

国际法委员会报告

第六十七届会议

(2015 年 5 月 4 日至 6 月 5 日和 7 月 6 日至 8 月 7 日)



联合国 • 2015 年，纽约

请回收 



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《2015年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

简要目录

章次	页次
一. 导言	9
二. 委员会第六十七届会议工作概况.....	14
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	16
四. 最惠国条款	18
五. 保护大气层	21
六. 习惯国际法的识别	38
七. 危害人类罪	47
八. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例.....	80
九. 与武装冲突有关的环境保护	99
十. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	109
十一. 条约的暂时适用	122
十二. 委员会的其他决定和结论	129
附件 最惠国条款研究组最后报告	138

目录

章次	页次
一. 导言.....	9
A. 委员.....	9
B. 临时空缺.....	10
C. 主席团成员和扩大的主席团.....	10
D. 起草委员会.....	11
E. 研究组和工作组.....	12
F. 秘书处.....	12
G. 议程.....	12
二. 委员会第六十七届会议工作概况.....	14
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	16
A. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例.....	16
B. 与武装冲突有关的环境保护.....	16
C. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	16
D. 条约的暂时适用.....	17
E. 强制法.....	17
四. 最惠国条款.....	18
A. 导言.....	18
B. 本届会议审议此专题的情况.....	18
C. 向研究组及其主席致谢.....	20
五. 保护大气层.....	21
A. 导言.....	21
B. 本届会议审议此专题的情况.....	21
C. 委员会迄今为止暂时通过的指南草案案文及序言部分段落.....	23
1. 指南草案案文及序言部分段落.....	23
2. 委员会第六十七届会议暂时通过的指南草案和序言段落案文及其评注.....	25
总评注.....	25
序言.....	25

	评注	26
指南 1	用语	28
	评注	28
指南 2	指南的范围	32
	评注	33
指南 5	国际合作	34
	评注	35
六.	习惯国际法的识别	38
A.	导言	38
B.	本届会议审议此专题的情况	38
1.	特别报告员介绍第三次报告	40
2.	辩论摘要	42
(a)	一般评论	42
(b)	两组成要素之间的关系	42
(c)	不作为被视作惯例和(或)接受为法律(法律确信)的证据	42
(d)	条约和决议的作用	43
(e)	司法裁决和论著	43
(f)	国际组织和非国家行为者的相关性	44
(g)	特别习惯	44
(h)	一贯反对者	45
(i)	今后工作方案	45
3.	特别报告员的总结	45
七.	危害人类罪	47
A.	导言	47
B.	本届会议审议此专题的情况	47
C.	委员会第六十七届会议暂时通过的危害人类罪条款草案案文	48
1.	条款草案案文	48
2.	委员会第六十七届会议暂时通过的条款草案案文及其评注	50
第 1 条	范围	50

评注	50
第 2 条 一般义务	51
评注	51
第 3 条 危害人类罪的定义	54
评注	55
第 4 条 预防义务	70
评注	70
八. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例	80
A. 导言	80
B. 本届会议审议此专题的情况	81
C. 委员会迄今为止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	81
1. 结论草案案文	81
2. 委员会第六十七届会议暂时通过的结论草案案文及其评注	84
结论 11 国际组织的组成文书	84
评注	85
九. 与武装冲突有关的环境保护	99
A. 导言	99
B. 本届会议审议此专题的情况	99
1. 特别报告员介绍第二次报告	101
2. 辩论摘要	102
(a) 一般评论	102
(b) 范围	103
(c) 宗旨	104
(d) 用语	104
(e) 原则草案 1	105
(f) 原则草案 2	105
(g) 原则草案 3	105
(h) 原则草案 4	106
(i) 原则草案 5	106

(j) 今后的工作方案.....	107
3. 特别报告员的总结.....	107
十. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	109
A. 导言.....	109
B. 本届会议审议此专题的情况.....	109
1. 特别报告员介绍第四次报告.....	111
2. 辩论摘要.....	114
(a) 一般评论.....	114
(b) 方法.....	115
(c) 第 2 条草案(f)款：“以官方身份实施的行为”的定义.....	116
(一) “以官方身份实施的行为”相对于“以私人身份实施的行为”.....	116
(二) 行为的犯罪性质.....	116
(三) 行为归于国家.....	117
(四) 主权和行使政府权力要素.....	118
(d) 第 6 条草案：属事豁免的范围.....	119
(e) 今后的工作计划.....	119
3. 特别报告员的总结.....	120
十一. 条约的暂时适用.....	122
A. 导言.....	122
B. 本届会议审议此专题的情况.....	122
1. 特别报告员介绍第三次报告.....	123
2. 辩论摘要.....	124
(a) 一般评论.....	124
(b) 与 1969 年《维也纳公约》其他规定的关系.....	126
(c) 有国际组织参加的条约的暂时适用.....	126
(d) 关于准则草案的评论.....	126
3. 特别报告员的总结.....	127
十二. 委员会的其他决定和结论.....	129
A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件.....	129

1.	将新专题列入委员会工作方案	129
2.	长期工作方案工作组	129
3.	审议大会 2014 年 12 月 10 日关于国内和国际法治的 第 69/123 号决议	129
4.	审议大会 2014 年 12 月 10 日关于国际法委员会第 六十六届会议工作报告的第 69/118 号决议第 10 至 13 段	131
5.	酬金	131
6.	文件和出版物	132
7.	《国际法委员会年鉴》	132
8.	编纂司的协助	133
9.	网站	133
10.	联合国国际法视听图书馆	133
B.	委员会第六十八届会议的日期和地点	133
C.	向委员会秘书表示感谢	133
D.	与其他机构的合作	134
E.	出席大会第七十届会议的代表	135
F.	国际法讲习班	135
附件	最后报告	138
	最惠国条款研究组	138

第一章 导言

1. 国际法委员会分别于 2015 年 5 月 4 日至 6 月 5 日和 2015 年 7 月 6 日至 8 月 7 日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第六十七届会议第一期会议和第二期会议。本届会议由委员会第六十六届会议第一副主席村濑信也先生主持开幕。

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)

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)

罗曼·阿·科洛德金先生(俄罗斯联邦)¹

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)

¹ 见下文第 3 段。

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)
纳林德尔·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)
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. 2015年5月8日,委员会选举罗曼·阿·科洛德金先生填补因基里尔·格沃尔吉扬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2015年5月4日举行的第3244次会议上,选出了下列主席团成员:

主席: 纳林德尔·辛格先生(印度)
第一副主席: 阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)
第二副主席: 帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)
起草委员会主席: 马蒂亚斯·福尔托先生(法国)
报告员: 马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生(厄瓜多尔)

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。

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

6. 委员会设立了由下列委员组成的规划组：阿莫斯·瓦科先生(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、福尔托先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、黄先生、雅各布松女士、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、尼豪斯先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、斯图尔马先生、萨博亚先生、辛格先生、斯图尔马先生、特拉迪先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

D. 起草委员会

7. 委员会在分别于2015年5月5日、13日、27日，6月3日以及和7月14日、24日和29日举行的第3245、3250、3257、3261、3269、3278和3280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) 习惯国际法的识别：福尔托先生(主席)、伍德先生(特别报告员)、哈穆德先生、黄先生、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、科洛德金先生、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、斯图尔马先生、特拉迪先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

(b) 保护大气层：福尔托先生(主席)、村濑先生(特别报告员)、哈穆德先生、黄先生、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、麦克雷先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、特拉迪先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

(c) 危害人类罪：福尔托先生(主席)、墨菲先生(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、科洛德金先生、麦克雷先生、朴先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、特拉迪先生、瓦科先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

(d) 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例：福尔托先生(主席)、诺尔特先生(特别报告员)、吉滴猜萨里先生、科洛德金先生、麦克雷先生、墨菲先生、朴先生、斯图尔马先生、特拉迪先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

(e) 与武装冲突有关的环境保护：福尔托先生(主席)、雅各布松女士(特别报告员)、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、戈麦斯·罗夫莱多先生、哈穆德先生、黄先生、吉滴猜萨里先生、麦克雷先生、村濑先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、萨博亚先生、斯图尔马先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

(f) 国家官员的外国刑事管辖豁免：福尔托先生(主席)、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、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、科洛德金先生、麦克雷先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、

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、村濑先生、墨菲先生、诺尔特先生、特拉迪先生、巴伦西亚-奥斯皮纳先生和伍德先生。

萨博亚先生、特拉迪先生、瓦科先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

(g) 条约的暂时适用：福尔托先生(主席)、戈梅斯-罗夫莱多先生(特别报告员)、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、卡姆托先生、科洛德金先生、麦克雷先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、特拉迪先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

8. 起草委员会就上列七项专题一共举行了 34 次会议。

E. 研究组和工作组

9. 在 2015 年 5 月 12 日第 3249 次会议上，委员会重建了以下研究组：

最惠国条款研究组：麦克雷先生(主席)、卡弗利施先生、福尔托先生、哈穆德先生、卡姆托先生、村濑先生、墨菲先生、朴先生、辛格先生、斯图尔马先生、特拉迪先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

10. 规划组重建了以下工作组：

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、福尔托先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、雅各布松女士、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、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和巴斯克斯-贝穆德斯先生(当然成员)。

F. 秘书处

11. 副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·塞尔帕·苏亚雷斯先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长乔治·科伦济斯先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时从 2015 年 5 月 4 日至 6 月 5 日代表秘书长。特等法律干事休·卢埃林先生担任首席助理秘书。在乔治·科伦济斯先生退休并任命休·卢埃林先生为法律事务厅编纂司司长后，休·卢埃林先生从 2015 年 6 月 8 日起担任委员会秘书。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。法律干事哈娜·德雷菲尔特-莱恩女士和戴维·纳诺波利斯先生担任委员会助理秘书。

G. 议程

12. 委员会在 2015 年 5 月 4 日的第 3244 次会议上通过了第六十七届会议议程，包括下列项目：

1. 会议工作安排。
2. 国家官员的外国刑事管辖豁免。

3. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例。
4. 最惠国条款。
5. 条约的暂时适用。
6. 习惯国际法的识别。
7. 与武装冲突有关的环境保护。
8. 保护大气层。
9. 危害人类罪。
10. 委员会方案、程序和工作方法以及文件。
11. 第六十八届会议的时间和地点。
12. 与其他机构的合作。
13. 其他事项。

第二章

委员会第六十七届会议工作概况

13. 关于“最惠国条款”专题，委员会收到并赞赏地欢迎关于最惠国条款问题研究组工作的最后报告。委员会提请大会注意这份最后报告，鼓励最为广泛地分发这份报告。委员会因此完成了这一专题的审议工作(第四章)。

14. 关于“保护大气层”专题，委员会收到特别报告员的第二次报告(A/CN.4/681和 Corr.1(只有中文本))。该报告进一步分析了第一次报告提出的指南草案，提出了一套关于用语、准则草案的范围及人类的共同关切的修订指南草案，还提出了关于国家保护大气层的一般义务和关于国际合作的指南草案。委员会讨论了特别报告员的第二次报告，决定将该报告所载指南草案 1、2、3 和 5 转交起草委员会，但有一项谅解是：将结合可能的序言对指南草案 3 进行审议。在审议了起草委员会的报告之后，委员会暂时通过了指南草案 1、2 和 5 及四个序言段落，还通过了相关评注(第五章)。

15. 关于“习惯国际法的识别”专题，委员会收到特别报告员的第三次报告(A/CN.4/682)。该报告载有第二次报告提出的结论草案中的三项草案的补充段落，还载有五项新的结论草案，分别涉及：习惯国际法的两组成要素之间的关系；不作为的作用；条约和决议、司法裁决和论著的作用；国际组织的相关性；以及特别习惯和一贯反对者。在全体会议进行辩论之后，委员会决定将第三次报告所载结论草案转交起草委员会。委员会收到了起草委员会的报告(A/CN.4/L.869)，注意到起草委员会在第六十六和第六十七届会议期间暂时通过的结论草案 1 至 16(第六章)。

16. 关于“危害人类罪”专题，委员会审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/680)。该报告载有两个条款草案，分别涉及防止及惩治危害人类罪和危害人类罪的定义。在全体会议进行辩论之后，委员会决定将特别报告员提出的条款草案转交起草委员会。在审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.853)之后，委员会暂时通过了第 1 至第 4 条草案，包括相关评注(第七章)。

17. 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三次报告(A/CN.4/683)。该报告载有一项结论草案，涉及国际组织的组成文书。在全体会议进行辩论之后，委员会决定将特别报告员提出的结论草案转交起草委员会。在审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.854)之后，委员会暂时通过了结论草案 11,包括相关评注(第八章)。

18. 关于“与武装冲突有关的环境保护”专题，委员会收到特别报告员的第二次报告(A/CN.4/685)，该报告列明并研讨了与武装冲突方面的环境保护直接相关的现行武装冲突规则。报告载有五项原则草案和与这些原则草案的范围和宗旨及用语相关的序言段落。在全体会议进行辩论之后，委员会决定将特别报告员的报告所载序言段落草案和原则草案转交起草委员会，但有一项谅解是：提交关于“用语”的规定，是为了便利讨论，对这方面的规定起草委员会拟暂不处理。委员会随后收到起草委

员会的报告(A/CN.4/L.870)，注意到起草委员会暂时通过的导言部分规定草案和原则 1-(x)至原则 2-5 的草案(第九章)。

19. 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四次报告(A/CN.4/686)，该报告专门研讨属事管辖的实质范围所涉余下方面，即何为“以官方身份实施的行为”，及其时间范围。报告载有第 2 条(f)款草案，该款对“以官方身份实施的行为”作出界定；还载有关于属事管辖的范围的第 6 条草案。在全体会议进行辩论之后，委员会决定将两项条款草案转交起草委员会。委员会随后收到起草委员会的报告(A/CN.4/L.865)，注意到起草委员会暂时通过的第 2 条(f)款和第 6 条草案(第十章)。

20. 关于“条约的暂时适用”专题，委员会收到特别报告员的第三次报告(A/CN.4/687)，该报告讨论暂时适用与 1969 年《维也纳条约法公约》的其他规定的关系，以及关于国际组织的暂时适用问题。委员会还收到一份秘书处编写的备忘录(A/CN.4/676)，该备忘录述及 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》之下的暂时适用。委员会将特别报告员提出的六项准则草案转交起草委员会。委员会随后收到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过准则草案 1—3 的临时口头报告，该报告提交委员会供参考(第十一章)。

21. 委员会设立了负责研究委员会的方案、程序和工作方法的规划组(第十二章 A 节)。委员会决定将“强制法”专题列入工作方案，并任命迪雷·特拉迪先生担任该专题的特别报告员(第十二章 A.1 节)。

22. 委员会继续同国际法院、亚非法律协商组织、美洲司法委员会、欧洲委员会国际公法法律顾问委员会以及非洲联盟国际法委员会交流信息。联合国人权事务高级专员向委员会发表讲话。委员会委员和红十字国际委员会成员以非正式方式交流看法。

23. 委员会建议，委员会第六十八届会议于 2016 年 5 月 2 日至 6 月 10 日和 7 月 4 日至 8 月 12 日在日内瓦举行(第十二章 B 节)。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

24. 委员会认为，其上届会议报告第三章所载的关于就一些专题提供资料的请求依然是有用的，并欢迎提供任何另外资料，这些专题是“保护大气层”⁴、“习惯国际法的识别”⁵以及“危害人类罪”⁶。

25. 委员会还欢迎就下列问题在 2016 年 1 月 31 日之前提供任何资料，从而能在各特别报告员的报告里加以考虑。

A. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

26. 各国和国际组织如能向委员会提供下列资料，则对委员会有帮助：

- (a) 嗣后协定或嗣后惯例为条约解释作出贡献的任何国内法院判决实例；以及
- (b) 由独立专家组成的条约机构的宣判或其他行动被视为引起与条约解释相关的嗣后协定或嗣后惯例的任何实例。

B. 与武装冲突有关的环境保护

27. 委员会很希望各国提供资料，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下列方面的实例：

- (a) 条约，包括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) 对涉及武装冲突的争端适用国际或国内环境法的判例法。

28. 委员会还希望各国提供资料，说明它们是否有旨在在武装冲突背景下保护环境的文书，例如：国家法律和规章；在国际行动期间适用的军事手册、标准操作程序、接战规则或部队地位协定；以及涉及防卫相关活动的环境管理政策。委员会对涉及预防和补救措施的文书特别感兴趣。

C. 国家官员的外国刑事管辖豁免

29. 委员会很希望各国提供资料，说明其法律和惯例，尤其是涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外的司法惯例。

⁴ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 27 段。

⁵ 同上，第 29-30 段。

⁶ 同上，第 34 段。

D. 条约的暂时适用

30. 委员会很希望各国提供资料，说明其暂时适用条约的实践，包括涉及这一问题的国内法律，并特别举例说明：

- (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。

E. 强制法

31. 委员会很希望各国提供资料，说明以下文件体现的与强制法性质、强制法形成标准及成为强制法的后果有关的实践：

- (a) 正式陈述，包括在立法机构、法院和国际组织的正式陈述；以及
- (b) 国家和区域法院以及仲裁法庭，包括准司法机构的判决。

第四章 最惠国条款

A. 引言

32. 委员会在第六十届会议(2008年)上决定把“最惠国条款”专题纳入工作方案，在第六十一届会议上成立了一个专题研究组。⁷

33. 研究组由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生担任共同主席，在委员会第六十一届会议(2009年)上成立，⁸在第六十二届(2010年)和第六十三届会议(2011年)上重新设立，仍由他们两人共同主持。⁹在第六十四届(2012年)、第六十五届(2013年)和第六十六届会议上，委员会重新设立了研究组，由唐纳德·麦克雷先生担任主席。¹⁰麦克雷先生于2013年和2014年届会期间缺席时，由马蒂亚斯·福尔托先生任主席。

B. 本届会议审议此专题的情况

34. 委员会本届会议在2015年5月12日举行的第3249次会议上重新设立了最惠国条款研究组，由唐纳德·麦克雷先生担任研究组主席。

35. 研究组于2015年5月12日和7月16日举行了两次会议，其间对最后报告草稿进行了实质性和技术性审议。研究组自2009年首次成立以来共举行了24次会议。

⁷ 2008年8月8日第2997次会议(《大会正式记录，第六十三届，补编第10号》(A/63/10)，第354段)。本专题的提纲见同上，附件B。大会在2008年12月11日第63/123号决议第6段中注意到该决定。

⁸ 委员会在2009年7月31日举行的第3029次会议上注意到最惠国条款问题研究组共同主席的口头报告(《同上，第六十四届会议，补编第10号》(A/64/10)，第211至216段)。委员会审议了一个可作为未来工作路线图的框架等，并商定了一个工作时间表，涉及文件的编写，希望这些文件能够帮助澄清一些问题，特别是有关最惠国条款的范围及其解释和适用的问题。

⁹ 委员会在2010年7月30日举行的第3071次会议上注意到研究组共同主席的口头报告(《同上，第六十五届会议，补编第10号》(A/65/10)，第359至373段)。研究组审议并审查了根据2009年决定的作为今后工作路线图的框架编写的各类文件，并且商定了2010年工作方案。委员会在2011年8月8日举行的第3119次会议上注意到研究组共同主席的口头报告(《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年决定的作为今后工作路线图的框架新编写的文件。

¹⁰ 委员会在2012年7月27日举行的第3151次会议上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年决定的作为今后工作路线图的框架新编写的文件。委员会在2013年7月31日举行的第3189次会议上注意到研究组的报告(《同上，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第154至164段)。研究组审议并审查了新编写的文件。委员会还研究了与最惠国条款的解释相关的当代实践和判例。委员会在2014年7月25日举行的第3231次会议上注意到研究组工作的口头报告(《同上，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第254至262段)。研究组对最后报告草稿进行了实质性和技术性审查，以便起草一份新报告待研究组商定。

36. 委员会在 2015 年 7 月 6 日和 23 日举行的第 3264 次和第 3277 次会议上分别收到并审议了研究组的最后报告。最后报告列为本报告的附件。委员会注意到最后报告分为五部分。第一部分提供了包括研究组的起源和目的在内的背景，分析了委员会之前对 1978 年最惠国待遇条款草案开展的工作以及 1978 年条款草案完成后的动态，尤其是投资领域的动态，并且分析了联合国贸易和发展会议和经济合作与发展组织等其他机构的最惠国规定。研究组的总体导向不是寻求修订 1978 年条约草案或者起草一套新的条款草案。

37. 报告的第二部分讨论最惠国条款的当代意义以及与条款解释有关的问题，包括以关税及贸易总协定和世界贸易组织、其他贸易协定和投资条约为背景的解释问题。本部分还考虑了双边投资协定中最惠国规定的类型，并突出了有关双边投资协定中最惠国条款的解释性问题，即(a) 界定最惠国条款的受惠方，(b) 界定必要的待遇，和(c) 界定最惠国条款的范围。

38. 第三部分分析：(a) 与投资协定的解释相关的投资中的政策考虑因素，同时考虑到双边投资协定谈判的非对称性和每个双边投资协定的具体性问题；(b) 解决投资争端的仲裁作为“混合仲裁”的影响；和(c) 1978 年条款草案对解释最惠国规定的当代意义。

39. 第四部分力求为最惠国条款的解释提供一些指导，阐述对最惠国条款恰当适用条约解释原则的框架。该部分审视了判例法中对投资协定中最惠国规定的不同解释办法，尤其讨论了三个核心问题：(a) 最惠国规定原则上是否能够适用于双边投资协定的争端解决规定？(b) 双边投资协定中关于投资者可以援引哪些争端解决规定的条件是否影响法庭的司法管辖权？(c) 在确定双边投资协定中的最惠国条款是否适用于援引争端解决的条件时，哪些因素在解释过程中是相关的？本部分还考察了各国在条约实践中对马菲基尼案裁决¹¹的多种应对办法，包括：(a) 具体声明最惠国条款不适用于争端解决规定，(b) 具体声明最惠国条款适用于争端解决规定，和(c) 具体列出适用于最惠国条款的领域。

40. 报告的第五部分载有研究组得出的结论，尤其强调把《维也纳条约法公约》作为解释投资条约的出发点的重要性和相关性。应根据《维也纳条约法公约》规定的条约解释规则对最惠国条款进行解释。

41. 委员会在 2015 年 7 月 23 日举行的第 3277 次会议上赞赏地欢迎研究组工作的最后报告。委员会把最后报告推荐给大会，请其注意，并鼓励尽可能广泛地传播最后报告。

42. 在 2015 年 7 月 23 日第 3277 次会议上，委员会通过了下述概括性结论：

¹¹ 埃米利奥·奥古斯丁·马菲基尼诉西班牙王国案，法庭关于反对管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB 97/7 号案件，2000 年 1 月 25 日，国际投资争端解决中心报告，第 5 卷，第 396 页。

(a) 委员会注意到，自 1978 年条款草案完成以来，最惠国条款的性质保持不变。1978 年条款草案的核心规定仍然是今天解释和适用最惠国条款的基础。然而，它们没有回答最惠国条款可能引起的所有解释问题。

(b) 委员会强调把《维也纳条约法公约》作为解释投资条约的出发点的重要性和相关性。应根据《维也纳条约法公约》规定的条约解释规则对最惠国条款进行解释。

(c) 关于最惠国条款的核心解释问题是此类条款的范围以及同类原则的适用。也就是说，根据一项最惠国规定可以获得的优惠的范围和性质取决于对这条最惠国规定的解释。

(d) 在投资条约的仲裁中，将最惠国条款适用于争端解决规定而不仅限于实质性义务，为思考最惠国规定提供了一个新角度，或许也带来了缔约方在投资协定谈判时没有预见到的结果。不过，这仍然是条约解释上的一个问题。

(e) 最惠国条款是否涵盖争端解决规定最终取决于谈判制定这些条款的国家。明确的措辞可以确保最惠国规定适用于或不适用于争端解决规定。否则，将由争端解决法庭逐案对最惠国条款进行解释。

43. 委员会希望强调的是，研究组在本报告中审视的多种解释办法是为了帮助解释和适用最惠国规定。

C. 向研究组及其主席致谢

44. 在 2015 年 7 月 23 日举行的第 3277 次会议上，委员会以鼓掌方式通过了以下决议：

“国际法委员会，

赞赏地欢迎最惠国条款研究组的报告；

向研究组及其主席唐纳德·麦克雷先生表达深挚感谢和热烈祝贺，他们在起草最惠国条款报告的工作中做出了突出贡献，研究组取得了良好结果；

感谢地忆及 2009 年至 2011 年期间担任研究组共同主席的罗汉·佩雷拉先生做出的贡献，以及马蒂亚斯·福尔托先生做出的贡献，他在麦克雷先生 2013 年和 2014 年届会期间缺席时担任了主席职务。”

第五章 保护大气层

A. 引言

45. 委员会在第六十五届会议(2013年)决定将“保护大气层”专题连同一项谅解列入其工作方案，并任命村濑信也先生为特别报告员。¹²

46. 委员会在第六十六届会议(2014年)上，收到并审议了特别报告员的第一次报告。¹³

B. 本届会议审议此专题的情况

47. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/681 和 Corr.1 (仅有中文))。根据委员会和大会第六委员会会上提出的意见，特别报告员依据第一次报告，在第二次报告中进一步分析了第一次报告中提出的指南草案，就包括大气层定义在内的用语、指南草案范围和人类的共同关切提出了一套经修订的指南。此外，特别报告员还分析了国家保护大气层的一般义务和保护大气层的国际合作，

¹² 在2013年8月9日第3197次会议上(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第168段)，委员会将此专题列入工作方案时有以下谅解：(a) 此专题工作的进行方式不会影响有关政治谈判，包括就气候变化、臭氧消耗、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，例如国家之间的正在谈判的黑炭、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，不在专题范围之内；(d) 该专题的工作结果将是指南草案，但此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。”大会2013年12月16日第68/112号决议第6段注意到，委员会将此专题列入其工作方案的决定。委员会已根据其报告附件B(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)第365段)所载建议，在第六十三届会议期间(2011年)将本专题列入其长期工作方案。

¹³ 关于保护大气层问题的第一次报告(A/CN.4/667)。

提出了关于国家保护大气层的一般义务和国际合作的指南草案。¹⁴ 他提到，在国家做法中已确立人类共同关切、国家保护大气层的一般义务和国际合作，三者从根本上是相互关联的，因而，组成了保护大气层的三位一体。特别报告员根据委员会2014年会议上有委员提出的要求一份今后工作计划的意见，还提出了一份详细的今后工作计划。特别报告员初步估计，在审议下列各项问题之后，该专题的工作可能于2020年完成：使用自己的财产时不得损害他人财产的原则、可持续发展原则(大气层的利用和环境影响评估)、公平原则、特殊情况与脆弱性(2016年)；预防、尽职、预警(2017年)；与国际法其他领域内指导相互关系的原则(2018年)；遵守与实施及争端解决(2019年)。

¹⁴ 特别报告员所提议的指南草案案文读为如下(下文 C.2 节中载有委员会本届会议暂时通过的指南和序言段落草案案文及其评注)：

“指南草案 1

用语

为了本指南草案的目的，

(a) “大气层”是指环绕地球、降解物质在其中得到输送和扩散的气圈。

(b) “空气污染”是指人类活动直接或间接地把物质或能量引入大气层，对人类生命和健康及地球的自然环境造成有害影响。

(c) “大气层退化”包括空气污染、平流层臭氧消耗、气候变化以及对人类生命和健康及地球自然环境造成有害影响的任何其他大气层状况的变化。

[稍后阶段将提出其他用语的定义。]

指南草案 2

指南的范围

(a) 本指南草案处理直接或间接将有害物质或能量引入大气层或改变大气层的组成，并且对人的生命和健康及地球的自然环境产生重大有害影响或可能产生这种影响的人类活动。

(b) 本指南草案阐述与保护大气层有关的基本原则及其与国际法其他相关领域的相互关系。

(c) 本指南草案中无任何内容意在影响空气空间在适用国际法之下的法律地位。

第二部分

般原则

指南草案 3

人类的共同关切

大气层是维持地球上的生命、人的健康和福祉及水生和陆地生态系统必不可少的自然资源；因此，大气状况退化是人类的共同关切。

指南草案 4

各国保护大气层的一般义务

各国具有保护大气层的义务。

指南草案 5

国际合作

(a) 各国具有义务本着诚意保护大气层而彼此合作并与有关国际组织合作。

(b) 鼓励各国合作，进一步增进关于大气层退化的原因和影响的科学知识。合作方式可以包括交流信息和开展联合监测。”

48. 委员会在 2015 年 5 月 4 日、5 日、6 日、7 日、8 日和 12 日的第 3244 次至 3249 次会议上审议了该份报告。

49. 除了委员会的辩论之外，2015 年 5 月 7 日，特别报告员组织了与科学家的对话。¹⁵ 委员会委员认为对话有益，并感谢发言者所作的贡献。

50. 在对报告进行辩论之后，委员会在 2015 年 5 月 12 日第 3249 次会议上决定将特别报告员第二次报告中所载的指南草案 1、2、3 和 5 转交起草委员会，一项谅解是，结合可能的序言来审议指南草案 3。此外，特别报告员提议，在 2016 年进行进一步分析之后，再由委员会向起草委员会转交关于国家保护大气层一般义务的指南草案 4。¹⁶

51. 委员会在 2015 年 6 月 2 日举行的第 3260 次会议上收到起草委员会的报告，并暂时通过了指南草案 1、2 和 5 以及四个序言部分段落(见下文第 C.1 节)。

52. 在 2015 年 7 月 5 日和 6 日的第 3287 次至第 3228 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的指南草案的评注(见下文第 C.2 节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的指南草案案文及序言部分段落

1. 指南草案案文及序言部分段落

53. 委员会迄今为止暂时通过的关于保护大气层的指南草案案文及序言部分段落载录如下。

序言

.....

承认大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的，

铭记大气层中存在污染物质和降解物质的输送和扩散，

因此认识到保护大气层免遭大气污染和大气层退化是整个国际社会面临的紧迫关切问题，

¹⁵ 关于保护大气层的科学家对话由特别报告员村濑信也先生担任主席。Øystein Hov 教授(气象组织大气科学委员会主席)、Peringe Glennfelt 教授(《远距离跨界空气污染公约》影响问题工作组主席)、Masa Nagai 先生(环境署环境法与公约司副司长)、Christian Blondin 先生(气象组织秘书长办公室主任兼对外部关系司司长)、Albena Karadjova 女士(《远距离跨界空气污染公约》秘书)和 Jacqueline McGlade 女士(环境署早期警报与评估司首席科学家和司长)作了介绍。介绍之后进行了问答。

¹⁶ 见前注 14 中特别报告员提议的指南草案 4 案文。

忆及本指南草案不会影响有关的政治谈判,包括关于气候变化、臭氧消耗、远距离跨界空气污染的政治谈判,也不会试图“弥补”条约制度中存在的缺陷,或是给现行条约制度强加上条约制度尚不具有的法律规则或法律原则,¹⁷

[之后可增加其他段落或调整段落顺序。]

.....

指南 1

用语

为了本指南草案的目的,

- (a) “大气层”指环绕地球的气体圈层;
- (b) “大气污染”指人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质,产生的有害影响超出来源国,危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象;
- (c) “大气层退化”指人类直接或间接改变大气状况,产生较大有害影响,危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象。

指南 2

指南的范围

1. 本指南草案[所载指导原则涉及][涉及]¹⁸ 保护大气层免遭大气污染和大气层退化。
2. 本指南草案不处理、但也不妨碍以下问题: 污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、国家及其国民的赔偿责任,以及向发展中国家转让资金,包括知识产权。
3. 本指南草案不涉及具体物质,例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。
4. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位,也不影响与外层空间,包括外层空间划界有关的问题。

指南 5

国际合作

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

¹⁷ 本段源自国际法委员会第六十五届会议工作报告(《大会正式记录,第六十五届会议,补编第10号》)(A/68/10),第168段,其措辞和位置将在委员会就这一专题开展工作的后期阶段进行审订。

¹⁸ 将进一步审议括号之内的备选案文。

2. 委员会第六十七届会议暂时通过的指南草案和序言段落案文及其评注

54. 委员会第六十七届会议暂时通过的指南草案和序言段落案文及其评注载录如下。

总评注

委员会认识到充分照顾国际社会当前需要的重要性。人们承认，人类环境和自然环境都可能因大气层条件的某些改变而受到不利影响，这些改变主要由引入有害物质所致，造成跨界空气污染、臭氧层耗竭，以及最终导致气候变化的大气层条件改变。委员会意在通过国际法的逐步发展和编纂提供指南，协助国际社会处理与跨界和全球大气层保护有关的关键问题。委员会做这项工作，不会影响有关的政治谈判，包括关于气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染的政治谈判，也不会试图“弥补”条约制度中存在的缺陷，或是给现行条约制度规定条约制度尚不具有的法律规定或法律原则。

序言

.....

承认大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的，

铭记大气层中存在污染物质和降解物质的输送和扩散，

因此认识到保护大气层免遭大气污染和大气层退化是整个国际社会面临的紧迫关切问题，

忆及本指南草案不会影响有关的政治谈判，包括关于气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染的政治谈判，也不会试图“弥补”条约制度中存在的缺陷，或是给现行条约制度规定条约制度尚不具有的法律规则或法律原则，¹⁹

[之后可增加其他段落或调整段落顺序。]

.....

¹⁹ 本段源自国际法委员会第六十五届会议工作报告第 168 段（《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》（A/68/10），第 168 段），其措辞和位置将在委员会就这一专题开展工作的后期阶段进行审订。

评注

(1) 在以往情况下，委员会在结束某个专题的工作结束时拟订序言部分。²⁰ 这次的情况是，委员会在 2015 年 5 月 12 日第 3249 次会议上决定将特别报告员第二份报告所载指南草案 3 (人类的共同关切) 转交起草委员会，与可能拟订的序言一并审议。因此，拟出了反映现阶段审议情况的序言部分，与此相关的谅解是，随着工作的进展，还可能增加序言段落。

(2) 序言部分是要为指南草案提供一个背景框架。第一序言段是总括性的，承认大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可或缺的。大气层是地球最大的单一自然资源，也是最重要的自然资源之一。原联合国自然资源委员会、²¹ 1972 年《斯德哥尔摩宣言》²² 及 1982 年《世界大自然宪章》²³ 将之与矿物、能源和水资源并列，视为自然资源。大气层为人类、植物和动物在地球上生存提供了至关重要的可再生的“流动资源”；它还被用作运输和传播的媒介。大气层过去长期被视为无限、非专属的资源，因为存在一种认为人人可在不剥夺他人的情况下从中受益的假设。人们如今不再持有这种看法。²⁴ 必须牢记，大气层是一种吸收能力有限的有限资源。

(3) 第二序言段指出大气层作为污染物质和降解物质输送和扩散媒介的功能方面。委员会认为宜在序言部分提及这个功能方面。这一决定反映了一种关切，即将功能方面包括在定义之中可能暗示这种输送和扩散是所希望的，但这不是委员会的意向。

²⁰ 委员会以往一般是将工作结果交给大会，不带序言草案，后者留待会员国详细拟订。然而，也有过委员会拟就此种序言的先例。例如，这样的情况有：关于消除未来无国籍状态的两项公约草案(1954 年)，《1954 年……年鉴》，第二卷，第 25 段；关于减少未来无国籍状态的公约草案(1954 年)，《1954 年……年鉴》，第二卷，第 25 段；仲裁程序示范规则(1958 年)，《1958 年……年鉴》，第二卷，第 22 段（序言反映了进行仲裁的基本规则）；国家继承涉及的自然入籍问题条款草案(1999 年)，《1999 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 47 段（案文也载于 2000 年 12 月 12 日大会第 55/153 号决议附件）；关于预防危险活动造成跨界损害的条款草案(2001 年)，《2001 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 97 段（案文也载于 2007 年 12 月 6 日大会第 62/68 号决议附件）；适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则(2006 年)，《2006 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 176 段；关于有害活动引起跨界损害时的损失分配原则草案(2006 年)，《2006 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 66 段（案文也载于 2006 年 12 月 6 日大会第 61/36 号决议附件）；跨界含水层法条款草案(2008 年)，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 53 和 54 段。

²¹ 原联合国自然资源委员会将“大气资源”列为“其他自然资源”，最初提及是该委员会第一届会议报告(纽约，1971 年 3 月 10 日)，第 4 节(“其他自然资源”)，第 94 (d) 段。该委员会(后改名为能源和自然资源促进发展委员会)的工作以后又转给可持续发展问题委员会。

²² “地球上的自然资源，包括空气……，必须为后世后代的利益，酌量情形，通过仔细的设计或管理，加以保护。”(《联合国人类环境会议宣言》，联合国文件 A/CONF.48/14/Rev.1，1972 年 6 月 16 日，原则 2。)

²³ “对人类所利用的……大气资源，应设法使其达到并维持最适宜的持续生产率”(《世界自然宪章》，1982 年 10 月 28 日大会第 37/7 号决议，一般原则，第 4 段)。

²⁴ 世贸组织专题小组及上诉机构在 1996 年汽油案中确认，空气是“可耗尽的自然资源”。美国新配方汽油和常规汽油标准案(1996 年)，上诉机构报告：WT/DS2/AB/R (1996)。

污染物质和降解物质的长途跨界输送被视为当今大气环境的主要问题之一，²⁵ 北极地区被认为是受有害污染物世界范围扩散影响的最为严重的地区之一。²⁶

(4) 第三序言段，在铭记上述与大气层有关的问题的重要性的前提下，申明保护大气层免遭大气污染和大气层退化是“整个国际社会面临的紧迫关切问题”。虽然一些条约和文献表明对于“人类共同关切”概念存在一定程度的支持，²⁷ 但委员会

²⁵ 见 2001 年《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，联合国，《条约汇编》，第 2256 卷，第 119 页(在序言里指出：“持久性有机污染物……通过空气……作跨越国际边界的迁移并沉积在远离其排放地点的地区，随后在那里的陆地生态系统和水域生态系统中蓄积起来”)。《1979 年远距离越境空气污染公约减少酸化、富营养化和地面臭氧哥德堡议定书》2012 年修正案(联合国，《条约汇编》，第 2319 卷，第 81 页)在序言第三段里指出：“关注……排放的[化学物质]在大气层里长距离输送，可产生不利的跨界影响。”2013 年《汞问题水俣公约》(2013 年 10 月 7 日至 11 日在日本熊本县举行的《汞问题水俣公约》全权代表会议于 2013 年 10 月 10 日通过，公约案文可从下述网址查阅：<https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>)，承认汞因其“可在大气中作远距离迁移”，因而“此种化学品已成为全球性关注问题”(第一序言段)；见 J. S. Fuglesvedt, K. P. Shine, T. Berntsen, J. Cook, D. S. Lee, A. Stenke, R. B. Skeie, G. J. M. Velders, I.A. Waitz, “Transport impacts on atmosphere and climate: metrics,” *Atmospheric Environment*, vol. 44:37 (2010), pp. 4648–4677; D. J. Wuebbles, H. Lei and J.-T. Lin, “Inter-continental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences,” *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), pp. 65–84; J.-T. Lin, X.-Z. Liang and D. J. Wuebbles, “Effects of inter-continental transport on surface ozone over the United States: Present and future assessment with a global model,” *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008), L02805.

²⁶ 现已认定了对北极环境的多种污染威胁，诸如持久性有机污染物和汞，主要源自北极地区以外。这些污染物随北向盛行风和海洋环流移动，从北极以南的欧洲和其他大陆最终沉积在北极地区。见 Timo Koivurova, Paula Kankaanpää and Adam Stepien, “Innovative Environmental Protection: Lessons from the Arctic,” *Journal of Environmental Law*, vol. 27, (2015), pp. 1–27, at p. 13; 可查阅 <<http://jel.oxfordjournals.org/content/early/015/02/13/jel.equ037.full.pdf?keytype=ref&ijkey=BjgzEgqY2lZXodu>>。

²⁷ 1992 年《联合国气候变化框架公约》(《气候公约》)序言第 1 段，联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 107 页；承认“地球气候的变化及其不利影响是人类共同关心的问题”。同样，1992 年《生物多样性公约》序言部分，联合国，《条约汇编》，第 1760 卷，第 79 页，表示缔约“意识到……生物多样性对进化和保持生物圈的生命维持系统的重要性”(第 2 段)，并确认“生物多样性的保护是全人类的共同关切事项”(第 3 段)。1994 年《关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》，联合国，《条约汇编》，第 1954 卷，第 3 页在序言部分采用了与类似于共同关切的词语，包括：防治荒漠化是“受关注的中心”、“国际社会迫切关注，并且“是全球范围问题”。采用与共同关心的问题类似词语的还有另一些文书，诸如《关于汞的水俣公约》、《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，以及 1979 年《远距离越境空气污染公约》的哥德堡议定书。见 Alan E. Boyle, “International Law and the Protection of the Global Atmosphere: Concepts, Categories and Principles,” Robin Churchill and David Freestone, eds., *International Law and Global Climate Change*, (Leiden: Kluwer Academic Publishing, 1991), pp. 11–12; Duncan French, “Common Concern, Common Heritage and Other Global(-ising) Concepts: Rhetorical Devices, Legal Principles or a Fundamental Challenge?”, p. 13; Alexander Kiss, “The Common Concern of Mankind”, *Environmental Policy and Law*, vol. 27, (1997), p. 246; A.A. Can çado-Trindade and D.J. Attard, “The Implication of the “Common Concern of Mankind” Concept on Global Environmental Issues”, in Toru Iwama, ed., *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis* (Tokyo: Environmental Research Center, 1991), pp. 7–13; Jutta Brunnée, “Common Areas, Common Heritage, and Common Concern”, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnee and Helen Hey, eds., (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 565–566. 另见 Charlotte Kreuter-Kirchhoff, “Atmosphere, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Rüdiger Wolfrum, ed., (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 737–744 (the atmosphere as a “common concern of mankind”)。

决定不用这个词语为问题定性，因为共同关切概念的法律后果在关于大气层的国际法发展的当前阶段尚不清楚。据认为，以事实性陈述来表述大气层问题的严重性这个国际社会关心的问题较妥，不宜用某种规范性的词句来表述。因此，在这方面采用了“整个国际社会面临的紧迫关切问题”这个表述。委员会常用这种表述作为为纳入长期工作方案选择新专题的判断标准之一。²⁸

(5) 第四序言段取自委员会在 2013 年就本专题纳入第六十五届会议工作方案达成的谅解。委员会同意，本段的用语和位置将在委员会关于本专题的工作的以后一个阶段重新审视。²⁹

(6) 以后可再增加一些段落，并调整段落顺序。

指南 1

用语

为了本指南草案的目的，

- (a) “大气层”指环绕地球的气体圈层；
- (b) “大气污染”指人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质，产生的有害影响超出来源国，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象；
- (c) “大气层退化”指人类直接或间接改变大气状况，产生较大有害影响，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象。

评注

(1) 委员会认为，出于实际需要，最好提供一项关于“用语”的指南草案，以便就本指南草案的涵盖范围达成共同的理解。提供这些用语仅是“为了本指南草案的目的”，无意影响这些词语在国际法中的任何现有或未来定义。

(2) 有关国际文书中没有“大气层”一语的定义。然而，委员会认为有必要为本指南草案提供一工作定义，(a) 项所载定义参考了政府间气候变化专门委员会(气专委)工作组给出的定义。³⁰

(3) 委员会认为，有必要的是，其使用的法律定义应一科学家的定义一致。据科学家认为，大气层存在于所谓的大气壳层当中。³¹ 干大气层从其底层分界线——地球表面向上延伸。海拔 25 千米以下的大气层的平均组成状况如下：氮(78.08%)、氧(20.95%)、氩(0.93%)和若干痕量气体，诸如氙(0.93%)、氦以及二氧化碳(0.035%)

²⁸ 《1997 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 238 段；《1998 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 553 段。另见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 269 段。委员会一致认为不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法的最新发展以及国际社会紧迫关切的专题。

²⁹ 另见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 168 段。

³⁰ 《第五次评估报告》，第三工作组，附件一。IPCC, Climate Change 2014, 可查阅<http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg3/ipcc_wg3_ar5_annex-i.pdf>。

³¹ 美国气象学会将“大气壳层”(也称为大气层或大气区)界定为“地球大气不同层级中的任何一层或‘若干层’”(可查阅<<http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?id=atmospheric-shell1>>)。

和臭氧等相对活跃的温室气体，还有数量变化不定的水蒸气。³² 大气层中还有云和气溶胶。³³ 大气层按照温度特性被垂直分为四层。从最下层至最上层分别为：对流层、平流层、中间层、热层、散逸层。约有 80% 的大气层质量位于对流层，20% 的大气层质量位于平流层。从一定距离以外遥望地球时看到的薄薄一层白色雾带（厚度不到地球半径的 1%）就是大气层。在科学上，这些气层一起组成“低层大气层”，它往上延伸至平均海拔 50 千米的高度，以此可与“高层大气层”区别开来。³⁴ 大气层的温度随高度变化而变化。在对流层（至海拔 12 千米的对流层顶），因为地球表面吸收和反射太阳光，温度随着高度的上升而下降。³⁵ 反之，在平流层（至约 50 千米的平流层顶），因为臭氧吸收紫外线辐射，所以温度随着高度上升³⁶ 逐渐上升。在中间层（至海拔超过 80 千米的中间层顶），温度再次随着高度上升而下降。在热层，来自太阳的 X 射线和紫外线辐射使温度再次快速上升。大气层“没有明确的上层界限”。³⁷

(4) (a)项中将大气层界定为环绕地球的气体圈层，是对大气层的“物理”描述。此外还有一个“功能”层面，涉及空气的大规模移动。大气移动具有动态的、变幻不定的特点。空气以一种所谓“大气环流”的复杂形态环绕着地球移动。正如前边序言评注里所说，委员会决定在序言第二段里提及大气层的这一功能方面。³⁸

(5) 尤为重要，要认识到大气层作为内部存在不断运动的媒介的功能，因为正是在这个背景内发生污染物质和降解物质的输送和扩散。事实上，污染物质的长途跨界移动是大气环境的主要问题之一。除了跨界污染以外，还存在着与臭氧层消耗和气候变化有关的其他关注问题。

(6) (b)项界定了“大气污染”，提及跨界空气污染，而(c)项界定了“大气层退化”，提及全球大气层问题。(b)、(c)两项都用了“人类”一词，意在指明本指南草案所

³² 从物理角度而言，约占大气层质量 0.25% 的水蒸气是一个变化极为频繁的成分。在大气科学中，“因为空气中水蒸气浓度的大幅度变化，所以习惯做法是列出不同成分占干燥空气的比例”。臭氧的浓度也时常变化，大气中的臭氧浓度超过 0.1ppmv（按体积计算百万分率），被视为对人体有害。见 John M. Wallace and Peter V. Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2nd ed. (Boston, Elsevier Academic Press, 2006), p. 8。

³³ 同上。

³⁴ 美国气象学会对“低层大气层”的界定是：“一般粗略而言，指的是大气层中发生大多数天气现象的部分（即对流层和平流层下部）；因而用于与高层大气层的一般含义形成对照”（可查阅 <<http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=lower+atmosphere&submit=Search>>）。美国气象学会将“高层大气层”界定为剩余部分，即“用于指对流层以上的大气层的广义概念”（可查阅 <<http://amsglossary.allenpress.com/glossary/search?p=1&query=upper+atmosphere&submit=Search>>）。

³⁵ 对流层的厚度并非在所有地方都相同：该厚度取决于海拔与季节。赤道上空对流层顶的海拔约为 17 千米，但这一海拔在两极低得多。平均而言，对流层外边界的高度约为 12 千米。见 Edward J. Tarbuck, Frederick K. Lutgens and Dennis Tasa, *Earth Science*, 13th ed. (Pearson, 2011), p. 466。

³⁶ 严格说，平流层的温度到 20-35 千米高度时都一直保持恒定，然后开始逐渐上升。

³⁷ 见 Tarbuck、Lutgens 和 Tasa, 前注 35, 第 467 页。

³⁸ 见上文序言评注第(3)段。

针对的是“人为”大气污染和大气层退化。委员会意识到，将重点放在直接和间接的人类活动方面是故意的，因为本指南是要为各国和国际社会提供指导意见。

(7) “大气污染”(或“空气污染”)一语有时广义使用，包含大气层条件的全球恶化，诸如臭氧层消耗和气候变化，³⁹ 但是，这个词语在本指南草案中是狭义使用，与现有条约实践一致。这样，该词语将全球问题排除在大气污染定义之外。

(8) 为界定“大气污染”，(b)项所用词语基本依据 1979 年《远距离跨界空气污染公约》(《跨界污染公约》)第 1 条(a)项，⁴⁰ 其中规定：

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

或许还可以指出，《联合国海洋法公约》(《海洋法公约》)⁴¹ 第一条第(4)款将“污染”一词界定为指“人类直接或间接把物质或能量引入海洋环境，其中包括河口湾，以致造成或可能造成损害生物资源和海洋生物、危害人类健康……”。⁴² 引入或释放所致有害影响的性质须达到危害人类健康和地球自然环境的程度，包括有助于造成这种危害。

³⁹ 例如，国际法学会(Institut de droit international)关于“跨界空气污染”的开罗决议(1987 年)第 1 条第 1 段规定，“为本决议的目的，‘跨界污染’指因为人类的直接或间接行为或疏忽、导致大气的组成或质量发生物理、化学或生物改变、对其他国家或一国管辖权范围以外地带的环境产生伤害性或有害影响的现象。”(着重号为本文所加)可查阅<http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_03_en.PDF>。

⁴⁰ 联合国，《条约汇编》，第 1302 卷，第 217 页。《跨界污染公约》第 1 条(a)项措词的渊源在经济合作与发展组织(经合组织)理事会关于污染的定义，载于 1974 年 11 月 14 日的建议 C (74)224 “有关跨界污染的原则”(International Legal Materials, vol. 14, p. 242)，行文如下“为本原则的目的，污染指由人类直接或间接将物质或能量引入环境，所致有害影响的性质包括危害人的健康、破坏生命资源和生态系统，并损害或干扰舒适度及对环境的其他合理使用”。见 H. van Edig (ed.), *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (Paris: OECD, 1977), p. 13; 另见 Patricia Birnie, Alan Boyle, Catherine Redgwell, *International Law and the Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 188-189; A. Kiss and D. Shelton, *International Environmental Law* (London: Graham & Trotman, 1991), 第 117 页(污染的定义：“还包括各种能量形式，诸如噪音、振动、热、辐射”)。

⁴¹ 联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 3 页。

⁴² 《海洋法公约》第二一二条规定了一项防止空气带来的海洋污染的义务，在这个意义上，该公约关于“污染”的定义具有对于大气污染的相关性。

(9) 《跨界污染公约》第 1 条(a)项和《海洋法公约》第一条第 1(4)款规定把(物质和)“能量引入”大气层是“污染”的一部分,但委员会决定在本条指南草案的(b)项中不采用“能量”这个词语。委员会的理解是,为了本指南草案的目的,“物质”一词包含“能量”。“能量”理解为包括通过人类活动引入和释放到大气层中的热、光、噪音和放射性。⁴³

(10) (b)项中“影响超出来源国”一语澄清指南草案要处理的是 1979 年《跨界污染公约》第 1 条(b)项规定意义上的跨界影响,即:“远距离跨界空气污染”指“其物理来源完全或部分位于属于一国国家管辖范围之内空气污染,对另一国所管辖范围内的地区产生不利影响,之间相差的距离通常使人无法区分单独排放源或集体排放源的作用”。

(11) 由于(b)项的“大气污染”是狭义界定,因此,为了本指南草案的目的,有必要借助于另一个不同的定义处理非大气污染问题。为此,(c)项提供了“大气层退化”的定义。这个定义意在包含臭氧层消耗和气候变化问题。定义涵盖人类直接或间接改变全球大气状况。这些改变既可以是自然环境或生物区系的改变,也可以是全球大气层组成状况的改变。1985 年《保护臭氧层维也纳公约》⁴⁴ 在第 1 条第(2)款中规定“不利影响”是指“自然环境或生物区系内发生的,对人类健康或自然的和受管理的生态系统的组成、恢复力和生产力或对人类有益的物质造成较大有害影响的变化,包括气候变化。”《联合国气候变化框架公约》第一条第(2)款把“气候变化”

⁴³ 关于热,见 WMO/IGAC Report: Impact of Megacities on Air Pollution and Climate, GAW Report No. 205, WMO, (September 2012); David Simon and Hayley Leck, “Urban Adaptation to Climate/Environmental Change: Governance, Policy and Planning”. Special Issue, Urban Climate, vol. 7, (2014) pp 1-134; John A. Arnfield, “Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island,” International Journal of Climatology, vol. 23, pp.1-26; Lisa Gartland, Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas, (London: Earthscan, 2008); 一般参看: Brian Stone Jr., The City and the Changing Climate: Climate Change in the Places We Live, (Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2012)。关于光污染,见 Catherine Rich and Travis Longcore, eds., Ecological Consequences of Artificial Night Lighting, (Washington DC: Island Press, 2006); Pierantonio Cinzano and Fabio Falchi, “The propagation of light pollution in the atmosphere”, Monthly Notices of the Royal Astronomic Society, vol. 427 (2012), pp. 3337-3357; Fereshteh Bashiri and Che Rosmani Che Hassan, “Light pollution and its effects on the environment”, International Journal of Fundamental Physical Sciences, vol. 4 (2014), pp. 8-12。关于声/噪音污染,可参看: 1944 年《关于国际民用航空公约》附件 16 (联合国,《条约汇编》,第 15 卷,第 295 页),第一卷:航空器噪声,第 5 编辑版,2008;见 P. Davies and J. Goh, “Air Transport and the Environment: Regulating Aircraft Noise”, Air and Space Law, vol. 18 (1993), pp. 123-135。关于放射性排放,见 Dietrich Rauschnig, “Legal Problems of Continuous and Instantaneous Long-Distance Air Pollution: Interim Report,” Report of the Sixty-Second Conference of the International Law Association (Seoul, 1986), pp. 198-223, at 219; and IAEA, Environmental Consequences of the Chernobyl Accident and their Remediation: Twenty Years of Experience., Report of the Chernobyl Forum Expert Group ‘Environment’ (Radiological Assessment Report Series), IAEA, April 2006, STI/PUB/1239; 另见联合国原子辐射影响问题科学委员会 2013 年提交大会的报告,科学附件 A: 2011 年日本东部大地震和海啸后核事故所致的辐射照射水平和影响,2014 年,联合国出版物,出售品编号 E14.IX.1, 可查阅<http://www.unscear.org/docs/reports/2013/13-85418_Report_2013_Annex.A.pdf>。在尤其涉及气候变化问题时,这并不妨碍核能的和平利用(见 *Climate Change and Nuclear Power*, IAEA (2014), 第 7 页)。

⁴⁴ 联合国,《条约汇编》,第 1513 卷,第 293 页。

界定为“除在类似时期内所观测的气候的自然变异之外，由于直接或间接的人类活动改变了地球大气的组成而造成的气候变化。”

(12) “较大有害影响”一语意在限定指南草案要涵盖的人类活动的种类。委员会在以前的工作中经常使用“较大(significant)”一词。⁴⁵ 委员会曾指出“……‘较大’意指某事物的程度不止‘可察觉’，但又未必达到‘严重(serious)’或‘重大(substantial)’的程度”。损害必须是会导致真实的有害影响的[而且]……这些有害影响必须是可以事实或客观标准加以衡量的。⁴⁶ 此外，“较大”一语要根据事实和客观标准确定，但也涉及一种价值判断，取决于具体情况和作出判断的时间段。例如，一段特定时间内(某种资源)的一个特定损失或许不被视为“较大”，因为当时的科学知识或人类认知水平尚未对该资源赋予很大价值。究竟什么是“较大”，这主要是应根据事实确定的问题。⁴⁷

(13) 就“大气污染”而言，物质的引入或释放只须有助于造成“有害”影响，而就“大气层退化”而言，改变大气层状况必须具有“较大有害影响”。关于本指南适用范围的指南 2 草案表明，本指南涉及保护大气层免遭大气污染和大气层退化。如以上第(11)段所述，《保护臭氧层维也纳公约》⁴⁸ 中“不利影响”一语指具有较大有害影响的变化。“有害”一词指某事物往往存在不甚明确或意料之外的害处。

指南 2

指南的范围

1. 本指南草案[所载指导原则涉及][涉及]保护大气层免遭大气污染和大气层退化。
2. 本指南草案不处理、但也不妨碍以下问题：污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、国家及其国民的赔偿责任，以及向发展中国家转让资金，包括知识产权。
3. 本指南草案不涉及具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。
4. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位，也不影响与外层空间，包括外层空间划界有关的问题。

⁴⁵ 例如，见《国际水道非航行使用法公约》(1997 年)第 7 条；关于预防跨界损害的条款草案(2001 年)第 1 条(大会第 62/68 号决议，附件)；关于有害活动引起跨界损害时的损失分配原则草案(2006 年)原则草案 2(大会第 61/36 号决议，附件)；跨界含水层法条款草案(2008 年)条款草案 6(大会第 63/124 号决议，附件)。

⁴⁶ 2001 年预防危险活动造成跨界损害的条款草案第 2 条草案评注第(4)段。《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 152 页，见第 98 段。

⁴⁷ 例如，见关于预防危险活动跨界损害的条款草案评注(第 2 条评注第(4)和第(7)段)。另见《关于有害活动引起跨界损害时的损失分配原则草案》评注(原则 2 草案评注第(1)至(3)段)。

⁴⁸ 联合国，《条约汇编》，第 1513 卷，第 293 页。

评注

(1) 指南草案 2 规定指南草案在保护大气层方面的范围。第 1 段正面描述了范围，写明指南处理什么，第 2 和第 3 段采用否定措词，具体写明本指南草案不涵盖什么。第 4 段是关于空气空间和外层空间的保留条款。

(2) 第 1 段是在指南 1 草案的(b)和(c)定义的基础上界定指南草案的范围。第 1 段从两方面处理保护大气层的问题，即：大气污染和全球大气层退化。指南草案仅涉及人为肇因，不涉及自然因素，诸如火山爆发和陨石撞击。着重于人类活动造成的跨界大气污染和全球大气层退化是反映当前现实，这已得到科学的支持。⁴⁹ 根据气专委，科学以 95% 的把握表明人类活动是 20 世纪中叶以来所观察到的暖化的主导原因。气专委指出，人类对气候系统的影响是很清楚的。从大气层和海洋变暖、全球水循环变化、冰雪减少、全球平均海平面上升和某些气候极端情况的变化中都测到了这种影响。⁵⁰ 气专委还指出，观察到的 1951 年到 2010 年全球表面平均温度上升值的一半以上极有可能是温室气体浓度的人为上升和其他人为辐射“强制作用”共同造成的。⁵¹

(3) 本指南也不涉及一国内部或局部的污染。然而，或许可以指出，局部发生的一切，就大气层保护而言，有时可能具有跨界和全球影响。追求改善的人类行动，不论是个别采取还是集体采取，都可能需要考虑到大气层、水圈、生物圈和地圈的整体及其相互作用。

(4) 二氧化硫和氧化氮是跨界大气污染的主要来源，⁵² 而气候变化和臭氧层消耗是导致大气层退化的两大因素。⁵³ 某些臭氧消耗物质也是造成全球变暖的因素。⁵⁴

(5) 指南草案是“(所)载(有)指导原则涉及”还是“涉及”保护大气层免遭大气污染和大气层退化，这个问题有待随着工作进展做进一步审议。

(6) 第 2 和第 3 段以及序言部分第四段反映委员会在 2013 年就本专题纳入第六十五届会议工作方案达成的谅解。⁵⁵

⁴⁹ 一般参看：气专委“*Climate Change 2013: The Physical Science Basis*”, *Summary for Policy makers*, 可查阅<http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/wg1/WG1AR5_SummaryVolume_FINAL.pdf>。

⁵⁰ 同上。

⁵¹ 同上。

⁵² Birnie、Boyle、Redgwell, 前注 40, 第 342 页。

⁵³ 同上, 第 336 页。气候变化与臭氧消耗的联系在《气候变化公约》序言及第 4 条里得到过处理。跨界大气污染与气候变化的联在 2012 年哥德堡议定书序言及第 2 条第 1 款里得到过处理。

⁵⁴ 同上。

⁵⁵ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10), 第 168 段。

(7) 第 4 段是一个保留条款,意在说明指南草案不影响适用的国际法所规定的空气空间的地位。大气层和空气空间是两个截然不同的概念,应予区分。空气空间是静态的、基于空间的规范概念,国家在其领土范围内对空气空间“具有完全的和排他的主权”。例如,《国际民用航空公约》⁵⁶ 第 1 条规定:“……每一国家对其领土之上的‘空气空间’具有完全的和排他的主权”。⁵⁷ 相应地,该公约第 2 条认为一国的领土是在该国主权、宗主权、保护或主权、宗主权、保护或委任统治下的陆地区域及与其邻接的领水。领水边界以外的空气空间被视为处于任何国家的主权之外,像公海一样,开放供所有国家使用。另一方面,大气层作为环绕地球的气体圈层,是动态的和动态的、变幻不定的,气体不断流动,与领土边界无关。⁵⁸ 大气层是不可见的、无形的和不可分割的。

(8) 此外,尽管大气层根据温度特点被在空间上划成若干圈层,但大气层与外层空间之间没有科学上的明确界线。海拔 100 千米以上,稀薄的大气层逐渐与空旷的宇宙融为一体。⁵⁹ 《各国探索与利用包括月球和其他天体在内的外层空间活动的原则的条约》没有“外层空间”的定义。⁶⁰ 1959 年以来,这个问题一直在联合国和平利用外层空间委员会(外空委)法律小组委员会讨论范围内,对划界问题从空间办法和功能办法两个角度都进行了探讨。⁶¹

(9) 因此,委员会选择在第 4 段里表明,指南草案既不影响空气空间的法律地位,也不处理与外层空间有关的问题。此外,关于外层空间的提法反映委员会 2013 年的谅解。

指南 5 国际合作

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

⁵⁶ 联合国,《条约汇编》,第 15 卷,第 295 页。

⁵⁷ 见《联合国海洋法公约》第 2 条第 2 款(蒙特哥湾,1982 年 12 月 10 日),该款规定:“……主权及于领海的上空及其海床和底土。”(联合国,《条约汇编》,第 1833 卷,第 3 页)。

⁵⁸ 一般参看 Birnie、Boyle、Redgwell,前注 40,第 6 章。

⁵⁹ Tarbuck、Lutgens 和 Tasa,前注 35,第 465 和第 466 页。

⁶⁰ 联合国,《条约汇编》,第 610 卷,第 205 页。

⁶¹ 一般参看 Bhupendra Jasani (ed), *Peaceful and Non-Peaceful uses of Space: Problems of Definition for the Prevention of an Arms Race*, United Nations Institute for Disarmament Research, (New York, Philadelphia, Washington DC, London, Taylor and Francis, 1991), 特别是第 2 和第 3 章。

评注

(1) 国际合作位于关于保护大气层的整套指南草案的核心。国际合作概念在国际法中有很大的变化，⁶² 今日在很大程度上依托“整个国际社会”的共同利益概念。⁶³ 本指南草案序言部分第三段承认这一点，故言明保护大气层免遭大气污染和大气层退化是“整个国际社会面临的紧迫关切问题”。

(2) 以此为背景，指南草案 5 第 1 段规定了各国酌情合作的义务。具体而言，要与其他国家和有关国际组织进行这种合作。“酌情”一词为国家履行合作义务留出灵活性和回旋余地，取决于所要求的合作性质和主题事项。合作的形式也可有所不同，取决于情况和各国如何运用一定的判断余地。可以是双边的、区域的或多边的。各国也可自行采取适当行动。

(3) 在若干有关环境保护的多边文书中已规定了国际合作。《斯德哥尔摩人类环境宣言》和《关于环境与发展的里约宣言》分别在原则 24 和原则 27 内强调了合作的重要性。⁶⁴ 此外，在纸浆厂案中，国际法院强调了缔约国之间告知、合作义务与预防义务所伴随的联系。法院指出，“正是通过合作，有关国家才能联合管理给环境造成损害的风险……以便实际预防有关损害。”⁶⁵

(4) 在一些现有条约中，《保护臭氧层维也纳公约》(1985)的序言部分写明，公约缔约方“意识到保护臭氧层使不会因人类活动而发生变化的措施需要国际间的合作和行动”。此外，《联合国气候变化框架公约》(1992)序言部分承认“气候变化的全

⁶² W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (London: Stevens & Sons, 1964), pp. 60–71; Charles Leben, “The Changing Structure of International Law Revisited by Way of Introduction”, *European Journal of International Law*, vol. 3 (1997), pp. 399–408. 另见 Jost Delbrück, “The International Obligation to Cooperate — An Empty Shell or a Hard Law Principle of International Law? — A Critical Look at a Much Debated Paradigm of Modern International Law”, H. P. Hestermeyer, *et al.*, eds., *Coexistence, Cooperation and Solidarity* (Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum), vol. 1 (Leiden: Martinus Nijhoff, 2012), pp. 3–16.

⁶³ Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interests in International Law”, *The Hague Academy of International Law, Recueil des cours*, vol. 250, 1994, pp. 217–384; Naoya Okuwaki, “On Compliance with the Obligation to Cooperate: New Developments of ‘International Law for Cooperation’”, in Jun’ichi Eto, ed., *Aspects of International Law Studies* (Festschrift for Shinya Murase) (Tokyo: Shinzansha, 2015), pp. 5–46, at pp. 16–17 (in Japanese).

⁶⁴ 《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则 24 写明：

“有关保护和改善环境的国际问题应当由所有的国家，不论大小，在平等的基础上本着合作精神加以处理，必须通过多边或双边的安排或其它合适途径的合作，在正当地考虑所有国家的主权和利益的情况下，防止、消灭或减少和有效地控制各方面的行动所造成的对环境的有害影响。”

《联合国人类环境会议报告》，联合国文件 A/CONF.48/14, 2 和 Corr.1 (1972 年)。

《里约宣言》原则 24 写明：

“各国和人民应诚意地一本伙伴精神、合作实现本宣言所体现的各项原则，并促进持久发展方面国际法的进一步发展”。

联合国人类环境会议报告，斯德哥尔摩，1972 年 6 月 5-16 日，联合国出版物，出售品编号 E.73.II.A.14 和更正)，第一章。

⁶⁵ 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 49 页，第 77 段。

球性要求所有国家……尽可能开展最广泛的合作，并参与有效和适当的国际应对行动”，同时重申“在应付气候变化的国际合作中的国家主权原则”。⁶⁶

(5) 《国际水道非航行使用法公约》关于合作的一般义务的第 8 条规定：

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

(6) 委员会在工作中也认识到合作义务的重要性。《预防危险活动的越境损害的条款》(2001)在关于合作的条款草案 4 中规定：

“有关国家应本着诚意进行合作，并在必要时寻求一个或多个主管国际组织的协助，以预防重大跨界损害或无论如何尽量减小这方面的风险。”

此外，《跨界含水层法条款》在关于合作的一般义务的条款草案 7 中规定：

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

2. 为了第 1 款的目的，含水层国应设立联合合作机制。”

(7) 最后，2014 年一读暂时通过的“发生灾害时的人员保护条款草案”在条款草案 8 中规定了合作的责任。⁶⁷

(8) 合作应采取多种形式。本指南草案第 2 段尤其强调通过合作而增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学知识的重要性。第 2 段还强调了信息交流和联合监测。

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

“各缔约方应促进和鼓励附件二里详细说明了、与本公约有关的科学、技术、社经、商业和法律资料的交换。”

该公约附件二详细列出了信息交流的全套事项。第 4 条第 (2) 款规定在考虑到发展中国家需要的前提下进行技术领域的合作。

(10) 《联合国气候变化框架公约》关于承诺的第 4 条第 (1) 款规定：

⁶⁶ 另见《联合国海洋法公约》(蒙特哥湾, 1982 年 12 月 10 日)关于“全球性和区域性合作”的第十二部分第二节。该节规定了“在全球性或区域性的基础上的合作”(第一百九十七条)、“即将发生的损害或实际损害的通知”(第一百九十八条)、“对污染的应急计划”(第一百九十九条)、“研究、研究方案及情报和资料的交换”(第二百条)以及“规章的科学标准”(第二百零一条)。《海洋法公约》关于海洋科学研究的第十三部分第二节规定了“国际合作”，写明了“国际合作的促进”(第二百四十二条)、“有利条件的创造”(第二百四十三条)和“情报和知识的公布和传播”(第二百四十四条)等内容(联合国,《条约汇编》，第 1833 卷，第 3 页)。

⁶⁷ 第 8 条草案规定：“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，以及与有关非政府组织合作。”

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

(11) 合作义务除其他以外，包括了交换资料。在这方面，或许可以指出，《国际水道非航行使用法公约》第 9 条详细列出了整套关于交换数据和资料的规定。此外，《跨界空气污染公约》第 4 条规定，缔约方应“就旨在尽可能防治可能具有不利影响的空气污染的政策、科学活动和技术措施交换信息并进行审查，以利减少空气污染，包括远距离跨界空气污染。”该公约还载有研究与发展领域合作的详细规定——第 7 条；关于交换信息的第 8 条，并在第 9 条内规定了执行和进一步发展合作方案，以便在欧洲监测和评估空气污染物的远距离传输情况。同样，《东非空气污染区域框架协定》(《内罗毕协定》，2008)⁶⁸ 和《中西部非洲空气污染区域框架协定》(《阿比让协定》，2009)⁶⁹ 也有类似关于国际合作的规定。缔约方一致同意：

“1.2 考虑采取联合措施减少空气污染物和温室气体排放的协同作用和共同效益；1.4 促进交换关于空气质量管理的教育和研究信息；1.5 促进区域合作，以加强管制机构……”

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

(13) 就保护大气层而言，委员会认为关键是增进有关大气污染和大气层退化的原因和影响的科学知识。

⁶⁸ 11 个国家即布隆迪、刚果民主共和国、吉布提、厄立特里亚、埃塞俄比亚、肯尼亚、卢旺达、索马里、苏丹、坦桑尼亚、乌干达达成了这个框架协定，可查阅 http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf。

⁶⁹ 21 个国家即安哥拉、贝宁、布基纳法索、喀麦隆、佛得角、乍得、布拉柴维尔刚果、科特迪瓦、刚果民主共和国、赤道几内亚、冈比亚、加纳、几内亚、几内亚比绍、利比里亚、马里、尼日尔、尼日利亚、塞内加尔、塞拉利昂、多哥达成了这个协定，可查阅 http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/BAQ09_AgreementEn.Pdf。

第六章

习惯国际法的识别

A. 引言

55. 委员会第六十四届会议(2012年)决定将“习惯国际法的形成与证据”专题列入工作方案，并任命迈克尔·伍德先生为特别报告员。⁷⁰ 在该届会议上，委员会收到特别报告员的说明(A/CN.4/653)。⁷¹ 在同届会议上，委员会还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。⁷²

56. 委员会第六十五届会议(2013年)审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/663)以及秘书处关于该专题的一份备忘录(A/CN.4/659)。⁷³ 在该届会议上，委员会决定将专题标题改为“习惯国际法的识别”。委员会第六十六届会议(2014年)审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/672)。⁷⁴

57. 委员会在对特别报告员的第二次报告进行辩论后，在第3227次会议上决定将特别报告员第二次报告所载结论草案1至11转交起草委员会。在委员会第3242次会议上，起草委员会主席介绍了起草委员会关于“习惯国际法的识别”的临时报告，其中载有起草委员会在第六十六届会议期间暂时通过的八条结论草案。

B. 本届会议审议此专题的情况

58. 委员会本届会议收到特别报告员的第三次报告(A/CN.4/682)。委员会在2015年5月13日至21日第3250至3254次会议上审议了该报告。

⁷⁰ 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工作方案。委员会第六十三届会议(2011年)按照委员会报告附件A所载的建议(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第305-314段)将该专题列入长期工作方案。

⁷¹ 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》(A/67/10)，第157-202段。

⁷² 同上，第159段。

⁷³ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第64段。

⁷⁴ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第135段。

59. 委员会在 2015 年 5 月 21 日第 3254 次会议上，将特别报告员第三次报告所载结论草案转交起草委员会。⁷⁵

⁷⁵ 特别报告员在其第三次报告(A/CN.4/682)中提议的结论草案案文读作如下：

结论草案 3[4]

评估两要素的证据

.....

2. 对每一要素都必须单独予以确定。这一般需要评估每一要素的具体证据。

结论草案 4[5]

惯例要求

.....

3. 其他非国家行为者的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的惯例。

结论草案 11

接受为法律的证据

.....

3. 不作为也可成为接受为法律的证据，条件是相关情况要求做出某种反应。

第五部分

特定形式的惯例和证据

结论草案 12

条约

如果确定所涉条约规定符合以下条件，则该项规定可反映或最终反映习惯国际法规则：

- (a) 在订立条约时编纂现有的习惯国际法规则；
- (b) 导致正在出现的新习惯国际法规则定型；或
- (c) 导致被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。

结论草案 13

国际组织和会议的决议

在某些情况下，国际组织或国际会议上的决议可作为习惯国际法的证据或对其发展作出贡献；这些决议自身不构成习惯国际法。

结论草案 14

司法裁决和论著

司法裁决和论著可用作识别习惯国际法规则的辅助手段。

第六部分

习惯国际法规则的普遍适用的例外

结论草案 15

特别习惯

1. 特别习惯是只能由并针对某些国家援引的习惯国际法规则。

60. 在委员会 2015 年 7 月 29 日第 3280 次会议上, 起草委员会主席介绍了起草委员会关于“习惯国际法的识别”的报告, 其中载有起草委员会在第六十六和第六十七届会议期间暂时通过的第 1 至第 16 [15]条结论草案。⁷⁶在 2015 年 8 月 6 日第 3288 次会议上, 委员会注意到第 1 至第 16 条结论草案。预计委员会将在下届会议上考虑暂时通过这些结论草案及其评注。该报告连同结论草案在现阶段只是作为资料提交给委员会, 可在委员会网站上查阅。

61. 在 2015 年 8 月 6 日第 3288 次会议上, 委员会为了对习惯国际法作出认定, 请秘书处围绕各国法院的判决在具有普遍性的国际法院和法庭的判例法中所起的作用编写一份备忘录。

1. 特别报告员介绍第三次报告

62. 特别报告员在介绍第三次报告时指出, 报告试图涵盖 2014 年就两组成要素(“一般惯例”和“被接受为法律(法律确信)”)提出的问题, 以及特别习惯和一贯反对者等新问题。第三次报告针对第二次报告提出的结论草案中的三条结论提议了新增段落, 并提出了五条新的结论草案, 分别列入两个新增部分(第五部分“特定形式的惯例和证据”和第六部分“习惯国际法规则的普遍适用的例外”)。

63. 第三次报告分为九节。第一节是导言, 回顾了该专题的历史, 特别是委员会之前会议开展的工作, 以及第六委员会 2014 年关于该专题的辩论。报告第二节再次探讨了一般惯例与法律确信的关系(结论草案 3 [4], 第 2 段)。第三节涉及不作为被视作惯例和(或)接受为法律的证据的作用(结论草案 11, 第 3 段)。第四节和第五节探讨了其他特殊形式的惯例和证据: 第四节研究了国际组织和会议的条约和决议的作用(结论草案 12 和 13), 第五节审议了识别习惯国际法规则的两项辅助手段, 即司法裁决和论著(结论草案 14)。第六节探讨了国际组织和非国家行为者实践的相关性(结论草案 4 [5], 第 3 段)。最后, 报告第七和第八节以不同方式探讨了习惯国际法规则的属人适用, 这也是结论草案第六部分的内容。第六部分包含两条结论草案, 分别是特别习惯和一贯反对者(结论草案 15 和 16)。

64. 特别报告员在介绍中, 对第三次报告编写过程中得到的投入和支持表示感谢, 并感谢一些政府就此专题提交的书面材料。他表示, 他试图完成将列入该专题最后成果的一套结论草案, 请委员们提出任何被忽视的问题。他强调该专题与国际法委员会议程上其他专题的相互联系, 并确认应当全面地看待委员会的工作。

2. 要确定一项特别习惯的存在及其内容, 必须认定在有关国家之间是否存在一项被其中每个国家接受为法律(法律确信)的一般惯例。

结论草案 16

一贯反对者

在一项新的习惯国际法规则形成过程中, 一国若对此规则一贯表示反对, 则只要该国维持其反对立场, 便不受该规则约束。

⁷⁶ 起草委员会主席的发言的附件载有起草委员会暂时通过的 16 条结论草案, 可从委员会网站上查阅: <<http://legal.un.org/ilc>>。

65. 特别报告员忆及，应委员会的要求，他在第三次报告中再次探讨了一般惯例与法律确信的关系。他在报告中得出结论称，在试图确定一项习惯国际法规则是否已经出现时，每次都需要单独考虑并核实每项要素的存在，这通常需要针对每个要素评估不同的证据。另一点是，在识别是否存在一项习惯国际法规则时，重要的是两要素必须都存在，而不是其出现的时间顺序。最后，报告指出，对国际法的不同领域而言，两要素方法的适用可能有所不同，在某些情况下，惯例的某种形式(或某些情形)，或其被接受为法律的某一证据可能比其他形式(情形)或证据更具有相关性。

66. 特别报告员还再次探讨了不作为问题，特别是他对一般惯例的可能贡献以及作为接受为法律的证据的可能作用。他强调，虽然不作为在某些情况下对确立一般惯例至关重要，但是不作为可以发挥作用的情形未必明显。特别报告员补充道，当相关情况要求作出某些反应时，不作为可以成为法律确信的证据。这要求所涉国家必须已实际知悉所涉做法，或相关情况必须是有关国家可被视为已实际知悉所涉做法，且不作为需要保持足够长的一段时间。

67. 第三次报告考虑了特殊形式的惯例和法律确信的证据，即国际组织和会议的条约和决议，因为在识别习惯国际法时，常常依赖他们。特别报告员指出，类似考虑还可适用于其他书面文本，例如国际法委员会编写的文件。报告试图提醒，在考虑是否可以依靠这些文本来识别习惯国际法时，需要谨慎，并重申需要考虑并权衡所有相关情况。无论如何，这些书面文本自身不构成习惯国际法。

68. 关于条约和缔约活动的相关性，报告忆及这类书面文件可以与习惯国际法挂钩的三种方式：编纂现有法律、使新出现的法律定型或作为新法律的来源。报告还探讨了多边公约缔约国的惯例以及双边条约可能的相关性。

69. 报告还涉及国家在国际组织或国际会议上通过的决议作为国家惯例或法律确信的证据的相关性问题。特别报告员承认，在某些情况下，这类决议可以对习惯国际法的形成和识别发挥重要作用。决议本身不创立习惯国际法，但是可以为现有的或正在出现的法律提供证据，并产生可能形成新规则的惯例。在此类评价过程中，某项决议使用的具体措词，以及通过所述决议的背景情形至关重要。

70. 报告还接着考虑了识别习惯国际法规则的两项“辅助”(但是很重要的)手段：司法裁决和论著。关于司法裁决，报告既提到了国际法院和法庭的裁决，也提到了国内法院的裁决。报告强调了前者的重要性。国内法院的裁决也可以有影响力，但是必须谨慎对待。报告还确认，论著仍然是识别习惯国际法规则的一个有用的资料和分析参考，不过应当区分旨在反映现有法律(现行法)的论著与反映正在出现的法律(拟议法)的论著。

71. 关于国际组织本身的惯例，报告忆及去年得出的结论，即在某些情况下，国际组织的惯例也有助于习惯国际法规则的形成或表述。特别报告员强调，区分国际组织内各国的惯例与国际组织自身的惯例至关重要。他还强调，应当区分涉及组织内部运作的组织惯例以及该组织与各国及其他方面关系的惯例。此外，建议在结论草案中探讨除国际组织外的非国家行为者的行为。

72. 报告接着提到了“特别习惯”类别，按照特别报告员的解释，这一术语旨在涵盖所谓的“特殊”、“区域”、“地方”或“双边”习惯规则。特别报告员强调，考虑到特别习惯仅对数目有限的国家具有约束力的性质，有必要明确指出哪些国家参与了该惯例并接受其为法律。因此，为了确定是否存在这样一个习惯，需要查明有关国家之间是否存在每一国家均将之接受为法律(法律确信)的一般惯例。

73. 报告还提到了一贯反对者规则，即一国若坚持反对正在出现的新习惯法规则，并在该规则定型后继续反对，则不受其约束。特别报告员强调，判例、委员会之前的工作以及文献中都确立了该规则，特别报告员强调，探讨该规则至关重要，除其他外，有利于澄清其严格要求。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

74. 委员会委员重申对特别报告员采用的两要素方法的支持。普遍同意该专题的结果应当是一套附带评注的简单、实用的结论，以便帮助从业者识别习惯国际法规则。委员们提醒要避免过于简化，指出进一步的说明将对条款草案有利。

75. 委员们就专题的范围交换了意见。委员会的一些委员指出，该专题应当更加深入地探讨习惯国际法规则的形成。根据这一意见，专题名称的改变目的不是影响专题的侧重点。另一些委员则认为，结论草案应当仅限于这类规则的识别问题，不应涉及规则的形成问题。在这方面，有人指出该专题涉及特定时点的习惯规则的识别，不影响该规则以后的演变。另一种意见是，虽然这一专题侧重于识别，但这不排除对与识别相关的形成问题进行审议。

(b) 两组成要素之间的关系

76. 委员会的部分委员同意这一结论，即虽然两要素都必须存在，但是对不同领域或不同类型的规则而言，两要素方法的适用可以有所不同。不过，他们认为，对所有不同领域必须维持一个统一标准。委员会的一些委员指出，两要素的适用不一致，进一步探讨不同领域两要素的各自权重将对该专题有利。

77. 委员们表示支持这一结论：对每一要素都必须单独予以确定，这一般需要评估每一要素的具体证据。一些委员强调，单独评估两要素并不意味着同一材料不能同时作为两个要素的证据。

78. 关于习惯规则的两要素之间的时间关系，有人认为实践应当先于法律确信，但另有人认为，两要素之间没有必然的顺序。

(c) 不作为被视作惯例和(或)接受为法律(法律确信)的证据

79. 虽然第三次报告中关于不作为对识别习惯国际法规则相关性的分析普遍得到认同，但是委员会的一些委员指出，在实践中很难为此目的对不作为定性。一些委

员表示，需要明确不作为具有相关性的具体情况，特别是在评估是否被接受为法律（法律确信）时。委员们建议，在结论草案的案文中指出构成不作为的具体标准。

80. 报告中列举的不作为被视作接受为法律的证据的标准在委员会内部得到了广泛支持。一些委员表示，相关情况应当要求所涉国家作出反应，国家必须实际知悉相关实践，且不作为必须维持足够长的一段时间。不过，关于在这种情况下，不作为是否等同于默认，委员们意见不一。另有人补充说，重要的是确定特定情形下的不作为是否可认为等同于法律确信。

(d) 条约和决议的作用

81. 报告中就条约作为习惯国际法证据的作用得出的结论得到了许多委员的支持。一些委员建议先不提条约对习惯规则的形成的作用，而只关注条约的证据价值。有人表示，就本专题而言，习惯规则的定型与通过一项条约产生新规则没有区别。此外，建议探讨《维也纳条约法公约》第三十八条。一些委员强调，并非所有条约规定在作为习惯国际法规则的证据方面都具有同样的相关性，只有“具备根本的规范制定性质”的条约规定才能产生习惯国际法规则。

82. 委员们强调，为确定条约规定作为习惯国际法规则证据的相关性制定标准至关重要。一些委员指出，“特别受到影响的国家”这一概念不可接受，另一些委员则认为，条约缔约方的地域分布可以作为实践具有普遍性的证据。

83. 关于国际组织或在国际会议上通过的决议的证据价值，存在许多不同意见。一些委员认为，这类决议，尤其是联合国大会的决议在某些情况下可以被视为习惯国际法的来源。委员会的不少委员认为，在任何情况下，都应当谨慎地评估这些决议的证据价值。强调了应考虑的一系列因素，例如组织的组成、通过决议时采用的表决和程序以及决议的宗旨等。还有人指出，国际会议上通过的决议的相关性取决于参加该会议的国家。

84. 委员会委员普遍认为，国际组织和会议的决议本身不能构成存在习惯规则的充分证据。一种意见认为，在某些情况下，决议有可能构成存在习惯国际法规则的证据。他们指出，这类决议的证据价值取决于一般惯例和法律确信等其他佐证证据。委员们指出，要想依赖一项决议(不过，该决议可以作为证据)，必须单独评估该决议中的规定是否得到了被接受为法律(法律确信)的一般惯例的支持。

(e) 司法裁决和论著

85. 委员会委员欢迎这一结论：司法裁决和论著对识别习惯国际法规则具有相关性。委员们就司法裁决和论著分别发挥的具体作用交换了意见。委员们指出，二者特性不同，因此应当在不同的结论中分别述及。委员们还指出，它们的重要性不能一概而论，应当逐案考虑。

86. 委员会的一些委员强调，司法裁决特别重要，不能被视为次要或辅助证据。一些委员强调了国际法院的核心重要性，另一些委员则表示，其他法院和法庭的判决不容忽视，国际法官的个别不同意见也很重要。委员们就国内法院裁决的相关性交

换了意见。一些委员认为，出于识别习惯国际法规则的目的，这些裁决必须被列入“司法裁决”类别。不过，委员会的另一些委员则认为必须单独探讨这类裁决，谨慎评价它们的作用。

87. 有人指出，特别报告员提出的“论著”一词过于宽泛，应当加以限定。委员会的一些委员还称，选择相关论著时不能偏向特定区域的作者，必须具有全球性。

88. 好几名委员申明，国际法委员会作为联合国大会的附属机构，担负着促进国际法逐渐发展及编纂的任务，委员会的工作不可与公法学者的“论著”或教导等同视之。

(f) 国际组织和非国家行为者的相关性

89. 关于国际组织惯例的相关性，委员会内部意见不一。具体地说，一些委员指出，这类惯例可以有助于习惯国际法规则的形成和表述，必须强调国际组织惯例在某些领域的重要性。另一些委员强调，国际组织的惯例只有在反映了成员国的惯例或信念，或催生国家惯例时，才具有相关性，但是国际组织的惯例本身对评价一般惯例不具有相关性。一种意见认为，所提议的结论草案案文未能处理关键问题，例如国际组织的不作为是否可算作惯例，国际组织的惯例和法律确信是否两者都需要，国际组织帮助确立的规则只是对国际组织有约束力，只是对国家有约束力，还是对两者都有约束力等。

90. 特别报告员提出的关于其他非国家行为者的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的惯例的结论草案得到了好几名委员的支持。“其他非国家行为者”一词被认为不完全明确，因为国际组织是由国家组成的。一些委员认为该提议过于严格，特别是考虑到某些非国家行为者例如红十字国际委员会的惯例以及既涉及国家又涉及非国家行为者的活动都很重要。

(g) 特别习惯

91. 委员会就特别习惯问题展开了讨论。一些委员赞成特别报告员提出的结论草案，但是也有一些委员认为，该问题不在本专题范围之内。委员们还就这一特定类别的习惯国际法规则用什么术语最恰当提出了问题，它曾被称为“区域”、“地方”或“特别”习惯。此外，有人建议阐明“区域”一词的概念，并探讨区域习惯的缔约方之间的地域联系问题。

92. 有人强调，必须特别关注默认对识别特别习惯的重要性。一些委员认为，识别特别习惯的标准比识别一般或普遍习惯的标准更严格。而另一些委员则认为，所有习惯国际法规则都应当遵照同样的条件。一种意见认为，提议的结论草案在无任何实践为基础的情况下，设想在没有地理联系、分布广泛的一群国家之间存在着特别习惯，这会就是否存在着这种习惯的问题引发混乱的不同主张，有可能使习惯国际法碎片化。

(h) 一贯反对者

93. 一贯反对者规则一直引起广泛争论。一些委员赞成将该规则列入结论草案，另一些委员则认为这是一个有争议的理论，没有得到足够多国家惯例和判例的支持，可能导致国际法不成体系。有委员建议在评注中列举具体案例，以证实据一些委员认为这个在文献中已被普遍接受的规则。

94. 委员会委员还广泛讨论了适用一贯反对者规则的条件和结果。一些委员表示，无论怎样，即使存在着这样的规则，但该规则不能适用于普遍义务或具有强制性的规则(强制法)。

(i) 今后工作方案

95. 关于该专题的今后工作方案，特别报告员建议研究如何切实加强有关材料的获取便利(这些材料是确定一般惯例及其已被接受为法律依据的依据)，该建议受到欢迎。一些委员还建议特别报告员研究习惯国际法随时间变化的问题，以及若干相关问题。

96. 委员会的一些委员表示，必须为委员会完成该专题的工作划拨充裕的时间，该专题的进展不能以牺牲质量为代价。

3. 特别报告员的总结

97. 特别报告员强调，该专题的目的是帮助确定是否存在一项习惯国际法规则以及该规则的内容。就特定时点存在的法律提供咨询的法官、仲裁员和律师，而不是就法律可能如何发展或被发展提供咨询的上述人员，负责这项工作。不过，关于习惯规则如何出现和演变的理解构成了专题背景的一部分，将在评注中提及。

98. 关于涉及两要素间相互关系的各种问题，特别报告员认为关系的时间方面对习惯规则的形成比对识别更相关，不过这是一个需要在评注中涵盖的重要方面。关于两要素方法在不同领域的适用问题，他强调需要考虑证据出现的背景，这需要认真评估每个案件的事实基础及其重要性。最后，关于分别评价两要素的问题，特别报告员注意到委员会内部的普遍共识：在识别习惯国际法规则时，对每一要素都必须单独予以确定。有时被称为“重复计算”的问题发现更有争议。关于这一点，特别报告员作了澄清，说在有些情况下，同样的证据可以用于确定两个要素。重要的是，两要素都必须存在，那些称一个要素广泛存在可以弥补另一个要素缺失的理论不可信。

99. 特别报告员认为，国际组织本身的实践对于识别习惯国际法规则具有相关性这一结论没有争议，因为显然国际组织在它们之间关系方面的实践至少可以产生这类关系中具有约束力的习惯规则。这一结论对于代表其成员国行使职能的国际组织，例如欧洲联盟也很重要。委员会之前工作中确认的这一结论似乎为各国普遍接受。特别报告员强调，国际组织的作用虽然重要，但是不能与国家相比。关于非国家行为者的作用，特别报告员表示，这类实体可能对习惯国际法规则的形成和识别有用，但它们通过促使或记录国家实践和国际组织的实践，而不是通过自身的行为发挥作用。

100. 关于不作为的作用，特别报告员指出，结论草案的相应段落需要反映报告所列条件的本质这一说法值得认真考虑。

101. 关于条约对识别习惯国际法规则的作用，特别报告员在承认多边条约重要性的同时，认为不能将双边条约排除在结论草案之外，即便应当特别谨慎地看待其影响。特别报告员还表示，《维也纳条约法公约》第三十八条对本专题的重要性将在评注中述及，其中将提到“具备根本的规范制订性质”的概念。

102. 特别报告员注意到，关于国际组织和会议的决议的结论草案没有在委员会内部引起特别争议。他承认，即使需要谨慎地提及这类决议，还是可以更加积极地表述它们的作用。

103. 特别报告员指出，需要进一步研拟关于司法裁决和论著的拟议结论草案，且应当在不同的结论草案中分别述及二者。特别报告员同意这一观点，即事实上，司法裁决在决定是否在某个习惯规则的单一进程中发挥作用。他还指出，个别不同意见——虽然在他看来，并非第三十八条第一款(d)项意义下的司法裁决——对本专题也并非不重要。特别报告员表示，他所说的“论著”是指“法学家的论著”。他还指出，需要在评注中反映考虑代表世界不同法律体系的法学家的论著有何益处。

104. 特别报告员注意到，许多同事提出，应就国际委员会的工作单拟一条结论。对于单拟一条结论，他不相信有此必要，而是更倾向于在评注里解释委员会的作用。尽管如此，他仍然希望起草委员会考虑此事。

105. 关于特别习惯，特别报告员确认所有其他结论草案都适用于特别习惯，包括关于条约的结论草案，结论草案 15 另有规定的除外。他补充道，即使理论上不要受这类规则约束的国家之间有地域联系，但是实践中通常有这样的要求。

106. 特别报告员注意到，关于一贯反对者的结论草案 16 得到普遍支持，承认通过在评注中提到实际案例而阐述了该结论草案。他指出，可以向需要识别习惯国际法的法官提出一贯反对者规则，事实上也经常这样做，因此，应当向从业者提供这方面的指导方针，特别是说明一国成为一贯反对者需要满足的条件。

107. 关于该专题今后的工作方案，特别报告员表示，鉴于辩论中提到的所有内容，现实的目标是在第六十八届会议(2016年)结束前完成对结论草案及评注的一读。问题是如何分配本届会议和下届会议的工作。鉴于评注的重要性，似乎应当分为两个阶段。首先，如果起草委员会能够完成本届会议的工作，暂时通过一套完整的结论草案(可加上关于第四次报告的辩论中可能出现的任何补充条款和建议)，特别报告员就可以在 2016 年届会开始前编写关于所有结论的评注草案。委员届时将有充足的时间认真审议评注草案，顺利的话，委员会可在 2016 年届会结束前通过一套完整的一读结论草案及评注。

第七章

危害人类罪

A. 导言

108. 委员会第六十五届会议(2013 年)决定按照该届会议工作报告附件 B 所载肖恩·墨菲先生提出的建议,⁷⁷ 将“危害人类罪”专题列入长期工作方案。⁷⁸ 大会 2013 年 12 月 16 日第 68/112 号决议第 8 段注意到委员会将此专题列入长期工作方案。

109. 委员会第六十六届会议(2014 年)决定将该专题列入工作方案, 并任命肖恩·墨菲先生为该专题的特别报告员。⁷⁹ 大会随后在 2014 年 12 月 10 日第 69/118 号决议第 7 段里注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

B. 本届会议审议此专题的情况

110. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/680), 在 2015 年 5 月 21 日至 28 日的第 3254 次至第 3258 次会议上审议了该报告。⁸⁰

111. 特别报告员在第一次报告中, 首先评价了拟定一项危害人类罪公约的潜在益处(第二节), 然后概述了危害人类罪的背景(第三节), 并探讨了促进防止各种罪行、将其定为刑事罪及为此进行国家间合作的现有多边公约的某些方面(第四节)。特别报告员进而研究了各国防止和惩治危害人类罪的各种条约制度规定的一般义务(第五节)以及为本专题的目的提出的“危害人类罪”定义(第六节)。报告还介绍了今后关于本专题的工作方案(第七节)。特别报告员分别针对第五节和第六节中探讨的问题, 相应地提出了两条草案。⁸¹

112. 委员会在 2015 年 5 月 28 日第 3258 次会议上, 将特别报告员第一次报告所载第 1 和第 2 条草案转交起草委员会。

113. 委员会在 2015 年 6 月 5 日第 3263 次会议上, 审议了起草委员会的报告, 并暂时通过第 1、第 2、第 3 和第 4 条草案(见下文 C.1 节)。

114. 委员会在 2015 年 8 月 3 日和 4 日第 3282 次至第 3284 次会议上, 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)。

⁷⁷ 《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 附件 B。

⁷⁸ 同上, 第 169-170 段。

⁷⁹ 同上, 《第六十九届会议, 补编第 10 号》(A/69/10), 第 266 段。

⁸⁰ 见第 3254 至第 3258 次会议临时简要记录(A/CN.4/SR.3254、A/CN.4/SR.3255、A/CN.4/SR.3256、A/CN.4/SR.3257、A/CN.4/SR.3258 号文件)。

⁸¹ 见关于危害人类罪的第一次报告, A/CN.4/680 号文件 (第 1 条草案“防止及惩治危害人类罪”和第 2 条草案“危害人类罪的定义”)。

115. 委员会在 2015 年 8 月 3 日第 3282 次会议上请秘书处编写一份备忘录，提供可能对今后此专题工作有关的关于现有基于条约的监测机制的资料。⁸²

C. 委员会第六十七届会议暂时通过的危害人类罪条款草案案文

1. 条款草案案文

116. 委员会第六十七届会议暂时通过的条款草案案文载录如下。

第 1 条

范围

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

第 2 条

一般义务

危害人类罪，不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行，各国承允防止并惩治之。

第 3 条

危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案的目的，“危害人类罪”是指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下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
- (h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族罪行或战争罪行有关；

⁸² 委员会在 2015 年 5 月对特别报告员第一次报告进行全体辩论时，这个问题被提出，人事事务高级专员于 2015 年 7 月对委员会进行访问时也曾讨论过。

(i) 强迫人员失踪；

(j) 种族隔离罪；

(k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

(a) “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程；

(b) “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

(c) “奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

(d) “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

(e) “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

(f) “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

(g) “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

(h) “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

(i) “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 为了本条款草案的目的，“性别”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

4. 本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

第 4 条**预防义务**

1. 每一国家承诺按照国际法防止危害人类罪，办法包括：
 - (a) 在其管辖或控制的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施；
 - (b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。
2. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、任何其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。⁸³

2. 委员会第六十七届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

117. 委员会第六十七届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第 1 条**范围**

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

评注

- (1) 第 1 条草案确定本条款草案的范围，即，写明本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。防止危害人类罪所侧重的是排除这种罪行的发生，惩治危害人类罪所侧重的是发生这种行后或在这种行为发生过程中对行为人的刑事诉讼。
- (2) 本条款草案最主要的着重点就是惩治危害人类罪，这种罪行无论发生在何地都属严重国际罪行。本条款草案不处理其他严重国际罪行，诸如灭绝种族罪、战争罪或侵略罪。虽然有一种意见认为本专题或许也可包括这些罪行，但委员会决定此处的焦点应是危害人类罪。
- (3) 此外，本条款草案也将避免与相关的现有条约相冲突。例如，本条款草案将避免与有关时效法、难民、强迫失踪和涉及危害人类罪的其他事项的条约发生冲突。在适当的时候，将考虑通过一项或多项条款草案处理这种冲突。
- (4) 同样，本条款草案将避免与在国际或“混合”（兼有国际法和国内法要素）刑事法庭或裁判庭——包括国际刑事法院（下称“国际刑院”）——组织章程之下产生的国家义务发生冲突。设立国际刑院的《罗马规约》⁸⁴ 规范国际刑院与缔约国的关系（“纵向”关系），而条款草案的着重点则将是国内法的制定和国家间的合作（“横向”关系）。关于“国际合作和司法协助”的第九编默示承认，在处理国际刑院管辖范

⁸³ 本款的位置将在以后讨论。

⁸⁴ 《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日订于罗马，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 3 页（下称“罗马规约”）。

围内的罪行问题上的国家间合作将继续存在，而不妨碍《罗马规约》，但没有对这种合作作出规定。本条款草案既涉及在防止危害人类罪方面的国家间合作，也涉及在国家法律系统内调查、缉捕、起诉、引渡和处罚这种罪行的行为人，这是与《罗马规约》一致的目标。通过这样做，本条款草案将有助于实施《罗马规约》规定的补充作用原则。最后，国际或“混合”刑事法庭或裁判庭组织章程处理的是对其管辖内的犯罪人的起诉，不是国家为事先防止此类罪行或在此类罪行发生时而应采取的步骤。

第 2 条 一般义务

危害人类罪，不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行，各国承允防止并惩治之。

评注

(1) 第 2 条草案规定国家防止和惩治危害人类罪的一般义务。这个一般义务的内容将通过在随后从第 4 条草案开始的若干条款草案中规定各种更为具体的义务加以处理。这些具体义务将规定各国在自己国家法律系统内须采取的步骤，以及与其他国家合作、与有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

(2) 第 2 条草案是陈述这个一般义务，承认危害人类罪是“国际法上的罪行”。在纽伦堡设立的国际军事法庭(下称“纽伦堡法庭”)的《组织法》(即“纽伦堡宪章”)⁸⁵将“危害人类罪”列为纽伦堡法庭管辖的内容。除其他外，纽伦堡法庭指出，“个人可因违反国际法而受到惩治。违反国际法的罪行是由人而不是由抽象实体实施的，只有惩处实施这些罪行的个人，国际法的规定才能得到执行。”⁸⁶危害人类罪也在东京法庭的管辖之内。⁸⁷

(3) 联合国大会在 1946 年提到并重申了《纽伦堡宪章》所确认的国际法原则。⁸⁸大会还指示国际法委员会“编订”《纽伦堡宪章》原则并拟订一个治罪法草案。⁸⁹委员会于 1950 年拟出了“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之国际法原则”，说明危害人类罪为“违反国际法应受处罚的罪行。”⁹⁰此外，委员会于 1954 年完成了《危害人类和平及安全治罪法草案》，其第二条第 11 款中列出了视为罪行的一系

⁸⁵ 《关于控诉和惩处欧洲各轴心国主要战犯的协定》附件《国际军事法庭宪章》第 6 条(c)项，1945 年 8 月 8 日订于伦敦，联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页(下称《纽伦堡宪章》)。

⁸⁶ 国际军事法庭 1946 年 9 月 30 日判决，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》，第 22 卷(纽伦堡，1947 年)，第 466 页。

⁸⁷ 《远东国际军事法庭宪章》第 5 条(c)款，1946 年 1 月 19 日订于东京(1946 年 4 月 26 日修订)，4 Bevans 20。不过，在东京法庭上无人被判定犯有此罪。

⁸⁸ “确认纽伦堡法庭组织法所认定之国际法原则”，大会 1946 年 12 月 11 日第 95(一)号决议。

⁸⁹ “纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认原则之编订问题”，大会 1947 年 11 月 21 日第 177(二)号决议。

⁹⁰ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 376 页，第 109 段(原则六)。

列不人道行为，这些行为今天均视为危害人类罪。该草案在第一条中写明：“本法所定之危害人类和平及安全的罪行系国际法上的罪行，其责任人应受惩罚。”⁹¹

(4) 将危害人类罪定性为“国际法上的罪行”，表明这种罪行是自然成立的，不论相关行为在国内法之下是否被定为罪行都一样。《纽伦堡宪章》界定危害人类罪是实施某些行为“，不论是否违反此等行为所在地的国内法。”⁹² 1996年，委员会完成了《危害人类和平及安全治罪法草案》，其中除其他外规定危害人类罪是“在国际法范围内、就此而论可予惩罚、而不论是否可依国内法予以惩罚的罪行。”⁹³ 这种罪行的严重性是很清楚的；委员会以前就指出过，禁止危害人类罪“被明确接受和承认”为强制性国际法规范。⁹⁴

(5) 第2条草案还确定危害人类罪“不论是否发生于武装冲突之时，”都是国际法上的罪行。提及“武装冲突”应理解为包括国际和非国际武装冲突。经《柏林议定书》⁹⁵ 修正的《纽伦堡宪章》关于危害人类罪的定义与国际武装冲突的存在相联系，所涉行为构成国际法上的罪行的条件是，其发生“系随实施”纽伦堡法庭管辖范围内“任何罪行”——即危害和平罪或战争罪——“而起或与之有关者”。在这个意义上，处理传统上属一国国内管辖范围的事项的依据在于罪行与国家间冲突的联系。而这种联系又意味着大规模发生最严重罪行，或许作为某种行为形态的一部分。⁹⁶ 负责审判第三帝国高级政治和军事领导人的纽伦堡法庭判定若干被告在战争期间犯危害人类罪，只是有些情况下这些罪行与纽伦堡法庭管辖范围内的其他罪行之间的关系不够明确。⁹⁷

⁹¹ 《1954年……年鉴》，第二卷，第150页，第1条。

⁹² 《纽伦堡法庭宪章》，前注2，第6(c)条。

⁹³ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页，第50段(第1条)。1996年《治罪法草案》列出五类罪行，其中之一是危害人类罪。

⁹⁴ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第85页，第(5)段(关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第26条的评注)(认为“已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止……危害人类罪行……”)；另见国际法委员会研究组：“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，A/CN.4/L.682，第374段(2006年4月13日)，连同更正文件A/CN.4/L.682/Corr.1(2006年8月11日)(指出危害人类罪是“最常援引的具有强制法地位的备选规范”(目标之一)。

⁹⁵ 《关于纠正组织法案文偏差的议定书》，1945年10月6日订于柏林，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》，第1卷(1947年)，第17-18页(下称“《柏林议定书》”)。《柏林议定书》将英文“during the war”之后的分号改为逗号，以便使英文和法文本与俄文本取得一致。同上，第17页。这样就将该项规定的第一部分与后一部分联系在一起(“与本法庭管辖范围内的任何罪行有关者”)，由此也就与国际武装冲突的存在联系在一起。

⁹⁶ 见 United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (His Majesty's Stationery Office, 1948)，第179页(“只有当罪行的规模、野蛮程度、数量或在不同时期和地点采用的类似模式危及到国际社会或震撼人类良知时，发生上述罪行所在国或国民沦为受害者的国家以外的国家才有理由进行干预。”)。

⁹⁷ 例如，见检察官诉 Kupreškić 等人，审判分庭的判决，案件号 IT-95-16-T，2000年1月14日，第576段(其中指出 Baldur von Schirach 所犯危害人类罪与纽伦堡法庭管辖范围内其他罪行之间关系薄弱)(下称 Kupreškić 2000)。

(6) 然而，委员会 1950 年“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则”在原则六(三)中界定危害人类罪的方式却并不要求存在与武装冲突的联系。⁹⁸ 在该原则的评注中，委员会强调罪行并非必需是战争期间所发生，但对于战前罪行则主张必须存在与危害和平罪的联系。⁹⁹ 与此同时，委员会主张“行为仍可属危害人类罪，即便该行为是行为人针对本国人口所为。”¹⁰⁰ 1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》在第一条(乙)项中写明，“一九四五年八月八日纽伦堡国际军事法庭组织法明定并经联合国大会一九四六年二月十三日第 3(I)号决议及一九四六年十二月十一日第 95(I)号决议确认的危害人类罪，无论犯罪系在战时抑在平时……。”¹⁰¹

(7) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭(下称“前南刑庭”)的管辖范围内包括“危害人类罪”。《前南刑庭规约》第 5 条规定，该法庭可对“国际或国内武装冲突中犯下”一系列“针对平民的”行为(诸如谋杀、酷刑或强奸)负有责任的人提起诉讼。¹⁰² 所以，第 5 条所用的措词保留了与武装冲突的联系，但结合相关背景很容易理解：《前南刑庭规约》是 1993 年拟订的，当时的理解是，前南斯拉夫境内实际存在着武装冲突；联合国安全理事会已经确定局势构成对国际和平与安全的威胁，导致安全理事会行使《联合国宪章》第七章之下的行动权。就此而言，第 5 条所用的措词(“武装冲突”)主要是为了消除一种认为危害人类罪须与“国际武装冲突”存在联系的概念。鉴于这种措词可能被解读为习惯国际法要求须存在与武装冲突的联系，前南刑庭上诉分庭后来澄清说，保留与武装冲突的联系“没有逻辑或法律基础”，因为自纽伦堡审判以来，在国家实践中这种联系“已被放弃”。¹⁰³ 上诉分庭还指出，“关于种族灭绝和种族隔离的国际公约显示，联系要求已经过时，这两项公约都禁止某些种类的危害人类罪而不论是否与武装冲突有联系”。¹⁰⁴ 事实上，上诉分庭此后还表示认为，《前南刑庭规约》中的这种联系只是限定前南刑庭的属事管辖，并非习惯国际法的编纂。¹⁰⁵

⁹⁸ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 377 页，第 119 段。

⁹⁹ 同上，第 123 段。

¹⁰⁰ 同上，第 124 段。

¹⁰¹ 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，1968 年 11 月 26 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 754 卷，第 73 页。截至 2015 年 8 月，该公约有 55 个缔约国。类似性质的区域公约，见《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》，1974 年 1 月 25 日订于斯特拉斯堡，欧洲委员会，《条约汇编》，第 82 号。截至 2015 年 8 月，该公约有 8 个缔约国。

¹⁰² 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议，S/RES/827 号文件，第 5 条(下称《前南刑庭规约》)。

¹⁰³ 检察官诉 Tadić，上诉分庭对辩方就管辖权问题提出中间上诉的请求所做的裁决，案件号 IT-94-1-AR72，1995 年 10 月 2 日，第 140 段。

¹⁰⁴ 同上。

¹⁰⁵ 例如，见检察官诉 Kordić & Čerkez，审判分庭的判决，案件号 IT-95-14/2-T，2001 年 2 月 26 日，第 33 段(下称“Kordić 2001 案”)；检察官诉 Tadić，上诉分庭判决，案件号 IT-94-1-A，1999 年 7 月 15 日，第 249-251 段(下称“Tadić 1999”)(“证明存在武装冲突即满足了需存在武装冲突的要求；《规约》的要求仅此而已，而这样要求即已超过习惯国际法。”)。

(8) 1994年，安全理事会设立了卢旺达问题国际刑事法庭(下称“卢刑庭”)并规定了它对“危害人类罪”的管辖权。虽然《卢刑庭规约》第3条保留了《前南刑庭规约》中的同样一系列行为，但起首部分没有保留武装冲突的提法。¹⁰⁶ 同样，1998年通过的《罗马规约》第七条也没有再提及武装冲突。

(9) 就此而言，虽然危害人类罪的早期定义要求相关行为须与武装冲突有联系，但这种联系已不再见于包括《罗马规约》在内的当代国际刑事法庭和裁判庭规约。如以下关于第3条草案的讨论所述，取代这种联系的是“起首部分”要求，即，须是为了推行国家或组织政策，针对平民实施广泛或有系统的攻击这个背景下发生的罪行。

第3条

危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案目的，“危害人类罪”是指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下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
- (h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关；
- (i) 强迫人员失踪；
- (j) 种族隔离罪；
- (k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

2. 为了第1款的目的：

¹⁰⁶ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，安全理事会1994年11月8日第955(1994)号决议，S/RES/955号文件附件，第3条(下称《卢刑庭规约》)；见 *Semanza* 诉检察官，上诉分庭判决，案件号ICTR-97-20-A，2005年5月20日，第269段(“……与《前南刑庭规约》第5条相反，《卢刑庭规约》第3条没有关于犯罪须与武装冲突相关的规定。这是一个重要的差别。”)。

(a) “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程；

(b) “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

(c) “奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

(d) “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

(e) “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

(f) “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

(g) “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

(h) “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

(i) “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 为了本条款草案目的，“性别”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

4. 本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

评注

(1) 第 3 条草案的头三款为了本条款草案的目的，确定了“危害人类罪”的定义。这三款的案文逐字采用了《罗马规约》第七条的案文，只有三处非实质性改动(下文讨论)，鉴于有关定义的使用语境不同，这些改动是必要的。第 3 条第 4 款草案是一项“不妨碍”条款，表明这一定义不影响国际文书和国内法规定的任何更为宽泛的定义。

其他文书中的定义

(2) 1945 年以来使用的“危害人类罪”的定义有多种，既见于国际文书，也见于将该罪编纂入法的国内法。《纽伦堡宪章》将“危害人类罪”定义为：

“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。”¹⁰⁷

(3) 委员会 1950 年“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则”原则六(三)对危害人类罪的界定是：“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。”¹⁰⁸

(4) 此外，委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》其中确定的一项罪行是：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为。”¹⁰⁹

(5) 《前南刑庭规约》第 5 条规定，法庭“应有权对国际或国内武装冲突中犯下……针对平民的”（谋杀、酷刑和强奸等）一系列行为“负有责任的人予以起诉”。¹¹⁰ 虽然联合国秘书长提出该条的报告指出，危害人类罪“指非常严重的不人道行为……基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有计划的攻击平民中……”，¹¹¹ 但这个特定的用语并未写入第 5 条的案文。

(6) 相反，1994 年《卢刑庭规约》第 3 条保留了上述的一系列行为，但起首语采用了 1993 年秘书长报告的用词“在广泛的或有计划的攻击平民中……罪行”，该条中还写明：“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因……”。¹¹² 如此，《卢刑庭规约》就明确规定了，只有具备歧视性意图，此罪方能成立。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》还将“危害人类罪”定义为“有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的”的一系列所指明的行为，但没有包括关于歧视性意图的表述。¹¹³ 混合刑事法院或法庭的判例也对危害人类罪下过定义。¹¹⁴

¹⁰⁷ 《纽伦堡宪章》，前注 85，第 6 条(c)项。

¹⁰⁸ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 377 页，第 119 段。

¹⁰⁹ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页，第 49 段(第 2(11)条)。

¹¹⁰ 《前南刑庭规约》，前注 102，第 5 条。

¹¹¹ 安全理事会，秘书长按照安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的报告，S/25704 号文件，第 13 页，第 48 段。

¹¹² 《卢刑庭规约》，前注 106，附件，第 3 条。

¹¹³ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页，第 18 条。

¹¹⁴ 例如，见《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂特别法庭协定》(附《规约》)，2002 年 1 月 16 日订于弗里敦，联合国，《条约汇编》，第 2178 卷，第 137 页，第 145 页；“建立柬埔寨特别法庭以起诉民主高棉期间所犯罪行法”，第 5 条，2004 年 10 月 27 日，案文见于 <http://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf>(最近查阅日期：2015 年 6 月 22 日)。

(7) 《罗马规约》第五条第(一)款第 2 项将危害人类罪纳入了国际刑院的管辖范围。¹¹⁵ 第七条第(一)款将“危害人类罪”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”一系列行为中的任何一种。¹¹⁶ 第七条第(二)款载有一系列定义，除其他外，澄清了针对任何平民人口进行的攻击“指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程。”¹¹⁷ 第七条第(三)款规定，“‘性别’一词应被理解为是指社会上的男女两性。‘性别’一词仅反映上述意思。”¹¹⁸ 第七条并未保留《前南刑庭规约》所下定义中特有的与武装冲突的联系，也未保留《卢刑庭规约》特有的歧视性意图条件(关于迫害行为的规定除外)¹¹⁹。

(8) 《罗马规约》第七条的“危害人类罪”定义已被该规约的 120 多个缔约国所接受，其中许多国家在通过和修正国内法时，正在使用这一定义。委员会认为《罗马规约》第七条是第 3 条第 1 至第 3 款草案定义此类罪行的适当基础。事实上也确实逐字采用了第七条的案文，仅有三处非实质性改动。鉴于有关定义的使用语境不同，这些改动是必要的。第一处是，第 1 款起首语改为“为了本条款草案目的”，而非“为了本规约的目的”。第二处是对第 3 款的起首语作了相同的改动。第三处是，《罗马规约》第七条第(一)款第 8 项规定属于犯罪的是“与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生”的迫害行为。仍是为了适应不同语境，第 3 条草案中的这一短语改为“与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关”。在适当时候，当坎帕拉会议规定的条件得到满足时，国际刑院可能对侵略罪行使管辖权，在这种情况下，委员会可重新审定这一款措辞。

第 1 至第 3 款

(9) 第 3 条第 1 至 3 款草案所列“危害人类罪”的定义含有三项应予讨论的总体条件。这些条件均出现于第 1 款，已经通过国际刑院和其他国际或混合法院和法庭的判例法得到了说明。定义还列出了危害人类罪项下禁止的各种行为，并界定了在这一定义之内使用的若干术语(亦即在定义内提供定义)。无疑，国际刑院和其他国际或混合法院和法庭不断演变的判例将继续帮助包括法院在内的国内当局了解这一定义的含义，从而促进国家层面处理方法的协调。委员会注意到，相关的判例法仍在随时间而发展，因此以下讨论仅是为了说明截至 2015 年这些术语的一些限制要素。

“广泛或有系统的攻击”

¹¹⁵ 《罗马规约》，前注 84。

¹¹⁶ 同上。

¹¹⁷ 同上。

¹¹⁸ 同上。

¹¹⁹ 同上，第七条第(一)款第 8 项。

(10) 第一项总体条件是, 有关行为必须是在“广泛或有系统”的攻击中实施的。这一条件最初出现于《卢刑庭规约》,¹²⁰ 不过前南刑庭的一些裁决认为《前南刑庭规约》也已隐含这一条件, 因为秘书长提出该规约的报告中也包括了这一用语。¹²¹ 前南刑庭和卢刑庭的判例均主张, “广泛”和“有系统”这两个条件是择一条件而非联合条件; 达到其中任意一个, 即能认定犯罪成立。¹²² 对广泛/有系统条件的这一解读也反映在委员会对1996年《治罪法草案》的评注中, 委员会在其中指出, “如果某一行为合乎其中[规模或系统性]任一条件, 即构成危害人类罪行。”¹²³

(11) 在为《罗马规约》审议这一标准时, 一些国家表示认为, “广泛”和“有系统”这两个条件应当是联合条件, 只有二者皆达到, 才能确认罪行存在, 否则这一标准的覆盖面将过宽。¹²⁴ 这些国家认为, 如果仅仅“广泛”实施有关行为就足够, 则同时发生的广泛但无关联的犯罪行为也会构成危害人类罪。出于这一关切, 拟出的是折中的案文, 将这些条件仍列为择一条件,¹²⁵ 但在《罗马规约》第七条第(二)

¹²⁰ 《卢刑庭规约》第3条的法文本与英文本不同, 使用了联合式的表述(“généralisé et systématique”)。在Akayesu案中, 审判分庭指出: “在《规约》最初的法文本中, 对这些条件使用了累加式措辞……进而大大提高了适用这一条款的门槛。习惯国际法只要求有关攻击是广泛或有系统的, 鉴此, 有充分理由认为法文本存在翻译错误。”检察官诉Jean-Paul Akayesu, 审判分庭的判决, 案件号ICTR-96-4-T, 1998年9月2日, 第579段, 注144(下称Akayesu 1998)。

¹²¹ 检察官诉Blaškić, 审判分庭的判决, 案件号IT-95-14-T, 2000年3月3日, 第202段(下称Blaškić 2000); 检察官诉Tadić, 审判分庭的意见和判决, 案件号IT-94-1-T, 1997年5月7日, 第648段(下称Tadić 1997)。

¹²² 例如, 见检察官诉Mrkšić, 第二审判分庭的判决, 案件号IT-95-13/1-T, 2007年9月27日, 第437段(下称Mrkšić 2007) (“攻击必须是广泛或有系统的, 这是择一条件而非累加条件。”); 检察官诉Kayishema, 审判分庭的判决, 案件号ICTR-95-1-T, 1999年5月21日, 第123段(下称Kayishema 1999) (“有关攻击必须包括广泛或有系统这两个条件中的任意一个。”); Akayesu 1998, 前注120, 第579段; Tadić 1997, 前注121, 第648段 (“只要认定存在广泛性……或系统性……二者之一, 即达到这一条件。”)。

¹²³ 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第47页。另见《大会正式记录: 第五十届会议, 补编第22号》(A/50/22), 第78段(设立国际刑事法院问题特设委员会的报告)(“关于危害人类罪行定义中所应反映的[的]成分……罪行通常涉及广泛或有系统的……攻击”(着重号是本文所加)); 《1995年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第25页, 第90段 (“‘有计划’和‘大规模’侵害等概念是有关罪行的补充要素”); 《1994年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第40页 (“危害人类罪的定义包括……性质非常严重的不人道行为。这种罪行的特点在于其大规模或有计划的性质。”); 《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第103页 (“实现……所列举的任何一项行为, 无论是有系统还是大规模, 只要具有其中一方面, 就足以构成侵害行为。”)。

¹²⁴ 见联合国, 设立国际刑事法院全权代表外交会议, A/CONF/183/13 (Vol. II)号文件, 第148页(印度); 同上, 第150页(大不列颠及北爱尔兰联合王国、法国); 同上, 第151页(泰国、埃及); 同上, 第152页(伊朗伊斯兰共和国); 同上, 第154页(土耳其); 同上, 第155页(俄罗斯联邦); 同上, 第156页(日本)。

¹²⁵ 国际刑庭判例法已经确认, 《罗马规约》第七条中“广泛”和“有系统”这两项条件为择一条件。见“肯尼亚共和国状况”, 第二预审分庭根据《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查肯尼亚共和国状况的决定, ICC-01/09, 2010年3月31日, 第94段(下称“2010年肯尼亚授权决定”); 另见检察官诉Jean-Pierre Bemba Gombo, 第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第1项和第2项作出的关于指控的决定, ICC-01/05-01/08, 2009年6月15日, 第82段(下称“Bemba 2009”)。

款第 1 项中增加了对“攻击”的定义，正如下文所讨论的，该定义中加入了一项政策要件。

(12) 前南刑庭审判分庭在 *Kunarac* 案中指出，“‘广泛’这一形容词说明了攻击的大规模性质及其受害者人数的众多。”¹²⁶ 因此，这一条件指“受害者人数的众多”，¹²⁷ 并排除了孤立的暴力行为，¹²⁸ 例如出于本人意志而非按照某更广泛的计划而谋杀个人受害者的行为。与此同时，个人行为实施的单一罪行，若发生在某个更广泛的运动的背景之下，也可构成危害人类罪。¹²⁹ 攻击行为不需受害者人数达到某具体下限即可属于“广泛”攻击。

(13) “广泛”亦可有地域层面的意思，指攻击发生在不同地点。¹³⁰ 例如，国际刑院预审分庭在 *Bemba* 案中，根据广大地域诸多地点的攻击报告，包括上千起强奸、群葬坑和大量受害者的证据，认定证据充分，足以确定有关攻击属于“广泛”攻击。¹³¹ 但所涉地域广大并不是必要条件；前南刑庭认定，在一较小地域内针对大量平民的攻击也属于“广泛”攻击。¹³²

(14) 国际刑院预审分庭在 2010 年肯尼亚授权决定中表示，“评估并非仅考察数量或地域，而是必须根据个体事实予以分析。”¹³³ 若多起不人道行为造成累加影响，或单起不人道行为情节极为严重，有关攻击也可属于广泛攻击。¹³⁴

¹²⁶ 检察官诉 *Kunarac*，审判分庭的判决，案件号 IT-96-23-T，2001 年 2 月 22 日，第 428 段(下称 *Kunarac* 2001)；见检察官诉 *Katanga*，第二审判分庭的判决，ICC-01/04-01/07，2014 年 3 月 7 日，第 1123 段(下称 *Katanga* 2014)；检察官诉 *Katanga*，第一预审分庭关于确认指控的决定，ICC-01/04-01/07，2008 年 9 月 26 日，第 394 段(下称“*Katanga* 2008”)；检察官诉 *Blagojević* 和 *Jokić*，第一审判分庭的判决，案件号 IT-02-60-T，2005 年 1 月 17 日，第 545-46 段；检察官诉 *Kordić* 和 *Čerkez*，上诉分庭的判决，案件号 IT-95-14/2-A，2004 年 12 月 17 日，第 94 段(下称“*Kordić* 2004”)。

¹²⁷ *Bemba* 2009，前注 125，第 83 段；*Kayishema* 1999，前注 122，第 123 段；*Akayesu* 1998，前注 120，第 580 段；《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页，第 18 条(使用了“大规模”这一短语，而非“广泛”)；另见 *Mrkšić* 2007，前注 122，第 437 段(“‘广泛’指攻击的大规模性质及其受害者人数的众多”)。在检察官诉 *Ntaganda*，第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于检察官对 *Bosco Ntagand* 提出指控的决定，ICC-01/04-02/06，2014 年 6 月 9 日，第 24 段(下称“*Ntaganda* 2014”)中，分庭认定对平民人口的攻击是广泛的，“因为产生了大量平民受害者。”

¹²⁸ 见检察官诉 *Ntaganda*，第二预审分庭根据第五十八条作出的关于检察官申请书的决定，ICC-01/04-02/06，2012 年 7 月 13 日，第 19 段(下称“*Ntaganda* 2012”)；检察官诉 *Harun*，第一预审分庭根据《规约》第五十八条第(七)款作出的关于检察官申请书的决定，ICC-02/05-01/07，2007 年 4 月 27 日，第 62 段(下称 *Harun* 2007)；另见检察官诉 *Rutaganda*，第一审判分庭的判决，案件号 ICTR-96-3-T，1999 年 12 月 6 日，第 67-69 段；*Kayishema* 1999，前注 122，第 122-123 段；《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页；《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103 页。

¹²⁹ *Kupreškić* 2000，前注 97，第 550 段；*Tadić* 1997，前注 121，第 649 段。

¹³⁰ 例如，见 *Ntaganda* 2012，前注 128，第 30 段；检察官诉 *Ruto*，第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于确认指控的决定，ICC-01/09-01/11，2012 年 1 月 23 日，第 177 段(下称“*Ruto* 2012”)。

¹³¹ *Bemba* 2009，前注 125，第 117-24 段。

¹³² *Kordić* 2004，前注 126，第 94 段；*Blaškić* 2000，前注 121，第 206 段。

¹³³ 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125，第 95-96 段。

(15) 与“广泛”一样,“有系统”一词也不包括孤立或没有联系的暴力行为,¹³⁵ 前南刑庭、卢刑庭和国际刑院的判例所反映的对这一术语含义的理解相似。前南刑庭将“有系统”定义为“暴力行为是有组织的,且不是随机发生的”¹³⁶ 并认定,只要有行为规律的证据或方法计划的证据,就可确定有关攻击是有系统的。¹³⁷ 因此,上诉分庭在 *Kunarac* 案中确认,“‘犯罪的规律,即相似犯罪行为频频非意外的重复发生,是这种有系统攻击的一种常见表现。’”¹³⁸ 卢刑庭也采用了类似的处理方法。¹³⁹

(16) 国际刑院某预审分庭与前南刑庭和卢刑庭判例保持一致,在 *Harun* 案中认定,“‘有系统’指‘暴力行为是有组织的,且不是随机发生的。’”¹⁴⁰ 国际刑院某预审分庭在 *Katanga* 案中认定,该术语“已被理解为推行某项共同政策的有组织计划,该计划遵循某种规律,并造成有关行为得到不断实施,或被理解为导致有关犯罪构成‘相似犯罪行为频频非意外的重复发生’的‘犯罪规律’。”¹⁴¹ 国际刑院某预审分庭适用了这一标准,在 *Ntaganda* 案中认定有关攻击属于有系统攻击,因为“行为人采用了相似的方式和方法攻击不同地点:他们聚集许多人同时从不同方向逼近目标、用重武器攻击村庄,且有系统地用相似方法驱赶民众,逐户将民众驱入荒野,同时焚烧所有房地并劫掠财物。”¹⁴² 此外,某预审分庭在 *Ntaganda* 案的确认指控决定中裁定,有关攻击是有系统攻击,因为攻击遵循某种“规律”,“反复采用同样的作案手法,包括设立路障、布设地雷,以及协同实施非法行为……以攻击非赫马族平民人口。”¹⁴³ 在 *Gbagbo* 案中,国际刑院某预审分庭认定有关攻击属于有系统攻击,因为“攻击预先经过准备”且是有计划并协同实施的,暴力行为表现出了“明显的规律。”¹⁴⁴

“针对任何平民人口”

¹³⁴ 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第47页;另见 *Bemba* 2009,前注125,第83段(认定广泛“指在广大地域实施的攻击或在较小地域针对大量平民实施的攻击”)。

¹³⁵ 见《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第47页;《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第103页。

¹³⁶ *Mrkšić* 2007,前注122,第437段; *Kunarac* 2001,前注126,第429段。

¹³⁷ 例如,见 *Tadić* 1997,前注121,第648段。

¹³⁸ 检察官诉 *Kunarac*, 上诉分庭的判决,案件号 IT-96-23/1-A, 2002年6月12日,第94段(下称“*Kunarac* 2002”)。

¹³⁹ *Kayishema* 1999,前注122,第123段; *Akayesu* 1998,前注120,第580段。

¹⁴⁰ *Harun* 2007,前注128,第62段(引自 *Kordić* 2004,前注128,第94段,原引自 *Kunarac* 2001,前注126,第429段);另见 *Ruto* 2012,前注130,第179段;2010年肯尼亚授权决定,前注125,第96段; *Katanga* 2008,前注126,第394段。

¹⁴¹ *Katanga* 2008,前注126,第397段。

¹⁴² *Ntaganda* 2012,前注128,第31段;另见 *Ruto* 2012,前注130,第179段。

¹⁴³ *Ntaganda* 2014,前注127,第24段。

¹⁴⁴ 检察官诉 *Gbagbo*, 第二预审分庭关于确认对 *Laurent Gbagbo* 指控的决定, ICC-02/11-01/11, 2014年6月12日,第225段(下称“*Gbagbo* 2014”)。

(17) 第二项总体条件是，有关行为必须是作为“针对任何平民人口”的攻击的一部分实施的。第3条第2款(a)项草案为了第1款的目的，将“针对任何平民人口进行的攻击”定义为“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程”。¹⁴⁵ 如下文所讨论的，前南刑庭、卢刑庭和国际刑院的判例已经解释了以下这些术语的含义：“针对”、“任何”、“平民”、“人口”、“多次实施行为的行为过程”和“国家或组织的政策”。

(18) 前南刑庭认定，“针对”一词要求平民是攻击的首要预定目标，而不是附带受害者。¹⁴⁶ 之后，国际刑院预审分庭在 *Bemba* 案和 2010 年肯尼亚授权决定中采用了这一解释。¹⁴⁷ 国际刑院某审判分庭在 *Katanga* 案的审判判决中也采用了相同解释。¹⁴⁸ 在 *Bemba* 案中，国际刑院预审分庭认定有充分证据显示，有关攻击是“针对”中非共和国平民的。¹⁴⁹ 分庭根据平民在自己家中或院子里受到攻击的直接证据，断定刚果解放运动(下称“刚解运”)士兵知道受害者是平民。¹⁵⁰ 分庭还认定，平民是刚解运士兵的首要目标，证据是刚解运士兵攻击了一处地点，却并未找到任何他们声称正在追捕的叛军部队。¹⁵¹ “针对”一词强调攻击者的意图而非攻击的实际结果。¹⁵² 必须“针对”目标人口的是攻击本身，而非个别行为人的行为。¹⁵³

(19) “任何”一词表明“平民人口”具有广泛的定义，也应予以广泛地解释。¹⁵⁴ 实施攻击的对象可以是任何平民，“不论其属于哪个民族、族裔或具有任何其他特征”¹⁵⁵，而且攻击对象既可以是本国国民，也可以是外国人。¹⁵⁶ 攻击目标可“包括由(别人认为的)政治从属而划分的群体”。¹⁵⁷ 攻击目标必须本质上“主要”是平民，才可算作武装冲突中的“平民人口”；人口中有一定数量的战斗人员并不改变

¹⁴⁵ 《罗马规约》，前注 84；另见国际刑事法院，《犯罪要件》，PCNICC/2000/1/Add.2 号文件，第 5 页(下称国际刑院，《犯罪要件》)。

¹⁴⁶ 例如，见 *Kunarac* 2001，前注 126，第 421 段(“‘针对’这一表述说明，在某危害人类罪的罪行中，平民人口是攻击的首要目标。”)。

¹⁴⁷ 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125，第 82 段；*Bemba* 2009，前注 125，第 76 段。

¹⁴⁸ *Katanga* 2014，前注 126，第 1104 段。

¹⁴⁹ *Bemba* 2009，前注 125，第 94 段；另见 *Ntaganda* 2012，前注 128，第 20-21 段。

¹⁵⁰ *Bemba* 2009，前注 125，第 94 段。

¹⁵¹ 同上，第 95-98 段。

¹⁵² 例如，见 *Blaškić* 2000，前注 121，第 208 段，注 401。

¹⁵³ *Kunarac* 2002，前注 138，第 103 段。

¹⁵⁴ 例如，见 *Mrkšić* 2007，前注 122，第 442 段；*Kupreškić* 2000，前注 97，第 547 段(“对‘平民’和‘人口’予以广泛定义是有意之举。这首先是人道主义法各项一般原则和规则(特别是禁止危害人类罪的规则)的目的和宗旨所保障的。”)；*Kayishema* 1999，前注 122，第 127 段；*Tadić* 1997，前注 121，第 643 段。

¹⁵⁵ *Katanga* 2008，前注 126，第 399 段(引用 *Tadić* 1997，前注 121，第 635 段)；另见 *Katanga* 2014，前注 126，第 1103 段。

¹⁵⁶ 例如，见 *Kunarac* 2001，前注 126，第 423 段。

¹⁵⁷ *Ruto* 2012，前注 130，第 164 段。

人口性质。¹⁵⁸ 这一处理方法符合国际人道主义法产生的其他规则。例如,《日内瓦四公约第一附加议定书》写道:“在平民居民中存在有不属于平民的定义范围内的人,并不使该平民居民失去其平民的性质。”¹⁵⁹ 卢刑庭审判分庭在 *Kayishema* 案中认定,在和平时期,“平民”一词应包括所有人员,负责维护公共秩序并为此在遇袭时有合法手段行使武力的人员除外。¹⁶⁰ 分析任何给定受害者的法律身份时,必须结合罪行发生时的情况;¹⁶¹ 若对某人的法律身份存在任何疑问,应将其视为平民。¹⁶²

(20) “人口”一词并不意味着某给定地点的所有人口都要遭到袭击;¹⁶³ 而是暗示有关犯罪是对多名受害者的攻击,具有集体性。¹⁶⁴ 正如前南刑庭审判分庭在 *Gotovina* 案中提到的,这一概念指攻击的受害者不只是“人数有限的随机选择的个人。”¹⁶⁵ 国际刑院在 *Bemba* 案中的决定和 2010 年肯尼亚授权决定都采用了类似处理方法,宣称检察官必须证实有关攻击针对的对象不只是一群人数有限的个人。¹⁶⁶

(21) 第 3 条第 2 款(a)项草案后半部分提到“针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程。”这种表述虽未载入前南刑庭和卢刑庭对危害人类罪的法定定义,但反映了这两个法庭的判例,¹⁶⁷ 并明确见于《罗马规约》第七条第(二)款第

¹⁵⁸ 例如,见 *Katanga* 2014, 前注 126, 第 1105 段(裁定目标人口“必须主要由平民组成”,“因此,其中存在非平民人员不影响其平民人口的法律身份”); *Mrkšić* 2007, 前注 122, 第 442 段; *Kunarac* 2001, 前注 126, 第 425 段(“其中存在一定数量的非平民人员不改变人口的性质”); *Kordić* 2001, 前注 105, 第 180 段; *Blaškić* 2000, 前注 121, 第 214 段(“被蓄意针对的平民人口中存在士兵不改变这一人口的平民性质”); *Kupreškić* 2000, 前注 97, 第 549 段(“某人口中存在活跃参与冲突的人员不应影响将这一人口划为平民”); *Kayishema* 1999, 前注 122, 第 128 段; *Akayesu* 1998, 前注 120, 第 582 段(“若平民人口中有一定数量的人员不符合平民的定义,这并不剥夺这一人口的平民性质”); *Tadić* 1997, 前注 121, 第 638 段。

¹⁵⁹ 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》),第五十条第(三)款,1977 年 6 月 8 日订于日内瓦,联合国,《条约汇编》,第 1125 卷,第 3 页。

¹⁶⁰ *Kayishema* 1999, 前注 122, 第 127 段(指“所有人员,负责维护公共秩序并有合法手段行使武力的人员除外。举例而言,非平民包括:卢旺达武装部队、卢旺达爱国阵线、警察和国家宪兵队的成员。”)。

¹⁶¹ *Blaškić* 2000, 前注 121, 第 214 段(“在确定受害者是否属于平民时,必须考虑其在犯罪实施时的具体情况而非法律身份。”); 另见 *Kordić* 2001, 前注 105, 第 180 段(“曾经实施过抵抗行为的个人在有些情况下也可成为危害人类罪的受害者”); *Akayesu* 1998, 前注 120, 第 582 段(认定平民人口包括“放下武器的武装部队成员和丧失战斗力的人员”)。

¹⁶² *Kunarac* 2001, 前注 126, 第 426 段。

¹⁶³ 见 2010 年肯尼亚授权决定,前注 125, 第 82 段; *Bemba* 2009, 前注 125, 第 77 段; *Kunarac* 2001, 前注 126, 第 424 段; *Tadić* 1997, 前注 121, 第 644 段; 另见《1994 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 40 页(将危害人类罪定义为“针对全体或部分平民人口普遍或有计划地施加暴行的、性质非常严重的不人道行为”)(着重号是本文所加)。

¹⁶⁴ 见 *Tadić* 1997, 前注 121, 第 644 段。

¹⁶⁵ 检察官诉 *Gotovina*, 第一审判分庭的判决,案件号 IT-06-90-T, 2011 年 4 月 15 日, 第 1704 段。

¹⁶⁶ 2010 年肯尼亚授权决定,前注 125, 第 81 段; *Bemba* 2009, 前注 125, 第 77 段。

¹⁶⁷ 例如,见 *Kunarac* 2001, 前注 126, 第 415 段(将攻击定义为“涉及实施暴力行为的行为过程”); *Kayishema* 1999, 前注 122, 第 122 段(将攻击定义为“必定包括所列举罪行的活动”); *Akayesu* 1998,

1 项。《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，第七条第(二)款第 1 项所述的“行为”“不需要构成军事攻击”。¹⁶⁸ 审判分庭在 *Katanga* 案中表示“有关攻击不一定要具备军事攻击的本质，可包括任何形式的暴力侵害某平民人口的行为。”¹⁶⁹

(22) 第 3 条第 2 款(a)项草案前半部分指出，攻击必须是“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策”实施的。在《罗马规约》得到通过之前，各国际法院规约对危害人类罪的定义中一直没有包括对“政策”要件的要求。¹⁷⁰ 前南刑庭和卢刑庭规约的危害人类罪定义都不包括政策要件，¹⁷¹ 但一些早期的判例要求有这一要件。¹⁷² 事实上，*Tadić* 案的审判分庭在前南刑庭设立初期就对政策要件进行了重要的讨论，这一讨论后来影响了《罗马规约》的草拟工作。审判分庭认定

“危害人类罪之所以如此撼动人类的良知并要求国际社会予以干预，是因为它们不是个人孤立、随机的行为，而是蓄意试图针对某平民人口的结果。传统上，将这一条件理解为必定存在实施这些行为的某种形式的政策……。然而，重要的是，这一政策不需要具有正式的形式，而是可以从有关行为的发生方式推导得出。”¹⁷³

该审判分庭还指出，因为存在政策要件，此类犯罪“‘不可能仅是单独的个人所造成的。’”¹⁷⁴ 不过，前南刑庭后来在判例中淡化了政策要件，认为只要证明存在广泛或有系统的攻击就已足够。¹⁷⁵

前注 120, 第 581 段(“可将攻击这一概念定义为[《规约》中]列举的非法行为。攻击也可以是性质上并不暴力的行为，比如强制实施隔离制度…或向人口施加压力，要他们以某种特定方式行事…”)。

¹⁶⁸ 见国际刑院，《犯罪要件》，前注 145, 第 5 页。

¹⁶⁹ *Katanga* 2014, 前注 126, 第 1101 段。

¹⁷⁰ 《纽伦堡宪章》第 6 (c)条没有明确提到计划或政策。但《纽伦堡判决书》在以“攻击”概念为背景整体讨论第 6 (c)条时确实使用了“政策”这一描述词。见 1946 年 9 月 30 日判决，前注 86, 第 493 页(“恐怖政策无疑是大规模实施的，在许多情况下是有组织和有系统地实施的。1939 年大战之前，德国以最无情的方式执行了对可能敌视政府的平民进行迫害、压迫和谋杀的政策。”)管制委员会《第 10 号法》第 II (1) (c)条在对危害人类罪的定义中也未提到计划或政策。

¹⁷¹ 前南刑庭上诉分庭确定，习惯国际法中危害人类罪没有政策要件，见 *Kunarac* 2002, 前注 138, 第 98 段(“在所称行为发生时，《规约》和习惯国际法均未要求证明存在实施这些罪行的计划或政策”)，但该立场受到了一些文章的批评。

¹⁷² *Tadić* 1997, 前注 121, 第 644、653-655 和 626 段。

¹⁷³ 同上，第 653 段。

¹⁷⁴ 同上，第 655 段。(引用检察官诉 *Nikolić*, 审判分庭，根据《程序和证据规则》规则 61 审查起诉书，案件号 IT-94-2-R61, 1995 年 10 月 20 日，第 26 段)。

¹⁷⁵ 例如，见 *Kunarac* 2002, 前注 138, 第 98 段；*Kordić* 2001, 前注 105, 第 182 段(认定“宜将计划或政策的存在视作被指控为危害人类罪的罪行具有系统性的标志”)；*Kayishema* 1999, 前注 122, 第 124 段(“大规模侵害行为只有包含政策要件，才能构成危害人类罪。具备广泛或有系统这两个条件之一，即足以证明有关行为是作为某更广泛的政策或计划的一部分实施的。”)；*Akayesu* 1998, 前注 120, 第 580 段。

(23) 在《罗马规约》之前，国际法委员会在治罪法草案的工作中常常要求政策要件。委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》将危害人类罪定义为：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为。”¹⁷⁶ 委员会决定加入国家唆使或容忍这一条件，以便排除个人在国家没有任何介入的情况下自行实施的不人道行为。¹⁷⁷ 同时，1954 年《治罪法草案》所载的危害人类罪的定义未包括任何规模(“广泛”)或系统性的条件。

(24) 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也承认了政策条件，将危害人类罪定义为“有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的任何下列行为。”¹⁷⁸ 委员会之所以加入这一条件，是为了排除个人“按其自己的犯罪计划，出于个人自己的动机，在没有任何政府或团体或组织的任何鼓励的情况下”实施的不人道行为。¹⁷⁹ 换言之，该政策要件旨在排除个人出于自身动机，在与国家或组织无关的情况下实施的“普通”罪行。

(25) 第 3 条第 2 款(a)项草案载有与《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项所列的同样的政策要件。《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，“攻击平民人口的政策”要求“国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为，”¹⁸⁰ 且“在特殊情况下，这种政策的实施方式可以是故意不采取行动，刻意以此助长这种攻击。”¹⁸¹

(26) 国际刑院的若干案件都涉及了这一“政策”要件。¹⁸² 在 Katanga 2014 案中，国际刑院审判分庭强调，政策条件与“有系统”条件的意义并不相同，若是相同就会违背第七条对攻击的“广泛”或“有系统”择一的要求。¹⁸³ “有系统”要求的是高度的组织性和行为的规律或暴力的反复发生，¹⁸⁴ 而要“确定存在‘政策’，则只需证明国家或组织有意对平民人口实施攻击。因此，分析有关攻击是否具有系统性，不仅是确定是否存在任何旨在消灭、迫害或损害某一社群的政策。”¹⁸⁵ 此外，“政策”条件不要求有正式的设计或预先制定的计划，可以由作为或者不作为

¹⁷⁶ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页(着重号是本文所加)。

¹⁷⁷ 同上。

¹⁷⁸ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(着重号是本文所加)。

¹⁷⁹ 同上。委员会在解释为何加入这一政策要件时表示：“个别人单凭自己极难进行第 18 条所指的非人道行为。”

¹⁸⁰ 国际刑院，《犯罪要件》，前注 145，第 5 页。

¹⁸¹ 同上。其他先例也强调，故意不采取行动可满足政策要件。见 Kupreškić 2000，前注 97，第 554-55 段(“批准的”、“纵容的”、“明确或暗中许可”)；《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页(第 2(11)条) (“容忍”)；安全理事会，安全理事会第 780(1992)号决议所设专家委员会的报告，S/1994/674 号文件，第 85 段。

¹⁸² 例如，见 Ntaganda 2012，前注 128，第 24 段；Bemba 2009，前注 125，第 81 段；Katanga 2008，前注 126，第 396 段。

¹⁸³ Katanga 2014，前注 126，第 1112 段；另见同上，第 1101 段；Gbagbo 2014，前注 144，第 208 段。

¹⁸⁴ Katanga 2014，前注 126，第 1111-13 段。

¹⁸⁵ 同上，第 1113 段。

实现，也可从有关情况推导得出。¹⁸⁶ 审判分庭认定，政策不需要在攻击之前正式推行或颁布，可从有关行为的重复发生、从准备活动，或从集体动员中推导得出。¹⁸⁷ 此外，政策不需要具体或精确，且可随着时间的推移根据情况的发展而变化。¹⁸⁸

(27) 同样，国际刑院预审分庭在确认起诉 Laurent Gbagbo 的决定中裁定，“政策”不应与“有系统”混淆。¹⁸⁹ 具体而言，审判分庭表示，“国家或组织计划、组织或指挥有关攻击的证据可能与证明攻击的政策性和系统性有关，但这两个概念目的不同，并且在《规约》第七条第(一)款和第(二)款第 1 项下分别指不同的界限，因此不应混淆。”¹⁹⁰ 政策要件要求有关行为与国家或组织“有关”，¹⁹¹ 且排除了“自发或孤立的暴力行为”，但政策本身并不需要得到正式通过¹⁹²，且不需要证明存在具体的理由或动机。¹⁹³ 在 Bemba 案中，国际刑院预审分庭根据刚解运部队“遵循同一规律实施攻击”的证据认定，有关攻击是按照组织政策实施的。¹⁹⁴

(28) 第 3 条第 2 款(a)项草案前半部分提到“国家”或“组织”攻击平民人口的政策，与《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项相同。国际刑院预审分庭在 2010 年肯尼亚授权决定中表示，第七条第(二)款第 1 项中“国家”的含义是“不言自明的。”¹⁹⁵ 该分庭随后指出，国家区域机关或地方机关通过的政策可以满足国家政策这一条件。¹⁹⁶

(29) 国际刑院的判例显示，“组织”包括任何有能力和资源计划和实施广泛或有系统攻击的组织或团体。例如，一预审分庭在 Katanga 案中表示：“制定这种政策的，可以是管理某特定地区的人群，或任何有能力针对平民人口实施广泛或有系统攻击的组织。”¹⁹⁷ 国际刑院某审判分庭在 Katanga 案中裁定，有关组织必须具有“充足的资源、手段和能力，能够实现涉及多次实施有关行为的行为或行动过程……一

¹⁸⁶ 同上，第 1108-1109 段和第 1113 段。

¹⁸⁷ 同上，第 1109 段；另见 Gbagbo 2014，前注 144，第 211-212 段，和第 215 段。

¹⁸⁸ Katanga 2014，前注 126，第 1110 段。

¹⁸⁹ Gbagbo 2014，前注 144，第 208 段和第 216 段。

¹⁹⁰ 同上，第 216 段。

¹⁹¹ 同上，第 217 段。

¹⁹² 同上，第 215 段。

¹⁹³ 同上，第 214 段(脚注略)。

¹⁹⁴ Bemba 2009，前注 125，第 115 段。

¹⁹⁵ 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125，第 89 段。

¹⁹⁶ 同上。

¹⁹⁷ Katanga 2008，前注 126，第 396 段(引用前南刑庭和卢刑庭判例法，以及委员会 1991 年《危害人类和平及安全治罪法草案》，《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103 页)；另见 Bemba 2009，前注 125，第 81 段。

系列足够高效结构或机制，无论是哪种结构或机制，要能确保具备实施针对平民人口的攻击所需的协调。”¹⁹⁸

(30) 在 2010 年肯尼亚授权决定中，国际刑院一预审分庭的多数意见不同意“只有类似国家的组织才可算作”符合第七条第(二)款第 1 项的组织，并进而指出，“团体是否具有正式性质及其组织性的高低不应成为决定性标准。反之……应当区分有关团体是否有能力从事违反基本人道价值观的行为。”¹⁹⁹ 2012 年，国际刑院预审分庭在 Ruto 案中表示，在确定某团体是否属于《罗马规约》第七条所指的“组织”时：

分庭可考虑若干因素，除其他外：(一) 有关团体是否由负责的领导指挥，或具备既定的等级结构；(二) 有关团体事实上是否具备针对平民人口实施广泛或有系统攻击的手段；(三) 有关团体是否控制着一国的部分领土；(四) 有关团体是否将针对平民人口的犯罪活动作为首要目标；(五) 有关团体是否明确或隐晦地表露了攻击平民人口的意图；(六) 有关团体是否属于某符合上述部分或全部标准的更大团体。²⁰⁰

(31) 由于“政策”也可出自非国家组织，第 3 条第 1 至 3 款草案所载的定义并不要求犯罪人是国家官员或代理人。这一处理方法与国际法之下危害人类罪的发展情况相符。1991 年，委员会在评论关于危害人类罪条文草案(最终形成 1996 年《治罪法草案》)时表示：“条文草案没有把可能犯此种罪行的人仅仅局限于政府官员或代表”，且“没有排除这样的可能性：具有实际权力或者加入犯罪团伙或集团的个人也能够犯下本条规定的那种有计划或大规模侵害人权的行爲，遇此情况，他们的行爲即属治罪法草案的范围。”²⁰¹ 如先前讨论的，1996 年《治罪法草案》增加了一项条件，即不人道行爲要构成危害人类罪，必须是“由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的。”²⁰² 委员会在对这一条件的评注中指出：“政府或可能附属于政府或不附属于政府的任何组织或团体的唆使或指挥，使此种行爲具有其重大份量，并使这种行爲变成可归因于个人或国家代理人员的危害人类罪行。”²⁰³

(32) 前南刑庭判例接受以危害人类罪起诉非国家行为方的可能性。例如，前南刑庭一审判分庭在 Tadić 案中表示，“危害人类罪方面的法律已经有所发展，纳入了虽

¹⁹⁸ Katanga 2014, 前注 126, 第 1119 段。

¹⁹⁹ 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125, 第 90 段。Katanga 案的审判分庭也采用了类似理解，表示：“必须进一步确定攻击是广泛的或有系统的，但这并不意味着推动或鼓励有关攻击的组织必须具备国家特征。” Katanga 2014, 前注 126, 第 1120 段。该审判分庭还认定，“‘被接受为法律的一般惯例’……指向由国家和由未被具体界定为需有半国家特点的组织所实施的危害人类罪。”同上，第 1121 段。

²⁰⁰ Ruto 2012, 前注 130, 第 185 段；另见 2010 年肯尼亚授权决定，前注 125, 第 93 段；科特迪瓦共和国状况，“第三预审分庭根据《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查科特迪瓦共和国状况的决定”的更正，ICC-02/11, 2011 年 11 月 15 日，第 45-46 段。

²⁰¹ 《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103-104 页。

²⁰² 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(第 18 条)(着重号是本文所加)。

²⁰³ 同上。

不隶属于合法政府但实际上控制着指定领土，或者可在该领土上自由行动的军事力量。”²⁰⁴ 这一裁决在 *Limaj* 案中得到了响应，该案审判分庭认为能够以危害人类罪起诉科索沃解放军的被告成员。²⁰⁵

(33) 国际刑院在 *Ntaganda* 案中，确认了对一名与刚果民主共和国境内的刚果爱国者联盟和争取刚果自由爱国力量这两个准军事团体有关的被告的多项指控。²⁰⁶ 同样，在 *Callixte Mbarushimana* 案中，检察官对一名与解放卢旺达民主力量有关的被告提出了多项指控，根据该组织条例的描述，这一组织是“旨在‘收回和保卫’卢旺达‘国家主权’的武装团体。”²⁰⁷ 在与乌干达状况有关的诉 *Joseph Kony* 案中，被告据称与圣灵抵抗军这一“对乌干达政府和乌干达军队实施叛乱的武装团体”²⁰⁸ 有关，该团体“组织结构采用军事化的等级划分并作为军队从事活动。”²⁰⁹ 关于肯尼亚的状况，一预审分庭确认了对多名被告的危害人类罪指控，因为他们与一“系列”行为人有关，“包括知名的[橙色民主运动(橙民运)]政党代表、媒体代表、肯尼亚前警员和军人、卡伦金长老和地方领袖。”²¹⁰ 同样，对其他被告的指控也得到了确认，这些被告涉嫌参与“群众帮与民族团结党青年在纳库鲁和奈瓦沙不同地区使用查询名单、辨别外貌、设置路障和辨识语言等多种识别手段，针对其认为的[橙民运]支持者的协同攻击”。²¹¹

“在明知这一攻击的情况下”

(34) 第三项总体条件是，行为人必须是“在明知这一攻击的情况下”实施有关行为。前南刑庭和卢刑庭的判例断定，行为人必须对攻击平民人口一事知情，且自身的行为就是该攻击的一部分。²¹² 《罗马规约》之下的《犯罪要件》反映了这一“两部分”处理方法，规定每项禁止的行为的最后一项要件均为：“行为人知晓有关行为是对平民人口广泛或有系统的攻击的一部分，或有意让有关行为成为上述攻击的一部分”。即便如此，

“最后一项要件不应被解释为必须证明行为人知道攻击的所有特性，或国家或组织的计划或政策的详情。如果广泛或有系统地针对平民人口进行攻击为

²⁰⁴ *Tadić* 1997, 前注 121, 第 654 段。关于非国家行为者的进一步讨论，见同上，第 655 段。

²⁰⁵ 检察官诉 *Limaj* 等人，第二审判分庭的判决，案件号 IT-03-66-T, 2005 年 11 月 30 日，第 212-213 段。

²⁰⁶ *Ntaganda* 2012, 前注 128, 第 22 段。

²⁰⁷ 检察官诉 *Mbarushimana*, 预审分庭关于确认指控的决定，ICC-01/04-01/10, 2011 年 12 月 16 日，第 2 段。

²⁰⁸ 乌干达状况，第二预审庭 2005 年 7 月 8 日签发、2005 年 9 月 27 日修正的对 *Joseph Kony* 的逮捕令，ICC-02/04-01/05, 2005 年 9 月 27 日，第 5 段。

²⁰⁹ 同上，第 7 段。

²¹⁰ *Ruto* 2012, 前注 130, 第 182 段。

²¹¹ 检察官诉 *Muthaura* 等人，第二预审分庭根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于确认指控的决定，ICC-01/09-02/11, 2012 年 1 月 23 日，第 102 段。

²¹² 例如，见 *Kunarac* 2001, 前注 126, 第 418 段；*Kayishema* 1999, 前注 122, 第 133 段。

新出现的情况，最后一项要件的主观要素是指，行为人如果有意推行这种攻击，即具备这一心理要件。”²¹³

(35) 国际刑院一预审分庭在确认对 Laurent Gbagbo 的指控的决定中认定，“仅需确证该人大体上知道攻击之事。”²¹⁴ 实际上，不需要证明行为人知悉攻击的具体细节；²¹⁵ 相反，行为人知情与否可以从间接证据推导得出。²¹⁶ 因此，国际刑院一预审分庭在 Bemba 案中认定刚解运部队在行事时对攻击知情，同时指出部队的知情可从“他们采取的攻击方法”中推导得出，这些攻击方法反映出了明确的规律。²¹⁷ 在 Katanga 案中，国际刑院一预审分庭认定：

对攻击知情与否，以及行为人是否意识到自己的行为是此种攻击的一部分，可从间接证据推导得出，例如：被告在军队等级中的位置；他在更广泛的犯罪活动中是否发挥重要作用；他是否出现在犯罪现场；他是否提到本人所属团体比敌对团体优越；以及发生有关行为的总体历史和政治环境。²¹⁸

(36) 此外，行为人参与攻击的个人动机无关紧要；行为人不需要拥有与更广泛攻击相同的目的或目标。²¹⁹ 前南刑庭上诉分庭在 Kunarac 案中指出，证明行为人是出于个人原因实施违禁行为的证据最多可以“表示存在一种可反驳的假定，即他没有意识到自己的行为是有关攻击的一部分。”²²⁰ 行为人知道自己的行为是攻击的一部分或有意让自己的行为成为攻击的一部分，这才是与满足这一条件有关的问题。此外，若能证明所涉罪行是直接利用更广泛攻击实施的，或其实施有延长更广泛攻击的效果，亦能满足这一要件。²²¹ 例如，在 Kunarac 案中，行为人被指控犯下各种形式的针对穆斯林妇女和女童的性暴力、酷刑行为和奴役。前南刑庭审判分庭认定，被告满足知情这一要件，因为他们不仅了解对穆斯林平民人口的攻击，还“直接利用攻击所创造的局面”延长了攻击，并“充分接受这一基于族裔的侵略行为。”²²² 同样，国际刑院某审判分庭认定，行为人一定知道有关行为是针对平民人口的广泛或有系统攻击的一部分，行为人的动机与是否将有关行为定为危害

²¹³ 国际刑院，《犯罪要件》，前注 145，第 5 页。

²¹⁴ Gbagbo 2014，前注 144，第 214 段。

²¹⁵ Kunarac 2001，前注 126，第 434 段(认定知情条件“不需要知晓攻击的详情”)。

²¹⁶ 见 Blaškić 2000，前注 121，第 259 段(认定对攻击广泛背景的知情可从若干事实推测得出，包括：“所犯犯罪的性质及其为人所共知的程度”)；Tadić 1997，前注 121，第 657 段(“虽然因此要求知情这一条件，但知情与否要经过客观分析，并可根据有关情况从事实上推导得出。”)；另见 Kayishema 1999，前注 122，第 134 段(认定“对攻击更广泛的背景实际知情或推定知情”即可)。

²¹⁷ Bemba 2009，前注 125，第 126 段。

²¹⁸ Katanga 2008，前注 126，第 402 段。

²¹⁹ 例如，见 Kunarac 2002，前注 138，第 103 段；Kupreškić 2000，前注 97，第 558 段。

²²⁰ Kunarac 2002，前注 138，第 103 段。

²²¹ 例如，见 Kunarac 2001，前注 126，第 592 段。

²²² 同上。

人类罪无关。行为人不需要了解攻击的所有特点或详情，也不需要赞同“国家或组织的犯罪设想。”²²³

禁止的行为

(37) 与《罗马规约》第七条相同，第3条第1款(a)项至(k)项草案列出了危害人类罪项下禁止的行为。这些禁止的行为也出现在委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第18条所载的危害人类罪的定义中，但用语略有不同。个人实施这些行为之一，即可构成犯危害人类罪；该人的行为不必是多项行为，但行为必须是针对任何平民人口的广泛或有系统攻击的“一部分”。²²⁴ 要满足这一条件，所涉罪行并不需要是在对平民人口的攻击最激烈时实施的；只要可以充分将其与攻击联系起来，就可以是攻击的一部分。²²⁵

定义内的定义

(38) 如上文所述，为了第3条第1款草案的目的，第3条第2款(a)项草案界定了“针对任何平民人口进行的攻击”。第3条第2款草案余下的(b)项至(i)项界定了第1款中出现的其他术语，具体是：“灭绝”、“奴役”、“驱逐出境或强行迁移人口”、“酷刑”、“强迫怀孕”、“迫害”、“种族隔离罪”，以及“强迫人员失踪”。此外，第3条第3款草案提供了“性别”这一术语的定义。这些定义也见于《罗马规约》第七条，委员会认为有必要在第3条草案中予以保留。

第4款

(39) 第3条第4款草案规定：“本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。”这一条款与《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1条第2款类似，该款规定：“本条规定并不妨碍载有或可能载有适用范围较广的规定的任何国际文书或国家法律。”²²⁶ 《罗马规约》第十条(见于“第二编管辖权、可受理性和适用的法律”)也包含一项“不妨碍条款”，内容是：“除为了本规约的目的以外，本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则。”

(40) 第4款旨在确保第3条草案所载“危害人类罪”的定义不会使其他国际文书和国内法中可能存在的更为宽泛的定义发生疑问。“国际文书”须宽泛地理解，不单指具有约束力的国际文书。例如，第3条草案所载的“强迫人员失踪”的定义沿

²²³ Katanga 2014, 前注 126, 第 1125 段。

²²⁴ 例如, 见 Kunarac 2002, 前注 138, 第 100 段; Tadić 1997, 前注 121, 第 649 段。

²²⁵ 例如, 见检察官诉 Mrkšić 等人, 上诉分庭的判决, 案件号 IT-95-13/1-A, 2009 年 5 月 5 日, 第 41 段; 检察官诉 Naletilić, 审判分庭的判决, 案件号 IT-98-34-T, 2003 年 3 月 31 日, 第 234 段; Mrkšić 2007, 前注 122, 第 438 段; Tadić 1999, 前注 105, 第 249 段。

²²⁶ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》, 1984 年 12 月 10 日订于纽约, 联合国, 《条约汇编》, 第 1465 卷, 第 85 页(下称“《禁止酷刑公约》”)。

用《罗马规约》第七条，但与 1992 年《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》²²⁷、《美洲被迫失踪人士公约》²²⁸ 以及《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》²²⁹ 所载的定义不同。区别主要是后面的三项文书没有包括“目的是将其……置于法律保护之外”这一要件、不包括“长期”这一词语，以及没有提到组织也可在国家没有参与的情况下成为这一犯罪的潜在行为人。

(41) 鉴于上述区别，委员会认为加入第 3 条第 4 款草案是审慎的。实质上，第 3 条草案前三款虽然为了本条款草案的目的定义了危害人类罪，但不妨碍国际文书或国内法中规定的更为宽泛的定义。因此，如果某国希望在国内法中采用更为宽泛的定义，本条款草案并不妨碍它这么做。同时，本条款草案的一项重要目的是协调国内法，以便国内法成为各国间扎实合作的基础。国内法中采用的任何要件不属于本条款草案的范围，因此无法从其中所载的规定获益，包括引渡和法律互助。

第 4 条 预防义务

1. 每一国家承诺按照国际法防止危害人类罪，办法包括：
 - (a) 在其管辖或控制的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施；
 - (b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。
2. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、任何其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

评注

(1) 第 4 条草案提出防止危害人类罪的义务。委员会在审议这一义务时认为，与此相关的工作是考察防止犯罪和其他行为的现有条约实践。很多情况下，这些条约处理的是在一定情形下可能构成危害人类罪的行为(例如种族灭绝、酷刑、种族隔离或强迫失踪)。因此，当有关行为也构成危害人类罪时，这些条约规定的预防义务也延伸到对这些行为的预防。

(2) 早先的一个重要的预防义务例子可见于 1948 年《灭绝种族罪公约》，该公约第一条规定：“缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之。”²³⁰ 此外，第五条规定：“缔约国承允各依照其本

²²⁷ 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，大会 1992 年 12 月 18 日第 47/133 号决议，A/RES/47/133 号文件。

²²⁸ 《美洲被迫失踪人士公约》，1994 年 6 月 9 日订于贝伦杜帕拉，美洲国家组织文件 OEA/Ser.P/AG/doc 3114/94。

²²⁹ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，2006 年 12 月 20 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 3 页(下称《强迫失踪公约》)。

²³⁰ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，1948 年 12 月 9 日订于巴黎，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 277 页。

国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。”第八条规定：“任何缔约国得提请联合国的主管机关遵照联合国宪章，采取其认为适当的行动，以防止及惩治灭绝种族的的行为或第三条所列任何其他行为。”因此，《灭绝种族罪公约》中包含了几个与预防相关的要素：防止种族灭绝的总体义务，制定国家措施以实施《公约》规定的义务，以及缔约国与联合国合作防止种族灭绝的规定。

(3) 这一预防义务是 1960 年代以来处理犯罪问题的多数多边条约的一个特征。例如：《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、²³¹ 《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》、²³² 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、²³³ 《反对劫持人质国际公约》、²³⁴ 《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》、²³⁵ 《美洲防止和惩处酷刑公约》、²³⁶ 《美洲被迫失踪人士公约》、²³⁷ 《联合国人员和有关人员安全公约》、²³⁸ 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》、²³⁹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、²⁴⁰ 《联合国打击

²³¹ 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，1971 年 9 月 23 日订于蒙特利尔，联合国，《条约汇编》，第 974 卷，第 178 页。第十条第(一)款规定：“缔约各国应根据国际法和本国法，努力采取一切可能的措施，以防止发生第一条所指的罪行。”

²³² 《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 12 月 14 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 1035 卷，第 167 页。第四条第 1 款规定：“各缔约国应特别以下列方式进行合作，以防止第二条所列举的罪行：(a) 采取一切切实可行的措施，以防止在各该国领土内策划在其领土以内或以外实施这些罪行……”。

²³³ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，1973 年 11 月 30 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 243 页。第四条(a)项规定：“本公约缔约国承诺……采用任何必要的立法或其他措施，来禁止并预防对于种族隔离罪行和类似的分隔主义政策或其表现的鼓励，并惩治触犯此种罪行的人……”

²³⁴ 《反对劫持人质国际公约》，1979 年 12 月 17 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 1316 卷，第 205 页。第四条(a)项规定：“各缔约国应合作防止第一条所称罪行，特别是：采取一切切实可行的措施，以防止为在其领土内外进行犯罪行为而在其领土上所做的准备，包括禁止鼓励、煽动、策划或参与劫持人质的行为的个人、团体和组织在其领土内从事非法活动的措施。”

²³⁵ 《禁止酷刑公约》，前注 226。第二条第(1)款规定：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为。”

²³⁶ 《美洲防止和惩处酷刑公约》，1985 年 12 月 9 日订于卡塔赫纳德印第亚斯，美洲国家组织，《条约汇编》，第 67 号。第 1 条规定：“缔约国承诺根据本公约的规定，防止和惩处酷刑。”第 6 条规定：“缔约国同样应采取有效措施，以在其管辖范围内防止和惩处其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。”

²³⁷ 《美洲被迫失踪人士公约》，前注 228。第 1 条(c)至(d)项规定：“本公约缔约国承诺……相互合作协助防止、惩处和消除人员被迫失踪问题；采取立法、行政、司法和其他任何必要措施，从而遵守对本公约所作承诺。”

²³⁸ 《联合国人员和有关人员安全公约》，1994 年 12 月 9 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 2051 卷，第 363 页。第 11 条规定：“缔约国应合作以防止第 9 条所列举的罪行，尤其应：(a) 采取一切切实可行的措施，以防止在其各自境内策划在其境内或境外犯下此种罪行；(b) 按照国内法律的规定交换情报，酌情采取行政的或其他方面的措施，以防止发生此种罪行。”

²³⁹ 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，1997 年 12 月 15 日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第 2149 卷，第 256 页。第 15 条(a)项规定：“缔约国应在防止第 2 条所述的罪行方面进行合作……”。

跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》、²⁴¹《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任择议定书》、²⁴²和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》²⁴³。

(4) 一些多边人权条约虽然不侧重于防止和惩治此类罪行，但载有与防止和制止侵犯人权行为相关的义务。例如：《消除一切形式种族歧视国际公约》²⁴⁴《消除对妇女一切形式歧视公约》²⁴⁵和《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》²⁴⁶。一些条约没有明确提到“防止”或“消除”此种行为，而是把重点放在采取适当的立法、行政和其他措施的义务上，从而“实施”或“执行”条约；

²⁴⁰ 《联合国打击跨国组织犯罪公约》，2000年11月15日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第2225卷，第209页。第9条第(1)款规定：“除本公约第8条所列各项措施外，各缔约国均应在适当时并在符合其法律制度的情况下，采取立法、行政或其他有效措施，以促进公职人员廉洁奉公，并预防、调查和惩治腐败行为。”第9条第(2)款规定：“各缔约国均应采取措施，确保本国当局在预防、调查和惩治公职人员腐败行为方面采取有效行动，包括使该当局具备适当的独立性，以免其行动受到不适当的影响。”第29条第(1)款规定：“各缔约国均应在必要时为其执法人员，包括检察官、进行调查的法官和海关人员及其他负责预防、侦查和控制本公约所涵盖的犯罪的人员开展、拟订或改进具体的培训方案。”第31条第(1)款规定：“缔约国应努力开发和评估各种旨在预防跨国组织犯罪的国家项目，并制订和促进这方面的最佳做法和政策。”

²⁴¹ 《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，2000年11月15日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第2237卷，第319页。第9条第(1)款规定：“缔约国应制定综合政策、方案和其他措施，以便：(a) 预防和打击人口贩运；并(b) 保护人口贩运活动被害人特别是妇女和儿童免于再度受害。”

²⁴² 《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任择议定书》，2002年12月18日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第2375卷，第237页。序言部分写明：“忆及有效防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚要求，进行教育并综合采取立法、行政、司法或其他措施”。第3条规定：“每一缔约国应在国内一级设立、指定或保持一个或多个预防酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的查访机构……”。

²⁴³ 《强迫失踪公约》，前注229。序言部分写明：“决心防止强迫失踪，制止犯有强迫失踪罪而不受惩罚的现象”。第二十三条规定：“一、各缔约国应确保，对执法人员、文职或军事人员、医务人员、国家官员和其他可能参与监押或处置任何被剥夺自由者的人的培训，应包括对本公约相关规定的必要教育和信息，以便：(一) 防止这类官员卷入强迫失踪案件；(二) 强调防止和调查强迫失踪案件的重要性；(三) 确保认识到解决强迫失踪案件的迫切性。二、各缔约国应确保禁止发布任何命令和指示，指令、授权或鼓励制造强迫失踪。各国应保证，拒绝遵守这类命令的人不得受到惩罚。三、各缔约国应采取必要措施，确保当本条第一款所指的人有理由相信强迫失踪案件已经发生或正在计划之中时，应向上级报告，并在必要时报告拥有审查权或补救权的有关当局或机关。”

²⁴⁴ 《消除一切形式种族歧视国际公约》，1966年3月7日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第660卷，第195页。第三条规定：“缔约国特别谴责种族分隔及‘种族隔离’并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除具有此种性质的一切习例。”

²⁴⁵ 《消除对妇女一切形式歧视公约》，1979年12月18日订于纽约，联合国，《条约汇编》，第1249卷，第13页。第二条规定：“缔约各国谴责对妇女一切形式的歧视，协议立即用一切适当办法，推行政策，消除对妇女的歧视。”第三条规定：“缔约各国应承担在所有领域，特别是在政治、社会、经济、文化领域，采取一切适当措施，包括制定法律，保证妇女得到充分发展和进步，其目的是为确保她们在与男子平等的基础上，行使和享有人权和基本自由。”

²⁴⁶ 《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》，2011年11月5日订于伊斯坦布尔，欧洲委员会，《条约汇编》，第210号。第4条第(2)款规定：“缔约国谴责对妇女一切形式的歧视，立即采取必要的立法和其他措施来防止歧视，尤其是：在国家宪法和其他适当立法中纳入男女平等原则，并确保该原则在实践中得以实现；禁止歧视妇女，包括适时采用制裁措施等方式；废除歧视妇女的法律和做法。”

可以将此视为包含了防止此类行为的必要或适当措施。例如《公民权利和政治权利国际公约》²⁴⁷ 和《儿童权利公约》²⁴⁸。

(5) 各国际法院和法庭处理过这类预防义务的问题。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)案中指出, 该《公约》语境下的惩治职责与预防职责有联系, 但有区别。虽然“总体上, 预防犯罪的一个最有效的办法是规定对实施此类行为的人的刑罚, 并对实施所要预防的行为的人切实处以此类刑罚,”²⁴⁹ 但法院认定“防止灭绝种族的责任与惩治行为人的责任……是……两项截然不同但彼此联系的义务。”²⁵⁰ 实际上, “每一缔约国防止种族灭绝的义务是规范性和强制性的。这个义务没有并入惩治的职责, 也不能被视为只是惩治职责的一个组成部分。”²⁵¹

(6) 这种条约实践、判例以及深为各国接受的观点——危害人类罪无论是否在武装冲突时发生, 也无论是否被国内法定为犯罪, 都是国际法上应受到惩治的罪行, 意味着国家已经承担起防止危害人类罪的义务。因此, 第4条第1款草案以“每一国家承诺按照国际法防止危害人类罪……”为开头, 采用与《灭绝种族罪公约》第一条类似的方式制定了一项预防的义务。

(7) 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)案中分析了1948年《灭绝种族罪公约》第一条所载“承允防止”的含义。在临时措施阶段, 法院判定这种承允对缔约国施加了“尽其所能防止将来发生此种行为”的“一项明确义务”。²⁵² 在审理案情阶段, 法院对“承允”一词在该语境下的通常含义描述如下:

“做出正式承诺, 使自身负有义务或允诺, 做出保证或承诺, 同意, 接受义务。该词通常用于规定缔约国义务的条约中……它不仅是为了进行督促或阐明目的。承允是不受条件限制的……; 不应把它仅解读为后文明确提到立法、起诉和引渡之处的引言。这些特征支持的是这样一个结论: 第一条(尤其是承允防止部分)产生了与后续条款中出现的义务明显不同的义务。”²⁵³

²⁴⁷ 《公民权利和政治权利国际公约》, 1966年12月16日订于纽约, 联合国, 《条约汇编》, 第999卷, 第171页。第二条第(二)款规定: “凡未经现行立法或其他措施予以规定者, 本公约每一缔约国承担按照其宪法程序和本公约的规定采取必要的步骤, 以采纳为实施本公约所承认的权利所需的立法或其他措施。”

²⁴⁸ 《儿童权利公约》, 1989年11月20日订于纽约, 联合国, 《条约汇编》, 第1577卷, 第3页。第4条规定: “缔约国应采取一切适当的立法、行政和其他措施以实现本公约所确认的权利。”

²⁴⁹ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山), 判决, 《2007年国际法院案例汇编》, 第219页第426段(下称“波黑诉塞黑”)。

²⁵⁰ 同上, 第425段。

²⁵¹ 同上, 第220页第427段。

²⁵² 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波黑诉塞黑), 临时措施令, 《1993年国际法院案例汇编》, 第22页第45段。

²⁵³ 波黑诉塞黑, 前注249, 第111页第162段。

第 4 条第 1 款草案制定的对防止危害人类罪的承诺，意在表达对国家同样的法律约束力；它也不仅是为了进行督促或阐明目的，并且不仅仅是对之后条款草案的导言。

(8) 国际法院在同案中指出，在采取预防措施时，“各国明显只能在国际法允许的限度内行事。”²⁵⁴ 委员会认为，应该在第 4 条第 1 款草案中把这个要求明确表述出来，因而加入了任何防止措施都必须“按照国际法”的子句。因此，国家为履行本项义务而采取的措施必须符合国际法规则，包括《联合国宪章》、国际人道主义法和人权法中规定的关于使用武力的规则。国家仅有义务根据国际法为防止危害人类罪采取法律允许的措施。

(9) 如第 4 条第 1 款草案所规定，这一预防义务明示或暗示包含四个要素。第一，国家做出此一承诺，便有义务不“通过本国的机关或者本国能够稳固控制、因而根据国际法其行为可归属于相关国家的人，实施此类行为”。²⁵⁵ 国际法院认为，在考虑《灭绝种族罪公约》第一条所载的类似的预防义务时：

“根据第一条，各缔约国有义务防止实施此类行为，该条将此类行为称为‘国际法认定的犯罪行为’。该条没有明文规定各国自己不要实施灭绝种族。不过，法院认为，考虑到该《公约》的既定目的，第一条的含义就是要禁止各国自己实施灭绝种族。推定这一禁止含义的第一个依据是，该条将灭绝种族归为‘国际法认定的罪行’；而缔约国要是同意这一归类，在逻辑上就必须保证不实施所述行为。第二个依据是，明确规定有义务防止实施灭绝种族行为。这一义务要求缔约国在该判决书后文具体说明的情况下，利用所掌握的手段，防止不直接受其权力支配的个人或群体实施灭绝种族行为或第三条所述的任何其他行为。因此，如果说一方面规定国家有义务在其权力范围内防止它们能施加一定影响力的个人实施犯灭绝种族行为，另一方面却又不禁止各国通过自身的机关或通过受其严密控制因而根据国际法其行为被归为国家行为的个人实施此类行为，那将是自相矛盾的。简言之，防止灭绝种族的义务必然意味着禁止实施灭绝种族。”²⁵⁶

(10) 法院还裁决，第一条所反映的实质性义务表面上并非受地域限制，而是适用于“可能正在或也许能以与履行有关义务[]相适合的方式行事的国家。”²⁵⁷

(11) 如果所涉行为根据国家责任规则归属于国家，则违反不直接实施此类行为的义务意味着国家要承担责任。实际上，就可能出现的关于《灭绝种族罪公约》的争端而言，第九条除其他外提到“关于某一国家对于灭绝种族罪……的责任的”争端。虽然《灭绝种族罪公约》的重点主要是起诉犯有灭绝种族罪的个人，但是国际法院强调，违反防止义务不是国家实施的属于刑事犯罪的违反行为，而是一种涉及国家

²⁵⁴ 同上，第 221 页第 430 段。

²⁵⁵ 同上，第 113 页第 166 段。

²⁵⁶ 同上，第 113 页第 166 段。

²⁵⁷ 同上，第 120 页第 183 段。

责任的违反国际法行为。²⁵⁸ 法院的做法同委员会曾经表达过的意见一致，²⁵⁹ 包括关于 2001 年“国家对国际不法行为的责任条款”的评注：“当国家官员实施违反国际法罪行时，经常是国家对此行为负责或没有预防或惩罚这种行为的结果负责。”²⁶⁰

(12) 第二，国家做出第 4 条第 1 款规定的承诺，即有义务“采取能够动用的各种手段，……防止不属于本国直接管辖的人或团体实施”此类行为。²⁶¹ 就后者而言，当缔约国在“有能力对很可能实施、或者已经在实施灭绝种族行为的人的行动产生有效影响的情况下”尽最大努力(尽责标准)，而这种能力反过来又取决于缔约国同所涉个人或团体的地域、政治和其它联系。²⁶² 国际法院对《灭绝种族罪公约》中的预防义务的标准做出了如下分析：

“显然，有关义务是行为义务，而不是结果义务，也就是说一国有义务在无论何种情况下成功防止实施灭绝种族：缔约国的义务是采取它们可合理掌握的一切手段，尽可能防止实施灭绝种族。一国并不仅仅因为所希望的结果没有实现而承担责任；不过，一国如未明确采取其权力范围内的一切或可有助于防止灭绝种族的措施来防止灭绝种族，则就要承担责任。在这一方面，要求进行具体评估的‘尽责’概念至关重要。在评估一国是否已尽责地履行相关义务时要考虑到各种参数。第一项显然是能否有成效地影响有可能实施或正在实施灭绝种族行为的个人的行动，这一项在国与国之间差别很大。该能力本身取决于有关国家机关至事发现场的地理距离、该国当局与事件中的主要行为者之间的政治联系和所有其他联系的力度等等。还必须以法律标准来评估国家施加影响的能力，因为很明显，每个国家仅可在国际法允许的限度内采取行动。例如，一国施加影响的能力，可能视其对面临灭绝种族危险的境况和个人或灭绝种族的现实情况所持的具体法律立场而不同。另一方面，涉及这种责任的国家会称，即便它采用了合理掌握的一切手段，也不足以防止灭绝种族罪的实施，但是否作出这种声称、甚至作出这种证明，都是不相干的。这一点除了通常难以证明外，对是否违反有关的行为义务来说是无关紧要的。而且如果若干国家联合作出努力，每个国家都履行防止的义务，就可能达到仅凭一国之力难以产生的效果，也就是避免灭绝种族的发生。要是考虑到这种可能性，有关国家是否如此声称就更不无关紧要。”²⁶³

²⁵⁸ 同上，第 114 页第 167 段(国际责任“与刑事责任截然不同”的结论)。

²⁵⁹ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 页第 248 段(结论是：《灭绝种族罪公约》“没有在关于国家责任的第九条中设想国家罪行或国家刑事责任的问题”)。

²⁶⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 142 页(对第 58 条的评注第 3 段)。

²⁶¹ 波黑诉塞黑，前注 249，第 113 页第 166 段。

²⁶² 同上，第 221 页第 430 段。

²⁶³ 同上。

同时，法院认为，“只有灭绝种族实际发生时，才能追究有关国家违反防止灭绝种族义务的责任”²⁶⁴

(13) 第三，承上所述，第 4 条第 1 款草案规定的承诺使缔约国有义务积极推进并事先采取旨在帮助防止该罪行发生的措施，办法包括采取(a)项所述的“在其管辖或控制的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施”。这一条文受到了《禁止酷刑公约》第 2 条第 1 款的启发，该条款规定：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为。”²⁶⁵

(14) 使用“其他预防措施”这一用语，而不是仅仅用“预防措施”，是为了强化本条款的相关措施仅仅是为了预防这一点。“有效”一词意味着国家应保持其已经采取的相关措施，并在这些措施有缺陷的情况下应通过更有效的措施加以改进。禁止酷刑委员会在关于《禁止酷刑公约》所载类似条款的意见中说：

“缔约国有义务消除任何阻碍根除酷刑和虐待的法律或其他障碍，并有义务采取积极有效措施，确保有效防止此类行为的发生和重演。缔约国还有义务不断审查其本国法律和执行《公约》的情况，并按照委员会就个别来文通过的意见和结论性意见加以改进。如果缔约国采取的措施未能实现杜绝酷刑行为这一目标，则按照《公约》的要求，缔约国须作出改进和/或采取新的、更为有效的措施。”²⁶⁶

(15) 至于国家应努力采取哪些具体类别的措施，联合国人权理事会于 2015 年通过了一份关于防止种族灭绝的决议²⁶⁷，使得人们能够有所了解为履行《灭绝种族罪公约》第一条而应采取何种措施。该决议：(1) 重申“每个国家有责任通过适当和必要的手段保护其人民免遭种族灭绝，这就意味着防止此种罪行，包括防止煽动灭绝种族”；²⁶⁸ (2) 鼓励“各会员国建立防止种族灭绝的能力，办法是培养个人专门技能和在政府内部设立适当单位，以加强预防工作”；²⁶⁹ (3) 鼓励“各国考虑指定关于防止灭绝种族罪的协调中心，以便在相互间并与防止灭绝种族问题特别顾问、联合国有关机构及区域和分区域机制进行合作并交流信息和最佳做法”。²⁷⁰

(16) 从区域方面看，1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》²⁷¹ 没有规定“防止”违反该《公约》的行为的明确义务，但欧洲人权法院将已作出解释，(关于

²⁶⁴ 同上，第 221 页第 431 段；见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 27 页(《关于国家对国际不法行为的责任的条款草案》，第 13 条第(3)款：“违反国家须防止某一特定事件的国际义务产生于该事件发生之时……”。)

²⁶⁵ 《禁止酷刑公约》，前注 226，第 2 条第(1)款。

²⁶⁶ 见禁止酷刑委员会，第 2 号一般性意见，第 4 段(CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4)(2007 年)。

²⁶⁷ 文件 A/HRC/28/L.25, (2015 年 3 月 23 日)。

²⁶⁸ 同上，第 2 段。

²⁶⁹ 同上，第 3 段。

²⁷⁰ 同上，第 4 段。

²⁷¹ 《欧洲保护人权与基本自由公约》，1950 年 11 月 4 日于罗马订立，联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 221 页。

生命权的)第 2 条第 1 款含有这一义务,并要求采取适当的防止措施,例如“订立适当的法律和行政框架来阻遏危害人身的罪行的发生,通过执法机关预防、打击及处罚违反此类条款的行为。”²⁷²同时,法院确认缔约国在这方面的义务是有限的。²⁷³同样,虽然 1969 年《美洲人权公约》²⁷⁴未载有“防止”违反该《公约》的明确义务,但美洲人权法院在解释缔约国应“确保”该《公约》认可的各项权利得到自由且充分的行使的义务²⁷⁵时认定,这一义务意味着缔约国有“预防的职责”,而这又要求缔约国采取某些步骤。法院说:“这一预防职责包括采取一切法律、政治、行政和文化手段,促进保护人权,确保任何侵犯行为均被视为非法行为,并当作非法行为来处理,因而可能导致对负责任者加以处罚,并产生对损害的受害者提供补偿的义务。此类措施不可能详细列出,因为它们因每个缔约国的法律和情况的不同而存在差异。”²⁷⁶法院也是依据类似的推理对 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》第 6 条作出了解释。²⁷⁷

(17) 因此,任何具体国家对危害人类罪应采取的具体预防措施取决于这些犯罪行为对该国构成的相关背景和 risk。这一义务通常要求国家至少:(1) 制定必要的国家法律和政策,培养人们对此类行为犯罪性质的认识,促使早发现此类行为发生的 risk;(2) 不断审查这些法律和政策并作出必要改进;(3) 就相关条约制度下国家的义务对政府官员进行教育;(4) 对警察、军队、民兵和其他相关人员开展必要的培训项目,从而帮助预防危害人类罪的发生;(5) 一旦违禁行为发生,即本着诚意履行关于调查并起诉或引渡行为人的其他义务,因为这样做在一定程度上可

²⁷² Makaratzis 诉希腊,判决(实质问题和公正抵偿),《判决和决定汇编》2004-XI, ECHR, 大审判庭,第 50385/99 号申诉,2004 年 12 月 20 日,第 57 段;见 Kiliç 诉土耳其,《判决和决定汇编》2000-III, ECHR, 审判庭,第 22492/93 号申诉,2000 年 3 月 28 日,第 62 段(结论:第 2 条第 1 款使国家不仅有义务不得故意、非法剥夺生命,且有义务在其国内法律体系中采取适当步骤以保障其辖内人员的生命)。

²⁷³ Mahmut Kaya 诉土耳其,判决(实质问题和公正抵偿),《判决和决定汇编》2000-III, ECHR, 审判庭,第 22535/93 号申诉,2000 年 3 月 28 日,第 86 段(“考虑到现代社会中维持治安的难度、人的行为的不可预测性,在优先事项和资源方面必须做出实际操作上的选择,对[第 2 条第 1 款中]积极义务的解释办法须不得对当局施加难以达成或不成比例的负担。”);另见 Kerimova 等人诉俄罗斯,判决(实质问题和公正抵偿),ECHR, 审判庭,第 17170/04、第 20792/04、第 22448/04、第 23360/04、第 5681/05 和第 5684/05 号申诉,2011 年 5 月 3 日(2011 年 9 月 15 日最后),第 246 段;Osman 诉联合王国,判决(实质问题和公正抵偿),1998-VIII, ECHR, 大审判庭,第 87/1997/871/1083 号申诉,1998 年 10 月 28 日,第 116 段。

²⁷⁴ 《美洲人权公约》,1969 年 11 月 22 日于圣何塞订立,美洲国家组织,《条约汇编》,第 36 号。

²⁷⁵ 第 1 条第(1)款规定:“本公约的缔约国承诺尊重本公约认可的各项权利和自由,并确保受其管辖的所有人员得以不受歧视地自由、充分行使这些权利和自由……”。人们注意到,《非洲人权和民族权利宪章》第 1 条规定,缔约国“应承认宪章所载的权利、义务和自由,应采取立法或其他措施予以落实。”(联合国,《条约汇编》,第 1520 卷,第 217 页)。

²⁷⁶ Velasquez Rodríguez 诉洪都拉斯,判决(实质问题),美洲人权法院 C 辑第 4 号,1988 年 7 月 29 日,第 175 段;另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁,判决(实质问题、赔偿及费用),美洲人权法院 C 辑第 110 号,2004 年 7 月 8 日,第 155 段;Juan Humberto Sánchez 诉洪都拉斯,判决(初步反对意见、实质问题、赔偿及费用),美洲人权法院 C 辑第 99 号,2003 年 6 月 7 日,第 137 和第 142 段。

²⁷⁷ Tibi 诉厄瓜多尔,判决(初步反对意见、实质问题、赔偿及费用),美洲人权法院 C 辑,第 114 号,2004 年 9 月 7 日,第 159 段;另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁,前注 276,第 155 段。

以遏制他人今后的行为。²⁷⁸ 某些措施,例如培训计划等,可能在该国已经存在,用以防止与危害人类罪有关的不法行为(诸如谋杀、酷刑、强奸等)。该国有义务视必要对那些措施加以补充,专门防止危害人类罪的发生。在这里,如果缔约国没有视需要和情况尽最大努力动用政府和行政机器尽量防止危害人类罪的发生,也会产生国家的国际责任。

(18) 第4条第1款(a)项草案提到国家应“在其管辖或控制的任何领土内”采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施。应该用与委员会之前在讨论其他背景下的防止问题(如防止损害环境)时所用的相同方式理解这种表述。²⁷⁹ 这种表述方式不仅涵盖一国的领土,也涵盖在该国控制下的其他领土上开展的活动。委员会以前是这样解释的:

“这涵盖一国即便没有法律上的管辖权但却行使事实上的管辖权的情况,例如非法干涉、占领和非法吞并。在这一方面可以参照国际法院在纳米比亚案中提出的咨询意见。在这份咨询意见中,法院判定南非对于产生并维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任,并认定南非有义务从纳米比亚撤销其政府,但仍认为南非对纳米比亚的事实上的控制产生了某些法律后果。”²⁸⁰

(19) 第四,国家做出第4条第1款草案规定的承诺,便有义务彼此间以及与联合国、红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会等组织开展某些形式的合作。各国合作防止危害人类罪的义务第一次出现在《联合国宪章》第一条第三款中:²⁸¹ 《宪章》的宗旨之一是“促成国际合作,以解决国际间属于……人类福利性质之国际问题,且……增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”此外,在《宪章》第五十五和第五十六条中,联合国所有会员国担允“采取共同及个别行动与本组织合作,以达成”某些宗旨,包括“全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守……”。在具体防止危害人类罪的方面,联合国大会在1973年《关于侦察、逮捕、

²⁷⁸ 可与某些特定类别的侵犯人权行为的预防措施进行比较,见消除对妇女歧视委员会第6号一般性建议,第1至2段(A/43/38)(1988年);消除对妇女歧视委员会第15号一般性建议(A/45/38)(1990年);消除对妇女歧视委员会第19号一般性建议第9段(A/47/38)(1992年);儿童权利委员会第5号一般性建议第9段(CRC/GC/2003/5)(2003年);人权事务委员会第31号一般性意见(CCPR/C/Rev.1/Add.13)(2004);儿童权利委员会第6号一般性建议第50至63段(CRC/GC/2005/6)(2005年);消除种族歧视委员会第31号一般性建议第5段(CERD/C/GC/31/Rev.4)(2005年);另见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》,大会2005年12月16日第60/147号决议附件,A/RES/60/147号文件,第3(a)段(“按相应法律体系的规定尊重、确保尊重和实施国际人权法和国际人道主义法的义务,除其他外,包括下列义务:采取适当的立法和行政措施及其他适当措施,防止违法行为发生”。)

²⁷⁹ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第150至151页第(7)至(12)段(对《关于预防危险活动引起跨界损害的条款草案》第1条草案的评注)。

²⁸⁰ 同上,第151页第(12)段(引述《南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果》,《咨询意见》,《1971年国际法院判例汇编》,第16页,见第54页第118段);另见《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第70页第(25)段(对《关于危险活动造成的跨界损害的损失分配的原则草案》第2条原则草案的评注);《使用或威胁使用核武器的合法性》,《咨询意见》,《1996年国际法院判例汇编》,第226页,见第242页第29段(提到各国应履行一般义务以确保在“其管辖和控制范围内”的活动尊重其他国家或国家控制范围以外地区的环境)。

²⁸¹ 《联合国宪章》,1945年6月26日订于旧金山。

引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》中承认，为了防止实施战争罪和危害人类罪而应开展国家间合作、采取国家间行动的一般义务。除其他事项外，大会宣布“各国应在双边和多边基础上相互合作，以期制止并防止战争罪和危害人类罪，并为此目的，采取必要的国内和国际措施。”²⁸²

(20) 因此，第 4 条(b)项草案写明各国应互相合作防止危害人类罪，并与有关政府间组织合作。“有关”一词意在表明与任何特定政府间组织的合作将取决于该组织的职能、国家与该组织的关系、需要开展合作的背景，等等。(b)项还规定各国应酌情与其他组织合作。这些组织包括可以在具体国家防止危害人类罪中发挥重要作用的非政府组织。使用“酌情”一词是为了表明合作义务在本质上取决于具体情况，而且对这些组织的适用程度不同于对国家和相关政府间组织的适用程度。

(21) 第 4 条第 2 款草案写明，任何情况均不得用来作为危害人类罪的辩护理由。这段文字受到了《禁止酷刑公约》第 2 条第 2 款的启发，²⁸³ 但有所微调，以便更好地切合危害人类罪的上下文。如第 2 条草案一样，用“武装冲突”一语取代了“战争状态或战争威胁”的表述。另外，用“诸如”一词是为了强调所举例子并非详尽无遗。

(22) 在全球或区域层面处理严重罪行的其他条约中可以找到相似的语言。例如，2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第一条第二款²⁸⁴，以及 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》第 5 条²⁸⁵ 都载有类似语言。

(23) 在危害人类罪方面用这种表述方式的好处之一是，这种写法既可以指向国家行为方的行为，也可以指向非国家行为方的行为。同时，本款处理这一问题所联系的仅是预防的义务，而不是刑事诉讼中个人可用的辩护理由或是其他排除刑事责任的理由等，这些理由将在以后处理。

²⁸² 《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》，大会 1973 年 12 月 3 日第 3074(XXVIII)号决议，第 3 段。

²⁸³ 《禁止酷刑公约》，前注 226。第 2 条第 2 款规定：“任何特殊情况，不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态，均不得援引为施行酷刑的理由。”

²⁸⁴ 《强迫失踪公约》，前注 229。第一条第二款规定：“任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为强迫失踪的辩护理由。”

²⁸⁵ 《美洲防止和惩处酷刑公约》，前注 236。第 5 条规定：“存在诸如战争状态、战争威胁、戒严状态或紧急状态、国内骚乱或动乱、中止宪法保障、国内政局不稳等情况，或者其他公共紧急状态或灾难，均不得援引或容许为酷刑犯罪的理由。”

第八章 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

A. 引言

118. 委员会第六十届会议(2008年)决定将“条约随时间演变”专题列入工作方案,并在第六十一届会议上设立一个关于该专题的研究组。²⁸⁶ 委员会第六十一届会议(2009年)设立了条约随时间演变专题研究组,由格奥尔格·诺尔特先生担任主席。在该届会议上,研究组的讨论侧重于确定要涵盖的问题、研究组的工作方法和委员会关于该专题的工作可能产生的成果。²⁸⁷

119. 从第六十二届至第六十四届会议(2010-2012年),都重新组建了研究组,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;²⁸⁸ 特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例;²⁸⁹ 以及司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后惯例。²⁹⁰

120. 在第六十四届会议上(2012年),委员会根据研究组的建议²⁹¹ 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。²⁹²

121. 在第六十五届会议上(2013年),委员会审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/660),并暂时通过了五条结论草案。²⁹³

²⁸⁶ 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。专题提纲见同上,附件A。大会2008年12月11日第63/123号决议注意到该决定。

²⁸⁷ 见《大会正式记录,第六十四届会议,补编第10号》(A/64/10),第220-226段。

²⁸⁸ 同上,《第六十五届会议,补编第10号》(A/65/10),第344-354段;以及同上,《第六十六届会议,补编第10号》(A/66/10),第337段。

²⁸⁹ 同上,《第六十六届会议,补编第10号》(A/66/10),第338-341段;以及同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第230-231段。

²⁹⁰ 同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第232-234段。在第六十三届会议上(2011年),研究组主席提交了参照研究组讨论情况重新拟订的九项初步结论(同上,《第六十六届会议,补编第10号》(A/66/10),第344段)。在第六十四届会议上(2012年),研究组主席提交了也是参照研究组讨论情况重新拟订的另外六项初步结论(同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第240段)。研究组还讨论了此专题进一步工作应采取的形式以及工作的可能成果。研究组主席提出了若干建议并得到研究组的赞同(同上,第235-239段)。

²⁹¹ 同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第226和第239段。

²⁹² 同上,第227段。

²⁹³ 同上,《第六十八届会议,补编第10号》(A/68/10),第33-39段。委员会暂时通过了结论草案1(条约解释通则和资料)、结论草案2(以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料)、结论草案3(能够随时间演变的条约用语的解释)、结论草案4(嗣后协定和嗣后惯例的定义)和结论草案5(嗣后惯例的归属)。

122. 在第六十六届会议上(2014 年), 委员会审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671), 并暂时通过了五条结论草案。²⁹⁴

B. 本届会议审议此专题的情况

123. 委员会本届会议收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/683), 其中分析了与作为国际组织组成文书的条约有关的嗣后协定和嗣后惯例的作用, 并就此问题提出了结论草案 11。特别是, 第三次报告在探讨了《维也纳条约法公约》第五条(组成国际组织的条约和在国际组织内议定的条约)后, 转而研究了《维也纳公约》关于条约解释的规则对国际组织组成文书的适用问题。报告还探讨了《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项和第三十二条所称的嗣后协定作为国际组织组成文书的解释资料涉及的若干问题。

124. 委员会在 2015 年 5 月 29 日和 6 月 2、3、4 日举行的第 3259 次至第 3262 次会议上审议了该报告。

125. 委员会在对第三次报告进行辩论后, 在 2015 年 6 月 4 日第 3262 次会议上决定将特别报告员提出的关于国际组织组成文书的第 11 条结论草案转交起草委员会。

126. 委员会在 2015 年 7 月 8 日第 3266 次会议上收到了起草委员会的报告, 并暂时通过了结论草案 11(见下文 C.1 节)。

127. 委员会在 2015 年 8 月 4 日和 6 日分别举行的第 3284 次至第 3285 次和第 3288 次会议上, 通过了本届会议暂时通过的结论草案的评注(见下文 C.2 节)。

C. 委员会迄今为止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

128. 委员会迄今为止暂时通过的结论草案案文载录如下。²⁹⁵

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。

²⁹⁴ 同上,《第六十九届会议, 补编第 10 号》(A/69/10), 第 70-76 段。委员会暂时通过了结论草案 6(嗣后协定和嗣后惯例的识别)、结论草案 7(嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响)、结论草案 8(嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的权重)、结论草案 9(与条约解释有关的缔约方协定)和结论草案 10(在缔约国大会框架内通过的决定)。

²⁹⁵ 结论草案 1 至 5 的评注见《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 第 39 段。结论草案 6 至 10 的评注见《大会正式记录, 第六十九届会议, 补编第 10 号》(A/69/10), 第 76 段。

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)项和(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。

结论 6

嗣后协定和嗣后惯例的识别

1. 为识别第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例，尤其须确定缔约方是否通过协定或惯例就条约的解释采取了立场。通常，如果缔约方只是商定暂不适用条约，或商定确立一种实际安排(临时协议)，便不属于这种情况。
2. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例可能具有各种形式。
3. 在根据第三十二条识别嗣后惯例时，尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

结论 7

嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响

1. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例经与其他解释资料互动，有助于澄清条约的含义。这可能导致可能的解释范围、包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围变窄、变宽或受到另外的影响。
2. 根据第三十二条确定的嗣后惯例也能有助于澄清条约的含义。
3. 可以推定，条约缔约方嗣后达成协定或在适用条约方面采用一种惯例，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后惯例修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本结论草案不影响《维也纳条约法公约》和习惯国际法关于修正或修改条约的规则。

结论 8

嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后惯例作为第三十一条第三款所称的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。
2. 第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例的权重还取决于该惯例是否以及如何重复出现。
3. 嗣后惯例作为第三十二条所称的补充的解释资料的权重可取决于第 1 和第 2 段所述标准。

结论 9

与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款(a)项和(b)项所称的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑，但不必具有法律约束力。
2. 为确立第三十一条第三款(b)项所称的协定而必须积极适用嗣后惯例的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后惯例的接受。

结论 10**在缔约国大会框架内通过的决定**

1. 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机构成员而行事的情况不在此列。
2. 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和可适用的议事规则。根据情况，这种决定可明确或间接地体现第三十一条第三款(a)项所称的嗣后协定，或产生第三十一条第三款(b)项或第三十二条所称的嗣后惯例。在缔约国大会框架内通过的决定通常为执行条约提供了非排他性的一系列可行选择。
3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达了缔约国之间就条约解释达成的实质性协议，则不论决定以何种形式和程序通过，包括经协商一致通过，均体现第三十一条第三款所称的嗣后协定或嗣后惯例。

结论 11**国际组织的组成文书**

1. 第三十一条和第三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约。因此，第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例是这类条约的解释资料，第三十二条所称的其他嗣后惯例可以作为这类条约的解释资料。
2. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例或第三十二条所称的其他嗣后惯例可以出自国际组织适用其组成文书的惯例，或体现在这类惯例中。
3. 在适用第三十一条第一款和第三十二条时，国际组织适用其组成文书的惯例可以有助于解释该文书。
4. 第 1 至 3 段适用于对作为国际组织组成文书的任何条约的解释，但不妨碍该组织的任何有关规则。

2. 委员会第六十七届会议暂时通过的结论草案案文及其评注

129. 委员会第六十七届会议暂时通过的结论草案案文及其评注载录如下。

结论 11**国际组织的组成文书**

1. 第三十一条和第三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约。因此，第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例是这类条约的解释资料，第三十二条所称的其他嗣后惯例可以作为这类条约的解释资料。
2. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例或第三十二条所称的其他嗣后惯例可以出自国际组织适用其组成文书的惯例，或体现在这类惯例中。

3. 在适用第三十一条第一款和第三十二条时，国际组织适用其组成文书的惯例可以有助于解释该文书。
4. 第 1 至 3 段适用于对作为国际组织组成文书的任何条约的解释，但不妨碍该组织的任何有关规则。

评注

- (1) 结论草案 11 涉及一种特定的条约，即国际组织的组成文书，以及根据《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条解释此类条约时应该或可以考虑嗣后协定和嗣后惯例的方式。
- (2) 《维也纳条约法公约》第五条专门针对国际组织的组成文书，该条规定：

“本公约适用于为一国际组织组织约章之任何条约及在一国际组织内议定之任何条约，但对该组织任何有关规则并无妨碍。”²⁹⁶
- (3) 第五条所述国际组织的组成文书和其他条约一样，是“载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内”(第二条第一款(a)项)的国际协定。此类条约所包含的规定是组成文书的一部分。²⁹⁷
- (4) 一般来说，第五条通过规定《维也纳公约》适用于国际组织组成文书而不妨碍该组织相关规则，²⁹⁸ 遵循了《公约》的一般原则，即“除条约另有规定外”，缔约国间的条约应遵循《公约》所载的规则。²⁹⁹
- (5) 结论草案 11 仅涉及国际组织组成文书的解释。因此该草案不完全涵盖嗣后协定和嗣后惯例对国际组织条约解释作用的所有方面。特别是，该草案不适用于解释国际组织内部通过的条约或国际组织缔结的非组成文书类条约。³⁰⁰ 此外，结论草案 11 不适用于解释国际组织机关的决定本身，³⁰¹ 包括不适用于解释各国际法

²⁹⁶ 另见 1986 年 3 月 21 日《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》(A/CONF.129/15)第 5 条的平行条款。

²⁹⁷ 《维也纳公约》第二十条第三款规定，条约是一国际组织的组成文书时，保留须经该组织主管机关接受。2007 年 5 月 15 日《关于对条约的保留的第十二次报告》，《2007 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页，第 75-77 段，A/CN.4/584 号文件；S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), p. 204。

²⁹⁸ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 191 页；K. Schmalenbach, “Art. 5”, in *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds., Heidelberg, Springer, 2012, p. 89, para. 1.

²⁹⁹ 见 1969 年《维也纳条约法公约》第 16 条，第 19 条(a)项和(b)项，第 20 条第 1、3、4 和 5 款，第 22 条，第 24 条第 3 款，第 25 条第 2 款，第 44 条第 1 款，第 55 条，第 58 条第 2 款，第 70 条第 1 款，第 72 条第 1 款，第 77 条第 1 款，(联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页)。

³⁰⁰ 后一类由《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》规定(A/CONF.129/15)。

³⁰¹ “科索沃单方面宣布独立是否符合国际法”，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编》，第 403 页起，引文见第 442 页，第 94 段(“尽管《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条所载的关于条约解释的规则可作为指引，但安全理事会决议同条约有所区别，因此在解释安全理事会决议时还需考虑其他因素。”)；另见 H. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Eight”, *British Yearbook of International Law*, vol. 67 (1996), p. 1, at p. 29; M.C.

院的裁决，³⁰² 或解释法院或法庭“明确一贯的判例”³⁰³ (“一贯判例”)的效果。³⁰⁴ 最后，该结论并非特别针对由独立专家组成的条约监测机构的声明涉及的问题，也非特别针对更一般意义上特定形式惯例的权重问题，这些问题可在后期阶段解决。

(6) 结论草案 11 第 1 段的第 1 句确认《维也纳公约》第三十一条和第三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约。³⁰⁵ 国际法院在其关于“国家在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中已确认这一点，即表示：

从形式上看，国际组织组成文书是多边条约，而公认的条约解释规则适用于多边条约。³⁰⁶

(7) 关于《联合国宪章》，法院认为：

“法院曾多次不得不解释《联合国宪章》，这时法院一直遵循一般适用于条约解释的原则和规则，因为法院确认《宪章》是一项多边条约，尽管是一项具有某些特殊特征的条约。”³⁰⁷

(8) 同时，第五条表明，国际法院判决也确认，国际组织组成文书也是一种特别类型的条约，可能需要以特别的方式加以解释。因此，国际法院表示：

“但国际组织的组成文书也是特定类型的条约；其目的是组建具有一定自主权的新的法律主体，该法律主体受各缔约方的委托负责实现共同的目标。此类条约由于除其他外同时具有公约性和创设性特征，会引起具体的解释问题；

Wood, “The Interpretation of Security Council Resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73, at p. 85; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, 2nd ed. 2015), p. 127.

³⁰² “请求解释 1962 年 6 月 15 日对柏威夏寺(柬埔寨诉泰国)案所作判决”，判决书，《2013 年国际法院案例汇编》第 281 页，引文见第 307 页，第 75 段(“法院的判决不能等同于一项条约。按 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款(b)项所述的原则，条约这种文书的约束力和内容源自缔约国的同意，其解释可能受到缔约国嗣后行为的影响。”)。

³⁰³ 见 *Regina v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte Alconbury (Developments Limited and others)* [2001] UKHL 231; *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah; Do (FC) v. Immigration Appeal Tribunal* [2004] UKHL 26 [20] (Lord Bingham); *Regina (On The Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State For Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15.

³⁰⁴ 特别是如 1945 年 6 月 26 日《国际法院规约》第 38 条第 1 款(d)项所述，此类判例可用作确定法律原则的资料。

³⁰⁵ Gardiner, 前注 301, 第 281-82 页。

³⁰⁶ “国家在武装冲突中使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页，引文见第 74 页，第 19 段。

³⁰⁷ “联合国的某些经费”(《宪章》第十七条第二款)，咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页，引文见 157 页。

所设组织的性质、创设者赋予的目标、与有效行使其职能相关的规则、以及其自身惯例，这些都是在需要解释组成条约时值得特别重视的要素。”³⁰⁸

(9) 结论草案 11 第 1 段第 2 句更具体地说明了第三十一条和第三十二条涉及用嗣后协定和嗣后惯例作为解释手段的一些要素，并确认第三十一条第三款规定的嗣后协定和嗣后惯例属于国际组织组成文书的解释手段，第三十二条规定的其他嗣后惯例可以作为国际组织组成文书的解释手段。

(10) 国际法院确认第三十一条第三款(b)项适用于国际组织组成文书。法院在关于“国家在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中，首先表示国际组织组成文书是一类特殊的条约，然后开始对《世界卫生组织组织法》进行解释：

“按照 1969 年《维也纳条约法公约》第三十一条表述的习惯解释规则，条约的条款必须‘按其上下文并参照条约之目的及宗旨’来解释，而且应‘与上下文一并考虑者尚有：

[……] (b) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。’”³⁰⁹

法院援引其自身判例法中把第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例作为解释资料的各种先例，然后宣布第三十一条第三款(b)项：

“……将在本案中同样适用，以便法院裁定根据世卫组织《组织法》，法院要作出答复的问题是否该组织‘活动范畴内’产生的问题。”³¹⁰

(11) “喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界”案作为一个涉及国际组织组成文书解释的案件，³¹¹ 法院在对该案的裁决中再次强调缔约方的嗣后惯例。法院基于“成员国还将条约原始文本中没有规定的某些任务委托给该委员会”的观察，³¹² 得出结论认为：

“从上文第 64 段和第 65 段所分析的条约文本和[缔约方]惯例看，乍得湖盆地委员会是一个在特定地域范围内行使权力的国际组织；然而，该委员会的宗旨不包括在区域一级解决维护国际和平与安全方面的问题，因此不属于《宪章》第八章适用的范畴。”³¹³

³⁰⁸ “国家在武装冲突中使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页，引文见第 75 页，第 19 段。

³⁰⁹ 同上。

³¹⁰ 同上。

³¹¹ 见 Art. 17 Convention and Statute relating to the Development of the Chad Basin (Treaty of Fort-Lamy von 1964), *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), at p. 80; 一般参考: P. H. Sand, “Development of International Water Law in the Lake Chad Basin”, 同上, 第 52-76 页。

³¹² “喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界”，初步反对意见，判决书，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页，引文见第 305 页，第 65 段。

³¹³ 同上，引文见第 306-307 页，第 67 段。

(12) 第三十一条第三款(a)项也适用于国际组织组成条约。³¹⁴ 但是，成员国之间关于国际组织组成文书解释问题的单独嗣后协定很少见。此类文书产生解释问题时，缔约方通常在该组织的全体机关框架内以成员身份行事。如果需要条约进行修改、修订或补充，成员国或者使用条约中规定的修订程序进行修订，或者另外订立一个条约，通常是议定书。³¹⁵ 但是，缔约方在相关组织的全体机关内开会时也有可能以缔约方身份行事。1995年：

“十五个成员国的政府已经达成共同协定，认为这项决定是对《条约》有关条款一致认同的最终解释。”³¹⁶

也就是说：

“[……]欧洲货币的名称定为欧元。[……]将使用欧元这个具体名称，而不是《条约》中用来指称欧洲货币单位的通用术语‘ECU’。”³¹⁷

欧洲联盟“在联盟内开会的成员国”作出的决定在文献里被视为第三十一条第三款(a)项下的嗣后协定。³¹⁸

(13) 有时很难确定在国际组织全体机关“内开会的成员国”是打算像通常那样以该机关成员的身份行事，还是以该组织组成文书缔约国的身份行事。³¹⁹ 欧洲联盟法院在面对这个问题时首先从考虑对所涉行动的语言描述：

“该条款的措辞明确规定，如果成员国的代表不是以理事会成员的身份而是以其政府代表的身份行事，以此方式集体行使成员国的权力，则此等行动不受法院的司法审查。”³²⁰

但是，法院后来还是认为“[决定]的内容及其通过时的全部情形”，在确定该决定是机关的决定还是缔约国自己的决定方面具有决定性意义：

“因此，将一项行动说成是‘成员国的决定’，不足以将其排除在《条约》第173条所规定的审查之外。为将一项决定排除在审查范围外，必须从该

³¹⁴ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本：新西兰参与)案，国际法院2014年3月31日判决书，第46段，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>；另见后注49和随附文本。

³¹⁵ 见《维也纳公约》第三十九至第四十一条。

³¹⁶ 见 Madrid European Council, Conclusions of the Presidency, European Union Bulletin, no. 12 (1995), p. 10 at I. A. I.。

³¹⁷ 同上。

³¹⁸ 见 A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p. 215；G. Hafner, “Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification and Formal Amendment”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 105, at pp. 109-110。

³¹⁹ P.C.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3rd ed. (London, Kluwer Law International, 1998), pp. 340-343。

³²⁰ Case C-181/91 and C-248/91, *Parliament v. Council and Commission* [1993], ECR I-3713, para 12。

决定的内容及其通过时的全部情形来确定所涉行动实际上不是理事会的决定。”³²¹

(14) 除了确立第三十一条第三款(a)项和(b)项所述所有缔约方协定的嗣后协定和嗣后惯例以外，一个或多个缔约方在适用国际组织组成文书时的其他嗣后惯例也可能对条约的解释具有意义。³²² 例如，国际组织组成文书有时像其他多边条约一样，是通过嗣后双边或区域协定或惯例加以实施的。³²³ 此类双边条约本身不是第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定，至少是因为条约是在多边组织文书缔约方中数量有限的国家间缔结的。但是，这些条约可能暗示人们可以据此提出关于恰当解释组成文书本身的主张，可能作为第三十二条所指的补充解释资料。

(15) 结论草案 11 第 2 段强调第三十一条第三款和第三十二条所述嗣后协定和嗣后惯例可能产生或被体现的具体方式。缔约国的嗣后协定和嗣后惯例可“出自”其对国际组织适用组成文书惯例的反应。或者，缔约国对组成协定的嗣后协定和嗣后惯例可被“体现在”国际组织适用组成文书的惯例中。“出自”用意是包括嗣后协定和嗣后惯例的产生和发展，而“体现在”是为了反映和表达这些种协定和惯例。国际组织这两种惯例都反映该组织组成文书的缔约国的嗣后协定或嗣后惯例(见结论草案 4)。³²⁴

(16) 国际法院在其关于“国家在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中确认，国际组织的惯例有可能反映成员国作为条约缔约国本身的共识或惯例，但认为该案中的惯例并不“体现或等同于”第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例：

“使用核武器的合法性问题在世卫组织一被提出来，就在不无反对的情况下通过了第 WHA46.40 号决议。该决议独立来看，不能被认为体现或等同于下述惯例——该惯例在该组织各成员之间确立了解释《组织法》的协定，即赋予该组织处理使用核武器合法性问题的权力。”³²⁵

³²¹ 同上，第 14 段。

³²² 见结论草案 1(4)和 4(3)，国际法委员会第六十五届会议报告，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第四章，第 11-12 页；第 16-17 页，第 10 段；第 37-41 页，第 22-36 段。

³²³ 又如 1944 年 12 月 7 日于芝加哥签订的《国际民用航空公约》(《芝加哥公约》)(联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 295 页)；P.P.C. Haanappel, “Bilateral Air Transport Agreements – 1913-1980”, *The International Trade Law Journal*, vol. 5 (1980), p. 241, at pp. 241-267; L. Tomas, “Air Transport Agreements, Regulation of Liability”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (<http://www.mpepil.com>); B. F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009), p. 10.

³²⁴ R. Higgins, “The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations”, *ASIL Proceedings 59th Annual Meeting* (1965), p. 116, at p. 119; 国际组织的惯例，除出自或体现在第 2 段所述缔约方本身的共识或惯例中外，还可能其本身就是第 3 段所述的一种解释手段(见下文第 25-35 段)。

³²⁵ “国家在武装冲突中使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页，引文见第 81 页，第 27 段。

(17) 在本案中，法院在考虑国际组织决议对解释其组成文书的意义时，首先考虑该决议是否体现或等同于第三十一条第三款(b)项所述“确立该组织成员间协定的惯例”。³²⁶

(18) 同样，世贸组织上诉机构也概括指出：

“根据《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项文本，我们认为，成员国通过的决定可能有资格成为用于解释相关协定或适用协定条款的‘当事国之间的嗣后协定’，条件是：(一)在时间上，该决定是在相关协定之后通过的；和(二)该决定的规定和内容体现了成员国之间对解释或适用世贸组织法律条款达成的协定。”³²⁷

(19) 关于在什么条件下全体机关的决定才可被视为第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，世贸组织上诉机构认为：

“263. 关于第一项要素，我们注意到‘多哈部长级会议决定’是2001年11月14日在世贸组织第四次部长级会议上以协商一致方式通过的。

[……]关于第二项要素，所须回答的关键问题是：‘多哈部长级会议决定’第5.2段是否体现了成员国之间对解释或适用《技术性贸易壁垒协议》第2.12条中的‘合理间隔’达成的协定。

264. 我们回顾《多哈部长级会议决定》第5.2段规定：

在符合《技术性贸易壁垒协议》第2条第12款所述条件的前提下，‘合理间隔’一词应当理解为通常不少于6个月的期间，但不能有效实现所争取之合法目标的情形除外。

265. 至于《多哈部长级会议决定》第5.2段是否体现了成员国之间对解释和适用《技术性贸易壁垒协议》第2.12条的‘合理间隔’达成的协定，我们在上诉机构关于‘欧共体—香蕉(三)(第21.5条—厄瓜多尔(二)) / 欧共体—香蕉(三)(第21.5条—美国)’等案的报告中找到了有益的指引。上诉机构指出，国际法委员会把《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定称为‘需要与上下文一并考虑的另一项权威解释要素’。上诉机构指出，‘国际法委员会通过使用“权威解释”一词，把第三十一条第三款(a)项解读为是指对条约解释产生具体影响的各项协定。’因此，我们将考虑第5.2段是否对《技术性贸易壁垒协议》第2.12条的解释产生具体影响。[……]

268. 综上所述，我们支持专家组的结论，即：[……]《多哈部长级会议决定》第5.2段属于《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项意义范畴的、缔约方之间

³²⁶ 常设国际法院在以下案件中便采用了这种办法：“关于国际劳工组织附带规范雇主个人工作的权限”，咨询意见，1926年，《常设国际法院案例汇编》，B辑第13号，引文见第19-20页；见S. Engel, “Living’ International Constitutions and the World Court (the Subsequent Practice of International Organs under their Constituent Instruments)”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), p. 865, at p. 871.

³²⁷ 世贸组织，美国影响丁香烟生产和销售措施案，WT/DS406/AB/R，2012年4月4日，第262段。

就《技术性贸易壁垒协议》第 2.12 条‘合理间隔’一词的解释达成的嗣后协定。”³²⁸

(20) 国际法院在依据大会关于各国友好关系的宣言来解释《宪章》第二条第四款时虽然未明确提及第三十一条第三款(a)项,但强调了“各方及各国对大会某些决议的态度”及对这些决议表示的同意。³²⁹在这方面,若干著述者得出的结论是,在某些情形下,第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定可出自或体现在国际组织全体机关的行动中,³³⁰例如联合国大会的行动。³³¹事实上,正如世贸组织上诉机构针对国际法委员会所表示的,³³²只有在国际组织组成文书缔约方以缔约方身份行事,而非像通常那样在体制上仅以各全体机关成员的身份行事时,才可依据第三十一条第三款(a)项将集体决定定为“权威解释要素”。³³³

³²⁸ 同上(脚注略);《多哈部长级会议决定》尽管不涉及《世贸组织协定》本身的条款,但涉及其中一个附件(《技术性贸易壁垒协议》),该附件是《建立世贸组织的协定》的“完整组成部分”(《世贸组织协定》第 2 条第 2 款)。

³²⁹ 尼加拉瓜境内针对尼加拉瓜采取的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国),实质问题,判决,《1986 年……年鉴》,第 14 页起,见第 100 页,第 188 段:“对此类决议文本的同意所具效力不能被理解为仅是‘重申和阐明’《宪章》中的条约义务。相反,同意的效力可被理解为自身接受决议宣示的一项规则或一套规则的有效性”。这段话的主要目的在于解释大会决议在形成习惯法方面可能起到的作用,但同时也确认了与条约有关的论点,即:此类决议可能有助于表达缔约方对于把《联合国宪章》解释为条约的共识或立场(“阐明”);与此类似:“科索沃单方面宣布独立是否符合国际法”,咨询意见,《2010 年国际法院案例汇编》,第 403 页,引文见第 437 页,第 80 段;在此意义上,例如 L. B. Sohn,“The UN System as Authoritative Interpreter of its Law”, in *United Nations Legal Order*, vol. 1, O. Schachter and C. C. Joyner, eds. (Cambridge, American Society of International Law/Cambridge University Press, 1995), p. 169, at pp. 176-177(针对“尼加拉瓜”案指出,“法院同意《友好关系宣言》是对《宪章》的权威解释”。

³³⁰ H. G. Schermers and N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5th ed. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011), p. 854 (提到油污赔偿基金大会就基金组成文书所作的解释); M. Cogen, “Membership, Associate Membership and Pre-Accession Arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT”, *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), p. 145, at 157-158 (提到 2010 年 6 月 17 日欧洲核研究组织一致通过决定,该决定将《欧洲核研究组织公约》的接纳标准解释为属于第 31 条第 3 款(a)项所述的嗣后协定)。

³³¹ 见 E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, *Recueil des Cours*, vol. 159(1978), p. 32 (谈到《友好关系宣言》时指出,“该决议[……]构成了《宪章》全体缔约方对这些基本原则所持观点和由此产生的某些推论的权威表述。鉴于这种情形,《宣言》的法律份量和权威似乎难以否认:它既是确认会员国自己认为习惯法现有准则之构成的决议,又是其所有成员通过嗣后协定和嗣后惯例对《宪章》的解释”); O. Schachter, “General Course in Public International Law” *Recueil des Cours*, vol. 178 (1982), p. 113 (“可把用于解释和‘具体化’《宪章》各项原则(不论是作为一般规则还是针对具体情形)的法律宣示性决议视为缔约方对其现有条约义务的权威解释。在此意义上,这些决议属于解释,且经所有会员国同意,所以完全属于确定的法律渊源。”); P. Kunig, “United Nations Charter, Interpretation of”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 273, at 275(指出,“它们[即大会决议]如果以协商一致的方式获得通过,就能在[……]解释《联合国宪章》方面发挥重大作用”); Aust, 前注 318, 第 213 页(提到联合国大会第 51/210 号决议(“消除国际恐怖主义的措施”)可被视为关于解释《联合国宪章》的嗣后协定)。

³³² 见前注 327, 第 265 页。

³³³ Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), pp. 114-115。

(21) 第 2 段针对国际组织的惯例，而非国际组织某机关的惯例。国际组织的惯例可出自某一机关的惯例，但也可能产生于两个或多个机关的行为。

(22) 缔约方的嗣后协定和嗣后惯例可能“出自或体现在”国际组织的惯例中，有时可能与该组织的此类惯例存在密切联系。例如，在“纳米比亚”咨询意见中，国际法院对《联合国宪章》第二十七条第三项中“同意票”用语所作的解释包括弃权，这主要是依据了该组织有关机关的惯例，同时考虑到当时该惯例被会员国“普遍接受”：

“[……]安全理事会长期以来的议事录提供了大量证据，表明主席的裁决以及安理会理事国、特别是常任理事国采取的立场，已经连贯一致地将一个常任理事国采取的自愿弃权做法解释为并不阻碍决议的通过。安全理事会采用的这一程序自 1965 年修订《宪章》第二十七条以来一直未变，已为联合国会员国普遍接受，并表明了该组织的一种一般惯例。”³³⁴

法院在该案中既强调了国际组织一个或多个机关的惯例，又强调了会员国对该惯例的“普遍接受”，并将这两种因素的结合称为“该组织的一般惯例”。³³⁵ 法院在“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”咨询意见中沿用了这种做法，指出：

法院认为大会被接受的[原文无强调]惯例(有发展)符合《宪章》第十二条第一项。³³⁶

通过使用“大会被接受的惯例”这一说法，³³⁷ 法院即默示确认，代表成员国对一个组织在适用条约时遵循的惯例作出默许，也就是允许确立就相关条约规定的解释达成的协定。³³⁸

(23) 因此，可以合理地认为，“相关惯例通常是指承担执行义务的那一方的惯例”，³³⁹ 这意味着“如果国家依照条约规定委托一个组织执行某些活动，则

³³⁴ “南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果”，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，引文见第 22 页。

³³⁵ H. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two”, *British Year Book of International Law*, vol. 61(1990), 第 61 页，引文见第 76-77 页(提到“法院提及该组织‘的’惯例，很可能是想指这不是该组织作为一个实体在其与国际法其他主体的关系中遵循的惯例，而是在整个组织范围内得到遵循、批准或尊重的惯例。从这个角度看，该惯例[……]不如说是在相关时刻安全理事会其他成员承认此类决议的有效性，实际上是所有会员国以默许接受的方式承认此类决议的有效性。”)

³³⁶ “在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，引文见第 149-150 页。

³³⁷ 同上，引文见第 150 页。

³³⁸ 见结论草案 9 的评注，第 2 段，第 2 句，国际法委员会第六十六届会议报告，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第七章，第 201-205 页，第 13-24 段；M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009)，第 431-432 页，第 22 段；J. Arato, “Treaty Interpretation and Constitutional Transformation”, *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), 第 289 页，引文见第 322 页。

³³⁹ Gardiner, 前注 301，第 281 页。

执行这些活动的方式可以构成条约所称的惯例；但这种惯例是否确立了缔约方关于条约解释的协定，可能需要考虑到其他因素。”³⁴⁰

(24) 同样，在“南极捕鲸”案中，国际法院提到国际捕鲸委员会(既是《国际捕鲸管制公约》³⁴¹ 设立的国际组织名称也是该组织一个机关的名称)无约束力的建议，澄清说这些建议如果经“协商一致或一致表决获得通过，则可能对《公约》或其附表的解释有意义”。³⁴² 然而，法院同时也作出了谨慎的表示：

“[……]澳大利亚和新西兰夸大了其所依据的建议性决议和导则的法律意义。首先，国际捕鲸委员会的许多决议都是在未得到《公约》全体缔约国支持，尤其是未得到日本同意的情况下通过的。因此，这些文书既不能被视为第八条解释方面的嗣后协定，也不构成《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项分别所指的确定缔约方关于条约解释的协定的嗣后惯例。³⁴³

(25) 然而，这一谨慎表示并不排除一个未获全体一致通过的决议可能会产生或表明单个成员国在解释条约时的立场或惯例，而这一立场或惯例可依据第三十二条予以考虑。³⁴⁴

(26) 结论草案 11 第 3 段提及可能对解释国际组织的组成文书有意义的另一个惯例形式：组织自身形成的惯例，即“自身惯例”，有别于成员国的惯例。在一些案例中，国际法院在解释国际组织的组成文书时就考虑了其自身惯例，而没有提及该组织成员国的惯例或成员国是否接受。尤其是，法院表示在解释过程中国际组织的“自身惯例[……]可能值得特别重视”。³⁴⁵

(27) 例如，国际法院在关于“联合国大会接纳国家加入联合国的权限”的咨询意见中指出：

³⁴⁰ 同上。

³⁴¹ S. Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), pp. 37–38; A. Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2005), p. 411.

³⁴² 《南极捕鲸(澳大利亚诉日本：新西兰参与)案》，国际法院 2014 年 3 月 31 日判决书，第 46 段，见<<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>>。

³⁴³ 同上，第 83 段。

³⁴⁴ 见“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，引文见第 149 页(提及大会 1961 年 4 月 15 日第 1600(XV)号决议，联合国文件 A/RES/1600(以 60 票赞成、23 票弃权 and 16 票反对获得通过，反对国包括苏联和“东方阵营”的其他一些国家)；大会 1963 年 12 月 13 日第 1913 (XVIII)号决议，联合国文件 A/RES/1913(以 91 票赞同、西班牙和葡萄牙 2 票反对获得通过)。

³⁴⁵ “国家在武装冲突中使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，引文见第 74 页；另见 D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981, pp. 379-384。

“根据第四条的委托负责决定本组织准入事项的各机关对该文本的一贯解释是，大会只有根据安全理事会的建议才能决定接纳。”³⁴⁶

(28) 同样，在“《联合国特权和豁免公约》第六条第二十二节的适用”案中，法院在提到“联合国”的惯例时，是指该组织各机关的行动：

“实践中，根据秘书长提供的信息，联合国确曾在特定情况下把性质越来越多样化的特派任务托付给不具备联合国官员身份的个人。[……]在所有这些情况下，联合国的惯例表明，得到此类任命的人，尤其是此类委员会的成员，都被视第二十二节所指的特派专家。”³⁴⁷

(29) 在关于海事组织的咨询意见中，国际法院提到“该组织本身在履行《公约》过程中遵循的惯例”可以作为解释资料。³⁴⁸

(30) 在关于“联合国的某些经费”的咨询意见中，法院解释了为什么国际机构包括其下属机关的惯例本身，对国际组织组成文书的解释可能有意义：

在起草《宪章》过程中提出的将《宪章》的最终解释权授予国际法院的建议未被接受；因此法院现在提供的意见是咨询意见。于是，正如1945年预见的那样，各机关必须至少先行确定自身的管辖范围。例如，如果安全理事会通过一项旨在维护国际和平与安全的决议，而根据该决议规定的任务或授权，秘书长发生了债务，则必须推定这些债务构成‘本组织的开支’”。³⁴⁹

(31) 许多国际组织都有相同的特点，即没有规定由一个“最终权威来解释”其组成文书。因此，法院由这一情况得出的结论目前一般被认为适用于国际组织。³⁵⁰ 在“某些经费”咨询意见中，基于国际组织包括其一个或多个机关的某项惯例发现一种前提假定，是确认这种惯例可作为解释手段的方法之一。³⁵¹

³⁴⁶ “联合国大会接纳国家加入联合国的权限”，咨询意见，《1950年国际法院案例汇编》，第4页起，引文见第9页。

³⁴⁷ “《联合国特权和豁免公约》第六条第二十二节的适用”，咨询意见，《1989年国际法院案例汇编》，第177页起，引文见第194页，第48段。

³⁴⁸ “政府间海事协商组织海上安全委员会的组成”，咨询意见，《1960年国际法院案例汇编》，第150页起，引文见第169页。

³⁴⁹ “联合国的某些经费(《宪章》第十七条第二项)”，咨询意见，《1962年国际法院案例汇编》，第151页起，引文见第168页。

³⁵⁰ J. Klabbers, *An Introduction to Institutional Law*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), p. 90; C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), p. 25; J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 80; Rosenne, *supra* note 297, pp. 224–225.

³⁵¹ E. Lauterpacht, “The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours*, vol. 152 (1976), p. 377, at p. 460; N. M. Blokker, “Beyond ‘Dili’: On the Powers and Practice of International Organizations”, in *State, Sovereignty, and International Governance*, G. Kreijen, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2002), pp. 312–318.

(32) 虽然目前公认，按照国际组织机关的惯例来解释该组织的组成文书是有意义的解释方式，³⁵² 但许多著述者对于如何按维也纳解释规则来说明国际组织“自身惯例”对解释的意义，有不同的理解。³⁵³ 这种惯例至少可以被理解为第三十二条规定的补充解释方式。³⁵⁴ 法院通过援引国际组织在一些成员国反对的情况下通过的一些行动，³⁵⁵ 确认这类行动可能构成以解释为目的的惯例，但通常不构成各方就解释达成协定且属于第三十一条第三款规定的(更有份量的)惯例。然而，各著述者基本认可国际组织自身形成的惯例也有助于依上下文并参照条约的目标和宗旨澄清条约术语中的一般含义。³⁵⁶

(33) 委员会在对结论草案 1 的评注中确认，“具体的嗣后惯例和嗣后协定有的能够，有的则不能够帮助确定有关术语在其上下文中以及根据条约的目标和宗旨而具有的通常含义。”³⁵⁷ 就国际组织本身的惯例而言，这些考虑也是相关的。

(34) 因此，国际组织“自身惯例”可能具有的意义可以出自《维也纳条约法公约》第三条第一款和第三十二条。根据这些规定，尤其可以考虑到一个组织本身的惯例包括一个或多个机关的惯例对于按照第三十一条第一款适当确定条约的目的和宗旨(包括有关国际组织的职能)而言具有的意义。³⁵⁸

³⁵² C. Brölmann, “Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations”, in *The Oxford Guide to Treaties*, D. Hollis, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 520–521; S. Kadelbach, “The Interpretation of the Charter”, in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, B. Simma *et al.*, eds. 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 71, at p. 80; Gardiner, *supra* note 301, pp. 127 and 281.

³⁵³ Gardiner, *supra* note 301, p. 282; Schermers and Blokker, *supra* note 330, p. 844; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 187; Klabbbers, *supra* note 350, pp. 89–90; 另见“关于 2001 年 1 月 8 日召回私人持股合法性及此类股份估值适用标准的部分裁决”，2002 年 11 月 22 日，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷，第 183 页，引文见第 224 页，第 145 段。

³⁵⁴ 委员会可以重新审视结论草案 1(4)和 4(3)中“其他嗣后惯例”的定义，以澄清国际组织的自身惯例是否应该纳入该类；该类目前仅限于缔约国的惯例；见国际法委员会第六十五届会议报告，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第四章，第 11-12 页。

³⁵⁵ 前注 344。

³⁵⁶ 国际法院所用的措辞是“其组成文件中具体规定或默示的，以及在实践中发展的宗旨和职能”，“执行联合国公务时所受损害的补偿”，咨询意见，《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页起，引文见第 180 页。

³⁵⁷ 国际法委员会第六十五届会议报告，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第四章，第 19 页，脚注 58；特别见“喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界”，初步反对意见，判决书，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，引文见第 306 和 307 页，第 67 段。

³⁵⁸ 见“与西南非洲领土报告和请愿书有关的问题的表决程序”，咨询意见，劳特帕赫特法官的个别意见，《1955 年国际法院案例汇编》，第 67 页起，引文见第 106 页。(在适当解释基本文书时，必须不仅考虑到原始文书的正式文字，而且要考虑到其实践中的运作并联系本组织存在期间所出现各种趋势。)

(35) 因此, 根据《维也纳公约》第五条, 可以在适用第三十一和第三十二条解释规则解释国际组织组成文书时考虑到该组织的惯例, 包括考虑到其组成特性。³⁵⁹ 因此此类要素有助于查明: 国际组织组成文书某一项规定的含义能否与时俱进? 若能, 又是如何与时俱进的?³⁶⁰

(36) 像第 2 段一样, 第 3 段针对国际组织作为一个整体的惯例, 而非国际组织内某一机关的惯例。国际组织的有关惯例可出自一个机关的行为, 但也可能产生于两个或多个机关的行为。³⁶¹ 由于目前普遍要求国际组织不得越权, 有一种理解是只有在国际组织具备职权的情况下, 其惯例才对组成文书的解释有意义。³⁶²

(37) 结论草案 11 第 3 段基于委员会以往的工作。结论草案 5 论及结论草案 4 中定义的“嗣后惯例”, 涉及在适用条约时缔约方的行为。结论草案 5 并不意味着国际组织的自身惯例不能基于第三十一和第三十二条对条约的适用产生意义。委员会在对结论草案 5 的评注中解释说:

“国际组织的决定、决议和其他惯例本身可能对条约的解释有意义。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》第二条(j)项就确认了这一点, 其中提到“组织的既定做法”, 将其作为‘该组织的规则’的一种形式。”³⁶³

(38) 结论草案 11 第 4 段体现了《维也纳公约》第五条且在拟定过程中借鉴了该条。该段适用于第 1 至 3 段所述情形并确保第 1 至 3 段的规则可以适用而且进行解释和适用时“对该组织任何有关规则并无妨碍”。“该组织的规则”一词应按照 1986 年

³⁵⁹ 评论家们正在就以下问题进行辩论, 即: 某些国际组织具体的机构性质, 加上其组成文书中所显示的原则和价值, 是否也能够导致人们借鉴国家宪法, 对此类文书作出“宪法性”解释? 例如, 见 J.E. Alvarez, “Constitutional Interpretation in International Organizations”, in *The Legitimacy of International Organizations* J.-M. Coicaud and V. Heiskanen, eds. (Tokyo, United Nations University Press, 2001), pp. 104-154; A. Peters, «L'acte constitutif de l'organisation internationale», in E. Lagrange, J.-M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales* (Paris, LGDJ, 2013), pp. 216-218; M. Wood, “‘Constitutionalization’ of International Law: A Sceptical Voice”, in K. H. Kaikabad, M. Bohlinger (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009), pp. 85-97.

³⁶⁰ 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲) 对各国法律后果, 咨询意见, 《1971 年国际法院案例汇编》, 第 31-32 页, 第 53 段; 见结论草案 3, 国际法委员会第六十五届会议报告, 《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 第四章, 第 12 和第 24-30 页; O. Dörr, “Art. 31 General rule of interpretation”, in *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Heidelberg, Springer, 2012), p. 537, para. 31; Schmalenbach, *supra* note 298, p. 92, para. 7.

³⁶¹ 见上文第(21)段。

³⁶² “联合国某些经费(《宪章》第十七条第二项)”, 咨询意见, 《1962 年国际法院案例汇编》第 151 页起, 引文见 168 页(“但如果该组织采取行动证明其言论, 即这样做对于实现联合国明文规定的宗旨之一是适当的, 就可推定这种行动没有超越该组织的权力。”)。

³⁶³ 国际法委员会第六十五届会议报告, 《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 第四章, 第 45 页, 第 14 段。但委员会可参照结论草案 11 重新审结论草案 5, 以澄清其关系。另见前注 354。

《维也纳条约法公约》第二条第一款(j)项和 2011 年《关于国际组织的责任条款》第二条(b)项作相同理解。

(39) 委员会在其 2011 年《关于国际组织的责任条款》总评注中表示：

“各国际组织之间在以下方面有很大的不同：权力和职能、成员国数目、组织与成员的关系、辩论程序、结构和设施以及约束国际组织的主要规则包括条约义务。”³⁶⁴

(40) 第 4 段暗示，除其他外，国际组织组成文书或更具体的“有关(解释)规则”可能优先于《维也纳公约》所规定的一般解释规则。³⁶⁵ 例如，如果组成文件所含条款规定组成文书的解释需要遵循特别程序，则应推定缔约方在订立条约之后达成第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定无意规避该程序。但是，如果条约规定的特别程序和第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定“服务于不同的功能且具有不同的法律效力”，它们则可能相互兼容。³⁶⁶ 组成文书很少含有关于其解释的明确程序性或实体性规则³⁶⁷。具体的“有关(解释)规则”无需在组成文书中写明；这些规则也可以隐含在组成文书中，或出自“该组织既定惯例”。³⁶⁸ “该组织既定惯例”从含义范围上说比“该组织的惯例”要窄。

(41) 委员会在对《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第二条(j)项的评注中指出，一个组织的某项惯例的重要性可能取决于相关组织组成文书所表述的该组织的特定规则和特征：

确实，大多数国际组织若干年后会形成一套惯例，作为其规则的组成部分。但是，“既定做法”的概念绝不表示惯例在所有组织中享有相同的地位；相反，每个组织在这方面各有其特点。³⁶⁹

³⁶⁴ “关于国际组织的责任的条款草案”，总评注，第 7 段，(国际法委员会第六十五届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第五章，第 70 页，第 88 段)。

³⁶⁵ 例如，见 Klabbers, 前注 350, 第 88 页; Schmalenbach, 前注 298, 第 89 页, 第 1 段和第 96 页, 第 15 段; Brämann, 前注 352, 第 522 页; Därr, 前注 360, 第 538 页, 第 32 段。

³⁶⁶ 世贸组织，上诉机构报告，美国影响丁香烟生产和销售措施案，WT/DS406/AB/R，2012 年 4 月 4 日，第 252-257 段。

³⁶⁷ 大多数所谓的解释条款确定哪个机关有权权威地解释条约或其中某些条款，而不是制订“关于”解释本身的具体规则，见 C. Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms* (Berlin/Heidelberg, Springer, 2007), 第 26-27 页; Därr, 前注 360, 第 537 页, 第 32 段。

³⁶⁸ 见《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》，第二条(j)项；国际法委员会关于国际组织的责任的条款草案，第二条(b)项，国际法委员会第六十三届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第五章，第 54 页；C. Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), pp. 617-642。

³⁶⁹ 国际法委员会第三十四届会议报告，《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 10 号》(A/37/10)，第 2 条(1)(j)，第二章，第 21 页，第 25 段。

(42) 在此意义上，“组织的既定做法”也可能成为国际组织组成文书的一种解释手段。1986年《维也纳公约》第二条第一款(j)项和《关于国际组织的责任条款》草案第二条(b)项，³⁷⁰ 都将“组织的既定做法”认定为“该组织的规则”。这种做法会在不同组织中产生不同的法律效力。主要应该按国际法传统渊源(条约或习惯)还是组织法的渊源来解释这种效力，这一点并不总是很清楚。³⁷¹ 虽然很难作出概括，但“组织的既定做法”通常包含一种具体形式的惯例，³⁷² 这种做法得到该组织成员的普遍接受，尽管有时是默示接受。³⁷³

³⁷⁰ 国际法委员会第六十三届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第五章，第52页。

³⁷¹ Higgins, 前注324, 引文见第121页(“条约解释的若干方面与这一领域的习惯做法融合得非常接近”); Peters, 前注368, 引文见第631页(“应视为该组织的一种习惯国际法”); 将组织已确立的做法”限定为所谓的内部规则是没有说服力的, 因为委员会表示, “采用一个组织的‘内部’法这个提法会出现一些问题, 因为虽然这种法律有其对内的一面, 但在其他方面还有国际性质”, 国际法委员会第三十四届会议报告, 《大会正式记录, 第三十七届会议, 补编第10号》(A/37/10), 第2条(1)(j)评注, 第二章, 第21页, 第25段; Schermers and Blokker, *supra* note 330, at p. 766; but see C. Ahlborn, *The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility*, *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), 397, at pp. 424–428.

³⁷² Blokker, 前注351, 第312页。

³⁷³ Lauterpacht, 前注351, 第464页(“全体成员普遍的同意”); Higgins, 前注324, 第121页(“此处, 长度和默认的程度可能需要比别处弱一些, 因为联合国机关无疑具有作出此类[关于其自身管辖权和职权]决定的最初权威”); Peters, 前注368, 第633-641页。

第九章 与武装冲突有关的环境保护

A. 引言

130. 国际法委员会在第六十五届会议(2013年)上决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入其工作方案，并任命玛丽·雅各布松为本专题特别报告员。³⁷⁴

131. 委员会在第六十六届会议(2014年)上审议了特别报告员的初次报告(A/CN.4/674和Corr.1)。³⁷⁵

B. 本届会议审议此专题的情况

132. 委员会本届会议收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/685)，在2015年7月6日至10日和7月14日的第3264次至第3269次会议上审议了这份报告。

133. 委员会在2015年7月14日第3269次会议上将特别报告员第二次报告³⁷⁶所载序言段落和原则草案1至5送交起草委员会，对此的理解是，送交关于“用语”这项规定的目的是便利讨论，起草委员会在目前阶段可暂不处理。

³⁷⁴ 这项决定是在2013年5月28日委员会第3171次会议上作出的。《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第167段。本专题的大纲见同上，第六十六届会议，《补编第10号》(A/66/10)，附件E。

³⁷⁵ 同上，《第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第186-222段。

³⁷⁶ 特别报告员在其第二次报告(A/CN.4/685)中提出的案文读作如下：

“序言

原则的范围

本原则适用于与武装冲突有关的环境保护。

宗旨

这些原则旨在通过防止和恢复措施加强与武装冲突有关的环境保护。这些原则还旨在最大限度地减少武装冲突期间对环境的附带损害。

用语

为了本原则的目的，

(a) “武装冲突”指国家间诉诸武力或政府当局与有组织武装团体之间或一国内部的这种团体之间长时间诉诸武力情形；

(b) “环境”包括非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动植物和这些因素之间的相互作用，以及景观的特征。

134. 在 2015 年 7 月 30 日第 3281 次会议上,起草委员会主席介绍³⁷⁷ 了起草委员会关于“与武装冲突有关的环境保护”的报告,其中载有起草委员会在第六十七届会议上暂时通过的导言部分规定和原则草案 1-(x)和 2-5(A/CN.4/L.870),³⁷⁸ 这些

原则 1

自然环境属民用性质,不可作为攻击目标,除非且直至其部分成为军事目标。应按照适用的国际法,特别是国际人道主义法,尊重和保护环境。

原则 2

在武装冲突期间,应适用国际人道主义法的基本原则和规则,包括攻击中采取谨慎预防措施原则、区分原则和相称原则以及关于军事必要性的各项规则,以促进对环境予以尽可能强有力的保护。

原则 3

在评估对于实现合法军事目标而言何为必要和相称时,必须考虑到环境因素。

原则 4

禁止作为报复而对自然环境进行攻击。

原则 5

各国应在武装冲突开始前或至少在其发生之初把具有重大生态意义的地区指定为非军事区。”

³⁷⁷ 起草委员会主席的发言可从委员会网站上查阅,网址为: <<http://legal.un.org/ilc>>。

³⁷⁸ 起草委员会暂时通过的案文读作如下:

“导言

范围

本原则草案适用于武装冲突之前、期间和之后的环境保护。

宗旨

本原则草案旨在通过最大限度地减少武装冲突期间对环境损害的预防措施以及通过补救措施,加强与武装冲突有关的环境保护。

第一部分

预防措施

原则草案 1-(x)

指定受保护区

国家应当以协议或其他方式,指定具有重大环境和文化意义的区域为受保护区。

第二部分

适用于武装冲突期间的原则草案

原则草案 2-1

武装冲突期间对[自然]环境的总体保护

1. 应按照适用的国际法,特别是武装冲突法,尊重和保护环境。
2. 应注意保护环境免遭广泛、长期和严重的损害。
3. 除非[自然]环境成为军事目标,否则任何一部分都不得受到攻击。

原则草案 2-2

对环境适用武装冲突法

条文草案可在委员会网站上查阅。委员会注意到起草委员会提出的导言部分规定和原则草案。预计在下届会议上将审议这些原则草案的评注。

1. 特别报告员介绍第二次报告

135. 第二次报告的目的是找出对“与武装冲突有关的环境保护”问题具有直接相关性的现有武装冲突规则，并对此类规则开展研究。报告中还载有一份序言和五条原则草案提案。序言段落包括关于条款草案的范围、宗旨和用语的规定，为原则草案的目的限定了“武装冲突”和“环境”的用语含义。关于“武装冲突”和“环境”的措辞建议已经在初次报告中提出。原则草案 1 载有关于武装冲突期间保护环境的规定，属于一般性规定。原则草案 2 涉及对环境适用武装冲突法的问题，原则草案 3 处理在追求军事目标的过程中评估何为必要和相称时考虑到环境因素的必要性。原则草案 4 载有禁止以攻击环境作为报复手段的规定，原则草案 5 涉及将具有重大生态意义的地区划定为非军事区域。特别报告员在介绍报告时澄清说，当初提出采用“原则”形式，因为这是最恰当的工作结果，可以提供涵盖本专题所有阶段的灵活性。关于拟议的序言，特别报告员再次提到，她对“用语”这一规定是否必要抱有疑问，但是她说，从委员会一些委员和有些国家就这样一个条款所表示的意见看，现在就加以排除尚为时过早。将结合本届会议的讨论再度评估这条规定的必要性。

136. 特别报告员表示，除了研究武装冲突期间适用的法律之外，报告还处理了方法和渊源的某些方面。报告还简要阐述了委员会上届会议过程中的讨论情况，提供了关于国家的意见和惯例以及关于若干相关判例法的信息。关于各国提供的资料，特别报告员指出，由于各国选送的信息涉及不同问题，这些资料十分庞杂，因此难以得出意义过于深远的结论。不过，有两个结论值得强调，一个是，关于和平时期的军事义务的大多数条例都是近期的，另一个是，多边行动越来越多地在相对较新的环境规章框架内开展。至于报告中有关判例法的一节，特别报告员提请注意，在分析案例方面存在的挑战是，需要分清财产、生计、自然、土地和自然资源，这些显

应对[自然]环境适用武装冲突法，包括关于区分、相称性、军事必要性和攻击中采取预防措施的原则和规则，以期保护环境。

原则草案 2-3 环境因素

适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

原则草案 2-4 禁止报复

禁止作为报复而对[自然]环境进行攻击。

原则草案 2-5 受保护区

以协议指定为受保护区的具有重大环境和文化意义的地区，只要不包含军事目标，应保护其不受任何攻击。

然都与人权有关系，尤其是在土著人民受到影响的地方。她的结论是，回到这个问题上来是有道理的。

137. 第二次报告的核心涉及武装冲突期间适用的法律。报告分析了直接适用的条约规定和武装冲突法的有关原则，如区分原则、相称原则和攻击中的谨慎原则以及关于军事必要性的规则。但特别报告员强调，由于委员会的任务不是修订武装冲突法，报告避免对此类规定的操作性解释加以分析。因此，报告仅限于弄清，规定的适用是否也覆盖旨在保护环境的措施。

138. 报告还处理了保护区的问题，并审视了关于非军事区、无核武器区以及与本专题有关的自然遗产区和重大生态意义地区的法律框架。特别报告员指出，这一节的目的是分析各种环境区与文化遗产区之间的关系以及土著人民对于其环境作为一种文化和自然资源而具有的权利。

139. 特别报告员还提醒注意第二次报告没有提到的某些问题，包括马顿斯条款、多边行动、联合国赔偿委员会的工作和占领局势，都将结合与第三阶段——冲突后义务——同样具有的相关性在第三次报告中分析所有这些问题。

140. 特别报告员最后说明了拟议的未来工作方案，她提到，她的第三次报告将包含关于冲突后措施的提案，包括合作、信息分享和最佳做法以及恢复措施。第三次报告还争取将三个时间段的周期收尾，因此将分为三个部分。第一部分的重点是冲突后形势下适用的法律，第二部分处理尚未研究过的问题，如占领，第三部分简要分析所有这三个阶段。特别报告员表示有意与其他实体和区域性组织继续磋商，并且说，如果各国能继续提交与本专题有关的国家法规和判例法资料将会是有帮助的。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

141. 有的委员重申对这一专题的重视，不仅指出了专题的当代相关性，而且也提到了所带来的挑战，尤其是尝试在保障武装冲突法之下现有合法权益与保护环境之间取得恰当平衡方面。有意见认为，为了取得这种平衡，首先就要深入分析“广泛、长期和严重损害”的概念以及对这些标准适用的尺度。

142. 有些委员承认，第二次报告的目的是找出与环境保护直接相关的现有武装冲突规则。同时，也有些委员强调，需要从方法上研究国际环境法的规则和原则，以便审议这些规则和原则在武装冲突期间是否可继续适用以及它们与该法律制度的关系。这种性质的分析是整个专题的关键，尤其是目前正在讨论的第二阶段的关键。这方面的建议是，这种系统化审查应当采用委员会 2011 年通过的关于武装冲突对条约的影响的条款草案作为起点。虽然承认武装冲突法在武装冲突期间原则上是作为特别法适用的，但同时还说，如果不排除国际环境法的并行适用，就能避免出现法律空白。委员会在处理关于灾害事件中对人的保护的专题中类似问题时使用的就是这种办法。有些委员还提醒注意其他法域与本专题的相关性，如人权，并鼓励特别报告员进一步研究这些法域相互关联的方式。在这方面，有建议说，应当处理打算如何让本专题与关于国际人道主义法和国际人权法之间关系的辩论开展互动的

问题。这一分析既要争取澄清落实环境保护的方式，也要澄清这种保护如何与相关的人权保护相配合。

143. 同样从方法的角度看，有些委员告诫说，不要试图简单地把武装冲突法适用于保护平民或民用物体的条款照搬于环境保护。武装冲突法的物、人、时适用范围都不能不尊重。有建议说，制定专门的环境保护规则，而不是通过简单地说环境是民用性质来填补环保制度在武装冲突期间的空白，或许更为恰当。

144. 报告中关于国家惯例的详细材料和对适用规则所作的分析受到了普遍欢迎，但也有些委员说，能够从中得出什么结论，又怎样将这些信息引入拟议原则草案的商讨和内容，都不清楚。有的委员强调，委员会需要了解怎样在工作中利用这些信息，惯例是否代表了习惯国际法、新出现的规则或新的趋势。还有人表示认为，武装冲突法之下与环境保护有关的一些规则似乎并没有反映出习惯国际法。因此，委员会不得不考虑最后的结果将在何种程度上有助于拟议法的发展。

145. 关于原则草案中使用的术语，若干委员对概念缺乏一致性提出了质疑，尤其是关于“环境”和“自然环境”等用语，案文中的用法前后不一，造成混乱。另外，委员们普遍对于把关于范围、宗旨和用语的规定放在序言部分提出疑问。虽然他们理解特别报告员关于这些规定本身不是“原则”的看法，但还提到了委员会过去的做法，鼓励特别报告员考虑这些规定的位置，包括把其中某些内容调整到原则草案的执行部分。但是另外还有人建议，可以把这些内容一并放在一个引导性标题之下。

146. 关于专题的结果和形式，有些委员表示倾向于条款草案，因为这更符合有些拟议原则草案中所使用术语的规范性质。若干委员对特别报告员拟订原则草案的建议表示支持。对于委员会有些委员认为委员会只是在影响国际法发展的愿望推动下才采用原则形式，而不是要奠定规范性规定的看法，他们并不同意。他们认为，虽然原则比规则较为一般和抽象，但的确具有法律意义。另外还提出，如果意图并不是要制定一项新的公约，原则草案的形式就尤其适当。另外还指出，委员会可能并不希望把自己仅限于原则范围，而是也可能提出建议或最佳做法。有若干委员认为，原则草案的结构应与时间段看齐，而且还认为，由于有些原则草案的跨度超过一个时段，严格按时段划分既不可取，也不可行。

(b) 范围

147. 关于专题范围的局限性开展了充分讨论。有些委员指出，增加一个门槛要素，表明专题的目标是处理武装冲突期间对环境造成某种程度损害的情况，可能是有帮助的。虽然有广泛的一致意见认为，国际武装冲突和非国际武装冲突都应置于专题范围之内，但也提到需要澄清如何体现这两类不同冲突的差别。有意见指出，如果委员会决定采用单一制度覆盖这两类武装冲突，这是自有其优点的办法，那就必须清楚表明为此所应该采取的方法。若干委员还强调，需要进一步研究在非国际武装冲突背景下非国家行为者的惯例。

148. 关于特定武器的问题，对于原则草案作为现行法律是否适用于核武器和其他大规模毁灭性武器，表示出了分歧意见。从各国批准 1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约附加议定书》时所作《关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第

一附加议定书》)不适用于核武器的声明看,有人建议原则草案用“不妨碍”条款处理这个问题。另外还有意见表示,可能需要在武器问题上进一步澄清本专题的范围。

149. 有些委员认为,自然和文化遗产应当排除在范围之外,尽管也认为这个问题与环境有重要联系,需要处理。有些委员还强调,明确区分人的环境与自然环境十分重要,他们认为前者概念属于专题范围之外。有些委员强调,开采自然资源与专题范围没有直接关系,但有建议说,应当处理影响自然资源的行动导致人权受到侵犯的问题。另外,有些委员认为,原则草案应当包括关于土著人民与环境之间特殊关系的一项规定。

150. 有些委员提到了他们认为拟议原则草案中存在的某种空白,提出了关于增设规定的各种提案。在这方面若干委员认为,应当如《第一附加议定书》第三十五条第三款所列,在原则草案中禁止“使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段”。有的委员虽然承认这是一个高门槛规定,但认为至少这提供了一个最低标准。另外还提到了该附加议定书第五十五条第一款提出的保护义务,即“在作战中,应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害”。有人建议在原则草案1或另外一条单列原则草案中体现这条规定。还有意见认为,应该在原则草案中体现《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》³⁷⁹“不为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、持久或严重后果的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害的手段”的义务。有意见认为,原则除了在习惯国际法中的地位存在不确定性之外,其相对于当代国际环境法的价值也难以辩护。另有建议说,原则草案应当采用大会1992年11月25日第47/37号决议的措辞,禁止非为军事必要而滥肆破坏环境。原则草案1似乎没有涵盖这个方面,提到的是“攻击”而并不一定是“破坏”概念。

151. 有些委员表示遗憾说,报告中关于国家立法对环境保护的重要性的阐述没有被转化入原则草案。因此,建议单列一条原则草案反映各国应当承担义务通过符合适用的国际法的立法措施保护环境。

(c) 宗旨

152. 若干委员表示认为,关于宗旨的拟议规定具有不当限制性。除了预防和恢复措施之外,原则草案还包含了禁止性条款以及采取谨慎措施的的义务。有几位代表建议删掉“附带”一词。据指出,这样做的目的是尽量减少一切损害,无论附带与否。另外建议,应当区分故意损害和附带损害。有意见认为,可单列一条原则草案处理附带损害的问题,但有些委员认为需要进一步分析这个用语。

(d) 用语

153. 若干委员支持在原则草案中纳入关于用语的规定,这样一条规定将有助于恰当确定案文的范围和澄清所要处理的议题。但是有人提出,就本专题目的而言,界

³⁷⁹ 联合国,《条约汇编》第1108卷,第151页。

定“武装冲突”和“环境”用语的任何尝试都必须谨慎，其中涉及的问题十分复杂。关于“武装冲突”的定义，若干委员说，其含义之宽泛足以涵盖非国际性武装冲突，这类冲突更为常见，更难管控，对环境的损害也更大。另有建议说，可能需要作出某些澄清，确保原则草案仅适用于持续使用武力达到某一密度水平的局势。这样就能把纯粹执法性质的国内动乱局势排除在本专题范围之外。不少委员对于界定“环境”的宽泛方式提出疑问，并且建议，保护范围应当仅限于同武装冲突局势有关的环境。在这方面有意见认为，从处理和平时期局势的文书中借用一个定义直接套用在武装冲突局势上是不可能的。

(e) 原则草案 1

154. 有些委员对原则草案 1 表示支持，但另有一些委员对于将整个环境贴上“民用性质”的标签表示关切，他们认为这样做过于宽泛和含混。这种提法似乎暗示整个环境等同于“民用物体”的概念，会在适用区别原则时造成重大困难。据指出，武装冲突法并没有抽象地处理人或物的保护问题。因此，表示环境保护规则的较恰当方法是提到具体的部分或特征。另外还建议将环境定义为一种民用物体。这种办法有助于将保护归类到适用于保护民用物体的规则之下，但也有意见认为，这种规则不可能自动适用于环境。有意见指出，民用物体变成军事目标的情形，以及全部还是部分变成军事目标的界限，都需要澄清。另外有一些委员强调，尽管环境当中包含民用物体，但不能把环境本身看作是一种民用“物体”。

155. 有些委员提请注意原则草案 1 的第二句，他们认为可以把这作为第一项原则，首先处理整个环境保护问题，然后是环境的各个组成部分。因此，应当把第二句和第一句的位置颠倒过来，或者索性在一条单列的原则中加以处理。另外还建议澄清“适用的国际法”，并说明国际人道主义法下的有关规则。

(f) 原则草案 2

156. 委员们对原则草案 2 的主旨普遍表示赞同，尽管也对“尽可能强有力”的保护这一措辞表示了关切。据指出，这种表达方式并没有准确反映国际人道主义法的要求，其中规定了采取可行谨慎措施避免和在任何情况下尽量减少超出实际军事优势的损害的义务。另外，有意见指出，这一措辞似乎不承认在某些情况下，既要保护平民又要保护环境是不可能达到这些标准。另外有人表示认为，需要按照环境的具体情况调整在这一条中提到的原则，并且参照原则草案 1 所述环境的民用地位澄清这些原则的适用性。关于谨慎原则，有意见指出，应当澄清对规定的“损害”评估所适用的标准，尤其是这一标准是否有别于“广泛、严重和长期损害”标准。另外还提到，应当澄清相称性原则对失去保护的环境部分的适用性问题。有人建议应当在草案中具体提到人道原则。

(g) 原则草案 3

157. 若干委员对原则草案 3 表示支持，他们注意到这一草案取自国际法院关于核

武器的咨询意见。³⁸⁰ 但是，也有人表示认为，国际法院当时似乎是结合禁止使用武力而不是战时法处理环境考虑的，这就使原则草案 3 的提法出现了问题。也有反方意见认为，国际法院咨询意见中提到的确实是战时法。另外还提请注意的是，在有些情况下环境考虑完全没有相关性，规定当中应列入承认这一点的但书说明。有人建议说，原则草案 3 的措辞内容应当澄清在评估必要性和相称性时如何考虑环境因素。在这方面，有意见指出，“环境因素”需要恰当定义，澄清这种考虑因素的界限。有一项建议是，增加一句措辞，说明此种评估应当客观完成，并以当时可得的信息为依据。有些委员注意到原则草案 2 和 3 有某些重叠，因此提出是否能将这两条原则草案合并。但有人提出，原则草案 3 比原则草案 2 更为具体，应当保留。

(h) 原则草案 4

158. 若干委员注意到，原则草案 4 体现了《第一附加议定书》第五十五条第二款的规定，并对此表示支持。一种绝对禁止规定似乎是适当的，假如环境或环境的某些部分成为军事目标，则对攻击环境的行为就应适用其他规则。因此，低于绝对禁止的任何内容似乎都没有道理。另有意见认为，禁止只能作为条约义务存在，而不是习惯法规则，这一事实可在评注中加以解释，委员会的任务不是编写习惯法规则目录。但是，其他一些委员认为，禁止报复并不是习惯国际法之下得到普遍接受的规则，这一事实关系重大，应当在原则草案中有所体现。因此，这些委员对于特别报告员拟议用这种绝对措辞起草禁止规定表示质疑。另外有意见说，在特殊情况下，把交战报复作为对另一方的非法行动作出反应的强制措施可被视为合法。在这方面，提到了各国对《第一附加议定书》第五十五条第二款所作的保留以及红十字国际委员会习惯国际法研究中的报复定义。³⁸¹ 原则草案针对的是所有武装冲突，既包括国际武装冲突也包括非国际武装冲突，就此而言提请注意的事实是，无论是《日内瓦四公约》共同的第三条还是《第二附加议定书》都没有具体规定禁止交战报复。因此，应当重新起草这一原则草案，附带适当的但书说明。但也有意见表示，这是委员会在逐步发展国际法方面不妨进入的一个领域，以便将禁止报复扩展到非国际性武装冲突。

(i) 原则草案 5

159. 原则草案 5 涉及在军事冲突之前或之初将有重大生态意义的地区指定为非军事区，若干委员对这条草案的主旨表示支持，但他们同时也认为，这提出了若干重要问题，对于这样一条规定的实际适用及其规范性影响，都需要进一步研究。不过也有人对于这项原则草案的法律基础及其实现表示怀疑。

160. 有些委员认为，这条规定与第一阶段即平时时期的义务有关，其他一些委员指出，这也可适用于第二阶段即武装冲突期间，或甚至是关于冲突后义务的第三阶段。因此有人建议扩展原则草案 5 的时间范围，并处理这种非军事区对冲突其他当

³⁸⁰ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页。

³⁸¹ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vols. I and II (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

事方的法律影响，包括不对之实施攻击的义务。有意见认为，冲突各方就设立此种地区缔结相互之间的协定所能提供的保护程度高于单方面的指定，原则草案应当列有这方面的措辞。有些委员还表示认为，文化和自然遗址应当划入这一条款草案的范围。有一项建议是，关于无核武器区的环境保护，以及关于第三国落实所承担的尊重这类地区的义务的必要性，可单列一条原则草案。

161. 若干代表鼓励特别报告员在下次报告中进一步详细分析这一原则草案涉及到的复杂法律和实际问题，并制订拟议的制度。

(j) 今后的工作方案

162. 一些委员表示支持特别报告员的建议，在第三次报告中处理冲突后局势中适用的法律和第二阶段尚未审议的问题，并提出对这三个阶段的概要分析。但也有意见认为，现在并不完全清楚特别报告员打算在第三次报告之后如何处理这一专题，希望能够对此作进一步澄清。有建议说，为了便利开展工作，可拟订一份特别报告员设想的原则草案的纲要。

163. 关于在第三次报告中要审议的具体问题，有意见表示认为，特别报告员应更深入地分析对可能有害影响自然环境的战争手段和方法加以限制的其他国际人道主义法条约，尤其是审视新技术和新武器的发展动态。一些委员对于特别报告员打算结合第二和第三阶段审议占领问题表示欢迎。另外还建议，特别报告员拟订关于武装部队培训和编写及散发有关教材的原则草案。最后，有人表示认为，特别报告员应当提出关于国际组织从法律方面增进与武装冲突有关的环境保护的方法和手段的议案。一些委员鼓励特别报告员相应于不同时段编排未来原则草案的结构。

164. 有些代表对于特别报告员打算继续与其他实体如红十字国际委员会、教科文组织和环境署以及区域性组织开展磋商表示欢迎。他们也同意认为，如果各国能继续提供立法实例和有关的判例法将会是有帮助的。

3. 特别报告员的总结

165. 从全体辩论过程中提出的关于报告和原则草案的编排和方法的评论看，特别报告员认为，应该澄清，专题的总体纲要由若干组原则草案构成，按照其功能用途分门别类，以便尽可能反映三个时间阶段。另外还重申，本报告中提出的原则草案与第二时间段(即武装冲突期间)相关，这是报告的重点。因此，原则草案的位置和编号应该从这个角度看，所以是临时性的，在未来的一份报告中还要加上关于第一和第三时间段的原则草案。特别报告员同样认为，这一专题需要一份妥当的序言，可在这个进程的某个较迟阶段拟订。另外，特别报告员强调，武装冲突期间另外还可适用哪些规则，包括国际环境法的规则和原则，是本专题的核心问题，因此，她完全同意关于需要处理这些问题的评论。但是，第二次报告的重点是找到武装冲突法中与环境有关的规则和原则，就此而言，在这一研究中增添其他法域是不可能的。这样一番研究将在以后的某个阶段进行。

166. 关于原则草案中既使用“环境”又使用“自然环境”的用语的问题，特别报告员在答复时解释说，这样做背后的理由关系到专题的范围，专题是宽泛的，提到的用语是“环境”。因此这必须体现在关于范围和宗旨的规定中。但是，关于第二阶段的原则草案反映的是武装冲突法的条款，而这些条款中使用的概念是相对狭义的，即“自然环境”。为了不被误解为扩展武装冲突法的范围，在这一具体问题上保留了自然环境一语。这两个用语想要把握的就是这个区别。

167. 特别报告员指出，原则草案 1 引起了不少辩论。她澄清说，“环境属民用性质”这一拟议措辞是参考了武装冲突法中民用物体和军事目标之间的区分原则，也就是说，就武装冲突法的适用而言，环境属于这两类中的某一类，非此即彼。她在措辞中想要把握的就是这一概念。她没有把环境称为一种民用“物体”，因为这可能引起混乱，尽管她认为环境的组成部分可以构成一种民用物体。不过，她同意认为，把整个环境贴上“物体”的标签是不妥当的。由于这一提法造成了某种混淆，她认为较好的办法或许是避免今后在原则草案中继续使用。

168. 关于“附带损害”一语，特别报告员说，这个概念几乎已经成了平民和民用财产由于某种合法攻击而可能受到的损害的同义词，与相称性原则直接相联。考虑到辩论中提出的评论，特别报告员建议，可从原则草案中删去这个用语。

169. 有些委员表示认为，禁止报复不是习惯国际法下的一条规则，对此，特别报告员强调说，本专题的目的不是要建立习惯法规则，而是要订立一种标准。另外，由于《第一附加议定书》的缔约国数目众多，如果委员会不能承认这一重要的禁止或加以贬低，将是令人遗憾的。

170. 最后，特别报告员表示认为，对于武装冲突法中使用的某些术语，委员会试图处理门槛问题是不妥当的，尤其不应像有些委员所建议的那样涉及《第一附加议定书》第三十五条和第五十五条。

第十章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 引言

171. 委员会在第五十九届会议(2007年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案,并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。³⁸² 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。³⁸³

172. 特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008年)收到并审议了初步报告,第六十三届会议(2011年)收到并审议了第二次和第三次报告。³⁸⁴ 委员会第六十一届(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议本专题。³⁸⁵

173. 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)收到并审议了特别报告员提交的初步报告,第六十五届会议(2013年)收到了她的第二次报告,第六十六届会议(2014年)收到了她的第三次报告。³⁸⁶ 委员会在特别报告员第二和第三次报告提出的条款草案基础上,迄今为止暂时通过了五条草案及相关评注。关于术语的使用的第2条草案案文仍处在拟订过程中。³⁸⁷

B. 本届会议审议此专题的情况

174. 委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/686)。委员会在2015年7月16日和7月21日至24日的第3271至3278次会议上审议了该报告。

³⁸² 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。

³⁸³ 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。

³⁸⁴ 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)。

³⁸⁵ 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。

³⁸⁶ A/CN.4/654(初次报告);A/CN.4/661(第二次报告)以及A/CN.4/673和Corr.1(第三次报告)。

³⁸⁷ 《大会正式记录,第六十八届会议,补编第10号》(A/68/10),第48和第49段。在2013年6月7日第3174次会议上,委员会收到起草委员会的报告并暂时通过了第1、3和4三条草案,在2013年8月6日和7日第3193至3196次会议上通过了相关评注。《大会正式记录,第六十九届会议,补编第10号》(A/69/10),第48和第49段。在2014年7月25日第3231次会议上,委员会收到了起草委员会的报告并暂时通过了第2条草案(e)款和第5条草案,在2014年8月6日和7日的第3240至3242次会议上通过了相关评注。

175. 委员会在 2015 年 7 月 24 日第 3278 次会议上决定将特别报告员拟议的第 2 条草案(f)款和第 6 条草案³⁸⁸ 送交起草委员会。

176. 起草委员会主席在 2015 年 8 月 4 日第 3284 次会议上提交了³⁸⁹ 起草委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”的报告，其中载有起草委员会在第六十七届会议上暂时通过的第 2 条草案(f)款和第 6 条草案(A/CN.4/L.865)，³⁹⁰ 可在委员会网站上查阅。委员会注意到起草委员会提交的条款草案。预计将在下届会议上审议条款草案的评注。

³⁸⁸ 特别报告员在第四次报告中提出的、经更正的案文如下：

“第 2 条草案

定义

为本条款草案的目的：

(f) “以官方身份实施的行为”指国家官员在行使政府权力要素时实施的、其性质构成法

院地国可对其行使刑事管辖权的罪行的行为。

第 6 条草案

属事豁免的范围

1. 国家官员以官方身份行事时享有属事豁免，无论在其任期之内还是任期届满后。
2. 此种属事豁免仅适用于国家官员在任期之内以官方身份实施的行为。
3. 属事豁免适用于符合本条款草案第 1 款和第 2 款所述条件的前国家元首、前政府首脑和前外交部长。”

³⁸⁹ 起草委员会主席的发言可查阅委员会网站<<http://legal.un.org/ilc>>。

³⁹⁰ 起草委员会暂时通过的案文如下：

“第 2 条草案

定义

为本条款草案的目的：

.....

(f) “以官方身份实施的行为”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为。

第 6 条草案

属事豁免的范围

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。
2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。
3. 根据第 4 条草案享有属事豁免的个人任期届满后，继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

1. 特别报告员介绍第四次报告

177. 第四次报告延续了第三次报告(A/CN.4/646)开始的关于属事豁免规范性要素的分析。由于第三次报告已经处理了这种豁免的主体范围(此种豁免的受益人),第四次报告专门审议尚未讨论的实质范围(“以官方身份实施的行为”)和时间范围。作为分析结果,报告还载有第2条草案(f)款的拟议案文,为豁免的一般目的界定了“以官方身份实施的行为”,以及关于属事豁免实质和时间范围的第6条草案,其中具体提到了属事豁免对前国家元首、前政府首脑和前外交部长的适用。

178. 特别报告员在介绍报告时指出,必须结合此前的各次报告阅读本报告,因为这些报告是一个整体。她指出,本报告与过去处理属人豁免的方法一样,没有直接阐述豁免的限制和例外问题,她将在2016年的第五次报告中处理此事。特别报告员提到了报告翻译过程中将西班牙原文翻译为其他各语言时出现的一些问题,就此,她通过一份更正做了适当改动,已经分发给了委员会委员。特别报告员请秘书处编写一份更正,作为本届会议的正式文件分发。

179. 特别报告员提交的第四次报告在处理属事豁免的规范性要素时首先强调了这类豁免的基本特性,即豁免是给予所有国家官员的,仅适用于“以官方身份实施的行为”,不受时间限制。至于属事豁免的规范性要素,如上所述,第三次报告已经处理了主体范围的问题,第四次报告侧重于实质和时间范围。

180. “以官方身份实施的行为”概念首先是一些一般性考虑的主题,这些考虑强调这一概念在属事豁免上的重要性。而这种重要性的来源是这类豁免的功能性。报告接着阐述了“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别。通过对这一区别的研究,除其他外,断定这一区别不同于“统治权行为”与“管理权行为”之间的区别,也不同于合法行为与非法行为之间的区别。

181. 报告接下来重点提出了识别“以官方身份实施的行为”的标准,相继分析了(国际和国家)司法实践、条约实践和委员会以往的工作。关于国际司法实践的分析强调了国际法院、欧洲人权法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭所作各项判决的重要意义。关于国家司法实践的研究基于涉及属事豁免若干方面的大量国家案例,既考虑到了刑事诉讼,也考虑到了民事诉讼,因为在这两类诉讼中都存在为可被认定为“以官方身份实施的行为”的行为形式,也可从中推导出此类行为共同的要素。对条约实践的分析审视了直接或间接提到豁免的各项联合国公约,以及提到了国际刑法禁止的行为所具有的官方性质的国际(普遍性和区域性)刑法条约。至于对国际法委员会以往工作的分析,重点是关于国家对国际不法行为的责任的条款、《纽伦堡原则》、1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》、1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》和2011年关于国际组织责任的条款。

182. 在开展上述研究之后,特别报告员接着审视了由此得出的就外国刑事管辖豁免而言“以官方身份实施的行为”具有的特征,即行为的犯罪性质、行为归于国家以及行使主权和实施行为过程中的政府权力要素。提到行为的犯罪性质有助于突出与可能援引属事豁免的情况所受刑事管辖之间的联系。由此提到了特别报告员称之

为“单一行为，双重责任”的个人与国家责任之间的一种关系模式，报告中详细说明了这一模式的各种情形。鉴于只有在国家官员实施的行为与国家之间存在联系时才有理由予以属事豁免，就需要考虑行为归于国家的问题。在这方面值得特别注意的结论是，国家对国际不法行为的责任条款中载有的某些归属标准对于豁免目的没有用处。最后，所认明的“以官方身份实施的行为”的第三个目的论特点是，此类行为是主权的表现，是行使政府权力要素的一种形式。报告提供了一些要素例证。这一节最后审议了国际罪行与以官方身份实施的行为之间的关系。最后，定义了“以官方身份实施的行为”概念，作为报告 B 部分的结论。

183. 报告 C 部分简要分析了时间要素，阐述了属事豁免的无限期性质和考虑区分行为实施时刻与援引豁免时刻的意义。报告 D 部分侧重属事豁免的范围，由此提出了关于这个问题的第 6 条草案。第四次报告在最后提到了有关这个专题的今后工作计划，特别报告员宣布，第五次报告将处理豁免的限制和例外问题。

184. 特别报告员指出，报告套用了第三次报告采用的方法，基本上以(国际和国家)司法实践和条约实践以及委员会以往的工作为分析问题的基础。另外还参照了 2014 年和 2015 年收到的政府评论意见，这些评论在提交时都得到了酌情考虑，以及代表们在大会第六委员会的口头发言中表示的意见。特别报告员还请委员会注意第四次报告完成以后收到的荷兰和波兰的意见。

185. 报告的重点是分析“以官方身份实施的行为”概念。特别报告员指出，对时间要素的分析很简短，因为这个问题本质上没有什么争议；在实践中和在理论上对于属事豁免的“无限期”或“永久性”性质有着广泛的共识。不过，她指出，还是需要分析该要素(限制或条件)属于什么性质，以及为了确定是否满足时间要素而需要考虑的关键日期，是行为实施的时刻还是提出豁免主张的时刻。她还提请注意拟议的条款草案。

186. 特别报告员强调，报告的核心是分析属事豁免的实质范围。因此，是对“以官方身份实施的行为”的一次研究，通过这一研究又处理了“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别，提出了识别“以官方身份实施的行为”的标准及此种行为的特征，最后提出了一条关于这类行为定义的条款草案。第 6 条第 2 款草案关于以官方身份实施的行为的提法是，属事豁免仅适用于国家官员实施的行为。

187. 注意到，“以官方身份实施的行为”概念是整个专题的核心问题，对于属事豁免具有特殊意义；只有国家官员以官方身份实施的行为才属于外国刑事管辖豁免的范围之内。特别报告员承认，提到这个概念使用过不同的措辞，但就本专题而言，沿用国际法院在“逮捕证案”中使用的术语，使用“以官方身份实施的行为”这一用语，目的是确保委员会内部术语用法的一致性。

188. 特别报告员说，当代国际法中尚未确定其表述。它经常被解释为“以私人身份实施的行为”的反义用语，而“以私人身份实施的行为”本身也是一个没有界定的类别。但是，在分析有关实践的基础上，特别报告员提出了某些识别以官方身份实施的行为的明确标准。具体而言，提到了：(a) 除其他外，与一定数目的罪行相

连，包括在国际法下的罪行、一贯和严重侵犯人权、武装部队和执法人员实施的某些行为以及与腐败有关的行为；(b) 有些多边条约将某些行为的实施与此类行为实施者的官方身份相联系；(c) 国家官员代表国家行使公共权力的特权或实施主权行为的行为，被视为以官方身份实施的行为；(d) 对涉及腐败的案件，国家法院一般拒绝给予豁免，理由是，官员从事的与私利密切相连、以官员个人致富而不是主权利益为目的的行为不能享受豁免；(e) “行使公共权力的特权”或者“主权行为”的含义不容易界定。但是，法院认为这一类活动包括警方执法行为、安全部队和武装部队的活动、外交事务、立法行为、司法和内容各异的行政行为；(f) 以官方身份实施的行为这一概念并不自动等同于“统治权行为”概念。不仅不等同，“以官方身份实施的行为”还可能超出“统治权”行为的范围，并也可能涉及国家官员在履行公务和行使国家职能过程中实施的某些“管理权行为”；(g) 这一概念与所涉行为的合法性或非法性无关；(h) 就豁免而言，此类行为的识别一向是逐案确定的。

189. 考虑到上述标准，特别报告员着重提到以官方身份实施的行为具有下列特征：(a) 是具有犯罪性质的行为；(b) 是代表国家实施的行为；(c) 涉及行使国家主权和政府权力要素。

190. 以官方身份实施的行为的犯罪性质对豁免具有影响，因为可以想象，行为的犯罪性质会引起两种不同类型的责任，一种是归于肇事者的刑事责任，另一种是归于肇事者或国家的民事责任。特别报告员尤其强调的事实是，“单一行为，双重责任”模式有与豁免相关的若干不同的假设情形，包括(a) 国家在行为不能归于实施者个人的案件中的专属责任；(b) 在行为既归于国家也归于个人的情况下，国家的责任和个人的个别刑事责任；(c) 行为完全归于个人的情况下，即使他或她作为国家官员行事，个人仍应承担的专属责任。特别报告员还指出，在这三种可能的假设情形下援引豁免的主张可基于：(a) 如果行为只能归于国家，也只能追究国家的责任，则要求国家豁免；(b) 如果行为既归于国家也归于个人，则可要求国家豁免和国家官员的属事豁免。

191. 特别报告员认为，国家官员的外国刑事管辖属事豁免属个人性质，不同于严格意义上的国家豁免。这一区别在国家官员外国刑事管辖豁免案件中的影响最大，因为责任的基础不同，于国家是民事责任，于国家官员是刑事责任。另外，被要求给予豁免的管辖权性质是不同的。特别报告员指出，在论著和实践中，这一区别并非总是足够清楚，主要原因在于传统上一向强调国家(及其权利和利益)是豁免所提供保护的受益方。特别报告员解释说，承认属事豁免是出于国家利益，国家的主权要得到保护，但在国家官员以这种主权的表现形式行事时，直接受益的是国家官员。特别报告员认为，如果要使属事豁免的行使有理，在国家与国家官员实施的行为之间就必须存在某种联系。这种联系意味着有可能将行为归于国家。然而，她认为，国家对国际不法行为的责任条款所包含的所有归属标准是否都对豁免目的有用值得怀疑，她特别提到，其中第七、第八、第九、第十和第十一条规定的标准尤其不适用。

192. 她指出，虽然不容易判断行为与主权之间是否存在联系，但司法实践表明，某些活动由其性质决定，被视为国家主权的表现或者是国家主权所固有的内容(警

察、司法、武装部队的活动或外交事务)的某些活动,以及因涉及行使主权的国家政策 and 决定而应运而生的某些活动,符合此类联系标准。她主张对“以官方身份实施的行为”作出严格的解释,将豁免放在理应所处的位置上,即保护国家主权。她指出,将国家官员以官方身份实施的此类行为定性为国际罪行决不能造成自动或机械地确认此类行为享有外国刑事管辖豁免。第五次报告将更加详细地分析这一问题。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

193. 委员们对特别报告员的第四次报告普遍表示欢迎,报告丰富、有条理和良好地记述了条约实践的例证,分析了国际和国家判例法,同时在所开展的分析和拟议的条款草案之间建立起了清楚的联系。在这方面,报告全面概括了与确定属事豁免的实质范围和时间范围有关的各种考虑,这是有助于更清楚地阐明本专题一项基本要素的一个步骤。显然,这个主题事项在法律上是庞杂的,提出了对各国来说具有政治敏感性和重要性的问题。

194. 有人认为,国家实践不统一,更关键的是,国家实践的走向处于“流动状态”,因此也就不容易找到明确无误的适用规则。与整个国际法律体系中其他法律领域相比,委员会在这一专题上不但面临着理论和学术上的问题,而且在帮助推进国际法的编纂和逐步发展方面也面临着作出选择的困难。还有人认为,需要在打击有罪不罚与维护国家间关系的稳定之间达到平衡。在这种情况下,就作出何种选择和采取什么方向保持透明和开展知情的辩论被认为是不可或缺的。

195. 有些委员注意到,报告开辟了从概念上处理整个议题的可能性,这样做的出发点是,属事豁免的范围存在着限制或例外,不能把以官方身份实施的行为范围内的所有行为,包括构成国际罪行的行为都包括在内。另外一些委员建议,这种情况为委员会带来了逐步发展国际法的一个机会,因为国家实践在涉及国家管辖豁免方面目前诉诸的是限制性豁免。

196. 对于将特别报告员提出的条款草案提交起草委员会,普遍表示了支持。有些委员发表了评论和意见,其中有些涉及报告中的一些推理和结论。

197. 有些委员提请注意,区分基于身份的属人豁免与基于行为的属事豁免继续具有相关性。在某些方面,两者具有某些共同的基本要素,更重要的是,两者法律依据的基础是相同的,即国家主权平等原则。同时有人提出要小心谨慎,不能过于依赖国家主权平等原则来解释本专题牵涉的复杂问题,例如,该原则就无法解释限制性的国家管辖豁免,即允许一国对另一国的商业及其他非官方活动行使管辖权。根据这种观点,是否对以官方身份实施的行为予以官方豁免应当取决于该行为是否有利于其国家以及有利于确保有效行使职权。虽然一些委员承认国际法体系的各项规则和制度之间的差异,但是告诫说,要谨防委员会冒险建立一个与《国际刑事法院罗马规约》下的制度不相符的制度,前者正是委员会自己帮助建立的。另一方面,有人回顾说,本专题是建立在各国之间“横向关系”基础之上的,而国际刑事管辖

与此不同，建立的是各国之间的“纵向关系”。这个重要考虑提出了需要严格审视的一组不同因素。

198. 例如，有人提到，在确定属事豁免的范围时，显然有些行为可能无法享受属事豁免。涉及严重国际犯罪指控的行为、越权行为、管理权行为、以官方身份实施但纯属为个人谋利的行为以及未经法院地国同意在其领土内实施的行为就属于这种情况。

199. 委员会一些委员认为，处理这类行为有两种可能，一种是囊括性的，申明构成犯罪的行为是以官方身份实施的行为，这样面临的问题是，这种行为是官方的还是私人的，或是两者兼有；另一种是将这类问题作为限制或例外加以处理。一些委员表示，既然难以将严重国际罪行、越权行为、管理权行为划定为个人行为，建议不如将这些问题作为限制或例外处理，而不要作为官方行为或非官方行为定义的一部分处理。这种办法似乎有这一好处，即在国家管辖豁免问题上，实践一向遵循过去的类似办法。一些委员表示，通过这种办法，有可能找到将接受限制和例外与适当程序保障和正当程序保证结合起来的解决方案。

(b) 方法

200. 为确定属事豁免的范围，特别报告员系统地分析了已有实践，查阅了大量资料，作出了中肯分析，总体而言所使用的方法值得赞许。然而，一些委员指出，在某些情况下，报告只提及案例，没有根据上下文进行全面分析。此外，有些地方直言陈述，超出了必要，也不尽合理；还有些地方对报告所述资料与具体条款措辞的关系没有交代清楚。

201. 有些委员指出，报告过多依赖某些管辖制度或地区的案例或行使民事管辖权的案例，而本专题涉及的是刑事管辖豁免。他们建议特别报告员扩大考察范围，囊括所有法律传统和各个地区的判例法。有些委员还指出，引述这类判例法需要慎重，可以想象，在确定何为以官方身份实施的行为而行使管辖权时，民事管辖或刑事管辖并无太大差别，而有时又必须分析给予或拒绝给予豁免的背景；是民事还是刑事案件，是针对外国主权还是针对个人，都可能造成豁免的不同。

202. 有些委员还质疑报告中关于国内法与确定以官方身份实施的行为无关的主张，认为国内法也是确定习惯国际法的实践，事实上，特别报告员在分析中引用了判例法来解释和适用此种国内法。也有些委员指出，需要更加侧重对国家立法和行政实践的分析，更注重分析国际司法实践，包括国际法院和法庭对“逮捕证案”³⁹¹和“刑事事项互助的若干问题案”³⁹²判决的全面影响。他们认为这两起案件的判决较为一致地处理了本专题的一些问题。

³⁹¹ 2000年4月11日“逮捕证案”(刚果民主共和国诉比利时)的判决,《2002年国际法院案例汇编》,第3页。

³⁹² “刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国)的判决,《2008年国际法院案例汇编》,第177页。

(c) 第 2 条草案(f)款：“以官方身份实施的行为”的定义

203. 第 2 条草案(f)款属于定义性质，措辞简短，不过，参照特别报告员报告中为支持该款措辞所作的大量分析，作出了若干评论。

(一) “以官方身份实施的行为”相对于“以私人身份实施的行为”

204. 委员们认为，“国家行为论”是与属事豁免完全不同的法律概念。对“以官方身份实施的行为”的定义和理解是相对于“以私人身份实施的行为”的，这一提法得到了普遍赞同。还认为，“以私人身份实施的行为”不一定等同于管理权行为，而“以官方身份实施的行为”也与统治权行为不一样。此外，“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别，同合法行为与非法行为之间的区别没有任何关系。然而，需要指出，这些对比概念仍提供了一些有用的要素，有助于理解一种行为是以官方身份还是以私人身份实施的，或者说一种行为是合法的还是非法的。精心编拟一段评注分析各种细微差别，可能有利于更好地理解以官方身份实施的行为。

205. 有些委员不认为出于本专题的目的，有必要对官方行为或以官方身份实施的行为作出界定。他们指出，法律概念往往是不确定的，并不总是能够形成法律定义。在“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”的二分法区别之外，提出一项定义是否有帮助还不完全清楚。任何超乎寻常的尝试都无法成功。他们认为，“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别，对于根据每起案件的情节逐案作出判断是全面和足够的。这种二分法得到了国际和国内判例法的验证。有些委员怀疑，大量援引使用“官方行为”或“以官方身份实施的行为”这类术语的实例是否有用，因为这样的援引无论多少都不能包罗全部，还是需要深入分析才能理解上下文。有的委员指出，特别报告员应该更深入探讨国家可以在多大程度上确定哪些活动属于它所认为的“以官方身份实施的行为”。但另有委员认为，如果定义拟订适当，可能是必要或有用的。还有委员建议在评注中列举以官方身份实施的行为的例子。

(二) 行为的犯罪性质

206. 一些委员注意到，某些条约将国家官员参与行为的实施作为罪行定义的一部分，而另一些条约没有将参与作为所涉罪行的明确要素，但这不一定排除官员以该身份参与有关犯罪的可能性。不过，根据这种观点，对犯罪作出的某种定性属于规定性还是描述性，未必对该人是否以官方身份行事的问题有影响。

207. 一些委员认为，为了豁免的目的确定一种行为是否以官方身份实施的的核心不在于该行为的性质，而在于行为者的身份。

208. 一些委员指出，虽然行为的犯罪性质不改变其官方性质，这并不意味着行为的犯罪性质可以被视为以官方身份实施的的行为的定义的要素。还有委员指出，将以官方身份实施的行为定性为犯罪，似乎是拟议定义中所要表达的，这可能导致令人

惊讶的结果，因为它将以官方身份实施的任何行为都视为犯罪。这等于在暗示按照定义，每一“以官方身份实施的行为”都构成犯罪，国家官员以官方身份行事时必然要犯罪。一种行为是否属于犯罪，不是该行为的性质决定的，而是因为国内或国际刑法将其定为犯罪。

209. 有人认为，国际豁免法的核心是由法院地国的法庭作为程序事项，确定某一官员的某一行为是否受其管辖。这些问题在诉讼程序的初期考虑。如果行为的合法性是确定管辖权是否存在的相关标准，那么属事豁免法将因此变得多余。这种做法也对无罪推定原则具有影响。

210. 有些委员认为，提及行为的“犯罪性质”，只是为了本条款草案的目的力求反映一个描述性的概念。它的本意不是说所有官员的行为都是“犯罪”行为。有些成员表示无法理解这其中的逻辑，即豁免之所以适用，是因为行为是以官方身份实施的，而不是因为其中有犯罪成分。为此，有些委员回顾，过去曾有人建议对犯罪行为进行界定。人们不明白，如果不是涉嫌犯罪，那么逮捕一名官员的意义何在，而且的确让人怀疑是否适用了无罪推定原则。

211. 有的委员反驳说，委员会 2013 年暂时通过的关于适用范围的第 1 条草案已经规定，条款草案的重点是刑事管辖权。

212. 委员们提出了各种提案，希望限定或从拟议定义的案文中删除任何暗示以官方身份实施的行为本身是犯罪行为的内容。也有委员提出重新起草第 2 条草案(f)款，取消犯罪性质的要求。

213. 关于“单一行为，双重责任”的问题，有些委员认为，这是国际法公认的。显而易见，官员以官方身份实施的任何行为不仅归于个人(出于个人刑事责任的目的)，而且也归于国家(出于国家责任的目的)。还有些委员虽然不反对这样的表述，但也不完全清楚“单一行为，双重责任”的模式如何与以官方身份实施的行为必须是犯罪行为的结论相关联。有委员指出，这似乎混淆了对管辖和豁免问题(这是两个本身不同，但又相互关联的概念)的理解与对责任(无论是个人刑事责任，还是国家责任)的理解。

(三) 行为归于国家

214. 有些委员认为，报告论述了行为归属问题很重要，因为有助于澄清属事豁免范围的某些问题。

215. 也有些委员指出，在属事豁免中提到国家责任的归属规则是完全合乎逻辑的，因为在他们看来豁免纯粹属于国家。因此，他们质疑特别报告员的说法，即“属事豁免涵盖的任何犯罪行为，严格来说，本身都不属于国家行为，而是实施该行为的个人的行为”，他们认为这一说法令人困惑并使问题复杂化。

216. 他们还回顾，国家豁免规则是程序性的，仅限于确定法院地国是否可以对另一国行使管辖权。它们与诉讼所涉行为是合法还是非法无关。

217. 有些委员不认可国家官员享受另一国的刑事管辖豁免与国家豁免是一致的。他们认为，区分二者是有用的，需要进一步探讨；国际刑法的发展，特别是第二次世界大战结束以来的发展已经表明，属事豁免未必需要与国家豁免一致。另一些委员指出，国家有权放弃其官员的豁免权，这显示了基于国家的所有形式的豁免之间的联系。

218. 有些委员赞同特别报告员关于国家对国际不法行为的责任条款第 4 至第 11 条阐述的责任归属标准并非全部对豁免目的有用的看法。他们指出，例如根据条款第 7、8、9、10 和 11 条在某些情况下归于国家的个人行为，就豁免这些人的目的而言不构成以官方身份实施的行为。

219. 考虑到似乎缺少国家惯例或相关判例法，一些委员想知道特别报告员为何主张出于豁免目的将通常视为“事实上的官员”的个人排除在“国家官员”之外。一些委员认为需要采取宽泛的做法，涵盖在政府命令和控制下行事的个人的行为。也有委员指出，近年缔结的关于私人承包商的协定和拟议原则趋向于赞成限制或剥夺这类行为者的豁免权。

220. 另一种意见认为，豁免法和国家责任法是两种不同的制度，其存在的理由不同，因此提供的解决方案和补救措施也不同。

221. 在具体涉及拟议的定义草案时，一些委员对特别报告员没有将行为归于国家列入案文表示欢迎，因为这不是一项确定何为以官方身份实施的行为的有用标准。

(四) 主权和行使政府权力要素

222. 一些委员认为，如报告所述，重要的是在以官方身份实施的行为中区分出哪些是行使公共职能或国家主权特权的行为，哪些是单纯追求个人利益的行为。他们认为，特别报告员的拟议措辞中已很好地反映了国家运行的“代表性”和“职能需要”推理。有些委员赞成提请注意国家对国际不法行为的责任条款使用的“政府权力要素”一语。也有些委员认为责任条款使用这一词语的背景不同。还有些委员指出，界定主权和行使政府权力要素并不容易。

223. 有些委员认为，国际罪行违反国际法的论点没有为以官方身份实施的行为的定性增加任何相关元素；然而，提出以官方身份实施的行为是犯罪性质的观点似乎表明，特别报告员对这一问题采取了明确立场，即使将在 2016 年的第五次报告中处理限制和例外问题。另一些委员认为，鉴于国际罪行的性质和严重性，出于确定外国刑事管辖豁免范围的目的，考虑这一问题是不容辞的。

224. 一些成员不同意特别报告员关于以官方身份实施的行为与国际罪行之间关系的问题已经解决的看法。他们指出，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官在“逮捕证案”中共同发表了不同意见，认为“……严重的国际罪行不能视为官方行为，因为这些行为既不是正常的国家职能，也不是国家本身能够单独行使的职

能……”³⁹³ 另一些委员指出，特别报告员主要论述国际罪行是否可以以官方身份实施的行为，并没有涉及限制或例外问题。有人建议，拟通过的条款草案评注在编写时应该避免对有关国际罪行豁免的讨论作出预先判断。

225. 然而，一些委员援引“逮捕证案”指出，“国际罪行的例外”不适用于属人豁免。另外，他们指出，该案的判决并没有对属事豁免的可能例外下结论，因为国际法院宣布无法从实践中推断在习惯国际法下是否存在对现任外交部长不适用刑事管辖豁免和不可侵犯规则的任何形式例外时，它的判决仅限于属人豁免的情况。

226. 有些委员质疑是否有必要进行定义，怀疑“行使政府权力要素的国家官员实施的行为”的表述是否有用，认为“要素”一词不清楚，“政府”一词有乞题之嫌。另一种办法是使用2014年委员会暂时通过的第2条草案(e)款中的行文，提及“国家官员代表国家或行使国家职能实施的行为”。有的委员回顾，当委员会通过该款时，讨论过并避免使用“政府权力”这一术语。不过，一些委员认为在本专题下可以使用这一术语。

227. 一些委员指出，如果委员会通过“以官方身份实施的行为”的定义，那么可能需要相应地修订起草委员会暂时通过的第5条草案。

(d) 第6条草案：属事豁免的范围

228. 委员们认为第6条草案基本上可以接受。但有的委员提出重新拟订第1款和第2款，避免给人以仅涵盖选举产生的官员的印象。可以改为“在代表国家或行使国家职能的时候和以后”。也有的委员提出可否调换第1款和第2款的顺序，以便清楚地区分属事豁免和属人豁免。还有委员指出，虽然第2款草案可以接受，但接受这一条款不是预先判断或妨碍可能的例外问题。

229. 有些委员认为第3款是多余的，因为所说的意思已经包含在委员会2013年暂时通过的第4条草案第3款及其评注之中。这个问题应该在评注中处理，但如果保留该款，则需要删除“前”一词，因为属事豁免也涵盖现任国家元首、政府首脑和外交部长。

(e) 今后的工作计划

230. 委员们认为，审议豁免的限制与例外是本专题的一个重要方面。为此，有的委员强调，应该全面分析各国政府的评论，不仅是为了寻找国家实践的证据，也是为了发现各种立场之间的细微差别，包括各国是否认为国际法在这方面已有定论。也有的委员对于到2016年才分析豁免的限制和例外感到遗憾，尽管这些问题在以前的报告中已屡屡提及，只是鲜有讨论。

³⁹³ 2000年4月11日“逮捕证案”(刚果民主共和国诉比利时)的判决，《2002年国际法院案例汇编》，第2页起，见第89页，第85段。

231. 有些委员鼓励特别报告员将豁免的限制和例外与程序问题一并处理，不仅是因为这两个方面相互关联，而且因为这样做可能最终有助于委员会解决整个专题的一些棘手问题。有的委员甚至提出应该首先审议程序问题。也有委员指出，明年讨论限制和例外问题为时过早，因为仍然有些一般性问题需要解决。

3. 特别报告员的总结

232. 特别报告员处理了辩论中提出的各种问题，将其分为两组：一组是许多委员会委员提出的方法问题；另一组是关于“以公务身份实施的行为”的概念问题。

233. 关于第一组问题，特别报告员一般性地指出，有些委员会委员提出的意见远远超出了单纯的方法问题。不过，在这方面，她提及了他们就分析和评价判例法、对待各国立法以及研究各国陈述和来文作出的评论。

234. 关于判例法，她欣见许多委员会委员积极评价了报告所载对司法实践的分析。关于一些委员会委员对分析各国判例法是否有用的评论，她重申在她研究属事豁免问题时重视各国的判例法，特别是因为直接面对豁免相关问题的是国家法院。她强调，即使各国的判例法不统一、不一致，发现这种情况本身对委员会的工作就是有意义的。特别报告员也承认国际法院和仲裁法庭判例法的重要性，但是她强调，她不认为国际判例法和国家判例法之间存在等级关系。她还指出，她不同意所谓国际判例法完全统一、一致的观点。

235. 关于国家立法在为本条款草案目的定义“以公务身份实施的行为”中的重要性，她承认报告第 32 段中的“无关紧要”一词不是非常恰当。但她指出，她不是要说国家立法没有任何价值，而是强调其只应作为补充解释工具，特别是因为各国立法可能存在很大差异，而且很难确定哪些国家法律对定义“以公务身份实施的行为”有意义。她补充道，各国关于豁免的法律都没有“以公务身份实施的行为”的定义。

236. 最后，关于各国提交的陈述和意见，特别报告员重申，她一贯重视这些宝贵材料，在编写报告时总是加以利用。她欣见委员会委员们也认为重视这些陈述和意见是有益的，通过它们不仅可以了解国家实践，而且可以了解各国如何看待本专题涵盖的各种法律问题。

237. 关于界定“以公务身份实施的行为”方面的评论，特别报告员对如下问题作了总结：在条款草案中纳入该定义的重要性；此种行为与主权和行使政府权力要素之间的联系；“以公务身份实施的行为”概念所涉的刑事问题；责任与豁免之间的关系。

238. 关于定义以公务身份实施的行为的重要性，特别报告员再次表示相信，为本条款草案目的，应当有这样一个定义，该观点得到大量委员会委员的支持。她认为，这个定义将有助于法律的确定性，特别是鉴于这一概念无法仅仅相对于以私人身份实施的行为来界定，因为后者也没有定义，而且判例多种多样，缺乏统一，无法将其看作是可可通过司法途径确认的模糊法律概念。此外，定义将有助于国际法的逐步

发展和编纂，将对法律工作者、包括国家法院有所帮助。在这个问题上，特别报告员表示，反复采用“放松限制”的手段(此处为不制定定义)似乎不符合委员会的任务规定。

239. 关于主权和行使主权权力问题，她强调，“以公务身份实施的行为”要成为实质性因素，而不是主观因素，需要在国家官员和国家之间确立特定的联系。尽管“主权”本身不能给出确切的定义，但是能够在“固有的主权行为”或“天生具有主权性质的行为”的实践中找出实例，特别是报告第 54 和 58 段所述的例子。此外，委员会已经在此前关于国家责任的工作中采用了“行使政府权力”一词。她回顾，委员会已专门挑出这个问题，以便深入阐述。

240. 关于责任与豁免的关系，特别报告员重申，这两个制度尽管目标不同，但有一些共同要素，所以不应该彻底割裂开。在讨论过程中，许多委员会委员提出了国际罪行及其与豁免之间关系的问题，就是责任与豁免关系的一个很好的例子。因此，她认为，在处理本专题时，至少在确定行为归于国家的某些规则方面，不能忽视与责任有关的问题。一名委员会委员认为，一项行为因为是国家官员实施的所以不是官方行为，特别报告员不赞成这种观点。

241. 关于第 6 条草案，特别报告员强调要结合两个要素(实质和时间)，并称赞成考虑调换第 1 款和第 2 款的顺序。关于第 6 条草案第 3 款，特别报告员认为应该保留，但是如果委员会决定删除，而将该款的内容和删除理由写入评注，也是可以的。

242. 特别报告员回答了一些委员会委员提出的不同问题。最后，关于今后的工作计划，她说全体会议上的辩论在很大程度上重复了委员会此前的辩论。她回顾，委员会当时已经批准了工作计划，许多委员都支持她的建议，即在下次报告中讨论限制和例外问题。不过，她注意到一些委员建议先处理或同时处理专题的程序方面问题。对此，她表示将在必要和可能的情况下，在下次报告中处理程序性问题。

243. 最后，特别报告员建议委员会将两项条款草案送交起草委员会，以便起草委员会根据全体辩论的情况予以研究。

第十一章

条约的暂时适用

A. 引言

244. 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-罗夫莱多先生为专题特别报告员。在同一届会议上,委员会注意到特别报告员就他主持进行的关于这一专题的非正式磋商所作的口头报告。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工作方案。

245. 在第六十五届会议(2013年)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至1969年维也纳会议对1969年《维也纳条约法公约》(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。

246. 在第六十六届会议(2014年)上,委员会审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/675),该报告试图对条约暂时适用的法律效果进行实质性分析。

B. 本届会议审议此专题的情况

247. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/687),报告继续分析了国家实践,审议了暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系以及关于国际组织的暂时适用问题。报告中还列有关于暂时适用的六条准则草案提案。³⁹⁴

³⁹⁴ 特别报告员提出的案文如下:

准则草案 1

如条约本身有相关规定或缔约方以某种其他方式已商定,国家和国际组织可暂时适用条约或其部分条款,前提是国家的国内法或国际组织的规则不禁止暂时适用。

准则草案 2

关于条约或其部分条款暂时适用的商定意见,可源于条约条款,亦可根据单独协定或利用国际会议通过决议等其他手段或根据国家或国际组织之间的其他安排予以确立。

准则草案 3

考虑到条约条款或谈判国或谈判国际组织商定的条款,条约可从签署、批准、加入或接受之时或者从国家或国际组织商定的其他任何时间开始暂时适用。

准则草案 4

条约的暂时适用具有法律效果。

准则草案 5

248. 委员会还收到了秘书处就 1986 年《关于国家与国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986 年《维也纳公约》)之下暂时适用问题编写的一份备忘录(A/CN.4/676)。

249. 委员会在 2015 年 7 月 14 日、15 日、23 日、24 日和 28 日举行的第 3269 至 3270 次会议和 3277 至 3279 次会议上审议了第二次报告。

250. 委员会在 2015 年 7 月 28 日举行的第 3279 次会议上将准则草案 1 至 6 送交起草委员会。

251. 起草委员会主席在 2015 年 8 月 4 日的第 3284 次会议上,临时就起草委员会在第六十七届会议上暂时通过的准则草案 1 至 3 作了口头报告。该报告在目前阶段仅供参考,报告和准则草案可查阅委员会网站。³⁹⁵

1. 特别报告员介绍第三次报告

252. 特别报告员在介绍第三次报告时回顾了委员会在以往届会上开展的工作以及他前两次报告的内容和目的。他尤其再次提到他的评价:视所涉条约的具体特征而定,同意暂时适用某一条约的国家,条约暂时适用产生的权利和义务与条约生效产生的权利和义务相同,违反条约暂时适用产生的义务,即引起国家的责任。

253. 大约有 20 个成员国提供了关于其实践的评论。虽然特别报告员注意到各国的实践并不一致,但他仍然认为,没有必要对各国的法律进行比较研究。他指出,有暂时适用规定并确实得到暂时适用的条约数目是比较多的。

254. 特别报告员的第三次报告侧重两大问题:第一,与 1969 年《维也纳公约》其他规定的关系;第二,国际组织实践中的条约暂时适用。关于前者,他的分析无意做到包罗万象,而是侧重于第十一条(表示同意承受条约拘束之方式)、第十八条(不得妨碍条约目标及宗旨之义务)、第二十四条(生效)、第二十六条(条约必须遵守)和第二十七条(国内法与条约之遵守)。选择这些条款是因为这些条款天生与暂时适用存在密切联系。关于国家之间、国家与国际组织之间或国际组织相互之间暂时适用的问题,特别报告员说,秘书处的备忘录显然表明,各国认为 1969 年《维也纳公约》采用的措辞是站得住脚的。不过,特别报告员重申,他认为分析 1969 年《维也纳公约》第二十五条是否体现了习惯国际法不会影响到对本专题采取的总方针。

255. 特别报告员报告的第四章侧重于几个方面:(1)通过条约暂时适用建立起来的国际组织或国际制度;(2)国际组织内部或在国际组织主持下召开的外交会议上

因暂时适用条约或其部分条款而产生的义务一直延续至:(一)条约生效;或(二)酌情根据《维也纳条约法公约》第二十五条第二款或《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第二十五条第二款,暂时适用被终止。

准则草案 6

国家或国际组织如违反因暂时适用条约或其部分条款而产生的义务,即应承担国际责任。

³⁹⁵ 网址为<<http://legal.un.org/ilc>>。

谈判达成的条约的暂时适用；(3) 国际组织为缔约方的条约的暂时适用。关于国际组织或国际制度的建立，特别报告员澄清说，他指的是通过条约建立起来、在条约适用方面发挥重大作用的国际组织，即使本意上并没有要使这些组织成为完全正式的国际组织。关于在国际组织内部或在国际组织主持下召开的外交会议上谈判达成的条约的暂时适用，特别报告员特别提到了全面禁止核试验条约组织(禁核试组织)的设立。虽然公约尚未生效，但禁核试组织已经以过渡形式运作了将近二十年。特别报告员还提到，在西非经济共同体主持下谈判的条约有五十多项，其中很大一部分都作出了暂时适用条约的规定。他请委员会考虑是否有可能研究区域性国际组织暂时适用条约的实践。

256. 他认为，委员会面前的任务是为希望暂时适用条约的国家制定一套准则，他建议委员会，也可考虑在这些准则的范围之内拟订示范条款，为谈判国提供指导。他指出，关于条约暂时适用的六条准则草案是三次报告的审议结果，这三次报告应相互参照阅读。起草准则草案的出发点是 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

257. 委员们普遍认为，关于国家加入条约的方式(无论是否暂时加入)的国内法律和实践存在很大差异，即使可以分门别类，也很可能对确定国际法下的相关规则没有帮助。还有人告诫说，根据国内法接受还是不接受、以及在何种程度上接受或不接受条约的暂时适用对国家进行分类，需要慎重从事。有委员指出，在有些国家的法律制度中，是否可以暂时适用条约一直有争议。

258. 还有一些委员认为，国内规则不可忽视。应该分析关于同意暂时适用之前所适用程序的不同国内法和实践，可帮助更深入地了解各国如何看待暂时适用作为一种法律现象所具有的性质。例如，各国在实践中对第二十五条的解释是否看似表明，作为国际法事项，国家只有在国内法规定的情况下才能诉诸第二十五条，这一点值得评估。还有人指出，委员会首先必须就 1969 年《维也纳公约》第四十六条(国内法关于缔约权限之规定)是否适用于条约的暂时适用采取立场。有的委员说，国内法与国际法之间的互动可能采取两种不同的形式。首先，国内法的规定可以涉及国家对于暂时适用条约表示同意的程序或条件。第二，某项允许暂时适用的条约的有关规定有时也会参考国内实体法。

259. 委员会的一些委员指出，虽然 1969 年《维也纳公约》第二十五条是条约暂时适用这一法律制度的依据，但是并未回答与条约暂时适用有关的所有问题。有人指出，委员会应当就以下问题为国家提供指导：哪些国家可以商定条约的暂时适用(只有谈判国，还是也包括其他国家)；暂时适用协议是否必须具有法律约束力；暂时适用协议是否可以采取默认或暗示的形式。还有人指出，委员会应当就国际法还有哪些其他规则——例如关于责任和继承的规则——适用于暂时适用的条约，为国家提供指导。

260. 委员们普遍同意，条约的暂时适用具有法律效果，并产生了权利和义务。不过，请特别报告员进一步论证他的结论，即暂时适用的法律效果与条约生效后的法律效果相同，不能事后因条约适用的暂时性而对这类法律效果提出质疑。并不完全清楚的是，暂时适用是否与条约生效产生完全相同的效果。提出了若干可能性。一种解决办法是，将暂时适用与 1969 年《维也纳公约》第七十条下的条约终止制度作比较。另一种可能性是，援引 1969 年《维也纳公约》关于条约失效之后果的规定(第六十九条)，在这种情况下，出于善意实施的行为可对条约缔约方具有约束力。另外有人认为，暂时适用的法律效果虽然在实践中可能与条约生效后的法律效果相同，但暂时适用只是临时性的，仅对同意暂时适用条约的国家才具有法律效果，而且只有条约中同意暂时适用的部分才具有这样的效果。另外有意见说，特别报告员还可以处理这两种制度的终止和暂停程序是否相同的问题。

261. 特别报告员提出，暂时适用条约的法律效果与条约生效的效果相同。委员们对特别报告员的这一评价表示赞同。有人指出，国家不能以条约暂时适用为借口，说它不能接受暂时适用该条约的义务产生的某些效果的有效性。因此，1969 年《维也纳公约》第二十六条中“条约必须遵守”的规则适用于暂时适用的条约。与违反已生效条约的情况一样，违反暂时适用的条约也会触发不法行为国际责任适用规则的执行。另有看法认为，已生效条约与暂时适用的条约之间的区别与其说是实质性的，不如说是程序性的，只不过暂时适用更容易开始和结束。一些委员指出，1969 年《维也纳公约》第二十七条也适用于暂时适用的条约。

262. 关于报告中提到的叙利亚通过单方面声明暂时适用《化学武器公约》的例子，有些委员认为，除非特别报告员认为当事方对叙利亚单方面声明保持沉默或不作为即证明同意，否则这不属于 1969 年《维也纳公约》第二十五条下严格意义的暂时适用。如果保持沉默或不作为即证明同意，那么就需要对第二十五条中“以其他方式协议如此办理”一语作进一步分析，以便确定以沉默或不作为为形式的默认是否能代表同意暂时适用条约。另一种看法认为，由于保存人已经把叙利亚暂时适用的声明通知缔约各国，对这一决定没有提出反对，因此，当事各方已经默示同意了条约的暂时适用。

263. 至于今后的工作，建议特别报告员把重点放在终止和暂停暂时适用的法律制度上。例如，不妨了解一项条约的暂时适用可能在多大程度上因为同样暂时适用该条约的另一缔约方的违约行为而暂停或终止，或在多大程度上因为不确定条约是否会最终生效而暂停或终止。有委员表示，暂时适用的无限期延续可能引起不希望看到的后果，特别是因为可以对暂时适用采用第二十五条第二款规定的简化的终止方式。

264. 还有人建议特别报告员争取找出经常暂时适用的条约类型和条约规定，并且弄清是否有某些类型的条约对暂时适用采用类似的处理办法。同样，暂时适用的受益方也被看作是值得讨论的问题。此外，还建议特别报告员分析用来调整所承担义务以符合国内法或将遵守国内法作为暂时适用的条件的限制性条款。

265. 一些委员赞成值得起草示范条款的意见，结合准则草案，这可能对各国和国际组织具有实际重要性。但是，还有一些委员建议特别报告员不要拟定关于条约暂时适用的示范条款，鉴于各国法律制度不同，这可能是一项繁复的工作。

(b) 与 1969 年《维也纳公约》其他规定的关系

266. 报告对于 1969 年《维也纳公约》第二十五条与该《公约》其他规定的关系所作的处理受到了欢迎。有意见指出，1969 年《维也纳公约》的其他一些规定也具有相关性。例如，这种意见认为，第六十条就是相关的，因为实质性违反暂时适用的条约可能导致暂时适用的暂停或终止。但另有意见认为，第六十条对暂时适用的条约是否会以同样方式发生作用值得怀疑。关于与第二十六条的关系，有意见指出，可以用“条约必须遵守”规则解释单方面终止暂时适用可能造成的情况。

267. 另一种看法是，没有必要扩大第二十五条与条约法其他规则之间关系的考察范围，对该条与 1969 年《维也纳公约》第十九条和第四十六条的关系也开展研究，因为重点最好放在说明对某个特定国家而言，暂时适用的条约与已经生效的条约有什么区别。

(c) 有国际组织参加的条约的暂时适用

268. 有些委员在发言中对 1986 年《维也纳公约》整个体现的是习惯国际法这种说法表示怀疑。不过，有人指出，声称 1969 年《维也纳公约》第二十五条以及或许还有 1986 年《维也纳公约》第二十五条体现了习惯国际法的一条规则是可能的。不过，特别报告员需要在今后的报告中进一步分析这个问题，才有可能得出任何此类结论。

269. 有意见认为，一项条约，即使是在国际组织之内或在国际组织主持下举行的外交会议上谈判产生，但缔结条约是有关国家的行为，而不是国际组织的行为。

270. 另有意见认为，有国际组织参加的条约的暂时适用是不同的。这种安排更为复杂，因为其设计往往是要确保所涉组织的成员和组织本身尽可能广泛地同时加入。有人认为，国际组织过去或现在是否认为暂时适用是一种有用的机制，以及这一机制是否被纳入了它们的组成规则，值得研究。

271. 还建议特别报告员审视可能有特别形式暂时适用的其他类条约。例如，总部协定一般不是永久性的，往往是针对国际组织在所涉国家内举行的某个具体会议或活动而商定。鉴于这一性质，这类协定需要立即付诸实施，因此通常包含暂时适用的规定。

272. 一些委员指出，不妨先研究国家缔结的条约的暂时适用问题，再审议有国际组织参加的条约的暂时适用问题。

(d) 关于准则草案的评论

273. 委员们总体上支持特别报告员出于为各国和国际组织提供一项实用工具的目的拟订准则草案的做法。但有些委员认为，特别报告员拟议的准则草案最好以结论

草案的形式提出。另一种一般性意见是，把国家缔结的条约与有国际组织参加的条约分开处理会更好。

274. 关于准则草案 1, 提出了若干起草建议, 以便使这条规定更符合 1969 年《维也纳公约》第二十五条。例如, 有人指出, 提到前提是国内法不禁止暂时适用似乎不符合第二十五条, 需要删除, 因为意味着国家可以援引国内法逃避暂时适用条约的义务。还有人建议, 这条准则草案可以与关于准则草案范围的另外一条相结合。

275. 关于准则草案 2, 有人建议澄清关于国际组织通过决议的提法。有人指出, 在很多情况下, 决议与规定暂时适用的协议不可同日而语。还有人建议, 可以提到协议的其他形式, 如换函或外交照会。另一种看法认为, 可以就谈判国或缔约国默认第三国暂时适用条约的可能性, 作出更加明确的规定。

276. 关于准则草案 3, 除其他外, 建议简化这条规定, 并提及暂时适用只在条约对有关当事方生效之前发生。有人建议, 表示同意的方式与暂时适用的开始时间可分别列入两条准则草案。

277. 有建议认为, 准则草案 4 中的“法律效果”一语应予以澄清, 并进一步拟订这一规定, 因为这是准则草案的关键规定。例如, 可以考虑暂时适用是涉及整个条约还是仅涉及部分条款。另一种可能是, 说明条约暂时适用的法律效果在暂时适用终止之后可以继续。还有人建议, 这条规定的起草可以参考 1969 年《维也纳公约》第二十六条的措辞, 可以具体说明条约的暂时适用不会引起条约内容的改变。

278. 关于准则草案 5, 有人建议说明暂时适用产生的义务的效果取决于国家在同意暂时适用时作出的规定。另外, 需要考虑到条约生效所指的对象, 是条约本身生效, 还是对国家生效。有意见认为, 如果是多边条约生效, 暂时适用就仅对批准或者加入条约的国家而终止。但是, 暂时适用对尚未批准或加入条约的任何国家都将继续, 直至条约对这类国家生效。还有人认为, 准则草案可以承认就暂时适用的终止规定具体条件的可能性。

279. 一些委员对是否需要准则草案 6 表示怀疑, 另一些委员则表示有必要。有意见指出, 准则草案漏掉了一个问题, 即根据条约法, 单方面暂停或终止暂时适用是否构成国际法之下的不法行为, 从而触发关于国家对国际不法行为的责任的国际法规则。

3. 特别报告员的总结

280. 特别报告员指出, 1969 年《维也纳公约》第二十五条是委员会审议本专题的出发点。只有在证明有利于弄清暂时适用的法律后果的情况下, 审议才可以超出该条的范围。他认为, 暂时适用的主要受益方是条约本身, 因为它在没有生效的情况下就得到了适用。此外, 那些可以参与暂时适用的谈判国也是潜在受益方。

281. 特别报告员说, 委员会内的大多数意见都不赞成对有关暂时适用的国内法开展比较研究。同时, 他提到, 他继续收到成员国提交的关于其实践的材料, 其中不可避免地包含这些国家国内法所采取的基本立场的信息。尽管如此, 这与他表示的

不作比较分析的意向并不矛盾，因为国家的国际实践才是重点。为了打消任何疑虑，他可以接受删除准则草案1中提到国内法的部分，而在相应的评注中讨论这个问题。

282. 关于假如不确定条约最终是否生效，或假如暂时适用时间过久，条约的暂时适用也可终止的说法，特别报告员表示不同意。他认为，单纯以条约生效的不可预测性为由终止暂时适用是不可行的。另外，第二十五条也没有对暂时适用的终止施加任何此类限制。

283. 他表示打算在下次报告中审议暂时适用的终止及其法律制度的问题，同时对1969年《维也纳公约》与暂时适用有关的其他条款，包括第十九条、第四十六条和第六十条进行研究。

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

284. 在 2015 年 5 月 8 日第 3248 次会议上，委员会设立了本届会议规划组。³⁹⁶

285. 规划组举行了三次会议。规划组收到的文件有：题为“委员会的其他决定和结论”的大会第六十九届会议第六委员会讨论情况专题摘要第一节；大会 2014 年 12 月 10 日关于国际法委员会第六十六届会议工作报告的第 69/118 号决议；大会 2014 年 12 月 10 日关于国内和国际法治的第 69/123 号决议。

1. 将新专题列入委员会工作方案

286. 在 2015 年 5 月 27 日第 3257 次会议上，委员会决定将“强制法”专题列入工作方案并任命迪雷·特拉迪先生为该专题特别报告员。

2. 长期工作方案工作组

287. 在 2015 年 5 月 11 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，由唐纳德·麦克雷先生担任主席。工作组主席在规划组 2015 年 7 月 30 日第三次会议上就工作组在本届会议期间的工作向规划组作了口头报告。

3. 审议大会 2014 年 12 月 10 日关于国内和国际法治的第 69/123 号决议

288. 大会 2014 年 12 月 10 日关于国内和国际法治的第 69/123 号决议特别重申，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 段所载的评论依然适用，并重申了后来各届会议上所作的评论。³⁹⁷

³⁹⁶ 规划组成员如下：瓦科先生(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·赫尔南德斯女士、福尔托先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、黄先生、雅各布松女士、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、尼豪斯先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、斯图尔马先生、特拉迪先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生、巴斯克斯-贝尔穆德斯先生(当然成员)。

³⁹⁷ 《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 231 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 390 至 393 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 392 至 398 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 274 至 279 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 171 至 179 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 273 至 280 段。

289. 委员会回顾，法治是其工作的精髓。委员会的宗旨，一如其《章程》第 1 条所规定的，是促进国际法的逐渐发展及其编纂。

290. 委员会在其所有工作中都铭记法治原则，充分意识到在国家层面实施国际法的重要性，并以在国际层面促进尊重法治为追求的目标。

291. 委员会在履行其关于国际法逐渐发展及其编纂的任务的同时，将继续在适当时考虑到法治即为一项治理原则，考虑到人权对于法治具有根本意义，正如《联合国宪章》第十三条和《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》³⁹⁸ 所反映的那样。

292. 在其目前的工作当中，委员会意识到“法治与联合国三大支柱(和平与安全、发展、人权)之间的相互关系”，³⁹⁹ 不会顾此失彼。在履行其关于国际法的逐渐发展和编纂的任务时，委员会意识到法治当前面临的挑战。

293. 在本届会议过程中，委员会继续为法治作出自己的贡献，尤其是通过围绕下列专题开展工作：“保护大气层”、“危害人类罪”、“习惯国际法的识别”、“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”、“与武装冲突有关的环境保护”、“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“条约的暂时适用”以及“最惠国待遇条款”。此外，委员会任命了一位负责“强制法”专题的特别报告员。

294. 委员会注意到，大会已请各会员国重点就“多边条约进程对促进和推进法治的作用”发表评论。⁴⁰⁰ 委员会希望回顾委员会围绕不同专题开展过的工作。在依《章程》第 16 条和第 23 条所提建议的基础上，这些专题已成为多边条约进程所处理的对象，如关于国家及其财产管辖豁免的条款草案(2001 年)、危害人类和平与安全治罪法草案(1996 年)、国际刑事法院规约草案(1994 年)和非航行水道法条款草案(1994 年)。委员会还提请注意最近围绕不同专题开展的工作，其中包括：

- 关于国家对国际不法行为的责任的条款草案，2001 年
- 关于预防危险活动的跨界损害的条款草案，2001 年
- 关于外交保护的条款草案，2006 年
- 跨界含水层法条款草案，2008 年
- 武装冲突对条约的影响条款草案，2011 年
- 关于国际组织责任的条款草案，2011 年
- 关于驱逐外国人的条款草案，2014 年

³⁹⁸ 大会 2012 年 11 月 30 日第 67/1 号决议(《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》)，A/RES/67/1 号文件，第 41 段。

³⁹⁹ 衡量联合国系统在冲突中和冲突后支持促进法治的效力的秘书长报告，S/2013/341，2013 年 6 月 11 日，第 70 段。

⁴⁰⁰ 大会 2014 年 12 月 10 日第 69/123 号决议，第 20 段。

此外，委员会回顾了《对条约的保留实践指南》(2011年)。

295. 委员会重申在其全部活动中致力于促进法治。

4. 审议大会 2014 年 12 月 10 日关于国际法委员会第六十六届会议工作报告的第 69/118 号决议第 10 至 13 段

296. 委员会注意到大会第 69/118 号决议第 10 至第 13 段，其中大会欢迎委员会努力改进工作方法，并鼓励它继续这样做；回顾委员会设在联合国日内瓦办事处；注意到委员会正在考虑今后在纽约举行一部分会议的可能性，强调为此目的委员会必须考虑到估计费用、相关行政因素、组织因素和其他因素，并促请委员会周全审议在纽约举行第六十八届会议的一部分会议的可行性；决定在不妨碍上述审议的产出的前提下，在大会第七十届会议期间再度审议委员会第六十三届会议工作报告第 388 段中的建议。

297. 委员会回顾，委员会第六十三届会议在讨论其与第六委员会的关系时，表示希望考虑每个五年期在纽约举行半届会议的可能性，以便委员会与第六委员会的代表直接接触。委员会还回顾，委员会此前曾在其所在地以外多次举行会议。委员会特别指出，在召开联合国关于设立国际刑事法院的全权代表外交会议的总体安排下，委员会第五十届会议第一期会议于 1998 年 4 月 20 日至 6 月 12 日在联合国日内瓦办事处的委员会所在地举行，而第二期会议于 1998 年 7 月 27 日至 8 月 14 日在纽约联合国总部举行。

298. 委员会根据秘书处提供的关于估计费用以及相关行政因素、组织因素和其他因素(包括本五年期最后一年的预计工作量)的信息，审议了委员会在纽约举行第六十八届会议的一部分的可行性。结合掌握的所有因素，委员会得出的结论是，委员会在纽约举行第六十八届会议的一部分不可行，因为这会造成不必要的混乱。但委员会确认，委员会希望考虑下个五年期在纽约举行半届会议。应在规划委员会下个五年期的未来届会时预先考虑到这种可能性。在这方面，委员会指出，可以在下个五年期第一年(2017年)或第二年(2018年)的届会第一期会议上预先考虑这种会议安排，同时应考虑到估计费用以及相关行政因素、组织因素和其他因素。委员会根据所掌握的信息，建议基于委员会第七十届会议(2018年)第一期会议将在纽约联合国总部举行的假设，开展筹备工作和做出估计。因此，委员会请秘书处为此作出必要安排，以便委员会在 2016 年第六十八届会议上做出适当决定。

5. 酬金

299. 委员会重申了对大会通过 2002 年 3 月 27 日第 56/272 号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告表明了这些意见。⁴⁰¹ 委员会强调，第 56/272 号决议尤其影响到特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的支持。

⁴⁰¹ 见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525 至 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)，

6. 文件和出版物

300. 委员会再次确认，秘书处编写的法律出版物对委员会工作特别有用并很有价值。⁴⁰² 委员会回顾，十多年来，编纂司通过非常成功的桌面出版计划，得以大幅度加快出版物的印发，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。委员会再次遗憾地表示，该计划因资源不足受到缩减，而且有可能终止，本届会议因此没有分发任何新的法律出版物。委员会重申，继续执行该计划对于确保及时以各正式语文印发这些出版物、特别是《国际法委员会的工作》，十分关键。委员会再次重申，编纂司编写的法律出版物对其工作特别有用并很有价值，而且再次请求编纂司继续为其提供这些出版物。

301. 委员会满意地重申，委员会的简要记录是国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作文件，将不受任意的篇幅限制。委员会满意地注意到，2013 年届会开始实行简化委员会简要记录处理程序的试验性措施，使得临时记录可以更快地发给委员会委员作及时更正，而且迅速印发。委员会还对新工作方法能够更合理地利用资源表示欢迎，并要求秘书处继续努力，方便各语文简要记录定本的编制，而又不会影响其完整性。

302. 委员会感谢日内瓦和纽约参与文件处理的各个部门经常在时间紧迫的情况下及时高效地处理委员会的文件。委员会指出，这种及时高效的处理为委员会顺利开展做出了贡献。

303. 委员会表示赞赏联合国日内瓦办事处图书馆十分高效有力地向委员们提供了协助。

7. 《国际法委员会年鉴》

304. 委员会重申，《国际法委员会年鉴》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 69/118 号决议赞赏有关国家政府为帮助解决《年鉴》工作积压问题的信托基金自愿捐款，并鼓励各方进一步为该基金捐款。

305. 委员会建议大会如在第 69/118 号决议中所说，对过去几年在减少所有六种语文版《年鉴》积压工作方面取得显著进展表示满意，并欢迎联合国日内瓦办事处会

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；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 280 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 181 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 281 段。

⁴⁰² 见《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 387 至 395 段。另见同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 185 段。

议管理司、特别是其编辑科作出努力，切实执行大会要求减少积压工作的有关决议；鼓励会议管理司继续向编辑科提供一切必要支持，推动《年鉴》的相关工作。

8. 编纂司的协助

306. 委员会表示赞赏秘书处编纂司在向委员会提供实质性服务方面给予的宝贵协助，特别是一直向特别报告员提供协助，并应委员会的要求，就目前审议的议题的各方面编写深入的研究报告。

9. 网站

307. 委员会表示深为赞赏秘书处为国际法委员会建立了新的网站，并吁请其继续更新和管理网站。⁴⁰³ 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站⁴⁰⁴ 是委员会和研究委员会工作的广大学者的宝贵资源，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。委员会欣见，关于委员会工作的网站还介绍了委员会议程上各个专题的现状，并收录了经过编辑的委员会简要记录样本。委员会还感谢秘书处顺利完成了俄文版委员会《年鉴》的电子化并将其放入网站。

10. 联合国国际法视听图书馆

308. 委员会赞赏地指出，联合国国际法视听图书馆对于增进对国际法、联合国在该领域的工作、包括国际法委员会工作的了解，意义非凡。

B. 委员会第六十八届会议的日期和地点

309. 委员会建议，委员会第六十八届会议于 2016 年 5 月 2 日至 6 月 10 日和 7 月 4 日至 8 月 12 日在日内瓦举行。

C. 向委员会秘书表示感谢

310. 在 2015 年 6 月 5 日第 3263 次会议上，委员会向乔治·科伦济斯先生表示感谢。科伦济斯先生自 2013 年起担任委员会秘书，工作卓越，本届会议期间退休。委员会对科伦济斯先生为委员会的工作及国际法的编纂和逐渐发展做出的杰出贡献表示感谢；对他的敬业精神、献身于公共服务的精神和为国际法努力不懈的精神表示赞赏；并祝他今后一切顺利。

⁴⁰³ 网址是<<http://legal.un.org/ilc>>。

⁴⁰⁴ 一般可查阅：<<http://www.un.org/law/lindex.htm>>。

D. 与其他机构的合作

311. 国际法院院长龙尼·亚伯拉罕法官在委员会 2015 年 7 月 22 日第 3274 次会议上发言，通报了国际法院最近的司法活动。⁴⁰⁵ 随后交换了意见。

312. 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了委员会本届会议，并在 2015 年 5 月 13 日第 3250 次会议上发言。⁴⁰⁶ 他向委员会通报了该组织目前的活动，概述了该组织于 2015 年 4 月 13 日至 17 日在北京举行的第五十四届年度会议对委员会工作方案所列“习惯国际法的识别”、“驱逐外国人”、“保护大气层”和“国家官员的外国刑事管辖豁免”等四个专题的审议情况。随后交换了意见。

313. 美洲司法委员会副主席 Carlos Mata Prates 先生代表该组织出席了委员会本届会议，并在 2015 年 7 月 7 日第 3265 次会议上发言。⁴⁰⁷ 他概述了该委员会 2014/2015 年就其处理的种种法律问题开展的活动。随后交换了意见。

314. 国际公法法律顾问委员会主席 Paul Rietjens 先生和国际公法司司长兼法律咨询和国际公法局条约处处长 Marta Requena 女士代表欧洲委员会的国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议，并都在 2015 年 7 月 10 日第 3268 次会议上发言。⁴⁰⁸ 他们着重介绍了国际公法法律顾问委员会目前在国际公法领域开展的工作，以及欧洲委员会目前的活动。随后交换了意见。

315. 非洲联盟国际法委员会委员 Solo Kholisani 法官和 Ebenezer Appreku 先生以及非洲联盟国际法委员会秘书 Mourad Ben-Dhiab 先生代表非洲联盟国际法委员会出席了委员会本届会议。Solo Kholisani 法官和 Ebenezer Appreku 先生在 2015 年 7 月 23 日第 3276 次会议上发了言。⁴⁰⁹ 他们概述了非洲联盟国际法委员会的活动。随后交换了意见。

316. 联合国人权事务高级专员扎伊德·拉阿德·侯赛因先生在委员会 2015 年 7 月 21 日第 3272 次会议上发了言。⁴¹⁰ 他概述了人权高专办在人权领域开展的活动和关注的一些问题，并评论了委员会工作方案所列的一些专题，即“危害人类罪”和“国家官员的外国刑事管辖豁免”。随后交换了意见。

317. 2015 年 7 月 9 日，委员会委员与红十字国际委员会(红十字会)就共同关心的问题非正式地交换了意见。介绍了国际红十字和红新月运动第 32 届国际会议的筹备情况以及红十字会更新其对日内瓦四公约及附加议定书所作评注的情况。还介绍

⁴⁰⁵ 发言载于该次会议的简要记录。

⁴⁰⁶ 同上。

⁴⁰⁷ 同上。

⁴⁰⁸ 同上。

⁴⁰⁹ 同上。

⁴¹⁰ 同上。

了委员会工作方案所列各专题，包括“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”和“危害人类罪”。⁴¹¹

E. 出席大会第七十届会议的代表

318. 委员会决定由主席纳林德·辛格先生代表委员会出席大会第七十届会议。

F. 国际法讲习班

319. 依照大会第 69/118 号决议，在国际法委员会本届会议期间，第五十一届国际法讲习班于 2015 年 7 月 6 日至 24 日在万国宫举行。讲习班的对象是专长于国际法的年轻法学家、年轻教师以及在其本国公务员系统任职的从事学术或外交工作的政府官员。

320. 代表所有区域集团的 24 名不同国籍的学员参加了这届讲习班。⁴¹² 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。

321. 讲习班由委员会主席纳林德·辛格先生主持开幕，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科学协调。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 Yusra Suedi 女士和联合国日内瓦办事处法律联络处实习生 Cami Schwab 女士从旁协助。

322. 委员会下列委员作了演讲：埃内斯特·彼得里奇先生：“国际法委员会的工作”；迪雷·特拉迪先生：“强制法”；帕维尔·斯图尔马先生：“与国家责任有关的国家继承”；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”；村濑信也先生：“保护大气层”；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”；迈克尔·伍德先生：“习惯国际法的识别”；玛丽·雅各布松女士：“与武装冲突有关的环境保护”；肖恩·墨菲先生：“危害人类罪”。

⁴¹¹ 红十字会副主席克里斯蒂娜·比尔利女士和委员会主席纳林德·辛格先生作了发言。格奥尔格·诺尔特先生介绍了“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”，肖恩·墨菲先生介绍了“危害人类罪”，红十字会首席法官兼法律司司长 Knut Doermann 博士介绍了“国际红十字和红新月运动第 32 届国际会议的筹备情况”，红十字会评注更新项目主任 Jean-Marie Henckaerts 博士介绍了“红十字会更新其对日内瓦四公约及附加议定书所作评注的情况”。

⁴¹² 下列人员参加了讲习班：Kakanang Amaranand 女士(泰国)、Hamed Camara 先生(毛里塔尼亚)、Eleen A. Cañas Vargas (哥斯达黎加)、Francis W. Changara (津巴布韦)、Namgay Dorji (不丹)、Fatoumata P. Doumbouya (几内亚)、Pilar Eugenio (阿根廷)、Soaad Hossam (埃及)、Gedeon Jean (海地)、Akino Kowashi (日本)、Gift Kweka (坦桑尼亚)、Lucia Leontiev (摩尔多瓦)、Matilda Mendy (冈比亚)、Momchil Milanov (保加利亚)、Quyen T.H. Nguyen (越南)、Elinathan Ohiomoba (美利坚合众国)、Francisco J. Pascual Vives (西班牙)、Ye Joon Rim (大韩民国)、Matteo Sarzo (意大利)、Cornelius V.N. Scholtz (南非)、Darcel G. Smith-Williamson (巴哈马)、Luka M. Tomazic (斯洛文尼亚)、Shuxi Yin (中国)、Franz J. Zubieta (多民族玻利维亚国)。由日内瓦大学国际法教授 Makane Moïse Mbengue 先生担任主席的甄选委员会于 2015 年 4 月 7 日举行会议，从 102 名申请人中录取了 25 人参加本届讲习班。一名被录取的候选人最后未能参加讲习班。

323. 讲习班学员参加了六场外部会议。他们参加了日内瓦大学与日内瓦水枢纽合办的一次研讨会，主题是“国际水法：执行问题”。下列人士在会上演讲：Danae Azaria 女士(伦敦大学学院讲师)、Laurence Boisson de Chazournes 教授(日内瓦大学)、卢修斯·卡弗利施先生(国际法委员会委员)、莫里斯·卡姆托先生(国际法委员会委员)、Attila Tanzi 教授(意大利博洛尼亚大学)、Christina Leb 女士(世界银行)、Marco Sassòli 教授(日内瓦大学)和 Mara Tignino 女士(日内瓦大学)。研讨会结束后，日内瓦水枢纽举行了招待会。在国际劳工组织举行了一次关于“国际行政法庭”的特别会议，由劳工组织行政法庭书记官长 Drazen Petrovic 先生主持。讲习班学员还参加了一个介绍会，由联合国难民事务高级专员高级法律顾问 Cornelis Wouters 先生介绍“国际难民法”。他们还应日内瓦国际和发展研究院的邀请，参加了一年一度的 Lalive 讲座。演讲人是肖恩·墨菲先生，题目是“正在兴起的趋势：《海洋法》下争端的解决”。在参观了国际电信联盟(电联)博物馆之后，电联法律干事 Nikos Volanis 先生还在电联作了简要介绍。最后，在世界卫生组织举行了一次特别会议，由首席法务官 Steven A. Solomon 先生和协理法律干事 Jakob Quirin 先生介绍“国际法和卫生”。

324. 围绕“强制法”和“与国家责任有关的国家继承”组织了两个讲习班工作组。每名参加讲习班的学员都被分配到其中一个工作组。两位国际法委员会委员迪雷·特拉迪先生和帕维尔·斯图尔马先生为工作组提供了督导和指导。每个工作组写了一份报告，并在讲习班最后一次工作会议上介绍了报告结论。报告已编辑成册，发给所有学员和委员会委员。

325. 日内瓦共和国和州政府一如既往地日内瓦市政厅热情接待了讲习班学员，带学员们参观了阿拉巴马厅，并举行了鸡尾酒招待会。

326. 联合国常驻联合国和日内瓦其他国际组织代表邀请讲习班学员参加了在他官邸举行的招待会。

327. 讲习班闭幕式上，国际法委员会主席纳林德·辛格先生、国际法讲习班主任马库斯·施密特先生和讲习班学员代表 Momchil Milanov 先生向委员会致辞。每名学员都获得了一份参加讲习班的证书。

328. 委员会特别感谢地指出，自 2013 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、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。总部设在罗马(意大利)的一个致力于促进国际法的私人协会——“国际法界”(Circolo di diritto internazionale)也向讲习班提供了捐助。尽管近年的金融危机严重影响了讲习班的财务状况，但信托基金还可以提供足够份数的研究金，使录取的候选人、特别是来自发展中国家的被录取候选人得以参加，从而实现了学员的适当地域分布。今年，向 14 名学员颁发了研究金(九人获得旅费和生活津贴，三人只获得生活津贴，两人只获得旅费)。

329. 自 1965 年创设讲习班以来，分属 171 个不同国籍的 1,163 名学员参加了讲习班，其中 713 人获得了研究金。

330. 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了解委员会的工作和总部设在日内瓦的众多国际组织

的活动。委员会建议大会再次呼吁各国自愿捐款，以保证在 2016 年能够继续举办讲习班，并让尽可能多的学员参加。

附件

最后报告

最惠国条款研究组

章次	段次
导言	1-2
第一部分—背景	3-33
A. 研究组工作的由来和目的	4-9
B. 1978 年条款草案	10-19
1. 起源	10-12
2. 核心规定	13-18
3. 大会关于 1978 年条款草案的决定	19
C. 嗣后发展	20-23
D. 其他机构对最惠国规定的分析	24-33
1. 贸发会议	25-27
2. 经合组织	28-33
第二部分—最惠国条款的当代意义以及与条款解释有关的问题	34-140
A. 最惠国条款的要素	35-40
1. 最惠国待遇的原理	37-40
B. 关于最惠国条款的当代实践	41-66
1. 关贸总协定和世贸组织中的最惠国条款	41-52
2. 其他贸易协定中的最惠国条款	53-54
3. 投资条约中的最惠国条款	55-66
C. 有关投资协定中最惠国规定的解释性问题	67-140
1. 最惠国规定的受惠方	69-73
2. “待遇不低于”的含义	74-78
3. 根据最惠国条款所给予待遇的范围	79-140
(a) 最惠国待遇与程序性事项：问题的由来	82-90
(b) 投资法庭嗣后关于最惠国条款适用于程序性事项的解释	91-140

(一) 实质性义务与程序性义务的区别	93-99
(二) 从管辖权事项的角度解释最惠国规定	100-114
1. 解释管辖权事项的标准.....	101-103
2. 争端解决和管辖权.....	104-114
(三) 其他条约规定的具体意图	115-118
(四) 缔约方的实践.....	119-122
(五) 确定缔约方意图的有关时间	123
(六) 通过援引最惠国条款改变的条款内容	124-134
(七) 裁决的一致性	135-136
(八) 界定“不低于”待遇	137-139
(九) 政策例外的存在	140
第三部分—解释最惠国条款的考虑因素	141-160
A. 与解释投资协定有关的政策考虑因素	141-149
1. 双边投资条约谈判的非对称性	141-144
2. 每项条约的特殊性	145-149
B. 解决投资争端的仲裁是“混合仲裁”	150-157
C. 1978年条款草案对解释最惠国规定的当代意义.....	158-160
第四部分—关于解释最惠国条款的指导	161-211
A. 最惠国规定原则上能够适用于双边投资条约的争端解决规定.....	162-163
B. 争端解决相关条件以及法庭的管辖权	164-173
C. 确定最惠国规定是否适用于诉诸争端解决的条件的因素.....	174-193
1. 同期原则	176-178
2. 准备工作的相关性	179
3. 缔约方的条约实践	180-183
4. 上下文的含义	184-188
(a) 具体规定与一般规定之间的权衡	186-187
(b) “明示其一”原则	188
5. 试图替换的条款内容的相关性	189-190
6. 对试图纳入的条款的解释	191-193

D. 最惠国条款各种范本的结果	194-211
1. 马菲基尼案裁决时已有协定中的条款	195-202
2. 马菲基尼案裁决后所订立协定中的条款	203-211
第五部分—结论概述	212-217

导言

1. 本报告反映了委员会设立的审议与最惠国条款有关的当代问题的研究组的工作。委员会自 1967 年至 1978 年研究了最惠国条款专题，不过委员会拟定的条款草案没有形成多边条约。自那时起，最惠国条款就成为世贸组织的基石，被纳入大量双边和区域投资协定。特别是，在双边投资协定方面，出现了最惠国条款能否从实质义务延伸到争端解决规定的争论。报告回顾了这些发展，并就最惠国规定¹的解释作出了评论。

2. 审议本专题时，研究组试图确定是否可能得出一个在实践中有用的结果，既有助于将最惠国条款纳入条约，又有助于法庭及其他仲裁机构在判决中解释和适用最惠国条款。研究组审议了修订 1978 年条款草案或编写一套新的条款草案是否有任何作用，结论是没有。² 虽然研究组重点关注投资协定方面的最惠国条款，但是也力求在更大的背景下审议最惠国条款问题。下文第 212 至 217 段列出了研究组的结论。

第一部分 背景

3. 本部分列出了研究组工作的背景，介绍了委员会之前关于最惠国条款问题的工作。本部分继而介绍了 1978 年以来最惠国条款的运用。

A. 研究组工作的由来和目的

4. 1978 年，委员会通过了关于最惠国条款专题的条款草案。³ 大会没有召开会议，将这些条款草案变为公约。2006 年，在国际法委员会第五十八届会议上，长期工作方案工作组讨论了是否应当重新审议最惠国条款问题。在第五十九届(2007 年)会议上，委员会的一个非正式工作组审议了该问题，在第六十届(2008 年)会议上，委员会决定将最惠国条款专题列入长期工作方案。在同一届会议上，委员会决定将这一专题列入当前工作方案，并在第六十一届会议上设立一个研究组，由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生共同主持。⁴ 自 2012 年起，工作组由麦克雷先生主持，当他不在时，由马蒂亚斯·福尔托先生代为主持。

¹ “最惠国条款”与“最惠国规定”一词在本报告中可以互换。

² 研究组的一些成员认为应当对 1978 年条款草案进行修订。

³ 《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 16-72 页。

⁴ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 351-352 段。另见，同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 211-216 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 359-373 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 349-363 段。

5. 委员会决定重新审议最惠国条款问题是受到了 1978 年以来一些发展的影响,包括最惠国条款在世贸组织的适用不断扩大,最惠国条款被普遍纳入双边投资条约和区域经济一体化安排中的投资规定,以及解释和适用投资条约中的最惠国规定方面出现的具体困难。

6. 2009 年至 2015 年,研究组举行了 24 次会议。研究组根据该专题大纲中强调的问题商定了一个框架,作为工作的路线图。⁵ 研究组的工作基于非正式工作文件以及委员会委员为协助研究组的工作编写的其他非正式文件。⁶

7. 本专题的审议过程中,委员会收到了各国在第六委员会对研究组工作提出的意见。虽然一些国家表示不希望委员会审议该专题,⁷ 但是普遍认为委员会可以在该领域有所作为。委员会必须尊重这一事实,即最惠国条款形式多样,其解释或适用可能未必统一。⁸ 与研究组的总体意向一致,经常听到的意见是委员会不应制定新的条款草案或试图修订 1978 年条款草案。⁹ 总体而言,认为委员会应当确定最惠国条款解释方面的趋势,为条约谈判者、政策制定者及投资领域的从业人员提供指导。¹⁰

⁵ 同上,《第六十四届会议, 补编第 10 号》(A/64/10), 第 216 段。

⁶ 研究组审议了以下工作文件: (a)《对 1978 年最惠国条款草案的审查》(村濑信也先生); (b)《关贸总协定和世贸组织中的最惠国条款》(麦克雷先生); (c)《最惠国条款与马菲基尼案》(佩雷拉先生); (d)《经合组织关于最惠国问题的工作》(哈穆德先生); (e)《贸发会议关于最惠国问题的工作》(瓦钱尼先生); (f)《投资协定中最惠国条款的解释和适用》(麦克雷先生); (g)《投资仲裁庭对最惠国条款的解释》(麦克雷先生)(该工作文件是题为“投资协定中最惠国条款的解释和适用”的工作文件的重新编排本); (h)《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); (i)《混合法庭所用的双边投资协定: 投资争端解决办法的法律性质》(村濑信也先生); (j)《最惠国条款用语调查及与马菲基尼有关的判例》(哈穆德先生)。研究组还收到了以下文件: (a)《最惠国条款规定目录》(麦克雷先生和佩雷拉先生编写); (b) 一份表格形式的非正式文件,其中列有涉及最惠国条款的投资案件中的仲裁员和律师,以及所解释的最惠国条款类型; (c) 一份关于马菲基尼案之后最惠国条款范本的非正式工作文件,其中研究了各国对马菲基尼案裁决的反应; (d) 一份概述总部协议中类似于最惠国条款的用语的非正式工作文件,总部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; (e) 一份关于外交条约中的最惠国条款的非正式工作文件; (f) 一份关于航海协议与最惠国条款的非正式工作文件; (g) 一份关于“双边税务条约与最惠国条款”的非正式工作文件。

⁷ 例如,见 A/C.6/65/SR.25, 第 75 段(葡萄牙); A/C.6/66/SR.27, 第 49 段(伊朗伊斯兰共和国); A/C.6/67/SR.23, 第 27 段(伊朗伊斯兰共和国)。

⁸ 例如,见 A/C.6/64/SR.23, 第 52 段(美利坚合众国); A/C.6/64/SR.23, 第 31 段(日本); A/C.6/65/SR.26, 第 17 段(美利坚合众国); A/C.6/66/SR.27, 第 94 段(美利坚合众国); A/C.6/67/SR.21, 第 103 段(美利坚合众国)。

⁹ 例如,见 A/C.6/64/SR.23, 第 52 段(美利坚合众国); A/C.6/65/SR.25, 第 82 段(联合王国); A/C.6/65/SR.26, 第 17 段(美利坚合众国); A/C.6/69/SR.25, 第 115 段(奥地利); A/C.6/69/SR.26, 第 18 段(联合王国); A/C.6/69/SR.27, 第 26 段(美利坚合众国)。

¹⁰ 例如,见 A/C.6/64/SR.18, 第 66 段(匈牙利); A/C.6/64/SR.22, 第 75 段(新西兰); A/C.6/65/SR.26, 第 45 段(斯里兰卡); A/C.6/66/SR.27, 第 28 段(斯里兰卡); A/C.6/66/SR.27, 第 69 段(俄罗斯联邦); A/C.6/66/SR.27, 第 78 段(葡萄牙); A/C.6/66/SR.27, 第 89 段(越南); A/C.6/66/SR.28, 第 21 段(加拿大); A/C.6/67/SR.20, 第 109 段(加拿大); A/C.6/69/SR.25, 第 21 段(越南); A/C.6/69/SR.26, 第 69 段(新加坡); A/C.6/69/SR.26, 第 73 段(澳大利亚); A/C.6/69/SR.27, 第 76 段(大韩民国)。

8. 研究组决定不评论各投资法庭关于将最惠国条款适用于争端解决规定的不同意见。委员会对投资法庭的判决没有决定权，判定某个法庭正确而另一个法庭错误只会在当前的辩论中又再加上委员会的意见。

9. 相反，研究组认为，特别是在不确定如何解释最惠国条款的情况下，对委员会 1978 年的方法作出某些解释或阐述将会有用。研究组还认为，阐述如何运用条约解释规则对最惠国条款进行解释将会有用。

B. 1978 年条款草案

1. 起源

10. 委员会 1964 年第一次提出最惠国专题时，当时正在讨论“条约和第三国”问题。¹¹ 委员会 1967 年决定将这一专题列入工作方案时，专题名为“条约法中的最惠国条款”。¹² 因此，当时是一个关于条约法的专题。

11. 历史上，双边友好、通商和航海条约载有最惠国条款，主要功能是规范缔约方之间的各项事项，通常是商业性质的事项。¹³ 虽然 1978 年条款草案的特别报告员广泛探讨了国内法院、条约和国际法庭的判决如何适用最惠国条款，但是 1978 年条款草案总体上还是侧重最惠国条款在双边贸易条约中的传统功能。

12. 因此，虽然现在通常认为最惠国条款的核心功能是自动、无条件地将好处扩大，但是 1978 年条款草案中载有很长的关于“补偿条件”和“互惠待遇条件”的详细条款，这或许反映了对那些不赞成完全自动执行最惠国条款的国营贸易国状况的某种重视。此外，关于如何处理关税同盟以及对发展中国家的优惠等问题也出现了争议。

2. 核心规定

13. 虽然 1978 年条款草案涉及一系列问题，其中一些似乎被后来的发展所取代，但是它们列出了最惠国条款的核心内容，为其适用提供了指导，这对最惠国条款在当今社会中的运用至关重要。最惠国条款定义如下：

“授与国给予受惠国或与之有确定关系的人或事的待遇不低于授与国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。”¹⁴

¹¹ 联合国，《国际法委员会的工作》，第八版，第一卷(2012 年)，联合国出售品编号 E.12.V.2 (ISBN 978-92-1-133720-4)，第 171 页。

¹² 同上，第 172 页。

¹³ 村濑信也先生，*Kokusaiho no Keizaiteki Kiso* (Tokyo: Yuhikaku, 2001)，第 14-201 页[日文]；村濑信也先生，“The Most-Favored-Nation Treatment in Japan’s Treaty Practice 1854-1905”，《美国国际法杂志》，第 70 卷(1976 年)，第 273-297 页。

¹⁴ 例如，见 1978 年条款草案第 5 条草案，《1978 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 21 页。

虽然这一定义被批评为含糊不清，¹⁵ 但是的确包含了最惠国条款的关键内容，而后面的条款草案也对定义进行了阐述。

14. 特别是，条款草案明确表示，最惠国待遇不是条约对第三国效果的一般规则的例外。¹⁶ 最惠国待遇权的前提是：载有最惠国条款的条约是确立授与国与受惠国司法联系的基础条约。换言之，受惠国享有最惠国待遇的权利只能来源于授与国与受惠国条约中的最惠国条款，而不能来源于授与国与第三国之间的条约。因此，不存在第三者权利。在这方面，委员会实际上是落实了国际法院对英国—伊朗石油公司案的判决。¹⁷

15. 条款草案还郑重声明适用最惠国条款时遵循同类原则。在这方面，委员会广泛援引《关贸总协定》关于“同类产品”概念的实践和判例。委员会对同类原则的处理分为两部分。首先，第九条第1款规定：

“根据最惠国条款，受惠国为了自身或为了与之有确定关系的人或事的利益，仅获得该条款的主题范围之内的权利。”

第二，第十条第1款规定：

“根据最惠国条款，受惠国只有在授与国给第三国以该条款主题范围之内的待遇的情况下，取得最惠国待遇的权利。”

16. 第九和第十条还明确规定，与受惠国有确定关系的人或事可以得到好处的前提是，他们必须和与第三国有确定关系的人或事属于同样类型，他们与受益国的关系也必须和与第三国有确定关系的人或事与第三国的关系相同。¹⁸

17. 1978年条款草案还涉及以得到补偿或提供互惠待遇为条件的最惠国条款的运用。此外，条款草案中还有关于最惠国待遇与发展中国家、边境贸易及内陆国家的具体规定。

18. 与发展中国家有关的规定最终成为委员会工作停留在条款草案阶段的一个原因。这些规定或是被认为不为习惯国际法所接受，¹⁹ 或是被认为没有反映其他地方的发展，尤其是关贸总协定下的发展。²⁰ 一些国家认为条款草案没有充分保护

¹⁵ 卢森堡在条款草案一读时指出这一困难：“表述的范围方面存在问题……其中提到与特定国家有‘确定关系’的‘人’或‘事’。这里是指什么人？就自然人而言，情况可能比较明确，但是如果是经济实体，不论是否企业，就不那么明确。‘事’单指有形物品，还是也包括无形商品，例如提供服务或商业、工业或知识产权？最后，特别是在经济实体或无形商品的情况下，应当如何理解与国家的‘确定关系’这一表述？”同上，第167页。

¹⁶ 同上，第24-25页(第7和第8条草案)。

¹⁷ 英国—伊朗石油公司案(联合王国诉伊朗)，初步反对意见，判决，《1952年国际法院案例汇编》，第109-110页。

¹⁸ 《1978年……年鉴》，第二卷，第二部分，第27页(特别见第10条草案第2款)。

¹⁹ A/C.6/33/SR.37，第52段(加拿大)。

²⁰ A/C.6/33/SR.46，第2段(丹麦)；A/C.6/33/SR.37，第11段(联合王国)。

发展中国家的利益。²¹ 还有一些国家认为,关于发展中国家间安排的第 24 条草案限制过多,²² 或需要进一步说明。²³ 同样,条款草案没有考虑双边协议下最惠国待遇与多边协议下最惠国待遇之间关系的复杂性,也引起了对条款草案的不满。²⁴ 特别是,许多国家不愿意在没有特别规定将关税同盟排除在外的情况下,将条款草案发展为具有约束力的公约。²⁵ 一些国家表示,担心条款草案将阻止国家“启动任何区域一体化进程。”²⁶

3. 大会关于 1978 年条款草案的决定

19. 大会于 1978 年至 1988 年请各国政府对条款草案作出评论后,结束了对这一专题的审议,决定:

“提请会员国及有关非政府组织注意委员会第三十届会议工作报告所载关于最惠国条款的条款草案,供它们在其认为适当的情况下审议。”²⁷

C. 嗣后发展

20. 自委员会在报告中处理最惠国条款问题并于 1978 年拟定条款草案以来,情况发生了巨大变化。最惠国待遇的适用范围缩小到经济领域,与此同时,最惠国待遇在该领域内的适用范围又有所扩大。1978 年条款草案的特别报告员探讨了适用最惠国条款的广泛领域,包括航海权和外交豁免。如今,最惠国原则主要运用在国际经

²¹ A/C.6/33/SR.37, 第 24 段(利比里亚); A/C.6/33/SR.41, 第 43 段(厄瓜多尔); A/C.6/33/SR.43, 第 23 段(加纳); A/C.6/33/SR.45, 第 21-26 段(斯威士兰)。欧洲经济共同体认为条款草案本应明确处理不同经济状况的国家间的关系: A/C.6/33/SR.32, 第 6-7 段, 第 16-17 段(欧洲经济共同体)。另见 A/C.6/33/SR.39, 第 24 段(比利时)。

²² A/C.6/33/SR.32, 第 20 段(牙买加); A/C.6/33/SR.42, 第 30 段(孟加拉国)。

²³ A/C.6/33/SR.37, 第 42 段(智利); A/C.6/33/SR.43, 第 39 段(圭亚那)。一些国家呼吁对“发达”和“发展中”国家作出更好的法律定义: A/C.6/33/SR.39, 第 27 段(比利时); A/C.6/33/SR.40, 第 5 段(美利坚合众国)。

²⁴ A/C.6/33/SR.33, 第 28 段(德意志联邦共和国); A/C.6/33/SR.37, 第 33 段(罗马尼亚); A/C.6/33/SR.40, 第 63 段(叙利亚); A/C.6/33/SR.41, 第 60 段(阿拉伯利比亚民众国)。意大利对条款草案的范围不包括超国家实体感到遗憾: A/C.6/33/SR.44, 第 9 段(意大利)。

²⁵ A/C.6/33/SR.31, 第 5 段(荷兰); A/C.6/33/SR.33, 第 2 段(丹麦); A/C.6/33/SR.36, 第 2-3 段(瑞典); A/C.6/33/SR.37, 第 2 段(奥地利); A/C.6/33/SR.37, 第 10 段(联合王国); A/C.6/33/SR.39, 第 10 段(希腊); A/C.6/33/SR.39, 第 25 段(比利时); A/C.6/33/SR.39, 第 48 段(哥伦比亚); A/C.6/33/SR.40, 第 52 段(赞比亚); A/C.6/33/SR.41, 第 11 段(土耳其); A/C.6/33/SR.42, 第 6 段(爱尔兰); A/C.6/33/SR.42, 第 39 段(尼日利亚); A/C.6/33/SR.42, 第 43 段(秘鲁); A/C.6/33/SR.43, 第 11 段(委内瑞拉); A/C.6/33/SR.43, 第 30 段(乌拉圭); A/C.6/33/SR.44, 第 13 段(意大利); A/C.6/33/SR.44, 第 20 段(埃及); A/C.6/33/SR.45, 第 27 段(斯威士兰); A/C.6/33/SR.46, 第 2 段(国际法委员会主席的总结)。

²⁶ A/C.6/33/SR.32, 第 8-12 段(欧洲经济共同体)。另外 A/C.6/33/SR.31, 第 4 段(荷兰): “最后草案最明显的缺点就是它仍然基本上忽略了区域经济合作的现代发展,以及这种合作对适用最惠国条款的影响。”

²⁷ 大会, 1991 年 12 月 9 日第 46/416 号决定。

济法领域，特别是贸易和投资领域。在某些情况下，双边条约规定的最惠国待遇被更加广泛地规定不歧视义务的多边公约所取代。²⁸

21. 总部协定和税收条约等其他领域也有类似于最惠国规定的非歧视条款，不过似乎没有那么常用，也没有引起争议。²⁹ 相反，在经济领域，最惠国待遇越来越常用，运用范围也越来越广。最惠国待遇曾被关贸总协定作为多边贸易体系的核心原则，世贸组织取代关贸总协定后，在服务贸易以及与贸易有关的知识产权领域适用最惠国待遇。此外，最惠国待遇已成为双边投资条约的一项核心原则，双边投资条约这种条约形式在 1978 年条款草案拟定前几乎不存在。虽然第一项双边投资条约签署于 20 世纪 50 年代末，但是直到冷战结束后，这类条约才大量出现，并且经常诉诸其中所载的争端解决规定。³⁰

22. 事实上，世贸组织的争端解决程序以及解决投资争端的其他程序形了解释最惠国规定的一套法律，尤其是在贸易和投资领域。《关贸总协定》体现最惠国条款的第 1 条被世贸组织争端解决机构援引，世贸组织上诉机构对其作出了解释。服务贸易领域的最惠国条款也是争端解决的主题。此外，在大量案件中，法院试图解释双边投资条约中最惠国规定的范围和适用，但是没有统一的结果。

23. 简言之，如今适用最惠国条款的情况与委员会之前审议该专题时适用最惠国条款的情况有很大不同。因此，委员会认为有必要重新审议该专题。

D. 其他机构对最惠国规定的分析

24. 据研究组所知，联合国贸易和发展会议(贸发会议)和经济合作与发展组织(经合组织)均就最惠国条款开展了大量工作。

1. 贸发会议

25. 贸发会议参与国际发展政策由来已久，特别是通过分发关于投资事项的技术信息参与。贸发会议编写了两套丛书：《国际投资协定问题丛书》和《国际投资政策促进发展丛书》。近年来，贸发会议出版了一套名为《国际投资协定问题说明》的丛书，其中包括题为《投资者与国家间争端解决的近期发展》的年度出版物。贸发会议关

²⁸ 1961 年 4 月 18 日在维也纳签署的《维也纳外交关系公约》，联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 95 页，以及 1963 年 4 月 24 日在维也纳签署的《维也纳领事关系公约》，联合国，《条约汇编》，第 596 卷，第 261 页。

²⁹ 1947 年 6 月 26 日在成功湖村签署的《联合国和美利坚合众国关于联合国总部的协定》，联合国，《条约汇编》，第 11 卷，第 147 号，第 11 页，第五条第 15(4)款；2002 年 9 月 9 日在墨西哥城签署的《澳大利亚政府和墨西哥合众国政府关于避免双重征税和防止逃避所得税的协定》，《澳大利亚条约汇编》，第 4 卷(2004 年)，可查阅<<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2004/4.html>>。

³⁰ Stephan W. Schill, “W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law”, 《欧洲国际法杂志》，第 22 卷 (2011 年)，第 875-908 页。

于国际投资协定的汇编——《国际投资文书：汇编》³¹ 和投资政策服务站³²——是查找国际投资协定的宝贵来源。

26. 贸发会议的许多其他出版物在广泛讨论投资协定时也涉及最惠国问题。特别是，贸发会议《问题说明》丛书中关于投资者与国家间争端解决的年度审查报告概述了投资法庭过去一年的裁决，包括涉及解释最惠国规定的裁决。报告概述各项裁决，指出与此前裁决的不同之处，但是不分析投资法庭采用的解释方法。

27. 贸发会议关于最惠国问题的工作为审议最惠国规定提供了重要背景。贸发会议侧重研究适用于最惠国规定的大的政策问题，而不是研究组侧重的习惯国际法和条约解释问题。

2. 经合组织

28. 经合组织在投资领域的主要作用是起草促进投资的文书。这些文书载有不歧视义务，有时以最惠国条款的形式表述。

29. 经合组织《资本流动自由化准则》涵盖直接投资和建立企业，经合组织《无形交易自由化准则》涵盖服务，二者均载有不歧视义务。虽然不是以传统的最惠国条款的语言表述，但是经合组织认为该义务在功能上与最惠国规定相同。两项准则共同的第九条规定：

“成员在批准完成和执行附件 A 所列且享有任何程度自由化的交易和转让方面，对其他成员不得予以区别对待。”

30. 经合组织在两项《准则》的导言中写道：³³

“经合组织成员应当不歧视、一视同仁地向所有其他成员国居民予以开放市场的好处。当存在限制时，必须以同样的方式对每个人施加限制……《准则》不允许列举对不歧视原则或最惠国原则的保留。”

31. 两项《准则》载有适用最惠国待遇的许多例外情况，包括针对关税同盟或特别货币体系成员的例外，但是例外更多地涉及维护公共秩序、保护公共卫生、道德和安全、保护成员的基本安全利益或履行与国际和平与安全有关的义务。³⁴

32. 经合组织还曾负责启动《多边投资协定》的谈判。该协定载有一项最惠国规定，其中提到“待遇不低于”，并适用于“投资的设立、获取、扩大、运营、管理、维

³¹ 贸发会议，《国际投资文书：汇编》，UNCTAD/DITE/4 第十三卷，可查阅<<http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410>>。第六、七、八、九、十卷也有电子版。

³² 贸发会议，“投资政策服务站”网站：<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>。

³³ 经合组织《经合组织自由化准则：2008 年用户指南》(网上：经合组织，2007 年)，第 11 页，可查阅<<http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>>。

³⁴ 同上，第三条。

持、使用、享有、出售或其他处置。”³⁵ 谈判中止时存在这一分歧：最惠国条款应当适用于给予最惠国待遇的国家境内的所有投资，还是应当以“同类情形”一词限定有权获得最惠国待遇的受惠方。

33. 该《多边投资协定》草案还载有许多给予最惠国待遇的例外情况，包括安全利益、《联合国宪章》规定的义务以及税收。还有许多一直存在争议的例外情况，包括公共债务重组、为实施货币和经济政策而进行的交易以及区域经济一体化协定。³⁶

第二部分

最惠国条款的当代意义以及与条款解释有关的问题

34. 本部分涉及最惠国条款的性质，以及这些条款目前如何运用于条约中以及如何适用。本部分还研究了与最惠国条款有关的解释问题，特别是国际投资协定背景下的解释问题。

A. 最惠国条款的要素

35. 从 1978 年条款草案可以看出，双边或多边条约³⁷ 中的最惠国规定包含以下要素：

- 第一，在这样一项规定下，每个国家同意给予其他一个或多个国家，以及与该一个或多个国家有固定关系的个人和实体特定水平的待遇。³⁸
- 第二，最惠国规定提供的待遇水平由给予最惠国待遇的国家给予第三国的待遇决定(“待遇不低于”)。³⁹
- 第三，最惠国承诺仅适用于与给予第三国的待遇同类的待遇(“同类原则”)。⁴⁰
- 第四，有权获得最惠国待遇的个人和实体仅限于那些与第三国有权获得要求的待遇的个人或实体同类的个人或实体。⁴¹

³⁵ 经合组织多边投资协定谈判组，《多边投资协定合并案文草稿》，1998 年 4 月 22 日，经合组织文件 DAF/MAI(98)7/REV1。

³⁶ 同上，第 13 页。

³⁷ 委员会不排除最惠国规定可以存在于条约以外的文书中。《1978 年……年鉴》，第 16 页(第 1 条草案)。

³⁸ 同上，第 21 页(第 5 条草案)。

³⁹ 同上。

⁴⁰ 同上，第 27 页(第 9 条草案)。

⁴¹ 同上(第 10 条草案第 2 款)。

36. 在适用最惠国规定时，第二和第三个要素造成的困难最大。什么才算“待遇不低于”，以及要求的待遇是否与给予第三国的待遇同类，这些问题在关贸总协定和世贸组织下都引起了争论。我们将看到，要求的待遇是否与给予第三国的待遇同类正是投资领域当前争论的核心。

1. 最惠国待遇的原理

37. 最惠国待遇本质上是一种规定一国与其他国家之间不存在区别待遇的方式，因此可以视为主权平等原则的体现。不过，最惠国待遇的起源显示，它基于一种更加实际的愿望——防止经济领域的竞争优势。1978年条款草案的特别报告员在第一份报告中指出，⁴² 中世纪的商人若无法在外国市场获得垄断地位，则力求待遇不低于其竞争者。这种待遇后来也体现在主权国家之间的协定——友好、通商和航海条约中，并且超出了贸易范围，确保一国臣民在外国的待遇不低于其他国家的臣民在该国的待遇。

38. 防止歧视也与比较优势这个经济概念有关，比较优势是自由贸易和经济自由化理念的基础。比较优势理论认为，国家应当生产它们最擅长的产品。按照该理论，交易高效率生产的产品将造福消费者，实现福利最大化。⁴³ 不过，如果A国歧视B国的产品，而青睐C国的类似产品，就会丧失效率。最惠国待遇通过确保A国给予B国的待遇不亚于给予C国的待遇，防止了这种歧视。正因为这样，最惠国待遇被视为关贸总协定和世贸组织的基石。⁴⁴

39. 关于不歧视的好处与优待的好处，特别是对发展中国家的好处，争论由来已久，贸易领域仍有很多方面的问题没有解决。⁴⁵

40. 将最惠国待遇从货物贸易扩大到服务贸易、投资以及其他领域的经济理由是否成立也是一个争论点。有人认为，在贸易领域，不歧视原则保护了竞争机会(比较优势理论)，但在投资领域，不歧视的目的是保护投资者的权利。⁴⁶ 不过，不论货物贸易领域之外的不歧视规定有什么具体理由，与投资和服务有关的协定还是继续将最惠国待遇(和国民待遇)纳入其中。注意到这些不同观点后，研究组认为不需要再进一步审议最惠国规定的经济理由问题。

⁴² 《1968年……年鉴》，第二卷，第165页，A/CN.4/L.127号文件。

⁴³ John Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 第2版 (Cambridge: MIT Press, 1997), 第2章。

⁴⁴ 世贸组织上诉机构报告，《加拿大一影响汽车工业的某些措施》，世贸组织文件 WT/DS139/AB/R (2000年5月31日)。另见世贸组织上诉机构报告，《欧洲共同体—给予发展中国家关税优惠的条件》，世贸组织文件 WT/DS246/AB/R (2004年4月20日通过)，第101段。

⁴⁵ 《世贸组织的未来：应对新千年的制度挑战》，咨询委员会向总干事素帕猜·巴尼巴滴提交的报告(日内瓦：世贸组织，2004年)，第88-102段(“萨瑟兰报告”)。

⁴⁶ Nicholas DiMascio 和 Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?”, 《美国国际法杂志》，第102卷(2008年)，第48-89页。

B. 关于最惠国条款的当代实践

1. 关贸总协定和世贸组织中的最惠国条款

41. 最惠国待遇一直被视为多边贸易体系的重要义务。《关贸总协定》第 1 条第 1 款对其作出了最全面的规定，不过最惠国义务也直接和间接地体现在《关贸总协定》的其他条款中。⁴⁷ 《关贸总协定》中的最惠国待遇有两个重要方面。第一，该待遇多边适用，给予一个缔约方的“好处、优惠、特权和豁免”必须给予所有缔约方。第二，给予最惠国待遇是无条件的。

42. 最惠国待遇对关贸总协定的重要作用在于它避免了对跨境货物征收关税以及给予其他待遇方面的歧视。历史上，关税通过双边谈判或国家集团间的谈判达成，然后通过最惠国规定一律适用于所有缔约方。正是通过这种方式保障了贸易商之间的竞争机会平等。

43. 不过，在世贸组织系统内，最惠国待遇从适用于货物贸易扩大到适用于服务贸易的新机制。⁴⁸ 最惠国待遇还被纳入世贸组织关于与贸易有关的知识产权的新义务之下。因此，最惠国待遇广泛存在于世贸组织的整个系统中。

44. 研究组研究了关贸总协定和世贸组织对最惠国条款的适用。通过研究，可以就世贸组织系统内最惠国待遇的范围以及适用得出一些一般性结论。

45. 首先，虽然世贸组织中最惠国条款的措辞与关贸总协定中不同，但是上诉机构的方针是将二者视为具有相同的含义。⁴⁹ 最惠国待遇的精神比字面上的解读更重要。

46. 第二，上诉机构将《关贸总协定》第 1 条下的最惠国待遇解读为具有尽可能广泛的运用。上诉机构指出，“所有”好处、优惠和特权真的是指“所有”。⁵⁰ 上诉机构尚未处理最惠国待遇是否既适用于实体权利，也适用于程序权利这一具体问题。

47. 第三，虽然最惠国待遇原本应该是无条件的，但是世贸组织的所有协定都载有适用最惠国待遇的例外情况，因此其实际运用比看起来更加有限。针对关税同盟和自由贸易区、⁵¹ 保障措施以及其他贸易补救的例外，一般例外以及关于“特殊和优惠待遇”的规定都限制了世贸组织协定下最惠国待遇的实际范围。虽然上诉机构

⁴⁷ 《1994 年关税与贸易总协定》，1994 年 4 月 15 日，联合国，《条约汇编》，第 1867 卷，第 187 页，第 2 条、第 3 条第 4 款、第 4 条、第 5 条第 2、5、6 款、第 9 条第 1 款、第 13 条第 1 款、第 17 条第 1 款和第 20 条(j)项。

⁴⁸ 《服务贸易总协定》，1994 年 4 月 15 日，联合国，《条约汇编》，第 1869 卷，第 183 页，第 2 条。

⁴⁹ 世贸组织上诉机构报告，《欧洲共同体—香蕉进口、销售和分销制度》，WT/DS27/AB/R (1997 年 9 月 25 日通过)，第 231 段。

⁵⁰ 《加拿大—影响汽车工业的某些措施》，WT/DS139/AB/R (2000 年 6 月 19 日通过)，第 79 段。

⁵¹ 《关贸总协定》，第 24 条。随着区域贸易协定的增加，关税同盟和自由贸易区变得更加重要。

经常对例外作出狭义的解释，⁵² 但是例外的范围和覆盖面还是经常限制世贸组织协定下最惠国待遇的范围及适用。

48. 鉴于世贸组织系统的特殊性质，再加上它有一套自己的协定以及解释和适用这些协定的争端解决程序，世贸组织对最惠国条款的解释不太会直接影响其他协定中最惠国条款的解释。不论其他情况下如何解释最惠国条款，世贸组织系统都可以按自己的一套方式解释最惠国待遇。

49. 不过，世贸组织系统内的最惠国待遇也不完全局限在该系统内。它也可以适用于世贸组织协定以外的文书。在世贸组织成立前，就出现了这一问题：《关贸总协定》的缔约方是否可以凭借最惠国条款，要求获得其尚未加入的东京回合“守则”提供的好处。这个问题一直没有解决。现在的问题是：对于一个与世贸组织协定有关、但并非其组成部分的“诸边协议”，未加入该协议的世界贸易组织成员能否凭借最惠国条款，要求获得该诸边协议给予的好处。同样，这个问题也尚未解决。

50. 《服务贸易总协定》中的最惠国规定也出现了相关问题。《服务贸易总协定》下的服务贸易包括一个成员的供应商通过自然人在另一个成员境内的商业存在提供服务。⁵³ 《服务贸易总协定》第 2 条规定：

“在本协定项下的任何措施方面，各成员应立即和无条件地予任何其他成员的服务和服务提供者以不低于其给予任何其他国家相同的服务和服务提供者的待遇。”

51. 与第三国的双边投资条约中出现的的影响服务提供者的措施可能属于第 2 条的范畴。换言之，问题是世贸组织的一个成员如果发现另一个成员在与第三国的双边投资条约中给予该第三国的服务提供商更优惠的待遇，是否可以援引《服务贸易总协定》第 2 条，要求获得该双边投资条约中规定的好处。研究组尚未发现这方面的实践或判例。

52. 虽然世贸组织下的最惠国待遇方面存在尚未解决的问题，今后可能会引起争议，但是研究组认为现在研究这些问题可能不会有什么帮助。世贸组织有自己的争端解决机制，世贸组织的协定依据《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条解释。⁵⁴ 存在上诉机构确保了可以重新审议专家小组对不同协定中最惠国条款的解释，如有必要可以推翻原解释。

2. 其他贸易协定中的最惠国条款

53. 区域和双边贸易协定⁵⁵通常不包含货物贸易方面的最惠国规定。这类协定已经向所有缔约方提供关税待遇方面的优待，所以最惠国待遇意义不大，倒是国民待遇

⁵² 例如，见世贸组织上诉机构报告，《美国—禁止进口某些虾类和虾制品》，世贸组织文件 WT/DS58/AB/R (1998 年 10 月 12 日)。

⁵³ 《服务贸易总协定》，第 1 条第 2 款(d)项。

⁵⁴ 1969 年 5 月 23 日在维也纳签署，联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 150 页。

⁵⁵ “区域协定”一词也包含区域经济一体化协定、结盟协定和关税同盟协议。

很重要。不过，一些区域协定载有关于货物贸易的某种形式的最惠国条款，规定如果最惠国关税下降，一旦低于区域贸易协定的协定关税，则应当予以其他缔约方这一关税水平。⁵⁶

54. 相反，贸易领域外的区域或双边经济协定规定了服务和投资方面的最惠国待遇。⁵⁷ 在这方面，它们与世贸组织的服务或双边投资协定没有什么不同。对于这类协定，最惠国待遇的解释方法应当与双边投资协定的解释方法相同。不过，目前似乎还没有关于这些规定的司法评注，学术界也基本上没有这方面的分析。

3. 投资条约中的最惠国条款

55. 长期以来，投资协定一直规定了提供最惠国待遇的义务。早期的友好、通商和航海条约中就有这类义务，并延续到现代的双边投资条约以及包含投资条款的区域贸易协定中。与《关贸总协定》一样，双边投资条约也将最惠国待遇和国民待遇作为基本义务列入其中。

56. 虽然各项投资协定中最惠国条款的措辞不同，但是基本体现了《关贸总协定》第2条采用的“待遇不低于”的意思。例如，1990年10月15日奥地利与捷克斯洛伐克共和国的协定规定：

“每个缔约方予以缔约另一方投资者的待遇不得低于其予以本国投资者或第三国投资者及其投资的待遇。”⁵⁸

57. 有时，最惠国条款既包括提供最惠国待遇的义务，又包括提供国民待遇的义务。例如，1990年12月11日阿根廷与联合王国的协定规定：

“缔约任何一方在其领土内给予缔约另一方投资者或公司的投资或收益的待遇不应低于其给予本国投资者或公司的投资或收益或其给予任何第三国民或公司的投资或收益的待遇。”⁵⁹

58. 提供最惠国待遇的义务有时还体现为提供公正与公平待遇的义务。例如，1994年6月9日中国与秘鲁的协定规定：

“缔约任何一方的投资者在缔约另一方领土内的投资和与投资有关的活动应受到公正与公平的待遇和保护。”

⁵⁶ 《欧洲联盟及成员国与大韩民国的自由贸易协定》，《欧洲联盟官方公报》L127，第54卷(2011年5月14日)，第9页，第2条第5款；《欧洲共同体及成员国与智利共和国之间的结盟协定》，《欧洲联盟官方公报》L352，第45卷(2002年12月30日)，第19页，第60条第4款。

⁵⁷ 《北美自由贸易协定》，《国际法律资料》，第32卷(1993年)，第289页和第605页，第11章，第1103条(投资)、第1203条(服务)和第1406条(金融服务)。

⁵⁸ 《奥地利共和国与捷克斯洛伐克联邦共和国关于促进和保护投资的协定》，1990年10月15日在维也纳签署，联合国，《条约汇编》，第1653卷，第127页，第3条第1款。

⁵⁹ 《大不列颠及北爱尔兰联合王国政府与阿根廷共和国政府关于促进和保护投资的协定》，1990年12月11日在伦敦签署，第3条第1款，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>>。

本条第一款所述的待遇和保护，应不低于给予任何第三国投资者的投资和与投资者有关的活动的待遇和保护。”⁶⁰

59. 虽然双边投资条约中都载有提供最惠国待遇的义务，但是这种义务的表述各不相同。可以发现六种类型的义务，不过一些协定可能将不同类型的义务纳入同一条最惠国条款。

60. 第一类：最惠国义务只涉及给予投资者或投资的“待遇”，例如奥地利与捷克斯洛伐克共和国的协定。

61. 第二类：提到了“所有”待遇，扩大了所给予待遇的范围，例如阿根廷与西班牙的协定，其中规定最惠国条款适用于“本协定约束的所有事项”。⁶¹

62. 第三类：“待遇”一词涉及投资进程的具体方面，例如对投资的“管理”、“维持”、“使用”和“处置”等方面适用最惠国待遇。⁶² 一些投资协定规定了投资的“设立”方面的最惠国待遇，从而为投资前以及投资后的阶段提供保护。⁶³

63. 第四类：最惠国待遇涉及条约下的具体义务，例如提供公正与公平待遇的义务。

64. 第五类：规定最惠国待遇只提供给与对照的投资者或投资处于“同类情形”⁶⁴或“类似情况”⁶⁵的投资者或投资。

65. 第六类：协定似乎引入了地域限制。例如，1996年7月21日意大利与约旦的协定规定，缔约双方商定“在本国领土范围内”提供最惠国待遇。⁶⁶

66. 投资协定中的最惠国条款通常也规定了不适用最惠国待遇的例外情况。最常见的例外涉及税收、政府采购或缔约方通过加入关税同盟得到的好处。⁶⁷

⁶⁰ 《中华人民共和国政府和秘鲁共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》，1994年6月9日在北京签署，第三条第一款和第三条第二款，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/42/treaty/954>>。

⁶¹ 《关于相互促进和保护投资的协定》，1991年10月3日在布宜诺斯艾利斯签署，联合国，《条约汇编》，第1699卷，第187页。

⁶² 《北美自由贸易协定》规定了在投资的“设立、获取、扩大、管理、开展、运营、出售或其他处置”方面的最惠国待遇。《北美自由贸易协定》，第1103条。

⁶³ 同上。

⁶⁴ 同上。

⁶⁵ 《土耳其共和国与土库曼斯坦关于相互促进和保护投资的协定》，1992年5月2日在阿什哈巴德签署，第2条，可查阅<[http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf)>。

⁶⁶ 《约旦哈希姆王国政府与意大利共和国政府关于促进和保护投资的协定》，1996年7月21日在安曼签署，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1681>>。

⁶⁷ 《大不列颠及北爱尔兰联合王国政府与阿根廷共和国政府关于促进和保护投资的协定》，1990年12月11日在伦敦签署，第7条，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>>。见经合组织，“国际法中的最惠国待遇”，《经合组织国际投资工作文件》，第二卷(2004年)，第5页。

C. 有关投资协定中最惠国规定的解释性问题

67. 投资争端解决法庭普遍认为，最惠国条款作为条约条款，必须依照《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条规定的条约解释通则解释。然而，解释最惠国条款时出现的争议有时反映了适用《维也纳条约法公约》规定方面的根本差异。⁶⁸

68. 尽管最惠国条款的措辞各不相同，但无论是在贸易、投资还是服务领域，此类条款都存在一些共同的解释性问题。下面将逐一探讨最惠国规定中引起解释性问题的三方面内容：界定最惠国条款的受惠方、界定必要待遇、界定条款范围。这三个主要的解释性问题中，只有根据最惠国规定应给予“待遇”的范围问题在投资法庭得到了大量的讨论和争论。

1. 最惠国规定的受惠方

69. 第一个解释性问题是界定最惠国条款的受惠方。1978年，委员会指出，最惠国规定的好处，其享有权属于“受惠国或与之有确定关系的人或事”。在投资协定中，通常明确规定此项义务是给予“投资者”或其“投资”最惠国待遇。一些协定将最惠国规定的好处限制在投资范围内。⁶⁹然而，虽然有些投资协定未另做其他规定，但有些协定规定，受惠方必须是与对照方处于“同类情形”或“类似情况”的投资者或投资。

70. 这引起了大量争议：什么能构成“投资”，特别是投资是否必须对东道国的经济发展做出贡献。⁷⁰然而，“投资”的定义是一个涉及整个投资协定的问题，没有引发关于最惠国规定或如何解释最惠国规定的系统性问题。因此，研究组认为没有必要进一步探讨此事。

71. “同类情形”一词出现在《北美自由贸易协定》中关于投资的章节，但其他许多协定中并未提及。这一措辞似乎对哪些投资者和投资可要求享有最惠国规定的好处施加了一些限制，或许意味着只有那些与对照条约中的对象处于“同类情形”的投资者和投资才能如此。

72. 于是出现了这个问题：加上“同类情形”这一限制条件是否对最惠国条款作出了任何补充。根据同类原则，无论如何，只能就同一主题事项，以及与对照方具有同样关系的人或事适用最惠国待遇。这是1978年条款草案第九条和第十条的含义。

73. 在《多边投资协定》的谈判中，各方正是在这一点上出现分歧，因此从未就是否在谈判案文中加上“同类情形”一词达成一致。这个问题在实践中的重要性在于，

⁶⁸ 见下文第174至193段。

⁶⁹ 《能源宪章条约》（《欧洲能源宪章会议最终法案》附件一），1994年12月17日于里斯本签署，联合国，《条约汇编》，第2080卷，第95页，第十条第7款。

⁷⁰ *Salini Costruttori S.p.A. 和 Italstrade S.p.A. 诉摩洛哥王国案*，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/00/4号案件，第52段；及近期的*渣打银行诉坦桑尼亚联合共和国案*，裁决，国际投资争端解决中心第ARB/10/12号案件，2012年11月2日。

对包含“同类情形”一词的协定的解释是否对解释不包含该术语的协定具有参考意义。如下文所指，将一项投资协定的解释照搬适用于其他协定存在危险，若两项协定措辞不同，危险尤甚。

2. “待遇不低于”的含义

74. 第二个解释性问题是确定“待遇不低于”的含义是什么。委员会在1978年对此没做多少评论，仅仅解释了为何使用“不低于”，而没有使用“平等”一词，以及待遇不低于可以适用于对照方事实上没有获得但有权获得的待遇。⁷¹ 在某种程度上，这个问题涉及第三个问题——确定待遇的范围。

75. 一种意见认为，给予“不低于”待遇的根本原因在于受惠国欲确保本国国民与第三国国民拥有平等的竞争机会。⁷² 这是关贸总协定和世贸组织规定在货物贸易领域提供最惠国待遇的理由，也是投资者及其投资要求享有最惠国待遇的根本原因。另一种看法是，最惠国待遇和国民待遇的目的是承认和落实“投资者的权利”。⁷³ 即便如此，在最惠国和国民待遇方面的“权利”，其目的也是确保投资者与其他外国投资者或本国国民(视情形而定)拥有平等的竞争机会。

76. 若“不低于”条款涉及到“国民待遇”规定，则授与国答应给予的待遇“不低于”给予本国国民的待遇。这种国民待遇规定也同样存在确定主题事项是否充分类似的“同类原则”问题。同样，国民待遇规定与最惠国规定一样，往往使用“同类情形”或“类似情况”来界定国民待遇规定的受惠方享有权利的范围。因此，这两种条款引发同一类解释性问题。

77. 1978年条款草案未就最惠国待遇和国民待遇之间的联系多做评论。草案规定，二者可在同一文书中并存，而不影响最惠国待遇。⁷⁴ 草案还规定，即使给予第三国的待遇系按国民待遇授与，最惠国待遇依然适用。研究组认为，对国民待遇规定中“同类情形”或“类似情况”等词语的解释，可以为这些术语在最惠国条款中的解释提供重要指导。

78. 在涉及最惠国待遇的投资争端中，“不低于”的含义并未引起多少争议。在《多边投资协定》的谈判中，有人建议使用“平等”而不是“不低于”来描述最惠国条款规定的待遇标准。虽然这一事项从未最终解决，但反对意见认为，最惠国条款的目的不是限制授与国能够给予哪些待遇。若授与国愿意，可以提供优于“平等”的待遇，虽然这可能对该国的其他最惠国协定带来影响。“不低于”为给予的待遇设定了下限。

⁷¹ 见第五条草案评注，《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第21页。

⁷² Todd Weiler, *The Interpretation Of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards Of Treatment In Historical Context* (Leiden: 3tinus Nijhoff Publishers, 2013), 第415-416页。

⁷³ DiMascio 和 Pauwelyn。

⁷⁴ 《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第51页(第十九条草案)。

3. 根据最惠国条款所给予待遇的范围

79. 最后一项解释性问题是根据最惠国条款给予的权利的范围。换言之，“待遇”包括哪些内容？委员会在 1978 年条款草案第九条中提出了这一问题，该条规定最惠国条款仅适用于“该条款主题范围之内的权利”。⁷⁵ 正如委员会在评注中所言，这被称为同类原则。⁷⁶

80. 根据最惠国条款所给予待遇的范围问题已成为国际投资协定中最令人困扰的解释性问题之一。这个问题涉及最惠国条款是否适用于条约中有别于实质性条款的程序性条款。它还涉及一个更大的问题：投资者能否援引最惠国条款，要求获得东道国与第三国签订的条约中包含的对投资者更有利的任何权利。

81. 援引基础条约中的最惠国条款，扩大条约争端解决规定的范围，有以下几种方式：(a) 诉诸基础条约中没有的争端解决程序；(b) 在基础条约限制争端解决条款的范围，规定其只适用于征用补偿争端等某一类争端时，扩大条款的管辖范围；(c) 不再适用要求先将争端提交国内法院，待 18 个月“等候期”过后方能提交国际仲裁的规定。最常援引最惠国条款的是第三种情形，因此应当特别关注这种情形。

(a) 最惠国待遇与程序性事项：问题的由来

82. 最惠国待遇适用于程序性事项的由来通常追溯到 1956 年安巴提洛斯 (Ambatielos) 诉讼的仲裁裁决，⁷⁷ 该案判定，“司法”是贸易商权利的重要内容，因此凭借最惠国条款，应视为属于“有关通商与航运的所有事项”范畴。⁷⁸

83. 约 45 年后，这一问题在马菲基尼 (Maffezini) 诉西班牙王国案中再次引起关注。⁷⁹ 法庭接受了原告的主张，认为原告可援引 1991 年《阿根廷与西班牙双边投资条约》中的最惠国条款，不遵守双边投资条约规定的等候 18 个月方可起诉的要求。原告援引了 1991 年《西班牙与智利双边投资条约》，其中不包括上述等候要求，允许投资者在 6 个月后选择国际仲裁。⁸⁰ 《阿根廷与西班牙双边投资条约》中的最惠国条款规定：

⁷⁵ 同上，第 27 页(第九条草案案文)。

⁷⁶ 同上，(第九条和第十条草案评注)。

⁷⁷ 安巴提洛斯案(希腊诉大不列颠及北爱尔兰联合王国)，联合国《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第 83 页。

⁷⁸ 同上，第 107 页。

⁷⁹ 埃米利奥·奥古斯丁·马菲基尼诉西班牙王国案，法庭关于反对管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB 97/7 号案件，2000 年 1 月 25 日，国际投资争端解决中心报告，第 5 卷，第 396 页。

⁸⁰ 同上，第 39 段。

“在本协定约束的所有事项中,这种待遇不应低于每一缔约方给予第三国投资者在其境内所作投资的待遇。”⁸¹

84. 法庭支持原告的主张,认为最惠国条款广义上适用于“本协定约束的所有事项”。法庭强调,需要确定缔约各方的意图,必须评估各国此前在其他双边投资条约中列入最惠国条款的做法(评估结果赞成原告的主张),而且必须兼顾公共政策方面的考虑。

85. 法庭特别参考了安巴提洛斯诉讼,⁸² 该案中,仲裁委员会确认了同类原则的相关性。委员会指出,最惠国条款只适用于属于同类主题的事项,“这个问题只能根据自条约的合理解释中推断出的各缔约方的意图来决定。”⁸³

86. 关于同类原则,马菲基尼案法庭认为,在当前的经济背景下,争端解决安排与保护外国投资者之间存在千丝万缕的联系,争端解决是保护投资者的极为重要的手段。因此,不应将此类安排视为纯粹的程序手段,而应视为通过诉诸国际仲裁更好地保护投资者权利的安排。

87. 法庭由此认定:

“……如果第三方条约中的争端解决条款对外国投资者权益的保护比基础条约的规定更为有利,那么,此类条款的适用可及于最惠国条款的受惠方,因为这些条款完全符合同类原则”⁸⁴

88. 法庭认为,将最惠国条款适用于争端解决安排会使“此类安排趋于统一,范围也得到扩展。”⁸⁵ 然而,法庭也意识到它对最惠国条款的解释较为宽泛,可能引起“破坏性的条约选购”等问题。⁸⁶ 法庭指出:

“作为一个原则问题,条款的受惠方不应能够无视缔约各方在接受有关协定时可能作为基本条件提出的公共政策考虑,尤其是当受惠方是私人投资者时,而受惠方往往就是私人投资者。因此,条款的范围可能比初看起来更窄。”⁸⁷

89. 随后,法庭列举了它认为不能援引最惠国条款的四种情形:

- 缔约一方已将用尽当地救济作为同意提交仲裁的条件,因为这样的条件反映了“国际法的基本规则”;

⁸¹ 《关于相互促进和保护投资的协定》,1991年10月3日在布宜诺斯艾利斯签署,联合国,《条约汇编》,第1699卷,第187页,第四条。

⁸² 马菲基尼案,第49段。

⁸³ 安巴提洛斯案,第107页。

⁸⁴ 马菲基尼案,第56段。

⁸⁵ 同上,第62段。

⁸⁶ 同上,第63段。

⁸⁷ 同上,第62段。

- 双方已同意接受包括所谓“岔路口”条款的争端解决安排，因为取代这样的条款将推翻被各国视为重要公共政策事项的“安排的决定性”；
- 协定规定了特定仲裁机构，例如国际投资争端解决中心，而一方欲选择另一个仲裁机构；
- 双方已经商定诉诸有详细程序规则(例如《北美自由贸易协定》)的高度制度化的仲裁机制，因为这些极为具体的规定反映了缔约双方的确切意图。⁸⁸

90. 法庭还保留了这种可能，即“限制适用该条款的其他公共政策因素毫无疑问将由缔约双方或法庭将确定。”⁸⁹

(b) 投资法庭嗣后关于最惠国条款适用于程序性事项的解释

91. 投资法庭嗣后的裁决在是否效仿马菲基尼案的问题上出现了分歧。投资法庭普遍明确或隐晦地承认，任一双边投资条约中最惠国条款范围的问题，均属于该条约的解释问题。⁹⁰ 投资法庭频频援引《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条，以及明示其一即排除其他等原则。法庭宣称自己在设法确定缔约方的意图。然而没有一个系统的解释方法；法庭似乎在权衡不同的因素，这些因素有时与所涉条约的措辞毫无关联。

92. 研究组试图找出那些似乎影响投资法庭解释最惠国条款的因素，确定是否存在某些特定趋势。这一过程中，研究组意识到需要加强对《维也纳条约法公约》所裁解释规则的遵守，这些规则适用于所有条约。下面列出了在最惠国条款适用于程序性事项方面，影响投资法庭裁决的最主要因素。

(一) 实质性义务与程序性义务的区别

93. 法庭经常采用的出发点是，确定最惠国条款在原则上是否既涉及条约的程序性规定，也涉及实质性规定。在马菲基尼案中提出的问题是：

“第三方条约所载争端解决规定是否能被视为与通商、航海或投资等基础条约规定适用最惠国条款的公正和公平待遇之间存在合理联系，从而是否可被视为该条款涵盖的一个主题事项。”⁹¹

94. 如上所述，法庭认定，最惠国待遇可扩张适用于程序性规定，同时受到某些“公共政策”考虑的限制。⁹² 法庭在作出该裁决时援引了仲裁委员会对安巴提洛斯案

⁸⁸ 同上，第 63 段。

⁸⁹ 同上。

⁹⁰ 萨利尼案；西门子集团诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB/02/8 号案件(2004 年 8 月 3 日)(《阿根廷与德国双边投资条约》)，可查阅<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>>。

⁹¹ 马菲基尼案，第 46 段。

⁹² 同上，第 56 段。

的裁决，并指出，“有理由断定，争端解决安排如今与保护外国投资者之间存在千丝万缕的联系，正如这些安排与通商条约对贸易商权利的保护之间也存在关联”。⁹³

95. 马菲基尼案裁决中的关键是这一结论：争端解决条款原则上属于双边投资协定对投资者和投资的保护。因此，就本身而言，争端解决条款几乎总能经由最惠国条款被纳入投资协定。在投资协定下，若使用 1978 年条款草案第九条的措辞，争端解决属于最惠国条款的“主题事项范围之内”。

96. 程序性事项(具体而言是争端解决条款)本质上与对外国投资者的实质性保护属于同一类别，这个结论在投资法庭嗣后的一些裁决中成为重要依据。在西门子案中，法庭指出，争端解决“属条约提供的保护，是外国投资者和投资的待遇以及经由最惠国条款可获得的好处的一部分”。⁹⁴ 在 AWG 案中，法庭表示，无法找到“将争端解决事项与双边投资条约涵盖的任何其他事项区别对待的依据”。⁹⁵

97. 然而，有些法庭就最惠国条款是否必然适用于争端解决规定提出了质疑。萨利尼(Salini)案法庭质疑安巴提洛斯案的裁决能否作为这种观点的权威依据，⁹⁶ 援引此前在国际法院裁决中持不同意见的法官提出的意见：“通商和航海”不包括“司法”。⁹⁷ 萨利尼案法庭进一步指出，无论如何，安巴提洛斯案仲裁委员会在提及“司法”时，并不是指程序性规定或争端解决，而是其他投资条约中与按照正义与公平原则给予国民待遇有关的实质性规定。⁹⁸

⁹³ 同上，第 54 段。

⁹⁴ 西门子案，第 102 段。

⁹⁵ AWG 集团有限公司诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，联合国国际贸易法委员会(2006 年 8 月 3 日)，第 59 段(《阿根廷与联合王国双边投资条约》)，可查阅<<http://www.italaw.com/cases/106>>。另见国家电网公司诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，联合国国际贸易法委员会(2006 年 6 月 20 日)，第 89 段(《阿根廷与联合王国双边投资条约》)，可查阅<<http://www.italaw.com/cases/732>>；SDG 天然气公司诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB/03/10 号案件(2005 年 6 月 17 日)，第 29 段(《阿根廷与西班牙双边投资条约》)，可查阅<<http://www.italaw.com/documents/GasNaturalSDG-DecisiononPreliminaryQuestionsonJurisdiction.pdf>>；联合王国罗斯投资有限公司诉俄罗斯联邦案，关于管辖权的裁决，斯德哥尔摩商会仲裁院第 V079/2005 号案件(2007 年 10 月 1 日)，第 131-132 段(《联合王国与苏联双边投资条约》)，可查阅<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>>；Renta 4 S.V.S.A.、Ahorro Corporación Emergentes F.I.、Ahorro Corporación Eurofondo F.I.、Rovime Inversiones SICAV S.A.、Quasar de Valores SICAV S.A.、Orgor de Valores SICAV S.A.、GBI 9000 SICAV S.A. 诉俄罗斯联邦案，关于初步反对意见的裁决，斯德哥尔摩商会仲裁院第 24/2007 号案件(2009 年 3 月 20 日)，第 100 段(《西班牙与俄罗斯双边投资条约》)，可查阅<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>>；奥地利航空诉斯洛伐克共和国案，最终裁决，联合国国际贸易法委员会(2009 年 10 月 9 日)，第 124 段(《奥地利与捷克斯洛伐克共和国双边投资条约》)，可查阅<<http://www.italaw.com/cases/103>>。

⁹⁶ 萨利尼案，第 112 段；另见 Vladimir Berschader 和 Mo ÷e Berschader 诉俄罗斯联邦案，斯德哥尔摩商会仲裁院第 080/2004 号案件(2006 年 4 月 21 日)，第 175 段(《比利时/卢森堡与苏联双边投资条约》)。

⁹⁷ 萨利尼案，第 106 段。安巴提洛斯案(希腊诉联合王国)，案情：仲裁义务，判决，《1953 年国际法院案例汇编》，第 10 页。

⁹⁸ 同上，第 111-112 段。

98. 挪威电信案(Telenor)法庭更加强调将程序性规定排除在最惠国条款适用范围之外。法庭指出：

“在没有表示相反意思的语言或上下文的情形下，‘投资得到的待遇应不低于给予任何第三国投资者所做投资的待遇’的一般含义是，投资者在投资方面的实质性权利不低于东道国与第三国之间双边投资条约规定的权利，没有理由在解释上述用语时也加上程序性权利。”⁹⁹

99. 认为投资条约中的最惠国条款理论上既适用于程序性事项又适用于实质性事项，并不意味着这些条款将永远这样适用。¹⁰⁰ 然而，在许多案件中，法庭已依据最惠国条款原则上对两种情况都适用的观点，将最惠国条款解释为适用于争端解决程序。

(二) 从管辖权事项的角度解释最惠国规定

100. 一些法庭受到这种看法的影响：若争端解决规定涉及法庭的管辖权，则不可适用最惠国规定。这导致法庭之间就两个不同问题产生了分歧。首先，管辖权事项是否需要更严格的解释方法？其次，将最惠国条款适用于争端解决规定是否涉及法庭的管辖权。

1. 解释管辖权事项的标准

101. 在 *Plama* 案中，法庭将最惠国条款范围的问题作为约定仲裁的问题处理。法庭指出：“此类约定应该明确清楚、毫不含糊，这是国内法和国际法的公认原则。”¹⁰¹ 因此，“纳入争端解决规定的意图必须得到明确、毫不含糊地表达。”¹⁰² 所以，要求将最惠国条款适用于管辖权问题的一方有责任证明，此类适用是缔约双方的明确意图，而这项要求很难达到。这个观点得到挪威电信案法庭的充分支持，¹⁰³ 在温特斯豪案(*Wintershall*)中也得到体现。¹⁰⁴

102. 然而，这种做法也遭到大量反对。在奥地利航空案和 *Suez* 案中，法庭拒绝采用这种做法，指出：“对争端解决规定的解释，应该与条约中任何其他条款一样，

⁹⁹ 着重标志为原文所加。挪威电信移动通信公司诉匈牙利案，国际投资争端解决中心第 ARB/04/15 号案件(2006 年 9 月 13 日)，第 92 段(《挪威与匈牙利双边投资条约》)。

¹⁰⁰ *Renta* 案，第 100 段；奥地利航空案；ICS 检测及监控服务有限公司(联合王国)诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，联合国国际贸易法委员会，常设仲裁法院第 2010-9 号案件(2012 年 2 月 10 日)，(《联合王国与阿根廷双边投资条约》)。

¹⁰¹ *Plama Consortium Limited* 诉保加利亚共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB/03/24 号案件(2005 年 2 月 8 日)，第 198 段(《塞浦路斯与保加利亚双边投资条约》)。

¹⁰² 同上，第 204 段。

¹⁰³ 挪威电信案，第 91 段。

¹⁰⁴ 温特斯豪股份公司诉阿根廷共和国案，裁决，国际投资争端解决中心第 ARB/04/14 号案件(2008 年 12 月 8 日)，第 167 段(《阿根廷与德国双边投资条约》)。法庭认为，程序性规定不应涵盖在最惠国条款范围之内，除非“基础条约的最惠国条款明确而毫不含糊地指出应作如是解释：而本案的情况并非如此。”

既不能更严格，也不能更自由。”¹⁰⁵ 法庭表示，和条约中任何其他条款一样，管辖权条款的解释也必须依据《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条规定的解释规则。¹⁰⁶

103. 鉴于对争端解决事项适用最惠国条款属于管辖权问题，因此请求援引最惠国条款的国家承担更多的举证责任；这一观点在投资法庭近期的裁决中没有得到支持，不过至少得到了一些评论者的赞同。¹⁰⁷ 反对这种做法的人还声称，这不符合有关解释管辖权规定的一般国际法。然而，ICS 案法庭提出，Plama 案法庭并非在确立一条管辖权规则，只是指出不能假设缔约方同意接受管辖。¹⁰⁸

2. 争端解决和管辖权

104. 法庭近期再次关注对争端解决规定适用最惠国条款是否影响法庭管辖权的问题。有人提出，国际法中的实质性权利和程序性权利有别于国内法，因为与国内法不同，国际法中的实质性权利并不自动带有强制执行的程序性权利。¹⁰⁹ 一国受实质性义务的约束，并不意味着可以强制该国就此项义务接受裁决。要强制其接受裁决，需要该国另外同意接受审判庭的管辖权。¹¹⁰

105. 根据这个观点，要执行双边投资条约规定的实质性权利，原告必须符合属事管辖、属人管辖和属时管辖的要求，争端解决法庭才能行使管辖权。例如，不符合双边投资条约规定的投资者标准的个人，不能援引最惠国条款成为投资者。¹¹¹ 正如不能利用最惠国条款改变行使实质性权利的条件，也不能利用最惠国条款改变行使程序性权利或管辖权利的条件。投资者若不符合对被告国提起诉讼的要求，则不能通过援引另一双边投资条约的程序性规定来避开这些要求。

¹⁰⁵ Suez、Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.、InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. 诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB/03/17 号案件（2006 年 5 月 16 日），第 64 段（《法国与阿根廷双边投资条约》和《西班牙与阿根廷双边投资条约》）。

¹⁰⁶ 奥地利航空案，第 95 段。法庭还依据了石油平台案中“希金斯法官的个人意见”中的说法，即常设国际法院或国际法院的判例不支持以限制性的方式解释仲裁条款，而且事实上，条款解释也不存在自由或严格的政策：石油平台案（伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案）初步反对意见，1996 年 12 月 12 日的判决，希金斯法官的个人意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 857 页，第 35 段，奥地利航空案第 120 段加以引用。

¹⁰⁷ Campbell MacLachlan、Laurence Shore 和 Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 第 7.168 段。

¹⁰⁸ ICS 诉阿根廷案，第 281-2 段。

¹⁰⁹ 英波基洛公司 (*Impregilo S.p.A.*) 诉阿根廷共和国案，“布里吉特·斯特恩教授的赞同和反对意见”，国际投资争端解决中心第 ARB/07/17 号案件（2011 年 6 月 21 日）。

¹¹⁰ 同上。

¹¹¹ 事实上，这一立场似乎被 HICEE B.V 诉斯洛伐克共和国案法庭所接受，部分裁决，联合国国际贸易法委员会，常设仲裁法院第 2009-11 号案件（2011 年 5 月 23 日），第 149 段（《荷兰与捷克斯洛伐克共和国双边投资条约》）。

106. 这一事项也被描述为同意仲裁事项。¹¹² 法庭的管辖权由相关投资协定规定的条件组成，这些条件是被告国同意由法庭行使管辖权的基础。法庭要就争端行使管辖权，原告投资者必须符合上述条件。除非被告国放弃适用其同意行使管辖权的条件，否则，即便原告是所涉双边投资条约意义上的投资者，法庭仍无权审理申诉。据此，最惠国条款不能用来改变行使管辖权的依据。

107. ICS 诉阿根廷案法庭的裁决支持该事项属于管辖权事项这种观点，这项裁决部分依据了国际法院关于刚果民主共和国诉卢旺达案的声明：¹¹³ 当

“在国际协定的仲裁条款中表示同意接受仲裁时，所附加的任何条件均须被视为就此构成的限制。法院据此认定，对此类条件的审查事关法院的管辖权，而不涉及申诉可否受理。”¹¹⁴

108. ICS 案法庭认定，双边投资条约中 18 个月诉讼期要求是阿根廷同意将申诉提交法庭的前提，“不遵守被告国同意仲裁的前提条件，只能得出法庭对当前争端不具管辖权这一结论。”¹¹⁵

109. 在决定 18 个月诉讼期要求是否属于管辖权事项时，ICS 案法庭研究了《联合王国与阿根廷双边投资条约》第三条第 2 款中“待遇”一词的含义。法庭认可“待遇”一词可具有广泛含义，本身并不局限于实质性事项。然而，法庭援引被其称为“条约解释的同期”原则，¹¹⁶ 考虑了双方在缔结双边投资条约时对该术语的理解。法庭参照当时的判例以及世界银行《关于外国直接投资待遇的准则草案》，认定双方当时很可能认为“待遇”一词仅涉及实质性义务。

110. ICS 案法庭还指出：(a) 双边投资条约下的最惠国待遇仅适用于投资的“管理、维持、使用、享有或处置”；(b) 最惠国条款仅适用于东道国“境内”的待遇；(c) 双边投资条约下最惠国待遇的例外仅涉及实质性事项；(d) 若某条约缔约方曾缔结过不包含 18 个月诉讼期要求的条约，一旦适用最惠国条款，这项规定便将失去效力，所以在该条约中纳入 18 个月诉讼期要求很可能毫无意义(不具实际效果)。法庭认为，所有这些因素均表明，双方在缔结《联合王国与阿根廷双边投资条约》时，不可能打算将国际争端解决规定纳入最惠国条款的适用范畴。¹¹⁷

¹¹² 豪赫蒂夫公司(Hochtief AG)诉阿根廷共和国案“仲裁员克里斯托弗·托马斯的反对意见”，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB/07/31 号案件(2011 年 10 月 24 日)，(《德国与阿根廷双边投资条约》)。

¹¹³ 刚果境内武装活动案(新申诉：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，判决，《2006 年国际法院案例汇编》，第 6 页，第 88 段。

¹¹⁴ ICS 诉阿根廷案，第 258 段。

¹¹⁵ 同上，第 362 段。

¹¹⁶ 同上，第 289 段。

¹¹⁷ 同上，第 326 段。法庭认为，最惠国条款涵盖国内争端解决，因为争端发生在东道国境内。

111. 戴姆勒金融服务公司(Daimler Financial Services AG)诉阿根廷共和国案¹¹⁸再次采用了 ICS 案的方法; 法庭认定, 延时 18 个月的要求是行使管辖权的前提条件, 因而不能通过适用最惠国条款改变。Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi 诉土库曼斯坦案也得出了类似的结论。¹¹⁹ 法庭认为, 被告国同意仲裁的前提是遵守双边投资条约中规定的条件, 包括延时 18 个月的要求。由于不遵守这样的规定产生了否定管辖权的效果, 因此该事项不能通过适用最惠国条款来解决。同样, ST-AD GmbH (德国)诉保加利亚共和国案¹²⁰ 也认定, 不遵守延时 18 个月的要求令法庭丧失了管辖权。

112. 然而, 在豪赫蒂夫案中, 法庭认为, 18 个月国内诉讼期的要求不属于管辖权事项,¹²¹ 而属于可否受理的问题——争端一方可以、但未必需要提出反对的问题。法庭区分了影响诉讼权利的规定(管辖权)与影响诉讼方式的规定(可受理性)。因此, 原告无视《德国与阿根廷双边投资条约》规定的 18 个月诉讼期要求, 转而援引《阿根廷与智利双边投资条约》中的争端解决规定, 并不影响法庭的管辖权。¹²²

113. 在 Teinver 案中,¹²³ 法庭支持将最惠国条款适用于延时 18 个月和 6 个月谈判期的规定。法庭认为, 这些规定事关可否受理, 而不涉及管辖权。然而, 法庭依据的似乎是贸发会议关于最惠国条款的一份报告,¹²⁴ 报告中将与 18 个月诉讼期要求有关的案件称为“可否受理案件”, 而将就争端解决问题援引最惠国条款的其他案件称为“管辖范围案件”。但是, 贸发会议在报告中并未解释为何认为与 18 个月诉讼期要求有关的案件事关可否受理, 而无关管辖权。

114. 不允许无视 18 个月诉讼期要求的案件采取了共同的做法。必须有证据说明, 拟订最惠国条款的目的在于适用该条款改变对法庭管辖权的限制, 因为东道国同意仲裁的前提条件是遵守这些限制条件。实际隐含的效果是要求提供“明确而不含糊的”证据, 说明有改变法庭管辖权的意图; 虽然理由不同, 但这与 Plama 案采取的做法一脉相承。

¹¹⁸ 戴姆勒金融服务公司诉阿根廷共和国, 裁决, 国际投资争端解决中心第 ARB/05/1 号案件, 2012 年 8 月 22 日。裁决以多数票通过, 一名仲裁员持不同意见。

¹¹⁹ Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi 诉土库曼斯坦案, 关于《土耳其与土库曼斯坦双边投资条约》第七条第 2 款的裁决, 国际投资争端解决中心第 ARB/10/1 号案件, 2013 年 7 月 2 日, 可查阅< http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf>。

¹²⁰ ST-AD GmbH 诉保加利亚共和国案, 关于管辖权的裁决, 联合国国际贸易法委员会, 常设仲裁法院第 2011-06 号案件, 2013 年 7 月 18 日。

¹²¹ 豪赫蒂夫案(多数意见)。

¹²² 同上。

¹²³ Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A.诉阿根廷共和国案, 关于管辖权的裁决, 国际投资争端解决中心第 ARB/09/01 号案件, 2012 年 12 月 21 日。

¹²⁴ 贸发会议国际投资协定丛书, 第二卷,《最惠国待遇》, 2011 年 1 月 24 日, UNCTAD/DIAE/IA/ 2010/1 号文件, 第 66 至 67 页。

(三) 其他条约规定的具体意图

115. 有些案件中，法庭在解释最惠国条款时考虑了这样的事实：基础条约已经以不同方式或更具体的方式涵盖了想要从其他条约中获得的好处。在某种意义上，这便是最惠国待遇的核心所在：力求向受惠方提供优于其在基础条约下可以得到的待遇。依据这一点，似乎必然会出现这样的情况：若基础条约给予了某种待遇，适用最惠国条款的后果是使基础条约中的条款丧失效力。

116. 在罗斯投资公司(RosInvest)案中，法庭认为，运用最惠国条款可能会扩大法庭的管辖范围是“适用最惠国条款的正常结果，其根本性质和意图是，通过援用另一项条约中给予的保护，扩大某项条约未同意给予的保护的范围”。¹²⁵

117. 然而，也有人持相反意见。在中欧传媒企业(CME)案中，持反对意见的仲裁人伊恩·布朗利不同意经由最惠国条款将其他赔偿方式纳入条约，因为这将使条约中关于赔偿的明示规定丧失效力。¹²⁶ 在奥地利航空案中，法庭认为，条约中关于管辖权的具体规定本身就明确说明，缔约方不打算允许通过最惠国条款扩大法庭的管辖权。法庭认为，不应凭借最惠国条款的一般意图推翻上述规定的具体意图。¹²⁷ 为了巩固这一结论，法庭回顾了《奥地利与斯洛伐克双边投资条约》的谈判过程，期间双方不同意规定法庭享有更广泛的管辖权。在 *Berschader* 案中，法庭审阅了条约中的其他规定，以表明有一些规定无法适用最惠国条款，因此不能按字面意思理解“本条约涵盖的所有事项”这一表述。¹²⁸

118. 在奥地利航空案中，法庭还结合条约中的其他规定来考量最惠国条款的问题，强调条约本身专门规定了有限的仲裁范围。法庭认为，鉴于条约具有“明显而具体的意图”，将仲裁范围限制为关于赔偿金额的争端，而不包括有关赔偿原则的争端，因此“援引最惠国条款中一般的非具体意图来推翻这一具体意图，有悖常理”。¹²⁹ 谢业深(Tza Yap Shum)案法庭也认为，最惠国条款的一般意图必须服从基础条约的特定条款所规定的具体意图。¹³⁰

(四) 缔约方的实践

119. 在要求就双边投资条约适用最惠国待遇的案例中，有些法庭参考条约缔约方的其他缔约实践，以确定缔约方在最惠国条款范围方面的意图。马菲基尼案法庭研

¹²⁵ 罗斯投资公司案，第 131 段。在 *Renta* 案中，法庭在第 92 段指出，“扩展承诺是最惠国条款的根本性质所在。”

¹²⁶ 中欧传媒企业捷克共和国私人有限责任公司(*CME Czech Republic B.V.*)诉捷克共和国案，关于赔偿金额阶段问题的个别意见，联合国国际贸易法委员会(2003 年 3 月 14 日)，第 11 段(《荷兰与捷克共和国双边投资条约》)，可查阅<<http://italaw.com/cases/documents/282>>。

¹²⁷ 奥地利航空案，第 137 段。

¹²⁸ *Berschader* 案，第 192 段。

¹²⁹ 奥地利航空案，第 135 段。

¹³⁰ 谢业深先生诉秘鲁共和国案，关于管辖权和资格的裁决(西班牙文)，国际投资争端解决中心第 ARB/07/6 号案件(2009 年 6 月 19 日)，第 220 段(《秘鲁与中国双边投资条约》)。

究了西班牙缔结双边投资条约的实践并指出，西班牙的做法是允许不经过《阿根廷与西班牙双边投资条约》中规定的 18 个月便提起争端诉讼。法庭还指出，《阿根廷与西班牙双边投资条约》是西班牙唯一一项在最惠国条款中使用了“本协议约束的所有事项”这种宽泛用语的双边投资条约。¹³¹ 然而，法庭既未说明缔约方嗣后惯例的法律意义，也未澄清参照嗣后惯例作出解释的依据。

120. 在挪威电信案中，¹³² 法庭以略微不同的方式看待缔约方的相关实践。鉴于匈牙利缔结了中国其他不限制仲裁范围的双边投资条约，法庭据此得出结论，匈牙利与挪威双边投资条约中对仲裁范围的限制是有意为之。因此，不能使用最惠国条款扩大仲裁范围。

121. 在奥地利航空案中，法庭借助斯洛伐克的其他缔约实践印证其结论。¹³³ 与之相反，在 *Renta* 案中，法庭拒绝考虑俄罗斯在其他双边投资条约中的做法，指出其裁决所依据的是本案所涉双边投资条约的案文，因此其他双边投资条约中的做法不能取代这份案文。¹³⁴

122. 法庭只参考一国的嗣后实践有何法律依据，尚不清楚。这是依据《维也纳公约》解释条约的辅助手段，还是核实缔约双方、至少是被告一方的含蓄意图的独立方式？在 *Plama* 案中，法庭指出：“为明确条约案文在缔约时的含义，确可考虑缔约一方与第三国之间的条约。”¹³⁵ 然而，虽然法庭暗中遵循的也许是《维也纳条约法公约》第三十二条，但是法庭并未指出，它依据什么认为，一国与第三国缔结的条约关系到该国与另一国之间的条约的解释。

(五) 确定缔约方意图的有关时间

123. 大多数法庭没有考虑应该按什么时间确定双边投资条约缔约双方的意图。不过，在 *ICS* 案中，法庭专门论及这一问题，指出有关时间是缔约之时，并依据当时的含义解释了“待遇”一词。¹³⁶ 据法庭称，必须运用条约解释中的“同期”原则。尽管没有任何法庭对这一立场明确表示异议，但是在 *ICS* 案之前，法庭从未明确考虑过最惠国条款在缔约时的含义。法庭考虑了条约拟定前的准备工作，但是由于准备工作文件中没有任何暗示，所以法庭在解释最惠国条款时没有说明是按当时的含义还是按当代的含义加以解释。

¹³¹ 马菲基尼案，第 57 段。

¹³² 挪威电信案，第 96-97 段。

¹³³ 奥地利航空案，第 134 段。

¹³⁴ *Renta* 案，第 120 段。

¹³⁵ *Plama* 案，第 195 段。

¹³⁶ *ICS* 诉阿根廷案，第 289 段。

(六) 通过援引最惠国条款改变的条款内容

124. 有这样一个问题：将受到影响的基础条约的条款内容是否对法院允许援引最惠国条款的意愿造成影响。在这方面，值得一提的是，迄今为止成功援引了最惠国条款的 18 个案件中，12 个案件涉及同一项规定，即在诉诸双边投资条约的争端解决机制前，有义务向国内法庭起诉且诉讼须满 18 个月。每个案件中，最惠国条款的作用都是解除原告方在国内诉讼满 18 个月的义务。这些案件涉及阿根廷分别与德国、西班牙和联合王国签署的双边投资条约。尽管 18 个月诉讼期要求的实质效果相同，但是援引的最惠国条款的措辞并不一致。

125. *Plama* 案暗示了这样的观点：基础条约条款的性质有可能影响裁决结果；该法庭(审理的事项不是国内诉讼满 18 个月的要求)指出，马菲基尼案的裁决“可以理解”，因为此裁决试图让一项“从实践角度来看毫无意义”的规定失效。¹³⁷

126. 在阿巴克拉特(*Abaclat*)诉阿根廷案中，¹³⁸ 法庭认为，投资者等候 18 个月才有权起诉的规定不符合双边投资条约中加快解决争端的明示目标，因此原告不必理会。然而，ICS 诉阿根廷案法庭拒绝接受这一观点。ICS 案法庭指出，法庭不能“仅仅依据对有关政策是否明智的评估，而对条约规则提出例外。”¹³⁹

127. 利用最惠国条款绕过 18 个月的延时诉讼期，增加其他类型争端解决规定的尝试大都以失败告终。在萨利尼案中，援引最惠国条款的目的是改变合同争端的解决程序。在 *Plama* 案中，援引最惠国条款的目的是改变争端解决程序，从临时仲裁改为由国际投资争端解决中心仲裁。上述两案的原告都试图将一种仲裁形式改变为另一种仲裁形式，而两个法庭均予以驳回。

128. 相反，有一个法庭允许原告援引最惠国条款，以一种争端解决方式取代另一种方式。在 *Garanti Kos LLP* 诉土库曼斯坦案中，¹⁴⁰ 法庭裁决指出，虽然《联合王国与土库曼斯坦双边投资条约》规定，只有征得被告同意方可诉诸国际投资争端解决中心，而被告没有同意；但是土库曼斯坦签署的其他双边投资条约中存在同意接受国际投资争端解决中心仲裁的情况，可通过适用最惠国待遇纳入《联合王国与土库曼斯坦双边投资条约》。因此，原定的按照联合国国际贸易法委员会规则接受

¹³⁷ *Plama* 案，第 224 段。然而，不清楚 18 个月国内诉讼期的规定为何被视为毫无意义。它提供了在国内法院解决问题的机会，这是一种有限的用尽当地救济的形式，并保障投资者诉讼的推迟不会超过 18 个月。

¹³⁸ 阿巴克拉特案的主要问题不是要求最惠国待遇。但是法庭确实在“申诉可否受理”环节下审理了 18 个月诉讼期要求的问题。阿巴克拉特等人诉阿根廷共和国案(以前称为 *Giovanna a Beccara* 等人)，关于管辖权和可否受理的裁决，国际投资争端解决中心第 ARB/07/5 号案件(2011 年 8 月 4 日)，《意大利与阿根廷双边投资条约》)。仲裁员乔治·阿比-萨阿卜在不同意见中表达了相反的看法，第 31-33 段。

¹³⁹ 此外，ICS 案法庭称，法庭未收到任何证据可使之得出阿根廷国内法院无力处理这一事项的结论。ICS 诉阿根廷案，第 267-269 段。另见豪赫蒂夫案，仲裁员 J. 克里斯托弗·托马斯的反对意见。

¹⁴⁰ *Garanti Kos LLP* 诉土库曼斯坦案，关于反对管辖权的裁决，2013 年 7 月 3 日，国际投资争端解决中心第 ARB/11/20 号案件，多数票通过的裁决。仲裁员劳伦斯·布瓦松·德沙祖尔内另附一份反对意见。

仲裁(《联合王国与土库曼斯坦双边投资条约》规定的在未就另一种争端解决方式达成一致时采取的备用办法), 经由最惠国条款改为接受国际投资争端解决中心仲裁。

129. 然而, 即使能够以 18 个月国内诉讼期的要求不重要为由, 对涉及此规定的案件做出一些解释, 但实际上, 法庭推理依据的不是 18 个月国内诉讼期这项规定的相对重要程度。如上文所述, 许多情况下, 法庭推理依据的是这样一种假设: 双边投资条约中的最惠国条款天生就涵盖争端解决事项。

130. 允许援引最惠国条款获得第三方条约规定的好处的其他案件涉及实质性问题, 而非程序性问题。在罗斯投资公司案中, 法庭认为, 依据《联合王国与苏联双边投资条约》中的最惠国条款, 法庭拥有对据控征用合法性的管辖权, 而不是像《联合王国与苏联双边投资条约》规定的那样, 仅拥有对赔偿事项这个更具体问题的管辖权。

131. 然而, 两个法庭拒绝这样使用最惠国条款。在 *Renta* 案中, 法庭大多数成员不同意对《西班牙与俄罗斯双边投资条约》的最惠国条款做出允许就征用赔偿之外的事项适用最惠国条款的解释, 因为他们认为, 条约中的最惠国条款仅适用于给予公正和公平的待遇。¹⁴¹ 奥地利航空案法庭同样认为, 依据对最惠国条款的解释, 最惠国条款只能明确给予发生征用时处理赔偿相关事项的管辖权, 不能超出这一范围。¹⁴²

132. 在 *MTD* 案中, 法庭同意援引《智利与丹麦双边投资条约》和《智利与克罗地亚双边投资条约》中的公正和公平待遇, 扩大《智利与马来西亚双边投资条约》规定的公正和公平待遇的范围。然而, 虽然双方对于法庭这样做的影响没有完全达成一致意见, 但似乎均未质疑法庭是否有这样做的权利。¹⁴³

133. 同样, 在 *Telsim* 案中,¹⁴⁴ 缔约双方似乎商定, 由于存在最惠国条款, 应参照公正和公平待遇在哈萨克斯坦缔结的其他双边投资条约中的含义, 解释《土耳其与哈萨克斯坦双边投资条约》规定的公正和公平待遇。此外, 在 *Bayindir* 案中,¹⁴⁵ 没有人反对以下一般原则: 由于存在最惠国条款, 必须参照巴基斯坦缔结的其他双

¹⁴¹ *Renta* 案, 第 105-119 段。

¹⁴² 奥地利航空案, 第 138-139 段。

¹⁴³ *MTD Equity Sdn. Bhd* 和 *MTD Chile S.A.* 诉智利共和国案, 裁决, 国际投资争端解决中心第 ARB/01/7 号案件, 2004 年 5 月 25 日, 可查阅<http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf>。

¹⁴⁴ *Rumeli Telekom A.S.* 和 *Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S.* 诉哈萨克斯坦案, 裁决, 国际投资争端解决中心第 ARB/05/16 号案件(2008 年 7 月 29 日), 第 581-587 段, 第 591-605 段(《土耳其与哈萨克斯坦双边投资条约》), 可查阅<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>>。

¹⁴⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.* 诉巴基斯坦伊斯兰共和国案, 裁决, 国际投资争端解决中心第 ARB/03/29 号案件(2009 年 8 月 27 日), 第 153 段(《土耳其与巴基斯坦双边投资条约》), 可查阅<<http://www.italaw.com/documents/Bayindiraward.pdf>>。

边投资条约中关于公正和公平待遇的规定，确定《土耳其与巴基斯坦双边投资条约》中“公正和公平待遇”的内容。

134. 仅在一起案件中，法庭在一方反对的情况下，依据最惠国条款为双方的义务增加了实质内容。在中欧传媒企业案中，法庭多数成员认定，《荷兰与捷克共和国双边投资条约》中的“公正赔偿”一词应解释为按“公平市场价值”赔偿，部分原因是法庭同意依据最惠国条款，引入《美国与捷克共和国双边投资条约》中的“公平市场价值”概念。¹⁴⁶

(七) 裁决的一致性

135. 虽然各法庭指出其他法庭的裁决并不具备正式的先例价值，但是保持一致的愿望显然对裁决产生了影响。英波基洛案法庭的多数成员对此做出了最为明确的表述：

“然而，在最惠国条款提及双边投资条约所规范的“所有事项”或“任何事项”的案件中，各法庭几乎一致认为该条款涵盖争端解决规则。据此，本法庭多数成员得出以下结论：英波基洛有权就此援引《阿根廷与美国双边投资条约》中的争端解决规则。”¹⁴⁷

136. 事实上，多数人认为，至少在措辞宽泛的最惠国条款及关于启动诉讼和诉讼满 18 个月的要求方面，能否适用最惠国条款的问题已经解决。

(八) 界定“不低于”待遇

137. 援引最惠国条款以一种争端解决方式取代另一种争端解决方式时，确定哪种待遇较为不利，并非易事。一些法庭质疑，比较第三方条约的规定与基础条约的规定时，得出的结论是否正确。¹⁴⁸ 若基础条约载有诉讼期 18 个月的要求，而第三方条约中没有这项要求，但是包含“岔路口条款”，那么说第三方条约提供了更加优惠的待遇是否正确？一方面，按照基础条约的规定，要延迟 18 个月才能援引双边投资条约中的争端解决规定，但是投资者既可以诉诸国内程序，又可以诉诸国际程序。另一方面，按照第三方条约的规定，投资者可以更早地诉诸国际争端解决程序，但却丧失了既诉诸国际程序又诉诸国内程序的可能。哪一种待遇更为优惠呢？

138. ICS 案法庭认为，援引最惠国条款以避开 18 个月诉讼期要求的投资者需要遵守第三方条约中的“岔路口条款”。¹⁴⁹ *Garanti Kos* 案法庭认为，很难说国际投资争端解决中心仲裁客观上比联合国国际贸易法委员会仲裁更有利，但是二者“毋庸

¹⁴⁶ 中欧传媒企业案，第 500 段。

¹⁴⁷ 英波基洛案，第 108 段。

¹⁴⁸ 同上；另见豪赫蒂夫案。

¹⁴⁹ ICS 诉阿根廷案，第 318-325 段。

置疑存在差异”。¹⁵⁰ 法庭最终认定，有选择总比没有选择好，允许原告依据基础条约中的最惠国条款，引入国际投资争端解决中心仲裁。¹⁵¹

139. 当事方试图援引的第三方条约的规定事实上是否优于其试图避免的基础条约的规定，各投资法庭早期的裁决中没有详细审议这一问题。法庭通常假设，无需经过 18 个月的国内法院诉讼期优于必须等候再行诉讼。然而，除非就所涉国内法院做出负面假设，否则这种看法也未必正确。

(九) 政策例外的存在

140. 马菲基尼案法庭似乎出于对其裁决的深远影响的关切，列出了不可将最惠国条款适用于程序性事项的某些“公共政策”例外。¹⁵² 尽管后来的法庭赞同有必要保留一些公共政策例外，但是并没有援引这些例外作为裁决的理由，即便这些例外有些情况下可以适用。例如，在 *Garanti Kos* 案中，法庭以国际投资争端解决中心仲裁取代了联合国国际贸易法委员会规则仲裁，而马菲基尼案法庭列出的政策例外禁止这种做法。研究组指出，关于允许或不允许依据最惠国条款改变双边投资协定中的争端解决规定，各法庭给出的理由并不一致；研究组还注意到，各法庭对案件采取不同的处理方式，有时是因为所依据的假设不同，而不是因为推理方式完全背道而驰。

第三部分

解释最惠国条款的考虑因素

A. 与解释投资协定有关的政策考虑因素

1. 双边投资条约谈判的非对称性

141. 过去，投资协定主要在发达国家与发展中国家之间订立；人们认为双方的谈判能力不对称、不均等。¹⁵³ 如今，许多双边投资协定是发达国家之间或发展中国家之间订立的，情况有所不同。

142. 可以对投资协定的谈判过程作出更为实质性的评论。一些国家拥有自己的双边投资协定范本，与其他国家的谈判一般以该协定范本为基础。因此，谈判不是从零开始，而是意味着接受或修订已经由一方起草的协定范本格式。因此，这些谈判最可能产生的结果是对具体规定的措词进行修订，而不是起草一份全新的协定。

¹⁵⁰ *Garanti Kos* 案，第 92 段。

¹⁵¹ 同上，第 94-97 段。

¹⁵² 见第 88-90 段。

¹⁵³ Jeswald W. Salacuse 和 Nicholas P. Sullivan, “Do BIT’s Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Havard Interntional Law Journal*, 第 46 卷(2005 年), 第 67 页起, 见第 78 页。

143. 尽管如此，事实上，不论缔约方是谁，也不论依照怎样的协定范本，投资协定在许多关键方面具有相似性。这并不奇怪。现代投资协定是建立在一些核心规定之上的：最惠国待遇、国民待遇、公正和公平待遇，除非满足某些条件否则禁止征用，以及争端解决规定(一般包括投资者与国家之间的争端解决)。不论谈判中是否存在不对称，得到的结果似乎是相似的。

144. 研究组在审议非对称性问题后认为，虽然这个因素有助于拓宽对国际投资法领域的理解，但不是一个与解释单个投资协定有关的因素。

2. 每项条约的特殊性

145. 一些国家表示，最惠国规定因条约而异，¹⁵⁴ 因此对这些规定不宜采用统一的办法。¹⁵⁵ 毫无疑问，与投资有关的最惠国规定主要包含在单个的双边投资协定中，每项条约对其最惠国规定都有特定的表述。

146. 同时，不论最惠国规定经历了怎样的谈判过程，也不论它们包含在怎样的条约之中，这些规定都有一个共同目标。1978年，委员会在第四条草案中把最惠国条款定义为“一项条约规定，据此规定一国向另一国承担一种义务，在约定的关系范围内给予最惠国待遇”。在第五条草案中，委员会把最惠国待遇定义为“授与国给予受惠国的待遇……不低于授与国给予第三国的待遇”。也就是说，不论具体如何表述，只要条约中的某项条款给予了不低于给予第三国待遇的待遇，这就是一项最惠国条款。它具有与其他任何最惠国条款相同的特征，具有相同的总体目标。

147. 然而，这一总体目标的实现方式取决于用来表述最惠国义务、范围、覆盖面和受惠方的实际措词。因而，必须逐案确定“同类”(可要求给予待遇的范围)这一关键问题。

148. 不过研究组认为，所有最惠国规定的共同目标以及许多投资协定用语的相似性意味着，对一项投资协定中的某项最惠国规定的解释可以为解释另一项投资协定中的最惠国规定提供指导。投资法庭在解释最惠国规定时，确实考虑过正在处理的协定以外的其他协定中的规定。

149. 然而，对任何一项最惠国规定的解释都必须根据《维也纳条约法公约》第三十一至三十二条作出。因此，虽然可以从其他协定里最惠国待遇的含义中寻求指导，但是对每项最惠国规定的解释必须依据其自身措词以及条约的上下文作出。因此，没有理由得出这样的结论，即存在一个适用于所有投资协定的对最惠国规定的唯一解释。

B. 解决投资争端的仲裁是“混合仲裁”

¹⁵⁴ A/C.6/65/SR.25, 第 75-76 段(葡萄牙); A/C.6/66/SR.27, 第 49 段(伊朗伊斯兰共和国); A/C.6/66/SR.27, 第 78 段(葡萄牙); A/C.6/66/SR.28(联合国); A/C.6/67/SR.23, (伊朗伊斯兰共和国)。

¹⁵⁵ A/C.6/65/SR.26, 第 17 段(美利坚合众国); A/C.6/66/SR.27, 第 94 段(美利坚合众国)。

150. 1978年，委员会设想的是，最惠国规定的受惠方不仅可以是该规定所属协定的缔约国，也可以是“与该国有确定关系的人和事。”¹⁵⁶ 根据投资协定，国家通常不仅彼此给予最惠国待遇，还向彼此的投资者和投资给予最惠国待遇。委员会当时对受惠方是个人有何影响不予进一步考虑，认为既然《维也纳条约法公约》的条款草案不涉及条约对个人适用的问题，委员会也就不深究这一问题。

151. 然而从实践上说，1978年拟定条款草案时，可供参考的、以个人为受惠方的实践少之又少。是否要求授与国履行给予最惠国待遇的义务取决于受惠国。不给予最惠国待遇是违约行为，只要有相应的法庭，一国就可以对另一国提起诉讼。不存在供投资者起诉外国的国际法庭；不过，如果相关条约义务已经成为国内法的一部分，或者根据国内法存在独立的起诉权，则投资者可以向授与国的国内法院提起诉讼。在这类情况下，向国内法院起诉授与国的依据不是条约赋予的权利，而是授与国的国内法赋予的权利。

152. 投资者与国家间争端解决的出现引起了这个方面的一个重大变化，使投资者得以独立于国家，利用投资协定缔约方设定的争端解决机制，直接对授与国提起诉讼。结果是，解决投资者与国家间争端的法庭就投资协定的解释，尤其是最惠国条款的解释作出了大量判例。

153. 然而，投资者与国家间的仲裁具有混合性质，对投资协定的解释构成特殊挑战。协定是国家之间订立的，因而是条约。但解释条约的法庭与商事仲裁具有某种相似性，商事仲裁历来是一个私法制度而非公法制度。因此，解释方将协定视为一项国际法文书还是一项合同安排，可能对解释最惠国规定的方式产生影响。

154. 人们可能对处理“混合”仲裁的法庭的地位及其工作结果提出疑问。这些法庭的“混合”性质体现在争端当事方在国际法下的地位不平等。在特许协定的时代，协定本身是由国际公法实体(即国家)与私法实体(即与之订立协定的个人或公司)签订的。这方面最先引起的关切是，此类协定仅有一方是国际法的主体，协定应受国际法还是国内法的管辖？跨国法和准国际法的概念也引起了辩论。

155. 投资协定不存在这个问题，因为它们显然是条约。然而，投资者与国家争端解决规定下的争端依然是国际法下地位不同的当事方之间的争端。因而有人说，由私人诉讼方提起的诉讼也可以被视为国内诉讼，处理此类混合仲裁的仲裁员的任务和职能无异于国内法官。¹⁵⁷ 从这个意义上讲，可以把投资者与国家间的争端解决视为国内诉讼的替代办法，投资协定中普遍存在的“岔路口条款”强化了这一点，该条款要求原告投资者在某个时间点在国内诉讼和投资者与国家间争端解决之间作出选择。

156. 然而，审理此类争端的法庭是根据国家间商定的机制设立起来的，必须解释并适用条约的规定。它通常不会适用国内法的规定，但在某些案件中，条约可能要

¹⁵⁶ 《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第21页(第五条草案)。

¹⁵⁷ 关于国际仲裁中公法和私法重叠的问题，见 Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007)，第三章。

求适用国内法。此外，如果法庭设在国际投资争端解决中心下，它就具有适用“可适用的国际法规则”的具体任务。¹⁵⁸

157. 研究组的结论是，在考虑最惠国规定时，投资者与国家间争端解决仲裁的“混合”性质不是采用不同办法适用条约解释规则的理由。投资协定是一种条款已由国家商定的条约。单个投资者不参与拟定条约义务，仅有根据条约提起诉讼的权利。投资协定作为条约，必须根据约束条约解释的公认国际法规则加以解释。

C. 1978 年条款草案对解释最惠国规定的当代意义

158. 研究组前文指出，1978 年条款草案设想最惠国规定的受益方可能是与受惠国有“确定关系的”个人或实体。但委员会并未考虑这种情况的影响，它认为个人的权利不属于其任务范围。然而，处理投资者与国家间争端的法庭常说条约草案制定了关于最惠国规定的基本法，尤其在“同类”原则相关的方面。

159. 不过，研究组注意到，1978 年条款草案虽然提供了关于最惠国条款和最惠国待遇定义和含义的核心法律，也确立了基本原则，但没有就具体条约中实际使用的措辞可能产生的具体解释问题提供指导。1978 年条款草案没有回答，至少没有直接回答是否可以根据最惠国规定对争端解决的程序性规则进行修改的问题。

160. 研究组认为，1978 年条款草案的核心规定¹⁵⁹ 从未被质疑，而是经常被适用，所以在考虑最惠国条款的定义、范围和适用时仍然是国际法的一个重要来源。

第四部分

关于解释最惠国条款的指导

161. 本部分列出了对最惠国条款恰当适用条约解释的各项规则和原则的框架。研究组通过先前的分析得出结论，法庭就争端解决规定对最惠国条款作出解释的方式存在三个核心问题。第一，最惠国规定原则上能否适用于双边投资条约的争端解决规定？第二，双边投资条约中关于投资者可以援引哪些争端解决规定的条件是否影响法庭的管辖权？第三，在确定双边投资条约中的最惠国条款是否适用于援引争端解决的条件时，哪些因素是解释过程中的相关因素？以下各小节对这些问题分别予以阐述。

A. 最惠国规定原则上能够适用于双边投资条约的争端解决规定

162. 虽然法庭一些较早的裁决中有争议，但原则上最惠国规定能够适用于双边投资条约的争端解决规定，这一点几乎没有疑问。虽然这种提法可能最初源于对仲裁

¹⁵⁸ 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》，1965 年 3 月 18 日在华盛顿签署，联合国《条约汇编》，第 575 卷，第 159 页，第 42 条。

¹⁵⁹ 特别见第一至第十四条，《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 16-39 页。

委员会在安巴提洛斯案中真实用意的误读(委员会提到“司法”属于提及“与通商和航海有关的一切事项”的最惠国规定的范围),但事实的确如此。委员会当时指的是诉诸联合王国的法院来强制执行实体性权利,而不是强制执行变更援引争端解决的条件权利。但现在这一点似乎意义不大。在根本上是缔约方自主性的问题;双边投资条约的缔约方如果愿意,可以将诉诸争端解决的条件纳入最惠国规定的覆盖范围。每个案件中的问题在于缔约方是否这样做了。

163. 从这个意义上说,这一问题确实是一个条约解释问题,只能在每个特定的案件中得到回答。如果缔约方明确地将诉诸争端解决的条件纳入其最惠国规定的框架内,¹⁶⁰就不会造成任何困难。同样,如果缔约方明确地排除了最惠国条款适用于诉诸司法的条件,也不会造成困难。但是现有双边投资条约中的绝大多数最惠国规定在这一点上并不明确,因此每个案件都会出现这些规定该如何解释的问题。然而,至少可以说,对双边投资条约中的最惠国规定进行解释的法庭不需要研究这些规定在原则上是否可以适用于争端解决规定。

B. 争端解决相关条件以及法庭的管辖权

164. 不过,确定这是一个解释上的问题后,就会出现这样一个问题:是否存在与最惠国规定,或与关于投资者诉诸争端解决条件的规定类似的任何因素,可能对解释过程有用?在这方面,仍然存在这些事项是否属于法庭的司法管辖范围的问题。最惠国规定的运用必须满足一定参数(属事理由、属人理由、属时理由等),¹⁶¹因而问题就变成了:与诉诸争端解决有关的条件本身是否构成一个相关参数?

165. 对最惠国规定的解释和适用不能毫无限制。1978年条款草案第十四条规定:

“如受惠国或为与之有确定关系的人或事行使来自最惠国条款的权利,须遵循包括有最惠国条款的条约规定的,或授与国同受惠国之间另行议定的条件。”

166. 毫无疑问,如果一国在双边投资条约中同意承认某些类别的人为投资者,则不得援引最惠国规定来改变这些类别。¹⁶²根据双边投资条约设立的法庭肯定无权就不属于投资者的实体的权利作出裁决。问题是,对诉诸争端解决的限制,例如国内诉讼须满18个月的要求,是否也是一项适用于合格投资者的对管辖权的限制?

167. 这个问题的答案一部分取决于这是一个管辖权问题,还是可否受理问题。管辖权与可否受理问题的区分不总是非常明确的,两个术语有时可以互换。¹⁶³然而,

¹⁶⁰ 《联合王国双边投资条约范本》,2008年,可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>>。

¹⁶¹ 另见上文第105段。

¹⁶² 见HICEE案,第149段。

¹⁶³ 大致参见:Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*,第4版(Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006),第505-586页。

有一种说法是，区分反对是对法庭提出的，还是对诉讼提出的，是区分这两个概念的依据。¹⁶⁴

168. 在此基础上，可以主张，18个月诉讼期的要求是一个先决条件，决定着投资者提出的诉求是否在法庭的管辖范围之内，这与投资者提出的具体诉求无关；除非满足18个月诉讼期的要求，否则投资者不可以提出任何诉求。

169. 研究组认为，这些相互矛盾的方法反映了前文提到的一点，即有些人把投资协定当作国际公法文书，而有些人认为投资者与国家间争端解决具有更多的私法属性，与合同安排类似。按照前一种观点，管辖权以及同意仲裁是关乎国家切身利益的事情；而根据后者，问题仅仅在于“待遇”一词的含义，或其他规定受惠方应得权利的此类语言的含义。

170. 不同方法对实践的影响是，重点关注投资协定的国际公法方面的人倾向于将诉讼须满18个月的规定视为一项类似于用尽当地救济的规则。更多地从私人仲裁和商事仲裁角度看待这些协定的人，倾向于将诉讼须满18个月的规定视为一项延时规定，其效果是把投资者提出诉求的权利推迟，因而违背了双边投资条约为投资创造有利条件的总体目标。

171. “管辖权”方法的共同特征是，除非有明确的措词，或者有具体的上下文，否则最惠国规定不得变更诉诸争端解决的条件。这始终是一个条约解释问题，但条约解释始于这样一个最初的假定，即最惠国规定不自动适用于双边投资条约的争端解决规定。这与一些法庭一开始的假定背道而驰，它们假定由于争端解决是双边投资条约提供的保护的一部分，因此最惠国规定表面上看适用于争端解决。按照这种思路，最惠国条款适用于争端解决，除非可以证明双边投资条约的缔约方无意于最惠国条款这样适用。

172. 研究组认为，关于投资协定性质及其引起的关于解释这些协定的假定的概念性辩论无法得到一个确切的答案。投资协定既有公法性质的要素，也有私法性质的要素。没有正式、确定的答案是因为，该事项是通过“混合”仲裁由“临时”仲裁员处理的。像世贸组织这样的“封闭”系统内，上诉法庭可以解决此事；无论对错，这就是对系统内所有案件的答案。解决投资者与国家间争端的案件中没有这样的机会。而且研究组认为，委员会也不宜扮演这一角色。

173. 不过，研究组认为，关于最惠国条款是否适用于争端解决规定的结论应该建立在对涉案条款的解释和分析上，而不是对投资协定或协定所赋予权利的性质的假定之上。

C. 确定最惠国规定是否适用于诉诸争端解决的条件的相关因素

¹⁶⁴ Jan Paulsson, “Jurisdiction and Admissibility”, 选自 Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi 和 Anne Marie Whitesell (编), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (Paris: ICC Publishing, 2005), 第601页起, 见第616页。

174. 双边投资条约是国际协定，因此《维也纳条约法公约》第三十一至三十二条规定的条约解释规则适用于对双边投资条约的解释。¹⁶⁵《维也纳条约法公约》第三十一条规定了条约解释的通则，该条第一款规定，条约“应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”¹⁶⁶据说这种表述是“明显建立在必须假定条约的文本是缔约方意图的真实表述的观点之上。”¹⁶⁷

175. 各投资法庭裁决中采取的普遍立场是，《维也纳条约法公约》的规则为解释最惠国规定提供了正确的法律框架。但在这个普遍的框架内存在着方法上的分歧。研究组在上文指出了看来影响到法庭解释最惠国规定的多种因素。研究组在以下各段对某些因素加以评论。

1. 同期原则

176. ICS 案和戴姆勒案的法庭明显依赖同期原则，其他法庭的裁决也体现了该原则，¹⁶⁸但是《维也纳条约法公约》的规则并没有特别提到同期原则。然而，国际法院和许多国际法庭都直接或间接地提到过这一原则。在《南非继续驻留纳米比亚对各国的法律后果》中，法院提到“首先必须根据缔约方在缔结文书时的意图对该文书进行解释。”¹⁶⁹厄立特里亚—埃塞俄比亚边界委员会也核可了其称为“‘同期’准则”的原则。¹⁷⁰

177. 与此同时，国际法院在有关航行权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)中指出，“但这并不意味着，若一个术语的含义不再与该术语在条约缔结时的含义相同，在为适用条约而对条约作出解释时就不应该考虑其含义。”¹⁷¹法院认为，这一点对以下情况尤为适用，即“缔约方缔结条约时的意图是，或可以推定为，赋予所用术语——或其中部分术语——一种能够演变的含义或内容，而不是一种一旦确定即永不改变的含义或内容，以便除其他外，为国际法的发展留出余地”。¹⁷²

¹⁶⁵ 这些关于解释的规定总体上反映了习惯国际法。

¹⁶⁶ 《1966年……年鉴》，第二卷，第220页，第11段。

¹⁶⁷ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第2版 (Manchester: Manchester University Press, 1984), 第115页。

¹⁶⁸ Plama 案，第197段。

¹⁶⁹ 《南非不遵守安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果》，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页起，见第30页，第53段。

¹⁷⁰ 《关于厄立特里亚国与埃塞俄比亚联邦民主共和国划界问题的裁决》，(2002年4月13日)《国际仲裁裁决汇编》第25卷，第83-195页，见第3.5段。

¹⁷¹ 有关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。

¹⁷² *Ibid.*

178. 研究组认为，在具体案件中是否适合采用演化(演进)解释取决于多个因素，包括缔约方是否打算对所涉条款作出演化(演进)解释，¹⁷³ 缔约方的嗣后惯例，以及缔约方自身是怎样解释和适用协定的。ICS 案法庭为了确定最惠国规定所适用的“待遇”的含义，采用的办法是考察签订《联合王国与阿根廷双边投资条约》时是如何理解这个词的；这为解释提供了重要指导，但不能被视为必然有决定性。

2. 准备工作的相关性

179. 在某种意义上，提及准备工作就是对同期原则的应用，因为这是确定缔约方在缔结协定时的意图的一种努力。¹⁷⁴ 借助准备工作在法院解释最惠国规定的裁决中并不常见，或许是因为这些材料往往不容易得到。¹⁷⁵ 然而，在奥地利航空案中，法庭逐份查阅了条约的条款草案，这就意味着逐渐缩小了仲裁条款的范围，目的是确定这样一个结论：缔约方当时的意图是把协定下的仲裁限定在某些特定的事项上。¹⁷⁶ 研究组认为，这充分证明了准备工作的相关性。

3. 缔约方的条约实践

180. 缔约方的同期或嗣后惯例明显关系到条约规定的解释。不过，根据《维也纳条约法公约》第三十一条第二和第三款，相关实践仅限于：与所有缔约方订立的条约有关的协定，与一个缔约方订立且为其他各方接受的条约有关的文书，缔约方之间嗣后订立的协定，以及确定缔约方之间一致意见的嗣后惯例。¹⁷⁷ 因此，投资法庭只要援引这类资料，就显然是在按照相关解释资料行事。

181. 然而，大多数双边投资条约只有两国订立的协定，缔约方之间没有同期或嗣后协定或惯例。¹⁷⁸ 因此，法庭经常参考的是该双边投资条约的一个缔约方与第三

¹⁷³ 国际法委员会，与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，第 A/CN.4/L.813 号文件，结论草案 3。另见该文件的续：国际法委员会，与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，第 A/CN.4/L.833 号文件。另见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第四章。

¹⁷⁴ 《维也纳条约法公约》第三十二条规定，“……得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作……”。

¹⁷⁵ 法庭在 *Plama* 案裁决第 196 段指出，当事方没有提供任何准备工作文件。

¹⁷⁶ 奥地利航空案，第 137 段。

¹⁷⁷ 国际法委员会，与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，第 A/CN.4/L.813 号文件[第一部分]，和第 A/CN.4/L.833 号文件[第二部分]。特别见结论草案 7。另见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第七章。

¹⁷⁸ 然而根据《北美自由贸易协定》，缔约方根据条约有权发出对法庭具有约束力的“权威解释”。见《北美自由贸易协定》，第 1131(2)条。

国订立的协定。¹⁷⁹ 有一个法庭认为与第三方订立的条约无关，因为需要解释的是呈送法庭的该双边投资条约的案文。¹⁸⁰

182. 双边投资条约的一个缔约国采取的不涉及另一个缔约国的行动，通过表明缔约一方的态度，可能在某些情况下具有一定相关性。然而，此类行动不属于《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(乙)项的范畴(该项考虑了缔约方的共同意图)，但可以根据第三十二条加以考虑。¹⁸¹

183. 然而，问题在于是否存在任何其他依据，证明缔约一方单独的缔约实践也可以有参考价值。在 ICS 案中，法庭认为缔约一方单独的缔约实践没有参考价值。不过法庭确实认为，一国继续在嗣后的双边投资条约中列入起诉须满 18 个月的要求是相关的。法庭认为，该国如果知道某条规定可能因为最惠国规定的加入而丧失任何实际效果，就不太可能坚持订立这条规定。¹⁸² 这表明，虽然相关性有限，但是缔约一方的实践的确具有潜在的相关性。

4. 上下文的含义

184. 第三十一条“按其上下文”可以有广泛的含义。由于第三十一条第二款，它包含条约本身的条款、序言和附件，全体缔约方之间因缔结条约所订与条约有关的任何协定，以及缔约一方因缔结条约所订并经缔约另一方接受为条约有关文书的任何文书。

185. 投资法庭的裁决产生了两个与上下文有关的具体问题。第一，双边投资条约中的一条具体规定能否被一条措词更为笼统的最惠国规定推翻？第二，如果双边投资条约列出不适用最惠国原则的具体情况，这时有何影响？这样是否不包括其他没有列出的最惠国待遇的例外？

(a) 具体规定与一般规定之间的权衡

186. 在某些裁决中，仲裁员试图在处理投资者在何种情况下可以发起投资者与国家间仲裁的具体条约规定，与最惠国条款的一般规定之间做出权衡。得出的结论是，适用于“所有待遇”(最惠国条款中的用语)的一般规定不能推翻关于条约所给予待遇的具体规定，例如援引争端解决程序须满足的条件。委员会在关于国际法不成体系的报告中指出，“特别法优于一般法”是条约解释中普遍接受的一项原则。¹⁸³ 不过，在解释最惠国规定方面，该原则的相关性可能有限。

¹⁷⁹ 在 *Plama* 案中，法庭说：“缔约一方与第三国缔结的条约确实可以加以考虑，用以明确条约案文在订立时的含义。” *Plama* 案，第 195 段。

¹⁸⁰ *Renta* 案。

¹⁸¹ 特别见国际法委员会，与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，见结论草案 1(4)和 4(3)，包括有关评注，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 38 和 39 段。

¹⁸² *ICS* 诉阿根廷案，第 314-315 段。

¹⁸³ 研究组关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的工作结论，《2006 年……年鉴》，第二卷，第二部分，见结论 5。

187. 最惠国条款的本质是承诺优于条约所给予的待遇，不能仅仅因为基础条约本身包含具体规定，就断定最惠国规定是否可以提供优于基础条约已经提供的待遇。当然，如果条约中含有独立的解释性证据，表明缔约方的意图是最惠国规定不适用于所涉具体规定，则另当别论。但是研究组认为，对最惠国规定作出解释时，不能简单地假定具体规定高于一般规定。

(b) “明示其一”原则

188. “明示其一即排除其他”原则经常被引用，尤其用来表述适用最惠国规定的例外情况。这种主张是：双边投资条约含有对适用最惠国规定的明确例外时，这些例外不包含其他未指明的例外。¹⁸⁴ 因此，如果在排除适用最惠国规定的事项中没有提及争端解决规定，就意味着最惠国规定涵盖争端的解决。然而，一些作者指出，“明示其一”原则最多是一个假设前提，不应把它当作对这一问题确切回答。¹⁸⁵ 它是一个需要考虑的因素，仅此而已。此外，法庭在 ICS 案中指出，该原则可能导致相反的结论。如果列出的仅仅是与实体性待遇相关的例外，这可能意味着缔约方不认为最惠国规定与程序性事项或争端解决事项存在联系。¹⁸⁶ 委员会据此认为，虽然“明示其一”原则一个需要考虑的因素，但不能作为一个决定性因素。

5. 试图替换的条款内容的相关性

189. 一些法庭认为，18 个月诉讼期的要求给试图通过援引双边投资条约的争端解决规定行使其权利的投资者设置了不必要的障碍，违背了双边投资条约促进和方便投资的总体目标。不过，另一些法庭指出，这一规定是用尽当地救济规则的一个变体，有其自身的理论依据。鉴于最惠国规定的适用影响到基础条约中相关规定的内容，而投资法庭对最惠国规定的解释又受到这些内容的影响，研究组很难理解如何能够根据条约解释规则对这种考虑做出合理解释。

190. 是否将一条具体规定纳入双边投资条约是缔约方要做出的政策决定，而不是争端解决法庭可以事后推断出的。法庭的工作是确定缔约方的意思和意图，而不是质疑其政策选择。在此基础上，研究组认为，因适用最惠国规定而被绕过的条款内容与条约解释无关。

6. 对试图纳入的条款的解释

191. 要回答适用最惠国条款可以从第三方条约中获得何种范围或程度的好处这一重要问题，需要适用同类原则。显然，如果基础条约中最惠国条款的主题事项仅限于实体性问题，那么就不能用该条款来获得第三方条约规定的程序性权利的好处。

¹⁸⁴ 见 Charles N. Brower 在奥地利航空案中的个别意见。

¹⁸⁵ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第 2 版(Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 第 248-249 页。

¹⁸⁶ ICS 诉阿根廷案，第 315-317 段。

更难回答的问题是，确实涉及程序性规定的最惠国条款的受惠方是否可以挑选和选择能够援引哪些程序性好处。

192. 在这方面，虽然 1978 年条款草案作出了总体回答，但要帮助解决投资协定背景下产生的实际问题仍然不够具体。条款草案第九条和第十条提到，受惠国有权获得“该条款的主题范围之内的”权利或待遇。评注接着说，“该条款的主题范围之内的”一词包含对相似性概念的暗示。¹⁸⁷ 然而，投资法庭尚未就相似性概念形成判例。拿上文的例子来说，不包含“岔路口条款”的 18 个月诉讼期要求与直接诉诸投资者与国家仲裁但是包含“岔路口条款”的规定相比，到底哪个更优惠，人们没有达成共识。

193. 研究组认为，什么是比较不利的待遇这一问题只能通过逐案分析来回答。至少，这是对最惠国条款作出任何解释或适用时都必须解决的问题。

D. 最惠国条款各种范本的结果

194. 研究组虽然在工作一开始考虑过是否可以起草最惠国条款的范本，但最后得出结论称，这样做毫无用处。各国在其投资协定中已经纳入了大量的最惠国条款，可以为今后的协定提供范本。更重要的是理解特定措词可能引起的结果。

1. 马菲基尼案裁决时已有协定中的条款

195. 除已经明确的不同解释方法外，对最惠国条款中某些类型的措词的解释似乎存在某些共性。

196. 第一，当最惠国条款仅规定“待遇不低于”，不含任何可能扩大所给予待遇的范围的修饰语时，投资法庭毫无例外地拒绝把这一规定解释为包含争端解决。

197. 第二，当最惠国条款含有提到受条约约束的“所有待遇”或“所有事项”的条款时，投资法庭倾向于对这些条款做出宽泛的解释，并得出这些条款适用于争端解决规定的结论。仅在一起案件中，法庭不认为措词宽泛的条款适用于争端解决。¹⁸⁸

198. 第三，当最惠国条款提到“使用”、“管理”、“维持”、“享有”、“处置”和“使用”对待遇进行修饰时，大部分法庭的结论是：这些条款够宽泛，足以包括争端解决规定。

199. 第四，在把最惠国待遇与公正和公平待遇直接联系的两起案件中，法庭均未得出该条款包含争端解决规定的结论。

¹⁸⁷ 《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 33 页，第 25-26 段。

¹⁸⁸ Berchsader 案。

200. 第五，在最惠国条款受到领土限制的几起案件中，结果各有不同。有些案件的结论是，领土限制对决定是否涉及争端解决规定毫无影响；¹⁸⁹ 另一些案件的结论则是，领土限制条款防止了将国际争端解决规定纳入最惠国条款。¹⁹⁰

201. 第六，在最惠国条款将其适用限定为处于“同类情形”或“类似情况”的投资者或投资的案件中，没有法庭将最惠国条款是否适用于争端解决规定作为相关问题。

202. 这一分析指出了过去的做法，并不构成对今后案件如何裁决的说明。由于投资法庭是临时机构，且最惠国条款的具体规定和上下文存在差异，所以即便某些、甚至全部仲裁员都已经审理过涉及最惠国规定的案件，也不可能事先判断仲裁员将如何裁决。不过，当最惠国条款能够得到较宽泛的解释时，法庭似乎更倾向于认为它们适用于争端解决规定。研究组认为，这让各国初步了解了法庭可能如何看待具体措辞。

2. 马菲基尼案裁决后所订立协定中的条款

203. 马菲基尼案裁决以来，订立了一些含有最惠国规定的投资协定。总体而言，分为三类：

204. 第一类，明确排除适用马菲基尼案的方法，或是明确提到该裁决，¹⁹¹ 或是规定争端解决规定不属于最惠国规定的范围。¹⁹² 一般来说，似乎不是通过将该裁决列入适用最惠国条款的例外情况。

205. 第二类，明确将争端解决规定纳入最惠国条款的范围之内。¹⁹³

206. 第三类，没有提到争端解决规定是否被纳入最惠国条款的范围之内。一些协定将最惠国条款的适用范围定义为适用于“其领土内投资的设立、获取、扩大、管理、开展、运营或其他处置。”然而，前文已经指出，这一规定被有些法庭解释为不包含争端解决，被另一些法庭解释为包含争端解决。

207. 研究组注意到，最惠国与争端解决规定的问题并未促使各国澄清现有协定的语言，将争端解决排除在外；也没有促使各国谈判达成将其适用排除在外的新协定。事实上，大多数新协定倾向于忽略这一问题。对此至少有三种解释。

¹⁸⁹ 马菲基尼案，第 61 段；豪赫蒂夫案，第 107-111 段(多数意见)。

¹⁹⁰ ICS 诉阿根廷案，第 296 段，第 305-308 段；戴姆勒案，第 225-231 段，第 236 段(多数意见)。

¹⁹¹ 《中美洲自由贸易协定草案》(2004 年 1 月 28 日)，可查阅 <http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp>。

¹⁹² 《哥伦比亚共和国与瑞士联邦关于促进和相互保护投资的协定》，2006 年 5 月 17 日在伯尔尼签署，可查阅 <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/45/treaty/1008>>。

¹⁹³ 《日本与墨西哥合众国关于加强经济伙伴关系的协定》，2004 年 9 月 17 日在墨西哥城签署，可查阅 <http://www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_e/agreement.pdf>；联合国没有更改双边投资协定范本，其中将最惠国条款适用于争端解决。

208. 第一，对现有协定重新谈判是一个漫长而复杂的过程，各国可能不会在其缔约议程上予以高度重视，或者可能担心这会重新引起条约中的其他问题。
209. 第二，各国可能担心，通过改变新协定的措词来防止最惠国待遇适用于争端解决，会被法庭视为其现有协定不涵盖争端解决的一个标志。
210. 第三，各国可能认为在实践中，如前文所述，最惠国规定只有在最惠国条款的措词宽泛时才适用于争端的解决，而它们的最惠国规定的措词并不宽泛。
211. 不管哪种情况，研究组的结论都是，这里提供的关于怎样的措词可能被解释为将争端解决规定纳入最惠国条款范围的指导，以及政府明确排除其适用的协定的例子，可能有助于各国考虑其投资协定会得到怎样的解释，以及它们在谈判新协定时可以考虑哪些因素。

第五部分 结论概述

212. 自 1978 年拟定条款草案以来，最惠国条款的性质保持不变。1978 年条款草案的核心规定仍然是今天解释和适用最惠国条款的基础。然而，它们没有回答最惠国条款可能引起的所有解释问题。
213. 应根据《维也纳条约法公约》规定的条约解释规则对最惠国条款进行解释。
214. 关于最惠国条款的核心解释问题是该条款的范围以及同类原则的适用。也就是说，根据最惠国规定可以获取的好处的范围和性质取决于对这条最惠国规定的解释。
215. 在投资条约的仲裁中，最惠国条款适用于争端解决规定而不仅限于实体性义务，为思考最惠国规定提供了一个新角度，或许也带来了缔约方在谈判投资协定时没有预见到的结果。不过，这仍然是条约解释上的一个问题。
216. 最惠国条款是否涵盖争端解决规定最终取决于谈判制定这些条款的国家。明确的语言可以确保最惠国规定适用于或不适用于争端解决规定。否则，将由争端解决法庭逐案对最惠国条款进行解释。
217. 研究组在本报告中回顾的多个解释方法是为了帮助解释和适用最惠国规定。

GE.15-13770 (C) 070915 150915



请回收 