邦债务管理局的一封信作为相关嗣后惯例。¹⁹⁵ 在向居住法国的教科文组织退休职员所付养恤金税收制度一案中，仲裁法庭在原则上认可，法国税收征管机构不对教科文组织退休雇员的养恤金征税的惯例是相关嗣后惯例，但最终认为上级机关，即法国政府的一些不同的官方声明起了决定作用。¹⁹⁶

(7) 因此，下级和地方官员的做法可以成为“适用条约”的嗣后惯例，前提是该做法足够明确，且政府应知道该做法且没有在合理时间内否定这种做法。¹⁹⁷

(8) 委员会认为没有必要通过增加“出于条约解释的目的”短语来限制相关行为的范围。¹⁹⁸ 特别报告员曾提出这样的建议，以从“嗣后惯例”一词的范围中排除可归属于一国但并未起到表达一国在解释公约方面的相关立场的行为。¹⁹⁹

¹⁹⁴ 摩洛哥境内美利坚合众国国民权利案(法国诉美利坚合众国)，判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 211 页。

¹⁹⁵ 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 日裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第 67 页起，见第 103-104 页，第 31 段。

¹⁹⁶ “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 日裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第 231 页起，见第 257 页第 66 段和第 259 页第 74 段。

¹⁹⁷ 见 Chanaki, 上文脚注 69, 第 323-328 页; Gardiner, 上文脚注 239; M. Kamto, 《国际法中的国家意志》，海牙国际法学院讲义，第 310 卷 (2004 年)，第 9 页，见第 142-144 页; Dörr, 上文脚注 68, 第 555-556 页，第 78 段。

¹⁹⁸ 见第一次报告，第 55 页，第 144 段(结论草案 4, 第 1 段)。

¹⁹⁹ 同上，第 46 页，第 120 段。

但委员会认为，任何相关行为必须是“适用条约”的行为这一要求可充分限制可能的相关行为的范围。“适用条约”这一概念要求善意行为，因而明显的误用公约不在这一范围之内。²⁰⁰

(9) 结论草案 5 的第 2 段由两句话组成。第一句话说明第 1 段所设想行为之外的行为，包括非国家行为者的行为，不构成第三十一和第三十二条所称的嗣后惯例。使用“其他行为”一词是为了明确规定第 2 段所考虑的行为和第 1 段所考虑的行为之间的区别。同时，委员会认为，第 1 段未涵盖的行为在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义。

(10) “条约适用方面的嗣后惯例”将由根据条约要求须适用条约者(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惯例。不过，这种惯例必须是条约缔约国的惯例，并且确定了各缔约国关于条约解释的协定。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，因而其惯例可归于作为《阿尔及尔宣言》缔约国之一的伊朗，但解决方案谈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，因而它们的惯例不能如此归于作为《阿尔及尔宣言》另一当事方的美国”。²⁰¹

(11) 结论草案 5 第 2 段的第一句话旨在反映该一般规则。它强调条约缔约国的主要作用，它们是条约的主人，并最终负责适用条约。这并不排除一种可能，即如果非国家行为者的行为可以归属于某一缔约国(例如通过监督)，它也可能构成适用条约的一种形式。²⁰²

(12) 结论草案 5 第 2 段所述的“其他行为”可能是不同行为者的其他行为。具体而言，这些行为可能包括不是缔约方“适用条约”的行为、非条约缔约方的国

²⁰⁰ 见结论草案 4 的评注第(18)段。

²⁰¹ 伊朗—美利坚合众国索赔法庭，第 108-A-16/582/591 FT 号裁决，美利坚合众国等与伊朗伊斯兰共和国等，Iran-USCTR，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，Iran-USCTR (2004 年—2009 年)，第 38 卷，第 77 页，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，“国际学校服务公司和伊朗国家铜业公司”，Iran-USCTR，第 5 卷(1984 年)，第 338 页起，见第 348 页，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”。

²⁰² 例如见伊朗—美利坚合众国索赔法庭，第 108-A-16/582/591-FT 号裁决，美利坚合众国等与伊朗伊斯兰共和国等，Iran-USCTR，第 5 卷(1984 年)，第 57 页，Parviz Ansari 的不同意见，Iran-USCTR，第 9 卷(1985 年)，第 97 页起，见第 99 页。

家关于条约解释的声明、²⁰³ 条约监督机构或与解释所涉条约有关的争端解决机构的声明、²⁰⁴ 受缔约方会议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者的不同形式的行为或声明。

(13) 第 2 段第 2 句话中的“评估嗣后惯例”应被理解为从广义上涵盖查明嗣后惯例的存在和确定其法律意义。国际组织或非国家行为者等其他行为者的声明或行为有可能反映缔约国的相关嗣后惯例或成为其肇始者。²⁰⁵ 但这种由其他行为者的行为反映或肇始的缔约国嗣后惯例不应被并入缔约国本身的惯例，包括归属于缔约方的惯例。因而，非缔约方的行为者的活动仅有助于评估条约缔约方的嗣后惯例。

(14) 国际组织的决定、决议和其他惯例本身就可能与条约的解释相关。例如，《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(j)项就确认了这一点，其中提及“确立的惯例”，将其作为“组织的规则”的一种形式。²⁰⁶ 结论草案 5 仅涉及国际组织的惯例是否可以表明条约缔约国的相关惯例。

(15) 全球性组织根据任务为说明某一特定领域国家惯例而编写的报告具有相当的权威性。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》(《手册》)是一部重要出版物，反映了国家惯例，因而也提供了相关指导。²⁰⁷ 同样的还有所谓的 1540 汇总表，该表是根据第 1540 (2004)号决议设立的联合国安理会委员会对会员国所采取的执行措施的系统

²⁰³ 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 <http://www.state.gov/documents/organization/138852.pdf>)。美国的声明与解释《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》有关，但美国既不是该公约的缔约国，也不是加入国，因而其声明构成结论 5(2)所述的“其他行为”。

²⁰⁴ 例如，见国际法协会人权法和惯例委员会，“关于联合国人权条约监察机构调查结果影响的最后报告”，国际法协会会议报告，第 71 卷(2004 年)，第 621 页，第 21 段段及以下各段。

²⁰⁵ 见 Gardiner, 上文脚注 23, 第 239 页。

²⁰⁶ 条约嗣后惯例的这方面将在本专题工作以后阶段进行讨论。

²⁰⁷ 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》(1992 年 1 月—重新编辑) HCR/IP/4/Eng/REV.1, 前言第七段：“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惯例的意见，[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惯例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”。

汇编。²⁰⁸ 只要汇总表涉及 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》(《生物武器公约》)²⁰⁹ 以及 1993 年《化学武器公约》，²¹⁰ 它就构成了这些条约嗣后国家惯例的证据，以及对这些条约嗣后国家惯例的评估。²¹¹

(16) 其他非国家行为者也可能在评估缔约方适用公约方面发挥重要作用。²¹² 红十字国际委员会(红十字委员会)是一个相关实例。除了完成日内瓦四公约和运动章程赋予的一般性任务，²¹³ 红十字委员会还不时就日内瓦四公约及各项附加议定书的解释提供指导，这是《国际红十字与红新月运动章程》规定的任务。²¹⁴ 该《章程》第 5 条第 2 款(7)项规定：

“根据该委员会的章程，国际委员会的职责主要是：(……)(7)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指南”。²¹⁵ 该指南是基于有关国家条约和习惯做法的“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”。²¹⁶ 但在这方面，应注意到各国已重申其在发展国际人道主义法方面的主要作用。2011 年第 31 届红十字与红新月大会第 1 项决议在强调“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”。²¹⁷

²⁰⁸ 安理会第 1540 号决议(2004 年 4 月 28 日)，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(……)”(<http://www.un.org/en/sc/1540/nationalimplementation/matrix.shtml> (2013 年 7 月 24 日读取))。

²⁰⁹ 《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》(《生物武器公约》)联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 14860, 163 号。

²¹⁰ 《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》(《化学武器公约》)联合国，《条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号，第 317 页。

²¹¹ 一般性资料见 Gardiner, 上文脚注 23, 第 239 页。

²¹² 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》, (<http://www.mpepil.com>), 第 20 段。

²¹³ 同上, 第 25 段。

²¹⁴ 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。

²¹⁵ 红十字委员会, 《直接参与敌对行动》(2009 年), 第 10 页。

²¹⁶ 同上, 第 9 页。

²¹⁷ 红十字委员会, 2011 年第 31 届国际大会: 第 1 号决议——加强对武装冲突受害者的法律保护, 2012 年 12 月 1 日。

(17) 在评估缔约方嗣后惯例时可能具有意义的非国家行为者行为的另一实例是“国际禁止地雷运动”和“集束弹药联盟”的一项联合举措——“监测组织”。

“监测”起到了 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》)²¹⁸ 和 2008 年《集束弹药公约》(《都柏林公约》)²¹⁹ “事实上的监测机制”的作用。²²⁰《集束弹药监测报告》列出了缔约国和签署国的相关声明和惯例，并确认，除其他外，涉及《都柏林公约》的各种解释性问题。²²¹

(18) 红十字委员会和“监测组织”的实例说明，非国家行为者可以提供缔约方嗣后惯例的宝贵证据，促进对这种证据的评估，甚至促使证据形成。但非国家行为者也可以追求其自身目标，而这些目标可能不同于缔约国的目标。因此对它们的评估意见需要严加审查。

(19) 委员会审议了是否应在结论草案 5 的案文中提及“社会惯例”，作为“在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义……的其他行为。”²²² 考虑到一些委员就这一概念的含义和相关性表示的关切，委员会认为最好在评注中论述“社会惯例”可能的相关性问题。

(20) 欧洲人权法院有时认为“社会接受程度增加”²²³ 和“重大社会变革”²²⁴ 与条约解释目的相关。但法院援引“社会变革”或“社会接受”最终仍与国家惯例有关。²²⁵ 对于 *Dudgeon* 诉联合王国案²²⁶ 和 *Christine Goodwin* 诉联合王国案²²⁷ 等重要案件尤为如此。在 *Dudgeon* 诉联合王国案中，法院指出，“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

²¹⁸ 见 <http://www.the-monitor.org> (2013 年 7 月 24 日读取)。

²¹⁹ 《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，联合国，《条约汇编》，第 2056 卷，第 35597 号，第 211 页。

²²⁰ 《集束弹药公约》，2008 年，联合国，《条约汇编》，第 47713 号。

²²¹ 例如，见《集束弹药监测报告》(2011 年)，第 24-31 页。

²²² 见第一次报告，第 129 段及以下各段。

²²³ “*Christine Goodwin* 诉联合王国” [GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，2002 年 7 月 11 日，第 28957/95 号请讼书，《欧洲人权法院案例汇编》2002-VI，第 85 段。

²²⁴ 同上，第 100 段。

²²⁵ 另见“*I* 诉联合王国” [GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，2002 年 7 月 11 日，第 25680/94 号申诉，第 65 段；“*Burden* 和 *Burden* 诉联合王国” [GC]，判决，2006 年 12 月 12 日，第 13378/05 号申诉，第 57 段；“*Shackell* 诉联合王国”，关于可否受理的裁定，2000 年 4 月 27 日，第 45851/99 号申诉，第 1 段；“*Schalk* 和 *Kopf* 诉奥地利”，判决(案情实质和公正抵偿) 2010 年 6 月 24 日，第 30141/04 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2010，第 58 段。

²²⁶ “*Dudgeon* 诉联合王国”，判决(案情实质)，1981 年 10 月 22 日，第 7525/76 号申诉，A 辑第 45 号，特别是第 60 段。

²²⁷ “*Christine Goodwin* 诉联合王国” [GC]，判决(案情实质和公正抵偿)，2002 年 7 月 11 日第 28957/95 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2002-VI，特别是第 85 段。

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”，从而裁定人们“更加宽容同性恋行为”。²²⁸ 法院还指出，“就在北爱尔兰本身，当局近年来也不再执行该法”。²²⁹ 在 *Christine Goodwin* 诉联合王国案中，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更加接受变性者，而且支持从法律上承认手术后变性者的新性别身份。”²³⁰

(21) 欧洲人权法院因此核实社会发展是否已实际体现在国家惯例中。例如，涉及非婚生儿童地位问题的案件²³¹ 和关于宣称罗姆人(“吉普赛人”)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²³² 便是如此。

(22) 因此，可以断定，仅是这样的(嗣后)社会惯例不足以构成适用条约的相关嗣后惯例。但欧洲人权法院有时承认社会惯例有助于评估国家惯例。

²²⁸ “*Dudgeon* 诉联合王国”，判决(案情实质)，1981年10月22日，第7525/76号申诉，A辑第45号，第60段。

²²⁹ 同上。

²³⁰ “*Christine Goodwin* 诉联合王国”[GC]，判决(案情实质和公正赔偿)，2002年7月11日第28957/95号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2002-VI，第85段，另见第90段。

²³¹ “*Mazurek* 诉法国”，判决，2000年2月1日，第34406/97号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2000-II，第52段；另见“*Marckx* 诉比利时”，判决，1979年6月13日，第6833/74号申诉，A辑第31号，第41页；“*Inze* 诉奥地利”，判决，1987年10月28日，第8695/79号申诉，A辑第126号，第44段；“*Brauer* 诉德国”，判决(案情实质)，2009年5月28日，第3545/04号申诉，第40段。

²³² “*Chapman* 诉联合王国”[GC]，判决，2001年1月18日，第27238/95号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》2001-I，第70和93段；另见“*Lee* 诉联合王国”[GC]，判决，2001年1月18日，第25289/94号申诉，第95-96段；“*Beard* 诉联合王国”[GC]，判决，2001年1月18日，第24882/94号申诉，第104-105页；“*Coster* 诉联合王国”[GC]，判决，2001年1月18日，第24876/94号，第107-108段；“*Jane Smith* 诉联合王国”[GC]，判决，2001年1月18日，第25154/94号申诉，第100-101段。

第五章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 引言

40. 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”这一专题列入工作方案,并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。²³³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。²³⁴

41. 特别报告员提交了三份报告。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。²³⁵委员会在第六十一届(2009 年)和第六十二届会议(2010 年)上未能审议本专题。²³⁶

42. 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科洛德金先生担任特别报告员,科洛德金先生不再担任委员会委员。委员会同届会议(2012 年)收到并审议了新任特别报告员提交的初次报告。²³⁷

B. 本届会议审议此专题的情况

43. 委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/661)。委员会在分别于 2013 年 5 月 15 日至 17 日、21 日、22 日和 24 日举行的第 3164 至第 3168 次和第 3170 次会议上审议了该报告。

44. 在第二次报告里,特别报告员在初次报告(A/CN.4/654)中的处理方法和一般工作计划基础上更进一步,同时考虑到委员会和第六委员会在 2012 年期间的辩论。报告考虑了以下问题:(a) 专题及条款草案的范围;(b) 豁免和管辖的概念;(c) 属人豁免与属事豁免的区别;(d) 查明了构成属人豁免制度的基本规范。在上述分析基础上,报告提出了六条草案供委员会审议。这些条文草案

²³³ 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。在第五十八届会议上(2006 年),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。

²³⁴ 同上,《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。

²³⁵ A/CN.4/601(初步报告)、A/CN.4/631(第二次报告)和 A/CN.4/646(第三次报告)。

²³⁶ 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;同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 343 段。

²³⁷ A/CN.4/654(初次报告)。

处理了条款草案的范围(第 1 条草案);²³⁸ 条款草案的范围没有涵盖的豁免(第 2 条草案);²³⁹ 刑事管辖、外国刑事管辖豁免、属人豁免和属事豁免的定义(第 3 条草案);²⁴⁰ 属人豁免的主体范围(第 4 条草案);²⁴¹ 属人豁免的实际范围(第 5 条草案);²⁴² 属人豁免的时间范围(第 6 条草案)。²⁴³

²³⁸ 第 1 条草案案文如下:

条款草案的范围

在不妨碍第 2 条草案的规定的情况下, 本条款草案涉及国家某些官员享有的对另一国行使刑事管辖的豁免。

²³⁹ 第 2 条草案案文如下:

条款草案的范围没有涵盖的豁免

(a) 以下豁免应排除在本条款草案的范围以外:

(b) 在外交关系或领事关系范畴内或在特别使团工作期间或在与特别使团有关的方面给予的刑事豁免;

(c) 由总部协定或由关于驻国际组织外交代表的协定或确立国际组织及其官员或人员的特权和豁免的协定确立的刑事豁免;

(d) 其他特别国际条约确立的豁免;

一国单方面给予另一国官员的任何其他豁免, 特别是这些官员在其境内时给予的豁免。

²⁴⁰ 第 3 条草案案文如下:

定义

为本条款草案的目的:

(a) “刑事管辖”一语, 是指根据要行使管辖的国家的法律, 为了使法院能够确立并追究因实施被该国适用的法律定为犯罪或不端行为而产生的个人刑事责任, 所需的所有形式的管辖、过程、程序和行为。为“刑事管辖”定义的目的, 国家行使管辖的权限的依据与此无关;

(b) “外国刑事管辖豁免”是指国家某些官员享有的不受另一国法官和法院刑事管辖的保护;

(c) “属人豁免”是指国家某些官员因其在国籍国的地位直接自动授予他们在国际关系中代表国家的职能而享有的外国刑事管辖豁免;

(d) “属事豁免”是指国家官员依据其在履行职责时实施的可被称为“公务行为”的行为而享有的外国刑事管辖豁免。

²⁴¹ 第 4 条草案案文如下:

属人豁免的主体范围

国家元首、政府首脑和外交部长对于其不是国民的国家行使的刑事管辖享有豁免。

²⁴² 第 5 条草案案文如下:

属人豁免的实际范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的外国刑事管辖豁免涵盖他们在任职之前或任职期间的所有行为, 无论是私人行为还是公务行为。

2. 国家元首、政府首脑和外交部长卸任后, 对于其行为, 无论是私人行为还是公务行为, 不享有属人豁免。这不妨碍他们卸任后以不同身份实施公务行为时所享受的其他形式的豁免。

²⁴³ 第 6 条草案案文如下:

属人豁免的时间范围

1. 属人豁免仅限于国家元首、政府首脑或外交部长任职期, 任期结束后即自动失效。

2. 属人豁免失效不妨碍前国家元首、政府首脑或外交部长卸任后在实施其任内的公务行为时可享有的属事豁免。

45. 在对特别报告员第二次报告进行辩论之后，委员会在 2013 年 5 月 24 日第 3170 次会议上决定将报告所载的六条草案转给起草委员会，同时有一项谅解是起草委员会将考虑到全体辩论中表达的意见。

46. 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三条草案(见下文 C.1 节)。

47. 在 2013 年 8 月 6 日和 7 日第 3193 至第 3196 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的条款草案的评注(见下文 C.2 节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文

1. 条款草案案文

48. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员²⁴⁴对另一国刑事管辖享有的豁免。
2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免，特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

.....

²⁴⁴ 对使用“官员”一词，将予以进一步审议。

第二部分 属人豁免

第 3 条 享有属人豁免的人员

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

第 4 条 属人豁免的范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职之前或任职期间的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。
3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

2. 委员会第六十五届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

49. 委员会第六十五届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第一部分 导言

第 1 条 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员²⁴⁵对另一国刑事管辖享有的豁免。
2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免，特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

.....

评注

(1) 本条款草案专门用于确定国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案的范围。它以单独一条容纳了特别报告员最初在两个不同条文中提议的双重内容。²⁴⁶ 第 1 款解释条款草案适用的情况，而第 2 款载有一项但书或“不妨碍”条款，列出了在国际法上由特别制度管辖而不受本条款草案妨碍的情况。过去，委员会使用了各

²⁴⁵ 同前引。

²⁴⁶ 见 A/CN.4/661 号文件，第 1 和 2 条草案。也见第 19-34 段。

种手段界定一套条款草案范围的双重内容，²⁴⁷但在目前情况下，它认为在单独一条中将这两点内容结合起来更好，特别是因为这体现出在一个标题下便于同时处理两点内容的优势。这也避免了在另一不同的条文中使用“不适用”、“排除”和“不影响”等表述，因为委员会一些委员认为这些表述与“不妨碍”条款不完全一致。

(2) 第 1 款从正面规定条款草案的范围。为此，在第 1 条草案第 1 款，委员会决定使用“本条款草案适用于”这一短语，这是最近在委员会通过的其他载有范围规定的条款草案中使用的措辞。²⁴⁸

另一方面，委员会认为，本条款草案范围的界定应尽可能简单，从而可以为条款草案其余部分打下框架，并且不会影响或妨碍以后在草案其他各条中须处理的其他问题。因此，委员会决定描述性地提及范围，列出了构成这一专题本身标题的要素。出于同样原因，从定义范围中排除了特别报告员最初提议的“行使”二字。就界定外国刑事管辖范围的后果来说，委员会各位委员对这二字的解释各不相同，甚至相互矛盾。还考虑到的一个事实是，特别报告员在编写其他条款草案时使用了“行使”二字。²⁴⁹因此，委员会认为，不需要用这二字来界定条款草案的一般范围，并且将它们留用于条款草案其他部分更合适的地方。²⁵⁰

(3) 第 1 款涵盖了界定条款草案宗旨的三个要素，即：(一) 谁能享受豁免？(国家官员)；(二) 豁免影响哪些类型管辖权？(刑事管辖权)；以及(三) 这类刑事管辖权是在什么领域行使的？(另一国的刑事管辖权)。

(4) 关于第一个要素，委员会选择将本条款草案限于代表一国的或为一国利益行事的人员可享有的外国刑事管辖豁免。在委员会以往的工作中，用“官员”一词指能享受豁免的人。²⁵¹然而，使用这一术语以及其他语言文本的对等措辞，引起了若干问题。特别报告员在她的报告中已经提请注意这一点，²⁵²并且委员会

²⁴⁷ 在国家及其财产的管辖豁免条款草案中，委员会选择了在两条不同草案中处理范围的双重内容，而且这最终反映在 2004 年通过的公约中(《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，2004 年，大会 2004 年 12 月 2 日第 59/38 号决议，附件，第一和第三条)。另一方面，在 1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(A/CONF.67/16)和 1997 年《联合国国际水道非航行使用法公约》(大会 1997 年 5 月 21 日第 51/229 号决议，附件)中，以单独一条界定了范围的各个层面，并且也提到了特别制度。尽管委员会在 2012 年一读通过的驱逐外国人条款草案(《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第四章)中也以两款构成的单独一条处理范围问题，但同一套条款草案中包括其他的单独规定，以将若干特别制度保持在特定范围之内。

²⁴⁸ 比如说，这一措辞已经在驱逐外国人条款草案中使用过。

²⁴⁹ 尤其见特别报告员最初提出的第 3 条草案(b)项和第 4 条草案(A/CN.4/661 号文件，第 46 和 67 段)。

²⁵⁰ 见委员会通过的第 3 条草案(享有属人豁免的人员)。

²⁵¹ 在不同语言文本中使用的措辞如下：المسؤولون (阿拉伯文)；官员(中文)；“officials” (英文)；“représentants” (法文)；“должностные лица” (俄文) and “funcionarios” (西班牙文)。

²⁵² 见 A/CN.4/654 号文件，第 66 段，以及 A/CN.4/661 号文件，第 32 段。

一些委员也指出过。首先，应当注意到，在各种语言文本中使用的术语是不可互换的，也不是同义词。还应考虑到这些术语不一定适合本条款草案所适用的每一人员，特别是鉴于属人豁免与属事豁免之间的区别、以及每一类豁免所适用的不同类人员。因此，委员会认为“官员”（以及各种语言文本的对等措辞）的定义，以及关于用以指豁免所适用人员的术语的决定，是需要详细考虑的事项；特别报告员已经建议应在稍后阶段、特别是在分析属事豁免时进行。因此，在现阶段的工作中，委员会决定继续使用原来的术语，但是将在以后予以审议。这反映在第1条草案第1款的脚注上。在评注中使用的“官员”一词，必须理解为受相同的保留条件约束。

(5) 第二，委员会决定将条款草案范围限于刑事管辖豁免。本条草案不是为了界定委员会正在联系另一条草案而审议的刑事管辖权。²⁵³ 尽管如此，委员会还是针对“刑事管辖权”这一概念所涵盖的行为，特别是针对豁免范围可延及到与人身不可侵犯权密切相关的若干行为，比如对一人的逮捕或拘押等，讨论了“刑事管辖权”的范围问题。有鉴于此，并且在不影响委员会以后处理这一问题的发展情况的前提下，对于界定本条款草案的范围而言，凡提到外国刑事管辖，都应理解是指一套与司法程序相关的行为，旨在确定一人是否负有刑事责任，包括在这方面可对享受豁免者采取的强制行为。

(6) 第三，委员会决定将本条款草案的范围限于国家间平行关系中称为“外国”的刑事司法管辖豁免。这意味着条款草案仅适用于“另一国”的刑事司法管辖豁免。因此，在具有本身法律制度的国际刑事法庭前享有的豁免将不在本条款草案的范围之内。这一排除条款必须理解为，本条款草案的内容将不会影响关于在这些法庭享有的豁免的任何规则。

尽管如此，有委员指出，需要考虑到所谓混合或国际化的刑事法庭所提出的特殊问题。同样，有委员提出了关于要求各国与各国际刑事法庭合作的一些现行国际义务可能对本条款草案产生何种影响的问题。虽然对这两个问题表达了各种意见，但在目前阶段，很难确切地处理这些问题。

(7) 必须强调，本条草案第1款指的是“对另一国刑事管辖……的豁免”。使用“from”一词，在“豁免”和“外国刑事管辖”（或另一国“管辖”）的概念之间建立了一个必须正当考虑的联系。关于这一点，委员会认为，豁免与外国刑事管辖的概念密切相关：不可能抽象地看豁免问题而不涉及外国刑事管辖权；后者尽管存在，但是由于豁免权的存在而法院地国不会行使；或者，如国际法院指出

²⁵³ 必须铭记，在她的第二次报告中，特别报告员就一条关于定义的草案而起草了刑事管辖权定义(A/CN.4/661号文件，第3条草案。另见同一份报告第36至第41段)。这条草案已经提交起草委员会。后者经过深入讨论后，决定在整个五年期内逐步审议，现在不采取决定，虽然在委员会全体会议和起草委员会上都讨论过管辖权的概念。

的，“只有在一国依照国际法对某具体案件有管辖权时，才会发生有关行使这一管辖的豁免问题”。²⁵⁴

(8) 委员会将外国刑事管辖豁免视为程序性的。因此，外国刑事管辖豁免不能构成免除享有豁免者按刑法实质性规则所负刑事责任的手段；这一责任相应地保留了下来，不论一国是否能够通过行使管辖权在一个特定时刻对于一个特定的人员确定这一责任存在。相反，严格来说，外国刑事管辖豁免是一国对另一国官员行使刑事管辖权的程序性障碍或阻隔。国际法院在逮捕证案中确认了这一立场，²⁵⁵ 大部分国家实践和文献也采取了这一立场。

(9) 这条草案第二款涉及到在外国刑事管辖豁免方面存在着国际法特别规则的情况。这一类特别规则中最知名并经常引用的，是根据国际法赋予外交人员、以及在较低程度上赋予领事官员的特权和豁免制度。²⁵⁶ 然而，当代国际法上也有以条约或惯例为基础的其他事例；委员会认为，对于界定本条款草案范围而言，也应同样考虑到这些事例。关于这些特别制度，委员会认为，它们是国际法上牢固确立的法律制度，因此本条款草案不应当影响其内容和适用。应当忆及，在国家及其财产管辖豁免条款草案的编写过程中，委员会承认了特别豁免制度的存在，尽管是在不同的背景之下，并且在题为“不受本条款影响的特权和豁免”的第 3 条专门提到了它们。²⁵⁷

委员会在第 1 条草案第 2 款中纳入一项但书，确立了条款草案所载的国家官员的外国刑事管辖豁免一般制度与刚才所述的特别制度之间的关系，根据这一但书，本条款草案的规定“不妨碍”特别制度的规定；委员会在此沿用了以前在国家及其财产豁免条款草案中使用的措辞。

(10) 委员会在早先的工作中使用了“特别规则”一词，作为“特别制度”的同义词。虽然委员会没有界定“特别制度”的概念，但是应注意国际法不成体系专题研究组的结论，特别是结论 2 和 3。²⁵⁸ 就本条款草案而言，委员会的理解是：“特别规则”意指那些依据条约或惯例来规范与国际关系具体领域中的活动相关的人员的外国刑事管辖豁免的国际规则。委员会认为“特别规则”与本条款草案界定的制度是共存的，互不干扰；在两种制度之间发生矛盾的情况下，适用

²⁵⁴ 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 46 段。也见委员会关于国家及其财产的管辖豁免条款草案第 6 条的评注，特别是第 (1)、(2)和(3)段(《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分))。

²⁵⁵ 逮捕证案，第 60 段。国际法院就国家豁免问题采取了同样的立场：见国家管辖豁免权案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，2012 年 2 月 3 日的判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 58 和 100 段。

²⁵⁶ 见《维也纳外交关系公约》，1961 年，联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页，第三十一条，以及《维也纳领事关系公约》，1963 年，联合国，《条约汇编》，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页，第四十三条。

²⁵⁷ 见《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 3 条的评注。

²⁵⁸ 见《大会第六十一届会议正式记录，补编第 10 号》(A/61/10)，第 251 段。

特别制度。²⁵⁹ 无论如何，委员会认为，有关的特别制度只是“国际法规则”设立的制度；援引国际法，对于界定“不妨碍”条款的范围至关重要。²⁶⁰

(11) 第 2 款涵盖的特别制度涉及到已经确定了外国刑事管辖豁免规范的三个国际惯例领域，分别是：(a) 一国以外交使团、领事馆和特别使团的形式存在于某一外国；(b) 与国际组织有关的各种派驻代表活动和其他活动；(c) 一国军事力量驻扎在某一外国。虽然在所有这三个领域都可找到以条约为基础的建立外国刑事管辖豁免制度的规范，但委员会认为没有必要在第 2 款中明确提及这类国际公约和文书。²⁶¹

第一组包括的特别规则涉及到那些在另一国履行代表、国防或保护国家利益的职责的有关人员的外国刑事管辖豁免，无论他们是永久还是临时的，是派驻于外交使团、领馆还是特别使团的。委员会认为，这一类中包括了《维也纳外交关系公约》、《维也纳领事关系公约》和《特别使团公约》所载的规则以及习惯法的有关规则。

第二组包括的特别规则适用于与国际组织相关或在其框架内开展活动的个人所享有的刑事管辖豁免。这一类中包含的特别规则适用与国际组织使命有关、或派往国际组织机关或国际会议的代表团有关人员。²⁶² 委员会认为，没有必要在这组特别规则中包括一般来说适用于国际组织本身的规则。然而，它认为，这一类中的确包括那些适用于一国际组织代理人的规范，尤其是在代理人是由一国交由国际组织安置，并且在代表该组织期间内继续享受国家官员地位的情况下。关于第二组特别制度，委员会已经参照了《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》、《联合国特权和豁免公约》、《各专门机构特权及豁免公约》，以及在这方面适用的其他条约和习惯规范。

第三组特别规则包括了赋予与一国驻外国军事力量有关的人员的刑事管辖豁免的规范。这一类中包括一整套的规范在第三国境内常驻部队的规则，甚至部队地位协定、总部协定、或在设想永久驻军的军事合作协定中包括的规则。这一类中还包括关于军事力量在外国的短期、非永久性活动而达成的协议。

(12) 第 2 款所述的特别规则前面加上了“特别是”几个字，以此表示这一款并不是排他性地适用于这些特别规则。在这方面，委员会多个委员提请委员会注意：在实践中可看到其他领域的特别规则，特别是在一国境内设立外国经济、技

²⁵⁹ 在国家及其财产的管辖豁免条款草案第 3 条草案的评注中，委员会用以下的话提到这一现象：“本条旨在使现行特别制度不受影响，特别是涉及到所列使团有关人员时”（评注第(5)段）。也见同一评注的第(1)段。

²⁶⁰ 委员会在上述国家及其财产的管辖豁免条款草案第 3 条中也提及国际法。应当指出，委员会在这一条的评注，特别是在第(1)和(3)段中，特别提醒人们注意这一写法。

²⁶¹ 必须注意，委员会也没有在国家及其财产的管辖豁免条款草案中列出这些公约。然而，第 3 条的评注(第(2)段)提到了存在这类特殊制度的领域，并明确提到一些建立这些制度的公约。

²⁶² 这一列表相当于委员会在国家及其财产的管辖豁免条款草案中编写的第 3 条第 1 款(a)项。

术、科学和文化合作机构和中心方面，这类机构和中心通常是以专门的总部协定为基础。虽然委员会笼统地承认这些特别制度的存在，但认为没有必要在第 2 款提及。

(13) 最后，应当指出的是，委员会考虑了能否在第 2 款中包括一国单方面向外国官员赋予外国刑事管辖豁免的做法。然而，委员会决定不将这种情况写入第 2 款。这一问题可在审议本专题工作的以后阶段重新审视。

(14) 另一方面，委员会认为，第 2 款的写法应与本条草案第 1 款的结构保持平行。因此，必须铭记：本条款草案说的是称为“官员”的特定人员的外国刑事管辖豁免，并且因此，这一主观上的因素也应当体现在“不妨碍”条款中。这就是为什么这一款明确提到“相关的人员”。“相关的人员”几字是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(第三条)使用的措辞。“相关的人员”的范围将取决于界定适用于他们的特别制度的规则的内容，因此，不可能先验地为这一类别拟定一个单独定义。对于一国军事力量中的文职人员，也是如此；只有在每一情况下适用的法律文书所规定的范围内，特别制度才能涵盖他们。

(15) 将“相关的人员”和“特别规则”结合起来，对于确定第 1 条第 2 款中的但书或“不妨碍”条款的范围和含义，必不可少。委员会认为，本款涵盖的人员(外交代表、领事官员、特别使团成员、国际组织代理人 and 一国军队成员)被自动排除于本条款草案的范围，不是因为他们属于这一类别官员的单纯事实，而是因为第 1 条草案第 2 款所提到的特别制度之一在某些情况下适用于他们。在这种情况下，这些人员可在特别制度下享有的适用于他们的外国刑事管辖豁免不会受到本条款草案规定的影响。

第二部分 属人豁免

第 3 条 享有属人豁免的人员

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

评注

(1) 第 3 条草案列出了享有外国刑事管辖豁免的国家官员，包括：国家元首、政府首脑和外交部长。该条文草案仅限于指出此类豁免适用的人员而未提及其实质性范围，该问题在其他条文草案中得到处理。

(2) 委员会认为，从代表和职能这两个方面看有理由给予国家元首、政府首脑和外交部长以属人豁免。首先，根据国际法，任这些职位的人员仅凭其职务就可

在国际关系中直接代表国家而无需国家专门授权其这样做，²⁶³ 其次，他们必须能够不受阻碍地行使职权。²⁶⁴ 这些人员是否为其任国家元首、政府首脑或外交部长的国家的公民无关紧要。

(3) 国家元首享有属人豁免，对此没有争议，因为这一点在现行习惯国际法规则中已得到确立。此外，多项公约中都包括直接涉及国家元首的管辖豁免的规定。在这方面，必须提及《特别使团公约》第 21 条第 1 款，其中明确表示国家元首带领特别使团时，他或她除《公约》中的规定外还享有国际法赋予进行正式访问的国家元首的豁免。与此类似，《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》第五十条第 1 款提到了其他“国际法赋予国家元首的豁免”。本着类似的原则，在另一不同领域，《联合国国家及其财产司法豁免公约》在第三条第 2 款的保留条款中明确提到了根据国际法赋予国家元首的豁免。

国家元首的外国刑事管辖豁免在国际和国内的判例法中也应得到承认。为此，国际法院在逮捕证案²⁶⁵ 和关于刑事事项互助的若干问题案²⁶⁶ 中明确提到国家元首享有外国刑事管辖豁免。必须强调的是，国家司法惯例的先例虽然数量有限，但一直表明国家元首享有外国刑事管辖属人豁免，在事关国家元首豁免的程

²⁶³ 国际法院称“国家元首、政府首脑和外交部长只因其行使的职能而被视为国家代表是国际法中已有的规则”(刚果境内武装活动案(新申诉: 2002 年)(民主刚果共和国诉卢旺达), 管辖权和可受理性, 判决, 《2006 年国际法院案例汇编》, 第 46 段)。

²⁶⁴ 见逮捕证案, 第 53 至 54 段, 其中国际法院就外交部长的的问题特别强调了第二个因素。

²⁶⁵ 逮捕证案, 第 51 段。

²⁶⁶ 关于刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国), 判决, 《2008 年国际法院案例汇编》, 第 170 段。

序和此类法院在决定是否其他国家官员也享有刑事管辖豁免时的论证中都是如此。²⁶⁷

委员会认为，关于国家元首的外国刑事管辖属人豁免，该豁免仅赋予现任该职位的人员，各国给予国家元首的头衔、他或她获得国家元首身份的条件(主权或其他)以及该职位是个人还是集体性质，就本条款草案的目的而言无关紧要²⁶⁸。

(4) 政府首脑和外交部长享有属人管辖豁免之所以得到承认是因为，依照国际法，其作为国家代表的职能接近于国家元首并且这一点得到承认。政府首脑和

²⁶⁷ 国家法院曾多次引用国家元首的外国刑事管辖属人豁免，以此作为关于实质问题的决定和不能对现任国家元首启动刑事程序的结论的依据。这方面，见 *Re Honecker*, 联邦最高法院第二刑事法庭(德意志联邦共和国), 1984年12月14日的判决,(第2ARs 252/84号案件), 载录于 *International Law Reports*, 第80卷, 第365-366页; *Rey de Marruecos*, 国家法院(西班牙) *Auto de la Sala de lo Penal*, 1998年12月23日; 卡扎菲, 上诉法院(刑事分庭)(法国), 2001年3月13日第1414号判决, 载录于 *Revue générale de droit international public*, 第105卷(2001年), 第474页; 英文本见 *International Law Reports*, 第125卷, 第508-510页; 菲德尔·卡斯特罗, 国家法院(西班牙) *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 2007年12月13日(法庭在1998年和2005年的另两个起诉菲德尔·卡斯特的案件中曾作出类似判决); 以及起诉保罗·卡加梅案, 国家法院第4号初审法庭(西班牙), 2008年2月6日的判决。关于刑事程序, 各法院曾多次在普遍意义上承认外国刑事管辖属人豁免, 但仅作为附带意见。这些案件中, 国家法院没有专门提及国家元首的豁免, 因为程序中受指控的人员要么已经卸任, 不再是国家元首, 要么从未担任国家元首。这方面见以下案件: 皮诺切特(*solicitud de extradición*), 国家法院第5号初审法庭(西班牙), 1998年11月3日的引渡请求; *Regina* 诉 *Bartle* 和市警察局长等人, 皮诺切特·乌加特缺席(皮诺切特(第3号)), 上议院(大不列颠及北爱尔兰联合王国), 1999年3月24日的判决, 载录于 *International Legal Materials*, 第38卷(1999年), 第581-663页; *H.S.A.*等人诉 *S.A.*等人, (对阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚龙等人的起诉), 上诉法院(比利时), 2003年2月12日的判决(P-02-1139), 载录于 *ILM*, 第42卷, 第3号(2003年), 第596-605页; *Scilingo*, 国家法院 *Sala de lo penal* 第三庭(西班牙), 2003年6月27日的判决; *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"*; *Association des familles des victimes du Joola*, 上诉法院刑事法庭(法国), 2010年1月19日的判决(09-84818); *Khurst Bat* 诉德国联邦法院调查法官案, 高等法院王座法庭行政庭(联合王国), 2012年7月29日的判决([2011] EWHG 2020 (Admin)); *Nezzar*, 联邦刑事法庭(瑞士), 2012年7月25日的判决(BB.2011-140)。应强调的是, 国家法院从未表示国家元首不享有刑事管辖豁免, 而且这种豁免为属人豁免。还应谨记的是, 民事管辖范围内司法决定的数量更多, 而该范围内一贯承认国家元首的刑事属人豁免。例如, 见下列案件: *Kline* 诉 *Kaneko*, 纽约州最高法院, 1988年10月31日的判决(141 Misc.2d 787); 蒙博托诉 *SA Coton*, 布鲁塞尔民事法院, 1988年12月29日的判决; 费迪南和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局, 联邦法庭(瑞士), 1989年11月2日的判决; *Lafontant* 诉阿里斯蒂德斯, 美国纽约东区法院(美国), 1994年1月27日的判决; *W* 诉列支敦士登王子, 最高法院(奥地利), 2001年2月14日的判决(7 Ob 316/00x); *Tachiona* 诉穆加贝("Tachiona I"), 纽约南区法院, 2001年10月30日的判决(169 F.Supp.2d 259); *Fotso* 诉喀麦隆共和国, 俄勒冈区法院(美国)2013年2月22日的判决(6: 12CV 1415-TC)。

²⁶⁸ 这方面, 《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》(第五十条第1款)和《特别使团公约》(第21条第1款)的规定, 提到了作为国家元首的合议机构的情况, 值得注意。另一方面, 委员会认为无需在关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的条款草案中提及此类别(见《1972年……年鉴》, 第二卷, 对第1条的评注第(2)段), 《公约》对此未作提及。

外交部长缔结条约的全权得到承认²⁶⁹、三类官员在享受国际保护²⁷⁰ 和在国际上参与代表国家方面²⁷¹ 享有的平等都是这一现象的实例。政府首脑和外交部长享有的豁免在《特别使团公约》、《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》以及隐示地在《联合国国家及其财产司法豁免公约》中被提及。²⁷² 将外交部长纳入《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》意义特别重大，因为委员会在关于该议题的条款草案中决定不将政府官员纳入受国际保护人员名单，²⁷³ 但外交部长还是纳入了最终由各国通过的《公约》。

上述实例全部出自委员会的工作，委员会在工作中曾多次处理是否明确将国家元首、政府首脑和外交部长纳入国际文书的问题。如上文所述，最终每个案件各自通过了不同的解决方案。对此，有委员提到，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第三条具体提及国家元首，只字未提政府首脑和外交部长。但没有多少理由可得出结论认为这些实例意味着在本条草案中委员会必须同样区别对待国家元首、政府首脑和外交部长，更没有理由得出结论认为政府首脑和外交部长必须排除在第3条草案之外。为此目的必须考虑多种因素。首先，本套条款草案只涉及国家官员的外国刑事管辖豁免，而《特别使团公约》和《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》涉及国家元首、政府首脑和外交部长可能享有的所有豁免。其次，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》涉及国家豁免；刑事管辖豁免仍在其范围之外。²⁷⁴ 此外，委员会未曾声明反对政府首脑和外交部长可能享有的豁免：反之，委员会认可这些豁免，只是在第3条第2款中未专门提及这些类别，“因为难以列出穷尽清单，此外此类人员的任何列举将带

²⁶⁹ 《维也纳条约法公约》第7条第2款(a)项。国际法院曾就国家元首、政府首脑和外交部长代表国家通过单边行动做出声明的能力作类似声明(武装活动案，第46段)。

²⁷⁰ 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，1973年，联合国，《条约汇编》，第1035卷，第15410号，第167页，第1条第1款(a)项。

²⁷¹ 这方面，见《特别使团公约》第21条和《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》第五十条。

²⁷² 《特别使团公约》第21条除了提及国家元首以外，还提及政府首脑和外交部长，虽然是在不同的段落里提及的(第1款提及国家元首，第2款提及政府首脑、外交部长及其他高级官员)。《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》沿用了相同的模式，也是在不同的段落里提及这些官员。与此不同的是，《联合国国家及其财产司法豁免公约》仅提及国家元首这一名称(第3条第2款)，另外两类官员必须视为包括在第2条第1款(a)项(四)目所述的“国家代表”的概念中。参阅国家及其财产司法豁免公约条款草案第3条的评注第(6)和第(7)段，《1991年……年鉴》第二卷(第二部分)。

²⁷³ 见《1972年……年鉴》，第二卷，对第1条的评注第(3)段。应注意，委员会因无法以任何“广为接受的国际法原则”为依据而决定不提及这一点，但确实承认了“内阁官员因与官方职务相关的事务身在外国时当然有权得到特殊保护”(《1972年……年鉴》。英文和法文版评注中都有这句话，但西班牙文版中没有)。

²⁷⁴ 《公约》“未涵盖刑事程序”的声明由大会为该事项设立的特设委员会提出，最终写入了通过《公约》的2004年12月2日第59/38号决议第2段。

来此类人员行使的管辖豁免依据和范围的问题”。²⁷⁵ 第三，还应注意，上述所有实例都早于国际法院逮捕证案。

(5) 国际法院在逮捕证案的判决中明确表示，“国际法中已明确确立的一点是，国家元首、政府首脑和外交部长等一些任国家高级官员的人员同外交和领事人员一样在他国享有管辖豁免，包括民事和刑事豁免”。²⁷⁶ 后来法院在关于刑事事项互助的若干问题案中重申了该声明。²⁷⁷ 委员会对两次声明都进行了大量讨论，特别是关于外交部长的问题。讨论中，多数委员表示认为国际法院在逮捕证案中的判决反映了国际法发展至今的现状，因此应得出结论认为，认可外交部长的外国刑事管辖属人豁免是习惯规则。这些委员认为，外交部长的地位和及其在国际关系领域的特殊职能是承认这种外国刑事管辖豁免的依据。另一方面，委员会一些委员指出，法院的判决不足以作为得出结论称存在习惯规则的依据，因为判决未充分分析惯例，且几位法官表达了不同于大多数人的意见。²⁷⁸ 委员会一名委员认为法院的判决未表明存在习惯规则，但还是表示，鉴于法院对此案的判决未受到国家的反对，不存在习惯规则并不妨碍委员会在逐渐发展国际法的过程中将这类官员列入享有外国刑事管辖属人豁免的人员中。

(6) 关于国家法院的惯例，委员会还考虑到，判决涉及政府首脑外国刑事管辖属人豁免的情况极少，而涉及外交部长外国刑事管辖属人豁免的情况几乎不存在，尽管如此，曾对这一专题发表意见的国家法院总是承认这些高级官员在任期内确实享有外国刑事管辖豁免。²⁷⁹

(7) 根据讨论，委员会发现，在实践和在国际法中有充分理由断定，国家元首、政府首脑和外交部长享有外国刑事管辖属人豁免。因此，委员会决定将他们列入第 3 条草案。

(8) 委员会还审查了其他类别的国家官员能否被列入享受属人豁免的人员清单。鉴于国际关系的发展，特别是国家元首、政府首脑和外交部长之外的高级官

²⁷⁵ 见对第 3 条草案的评注第(7)段(《1991 年……年鉴》)。

²⁷⁶ 逮捕证案，第 51 段。

²⁷⁷ 若干问题案，第 170 段。

²⁷⁸ 特别见希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔夫法官的联合个别意见；哈索内法官的不同意见；范登·韦恩加尔特专案法官的不同意见。

²⁷⁹ 关于承认政府首脑和外交部长的外国刑事管辖豁免的问题，见以下刑事和民事案件，国家法院在这些案件中就这一专题发表了声明，或作为关于实质性判决的理由或作为附带意见：Ali Ali Reza 诉 Grimpel, 巴黎上诉法院(法国)，1961 年 4 月 28 日的判决(相反地，它以隐含的方式承认外交部长的豁免)，载录于 ILR, 第 47 卷，第 275-277 页(法文原文载于 RGDIP(1962 年)，第 418 页，译文见 ILR, 第 47 卷，第 276 页)；Chong Boon Kim 诉 Kim Tong Shik 和 David Kim, 第一巡回区巡回法院(夏威夷州)(美国)，1963 年 9 月 9 日的判决载录于《美国国际法杂志》，第 58 卷(1964 年)，第 186-187 页；Saltany 等诉 Reagan 等，哥伦比亚特区地方法院(美国)，1988 年 12 月 23 日的判决 702, F. Supp. 319；Tachiona 诉 Mugabe(“Tachiona I”)，纽约南区地方法院(美国)，2001 年 10 月 30 日的判决(169 F.Supp.2d.259)；H.S.A 等诉 S.A.等(控告 Ariel Sharon、Amos Yaron 等人)，上诉法院(比利时)，2003 年 2 月 12 日的判决(P-02-1139.f)。

员正在越来越多地参与国际论坛并频繁到本国领土之外访问，委员会一些委员提出了这种可能性。委员会一些委员为支持他们关于高级官员应被列入第3条草案的看法援引了国际法院在逮捕证案中的判决，称使用“例如”一词应被解释为将属人豁免扩大至国家元首、政府首脑和外交部长之外、在国内拥有重大职权并在其活动领域中在国际上代表国家的高级官员。在这方面，委员会一些委员建议，国防部长或国际贸易部长或许可以享有属人豁免。但另一方面，委员会其他委员认为使用“例如”一词不是为了扩大享有这类豁免者的范围，因为法院是在一项具体争端的上下文中使用该词的，而其中审议的正是一位外交部长的外国刑事管辖豁免。最后，还必须注意到，委员会的一些委员提请委员会注意确定哪些人应被视为“其他高级官员”本身即很困难，因为这在很大程度上取决于国家的组织结构 and 赋予职能的方式，而国与国之间在这方面各不相同。²⁸⁰

(9) 在关于刑事事项互助的若干问题案中，国际刑事法院重新提到国家元首、政府首脑和外交部长之外的其他高级国家官员的豁免这一主题，尽管该案的判决并不能得出法院承认这类高级官员的属人豁免的结论。必须回顾指出，法院分开处理了吉布提国家元首的豁免和总检察长(共和国总检察长)和国家安全主管等两位其他高级官员的豁免。关于国家元首，法院明确宣布，一般而言，他享有外国刑事管辖属人豁免，尽管这种豁免并不具体适用于本案，因为法国当局发出的作证邀请并不是侮辱性的。²⁸¹ 关于其他高级官员，法院认为，归于他们的行为不是在他们的职责范围内实施的；²⁸² 法院认为，吉布提没有充分明确的说明它主张的是国家豁免、属人豁免还是其他类型的豁免；法院断定，“法院注意到，首先，由于有关官员不是1961年《维也纳外交关系公约》所称的外交官，1969年《特别使团公约》也不适用于本案，因而国际法中没有理由支持有关官员享有属人豁免的说法”。²⁸³

(10) 在国家司法实践中，有多项判决涉及其他高级官员的外国刑事管辖属人豁免问题。然而，所涉判决并没有得出确切的结论。一些判决赞成国防部长或国际

²⁸⁰ 必须意识到，委员会本身也在关于国家及其财产管辖豁免的条款草案第3条的评注中提出过这一问题(见第(7)段，《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分))。委员会提请注意关于防止和惩处侵害应受国际保护人员的罪行的条款草案第1条的评注的第(3)段(《1972年……年鉴》，第二卷)和关于特别使团的条款草案的第21条第1款的评注的第(3)段(《1967年……年鉴》，第二卷)中的相同问题。

²⁸¹ 若干问题案，第170-180段。

²⁸² 同上，第191段。

²⁸³ 同上，第194段。一般见第181-197段。

贸易部长等高级官员享有属人豁免，²⁸⁴ 而在其他判决中，国家法院判定受审人不享有豁免，或因为他或她不是国家元首、政府首脑或外交部长，或因为他或她不属于有资格享受这项待遇的少数官员，²⁸⁵ 这显示了确定除国家元首、政府首脑和外交部长以外可以被视为毫无争议地享有属人豁免的高级官员的主要难点。但还应当指出，在一些判决中，一名高级官员的外国刑事管辖豁免是从不同的角度进行分析的(属人豁免、属事豁免、国家豁免、源于特别使团的豁免)，这反映

²⁸⁴ 在这方面，见沙乌勒·莫法兹将军(以色列国防部长)案、博街法院(英国)，2004年2月12日的判决；薄熙来案(中国商务部长)，博街法院，2005年11月8日的判决，该案承认薄熙来先生的豁免，不是因为他被视为一名高级官员，而是因为他是访问英国的特别使团成员。一年后，在一宗民事案件中，北美的一家法院承认了薄熙来先生的豁免，仍是因为他是访问美国的特别使团成员：豁免建议和美国的利益声明，哥伦比亚特区地方法院，2006年7月24日的判决(Civ. No. 04-0649)。在 Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs “FONVAC SOS catastrophe”；Association des familles des victimes du Joola 案中，(最高法院，刑事法庭(法国)，2010年1月19日(09-84818))，法院笼统地承认一名现任国防部长享有外国刑事管辖属人豁免，但在具体案件中仅承认属事豁免，因为受审者已经不再担任该职位。在 Nezzar 案(联邦刑事法庭，瑞士，2012年7月25日的判决(BB.2011-140))中，法庭笼统地指出，一位现任国防部长享有外国刑事管辖属人豁免，但在该案中，法庭不承认豁免，因为 Nezzar 先生已结束任期，其实施的行为构成了国际罪行，使他也不能享有属事豁免。

²⁸⁵ 一个最佳实例是 Khurst Bat 诉德国联邦法院调查法官案，高等法院王座分庭行政法庭(联合王国，2011年7月29日的判决([2011] EWHG 2020 (Admin))，法庭在该案中承认，基于国际法院关于逮捕证案的判决，“在习惯国际法中，只要某些高级官员属于少数的具体个人，他们在其任期内即享有属人豁免”，因为“必须有可能将有关个人与一个身份联系起来”这种身份应与以上判决提及的国家元首、政府首脑和外交部长相似。在分析了 Khurst Bat 先生行使的职权后，法院断定他“超出了少数范围”。之前，巴黎上诉法院也没有承认 Ali Ali Reza 先生的豁免，因为他虽然是沙特阿拉伯的国务大臣，但不是外交大臣(见 Ali Reza v. Grimpel, 巴黎上诉法院(法国)，1961年4月28日的判决)。在美利坚合众国诉 Manuel Antonio Noriega 案中，第十一巡回区上诉法院在1997年7月7日的判决(第 92-4687 号和第 96-4471 号上诉)认为，巴拿马武装部队前总司令诺列加先生不能被列入享有属人豁免的这类人员，驳回了诺列加先生关于事件发生时他是巴拿马国家元首或事实上的领导人的说法。在菲律宾共和国诉马科斯案(加利福尼亚北区地方法院，1987年2月11日的判决(665 F.Supp. 793))中，另一家法院指出，菲律宾总检察长不能享有属人豁免。在信息技术咨询公司诉巴基斯坦伊斯兰共和国案(上诉法院，哥伦比亚特区巡回法院，2003年12月16日的判决)中，法院不承认巴基斯坦农业部长的豁免。相似的，在近期的 Fetso 诉喀麦隆共和国案中，法院认为国防部长和国防大臣不能享有属人豁免，但承认喀麦隆总统享有属人豁免。应意识到此前引用的三宗案件涉及民事管辖的行使。还必须注意到，在一些情况下，国家法院不承认联邦国家中联邦机构高级官员的管辖豁免。在这方面，见以下案件：R (关于 Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha 的上诉)诉皇家检察署，王座分庭(分庭法院)(联合王国)，2005年11月25日的判决(EWHC (QB) 2704)，在该案中，法院不承认尼日利亚联邦共和国巴耶尔萨州州长和行政长官的豁免；“检察官(那不勒斯法庭)诉 Milo Djukanovic”案，上诉法院(第三刑事部)(意大利)，2004年12月28日的判决，在该案中，法院拒绝在黑山成为一个独立国家前给予其总统豁免。最后，Evgeny Adamov 诉联邦司法部案，联邦法庭(瑞士)，2005年12月22日的判决，法院在一宗引渡案件中拒绝给予俄罗斯联邦一位前原子能部长豁免；但在附带意见中，法院在没有说明高级官员享有豁免的情况下承认存在这种可能性。

出在准确认定国家元首、政府首脑和外交部长以外的高级官员可享有的外国刑事管辖豁免是哪种豁免方面存在着不确定性。²⁸⁶

(11) 在另一个层面上，应回顾指出，委员会在关于特别使团的条款草案和关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的条款草案中已提及其他高级官员的豁免。²⁸⁷ 但应回顾指出，这些文书只不过是建立了一个制度，使此类人员在该制度下继续享有超越这些文书框架的国际法赋予他们的豁免权。然而，无论是在条款草案案中，还是委员会对案文的评述中，都没有明确说明，这些豁免权是什么以及它们是否包括外国刑事管辖属人豁免。还必须强调的是，虽然这些高层官员可能被视为属于《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 2 条第 1 款(b)(四)项中所称的“国家代表”，但如上文所述，该文书并不适用于“刑事诉讼”。不过，一些委员会委员表示，作为在实质性职责框架内履行国家代表职能的一部分，高级官员在第三国进行正式访问时确实会受益于特别使团的豁免制度，包括外国刑事管辖豁免。有人说，这是一种确保这类高级官员在国际一级恰当履行部门职能的办法。

(12) 考虑到上文所述，委员会认为，为了本条款草案的目的，其他“高级官员”不享有属人豁免，但这并不影响关于属事豁免的规则，也不影响这样一种理解，即这些高级官员在进行正式访问时基于有关特别使团的国际法规则享有外国刑事管辖豁免。

(13) 条款草案中在提及属人豁免和外国刑事管辖时使用了“行使的”一词。委员会决定在第 1 条草案(本条款草案的范围)中不使用该词，以避免预先判断将在其他条款草案中论述的豁免的实质性内容，特别是其范围。²⁸⁸ 在本条款草案中，委员会决定保留“行使的”一词，因为它说明了豁免和外国刑事管辖的关系，并强调了对具体行为行使刑事管辖时发挥作用的豁免本质上的刑事性质。²⁸⁹

²⁸⁶ 以上引用的 *Khurts Bat* 案的裁定是这方面一个很好的实例。在 *Association Fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "FONVAC SOS catastrophe"; Association des familles des victimes du Joola* 案中，法院在没有充分区分其裁决的情况下同时做出了关于属人豁免和属事豁免的判决。在 *Nezzar* 案中，在做出了关于属人豁免的一般性声明后，瑞士联邦刑事法庭还审议了有关人员要求的属事豁免或外交豁免是否适用。国家法院在其他案件中使用的论据甚至更不明确，如 *Kilroy 诉 Windsor* 案，俄亥俄州北区地方法院东部分区，法院在 1978 年 12 月 7 日的一宗民事案件(Civ. No. C-78-291)的判决中确认威尔士亲王的属人豁免，因为他是英国王室成员及王位法定继承人，还因为他当时正在对美国进行正式访问。薄熙来案值得注意的是，英国和北美的法院虽都承认中国商务部长的管辖豁免，但它们之所以这么做是因为他当时正在进行正式访问，享有源于特别使团的豁免。

²⁸⁷ 在其他情况下，委员会使用过“其他高级人员(other persons of high rank)”(关于防止和惩处侵害应受国际保护人员的罪行的条款草案)和“高级官员(high official)”(关于特别使团的条款草案)等表述。

²⁸⁸ 见以上，上述评注第(2)段。

²⁸⁹ 见逮捕证案，第 60 段，和国家的管辖豁免案(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 58 页。

第 4 条 属人豁免的范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职之前或任职期间的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。
3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

评注

(1) 第 4 条草案从时间和内容角度阐述了属人豁免的范围。必须将时间方面(第 1 款)与内容方面(第 2 款)相结合理解属人豁免的范围。虽然这两个方面是不同概念，但是为了更加全面地理解国家元首、政府首脑和外交部长享有的这种豁免的含义和范围，委员会选择在同一条内涵盖这两个方面。委员会决定先阐述时间方面，这样可以更好地理解属人豁免这种仅限于特定时间段的豁免的实质范围。

(2) 关于属人豁免的时间范围，委员会认为有必要加上“仅”字，以强调国家元首、政府首脑和外交部长享有的这种豁免只在其任职期间适用。这符合授予这种豁免的原因，即这些官员在国家的组织结构中担任的特殊职务，根据国际法，他们因此处于在国际关系中与国家有代表性和职务性双重联系的特殊地位。因此，当享有豁免者不再担任这些职务时，属人豁免便不再适用。

这一立场也得到国际法院的支持，国际法院在逮捕证案判决中指出，“(……)当一人不再担任外交部长后，他(她)就不再享有国际法授予的在其他国家享有的一切豁免。只要根据国际法拥有管辖权，一国的法院可以就另一国的前任外交部长在任期之前、之后的行为及其在任期间的私人行为，对其进行审判”。²⁹⁰ 虽然国际法院只提到了外交部长，但是这一结论肯定也适用于国家元首和政府首脑。此外，确立属人豁免特别制度的公约，尤其是《维也纳外交关系公约》和《特别使团公约》也承认属人豁免仅限于享有属人豁免的人所任职的期间。²⁹¹ 委员会本身也在对关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案的评注中也说过：“与在公职结束后仍然有效的属事豁免不同，属人豁免在职务腾出或终止后便不再有效。”²⁹² 各种国内法院裁决也确认过属人豁免的严格时间范围。²⁹³

²⁹⁰ 逮捕证案，第 61 段。

²⁹¹ 见《维也纳外交关系公约》第三十九条第 2 款和《特别使团公约》第四十三条第 2 款。

²⁹² 委员会补充道：“首脑和大使的任期结束后，所有与公务无关的活动均需接受当地司法部门的审查。”《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，对第 2 条草案第 1(b)(五)款的评注第(19)段。

²⁹³ 这类决定常出现于民事案件上，在这些案件上对豁免的相同时间限制原则适用。例如见 *Cour d'appel de Paris, Mellerio c. Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne*, 1872 年 6 月 3 日；*Tribunal civil de la Seine, Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid c. Wiercinski*, 1916 年 7 月 25 日；*Cour d'appel de Paris, Ex-roi d'Egypte Farouk c. s.a.r.l. Christian Dior*, 1957 年 4 月 11 日，转载于 *Journal du droit international* (1957 年)，第 716-718 页；*Tribunal de Grande Instance de la Seine, Société Jean Dessès c. Prince Farouk et Dame Sadek*, 1963 年 6 月 12 日，转载于 *Clunet*, 1964 年，第 285 页，英文本见 *ILR*, 第 33 卷，第 37-38 页；美利坚合众国诉诺列加(1990 年) 746 F.Supp. 1506；*In re Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467, 1471 (9th Cir. 1994)；以及西班牙于 1998 年 11 月 3 日针对皮诺切特案送达的引渡要求(Auto de solicitud de extradición de Pinochet, 马德里, 1998 年 11 月 3 日)。

因此，委员会认为，国家元首、政府首脑或外交部长任期结束后，属人豁免即停止。委员会认为无需说明确定享有豁免者任期何时开始和结束的具体标准，因为这很大程度上取决于各国的法律，这方面的做法各不相同。

(3) 属人豁免涵盖国家元首、政府首脑和外交部长任职期间——仅限任职期间——的所有行为，不论是私人行为还是公务行为。因此，属人豁免被定义为对上述个人任何行为的“完全豁免”。²⁹⁴ 对属人豁免的这一描述反映了国家实践。²⁹⁵

正如国际法院在逮捕证案中特别提到逮捕外交部长问题时所述，对以私人身份和公务身份作出的行为都给予豁免是必要的，因为需要确保享有属人豁免者可以不受阻碍地行使公职，因为“(……)不论逮捕原因是公务行为还是私人行为，阻碍行使这类公职的后果同样严重。”²⁹⁶ 因此，用国际法院的话说就是，“无法区分外交部长以‘公务’身份所作的行为与据称以‘私人’身份所作的行为”。²⁹⁷ 不必说，同样的推理必然适用于国家元首和政府首脑。

(4) 关于指代属人豁免涵盖的行为的术语，必须注意到，实际上没有单一、统一的措词。例如，《维也纳外交关系公约》在提到外交人员享有的刑事管辖豁免的行为时，没有明确区分私人行为与公务行为，不过理解为两种情况均适用。²⁹⁸

²⁹⁴ 国际法院称属人豁免的实质范围为“完全豁免”(逮捕证案，第 54 段)。国际法委员会在提到外交人员的属人豁免时称“刑事管辖的豁免是完全豁免”(见《1958 年……年鉴》，第二卷，第 98 页，对关于外交往来和豁免的第 29 条草案的评注第(4)段)。

²⁹⁵ 例如见 *Arafat e Salah*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIX (1986), p. 886; *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de police*, ATF 115 Ib 496, 部分转载于 *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991), 第 534-537 页 (英文本见 ILR, 第 102 卷, 第 198-205 页); 上议院, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 1999 年 3 月 24 日, 转载于 ILM, 38 卷, 1999 年, 第 592 页; 巴黎上诉法院 (*Chambre d'accusation*), 卡扎菲案, 2000 年 10 月 20 日的判决 (英文本见 ILR, 第 125 卷, 第 495 页, 见第 509 页); *H.S.A. et al. v. S.A. et al.*, 与指控阿里埃勒·沙龙、阿莫斯·亚龙等人有关的决定, No. P.02.1139.f, 2003 年 2 月 12 日, 转载于 ILM, 第 42 卷, 第 3 号(2003 年), 第 596 页起, 见第 599 页; 塞拉利昂最高法院, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana v. President of the Special Court, Registrar of the Special Court, Prosecutor of the Special Court, Attorney-General and Minister of Justice*, 2005 年 10 月 14 日的判决, SC No. 1/2003; 对 Paul Kagame 起诉案, 西班牙, *Auto del Juzgado Central de Instrucción No. 4* (2008 年), 第 156-157 页。更近些时候的案件, 见 *Association fédération nationale des victimes d'accidents collectifs "Fenvac SOS catastrophe"*, *Association des familles des victimes du Joola et al.*, *Paris Chambre d'instruction de la Cour d'Appel*, 判决, 2009 年 6 月 16 日, 得到 *Cour de Cassation* 的确认, 判决, 2010 年 1 月 19 日; *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court, High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court*, 判决, 2011 年 7 月 29 日([2011] EWHG 2020 (Admin), para. 55); 以及 *Nezzar* 案, 瑞士联邦刑事法院, 判决, 2012 年 7 月 25 日(case No. BB.2011-140, legal ground No. 5.3.1)。也见 *Cour d'Appel de Paris, Pôle 7, Deuxième chambre d'instruction*, 判决, 2013 年 6 月 13 日。

²⁹⁶ 逮捕证案, 第 55 段。

²⁹⁷ 同上。

²⁹⁸ 这是结合《公约》第三十九条第 2 款解读第三十一条第 1 款得出的结论。《特别使团公约》第三十一条第 1 款和第四十三条第 2 款必须以同样的方式解读。

此外，其他文书、文件、司法决定以及文献在用词上也缺乏一致性，有的用“官方行为和私人行为”，有的用“行使职能时所作的行为”，有的用“与公务有关的行为”，还有的用“以公务或私人身份所作的行为”。在本条款草案中，委员会认为最好沿用国际法院在上述逮捕证案中的用法，使用“无论是私人行为还是公务行为”这样的说法。

不过，委员会认为目前还不需要确定哪些类型的行为应视为“以公务身份所作的行为”，因为之后将结合对属事豁免的分析讨论这类行为，现在不应做出预先判断。

还应指出，委员会在通过第4条草案第2款时，没有涉及豁免的可能例外问题，该问题将在之后讨论。

(5) 委员会认为“行为”一词既指作为，也指不作为。虽然关于使用什么术语一直有争论，但是委员会按照关于国家对国际不法行为的责任的条款草案的英文案文，选用了“行为”一词，该草案第1条将“行为”定义为“可以包括一项或多项作为或不作为或两者兼而有之”。²⁹⁹ 此外，国际刑法通常使用“行为”一词指据以确立刑事责任的(主动和被动)行为。《国际刑事法院罗马规约》第六、七、八条在一般意义上使用了“行为”一词，没有提出是否包括作为和不作为的问题，因为这取决于具体犯罪行为。前南斯拉夫和卢旺达问题特设国际法庭的规约使用“行为”一词指构成该法庭职权范围内犯罪行为的主动和被动行为。规定国家义务的不同国际条约也使用了“行为”一词，但是具体说明了可能导致刑事责任的行为。例如，《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第二条)和《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》(第一条)就是这样。

(6) 属人豁免涵盖的行为是国家元首、政府首脑或外交部长在任职期间或上任之前的行为。这与属人豁免的目的有关，即保护国家的主权平等，以及保障此类享有豁免者能够在任期内不受阻碍地行使在国际上代表国家的职能。因此，不需要进一步说明属人豁免适用于这些人在整个任期内的行为。关于上任之前的行为，必须指出，只有当第三国要在国家元首、政府首脑或外交部长在任期间对其行使刑事管辖时，才适用属人豁免。正如国际法院在逮捕证案中所述，这是因为“[……]无法区分(……)该人担任外交部长之前所作的行为与在任期间所作的行为。因此，如果一国的外交部长在另一国因刑事指控被捕，他/她显然无法行使其职能。不论(……)逮捕原因是该人据称担任外交部长之前所作的行为还是在任期间所作的行为，阻碍行使这类公职的后果同样严重。”³⁰⁰

无论如何，必须指出，国际法院在该案中还称，属人豁免是程序性的，不得理解为摆脱或免除国家元首、政府首脑或外交部长在任期间或上任之前所作所为

²⁹⁹ 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第10号》(A/56/10)，第63页：对第1条的评注第(1)段。应当指出，虽然西班牙文和法文本提到同样类型的行为时使用了不同的词(分别为“hecho”和“fait”)，但是在上述委员会评注中，三种语言版本的用词一致。

³⁰⁰ 逮捕证案，第55段。

的刑事责任，只能理解为在这些高官在任期间，暂停行使外国管辖。³⁰¹ 因此，当任期结束后，在任期间或上任之前的行为不再享受属人豁免，在某些情况下，可能接受其在任期间不得对其行使的刑事管辖。

最后，应当指出，属人豁免无论如何都不适用于国家元首、政府首脑或外交部长在任期结束后的行为。由于他们现在被认为是“前”国家元首、政府首脑或外交部长，这种豁免随着任期的结束而终止。

(7) 本条草案第 3 款处理的是：任期结束后，国家元首、政府首脑或外交部长在任期间以公务身份实施的行为将受到何种待遇？第 3 款遵循国家元首、政府首脑或外交部长离任后便不再享有属人豁免的原则。因此，任期结束后，属人豁免即终止。不过，必须注意到，国家元首、政府首脑或外交部长在任期间可能以公务身份做出一些行为，这些行为不因任期结束而失去其公务性质，因此可能属于属事豁免的范围。虽然国家实践、条约实践和司法实践以不同方式表达了这一立场，但是尚未就该问题展开实质讨论。³⁰²

因此第 3 款中载述了关于属事豁免有可能适用于这些行为的“不妨碍”规定。这并不意味着属人豁免延续到享有豁免者任期结束后，因为那样不符合条款草案第 1 款。这也不意味着属人豁免变成因第 4 条草案第 3 款而自动适用的新的属事豁免。委员会认为该“不妨碍”条款只是不排除这种可能性，即在符合关于属事豁免的规定时，可以对前国家元首、政府首脑或外交部长在任期间以公务身份实施的行为适用属事豁免。第 4 条草案第 3 款没有预先判断属事豁免机制的内容，这将在条款草案第三部分制定。

³⁰¹ “管辖豁免可能阻止在某一时期或对某些罪行提出起诉；但不能免除享有豁免的人的所有刑事责任”（逮捕证案，第 60 段）。

³⁰² 例如，《维也纳外交关系公约》提到外交使团成员享有的豁免时称，“关于其以使馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效”（第三十九条第 2 款）；《外交使团公约》中重复了这一说法（第四十三条第 1 款）。国际法学会在 2001 年决议中采用了更加中立的措辞，称“[前国家元首]在刑事(……)诉讼中也不享有管辖豁免，除非其行为是在行使官方职能时所实施，或与行使官方职能有关”（第十三条第 2 款）。各国的司法实践以不同方式表达了这一立场：有时提到“余效赦免”，有时提到“公务行为赦免的延续”或类似措辞。关于这一点，见秘书处 2008 年备忘录中的分析(A/CN.4/596, 第 137 段及之后段落)。

第六章 发生灾害时的人员保护

A. 引言

50. 委员会第五十九届会议(2007年)决定在其工作方案中列入“发生灾害时的人员保护”专题，并任命爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生为特别报告员。³⁰³ 在同一届会议上，委员会要求秘书处编写一份关于本专题的背景研究报告，最初只限于自然灾害。

51. 在第六十届会议上(2008年)，委员会收到特别报告员的初步报告(A/CN.4/598)，报告追踪了发生灾害时对人员的保护的演变，查明关于这个专题的法律渊源以及先前在该领域编纂和发展法律的努力。报告还概括叙述了专题的一般范围的各个方面，以确定所涉及的主要法律问题和提出暂定的初步结论，但不妨碍本报告着眼于在委员会引起的讨论的结果。委员会还收到了秘书处的一份备忘录，主要侧重自然灾害(A/CN.4/590和Add.1至3)，概述了适用于各种灾害预防和救灾援助各个方面的现有法律文书和案文，以及在发生灾害时对人员的保护。

52. 在第六十一届会议上(2009年)，委员会审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/615和Corr.1)。该报告分析了专题的属事理由、属人理由和属时理由范围，以及本专题范围内有关“灾害”定义的问题，并且审议了合作的基本义务问题。报告中载有三条草案的案文建议。委员会还收到了联合国秘书处人道主义事务协调厅和红十字会及红新月会国际联合会对2008年向它们提出的问题所提交的书面答复。

53. 在第六十二届会议(2010年)期间，委员会在2010年6月4日举行的第3057次会议上暂时通过了第1条草案(范围)、第2条草案(宗旨)、第3条草案(灾害的定义)、第4条草案(与国际人道主义法的关系)和第5条草案(合作的义务)。委员会还收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/629)。该报告概述了各国对委员会所开展的工作的意见，审议了激发发生灾害时人员保护工作的各项原则，并且审议了受灾国的责任问题。该报告还提出了另外三条草案的案文建议。

54. 在第六十三届会议(2011年)期间，委员会在2011年7月11日举行的第3102次会议上暂时通过了第6条草案(应对灾害的人道主义原则)、第7条草案(人的尊严)、第8条草案(人权)和第9条草案(受灾国的作用)。委员会收到了特别

³⁰³ 2007年6月1日第2929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375段)。大会在2007年12月6日第62/66号决议第7段中注意到委员会决定将该专题列入其工作方案。该专题在委员会第五十八届会议(2006年)上已依据委员会报告附件D所载的提议(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10))列入其长期工作方案。

报告员的第四次报告(A/CN.4/643 和 Corr.1)。该报告除其他外，审议了受灾国在灾害超过其国家应对能力时寻求援助的责任、受灾国不得任意拒绝外来援助的义务、以及国际社会提议援助的权利。报告中载有另外三条草案的案文建议。委员会在 2011 年 8 月 2 日举行的第 3116 次会议上暂时通过了第 10 条草案(受灾国寻求援助的责任)和第 11 条草案(受灾国对外部援助的同意)，但由于时间不足，未能审议完第 12 条草案。

55. 在第六十四届会议(2012 年)期间，委员会收到特别报告员的第五次报告(A/CN.4/652)，该报告概述了各国对委员会所开展的工作的意见，简要讨论了特别报告员对委员会在 2011 年年度报告第三章 C 节所提问题的意见，进一步阐述了合作的义务。报告还讨论了提供援助的条件和终止援助的问题。委员会在 2012 年 7 月 30 日举行的第 3152 次会议上注意到了起草委员会暂时通过的第 5 条草案之二和第 12 至 15 条草案(A/CN.4/L.812)。

B. 本届会议审议此专题的情况

56. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/662)。报告处理了发生灾害时的人员保护所涉及的预防问题，包括减少灾害风险、将预防视为国际法原则、预防方面的国际合作等。报告还概述了各国的政策和法律。报告提出了下述两条草案的案文建议：第 5 条草案之三(减少灾害风险的合作)³⁰⁴ 和第 16 条草案(预防的义务)。³⁰⁵

57. 委员会在 2013 年 7 月 8 日至 16 日的第 3175 次至 3180 次会议上审议了第六次报告。

58. 在 2013 年 7 月 16 日第 3180 次会议上，委员会将第 5 条草案之三和第 16 条草案转交起草委员会。

59. 在 2013 年 5 月 10 日的第 3162 次会议上，委员会通过了起草委员会关于上届会议曾审议过的第 5 条草案之二、之三及第 12 至第 15 条草案的报告。委员会

³⁰⁴ 第 5 条草案之三案文如下：

减少灾害风险的合作

合作应延至采取旨在减少灾害风险的措施。

³⁰⁵ 第 16 条草案案文如下：

预防的责任

1. 各国应保证采取适当的措施减少灾害风险，确保界定各项责任和问责机制并做出机构安排，以防灾、减灾和备灾。
2. 适当的措施尤其应包括开展多灾害风险评估、收集和传播损失和风险信息以及安装和操作预警系统。

还在在 2013 年 7 月 26 日的第 3187 次会议上通过了起草委员会关于第五条草案之三和第 16 条草案的报告(见下文 C.1 节)。

60. 在 2013 年 8 月 2 日和 5 日的第 3190 和第 3191 次会议上, 委员会通过了第 5 条草案之二、之三及第 12 至第 16 条草案的评注(见下文 C.2 节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的发生火灾时的人员保护条款草案案文

1. 条款草案案文

61. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。³⁰⁶

第 1 条 范围

本条款草案适用于发生火灾时的人员保护。

第 2 条 宗旨

本条款草案的宗旨是促进充分而有效地应对灾害以满足有关人员的基本需求, 充分尊重其权利。

第 3 条 灾害的定义

“灾害”是指造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、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。

第 4 条 与国际人道主义法的关系

本条款草案不适用于可适用国际人道主义法规则的情况。

第 5 条 合作的义务

按照本条款草案, 各国应酌情相互合作, 并与联合国和其他主管的政府间组织、红十字会与红新月会国际联合会和红十字国际委员会, 以及有关的非政府组织合作。

³⁰⁶ 第 1 至第 5 条草案的评注见《大会正式记录, 第六十五届会议, 补编第 10 号》(A/65/10), 第 331 段。第 6 至第 11 条草案的评注见《大会正式记录, 第六十六届会议, 补编第 10 号》(A/66/10), 第 289 段。

第 5 条之二 合作的形式

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。

第 5 条之三 减少灾害风险的合作

合作应扩展至采取旨在减少灾害风险的措施。

第 6 条 应对灾害的人道主义原则

应对灾害应根据人道、中立和公正的原则，在不歧视的基础上进行，同时应考虑到特别弱势者的需要。

第 7 条 人的尊严

应对灾害时，国家、主管政府间国际组织和有关非政府组织应尊重和保护人的固有尊严。

第 8 条 人权

灾民有权得到对其人权的尊重。

第 9 条 受灾国的作用

1. 受灾国由于其主权，有责任在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助。
2. 受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。

第 10 条 受灾国寻求援助的责任

如所遭受的灾害超过了国家的应对能力，受灾国有责任酌情从其他国家、联合国、其他主管的政府间组织和有关非政府组织寻求援助。

第 11 条 受灾国对外部援助的同意

1. 提供外部援助需要征得受灾国的同意。

2. 受灾国不得任意拒绝外来援助。
3. 对按照本条款草案提出的援助提议，受灾国应在可能的情形下告知就该援助提议作出的决定。

第 12 条 **提议援助**

在应对灾害时，各国、联合国、其他主管的政府间组织有权向受灾国提议援助。有关的非政府组织也可向受灾国提议援助。

第 13 条 **对提供外部援助规定条件**

受灾国可对提供外部援助规定条件。此种条件须与本条款草案、适用的国际法规则以及受灾国国内法相符。条件应考虑到查明的受灾人员的需要以及援助的质量。在拟订条件时，受灾国应指明所寻求的援助的范围和种类。

第 14 条 **便利外部援助**

1. 受灾国应在其国内法范围内采取必要措施，便利迅速及有效地提供外部援助，尤其是：

(a) 对于民事救灾人员和军队救灾人员，在诸如特权和豁免、签证和入境要求、工作许可证、通行自由等方面提供便利；以及

(b) 对于货物和设备，在诸如海关要求和关税、征税、运输以及处置等方面提供便利。

2. 受灾国应确保其有关法律和规章容易查阅，从而便利遵守国内法。

第 15 条 **终止外部援助**

受灾国和援助国以及适当时其他援助方，应就终止外部援助和终止的方式进行磋商。希望终止援助的受灾国、援助国或其他援助方应发出适当的通知。

第 16 条 **减少灾害风险的义务**

1. 每一国均应采取包括制订法律和规章在内的必要和适当的措施减少灾害风险，以防灾、减灾和备灾。

2. 减少灾害风险的措施包括开展风险评估、收集和传播风险和以往损失信息、安装和操作预警系统。

2. 委员会第六十五届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

62. 委员会第六十五届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第 5 条之二 合作的形式

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。

评注

(1) 第 5 条草案之二力求说明受灾国、援助国及其他援助方在发生灾害时可为保护人员开展的各种合作。第 5 条草案将一般意义上的合作作为本专题的指导原则和基本义务，因为合作在救灾行动中发挥核心作用。鉴于合作的重要作用，需要在本条中更加详细地阐述相关合作的形式。因此，本条草案旨在进一步阐述第 5 条草案的含义，但是不增加任何法律义务。

(2) 第 5 条草案之二列出的合作形式——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——大致基于《跨界含水层法》最后条款草案第 17 条草案第 4 款第 2 句，该条描述了紧急情况下需开展的合作，是对第 7 条草案一般合作义务的延伸。³⁰⁷ 第 17 条草案第 4 款第 2 句内容如下：

“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。”³⁰⁸

鉴于上述规定是针对有关背景——发生影响跨界含水层的紧急情况时需要合作——专门起草的，委员会认为其文字是起草第 5 条草案之二的有益出发点。不过，第 5 条草案之二的案文作了修改，以便适当反映本专题条款草案的背景和目的，并确保考虑关于救灾的国际文书中提到的主要合作领域。《东盟自然灾害互助宣言》(1976 年 6 月 26 日)载有类似文字，宣言称“成员国应在各自的能力范围内，合作改进以下方面的沟通渠道：灾害预警、专家和学员交换、信息和文件交流，以及医疗物资、服务和救灾援助的分发。”³⁰⁹ 同样，在解释联合国应发挥

³⁰⁷ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第四章 E 节，第 53-54 段。

³⁰⁸ 同上。

³⁰⁹ 1976 年东盟文件汇编。

协调作用和鼓励合作的领域时，大会第 46/182 号决议呼吁协调“专门人员和技术专家小组，以及救灾物资、设备和服务……”。³¹⁰

(3) 第 5 条草案之二开首称，“为本条款草案的目的”而列出了合作形式。因此，将参照其他条款草案一并阅读的第 5 条草案之二致力于实现第 2 条草案所述整个专题的宗旨，即“促进充分而有效地应对灾害以满足有关人员的基本需求，充分尊重其权利。”在本专题范围内，合作义务，因此也是第 5 条草案之二提到的任何形式的合作的最终目的是保护受灾人员。

(4) 本条草案着重指出了具体的合作形式，不是要列举所有情况，而是为了说明可能适合具体情况的主要合作领域。使用“includes”一词，以及其他正式语文中对应的词，强调了列举并非详尽无疑。委员会确定，条款中提到的形式只是可能需要合作的主要领域，这些形式范围广泛，足以囊括众多不同的合作活动。因此，合作可包括、但不仅限于条款中提到的活动；不排除本条草案没有明确提到的其他形式的合作，例如资金支持、技术转让(包括卫星成像等)、培训、共享信息以及联合模拟演习和规划。

(5) 第 5 条草案之二只是为了说明可采取的合作形式，并不是为受灾国或援助方规定参加某些活动的额外法律义务。可采取的合作形式将取决于一系列因素，除其他外包括：灾害性质、受灾人员的需要、受灾国和援助方的能力。与合作原则本身一样，第 5 条草案之二所列的合作形式意在显示一种相互性，因为合作并非单方面行为，而是涉及多方的合作行为。³¹¹ 因此，本条草案不是为了列举援助国可开展的活动清单，而是为了说明可通过受灾国和援助方双方的磋商协调努力的领域。

(6) 此外，提到的合作领域必须与其他条文草案保持一致。例如，与第 5 条草案一样，第 5 条草案之二提到的合作形式必须与第 9 条草案一致，该条承认受灾国“由于其主权”在救灾和援助中的主要作用。合作还必须满足受灾国对外部援助的同意(第 11 条草案)要求，并承认受灾国可对提供外部援助，特别是就查明的受灾人员的需要以及援助的质量规定适当的条件(第 13 条草案)。合作还与第 14 条草案有关，该条承认受灾国对迅速及有效地向受灾人员提供援助的作用。这样看来，并且鉴于第 5 条草案之二没有规定任何额外的法律义务，在开展上述形式的合作时，受灾国、援助国及其他援助方之间的关系将遵守本专题条款草案的其他规定。

(7) 第 5 条草案之二提到的合作形式中，特意将人道主义援助放在第一位，这是因为委员会认为这种合作在救灾工作中最重要。第二类合作——协调国际救灾行动和通信——希望尽可能涵盖救灾阶段的大多数合作努力，可包括后勤协调、监

³¹⁰ 第 27 段。

³¹¹ 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 331 段，对第 5 条草案的评注，第(6)段。

督、为救灾人员和设备的活动及通行提供便利，以及分享和交流与灾害有关的信息。虽然强调灾前合作的文书经常提到信息交流是减少灾害风险的预防手段，³¹² 但是通信和信息对于在救灾过程中监督灾情发展、推动协调各参与方的救援行动也十分重要。许多文书都提到了救灾过程中的通信和信息分享问题。³¹³ 提到“提供救灾人员、救灾设备和物资以及科学、医学、技术资源”是指提供救灾行动所需的任何及一切资源。提到“人员”是指可能需要提供医疗小组、搜寻和救援小组、工程师和技术专家、笔译和口译员，或代表某参与方——受灾国、援助国或其他援助方——参加救援行动的其他人员，并需要他们之间的合作。“资源”一词涵盖科学、技术和医学专长和知识，以及设备、工具、药物，或对救援有用的其他物品。

(8) 第 5 条草案之二列出了救灾过程中或灾后阶段可采取的合作形式。本条草案的内容本身不妨碍任何关于灾前，包括预防、备灾和缓解阶段合作的适用规则。

第 5 条之三 减少灾害风险的合作

合作应扩展至采取旨在减少灾害风险的措施。

评注

(1) 第 5 条草案涉及在灾害周期的救灾或灾后阶段可采取的各种合作形式，而第 5 条草案之三指出，第 5 条草案以一般措辞体现的合作义务适用范围在时间上也涵盖灾前阶段。因此，草案第 5 条之二处阐述灾害应对问题，而草案第 5 条之三阐述减少灾害风险问题。

(2) 这一条款将所指的合作界定为与“采取旨在减少灾害风险的措施”相关的合作。理解这一短语应参照第 16 条草案的两款，特别是设想了一系列专门用于减少灾害风险的措施的第 2 款。

(3) 暂时通过第 5 条草案之三时所依据的理解是，通过它不妨碍这套条款草案的最终位置，特别是包括将它与第 5 条草案之二同时纳入一个新修订的第 5 条草案。这些是暂时搁置的问题，待条款草案一读最后定稿时调整。

³¹² 例如，见《东盟灾害管理与紧急应对协定》(《东盟协定》)(2005 年 7 月 26 日)，2005 年东盟文件汇编，第 18 条第 1 款。

³¹³ 例如，见《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》，联合国，《条约汇编》，第 2296 卷，第 5 页，第 3 条(呼吁“部署地面和卫星电信设备来预测和监测各种自然危险、健康危险或灾害以及提供有关的信息，”以及“在缔约国之间以及同其他国家、非国家实体和政府间组织分享关于自然危险、健康危险和灾害的信息，并将这种信息传播给公众，特别是传播给面临危险的社区”)；《使用军事和民防资源救灾的指导方针》(“奥斯陆指导方针”)，2006 年修订版，第 54 段。另见秘书处备忘录中的讨论，A/CN.4/590，第 159-72 段。

第 12 条 提议援助

在应对灾害时，各国、联合国、其他主管的政府间组织有权向受灾国提议援助。有关的非政府组织也可向受灾国提议援助。

评注

(1) 第 12 条草案承认国际社会愿意在发生灾害时保护人员，这被视为对第 9 条草案所载受灾国主要作用的补充。本条草案表达了属于本专题整套条款草案的基础的团结一致原则，特别是表达了第 5 条草案和第 5 条草案之二所载的合作原则。

(2) 第 12 条草案只涉及“提议”援助，不涉及实际“提供”援助。这类提议，不论是单方面提出还是应要求提出，本质上是自愿性质，不应视为承认存在援助的法律义务。援助提议并不导致受灾国有义务接受该提议。根据贯穿于整套条款草案的基本的主权原则，受灾国可按照第 11 条选择全部或部分接受，或是不接受来自国家或非国家行为方的援助提议。³¹⁴

要求“按照本条款草案”提出援助提议意味着这类提议除其他外，不得具有歧视性，也不得施加受灾国无法接受的条件。

(3) 根据现有条款草案提出的援助提议本身不得视为干涉受灾国内部事务。这一论断符合国际法学会在 1989 年关于“保护人权和不干涉他国内部事务原则”的决议中的声明：

“一国、国家集团、国际组织或红十字国际委员会等公正的人道主义机构向领土内人民生命或健康遭到严重威胁的国家提出提供粮食或医疗物资，不得视为对该国内部事务的非法干涉。[……]”³¹⁵

(4) 第 12 条草案涉及第三方向受灾国提议援助的问题，分别在两句中提到了最有可能在发生灾害后提出这类提议的行为方。第一句提到了国家、联合国及其他主管政府间组织，第二句提到了非政府组织。委员会决定在两句中使用不同的措词。第一句选择使用“有权向受灾国提议援助”以示强调。国家、联合国及政府间组织不仅有权，而且鼓励它们向受灾国提出援助提议。第二句提到非政府组织时，委员会采用了“也可向受灾国提议援助”的说法，以强调非政府组织与国家及政府间组织在性质和地位上的区别。

(5) 第 12 条草案第二句承认非政府组织发挥的重要作用，它们凭借其性质、位置和专长，能够针对特定灾难提供援助。国际法中也曾经提到非政府组织及其他

³¹⁴ 对第 12 条草案发表的意见见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 278-283 段。另见同上，第 44 段和 A/CN.4/652，第 55-78 段。

³¹⁵ 国际法学会，圣地亚哥—德孔波斯特拉会议，“保护人权和不干涉他国内部事务的原则”（1989 年 12 月 13 日），第 5 条。

行为方在开展救援行动方面的地位。1949 年日内瓦四公约已经规定，在武装冲突情况下：

“[……]公正的人道主义团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。”³¹⁶

同样，日内瓦四公约第二附加议定书规定：

在缔约一方领土内的救济团体，如红十字会(红新月会、红狮与太阳会)组织，得提供服务，对武装冲突受难者执行其传统的职务。平民居民即使在其自己主动下，也得提供收集和照顾伤者、病者和遇船难者的服务。³¹⁷

大会 1988 年 12 月 8 日题为“向自然灾害和类似紧急情况的受害者提供人道主义援助”的第 43/131 号决议强调了纯粹出于人道主义动机工作的非政府组织在救灾工作中的重要贡献，除其他外，大会在决议中请所有受灾国“便利[这类]组织提供人道主义援助的工作，特别是提供粮食、药品和医疗保健，而这些援助切需到达灾民手中”，并呼吁“所有国家支持向自然灾害和类似紧急情况的灾民提供人道主义援助的[那些]组织”。³¹⁸

第 13 条

对提供外部援助规定条件

受灾国可对提供外部援助规定条件。此种条件须与本条款草案、适用的国际法规则以及受灾国国内法相符。条件应考虑到查明的受灾人员的需要以及援助的质量。在拟订条件时，受灾国应指明所寻求的援助的范围和种类。

评注

(1) 第 13 条草案涉及受灾国对在其领土上提供外部援助规定条件。本条草案肯定了受灾国有权根据现有条款草案以及国际和国内法的适用规定，对提供外部援助规定条件。本条说明了如何规定这些条件。查明的受灾人员的需要以及援助的质量决定了条件的性质。本条还要求受灾国在拟定条件时指明所需求的援助的范围和种类。

(2) 本条草案进一步体现了第 9 条草案规定的原则，第 9 条草案确认受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。通过采用“可……

³¹⁶ 例如见 1949 年《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页，第三条第(二)款。

³¹⁷ 《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，第十八条第一款。

³¹⁸ 见大会 1988 年 12 月 8 日第 43/131 号决议，第 4-5 段。

规定条件”的说法——这符合提供援助的自愿性质，第 13 条草案承认受灾国有权对这类援助规定条件，最好在灾害发生前规定条件，不过也可以在救灾过程中就已知援助方的具体援助形式规定条件。委员会提到“外部”援助是因为本条的范围是第三国或其他援助方，例如国际组织提供的援助，但不包括来自国内的援助，例如国内非政府组织提供的援助。

(3) 本条草案对受灾国规定援助条件的权利施加了限制，即必须依据适用的法律规则施加条件。第二句列出了可施加条件的法律框架，包括“本条款草案、适用的国际法规则以及受灾国国内法。”委员会提到“本条款草案”，以强调所有条件都必须符合之前和之后的条款体现的原则，因此无需再次列举其他条款阐述过的人道主义和法律原则，特别是诚信、主权，以及第 6 条草案中提到的人道主义原则，即人道、中立、公正和不歧视。

(4) 委员会提到国内法，强调了具体受灾国的国内法律的权威。但这并不意味着事先就存在专门规范发生灾害时受灾国提出的具体条件的国内法。虽然不要求在条件之前必须存在专门的国内法，但是规定的条件必须符合受灾国现有的相关国内法律。

(5) 受灾国和援助方都必须遵守国内法的适用规则。受灾国只能依据这类法律施加条件，援助方在整个援助期间都必须遵守这类法律。本条草案没有明确说明这种相互性，因为遵守国内法这一普遍原则本身就体现了这种相互性。当前国际协定支持援助方必须遵守国内法律的观点。例如，东盟协定第 13 条第(2)款规定“援助行动的成员必须尊重并遵守所有国内法律和规章”。其他一些国际协定也要求援助方遵守国内法³¹⁹ 或依据受灾国的法律开展活动。³²⁰

(6) 援助方遵守国内法的义务意味着有义务要求救援行动成员遵守受灾国的国内法律和规章，³²¹ 救援行动负责人采取一切适当措施确保遵守受灾国的国内法律和规章，³²² 援助人员与受灾国当局合作。³²³ 遵守受灾国国内法并与受灾国当局合作的义务与受灾国主权至上的原则和合作原则是一致的。

³¹⁹ 例如见《美洲便利灾难援助公约》，1991 年，第八条和第十一条(d)项；《核事故或辐射紧急情况援助公约》，1986 年，联合国，《条约汇编》，第 1457 卷，第 24643 号，第 133 页，第 8 条第 7 款。

³²⁰ 同上；《黑海经济合作组织(黑海经合组织)参加国政府关于就自然灾害和人为灾害提供紧急援助做出紧急反应的合作协定》，1998 年，第 5 条和第 9 条。

³²¹ 例如见《关于工业事故越界影响的公约》，1992 年 3 月 17 日，联合国，《条约汇编》，第 2105 卷，第 36605 号，第 457 页，附件十(1)：“参加援助行动的人员需依据求助国家的相关法律开展活动。”

³²² 例如见《东盟协定》，第 13 条第(2)款：“援助行动负责人应采取一切适当措施，确保遵守国内法律和规章。”

³²³ 例如见 Peter MacAlister-Smith, 人道主义援助行动国际指导方针草案(海德堡，德国：马克斯·普朗克比较公法和国际法研究所，1991 年)，第 22(b)段：“在人道主义援助行动的任何时候，援助人员都应……与受援国的指定主管部门合作。”

(7) 规定援助条件的权利承认受灾国有权拒绝不想要或不需要的援助，以及决定援助内容和时间。本条草案第三句解释了受灾国规定的条件需满足的要求，即条件不仅必须“考虑”查明的受灾人员的需要，还必须考虑援助的质量。不过，“考虑”一词并不表示国家对外部援助只能施加与查明的需要和援助质量有关的条件。

(8) 委员会使用“查明的”一词，以显示规定条件时必须有明显的需要，而且随着实地情况的变化以及更多信息的出现，需要也可能随之变化。这意味着不应任意施加条件，而应当以保护受灾人员为目标拟定条件。“查明的”表示必须存在某些了解需要的程序，可采取需求评估的形式，而且最好与援助方磋商进行。不过，查明需要的程序不是事先设定的，而是由受灾国选择其认为最合适的程序。没有硬性规定，视灾害的具体情况和受灾国的能力而定。无论如何，都不应当因查明需要而妨碍或耽误迅速和有效的援助。第三句的规定旨在如第 2 条草案所述，在发生灾害时“满足有关人员的基本需求”，应视为对受灾人员权利和需要的进一步保护。这两条草案中提到的“需要”范围广泛，足以涵盖妇女、儿童、老人和残疾人以及脆弱或弱势人员和群体的特殊需要。

(9) 使用“质量”一词是为了确保受灾国有权拒绝不必要或可能有害的援助。条件可包括，除其他外，基于安全、安保、营养和文化适当性施加的限制。

(10) 第 13 条草案包含关于“寻求的援助的范围和种类”的规定。之前的一些国际协定也载有类似规定。³²⁴ 通过使用“应指明”一词，本条草案规定受灾国在施加援助条件时有责任明确说明寻求的援助种类和范围。同时，这意味着援助的范围和种类一旦确定，将告知可能提供援助的第三方，为磋商提供便利。这将提高援助进程的效率，并确保及时向需要的人提供适当的援助。

(11) 关于使用什么动词修饰“条件”一词，委员会考虑了多种可能。委员会决定使用两个不同的词——“规定”和“拟定”是为了避免用词重复，并不表示不同的含义。

第 14 条 便利外部援助

1. 受灾国应在其国内法范围内采取必要措施，便利迅速及有效地提供外部援助，尤其是：

(a) 对于民事救灾人员和军队救灾人员，在诸如特权和豁免、签证和入境要求、工作许可证、通行自由等方面提供便利；以及

(b) 对于货物和设备，在诸如海关要求和关税、征税、运输以及处置等方面提供便利。

³²⁴ 例如，见《坦佩雷公约》，第 4 条第 2 款：“请求提供电信援助的缔约国应具体说明所需援助的范围和类型。”

2. 受灾国应确保其有关法律和规章容易查阅，从而便利遵守国内法。

评注

(1) 第 14 条草案涉及便利外部援助。本条的目的是确保国内法有利于提供迅速和有效的援助。为此，该条进一步要求受灾国确保援助方能够容易查阅到其有关法律和规章。

(2) 本条草案规定受灾国“应……采取必要措施”，方便迅速及有效地提供援助。“在其国内法范围内采取必要措施”可包括立法、管理和行政等措施。措施还可以包括根据紧急状态法采取的行动，以及在允许的范围内酌情临时调整或放弃某些国内法律或规章的适用。委员会如此拟订本条草案，是为了鼓励各国允许在发生灾害时暂不适用某些国内法律，并在国内法律中添加适当条款，以免在灾后需要这类紧急条款的关键时期造成任何法律上的不确定。

(3) 本条草案列出了国内法应允许采取临时措施的援助领域。列举前使用的“尤其是”一词表明没有列出所有情况，只是显示了国内法可能需要为迅速及有效的援助提供便利的不同领域。

(4) 本条(a)项涉及救灾人员。本条专门提到民事救灾人员和军队救灾人员，表明委员会承认军队救灾人员在救灾行动中通常发挥重要作用。军队救灾人员指参与提供人道主义援助的人员。(a)项提到的领域就如何更好地为救灾人员提供便利作出了指导。授予援助方特权和豁免是许多国际协定所载鼓励外国救援人员提供帮助的重要措施。³²⁵ 免签证或快速办理签证，以及在入境要求和工作许可证方面提供便利是确保迅速提供援助的关键。³²⁶ 如果没有特殊机制，救援人员可能被拦在边境，或无法在灾害发生后的关键几天合法地开展工作，或为避免逗留时间超过签证期限而不得不反复出入境。通行自由意味着救援人员能够在灾区自由通行，以充分履行专门商定的职责。³²⁷ 受灾国允许在相关区域内通行自由的同时，可限制进入某些敏感地区。对救援人员的通行自由施加不必要的限制将遏制救援人员灵活提供援助的能力。

(5) 本条(b)项涉及货物和设备，包括任何以及一切物资、工具、机器、食物、药物，以及救援行动所需的其他物品。委员会希望将该类别也包括搜救犬——一般视为货物和设备，而不是为动物单独设一类。货物和设备是为有效援助提供便

³²⁵ 例如见《民防援助框架公约》，2000年5月22日，联合国，《条约汇编》，第2172卷，第18131号，第213页，第4条第5款：“受援国应在其国内法律框架内提供开展援助所需要的所有特权、豁免和便利。”

³²⁶ 红十字会协会早就指出，入境要求和签证是一项“耗时的程序，经常耽误派遣这类代表和团队，”因此延误受灾国义务提供的重要援助。红十字会协会理事会第三十三届会议通过的决议，1975年10月28日至11月1日，日内瓦。

³²⁷ 见《救灾行动示范规则》，1982年，联合国训练研究所，政策和效能研究丛书第8号(销售编号E.82.XV.PE/8)，附件A，规则16称受灾国必须允许援助“人员自由进入履行其专门商定的职责而必须进入的灾区，并在灾区内自由通行。”

利的关键，国内法必须灵活应对受灾人员的需要，确保迅速提供货物和设备。应取消或放松海关规定，减免关税和税收，以降低成本，避免耽误货物运输。³²⁸ 货物和设备如果不能及时送到，可能很快就派不上用场了，通常的程序旨在保护一国经济利益，但是可能阻碍拯救生命或提供所需援助的救援设备的送达。

(6) 本条草案第 2 款要求所有有关法律和规章对援助方而言，容易查阅。使用“容易查阅”一词是说这类法律必须容易查阅，无需受灾国专门向每个援助方分别提供这些信息。

第 15 条 终止外部援助

受灾国和援助国以及适当时其他援助方，应就终止外部援助和终止的方式进行磋商。希望终止援助的受灾国、援助国或其他援助方应发出适当的通知。

评注

(1) 第 15 条草案涉及终止外部援助的问题。这条草案包含两句话。第一句要求受灾国和援助国以及适当时其他援助方就终止外部援助，包括终止的方式进行磋商。第二句要求希望终止援助的一方发出适当的通知。

(2) 受灾国接受援助提议后，保留对援助期限的控制权。第 9 条草案第 2 款明确肯定了受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。第 11 条草案规定提供外部援助需要征得受灾国的同意，但前提是受灾国不得任意拒绝外来援助。上述规定相结合即意味着受灾国可以撤销同意，从而终止外部援助，并结束提供援助所依据的法律机制。

(3) 第 15 条草案力求平衡受灾国终止外部援助的权利以及援助方的地位，以期为受灾人员提供充分保护。因此，本条草案不承认唯受灾国拥有单方面终止援助的权利。相反，委员会承认援助国及其他援助方本身也可能需要终止它们的援助活动。因此，第 15 条草案保留了任何一方终止正在提供的援助的权利，当然需要酌情与其他国家或行为方磋商后才能终止。

(4) “援助方”一词出自提供救灾和援助的国际组织及非政府组织的当前文书，³²⁹ 当然将在关于“用语”的条款中加以定义。第 15 条草案是从双边角度起草的，但不排除多个援助方提供外部援助的情况。

³²⁸ 各项国际条约强调了这一点。例如见《坦佩雷公约》第 9 条第 4 款；另见《东盟协定》，第 14 条(b)项。

³²⁹ 2007 年 11 月 26-30 日举行的红十字会与红新月会国际联合会第 30 届国际大会通过的《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》第 12 条，30IC/07/R4, 附件，及有关说明。

(5) 磋商要求反映了贯穿于本套条款草案的团结和合作精神，以及第 5 条草案和第 5 条草案之二所载的合作精神。委员会预计在提供援助的不同阶段，可能会出于各种原因需要终止援助。救援行动可能会达到受灾国或一个或多个援助方停止救援行动才合理的阶段。导致终止援助的情况可能包括：援助方资源耗尽，或发生其他灾难，必须转移资源。第 15 条没有作硬性规定，允许根据情况调整援助期限，同时暗示各方应真诚磋商。无论如何，都应当结合第 2 条草案所述条款草案的宗旨解读第 15 条草案；因此，做出终止援助的决定时，应考虑受灾人员的需要，即考虑他们的需要是否及在多大程度上得到了满足。

(6) “方式”指终止援助需遵循的程序。虽然双方同时想终止援助的情况并不总会发生，但是就终止方式进行磋商将有助于有关各方友好、有效地终止援助。

(7) 第二句规定希望终止外部援助的一方应发出通知。要想确保形势保持一定程度的稳定，必需发出适当的通知，以避免任何一方因援助突然中断而蒙受损失。本条款未作硬性规定，在磋商进程之前、期间或之后都可以发出通知。没有对通知程序施加程序上的限制。不过，应根据具体情况发出“适当的”通知，包括以适当的形式、在适当的时间发出通知，最好尽早通知。

第 16 条

减少灾害风险的义务

1. 每一国均应采取包括制订法律和规章在内的必要和适当的措施减少灾害风险，以防灾、减灾和备灾。
2. 减少灾害风险的措施包括开展风险评估、收集和传播风险和以往损失信息、安装和操作预警系统。

评注

(1) 第 16 条草案阐述关于减少灾害风险的责任。这条草案由两款组成。第 1 款规定了采取一定措施减少灾害风险的基本义务，第 2 款指示性地列举了这类措施。

(2) 第 16 条草案体现的是，承认在发生灾害时的人员保护条款草案中不仅需要涵盖灾害应对阶段，而且也需要涵盖国家的灾前职责。减少灾害风险的概念来源于大会的一些决议，并且通过 1994 年横滨减少自然灾害世界会议、³³⁰ 2005 年《2005-2015 年兵库行动框架》³³¹ 以及全球减少灾害风险平台的四届会议(最近一届于 2013 年 5 月举行) 而得到进一步发展。

³³⁰ 见《建立更安全的世界的横滨战略：预防、防备和减轻自然灾害的指导方针》及《行动计划》，A/CONF.172/9，第一章，决议一，附件一。

³³¹ 《2005-2015 年兵库行动框架：建立国家和社区的抗灾复原能力》，A/CONF.206/6 和 Corr.1，第一章，决议 2。

(3) 如 2005 年《兵库宣言》指出的：“必须在一切层面，从个人到国际一级，培养防灾抗灾的氛围，并推动制定与之相关的、属于必要投资性质的灾前战略……灾害风险、危害及其影响确实构成威胁，但是，通过适当的应对就可以也必定能够采取行动，减少未来的风险和降低脆弱度”。在 2013 年全球减少灾害风险平台的第四届会议上，主席在总结概要中提请注意：“越来越多的人认识到：预防和减少灾害风险是一项法律义务，涵盖风险评估、安装预警系统、以及获得风险信息权”。

(4) 第 16 条草案体现的规则受到《国际法院规约》第三十八条第一款确认的法律渊源的启发。委员会立足于国家主权和不干涉的基本原则，并且同时吸取了由国际人权法产生的原则，包括各国义务尊重、保护和实现人权，特别是生命权。保护不仅事关实际侵犯人权的行为，而且也对各国施加了采取必要适当措施，防止这类侵权行为出现的积极义务，不管威胁来自何处。这一点得到国际法庭裁决的确认，特别是欧洲人权法院关于 Öneriyildiz 诉土耳其案³³² 和 Budayeva 等诉俄罗斯案³³³ 的裁决。这些裁决确认了采取预防措施的责任。此外，第 16 条草案吸取了若干国际环境法原则的内容，包括“尽职”原则的内容。

(5) 第 16 条草案的重要法律基础是，存在着反映各国承诺减少灾害风险的广泛实践。许多国家签订了有关减少灾害风险的具有约束力的多边、区域和双边协议，其中包括：《东盟协定》；³³⁴ 《亚洲减少灾害风险北京行动计划》(2005 年)；《亚洲减少灾害风险德里宣言》(2007 年)；《2008 亚洲减少灾害风险吉隆坡宣言》(2008)；2010 年第四届亚洲部长级减灾大会，该次会议产生了《亚太 2010 年减轻灾害风险仁川宣言》和《亚太适应气候变化减轻灾害风险仁川区域路线图》，重申了《行动纲领》，提出了考虑到该区域脆弱性的适应气候变化和减少灾害风险的亚洲倡议；³³⁵ 2004 年《非洲联盟区域减少灾害风险战略》，随后又有实施该战略的行动方案(原订 2005-2010 年时间，后来延长至 2015 年)；³³⁶ 四届非洲区域减少灾害风险平台会议，最近的一届是在 2013 年；³³⁷ 《阿拉伯 2020 减少灾害风险战略》，由 2010 年 12 月举行的阿拉伯环境部长理

³³² 欧洲人权法院，Öneriyildiz 诉土耳其，案件号 48939，大审判庭，2004 年 11 月 30 日的判决。

³³³ 欧洲人权法院，Budayeva 等人诉俄罗斯，第一庭，案件号 15339/02、21166/02、20058/02、11673/02 和 15343/02，2008 年 3 月 20 日的判决。

³³⁴ 该协定是在《兵库行动框架》获得通过之后制订的第一个关于减少灾害风险的国际条约。

³³⁵ 宣言的全文见 http://www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf。

³³⁶ 《减少灾害风险非洲区域战略延长的行动方案(2006-2015)》，导言。

³³⁷ 联合国国际减灾战略署，“非洲针对减灾问题寻求统一的立场”，2013 年 2 月 13 日。可查阅 <http://www.unisdr.org/archive/31224>。

事会通过；³³⁸ 最后，《关于加强美洲减少灾害风险行动的纳亚里特公报》(2011年)。³³⁹

(6) 各国对这一承诺的承认也体现在各国将减少灾害风险措施纳入其国家政策和法律框架这一点上。通过对各国实施《兵库框架》³⁴⁰ 进展报告汇编之后可以发现，提交报告的 64 个国家或地区已经确立了关于减少灾害风险的专门政策，这些国家或地区均匀地分布于各大洲和各个地区，包括了主要的易受灾地点。这些国家或地区是：阿尔及利亚、安吉拉、阿根廷、亚美尼亚、孟加拉国、多民族玻利维亚国、巴西、英属维尔京群岛、加拿大、佛得角、智利、哥伦比亚、库克群岛、哥斯达黎加、科特迪瓦、古巴、多米尼加共和国、斐济、芬兰、格鲁吉亚、德国、加纳、危地马拉、洪都拉斯、印度、印度尼西亚、意大利、日本、肯尼亚、老挝人民民主共和国、黎巴嫩、马达加斯加、马拉维、马来西亚、马尔代夫、马绍尔群岛、毛里求斯、墨西哥、蒙古、摩洛哥、莫桑比克、尼泊尔、新西兰、尼加拉瓜、尼日利亚、挪威、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、波兰、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、萨摩亚、塞内加尔、斯里兰卡、瑞典、瑞士、阿拉伯叙利亚共和国、泰国、前南斯拉夫的马其顿共和国、坦桑尼亚联合共和国、美利坚合众国、瓦努阿图、委内瑞拉玻利瓦尔共和国。更近些时候，联合国国际减灾战略署(联合国减灾署)查明已经有 76 个国家建立了国家减灾平台，其定义是“一种协调机制，用于把减少灾害风险纳入发展政策、规划和方案的主流”，以实施减少灾害风险战略。³⁴¹ 好几个国家制订了法律，要么单独、专门处理减少灾害风险问题，要么在更广泛的法律框架内结合灾害应对一并处理灾害风险管理问题。这些国家包括：阿尔及利亚、³⁴² 喀麦隆、³⁴³ 中国、³⁴⁴ 多米尼加共和国、³⁴⁵ 萨尔瓦多、³⁴⁶ 爱沙尼亚、³⁴⁷ 法国、³⁴⁸ 危地马拉、³⁴⁹ 海地、³⁵⁰ 匈牙利、³⁵¹ 印度、³⁵²

³³⁸ 该项战略的全文见 http://www.unisdr.org/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf。

³³⁹ 公报全文见 http://www.unisdr.org/files/18603_communiqenayarit.pdf。

³⁴⁰ 兵库行动框架(2009-2011)，兵库行动框架优先事项 1，核心指标 1.1。

³⁴¹ 建立了国家平台的国家名单见 <http://www.unisdr.org/partners/countries>。

³⁴² 阿尔及利亚，预防灾害和灾害管理法，2004 年 12 月 25 日。

³⁴³ 喀麦隆，Arrêté No. 037/PM du 19 mars 2003 portant création, organisation et fonctionnement d'un Observatoire National des Risques.

³⁴⁴ 中国，防灾救灾法(2002 年)。

³⁴⁵ 多米尼加共和国，第 No. 874-09 号法令，该法令批准关于风险管理的第 147-02 号法律实施条例并废除第 932-03 号法令(2009 年)中的第 1、2、3、4 和 5 章。

³⁴⁶ 萨尔瓦多，民防、防灾、减灾法(2005 年)。

³⁴⁷ 爱沙尼亚，防备紧急情况法(2000 年)。

³⁴⁸ 法国，关于预防技术和自然风险和损害赔偿法的第 2003-699 号法律(2003 年)。

³⁴⁹ 危地马拉，第 109-96 号法令，减轻自然灾害和人为灾害全国协调员法(1996 年)。

³⁵⁰ 海地，全国风险和灾害管理计划(1988 年)。

³⁵¹ 匈牙利，第七十四号法，预防灾害和预防涉及危险物质重大事故的管理和组织法(1999 年)。

³⁵² 印度，第 53 号灾害管理法(2005 年)。

印度尼西亚、³⁵³ 意大利、³⁵⁴ 马达加斯加、³⁵⁵ 纳米比亚、³⁵⁶ 新西兰、³⁵⁷ 巴基斯坦、³⁵⁸ 秘鲁、³⁵⁹ 菲律宾、³⁶⁰ 大韩民国、³⁶¹ 斯洛文尼亚、³⁶² 南非、³⁶³ 泰国³⁶⁴、美国。³⁶⁵

(7) 第 16 条草案应与迄今通过的普遍适用性规则、包括那些主要关系到灾害应对的规则一起解读。将在完成一读时确定它在一读条款草案中的最后位置。

第 1 款

(8) 第 1 款以“每一国”开始。该委员会选择这一措辞，而不是英文复数的“国”，是为了与先前通过的、已经注意界定负有法律责任的一国或多国的条款草案保持一致。相比那些直接涉及灾后恢复阶段(受灾国有别于其他国家的阶段)灾害应对的条文草案，灾前阶段的有关义务问题适用于每一国。此外，从第 2 款显而易见的是，减少风险的义务意味着主要在国内一级采取措施。第 5 条之三旨在涵盖任何需要国与国或与其他国际行为者之间互动的这类措施。换言之，这一义务分别适用于每一个国家。因此，委员会决定不使用英文复数的“国”，也是避免暗示任何集体义务。

(9) “应”一词表示存在着以这一款所述方式行事的国际法律义务，并且是传达这一法律义务的含义的最简洁方式。这条草案的标题确认了这一点，说的是减少灾害风险的“义务”。虽然每一国都承担同样的义务，但是以“采取必要和适当的措施”这一短语处理了各国之间履行义务能力的水平不同问题。

³⁵³ 印度尼西亚，2007 年关于灾害管理的第 24 号法律。

³⁵⁴ 意大利，关于建立国家减灾平台的总理令(2008 年)。

³⁵⁵ 马达加斯加，第 2005-866 号法令，该法令规定了实施 2003 年 9 月 5 日关于全国风险和灾害管理的第 2003-010 号法律的方式(2005 年)。

³⁵⁶ 纳米比亚，灾害风险管理法(2012 年)。

³⁵⁷ 新西兰，2005 年全国国防应急管理计划令(SR 2005/295)，第 3 部分。

³⁵⁸ 巴基斯坦，全国灾害管理法(2010 年)。也见巴基斯坦政府在 2011 年第三届全球减灾平台会议上的正式声明，可从下述网址查阅：<http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstatement.pdf>。

³⁵⁹ 秘鲁，第 29664 号法律，该法律创立了全国灾害风险管理系统(2011 年)。

³⁶⁰ 菲律宾，菲律宾灾害风险管理法(2006 年)。

³⁶¹ 大韩民国，全国灾害应对法(1995 年)；全国灾害管理法(2010 年)。

³⁶² 斯洛文尼亚，自然灾害和其他灾害防护法(2006 年)。

³⁶³ 南非，2002 年第 57 号灾害管理法。

³⁶⁴ 泰国，预防和减轻灾害法(2007 年)。

³⁶⁵ 美利坚合众国，减轻灾害法(2000 年)。

(10) 义务是“减少灾害风险”。³⁶⁶ 委员会采纳了本用语，以承认数个主要宣言，包括最近在 2005 年世界减灾会议上发表的《兵庫宣言》体现的当代国际社会观点，即：重点应是减少一个危险因素造成损害的风险，有别于防止灾害本身。因此，第 1 款的重点是减少灾害风险。实现这一点就要采取一定的措施，以防灾、减灾和备灾。

(11) “采取必要和适当的措施” 几字指出所要求的具体行为。除下文第(13)段对法律和规章外的进一步解释外，根据普遍的做法，以“必要”和“适当”这两个词来界定应采取的“措施”。在任何特定情况下，什么可能是“必要和适当”的，将按照应采取措施的既定目标来理解，即“防灾、减灾和备灾”以减少风险。如上文第(8)段指出的，这应在有关国家现有能力和可用资源的更广泛背景下进行评估。尽职的基本要求是“必要和适当”概念固有的。因此，依据的进一步理解是，这一措辞暗含着措施的成效问题。

(12) 通过“包括制订法律和规章”这一短语，这一款指出应采取的相应措施的具体背景。预期的成果包括根据法律或规章框架而专门采取的一些具体措施。因此，对于仍然没有制订这类框架的国家，减少灾害风险的一般义务也包括了制订这一法律框架，从而能够采取“必要和适当的”措施的责任。应在广义上理解“法律和规章”几字，以涵盖尽可能多的法律表现形式；普遍承认的一点是：这些基于法律的措施是推动(因此有“through”一词)在国内一级采取减少灾害风险措施的最常见、最有效的方式。

(13) 限定词“包括”表明，尽管“法律和规章”可能是主要的方法，但还可能还有其他可以据之采取这些措施的安排。选择“包括”一词，以避免解释为始终要求通过和执行具体的法律和规章。这将允许每一国有自由斟酌权来决定适用的法律框架；依据的理解是：具有一个预期采取“必要和适当的措施”的法律框架，是减少灾害风险的一个必要条件。因此，在“必要”之前使用英文定冠词“the”，以具体指出：所说的不是任何一般措施，而是专门和具体的防灾、减灾、备灾措施。

(14) “制定法律和规章”这一短语意味着需确保在国内法律制度中界定执行机制和针对不执行的问责制。由于这类问题虽然重要，但不是减少灾害风险领域内法律和规章可有的唯一内容，因此在第 1 款案文中强调也许会导致意思不明。

(15) 最后一句，即“防灾、减灾和备灾”，用于说明国家在灾前阶段应采取的、终极目标是减少其面临灾害风险的“必要和适当”措施的目的。这句话沿循了减少灾害风险主要文书使用的、现在广为接受的措辞。委员会认识到的一个事实是：采用不同措辞，可能会导致对条款草案所设想活动类别出现意想不到的相反解释。

³⁶⁶ 委员会指出，联合国在将“Disaster Risk Reduction”(减少灾害风险)正式译成法文时存在着语言上的差异。

(16) 为说明防灾、减灾和备灾这三个用语各自的含义，委员会认为应当参照联合国减灾署在 2009 年编写的《减少灾害风险词汇》，³⁶⁷ 根据这一词汇：

(一) “防灾是‘全面防止致灾因子和相关灾害的不利影响。’……”

预防或防灾表达的是通过事先采取行动，完全避免潜在不利影响的概念和意愿……。很多情况下，完全避免损失是不可能的，所以防灾任务转变成了减灾任务。部分是这个原因，有时防灾和减灾术语被不经意地交替使用。”

(二) “减灾是‘减轻或限制致灾因子和相关灾害的不利影响’……”

致灾因子的不利影响通常无法完全避免，但可以通过各种战略和行动切实地减轻它们的规模或危害程度。……应该注意在气候变化政策里“减轻”的表述不一样，为：减少作为气候变化根源的温室气体排放。”³⁶⁸

(三) “备灾是‘由政府、专业灾害响应和恢复机构、社区和个人建立的知识 and 能力，对可能发生的、即将发生的、或已经发生的危险事件或条件，以及它们的影响进行有效的预见、应对和恢复。’……”

备灾行动是在整个灾害风险管理的范围内进行的，目的是建立有效管理所有突发事件的能力，实现有序地从灾害响应到稳固恢复的过渡。好的备灾基于对灾害风险的良好分析，与预警系统的良好衔接……。[应采取的措施]必须要有一个正规机构、相关法律和预算的支持。”

第 2 款

(17) 第 2 款列出三类减少灾害风险的措施，即：开展风险评估、收集和传播风险和以往损失信息、以及安装和操作预警系统。正如在本评注第(3)段指出的，2013 年 5 月举行的减少灾害风险全球平台第四届会议结束时，主席在总结中强调了这三个措施。委员会决定明确提及列出的三个实例，以反映最突出类型的当代减少灾害风险努力。“包括”一词表示所列举的并非详尽无遗。列举这三项措施不影响目前正在或未来可能开展的旨在减少灾害风险的其他活动。

(18) 可采取的切实可行措施是无数的，并依赖于社会、环境、金融、文化和其他相关情况。公共和私营部门的实践提供了丰富的实例。其中可援引的是：社区一级的备灾和教育、建立体制框架、应急计划、设立监督机制、土地用途控制、建筑标准、生态系统管理、排水系统、资金、以及保险。

(19) 第 2 款所着眼的三个连续措施具有一个共同特征：都有助于制订和适用许多、即使并非全部其他措施，例如在公共和私营部门涉及重点确定或投资规划的决策中。

³⁶⁷ 见 <http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>。

³⁶⁸ 委员会意识到在联合国正式英文和法文本中对“mitigation”（减轻）一词的使用存在着差别。

(20) 第一项措施——风险评估——涉及到培养有关危险和脆弱性的知识。因此，这是任何减少灾害风险的第一步明智措施。如果没有足够确定地了解环绕灾害的情况及其特点，就不能颁布有效的措施。风险评估也迫使各方更仔细了解当地实际情况和当地社区参与。

(21) 第二项措施——收集和传播风险和以往损失信息——是下一个步骤。减少灾害风险，需要公私部门和民间社会中所有参与者的行动。收集和传播的结果应是免费提供风险和以往损失信息，能够推动有效的行动。它使所有利益攸关方能够为自己的行动承担责任，并更好地确定规划重点；它也增强了交易透明度以及公众监督和控制。委员会希望强调：需要传播和免费提供风险和以往损失信息，因为这反映了关注公众获取此类信息的重要性这一流行趋势。委员会尽管认识到这一趋势重要，但认为最好在评注中，而不是在第 2 款本文中阐述；因为将它作为统一的法律规定，可能实际上让各国负担过重。

(22) 第三项措施是预警系统；它同时有助于启动和实施应急计划，从而限制危险的出现；正因为如此，这是有效备灾和应对的一个先决条件。

(23) 如上文第(11)段所解释的，第 2 款事关在国内采取预想措施。与第 5 条之三共同阅读，第 5 条的合作义务将涵盖任何属于国家间的措施。因此，有关任何列举和未列举的、为减少灾害风险可能采取的措施的国际法律义务的程度，应以每一国与其他的、该国有义务与之合作的行为者订立的相关具体协议或安排来确定。

第七章

习惯国际法的形成与证据

A. 引言

63. 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”专题列入其工作方案,并任命迈克尔·伍德先生为特别报告员。³⁶⁹在同届会议上,委员会收到特别报告员的说明(A/CN.4/653)。³⁷⁰亦在同届会议上,委员会请秘书处编写一份备忘录,说明委员会此前的工作中可能与此专题尤为相关的要素。³⁷¹

B. 本届会议审议此专题的情况

64. 在本届会议上,委员会收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/663)以及秘书处就该专题编写的一份备忘录(A/CN.4/659)。委员会在 2013 年 7 月 17 日至 25 日第 3181 次会议至第 3186 次会议上审议了该报告。

65. 委员会在 2013 年 7 月 25 日第 3186 次会议上决定将专题的名称改为“习惯国际法的识别”。

1. 特别报告员介绍第一次报告

66. 第一次报告本质上属于导论性质,其目的是为今后有关本专题的工作和讨论奠定基础,并笼统介绍了特别报告员为本专题建议的方针。该报告简要介绍了委员会此前开展的与本专题有关的工作概况等,并着重强调了代表们在大会第六十七届会议期间在第六委员会上发表的意見。该报告还讨论了本专题的范围和可能成果,并审议了与习惯国际法作为法律渊源有关的一些问题。随后,该报告介绍了今后要考查的材料的范围以及为委员会今后有关该专题的工作建议的方案。

67. 特别报告员介绍其报告时指出,在审议本专题时,考虑到世界所有法律制度和所有区域的国家的惯例十分重要,在委员会和其他机构之间以及与更广泛的学术界交换意见十分有益。特别报告员还认为,秘书处为介绍委员会此前的工作中可能与本专题尤为相关的要素而编写的《备忘录》有很大的帮助作用。具体而言,《备忘录》中的意见和解释性说明将构成委员会今后工作的重要参照点。

³⁶⁹ 在 2012 年 5 月 22 日举行的第 3132 次会议上(《大会正式记录,第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 157 段)。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该专题列入其工作方案。该专题在委员会第六十三届会议(2011 年)上已依据委员会报告附件 A 所载的提议(《大会正式记录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 305 段至第 314 段)列入其长期工作方案。

³⁷⁰ 《大会正式记录,第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 157 段至第 202 段。

³⁷¹ 同上,第 159 段。

68. 特别报告员充分认识到这一专题涉及的复杂性和谨慎从事的必要性，以特别确保习惯进程中的灵活性得以保留。他回顾说，本意既不是要审议习惯国际法的实质内容，也不是要解决关于习惯法依据的纯理论争议。相反，特别报告员转而建议委员会侧重于就识别习惯国际法规则问题拟定结论，并附加相关评注。预计这样的结果将切实有助于法官和律师，尤其是那些不太熟悉国际公法的法官和律师。

69. 鉴于特别报告员建议侧重于识别习惯规则的系统方法，也由于本专题目前的标题提及“形成”导致人们对于本专题的范围产生一些困惑，因此特别报告员建议将标题改为“习惯国际法的识别”。即使更改了标题，建议委员会开展的工作仍将包括审查形成习惯国际法规则的要求以及此类规则的实质性证据。要确定某一习惯国际法规则是否存在，这两个要素必不可少。特别报告员进一步重申，他倾向于不在本专题的范围内处理强制法。

70. 关于习惯国际法作为国际法的渊源问题，特别报告员首先转向《国际法院规约》第三十八条第一款，因为该款是国际法渊源的权威表述。特别报告员随后讨论了习惯国际法和国际法其他渊源之间的关系。特别报告员指出，习惯国际法与条约的关系是一个具有重大实际意义的问题，但也指出，这是一个人们相对较为了解的问题。在他看来，习惯国际法和一般法律原则之间的关系则不那么明显，需要委员会详加审查。他提请注意使用连贯一致的术语的重要性，进一步建议列入一项关于使用术语问题的结论。

71. 报告还提供了与审议该专题有关的材料的说明性清单。尽管该清单无意做到详尽无遗，但列出的材料被认为能够体现处理习惯国际法的形成和证据所使用的一般方针。在初步审查了某些关于国家惯例的材料以及国际法院和其他法院与法庭的案例法之后，特别报告员初步指出，尽管存在一些不一致的地方，但审阅的几乎所有材料都强调，要形成一条习惯国际法规则，既要有国家惯例，也要有法律确信。他进一步指出，其他机构(例如国际法协会、国际法学会和红十字国际委员会)就这一专题开展的工作以及随后的辩论和文章将引人关注。

72. 特别报告员指出，在报告中加入两项结论草案确认了他对委员会工作成果的形式想法，但认为现在就将结论草案提交起草委员会为时过早。相反，他希望开展非正式磋商，以就该专题的标题以及是否处理强制法问题达成共识。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

73. 委员们普遍同意，委员会的工作可为识别习惯国际法规则的进程提供有益的启示。委员们广泛支持制定一系列附加评注的结论。这一实际成果将用以指导那些不专门研究国际公法的律师和法官。委员们强调，尽管各种条约层出不穷，国际法的若干领域已经编为法律，但习惯国际法依然十分重要。同时，委员会的普遍看法是，就这一专题开展的工作不应作过多硬性规定，因为习惯进程的灵活

性依然至关重要。在这方面，委员们还强调，习惯国际法的形成是一个持续的过程，并不因为一条规则的出现而停止。

74. 一些委员评论说，有必要查明委员会能够就这一专题提供的附加值，并在这一专题工作与委员会先前的工作以及其他实体的工作之间加以区分。在这方面，委员们表示，有必要在委员会的工作与国际法协会开展的类似工作之间加以区分，并阐明委员会将解决哪些处理方面的空白。

75. 一些委员注意到这一专题所固有的复杂性和难度，认为识别习惯国际法方面存在的模糊性已然引发法律不确定性和不稳定性，以及关于一条习惯国际法规则是否存在的投机性或恶意争论。因此，为阐明使用何种程序识别一条习惯国际法规则而建议开展的工作受到普遍欢迎。

(b) 专题的范围

76. 一个引发了与范围有关的问题的初步事项是专题的标题。若干委员同意特别报告员提出的将“习惯国际法的形成与证据”改为“习惯国际法的识别”的提议，不过也有若干委员表示支持保留现有的标题。另一些委员则建议了其他的标题，包括“习惯国际法的证据”和“习惯国际法的认定”。还有人认为，由委员会解决与“形成”有关的理论问题不恰当，因此应将其从标题中删除。最终，委员们普遍认为，即使更改了标题，也依然有必要在专题的范围中同时涵括习惯国际法的形成与证据这两个方面。

77. 委员们普遍同意，委员会工作的主要侧重点应当是阐明识别习惯国际法在形成和证据方面的要素所使用的共同方针。然而，对“形成”和“证据”的审议应给予的相对分量引发了争论。一些委员怀疑，与习惯国际法的形成要素有关的十分学术或理论性的问题对于委员会在这一专题方面的工作是否必要或相关。有一种观点认为，形成和证据是截然相反的概念，因为前者是指随着时间的推移而发生的动态过程，而后者是指法律在某一时刻的状态。另有若干委员认为，不可能将形成的过程与识别某一规则是否存在所需的证据区分开来。

78. 若干委员赞同不在本专题范围内对强制法详加研究的提议。一些委员指出，强制法在形成和证据方面有其自身的特性。识别某一习惯国际法规则是否存在与这样一条规则是否还具备不受条约克减的附加特征，是两个不同的问题。还有人指出，已经提出了将强制法单列为一个新专题的提议。另一些委员表示，应在本专题下处理强制法问题，因为这两个概念之间有密切的相互联系，应加以研究。一些委员表示，如能够处理国际法渊源(包括条约法和强制法)的等级关系，将是有益的。

79. 若干委员赞同特别报告员提出的研究习惯国际法与一般国际法原则和一般法律原则之间的关系的提议。有人指出，委员会应努力说明各个概念之间复杂而含糊的关系。在这方面，一些委员指出，有时无法区分一般国际法原则和习惯国际法。至于一般法律原则和习惯国际法，委员们也发表了类似的观点。同时，一

些委员认为，应剔除涉及一般原则和一般国际法原则、但与习惯国际法无关的宽泛问题，因为研究此类问题将使本专题过于宽泛。

80. 委员们普遍支持研究习惯国际法和条约法之间的关系。在这方面，有人回顾说，人们公认，条约可汇编、明确或产生习惯国际法规则。还有一种观点认为，一条习惯国际法规则可以和一条相同的条约规定并行存在。委员们还表示支持研究仅有极少数缔约国的多边公约对习惯国际法的影响。有人指出，研究习惯国际法与条约法之间的关系应留待本专题工作的后期进行，因为首先需要对习惯国际法的构成要素开展透彻的分析。

81. 委员们还建议审议习惯国际法和国际法其他渊源(包括单边宣言)之间的关系。一些委员建议对不具约束力的文书或准则与习惯国际法的形成与证据之间的相互影响加以分析。

82. 一些委员表示支持研究区域习惯国际法，尤需重点研究区域习惯国际法和一般习惯国际法之间的关系。作为审议这一关系的工作的一部分，有人建议委员会研究区域惯例，包括相关司法决定、协定和法规。在这种情况下，有人指出，可能难以区分区域组织的惯例和单个国家的惯例。

(c) 方法学

83. 委员们广泛支持特别报告员提出的同时审议习惯国际法两大形成要素的提议。这两大要素亦即：使得一条习惯国际法规则存在的要素，以及证明此类要素存在所需的必要标准。在这方面，委员们还普遍支持关于应侧重识别习惯国际法规则的实际过程、而不是此类规则的内容的提议。不过，有人表示，不可能将主要规则的实质内容与对相关次要规则的分析完全区分开来。另一种观点认为，侧重查明规则的方针需辅以主要规则示例对其进行支持。

84. 委员们还广泛支持特别报告员关于仔细研究国家惯例和法律必要确念——习惯国际法公认的两大构成要素的建议。若干委员指出，查明习惯法规则必须以对国家惯例的评估为基础，同时适当考虑到此类惯例的通用性、连续性和代表性。委员们同意，并非所有的国际行为都具有这方面的法律意义，尤其是礼让或礼遇之举。同样，一些委员表示，某些国家立场可能并不反映法律确念，尤其是一个国家这样表示时。若干委员评论说，查明必要的国家惯例和(或)法律确念是否存在是一个困难的过程。有人指出，作为和不作为均有可能体现法律确念。

85. 有人提请注意，有必要仔细研究这种“双重要素”方针的时间问题，尤其是法律确念是否可能先于国家惯例，以及一条习惯国际法规则是否可能在短期内出现。委员们还提到确定给予国家惯例和法律确念的相对分量的用途。在这方面，有人表示，委员会就这一专题开展的工作对于弥合“传统”和“现代”习惯国际法方针可能至关重要。另一些委员则认为，尽管有必要分析习惯国际法的各种不同方针，但用“传统”和“现代”这种字眼对这些方针进行归类没有必要，或具有误导性。

86. 若干委员同意，委员会应努力制定一项共同的、统一的识别习惯国际法规则的方针，因为这类规则出现在一个单一的、相互关联的国际法律体系中。另有若干委员认为，不应采取全体系或单一的方针，因为识别规则的方针可能因为国际法实质领域的不同而有所不同。有人认为，给予国家惯例或法律确念的证据的相对分量可能因为领域的不同而发生变化。在这方面，有人建议，给予国际法不同领域的某些材料以不同的分量。有人尤其表示，在某些领域，软法可在习惯国际法的形成过程中发挥更大的作用。

87. 一种观点认为，特别报告员建议的方针没有充分考虑到习惯国际法正式渊源和实质渊源之间的区别。还有人表示，特别报告员建议纳入《国际法院规约》所载的“国际习惯”定义可能是错误的。一些委员表示，习惯国际法的定义应考虑《国际法院规约》第三十八条第一款(丑)项，特别是因为该项所确定的组成要素被广泛援引并得到广泛接受，但委员会制定的定义应当主要侧重于让习惯国际法具有约束性的那些核心要素。

88. 一些委员还强调，有必要处理如何确定某一习惯国际法规则已过时的程序。

89. 一些委员建议委员会审查其他行为方在习惯国际法形成过程中的作用。具体而言，有人表示，应当审查自成一格的国际法主体(例如红十字国际委员会)的裁决所具有的潜在司法价值。有人认为，在某些领域，这类行为方和利益集团在习惯国际法的发展及发展速度方面发挥着重要作用。而另一种观点则认为，给予某些非政府组织的裁决的分量应当比给予国家惯例或宣言的分量更轻。

(d) 应参考的材料范围

90. 委员们普遍支持特别报告员建议参考的材料范围。不过，有人表示，应当在给予不同材料的相对分量之间作出区分。

91. 委员们广泛支持仔细审查国家惯例。有人认为，应当审查世界各地的国家惯例材料；不过也有人指出，遗憾的是，并不是所有国家都公布这一领域的国家惯例调查。有人表示，某些地区的国家惯例可能较为有限，因为并非所有国家都参与了某些习惯国际法规则的形成。若干委员建议委员会研究国家法院的决定、国家官员的发言以及国家行为。有人认为，委员会应当仔细审议国家的实际行为，尤其是国家实际行为与国家声明相矛盾时。还有人提请注意国家在国际法院和法庭上的辩词，因为这些辩词可能表明在习惯国际法的形成和证据方面的立场。此外，如有可能，有人建议委员会审议各国政府法律顾问的分析报告，以及各国秘密交换意见的相关性。

92. 关于国家法院的判例，若干委员同意，应当谨慎处理此类案件，并仔细审查其连贯性。有人表示，国家法院应用习惯国际法的方式是国内法的职能，国内法官未必熟悉国际公法。

93. 委员们普遍支持审查国际、区域和次区域法院的判例的提议。若干委员特别支持对国际法院的判例进行分析。一些委员认为，国际法院的判例可被视为习

惯国际法规则形成与证据的主要材料来源，因为国际法院是联合国的主要司法机关，它在此类问题上的权威地位受到公认。有人认为，虽然咨询意见不具约束力，但也值得审议。若干委员还强调，有必要分析其他国际法院和法庭的判例，特别是因为某些法院和法庭在评估习惯国际法方面采用了不同的方针。

94. 有人认为，委员会应谨慎从事，勿过于重视判例，因为法院和法庭负责解决具体纠纷，而不是制定统一的国际法律标准或程序。一些委员还表示，各法院和法庭在做法上的显著差异实际上可能只是起草方面的不同。

95. 委员们普遍认为，国际组织和区域组织的惯例的作用值得审议。有人提请注意此类组织的决议、宣言、建议和决定作为国家惯例和法律确信两方面潜在证据的价值。然而，有人表示，应当给予国际组织政府间机构的惯例以更重的分量。

96. 一些委员认为，在有关本专题的工作方面，委员会对于“法”的概念不应过于狭隘。具体而言，有人指出，“软法”准则在习惯国际法的出现中发挥了不可或缺的作用。

97. 有人认为，国际法学家的著作将为这一专题提供有益的启示。有人提请注意作者们广泛支持使用“双重要素”方针处理习惯国际法，但也有批评家倡导其他方针。

(e) 今后有关本专题的工作

98. 普遍认为委员会应产生一项有益于从业者和法官的切实成果。然而有人回顾说，委员会的任何成果都不应影响习惯进程的灵活性或者今后关于习惯国际法的形成与证据的进展。

99. 委员们还普遍支持特别报告员建议的五年期工作计划。然而，若干委员认为，这项工作规划的目标过高，考虑到本专题所固有的难度，可能不可行；不过也有人指出，侧重实际问题的提议使得该工作计划可能可行。此外，委员会请各国不迟于2014年1月31日回复委员会征集本专题有关惯例资料的请求这一建议受到普遍欢迎。有人认为，迄今缺乏各国提供的惯例令人遗憾。

100. 若干委员表示支持编制所有语文的术语表、从而努力建设对术语的统一理解和使用的提议。委员们强调了这项工作的潜在实际用途。另一些委员认为，严格的术语词汇表可能并不可取，因为“国际法规则”这样一个一般短语可能并不能充分反映习惯国际法的全部内容。除规则之外，习惯国际法还包括原则和准则。另一种观点认为，一个词汇表或术语表可能并不能够实现我们所希望得到的清晰度，因为很难说某些术语得到了连贯一致的使用，而其他的术语则没有。还有人提请注意，委员会自身在识别习惯国际法规则时使用的术语和标准就不一致。

3. 特别报告员的总结

101. 特别报告员指出，人们普遍同意，本专题工作的成果本质上应是务实的。在这方面，人们广泛支持编写一套附加评注的结论。他还注意到，委员们普遍支持“二因素”方法，即为识别习惯国际法，既需要评估国家惯例，又需要评估法律确信，同时承认这两个因素可能有时“紧密纠缠在一起”，每一因素的相对权重可能会依不同情况而有所变化。

102. 委员们似乎还支持统一或共同的习惯国际法识别方法。

103. 关于专题的范围，人们似乎广泛支持研究习惯国际法与国际法其他渊源(包括条约法和一般法律原则)的关系。人们还对审议区域性习惯国际法表示了广泛的兴趣。关于强制法，特别报告员注意到人们普遍同意不应作为本专题的一部分详细讨论该问题。

104. 关于人们对他强调术语明晰性所表示的关切，特别报告员表明，他的根本意图是提高论证的明晰度。他补充说，在这方面，委员会多年来在国际法的很多领域实现了一定程度的术语明晰性和统一性。同时，需要在明晰性和灵活性之间取得平衡。

105. 特别报告员意识到他关于 2016 年前完成本专题工作的建议未必可行；必须有充足时间在委员会、第六委员会和更广泛的国际社会内进行调查、研究和思考。他解释说，建议日期应仅被视为一个目标日期，不意味着以不当速度仓促行事。

106. 关于变更本专题标题的建议，特别报告员注意到非正式磋商讨论了这一问题。已就该标题的各种官方语文表述达成了共识，包括英文“*The identification of customary international law*”和法文“*La détermination du droit international coutumier*”。特别报告员建议对标题做出相应变更。

107. 特别报告员欢迎关于发表国家惯例的重要讨论，并表示拟定一份现有文摘和出版物的全面列表将是一个良好的开端。人们还普遍支持再次呼吁各国提供关于其识别习惯国际法的方法的资料。

第八章

条约的暂时适用

A. 引言

108. 在第六十四届会议(2012 年)上,委员会决定将“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-罗夫莱多先生为本专题特别报告员。³⁷² 在同一届会议上,委员会注意到特别报告员在 2012 年 7 月 27 日第 3151 次会议上就他主持进行的关于这一专题的非正式磋商情况所作的口头报告。委员会还决定请秘书处编写一份备忘录,说明委员会以前在有关条约法的工作中就此专题所做的工作以及 1969 年《维也纳条约法公约》(“1969 年《维也纳公约》”)相关条款的准备工作情况。大会后来在 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。

B. 本届会议审议此专题的情况

109. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/664),该报告旨在通过探讨如何从理论角度处理这一专题以及简要回顾现有的国家实践,设法从总体上确定在条约的暂时适用方面出现的主要法律问题。委员会还收到了秘书处编写的一份备忘录(A/CN.4/658),其中叙述了当初委员会和 1968-1969 年维也纳会议对 1969 年《维也纳公约》第二十五条的谈判情况,并简要分析了审议期间提出的一些实质性问题。

110. 委员会在 2013 年 7 月 24 日至 30 日第 3185 次至第 3188 次会议上审议了第一次报告。

1. 特别报告员介绍第一次报告

111. 特别报告员表示,他这份初步报告的目的是确定与暂时适用有关的主要因素,以鼓励各国更多地暂时适用。《维也纳公约》是理所当然的出发点。他指出,他选择暂不考虑 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》中设想的国际组织暂时适用条约的问题。

112. 在概述其报告时,特别报告员指出,委员会于 1966 年通过的条文草案所指的是“暂时生效”,这一用语有别于第二十五条的用语,因为维也纳会议改用了“暂时适用”一词。虽然记录表明这两个用语在一定程度上可以互换,但他指

³⁷² 在 2012 年 5 月 22 日第 3132 次会议上,(《大会正式记录,第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 267 段)。依据委员会报告(《大会正式记录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10))附件 C 中的提议,该专题于第六十三届会议(2011 年)期间列入委员会长期工作方案。

出，仔细审视一下，它们属于不同的法律概念。特别报告员还介绍了报告中列举的可能导致国家暂时适用条约的一些因素。

113. 关于暂时适用条约的法律效应，特别报告员指出，一般说来，法律效应可能取决于所暂时适用的实质性国际法规则的内容。因暂时适用某一规则而导致违反某项义务的次级后果并非暂时适用该规则所引起的，而是正常适用与违反义务相关的次级国际法规则所引起的。还指出，条约的暂时适用须放在 1969 年《维也纳公约》第三十一条第二款的一般背景下考虑。

114. 特别报告员打算在后一阶段更详细地探讨法律效果问题，但他回顾说，先前两位特别报告员菲茨莫里斯和沃尔多克都认为条约的暂时适用所产生的义务与条约生效所产生的义务相同。在此方面，他指出，1969 年《维也纳公约》第二十六条中反映的“有约必守”原则与此相关。他还回顾，2012 年举行的非正式磋商所形成的意见是，条约的暂时适用所产生的义务不仅仅是不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨这一义务(1969 年《维也纳公约》第十八条)。

115. 他指出，条约的暂时适用所适用的法律制度的主要特征有：可在条约中明文加以规定，或各缔约方间另外缔结协定加以规定；各国可明示或默示意图暂时适用条约；以及可单方面或通过各缔约方间的协议终止暂时适用。

116. 特别报告员的初步看法是，对于这一专题，最适合制定准则或示范条款，以便为各国政府提供指导。

2. 辩论摘要

117. 委员会与特别报告员一道，对秘书处编写备忘录表示感谢。

118. 一种意见认为，作为一个法律政策问题，委员会不宜谋求促进条约的暂时适用。举出的实例表明，条约的暂时适用对条约的批准起了消极作用。另一些委员指出，鼓励或不鼓励暂时适用，并非委员会的职责，因为这一决定基本上属于国家的政策问题。从国际法的角度看，国家可自由决定是否暂时适用某一条约。还有人指出，国家经常暂时适用条约，这说明暂时适用的可能性是有其意义的。第二十五条的起草者认为，暂时适用非但不会破坏条约，反而是确保法律安全的一种实际办法，例如在陆续订立条约的情况下，因为国家得以迅速开始涉及条约的合作。

119. 还有人表示关切的是，条约的暂时适用引起了规避加入条约的既定国内程序(包括宪法要求)的严重问题。其他委员不担心这一点。有人指出，国家可依照各自的国内法律制度自由制定参与国际事务的规则。委员会的出发点只能是假设暂时适用条约这一举措是依照有关国家的国内法行事的(但须适用 1969 年《维也纳公约》第四十六条)。委员会的任务只是考虑当代国际法须在多大程度上考虑到国内法的限制，而无需考虑这类限制本身。从国际法的角度看，缔约国的同意起着决定作用。一旦同意暂时适用一项条约，无论是在该条约自身内还是另行缔结协定这样做，国家就不得援引其国内法规定作为理由而不履行其国际义务

(1969年《维也纳公约》第二十七条)。有人还表示，可明确规定条约的“暂时适用”所引起的一个后果是条约下的义务即对国家具有约束力，从而化解对规避国内规则的担心。这有助于国家判定其暂时适用条约这一举措是否得到宪法的授权。

120. 有人指出，委员会的任务是为国家拟订实际指南，供国家在谈判关于暂时适用的新条款时或解释和适用现有条款时参考，特别是因为1966年关于条约法的评注并未涉及在维也纳通过的第二十五条案文的一些重要方面。

121. 有人表示，目前的中心任务是确定暂时适用的法律效应。有几位委员认为，除非缔约方另有协议，否则同意暂时适用一项条约意味着有关各方就如该条约已生效那样受其权利和义务的约束。一种意见认为，委员会不应当对“暂时生效”一词被改为“暂时适用”这一点赋予法律意义。还有一种意见认为，可对暂时适用的条约与“暂时性”或“临时性”协定这两者加以区别。有人还鼓励特别报告员探讨与包括第十八、第二十六、第二十七和第四十六条在内的1969年《维也纳公约》其他条款之间的关系。对于是否宜在本专题的范围内考虑国家责任的问题，委员们表达了不同的意见。

122. 有人表示，特别报告员不妨探讨，在1969年《维也纳公约》不适用的情况下，第二十五条中的规则是作为习惯国际法规则适用还是作为另外规则适用。还有人建议考虑条约的暂时适用在多大程度上有助于习惯国际法规则的形成。

123. 建议讨论的其他问题包括：确定对条约的暂时适用是否存在程序方面的要求；考虑暂时适用条约的各缔约方与第三方之间的关系；分析暂时适用条约的意图须明确和毫不含糊这一要求；考虑对条约保留的规则的应用问题；分析暂时适用与某些规定自条约约文议定时起即适用(《维也纳公约》第二十四条第四款)之间的区别；考虑条约解释规则的应用问题；探讨终止暂时适用的问题(包括对第三方法律地位的影响)；考虑希望暂时适用一项多边条约的非签署国或加入国的地位问题；考虑条约的某些规定诸如建立监测机制的条款是否理所当然地排除在暂时适用制度之外；澄清暂时适用的时间范围，包括无限期暂时适用的可能性；和考虑暂时适用的条约一旦生效后的义务追溯问题。有人还建议对双边条约情况下的暂时适用和多边条约情况下的暂时适用作一般区分。

124. 有人表示，最好把1986年《维也纳公约》第二十五条也包括在本专题的范围内，因为条约的暂时适用也有可能关系到国际组织。

125. 一些委员认为，对本专题的最终成果采取立场为时过早。还有几位委员则认为，结论若附有评注，可有助于澄清与条约的暂时适用有关的不同方面。

3. 特别报告员的总结

126. 特别报告员表示，委员会应以国家在谈判、执行和解释暂时适用的条约的过程中的实践作为指导。他强调，他同意委员会不应被视为鼓励或不鼓励暂时适用。目的是使国家在谈判和执行暂时适用条款时做到更为明确。关于术语问题，

他表示，尽管委员会早先的工作提到的是“暂时生效”，第二十五条中的用语，即“暂时适用”。他还认为，在两个或两个以上希望暂时适用一项条约的国家并非 1969 年《维也纳公约》的缔约国而且不存在单独协定的情况下，值得考虑条约的暂时适用的习惯国际法性质。他还赞同委员会不应致力于分析国家内部规则这一意见。因此，若提到国内立法，应视为只是说明国家的立场，查明条约的暂时适用所涉及的国内法律制度问题完全是国家自己的事。

127. 他确认，他准备探讨《维也纳公约》第二十五条与该公约其他条款之间的关系，这些条款涉及表示同意、提具保留、对第三国的影响、解释规则的适用、条约的适用和终止以及条约的失效等事项。他还指出，有必要考虑暂时适用的时间因素，包括是否可无限期暂时适用。此外，他建议对规定个人权利的条约规则的暂时适用所具有的法律效力问题进行分析。还值得探讨多边条约与双边条约之间的区别。

128. 特别报告员同意一些委员的意见，认为最好不要分析国家责任规则在条约暂时适用的情况下的适用问题。他认为，只需要表明，若暂时适用的条约所引起的义务遭到违反，就会产生关于国家对国际不法行为的责任的既定规则所引起的法律后果。他还注意到，一些委员有意将 1986 年《维也纳公约》纳入本专题的范围内。

129. 特别报告员表示，他认为审议本专题的一个适当成果是制订出附有评注的准则。

第九章 与武装冲突有关的环境保护

A. 引言

130. 委员会在其第六十三届会议上(2011 年)决定,按照委员会该届会议工作报告附件 E 中载列的一项提议,³⁷³ 将“与武装冲突有关的环境保护”这一专题列入其长期工作方案。³⁷⁴ 大会在 2011 年 12 月 9 日第 66/98 号决议第 7 段中,除了其他事项以外,注意到将该议题列入委员会长期工作方案。

131. 委员会在 2013 年 5 月 28 日第 3171 次会议上决定将“与武装冲突有关的环境保护”这一专题列入其工作方案,并决定任命玛丽·雅各布松女士为该专题的特别报告员。

B. 本届会议审议此专题的情况

132. 在 2013 年 7 月 30 日第 3188 次会议上,特别报告员向委员会作了下述口头报告,报告了在她主持下于 2013 年 6 月 6 日和 7 月 9 日举行的有关这一专题的非正式磋商的情况。在同一次会议上,委员会注意到该报告。

特别报告员关于本专题非正式磋商的报告

133. 这些非正式磋商的目的是与委员会委员进行一次非正式对话,讨论可能与本五年期内审议这一专题有关的一些问题。为了便利这些磋商,特别报告员编写了两份非正式文件,提出了一些初步内容,这两份文件应该与委员会 2011 年的报告(A/66/10)附件 E 转载的载列本专题初步提案的摘要一起阅读。

134. 这些初步磋商为委员会委员提供了一个就今后的方向进行反思和提出评论意见的机会。所讨论的工作的内容包括范围和方法、总的工作方向以其今后工作时间表。

135. 关于范围和方法问题,特别报告员提议,应该从时间角度来研究这一专题,而不是从各种国际法领域的角度加以研究,例如国际环境法、武装冲突法和国际人权法,目的是比较容易掌控其专题并比较容易划定其界限。时间阶段可以针对在武装冲突之前、期间和之后(分别为第一、第二和第三阶段)为了保护环境而采取的法律措施。特别报告员鼓励采取这种办法,因为这种办法使委员会能够

³⁷³ 《大会正式记录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 365 至 367 段。

³⁷⁴ 同上,第 347 至 364 段。

查明武装冲突各个阶段产生的与本专题有关的具体法律问题。查明这些问题以后就可以推动制定具体的结论或准则。

136. 特别报告员还提议，工作重点应是第一阶段，即与潜在的武装冲突有关的义务，以及第三阶段，即冲突后的措施。第二阶段，即适用战争法阶段，将受到较少的关注，因为她认为，委员会的任务不是修改这些现有法律制度。她还提议，第二阶段的工作还将着眼于非国际性武装冲突。

137. 分时间阶段来研究这一专题的办法普遍受到了委员会委员的欢迎。几位委员强调，第二阶段是最重要的阶段。其他委员认为，最重要的阶段要么是第一阶段，要么是第三阶段，或是两者。最后，人们普遍同意特别报告员的意见，即尽管工作是应该按照时间阶段划分的，但各个阶段之间不可能有一个严格的划分线。这种划分线可能是人为的，而且不符合相关法律规则运作的方式。例如，武装冲突法是由在武装冲突之前、期间和之后适用的规则组成的。

138. 这些非正式磋商还讨论了委员会是否应该审议某些武器对环境的影响问题。特别报告员建议，特定武器的影响问题不应该成为本专题的焦点。有些委员表示同意，并告诫不要审议武器问题，而一些委员认为，应该审议这一问题。

139. 为了便利讨论今后方向问题，特别报告员分发了一份关于本专题今后工作的纲要，包括第一份报告的拟议重点。她提出了有关这项工作的一份三年时间表，并提议每年向委员会提交一份报告供其审议。

140. 特别报告员表示，她准备将第一份报告提交委员会第六十六届会议审议(2014年)。第一份报告的重点将是第一阶段，即与潜在的武装冲突有关的义务。报告将不会讨论冲突后措施本身，即使在武装冲突爆发以后需要为冲突后措施作准备。特别报告员还表示，为了其第一份报告的目的，她计划确定可能与本专题有关的原先由委员会加以审议的一些问题。

141. 她提议，将于2015年提交的第二份报告将陈诉武装冲突法，包括非国际性武装冲突，并将载有一份关于现有规则的分析。第三份报告将集中阐述冲突后措施，包括对损害的赔偿、重建、责任、赔偿责任和补偿，特别注重于考虑案例法。所有这三份报告都将载有拟由委员会讨论的结论或准则草案，并有可能转交起草委员会讨论。

142. 为了便利其就本专题展开工作，特别报告员表示，必须从各个来源收集信息。在这一方面，特别报告员表示，委员会应该请各国提供一些实例，说明国际环境法，包括区域和双边条约，何时在国际或非国际武装冲突时继续适用。委员会委员还鼓励与参与保护环境的其他联合国机关或国际组织进行磋商，例如环境署、教科文组织、难民署和红十字会。与非洲联盟、欧洲联盟、阿拉伯国家联盟和美洲国家组织等区域性机构的磋商也普遍受到欢迎。

143. 关于委员会有关本专题工作的最后结果，特别报告员表示，这一专题可能比较适用于制定非拘束性准则草案，而不是制定一项公约草案。有些委员认为，现在就决定这项工作的最后形式还为时过早。

144. 她还提请注意先前将本专题的标题翻译成某些正式语文方面出现的误差，因为这引起了混乱。本专题的标题应该读为“与武装冲突有关的环境保护”。所有语文中都必须包括“与……有关”这一短语，以便表明，本专题涵盖三个时间阶段，而并不限于武装冲突阶段。

第十章

引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)

A. 引言

145. 委员会第五十七届会议(2005年)决定将“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题列入其工作方案,并任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为特别报告员。³⁷⁵

146. 特别报告员提交了四次报告。委员会分别在第五十八届(2006年)、五十九届(2007年)、六十届(2008年)和六十三届(2011年)会议上收到并审议了其初次、第二次、第三次和第四次报告。³⁷⁶

147. 委员会第六十一届(2009年)会议设立了由阿兰·佩莱先生担任主席的不限成员名额工作组,³⁷⁷经过讨论,产生了关于对本专题进行审议的拟议总框架,具体说明了特别报告员需处理的问题。³⁷⁸在第六十二届(2010年)会议上,重新组建了工作组。工作组因其主席缺席,由恩里克·坎迪奥蒂先生代理主席。³⁷⁹工作组收到了秘书处编写的与本专题可能有关的多边公约的调查(A/CN.4/630)。在第六十四届会议上(2012年),委员会设立了由江萨·吉滴猜萨里先生担任主席的引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)问题不限成员名额工作组,审查委员会就此专题开展的工作的进展,并探讨委员会今后可能采用的备选方案。³⁸⁰

³⁷⁵ 2005年8月4日第2865次会议(《大会正式记录,第六十届会议,补编第10号》(A/60/10),第500段)。大会在2005年11月23日第60/22号决议第5段中赞同委员会决定将此专题列入其工作方案。委员会第五十六届会议(2004年)以该年度委员会报告所附的建议(《大会正式记录,第五十九届会议,补编第10号》(A/59/10),第362至363段)为基础,将该专题列入委员会长期工作方案。

³⁷⁶ A/CN.4/571(初次报告); A/CN.4/585和Corr.1(第二次报告); A/CN.4/603(第三次报告);及A/CN.4/648(第四次报告)。

³⁷⁷ 委员会在第六十届会议期间,在2008年7月31日第2988次会议上,决定在阿兰·佩莱先生的主持下建立一个关于本专题的工作组,其任务和成员由第六十一届会议决定(《大会正式记录,第六十三届会议,补编第10号》(A/63/10),第315段)。

³⁷⁸ 工作组编写的拟议总框架见同上,《第六十四届会议,补编第10号》(A/64/10),第204段。

³⁷⁹ 在2010年7月30日第3071次会议上,委员会注意到由工作组临时主席提出的口头报告。(同上,《第六十五届会议,补编第10号》(A/65/10),第337至340段)。

³⁸⁰ 在2012年7月30日第3152次会议上,委员会注意到工作组主席提出的口头报告。(同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第208至221段)。

B. 本届会议审议此专题的情况

148. 在本届会议上，委员会重新组建了引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)问题不限成员名额工作组，由江萨·吉滴猜萨里先生担任主席。工作组继续评价了关于此专题的工作，尤其借鉴了国际法院于 2012 年 7 月 20 日对“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”案作出的判决。工作组于 2013 年 5 月 8 日、14 日、16 日、28 日、6 月 5 日、7 月 18 日、24 日举行了 7 次会议。

149. 委员会在 2013 年 7 月 31 第 3189 次会议上注意到工作组的报告，该报告作为附件载于本报告之后。

第十一章 最惠国条款

A. 引言

150. 委员会第六十届会议(2008 年)决定将“最惠国条款”专题列入其工作方案,并在第六十一届会议上设立了一个有关此专题的研究组。³⁸¹

151. 在第六十一届会议上(2009 年),委员会设立了由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的研究组,³⁸²在第六十二届会议(2010 年)和第六十三届会议(2011 年)期间重新设立了研究组,仍由上述两人担任联合主席。³⁸³在第六十四届会议上,委员会重新设立了最惠国条款研究组,由唐纳德·麦克雷先生任主席。³⁸⁴

B. 本届会议审议此专题的情况

152. 在本届会议上,委员会重新组建了最惠国条款研究组,由唐纳德·麦克雷先生担任主席。麦克雷先生不在时,则由马蒂亚斯·福尔托先生担任主席。研究组于 2013 年 5 月 23 日和 7 月 10 日、15 日和 30 日举行了四次会议。

153. 在 2013 年 7 月 31 日第 3189 次会议上,委员会注意到研究组的报告。

1. 研究组的工作

154. 需要回顾的是,研究组的总体目标是争取防止国际法碎片化,强调投资领域的仲裁裁决所采取的做法、尤其在最惠国条款方面采取的做法必须加强一致

³⁸¹ 在 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议上(《大会正式纪录,第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 354 段)。专题提纲见同上,附件 B。大会 2008 年 12 月 11 日第 63/123 号决议第 6 段注意到这一决定。

³⁸² 在 2009 年 7 月 31 日第 3029 次会议上,委员会注意到最惠国条款研究组联合主席的口头报告(同上,《第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 211 至 216 段)。研究组除其他外审议了作为今后工作路线图的框架,并商定了一个工作时间表,其中涉及到文件的编写,这些文件拟用于进一步澄清一些问题,特别是有关最惠国条款的范围及其解释和适用的问题。

³⁸³ 在 2010 年 7 月 30 日第 3071 次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告(同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 359 至 373 段)。研究组审议和审查了根据拟作为未来工作路线图的 2009 年框架编写的各种文件,并商定了 2010 年工作方案。在 2011 年 8 月 8 日第 3119 次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告(同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 349 至 363 段);研究组审议并审查了根据 2009 年框架编写的另外文件。

³⁸⁴ 在 2012 年 7 月 27 日第 3151 次会议上,委员会注意到研究组主席的口头报告(同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 245 至 265 段);研究组审议并审查了根据 2009 年框架编写的另外文件。

性。研究组将努力为确保投资法领域具有更大的确定性和稳定性做出贡献。研究组力争研拟出对投资领域从业人员并对决策者有实际用途的结果。研究组无意编写任何条款草案或修订委员会 1978 年关于最惠国条款的条文草案。

155. 为进一步阐明投资法领域最惠国条款在当代所造成的挑战，研究组自 2000 年以来编写并审议了好几份背景工作文件。具体地说，研究组已经审议过 (a) 现行最惠国条款的组成格局(此项工作仍在进行)；(b) 委员会 1978 年通过的条款草案以及该草案仍具有意义的方面；(c) 涉及最惠国条款当初在关贸总协定以及后来在世贸组织范围内如何发展演变的各方面情况；(d) 在经合组织和贸发会议范围内的其他发展演变情况；(e) 当代涉及最惠国条款适用范围的问题，诸如“马菲基尼”仲裁产生的问题；(f) 投资法庭如何解释最惠国条款，马菲基尼案及该案件之后的情况；(g) 投资仲裁庭的混合性质对最惠国条款适用于程序规定的影响。³⁸⁵

156. 研究组还努力查明涉及最惠国条款的投资案的仲裁员和律师以及所解释的最惠国条款的类型。此外，为进一步确定投资领域最惠国条款的规范性内容，研究组审议了一份关于马菲基尼案之后最惠国条款范本的非正式文件，分析各国是如何对马菲基尼案裁决作出反应的，包括各国具体声明最惠国条款不适用于争端解决规定或具体列出最惠国条款不适用的领域。研究组还审议了一份非正式文件，该文件概述了总部协议中类似于最惠国条款的语言，这种协议赋予各国驻某一组织代表与驻东道国的外交官相同的特权和豁免。与这些非正式文件及关于“双边税务条约和最惠国条款”的非正式文件相关的工作仍在进行中。

157. 研究组此前已认定需要进一步研究关贸总协定和各种投资协定下的服务贸易所涉最惠国待遇、最惠国待遇与公正和公平待遇及国民待遇标准之间的关系、区域经济一体化协定、自由贸易协定等问题，以便评估最惠国条款在这些领域的适用可否为研究组的工作提供一些深刻启示。研究组还注意到需要考虑双边条约与多边条约的关系，自委员会通过 1978 年最惠国条款草案以来最惠国条款在更为不同和更为复杂的环境里如何发挥作用，在适用最惠国时的对等性问题，尤其是发达国家与发展中国家之间协定中的对等性问题。

158. 普遍的理解是，最终目标是汇编出一本总的报告，系统地分析被认定为相关的各种问题。根据设想，最后报告将依照后来的发展变化，包括通过 1978 年条款草案之后的发展变化，为更广泛的一般国际法范围内所做的工作提供一个总的背景。因此，报告还将努力处理当代涉及最惠国条款的问题，并为此分析最惠国规定所具有的当代意义、其他机构就最惠国规定所做的工作、对最惠国规定作

³⁸⁵ 《最惠国条款目录》(麦克雷先生和佩雷拉先生)；《国际法委员会 1978 年条款草案》(村濑信也先生)(这一文件于 2013 年作了进一步修订)；《关贸总协定和世贸组织的最惠国待遇》(麦克雷先生)；《经合组织就最惠国待遇问题所做的工作》(哈穆德先生)；《贸发会议就最惠国待遇问题所做的工作》(瓦钱尼先生)；《投资条约下的马菲基尼问题》(佩雷拉先生)。《投资协定最惠国条款的解释和适用》(麦克雷先生)；《投资仲裁庭的混合性质对最惠国条款适用于程序规定的影响》(福尔托先生)。

出解释时所采取的不同做法等问题。据认为，研究组最后报告可能会泛泛地处理在解决争端方面对投资协定中的最惠国规定的解释问题，分析与此过程有关的各种因素，并在国家实践基础上，提出适当的示范条款准则和样例。

2. 研究组在本届会议期间进行的讨论

159. 研究组收到了村濑信也先生编写的题为“混合法庭所处理的双边投资协定：投资争端解决办法的法律性质”的工作文件和哈穆德先生编写的题为“最惠国条款案文调查及与马菲基尼有关的判例”的工作文件。研究组还继续审查了与最惠国条款的解释有关的当代实践和判例。在这方面，研究组收到了涉及研究组所审议的问题的最近裁决以及不同意见和单独意见。³⁸⁶

160. 村濑信也先生的工作文件处理了研究组原先于 2012 年进行的讨论的一个方面，涉及福尔托先生的题为“投资仲裁庭的混合性质对最惠国条款适用于程序规定的影响”的工作文件，该文件分析了混合仲裁庭的现象，对投资仲裁的混合性质作出了解释；评估了最惠国条款在混合裁决中的适用所具有的独特性；研究了这种裁决对最惠国条款适用于程序性规定的影响；认为投资仲裁的混合性展现在两个层面，因为诉讼双方为私人索赔方和国家应诉方，两者性质不同；认为这样一种仲裁庭在功能上取代了本来由东道国国内主管法院发挥的功能。因此混合性仲裁处在国内层面和国际层面之间，与投资的关系既近乎于国际商事仲裁又近乎于国际公法仲裁，既含有私法因素，也含有公法因素。村濑信也先生的工作文件力图从历史的视角描述这一领域的法律发展。文件提到，在 19 世纪和 20 世纪初，投资公司与东道国所订立的“特许协议”出现“国际化”过程。这些协议据认为是受投资者母国法律或东道国法律约束的“私法合同”或“公法(或行政)合同”。第二次世界大战之后，将国内法和国内管辖权排除在这种协议之外成为明显趋势，这导致在法学理论上认为，这种协议受“文明国家承认的一般原则”约束，而不是受任何一国国内法约束，并且这种协议属于“经济发展协议”，无需遵守国内法，也无须遵守国际法，而是须遵守合同地法，尽管案例法拒绝这样的描述。³⁸⁷ 据称，这些特许协议或经济发展协议后来导致众多双边投资协议的产生，后者是国家之间的协议，其实质性规则受国际法约束。然而，就程序而言，

³⁸⁶ 戴姆勒金融服务公司诉阿根廷共和国，ICSID 案件号 ARB/05/1，于 2012 年 8 月 22 日发送给当事方，以及查尔斯·布劳尔法官的不同意见和 Domingo Bello leiro 教授的意见；Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi 诉土库曼斯坦，ICSID 案件号 ARB/10/1，于 2013 年 7 月 2 日发送给当事方，以及 William W. Park 教授的个别意见。也见解决投资争端中心 2013 年 7 月 3 日对 Garanti Koza LLP 诉土库曼斯坦一案中因缺乏同意而反对管辖权一事的裁决。

³⁸⁷ 参阅国际法院对英国伊朗石油公司案(管辖权)中的判决，1952 年 7 月 22 日，《1952 年……年鉴》，自第 93 页起，见第 112 页，判决说：“法院不能接受这样的观点，即认为伊朗政府与英国波斯石油公司签订的合同具有双重性质。这种合同无非就是一国政府与一家外国公司签订的特许合同”。

有人认为，无论在多大程度上混合仲裁庭可类似于国家间的仲裁庭，但研究组应当小心待之，例如应当有别于世贸组织争端案件。

161. 哈穆德先生编写的工作文件汇编了在裁决案中受审视的有关的条约条款，这些条款处理了与马菲基尼有关的最惠国条款是否扩展至争端解决条款的问题。该工作文件还节选了裁决的有关案文。

162. 对于研究组所考虑的 Daimler 和 Kılıç 裁决，研究组指出，这两个案件与马菲基尼案件一件，处理的是类似的争议，裁决中所提出的各种因素可对研究组的工作具有参考意义，因为在 2012 年，研究组就处理过仲裁庭在解释最惠国条款时曾考虑到的各种因素。具体地说，研究组承认，仲裁庭对最惠国条款的解释方法及《维也纳条约法公约》在这方面具有的相关意义尤其令人感兴趣。裁决突显了条约解释的几个重要方面，诸如文本的相关性及条约的背景框架，包括有关国家的条约实践、条约的目标和宗旨以及同意概念和同时代性概念。研究组还注意到，审理 Daimler 案的仲裁庭还讨论了与条约当事方可用的各种解决争端程序相关的或“多”或“少”优惠待遇的概念。研究组还认为，在编写其最后报告时，Kılıç 案裁决中对有关判例的简要回顾也可能是有用的。

163. 人们曾预料，在本届会议期间，研究组会以审议最后报告草稿开始工作，该草稿拟由主席在考虑到提交给研究组的各种工作文件的情况下编写。在主席不在的情况下，研究组仍就最后报告的大概轮廓进一步交换了意见，再次确认，虽然研究组工作的侧重点是投资领域，但所讨论的问题最好还是放在更广阔的规范框架内，即以一般国际法和委员会先前的工作为背景。报告将处理诸如下列问题：研究组的起源和工作目的；1978 年条款草案及其相关性；1978 年以后的发展；包括 1978 年条款草案在内的最惠国条款的当代意义；贸发会议和经合组织等其他机构对最惠国规定的审议；背景考虑，例如在村濑信也文件中加以突出阐述的混合仲裁现象；在案例法中对最惠国规定作出解释的相互矛盾的方法。

164. 为了进一步处理投资协定中最惠国规定的解释问题，在以《维也纳条约法公约》为起点的情况下，研究组指出，有可能在最后报告里拟订出准则和示范条款。但研究组还是承认任何过于规定性的成果都存在着风险，因此指出，或许应当罗列与条约有关的实践方面的实例，提请各国注意各种裁决对一系列规定所作的解释。据认为，在研究组最后结合马菲基尼裁决所提出的问题处理准则和示范条款时，哈穆德先生开始的调查将会有用。研究组再次回顾，它原先曾认定需要进一步研究与《服务贸易总协定》之下的服务以及与投资协定有关的最惠国问题，以及最惠国、公正和公平待遇、国民待遇标准之间的关系。随着工作的开展，研究组对这些问题都将给予注意。研究组同时意识到，工作组不应过分扩大其工作范围。

第十二章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件

165. 在 2013 年 5 月 7 日第 3160 次会议上，委员会为本届会议设立了规划组。

166. 规划组举行了三次会议。它收到了题为“委员会的其他决定和结论”的大会第六委员会在大会第六十七届会议期间讨论情况专题摘要的 I 节；大会关于国际法委员会第六十三和第六十四届会议工作报告的第 67/92 号决议，特别是第 23 至 28 段；载有《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》的大会 2012 年 9 月 24 日第 67/1 号决议；以及大会 2012 年 12 月 14 日关于国内和国际法治的第 67/97 号决议。

1. 将新专题列入委员会工作方案

167. 在 2013 年 5 月 28 日第 3171 次会议上，委员会决定将“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。

168. 在 2013 年 8 月 9 日第 3197 次会议上，委员会决定将“大气层的保护”专题列入工作方案并任命村濑信也先生为该专题特别报告员。委员会在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、长途跨界空气污染进行的政治谈判。此专题不会处理，也不会妨碍诸如下述问题：国家及其国民的赔偿责任、污染者付费原则、谨慎原则、共同但有差别责任、向发展中国家转让资金和技术以及知识产权等；

(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，不在专题的范围之内；

(d) 这个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规定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。

2. 长期工作方案工作组

169. 在 2013 年 5 月 7 日第一次会议上，规划组决定为本届会议重新设立长期工作方案工作组。因工作组主席唐纳德·麦克雷先生不在，工作组由马哈茂德·哈穆德先生主持会议。哈穆德先生在 6 月 6 日第 2 次会议上向工作组提交了

临时口头报告，在 2013 年 7 月 25 日提交了另一次临时口头报告。工作组根据肖恩·墨菲先生提出的建议，建议委员会长期工作方案中加上“危害人类罪”专题。工作组遵守了委员会第五十届会议(1998)关于选择专题的标准的建议，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) 专题在国家实践方面应足够成熟，从而允许逐渐发展和编纂；
- (c) 专题为逐渐发展的目的应当是具体和可行的。

委员会还商定，委员会不应仅限于传统的专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切的专题。³⁸⁸

170. 委员会同意关于将“危害人类罪”专题列入长期工作方案的建议。有委员表示，在提纲里对本专题的考虑本应具有更广阔的视角，将所有核心罪行都包括在内。委员会在本届会议列入其长期工作方案的专题的提纲载于本报告附件 B。

3. 审议关于国内和国际法治的大会 2012 年 12 月 14 日第 67/97 号决议

171. 大会在关于国内和国际法治的 2012 年 12 月 14 日第 67/97 号决议中重申请委员会在提交大会的报告中就其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(A/63/10)第 341 至 346 段的全面评论的实质内容依然适用，并重申 2009 年报告(A/64/10)第 231 段、2010 年报告(A/65/10)第 390 至 393 段、2011 年报告(A/66/10)第 392 至 398 段和 2012 年报告(A/67/10)第 274 至 279 段中的评论。

172. 委员会欢迎大会第 67/1 号决议所载的《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》，赞同宣言所申明的对基于法治的国际秩序的承诺以及确认法治原则平等地适用于所有国家和国际组织。委员会还注意到大会赞扬国际法委员会通过国际法的逐渐发展和编纂为在国际一级推动法治所作的工作。

173. 委员会回顾说，法治是委员会的核心，因为委员会的根本使命是从事国际法逐渐发展和编纂工作，同时铭记其在国家层面的落实。

174. 委员会希望重申，由于委员会的工作，各国通过了数目可观的公约。如果要这些公约充分实现其目标，就需要加以批准和实施。除了撰写条款草案外，委员会还有其他形式的成果，也有助于国际法的逐渐发展和编纂。委员会在全部工作中牢记法治原则，同时充分意识到在国家一级落实国际法的重要性，目的在于努力促进法治成为国际一级治理原则的工作方式。

175. 委员会欢迎大会作为联合国主要辩论机关和代表机关，通过制订政策和确立标准以及通过逐渐发展和编纂国际法，对法治所做的积极贡献。

³⁸⁸ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 10 页，第 553 段。

176. 委员会作为大会设立的机关，按照《联合国宪章》第十三条第一款(子)项及委员会章程所规定的任务，并参照各国在《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》中表达的意见，将继续通过逐渐发展和编纂国际法而推进法治。

177. 委员会欢迎大会作出决定，将“法治与国际争端的和平解决”选作今年第六委员会辩论的主题。

178. 委员会铭记国内和国际法治之间的密切相互联系，在履行编纂和逐渐发展国际法的任务时，认为自身的工作应当酌情考虑到人权原则。人权原则是国际法治的根本，体现在《联合国宪章》的序言和第十三条以及《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》中。

179. 因此，委员会尤其通过其关于驱逐外国人、发生灾害时的人员保护、引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)、国家官员的外国刑事管辖豁免等专题的工作，推动国内和国际法治意识的提高。

180. 委员会重申在其全部活动中都致力于促进法治。

4. 酬金

181. 委员会再次重申对大会 2002 年 3 月 27 日通过第 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。³⁸⁹ 委员会强调，上述决议尤其影响到特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的支持。

5. 文件和出版物

182. 委员会重申秘书处编写的法律出版物对其工作特别有用并很有价值。³⁹⁰ 委员会赞赏地注意到，编纂司通过继续使用并扩大桌面出版计划，得以大幅度加快出版物的发布，极大地提高了这些出版物的及时性和对委员会工作的作用。

183. 委员会满意地指出，委员会的简要记录构成国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作，将不受任意的篇幅限制。然而，鉴于负责起草简要记录的单位人手不够，可能会影响记录的完整性和质量，故委员会秘书处与各起草单位交换意见之后，实施了一些简化委员会简要记录的处理程序的试验性措施。新的安排意味着临时记录可以更快地发给委员会委员作及时的更正，最后案文遂能得到及

³⁸⁹ 见《大会正式记录，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 段和同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 399 段；以及同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 280 段。

³⁹⁰ 见《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 387-395 段。

时的印发。委员会希望这样做能更合理地利用资源，方便各语文简要记录定本的编制，而又不会影响其完整性。

184. 委员会意识到，在目前的财政情况下，编纂司好几个出版物的出版工作恐怕会遇到极大困难。

185. 鉴于下列出版物对于委员会的工作极为有用，委员会决定建议大会请秘书长继续编印下列出版物：

- (a) 在每个五年期开始时以全部六种语文出版《国际法委员会的工作》；
- (b) 以英文和法文出版《国际仲裁裁决汇编》；
- (c) 每隔五年以全部六种语文出版《国际法院判决、咨询意见和命令摘要》。

186. 委员会向日内瓦和纽约的参与了文件处理的各个部门表示感谢，感谢这些部门经常在时间紧迫的情况下及时并高效率地处理委员会的文件，从而为委员会工作的顺利进行做出了贡献。

187. 联合国日内瓦办事处图书馆以十分高效和专业的方式向委员们提供了协助，委员会对此表示赞赏。

6. 处理《国际法委员会年鉴》积压工作问题的信托基金

188. 委员会重申，《年鉴》对于了解委员会在逐渐发展和编纂国际法以及加强国际关系中法治方面的工作具有关键意义。委员会注意到大会第 67/92 号决议赞赏有关国家政府为信托基金自愿捐款，帮助解决《国际法委员会年鉴》工作积压问题，并鼓励各方进一步为该基金捐款。

7. 《国际法委员会年鉴》

189. 鉴于在其《年鉴》上所取得的进展，委员会决定建议大会对过去几年中在赶上国际法委员会《年鉴》积压的所有六种语文本方面取得的显著进展表示满意，并欢迎会议管理司所作的努力，特别是其在联合国日内瓦办事处编辑科有效地执行大会的有关决议，其中呼吁减少积压；鼓励会议管理司向《年鉴》编辑科提供持续的必要支持，以推进《年鉴》的编辑工作，并要求定期向委员会提供这方面的最新进展情况。

8. 编纂司的协助

190. 委员会感谢秘书处编纂司在为委员会提供实质服务方面提供宝贵协助，并参与关于委员会工作的研究项目。委员会尤其赞赏秘书处编写了两份备忘录，一是关于“条约的暂时适用”专题(A/CN.4/658)，一是关于“习惯国际法的形成与证据”专题(A/CN.4/659)。委员会重申编纂司编写的法律出版物对其工作特别有用和具有很大价值，并再次请编纂司继续为委员会提供此类出版物。

9. 网站

191. 委员会再次表示赞赏秘书处不断更新和管理国际法委员会网站的工作成果。³⁹¹ 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站³⁹² 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。委员会欣喜的是，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经过编辑的委员会简要记录样本。

B. 委员会第六十六届会议的日期和地点

192. 委员会决定，委员会第六十六届会议于 2014 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日在日内瓦举行。

C. 与其他机构的合作

193. 国际法院院长彼得·托姆卡法官在委员会 2013 年 7 月 18 日第 3182 次会议上发言，通报了国际法院最近的司法活动。³⁹³ 他还提请注意最近在鼓励按照国际法院规约接受该法院强制管辖方面所作的努力。随后交换了意见。

194. 亚非法律协商组织秘书长拉赫马特·穆罕默德先生代表该组织出席委员会本届会议，并在 2013 年 7 月 9 日第 3176 次会议上发了言。³⁹⁴ 他根据该组织成员国在其他国际论坛上发表的言论，重点阐述了它们对委员会工作方案所列“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“发生灾害时的人员保护”和“习惯国际法的形成与证据”这三个专题的看法。随后交换了意见。

195. 国际公法法律顧問委员会主席 Liesbeth Lijnzaad 女士和欧洲委员会国际公法司代理司长 Christina Olsen 女士代表欧洲委员会的欧洲法律合作委员会和国际公法法律顧問委员会出席委员会本届会议，并都在 2013 年 7 月 10 日第 3177 次会议上发了言。³⁹⁵ 她们着重介绍了国际公法法律顧問委员会目前关于各种法律问题的活动，也介绍了欧洲委员会目前的活动。随后交换了意见。

196. Miguel Pichardo Olivier 先生代表美洲司法委员会出席委员会本届会议，并在 2013 年 7 月 16 日第 3180 次会议上发了言。³⁹⁶ 他概述了美洲司法委员会年度报告所载该委员会的活动和计划于 2013 年开展的活动。随后交换了意见。

³⁹¹ 网址是 <http://www.un.org/law/ilc/>。

³⁹² 一般可经由 <http://www.un.org/law/lindex.htm> 进入。

³⁹³ 这一发言载于该次会议的简要记录。

³⁹⁴ 同上。

³⁹⁵ 同上。

³⁹⁶ 同上。

197. 非洲联盟国际法委员会主席 Adelarus Kilangi 先生代表该委员会出席委员会本届会议，并在 2013 年 7 月 31 日第 3189 次会议上发了言。³⁹⁷ 他概述了非洲联盟国际法委员会的活动。随后交换了意见。

198. 2013 年 7 月 16 日，委员会委员与红十字国际委员会(红十字会)就共同关心的议题非正式地交换了意见。在双方的介绍中，概述了红十字会法律事务司的活动和武器贸易条约及其人道主义目标，并概述了委员会工作方案所列各专题和介绍了“习惯国际法的形成与证据”这一专题。³⁹⁸ 随后交换了意见。

D. 出席大会第六十八届会议的代表

199. 委员会决定由主席贝恩德·尼豪斯先生代表委员会出席大会第六十八届会议。

200. 鉴于第六委员会将“对条约的保留”专题的辩论推迟到大会第六十八届会议举行，委员会重申其上届会议(2012 年)所表达的愿望，即：希望该专题原特别报告员阿兰·佩莱先生得到第六委员会的邀请，能够参加第六委员会对于委员会 2011 年报告与此专题有关的一章的辩论。³⁹⁹

E. 吉尔贝托·阿马多纪念演讲

201. 2013 年 7 月 17 日，委员会委员、国际法讲习班学员和其他国际法专家参加了由 Paulo Borba Casella 教授所作的吉尔贝托·阿马多纪念演讲，题为“法律见解的当前趋势和习惯国际法的实质性证据”。

F. 国际法讲习班

202. 依照大会第 67/92 号决议，在国际法委员会本届会议期间，第四十九届国际法讲习班于 2013 年 7 月 8 日至 26 日在万国宫举行。讲习班的对象是攻读国际法专业高等学位的学生和打算从事学术或外交工作或其本国公务员系统任职的年轻教师或政府官员。

³⁹⁷ 同上。

³⁹⁸ 红十字会法律事务司副司长 Laurent Colassis 先生概述了红十字会法律事务司的活动，红十字会武器事务股法律顾问 Nathalie Weizmann 女士介绍了武器贸易条约及其人道主义目标。肖恩·墨菲先生概述了委员会工作方案所列各专题，迈克尔·伍德先生介绍了“习惯国际法的形成与证据”这一专题。

³⁹⁹ 参见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》，A/66/10(第四章)和 Add.1。

203. 来自世界各个地区分属不同国籍的 21 名学员参加了这届讲习班。⁴⁰⁰ 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。

204. 讲习班由委员会主席贝恩德·尼豪斯先生主持开幕，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。日内瓦大学负责保证讲习班的实质性协调。日内瓦大学国际法专家维托利奥·曼内蒂先生担任协调员，法律助理马丁·丹尼斯先生从旁协助。

205. 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”；格奥尔格·诺尔特先生：“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”；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：“《联合国海洋法公约》和条约解释：应用嗣后惯例和嗣后协定来解决关于可持续利用海洋生物多样性的争议”；迈克尔·伍德先生：“习惯国际法的形成与证据”；肖恩·墨菲先生：“为国际法委员会选择新专题：程序和实质”；马蒂亚斯·福尔托先生：“国际投资法律中的公正和公平待遇”；和村濑信也先生：“保护全球环境的国际法的制定”。

206. 红十字国际委员会法律事务司法律顾问 Iris Müller 女士也作了演讲：“习惯国际人道主义法”。

207. 讲习班学员参加了由日内瓦大学组织的关于“与武装冲突有关的环境保护”专题的特别外部“头脑风暴会议”。在研讨会上，委员会委员兼该专题特别报告员玛丽·雅各布松女士介绍了该专题，然后下列人士作了演讲或发表了评论：日内瓦大学 Marco Sassoli 教授；日内瓦大学 Robert Kolb 教授；日内瓦大学 Makane Mbengue 教授；日内瓦大学高级研究员 Mara Tignino 博士；红十字国际委员会 Marie-Louise Tougas 女士；埃塞克斯大学高级讲师 Karen Hulme 女士；伦敦大学研究员 Britta Sjostedt 女士；和联合国环境规划署环境合作促进建设和平处处长 David Jensen 先生。

208. 讲习班学员还参加了 2013 年 7 月 17 日举行的吉尔贝托·阿马多纪念演讲以及随后由巴西主办的招待会。

⁴⁰⁰ 下列人员参加了讲习班：Hatem Alabd 先生(埃及)、Makiko Asami 女士(日本)、Jonas Attenhofer 先生(瑞士)、Danai Azaria 女士(希腊)、Eduardo Cagnoni 先生(阿根廷)、Jorge Luis Cepero Aguilar 先生(古巴)、Rasmané 刚果先生(布基纳法索)、Fiona Devlin 女士(爱尔兰)、Athikarn Dilogwathana 女士(泰国)、Alicia Gauto Vázquez 女士(巴拉圭)、Hyun 6g Kim 女士(大韩民国)、Pamela López-Ruiz Montes 女士(秘鲁)、Brian McGarry 先生(美利坚合众国)、Ha Thi Ngoc Nguyen 女士(越南)、Siham Sebbar 女士(摩洛哥)、Edgardo Sobenes Obregon 先生(尼加拉瓜)、Sarala Subramaniam 女士(新加坡)、Alexey Nikolayevich Trofimenkov 先生(俄罗斯联邦)、Zoilo Velasco 先生(菲律宾)、Mawuse Vormawor 先生(加纳)和 Olga Voronovich 女士(白俄罗斯)。由日内瓦大学国际公法系主任 Marco Sassoli 教授先生担任主席的甄选委员会于 2013 年 4 月 22 日在万国宫举行会议，从 86 位申请人中录取了 24 人参加本届讲习班。三名被录取的候选人最后未能参加讲习班。

209. 讲习班学员有机会熟悉总部设在日内瓦的其他国际组织的工作。组织学员参观了国际电信联盟(电联), 学员还在联合国难民事务高级专员办事处(难民署)听取了高级法律顾问 Alexander Beck 先生的介绍。

210. 围绕“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”、“发生灾害时的人员保护”和“国家官员的外国刑事管辖豁免”组织了三个讲习班工作组。每名讲习班学员都被分配到其中一个工作组。三位国际法委员会委员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、格奥尔格·诺尔特先生和爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生为工作组提供了督导和专家指导。每个工作组编写了一份报告, 并在专门举行的会议上向讲习班介绍他们的心得。报告已编辑成册, 发给所有学员和委员会委员。

211. 日内瓦共和国和州政府派人带学员参观了日内瓦市政厅和阿拉巴马厅。

212. 讲习班闭幕式上, 国际法委员会主席贝恩德·尼豪斯先生、讲习班主任马库斯·施密特先生以及讲习班学员代表 Pamela López-Ruiz Montes 女士(秘鲁)向委员会和学员们致辞。每名学员都获颁一份证明其参加了第四十九届讲习班的证书。

213. 委员会特别感谢地指出, 自 2010 年以来, 阿根廷、奥地利、中国、芬兰、印度、爱尔兰、墨西哥、瑞典、瑞士、大不列颠及北爱尔兰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。基金的财务状况使它可以提供足够份数的研究金, 使优秀学员特别是发展中国家的优秀学员得以参加, 从而保证了学员的适当地域分布。今年, 向 15 名学员颁发了研究金(旅费和生活津贴)。

214. 自 1965 年以来, 分属 170 个不同国籍的 1,115 名学员参加了讲习班, 其中 684 人获得了研究金。

215. 委员会强调, 它十分重视讲习班。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。特别是鉴于讲习班开办即将满 50 周年, 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 2014 年能够继续举办讲习班, 并让尽可能多的学员参加。

G. 纪念国际法讲习班开办 50 周年

216. 委员会感到高兴的是, 2014 年国际法讲习班将是第 50 期, 委员会承认讲习班所做出的宝贵贡献。借助于讲习班, 一代又一代的年轻国际法学者观摩委员会的辩论, 对委员会的运作方式有了更好的了解。

217. 委员会决定，委员会与联合国日内瓦办事处法律联络处合作举办适当的 50 周年纪念活动，如有可能应邀请讲习班的原学员、包括后来成为委员会委员和国际法院法官的原学员参加。

218. 纪念活动可与国际法院院长访问委员会一事同时进行。

附件

附件 A.

引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)工作组的报告

附件 B.

危害人类罪

附件 A

引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)工作组的报告

1. 引言

1. 目的。本报告意在概述并强调委员会就“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题所做工作的各个具体方面，为各国提供协助，便利在第六委员会讨论这一专题。

2. 按照法治原则同有罪不罚现象做斗争的义务。各国表示愿意相互之间合作并与有关国际法庭进行合作，与犯罪者有罪不罚现象，特别是引起国际关切的犯罪者有罪不罚现象做斗争¹并在此过程中遵守法治原则。²在《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》中，参加 2012 年 9 月 24 日会议的各国元首和政府首脑作出承诺，“对于灭绝种族罪和危害人类罪，对于违反国际人道主义法行为和严重违反人权法行为，确保绝不容忍有罪不罚，并确保对于此类违法行为要进行适当调查，给予适当制裁，包括通过国家机制，或根据国际法酌情通过区域或国际机制，将任何罪行的实施者绳之以法。……”³在同有罪不罚现象做斗争方面开展合作的义务在众多公约中通过引渡或起诉的义务而得到体现。⁴各国广泛地赞同关于引渡或起诉的义务在同有罪不罚现象做斗争方面起着至关重要的作用的观点。⁵这一义务对引起国际社会严重关切的一系列犯罪行为都适用并且已经写

¹ 例如参阅题为“战争罪犯及危害人类罪犯的惩治问题”的大会 1971 年 12 月 18 日第 2840 (XXVI)号决议、“关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则”的大会 1973 年 12 月 3 日第 3074(XXVIII)号决议以及题为“法外、任意和即决处决的有效防止和调查”的经济及社会理事会 1989 年 5 月 24 日第 1989/65 号决议中的原则 18。

² 大会 2012 年 9 月 24 日第 67/1 号决议。

³ 同上，第 22 段。

⁴ 见下文第 3 部分。在与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案中，国际法院指出：“引渡和起诉是根据[1984 年《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 7 条第 1 款同有罪不罚做斗争的两种交互使用的方式……”(2012 年 7 月 20 日判决，第 50 段)。法院补充说，《禁止酷刑公约》缔约国“鉴于其共同的价值，在确保酷刑行为得到预防、在发生时使行为人不得有罪不罚方面拥有共同利益”(同上，第 68 段)。法院重申公约的目标和宗旨是“避免让此种行为的责任者有罪不罚，从而使同酷刑的斗争更为有效”(同上，第 74 段，另参阅第 75 段)。

特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基的第四次报告详细论述了在与有罪不罚做斗争时的合作义务问题。他列举了为合作义务提供了法律根据的下列国际文书：《联合国宪章》第一条第三款，《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，1998 年《国际刑事法院罗马规约》序言，以及 2011 年 3 月 30 日欧洲委员会部长理事会通过的“欧洲委员会部长理事会关于消除对严重侵犯人权行为有罪不罚现象的准则”第十二条，A/CN.4/648，第 26-33 段。

⁵ 例如比利时(A/CN.4/612，第 33 段)；丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典(A/C.6/66/SR.26，第 10 段)；瑞士(同上，第 18 段)；萨尔瓦多(同上，第 24 段)；意大利(同上，第 42 段)；秘鲁(同上，第 64 段)；白俄罗斯(A/C.6/66/SR.27，第 41 段)；俄罗斯联邦(同上，第 64 段)；以及印度(同上，第 81 段)。

入自 1970 年以来签订的反对国际恐怖主义的所有部门公约中。

3. 引渡或起诉的义务在同有罪不罚做斗争的国际合作方面所起的作用已经至少从雨果·格老秀斯时代起就得到承认，他提出了 *aut dedere aut punire* 原则(即或引渡或处罚原则)：在接到请求之后，一国要么应给予有罪者以应得的惩罚，要么将他交由请求国处置。⁶ 现代的说法是将“惩罚”改为“起诉”，以此作为引渡的替代做法，以便考虑到被指称犯罪者有可能被发现是无罪的这种可能性。

4. 引渡或起诉的义务在国际法委员会工作中的重要性。可以认为，这一专题已经包括在 1949 年委员会第一届会议十四项专题临时清单上的“对于在国家领土以外犯罪的管辖权”专题范围内。⁷ 这一义务也在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 8 条(管辖权的确定)和第 9 条(引渡或起诉的义务)中得到处理。治罪法草案第 9 条针对下列罪行规定了引渡或起诉的义务：灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行。⁸ *aut dedere aut judicare* 原则据说源于包含了这项义务的“若干多边公约”。⁹ 对治罪法草案历史进行分析后发现，第 9 条产生的原因是有必要针对所说的核心罪行拥有一有效的刑事化和起诉制度，而不是仅仅依靠实际国家惯例和法律确信。¹⁰ 之所以制订该条，一是考虑到有关罪行的严重性质，二是希望解决犯下这些罪行者的有罪不罚问题。¹¹ 虽然治罪法草案的侧重点是核心罪行，¹² 但正如上文第(2)段提到的，引渡或起诉义务的实质范围涵盖了引起国际关切的所有严重罪行。

⁶ 雨果·格老秀斯，《战争与和平法》第二册，第二十一章第四节(Francis W.Kelsey 英译本，牛津—伦敦，Clarendon Press-Humphrey Milford, 1925 年，第 527-529 页，见第 527 页)。

⁷ 联合国，《国际法委员会的工作》，第八版(纽约：联合国 2012)，第 1 卷，第 37 页。

⁸ “在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第 17[灭绝种族罪行]、第 18[危害人类罪行]、第 19[危害联合国人员和有关人员罪行]或第 20 条[战争罪行]所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。”另见委员会对此条的评注(《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第二章)。

⁹ 《危害人类和平及安全治罪法草案及其评注》，第 8 条，第(3)段(同上)。

¹⁰ 《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第 80 页，第 142 段。

¹¹ 《危害人类和平及安全治罪法草案及其评注》，第 8 条，第(3)、(4)和(8)段以及第 9 条第(2)段(同上，《第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10))。

¹² 1991 年在进行一读时，治罪法草案所涵盖的罪行有下述 12 项：侵略；侵略的威胁；干涉；殖民统治和其他形式的外国统治；种族灭绝；种族隔离；有计划或大规模侵害人权行为；特别严重的战争罪行；招募、使用、资助和训练雇佣军；国际恐怖主义行为；非法贩运麻醉品；以及故意和严重损害环境行为。在 1995 和 1996 年会议上，委员会在治罪法草案定稿中将罪行减为四项：侵略罪行；灭绝种族罪行；战争罪行；危害人类罪行。这样做坚守了《纽伦堡宪章》等遗产，并将之作为选定治罪法草案涵盖的罪行的标准。这样做的主要原因似是 24 国政府对 1991 年所提议的 12 种罪行所持的不赞同意见(A/CN.4/448 和 Add.1)。第五种罪行，即危害联合国人员和有关人员罪行，是在最后一刻加上的，这是考虑到其规模、对这类人员的攻击事件的严重性以及这类人员“对维护国际和平与安全所起的中心作用”。

侵略罪行不受治罪法草案第 9 条规定的约束。委员会认为，“由一国国内法院确定另一国是否犯有侵略罪的问题，这有违“平等者之间无管辖权”这一国际法基本原则。”一国国内法院行使管辖权从而导致认为另一国犯有侵略罪，这将对国际关系与国际和平与安全产生严重的影响。”(《危害人类和平及安全治罪法草案及其评注》，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 30 页，第 14 段)。

5. 拉丁术语“aut dedere aut judicare”的使用。过去，委员会一些委员，包括特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基在内，曾怀疑使用拉丁词语“aut dedere aut judicare”的做法，特别是对“judicare”一词的用法有疑问，他们认为这个词不足以精确地反映“起诉”一词的范围。然而特别报告员认为当时专注于处理术语的准确定义问题为时太早，宜将这些术语留在未来关于“用语”的条文草案里处理。¹³ 工作组本报告将“引渡或起诉的义务”作为本报告的标题，依据的是一项谅解，即“引渡”的强制性或“起诉”的强制性孰先孰后，取决于特定情况下的背景和适用的法律制度。

2. 委员会自 2006 年以来所做工作概述

6. 委员会第五十七届会议(2005 年)将“引渡或起诉的义务(aut dedere aut judicare)”列入工作方案并任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为特别报告员。¹⁴ 这一决定得到大会第六委员会的核准。¹⁵ 从第五十八届会议(2006 年)起至第六十三届会议(2011 年)，委员会收到并审议了特别报告员提交的四次报告和四条案文草案。¹⁶ 2009 年设立了关于此专题的工作组，由阿兰·佩莱先生任主席，工作组拟定了审议此专题的总框架，其目的是说明需处理的具体问题并确立优先顺序。¹⁷ 委员会注意到工作组主席的口头报告并在其第六十一届会议年度报告里载录了工作组拟定的审议此专题的提议的总框架。¹⁸

7. 提议的总框架(a) 节第(二)小节提及“现有条约中的引渡或起诉的义务”，秘书处据此进行了一次对国际法委员会就“引渡或起诉的义务(aut dedere aut judicare)”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查¹⁹ (下称“秘书处的调查

¹³ A/CN.4/603, 第 36-37 段。在初次报告里，特别报告员讨论了与这一专题有关的各种拉丁语说法，即 aut dedere aut punire; judicare aut dedere; aut dedere aut prosequi; aut dedere, aut judicare, aut tergiversari; 以及 aut dedere aut poenam persequi (A/CN.4/571, 第 5-8 段)。另见 Raphaël van Steenberghe, “引渡或起诉的义务：澄清其性质”(《国际刑事司法杂志》，第 9 卷(2011 年)，第 1089 页起，见第 1107-8 页，该文论及 aut dedere aut punier、aut dedere aut prosequi、aut dedere aut judicare 等说法。

¹⁴ 2005 年 8 月 4 日第 2865 次会议(《大会正式记录，第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 500 段)。

¹⁵ 大会 2005 年 11 月 23 日第 60/22 号决议。

¹⁶ 特别报告员于 2006 年提交了初次报告(A/CN.4/571)，2007 年提交了第二次报告(A/CN.4/585 和 Corr.1)，2008 年第三次报告(A/CN.4/603)，2011 年第四次报告(A/CN.4/648)。特别报告员加利茨基在其第二次报告(A/CN.4/585, 第 76 段)、第三次报告(A/CN.4/603, 第 110-129 段)及三年之后其第四次报告(A/CN.4/648, 第 40、第 70-71 和第 95 段)里提出了条款草案案文。

¹⁷ 2008 年 7 月 31 日第 2988 次会议，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 315 段。

¹⁸ 同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 204 段。

¹⁹ A/CN.4/630。

(2010 年)”)。该研究报告查出了将引渡和起诉作为惩治犯罪者的相互替代办法加以规定的普遍性和区域性多边文书。

8. 2010 年 6 月, 特别报告员提交了一份工作文件, 题为“工作组关于‘或引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)’专题讨论的依据”,²⁰就 2009 年提议的总框架发表了意见和建议, 同时借鉴了秘书处的调查(2010 年)。特别报告员尤其提请注意下列问题: (a) 引渡或起诉义务的法律依据; (b) 引渡或起诉义务的实质范围; (c) 引渡或起诉义务的内容; (d) 触发引渡或起诉义务的条件。

9. 2010 年, 由恩里克·坎迪奥蒂先生任代理主席的工作组确认, 秘书处的调查(2010 年)有助于澄清 2009 年提议的总框架的某些方面。工作组指出, 在寻求阐明提议的总框架中所商定的问题时, 除了秘书处的调查(2010 年)所侧重的多边条约实践以外, 还需要详细审议国家惯例的其他方面(包括但不限于国家立法、案例法、政府代表的正式声明等)。此外, 工作组指出, 鉴于在治理有罪不罚现象方面合作义务似乎是引渡或起诉义务的基石, 因此有必要对国家实践作系统的评估。这样将会澄清在多大程度上, 合作义务作为一般规则或相对于具体的罪行而言, 可指导本专题的工作, 包括涉及引渡或起诉义务的实质范围、内容以及触发该义务的条件的工作。

10. 委员会第六十四届会议(2012 年)设立了一个不限成员名额工作组, 由江萨·吉滴猜萨里先生任主席, 评估委员会就此专题开展工作取得的进展, 并探讨委员会今后可采取的备选办法。²¹在这届会议上, 没有任命特别报告员取代已不再是委员会委员的加利茨基先生。工作组主席在第六十届会议(2012 年)期间提交了四份非正式工作文件, 在第六十五届会议(2013 年)期间又提交了四份非正式工作文件。工作组对这些非正式工作文件的讨论构成本报告的基础。

3. 工作组在 2012 年和 2013 年进行的审议

11. 工作组认为秘书处的调查(2010 年)和国际法院 2012 年 7 月 20 日对与引渡或起诉义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案的判决对其工作有用。

12. 多边文书中的条款类型。秘书处的调查(2010 年)以这些条款为依据描述了有关文书的情况并进行了分类, 审查了在相关领域起到范本作用的某些重要公约的准备工作。对于某些条款, 该研究报告还审查了所作出的任何保留, 指出了不同公约中受审查条款之间的差异及其演变情况, 提出了一些全面性结论, 涉及: (a) 相关条款中引渡与起诉之间的关系; (b) 不同公约中适用于引渡的条件; 以及(c) 不同公约中适用于起诉的条件。调查将含有此类规定的公约划分为以下四类: (a) 1929 年《取缔伪造货币国际公约》以及沿用相同模式的其他公约; (b) 关于引渡的区域性公约; (c) 1949 年《日内瓦四公约》及 1977 年《第一附加议

²⁰ A/CN.4/L.774。

²¹ 《大会正式记录, 第六十七届会议, 补编第 10 号》(A/67/10), 第 206 段。

定书》；和(d) 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》以及沿用相同模式的其他公约。

13. 1929 年《取缔伪造货币国际公约》以及沿用相同模式的其他公约²² 通常：(a) 将相关罪行定为刑事罪，缔约国承诺依据国内法给予惩处；(b) 关于起诉和引渡的条款，这些条款顾及各国对引渡国民和行使域外管辖权的不同意见，行使域外管辖权允许选择而非强制；(c) 含有规定了引渡义务的条款，一旦拒绝引渡则应起诉；(d) 确立一项引渡制度，各国据此承诺在某些条件下认定该罪行为可予引渡的罪行；(e) 含有限制条款，使公约不影响各国按国际法问题处理刑事管辖权问题的方法；以及(f) 含有一项不妨碍各国刑事立法和司法的条款。虽然沿用此模式的一部分公约在用词上有编辑性质的差异，但有些则从实质上修改了缔约国承担的义务。

14. 有众多区域引渡公约和安排载有将引渡与起诉选项相结合的条款，²³ 虽然这些文书通常强调引渡的义务（被详加规定），只将起诉设想为在开展这一合作时为避免有罪不罚而可采用的备用办法。按照这一模式，引渡是确保刑事管辖权得到有效执行的手段。缔约国负有引渡的一般义务，除非引渡请求恰遇一种条件或例外情形，包括拒绝引渡的强制性理由或自由裁量理由。例如引渡国民可能受到禁止，或须受具体的保障约束。不需要满足双重犯罪这一要求。此种协议和安排中的规定随着时间的推移发生过修改和调整，特别是在条件和例外方面。²⁴

15. 1949 年日内瓦四公约载有相同的规定，据此，各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国内法庭。然而该国亦可于自愿时，并依其国内立法的规定，将此种人送交另一有关的缔约国审判，但后一缔约国须已确定案件证据确凿。²⁵ 因此，按照这一模式，搜捕并起诉被指称犯罪者的义务不以管辖权考虑为条件，不论另一国是

²² 例如(a) 1936 年《取缔非法贩卖危险药品公约》；(b) 1937 年《防止和惩治恐怖主义公约》；(c) 1950 年《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》；(d) 1961 年《麻醉品单一公约》；以及(e) 1971 年《精神药物公约》。

²³ 这些文书包括：(a) 1928 年《国际私法公约》，另外也称作“布斯塔曼特法典”，见第四卷(国际程序法)，第三章(引渡)；(b) 1933 年《引渡公约》；(c) 1981 年《美洲引渡公约》；(d) 1957 年《欧洲引渡公约》；(e) 1961 年《司法合作总公约》(Convention générale de coopération en matière de justice)；(f) 1994 年《西非国家经济共同体引渡公约》；以及(g) 《英联邦内伦敦引渡计划》。

²⁴ 还可回顾的是，大会通过了《引渡示范条约》(第 45/116 号决议，附件)和《刑事事件互助示范条约》(第 45/117 号决议)。

²⁵ 分别是第一、第二、第三、第四《日内瓦公约》第 49、50、129、146 条。这些《日内瓦公约》使用“送交”而不用“引渡”的原因在在秘书处的调查(2010 年)里有解释，见第 54 段。

根据 Claus Kreß (“对严重破坏公约行为之制度的审判方面的思考”，《国际刑事司法杂志》，第 7 卷(2009 年)，第 789 页)，严重破坏公约行为之制度的审判方面实际上意味着有义务调查以及在必要时起诉并定罪。

否提出任何引渡请求，这一义务都存在。²⁶ 尽管如此，引渡是一项备选的做法，受制于起诉国确定案件证据确凿这一条件。这一机制以参照方式适用于1977年《第一附加议定书》²⁷

16. 1970年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第7条规定：“在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应……将此案件提交其主管当局以便起诉”。这一“海牙套语”是《日内瓦四公约》套语的变体，后来成为好几 惩治具体罪行的公约的范本，主要是在反对恐怖主义领域，也涉及许多其他领域(包括酷刑、雇佣军、危害联合国人员和有关人员罪行、跨国罪行、腐败、强迫失踪等)。²⁸ 然而，后来这些文书有许多修改了原来的用语，这有时影响到海牙套语所载的义务的实质内容。

17. 在2012年7月20日国际法院针对与引渡或起诉义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案所作的判决所附的个别意见里，优素福法官还论及“含有 aut dedere

²⁶ 见 Jean Pictet(编)《对1949年8月12日日内瓦第四公约的评论》，第四卷，(日内瓦，红十字国际委员会，1958年)，第593页。

²⁷ 1977年《第一附加议定书》第85条第1和第3款，以及第88条第2款。

²⁸ 除其他外，这些公约包括：(a) 1971年《美洲国家组织防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》；(b) 1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；(c) 1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；(d) 1977年《欧洲制止恐怖主义公约》；(e) 1977年非洲统一组织《消除非洲雇佣军制度公约》；(f) 1979年《反对劫持人质国际公约》；(g) 1979年《核材料实物保护公约》；(h) 1984年《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》；(i) 1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》；(j) 1987年《南亚区域合作联盟制止恐怖主义区域公约》及其2004年附加议定书；(k) 1988年《制止在用于国际民用航空的机场发生的非法暴力行为以补充〈制止危害民用航空安全的非法行为的公约〉的议定书》；(l) 1988年《制止危害航海安全的非法行为公约》；(m) 1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；(n) 1989年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》；(o) 1994年《美洲被迫失踪人士公约》；(p) 1994年《联合国人员和有关人员安全公约》及其2005年任择议定书；(q) 1996年《美洲国家反腐败公约》；(r) 1997年《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他相关材料公约》；(s) 1997年《经济合作与发展组织禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》；(t) 1997年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；(u) 1998年《通过刑法保护环境公约》；(v) 1999年《反腐败刑法公约》；(w) 1999年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二号议定书》；(x) 1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；(y) 2000年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》；(z) 2000年《联合国打击跨国组织犯罪公约》及其议定书；(aa) 2001年《欧洲委员会打击网络犯罪公约》；(bb) 2003年《非洲联盟防治腐败公约》；(cc) 2003年《联合国反腐败公约》；(dd) 2005年《制止核恐怖主义行为国际公约》；(ee) 2005年《欧洲委员会防止恐怖主义公约》；(ff) 2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》；(gg) 2007年《东南亚国家联盟反恐公约》；(hh) 2010年《制止非法劫持航空器公约的补充议定书》；以及(ii) 2010年《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》。

aut judicare 套语的条约”的类型，并将这些条约大致分为两类。²⁹ 第一类含有规定了引渡义务的条款，而且只有在拒绝引渡之后起诉才成为义务。这些公约结构有其特点，优秀重视引渡到罪行发生地国家。这些公约的大多数并不为缔约国规定起诉被指称犯罪者的一般义务，只有在拒绝引渡请求之后，或存在着诸如被指称犯罪者被指称犯罪者的国籍等因素之后，被指称犯罪者犯罪时所在的国家才有义务进行起诉。这第一类公约的例子有 1929 年《取缔伪造货币国际公约》第 9 条第 22 款、《非洲联盟预防和打击腐败公约》第 15 条、以及《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》第 5 条。

第二类国际公约含有规定了起诉义务的条款，但引渡只是可用的备选做法，或含有规定了起诉义务的条款，但只有在该国未能将案件提交起诉时引渡才变为义务。这第二类公约中的这种条款例如可在 1949 年日内瓦四公约有关条款、1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 7 条第 1 款以及《禁止酷刑公约》第 7 条第 1 款中看到。

18. 鉴于以上所述，工作组认为各国可自行决定哪一种关于引渡或起诉义务的公约套语在特定情况下最适合它们的目的。鉴于公约实践中引渡或起诉义务的说法、内容和范围多种多样，委员会将关于引渡或起诉的义务的各种条约条款加以协调，将是有益的。³⁰

19. 虽然工作组认为应该逐案地审查有关公约中的引渡或起诉义务的范围，但工作组也承认，在更近些的含有引渡或起诉义务的条款的公约中，可能存在着一些一般趋势和共同特征。最相关的一种趋势似乎是将“海牙套语”用作“当代打击特定罪行的大多数公约的范本”。³¹ 在 1970 年或之后起草的公约中，约有四分之三沿用了“海牙套语”。在这些 1970 年之后的公约中，有一个共同的趋势是，即羁押国如果不引渡的话，则无一例外地将受指控犯罪者的案件交给主管当局处理。对此义务还以附加规定加以补充，要求缔约国：(a) 在国内法中规定相关罪行为刑事犯罪；(b) 当与罪行存在着某种联系或被指称犯罪者在本国领土内

²⁹ 优素福法官就比利时诉塞内加尔案所发表的个别意见，第 19-22 段，另见秘书处的调查(2010 年)，第 126 段。另参阅比利时 2009 年提交国际法委员会的评论，比利时列出了两类条约：(a) 一类条约含有 aut dedere aut judicare 条款，把不接受对被指控犯罪者的引渡要求作为起诉义务的条件；(b) 另一类条约载有未求引渡也须起诉条款，规定各国须对犯有条约规定的罪行的犯罪者行使普遍管辖权，而这项义务并不以拒绝满足先前的引渡要求为条件(A/CN.4/612, 第 15 段)，特别报告员加利茨基在其第四次报告中曾引用(A/CN.4/648, 第 85 段和脚注 56)。

³⁰ 秘书处的调查(2010 年)的结论是(A/CN.4/630, 第 153 段)：

“……对相关公约实践的研究显示，各类公约在规范管理这些问题方面的独特程度大不相同，只有很少几项公约采用同样的惩罚罪犯机制(包括在引渡和起诉之间的联系方面)。与起诉和引渡有关的条款出现差异似乎有几个决定因素，包括：每一项公约商谈时的地域、体制和专题框架……人权或国际刑事司法等相关领域国际法的发展；等等。此外，虽然在相关条款中可以确定一些普遍趋势和共同特点，但对于每一个条款的明确范围，需要考虑该条款的表述形式、所在条约的普遍安排和相关准备工作，逐案作出结论。”

³¹ 同上，第 91 段。

并且未被引渡时，则确立对罪行的管辖权；(c) 规定采取措施羁押罪犯并对事实进行初步调查；(d) 将罪行视为可予引渡。³² 尤其是，按照该项义务的起诉方面，这些公约只是强调案件须提交主管当局以便进行起诉。在较小的程度上，另一种趋势是规定在羁押国不予起诉的情况下，必须无一例外地将被指称犯罪者予以引渡。

20. 工作组指出，在关于引渡或起诉义务的目前公约制度中存在着一些重要缺陷，可能需要加以弥补。尤其是相对于大多数危害人类罪、³³ 严重违反公约以外的战争罪以及在非国际武装冲突中的战争罪而言，缺乏含有这一义务的国际公约。³⁴ 就灭绝种族罪而论，应加强国际合作制度，而不是仅仅停留在 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》所规定的那种基本制度水平上。正如国际法院在《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)案中所解释的，根据《灭绝种族罪公约》第六条承担的义务是，该条只是规

³² 同上，第 109 段。

³³ 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》沿用了海牙套语，并提及犯罪的“极端严重性”，当危害人类罪呈普遍或有系统的特点时，便作如此描述。然而除此之外，针对危害人类罪似乎缺乏含有引渡或起诉的义务的国际公约。

³⁴ 1949 年《日内瓦四公约》的基本原则是建立对严重破坏公约行为的普遍管辖权。每一项公约都在“引渡或起诉”规定之后有一条描述什么构成严重破坏公约行为。

在《日内瓦第一和第二公约》中，该条款完全相同(分别为第 50 条和第 51 条)：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

《日内瓦第三公约》第 130 条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利。”

《日内瓦第四公约》第 147 条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利，以人为质，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

《日内瓦四公约》和 1977 年《第一附加议定书》在严重破坏公约行为范围之外，并没有确立引渡或起诉的义务。与战争罪有关的其他国际文书也均未规定此种义务。

定缔约国有义务确立并行使领土内刑事管辖权并与国际刑事法庭合作，包括接受该法庭的管辖权。³⁵

4. 履行引渡或起诉的义务

21. 海牙套语。工作组认为国际法院对与引渡或起诉义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案的判决有助于澄清与履行引渡或起诉义务相关的一些问题，特别是因为会有这样的条约安排：当被指称犯罪者身在某一国时，该国依此事实负有起诉的义务，但该国可通过予以引渡，而免除自己的这一义务。这一判决仅限于分析根据《禁止酷刑公约》消除有罪不罚现象的机制。具体地说，判决侧重于关于建立管辖权(第5条)、进行初步调查的义务(第6条)、起诉或引渡的义务(第7条)等各条之间的关系。³⁶ 虽然法院的理由说明涉及与该公约有关的具体履行和适用问题，但由于《禁止酷刑公约》的有关起诉或引渡规定是以“海牙套语”为范本的，故法院的裁决也有助于阐明1970年《海牙公约》和沿用相同套语的其他公约中的起诉或引渡制度的含义。³⁷ 由于法院还认为酷刑是受强制法禁止的罪行，³⁸《禁止酷刑公约》所用的起诉或引渡套语可用作强制法禁止的其他核心罪行例如灭绝种族罪、危害人类罪以及严重战争罪的起诉或引渡制度的范本。

22. 法院认定，《禁止酷刑公约》缔约国有义务将酷刑定为刑事罪，对酷刑罪确立管辖权以拥有对这一犯罪进行起诉的必要法律工具，在犯罪嫌疑人出现在各自领土内时即对事实开展。法院宣称：“这些义务作为一个整体可视为一个单一的公约机制的要素，这一公约机制的目的是防止经证实的嫌疑人逃脱其刑事责任的后果”。³⁹ 由第7条第1款规定的“将该案提交主管当局以便起诉”的义务，法院称之为“起诉的义务”，认为无论是否先前提出了针对嫌疑人的引渡请求，此项义务都存在。然而应由国家当局决定是否根据已经掌握的证据和有关的刑事诉讼规则提起诉讼。⁴⁰ 法院尤其裁定，“引渡是由公约提供给国家的一种选

³⁵ 《2007年国际法院案例汇编》，第442、449段。第六条的案文是：“凡被诉犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者，应交由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理之。”法院在第442段里没有排除其他基础，法院指出：“《灭绝种族公约》第六条只是规定缔约国有义务确立并行使领土内刑事管辖权。法院当然不禁止各国在灭绝种族罪事项上依据犯罪发生地(这与国际法是相符的)以外的标准，例如被控告者的国籍，赋予刑事法院以管辖权，但没有规定必须这样做。”

³⁶ 比利时诉塞内加尔案，第71-121段。

³⁷ 法院指出，《禁止酷刑公约》第7条第1款基于1970年《海牙公约》所载的类似的规定(同上，第90段)。正如多诺霍法官所说：“今天判决书中的处置性段落只对当事方有约束力。尽管如此，法院对一项多边条约(或习惯国际法)所作的解释对其他国家也会产生影响。在口头诉讼过程中法院法官所提出了大量问题，这正揭示了本案所提出的法律问题的深远意义。……。”(多诺霍法官就比利时诉塞内加尔案发表的声明，第21段。)

³⁸ 比利时诉塞内加尔案，第99段。

³⁹ 同上，第91段。另见第74-75、78、94段。

⁴⁰ 同上，第90、94段。

择，而起诉是根据公约承担的国际义务，违背此项义务则属于能够导致国家责任的不法行为”。⁴¹ 法院还指出，1970 年《海牙公约》和《禁止酷刑公约》都强调“主管当局应根据该国法律，以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定”。⁴²

23. 须纳入国内法律的引渡或起诉义务基本要点。有效履行引渡或起诉的义务，这就要求采取必要的国内措施，将有关犯罪行为定为刑事罪行，对处在该国领土内的犯罪行为及犯罪者确立管辖权，进行调查或初步调查，逮捕嫌疑人，并将案件提交起诉当局(可能会，也可能不会导致提起诉讼)或予以引渡，如果具有必要管辖权和起诉嫌疑人能力的另一国提出了引渡请求的话。

24. 确立必要管辖权。确立管辖权是履行引渡或起诉处在一国境内的被指称犯罪者的义务的“符合逻辑的预告步骤”。⁴³ 当罪行据称是在国外犯下并且与法院地国没有连结时，引渡或起诉的义务必然反映出是对普遍管辖权的行使，⁴⁴ 而普遍管辖权是“是针对域外事件而对人确立的领土管辖权”⁴⁵，这里，受害者和被指称犯罪者均不是法院地国的国民，据称也没有给法院地国的国家利益造成损害。然而，引渡或起诉的义务也能反映出是在其他基础上行使管辖权。所以，如果一国能在其他基础上行使管辖权，则在履行引渡或起诉的义务时不一定援引普遍管辖权的名义。

就起诉引起国际关切的罪行的被指称犯罪者而言，普遍管辖权是至为重要的因素，特别是当被指称犯罪者在犯罪发生地国没有受到起诉时。⁴⁶ 好几项国际文书，例如得到广泛批准的 1949 年日内瓦四公约和《禁止酷刑公约》，都要求对这些文书所涵盖的罪行行使普遍管辖权，或者如不起诉，则将被指称犯罪者引渡到另一国以便进行起诉。

⁴¹ 同上，第 95 段。

⁴² 《禁止酷刑公约》第 7 条第 2 款和 1970 年《海牙公约》第 7 条，同上，第 90 段。

⁴³ 非盟—欧盟普遍管辖权原则特设技术专家组的报告(8672/1/09/Rev.1)，附件，第 11 段。国际法院在比利时诉塞内加尔案的判决中认为，《禁止酷刑公约》缔约国履行其确立其法院的普遍管辖权的义务是必要的条件，有了此条件，方能进行初步调查并将案件提交主管当局以便进行起诉。(比利时诉塞内加尔案，判决，第 74 段)。

⁴⁴ 一位学者认为，“除了嫌疑人身在一国境内这一点以外，当该国与指称的犯罪或嫌疑人没有联结时，*aut dedere aut judicare* 原则即与普遍管辖权相重叠。”(Mitsue Inazumi, 现代国际法中的普遍管辖权：为了依国际法对严重罪行进行起诉而将国家管辖权扩大(Intersentia 2005)，第 122 页。)

⁴⁵ 2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)案，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页，法官希金斯、科艾曼斯、比尔根塔尔的联合个别意见，第 42 段。

⁴⁶ 应该回顾的是，1996 年治罪法草案第 9 条所提到的“引渡或起诉的义务”该治罪法草案第 8 条的“确立管辖权”密切相关，这要求每一缔约国都采取必要措施，确立对灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行的普遍管辖权，而不论犯罪发生在何地，由谁实施。委员会对第 8 条的评注也表明，考虑到了普遍管辖权(《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》，(A/51/10)，第 7 段)。

25. 制订法律方面的拖延。根据国际法院对比利时诉塞内加尔案的判决，制订必要法律以起诉嫌疑人如果出现拖延，则会对缔约国履行进行初步调查并将案件提交主管当局进行起诉的义务产生不利影响。⁴⁷ 国家的义务远不止单纯地制订本国法律。国家还必须实际对嫌疑人行使管辖权，从调查事实开始。⁴⁸

26. 调查的义务。根据法院对比利时诉塞内加尔案的判决，调查的义务包含好几项要素：

- 一般来说，调查的义务必须依适用的条约的目标和宗旨来加以解释，而目标和宗旨便是使同有罪不罚的斗争更为有效。⁴⁹
- 这项义务意在证实对有关的人的怀疑。⁵⁰ 起点是确定有关事实，这是同有罪不罚现象做斗争的必不可少的阶段。⁵¹
- 一旦当局有理由怀疑其境内的某人可能对某些行为负有责任，而这些行为在引渡或起诉义务的约束范围之内，则必须进行调查。初步调查须立即开始。这一点最晚必须在对该人提出首次控诉时做到，⁵² 在此阶段必须确定事实。⁵³
- 然而，简单地讯问嫌疑人，以查明其身份并告知他或她控诉的罪名，这不能视为履行了进行初步调查的义务。⁵⁴
- 初步调查由负责拟订案件文档和负责收集事实和证据(例如文件、证人关于事件经过及嫌疑人可能参与其中的证词)的当局实施。这些当局是指这样的国家的当局：指称的犯罪行为发生在该国境内，或记录了关于案件的申诉的任何其他国家。为了履行进行初步调查的义务，嫌疑人在其境内的国家应寻求前述国家的合作。⁵⁵
- 依据普遍管辖权进行的调查必须遵循相同的证据标准，就如该国因与案件具有联系而行使管辖权时一样。⁵⁶

⁴⁷ 比利时诉塞内加尔案，第 76、77 段。

⁴⁸ 同上，第 84 段。

⁴⁹ 同上，第 86 段。

⁵⁰ 同上，第 83 段。

⁵¹ 同上，第 85-86 段。

⁵² 同上，第 88 段。

⁵³ 同上，第 86 段。

⁵⁴ 同上，第 85 段。

⁵⁵ 同上，第 83 段。

⁵⁶ 同上，第 84 段。

27. 起诉的义务。根据法院对比利时诉塞内加尔案的判决，起诉的义务包含好几项要素：

- 起诉的义务实际上是将案件提交起诉当局的义务，不涉及提起起诉的义务。实际上，根据证据的情况，履行这一义务可能会、也可能不会导致提起诉讼程序。⁵⁷ 主管当局决定是否提起诉讼，这与他们按照本国法律对待据称性质严重的犯罪案件一样。⁵⁸
- 与履行起诉的义务有关的程序应毫不拖延地尽快实施，尤其是针对嫌疑人一旦提出了首次申诉之后。⁵⁹
- 必须确保起诉及时，以免发生不公正，因此必须在合理的时限内采取必要行动。⁶⁰

28. 引渡的义务。关于引渡的义务：

- 引渡的目的地国只能是以某种身份具有管辖权，依照国际法律义务(该义务对该国具有约束力)可以起诉并审判被指称犯罪者的且该人所在国家。⁶¹
- 履行引渡的义务不能用驱逐、非常规引渡或将嫌疑人发送到另一国的其他非正式形式来替代。⁶² 正式的引渡请求涉及重要的人权保护措施，这些措施在诸如将嫌疑人发送到另一国的非正式形式例如非常规引渡中是没有的。按照绝大多数国家的引渡法律，必要的要求包括双重犯罪，一罪不二审，法无明文规定不为罪，特定性，不得将嫌疑人引渡使之因民族出身、宗教、国籍或政治观点等理由而受审判。

⁵⁷ 另参见 *Chili Komitee Nederland* 诉皮诺切特，阿姆斯特丹上诉法院，1995年1月4日《荷兰国际法年鉴》，第28卷(1997年)第363—365页，上诉法院认为，荷兰公共检察官在智利前总统皮诺切特访问阿姆斯特丹时拒绝起诉他，这并没有错，因为皮诺切特或许有权享有不受起诉的豁免权，而为证明任何起诉所需要的证据都会在智利，但荷兰与智利没有关于刑事诉讼程序的合作协议。见 Kimberley N. Trapp, *国际恐怖主义的国家责任*(牛津：牛津大学出版社2011年)，第88页，脚注132。

⁵⁸ 同上，第90、94段。

⁵⁹ 同上，第115、117段。

⁶⁰ 同上，第114、115段。参见坎萨多·特林达德法官对于此案发表的个别意见，第148、151-153段；专案法官苏尔对于此案发表的不同意见，见第50段；以及薛法官的不同意见，见第28段。

⁶¹ 比利时诉塞内加尔案，第120段。

⁶² 参阅委员会2012年一读通过的驱逐外国人条款草案第13条草案，见《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》(A/67/10)，第四章，以及欧洲人权法院，*Bonzano* 诉法国，1986年12月18日的判决，第9990/82号请求书，第52-60段。欧洲人权法院认为，为了避开引渡方面的要求而以驱逐为幌子的引渡是非法的，与《欧洲人权公约》第5条所保障的人身安全权不符。

29. 符合目标和宗旨。国家采取的措施必须依有关国际文书或对该国具有约束力的其他国际义务来源的目标和宗旨来加以解释，而目标和宗旨便是使同有罪不罚的斗争更为有效。⁶³ 另外值得回顾的是，借助于反映了习惯国际法的《维也纳条约法公约》第二十七条，条约的一缔约国不得援引其国内法律为理由，为其未履行条约而辩护。⁶⁴ 此外，国家采取的措施必须符合法治原则。

30. 如果涉及引起国际关切的严重罪行，引渡或起诉义务的宗旨是确保被指称犯罪者不能在任何国家得到庇护，从而逃避惩罚。⁶⁵

31. 义务的时间范围。根据反映了在此问题上的习惯国际法的《维也纳条约法公约》第二十八条，依据条约承担的引渡或起诉义务适用于该条约对有关国家生效之后发生的事实，“条约表示不同意思，或另经确定”。⁶⁶ 在一国成为载有引渡或起诉义务的条约的缔约国之后，该国自加入该条约生效之日起，有权请求另一缔约国遵守该条约的所有规定，包括引渡或起诉的义务在内。⁶⁷ 因此，一国一旦受该条约约束，即应履行其义务，将载有引渡或起诉义务的条约所禁止的行为定为刑事罪，并确立必要的管辖权。⁶⁸ 然而，该国完全可以调查或起诉在该条约对该国生效之前所发生的行为。⁶⁹

32. 不遵守引渡或起诉义务的后果。在对比利时诉塞内加尔案的判决中，法院认定，违反根据《禁止酷刑公约》所承担的国际义务是引起国家责任的不法行为。⁷⁰ 只要尚未采取履行义务所必需的一切措施，该国就处在违反其义务的状态。⁷¹ 委员会的国家对国际不法行为的责任条款规定，实施可归于一国的国际

⁶³ 见国际法院对比利时诉塞内加尔案判决中的理由说明，第 85-86 段。因此，法院裁定，财政困难并不能成为塞内加尔不履行其根据《禁止酷刑公约》承担的义务的理由(同上，第 112 段)。同样，从非洲联盟寻求指导意见也不能成为塞内加尔拖延履行其根据公约承担的义务的理由(同上)。

⁶⁴ 同上，第 113 段。

⁶⁵ 比利时诉塞内加尔案，第 120 段。另见坎萨多·特林达德法官的解释，

“……国家的行为应当有助于履行结果义务(在本案，即禁止酷刑)。国家不能声称，尽管其行为良好，但国内法不足或困难致使它无法充分履行其义务(即将酷刑定为非法行为并起诉犯罪者)，而法院不能因有关国家据称‘行为良好’而认为案件已结。”(坎萨多·特林达德法官对于比利时诉塞内加尔案发表的个别意见，第 50 段，另见他在第 43-51 段里详细陈述的理由。)

⁶⁶ 比利时诉塞内加尔案，第 100-102 段，其中援引了反映习惯国际法的《维也纳条约法公约》第二十八条。

⁶⁷ 同上，第 103-105 段。

⁶⁸ 同上，第 75 段。

⁶⁹ 同上，第 102、105 段。

⁷⁰ 同上，第 95 段。

⁷¹ 同上，第 117 段。

不法行为是有法律后果的，包括停止并不重犯该行为(第 30 条)，赔偿(第 31、34-39 条)以及反措施(第 49-54 条)。

33. 该义务与“第三种选择”的关系。随着国际刑事法院和各种特设国际刑事法庭的建立，现在有了这样的可能，即面对引渡或起诉被指控者义务的一国可求助于第三种选择，即将嫌疑人送交有关国际刑事法庭。⁷² 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 11 条第 1 款便载有这样的第三种选择。⁷³

34. 在对于比利时诉塞内加尔案发表的不同意见中，薛法官认为，假如塞内加尔已经将被指称犯罪者送交由非洲联盟组建的国际法庭进行审判，他们就没有违反《禁止酷刑公约》第 7 条所规定的起诉的义务，因为这样的法庭就是为满足公约的目的而设立的，公约本身不禁止，国家惯例也不禁止。⁷⁴ 当然，如果“条约表示不同意思，或另经确定”，⁷⁵ 因而不许将受指控的犯罪者移交国际刑事法庭，则这样的移交并不免除条约缔约国根据其各自国内法律制度引渡或起诉该犯罪者的义务。

35. 有人提议，鉴于国际刑事法庭日益重要，关于引渡或起诉义务的新条约规定与国内法一样，应包含这第三种选择。

36. 补充意见。一国也许愿意同时履行引渡或起诉义务的两个方面，例如起诉、审判犯罪者并予判刑，然后将该犯罪者引渡或移交给另一国，以便使判决得到执行。⁷⁶

⁷² 注意：1996 年危害人类各平治罪法草案第 9 条规定，该条所规定的引渡或起诉的义务“不妨碍国际刑事法院的管辖权”。

⁷³ “缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人，如果不按其国际义务将该人引渡或移交给另一国家，或移交该缔约国承认其司法权的某一国际刑事法庭，则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。”

⁷⁴ 薛法官的不同意见，见第 42 段(在其他问题上的不同意见)。

⁷⁵ 《维也纳条约法公约》第二十八条。

⁷⁶ 特别报告员加利茨基在其初次报告(A/CN.4/571)里提到这一可能性，第 49-50 段。

附件 B

危害人类罪

(肖恩·墨菲先生)

A. 导言

1. 在国际法领域，出现了三项核心罪行：战争罪、灭绝种族罪、危害人类罪。¹ 虽然这三项罪行均已是在迄今设立的主要国际刑事法庭的管辖事项，但其中只有两项罪行得到全球性条约的处理，全球性条约要求各国防止并惩治这样的罪行并为此目的相互进行合作。严重的战争罪已经借助于 1949 年日内瓦四公约² 和第一议定书³ 的“严重违约”条款得到编纂，灭绝种族罪借助于 1948 年《灭绝种族罪公约》⁴ 得到编纂。然而对于危害人类罪，尚无类似的条约，尽管在世界各地的众多冲突和危机中，这种罪行是十分突出的现象。

2. 例如，在国际武装冲突中对平民的大规模谋杀即属于 1949 年日内瓦四公约“严重违约”制度的范围，但在国内武装冲突(以及算不上国内武装冲突的国内行动)中产生的相同行为却不在此制度的范围内。这种大规模谋杀或许符合《灭绝种族罪公约》的特别要求，但往往也不受该公约的管制，例如涉及柬埔寨红色高棉的案件。因此，当大规模谋杀或其他暴行发生时，往往没有适用的条约来处理国家间的合作。⁵

3. 有鉴于此，一项全球性的《危害人类罪公约》似乎是目前国际人道主义法律、国际刑事法律和国际人权法律框架所缺乏的一个重要构件。因此国际法委员

¹ 第四项核心罪行，即侵略罪，预计也会成为国际法院管辖权中可实施的部分。此外，有一些重要的条约针对某些具体类别的罪行(例如酷刑、种族隔离、强迫失踪等)作了规定，这些罪行如果是广泛或有系统地犯下的，则可构成危害人类罪。

² 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，1949 年，美利坚合众国条约和其他国际协定 (U.S.T.)，第 6 卷，第 3114 页，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》，U.S.T.，第 6 卷，第 3217 页，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 971 号，第 85 页；《关于战俘待遇之日内瓦公约》，1949 年，U.S.T.，第 6 卷，第 3316 页，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 972 号，第 135 页；《关于战时保护平民之日内瓦公约》，1949 年，U.S.T.，第 6 卷，第 3526 页，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 973 号，第 287 页。

³ 《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》，1977 年，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页。

⁴ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，1948 年，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页。

⁵ 现有的条约可能处理了这些暴行的有限的方面。例如参见与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案，2012 年 7 月 20 日的判决，第 53-55 段，见 <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> (尽管指控了危害人类罪，但有关国家之间的合作单纯侧重于《禁止酷刑公约》范围内的行为)。

会在此专题上的目标便是起草一套条款草案，使之成为一项《防止及惩治危害人类罪公约》（《危害人类罪公约》）。

B. “危害人类罪”概念的产生

4. 1899 年/1907 年海牙公约中的“马顿斯条款”曾在论及战时对人员的保护时提到“人道主义法规和……公众良知的要求”。⁶ 在此之后，人们对“危害人类罪”给予了进一步的思考，其核心点是禁止一国政府对本国人民施加暴行，这一点不一定局限于战时。第二次世界大战结束后在纽伦堡和东京设立的法庭在其管辖范围里包含了“危害人类罪”这一组成部分，并将这种罪行描述为：

“在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施本法庭管辖范围内任何罪行而起或与之有关者。”⁷

5. 《纽伦堡宪章》中认定的国际法原则于 1946 年得到联合国大会的确认，⁸ 大会还指示国际法委员会“编订”这些原则。委员会遂于 1950 年研究并总结出“纽伦堡原则”，将危害人类罪界定为

“对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施任何危害和平罪或战争罪而起或与之有关者。”⁹

6. 联合国大会 1968 年通过的《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》吁请各国在本国境内将《纽伦堡宪章》所界定的“危害人类罪”定为罪行，并取消对此种罪行进行起诉的法定时效。¹⁰ 该公约仅包含四项实质性条款，单纯侧重于法定时效问题。虽然该公约吁请各国采取步骤“以期使”对该罪行的引渡“成为可能”，但该公约并没有明确规定缔约国须对危害人类罪行行使管辖权。54 个国家加入了该公约。

⁶ 《陆战法规与惯例公约》，1907 年 10 月 18 日，序言，Stat.，第 36 卷，第 2277 页，Consol. T.S.，第 187 卷，第 227 页。

⁷ 《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》，附件，《国际军事法庭宪章》，1945 年 8 月 8 日，第 6 条(c)项，联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 251 号，第 280 页；《远东国际军事法庭宪章》，1946 年 1 月 19 日，第 5 条(c)项，于 1946 年 4 月 26 日修订，第 4 卷，第 20 页。不过，在东京法庭上无人被判定犯有此罪。

⁸ 确认纽伦堡法庭组织法所认定之国际法原则，大会第 95(一)号决议，A/64/Add.1,第 188 页。

⁹ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 374 页。

¹⁰ 大会第 2391(XXIII)号决议，附件，A/7218(1968 年)，联合国，《条约汇编》，第 754 卷，第 10823 号，第 73 页。

7. 1993 年,《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》将“危害人类罪”列入其管辖范围,¹¹ 1994 年《卢旺达问题国际法庭规约》也如此处理。¹² 1996 年,委员会对“危害人类罪”作了界定,列为其 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》的一部分,¹³ 委员会的措词明显影响到 1998 年《国际刑事法院罗马规约》,¹⁴ 后者也将此种罪行纳入其范围。《罗马规约》除其他外,将该罪行定义为“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中,在明知这一攻击的情况下,作为攻击的一部分而实施的”行为。¹⁵

C. 须考虑的公约关键要素

8. 《危害人类罪公约》可能有好几项要素,委员会在其工作中需要给予认真的研究。看来必要的关键要素有:

- 为该公约的目的界定“危害人类罪”,像《罗马规约》第 7 条所作的界定那样;
- 要求各缔约国在其本国法律中将此种行为定为罪行,不仅指其本国国民在本国境内作出的行为,也指非国民在国外作出此种行为而后出现在缔约国境内的情况;
- 要求各缔约国为调查、起诉、惩罚此种罪行而相互间开展有力的合作,包括通过法律互助和引渡以及承认证据等;以及
- 当受指控的犯罪者处在一缔约国境内时,须要求履行引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)。

涉及其他罪行的许多公约仅侧重于这些核心要素。委员会可作出决定,让一项优化的公约成为这方面最好的公约。¹⁶ 然而在围绕此专题开展工作时,委员会还可找出应当加以处理的额外要素。

¹¹ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》,安全理事会第 827 号决议,附件,见第 5 条(1993 年 5 月 25 日)。

¹² 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》,安全理事会第 955 号决议,附件,见第 3 条(1994 年 11 月 8 日)。

¹³ 《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 50 段,第 18 条。

¹⁴ 《国际刑事法院罗马规约》,1998 年,联合国,《条约汇编》,第 2187 卷,第 38544 号,第 3 页。

¹⁵ 第 7 条。

¹⁶ 例如参见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》,1973 年,联合国,《条约汇编》,第 1035 卷,第 15410 号,第 167 页。该公约于 1972 年由委员会第二十四届会议起草,于 1973 年开放签署,1977 年生效,目前有 176 个缔约国。

D. 公约与国际刑事法院的关系

9. 一个自然而然的问题便是《危害人类罪公约》将与国际刑事法院具有什么样的关系。当然，公约的起草会大量借鉴《罗马规约》以及相关文书和判例的措词。与此同时，公约的通过也将推动《罗马规约》未曾处理的一些关键倡议，同时又能支持国际刑事法院的使命。

10. 首先，《罗马规约》调整的是缔约国与国际刑事法院的关系，但不调整缔约国相互之间(以及缔约国与非缔约国之间)的事项。与此同时，关于“国际合作和司法协助”的《罗马规约》第九编默示承认，各国之间就国际刑事法院范围内各项罪行开展的合作将继续在《罗马规约》框架以外进行。这项公约将有助于促进各国间在对犯下危害人类罪的人进行调查、逮捕、起诉、惩罚等方面的一般合作，这一目标与《罗马规约》的目标和宗旨完全一致。

11. 其次，虽然国际刑事法院在起诉犯下此种罪行的高级别人员方面依然是关键的国际机构，但国际刑事法院的使命不是起诉犯下危害人类罪的所有人员(也未获得这样做所必需的资源)。实际上，国际刑事法院是以下述概念为条件的：在有关国家确立了适当国内法的情况下，利用国家管辖权进行起诉是恰当的首选做法(即补充性原则)。在许多人看来，鉴于国际刑事法院无力起诉犯下危害人类罪的所有人员，那么各国积极合作并行使国家管辖权，从而对这种罪行进行有效预防和起诉，就是必要的了。

12. 第三，公约将要求各国制订禁止并惩治危害人类罪的国内法律——许多国家还没有这样做。¹⁷ 因此，公约可弥补这一缺陷，通过这样做，也可促使所有国家批准或加入《罗马规约》。在已经针对危害人类罪制订了国内法律的国家，那些法律往往只允许对该国国民在本国境内犯下的罪行予以起诉；公约还将要求缔约国将其法律范围扩大，将身在其境内的其他犯罪人(在公约的另一缔约国境内犯下此罪行的非国民)也包括在内。

¹⁷ 各种研究报告试图评估各国制订针对危害人类罪的法律的情况。参见大赦国际，普遍管辖权：对世界各国立法的初步调查(2011年)；谢里夫·巴西乌尼，反人类罪：历史演进与当代适用(2011年)(见“国家立法和对反人类罪的起诉情况调查”第9章)；国际委员会，国际红十字委员会，国际人道主义法的国家执行情况数据库(定期更新)，见 <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf>。乔治·华盛顿大学法学院国际人权法律诊所项目开展的一项研究预测，约一半的联合国会员国尚未制订针对危害人类罪的国内法律；如果仅就《罗马规约》缔约国而论，这一比例也基本如此，虽然《罗马规约》在序言里载明了缔约国制订国内法的义务。参见《罗马规约》，序言第6段(忆及“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”)。另外，乔治·华盛顿大学的研究还表明，那些制订了有关国内法律的国家往往未将《罗马规约》的所有内容都包括在内，并且/或没有将非国民在国外犯下的行为定为罪行。

13. 第四，如果《罗马规约》某一缔约国收到该法院要求将某人移交该法院的请求并且也收到另一缔约国依据公约要求将该人引渡的请求，《罗马规约》第90条规定了解决竞合请求的程序。公约在起草时可适当措词，确保《罗马规约》的缔约国和公约的缔约国都可以继续遵循那一程序。

E. 此专题是否符合委员会选择专题的标准

14. 委员会原先曾确定，任何新专题：(a) 应反映各国在逐步发展和编纂国际法方面的需要；(b) 应在国家实践上处于较高级的阶段，已经容许逐步发展和编纂；并且(c) 对于逐步发展和编纂而言应是具体和可行的。¹⁸

15. 关于(b)和(c)项，鉴于联合国约一半会员国制订了处理危害人类罪的国内法律，并且在过去20年里各国际刑事法庭(包括国际刑事法院、前南问题国际法庭、卢旺达问题国际法庭、塞拉利昂问题特别法庭、东帝汶重罪特别审判分庭、柬埔寨法院特别法庭在内)的宪章性文件和相关文件及判例对这种罪行给予了大量注意，故这一专题在国家实践上处于足够高级的阶段。此外，由于存在着大量的涉及其他类别罪行的类似公约，目前起草该公约在技术上也可行。起草这项公约也将以委员会先前在这方面开展的工作为基础，例如委员会的报告和秘书处关于引渡或起诉义务的研究以及委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》，¹⁹该治罪法草案除其他外，力图促进各国在对犯下危害人类罪的人予以刑罪化、起诉和引渡方面开展合作。

16. 关于(a)项，各国显示出很有兴趣采取措施，如设立国际刑事法院这样的措施，对严重国际罪行予以惩罚，也有兴趣缔结全球性文书，对国际刑事罪行进行界定并吁请各国防止此种犯罪并惩治犯罪人。目前，各国很有兴趣发展本国的处理严重国际罪行的能力，尤其是为了确保补充性原则得到良好实施。有鉴于这些趋势，各国或许愿意通过一项设计良好的《危害人类罪公约》。此外，制订这么一项公约的想法近年来得到了国际刑事法院和其他国际刑事法庭的众多法官和检察官及原联合国和政府官员及学术界人士的支持。²⁰

¹⁸ 《1997年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第238段(1997年)。

¹⁹ A/CN.4/630.

²⁰ 参见 L. Sadat (编), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011年) (含有证词和赞同意见)。

F. 可能的时间表

17. 委员会如果在第六十五届会议期间将此专题列入长期工作方案，便可在2013年秋季在第六委员会征求各国的意见。如果各国的反应是积极的，委员会可在第六十六届会议期间开始酌情处理此专题，或许可任命一位特别报告员并提交一份初次报告。此后，这一项目的完成将取决于许多因素，但由于存在着相似的公约并且由于可从现有国际刑事法庭找到大量基础材料，故委员会有可能在本五年期结束之前一读通过一套完整的条款草案。

G. 背景材料

International Law Commission

Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with Commentaries, Yearbook ... 1950, vol. II, p. 374.

Draft code of crimes against the peace and security of mankind, *Yearbook ... 1996*, vol. II (Part Two), para. 50.

Preliminary, Second, Third, and Fourth Reports on the Obligation to Extradite or Prosecute, 2006–2008 and 2011 (A/CN.4/571, A/CN.4/585 and Corr.1, A/CN.4/603 and A/CN.4/648, respectively).

Case law

ICC: Various cases, including *Bemba Gombo*, *Gbagbo*, and *Katanga & Ngudjolo* cases.

ICTY: Various cases, including *Blaskić*, *Milutinović*, *Kordić*, *Kunarac*, *Kupreškić*, *Martić*, *Šešelj*, *Sikirica*, *Simić*, *Stakić*, *Stanković*, *Strugar*, *Tadić*, and *Vasiljević* cases.

ICTR: Various cases, including *Akayesu*, *Bagilishema*, *Bagosora*, *Bisengimana*, *Bikindi*, *Bucyibaruta*, *Gacumbitsi*, *Kajelijeli*, *Kambanda*, *Kamuhanda*, *Karempera*, *Karera*, *Kayishema & Ruzindana*, *Mpambara*, *Muhimana*, and *Musema* cases.

SCSL: Various cases, including *Brima*, *Fofana and Kondewa*, *Sesay*, and *Taylor* cases.

East Timor Special Panels: Various cases, including the decisions available at <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/ET-special-panels-docs.htm>.

Cambodia Extraordinary Chambers: Various cases, including *Kaing Guek Eav* and *Nuon Chea et al.* cases.

Select bibliography

K. Ambos & S. Wirth, “The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, vol. 13, p. 1 (2002).

G. Acquaviva & F. Pocar, “Crimes against Humanity”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, p. 855 (2012).

E. Aronéanu, *Le Crime Contre l’Humanité* (1961).

M. Badar, “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5, p. 73 (2004).

- Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law* (2002).
- M.C. Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice* (2010).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011).
- M.C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law*, 2nd revised edition (1999).
- M.C. Bassiouni, “‘Crimes against Humanity’: The Need for a Specialized Convention”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, p. 457 (1994).
- M. Bettati, “Le crime contre l’humanité” in H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet eds., *Droit international pénal*, 2nd edition (2012), p. 103.
- J. Bazelaire & T. Cretin, *La justice internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye* (2000).
- N. Boister & R. Cryer, *The Tokyo International Tribunal: A Reappraisal* (2008).
- H.D. Bosly & D. Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice* (2012).
- A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd edition (2008), pp. 98–126.
- A. Cassese, “Crimes against Humanity” in A. Cassese et al. eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (2002), p. 375.
- A. Cassese & M. Delmas-Marty (eds.), *Jurisdictions Nationales et Crimes Internationaux* (2002).
- J. Cerone, “The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity”, *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, p. 191 (2008).
- S. Chalandon & P. Nivelles, *Crimes contre l’Humanité: Barbie, Bouvier, Bousquet, Capon* (1998).
- R. Clark, “Crimes against Humanity at Nuremberg” in G. Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev, eds., *The Nuremberg Trial and International Law* (1990), p. 177.
- R. Clark, “Crimes against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court” in R. Clark, F. Feldbrugge, & S. Pomorski, eds., *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs* (2001), p. 139.
- P. Currat, *Les crimes contre l’humanité dans le statut de la Cour pénale internationale* (2006).
- J. Dautricourt, “Crime against Humanity: European Views on its Conception and its Future,” *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 170 (1949).
- M. deGuzman, “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity,” *Human Rights Quarterly*, vol. 22, p. 335 (2000).
- M. Delmas-Marty, *Le crime contre l’humanité* (2009).
- P.M. Dhena, *Droit d’ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l’humanité et crime de génocide* (2012).

- J. Doria, "Whether Crimes against Humanity Are Backdoor War Crimes" in J. Doria, H. Gasser, & M.C. Bassiouni, eds. *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honor of Professor Igo Blishchenko* (2009), p. 645.
- K. Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court* (2002).
- C. Eboe-Osuji, "Crimes against Humanity: Directing Attacks against a Civilian Population" *African Journal of Legal Studies*, vol. 2, p. 118 (2008).
- M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law* (2008).
- P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (2009).
- S. Garibian, *Le crime contre l'humanité, au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne* (2010).
- J. Graven, "Les Crimes contre l'Humanité", *Recueil des Cours*, vol. 1950-I, p. 433.
- C.K. Hall *et al.*, "Article 7, Crimes against Humanity" in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd edition (2008), p. 159.
- "International Military Tribunal (Nuremberg) Judgment and Sentences", *American Journal of International Law*, vol. 41, p. 172 (1947).
- Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité* (LGDJ, Paris, 2002, XV-519 p.)
- S. Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (2009).
- B. Kuschnik, "The Legal Findings of Crimes against Humanity in the Al-Dujail Judgments of the Iraqi High Tribunal: A Forerunner for the ICC?", *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, p. 459 (2008).
- M. Lattimer and P. Sands (eds.), *Justice for Crimes against Humanity* (2003).
- R. Lee *et al.* (eds.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (2001).
- D. Luban, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, p. 85 (2004).
- C. Macleod, "Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity", *European Journal of International Law*, vol. 21, p. 281 (2010).
- L. May, *Crimes against Humanity: A Normative Account* (2005).
- S. Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des IStGH* (2004).
- G. Mettraux, "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda", *Harvard International Law Journal*, vol. 43, p. 237 (2002).
- P. Parenti (ed.), *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional* (2007).
- Pablo A. Ramella, *Crímenes contra la humanidad* (1986).
- D. Robinson, "Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference", *American Journal of International Law*, vol. 93, p. 43 (1999).

- B. Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective* (2004).
- G. Richard (ed.), *L'Histoire Inhumaine: Massacres et Génocides des Origines à Nos Jours* (1992).
- L. Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes against Humanity* (2011).
- W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2010), pp. 137–87.
- W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone* (2006).
- E. Schwelb, “Crimes against Humanity”, *British Yearbook of International Law*, vol. 23, p. 181 (1946).
- D.L. Shelton (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* (2005).
- E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (2003).
- P. Sturma, “K návrhu kodexu zlocinu proti míru a bezpečnosti lidstva”, *Praivník*, vol. 128(9/10), p. 879 (1989).
- Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd edition (2008).
- R. Vernon, “What is Crime against Humanity?”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, p. 231 (2002).
-