



国际法委员会

第六十八届会议

2016年5月2日至6月10日和

7月4日至8月12日，日内瓦

国际法委员会第六十八届会议工作报告草稿

报告员：朴基甲先生

第六章

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

增编

目录

页次

C. 委员会一读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. 结论草案案文及评注.....	



C. 委员会一读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. 结论草案案文及评注

1. 委员会一读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及评注载录如下。本文综合了委员会迄今为止通过的评注，包括对先前通过的评注作出的修改和增补及委员会第六十八届会议通过的评注。

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

结论草案 2[1]至 12[11]的综合评注

导言

(1) 以下“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题的结论草案以《维也纳条约法公约》(下称“1969 年《维也纳公约》”)¹为基础，该公约是这些结论草案的工作框架。委员会认为，1969 年《维也纳公约》的相关规则今天得到普遍接受。²

结论 2[1]

条约解释通则和资料

1. 《维也纳条约法公约》第三十一和第三十二条分别规定了解释条约的通则和关于解释条约的补充资料的规则。这些规则也作为习惯国际法适用。
2. 条约应按照其用语按上下文所具有的通常含义并参照该条约的目的和宗旨善意地予以解释。
3. 第三十一条第三款除其他外规定，应与上下文一并考虑到的还有：(a) 缔约方之间嗣后所订关于条约的解释或其规定的适用的任何协定；和(b) 在条约适用方面确定各缔约方对条约的解释意思一致的任何嗣后惯例。
4. 可将条约适用方面的其他嗣后惯例作为第三十二条所称的补充的解释资料加以使用。
5. 条约的解释是单一的综合行动，这一行动对第三十一和第三十二条分别载明的各种解释资料各给予适当的强调。

¹ 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

² 见下文结论草案 2[1]第 1 段及其评注。

评注

(1) 结论草案 2[1]规定，嗣后协定和嗣后惯例为在 1969 年《维也纳公约》第三十一和第三十二条所述解释条约规则框架范围内条约解释的资料。标题“条约解释通则和资料”表明两点。第一，第三十一条整体为解释条约的“通则”。³ 第二，第三十一条和第三十二条共同列出了若干“解释的资料”，在解释条约中应(第三十一条)或可(第三十二条)予以考虑。⁴

(a) 第 1 段第 1 句——解释通则以及第三十一条和第三十二条之间的相互关系

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

(3) 第三十一条载有通则，而第三十二条则涉及解释的补充资料，这两项规则⁵必须一并阅读，因为它们构成解释条约的整体框架。第三十二条含有一个分界点，区分出以下两者：在解释过程中依照第三十一条均必须考虑的主要解释资料⁶与依照第三十一条解释而条约意义或其术语仍属不明或难解时或所获结果显属荒谬或不合理时可使用的“解释之补充资料”。

(b) 第 1 段第 2 句——作为习惯国际法的《维也纳公约》解释规则

(4) 结论草案 2[1]第 1 段第二句确认第三十一条和第三十二条所载规则反映了习惯国际法。⁷ 各种国际法院和法庭均承认这些规则的习惯性质，尤其是国际

³ 1969 年《维也纳公约》第三十一条标题。

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

⁵ 关于这一上下文中“规则”一词的含义：见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 217-220 页(评注，导言)；R.K. Gardiner, 《条约解释》第二版(牛津，牛津大学出版社，2015 年)，第 36-38 页。

⁶ 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 223 页，第 28 条草案的评注，第 (19)段；Waldock, 关于条约法的第三次报告，《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add. 1-3 号文件，第 58-59 页，第 21 段。M.K. Yasseen, “根据《维也纳条约法公约》对条约进行解释”，《1976 年……教程汇编》第三卷，第 151 卷，第 1-114 页，见第 78 页；I. Sinclair, 《维也纳条约法公约》(曼切斯特，曼彻斯特大学出版社，1984 年)，第 141-142 页；Villiger, “1969 年《维也纳……公约》”(见上文脚注 4)，第 127-128 页。

⁷ Y. le Bouthillier, “对《维也纳公约》第三十二条的评注”，O. Corten 和 P. Klein(编)《〈维也纳条约法公约〉评注》(牛津，牛津大学出版社，2011 年)，第 841-865 页，见 843-846 页，第 4-8 段；P. Daillier、M. Forteau 和 A. Pellet, 《国际公法》，第 8 版(巴黎，L.G.D.J.，2009 年)，见 285-286 页；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5)，见第 13-20 页；Villiger, 1969 年《维也纳公约》”(见上文脚注 4)，第 132-133 页。

法院⁸、国际海洋法法庭(下称“海洋法法庭”)⁹、国家间仲裁¹⁰、世界贸易组织(世贸组织)上诉机构¹¹、欧洲人权法院¹²、美洲人权法院¹³、欧洲联盟法院¹⁴和

- ⁸ 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭), 判决, 《2010 年国际法院案例汇编》, 第 14 页起, 见第 46 页, 第 65 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条); 关于航行权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决, 《2009 年国际法院案例汇编》, 第 213 页起, 见第 237 页, 第 47 段。《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山), 判决, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 43 页起, 见第 109-110 页, 第 160 段; “在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”, 咨询意见, 《2004 年国际法院案例汇编》, 第 136 页起, 见第 174 页, 第 94 段; 阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国), 判决, 《2004 年国际法院案例汇编》, 第 12 页起, 见第 48 页, 第 83 段; 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚诉马来西亚), 判决, 《2002 年国际法院案例汇编》, 第 652 页起, 见第 645 页, 第 37 段; 拉格朗案(德国诉美利坚合众国), 判决, 《2001 年国际法院案例汇编》, 第 466 页起, 见第 501 页, 第 99 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条); 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚), 判决, 《1999 年国际法院案例汇编》, 第 1045 页起, 见第 1059 页, 第 18 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条); 领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得), 判决, 《1994 年国际法院案例汇编》, 第 6 页起, 见第 21-22 页, 第 41 段(《维也纳公约》第三十一条, 未明确提到 1969 年《维也纳公约》第三十二条, 但提到补充解释资料)。
- ⁹ 担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务, 第 17 号案件, 咨询意见, 2011 年 2 月 1 日, 《2011 年海洋法法庭案例汇编》, 见第 57 段。
- ¹⁰ 比利时王国与荷兰王国间莱茵铁路公司案仲裁裁决, 2005 年 5 月 24 日的决定, 联合国, 《联合国国际仲裁裁决汇编》(《国际仲裁裁决汇编》), 第二十七卷(出售品编号 E/F.06.V.8), 第 35-125 页, 见第 45 段(1969 年《维也纳公约》第三十一至第三十二条)。
- ¹¹ 世贸组织《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条第 2 款规定, “……该体制适于……依照解释国际公法的惯例澄清[世贸组织所涵盖的]协定的现有规定”(联合国, 《条约汇编》, 第 1869 卷, 第 31874 号, 第 402 页), 但并未具体提到 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条。然而, 上述机构历来承认第三十一条和第三十二条反映了习惯国际法的规则, 并通过《关于争端解决规则与程序的谅解》第 3 条第 2 款诉诸这些规则。例如, 见世贸组织上诉机构报告, 美国—新配方汽油和常规汽油标准案(美国—汽油案), WT/DS2/AB/R, 1996 年 5 月 20 日通过, 第三节 B(1969 年《维也纳公约》第三十一条第一款); 世贸组织上诉机构报告, 日本—酒精饮料税案(日本—酒精饮料案二), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过, D 节(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条)。另见 G. Nolte, “特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例: 国际法委员会条约随时间演变问题研究组第二次报告”, 载于《条约与嗣后惯例》, G. Nolte (编)(牛津, 牛津大学出版社, 2013 年), 第 210-240 页, 见第 215 页。
- ¹² Golder 诉联合王国, 第 4451/70 号, 1975 年 2 月 21 日, A 辑第 18 号, 第 29 段; Witold Litwa 诉波兰, 第 26629/95 号, 2000 年 4 月 4 日, 《2000 年欧洲人权法院案例汇编》第三卷, 第 58 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条); Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC], 第 34503/97 号, 2008 年 11 月 12 日, 《2008 年欧洲人权法院案例汇编》, 第 65 段(暗指 1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十三条)。
- ¹³ 保留对《美洲人权公约》生效的影响(第 74 和 75 条), 咨询意见 OC-2/82, 1982 年 9 月 24 日, 美洲人权法院, A 辑第 2 号, 第 19 段(暗指 1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条); Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等诉特立尼达和多巴哥(案情、赔偿和费用, 判决), 2002 年 6 月 21 日, 美洲人权法院, C 辑第 94 号, 第 19 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条第一款)。
- ¹⁴ Brita 有限责任公司诉汉堡港海关总局, 2010 年 2 月 25 日的判决, C-386/08 号案, 《2010 年欧洲法院案例汇编》I-01289, 第 41-43 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条)。

《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》¹⁵ 之下的解决投资争端国际中心¹⁶ 所设各法庭。因此，第三十一和第三十二条所载规则在 1969 年《维也纳公约》的缔约国以及《公约》范围内各条约的缔约国之间作为条约法适用，在所有国家之间作为习惯国际法适用。

(5) 委员会还审议了在结论草案 2[1]中提到 1969 年《维也纳公约》第三十三条以及该条是否也反映习惯国际法的问题。第三十三条可能与“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题的结论草案相关。例如，第三十一条第三款(a)项之下的“嗣后协定”，可能以两种或多种语文拟订，可能出现任何嗣后协定与条约本身不同语文文本之间关系的问题。尽管如此，委员会决定目前暂不处理这类问题。

(6) 委员会尤其审议了第三十三条所列规则是否反映了习惯国际法的问题。一些委员认为，第三十三条的所有规则均反映了习惯国际法，而另一些委员则希望保留该条所列部分规则而非全部规则可如此定性的可能性。各国际法院和法庭的判例尚未充分处理这一问题。国际法院和世贸组织上诉机构承认，第三十三条的某些部分反映了习惯国际法规则。在拉格朗案中，国际法院承认第三十三条第四款反映了习惯法。¹⁷ 而国际法院在卡西基里/塞杜杜岛案中是否认为第三十三条第三款反映了习惯法规则，则不甚明确。¹⁸ 世贸组织上诉机构认为，第三和第四款的规则反映了习惯法。¹⁹ 仲裁法庭在 Young 贷款仲裁案中认定，第一款“纳入”了一项“原则”。²⁰ 海洋法法庭和欧洲人权法院更进一步，主张第三十三条

¹⁵ 联合国，《条约汇编》，第 575 卷，第 8359 号，第 159 页。

¹⁶ 英国国家电网公司诉阿根廷共和国，管辖权裁决(国际贸易法委员会)，2006 年 6 月 20 日，第 51 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条)；Canfor 公司诉美利坚合众国，Tembec 公司等诉美利坚合众国，以及 Terminal 林产品公司诉美利坚合众国，合并法庭命令，2005 年 9 月 7 日，第 59 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十二条)。

¹⁷ 拉格朗案(见上文脚注 8)，第 502 页，第 101 段。

¹⁸ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，第 1062 页，第 25 段；法院可能仅仅因当事国未对适用这一规定表示异议而适用了这一规定。

¹⁹ 世贸组织上诉机构报告，美国一对加拿大的某些软木木材反倾销关税最终裁断案(美国一软木木材案(四))，WT/DS257/AB/R，2004 年 2 月 17 日通过，第 59 段(1969 年《维也纳公约》第三十三条第三款)；世贸组织上诉机构报告，美国一高地棉补贴案(美国一高地棉案)，WT/DS267/AB/R，2005 年 3 月 21 日通过，第 424 段，上诉机构适用并明确提到 1969 年《维也纳公约》第三十三条第三款，而没有表明其习惯法地位；世贸组织上诉机构报告，智利一某些农产品的价格幅度制度和保障措施案，WT/DS207/AB/R 和 Corr.1，2002 年 10 月 23 日通过，第 271 段(1969 年《维也纳公约》第三十三条第四款)。

²⁰ 关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国一方与德意志联邦共和国一方《关于德国外债的协定》附件一 A 第 2 条(e)项条款问题案，1980 年 5 月 16 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷(出售品编号 E/F.90.V.7)，第 67-145 页，见第 67 页，第 17 段，或《国际法案例汇编》，第 59 卷(1980 年)，第 494 页，第 17 段。

整条反映了习惯法。²¹ 因此，在判例法中，有大量案例表明，第三十三条确实整条都反映了习惯国际法。

(c) 第 2 段——作为单一综合规则的一部分的第三十一条第一款

(7) 鉴于 1969 年《维也纳公约》第三十一条第一款对于本专题的重要性，结论草案 2[1]第 2 段沿用了该款的案文。按照第三十一条整条所载的通则，第三十一条第一款是任何条约解释的出发点。这确实有助于确保在解释过程中平衡以下两方面，一是根据上下文以及结合其目标和宗旨评估条约术语，二是本结论草案中关于嗣后协定和嗣后惯例的考虑。但是，将第三十一条第一款作为单独一款予以重申，并不意味着表明该款及其中所述解释资料在第三十一条本身的范围内实质上处于首位。第三十一条中的所有解释资料均为单一的综合规则的一部分。²²

(d) 第 3 段——作为解释通则组成部分的第三十一条第三款

(8) 第 3 段沿用了《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项的措辞，以便将作为本专题主要核心的嗣后协定和嗣后惯例置于条约解释的一般法律框架之内。因此，保留了第三十一条第三款起首部分“应与上下文一并考虑者尚有”的措辞，以突出表明，评估第三十一条第三款(a)项和(b)项所述解释资料是第三十一条所述解释通则的组成部分。²³

(e) 第 4 段——作为第三十二条所称的补充解释资料的其他嗣后惯例

(9) 第 4 段说明了不符合第三十一条第三款(b)项的所有标准、但是在第三十二条的范围之内的条约适用方面的嗣后惯例。第三十二条列入了一个非详尽的补充解释资料清单。²⁴ 第 4 段借用了第三十二条的“得使用”的措辞，以维持第三十一条提到的考虑解释资料的强制性和根据第三十二条使用补充解释资料的更多的任意性之间的区分。

²¹ 担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务，第 17 号案件，咨询意见，2011 年 2 月 1 日，《2011 年海洋法法庭案例汇编》；Golder 诉联合王国，第 4451/70 号，1975 年 2 月 21 日，A 辑第 18 号，第 29 段；Witold Litwa 诉波兰，第 26629/95 号，2000 年 4 月 4 日，《2000 年欧洲人权法院案例汇编》第三卷，第 59 段；Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC]，第 34503/97 号，2008 年 11 月 12 日，《2008 年欧洲人权法院案例汇编》，第 65 段(1969 年《维也纳公约》第三十一条至第三十三条)。

²² 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 A/6309/Rev.1 号文件，第 219-220 页，第(8)段。详见下文结论草案 2[1]第 5 段的评注第(12)段。

²³ 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 220 页，第(8)段；G. Nolte，“与嗣后协定和嗣后惯例有关的国际法院和特别管辖权仲裁法庭判例：国际法委员会条约随时间演变问题研究组的介绍性报告”，载于 Nolte，《条约与嗣后惯例》(见上文脚注 11)，第 169 页起，见第 177 页。

²⁴ Yasseen，“……条约进行解释”，(见上文脚注 6)，见第 79 页。

(10) 特别是，条约适用方面的嗣后惯例，若并非条约所有缔约方、而仅仅是一个或数个缔约方的协定，可被用作解释的补充资料。委员会曾这样阐述，²⁵ 并得到各国际法院和法庭的承认，²⁶ 在文献中²⁷ 也得到承认(详见结论草案 4 的评注第(23)至第(37)段)。

(11) 但是，委员会认为，不应在本结论草案中处理非“条约适用方面”的嗣后惯例作为补充解释资料的问题。然而，在特定情况下，这种惯例也可作为相关补充解释资料。²⁸ 但除了可能有助于“评估”条约适用方面的相关嗣后惯例之外，此类惯例超出了委员会目前在本专题之下处理的范围(见结论草案 5 及其评注)。因此，结论草案 2[1]第 4 段要求任何嗣后惯例须是“条约适用方面”的，界定“其他‘嗣后惯例’”的结论草案 4 第 3 段也是这样要求的。

(f) 第 5 段——各种解释资料之间的关系

(12) 委员会认为，结论草案 2[1]若要完整，重要的是要在第 5 段²⁹ 中强调，尽管结论草案 2[1]的结构是从一般到具体，但解释过程是一个“单一的综合行

²⁵ 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/5809 号文件，第 203-204 页，第 69 条草案的评注，第(13)段；

²⁶ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，第 1096 页，第 79-80 段；Loizidou 诉土耳其(初步反对意见)，第 15318/89 号，1995 年 3 月 23 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 310 号，第 79-81 段；Hilaire、Constantine 和 Benjamin 等(见上文脚注 13)，第 92 段；南方金枪鱼案(新西兰诉日本；澳大利亚诉日本)，临时措施，1999 年 8 月 27 日的命令，《1999 年海洋法法庭案例汇编》，第 280 页，见第 50 段；世贸组织上诉机构报告，欧洲共同体—某些计算机设备的关税分类案(欧共体—计算机设备案)，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R，1998 年 6 月 22 日通过，第 90 段；另见世贸组织上诉机构报告，美国—某些原产国标签要求案(美国—原产国标签案)，WT/DS384/AB/R 和 WT/DS386/AB/R，2012 年 7 月 23 日通过，第 452 段。

²⁷ Yasseen, “……对条约进行解释”，(见上文脚注 6)，见第 52 页(“la Convention de Vienne ne retient pas comme élément de la règle générale d’interprétation la pratique ultérieure en général, mais une pratique ultérieure spécifique, à savoir une pratique ultérieure non seulement concordante, mais également commune à toutes les parties.” Ce qui reste de la pratique ultérieure peut être un moyen complémentaire d’interprétation, selon l’article 32 de la Convention de Vienne”) (强调系本文所加)；Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注 6)，见第 138 页：“……《公约》第三十一条第三款(b)项仅[涉及]一种具体形式的司法惯例——即所有当事方共有的一致性嗣后惯例。然而不在这一狭窄定义范围内的嗣后惯例可构成《公约》第三十二条意义上的补充的解释资料”(强调系本文所加)；S. Torres Bernárdez, “自 1969 年《维也纳条约法公约》通过以来国际法院对条约的解释”，载于《Ignaz Seidl-Hohenveldern 教授诞辰八十周年纪念文集》，G. Hafner 等人(编)(海牙，Kluwer Law International, 1998 年)，第 721 页起，见第 726 页；M.E. Villiger, 《对 1969 年〈维也纳条约法公约〉的评注》(莱顿，Martinus Nijhoff, 2009 年)，第 431-432 页。

²⁸ 见 L. Boisson de Chazournes, “嗣后惯例、惯例及‘家族相似性’：力求将嗣后惯例植入到实施场地中”，载于 Nolte, 《条约与嗣后惯例》(见上文脚注 11)，第 53-63 页，见第 59-62 页。

²⁹ A/CN.4/660, 第 64 段；Nolte, “……国际法院……判例……”，(见上文脚注 23)，见第 171 和第 177 页。

动”，要求“适当强调”各种解释资料。³⁰“单一的综合行动”这一表述取自委员会对 1966 年条约法条款草案的评注。³¹委员会还在评注中表明，希望“强调解释过程是一个整体”。³²

(13) 结论草案 2[1]第 5 段还解释了，在 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条提到的作为“单一的综合行动”的解释过程中，必须适当强调各种解释资料。但是，委员会认为，在结论草案 2[1]第 5 段的案文中，没有必要作为例子提到一种或多种具体的解释资料。³³这就避免了一种可能的误解，即无论相关具体规定或案件情况如何，认为不同的解释资料中有一种优先于其他。

(14) 第 5 段使用了“解释资料”一语。这一术语不仅涵盖第三十二条所提及的“补充解释资料”，而且涵盖第三十一条所提到的各个要素。³⁴在对《条约法》条款草案的评注中，委员会有时交替使用“解释资料”和“解释要素”，而为了本专题的目的，委员会保留了“解释资料”这一术语，因为它还描述了其作为工具或手段在解释过程中的作用。³⁵“资料”一词并没有将第三十一条和第三十二条中提到的不同要素分开，而是说明，这些资料在解释过程中各有其作用，解释过程既是“单一”的同时又是“综合”的行动。³⁶正如法院推理通常首先是看条约的术语，继而在一个互动进程中，³⁷结合上下文并根据条约的目的和宗旨，分析这些术语，³⁸在进行条约解释的任何情况下，必须首先确定不同解释资料确切

³⁰ 关于嗣后协定和嗣后惯例相对于其他解释资料的不同作用，见 A/CN.4/660，第 42-57 段；Nolte，“……国际法院……判例……”，（见上文脚注 23），见第 183 页。

³¹ 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 219-220 页，第(8)段。

³² 同上。

³³ 特别报告员在第一次报告中曾提出这一提议，见 A/CN.4/660，第 28 段：“结论草案 1(条约解释通则和资料)……在一个具体案件中解释一项条约时，会导致对《维也纳公约》第三十一和三十二条所载各种解释资料给予不同程度的强调，尤其是根据所涉条约或条约条款，对条约案文或条约目的和宗旨给予不同程度的强调。”另见第一次报告中的分析(同上，第 8-27 段)。

³⁴ 另见上文结论草案 2[1]评注，第(1)段；Villiger，“1969 年《维也纳……公约》”（见上文脚注 4），第 129 页；Daillier、Forteau 和 Pellet，《国际公法》（见上文脚注 7），见第 284-289 页。

³⁵ 第 3172 次会议临时简要记录，2013 年 5 月 31 日(A/CN.4/SR.3172)，第 4 页。

³⁶ 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 219-220 页，第(8)段。

³⁷ 同上。

³⁸ 同上，第 219 页，第(6)段。另见 Yasseen，“……对条约进行解释”，（上文脚注 6），见第 58 页；Sinclair，《维也纳……公约》（上文脚注 6），见第 130 页；J. Klabbers，“条约、目标和宗旨”，《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 7 段；Villiger，《……评注》（见上文脚注 27），见第 427 页，第 11 段；边界和跨界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和可否受理，判决，《1988 年国际法院案例汇编》，第 69 页起，见第 89 页，第 45-46 段；大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国大陆架划界案，1977 年 6 月 30 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十八卷(出售品编号 E/F.80.V.7)，第 3-413 页，见第 32-35 页，第 39 段。

的相关性，然后才能将其“扔进熔炉”，³⁹相应地予以适当权衡，以作出适当的解释。

(15) 在具体案件的条约解释过程中，对“各种解释资料给予适当的强调”的义务，可能因有关条约或条约条款的具体情况，对各种解释资料有不同的强调。⁴⁰这并不是说，一个法院或任何其他解释者多少能够自由选择如何使用和应用不同的解释资料。指导有关解释的是解释者作出的评价，即确定不同解释资料在具体案件中的相关性，并通过善意地适当强调，确定这些解释资料在该案中与其他解释资料的互动关系，正如拟适用的规则所要求的那样。⁴¹如果可能并实际可行，这一评价应当包括考虑在相同及可能在其他相关方面先前的相关评估和决定。⁴²

(16) 关于在结论草案 2[1]中是否宜提到条约的“性质”并视之为在确定给予某些解释资料的权重时通常应考虑的因素，委员会进行了辩论。⁴³有些委员认为，一项条约的主题(例如，有关规定是涉及纯经济事项还是涉及个人的人权；条约规则是偏重技术还是偏重价值取向)及其基本结构和职能(例如，有关规定更多为互惠性质还是为了保护公益)可能影响对条约的解释。他们说，各国际法院和法庭的判例表明，情况就是如此。⁴⁴有人还提到，条约“性质”的概念对 1969 年

³⁹ 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 220 页。

⁴⁰ A/CN.4/660 中提出的结论草案 1，第 2 段起，见第 28 段，并主要见第 10-27 段。

⁴¹ 关于嗣后协定和嗣后惯例在条约解释过程中所占权重，国内法院的决定并不一致，见大不列颠及北爱尔兰联合王国，上议院：R (Mullen)诉内政大臣[2004] UKHL 18，第 47-48 段(Steyn 勋爵)；深静脉血栓与航空旅行集团诉讼[2005] UKHL 72，第 31 段(Steyn 勋爵)。美利坚合众国，最高法院：住友商事(美国)公司诉 Avagliano, 457 U.S. 176 (1982 年)，第 183-185 页；O'Connor 诉美国, 479 U.S. 27 (1986 年)，第 31-32 页；美国诉 Stuart, 489 U.S. 353 (1989 年)，持不同意见的法官(Scalia 勋爵)对占多数意见的法官将“条约签字国的惯例”作为审判依据提出了批评，他认为，不需要考虑这些惯例，因为“《条约》的用语已能解决当前问题，没有必要寻找更多依据”，见第 371 页。瑞士：联邦行政法院，2010 年 1 月 21 日的判决，BVGE 2010/7，第 3.7.11 段；联邦最高法院，A 诉 B, 2004 年 4 月 8 日的上诉判决，第 4C.140/2003 号，BGE，第 130 卷(三)，第 430 页起，见第 439 页。

⁴² 第一次报告(A/CN.4/660)以不同国际法院和法庭的判例为例，以说明在特定案件中如何确定资料在解释工作中的权重，从而表明特定嗣后惯例和嗣后协定如何能够或不能协助确定有关术语在其上下文中并结合条约的目标和宗旨的通常意义。

⁴³ A/CN.4/660 中提出的结论草案 1，第 2 段起，见第 28 段，以及第 8-28 段中的分析。

⁴⁴ 例如，世贸组织各专家组和上诉机构看来更加强调世贸组织所涉各协定的术语(例如世贸组织上诉机构，巴西—航空器出口融资方案，加拿大诉诸《争端解决谅解》第 21.5 条，WT/DS46/AB/RW, 2000 年 8 月 4 日，第 45 段)，而欧洲人权法院和美洲人权法院则强调有关公约作为人权条约的性质(例如，Mamatkulov 和 Askarov 诉土耳其[GC]，第 46827/99 和 46951/99 号，《2005 年欧洲人权法院案例汇编》第一卷，第 111 段；在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利，咨询意见 OC-16/99, 1999 年 10 月 1 日，美洲人权法院，A 辑，第 16 号，第 58 段)；另见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10 和 Add.1)，第 281-282 页，和 Nolte, “特殊制度下……的判例”(见上文脚注 11)，第 210 页起，见第 216、244-246、249-262、270-275 页。

《维也纳公约》而言并不陌生(例如,见第五十六条第一款(a)项)⁴⁵, 条约和/或条约条款“性质”的概念被纳入了委员会的其他工作,特别是关于武装冲突对条约的影响专题。⁴⁶ 但是,另一些委员认为,结论草案不应当提到条约的“性质”,以维护解释过程的统一性,避免对条约进行任何分类。还有人提到,“条约的性质”的提法不明确,难以将其与条约的目的和宗旨区分。⁴⁷ 委员会最终决定这一问题保持开放,目前不在结论草案 2[1]中提到条约的性质。

结论 3[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。

评注

(a) “作准的解释资料”这一术语

(1) 通过将 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例定性为“作准的解释资料”,委员会指出了为什么这些资料是条约解释的重要因素。⁴⁸ 委员会因此遵循其 1966 年对条约法条款草案的评注,该评注将第三十一条第三款(a)项和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例描述为“作准的解释资料”,其中强调:

⁴⁵ M. Forteau, ‘Les Techniques Interpretatives de la Cour Internationale de Justice’, *Revue générale de droit international public*, 第 115 卷(2011 年),第 399 页起,见第 406-407 页、第 416 页;南非不遵守安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果,咨询意见,《1971 年国际法院案例汇编》,第 16 页起, Dillard 法官的个别意见,第 150 页起,见第 154 页,脚注 1。

⁴⁶ 关于武装冲突对条约的影响的条款草案(第 6 条(a)款),大会 2011 年 12 月 9 日第 66/99 号决议,附件;另见对条约的保留实践指南,《大会正式记录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10 和 A/66/10/Add.1);准则 4.2.5 提到条约义务的性质,而不是条约本身的性质。

⁴⁷ 按照对条约的保留实践指南准则 4.2.5 的评注,难以区分条约义务的性质与条约的目的和宗旨(对条约的保留实践指南,准则 4.2.5 的评注,第(3)段,见《大会正式记录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10 和 A/66/10/Add.11)。另一方面,关于武装冲突对条约的影响的条款草案第 6 条提出了“与条约性质有关的一系列因素,特别是条约的主题事项、它的宗旨和目的、它的内容以及缔约方的数量”,同上,第 6 条草案评注,第(3)段。

⁴⁸ 见 R. Jennings 和 A. Watts(编),《奥本海国际法》第 9 版,第 1 卷(哈洛,朗文,1992 年),第 1268 页,第 630 段; G. Fitzmaurice, “国际法院的法律和程序(1951-4): 条约的解释与其他某些条约问题”《1957 年英国国际法年鉴》,第 33 卷,第 203-293 页,见第 223-225 页;世贸组织专家组报告,美国—影响大型民用飞机贸易的措施(第 2 次申诉)(美国—大型民用飞机案(第 2 次申诉)), WT/DS353/R, 2012 年 3 月 23 日,第 7.953 段。

“作为解释的一个要素，此种嗣后惯例在适用条约方面的重要性十分明显；因为它构成有关缔约国对条约意义的理解的客观证据”。⁴⁹

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

“……委员会对条约解释的办法的基础是，条约案文必须假定为缔约国意图的权威表述，……将其用语的通常含义、条约背景、目的和宗旨、及国际法一般规则，连同缔约国的作准解释，作为解释条约的主要标准”。⁵⁰

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

(b) 第三十一条第三款(a)项和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例作为“作准的解释资料”的效果

(3) 通过将第三十一条第三款(a)项和(b)项描述为“作准的”解释资料，委员会承认缔约国的共同意愿，从这一意愿出发，任何条约结果在确定条约的意义方面都具有特定的权威性，甚至在条约缔结之后也是如此。因此，1969年《维也纳公约》赋予条约缔约国一种可能在某些国内法律制度中不常见的解释法律文书的作用。

(4) 但是，第三十一条第三款(a)项和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例作为“作准的解释资料”并不意味着这些资料必然具有决定性或法律约束力。按照第三十一条第三款起首部分，嗣后协定和嗣后惯例毕竟只应在解释条约方面纳入“考虑”，而条约的解释是一个“单一的综合行动”，在第三十一条所指的所有解释资料中，没有等级之分。⁵¹ 因此，与某些评论者的意见相反，⁵² 确定缔约国对条

⁴⁹ 见《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第221页，第(15)段。

⁵⁰ 《1964年……年鉴》，第二卷，A/5809号文件，第204-205页，第(15)段；另见同上，第203-204页，第13段：“第三款具体规定，进一步的权威解释要素：(a)关于条约之解释之任何协定，和(b)嗣后在条约适用方面确定各当事方对条约解释之协定之任何惯例”[强调系本文所加]；另一方面，Waldock在其第三次报告中解释了“……准备工作本身并非作准解释资料”。见同上，A/CN.4/167和Add.1-3号文件，第58-59页，第(21)段。

⁵¹ 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第219-220页，第(8)和(9)段。

⁵² M.E. Villiger, “解释规则：担心、误解、误用？国际法委员会所设想的‘熔炉’”，载于《〈维也纳公约〉之后的条约法》E. Cannizzaro (编) (牛津，牛津大学出版社，2011年)，第105-122页，见第111页；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注5)，见第34页；O. Dörr, “第三十一条，解释之通则”，《〈维也纳条约法公约〉评注》，载于O. Dörr和K. Schmalenbach (编)，(柏林，Springer，2012年)，第521-570页，见第553-554页，第72-75段；K. Skubiszewski, “漫谈《联合国宪章》的解释问题”，载于 *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – Festschrift für Hermann Mosler*, R. Bernhardt 等人(编) (柏林，Springer，1983年)，第891-902页，见第898页。

约解释一致意思的嗣后协定和嗣后惯例并非必然具有决定性或具有法律约束力。⁵³ 因此，委员会将“嗣后协定”定性为代表“解释条约时必须考虑的缔约国的作准解释”，⁵⁴ 这并不是说嗣后协定高于所有其他解释资料，必然是决定性的。

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

“如果前后一致并包括所有缔约国，嗣后惯例看来在确定条约应有的意义方面具有决定性，无论如何，在其表明缔约国认为解释对其有约束力之时是如此。在这些情况下，作为条约解释的一个要素，以及作为形成默示同意重叠和源自该惯例的意义的一个要素，嗣后惯例成为一项由协定确立的作准的解释”。⁵⁵ (强调系本文所加)

1969 年《维也纳公约》最终没有采纳沃尔多克最初的意见，即(单一的)商定的嗣后惯例“看来在确定意义方面具有决定性”，但是，在“缔约国认为解释对其有约束力”时，确立缔约国对条约解释的一致意思的嗣后协定和嗣后惯例在此种解释方面必定具有决定性。然而总有可能的是，国内法的规定禁止一国政府在此种情况中，在没有满足宪法所规定的某些要求(多数为程序性要求)的情况下，达成有约束力的协定。⁵⁶

(6) 在条约本身有此规定的情况下，缔约国达成有约束力的嗣后解释性协定的可能性尤其明显。例如，《北美自由贸易协定》第 1131 条第 2 款规定，“[政府间]委员会对本协定条款的解释对依本条所设法庭具有约束力”。⁵⁷ 此种缔约国

⁵³ H. Fox, “《维也纳公约》第三十一条第 3 款(a)项和(b)项与卡西基里/塞塞杜岛案”，载于《条约解释与〈维也纳条约法公约〉：30 年之后》M. Fitzmaurice、O. Elias 和 P. Merkouris (编) (莱顿, Martinus Nijhoff, 2010 年), 第 59-74 页, 见第 61-62 页; A. Chanaki, *L'adaptation des traités dans le temps* (布鲁塞尔, Bruylant, 2013 年), 第 313-315 页; M. Benatar, “从证明价值到作准的解释：解释性声明的法律效果”，*Revue belge de droit international*, 第 44 卷(2011 年), 第 170-195 页, 见第 194-195 页; 提醒: J.M. Sorel 和 Boré Eveno, “1969 年《维也纳公约》第三十一条：解释之通则”载于 Corten 和 Klein, 《〈维也纳……公约〉……》(见上文脚注 7), 第 804-837 页, 见第 825 页, 第 42-43 段; 另见 G. Nolte, “司法或准司法程序外的国家嗣后协定与嗣后惯例”，载于 Nolte, 《条约与嗣后惯例》(见上文脚注 11), 第 307-385 页, 见第 375 页, 第 16.4.3 段。

⁵⁴ 《1966 年……年鉴》，第二卷, A/6309/Rev.1 号文件, 第 221 页, 第(14)段。

⁵⁵ 《1964 年……年鉴》，第二卷, A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件, 第 60 页, 第(25)段。

⁵⁶ 例如, 见德国, 联邦财政法院, BFHE, 第 181 卷, 第 158 页起, 见第 161 页; 同上, 第 219 卷, 第 518 页及以下各页, 见 527-528 页。

⁵⁷ 《美利坚合众国政府、加拿大政府和墨西哥合众国北美自由贸易协定》(1992 年)(华盛顿特区, 美国政府印刷局, 1993 年)。

认为对其有约束力的有关条约权威解释的特别程序或协定的存在，可能排除或不排除额外使用 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例。⁵⁸

(7) 委员会继续采用“作准的解释资料”一词，以描述第三十一条第三款(a)项和(b)项之下嗣后协定和嗣后惯例不一定具有的决定性但或多或少具有的权威性。委员会在结论草案 3[2]中没有采用“作准解释”或“权威解释”的说法，因为这些概念常常被理解为意味着必定是缔约国之间有关条约解释的结论性或有约束力的协定。⁵⁹

(8) 国内法院有时明确承认，第三十一条第三款(a)项和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例是“作准的”解释资料。⁶⁰但是，关于这一分类所产生的法律后果，各国内法院的意见并非始终一致。一些法院认为条约缔约国的嗣后协定和嗣后惯例可产生特定的约束效果⁶¹，另一些法院则强调，第三十一条第三款仅要求“考虑”嗣后协定和嗣后惯例，事实也的确如此。⁶²

⁵⁸ 这一问题正在关于本专题工作的稍后阶段详细探讨。另见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(1994 年)，联合国，《条约汇编》，第 1867 卷，第 31874 号，第 3 页，第九条第 2 款；世贸组织上诉机构报告，欧洲共同体—冷冻无骨切片鸡肉关税分类案(欧共体一切片鸡肉案)，WT/DS269/AB/R 和 Corr.1, WT/DS286/AB/R 和 Corr.1, 2005 年 9 月 27 日通过，第 273 段；世贸组织上诉机构报告，欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分销制度案，厄瓜多尔第二次诉诸《争端解决谅解》第 21.5 条(欧共体—香蕉案(三))，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU 和 Corr.1, 2008 年 12 月 11 日通过，WT/DS27/AB/RW/USA 和 Corr.1, 2008 年 12 月 22 日通过，第 383 和 390 段。

⁵⁹ 例如，见 *Methanex 公司诉美利坚合众国案*，国际贸易法委员会依据《北美自由贸易协定》第十一章进行的仲裁，对管辖权和案情实质的最后裁决，2005 年 8 月 3 日，第二部分，H 章，第 23 段(提及 Jennings 和 Watts，见上文脚注 48，第 1268 页，第 630 段)；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5)，见第 34 页；U. Linderfalk, 《论条约的解释》(多德雷赫特，Springer, 2007 年)，第 153 页；Skubiszewski, “漫谈《联合国宪章》的解释问题”(见上文脚注 52)，见第 898 页；G. Haraszti, 《条约法的一些基本问题》(布达佩斯，Akadémiai Kiadó, 1973 年)，第 43 页；另见 Nolte, “特殊制度下……的判例”(见上文脚注 11)，第 210 页起，见第 240 页，第 4.5 段。

⁶⁰ 瑞士联邦最高法院：A 诉 B, 2004 年 4 月 8 日的上诉判决，第 4C.140/2003 号，BGE, 第 130 卷(三)，第 430 页起，见第 439 页(法院提到缔约国是“条约的主人”(“Herren der Verträge”)；2012 年 9 月 12 日的判决，第 2C_743/2011 号，BGE, 第 138 卷(二)，第 524 页起，见第 527-528 页。德国，联邦宪法法院，BVerfGE, 第 90 卷，第 286 页起，见第 362 页。另见印度，最高法院，Godhra 电力有限公司等诉古吉拉特邦等[1975] AIR 32。可查阅 <http://indiankanoon.org/doc/737188>(访问日期：2016 年 6 月 8 日)。

⁶¹ 德国，联邦财政法院，BFHE, 第 215 卷，第 237 页起，见第 241 页；同上，第 181 卷，第 158 页起，见第 161 页。

⁶² 新西兰，上诉法院，Zaoui 诉总检察长(第 2 号)[2005] 1 NZLR 690，第 130 段；中国香港，终审法院，吴嘉玲等人诉入境事务处处长[1999] 1 HKLRD 315, 354；奥地利，最高行政法院，VwGH, 2006 年 3 月 30 日的判决，2002/15/0098, 2, 5。

(c) 嗣后协定与嗣后惯例作为作准的解释资料的区别

(9) “作准的解释资料”包含事实和法律要素。事实要素体现在“客观证据”这一表述中，而法律要素则体现在“缔约国的理解”这一概念中。因此，委员会将“嗣后协定”定性为代表“解释条约时必须考虑的缔约国的作准解释”，⁶³并随后说明，嗣后惯例“同样...构成缔约国对条约意思的理解的客观证据”。⁶⁴鉴于条约的特性是体现其缔约国的共同意愿，“缔约国的理解”的“客观证据”作为解释资料具有相当的权威性。⁶⁵

(10) “嗣后协定”(第三十一条第三款(a)项)与“确定各当事国对协定...之嗣后惯例”(第三十一条第三款(b)项)之间的区分并不意味着二者权威性的不同。⁶⁶不过，委员会认为，“当事国嗣后所定关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”当然具有构成条约作准解释的效力，而“嗣后惯例”仅在其“表明当事国对术语含义的共同理解”时才具有这一效力。⁶⁷因此，“当事国之嗣后协定”与“确定各当事国对协定...之嗣后惯例”之间的区别在于确定当事国对条约解释的一致意思的方式，在于确定一致意思的难易程度。⁶⁸

(d) 与各国际法院、法庭和专家条约机构声明的区分

(11) 不应当将作为作准的条约解释资料的嗣后协定和嗣后惯例与各国际法院、法庭或专家条约机构在具体案件中对条约的解释相混淆。第三十一条第三款(a)项和(b)项之下的嗣后协定和嗣后惯例是“作准的”解释资料，因为它们表示当事国本身对条约的理解。而各国际法院、法庭和专家条约机构的权威有其他来源，最通常是来自所要解释的条约。但是，各国际法院、法庭和专家条约机构的判决和其他声明如果提到、反映或引起当事国本身的此种嗣后协定和惯例，则可能间接地有助于识别作为作准的解释资料的嗣后协定和嗣后惯例。⁶⁹

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

⁶⁴ 同上，第(15)段。

⁶⁵ Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 5)，见第 34 和 414-415 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 59)，见第 152-153 页。

⁶⁶ A/CN.4/660, 第 69 段。

⁶⁷ 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第221-222页，第(15)段；另见 W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (柏林, Springer, 1983 年)，第 294 页。

⁶⁸ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，见第 1087 页，第 63 段，另见下文结论草案 4 及其评注。

⁶⁹ 见结论草案 12[11]和 Nolte, “……国家嗣后协定与嗣后惯例”(上文脚注 53)，第 307 页起，见第 381 页及以下各页，第 17.3.1 段。

(e) 与第三十二条之下其他嗣后惯例的区分

(12) 结论草案 2[1]和 4 区分了 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项之下确定当事国一致意思的“嗣后惯例”，以及第三十二条之下作为补充解释资料可能相关的条约一个或多个、但并非所有当事国(广义的)其他嗣后惯例。⁷⁰ 此种并不确定所有当事国一致意思的“其他”嗣后解释性惯例不能构成条约所有当事国对条约的“作准”解释，因此，就解释目的而言，不具有相同的权重。⁷¹

(13) 结论草案 3[2]最后一部分清楚地表明，以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料应作为适用 1969 年《维也纳公约》第三十一条所反映的条约解释通则的一部分。

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。

评注

(a) 一般方面

(1) 结论草案 4 定义了结论草案 2[1]第 3 和第 4 段中提到的“嗣后”对条约进行解释的三种不同方法，即第三十一条第三款(a)项下的“嗣后协定”、第三十一条第三款(b)项下的“嗣后惯例”以及第三十二条下的其他的“嗣后惯例”。

(2) 在所有三种情况下，“嗣后”一词均指在“一项条约缔结后”发生的行为。⁷² 这个时间点常常早于条约生效的一刻(第二十四条)。1969 年《维也纳公约》各项条款(例如第十八条)表明，一项条约可在它实际生效之前“缔结”。⁷³

⁷⁰ 尤见结论草案 4 第 3 段的评注第(23)至(37)段。

⁷¹ 另见结论草案 4 第 3 段的评注第(35)段。

⁷² 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(14)段。

⁷³ 见 J. L.布赖尔利，关于条约法的第二次报告，《1951 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/43 号文件，第 70 页及以下各页；G. G.菲茨莫里斯，关于条约法的第一次报告，《1956 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/101 号文件，第 112 页；另见 S. Rosenne，“条约、缔结与生效”载于《国际公法百科全书》，第 7 卷，R. Bernhardt (编)，(阿姆斯特丹，North Holland, 2000 年)，第 465 页(“严格地说，正是通过缔结条约而完成了谈判)；Villiger,《……评注》(见上文脚注 27)，第 78-80 页，第 9-14 段。

为本专题的目的，只要条约案文最后确定即为“缔结”。嗣后协定和嗣后惯例发生在条约缔结之后，而不仅仅发生在生效之后。的确，很难找出理由，为什么在一项条约的案文最后确定与条约生效之间达成的协议或惯例不能用于对条约的解释。⁷⁴

(3) 1969 年《维也纳公约》第三十一条第二款规定，条约的“内容”包括若干“协定”和“文书”，⁷⁵ 这些“协定”和“文书”的订立是与缔结条约联系在一起的。“因缔结条约”这一短语应理解为包括在与缔结条约相关的那段封闭的时间里或背景下订立的协定和文书。⁷⁶ 如果是在这段时间之后订立的，则这种“协定”和议定的“文书”即为第三十一条第三款下的“嗣后协定”或嗣后惯例。⁷⁷

(b) 第 1 段——对第三十一条第三款(a)项下“嗣后协定”的定义

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

(5) 第三十一条第三款(a)项使用了“嗣后协定”一词，而非“嗣后条约”。但“嗣后协定”不一定不如“条约”正式。虽然 1969 年《维也纳公约》意义下的条约必须是书面形式的(第二条第一款(a))，但关于条约的习惯国际法则没有这种要求。⁷⁸ 1969 年《维也纳公约》之下的“协定”一词⁷⁹ 和习惯国际法下的“协定”一词并不意味着任何特定的正式程度。1969 年《维也纳公约》第三十九条列出了一般规则：“条约得以当事国之协议修正之”，委员会对此的解释是，

⁷⁴ 例如，见《欧洲稳定机制宣言》，《欧洲稳定机制条约》缔约国于 2012 年 9 月 27 日商定了此宣言。

⁷⁵ 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(13)段；《德意志联邦宪法》认为，这个术语可包括单方面宣布，如果另一方不提出反对的话。见《德意志联邦宪法》，BVerfGE，第 40 卷，第 141 页起，见第 176 页；一般见 Gardiner，《条约解释》(上文脚注 5)，见第 240-242 页。

⁷⁶ Yasseen，“……对条约进行解释”(见上文脚注 6)，第 38 页；Jennings 和 Watts，《奥本海国际法》(见上文脚注 48)，第 1274 页，第 632 段(“……但另一方面，如果条约和补充协定之间间隔的时间太长，可能会妨碍把它与‘条约的缔结’联系起来”)。

⁷⁷ 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221 页，第(14)段；另见 Villiger，《……评注》(见上文脚注 27)，第 431 页，第 20-21 段；另见 K.J. Heller，“The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings”，《国际刑事司法杂志》，第 10 卷(2012 年)，第 229-248 页，见第 237 页。

⁷⁸ Villiger，《……评注》(见上文脚注 27)，第 80 页，第 15 段；P. Gautier，“对《维也纳公约》第二条的评注”，载于 Corten 和 P. Klein，《<维也纳……公约>……》(见上文脚注 7)，第二卷，第 38-40 页，第 14-18 段；J. Klabbbers，《国际法中的条约概念》(Kluwer Law International, 1996 年)，第 49-50 页；另见 A. Aust，“非正式国际文书的理论和实践”，《国际法和比较法季刊》，第 35 卷，第 4 号(1986 年)，第 787-812 页，见第 794 页及以下各页。

⁷⁹ 见第二条第一款(a)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至四十一条、第五十八条、第六十条。

“修正协定可采取原条约缔约方所选择的任何形式”。⁸⁰ 同样,《维也纳公约》并未对第三十一条第三款(a)和(b)项下的协定和惯例设定任何具体形式的要求。⁸¹

(6) 虽然所有条约都是协定,但并非每项协定都是条约。实际上,第三十一条第三款(a)下的“嗣后协定”只能在条约的解释上予以考虑。因此,它不一定具有约束力。至于在什么情况下缔约方之间的嗣后协定具有约束力,又在什么情况下仅仅是若干种解释方法的一种,结论草案 10[9]作出了说明。

(7) 1969 年《维也纳公约》对第三十一条第三款(a)项下的“嗣后协定”与第三十一条第三款(b)项下“嗣后……确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例”作了区分。这个区分并不总是十分清楚,一些国际法院和其他仲裁机构的判例法也显示出某种不愿明言的态度。在领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)中,国际法院使用了“嗣后态度”的表述,表示它后来所说的“嗣后协定”和嗣后单方面“态度”这两重意义。⁸² 在利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案中,国际法院对使用某一份地图是否可以作为嗣后协定或嗣后惯例的问题没有下定论。⁸³ 世贸组织的专家组和上诉机构也并非总是对第三十一条第三款(a)和(b)项下的嗣后协定和嗣后惯例作出区分。⁸⁴

⁸⁰ 《1966 年……年鉴》,第二卷, A/6309/Rev.1 号文件,第 232 和 233 页;另见 Villiger,《……评注》(上文脚注 27),第 513 页,第 7 段;P. Sands,“对《维也纳公约》第三十九条的评注”,载于 Corten 和 Klein,《<维也纳……公约>……》(见上文脚注 7),第 971-972 页,第 31-34 段。

⁸¹ 国际法委员会条款草案第二十七条第三款(b)项,这一款后来成为《维也纳公约》的第三十一条第三款(b)项,其中的“谅解”一词,在《维也纳公约》中改为“协定”。这个修改“只是一个起草问题”,见《联合国条约法会议正式记录,第一届会议,维也纳,1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日》(A/CONF.39/11,出售品编号 E.68.V.7),第 169 页;Fox,“……第三十一条第三款(a)项和(b)项……”(见上文脚注 53),第 63 页。

⁸² 见领土争端案(见上文脚注 8),第 6 页起,见第 34 页及以下各页,第 66 段及以下各段。

⁸³ 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(见上文脚注 8),第 625 页起,第 61 段;在加布奇科沃一大毛罗斯案中,法院讲到“嗣后立场”,以便确定“因此,条约本身的明确措辞表明,缔约方实际上承认是可以谈判的”,加布奇科沃一大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克),判决,《1997 年国际法院案例汇编》,第 7 页起,见第 77 页,第 138 段,另见卡塔尔和巴林之间的海洋划界和领土问题案,判决(管辖权和可否受理),《1995 年国际法院案例汇编》,第 6 页起,见第 16 页,第 28 段(‘嗣后行为’)。

⁸⁴ 见世贸组织专家组报告中的“具体承诺表指南”,墨西哥—影响电信服务的措施案, WT/DS204/R, 2004 年 6 月 1 日通过,以及世贸组织上诉机构报告中的“具体承诺表指南”,美国—影响跨界提供赌博服务的措施案, WT/DS285/AB/R 和 Corr.1, 2005 年 4 月 20 日通过;对世贸组织专家组报告中“1981 年谅解”的定性,美国—“外国销售公司”的税务待遇案, WT/DS108/R, 2000 年 3 月 20 日通过;世贸组织专家组报告中的“东京回合补贴和反补贴协定”,巴西—影响椰子粉的措施案, WT/DS22/R, 1997 年 3 月 20 日通过,以及世贸组织上诉机构报告中的“放弃”,欧共体—香蕉案(三)(见上文脚注 58)。

(8) 但《北美自由贸易协定》法庭在 CCFT 诉美国案中，⁸⁵ 直截了当地作出了这一区分。在该案中，美利坚合众国声称，《北美自由贸易协定》的三个缔约国采取的一些单方面行动，如果联系起来看，可以构成嗣后协定。⁸⁶ 最初，专家组认为证据不足以确定第三十一条第三款(a)项之下的嗣后协定。⁸⁷ 但进入第二阶段，法庭认为，同样这些证据构成了确定缔约方就解释达成一致的相关嗣后惯例：

“问题是：是否有一个“嗣后惯例”，确定《北美自由贸易协定》缔约国在这个问题上存在第三十一条第三款(b)项意义下的一致性？法庭认为这是肯定的。尽管法庭认为没有充分的记录在案的证据，表明存在‘缔约方之间关于条约解释或条约规定适用方面的嗣后协定’，但回答这个问题的国家所举出的现有证据向我们表明，在条约适用方面确实存在确定缔约方对条约适用的一致性的‘嗣后惯例’……”⁸⁸

(9) 这一论证表明，第三十一条第三款之下的“嗣后协定”和“嗣后惯例”之间的一个区别，在于体现缔约方意愿的作准表述的不同形式。实际上，委员会在 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项下的“任何嗣后协定”，与第三十一条第三款(b)项下“确定缔约方……一致的嗣后惯例”之间作出区分，并不是想表示两者可能存在的法律效果上的区别。⁸⁹ 这两个概念的区别在于“缔约方之间的嗣后协定”自动具有作准的解释资料的作用，而“嗣后惯例”只是在其不同内容联系在一起能够表明“缔约方对术语的意义持有共同理解”时，方才具有这种效果。⁹⁰

(10) 因此，区分第三十一条第三款之下的嗣后协定与嗣后惯例的依据是，是可以找到缔约方之间在一个共同的行动中达成的一项名副其实的协定，还是必须通

⁸⁵ C.C.F.T 诉美国案，国际贸易法委员会依照《北美自贸协定》第十一章进行的仲裁，关于管辖权的裁决，2008 年 1 月 28 日；另见 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. 诉阿根廷共和国*，关于质疑委员会主席的裁决，2001 年 10 月 3 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/97/3，《2004 年解决投资争端国际中心案例汇编》，第六卷(2004 年)，第 168 页起，见第 174 页，第 12 段；P. Merkouris and M. Fitzmaurice, “Canons of treaty interpretation: selected case studies from the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement”，载于 Fitzmaurice、Elias 和 Merkouris, *Treaty Interpretation* (见上文脚注 53)，第 217-233 页。

⁸⁶ C.C.F.T 诉美国案(见上文脚注 85)，第 174-177 段。

⁸⁷ 同上，第 184-187 段。

⁸⁸ 同上，第 188 段，另见第 189 段；相似的还有 *Aguas del Tunari SA 诉玻利维亚共和国*(荷兰/玻利维亚双边投资条约)，就应诉方反对管辖权作出的裁决，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/02/3，2005 年 10 月 21 日，《解决投资争端国际中心评论——外国投资法律杂志》，第 20 卷，No.2 (2005 年)，第 450 页，见 528 页及以下各页，第 251 段及以下各段。

⁸⁹ 《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221-222 页，第(15)段。

⁹⁰ 同上；另见 Karl, *Vertrag und spätere Praxis*……(上文脚注 67)，第 294 页。

过若干单独的行动，综合这些行动可以表明一个共同的立场，由此确定缔约方的一致。因此，第三十一条第三款(a)项下的“嗣后协定”必须是由缔约方在一次共同的行动“达成”的、表明他们对条约解释或条约规定适用的共同理解。

(11) 而第三十一条第三款(b)项下的“嗣后惯例”则囊括了条约缔约方所有(其他)形式的相关嗣后行为，这些行为可帮助确定缔约国在条约解释方面的一致性 or “谅解”。⁹¹ 然而，在特定情况下“惯例”和“协定”可能是一回事，无法区分。这就解释了为什么“嗣后惯例”一词有时在一般意义上使用，同时包含第三十一条第三款(a)和(b)项所指的解释资料。⁹²

(12) 一系列单独的嗣后协定，每项均在部分缔约方之间缔结，但把这些协定放在一起，便可确定条约所有缔约方对于条约解释的一致意见，这种情况通常不属于第三十一条第三款(a)项下的“一项”嗣后协定。第三十一条第三款(a)项下“嗣后协定”的意思，为清楚起见，应仅限于所有缔约方之间一项单一的协定。少数缔约方之间嗣后签订的不同协定，若综合起来可确定所有缔约方对于条约解释的一致意见，则构成第三十一条第三款(b)项下的嗣后惯例。少数缔约方之间嗣后签订的不同协定，即使综合起来也不能确定所有缔约方对于条约解释的一致意见，则可以作为第三十二条之下的补充解释资料，具有解释上的价值(见下文第(23)段和(24)段)。因此，“嗣后协定”一词的使用，限于条约所有缔约方之间的协定，表现为一项单一的协定，或是一个共同的行动，无论形式如何，但反映所有缔约方的一致。⁹³

(13) 第三十一条第三款(a)项下的嗣后协定，必须是“关于”条约解释或适用条约规定的协定。因此，缔约方必须除其他可能的目的外，力求澄清一项条约的含义，或应如何适用。⁹⁴

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

⁹¹ 委员会在关于条约法的相应条款草案第二十七条第三款(b)项中使用了“谅解”一词(见上文脚注 81)。

⁹² 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，临时措施，2006 年 7 月 13 日的命令，《2006 年国际法院案例汇编》，第 113 页起，见第 127-128 页，第 53 段：在该案中，即使一个明确的嗣后口头协定，也被一个缔约方定性为“嗣后惯例”。

⁹³ 见世贸组织上诉机构报告，美国—关于进口、营销和销售金枪鱼和金枪鱼产品的措施案，WT/DS381/AB/R，2012 年 6 月 13 日通过，第 371 段。这个问题还将在本专题以后阶段进一步讨论。

⁹⁴ 同上，第 366-378 段，特别是 372 段；Linderfalk,《关于条约的解释》(见上文脚注 59)，见第 164 页及以下各页。

到”之前的那项条约。⁹⁵ 在哥斯达黎加与尼加拉瓜关于航行和相关权利的争端案中，Guillaume 法官提到了根据两国的一项谅解备忘录在 San Juan 河开展旅游业的实际做法。⁹⁶ 然而并不清楚两国是否准备将这份备忘录用于解释所审议的边界条约。

(15) 在吴嘉玲等人诉入境事务处处长案⁹⁷ 中，中国香港终审法院在解释《中英联合声明》时采用了较为严格的做法。当事一方主张，《联合声明》第五条下的中英联合联络小组——由中国和联合王国的代表组成——就《联合声明》的解释达成了一致，其依据是一本声称“基于现行移民条例和实践以及[联合联络小组]中英双方的共同意见”编写的小册子。但法院不认为这可以确定小册子的目的是第三十一条第三款(a)项意义下的“解释或适用”《联合声明》。⁹⁸

(c) 第 2 段——对第三十一条第三款(b)项下“嗣后惯例”的定义

(16) 结论草案 4 第 2 段并不是要对可能用于条约解释目的的任何形式的嗣后惯例作出一般性定义。第 2 段只涉及作为作准解释资料的嗣后惯例，即第三十一条第三款(b)项所述、确定各缔约方对条约解释一致性的嗣后惯例。(狭义上的)这种嗣后惯例有别于(广义上的)一个或多个缔约方的其他“嗣后惯例”，后者并未确立缔约方的一致意见，但根据 1969 年《维也纳公约》第三十二条，可以作为解释的辅助手段。⁹⁹

(17) 第三十一条第三款(b)项下的嗣后惯例可以包括任何“行为”。使用的“行为”一词，与委员会关于国家对国际不法行为的责任条款第二条同义。¹⁰⁰ 因此，它不仅包括有助于确定一致意见的行为，也包括不作为，包括相关沉默。¹⁰¹ 至于在什么情况下不作为或沉默可能促成所有缔约方就条约的解释达成一致，结论草案 10[9]第 2 段作出了说明。

⁹⁵ 格陵兰和扬马延之间区域的海洋划界案，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 51 页，第 28 段。

⁹⁶ 航行权和相关权利争端案(见上文脚注 8)，专案法官纪尧姆的声明，第 290 页起，见第 298-299 页，第 16 段。

⁹⁷ 见吴嘉玲等人诉入境事务处处长案(上文脚注 62)。

⁹⁸ 同上，见 152-153 段。

⁹⁹ 关于这两种嗣后惯例形式的区分，见本评注下文第(23)和第(24)段。

¹⁰⁰ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 34-35 页，评注第(2)-(4)段。

¹⁰¹ 沃尔多克，《关于条约法的第三次报告》，《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件，第 61-62 页，第(32)-(33)段；隆瑞古寺案(柬埔寨诉泰国)，案情，1962 年 6 月 15 日的判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 23 页；在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，管辖权和可否受理，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 392 页起，见第 410 页，第 39 段；阿根廷和智利比格尔海峡争端案，《国际仲裁裁决汇编》，第 21 卷(出售品编号 E/F.95.V2)，第 53-264 页，见第 186-187 页，第 168-169 段。

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

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

“最后，鉴于双方都提到他们本国有关陆路运输的法律，专家组认为应当提及《维也纳公约》第二十七条，该条规定：“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。”这项规定指示本专家组无须审议国家法律，而只需研究适用的国际法。因此，不论是美国的国内法还是墨西哥的国内法，都不能用来解释《北美自由贸易协定》。这样做无异于适用一套不相干的法律框架。”¹⁰²

虽然 1969 年《维也纳公约》第二十七条肯定是有效而且重要的，但这项规则并不意味着国内法在条约适用上不能作为嗣后国家惯例的一个要素加以考虑。援引国内法为不履行条约辩解，和为解释一项条约法律规定提及国内法，这两者之间是有区别的。因此，国际裁判机构，特别是世贸组织上诉机构和欧洲人权法院都承认违反条约义务的国内法(和其他国内执行措施)不同于可用来解释条约的国内法和其他措施，并经常对二者作出区分。¹⁰³ 然而，应当指出，任何“适用条约方面的嗣后惯例”都暗含了“善意”这个要素。因此，明显滥用条约而不是善意地履行条约(即便有失误)，不能视为第三十一条和第三十二条意义上的“适用条约”。

(20) 第三十一条第三款(b)项下适用条约方面的嗣后惯例必须是“有关条约解释的”，这一要求与第三十一条第三款(a)项下的平行要求含义相同(见上文第(13)和第(14)段)。专门针对一项条约的嗣后惯例，即“有关条约解释的”惯例，与

¹⁰² 《北美自贸协定》仲裁专家组最后报告，跨界卡车运输服务(墨西哥诉美利坚合众国)，编号 USA-MEX-98-2008-01, 2001 年 2 月 6 日通过，第 224 段(脚注略)。

¹⁰³ 例如，世贸组织专家组报告，美国—版权法第 110(5)节条款案，WT/DS160/R, 2000 年 7 月 27 日通过，第 6.55 段；世贸组织专家组报告，美国—“归零”法的继续存在和适用案，WT/DS350/R, 2009 年 2 月 19 日通过，第 7.173 段；世贸组织上诉机构报告，美国—对中国某些产品确定征收的反倾销税和反补贴税案，WT/DS379/AB/R, 2011 年 3 月 25 日通过，第 335-336 段；CMS 燃气输送公司诉阿根廷共和国(美国/阿根廷双边投资条约)，就反对管辖权作出的裁决，2003 年 7 月 17 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/01/8，《2003 年解决投资争端国际中心案例汇编》，第 7 卷，第 492 页，第 47 段；V.诉英国[GC]，第 24888/94 号申诉，1999 年 12 月 16 日，《1999 年欧洲人权法院案例汇编》第九卷，第 73 段；Kart 诉土耳其[GC]，第 8917/05 号申诉，2009 年 12 月 3 日，《2009 年欧洲人权法院案例汇编》第六卷，第 54 段；Sigurður A. Sigurjónsson 诉冰岛，第 16130/90 号申诉，1993 年 6 月 30 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 264 号，第 35 段。

“适用条约”方面的其他惯例之间，常常很难作出区分。然而，又必须作出区分，因为只有缔约方采取的“有关条约解释的”行为，才有助于“作准”的解释，而对于第三十二条下的其他嗣后惯例则没有这项要求。

(21) 至于在什么情况下“缔约方对条约解释的一致”实际得到“确定”，结论草案 10[9]作出了说明。

(22) 第三十一条第三款(b)项并没有明确要求“惯例”必须是条约缔约方自己的行为。然而，首先是缔约方自己，通过他们的机构行事，¹⁰⁴ 或通过可归于这些机构的行为，具体践行条约，才可能确定它们的一致。至于其他行为方是否能够产生相关的嗣后惯例，结论草案 5 作出了说明。¹⁰⁵

(d) 第 3 段——“其他”嗣后惯例

(23) 结论草案 4 第 3 段论及“其他”嗣后惯例，即第三十一条第三款(b)项中没有提到的其他惯例。这一段论及结论草案 2[1]第 4 段中提到的“条约适用方面的其他嗣后惯例，作为第三十二条所称的补充的解释资料”。这种形式的嗣后惯例不要求所有缔约方一致同意，委员会在评注中最初是这样讲的：

“但是一般而言，作为解释的一个要素的一个缔约方的惯例或仅仅是部分缔约方的惯例，与所有缔约方都认可、显示他们对条约含义的共同理解共同惯例，不在同一个平面上。后一种嗣后惯例表明各缔约方对条约解释的认同，等同于一项解释性协定。因此，委员会认为，确定所有缔约方对条约解释共同理解的嗣后惯例应列入第 3 段[也即 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款的内容]，与解释性协定一并作为作准的解释资料。而单个国家在适用条约方面的惯例，只能作为第七十条中提到的“进一步的”解释资料之一加以考虑。”¹⁰⁶

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

(25) 自 1969 年《维也纳公约》通过后，这种“其他”嗣后惯例已被各种国际法院和其他裁判机构作为一种解释资料予以承认并适用(见下文第(26)段至(34)

¹⁰⁴ Karl, *Vertrag und spätere Praxis* ... (见上文脚注 67)，见第 115 页及以下各页。

¹⁰⁵ 见结论草案 5 第 2 段。

¹⁰⁶ 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/5809 号文件，第 204 页，第(13)段；另见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 221-222 页，第(15)段。

段)。然而,应当指出,世贸组织上诉机构在日本—酒精饮料案(二)中,¹⁰⁷为条约解释的目的提出了一个嗣后惯例的定义,该定义似乎认为,只有“确定了缔约方对条约解释的一致”的条约适用方面的这种嗣后惯例,才能用于条约解释的目的,而不是任何其他形式的、一个或多个缔约方的嗣后惯例:

“……用于解释条约的嗣后惯例,公认应当是‘协调、共同和一致的’系列行为或声明,足以确立一种明确的模式,表明缔约方对条约解释的一致。”¹⁰⁸

然而,国际法院和其他国际法院和法庭的判例法,乃至世贸组织争端解决机构自己的判例法(见下文第(33)和(34)段)都表明,符合1969年《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所有条件的嗣后惯例,就条约解释目的而言,并不是缔约方在适用条约方面唯一的嗣后惯例的形式。

(26) 例如,在卡西基里/塞杜杜岛案中,国际法院认为,一个缔约方委托一位技术专家编写的报告“始终是一份国内文件”,¹⁰⁹虽然不能代表第三十一条第三款(b)项下确定各缔约方一致意见的嗣后惯例,但仍可为国际法院根据其他解释资料得出的结论“提供支持”。¹¹⁰

(27) 解决投资争端国际中心的法庭也使用了国家的嗣后惯例作为广义上的解释资料。¹¹¹例如,在处理少数股权所有人是否享有投资保护条约中的权利和是否有资格进入解决投资争端国际中心的程序问题时,审理CMS燃气输送公司诉阿根廷案的法庭认为:

“国家惯例进一步支持了这种物换星移的意义所在。……少数和非控股参与也因此被纳入受保护的范畴,或被允许要求他们自身的权利。当今流行的各种一次性付清协议的做法……,还有其他例子,都证明国际索赔问题的处理日益灵活。”¹¹²

¹⁰⁷ 世贸组织上诉机构报告,日本—酒精饮料案(二),WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R和WT/DS11/AB/R,1996年11月1日通过,以及世贸组织专家组报告,WT/DS8/R、WT/DS10/R和WT/DS11/R,1996年11月1日通过。

¹⁰⁸ 同上(世贸组织上诉机构报告),E节,第16页。

¹⁰⁹ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注8),第1078页,第55段。

¹¹⁰ 同上,第1096页,第80段。

¹¹¹ O.K. Fauchald,“解决投资争端国际中心法庭的法律推理—实证分析”,《欧洲国际法杂志》,第19卷,第2号(2008年),第301页起,见第345页。

¹¹² CMS燃气输送公司诉阿根廷共和国(美国/阿根廷双边投资条约),就反对管辖权作出的裁决,2003年7月17日,解决投资争端国际中心案件编号ARB/01/8,《2003年解决投资争端国际中心案例汇编》,第7卷,第492页,第47段。

(28) 欧洲人权法院在 *Loizidou* 诉土耳其一案中裁定，该法院的解释“得到各缔约方嗣后惯例的确认”，¹¹³ 即“存在一种惯例，表明缔约方几乎普遍认为《公约》第二十五条和第四十六条……不允许作出领土或实质上的限制”。¹¹⁴ 欧洲人权法院经常借助缔约国的嗣后惯例——虽然并非一成不变——援引一国的法律或国内行政惯例作为解释资料。例如，在 *Demir* 和 *Baykara* 诉土耳其一案中，法院裁定，“关于欧洲国家的惯例，可以发现，它们中的绝大多数国家，公务员与主管机关进行集体谈判的权利是得到承认的，”¹¹⁵ “其余的少数例外，只能根据具体情况作出解释”。¹¹⁶

(29) 美洲人权法院在考虑到缔约方的嗣后惯例时，也没有将惯例的使用限于惯例确定了缔约方一致意见的案例。例如，在 *Hilaire、Constantine* 和 *Benjamin* 等人诉特里尼达和多巴哥一案中，美洲人权法院裁定，所有造成另一人死亡的行为必须判处死刑的做法，不符合《美洲人权公约》第四条第 2 款(只能对最严重的犯罪判处死刑)。为了支持这一解释，法院认为，“在这方面，有些例子值得考虑——那些仍然保留死刑的美洲国家法律中的例子”。¹¹⁷

(30) 《公民权利和政治权利国际公约》下设的人权事务委员会在审议为侵犯公约规定的权利提出的辩解时，对根据广义上的嗣后惯例提出的论点持开放态度。¹¹⁸ 委员会对《公约》第十九条第 3 款中较为笼统的规定(可允许的对言论自由的限制)做了解释，认为“在很多司法制度中都可以找到类似的限制，”¹¹⁹ 委员会的结论是，存在争议的法律所追求的目的，本身并没有超出《公约》第十九条第 3 款规定的合理目的。¹²⁰

(31) 国际海洋法法庭几次提到缔约方的嗣后惯例，但并没有核实这些惯例是否实际上确定了缔约方就条约解释的一致意思。例如，在 *M/V “SAIGA”* (第 2 号)

¹¹³ *Loizidou* 诉土耳其(初步反对意见)，第 15318/89 号申诉，1995 年 3 月 23 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 310 号，第 79 段。

¹¹⁴ 同上，第 80 段；值得一提的是，法院形容“这种国家惯例”是“统一和一贯的”，尽管法院承认，可能有两个国家例外(塞浦路斯和联合王国：“不管其意义如何”)，第 80 和 82 段。

¹¹⁵ *Demir* 和 *Baykara* 诉土耳其[GC]，第 34503/97 号申诉，2008 年 11 月 12 日，《2008 年欧洲人权法院案例汇编》，第 52 段。

¹¹⁶ 同上，第 151 段；相似的还有 *Jorgic* 诉德国，第 74613/01 号申诉，2007 年 7 月 12 日，《2007 年欧洲人权法院案例汇编》第三卷，第 69 段。

¹¹⁷ *Hilaire、Constantine* 和 *Benjamin* 等人诉特立尼达和多巴哥(见上文脚注 13)，*Sergio García Ramírez* 法官单独的赞同意见，第 12 段。

¹¹⁸ *Jong-Cheol* 诉大韩民国，意见，2005 年 7 月 27 日，第 968/2001 号来文，人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第六十届会议，补编第 40 号》(A/60/40)，第二卷，附件五，G 节。

¹¹⁹ 同上，第 8.3 段。

¹²⁰ 同上；另见 *Yoon* 和 *Choi* 诉大韩民国，意见，2006 年 11 月 3 日，第 1321/2004 和第 1322/2004 号来文，同上，《第六十二届会议，补编第 40 号》(A/62/40)，第二卷，附件七，V 节，第 8.4 段。

案中，¹²¹ 法庭根据《联合国海洋法公约》¹²² 审议了使用武力迫使船只停止航行的做法。法庭依据了“停止船只航行的通常做法”，但没有具体指明相关的国家惯例，而是假定存在某种一般标准。¹²³

(32) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 *Jelisić* 案判决中提到《防止及惩治灭绝种族罪公约》¹²⁴，指出：

“审判庭……根据《维也纳条约法公约》第三十一和第三十二条规定的解释条约的一般规则，解释《灭绝种族罪公约》的条款。……审判庭还考虑到有关公约的嗣后惯例。特别考虑到卢旺达问题国际刑事法庭做出的裁决。……各国的惯例，特别是国内法院体现的惯例，以及国际权威部门在这个领域里的工作也得到考虑。”¹²⁵

(33) 世贸组织的解决争端机构有时也对满足所有第三十一条第三款(b)项条件的“嗣后惯例”，与在适用条约方面其他形式的嗣后惯例之间作出区分，他们认为后者对条约解释目的而言也是相关的。例如，在美国版权法第 110(5)节条款案中¹²⁶ (未上诉)，专家组必须确定有关支付版权的“轻微例外原则”是否适用。¹²⁷ 专家组发现有证据表明在几个成员国的国内法中确有这种原则存在，指出：

“……我们忆及《维也纳公约》第三十一条第三款规定，出于解释的目的，应联系上下文考虑(a) 任何嗣后协定、(b) 嗣后惯例或(c) 任何对缔约方适用的相关国际法规则。我们注意到，当事方和一些第三方向我们提出了一些国家的事例，表明其国内法基于轻微例外原则的限制。我们认为，伯尔尼联盟成员国的版权法在 1948、1967 和 1971 年之前和之后，以及世贸组织成

¹²¹ M/V ‘SAIGA’ (第 2 号)案(圣文森特和格林纳丁斯诉圭亚那)，判决，《1999 年海洋法法庭案例汇编》，第 10 页起，见第 61-62 页，第 155-156 段。

¹²² 联合国，《条约汇编》，第 1883 卷，第 31363 号，第 3 页，第 293 条。

¹²³ M/V ‘SAIGA’ (第 2 号)案(见上文脚注 121)，见第 155-156 段；另见富丸号渔船案(日本诉俄罗斯联邦)，第 15 号案件，立即释放，判决，《2007 年海洋法法庭案例汇编》，第 74 页，第 72 段；蓝鳍金枪鱼案(新西兰诉日本；澳大利亚诉日本)，临时措施，1999 年 8 月 27 日的命令，《1999 年海洋法法庭案例汇编》，第 280 页，见第 45 和第 50 段。

¹²⁴ 联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页。

¹²⁵ 检察官诉 Goran Jelisić 案，审判庭，判决，1999 年 12 月 14 日，IT-95-10-T，第 61 段(脚注略)；相似的还有检察官诉 Radislav Krstić，审判庭，判决，2001 年 8 月 2 日，IT-98-33-T，第 541 段。

¹²⁶ 世贸组织专家组报告，美国—版权法第 110(5)节条款案，WT/DS160/R，2000 年 7 月 27 日通过。

¹²⁷ 见《与贸易有关的知识产权协议》，第 9 条第 1 款。

员国的版权法在《与贸易有关的知识产权协定》对它们生效之前和之后，其中所反映的各国的做法，证实了我们对轻微例外原则所做的结论。”¹²⁸

专家组为谨慎起见又补充了以下脚注：

“我们阐述这些国家惯例的例子，并非想对这些例子是否足以构成《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项含义内的“嗣后惯例”表达意见。”¹²⁹

(34) 在欧洲共同体—某些计算机设备关税分类案中，世贸组织上诉机构批评专家组没有作为相关的嗣后惯例，考虑世界海关组织协调制度委员会的决定：

“适当的解释还应包括研究现有的和相关的嗣后惯例。我们注意到，美国曾向专家组提出世界海关组织协调制度委员会 1997 年 4 月关于某些 LAN 设备按 ADP 机器分类的决定。新加坡作为专家组审理中的第三方，也提到这些决定。欧洲共同体指出，它曾对这些决定提出保留。……然而，我们认为，在解释关税减让税率表 LXXX 方面，海关组织的决定可能是相关的……”¹³⁰

因此，在经过认真研究之后，世贸组织的争端解决机构也承认第三十一条第三款(b)项下的“嗣后惯例”与更广义的嗣后惯例概念之间的区别，即后者并不要求所有条约缔约方之间的一致。¹³¹

(35) 在采用一个或几个缔约方，但不是所有条约缔约方的嗣后惯例作为第三十二条下解释的补充资料时，必须始终牢记，“一个国家的意见不构成国际法”。¹³² 无论如何，第三十一条第三款(b)项下达成一致的嗣后惯例——作为作准的解释资料，与第三十二条之下(广义)的其他嗣后惯例，两者之间的区别意味着

¹²⁸ 世贸组织专家组报告，美国—版权法第 110(5)节条款案，WT/DS160/R，2000 年 7 月 27 日通过，第 6.55 段(脚注略)。

¹²⁹ 同上，脚注 68。

¹³⁰ 见世贸组织上诉机构报告，欧共体—电脑设备案，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R，1998 年 6 月 22 日通过，第 90 段。另见 I. van Damme, 《世贸组织上诉机构对条约的解释》(牛津，牛津大学出版社，2009 年)，第 342 页。

¹³¹ 另见世贸组织上诉机构报告，美国—COOL 案，WT/DS384/AB/R 和 WT/DS386/AB/R，2012 年 7 月 23 日通过，第 452 段。

¹³² *Sempra Energy International* 诉阿根廷共和国，裁决，2007 年 9 月 28 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/02/16，第 385 段；另见 *Enron Corporation* 和 *Ponderosa Assets, L.P.* 诉阿根廷共和国，裁决，2007 年 5 月 22 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/01/3，第 337 段；世贸组织专家组报告，美国—大型民用飞机案(第二次申诉)，WT/DS353/R，2012 年 3 月 23 日通过，第 7.953 段中脚注 2420。

应给予前者更大的解释权重。国内法院有时没有明确区分第三十一条第三款下的嗣后协定和嗣后惯例与第三十二条下的其他惯例。¹³³

(36) 区分第三十一条第三款(b)项下的嗣后惯例与第三十二条之下的嗣后惯例，也有助于回答这一问题，即嗣后惯例是否需要一定频率的重复行动，¹³⁴ 或是否一次适用条约足矣。¹³⁵ 世贸组织的上诉机构认为：

“一个孤立的行为一般而言不足以形成嗣后惯例，必须是确定了缔约方之间一致的一系列行动，方为有效。”¹³⁶

然而，如果要在作为条约解释资料的嗣后惯例概念与缔约方之间可能的一致之间做出区分，频率并不是定义(第三十二条下)广义的“嗣后惯例”概念的必需要素。¹³⁷

(37) 因此，(第三十二条下)广义的“嗣后惯例”，涵盖了一个或多个缔约方的任何适用条约的行为。它可采取各种形式。¹³⁸ 具体而言，这种“一个或多个缔约方适用条约的行为”可包括直接适用有关条约——一个可归属于一缔约国适用条约的行为，或有关条约解释或适用的声明或司法宣示。这种行为可包括有关条约含义的官方声明，对不履行条约提出的抗议，或默认其他缔约方声明或行为。¹³⁹

¹³³ 例如，见：联合王国，上议院，深静脉血栓与航空旅行集团诉讼[2005] UKHL 72，第 54-55 段和第 66-85 段(Mance 勋爵)；联合王国，上议院，R (Al-Jedda)诉国防大臣[2007] UKHL 58，第 38 段；联合王国，上议院，R (Mullen)诉内政大臣[2004] UKHL 18，第 47 段(Steyn 勋爵)；联合王国，上议院，King 诉 Bristow 直升机公司(苏格兰) [2002] UKHL 7，第 80 段(Hope 勋爵)；新西兰，上诉法院，Zaoui 诉总检察长(第 2 号)[2005] 1 NZLR 690，第 130 段(Glazebrook J.)；新西兰，上诉法院，P.诉司法部长，ex parte A.P. [2004] 2 NZLR 28，第 61 段(Glazebrook J.)；德国，联邦行政法院，BVerfGE，第 104 卷，第 254 页起，见第 256-257 页；1988 年 11 月 29 日的判决，1 C 75/86 [1988]，*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*，第 765 页起，见第 766 页。

¹³⁴ Villiger, 《……评注》(见上文脚注 27)，第 431 页，第 22 段。

¹³⁵ Linderfalk, 《关于条约的解释》(见上文脚注 59)，第 166 页。

¹³⁶ 世贸组织上诉机构报告，日本—酒精饮料案(二)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，E 节，第 13 页。

¹³⁷ Kolb, *Interprétation et création du droit international*(Brussels, Bruylant, 2006), pp. 506-507.

¹³⁸ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013), at pp. 114 et seq.

¹³⁹ Karl, *Vertrag und spätere Praxis ...*(见上文脚注 67)，见第 114 页及以下各页。

结论 5

嗣后惯例的归属

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

评注

(1) 结论草案 5 涉及第三十一条和第三十二条所称的嗣后惯例的可能主体问题。“第三十一条和第三十二条所称”说明该结论草案既适用于作为 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所称的作准解释资料的嗣后惯例，也适用于作为第三十二条所称的补充解释资料的嗣后惯例。结论草案 5 第 1 段以肯定句式界定了条约适用中谁的行为可能构成第三十一条和第三十二条所称的嗣后惯例，而第 2 段以否定句式说明了哪些行为不构成第三十一条和第三十二条所称的嗣后惯例，但在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义。

(a) 第 1 段——归属

(2) 结论草案 5 第 1 段采用的说法“依国际法可归属于条约某一缔约方的任何适用条约的行为”借用了国家对国际不法行为的责任条款第 2 条(a)项的措词。¹⁴⁰ 相应的，“任何行为”包括行动和不行动，不限于一国国家机关的行为，还涵盖依国际法可归属于条约某一缔约方的任何行为。不够，提到国家对国际不法行为的责任条款并不代表相关行为应为“国际不法”行为(见下文第(8)段)。

(3) 国际法院在卡西基里/塞杜杜岛案中确认了这样一个实例：一种行为虽不是直接源于缔约方的行为，但仍构成国家惯例。法院在该案中认为，当地马苏比亚部落的成员对纳米比亚(前西南非洲)和博茨瓦纳(前贝专纳兰)边界上一个岛屿的经常使用可视为《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指的嗣后惯例，条件是这种使用：

“……与卡普里维当局的这一观点相关：1890 年条约规定的边界是沿乔贝河的南河道划定的；而且贝专纳兰当局完全了解这种使用并予以认可，以此作为对条约边界的确认。”¹⁴¹

¹⁴⁰ 国家对国际不法行为的责任条款及评注，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 35 页，评注第(4)段；为了条约解释的目的，国际组织的相关嗣后行为的归属问题在下文结论草案 12[11]中作了说明。

¹⁴¹ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，见第 1094 页，第 74 段。

(4) 第 1 段述及可归属于条约某一缔约方的任何适用条约的行为，但这并不意味着这种行为必定在给定案件中构成条约解释意义上的嗣后惯例。使用“可包括”的措辞意在反映这一点。这一说明的重要性特别体现于国家机关的行为可能违反该国在某一事项上的官方表述立场，从而导致国家行为的模棱两可。

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

(6) 国家在适用条约方面的嗣后惯例当然可以由 1969 年《维也纳公约》第七条所指高级政府官员实施。但是，由于大部分条约通常不是由高级政府官员适用，各国际法院和法庭认识到，低级主管机关的行为在某些情况下也可以构成适用条约方面的嗣后惯例。因此，国际法院在摩洛哥境内美国国民权利案中承认，应根据当地海关当局不一致的惯例灵活解释 1906 年《阿尔赫西拉斯国际会议总议定书》¹⁴² 第 95 条。¹⁴³ 各仲裁法庭的判例确认，相关嗣后惯例可来自下级官员。在德国外债案的裁决中，仲裁法庭将英格兰银行给德国联邦债务管理局的一封信作为相关嗣后惯例。¹⁴⁴ 在关于居住在法国的教科文组织退休职员所领退休金的征税制度案中，仲裁法庭原则上认可，法国税务部门不对教科文组织退休职员的退休金征税的惯例是相关嗣后惯例，但最终认为上级机关，即法国政府的一些相反的官方声明具有决定作用。¹⁴⁵

(7) 因此，下级和地方官员的做法可以成为“适用条约”的嗣后惯例，前提是该做法足够明确，且政府应该知道该做法且没有在合理时间内反对这种做法。¹⁴⁶

¹⁴² 34 Stat. 2905 (1902-1907)。

¹⁴³ 摩洛哥境内美利坚合众国国民权利案，1952 年 8 月 27 日的判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 211 页。

¹⁴⁴ 关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠和北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条 (e) 项条款的情况问题，1980 年 5 月 16 日的决定，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十九卷 (出售品编号 E/F.90.V.7)，第 67-145 页，见第 103-104 页，第 31 段。

¹⁴⁵ “关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题”，2003 年 1 月 14 日的决定，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷 (出售品编号 E/F.05.V.5)，第 231-266 页，见第 257 页第 66 段和第 259 页第 74 段。

¹⁴⁶ 见 Chanaki, *L'adaptation des traités* ... (见上文脚注 53)，第 323-328 页；Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注 5)，第 269-270 页；M. Kamto, 《国际法中的国家意志》，《2004 年海牙国际法学院讲义》，第 310 卷，第 9-428 页，见第 142-144 页；Dör, “Article 31...” (见上文脚注 52)，第 555-556 页，第 78 段。

(8) 委员会认为没有必要增加“出于条约解释的目的”这一短语来限制相关行为的范围。¹⁴⁷ 特别报告员曾提出这样的建议，目的是从“嗣后惯例”一词的范围中排除可归属于一国但并未起到表达一国在解释公约方面的相关立场作用的行为。¹⁴⁸ 但委员会认为，任何相关行为必须是“适用条约”的行为这一要求足以限制可能的相关行为的范围。“适用条约”这一概念要求善意的行为，因而明显的误用公约不在这一范围之内。¹⁴⁹

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

(10) “条约适用方面的嗣后惯例”将由根据条约要求须适用条约者(通常是缔约国本身)提出。伊朗—美国索赔法庭制定的一般规则如下：

“条约解释的一个公认原则是，要结合上下文一并考虑某项国际条约适用方面的任何嗣后惯例。不过，这种惯例必须是条约缔约国的惯例，并且确定了各缔约国关于条约解释的一致。

“解决方案谈判的参加者之一——伊朗中央银行是伊朗的一个实体，因而其惯例可归于作为《阿尔及尔宣言》缔约国之一的伊朗，但解决方案谈判和实际解决方案的其他参加者，即几家美国银行，并非美国政府的实体，因而它们的惯例不能如此归于作为《阿尔及尔宣言》另一当事方的美国”。¹⁵⁰

(11) 结论草案 5 第 2 段的第一句旨在反映该一般规则。它强调条约缔约国的主要作用，它们是条约的主人，并最终对条约的适用负责。这并不排除一种可能，

¹⁴⁷ 见 A/CN.4/660, 第 144 段(结论草案 4 第 1 段)。

¹⁴⁸ 同上，第 46 页，第 120 段。

¹⁴⁹ 见上文结论草案 4 的评注第(19)段。

¹⁵⁰ 见伊朗—美利坚合众国索赔法庭，美利坚合众国等诉伊朗伊斯兰共和国，第 108-A-16/582/591 FT 号裁决，《伊朗—美利坚合众国索赔法庭裁决汇编》，第 5 卷(1984 年)，第 57 页起，见第 71 页；相似的还有伊朗—美利坚合众国索赔法庭，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)，伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，同上，第 38 卷(2004-2009 年)，第 77 页起，见第 124-125 页，第 127-128 段；另见伊朗—美利坚合众国索赔法庭，第 ITL 37-111-FT 号中间裁决，“国际学校服务公司诉伊朗国家铜业公司”，同上，第 5 卷(1984 年)，第 338 页起，Lagergren 庭长的不同意见，第 348 页起，见第 353 页：“《维也纳公约》关于嗣后协定的规定系指条约当事国之间的协定，尽管伊朗伊斯兰共和国是该案仲裁当事方之一，但仲裁当事双方之间的和解协定很难被视为等同于均为条约缔约方的两国间的协定”。各项阿尔及尔声明(阿尔及利亚人民共和国政府的声明以及阿尔及利亚人民民主共和国政府就美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府处理索赔问题发表的声明)见 *International Legal Materials*, vol. 20, No. 1 (1981), pp. 224 and 230 (respectively), at pp. 232-233。

即如果非国家行为者的行为可以归属于某一缔约国，它也可能构成适用条约的一种形式。¹⁵¹

(12) 结论草案 5 第 2 段所述的“其他行为”可能是不同行为者的其他行为。具体而言，这些行为可能包括缔约方并非“适用条约”的行为、非条约缔约方的国家关于条约解释的声明、¹⁵² 条约监督机构或与解释所涉条约有关的争端解决机构的声明、¹⁵³ 受缔约国大会委派就条约条款的落实提供咨询意见的技术机构的行为或非国家行为者不同形式的行为或声明。

(13) 第 2 段第 2 句中的“评估嗣后惯例”应从广义上理解为涵盖查明嗣后惯例的存在和确定其法律意义。国际组织或非国家行为者等其他行为者的声明或行为有可能反映缔约国的相关嗣后惯例或成为其肇始者。¹⁵⁴ 但这种由其他行为者的行为反映或肇始的缔约国嗣后惯例不应并入缔约国本身的惯例，包括归属于缔约方的惯例。因而，非缔约国的行为者的活动仅有助于评估条约缔约方的嗣后惯例。

(14) 国际组织的决定、决议和其他惯例本身就可能与条约的解释相关。例如，1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(下称“1986 年《维也纳公约》”)¹⁵⁵ 第 2 条(j)项就确认了这一点，其中提及“确立的惯例”，将其作为“组织的规则”的一种形式。¹⁵⁶ 结论草案 5 仅涉及国际组织的惯例是否可以表明条约缔约国的相关惯例。

(15) 全球性国际组织根据任务为说明某一特定领域国家惯例而编写的报告具有相当的权威性。例如，《难民署根据关于难民地位的 1951 年公约和 1967 年议定书确定难民身份的程序和标准手册》(下称《难民署手册》)是一部重要出版物，

¹⁵¹ 例如，见伊朗—美利坚合众国索赔法庭(上文脚注 150)，Parviz Ansari 的不同意见，第 97 页起，见第 99 页。

¹⁵² 例如，见美利坚合众国关于人权事务委员会第 33 号一般性意见：缔约国在《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》下的义务的意见，2008 年 12 月 22 日，第 1 页，第 3 段(可查阅 www.state.gov/documents/organization/138852.pdf)。美国与解释《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》(联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页)有关的声明——虽然美国既不是该公约的当事国也不是缔约国——构成结论草案 5 第 2 段所称的“其他行为”。

¹⁵³ 例如，见国际法协会人权法和惯例委员会，“关于联合国人权条约监察机构调查结果影响的最后报告”，国际法协会第七十一届会议报告，柏林，2004 年 8 月 16 日至 21 日(伦敦，2004 年)第 621 页，第 21 段及以下各段。

¹⁵⁴ 见 Gardiner, *Treaty Interpretation*(见上文脚注 5)，第 270 页。

¹⁵⁵ A/CONF.129/15。

¹⁵⁶ 条约嗣后惯例的这方面将在本专题工作以后阶段进行讨论。

反映了国家惯例，因而也提供了相关指导。¹⁵⁷ 同样的还有所谓的 1540 汇总表，该表是根据 2004 年 4 月 24 日第 1540(2004)号决议设立的联合国安全理事会委员会对会员国所采取的执行措施的系统汇编。¹⁵⁸ 汇总表涉及 1972 年《关于禁止发展、生产和储存细菌及毒素武器和销毁此种武器的公约》¹⁵⁹ 以及 1993 年《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》执行的部分，¹⁶⁰ 构成了这些条约嗣后国家惯例的证据，以及对这些条约嗣后国家惯例的评估。¹⁶¹

(16) 其他非国家行为者也可在评估缔约方适用公约方面发挥重要作用。¹⁶² 红十字国际委员会(红十字委员会)就是一个这样的例子。除了完成关于保护战争受难者的日内瓦四公约和《国际红十字与红新月运动章程》赋予的一般性任务，¹⁶³ 红十字委员会还不时就 1949 年日内瓦四公约¹⁶⁴ 及各项附加议定书¹⁶⁵ 的解释提供指导，这是《运动章程》规定的任务。¹⁶⁶ 该章程第 5 条第 2 款(7)项规定：

¹⁵⁷ 见难民署，《根据关于难民地位的 1951 年公约和 1967 年议定书确定难民身份的程序和标准手册》(2011 年 12 月)，HCR/IP/4/Eng/REV.3(www.refworld.org/docid/4f33c8d92.htm)，前言；“Semunigus 诉澳大利亚移民和多元文化事务部长案”正确地否决了难民署手册本身体现国家惯例的意见，[1999] FCA 422(1999)，1999 年 4 月 14 日判决，第 5-13 段；但手册作为一项关于嗣后国家惯例的正确声明具有重要的证据份量。该手册的权威性基于 1951 年《关于难民地位的公约》(联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，第 137 页)第 35 条第 1 款，根据该款，“缔约各国保证同联合国难民事务高级专员办事处……在其执行职务时进行合作，并应特别使其在监督适用本公约规定而行使职务时获得便利”。

¹⁵⁸ 安全理事会 2004 年 4 月 24 日第 1540(2004)号决议，执行部分第 8(c)段；根据 1540 委员会的网页，“1540 汇总表是 1540 委员会使用的一个主要方法，用于汇总会员国执行联合国安全理事会第 1540 号决议工作的有关信息”(<http://www.un.org/en/sc/1540/nationalimplementation/matrix.shtml> (2016 年 5 月 11 日查阅))。

¹⁵⁹ 联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 14860 号，第 163 页。

¹⁶⁰ 联合国，《条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号，第 45 页。

¹⁶¹ 一般见 Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注 5)，第 270 页。

¹⁶² H.-P. Gasser, “红十字国际委员会(红十字委员会)”，《马克思普朗克国际公法百科全书》(见上文脚注 38)，第 20 段。

¹⁶³ 同上，第 25 段。

¹⁶⁴ 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》，同上，第 971 号，第 85 页；《关于战俘待遇之日内瓦公约》，同上，第 972 号，第 135 页；《关于战时保护平民之日内瓦公约》同上，第 973 号，第 287 页。

¹⁶⁵ 《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第一议定书)，1977 年，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页；《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第二议定书)，1977 年，同上，第 17513 号，第 609 页。

¹⁶⁶ 1986 年在日内瓦举行的第 25 届国际红十字大会通过，并于 1995 年和 2006 年进行了修正。可查阅：www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf(2016 年 5 月 17 日查阅)。

“根据委员会章程，该国际委员会的职责主要是：……(7)为了解和传播适用于武装冲突的国际人道法知识而努力工作，并为发展该法做好准备。”

2009 年，红十字委员会根据这项任务发布了《关于根据国际人道主义法直接参与敌对行动概念的解释指南》。¹⁶⁷ 该解释指南是基于有关国家条约和习惯做法的“专家进程”的成果，“反映了红十字委员会关于如何解释现行国际人道主义法的机构立场”。¹⁶⁸ 但在这方面，应注意到各国已重申其在发展国际人道主义法方面的主要作用。2011 年第 31 届红十字与红新月国际大会第 1 项决议在强调“[红十字委员会]的重要作用”的同时，“强调国家在发展国际人道主义法方面的主要作用”。¹⁶⁹

(17) 在评估缔约方嗣后惯例时可能具有意义的非国家行为者行为的另一实例是国际禁止地雷运动和集束弹药联盟的一项联合举措——监测组织。监测组织¹⁷⁰ 充当了 1997 年《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(《渥太华公约》)¹⁷¹ 和 2008 年《集束弹药公约》(《都柏林公约》)¹⁷² 事实上的监测机制。监测组织列出了缔约国和签署国的相关声明和惯例，并确认了除其他外、涉及《都柏林公约》的各种解释性问题。¹⁷³

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

(19) 委员会审议了是否应在结论草案 5 的案文中提及“社会惯例”，作为“在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义……的其他行为”的一个例子。¹⁷⁴ 考虑到一些委员就这一概念的含义和相关性表示的关切，委员会认为最好在评注中论述“社会惯例”可能的相关性问题。

(20) 欧洲人权法院有时认为，“社会接受程度增加”¹⁷⁵ 和“重大社会变革”¹⁷⁶ 就条约解释目的而言具有相关性。但法院援引“社会变革”或“社会接受”最终

¹⁶⁷ 日内瓦，2009 年，第 10 页。

¹⁶⁸ 同上，第 9 页。

¹⁶⁹ 第 1 号决议——加强对武装冲突受害者的法律保护，2011 年 12 月 1 日。

¹⁷⁰ 见 www.the-monitor.org。

¹⁷¹ 联合国，《条约汇编》，第 2056 卷，第 35597 号，第 211 页。

¹⁷² 联合国，《条约汇编》，第 2688 卷，第 47713 号，第 39 页。

¹⁷³ 例如，见《2011 年集束弹药监测报告》，第 24-31 页。

¹⁷⁴ 见 A/CN.4/660，第 129 段及以下各段。

¹⁷⁵ Christine Goodwin 诉联合王国[GC]，第 28957/95 号申诉，2002 年 7 月 11 日，《2002 年欧洲人权法院案例汇编》第六卷，第 85 段。

¹⁷⁶ 同上，第 100 段。

仍与国家惯例有关。¹⁷⁷ Dudgeon 诉联合王国案¹⁷⁸ 和 Christine Goodwin 诉联合王国案¹⁷⁹ 等重要案件尤为如此。在 Dudgeon 诉联合王国案中，法院指出，“欧洲委员会大多数成员国认为，将当前所讨论的这种同性性行为当作一种本身应适用刑法制裁的事项来处理不再必要，也不再适当”，因此法院不能“忽视成员国国内法在这方面发生的显著变化”，从而裁定人们“更加宽容同性恋行为”。¹⁸⁰ 法院还指出，“在北爱尔兰本身，当局近年来也不再执行该法”。¹⁸¹ 在 Christine Goodwin 诉联合王国案中，法院重视“明确、无可争议的证据所表明的一个持续的国际趋势，这一趋势不仅支持社会更加接受变性者，而且支持从法律上承认手术后变性者的新性别身份。”¹⁸²

(21) 欧洲人权法院因此核实社会发展是否已实际体现在国家惯例中。例如，在涉及非婚生儿童地位问题的案件¹⁸³ 以及关于宣称罗姆人(“吉普赛人”)有权由市政当局指定一个临时居住地，以便保持其居无定所的生活方式的案件¹⁸⁴ 便是如此。

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

¹⁷⁷ 另见 I. 诉联合王国[GC]，第 25680/94 号申诉，2002 年 7 月 11 日，第 65 段；Burden 和 Burden 诉联合王国[GC]，第 13378/05 号申诉，2006 年 12 月 12 日，第 57 段；Shackell 诉联合王国(裁定)，第 45851/99 号申诉，2000 年 4 月 27 日，第 1 段；Schalk 和 Kopf 诉奥地利，第 30141/04 号申诉，2010 年 6 月 24 日，第 58 段。

¹⁷⁸ Dudgeon 诉联合王国，第 7525/76 号申诉，1981 年 10 月 22 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 45 号，特别是第 60 段。

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

¹⁸⁰ Dudgeon 诉联合王国，第 7525/76 号申诉，1981 年 10 月 22 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 45 号，第 60 段。

¹⁸¹ 同上。

¹⁸² Christine Goodwin 诉联合王国[GC]，第 28957/95 号申诉，2002 年 7 月 11 日，《2002 年欧洲人权法院案例汇编》第六卷，第 85 段；另见同上，第 90 段。

¹⁸³ Mazurek 诉法国，第 34406/97 号申诉，2000 年 2 月 1 日，《2000 年欧洲人权法院案例汇编》第二卷，第 52 段；另见 Marckx 诉比利时，第 6833/74 号申诉，1979 年 6 月 13 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 31 号，第 41 段；Inze 诉奥地利，第 8695/79 号申诉，1987 年 10 月 28 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 126 号，第 44 段；Brauer 诉德国，第 3545/04 号申诉，2009 年 5 月 28 日，第 40 段。

¹⁸⁴ Chapman 诉联合王国[GC]，第 27238/95 号申诉，2001 年 1 月 18 日，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第一卷，第 70 和 93 段；另见 Lee 诉联合王国[GC]，第 25289/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 95-96 段；Beard 诉联合王国[GC]，第 24882/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 104-105 页；Coster 诉联合王国[GC]，第 24876/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 107-108 段；Jane Smith 诉联合王国[GC]，第 25154/94 号申诉，2001 年 1 月 18 日，第 100-101 段。

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。

评注

(1) 结论草案 6 的目的是要表明，嗣后协定和嗣后惯例作为解释手段必须加以识别。

- (a) 第 1 段第一句——“就条约的解释”采取立场，特别是通过条约的“适用”采取立场

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

(3) 第三十一条第三款(a)项所称的嗣后协定必须是“关于条约之解释或其规定之适用”的，第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例必须是“在条约适用方面”的，因而“对条约的解释”确立了协定。¹⁸⁵ 在第三十一条第三款中，“解释”和“适用”两个术语之间的关系并非一目了然。“解释”是澄清条约含义包括其中一项或多项条款的含义的过程。“适用”包括全部或部分地行使条约规定的权利或履行其义务的行为。“解释”是指心理过程，而“适用”侧重于实际的行为(作为或不作为)。从这个意义上说，这两个概念是有区别的，并且可以用于第三十一条第三款之下的不同用途(见下文第(4)至(6)段)，但他们也密切相关，互以对方为基础。

(4) 虽然可能有一些“解释”方面会一直与条约的适用无关，¹⁸⁶ 但条约的适用几乎必然涉及某种解释因素——即使在有关规则从表面看来是一目了然的情况

¹⁸⁵ 见上文结论草案 4，第 1-3 段，及评注的第(17)-(20)段。

¹⁸⁶ 根据 G. Haraszti 的看法，“……解释将阐明案文的意思视为其目标，而适用意味着说明给缔约各方带来的后果”(见 Haraszti, 《……一些基本问题》(上文脚注 59)，第 18 页)；不过他承认，“不论以何种形式呈现的法律规则，除非其内容得到阐明，否则不可能适用”(同上，第 15 页)。

下。¹⁸⁷ 因此，“关于条约之解释”的协定或行为以及关于“条约适用方面”的协定或行为都意味着各方就条约的解释采取了立场，或者可将这种立场归于他们。¹⁸⁸ 在第三十一条第三款(a)项(第一项选择)“关于……条约规定之适用的嗣后协定”的情况下，对条约解释的立场是各方具体并有目的地采取的，而在第三十一条第三款(a)项(第二项选择)“关于条约之适用的嗣后协定”的情况下，这一点不那么容易辨认出来。¹⁸⁹ 假设根据第三十一条第三款(b)项进行的一些简单的适用行为即“根据所解释的条约而采取的每一项措施”隐含着“通过适用”进行解释的立场，¹⁹⁰ 那么第三十一条第三款(a)项中的“或”字并不是描述“解释”和“适用”之间的互相排斥关系。

(5) 然而，条约的“适用”的意义，就其解释的目的而言，不限于识别有关缔约国围绕条约的解释而采取的立场。事实上，适用条约的方式不仅有助于确定条约的意义，而且有助于识别该缔约国所采取的解释在多大程度上是“有根基的”，从而或多或少是稳固确立的。

(6) 应该指出的是，条约的“适用”并不一定反映缔约国有这样的立场，即这种适用是根据条约在当时情况下在法律上唯一可能的适用。¹⁹¹ 而且，“适用”的概念并不排除某些非国家行为者的行为，如果条约承认这些行为是适用的形式而且可归于缔约方的话。¹⁹² 这些行为因而可构成确立缔约方之间协定的惯例。最后，在适用条约时的某一特定行为的法律意义不局限于其可能根据第三十一条

¹⁸⁷ 哈佛条约法草案，《美国国际法杂志(增刊)》，第 29 卷，1935 年，第 663 页起，见第 938-939 页；Lord McNair,《条约法》(1961 年，克拉伦登出版社，牛津)，第 372 页；Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 6)，第 116 页；国际法不成体系问题研究组 2006 年报告(A/CN.4/L.682 和 A/CN.4/L.682/Corr.1)，第 423 段；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 5)，第 28-30 页和第 238 页；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 6)，第 47 页；U. Linderfalk,“《维也纳公约》第三十一和第三十二条的等级结构是否真实？对解释规则进行解释”，《荷兰国际法评论》，第 54 卷，第 1 号(2007 年)，第 141-144 页和第 147 页；G. Distefano,“条约缔约国的嗣后惯例”，《法国国际法年鉴》，第 40 卷(1994 年)，第 44 页；Villiger,“解释的规则……”(见上文脚注 52)，第 111 页。

¹⁸⁸ Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 5)，第 266 页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注 59)，第 162 页；Karl, *Vertrag und spätere Praxis...*(见上文脚注 67)，第 114 和第 118 页；Dör,“第三十一条……”(见上文脚注 52)，第 556 页，第 80 和第 82 段。

¹⁸⁹ 这个第二项备选案文应巴基斯坦提议而提出，但其范围和目的从未得到讨论或澄清，见《联合国条约法会议，第一和第二届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11, 联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，第 31 次会议，1968 年 4 月 19 日，第 168 页，第 53 段。

¹⁹⁰ 见 Linderfalk,《论条约的解释》(上文脚注 59)，第 164-165 页和第 167 页；另见结论草案 2[1] 第 4 段和结论草案 4 第 3 段。

¹⁹¹ 见下文结论草案 7，第 1 段。

¹⁹² 见 Boisson de Chazournes,“嗣后惯例、惯例……”(上文脚注 28)，第 53 页起，见第 54、56 及 59-60 页。

对解释作出的贡献，而且可能对履行举证责任¹⁹³或满足其他规则的条件¹⁹⁴作出贡献。

(7) 在未受一项条约义务驱动的情况下而在嗣后发生的行为，不是“在适用条约之中”的行为，也不是第三十一条第三款意义上的“关于”条约解释的行为。例如，在关于联合国某些费用的咨询意见中，一些法官怀疑联合国会员国继续支付它们的会费是否等于接受该组织的某些做法。¹⁹⁵ 菲茨莫里斯法官在这方面拟订了著名的警告，他说，“从实践中得出的论点，如果走得太远，则会招来问题”。¹⁹⁶ 菲茨莫里斯认为，“从会员国付费这个单纯的事实推断出它们必然在所有情况下都承认存在着付费的实在法义务，这几乎是不可能的”。¹⁹⁷

(8) 同样，国际法院在审理卡塔尔和巴林之间海洋划界和领土问题案时认为，1987 年协议(关于将争端提交法院管辖的协议)的当事方努力缔结一项附加的特别协定(该协定将说明争端所涉的事项)并不意味着这样的附加协定的缔结实际上被当事方认为是确立法院管辖权的必要条件。¹⁹⁸

(9) 另有一个自愿性惯例的例子，其本意不是“在适用条约”或“关于解释条约”，它涉及难民法方面的“补充保护”问题。依据《关于难民地位的公约》而被剥夺难民地位的人仍然常常获得“补充保护”，这相当于该公约之下的那种保护。然而给予补充保护的国家不认为自己是在“适用”该公约或就公约“解释”而行事。¹⁹⁹

(10) 有时很难将第三十一条第三款(a)项和(b)项涉及条约的解释或适用的有关嗣后协定或惯例与条约更大背景下的其他行为或发展，其中包括在条约主题事项领

¹⁹³ 见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(格鲁吉亚诉俄罗斯联邦)，初步反对意见，判决，《2011 年国际法院案例汇编》，第 70 页，见第 117 页，第 105 段，国际法院在这里否认某些行为(声明)已经满足了举证责任，能证明俄罗斯联邦在 1999 年至 2008 年期间履行了其按照《消除一切形式种族歧视国际公约》所承担的义务，这特别是因为有关行为不是专门为了公约而实施的。根据辛马法官的意见，举证责任已经在一定程度上得到履行，见辛马法官的个别意见，同上，第 199-223 页，第 23-57 段。

¹⁹⁴ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，国际法院不仅从条约的解释角度而且从取得时效的角度分析了嗣后惯例(见第 1092 页，第 71 段，第 1096 页，第 79 段，及第 1105 页，第 97 段)。

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

¹⁹⁶ 同上，第 201 页。

¹⁹⁷ 同上。

¹⁹⁸ 卡塔尔和巴林之间的海洋划界和领土问题案(卡塔尔诉巴林)，管辖权和可否受理，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 76 页，第 28 段。

¹⁹⁹ 见 A. Skordas, “一般规定：第五条”，载于《1951 年〈关于难民地位的公约〉及其 1967 年议定书：评注》，A. Zimmermann(编)(牛津，牛津大学出版社，2011 年)，第 682 页，第 30 段；J. McAdam, 《国际难民法律中的补充保护》(牛津，牛津大学出版社，2007 年)，第 21 页。

域的“同时代发展”加以区分。然而这样的区分是重要的，因为唯有缔约方就解释作出的行为才能将其特定的权威引入到解释的过程中。一般的规则似乎是，协定或惯例越是具体关系到一个条约的解释，它就能根据第三十一条第三款(a)项和(b)项获得越多的解释性权重。²⁰⁰

(11) 根据第三十一条第三款(a)项和(b)项将嗣后协定或嗣后惯例加以定性，视其就条约的解释采取了立场，往往需要仔细的事实分析和法律分析。从司法实践和国家实践中摘取的例子可以说明这一点。

(12) 国际法院的审判实践提供了若干例子。一方面，法院不认为两国“部长级联合公报”包括在“自由航行权传统的基础”之内，因为“他们设立的合作模式很可能得到修改以适合双方。”²⁰¹但是法院还认为，由于就条约的解释缺乏某些主张，或者在适用方面缺乏某些形式，这就构成一种惯例，表明了缔约方的一种法律立场，根据这种立场，根据关于有毒武器的各项条约，核武器是不受禁止的。²⁰²在任何情况下，缔约方意见的集体表达的确切意义，只能通过仔细考虑才能查明以下问题：这种表达是否以及在何种程度上是有意“关于条约的解释”的。因此，法院在南极捕鲸案中认为，缔约国以协商一致方式认可的[国际捕鲸委员会]的有关决议和准则要求缔约国考虑到是否能实际上利用非致命性的研究方法科学地实现研究目标，但它们并不是确立一项要求，即只有当其他方法不可用时才能使用致命的方法。²⁰³

(13) 伊朗—美国索赔法庭曾面对过这样的问题：《索赔解决声明》是否迫使美国将军事财产归还伊朗。法庭提及缔约方的惯例，认定这一条约隐含着在不归还时存在着赔偿义务：²⁰⁴

“66. ……虽然总声明的第9段并没有明确说一旦因1979年11月14日之前适用的美国法律规定而某些物品不能归还时则有补偿伊朗的任何义务，但法庭认为，这样的义务隐含在该段里。

²⁰⁰ 关于协定或惯例作为解释手段的“权重”，见下文结论草案9[8]，第1-3段；区别当事方在解释条约方面的具体行为与一般性发展的必要性和困难性的实例见海洋争端案(秘鲁诉智利)，判决，《2014年国际法院案例汇编》，第3页，见第41-58页，第103-151段。

²⁰¹ 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注8)，第234页，第40段；另参阅卡西基里/塞杜杜岛案(上文脚注8)，见第1091页，第68段，法院在这里暗示，当事方之一某些实际合作的形式对于解决目前的边界问题有法律意义，因而不同意另一当事方的相反立场。

²⁰² 以核武器相威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第226页起，见第248页，第55-56段；另参阅石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996年国际法院案例汇编》，第803页起，见第815页，第30段；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注5)，第262-264页。

²⁰³ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参加诉讼)，判决，《2014年国际法院案例汇编》，第226页起，见第257页，第83段。

²⁰⁴ 见伊朗—美国索赔法庭，伊朗伊斯兰共和国和美利坚合众国，《伊朗—美国索赔法庭裁决汇编》，第382-B1-FT号部分裁决，第19卷(1989年)，第294-295页。

.....

“68. 此外，法庭指出，载于上文第 66 段的解释是与缔约方适用阿尔及尔协定的嗣后惯例，特别是与美国的行为是一致的。这样的惯例，根据《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项，在解释条约时也应考虑到。美国在 1981 年 3 月 26 日致函伊朗，告知它国防物品的出口将不能获批准时，明确表示，“伊朗在设备方面的成本将尽可能报销。”

霍尔茨曼法官在反对意见中批评了这一立场：

“一缔约国的嗣后行为，只有当它似乎是由条约引发时，才是解释条约的一个适当基础。在这里，没有任何证据说明，甚至没有可能主张，美国为伊朗的财产予以赔偿的意愿是对人们感知到的第 9 段规定的义务的回应。这种行为同样与承认关于付款的合同义务一致。在没有任何迹象表明行为是由条约引发的情况下，使用该行为解释条约是不正确的。”²⁰⁵

多数人意见和反对意见一起表明，必须认真分析缔约方是否通过协定或行为就“关于条约的解释”采取了立场。

(14) 有时也可从条约的具体规定的特性推断出缔约国就条约的解释采取了立场这一事实。²⁰⁶ 适用条约方面的嗣后惯例往往包括国家不同机关(行政、立法、司法或其他机关)在不同级别(国内和国际)有意识地适用条约的行为，而欧洲人权法院，举例来说，在大多数情况下不明确处理特定惯例的实施是否涉及“解释”公约这一问题。²⁰⁷ 因此，描述在成员国国内法律的情况时，法院很少问某一种特定的法律形势是否是对公约的可能要求进行了讨论的立法程序的结果。法院实际上假定，成员国在进行立法或以其他特定方式行事时意识到其在公约下的义务，而且它们的行事方式反映出它们对自己义务的理解。²⁰⁸ 美洲人权法院有时也使用立法实践作为一种解释手段。²⁰⁹ 与国际法院一样，欧洲人权法院甚至偶尔认

²⁰⁵ 霍尔茨曼法官的个别意见，部分赞同、部分反对，同上，第 304 页。

²⁰⁶ 见与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例第二次报告(A/CN.4/671)，第 15 段。

²⁰⁷ 例如见 *Soering* 诉联合王国，第 14038/88 号，1989 年 7 月 7 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 161 号，第 103 段；*Dudgeon* 诉联合王国，第 7275/76 号，1981 年 10 月 22 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 45 号，第 60 段；*Demir 和 Baykara* 诉土耳其[大审判庭]，第 34503/97 号，2008 年 11 月 12 日，欧洲人权法院 2008，第 48 段；然而作为对照，请比较 *Mamatkulov 和 Askarov* 诉土耳其案[大审判庭]，第 46827/99 号和第 46951/99 号，《2005 年欧洲人权法院案例汇编》，第一卷，第 146 段；*Cruz Varas* 等人诉瑞典，第 15576/89 号，1991 年 3 月 20 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 201 号，第 100 段。

²⁰⁸ 见脚注 207；另见 *Marckx* 诉比利时，第 6833/74 号，1979 年 6 月 13 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 31 号，第 41 段；*Jorgic* 诉德国，第 74613/01 号，2007 年 7 月 12 日，《2007 年欧洲人权法院案例汇编》，第三卷，第 69 段；*Mazurek* 诉法国，第 34406/97 号，2000 年 2 月 1 日《2000 年欧洲人权法院案例汇编》，第二卷，第 52 段。

²⁰⁹ 例如见 *Hilaire、Constantine 和 Benjamin* 等人诉特立尼达和多巴哥案(见上文脚注 13)，第 12 段。

为，缔约方对公约的某一特定解释“缺乏任何理解”可能表示它们就条约的解释采取了一种立场。²¹⁰

(15) 《关于战俘待遇的日内瓦公约》²¹¹ 第 118 条规定：“战事停止后，应立即释放或遣返战俘，不得迟延。”缔约国故意没有宣布战俘不愿被遣返的意愿是相关的，以防止各国胡乱援引战俘的意愿以延缓遣返战俘。²¹² 然而红十字会始终坚持将战俘不被遣返的意愿得到尊重作为其参与的条件。²¹³ 这种做法已经反映在缔约国的惯例之中，然而这并不一定意味着第 118 条应解释为是要求在进行遣返时不得违反战俘的意愿。红十字会在对习惯国际人道主义法所作的研究中在对第 128 A 条规则的评注里仔细地指出：

“根据《日内瓦第四公约》，不得将任何被保护人移送至‘因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由’的国家[《关于战时保护平民之日内瓦公约》第四十五条第四款]。《日内瓦第三公约》不包含类似的条款，但自 1949 年以来的惯例已发展到这样的程度，即在红十字会发挥中立调解者角色的每一次遣返行动中，无论是国际还是非国际冲突，冲突各方接受了红十字会的参与条件，这包括红十字会能够在遣返(或非国际性武装冲突时则为释放)之前，通过私下与有关人员面谈，检查他们是否希望被遣返(或释放)。”²¹⁴

(16) 这一措辞表明，尊重战俘意愿这一国家惯例仅存在于红十字会参与且提出了尊重战俘意愿这一条件的案件中。各国从这一惯例中得出了不同结论。²¹⁵ 2004 年《联合王国手册》规定：

“较有争议的问题是，是否即便违背战俘本人的意愿，也必须将其遣送回国。最近的国家惯例表明，不应这么做。联合王国的政策是，不应违背战俘意愿将其遣送回国。”²¹⁶

²¹⁰ Bankovic 等人诉比利时及 16 个其他缔约国(裁决)[大审判庭]，第 52207/99 号，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第十二卷，第 62 段。

²¹¹ 见上文脚注 164。

²¹² C. Shields Delessert, 《敌对活动结束后释放与遣返战俘》(苏黎世, Schulthess, 1977 年), 第 145-156 页和第 171-175 页; 关于一般遣返义务, 见 S. Krähenmann, “武装冲突中保护战俘”, 载于《国际人道主义法手册》, 第 3 版, D. Fleck 编(牛津, 牛津大学出版社, 2013 年), 第 409-410 页。

²¹³ 因此, 红十字委员会通过自己的介入, 力求调和快速遣返与尊重战俘意愿这两种利益(见 Krähenmann, “武装冲突中保护战俘”(上文脚注 212), 第 409-410 页)。

²¹⁴ J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck 编, 《国际人道主义习惯法》, 第 1 卷: 《规则》(剑桥, 红十字国际委员会和剑桥大学出版社, 2005 年), 第 455 页(脚注略)。

²¹⁵ J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck 编, 《国际人道主义习惯法》, 第 2 卷: 《惯例》(剑桥, 红十字国际委员会和剑桥大学出版社, 2005 年), 第 2893-2894 页, 第 844-855 段, 以及对澳大利亚、以色列、荷兰和西班牙的在线更新, 可查阅 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_section_d。

²¹⁶ 大不列颠及北爱尔兰联合王国, 国防部, 《武装冲突法手册》(牛津, 牛津大学出版社, 2004 年), 第 205-206 页, 第 8.170 段(脚注略)。

(17) 专门将“必须”和“应”二词同时使用，说明联合王国同其他国家一样，并不认为嗣后惯例反映了必须始终尊重战俘公开宣称的意愿这种条约解释。²¹⁷

(18) 源自判例法和国家惯例的上述例子证明，有必要仔细识别和解释嗣后协定与嗣后惯例，特别是要问清，缔约方是否通过协定或惯例就条约的解释采取了立场，或者是否有其他考虑。²¹⁸

(b) 第 1 段第 2 句——暂不适用条约和仅确立实际安排

(19) 第 1 段第二句只起说明作用。该句是指两类需要与关于条约解释的惯例作出区分的情况。

(20) 缔约方拥有共同嗣后惯例不一定表明缔约方就条约的解释达成了协议，也可能意味着缔约方商定暂不适用条约，²¹⁹ 或商定确立一种实际安排(临时协议)。²²⁰ 以下例子起说明作用：

(21) 1864 年《改善战地武装部队伤员境遇日内瓦公约》第七条规定，“医院、救护车和疏散队应采用特殊的统一旗帜。……[这一]……旗帜应绘以白底红十字。”²²¹ 1877-1878 年俄土战争期间，奥斯曼帝国宣布，未来将以白底红新月作为救护车标志，同时尊重保护敌方救护车的红十字标志，并表示《公约》的特殊标志“‘迄今一直让土耳其无法行使《公约》规定的权利，因为这一标志冒犯了穆斯林士兵’”。²²² 因为这一声明，奥斯曼帝国、瑞士(作为保存国)和其他缔约方经通信商定，接受红新月标志，但仅限冲突期间。²²³ 在 1899 年和 1907 年海牙和平会议上以及 1906 年举行的 1984 年《日内瓦公约》修约会议期间，奥斯曼

²¹⁷ 美国的手册只提到患病或受伤的战俘的意愿，见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《国际人道主义习惯法》，第 2 卷：《惯例》(上文脚注 215)，第 2893-2894 页，第 844-855 段；但美国在第二次海湾战争之后的惯例是由红十字委员会来确定战俘的意愿并采取相应行动(美利坚合众国，国防部，《波斯湾战争行为：提交国会的最终报告》(美国政府印刷局，1992 年)，第 707-708 页，可查阅 www.globalsecurity.org/military/library/report/1992/cpgw.pdf)。

²¹⁸ A/CN.4/671, 第 11-18 段。另见 L. Crema, “《维也纳公约》之内和之外的嗣后协定与嗣后惯例”，载于 Nolte, 《条约与嗣后惯例》(见上文脚注 11)，第 25-26 页。

²¹⁹ 见 A/CN.4/671, 第 33 页，第 71 段。

²²⁰ 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 8)，第 243-235 页，第 40 段；乌拉圭河纸浆厂案(见上文脚注 8)，第 14 页起，见第 65-66 页，第 138-140 段；J. Crawford, “对《维也纳条约法公约》第三十一条第三款的合意主义解释”，载于 Nolte, 《条约与嗣后惯例》(见上文脚注 11)，第 32 页；另一案例见 A/CN.4/671, 第 72 段；及 J. R. Crook, “美国当代惯例”，《美国国际法期刊》，第 105 期(2011 年)，第 775 页及以后各页，见第 809-812 页。

²²¹ 见红十字委员会，《国际红十字手册》，第 12 版(日内瓦，1983 年)，第 20 页。

²²² “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés”，第 29 号(1877 年 1 月)，第 35-37 页，引用于 F. Bugnion, 《红十字标志简史》(日内瓦，红十字委员会，1977 年)，第 15 页。

²²³ 同上，第 31 号(1877 年 7 月)，第 89 页，引用于 Bugnion, 《红十字标志……》(见上文脚注 222)，第 18 页。

帝国、波斯和暹罗要求将红新月、红狮与日以及红焰标志加入《公约》未果。²²⁴ 不过在 1906 年，奥斯曼帝国和波斯至少让两国为此提出的“保留”得到了接受。²²⁵ 但是，1906 年奥斯曼帝国和波斯的保留获得接受，并不意味着各缔约方认可，在 1906 年之前未受异议的嗣后惯例就已经以特定方式解释了 1864 年《日内瓦公约》。至少到 1906 年，奥斯曼帝国和波斯的惯例都不被视为 1864 年《日内瓦公约》的内容，只是将其作为不改变一般条约义务的暂行特例措施予以接受。

(c) 第 2 段——各种形式

(22) 结论草案 6 第 2 段的目的在于，承认第三十一条第三款(a)项和(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例可能具有各种形式。委员会已承认第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例包括适用条约过程中任何可能有助于商定对该条约的解释的“行为”，包括某些情况下的不行为。²²⁶ 根据所涉条约的情况，这不仅包括对外行为，例如国际一级的正式行动、声明和投票，还包括国内的立法、行政和司法行为，甚至可能包括可归属于一个或多个缔约方并在该条约认为属于其适用形式范围内的非国家行为者的行为。²²⁷ 因此，可能催生第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例的个人行为无需满足任何特定正式标准。²²⁸

(23) 国际一级的嗣后惯例不一定是联合行为。²²⁹ 只要行为并行发生即可。至于并行活动是否实际上表达了某特定案件中对某项条约解释的共同理解(协定)，则是另一项单独的问题(见下文结论草案 10[9]第 1 段)。²³⁰ 嗣后协定既见于有法

²²⁴ Bugnion, 《红十字标志……》(见上文脚注 222), 第 19-31 页。

²²⁵ 1923 年埃及通过继承而加入, 见 Bugnion, 《红十字标志……》(见上文脚注 222), 第 23-26 页; 1929 年修订各项日内瓦公约时, 土耳其、波斯和埃及声称, 使用其他标志已成为既成事实, 且这些标志已在实践中使用而未致任何异议, 红新月和红狮与日这才最终被 1929 年《改善战地武装部队伤者病者境遇日内瓦公约》第十九条第二款承认为特殊标志(国际联盟, 《条约汇编》, 第 118 卷, 第 2733 号, 第 303 页)。

²²⁶ 见上文结论草案 4 的评注, 第(17)-(20)段。

²²⁷ 例如见上文结论草案 5 的评注; Boisson de Chazournes, 《嗣后惯例……》(上文脚注 28), 第 54、56 和 59-60 页; Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5), 第 257-259 页; 另见海洋争端案(秘鲁诉智利), 判决, 《2014 年国际法院案例汇编》, 第 3 页起, 见第 42-45 页, 第 103-111 段和第 48-49 页, 第 119-122 段, 以及第 50 页, 第 126 段; D'Är, “第三十一条……”(见上文脚注 52), 第 555-556 页, 第 78 段。

²²⁸ Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5), 第 226-227 页。

²²⁹ 柏威夏寺案(见上文脚注 101), 第 33 页; 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8), 第 1213 页, 第 17 段(帕拉—阿朗古伦法官的不同意见)。

²³⁰ 尼加拉瓜和洪都拉斯之间在加勒比海的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯), 判决, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 659 页起, 见第 737 页, 第 258 段; 但是, 见大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国), 判决, 《1982 年国际法院案例汇编》, 第 18 页起, 见第 83-84 页, 第 117 段, 在此段中, 法院将争议双方授予的特许权视为双方默示协定的证据; 另见海洋争端案(秘鲁诉智利), 判决, 《2014 年国际法院案例汇编》, 第 3 页。

律约束力的条约，亦见于谅解备忘录等没有约束力的文书。²³¹ 嗣后协定还见于缔约国大会的某些决定(见下文结论草案 11[10]，第 1、第 2 和第 3 段)。

(d) 第 3 段——根据第三十二条识别嗣后惯例

(24) 本结论草案第 3 段规定，根据第三十二条识别嗣后惯例时，解释者尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。²³² 委员会决定在单独的一段中论述第三十二条之下的“其他嗣后惯例”(见结论草案 4，第 3 段²³³)，是为了分析上清晰起见(见下文结论草案 7 第 2 段和结论草案 9[8]第 3 段)，但并不因此对解释过程的整体性提出质疑。识别第三十一条第三款(a)项和(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例的有关考虑因素亦比照适用于识别第三十二条之下的“其他嗣后惯例”。因此，某条约非全体缔约方之间就该条约的解释或适用达成的协定是第三十二条之下的嗣后惯例的一种形式。

(25) 一个实际安排的例子是美利坚合众国运输部与墨西哥合众国通信和运输部 2011 年 7 月 6 日签订的关于国际跨境卡车货运服务的谅解备忘录。²³⁴ 谅解备忘录并未提及《北美自由贸易协定》(《北美自贸协定》)的第三方加拿大，而是指出，备忘录“不损害美国和墨西哥在《北美自贸协定》下的权利和义务”。这些情况表明，该谅解备忘录不声称构成对《北美自贸协定》的第 31 条第 3 款(a)或(b)项意义上的解释协议，而是仅限于作为有限数目的当事方之间的实际安排，其他当事方或司法及准司法机构是可以对这一安排提出质疑的。

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议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

²³¹ Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5)，第 244 和 250 页。

²³² 见上文，本评注第(1)-(4)段；以及 A/CN.4/671，第 3-5 段。

²³³ 见上文结论草案 2[1]的评注，第(10)段。

²³⁴ Crook, “美国当代惯例”(见上文脚注 220)，第 809-812 页；另见墨西哥，Diario Oficial de la Federación (2011 年 7 月 7 日)，Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América(www.dof.gob.mx).

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 1969 年《维也纳公约》和习惯国际法关于修正或修改条约的规则。

评注

(a) 第 1 段第一句——通过考虑嗣后协定和嗣后惯例与其他解释资料的互动来澄清条约的含义

(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 2[1], 第 5 段)。²³⁵ 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。²³⁶ 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)、第(6)、第(7)、第(10)和第(11)段), 帮助澄清条约的含义。²³⁷ 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)至(15)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”。²³⁸ 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。²³⁹ 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说明该特殊含义。以下案例²⁴⁰ 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。

²³⁵ 见上文结论草案 2[1]第 5 段的评注, 第(12)-(15)段。

²³⁶ 同上。

²³⁷ 术语遵循委员会《对条约的保留实践指南》指南 1.2(解释性声明的定义): “‘解释性声明’是指[一]国或[一]国际组织为了阐明或澄清条约或其中某些规定的含义或范围而作出的单方面声明。”(《大会正式记录, 第六十六届会议, 补编第 10 号》(A/66/10), 第四章, 指南 1.2); 另见对指南 1.2 的评注, 第(18)段(A/66/10/Add.1)。

²³⁸ 见上文对结论草案 2[1]第 5 段的评注, 第(14)段; 大会接纳国家加入联合国的权限, 咨询意见, 《1950 年国际法院案例汇编》, 第 4 页起, 见第 8 页。

²³⁹ 例如见吉利丹岛和西巴丹岛的主权归属案(上文脚注 8), 第 656 页, 第 59-61 段和第 665 页, 第 80 段; 领土争端案(上文脚注 8), 第 34 页, 第 66-71 段; 关于航行权和相关权利的争端案(上文脚注 8), 第 290 页(专案法官 Guillaume 的声明)。

²⁴⁰ 例如见 G. Nolte, “特殊制度下的判例”(上文脚注 11), 第 210-306 页。

(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，²⁴¹ 国际法院在关于核武器的咨询意见中确认，短语“毒药或有毒武器”：

“……在国家实践中通常被理解为主要、甚至唯一作用是使人中毒或窒息的武器。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。”²⁴²

(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。²⁴³ 例如，法院在摩洛哥境内的美利坚合众国公民权利案中称：

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

“在这种情况下，法院认为第 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。”²⁴⁴

(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。²⁴⁵

(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。²⁴⁶ 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(海事组织)公约》²⁴⁷ 第 28(a)条

²⁴¹ 另见石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 30 段；喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 306 页，第 67 段；大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 9 页。

²⁴² 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。

²⁴³ 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。

²⁴⁴ 摩洛哥境内的美利坚合众国公民权利案，1952 年 8 月 27 日的判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 211 页。

²⁴⁵ 比照参见联合国的某些费用(《宪章》第十七条第二项)，1962 年 7 月 20 日的咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 条，国际法院参照联合国相关的嗣后惯例，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”)。

²⁴⁶ 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。

²⁴⁷ 联合国，《条约汇编》，第 289 卷，第 4214 号，第 3 页。

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[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。”²⁴⁸

(8) 除用语和上下文外,第三十一条第一款还强调“目的及宗旨”对条约解释的重要性。²⁴⁹嗣后协定和嗣后惯例也可有助于澄清条约的目的及宗旨,²⁵⁰或协调条约的“目的及宗旨”与其他解释资料的运用。

(9) 例如,在格陵兰和扬马延间区域海洋划界案²⁵¹和石油平台案²⁵²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。”²⁵³

(b) 第 1 段第二句——缩小或扩大一个术语的含义范围或以其他方式确定其含义

(10) 司法环境或准司法环境以外的国家实践证明,嗣后协定和嗣后惯例只是有助于通过缩小条约下权利和义务的可能含义范围,具体说明一个术语的含义,但

²⁴⁸ 政府间海事协商组织海事安全委员会章程,咨询意见,《1960 年国际法院案例汇编》,第 150 页起,见第 169 页;另见第 167-169 页;另见根据《保护东北大西洋海洋环境公约》提出的诉讼(爱尔兰诉联合王国),2003 年 7 月 2 日,《国际仲裁裁决汇编》,第二十三卷(出售品编号: E/F.04.V.15),第 59-151 页,见第 99 页,第 141 段。

²⁴⁹ Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 5),第 211 和 219 页。

²⁵⁰ 同上,第 212-215 页;另见南非不遵守安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果,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》,J. Makarczyk 编(海牙, Kluwer Law International, 1996 年),第 173-181 页,见第 180 页;Distefano,“……嗣后惯例”(见上文脚注 187),第 52-54 页;Crema,“……嗣后协定与嗣后惯例”(上文脚注 218),第 21 页。

²⁵¹ 格陵兰和扬马延间区域海洋划界案,判决,《1993 年国际法院案例汇编》,第 38 页起,见第 50 页,第 27 段。

²⁵² 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国),初步反对意见,判决,《1996 年国际法院案例汇编》,第 803 页起,见第 813 和 815 页,第 27 和 30 段。

²⁵³ 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。

也可表明一个更大的可接受的解释范围，或表明条约赋予国家的酌处权的某种行使范围。²⁵⁴

(11) 例如，虽然按照 1944 年《国际民用航空公约》²⁵⁵ 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，以至于该条被普遍理解为需要许可。²⁵⁶ 另一个案例是 1961 年《维也纳外交关系公约》第二十二条款，²⁵⁷ 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，²⁵⁸ 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。²⁵⁹ 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。²⁶⁰ 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。

(12) 例如，另一个可能的例子是《一九四九年日内瓦四公约第二议定书》²⁶¹ 第十二条规定：

²⁵⁴ 这并不是说可能存在对条约的不同解释，而是说条约必须让缔约方有可能在一系列允许的行为中作出选择，见 Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5)，第 32-33 页和第 268 页，引用上议院在 R 诉内政部大臣案，Adan 缺席[2001]AC 477 中发表的意见：“……需要确定有关条约规定的自主含义……由此可见，与其他多边条约一样，必须赋予《难民公约》可从[1969 年《维也纳公约》]第三十一条和第三十二条所指来源中得出的独立含义，而不是随便借鉴某个缔约国法律体系的特点得出含义。因此，原则上，条约只能有一个真正的解释……在实践中，面对解释问题上的重大分歧，由各国法院做出决定。不过，做决定时，法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚，探索条约真正的自主含义。而真正的含义只有一个”(《判例汇编》，2011 年上诉案例，第 2 卷，见第 515-517 页(斯泰恩勋爵))。

²⁵⁵ 联合国，《条约汇编》，第 15 卷，第 102 号，第 2 页。

²⁵⁶ S. D. Murphy, “嗣后协定和嗣后管理对条约解释的作用”，载于 Nolte, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11)，第 85 页；A. Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注 138)，第 215 页。

²⁵⁷ 联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页。

²⁵⁸ E. Denza, 《外交法：〈维也纳外交关系法〉评注》，牛津大学国际法评论，第 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。

²⁵⁹ 例如见澳大利亚外交贸易部，《驻外代表的特权和豁免》(<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf>)；冰岛外交部礼宾司，《外交手册》(Reykjavik, 2009 年)，第 14 页(www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF)；联合王国，见内政部政务次官(埃尔顿议员在上议院的发言，1983 年 12 月 12 日的上议院辩论，第 446 卷，cc3-4；美国，见 M. Nash (Leich)， “美国在国际法方面的当代惯例”，《美国国际法期刊》，总第 88 期，第 2 期(1994 年 4 月)，第 312 页起，见第 312-313 页。

²⁶⁰ Denza, 《外交法……》(见上文脚注 258)，第 160 页；M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 第 2 版(Baden-Baden, Nomos, 2010 年)，第 70 页。

²⁶¹ 见《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书(第二议定书)》，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17513 号，第 609 页。

“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可拥有一定的酌处权。²⁶² 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。”²⁶³

(13) 这种国家实践确认了对第十二条的解释，可以看出，使用保护标志的义务²⁶⁴在例外情况下容许缔约方有一定的酌处权。

(14) 赋予国家明显不带条件的权利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。²⁶⁵ 不过，各国也在其他情况下发出过这类通知，例如外交人员对第三方造成严重伤

²⁶² Y. Sandoz、C. Swinarski 和 B. Zimmermann(编)，《对一九四九年八月十二日内瓦四公约一九七七年六月八日附加议定书的评注》(多德雷赫特，红十字委员会和马蒂努斯·奈霍夫出版社，1987 年)，第 1440 页，第 4742-4744 段；H. Spieker，“医务运输工具”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(见上文脚注 38)，第 7-12 段；另见法文版使用的不太死板的将来时“sera arboré”。

²⁶³ 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)。

²⁶⁴ Spieker，“医务运输工具”(见上文脚注 262)，第 12 段。

²⁶⁵ 见 Denza，《外交法……》(上文脚注 258)，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，《外交法手册》(上文脚注 258)，第 484 页，第 630 段；以及 Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische ...*(上文脚注 260)，第 30 页。

害，²⁶⁶或是屡次违法，²⁶⁷甚至为了执行关于酒后驾车的法律发出这类通知。²⁶⁸有些国家甚至没有给出明确理由，纯粹出于政治动机而发出这类通知。其他国家似乎不认为这种做法构成对宣布使馆人员为不受欢迎人员的权力的滥用。因此，这类惯例表明，第九条规定了无条件的权利。²⁶⁹

(c) 第 2 段——第三十二条之下其他嗣后惯例的可能影响

(15) 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，可诉诸第三十二条之下的“其他嗣后惯例”，这不仅是为了确保某些情况下条约的含义，而且也用来——并且总是可以用来——证实适用第三十一条得出的含义。²⁷⁰

²⁶⁶ 荷兰外交部礼宾司，《使领馆礼仪指南》。可查阅 www.government.nl/government/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts。

²⁶⁷ 法国外交与国际发展部，《外国驻法外交官指南：豁免——遵守当地法律和法规》(www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and)；土耳其外交部，《外国驻土耳其使团应遵守的交通规则》，第 63552 号重要通知，交规 2005/PDGY/63552(2005 年 4 月 6 日)(www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa)；联合王国外交及联邦事务部，1985 年 4 月 19 日致驻伦敦使馆馆长的通知，又刊印于 G. 3ston 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。

²⁶⁸ 见加拿大外交、贸易与发展部，经修订的酒后驾车政策(www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng)；美国国务院，国务院第 10-181 号外交照会(2010 年 9 月 24 日)(www.state.gov/documents/organization/149985.pdf)，第 8-9 页。

²⁶⁹ 见 G. Hafiner，《嗣后协定和惯例：解释、非正式修改与正式修正》，载于 Nolte，《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11)，第 105 页起，见第 112 页，其中载有《维也纳外交关系公约》第九条下一个影响更加深远的案例。

²⁷⁰ 世贸组织上诉机构报告，中国—影响某些出版物和娱乐视听产品贸易权和分销服务的措施案(中国—出版物和视听产品案)，WT/DS363/AB/R，2010 年 1 月 19 日通过，第 403 段：“虽然专家组适用《维也纳公约》第三十一条解释‘录音制品分销服务’就该词的含义得出了‘初步结论’，专家组还是决定使用解释的补充资料证实该含义。关于这一点，我们注意到，中国的上诉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 Villiger，《……评注》(上文脚注 27)，第 447 页，第 11 段。

(16) 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。²⁷¹ 例如，在卡西基里/塞杜杜岛案中，国际法院强调，“缔约方既努力确保各自在河上的通航自由，又尽可能精确地划定各自的势力范围。”²⁷² 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。²⁷³

(17) 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第一议定书》²⁷⁴ 第 57 条第 2 款(二)项下的“可行的预防措施”一词。1980 年 10 月 10 日《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(第二议定书)第 3 条第 4 款使用了该术语的含义，²⁷⁵ 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《一九四九年日内瓦四公约第一议定书》第 57 条第 2 款(二)项下“可行的预防措施”的一般定义出现在许多军事手册中。²⁷⁶

(18) 对第三十一条第三款(b)项和第三十二条之下的嗣后惯例进行识别，使国内法院有时作出广义解释，有时作出狭义解释。例如，联合王国上议院援引缔约方嗣后行为，将《华沙公约》第二十六条第(2)款所述“损害”一词解释为亦包含“损失”。²⁷⁷ 另一方面，美国最高法院考虑到缔约方的嗣后惯例，决定对 1929 年《华沙公约》第十七条所述“事故”一词进行狭义解释，即不包括非由意外或异常事件所致而完全由乘客健康状况造成的事件。²⁷⁸ 另一个限制性解释的例子是澳大利亚联邦法院在裁决中将《维也纳外交关系公约》第二十二条所述“损害

²⁷¹ 见世贸组织上诉机构报告，美国—禁止进口某些虾类和虾制品案—AB-1998-4, WT/DS58/AB/R, 1998 年 11 月 6 日通过，第 17 段(“大多数条约的目的和宗旨不是单一、纯粹的，而是具有各种不同，可能是冲突的目的和宗旨”；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注 5)，第 216 页。

²⁷² 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，第 1074 页，第 45 段。

²⁷³ 同上，见第 1078 页，第 55 段和第 1096 页，第 80 段。

²⁷⁴ 同上，见第 1077 页，第 55 段和第 1096 页，第 80 段。

²⁷⁵ 联合国，《条约汇编》，第 1342 卷，第 22495 号，第 137 页。

²⁷⁶ 阿根廷(1989 年)、加拿大(2001 年)和联合王国(2004 年)的军事指南，见 Henckaerts 和 Doswald-Beck,《国际人道主义习惯法》，第 2 卷……(上文脚注 215)，第 359-360 页，第 160-164 段，以及澳大利亚军事指南网上最新版(2006 年)(www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc)；另见 Sandoz、Swinarski 和 Zimmermann,《对……附加议定书的评注》(上文脚注 262)，第 683 页，第 2202 段。

²⁷⁷ 联合王国，上议院，*Fothergill 诉君主航空有限公司案*[1981] AC 251，第 278 页(Wilberforce 勋爵)和第 279 页(Diplock 勋爵)；类似的案件见德国，联邦法院(民事事项)，BGHZ，第 84 卷，第 339 页起，见第 343-344 页。

²⁷⁸ 美国，最高法院，*法国航空公司诉 Saks 案*，470 U.S. 392，第 403-404 页。

尊严”一词解释为仅要求接受国提供保护，防止破坏和平或扰乱使馆基本职能的行为，而不涉及任何形式的骚扰或侮辱。²⁷⁹

(19) 特别是国内法院，有时会参考其他国内法域的裁决，并从而开展“司法对话”，即使无法由此构成缔约方共识。²⁸⁰ 这种参考除了可根据第三十二条确认解释外，还有助于同其他国内法院一起制定嗣后惯例。²⁸¹ 然而，适当使用与选择性援引其他国内法院的裁决之间的界限可能比较模糊。²⁸² 上议院 Hope 勋爵援引维也纳解释规则而提供了一个总方向，他说：

“在理想的世界中，该《公约》的所有缔约方应赋予公约相同的含义。所以判例法提供了进一步的可能证据来源。需要认真考虑被要求处理所涉问题的其他法域法院的推理，特别是高级别法院。获得其他法域普遍接受的解释应获得很大的权重。另一方面，如果裁决相互矛盾，或裁决之间没有达成明确一致，则须采取区别对待的方法。”²⁸³

(20) 上述总方向的适用方式具很大的决定性。例如，应避免选择性援引某个特定国家法域的裁决或某个特定国家集团的惯例。²⁸⁴ 另一方面，当不同国内法域

²⁷⁹ 澳大利亚，澳大利亚联邦法院，澳大利亚联邦警察专员和澳大利亚联邦诉 *Geraldo Magno* 和 *Ines Almeida* 案[1992] FCA 566, 第 30-35 段(Einfeld J.); 另见联合王国，上议院，*R(Mullen)* 诉内政大臣案[2004] UKHL18, 第 47-48 段(Steyn 勋爵)。

²⁸⁰ 例如，见美国，最高法院，法国航空公司诉 *Saks* 案，470 U.S. 392, 第 397-407 页；美国，最高法院，*Abbott* 诉 *Abbott* 案，560 U.S.(2010)，法院意见书(肯尼迪法官撰写)，意见原文单 (www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf) (2016 年 6 月 9 日查阅)，见第 12-16 页；德国，联邦行政法院，*BVerwGE*, 第 139 卷，第 272 页，见第 288-289 页；澳大利亚高等法院，*Macoun* 诉税务专员案[2015] HCA 44, 见第 75-82 页。

²⁸¹ A. Tzanakopoulos, “Judicial dialogue as a means of interpretation”, in *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, H.P. Aust and G. Nolte, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 72, at p. 94; E. Benvenisti, “Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts”, *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), at pp. 241-274.

²⁸² 联合王国，最高法院，*R (Adams)* 诉司法大臣案[2011] UKSC 18, 第 17 段(Philips 勋爵)(“《公民权利和政治权利国际公约》的许多签署国中唯一一个国家的这种惯例没有为第十四条第 6 款的含义提供指导……不能认为存在签署国有助于确定第十四条第 6 款含义的任何一致惯例”)。

²⁸³ 联合王国，上议院，*King* 诉 *Bristow* 直升机有限公司(苏格兰)案[2002] UKHL 7, 第 81 段。

²⁸⁴ 同上，见第 7 段(Mackay 勋爵)：“我认为必须在通过公约的所有法域中建立对《华沙公约》的共同理解，因此我非常重视美国最高法院对东部航空公司诉 *Floyd* 案(1991)499 US 530 和 *El Al* 以色列航空公司诉 *Tseng* 案的裁决，特别是考虑到美国是空中运输的如此重大参与方”；或 Einfeld J 就澳大利亚联邦法院在澳大利亚联邦警察局专员和澳大利亚联邦诉 *Geraldo Magno* 和 *Ines Almeida* 案[1992] FCA 566, 该案涉及《维也纳外交关系公约》第二十二條规定的外交代表权所涉“损害尊严”一词的解释，他回顾第三十一条第三款(b)项说：“民主国家在国际范围内适用公约时的另一个重要考虑是东道国的言论自由。在处理大使馆外的政治示威时，这一因素尤为重要。应考虑在处理此类情况方面有丰富经验的国家的惯例，如美国 and 联合王国”。

的惯例存在差异时，应着重于更具代表性的法域集团的惯例，²⁸⁵ 并将更大权重赋予更高级法院的裁决。²⁸⁶

(d) 第 3 段——解释和修改或修正条约之间的区分

(21) 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(a)项和(b)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 1969 年《维也纳公约》第三十九条所指协定，应当与第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定加以区分。第二句承认判例法中可能存在反例，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。

(22) 1969 年《维也纳公约》第三十九条规定：“条约得以当事国之协议修正之”。另一方面，第三十一条第三款(a)项提到“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”，似乎不涉及修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(a)项下的“适用”一词涉及协定具体规定如何‘适用’当前规则或义务的情况；该词不包含创造新义务或是延长受时间限制的当前义务的意思……”。²⁸⁷

(23) 第三十一条第三款(a)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。²⁸⁸ 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。²⁸⁹ 正如国际法院在乌拉圭河沿岸纸浆案中指出的：

“不论具体名称是什么，也不论记录在什么文书中([乌拉圭河行政委员会会议]记录)，这种‘谅解’只要是双方同意的，即对缔约方具有约束力，缔约方必须本着诚信遵守。就适当的双方协定确定的具体项目，它们有权不遵守 1975 年规约规定的程序。”²⁹⁰

²⁸⁵ 加拿大，最高法院，*Yugraneft 公司诉 Rexx 管理公司案*[2010] 1 SCR 649, 第 21 段(Rothstein, J.)。

²⁸⁶ 联合王国，上议院，*Sidhu 诉英国航空公司案*[1997] AC 430, 见第 453 页(Hope 勋爵)；*Fothergill 诉君主航空有限公司案*[1981] AC 251, 第 275-276 页(Wilberforce 勋爵)。

²⁸⁷ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—香蕉案(三)(见上文脚注 58)，第 391-393 段。

²⁸⁸ Murphy, “嗣后协定……的作用”(见上文脚注 256)，第 88 页。

²⁸⁹ Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注 6)，第 107 页，其中提到 Waldock, 《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(见上文脚注 189)，第 37 次会议，1968 年 4 月 24 日，第 207 页，第 49-52 段；Villiger, 《……评注》(见上文脚注 27)，第 513 页，第 7、9 和 11 段；K. Odendahl, “第三十九条. 修正条约的一般规则”，载于 Dör 和 Schmalenbach, 《维也纳条约法公约……》(见上文脚注 52)，第 706 页，第 16 段。

²⁹⁰ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 8)，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。

(24) 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(a)项所指不具有约束力的嗣后协定以及第三十九至四十一条所指修正或修改条约的协定。²⁹¹ 国际判例法和国家实践表明,²⁹² 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,似乎没有第三十九条(如果适用的话)以外的任何区分不同形式嗣后协定的正式标准。不过,很明显,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。²⁹³ 因此,不排除协定对条约的修改,但也不假定具有这种效果。²⁹⁴

(25) 关于缔约方是否可以通过共同的嗣后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 1969 年《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:

“第三十八条 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。”²⁹⁵

(26) 该条款草案在维也纳会议上引起了激烈争论。²⁹⁶ 删除第三十八条草案的修正案付诸表决,以 53 票赞成、15 票反对、26 票弃权通过。维也纳会议后,讨论了这一问题:否决第三十八条草案是否意味着排除了缔约方通过嗣后惯例修改条约的可能性。许多作者得出结论称,谈判国只是不想在 1969 年《公约》中讨论该问题,而按照习惯法的一般规则,确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后惯例

²⁹¹ 在司法实践中,有时不需要确定一项协定是具有解释还是修改条约的效果,见领土争端案(上文脚注 8),第 29 页,第 60 段(“……法院认为,为本判决之目的,没有必要划分其属于对声明的证实还是修改”);有时认为,第三十一条第三款(a)项所指协定也可以具有修改条约的效果,(见 Aust,《现代条约法和实践》(上文脚注 138),第 212-214 页,其中举了例子)。

²⁹² 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注 8),第 63 页,第 131 和第 140 段;Crawford,“对……第三十一条第三款的合意主义解释”(见上文脚注 220),第 32 页;伊朗—美国索赔法庭,第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 150),第 77 页起,见第 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,2003 年 1 月 9 日,《国际投资争端解决中心案例汇编》,第 6 卷(2004 年),第 84-85 页,第 117 段(www.state.gov/documents/organization/16586.pdf);同上,第四部分, C 章,第 20-21 段; A/CN.4/671, 第 146-165 段。

²⁹³ 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,“嗣后协定……的作用”(上文脚注 256),第 83 页。

²⁹⁴ 同上,第 66 页,第 140 段;Crawford,“对……第三十一条第三款的合意主义解释”(见上文脚注 220),第 32 页。

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

²⁹⁶ 见《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(上文脚注 189),第 37 次会议,1968 年 4 月 24 日,第 207-215 页; A/CN.4/671, 第 119-121 段; Distefano,“……嗣后惯例”(上文脚注 187),第 56-61 页。

的确可以修改条约。²⁹⁷ 不过，自 1969 年《维也纳公约》通过以来，国际法院和仲裁法庭通常避免承认这种可能性。

(27) 在关于航行权和相关权利的争端案中，国际法院主张：“《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项意义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”。²⁹⁸ 不是很清楚法院这样说是想承认第三十一条第三款(b)项所指的嗣后协定也可以具有修正或修改条约的效果，还是只是就条约解释发表意见，因为缔约方的“初始”意图未必就条约解释下了定论。事实上，委员会在暂时结论草案 8[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”。²⁹⁹ 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(b)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，条约的解释与条约的修正或修改之间的界线有时“很难确定，即便有可能确定”。³⁰⁰

²⁹⁷ Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注 6), 第 138 页; Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5), 第 275-280 页; Yasseen, “……对条约进行解释”(见上文脚注 6), 第 51-52 页; Kamto, “……国家意志”(见上文脚注 146), 第 134-141 页, 见第 134 页; Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注 138), 第 213 页; Villiger, 《……评注》(上文脚注 27), 第 432 页, 第 23 段; Dör, “第三十一条……”(见上文脚注 52), 第 555 页, 第 76 段(又见 Odendahl, “第三十九条……”(见上文脚注 289), 第 702 页, 第 10-11 段); Distefano, “……嗣后惯例”(见上文脚注 187), 第 62-67 页; H. Thirlway, “1960-1989 年国际法院的法律和诉讼: 2006 年补编—第三部分”, 《2006 年英国国际法年鉴》, 第 77 卷, 第 1-82 页, 见第 65 页; M. N. Shaw, 《国际法》, 第 6 版(剑桥, 剑桥大学出版社, 2008 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, 其中提到了更多的参考资料; 反对这种观点, 强调相对于实践的非正式性, 缔结条约具有庄重性, 见 Murphy, “嗣后协定……的作用”(见上文脚注 256), 第 89-90 页; 另见 Hafner, 《嗣后协定和惯例……》(见上文脚注 269), 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)。

²⁹⁸ 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 8), 第 242 页, 第 64 段; 另见向居住在法国的教科文组织退休职员支付退休金的税收制度问题案(见上文脚注 145); Yasseen, “……对条约进行解释”(见上文脚注 6), 第 51 页; Kamto, “……国家意志”(见上文脚注 146), 第 134-141 页; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Cologne, 柏林, Heymann, 1963 年), 第 132 页。

²⁹⁹ 见结论草案 8[3]及其评注, 第(1)-(18)段。

³⁰⁰ Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注 6), 第 138 页; Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5), 第 275 页; Murphy, “嗣后协定……的作用”(见上文脚注 256), 第 90 页; B. Simma, “关于嗣后协定和惯例的思考”, 载于 Nolte, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11), 第 46 页; Karl, *Vertrag und spätere Praxis...*(见上文脚注 67), 第 42-43 页; Sorel 和 BoréEveno, “1969 年《维也纳公约》, 第三十一条……”(见上文脚注 53, 第 825 页, 第 42 段; Dör, “第三十一条……”(见上文脚注 52), 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(上文脚注 8)中的反对意见, 见 1212-1213 页, 第 16 段; 同样见 Hafner, 《嗣后协定和惯例……》(见上文脚注 269), 第 114 页; Linderfalk, 《论条约的解释》(见上文脚注 59), 第 168 页。

(28) 除了在关于航行权和相关权利的争端案中的判词外，³⁰¹ 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对条约的修正或修改。³⁰² 鉴于这些意见涉及设立国际组织的条约，似乎很难从中得出条约法的一般规则。与国际组织组成文书有关的嗣后协定和嗣后惯例问题在结论草案 12[11]中阐述。³⁰³

(29) 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……”³⁰⁴

(30) 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。³⁰⁵ 不过，该判决是在《维也纳公约》通过前作出的，因此至少可以推测维也纳会议的辩论上考虑过该判决。³⁰⁶ 该判决也没有明确承认嗣后惯例对条约的修改，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。³⁰⁷

(31) 因此，虽然国际法院留下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释。³⁰⁸ 仲裁

³⁰¹ 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 8)，第 242 页，第 64 段。

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

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

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

³⁰⁵ 柏威夏寺案(见上文脚注 101)：“毫无疑问，以非常确定的方式通过行为承认……这种情况下显然需要作出反应”(第 23 页)；“法属印度支那对所有权的主张再明确不过了”，因此“需要作出反应”(第 30 页)。

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

³⁰⁷ 柏威夏寺案(见上文脚注 101)，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”(见卡西基里/塞杜杜岛案(上文脚注 8)，Parra-Aranguren 法官的反对意见，见第 1212-1213 页，第 16 段)；Buga, “嗣后惯例与条约修改”(见上文脚注 297)，脚注 113。

³⁰⁸ 特别是，关于纳米比亚的咨询意见(见上文脚注 250)被解读为暗示嗣后惯例修改了《联合国宪章》第二十七条第三项，见 Alain Pellet, “第三十八条”，载于 A. Zimmermann 等人编写的《〈国际法院规约〉评注》，第 2 版(牛津，牛津大学出版社，2012 年)，第 844 页，第 279 段；注 809，参见 A/CN.4/671，第 124-126 段。

法庭相反的裁决或是被视为“个别特例”³⁰⁹，或是在《维也纳公约》之前作出，已作为重要参考。³¹⁰

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

(33) 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* 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)。”³¹³

(34) 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，所有签署国中只有三个国家尚未批准。这些数字，再加上一贯的暂停执行死刑的国家实践，明确显示第 2 条已被修正，以禁止在任何情况下执行死刑。在这种背景下，法院认为第 2

³⁰⁹ M. Kohen, “适当限制嗣后协定和惯例的作用”，载于 Nolte, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11)，第 34 页及以后各页，见第 43 页，其中提到埃塞俄比亚和厄立特里亚划界案的裁决，2002 年 4 月 13 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(出售品编号：E/F.05.V.5)，第 83-195 页，见第 110-111 页，第 3.6.-3.10 段；另见埃及和以色列之间塔巴界桩位置案，1988 年 9 月 29 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷(出售品编号：E/F.93.V.3)，第 1-118 页，见第 56-57 页，第 209 和 210 段，仲裁法庭在附带意见中称：“划定的界线与《协定》不符时，以划定的界线为准”(同上，第 57 页)；另见 R. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”，《瑞士国际法和欧洲法评论》，第 14 卷(2004 年)，第 9-32 页，见第 20 页。

³¹⁰ 对美利坚合众国与法国航空运输协定的解释，1963 年 12 月 22 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷(出售品编号：E/F.69.V.1)，第 5-74 页，见第 62-63 页；《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11) (见上文脚注 189)，第 37 次会议，1968 年 4 月 24 日，第 208 页，第 58 段(日本)；Murphy, “嗣后协定……的作用”(见上文脚注 256)，第 89 页。

³¹¹ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—香蕉案(三)(见上文脚注 58)，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU 和 Corr.1, 2008 年 12 月 11 日通过，WT/DS27/AB/RW/USA 和 Corr.1, 2008 年 12 月 22 日通过，第 391-393 段。

³¹² 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(见上文脚注 58)，《关于争端解决规则与程序的谅解》，附件 2, 第 401 页。

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

条第 1 款第二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(比照 Soering, 上文引用, 第 102-104 段)。”³¹⁴

(35) 从国际法院和法庭的判例法中可以得出以下结论: 世贸组织的情况显示, 条约本身可阻止缔约方的嗣后惯例具有修改作用。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。³¹⁵

(36) 如果条约中没有这类表示, 则情况更加复杂。国际法院的判例中不太能找到针对这种情况的明确的补充规则。不过, 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,³¹⁶ 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。

(37) 从国际法院的判例中得出的这一结论符合各国在关于 1969 年《维也纳公约》第三十八条草案的辩论中提出的一些考虑因素。³¹⁷ 如今, 虽然普遍认为国际法不像国内法那样死板(的确如此), 但是不应以非正式途径规避条约中规定的修正程序这种观点似乎越来越得到认同。³¹⁸ 许多国家在维也纳会议上提出的关切, 即嗣后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。³¹⁹ 虽然条约必须遵守原则并没有因确立了所有缔约方协定的嗣后惯例对条

³¹⁴ Al-Saadoon 和 Mufdhi 诉联合王国, 第 61498/08 号, 2010 年 10 月 4 日, 第 120 段; B. Malkani, “避免协助使用死刑的义务”, 《国际法和比较法季刊》, 第 62 卷, 第 3 号(2013 年), 第 523-556 页。

³¹⁵ 见 Buga, “嗣后惯例与条约修改”(上文脚注 297), 见脚注 126-132。

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

³¹⁷ A/CN.4/671, 第 119-121 段。

³¹⁸ Murphy, “嗣后协定和嗣后惯例……的作用”(上文脚注 256), 第 89 页; Simma, “关于嗣后协定……的思考”(上文脚注 300), 第 47 页; Hafner, 《嗣后协定和惯例……》(见上文脚注 269), 第 115-117 页; J.E. Alvarez, “通过嗣后协定和惯例修改条约的限制”, 载于 Nolte, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11), 第 130 页。

³¹⁹ 见北约战略概念案, 德国联邦宪法法院, 2001 年 6 月 19 日的判决, 申诉号 2 BvE 6/99(英文译文见: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), 第 19-21 段; 德国联邦财政法院, BFHE, 第 157 卷, 第 39 页起, 见第 43-44 页; 同上, 第 227 卷, 第 419 起, 见第 426 页; 同上, 第 181 卷, 第 158 页起, 见第 161 页; S. Kadelbach, “与国际上使用嗣后协定和惯例有关的国内宪法问题”, 载于 Nolte, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11), 第 145-148 页; Alvarez, “……修改条约的限制”(见上文脚注 318), 第 130 页; I. Wuerth, “条约解释、嗣后协定和惯例与国内宪法”, 载于 Nolte, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11), 第 154-159 页; H. Ruiz Fabri, “嗣后惯例、国内权力分立与合法性问题”载于 Nolte, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注 11), 第 165-166 页。

约的修正或修改而正式受到质疑，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。³²⁰

(38) 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 1969 年《维也纳公约》第三十一条并没有赋予特定的解释资料优先地位，而是要求解释方酌情考虑所有解释资料。³²¹ 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。³²²

结论 8[3]

能够随时间演变的条约用语的解释

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

评注

(a) 条约解释的时际层面

(1) 结论草案 8[3]涉及在条约术语的含义是否能够随时间演变这个更一般性问题的背景下，嗣后协定和嗣后惯例可以发挥的作用。

(2) 在涉及条约时，所谓时际法³²³的一般问题历来是这样提出的：条约是应当根据其缔结时的情况和法律来解释(“当时意义”或“静态”解释)，还是应当根

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

³²¹ 见上文结论草案 2[1]第 5 段及其评注; Hafner, 《嗣后协定和惯例……》(见上文脚注 269), 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, 《条约解释》(见上文脚注 5), 第 275 页; Dör, “第三十一条……” (见上文脚注 52), 第 554-555 页, 第 76 段。

³²² 见结论草案 8[3]; 在关于航行权和相关权利的争端案中, 国际法院可以不回答缔约方的嗣后惯例是否修改了“comercio”一词的含义, 因为法院已判定可以对其作出演进式解释。关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 8), 第 242-243 页, 第 64-66 段。

³²³ T.O. Elias, “国际法理论”, 《美国国际法杂志》, 第 74 卷(1980 年), 第 285 页及以下各页; D.W. Greig, 《时际性与条约法》(伦敦, 英国国际法和比较法学会, 2001 年); M. Fitzmaurice, “动态性(演变性)条约解释, 第一部分”, 《海牙国际法年鉴》, 第 21 卷(2008 年), 第 101-153 页; M. Kotzur, “时际法”, 载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(见上文脚注 38); U. Linderfalk, “出于正确的理由做正确的事情: 对于条约解释为何应当采取动态或静态的办法”, 《国际社会法律评评》, 第 10 卷, 第 2 号(2008 年), 第 109 页及以下各页; A. Verdross 和 B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 第 3 版(柏林, Duncker & Humblot, 1984 年), 第 496 页及以下各页, 第 782 段及以下各段。

据适用之时的情况和法律来解释(“演进性”、“演变性”或“动态性”解释)。³²⁴ 当初, 仲裁官 Max Hubert 在帕尔马斯岛案中判词是“必须根据当时的法律来审视案件事实”,³²⁵ 导致许多国际法院和法庭以及许多法学家普遍赞成“注重当时意义的解释”方法。³²⁶ 与此同时, 仲裁法庭在莱茵铁路公司案中声称, “今天, 主流法学家普遍支持对条约的演变性解释”。³²⁷

(3) 1966 年, 委员会在条约法草案的评注中认为, “试图制定一项全面涵盖时间因素的通则会产生难题”, 因此, 委员会“得出结论认为, 应忽略时间因素。”³²⁸ 同样, 通过委员会不成体系问题研究组内的辩论, 委员会在 2006 年得出结论认为, 难以制定并商定一条通则, 从而要么偏向于“当时意义解释原则”, 要么偏向于大体上承认有必要考虑条约“不断演变的含义”的原则。³²⁹

(4) 结论草案 8[3]不应视为就一般条约解释宜采取当时意义办法还是演进办法这一问题采取了任何立场。结论草案 8[3]强调的是, 与任何其他条约解释资料一样, 嗣后协定和嗣后惯例在适当情况下, 既可支持当时意义解释, 也可支持演进性解释(或通常所称的演变性解释)。因此, 委员会的结论是, 这些条约解释资料“可协助确定”演进性解释对某特定条约术语是否适合。

(b) 各国际法院和法庭的判例

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

³²⁴ M. Fitzmaurice, “动态性(演变性)……解释”(见上文脚注 323)。

³²⁵ 帕尔马斯岛案(荷兰诉美利坚合众国), 1928 年 4 月 4 日的裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二卷(出售品编号 1949.V.1), 第 829-871 页, 见第 845 页。

³²⁶ 《1966 年……年鉴》, 第二卷, A/6309/Rev.1 号文件, 第 220-221 页, 第(11)段。

³²⁷ 莱茵铁路公司案仲裁裁决(见上文脚注 10), 第 35 页, 见第 81 段; 例如, 见 A. Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注 138), 第 215-216 页; M. Fitzmaurice, “动态性(演变性)……解释”(见上文脚注 323), 见第 29-31 页; G. Di Stefano, “L’interprétation évolutive de la norme internationale”, *Revue générale de droit international public*, 第 115 卷, 第 2 号(2011 年), 第 373-396 页, 见第 384 页和第 389 页及以下各页; Higgins, “关于……时效规则的若干意见(见上文脚注 250)”, 见第 174 页及以下各页; Sorel 和 BoréEveno, “1969 年《维也纳公约》第三十一条……”(见上文脚注 53), 见第 807 页, 第 8 段; P.-M. Dupuy, “条约的演变性解释”, 载于 Cannizzaro, 《……条约法》(见上文脚注 52), 见第 125 页及以下各页; M. Kotzur, “国际法”(见上文脚注 323), 见第 14 段。

³²⁸ 《1966 年……年鉴》, 第二卷, A/6309/Rev.1 号文件, 第 222 页, 第(16)段; Higgins, “关于……时效规则的若干意见”(见上文脚注 250), 见第 178 页。

³²⁹ 国际法不成体系问题研究组的报告, 2006 年, (A/CN.4/L.682 和 A/CN.4/L.682/Corr.1), 第 478 段。

(6) 特别是，国际法院被视为发展出了两套判例，一套偏向于“当时意义”解释，一套偏向于“演变性”解释，正如纪尧姆专案法官在其关于航行权和相关权利的争端案的声明中所指出的。³³⁰ 他认为，倾向于当时意义办法的法院裁决大多涉及具体的条约术语(“分水岭”、³³¹ “主航道或河流最深线”、³³² 地名、³³³ “河口”³³⁴)。另一方面，支持演进性解释的案件似乎涉及更一般的术语。对从定义上就具备演变性的用语而言尤为如此，例如《国际联盟盟约》第二十二条中“现代世界的艰难条件”或“这些人民的福祉和发展”。国际法院在其纳米比亚咨询意见中，援引第二次世界大战之后人民自决权的演变，对这些用语赋予了不断演变的含义。³³⁵ 条约某个用语具有“非特定”性质³³⁶，以及条约旨在“长期有效”，³³⁷ 也可催生不断演变的含义。

(7) 其他国际司法机构有时也采用演进性解释办法，尽管对此种解释表现出不同的开放程度。世贸组织上诉机构偶尔采用演进性解释。但是，在一桩众所周知的案件中，上诉机构裁定，“第 20 条(g)项中‘自然资源’这一普通用语在内容和指代范围上并不是‘静止’的，而是‘从定义上就具备演变性’”。³³⁸ 海洋法法庭海底争端分庭认为，某些“确保……的义务”的含义³³⁹ “会随着时间而变化”，³⁴⁰

³³⁰ 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 8)，纪尧姆专案法官的声明，第 290 页起，见第 294 页及以下各页，第 9 段及以下各段；另见《2005 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 89 页，479 段；国际法不成体系问题研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 A/CN.4/L.682/Corr.1)，第 478 段；国际法学会，关于“公共国际法中的时际问题”的决议，《国际法学会年刊》，第 56 卷(威斯巴登届会，1975 年)，第 536 页及以下各页(www.idi-iil.org)。

³³¹ 阿根廷和智利在第 62 号界桩与菲茨罗伊峰之间划界争端案，1994 年 10 月 21 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十二卷(出售品编号 E/F.00.V.7)，第 3-149 页，见第 43 页，第 130 段；另外关于“分水岭”一词，参见隆瑞古寺案(见上文脚注 101)，见第 16-22 页。

³³² 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，见第 1060-1061 页，第 21 和第 25 段。

³³³ 关于厄立特里亚与埃塞俄比亚划界问题的裁决(厄立特里亚诉埃塞俄比亚)，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(出售品编号 E/F.05.V.5)，第 83-195 页，第 110 页，第 3.5 段。

³³⁴ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页，见第 338 和 339 页，第 48 段，以及第 346 页，第 59 段。

³³⁵ 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注 45)，见第 31 页，第 53 段。

³³⁶ 爱琴海大陆架案，判决，《1978 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 32 页，第 77 段；国际法委员会国际法不成体系问题研究组的报告，2006 年(A/CN.4/L.682 和 A/CN.4/L.682/Corr.1)，第 478 段。

³³⁷ 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 8)，见第 243 页，第 66 段。

³³⁸ 世贸组织上诉机构的报告，美国—禁止进口特定虾类和虾类制品案(美国—虾案)，WT/DS58/AB/R，1998 年 11 月 6 日通过，第 130 段。

³³⁹ 见《联合国海洋法公约》，1982 年，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页，第 153 条第 4 款和附件三第 4 条第 4 款。

³⁴⁰ 担保个人和实体从事“区域”内活动的国家所负责任和义务(见上文脚注 9)，见第 117 段。

并强调,《联合国海洋法公约》中关于国家责任的条款会随着法律的发展而发展,而“不会被认为是静止的”。³⁴¹欧洲人权法院更笼统地指出,“《公约》是一项活的文书……必须依照当今的情况来解释”。³⁴²美洲人权法院也更常采用演进性解释办法,特别是结合其所谓人道的办法。³⁴³在莱茵铁路公司案中,多方面跨境铁路安排的持续存在和效力是一个重要理由,促使仲裁法庭同意,即使对相当技术性的规则,也可以予以演进性的解释。³⁴⁴

(8) 归根到底,大多数国际法院和法庭并未将演进性解释作为一种单独的解释形式,而是通过在个案的基础上考虑某些标准(特别是以上第(6)段提到的标准),在使用 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条中所提到的各种解释资料中作出此种演进性解释。因此,对术语随时间变化的意义的任何演进性解释,必须产生于正常的条约解释过程。³⁴⁵

(9) 委员会认为,这种情况确认了其最初对条约解释的办法:

“……委员会对条约解释的办法的基础是,条约案文必须假定为当事国意图的权威表述,案文意义的阐释——而非从头开始调查所谓当事国的意图——构成解释的目的……将用语的通常含义、上下文、其目的和宗旨、国际法一般规则,以及当事国的权威解释作为条约解释的首要标准”。³⁴⁶

³⁴¹ 同上,第 211 段。

³⁴² Tyrer 诉联合王国,第 5856/72 号,《欧洲人权法院案例汇编》A 辑,第 26 号,第 31 段。

³⁴³ 在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利(见上文脚注 44),第 114 段(“这一指导意见与国际人权法问题特别相关,由于对有关保护的文书的演进性解释,国际人权法取得了很大进展。演进性解释符合 1969 年《维也纳公约》确立的条约解释的通则。本法院在关于《美洲关于人的权利和义务宣言》的解释的咨询意见(1989 年)中以及欧洲人权法院在 Tyrer 诉联合王国(1978 年)、Marckx 诉比利时(1979 年)、Loizidou 诉土耳其(1995 年)等案件中均认定,人权条约是活的文书,其解释必须考虑到随时间流逝而来的变化和今天的条件”(脚注略)。

³⁴⁴ 见莱茵铁路公司仲裁案(见上文脚注 10),见第 80 段:“在本案中,问题并非概念还是普通用语问题,而是一个涉及铁路运营和能力的新的技术发展问题”;另见爱琴海大陆架案(见上文脚注 336),见第 32 页,第 77 段;几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案(几内亚比绍诉塞内加尔),裁决,1989 年 7 月 31 日,《国际仲裁裁决汇编》,第二十卷(出售品编号 E/F.93.V.3),第 119-213 页,见第 151-152 页,第 85 段。

³⁴⁵ 正如国际法不成体系问题研究组在 2006 年的报告中所述,“起点必须是……就此(演变性解释)问题做出决定就是一件解释条约本身的事情”(见 A/CN.4/L.682 和 A/CN.4/L.682/Corr.1,第 478 段)。

³⁴⁶ 《1964 年……年鉴》,第二卷, A/5809 号文件,第 204-205 页,第(15)段;另见第(13)段,“第三款具体规定,进一步的权威解释要素有:(a) 关于条约之解释之任何协定,和(b) 嗣后在条约适用方面确定各当事方对条约解释之协定之任何惯例”(同上,第 203-204 页);另一方面,沃尔多克解释了准备工作本身并非作准的解释资料(同上, A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件,第 58-59 页,第(21)段)。

因此，结论草案 8[3]通过使用“推定意图”一语，提到通过应用第三十一条和第三十二条承认的各种解释资料所确定的当事国的意图。因此，“推定意图”并非一个可单独确定的最初意愿，准备工作并非确定当事国推定意图的主要基础，而是如第三十二条所示，仅仅是补充解释资料。虽然解释必须设法确定当事国的意图，但解释者必须根据进行解释之时现有的解释资料予以确定，其中包括条约当事国的嗣后协定和嗣后惯例。因而解释者须回答这样的问题：是否可推定当事国在签订条约时有意使所用的术语具有可随时间演变的含义。

(c) 在确定对某具体案件宜采取当时意义解释还是演进性解释问题时，嗣后协定和嗣后惯例的相关性

(10) 结论草案 8[3]没有就一般条约解释宜采取当时意义办法还是演进性办法这一问题采取任何立场(见上文评注，第(4)段)。但是，该结论应当被理解为表明，在是否对具体案件采取演进办法得出结论时，需要慎重一些。为此目的，结论草案 8[3]提到嗣后协定和嗣后惯例，认为其作为解释资料，可有助于解释者在条约解释的正常过程中，评估术语的含义是否能够随时间演变。³⁴⁷

(11) 这一办法以国际法院及其他国际法院和法庭的判例为基础并为其所确认。在纳米比亚咨询意见中，国际法院援引了联合国机构和一些国家的惯例，以具体说明其从自决权固有的演变性质中得出的结论。³⁴⁸ 在爱琴海案中，国际法院认为“重要”的是，联合国的行政惯例和当事国的行为确认了它认定的“领土地位”这一用语的“一般和通常意义”，尽管当事国在另一处上下文中援用了限制性的解释。³⁴⁹ 无论如何，国际法院采取演进性办法的裁定并未偏离案文可能具有的含义，并未偏离——如其嗣后协定和嗣后惯例中也表示的——条约当事国的推定意图。³⁵⁰

(12) 关于航行权和相关权利的争端案的国际法院判决也显示了缔约国的嗣后协定和嗣后惯例如何能够帮助确定某一术语是否具有能够随时间演变的含义。在解释 1858 年一项条约中的“comercio”一词时，法院认为：

“一方面，《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项的意义下的当事国的嗣后惯例可能导致偏离缔约方默认为的原有意图。另一方面，在有些情况中，当事国缔结条约时的意图是……赋予所用术语……一种能够演变的含义或内

³⁴⁷ 另见 Gardiner, 《条约解释》(上文脚注 5), 见第 292-294 页; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international* (见上文脚注 137), 第 488-501 页; J. Arato, “嗣后惯例与演进性解释”, 《国际法院和法庭的法律和实践》, 第 9-3 卷(2010 年), 第 443-494 页, 见第 444-445 页、第 465 页及以下各页。

³⁴⁸ 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注 45), 见第 30-31 页, 第 49-51 段。

³⁴⁹ 爱琴海大陆架案(见上文脚注 336), 见第 31 页, 第 74 段。

³⁵⁰ 另见几内亚比绍与塞内加尔海洋疆界划界案(见上文脚注 344), 见第 151-152 页, 第 85 段。

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。”³⁵¹

法院随后认定，“comercio”一词是一个“普通用语”，其“当事国必然意识到其含义...很可能随时间演变”，意识到“缔结的条约要持续很长时间”，并得出结论认为“必须推定当事国...意图使”这一用语“具有不断演变的含义”。³⁵²在个别意见中，斯科特尼科夫法官尽管不同意这一推理，最后也得出了同样的结果，他接受，对于哥斯达黎加最近“至少十年”有关圣胡安河旅游的嗣后惯例，尼加拉瓜“从未抗议”，而是“采取允许旅游航行的一贯做法”，并得出结论认为，这“表明当事国就其解释达成了一致”。³⁵³

(13) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭有时考虑到更普遍的国家惯例形式，包括国家立法趋势，这反过来又可能改变对犯罪范围或犯罪要件的解释。例如，在检察官诉 Furundžija 案中，³⁵⁴ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭的分庭为界定《关于战时保护平民之日内瓦公约》第二十七条³⁵⁵、《第一附加议定书》(《第一议定书》)第七十六条第一款³⁵⁶和《第二附加议定书》(《第二议定书》)第四条第二款(五)项³⁵⁷所禁止的强奸罪，检查了世界各主要法律制度通用的刑法原则，认为：

“……可以看出，一些国家的立法工作存在这样一个趋势，即扩大强奸罪定义的范围，把先前定为较轻犯罪的行为也纳入进来，包括性侵犯或非礼行为。这种趋势表明，在国家一级，各国倾向于更严格地对待严重的性侵犯形式……”³⁵⁸

(14) 欧洲人权法院的“活的文书”的办法除其他外，也是基于不同形式的嗣后惯例。³⁵⁹ 尽管该法院并不一般要求第三十一条第三款(b)项意义上的“当事国对

³⁵¹ 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注 8)，见第 242 页，第 64 段。

³⁵² 同上，第 66-68 段。

³⁵³ 同上，斯科特尼科夫法官的个别意见，第 283 页起，见第 285 页，第 9-10 段。

³⁵⁴ 检察官诉 Anto Furundžija, 审判庭，判决，1998 年 12 月 10 日，IT-95-17/1-T 号案件，前南斯拉夫问题国际刑事法庭《1998 年司法案例汇编》，第 1 卷，第 165 段及以下各段。

³⁵⁵ 联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 973 号，第 287 段。

³⁵⁶ 《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》)，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页。

³⁵⁷ 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17513 号，第 609 页。

³⁵⁸ 见检察官诉 Anto Furundžija, (上文脚注 354)，第 179 段；相似的还有，检察官诉 Alfred Musema, 卢旺达问题国际刑事法庭，第一审判庭，判决，2000 年 1 月 27 日，ICTR-96-13-A 号案件，第 220 段及以下各段，尤其是第 228 段。

³⁵⁹ 见 Nolte, “特殊制度下……的判例”(见上文脚注 11)，见第 246 页及以下各页。

其解释的一致意思……”，但其采取演进办法的裁定往往辅之以对嗣后(国家、社会和国际法律)惯例的详细叙述。³⁶⁰

(15) 美洲人权法院尽管相对而言很少提到嗣后惯例，但该法院常常提到更广泛的国际发展，这一办法介于嗣后惯例和第三十一条第三款(c)项之下其他“相关规则”之间。³⁶¹ 例如，在 Mayagna (Sumo) Awas Tingni 社区诉尼加拉瓜案中，美洲人权法院指出：

“……人权条约是活的文书[“instrumentos vivo”]，其解释必须适应时代的演变，具体而言，适应目前的生活条件。”³⁶²

(16) 人权事务委员会偶尔也采用基于国家惯例的演进的解决办法。因此，在法官诉加拿大案中，人权事务委员会放弃了其在 Kindler 案³⁶³中的判例，阐述说：

“委员会意识到，上述判例是大约 10 年以前做出的，自那时起，国际上就废除死刑达成了更广泛的共识，而在保留死刑的国家中，更广泛的共识是不执行死刑。”³⁶⁴

在 Yoon 和 Choi 案中，委员会强调，《公民权利和政治权利国际公约》³⁶⁵ 所载任何权利的含义都随时间演变，并得出结论认为，《公约》第十八条第 3 款现在至少提供了某种保护，使人不致被迫违背自己真心持有的宗教信仰而行动。委员

³⁶⁰ Öcalan 诉土耳其[GC]，第 46221/99 号，2005 年 5 月 12 日，《2005 年欧洲人权法院案例汇编》第四卷，第 163 段；VO 诉法国[GC]，第 53924/00 号，2004 年 7 月 8 日，《2004 年欧洲人权法院案例汇编》第八卷，第 4 和第 70 段；Johnston 等人诉爱尔兰，第 9697/82 号，1986 年 12 月 18 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 112 号，第 53 段；Bayatyan 诉美国[GC]，第 23459/03 号，2011 年 7 月 7 日，第 63 段；Soering 诉联合王国，第 14038/88 号，1989 年 7 月 7 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 161 号，第 103 段；Al-Saadoon 和 Mufdhi 诉联合王国，第 61498/08 号，2010 年 10 月 4 日，第 119-120 段，《2010 年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)；Demir 和 Baykara 诉土耳其[GC]，第 34503/97 号，2008 年 11 月 12 日，《2008 年欧洲人权法院案例汇编》，第 76 段。

³⁶¹ 例如，见 Velásquez-Rodríguez 诉洪都拉斯，判决，案情实质，1988 年 7 月 29 日，美洲人权法院，C 辑，第 4 号，第 151 段；在正当法律程序保障框架内获得领事协助信息的权利(见上文脚注 44)，第 130-133 段和第 137 段。

³⁶² Mayagna (Sumo) Awas Tingni 族群诉尼加拉瓜，判决(案情实质、赔偿和费用)，2001 年 8 月 31 日，C 辑第 79 号，第 146 段；另见关于在《美洲人权公约》第 64 条框架内对《美洲关于人的权利和义务宣言》的解释，咨询意见，1989 年 7 月 14 日，OC 40/89, A 辑第 10 号，第 38 段。

³⁶³ Kindler 诉加拿大，意见，1993 年 7 月 30 日，第 470/1991 号来文，人权事务委员会报告，《大会正式记录，第四十八届会议，补编第 40 号》(A/48/40)，第二卷，附件十二，U。

³⁶⁴ 法官诉加拿大，意见，2002 年 8 月 5 日，第 829/1998 号来文，同上，《第四十八届会议，补编第 40 号》(A/48/40)，第二卷，附件五，G，第 10.3 段。

³⁶⁵ 联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页。

会得出这一结论是因为，“越来越多保持义务兵役制度的缔约国实行了义务兵役的替代办法”。³⁶⁶

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

例如，在米海利国际公司诉斯里兰卡民主社会主义共和国案中，法庭认为：

“当事双方均没有主张，《投资争端解决中心公约》载有任何先验的‘投资’的确切定义，而是将此种定义留待国家的嗣后惯例确定，从而保留了其完整性和灵活性，并为投资专题方面国际法未来的逐渐发展留出了余地。”³⁶⁷

(18) 因此，各国际法院和法庭的判例以及专家条约机构的声明确认，第三十一和第三十二条所称的嗣后协定和嗣后惯例“可协助确定”缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予“用语”以“能够随时间演变的含义”。“用语”一语并不限于具体措辞(如“商业”、“领土地位”、“强奸”或“投资”)，而是还可能包含更为相互关联和相互交叉的概念(如“依法”(《公民权利和政治权利国际公约》第九条)或“必须”(《公约》第十八条)，这些概念在各项人权条约中存在)。由于条约的“用语”是条约所载规则的要素，因此涵盖相关规则。

(d) 国内法院的判例法

(19) 同样，第三十一条第三款(b)项和第三十二条所称的嗣后惯例也对国内法院决定采取演进性办法还是当时意义办法解释条约作出了贡献。举例而言，在一宗涉及《国际儿童拐骗事件的民事问题公约》³⁶⁸的案件中，新西兰上诉法院将“监护权”解释为不仅包括法定权利，也包括“事实权利”。法院回顾不同国家的立法和司法惯例，并提到第三十一条第三款(b)项，分析指出这一惯例“证明态度上发生了根本性改变”，并因此随后对“监护权”采取了现代理解，而非“1980 年的理解”。³⁶⁹ 德国联邦宪法法院在一系列涉及在冷战结束后已改变的

³⁶⁶ Yoon 和 Choi 诉大韩民国，意见，2006 年 11 月 3 日，第 1321/2004 和 1322/2004 号来文，同上，《第六十二届会议，补编第 40 号》(A/62/40)，第二卷，附件七，V，第 8.4 段。

³⁶⁷ 米海利国际公司诉斯里兰卡民主社会主义共和国(美国/斯里兰卡双边投资条约)，裁定和同意意见，2002 年 3 月 15 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/00/2，《解决投资争端国际中心案例汇编》，第 6 卷(2004 年)，第 308 页及以下各页，见第 317 页，第 33 段；相似的还有，Autopista Concesionada de Venezuela, CA 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，关于管辖权的决定，2001 年 9 月 27 日，解决投资争端国际中心案件编号 ARB/00/5，同上，第 419 页，第 97 段。

³⁶⁸ 联合国，《条约汇编》，第 1343 卷，第 22514 号，第 89 页。

³⁶⁹ 新西兰，上诉法院，C 诉 H [2009] NZCA 100，第 175-177 段和第 195-196 段(Baragwanath J.)；另见第 31 段(Chambers J.)：“修改 1980 年起草和商定的案文肯定不可行，因为任何修改必须经诸多缔约国商定。因此，必须通过解释和说明的演变，来实现使案文与社会趋势和其他趋势保持一致所必需的演变。考虑到同样于 1980 年生效的《维也纳条约法公约》的条款，这是可允许的做法。第三十一条第三款(b)项允许反映‘嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例’的说明。”相似的还有加拿大，最高法院，Pushpanathan 诉加拿大(公民和移民部部长) [1998] 1 SCR 982，第 129 段(Cory J.)。

安全局势下解释《北大西洋公约》³⁷⁰的案件中，也认定第三十一条第三款(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例“可对条约的含义产生重大意义”，并最终裁定，嗣后协定和嗣后惯例在所涉案件中确实对条约含义产生了重大意义。³⁷¹

(20) 国内法院的其他决定证实，第三十一条第三款和第三十二条所称的嗣后协定和嗣后惯例不一定支持对条约的演进性解释。例如，在美国东方航空公司诉 Floyd 等人案中，美国最高法院面临的问题是，1929 年《华沙公约》³⁷² 第 17 条中“人身伤害”这一术语是否不仅包括身体伤害，也包括纯心理伤害。该法院考虑到“1929 年后做法”和“签字国的解释”，强调尽管有些举措反其道而行之，但大部分缔约国一直将这一术语理解为只包括身体伤害。³⁷³

结论 9[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。

评注

(1) 结论草案 9[8]列出了一些标准，可能有助于确定在具体情况下进行解释时对某一特定嗣后协定或嗣后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他解释资料(见结论草案 2[1]，第 5 段)。

(a) 第 1 段——清晰性、特定性和其他因素

(2) 第 1 段讨论第三十一条第三款下的嗣后协定或嗣后惯例的权重，因此是从总体上同时涉及(a)项和(b)项。第 1 段明确指出，嗣后协定或嗣后惯例作为解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。使用“除其他外”一语，就

³⁷⁰ 联合国，《条约汇编》，第 34 卷，第 541 号，第 243 页。

³⁷¹ 德国，联邦宪法法院，BVerfGE，第 90 卷，第 286 页起，见第 363-364 页，第 276 段；同上，第 104 卷，第 151 页起，见第 206-207 页。

³⁷² 《统一国际运输某些规则的公约》，国际联盟，《条约汇编》，第一百三十七卷，第 11 页。

³⁷³ 美利坚合众国，最高法院，美国东方航空公司诉 Floyd 等人，499 U.S. 530，第 546-549 页；另见联合王国，上议院，国王诉 Bristow 直升飞机公司(苏格兰) [2002] UKHL 7，第 98 和 125 段 (Hope 勋爵)。

表明不应将这些标准视为唯一的。其他标准可能涉及到协定或惯例发生的时间、³⁷⁴ 缔约方对特定协定或惯例的重视或者适用的举证责任。

(3) 相对于其他解释资料而言，嗣后协定或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。³⁷⁵ 例如，国际法院的裁决、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³⁷⁶。国际投资争端解决中心法庭对 *Plama 联合有限公司诉保加利亚共和国* 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他双边投资条约中的争端解决条款。”³⁷⁷

(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作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泛有时是粗略的比较性评估。³⁷⁸ 在后一种情况下，应当铭记，人权条约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

³⁷⁴ 在海洋争端案(秘鲁诉智利)中，法院优先采纳更接近生效日期的惯例，海洋争端案(秘鲁诉智利)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 50 页，第 126 段。

³⁷⁵ Murphy, “嗣后协定和嗣后惯例……的作用”(见上文脚注 256)，第 91 页。

³⁷⁶ 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”(见上文脚注 145)，第 231 页起，见第 259 页，第 74 段；世贸组织专家组报告，美国“归零”法的继续存在和适用，WT/DS350/R，2009 年 2 月 19 日通过，世贸组织上诉机构报告，美国—高地棉花补贴案(美国—高地棉花案)，WT/DS267/AB/R，2005 年 3 月 21 日通过，第 625 段。

³⁷⁷ *Plama 联合有限公司诉保加利亚共和国*，解决投资争端国际中心第 ARB/03/24 号案件，关于管辖权的裁决，2005 年 2 月 8 日，解决投资争端国际中心综述—外国投资法期刊，第 20 卷，第 1 期(2005 年春)，第 262 页起，见第 323-324 页，第 195 段。

³⁷⁸ 例见，*Cossey 诉联合王国*，第 10843/84 号，1990 年 9 月 27 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 184 号，第 40 段；*Tyrer 诉联合王国*，第 5856/72 号，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 26 号，第 31 段；*Norris 诉爱尔兰*，第 10581/83 号，1988 年 10 月 26 日，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 142 号，第 46 段。

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：

“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。”³⁷⁹

(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”，³⁸⁰ 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”。³⁸¹

(b) 第 2 段——惯例的重复出现

(6) 结论草案 9[8]第 2 段仅涉及第三十一条第三款(b)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(b)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(a)项下解释资料的权重。³⁸²

(7) 关于第三十一条第三款(b)项中“嗣后惯例”³⁸³ 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”。³⁸⁴

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

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

³⁸¹ 同上，第 94 段。

³⁸² *乌拉圭河沿岸纸浆厂案*(见上文脚注 8)，第 63 页，第 131 段。

³⁸³ 见上文结论草案 4，第 2 段。

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

(8) 这一定义表明,第三十一条第三款(b)项下的嗣后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,第三十一条第三款(b)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(b)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。³⁸⁵ 其他国际性法院大多遵循国际法院的办法。伊朗—美国索赔法庭³⁸⁶ 和欧洲人权法院³⁸⁷ 都是如此。

(10) 但实际上,世贸组织上诉机构制订的标准与国际法院采取的办法之间的区别并没有表面看起来那么大。世贸组织上诉机构似乎采用了一份出版物中的“协调、共同和一致”的表述³⁸⁸,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”。³⁸⁹ 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(b)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。³⁹⁰ 世贸组织上诉机构自己也曾采取这一有略微差别的态度。³⁹¹

³⁸⁵ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8),第 1075-1076 页,第 47-54 段和第 1087 页,第 63 段;领土争端案(见上文脚注 8),第 34-37 页,66-71 段。

³⁸⁶ 伊朗—美利坚合众国索赔法庭,第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 150),第 77 页起,见第 116-126 页,第 109-133 段。

³⁸⁷ Soering 诉联合王国,第 14038/88 号,1989 年 7 月 7 日,《欧洲人权法院案例汇编》A 辑,第 161 号,第 103 段;Loizidou 诉土耳其(初步反对意见),第 15318/89 号,1995 年 3 月 23 日,《欧洲人权法院案例汇编》A 辑,第 310 号,第 73 段和第 79-82 段;Bankovic 等人诉比利时及 16 个其他缔约国(裁决)[大审判庭],第 52207/99 号,《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第十二卷,第 56 和 62 段;关于解决投资争端国际中心的判例,见 Fauchald(上文脚注 111),第 345 页,另见 A. Roberts,“投资条约解释中的实力和说服:国家的双重角色”,《美国国际法期刊》,第 104 期,2010 年,第 207-215 页。

³⁸⁸ Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 6),第 137 页;另见 Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注 6),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……年鉴》,第二卷, A/6309/Rev.1 号文件,第 98-99 页,第 17-18 段,以及第 221-222 页,第 15 段。

³⁸⁹ Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注 6);伊朗—美国索赔法庭,第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 150),第 77 页起,见第 118 页,第 114 段。

³⁹⁰ 阿根廷和智利比格尔海峡划界争端案,1977 年 2 月 18 日,《国际仲裁裁决汇编》,第二十一卷,第二部分,第 53-264 页,见第 187 页,第 169 段;J.-P. Cot,“条约缔约国的嗣后惯例”,《国际公法总期刊》,第 70 期,1966 年,第 644-647 页(临时价值);Distefano,“……嗣后惯例”(见上文脚注 187),第 46 页;Där,“第三十一条……”(见上文脚注 52),第 556 页,第 79 段;另见在海洋争端案(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),可查阅 www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf,以及 CR 2012/36,第 13-18 页,第 6-21 段(Wordsworth),可查阅 www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf。

³⁹¹ 世贸组织上诉机构报告,欧共体—电脑设备案,WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R 和 WT/DS68/AB/R,1998 年 6 月 22 日,第 93 段。

(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(b)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。”³⁹² 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(b)项下考虑进来。³⁹³

(c) 第 3 段——第三十二条所称其他嗣后惯例的权重

(12) 结论草案 9[8]第 3 段针对第三十二条所称的“其他嗣后惯例”的权重(见结论草案 4 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。”³⁹⁴

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……”³⁹⁵

为了确定这类嗣后惯例的“相关性”，上诉机构援引“客观因素”：

³⁹² 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/rev.1 号文件，第 222 页，第(15)段；Cot, “……缔约国的嗣后惯例”(见上文脚注 390)，第 652 页。

³⁹³ 在实践中，作为一般性规则，一次性的做法常常不足以确定缔约国就条约解释达成一致；但是，第三十一条第三款(b)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”，《1976 年……学院讲义》，第 152 卷，第 377-466 页，见第 457 页；Linderfalk, 《论条约的解释》(见上文脚注 59)，第 166 页；C.F. Amerasinghe, “公开的国际组织文件的解释”，《1994 年英国国际法年鉴》，第 65 卷，第 175 页起，见第 199 页；Villiger 支持要有一定的次数要求，但也强调，最重要的一点是确立一致意见，Villiger, 《……评注》(见上文脚注 27)，第 431 页，第 22 段。Yasseen 和 Sinclair 写道，“通常”一次性的行为不能够构成惯例，Yasseen, “……对条约进行解释”(见上文脚注 6)，第 47 页；Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注 6)，第 137 页；参阅 Nolte, “……国家嗣后协定和嗣后惯例”(见上文脚注 53)，第 310 页。

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

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

“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。”³⁹⁶

(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”。³⁹⁷

(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。”³⁹⁸

结论 10[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会有所变化。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。

评注

(a) 第 1 段第一句——第三十一条第三款(a)项和(b)项所称的协定必须是共同理解

(1) 第 1 段第一句提出了一项原则，即第三十一条第三款(a)项和(b)项所称的协定必须是缔约方关于条约解释的共同理解。要使共同理解具有第三十一条第三款规定的效力，缔约国必须知悉并接受其中包含的解释。在结论草案 4 及其评注³⁹⁹中已经说明了(a)项和(b)项所述“协定”形式的不同，而结论草案 10[9]第 1 段旨在找出这两项的共同之处，即缔约方就条约解释在实质上达成的协定。

³⁹⁶ 欧共体—鸡块案(见上文脚注 394)，第 290 段(脚注略)。

³⁹⁷ 同上，第 307 段(脚注略，强调系原文所有)；同时参阅欧洲共同体—电脑设备案(见上文脚注 395)，第 95 段。

³⁹⁸ 欧共体—电脑设备案(见上文脚注 395)，第 93 段(强调系原文所加)。

³⁹⁹ 见上文结论草案 4 的评注第(10)段。

(2) 区分作为第三十一条第三款(a)项和(b)项所述作准解释资料的嗣后协定和嗣后惯例与第三十二条所述作为补充解释资料的嗣后惯例⁴⁰⁰的一个要素是缔约方就条约解释达成的“协定”。正是缔约方的这种协定使第三十一条第三款所述的解释资料⁴⁰¹对于第三十一条下解释通则的互动解释进程具备了特定的功能和权重。⁴⁰²

(3) 不同缔约方就条约表达的相互冲突的立场就排除了协定的存在。包括仲裁法庭在德国外债案中的裁决等都确认了这一点，该裁决称，通过管理机构的一系列函件，无法得出“嗣后默认的理解”，因为其中一家机构即英格兰银行表达了不一样的立场。⁴⁰³

(4) 但是，只有在缔约方的立场相冲突的范围内并就缔约方的立场冲突持续的这一时期而言，才不存在协定。缔约方以不同的方式适用条约这一事实本身并不能使人得出结论，认为就条约解释方面存在相互冲突的立场。这种不同可能说明对一个正确的解释存在不同意见，但也可能仅仅反映出一种共同理解，即条约允许在适用时行使一定范围的自由裁量权⁴⁰⁴。以全人类的考虑或其他总体人群利益为特点，如关于人权或难民的条约往往意在有一个统一的解释，但也会为各国行使自由裁量权留出一定的斟酌空间。

(5) 一个或多个缔约方模棱两可的行为通常使人无法确认存在协定⁴⁰⁵，但是，并不是一国行为中不符合总体情况的每个要素都必然导致该国行为具有模糊性，以至于无法认定存在协定。例如，仲裁法庭在比格尔海峡案中认为，尽管缔约方在有一点上就条约解释存在不同意见，但这一事实并不必然说明无协定是永久性的：

“同样，关于解决办法的谈判没有取得一个[解决办法]也很难说就有永久性的效力。就谈判过程中发生的行为而言，最多也可能只是临时性地使缔约方的行为失去了支持其对条约各自解释的实证价值。最多也就是这样了。”⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ 见上文结论草案 3[2]和结论草案 4 第 3 段。

⁴⁰¹ 见 Crawford, “对……第三十一条第三款的合意主义解释”(上文脚注 220), 第 30 页: “没有理由认为(b)项中的‘协定’一词与(a)项中的协定一词的含义有任何的不同。”

⁴⁰² 见上文结论 2[1]草案的评注, 第(12)-(15)段: 对第三十一条必须作“整体理解”, 它将解释进程视为“一个综合的行动”, 该条并“未确立一个解释条约的法律等级制度”, 《1966 年……年鉴》, 第二卷, A/6309/Rev.1 号文件, 第 219 页第(8)段和第 220 页第(9)段。

⁴⁰³ 关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条(e)项条款问题案, 1980 年 5 月 16 日裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十九卷, 第三部分, 第 67-145 页, 见第 103-104 页, 第 31 段; 另见欧共体——电脑设备案(上文脚注 395), 第 95 段; 几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案(上文脚注 344), 见第 175 页, 第 66 段。

⁴⁰⁴ 见上文结论草案 7 的评注, 第(12)-(15)段。

⁴⁰⁵ 关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题(见上文脚注 145), 第 258 页, 第 70 段; Kolb, “La modification d’un traité …”(见上文脚注 309), 第 16 页。

⁴⁰⁶ 阿根廷和智利比格尔海峡争端案, 1977 年 2 月 18 日, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十一卷, 第二部分, 第 53-264 页, 见第 188 页, 第 171 段。

(6) 与此相似, 在 *Loizidou* 诉土耳其案中, 欧洲人权法院认为, 缔约方对于其接受委员会和法院职能所规定限制的范围“通过缔约方的嗣后实践得到确认”, 即“有证据显示一种惯例, 表明缔约方基本普遍同意《公约》第 25 和第 46 条不允许作出领土或实质性的限制。”⁴⁰⁷ 法院在适用第三十一条第三款(b)项时将“这种国家实践”称为“统一和一贯的”, 虽然它同时也承认两个国家即有可能构成例外。⁴⁰⁸ 这一裁决表明, 解释者(至少在《欧洲公约》下)在评估缔约方就一特定解释是否达成一致时有一定的斟酌余地。⁴⁰⁹

(7) 1969 年《维也纳公约》中的“协定”一词⁴¹⁰ 并不意味着任何具体的形式要求,⁴¹¹ 包括第三十一条第三款(a)项和(b)项所述的“协定”⁴¹² 但是, 委员会注意到, 为了区分第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定和第三十一条第三款(b)项所述“确定协定”的嗣后惯例, 前者预先假定有“一次共同的行动”。⁴¹³ 没有要求说第三十一条第三款(a)项所述协定要公布或按《联合国宪章》第一百零二条的规定进行登记。⁴¹⁴

(8) 就第三十一条第三款所述协定而言, 缔约方就条约解释的立场恰好重合还不够, 缔约方必须知悉并接受这些立场是共同的。因此, 国际法院在卡西基里/

⁴⁰⁷ *Loizidou* 诉土耳其(初步反对意见), 第 15318/89 号, 1995 年 3 月 23 日, 《欧洲人权法院案例汇编》A 辑, 第 310 号, 第 79 和 81 段。

⁴⁰⁸ 同上, 第 80 和 82 段; 该案不涉及对具体人权的解释, 而是一国是否受《公约》约束的问题。

⁴⁰⁹ 世贸组织争端解决机构较严格的判例认为, 不同的解释者可能对问题作出不同的评价, 见美国—计算倾销差额(持续归零)的法律、条例和方法(*Zeroing*), WT/DS294/R, 2006 年 5 月 9 日通过, 第 7.218 段: “……即使已经确凿地确认, 欧洲共同体所指全部 76 个成员国都采取了一种[特定的]惯例……, 这也只能意味着有不少世贸组织成员国采取了与美国不同的办法。……我们注意到, 在本诉讼中, 有一个第三方提交了论述, 反驳欧洲共同体的观点……”

⁴¹⁰ 见第二条第一款(a)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至四十一条、第五十八条和第六十条。

⁴¹¹ 见上文结论草案 4 的评注, 第(5)段; 常设仲裁法庭在孟加拉湾海洋边界仲裁案(孟加拉国诉印度)中确认了这一点, 2014 年 7 月 7 日的裁决, 见 www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=2705, 第 47 页, 第 165 段; Yasseen, “……对条约进行解释”(见上文脚注 6), 第 45 页; Distefano, “……嗣后惯例”(见上文脚注 187), 第 47 页。

⁴¹² 见上文结论草案 4 的评注, 第(5)段; Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5), 第 231-232 页和第 243-247 页; Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注 138), 第 213 页; Dör, “第三十一条……”(见上文脚注 52), 第 554 页, 第 75 段; R. Gardiner, “关于条约解释的维也纳公约法则”, 出自 D. B. Hollis 所编《牛津条约指南》(牛津, 牛津大学出版社, 2012 年), 第 475 和 483 页。

⁴¹³ 见上文结论草案 4 的评注, 第(10)段; “一次共同的行动”也可能包括交换信件, 见欧洲分子生物实验室仲裁案(欧洲分子生物实验室诉德国), 1990 年 6 月 29 日, 《国际法案例汇编》, 第 105 卷(1997 年), 第 1 页起, 见第 54-56 页; Fox, “……第三十一条第三款(a)项和(b)项……”(上文脚注 53), 第 63 页; Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5), 第 248-249 页。

⁴¹⁴ Aust, “非正式国际文书的理论与实践”(见上文脚注 78), 第 789-790 页。

塞杜杜岛案中要求，要使惯例属于第三十一条第三款(b)项所规定的范围，“当局充分意识并接受它，作为对条约边界的认可。”⁴¹⁵事实上，只有对其他缔约方关于条约解释立场的知悉和接受才能作为依据将第三十一条第三款(a)项或(b)项所述的协定定义为“作准的”解释资料。⁴¹⁶在有些情况下，可以推定对其他缔约方立场的意识和接受，特别是对在国家层面上实施的条约而言。

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

(9) 第 1 段第二句的目的是重申就第三十一条第三款而言，“协定”本身无需是具有法律约束力的，⁴¹⁷这与 1969 年《维也纳公约》其他条款相反，其他条款是在有法律约束力的文书的意义上使用“协定”一语。⁴¹⁸

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

⁴¹⁵ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，第 1094 页，第 74 段(“马苏比亚部族对岛屿的占领”)和第 1077 页，第 55 段(“似乎从未为德国所知的‘伊森报告’”)；Dörr, “第三十一条……”(见上文脚注 52)，第 560 页，第 88 段。

⁴¹⁶ 在这方面，确定第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例可能比形成习惯国际法的要求更严格，见 Boisson de Chazournes, “嗣后惯例、惯例……”(上文脚注 28)，第 53-55 页。

⁴¹⁷ 见上文结论草案 4 的评注，第(6)段；P. Gautier, “非约束性协定”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(见上文脚注 38)，第 14 段；Benatar, “从实证价值到作准解释……”(见上文脚注 53)，第 194-195 页；Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注 138)，第 213 页；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注 5)，第 244 页；另见 Nolte, “……国家嗣后协定和嗣后惯例”(上文脚注 53)，第 307 页起，见第 375 页。

⁴¹⁸ 见第二条第一款(a)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至四十一条、第五十八和第六十条。

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

⁴²⁰ 阿根廷和智利比格尔海峡争端案，1977 年 2 月 18 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第 53-264 页，见第 187 页，第 169 段；关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条(e)项条款问题案，1980 年 5 月 16 日，同上，第十九卷，第 67-145 页，见 103-104 页，第 31 段；Karl, *Vertrag und spätere Praxis...*(见上文脚注 67)，第 190-195 页；Kolb, “La modification d’un traité ...”(见上文脚注 309)，第 25-26 页；Linderfalk, 《论条约的解释》(见上文脚注 59)，第 169-171 页。

⁴²¹ 《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(见上文脚注 189)，第 31 次会议，1968 年 4 月 19 日，第 169 页，见第 59 段(澳大利亚)；P. Gautier, “非正式协定与《维也纳条约法公约》”，载于 N. Angelet 所编的《权利法与法权：Jean Salmon 纪念文集》(布鲁塞尔，Bruylant, 2007 年)，第 425-454 页，见第 430-431 页(“第三款所述系指解释性的协定，此处使用‘协定’是取其广义的意义，不一定与《维也纳公约》第二条定义的‘条约’相符。因此，解释性协定最终有可能是一个口头协定甚至是政治协定”)。

⁴²² 见 Gautier, “非约束性协定”(上文脚注 417)，第 14 段；Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注 138)，第 211、213 页。

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

(12) 另一方面，一些委员认为术语“协定”在 1969 年《维也纳公约》所有条款中具有相同的含义。根据这些成员的意见，这个词表示有关国家之间具有法律效力的任何谅解，本评注所提到的判例法与这个定义不矛盾。这样的定义并不妨碍为了解释的目的而根据第三十二条考虑到不具法律约束力的谅解。

(c) 第 2 段——参与嗣后惯例的形式，包括通过默认或不作为

(13) 第 2 段第一句申明了一个原则，即并非所有缔约方都必须参与某一特定惯例，以此构成第三十一条第三款(b)项所述协定。第二句澄清说明，在特定情况下，未参与这一惯例的缔约方对这一惯例的接受可能经由沉默或不作为来构成。

(14) 从一开始，委员会就承认，通过第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例形成的“协定”可部分地源于一个或多个缔约方的沉默或不作为。委员会为了解释为

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

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

⁴²⁵ 美国 - 联合王国希斯洛机场用户诉讼案仲裁，关于第一个问题的裁决，1992 年 11 月 30 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷(出售品编号：E/F.04.V.18)，第 1-359 页，见第 131 页，第 6.7 段；Aust，‘非正式国际文书的理论和实践’(见上文脚注 78)，第 787 和 807 页；Linderfalk，‘论条约的解释’(见上文脚注 59)，第 173 页；Hafner，‘嗣后协定和惯例……’(见上文脚注 269)，第 110-113 页；Gautier，‘非正式协定与《维也纳条约法公约》’(见上文脚注 421)，第 434 页。

⁴²⁶ 例如，“……说明缔约方就解释达成协定的模式……”(世贸组织上诉机构报告，日本一酒精饲料案二，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R，1996 年 11 月 1 日通过，E 节，第 13 页)；或者“……模式……必须暗示就相关条款的解释达成一致”(世贸组织专家组报告，欧洲共同体及其成员国 - 某些信息技术产品的关税待遇案，WT/DS375/R、WT/DS376/R 和 WT/DS377/R，2010 年 9 月 21 日通过，第 7.558 段)；或“……体现就解释达成协定的惯例”(伊朗 - 美国索赔法庭，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)(见上文脚注 150)，第 77 页起，见第 119 页，第 116 段)；或“……国家惯例”“……表明缔约国没有任何谅解”(Bankovic 等人诉比利时及 16 个其他缔约国(裁决)[大审判庭]，第 52207/99 号，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第十二卷，第 62 段)。

⁴²⁷ 美国 - 联合王国希斯洛机场诉讼案仲裁(见上文脚注 425)，第 131 页，第 6.7 段；另见莱茵铁路公司案仲裁(见上文脚注 10)，第 98 页，第 157 段。

何在第二十七条第三款(b)项中使用“缔约方的谅解”一语(后来成为第三十一条第三款(b)项中的“协定”)(见上文第(10)段)而没有使用“全体缔约方的谅解”的说法时指出:

“它认为,‘缔约方的谅解’一语自然是指‘全体缔约方’。避免使用‘全体’一词只是为了防止出现可能的误解,即每个缔约方必须作为个体介入这种实践,但只要它接受这一惯例就足够了。”⁴²⁸

(15) 国际法院也承认有可能经由沉默或不作为表示对解释的同意,法院在柏威夏寺案中称,一国在面对另一方某种嗣后行为的情况下,“如果显然当时情况要求在合理期限内作出某种反应”,则“必须认定该国已经默认了”。⁴²⁹ 法院对于就通过嗣后惯例解释条约确立协定的目的而言沉默作用的这一总体立场在后来的裁决中也得到了确认⁴³⁰,并得到大多数法学著作的支持。⁴³¹ “要求作出某种反应”的“情况”包括缔约方就条约进行互动的具体背景。⁴³²

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

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

⁴²⁹ 柏威夏寺案(见上文脚注101),第23页。

⁴³⁰ 另见石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国),初步反对意见,判决,《1996年国际法院案例汇编》,第803页起,见第815页,第30段;尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事活动和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国),管辖权和可否受理问题,判决,《1984年国际法院案例汇编》,第392页起,见第410页,第39段;检察官诉 Anto Furundžija(见上文脚注354),第165段及以后各段,见第179段;Rantsev诉塞浦路斯和俄罗斯,第25965/04号,2010年1月7日,《2010年欧洲人权法院案例汇编》(摘录),第285段;较慎重的立场,见世贸组织上诉机构报告,欧共体-鸡块案,WT/DS269/AB/R和Corr.1、WT/DS286/AB/R和Corr.1,2005年9月27日通过,第272段;另见,对于控股有限公司,伊朗-美国索赔法庭,第30-16-3号裁决,RayGo Wagner设备公司诉伊朗快递公司,《伊朗-美国索赔法庭裁决汇编》,第2卷(1983年),第141页起,见第144页;关于1961年和1969年德国马克升值是否构成适用1953年比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一A第2条(e)项条款问题案,1980年5月16日,《国际仲裁裁决汇编》,第十九卷,第67-145页,见第103-104页,第31段。

⁴³¹ Kamto,“国际法中的国家意志”(见上文脚注146),第134-141页;Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注6),第49页;Gardiner,《条约解释》(见上文脚注5),第267页;Villiger,《……评注》(见上文脚注27),第431页,第22段;Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注52),第557和559页,第83和86段。

⁴³² 例如,当在国际组织的框架内行动时,见关于1995年9月13日《临时协定》的适用案(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊),2011年12月5日的判决,《2011年国际法院案例汇编》,第644页起,见第675-676页,第99-101段;Kamto,国际法中的国家意志”(见上文脚注146),第136页。

⁴³³ 阿根廷和智利比格尔海峡争端案,1977年2月18日,《国际仲裁裁决汇编》,第二十一卷,第二部分,第53-264页。

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

在同一案件中，仲裁法院认为：

“(如法院业已表明的那样)，仅仅是印制一些地位和价值极其令人怀疑的地图(尽管其确实代表阿根廷的官方观点)不能够排除或阻止智利采取一些行动，显示该国对自身根据 1881 年条约所具有权利的观点——如果阿根廷认为这些行动违反条约的话，仅靠出版地图本身也不能免除阿根廷就智利的行动作出反应的必要性。”⁴³⁵

(17) 沉默的意义取决于另一方的嗣后惯例所涉及的法律情形以及由此表达的主张。因此，在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中，国际法院认为：

“其中有些活动——开展公共保健和教育、治安、司法——通常可视为“主权”行为。但是，法院注意到，因喀麦隆在本地区有事先存在的所有权，法律上要作的相关考查是是否有证据显示喀麦隆默认将所有权移交给尼日利亚。”⁴³⁶

(18) 这一判决表明，在涉及确立划定边界的条约案中，只有在非常特殊的情况下才要求针对违反条约的行为作出反应。在这种情况下，似乎有一种强有力的推定，即沉默或不作为不构成对惯例的接受。⁴³⁷

(19) 沉默或不作为对于确立关于解释协定的相关性在很大程度上取决于具体案件的具体情况。国际性法院和法庭的裁决显示，通过沉默或不作为来接受一方或多方的惯例并不能很容易地得到确立。

(20) 例如，国际性的法院和法庭不太愿意接受以下观点，即议会程序或国内法庭判决可视为第三十一条第三款(b)项所述的嗣后惯例，对此条约其他缔约方需

⁴³⁴ 同上，见第 187 页，第 169(a)段。

⁴³⁵ 同上，第 171 段。

⁴³⁶ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页起，见第 352 页，第 67 段。

⁴³⁷ 同上，见第 351 页，第 64 段：“……但是，法院指出，鉴于法院已经认定，乍得湖的边界已经划定……自然，事实上必须对尼日利亚的任何行动的效力进行评价，评价其作为违法行为的法律后果”；另见边界争端案，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页起，见第 586 页，第 63 段；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案(见上文脚注 344)，第 181 页，第 70 段。

要作出反应，即使是此类程序或判决是经由其他渠道包括通过本国的外交部门引起其注意的情况。⁴³⁸

(21) 此外，即使当一方通过行动就条约解释对另一方(或几方)表达特定立场时，这也不一定要求另外一方或几方作出反应。在卡西基里/塞杜杜岛案中，国际法院认为，对于接受各方委任就某一争端事项确定特定事实情况的联合专家委员会的结论，如果一国没有对其作出反应，并不能由此作为依据，得出结论认为有关方面已就争端达成协定。⁴³⁹ 法院认为，当事方认为专家的工作仅仅是一个准备阶段，以便今后在政治层面上作出另外的决定。就更一般的情况而言，世贸组织上诉机构认为：

“……在特定情况下，根据当时的具体情形，对条约特定缔约方的‘没有反应’或沉默可以理解为接受了条约其他缔约方的惯例。当没有参与一项惯例的缔约方主动或被动地知悉其他缔约方的惯例(如经过通知或参加讨论惯例的一个论坛)而没有对此作出反应时，就可以视为上述的一种情况。”⁴⁴⁰

海洋法国际法庭确认了上述办法。法庭考虑到各国在解释《联合国海洋法公约》第五十六、五十八和七十三条的惯例，称：

“法庭承认，不仅是西非地区，也包括世界其他一些地区，有些国家的国内法对在本国专属经济区捕鱼的外国船只的装载量作出了规定，与几内亚比绍相似。法庭进一步注意到，对于此类法律并没有明示的反对意见，而且这些法律一般上都得到遵守。”⁴⁴¹

(22) 国内法院的裁决还确认，只有在“相关情况要求做出某些反应”时，方可将缔约方的沉默理解为接受。⁴⁴² 这种情况有时体现在特定的合作环境中，如规定了特别密切的合作形式的双边条约。⁴⁴³ 如果条约设想的合作形式属于国际组

⁴³⁸ 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(见上文脚注 8)，第 650 页，第 48 段；世贸组织上诉机构报告，欧共体—鸡块案，WT/DS269/AB/R 和 Corr.1、WT/DS286/AB/R 和 Corr.1，2005 年 9 月 27 日通过，第 334 段(“……仅仅是能够查阅一个公布的判决不能等同于接受……”)。

⁴³⁹ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 8)，第 1089-1091 页，第 65-68 段。

⁴⁴⁰ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—鸡块案(见上文脚注 438)，第 272 段(脚注略)。

⁴⁴¹ “弗吉尼亚 G 号”商船案(巴拿马/几内亚比绍)，判决，《2014 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 218 段。

⁴⁴² 瑞士，联邦法院，1971 年 2 月 17 日判决，BGE，第 97 I 卷，第 359 页，见第 370-371 页。

⁴⁴³ 见美国，最高法院，O'Connor 和 ux 诉美国案，479 U.S. 27，见第 33-35 页；德国，联邦宪法法院，BVerfGE，第 59 卷，第 63 页起，见第 94-95 页。

织范围之内，而该组织规定缔约方的惯例及其沉默与条约解释无关，情况则有所不同。⁴⁴⁴

(23) 面对条约某一缔约方的嗣后惯例，沉默或不作为在法律上的重要性并不限于构成可能的基本共同协定，也可能有助于非基于同意规则的适用，如禁止反言、排除或指示。⁴⁴⁵

(24) 第三十一条第三款(a)项和(b)项所述缔约方之间的协定在确立后，将来也可能终止。缔约方可以第三十一条第三款下具有不同范围或内容的另外一个协定加以取代。在这种情况下，新的协定取代以前的协定，成为从生效之日起作准的解释资料，至少效力持续到将来。⁴⁴⁶ 但是，对于这种情况，不能轻易地推定国家通常不会根据短期考虑改变其对条约的解释。

(25) 缔约国就条约解释达成嗣后协定后，也有可能出现不同意见。但是，这种不同意见通常不能取代前述嗣后协定，因为诚意原则使缔约方不能简单地抵赖通过共同解释所产生的合法预期。⁴⁴⁷ 另一方面，一个缔约方对以前通过共同惯例产生的谅解明确拒绝 “确实在很大程度上削弱了惯例此后的重要性”，但没有削弱以前的共同惯例的重要性。⁴⁴⁸

结论 11[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。

⁴⁴⁴ 见联合王国，最高法院，一方面是 *Assange* 诉瑞典检察机关案[2012] UKSC 22, 第 68-71 段 (Phillips 勋爵)；另一方面是 *Bucnys* 诉司法部案，立陶宛[2013] UKSC 71, 第 39-43 段 (Mance 勋爵)。

⁴⁴⁵ 联合国的特定费用案(《宪章》第十七条第二项)，1962 年 7 月 20 日的咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页起，见第 182 页 (Spender 法官的不同意见)。

⁴⁴⁶ Hafner, “嗣后协定和惯例……” (见上文脚注 269)，第 118 页；这意味着第三十一条第三款所述协定的解释性效力并不一定追溯到条约生效之日，如 Yasseen, “……对条约进行解释” (见上文脚注 6)，第 47 页所主张的那样。

⁴⁴⁷ Karl, *Vertrag und spätere Praxis...* (见上文脚注 67)，第 151 页。

⁴⁴⁸ 海洋争端案(秘鲁诉智利)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 52 页，第 142 段。

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。

评注

(1) 结论草案 11[10]涉及国家达成第三十一条第三款所述嗣后协定或嗣后惯例或第三十二条所述嗣后惯例的一个具体的行动形式，即在缔约国大会框架下作出的决定。⁴⁴⁹

(a) 第 1 段——缔约国大会的定义和形式

(2) 各国通常利用缔约国大会作为多边条约的审查和实施持续进程的一种行动方式。⁴⁵⁰ 这种大会可粗略地分为两个基本类别。第一，此类大会事实上是国际组织的一个机关，缔约国在大会中以机关成员的身份采取行动(如世界贸易组织、禁止化学武器组织或国际民用航空组织缔约方会议)。⁴⁵¹ 此类缔约方大会不属于结论草案 11[10]的范畴，结论 11[10]不涉及国际组织及其之中的嗣后惯例。⁴⁵² 第二，其他缔约国大会依照条约召集，条约并未规定设立国际组织；仅规定缔约国举行定期或不定期的会议，以审查和实施条约。此类审查会议是缔约国就条约进行合作和开展嗣后行动的框架。这两种缔约国大会都有可能具备有关修正和/或调整条约的特定权力。例如，1972 年《生物武器公约》审查会议进程，⁴⁵³ 1968 年《不扩散条约》第八条第 3 款规定的审查会议，⁴⁵⁴ 和国际环境

⁴⁴⁹ 其他说法包括：缔约方会议或缔约国大会。

⁴⁵⁰ 见 V. Røben, “缔约国大会(会议)”, 载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(上文脚注 38), 第 605 页; R. R. Churchill 和 G. Ulfstein, “多边环境协定中的自治机构安排: 国际法中极少受到注意的一个现象”, 《美国国际法期刊》, 总第 94 期, 第 4 期(2000 年), 第 623-659 页; J. Brunnée, “处理同意问题: 多边环境协定下的法律制订”, 《Leiden 国际法期刊》, 总第 15 期, 第 1 期(2002 年), 第 1-52 页; A. Wiersema, “新的国际法制订者? 多边环境协定的缔约方大会”, 《Michigan 国际法期刊》, 第总第 31 期, 第 1 期(2009 年), 第 231-287 页; L. Boisson de Chazournes, “最后的环境条约”, 《环境政策和法律》, 总第 39 期, 第 6 期(2009 年), 第 293-298 页。

⁴⁵¹ 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(1994 年)(见上文脚注 58); 《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(1993 年)(见上文脚注 159); 《国际民用航空组织公约》(《芝加哥公约》, 1944 年), 联合国, 《条约汇编》, 第 15 卷, 第 102 号, 第 295 页。

⁴⁵² 见下文结论草案 12[11]。

⁴⁵³ 见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》(《化学武器公约》(1972 年)(见上文脚注 159), 第十一条。按照这个机制, 缔约国在审查会议中须“……审查本公约的实施情况, 以保证本公约序言的宗旨和各项条款……正在得到实现。此项审查应考虑到任何与本公约有关的科学和技术的新发展”(第十二条)。

⁴⁵⁴ 《不扩散核武器条约》(1968 年), 联合国, 《条约汇编》, 第 729 卷, 第 10485 号, 第 161 页; 第八条第 3 款规定, 在条约生效后会议五年, 应举行审查会议, 此后, 如有此决定, 应每隔五年另行召集这种会议, “……审查本条约的实施情况, 以保证本条约序言的宗旨和本条约的各项条款正在得到实现”。通过这种决定, 缔约国逐条审查《不扩散核武器条约》的实施情况, 并就后续行动拟订结论和建议。

条约所设立的缔约方大会。⁴⁵⁵ 依照《国际捕鲸管制公约》成立的国际捕鲸委员会⁴⁵⁶ 是界于这两类缔约方会议之间的一个例子，国际法院在南极捕鲸案的判决中考虑了它的嗣后惯例。⁴⁵⁷

(3) 由于缔约国大会通常由条约规定设立，因此缔约国大会在一定意义上是“条约机构”。但是，不能将其与由独立专家组成的机构或成员人数有限的机构混为一谈。缔约国大会是定期或不那么定期的会议，向条约全体缔约方开放。

(4) 为承认缔约国会议及其运作规则的广泛多样性，第 1 段为就本结论草案而言的“缔约国大会”一语提供了一个宽泛的定义，只是排除了作为国际组织机构成员的缔约国的行动(这是今后另一条结论草案的主题)。

(b) 第 2 段第一句——根据规范缔约方大会的规则通过的决定所具有的法律效力

(5) 第 2 段第一句承认，缔约国大会采取的任何行动的法律意义首先取决于规范缔约国大会的规则，最主要的是组织条约和任何适用的程序规则。缔约国大会开展各种行动，包括审查条约实施情况，审查条约本身，并通过修正程序作出决定。⁴⁵⁸

(6) 缔约国大会的权力可以载于通则或具体条款中或两者兼有。例如，《联合国气候变化框架公约》第七条第 2 款首先做了下面的总体论述，然后阐述会议的十三项具体任务，其中一条涉及审查缔约国在条约下的义务：

“缔约方会议作为本公约的最高机构，应定期审评本公约和缔约方会议可能通过的任何相关法律文书的改造情况，并应在其职权范围内作出为促进本公约的有效履行所必要的决定。”

⁴⁵⁵ 例证包括《联合国气候变化框架公约》(1992 年)(联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号，第 107 页)缔约方会议，作为《联合国气候变化框架公约京都议定书》(《京都议定书》，1997 年)(联合国，《条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号，第 161 页)缔约方会议的《公约》缔约方会议和《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》(《拉姆萨尔公约》，1971 年)(联合国，《条约汇编》，第 996 卷，第 14583 号，第 245 页)缔约方会议。

⁴⁵⁶ 该公约常常被称为设立了一个国际组织，但事实上并没有这么明确，它为国际捕鲸委员会提供了符合关于缔约国会议当前定义的特点。

⁴⁵⁷ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 46 段。

⁴⁵⁸ 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》：关于审查职能的第 6 条第 1 款和关于修正的第 10 条之二；《联合国气候变化框架公约》：关于审评权力的第七条第 2 款和关于修正第十五条；《京都议定书》：关于作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议审评权力的第十三条第 4 款和关于修正程序的第二十条；《濒危野生动植物国际贸易公约》(联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14537 号，第 243 页)，关于缔约国审查会议的第十一条和关于修正程序的第十七条；《不扩散核武器条约》；《世界卫生组织烟草管制框架公约》(联合国，《条约汇编》，第 2302 卷，第 41032 号，第 166 页)，第 23 条第 5 款(审查权力)、第 28 条(修正)和第 33 条(议定书)。

(7) 不同条约中所载具体条款请缔约方会议提议实施条约具体条款的“准则”⁴⁵⁹或定义条约机制的“相关的原则、方式、规则和指南”。⁴⁶⁰

(8) (广义的)修正程序包括条约主要案文的修正程序(修正结果大多要求缔约国按照组织程序加以批准)以及默认接受和选择退出程序⁴⁶¹，后者通常适用于附件，其中载有需定期更新的物质、物种或其他要素清单。⁴⁶²

(9) 首先，第 2 段规定，在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于有关条约和可适用的议事规则。“主要”一词为辅助规则“除条约另有规定外”(例见 1969 年《维也纳公约》第十六条、第二十条、第二十二第一款、第二十四条、第七十条第一款和第七十二条第一款)留出了余地。“任何”一词是澄清说明，缔约国大会如有议事规则的话也将适用，因为也有一些情况，即缔约国大会在没有专门通过的议事规则的情况下运作。⁴⁶³

(c) 第 2 段第二句——缔约国大会的决定可能体现第三十一条第三款(a)项和(b)项或第三十二条所称的嗣后协定或嗣后惯例

(10) 第 2 段第二句承认，缔约国大会的决定可构成 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条所述用于条约解释的嗣后协定或嗣后惯例。在缔约国大会框架内通过的决定可履行一个重要职能，即确定缔约国对于条约含义的共同理解。

(11) 缔约国大会的决定除其他外，可构成或体现第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定，缔约国通过这些协定来解释基本的条约。例如，《生物武器公约》审查会议就公约条款的解释定期通过了“谅解和补充协定”。这些协定由缔约国在审查会议框架内通过协商一致获得通过，协定“从条约的所有条款发展出来，解决可能出现的具体问题”。⁴⁶⁴通过这些谅解，缔约国通过界定、明确或阐述条

⁴⁵⁹ 《世界卫生组织烟草管制框架公约》第 7 条和第 9 条。

⁴⁶⁰ 《京都议定书》关于排放贸易的第十七条提供了一个例子，见 Churchill 和 Ulfstein， “多边环境协定中的自治机构安排……” (上文脚注 450)，第 639 页；J. Brunnée， “重新构建国际法架构？环境框架协定中的同意模式”，载于 R. Wolfrum 和 V. Röben 所编《条约制订方面的国际法发展》(Berlin, Springer, 2005 年)，第 110-115 页。

⁴⁶¹ 见 J. Brunnée， “条约的修正”，载于 Hollis，《牛津条约指南》(上文脚注 412)，第 354-360 页。

⁴⁶² 同上。

⁴⁶³ 例如，《联合国气候变化框架公约》就是这样。

⁴⁶⁴ 见 P. Millett， “《生物武器公约》：保障二十一世纪的生物安全”，《冲突和安全法期刊》，总第 15 期，第 1 期(2010 年)，第 25-43 页，见第 33 页。

款的含义和范围并通过条款实施指南来解释条约的条款。《生物武器公约》履约和支助股⁴⁶⁵将“补充协定”定义为：

(一) 解释、定义或阐述公约某一条款的含义或范围；或

(二) 就某一条款如何实施提供指导、准则或建议。⁴⁶⁶

(12) 与此相似，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(《伦敦倾倒公约》)⁴⁶⁷缔约国会议通过了解释《公约》的决议。海事组织法律事务处应管理机构的请求，就《伦敦倾倒公约》下缔约国会议的“解释性决议”提出了以下意见：

根据《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项，……缔约方之间的嗣后协定可以在解释条约时加以考虑。这一条没有规定载有这种解释的嗣后协定的特定形式。这似乎是说，只要意向是明确的，解释可采取各种形式，包括在缔约方会议上通过的决议，甚至是在缔约方会议简要记录中记录下来的一项决定。⁴⁶⁸

(13) 同样，世界卫生组织(卫生组织)法律顾问在更一般的意义上指出：

“作为由《烟草控制框架公约》全体缔约方组成的最高机构，缔约方会议无疑代表《维也纳公约》第三十一条中所述的‘缔约方就解释条约达成的嗣后协定’。”⁴⁶⁹

(14) 评论者也认为缔约国大会的决定可能体现嗣后协定⁴⁷⁰，并指出：

⁴⁶⁵ “履约和支助股”由缔约国会议创立，以便为会议提供行政支持，并加强缔约国之间的建立信任措施(见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第六次审查会议最后文件(BWC/CONF.VI/6)，第三部分(决定和建议)，第5段)。

⁴⁶⁶ 见履约和支助股提交的背景资料文件，由公约缔约国第七次审查会议编写，标题为“以前的审查会议就公约每一条款达成的补充谅解和协定”(BWC/CONF.VII/INF.5)(后来进行了更新，增加了会议达成的谅解和协定，2012年，日内瓦)。

⁴⁶⁷ 联合国，《条约汇编》，第1046卷，第15749号，第120页。

⁴⁶⁸ 议程项目4(海洋富氧化)，秘书处关于解释性决议决定的程序性规定的提交材料：海事组织法律事务处的意见，LC 33/J/6号文件，第3段。

⁴⁶⁹ 见《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方会议，关于烟草制品非法贸易议定书的政府间谈判机构，“主席关于烟草制品非法贸易议定书的修正案文和一般性辩论：关于议定书范围的法律咨询意见”，卫生组织法律顾问关于烟草制品非法贸易议定书范围的说明(FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6)，附件，第8段；S. F. Halabi，“世界卫生组织烟草控制框架公约：对缔约方会议所通过的指南的分析”，《格鲁吉亚国际和比较法期刊》，第39期(2010年)，第121-183页。

⁴⁷⁰ D. H. Joyner,《解释核不扩散条约》(牛津，牛津大学出版社，2011年)，第83页(关于不扩散条约)；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注138)，第213-214页。

“此类声明本身不具有法律约束力，但可以具有法律上的重要意义，特别是作为条约的作准解释资料。”⁴⁷¹

(15) 国际法院就《国际捕鲸管制公约》设立的国际捕鲸委员会的作用指出：

“《公约》第六条称，“委员会可不定期地就涉及鲸或捕鲸以及本公约目标和宗旨的任何事项向任何或全体缔约国政府提出建议”。这些建议可采取决议的形式，没有约束力。但是，如果它们经由协商一致或一致投票而获得通过，则对于解释公约或其时间表具有意义。”⁴⁷²

(16) 来自缔约国大会实践的以下例子支持如下主张，即此类会议的决定可以体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定：

(17) “《生物武器公约》第一条第一款规定，缔约国承诺在任何情况下决不发展、生产、储存或以其他方式取得或保有：

“凡类型和数量不属于预防、保护或其他和平用途所正当需要的微生物剂或其他生物剂或毒素，不论其来源或生产方法如何”。

(18) 在第三次审查会议(1991年)上，缔约国明确规定：

“本条规定的禁止涉及“对植物和动物以及人有害的(……)”微生物剂或其他生物剂或毒素”；⁴⁷³

(19) 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》⁴⁷⁴ 第四条第 9 款引发了关于“非本议定书缔约国的国家”定义的一场辩论。根据第四条第 9 款：

“为本条的目的，“非本议定书缔约国的国家”一词，以任何特定的控制物质而言，应包括尚未同意受当时对该物质生效的控制措施约束的每一国家或区域经济一体化组织。”

(20) 关于氢氟碳化合物，《蒙特利尔议定书》两项相关的修正案⁴⁷⁵ 规定了义务，从而引发对一国为成为“非本议定书缔约国的国家”是否必须没有加入这两项修正案的问题。缔约国会议决定：

⁴⁷¹ B. M. Carnahan, “条约审查会议”，《美国国际法期刊》，总第 81 期，第 1 期(1987 年)，第 226-230 页，见第 229 页。

⁴⁷² 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 46 段。

⁴⁷³ 《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第三次审查会议最后声明，1991 年 9 月 9 日至 27 日，日内瓦(BWC/CONF.III/23, 第二部分)。

⁴⁷⁴ 联合国，《条约汇编》，第 1522 卷，第 26369 号，第 3 页

⁴⁷⁵ 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书哥本哈根修正案》(1992 年)，联合国，《条约汇编》，第 1785 卷，第 26369 号，第 517 页；以及《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书北京修正案》(1999 年)，同上，第 2173 卷，第 26369 号，第 183 页。

“非本议定书缔约国的国家”包括所有尚未同意受《哥本哈根修正案》和《北京修正案》约束的其他国家和地区经济一体化组织。”⁴⁷⁶

(21) 默认接受程序导致的行为⁴⁷⁷本身虽然不是第三十一条第三款(a)项所述缔约方的嗣后协定，但它们除了条约规定的主要效力外，在有些情况下可以暗示存在这样一种嗣后协定。有一个例子涉及《伦敦倾倒公约》缔约方会议的某些决定。在1993年举行的第十六次会议上，缔约方磋商会议以《公约》规定的默认接受程序通过了对附件一的三项修正。⁴⁷⁸这样的话，这些修正并非嗣后协定。但是，它们确实暗示对基本条约本身的广泛的解释。⁴⁷⁹这些修正所指及其依据是三年前举行的磋商会议通过的一项决议，其中确立了缔约方的协定，即“《伦敦倾倒公约》是处理向通过海洋进入的海床下处置库倾倒低放射性废物问题的适当机构。”⁴⁸⁰该决议被称为“实际扩展了《公约》下‘倾倒’的定义，决定该词包括从海上向海床中或海床下而不仅是通过管道从陆地上倾倒废物的作法”。⁴⁸¹这样一来，修正案确认，解释性声明包括了有关条约解释的一个嗣后协定。

⁴⁷⁶ 详情见1999年《北京修正案》各方在《蒙特利尔议定书》关于氢氟碳化物的第四条下承担义务的第XV/3号决定；定义本身如下：“……(a)第4条第9款中的‘非本议定书缔约方的国家’一语于2016年1月1日之前不适用于那些按《议定书》第5条第1款行事的缔约方，届时依照《哥本哈根修正案》和《北京修正案》的相关规定，氟氯烃的生产和消费控制措施将开始对这些按《议定书》第5条第1款行事的国家生效；(b)‘非本议定书缔约方的国家’一语包括所有尚未同意受《哥本哈根修正案》和《北京修正案》约束的其他国家和地区经济一体化组织；(c)但同时还认识到，鉴于在采用对‘非本议定书缔约方的国家’一语的上述解释时在时间上涉及的实际困难，决定只要所涉国家已于2004年3月31日之前采取了下列各项措施，则以上第1(b)段便将不对之适用：(一)通知秘书处它打算尽快批准、加入或接受《北京修正案》；(二)提供证明，确认它已完全遵守经《哥本哈根修正案》修正的《议定书》第2条、第2A-2G条和第4条的相关规定；(三)向秘书处提交了上述第(一)和(二)项中所述数据，并计划于2005年3月31日予以增订；如系此种情形，则在缔约方第七次会议结束之前便可暂不把此种国家归入‘非本议定书缔约方的国家’的定义范围(UNEP/OzL.Pro.15/9)，第十八章，A节，第XV/3号决定，第1段)。

⁴⁷⁷ 见上文本评注第(8)段。

⁴⁷⁸ 见缔约方伦敦第十六次磋商会议，LC.49(16)号、LC.50(16)号和LC.51(16)号决议(联合国，《条约汇编》，第1775卷，第15749号，第395页)。首先，会议决定在1995年12月31日以前修正逐步停止倾倒工业废物的规定；其次，禁止向海洋倾倒工业废物和下水管道废弃物的焚化物。最后，决定取代附件一第6段，禁止倾倒放射性垃圾或其他放射性物质(见“向海洋倾倒：《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》的发展(LC)，1972年”，《聚焦海事组织》(1997年7月)，第11页)。

⁴⁷⁹ 有人主张，对《伦敦倾倒公约》附件一的这些修正“是公约的重大变化”(见Churchill和Ulfstein，“多边环境协定中的自治机构安排……”(上文脚注450)，第638页)。

⁴⁸⁰ 海事组织，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》第十三次缔约方磋商会议报告，LDC 13/15，附件7，LDC.41(13)号决议，第1段。

⁴⁸¹ Churchill和Ulfstein，“多边环境协定中的自治机构安排……”(见上文脚注450)，第641页。

(22) 《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》⁴⁸² 第 17 条第 5 款规定, “修正案……将自保存人收到至少四分之三接受[修正案]的缔约方的批准、核准、正式确认或接受文书之日后第九十天起生效……”。按照印度尼西亚—瑞士牵头的一项提议, 缔约方会议决定澄清关于四分之三的缔约方接受的规定, 同意:

“……在不影响任何多边环境协定的前提下, 《巴塞尔公约》第 17 条第 5 款的含义应解释为意指该修正案生效所要求的是得到在通过修正案之时缔约方总数的四分之三国家的接受, 同时指出对第 17 条第 5 款的这一解释不要求任何缔约方批准《禁止议定书》。”⁴⁸³

缔约方以协商一致方式通过了关于第 17 条第 5 款解释的这个决定, 当时许多缔约国强调指出, 任何公约的缔约方会议是“关于公约解释的最高机构”。⁴⁸⁴ 虽然这样说是意味着, 决定体现第三十一条第三款(a)项所述的缔约方的一个嗣后协定, 但在作出这一决定前也进行了辩论, 即是否必须对公约作出正式修正案才能达成这一结果。⁴⁸⁵ 还应当指出, 日本代表团要求在会议报告中写入本国立场, 称其“支持对于解释条约有关修正案生效条款的当前时段的做法, 也就是联合国法律事务厅作为保存人提供的咨询意见中叙述的办法”⁴⁸⁶, 并且只是在这一具体情况下接受印度尼西亚—瑞士牵头倡议的决定中阐述的固定时段的做法。”⁴⁸⁷

(23) 前述例子表明, 缔约国大会的决定可能在特定情形下体现第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定, 也可能引起第三十一条第三款(b)项下所述的嗣后惯例, 如果不反映缔约方的协定, 也可能引起第三十二条所述其他的嗣后惯例。但是, 对缔约国大会一项决定的特点必须始终仔细地加以确定。为此目的, 应结合缔约国大会决定的总体文字、其目的和宗旨以及适用的方式对所选择术语的特定性和明确性予以考虑。缔约方通常不希望此类决定具有任何特定的法律意义。

⁴⁸² 联合国, 《条约汇编》, 第 1673 卷, 第 28911 号, 第 57 页。

⁴⁸³ 见《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》缔约方会议第十次会议报告(2011 年 10 月 17 日至 21 日, 哥伦比亚卡塔赫纳), UNEP/CHW.10/28, 附件一, BC-10/3 号决定(印度尼西亚—瑞士关于国家牵头改进《巴塞尔公约》效力的倡议), 第 2 段。

⁴⁸⁴ 同上, 第三章 A 节, 第 65 段。

⁴⁸⁵ 见 Günther Handl, “缔约方会议和其他有政治授权机构的‘国际法律制订’”, 载于 Wolfrum 和 Röhren, 《国际法在条约形成方面的进展》(上文脚注 460), 第 127-143 页, 见第 132 页。

⁴⁸⁶ 联合国法律顾问所赞成的“当前时段的做法”规定, “当条约对此事项未作规定或比较模糊时, 秘书长的惯例是以交存对修正的每份接受文书时条约缔约方的数目来计算接受国的数目。”见联合国法律事务厅 2004 年 3 月 8 日备忘录摘要, 载于 www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx。

⁴⁸⁷ 《巴塞尔公约》缔约方会议的报告……(见上文脚注 483), 第 68 段(强调系本文所加)。

(d) 第 2 段第三句——缔约国大会的决定可能提供一系列可行的选择

(24) 结论草案 11[10]第 2 段最后一句提醒解释者，缔约国大会通过的决定通常为执行条约提供，但不一定体现为满足条约解释目的的嗣后协定和嗣后惯例。事实上，缔约国大会常常不是明确地以解决或处理条约解释问题为目的。

(25) 卫生组织《烟草管制框架公约》缔约方会议的决定提供了一个例子。该公约第 9 条和第 10 条分别涉及烟草制品成分的管制和对于披露此类制品成分信息的管制。缔约国承认此类措施需要分配大量的财政资源，故而在实施第 9 条和第 10 条的“实际考虑”的标题下商定了“缔约国可考虑使用的一些选择”，如：

- “(a) 指定的烟草税；
- (b) 烟草生产和/或进口许可费；
- (c) 烟草产品登记费；
- (d) 烟草批发商和/或零售商许可证制度；
- (e) 对烟草行业和零售商征收的违规罚款；和
- (f) 每年的烟草业管理费(烟草业和零售商)。”⁴⁸⁸

该决定提供了执行《公约》第 9 条和第 10 条的一系列可行选择，但并非详尽无遗。但是，缔约方据此默示商定，所述的“选择”与《公约》是相称的。

(e) 整个第 2 段——缔约国大会的决定可能具有的法律效力

(26) 这样一来，缔约国大会的决定可以具有不同的法律效力。此类决定往往并不是为了本身体现第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定，因为它们不是作为关于解释条约的一种陈述。在另外一些案例中，缔约方充分明确地指出，缔约国大会的决定体现缔约方就解释条约达成的协定。还有一些情况，此类决定可能产生一种法律效力，结合到在条约下合作的一般性义务，就使缔约方“有义务”对此类决定“给予应有的注意”。⁴⁸⁹在任何情况下，都不能简单地说，由于条约没有赋予缔约国大会作出有法律约束力决定的职能，因此它们的决定必须在法律上没有什么意义，只能构成政治承诺。⁴⁹⁰

(27) 归根结底，缔约国大会决定的效力取决于每个具体案件的具体情况，对这些决定也需要加以正确的解释。一个适用的考虑可能是，缔约国是一致或在没有

⁴⁸⁸ 执行卫生组织《烟草管制框架公约》第 9 条和第 10 条的部分指南(管制烟草制品成分和管制烟草制品披露)，FCTC/COP4(10)，附件，卫生组织《烟草管制框架公约》第四届缔约方会议通过(2010 年 11 月 15 日至 20 日，乌拉圭埃斯特角)，载于 FCTC/COP4/DIV/6，第 39 页。

⁴⁸⁹ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 257 页，第 83 段。

⁴⁹⁰ 同上，第 248 页，第 46 段。

质疑的情况下适用缔约国大会决定所解释的条约。在缔约国大会后出现不一致的惯例可能就表明各国并没有推定这一决定系第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定。⁴⁹¹ 但是，不能作为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的那些缔约国大会的决定仍有可能构成第三十二条所述补充的解释资料。⁴⁹²

(f) 第 3 段——第三十一条第三款所述缔约方大会决定中体现的涉及条约内容的协定

(28) 第 3 段列出了以下原则，即第三十一条第三款所述关于条约解释的协定必须涉及到条约的内容。因此，重要的是缔约国大会决定所体现的协定的内容，而不是达成这一决定的形式或程序。缔约国大会的行为可能具有不同的形式和特点，并可能是源于不同的程序。缔约国大会有可能甚至在没有正式通过的议事规则的情况下举行。⁴⁹³ 如果缔约国大会的决定是基于全体缔约方都参加的一致投票，则其有可能明确体现第三十一条第三款(a)项所述的“嗣后协定”，只要该协定是“关于条约之解释”的。

(29) 但是，缔约国大会有关审查和实施职能的决定通常以协商一致的方式通过。这种做法源于通常要求缔约国尽一切努力就实质性事项达成协商一致的议事规则。早期的一个例子见《生物武器公约》缔约方会议审查会议的议事规则。按照规则 28 的第 2 段：

“审查会议的任务是审查公约实施情况，以期确保公约序言和条款的宗旨得到实现。因此，为加强公约的效力，应当尽一切努力以协商一致的办法就实质性事项达成一致意见。除非为取得协商一致已经用尽一切努力，否则不应在这种事项上采取投票的办法。”⁴⁹⁴

⁴⁹¹ 见上文结论草案 10[9]的评注第(23)-(24)段。

⁴⁹² 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起(临时法官 Charlesworth 的个别意见，见第 454 页，第 4 段：“我注意到，[国际捕鲸委员会]投票通过的决议具有一定的后果，但不属于《维也纳公约》第三十一条第三款的规定范围”)。

⁴⁹³ 《联合国气候变化框架公约》缔约方会议暂时适用缔约方会议及其附属机构议事规则草案(FCCC/CP/1996/2)，但有关“投票”的一章中的规则 42 草案例外，因为迄今为止尚未就其中列出的两种投票替代办法中的一种达成一致，见缔约方会议第一届会议报告(1995 年 3 月 28 日至 4 月 7 日)(FCCC/CP/1995/7)，第 8 页，第 10 段；缔约方会议第十九届会议报告(2013 年 11 月 11 日至 23 日)(FCCC/CP/2013/10)，第 6 页，第 4 段；同样，《生物多样性公约》(1992 年，联合国，《条约汇编》，第 1760 卷，第 30619 号，第 79 页)缔约方会议没有通过议事规则中规则 40 的第 1 段(投票)，“因为缔约方对于就实质性事项作出决定所需的多数无法达成共识”，见《生物多样性公约》缔约方会议第十一次会议报告(2012 年 10 月 8 日至 19 日)(UNEP/CBD/COP/11/35)，第 65 段。

⁴⁹⁴ 见 1980 年 3 月 3 日至 21 日在日内瓦举行的《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国审查会议临时议事规则中规则 28 第 2 段(BWC/CONF.I/2)。

这种表述业已成为关于缔约国大会实质性决策程序的标准表述，只有细微的差异。

(30) 为解决对于以协商一致方式通过决定的关切，在第 3 段的中间包括了“包括经协商一致通过”一语，以消除一种观念，即通过协商一致作出的决定必然等同于实质性的一致意见。事实上，协商一致这一概念并不必然表明就实质事项达成任何程度上的协定。按照联合国秘书处法律事务厅依照联合国大会 2006 年 9 月 8 日第 60/286 号决议发布的“关于某些程序性问题的评论”：⁴⁹⁵

“协商一致通常被解释为一个作出决定的进程，以没有正式反对意见也不通过正式投票的方式作出决定。但是，协商一致并不一定体现说，在实质性事项上意见“完全统一”。协商一致是用来说明一种做法，即为取得总体一致意见而尽一切努力，没有代表团明确反对所记录下来的协商一致意见。”⁴⁹⁶

(31) 这样一来，以协商一致通过并非第三十一条第三款(b)项所述协定的充分条件。缔约国大会议事规则通常并不表明决议作为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的可能的法律效力。这种议事规则只能决定缔约国大会如何通过其决定，而不能确定其作为第三十一条第三款所述嗣后协定的可能的法律效力。尽管第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定不必有这样的约束力，1969 年《维也纳公约》只在缔约方就条约解释存在实质性协定的情况下才赋予这种协商一致以第三十一条下的法律效力。国际法院已经确认，在这种情况下，集体性决定的形式与对于实质的一致意见之间的区别是有关的。⁴⁹⁷

(32) 有些决定尽管被宣布为经协商一致通过，也不能作为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，在有一个或多个缔约方反对这种协商一致的情况下尤其如此。

(33) 例如，在 2002 年举行的《生物多样性公约》缔约方会议第六次会议上，缔约方会议着手拟订防止、引入和减轻威胁生态系统、栖息地和物种的侵入性物种的指导原则。⁴⁹⁸ 在几次争取达成一致意见的努力失败后，缔约方会议主席建议通过决定，在会议最后报告中记录澳大利亚提出的保留。但是，澳大利亚的代表重申，不能接受指导原则，“因此他的正式反对意见仍然存在”。⁴⁹⁹ 主席宣

⁴⁹⁵ 见大会 2006 年 9 月 8 日关于振兴大会的第 60/286 号决议，它要求秘书处法律事务厅“提供有关本组织政府间机构规则和做法的先例和惯例，供公众查询”(第 24 段)。

⁴⁹⁶ 见秘书处编写的文件“联合国实践中的协商一致：概论”，载于 http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf；并见 R. Wolfrum 和 J. Pichon, “协商一致”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(见上文脚注 38)，第 3-4 段和第 24 段。

⁴⁹⁷ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，第 257 页，第 83 段。

⁴⁹⁸ 见《生物多样性公约》缔约方会议第六次会议报告(UNEP/CBD/COP/6/20)，附件一，第 VI/23 号决定。

⁴⁹⁹ 同上，第 313 段。

布结束辩论，并“遵照已有惯例”，宣布决定未经投票获得通过，并澄清说反对国家的反对意见将反映在会议最后报告中。在通过决定之后，澳大利亚重申其观点，即协商一致是指在没有正式反对意见的情况下获得通过，并对决定草案通过的合法性表示关切。因此，第 VI/23 号决定的一个脚注指出“有一名代表在本决定通过过程中提出了正式反对意见，并强调指出，他不认为缔约方会议可在有正式反对意见的情况下合法地通过一项动议或案文”。⁵⁰⁰

(34) 在这种情况下，《生物多样性公约》执行秘书请联合国法律顾问提供法律意见。⁵⁰¹ 法律顾问的意见⁵⁰² 表达了这样一种观点，即一个缔约方可以“不参与文件的实质或案文[，]表示加入协商一致并不构成对文件实质或案文或其中一部分的接受[，]并且/或者就本国政府对于文件……实质或案文的立场提出任何其他限制”。⁵⁰³ 因此，显然通过协商一致取得决定可以在一个或多个缔约方反对决定实质内容的情况下发生。

(35) 在《生物多样性公约》下作出的决定和 2010 年《气候变化公约京都议定书》缔约方会议在坎昆达成的一项类似决定(尽管有玻利维亚的反对意见)，⁵⁰⁴ 提出了“协商一致”是指什么的重要问题。⁵⁰⁵ 但是，对于不属于本专题讨论范围的这个问题，必须与是否条约全体缔约方就第三十一条第三款(a)项和(b)项所述条约解释的事项达成实质性一致意见的问题区分。缔约方大会不能体现全体缔约方就实质问题达成一致意见的决定不能作为第三十一条第三款所述的协定，尽管可能作为第三十二条所述“其他嗣后惯例”的一种形式(见结论草案 4 第 3 段)。

(36) 另一个问题涉及当缔约国大会的决定符合第三十一条第三款下所述协定的情况时其法律效力的问题。2011 年，海事组织法律事务处收到要求，要“向理事机构[……]就关于解释性决议作出决定的程序性要求提供咨询意见，具体说来，此类决定是否需要协商一致。”⁵⁰⁶ 法律处在答复中申明，缔约方会议的决议原则上可以构成第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定，同时向理事机构建

⁵⁰⁰ 同上，第 318 段；讨论情况见第 294-324 段。

⁵⁰¹ 存于《生物多样性公约》秘书处，SCBD/SEL/DBO/30219 号文件(2002 年 6 月 6 日)。

⁵⁰² 2002 年 6 月 17 日的信函，通过传真发送。

⁵⁰³ 同上。

⁵⁰⁴ 见 2010 年 11 月 29 日至 12 月 10 日在坎昆举行的作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议第六届会议报告(FCCC/KP/CMP/2010/12 和 FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1)，第 1/CMP.6 号决定(坎昆协议：附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组第十五届会议的工作结果)和第 2/CMP.6 号决定(坎昆协议：土地利用、土地利用的变化和林业)；以及作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议纪要，第 29 段。

⁵⁰⁵ 见 Nolte, “……国家嗣后协定和嗣后惯例”(上文脚注 53)，第 372-377 页。

⁵⁰⁶ 海事组织，闭会期间海洋肥化问题工作组第 3 次会议报告(LC 33/4)，第 4.15.2 段。

议，即使会议基于协商一致通过一项决定，这也不能意味着这一决定对全体缔约方有约束力。⁵⁰⁷

(37) 尽管海事组织法律处的意见是来自一个错误的假定，即第三十一条第三款(a)项所述“嗣后协定”只能“作为一项条约或其修正案”有约束力⁵⁰⁸，但它得出的是一个正确的结论，即即使缔约国大会的协商一致决定体现关于解释的一项协定，但在实质上，它并不(必然)对全体缔约方有约束力。⁵⁰⁹相反，正如委员会指出的那样，第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定只是在解释过程中予以考虑的不同的解释资料中的一项。⁵¹⁰

(38) 因此，缔约国大会以协商一致方式通过的解释性决议即使本身不具有约束力，也仍然可以成为第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所述的嗣后惯例，条件是有充分的情况表明这是缔约方在通过决定时的意向，或缔约方的嗣后惯例确立了对于解释条约的一个协定。⁵¹¹解释者在第三十一条第三款(a)项下对这种解释性决议给予应有的权重，但不一定视其为有法律约束力。⁵¹²

结论 12[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。

⁵⁰⁷ 海事组织，LC 33/J/6 号文件，第 3 段(见上文脚注 468)。

⁵⁰⁸ 同上，第 8 段。

⁵⁰⁹ 见上文结论草案 10[9]的评注，第(9)-(11)段。

⁵¹⁰ 上文结论草案 3[2]的评注，第(4)段。

⁵¹¹ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页，Greenwood 法官的个别意见，见第 407-408 页，第 6 段和临时法官 Charlesworth 的个别意见，见第 453-454 页，第 4 段。

⁵¹² 见上文结论草案 3[2]的评注，第(4)段。

评注

(a) 一般方面——“国际组织组成文书”这一术语和本条结论草案的范围

(1) 结论草案 12[11]涉及一种特定的条约，即国际组织的组成文书，以及根据 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条解释此类条约时应该或可以考虑嗣后协定和嗣后惯例的方式。

(2) 1969 年《维也纳公约》第五条专门针对国际组织的组成文书，该条规定：

“本公约适用于为一国际组织组织约章之任何条约及在一国际组织内议定之任何条约，但对该组织任何有关规则并无妨碍。”⁵¹³

(3) 第五条所述国际组织的组成文书和其他条约一样，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。⁵¹⁴

(4) 一般来说，第五条通过规定 1969 年《维也纳公约》适用于国际组织组成文书而不妨碍该组织相关规则，⁵¹⁵遵循了《公约》的一般原则，即“除条约另有规定外”，缔约国间的条约应遵循《公约》所载的规则。⁵¹⁶

(5) 结论草案 12[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。⁵¹⁷此外，结论草案 12[11]不适用于解释国际组织机关的决定本身，⁵¹⁸包括不适用于

⁵¹³ 另见 1986 年《维也纳公约》第 5 条的平行条款(A/CONF.129/15)。

⁵¹⁴ 1969 年《维也纳公约》第二十条第三款规定，条约是一国际组织的组成文书时，保留须经该组织主管机关接受。《关于对条约的保留的第十二次报告》，《2007 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/584 号文件，第 75-77 段；S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties* 1945-1986 (Cambridge, Cambridge University Press, 1989), p. 204。

⁵¹⁵ 见《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/rev.1 号文件，第 191 页(第四条草案)；K. Schmalenbach, “Art. 5”, in Dörr and K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties...*(见上文脚注 52), p. 89, para. 1。

⁵¹⁶ 例如，见 1969 年《维也纳公约》第十六条，第十九条(a)项和(b)项，第二十条第一款、第三款至第五款，第二十二條，第二十四条第三款，第二十五条第二款，第四十四条第一款，第五十五条，第五十八条第二款，第七十条第一款，第七十二条第一款，第七十七条第一款。

⁵¹⁷ 后一类由 1986 年《维也纳公约》规定(A/CONF.129/15)。

⁵¹⁸ 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编》，第 403 页起，见第 442 页，第 94 段(“……尽管《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条所载关于条约解释的规则可作为指引，但安全理事会决议同条约有所区别，因此在解释安全理事会决议时还需考虑其他因素”)；另见 H. Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, part eight”, *British Yearbook of International Law* 1996, vol. 67, p. 1, at p. 29; M.C. Wood, “The interpretation of Security Council resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), p. 73, at p. 85; Gardiner, *Treaty Interpretation*(见上文脚注 5), p.128。

解释各国际法院的裁决，⁵¹⁹ 或解释法院或法庭“明确一贯的判例”⁵²⁰ (“一贯判例”)的效果。⁵²¹ 最后，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。

(b) 第 1 段第 1 句——第三十一条和第三十二条对国际组织组成文书的适用性

(6) 结论草案 12[11]第 1 段第 1 句确认 1969 年《维也纳公约》第三十一条和第三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约。⁵²² 国际法院在其关于“国家在武装冲突中使用核武器的合法性”的咨询意见中已确认这一点：

“从形式上看，国际组织组成文书是多边条约，而公认的条约解释规则适用于多边条约。”⁵²³

(7) 关于《联合国宪章》，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。”⁵²⁴

(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主权的新的法律主体，该法律主体受各缔约方的委托负责实现共同的目标。此类条约由于除其他外同时具有公约性和创设性特征，会引起具体的解释问题；所设组织的性质、创设者赋予的目标、与有效行使其职能相关的规

⁵¹⁹ “请求解释 1962 年 6 月 15 日对柏威夏寺(柬埔寨诉泰国)案所作判决”，判决，《2013 年国际法院案例汇编》，第 281 页起，见第 307 页，第 75 段(“法院的判决不能等同于一项条约。按 1969 年《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项所述的原则，条约这种文书的约束力和内容源自缔约国的同意，其解释可能受到缔约国嗣后行为的影响”)。

⁵²⁰ 见女王诉环境、运输和地区事务大臣，第三人为 Alconbury 发展有限公司等案[2001] UKHL 23；女王诉特别审裁官(申诉人)，第三人为 Ullah (FC) (申诉人)，Do (FC) (申诉人)诉内政大臣(申诉人)案[2004] UKHL 26[20] (Lord Bingham of Cornhill)；女王(应动物保护国际的申请)诉文化、媒体和体育大臣案[2008] UKHL 15。

⁵²¹ 特别是如《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。

⁵²² Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注 5)，pp.281-282。

⁵²³ 国家在武装冲突中使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 74 页，第 19 段。

⁵²⁴ 联合国某些经费(《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，见 157 页。

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。”⁵²⁵

(c) 第 1 段第 2 句——嗣后协定和嗣后惯例作为国际组织组成文书解释手段的相关性

(9) 结论草案 12[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，然后谈到对世卫组织《组织法》的解释：

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

……

“‘(b)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例’。”⁵²⁶

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。”⁵²⁷

(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，法院在对该案的裁决中再次强调缔约方的嗣后惯例。⁵²⁸ 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，⁵²⁹ 得出结论认为：

⁵²⁵ 国家在武装冲突中使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 75 页，第 19 段。

⁵²⁶ 同上。

⁵²⁷ 同上。

⁵²⁸ 见《关于开发乍得湖流域的公约和章程》(《1964 年拉密堡条约》)第十七条，*Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974)，见第 80 页；一般参考：P.H. Sand, “Development of International Water Law in the Lake Chad Basin”，同上，pp. 52-76。

⁵²⁹ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 305 页，第 65 段。

“从上文第 64 段和第 65 段所分析的条约文本和[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。”⁵³⁰

(12) 第三十一条第三款(a)项也适用于国际组织组成条约。⁵³¹ 但是，成员国之间关于国际组织组成文书解释问题的单独嗣后协定很少见。此类文书产生解释问题时，缔约方通常在该组织的全体机关框架内以成员身份行事。如果需要对条约进行修改、修订或补充，成员国或者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。⁵³² 但是，缔约方在相关组织的全体机关内开会时也有可能以缔约方身份行事。1995 年：

“15 个成员国的政府已经达成共同协定，认为这项决定是对《条约》有关条款一致认同的最终解释。”⁵³³

也就是说：

“……欧洲货币的名称定为欧元。……将使用欧元这个具体名称，而不是《条约》中用来指称欧洲货币单位的通用术语‘ecu’。”⁵³⁴

欧洲联盟“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)项所述的嗣后协定。⁵³⁵

(13) 有时很难确定在国际组织全体机关“内开会的成员国”是打算像通常那样以该机关成员的身份行事，还是以该组织组成文书缔约国的身份行事。⁵³⁶ 欧洲联盟法院在面对这个问题时首先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。”⁵³⁷

⁵³⁰ 同上，见第 306-307 页，第 67 段。

⁵³¹ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本：新西兰参与)案，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页；另见下文脚注 558 和随附文本。

⁵³² 见 1969 年《维也纳公约》第三十九条至第四十一条。

⁵³³ 见马德里欧洲理事会，主席的结论，欧洲联盟公报，第 12 号(1995 年)，第 9 页起，见第 10 页，第 I.A.I 节)。

⁵³⁴ 同上。

⁵³⁵ 见 Aust, *Modern Treaty Law and Practice*(上文脚注 138)，p. 215；Hafner, “Subsequent agreements and practice...” (见上文脚注 269)，at pp. 109-110。

⁵³⁶ P.C.G. Kapteyn and P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3rd edition, L.W. Gormley, ed. (London, Kluwer Law International, 1998)，pp. 340-343。

⁵³⁷ C-181/91 和 C-248/91 号案，议会诉理事会和委员会[1993 年]，欧洲法院第 I-3713 号报告，第 12 段。

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。”⁵³⁸

(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。⁵³⁹ 例如，国际组织组成文书有时像其他多边条约一样，是通过嗣后双边或区域协定或惯例实施的。⁵⁴⁰ 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。

(d) 第 2 段——嗣后协定和嗣后惯例“出自”或“体现在”会员国对国际组织惯例的反应中

(15) 结论草案 12[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)。⁵⁴¹

(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，

⁵³⁸ 同上，第 14 段。

⁵³⁹ 见上文结论草案 2[1]，第 4 段和结论草案 4 第 3 段，及结论草案 1 评注第 10 段和结论草案 4 评注第(23)-(37)段。

⁵⁴⁰ 又如《国际民用航空公约》(见上文脚注 451)；P.P.C. Haanappel, “Bilateral air transport agreements – 1913-1980”, *International Trade Law Journal*, vol. 5, No. 2 (1980), pp. 241-267; L. Tomas, “Air transport agreements, regulation of liability” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*(见上文脚注 38)；B.F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009), p. 10。

⁵⁴¹ R. Higgins, “The Development of international law by the political organs of the United Nations”, *Proceedings of the American Society of International Law at its 59th Annual Meeting* (Washington, D.C., April 22-24, 1965), pp. 116-124, 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)。

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。”⁵⁴²

(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”。⁵⁴³

(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。”⁵⁴⁴

(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 段是否表明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’达成了协定？

“264. 我们回顾《多哈部长级会议决定》第 5.2 段规定：

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

⁵⁴² 国家在武装冲突中使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 81 页，第 27 段。

⁵⁴³ 常设国际法院在关于国际劳工组织附带规范雇主个人工作的权限一案的咨询意见中便采用了这种办法，1926 年 7 月 23 日，《常设国际法院案例汇编》，B 辑第 13 号，见第 19-20 页；见 S. Engel, “‘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), pp. 865-910, at p. 871。

⁵⁴⁴ 世贸组织上诉机构报告，美国—影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R, 2012 年 4 月 4 日通过，第 262 段(强调系原文所有)。

“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，我们支持小组的结论……即：《多哈部长级会议决定》第 5.2 段表明，在《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项含义范畴内，缔约方之间就《技术性贸易壁垒协议》第 2.12 条‘合理间隔’一词的解释嗣后达成了协定。”⁵⁴⁵

(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。⁵⁴⁶ 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

⁵⁴⁵ 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)。

⁵⁴⁶ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 100 页，第 188 段：“……对此类决议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”)；相似的还有：科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编》，第 403 页起，见第 437 页，第 80 段；在此意义上，例如 L.B. Sohn, “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), pp. 169-229, at p. 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”)。

国际组织全体机关的行动中，⁵⁴⁷ 例如联合国大会的行动。⁵⁴⁸ 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，⁵⁴⁹ 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，才可根据第三十一条第三款(a)项将集体决定定为“权威解释要素”。⁵⁵⁰

(21) 第 2 段针对国际组织的惯例，而非国际组织某一机关的惯例。虽然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“纳米比亚案”的咨询意见中，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

⁵⁴⁷ H. G. Schermers and N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5th revised edition (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), pp. 145-179, at pp. 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 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述的嗣后协定)。

⁵⁴⁸ 见 E. Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, *Recueil des Cours ...1978*, vol. 159, pp. 1-334, at 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 ...1982*, vol. 178, pp. 9-396, at 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 (见上文脚注 38), p. 273 et seq., at p. 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, *Modern Treaty Law and Practice*(见上文脚注 138)，第 213 页(提到联合国大会 1996 年 12 月 17 日关于消除国际恐怖主义的措施的第 51/210 号决议“可被视为关于解释《联合国宪章》的嗣后协定”)。著述者提到的所有决议均以协商一致的方式获得通过。

⁵⁴⁹ 世贸组织上诉机构报告，美国—影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R，2012 年 4 月 4 日通过，第 265 段。

⁵⁵⁰ Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*(Cambridge, Cambridge University Press, 2014), pp. 114-115.

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。⁵⁵¹

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”。⁵⁵² 法院在关于“在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中沿用了这种做法，指出：

“法院认为大会被接受的惯例(有发展)符合《宪章》第十二条第一项。”⁵⁵³

通过使用“大会被接受的惯例”这一说法，⁵⁵⁴ 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。⁵⁵⁵

(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”，⁵⁵⁶ 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”。⁵⁵⁷

(24) 同样，在“南极捕鲸案”中，国际法院提到国际捕鲸委员会(既是《国际捕鲸管制公约》设立的国际组织名称⁵⁵⁸，也是该组织一个机关的名称)(无约束力)

⁵⁵¹ 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 22 页。

⁵⁵² H. Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989, Part Two”, *British Yearbook of International Law* 1990, vol. 61, pp. 1-133, at pp. 76 (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”)。

⁵⁵³ 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 150 页(强调系本文所加)。

⁵⁵⁴ 同上。

⁵⁵⁵ 见上文结论草案 10[9]评注，第 2 段，第 2 句，第(13)-(25)段；Villiger, 评注……(见上文脚注 27)，第 431-432 页，第 22 段；J. Arato, “Treaty interpretation and constitutional transformation”, *Yale Journal of International Law*, vol. 38, No. 2 (2013), pp. 289-357, at p. 322。

⁵⁵⁶ Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注 5)，p.281。

⁵⁵⁷ 同上。

⁵⁵⁸ 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。

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”。⁵⁵⁹ 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。”⁵⁶⁰

(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。⁵⁶¹

(e) 国际组织“自身惯例”的相关性

(26) 结论草案 12[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。法院特别指出该国际组织“自己的惯例”……在解释过程中“可能值得特别关注”。⁵⁶²

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

“根据第四条的委托负责决定本组织准入事项的各机关对该文本的一贯解释是，大会只有根据安全理事会的建议才能决定接纳。”⁵⁶³

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

⁵⁵⁹ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页。

⁵⁶⁰ 同上，第 257 页，第 83 段。

⁵⁶¹ 见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 149 页(提及大会 1961 年 4 月 15 日第 1600(XV)号决议(以 60 票赞成、23 票弃权和 16 票反对获得通过，反对国包括苏联和“东方阵营”的其他一些国家)和大会 1963 年 12 月 13 日第 1913(XVIII)号决议，(以 91 票赞同、西班牙和葡萄牙 2 票反对获得通过)。

⁵⁶² 国家在武装冲突中使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页起，见第 74 页；另见 D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* (Paris, Pedone, 1981), pp. 379-384。

⁵⁶³ 联合国大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 9 页。

“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。”⁵⁶⁴

(29) 在关于“政府间海事协商组织”的咨询意见中，国际法院提到“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。⁵⁶⁵

(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’”。⁵⁶⁶

(31) 许多国际组织都有相同的特点，即没有规定由一个“最终权威来解释”其组成文书。因此，法院由这一情况得出的结论目前一般被认为适用于国际组织。⁵⁶⁷ 在“某些经费”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。⁵⁶⁸

(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，⁵⁶⁹ 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

⁵⁶⁴ 《联合国特权和豁免公约》第六条第二十二节的适用，咨询意见，《1989 年国际法院案例汇编》，第 177 页起，见第 194 页，第 48 段。

⁵⁶⁵ 政府间海事协商组织海上安全委员会的组成，咨询意见，《1960 年国际法院案例汇编》，第 150 页起，见第 169 页。

⁵⁶⁶ 联合国的某些经费(《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，见第 168 页。

⁵⁶⁷ 见 J. Klabbbers, *An Introduction to Institutional Law*, 2nd edition (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), p. 90; C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd edition (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), p. 25; J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford, Oxford University Press, 2006), p. 80; Rosenne, *Developments in the Law of Treaties*(见上文脚注 514), pp. 224-225。

⁵⁶⁸ 见 Lauterpacht, “The development of the law of international organization ...” (上文脚注 393), 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. 299-322, at pp. 312-318。

⁵⁶⁹ C. Brädmann, “Specialized rules of treaty interpretation: international organizations”, in Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (见上文脚注 411), pp. 507-534, at pp. 520-521; S. Kadelbach, “The interpretation of the Charter”, in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd edition, B. Simma and others, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 71, at p. 80; Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注 5), pp. 127 and 281。

“自身惯例”对解释的意义，有不同的理解。⁵⁷⁰ 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。⁵⁷¹ 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，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。⁵⁷² 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。⁵⁷³

(33) 委员会在对结论草案 2[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”。⁵⁷⁴ 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 1969 年《维也纳公约》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。⁵⁷⁵

⁵⁷⁰ Gardiner, *Treaty Interpretation*(见上文脚注 5), p.282; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*(见上文脚注 547), p.844; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p.187; Klabbers, *An Introduction to Institutional Law*(见上文脚注 567), 第 89–90 页; 另见关于 2001 年 1 月 8 日召回私人持股合法性及此类股份估值适用标准的部分裁决, 2002 年 11 月 22 日, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十三卷(出售品编号 E/F.04.V.15), 第 183-251 页, 见第 224 页, 第 145 段。

⁵⁷¹ 委员会可以在二读时重新审视结论草案 2[1]第 4 段和结论草案 4 第 3 段中“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。

⁵⁷² 见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果, 咨询意见, 《2004 年国际法院案例汇编》, 第 136 页起, 见第 149 页(提及大会 1961 年 4 月 15 日第 1600(XV)号决议(以 60 票赞成、23 票弃权和 16 票反对获得通过, 反对国包括苏联和“东方阵营”的其他一些国家)和大会 1963 年 12 月 13 日第 1913(XVIII)号决议, (以 91 票赞同、西班牙和葡萄牙 2 票反对获得通过)。

⁵⁷³ 国际法院所用的措辞是“……其组成文件中具体规定或默示的, 以及在实践中发展的宗旨和职能”, 执行联合国公务时所受损害的补偿, 咨询意见, 《1949 年国际法院案例汇编》, 第 174 页起, 见第 180 页。

⁵⁷⁴ 见结论草案 1 的评注第(15)段和上文脚注 42; 尤其另见喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案, 初步反对意见, 判决, 《1998 年国际法院判例汇编》, 第 275 页起, 见第 306-307 页, 第 67 段。

⁵⁷⁵ 见西南非洲一表决程序案, 1955 年 6 月 7 日的咨询意见, 《1955 年国际法院案例汇编》, 第 67 页起, 劳特帕赫特法官的个别意见, 见第 106 页。(“……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的各种趋势”)。

(35) 因此，根据 1969 年《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。⁵⁷⁶ 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？⁵⁷⁷

(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。⁵⁷⁸ 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。⁵⁷⁹

(37) 结论草案 12[11]第 3 段基于结论草案 5，其中论及结论草案 4 中定义的条约缔约方适用条约时的“嗣后惯例”。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。⁵⁸⁰

(f) 第 4 段——对“组织规则”，包括其“既定惯例”的不妨碍条款

(38) 结论草案 12[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《维也纳公约》第二条第一款(j)项和 2011 年《关于国际组织的责任条款》第二条(b)项作相同理解。

⁵⁷⁶ 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 and J.-M. Sorel, eds., *Droit des organisations internationales* (Paris, LGDJ, 2013), pp. 216-218; M. Wood, “‘Constitutionalization’ of International Law: A Sceptical Voice”, in *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, K.H. Kaikabad and M. Bohlinder, eds. (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009), pp. 85-97.

⁵⁷⁷ 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 31-32 页，第 53 段；另见结论草案 8[3]及评注，第(24)-(30)段；Dörr, “Article 31 ...” (见上文脚注 52), p. 537, para. 31; Schmalenbach, “Art. 5” (上文脚注 515), p. 92, para. 7.

⁵⁷⁸ 见 Dörr (上文脚注 52)，第 21 段。

⁵⁷⁹ 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，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”)。

⁵⁸⁰ 见上文结论草案 5 评注，第(14)段。然而，委员会可能最终会按照结论草案 12[11]重新拟定结论草案 5，以明确两者的关系。另见上文脚注 571。

(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。”⁵⁸¹

(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 1969 年《维也纳公约》所规定的一般解释规则。⁵⁸² 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。⁵⁸³ 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。⁵⁸⁴ 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”。⁵⁸⁵ “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，这里提到惯例，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。”⁵⁸⁶

⁵⁸¹ “关于国际组织的责任的条款草案”，总评注，第(7)段，(国际法委员会第六十三届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第五章，第 70 页，第 88 段)。

⁵⁸² 例如，见 Klabbbers, *An Introduction to Institutional Law* (上文脚注 567)，p. 88；Schmalenbach, “Art. 5” (上文脚注 515)，p. 89, para. 1, and p. 96, para. 15；Brämann, “Specialized rules of treaty interpretation ...” (上文脚注 569)，p. 522；Där, “Article 31 ...” (见上文脚注 52)，p. 538, para. 32。

⁵⁸³ 世贸组织上诉机构报告，美国—影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R，2012 年 4 月 4 日通过，第 252-257 段。

⁵⁸⁴ 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)，pp. 26-27；Där, “Article 31 ...” (见上文脚注 52)，p. 537, para. 32。

⁵⁸⁵ 见 1986 年《维也纳公约》，第二条(j)项；国际法委员会关于国际组织的责任的条款草案，第二条(b)项，国际法委员会第六十三届会议报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第五章，E 节，第 87 段；C. Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations”，*Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011)，pp. 617-642。

⁵⁸⁶ 《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章，第 21 页，第二条第 1 款(j)项草案的评注，第(25)段。

(42) 在此意义上，“组织的既定惯例”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，都将“组织的既定惯例”认定为“该组织的规则”。⁵⁸⁷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。⁵⁸⁸虽然很难作出概括，但“组织的既定惯例”通常包含一种具体形式的惯例，⁵⁸⁹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。⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ 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。

⁵⁸⁸ 见 Higgins, “The Development of international law ...” (上文脚注 541), at p. 121 (“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, “Subsequent practice ...” (上文脚注 585), at pp. 630-631 (“……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”，《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章，第 21 页，第二条第 1 款(j)项草案的评注，第(25)段；Schermers and Blokker, *International Institutional Law* (见上文脚注 547), at p. 766; 但是，见 C. Ahlborn, “The rules of international organizations and the law of international responsibility”, *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), pp. 397-482, at pp. 424-428。

⁵⁸⁹ Blokker, “Beyond ‘Dili’ ...” (见上文脚注 568), p. 312。

⁵⁹⁰ Lauterpacht, “The development of the law of international organization ...” (上文脚注 393), p. 464 (“全体成员普遍的同意”); Higgins, “The Development of international law ...” (上文脚注 541), p. 121 (“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, “Subsequent practice and established practice ...” (上文脚注 585), pp. 633-641。