



国际法委员会
第六十六届会议

2014年5月5日至6月6日和7月7日至8月8日，日内瓦

国际法委员会第六十六届会议工作草案报告草稿

报告员：迪雷·特拉迪先生

第七章

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

增编

目录

- 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
- 2. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文及其评注(续)



2. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文及其评注(续)

结论草案 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. 第三十二条所称的嗣后惯例也能有助于澄清条约的含义。
3. 假定条约缔约方嗣后达成的协定或适用条约方面的惯例是为了解释条约，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定。

评注

(1) 结论草案 7 涉及嗣后协定和嗣后惯例可能对条约解释产生的影响。旨在说明嗣后协定和嗣后惯例可以如何有助于澄清条约的含义。第 1 段强调嗣后协定和嗣后惯例必须与其他解释资料互动(见结论草案 1,第 5 段)。⁵⁰ 因此，它们本身未必具有决定性。

(2) 嗣后协定和嗣后惯例与所有解释资料一样，可能对条约解释这一互动过程产生各种影响，这一过程包括在任何具体案件中，适当强调“单一的综合行动”中的各种解释资料。⁵¹ 因此，考虑第三十一条第三款和第三十二条所指的嗣后协定和嗣后惯例可以通过缩小(具体说明)某个术语或条款的可能含义，或整个条约的范围(见下文第 4、6-7、10 和 11 段)，帮助澄清条约的含义。⁵² 另一方面，嗣后协定和嗣后惯例也可以通过证实更广义的解释，帮助澄清条约的含义。最后，它们有助于理解缔约方可作出的可能解释的范围，包括缔约方根据条约行使酌处权的范围(见下文第 12-15 段)。

⁵⁰ 对结论草案 1 第 5 段的评注，第 12-15 段，(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第十号》(A/68/10, 第四章 C.2 节)，第 39 段)。

⁵¹ 对结论草案 1 第 5 段的评注，第 12-15 段(同上，第 39 段)。

⁵² 术语遵循委员会《对条约的保留实践指南》指南 1.2(解释性声明的定义)：“解释性声明”是指[一国或一国际组织]为了阐明或澄清条约或其中某些规定的含义或范围而作出的单方面声明……”(见《同上，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10/Add.1, 第四章 F.2 节，指南 1.2)；另见同上，对指南 1.2 的评注，第 18 段)。

(3) 国际法院和仲裁法庭在具体案件中，首先要确定条约术语的“通常含义”。⁵³ 法院大多在审理的稍后阶段，即考虑某项行为是否证实或修改了最初对通常含义的解释(或通过其他解释资料)得出的结果时，才考虑嗣后协定和嗣后惯例。⁵⁴ 如果缔约方不想表达术语的通常含义，而想表达第三十一条第四款意义下的特殊含义，那么嗣后协定和嗣后惯例可能有助于解释该特殊含义。以下案例⁵⁵ 显示了嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料，可能如何在解释过程中通过与其他资料的互动，有助于澄清条约的含义。

(4) 嗣后协定和嗣后惯例可以通过从某个术语的多重含义中确认一个狭义的解释，从而帮助确定该术语的“通常含义”。例如，⁵⁶ 国际法院在关于核武器的咨询意见中确认，“毒药或有毒武器”一词在国家实践中通常被理解为主要、甚至唯一作用是使人中毒或窒息的武器。国家实践十分明确，相关文书的缔约方没有将该词理解为指核武器。⁵⁷

(5) 另一方面，嗣后惯例也可以防止将一般用语限定为只有某个特定含义，而否认其他可能的含义。⁵⁸ 例如，法院在摩洛哥境内的美国公民权利案中称：

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

⁵³ 对结论草案 1 第 5 段的评注，第 18 页，第 14 段(《同上》，第六十八届会议) A/68/10，第四章 C.2 节，第 39 段)；大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 8 页。

⁵⁴ 例如，见吉利丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚诉马来西亚)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 625 页起，见第 656 页，第 59-61 段和第 665 页，第 80 段；领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 34 页，第 66-71 段；关于航海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 290 页(专案法官 Guillaume 的声明)。

⁵⁵ 更多案例见“国际法委员会条约随时间演变专题研究组关于特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例的第二次报告”，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 210-306 页。

⁵⁶ 另外石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 30 段；喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 306 页，第 67 段；大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 9 页。

⁵⁷ 使用或威胁使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 55 段。

⁵⁸ 对《灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页起，见第 25 页。

95 条没有就争论点作出严格规定。法院要求比当事各方主张的方式更加灵活地解释第 95 条。⁵⁹

(6) 不同形式的惯例可能导致对同一条约中的某些术语作出狭义的解释，而对另一些术语作出宽泛的解释。⁶⁰

(7) 条约应依其用语在“上下文”(第三十一条第一款)中具有通常含义加以解释。嗣后协定和嗣后惯例通过与这一具体解释资料的互动，也可以有助于对条约中的术语作出较狭义或较广义的解释。⁶¹ 例如，在关于政府间海事协商组织的咨询意见中，国际法院必须确定《国际海事组织公约》第 28(a)条下“八个……最大船主国”一词的含义。鉴于“最大船主国”的概念可以有不同解释(例如按“登记吨位”或“国民财产”计算)，且该组织及其成员没有第 28(a)条下的相关实践，法院转而参照公约其他条款下的实践，提出：

鉴于执行《公约》的各项条款都是基于登记吨位……委员会因此认为，在起草后面的条款[第 28(a)条]并纳入《公约》时，不太可能考虑以登记吨位以外的其他标准来确定最大船主国。⁶²

(8) 除用语和上下文外，第三十一条第一款还强调条约的“目的及宗旨”对条约解释的重要性。⁶³ 嗣后协定和嗣后惯例也可有助于澄清条约的目的及宗旨，⁶⁴ 或协调条约的“目的及宗旨”与其他解释资料的运用：

⁵⁹ 摩洛哥境内的美国公民权利案，1952 年 8 月 27 日的判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 211 页。

⁶⁰ 比照参见联合国的某些费用(《宪章》第 17 条第 2 款)，咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 条，国际法院参照联合国相关的嗣后惯例，对“费用”一词作出了宽泛的解释，而对“行动”一词作出了狭义的解释，见第 158-161 页(“费用”)和第 164-165 页(“行动”)。

⁶¹ 例如，见边界和跨界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和可否受理，判决，《1988 年国际法院案例汇编》，第 69 页起，见第 87 页，第 40 段。

⁶² 政府间海事协商组织海事安全委员会章程，咨询意见，《1960 年国际法院案例汇编》，第 159 页起，见第 169 页；另见第 167-169 页；又见根据《保护东北大西洋海洋环境公约》提出的诉讼(爱尔兰诉联合王国)，《国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷，第 59 页起，见第 99 页，第 141 段。

⁶³ Gardiner，上文脚注 3，第 190 和 198 页。

⁶⁴ 同上，第 191-194 页；另见南非不遵守安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 31 页，第 53 段；在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 179 页，第 109 段；R. Higgins，“关于国际法中的时效规则的若干意见”，载于《二十一世纪初的国际法理论：纪念 Krzysztof Skubiszewski 论文集》，J. Makarczyk 编(海牙，Kluwer，1996 年)，第 180 页；Distefano，上文脚注 3，第 52-54 页；Crema，上文脚注 33，第 21 页。

(9) 例如，在格陵兰和扬马延间区域海洋划界案⁶⁵和石油平台案⁶⁶中，国际法院通过提到缔约方的嗣后惯例，澄清了双边条约的目的及宗旨。在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中，法院主张：

从条约案文和上文第 64 和 65 段分析的实践来看，乍得湖流域委员会是一个在特定地理区域内行使职权的国际组织；但是其宗旨不是在区域一级处理与维持国际和平及安全有关的事务，因此不属于《宪章》第八章规定的情况。⁶⁷

(10) 非司法环境或准司法环境下的国际实践证明，嗣后协定和嗣后惯例可以通过缩小可能解释的范围，或通过表明条约赋予国家的一定程度的酌处权，有助于澄清条约的含义。

(11) 例如，虽然按照 1944 年《芝加哥公约》第 5 条用语的通常含义，似乎没有要求包机在飞行途中获得降落许可，但是长期的国家实践都要求这类许可，以致于该条被普遍理解为需要许可。⁶⁸另一个案例是《维也纳外交关系公约》第二十二条款第三款，其中规定使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。虽然警方对外交财产采取的强制行为通常会遭到国家的抗议，⁶⁹但是将违反当地交通和停车法规的外交车辆拖走这一做法，在实践中基本上被认为是允许的。⁷⁰这种惯例显示，虽然禁止对外交车辆采取处罚措施，但是如果发现外交车辆对交通和/或公共安全构成直接危险或障碍，则可以拦下或拖走。⁷¹从这个意义上来看，缔约方的嗣后惯例明确说明了“强制执行”一词的含义，并进而明确了交通工具受保护的范围。

⁶⁵ 格陵兰和扬马延间区域海洋划界案，判决，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 51 页，第 27 段。

⁶⁶ 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 27 和 30 段。

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

⁶⁸ S. D. Murphy, “嗣后协定和嗣后管理对条约解释的作用”，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 85 页；A. Aust, 《现代条约法和实践》，第 3 版(剑桥，剑桥大学出版社，2013 年)，第 215 页。

⁶⁹ E. Denza, 《外交法：<维也纳外交关系法>评论》，牛津大学国际法评论，第 3 版(牛津，牛津大学出版社，2008 年)，第 160-161 页；J. Salmon, 《外交法手册》(布鲁塞尔，Bruylant, 1994 年)，第 208 页，第 315 段。

⁷⁰ 例如，见澳大利亚外交贸易部，《驻外代表的特权和豁免》(www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf)；冰岛外交部礼宾司，《外交手册》，第 14 页，(www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF)；联合王国，见内政部政务次官(埃尔顿议员在上议院的发言，1983 年 12 月 12 日的上议院辩论，第 446 卷，cc3-4；美国，见《美国国际法期刊》，第 2 卷，1994 年，第 312-313 页。

⁷¹ Denza, 上文脚注 69，第 160 页；M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 第 2 版(Nomos, 2010 年)，第 70 页。

(12) 嗣后协定或惯例具体说明术语的含义不仅可以体现为缩小条约规定的权利和义务的可能含义，也可以体现为表明更广泛的可接受的解释，或条约赋予国家行使酌处权的范围(见上文第 10 段)。⁷²

(13) 例如，《一九四九年日内瓦四公约》的 1977 年附加议定书(第二议定书)第十二条规定：

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

虽然“应”一词表示国家有义务使用特殊标志，在任何情况下都标明医务人员和医务运输工具，但嗣后惯例显示国家在适用该条时拥有一定的酌处权。⁷³ 鉴于武装团体近年来专门袭击医疗车队，它们因为有保护标志而特别容易辨认，国家在某些情况下不再让这类车队露出特殊标志。德国政府在回答议会关于其在阿富汗的做法的提问时指出：

与国际安全援助部队的其他分队一样，德国联邦国防军也经历过医疗车队遭到袭击的情况。这些医疗单位和车队因其保护标志而容易辨认，甚至成为特定的袭击对象。因此，德国联邦国防军在国际安全援助部队内部与比利时、法国、联合王国、加拿大及美国共同决定遮住医疗车队上的保护标志。⁷⁴

(14) 这种显然毫无争议的国家实践确认了对第十二条的解释，可以看出，使用保护标志的一般义务⁷⁵ 不包含在任何情况下都使用保护标志的义务，说明缔约方有一定的酌处权。

⁷² 这并不是说可能存在对条约的不同解释，而是说条约必须让缔约方有可能在一系列允许的行为中作出选择，见 Gardiner，上文脚注 3，第 30-31 页和第 111 页，引用上议院在 *R* 诉内政部长大臣案，*Adan* 缺席[2001]AC 477 中发表的意见：“需要确定有关条约规定的自主含义……由此可见，与其他多边条约一样，必须赋予《难民公约》可从[《维也纳公约》]第三十一条和第三十二条所指来源中得出的独立含义，而不是随便借鉴某个缔约国法律体系的特点得出含义。原则上，条约只能有一个真正的解释……在实践中，面对解释问题上的重大分歧，由各国法院做出决定。不过，做决定时，法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚，探索条约真正的自主含义。而真正的含义只有一个”，见第 515-517 页(斯泰恩议员)。

⁷³ Y. Sandoz、C. Swinarski 和 B. Zimmermann 编，《对一九四九年八月十二日日内瓦四公约的一九七七年六月八日附加议定书的评论》(多德雷赫特，红十字国际委员会和马蒂努斯·奈霍夫出版社，1987 年)，第 1440 页，第 4742-4744 段；H. Spieker，“医务运输工具”，见《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)第 7-12 段；另见法文版使用的不太死板的将来时“*sera arboré*”。

⁷⁴ Deutscher Bundestag，“Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”，2010 年 4 月 9 日，Bundestagsdrucksache 17/1338，第 2 页(特别报告员翻译)。

⁷⁵ Spieker，上文脚注 73，第 12 段。

(15) 赋予国家酌处权的条约规定可能涉及该酌处权是否受到条约目的限制的问题。例如，根据《维也纳外交关系公约》第九条，接受国可不具解释通知派遣国某使馆人员为不受欢迎人员。国家一般在发现或怀疑使馆人员参与间谍活动，严重违反接受国法律或造成严重政治骚乱的情况下发出这类通知。⁷⁶ 不过，各国也出于更加日常的原因发出这类通知，例如外交人员对第三方造成严重伤害，⁷⁷ 或是屡次违法，⁷⁸ 甚至为了执行关于酒后驾车的法律发出这类通知。⁷⁹ 有些国家甚至没有给出明确理由，纯粹出于政治动机而发出这类通知。其他国家似乎不认为出于与政治或类似严重问题无关的理由宣布使馆人员为不受欢迎人员的做法构成滥用职权。因此，这类惯例表明，第九条提供了非常宽泛的权利，国家可行使相当大的酌处权。⁸⁰

(16) 结论草案 7 第 2 段涉及第三十二条之下的“其他嗣后惯例”的影响(见结论草案 4, 第 3 段)，这类嗣后惯例不反映所有缔约方就条约解释达成的协定。这类惯例，作为解释的补充资料，可证实适用第三十一条所作之解释，或依第三十一条所作解释意义不明或难解，或所获结果显然荒谬或不合理时，确定其含义。因此，第三十二条区分了利用准备工作或“其他嗣后惯例”证实根据第三十一条得出的含义与利用它们“确定”含义这两种情况。因此，第三十二条不仅是在条约

⁷⁶ 见 Denza, 上文脚注 69, 第 77-88 页, 其中进一步提到了与间谍活动有关的声明。另见 Salmon, 上文脚注 69, 第 484 页, 第 630 段; 以及 Richtsteig, 上文脚注 71, 第 30 页。

⁷⁷ 荷兰外交部礼宾司, 《使领馆礼仪指南》。可查阅 www.government.nl/issues/staff-of-foreign-missions-and-international-organisations/documents-and-publications/leaflets/2013/01/21/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts-january-2013.html。

⁷⁸ 法国外交与国际发展部, 《外国驻法外交官指南: 豁免——遵守当地法律和法规》(www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); 土耳其外交部, 《外国驻土耳其使团应遵守的交通规则》, 第 63552 号重要通知, 交规 2005/PDGY/63552(2005 年 4 月 6 日)(http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005---63552-traffic-regulations.en.mfa); 联合国外交及联邦事务部, 1985 年 4 月 19 日致驻伦敦使馆馆长的通知, 又刊印于 G. Marston 的“1985 年联合国王国关于国际法的材料”, 《英国国际法年鉴》, 第 56 卷, 第 1(1985)号, 第 437 页。

⁷⁹ 见加拿大外交、贸易与发展部, 经修订的酒后驾车政策(www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d); 美国国务院, 国务院第 10-181 号外交照会(2010 年 9 月 2 日), www.state.gov/documents/organization/149985.pdf, 第 8-9 页。

⁸⁰ 见 G. Hafiner, 《嗣后协定和惯例: 解释、非正式修改与正式修正》, 见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津, 牛津大学出版社, 2013 年), 第 112 页, 其中载有《维也纳外交关系公约》第九条下一个影响更加深远的案例。

含义仍然不明时作为补充方式适用，而且也用来——并且总是可以用来——证实适用第三十一条得出的含义。⁸¹

(17) 当条约的“目的和宗旨”似乎与其某些规定的具体宗旨不符时，第三十二条所指的嗣后惯例有助于减少可能的冲突。⁸² 例如，在卡西基里/塞杜杜岛案中，国际法院强调，1890年条约的缔约方“既努力确保各自在河上的通航自由，又尽可能精确地划定各自的势力范围。”⁸³ 缔约方通过适用仅其中一方的某项嗣后惯例作为(第三十二条所指的)解释条约的补充资料，从而化解了可能的紧张局势。⁸⁴

(18) 第三十二条所指的“其他嗣后惯例”的另一个例子涉及一九四九年日内瓦四公约的1977年附加议定书(第一议定书)第57条下的“可行的预防措施”一词。1980年10月10日《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(第二议定书)第3条第4款澄清了该术语的含义，其中规定“可行的预防措施是指顾及当时存在的一切情况，包括人道和军事考虑以后所采取的实际可行或实际可能的预防措施。”这一定义逐渐通过嗣后惯例被接受，作为1977年第一议定书第57条之下“可行性”的一般定义出现在许多军事手册中。⁸⁵

(19) 结论草案7第3段讨论了嗣后协定和嗣后惯例可以在多大程度上影响条约解释，但又不超出第三十一条第三款(甲)项和(乙)项意义下的解释范围。第3段提醒解释方，嗣后达成的协定可能可以修正或修改条约，但是这类嗣后协定是

⁸¹ 世贸组织上诉机构，中国——影响某些出版物和娱乐视听产品贸易权和分销服务的措施，WT/DS363/AB/R 第403段(2009年)：“虽然专家组适用《维也纳公约》第三十一条解释‘录音制品分销服务’就该词的含义得出了‘初步结论’，专家组还是决定使用解释的补充资料证实该含义。关于这一点，我们注意到，中国的上诉讼点似乎假定如果委员会发现适用第三十一条导致‘录音制品分销服务’一词的含义不明或难解，故而适用第三十二条来确定，而不是证实该词的含义，那么专家组根据《维也纳公约》第三十二条所作的分析必然将得出不同的结果。我们不同意这种论点。第三十二条下考察的要素与第三十一条下分析的要素不同，但是无论根据第三十一条分析的结果如何，第三十二条下需要考察的都是同样的要素。根据第三十一条分析的结果可能影响的，是第三十二条下需考察的各要素的权重”，另见 M.E. Villiger, 《1969年<维也纳条约法公约>评论》(马蒂努斯·奈霍夫出版社，2009年)，第447页，第11段。

⁸² 见世界贸易组织，美国——禁止进口某些虾类和虾制品——AB-1998-4，上诉机构1998年10月12日的报告(世界贸易组织，WT/DS58/AB/R 号文件)，第17段(“大多数条约的目的和宗旨不是单一、纯粹的，而是具有各种不同，可能是冲突的目的和宗旨”；Gardiner，上文脚注3，第195页。

⁸³ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999国际法院案例汇编》，第1045页起，见第1074页，第45段。

⁸⁴ 同上，见第1078页，第55段和第1096页，第80段。

⁸⁵ 阿根廷(1989年)、加拿大(2011年)和联合王国(2004年)的军事指南，见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《惯例》，上文脚注30，第359-360页，第160-164页，澳大利亚军事指南网上最新版(2006年)(http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc)；另见 Y. Sandoz、C. Swinarski 和 B. Zimmermann, 上文脚注73，第683页，第2202段。

《维也纳公约》第三十九条所指协定，应当与第三十一条第 3 款(甲)项所指嗣后协定加以区分。第二句承认判例法中可能存在反例，文献中可能有不同意见，但是指出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。

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

[……]第三十一条第三款(甲)项下的“适用”一词涉及协定具体规定如何“适用”当前规则或义务的情况；该词不包含创造新义务或是延长受时间限制的当前义务的意思……⁸⁶

(21) 第三十一条第三款(甲)项和第三十九条一并解读显示，缔约方在条约缔结后达成的协定可解释、修正或修改条约。⁸⁷ 第三十九条所指协定不必采取与其修正的条约同样的形式(除非条约另有规定⁸⁸)。与第三十一条第三款(甲)项所指协定一样，第三十九条所指协定可以通过非正式方式达成，也可以只是为了其适用的某一个或几个案件修改或暂停条约规定的义务。⁸⁹ 正如国际法院在乌拉圭河沿岸纸浆案(阿根廷诉乌拉圭)中指出的：

不论具体名称是什么，也不论记录在什么文书中(乌拉圭河行政委员会会议记录)，这种“谅解”只要是双方同意的，即对缔约方具有约束力，缔约方必须本着诚信遵守。就适当的双方协定确定的具体项目，它们有权不遵守 1975 年规约规定的程序。⁹⁰

(22) 通常很难区分缔约方根据条约具体规定达成的赋予嗣后协定约束力的协定、第三十一条第三款(甲)项所指不具有约束力的嗣后协定以及第三十九至四十

⁸⁶ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—香蕉案(三)，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU，WT/DS27/AB/RW/USA，2008 年 11 月 26 日，第 391-393 段。

⁸⁷ Murphy，上文脚注 68，第 88 页。

⁸⁸ 第三十九条第二句。

⁸⁹ Sinclair，上文脚注 3，第 107 页，其中提到 Waldock，《联合国条约法会议正式记录》，上文脚注 5，第 207 页，第 49-52 段；Villiger，上文脚注 81，第 513 页，第 7、9 和 11 段；Odendahl，“第三十九条：修正条约的一般规则”，见《<维也纳条约法公约>—评论》，O Dörr 和 K. Schmalenbach 编(Springer, 2012 年)，第 706 页，第 16 段。

⁹⁰ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 62-63 页，第 128 和 131 段；法院继而得出结论称，本案不满足这些条件，见第 62-66 页，第 128-142 段。

一条所指修正或修改条约的协定。⁹¹ 国际判例法和国家实践表明，⁹² 对克减条约义务的非正式协定应当作出狭义的解释。除适用条约本身可能作出的规定外，似乎没有任何区分不同形式嗣后协定的正式标准，不过，很明显，国家和国际法庭基本都愿意给予缔约国相当大的通过嗣后协定解释条约的空间。这种空间甚至可以超出条约术语的通常含义。国家和法院认可条约的解释空间，却不太愿意认可协定实际具有修正或修改条约的效果。⁹³ 因此，不排除协定对条约的修改，但也不假定具有这种效果。⁹⁴

(23) 关于缔约方是否可以通过共同的嗣后惯例修正或修改条约，委员会最初在《条约法条款草案》中提议将以下条款纳入《维也纳公约》，这将明确认可通过嗣后惯例修改条约的可能性：

条款草案 38:通过嗣后惯例修改条约

在条约适用方面确定缔约方对修改其规定达成一致的嗣后惯例可修改条约。⁹⁵

(24) 该条款草案在维也纳会议上引起了激烈争论。⁹⁶ 删除第 38 条草案的修正案付诸表决，以 53 票赞成、15 票反对、26 票弃权通过。维也纳会议后，讨论了这一问题：维也纳会议否决第 38 条草案是否意味着排除了缔约方通过嗣后惯例修改条约的可能性。大多数作者得出结论称，谈判国只是不想在《公约》中讨论该问题，而按照习惯法的一般规则，确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后惯例

⁹¹ 在司法实践中，有时不需要确定一项协定是具有解释还是修改条约的效果，见领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 29 页，第 60 段(“法院认为，为本判决之目的，没有必要划分其属于对声明的证实还是修改”)；有时认为，第三十一条第三款(甲)项所指协定也可以具有修改条约的效果，Aust，上文脚注 68，第 212-214 页，举例了案例。

⁹² 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 63 页，第 131 和第 140 段；Crawford，上文脚注 35，第 32 页；伊朗—美国索赔法庭，中间裁决，第 ITL 83-B1-FT 号(反诉)，伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，Iran-USCTR 第 38 卷(第 2004-2009 年)，第 77 页起，第 125-126 页，第 132 段；ADF 集团公司诉美利坚合众国(案件号 ARB(AF)/00/1)，国际投资争端解决中心根据《北美自由贸易协定》第 11 章作出的仲裁，2013 年 1 月 9 日，第 84-85 页，第 117 段(www.state.gov/documents/organization/6586.pdf)；同上，第四部分，C 章，第 20-21 段；第二次报告，上文脚注 22，第 61-68 页，第 146-165 段。

⁹³ 在法庭诉讼外的外交环境下，国家可能比较愿意公开承认某项协定或共同的惯例构成对条约的修改，见 Murphy，上文脚注 68，第 83 页。

⁹⁴ 同上，第 66 页，第 140 段；Crawford，上文脚注 35，第 32 页。

⁹⁵ 1966 年《国际法委员会年鉴》，第二卷，第 236 页。

⁹⁶ 《联合国条约法会议正式记录》，上文脚注 5，第 208-214 页；第二次报告，上文脚注 22，第 52-53 页，第 119-121 段；Distefano，上文脚注 3，第 56-61 页。

的确可以修改条约。⁹⁷ 不过，自《维也纳公约》通过以来，国际法院和仲裁法庭通常避免承认这种可能性。

(25) 在关于航海权和相关权利的争端案中，国际法院主张：“《维也纳公约》第三十一条第三款(乙)项意义下的缔约国的嗣后惯例可能导致违背基于默认同意的初始意图”。⁹⁸ 不是很清楚法院这样说是想承认第三十一条第三款(乙)项所指的嗣后协定也可以具有修正或修改条约的效果，还是只是就条约解释发表意见，因为缔约方的“初始”意图未必就条约解释下了定论。事实上，委员会在暂时通过的结论草案 3 中确认，嗣后协定和嗣后惯例与其他解释资料一样，“可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义”。⁹⁹ 因此，“解释”的余地未必由固定的“初始意图”确定，而必须考虑到广泛的因素，包括某些后来的发展。国际法院这一较含糊的判词提出了第三十一条第三款(乙)项所指的嗣后惯例可以在多大程度上有助于“解释”的问题，以及嗣后惯例可否具有修正或修改条约的效果的问题。事实上，在实践中，解释与修正或修改条约的界线“即便有可能，也很难划分”。¹⁰⁰

⁹⁷ Sinclair, 上文脚注 3, 第 138 页; Gardiner, 上文脚注 3, 第 243-245 页; Yasseen, 上文脚注 3, 第 51-52 页; M. Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, 《海牙国际法学院讲义》, 第 310 卷 (2004 年), 第 134-141 页, 见第 134 页; Aust, 上文脚注 68, 第 213 页; Villiger, 上文脚注 81, 第 432 页, 第 23 段; Dörr, 上文脚注 4, 第 555 页, 第 76 段(又见 Odendahl, 上文脚注 89, 第 702 页, 第 10-11 段); Distefano, 上文脚注 3, 第 62-67 页; H. Thirlway, “1960-1989 年国际法院的法律和诉讼: 2006 年补编—第三部分”, 《英国国际法年鉴》, 第 77 卷, 第 1(2006)号, 第 65 页; M. N. Shaw, 《国际法》, 第 6 版(剑桥, 剑桥大学出版社, 2003 年), 第 934 页; I. Buga, “嗣后惯例与条约修改”, 载于 M. J. Bowman 和 D. Kritsiotis 编写的《现代条约法的概念和语境视角》(即将出版), 见脚注 65, 进一步提到了该问题; 反对这种观点, 强调相对于实践的非正式性, 缔结条约具有庄重性, 见 Murphy, 上文脚注 68, 第 89-90 页; 另见 Hafner, 上文脚注 80, 第 115-117 页(区分法院和国家的角度, 在这种背景下强调修正案的重要性)。

⁹⁸ 关于航海权和相关权力的争端案(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; 另见向居住在法国的教科文组织退休职员支付退休金的税收制度问题案, 2003 年 1 月 14 日的裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十五卷, 第四部分, 第 231 页起, 见第 256 页, 第 62 段; Yasseen, 上文脚注 3, 第 51 页; Kamto, 上文脚注 97, 第 134-141 页; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Heymann, 1963 年), 第 132 页。

⁹⁹ 结论草案 3 (《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第 10 号》, A/68/10, 第四章 C.1 节) 及其评注, 第 1-18 段(同上, 第四章 C.2 节)。

¹⁰⁰ Sinclair, 上文脚注 3, 第 138 页; Gardiner, 上文脚注 3, 第 243 页; Murphy, 上文脚注 68, 第 98 页; B. Simma, “关于嗣后协定和惯例的思考”, 见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津, 牛津大学出版社, 2013 年), 第 46 页; Karl, 上文脚注 4, 第 42-43 页; J.-M. Sorel 和 V. Boré Eveno, “第三十一条: 1969 年公约”, 见 O. Corten 和 P. Klein 编写的《<维也纳条约法公约>—评论》(牛津, 牛津大学出版社, 2011 年), 第 825 页, 第 42 段; Dörr, 上文脚注 4, 第 555 页, 第 76 段; 的确难以划分界限, 即使理论上二者被视为“在法律上有明显区别”, 见 Parra-Aranguren 法官在卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)中的反对意见, 判决, 《1999 年国际法院案例汇编》, 第 1045 页起, 见 1212-1213 页, 第 16 段; 同样见 Hafner, 上文脚注 80, 第 114 页; Linderfalk, 上文脚注 4, 第 168 页。

(26) 除了在关于航海权和相关权利的争端案中的判词外，¹⁰¹ 国际法院再没有明确确认某项嗣后惯例具有修改条约的效果。在关于纳米比亚的咨询意见和关于隔离墙的咨询意见中尤为如此，法院在意见中承认嗣后惯例对确定条约的含义有重要影响，但是没有明确承认这类惯例导致了条约的修正或修改。¹⁰² 鉴于这些意见涉及设立国际组织的条约，似乎很难从中得出条约法的一般规则。与国际组织有关的嗣后协定和嗣后惯例问题将在今后的报告中阐述。¹⁰³

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

喀麦隆在该领土内的行为只牵涉到它是否默认对条约的修改的问题，法律上不能完全排除修改条约的可能性。¹⁰⁴

(28) 法院在柏威夏寺案中认定存在这种默认，法院强调，一方(法国)明确声称主权，因此认为另一方(泰国)需要作出反应。¹⁰⁵ 不过，该判决是在《维也纳公约》通过前作出的，因此至少可以推测维也纳会议的辩论上考虑过该判决。¹⁰⁶ 该判决也没有明确承认嗣后惯例对条约的修改，关于法国人地图上的分界线与两国最初的边界条约商定的分水岭是否一致这个问题，虽然通常假定不一致，但是法院没有下定论。¹⁰⁷

(29) 因此，虽然国际法院提出了缔约方通过嗣后惯例修改条约的可能性，但是迄今没有明确确认在具体案例中实际产生过这种效果。确切地说，法院得出了与

¹⁰¹ 关于航海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。

¹⁰² Thirlway，上文脚注97，第64页。

¹⁰³ 见《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》，A/67/10，第124页，第238段，以及《同上，第六十三届会议，补编第10号》，A/63/10，附件A，第383页，第42段。

¹⁰⁴ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚:赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002年国际法院案例汇编》，第303页起，见第353页，第68段。

¹⁰⁵ 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情，判决，《1962年国际法院案例汇编》，第6页起，见第30页：“毫无疑问，以非常确定的方式通过行为承认……这种情况下显然需要作出反应”；“法属印度支那对所有权的主张再明确不过了”，因此“需要作出反应”。

¹⁰⁶ M. Kohen， “Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”，《德国国际法年鉴》，第43(2000)卷，第272页。

¹⁰⁷ 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情，判决，《1962年国际法院案例汇编》，第6页起，见第26页：“这一事实，如果千真万确，在1908年一定更加明显”。Parra-Aranguren法官认为柏威夏寺案表明，“那种情况下的嗣后惯例起到了修改条约的作用”，卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院案例汇编》，第1045页起，见第1212-1213页，第16段(Parra-Aranguren法官的反对意见)；Buga，上文脚注97，见注113。

条约案文的通常含义不太一致，但是与确认的缔约方惯例一致的解釋。¹⁰⁸ 仲裁法庭相反的裁决或是被视为“个别特例”¹⁰⁹，或是在《维也纳公约》之前作出，已作为重要参考。¹¹⁰

(30) 世贸组织上诉机构明确表示，不接受导致修改条约义务的解释，因为这不是“适用”现有的条约规定。¹¹¹ 上诉机构的立场可能受到《解决争端谅解书》第 3 条第 2 款的影响，其中规定“[争端解决机构]的建议和裁决不得增加或减少所涉协定规定的权利和义务”。

(31) 欧洲人权法院偶尔承认缔约方的嗣后惯例是修改公约的可能来源。在 1989 年 *Soering v 诉联合王国案* 的附带意见中，法院主张：

成员国既定的惯例可能导致修正《公约》。在该案中，法院认为，国家刑法政策中普遍废除死刑的嗣后惯例可以视为确认缔约国就废除第 2 条第 1 款规定的例外情况达成了一致，因此取消了案文对第 3 条的演进式解释的范围限制(同上，第 40-41 页，第 103 段)。¹¹²

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

只有两个成员国尚未签署第 13 号议定书，所有签署国中只有 3 个国家尚未批准。这些数字，再加上一贯的暂停执行死刑的国家实践，明确显示第 2 条已被修正，以禁止在任何情况下执行死刑。在这种背景下，法院认为第 2 条

¹⁰⁸ 特别是，关于纳米比亚的咨询意见被解读为暗示嗣后惯例修改了《联合国宪章》第 27 条第 3 款，Alain Pellet，第三十八条，见 A. Zimmermann 等人编写的《〈国际法院规约〉评论》，第 2 版(牛津，牛津大学出版社，2012 年)，第 844 页，第 279 段；参见第二次报告，上文脚注 22，第 53-54 页，第 124-126 段。

¹⁰⁹ M. Kohen，“适当限制嗣后协定和惯例的作用”，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 43 页，其中提到埃塞俄比亚和厄立特里亚划界案的裁决，2002 年 4 月 13 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第 83 页起，第 110-111 页，第 3.6-3.10 段；另见埃及和以色列之间塔巴界桩位置案，1988 年 9 月 29 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第 1 页起，见第 56 页，第 209 和 210 段，仲裁法庭在附带意见中称：“划定的界线与《协定》不符时，以划定的界线为准”；另见 R. Kolb，“La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties”，《瑞士国际法和欧洲法评论》，第 14 卷，2004 年，第 20 页。

¹¹⁰ 对美利坚合众国与法国航空运输协定的解释，1963 年 12 月 22 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷，第 5 页起，见第 62-63 页；《联合国条约法会议正式记录》，上文脚注 5，第 208 页，第 58 段(日本)；Murphy，上文脚注 68，第 89 页。

¹¹¹ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—香蕉案(三)，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU，WT/DS27/AB/RW/USA，2008 年 11 月 26 日，第 391-393 段。

¹¹² *Al-Saadoon 和 Mufdhi 诉联合王国*，2010 年 3 月 2 日，申诉号 61498/08，ECHR 2010，第 119 段，其中提到了 *Öcalan 诉土耳其*[GC]，2005 年 5 月 12 日，申诉号 46221/99，ECHR 2005-IV。

第 1 款第 2 句的措词不再阻碍其将第 3 条下的“不人道或有辱人格的待遇或处罚”一词解释为包括死刑(参见 Soering, 上文引用, 第 102-104 段)。¹¹³

(33) 从国际法院和仲裁法庭的判例法中可以得出以下结论: 世贸组织的案件显示, 条约本身可阻止缔约方的嗣后惯例具有修改作用。因此, 条约一开始就可以控制这一问题。相反, 欧洲人权法院的案件显示, 条约可以允许缔约方的嗣后惯例具有修改作用。因此, 最终主要还是取决于条约或相关条约规定。¹¹⁴

(34) 如果条约中没有这类表示, 则情况更加复杂。国际法院的判例中不太能找到针对这种情况的明确的补充规则。不过, 可以得出这一结论: 法院虽然认定“法律中不得完全排除”缔约方通过嗣后惯例修改条约的可能性,¹¹⁵ 但是认为只要有可能, 就应避免这类修改。相反, 法院倾向于接受可能扩大条约用语的通常含义的宽泛解释。

(35) 从国际法院的判例中得出的这一结论符合各国在关于《维也纳公约》第三十八条草案的辩论中提出的一些考虑因素。¹¹⁶ 如今, 虽然普遍认为国际法不像国内法那样死板(的确如此), 但是不应以非正式途径规避条约中规定的修正程序这种观点似乎越来越得到认同。¹¹⁷ 许多国家在维也纳会议上提出的关切, 即嗣后惯例修改条约的可能性可能给国内宪法造成问题, 也越来越受到重视。¹¹⁸ 虽然条约必须遵守原则并没有因所有缔约方的嗣后惯例对条约的修正或修改而正式受到影响, 但是如果像嗣后惯例这样的非正式方式能够轻易修改一项条约, 那么的确可能对条约关系的稳定性造成问题。¹¹⁹

(36) 总之, 虽然国际判例法中有人认为只要条约中没有相反表示, 则理论上缔约方达成一致的嗣后惯例就可以修改条约, 但是不应假定实际出现这种效果。相反, 国家和法院倾向于尽量将缔约方达成一致的嗣后惯例视为以特定方式解释

¹¹³ 同上, 第 120 段; B. Malkani, “避免协助使用死刑的义务”, 《国际法和比较法季刊》, 第 62 卷, 第 3 (2013) 号, 第 523 页。

¹¹⁴ Buga, 上文脚注 97, 见注 126-132。

¹¹⁵ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚: 赤道几内亚参与诉讼), 判决, 《2002 年国际法院案例汇编》, 第 303 页起, 见第 353 页, 第 68 段。

¹¹⁶ 第二次报告, 上文脚注 22, 第 52-53 页, 第 119-121 段。

¹¹⁷ Murphy, 上文脚注 68, 第 89 页; Simma 上文脚注 100, 第 47 页; Hafner 上文脚注 80, 第 115-117 页; J.E. Alvarez, “通过嗣后协定和惯例修改条约的限制”, 见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津, 牛津大学出版社, 2013 年), 第 130 页。

¹¹⁸ 见北约战略概念案, 德国联邦宪法法院, 2001 年 6 月 19 日的判决, 申诉号 2 BvE 6/99 (英文译文见: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), 第 19-21 段; S. Kadelbach, “与国际上使用嗣后协定和惯例有关的国内宪法问题”, 第 145-148 页; Alvarez, 上文脚注 117, 第 130 页; I. Wuerth, “条约解释、嗣后协定和惯例与国内宪法”, 第 154-159 页; H. Ruiz Fabri, “嗣后惯例、国内权力分立与合法性问题”, 第 165-166 页, 均载于 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津, 牛津大学出版社, 2013 年)。

¹¹⁹ 例如, 见 Kohen, 上文脚注 106, 第 274 页(特别是在边界条约方面)。

条约的努力。通过嗣后惯例对条约作出宽泛的解释是有可能的，因为《维也纳公约》第三十一条并没有赋予特定的解释资料优先地位，而是要求解释方酌情考虑所有解释资料。¹²⁰ 有鉴于此，一个重要问题就是可以在多大程度上对所涉条约规定作出演进式解释。¹²¹

结论 8 草案

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，取决于其明确性和特殊性。
2. 第三十一条第三款(乙)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解释之补充资料的权重可取决于第 1 和第 2 段所述标准。

评注

(1) 结论 8 草案列出了一些标准，可能有助于在具体情况下进行解释时对某一特定嗣后协定或嗣后惯例作为解释资料给予多少权重。当然，对嗣后协定或嗣后惯例给予的权重也必须取决于其它解释资料(见结论 1 草案，第 5 段)。

(2) 第 1 段讨论第三十一条第三款下的嗣后协定或嗣后惯例的权重，因此是从总体上同时涉及(甲)项和(乙)项。第 1 段明确指出，嗣后协定或嗣后惯例作为解释资料的权重，除其他外，取决于其明确性和特殊性。使用“除其他外”一语，就表明不应将这些标准视为唯一的。其它标准可能涉及到协定或惯例发生的时间、¹²² 缔约方对特定协定或惯例的重视或者适用的举证责任。

¹²⁰ 结论草案 1 第 5 段及其评注(A/68/10，第四章 C.1 和 C.2 节)；Hafner，上文脚注 80，第 117 页；一些作者认为，第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后惯例作为“解释”的范围超出了其他解释资料，包括法院或仲裁法庭的演进式解释的范围，例如见 Gardiner，上文脚注 3，第 243 页；Dörr，上文脚注 4，第 555 页，第 76 段。

¹²¹ 例如，在关于航海权和相关权利的争端案中，国际法院可以不回答缔约方的嗣后惯例是否修改了“comercio”一词的含义，因为法院已判定可以对其作出演进式解释。关于航海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 242-243 页，第 64-66 段。

¹²² 在海洋争端(秘鲁诉智利)案中，法院优先采纳更接近生效日期的惯例，“海洋争端”(秘鲁诉智利)，国际法院，2014 年 1 月 27 日的判决，见 www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf，第 47 页，第 126 段。

(3) 相对于其它解释资料而言，嗣后协定或惯例作为解释资料的权重常常取决于其对于有关条约的专门性。¹²³ 例如，国际法院的裁决、世界贸易组织(世贸组织)专题小组及其上诉机构的仲裁裁决和报告都表明了这一点¹²⁴。国际投资争端解决中心法庭对“*Plama* 诉保加利亚”一案的裁决具有启示意义：

确实，为了澄清条约文本生效时的含义，可以考虑一个缔约国与第三国之间的条约。原告对于保加利亚在 1987 年缔结保加利亚—塞浦路斯双边投资条约之后缔结投资条约的实践做了非常清楚和深入的介绍。在 1990 年代保加利亚改变了社会主义制度之后，该国缔结的双边投资条约采用了大为开放的争端解决条款，包括诉诸国际投资争端解决中心进行仲裁。但是，这一惯例对本案并没有很大的关联，因为保加利亚和塞浦路斯嗣后的谈判表明，缔约国并不想要最惠国待遇条款具有可通过保加利亚嗣后条约实践而引申出来的含义。保加利亚和塞浦路斯于 1998 年谈判修订双边投资条约。谈判没有成功，但专门考虑到了修订争端解决条款(...)。从这些谈判中也可以得出结论，即双边投资条约的缔约国本身并未考虑将最惠国待遇条款扩大至其它双边投资条约中的争端解决条款。¹²⁵

(4) 尽管国际法院和各个仲裁法庭倾向于对更具有专门性的国家嗣后实践做为解释资料给予更多权重，但欧洲人权法院常常依靠对于国内法律或国家采取的国际立场作出广义甚至粗略的比较性评估。¹²⁶ 在后一种情况下，应当铭记，人权义务下规定的权利和义务必须在留出一定判断余地的前提下，正确地转化为有关国家的法律、行政机构实践和国际安排。为此，缔约国国内法律之间较强的共性可有助于确定一项人权的范围或予以限制的必要性。此外，鉴于某些权利或义务的特点，有时更宜考虑特定性不那么强的实践。例如，在“*Rantsev* 诉塞浦路斯”案中，法庭认为：

¹²³ Murphe, 上文注 68, 第 91 页。

¹²⁴ 例见, 格陵兰和扬马延间区域海洋划界案, 判决, 《1993 年国际法院案例汇编》, 第 38 页起, 见第 55 页第 38 段; “关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题”, 2003 年 1 月 14 日裁决, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十五卷, 第四部分, 第 231 页起, 见第 259 页第 74 段; 世贸组织, 专题小组报告, *US — Continued Zeroing*, WT/DS350/R, 2008 年 10 月 1 日, 上诉机构报告, *US — Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, 2005 年 3 月 3 日, 第 625 段。

¹²⁵ *Plama Consortium Limited* 诉保加利亚共和国(塞浦路斯/保加利亚双边投资条约), 关于管辖权的裁决, 国际投资争端解决中心案件, 第 ARB/03/24(ECT)号(2005 年 2 月 8 日), 国际投资争端解决中心综述—外国投资法期刊, 第 20 期(2005 年), 第 262 页起, 见第 323-324 页, 第 195 段。

¹²⁶ 例见, “*Cossey* 诉联合王国”, 1990 年 9 月 27 日, 第 10843/84 号申诉, 欧洲人权法院案例汇编 A 集, 第 184 号, 第 40 段; “*Tyrer* 诉联合王国”, 1978 年 4 月 25 日, 第 5856/72 号申诉, 欧洲人权法院案例汇编 A 集, 第 26 号, 第 31 段; “*Norris* 诉爱尔兰”, 1988 年 10 月 26 日, 第 10581/83 号申诉, 欧洲人权法院案例汇编 A 集, 第 142 号, 第 46 段。

这两份<国际>文书的条款清楚表明，缔约国……形成的观点是，只有将涉及所有三个方面的举措结合起来，才能有效打击贩运人口活动（…）。因此，惩罚和起诉贩运人口活动只是成员国打击贩运人口活动总体事业的一个方面。对第 4 条<关于禁止强迫劳动>下产生的积极义务的范围必须放到这个广义的背景下加以考虑。¹²⁷

(5) 另一方面，在“Chapman 诉联合王国”案中，法庭指出，“或许可以说，欧洲委员会缔约国之间正在形成国际共识，承认少数群体的特殊需要和保护其安全、特性和生活方式的义务（…），”¹²⁸ 但最后又指出“法庭不能够信服地认为，有足够具体的共识，使法庭可就任何特定情况下缔约国视为可取的行为或标准作出任何指导”。¹²⁹

(6) 结论 8 草案第 2 段仅涉及第三十一条第三款(乙)项称的嗣后惯例，并明确规定，嗣后惯例的权重还取决于该惯例是否以及如何重复出现。“是否以及如何重复出现”这一表述引入了时间和重复的性质这两个因素。它表明，举例来说，视条约而定，不仅仅是技术性或无意的做法的重复可增加其在第三十一条第三款(乙)项范围下的解释性价值。时间因素和重复的性质也有助于表明缔约国对条约解释所持特定立场的“根据”。此外，嗣后协定未得到执行也可能说明其不具备作为第三十一条第三款(甲)项下解释资料的权重。¹³⁰

(7) 关于第三十一条第三款(乙)项中“嗣后惯例”¹³¹ 是否要求条约不仅限于一次性适用的问题在世贸组织上诉机构关于日本—酒精饮料案(二)案中进行了讨论：

用于解释条约的嗣后惯例，公认应当是‘协调的、共同的和一致的’系列行为或声明，足以确立一种明确的模式，表明缔约方对条约解释的一致。¹³²

(8) 这一定义表明，第三十一条第三款(乙)项下的嗣后惯例要求不仅是就解释条约的一次“行为或声明”，而是此种行动的次数和统一性使人可以得出结论，即缔约国已就条约的解释达成了稳定的一致。这一门槛就意味着，第三十一条第三

¹²⁷ Rantsev 诉塞浦路斯和俄罗斯，2010 年 1 月 7 日，第 25965/04，欧洲人权法院案例汇编，2010 年，第 273-274 和第 285 段。

¹²⁸ Chapman 诉联合王国[GC]，2001 年 1 月 18 日，第 27238/95 号申请，欧洲人权法院案例汇编，2001-I，第 93 段。

¹²⁹ 同上，第 94 段。

¹³⁰ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，2010 年国际法院案例汇编，第 14 页起，见第 63 页第 131 段。

¹³¹ 结论 4 草案，第 2 段。(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第四章 C.1 节)。

¹³² 世贸组织，上诉机构报告，日本—河水酒精饲料案(二)，WT/DS8/AB/R，WT/DS10/AB/R，WT/DS11/AB/R，1996 年 10 月 4 日，E 部分，第 12-13 页。

款(乙)项下的嗣后惯例要求存在基础广泛、稳定和合格的集体惯例模式，才能确认缔约国就解释达成了一致。

(9) 另一方面，国际法院也较为灵活地采用第三十一条第三款(乙)项，而没有增加进一步条件，特别是在卡西基里/塞杜杜岛案的判决中。¹³³ 其它国际性法院大多遵循国际法院的办法。伊朗—美国索赔法庭¹³⁴ 和欧洲人权法院¹³⁵ 都是如此。

(10) 但实际上，世贸组织上诉机构制订的标准与国际法院采取的办法之间的区别并没有表面看起来那么大。世贸组织上诉机构似乎采用了一份出版物中的“协调、共同和一致”的表述¹³⁶，这本书称，“嗣后惯例的价值自然取决于它协调、共同和一致的程度”¹³⁷。因此，“协调、共同和一致”的表述是指出在哪些情况下，第三十一条第三款(乙)项所称的嗣后惯例在解释过程中作为解释资料具有较多或较少的权重，而不是提出实践中具体的次数要求。¹³⁸ 世贸组织上诉机构自己也曾采取这一有略微差别的态度。¹³⁹

¹³³ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院案例汇编》，第1045页起，见第1075-1076页，第47-54段和第1087页，第63段；领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994年国际法院案例汇编》，第6页起，见第34-37页，66-71段。

¹³⁴ 伊朗—美利坚合众国索赔法庭，第ITL 83-B1-FT号中间裁决(反诉)，伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，Iran-USCTR第38卷(2004-2009年)，第77页起，见第116-126页，第109-133段。

¹³⁵ *Soering*, 上文注23, 第103段; *Loizidou* 诉土耳其, 判决(初步反对意见), 1995年3月23日, 第15318/89号申诉, 《欧洲人权法院案例汇编》A辑, 第310号, 第73段和第79-82段; *Bankovic*, 上文注26, 第56和62段; 关于国际投资争端解决中心的判例, 见O.K. Fauchald, “国际投资争端解决中心法庭的法律论述: 实证研究”, 《欧洲国际法期刊》, 第19期, 第2号(2008年); 又见A. Roberts, “投资条约解释中的实力和说服: 国家的双重角色”, 《美国国际法期刊》, 第104期, 2010年, 第207-215页。

¹³⁶ I. Sinclair, 上文注3, 第137页; 又见Yasseen, 上文注3, 第48-49页; “共同的”一词来自国际法委员会的工作, 而“一致的”和“协调的”则是Yasseen进一步论述得出的条件; 见《1996年国际法委员会年鉴》, 第二卷(联合国出版物, 出售品编号E.67.V.2), 第98-99页, 第17-18段, 第221页, 第15段。

¹³⁷ I. Sinclair, 上文注3, 第137页; 伊朗-美国索赔法庭, 第ITL 83-B1-FT号中间裁决(反诉), 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国, Iran-USCTR, 第38卷(2004-2009年), 第77页起, 见第118页, 第114段。

¹³⁸ 阿根廷和智利比格尔海峡划界争端案, 1977年2月18日, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十一卷, 第53页起, 见第187页, 第169段; J-P Cot, “条约缔约国的嗣后惯例”, 《国际公法总期刊》, 第70期, 1966年, 第644-647页(临时价值); Distefano, 上文注3, 第46页; Dörr, 上文注4, 第556页, 第79段; 又见在海洋争端案(秘鲁诉智利)中国际法庭上的口头抗辩, CR 2012/33, 第32-36页, 第7-19段(Wood), 见 www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf and CR 2012/36, pp.13-18, paras. 6-21 (Wordsworth), available from www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf.

¹³⁹ 世贸组织, 上诉机构报告, 欧洲共同体—电脑设备, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998年6月5日, 第93段。

(11) 委员会认为“协调、共同和一致”的表述可能有助于确定嗣后惯例在某一具体情况下的权重，同时也认为这一规定并没有充分完善地得到确立，不足以构成适用第三十一条第三款(乙)项的一个最低门槛，并有可能被错误地认为规定过细。最终，委员会仍然认为，“嗣后惯例的价值不同，既取决于其是否体现缔约国的共同理解，也取决于术语的意义。”¹⁴⁰ 这就意味着，缔约国就解释达成一致的一次性实践也需要在第三十一条第三款(乙)项下考虑进来。¹⁴¹

(12) 结论草案第3段针对第三十二条所称的“其它嗣后惯例”的权重(见结论草案第3段)。它不涉及在什么时候和哪些情况下可考虑这种惯例的问题。世贸组织上诉机构在一次与此相似的情况下强调说，对这两个问题必须加以区别：

我们认为，就第三十二条的解释而言，欧洲共同体将什么可界定为缔结条约的“背景”这一初步问题与确定特定情况的相关性这一另外的问题混为一谈。¹⁴²

上诉机构还认为，

首先，专题小组并未审查欧洲共同体在乌拉圭回合谈判期间的分类实践作为《维也纳公约》第三十二条意义内的补充解释材料这一问题；分类做法作为补充解释材料的价值...¹⁴³

为了确定这类嗣后惯例的“相关性”，上诉机构援引“客观因素”：

这些包括会议、文件或文书的类型及其法律性质；背景与缔结条约的时间联系；确实了解还是只是能够查阅出版的法案或文书；涉及需解释条约条款的

¹⁴⁰ 《国际法委员会年鉴》，1966年，第二卷，第222页，第15段；Cot, 上文注138, 第652页。

¹⁴¹ 在实践中，作为一般性规则，一次性的做法常常不足以确定缔约国就条约解释达成一致；但是，第三十一条第三款(乙)项所述的嗣后惯例没有要求任何重复，只是要求就解释达成一致。因此，一次性做法确立一致意见的可能性就取决于有关的行为及条约，见 E. Lauterpacht, “国际法庭裁决带来的国际组织法的发展”，《海牙国际法学院讲义》，第152卷，1976年，第381页起，见第457页；Linderfalk, 上文注4, 第166页；C.F. Amerasinghe, “公开的国际组织文件的解释”，《英国国际法年鉴》，第65卷，第1期(1994年)，第175页起，见第199页；Villiger 支持要有一定的次数要求，但也强调，最重要的一点是确立一致意见，Villiger, 上文注81, 第431页，第22段。Yasseen 和 Sinclair 写到，“通常”一次性的行为不能够构成惯例，M. K. Yasseen, 上文注3, 第47页；I. Sinclair, 上文注3, 第137页；参阅国际法委员会条约随时间演变研究组第三次报告，见 Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津大学出版社，2013年)，第307页起，见第310页。

¹⁴² 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体—鸡块案，WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005年9月12日，第297段。

¹⁴³ 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体—电脑设备案，WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998年6月5日，第92段。

文件、文书或会议的主题；是否在条约谈判过程中得到使用或施加了影响 (...) ¹⁴⁴

(13) 尽管上诉机构并未使用“专门性”一词，但它提到上文所述的标准。上诉机构没有使用“明确性”，而是使用“一致性”的说法，并称，一致性不应作为基准，而只是确定相关的程度。“(在解释关税减让的含义时)以前一致的分类实践可能比较重要。但是，不一致的分类实践就不能作为参考” ¹⁴⁵。

(14) 另一个有助于确定第三十二条下相关性的因素或许是参与这一惯例的受影响国家的数目。上诉机构指出：

“为确立这种意向，只有一个缔约国以前的惯例可能也适用，但相对于全体缔约国的惯例而言，其价值显然大打折扣。具体到申根关税减让的解释，事实上，进口成员国的分类实践较为重要。” ¹⁴⁶

¹⁴⁴ 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体——鸡块案，WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005年9月12日，第290段。

¹⁴⁵ 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体——鸡块案，WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005年9月12日，第307段；同时参阅世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体—电脑设备案，WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998年6月5日，第95段。

¹⁴⁶ 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体—电脑设备案，WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998年6月5日，第93段。