[**A/71/10**](http://undocs.org/ch/A/71/10)

_unlogo

联 合 国

国际法委员会报告

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)

大 会

正式记录  
第七十一届会议  
补编第10号([A/71/10](http://undocs.org/ch/A/71/10))

大 会

正式记录

第七十一届会议

补编第10号([A/71/10](http://undocs.org/ch/A/71/10))

国际法委员会的报告

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)



联合国·纽约，2016

说明

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

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

委员会报告的排版本将载入《2016年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

ISSN 0251-8562

简要目录

章次 页次

一. 导言 1

二. 委员会第六十八届会议工作概况 6

三. 委员会特别想听取意见的具体问题 9

四. 发生灾害时的人员保护 11

五. 习惯国际法的识别 71

六. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例 114

七. 危害人类罪 237

八. 保护大气层 277

九. 强行法 292

十. 与武装冲突有关的环境保护 300

十一. 国家官员的外国刑事管辖豁免 333

十二. 条约的暂时适用 355

十三. 委员会的其他决定和结论 366

目录

章次 页次

一. 导言 1

A. 委员 1

B. 主席团成员和扩大的主席团 2

C. 起草委员会 3

D. 工作组 4

E. 秘书处 5

F. 议程 5

二. 委员会第六十八届会议工作概况 6

三. 委员会特别想听取意见的具体问题 9

A. 国家官员的外国刑事管辖豁免 9

B. 新专题 9

四. 发生灾害时的人员保护 11

A. 导言 11

B. 本届会议审议此专题的情况 11

C. 委员会的建议 12

D. 向特别报告员表示感谢 12

E. 关于发生灾害时的人员保护的条款草案案文 12

1. 条款草案案文 12

2. 条款草案案文及其评注 16

第1条 范围 17

评注 17

第2条 宗旨 19

评注 19

第3条 用语 20

评注 21

第4条 人的尊严 27

评注 27

第5条 人权 29

评注 29

第6条 人道主义原则 31

评注 31

第7条 合作的义务 34

评注 34

第8条 应对灾害的合作形式 38

评注 38

第9条 减少灾害风险 40

评注 40

第10条 受灾国的作用 48

评注 48

第11条 受灾国寻求外部援助的责任 50

评注 50

第12条 提议外部援助 54

评注 54

第13条 受灾国对外部援助的同意 56

评注 56

第14条 对提供外部援助规定条件 60

评注 60

第15条 便利外部援助 63

评注 63

第16条 保护救灾人员、设备和物资 65

评注 65

第17条 终止外部援助 67

评注 67

第18条 与其他国际法规则的关系 68

评注 68

五. 习惯国际法的识别 71

A. 导言 71

B. 本届会议审议此专题的情况 72

C. 委员会通过的关于习惯国际法的识别的结论草案案文 73

1. 结论草案案文 73

2. 结论草案案文及其评注 76

总评注 77

第一部分  
导言

结论1 范围 78

评注 78

第二部分  
基本方法

结论2 两个构成要素 79

评注 79

结论3 评估两个构成要素的证据 82

评注 82

第三部分  
一般惯例

结论4 惯例的要求 85

评注 85

结论5 作为国家惯例的国家行为 87

评注 87

结论6 惯例的形式 88

评注 88

结论7 评估国家惯例 90

评注 90

结论8 惯例必须具备一般性 91

评注 91

第四部分  
被接受为法律(法律确信)

结论9 被接受为法律(法律确信)的要求 94

评注 94

结论10 被接受为法律(法律确信)的证据形式 96

评注 96

第五部分  
某些材料对于识别习惯国际法的意义

评注 98

结论11 条约 99

评注 99

结论12 国际组织和政府间会议的决议 103

评注 103

结论13 法院和法庭的判决 105

评注 105

结论14 学说 107

评注 107

第六部分  
一贯反对者

结论15 一贯反对者 108

评注 108

第七部分  
特别习惯国际法

结论16 特别习惯国际法 111

评注 111

六. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例 114

A. 导言 114

B. 本届会议审议此专题的情况 115

C. 委员会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 116

1. 结论草案案文 116

2. 结论草案案文及评注 120

第一部分  
导言

结论1 [1a] 导言 120

评注 120

第二部分  
基本规则和定义

结论2[1] 条约解释通则和资料 121

评注 121

结论3[2] 以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料 128

评注 129

结论4 嗣后协定和嗣后惯例的定义 133

评注 133

结论5 嗣后惯例的归属 145

评注 145

第三部分  
一般方面

结论6 嗣后协定和嗣后惯例的识别 152

评注 152

结论7 嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响 161

评注 161

结论8[3] 能够随时间演变的条约用语的解释 176

评注 176

结论9[8] 嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的权重 184

评注 184

结论10[9] 与条约解释有关的缔约方协定 189

评注 189

第四部分  
具体方面

结论11[10] 在缔约国大会框架内通过的决定 198

评注 198

结论12[11] 国际组织的组成文书 209

评注 210

结论13[12] 专家条约机构的声明 224

评注 225

七. 危害人类罪 237

A. 导言 237

B. 本届会议审议此专题的情况 237

C. 委员会迄今为止暂时通过的关于危害人类罪的条款草案案文 238

1. 条款草案案文 238

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的条款草案案文及其评注 242

第5条 在国内法中定为刑事犯罪 242

评注 244

第6条 确立国家管辖权 261

评注 262

第7条 调查 265

评注 265

第8条 当被指控罪犯在境内时的初步措施 267

评注 267

第9条 引渡或审判 268

评注 268

第10条 公平对待被指控罪犯 272

评注 272

八. 保护大气层 277

A. 导言 277

B. 本届会议审议此专题的情况 277

C. 委员会迄今为止暂时通过的关于保护大气层的指南草案案文及序言部分段落 278

1. 指南草案案文及序言部分段落 278

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的指南草案案文与  
序言部分段落及其评注 281

序言 281

评注 281

指南3 保护大气层的义务 282

评注 282

指南4 环境影响评估 284

评注 285

指南5 可持续利用大气层 287

评注 287

指南6 公平合理利用大气层 288

评注 288

指南7 有意大规模改变大气层 289

评注 289

九. 强行法 292

A. 导言 292

B. 本届会议审议此专题的情况 292

1. 特别报告员介绍第一次报告 292

2. 辩论摘要 295

3. 特别报告员的总结 299

十. 与武装冲突有关的环境保护 300

A. 导言 300

B. 本届会议审议此专题的情况 300

1. 特别报告员介绍第三次报告 303

2. 辩论摘要 305

(a) 一般评论 305

(b) 原则草案1-1――实施和强制执行 306

(c) 原则草案1-3――部队地位协定和特派团地位协定 306

(d) 原则草案1-4――和平行动 306

(e) 原则草案3-1――和平协定 307

(f) 原则草案3-2――冲突后环境评估和审查 307

(g) 原则草案3-3――战争遗留物和原则草案3-4――海上战争遗留物 308

(h) 原则草案3-5――获取和分享信息 308

(i) 原则草案4-1――土著人民权利 308

(j) 今后的工作方案 309

3. 特别报告员的总结 310

C. 委员会迄今为止暂时通过的与武装冲突有关的环境保护原则草案案文 312

1. 原则草案案文 312

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的原则草案案文及相关评注 313

导言 313

原则草案1 范围 314

评注 314

原则草案2 宗旨 315

评注 315

第一部分  
一般原则

原则草案5[1-(x)] 指定受保护区 316

评注 316

第二部分  
适用于武装冲突期间的原则

原则草案9[2-1] 武装冲突期间对自然环境的总体保护 320

评注 320

原则草案10[2-2] 对自然环境适用武装冲突法 325

评注 325

原则草案11[2-3] 环境因素 328

评注 328

原则草案12[2-4] 禁止报复 329

评注 329

原则草案13[2-5] 受保护区 332

评注 332

十一. 国家官员的外国刑事管辖豁免 333

A. 导言 333

B. 本届会议审议此专题的情况 334

1. 特别报告员介绍第五次报告 334

2. 辩论摘要 337

(a) 一般评论 337

(b) 关于第五次报告提出的方法和概念问题的评论 337

(c) 关于第7条草案的评论 341

(d) 今后的工作 342

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文 342

1. 条款草案案文 342

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的条款草案案文及其评注 344

第2条 定义 344

评注 344

第6条 属事豁免的范围 350

评注 350

十二. 条约的暂时适用 355

A. 导言 355

B. 本届会议审议此专题的情况 355

1. 特别报告员介绍第四次报告 357

2. 辩论摘要 359

(a) 一般评论 359

(b) 保留 360

(c) 条约失效 360

(d) 条约因违约而终止或停止施行 361

(e) 国家继承、国家责任及发生敌对行为问题 362

(f) 准则草案10 362

(g) 关于条约适用的国际组织惯例 363

(h) 今后的工作 363

3. 特别报告员的结论性意见 364

十三. 委员会的其他决定和结论 366

A. 委员会请秘书处就委员会议程上的两个专题编写研究报告 366

B. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件 366

1. 长期工作方案工作组 366

2. 审议大会2015年12月14日关于国内和国际法治的第70/118号决议 368

3. 审议大会2015年12月23日关于国际法委员会第六十七届会议工作  
报告的第70/236号决议第9至第12段 369

4. 国际法委员会七十周年届会 370

5. 酬金 370

6. 文件和出版物 371

7. 《国际法委员会年鉴》 372

8. 编纂司的协助 372

9. 网站 372

10. 联合国国际法视听图书馆 373

C. 委员会第六十九届会议的日期和地点 373

D. 与其他机构的合作 373

E. 出席大会第七十一届会议的代表 374

F. 国际法讲习班 374

附件

A. 国际组织作为当事方的国际争端的解决 377

B. 国家责任方面的国家继承 390

第一章  
导言

1. 国际法委员会分别于2016年5月2日至6月10日和2016年7月4日至8月12日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第六十八届会议第一期会议和第二期会议。本届会议由委员会第六十七届会议主席纳林德尔·辛格先生主持开幕。

A. 委员

2. 委员会由下列委员组成：

穆罕默德·贝洛·阿多克先生(尼日利亚)

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

卢修斯·卡弗利施先生(瑞士)

恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)

佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)

阿卜杜勒拉齐克·穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生(利比亚)

康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)

马蒂亚斯·福尔托先生(法国)

胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生(墨西哥)

侯赛因·哈苏纳先生(埃及)

马哈茂德·哈穆德先生(约旦)

黄惠康先生(中华人民共和国)

玛丽·雅各布松女士(瑞典)

莫里斯·卡姆托先生(喀麦隆)

江萨·吉滴猜萨里先生(泰国)

罗曼·阿·科洛德金先生(俄罗斯联邦)

艾哈迈德·拉腊巴先生(阿尔及利亚)

唐纳德·麦克雷先生(加拿大)

村濑信也先生(日本)

肖恩·墨菲先生(美利坚合众国)

贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)

格奥尔格·诺尔特先生(德国)

朴基甲先生(大韩民国)

克里斯·马伊纳·彼得先生(坦桑尼亚联合共和国)

埃内斯特·彼得里奇先生(斯洛文尼亚)

吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)

纳林德尔·辛格先生(印度)

帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)

迪雷·特拉迪先生(南非)

爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生(哥伦比亚)

马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生(厄瓜多尔)

阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)

努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生(印度尼西亚)

迈克尔·伍德爵士(大不列颠及北爱尔兰联合王国)

B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 在2016年5月2日举行的第3291次会议上，委员会选出了下列主席团成员：

主席： 佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)

第一副主席： 格奥尔格·诺尔特先生(德国)

第二副主席： 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)

起草委员会主席： 帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)

报告员： 朴基甲先生(大韩民国)

4. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席[[1]](#footnote-2) 和特别报告员组成。[[2]](#footnote-3)

5. 委员会设立了由下列委员组成的规划组：格奥尔格·诺尔特先生(主席)、卢修斯·卡弗利施先生、佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生、阿卜杜勒拉齐克·穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、玛丽·雅各布松女士、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、唐纳德·麦克雷先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、贝恩德·尼豪斯先生、埃内斯特·彼得里奇先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。

C. 起草委员会

6. 委员会在分别于2016年5月10日、20日、25日和31日、6月7日以及7月5日和18日举行的第3295、3302、3304、3307、3311、3315和3322次会议上，为下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

1. 发生灾害时的人员保护：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生(特别报告员)、马蒂亚斯·福尔托先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、纳林德尔·辛格先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。
2. 危害人类罪：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、肖恩·墨菲先生(特别报告员)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、马哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、埃内斯特·彼得里奇先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、纳林德尔·辛格先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。
3. 习惯国际法的识别：帕维尔·斯图尔马先生帕维尔·什图马尔先生(主席)、迈克尔·伍德先生(特别报告员)、佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、马哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生和朴基甲先生(当然成员)。
4. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、格奥尔格·诺尔特先生(特别报告员)、马哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、肖恩·墨菲先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。
5. 保护大气层：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、村濑信也先生(特别报告员)、马蒂亚斯·福尔托先生、马哈茂德·哈穆德先生、江萨·吉滴猜萨里先生、唐纳德·麦克雷先生、肖恩·墨菲先生、贝恩德·尼豪斯先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。
6. 条约的暂时适用：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生(特别报告员)、马蒂亚斯·福尔托先生、莫里斯·卡姆托先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、格奥尔格·诺尔特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。
7. 强行法：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、迪雷·特拉迪先生(特别报告员)、恩里克·坎迪奥蒂先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、马哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、纳林德尔·辛格先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。
8. 与武装冲突有关的环境保护：帕维尔·斯图尔马先生(主席)、玛丽·雅各布松女士(特别报告员)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马哈茂德·哈穆德先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。

7. 起草委员会就上列八项专题一共举行了51次会议。

D. 工作组

8. 在2016年5月2日第3291次会议上，委员会设立了习惯国际法的识别工作组：马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生(主席)、迈克尔·伍德先生(特别报告员)、佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、马哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、唐纳德·麦克雷先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、帕维尔·斯图尔马先生和朴基甲先生(当然成员)。

9. 规划组重建了长期工作方案工作组：唐纳德·麦克雷先生(主席)、卢修斯·卡弗利施先生、阿卜杜勒拉齐克·穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、罗曼·阿·科洛德金先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、村濑信也先生、格奥尔格·诺尔特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、阿莫斯·瓦科先生、努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生、马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生、迈克尔·伍德先生和朴基甲先生(当然成员)。

E. 秘书处

10. 主管法律事务厅副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·塞尔帕·苏亚雷斯先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长休·卢埃林先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时代表秘书长。特等法律干事阿诺德·普龙托先生担任首席助理秘书。高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生担任高级助理秘书。法律干事帕特里夏·若尔热女士、哈娜·德雷菲尔特－莱恩女士和戴维·纳诺波利斯先生担任委员会助理秘书。

F. 议程

11. 在2016年5月2日第3291次会议上，委员会通过了第六十八届会议议程，包括下列项目：

1. 会议工作安排。

2. 发生灾害时的人员保护。

3. 国家官员的外国刑事管辖豁免。

4. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例。

5. 条约的暂时适用。

6. 习惯国际法的识别。

7. 与武装冲突有关的环境保护。

8. 保护大气层。

9. 危害人类罪。

10. 强行法。

11. 委员会方案、程序和工作方法以及文件。

12. 第六十九届会议的日期和地点。

13. 与其他机构的合作。

14. 其他事项。

第二章  
委员会第六十八届会议工作概况

12. 关于“发生灾害时的人员保护”专题，委员会收到特别报告员的第八次报告([A/CN.4/697](http://undocs.org/ch/A/CN.4/697))，报告概括评述了各国、各国际组织以及其他实体就第六十六届会议(2014年)上一读通过的发生灾害时的人员保护条款草案发表的评论，并提出建议，供委员会在二读期间审议。委员会还收到各国政府和国际组织提交的关于一读通过的条款草案的评论和意见([A/CN.4/696](http://undocs.org/ch/A/CN.4/696)和[Add.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/696/Add.1))。

13. 委员会随后就发生灾害时的人员保护专题二读通过了序言草案和18个条文草案及其评注，并根据其《章程》第23条建议大会在发生灾害时的人员保护条款草案基础上拟订一项公约(第四章)。

14. 关于“习惯国际法的识别”专题，委员会收到特别报告员的第四次报告([A/CN.4/695](http://undocs.org/ch/A/CN.4/695)和[Add.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/695/Add.1))。尤其值得一提的是，该报告载有根据各国政府提出的评论编写的几项结论草案的建议修正案。该报告还谈及使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段。最后，报告提供了有关这一专题的参考书目。此外，委员会还收到秘书处的备忘录([A/CN.4/691](http://undocs.org/ch/A/CN.4/))，备忘录论述了就确定习惯国际法而言国家法院的判决在普遍性国际法院和法庭的案例法方面发挥的作用。

15. 委员会本届会议在对该专题进行审议之后，一读通过了关于习惯国际法识别问题的一套结论草案，共16项，包括评注。委员会根据其《章程》第16至21条决定，通过秘书长向各国政府转发这些结论草案，征求其评论和意见，并要求在2018年1月1日前向秘书长提交此种评论和意见(第五章)。

16. 关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题，委员会收到特别报告员的第四次报告([A/CN.4/694](http://undocs.org/ch/A/CN.4/694))，报告论及专家机构的声明和国内法院的裁决就解释条约而言以及作为条约之下的惯例形式而言，所具有的法律意义。该报告还讨论了结论草案的架构和范围。

17. 委员会本届会议审议该专题之后，一读通过了关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例问题的一套结论草案，共13项，包括评注。委员会根据其《章程》第16至21条决定，通过秘书长向各国政府转发这些结论草案，征求其评论和意见，并要求在2018年1月1日前向秘书长提交此种评论和意见(第六章)。

18. 关于“危害人类罪”专题，委员会收到特别报告员的第二次报告([A/ CN.4/690](http://undocs.org/ch/A/CN.4/690))，以及秘书处提供可能与国际法委员会今后工作有关的现有条约监督机制的资料的备忘录([A/CN.4/698](http://undocs.org/ch/A/CN.4/698))。特别报告员的第二次报告除其他内容外，谈及在国内法中定为刑事犯罪、确定国家管辖权、开展一般性调查与合作以查明被指控罪犯、被指控罪犯所在地行使国家管辖权、引渡或审判原则，以及公平对待被指控罪犯等问题。

19. 继全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员提议的条款草案转交起草委员会。在审议起草委员会的报告([A/CN.4/L.873](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.873))后，委员会暂时通过了第5至第10条草案及其评注。委员会还决定将法人责任问题转交起草委员会。继对起草委员会的另一份报告([A/CN.4/L.873/Add.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.873/Add.1))进行审议后，委员会暂时通过了第5条草案第7款及其评注(第七章)。

20. 关于“保护大气层”专题，委员会收到特别报告员的第三次报告([A/CN.4/692](http://undocs.org/ch/A/CN.4/692))。该报告在前两次报告的基础上，分析了与该专题有关的几个关键议题，即各国防止大气污染和减缓大气状况退化的义务，以及尽职和开展环境影响评估的要求。报告还探讨了可持续和公平利用大气层的相关问题，以及对旨在有意改变大气层的某些活动的法律限制。随后，就各国保护环境的义务、环境影响评估、大气层的可持续利用、大气层的公平利用和地球工程等问题提出了五条指南草案，以及一个额外的序言段落。

21. 委员会在特别报告员组织下与科学家进行了对话，随后举行了辩论，并决定将特别报告员第三次报告所载的五条指南草案以及序言段落转交起草委员会。在审议起草委员会的报告([A/CN.4/L.875](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.875))后，委员会审暂时通过了指南3、4、5、6、7的草案和序言段落，包括评注(第八章)。

22. 关于“强行法”专题，委员会收到特别报告员的第一次报告([A/CN.4/693](http://undocs.org/ch/A/CN.4/693))，报告谈及强制性规范(强行法)的相关概念问题，包括其性质和定义，并追溯了强制性规范的历史演变，以及此前全球国际法中接受强制性规范概念核心要素的情况。该报告进一步提出了若干系统方法问题，并请委员会就此发表评论，报告还回顾了第六委员会于2014年和2015年进行的辩论。委员会随后决定将特别报告员报告所载的结论草案1和3转交起草委员会。随后，委员会注意到了起草委员会主席就该委员会暂时通过的结论1和结论2草案所作的临时报告。该报告提交委员会供参考(第九章)。

23. 关于“与武装冲突有关的环境保护”专题，委员会收到特别报告员的第三次报告([A/CN.4/700](http://undocs.org/ch/A/CN.4/700))。该报告侧重于确定冲突后局势所适用的规则，与此同时亦论及冲突前阶段应采取的预防措施的一些相关问题。该报告载有三项关于预防措施的原则草案、五项主要涉及冲突后阶段的原则草案，以及一项关于土著民族权利的原则草案。继全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员报告所载的原则草案转交起草委员会。之后，委员会收到起草委员会的报告([A/CN.4/L.876](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.876))，并表示注意到起草委员会暂时通过的原则草案4、6、7、8、14、15、16、17和 18。此外，委员会暂时通过了第六十七届会议上曾表示注意到的几个原则草案。起草委员会在本届会议上出于技术原因，对上述原则草案及其评注作了重新编号和修订([A/CN.4/L.870/](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.870/)Rev.1)(第十章)。

24. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会收到特别报告员的第五次报告([A/CN.4/701](http://undocs.org/ch/A/CN.4/701))，报告分析了国家官员外国刑事管辖豁免权的限制和例外问题。由于审议报告时，委员会仅收到联合国六种正式语文中的两种文本，因此委员会的辩论只是刚开始，在第六十八届会议上只有想就该专题发言的几个委员发言，委员会将在第六十九届会议上继续辩论。

25. 委员会第六十七届会议曾表示，注意到起草委员会关于其之前所开展工作情况的报告([A/CN.4/L.865](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.865))，委员会在审议该报告之后，暂时通过了第2条(f)项草案和第6条草案及其评注(第十一章)。

26. 关于“条约的暂时适用”专题，委员会收到特别报告员的第四次报告([A/CN.4/699](http://undocs.org/ch/A/CN.4/699)和[A/CN.4/699/Add.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/699/Add.1))，报告继续分析了暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系以及国际组织在条约暂时适用方面的实践。报告载有一项关于国内法和对条约全部或部分的暂时适用的准则10草案提案。报告的增编收入了欧洲联盟在暂时适用与第三国协定方面最新的做法实例。

27. 委员会在全体会议辩论之后决定，将特别报告员第四次报告所载的准则10草案转交起草委员会。委员会随后收到起草委员会的报告([A/CN.4/L.877](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.877))，委员会注意到起草委员会在第六十七和第六十八届会议上暂时通过的准则1至4和6至9的草案。关于单边声明问题的准则5草案被起草委员会搁置，留待日后再议(第十二章)。

28. 关于“委员会的其他决定和结论”，委员会决定，请秘书处就使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段编写一份备忘录，概括介绍习惯国际法证据问题的现状，并就如何改善提出建议；请秘书处另外编写一份备忘录，分析过去20年向秘书长交存或登记的对暂时适用作了规定的(双边和多边)条约方面的国家实践，包括与这些条约有关的条约行动(第十三章A节)。

29. 委员会还设立了规划组，负责审议其方案、程序和工作方法(第十三章，B节)。委员会决定在其长期工作方案中纳入以下专题：(a) 国际组织作为当事方的国际争端的解决；(b) 国家责任方面的国家继承(第十三章B节)。

30. 委员会建议，第七十届会议的第一期会议在纽约举行，请秘书处着手进行必要的行政和组织安排，以提供便利。委员会建议，在2018年召开的第七十届会议期间举办一场七十周年纪念活动。该纪念活动将分两部分举行，第一部分在建议于纽约召开的第七十届会议第一期会议期间举行，第二部分在日内瓦召开的第七十届会议第二期会议期间举行(第十三章B节)。

31. 委员会继续与国际法院、美洲法律委员会以及欧洲委员会国际公法法律顾问委员会交流信息。委员会委员与红十字国际委员会成员进行了非正式的意见交流(第十三章D节)。

32. 委员会决定，第六十九届会议将于2017年5月1日至6月2日和7月3日至8月4日在日内瓦举行(第十三章C节)。

第三章  
委员会特别想听取意见的具体问题

33. 委员会认为，第六十六届会议(2014年)报告第三章要求就专题“危害人类罪”[[3]](#footnote-4) 和“保护大气层”[[4]](#footnote-5) 以及第六十七届会议(2015年)要求就专题“条约的暂时适用”[[5]](#footnote-6) 和“强行法”[[6]](#footnote-7) 提供资料的请求仍然适用，并欢迎提供任何其他资料。

34. 委员会欢迎在2017年1月31日之前就上一段所提到的问题和以下问题提供任何资料，以便特别报告员在各自报告中给予考虑。

A. 国家官员的外国刑事管辖豁免

35. 委员会希望各国提供资料，说明与以下问题有关的国内法律和实践，包括司法实践和行政实践：

1. 援引豁免；
2. 放弃豁免；
3. 国家主管当局在何阶段考虑豁免(调查、控告、起诉)；
4. 在考虑或可能考虑豁免的案件中，行政部门向国内法院转交资料、法律文件和意见可使用的办法；
5. 在考虑或可能考虑豁免的案件中，国家主管当局可以利用的国际法律援助、合作及磋商机制。

B. 新专题

36. 委员会决定在其长期工作方案里列入两项新专题，即(a) 国际组织作为当事方的国际争端的解决；(b) 国家责任方面的国家继承。在选择这些专题时，委员会遵循它在1998年所商定的下述标准，即(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题在国家实践方面应处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂；(d) 委员会不应局限于传统专题，还应考虑那些反映国际法中新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。委员会欢迎各国对这些新专题发表看法。

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

第四章  
发生灾害时的人员保护

A. 导言

38. 委员会第五十九届会议(2007年)决定在工作方案中列入“发生灾害时的人员保护”专题，并任命爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生为专题特别报告员。[[7]](#footnote-8) 大会2007年12月6日第[62/66](http://undocs.org/ch/A/RES/62/66)号决议第7段注意到委员会将该专题纳入工作方案的决定。

39. 委员会从第六十届会议(2008年)到第六十六届会议(2014年)，在特别报告员连续提交的七份报告的基础上审议了这一专题。[[8]](#footnote-9) 委员会还收到了一份秘书处的备忘录[[9]](#footnote-10)，以及人道主义事务协调厅和红十字会与红新月会国际联合会对委员会2008年向它们提出的问题所提交的书面答复。[[10]](#footnote-11)

40. 委员会第六十六届会议(2014年)一读通过了一套共21条关于发生灾害时的人员保护的条款草案及其评注。[[11]](#footnote-12) 委员会根据《章程》第16至21条，决定通过秘书长向各国政府、有关国际组织、红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会转发这些条款草案，征求其评论和意见。[[12]](#footnote-13)

B. 本届会议审议此专题的情况

41. 委员会本届会议收到了特别报告员的第八次报告([A/CN.4/697](http://undocs.org/ch/A/CN.4/697))以及各国政府、国际组织和其他实体提交的评论和意见([A/CN.4/696](http://undocs.org/ch/A/CN.4/696)和Add.1)。

42. 委员会在2016年5月2日至11日举行的第3291至第3296次会议上审议了特别报告员的第八次报告。委员会在2016年5月11日举行的第3296次会议上，将特别报告员第八次报告提出的序言草案以及第1至第21条条款草案转交起草委员会，并指示起草委员会结合各国政府、国际组织和其他实体的评论、特别报告员的建议以及关于特别报告员第八次报告的全会辩论，开始对条款草案进行二读。

43. 委员会在2016年6月3日举行的第3310次会议上审议了起草委员会的报告([A/CN.4/L.871](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.871))，在同一会议上二读通过了关于发生灾害时的人员保护的整套条款草案(见下文E.1节)。

44. 委员会在2016年8月2日至4日举行的第3332至3335次会议上，通过了上述条款草案的评注(见下文E.2节)。

45. 根据《章程》，委员会向大会提交条款草案以及下述建议。

C. 委员会的建议

46. 在2016年8月4日举行的第3335次会议上，委员会根据其《章程》第23条，决定建议大会在发生灾害时的人员保护条款草案基础上拟订一项公约。

D. 向特别报告员表示感谢

47. 在2016年8月4日举行的第3335次会议上，委员会在通过了关于发生灾害时的人员保护的条款草案后，以鼓掌方式通过了以下决议：

“国际法委员会，

通过了关于发生灾害时的人员保护的条款草案，

向特别报告员爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草条款草案做出杰出贡献，并使关于发生灾害时的人员保护的条款草案的拟订工作取得成果。”

E. 关于发生灾害时的人员保护的条款草案案文

1. 条款草案案文

48. 委员会第六十八届会议二读通过的条款草案案文载录如下。

发生灾害时的人员保护

铭记《联合国宪章》第十三条第一款(子)项，其中规定大会应发动研究，并作成建议，以提倡国际法之逐渐发展与编纂，

考虑到自然灾害和人为灾害的频繁性和严重性以及灾害的短期和长期破坏性影响，

充分意识到受灾人员的基本需要，并意识到在受灾情况下，这些人员的权利必须得到尊重，

意识到团结在国际关系中的基本价值以及在灾害的所有阶段加强国际合作的重要性，

强调国家主权原则，因此重申受灾国在提供救灾援助方面承担主要作用，

第1条  
范围

本条款草案适用于发生灾害时的人员保护。

第2条  
宗旨

本条款草案的宗旨是促进充分和有效地应对灾害和减少灾害风险，以满足有关人员的基本需要，充分尊重其权利。

第3条  
用语

为本条款草案的目的：

1. “灾害”是指造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、大规模流离失所、或大规模的物质或环境损害，从而严重扰乱社会运转的一个灾难性事件或一系列事件；
2. “受灾国”是指在其领土或受其管辖或控制的领土内发生灾害的国家；
3. “援助国”是指经受灾国同意向其提供援助的国家；
4. “其他援助方”是指经受灾国同意向其提供援助的主管政府间组织或有关非政府组织或实体；
5. “外部援助”是指援助国或其他援助方为救灾援助而向受灾国提供的救灾人员、设备和物资以及服务；
6. “救灾人员”是指援助国或其他援助方为提供救灾援助而派遣的民事或军事人员；
7. “设备和物资”是指为救灾援助提供的用品、工具、机器、经过专门训练的动物、食品、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物、铺盖用品、车辆、电信设备和其他物品。

第4条  
人的尊严

发生灾害时，人的固有尊严应得到尊重和保护。

第5条  
人权

受灾人员有权依国际法得到对其人权的尊重和保护。

第6条  
人道主义原则

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

第7条  
合作的义务

适用本条款草案时，各国应酌情相互合作，并与联合国、红十字与红新月运动各组成部分及其他援助方合作。

第8条  
应对灾害的合作形式

应对灾害的合作包括提供人道主义援助，协调国际救灾行动和通信，提供救灾人员、设备和物资以及科学、医学、技术资源。

第9条  
减少灾害风险

1. 每一国应通过采取适当的防灾、减灾和备灾措施，包括通过制订法律和规章，减少灾害风险。

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

第10条  
受灾国的作用

1. 受灾国有责任在其领土或受其管辖或控制的领土内确保对人员的保护和救灾援助的提供。

2. 受灾国在指挥、控制、协调和监督此种救灾援助方面应承担主要作用。

第11条  
受灾国寻求外部援助的责任

如所遭受的灾害明显超出受灾国的应对能力，则受灾国有责任酌情向其他国家、联合国及其他潜在援助方寻求援助。

第12条  
提议外部援助

1. 发生灾害时，各国、联合国及其他潜在援助方可向受灾国提议援助。

2. 受灾国通过向另一国、联合国或其他潜在援助方提出请求而寻求外部援助时，受请求方应迅速对请求予以适当考虑并将其答复通知受灾国。

第13条  
受灾国对外部援助的同意

1. 提供外部援助须征得受灾国的同意。

2. 受灾国不得任意拒绝外部援助。

3. 对按照本条款草案提出的援助提议，受灾国只要有可能，应及时告知就该援助提议作出的决定。

第14条  
对提供外部援助规定条件

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

第15条  
便利外部援助

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

1. 对于救灾人员，在诸如特权和豁免、签证和入境要求、工作许可证、通行自由等方面提供便利；
2. 对于设备和物资，在诸如海关要求和关税、征税、运输以及处置等方面提供便利。

2. 受灾国应确保其有关法律和规章容易查阅，从而便于遵守国内法。

第16条  
保护救灾人员、设备和物资

受灾国应采取适当措施，确保为提供外部援助目的而在其领土或受其管辖或控制的领土内的救灾人员、设备和物资得到保护。

第17条  
终止外部援助

受灾国、援助国、联合国或其他援助方均可在任何时候终止外部援助。任何希望终止援助的国家或行为方应发出适当的通知。受灾国以及适当时，援助国、联合国或其他援助方，应就终止外部援助问题和终止方式进行磋商。

第18条  
与其他国际法规则的关系

1. 本条款草案不影响其他可适用的国际法规则。

2. 在应对灾害须遵守国际人道主义法规则的情况下，本条款草案不适用。

2. 条款草案案文及其评注

49. 委员会二读通过的序言草案和条款草案案文及其评注载录如下。

发生灾害时的人员保护

……

**铭记**《联合国宪章》第十三条第一款(子)项，其中规定大会应发动研究，并作成建议，以提倡国际法之逐渐发展与编纂，

**考虑到**自然灾害和人为灾害的频繁性和严重性以及灾害的短期和长期破坏性影响，

**充分意识到**受灾人员的基本需要，并意识到在受灾情况下，这些人员的权利必须得到尊重，

**意识到**团结在国际关系中的基本价值以及在灾害的所有阶段加强国际合作的重要性，

**强调**国家主权原则，因此重申受灾国在提供救灾援助方面承担主要作用，

……

评注

(1) 序言旨在为本条款草案提供一个概念框架，阐述讨论发生灾害时的人员保护专题的一般背景，并说明案文的基本依据。

(2) 序言第一段的重点是根据《联合国宪章》第十三条第一款(子)项赋予大会鼓励国际法的逐渐发展与编纂的任务，以及国际法委员会按照其章程第1条的规定由此而来的目标。这一段的措辞与委员会近期一份载有序言部分的最后草案中的措辞相似。[[13]](#footnote-14) 这一段的作用还在于，一开始就强调条款草案中既包含国际法逐渐发展的要素，也包含国际法编纂的要素。

(3) 序言第二段要求注意自然灾害和人类灾害的频繁性和严重性及其造成的破坏性影响，这引起了国际社会的关切，导致委员会制订法律规则。“自然灾害和人为灾害”的提法强调了条款草案与范围较为有限、仅限于自然灾害的其他类似文书相比具有的独特性。相反，灾害的产生往往有各种复杂的原因。另外，条款草案的意图是有覆盖灾害周期的各个阶段，以应对和减少灾害风险为重点。“短期和长期”的提法用意是表明，条款草案的重点不仅仅是灾害的直接影响。这还意味着一种长远的做法，涉及恢复阶段进行的活动。

(4) 序言第三段处理的是生命、福利和财产受到灾害影响的人的基本需要，并重申在此种情况下必须按照条款草案的规定尊重这些人员的权利。

(5) 序言第四段回顾团结在国际关系中的基本价值和在灾害的所有阶段加强国际合作的重要性，两者都是这一专题的关键基本概念，不得被解释为减损受灾国的主权及其在国际法限度范围内的特权。“灾害的所有阶段”的提法确认，这些条款酌情涉及整个灾害周期的每个构成阶段。

(6) 最后序言段强调了国家主权原则，重申受灾国在提供救灾援助方面的主要作用，这是条款草案的一个核心内容。提及主权以及受灾国的主要作用，就提供了理解整套条款草案的背景。

第1条  
范围

本条款草案适用于发生灾害时的人员保护。

评注

(1) 第1条草案确立了本条款草案的范围，并沿用了本专题标题的说法。这条草案确立本条款草案方向基本上是侧重于生命、福利和财产受灾害影响的那些人的保护。因此，如第2条草案所规定，重点是应对灾害以及降低灾害风险，以便充分和有效地满足受灾人员的基本需要，同时充分尊重他们的权利。

(2) 本条款草案从属事理由出发，涉及了受灾国相对于其领土内的人(无论其国籍如何)或受其管辖或控制的领土内的人而言所具有的权利和义务，以及有能力合作特别是在提供救灾援助和减少灾害风险方面有能力合作的第三国、国际组织和其他实体的权利和义务。这种权利和义务的理解是，围绕两个方向适用：各国相互之间的权利和义务，各国相对于需要保护的人员的权利和义务。虽然重点放在前者，但条款草案也考虑了受灾个人按国际法规定享有的权利，尽管措辞是概括性的。在联合国主持下设立的人权机构以及一些区域国际法庭对人权问题的重视不断加强，这体现了在灾难条件下保护人权的重要性。另外，如第3条草案所述，条款草案并不限于任何一类特定灾害。鉴于导致灾害的不同原因之间复杂的互动关系，自然灾害和人为灾害的划分是武断的，在实际操作中也难以维持。

(3) 条款草案的属人理由范围限于受灾害影响的自然人。此外，侧重的主要是国家和国际组织以及在发生灾害时提供救灾援助方面享有特定国际法律权能的其他实体的活动。非政府组织和其他私人行为者有时统称为“民间社会”行为者，其活动也包括在条款草案的范围内，但处于次要地位，或作为国家义务(例如第7条草案中国家开展合作的义务)的直接受益人，或根据受灾国、第三国或实体或私人行为者国籍国的国内法律间接受益。除非另有具体说明，条款草案覆盖国际行为者和国内行为者两方面的国际灾害应对。但是，条款草案并不包括其他类型的国际援助，如各国在国外为其国民提供的援助以及领事协助。

(4) 如本专题的标题中“发生灾害时”这一短语所示，条款草案的范围依据属时理由，主要侧重于灾害发生后的立即应对行动以及早期的恢复阶段，包括灾后重建阶段。尽管如此，如第2条草案所确认，灾害前阶段也属于条款草案的范围之内，是第9条草案的事项，该条处理的是减少灾害风险和灾害预防和缓解活动。

(5) 从属地理由讲，本条款草案不局限于灾害发生地的活动，也包括那些援助国和过境国内的活动。灾害具有跨界性质也不是引起条款草案适用的必要条件。当然，重大的灾害通常具有跨界影响，因而增加了国际合作与协调的必要性。尽管如此，大量的例子也表明，重大的国际救灾活动主要针对发生在一国领土边界之内或受一国管辖或控制的领土内的灾害事件。一旦发生灾害时，各国有责任保护在其领土或受其管辖或控制的领土内的所有人员，无论其国籍或法律身份如何。虽然可能会有各种不同的考虑，但除非有另外明确规定，本条款草案不针对任何具体类型的灾害或情况，而是意在灵活地适用，以满足所有灾害所产生的需要，无论灾害是否具有跨界影响。

第2条  
宗旨

本条款草案的宗旨是促进充分和有效地应对灾害和减少灾害风险，以满足有关人员的基本需要，充分尊重其权利。

评注

(1) 第2条是对第1条草案(范围)的阐述，就条款草案的目的提出了进一步的指导。提出的主要问题涉及“需要”与“权利”的关系问题。委员会了解到人道主义援助领域人们进行过这样的辩论，即应该采用“基于权利”的做法，还是应该采用更为传统的“基于需要”的做法。委员会的主流意见认为，两种做法并不一定相互排斥，而最好视为相互补充。委员会最终采用的措辞，强调应对灾害和减少灾害风险的重要性，这就充分和有效地满足了受灾害影响人员的“需要”。开展这种应对或减少风险的工作时，必须充分尊重此类人员的权利。

(2) “充分和有效”不一定是专门术语，其实际含义是高质量的应对工作或减少灾害风险，满足受灾害影响的人员的基本需要。类似的措辞也见于应对灾害的其他已有协定。其中包括2015年《东南亚国家联盟灾害管理和紧急应对协定》(下称《东盟协定》)[[14]](#footnote-15) 中出现的“有效和一致”以及“快速和有效”等词语，1998年《关于为减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(下称《坦佩雷公约》)[[15]](#footnote-16) 使用的“恰当和有效”等词语。鉴于进行各种应对时所存在的背景，及时性要素通常暗含于“有效”一词中。应对工作越是拖沓，其有效性越打折扣。这一点，以及使应对“充分”和“有效”所涉的其他方面是包括第15条草案在内的本条款草案其他部分规定所处理的议题。尽管如此，有一项谅解是，虽然有必要采纳高标准，但在发生任何具体灾害时，标准必须建立在“实地”工作现实和可行的基础上。因此，举例而言，在案文里没有提到应对必须是“完全”有效的。

(3) 虽然本条款草案的主要重点是应对灾害，但减少灾害风险问题也在第9条草案范围之内，是该条的议题。通过这种处理办法，条款草案承认国际社会范围内对于减少灾害风险这一基本作用的普遍认识(近期的证明是2015年通过的《2015-2030年仙台减少灾害风险框架》[[16]](#footnote-17)。因此，提到“充分和有效”地应对灾害和减少灾害风险以“满足有关人员的基本需要，充分尊重其权利”，对应对灾害和减少灾害风险同样适用。

(4) 委员会在拟定这一项规定时决定不采用一般性陈述的形式论述各国的义务，因为委员会觉得那样做不能足够地强调受灾国的具体权利和义务。但这种措辞是否足够地区分了不同国家的不同义务，例如受灾国相对于援助国的不同义务，这点并不清楚。因此，在这一条里没有提到各国，所依据的谅解是，对于论述条款草案目的的规定而言，这不是严格必要的。各国的义务在条款草案其他规定中得到具体的考虑。

(5) “促进”一词反映了委员会对于条款草案在灾害救援以及减少灾害领域目前国际上存在的众多文书和协定中可起的作用的设想。委员会觉得，条款草案本身不能保证对灾害作出应对或减少灾害风险，其目的是便利作出充分和有效的应对。

(6) 在“需要”之前加上了形容词“基本”，这是为了更清楚地表明，这里所说的需要是在发生灾害之后与生存相关的需要或类似的基本需要。委员会觉得，“基本”明确地带出了这类需要所产生的背景。应结合第6条草案所示的考虑到特别弱势者需要的重要性，进一步理解这样的措辞。

(7) “有关人员”的意思是指直接受灾害影响的人，而不是那些更间接地受到影响的人。插入这一用语是为了界定本条款草案的适用范围，这与现有各文书所采取的做法是一致的，它们都侧重于向直接受灾害影响的人提供救济。这不是说，更多地受到间接影响的个人，例如那些因灾害而失去家人或因其他地方遭受灾害而遭受经济损失的人便没有办法得到救济或帮助。实际上，委员会并不打算在本条款草案里说明适用于此类个人的法律规则。在条款草案范围之内列入减少灾害风险就意味着，“有关人员”包括有可能在未来的灾害中受灾的人，这是要依据对人员暴露和脆弱程度的评估在国家层面作出的判断。

(8) 提及“充分尊重其权利”，其目的是确保所涉权利应受到尊重和保护，有如第5条草案就人权所作的确认。此外，这一短语目的是将这些权利如何实现的问题，留给有关的国际法规定本身来处理。条款草案考虑的主要是人权的适用，这是第5条草案的议题，但是，提到“权利”不仅是指人权，而且除其他外也指按照国内法所获得的权利。

第3条  
用语

为本条款草案的目的：

1. “灾害”是指造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、大规模流离失所、或大规模的物质或环境损害，从而严重扰乱社会运转的一个灾难性事件或一系列事件；
2. “受灾国”是指在其领土或受其管辖或控制的领土内发生灾害的国家；
3. “援助国”是指经受灾国同意向其提供援助的国家；
4. “其他援助方”是指经受灾国同意向其提供援助的主管政府间组织或有关非政府组织或实体；
5. “外部援助”是指援助国或其他援助方为救灾援助而向受灾国提供的救灾人员、设备和物资以及服务；
6. “救灾人员”是指援助国或其他援助方为提供救灾援助而派遣的民事或军事人员；
7. “设备和物资”是指为救灾援助提供的用品、工具、机器、经过专门训练的动物、食品、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物、铺盖用品、车辆、电信设备和其他物品。

评注

(1) 正如围绕各种国际法专题已经通过的大多数条款草案所反映的那样，委员会的做法是在条款草案里加上“用语”规定。列入第3条草案里的某些术语会在各项条文草案的评注里单独提出来，说明为何需要界定。另一些术语之所以列入是由于其在条款草案里的总体出现频率。

(a)项

(2) (a) 项仅为本条款草案的目的界定“灾害”一语。确定这一定义是要恰当把握第1条草案建立的条款草案范围，与此同时又不会无意地处理其他严重事件，例如政治和经济危机，这些危机也可能破坏社会的运转，但超出了条款草案的范围。这样的界定包含着两个特点：(a) 强调发生了导致社会运转被严重破坏的事件；(b) 包括了一些限定性短语。

(3) 委员会审议了《坦佩雷公约》中的处理办法，该公约将灾害设想为一个事件的后果，即由于该事件而社会的运转遭受严重破坏，这有别于事件本身。委员会意识到，这样的处理办法代表了人道主义援助界目前所存在的思维，这正如2005年联合国在日本兵库举行的世界减灾大会所确认的，以及最近的条约和其他文书所确认的，包括2007年红十字会与红新月会国际联合会《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》(下称《红十字会红新月会联会导则》)。[[17]](#footnote-18) 尽管如此，委员会决定将重点恢复到早先的“灾害”概念中，即灾害是一个具体事件，因为委员会正在做的是拟订一项法律文书，要求有更简练和准确的法律定义，不同于更多地以政策为导向的那种定义。

(4) 须存在一项事件这一要素受到好几种限定。首先，提到“灾难性”事件，这是通过提到事件的性质而确立一个门槛，即只有极端的事件才包含在内。这一点受国际法学会2003年布鲁日会议[[18]](#footnote-19) 通过的关于人道主义援助的决议中定义的启发，国际法学会有意确立这么高的门槛，以排除其他紧急事件。对于“灾难性”一词的理解应该从两方面来进行，一是适用该条规定后一部分的限定语，即“造成普遍生命损失、巨大人类痛苦和危难、或大规模物质和环境损坏，从而严重扰乱社会运转”；另一方面须牢记条款草案的范围和目的，正如第1和第2条草案所说明的。此外，还提到“事件或一系列事件”，这是为了包含这样类型的事件，其本身可能达不到标准，但合在一起，可能构成本条款草案所说的灾难性事件。这一条里没有包含事件原因的限制，不论是人为还是自然原因，这是为了承认，灾害往往产生于复杂的原因，可能既包含完全天然的因素，也包含人类活动的因素。与此类似，条款草案可以同样适用于突发事件(如地震或海啸等)和缓慢发生的事件(如干旱或海平面上升)以及频繁的小规模事件(洪水或滑坡)。

(5) 事件另受两个因果要求的限定。首先，对于事件或系列事件而言，如果要认定为条款草案所说的“灾难性”，事件须造成四项可能后果中的一个或更多：普遍生命损失、巨大的人类痛苦和危难，大规模流离失所或大规模物质和环境损害。因此，像一次严重地震这样的重大事件，如果发生在海洋中间或无人居住地区，并没有造成上面所设想的四个结果之一，就不符合(a)项草案所说的标准。第二，事件的性质还加上了一条限定，即上述四个可能结果中的任何一个或全部结果都会造成社会运转遭受了严重破坏。换句话说，有一个事件造成了大规模物质损害，但并没有严重扰乱社会的运转，这就不符合这一条中的要求。因此，通过加上这些因果要素，定义就保留了现在人们所用的案文中的做法，例如《坦佩雷公约》中的做法，即考虑事件的后果，将其视为定义的关键方面，虽然这只是为了确立适用本条款的门槛的目的。

(6) “广泛的生命损失”，这一限定语受1995年《国际红十字会和红新月会运动和非政府组织救灾行为准则》[[19]](#footnote-20) 的启发。规定了“广泛的”生命损失，目的是排除造成较少人员伤亡的事件。需要牢记的是，这样的事件也可能满足其他的因果要求。相反，已造成广泛的生命损失的事件，如果使社会运转遭受严重破坏，其本身也能满足因果要求，因而可引起本条款草案的适用。

(7) 之所以加上“巨大的人类痛苦和危难”的可能性，是因为认识到许多重大的灾害伴随着广泛的生命损失，或伴随着巨大的人类痛苦和危难，包括灾害造成的非致命伤害、疾病或其他健康问题。因此，有时由于有充分的预防和准备工作以及有效的减轻灾害行动，当地造成的生命损失有限，但还是引起了巨大的人类痛苦和危难，并严重破坏了社会的运转，这样的情况依然在条款草案范围内。

(8) 同样，“大规模流离失所”也是指重大灾害的其他后果之一，即人员被迫大规模流离失所。与“巨大的人类痛苦和危难”一起，灾害发生造成的流离失所是认为人员受到灾害“影响”的两种最常见方式之一。流离失所状况使受灾者失去获得生计和社会服务以及融入社会结构的机会。各国在遵守条款草案规定的义务时，还应考虑到流离失所问题。加上“大规模”的形容词是要与适用条款草案的高标准取得一致。

(9) 委员会将“大规模的物质或环境损害”列入条款，是为了确认重大灾害通常引起的大规模财产、生计和经济、物质、社会和文化财产以及环境破坏和这类损失通常会造成的人类发展和福利严重受挫引起的社会运转中断。应该理解的是，环境或财产损失本身没有包含在条款草案范围内，而是这种损失对人类的影响，从而避免对经济损失的一般考虑。对经济损失加以规定，可能不必要地限制条款草案范围，例如使条款草案无法处理以减轻现有环境破坏可能给未来人类造成的损失为目的的某些活动。

(10) 正如已经暗示过的，规定对社会运转造成严重破坏这一点是为了确立较高的门槛，将其他一些类型的危机排除在条款草案适用范围之外，例如严重的政治或经济危机。另外，适用方面的这种差别也表现在第2条草案所确立的条款草案的目的上，而事实上所需要的保护类型以及所涉及的权利都可能不同，在不同的程度上受其他国际法规则尤其是国际人道主义法的制约，正如第18条草案所表示的。就本条款草案而言，武装冲突局势本身不能被定性为灾害。严重破坏的标准也意味着造成这种破坏的潜力。这意味着，国家按照应对具有严重破坏社会运转潜力的灾害制订的应急计划采取了适当减少灾害风险措施或救济措施，本身并不能排除条款草案的适用。

(11) 虽然设想的这四种可能后果在一定程度上说明了什么可能构成严重破坏社会的运转，但委员会没有提出进一步的描述性或限定性因素，以便给实践留出一定的酌定余地。

(12) 就条款草案的目的而言，“灾害”的定义受第18条第2款草案具体规定的限制，即条款草案不适用于应对灾害须遵守国际人道主义法规则的情况。

(b)项

(13) (b)项为条款草案的目的界定“受灾国”一语，是受到了《红十字会红新月会联会导则》[[20]](#footnote-21) 中同一用语定义的启发。所体现的方向是，条款草案的主要对象是国家。与第10条草案的规定一样，该项规定还预期受灾国所发挥作用的中心地位。

(14) 救灾或减少灾害风险的主要特点是国家控制。在大多数情况下，这与其领土内发生灾害的国家所行使的控制是一致的。然而，这并不一定排除另外的情况，即一国可针对发生灾害的另一个领土行使法律上的管辖或实际控制的情况。“指在其领土或受其管辖或控制的领土内”这一短语取自2001年预防危险活动的越境损害的条款草案中的第2条(d)项“起源国”的定义。[[21]](#footnote-22)

(15) 委员会认为，对发生灾害的另一个领土(非自己领土)或另一个地区行使管辖或控制的一国，为本条款草案的目的，也将被视为“受灾国”。此种可能性也在第18条草案中得到默认，该条承认，如果对所涉灾害的应对不在国际人道主义法规则范围内，本条款草案也在所谓“复杂灾害”情况下适用，这里指灾害与武装冲突发生在同一个领土内的情形。同时，这条规定的措辞有意清楚地表明领土关系。因此，提到“管辖”并不是要包含根据国际法对在本国领土或其管辖和控制下的地区以外发生灾害的受灾个人具有管辖权的国家。委员会认识到，将行使管辖或控制的国家包括在定义里，这样做的含义是，在特殊情况下，可能有两个受灾国：在其领土内发生灾害的国家和针对同一领土而对领土行使管辖或控制的国家。

(16) 末尾处“发生灾害”的短语，用意是使“受灾国”的定义同(a)项中的“灾害”定义取得一致。这个短语力求在两者之间取得一种平衡，一方面是把重点放在强调灾害影响上，这样就会增多有可能被视为“受灾国”的国家数目，另一方面是侧重领土内容(事件发生地)，这样可能会不必要地把虽然受灾，但严格地说灾害并不发生在其(或其管辖或控制下的)境内。因此，(a)项明确提到“灾害”的定义是承认，条款草案的灾害定义是复合型的，既包括事件也包括影响，含义是，为条款草案的目的，不同的国家在不同的情景中都可被视为“受灾”。这也符合委员会在确立适用本条款草案的门槛时将事件的后果视为一个关键因素的做法。[[22]](#footnote-23)

(c)项

(17) (c)项中的“援助国”定义参照了2000年《民防援助框架公约》[[23]](#footnote-24) 中“支援国”的定义，将“受惠国”改为“受灾国”，条款草案采用了这一用语，(b)项也作了界定。短语“提供援助的国家”是对“外部援助”概念的提及，(e)项对此作了界定，提供“外部援助”是在第7条草案中的合作义务基础上进行的，应与第8和第9条草案一起来理解。

(18) 一国只有正在提供或已经提供援助之后才可归类为“援助国”。换句话说，一个提议提供援助的国家不是“援助国”，由这种分类自然产生各种各样法律后果，正如本条款草案所规定的，直到这种援助已被受灾国按照第13条草案同意。

(d)项

(19) 除了受灾国和援助国，本条款草案也试图对其他援助方的地位作出规定。当代减灾和救灾活动有相当大的比例是由国际组织实施或在国际组织主持下进行的，国际组织包括但不限于联合国，实施或主持这种活动的还可以是非政府组织和其他实体。本条款草案将这一组行为者统称为“其他援助方”。这一名称不妨碍这些行为者根据国际法所具有的各不相同的法律地位，这在条款草案里已经得到确认，例如在第12条草案。[[24]](#footnote-25)

(20) 这项定义反映了第7条草案的评注，第7条草案确认了这样的理解，即“援助方”指第7条草案措辞所提到的联合国、红十字和红新月运动各组成部分及其他援助方。[[25]](#footnote-26) “或实体”的短语部分上取自《东盟协定》[[26]](#footnote-27)，加上这个短语是确认，并非所有参与救灾工作的行为者都可以归入前边提到的这个或那个类别。具体地说，这一短语应该理解为是专指红十字会和红新月会运动这类实体。

(21) 为本条款草案的目的，委员会对“其他援助方”定义的理解是仅限于受害国外部的援助方。[[27]](#footnote-28) 因此，举例而言，本国非政府组织的活动就不在此列。国内行为者也不会因为从国外获得或试图获得援助而无意中被划入此列。

(22) 至于(c)项中“援助国”的定义，末尾处“经受灾国同意向其提供援助”是指根据第13条草案，同意在条款草案中起到的中心作用。加上这个短语也是为了确认有关实体在减少灾害风险和提供救灾援助方面通常所开展的活动的广阔范围，而这两个方面都是本条款草案所要规范的。

(e)项

(23) (e)项界定的是本条款草案所设想的援助国或其他援助方向受灾国提供的援助的类型，作为第8条草案所预想的合作的一种形式。

(24) (e)措辞参照了《在救灾中使用外国军事和民防资源的准则》（又称作《奥斯陆准则》）[[28]](#footnote-29) 和2000年《民防援助框架公约》。[[29]](#footnote-30) 以“设备和物资”代替了《奥斯陆准则》中的“物质”，这是本条款草案的用语，(g)项对此作了界定。

(25) 短语“援助国或其他援助方…而向受灾国提供的”是指本条款草案所设想的援助国或援助方与受灾国的法律关系的性质。

(26) 末尾短语旨在澄清提供外部援助应遵循的目的，即“为救灾援助”。委员会的理解是，“外部援助”从定义上说具体适用于应对阶段。虽然措辞用的是救灾和减少灾害风险方面的技术术语，但人们能够理解这符合载于第2条草案的总体目标，即“促进充分和有效地应对灾害……以满足有关人员的基本需要，充分尊重其权利”。

(f)项

(27) 这项界定的是援助国或其他援助方提供外部援助的人员构成部分。该定义表明，为提供救灾援助或减少灾害风险的目的，通常派遣两类人员，即“民事”或“军事”人员。[[30]](#footnote-31) 提及军事人员，这是受2000年希腊和俄罗斯联邦之间的双边条约[[31]](#footnote-32) 的启发，旨在承认军事人员作为一个类别的救灾人员在提供救灾援助方面所发挥的重要作用。提及军事人员对于援助国来说更为相关，但“民事”人员一词意在让定义宽泛，能包括援助国和其他援助方所派遣的这类人员。对某些但并非所有的援助实体(包括国家在内)来说，这些是开放性的选择，短语里所用的选择性词语(“或”)确认了这一点。

(28) 根据理解，这些人员通常是“专业”人员，正如大会1991年12月19日第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议附件中所提及的，即所期待的人员应具有必要的技能，并具有(g)项所界定的必要的设备和物资，以便履行所说的职能。

(29) “派遣的”这个短语在援助实体(无论是国家还是其他行为者)与有关人员之间建立起了联系。委员会决定不提及“代表……而行事”这样的说法，以避免预先判断将行为归属于国家或国际组织的国际法规则的适用性问题，[[32]](#footnote-33) 因为正如第10条草案第2款所规定的，受灾国承担着主要作用。

(g)项

(30) 如(e)项所示，“设备”和“物资”是本条款草案所设想的外部援助的重要组成部分。这一措辞是从第15条草案的评注[[33]](#footnote-34) 及国际法学会人道主义援助决议[[34]](#footnote-35) 里吸取的。该清单涵盖了普遍认为有必要提供的救灾援助物质的类型。提及“其他物品”是为了确认该列表并不是详尽无遗。

(31) 一般来说，设想到的有两种材料：救灾人员履行职责所需要的技术“设备”，这里既指他们自己维持生存所需要的设备，也指他们救灾所需要的东西，例如消耗品、物理工具和电子工具、机器和电信设备等；以及灾害受害者满足生存和基本需要所需的“物资”，例如食品、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物和铺盖用品等。对于“经过专门训练的动物”一语，人们会具体想到搜救犬，这一短语来自《京都公约》的专项附件J。[[35]](#footnote-36) 委员会认为定义具有足够的灵活性，还可包括救灾人员可能提供的服务。

第4条  
人的尊严

发生灾害时，人的固有尊严应得到尊重和保护。

评注

(1) 第4条草案论述的是应对灾害背景下人的尊严原则。人的尊严是指导并支持国际人权法律的核心原则。在发生灾害时保护人员的问题上，人的尊严是一个指导原则，对任何提供救助的行动及应对灾害方面的法律的不断发展都是如此。委员会认为，这条原则在灾害条件下保护人员问题上的核心地位就是将“人的尊严”列入作为草案正文的一项单独、自主条款的充分理由。

(2) 人的尊严这一原则维系着国际人权文书，一直以来都将其解读为人权法律最根本的基础。《联合国宪章》的序言中再次肯定了“人格尊严和价值”，同时1948年《世界人权宣言》[[36]](#footnote-37) 序言称，“对人类家庭所有成员的固有尊严[……]的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础”。下列文书中都肯定了人的尊严这一原则：《公民权利和政治权利国际公约》、[[37]](#footnote-38) 《经济、社会和文化权利国际公约》、[[38]](#footnote-39) 《消除一切形式种族歧视国际公约》[[39]](#footnote-40) 、《消除对妇女一切形式歧视公约任择议定书》、[[40]](#footnote-41) 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》[[41]](#footnote-42) 、《儿童权利公约》[[42]](#footnote-43) 以及《残疾人权利公约》。[[43]](#footnote-44) 该原则在国际人权法领域也处于中心地位。关于保护战争受难者的《日内瓦四公约》(下称《1949年日内瓦四公约》共同第三条第一(丙)款、[[44]](#footnote-45) 第一议定书第七十五和第八十五条[[45]](#footnote-46) 以及第二议定书第四条中承认了人的尊严。[[46]](#footnote-47)

(3) 众多关于发生灾害时提供人道主义援助的国际文书也以人的尊严这一概念为核心。红十字与红新月联会《导则》称，“援助方及其人员应[……]时刻尊重受灾人员的尊严”。[[47]](#footnote-48) 大会1990年12月14日第[45/100](http://undocs.org/ch/A/RES/45/100)号决议称，“对自然灾害及类似紧急情况的受害者置之不理且未向其提供人道主义援助，构成威胁人的生命及侵犯人的尊严”。[[48]](#footnote-49) 国际法学会也表示，未向受灾人员提供人道主义援助构成“侵犯人的尊严”。[[49]](#footnote-50)

(4) 委员会采用的该原则的确切表述为“人的固有尊严”，该表述来自《经济、社会和文化权利国际公约》序言及《公民权利和政治权利国际公约》第十条第1款。《儿童权利公约》[[50]](#footnote-51) 、《美洲人权公约》[[51]](#footnote-52) 等文书也采用了这一表述。

(5) 这条规定没有明确指出对象行为方。可以认为，这条规定只适用于国家，不一定适用于“其他援助方”，因为对依国际法具有保护受灾者尊严法律义务的非国家实体，存在不同的法律方针。无论如何，应把这条规定理解为适用于国家和有能力在国际法下接受义务的援助方(如第3条下的理解)。委员会承认受灾国和援助国双方在应对灾害的活动中的作用(见第9至第16条草案)。应对灾害领域和一定程度上在减少灾害风险领域的许多活动是由政府间组织、非政府组织及红十字与红新月联会这样的其他非国家实体执行的。[[52]](#footnote-53)

(6) “尊重和保护”这一表述，与现代理论和国际人权法的判例相一致。若干与抗灾救济有关的文书采用了这一表述，如《奥斯陆准则》、[[53]](#footnote-54) 《莫洪克标准》、[[54]](#footnote-55) 《关于境内流离失所问题的指导原则》、[[55]](#footnote-56) 《人道主义援助权利指导原则》。[[56]](#footnote-57) “尊重和保护”并用，意含避免损害人的固有尊严的消极义务，也含采取行动保护人的尊严的积极义务。例如，保护的义务可能要求各国通过法律，禁止第三方实施可能违反尊重人的尊严原则的活动。委员会认为，“保护”的义务应与条款中提及的各行为方所承担的法律义务相符。受灾国担负着指导、控制、协调和监督救灾及援助的主要任务，如第10条草案第2段中所述，因此保护人的尊严的义务主要应由受灾国承担。另外，每个国家在如第9条草案所述采取措施减少灾害风险时应遵循在应对灾害时尊重和保护人的固有尊严的义务。

(7) 该条中“发生灾害时”的通用提法与第1条草案的措辞相同，反映出条款草案的一般范围，其中包括减少灾害风险。

第5条  
人权

受灾人员有权依国际法得到对其人权的尊重和保护。

评注

(1) 第5条草案想要体现的是，受灾人员广泛享有人权保护的权利。这也有助于提醒国家有责任确保在灾害中和灾前阶段遵守所有相关的人权。委员会承认，人权与第4条草案所体现的人的尊严的原则密切相关，两条草案紧密衔接，强化了这种关联。

(2) 笼统提及“人权”时，包括了有关国际协定所表述及习惯国际法所反映的人权义务。国际层面不具约束力的文本中载录的人权保护最佳做法，其中包括机构间常设委员会《自然灾害情况下人员保护业务准则》[[57]](#footnote-58) 和《关于境内流离失所问题的指导原则》[[58]](#footnote-59) 所载的最佳做法，有助于针对特定的灾害情况适用现有人权义务。还考虑到了国内法下的保护(如很多国家宪法法律规定的保护)。委员会采用的措辞指的是人权义务这一广泛领域，并非要指定、增加或限定这些义务。

(3) 如第1条草案的评注第(3)段的澄清所述，条款草案的属人理由范围涵盖国家和国际组织的活动，包括区域一体化组织和具有提供救灾援助特定国际法律资格的其他实体。委员会承认，对于不同的行为方，保护受灾人员的人权这一义务的范围和内容差别很大。对委员会采用的中性措辞，应本着以下认识加以解读：受灾国、援助国及其他援助方各自有不同的义务。

(4) 本条草案承认受灾人员的人权应得到“尊重和保护”，这些人权在灾害的背景下继续适用。这一短语沿用了第4条草案关于人的尊严的用语，进一步确认了这两条规定之间的联系。“保护”概念常见于现有的保护人权国际文书，与“尊重”放在一起提及这个概念的用意是通过综合性的措辞说明各国义务的性质和范围，应参照第2条草案中的“充分尊重其权利”解读。这样，国家义务就不仅限于避免干涉人民的权利(尊重)，而是可能扩展范围，按照这些规则的要求伸展至“保护”[[59]](#footnote-60) 其权利，除其他外，采取从被动的不干涉到主动的确保满足个人需要等多种措施，所有这些都取决于具体情况。考虑到第2条草案规定的范围，这类措施还可包括防止和避免可能导致人权受到侵犯的情况。[[60]](#footnote-61)

(5) 委员会认为拟定所有可能适用的权利的详尽清单是不可行的，并且担心这样的清单可能导致另一种相反的解释，即没有提到的权利并不适用。

(6) 如果一国拒绝采取积极措施防止或应对造成生命损失的灾害，此时一项特别相关的权利便是生命权，正如《公民权利和政治权利国际公约》第六条第1款所承认的。[[61]](#footnote-62) 另外的理解是，其中一部分相关权利是经济和社会权利，对于这些权利，《经济、社会及文化权利国际公约》和其他适用公约的缔约国有义务逐步实现，其中包括规定了最基本的、而且在灾害条件下继续适用的核心义务(与提供必不可少的食品、必不可少的保健服务、基本住所和住房、儿童教育有关)的公约。其他适用的权利除其他外包括获得人道主义援助的权利；特别脆弱的群体(如第6条草案预期的那样)其特殊保护和援助需要得到考虑的权利；社区在规划和执行减少风险、应对和恢复的举措方面拥有发言权；因灾害流离失所的所有人接受无歧视的援助以便持久解决其流离失所问题的权利。其他条款草案的一些评注也提到了一些具体权利。[[62]](#footnote-63)

(7) 这一条草案刻意把这些权利如何实现的问题留给有关的国际法规则本身来处理。对此的理解是，在适用权利的问题上，往往暗含着一定的酌定权，视灾害的严重程度而定，同时取决于确认或确定有关权利的相关规则。另外，委员会认为，提及“人权”之处，国际人权法律规定的权利和限制两者都包括在内。因此，提到“人权”是指整个国际人权法，包括其对可减损和不可减损的权利处理办法。这样，条款草案就考虑到了受灾国在现有国际协定下得到承认的中止或减损权，“依国际法”这一短语也确认了这层考虑。

(8) 提及“依国际法”还有助于忆及，可能还有其他国际法规则如关于难民和境内流离失所者的规则，会影响到受灾人员的权利，第18条草案也设想到了这种可能性。

第6条  
人道主义原则

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

评注

(1) 第6条草案规定了与发生灾害时的人员保护有关的主要人道主义原则。委员会认为不必确定这些原则是否也是国际法的一般原则，同时也指出这些原则不能用以排除国际法其他相关原则。这条草案承认这些原则对提供救灾援助以及适用时，对开展减少灾害风险活动，所具有的重要意义。

(2) 人道、中立和公正这几个核心原则通常被视为人道主义援助的根本原则。[[63]](#footnote-64) 这些原则也是救灾工作中可适用法律的根基。例如，大会第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议指出，“必须按照人道、中立和公正的原则提供人道主义援助”。[[64]](#footnote-65)

(3) 人道主义原则是国际法中人员保护工作的基石。作为国际人道主义法和国际人权法的一项共同内容，是制定发生灾害时人员保护方面法律的主要参照。国际人权法领域内，对该原则最明确的表达是1949年日内瓦四公约共同第三条中给予人道待遇的要求。[[65]](#footnote-66) 然而，正如国际法院在科孚海峡案(实质问题)中所确认的，普遍认可的一般原则中包括“对人道主义的基本考虑，在和平时期比在战时更为艰巨”。[[66]](#footnote-67) 皮克泰在对红十字会原则的评注中指出，人道主义原则有三个要素：“防止和减轻痛苦、保护生命与健康以及确保对个人的尊重”。[[67]](#footnote-68) 具体到救灾问题，《奥斯陆准则》及《莫洪克标准》申明，根据人道主义原则的要求，“哪里有人类痛苦，哪里就要有应对行动”。[[68]](#footnote-69)

(4) 中立原则源于武装冲突法律，但这项原则同样适用于其他法律领域。在人道主义援助问题上，中立原则要求提供援助应与任何特定政治、宗教、族裔或意识形态背景无关。《奥斯陆准则》及《莫洪克标准》都确认，“提供人道主义援助时不得参加敌对行动，或在政治、宗教或意识形态的争议中表示立场”。[[69]](#footnote-70) 这种中立原则表明了灾害应对的非政治性质，并申明人道主义活动除应对当前灾害之外不应用于其他目的。该原则确保救灾工作中受灾人员的利益是受灾国及其他相关行为方的首要关切。遵守中立原则对促进开展第2条草案所述的适当且有效的救灾行动至关重要。

(5) 公正原则包含三项原则：不歧视、相称性和公正性本身。鉴于下述原因，委员会阐述不歧视原则时，不仅将其作为第6条草案的内容，也作为应对灾害工作的一个独立原则。不歧视的目标使人与人之间的歧视失去客观理由，这样受灾人员的需要就成了提供援助所遵循的唯一标准。相称性原则规定，应对灾害的行动应与受灾范围及受灾人员的需要相称。该原则也是一个分配机制，使得最迫切的需要能够在实际提供援助时得到关注。公正性本身体现的原则是，应对灾害时不应在人与人之间进行主观区分。《日内瓦四公约第一附加议定书》评注将公正性描述为“响应号召为遭受苦难者的利益而行动的个人或机构必须具备的道德素质”。[[70]](#footnote-71) 例如，《国际人道主义援助行动导则草案》规定，“必须在公正的基础上提供人道主义援助，不应对任何迫切需要援助的人员加以不利区别”。[[71]](#footnote-72) 总的来说，按照公正性原则的要求，救灾应以充分尊重并满足受灾人员的需要为目标，并且将特别弱势群体的需要作为优先事项。

(6) 不歧视原则也适用于减灾活动。这项原则反映了人人生而平等以及不可对人加以不利的区别。受禁止的歧视理由难以穷尽，族裔出身、性别、国籍、政见、种族、宗教和残疾都包括在其中。[[72]](#footnote-73) 委员会决定，鉴于不歧视对本专题的重要性，应将其作为一个独立的原则。国际法学会关于人道主义援助的2003年决议也采取了这一做法，该决议规定，人道主义援助的提供和分配应“不带有任何出于受禁止的理由的歧视”。[[73]](#footnote-74) 红十字与红新月联会《导则》也规定，为受灾人员提供援助时不应带有“任何不利区别(例如在国籍、种族、族裔、宗教信仰、阶层、残疾、年龄、政见等方面)”。[[74]](#footnote-75)

(7) 不应认为不歧视原则排斥酌情实行“积极歧视”的预期。第6条草案中的“同时考虑到特别弱势者的需要”即体现了这一立场。“弱势者”一词涵盖了群体和个人。因此，“弱势者”这一中性表达，既可指“弱势群体”也可指“弱势个人”。使用限定词“特别”是因为考虑到受灾人员本身就是弱势者这一事实。“特别弱势者”这一说法来自红十字与红新月联合会《导则》第4条第3(a)款，其中提到“妇女和特别弱势者，包括儿童、流离失所者、老人、残疾人、艾滋病毒感染者及其他重病患者”的特殊需要。[[75]](#footnote-76) 国际法学会通过的关于人道主义援助的决议也使用了该限定词，其中提及了考虑“最弱势者”的需要这一要求。[[76]](#footnote-77) 同样，大会在2014年12月12日第[69/135](http://undocs.org/ch/A/RES/69/135)号决议中也请：

“会员国、联合国系统相关人道主义组织和其他相关人道主义行为体确保人道主义应急措施的所有方面，包括备灾和需求评估，都要考虑到灾民所有组成部分，特别是女孩、男孩、妇女、老人和残疾人的具体人道主义需要和脆弱情况，包括在减少灾害风险工作的设计和执行过程中、人道主义和复原方案的制订以及在人道主义紧急情况后重建工作中这样做，在这一方面鼓励作出各种努力，确保性别平等观点主流化……”[[77]](#footnote-78)

委员会决定不在本条草案内列入一份弱势群体清单，是认为弱势具有相对性质。重要的是，在受灾或可能受灾的广泛个人群体内不赘述固定的特别弱势的亚群体，而是确认不歧视原则包含对特别弱势者需要予以特别关注的积极义务。“特别弱势者”一词是故意开放的，不仅包括上述与本概念相关的个人类别，也包括在灾害后也处于特别脆弱状况的其他可能个人，如非本国国民。

(8) 委员会认为，这里提到的“考虑到”是广义的，除其他外也包括发生灾害时获得信息和社区参与，包括弱势群体参与设计、实施、监督、评估和援助，以及应对灾害的准备。

(9) 委员会认识到，灾害对妇女和女童、男人和男童的影响往往会不同。在很多情况下，性别不平等限制了妇女和女童的影响力和控制权，她们无法平等参与对影响其生活的决定以及获得资源，如资金、食品、农业投入品、土地和财产、技术、教育、卫生、安全住房和就业机会。她们受到的影响可能特别大，在灾害发生时或发生后，面临各种风险，其中包括更多地失去生命和生计，遭受性别暴力等。人们日益认识到，妇女和女童与男人和男童一样，也拥有技术和能力，可以作为减灾和人道主义行动的参与者和合作伙伴，参与备灾、救灾和灾后恢复。妇女和女童的能力和知识可在个人和社区抗灾中发挥重要作用。从基于性别的视角进行灾害风险管理的重要性已得到各方面的认可，包括《2005-2015年兵库行动框架：加强国家和社区的抗灾能力》[[78]](#footnote-79) 和《仙台框架》[[79]](#footnote-80)。

第7条  
合作的义务

适用本条款草案时，各国应酌情相互合作，并与联合国、红十字与红新月运动各组成部分及其他援助方合作。

评注

(1) 有效的国际合作是发生灾害时保护人员不可或缺的。合作的义务是一项公认的国际法原则，在众多国际文书中均有表述。《联合国宪章》一再申明这一原则，特别提及发生灾害时保护人员这一人道主义情势。《宪章》第一条第三款明确规定联合国的宗旨之一是：

“促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言、或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”。

《宪章》第五十五和第五十六条在有关国际合作方面对第一条第三款进行了详细阐述。第五十五条规定：

“为造成国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之和平友好关系所必要之安定及福利条件起见，联合国应促进：

“(子) 较高之生活程度，全民就业，及经济与社会进展；

“(丑) 国际间经济、社会、卫生及有关问题之解决；国际间文化及教育合作；

“(寅) 全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守，不分种族、性别、语言或宗教”。

《宪章》第五十六条规定：

“各会员国担允采取共同及个别行动与本组织合作，以达成第五十五条所载之宗旨”。

《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》以下列措辞重申一般合作责任是国际法的原则之一：

“各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利及不受此种差异所产生歧视之国际合作。”[[80]](#footnote-81)

(2) 对于各国所承担的国际人权义务来说，合作具有特别意义。《经济、社会、文化权利国际公约》明确地将国际合作称为实现该《公约》所载权利的一种手段。[[81]](#footnote-82) 经济、社会、文化权利委员会在关于执行该《公约》所保障的具体权利的一般性意见中重申了这一规定。[[82]](#footnote-83) 国际合作在2006年《残疾人权利公约》中尤显突出，《公约》重申了“在危难情况下，包括在发生武装冲突、人道主义紧急情况和自然灾害时”存在着的对残疾人的国际义务。[[83]](#footnote-84)

(3) 关于救灾援助时的合作，大会在第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议中确认：

“许多紧急情况的规模和持续的时间可能不是许多受灾国的能力可以应付的。因此进行国际合作以处理紧急情况和加强受灾国的应付能力是非常重要的。应根据国际法和各国法律提供这种合作……”[[84]](#footnote-85)

此外，关于减灾情况下的合作，《仙台框架》指导原则第19(a)段指出，“每个国家都负有通过国际、区域、次区域、跨界和双边合作预防和减少灾害风险的首要责任”。发生灾害时的人员保护问题，已有大量与之具体相关的文书，显示出国际合作对抗击灾害影响的重要性。这些文书不仅本身便是合作的表述，而且文书案文中普遍反映出在灾害治理具体方面应实行合作的原则。就双边协议而言，这通常体现在文书标题中，明确表示合作或(相互)援助。[[85]](#footnote-86) 此外，合作义务在大多数情况下被列为文书的目标之一或被视为对这些目标具有积极作用。同样，《坦佩雷公约》也与之相关，《公约》序言第21段指出，各缔约方期望“促进国际合作以减轻灾害所造成的影响”。另一实例是法国与马来西亚之间的一项协定：

“坚信，双方主管机构需要在预防严重风险以及保护人口、财产和环境方面发展合作……”[[86]](#footnote-87)

(4) 然而，合作不应解释为削弱受灾国承担的主要作用，正如第10条草案第2款所规定的。此外，合作原则应理解为是对受灾国义务的补充，即受灾国当局有义务照顾受其境内发生的自然灾害和类似紧急情况影响的人(第10条草案第1款)。[[87]](#footnote-88)

(5) 救灾援助领域活动的一个重要特点是国际合作，不仅是各国之间的合作，而且是与国际组织和非政府组织的合作。这些组织的作用得到承认已经有一段时间了。大会在第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议里确认：

“……不偏不倚地工作和具有纯粹人道主义动机的政府间和非政府间组织应继续在补充国家努力方面作出重要贡献”。[[88]](#footnote-89)

经济及社会理事会在2008年7月25日第2008/36号决议中确认：

“……承认有关人道主义行为者的参与以及与其协调可提高人道主义应急行动的效力，并鼓励联合国继续努力，加强与国际红十字与红新月运动、有关人道主义非政府组织和机构间常设委员会其他参与机构建立的全球伙伴关系”。[[89]](#footnote-90)

(6) 第7条草案承认国际合作在国际救灾援助以及减少灾害风险方面的中心作用。该条草案反映了各有关当事方的法律义务。合作义务的性质可能依参与方和寻求或提供援助的情况而不尽相同。合作的法律义务性质在具体条款中论述(为此，本条的开头语是“适用本条款草案时”)，尤其是在应对灾害的第8条草案和在减少灾害风险的第9条草案。委员会加上了“酌情”一词，是修饰整个条款草案，既指本条草案所提及各参与方之间合作义务的具体规则，也表明在确定合作是否“适当”时在实地留有一定回旋余地。该条没有规定预期的合作水平，只是说明应该与哪些援助方进行合作。

(7) 除国家之间的合作外，第7条草案还设想与援助方的合作。明确提及与联合国的合作，是确认该组织在协调救灾援助活动方面的中心作用。根据大会1991年12月19日第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议，人道主义事务协调厅负有协助协调国际援助的特殊任务。大会在该决议中确定了紧急救济协调员的高级别职位，是作为联合国应对复杂紧急情况以及自然灾害情况的统一协调人。例如，紧急救济协调员负责处理受灾会员国的需要协调行动的紧急援助请求，充当联合国紧急救援行动的中央协调人，并提供综合信息，包括紧急情况早期预警。

(8) 提及“其他援助方”是引入第3条(d)款草案中的定义，其中包括主管政府间组织和有关非政府组织或实体。委员会认为需要专门提及一组这类实体机构，即红十字与红新月运动各组成部分，以承认这一运动在本条款草案所涉情况下国际合作中发挥的重要作用。红十字和红新月运动各组成部分的提法包含红十字国际委员会，因为条款草案也可能适用于涉及武装冲突的复杂紧急情况。[[90]](#footnote-91) 如第3条草案评注第(18)段所述，“其他援助方”的范畴是有意保持广义。在减少灾害风险方面与其他援助方的合作也见于《仙台框架》第19(b)段，该段指出，“减少灾害风险需要各国中央政府和相关国家当局、部门和利益攸关方根据各自国情和治理制度共同承担责任”，第19(d)段也提及“减少灾害风险需要全社会的参与和合作伙伴关系”。

(9) 救灾阶段的合作形式见第8条草案，而减灾阶段的合作形式见第9条草案。

第8条  
应对灾害的合作形式

应对灾害的合作包括提供人道主义援助，协调国际救灾行动和通信，提供救灾人员、设备和物资以及科学、医学、技术资源。

评注

(1) 第8条草案力求说明受灾国、援助国及其他援助方应对灾害时开展各种合作的形式。第7条草案笼统表述合作，视之为本专题的指导原则和基本义务，因为合作在救灾行动中发挥中心作用。由于合作的重要作用，需要在本条中更加详细说明相关合作形式。因此，本条草案旨在进一步阐述第7条草案的含义，而又不增加任何法律义务。

(2) 第8条草案列出的合作形式――人道主义援助；协调国际救灾行动和通信；提供救灾人员、设备和物资以及科学、医学、技术资源――大致基于《跨界含水层法》条款草案第17条第4款第二句。该款说明那些条款第7条中的一般合作义务，描述了紧急情况下需开展的合作。[[91]](#footnote-92) 第17条第4款第二句规定：

“合作可包括协调紧急情况的国际行动和通信，提供应急人员、应急设备和物资、科技专业知识和人道主义援助”。[[92]](#footnote-93)

鉴于上述规定是针对有关背景――发生影响跨界含水层的紧急情况时需要合作――专门起草的，委员会认为其文字是起草第8条草案的有益出发点。然而，第8条草案案文也有修改，以便适当反映本专题条款草案的背景和目的，确保考虑关于救灾的国际文书中提到的主要合作领域。1976年6月26日《东盟自然灾害互助宣言》载有类似文字，其中指出：

“成员国应在各自的能力范围内，合作改进以下方面的沟通渠道：灾害预警、专家和学员交换、信息和文件交流，以及医疗物资、服务和救灾援助的分发”。[[93]](#footnote-94)

同样，在说明联合国应在哪些领域发挥协调作用和鼓励合作时，大会在第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议中呼吁协调“专门人员和技术专家小组，以及救灾物资、设备和服务……”。[[94]](#footnote-95)

(3) 第8条草案开头确认，所指的合作形式是灾害开始后的救灾阶段或灾后恢复阶段的合作形式。就其性质而言，是向受影响人员提供或便利提供救济援助。同样，灾前阶段的合作，包括防灾、备灾和缓解等方面的合作，在第9条草案中论述。因此，需要参照其他条款草案一并阅读第8条草案，该条草案着力实现第2条草案所述整个专题的宗旨，即“促进充分而有效地应对灾害以满足有关人员的基本需要，充分尊重其权利”。在本专题范围内，合作义务的最终目的，即第8条草案提到的任何形式合作的最终目的是保护受灾人员。

(4) 本条草案着重指出具体的合作形式，无意包罗万象，只是说明可能适合具体情况的主要合作领域。使用“包括”一词，以及其他正式语文中对应的词，强调了列举并非详尽无疑。委员会确定，条款中提到的形式只是可能需要合作的主要领域，这些形式范围广泛，足以囊括众多不同的合作活动。因此，合作可包括、但不仅限于条款中提到的活动；不排除本条草案没有明确提到的其他合作形式，例如资金支持、技术转让(其中包括与卫星图像有关的技术)、培训、共享信息以及联合模拟演习和规划，需求评估和情况审查。

(5) 第8条草案只是说明可能的合作形式，不是为受灾国或援助方规定参加某些活动的额外法律义务。尽管如此，合作也可在现有义务下进行。例如，受灾国有义务在灾害开始时告知或通知负有收集资料、提供早期预警和协调国际社会援助等法定责任的其他国家和其他援助方。这项义务是2001年通过的预防危险活动带来的跨界损害的条款所规定的，其中指出：

“起源国应毫不迟延地以可以获得的最迅速手段，向可能受影响的国家告知本条款草案范围内某项活动涉及的紧急情况，并向其提供一切有关的现有资料”。[[95]](#footnote-96)

(6) 可采取的合作形式必然取决于一系列因素，除其他外包括灾害性质、受灾人员需要、受灾国和其他援助方能力。与合作原则本身一样，第8条草案所列的合作形式旨在表明一种相互性，因为合作并非单方面行为，而是涉及多方的合作行为。[[96]](#footnote-97) 因此，本条草案不是为了列举援助国可参与活动的清单，而是说明受灾国和其他援助方双方可通过协商采取协调行动的领域。

(7) 此外，提到的合作领域必须与其他条文草案保持一致。例如，与第7条草案一样，第8条草案提到的合作形式必须与第10条草案一致，该条承认受灾国由于其主权而在救灾援助中起主要作用。合作还必须符合受灾国对外部援助表示同意的要求(第13条草案)，并遵行承认受灾国可对外部援助提出适当条件的规定，特别是了解受灾人员需要和保证援助质量(第14条草案)。合作还与第15条草案有关，该条承认受灾国应发挥作用，促进迅速及有效地向受灾人员提供援助。鉴此，也由于第8条草案没有规定任何额外的法律义务，受灾国、援助国及其他援助方在开展上述形式合作时的关系将遵行本专题条款草案的其他规定。

(8) 第8条草案提到的合作形式中，特意将人道主义援助放在第一位，这是因为委员会认为这种合作在救灾工作中最重要。第二类合作――协调国际救灾行动和通信――希望尽可能涵盖救灾阶段的大多数合作努力，可包括后勤协调、监督、为救灾人员和设备的活动及通行提供便利，以及分享和交流与灾害有关的信息。虽然强调灾前合作的文书经常提到信息交流是减少灾害风险的预防手段，[[97]](#footnote-98) 但是通信和信息对于在救灾过程中监督灾情发展、推动协调各参与方的救援行动也十分重要。许多文书都提到了救灾过程中的通信和信息分享问题。[[98]](#footnote-99) 提到“提供救灾人员、设备和物资以及科学、医学、技术资源”是指提供救灾行动所需的任何及一切资源。提到“人员”是指可能需要提供医疗小组、搜寻和救援小组、工程师和技术专家、笔译和口译员，或代表某参与方――受灾国、援助国或其他援助方――参加救援行动的其他人员，并需要他们之间的合作。“资源”一词涵盖科学、技术和医学专长和知识，以及设备、工具、药物，或对救援有用的其他物品。

第9条  
减少灾害风险

1. 每一国应通过采取适当的防灾、减灾和备灾措施，包括通过制订法律和规章，减少灾害风险。

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

评注

(1) 第9条草案论述减少灾害风险的义务。这条草案由两款组成。第1款规定采取某些措施以减少灾害风险的基本义务，第2款列出这类措施的指示性清单。

(2) 如第2条草案所述，本条款草案的宗旨是减少灾害风险。减少灾害风险概念最初来自大会的一些决议，后经由1994年横滨减少自然灾害世界会议、[[99]](#footnote-100) 《兵库行动框架》和《仙台框架》以及全球减少灾害风险平台几届会议得到进一步发展。

(3) 在2013年全球减少灾害风险平台第四届会议[[100]](#footnote-101) 上，主席在总结概要中提请注意：“人们日益认识到，预防和减少灾害风险是一项法律义务，涵盖风险评估、安装预警系统、以及获得风险信息权”。在第三次联合国减少灾害风险世界会议上，“各国重申它们承诺以新的紧迫感解决减少灾害风险和建设抗灾能力问题”。[[101]](#footnote-102) 《仙台框架》指出，“当务之急是预测、规划和减少灾害风险，以更有效地保护个人、社区和国家”，需要“在各级……对创造灾害风险……问责”。[[102]](#footnote-103) 此外，《仙台框架》还指出，作为一项原则，“每个国家都负有首要责任预防和减少灾害风险，包括为此开展国际、区域、次区域、跨界和双边合作”。[[103]](#footnote-104) 最后，为了"大幅度减少灾害风险与生命、生计和健康损失，以及人员、企业、社区和国家的经济、实体、社会、文化和环境资产的损失”，[[104]](#footnote-105) 《仙台框架》指出，“必须设法实现以下目标：预防产生新的灾害风险和减少现有的灾害风险，为此要采取综合性和包容性的经济、结构、法律、社会、卫生、文化、教育、环境、技术、政治和体制措施，防止和减少危险程度和受灾脆弱性，加强备灾和恢复准备，从而提高抗灾能力”。[[105]](#footnote-106)

(4) 委员会遵循国家主权和不干涉的基本原则，同时汲取国际人权法产生的原则，包括各国有义务尊重、保护人权，特别是生命权。保护就要求各国承担起积极义务，采取必要适当措施，防止即将发生的灾害造成损害。这一点得到了国际法庭裁决的认可，可参见欧洲人权法院关于厄内尔伊尔迪兹诉土耳其案[[106]](#footnote-107) 和在布达耶娃等人诉俄罗斯案[[107]](#footnote-108) 的裁决。这些裁决确认了采取预防措施的责任。此外，第9条草案借鉴了若干国际环境法原则，包括“尽职”原则。

(5) 第9条草案的重要法律基础是反映各国承诺减少灾害风险的广泛实践。各国和各国际组织通过了减少灾害风险的具有约束力的多边、区域和双边协议，其中包括：《巴黎协定》(2015年)；[[108]](#footnote-109) 《改变我们的世界――2030年可持续发展议程》(2015年)；[[109]](#footnote-110) 第三次发展筹资问题国际会议《亚的斯亚贝巴行动议程》(2015年)；[[110]](#footnote-111) 小岛屿发展中国家快速行动方式(萨摩亚途径)(2014年)；[[111]](#footnote-112)《东盟协定》；[[112]](#footnote-113)《亚洲减少灾害风险北京行动计划》(2005年)；[[113]](#footnote-114)《亚洲减少灾害风险德里宣言》(2007年)；[[114]](#footnote-115)《亚洲减少灾害风险吉隆坡宣言》(2008年)；[[115]](#footnote-116) 《2010年亚太减轻灾害风险仁川宣言》；[[116]](#footnote-117) 《亚太适应气候变化减轻灾害风险仁川区域路线图》[[117]](#footnote-118)，重申了《兵库行动纲领》，提出了考虑到该区域脆弱性的适应气候变化和减少灾害风险的亚洲倡议；太平洋区域灾害风险管理论坛第六届会议成果文件：“前进方向：太平洋区域具有气候抵御力和抗灾能力的发展”(2014年)；[[118]](#footnote-119) 中亚和南高加索地区灾害管理部门在减少灾害风险方面加强区域合作的框架(2015年)；[[119]](#footnote-120) 2004年《非洲联盟减少灾害风险非洲区域战略》，[[120]](#footnote-121) 随后又有实施该战略的行动方案(原定为2005-2010年，后来延长至2015年)；[[121]](#footnote-122) 东非共同体减少灾害风险和灾害管理法案(2013年)；[[122]](#footnote-123) 第四届非洲区域减少灾害风险平台会议，最近的一届是在2013年；[[123]](#footnote-124) 《非洲执行〈仙台框架〉的雅温得宣言》(2015年)；[[124]](#footnote-125)《2020年阿拉伯减少灾害风险战略》[[125]](#footnote-126)；《沙姆沙伊赫减少灾害风险宣言》(2014年)；[[126]](#footnote-127) 《亚松森宣言――2015-2030年执行〈仙台框架〉的区域行动计划准则》(2016年)；[[127]](#footnote-128) 《城市减少灾害风险的亚喀巴宣言》(2013年)[[128]](#footnote-129)；《拉丁美洲和加勒比地区灾害风险管理的拉丁美洲议会议定书》(2013年)[[129]](#footnote-130)；《美洲减少灾害风险区域平台第四届会议的瓜亚基尔纳亚里特公报》(2014年)[[130]](#footnote-131)；《美洲加强减少灾害风险行动路线纳亚里特公报》(2011年)[[131]](#footnote-132)；欧盟减少灾害风险部长级会议的成果：2015年后减少灾害风险框架――加强国家和社区的抗灾能力(2014年)[[132]](#footnote-133)；欧洲减少灾害风险论坛第六届年会――执行《仙台框架》路线图(2015年)[[133]](#footnote-134)；“团结行动”，东南欧合作进程外交部长联合声明(2013年)[[134]](#footnote-135)；欧盟民事保护机制(2013年)[[135]](#footnote-136)；红十字会与红新月会第32届国际会议关于加强救灾、减少风险和急救的法律框架的第6号决议(2015年)[[136]](#footnote-137)；《欧洲委员会执行〈减少灾害风险仙台框架〉的行动计划(2015-2030年)》(2016年)。[[137]](#footnote-138)

(6) 各国对这一承诺的认可也体现在各国将减少灾害风险措施纳入国家政策和法律框架。从各国执行《兵库行动框架》[[138]](#footnote-139) 进展报告汇编中可以看到，截至2016年，已有64个国家或地区报告说它们制定了减少灾害风险的专门政策，这些国家或地区均匀地分布于各大洲和各个地区，包括主要易受灾地区。这些国家或地区是：阿尔及利亚、安吉拉、阿根廷、亚美尼亚、孟加拉国、多民族玻利维亚国、巴西、英属维尔京群岛、加拿大、佛得角、智利、哥伦比亚、库克群岛、哥斯达黎加、科特迪瓦、古巴、多米尼加共和国、斐济、芬兰、格鲁吉亚、德国、加纳、危地马拉、洪都拉斯、印度、印度尼西亚、意大利、日本、肯尼亚、老挝人民民主共和国、黎巴嫩、马达加斯加、马拉维、马来西亚、马尔代夫、马绍尔群岛、毛里求斯、墨西哥、蒙古、摩洛哥、莫桑比克、尼泊尔、新西兰、尼加拉瓜、尼日利亚、挪威、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、波兰、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、萨摩亚、塞内加尔、斯里兰卡、瑞典、瑞士、阿拉伯叙利亚共和国、泰国、前南斯拉夫的马其顿共和国、坦桑尼亚联合共和国、美利坚合众国、瓦努阿图、委内瑞拉玻利瓦尔共和国。最近，联合国国际减灾战略署(联合国减灾署)查明已有93个国家[[139]](#footnote-140) 建立了国家减灾平台。按照《仙台框架》，这一平台是相关利益相关方组成的政府协调机制，旨在“除其他外，通过分享和传播非敏感灾害风险信息和数据，查明部门和多部门灾害风险，提高对灾害风险的认识和了解，协助和协调编制地方和国家灾害风险报告，协调开展关于减少灾害风险的公共宣传活动，促进和支持地方多部门合作(如地方政府之间的合作)，协助确定和报告国家和地方灾害风险管理计划，以及所有灾害风险管理相关政策”。[[140]](#footnote-141) 一些国家制定了减少灾害风险法律，或是专门法律，或是灾害风险管理和应对灾害的法律框架的一部分。这些国家包括：阿尔及利亚、[[141]](#footnote-142) 喀麦隆、[[142]](#footnote-143) 中国、[[143]](#footnote-144) 柬埔寨、[[144]](#footnote-145) 多米尼加共和国、[[145]](#footnote-146) 萨尔瓦多、[[146]](#footnote-147) 爱沙尼亚、[[147]](#footnote-148) 法国、[[148]](#footnote-149) 格鲁吉亚、[[149]](#footnote-150) 危地马拉、[[150]](#footnote-151) 海地、[[151]](#footnote-152) 匈牙利、[[152]](#footnote-153) 印度、[[153]](#footnote-154) 印度尼西亚、[[154]](#footnote-155) 意大利、[[155]](#footnote-156) 马达加斯加、[[156]](#footnote-157) 纳米比亚、[[157]](#footnote-158) 新西兰、[[158]](#footnote-159) 巴基斯坦、[[159]](#footnote-160) 秘鲁、[[160]](#footnote-161) 菲律宾、[[161]](#footnote-162) 大韩民国、[[162]](#footnote-163) 斯洛文尼亚、[[163]](#footnote-164) 南非、[[164]](#footnote-165) 泰国、[[165]](#footnote-166) 美国。[[166]](#footnote-167)

(7) 应结合本条款草案中的普遍适用规则，包括主要涉及应对灾害的规则一起阅读第9条草案。

(8) 第1款以“每一国”开始。委员会选择这一措辞，而不是英文复数“各国”，是为了与先前通过的小心确定负有采取行动的法律责任的一国或多国的条款草案保持一致。相比那些直接涉及灾害应对的条文草案(受灾国有别于其他国家)，灾前阶段的有关义务适用于每一国。此外，第2款中显而易见的是，减少风险的义务主要要求在国内一级采取措施。第7条草案旨在涵盖国家之间或与其他援助方之间互动的这类措施。换言之，这一义务分别适用于每一个国家。因此，委员会决定不使用英文复数“各国”，也是避免暗示任何集体义务。

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

(10) 义务是“减少灾害风险”。委员会采纳了本用语，以承认数个主要宣言尤其是最近的《仙台框架》所体现的当代国际社会观点，即重点应是减少危险因素造成损害的风险，这有别于防止和管理灾害本身。因此，第1款的重点是减少灾害风险。实现这一点就要采取某些防灾、减灾和备灾措施。设想的义务是行为义务而不是结果义务；换句话说，不是完全防止或减少灾害的义务，而是减少可能引起的损害风险的义务。

(11) “采取适当的……措施”一语指出所要求的具体行为。除下文第(13)段对法律和规章的进一步解释外，以“适当”这个词来界定应采取的“措施”，是普遍的做法。因此，使用“适当”在于指出所说的不是任何一般措施，而是专门和具体的防灾、减灾、备灾措施。在任何特定情况下，什么可能是“适当”的，将按照应采取措施的既定目标来理解，即“防灾、减灾和备灾”以减少风险。如上文第(9)段指出的，这应在有关国家现有能力和可用资源的更广泛背景下进行评估。因此，“采取适当的措施”的提法是为了说明义务的相对性。尽职的基本要求是“适当”概念所固有的。因此，进一步理解是，这一措辞也暗含着措施的成效问题。

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

(13) 限定词“包括”表明，尽管“法律和规章”可能是主要的方法，但还可能有其他可以据之采取这些措施的安排。选择“包括”一词，以避免解释为始终要求通过和执行具体的法律和规章。这将允许每一国有一定的自由裁量权来决定适用的法律框架；同时有一项理解是：具有一个预期采取“适当的措施”的法律框架，是减少灾害风险的一个必要条件。

(14) “通过制定法律和规章”这一短语意味着需确保在国内法律制度中界定执行机制和针对不执行的问责制。这类问题虽然重要，但不是减少灾害风险领域的法律和规章可处理的唯一内容。

(15) “防灾、减灾和备灾”这一短语用于说明国家在灾前阶段应采取的解决风险、脆弱性和危害特点的“适当”措施的目的，这些措施最终目标是减少灾害风险。这句话沿循了减少灾害风险主要文书使用的措辞。委员会认识到的一个事实是：采用不同措辞可能会导致对本条草案所设想的活动类别出现意想不到的相反解释。此外，委员会认为，这一条款也将涉及《仙台框架》关于预防新的风险和减少现有风险，从而增加抗灾能力的要求。

(16) 联合国减灾署在2009年编写的《减少灾害风险词汇》[[167]](#footnote-168) 说明了防灾、减灾和备灾这三个用语各自的含义：

“防灾是全面防止致灾因子和相关灾害的不利影响……。

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

“减灾是‘减轻或限制致灾因子和相关灾害的不利影响，

“……致灾因子的不利影响通常无法完全避免，但可以通过各种战略和行动切实地减轻它们的规模或危害程度。……应该注意在气候变化政策里“减轻”的表述不一样，即减少作为气候变化根源的温室气体排放”。[[168]](#footnote-169)

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

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

委员会认识到上述用语可以根据关于减少灾害风险指标和术语问题不限成员名额政府间专家工作组的成果，由大会做进一步的推敲。该工作组是根据2015年6月3日第[69/284](http://undocs.org/ch/A/RES/69/284)号决议建立的。

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

(18) 可采取的结构性和非结论性的实际措施是无数的，依赖于社会、环境、金融、文化和其他相关情况。公共和私营部门的实践以及《仙台框架》等有关文书提供了丰富的实例。其中可援引的有：社区一级的备灾和教育；建立灾害治理框架；应急规划；设立监督机制；土地用途控制；建筑标准；生态系统管理；排水系统；解决脆弱性和抵御能力的社会安全网；风险披露；对风险知情后的投资；以及保险。

(19) 第2款所列的三个连续措施具有一个共同特征：都有助于制订和适用许多即使并非全部的其他措施，涉及法律框架以及公共和私营部门确定优先事项或投资规划。

(20) 第一项措施――风险评估――涉及培养有关危险、风险和脆弱性以及灾害风险趋势的知识。因此，这是任何减少灾害风险的明智措施的第一步。如果没有足够确切地了解灾害风险的情况、因素和特点，就不能制定和颁布有效的措施。风险评估也迫使各方更仔细了解当地实际情况和当地社区参与。

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

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

(23) 如上文第8段所解释的，第9条草案事关在国内采取预想的措施。第7条草案的合作义务将涵盖任何国家间的措施。因此，有关任何列举和未列举的、为减少灾害风险可能采取的措施的国际法律义务的程度，应以每一国与其他的、该国有义务与之合作的行为者订立的相关具体协议或安排来确定。

第10条  
受灾国的作用

1. 受灾国有责任在其领土或受其管辖或控制的领土内确保对人员的保护和救灾援助的提供。

2. 受灾国在指挥、控制、协调和监督此种救灾援助方面应承担主要作用。

评注

(1) 第10条草案针对的是受灾国在其领土或受其管辖或控制的领土内发生灾害时保护人员的情况。标题中“作用”一词的含义宽泛，也包括国家的“职能”。第1款体现了受灾国保护人员及提供救灾援助的义务。第2款确认了受灾国在应对其领土或受其管辖或控制的领土内的灾害时的主要作用。

(2) 第10条草案的前提是本套条款草案的序言中强调的主权核心原则。主权原则及从其推论出来的不干涉原则都体现于《联合国宪章》[[169]](#footnote-170)，并得到了众多国际法律文书和司法声明的承认[[170]](#footnote-171)。在救灾援助问题上，大会第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议确认，“必须按照《联合国宪章》充分尊重各国的主权、领土完整和国家统一”。[[171]](#footnote-172)

(3) 第1款确认了受灾国有责任在其领土内确保对人员的保护和救灾援助的提供，这一责任源自其主权。之所以又插入“或受其管辖或控制的领土”一语，是为了与第3条草案(b)项中“受灾国”含义有所扩大的行文保持一致。

(4) 关于一国的主权权利与相应的责任之间的联系这一理念，阿尔瓦雷斯法官在“科孚海峡案”的独立意见中曾特别作过表述：

“我们理解的主权是指一国在其领土内排除所有其他国家所具有的以及在与他国关系中所具有的一整套权利和属性。”“主权赋予国家权利，也使其承担义务。”

“主权赋予国家权利，也使其承担义务。”[[172]](#footnote-173)

(5) 第1款强调，受灾国是负有保护身处其领土或受其管辖或控制的领土内的人员这一责任的行为方。委员会认为“责任”一词比“职责”更为妥当。鉴于“职责”一词在其他语境里使用，在这里使用可能被误解。

(6) 第2款进一步体现了国家在灾害应对中起着主要作用。由于上述原因，委员会决定采用“作用”一词而不用“职责”来表述受灾国的地位。采用“作用”一词受到了大会第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议的启发，该决议中称，受灾国“在其境内发起、组织、协调和执行人道主义援助方面起主要作用”。[[173]](#footnote-174) 采用“作用”一词而不用“职责”在灾害应对活动的协调方面给各国留出一定灵活余地。含有国家有义务指挥或控制灾害应对活动之意的措辞可能反而对一些倾向于在灾害应对的协调方面发挥较有限的作用的国家具有过强的限制性，这些国家例如由于资源有限，倾向于发挥有限的作用。

(7) 受灾国的主要作用还受到另一启发：国际法早已承认一国最能判断紧急情况的严重性并制定适当的应对政策。第2款中称，受灾国起着指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助的主要作用，这一点应与第7条草案所述的合作义务一并解读。这样看来，第10条草案第2款肯定了受灾国在与第7条草案中提到的其他相关行为方的合作关系中起着主要作用。

(8) “指挥、控制、协调和监督”救灾援助的提法来自《坦佩雷公约》第4条第8款。[[174]](#footnote-175) 《坦佩雷公约》在救灾援助领域日益广被接受，而且措辞较为现代。[[175]](#footnote-176) 这种表述体现了受灾国在以何种方式遵照国际法(包括本条款草案)开展救灾行动方面拥有控制权的立场。受灾国的这种控制权不能视为对援助方的活动的不当干涉。

(9) 委员会采用了与《坦佩雷公约》有所不同的措辞，决定本条中在表述受灾国的主要作用时不提及“本国法律”。《坦佩雷公约》中提及本国法律之处表明，妥善的协调须与受灾国的国内法保持一致。委员会决定在本条中不提及这一点，因为可能并非所有受灾国的国内法都规范或规定了国家在灾害应对情况下的主要作用。

第11条受灾国寻求外部援助的责任

如所遭受的灾害明显超出受灾国的应对能力，则受灾国有责任酌情向其他国家、联合国及其他潜在援助方寻求援助。

评注

(1) 第11条草案是关于灾害超过国家应对能力的特殊情况。在这种情况下，受灾国有责任酌情向其他国家、联合国及第3条草案(d)项所定义的其他潜在援助方寻求援助。第11条草案中阐述的义务是第7和第10条草案的详细说明。第10条草案第1款规定，受灾国有责任在其领土或受其管辖或控制的领土内确保人员的保护和救灾援助的提供。该条文草案申明了受灾国对在其管辖或控制的领土内的人员全力提供援助的义务。合作的责任也构成受灾国在灾害明显超出其国家应对能力时的责任的基础。第7条草案申明，在适宜进行此种合作的情形下，潜在援助国或其他潜在援助方和受灾国都有合作的义务。委员会认为，在灾害明显超出受灾国应对能力的情形下，寻求援助既是适当的，也是必要的。

(2) 本条草案强调，寻求援助的责任只来源于明显超出受灾国的国家应对能力这一点。“如所遭受的灾害……”这一条件语用于澄清下面一点：受灾国的国家应对能力可能不总是绝对地够或绝对地不够。可能会在救灾行动的一个方面明显超出受灾国的国家能力，但该国仍然能够进行其他行动。作为一个整体，“明显超出受灾国的应对能力”一语涵盖了灾害可能明显超出受灾国应对能力的情况。这种灵活和积极的做法符合第2条草案中所表达的条款草案根本目的。这种做法有利于充分和有效地应对灾害，以满足有关人员的基本需要，同时充分尊重他们的权利。确认各国在这种情况下的责任反映了委员会对及时和有效提供救灾援助的关注。

(3) 委员会认为，在第11条草案中寻求援助的责任也来源于受灾国根据国际人权文书和习惯国际法承担的义务。诉诸国际社会的支持可能是受灾国自身的资源不足以满足保护需要时对个人履行一国的国际义务的必要元素。虽然如第5条草案评注中所提到的，这种情况在没有任何灾害时也可能发生，但灾害的发生直接关系到若干人权，其中包括生命权、适足食物权、健康权和医疗服务权、安全饮用水权、适足住房、服装和卫生权以及不受歧视的权利。[[176]](#footnote-177) 委员会注意到，人权事务委员会说过(见关于生命权的第6号一般性意见)，一个国家履行生命权的职责超越了仅仅予以尊重的范围，而延伸到采取积极措施保护这一权利的责任。[[177]](#footnote-178) 根据《公民权利和政治权利国际公约》，生命权是不可克减的，即使是发生“威胁到一个民族的生命的公共紧急状态”[[178]](#footnote-179) ――人权事务委员会在其第29号一般性意见中已确认这种状态包括“自然灾害”。[[179]](#footnote-180) 《经济、社会、文化权利国际公约》指出，依据获得粮食的权利：

“缔约国将采取适当的步骤以保证实现这一权利，承认为此基于自愿同意而实行国际合作的基本重要性。”[[180]](#footnote-181)

经济、社会及文化权利委员会在关于适足食物权(《公约》第十一条)的第12号一般性意见中指出，如果一个缔约国认为资源的限制使它不可能对需要的人提供食物：

“国家必须证明已尽力作出努力，作为一个优先事项，使用可供其处置的所有资源，去满足这些最低限度的义务。[……]因此，声称由于无法控制的原因无法履行其义务的国家必须承担举证责任，证明情况的确如此，并且它没有成功地寻求获得国际支持，以确保所需食物的供应和获得”。[[181]](#footnote-182)

因此，委员会指出，一国采取的“适当措施”，包括在国内条件到了无法实现获得粮食的权利的情况下寻求国际援助。如果一国本身断言无法履行其义务，则应当采取这一步骤。

(4) 《非洲儿童权利和福利宪章》[[182]](#footnote-183) 和《残疾人权利公约》具体提到在发生灾害时对权利的保护。根据《非洲儿童权利和福利宪章》第23条，各国应采取“一切适当措施”，以确保寻求或持有难民地位的儿童以及那些由于包括“自然灾害”在内的事件而在国内流离失所的人在享受本宪章和各国参与缔结的其他国际人权和人道主义文书所载述的权利方面能够“得到适当的保护和人道主义援助”。《残疾人权利公约》提到国家在发生灾害时对残疾人的义务：

“按照国际法，包括国际人道主义法和国际人权法规定的义务，缔约国应采取一切必要措施，在风险情况，包括发生武装冲突、人道主义突发事件和自然灾害的情况下，落实对残疾人的保护及其安全。”[[183]](#footnote-184)

“一切必要措施”一语可包括当灾害明显超出受灾国应对能力时接受可能来自国际社会成员的援助。这种做法符合国际法律体系中所适用的人道主义指导原则。国际法院在科孚海峡案中申明，基本的人道考虑为普遍和公认的原则，“基本的人道考虑，在和平时期比战争时期还要严格”。[[184]](#footnote-185) 第6条草案确认人道主义原则在应对灾害中的核心地位。

(5) 委员会认为，在第11条草案的范围内，有责任“寻求”援助比有责任“请求”援助的措辞适当。委员会这一表述源自于国际法学会通过的关于人道主义援助的决议中所列出的责任，其中指出：

“当受灾国无法向在其管辖或实际控制下的受害者提供足够的人道主义援助时，应当向主管的国际组织和/或第三国寻求援助。”[[185]](#footnote-186)

同样，红十字与红新月联合会《导则》认为：

“如果受灾国确定灾情超出国家的应对能力，应寻求国际和/或地区的援助，以解决受影响人员的需要。”[[186]](#footnote-187)

此外，大会第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议所附的指导原则似乎也支持受灾国在紧急情况超出其应对能力的情形下有责任求助于国际合作：

“许多紧急情况的严重性和持续时间可能超出了许多受灾国的应对能力。因此，进行国际合作以处理紧急情况和加强受灾国的应对能力是非常重要的。这种合作应按照国际法和国内法提供。”[[187]](#footnote-188)

(6) “请求”的另一种提法载于《奥斯陆准则》，其中指出，“如果国际援助是必要的，应由受灾国在灾害一发生时为了最大限度地发挥救灾的效益而尽快请求或同意国际援助”。[[188]](#footnote-189) 委员会认为，“请求”给予援助意味着在援助国或其他援助方接受这一请求时受灾国同意接受其援助。与此相反，委员会认为，有责任“寻求”援助意味着对国际援助的提供展开更广泛的协商。“寻求”一词意指受灾国采取主动行动谋求达成协议。因此，第11条草案责成受灾国在灾害明显超出其国家应对能力时积极寻求援助。

(7) 受灾国政府原则上最能够判断灾情的严重性和国家应对能力的局限。尽管这么说，受灾国还必须真诚评估灾害的严重程度。《各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》阐述了诚意原则，[[189]](#footnote-190) 其中规定，“每一国均有责任一秉诚意履行其按照联合国宪章”担负的义务、[[190]](#footnote-191) “依公认之国际法原则与规则”所担负的义务[[191]](#footnote-192) 以及“在依公认国际法原则与规则系属有效之国际协定下”所担负的义务。[[192]](#footnote-193) 对灾害严重程度真诚进行评估是受灾国根据第10条草案第1款确保人员的保护和救灾援助的提供的责任的一个要素。

(8) 委员会采用“酌情”一词是要强调受灾国从其他国家、联合国及其他潜在援助方中选择最适合其特定需要之援助的自由裁量权。该词进一步反映寻求协助的责任并不意味着一国有责任从第11条草案中所列出的每一个来源寻求援助。因此，“酌情”一词强调了第10条草案第2款所述的受灾国在指挥、控制、协调和监督救灾援助上起主要作用这一点。

(9) 在灾害明显超出受灾国应对能力的情形下存在着寻求援助的责任，这并不意味着受灾国在灾情较轻时不应寻求援助。委员会认为，在提供救灾援助的各个阶段进行合作，对充分和有效应对灾害具有主要作用，并且是团结原则的实际体现。即使受灾国有能力且愿意提供所需的援助，国际行为方的合作与援助在许多情况下将确保更可充分、迅速和广泛地应对灾害和加强保护受影响的人。

第12条  
提议外部援助

1. 发生灾害时，各国、联合国及其他潜在援助方可向受灾国提议援助。

2. 受灾国通过向另一国、联合国或其他潜在援助方提出请求而寻求外部援助时，受请求方应迅速对请求予以适当考虑并将其答复通知受灾国。

评注

(1) 第12条草案承认国际社会愿意在发生灾害时保护人员，这被视为对第10条草案所载受灾国主要作用的补充。本条文草案表达了序言中所强调的作为本专题整套条款草案的基础的团结与合作原则，而合作原则具体体现于第7至第9条草案。

(2) 第12条草案只涉及“提议”援助，不涉及实际“提供”援助。这类提议，不论是单方面提出还是应要求提出，本质上属于自愿性质，不应视为承认存在援助的法律义务。援助提议也并不导致受灾国有相应的义务要接受该提议。根据序言中强调的且贯穿于整套条款草案的国家主权原则和受灾国承担的主要作用，受灾国可按照第13条草案所规定的条件，选择全部或部分接受或者不接受国家或非国家行为方的援助提议。

(3) 援助提议必须符合本条款草案特别是第6条草案中申明的各项原则。这种援助提议不得视为干涉受灾国内部事务。这一论断符合国际法学会在1989年关于“保护人权和不干涉他国内部事务原则”的决议中的声明：

“国家、国家集团、国际组织或红十字国际委员会等公正的人道主义机构向领土内人民生命或健康遭到严重威胁的国家提出提供粮食或医疗物资，不得视为对该国内部事务的非法干涉。”[[193]](#footnote-194)

(4) 第12条草案是关于最有可能在发生灾害后提出援助提议的行为方向受灾国提议援助的问题，这些行为方就是各国、联合国及其他援助方。冠以条件修饰语“潜在”的“其他援助方”一词在第3条草案(d)项中有定义，它包含主管政府间组织或有关非政府组织或实体。联合国及政府间组织根据其组成文书不仅有权提议援助，而且鼓励它们向受灾国提议援助。

(5) 非政府组织或实体基于其性质、所在位置和专长，完全能够针对特定灾害提供援助。非政府组织或实体在开展救援行动方面的地位在国际法中并不鲜见。1949年日内瓦四公约已经规定，在武装冲突情况下：

“公正的人道主义团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。”[[194]](#footnote-195)

同样，1949年日内瓦四公约第二附加议定书规定：

“在缔约一方领土内的救济团体，如红十字会(红新月会、红狮与太阳会)组织，得提供服务，对武装冲突受难者执行其传统的职务。平民居民即使在其自己主动下，也得提供收集和照顾伤者、病者和遇船难者的服务。”[[195]](#footnote-196)

大会1988年12月8日题为“向自然灾害和类似紧急情况的受害者提供人道主义援助”的第[43/131](http://undocs.org/ch/A/RES/43/131)号决议强调了纯粹出于人道主义动机而工作的非政府组织或实体在救灾工作中的重要贡献，除其他外，大会在该决议中请所有受灾国“便利[这类]组织提供人道主义援助的工作，特别是提供粮食、药品和医疗保健，而这些援助切需到达灾民手中”，并呼吁“所有国家支持向自然灾害和类似紧急情况的灾民提供人道主义援助的[那些]组织”。[[196]](#footnote-197)

(6) 第1款中使用副词“可”是要强调，就提议外部援助而言，重要的是使所有潜在援助方都可以提议援助，不论其地位和能够采取行动的法律依据为何。

(7) 第2款受到了2000年《民防援助框架公约》第3条(e)项的启发，后者载明：“接受国应在尽可能短的时间内审查和答复援助提议或请求”。[[197]](#footnote-198) 第2款的目的是在整套条款草案中实现更大的平衡，为各国或其他潜在援助方在受灾国请求提供外部援助时规定一种反向的义务。该义务与第13条草案第3款中规定的受灾国及时告知就援助提议所作决定这一义务相平行。然而，这两条对义务的表述有所不同，这是因为在发生了属于本条款草案适用范围的灾害之后，受灾国的地位有别于援助国或其他援助方。

(8) 第2款由三部分组成。首先，受灾国寻求外部援助即触发了该款的适用。与第11条草案中受灾国“寻求”援助的一般责任不同的是，这一款针对的是受灾国通过向列明的潜在援助方“提出请求”而寻求特定援助的情况。这种特定性很重要，因为它限制了该款只适用于特定的请求而非一般的援助呼吁。

(9) 其次，该款提及援助请求的各种对象，其中包括其他国家、联合国和其他潜在援助方，这交叉引用了第3条草案(d)项中的定义。单单特别提到联合国，是因为联合国在接收援助请求方面起着中心作用。

(10) 第三，第2款为特定请求的对象规定了一项义务。该义务有两个部分：第一部分是对请求予以适当考虑；第二部分是将其答复通知受灾国。两部分义务均含有修饰语“迅速”，指的是要及时。“对请求予以适当考虑”这一义务表述取自2006年通过的关于外交保护的条款第19条中的类似措辞。[[198]](#footnote-199) “适当”一词更多的是指对请求给予认真的考虑而不是指时间上的及时，因为“迅速”的概念已经包含时间上的适当性了。

第13条  
受灾国对外部援助的同意

1. 提供外部援助须征得受灾国的同意。

2. 受灾国不得任意拒绝外部援助。

3. 对按照本条款草案提出的援助提议，受灾国只要有可能，应及时告知就该援助提议作出的决定。

评注

(1) 第13条草案是关于受灾国对提供外部援助的同意。作为一个整体，该条文草案为受灾国在救灾行动方面创建一个附有条件的同意制度。第1款反映了国际救灾援助的实施需要受灾国同意这一核心原则。第2款规定，对外部援助不得任意拒绝，而第3款正式责成受灾国在只要有可能应及时告知其就援助提议作出的决定。

(2) 提供外部援助需要受灾国同意是国际法的根本原则。因此，大会第[46/182](http://undocs.org/ch/A/RES/46/182)号决议所附载的指导原则第3段指出，“人道主义援助应获得受灾国的同意，并原则上根据受灾国的呼吁予以提供”。[[199]](#footnote-200) 《坦佩雷公约》规定，“没有提出请求的缔约国同意，不应该根据本公约提供电信援助”[[200]](#footnote-201)，而《东盟协定》则指出，“外部援助或援助提议应只在受灾国提出请求或同意后予以提供”[[201]](#footnote-202)。承认外部援助的提供须征得受灾国同意符合第10条草案第2款的立场：受灾国在指挥、控制、协调和监督其领土或受其管辖或控制的领土内的救灾援助方面起主要作用。

(3) 第2款中承认受灾国拒绝提议的权利并非是不受限制的，这一点反映了主权同时引起权利和义务的双重性质。这种做法体现在第10条草案第1款，其中申明受灾国“有责任在其领土或受其管辖或控制的领土内确保人员的保护和救灾援助的提供”。

(4) 委员会认为，发生灾害时受灾国在其领土或受其管辖或控制的领土内确保人员得到保护和向他们提供援助的责任旨在维护受灾害影响的人的生命和尊严并保证这些人员获得所需要的人道主义援助。这一责任是确保受灾国领土或受其管辖或控制的领土内的人员的生命权的核心。[[202]](#footnote-203) 人权事务委员会将《公民权利和政治权利国际公约》第六条所载述的生命权解释为包含国家有义务采取积极措施以保护这项权利。[[203]](#footnote-204) 因此，拒绝援助提议在一定条件下可能构成对生命权的侵犯。大会重申其1988年12月8日第[43/131](http://undocs.org/ch/A/RES/43/131)号和1990年12月14日第[45/100](http://undocs.org/ch/A/RES/45/100)号决议，“遗弃自然灾害和类似紧急情况的受害者而不给予人道主义援助构成了威胁人类生命和侵犯人类尊严的罪行。”[[204]](#footnote-205)

(5) 承认受灾国对同意的自由裁量权并非不受限制这一点载反映于“对国内流离失所问题的指导原则”。[[205]](#footnote-206) 前人权委员会和大会以协商一致方式通过的各项决议欢迎这些指导原则，秘书长也形容它们是使在国内流离失所者获得“保护的基本国际规范”，指出：[[206]](#footnote-207)

“[对人道主义援助提议]不得任意拒绝，特别是当有关当局不能或不愿提供必要的人道主义援助的时候。”[[207]](#footnote-208)

国际法学会两度处理过人道主义援助方面的同意问题。其关于“保护人权和不干涉各国内部事务的原则”的1989年决议第5条草案第2款的正式法文本载明：

“Les États sur le territoire desquels de telles situations de détresse [où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé] existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires. (在其领土上出现这些紧急情况[人民的生命或健康受到严重威胁]的国家不得任意拒绝此种人道主义救援提议)”[[208]](#footnote-209)

国际法学会在2003年重新审视这个问题，在关于人道主义援助的决议中，在标题“受灾国不能任意拒绝善意的人道主义援助提议”之下规定：

“受灾国有义务不能任意和无理拒绝纯粹为了提供人道主义援助的善意提议或拒绝救援受害者。特别是，他们不得拒绝援助的提议，也不能拒绝救援，如果这种拒绝可能危及受害者的基本人权，或将违反不得作为一种作战方法使平民陷于饥饿的禁令。”[[209]](#footnote-210)

(6) 在武装冲突情况下，安全理事会经常要求冲突各方允许人道主义援助的进出，并多次通过了与人道主义救济行动有关的措施。[[210]](#footnote-211) 为应对叙利亚冲突造成的人道主义危机，安全理事会采取了更为积极的做法。在2014年2月22日第2139 (2014)号决议中，它谴责所有不让人道主义人员和物资进出的行为，并回顾“任意剥夺平民生存不可缺少的物品，包括蓄意阻碍救济物资的供应和获取，可构成违反国际人道主义法行为”。[[211]](#footnote-212) 在2014年7月14日第[2165(2014)](http://undocs.org/ch/S/RES/2165(2014))号决议中，安全理事会决定授权联合国人道主义机构及其执行伙伴在联合国通知叙利亚当局后使用越过冲突线的路线和特定边界过境点，把人道主义援助送交需要援助的人。[[212]](#footnote-213)

(7) “拒绝”一词隐含一个确定任意性的时间因素。受灾国拒绝援助和没有按照第13条草案第3款草案在合理的时间范围内告知决定可能会被视为任意的。这种观点见于大会第[43/131](http://undocs.org/ch/A/RES/43/131)号决议[[213]](#footnote-214) 和第[45/100](http://undocs.org/ch/A/RES/45/100)号决议[[214]](#footnote-215)，其中包括以下序言段：

“关注自然灾害和类似紧急情况的受害者在接受人道主义援助方面可能会遇到的困难，

深信在提供人道主义援助特别是食品、药品或保健方面，访问受害者是必不可少的，迅速救援可避免灾民人数增加的不幸景象。”

同样，2000年《民防援助框架公约》除了其他原则以外反映：各缔约国承诺在发生灾害时提供援助方面，“受援国务必审查援助的提议或请求并在最短期间内提出答复”。[[215]](#footnote-216)

(8) “任意”一词针对的是受灾国决定不予同意的依据。确定不予同意是否为任意，必须视具体情况而定，虽然作为一般规则，可以举出几个原则。首先，委员会认为，倘若一个国家依靠自身资源能够且愿意提供适当和有效应对灾害的措施，则对外部援助不予同意不是任意的。其次，倘若受灾国已经接受了来自他处的适当和足够的援助，则对某一外部来源的援助不予同意也不是任意的。再其次，倘若有关提议并非按照本条款草案提出，则不予同意就不是任意的。尤其是，第6条草案规定，人道主义援助必须按照人道、中立和公正的原则在不歧视的基础上进行。相反，若援助提议是按照本条款草案提出的，而且没有任何其他援助来源，则有很强的论据认为不予同意的决定是任意作出的。

(9) 2013年，秘书长请人道主义事务协调厅进一步分析任意拒绝同意接受人道主义救济行动及其后果的问题。根据随后产生的指导文件[[216]](#footnote-217)，下列情况属于任意拒绝同意：(a) 拒绝同意导致一国违反其在国际法下的义务；或(b) 拒绝同意违反了必要和相称原则；或(c) 拒绝同意是不合理、不公正、不可预料或在其他方面不适当的。尽管准则针对的是武装冲突的情况，但对哪些因素可据以判定拒绝同意能否被视为“任意”提供了宝贵的看法。从事实上和法律上说，武装冲突的情况显然有别于发生灾害的情况。但就非任意拒绝同意而言，两种情况所涉及的法律问题是差不多的。

(10) 受灾国确定援助的最适当形式的自由裁量权，是它根据第10条草案第2款在指挥、控制、协调和监督救灾援助方面的主要作用的一个方面。这种自由裁量权必须根据受灾国的国际义务真诚地行使。[[217]](#footnote-218) 委员会鼓励受灾国说明拒绝同意援助的原因。说明原因，对确定受灾国拒绝同意援助的决定是否属于真诚至关重要。不说明原因，可能成为论证对援助不予同意属于任意的一个理据。

(11) 为此，国际法公认，除其他外，“真诚”的目的是对准许的权利和自由裁量权行使予以限制。国际法院及一些国际仲裁庭在若干案件中审议了“真诚”的这一作用。[[218]](#footnote-219) 因此，“真诚”成为主权和自由裁量权行使的外部限制因素，这既适用于一国的决定必须考虑到政治因素的情况，也适用于关系到条约义务的履行的情况。这尤其适用于有关条约规定载有以某种方式行事的积极义务的情况，例如上文提到的《公民权利和政治权利国际公约》第六条。

(12) 在第3款中，委员会采用“及时告知就该援助提议作出的决定”这一短语，是为了使受灾国在确定如何以最好的方式答复援助提议方面有一定程度的灵活性。人们认识到，对提供援助的每一个提议作出正式反应的刚性责任可能对处于灾害情况下的受灾国造成太大的负担。作为平衡，该款又表示应及时作出决定，以便提议外部援助的行为方有适当反应的机会。委员会认为目前的行文涵盖广泛的答复方式，包括由受灾国公布其对所有援助提议所作的决定。这一款适用于受灾国同意接受援助和不同意接受援助这两种情况。

(13) 委员会认为“只要有可能”一语的含义范围有限。这个短语提请注意一国由于缺乏一个可发挥职能的政府或同样丧失工作能力的原因而无法就同意与否形成意见的极端情况。因此，该短语的目的在于表示这一款具有某种弹性。短语还为“及时”一词划定了适用范围。委员会还认为，受灾国倘若没有本段所述的特殊情况，就能使用它认为最适当的方式告知其所作的决定。

第14条  
对提供外部援助规定条件

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

评注

(1) 第14条草案涉及受灾国对在其领土或受其管辖或控制的领土内提供外部援助设定条件的问题。本条草案肯定了受灾国有权根据本条款草案以及国际和国内法的适用规定，对提供外部援助规定条件。本条草案说明了如何确定这些条件。查明的受灾人员的需要和援助的质量决定了条件的性质。本条还要求受灾国在拟定条件时指明所寻求的援助的范围和种类。

(2) 本条草案进一步体现了第10条草案规定的原则，第10条草案确认受灾国在指挥、控制、协调和监督在其领土或受其管辖或控制的领土内的救灾援助方面应发挥主要作用。第14条草案采用“可……规定条件”的说法(这符合提供援助的自愿性质)，便是承认受灾国有权对这类援助施加条件，这最好在灾害发生前进行，不过也可以在救灾过程中就已知援助方的具体援助形式规定条件。委员会提到“外部”援助是因为本条的范围是第三国或其他援助方提供的援助，但不包括来自国内的援助，如国内非政府组织提供的援助。

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

(4) 提到国内法，是为了强调国内法在具体受灾地区的权威。但这并不意味着事先就存在专门规范发生灾害时受灾国施加的具体条件的国内法(内部法)。虽然不要求在规定条件之前必须存在专门的国内法，但是规定的条件必须如第15条草案所设想的那样，符合受灾国现有的相关国内法律。

(5) 受灾国和援助方都必须遵守受灾国国内法的适用规则。受灾国只可依据这类法律施加条件，援助方在整个援助期间都必须遵守这类法律。本条草案没有明确说明这种相互性，因为遵守国内法这一普遍原则本身就体现了这种相互性。现有国际协定支持援助方必须遵守国内法的观点。例如，《东盟协定》第13条第2款规定，“援助行动的成员必须尊重并遵守所有国内法律和规章。”其他一些国际协定也要求援助方遵守国内法[[219]](#footnote-220) 或依据受灾国的法律开展活动。[[220]](#footnote-221)

(6) 援助方遵守国内法的义务意味着它们有义务要求救援行动成员遵守受灾国的国内法律和规章，[[221]](#footnote-222) 要求救援行动负责人采取一切适当措施确保遵守受灾国的国内法律和规章，[[222]](#footnote-223) 要求援助人员与受灾国当局合作。[[223]](#footnote-224) 遵守受灾国国内法并与受灾国当局合作的义务与受灾国主权至上的原则和合作原则是一致的。

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

(8) 委员会使用“查明的”一词，以显示设定条件时必须有明显的需要，而且随着实地情况的变化以及更多信息的出现，需要也可能随之变化。这意味着不应任意施加条件，而应当以保护受灾人员为目标拟定条件。“查明的”表示必须存在某些了解需要的程序，可采取需求评估的形式，而且最好与援助方磋商进行。不过，查明需要的程序不是事先设定的，而是由受灾国选择其认为最合适的程序。这不是一项硬性规定，须视灾害的具体情况和受灾国的能力而定。无论如何，查明需要不应妨碍或耽误迅速和有效的援助。第三句的规定旨在如第2条草案所述，在发生灾害时“满足有关人员的基本需要”，应视为对受灾人员权利和需要的进一步保护。这两条草案中提到的“需要”范围广泛，足以涵盖妇女、儿童、老人和残疾人以及脆弱或弱势人员和群体的特殊需要。

(9) 使用“质量”一词是为了确保受灾国有权拒绝不必要或可能有害的援助。条件可包括：出于安全、安保、营养和文化适当性等因素而施加的限制。

(10) 第14条草案提及“寻求的援助的范围和种类”。之前的一些国际协定也载有类似规定。[[224]](#footnote-225) 本条草案使用“应指明”等字，规定受灾国在规定援助条件时有责任明确说明寻求的援助种类和范围。与此同时，这意味着援助的范围和种类一旦确定，便将告知可能提供援助的援助方，以方便磋商。这将提高援助进程的效率，并确保及时向困难人群提供适当的援助。

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

第15条  
便利外部援助

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

1. 对于救灾人员，在诸如特权和豁免、签证和入境要求、工作许可证、通行自由等方面提供便利；
2. 对于设备和物资，在诸如海关要求和关税、征税、运输以及处置等方面提供便利。

2. 受灾国应确保其有关法律和规章容易查阅，从而便于遵守国内法。

评注

(1) 第15条草案涉及便利外部援助问题。这包括确保国内法有利于提供迅速和有效的援助。为此，该条第2款还要求受灾国确保援助方能够容易查阅到其有关法律和规章。

(2) 本条草案规定，受灾国“应……采取必要措施”，便利迅速及有效地提供援助。“在其国内法范围内采取必要措施”可包括立法、执行或行政等措施。措施还可以包括根据紧急状态法采取行动，以及在允许的范围内酌情临时调整或放弃某些国内法律或规章的适用，也包括为便利外部援助而采取的不会受国内法禁止的实际措施。委员会如此拟订本条草案，是为了鼓励各国允许在发生灾害时暂不适用某些可能不必要地妨碍援助的国内法律，并在国内法中添加适当便利条款，以免在灾后需要这类紧急条款的关键时期造成任何法律上的不确定性。即使过了需要援助的时候，仍可能需要某些便利化措施，以保证救灾人员、设备和未用物资在外部援助终止后以高效率而适当的方式退出、移交、撤离和(或)再出口。第1款(b)项使用“处置”一词便是为了强调了这一点。虽然第15条草案的重点在受灾国上，但是，提供便利造福受灾人员意味着，过境国也可能为确保切实提供外部援助而在其国内法范围内采取必要措施。

(3) 本条草案列出了国内法应允许采取适当措施的援助领域。列举前使用的“尤其是”一词表明没有列出所有情况，而是说明了国内法可能需要为迅速及有效的援助提供便利的不同领域。有关此类措施的指导说明见相关文书，如2007年《红十字与红新月联会导则》及相关的2013年《关于国际救灾和灾后初期恢复重建援助便利化和规范化的示范法》。[[225]](#footnote-226)

(4) 本条(a)项规定须为救灾人员提供便利。该项提到的领域就如何更好地为救灾人员提供便利作出了指导。授予援助方特权和豁免是许多国际协定所载鼓励外国救援人员提供帮助的一项重要措施。[[226]](#footnote-227) 免签证或快速办理签证以及在入境要求和工作许可证方面提供便利，这是确保迅速提供援助的关键。[[227]](#footnote-228) 如果没有特殊机制，救援人员可能被拦在边境，或无法在灾害发生后的关键几天合法地开展工作，或为避免逗留时间超过签证期限而不得不反复出入境。通行自由意味着救援人员能够在灾区自由通行，以充分履行专门商定的职责。[[228]](#footnote-229) 对救援人员的通行自由施加不必要的限制将遏制救援人员灵活提供援助的能力。

(5) 本条(b)项涉及第3条草案(g)项所界定的设备和物资，包括用品、工具、机器、经过专门训练的动物、食物、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物、铺盖用品、车辆、电信设备以及救灾援助所需的其他物品。委员会希望将该类别也包括搜救犬(一般被视为设备和物资类，而不是作为单独的动物类)。物资和设备是为有效援助提供便利的关键，国内法必须灵活应对受灾人员的需要，确保迅速提供物资和设备。应取消或放松海关规定，减免关税和其他税金，以降低成本，避免耽误物资运送。[[229]](#footnote-230) 设备和物资如果不能及时送到，可能很快就派不上用场了，通常的程序旨在保护一国经济利益，但是可能阻碍拯救生命或提供所需援助的救援设备的送达。因此，各国可以减少、优先处理或免除对援助国和其他援助方的有关设备和物资的过境检查。国家条例也可以规定飞越和着陆权利、工具，尽量减少设备和物资的进口和过境所需文件，暂时承认外国车辆注册。本条(b)项并未列举旨在便利设备和物资方面的外部援助的所有可以采取的措施。例如，鉴于电信在紧急状况中的关键作用，常常需要按1998年《坦佩雷公约》的规定，减少或限制使用限制电信设备或无线电频谱的使用的条例。

(6) 本条草案第2款要求所有有关法律和规章对援助方而言，容易查阅。“容易查阅”是说这类法律必须查阅方便，包括必要时翻译成其他语文，无需受灾国专门向每个援助方分别提供这些信息。本条还确认，国家必须按照第9条草案第1款的规定，在发生灾害之前就采用有关便利外部援助的国内条例。

第16条  
保护救灾人员、设备和物资

受灾国应采取适当措施，确保为提供外部援助目的而在其领土或受其管辖或控制的领土内的救灾人员、设备和物资得到保护。

评注

(1) 第16条草案为受灾国规定了义务：它应采取在当时情况下适当的措施，保证参与提供外部援助的救灾人员、设备和物资得到保护。考虑到灾害往往带来的混乱情况，对这类个人和物品安全的担心可能造成一些障碍，妨碍开展旨在向受害者提供支持的活动，从而降低了使受灾者基本需要得到恰当满足的可能性。

(2) 因此，本条草案补充了第15条草案，两者一起为受灾国确立了一套一致的义务，根据这些义务，受灾国应开展一系列必要活动，以保证援助国和其他援助方有可能提供有效和及时的援助。然而，这两项规定在侧重点和做法上有所不同。第15条草案强调受灾国需要建立能够便利外部援助的国内法律秩序，办法主要是采取一系列立法和监管行动。另一方面，救灾人员及其设备和物资的保护问题由于其性质和可采取的措施的种类，出于迫不得已的政策原因历来是作为单独事项来处理的，本条草案便是一例。

(3) 因有关义务特别易受背景影响这一性质，受灾国采取的措施可能在内容上有所变化，并可能意味着采取不同形式的国家行为。具体而言，“适当措施”的概念本来就具有灵活性含义，这就表明，视可能给救灾人员、设备和物资构成潜在威胁的行为者的身份而定，受灾国可能承担不同的义务。

(4) 对受灾国的初步要求是，必须防止本国机关给救援活动造成不利影响。在这种情况下，给受灾国规定的义务是不通过其机关开展的行动给参与外部援助的人员、设备和物资造成损害。

(5) 其次，第16条草案设想了一系列可采纳的措施，用以防止非国家行为者进行有害的活动，例如这种活动的目的是利用灾害之后可能会出现的不稳定的安全情况，从针对救灾人员、设备和物资的犯罪活动中获得非法收益。不是期望受灾国不管情况如何都要成功防止出现有害行为，而是期望它去努力实现有关义务的目的。具体而言，“适当措施”这一措辞给了受灾国一定程度的自由裁量权，让受灾国决定在这方面采取什么行动。它要求国家以勤勉方式行事，力求避免可能由非国家行为者造成的伤害事件。国家在为达到预期目标而作出最大努力方面采取何种措施须视情况而定。因此，第16条草案没有列出实现这一结果可用的手段，因为这一义务视情况的变化，可具有动态特性。

(6) 可以参考多种情况来评价在发生灾害的情况下为履行这项义务而采取的措施是否适当。这些情况包括一国在试图开展常规活动时，因这场灾害的规模以及该国经济形势的恶化而产生的难以控制的局面、可能受到灾害严重影响的相关国家缺少可支配的资源的情况以及该国在一些灾区行使控制的能力而可能遇到的困难。这些情况也包括有关行动区域的安全形势和参与救援行动的人道主义行动者的态度和行为。事实上，即使要求外来行动者在保护与安全问题上与受灾国磋商合作，但他们还是可能无视属于地方当局的指挥作用，从而增加他们面临安全风险的可能性。此外，如果有害行为针对的是救灾人员、设备和物资，则受灾国应处理这些行为，行使其固有的管辖权来惩治灾区发生的犯罪行为。

(7) 国际人道主义行动者自己也可以促进实现所追求的目标，通过在其行动规划和实施过程中采取一系列的措施，降低遭受安全威胁的可能性。可通过各种措施来做到这一点，例如，制定恰当的行为守则，开展培训活动，提供适当的信息，介绍其人员开展活动时所处的条件，他们须遵守的行为标准等等。无论如何，采取这类降低风险的措施不应干扰受灾国自主采取措施。

(8) 与此同时，必须强调的是，在对安全风险进行评价时不应该忘记救灾任务的特点和保证向灾民提供充分和有效的救灾反应的需要。第16条草案不应被误解为会导致给救灾活动设置不合理和不相称的障碍。正如前面围绕第15条草案已经强调过的那样，基于安全考虑可能采取的限制救灾人员行动的措施不应导致不必要地限制这些行为者向受灾者提供援助的能力。

(9) 同样，对于在救灾行动中是否可以使用武装护送人员以消除安全顾虑的问题，应严格根据由主要人道主义行动者在这方面建立起来的最佳做法进行评估。在此特别提醒注意2013年机构间常设委员会制订的“武装护送人道主义车队非约束性指南”，[[230]](#footnote-231) 其目的是协助有关行为者恰当地评估是否采取这种敏感的行动方案。正如该文件所解释的那样，人道主义车队通常不会使用武装护送，除非有特殊情况存在，必须使用武装护送。为了确认特殊情况，相关行为者应考虑武装护送的后果和可能的替代办法，尤其应考虑到灾害情况下可能出现的普遍安全问题可能远不如其他情况下存在的安全问题严重。

(10) 第16条草案规定须保护“救灾人员、设备和物资”，即为第3条草案(f)项和(g)项所界定的参与提供外部援助的这类人员和物品提供保护。正如本条款草案中其他一些规定、主要是第10条和第13条草案所强调的那样，外部援助应以受灾国的同意为前提，受灾国在指挥、控制、协调和监督这类活动方面应发挥主要作用。因此，一旦受灾国请求援助，或已接受援助国的援助提议，受灾国就应努力保障第16条草案所规定的保护。

(11) 这种全面的处理办法对于正确履行第16条草案规定的义务是有用的。国内当局最能够确保为救灾活动的实施确立一个适当的安全框架。具体而言，国内当局应该考虑到安全方面的关切，评估国际救灾人员可能面临的安全风险，与他们合作处理安全问题，并协调外部行为者的活动。

(12) 根据第3条草案(f)项，可能受益于第16条草案的救灾人员可能属于援助国或其他援助方，即主管政府间组织、或有关非政府组织或实体经受灾国同意而向其派遣的提供援助的民事或军事人员(视情况而定)。因此，所有这些类别对于第16条草案的适用而言都是相关的。“外部援助”这一说法反映了第14条草案评注内已经申明的立场，[[231]](#footnote-232) 即本条款只规范受灾国以外的行为者的活动。

(13) 第3条草案(g)项所界定的与救灾人员的活动有关的设备和物资同样受益于第16条草案的适用。由援助国或其他援助方支配的设备和物资不论来自于何处，都将属于第16条的适用范围。这些物品也可以在受灾国的国内市场上直接购买。“处于该国领土或受该国管辖或控制的领土内”这一措辞正是为了澄清这一问题。

第17条  
终止外部援助

受灾国、援助国、联合国或其他援助方均可在任何时候终止外部援助。任何希望终止援助的国家或行为方应发出适当的通知。受灾国以及适当时，援助国、联合国或其他援助方，应就终止外部援助问题和终止方式进行磋商。

评注

(1) 第17条草案涉及终止外部援助的问题。这条草案包含三句话。第一句确认有关各方(即受灾国、援助国、联合国或其他援助方)在任何时候终止外部援助的基本权利。第二句要求打算终止援助的一方发出适当的通知。第三句要求受灾国以及适当时援助国、联合国或其他援助方就终止外部援助问题包括终止方式进行磋商。大家都了解，终止援助包括全部终止和部分终止。鉴于联合国在提供救援方面的中心作用，第17条草案在潜在援助方中还特别提到了联合国。

(2) 受灾国在接受援助提议后，仍保留对援助期限的控制权。第10条草案第2款明确肯定了受灾国在指挥、控制、协调和监督其领土内的救灾援助方面应发挥主要作用。第13条草案规定，提供外部援助须征得受灾国的同意，但前提是受灾国不得任意拒绝外部援助。结合上述两项规定来看，受灾国可以撤销同意，从而终止外部援助。

(3) 第17条草案不承认唯有受灾国拥有单方面终止援助的权利。相反，委员会承认援助国及其他援助方本身也可能需要终止其援助活动。因此，第17条草案保留了任何一方终止正在提供的援助的权利。

(4) 应当结合第2条草案所述条款草案的宗旨解读第17条草案。因此，在做出终止援助的决定时，应考虑受灾人员的需要，即考虑他们的需要是否及在多大程度上得到了满足，以便终止外部援助不对受灾人员产生不利影响，因为过早地决定终止援助可能使恢复工作遭受挫折。

(5) 委员会预计在提供援助的不同阶段，可能会出于各种原因需要终止援助。救援行动可能会达到受灾国或一个或多个援助方停止救援行动才合理的阶段。导致终止援助的情况可能包括：援助国或其他援助方资源耗尽，或发生其他灾害，必须转移资源。同样，受灾国应能终止不再相关或偏离最初提议的援助。第17条草案没有作硬性规定，允许根据情况调整援助期限，同时暗示各方应真诚磋商。第17条草案是从双边角度起草的，但不排除多个援助方提供外部援助的情况。

(6) 在委员会的1989年关于外交信使和沒有外交信使护送的外交邮袋的地位的条款草案及其任择议定书草案[[232]](#footnote-233) 中，第9条第2款规定，“非经接受国同意，不得委派具有接受国国籍的人为外交信使，此項同意可随时撤销”。根据对这一款的评注，“‘随时’二字的目的并不是使专断地撤销同意……合法化”。[[233]](#footnote-234)

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

(8) 第三句的磋商要求反映了序言所强调的并贯穿于本套条款草案的团结与合作精神，以及第7和第8条草案所载的合作原则。“方式”指终止援助需遵循的程序。虽然双方同时想终止援助的情况并不总会发生，但是就终止方式进行磋商将有助于有关各方友好、有效地终止援助。“适当时”的提法是为了澄清，预期的磋商是在受灾国与提供援助的另一方(不论是援助国、联合国还是其他援助方)之间进行的。

第18条  
与其他国际法规则的关系

1. 本条款草案不影响其他可适用的国际法规则。

2. 在应对灾害须遵守国际人道主义法规则的情况下，本条款草案不适用。

评注

(1) 第18条草案处理本条款草案与国际法其他规则之间的关系，目的是澄清本条款草案与某些国际法规则发生互动的方式，这些国际法规则处理的事项与本条款草案处理的事项相同，或者虽不直接涉及灾害，但仍然会适用于本条款草案所涵盖的情况。

(2) 在标题中提及“其他规则”是为了确保关于本条款草案所涉事宜的现有义务得以继续适用。第1款中“其他可适用的国际法规则”的提法是有意不作硬性规定，而不将此类其他规则称为与条款草案相对的“特别”规则，因为视其内容而定，这些规则可能是、也可能不是“特别”规则。

(3) 第1款意在涵盖各种不同形式的“其他可适用的国际法规则”。这些规则尤其包括范围也在本条款草案属事管辖范围内的条约(如关于在发生灾害时相互援助的区域或双边条约)所载的比较具体的规则，以及那些专注于其他事项但含有处理灾害情况的某些具体规则的条约所载的规则。[[234]](#footnote-235)

(4) 本条款草案第1款还处理本条款草案与不直接涉及灾害但在灾害发生时仍可以适用的国际法规则之间的互动问题。例子有关于条约法的规定，特别是那些涉及因发生意外不可能履行和情况发生根本改变的规定，以及关于国家和国际组织的责任以及个人责任的规则。这项规定确认，这一类规则不受本条款草案的影响。

(5) 第18条草案中的不影响条款也适用于习惯国际法规则。事实上，本条款草案没有涵盖在发生灾害时可能相关的所有问题。此外，条款草案无意排除习惯国际法规则在这一领域的进一步发展。因此，本条草案受到1969年《维也纳条约法公约》[[235]](#footnote-236) 序言段的启发，其中规定：“凡未经本公约各条规定之问题，将仍以国际习惯法规则为准”。

(6) 此外，不应忘记，不直接涉及灾害的普遍适用的规则也可能载于条约法中。因此，委员会认为，“其他可适用的国际法规则”是说明可能与本条款草案发生互动的所有国际法规则的最合适的措辞，它表达了这样的思想，即第18条草案中的不影响条款适用于所有类别的国际法规则。

(7) 第2款具体处理条款草案与国际人道主义法的关系问题。这一条规定之所以这样措辞，就是为了澄清这种关系，表明优先适用国际人道主义法规则。

(8) 委员会曾考虑过，加进明确的措辞排除这些条款草案适用于武装冲突情况作为“灾害”定义(第3条草案(a)项)的另一要素，以避免任何这样的解释，即为条款草之的目的，只要如第3条草案所述的门槛标准得到满足，武装冲突便包括在内。委员会没有采用这样的做法，因为将其明确地排除在外可能于事无补，尤其是在“复杂紧急情况”下，即灾害发生于存在着武装冲突的地区。因同时存在武装冲突便明确排除条款草案适用，将不利于保护受灾害影响的人，特别是当灾害发生于武装冲突之前时。[[236]](#footnote-237)

(9) 在这种情况下，国际人道主义法规则应作为特别法适用，而本条款草案所载的规则，只要灾害引起的法律问题不在国际人道主义法规则的范围内，则将继续适用。通过这样做，本条款草案将有助于填补在保护受武装冲突期间发生的灾害影响的人员方面可能存在的法律空白；对于同时受本条款草案和国际人道主义法调整的情况，国际人道主义法将保持优先地位。具体而言，本条款草案不得解释为妨碍人道主义组织在即使与灾害同时发生的武装冲突(不论是国际还是非国际性的武装冲突)时按照国际人道主义法赋予的任务，开展人道主义活动。

第五章  
习惯国际法的识别

A. 导言

50. 委员会第六十四届会议(2012年)决定将“习惯国际法的形成与证据”专题列入工作方案，并任命迈克尔·伍德爵士为特别报告员。[[237]](#footnote-238) 在该届会议上，委员会收到特别报告员的说明([A/CN.4/653](http://undocs.org/A/CN.4/653))。[[238]](#footnote-239) 在同届会议上，委员会还请秘书处编写一份备忘录，说明委员会此前的工作中可能与此专题尤为相关的要素。[[239]](#footnote-240)

51. 委员会第六十五届会议(2013年)审议了特别报告员的第一次报告([A/CN.4/ 663](http://undocs.org/A/CN.4/663))，以及秘书处关于该专题的一份备忘录([A/CN.4/659](http://undocs.org/A/CN.4/659))。[[240]](#footnote-241) 在同届会议上，委员会决定将专题标题改为“习惯国际法的识别”。

52. 委员会第六十六届会议(2014年)审议了特别报告员的第二次报告([A/CN.4/ 672](http://undocs.org/A/CN.4/672))，[[241]](#footnote-242) 并决定将特别报告员第二次报告所载结论草案1至11转交起草委员会。委员会随后审议了起草委员会关于“习惯国际法的识别”的临时报告，其中载有起草委员会在第六十六届会议期间暂时通过的八条结论草案。

53. 委员会第六十七届会议(2015年)审议了特别报告员的第三次报告([A/CN.4/](http://undocs.org/ch/A/CN.4/) 682)，并决定将报告所载的各条结论草案转交起草委员会。委员会随后注意到起草委员会在第六十六和第六十七届会议期间暂时通过的结论草案1至16([A/CN.4/L.869](http://undocs.org/A/CN.4/L.869))。[[242]](#footnote-243) 委员会还请秘书处编写一份备忘录，说明就确定习惯国际法而言国内法院的判决在普遍性国际法院和法庭的判例法中的作用。[[243]](#footnote-244)

B. 本届会议审议此专题的情况

54. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第四次报告([A/CN.4/695](http://undocs.org/A/CN.4/695))和载有此专题文献书目的报告增编([A/CN.4/695/Add.1](http://undocs.org/A/CN.4/695/Add.1))。第四次报告列出了各国和其他方面就暂时通过的结论草案提出的建议，并载有根据已收到的评论意见对若干结论草案提出的修改建议。该报告还探讨了使习惯国际法的证据更易于查考的方式和方法，并回顾了委员会先前工作的背景，作为委员会进一步审议此专题的基础。此外，委员会还收到了秘书处编写的关于就确定习惯国际法而言国内法院判决在普遍性国际法院和法庭的判例法中作用的备忘录([A/CN.4/691](http://undocs.org/A/CN.4/691))。

55. 委员会在2016年5月19日至24日举行的第3301至第3303次会议上，审议了特别报告员的第四次报告以及秘书处的备忘录。委员会在2016年5月24日举行的第3303次会议上，向起草委员会转交了特别报告员第四次报告所载结论草案的拟议修正案。[[244]](#footnote-245)

56. 委员会还在2016年5月24日举行的第3303次会议上请秘书处编写一份备忘录，说明使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段，这份备忘录将调查习惯国际法证据的现状，并提出改进建议。

57. 委员会在2016年6月2日举行的第3309次会议上审议并通过了起草委员会关于结论草案1至16的报告([A/CN.4/L.872](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.872))。相应地，委员会一读通过了一套关于习惯国际法的识别的16条结论草案(见下文C.1节)。

58. 委员会在2016年5月2日举行的第3291次会议上，决定设立一个不限成员名额工作组，由马塞洛·巴斯克斯－贝穆德斯先生任主席，协助特别报告员编写将供委员会通过的结论草案的评注草案。2016年5月3日至11日，工作组举行了五次会议。

59. 委员会在2016年8月5日和8日举行的第3338至第3340次会议上，通过了关于习惯国际法的识别的结论草案的评注(见下文C.2节)。

60. 委员会在2016年8月8日举行的第3340次会议上，根据其《章程》第16至第21条，决定通过秘书长将各条结论草案(见下文C节)转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2018年1月1日之前向秘书长提交这些评论和意见。

61. 委员会在2016年8月8日举行的第3340次会议上，向特别报告员迈克尔·伍德爵士表示深深的感谢，由于他的杰出贡献，委员会得以圆满结束了对关于习惯国际法的识别的结论草案的一读。

C. 委员会通过的关于习惯国际法的识别的结论草案案文

1. 结论草案案文

62. 委员会一读通过的关于习惯国际法的识别的结论草案案文载录如下。

习惯国际法的识别

第一部分  
导言

结论1  
范围

本结论草案论及如何确定习惯国际法规则的存在及内容。

第二部分  
基本方法

结论2  
两个构成要素

要确定一项习惯国际法规则的存在及内容，必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

结论3  
评估两个构成要素的证据

1. 为查明是否存在一项一般惯例及该惯例是否被接受为法律(法律确信)而对证据进行评估时，必须考虑到总体背景、规则的性质以及有关证据所处的具体情况。

2. 两个构成要素中的每一要素必须单独予以确定。这就要求评估每一要素的证据。

第三部分  
一般惯例

结论4  
惯例的要求

1. 关于须有一般惯例的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着主要是国家惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述。

2. 在某些情况下，国际组织的惯例也有助于习惯国际法规则的形成或表述。

3. 其他行为者的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的惯例，但在评估第1和第2段所指的惯例时可能相关。

结论5  
作为国家惯例的国家行为

国家惯例由国家行为构成，不论该行为是行使行政、立法、司法职能，还是行使其他职能。

结论6  
惯例的形式

1. 惯例可有多种形式，既包括实际行为，也包括言语行为。在某些情况下，还可包括不作为。

2. 国家惯例的形式包括但不限于：外交行为和信函；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；执行行为，包括“实地”作业行为；立法和行政行为；各国法院的判决。

3. 各种不同形式的惯例之间没有预先确定的等级。

结论7  
评估国家惯例

1. 应考虑特定国家的所有已知的惯例，作为一个整体进行评估。

2. 如果特定国家的惯例不一致，可减少赋予该惯例的权重。

结论8  
惯例必须具备一般性

1. 有关惯例必须具备一般性，即必须足够普及和有代表性，还必须是一贯的。

2. 只要惯例具备一般性，就不要求特定存续时间。

第四部分  
被接受为法律(法律确信)

结论9  
被接受为法律(法律确信)的要求

1. 关于一般惯例须被接受为法律(法律确信)的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感。

2. 被接受为法律(法律确信)的一般惯例不同于单纯的常例或习惯。

结论10  
被接受为法律(法律确信)的证据形式

1. 被接受为法律(法律确信)的证据可有多种形式。

2. 被接受为法律(法律确信)的证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；国内法院的判决；条约规定；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为。

3. 在有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种惯例经过一定时间而没有做出反应，可用作已接受其为法律(法律确信)的证据。

第五部分  
某些材料对于识别习惯国际法的意义

结论11  
条约

1. 条约所载的规则可反映习惯国际法规则，条件是能够确定该条约规则：

1. 将条约缔结时已经存在的一项习惯国际法规则编纂成法；
2. 将条约缔结之前开始形成的一项习惯国际法规则具体化；
3. 形成了一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例，从而产生了一项新的习惯国际法规则。

2. 一项规则在多项条约中出现，可能但并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。

结论12  
国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议本身并不能创立一项习惯国际法规则。

2. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展。

3. 如果能够确定国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议中的某项规定与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可反映一项习惯国际法规则。

结论13  
法院和法庭的判决

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段。

2. 也可酌情考虑将各国法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决用作确定此类规则的辅助手段。

结论14  
学说

各国最权威的国际法专家的学说可用作确定习惯国际法规则的辅助手段。

第六部分  
一贯反对者

结论15一贯反对者

1. 如果一国在一项习惯国际法规则的形成过程中对其表示反对，只要该国坚持其反对立场，则该规则不可施用于该国。

2. 反对立场必须明确表示，向其他国家公开，并始终坚持。

第七部分  
特别习惯国际法

结论16  
特别习惯国际法

1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的、地方的还是其他层面的，都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。

2. 要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

2. 结论草案案文及其评注

63. 委员会第六十八届会议一读通过的结论草案案文及其评注载录如下。

习惯国际法的识别

总评注

(1) 本结论草案论及习惯国际法规则的识别方法。[[245]](#footnote-246) 这些草案试图就确定习惯国际法规则的存在(或不存在)及内容的方法提供实际指导。这一事项不仅令国际公法专家们关注；其他人员，包括参与国内法院工作的人员，也越来越多地被要求适用习惯国际法或就习惯国际法提供咨询意见。每当此时，就需要开展条理清楚且细致的法律分析，以确保妥善识别习惯国际法规则，从而提高具体判定的可信度。

(2) 习惯国际法仍然是国际公法的重要渊源。[[246]](#footnote-247) 在国际法律体系中，这种源自被接受为法律的惯例的不成文法可以成为国际法主体规范其行为的有效手段，而且国家和其他方面也确实常常援引这种法律。另外，习惯国际法也是《国际法院规约》第三十八条第一款所列的国际法渊源之一，《规约》该款(丑)项提到了“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者”。[[247]](#footnote-248) 这一措辞反映了习惯国际法的两个构成要素：一项一般惯例，以及该惯例被接受为法律(又称“法律确信”)。

(3) 习惯国际法的识别这一事项有着丰富的相关材料，包括判例法和学术著作。[[248]](#footnote-249) 结论草案反映了各国、国际性法院和法庭以及在国际组织内部采取的做法。结论草案承认，识别习惯国际法的程序并不总是能够精确地描述，草案旨在提供明确的指导，而不做出过于硬性的规定。

(4) 下文所载的16条结论草案分为七个部分。第一部分论及范围和目的。第二部分阐述习惯国际法的基本识别方法，即“两要素”方法。第三和第四部分就习惯国际法的两个构成要素提供进一步指导，这两个构成要素也是习惯国际法的识别标准，即“一项一般惯例”和“被接受为法律”(法律确信)。第五部分论及在识别习惯国际法规则时频繁援引的某些类别的材料。第六和第七部分论及两种例外情况：一贯反对者和特别习惯国际法(仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则)。

第一部分  
导言

第一部分只包括一条结论草案，该部分确定了结论草案的范围，同时扼要说明了结论草案的功能和目的。

结论1  
范围

本结论草案论及如何确定习惯国际法规则的存在及内容。

评注

(1) 从本质上而言，结论草案1是介绍性的。该条规定，各条结论草案论及习惯国际法规则的识别方法，即在开展识别工作时使用的法律方法。

(2) 结论草案均采用了“习惯国际法”这一术语，该术语较为常用，且最能清楚地反映这一国际法渊源的性质。法律文书(包括宪法)、判例法和学术著作中有时使用的其他术语包括“习惯”、“国际习惯”和“国际习惯法”以及“万民法”和“一般国际法”。[[249]](#footnote-250) 提到习惯国际法“规则”时，所指对象包括那些因为具有更加通用、更加基本的特点而有时被称为(法律)“原则”的规则。[[250]](#footnote-251)

(3) “识别”与“确定”这两个术语在本结论草案及评注中可以互换。草案提到了要确定习惯国际法的“存在及内容”，这反映出，虽然往往既需要识别规则是否存在也需要识别规则有何内容，但有时也会仅承认规则存在，但对其具体范围仍有争议。例如，当各方对某特定表述(往往是条约或决议等案文中的表述)是否事实上等同于一项现行习惯国际法规则的问题存在分歧，或是就某项公认的习惯国际法规则是否存在例外情况的问题提出疑问时，就可能出现上述情况。

(4) 结论草案在论及习惯国际法规则的识别时，并未直接论及习惯国际法随时间发展的过程。但在实践中，并不能始终将习惯国际法的识别与其形成分隔开来；要识别习惯国际法规则的存在及内容，很可能涉及对其发展过程的考虑。因此，结论草案不可避免地在多处提到了规则的形成；但是，这些草案并未有系统地论及规则是如何产生、改变或终止的。

(5) 还有若干其他事项不属于结论草案的范围。首先，结论草案没有论及习惯国际法的内容，而是仅涉及习惯国际法的识别方法问题。[[251]](#footnote-252) 第二，结论草案没有试图解释习惯国际法与国际法的其他渊源之间的关系，只有在为了解释习惯国际法规则的识别方法而必须谈到这一问题时，例如在解释条约对识别习惯国际法规则的意义时，才述及了这一问题。第三，结论草案并不影响国际法规则之间的等级问题，包括涉及一般国际法强制性规范(强行法)的问题，或某些义务的普遍适用性的问题。最后，结论草案没有论及习惯国际法在各国法律体系内部的地位问题。

第二部分  
基本方法

第二部分阐述习惯国际法的基本识别方法，包括两条结论草案，指出确定一项习惯国际法规则需要确定存在两个构成要素：一项一般惯例以及该惯例被接受为法律(法律确信)。这要求对每一要素的证据进行认真分析。

结论2  
两个构成要素

要确定一项习惯国际法规则的存在及内容，必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

评注

(1) 结论草案2阐明了基本方法，即识别习惯国际法的规则需要调查两项独立而相关的问题：是否存在一项一般惯例，及该惯例是否被接受为法律(即伴有法律确信[[252]](#footnote-253)）。换言之，必须审视各国实际上是怎么做的，并试图理解它们是否承认存在着这样做的义务或权利。“两要素法”是结论草案的基础，也得到各国判例法和学术著作的广泛支持。该方法旨在确保识别习惯国际法规则的工作只确定实际存在的此类规则。[[253]](#footnote-254)

(2) 一项一般惯例和该惯例被接受为法律(法律确信)是习惯国际法的两个构成要素；这两个要素共同构成习惯国际法规则存在的必要条件。因此，要识别这一规则，就必须细致研究已知的证据，确定在任何给定案件中均存在这两项要素。这一点在国际法院判例法等处得到了证实，国际法院判例法提到“必须满足两项条件”[[254]](#footnote-255)，并反复指出“要确定存在一项习惯国际法规则，除法律确信外，还须存在着‘既定惯例’”[[255]](#footnote-256)。因此，要证实某项关于习惯国际法规则存在和/或内容的主张具有充分的依据，就需要寻找一项已在各国获得一定接受度乃至可被视为表现了一项法律权利或义务(即被法律所要求、允许或禁止)的惯例。[[256]](#footnote-257) 考察的内容必须始终是：是否存在一项被接受为法律的一般惯例？

(3) 若无法证实存在一项被接受为法律的一般惯例，则结论是不存在所称的习惯国际法规则。例如，在哥伦比亚－秘鲁庇护权案中，国际法院认为，与所称存在的(特别)国际法规则有关的事实显示：

“纵观外交庇护的使用方式以及多种不同场合表达的官方意见，其中存在太多不确定与矛盾之处，也存在太多变动与差异之处，就被一些国家所批准而被另一些国家所拒绝的各项庇护公约的快速继承而言，存在太多不一致，且所涉惯例过于受到种种案件中政治权宜考虑的影响，因此，无法从中分析出任何与所称的单方面确定犯罪性质的规则有关的恒定、统一、可被接受为法律的做法”。[[257]](#footnote-258)

(4) 正如结论草案2所明确指出的，仅具备一个构成要素不足以识别习惯国际法规则。未被接受为法律(没有法律确信)的惯例，即便被广泛和一致地使用，也只能是没有约束力的做法，而在没有惯例支撑的情况下认为某项规定是(或应当是)法律，则仅仅属于愿望；只有二者合一方能证实存在一项习惯国际法的规则。[[258]](#footnote-259) 虽然不时有著述者试图设计识别习惯国际法的其他方法，强调其中的某个构成要素比另一个更加重要，乃至完全排除某个要素，但这种理论并未得到各国或判例法的支持。

(5) 两要素法经常被称为“归纳”法，与可能的“演绎”法相对，根据演绎法，可根据法律推理确定规则，而不需要有存在一般惯例及其被接受为法律(法律确信)的经验证据。两要素法事实上并未排除演绎法，特别是在审查以下两种可能的习惯国际法规则时：源自表述更为宽泛的其他规则、以这些规则为背景发挥作用并反映了被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的规则[[259]](#footnote-260)；或得出结论认为可能的国际法规则构成“不可分割的制度”的一部分[[260]](#footnote-261)。

(6) 两要素法适用于在国际法的所有领域识别习惯国际法规则的存在及内容。这一点已得到各国惯例以及判例法的证实，也符合国际法的统一性和一贯性，国际法是一个单一的法律系统，并非分为几个独立分支，各有其确定渊源的方法。[[261]](#footnote-262) 在实际情况下，适用基本方法时很可能会考虑到所称规则产生和发挥作用的具体情况和背景，[[262]](#footnote-263) 但必须始终尊重习惯国际法作为被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的基本性质。

结论3  
评估两个构成要素的证据

1. 为查明是否存在一项一般惯例及该惯例是否被接受为法律(法律确信)而对证据进行评估时，必须考虑到总体背景、规则的性质以及有关证据所处的具体情况。

2. 两个构成要素中的每一要素必须单独予以确定。这就要求评估每一要素的证据。

评注

(1) 结论草案3论及如何评估习惯国际法两个构成要素的证据。[[263]](#footnote-264) 该结论草案的两个段落就如何根据评估时掌握的各种证据确定习惯国际法规则的存在(或不存在)及内容提供了总体指导，这一评估过程既反映了所要求的严谨分析，也反映了习惯国际法作为国际法渊源的动态本质。

(2) 第1段阐述了所有结论草案所立足的总原则，即评估任何可用证据时都必须认真并考虑背景。调查是否存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例时，必须考虑到有关情况，逐案认真调查。[[264]](#footnote-265) 这种分析不仅能提高任何具体决定的可信度，还能将两要素方法以具备必要灵活性的方式适用于国际法的所有领域。

(3) 考虑总体背景这一要求反映出，需要在适用两要素方法的同时考虑所涉规则据称所规范的主体事项。这意味着，在每种情况下，必须将可适用于所涉事项的任何国际法基本原则均纳入考虑。[[265]](#footnote-266) 此外，所查阅的证据的类型(以及审议是否存在可用证据的工作)需要根据情况作出调整，某些形式的惯例和被接受为法律(法律确信)的证据依具体情况，可能具有尤为重要的意义。例如，在国家的管辖豁免案中，国际法院认为：

“就本案而言，具有尤为重要意义的国家惯例见于：国内法院在面对他国是否享有豁免的问题时作出的判决、已颁布豁免法规的国家的立法、各国向他国法院提出的豁免主张，以及各国在国际法委员会对该主题进行广泛研究时以及后来在通过《联合国[国家及其财产管辖豁免]公约》时发表的声明。本案中，特别能反映法律确信的有：提出豁免主张的国家声称国际法向本国赋予了这种豁免他国管辖的权利的声明；批准豁免的国家承认国际法对其施加了批准豁免的义务的声明；与此相反，还有其他案件中当事国声称本国有权对他国行使管辖的声明。”[[266]](#footnote-267)

(4) 在评估证据以确定是否存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例时，所涉规则的性质也可具有重要意义。特别是，在涉及禁止性规则(例如禁止酷刑)时，有时可能难以找到(与不作为相反的)积极的国家惯例；对涉及这种规则的案件，很可能取决于评价(故意不作为的)惯例是否被接受为法律。[[267]](#footnote-268)

(5) 鉴于行为可能充斥着不明晰之处，第1款进一步指出，对任何证据，均必须考虑到其所处的具体情况；只有这样做之后，方能对证据赋予适当的权重。例如，在摩洛哥境内美国国民案中，国际法院在试图确定是否存在一项(特别)习惯国际法规则时表示：

“外交信函中有一些零星的表述，如果脱离上下文予以考虑，可能会将之视为对美国行使领事管辖权和其他领事裁判权的主张予以承认。另一方面，法院[不能]无视信函的主旨，这一主旨表明法国和美国始终试图找到双方同意的解决办法，且双方均无意就自身的法律立场作出让步。”[[268]](#footnote-269)

在将法律作为惯例予以考虑时，有时法律被解释和适用的方式可能比实际案文更加重要。国内法院的判决若被立法机关撤销或因为担心与国际法不一致而未予执行，则重要性会降低。就份量而言，即兴或一时激动下作出的声明通常低于认真考虑作出的声明；低级官员的声明可能低于政府高级成员的声明。若当事国不抗议，则不抗议的重要性取决于所有具体情况，若对方已经采取了具体的行动、当事国知晓这种行动且这种行动对其利益有直接不利影响，则该国不抗议的做法可能尤为重要。并且，若一国的某项惯例不符合其显然利益，或者会给该国带来不小的代价，则更有可能反映出该项惯例已被接受为法律。

(6) 第2段指出，只有确定两个构成要素均存在，方能识别习惯国际法规则的存在及内容，并解释称，这要求对每一要素的证据进行评估。换言之，惯例和被接受为法律(法律确信)一起方能提供识别习惯国际法所必需的信息，但需要开展两项单独的调查。虽然两个构成要素可能事实上相互交织(惯例背后可能伴随着某种动机)，但就识别习惯国际法规则的目的而言，每一个要素在概念上都是单独的。

(7) 虽然习惯国际法表现在伴有法律确信的行为的具体实例上，但构成有关惯例的行动本身并不是被接受为法律的证据。此外，被接受为法律(法律确信)不仅涉及惯例的参与方，还涉及有能力对惯例作出反应的各方。因此，仅从所涉惯例并不能推断出被接受为法律；用国际法院的话说，“以某种方式行动或同意以某种方式行动，本身并不能证明任何法律性质的结论”。[[269]](#footnote-270)

(8) 第2段强调，不可仅从一个要素的存在而推断出另一个要素的存在，需要对每个要素开展单独的调查。尽管如此，该段并不排除同一材料可既用于查明惯例，又用于查明被接受为法律(法律确信)。例如，国内法院的一项判决可能既是有关惯例，又能表明其结果是习惯国际法的要求。但重点依然是，必须将该材料作为两项单独调查的一部分予以研究，以查明惯例和查明被接受为法律的情况。

(9) 在习惯国际法规则的识别过程中，是否存在一般惯例往往是首先考虑的因素，只有确定这个问题之后才开始调查这种一般惯例是否被接受为法律，但这一调查顺序并不是强制的。识别习惯国际法规则也可先评估据称表达了某种法律确信的书面案文或声明，之后再试图验证是否存在与之相对应的一般惯例。

第三部分  
一般惯例

如结论草案2所述，既确定存在一项一般惯例又确定这一惯例被接受为法律(法律确信)，是识别习惯国际法规则的必不可少的要求。第三部分就习惯国际法两个构成要素中的第一个――“一项一般惯例”提供了更加详细的指导。该要素又称“实质”或“客观”要素，[[270]](#footnote-271) 指(在被接受为法律的同时)能创立或表述习惯国际法的行为的实例。在评估一项一般惯例是否实际存在时，必须考虑若干因素。

结论4  
惯例的要求

1. 关于须有一般惯例的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着主要是国家惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述。

2. 在某些情况下，国际组织的惯例也有助于习惯国际法规则的形成或表述。

3. 其他行为者的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的惯例，但在评估第1和第2段所指的惯例时可能相关。

评注

(1) 结论草案4具体说明了在确定一项习惯国际法规则的存在及其作用时，应考虑来自哪方的惯例。

(2) 第1段明确指出，在确定习惯国际法规则的存在及内容时，原则上应审视国家惯例；确实，习惯国际法的实质要素常常被称为“国家惯例”。[[271]](#footnote-272) “主要”一词反映出国家是具有一般性权能的最重要的国际法主体，并强调了国家行为对习惯国际法的形成与识别所起的突出重要作用。国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中认定，要“审议有哪些习惯国际法规则适用于本争端……必须关注各国的惯例和法律确信”。[[272]](#footnote-273) 与此同时，“主要”一词也显示出国家惯例不是唯一的有关方面，并引导读者阅读第2段。

(3) 第2段论及国际组织的惯例，并指出“在某些情况下”，这种惯例也有助于识别习惯国际法规则。因此，在解读结论草案及评注中提到国家惯例之处时，应视为在有关情况下也包括国际组织的惯例。该段论及属于国际组织本身的惯例，而不是国际组织成员国在组织内行事的惯例(这种惯例属于所涉国家)。[[273]](#footnote-274) 为这些结论草案及评注的目的，“国际组织”这一术语指受国际法规范的文书所设立、通常是条约所设立，并且具有自身国际法律人格的组织。该术语不包括非政府组织。

(4) 国际组织不是国家。[[274]](#footnote-275) 国际组织是由国家(或由国家和/或国际组织)设立和赋权以履行某些职能并为此获得国际法律人格(即可根据国际法享有自身的权利和义务)的实体。在伴有被接受为法律(法律确信)时，国际组织在国际关系中的惯例也可算作在其运作的领域[[275]](#footnote-276) 催生或证明习惯国际法规则的惯例，但仅限于下文所述的某些情况。[[276]](#footnote-277)

(5) 显然，若成员国将专属的权能转移给国际组织，以便后者行使其成员国的一部分公共权力，则该组织的惯例可等同于这些国家的惯例，在这种情况下，即产生第2段所指范围内的惯例。欧洲联盟的某些权能便属于这种情况。

(6) 若成员国并未将专属权能转移，但向国际组织赋予了在职能上与国家权力相等的权力，在这种情况下也可产生第2段所指范围内的惯例。国际组织秘书处在作为条约保存方、部署军队(例如维和部队)或就本组织及其官员的特权和豁免范围发表立场时的惯例可有助于形成或表述这些领域的习惯国际法规则。职能上不等同于国家权力的国际组织行为不太可能属于相关惯例。

(7) 国际组织的惯例与专门针对国际组织的习惯国际法规则可能尤为相关，例如关于国际组织国际责任的习惯国际法规则，或涉及国际组织所加入的条约的习惯国际法规则。

(8) 与此同时，在评估这种惯例的相关性和权重时需要慎重。国际组织之间差异很大，不仅权力存在差异，在成员情况和职能方面也存在差异。一般规则是，越是直接代表成员国实施或越是直接经成员国核可实施的国际组织惯例，且上述成员国数量越多，在习惯国际法规则的形成或表述方面就可能具有更大的权重。成员国对这种惯例的反应也具有重要意义。除其他外，在衡量惯例的权重时要考虑的因素有：该组织的性质；行为接受审议的机关的性质；所涉规则的主题事项以及该组织本身是否受到该规则约束；该行为是否逾越了该组织或机关的职权；以及该行为是否与该组织成员国的行为一致。

(9) 第3段指明了第1和第2段中可能暗含的内容，即非国家和非国际组织的实体的行为，例如非政府组织、非国家武装团体、跨国公司和个人的行为，既不能创立也不能表达习惯国际法。如此，这些实体的行为不能作为证明习惯国际法规则存在及内容的直接(主要)证据。但是，该段承认，这种行为可规定或记录国家和国际组织的惯例及其被接受为法律(法律确信)的情况，从而在识别习惯国际法的工作中发挥重要的间接作用。[[277]](#footnote-278) 尽管非国家武装团体的行为并不属于可称之为能创立或表述习惯国际法的惯例，但各国对这种行为的反应很可能属于惯例。同理，个人的行为有时也可能是相关的，但仅仅是在国家核可此种个人行为或对之作出反应的意义上相关。[[278]](#footnote-279)

(10) 红十字国际委员会的正式声明，例如有关尊重国际人道主义法的呼吁和备忘录，在塑造国家应对这种声明的惯例方面可能同样发挥着重要的作用；红十字国际委员会的出版物也可成为相关惯例的有益记录。因此这种活动可能有助于习惯国际法的发展和确定，但本身并不属于惯例。[[279]](#footnote-280)

结论5  
作为国家惯例的国家行为

国家惯例由国家行为构成，不论该行为是行使行政、立法、司法职能，还是行使其他职能。

评注

(1) 国家在国际关系中通过行政机关行事最为常见，但结论草案5说明的是，国家惯例包括国家的任何行为，不论所涉及的是哪个机关，也不论所涉及的是哪种职能。按照国家统一原则，这包括构成国家组织的一部分并以此身份行事的任何国家机关的行为，不论该机关是在行使行政、立法、司法职能，还是在行使“其他”职能，例如商业活动或向私营部门提供行政指导。

(2) 所涉行为必须是“国家的”，方能构成国家惯例。任何国家机关的行为，都应被视为该国的行为，不论该机关行使的是立法、行政、司法或任何其他职能，不论该机关在国家的组织中具有何种地位，也不论该机关在性质上属于中央政府机关还是国家地方机关。机关包括依该国国内法具有此种地位的任何人员或实体；以其他方式经该国法律授权行使政府权力要素的人员或实体，其行为也是“国家行为”，前提是该人或实体在所涉具体实例中是以上述身份行事。[[280]](#footnote-281)

(3) 国家的有关惯例不限于对其他国家或其他国际法主体的行为；国家内部的行为，例如该国对待本国国民的方式，也可与国际法事项有关。

(4) 国家惯例可以是单一国家的惯例，也可以是两个或两个以上国家共同行事的惯例。后一种惯例的实例可包括若干国家在公海巡逻以打击海盗或合作发射卫星进入轨道的联合行动。应将这种联合行动与国际组织的行为区分开来。[[281]](#footnote-282)

(5) 只有公开或至少有其他国家知晓[[282]](#footnote-283) 的惯例，方能有助于习惯国际法规则的形成和识别。确实，除非及直至国家的保密行为得到披露，否则难以发现该行为如何能够实现上述目标。

结论6  
惯例的形式

1. 惯例可有多种形式，既包括实际行为，也包括言语行为。在某些情况下，还可包括不作为。

2. 国家惯例的形式包括但不限于：外交行为和信函；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；执行行为，包括“实地”作业行为；立法和行政行为；各国法院的判决。

3. 各种不同形式的惯例之间没有预先确定的等级。

评注

(1) 结论草案6举例说明了“惯例”这一术语所涵盖的行为的种类，并指出没有任何一种惯例相对其他惯例具有先验的优先地位。该条结论草案指出，不同形式的惯例是可以从经验上核实的事实，并且为了当前目的，没有对行为与行为的证据作出区分。

(2) 各国会采取多种不同的形式行使权力，且不会局限于几种行为，有鉴于此，第1段规定，惯例可采取多种广泛的形式。有些撰写者认为，为了识别习惯国际法的目的，能算作惯例的只有国家的“行动”，而不是国家的“言语”，但是，现在人们普遍接受，言语行为(无论书面还是口头)也可算作惯例；有时，行动可能完全由声明组成，例如，一国向另一国提出的抗议。

(3) 第1段进一步指明，不作为也可算作惯例。但是，“在某些情况下”这几个字旨在警示，只有蓄意不采取行动方可起到这一作用：所涉国家需要有意识地在某给定情况下不采取行动。这种不作为(有时称为“消极惯例”)的例子包括：不提起刑事诉讼；不对某些归化入籍人员予以保护；以及不威胁使用或使用武力。[[283]](#footnote-284)

(4) 第二段列出了常见的有益于识别习惯国际法的多种形式的惯例。“但不限于”这几个字强调，所列形式并非详尽无遗；无论如何，考虑到政治和技术变化的不可避免性和步伐，要拟出涵盖惯例可采取的所有诸多形式的清单是不切实际的。[[284]](#footnote-285) 所列出的惯例形式只是例子，此外，这些例子也可能出现重叠(例如“外交行为和信函”与“行政行为”)。

(5) 第2段列出了各种惯例形式，但对其顺序无意赋予任何重要意义。对每种形式，都应予以广泛地解释，以反映国家行动和反应的多种不同方式；例如，“行政行为”这一表述指代广泛，指任何行政行动，包括行政命令、法令和其他措施；在国际层面、对立法机关或向媒体作出的正式声明；以及向国家或国际法院和法庭提出的主张。同样，“立法和管理行为”涵盖由公共主管部门实施的任何形式的规管处置。“‘实地’作业行为”包括执法和没收财产，以及战地或其他军事活动，例如调动部队或舰船，或部署某些武器。“与条约有关的行为”这几个字涵盖所有与谈判和缔结以及执行条约有关的行动；一国缔结一项条约即可能参与条约相关领域的惯例，例如海洋划界协定或东道国协定。同理，“与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为”包括各国在国际组织内或政府间会议上所有与谈判、通过和执行决议、决定和各国通过的其他文件有关的行动，不论其名称为何及是否具有法律约束力。在具体情况中，这些惯例形式的任何实例是否确实具有相关性，这尤其取决于正在审议的所称的特定规则。[[285]](#footnote-286)

(6) 各国各级法院的判决均可算作国家惯例[[286]](#footnote-287) (对上级法院可能予以更高的权重)；在具体要点上被推翻的判决不太可能被视为具有相关性。应将各国法院的判决作为一种国家惯例形式的作用与其作为确定习惯国际法规则的“辅助手段”的潜在作用区分开来。[[287]](#footnote-288)

(7) 第3段澄清，原则上，没有任何一种惯例形式可笼统地说比其他形式具有更高的证明价值。但是在具体情况中，如结论草案3和7的评注中所解释的，在结合情境评估不同的惯例形式(或实例)时，应当赋予它们不同的权重。

结论7  
评估国家惯例

1. 应考虑特定国家的所有已知的惯例，作为一个整体进行评估。

2. 如果特定国家的惯例不一致，可减少赋予该惯例的权重。

评注

(1) 结论草案7论及评估某具体国家的惯例以确定该国立场的工作，这是评估是否存在一般惯例的工作的一部分(结论草案8的主题)。结论草案7的两个段落明确指出，必须考虑到所涉国家在所涉事项上的所有已知的惯例，作为一个整体进行评估，包括其一致性。

(2) 第1段指出，首先，在试图确定一个具体国家在所涉事项上的立场时，应考虑到该国的所有已知的惯例。这意味着审视的案例应在已知范围内详尽无遗，即包括该国所有机关的有关惯例和具体机关的所有有关惯例。该段还指出，这种惯例应作为一个整体进行评估；只有这样才能确定该国的实际立场。

(3) 国家的管辖豁免案就体现了“作为一个整体”评估所有已知的惯例的要求。希腊最高法院曾在一宗案件中裁定，依照“属地侵权原则”，习惯国际法规定的国家豁免不涵盖武装部队在武装冲突期间的行动，但特别最高法院采取了不同的立场，希腊政府在拒绝执行希腊最高法院的判决时也采取了上述不同立场并曾在欧洲人权法院为这种立场辩护，希腊最高法院在后来的一项判决中也采取了这种立场。国际法院将这种惯例“作为一个整体”予以评估，得出结论，“将希腊的国家惯例作为一个整体来看，实际上是反对而非支持意大利的论点”。[[288]](#footnote-289)

(4) 第2段明确指出了一个具体国家惯例存在或似乎存在不一致的情况。如上文第(3)段所述，若一国内部的不同机关或部门就同一事项采取了不同的行政方针，或者同一个机关的惯例随着时间发生变化，就可能出现这种情况。如果在这种情况下，认为一国的惯例作为一个整体并不一致，则该国对“一般惯例”要素的贡献可能降低乃至无效。

(5) 然而，该段使用了“可”字，说明这样的评估需要审慎地进行，并且不一定所有情况下都能得出同样的结论。例如，国际法院在渔业案中认定：

“不必过分重视……在挪威的惯例中发现的少数不确定或矛盾之处。这种不确定或矛盾之处很容易理解，毕竟在那么长的时间内，占主导地位的事实情况和条件也发生了多种变化”[[289]](#footnote-290)

在这方面，举例而言，若同一国低级机关与高级机关的惯例存在差异，则高级机关的惯例不太可能因此而权重降低。为了当前目的，中央政府机关的惯例往往会比联邦国家组成单位的惯例或国家次级政府机关的惯例具有更加重要的意义；行政机关的惯例往往在国家层面最为相关，但可能也需要考虑到各所涉机关的宪法地位。[[290]](#footnote-291)

结论8  
惯例必须具备一般性

1. 有关惯例必须具备一般性，即必须足够普及和有代表性，还必须是一贯的。

2. 只要惯例具备一般性，就不要求特定存续时间。

评注

(1) 结论草案8论及惯例必须具备一般性这一要求，力求说明该要求的本质，以及核实某具体案件中该要求是否得到满足所需要开展的调查。

(2) 第1段解释了一般性的概念，即遵循所称的习惯国际法规则的实例的集合，包括了两项要求。第一，必须有数量上足够多且足够具有代表性的国家遵循该惯例。第二，这些实例必须表现出一致性。用国际法院在北海大陆架案中的话说，所涉惯例必须既“广泛并基本上统一”[[291]](#footnote-292)：必须是一项“既定惯例”。[[292]](#footnote-293) 如下文所解释的，对这两项要求中的任何一项，都无法提出绝对的标准；每项要求需要达到的标准都必须结合实际情况予以评估。[[293]](#footnote-294) 但是，在每一种情况下，惯例必须具有这样一种特质，使人们可以观察出某种一贯和统一的常例。

(3) 对惯例“普及和有代表性”的要求，不宜予以精确的公式化定论，因为具体情况可能存在很大差异(例如，出现需要采取行动的情况的频率)。[[294]](#footnote-295) 举例而言，所有国家都定期参与外交关系，因此在外交关系方面，惯例必须普遍存在方能满足本要求，而国际运河很少，因此在国际运河方面要求的惯例的数量就必然较少。“足够”一词体现了这一点，暗指无法(像惯例的实例数量一样)抽象地确定参与有关惯例的国家的必要数量和分布。但是，对普遍参与显然不作要求：没有必要证明所有国家都参与了所涉惯例。[[295]](#footnote-296) 参与国应包括有机会或有可能适用所称规则的国家。[[296]](#footnote-297) 这些国家必须能够代表各地理区域和/或各利害关系方。

(4) 在评估一般性时，需要考虑到的一个重要因素是，特别参与有关活动或最有可能关注所称规则的国家在多大程度上参与了惯例。[[297]](#footnote-298) 举例而言，若不考虑沿海国家和主要航运国的惯例，要确定某项涉及海区航行的习惯国际法规则的存在及内容显然不切实际；若不考虑资本出口国以及投资所在国的惯例，要确定某项关于外国投资的规则的存在及内容显然也不切实际。在许多情况下，所有国家或基本上所有国家都同等相关。

(5) 关于惯例必须具有一贯性的要求意味着，若有关行动的差异过大，无法观察到行为模式，则不得认为存在一般惯例(因此也就不存在对应的习惯国际法规则)。例如，国际法院在渔业案中认定：

“尽管某些国家采用了10海里规则……但其他国家采用了不同的限值。因此，10海里规则没有获得国际法一般规则的权威。”[[298]](#footnote-299)

(6) 在审查惯例是否一贯时，当然必须考虑在事实上可比较的行为实例，即考虑在何处曾发生过相同或类似的问题，以便这种实例可以确实构成可靠的指导。常设国际法院在“莲花号”案中提到了：

“与所审案件近似的先例；只有从这一性质的先例中才能发现适用于具体所审案件的[习惯国际法]一般原则的存在”。[[299]](#footnote-300)

(7) 与此同时，并不要求各国惯例完全一致。有关惯例只需要基本上或实质上一致；因此，即便存在一些不一致和矛盾之处，不一定就不能认定存在“一项一般惯例”。在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中，国际法院认定：

“不应期望所涉规则在各国惯例中的适用情况是完美的……本法院并不认为，要确定某项规则是习惯规则，所对应的惯例必须与该规则绝对严格地保持一致。本法院认为，各国的行为只要大体上与这种规则一致，就足以推导出习惯规则的存在。”[[300]](#footnote-301)

(8) 若不一致是以违反规则的形式出现，则不一定妨碍一般惯例的确定，尤其是在所涉国家不承认违反规则和/或对该规则表示支持的情况下。正如国际法院所述：

“国家行为与某给定规则不一致的实例，通常应视为对该规则的违反，而非视为承认一项新规则的表现。若某国的行动方式表面上与某项承认的规则不符，但该国援引该规则内规定的例外情况或理由为自己的行为辩护，则不论该国行为据此事实上是否合理，这种态度的意义恰恰是确认该规则，而非削弱该规则。”[[301]](#footnote-302)

(9) 第2段提到了时间要素，指明若某项一般惯例得到遵循的时间相对较短，这本身并不妨碍确定存在着对应的习惯国际法规则。虽然较长的存续时间可能产生更加广泛的有关惯例，但习惯规则的存在并不需要一般惯例存续了久远或较长或固定的时间。[[302]](#footnote-303) 国际法院在北海大陆架案中证实了这一点，认定“所过时间较短这一点本身并不妨碍一项习惯国际法新规则的形成”。[[303]](#footnote-304) 但也正如该段所指明的，一项一般惯例的出现必须经过一些时间；不存在“速成习惯”。

第四部分  
被接受为法律(法律确信)

证明某种惯例被足够广泛和有代表性的一些国家一贯遵守并不足以识别习惯国际法规则。第四部分涉及习惯国际法的第二个构成要素，常常被称为“主观”或“心理”要素：在每种情况下，还必须满足这样的条件，即各国接受有关惯例的约束性，将之接受为法律(法律确信)。

结论9  
被接受为法律(法律确信)的要求

1. 关于一般惯例须被接受为法律(法律确信)的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感。

2. 被接受为法律(法律确信)的一般惯例不同于单纯的常例或习惯。

评注

(1) 结论草案9试图概括习惯国际法第二个构成要素即被接受为法律(法律确信)的性质和作用。

(2) 第1段解释说，作为习惯国际法的一个构成要素，被接受为法律(法律确信)述及一项要求，有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感，即它必须伴有关于此种惯例被习惯国际法所允许、要求或禁止的信念。因此，必须逐案证明国家以某种方式行事是因为它们感觉或相信，它们因一项习惯国际法规则而在法律上必须或有权利如此行事：它们必须作为一项权利采用这项惯例，或作为一项义务遵守这项惯例。国际法院在北海大陆架案的判决中强调：

“有关行为不仅要构成既定惯例，而且其本身或其实施方式须能够佐证一种看法，即有规则要求采用这种惯例，因此该惯例具有强制性。这样一种信念的必要性，即主观因素的存在，包含在‘法律必要确信’的概念中。因此，有关国家必须感到它们是在遵守相当于法律义务的东西”。[[304]](#footnote-305)

(3) 被接受为法律(法律确信)不同于其他法律以外的行动动机，如礼让、政治权宜之计或便利；如果该惯例的动机仅是这类其他考虑因素，将不能识别习惯国际法规则。因此，在哥伦比亚－秘鲁庇护权案中，国际法院在所声称的惯例实例未被证明属下列情况时拒绝承认存在习惯国际法规则：

“由给予庇护之国作为属于该国的一项权利行使并由领土所属国作为其有责任履行的义务予以遵守，而非仅出于政治权宜之计。……便利或简单的政治权宜考虑似乎导致领土所属国承认庇护，而支配该决定的并非任何法律义务感。”[[305]](#footnote-306)

(4) 作为一项条约义务试图遵守一项条约义务与试图遵守国内法很像，就识别习惯国际法目的而言不是被接受为法律，以此种意图采用的惯例本身不能推断存在一项习惯国际法规则。[[306]](#footnote-307) 然而，一国可承认它同时受到习惯国际法和条约的某种义务的约束；但这种情况需要得到证明。另一方面，当国家遵守一项对其不具约束力的条约行事，或在其与该条约非缔约方的关系中适用公约义务的情况下，在不存在任何相反的解释时，这可证明存在被接受为法律。

(5) 应面向实施有关惯例的国家和能够对惯例做出反应的国家查证被接受为法律(法律确信)；必须证明这些国家知道该惯例符合习惯国际法。[[307]](#footnote-308) 没有必要证明所有国家都承认(被接受为法律)所声称的规则为习惯国际法规则；需要的是广泛接受和没有反对或很少反对。[[308]](#footnote-309)

(6) 第2段强调，在没有被接受为法律(法律确信)的情况下，一般惯例不可被认为创立或表达了习惯国际法；它只是常例或习惯。换言之，各国认为它们可依法自由选择遵循或置之不理的惯例不会促进或反映习惯国际法(除非要识别的规则自身提供了此种选择)。[[309]](#footnote-310) 并非所有被观察到的有规律国际行为都具有法律意义；例如，为来访国家元首准备红地毯之类的外交礼仪不伴有法律义务感，因此也不产生或表明任何采取相应行动的法律义务或权利。[[310]](#footnote-311)

结论10  
被接受为法律(法律确信)的证据形式

1. 被接受为法律(法律确信)的证据可有多种形式。

2. 被接受为法律(法律确信)的证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；国内法院的判决；条约规定；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为。

3. 在有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种惯例经过一定时间而没有做出反应，可用作已接受其为法律(法律确信)的证据。

评注

(1) 结论草案10涉及的是可从中推断出特定惯例被接受为法律(法律确信)的证据。它反映的事实是，被接受为法律这一点可通过国家行为的各种表现形式公布出来。

(2) 第1段陈述了一项一般主张，即被接受为法律(法律确信)可有多种体现形式。国家可以多种方式表示承认(或拒绝)一项习惯国际法规则的存在。随后段落明确说明，支持所声称规则的表明被接受为法律的此种行为包含与该惯例有关的声明和实际行动(以及不作为)。

(3) 第2段提出了被接受为法律(法律确信)的证据形式的非详尽清单，包括为此类目的最常采用的形式。此种证据也可有助于表明不存在被接受为法律。被接受为法律的证据形式和国家惯例的形式之间存在一些共同点；这部分反映出一个事实，即两个要素有时可能出现于同一材料之中(但是即使在那样的情况下，仍需要逐案对其进行单独识别)。[[311]](#footnote-312) 无论如何，声明更有可能体现国家的法律信念，而且将声明作为接受为法律(或相反)的表示，而不是作为惯例的实例，可能往往更有实际意义。

(4) 在被接受为法律(法律确信)的证据形式中，以国家名义发表的关于习惯国际法允许、禁止或要求一项特定惯例的明确公开声明最清楚地说明该国出于法律权利或义务感，避免或采用了这种惯例(或承认其他国家正当地采用或避免了该惯例)。例如，可在以下场合发表此类声明：在多边场合的辩论中；在向立法机构提出法律草案时；作为向法院和法庭提出的书面和口头陈述中的主张；在宣称其他国家的行为非法的抗议中；作为对编纂法律的提议的响应。声明可单独发表，或与其他声明联合发表。同样，符合所谓规则的惯例的效力可被不存在此类规则的同时期声明宣布无效。[[312]](#footnote-313)

(5) 第2段中所列其他证据形式也可能特别有助于确定各国对某些惯例的法律立场。其中，“官方出版物”一词涵盖了以国家名义发布的文件，如军事手册和官方地图，其中可显示出被接受为法律(法律确信)。同样，政府法律顾问公开发布的意见也可说明一国的法律立场，但如果该国拒绝采用其咨询意见则另当别论。外交信函可包括，例如，向外交使团发出的通知照会，如关于特权和豁免的通知照会。国家立法虽往往是政治选择的产物，但作为被接受为法律的证据可能是有价值的，特别是在明确说明该立法依据或履行习惯国际法的情况下。国内法院的判决对国际法问题发表意见时，也可能包含此类声明。

(6) 当各国就此类问题进行辩论和讨论时，多边起草和外交进程可提供关于各国在习惯国际法内容方面的法律信念的宝贵和可获得的证据。因此结论草案10提及了“条约规定”和“与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为”。结论草案11和12对它们在识别习惯国际法规则方面的潜在效用进行了更详细的探讨。

(7) 第3段规定，在某些情况下，国家未能在合理时间内做出反应，也可如国际法院在渔业案中指出的那样，“证明了这样一个事实，即它们不认为……[其他国家采用的某种惯例]与国际法相矛盾”。[[313]](#footnote-314) 事实上，如果容忍某种惯例代表着对这种惯例的赞同，这种容忍可能成为被接受为法律(法律确信)的证据。然而，为使这种没有公开反对或抗议的情况具有此种证明价值，必须符合两个要求，以确保这一情况并不产生于与该惯例的合法性无关的原因。[[314]](#footnote-315) 首先，至关重要的是，已有对该惯例做出反应的要求：[[315]](#footnote-316) 例如，如果这种惯例(直接或间接)影响――通常是不利地影响――没有或拒绝做出反应的国家的利益或权利，即可能是此种情况。[[316]](#footnote-317) 第二，提及一国“有能力做出反应”意味着，有关国家必须已知悉该惯例(包括由于对该惯例的宣传，必须推定该国已有所知悉)，且该国必须有足够的时间和能力采取行动。如果一国未知悉或不能认为该国知悉某惯例，或尚未有合理时间做出反应，则不能将不作为归因于承认这种做法是习惯国际法所要求(或允许)的。

第五部分  
某些材料对于识别习惯国际法的意义

评注

(1) 在识别习惯国际法规则的存在及内容时，除了惯例被接受为法律(伴有法律确信)的宣称实例这种主要证据以外，还可以参考各种材料。通常包括有关法律问题的书面文本，尤其是条约、国际组织和会议的决议、(国际性法院和各国法院的)司法判决以及学术著作。这些文本可协助收集、综合或解释与识别习惯国际法有关的做法，并可提供准确的表述来为针对两个构成要素的调查提供框架和指导。第五部分试图解释这些材料的潜在重要性，并说明至关重要的是同时仔细研究这类材料的内容和编写这些材料时的背景。

(2) 委员会决定在目前阶段不针对国际法委员会工作成果单独列出一项结论，但在目前情况下，这种成果确实应得到特殊考虑。正如国际法院和其他法院及法庭已经确认的，[[317]](#footnote-318) 委员会认定一项习惯国际法规则的存在及其内容具有特别重要的价值；委员会认为不存在这样一项规则的结论同样如此。这源自各国赋予委员会的促进国际法的逐渐发展和编纂的独特任务，[[318]](#footnote-319) 其程序的充分性(包括对国家惯例广泛调查结果进行审议)，及其作为大会的附属机构与各国的紧密联系(包括在着手开展工作的同时收到各国的口头和书面评论)。不过，委员会作出的认定的权重取决于各种因素，其中包括委员会所依赖的资料来源，其工作所进行到的阶段，最重要的是取决于各国对其工作成果的接受程度。[[319]](#footnote-320)

结论11  
条约

1. 条约所载的规则可反映习惯国际法规则，条件是能够确定该条约规则：

(a) 将条约缔结时已经存在的一项习惯国际法规则编纂成法；

(b) 将条约缔结之前开始形成的一项习惯国际法规则具体化；

(c) 形成了一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例，从而产生了一项新的习惯国际法规则。

2. 一项规则在多项条约中出现，可能但并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。

评注

(1) 结论草案11涉及条约特别是广泛批准的多边条约对于识别习惯国际法的意义。该结论草案，没有涉及作为一种惯例形式的与条约有关的行为，此事在结论草案6中已涉及；也没有直接涉及条约制订过程或条约条款草案，它们本身可形成结论草案6和10中所指出的国家惯例和被接受为法律(法律确信)的证据。

(2) 尽管条约本身仅对缔约方有约束力，但它们“在记录和界定，甚至发展源于习惯的规则方面可发挥重要作用”。[[320]](#footnote-321) 其条款(以及通过和实施这些条款的过程)可有助于阐明习惯国际法的内容。[[321]](#footnote-322) 表述清晰的条约条款，如果宣示了习惯国际法规则，可为这些规则的存在或内容提供特别适当的证据。“条约中提出的规则”这种提法，试图说明一条规则可能未必载于某单一条约条款，而是可能在一并解读的两条或多条条款中得到反映。[[322]](#footnote-323) 无论是哪种情况，“可能反映”这种措辞提请注意，条约本身无法创立习惯国际法或绝对证明其存在。

(3) 对一项条约的参与程度可能是决定其是否相当于习惯国际法的重要因素；在这方面，已经几乎获得普遍接受的条约可被视为特别具有指示性。[[323]](#footnote-324) 但尚未生效，或尚未获得普遍参与的条约在特定情况下也可具有重要影响，尤其是当它们获得通过时没有反对意见，或获得绝大多数国家支持而通过时。[[324]](#footnote-325)

(4) 第1段规定了条约中提出的规则可以被视为反映习惯国际法的三种情况，由习惯国际法规则形成(或开始形成)的时间区分。“条件是能够确定”这种措辞明确了仅仅靠条约的案文并不能确定条约中的一项规则是否确实与宣称的习惯国际法规则相一致；规则的存在必须逐例由惯例(以及被接受为法律)来印证。重要的是可以证明各国对惯例的参与并非(仅)由于条约义务，而是由于确信条约中所载规则是或已成为习惯国际法。[[325]](#footnote-326)

(5) (a)分段涉及能够确定条约中提出的规则宣示了已经存在的一项习惯国际法规则的情况。[[326]](#footnote-327) 在调查一项宣称的习惯国际法规则是否符合这种情况时，应首先考虑条约案文，因为案文可能包含关于此事的明确声明。[[327]](#footnote-328) 明文允许对某一条约条款有所保留可能具有重大影响，但不一定说明该条款是否反映习惯国际法。[[328]](#footnote-329) 然而，这种案文中的说明很罕见，或往往是一般性地提及条约，而不是条约所载的具体规则；[[329]](#footnote-330) 在这种情况下，或是当条约中没有说明时，可借助于条约的准备工作(travaux préparatoires)，[[330]](#footnote-331) 包括在起草过程中各国作出的可能透露将一项已经存在的习惯国际法规则编纂成法的意愿的任何声明。如果发现谈判国确实认为所涉规则是一项习惯国际法规则，这将是被接受为法律(法律确信)的证据，从而在识别习惯规则时具有很大份量，谈判国的数量越多，份量就越重。但是，仍然有必要考虑是否有具备充分普遍性和代表性以及连贯性的相关惯例的实例来支持该规则；不仅因为各方声称该条约宣示了现有法律的事实(在涉及第三方时)只是这方面的单一证据，还因为自条约缔结以来，条约案文所依据的习惯规则可能已经发生变化或被取代。换言之，相关惯例必须确认法律确信，或与法律确信同时存在。

(6) (b)分段涉及能够确定根据数量有限的国家惯例拟订的条约规则将一项被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例具体化的情况。换言之，该条约规则巩固了一项在条约起草时刚刚开始出现的习惯国际法规则，并给予其进一步的定义，因此之后开始反映这项规则。[[331]](#footnote-332) 在此，确定情况确实如此也需要评估条约表述是否被接受为法律，并确实得到一般惯例的支持。[[332]](#footnote-333)

(7) (c)分段涉及能够确定条约中提出的规则产生了一项新的习惯国际法规则的情况。[[333]](#footnote-334) 这一过程不能轻率地视为已经发生。正如国际法院在北海大陆架案中所解释的那样，要确定条约中提出的规则产生了习惯国际法规则已经形成的效果：

“其必要前提是，相关规定应在任何潜在情况下均具备根本的规范制订性质，能被视为构成一般法律规则的基础；……[下]一个不可或缺的条件是，即便所涉及的期间非常短暂，国家实践，包括那些利益特别受到影响的国家的实践，应与所援引的规定一样，是广泛的且基本上统一的，而且其发生方式也表明，所涉法律规则或法律义务得到普遍承认。”[[334]](#footnote-335)

换言之，“就所援引的条款而言”被接受为法律(伴有法律确信)的一般规则必须得到遵守。鉴于条约缔约方之间的一致行为可以假定为源于条约义务，而不是接受所涉规则根据习惯国际法具有的约束力，此类缔约方与非条约缔约方有关的惯例，以及非缔约方与缔约方有关或非缔约方之间的惯例，都将具有特别的价值。

(8) 第2段试图提醒，在许多双边或其他条约中存在类似的条款，从而为范围广泛的国家确定了类似的权利和义务，但并不一定表明这些条款反映了一项习惯国际法规则。虽然这种重复确实可能证明存在相应的习惯国际法规则(或形成了这样一项规则)，这“同样可以证明事实正好相反”，因为各国缔结条约是由于不存在任何规则，或是为了减损规则。[[335]](#footnote-336) 同样，需要调查是否存在某种被接受为法律(伴有法律确信)的惯例实例来支持书面规则。

结论12  
国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议本身并不能创立一项习惯国际法规则。

2. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展。

3. 如果能够确定国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议中的某项规定与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可反映一项习惯国际法规则。

评注

(1) 结论草案12涉及国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议在确定习惯国际法规则方面扮演的角色。该条规定，尽管这类决议本身既不构成习惯国际法规则，也不能作为习惯国际法规则存在及其内容的确凿证据，但它们有时在提供现有或正在形成的法律的证据方面有其价值。[[336]](#footnote-337)

(2) 与结论草案6中一样，“决议”一词指国际组织或政府间会议通过的所有决议、决定和其他文件，而无论其名称如何，[[337]](#footnote-338) 也无论它们是否具有法律约束力。在此，对于大会的决议给予特别关注，因为大会是一个几乎获得普遍参与的全体机构，可提供一种方便的途径来审查其会员的集体意见。成员较为有限的机构或会议通过的决议也可具有相关性，尽管它们在识别一般习惯国际法规则方面的重要性可能略低。

(3) 尽管国际组织各机构的决议是这些机构的行为，在本结论草案的范围内，重要的是它们可反映这类机构成员国意见的集体表达：当它们意在(明示或暗示)处理法律问题时，它们可有助于了解其成员在这类问题上的态度。结论草案11中对条约的大部分说明都适用于决议；但是，与条约不同，决议通常不是具有法律约束力的文件，在大多数情况下没有试图体现法律权利和义务，并且一般得到的法律审查要比拟议的条约案文少得多。和条约一样，决议不可以替代确定是否确实存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的工作。

(4) 第1段明确了国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议不可独立构成习惯国际法规则。换言之，意在制订一项习惯国际法规则的一项决议(或一系列决议)仅仅获得通过并不能创立这类法律：必须能够确定决议中提出的规则确实与被接受为法律(伴有法律确信)的某项一般惯例相一致。这类决议就其本身并不构成“速成习惯”。

(5) 第2段首先指出，决议仍可通过提供习惯国际法规则的存在及其内容的证据来协助确定习惯国际法规则。正如国际法院在《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见》中所指出的那样，决议“纵无约束力……在某些情况下，可以作为重要的证据来确定有一个规则存在或有一种法律确信刚刚出现”。[[338]](#footnote-339) 当一项决议意在宣示一项现有的习惯国际法规则时尤其如此，这时它可以作为这项规则被支持决议的各国接受为法律的证据。换言之，“对这些决议案文予以同意所产生的影响……，可以将其理解为……接受该决议所宣布的规则或一套规则的有效性”。[[339]](#footnote-340) 反过来，否决票、弃权或不赞成共识，连同一般声明和解释立场的发言一起，可用作表明不存在被接受为法律的证据，因此可证明不存在规则。

(6) 因为各国通过投票或其他方式表达的对于特定决议(或某一决议中提出的特定规则)的态度往往出于政治考虑或其他非法律考虑，通过这类决议确定被接受为法律(法律确信)的工作必须“以应有的谨慎态度”进行。[[340]](#footnote-341) 这一点通过“可”字得到体现。应逐例对各种因素进行仔细的评估，以核实所涉国家是否确实意在确认一项习惯国际法规则的存在。正如国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案中指出的那样：

“必须审视[决议的]内容和通过[决议]时的状况；还必须审视是否有一种法律确信存在，认为这项决议具有规范的性质。有时一系列决议可能体现出确立一项新规则所需的法律确信的逐渐演变。”[[341]](#footnote-342)

所使用的确切措辞是寻求评价某一决议之法律重要性的出发点；对国际法的提及，以及在案文，包括在序言和执行部分中选择(或避免)特定用语，都可能具有重要意义。[[342]](#footnote-343) 同样相关的还有通过决议前的辩论和谈判，特别是对投票的解释、对立场的解释以及在通过前后立即作出的类似发言。[[343]](#footnote-344) 决议所获支持程度(可通过观察或多数支持的规模以及否决票和弃权票的数量获得)至关重要。就一项决议的不同方面表达的不同意见可表明不存在一般性的被接受为法律(法律确信)，至少在那些方面不存在，而获大量国家反对的决议不太可能被视为反映习惯国际法。[[344]](#footnote-345)

(7) 第2段进一步确认国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议，即便本身缺乏法律效力，有时仍可在习惯国际法的发展方面发挥重要作用。与条约条款一样，当一项决议(或一系列决议)为一项与其案文相符、被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的发展提供灵感和推动力时，或当一项决议将某项正在出现的规则具体化时，便可能是这种情况。

(8) 第3段，作为第1段和第2段的合理推断结果，澄清了国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议规定本身不可用作习惯国际法存在和内容的确凿证据。这是因为已经指出，要确定一项规则的存在，以一项决议为证据的各国的法律确信必须得到惯例的验证；因此需要其他证据，尤其是表明所宣称的规则确实在各国的惯例中得到遵守。[[345]](#footnote-346) 如果不存在实际的惯例，或实际惯例有所不同或不统一，一项决议规定便不能成为一项习惯国际法规则的证据。

结论13  
法院和法庭的判决

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段。

2. 也可酌情考虑将各国法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决用作确定此类规则的辅助手段。

评注

(1) 结论草案13涉及国际性和各国法院和法庭的判决协助识别习惯国际法规则的作用。应该指出，各国法院的判决在识别习惯国际法方面可发挥双重作用。一方面，正如结论草案6和10所指出的样，它们可列为法院地国的惯例和/或被接受为法律(法律确信)的证据。另一方面，结论草案13指出，当这类判决本身对这类规则的存在及其内容作了调查时，它们也可用作确定习惯国际法规则的辅助手段。

(2) 结论草案13完全符合《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，其中规定司法判例是确定国际法规则，包括习惯国际法规则的“辅助手段”(moyen auxiliaire)。“辅助手段”的措辞表明了这类判决在阐明法律方面的补充作用，而不是像条约、习惯国际法或一般法律原则那样本身就是国际法的渊源。“辅助手段”一词的使用无意表明这类判决在实践中不重要。

(3) 各法院和法庭关于国际法问题的判决，尤其是考虑了习惯国际法规则的存在，并识别和适用了这类规则的判决，可为确定习惯国际法规则存在与否提供宝贵的指南。不过，这类判决的价值大不相同，取决于每项判决的推理过程(包括判决在多大程度上是基于对被接受为法律的某项宣称的一般惯例之证据的仔细审查)以及各国及其他法院对判决的接受程度。其他考虑因素可酌情包括法院或法庭的组成(及其成员的特殊专长)；判决通过时所获多数赞成的规模；以及法院或法庭据以运作/开展其工作的条件。此外，还必须牢记，关于习惯国际法状况的司法裁决不会冻结法律的发展；习惯国际法规则可能自特定判决发布之日起已经有所演变。[[346]](#footnote-347)

(4) 第1段提到“国际性法院和法庭”，这种措辞意在涵盖任何被提请审查习惯国际法规则的行使司法权的国际机构。认识到国际法院案例法的重要性，和其作为具有一般管辖权的唯一常设国际性法院的特殊权威，该法院被明确提及，它是联合国的主要司法机关，其规约是《联合国宪章》的组成部分，其成员由大会和安理会选举产生。[[347]](#footnote-348) 除了国际法院的前身常设国际法院，“国际性法院和法庭”这一说法还包括(但不限于)专门法院和区域法院，例如，国际海洋法法庭、国际刑事法院和其他国际刑事法庭、区域人权法院和世界贸易组织上诉机构。它还包括国家间仲裁法庭和其他适用国际法的仲裁法庭。国际性法院和法庭的判决需接受上一段所提及的那种考虑，但这些法院和法庭通常可支配的技能和证据的广度使它们的判决具有重要份量。

(5) 为本结论草案的目的，“判决”一词包括判决和咨询意见以及关于程序和中间事项的指示。个别意见和不同意见可有助于理解判决，并可能讨论到法院或法庭的判决中没有涵盖的要点；但必须对它们进行谨慎处理，因为它们可能仅反映个别法官的观点，或是列出没有被法院或法庭接受的要点。

(6) 第2段涉及各国法院(也被称为国内法院)的判决。[[348]](#footnote-349) 国际性法院和各国法院之间的区别并不总是那么明确；用在这些结论中的“各国法院”一词也适用于在一个或多个国内法律体系内运作的具有国际性人员构成的法院，例如具有本国和国际混合人员构成和混合管辖权的混合性法院和法庭。

(7) 试图依据各国法院的判决作为确定习惯国际法规则的辅助手段时需要采取审慎态度。第1段和第2段的不同措辞便体现出这一点，特别是第2段中使用的“可酌情考虑”的说法。为当前的目的，国际性法庭的判决获得的重视通常超过各国法院判决，因为前者有可能在国际法方面具备更多专业知识，反映特定国家观点的可能性也更低。此外，还必须铭记，各国法院是在一个特定的法律体系中运作的，该体系可能仅以特殊和有限的方式反映国际法。与国际性法院不同，各国法院可能缺乏国际法方面的专业知识，并可能在作出判决时未能利用听取各国陈述的益处。[[349]](#footnote-350)

结论14  
学说

各国最权威的国际法专家的学说可用作确定习惯国际法规则的辅助手段。

评注

(1) 结论草案14涉及学说(法语为doctrine)在识别习惯国际法规则方面的作用。该草案严格遵守《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，规定这类著作可用作确定习惯国际法规则的辅助手段(moyen auxiliaire)，也就是说用来确定是否存在被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例。“学说”一词也常常被称作“论著”，应予以广泛的解读；它包括非书面形式的学说，例如讲座和视听材料。

(2) 与结论草案13提到的法院和法庭的判决一样，论著本身不是习惯国际法的渊源，但可为确定习惯国际法规则的存在及其内容提供指南。这种辅助作用认识到了它们在下列领域可能具备的价值：收集并评估国家惯例；识别国家惯例的差异和规则的可能缺失或发展；评估法律。

(3) 在借鉴论著时必须保持警惕，因为它们在确定某项习惯国际法规则存在方面的价值可能有差异。“可用作”这一措辞即反映了这种提醒。首先，著述者的目的可能并不仅仅在于记录法律的现状(现行法)，还在于支持其发展(拟议法)。在这么做时，他们并不总是清楚地区分法律的现状和他们所设想的法律的状况。其次，论著可反映著述者的本国立场或其他个人立场。第三，论著的质量参差不齐。因此，评估特定著述的权威性至关重要；美国最高法院在Paquete Habana案中提到：

“法学家和法律评论家的著作――他们通过多年的劳动、研究和经验，特别熟悉其所研究的主题。司法法庭求助于这些著作，不是为了了解其著述者关于法律应当是什么的猜测，而是为了求得关于法律实际上是什么的可靠证据。”[[350]](#footnote-351)

(4) “国际法专家”一词源自《国际法院规约》，涵盖了其学术著作可阐明国际法问题的所有人。虽然其中大多数人必然是国际公法专家，但其他人也没有被排除在外。“最权威的”国际法专家的提法强调应该关注该领域知名者的论著。但是在最终的分析中，重要的是特定论著的质量，而不是著述者的声望；在这方面应该考虑的因素有，著述者在识别习惯国际法方面采取的方法，以及其文字忠于这种方法的程度。“各国”国际法专家的提法，着重指出尽可能考虑可代表各主要法律体系和全球各区域以及各种语言的论著的重要性。

(5) 在这方面，参与编纂和发展国际法的国际机构的工作成果是有用的资源。这类集体机构包括国际法学会(Institut de droit international)和国际法协会，以及专门领域的国际专家机构。必须仔细评估每一项工作成果的价值，参照所涉机构的任务授权和专业知识、其在特定问题上所开展工作的仔细程度和客观性、特定工作成果在机构内部获得的支持以及各国的认可程度。

第六部分  
一贯反对者

第六部分只包含一条关于一贯反对者的结论草案。

结论15  
一贯反对者

1. 如果一国在一项习惯国际法规则的形成过程中对其表示反对，只要该国坚持其反对立场，则该规则不可施用于该国。

2. 反对立场必须明确表示，向其他国家公开，并始终坚持。

评注

(1) 习惯国际法的规则，“就其本质而言，必须对国际社会的全体成员具有平等效力，因而不得受制于其中任何一方出于有利于自身的目的、任意行使的任何单方面排除的权利”。[[351]](#footnote-352) 尽管如此，一国若对一条开始形成的习惯国际法规则持续表示反对并且在该规则具体化以后保持反对，则该规则不可施用于该国。这通常被称为一贯反对者规则。

(2) 要把一贯反对者同为数众多的国家反对制定一条习惯国际法新规则并因而使该规则完全无法具体化(因不存在被接受为法律的一般惯例)的情况区分开来。[[352]](#footnote-353) 此项规则的适用须满足严格的条件。

(3) 一国通过不认可一条开始形成的习惯国际法规则或采取其他做法，从而对该规则表示反对的，可能采取以下两种姿态中的一种或两种：该国可寻求阻止这条规则的产生；并(或)旨在确保如果这条规则产生，则不可对该国施用。一个例子是，某些国家反对开始出现的、允许划定最大12海里领海的规则。这些国家可能希望把三海里、四海里或六海里领海统一成一条一般规则，但无论如何不准备接受其被执行宽度更大的领海。[[353]](#footnote-354) 如果一条习惯国际法规则被认定已产生，确立有权从一贯反对者地位获利的责任在于反对国。

(4) 一贯反对者规则在国际和国内判例法[[354]](#footnote-355) 以及在其他情况中[[355]](#footnote-356) 得到频繁援引和承认。虽然存在不同观点，但一贯反对者规则受到国家和著述者以及从事国际法工作的科学机构的广泛认可。[[356]](#footnote-357)

(5) 第1段明确表示，反对必须是在所涉规则形成过程中提出的。及时提出反对至关重要：该国必须在某一特定做法具体化、成为一条习惯国际法规则之前表示其反对；如果该国在尽可能早的时间如此行事，其立场将更有保障。虽然反对同违反的界限不常易于区分，但不存在所谓的嗣后反对者规则：一旦规则形成，反对将无助于希望免受约束的国家。

(6) 如果一国将其确立为持续反对者，只要其坚持反对立场，则该规则对其不适用；使用“不可施用”这一表述是为了反映持续反对者的例外立场。本段进一步说，一旦放弃反对立场(反对立场可随时明确或以其他方式加以放弃)，当事国就受该规则的约束。

(7) 第2段明确了一国确立并维持对一条习惯国际法规则的持续反对者地位所必须满足的严格要求。反对立场除必须在该做法具体化成为法律规则前提出外，还必须明确表示出来，这意味着不接受开始形成的规则或不受其约束的意图必须毫不含糊。[[357]](#footnote-358) 然而，不要求以特定形式提出反对立场。具体而言，以书面或口头形式明确提出的反对言辞(即相对于实际行动)足以维持反对国的法律立场。

(8) 必须向其他国家公开反对立场的要求意味着这一反对立场必须向国际社会传达，不能仅在内部发出声音。反对国须负责确保该反对立场确实为其他国家所知。

(9) 必须坚持反对立场的要求适用习惯国际法规则形成前和形成后。需要用现实的方式评估这一要求是否得到满足，并牢记每起案件的实际情况。这一要求意味着，首先，当情况要求重申反对立场时(也就是说，在沉默或不作为可合理得出该国已放弃其反对立场的结论的情况下)则应重申。例如，反对国可在出席再次肯定该规则的会议时重申其反对立场。然而，不应期待国家在每个场合作出反应，尤其是在其立场已广为知晓的情况下。第二，再次重复的反对立场必须总体一致，即无重大矛盾。

(10) 把结论草案15纳入本结论草案不影响强行法的任何问题。

第七部分  
特别习惯国际法

第七部分只包含一条结论草案，处理特别习惯国际法(有时被称为“区域习惯”或“特殊习惯”)的问题。一般习惯国际法规则对所有国家有约束力，而特别习惯国际法规则在数量有限的国家之间适用。特别习惯国际法规则虽然并不十分常见，但照顾到了不尽相同的、仅某些国家特有的利益和价值观，因而在国与国关系中发挥着重要作用。[[358]](#footnote-359)

结论16  
特别习惯国际法

1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的、地方的还是其他层面的，都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。

2. 要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

评注

(1) 可能存在着不具一般性的习惯国际法规则，这一点毫无争议。国际法院的判例确认这一点，曾经提到“特别适用于美洲国家法系的”[[359]](#footnote-360) 或“影响仅限于非洲大陆，正如以前仅限于西班牙语美洲的”[[360]](#footnote-361) 习惯国际法、“地方习惯”[[361]](#footnote-362) 以及“区域性”习惯国际法。[[362]](#footnote-363) 有的案件审理了明确此类规则的问题，包括：哥伦比亚－秘鲁庇护权案[[363]](#footnote-364) 和在印度领土上的通行权案。[[364]](#footnote-365) “特别习惯国际法”这一术语指的是与一般适用的习惯国际法规则相对的规则。选用这一术语而不用“特别习惯”，目的在于强调本结论草案关心的是法律规则，而不单单是习惯或惯例；各国之间可能确实存在不构成国际法规则的“地方习惯”。[[365]](#footnote-366)

(2) 结论草案16被放在整套结论草案的最后，是因为前面的结论草案总体上也适用于特别习惯国际法规则的确定，除本条结论草案另作规定的地方以外。尤其是正如本评注描述的那样，两要素法是适用的。[[366]](#footnote-367)

(3) 第1段具有定义的性质，解释特别习惯国际法仅在数量有限的国家之间适用。应该把它同一般习惯国际法区分开来，也就是同原则上适用于所有国家的习惯国际法区分开来。因此，特别习惯国际法规则本身不为第三国创设义务或权利。[[367]](#footnote-368)

(4) 特别习惯国际法规则可能适用于不同类型的国家集团形式。经常提到的是区域性的习惯规则，例如“特别适用于美洲国家法系的”规则(外交庇护制度就是一个常见的例子)。[[368]](#footnote-369) 特别习惯国际法可能涵盖一个较小的地域，例如一个次区域，或者甚至约束少至两个国家。这一习惯是通行权案中的争议点，国际法院认定：

“很难理解为什么必须要在两个以上的国家之间才能根据长期实践确立地方惯例。法院认为两国之间长期持续的、被其接受用于规范相互关系的惯例没有理由不应成为这两个国家之间相互权利和义务的根据。”[[369]](#footnote-370)

一些案件审理了对此类特别习惯国际法的主张，例如涉及以下问题：进入外国领土上飞地的权利，[[370]](#footnote-371) 由三个沿海国共有(共管)历史水域，[[371]](#footnote-372) 居住在两个沿岸国之间界河上的国民出于生计而捕鱼的权利，[[372]](#footnote-373) 跨国或国际过境免于移民手续的权利，[[373]](#footnote-374) 以及就管理两国界河上的发电问题达成协议的义务。[[374]](#footnote-375)

(5) 虽然适用特别习惯国际法规则的国家之间在地理上往往存在某种程度的密切关系，但这并不总是必需的。“不论是区域、地方还是其他层面的”这一表述的目的是承认虽然特别习惯国际法大多是区域、次区域或地方性的，但原则上没有理由认为由共同的事业、利益或活动(而非其地理位置)联系起来或构成一个利益共同体的国家间不应发展出一条特别习惯国际法规则，不论是通过条约还是其他方式加以确立的。

(6) 第2段讨论明确特别习惯国际法规则的实质性要求。从根本上说，判断这一规则是否存在，就是要寻找一条当事国之间通行、被其接受、规范其关系的一般惯例。国际法院在哥伦比亚－秘鲁庇护权案中就此事提供了指导意见，对于哥伦比亚关于存在一个“拉丁美洲国家特有的区域或地方习惯”的主张，法院认定：

“依据此种习惯的当事方必须证明，这一习惯建立的方式使之对另一当事方也已具有约束力。哥伦比亚政府必须证明其援引的规则符合有关国家采用的恒定、统一的惯例，并且这种惯例体现了属于给予庇护国的一项权利和领土所属国负有的一项义务。这源于《国际法院规约》第三十八条，其中称国际习惯为‘作为通例之证明而经接受为法律者’。”[[375]](#footnote-376)

(7) 两要素法既要求有一项一般惯例，又要求其被接受为法律(法律确信)，因而也适用于识别特别习惯国际法规则的情况。然而，在特别习惯国际法的情况下，惯例必须具有一般性的意思是，它必须是“各当事国中”(也就是在所涉规则适用的所有国家中)的一个一致惯例，每一国都必须已经接受这个惯例是它们自己之间的法律。就此而言，两要素法在特别习惯国际法规则的情况中适用得更为严格。

第六章  
与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

A. 导言

64. 委员会第六十届会议(2008年)决定将“条约随时间演变”专题列入其工作方案，并决定在第六十一届会议上设立一个专题研究组。[[376]](#footnote-377) 委员会第六十一届会议(2009年)设立了条约随时间演变专题研究组，由格奥尔格·诺尔特先生担任主席。在该届会议上，研究组的讨论侧重于确定要涵盖的问题、研究组的工作方法和委员会关于该专题的工作可能产生的成果。[[377]](#footnote-378)

65. 从第六十二届至第六十四届会议(2010年至2012年)，委员会都重新设立了研究组，由格奥尔格·诺尔特先生任主席。研究组审查了主席非正式提交的三份报告，这些报告分别讨论了国际法院和具有特别管辖权的仲裁法庭的相关判例；[[378]](#footnote-379) 在特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例；[[379]](#footnote-380) 以及在司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后惯例。[[380]](#footnote-381)

66. 在第六十四届会议上(2012年)，委员会根据研究组的建议[[381]](#footnote-382) 决定：(a) 按照研究组的建议，自第六十五届会议(2013年)起改变此专题的工作方式；(b) 任命格奥尔格·诺尔特先生为“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题特别报告员。[[382]](#footnote-383)

67. 在第六十五届会议上(2013年)，委员会审议了特别报告员的第一份报告([A/CN.4/660](http://undocs.org/A/CN.4/660))并暂时通过了五条结论草案及其评注。[[383]](#footnote-384)

68. 在第六十六届会议上(2014年)，委员会审议了特别报告员的第二份报告([A/CN.4/671](http://undocs.org/A/CN.4/671))并暂时通过了五条结论草案及其评注。[[384]](#footnote-385)

69. 在第六十七届会议上(2015年)，委员会审议了特别报告员的第三份报告([A/CN.4/683](http://undocs.org/A/CN.4/683))并暂时通过了一条结论草案及其评注。[[385]](#footnote-386)

B. 本届会议审议此专题的情况

70. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第四份报告([A/CN.4/694](http://undocs.org/A/CN.4/694))；报告探讨了出于条约解释的目的，专家条约机构的声明(第二章)和国内法院的裁决(第三章)作为条约下的惯例形式的法律意义，就这些问题分别提出了结论草案12和结论草案13。报告还讨论了结论草案的结构和范围(第四章)，提议列入一个新的结论草案1a, 并建议修订结论草案4第3段(第五章)。

71. 委员会在2016年5月24日至31日举行的第3303至3307次会议上审议了该报告。委员会在2016年5月31日举行的第3307次会议上决定将特别报告员提出的第1a和第12条结论草案送交起草委员会。

72. 委员会在2016年6月10日举行的第3313次会议上审议了起草委员会的报告，并一读通过了一套关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的13条结论草案(见下文C.1节)。在2016年8月4、5、8和9日举行的第3335至3337次、3340次和3341次会议上，委员会通过了关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案的评注(见下文C.2节)。

73. 委员会在2016年8月9日举行的第3341次会议上，根据其《章程》第16至第21条，决定通过秘书长将结论草案(见下文C节)转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2018年1月1日之前向秘书长提交这些评论和意见。

74. 委员会在2016年8月9日举行的第3341次会议上，向特别报告员格奥尔格·诺尔特先生表示深切感谢，由于他的杰出贡献，委员会得以圆满结束了对关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案的一读。

C. 委员会通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案案文

1. 结论草案案文

75. 委员会一读通过的结论草案案文载录如下。

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

第一部分  
导言

结论1[1a][[386]](#footnote-387)  
导言

本结论草案涉及嗣后协定和嗣后惯例在条约解释中的作用。

第二部分  
基本规则和定义

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。

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

结论4  
嗣后协定和嗣后惯例的定义

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

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

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

结论5  
嗣后惯例的归属

1. 第三十一和第三十二条所称的嗣后惯例可包括依国际法可归属于条约某一缔约方的任何适用条约的行为。

2. 其他行为，包括非国家行为者的行为，不构成第三十一和第三十二条所称的嗣后惯例。然而此种行为在评估条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义。

第三部分  
一般方面

结论6  
嗣后协定和嗣后惯例的识别

1. 为识别第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例，尤其须确定缔约方是否通过协定或惯例就条约的解释采取了立场。通常，如果缔约方只是商定暂不适用条约，或商定确立一种实际安排(临时协议)，便不属于这种情况。

2. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例可能具有各种形式。

3. 在根据第三十二条识别嗣后惯例时，尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

结论7  
嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响

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

2. 根据第三十二条确定的嗣后惯例也能有助于澄清条约的含义。

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

结论8[3]  
能够随时间演变的条约用语的解释

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

结论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。

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)和(b)项所称的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑，但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款(b)项所称的协定而必须积极适用嗣后惯例的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后惯例的接受。

第四部分  
具体方面

结论11[10]  
在缔约国大会框架内通过的决定

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

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

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

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。

结论13[12]  
专家条约机构的声明

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

2. 专家条约机构的声明对条约解释的意义取决于该条约的适用规则。

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

4. 本条结论草案不妨碍专家条约机构的声明可能以其他方式有助于条约的解释。

2. 结论草案案文及评注

76. 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

第一部分  
导言

结论1 [1a]  
导言

本结论草案涉及嗣后协定和嗣后惯例在条约解释中的作用。

评注

(1) 本结论草案旨在说明嗣后协定和嗣后惯例在条约解释中发挥的作用，立足于1969年《维也纳条约法公约》(下称“1969年《维也纳公约》”)。[[387]](#footnote-388) 这些结论草案识别并阐明了有关的考虑要素和实例，讨论了在适用《维也纳公约》关于解释的各项规则的过程中可能产生的某些问题，从而将嗣后协定和嗣后惯例置于了上述规则的框架之内。[[388]](#footnote-389)

(2) 这些结论草案并未论及嗣后协定和嗣后惯例可在条约解释过程中发挥作用的所有可设想的情况。例如，以下方面就没有得到具体讨论：嗣后协定和嗣后惯例对国家与国际组织之间或国际组织与国际组织之间所缔结条约的相关性。[[389]](#footnote-390) 这些结论草案没有处理国际组织通过的规则的解释问题、习惯国际法的识别或一般法律原则问题。这不妨碍第三十一条、包括其第三款(c)项所指的其他解释资料。根据第三款(c)项，对条约的解释应考虑到适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

(3) 这些结论草案旨在便利受命解释条约者的工作，其提供指导的对象除国际性法院和法庭外，还有各国(包括各国法院)、国际组织，以及非国家行为方和所有受命解释条约者。

第二部分  
基本规则和定义

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。

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”。[[390]](#footnote-391) 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。[[391]](#footnote-392)

第1段第1句――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[[392]](#footnote-393) 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：一是在解释过程中依照第三十一条均必须考虑的主要解释资料，[[393]](#footnote-394) 二是用以确定因适用第三十一条而产生的意思或依照第三十一条解释而条约意义或其术语仍属不明或难解时或所获结果显属荒谬或不合理时而用以确定意思的“解释之补充资料”。

第1段第2句――《维也纳公约》解释规则与习惯国际法

(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。[[394]](#footnote-395) 各种国际法院和法庭均承认这些规则的习惯性质，尤其是国际法院[[395]](#footnote-396) 、国际海洋法法庭(“海洋法法庭”)[[396]](#footnote-397)、国家间仲裁[[397]](#footnote-398)、世界贸易组织(世贸组织)上诉机构[[398]](#footnote-399)、欧洲人权法院[[399]](#footnote-400)、美洲人权法院[[400]](#footnote-401)、欧洲联盟法院[[401]](#footnote-402) 和《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》[[402]](#footnote-403) 之下的解决投资争端国际中心[[403]](#footnote-404) 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。[[404]](#footnote-405) 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。[[405]](#footnote-406) 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。[[406]](#footnote-407) 仲裁法庭在Young贷款仲裁案中认定，第一款“纳入”了一项“原则”。[[407]](#footnote-408) 海洋法法庭和欧洲人权法院更进一步，主张第三十三条整条反映了习惯法。[[408]](#footnote-409) 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。

第2段――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。[[409]](#footnote-410)

第3段――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。[[410]](#footnote-411)

第4段――第三十二条所称的其他嗣后惯例

(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。[[411]](#footnote-412) 第4段借用了第三十二条的“得使用”的措辞，以维持第三十一条提到的考虑解释资料的强制性和根据第三十二条使用补充解释资料的更多的任意性之间的区分。

(10) 特别是，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，[[412]](#footnote-413) 并得到各国际法院和法庭的承认，[[413]](#footnote-414) 在文献中[[414]](#footnote-415) 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。[[415]](#footnote-416) 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。

第5段――“单一的综合行动”

(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[[416]](#footnote-417) 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“单一的综合行动”，要求“适当强调”各种解释资料。[[417]](#footnote-418) “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。[[418]](#footnote-419) 委员会还在评注中表明，希望“强调解释过程是一个整体”。[[419]](#footnote-420)

(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。[[420]](#footnote-421) 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。[[421]](#footnote-422) 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。[[422]](#footnote-423) “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。[[423]](#footnote-424) 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，[[424]](#footnote-425) 结合上下文并根据条约的目的和宗旨，分析这些术语，[[425]](#footnote-426) 在进行条约解释的任何情况下，必须首先确定不同解释资料确切的相关性，然后才能将其“扔进熔炉”，[[426]](#footnote-427) 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。[[427]](#footnote-428) 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。[[428]](#footnote-429) 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。[[429]](#footnote-430)

(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。[[430]](#footnote-431) 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。[[431]](#footnote-432) 有人还提到，条约“性质”的概念对1969年《维也纳公约》而言并不陌生(例如，见第五十六条第一款(a)项)[[432]](#footnote-433) ，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。[[433]](#footnote-434) 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。[[434]](#footnote-435) 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)和(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例是缔约方对条约含义理解的客观证据，因而是适用第三十一条所反映的条约解释通则时的作准的解释资料。

评注

(1) 通过将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。[[435]](#footnote-436) 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：

“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”。[[436]](#footnote-437)

(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”。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”。[[437]](#footnote-438)

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”。

(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。[[438]](#footnote-439) 因此，与某些评论者的意见相反，[[439]](#footnote-440) 确定缔约国对条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。[[440]](#footnote-441) 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”，[[441]](#footnote-442) 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·沃尔多克爵士在其第三次报告中说，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”。[[442]](#footnote-443) (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。[[443]](#footnote-444)

(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”。[[444]](#footnote-445) 此种缔约国认为对其有约束力的有关条约权威解释的特别程序或协定的存在，可能排除或不排除额外使用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。[[445]](#footnote-446)

(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。[[446]](#footnote-447)

(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。[[447]](#footnote-448) 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[[448]](#footnote-449)，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。[[449]](#footnote-450)

(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”，[[450]](#footnote-451) 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”。[[451]](#footnote-452) 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。[[452]](#footnote-453)

(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。[[453]](#footnote-454) 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。[[454]](#footnote-455) 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。[[455]](#footnote-456)

(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。[[456]](#footnote-457)

(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。[[457]](#footnote-458) 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。[[458]](#footnote-459)

(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

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。[[459]](#footnote-460) 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”。[[460]](#footnote-461) 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。[[461]](#footnote-462)

(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”，[[462]](#footnote-463) 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。[[463]](#footnote-464) 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。[[464]](#footnote-465)

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。[[465]](#footnote-466) 1969年《维也纳公约》之下的“协定”一词[[466]](#footnote-467) 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，“修正协定可采取原条约缔约方所选择的任何形式”。[[467]](#footnote-468) 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。[[468]](#footnote-469)

(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。[[469]](#footnote-470) 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。[[470]](#footnote-471) 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。[[471]](#footnote-472)

(8) 但《北美自由贸易协定》法庭在CCFT诉美国案中，[[472]](#footnote-473) 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。[[473]](#footnote-474) 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。[[474]](#footnote-475) 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’……”[[475]](#footnote-476)

(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。[[476]](#footnote-477) 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。[[477]](#footnote-478)

(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或“谅解”。[[478]](#footnote-479) 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。[[479]](#footnote-480)

(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。[[480]](#footnote-481)

(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。[[481]](#footnote-482)

(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“提到”之前的那项条约。[[482]](#footnote-483) 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专案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。[[483]](#footnote-484) 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[[484]](#footnote-485) 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。该当事方提到的依据是一本声称“基于现行移民条例和实践以及[联合联络小组]中英双方的共同意见”编写的小册子。但法院不认为小册子的目的是第三十一条第三款(a)项意义下的“解释或适用”《联合声明》。[[485]](#footnote-486)

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。[[486]](#footnote-487)

(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。[[487]](#footnote-488) 因此，它不仅可以包括有助于确定一致意见的行为，也包括不作为，包括相关沉默。[[488]](#footnote-489) 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。

(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。”[[489]](#footnote-490)

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。[[490]](#footnote-491) 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“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，[[491]](#footnote-492) 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。[[492]](#footnote-493)

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的共同惯例，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。”[[493]](#footnote-494)

(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)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，[[494]](#footnote-495) 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。”[[495]](#footnote-496)

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”，[[496]](#footnote-497) 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”。[[497]](#footnote-498)

(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。[[498]](#footnote-499) 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围，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。”[[499]](#footnote-500)

(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”，[[500]](#footnote-501) 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”。[[501]](#footnote-502) 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，”[[502]](#footnote-503) “其余的少数例外，只能根据具体情况作出解释”。[[503]](#footnote-504)

(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”。[[504]](#footnote-505)

(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。[[505]](#footnote-506) 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，”[[506]](#footnote-507) 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。[[507]](#footnote-508)

(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)案中，[[508]](#footnote-509) 法庭根据《联合国海洋法公约》[[509]](#footnote-510) 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。[[510]](#footnote-511)

(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》[[511]](#footnote-512)，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。”[[512]](#footnote-513)

(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[[513]](#footnote-514) (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。[[514]](#footnote-515) 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。”[[515]](#footnote-516)

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。[[516]](#footnote-517)

(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……”[[517]](#footnote-518)

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。[[518]](#footnote-519)

(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”。[[519]](#footnote-520) 无论如何，第三十一条第三款(b)项下达成一致的嗣后惯例――作为作准的解释资料，与第三十二条之下(广义)的其他嗣后惯例，两者之间的区别意味着应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。[[520]](#footnote-521)

(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，[[521]](#footnote-522) 或是否一次适用条约足矣。[[522]](#footnote-523) 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。”[[523]](#footnote-524)

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。[[524]](#footnote-525)

(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。[[525]](#footnote-526) 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。[[526]](#footnote-527)

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。

第1段――构成嗣后惯例的行为

(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。[[527]](#footnote-528) 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。不过，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。”[[528]](#footnote-529)

(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》[[529]](#footnote-530) 第95条。[[530]](#footnote-531) 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。[[531]](#footnote-532) 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。[[532]](#footnote-533)

(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。[[533]](#footnote-534)

(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。[[534]](#footnote-535) 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。[[535]](#footnote-536) 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。[[536]](#footnote-537)

第2段――不构成嗣后惯例的行为

(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”。[[537]](#footnote-538)

(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，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。[[538]](#footnote-539)

(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、[[539]](#footnote-540) 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、[[540]](#footnote-541) 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。[[541]](#footnote-542) 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《维也纳公约》第2条(j)项就确认了这一点，其中提及“确立的惯例”，将其作为“组织的规则”的一种形式。[[542]](#footnote-543) 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，反映了国家惯例，因而也提供了相关指导。[[543]](#footnote-544) 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)](http://undocs.org/ch/S/RES/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。[[544]](#footnote-545) 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》[[545]](#footnote-546) 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，[[546]](#footnote-547) 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。[[547]](#footnote-548)

(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。[[548]](#footnote-549) 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，[[549]](#footnote-550) 红十字委员会还不时就1949年日内瓦四公约[[550]](#footnote-551) 及各项附加议定书[[551]](#footnote-552) 的解释提供指导，这是《运动章程》规定的任务。[[552]](#footnote-553) 该章程第5条第2款(7)项规定：

“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》。[[553]](#footnote-554) 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”。[[554]](#footnote-555) 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”。[[555]](#footnote-556)

(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[[556]](#footnote-557) 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》)[[557]](#footnote-558) 和2008年《集束弹药公约》(《都柏林公约》)[[558]](#footnote-559) 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。[[559]](#footnote-560)

(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。[[560]](#footnote-561) 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”[[561]](#footnote-562) 和“重大社会变革”[[562]](#footnote-563) 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”最终仍与国家惯例有关。[[563]](#footnote-564) Dudgeon诉联合王国案[[564]](#footnote-565) 和Christine Goodwin诉联合王国案[[565]](#footnote-566) 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”。[[566]](#footnote-567) 法院还指出，“在北爱尔兰本身，当局近年来也不再执行该法”。[[567]](#footnote-568) 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。”[[568]](#footnote-569)

(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[[569]](#footnote-570) 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[[570]](#footnote-571) 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。

第三部分  
一般方面

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。

第1段第一句――短语“就条约的解释”

(2) 第1段第一句提到，为了第三十一条第三款(a)项和(b)项的目的而识别嗣后协定和嗣后惯例，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。[[571]](#footnote-572) 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，[[572]](#footnote-573) 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下。[[573]](#footnote-574) 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。[[574]](#footnote-575) 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。[[575]](#footnote-576) 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，[[576]](#footnote-577) 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。[[577]](#footnote-578) 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。[[578]](#footnote-579) 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对解释作出的贡献，而且可能对履行举证责任[[579]](#footnote-580) 或满足其他规则的条件[[580]](#footnote-581) 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。[[581]](#footnote-582) 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”。[[582]](#footnote-583) 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”。[[583]](#footnote-584)

(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。[[584]](#footnote-585)

(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。[[585]](#footnote-586)

(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。[[586]](#footnote-587)

(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。”[[587]](#footnote-588) 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。[[588]](#footnote-589) 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。[[589]](#footnote-590)

(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：[[590]](#footnote-591)

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

……

“68. 此外，法庭指出，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。”[[591]](#footnote-592)

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。[[592]](#footnote-593) 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。[[593]](#footnote-594) 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。[[594]](#footnote-595) 美洲人权法院有时也使用立法实践作为一种解释手段。[[595]](#footnote-596) 与国际法院一样，欧洲人权法院甚至偶尔认为，缔约方对公约的某一特定解释“缺乏任何理解”可能表示它们就条约的解释采取了一种立场。[[596]](#footnote-597)

(15) 《关于战俘待遇的日内瓦公约》[[597]](#footnote-598) 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。[[598]](#footnote-599) 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。[[599]](#footnote-600) 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)。”[[600]](#footnote-601)

(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。[[601]](#footnote-602) 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。”[[602]](#footnote-603)

(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。[[603]](#footnote-604)

(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。[[604]](#footnote-605)

第1段第2句――暂不适用条约或临时协议

(19) 第1段第二句只起说明作用。该句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，[[605]](#footnote-606) 或商定确立一种实际安排(临时协议)。[[606]](#footnote-607) 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。”[[607]](#footnote-608) 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’”。[[608]](#footnote-609) 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。[[609]](#footnote-610) 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。[[610]](#footnote-611) 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。[[611]](#footnote-612) 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。

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。[[612]](#footnote-613) 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。[[613]](#footnote-614) 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。[[614]](#footnote-615)

(23) 国际一级的嗣后惯例不一定是联合行为。[[615]](#footnote-616) 各方有平行的行为即可。至于并行活动是否在实际上表达了某特定案件中对某项条约解释的共同理解(协定)，则是另一项单独的问题(见下文结论草案10[9]第1段)。[[616]](#footnote-617) 嗣后协定既见于有法律约束力的条约，亦见于谅解备忘录等没有约束力的文书。[[617]](#footnote-618) 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)。

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。[[618]](#footnote-619) 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[[619]](#footnote-620))，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。[[620]](#footnote-621) 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定或在适用条约方面采用一种惯例，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后惯例修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本条结论草案不影响《维也纳条约法公约》和习惯国际法关于修正或修改条约的规则。

评注

第1段第一句――澄清条约的含义

(1) 结论草案7涉及嗣后协定和嗣后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)。[[621]](#footnote-622) 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。[[622]](#footnote-623) 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。[[623]](#footnote-624) 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”。[[624]](#footnote-625) 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。[[625]](#footnote-626) 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[[626]](#footnote-627) 显示了嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料，可能如何在解释过程中通过与其他资料的互动，有助于澄清条约的含义。

(4) 嗣后协定和嗣后惯例可以通过从某个术语的多重含义中确认一个狭义的解释，从而帮助确定该术语的“通常含义”。例如，[[627]](#footnote-628) 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。”[[628]](#footnote-629)

(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。[[629]](#footnote-630) 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。”[[630]](#footnote-631)

(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。[[631]](#footnote-632)

(7) 条约应依其用语在“上下文”(第三十一条第一款)中具有的通常含义加以解释。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。[[632]](#footnote-633) 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》[[633]](#footnote-634) 第28(a)条下“八个……最大船主国”一词的含义。鉴于“最大船主国”的概念可以有不同解释(例如按“登记吨位”或“国民财产”计算)，且该组织及其成员没有第28(a)条下的相关实践，法院转而参照公约其他条款下的实践，提出：

“鉴于执行《公约》的各项条款都是基于登记吨位……委员会因此认为，在起草[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。”[[634]](#footnote-635)

(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。[[635]](#footnote-636) 嗣后协定和嗣后惯例也可有助于澄清条约的目的及宗旨，[[636]](#footnote-637) 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[[637]](#footnote-638) 和石油平台案[[638]](#footnote-639) 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。”[[639]](#footnote-640)

第1段第二句――缩小或扩大或确定可能的解释范围

(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。[[640]](#footnote-641)

(11) 例如，虽然按照1944年《国际民用航空公约》[[641]](#footnote-642) 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。[[642]](#footnote-643) 另一个案例是1961年《维也纳外交关系公约》第二十二条第三款，[[643]](#footnote-644) 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，[[644]](#footnote-645) 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。[[645]](#footnote-646) 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。[[646]](#footnote-647) 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》[[647]](#footnote-648) 第十二条规定：

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

虽然“应”一词表示国家有义务使用特殊标志，在任何情况下都标明医务人员和医务运输工具，但嗣后惯例显示国家在适用该条时可拥有一定的酌处权。[[648]](#footnote-649) 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。”[[649]](#footnote-650)

(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[[650]](#footnote-651) 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。[[651]](#footnote-652) 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害，[[652]](#footnote-653) 或是屡次违法，[[653]](#footnote-654) 甚至为了执行关于酒后驾车的法律发出这类通知。[[654]](#footnote-655) 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。[[655]](#footnote-656)

第2段――第三十二条之下其他嗣后惯例

(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”，这不仅是为了确定某些情况下条约的含义，而且也用来――并且总是可以用来――证实适用第三十一条得出的含义。[[656]](#footnote-657)

(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。[[657]](#footnote-658) 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。”[[658]](#footnote-659) 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。[[659]](#footnote-660)

(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》[[660]](#footnote-661) 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，[[661]](#footnote-662) 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。[[662]](#footnote-663)

(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和狭义的解释。例如，联合王国上议院援引缔约方嗣后行为，将《华沙公约》第二十六条第(2)款所述“损害”一词解释为亦包含“损失”。[[663]](#footnote-664) 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造成的事件。[[664]](#footnote-665) 另一个限制性解释的例子是澳大利亚联邦法院在裁决中将《维也纳外交关系公约》第二十二条所述“损害尊严”一词解释为仅要求接受国提供保护，防止破坏和平或扰乱使馆基本职能的行为，而不涉及任何形式的骚扰或侮辱。[[665]](#footnote-666)

(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。[[666]](#footnote-667) 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。[[667]](#footnote-668) 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。[[668]](#footnote-669) 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。”[[669]](#footnote-670)

(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。[[670]](#footnote-671) 另一方面，当不同国内法域的惯例存在差异时，应着重于更具代表性的法域集团的惯例，[[671]](#footnote-672) 并将更大权重赋予更高级法院的裁决。[[672]](#footnote-673)

第3段――解释与修改或修正

(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……”。[[673]](#footnote-674)

(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。[[674]](#footnote-675) 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。[[675]](#footnote-676) 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。”[[676]](#footnote-677)

(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。[[677]](#footnote-678) 国际判例法和国家实践表明，[[678]](#footnote-679) 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。[[679]](#footnote-680) 因此，不排除协定对条约的修改，但也不假定具有这种效果。[[680]](#footnote-681)

(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。”[[681]](#footnote-682)

(26) 该条款草案在维也纳会议上引起了激烈争论。[[682]](#footnote-683) 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。许多著述者得出结论称，谈判国只是不想在1969年《公约》中讨论该问题，而按照习惯法的一般规则，确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后惯例的确可以修改条约。[[683]](#footnote-684) 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”。[[684]](#footnote-685) 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”。[[685]](#footnote-686) 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”。[[686]](#footnote-687)

(28) 除了在关于航行权和相关权利的争端案中的判词外，[[687]](#footnote-688) 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。[[688]](#footnote-689) 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。[[689]](#footnote-690)

(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……”[[690]](#footnote-691)

(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。[[691]](#footnote-692) 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。[[692]](#footnote-693) 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。[[693]](#footnote-694)

(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。[[694]](#footnote-695) 仲裁法庭相反的裁决或是被视为“个别特例”[[695]](#footnote-696) ，或是在《维也纳公约》之前作出，已作为重要参考。[[696]](#footnote-697)

(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。[[697]](#footnote-698) 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”。[[698]](#footnote-699)

(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)。”[[699]](#footnote-700)

(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)。”[[700]](#footnote-701)

(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。[[701]](#footnote-702)

(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，[[702]](#footnote-703) 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。[[703]](#footnote-704) 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。[[704]](#footnote-705) 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。[[705]](#footnote-706) 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。[[706]](#footnote-707)

(38) 总之，虽然国际判例法中有人认为只要条约中没有相反的表示，则理论上缔约方达成一致的嗣后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。[[707]](#footnote-708) 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。[[708]](#footnote-709)

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

(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[[709]](#footnote-710) 的一般问题历来是这样提出的：条约是应当根据其缔结时的情况和法律来解释(“当时意义”或“静态”解释)，还是应当根据适用之时的情况和法律来解释(“演进性”、“演变性”或“动态性”解释)。[[710]](#footnote-711) 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”，[[711]](#footnote-712) 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。[[712]](#footnote-713) 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”。[[713]](#footnote-714)

(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。”[[714]](#footnote-715) 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。[[715]](#footnote-716)

(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。

(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。

(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。[[716]](#footnote-717) 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”、[[717]](#footnote-718) “主航道或河流最深线”、[[718]](#footnote-719) 地名、[[719]](#footnote-720) “河口”[[720]](#footnote-721))。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。[[721]](#footnote-722) 条约某个用语具有“非特定”性质[[722]](#footnote-723)，以及条约旨在“长期有效”，[[723]](#footnote-724) 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’”。[[724]](#footnote-725) 海洋法法庭海底争端分庭认为，某些“确保……的义务”的含义[[725]](#footnote-726) “会随着时间而变化”，[[726]](#footnote-727) 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”。[[727]](#footnote-728) 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”。[[728]](#footnote-729) 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。[[729]](#footnote-730) 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。[[730]](#footnote-731)

(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。[[731]](#footnote-732)

(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”。[[732]](#footnote-733)

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。

(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。[[733]](#footnote-734)

(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。[[734]](#footnote-735) 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。[[735]](#footnote-736) 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。[[736]](#footnote-737)

(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。”[[737]](#footnote-738)

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”。[[738]](#footnote-739) 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”。[[739]](#footnote-740)

(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，[[740]](#footnote-741) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭的审判分庭为界定《关于战时保护平民之日内瓦公约》第二十七条[[741]](#footnote-742) 、《第一附加议定书》(《第一议定书》)第七十六条第一款[[742]](#footnote-743) 和《第二附加议定书》(《第二议定书》)第四条第二款(五)项[[743]](#footnote-744) 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……”[[744]](#footnote-745)

(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。[[745]](#footnote-746) 尽管该法院并不一般要求第三十一条第三款(b)项意义上的“当事国对其解释的一致意思……”，但其采取演进办法的裁定往往辅之以对嗣后(国家、社会和国际法律)惯例的详细叙述。[[746]](#footnote-747)

(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。[[747]](#footnote-748) 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。”[[748]](#footnote-749)

(16) 人权事务委员会偶尔也采用基于国家惯例的发展的演进性办法。因此，在法官诉加拿大案中，人权事务委员会放弃了其在Kindler案[[749]](#footnote-750) 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。”[[750]](#footnote-751)

在Yoon和Choi案中，委员会强调，《公民权利和政治权利国际公约》[[751]](#footnote-752) 所载任何权利的含义都随时间演变，并得出结论认为，《公约》第十八条第3款现在至少提供了某种保护，使人不致被迫违背自己真心持有的宗教信仰而行动。委员会得出这一结论是因为，“越来越多保持义务兵役制度的缔约国实行了义务兵役的替代办法”。[[752]](#footnote-753)

(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。”[[753]](#footnote-754)

(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。

(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》[[754]](#footnote-755) 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”。[[755]](#footnote-756) 德国联邦宪法法院在一系列涉及在冷战结束后已改变的安全局势下解释《北大西洋公约》[[756]](#footnote-757) 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。[[757]](#footnote-758)

(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》[[758]](#footnote-759) 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。[[759]](#footnote-760)

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)。

第1段――权重：清晰性、特定性和其他因素

(2) 第1段讨论第三十一条第三款下的嗣后协定或嗣后惯例的权重，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、[[760]](#footnote-761) 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清晰性以及对于有关条约的特定性。[[761]](#footnote-762) 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[[762]](#footnote-763)。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。”[[763]](#footnote-764)

(4) 尽管国际法院和各个仲裁法庭倾向于对更具有特定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。[[764]](#footnote-765) 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。”[[765]](#footnote-766)

(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”，[[766]](#footnote-767) 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”。[[767]](#footnote-768)

第2段――权重：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。[[768]](#footnote-769)

(7) 关于第三十一条第三款(b)项中“嗣后惯例”[[769]](#footnote-770) 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”。[[770]](#footnote-771)

(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。[[771]](#footnote-772) 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[[772]](#footnote-773) 和欧洲人权法院[[773]](#footnote-774) 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[[774]](#footnote-775)，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”。[[775]](#footnote-776) 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。[[776]](#footnote-777) 世贸组织上诉机构自己也曾采取这一有略微差别的态度。[[777]](#footnote-778)

(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。”[[778]](#footnote-779) 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。[[779]](#footnote-780)

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。”[[780]](#footnote-781)

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……”。[[781]](#footnote-782)

为了确定这类嗣后惯例的“相关性”，上诉机构援引“客观因素”：

“这些包括会议、文件或文书的类型及其法律性质；背景与缔结条约的时间联系；确实了解还是只是能够查阅出版的法案或文书；涉及需解释条约条款的文件、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。”[[782]](#footnote-783)

(13) 尽管上诉机构并未使用“特定性”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”。[[783]](#footnote-784)

(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。”[[784]](#footnote-785)

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)和(b)项所称的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑，但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款(b)项所称的协定而必须积极适用嗣后惯例的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后惯例的接受。

评注

第1段第一句――“共同理解”

(1) 第1段第一句提出了一项原则，即第三十一条第三款(a)项和(b)项所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[[785]](#footnote-786) 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。

(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[[786]](#footnote-787) 的一个要素是所有缔约方就条约解释达成的“协定”。正是缔约方的这种协定使第三十一条第三款所述的解释资料[[787]](#footnote-788) 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。[[788]](#footnote-789)

(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。[[789]](#footnote-790)

(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够使人得出结论，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[[790]](#footnote-791)。以全人类的考虑或其他总体人群利益为特点的条约，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[[791]](#footnote-792) ，但是，并不是一国行为中不符合总体情况的每个要素都必然导致该国行为具有模糊性。例如，仲裁法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。”[[792]](#footnote-793)

(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。”[[793]](#footnote-794) 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。[[794]](#footnote-795) 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。[[795]](#footnote-796)

(7) 1969年《维也纳公约》中的“协定”一词[[796]](#footnote-797) 并不意味着任何具体的形式要求，[[797]](#footnote-798) 包括第三十一条第三款(a)项和(b)项所述的“协定”[[798]](#footnote-799) 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”。[[799]](#footnote-800) 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。[[800]](#footnote-801)

(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/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。”[[801]](#footnote-802) 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。[[802]](#footnote-803) 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。

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，[[803]](#footnote-804) 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。[[804]](#footnote-805)

(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。[[805]](#footnote-806) “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。[[806]](#footnote-807) 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。[[807]](#footnote-808) 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。[[808]](#footnote-809)

(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[[809]](#footnote-810) ，或者换句话说，对条约采取一种特定的“谅解”[[810]](#footnote-811) 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。[[811]](#footnote-812) 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。[[812]](#footnote-813) 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”。[[813]](#footnote-814)

(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。

第2段――参与嗣后惯例的形式

(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。”[[814]](#footnote-815)

(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”。[[815]](#footnote-816) 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[[816]](#footnote-817) ，并得到大多数法学著作的支持。[[817]](#footnote-818) “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。[[818]](#footnote-819)

(16) 仲裁法院在比格尔海峡案[[819]](#footnote-820) 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：

“《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。”[[820]](#footnote-821)

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。”[[821]](#footnote-822)

(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。”[[822]](#footnote-823)

(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。[[823]](#footnote-824)

(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。[[824]](#footnote-825)

(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。[[825]](#footnote-826) 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。”[[826]](#footnote-827)

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。”[[827]](#footnote-828)

(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。[[828]](#footnote-829) 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。[[829]](#footnote-830) 如果条约设想的合作形式属于国际组织范围之内，而该组织规定为了解释的目的不得使用缔约方的惯例及其沉默，情况则有所不同。[[830]](#footnote-831)

(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。[[831]](#footnote-832)

(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。[[832]](#footnote-833) 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。[[833]](#footnote-834) 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。[[834]](#footnote-835)

第四部分  
具体方面

结论11[10]  
在缔约国大会框架内通过的决定

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

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

3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达了缔约国之间就条约的解释达成的实质性协议，则不论决定以何种形式和程序通过，包括经协商一致通过，均构成第三十一条第三款所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。[[835]](#footnote-836)

第1段――缔约国大会的定义

(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。[[836]](#footnote-837) 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)。[[837]](#footnote-838) 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。[[838]](#footnote-839) 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，[[839]](#footnote-840) 1968年《不扩散条约》第八条第3款规定的审查会议，[[840]](#footnote-841) 和国际环境条约所设立的缔约方大会。[[841]](#footnote-842) 依照《国际捕鲸管制公约》成立的国际捕鲸委员会[[842]](#footnote-843) 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。[[843]](#footnote-844)

(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)。

第2段第一句――决定所具有的法律效力

(5) 第2段第一句承认，缔约国大会采取的任何行动的法律意义首先取决于规范缔约国大会的规则，最主要的是组织条约和任何适用的程序规则。缔约国大会开展各种行动，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。[[844]](#footnote-845)

(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。”

(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”[[845]](#footnote-846) 或定义条约机制的“相关的原则、方式、规则和指南”。[[846]](#footnote-847)

(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[[847]](#footnote-848) ，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。[[848]](#footnote-849)

(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、第二十二条第一款、第二十四条、第七十条第一款和第七十二条第一款)留出了余地。“任何”一词是澄清说明，缔约国大会如有议事规则的话也将适用，因为也有一些情况，即缔约国大会在没有专门通过的议事规则的情况下运作。[[849]](#footnote-850)

第2段第二句――决定可能体现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”。[[850]](#footnote-851) 通过这些谅解，缔约国通过界定、明确或阐述条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[[851]](#footnote-852) 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。[[852]](#footnote-853)

(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》) [[853]](#footnote-854) 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。[[854]](#footnote-855)

(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’。”[[855]](#footnote-856)

(14) 评论者也认为缔约国大会的决定可能体现嗣后协定[[856]](#footnote-857)，并指出：

“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。”[[857]](#footnote-858)

(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。”[[858]](#footnote-859)

(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、储存或以其他方法取得或保有：

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

(18) 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”；[[859]](#footnote-860)

(19) 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》[[860]](#footnote-861) 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[[861]](#footnote-862) 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：

“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》约束的其他国家和区域经济一体化组织。”[[862]](#footnote-863)

(21) 默认接受程序导致的行为[[863]](#footnote-864) 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。[[864]](#footnote-865) 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。[[865]](#footnote-866) 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。”[[866]](#footnote-867) 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”。[[867]](#footnote-868) 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。

(22) 《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》[[868]](#footnote-869) 第17条第5款规定，“修正案……将自保存人收到至少四分之三的接受[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》。”[[869]](#footnote-870)

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”。[[870]](#footnote-871) 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。[[871]](#footnote-872) 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办法，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[[872]](#footnote-873) ，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办法。”[[873]](#footnote-874)

(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。

第2段第三句――决定可能提供一系列可行的选择

(24) 结论草案11[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一系列可行的选择。这些决定不一定体现为满足条约解释目的的嗣后协定和嗣后惯例，即使决定是协商一致作出的。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)。”[[874]](#footnote-875)

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。

整个第2段

(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。此类决定可能产生一种法律效力，与在条约下合作的一般性义务结合到一起，“因而缔约方有义务”对此类决定“给予应有的注意”。[[875]](#footnote-876) 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。[[876]](#footnote-877)

(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。[[877]](#footnote-878) 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。[[878]](#footnote-879)

第3段――关于条约解释的协定

(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。[[879]](#footnote-880) 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。”[[880]](#footnote-881)

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](http://undocs.org/ch/A/RES/60/286)号决议发布的“关于某些程序性问题的评论”：[[881]](#footnote-882)

“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。”[[882]](#footnote-883)

(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系的。[[883]](#footnote-884)

(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。[[884]](#footnote-885) 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”。[[885]](#footnote-886) 主席宣布结束辩论，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”。[[886]](#footnote-887)

(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。[[887]](#footnote-888) 法律顾问的意见[[888]](#footnote-889) 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的限制”。[[889]](#footnote-890) 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)，[[890]](#footnote-891) 提出了“协商一致”是指什么的重要问题。[[891]](#footnote-892) 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。”[[892]](#footnote-893) 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。[[893]](#footnote-894)

(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[[894]](#footnote-895) ，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。[[895]](#footnote-896) 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。[[896]](#footnote-897)

(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。[[897]](#footnote-898) 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。[[898]](#footnote-899)

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。

评注

一般方面

(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。”[[899]](#footnote-900)

(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。[[900]](#footnote-901)

(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，[[901]](#footnote-902) 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。[[902]](#footnote-903)

(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。[[903]](#footnote-904) 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，[[904]](#footnote-905) 包括不适用于解释各国际法院的裁决，[[905]](#footnote-906) 或解释法院或法庭“明确一贯的判例”[[906]](#footnote-907) (“一贯判例”)的效果。[[907]](#footnote-908) 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。

第1段――第三十一条和第三十二条的适用性

(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。[[908]](#footnote-909) 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。”[[909]](#footnote-910)

(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。”[[910]](#footnote-911)

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

“但国际组织的组成文书也是特定类型的条约；其目的是组建具有一定自主权的新的法律主体，该法律主体受各缔约方的委托负责实现共同的目标。此类条约由于除其他外同时具有公约性和创设性特征，会引起具体的解释问题；所设组织的性质、创设者赋予的目标、与有效行使其职能相关的规则、以及其自身惯例，这些都是在需要解释组成条约时值得特别重视的要素。”[[911]](#footnote-912)

(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’。”[[912]](#footnote-913)

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。”[[913]](#footnote-914)

(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。[[914]](#footnote-915) 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，[[915]](#footnote-916) 得出结论认为：

“从上文第64段和第65段所分析的条约文本和[缔约方]惯例看，乍得湖盆地委员会是一个在特定地域范围内行使权力的国际组织；然而，该委员会的宗旨不包括在区域一级解决维护国际和平与安全方面的问题，因此不属于《宪章》第八章适用的范畴。”[[916]](#footnote-917)

(12) 第三十一条第三款(a)项也适用于国际组织组成条约。[[917]](#footnote-918) 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。[[918]](#footnote-919) 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。”[[919]](#footnote-920)

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’。”[[920]](#footnote-921)

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。[[921]](#footnote-922)

(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。[[922]](#footnote-923) 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。”[[923]](#footnote-924)

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。”[[924]](#footnote-925)

(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。[[925]](#footnote-926) 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。[[926]](#footnote-927) 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。

第2段――嗣后协定和嗣后惯例“出自”或“体现在”会员国的反应中

(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)。[[927]](#footnote-928)

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

“使用核武器的合法性问题在世卫组织一被提出来，就在不无反对的情况下通过了第WHA46.40号决议。该决议独立来看，不能被认为体现或等同于下述惯例――该惯例在该组织各成员之间确立了解释《组织法》的协定，即赋予该组织处理使用核武器合法性问题的权力。”[[928]](#footnote-929)

(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”。[[929]](#footnote-930)

(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。”[[930]](#footnote-931)

(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。

“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。”[[931]](#footnote-932)

(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。[[932]](#footnote-933) 在这方面，若干著述者得出的结论是，在某些情形下，第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定可出自或体现在国际组织全体机关的行动中，[[933]](#footnote-934) 例如联合国大会的行动。[[934]](#footnote-935) 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，[[935]](#footnote-936) 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”。[[936]](#footnote-937)

(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。[[937]](#footnote-938)

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”。[[938]](#footnote-939) 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。”[[939]](#footnote-940)

通过使用“大会被接受的惯例”这一说法，[[940]](#footnote-941) 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。[[941]](#footnote-942)

(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”，[[942]](#footnote-943) 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”。[[943]](#footnote-944)

(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[[944]](#footnote-945) ，也是该组织一个机关的名称)(无约束力)的建议，澄清说这些建议如果经“协商一致或一致表决获得通过，则可能对《公约》或其附表的解释有意义”。[[945]](#footnote-946) 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。”[[946]](#footnote-947)

(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。[[947]](#footnote-948)

国际组织自身惯例

(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”。[[948]](#footnote-949)

(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。”[[949]](#footnote-950)

(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：

“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。”[[950]](#footnote-951)

(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。[[951]](#footnote-952)

(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’”。[[952]](#footnote-953)

(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。[[953]](#footnote-954) 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。[[954]](#footnote-955)

(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，[[955]](#footnote-956) 但许多著述者对于如何按维也纳解释规则来说明国际组织“自身惯例”对解释的意义，有不同的理解。[[956]](#footnote-957) 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。[[957]](#footnote-958) 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。[[958]](#footnote-959) 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。[[959]](#footnote-960)

(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”。[[960]](#footnote-961) 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。[[961]](#footnote-962)

(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。[[962]](#footnote-963) 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？[[963]](#footnote-964)

(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。[[964]](#footnote-965) 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。[[965]](#footnote-966)

(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。[[966]](#footnote-967)

第4段――不妨碍“组织规则”

(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。

(39) 委员会在其2011年关于国际组织的责任的条款草案总评注中表示：

“各国际组织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。”[[967]](#footnote-968)

(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。[[968]](#footnote-969) 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。[[969]](#footnote-970) 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。[[970]](#footnote-971) 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”。[[971]](#footnote-972) “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。”[[972]](#footnote-973)

(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的条款草案第二条(b)项，都将“组织的既定惯例”认定为“该组织的规则”。[[973]](#footnote-974) 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。[[974]](#footnote-975) 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，[[975]](#footnote-976) 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。[[976]](#footnote-977)

结论13 [12]  
专家条约机构的声明

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

2. 专家条约机构的声明对条约解释的意义取决于该条约的适用规则。

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

4. 本条结论草案不妨碍专家条约机构的声明可能以其他方式有助于条约的解释。

评注

第1段――“专家条约机构”这一术语的定义

(1) 一些条约会设立机构，由以个人身份任职的专家组成，负责监测这些条约的适用情况，或以其它方式为适用这些条约作出贡献。在各项全球性人权条约之下设立的委员会就是这种专家条约机构的例子，[[977]](#footnote-978) 例如消除种族歧视委员会[[978]](#footnote-979)、人权事务委员会[[979]](#footnote-980)、消除对妇女歧视委员会[[980]](#footnote-981)、残疾人权利委员会[[981]](#footnote-982)、儿童权利委员会[[982]](#footnote-983) 和禁止酷刑委员会[[983]](#footnote-984)。其他专家条约机构包括：《联合国海洋法公约》之下的大陆架界限委员会[[984]](#footnote-985)、《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(《奥胡斯公约》)遵约委员会[[985]](#footnote-986) 和《麻醉品单一公约》之下的国际麻醉品管制局[[986]](#footnote-987)。

(2) 第1段对“专家条约机构”这一术语的定义仅仅是“为本结论草案的目的”。本条结论草案并未以其他方式声称本条为其他目的对这种机构的地位及其行动可能产生的法律效果作出了声明。

(3) “以个人身份任职”这一术语意味着专家条约机构的成员履职行事时不接受政府指示。[[987]](#footnote-988) 结论草案13 [12]不涉及由政府代表组成的机构。由各国代表组成、不属于国际组织机关的机构的产出，是由此在其框架内集体行动的这些国家的一种形式的惯例。[[988]](#footnote-989)

(4) 结论草案13 [12]也不适用于属于国际组织机关的机构。[[989]](#footnote-990) 属于国际组织机关的机构的产出首先归于该组织。[[990]](#footnote-991) 将属于国际组织机关的机构排除在结论草案13 [12]的范围之外是出于形式上的考虑，因为本结论草案不是侧重于阐明《维也纳公约》的解释规则的相关性。这不排除本结论草案的实质性内容比照适用于属于国际组织机关的独立专家机构的声明。

(5) “根据一项条约设立”这一表述指某具体的条约专家机构的设立或职权是由一项条约规定的。大多数情况下，可以清楚地看出这些条件是否满足，但也可能存在模棱两可的情况。例如，经济、社会及文化委员会是由国际组织决议设立的机构，[[991]](#footnote-992) 但随后被《经济、社会及文化权利国际公约任择议定书》赋予了“审议”某些“来文”的职权。[[992]](#footnote-993) 这一机构属于结论草案13 [12]意义内的专家条约机构，因为该委员会行使某些职权是依照一项条约的规定。《联合国气候变化框架公约京都议定书》遵约委员会是另一个模棱两可的例子。该机构是由缔约方会议的一项决定设立的，但《议定书》第十八条也暗示了要设立该机构。[[993]](#footnote-994)

第2段――条约规则的优先地位

(6) 各项条约采用不同的术语来指称专家条约机构不同形式的行动，例如，“意见”[[994]](#footnote-995)、“建议”[[995]](#footnote-996)、“评论”[[996]](#footnote-997)、“措施”[[997]](#footnote-998) 和“后果”[[998]](#footnote-999)。为本结论草案的目的，结论草案13 [12] 采用了“声明”这一一般性术语。[[999]](#footnote-1000) 该术语涵盖了专家条约机构所有有关的行动形式。对某些机构使用的其他一般性术语包括“判例”[[1000]](#footnote-1001) 和“产出”[[1001]](#footnote-1002)。

(7) 第2段强调，凡是专家条约机构的声明，其所具备的任何可能的法律效果均首先取决于适用的条约本身的具体规则。因此，这种可能的法律效果可能非常不同。必须通过适用《维也纳公约》所载的条约解释规则来确定法律效果。一项条约用来指称某具体形式的声明的术语的一般意义或其上下文通常会明确显示，这种声明并不具备法律约束力。[[1002]](#footnote-1003) 例如，“意见”(《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》第五条第4款)、“意见与建议”(《消除一切形式种族歧视国际公约》第十四条第八款)和“建议”(《联合国海洋法公约》第七十六条第8款)等术语就属于这种情况。

(8) 为当前目的，没有必要对不同专家条约机构的职权作出详细描述。例如，各人权条约之下的专家条约机构的声明往往是针对国家报告通过的(例如“结论性意见”)，或针对个人来文通过的(例如，“意见”)，或者涉及各自条约的一般性执行或解释(例如，“一般性意见”)。[[1003]](#footnote-1004) 条约的不同具体条款对这种声明予以规范，主要是确定其法律效果，但这种声明也往往会明确或隐晦地对条约进行解释，提出一些一般性问题，而这些问题是结论草案13 [12]试图解决的。[[1004]](#footnote-1005)

第3段第一句――“可产生或提及……嗣后协定或嗣后惯例”

(9) 专家条约机构的声明本身不能构成第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例，因为该条款规定，必须有一项确定各缔约方对条约解释之协定的嗣后惯例。这一点已得到证实，人权事务委员会一项提案草稿引发的反响就是一例佐证。人权事务委员会在提案中表示，其自身的“全体判例”或各国对这些判例的默认，可构成第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例。人权事务委员会的提案内容是：

“就本委员会产生的全体判例而言，可认为这些判例构成在《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项意义内的‘嗣后在条约适用方面确定各缔约方对条约解释之协定之惯例’，或可认为缔约国对这些裁定的默认亦构成这种惯例。”[[1005]](#footnote-1006)

(10) 这一提法受到了一些国家的批评，[[1006]](#footnote-1007) 委员会便没有继续推动这一提议，通过的第33号一般性意见没有提及第三十一条第三款(b)项。[[1007]](#footnote-1008) 这件事证明，专家条约机构的声明本身并不能构成第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例。

(11) 但是，专家条约机构的声明可能会引起或提及缔约国某项嗣后协定或依第三十一条第三款(a)项或(b)项就条约的解释确立协定的某项实践。各国[[1008]](#footnote-1009)、委员会[[1009]](#footnote-1010)、国际法协会[[1010]](#footnote-1011) 和许多著述者[[1011]](#footnote-1012) 都承认了这种可能性。的确，一个专家条约机构的声明不能引起或提及缔约国之间嗣后的某项协定或缔约国嗣后就条约解释确立的协定的某项实践，是没有理由的。

(12) 虽然一个专家条约机构的声明在原则上可引起嗣后的某项协定或缔约国本身嗣后在第三十一条第三款(a)项或(b)项下的某种实践，但在实际中这种结果的取得并不容易。在国际层面设立了专家条约机构的大多数条约具有很多缔约方。要想确定所有缔约方是否都明确或含蓄接受一个专家条约机构的某项特定声明表示对条约的一种特定解释，经常是困难的。

(13) 辨认反映在专家条约机构的声明中的缔约方之间就条约解释达成的协议的一种可能办法是，审视国际组织以及缔约方大会的决议。特别是联合国大会决议，可能明确或含蓄地提到专家条约机构的声明。例如，联大关于“反恐活动中保护人权和基本自由”的两项决议[[1012]](#footnote-1013) 就是这种情况，其中明确提到了人权事务委员会关于紧急状态期间《公约》条款减损的第29(2001)号一般性意见。[[1013]](#footnote-1014) 的两项决议都重申各国有义务在任何情况下尊重《公民权利和政治权利国际公约》下的某些权利，不得减损，并以第29号一般性意见解释和具体说明缔约国在《公约》第四条之下的义务时使用的措辞强调了减损的“例外和临时性质”。[[1014]](#footnote-1015) 这两项决议未经表决获得通过；如果协商一致意见体现出所有缔约国接受上述声明所载的解释，则这些决议反映了第三十一条第三款(a)项或(b)项所称的嗣后协定。[[1015]](#footnote-1016)

(14) 经济、社会、文化权利委员会第15(2002)号一般性意见中的声明指出，《公约》第十一条和第十二条隐指与水有关的人权，[[1016]](#footnote-1017) 这是反映缔约方可能借以达成协议的方式的另一个例子。在经过数年辩论之后，联大2015年12月17日未经表决通过了一项决议，使用经济、社会、文化权利委员会第15号一般性意见中为了解释获得安全饮用水的人权而采用的措辞界定了这项权利。[[1017]](#footnote-1018) 该项决议可能指向第三十一条第三款(a)项或(b)项所称的协定，取决于协商一致意见是否体现出所有缔约方都接受该项声明中的解释。[[1018]](#footnote-1019)

(15) 大会其他决议明文提及专家条约机构的声明[[1019]](#footnote-1020) 或呼吁国家考虑有关条约机构对相关条约执行情况的建议、评论和一般性意见。[[1020]](#footnote-1021) 缔约国会议的决议，以及《奥胡斯公约》遵约委员会的建议也可以这样做。[[1021]](#footnote-1022) 不过，在断定这类决议是否意味着第三十一条第三款(a)项或(b)项下的嗣后协定或嗣后惯例之前，必须谨慎对待这类决议。

(16) 即使专家条约机构的声明不产生或提及确立条约所有缔约方一致意思的嗣后协定或嗣后惯例，也可以有助于识别第三十二条意义下、不确立这类一致意思的其他嗣后惯例。例如，人权理事会的一些决议提到了人权事务委员会或经济、社会及文化权利委员会的一般性意见。[[1022]](#footnote-1023) 即使人权理事会成员数目有限，这些决议也可以通过表明第三十二条意义下的其他嗣后惯例，有助于条约的解释。另一个例子涉及国际麻醉品管制局。[[1023]](#footnote-1024) 一些国家通过反对麻管局关于设立所谓安全注射室以及其他减少危害措施的建议，[[1024]](#footnote-1025) 批评麻管局过于死板地解释禁毒公约并越权行事，[[1025]](#footnote-1026) 参与了第三十二条意义下的嗣后惯例。

(17) 第3段第1句通过“可产生”和“或提及”这两个词限定了专家条约机构的声明可以如何与条约缔约方的嗣后协定和嗣后惯例相关。“可产生”这一表述涉及先有声明、而后出现惯例和可能的协定的情况。在这种情况下，声明可以作为缔约国嗣后惯例的催化剂。“提及”一词则涵盖先有缔约方的嗣后惯例和可能的嗣后协定、后有声明的情况，在这种情况下，声明只是指向这类协议或惯例。第3段用了“提及”而不是“反映”，是为了明确表示缔约方的任何嗣后惯例或协定并非包含于声明本身之中。不过，“提及”一词并不要求声明明文提及这类嗣后惯例或协定。[[1026]](#footnote-1027)

第3段第二句――沉默不应推定为接受

(18) 通常，只有当没有异议可以视为保持沉默的缔约国的同意时，才能认为条约所有缔约方，甚至只是大部分缔约方对声明中表述的解释达成一致意见。结论草案10 [9]第2段作为一般规则规定：“在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后惯例的接受。”[[1027]](#footnote-1028) 第3段第2句不是要确认上述一般规则的例外情况，而是为了对典型的专家机构声明阐明和适用该一般规则。

(19) 这尤其意味着，通常不能指望缔约国就专家条约机构的每一项声明表明立场，不论是针对另一个国家的声明，还是针对所有国家的普遍声明。[[1028]](#footnote-1029) 另一方面，根据某些条约规定的合作义务，缔约国可能有义务对专家条约机构专门针对它们的声明[[1029]](#footnote-1030) 或关于其行为的单独来文加以考虑并作出反应。[[1030]](#footnote-1031)

第4段――不妨碍其他贡献

(20) 除了可能产生或提及第三十一条第三款(a)项和(b)项及第三十二条所称的缔约方本身的嗣后协定或嗣后惯例，专家条约机构的声明还可能以其他方式有助于条约的解释，从而对条约的解释具有意义。第4段以“不妨碍”条款处理了这种可能。然而，使用“以其他方式”一词，并不是因为委员会认为专家条约机构对条约解释的帮助不及第3段所述其他资料重要。

(21) 国际法院已经确认，尤其是在艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案中确认，人权事务委员会的声明对于解释《公民权利和政治权利国际公约》具有意义，无论此类声明是否产生或提及第三十一条第三款所称的缔约方协定：

“自设立以来，人权事务委员会已积累了大量解释性案例法，主要是就其收到的针对《第一任择议定书》缔约国的个人来文做出的调查结果，以及以“一般性意见”的形式。

“虽然本院在行使其司法职能时绝无义务以委员会的解释作为自己对《公约》的解释的模式，但本院认为，应极为重视为监督该条约的适用而专门设立的这一独立机构所做的解释。”[[1031]](#footnote-1032)

(22) 区域人权法院也曾使用专家条约机构的声明，帮助解释其被要求适用的条约。[[1032]](#footnote-1033) 许多国内法院认为，人权条约所设专家条约机构的声明，虽然本身不具法律约束力，[[1033]](#footnote-1034) 但是“在确定相关权利的含义和确定违约行为时，值得给予相当的重视”。[[1034]](#footnote-1035)

(23) 国际法委员会本身在《对条约的保留实践指南》[[1035]](#footnote-1036) 的评注中论述了人权条约所设专家条约机构的声明对于保留所具有的意义问题。[[1036]](#footnote-1037)

(24) 各个法院的判决并没有总是充分解释专家条约机构的声明对于条约解释的意义，无论是按照《维也纳公约》的解释规则，还是以其他方式解释。[[1037]](#footnote-1038) 委员会考虑了以下备选办法(下文第(25)和第(26)段)。

(25) 一些委员认为，专家条约机构的声明是一种可能有助于条约解释的惯例，他们依据的是，除其他外，关于“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果”的咨询意见。国际法院在这份咨询意见中提及“人权事务委员会的一贯做法”，以支持法院对《公民权利和政治权利国际公约》一项条款的解释。[[1038]](#footnote-1039) 这些委员认为，国际法院和国内法院使用专家条约机构的声明，主要是以第三十二条在描述补充的解释资料时所采取的酌情处理的方式。[[1039]](#footnote-1040) 此外，专家条约机构的声明作为条约下的惯例，还能“有助于确定术语在其上下文并参照条约目的和宗旨的一般含义”。[[1040]](#footnote-1041) 这些委员还认为，结论草案12 [11]第3段可有助于解决这一问题，[[1041]](#footnote-1042) 因为国际组织适用其组成文书的惯例和专家条约机构的声明具有以下共同点：虽然它们都不是条约缔约方的实践，但它们是由条约授权的行为，其目的在于促进对条约的正确适用。

(26) 其他委员认为，就本专题的含义而言，专家条约机构的声明本身不属于一种形式的惯例。他们指出，结论草案4第3段规定，“其他嗣后惯例是指条约缔结后一个或多个缔约方适用条约的行为”，[[1042]](#footnote-1043) 因此，本专题仅限于缔约方本身的实践。他们还提出，专家条约机构的声明不可能同时既作为适用条约的形式，又行使监测职能。这些委员认为，国际法院对迪亚洛案的判决表明，专家条约机构的任务和职能类似于法院，是监督条约的适用，而不是本身作为一种解释条约的手段。[[1043]](#footnote-1044)

(27) 委员会最终决定，目前仅在结论草案13[12]第4段中制订一项“不妨碍”条款。二读时可以参考各国表达的意见，再次讨论这一事项。[[1044]](#footnote-1045)

第七章  
危害人类罪

A. 导言

77. 委员会第六十六届会议(2014年)决定将“危害人类罪”专题列入工作方案，并任命肖恩·墨菲先生为该专题特别报告员。[[1045]](#footnote-1046) 大会随后在2014年12月10日第[69/118](http://undocs.org/ch/A/RES/69/118)号决议第7段中注意到，委员会决定将此专题列入其工作方案。

78. 在第六十七届会议(2015年)上，委员会审议了特别报告员的第一次报告[(A/CN.4/680)](http://undocs.org/ch/A/RES/(A/CN.4/680))，并暂时通过了四条条款草案及其评注。[[1046]](#footnote-1047) 委员会还请秘书处编写一份备忘录，提供可能与此专题今后工作有关的现有条约监督机制的资料。[[1047]](#footnote-1048)

B. 本届会议审议此专题的情况

79. 在本届会议上，委员会收到特别报告员的第二次报告([A/CN.4/690](http://undocs.org/A/CN.4/690))以及提供可能与国际法委员会今后工作有关的现有条约监督机制方面资料的秘书处备忘录[(A/CN.4/698)](http://undocs.org/ch/A/RES/(A/CN.4/698))，在2016年5月11日至19日举行的第3296至第3301次会议上审议了该报告和备忘录。[[1048]](#footnote-1049)

80. 特别报告员在第二次报告中阐述了：在国内法中定为犯罪(第一章)；确定国家管辖权(第二章)；开展一般性调查与合作以查明被指控罪犯(第三章)；被指控罪犯所在地行使国家管辖权(第四章)；引渡或审判(第五章)；公平对待被指控罪犯(第六章)；今后工作方案(第七章)。特别报告员分别针对第一章至第六章所述问题，相应地提出了六项条款草案。[[1049]](#footnote-1050)

81. 委员会在2016年5月19日举行的第3301次会议上，将特别报告员第二次报告所载第5、第6、第7、第8、第9和第10条草案转交起草委员会。委员会还请起草委员会根据特别报告员将编写的概念文件审议法人刑事责任问题。

82. 委员会在分别于2016年6月9日和7月21日举行的第3312次和第3325次会议上，审议了起草委员会的两份报告，并暂时通过了第5至第10条草案(见下文C.1节)。

83. 委员会在2016年8月9日举行的第3341次会议上，通过了本届会议暂时通过的条款草案的评注(见下文C.2节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的关于危害人类罪的条款草案案文

1. 条款草案案文

84. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

第1条  
范围

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

第2条  
一般义务

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

第3条  
危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案的目的，“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：

1. 谋杀；
2. 灭绝；
3. 奴役；
4. 驱逐出境或强行迁移人口；
5. 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
6. 酷刑；
7. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
8. 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第3款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族罪行或战争罪行有关；
9. 强迫人员失踪；
10. 种族隔离罪；
11. 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

2. 为了第1款的目的：

1. “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第1款所述行为的行为过程；
2. “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；
3. “奴役”是指对人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；
4. “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；
5. “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；
6. “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；
7. “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；
8. “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第1款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；
9. “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

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

4. 本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

第4条  
预防义务

1. 每一国家承诺按照国际法防止危害人类罪，办法包括：

1. 在其管辖或控制的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施；
2. 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

2. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、任何其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。[[1050]](#footnote-1051)

第5条  
在国内法中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定危害人类罪构成犯罪。

2. 各国应采取必要措施，确保国家刑法把下列行为定为犯罪：

1. 实施危害人类罪行；
2. 企图实施这种罪行；
3. 命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

3. 各国还应采取必要措施，确保国家刑法将下列行为定为犯罪：

1. 军事指挥官或实际上以军事指挥官身份行事的人，如果未对在其实际上指挥和控制下的部队，或在其实际上管辖和控制下的部队适当行使控制，在下列情况下，应对这些部队实施的危害人类罪行负刑事责任：

(一) 该军事指挥官或该人知道，或者由于当时的情况理应知道，部队正在实施或即将实施这些犯罪；

(二) 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

1. 对于(a)项未述及的上下级关系，上级人员如果未对在其实际上管辖或控制下的下级人员适当行使控制，在下列情况下，应对这些下级人员实施的危害人类罪负刑事责任：

(一) 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理会明确反映这一情况的情报；

(二) 犯罪涉及该上级人员实际上负责和控制的活动；

(三) 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

4. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条款草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。

5. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，本条款草案所述罪行不应受到任何时效限制。

6. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，对本条款草案所述罪行，应考虑到罪行的严重性，处以适当的惩罚。

7. 在不违反本国法律规定的情况下，每个国家应酌情采取适当措施确定法人对本条草案所指罪行的责任。在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任。

第6条  
确立国家管辖权

1. 各国应采取必要措施，确立在下列情况下对第5条草案所述罪行的管辖权：

1. 罪行发生在该国管辖的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞机上；
2. 被控罪犯为该国国民，或该国认为应予管辖的、惯常在该国领土内居住的无国籍人；
3. 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 各国还应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内，而且本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对第5条草案所述罪行的管辖权。

3. 本条款草案不排除一国行使根据其国内法确立的任何刑事管辖权。

第7条  
调查

各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为时，其主管当局立即进行公正的调查。

第8条  
当被指控罪犯在境内时的初步措施

1. 任何国家，如果被指控犯有第5条草案所述任何罪行的人在其管辖下的领土之内，经审查所获情报后认为根据情况有此必要，应将该人拘押或采取其他法律措施确保该人留在境内。拘押和其他法律措施应符合该国法律的规定，但延续时间只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。

2. 该国应立即对事实进行初步调查。

3. 如一国根据本条草案将某人拘押，则应立即向第6条草案第1款所述各国通知该人受到拘押的事实和拘留该人之所以必要的情况。本条草案第2款所述进行初步调查的国家应立即向所述有关各国通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。

第9条引渡或审判

被指控罪犯在其管辖下的领土之内的国家，应将该案提交主管当局以便起诉，除非该国将犯罪人引渡或移交另一国家或主管国际刑事法庭。这些当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定。

第10条  
公平对待被指控罪犯

1. 任何因第5条草案所述罪行而被采取法律措施的人，在诉讼的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护该人按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利。

2. 在非本人国籍国的监狱、扣押或拘留中的任何此类人员应有权：

1. 立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家，如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；
2. 接受此类国家代表的探视；
3. 立即被告知其根据本款所享有的权利。

3. 第2款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第2款所规定权利的预期目的得到充分落实。

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

85. 委员会第六十八届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

危害人类罪

第5条  
在国内法中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定危害人类罪构成犯罪。

2. 各国应采取必要措施，确保国家刑法把下列行为定为犯罪：

1. 实施危害人类罪行；
2. 企图实施这种罪行；
3. 命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

3. 各国还应采取必要措施，确保国家刑法将下列行为定为犯罪：

1. 军事指挥官或实际上以军事指挥官身份行事的人，如果未对在其实际上指挥和控制下的部队，或在其实际上管辖和控制下的部队适当行使控制，在下列情况下，应对这些部队实施的危害人类罪行负刑事责任：

(一) 该军事指挥官或该人知道，或者由于当时的情况理应知道，部队正在实施或即将实施这些犯罪；

(二) 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

1. 对于(a)项未述及的上下级关系，上级人员如果未对在其实际上管辖或控制下的下级人员适当行使控制，在下列情况下，应对这些下级人员实施的危害人类罪负刑事责任：

(一) 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理会明确反映这一情况的情报；

(二) 犯罪涉及该上级人员实际上负责和控制的活动；

(三) 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

4. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条款草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。

5. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，本条款草案所述罪行不应受到任何时效限制。

6. 各国应采取必要措施确保国家刑法规定，对本条款草案所述罪行，应考虑到罪行的严重性，处以适当的惩罚。

7. 在不违反本国法律规定的情况下，每个国家应酌情采取适当措施确定法人对本条草案所指罪行的责任。在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任。

评注

(1) 第5条草案规定了各国为确保危害人类罪构成犯罪，排除以任何上级命令为借口或任何法定时效，实行与此类罪行严重性质相称的惩治而必须在国家刑法之下采取的各种措施。对以下就被指控罪犯建立和行使管辖的相关条款草案的妥善运作而言，这类措施是至关重要的。

确保国家刑法规定“危害人类罪”构成犯罪

(2) 纽伦堡国际军事法庭确认必须惩治犯有危害人类罪等罪行的个人，宣布：“犯下违反国际法罪行的是人，而不是抽象的实体，只有通过惩治犯有此种罪行的人才能够执行国际法的规定”。[[1051]](#footnote-1052) 委员会1950年“纽伦堡法庭宪章及法庭判决中所确认之原则”规定：“任何人所犯行为如构成国际法规定之罪行，则须为其承担责任并受到处罚”。[[1052]](#footnote-1053) 1968年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》序言部分宣布，“有效惩治……危害人类罪为防止此种罪行、保障人权与基本自由、鼓励信心、促进民族间合作、及增进国际和平与安全的一个重要因素”。[[1053]](#footnote-1054) 《罗马规约》的序言申明，“对整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”。[[1054]](#footnote-1055)

(3) 很多国家通过了关于危害人类罪的法律，规定了国家制度中对此类罪行的惩治。特别是在《罗马规约》的影响下，一些国家颁布或修订了关于危害人类罪的国家法律，以与《规约》第七条所述相同或非常相似的措辞界定了此种罪行。同时，也有很多国家通过了与《规约》第七条不同的本国法律，有些还有重大差异。另外，还有一些国家尚未就危害人类罪通过本国法律。这些国家的刑法一般都对谋杀、酷刑、强奸等多种行为确实有某种形式的惩治规定，而此类行为在某些情况下可能构成危害人类罪。[[1055]](#footnote-1056) 然而，由于这些国家尚未将危害人类罪本身定为犯罪，这种空白可能会妨碍对犯罪行为进行起诉和惩治，包括与其严重性相称的起诉和惩治。

(4) 1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(《禁止酷刑公约》)第4条第1款规定：“每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事罪行”。[[1056]](#footnote-1057) 禁止酷刑委员会强调必须履行此项义务以避免《公约》中的定义与国内法中纳入的定义有重大差距：

“《公约》中的定义如与国内法中纳入的定义有重大差距，就会出现实际或可能的漏洞，从而导致有罪不罚现象。在某些情况下，尽管用语也许相近，但国内法或司法解释可能对其含义做了限定，因此委员会要求每一缔约国确保政府所有部门都根据《公约》中的定义来界定国家义务”。[[1057]](#footnote-1058)

(5) 为了帮助避免在危害人类罪问题上出现此类漏洞，第5条草案第1款规定各国应采取必要措施确保国家刑法规定危害人类罪本身构成犯罪。第5条草案第2和3款(讨论如下)则进一步规定了国家在此类罪行为自然人以某些方式实施时将这些方式定为犯罪的义务。

(6) 由于第3条草案第1至第3款界定了“危害人类罪”一词，第5条草案第1款规定的义务要求符合此种定义的罪行在国家的国内法中被定为犯罪。虽然为了照顾任何具体国家可能有特定的术语或其他问题，措辞上可能与第3条草案第1至第3款的确切用语有所偏离，但这种偏离不应当造成严重脱离第3条草案第1至第3款所界定的危害人类罪含义的限定或改变。但是，第5条草案(及随后的各条款草案)中使用的“危害人类罪”一词并不包括第3条草案第4款具有的“不妨碍”条款。该款承认在任何国际文书或国内法中“危害人类罪”可能具有更广泛的定义，但就本条款草案而言，“危害人类罪”的定义限于第3条草案第1至第3款的范围。

(7) 与《禁止酷刑公约》一样，国际人道主义法、人权和国际刑法领域中的很多条约都要求缔约各国确保被禁止的行为在国内法中被定为“犯罪”或“处以惩罚”的行为，尽管关于这方面义务的措辞有所不同。[[1058]](#footnote-1059) 有些条约，如1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》[[1059]](#footnote-1060) 和1949年《日内瓦四公约》[[1060]](#footnote-1061) 载有颁布“立法”的义务，但委员会认为，以较为近期的条约如《禁止酷刑公约》作为第5条草案第1款的模板是恰当的。

实施、企图实施、协助或促成危害人类罪

(8) 第5条草案第2款规定，各国应采取必要措施确保自然人借以犯下危害人类罪的某些方式在国家法律中被定为犯罪，具体为：实施危害人类罪行，企图实施这种罪行，命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

(9) 考察表明，国际文书和国内法均就危害人类罪的各类(或各种形式)个人刑事责任作出了规定。首先，将“危害人类罪”定为犯罪的所有辖域，都规定“实施”罪行者(有的国内法称之为“直接”实施罪行者，有的称之为“犯下”罪行者，有的称之为实施罪行的“主犯”)。例如，《纽伦堡宪章》规定，国际军事法庭对“无论作为个人还是组织成员、为欧洲轴心国之利益行事而犯有任何下列罪行之人”具有管辖权。[[1061]](#footnote-1062) 同样，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》[[1062]](#footnote-1063) 和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》[[1063]](#footnote-1064) 也规定，凡“实施”危害人类罪的人“应当为该项犯罪负个人责任”。《罗马规约》规定，“实施本法院管辖权内的犯罪的人，应依照本规约的规定负个人责任，并受到处罚”，而且“有下列情形之一的人，应依照本规约的规定，对一项本法院管辖权内的犯罪负刑事责任，并受到处罚：(a) 单独[或]伙同他人，实施这一犯罪。[[1064]](#footnote-1065) 同样，塞拉利昂问题特别法庭、[[1065]](#footnote-1066) 东帝汶重罪特别审判分庭、[[1066]](#footnote-1067) 柬埔寨法院特别法庭、[[1067]](#footnote-1068) 伊拉克最高刑事法庭、[[1068]](#footnote-1069) 塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭[[1069]](#footnote-1070) 的规约文书均规定，“实施”危害人类罪的人负有刑事责任。针对其他类型罪行的条约也一概要求缔约国通过禁止直接犯下相关罪行的国内法。例如，1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定“实施”灭绝种族罪的须负个人刑事责任。[[1070]](#footnote-1071)

(10) 第二，所有这些国内或国际司法管辖机构在某种程度上也规定以“实施”罪行以外的方式参与罪行的人承担刑事责任。这种行为可能采取“企图”实施犯罪的形式，或作为犯罪行为或未遂犯罪行为的“从犯”或“共犯”。关于“企图”实施犯罪，前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和塞拉利昂问题特别法庭规约均没有对这类责任做出规定。相比之下，《国际刑事法院罗马规约》规定了企图实施犯罪者的刑事责任，除非此人放弃实施犯罪或以其他方式防止完成犯罪。[[1071]](#footnote-1072) 在班达和杰宝案中，预审分庭指出，对未遂罪承担刑事责任“的前提是：若非不受犯罪人控制的外部环境干预，则犯罪人的行为在正常情况下本来会导致完成犯罪。”[[1072]](#footnote-1073)

(11) 第三，关于“从犯”的责任，国际文书通过各种不同的术语界定这一概念，如“命令”、“唆使”、“引诱”、“煽动”、“鼓动”、“伙同作案”、“进行共谋”、“作为共犯”、“参与”或“共同犯罪活动”。因此，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定，“凡计划、教唆、命令、犯下或协助或煽动他人计划、准备或进行本规约第2至5条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任”，[[1073]](#footnote-1074)《卢旺达问题国际刑事法庭规约》使用的措词几乎如出一辙。[[1074]](#footnote-1075) 两个法庭均已就被告参与其各自管辖范围内的罪行将被告定罪。[[1075]](#footnote-1076) 同样，塞拉利昂问题特别法庭、[[1076]](#footnote-1077) 东帝汶重罪特别审判分庭、[[1077]](#footnote-1078) 柬埔寨法院特别法庭、[[1078]](#footnote-1079) 伊拉克最高刑事法庭[[1079]](#footnote-1080) 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭[[1080]](#footnote-1081) 的文书均规定，以任何形式参与实施危害人类罪的人负有刑事责任。

(12) 《国际刑事法院罗马规约》规定，如果某人“通过……另一人实施这一犯罪”，如果此人“命令、唆使、引诱实施这一犯罪，而该犯罪事实上是既遂或未遂的”，如果此人“为了便利实施这一犯罪，帮助、教唆或以其他方式协助实施或企图实施这一犯罪，包括提供犯罪手段”，或如果此人在符合某些条件的情况下“以任何其他方式支助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪”，则应负刑事责任。[[1081]](#footnote-1082) 委员会决定采用《罗马规约》中的各条措辞作为第5条草案第2款的基础。

(13) 在这些不同的国际文书中，“唆使”、“引诱”、“协助和教唆”犯罪的相关概念一般被视为包括策划、怂恿、图谋和重要的是直接煽动他人从事构成犯罪的行为。事实上，《防止及惩治灭绝种族罪公约》不仅处理了灭绝种族罪的实施，而且还有“预谋灭绝种族”、“直接公然煽动灭绝种族”、“意图灭绝种族”和“共谋灭绝种族”。[[1082]](#footnote-1083)《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》的概括规定是：“遇犯有第一条所称各罪情事，本公约的规定适用于以正犯或从犯身份参加或直接煽动他人犯各该罪，或阴谋伙党犯各该罪的国家当局代表及私人，不问既遂的程度如何，并适用于容许犯此种罪的国家当局代表”。[[1083]](#footnote-1084)

(14) 另外，这些不同文书中的“命令”犯罪这一概念不同于“指挥”或其他上级责任的概念，并补充了后者。在这里，“命令”涉及上级明确指示实施构成犯罪的行为的刑事责任。相比之下，指挥或其他上级责任涉及上级未采取行动的刑事责任；具体而言，是上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者的情况。

(15) 针对危害人类罪以外罪行的条约通常规定参与实施罪行者承担刑事责任，其使用的宽泛术语并不试图要求各国改变国内法中已牢固确立的首选术语或方式。换言之，这些条约使用通用术语而不是具体用语，使各国能够通过现有国家法规、判例或法律传统规定刑事责任的确切详情。例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》一般性地规定：“各缔约国应采取必要措施，至少追究下列人员的刑事责任：……所有制造、指令、唆使或诱导制造或企图制造强迫失踪的人，以及同谋或参与制造强迫失踪的人”。[[1084]](#footnote-1085) 第5条草案第2款采取了同样的办法。

指挥责任或其他上级责任

(16) 第5条草案第3款处理的是指挥官或其他上级人员的责任问题。该款一般性地规定，如果上级人员对下属的行为失职，则应对下属实施的危害人类罪负刑事责任。

(17) 处理了危害人类罪的国际司法管辖机构将下级在某些情况下实施罪行的刑事责任归咎于其军事指挥官或其他上级。[[1085]](#footnote-1086) 值得注意的是，纽伦堡和东京法庭针对军事和文职指挥官均运用了指挥责任概念，这一做法影响到后来的法庭。[[1086]](#footnote-1087) 正如卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭在检察官诉*Alfred Musema*案中所述，“对于《[卢旺达问题国际刑事法庭]规约》第6(3)条中所述个人刑事责任的形式是否也适用于军事和文职当局人员，必须注意的是，在东京审判期间，根据这项原则宣判民政当局犯有战争罪行”。[[1087]](#footnote-1088)

(18) 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定：“如果一个部下犯下本《规约》第2至5条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任”。[[1088]](#footnote-1089) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭以此为依据将若干名被告定罪。[[1089]](#footnote-1090) 同样的措辞出现在卢旺达问题国际刑事法庭规约中，[[1090]](#footnote-1091) 该法庭也以同样依据将几名被告定罪。[[1091]](#footnote-1092) 类似的措词出现在塞拉利昂问题特别法庭 [[1092]](#footnote-1093)、黎巴嫩问题特别法庭[[1093]](#footnote-1094)、东帝汶重罪特别审判分庭[[1094]](#footnote-1095)、柬埔寨法院特别法庭 [[1095]](#footnote-1096)、伊拉克最高刑事法庭[[1096]](#footnote-1097) 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭[[1097]](#footnote-1098) 的规范文书中。

(19) 《罗马规约》第二十八条载有将对他人行为的刑事责任适用于军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人的详细标准。[[1098]](#footnote-1099) 一般而言，在下列情况下会发生刑事责任：(a) 有从属关系；(b) 指挥官知道或本应知道他的部下正在实施或即将实施罪行；(c) 指挥官未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请就此事进行调查和起诉。这一标准已经开始在刑事和民事两方面对“指挥责任”在国内法律体系中的发展产生影响。第二十八条还论及非军事或文职方面出现的“上下级关系”问题。这种上级包括“担任领导”但不“参与”军事活动的文官。在这里，在下列情况下会发生刑事责任：(a) 有从属关系；(b) 文职上级知道或有意忽视关于罪行的信息；(c) 罪行涉及该上级人员有效负责和控制的活动；(d) 上级未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止所有这些罪行的实施，或报请就此事进行调查和起诉。

(20) 国际刑事法院的一个审判庭于2016年3月判定*Jean-Pierre Bemba Gombo*有罪时适用了这一标准。除其他外，审判庭认定，*Bemba*先生实际上是以军事指挥官身份行事的人，他当时知道在他有效领导和控制之下的刚果解放运动武装正在或将要实施所控告的罪行。另外，审判庭认定，*Bemba*先生未采取一切必要和合理的措施防止或压制部下2002和2003年在中非共和国的军事行动中实施犯罪，或在罪行实施之后将此事报告主管当局。[[1099]](#footnote-1100)

(21) 国内法也经常载有关于战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪的这类刑事责任规定，但使用的标准有所不同。另外，有些国家没有就危害人类罪制订出此种标准。出于这些原因，委员会认为，为了鼓励有关这一问题的国内法取得一致，拟订一条清楚的标准是恰当的。[[1100]](#footnote-1101) 为此目的，第5条草案第3款是以《罗马规约》规定的标准为模板起草的。

(22) 针对危害人类罪之外的其他罪行的条约也经常确认以指挥官或其他上级人员责任为形式的犯罪。[[1101]](#footnote-1102)

上级命令

(23) 第5条草案第4款规定，各国应采取必要措施确保国家刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。

(24) 所有处理危害人类罪的司法管辖机构均在一定程度上允许依据某些理由免除刑事责任。例如，如果被指控施害者患有精神疾病，无法认识到其行为是非法的，则大多数司法管辖机构会免除其刑事责任。有些司法管辖机构规定，至少在某些情况下，也免除处于醉酒或药物麻醉状态者的刑事责任。为自卫采取的行动以及因直接伤害或死亡的威胁带来的胁迫所采取的行动也可以免负责任。在有些情况下，当事人必须达到一定的年龄，才须负刑事责任。各司法管辖机构允许提出的确切理由各不相同。就国内制度而言，这些理由通常适用于该司法管辖机构处理刑事责任的一般做法，而并不单单针对危害人类罪。

(25) 与此同时，大多数处理危害人类罪的司法管辖机构规定，犯下这类罪行的人不能以上级命令他们犯下该罪行作为辩护理由。[[1102]](#footnote-1103)《纽伦堡宪章》第八条规定：“被告不得因按照政府或上级命令犯罪而免除刑事责任，但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。因此，国际军事法庭按照第八条认定：“士兵按照命令违反国际战争法而杀人或实施酷刑，从未被承认是实施此种暴行的理由”。[[1103]](#footnote-1104) 与此相似，《东京法庭宪章》第六条规定：“被告在任何时期所曾任之官职，以及被告系遵从其政府或上级长官之命令而行动之事实，均不足以免除其被控所犯任何罪行之责任。但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。[[1104]](#footnote-1105)

(26) 虽然《罗马规约》第三十三条允许以上级命令为由作出有限辩护，但仅针对战争罪；实施种族灭绝行为或危害人类罪的命令不属于该辩护规定的范围。规范前南斯拉夫问题国际刑事法庭[[1105]](#footnote-1106)、卢旺达问题国际刑事法庭[[1106]](#footnote-1107)、塞拉利昂问题特别法庭[[1107]](#footnote-1108)、黎巴嫩问题特别法庭[[1108]](#footnote-1109)、东帝汶重罪特别审判分庭[[1109]](#footnote-1110)、柬埔寨法院特别法庭[[1110]](#footnote-1111)、伊拉克最高刑事法庭[[1111]](#footnote-1112) 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭[[1112]](#footnote-1113) 的文书中均同样不允许将上级命令作为辩护理由。虽然不允许将上级命令作为犯罪诉讼的辩护理由，但上述一些国际和国家司法管辖机构允许在量刑阶段将上级命令作为一种减刑因素。[[1113]](#footnote-1114)

(27) 一系列针对犯罪的条约中均做出了此类不允许将上级命令作为辩护理由的规定，例如：1984年《禁止酷刑公约》[[1114]](#footnote-1115)、1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》[[1115]](#footnote-1116)、1994年《美洲被迫失踪人士公约》[[1116]](#footnote-1117) 和2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》[[1117]](#footnote-1118)。关于《禁止酷刑公约》，禁止酷刑委员会批评了允许以此作为辩护理由的国家立法或在此问题上暧昧不清的国家立法。[[1118]](#footnote-1119) 在某些情况下，问题源于一国的国内法允许以所谓“正当服从”作为辩护理由。[[1119]](#footnote-1120)

时效

(28) 国内法中就危害人类罪起诉个人可能受到的一种限制是适用“时效”(“时效期限”)，即禁止就早于开始起诉前特定年数的犯罪对被指控罪犯提出起诉。第5条草案第5款规定，各国应采取必要措施确保该条草案所述罪行不应受到任何时效限制。

(29) 《纽伦堡宪章》或《东京宪章》或前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭或塞拉利昂问题特别法庭的组成文书都没有就国际罪行(包括危害人类罪)规定时效规则。相形之下，占领德国的盟国在1945年12月为确保继续起诉被指控罪犯通过了管制委员会第10号法令，规定在任何关于危害人类罪(以及战争罪和危害和平罪)的审判或起诉中，“被告无权获益于任何有关1933年1月30日至1945年7月1日期间的时效限制”。[[1120]](#footnote-1121) 与此相似，《罗马规约》明确处理了这一问题，规定“本法院管辖权内的犯罪不适用任何时效”。[[1121]](#footnote-1122)《罗马规约》的起草人坚决支持对危害人类罪适用这一规定。[[1122]](#footnote-1123) 同样，《设立柬埔寨法院特别法庭法》以及伊拉克最高刑事法庭和东帝汶重罪特别审判分庭的规范文书都明确界定危害人类罪是不适用时效的罪行。[[1123]](#footnote-1124)

(30) 关于时效是否可在国内法院适用于对被指控罪犯的起诉，联合国大会1967年指出，“国内法关于普通罪行之时效规则适用于战争罪及危害人类罪，为世界舆论极感忧虑之事，因其足以防止诉究与惩治犯该罪之人”。[[1124]](#footnote-1125) 次年，各国通过了《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，规定缔约方采取“必要立法或其他措施，以确保法定或他种时效不适用于(这两类罪行)之追诉权及行刑权”(第四条)。[[1125]](#footnote-1126) 同样，欧洲委员会1974年通过了《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》，采用的措辞大体相同。[[1126]](#footnote-1127) 目前看来，没有一个国家有禁止在一段时间后提出起诉的危害人类罪相关法律。相反，众多国家还专门立法反对此类限制。

(31) 许多处理国内法其他罪行的条约没有载列禁止时效的规定。例如，《禁止酷刑公约》就没有载列禁止对酷刑相关罪行适用时效的规定。即使如此，禁止酷刑委员会声明，考虑到此类罪行的严重性质，这些罪行不应受到任何时效限制。[[1127]](#footnote-1128) 与此相似，虽然《公民权利和政治权利国际公约》[[1128]](#footnote-1129) 没有直接论及这一问题，但人权事务委员会呼吁对严重违反该《公约》的罪行取消时效限制。[[1129]](#footnote-1130) 与此不同的是，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》确实谈到时效问题，规定：“对强迫失踪案件实行诉讼时效的缔约国，应采取必要措施，确保对刑事诉讼的时效……有较长的时段，并与此种犯罪的极端严重性相称”。[[1130]](#footnote-1131) 《公约》的准备工作材料表明，这一条款旨在区分两类罪行，一是可能构成危害人类罪的罪行，此类罪行不应有时效限制，二是《公约》规定的所有其他罪行。[[1131]](#footnote-1132)

适当惩罚

(32) 第5条草案第6款规定，各国应确保对该条草案所述罪行应考虑到罪行的严重性处以适当的惩罚。

(33) 国际法委员会在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》中规定，“应对危害人类和平及安全罪行负责的个人应该受到与该罪行的性质和严重性相称的惩罚”。[[1132]](#footnote-1133) 评注进一步解释说，“某一罪行的特性是它有别于另一罪行的性质……，某一罪行的严重性是从实行该罪行的情况和促使案犯犯罪的意图加以推论的。”[[1133]](#footnote-1134) 因此，“虽然从法律上说同样是罪行，所使用的手段和方法却因堕落和残忍的程度不同而有所不同。”[[1134]](#footnote-1135)

(34) 在国际法院或法庭对危害人类罪有管辖权的情形下，对此类罪行适用的惩罚可能是不同的，但要求其与罪行的严重性相称。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定，“审判分庭判处的刑罚只限于监禁。审判分庭在决定监禁期限时应诉诸前南斯拉夫法庭适用的徒刑惯例”。[[1135]](#footnote-1136) 此外，前南斯拉夫问题国际刑事法庭应“考虑到像罪行的严重性和被定罪者的个人情况这样的因素”。[[1136]](#footnote-1137) 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》有相同的措辞，区别是应诉诸“卢旺达问题法庭适用的徒刑惯例”。[[1137]](#footnote-1138) 即便是对国际社会关注的最严重国际罪行的定罪，这也可能导致各种量刑结果。《罗马规约》第七十七条也考虑到这种灵活性，规定最高不超过三十年的有期徒刑或无期徒刑，“以犯罪极为严重和被定罪人的个人情况而证明有此必要的情形为限”。[[1138]](#footnote-1139) 在塞拉利昂问题特别法庭[[1139]](#footnote-1140)、黎巴嫩问题特别法庭[[1140]](#footnote-1141)、东帝汶重罪特别审判分庭[[1141]](#footnote-1142)、柬埔寨法院特别法庭[[1142]](#footnote-1143)、伊拉克最高刑事法庭[[1143]](#footnote-1144) 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭[[1144]](#footnote-1145) 的规范文书中，都可发现类似的表述。同样，在国家司法管辖机构把危害人类罪定为刑事犯罪的情形下，对此类罪行适用的惩罚也可能是不同的，但要求其与罪行的严重性相称。

(35) 针对犯罪的国际条约没有规定缔约国应施加(或不施加)什么惩罚，而是由缔约国自由裁量，依据特定犯罪者和罪行的情况，决定施加的惩罚。[[1145]](#footnote-1146)《防止及惩治灭绝种族罪公约》仅规定，“对于犯灭绝种族罪或有[……]所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治”。[[1146]](#footnote-1147) 1949年日内瓦四公约也规定了一条普遍性标准，但赋予各国制订恰当处罚的自由裁量权，仅规定“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于[本身犯有或令人犯有下条所列之]严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁”。[[1147]](#footnote-1148) 较近期的有关国家法律制度所定罪行的条约通常规定，惩罚应是“适当的”。虽然委员会最初提议在其关于外交代表和其他应受保护人员的条款草案中使用“严厉惩罚”一词，但实际上各国在1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》中使用了“适当的惩罚”。[[1148]](#footnote-1149) 这一术语成为后续各项条约的模板。同时，在1973年《公约》中，除规定“适当的惩罚”外，还呼吁在确定如何惩罚时考虑到罪行的“严重性”。委员会评论说，这样的提法意在强调在惩治此类犯罪时，处罚措施应考虑到其中所涉的重要“全球利益”。[[1149]](#footnote-1150) 自1973年以来，每一“缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”这一办法已被众多条约采纳，其中包括《禁止酷刑公约》。[[1150]](#footnote-1151) 一些条约使用罪行的“极端严峻性”、“严重性”或“极端严重性”等词语来表述严重性问题。[[1151]](#footnote-1152)

法人

(36) 第5条草案1至6款涉及自然人的刑事责任，虽然按照关于罪行的条约的一贯做法，没有使用“自然人”一词。第7段则涉及“法人”对第5条草案所指罪行的责任。

(37) 近年来，法人的刑事责任已成为许多国家国内法的一个重点，但在许多其他国家仍然很陌生。[[1152]](#footnote-1153) 存在这一概念的国家中，在国际罪行方面有时存在这种责任。[[1153]](#footnote-1154) 可导致这种责任的行为当然是自然人以公务员、指挥官、军官身份所为，或通过其他一些法人职位或机构犯下的。存在这一概念的国家中，通常是在自然人代表法人或为了法人的利益犯下相关罪行时，加诸此种责任。

(38) 迄今为止，国际刑事法院或法庭尚未太多地涉及法人的刑事责任。《纽伦堡宪章》第9条和第10条授权国际军事法庭在审判个人期间宣布任何团体或组织为犯罪组织，这可能导致对作为该组织成员的其他个人的审判。在纽伦堡军事法庭的诉讼中，以及根据管制委员会第10号法令进行的后续诉讼中，认定了许多这类组织，但只有自然人受到审判和惩罚。[[1154]](#footnote-1155) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭对法人没有刑事管辖权，塞拉利昂问题特别法庭、东帝汶重罪特别审判分庭、柬埔寨法院特别法庭、伊拉克最高刑事法庭以及塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭对法人也没有刑事管辖权。《罗马规约》的起草者指出，“对于规约是否应包括法人刑事责任的问题存在重大分歧”，[[1155]](#footnote-1156) 虽然有人提议列入一项关于法人刑事责任的规定，但《规约》最终并未载入此类规定。

(39) 许多关于国家一级罪行的条约也没有列入法人的责任，包括：1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》、1949年日内瓦四公约、1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》、1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1984年《禁止酷刑公约》、1997年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。委员会1996年的治罪法草案仅涉及“个人”的刑事责任。[[1156]](#footnote-1157)

(40) 另一方面，修正《非洲司法和人权法院章程》的2014年非洲联盟议定书虽然尚未生效，但是授予了新设立的非洲法院对法人的国际罪行、包括危害人类罪的管辖权。[[1157]](#footnote-1158) 此外，《黎巴嫩问题特别法庭规约》虽然没有明文规定对法人(以及对危害人类罪)的刑事管辖权，但是该法庭的上诉分庭2014年断定，该法庭有权以藐视法庭罪名起诉法人。[[1158]](#footnote-1159)

(41) 此外，有一些条约涉及法人对刑事犯罪的责任，特别是：1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》[[1159]](#footnote-1160)、1989年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》[[1160]](#footnote-1161)、1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》[[1161]](#footnote-1162)、2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》[[1162]](#footnote-1163)、2000年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》[[1163]](#footnote-1164)、2003年《联合国反腐败公约》[[1164]](#footnote-1165)、《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书的2005年议定书》[[1165]](#footnote-1166)，以及欧洲委员会内缔结的一系列条约。[[1166]](#footnote-1167) 还有一些区域文书也涉及法人的刑事责任，主要是在腐败方面。[[1167]](#footnote-1168) 这些条约通常不对“法人”一词下定义，留给国内法律体系适用国内通常适用的定义。

(42) 委员会考虑到法人可能卷入在广泛或系统地针对平民人口的攻击中实施的行为，决定加上一项关于法人对危害人类罪的责任的条款。委员会特别采用了在其他罪行背景下已被各国广泛接受、并且让各国在履行义务方面有较大灵活性的措辞。

(43) 第5条草案第7款以2000年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》为范本。《任择议定书》于2000年经大会通过，自2002年起生效。截至2016年8月，有173个国家加入了《任择议定书》，另有9个国家已签署但尚未批准该议定书。《任择议定书》第3条第1款要求每一缔约国确保本国刑法涵盖特定行为，例如出于性剥削目的出售儿童或提供儿童卖淫。第3条第4款规定：“在不违反本国法律规定的情况下，每一缔约国应酌情采取适当措施确定法人对本条第1款规定的罪行的责任。在不违反缔约国的法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任”。

(44) 第5条草案第7款使用同样的措辞，但是将“缔约国”改为“国家”，将“本条第1款规定的罪行”改为“本条草案所指罪行”。第7款从而规定了国家“应采取措施”的义务，意味着国家必须本着诚意采取这类措施。与此同时，第7款在根据国内法来确定这些措施方面，赋予了国家相当大的灵活性。首先，“在不违反本国法律规定的情况下”应理解为在将采取的措施方面，赋予国家相当大的酌处权；这一义务“不违反”国内法规定的国家关于法人刑事责任的现有做法。例如，在大多数国家，法人对刑事犯罪的责任只根据国内法对特定类型的法人适用。实际上，按照大多数国家的法律，这种情况下的“法人”可能排除了国家、政府、行使国家权力的其他公共机构，以及公共国际组织。[[1168]](#footnote-1169) 同样，国内法规定的法人责任可能存在差异，取决于：其行为可归咎于法人的自然人的范围；自然人哪些形式的责任可导致法人责任；确定法人责任是否需要证明自然人的犯罪意图；或是否需要证明某个自然人犯下了有关罪行。[[1169]](#footnote-1170)

(45) 第二，每个国家有“酌情”采取措施确定法人法律责任的义务。即使国家依据其国内法，一般能够要求法人对刑事犯罪承担责任，国家也可以得出结论称，在危害人类罪的具体背景下，这一措施是不适当的。

(46) 对于已采取的措施，第7款第二句规定：“在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任”。这样的句子似乎不仅见于上文讨论过的2000年《任择议定书》，而且出现在其他广泛遵行的条约中，如2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》[[1170]](#footnote-1171) 和2003年《联合国反腐败公约》。[[1171]](#footnote-1172) 这种措辞体现的灵活性再次确认并顾及不同国家的法律体系做法的多样性。因此，如果确立法人刑事责任不符合本国的法律原则，国家就没有义务那样做；而是可以取而代之以民事或行政责任。无论如何，不论定为刑事、民事还是行政责任，该责任都不影响第5条草案规定的自然人的刑事责任。

第6条  
确立国家管辖权

1. 各国应采取必要措施，确立在下列情况下对第5条草案所述罪行的管辖权：

1. 罪行发生在该国管辖的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞机上；
2. 被控罪犯为该国国民，或该国认为应予管辖的、惯常在该国领土内居住的无国籍人；
3. 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 各国还应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内，而且本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对第5条草案所述罪行的管辖权。

3. 本条款草案不排除一国行使根据其国内法确立的任何刑事管辖权。

评注

(1) 第6条草案规定，各国必须确立在某些情况下，如罪行发生在其管辖的领土内、由其国民实施、或罪犯处于其管辖的领土内时，对第5条草案所述罪行的管辖权。

(2) 一般说来，国际文书力求鼓励各国根据国内法确立相对广泛的各种管辖权依据，以处理国际社会关注的最严重犯罪，使实施犯罪者没有庇护所。因此，依照委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》，“每一缔约国应采取必要措施确定其对(治罪法草案)所载罪行(侵略罪除外)的管辖权”，“而不论这些罪行的实施地点或实施者为何”。[[1172]](#footnote-1173) 这样的管辖权范围是必要的，因为“委员会认为，为了有效实施本治罪法，应以尽量宽广的国家法院管辖权加上可能的国际刑事法院管辖权为基础综合处理管辖权问题”。[[1173]](#footnote-1174)《罗马规约》序言规定，“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施”，以及“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

(3) 因此，涉及犯罪行为的条约在处理国内法实施的问题时，通常会纳入一项确立国家管辖权的条款。例如，人权委员会起草强迫失踪问题国际文书工作组的讨论决定，“为了使今后文书行之有效，看来必须为国内刑事法庭确立强迫失踪方面尽可能广泛的管辖权。”。[[1174]](#footnote-1175) 与此同时，此类条约通常只规定缔约国必须在被指控罪犯处于其境内时行使管辖权(见下文第8条草案)，结果可能是把事项提交该缔约国的起诉机关，或者是把被指控罪犯引渡或移交给另一缔约国或主管国际法庭(见下文第9条草案)。

(4) 考虑到各种条约、特别是《禁止酷刑公约》均接受此类义务，国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中指出：

“许多旨在打击国际犯罪的国际公约均规定，国家有义务将酷刑定为刑事罪，并有义务确定国家有权管辖此类罪行。有关国家在接受该《公约》的约束后，必须立即履行此义务，而该义务尤其具有预防和威慑性质，因为缔约国一旦为起诉这类罪行确立必要的法律工具，便确保其法律制度可为此开展活动，而且也承诺协同消除任何发生有罪不罚现象的风险。随着缔约国数目不断增加，这种预防性质也日益明显。”[[1175]](#footnote-1176)

(5) 许多处理犯罪问题的条约中都有与第6条草案中出现的条款类似的规定。[[1176]](#footnote-1177) 虽然还没有关于危害人类罪的条约，但希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在其个别意见中指出：

“一系列带有特别管辖权条款的多边条约反映了国际社会的决心，即实施战争罪、劫持、劫持人质[和]酷刑者不能逍遥法外。虽然危害人类罪尚不是一项明确的公约的客体，但国际社会对此类行为同样愤慨是不容置疑的。”[[1177]](#footnote-1178)

(6) 第6条草案第1款(a)项规定在罪行发生在一国领土内的情况下应确立管辖权，此类管辖权通常称为“属地管辖权”。相对于一国的“领土”，委员会认为宜表述为“[该国]管辖的领土”，以便涵盖该国的合法领土及其管辖或实际控制的领土。这一术语符合本领域相关条约中采用的表述方式。今后需要重新讨论第4条草案案文，以确保术语一致。[[1178]](#footnote-1179) 此外，属地管辖权往往包含对发生在某国注册的船只或飞机上的罪行的管辖权；事实上，已通过关于危害人类罪的国内法律的国家通常确立对发生在此类船只或飞机上的行为的管辖权。

(7) 第6条草案第1款(b)项要求在被指控罪犯为该国国民时应确立管辖权，此类管辖权有时称为“国籍管辖权”或“主动属人管辖权”。第1款(b)项还指出，若罪犯为“惯常在该国领土内居住的无国籍人”，该国可以有选择地确立管辖权。这种表述是基于一些现行公约的用语，例如《反对劫持人质国际公约》第5条第1款(b)项。

(8) 第6条草案第1款(c)项涉及犯罪受害人为该国国民时的管辖权，此类管辖权有时称为“被动属人管辖权”。鉴于许多国家更倾向于不行使此类管辖权，这种管辖权是选择性的；“若一国认为应予管辖”便可以确立管辖权，但该国没有义务这样做。这种表述也是基于大量现行公约的用语。

(9) 第6条草案第2款处理可能不存在其他类型的管辖权，但被指控罪犯“处于”一国管辖的领土内，而且该国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况。此类情况下，即使罪行不是在该国领土内发生，被指控罪犯不是其国民，犯罪受害人也不是其国民，但鉴于被指控罪犯处于该国管辖的领土内，因此该国仍有义务确立管辖权。此项义务有助于防止被指控罪犯在本来与罪行没有任何关联的国家寻求庇护。

(10) 第6条草案第3款明确指出，虽然各国有义务行使以上类型的管辖权，但不排除根据该国国内法可以确立的任何其他管辖权。事实上，为维护缔约国在条约范围之外确立国家管辖权的权利，同时不妨碍任何适用的国际法规则，处理犯罪行为的条约通常留有余地，让缔约国可以确立其他管辖权依据，据以追究被指控罪犯的责任。[[1179]](#footnote-1180) 希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在逮捕令案的联合个别意见中特别引用了《禁止酷刑公约》的这一条款，指出：

“我们反对这一建议，即打击有罪不罚现象的斗争已“移交”给国际条约和法庭，而国家法院在此类事项上没有权限。在制定相关条约规定时开展了极为细致的工作，力求不排除其他可以在自愿的基础上行使管辖权的理由。”[[1180]](#footnote-1181)

(11) 确立第6条草案所列的各类国家管辖权，对于支持下文第9条草案所述“引渡或审判”义务也十分重要。纪尧姆法官在逮捕令案的个别意见中谈及这类条约建立的“制度”：

“一经发现这些公约所述罪行的犯罪人在一国领土内，该国就有义务将其逮捕，然后引渡或起诉。该国首先必定已授予法院管辖权，若不引渡就对其进行审判。这样便可保证所有相关罪行均受到惩罚，因为所有国家都拒绝庇护犯罪人。”[[1181]](#footnote-1182)

第7条  
调查

各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为时，其主管当局立即进行公正的调查。

评注

(1) 第7条草案处理有合理依据认为在一国管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为的情况。该国最适合开展这一调查，以便确定罪行是否确已发生或正在发生，如果是，则确定犯罪者是该国控制的政府军队、另一国控制的军队还是非国家组织。这样的调查不仅可以为查明被指控罪犯及其方位奠定基础，还有助于追本溯源以防止罪行延续或再度发生。应将这一调查与下文第8条草案第2款所述对一国境内被指控罪犯的相关事实开展的初步调查加以对照。

(2) 处理其他罪行的一些条约也载有类似义务。[[1182]](#footnote-1183) 例如，《禁止酷刑公约》第12条规定：“每一缔约国应确保在有适当理由认为在其管辖的任何领土内已发生酷刑行为时，其主管当局立即进行公正的调查。”此项义务有别于缔约国根据《禁止酷刑公约》第6条第2款承担的对某被指控罪犯的有关事实进行调查的义务。《禁止酷刑公约》第12条要求在有“适当理由认为”已发生犯罪行为时开展调查，无论受害人是否已向该国主管当局正式提出申诉。[[1183]](#footnote-1184) 事实上，由于酷刑做法越普遍的国家，正式提出酷刑申诉的数目很可能越少，所以即使一国没有接到任何申诉，也可能发生违反《禁止酷刑公约》第12条的行为。禁止酷刑委员会已经指出，凡有适当理由认为发生了酷刑或虐待，国家当局就必须“自动进行”调查，而“无需特别注重怀疑的依据”。[[1184]](#footnote-1185)

(3) 禁止酷刑委员会还认为，如果国家调查做不到“及时而公正”，就违反了第12条。[[1185]](#footnote-1186) 要求及时调查意味着一旦怀疑发生了犯罪行为，就应立即或毫不拖延地启动调查。在委员会认为调查不够及时的大多数案件中，或是根本没有进行任何调查，或是过了很长时间才开始调查。例如，委员会认为“对酷刑指控的调查如耽搁15个月才启动，属于时间过长，违反了《公约》第12条的规定。”[[1186]](#footnote-1187) 要求及时调查所依据的理由是，可证明酷刑的物质痕迹可能会很快消失，提出申诉的受害人也有再次遭受酷刑的危险，而及时调查有可能防止这些情况。[[1187]](#footnote-1188)

(4) 要求公正调查意味着各国必须以严肃、有效和不偏不倚的方式进行调查。禁止酷刑委员会曾在一些情况下建议，对犯罪行为的调查应“处于司法机构独立成员的直接监督之下”。[[1188]](#footnote-1189) 委员会曾在其他情况下表示，“应严格禁止所有无权进行刑事案件调查的政府机构进行此种调查。”[[1189]](#footnote-1190) 委员会指出，公正的调查对犯罪行为发生或未发生的说法给予同等重视，然后通过适当的调查渠道追查，例如检查现有的政府记录、审查相关政府官员、或下令挖尸检验。[[1190]](#footnote-1191)

(5) 一些条约没有明确载列这种调查义务，但被理解为其行文暗含这一义务。例如，《公民权利和政治权利国际公约》没有明确载列这样的义务，但人权事务委员会一再申明各国必须秉持诚意调查违反《公约》的情况。[[1191]](#footnote-1192) 区域人权机构也将其法律文书解释为隐含着进行调查的义务。[[1192]](#footnote-1193)

第8条  
当被指控罪犯在境内时的初步措施

1. 任何国家，如果被指控犯有第5条草案所述任何罪行的人在其管辖下的领土之内，经审查所获情报后认为根据情况有此必要，应将该人拘押或采取其他法律措施确保该人留在境内。拘押和其他法律措施应符合该国法律的规定，但延续时间只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。

2. 该国应立即对事实进行初步调查。

3. 如一国根据本条草案将某人拘押，则应立即向第6条草案第1款所述各国通知该人受到拘押的事实和拘留该人之所以必要的情况。本条草案第2款所述进行初步调查的国家应立即向所述有关各国通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。

评注

(1) 第8条草案规定了被指控罪犯在其管辖下的领土之内时，一国应采取的某些初步措施。第1款促请该国依照本国法律将该人拘押或采取其他法律措施确保该人留在境内，但只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。此类措施是国家刑事诉讼程序中的惯常步骤，特别是为了避免进一步的犯罪行为和被指控罪犯逃跑的风险。

(2) 第2款规定该国应立即对事实真相进行初步调查。各国刑法通常规定进行这种初步调查，以确定是否存在可起诉的罪行。

(3) 第3款规定，该国应立即向第6条草案第1款所述各国通报其行动，及该国是否有意行使管辖权。这种做法使其他国家得以考虑是否希望行使管辖权；如果是，它们有可能要求引渡。有些情况下，该国也许并不充分了解哪些其他国家已经确立了管辖权(例如一国有选择地确立对惯常在该国领土内居住的一名无国籍人的管辖权)；此种情况下，履行此项义务的可行性也许要视具体情况而定。

(4) 联合国大会和安全理事会均认识到在危害人类罪方面采取此种措施的重要性。因此，大会促请“一切有关国家采取必要措施，以彻底调查……危害人类罪……并对所有尚未交付审判或惩治之……危害人类罪犯施行侦查、逮捕、引渡及惩治”。[[1193]](#footnote-1194) 同样，大会还申明，“各国拒绝合作，不肯逮捕、引渡、审判和惩治……危害人类罪犯，便是违反联合国宪章的宗旨和原则以及国际法的公认规律”。[[1194]](#footnote-1195) 安全理事会强调，“各国有责任遵守相关义务，终止有罪不罚的现象，彻底调查并起诉应对……危害人类罪或其他严重违反国际人道主义法行为负责的人，以防止违犯行为，避免这类行为重演，寻求持久和平、正义、真相与和解”。[[1195]](#footnote-1196)

(5) 处理犯罪问题的条约通常会规定此类初步措施，[[1196]](#footnote-1197)《禁止酷刑公约》第6条便是如此。[[1197]](#footnote-1198) 国际法院除其他外回顾第6条所载规定时解释说，“将适当立法纳入国内法……可使嫌疑人所在国家立即对事实真相进行初步调查……这是使该国在了解事实后将案件提交其主管当局以便起诉的必要步骤……”。[[1198]](#footnote-1199) 法院认为初步调查与主管当局进行的任何调查一样，是为了证明对所涉人员的怀疑是否属实。开展调查的机关负责起草案卷，其中载有相关事实和证据；“这可能包括与所讨论的事件和与嫌疑人在相关事件中可能的参与情况有关的文件或目击者证词”。[[1199]](#footnote-1200) 法院还指出，“选择什么方式进行调查仍然取决于缔约国”，但“确定嫌疑人在该国境内之后，应立即采取步骤对该案件进行调查。”[[1200]](#footnote-1201) 此外，这种初步措施的目的是“在嫌疑人未被引渡的情况下对其展开司法程序，实现《公约》的宗旨和目标，即通过避免这类行为实施者有罪不罚的现象提高打击酷刑斗争的成效”。[[1201]](#footnote-1202)

第9条引渡或审判

被指控罪犯在其管辖下的领土之内的国家，应将该案提交主管当局以便起诉，除非该国将犯罪人引渡或移交另一国家或主管国际刑事法庭。这些当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定。

评注

(1) 第9条草案规定，被指控罪犯在其管辖下的领土之内的国家，有义务在该国的国内系统将被指控罪犯提交起诉。履行这项义务的唯一替代手段是该国将被指控罪犯引渡或移交愿意且有能力自行将该事项提交起诉的另一国家或主管国际刑事法庭。这项义务通常称为引渡或审判原则，这是委员会最近研究的一项原则，[[1202]](#footnote-1203) 许多有关罪行的多边条约也载有该原则。[[1203]](#footnote-1204) 虽然aut dedere aut judicare的直译可能无法充分体现该义务的含义，但委员会决定应该在标题中保留这一术语，在提及此种义务时普遍使用。

(2) 委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第18条为“危害人类罪”作了定义，并在第9条中进一步规定，“在不妨害国际刑事法院的管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第17、第18、第19或第20条所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人”。[[1204]](#footnote-1205)

(3) 载有这种义务[[1205]](#footnote-1206) 的大多数多边条约使用得名于1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》的所谓的“海牙套语”。[[1206]](#footnote-1207) 该套语规定，只要被指控罪犯在缔约国领土上，不管其他缔约国是否要求引渡，都会产生此种义务。虽然经常被称为引渡或“起诉”义务，但所要求的义务是“将该案提交主管当局以便起诉”，这意味着将案件提交检察机关，该机关可决定是否起诉。具体而言，如果主管当局确定没有足够证据定罪，则不需要起诉被指控罪犯，也不需要对其进行审判或惩处。[[1207]](#footnote-1208) 《关于制止非法劫持航空器的公约》的准备工作文件说明，该套语规定“有义务逮捕被指控罪犯，有可能引渡，有义务提交主管当局，并有可能进行起诉。”[[1208]](#footnote-1209)

(4) 在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中，国际法院分析了《禁止酷刑公约》第7条中的海牙套语：

“90. 从《公约》的准备工作文件中可以明显看出，第7条第1款是基于1970年12月16日在海牙签署的《关于制止非法劫持航空器的公约》中载有的一个类似规定。有关将该案提交主管当局以便起诉的义务(以下称“起诉义务”)的规定是以交由主管当局决定是否要开始诉讼程序的方式作出的，从而显示对缔约国司法系统的独立性的尊重。此外，这两项公约都强调主管当局应根据该国法律，以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定(《禁止酷刑公约》第7条第2款和1970《海牙公约》第7条)。因此，有关国家当局仍有责任决定是否根据已经掌握的证据和有关的刑事诉讼规则提起诉讼。

“91. 第7条第1款中规定的起诉义务通常是在该国已履行《禁止酷刑公约》该条款之前条款中规定的其他义务后履行的，其中要求该国通过适当立法，使其可以将酷刑定为刑事罪、赋予其法院对该问题的普遍管辖权，并对事实展开调查。这些义务作为一个整体可视为一个单一的公约机制的要素，这一公约机制的目的是防止嫌疑人逃脱其经证实的刑事责任的后果……

……

“94. 法院认为，第7条第1款要求有关国家将案件提交其主管当局以便起诉，无论此前有无引渡嫌疑人的请求。这就是为何第6条第2款规定，自嫌疑人入境之时起，该国必须立即进行初步调查。第7条第1款规定的将案件提交主管当局的义务，可能会，也可能不会导致提起诉讼，这要看当局关于嫌疑人所受指控得到的证据。

“95. 然而，如果嫌疑人所在国已经在《公约》条款中设想的任一情况下收到了引渡请求，该国可以通过接受此请求免除起诉的义务。由此可见，《公约》虽然规定可以选择引渡或选择交付起诉，但不意味着两种选择分量相当。引渡是《公约》提供给国家的一个备选办法，而起诉是《公约》规定的一项国际义务，违反这项义务属于不法行为，国家为此要承担责任。

……

“114. 尽管《公约》第7条第1款没有关于履行其规定义务的时间框架的规定，在案文中必定暗示此种义务须在合理的时间内以符合《公约》的宗旨和目的的方式履行。

“115. 法院认为，《公约》第7条第1款中规定国家有起诉义务，其意图是实现《公约》的宗旨和目的，即“在全世界更有效地开展反对酷刑的斗争”(《公约》序言)。为此，应毫不拖延地开展诉讼程序。

……

“120. 这些条约规定的目的是防止被指控的酷刑行为犯罪人免受处罚，方法是确保他们无法在任何缔约国避难。嫌疑人所在国家确实可选择将其引渡到提出此种要求的国家，但根据《公约》第5条，这样做的条件是引渡的目的地国具有起诉和审判嫌疑人方面的管辖权。”[[1209]](#footnote-1210)

(5) 法院还认定，下述多种因素无法成为不履行这些义务的理由：国家财政困难；[[1210]](#footnote-1211) 将问题提交区域组织；[[1211]](#footnote-1212) 或根据国家的国内法难以履行此种义务。[[1212]](#footnote-1213)

(6) 第9条草案第一句话确认，履行国家义务可通过将被指控罪犯引渡或移交另一国家，还可引渡或移交有权起诉罪犯的国际刑事法庭。随着国际刑事法院和其他国际刑事法庭的设立，出现了这第三种选择。[[1213]](#footnote-1214) “引渡”一词往往涉及将某人送往一国，但“移交”一词通常用于将某人送往主管国际刑事法庭，第9条草案如此编写是为了不以这种方式限制术语的使用。国家刑事系统和国际关系中使用的术语可能各不相同，[[1214]](#footnote-1215) 因此，委员会认为更笼统的措辞是可取的。此外，虽然第9条草案将提法的范围限制为国际刑事法庭以便表示必须是送出国承认其司法权的法庭，[[1215]](#footnote-1216) 但这种限制被视为没有必要。

(7) 第9条草案第2句规定，当一国将案件提交起诉或引渡或移交人员时，其“当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定”。载有海牙套语的大部分条约都包括这样一个条款，其目的是帮助确保与严重罪行有关的正规程序和证据标准得到适用。

第10条  
公平对待被指控罪犯

1. 任何因第5条草案所述罪行而被采取法律措施的人，在诉讼的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护该人按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利。

2. 在非本人国籍国的监狱、扣押或拘留中的任何此类人员应有权：

1. 立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家，如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；
2. 接受此类国家代表的探视；
3. 立即被告知其根据本款所享有的权利。

3. 第2款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第2款所规定权利的预期目的得到充分落实。

评注

(1) 第10条草案侧重于国家给予在该国管辖下的领土之内的被指控罪犯公平待遇，包括公平审判和充分保护其权利。此外，第10条草案承认在非本人国籍国的监狱、扣押或拘留中的被指控罪犯接触其国籍国代表的权利。

(2) 所有国家的国内法均规定在不同程度上保护该国因刑事犯罪而受到调查、拘留、审判或惩罚的人。这种保护可能是在宪法、法规、行政规章或司法先例中作出的明确规定。此外，还可能会编纂详细规则，或确立大略标准，提及“公平待遇”、“正当程序”、“司法保障”、或“平等保护”。这种保护极为重要，因为它能避免国家刑事司法机构将其超常权力不当地施加于嫌疑人，其效果包括使该个人能够向独立法庭充分质疑该国的指控(因而保障“权利平等”)。

(3) 现在，此种重要保护在国际刑法和人权法中也已得到明确承认。在最普遍的层面上，1948年《世界人权宣言》第十和第十一条确认了此类保护，[[1216]](#footnote-1217) 而《公民权利和政治权利国际公约》第十四条提出了对国家具有约束力的更具体的标准。普遍而言，为国际法院或法庭规定标准的文书一般均致力于具体叙述《公民权利和政治权利国际公约》第十四条中规定的标准，而关于国内法的文书则采用大略的标准，意图是在涉及被指控罪犯的国内诉讼的“所有阶段”确认和体现第十四条以及其他有关文书的具体标准。[[1217]](#footnote-1218)

(4) 关于国内法的这些条约没有定义“公平待遇”一词，但该词被视为包括被指控罪犯拥有的具体权利，如《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定的权利。因此，委员会在起草关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案第8条时指出，“在诉讼的所有阶段受到公平待遇”的表述“旨在涵盖被拘留者或被告的所有公认保障规定”，并指出“这类保障的一个例子见《公民权利和政治权利国际公约》第十四条”。[[1218]](#footnote-1219) 此外委员会还指出“‘适当程序’、‘公平审理’或‘公平审判’等较常见的表述可能被人从狭义的技术意义上加以解释。与之相比，‘公平待遇’的表述比较广义，因此更可取”。[[1219]](#footnote-1220) 最后，委员会还解释说，“诉讼的各个阶段”的表述“旨在于被指控罪犯被发现和采取措施使其留在境内的时刻起直至就案件作出最后裁决期间保障其权利”。[[1220]](#footnote-1221)

(5) 虽然“公平待遇”一词包含“公平审判”概念，但许多条约明确提及公平审判，以强调其特别重要性。事实上，人权事务委员会认为，获得公平审判的权利是“人权保护的一项关键内容”，也是“保障法治的一项程序手段”。[[1221]](#footnote-1222) 因此，第10条草案第1款中称公平待遇“包括公平审判”。

(6) 除了公平待遇，被指控罪犯还有权得到对其权利的最高保护，无论这种权利产生于适用的国内法还是国际法，包括国际人权法。这些权利载于宪法、法规或各国的国内法律制度内的其他规则，在国际层面，则载于全球人权条约、区域人权条约[[1222]](#footnote-1223) 或其他适用文书。[[1223]](#footnote-1224) 因此，第10条草案第1款还承认，各国必须充分保护罪犯“按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利”。

(7) 第10条草案第2款阐述国家对在非本人国籍国和“在监狱、扣押或拘留中”的被指控罪犯的义务。这一表述应被理解为包括国家限制人员与其国籍国代表自由联络和接受这些代表探视的所有情况。在这些情况下，要求被指控罪犯在其管辖下的领土之内的国家立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家或经其请求而愿意保护其权利的国家。此外，被指控罪犯有权接受此类国家代表的探视。最后，被指控罪犯有权立即被告知这些权利。此外，第2款对无国籍人也适用这些权利，要求这些人有权立即联络经其请求而愿意保护其权利的国家的距离最近的适当代表，并接受该代表的探视。

(8) 1963年《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款[[1224]](#footnote-1225) (将权利赋予被拘留者和国籍国[[1225]](#footnote-1226) )和习惯国际法更为详细地阐述了这些权利。最近的针对罪行的条约通常不会如此详细，而是与第10条草案第2款一样，仅重申被指控罪犯有权联络其国籍国并接受其探视(对无国籍者而言，则有权联络其通常居住的国家或其他愿意保护此人权利的国家)。[[1226]](#footnote-1227)

(9) 第10条草案第3款规定，第2款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但这些法律和规章不得妨碍这些权利的预期目的得到充分落实。这些国内法律和规章可涉及调查法官为保护受害者和证人而对联络施加限制的能力以及探视被关押在拘留设施的人的标准条件等问题。《维也纳领事关系公约》第三十六条第二款[[1227]](#footnote-1228) 中存在一个类似条款，该条款还被列入了许多关于犯罪的条约。[[1228]](#footnote-1229) 委员会在后来成为《维也纳公约》的条款草案的评注中对该条款作了如下解释：

“(5) 上述各项权利依照接收国的法律和规章行使。因此，依照刑事诉讼法和监狱规章的规定，探视被羁押和监禁者是可允许的。作为一项一般规则，为了探视正在受到刑事调查或刑事审判的被羁押者，刑事诉讼法要求得到预审法官的许可，预审法官将根据调查要求作出决定。在这样的案件中，领事官员必须向预审法官申请许可。在一人根据一项判决而被监禁的情况下，关于探视囚犯的监狱规章也适用于领事官员对身为派遣国国民的犯人的探视。

……

“(7) 虽然本条规定的权利的行使必须符合接收国的法律和规章，但这不意味着这些法律和规章可以宣布有关权利无效”。[[1229]](#footnote-1230)

(10) 在拉格朗案中，国际法院裁定，《维也纳公约》第三十六条第二款中所述“权利”“必须被解读为不仅适用于派遣国的权利，而且也适用于被拘禁的个人的权利”。[[1230]](#footnote-1231)

第八章  
保护大气层

A. 导言

86. 委员会第六十五届会议(2013年)决定根据一项谅解将“保护大气层”专题列入工作方案，并任命村濑信也先生为特别报告员。[[1231]](#footnote-1232)

87. 委员会第六十六届会议(2014年)收到并审议了特别报告员提交的第一次报告，[[1232]](#footnote-1233) 第六十七届会议(2015年)收到并审议了第二次报告。[[1233]](#footnote-1234) 委员会在特别报告员第二次报告提出的指南草案的基础上，暂时通过了三条指南草案和四个序言段落及其评注。[[1234]](#footnote-1235)

B. 本届会议审议此专题的情况

88. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第三次报告([A/CN.4/692](http://undocs.org/ch/A/CN.4/692))。特别报告员在前两次报告的基础上，分析了与此专题有关的一些重要问题，即国家防止大气污染和减缓全球大气层退化的义务和尽职要求以及环境影响评估。报告员还探讨了与可持续和公平利用大气层有关的问题以及对某些有意改变大气层的活动的法律限制。相应地，特别报告员提出了以下指南草案：国家保护大气层的义务、环境影响评估、可持续利用大气层、公平利用大气层、地球工程。他还建议在序言部分增加一段，作为第四段，并对委员会2015年暂时通过的关于国际合作的指南草案重新编号。

89. 特别报告员表示，委员会可以在2017年处理大气层法律与其他领域的国际法(如海洋法、国际贸易和投资法及国际人权法)之间相互关系的问题，在2018年处理与保护大气层有关的执行、遵守和争端解决问题，希望在当年完成此专题的一读。

90. 委员会在2016年5月27日和31日、6月1日和7日举行的第3306、3307、3308、3311次会议上审议了特别报告员的第三次报告。

91. 在委员会进行辩论之前，特别报告员于2016年5月4日组织了与科学家的对话。[[1235]](#footnote-1236) 委员会委员认为对话和发言十分有用。

92. 委员会在2016年6月7日举行的第3311次会议上就报告进行辩论后，决定将指南草案3、4、5、6、7，连同特别报告员第三次报告所载序言部分第四段，一并提交起草委员会。

93. 委员会在2016年7月4日举行的第3314次会议上收到了起草委员会的报告。委员会在2016年7月5日举行的第3315次会议上审议并暂时通过了五条指南草案以及一个序言部分段落(见下文第C.1节)。

94. 在2016年8月9日和10日举行的第3341至3343次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的指南草案的评注(见下文第C.2节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的关于保护大气层的指南草案案文及序言部分段落

1. 指南草案案文及序言部分段落

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

序言

……

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

铭记大气层中存在污染物质和降解物质的输送和扩散，

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

认识到发展中国家的特殊情况和需要，

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

[之后可增加其他段落或调整段落顺序。]

……

指南1  
用语

为了本指南草案的目的，

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

指南2[[1236]](#footnote-1237)  
指南的范围

1. 本指南草案[所载指导原则涉及][涉及]保护大气层免遭大气污染和大气层退化。

2. 本指南草案不处理、但也不妨碍以下问题：污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、国家及其国民的赔偿责任，以及向发展中国家转让资金，包括知识产权。

3. 本指南草案不涉及具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。

4. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位，也不影响与外层空间，包括外层空间划界有关的问题。

指南3  
保护大气层的义务

各国有义务保护大气层，履行应尽义务，按照适用的国际法规则采取适当措施，防止、减少或控制大气污染和大气层退化。

指南4  
环境影响评估

对于在本国管辖或控制下拟议开展的活动，凡可能对大气层造成大气污染或大气层退化等重大不利影响的，各国有义务确保进行环境影响评估。

指南5  
可持续利用大气层

1. 考虑到大气层是一种吸收能力有限的自然资源，应以可持续的方式加以利用。

2. 可持续利用大气层包括需要兼顾经济发展和大气层保护。

指南6  
公平合理利用大气层

应考虑到今世后代的利益，以公平合理的方式利用大气层。

指南7  
有意大规模改变大气层

应遵守任何适用的国际法规则，审慎和谨慎地开展旨在有意大规模改变大气层的活动。

指南8[5][[1237]](#footnote-1238)国际合作

1. 各国有义务就保护大气层免遭大气污染和大气层退化，酌情与其他国家或有关国际组织合作。

2. 各国应就进一步增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学知识开展合作。合作可包括信息交流和联合监测。

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的指南草案案文与序言部分段落及其评注

96. 委员会第六十八届会议暂时通过的指南草案案文与序言部分段落及其评注载录如下。

序言

认识到发展中国家的特殊情况和需要，

评注

(1) 序言部分插入第四段是顾及公平问题，并考虑到发展中国家的特殊情况和需要。纳入公平原则的首次尝试是亚洲和非洲代表团在1919年国际劳工组织华盛顿会议上成功促使会议通过了差异性劳工标准。[[1238]](#footnote-1239) 另一个例子是1970年代联合国贸易和发展会议拟订的普遍优惠制，如委员会1978年最惠国条款草案第23条草案所反映的那样。[[1239]](#footnote-1240)

(2) 在环境保护中需要特别考虑发展中国家已得到一些国际文书的认可，如1972年《联合国人类环境会议斯德哥尔摩宣言》(下称“《斯德哥尔摩宣言》”)[[1240]](#footnote-1241) 和1992年《关于环境与发展的里约宣言》(下称“《里约宣言》”)[[1241]](#footnote-1242)。《斯德哥尔摩宣言》原则十二强调应“考虑发展中国家的国情和具体需求”。《里约宣言》原则六重点指出“发展中国家，特别是最不发达国家和最易受环境影响国家的特殊需要”。1992年《联合国气候变化框架公约》第三条[[1242]](#footnote-1243) 和2015年《巴黎协定》第二条[[1243]](#footnote-1244) 也反映了这一原则。

(3) 本序言段落的行文是参照1997年《国际水道非航行使用法公约》[[1244]](#footnote-1245) 序言部分第七段拟订的。

指南3  
保护大气层的义务

各国有义务保护大气层，履行应尽义务，按照适用的国际法规则采取适当措施，防止、减少或控制大气污染和大气层退化。

评注

(1) 指南草案3是本指南草案的核心。特别是，下文的指南草案4、5和6都是从这条指南中派生出来的。这三条指南草案试图将各种国际环境法原则适用于保护大气层的具体情况。

(2) 本条指南草案试图将保护大气层的义务界定为防止、减少和控制大气污染和大气层退化，从而对与之相关的各类义务进行区分。指南草案的行文来自《斯德哥尔摩宣言》原则二十一，其中反映了“特莱尔冶炼厂仲裁案”的裁决。[[1245]](#footnote-1246) 此外，也可在1992年《里约宣言》原则二中找到相关论述。

(3) 为了本条指南草案的目的，提及“各国”是表明国家“单独”行动和“联合”行动的可能性。指南草案提到了越境和全球背景。可以回顾，2015年暂时通过的指南草案1包含用以界定“大气污染”的“越境”要素(“大气污染”指人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质，产生的有害影响超出来源国，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象)和用以界定大气层退化的“全球”要素(“指人类直接或间接改变大气状况，产生重大有害影响，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象”)。

(4) 按目前行文，本条指南草案不妨碍保护大气层义务是否属于“国家对国际不法行为的责任”条款第48条[[1246]](#footnote-1247) 意义上的普遍义务问题，对于这一问题有不同的看法。有人支持保护大气层不受全球性越境污染和全球性大气层退化影响的义务属于普遍义务，但也有人支持这种承认的法律后果在本专题下还不完全明确的观点。

(5) 对大气层造成重大不利影响的主要是个人和私营工业的活动，但这些活动通常可以归咎于国家。在这方面，尽职要求国家“确保”其管辖或控制下的这些活动不造成重大不利影响。这并不意味着尽职仅仅适用于私营活动，因为国家自己的活动也受制于尽职规则。[[1247]](#footnote-1248) 尽职是控制这些活动的国家根据能力作出最大努力的义务。因此，即使造成了重大不利影响，并不自动构成没有尽职。没有尽职限于国家在履行义务方面的疏忽，也就是没有采取一切适当措施防止、减少或控制人类活动，而这些活动已经或可能造成重大不利影响。国家的“确保”义务不要求取得某个结果(结果义务)，而是仅仅要求其作出做大努力避免造成重大不利影响(行为义务)。它要求各国采取适当措施控制公共和私人行为。尽职义务意味着警惕和预防的义务。还要求考虑到监管和技术的背景及不断发展的标准。

(6) “防止、减少或控制”的提法表示国家应按照一方面与大气污染另一方面与大气层退化相关的适用规则，单独或联合采取各种措施。“防止、减少或控制”一语借鉴于《联合国海洋法公约》[[1248]](#footnote-1249) 和《联合国气候变化框架公约》。[[1249]](#footnote-1250)

(7) 即使“防止、减少或控制”的适当措施同时适用于大气污染和大气层退化，但不言而喻，提及“适用的国际法规则”旨在表明所采取措施之间的差别，需要铭记大气污染的越境性质和大气层退化的全球性质以及对各自适用的不同规则。在越境大气污染情况下，各国防止重大不利影响的义务已确立为习惯国际法，例如已得到委员会预防危险活动的越境损害条款[[1250]](#footnote-1251) 和各国际法院及法庭判例[[1251]](#footnote-1252) 的确认。然而，这项与全球大气层退化相关的义务的存在仍是一个未决问题。国际法院指出，“各国履行一般义务以确保在其管辖和控制范围内的活动尊重……国家控制范围以外地区的环境，目前已成为国际法典的一部分，”[[1252]](#footnote-1253) 并十分重视对环境的尊重，“不仅对国家，也对全人类而言”。[[1253]](#footnote-1254) 该法院在莱茵铁路公司案中指出，“防止或至少减轻[对环境的重大损害]……现已成为一般国际法原则”。[[1254]](#footnote-1255) 然而，在这些说法可否视为完全支持对国际习惯法中存在防止、减少或控制大气污染和大气层退化这一义务的承认方面，委员们意见不一。不过，这一义务见于某些有关公约。[[1255]](#footnote-1256) 在这方面，应当指出的是，《巴黎协定》在序言中“承认气候变化是人类共同关心的问题”，指出“必须确保包括海洋在内的所有生态系统的完整性并保护……生物多样性”。[[1256]](#footnote-1257)

指南4  
环境影响评估

对于在本国管辖或控制下拟议开展的活动，凡可能对大气层造成大气污染或大气层退化等重大不利影响的，各国有义务确保进行环境影响评估。

评注

(1) 指南草案4涉及环境影响评估。这是从总体性指南草案3中派生出来的三条指南草案的第一条。国际法院在哥斯达黎加沿圣胡安河修建道路案中指出，“国家对防止重大越境损害履行尽职义务，要求一国在开展可能对另一国环境造成不利影响的活动之前，必须确定是否有造成重大越境损害的可能。如果存在这种可能，有关国家必须开展环境影响评估”。[[1257]](#footnote-1258) 在上述案件中，国际法院判定，该国“未履行一般国际法规定的在建造道路之前开展环境影响评估的义务”。[[1258]](#footnote-1259) 小和田恒法官在个人意见中指出，“环境影响评估对确保有关国家根据一般国际环境法规定采取行动，履行应尽职责，具有重要甚至关键性作用”。[[1259]](#footnote-1260) 另两位法官在Gabčíkovo-Nagymaros项目案[[1260]](#footnote-1261) 和乌拉圭河沿岸纸浆厂案[[1261]](#footnote-1262) 中间接指出了环境影响评估的重要性。国际海洋法法庭海底争端分庭2011年提出了关于“国家对区域内活动的责任和义务”的咨询意见，其中将开展环境影响评估列为担保国直接承担的义务之一。[[1262]](#footnote-1263)

(2) 指南草案使用被动语态――“各国有义务确保进行环境影响评估”，是相对于“各国有义务进行适当的环境影响评估”而言，表明这是一项行为义务。由于经济行为者的广泛性，这项义务不一定要求国家本身进行环境影响评估。所要求的是国家为进行环境影响评估采取必要立法、监管和其他措施，以便对拟议活动进行环境影响评估。通知和协商是评估的关键。

(3) “在本国管辖或控制下拟议开展的活动”一语旨在表明，各国确保进行环境影响评估的义务是针对其管辖或控制下的活动的。由于环境威胁不分边界，不排除各国可以作为其全球环境责任的一部分，就环境影响评估做出联合决定。

(4) 阈值被认为是开展环境影响评估所必要的。因此添加了“可能造成重大不利影响”一语。这句话来自《里约宣言》原则十七。其他一些文书也使用了类似的阈值，如《关于越境环境影响评估的埃斯波公约》[[1263]](#footnote-1264)。国际法院在纸浆厂案中裁定，“现在可以认为，这是一项一般国际法要求，如果拟议工业活动具有造成重大越境不利影响的风险，特别是在共有资源上，就需要进行环境影响评估”。[[1264]](#footnote-1265)

(5) 使用“可能造成重大不利影响”的阈值，指南草案排除了对影响可能轻微的活动的环境影响评估。潜在危害的影响在“大气污染”和“大气层退化”方面必须是“重大”的。何为“重大”需要作出事实判定。[[1265]](#footnote-1266)

(6) “在大气污染或大气层退化方面”一语被认为十分重要，因为它将本条指南草案与本套指南草案关注的两个主要环境保护问题联系起来，即越境大气污染和大气层退化。虽然环境影响评估要求的相关先例主要涉及越境污染，但人们认为可能对全球大气层造成重大不利影响的项目也需遵守类似要求，如蓄意大规模改变大气层活动。[[1266]](#footnote-1267) 与保护大气层相比，这些活动可能甚至比越境损害在更大范围内造成严重损害；因此，相同规则更有理由适用于可能造成全球大气层退化的活动。鉴此，《越境环境影响评估公约关于战略环境评估的基辅议定书》鼓励对可能的环境影响包括健康影响进行“战略环境评估”，这是指对环境，包括人类健康、动物、植物、生物多样性、土壤、气候、空气、水、景观、自然遗产、物质资产、文化遗产的影响以及这些因素之间的相互作用。[[1267]](#footnote-1268)

(7) 人们承认透明度和公众参与是获得信息和保障代表性的重要内容，但也有人认为指南草案本身不应该涉及环境影响评估的程序方面。1992年《里约宣言》原则十规定环境问题最好在所有有关公民在有关一级的参加下加以解决。这包括获得信息；有机会参与决策；有效诉诸司法和行政程序。《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》[[1268]](#footnote-1269) 也论述了这些问题。《关于战略环境评价的基辅议定书》鼓励公众参与和协商，并在计划或方案中考虑公众参与和协商的结果。[[1269]](#footnote-1270)

指南5  
可持续利用大气层

1. 考虑到大气层是一种吸收能力有限的自然资源，应以可持续的方式加以利用。

2. 可持续利用大气层包括需要兼顾经济发展和大气层保护。

评注

(1) 大气层是一种吸收能力有限的自然资源。[[1270]](#footnote-1271) 人们常常认为，就勘探和开采矿物或油气等资源的意义上而言，大气层是无法开采的。但事实是，大气层在物质成份和功能成份上均可以开采，并且受到开采。污染方会通过降低大气层的质量及其吸收污染物的能力而开采大气层。指南草案类比“共有资源”的概念，同时确认，全球大气层的整体性要求承认各方利益的共同性。相应地，指南草案所立足的前提是，大气层是吸收能力有限的自然资源，其维持地球生命的能力会受到人类活动的影响。为了使大气层得到保护，必须将大气层视为可开采资源，从而对之适用保护原则和可持续利用原则。有些委员对可否将大气层类比跨界水道或含水层对待表示怀疑。

(2) 第1段承认，大气层是“吸收能力有限的自然资源”。第1段第二部分试图将保护与开发结合起来，确保对地球的改造不会妨碍地球上生物的存续和福祉。这样做是援引了利用大气层应采取可持续方式这一主张。此句受到了《国际水道非航行使用法公约》[[1271]](#footnote-1272) 和跨界含水层法中反映的委员会措词方式的启发。[[1272]](#footnote-1273)

(3) “利用”一词取广义，包含实际开采之外的其他概念。人们已通过若干方式利用了大气层。迄今为止开展的大多数活动可能并无影响大气状况的明确或具体意图。但是，也有某些活动，其目的就是改变大气状况，例如人工影响天气。提出的有意大规模改变大气层[[1273]](#footnote-1274) 的技术中，有些就是利用大气层的实例。

(4) 指南草案中“应以可持续的方式加以利用”的措词简明而不过于注重法律细节，很好地反映了将大气层视为应得到可持续利用的自然资源这一范式转变。其行文方式更贴近国际政策和规范的声明，而非确定各国权利和义务的操作守则。

(5) 第2段立足于国际法院Gabčíkovo-Nagymaros项目案判决中的用语，国际法院在其中提到，“需要协调环境保护与经济发展”，[[1274]](#footnote-1275) 同时还提到了其他有关先例。[[1275]](#footnote-1276) 提到“大气层保护”而非“环境保护”，是为了使该段侧重于本专题的主旨，即保护大气层。

指南6  
公平合理利用大气层

应考虑到今世后代的利益，以公平合理的方式利用大气层。

评注

(1) 如指南草案5所反映的，公平合理地利用大气层是可持续性的一项重要要素，但必须将之单列为一项自主原则。同指南草案5一样，本指南措词较为抽象而宽泛。

(2) 指南草案措词宽泛，以便对保护大气层这一世界共有自然资源的工作适用公平原则。[[1276]](#footnote-1277) 该句第一部分论及“公平合理”的利用。“应……以公平合理的方式利用大气层”这一表述部分参考《国际水道非航行使用法公约》第5条以及跨界含水层法第4条。该句要求平衡各种利益并考虑大气污染或大气层退化可能独有的所有有关因素。

(3) 该句第二部分论及代内和代际公平问题。[[1277]](#footnote-1278) 为了说明公平的这两个方面之间的关系，委员会选择使用“考虑到……后代的利益”这一短语，而非“为人类当代和后代的福利”。使用“利益”一词而非“福利”以显示大气层的一体性，“开采”大气层需要考虑平衡各方利益，以确保地球生物的存续。

指南7  
有意大规模改变大气层

应遵守任何适用的国际法规则，审慎和谨慎地开展旨在有意大规模改变大气层的活动。

评注

(1) 指南草案7论及旨在改变大气状况的活动。如指南草案标题所示，它仅涉及有意的大规模改变。

(2) “旨在有意大规模改变大气层的活动”一词源自《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》[[1278]](#footnote-1279) 所载的“改变环境的技术”的定义，“改变环境的技术”指通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物群、岩石圈、水气层和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术。

(3) 这些活动包括通常被理解为“地球工程”的活动，其方法和技术包括二氧化碳清除和太阳能辐射管理。与前者有关的活动涉及海洋、陆地和技术系统，试图通过天然吸收槽或化学工程从大气层清除二氧化碳。提出的二氧化碳清除技术包括：土壤固碳、碳捕集和固存、海洋肥化、海洋碱性提升，以及加强风化。实际上，造林一直被用于减少二氧化碳。

(4) 科学专家指出，太阳能辐射管理旨在有意降低地球表面温度从而减缓气候变化的不利影响。此处提出的活动包括：“反照率提升”，该方法涉及提高云层或地球表面的反射性，以便将更多的太阳热量反射回太空；平流层气溶胶，该技术涉及将微小的反射性颗粒注入高层大气层，以便在太阳光到达地球表面之前予以反射；太空反射镜，涉及在太阳光到达地球表面之前阻断一部分太阳光。

(5) 如前文所述，对“活动”一词，应取广义。有些其他活动被国际法所禁止，不属于本指南草案的范围，如《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》[[1279]](#footnote-1280) 和《一九四九年日内瓦四公约第一议定书》[[1280]](#footnote-1281)。相应地，指南草案只适用于“非军事”活动。涉及蓄意改变大气层的军事活动不属于本指南的范围。

(6) 同样，其他活动将继续处于各种体制的规范之下。例如，造林已被纳入《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》[[1281]](#footnote-1282) 体制和《巴黎协定》(第五条第二款)。在一些国际法律文书下，已经通过了规范碳捕集和封存的措施。《1972年〈防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约〉[[1282]](#footnote-1283) 1996年议定书》(《伦敦议定书》)[[1283]](#footnote-1284) 载有一项经过修正的条款和附件，以及控制废物和其他物质倾倒的新准则。“海洋铁肥化”和“海洋碱性提升”与海洋倾倒问题有关，因此1972年《公约》及其《伦敦议定书》也是有关文书。

(7) “旨在有意大规模改变大气层的活动”具有极大潜力，可以防止、转移、调节或缓解干旱、飓风、旋风等灾害和危害的不利影响，并提高作物产量和水的供应。与此同时，人们也认识到，这些方法和技术可能对当前的气候格局产生长远和意料之外的影响，而且不受国境的局限。如世界气象组织就人工影响天气所述：“大气过程是非常复杂的过程，以至于以人工方式导致世界某一处发生的天气变化很有可能对别处产生影响……在开始大规模人工影响天气的实验之前，必须认真评估可能的结果和理想的结果，并且必须达成令人满意的国际安排。”[[1284]](#footnote-1285)

(8) 本条指南草案也无意抑制创新和科学进步。《里约宣言》原则七和原则九承认了新技术和创新技术以及在此领域开展合作的重要意义。同时，这并不意味着这些活动的影响总是正面的。

(9) 相应地，本条指南草案并不试图授权或禁止这种活动，除非各国达成协定，要采取这种行动步骤。指南草案仅仅是指出了以下原则，即应审慎和谨慎地开展这种活动。“审慎和谨慎”的提法受到国际海洋法法庭在南方蓝鳍金枪鱼案[[1285]](#footnote-1286)、混合氧化物核燃料厂案[[1286]](#footnote-1287) 和填海案[[1287]](#footnote-1288) 中用语的启发。该法庭在上述最后一个案件中指出：“有鉴于此，考虑到土地改良可能对海洋环境造成的影响，审慎和谨慎原则要求马来西亚和新加坡建立相关机制，交流信息和评估土地改良工程的风险或影响，并制定在相关地区应对这些风险或影响的方式。”指南草案使用了劝告性的语言，旨在鼓励在与大气污染和大气层退化有关的各种领域的主管体制内，制订规则以规范这些活动。

(10) 指南后半部分提到“遵守任何适用的国际法规则”。理解是，在指南草案的适用方面，国际法将继续发挥作用。

(11) 广为承认的是，这种活动应以充分公开和透明的方式进行，而且可能需要进行指南草案4所规定的环境影响评估。有人认为，项目凡是涉及蓄意大规模改变大气层的，很可能伴有造成严重损害的巨大风险，因此尤其有必要对这种活动进行评估。

(12) 有些委员仍然认为无需拟订有关这一事项的指南草案，因为本质上对此事项仍有争议，这方面的讨论不断变化，而且可依据的实践很少。另一些委员认为，可在二读期间加强本条指南草案。

第九章  
强行法

A. 导言

97. 委员会在第六十七届会议(2015年)上，决定将“强行法”专题列入工作方案，并任命迪雷·特拉迪先生为该专题特别报告员。[[1288]](#footnote-1289) 大会随后在2015年12月23日第[70/236](http://undocs.org/ch/A/RES/70/236)号决议里注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

B. 本届会议审议此专题的情况

98. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告([A/CN.4/693](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CN.4/693))，该报告试图说明特别报告员处理此专题的总体方法，以此为基础了解委员会关于倾向采取的方法的意见，并总体概述与强行法(国际法强制性规范)有关的概念问题。

99. 委员会在2016年7月4日至8日和18日至19日举行的第3314至3317次会议和第3322至3323次会议上审议了第一次报告。

100. 委员会在2016年7月19日举行的第3323次会议上，将特别报告员第一次报告所载的结论草案1和3转交起草委员会。

101. 在2016年8月9日举行的第3342次会议上，起草委员会主席提交了起草委员会关于“强行法”的临时报告，其中载有委员会第六十八届会议暂时通过的结论草案。该报告仅供参考，可在委员会网站上查阅。[[1289]](#footnote-1290)

1. 特别报告员介绍第一次报告

102. 特别报告员表示，他的第一次报告主要论及与强制性规范(强行法)有关的概念问题，包括强行法的本质和定义。该报告还追溯了强行法的历史演变，以及国际法中对强行法概念的核心要素的接受情况。报告进而提出了一系列方法学问题，请委员会委员予以评论。报告第二章回顾了2014年和2015年第六委员会的辩论。报告回顾指出，大多数国家都对委员会的专题表示了支持。在这些辩论中，各会员国提出了若干主题。

103. 其中一项主题涉及的问题是，委员会是否应当起草一份说明性清单，列出所有已经取得强行法地位的规范。一些国家对这一想法表示支持，但有若干其他国家提出了严重的问题。特别报告员的意见是，虽然有些人可能会将说明性清单解释为法定限额，但委员会在决定是否提供该清单时，不应将此作为决定依据。不过特别报告员也关切地指出，试图提供说明性清单可能显著改变这一专题的性质，使其重点转向具体主要规则的法律地位，进而模糊其以基本进程为导向的性质/方法学性质。他认为，委员会或可考虑放弃编写说明性清单。与此同时，委员会可以考虑采取其他方法，就目前满足强行法要求的规范向各国和从业者提供指导，而不一定要提供一份说明性清单。

104. 各会员国提出的另一项主题涉及方法学问题，特别是委员会开展工作和得出结论所依据的材料。特别报告员认为，惯例的种类非常丰富，既包括国家惯例也包括司法惯例，委员会应对各种惯例进行透彻的分析。此外，此专题方面的学术著作尽管不具备决定性作用，也可有助于分析主要材料。

105. 特别报告员进而在其报告第四章概述了对二十世纪前和二十世纪中强行法历史先例的讨论。他指出，在第二次世界大战时，基本规则在国际法中的地位可被概括为：文献确认了存在这样一种规范，各国不得通过协约脱离其约束。对该论点的依据可能存在分歧，但论点本身在文献中并未受到严重质疑。不过，能佐证论点的惯例不足。可以找到的极少数惯例涉及的是适用于条约缔约方的强制性条约规则，而非一般国际法规则。

106. 特别报告员还回顾称，委员会本身在国际法中强行法的发展、接受和主流化过程中发挥了重要的作用，近期惯例中，不论是司法惯例还是国家惯例，许多都受到委员会工作的启发。Hersch Lauterpacht爵士曾提出一项条款，即如果一项条约的履行涉及“国际法规定的非法行为”，则该条约无效，[[1290]](#footnote-1291) Gerald Fitzmaurice爵士[[1291]](#footnote-1292) 和Humphrey Waldock爵士[[1292]](#footnote-1293) 也在各自的报告中加入了“强行法”这一术语，从始至终，委员会的诸位委员均未对上述基本论点提出质疑。对依强行法认定条约无效的论点而言，其起草方式和理论基础都曾受过质疑，但该论点本身及其在国际法中的地位未曾受过质疑。

107. 然而，各国对该论点的接受是先前没有预见到的。特别报告员提到了报告中对各国立场的概述，特别是以下结论：“可以有把握地说，几乎所有国家都表示支持”[[1293]](#footnote-1294) 强行法的概念。与此同时，一些国家曾就《维也纳条约法公约》(“1969年《维也纳公约》”)[[1294]](#footnote-1295) 有关条款的起草提出重要关切。具体而言，特别报告员回顾指出，一些国家曾在维也纳会议上表达这样的关切，即如果没有更明确的指南说明哪些规范属于强行法，则该案文可能遭到滥用，被用于质疑合法缔结的条约。当年的解决之道是1969年《维也纳公约》第六十六条，该条规定，涉及援引强行法认定一项条约无效时，国际法院应发挥重要作用。但重点是，与普遍认识不同，各国未曾质疑强行法这一概念，也未曾质疑当年强行法作为国际法一部分的地位。

108. 特别报告员进而表示，1969年《维也纳公约》通过之后，各国一直在外交往来和其他往来中援引强行法。此外，对强行法的司法援引也有所增加，包括国际法院明确承认了强行法[[1295]](#footnote-1296)，其他国际性法院和法庭以及区域和国家法院也明确承认了强行法。

109. 特别报告员还提到了报告第五章，他在该章概述了文献和司法惯例中关于强行法的本质的理论辩论情况。特别报告员没有试图解决这一辩论。与此同时，他认为任何提炼强行法的标准的尝试都需要立足于对其理论支柱的分析。

110. 特别报告员提出了三条结论草案[[1296]](#footnote-1297)：第一条结论草案论及整套结论草案的范围；第二条试图将强行法与可被各国协定更改、克减或废除的其他国际法规则即具有酌定法性质的规则区分开来；第三条试图描述强行法的一般性质。他指出，第三条结论草案第2段中提到强行法具有旨在保护国际社会基本价值观的性质、其本质是等级高并且普遍适用的规范，这是有惯例佐证、已被文献广泛接受的。

111. 特别报告员进而重申其观点，即上述结论草案是此专题最适当的成果。关于未来的工作方案，他设想委员会将：于2017年审议强行法的标准；于2018年审议强行法的后果；于2019年审议任何余下的杂项问题。

2. 辩论摘要

112. 委员们对特别报告员的第一次报告表示欢迎，提到了会员国在第六委员会中对此专题的审议工作表示的广泛支持。与此同时，有人鼓励特别报告员铭记会员国所表示的理解上的分歧，并相应地谨慎处理这一专题。还有人指出，委员会应从一开始就避免可能导致或被解释为偏离1969年《维也纳公约》的结果。若干委员指出了委员会正在开展的研究的重大历史意义。有人强调，本专题的范围超出了条约法，包括一些国际法领域，如国家对国际不法行为的责任。

113. 各委员表示支持特别报告员关于要采取的方法的建议，并表示同意他的意见，即原则上，研究应当以国家惯例和司法惯例为基础，并以学术著作为补充。有人提出，国际法院及其他国际和区域法院和法庭已在若干案件中提到了有关概念，这证明强行法的存在已没有严重争议。有人认为，鉴于强行法的存在已得到公认，目前的任务是在可被常规程序更改的国际法普通规则和不可被更改的某些基本规则之间确定正确的平衡。与此同时，有些委员警示称，委员会应避免试图创建新的强制性规范，并指出委员会开展工作时应从这一假设出发，即强制性规范本质上属于例外。还有人建议，应对以下两种工作进行区分，即审查国际性法院和法庭的声明以确定强行法是否存在，以及审查对所涉规范赋予强制性的国家惯例。

114. 有人认为，强行法的理论基础不一定属于任何具体的学派(自然法或实证法)，也不一定以同意为基础。反之，强行法所具备的强制力的依据是，各国将所涉规范视为不可克减(即便所涉规范可被具有相同性质的其他规范所替代)的一般惯例，且这一惯例被各国视作法律执行。还有一种意见认为，委员会必须尽可能贴近1969年《维也纳公约》的用语。在这方面，若干委员认为1969年《维也纳公约》第五十三和第六十四条提供了令人满意的法律依据，强调了规范要得到由各国组成的国际社会的接受和承认。还有一种意见认为，还应得到国际组织和非政府组织等其他实体以及广大国际社会的这种承认。另有人提出，特别报告员若要对强行法的理论基础展开进一步研究，可以审视强行法概念与跨国公共政策概念之间的联系。又有一种意见认为，委员会应当就部分理论问题采取立场，这样将有助于引导委员会，例如有助于引导委员会拟订一份说明性规范清单。

115. 有人建议，根据特别报告员报告中的讨论，可以识别出强行法具有以下要素：强制性规范不得克减；所涉规则构成一般国际法的一部分；强制性规范得到国际社会的公认；强制性规范普遍适用；所涉规范因为具有强制性而不可克减；强行法规范在等级上高于其他国际法规范；强行法规范以保护国际公共秩序为目的。有人认为，强行法规范主要是习惯国际法规范，具备特殊的法律确信形式，也就是说，确信存在具有强制性质的法律权利或义务。因此，这种规范包括经接受为强制法的一般实践。换言之，即有强制性法律确信伴行的一般实践。还有人指出，条约可能是强行法的来源，或反映强行法规范，强制性规范也可能以一般法律规则为基础，这值得开展进一步的研究。与此同时，吁请特别报告员对1969年《维也纳公约》有关条款的准备工作开展一项深入研究。

116. 对是否可能拟订一份已取得强行法地位的规范的说明性清单的问题，各委员观点不一。有人在辩论中提到，强行法的概念已在若干国家的宪法中得到承认。因此，是否可能拟订一份国际法承认的此种规范的指示性清单问题尤为重要。这种意见认为，如果委员会不拟订指示性清单，或者仅限于提供例子，则该专题工作的用处将会降低。还有意见认为，对该专题的审议工作不应局限于方法学方面的考虑。有人指出，全球性的社会需要有全球性的规范，除其他外，委员会可以编写一份强制性规范的清单，哪怕是指示性的清单，也能对这种规范的识别作出贡献。有人表示，与1969年《维也纳公约》通过时不同，现在有许多种法律材料可供借鉴，以便拟订这种规范的清单。此外，强行法专题与“习惯国际法的识别”专题不同，对后者而言，拟订一份习惯规则清单并不可行，而前者则与之相反，强行法规范的数量相对有限，拟订出这一清单是可能的。有人认为，委员会还可将其过去工作中识别的例子纳入考虑，包括国家对国际不法行为的责任的例子[[1297]](#footnote-1298)、国际法不成体系的例子[[1298]](#footnote-1299)、国际组织的责任的例子[[1299]](#footnote-1300) 和对条约的保留的例子[[1300]](#footnote-1301)。还有人回顾称，委员会在就武装冲突对条约的影响问题开展工作时，曾拟订过一份说明性清单。[[1301]](#footnote-1302) 在考虑起草清单的问题时，一些委员还指出，委员会可以研究全球和区域各级国际性法院和法庭的判决和裁决。

117. 有人进而表示，支持通过在评注或附件中讨论说明性例子的方式来处理这一事项，但也有意见认为，这种方法和起草一份说明性清单几乎没有差别。还有人建议委员会推迟至较后阶段再就该事项作出决定。

118. 若干其他委员认为，不宜试图拟订这一清单，甚至不宜在评注中提供说明性例子，因为这样一定会要求委员会就所涉规则的地位采取立场。还有一项关切是，试图编制这样的一份清单可能会产生较大的额外工作、要求对法律的实质性领域进行详细分析，并导致关于是否应将有些规范纳入清单的徒劳争端。还有人关切地指出，拟出一份清单，哪怕只是说明性的清单，都会导致同等重要的国际法规则落入较低的地位。

119. 若干委员还对区域强行法的存在表示了疑问。有人表示，这种可能性从定义上就与强行法的普遍适用性冲突。此外，这一可能性会产生问题，例如区域强行法对所涉区域外国家的法律效果问题，以及普遍强行法与区域强行法的关系问题。还有人关切地表示，如果区域强行法的概念得到承认，那原则上承认次区域规范也不存在障碍，这会进一步损害这一概念，并有可能导致国际法不成体系。

120. 但另一些委员指出，对某些规范方面的区域强行法有一定的提及，例如美洲人权委员会就提到过。另外还提到欧洲可能存在强行法的区域规则。因此，存在区域规范等其他形式的强制性规范的可能性问题值得进一步研究，不应预先予以排除。还有人建议，虽然原则上可能没有理由将强行法的概念局限为普遍适用的规则，但委员会仍可决定限制自己的研究范围，只研究普遍适用的强行法。

121. 若干委员强调了“一贯反对者”概念与强行法规范的不相容性，后者从定义上看具有普遍强制性质。在这方面，这些委员还指出，例如，不可能承认对禁止灭绝种族罪的一贯反对者。另一意见认为，就此问题作出决定为时过早，因为委员会尚未审议“各国组成的国际社会整体接受并公认”这一短语的含义。还有人建议，应将强行法的渊源研究同强行法的适用效果区分开来，一贯反对者规则与后者更为相关，而非前者。

122. 关于委员会应侧重于拟订该专题结论草案的提议得到了普遍支持。同时也有意见认为，委员会原本应该先分析强制性规范的所有要素，然后再审议这种结果才好。

123. 关于拟议的结论草案1，有意见指出，有一点并不明确，即“识别”这一过程仅仅关乎于承认，还是包括对规范的存在与内容进行确定的规范性工作？还有人建议，应重写该条，更清楚地从形式上显示该条是关于范围的条款，并可扩大其范围，将非国家行为方的活动也包括在内。又有人建议，除明确提到强行法的确定标准之外，还应提到强行法的内容。

124. 关于结论草案2，有人质疑是否有必要与酌定法进行比较。若干委员建议，可将这一事项放在评注中讨论。还有人质疑，提到国际法常规规则的更改、克减或废除是否适当。有人指出，一方面将强行法视为等级更高的规范，另一方面又将其视为标准规则的例外，这令人难以理解。还有人表示疑惑，拟议的行文可以在多大程度上说明，条约缔约方仅仅宣称其自身的协定不得更改某项具体规则，就可对自身产生约束力？有人指出，仅有条约缔约方达成协定，不足以使有关规则获得强行法的性质。

125. 若干委员建议将结论草案3重写为强行法的定义，还有人建议该条款应尽可能贴近1969年《维也纳公约》第五十三条的行文。若干委员支持第2段的内容，另外一些委员则质疑是否应将其加入结论草案。有人认为，第2段所列的各项要素没有惯例佐证，且该段似乎偏离了1969年《维也纳公约》第五十三条所载的定义。有意见认为，强行法规范的特征不在于其等级高低，而更在于其特殊重要性。有人警示委员会，要注意风险，不要无意中给强行法增加了额外的识别要求。有意见认为，“等级高”这一概念并不明确，可能还会引起误解，因为它模糊了强行法的识别与违反强行法规范的后果之间的差异。还有意见认为，既然提到“等级”，就要进一步说明强行法所产生的等级的具体种类，这种等级的依据是，违反强行法的条约属于无效，这与国际法中的其他等级不同，例如《联合国宪章》第一百零三条所设立的等级。有不同意见认为，委员会本身已在关于国际法不成体系问题的工作中很好地确定和承认了强制性规则的高等级。进而有人建议可将第2段作为一条独立的结论草案的主题。

126. 若干委员还认为，没有必要提到“国际社会的价值观”，因为强行法的存在取决于各国组成的国际社会整体接受和承认强行法，而不是取决于对价值观的主观评估。另有意见认为，所提到的“基本价值观”如果仅指具有人道主义性质的强行法规范，而排除其他强行法规范，例如禁止使用武力，则过于狭隘。相应地，有人提议该条结论草案应提到“最基本的原则”。还有意见认为，该条实际上可以通过加入“国际社会的基本价值观”这一提法，澄清强行法的性质，从而对1969年《维也纳公约》作出有益补充。

127. 尽管有人就存在区域强行法的可能性表达了意见，但也有人对第2段所列的“普遍适用”这一要素表示了支持。

128. 其他建议包括另拟一条关于强行法定义的结论草案。还有人建议，在提到“规范”或“规则”时应当更加一致。有人倾向于参照1969年《维也纳公约》使用“规范”。另有人建议，应将该专题的标题改为“国际法中的强行法”、“强制性规范”或“国际法律秩序中的强行法”。还有人建议，这些结论草案应论及强行法使其他规定无效的效果，包括由谁来决定所涉规定是否与强行法冲突的问题。

129. 特别报告员就该专题未来计划开展的工作所作的说明得到了支持。有人建议，特别报告员还应调查一般法律原则与强行法之间的关系。其他关于未来工作的建议包括分析：“各国组成的国际社会整体接受并公认”这一短语，以及该概念与同意的相近程度；强行法与普遍义务之间的关系；不克减在多大程度上属于强行法的决定性特征；嗣后强制性规范可以替代旧规范的程序；强行法之下基本价值观的存在与其存在的表达之间的关系；1969年《维也纳公约》第六十六条所载的争端解决机制；以及如何管理相互矛盾的强制性规范之间的冲突问题。

3. 特别报告员的总结

130. 特别报告员在就辩论内容作答复时，谈到了有关强行法理论基础的评论，并表示不同意那些认为1969年《维也纳公约》第五十三条已经解决了这一事项的委员的意见。不过，他仍然认为，没有必要由委员会来解决这一事项。

131. 特别报告员指出，委员们已经广泛达成一致意见，有必要将国家惯例、司法裁决以及在适当情况下将学术著作作为研究的主要依据。辩论中有人表示，特别报告员的第一次报告中的一些要素没有充分的国家惯例佐证，还有人表示由于这种惯例相对缺乏，有必要依赖于理论构建，对此，特别报告员回顾称，其实存在着大量的国家惯例和司法惯例。

132. 关于拟订一份说明性清单的可能性问题，特别报告员注意到委员会内部存在意见分歧，并承认拟订这一清单不乏吸引力。尽管如此，他回顾自己的关切，即这会偏离该专题的方法学侧重。不过，他对拟订一份侧重于最广为接受的强制性规范的说明性清单的可能性仍保持开放态度。

133. 关于区域强行法的问题，特别报告员重申，他有意在未来的报告中审议这一事项。与此同时，虽然他不认为区域强行法规范的概念在国际法中具有扎实的依据，但在他看来，虽然已公认强行法具备普遍性，但并不能因此就预先排除存在区域强制性规范的可能性。

134. 特别报告员进而证实，他无意忽视强行法在国家对国际不法行为的责任方面的影响。如摘要中所述，该专题的范围比条约法更广。他本意是在关于强行法后果的后续报告中讨论这一事项。但是，对强行法的本质和定义可根据国际法领域的不同而不同这一观点，他表示不同意。

135. 关于未来的工作，他注意到有关基于条约的强行法的可能性的意见。他还证实，有意考虑强行法规范与普遍义务之间的关系。

136. 关于各条拟议的结论草案，特别报告员注意到辩论中提出的各种关于起草的建议。他还接受以下批评，即结论草案2论及了该专题范围之外的问题。他解释称，本打算通过提案草案的形式指出强制性规范本质上是其他国际法规则的例外。尽管如此，他接受委员会的意见，即不需要将该条拟议的结论草案转交起草委员会。

137. 关于结论草案3，虽然他对改进第1段的建议，包括使行文与1969年《维也纳公约》第五十三条接轨的建议持开放态度，但他不同意的是，有些委员会委员提出在国家惯例以及法院和法庭的声明中，没有依据或只有有限的依据支持将强行法的基本价值观、等级高和普遍适用要素纳入结论。除了他的第一次报告中提到的当局外，他还增加了更多各国就强行法采取立场的例证，主要是在联合国背景下就强行法采取立场的例证，以及各法院和法庭的声明。

138. 他进一步表示，可以考虑有关建议，修改该项目的标题，并可在今后的报告中讨论这一问题。

第十章  
与武装冲突有关的环境保护

A. 导言

139. 国际法委员会在第六十五届会议(2013年)上决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入其工作方案，并任命玛丽G·雅各布松女士为本专题特别报告员。[[1302]](#footnote-1303)

140. 委员会在第六十六届会议(2014年)上审议了特别报告员的初步报告([A/CN.4/674和Corr.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/674))[[1303]](#footnote-1304)。委员会在第六十七届会议(2015年)上审议了特别报告员的第二次报告([A/CN.4/685](http://undocs.org/ch/A/CN.4/685))[[1304]](#footnote-1305)，并注意到起草委员会暂时通过的导言部分规定草案和原则草案1-(x)至2-5([A/CN.4/L.870](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.870))。

B. 本届会议审议此专题的情况

141. 委员会本届会议收到了特别报告员的第三次报告([A/CN.4/700](http://undocs.org/ch/A/CN.4/700))，在2016年7月12日至15日和7月20日的第3318次至第3321次和第3324次会议上审议了这份报告。

142. 特别报告员在第三次报告中重点确定与冲突后局势特别相关的规则，同时还论述了一些与冲突前阶段应采取的预防措施有关的问题，以及土著人民的特殊情况(第二章)。特别报告员提出三项关于预防措施的原则草案[[1305]](#footnote-1306)，五项关于冲突后阶段的原则草案[[1306]](#footnote-1307)，和一项关于土著人民权利的原则草案，这条草案被列入原则草案的第四部分。[[1307]](#footnote-1308) 特别报告员在报告中还简要分析了迄今为止开展的工作，并就本专题今后的工作方案提出了一些建议(第三章)。

143. 在2016年7月20日第3324次会议上，委员会将特别报告员第三次报告所载原则草案1-1、1-3、1-4、3-1至3-5和4-1转交起草委员会。

144. 在同一次会议上，委员会还决定将起草委员会报告([A/CN.4/L.870](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.870))所载、委员会在上一次届会注意到的导言部分规定草案和原则草案发回起草委员会，以解决案文中一些涉及括号的用法及使用术语不一致的技术问题。

145. 在分别于2016年8月5和9日举行的第3337次和第3342次会议上，起草委员会主席介绍了[[1308]](#footnote-1309) 起草委员会关于“与武装冲突有关的环境保护”的两份报告。第一份报告载有委员会在第六十七届会议(2015年)期间注意到的导言部分规定草案和原则草案，起草委员会已经因技术原因对草案重新编号并做出修订([A/CN.4/L.870/Rev.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.870/Rev.1))。委员会暂时通过了原则草案1、2、5[1-x]、9[2-1]、10[2-2]、11[2-3]、12[2-4]、13[2-5](见下文C.1节)。在2016年8月10日举行的第3344次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的原则草案的评注(见下文第C.2节)。

146. 第二份报告载有起草委员会在本届会议上暂时通过的原则草案4、6、7、8、14、15、16、17和18(ACN.4/L.876)。委员会注意到起草委员会提交的原则草案。[[1309]](#footnote-1310) 预计将在今后的一届会议上审议这些原则草案的评注。

1. 特别报告员介绍第三次报告

147. 特别报告员指出，第三次报告的主要目的是确定在冲突后局势中特别相关的规则，并论述前两次报告尚未述及的一些预防措施。她回顾说，初步报告概述了适用于潜在武装冲突(冲突前阶段)的相关规则和原则，第二次报告确定了与“武装冲突期间的环境保护”直接相关的现有的武装冲突规则。三次报告旨在全面概述武装冲突之前、期间和之后(分别为第一、第二和第三阶段)适用的法律，试图完整地覆盖这三个时间段。她指出，各个阶段之间没有明确的界限，要充分了解这一专题，必须将三次报告一并阅读。

148. 第三次报告没有尝试对国际法进行全面综述，而是审查了具体的环境公约和与本专题特别相关的其他法律问题。除其他外，报告讨论了关于法律责任、国际投资协定、土著人民权利、战争遗留物等各项公约的相关内容，以及和平协定、部队地位协定和特派团地位协定等形式的国家实践。还有一节专门讨论国际组织的实践，着重强调联合国环境规划署(环境署)的实践。此外，特别报告员指出，报告简要阐述了委员会上一届会议期间的讨论情况，并介绍了各国的评论和实践以及若干案例法。但是她指出，与第二次报告的调查结果一致，这个领域的案例法极少涉及环境损害本身，几乎总是采用自然资源损害或财产损害的形式。特别报告员还强调了报告中讨论获取和分享信息问题及合作义务的章节(第130-152段)，她认为这对于本专题所有三个阶段都特别重要。

149. 报告载有拟议的九条原则草案。报告中为第一部分建议了三条原则草案，主要涉及预防措施(冲突前阶段)。原则草案1-1述及各国需要采取立法、行政、司法或其他预防措施，加强对环境的保护。这是条简短的一般性原则草案。原则草案1-3反映了各国和各组织在部队地位协定和特派团地位协定中处理环境事项的新趋势。原则草案1-4述及和平行动的环境后果及采取必要措施防止、减轻和补救此类行动负面影响的重要性。

150. 报告中为第三部分建议了五条主要与冲突后措施有关的原则草案。原则草案3-1述及和平协定，指出和平协定越来越多地规范环境问题。原则草案3-2涉及需要开展冲突后环境评估和审查，由两段组成。第1段鼓励各国及前武装冲突各方为这一目的合作，包括与非冲突各方合作；第2段述及和平行动结束后要采取的步骤。这条原则草案的目的不是确定责任归属，而是确保能够开展评估和采取恢复措施。原则草案3-3和3-4分别述及战争遗留物和海上战争遗留物。原则草案3-3属一般性条款，主要反映武装冲突法之下已经存在的义务。这一条重点强调需要立即采取行动并开展合作，消除战争遗留物的威胁。原则草案3-4专门论述海上战争遗留物。特别报告员指出，这些遗留物不直接受武装冲突法的规范，鉴于各海区的法律地位不同，引起了特别复杂的问题。这两条原则草案旨在涵盖对环境构成威胁的所有类型的遗留物。原则草案3-5涉及各国和各国际组织须准许获取和分享信息，以加强对环境的保护。这被视为确保有效开展合作的最基本要求。

151. 报告中为第四部分建议了一条原则草案。原则草案4-1反映了土著人民及其土地和领地在相关国际法律文书和案例法之下现有的法律地位。特别报告员预见，这部分可能增加更多的原则草案。

152. 特别报告员还提请注意第三次报告没有述及的某些问题，包括马顿斯条款和与占领有关的问题。报告员还指出，委员会不妨在本专题今后的工作中审议这些事项。此外，报告员强调指出其他几个可能与本专题相关的问题，如责任和赔偿责任的问题，以及非国家行为者和有组织的武装团体在非国际性武装冲突中的责任和实践。特别报告员还提出，在未来的序言部分似宜明确提及委员会关于武装冲突对条约的影响的条款，[[1310]](#footnote-1311) 这些条款与本专题尤为相关。

153. 最后，特别报告员鼓励委员会继续与红十字国际委员会(红十字委员会)、联合国环境规划署(环境署)等其他实体及联合国系统其他有关部门和区域组织进行协商。报告员还指出，各国继续提供与本专题有关的国家立法和案例法的资料，对委员会可能有所帮助。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

154. 一些委员重申本专题的重要意义，不仅指出它的现实意义，而且提到它带来的挑战，特别是本专题因贯穿各个法律领域所带来的挑战。特别报告员在几次报告中对三个时间段给予同样的重视，这一点促进了本专题的发展。一些委员肯定了第三次报告的意图，但是又评论说，报告采取这样的结构安排，难以明确分辨所列资料与其打算说明的时间段之间的联系。有人就此表示，有必要明确区分三个时间阶段，并确定每个阶段适用的法律。为便于审议这一专题，有人建议将冲突前和冲突后阶段分别限制为敌对行动即将开始前和刚刚结束后。

155. 一些委员对报告中的丰富资料表示欢迎，还有些委员认为，报告的内容过于广泛，其中一些信息的相关性有限。这样便很难正确理解这个专题的走向。如果报告对原则草案所依据的相关材料进行详尽分析，从而证明草案内容的合理性，作用可能会更大。

156. 有些委员同意特别报告员的观点，认为没有理由审查所有环境条约，确定它们在武装冲突期间是否继续适用。他们回顾指出，委员会已经在为关于武装冲突对条约的影响条款所做的工作中处理了环境条约的普遍使用性问题。环境协定已列入指示性条约清单，这些条约的主题事项含有条约继续施行之意[[1311]](#footnote-1312)。这些条款及其评注当然与本专题相关。

157. 有些委员告诫说，不要试图简单地套用和平时期的义务，处理与武装冲突有关的环境保护问题。虽然委员们承认不必审查每项环境法条约在武装冲突期间是否持续适用，但是被认为与本专题相关的规则仍然需要接受审查。在此背景下，“适用”一词提出了两个需要解决的问题，即规则是否在正式意义上适用，以及规则的适用性是可以套用于武装冲突局势，还是需要对规则做出调整。委员们指出，拟议的若干原则草案中似乎缺少这种分析。

158. 关于方法问题，委员们还指出，原则草案需要区别国际性和非国际性武装冲突，因为这两类冲突因所涉利益攸关方不同，适用的规则也因此不同。

159. 关于本专题的范围，一些委员欢迎特别报告员建议采用的宽泛做法，但有些委员认为，报告和拟议的原则草案远远超越了环境保护本身的范畴，将环境作为自然资源和人类环境处理，引入了人权观。此外，有些委员认为本专题的范围应限于自然环境，而另一些委员赞同采用更全面的办法。

160. 委员们还提出，原则草案从头至尾需要使用统一的术语。对于“环境”和“自然环境”这两个术语，这一点尤为重要。

161. 关于本专题的结果，一些委员再次表示支持原则草案的形式，但也有人认为，可以设想采用规范性更强的形式，例如条款草案。几名委员强调，必须确保原则草案使用的术语符合本专题意图达到的规范性地位。关于这一点，有人提到“须”、“应”和“鼓励”这几个词语的使用不一致。

162. 报告中关于国家惯例的详细资料和对适用规则的分析，受到一些委员的欢迎。一些材料介绍了武装冲突所致环境损害的受害者的观点，尤为引人关注。

(b) 原则草案1-1――实施和强制执行

163. 一些委员认为原则草案1-1的内容与本专题相关，但另一些委员指出，这条原则草案没有得到报告中所载材料的充分印证，因此很难得到正确理解。委员们普遍认为，原则草案中设想的预防措施由于措辞过于宽泛，需要进一步明确。委员们还指出，这条原则草案的时间范围不明。在这方面，有些委员认为，这条原则草案对于冲突后阶段和冲突前阶段同样适用。还需要澄清这条原则草案与第一部分中的后续原则草案之间的关系，特别是后者是否构成与前者不同的适用形式。委员们还建议重新考虑这条原则草案的标题，使之更符合原则草案的内容。

(c) 原则草案1-3――部队地位协定和特派团地位协定

164. 几名委员对原则草案1-3与本专题的相关性提出质疑。他们认为，部队地位协定和特派团地位协定并不像拟议条款中设想的那样涉及驻扎部队的行为，而且与武装冲突本身没有直接联系。有人建议如果保留这个条款，应当用“特殊协定”来指代此类协定。然而，委员们指出，目前的部队地位协定和特派团地位协定似乎已包括关于环境保护的条款，因此可以考虑原则草案中建议的措施。另一些委员虽然承认部队地位协定和特派团地位协定不涉及武装冲突，但是他们认为，这条原则草案构成一项重要的预防措施，可以处理对环境的其他潜在影响，例如军事基地的污染。委员们进一步强调，这条原则草案应反映“污染者付费”的原则。还有人表示，这条原则草案的最后一句列举了各种措施，导致难以确定这个条款草案属于哪个时间段。

(d) 原则草案1-4――和平行动

165. 认识到和平行动似乎越来越多地考虑到令人关切的环境问题，几名委员表示赞同在本专题内讨论这个问题。然而，他们质疑不该将这条原则草案安排在冲突前阶段，因为拟议条款中列举的措施看来不仅适用于预防阶段，而且适用于行动阶段(缓解)和冲突后阶段(补救)。因此，应该在每一阶段都体现这些义务，或者把它们安排在论述与所有时间段均相关的一般原则的总则部分。委员们还指出，和平行动在冲突后恢复中可发挥重要作用，因此这条原则草案应把重点放在恢复和补救措施上。为了更好地界定这条原则草案的范围，委员们建议界定“和平行动”一词在这条原则草案中的含义，或至少在评注中加以解释。此外，原则草案中的措辞需要更宽松，以更好地反映当前的法律状况――国际法中似乎还没有任何相应的义务。一些委员就此指出，报告所载关于和平行动实践的研究和分析不足以证实拟议条款的内容。委员们还指出，维持和平行动的前提条件，特别是不使用武力和须当事各方同意的要求，使之有别于武装冲突。将维持和平行动纳入本专题的范围，有将其描述为武装冲突的风险，会影响此类行动在整体上的可行性和作用。

(e) 原则草案3-1――和平协定

166. 几名委员表示赞同原则草案3-1, 认为和平协定中应载有关于恢复因武装冲突受损害的环境的条款。不过他们强调，冲突后环境保护的管理和管理责任的分配不属于本专题的范围。一些委员指出这条原则草案在他们眼中的一个缺陷，认为和平协定中还应载有相关条款，处理与证明犯罪、分配环境损害的责任和赔偿有关的问题。委员们指出，国际组织和区域组织为促进将此类条款纳入和平协定所发挥的作用，也应得到体现。

167. 另一些委员评论说，这条原则草案在提到武装冲突时没有对冲突的性质加以任何限定，也没有区分国家和非国家行为者。这种做法存在问题，因为在国际性和非国际性武装冲突中，冲突各方之间的动态关系也大相径庭；在后一种情况下，冲突一方可能消失不见。此外，为非国家行为者规定与国家类似的义务，有可能使冲突一方合法化。委员们就此建议，应将这条原则草案的实质范围限定为国际性武装冲突；但他们同时指出，由于报告主要讨论了与非国际性武装冲突有关的和平协定，这个问题可能需要进一步研究。不过还有委员表达了以下看法：目前国家之间很少缔结和平协定，而且缔结协定的时候，通常也不包含关于环境保护的条款。因此，应将范围限定为非国际性武装冲突。

(f) 原则草案3-2――冲突后环境评估和审查

168. 委员会委员普遍承认冲突后环境评估和审查的重要性。有人指出，原则草案没有反映国际法之下现有的法律义务，而是提出了一项重要的政策考虑因素。然而，委员们就这条原则草案第1段的时间范围提出了问题，一个是在哪个时间点应开展此类评估和审查，另一个是将这个条款安排在冲突后阶段的问题。关于前一个问题，委员们指出，前交战各方不大可能在敌对行动停止后立即合作，留下了一大段需要填补的空白。关于后一个问题，委员们建议说，评估和审查在武装冲突阶段同样重要，特别是在需要立即对损害采取缓解措施的时候。此外，委员们还表示，这条原则草案第1段的范围应限于国家，因为与非国家行为者合作的需要只能逐一评价。关于第2段，委员们指出，如果开展此类评估的目的只是为了惠及今后的行动(这一目的本身就受到质疑)，本条款更宜安排在预防阶段，或者完全删除，因为原则草案1-4已经涵盖了它的内容。另有建议说，这条原则草案还应反映出开展环境评估和审查的人员需要得到保护。

169. 委员们进一步指出，需要分析这条原则草案如何及在多大程度上依据了环境规则，以便适当评价它对于武装冲突的相关性和适用性。

(g) 原则草案3-3――战争遗留物和原则草案3-4――海上战争遗留物

170. 几名委员认为，原则草案3-3和3-4与本专题极为相关。然而有些委员指出，这两条原则草案必须进一步明确与环境保护的联系。这一点对于原则草案3-3尤为重要，这条草案依据的理由似乎是对人和财产造成的损害，而不是对环境的损害。出于同样的原因，委员们指出，原则草案3-4中提到公共健康和海员安全之处，应予删除。

171. 原则草案3-3中还需澄清谁应承担主要责任，履行其中所载义务的问题。一些委员就此表示，这种责任仍应该由拥有有效管辖权的国家和相关国际组织承担；期望参与武装冲突的非国家行为者采取原则草案中设想的措施，并不现实。委员们还建议，在这条原则草案中纳入《敷设水下自动触发水雷公约》第5条所载的通知义务[[1312]](#footnote-1313)。

172. 委员们几次提及原则草案3-3第1段使用的“毫不拖延”一词，该词似乎既没有反映目前的实践，也不现实。清除战争遗留物只有在为满足人民的迫切需要时，方可视为敌对行动停止后的优先事项。委员们还指出，同一条原则草案的第2段似乎规定了超越国家实践的无条件义务。

173. 另一个需要进一步研究的领域涉及这条原则草案旨在涵盖的战争遗留物类型，目前的措辞似乎既过于宽泛，又不够全面。在这方面，几名委员认为，必须采取并非详尽无遗的宽泛办法，但也有人指出，若试图涵盖所有战争遗留物，需要开展进一步研究。委员们还建议进一步明确原则草案3-4第2段设想的信息种类，可以在评注中说明。

174. 一些委员强调，需要进一步澄清原则草案3-3和3-4之间的关系。例如，目前尚不清楚原则草案3-3是否属于一般性条款。有人建议可将这两条合并。还有人指出，原则草案中不包含相应的义务，并提出原则草案3-4为何没有提及消除战争遗留物的义务这个问题。还有意见认为，原则草案应反映如何分配消除海上战争遗留物的责任问题。

(h) 原则草案3-5――获取和分享信息

175. 委员们普遍认为，准许获取和分享信息对于本专题十分重要，但一些委员认为原则草案3-5拟订得过于宽泛。需要明确和调整义务的范围，尤其要考虑到各国有正当理由(如出于对国家安全的关切)不分享信息的情况。不过，委员们还指出，由于在起草这项义务时加上了“根据其在国际法下承担的义务”的限制，所以拟议的条款并不包含如此广泛的义务。一些委员指出，由于准许获取和分享信息要建立在国家同意的基础上，所以需要弱化这条原则草案措辞的指令性。还有人指出，准许获取和分享信息是两项不同的义务，不可能以同一方式处理。

176. 几名委员指出，需要明确这条原则草案的时间范围，因为还不清楚信息应该在哪个时间点分享。由于这条原则草案具有普遍性，一些委员认为，它适用于所有三个阶段，最好把它安排在“一般原则”部分。然而，其他委员强调，准许获取和分享信息的义务不能适用于第二阶段(武装冲突期间)。准许获取和分享信息原则依据的是和平时期适用的规则，不能简单地套用于武装冲突的局势。但是委员们还提出，如果这条原则草案适用于武装冲突期间阶段，可以使用充分的限制条款来澄清义务的范围，使之不会涉及国家安全或国防事项。委员们还建议，明确说明这条原则草案仅涉及冲突后阶段。委员们还要求说明每个阶段中应准予哪些行为者获得信息，以及应分享何种信息。

(i) 原则草案4-1――土著人民权利

177. 一些委员认为，与土著人民权利有关的问题不属于本专题的范畴。土著人民与其土地和生活环境之间具有特殊关系，并不能证明应在此处理这一事项。此外，原则草案4-1的内容与本专题无关；这条草案在述及土著人民时根本不涉及武装冲突造成的损害。相反，这条条款草案从人权角度论述这一事项，但未能说明需要讨论这一问题背后的理由。还有几名委员承认，报告从非常狭隘的角度分析这个问题，未能如实反映这个问题。虽然委员们承认这一点，也承认原则草案4-1的内容没有适当处理这个问题，但他们也认为，原则草案中必须反映土著人民的处境。他们强调，土著人民特别容易受到外部干预的影响，因此需要特别考虑保护他们的环境，包括与武装冲突有关的环境保护。委员们就此提到《联合国土著人民权利宣言》[[1313]](#footnote-1314) 和《美洲土著人民权利宣言》[[1314]](#footnote-1315) 所载相关条款。应该做的不是将这个问题完全排除在外，而是重新起草这条原则草案，强调需要保护土著人民的土地和环境。委员们还建议，冲突后的补救工作对土著人民的影响尤为巨大，土著人民也可以在其中发挥重要作用。因此，这条原则草案应将重点放在这一阶段，更具体地论述处理武装冲突的环境后果方面的国家义务。还有人表示，可以在委员会去年注意到的关于保护区的原则草案1-(x)[[1315]](#footnote-1316) 的范围内处理这个问题。委员们建议，关于土著人民权利的原则草案与所有三个时间段都相关，因此应该安排在包含“一般原则”的部分。

(j) 今后的工作方案

178. 一些委员重申他们重视本专题，表示强烈希望看到在下一个五年期继续讨论本专题，指出特别报告员在委员会的任期即将结束。关于今后要审议的具体问题，一些委员强调，必须在原则草案中处理与责任、赔偿责任和补偿有关的问题。然而，还有委员提出，试图将这些问题纳入原则草案，也许会使最终的案文更具指令性。一些委员同意特别报告员的意见，认为审查占领的问题可能与之相关。此外，一些委员指出，非国家行为者和有组织武装团体的责任以及非国际性武装冲突的问题可能也有意义。不过有人就此指出，目前的原则草案似乎已将非国际性武装冲突纳入其范畴，从而产生了这样的问题：在今后进行此类审议之前，这是否会影响已经开展的工作。委员们进一步建议，应当纳入一条原则草案，确认各国应认真测试新的武器，并编写适当的军事手册，以备在今后的武装冲突时使用。此外，委员们还表示，不妨审查各种金融和投资机构，如国际投资争端解决中心、多边投资担保机构和国际金融公司在其活动中如何纳入环境因素，尤其是是否可以为环境损害投保。

179. 一些委员同意特别报告员的看法，认为继续与红十字委员会、联合国教育、科学及文化组织(教科文组织)和环境署等其他实体以及区域组织协商，对委员会大有益处。他们同样认为，若各国能继续提供立法实例和有关的案例法，也将有所助益。

3. 特别报告员的总结

180. 鉴于全体会议辩论期间就本报告的方法和整个专题提出的意见，特别报告员认为，应该说明的是，考虑到本专题性质广泛，因此分为几个时间段，以便于开展研究和分析工作。她同意这种意见，即根据起草委员会开展的工作，将原则草案按不同的时间段排列，这种做法反映在工作结果中，产生了实质性问题，因为正如辩论中已经指出的那样，有几条原则草案涉及不止一个阶段。如果委员会决定在原则草案中体现出不同时段，宜在文首单独插入题为“一般适用原则”的部分。这部分将取代标题暂定为“增列的原则草案”的第四部分。她相信，可在起草委员会中解决委员们就时间范围表达的关切。

181. 关于委员们就报告所载的某些研究是否充分及其与本专题的相关性提出的意见，特别报告员指出，与武装冲突有关的环境保护是法律发展中的新领域。因此，重要的是表明这方面的环境问题如何越来越多地反映在不同的法律领域中，有时可能是以被视为与本专题仅间接相关的方式。在关于环境损害的案例法方面，这一点尤其明显。这些案例法往往采取迂回的办法，似乎仅处理财产或人权问题，因为这在法律上更站得住脚。报告中引发类似批评的另一领域涉及有关投资协定的章节。特别报告员谈到委员会关于武装冲突对条约的影响条款，回顾指出，投资协定属于暗含在武装冲突期间继续施行之意的一组条约[[1316]](#footnote-1317)。因此，这些协定是说明可将环境保护纳入在武装冲突期间可继续施行的条约的例证。特别报告员坚称，对于本专题的发展，这些问题既重要又相关。她还强调，本专题不仅限于武装冲突期间的环境保护；本专题的全部目的还在于处理国际法的其他领域，不仅限于武装冲突法。这一点在本专题的标题中得到明确强调。然而，特别报告员承认，关于在几条原则草案中可以加强与环境保护的联系这种批评意见，言之有理。

182. 针对关于今后工作的章节没有得到充分阐述的意见，特别报告员指出，她认为更适于仅重点提出委员会不妨考虑的一些问题，因为将由下一任特别报告员决定如何开展工作。

183. 特别报告员还谈到关于原则草案的一些意见。关于原则草案1-1，她承认起草的措辞较为笼统，没有具体说明设想的各种措施。要解决这个问题，可在原则草案或在评注中列举一些打算采取的措施。

184. 有些意见质疑原则草案1-3中部队地位协定和特派团地位协定的相关性。对此，特别报告员重申，本专题所涉不限于武装冲突期间这个阶段；她还指出，此类协定处理的可能是对环境保护至关重要的问题。特别报告员就此提到为处理有毒物质进行标记、重建和开展预防措施等相关例子。关于原则草案1-4，特别报告员评论说，在原则草案中述及和平行动的想法似乎已获得普遍支持。然而，对于有委员表示关切称，将维持和平特派团纳入本专题的范围，有可能把特派团的活动描述为武装冲突，特别报告员再次强调，这些原则草案不局限于武装冲突局势，也包括冲突前和冲突后阶段。她还回顾说，国际人道主义法适用于这类特派团。

185. 至于有关战争遗留物的原则草案3-3和3-4，特别报告员指出，对这两条草案的意见涉及其中提到的战争遗留物清单的详尽性、移除责任的分配、条款草案的时间问题和条款执行方面的政治现实。关于原则草案3-3所述遗留物的类型，她指出，这条原则草案反映了武装冲突法的现状。然而，她欢迎委员们建议重新审议这个问题，以确保涵盖其他有毒和危险遗留物。特别报告员还澄清说，移除战争遗留物的责任分配问题由武装冲突法规范，因此没有在原则草案中加以讨论。此外，关于这一事项的相关法律规定表明，此种责任不限于由国家承担，而是可以解释为也包括卷入冲突的其他行为者。关于这两条原则草案的时间问题，特别报告员回顾指出，把它们安排在冲突后阶段，意图便是适用于这个阶段。谈到委员们就原则草案3-3包含“毫不拖延”的措辞将为各国强加不合理义务提出的关切，特别报告员指出，《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》第10条[[1317]](#footnote-1318) 使用了这一表述方式。

186. 谈到关于原则草案3-5适用阶段的意见，特别报告员认为，如果在原则草案中保留时间分段，这个条款最宜放在冲突后局势部分。她还指出，如一些委员建议的那样，拟议条款中可以体现准许获取和分享信息原则因国家安全和国防原因出现的例外。然而，她指出，虽然若干现有法律文书中规定了这种例外，但这并不能免除缔约国善意合作的义务。

187. 特别报告员指出，关于土著人民权利的原则草案4-1引发了大量评论，表明关于是否在本专题的范围内处理这一问题，委员们存在意见分歧。特别报告员仍然深信这个问题与本专题极为相关，并且提到了强调土著人民与其环境之间的联系的各种文书，还提到一些表明在武装冲突的背景下这种联系尤为重要的文书[[1318]](#footnote-1319)。然而，她承认，在这条原则草案中应该加强这种联系，不仅应明确侧重于保护土著人民的环境，而且应该与武装冲突局势建立直接的联系。

C. 委员会迄今为止暂时通过的与武装冲突有关的环境保护原则草案案文

1. 原则草案案文

188. 委员会迄今为止暂时通过的原则草案案文载录如下。

原则草案1  
范围

本原则草案适用于武装冲突之前、期间和之后的环境\*保护。

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* 以后再研究全部或部分原则草案使用“环境”还是“自然环境”更合适。

原则草案2  
宗旨

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

[……]

第一部分  
一般原则

[……]

原则草案5[1-(x)]  
指定受保护区

国家应当以协议或其他方式，指定具有重大环境和文化意义的区域为受保护区。

[……]

[……]

第二部分  
适用于武装冲突期间的原则

原则草案9[2-1]  
武装冲突期间对自然环境的总体保护

1. 应按照适用的国际法，特别是武装冲突法，尊重和保护自然环境。

2. 应注意保护自然环境免遭广泛、长期和严重的损害。

3. 除非自然环境成为军事目标，否则任何一部分都不得受到攻击。

原则草案10[2-2]  
对环境适用武装冲突法

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

原则草案11[2-3]  
环境因素

适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

原则草案12[2-4]  
禁止报复

禁止作为报复而对[自然]环境进行攻击。

原则草案13[2-5]  
受保护区

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

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的原则草案案文及相关评注

189. 委员会第六十八届会议暂时通过的原则草案案文及相关评注载录如下。

与武装冲突有关的环境保护

导言

(1) 从结构上看，本套原则草案起首部分为“导言”，其中载有关于原则草案范围和宗旨的原则草案，之后分为三个部分。第一部分涉及为武装冲突爆发之前保护环境的问题提供的指导，但也载有与所有三个时期即武装冲突之前、期间和之后均有关的更具一般性的原则草案。稍后将在这一部分添加更多的原则草案。第二部分涉及武装冲突期间保护环境的问题，第三部分涉及武装冲突之后保护环境的问题。

(2) 把这些条款作为“原则草案”是基于这样一种理解，即最后的形式将由后期的审议决定。环境法与武装冲突法交织在一起是本专题所固有的特点。正因为如此，从规范角度看，本原则的抽象程度一般。[[1319]](#footnote-1320)

(3) 委员会尚未拟出原则草案的序言。有一项理解是，将在适当时候按常规方式拟定序言。

(4) 特别报告员在初步报告[[1320]](#footnote-1321) 中初步建议，如果委员会决定列入“武装冲突”和“环境”这两个术语的定义，则应将此类定义列入“术语的使用”条款。特别报告员还明确指出，她不认为需要通过此项条款，尤其是在工作的早期阶段。然而，现在就提出定义有助于说明在确定这两个术语的定义时可能出现的一些问题，以便有机会在审议时考虑到各委员的相关意见。[[1321]](#footnote-1322) 在第二次报告中，特别报告员在拟议原则草案中列入了“术语的使用”条款[[1322]](#footnote-1323)，但要求不要将此条款送交起草委员会。[[1323]](#footnote-1324) 包括特别报告员在内的一些委员仍不愿列入这两项定义，而其他一些委员则持相反观点。有鉴于此，现在就将其删去还为时过早，特别报告员保留了这项提议，以便于根据随后的讨论情况评估是否需要此款。

原则草案1  
范围

本原则草案适用于武装冲突之前、期间和之后的环境\* 保护。

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* 以后再研究全部或部分原则草案使用“环境”还是“自然环境”更合适。

评注

(1) 本条款确定了原则草案的范围。本条规定，原则草案的范围涵盖三个时间段：武装冲突之前、期间和之后。大家认为必须早早表明原则草案涉及这三个阶段。“或”这一反义连接词的目的是重点说明并不是所有原则草案都在所有阶段适用。但值得强调的是，这三个阶段有时有一定程度的重叠。而且，这一提法是在委员会内部和大会第六委员会的讨论基础上提出的。[[1324]](#footnote-1325)

(2) 将原则分为上述三个时间段(尽管没有严格的分界线)确立了原则草案的属时管辖权。大家认为，从时间角度，而不是从国际法不同方面，如国际环境法、武装冲突法和国际人权法的角度处理本专题，可以使专题较容易管理并较容易界定。将按时间段规定在武装冲突之前、期间和之后采取的法律措施。这一方式使委员会可以查明在武装冲突的不同阶段所产生的与本专题有关的法律问题，从而方便了原则草案的拟定。[[1325]](#footnote-1326)

(3) 关于原则草案的属事管辖权问题，请参考与“武装冲突”有关的“环境保护”这一术语。对于国际武装冲突与非国际武装冲突不作区分。

(4) “环境”一词后面的星号表示委员会尚未决定是否应将该词的定义列入原则草案案文，以及如果列入的话，将给出定义的术语应是“自然环境”，还是只是“环境”。[[1326]](#footnote-1327)

原则草案2  
宗旨

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

评注

(1) 本条款列出了原则草案的基本宗旨，表明原则草案的目的是通过包括(旨在最大限度地减少武装冲突期间对环境损害的)预防措施和(旨在在武装冲突已经造成损害后恢复环境的)补救措施在内的方式，加强与武装冲突有关的环境保护。应当指出，本条款的宗旨体现在“加强”一词，在此不应将其理解为逐步编纂法律的行为。

(2) 本条款说明了原则草案的宗旨，这项宗旨须在随后各项原则中进一步阐述。“通过最大限度地减少武装冲突期间对环境损害的预防措施以及通过补救措施”这一说法目的是要表明为提供必要的保护所需采取的措施的一般类型。

(3) 本条款与关于范围的条款类似，涵盖所有三个时间段。虽然国际法委员会[[1327]](#footnote-1328) 和大会第六委员会[[1328]](#footnote-1329) 都承认，这三个时间段是密切相连的，[[1329]](#footnote-1330) 但是，“最大限度地减少……损害的预防措施”的说法主要是指武装冲突之前和武装冲突期间的局势，而“补救措施”的说法则主要是指冲突后阶段。应该指出，一国可在冲突结束前就采取补救措施恢复环境。

(4) 大家倾向于用“补救措施”而非“恢复措施”这一术语是因为，“补救措施”被认为更加清楚，范围更广，涵盖任何为恢复环境而可能采取的补救性质的措施。这可能还包括损害环境所造成的损失或损害、合理的恢复措施所涉的费用以及与合理反应措施的费用相关的合理清理费用。

第一部分  
一般原则

原则草案5[1-(x)]  
指定受保护区

国家应当以协议或其他方式，指定具有重大环境和文化意义的区域为保护区。

评注

(1) 原则草案5[1-(x)]的标题为“指定保护区”，其中规定，国家应当以协议或其他方式，指定具有重大环境和文化意义的区域为保护区。用“保护区”而不用“非军事区”的说法，是因为对后者可能有不同的理解。这项条款所在的第一部分(“一般原则”)涉及冲突前阶段，即和平处于主导地位的时期，但也载有与所有三个时期均有关的更具一般性的原则草案。因此，原则草案5[1-(x)]并不排除在武装冲突期间或在武装冲突后不久指定保护区的情况。大家认识到，某些原则草案可能贯穿并横跨不同阶段，原则草案5[1-(x)]便是一个例子。而且，原则草案5[1-(x)]在第二部分“适用于武装冲突期间的原则”中有一条对应的原则草案(原则草案13[2-5])。

(2) 一国可能已经在采取必要措施保护总体环境。这类措施尤其可能包括在可能发生武装冲突时采取的预防措施。赋予实际地理区域特殊法律地位，以此来保护和保全某个区域，这种做法较常见。可以通过国际协定或国家立法来达到上述目的。在某些情况下，这些区域不仅在和平时期受保护，在武装冲突期间也免受攻击。[[1330]](#footnote-1331) 通常“非军事区”和“中立区”便是如此。应当指出，“非军事区”一词在武装冲突法范畴内具有特殊含义。非军事区是冲突各方建立的，这意味着，若将其军事活动扩展至该地带会违反协定规定，则这种扩展便是禁止的。[[1331]](#footnote-1332) 在和平时期也可以建立非军事区。[[1332]](#footnote-1333) 这类区域的非军事化程度可以不同，它们可以是完全非军事化的区域，也可以是部分非军事化的区域，如无核武器区。[[1333]](#footnote-1334)

(3) 在根据本原则草案指定保护区时，应特别着重考虑对具有重大环境意义的区域的保护，这些区域很容易遭受敌对行动的不良后果。[[1334]](#footnote-1335) 在起草日内瓦四公约附加议定书时就已建议对具有重大生态意义的区域给予特别保护，[[1335]](#footnote-1336) 虽然这项提案没有获得通过，但应当承认，这是在国际环境法初创时期提出的。与此相关的还有其他类型的一些地区，下文将再作讨论。

(4) 本原则草案所涉的区域可以以协议或其他方式指定。“以协议或其他方式”的说法是为了具有一定的灵活性。可能预见到的情况有：口头协议或书面协定，相互而一致的声明，以及通过单方宣告或通过国际组织指定设立的保护区。应当指出，采用“国家”一词并不排除非国家行为者订立协议的可能性。宣布的区域必须“具有重大环境和文化意义”。这一措辞故意不设定这项规定的确切含义，以便留有解释的余地。尽管任何时候都可以指定保护区，但最好在武装冲突之前或至少在武装冲突一开始就指定保护区。

(5) 毫无疑问，根据国际法，不经第三方同意，任何协议都不能对其有约束力。[[1336]](#footnote-1337) 因此，两个国家不能在第三国指定保护区。不论是以协议还是以其他方式，国家均不能以对第三国具约束力的方式管制其主权或管辖授权以外的区域，这一点在特别报告员的第二次报告中也有说明。[[1337]](#footnote-1338)

(6) 最初大家对是否应列入“文化”一词表示了不同观点。最后，委员会决定列入该词。有人指出，有时难以对具有重大环境意义和具有重大文化意义的区域作严格区分。《保护世界文化和自然遗产公约》(下称《世界遗产公约》)[[1338]](#footnote-1339) 中也承认了这一点。该公约下的遗址是按10项标准选择的，其中既包括文化标准，也包括自然标准(但对其不作区分)，这便说明了这一点。[[1339]](#footnote-1340)

(7) 应当指出，根据1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》[[1340]](#footnote-1341) (下称1954年《海牙公约》)1999年《议定书》第11条第1款的规定，在武装冲突之前，《公约》及其《议定书》的缔约国有义务建立一份它们希望在武装冲突时享有保护资格的文化财产目录。[[1341]](#footnote-1342) 根据《公约》第三条，在和平时期，缔约国必须采取其认为适当的其他措施，以保护其文化财产免受武装冲突可预见的不利影响。

(8) 本原则草案的目的不是要影响1954年《海牙公约》所规定的制度，因为其范围和宗旨均不相同。委员会着重指出，1954年《海牙公约》包括其附加议定书是为在和平时期和武装冲突期间保护文化财产而设的专门制度。本原则草案无意复制这项制度。其目的是保护具有重大“环境意义”的区域。提到“文化”一词是为了表明与环境存在的密切联系。为此，还是应当指出，原则草案的范围不延伸至文物本身。不过，这一用语包括土著人民的祖传土地，因为他们依赖环境维持供养和生计。

(9) 指定本原则草案设想的区域的工作可能与土著人民的权利相关，尤其是如果保护区也是需要特别保护的一块圣地。在某些情况下，保护区也可以用来保护住在里面的土著居民的特定文化、知识和生活方式。根据《生物多样性公约》，保存土著文化和知识的重要性现已在国际法中得到正式承认。[[1342]](#footnote-1343) 第8条(j)款规定，每一缔约国应尽可能并酌情：“依照国家立法，尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和做法并促进其广泛应用，由此等知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益”。此外，《联合国土著人民权利宣言》[[1343]](#footnote-1344) 虽不是一项有约束力的文书，但其中提到了管理、进出和保护宗教和文化场所的权利。

(10) 保护自然环境本身与保护具有文化和自然意义的场所两者有时相互呼应，有时又相互重叠。原则草案13[2-5]也采用了“文化意义”一语，其根据是在欧洲委员会主持下通过的1993年《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》[[1344]](#footnote-1345) 等环境保护文书中对自然环境、文物和地貌景观之间密切联系的认识。第2条第10款为《公约》之目的规定“环境”一词的定义包括“生物性和非生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；作为文化遗产的财产；以及景观的特征部分”。此外，《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》第1条第2款规定，“对环境的影响包括对人类健康和安全、植物、动物、土壤、空气、水、气候、地貌和历史纪念物或其他物理结构影响或这些因素之间的互动；它们也包括上述因素的变化对于文化遗产或社会经济状况而产生的影响。”[[1345]](#footnote-1346)

(11) 此外，《生物多样性公约》还涉及生物多样性的文化价值问题。《生物多样性公约》序言重申，缔约国：“意识到生物多样性的内在价值，和生物多样性及其组成部分的生态、遗传、社会、经济、科学、教育、文化、娱乐和美学价值。”[[1346]](#footnote-1347) 同样，《生物多样性公约》附件1第1款重点指出必须确保以下生态系统和生境得到保护：“内有高度多样性，大量地方特有物种或威胁物种或原野；为移栖物种所需；具有社会、经济、文化或科学重要性，或具有代表性、独特性或涉及关键进化过程或其他生物进程”。

(12) 除了这些有约束力的文书之外，一些不具约束力的文书也采用文化重要性和价值的视角来确定保护区。例如，由国际自然及自然资源保护联盟环境法委员会和国际环境法理事会编写的禁止在国际保护区开展敌对军事活动公约草案对“保护区”一语的定义如下：“从生态、历史、艺术、科学、人种学、人类学或自然风光的角度看具有突出国际意义的自然或文化区[原文如此]，可包括根据任何国际协定或政府间方案指定的满足这些标准的区域”。[[1347]](#footnote-1348)

(13) 在此，还可以提到国内立法对保护文化和环境区作出规定的几个例子。例如，日本1950年8月29日《文化财产保护法》规定，将有高度科学价值的动植物列为“受保护的文化财产”。[[1348]](#footnote-1349) 澳大利亚新南威尔士州1974年《国家公园和野生生物法》可适用于任何具有自然、科学或文化意义的区域。[[1349]](#footnote-1350) 最后，意大利1991年12月6日《保护区法》对“自然公园”的定义为：由以自然元素、地貌景观和审美价值以及当地居民的文化传统为特征的同质系统组成的具有自然和环境价值的区域。[[1350]](#footnote-1351)

第二部分  
适用于武装冲突期间的原则

原则草案9[2-1]  
武装冲突期间对自然环境的总体保护

1. 应按照适用的国际法，特别是武装冲突法，尊重和保护自然环境。

2. 应注意保护自然环境免遭广泛、长期和严重的损害。

3. 除非自然环境成为军事目标，否则任何一部分都不得受到攻击。

评注

(1) 原则草案9[2-1]由三款组成，对武装冲突期间的自然环境保护作了大体上的规定。这一原则体现的是尊重和保护自然环境的义务、加以注意的责任及除非自然环境成为军事目标，否则禁止攻击其中任何一部分的规定。

(2) 第1款规定的是，在武装冲突中应按照适用的国际法特别是武装冲突法尊重和保护自然环境这一一般立场。应当指出的是，关于是否应当在原则草案的案文中列入“环境”一词的定义，而如果列入，这个词的定义应是“自然环境”还是简单的“环境”，委员会尚未决定。应指出，包含原则草案9[2-1]在内的第二部分处理的是武装冲突期间的局势，而关于武装冲突法的条约中使用的提法往往是“自然环境”，不同于“环境”。[[1351]](#footnote-1352)

(3) “尊重”和“保护”用在这一原则草案中被认为是恰当的，因为在迄今为止的若干国际环境法和国际人权法文书中使用的都是这两个词。[[1352]](#footnote-1353) 国际法院在关于“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”的咨询意见中认为，“对环境的尊重是评估某项行动是否符合必要性原则的要素之一”，各国有义务“在评估谋求合法军事目标的必要和相称代价时考虑到环境因素”。[[1353]](#footnote-1354)

(4) 至于“武装冲突法”一语的使用，应当强调，“武装冲突法”与“国际人道主义法”这两个用语在传统上是有区别的。[[1354]](#footnote-1355) 国际人道主义法可被看作是狭义的，仅指武装冲突法中以保护武装冲突受害者为目的的部分内容，而武装冲突法可被看作是更为宽泛的总括用语，既包括保护武装冲突的受害者，也包括对战争手段和方法的规范。[[1355]](#footnote-1356) 这两个用语在国际法中越来越被视为同义词。[[1356]](#footnote-1357) 但是，比较倾向使用的是“武装冲突法”，因为这个用语的含义较广，也是为了确保与委员会此前关于武装冲突对条约的影响的条款草案工作保持一致，关于这方面的工作，委员会指出，武装冲突法显然也包括占领法和中立法。[[1357]](#footnote-1358) 本专题与武装冲突对条约的影响专题之间的关系应予以强调。

(5) 关于“适用的国际法”这一用语，必须指出，武装冲突法是武装冲突期间的特别法，但规定保护环境的其他国际法原则的相关性保持不变。[[1358]](#footnote-1359) 因此，在适用武装冲突法的所有三个阶段(武装冲突之前、期间和之后)，原则草案9[2-1]第1款都始终相关。该款突出反映的事实是，原则草案的目的是结合国际法的其他规则巩固武装冲突法中关于保护环境的现有提法，以便从整体上加强武装冲突期间对环境的保护。

(6) 第2款受到了《第一附加议定书》第五十五条的启发，该条规定的规则是，武装冲突期间应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重地损害。[[1359]](#footnote-1360) 对于“应注意”一语，应当解释为表示武装冲突当事各方有义务对军事活动可能对自然环境造成的潜在影响保持警觉。[[1360]](#footnote-1361)

(7) 与第五十五条相似，原则草案9[2-1]也使用了“和”一词，表示三重叠加标准。但是，原则草案9[2-1]在适用性和普遍性方面与第五十五条不同。首先，原则草案9[2-1]对国际武装冲突和非国际武装冲突未作区分，对此的理解是，原则草案的目标是适用于所有武装冲突。[[1361]](#footnote-1362) 其中包括国际武装冲突，即传统地理解为两个或更多国家之间的武装冲突，以及人民行使自决权反抗殖民统治、外来占领和种族主义制度的武装冲突，也包括一国领土内国家与有组织武装集团之间或有组织武装集团相互之间(因而没有国家的卷入)的非国际武装冲突。[[1362]](#footnote-1363)

(8) 《第一附加议定书》中没有界定“广泛”、“长期”和“严重”的含义。《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(《改变环境技术公约》)使用了同样的用语。[[1363]](#footnote-1364) 但是，必须考虑到，《改变环境技术公约》中没有《第一附加议定书》规定的三重叠加标准，而是用“或”代替了“和”，而且，《改变环境技术公约》的范围远比《第一附加议定书》狭隘。

(9) 第二，原则草案9[2-1]与《第一附加议定书》第五十五条不同，具有更强的概括性。原则草案9[2-1]不像第五十五条，没有明确禁止使用旨在或可能预期对自然环境造成损害从而妨害居民健康或生存的作战方法或手段。起草过程中提出的关切是，这种排除可能会削弱原则草案案文。但是，需要强调原则草案的概括性。原则草案的目标并不是改写已经存在并得到武装冲突法承认的规则和原则。另外，应当结合原则10[2-2]阅读第二款，该条原则处理的是以保护环境为目标对自然环境适用武装冲突法原则和规则的问题。

(10) 在此必须强调，《第一附加议定书》第三十六条要求各国审查新的武器和作战手段以确保这些武器和手段不违背现有的国际法规则，该条适用于所有武器。[[1364]](#footnote-1365) 可结合以后的某一原则草案处理这项规定。

(11) 原则草案9[2-1]第3款力求以武装冲突期间对待民用物体的同样方式对待自然资源。该款以必须区分军事目标和民用物体这一基本规则为依据。[[1365]](#footnote-1366)

(12) 可以把原则草案9[2-1]第3款与《第一附加议定书》第五十二条第二款相联系，其中“军事目标”一语的定义为：

“……由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体”。[[1366]](#footnote-1367)

“民用物体”的定义是，“所有不是军事目标的物体”。[[1367]](#footnote-1368) 按武装冲突法的用语说就是，只能攻击军事目标，不得攻击民用物体。[[1368]](#footnote-1369) 有若干约束性和非约束性文书都表明，这条规则适用于自然环境。[[1369]](#footnote-1370)

(13) 不过，第3款用“成为”一词做了时间上的限定，强调这一规则不是绝对性的：在某些情况下环境有可能变成军事目标，因而对之实施攻击也就可能是合法的。[[1370]](#footnote-1371)

(14) 第3款以红十字委员会《习惯国际法研究》第43条第1款为基础。但是，由于第43条的其他部分引起了某些关切，所以没有列入目前的草案措辞。关于这个问题，再次重申原则草案属于一般性质，目的不是改写武装冲突法已经承认的规则和原则，是有益的。因此，第2款和第3款必须同原则草案10[2-2]一并解读，其中具体提到了攻击行动中适用关于区别、相称性、军事必要性和预防措施的武装冲突法规则和原则的问题。

(15) 可以看出，原则9[2-1]力求达成一种平衡，一方面要建立起关于武装冲突期间的环境保护指导原则，另一方面又要不改写已经得到武装冲突法承认的规则和原则。

原则草案10[2-2]  
对自然环境适用武装冲突法

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

评注

(1) 原则草案10[2-2]的标题是“对自然环境适用武装冲突法”，处理的问题是，对自然环境适用武装冲突法的原则和规则，以期保护环境。把原则草案10[2-2]放在原则草案的第二部分(适用于武装冲突期间的原则)表明，意图是要在武装冲突期间适用。这条原则草案的总体目标是在武装冲突期间加强对环境的保护，并不是要重申武装冲突法。

(2) 选用“武装冲突法”一词而不是“国际人道主义法”，其中的原因与关于原则草案9[2-1]的评注中所作的解释相同。使用这一用语还突出表明，原则草案10[2-2]处理的仅仅是作为特别法的武装冲突法，而不是国际法的其他分支。

(3) 原则草案10[2-2]提到了武装冲突法的一些具体原则和规则，即关于区分、相称性、军事必要性和攻击中采取预防措施的原则和规则。[[1371]](#footnote-1372) 这一原则草案本身属于一般性质，并没有阐述应当如何解释这些原则和规则，因为这些都是在武装冲突法之下明确订立的原则和规则，原则草案的目的不是对之加以解释。将这些原则和规则明文列入原则草案10[2-2]，是因为认为它们是与武装冲突期间保护环境最为相关的原则和规则。[[1372]](#footnote-1373) 但是，不应当把提及这些原则和规则解释为提出了一个封闭式的清单，因为武装冲突法之下与武装冲突期间保护环境有关的其他规则仍然适用，不得忽视。[[1373]](#footnote-1374)

(4) 区分原则是武装冲突法的基石之一，[[1374]](#footnote-1375) 规定武装冲突当事各方有义务始终将民用物体与军事目标区别开来，只能攻击军事目标。[[1375]](#footnote-1376) 这被视为习惯国际法下的一条规则，既适用于国际武装冲突，也适用于非国际性武装冲突。[[1376]](#footnote-1377) 如关于原则草案9[2-1]的评注所解释，自然环境并不具备内在的军事性质，应当作为民用物体对待。然而，在某些情况下，环境的某些部分可能会成为军事目标，在这种情况下对此种部分实施攻击就可能是合法的。

(5) 相称性原则规定，如果可以预期对合法军事目标的攻击会对平民或平民物体造成附带损害，超出预期达到的具体和直接军事优势的范围，则受到限制。[[1377]](#footnote-1378)

(6) 相称性原则是武装冲突法之下的一条重要规则，原因还在于这条规则与军事必要性规则之间的联系。[[1378]](#footnote-1379) 这条规则编纂入了若干武装冲突法文书，国际法院在关于“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”的咨询意见[[1379]](#footnote-1380) 中也承认了这条规则的适用性。这被视为习惯国际法的一条规则，适用于国际武装冲突和非国际武装冲突两者。[[1380]](#footnote-1381)

(7) 由于环境受到的武装冲突影响往往是间接的而不是直接的，关于相称性的规则在武装冲突期间保护自然环境方面就特别重要。[[1381]](#footnote-1382) 红十字委员会的习惯法研究强调了相称性原则对于武装冲突期间保护自然环境的特殊重要性，认为需要评估攻击行动对环境的潜在影响。[[1382]](#footnote-1383)

(8) 如果在保护自然环境方面适用关于相称性的规则，则意味着，如果对合法军事目标的攻击会对环境造成超出所涉军事目标价值的附带影响，就必须避免实施此种攻击。[[1383]](#footnote-1384) 但另一方面，适用这条规则也意味着“如果目标足够重要，可能有理由加大对环境构成的风险程度”。[[1384]](#footnote-1385) 因此，对于在某些情况下自然环境受到的“附带损害”可能是合法的这一点，这条规则是接受的。

(9) 根据武装冲突法的规定，出于军事必要可以采取“确为实现合法军事目的所需、且未以其他方式受到禁止的措施”。[[1385]](#footnote-1386) 这意味着对合法军事目标的攻击，如果可能对环境产生不利影响，只有在此攻击确为实现具体军事目的所需，且不在禁止使用旨在或可能对自然环境造成广泛、长期和严重损害的作战方法或手段的禁令的范围内，[[1386]](#footnote-1387) 或不符合相称性原则所含各项标准的情况下，[[1387]](#footnote-1388) 才允许实施。

(10) 关于攻击时采取预防措施的规则规定，军事行动中必须注意不损害平民居民、平民和民用物体；还须采取一切可行的预防措施，避免并尽可能减少附带造成平民死亡、受伤以及民用物体受损害的情况。此规则已写入若干关于武装冲突的法律文书[[1388]](#footnote-1389)，而且被视为国际性和非国际性武装冲突中的习惯国际法规则。[[1389]](#footnote-1390)

(11) 关于攻击时采取预防措施的基本规则要求武装冲突各方在计划和决定攻击时采取必要的、积极的预防措施。因此，在环境保护方面，这意味着武装冲突各方必须采取一切可行的预防措施，避免并尽可能减少对环境的附带损害。[[1390]](#footnote-1391)

(12) 最后，“应对[自然]环境适用……，以期保护环境”这段话为卷入武装冲突或军事行动的各方树立了应力争达到的目标，从而比仅仅申明对环境适用武装冲突规则更进了一步。

原则草案11[2-3]  
环境因素

适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

评注

(1) 原则草案11[2-3]的标题是“环境因素”，规定在适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

(2) 此案文源自国际法院对“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”发表的咨询意见，并受到了它的启发。该咨询意见认为：“国家在追求合法的军事目标而估量什么手段是必要和相称时，必须考虑到环境因素。在估量一项行动是否符合必要和相称的原则时，尊重环境是必须考虑的因素之一”。[[1391]](#footnote-1392)

(3) 原则草案11[2-3]与原则草案10[2-2]密切相关。这条原则草案较原则草案10[2-2]增加的内容是，它在适用相称性原则和军事必要性规则方面提供了具体说明，因此具有实际操作意义。然而，有些委员建议应将其完全删除。

(4) 原则草案11[2-3]旨在处理军事行为，而不涉及确定何为军事目标的过程本身。这一过程已由武装冲突法加以规范，军事手册和各国国内法也经常有所反映。[[1392]](#footnote-1393) 为明确这一点，特别选用了“适用原则时”的措辞。为明确起见，同时为了强调原则草案10[2-2]与原则草案11[2-3]之间的关联，决定明确提及相称性原则和军事必要性规则。上文原则草案10[2-2]的评注部分已对这些原则进行了讨论。

(5) 一旦确认了合法军事目标，原则草案11[2-3]便具有相关性。由于人类对环境及其生态系统的认知不断增加、深入和普及，这意味着随着时间的推移，环境因素不可能一成不变，而应随着人类对环境的认知的发展而发展。

原则草案12[2-4]  
禁止报复

禁止作为报复而对自然环境进行攻击。

评注

(1) 原则草案12[2-4]的标题是“禁止报复”，是《第一附加议定书》第五十五条第二款的再现。

(2) 虽然禁止报复自然环境的原则草案得到一些委员的欢迎和支持，但另一些委员就其表述方式提出了几个问题，认为根本不应将其纳入原则草案。不同意见主要集中在三点：(a) 原则草案12[2-4]与《第一附加议定书》第五十一条之间的关联；(b) 禁止报复环境是否体现了习惯法；(c) 如果是，那么此习惯法规则是否涵盖了国际性和非国际性武装冲突。

(3) 表示支持纳入这条原则草案的委员强调原则草案12[2-4]与《第一附加议定书》第五十一条之间的关联。他们认为，第五十一条(列在“防止敌对行动影响的一般保护”之下)是《第一附加议定书》最根本的条款之一。这一条阐明了一项习惯法规则，即必须保护平民免遭敌对行动引发的危险，这一条还特别规定“作为报复对平民居民的攻击，是禁止的。”[[1393]](#footnote-1394) 因此，必须纳入原则草案12[2-4]。他们认为，如果自然环境或其一部分成为报复的对象，则相当于攻击平民居民、平民或民用物体，从而违反了武装冲突法。

(4) 在这方面，一些委员认为禁止报复构成习惯国际法的部分内容。但是其他委员质疑是否存在这一规则，认为此规则仅作为《第一附加议定书》之下的条约义务存在。[[1394]](#footnote-1395)

(5) 有人关切地指出，纳入仿效《第一附加议定书》第五十五条第二款的原则草案12[2-4]，有可能使原则草案与其普遍适用的宗旨背道而驰。虽然《第一附加议定书》已被广泛批准，从而使禁止报复环境的禁令得到多国承认，但是《第一附加议定书》并未得到普遍批准。[[1395]](#footnote-1396) 一些委员感到关切的是，在原则草案12[2-4]中原样照搬第五十五条第二款可被误解为试图为非缔约国设置一条有约束力的规则。还有人就此指出，第五十五条第二款受制于一些缔约国的保留和声明。[[1396]](#footnote-1397)

(6) 因此，有必要对第五十五条第二款(作为条约条款)的立场做出如下小结：禁止作为报复而对自然环境进行攻击对于《第一附加议定书》174个缔约国是一项具有约束力的规则。各国做出的与其适用有关的声明或保留的范围，必须逐一评价，因为只有几个国家明确提及第五十五条第二款。[[1397]](#footnote-1398)

(7) 另一个值得讨论的争议问题是，日内瓦四公约共同第三条和《第二附加议定书》中都没有与第五十五条第二款对应的规则，明确禁止在非国际性武装冲突中实施报复(包括报复平民、平民居民或民用物体)。《第二附加议定书》的起草过程显示，起草时有些国家认为，在非国际性武装冲突的所有情况下均禁止任何报复。[[1398]](#footnote-1399) 然而，也存在有效论据，证明在非国际性武装冲突中，某些情况下可能允许报复。[[1399]](#footnote-1400)

(8) 鉴于这一不确定性，一些委员关切地指出，原则草案12没有区分国际性武装冲突和非国际性武装冲突中的立场，试图建立一项新的国际法规则。因此，有人建议重新起草这条原则，附带适当的但书说明，或将其完全排除在原则草案之外。

(9) 关于报复自然环境，值得一提的是，前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为，“在任何类型的武装冲突中”，禁止报复平民人口均构成一条习惯国际法规则。[[1400]](#footnote-1401) 由于环境应被视为民用物体，除非环境中的一部分成为军事目标，一些委员认为，应在非国际性武装冲突中禁止报复环境。

(10) 考虑到围绕这条原则草案的表述方式存在的争议，委员们就如何重新表述这条原则以解决争议的问题提出了各种建议。然而，委员们最终认为，除了已通过的案文，其他任何表述方式都过于危险，可能被解释为削弱了武装冲突法之下的现有规则。这样的结果并不可取，因为现有规则对于武装冲突法至关重要。尽管起草期间出现了令人关切的问题，但是委员们认为，纳入一项禁止报复自然环境的原则草案尤为重要和必要，因为原则草案的总体目标是加强与武装冲突有关的环境保护。鉴于上述意见，可将纳入这条原则草案视为促进国际法的逐渐发展，而这是委员会的任务之一。

原则草案13[2-5]  
受保护区

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

评注

(1) 这条原则草案与原则草案5[1-(x)]相呼应，规定以协议指定为受保护区的具有重大环境和文化意义的地区，只要不包含军事目标，应保护其不受任何攻击。不同于此前的原则草案，这条草案仅涵盖以协议指定的地区。必须有明确的指定协议。此协议可在和平时期或武装冲突期间缔结。“协议”一词应按最广泛的含义理解，包括共同声明和被另一方接受的单方面声明、条约和其他类型的协议，以及与非国家行为者的协议。此类地区得到保护，在武装冲突期间不受攻击。在“只要不包含军事目标”中使用“包含”一词，目的是表示它既可以是整个地区，也可以仅为其中的部分地区。此外，如果其中一方严重违反了设立保护区的协议，则终止对该地区的保护。

(2) 如上文所述，如果武装冲突一方在按照原则草案5[1-(x)]设立的指定地区内设有军事目标，或在武装冲突期间利用该地区开展任何军事活动，该地区则可能失去保护。这条原则草案中“军事目标”一词出现的背景是“只要不包含军事目标”，有别于原则草案9[2-1]第3款中规定的“除非成为军事目标”。这两条原则之间的关系是，原则13[2-5]旨在加强原则草案9[2-1]第3款中确立的保护。

(3) 有条件的保护是试图平衡处理军事、人道主义和环境关切。这种平衡体现了日内瓦公约《第一附加议定书》第六十条中设立的非军事化地带机制。第六十条规定，如果武装冲突一方将受保护地带用于具体的军事目的，则应取消该地带的受保护地位。

(4) 根据上文提到的1954年《海牙公约》，缔约国同样有义务避免破坏已依照《公约》第四条确定为文化财产的财产。然而，只有文化财产不被用于军事目的时，才能给予保护。

(5) 指定某地区为受保护区所产生的法律影响，取决于拟议受保护区的来源和内容，以及形式。例如，“条约不约束第三国”原则将限制正式条约对各方的适用。指定一个地区为受保护区至少可以警示武装冲突各方，在适用相称性或攻击时采取预防措施的原则时，应考虑到这一点。此外，还可能需要调整预防和补救措施，以便照顾该地区的特殊地位。

第十一章  
国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

190. 委员会在第五十九届会议(2007年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案，并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。[[1401]](#footnote-1402) 同届会议上，委员会请秘书处编写一份关于此专题的背景研究报告，该研究报告提交给了委员会第六十届会议。[[1402]](#footnote-1403)

191. 特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008年)收到并审议了初步报告，第六十三届会议(2011年)收到并审议了第二次和第三次报告。[[1403]](#footnote-1404) 委员会第六十一届会议(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议本专题。[[1404]](#footnote-1405)

192. 委员会第六十四届会议(2012年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替不再是委员会委员的科洛德金先生担任特别报告员。[[1405]](#footnote-1406) 委员会同届会议(2012年)收到并审议了特别报告员提交的初步报告，第六十五届会议(2013年)收到了她的第二次报告，第六十六届会议(2014年)收到了她的第三次报告，第六十七届会议(2015年)收到了她的第四次报告。[[1406]](#footnote-1407) 委员会在特别报告员第二、第三和第四次报告提出的条款草案基础上，迄今为止暂时通过了六条条文草案及其评注。关于术语的使用的第2条草案案文仍处在拟订过程中。[[1407]](#footnote-1408)

B. 本届会议审议此专题的情况

193. 委员会收到了特别报告员的第五次报告，其中分析了国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题([A/CN.4/701](http://undocs.org/ch/A/CN.4/701))。委员会在2016年7月26日至29日的第3328至第3331次会议上审议了该报告。进行审议时，委员会只收到联合国六种正式语文中两种语文的文本。因此，委员会进行的辩论属于初步性质，愿意就此专题发言的委员参与了辩论。委员会将在第六十九届会议上继续进行辩论。在这些情况下，有一项理解是，本届会议进行的辩论只是辩论的开始，委员会须待第六十九届会议完成辩论之后，才能够就本报告的工作向大会提供完整的基础。

194. 在2016年7月27日第3329次会议上，委员会暂时通过了经第六十七届会议上起草委员会暂时通过和委员会注意到的第2条草案(f)项和第6条草案(见下文C.1节)。

195. 在2016年8月11日举行的第3345至第3346次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的条款草案的评注(见下文C.2节)。

1. 特别报告员介绍第五次报告

196. 第五次报告分析了国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外问题。报告特别论述了委员会此前对国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外问题的审议情况，分析了相关实践，讨论了有关限制和例外的一些方法和概念问题，并考虑了不适用国家官员的外国刑事管辖豁免的实例。报告得出结论：无法在实践的基础上认定存在一条习惯法规则，允许对属人豁免适用限制和例外；也无法找到支持这种规则的趋势。另一方面，报告还得出结论：在属事豁免方面，国家官员的确适用外国刑事管辖豁免的限制和例外。作为分析结果，报告载有关于“不适用豁免的罪行”的第7条草案的拟议案文。[[1408]](#footnote-1409) 报告还指出，2017年特别报告员的第六次报告将处理国家官员的外国刑事管辖豁免的程序问题。

197. 特别报告员在报告的导言部分回顾指出，这个专题是委员会和大会第六委员会多年来反复辩论的主题，引发了多种意见，而且往往是相反的意见。第五次报告在委员会结束审议属人豁免和属事豁免的所有规范性要素后，处理豁免的限制和例外。

198. 特别报告员称其在编写报告时采用了与前几次报告相同的方法，包括分析(国内和国际)的司法实践和条约实践，同时考虑到委员会以往的工作；她还指出，第五次报告还另外分析了国家立法，以及各国政府就委员会提出的问题做出的答复。特别报告员强调，第五次报告和前几次报告一样，必须结合此前本专题的各次报告一并阅读和理解，因为这些报告是一个整体。

199. 谈到第五次报告反映的主要实质性问题和方法问题，特别报告员表示本报告的目标在于：(a) 分析是否存在国家官员的外国刑事管辖豁免无效的情况，甚至在此种豁免因具备暂时通过的条款草案中所述所有规范性要素而可能适用的情况下；(b) 若(a)的答案是肯定的，找出此种豁免无效的实例，特别要讨论：(一) 豁免的限制和例外；(二) 不适用豁免的罪行。

200. 特别报告员指出，她认为“限制和例外”的用语反映出理论上的区别：似乎“限制”是豁免制度本身固有的内容，而“例外”则是外来因素。报告中提出，这种区别具有规范性影响，因为它影响到对豁免的系统性解释。不过特别报告员强调，限制和例外之间的区别不具任何实际意义，因为二者所致后果相同，即国家官员的外国刑事管辖豁免这一法律制度在具体案例中不适用。因此，为本条款草案的目的，使用“不适用豁免”涵盖限制和例外。

201. 此外，报告没有将放弃豁免视为“限制或例外”。放弃豁免与限制或例外产生的效果相同。但这并不是因为存在自成一体的一般规则，而是因为行使了国家官员的特权。由于放弃在本质上属于程序问题，所以将在专门讨论豁免的程序问题的第六次报告中加以论述。

202. 报告没有仅仅考虑国际罪行，而是选取了更加广阔的视角。报告还分析了某些其他罪行，例如国际社会十分关注的腐败罪。此外，报告还列举了法院地国行使刑事管辖权中领土主权至上(类似于国家管辖豁免的“领土内侵权例外”)的情形下，不适用豁免的国家实践的实例。

203. 特别报告员还强调指出在理解对豁免适用限制和例外的制度时必须考虑的若干因素：

1. 豁免与管辖密不可分。她将前者描述为法院地国法院行使管辖权的一种例外。虽然二者均以国家主权平等为基础，但是在界定何时可能存在限制和例外时，必须考虑到豁免的例外性质；
2. 豁免的程序性质意味着豁免并不免除国家官员的个人刑事责任。因此，从正式意义上讲，豁免不等同于有罪不罚。但是她强调指出，某些情况下，豁免实际上可能导致无法裁定国家官员的个人刑事责任。在分析豁免的限制和例外时，必须铭记这种影响；
3. 国家官员的外国刑事管辖豁免涉及到意图酌情确定某些犯罪责任人的个人刑事责任的刑事诉讼。此种豁免有别于国家豁免，也受不同法律制度的管辖，在豁免的限制和例外方面亦是如此；
4. 豁免在各国间的横向适用，即本专题讨论的主题，有别于且独立于在国际刑事法院和法庭纵向适用豁免。但与此同时，不能总是将国际刑事法院和法庭视为确定国家官员刑事责任的替代机制。因此，国际刑事法庭的存在不能被视为不设例外的依据。

204. 特别报告员在报告中论述相关实践时强调，此类实践对于确定豁免的限制和例外十分重要。报告员还系统阐述了豁免及豁免的限制和例外，以为补充。据此，虽然实践各不相同，但表明了一种明确的趋势，即认为实施国际罪行是不得适用国家官员的外国刑事管辖属事豁免的抗辩事由。这一点的依据是：(a) 此种罪行不被视为“官方行为”，或因罪行性质严重成为豁免例外； (b) 它们违背了全体国际社会承认的价值观和原则。

205. 关于第一点，报告员指出，即使各国法院有时承认国际罪行的外国刑事管辖豁免，但都是在属人豁免的范围内，只有在特殊情况下才是属事豁免。基于这种实践，再加上法律确信，可以得出结论：当代国际法在发生国际罪行时允许对外国刑事管辖属事豁免的限制或例外。此外，尽管对于是否存在相当于习惯法的相关一般惯例或许存有疑问，但正在形成习惯法的趋势十分明显。

206. 关于“价值观和法律原则”的问题，报告试图将国际法视为国家官员外国刑事管辖豁免这一法律制度所属的规范性系统，以此为基础，论述豁免的限制和例外。为了避免适用豁免制度或废除当代国际法制度中其他组成部分所引发的负面影响，报告中强调指出，有必要采取这样的系统性方法。报告也采用这种方法来论述豁免与当代国际法其他基本范畴(如国际法强制规范(强行法)的禁令)之间的关系，以及豁免与为有罪不罚和问责概念赋予法律特征、打击有罪不罚、诉讼权、受害者获得赔偿权、或国家起诉某些国际罪行的义务之间的关系。

207. 特别报告员认为，这种方法更好地响应了一些国家和委员会委员多年来在辩论中表达的关切，符合当代国际法。这种方法没有改变自上世纪以来逐渐形成的国际刑法的根本基础，尤其是个人为国际罪行承担刑事责任的原则，和确保具备有效机制、打击对此类罪行的有罪不罚现象的需要。与此同时，这种方法还考虑到国际法的其他要素，尤其是国家主权平等的原则。

208. 特别报告员还介绍了第7条草案拟议案文中的多项内容。她请大家注意不适用豁免的三类罪行、限制和例外仅适用于属事豁免这一事实、以及存在两种被视为特别法的特殊制度。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

209. 本届会议的辩论只是就本专题的这一方面进行讨论的开始。委员会第六十九届会议将继续辩论。解读下面的摘要时应铭记上述因素。将于2017年辩论结束后提供辩论全程纪要，包括特别报告员的总结。

210. 发言的委员普遍欢迎特别报告员的第五次报告提供了丰富、系统、有据可查的例子，说明了条约和国家立法以及国际和国家案例法中反映的国家实践。显然，这个主题事项，尤其是限制和例外问题，在法律上是复杂的，提出了对各国来说具有高度政治敏感性和重要性的问题。委员们还回顾说，委员会内部存在分歧，各国的意见也不一致，有些委员指出这个专题需要审慎处理。有些委员说，委员会应把重点放在处理限制和例外问题的国际法新规范的编纂而不是逐渐发展上。另一些委员指出，处理这一问题时应考虑到国际法的编纂和逐渐发展两方面。

(b) 关于第五次报告提出的方法和概念问题的评论

211. 发言的委员在评论中述及报告各个方面。他们提到委员会此前对限制和例外问题的审议情况，就相关实践的处理提出了意见，谈及一些有关限制和例外的方法和概念问题，论述了与豁免制度的法律性质有关的问题，并且根据特别报告员建议的第7条草案，探讨了不适用国家官员的外国刑事管辖豁免的实例。有些委员表示赞同报告采用的方法，也有些委员表示反对。

委员会此前对限制和例外问题的审议情况

212. 一些委员表示赞赏特别报告员采用明确而平衡的方法处理限制和例外问题，并对此表示感谢。为做到这一点，特别报告员对相关实践和案例法做了综述，一方面坚持习惯国际法之下国家官员的豁免，另一方面审慎评估逐渐发展的可能性，在两方面之间保持谨慎的平衡；这符合特别报告员自开始工作以来选择的方法。

213. 另一些委员赞赏地回顾了秘书处所做的研究，以及前任特别报告员此前开展的工作。他们建议，限制和例外的审议工作本应以前任特别报告员的结论为出发点，本应表明，经过国际法后来的发展后，2008年得出的结论是否仍然站得住脚，仍然有效。这些委员还表示，特别报告员在处理这个专题时逐渐偏离了自己的方法，把重点由编纂转向逐渐发展，造成失衡的结果。

实研究

214. 一些委员批评报告没有真正贯彻其中所称的识别习惯国际法这一分析过程。而且有时得出的结论常与报告中做出的其他某些断言无法调和。委员们尤其对案例法的处理表示关切：这些案例法来源不同，似乎有所选择，在某些案例中依靠个人和不同意见，而且依靠有限的国家法律样本，其中一些与本专题的审议关系不大。委员们还指出，即使在国家法院中存在例外的趋势，这也不是构成习惯国际法规则的一般实践。

215. 因此，这些委员认为，分析中采用的这种方法是否足以支持报告中得出的结论不够明确，而且一些实例中，与行使国际刑事管辖有关的案例法无助于确定习惯国际法是否承认存在外国刑事管辖的属事豁免例外。特别报告员采用的方法造成的后果是，扩大了国际法之下罪行的豁免限制和例外的范围，使之甚至包含普通罪行。

216. 委员们还在同一背景下指出，报告不应立足于国际社会的“价值观和法律原则”，而应该把重点放在严格遵循识别习惯国际法的过程，同时以规范性来源为辅助。应该明确指出，报告提出的建议是为了国际法的逐渐发展。

217. 另一方面，参加辩论的委员会委员普遍认为，报告对实践进行了广泛深入的分析。此外，一些委员认为，对实践的分析表明有一种明确的趋势，允许豁免的某些限制和例外，而且为特别报告员提出的建议提供了充分的依据。

218. 此外，一些委员认为，即使对于国家官员的外国刑事管辖豁免的法律制度及其性质必然出现意见分歧，但是报告将对此种豁免的理解和处理产生重大影响，还将帮助各国和其他相关行为者制订兼顾各种法律利益的豁免制度。因此，他们表示赞同特别报告员采用的方法，并且指出，关于这一法律原则的分析和结论与实践和司法声明具有内在联系，为关于限制和例外的建议提供了牢固的支撑。报告的读者将充分、全面地理解有关问题的背景、关于此事项的各种立场、国际和国家两级豁免的细微差别，以及相关政策考虑。这些委员赞成以下结论：报告所做的实践分析表明，存在承认在发生国际罪行时不适用豁免的趋势。

219. 此外，这些委员认为，提供不容质疑的证据证明存在国际习惯法准则，不一定是处理限制和例外问题的唯一途径。因此，他们认为提及“价值观和法律原则”是非常有帮助的。

220. 委员们还指出，特别报告员做出了可贵努力，弥合委员会内部在豁免的限制和例外问题上的分歧，同时为处理这一事项提出了虽具挑战性但经过深思熟虑的方法，供委员会审议。特别报告员确定了一种趋势，藉此在两种观点(一些委员力求实现豁免制度在纵向和横向的一致性，另一些委员认为委员会不应确定任何限制和例外，因为习惯国际法没有规定此种例外)之间提供了一个中间立场。

豁免的法律性质

豁免与管辖之间的关系

221. 一些委员回顾国际法院在2000年4月11日逮捕令案中的判决指出，豁免与管辖虽然相关，却是不同的制度。旨在预防和惩处某些严重国际罪行的国际文书要求缔约国确立管辖权，以进行调查、逮捕、起诉或引渡，并规定了其他合作形式；这一事实并不影响习惯国际法之下国家官员的外国刑事管辖豁免。此种豁免，如逮捕令案中指出的那样，在外国法院仍然是可以反对的，即使是在此类法院按照有关公约行使管辖的情形下。

222. 另一方面，有人指出，寻求问责不是、也不应被视为扰乱和平、干涉各国内政或侵犯国家主权或其人民意愿的机制。与此相反，正义缺失及有罪不罚盛行诱发国际关系中的紧张局势，削弱国家间关系的核心法律原则。因此，委员们主张，需要平衡其中牵涉的各种合法利益，考虑到国家有权在国际法的范围内保护其主权，包括人民的主权以及国家主权平等。

223. 委员们同样强调，不应低估《罗马规约》对正在拟订的条款草案的影响。委员们特别针对《规约》第二十七条指出，豁免与个人刑事责任具有内在联系，将豁免仅视为一种程序性的障碍，从绝对意义上讲，使豁免与个人责任的问题脱节，而且没有提供有效补救。

豁免与责任之间的关系

224. 一些委员回顾指出，案例法，包括国际法院在逮捕令案和国家的管辖豁免案中的案例法表明，豁免实质上不免除国家官员的个人刑事责任，也不意图助长有罪不罚，因为逮捕令案提供了避免有罪不罚的可能措施，包括国内起诉、放弃豁免、任期终止后起诉和向国际刑事司法制度起诉。因此，将有罪不罚与豁免划等号，并不准确，因为前者涉及实质性考虑因素，处理个人刑事责任问题，而后者涉及程序问题。

225. 与此同时，另一些委员赞同特别报告员在第五次报告中采用的方法。他们指出，属人豁免有别于属事豁免，这就需要采取更加细致入微的观点，来推进这个主题。虽然一国对享受基于身份的属人豁免的人员确定刑事管辖权，会损害这些人员作为其代理人的国家的运转及其行使主权的能力，但属事豁免由于在本质上是基于行为的，所以并非总是如此。本届会议暂时通过的第6条草案反映的属事豁免，只有在以官方身份行事时方能享有，这一事实意味着属事豁免不能自动作为程序性障碍适用。

国家豁免与国家官员豁免之间的关系

226. 一些委员指出，国家官员的外国刑事管辖豁免的根源在于体现“平等者之间无统治权”原则的国家豁免*。*关于强行法规范或打击严重国际罪行的规则与国家基本权利冲突的任何暗示，均相当于将国家间关系的基石――国家主权平等原则置于其他规则之下，而且可能逐渐削弱这项原则。此外，任何豁免例外都有可能损害不干涉内政的原则，还存在国家出于政治动机起诉国家元首或其他高级别国家官员的潜在风险，而且会导致滥用普遍管辖权。委员们建议说，这种发展不能促进打击犯罪和保护人权，反而会破坏国家间关系的稳定，妨碍国际司法进程。

227. 另一方面，一些委员评论说，民事司法管辖事项在上个世纪的发展中，逐渐抛开了国家绝对豁免的概念。而且主权(国家)豁免与国家官员的外国刑事管辖豁免也不一样。此外，虽然国家对国际不法行为，包括其官员实施的行为负责，但是国家本身不能实施违反国家责任法的罪行。国家的责任不是刑事责任，而同样根据国际法在上个世纪的发展，能够追究国家官员的刑事责任。在处理国家官员的豁免、可能的豁免限制和例外，以及兼顾合法的法律利益的总体方案时，应铭记上述区别。

国家管辖与国际管辖之间的关系

228. 委员们指出，要理解第五次报告中根据当代国际法原则讨论的问题，需要从《联合国宪章》规定的制度出发，平衡兼顾各种利益；这一制度体现了人类的某些理想，包括在某些基本原则，尤其是国家主权平等原则的基础上保护人权、追求正义和尊重与国际法一致的义务。

229. 基于这一理解，委员们指出，保护人权和基本自由与主权平等之间不无关系，正义与尊重国际法之下的义务也并不冲突。此次提出的报告与前几次报告作为一个整体，努力表明各项原则的运用不是要相互排斥，因为它们相互补充，运用原则的方法应确保一种利益不会对另一种利益产生不利影响。

230. 此外，即使官员的国际刑事管辖豁免不是本专题所讨论的问题，但仍有需要考虑的法律政策因素，以兼顾各种利益，其中包括一方面整个国际社会要保护自己，避免出现实施国际罪行和违反强行法规范的情况，另一方面要维护国家法院和国际法院之间合作义务的完整性。

231. 还有人提出赞成这种看法，即在国家法院行使豁免和在国际法院行使豁免之间存在密切联系，所以这些制度必须得到系统的解释。有人就此提到《罗马规约》之下的互补制度，这一制度不应受到豁免规则的妨碍。

232. 另一方面，有人回顾指出，国家与国际刑事法院等国际刑事管辖机构之间的关系，有别于本专题涉及的横向的国家间关系。《罗马规约》第二十七条确立了官方身份的无关性，规定缔约国官员在国际刑事法院不享有程序豁免，不能引用这一规定证明在横向的国家间关系中存在同一《规约》第九十八条保留的例外。

233. 此外，一些委员回顾指出，未经第三国同意，条约不为其创设义务或权利。因此，各国通过条约商定的不适用豁免仅适用于各缔约国或《公约》中规定的情况，而且此种例外若出现在与国际刑事管辖机构的纵向关系中，不宜引用它来证明横向的国家间关系的习惯法规则。

234. 不过委员们指出，不应认为国际刑事法庭的实践对横向关系不具影响，从而不予重视，需要结合每个案例的具体情况仔细考虑这方面的发展。例如，在有些案例中，向国内法院提出的问题并不是国际法之下的豁免，而是国内法之下的豁免问题。

(c) 关于第7条草案的评论

235. 几名委员赞同确定不适用属事豁免的罪行这一建议。在这方面，一些委员支持特别报告员采用的方法，在审视豁免问题时将国际法视为一种完整的规范体系，以确保豁免制度不会对整个当代国际法体系的其他组成部分产生负面影响，或使其他组成部分无效。此外，一些委员同意特别报告员所做的分析，即为国家责任之目的将国家官员的越权行为归咎于国家，有别于当事官员无权得到属事豁免的越权行为问题。

236. 此外，有人认为，国际法院在逮捕令案中认定，如果现任外交部长有犯下战争罪或危害人类罪的嫌疑，对于赋予他们以刑事管辖豁免和不可侵犯性的规则，习惯法中没有任何例外――对国际法院的这一结论应作狭义解释，因为这项裁定仅涉及属人豁免。

237. 还有人指出，现有国家实践表明，在法院地国行使合法的领土内刑事管辖权时，属事豁免与之无关。当罪行是在法院地国实施时，影响到这个国家，因此，该国有起诉的合法权益。另外，实践表明，不存在任何为国家官员以官方身份实施的一切行为赋予豁免的习惯法规则。

238. 另一些委员不同意特别报告员关于对某些罪行存在属事豁免例外的结论，他们回顾指出，前任特别报告员已经得出结论，除了由发生被指控罪行的国家行使刑事管辖权，同时又符合某些条件的情形，豁免没有例外。这些委员重申，豁免具有程序性，目的并不在于解决特定行为是合法还是非法这个实质性问题，即使特定行为是强行法规范所禁止的行为。他们回顾称，国际法院在国家的管辖豁免案中曾指出，国家豁免和强行法规范是国际法的不同范畴。因此，违反强行法规范并不意味着不会请求国家豁免。此外，他们指出，依据罪行的严重程度加以区分也不合理，因为豁免对于严重罪行和普通罪行同样适用。鉴于外国刑事管辖豁免具有前期性质，而且是在诉讼开始时做出决定，那么要根据一项罪行是否严重或是否真正实施过的裁定来行使豁免，这种想法有些奇怪。

239. 关于第1款，一些委员称赞特别报告员采取大胆步骤，就限制和例外提出了平衡而明确的拟议条款草案，而另一些委员认为拟议案文难以令人信服。

240. 关于第1款第(一)项，一些委员表示赞同其中专门提出种族灭绝、危害人类罪、战争罪、酷刑和强迫失踪是不适用豁免的国际罪行。他们认为，虽然“酷刑”和“强迫失踪”也属于危害人类罪，但专门提到这两项罪行是有益的。还有人表示赞同加上种族隔离，报告在提到拟议案文所列其他罪行时也提到了种族隔离。

241. 一些委员认为，特别报告员提出的排除侵略罪的理由难以令人信服。他们认为，如果委员会不将侵略罪纳入第7条草案的豁免例外，将是一种疏忽。这些委员原本希望纳入这一罪行，因为各国批准制裁侵略罪的《坎帕拉修正案》时已经在颁布国内的执行法律。此外，被视为非法使用武力最严重、最危险形式的侵略罪，是由国家官员以官方身份实施的行为。

242. 然而，另一些委员支持不纳入侵略罪，因为侵略罪密切关系到并取决于侵略国的行为，影响国家主权和国家豁免。他们还指出，对《罗马规约》中侵略罪的定义做出修订的《坎帕拉修正案》尚未生效。

243. 关于第1款第(二)项所指“与腐败有关的罪行”，一些委员赞同纳入这些罪行，而其他委员对此表示了保留意见，因为此类罪行的性质有别于严重的国际罪行。委员们认为，要决定腐败行为是否构成豁免例外，首先必须确定腐败行为是否是“以官方身份实施的行为”，人们也怀疑此种行为本身可归入属事豁免的范畴。还有人指出，没有任何实践表明腐败行为不适用属事豁免。

244. 关于第(三)项所指罪行，委员们表达了一些保留意见。一些委员认为，“领土内侵权例外”一词并不完全切合涉及刑事管辖的情况。尽管它与国家管辖豁免相关，但这方面的国家实践有限，不足以支持将其纳入国家官员的外国刑事管辖豁免。委员们还指出，这一项的措辞有些绝对，有可能涵盖国家官员在法院地国实施的所有类型的行为，可以想象也有可能包括国家军队的行动。然而，一些委员认为这项建议颇值得考虑。另一些委员只接受前任特别报告员在第二次报告中确定的更有限的例外。

245. 几名委员表示赞同第2款的表述方式，认为它提出了不可争议的主张，而且反映了国家实践。然而，委员们提出了一些保留意见，认为第2款中是“限制和例外的例外”，要求将其删除。委员们建议，任何表述均应符合《罗马规约》第二十七条，还应该在第7条草案和已经暂时通过的第4条和第6条草案之间建立明确的联系。另外提出的一条建议是重新考虑委员会暂时通过的关于属人豁免的范围的第4条草案中的限制。

246. 一些委员认为，第3款中的“不妨碍”条款反映了其他制度产生的合作义务，可以接受。

(d) 今后的工作

247. 关于今后的工作，委员们强调了限制和例外与豁免的程序问题之间的联系。几名委员就此强调，明年在讨论程序性保障时必须考虑到，需要避免出现因政治动机提起诉讼或非法行使管辖权的情况。

248. 委员会将在2017年下一届会议上继续并完成关于第五次报告的辩论。

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文

1. 条款草案案文

249. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录于下。

国家官员的外国刑事管辖豁免

第一部分  
导言

第1条  
本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员对另一国刑事管辖享有的豁免。

2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免，特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

第2条  
定义

为本条款草案的目的：

……

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人；

(f) “以官方身份实施的行为”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为；

第二部分属人豁免

第3条  
享有属人豁免的人员

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

第4条  
属人豁免的范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。

2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职期间或任职之前的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。

3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

第三部分属事豁免

第5条  
享有属事豁免的人员

国家官员在以此种身份行事时，对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

第6条属事豁免的范围

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。

2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。

3. 根据第4条草案享有属事豁免的个人在任期届满后继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

2. 委员会第六十八届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

250. 委员会第六十八届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

国家官员的外国刑事管辖豁免

第2条  
定义

为本条款草案的目的：

[……]

(f)“以官方身份实施的行为”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为。

评注

(1) 第2条草案(f)项为本条款草案的目的界定“以官方身份实施的行为”这一概念。虽然一些委员对是否需要这一条款表示怀疑，但委员会认为，因为“以官方身份实施的行为”这一概念是属事豁免机制的核心，所以应当在条款草案中纳入其定义。

(2) 委员会在第2条草案(f)项所载定义中包括了一些要素，以便能够出于国家官员的外国刑事管辖豁免的目的，确定某项特定行为是“以官方身份实施的行为”。与此同时，委员会主要与以往就此专题开展的工作保持一致。例如，定义中“行为”一词的用法与第4条和第6条草案一致。正如当时所指出的，这个词曾被委员会用于表示行为和不作为，在国际刑法背景下，该词也被用于泛指个人的行为。[[1409]](#footnote-1410)

(3) 委员会使用了“行使国家权力”的表述，以便体现出在行为和国家之间建立联系的需要。换句话说，该做法旨在强调，并非由国家官员实施的行为就足以被自动视为“以官方身份实施的行为”。在该行为和行使国家职能与权力之间还必须存在直接联系，因为这种联系是承认豁免的合理基础，以便保护国家主权平等原则。

(4) 在这方面，委员会认为，为了确定一项行为具备“以官方身份实施的行为”的特征，该行为首先应归于国家。但是，这不一定意味着只有国家可对此行为负责。根据委员会在1996年“危害人类和平及安全治罪法草案”(第4条)、[[1410]](#footnote-1411) “关于国家对国际不法行为的责任条款”(第58条)[[1411]](#footnote-1412) 以及“关于国际组织的责任条款”(第66条)[[1412]](#footnote-1413) 中使用的“单一行为，双重责任”模式(双重归属)，将行为归于国家是确定一项行为具备“以官方身份实施的行为”的特征的先决条件，但这并不妨碍该行为也可归于个人。根据上述模式，一项单独的行为可能同时涉及国家责任和行为人的个人责任，特别是在刑事事件中。

(5) 出于将一项行为归于国家的目的，作为出发点，有必要考虑委员会在第五十三届会议上通过的关于国家对国际不法行为的责任条款所载规则。然而，必须铭记，委员会是在国家责任范围内并为国家责任之目的而确立了这些规则，其最终目标是为了对尽可能广泛的责任情况作出规定，以确保仅仅援引没有直接联系的第三方行为的国家无法因此以欺诈方式逃避自身责任。因此，对在国家官员的外国刑事管辖豁免背景下将某行为归于国家官员的进程适用这些规则时应进行仔细审查。出于豁免目的，关于国家对国际不法行为的责任条款中第7、8、9、10和第11条规定的责任标准似乎并不普遍适用。具体而言，委员会认为，作为一项规则，官员纯粹为了自己的好处和利益实施的行为不能被视为以官方身份实施的行为，即便这些行为也许看起来是以正式身份实施的。在这种情况下，国家不可能发现任何自身利益，承认豁免没有合理理由，因为承认豁免的最终目标是为了保护国家主权平等原则。[[1413]](#footnote-1414) 但这并不意味着非法行为不能享有属事豁免。若干法院认为，非法行为不受豁免，仅仅是因为这种行为是非法的，[[1414]](#footnote-1415) 甚至在所涉行为违反国际法的案件中也是如此。[[1415]](#footnote-1416) 越权行为能否为了外国刑事管辖豁免目的被视为官方行为，这一问题稍后将与豁免的限制和例外一起讨论。

(6) 为了确定一项行为具备“以官方身份实施的行为”的特征，在行为和国家之间就必须有一种特殊联系。第2条草案(f)项使用“国家权力”的措辞对这一联系作了界定，委员会认为该措辞足够宽泛，可泛指国家官员为行使其职能和从国家利益出发实施的行为，因此可将其理解为包含了第2条草案(e)项中规定的职能，其中提及“代表国家或行使国家职能”的任何个人。[[1416]](#footnote-1417)

(7) 与开始提出的措辞(“行使政府权力要素”)以及委员会后来讨论的另一些措辞，特别是与“政府权力”和“主权权力”相比，上述措辞被认为更加可取。虽然所有这些措辞都同样体现出在行为和国家之间必须存在一种特殊联系的要求，但存在一个问题，即它们可能被解释为特指某一种国家活动(政府或行政活动)，或导致必须对政府权力要素或主权进行界定的问题，该工作的难度极大，而且不被视为委员会任务的组成部分。此外，为了明确区分第2条草案(e)项和(f)项提出的定义，不使用(e)项中使用的“国家职能”这一表述被认为更加适当。在这方面，应当回顾，第2条草案(e)项将“国家职能”的表述及“代表国家”作为一个中性词，用于界定官员和国家之间的联系，但没有对豁免包括的行为种类作任何判断。[[1417]](#footnote-1418) 使用“权力”而非“职能”一词，还有利于避免有关国际犯罪是否是“国家职能”的辩论。但是，有一名委员认为，使用“国家职能”的表述更为贴切。

(8) 委员会认为，在“以官方身份实施的行为”的定义中纳入所涉行为必须具有刑事性质是不适当的。这样做意在避免可能在定义上将以官方身份实施的任何行为视为刑事行为的解释。无论如何，“以官方身份实施的行为”的概念必须结合专门讨论国家官员的外国刑事管辖豁免的本条款草案来理解。

(9) 最后，虽然第2条草案(f)项所载定义指的是一项“以官方身份实施的行为”，但委员会认为，有必要在定义中明确提及行为人，换句话说，即国家官员。这一点提请注意一个事实，即只有国家官员能够以官方身份实施一项行为，进而体现出在行为人和国家之间建立联系的需要。此外，提及国家官员是对第2条草案(e)项中“国家官员”定义的逻辑延续。

(10) 委员会认为，列出一份以官方身份实施的行为的详尽无遗的清单是不可能的。这类行为只能一件一件确定，考虑以往经过审查的标准，即所涉行为是由一名国家官员实施、基本上可归于国家，而且是在“行使国家权力”时实施的。但是，不论法院对行为的具体称谓如何，司法惯例中存在一些可能被视为以官方身份实施的行为或行为类别。这些实例可帮助法官和其他的国家法律从业者确定某项具体行为是否属于这一类别。

(11) 总体而言，国家法院认为以下行为属于以官方身份实施的行为类别：军事活动或与武装部队相关的活动、[[1418]](#footnote-1419) 与行使政治权力相关的行为、[[1419]](#footnote-1420) 外交活动和与外交事务相关的活动、[[1420]](#footnote-1421) 立法行为(包括国有化)、[[1421]](#footnote-1422) 与司法相关的行为、[[1422]](#footnote-1423) 不同种类的行政行为(如驱逐外国人或舰船悬旗)、[[1423]](#footnote-1424) 与公债相关的行为，[[1424]](#footnote-1425) 以及不同种类的政治行为。[[1425]](#footnote-1426)

(12) 此外，已要求刑事法院对据称以官方身份实施的以下行为给予豁免：酷刑、灭绝、灭绝种族、法外处决、强迫失踪、强迫怀孕、驱逐、剥夺战俘地位、奴役和强迫劳动，以及恐怖主义行为。[[1426]](#footnote-1427) 有时提及这些罪行时采用具体罪名，而在其他案件中则笼统地提及危害人类罪、战争罪以及系统性地严重侵犯人权行为。[[1427]](#footnote-1428) 其次，法院也审理由武装部队或安全机构成员实施、不属于上述类别的其他行为，包括虐待、滥用权力、非法拘留、绑架、无视司法的行为以及与警务和执法有关的其他行为。[[1428]](#footnote-1429)

(13) 在一些案件中情况相反，国家法院认为，所涉行为超越了公务职能或国家职能的界限，因此不被视为以官方身份实施的行为。例如，法院认为，谋杀政治对手[[1429]](#footnote-1430) 或与贩毒有关的行为[[1430]](#footnote-1431) 不构成官方行为。同样，在与腐败有关的案件中，无论是转用或挪用公款、洗钱还是任何其他类型的腐败行为，国家法院一般都拒绝给予豁免权，理由是这类行为“有别于按照主权原则和外交豁免原则受到国际惯例保护的履行国家职能的行为”，[[1431]](#footnote-1432) 而且“性质上与行使主权和政府权力无关，也不符合公共利益。”[[1432]](#footnote-1433) 根据同样的逻辑，法院认为不可接受的是，国家官员从事的与私人活动密切联系、谋求官员个人致富而非主权利益的行为可以得到豁免。[[1433]](#footnote-1434) 这些例子所提醒注意的事实并不影响委员会可能就豁免的例外问题采取的立场。

(14) 关于可能以官方身份实施的行为的实例，应特别提及国家法院处理国际犯罪，特别是处理酷刑的方式。虽然在有些案件中这类行为被视为以官方身份实施的行为(但其实是非法和异常的行为)，[[1434]](#footnote-1435) 但在另一些案件中，它们被归类为越权行为或不符合国家职能性质的行为，[[1435]](#footnote-1436) 因此应排除在本项界定的行为类别以外。此外，应提请注意一个事实：这种对国际犯罪的不同处理方式既出现在国家法院承认豁免、也发生在国家法院拒绝豁免的案件中。

(15) 无论如何，应当牢记，第2条草案(f)项中规定的“以官方身份实施的行为”的定义指的是这种行为类别的独特要素，这并不妨碍将在条款草案其他地方处理的对豁免的限制和例外问题。

第6条  
属事豁免的范围

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。

2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。

3. 根据第4条草案享有属事豁免的个人任期届满后，继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

评注

(1) 第6条草案旨在界定属事豁免的范围，其中包括这一类国家官员的外国刑事管辖豁免的实质要素和时间要素。第6条草案对第5条草案形成补充，后者涉及属事豁免的受益人。这两条草案确定了适用于这一类豁免的一般制度。

(2) 第6条草案的内容与委员会拟订的关于属人豁免范围的第4条草案的内容相类似。在第6条草案中，改变了前两款的顺序，首先提及实质要素(豁免所包括的行为)，随后才提到时间要素(豁免的时限)。这样做是为了突出属事豁免的实质要素和职能层面，从而反映出以官方身份实施的行为对这一类豁免具有核心意义。尽管如此，应当铭记，要理解这类豁免的范围，必须将实质要素(第1款)和时间要素(第2款)结合起来看。此外，第6条草案还包括关于属事豁免和属人豁免之间的关系的一款，这与第4条草案类似。第6条草案对第4条草案形成补充。

(3) 第1款的目的是指出，正如第2条草案(f)项所规定的那样，[[1436]](#footnote-1437) 属事豁免仅适用于以官方身份实施的行为。因此，这类豁免不包括以私人身份实施的行为，这有别于属人豁免，因为属人豁免对这两类行为均适用。

(4) 尽管这一款的目的是突出属事豁免的实质要素，但委员会决定在其中提及国家官员，以便强调只有这些官员能够实施本条款草案下的豁免所包括的行为。这就明确表明，必须同时满足两个要素(主体要素和实质要素)，方可适用豁免。不过，委员会认为没有必要提及这些官员须“以此种身份行事”，因为官员的身份不影响此类行为的性质，而影响此类豁免的主体要素，并且第5条草案[[1437]](#footnote-1438) 已经涵括了这一点。然而，这一规定获得暂时通过时达成的理解是，今后某个阶段可能有必要更清晰地表述第5条草案和第6条草案第1款，前者使用了“以此种身份行事”的说法，而后者则没有。

(5) 第6条草案第1款所规定的属事豁免的实质范围不预先判断适用于豁免的例外情况问题。这一问题将在本条款草案的其他部分加以处理。

(6) 第2款涉及属事豁免的时间要素，重点强调了时间要素的永久性，并不会因为以官方身份实施某一行为的官员不再担任官员而失效。属事豁免的永久性特征源于这样一个事实，即承认属事豁免是因为官员实施的行为的性质，这种性质并不会随着实施上述行为者所担任的职务而改变。因此，虽然只有当国家官员以此种身份实施行为时方可称得上“官方”，但其官方性质并不会随后消失。因此，援引属事豁免的官员在提出豁免要求时是担任此种职务，抑或相反已经不再担任国家官员，对于属事豁免而言是不相关的。在这两种情况下，以官方身份实施的行为将依然是以官方身份实施的行为，无论实施这种行为的国家官员是否继续担任国家官员，均可援引属事豁免。属事豁免的永久性此前已在关于外交关系的工作中得到委员会承认，[[1438]](#footnote-1439) 在实践中未遭质疑，在文献中广为接受。[[1439]](#footnote-1440)

(7) 委员会选择界定属事豁免的时间要素，申明“属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在”，沿袭了1961年《维也纳外交关系公约》[[1440]](#footnote-1441) 和1946年《联合国特权和豁免公约》[[1441]](#footnote-1442) 所采用的模式。“继续存在”和“不再担任国家官员”的说法源自这两项条约。此外，委员会使用了“所涉个人”这一术语，以反映第2条草案(e)项中“国家官员”的定义。[[1442]](#footnote-1443)

(8) 最后，应当指出，尽管第2款涉及豁免的时间要素，但委员会认为，宜在其中明确提及以官方身份实施的行为，同时铭记这些行为对于属事豁免问题具有核心意义，也是为了避免对这类豁免的永久性做出宽泛的解释，有人可能辩称它也适用于其他行为。

(9) 第3款旨在界定属事豁免和属人豁免之间存在的关系的模式，其依据是它们是两类截然不同的豁免。因此，第6条草案第3款与第4条草案第3款有着密切的联系。后者也涉及二者之间的关系，不过仅仅以“不妨碍”条款的形式作了规定。

(10) 根据第4条草案第1款，属人豁免具有临时性，因为委员会认为，“国家元首、政府首脑或外交部长任期结束后，属人豁免即停止。”。[[1443]](#footnote-1444) 不过，“[……]停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用”(第4条草案第3款)。正如委员会在本款评注中所指出的那样，“必须注意到，国家元首、政府首脑或外交部长在任期间可能以官方身份做出一些行为，这些行为不因任期结束而失去其官方性质，因此可能属于属事豁免的范围。”[[1444]](#footnote-1445) 委员会还指出，“这并不意味着属人豁免延续到享有豁免者任期结束后，因为那样不符合该条草案第1款。这也不意味着属人豁免变成因第4条草案第3款而自动适用的新的属事豁免。委员会认为该‘不妨碍’条款只是不排除这种可能性，即在符合关于属事豁免的规定时，可以对前国家元首、政府首脑或外交部长在任期间以官方身份实施的行为适用属事豁免。”[[1445]](#footnote-1446)

(11) 这正是第6条草案第3款所述的情况。本款的依据是，国家元首、政府首脑和外交部长在任期内享有广泛的豁免，通称“属人豁免”，实际上，这和属事豁免的效力相同。这并不妨碍国家官员在结束任期之后享有严格意义上的属事豁免。第5条草案评注中也是这样理解的。该评注确认：“尽管委员会认为国家元首、政府首脑和外交部长只在离任后才享有严格意义上的属事豁免*，*但没有必要在第5条草案中提到这一点。将在今后一条关于属事豁免实质范围和时间范围的草案中对这一问题予以更广泛的讨论，该条草案将仿照第4条草案拟订。”[[1446]](#footnote-1447)

(12) 为此，需要满足属事豁免的标准，亦即：行为由国家官员(在这一具体情况下，包括国家元首、政府首脑或外交部长)以此种官方身份在其任期内实施。第6条草案第3款的目标恰恰是，申明属事豁免适用于这种情况。因此，本款对第4条草案第3款形成补充。委员会曾表示，“第4条草案第3款没有预先判断属事豁免机制的内容，这将在条款草案第三部分制定”。[[1447]](#footnote-1448)

(13) 不过，关于第6条草案第3款涉及的情况，一些委员认为，在任期间，国家元首、政府首脑和外交部长同时享有属人豁免和属事豁免。相反，其他委员则认为，为本条款草案的目的，属人豁免具有普遍性、范围更广，包括属事豁免，因为属人豁免既适用于以私人身份实施的行为，也适用于以官方身份实施的行为。这些委员认为，正如第4条草案所规定以及第4条和第5条草案评注所体现的那样，这类官员在任职期间仅享有属人豁免，任期结束后将享有属事豁免。尽管倾向于一种或另一种选择可能对某些国家的国内法院造成后果(尤其是在向这些法院援引豁免的条件方面)，但此类后果不会扩大到所有国家法律体系之中。辩论期间，一些委员表示认为，无需在第6条草案中加入第3款，只需在该条草案评注中提及这一问题即可。

(14) 委员会考虑到这一有趣的辩论，其中主要涉及理论和术语，但委员会决定保留第6条草案第3款，特别是鉴于该款的切实重要性，其目的是在操作层面说明此前曾享受属人豁免的个人(国家元首、政府首脑和外交部长)任期结束后适用何种法律制度。

(15) 第3款的措辞仿照了《维也纳外交关系公约》(第三十九条第二款)和《联合国特权和豁免公约》(第四条第十二节)，这两项公约所涉的情况与本款所涉的情况类似，亦即：曾享有属人豁免的人员任期结束后对于在上述任期内以官方身份实施的行为的处境。[[1448]](#footnote-1449) 委员会使用了“继续享有豁免”的说法，以体现行为发生的时刻与援引豁免的时刻之间存在的联系。如同本款所参考的两项公约一样，第6条草案第3款没有对豁免一词定性，而仅仅使用了笼统的说法。不过，虽然没有对“豁免”一词进行任何限定，但委员会理解，这个词是指“属事豁免”，因为只有在这种情况下，才可能在任期结束后考虑国家官员以官方身份实施的行为。

第十二章  
条约的暂时适用

A. 导言

251. 委员会在第六十四届会议(2012年)上，决定将“条约的暂时适用”专题列入工作方案，并任命胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生为专题特别报告员。[[1449]](#footnote-1450) 在同一届会议上，委员会注意到特别报告员就他主持进行的关于这一专题的非正式磋商情况所作的口头报告。[[1450]](#footnote-1451) 大会后来在2012年12月14日第[67/92](http://undocs.org/ch/A/RES/67/92)号决议中赞赏地注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。

252. 委员会在第六十五届会议(2013年)上，收到了特别报告员的第一次报告([A/CN.4/664](http://undocs.org/ch/A/CN.4/664))，该报告旨在通过探讨如何从理论角度处理这一专题以及简要回顾现有的国家惯例，设法从总体上确定在条约的暂时适用方面出现的主要法律问题。委员会还收到了秘书处编写的一份备忘录([A/CN.4/658](http://undocs.org/ch/A/CN.4/658))，其中叙述了1968和1969年委员会和维也纳会议对1969年《维也纳条约法公约》(以下简称1969年《维也纳公约》)第二十五条的谈判情况，并简要分析了审议期间提出的一些实质性问题。

253. 委员会在第六十六届会议(2014年)上，审议了特别报告员的第二次报告([A/CN.4/675](http://undocs.org/ch/A/CN.4/675))，该报告试图对暂时适用条约的法律效力作出实质性分析。

254. 委员会在第六十七届会议(2015年)上，审议了特别报告员继续分析国家惯例的第三次报告([A/CN.4/687](http://undocs.org/ch/A/CN.4/687))，并审议了暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系以及对国际组织的暂时适用问题。委员会还收到了秘书处就1986年《关于国家与国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》之下暂时适用问题编写的一份备忘录([A/CN.4/676](http://undocs.org/ch/A/CN.4/676))。委员会将特别报告员提出的六条准则草案提交起草委员会。委员会随后收到了起草委员会主席提出的仅供参考的临时口头报告，[[1451]](#footnote-1452) 涉及该委员会暂时通过的准则草案1-3。[[1452]](#footnote-1453)

B. 本届会议审议此专题的情况

255. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第四次报告([A/CN.4/699](http://undocs.org/ch/A/CN.4/699)和Add.1)，报告继续分析了暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系以及对国际组织的暂时适用问题。增编载有近来欧洲联盟暂时适用与第三国协定的例子。报告包括一项提议，涉及关于国际法的准则草案10和对暂时适用条约的全部和部分问题的评论意见。[[1453]](#footnote-1454)

256. 委员会在2016年7月20日至27日举行的第3324至3329次会议上，审议了第四次报告。在2016年7月27日第3329次会议上，委员会将特别报告员第四次报告中所载准则草案10提交起草委员会。

257. 起草委员会主席在2016年8月9日第3342次会议上，提交了起草委员会关于“条约的暂时适用”的报告，其中载有起草委员会在国际法委员会第六十七和六十八届会议上分别暂时通过的准则草案1-4和准则草案6-9 ([A/CN.4/L.877](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.877))。委员会注意到起草委员会提交的准则草案。[[1454]](#footnote-1455) 预期委员会将在下届会议上就准则草案及评论意见采取行动。

258. 在2016年8月12日第3347次会议上，委员会决定请秘书处编写一份谅解备忘录，对过去20年向秘书长交存或登记的规定暂时适用的条约(双边和多边)、包括相关条约行动方面的国家惯例进行分析。

1. 特别报告员介绍第四次报告

259. 特别报告员在介绍其第四次报告时，首先重点回顾了以往在这一专题上的工作。他谈及第六委员会的辩论以及各国就委员会报告第三章中所载问题提交的资料，提请注意各国在这一专题上显示的兴趣。

260. 第四份报告继续分析了暂时适用条约与1969年《维也纳公约》其他规定的关系，目的是阐明前者的法律制度。重点是分析暂时适用与保留问题规定的关系、条约之失效、第六十条之下的因违约而终止或停止施行条约，以及第七十三条之下的国家继承、国家责任及发生敌对行为的问题。

261. 关于保留问题，特别报告员称，他没有看到任何条约规定了自暂停适用之时起提出保留，或任何暂停适用规定提及提出保留的可能性。问题在于如果条约未曾涉及这一问题，一国是否有可能在同意暂停适用时提出保留。特别报告员认为，似乎没有什么事情会阻止一国在决定暂时适用时提出保留，这里有两个原因。第一，暂时适用条约会产生法律效力。第二，保留的目的完全是为了排除或限制某些条款的法律效力。

262. 特别报告员表示，他已决定分析暂时适用与条约生效制度可能存在的关系，同时考虑到各国和委员会委员提出的建议。他根据第二十七条，将重点放在第三次报告中处理的暂时适用与1969年《维也纳条约》第四十六条的关系上。他得出结论认为，首先，一国不可援引其国内法作为理由不履行条约的原则，这一点同样适用于暂时适用的条约。随后，他根据第四十六条，着手审查国内法对暂时适用的限制。他回顾说，这一问题是在对*Yukos*[[1455]](#footnote-1456)和*Kardassopoulos*[[1456]](#footnote-1457)案的裁决中提出的，但指出因此得出任何结论还为时尚早，尤其是考虑到*Yukos*一案可能会有新的发展。无论如何，特别报告员认为，从国际法的角度来看，或可断言，除了根据1969年《维也纳公约》第二十七条确立的制度外，各国应保证，同意暂时适用对其根据第四十六条缔约的权限没有任何限制，以使此类暂时适用具有法律确定性。

263. 关于条约因重大违约情事而终止或停止施行，特别报告员重申，他认为暂时适用的条约产生法律效力，一如条约已在生效，因此根据条约必须遵守原则产生需要履行的义务。据此，关于1969年《维也纳公约》第六十条中规定的终止或停止施行条约的情形与暂时适用条约也是相关的。

264. 关于国家继承和暂时适用条约问题，特别报告员指出，1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(以下称1978年《维也纳公约》)[[1457]](#footnote-1458) 表明了此类条款对加强政治动荡局势下的法律确定性的实际效用。因此，他认为无须为本专题目的对此一问题作出不同处理。

265. 报告的第三节载有一些资料，显示了国际组织暂时适用条约的惯例。特别报告员描述了在暂时适用问题上联合国的交存做法和《联合国宪章》第一〇二条中条约的登记。特别报告员注意到此类做法在加深对国家惯例基础上的暂时适用的理解上的相关性，建议委员会不妨向第六委员会建议，对1946年的登记条例[[1458]](#footnote-1459) 加以修订，以更好地反映当代实践。

266. 第四份报告载有关于国内法的准则草案，以及对暂时适用条约的全部或局部问题的评论意见，体现了1969年《维也纳公约》第二十七条。其目的是完成以往关于暂时适用的法律效力的拟议准则，同时考虑到1969年《维也纳公约》第四十六条。

267. 关于今后在这一专题上的工作，特别报告员表示，他准备处理某些悬而未决的问题，例如维护个人权利的条约的暂时适用以及拟议的示范条款。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

268. 委员们普遍重申，条约的暂时适用构成了条约法的一个重要方面，这一专题对各国都具有重大的现实意义。一些委员认为，报告中的信息和分析引人注意，进一步阐明了暂时适用制度。然而，其他委员认为，需要更多的实例，以证实所得出的结论。此外，一些委员承认该报告第二节的目的是解决会员国提出的问题，这是重要的，但强调，委员会需要以综合和系统的方式处理这一专题。

269. 关于方法问题，一些委员欢迎对暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系的分析。不过，他们指出，虽然总的来说，他们同意这些结论，但其中许多结论是通过类比得出的，而其背后的做法往往并不明确。此外，有人指出，不清楚特别报告员所进行的分析将如何反映在这一专题的结果中：例如，是否所分析的每一条款都有一个准则，还是有一个关于第二十五条与1969《维也纳公约》其他规定的关系的总括性准则。还有若干委员对这种方法的价值表示怀疑。在这一方面，有人认为，需要分析1969年《维也纳公约》第二十五条是否部分或整个构成公约内一个完备的制度。人们回顾，在维也纳会议上审议的各种建议，特别是关于暂时适用的终止问题，似乎支持这种主张。如果得出结论认为，第二十五条是一个非常完备的制度，那么，其他条款，尽管并非直接相关，也可以通过类比提供一些指导。

270. 其他委员认为，该专题的方向取决于1969年《维也纳公约》是否适用于暂时适用问题。他们不同意这样一个假设，即第二十五条的全部或局部构成了一个完备的制度，制约终止暂时适用的第二款则是一个可能的例外。他们强调，暂时适用一项条约，虽然是临时性的，但仍然是对一个条约的适用。在他们看来，分析暂时适用与1969年《维也纳公约》的规定的关系是徒劳的。如果1969年《维也纳公约》的规定适用于生效的条约，则它们也同样适用于暂时适用的条约，但有一个重要条件，即暂时适用该条约的国家的权利和义务取决于规定了暂时适用的协定条款。然而，也有人表示，不能简单地假定条约的暂时适用的法律效力与已生效条约的法律效力完全相同。据认为，对常规做法的比较分析将有助于澄清这件事。

271. 此外，有人指出，1969年《维也纳公约》的若干规定与此一专题可能是相关的，但一些委员就通过简单的类比而不考虑国家惯例即得出结论表示了谨慎态度。遗憾的是，没有提供对暂时适用方面常规做法的全面概述，舍此就很难全面理解这一专题的复杂性。虽然人们承认，委员会的任务不是编纂在暂时适用问题上的全部常规做法，因为这些做法非常广泛，多种多样，但委员会可以通过分析规定了暂时适用的条约或协定保持沉默的情况，对此一专题作出有益贡献。

272. 一些委员进一步表示，在审议暂时适用问题时，必须考虑到每项条约的不同性质和特征。开放性和封闭性多边条约和双边协定可能会产生不同问题，需要认真加以审查。建立国际组织的条约，情况也同样如此。

(b) 保留

273. 关于暂时适用与1969年《维也纳公约》下的保留制度的关系，一些委员重申，暂时适用的条约产生了与生效条约同样的法律效力。因此，他们同意特别报告员的断言，即原则上，没有什么事情会阻止一个国家自同意暂时适用条约之时起提出保留。此外，据认为，可以假定提出保留的国家，不仅有意将之适用于已经生效的条约，还有意将之适用于暂时适用的条约。人们建议在草案准则中体现这一假定。也有人认为，1969年《维也纳公约》规定了可提出保留的第十九条，没有提及暂时适用。因此，自同意暂时适用条约之时起提出保留与1969《维也纳公约》第十九条将产生不一致。

274. 此外，按照一些人的理解，报告是审查了对同意暂时适用条约的保留，而不是处理对条约本身的保留。据建议，最好审查对条约的保留是否可以排除或修改该条约，不仅在其生效时，而且也在其暂时适用期间。人们还指出，声明国家同意在国内法限制范围内暂时适用条约，在条约对此类限制保持沉默的情况下，可以被视为构成了保留。

275. 一些成员指出，对保留的分析仅限于1969年《维也纳公约》的第十九条，希望特别报告员将审查《公约》下的其他有关规则。也有人指出，就暂时适用提出保留引起了其他复杂但实际的问题，需要加以深入考虑，包括此类保留的形式、性质和效力。此外，一些委员认为，与暂时适用有关的保留问题不乏实际的例子，并数次提及针对多边初级商品协定提出的保留。人们还提请关注《对条约的保留实践指南》，[[1459]](#footnote-1460) 其中，连同它的评论意见，也包含一些有用的要点，特别是指南2.2.1、2.2.2和2.6.11。建议保留问题应在暂时适用的背景下进一步审查，最好反映在准则草案中。

(c) 条约失效

276. 一些委员欢迎审视国内法对暂时适用的相关性问题。他们注意到，特别报告员在研究这一问题时，侧重于1969年《维也纳公约》的一个方面，即第四十六条：国内法关于缔约权限的规定。他们还认为报告中讨论尤科斯案的时机恰到好处，并同意特别报告员的观点，即委员会不应试图就该案作出任何结论，一方面是因为该案正在审理中，另一方面是因为，它基于的是一种特殊的条约制度。但是，若干委员指出，特别报告员在其关于国内法的分析中没有充分说明涉及的不同情况，也没有充分说明这些情况导致的法律后果。在这方面，有人表示，虽然1969年《维也纳公约》第四十六条是本专题的一个重要部分，但第二十七和第四十六条是一个整体，并且证明了对条约法的妥善评估离不开具有基本重要性的国内规则。为了充分评估在暂时适用方面国际法和国内法的相互作用，建议对三种不同情况予以区分。第一种情况是，暂时适用协定本身通过提到国内法而对暂时适用加以限定，在这种情况下，国内法关乎于对暂时适用协定范围的理解。问题并不在于条约是否有效，也不在于国际法或国内法孰先孰后，而是在于对条约的解释。第二种情况与第四十六条类似，即有一国认为其受该协定约束的同意因其关于缔结国际协议权限的国内法规定而失效。第三种情况与第二十七条相同，涉及的情况是，一国试图援引其国内法，以此作为不履行其国际义务的理由。一些委员强调，第一种情况往往是暂时适用问题最重要和最有争议的方面。因此，认为必须在进一步分析的基础上，在准则草案中反映这一问题。

277. 此外，若干委员认为，第二十七和第四十六条适用于暂时适用问题，也应反映在准则草案中。然而，还有意见认为，有必要分析国内法在暂时适用方面的相关性，与条约生效时予以区分，同时考虑暂时适用是否会产生其他国家所依赖的法律效力的问题。有人建议，应研究以下问题：在暂时适用的情况下，对第四十六条中“显明”这一术语是否应当考虑国家惯例，予以更灵活的解释。此外，一些委员注意到，若将同意缔约所涉及的程序保障和限制比照适用于暂时适用，就会使暂时适用制度失去意义。在许多情况下，之所以采用暂时适用，就是因为缔约宪法程序尚未完成。只有在暂时适用某条约的决定与具有基本重要性的关于缔约权限的国内规则冲突的情况下，才可能谈及失效问题。

(d) 条约因违约而终止或停止施行

278. 关于暂时适用的终止，一些委员同意特别报告员的结论，即第六十条可适用于暂时适用，依据是暂时适用与条约生效时具有相同的法律效力。但是，同时也有意见认为，一国不太可能利用第六十条所设想的程序，因为第二十五条第二款提供了较为便利的替代方法。

279. 一些委员指出，第二十五条第二款暗示了一种与1969年《维也纳公约》所载的关于已生效条约的制度不同且更为灵活的机制。有人回顾，催生了1969年《维也纳公约》的外交会议在第二十五条中加入了终止条款，而不是在《公约》载入一般性终止规定。有意见认为，第二十五条第二款设立了一种专门的途径，一国可借此自行终止其暂时适用条约的义务。在这方面，至少在终止方面，暂时适用构成了一项完备的制度。但是，也有人注意到，第六十条不同于1969年《维也纳公约》的其他终止规则，与暂时适用也是相关的，因为这两条条款发生作用的方式不同。第二十五条第二款会终止条约在通知终止国与各被通知国的关系中的任何效力，第六十条则可被用作仅在受影响国和违约国之间停止或终止暂时适用条约的依据。

280. 关于对暂时适用与1969年《维也纳公约》第六十条的关系的分析，有人回顾称，第六十条第三款规定了条约生效后发生重大违约的条件。有人指出，如此一来，特别报告员本应讨论的问题是，对暂时适用的条约的重大违约是否会在与第六十条规定相同的情况下发生。此外，有人注意到，报告并没有区分终止条约本身和终止暂时适用，终止暂时适用会导致第六十条所规定的停止施行条约。结果是，以下问题没有得到讨论：对暂时适用的条约的重大违约是否会使缔约方不仅可以将违约作为停止暂时适用条约的依据，还可将其作为终止条约本身的依据？有人建议，应以国家实践为基础对第二十五条和第六十条作进一步阐述，以拟订出既反映终止问题又反映停止施行问题的准则草案，说明各缔约方之间的关系将如何受到影响。

281. 此外，关于何种违约构成第六十条第三款所指的重大违约的问题，有人指出，特别报告员的结论是，对被视为必要条款的轻微违反也可构成重大违约，这一结论并不完全正确。有人提请注意近期的一项裁决，一个仲裁庭在该裁决中认定，只有在违约行为妨碍了条约的目的和宗旨的情况下，方能以重大违约为由终止条约。但是，有人建议，应当研究在暂时适用的情况下是否应以更灵活的方式解释第六十条所载的“重大违约”这一术语。此外，有意见认为，在暂时适用的情况下，不可能谈及重大违约，只能谈及未履行条约义务，1969年《维也纳公约》第六十条规定的重大违约的效果并不适用，因为在这一时刻并不存在契约式条约关系。还有意见认为，暂时适用与1969年《维也纳公约》所规定的其他形式的终止之间的关系也是值得审议的内容。

(e) 国家继承、国家责任及发生敌对行为问题

282. 一些委员同意特别报告员的意见，即虽然关于国家继承的第四次报告所载的资料具有重要意义，但为本专题的目的，没有必要对这些问题作进一步讨论。不过，其他一些委员提请注意1978年《维也纳公约》的有关条款，这些条款将条约的性质和特征纳入了考虑，尤其是考虑了所涉条约是属于双边协定，还是属于开放性或封闭性多边条约，以及是否生效等因素。还有人建议，对国家惯例进行研究将不乏益处。此外，一些委员支持在准则草案中论及继承问题。

(f) 准则草案10

283. 关于准则草案10，一些委员注意到该准则立足于1969年《维也纳公约》第二十七条，因此其本身并不存在争议。其他委员认为，需要扩大该准则草案的范围，以便将以下情况考虑在内，即暂时适用条约的协定因提及国内法而限制了暂时适用的情况。

284. 然而，一些委员对该准则草案的内容没有在报告中得到充分证实表示遗憾。例如，以下问题尚不明确：该准则草案是否反映了第二十七条所载规定，即一国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约；该准则草案是否涉及国内法中关于同意暂时适用条约的权限的条款，一如提及第四十六条之处似乎表明的。一些委员指出，该准则草案可被理解为暗示国内法总是无关的，忽视了以下事实，即国家可通过提及国内法来限制对条约的暂时适用。这与第二十七条所载的不得援引国内法的规定不同，有人认为该准则草案必须反映这一问题。还有意见认为，应在准则草案中进一步阐述1969年《维也纳公约》第四十六条，仅在一不妨碍条款中提及该条是不够的。因此，该准则草案应当论及类似第二十七条的情况，又论及类似第四十六条的情况。

285. 一些委员认为，准则草案10试图将1969年《维也纳公约》的某些条款纳入准则草案，而更为适宜的做法可能是，拟订一条一般性准则，指明除非暂时适用协定不允许，否则1969年《维也纳公约》的条款，只要是相关的，即可适用于暂时适用条约的情况。

(g) 关于条约适用的国际组织惯例

286. 若干委员认为报告中关于国际组织惯例的资料颇有意义。鼓励特别报告员扩充关于区域组织特别是关于非洲联盟的章节，确保采取更具包容性的方法。但也有委员注意到，尚不清楚能从特别报告员提供的资料中得出哪些结论。其他委员认为，所提供的资料与更好地理解国家惯例这一目标相关。还有人指出，报告中讨论了两种非常不同的惯例形式。一些委员认为，虽然关于登记、交存和公布条约所涉及的惯例的资料似乎与本专题无关，但是，一些条约的缔约方为一组织，关于此类条约的资料即具有高度相关性。应当对后一类情况作进一步阐述。在这一方面，一些委员呼吁对以下两种情况进行深入的比较研究：一种情况为涉及各国的条约的暂时适用，另一种情况为涉及国际组织的条约的暂时适用。

287. 有人提议，应建议修正秘书处在登记和保存职能方面的条例和手册，对此，一些委员提出质疑，认为该事项不属于本专题的范围。虽然有意见认为，这种修正是有价值的，但也有人建议在较后阶段再审议这一问题。

(h) 今后的工作

288. 关于本专题今后的工作，有人建议，为深入理解本专题，必须对规定暂时适用的条款作出详尽讨论。有人注意到，与本专题有关的国家惯例似乎很多，对有关的条约条款进行比较分析可能有助于理解暂时适用，以及暂时适用与充分适用条约之间的关系。另外有人指出，若能比较各协议中规定暂时适用应满足国内法条件的条款，将会尤为有用。

289. 有意见认为，对于暂时适用与1969年《维也纳公约》的其他规定的关系问题，已经进行了分析，今后的工作还应就这些分析得出结论。还有人建议，应在今后的报告中研究各国作出的暂时适用条约的解释性声明以及宣称不暂时适用条约的声明的问题。

290. 特别报告员提议，应研究维护个人权利的条约的适用问题，对此，有意见认为，应考虑国家惯例，极其谨慎地处理这一事项。

291. 若干委员对特别报告员准备编写示范条款表示欢迎。但是，也有人提醒，不应试图分析每项条款的含义，这会影响各国在现有条约中已经赋予此类条款的含义。还有人指出，拟订一份示范条款的指示性清单可能更为适宜。

3. 特别报告员的结论性意见

292. 特别报告员回顾称，早在委员会刚开始审议本专题之时，大多数委员就已经强调，有必要审视1969年《维也纳公约》第二十五条与其他条款的关系。一些委员说明了他们认为与此目的相关的条款，包括第四十六和第六十条。当时认为，这种分析有助于更清楚地理解暂时适用制度。特别报告员正是以此为基础编写了第四次报告。他表示，将在第五次报告中完成这一工作，他可能在该次报告中论及暂时适用与1969年《维也纳公约》关于条约与第三国的第三十四条的关系。他不打算为研究的每一条《公约》条款都提出一条准则草案，但他强调，这些报告作为一个整体将有助于更好地理解哪些条款与暂时适用制度最为相关，并最终说明施行第二十五条的更广泛的背景。

293. 特别报告员注意到，若干委员强调了本专题对各国的实用价值。他同意，应当系统地处理本专题，但他认为在拟订本专题的过程中必须考虑并反映各国的意见和具体提议。

294. 特别报告员不同意第二十五条可构成一项完备制度的意见，因为这一论点可能对国际法普遍性的概念产生不利影响，并限制已确认的暂时适用所具备的法律效力。委员会不应将本专题作为特别法处理。如果确认条约在被暂时适用时与生效时具有相同的法律效力(这一点曾得到承认)，则必须确认在具体情况下适用的一般性国际法规则，从而向各国提供指导。在这方面，特别报告员感兴趣的提议是，拟订一条一般性准则草案，规定1969年《维也纳公约》比照适用于暂时适用的条约。

295. 特别报告员还指出，在审议本专题时，曾允许通过类比得出结论，他说这是由于惯例缺少或不得而知。这种方法并不罕见。

296. 特别报告员完全同意，对规定暂时适用的条约进行比较分析会有所裨益，但他回顾，自己在获取相关资料的过程中遇有许多困难。他详细介绍了法律事务厅条约科在这方面提供的资料的作用。他解释称，条约科不得不开发一个专门的工具来搜索识别包含暂时适用条款的条约，但他澄清说，这种资料并不对外界用户开放。他同时强调，由于《条约汇编》搜索条件的局限，要想识别出暂时适用方面的所有行动是非常困难的。第四次报告所载资料的附加值在于，这些资料证明有许多条约显然包含了暂时适用条款，并载有暂时适用方面的各种行动；与此同时，这些资料也显示了获取此类资料的难度。这就是为什么一直无法掌握有关这一主题的惯例情况的原因。

297. 特别报告员进而强调，委员会似乎忽视了以下事实，即条约登记条例、《联合国各机关惯例汇编》[[1460]](#footnote-1461) 以及条约法与惯例手册[[1461]](#footnote-1462) 不是在第二十五条所建立的法律制度，而是在1969年《维也纳公约》诞生之前就存在的标准基础上制定的。这对各国的惯例产生了影响，因为各国在提到暂时适用时是以这些文件作为指引的。此外，条约科应各国请求向其提供的建议也遵循这些标准，从而有可能对各国产生误导。因此，国家惯例很可能偏离第二十五条所建立的法律制度。

298. 关于反映区域组织惯例的资料，特别报告员同意，有必要扩充这一章节以加入非洲联盟的资料。

299. 关于保留方面的讨论，特别报告员重申，他在辩论和研究中均未见过任何条款明确论及拟订一项关于暂时适用的保留的可能性。虽然辩论期间提到的一些例子值得进一步研究，但他认为其他例子本身不属于保留。他还重申，关于保留的指南没有提到暂时适用，而准则2.2.2的评注第(5)段只是模糊地谈到了这一问题，将之视作一种假设的可能性，而没有提到这方面的任何惯例。

300. 特别报告员重申，1969年《维也纳公约》第二十七和第四十六条在提及各国的国内法时其实提到了两个不同的方面，但这两条产生了一种互补的制度。他随之赞同一些委员提出的在准则草案中反映第二十七和第四十六条的意见，并指出这就是他编写准则草案10的意图所在。此外，他还同意，今后的准则草案应论及以下这种情况，即暂时适用条约的协定因提及国内法而限制了暂时适用的情况。

第十三章  
委员会的其他决定和结论

A. 委员会请秘书处就委员会议程上的两个专题编写研究报告

301. 在2016年5月24日第3303次会议上，委员会决定请秘书处编写一份备忘录，说明以何方式和方法能使习惯国际法的证据更容易获得。备忘录将调查习惯国际法的证据的现状，并提出改进建议。

302. 在2016年8月12日第3347次会议上，委员会决定请秘书处编写一份备忘录，分析与过去20年向秘书长交存或登记的对暂时适用作了规定的(双边和多边)条约有关的国家实践，包括与这些条约有关的条约行动。

B. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件

303. 在2016年5月18日第3300次会议上，委员会设立了本届会议规划组。

304. 规划组举行了4次会议。规划组收到的文件有：题为“委员会的其他决定和结论”的大会第七十届会议第六委员会讨论情况专题摘要H节；[A/71/6(Prog.6](http://undocs.org/ch/A/71/6(Prog.6))号文件，2018-2019年期间拟议战略框架：方案6, 法律事务；大会2015年12月23日关于国际法委员会第六十七届会议工作报告的第[70/236](http://undocs.org/ch/A/RES/70/236)号决议；和大会2015年12月14日关于国内和国际法治的第[70/118](http://undocs.org/ch/A/RES/70/118)号决议。

305. 规划组在2016年6月8日第2次会议上注意到2018-2019年期间拟议战略框架([A/71/6](http://undocs.org/ch/A/71/6))方案6(法律事务)次级方案3(国际法的逐渐发展和编纂)。

1. 长期工作方案工作组

306. 在2016年6月3日第1次会议上，规划组决定为本届会议重新设立长期工作方案工作组，由唐纳德·麦克雷先生担任主席。在规划组2016年7月29日第4次会议上，工作组就五年期的工作向规划组提交了报告。

307. 委员会指出，委员会在本五年期内已经建议将下列两个专题纳入委员会的长期工作方案：(a) 危害人类罪；(b)强行法。这两个专题已经在委员会目前的工作方案中，是分别于委员会第六十五届会议(2013年)[[1462]](#footnote-1463) 和第六十六届会议(2014年)[[1463]](#footnote-1464) 纳入的。

308. 在本届会议上，委员会根据工作组的建议，决定将下列专题纳入委员会的长期工作方案：

1. 国际组织作为当事方的国际争端的解决；和
2. 国家责任方面的国家继承。

309. 委员会在选择专题时遵循了委员会第五十届会议(1998年)关于专题选择标准的建议，即：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题在国家实践方面应足够成熟，从而允许逐渐发展和编纂；和(c) 专题应具体且可行，以供进行逐渐发展和编纂。委员会还同意，它不应自限于传统专题，也可审议那些反映国际法新发展和整个国际社会紧迫关切的专题。[[1464]](#footnote-1465) 委员会认为，上述两个专题可对国际法的逐渐发展和编纂作出有益的贡献。所选择的这两个专题的大纲载于本报告的附件A和B。

310. 委员会回顾，长期工作方案中还有从上一个五年期遗留下来的其他五个专题，即：(a) 国家海事管辖范围以外的沉船的所有权及保护；[[1465]](#footnote-1466) (b) 国际组织的管辖豁免；[[1466]](#footnote-1467) (c) 信息跨界流动的个人数据保护问题；[[1467]](#footnote-1468) (d) 域外管辖权；[[1468]](#footnote-1469) 和(e) 国际投资法律中的公正和公平待遇标准。[[1469]](#footnote-1470)

311. 委员会注意到，长期工作方案工作组在本五年期开始时考虑到长期以来在选择专题方面的做法，审议了工作组的工作方法。委员会注意到，长期工作方案工作组断定，分三个阶段进行的现有做法为开展工作提供了良好的基础，这三个阶段是：(a) 确定可能的专题；(b) 就特定专题编写篇幅很短的文件；和(c) 编写较详细的大纲。按照这一程序，可就特定专题广泛交流意见，同时有助于保证专题的可行性。此外，虽然意识到通常是在五年期快结束时就长期工作方案的新专题作出决定，但工作组认为宜在本五年期内作出此类决定。[[1470]](#footnote-1471)

312. 委员会还指出，委员会确定有必要对自己的工作进行一次系统审查并对委员会未来可能审议的专题进行调查。为此目的，委员会于2014年请秘书处在本五年期结束前根据嗣后的情况发展审查1996年委员会编订的说明性专题大纲以及编写一份委员会可能审议的专题清单并附以简短的解释性说明。依照这一请求，秘书处编写了两份备忘录。第一份备忘录是2015年编写的，其中根据嗣后情况发展审查了1996年编订的专题清单([A/CN.4/679](http://undocs.org/ch/A/CN.4/679))。第二份备忘录是为本届会议编写的，题为“考虑到根据嗣后情况发展对1996年编订的专题清单的审查结果提出的可能审议的专题”([A/CN.4/679/Add.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/679/Add.1))，其中载有六份工作文件，对可供工作组审议的专题作了简要的解释性说明。

313. 委员会欢迎秘书处编写的两份备忘录，并注意到有六个可能的专题，即：(a) “一般法律原则”；(b) “与国家或国际组织以外的国际法主体或此类主体相互间缔结的国际协定”；(c) “国家的承认”；(d) “陆地边界的划定和标定”；(e) “国际法下的补偿”；和(f) “国际法中的证据原则”。委员会建议长期工作方案工作组在委员会第六十九届会议上(2017年)进一步审议这六个可能的专题。

2. 审议大会2015年12月14日关于国内和国际法治的第[70/118](http://undocs.org/ch/A/RES/70/118)号决议

314. 大会2015年12月14日关于国内和国际法治的第[70/118](http://undocs.org/ch/A/RES/70/118)号决议特别重申，请委员会在提交大会的报告中就其目前在促进法治方面发挥的作用发表评论。自第六十届会议(2008年)以来，委员会每年均对其在促进法治方面的作用作出评论。委员会指出，2008年报告([A/63/10](http://undocs.org/ch/A/63/10))第341至第346段所载的评论依然适用，并重申了其后各届会议所作的评论。[[1471]](#footnote-1472)

315. 委员会回顾，法治是其工作的精髓。委员会的宗旨一如其《章程》第1条所申明的，是促进国际法的逐渐发展及其编纂。

316. 委员会在其所有工作中都铭记法治原则，充分意识到在国家层面实施国际法的重要性，并以在国际层面促进尊重法治为追求的目标。

317. 委员会在履行其逐渐发展和编纂国际法这项任务的同时，将继续在适当时考虑到法治即为一项治理原则，并考虑到人权对于法治具有根本意义，正如《联合国宪章》第十三条和《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》[[1472]](#footnote-1473) 所反映的那样。

318. 在其目前的工作当中，委员会意识到“法治与联合国三大支柱(和平与安全、发展、人权)之间的相互关系”，[[1473]](#footnote-1474) 不会顾此失彼。为此，委员会深知，2030年可持续发展议程中确认有必要在各级实行有效的法治和良政。[[1474]](#footnote-1475) 委员会在履行其关于国际法的逐渐发展和编纂的任务时，认识到法治当前面临的挑战。

319. 鉴于大会强调必须促进分享各国在法治方面的最佳做法，[[1475]](#footnote-1476) 委员会希望回顾，其大部分工作就是收集和分析各国与法治有关的实践，以评估这些实践对国际法的逐渐发展和编纂可能作出的贡献。

320. 铭记多边条约进程对推进法治的作用，[[1476]](#footnote-1477) 委员会回顾，委员会围绕不同专题开展过的工作已促成了若干多边条约进程，并使一些多边条约获得通过。[[1477]](#footnote-1478)

321. 在本届会议过程中，委员会继续为法治作出自己的贡献，包括围绕下列专题开展工作：“发生灾害时的人员保护”(在本届会议上二读通过)、“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”(在本届会议上一读通过)、“条约的暂时适用”、“习惯国际法的识别”(在本届会议上一读通过)、“与武装冲突有关的环境保护”、“保护大气层”、“危害人类罪”和“强行法”。

322. 委员会重申在其全部活动中致力于促进法治。

3. 审议大会2015年12月23日关于国际法委员会第六十七届会议工作报告的第[70/236](http://undocs.org/ch/A/RES/70/236)号决议第9至第12段

323. 委员会注意到大会2015年12月23日第[70/236](http://undocs.org/ch/A/RES/70/236)号决议第9至第12段。在该决议第10和第11段中，大会注意到，委员会申明希望考虑在下个五年期在纽约举行半届会议的可能性并指出可以在下个五年期第一年(2017年)或第二年(2018年)届会第一期会议上预先考虑这种可能性，同时考虑到估计费用以及相关行政因素、组织因素和其他因素。大会注意到，委员会在其报告(2015年)第298段中建议基于委员会第七十届会议(2018年)第一期会议将在纽约联合国总部举行的假设而开展筹备工作和作出估计，还注意到委员会请秘书处为此作出必要安排，以便委员会在2016年第六十八届会议上作出适当决定。

324. 秘书处提供的进一步信息表明，在考虑到估计费用以及相关行政因素、组织因素和其他因素后，在下个五年期第一年(2017年)或第二年(2018年)在纽约举行半届会议是可行的。有鉴于此，委员会认为，2018年第七十届会议期间在纽约举行半届会议最为方便。

325. 应指出，对大会第七十一届会议将选举出的委员会委员来说，2017年将是五年期的第一年。在新委员忙于熟悉委员会工作之时，届会最好在委员会所在地联合国日内瓦办事处举行。此外，委员会认识到，2018年的届会正逢委员会成立七十周年，在纽约举行部分届会将可有助于进一步加强委员会与第六委员会之间的对话。

326. 因此，委员会建议其第七十届会议第一期会议在纽约举行，并请秘书处着手进行必要的行政和组织安排，以便在纽约举行这一会议。特别要注意的是，需确保能够使用总部图书馆的设施，同时保证能够以电子方式使用联合国日内瓦办事处图书馆的资源和研究协助。还要强调，需确保委员会委员助理能够参加会议并为他们提供足够的座位。

4.国际法委员会七十周年届会

327. 委员会建议在其2018年第七十届会议期间举办纪念七十周年的活动。周年纪念活动可分两部分举行，第一部分于第七十届会议第一期会议期间在纽约举行，第二部分于第七十届会议第二期会议期间在日内瓦举行。

328. 委员会建议，在建议于纽约举行的第七十届会议第一期会议期间：

1. 委员会举行庄严的半天会议，并邀请高官参加；
2. 与出席大会第六委员会的代表们举行半天非正式会议，以便就委员会的工作、委员会与第六委员会之间的关系和两个机构在促进国际法的逐渐发展和编纂方面发挥的作用交流看法。

329. 委员会建议，在日内瓦举行第七十届会议第二期会议期间召开一次为期一天半的专门讨论委员会工作的会议，并请各国及各国际组织的法律顾问、学术界人士和其他声誉卓著的国际法学家参加。

330. 委员会还建议，应编写这些会议的报告，以供在纽约举行法律顾问年度会议期间在适当的论坛进行讨论。

331. 委员会又建议，周年纪念活动的一个成果是随后出版一本出版物。

332. 委员会请秘书处与委员会主席和规划组主席磋商，着手为纪念活动的举行进行安排。

5. 酬金

333. 委员会重申了对大会通过2002年3月27日第[56/272](http://undocs.org/ch/A/RES/56/272)号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告表明了这些意见。[[1478]](#footnote-1479) 委员会强调，第[56/272](http://undocs.org/ch/A/RES/56/272)号决议尤其影响到特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的支持。

6. 文件和出版物

334. 委员会再次确认，秘书处编写的法律出版物对委员会工作特别有用并很有价值。[[1479]](#footnote-1480) 委员会再次回顾，十多年来，编纂司通过非常成功的桌面出版计划，得以大幅度加快出版物的印发，极大地提高了这些出版物的及时性和对委员会工作的作用。委员会对该计划因资源不足而受到缩减和终止极表关切，并对本届会议因此没有分发任何新的法律出版物深感遗憾。

335. 委员会强烈表示，恢复该计划对于确保及时印发这些法律出版物特别是《国际法委员会的工作》十分关键。委员会及早获得这些出版物的各正式语文本对委员会的工作极有助益，因此委员会要求恢复桌面出版计划。委员会再次重申，编纂司编写的法律出版物对其工作特别有用并很有价值，再次请编纂司继续为其提供这些出版物。

336. 委员会满意地重申，委员会的简要记录是国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作文件，将不受任意的篇幅限制。委员会再次满意地注意到，第六十五届会议(2013年)开始实行简化委员会简要记录处理程序的措施，使得临时记录可以更快地发给委员会委员作及时更正和随后迅速印发。委员会要求秘书处继续努力推行这些措施，以保证临时记录可以很快地发给委员会委员。委员会还对这些工作方法能够更合理地利用资源表示欢迎，并要求秘书处继续努力，方便各语文简要记录定本的编制，而又不致影响其完整性。

337. 委员会感谢日内瓦和纽约参与文件处理的各个部门经常在时间紧迫的情况下及时高效地处理委员会的文件。特别是，委员会满意地注意到，在委员会秘书处与联合国日内瓦办事处交流意见后，采取了一些简化委员会文件编辑工作的试验性措施。这些新安排有助于改进秘书处审议的文件，并便利其工作。

338. 但委员会感到关切的是，某些特别报告员的报告的所有正式语文本迟迟不能印发，从而打乱了工作方案。委员会指出，及时高效的处理对委员会顺利开展工作至为重要。

339. 委员会重申其对使用多种语文的承诺，并回顾，大会2015年9月11日第[69/324](http://undocs.org/ch/A/RES/69/324)号决议中强调联合国六种正式语文地位平等至关重要，因此委员会在其工作中极其重视六种正式语文的地位平等。委员会的这一承诺除其他外，反映在委员会要等所有正式语文本都印发之后才在全体会议上辩论特别报告员的报告这一惯例中。在这方面，委员会希望强调，本届会议期间对“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题的辩论所采取的性质非常特殊的措施(见第十一章)在任何方面均不构成先例。

340. 在这方面，委员会：(a) 要求秘书处继续确保及时印发委员会正式文件的联合国六种正式语文本；和(b) 请特别报告员在秘书处订明的时限内提交报告。

341. 委员会表示热烈赞赏联合国日内瓦办事处图书馆十分高效和称职地向委员们提供了协助。

7. 《国际法委员会年鉴》

342. 委员会重申，《国际法委员会年鉴》对于了解委员会在逐渐发展和编纂国际法以及加强国际关系中法治方面的工作具有关键意义。委员会注意到，大会第[70/236](http://undocs.org/ch/A/RES/70/236)号决议赞赏有关国家政府为帮助解决《年鉴》工作积压问题的信托基金自愿捐款，并鼓励各方进一步为该信托基金捐款。

343. 委员会建议大会如在第[70/236](http://undocs.org/ch/A/RES/70/236)号决议中所说，对过去几年在减少所有六种语文版《年鉴》积压工作方面取得显著进展表示满意，并欢迎联合国日内瓦办事处会议管理司、特别是编辑科作出努力，切实执行大会要求减少积压工作的有关决议；并鼓励会议管理司继续向编辑科提供一切必要支持，推动《年鉴》的相关工作。

8.编纂司的协助

344. 委员会表示赞赏秘书处编纂司在向委员会提供实质性服务方面给予的宝贵协助，特别是一直向特别报告员提供协助，并应委员会的要求，就目前审议的议题的各方面编写深入的研究报告。特别是，委员会赞赏秘书处编写了两份备忘录，一份是关于“就确定习惯国际法而言国家法院的判决在普遍性国际法院和法庭的案例法方面发挥的作用”([A/CN.4/691](http://undocs.org/ch/A/CN.4/691))，另一份是关于“可能与国际法委员会今后工作有关的现有条约监督机制的资料”([A/CN.4/698](http://undocs.org/ch/A/CN.4/698))。委员会还赞赏秘书处编写了六份关于委员会长期工作方案未来可能纳入的各个专题的工作文件([A/CN.4/679/Add.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/679/Add.1))。

9. 网站

345. 委员会表示深为赞赏秘书处建立的关于委员会工作的网站，并吁请其继续更新和管理该网站。[[1480]](#footnote-1481) 委员会重申，该网站以及由编纂司维持的其他网站[[1481]](#footnote-1482) 是委员会和研究委员会工作的广大学者的宝贵资源，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播以及对国际法的广泛理解。委员会欣见，关于委员会工作的网站还介绍了委员会议程上各个专题的现状，并收录了经过初步编辑的委员会简要记录。

10. 联合国国际法视听图书馆

346. 委员会再次赞赏地指出，联合国国际法视听图书馆对于增进对国际法和对联合国在该领域的工作包括国际法委员会的工作的了解，意义非凡。[[1482]](#footnote-1483)

C. 委员会第六十九届会议的日期和地点

347. 委员会决定，委员会第六十九届会议于2017年5月1日至6月2日和7月3日至8月4日在日内瓦举行。

D. 与其他机构的合作

348. 国际法院院长亚伯拉罕法官在委员会2016年7月8日第3317次会议上发言，通报了国际法院最近的司法活动。[[1483]](#footnote-1484) 随后交换了意见。

349. 美洲司法委员会派该委员会的委员Gélin Imanès Collot先生代表该组织出席了委员会本届会议，并在2016年5月26日第3305次会议上发言。[[1484]](#footnote-1485) 他概述了该委员会在过去，尤其是在2015/2016年期间就其处理的种种法律问题开展的活动。随后交换了意见。

350. 欧洲委员会国际公法法律顾问委员会主席Paul Rietjens先生和国际公法司司长兼法律咨询和国际公法局条约处处长Marta Requena女士代表国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议，并都在2016年7月6日第3316次会议上发言。[[1485]](#footnote-1486) 他们着重介绍了国际公法法律顾问委员会目前在国际公法领域开展的工作，以及欧洲委员会目前的活动。随后交换了意见。

351. 2016年7月20日，委员会委员与红十字国际委员会(红十字会)就共同关心的问题非正式地交换了意见。在红十字会国际法和政策主任与委员会主席讲话之后，对下列两个专题作了介绍：“危害人类罪”和“与武装冲突有关的环境保护”。还对下列两个题目作了介绍：“国际红十字和红新月运动第32届国际会议的结果情况”和“国际人道主义法与处理反恐问题的法律框架的互动关系”。介绍之后进行了讨论。[[1486]](#footnote-1487)

E. 出席大会第七十一届会议的代表

352. 委员会决定由主席佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生代表委员会出席大会第七十一届会议。

F. 国际法讲习班

353. 依照2015年12月23日大会第[70/236](http://undocs.org/ch/A/RES/70/236)号决议，在国际法委员会本届会议期间，第五十二届国际法讲习班于2016年7月4日至22日在万国宫举行。讲习班的对象是专长于国际法的年轻法学家、年轻教师以及在其本国公务员系统任职的从事学术或外交工作的政府官员。

354. 来自世界各个地区分属不同国籍的22名学员参加了这届讲习班[[1487]](#footnote-1488)。学员们列席了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

355. 委员会主席佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生主持开幕，联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和活动的进行，同时担任讲习班主任。日内瓦大学负责讲习班的专业协调。日内瓦大学国际法专家维托利奥·曼内蒂先生担任协调员，法律助理Lorris Beverelli先生和Yusra Suedi女士以及联合国日内瓦办事处法律联络处实习生Alexandra Borgeaud女士从旁协助。

356. 委员会委员作了以下演讲：埃内斯特·彼得里奇先生：“国际法委员会的工作”；马蒂亚斯·福尔托先生：“国际法委员会如何选择新专题”；迪雷·特拉迪先生：“强行法”；迈克尔·伍德先生：“习惯国际法的识别”；村濑信也先生：“保护大气层”；康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士：“国家官员的外国刑事管辖豁免”；帕维尔·斯图尔马先生：“与国家责任有关的国家继承”；格奥尔格·诺尔特先生：“与条约解释有关的嗣后协定和嗣后惯例”；肖恩·墨菲先生：“危害人类罪”；玛丽·雅各布松女士：“与武装冲突有关的环境保护”。

357. 斯德哥尔摩大学和瑞典国防大学荣誉退休教授、瑞典外交部原国际法法律顾问Ove Bring先生作了演讲，题目是，“文化遗产争端的法律问题：国际关系中的帕特农综合症”。

358. 围绕“发生灾害时的人员保护”专题举行了一次圆桌讨论会，在讨论会上发言的有：发生灾害时的人员保护问题特别报告爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生；罗马第三大学教授Giulio Bartolini先生；红十字会与红新月会国际联合会灾害法律事务高级干事Tessa Kelly女士；联合国法律事务厅编纂司特等法律干事阿诺德·普龙托先生；联合国秘书长减灾事务特别代表办公室主任Marco Toscano-Rivalta先生。

359. 讲习班学员还参加了日内瓦大学组织的关于“国际法中的分享惠益与自然资源问题”的研讨会。下列人士作了发言：伦敦大学学院讲师Danae Azaria女士；日内瓦大学教授Laurence Boisson de Chazournes女士；国际法委员会委员卢修斯·卡弗利施先生；日内瓦大学研究员Komlan Sangbana先生；水务法律专家兼顾问Raya Stephan女士；日内瓦大学高级讲师Mara Tignino女士。他们还应日内瓦国际和发展研究院的邀请，参加了一年一度的拉里夫讲座。迈克尔·伍德先生作了关于“在仲裁与永久法院之间作选择：从国家间安例得出的教训”的演讲。讲习班学员还参观了国际红十字会和红新月会博物馆以及国际电信联盟的信息与通信技术探索博物馆。他们还参观了世界贸易组织，听取了世贸组织法律事务司的Juan Pablo Moya Hoyos先生和Geraldo Vidigal先生关于“世贸组织争端解决程序与国际公法”的介绍。

360. 围绕“为国际法委员会确定新专题”和“强行法在条约法中超出无效性的后果”组织了两个讲习班工作组。每名参加讲习班的学员都被分配到其中一个工作组。委员会的两位委员马蒂亚斯·福尔托先生和迪雷·特拉迪先生为工作组提供了督导和指导。每个工作组写了一份报告，并在讲习班最后一次工作会议上介绍了心得。报告编辑成册，发给了所有学员和委员会委员。

361. 日内瓦共和国和州政府一如既往在日内瓦市政厅热情接待了讲习班学员，带学员们参观了阿拉巴马厅，并举行了招待会。

362. 讲习班闭幕式上，国际法委员会主席、国际法讲习班主任和讲习班学员代表Humberto Cantù Rivera先生向委员会致辞。每名学员都获颁一份参加讲习班的证书。

363. 委员会特别感谢地指出，自2014年以来，阿根廷、奥地利、巴西、中国、芬兰、印度、爱尔兰、墨西哥、瑞士和联合王国等国政府向联合国国际法讲习班信托基金提供了自愿捐款。总部设在罗马(意大利)的一个致力于促进国际法的私人社团“国际法界”也向讲习班提供了捐助。尽管近年的金融危机严重影响了讲习班的财务状况，但信托基金还可以提供足够份数的研究金，使优秀学员特别是来自发展中国家的优秀学员得以参加，从而实现了学员的适当地域分布。今年，向11名学员颁发了研究金(8名获得旅费和生活津贴，2名只获得生活津贴，1名只获得旅费津贴)。

364. 自1965年创设讲习班以来，分属171个不同国籍的1,185名学员参加了讲习班，其中724人获得了研究金。

365. 委员会强调，它十分重视讲习班。讲习班使年轻法律工作者、特别是发展中国家的年轻法律工作者能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的众多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请它们提供自愿捐款，以保证在2017年能够继续举办讲习班，并让尽可能多的学员参加。

附件

A. 国际组织作为当事方的国际争端的解决

迈克尔·伍德爵士

导言

1. 这份提纲可能采用的一个专题，源自委员会之前的工作。大家记得，2011年委员会二读通过了关于国际组织责任的条款，[[1488]](#footnote-1489) 大会也注意到委员会的工作。[[1489]](#footnote-1490) 早在2002年，委员会关于国际组织责任的工作组便提到，关于国际组织的责任问题，“人们普遍认为必须改进解决这些争端的办法”。[[1490]](#footnote-1491) 2010和2011年，委员会就和平解决争端问题举行了辩论，对今后可能考虑的专题提出了各种建议。[[1491]](#footnote-1492)

2. 拟议的专题应限于国际组织为当事方的争端的解决，[[1492]](#footnote-1493) 其中包括国际组织与国家之间的争端(包括成员国和非成员国)，和国际组织之间的争端，但不包括国际组织不是当事方，而只是以某种方式介入其中的争端。在这个意义上，将不包括由一个国际组织主持解决的争端(例如联合国根据《宪章》第六章采取措施，参与解决会员国之间的争端)。同样，国际组织仅仅有某种关系，如成员国对该组织的章程的争端，[[1493]](#footnote-1494) 也不在此专题范围之内。

3. 本文件的主要侧重点是国际性争端，即争端关系到国际法。它不涵盖涉及国际组织工作人员的争端(国际行政法)。它也不涵盖有关国际组织豁免权产生的问题。至于是否可包括一些带有私法性质的争端，如因合同引起的，或国际组织的侵权行为或对国际组织的侵权行为产生的争端，可留待以后做出决定。[[1494]](#footnote-1495)

4. 这个领域如何选题，需要仔细斟酌。可以提出建议，对国际组织为当事方的争端，发展已有的和制定新的解决争端程序，和/或制定示范条款，收入相关的文书或条约。此外，委员会不妨研究1982年《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》，[[1495]](#footnote-1496) 看该宣言的条款可在多大程度上适用于国际组织。

拟议的专题内可能考虑的问题。

5. 有一些显而易见的困难，是解决所有国际组织作为当事方的国际争端所共有的。这是由于国际组织在利用传统的国际争端解决办法上渠道有限，也因为由国际组织提出的和对国际组织提出的要求，在可否受理方面的障碍。另一方面，将传统的国家间解决争端机制用于国际组织，还有一些政策方面的问题。国际组织不是国家。

6. 渠道：将国际组织作为当事方的国际争端提交各国可以利用的争端解决机制，存在各种困难，[[1496]](#footnote-1497) 最明显的是，国际组织不能在国际法院的抗辩性案件中作为请求人或被告人，尽管在一些特定领域，其他一些常设法院和法庭向他们开放。仲裁仍是一个选项，但现有的实践十分有限，国际组织也很少受到管辖权条款的约束。可以采用法律以外的方法，如调解、和解和调查等，但国际组织不同于国家，往往不属于方便进入该类程序的机构。例如，联合国或区域组织的成员国可将他们的争端提到一个政治论坛，从而借助多边政治力量和程序解决问题，如真相调查团。由于在第三方解决冲突机制方面存在这些障碍，解决国际组织作为当事方的冲突，主要依靠谈判或组织内部的机制。

7. 可受理性。由国际组织提出的和对国际组织提出的诉讼，在可否受理上所面临的困难，主要在于行使外交保护的权利和相应的用尽当地补救办法的要求。比如，国际组织能像国家维护其国民的权利一样，维护本组织工作人员的权利吗？再者，如果国家为维护其国民的权利向国际组织求偿，用尽当地(国内)补救办法的要求适用吗？

(a) 国际法院及其他常设法院和法庭

8. 《国际法院规约》第三十四条第一款将法院的出庭权限于国家。[[1497]](#footnote-1498) 尽管第二和第三款对法院和国际公共组织之间某种程度的合作作了规定，[[1498]](#footnote-1499) 但这类组织仍不能在诉讼案件中作为当事方出庭。然而，联合国和授权的专门机构可以在法律问题上寻求咨询意见。[[1499]](#footnote-1500)

9. 鉴于法院规约中的这些限制，希望利用国际法院解决国际组织作为当事方的国际冲突，表现在两个方面――所谓“具有约束力”的咨询意见，和要求修改规则。

10. 虽然咨询意见本身是不具有约束力的，但一些协定规定，采用咨询意见程序解决冲突具有“决定性”作用。一个典型的例子是1946年的《联合国特权和豁免公约》：

“如联合国与一个会员国间发生争议，应依照宪章第九十六条及法院规约第六十五条请法院就所牵涉的任何法律问题发表咨询意见。当事各方应接受法院所发表的咨询意见为具有决定性效力。”[[1500]](#footnote-1501)

11. 联合国和美利坚合众国之间的总部协定，在有约束力的仲裁方面设想了一个大体类似的程序，该协定规定：任何一方均可请求大会对仲裁过程中产生的法律问题提出咨询意见，仲裁法庭在作出最后裁决时“应予以考虑”。[[1501]](#footnote-1502)

12. 然而，在现实中具有争议的问题上采用法院的咨询管辖权，存在明显的困难，对具有约束力的咨询程序持批评意见的人认为，它不能替代国际组织直接诉诸法院。对咨询程序适用的管辖权规则过于宽泛。但又在其他方面过于狭窄，既破坏了当事方之间诉讼渠道的平等，又破坏了在解决某些争端上相对于其他方式的优先。

13. 这两个不理想的结果都是因为只有联合国和它的专门机构能够要求法院提供咨询意见。[[1502]](#footnote-1503) 也就是说，在一个此类机构和国家之间发生冲突的情况下，只有该机构能够提出“要求”。当然，如果条约义务要求将争端提交咨询程序，联合国和专门机构都必须那样做。然而，即使在这种情况下，当事各方之间的关系也是不对称的，因为“将问题提交法院要由一个具体的组织来决定，有关的成员国[或其他当事方]都不能掌控提交程序”。[[1503]](#footnote-1504)

14. 同样，只有联合国和它授权的专门机构能够要求提供咨询意见，意味着利用咨询程序解决涉及国际组织的争端，将主要局限于这类国际组织作为当事方的争端。当然，其他争端的当事方也可以请求大会或其他某个授权机构提出咨询意见，但他们无法确定将确实寻求咨询意见，或者以他们所希望的方式寻求咨询意见。[[1504]](#footnote-1505) 正如委员会自己之前已经指出的，这类咨询意见将是“不完美的”、“不确定的”，“让由此获得的咨询意见具有约束力，也将充满不确定因素”。[[1505]](#footnote-1506)

15. 考虑到国际法院对解决有国际组织作为当事方的冲突能力有限，[[1506]](#footnote-1507) 在过去的几年里，曾经提出过很多修改规约的建议。1970年，大会举行了“审议国际法院作用”的讨论，之后进行过一项调查，包括一个问题――“允许国际组织作为法院当事方的可能性”。在对调查作出的31份答复中(当时法院规约有130个缔约国)，15个成员国作了肯定答复(阿根廷、奥地利、加拿大、塞浦路斯、丹麦、芬兰、危地马拉、伊拉克、马达加斯加、墨西哥、新西兰、瑞典、瑞士、联合王国和美国)，一个否定答复(法国)。[[1507]](#footnote-1508) 1997-1999年，大会关于联合国宪章和加强国际组织作用的特别委员会审议了危地马拉[[1508]](#footnote-1509) 和哥斯达黎加的提案[[1509]](#footnote-1510) ――允许国际组织诉诸国际法院。危地马拉在1999年收回了提案，因为“在可预见的将来，提案获得通过的可能性十分渺茫”。[[1510]](#footnote-1511)

16. 各种提案回避了修订《规约》所带来的政治难题，而侧重对《规约》作任何修订给予国际组织请求国际法院咨询意见资格，在属人理由和属物理由范围方面的问题。

17. 与国际法院不同的是，在一些具体条约下运作的其他常设法院和法庭对相关的条约而言，对国际组织开放。例如，根据1982年《联合国海洋法公约》设立的海洋法国际法庭便是这种情况，[[1511]](#footnote-1512) 世界贸易组织的上诉机构也是如此。

(b) 国际仲裁

18. 仲裁是解决国际组织作为当事方的国际冲突的一个有用的手段。它不仅可以避免在国际法院资格问题上的困难，而且还为当事方提供了一套灵活的制度，如有必要，能够保守秘密。

19. 以往也曾鼓励利用仲裁解决涉及国际组织的冲突，这种努力可以追溯到1964年国际法协会关于国际仲裁的决议，该决议：

“提请所有国家注意利用国际仲裁庭解决各种国际性冲突，包括(a) 不能提交国际法院的国际冲突，……(c) 国家与国际组织之间的冲突。”[[1512]](#footnote-1513)

20. 同样，第六委员会关于联合国国际法十年的工作组在1992年也提出一项建议，“敦促更广泛的利用常设法院和法庭解决国家间的冲突和国家与国际组织之间的冲突。”[[1513]](#footnote-1514) 这里的主要问题是，国际组织在多大程度上必须或实际上能够将它们与国家或与其他国际组织之间的国际性冲突提交仲裁。与国家不同的是，目前没有对国际组织开放的一般性条约，使国际组织能够接受将这类冲突提交仲裁的义务。可以肯定一些双边协定中载有此类条款。但是没有对国际协定中有关国际组织作为当事方如何提交仲裁的条款，或根据这类条款作出仲裁的情况进行过普遍调查。到目前为止，在公共领域，好像只有四起国际组织与国家之间的仲裁。[[1514]](#footnote-1515)

21. 一个相关的问题是，仲裁条款如何起草。现行的做法是包含以下行文的仲裁条款：

“当事方之间因本协定产生的或与本协定有关的任何冲突，未能通过谈判和其他商定的解决方式得到解决，应在任何一方的请求下，提交一个由三名仲裁人组成的法庭。每个当事方应任命一名仲裁人，由此任命的两名仲裁人应任命第三位仲裁人，该人将担任仲裁庭的主席。如果在提出仲裁请求的30天内，一个当事方未能任命仲裁人，或如果在任命两名仲裁人之内的15天内尚未任命第三位仲裁人，任何一个当事方均可要求国际法院院长任命所说的仲裁人。仲裁庭应确定本庭的程序，条件是任何两位仲裁人即构成对一切问题上的法定人数，所有决定均须得到任何两位仲裁人的同意。仲裁庭的开支将由当事方按仲裁庭的摊派承担。仲裁结果将包含一份说明其理由的声明，并且将是最终的，对当事方具有约束力。”[[1515]](#footnote-1516)

22. 也可能会对程序提出问题。鉴于这些问题涉及仲裁规则，因此在常设仲裁法院对涉及国际组织和国家的仲裁任择规则(1996)基本上都已经作了规定。由于制定这些规则时已经考虑到涉及国际组织和国家的争端带有国际公法的性质，以及与这类争端相适应的外交惯例，[[1516]](#footnote-1517) 因此委员会将1958年的仲裁程序范本规则加以修改用于涉及国际组织的争端或许还是有益的。

(c) 非法律机制

23. 国际法协会《关于国际组织责任问题的最后报告》出于对救济问题的侧重，提请人们注意“国际组织较不非式的行为”的“预防潜力”。[[1517]](#footnote-1518) 相应地，其建议首先集中于在国际组织自身内部建立常设机制，包括监察员办公室，以及类似世界银行监察组的机构。[[1518]](#footnote-1519) 对本专题而言，这种机制很可能仅在一国为其国民行使外交保护的情况下才有意义(相关论述，见下节)。

24. 如果委员会的工作侧重于解决国际法之下所产生的争端，则相关的非法律机制主要是第三方机制，例如调查[[1519]](#footnote-1520)、调解与和解。委员会可考虑如何鼓励各方采用这种机制。这些机制虽然形式上属于非法律机制，但可在解决法律争端方面发挥重要作用。

(d) 主张的可受理性：职能保护

25. 之前几节已经论述了利用争端解决机制的渠道问题。但是，即便存在渠道，仍然很可能产生与主张的可受理性有关的习惯规则如何对国际组织适用的问题。一个颇具争议的领域是，如何套用有关外交保护和用尽当地救济的习惯规则。[[1520]](#footnote-1521)

26. 依照损害赔偿案的咨询意见，国际组织能够“为其代理人采取某种形式的保护措施”，[[1521]](#footnote-1522) 大体上与一国为其国民行使外交保护的权利相似。由于这一类比，有人提出，用尽当地救济的要求[[1522]](#footnote-1523) 也应适用于“职能保护”，一如其适用于外交保护[[1523]](#footnote-1524)。

27. 然而，更仔细的分析显示，这一比较可能并不确切。国际法院在损害赔偿案意见中的推理与外交保护的理论基础颇为不同。一方面，外交保护源自国家“代表其臣民确保国际法规则得到尊重的权利”。[[1524]](#footnote-1525) 这是一项国家享有的一般性权利，源自国籍的联系。而职能保护则是一项隐含的权力，是该组织履行自身职能的需要。[[1525]](#footnote-1526) 因此它是一项有限的权力，范围仅限于代理人成功履行职责所需。

28. 与国际组织行使职能保护有关的另一个问题是，职能保护能否被用于向工作人员的国籍国提出主张。[[1526]](#footnote-1527) 外交保护源自国籍，而职能保护源自职能方面的考虑，有鉴于这一差异，上述问题的答案可能是肯定的。[[1527]](#footnote-1528) 在这方面，应当指出，马齐卢案和坎马拉斯瓦米案的咨询意见均涉及联合国与官员国籍国之间的争端。[[1528]](#footnote-1529)

29. 若外交保护所针对的对象是国际组织，则会产生不同的关切。原则上，用尽当地补救的要求可以比照适用；在这方面，宜当谈及内部救济而非当地救济。[[1529]](#footnote-1530) 然而，国际法学会在1971年的一项决议中表示了一种推定，即针对国际组织行使外交保护的，不作用尽要求。[[1530]](#footnote-1531) 还有人进一步提出，该规则源自“个人与应诉国之间的管辖权联系”，因此并不适用。[[1531]](#footnote-1532) 在1965年和1966年联合国与比利时、希腊、意大利、卢森堡和瑞士之间的解决协定中，可以找到各国似乎行使了外交保护权的实例。在这些协定中，联合国同意向所涉国家的国民支付赔偿金，以补偿其在刚果的行动所造成的损害。[[1532]](#footnote-1533)

参考文献选编

R. Ago, ‘Les avis consultatifs “obligatoires” de la Cour internationale de justice: problèmes d’hier et d’aujourd’hui’, in Bardonnet, Combacau, Dupuy and Weil (eds.), *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally* (Paris : Pedone, 1991), p. 9.

R. Ago, ‘“Binding” Advisory Opinions of the International Court of Justice’, AJIL, vol. 85 (1991), p. 450.

C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2nd edition(Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

M. Arsanjani, “Claims against International Organizations: *Quis custodiet ipsos custodes*’, *Yale J. World Pub. Ord.*, vol. 7 (1980-1981), p. 131.

O. Audéoud, “La cour internationale de Justice et le règlement des différends au sein des organisations internationales”, *RGDIP*, vol. 81 (1977), p. 945.

G. Bacot, “Réflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de le C.P.I.J. et de la C.I.J. ”, *RGDIP*, vol. 84 (1980), p. 1027.

M. Bedjaoui, *Les organisations internationales devant la Cour internationale de Justice : bilan et perspectives*, address before the Sixth Committee, 24 October 1994, summarised in document [A/C.6/49/SR.16](http://undocs.org/ch/A/C.6/49/SR.16) (1994), paras. 3-16.

[S. Bellier](http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=auteurs&obj=artiste&no=21353), *Le recours à l'arbitrage par les organisations internationales* (L’Harmattan, 2011).

D. Bindshedler, “Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international”, *Recueil des Cours*, vol. 124 (1968), p. 453.

L. Boisson de Chazournes, “Advisory Opinions and the Furtherance of the Common Interest of Mankind”, in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 105.

D.W. Bowett, ‘To the Editor in Chief’, AJIL, vol. 86 (1992), p. 342.

Ph. Cahier, *Étude des accords de siège conclu entre les organisations internationales et les états où elles résident* (1959).

Ph. Couvreur, “Développements récents concernant l’accès des organisations intergouvernementales à la procédure contentieuse devant la Cour Internationale de Justice”, in E. Yakpo and T. Boumedra (eds.), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui* (The Hague : Kluwer Law International, 1999), p. 293.

R.J. Depuy, “L’adaptation de la cour internationale de Justice au monde d’aujourd’hui”, *Revue belge de droit international*, vol. 1 (1966), p. 28.

Chr. Domincé, “Le règlement juridictionnel du contentieux externes des organisations internationales”, in Bardonnet, Combacau, Dupuy and Weil (eds.), *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally* (Paris : Pedone, 1991), p. 225.

Chr. Dominicé, “Request of Advisory Opinions in Contentious Cases?”, in L. Boisson de Chazournes et al.(eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 91.

F. Dopagne, “Les différends opposant l’organisation internationale à un état ou une autre organisation international”, in E. Lagrange and J-M. Sorel (eds.), *Droit des Organisations Internationales* (Paris : LGDJ, 2013), p. 1101.

C. Eagleton, “International Organization and the Law of Responsibility”, *Recueil des Cours*, vol. 76 (1950), p.319.

G. Fitzmaurice, “Enlargement of the Contentious Jurisdiction of the Court”, in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice* (New York: Oceana, 1976), p. 461.

G. Fitzmaurice, “The Law and Practice of the International Court of Justice: International Organizations and Tribunals”, BYIL, vol. 29 (1952), p. 1.

T. Furukawa, “Le double rôle de la Cour internationale de Justice à l’égard des organisations internationales”, in *Mélanges offerts à Paul Reuter; le droit international: unité et diversité* (Paris : Pedone, 1981), p. 293.

L. Gross, “The International Court of Justice: Considerations of Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order”, in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice* (New York: Oceana, 1976), p. 22.

C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1987).

M. Guillaume, ‘La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie’, AFDI, vol. 43 (1997), p. 151.

M.J.L. Hardy, ‘Claims by International Organizations in Respect of Injuries to their Agents’, BYIL, vol. 37 (1961), p. 516.

F. Hoffmeister, P. Ondrusek, ‘[The European Community in International Litigation](http://catalogue.ppl.nl/DB=1/SET=1/TTL=16/SHW?FRST=19)’, *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 61 (2008), p. 205

F. Hoffmeister, ‘[The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes](http://catalogue.ppl.nl/DB=1/SET=1/TTL=1/SHW?FRST=13)’. *Chinese Journal of International Law*, vol. 11 (2012), p. 77.​

Institut de Droit international (Huber, rapporteur), *Etude des amendements à apporter au Statut de la Cour internationale de Justice* (1954).

Institut de Droit international (Wengler, rapporteur), *Recours judiciaires à instituer contre les décisions d’organes internationaux* (1957).

International Law Association, *Resolutions: International Arbitration*, Int’l L. Ass’n Rep. Conf., vol. 52 (1966), p. xii.

International Law Association (Schwarzenberger, rapporteur), *Review of the Charter of the United Nations*, Int’l L. Ass’n Rep. Conf., vol. 47 (1956), p. viii.

International Law Association (Shaw and Wellens, co-rapporteurs), *Final Report on Accountability of International Organisations*, 71 Int’l L. Ass’n Rep. Conf., vol. 71 (2004), p. 164.

C.W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication* (London: Stevens, 1964).

C.W. Jenks, “The Status of International Organizations in Relation to the International Court of Justice”, *Transactions Grotius Society*, vol. 32 (1946), p. 1.

R.Y. Jennings, “Comité restreint sur le règlement pacifique des différends: Note préliminaire”, *Annuaire IDI*, vol. 65 (1993-II), p. 281.

R.Y. Jennings, “The International Court of Justice at Fifty”, AJIL, vol. 89 (1995), p. 493.

L. Jully, “Arbitration and Judicial Settlement: Recent Trends”, AJIL, vol. 48 (1954), p. 380.

J. Klabbers, *Advanced Introduction to the Law of International Organizations* (Cheltenham: E. Elgar, 2015).

E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice* (Cambridge: Grotius Publications, 1991).

H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (London: Stevens, 1950).

H. Lauterpacht, “The Revision of the Statute of the International Court of Justice” (1 September 1955), edited by E. Lauterpacht and reproduced in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 1 (2002), p. 57.

B. F. MacPherson, *World Court Enhancements to Advance the Rule of Law*, Monograph No. 13 of the Center for UN Reform Education (1994).

B. Martenczuk, “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, EJIL, vol. 10 (1999), p. 517.

J. Moussé, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne* (Bruxelles : Bruylant, 1997).

A.S. Muller, *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship* (Boston: Nijhoff, 1995).

C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 90 (1956), p.654.

Permanent Court of Arbitration, *Optional Rules for Arbitration Involving International Organizations and States* (1996).

*The practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities: study prepared by the Secretariat*, document [A/CN.4/L.118](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.118) and Add.1 and Add.2 (1967).

A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

A. Reinisch (ed.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and Its Specialized Agencies: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

*Review of the Role of the International Court of Justice: Report of the Secretary General*, document [A/8382](http://undocs.org/ch/A/8382) and Add.1, Add.2, Add.3 and Add.4 (1971).

J.P. Ritter, “La protection diplomatique à l’égard d’une organisation internationale”, AFDI, vol. 8 (1962), p. 427.

A.M. la Rosa, “Links Between the ILO and the ICJ: A Less than Perfect Match”, in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 119.

C.P.R. Romano, “International Organizations and the International Judicial Process: An Overview”, in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.) *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 3.

Sh. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, 4th edition (Leiden: Nijhoff, 2006).

S. Schwebel, “Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the ICJ”, in Makarczyk (ed.), *Essays in International Law in Honor of Judge Manfred Lachs* (The Hague: Nijhoff, 1984), p. 519.

I. Seidl-Hohenveldern, “Access of International Organizations to the International Court of Justice”, in A.S. Muller et al. (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years* (The Hague: Nijhoff, 1997), p. 189.

F. Seyersted, “Settlement of Internal Disputes of Intergovernmental Organizations by Internal and External Courts”, ZaöRV, vol. 24 (1964), p. 1.

K. Schmalenbach, “Law of International Organisations: Dispute Settlement” in J. Klabbers and A. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Cheltenham: E. Elgar, 2011), p. 251.

D. Sharooshi (ed.), *Remedies and Responsibility for the Actions of International Organizations* (Leiden: Nijhoff, 2014).

P.C. Szasz, “Granting International Organizations *Ius Standi* in the International Court of Justice”, in A.S. Muller et al. (eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years* (The Hague: Nijhoff, 1997), p. 169.

J. Sztucki, “International Organizations as Parties to Contentious Proceedings before the International Court of Justice?” in A.S. Muller et al.(eds.), *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years* (The Hague: Nijhoff, 1997), p. 141.

G. Thallinger, “Rule of Exhaustion of Local Remedies in the Context of the Responsibility of International Organizations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), p. 401.

T. Treves, “International Organizations as Parties to Contentious Cases: Selected Aspects”, in L. Boisson de Chazournes et al. (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2002), p. 37.

C. Trindade, “Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations”, *Revue de Droit International, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 57 (1979), p. 81.

US Department of State, *Study on Widening Access to the International Court of Justice* (June 1976), ILM, vol. 16 (1977), p. 187.

K. Wellens, *Remedies against international organisations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

P.L. Zollikofer, *Les Relations Prévues Entre les Institutions Spécialisées des Nations Unies et la Cour Internationale de Justice* (Leyde : Sijthoff, 1955).

B. 国家责任方面的国家继承

帕维尔·斯图尔马

导言

1. 国际法委员会于1998年商定，为长期工作方案选择专题应遵循以下标准：“专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；专题在国家实践方面应足够成熟，从而允许逐渐发展和编纂；专题为逐渐发展的目的应当是具体和可行的。”[[1533]](#footnote-1534) 拟议专题似乎符合上述所有标准。

2. 国际法委员会于2001年完成了关于“国家对国际不法行为的责任”的工作。然而，委员会没有处理实施不法行为后发生国家继承的情况。继承国既可以是责任国，也可以是受害国。此两种情况下，继承均会引发相当复杂的法律关系。在这个问题上需要指出，国际法委员会和其他有关方面的看法经历了某些发展。特别报告员詹姆斯·克劳福德在1998年的报告中写道，各方普遍接受的观点是新国家一般不继承被继承国的任何国家责任，[[1534]](#footnote-1535) 而委员会在2001年条款评注中的说法与此不同。评注中说道：“在国家继承的情况下，新国家是否继承被继承国在领土方面的任何国家责任，并不明确”。[[1535]](#footnote-1536) J·克劳福德简要描述了实践、案例法和学说观点对继承规则由否定到部分否定的发展过程。[[1536]](#footnote-1537)

3. 1960年代，国际法委员会在讨论国家继承的过程中涉及了这个问题。1963年，国际法委员会国家和政府的继承问题小组委员会主席曼弗雷德·拉赫斯教授提议，将“继承侵权行为的责任”列为在国际法委员会国家继承问题上的工作方面可以审议的一个分专题。[[1537]](#footnote-1538) 由于在是否将其列入分专题方面存在不同意见，委员会决定不将侵权问题列入该专题的范围。[[1538]](#footnote-1539) 但是自那时起，国家实践和学说观点经历了发展。

4. 完成一个专题后着手研究国际法同一领域的相关专题，是国际法委员会的常规工作方法，而且这种方法相当成功。除其他外，国际法委员会在国际责任领域的两个专题中也采取了这种做法，首先完成了关于国家责任的条款(2001年)，然后完成了关于国际组织责任的条款(2011年)。委员会还在国家继承领域的三个专题中采取了同样的做法，完成了后来成为《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978年)和《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(1983年)的条款草案，以及《国家继承涉及的自然人国籍问题条款》(1999年)。[[1539]](#footnote-1540) 尽管这两项维也纳公约没有得到多国批准，但并不意味着其中编纂的规则没有影响国家实践。[[1540]](#footnote-1541) 相反，尤其是中欧国家，它们在本国的继承中适用此类规则。[[1541]](#footnote-1542) 同样，各国在实践中也大量遵循了关于国家责任的条款或关于自然人国籍的条款等不具约束力的文件。

5. 原则上，国家责任方面的继承问题主要出现在国家继承的某些情形中：曾实施不法行为的国家已停止存续，即国家解体或统一的情形。然而，深入分析以证实或否定以下三种假设，对于国家分裂等其他情形也有好处：第一，延续国原则上不仅应继承被继承国的相关主要义务，而且应继承其次级(责任)义务。第二，新独立的国家应享受白板(tabula rasa)原则，但可自愿接受与国家责任有关的继承。第三，如果是脱离(分裂)，在特殊情况下，继承国也得承担责任。

过去的国家实践和学说的发展

6. 长久以来，对于继承国是否及在何种情形下可以为被继承国的国际不法行为承担责任，国家实践和学说均没有给出统一的答案。然而，在国家实践的某些案例中，可以看到在各继承国之间划分或分配责任。

7. 早期的判决认为，继承国不为被继承国的国际侵权行为承担国际法责任。在Robert E. Brown求偿案中，[[1542]](#footnote-1543) 申诉人因为布尔共和国的地方官员拒绝发放采金许可证而寻求赔偿。法庭判决称，Brown已经获得产权，并因司法不公而受到伤害，但此侵权行为的责任不由英国继承。同样，在Frederick Henry Redward求偿案中，[[1543]](#footnote-1544) 申诉人被后来并入美国的夏威夷共和国政府非法监禁。法庭判决称：“不法行为的法律责任”已随夏威夷共和国的消失而“勾销”。然而，如果将诉求缩小为金钱判决(可视为债务或申诉人一方对固定价值资产的债权)，这将成为申诉人拥有的既得权利，也是继承国已经继承的义务。[[1544]](#footnote-1545)

8. 然而，关于Brown案和Redwards案的裁决，有评论指出：“这些案件发生在殖民主义时代，当时的殖民势力抵制所有要求为其视为未开化国家的侵权行为负责的判决。上述案件在一个世纪后的权威性存疑。至少在某些案件中，因实施不法行为的国家被另一国家吞并而驳回受害方的申诉，有失公允”。[[1545]](#footnote-1546)

9. 早期实践还包括，哥伦比亚联盟(1829-1831)解体后，美国援引三个继承国(哥伦比亚、厄瓜多尔和委内瑞拉)的责任，导致各方就非法获取美国船只缔结了赔偿协定。印度和巴基斯坦独立后，此前与英国有关的权利和责任(包括关于可起诉的侵权行为的责任)被分配给诉讼事由发生的国家。联合王国前附属领土缔结的多项移交协定也规定，由新国家继续承担侵权责任。[[1546]](#footnote-1547)

10. 尽管仲裁法庭的判决并不统一，但是在灯塔仲裁案中，法庭认定，希腊作为奥斯曼帝国的继承国，对于1913年克里特与希腊合并之后，违反奥斯曼帝国与某法国公司之间的特许合同的行为负有责任。[[1547]](#footnote-1548) 该裁决指出：“法庭仅能得出以下结论：希腊接受了克里特不久前作为自治国的非法行为，因此，作为继承国有义务承担违反特许合同的经济后果。”[[1548]](#footnote-1549) 然而，有些著述者的立场是，希腊对于这片领土割让给希腊之前和之后自己实施的行为均负有责任。灯塔案判决的重要意义还在于，它对完全支持和彻底反对责任继承的两种绝对主义办法做出了评论：“承认责任转移原则为一般规则，与拒绝接受这一原则同样缺乏正当理由。更确切地说，这个问题在根本上属于那种答案取决于多种具体因素的问题。”[[1549]](#footnote-1550)

11. 在欧洲以外，也有其他一些案例涉及国家统一、解体和分裂情形下的国家责任。一个例子是1958年埃及和叙利亚联合组成的阿拉伯联合共和国(阿联)。在三个案例中，阿联作为继承国，就被继承国实施的国际不法行为引起的义务承担了责任。所有案例均涉及埃及在1956年苏伊士运河国有化和外国财产国有化的背景下对西方的财产采取的行动。第一起案例处理的是埃及将苏伊士财务公司(Société Financière de Suez)收归国有的问题，这个问题通过阿联和该私营企业之间的协定(1958年)得到解决。换言之，新国家就被继承国实施的行为向股东支付赔偿。[[1550]](#footnote-1551) 另一例是阿联与法国之间签署协定，恢复了两国之间的文化、经济和财政关系(1958年)。协定规定，阿联作为继承国，将返还被埃及占有的法国国民的财物，还要就未归还的任何财物支付赔偿。[[1551]](#footnote-1552) 1959年，阿联和英国也签署了类似协定。[[1552]](#footnote-1553)

12. 阿联仅存续至1961年，这一年叙利亚脱离了联合体。阿联解体后，埃及作为两个继承国之一，与其他国家(如意大利、瑞典、英国、美国)就赔偿1958年至1961年期间财产被阿联(被继承国)收归国有的外国国民一事签署了协定。[[1553]](#footnote-1554)

13. 国家分裂时会出现更复杂的局面。巴拿马1903年脱离哥伦比亚之后，拒绝为1855年科隆市一起火灾为美国国民造成的损失负责。然而，1926年，美国与巴拿马签署了《索赔公约》。该条约拟订了此后处理1855年科隆市火灾后果的仲裁程序，包括以下问题：“若仲裁确定哥伦比亚负有原始责任，那么巴拿马共和国于1903年11月3日脱离哥伦比亚，它是否因此继承了哥伦比亚的责任，如果是，继承到何种程度”。尽管此后从未进行过仲裁，但此例至少含蓄地表明，两国均已承认，国家责任可以继承。[[1554]](#footnote-1555)

14. 另外一例涉及印度独立。印度和巴基斯坦均于1947年8月15日成为独立国家。1947年《印度独立(权利、财产和责任)法令》处理了国家继承的问题。[[1555]](#footnote-1556) 法令第10条规定，由英属印度自治领向新独立的印度国“移交可起诉的侵权行为的责任、而非违约的责任”。印度法院在多起案例中解释了该法令第10条，[[1556]](#footnote-1557) 认为印度对于继承日之前实施的国际不法行为依然负有责任。[[1557]](#footnote-1558)

1990年代中东欧的继承案例

15. 更近的案例涉及20世纪下半叶的国家继承，其中一些继承引发了责任的问题。这些案例包括1990年代中东欧的继承，例如捷克斯洛伐克、南斯拉夫和苏联的解体，以及德国的统一。值得注意的是，根据巴丹泰委员会第九号意见，南斯拉夫社会主义联邦共和国的继承国需通过协定解决所有与继承有关的问题，并依据自1978年和1983年《维也纳公约》及习惯国际法相关规则中衍生的原则，找出公平的结果。[[1558]](#footnote-1559) 有些案例还涉及亚洲和非洲；尽管非洲的案例更少，但有几个继承案例发生在去殖民化的背景之外(厄立特里亚、南苏丹)。与上述发展有关的研究结果，可见于国际法院和其他司法机构的判例、条约和其他国家实践。

16. 最重要的裁决也许是国际法院对Gabčíkovo-Nagymaros案(匈牙利/斯洛伐克)的裁决。不错，捷克斯洛伐克的解体确实是依据协定，甚至是按照本国宪法的规定进行的。然而，捷克和斯洛伐克两国国民议会均在解体前宣布，愿意承担被继承国的国际条约产生的权利和义务。[[1559]](#footnote-1560) 第4/1993号宪法法案第5条甚至宣称：“捷克共和国继承捷克和斯洛伐克联邦共和国终止日之前自国际条约产生的权利和义务，与捷克和斯洛伐克联邦共和国主权领土但非捷克共和国主权领土有关的义务除外。”[[1560]](#footnote-1561)

17. 关于斯洛伐克的国际责任，国际法院指出：

“斯洛伐克……可能不仅有责任为本国的不法行为支付赔偿，还要为捷克斯洛伐克的不法行为支付赔偿，而且有权就捷克斯洛伐克以及本国因匈牙利的不法行为遭受的损失接受赔偿。”[[1561]](#footnote-1562)

因此，尽管匈牙利和斯洛伐克之间有特别协议，法院也似乎承认可以继承因不法行为产生的次级责任(义务)和次级权利。

18. 前南斯拉夫解体后的国家继承问题较捷克斯洛伐克的情况更为复杂。其中一个原因是，1992年南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)宣布本国成为南斯拉夫社会主义联邦共和国(南斯拉夫)的延续国。然而，其他前南斯拉夫共和国并不同意。联合国安全理事会和大会也在1992年9月通过决议，拒绝承认南联盟为延续国。[[1562]](#footnote-1563) 仲裁委员会(巴丹泰委员会)持有同一立场。[[1563]](#footnote-1564) 最后，南联盟于2000年改变立场，以新国家的身份申请加入联合国。[[1564]](#footnote-1565)

19. 根据巴丹泰委员会的建议，前南斯拉夫的继承国需通过协定解决所有与国家继承有关的问题。2001年6月29日，缔结了《继承问题协定》。[[1565]](#footnote-1566) 协定的序言指出，缔结协定前经过谈判，“以便查明和决定如何在各方之间公平分配前南斯拉夫社会主义联邦共和国的权利、义务、财产和责任”。必须指出，《协定》附件F第2条处理的是继承日之前对第三国实施的国际不法行为的问题：

“所有本协定中未以其他方式处理的对南斯拉夫社会主义联邦共和国的申诉，均应由根据本协定第4条设立的常设联合委员会审议。各继承国应相互告知对南斯拉夫社会主义联邦共和国的所有此类申诉。”

20. 从上述案文中可以推断，被继承国的义务不单纯因南斯拉夫社会主义联邦共和国的解体而消失。[[1566]](#footnote-1567) 此外，附件F第1条提到，申诉由被继承国转给继承国。[[1567]](#footnote-1568)

21. 国际法院首次涉及(尽管是间接涉及)责任继承问题的第一个“南斯拉夫”案例，是灭绝种族案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)。法院并不需要解决继承问题，而是要确定应诉方：

“法院认为，波斯尼亚和黑塞哥维那最终提交材料所依据的事实和事件，发生在塞尔维亚和黑山构成单一国家的时期。……法院因此指出，塞尔维亚共和国仍然是本案中的一个应诉方，而且在本判决做出之日，实际上是唯一的应诉方。……尽管如此，必须铭记，本判决就过往事件确定的一切责任，在相关的时间内均涉及塞尔维亚和黑山一国。”[[1568]](#footnote-1569)

22. 国际法院在2008年克罗地亚与塞尔维亚之间相似的灭绝种族争端中采取了同样的解决办法。[[1569]](#footnote-1570) 然而，法院在近期这项克罗地亚诉塞尔维亚案的最终判决中，更详细地处理了国家责任继承的问题。[[1570]](#footnote-1571) 虽然法院以缺少灭绝种族的蓄意要素(心理要件)为由，驳回了克罗地亚的申诉和塞尔维亚的反诉，但此项判决似乎是最近的声明，赞成可通过继承的方式承担国家责任的论点。

23. 国际法院回顾称，法院在2008年11月18日的判决中认定：南斯拉夫联盟共和国(南联盟)于1992年4月27日成为一个独立国家，并通过继承成为《灭绝种族罪公约》的缔约国。对于克罗地亚就南联盟在此之后实施的行为提起的申诉，法院拥有管辖权，可进行裁决；但对于据称在此之前实施的违反《公约》的行为，法院保留关于管辖权的决定。法院在2015年的判决中首先指出，南联盟在1992年4月27日前不可能受到《灭绝种族罪公约》的约束，即使作为一个处于萌芽状态的国家也是如此，而这一点原是克罗地亚的主要论点。

24. 然而，法院注意到申诉方在2014年3月的口头听证会中提出了另一个论点，即南联盟(后来是塞尔维亚)原本可以继承南斯拉夫社会主义联邦共和国为在此日期前违反公约所负的责任。事实上，克罗地亚分别提出两个理由，据以声称南联盟已经继承了南斯拉夫社会主义联邦共和国的责任。首先，克罗地亚声称，继承是适用有关国家继承的一般国际法原则的结果。[[1571]](#footnote-1572) 克罗地亚依据1956年仲裁法庭在灯塔仲裁案中的裁决，其中指出，如果事实情况要求继承国为被继承国的错误行为负责，那么可将一国的责任转给继承国。[[1572]](#footnote-1573) 其次，克罗地亚辩称，南联盟在1992年4月27日的宣言中表示：“它不仅继承南斯拉夫社会主义联邦共和国的条约义务，而且继承南斯拉夫社会主义联邦共和国为违反这些条约义务而承担的责任”。[[1573]](#footnote-1574)

25. 除了涉及管辖权和可否受理(克罗地亚提出的新主张，在《灭绝种族罪公约》第九条或其他条款中不存在法律依据)的论点外，塞尔维亚坚称在一般国际法中没有责任继承原则。十分有趣的是，塞尔维亚还坚称，所有关于继承南斯拉夫社会主义联邦共和国的权利和义务的问题，均由《继承问题协定》(2001年)决定，该协定规定了审议对南斯拉夫社会主义联邦共和国的未决申诉的程序。[[1574]](#footnote-1575)

26. 值得一提的是，法院没有驳回、从而接受了克罗地亚关于法院对1992年4月27日前的行为是否具有管辖权的另一个论点。国际法院宣称，要确定塞尔维亚是否对违反《公约》的行为负责，

“法院需要决定：

(1) 克罗地亚据以申诉的行为是否发生过；若发生过，这些行为是否与《公约》相悖；

(2) 如果是，这些行为在发生时是否可归咎于南斯拉夫社会主义联邦共和国，使之承担责任；

(3) 若由南斯拉夫社会主义联邦共和国承担责任，南联盟是否继承这一责任。”[[1575]](#footnote-1576)

27. 必须指出，法院认为，能在本案中发挥作用的继承规则与关于条约解释和国家责任的规则同属一类。[[1576]](#footnote-1577) 然而，国际法院的法官并不是都同意多数意见。在薛法官的声明中写道：“迄今为止，关于条约继承和国家责任的一般国际法成文规则，没有任何一条考虑过国家对责任的继承……关于发生继承时的国家责任的规则，仍有待发展。”[[1577]](#footnote-1578)

28. 另一个有趣的案例是Mytilineos Holdings SA投资仲裁案。该案中，仲裁法庭指出，出现争端后，黑山宣布独立。虽然法庭无需裁决国家继承的法律问题，但法庭指出，在国际层面，塞尔维亚共和国将继承塞尔维亚和黑山的法律地位，这一点毋庸置疑。[[1578]](#footnote-1579)

29. 为国家继承提供证据的大量例子都涉及德国的统一。统一后，德意志联邦共和国(联邦德国)承担了因前德意志民主共和国(民主德国)的侵权责任而产生的责任。[[1579]](#footnote-1580) 统一时尚未解决的一个问题，涉及对前民主德国境内征用财产的赔偿。除了几项一次性付清的协定，民主德国一直拒绝支付赔偿。只是到了统一前的最后阶段，民主德国才通过了一项关于解决财产问题的法案(1990年6月29日)。与这个情况有关的是，联邦德国和民主德国两国政府通过了一项关于解决未决财产权问题的联合声明(1990年6月15日)。[[1580]](#footnote-1581) 联合声明第3节宣布，1949年之后没收的财产，应归还原所有人。这也许通常被解释为侵权责任(侵权行为)事项，而不是国家责任事项。

30. 然而，值得一提的是，联邦德国联邦行政法院处理了与外国人有关的国家继承问题。尽管法院拒绝认可联邦德国因民主德国对一名荷兰公民实施国际不法行为(征用)而负有责任，但它承认，前民主德国支付赔偿的义务转由继承国承担。[[1581]](#footnote-1582)

31. 被继承国的责任转由继承国承担的另一个例子是德意志联邦共和国与美利坚合众国《关于解决某些财产索赔的协定》(1992年)。[[1582]](#footnote-1583) 该协定涵盖了1949至1976年美国国民就民主德国实施的国有化、征用和其他措施提出的索赔。

学说观点

32. 以往的学说大多否认责任可以转由继承国承担。[[1583]](#footnote-1584) 但是后来，主要是近20年间，观点发生了演变，对不可继承的论点出现了一些微妙或批评的意见，甚至在某些情况下允许继承。[[1584]](#footnote-1585) 一些著述者指出，继承国继承被继承国的所有权利(例如在国家统一的情形下)时，也应该继承国际不法行为产生的义务。这种情况下，应将侵权引发的义务作为契约债务处理。[[1585]](#footnote-1586)

33. 值得注意的是，国际法委员会(2008年)[[1586]](#footnote-1587) 和国际法学会(2013年)讨论了这个问题。国际法学会设立了一个专题委员会来研究这个问题。[[1587]](#footnote-1588) 国际法学会塔林会议(2015年)最终依据特别报告员(马塞洛G·科恩教授)的报告，通过了《关于国家责任事项中的国家继承问题的决议》，决议包括序言和16项条款。决议正确地强调，这一领域需要编纂和逐渐发展。[[1588]](#footnote-1589) 决议第一章包含两项条款，即“用语”(第1条)(以1978年和1983年的维也纳公约所使用的术语为依据)和“本决议之范围”(第2条)。第二章载列了所有类型的国家继承均适用的共同规则(第3条至第10条)。首先，第3条强调了指导原则的从属性。第4条和第5条分别规定了就国家继承发生之日前被继承国实施或遭受的国际不法行为援引责任的问题。共同点在于被继承国的存续。这部分反映了若被继承国存续则不予继承的一般规则。后面的条款涉及转移协定和单方面声明。第三章(第11条至第16条)包括关于特定类别的国家继承的条款，即转让部分领土、一国部分地区脱离(分裂)、国家合并和一国并入另一现存国家、国家解散出现新独立的国家。

国家继承的情形下获得赔偿的权利

34. 质疑国家责任不予继承这一论点的一个主要原因，是国际法的“人性化”。“人性化”特别强调赔偿个人遭受的损失，无论是通过外交保护还是通过其他机制。因此，在割让、解体或统一的情形下，为个人争取赔偿的权利不应消失，而应转移至继承国。

35. 与转移实施国际不法行为产生的义务领域相比，这方面的实践似乎更为活跃。因此，国际法委员会能够在编纂关于外交保护的条款(2006年)时，就自然人具有被继承国国籍的情形下的国籍持续规则采取了一项例外(见第5条草案)。[[1589]](#footnote-1590) 同样，第10条草案采纳了一项经修订的关于公司国籍持续的规则。[[1590]](#footnote-1591)

36. 关于外交保护的条款中编纂的规则，借鉴了自第一次世界大战结束以来漫长的仲裁史和其他赔偿委员会的做法，[[1591]](#footnote-1592) 尤其解释了《凡尔赛条约》的规则。[[1592]](#footnote-1593) 当代实践中，联合国赔偿委员会发挥了最重要的作用，委员会在1992年第10号决定中处理了捷克斯洛伐克、南斯拉夫和苏联解体的问题。[[1593]](#footnote-1594)

37. 联合国赔偿委员会的实践清楚表明，赔偿委员会不遵循国籍持续的规则。例如，委员会反而允许前捷克斯洛伐克的继承国代表其新国民接受赔偿。[[1594]](#footnote-1595)

38. 最近，一些与国家继承有关的协定中也涉及个人的权利。例如，《苏丹共和国与南苏丹共和国关于某些经济事项的协定》(2012年)第5.1.1条特别规定，“双方商定，无条件及不可撤回地取消和免除拖欠对方的任何非石油相关的欠款索偿及其他非石油相关的财务索偿……”。然而，第5.1.3条规定，“双方商定，第5.1.1条的规定不应限制任何私人索偿要求。”此外，第5.1.4条还规定，“双方商定采取必要行动，包括建立联合委员会或任何其他可行机制，协助和方便任何两国国民或其他法人根据各自国家适用法律的规定进行索偿。”

国际法委员会的编纂任务

39. 国家责任方面的国家继承问题值得国际法委员会加以研究。这是个一般国际法专题，过去在这方面没有确立习惯国际法，因此国际法委员会早期没有将其纳入工作方案。现在来评估国家实践和判例中的新发展，正当其时。本专题一方面能够填补在完成国家在条约方面的继承(1978年《维也纳公约》)、国家对国家财产、档案和债务的继承(1983年《维也纳公约》)、以及国籍方面的继承(国家继承涉及的自然人国籍问题条款，1999年)等编纂工作后留下的空白，另一方面也能填补国家责任方面的空白。

40. 本专题的工作应遵循条约方面国家继承的主要原则，涉及区分部分领土的转移、分裂、解体、统一和建立新的独立国家。以案例法和其他国家实践研究为基础的现实办法，能保证对原有国家消失后情况下的解体和统一的案例与被继承国存续情况下的分裂的案例作出区分。后一种案例通常会产生更多的问题，因为国家几乎不可能接受国家责任的转移。[[1595]](#footnote-1596) 区分谈判式分裂和争议式(革命式)分裂，依然十分重要。谈判式分裂为就继承的所有方面(包括责任)达成协定创造了更好的条件。

41. 然而，应该把工作重点更多地放在国家责任的次级规则方面。必须指出，本项目不仅针对责任的积极方面，也针对责任消极方面，即：不仅是行为国(不法行为国)义务的转移(或移交)，也是受害国权利(索赔)的转移(或移交)。项目可以采取以下结构：(a) 关于国家继承的一般规定，特别强调协定优先；(b) 关于转移由国家责任产生的义务的剩余(次级)原则；(c) 关于转移获得赔偿权的原则；(d) 杂项和程序规定。

42. 需要进一步辩论和审议的问题是，本专题是否纳入将国家责任产生的义务移交给国际组织(包括金融机构)的情况。另一个问题涉及将国家责任产生的义务移交个人。除了仍属于国与国关系的外交保护的问题(如国籍持续规则的例外)，这个问题似乎出现在个人对国家直接拥有权利的时候和情况下,《欧洲人权公约》等某些条约制度便是这种情况。[[1596]](#footnote-1597)

43. 委员会需要辩论如何及何时处理这个问题。在不影响未来决定的前提下，本专题的适当形式可以是条款草案或带有评注的原则(尤其遵循国家责任条款及后来成为1978年和1983年维也纳公约的条款的先例)。

参考文献选编**:**

A. Cavaglieri, “Règles générales du droit de la paix”, *RCADI*, vol. 26, 1929-I

E. Cotran, “Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States”, *ICLQ*, vol. 8, 1959

J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge: CUP, 2013)

W. Czaplinski, “State Succession and State Responsibility,” *Canadian YBIL* 28 (1990), 339

W. Czaplinski, *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki miedzynarodowoprawne (1990 – 1992)* [Territorial Changes in Central and Eastern Europe in 1990 – 1992 and Their International Legal Consequences](Warszawa: Scholar, 1998)

P. Dumberry, “New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement”, *EJIL* 17 (2006), 605

P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007)

P. Dumberry, “The Controversial Issue of State Succession to International Responsibility Revisited in Light of Recent State Practice”, *GYIL* 49 (2006), 413

P. Dumberry, “Use of the concept of unjust enrichment to resolve issues of state succession to international responsibility”, *Revue Belge de Droit International* 39-2 (2006), 507

IDI, Session of Tallinn, 14th Commission, Resolution (final text): Succession of States in Matters of International Responsibility (2015)

M.T. Kamminga, “State Succession in Respect of Human Rights Treaties”, *EJIL*, vol. 7, 1996, No. 4

M.G. Kohen (ed.), *Secession. International Law Perspectives* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)

M.G. Kohen, “Succession of states in the field of international responsibility: the case for codification”, in: *Perspectives of international law in the 21st century: Liber Amicorum Professeur Christian Dominicé in honour of his 80th birthday* (Leiden, Boston: Nijhoff, 2012), 161

Y. Makonnen, “State succession in Africa: selected problems”, *RCADI*, vol. 200 (1986), 93.

J. Malenovský, “Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie”, *AFDI*, vol. 39 (1993)

L. Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR* (A Study of the Tension between Normativity and Power in International Law), (Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2003)

K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law* (Geneva: Librairie Droz, 1968)

V. Mikulka, “State Succession and Responsibility”. In: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010)

V. Mikulka, “Succession of States in Respect of Rights of an Injured State”. In: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010)

J.P. Monnier, “La succession d’Etats en matière de responsabilité internationale”, *AFDI* 8 (1962), 65

D.P. O’Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1967)

P. Pustorino, “Failed States and international law: the impact of UN practice on Somalia in respect of fundamental rules of international law”, *GYIL* 53 (2010), 727

B. Stern, “Responsabilité internationale et succession d’Etats”. In: L. Boisson de Chazournes, V. Gowland-Debbas, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. (The Hague, Martinus Nijhoff, 2001), 335

P. Šturma, P., “State Succession in Respect of International Responsibility”, *The Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, vol. 48 (2016), 653

P.C. Szasz, “Comment on the genocide case (preliminary objections)”, *Leiden Journal of International Law* 10 (1997), 163

M.J. Volkovitch, “Towards a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts”, *Columbia Law Review* 92 (1992), 2166

B.H. Weston, R.B. Lillich, D.J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Ardsley, N.Y.: Transnational Publ., 1999)

M.M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. II (Washington, 1973)

I. Ziemele, “State continuity, succession and responsibility: reparations to the Baltic States and their Peoples”, *Baltic YBIL* 3 (2003), 165



1. 卢修斯·卡弗利施先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、莫里斯·卡姆托先生、贝恩德·尼豪斯先生、埃内斯特·彼得里奇先生、纳林德尔·辛格先生和努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生。 [↑](#footnote-ref-2)
2. 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯－罗夫莱多先生、玛丽·雅各布松女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚－奥斯皮纳先生和迈克尔·伍德先生。 [↑](#footnote-ref-3)
3. 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10](http://undocs.org/A/69/10))，第34段。 [↑](#footnote-ref-4)
4. 同上*，*第27段。 [↑](#footnote-ref-5)
5. 同上，《第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/ch/A/70/10))，第30段。 [↑](#footnote-ref-6)
6. 同上，第31段。 [↑](#footnote-ref-7)
7. 《2007年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第375段。委员会第五十八届会议(2006年)核可了规划组的建议，将“发生灾害时的人员保护”等专题列入委员会长期工作方案。秘书处就这一专题编写的一份简要提纲被列为委员会2006年报告附件(《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件三)。大会2006年12月4日第61/34号决议注意到该专题已列入委员会长期工作方案。 [↑](#footnote-ref-8)
8. 见A/CN.4/598(初步报告)、A/CN.4/615和Corr.1(第二次报告)、A/CN.4/629(第三次报告)、A/CN.4/643和Corr.1(第四次报告)、A/CN.4/652(第五次报告)、A/CN.4/662(第六次报告)以及A/CN.4/668和Corr.1及Add.1(第七次报告)。 [↑](#footnote-ref-9)
9. A/CN.4/590和Add.1至3。 [↑](#footnote-ref-10)
10. 《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32至33段。 [↑](#footnote-ref-11)
11. 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第55至56段。 [↑](#footnote-ref-12)
12. 同上，第51至53段。 [↑](#footnote-ref-13)
13. 见关于预防危险活动的跨界损害的条款，大会2007年12月6日第62/68号决议，附件，及相关评注，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章，E节；关于跨界含水层法的条款，大会2008年12月11日第63/124号决议，及相关评注，《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，E节。 [↑](#footnote-ref-14)
14. 《2005年东盟文件汇编》，第157页。 [↑](#footnote-ref-15)
15. 联合国，《条约汇编》，第2296卷，第40906号，第5页。 [↑](#footnote-ref-16)
16. 《2015-2030年仙台减少灾害风险框架》是第三次世界减少灾害风险大会通过的，并由大会在2015年6月3日第69/283号决议附件二中予以认可。 [↑](#footnote-ref-17)
17. 红十字会红新月会联会《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》(2007年，日内瓦)。 [↑](#footnote-ref-18)
18. 国际法学会，《年鉴》第70卷，第二部分，布鲁日会议(2003年)，第263页。 [↑](#footnote-ref-19)
19. 《红十字国际评论》，第36(1996)卷，第310号，附件六。 [↑](#footnote-ref-20)
20. 见《红十字会红新月会联会导则》(上文脚注17)，导则2, 第8段(“受灾人员或财产所在国家”)。 [↑](#footnote-ref-21)
21. 大会2007年12月6日第62/68号决议，附件，第2条；相关评注见《2001年……年鉴》，第五章，E节。 [↑](#footnote-ref-22)
22. 见上文第3条草案的评注第(4)段。 [↑](#footnote-ref-23)
23. 联合国，《条约汇编》，第2172卷，第38131号，第213页，第1条(f)项。 [↑](#footnote-ref-24)
24. 见下文第12条草案的评注第(4)段。 [↑](#footnote-ref-25)
25. 见下文第7条草案的评注第(1)段。又见《红十字会红新月会联会导则》(上文脚注17)，导则2.14(“援助方”的定义)。 [↑](#footnote-ref-26)
26. 第1条第1款(“援助实体”的定义)。 [↑](#footnote-ref-27)
27. 见下文第14条草案的评注第(2)段。 [↑](#footnote-ref-28)
28. 人道协调厅2006年《在救灾中使用外国军事和民防资源的准则》(又称《奥斯陆准则》)，2007年11月1日修订。 [↑](#footnote-ref-29)
29. 见第1条(d)项(“援助”的定义)。 [↑](#footnote-ref-30)
30. 也见《奥斯陆准则》(上文脚注28)，准则5。 [↑](#footnote-ref-31)
31. 《希腊共和国政府与俄罗斯联邦共和国政府关于在预防和应对自然和人为灾害方面开展合作的协定》，2000年2月21日，第1条(“救援队”的定义)。 [↑](#footnote-ref-32)
32. 见国家对国际不法行为的责任条款，2001年，大会2001年12月12日第56/83号决议，附件，第4-9条(相关评注见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第四章E节)及关于国际组织的责任的条款，2011年，大会2011年12月9日第66/100号决议，附件，第6-7条(相关评注见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第五章E节)。 [↑](#footnote-ref-33)
33. 见下文第15条草案的评注第(5)段。 [↑](#footnote-ref-34)
34. 见上文脚注18。 [↑](#footnote-ref-35)
35. 联合国，《条约汇编》，第950卷，第13561号，第269页，后经1999年6月26日《关于简化和协调海关制度的国际公约修正案议定书》修订，联合国，《条约汇编》，第2370卷，第13561号，第27页(“救济物资”的定义)。 [↑](#footnote-ref-36)
36. 大会1948年12月10日第217(III)(A)号决议。 [↑](#footnote-ref-37)
37. 联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号，第171页，序言部分；第十条第1款。 [↑](#footnote-ref-38)
38. 联合国，《条约汇编》，第993卷，第14531号，第3页，序言部分；第十三条第1款。 [↑](#footnote-ref-39)
39. 同上，第660卷，第9464号，第195页，序言部分。 [↑](#footnote-ref-40)
40. 同上，第1249卷，第20378号，第13页，序言部分。 [↑](#footnote-ref-41)
41. 同上，第1465卷，第24841号，第85页，序言部分。 [↑](#footnote-ref-42)
42. 同上，第1577卷，第27531号，第3页，序言部分；第23条第1款；第28条第2款；第37条；第39条和第40条。 [↑](#footnote-ref-43)
43. 同上，第2515卷，第44910号，第3页，第三条。 [↑](#footnote-ref-44)
44. 《[改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约](http://baike.baidu.com/view/294698.htm)》(1949年8月12日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第75卷，第970号，第31页(《日内瓦第一公约》)；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第971号，第85页(《日内瓦第二公约》)；《关于战俘待遇的日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第972号，第135页(《日内瓦第三公约》)；及《关于战时保护平民的日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第973号，第287页(《日内瓦第四公约》)，共同第三条第一款(注意禁止“损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇”的规定)。 [↑](#footnote-ref-45)
45. 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》(第一号议定书)，1977年，联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17512号，第3页，第七十五条第二(二)款，(注意：禁止“对人身尊严的侵犯，特别是侮辱性和降低身份的待遇，强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”)；第八十五条第四(三)款(注意：当行为属故意并违反各公约和本议定书时，“以种族歧视为依据侵犯人身尊严的种族隔离和其他不人道和侮辱性办法”应视为严重破坏议定书的行为)。 [↑](#footnote-ref-46)
46. 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》(第二号议定书)，1977年，同上，第17513号，第609页，第四条第二(五)款(注意：禁止“对人身尊严的侵犯，特别是侮辱性和降低身分的待遇、强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”)。 [↑](#footnote-ref-47)
47. 见《红十字会红新月会联会导则》(上文脚注17)，导则4, 第1段。 [↑](#footnote-ref-48)
48. 序言段。 [↑](#footnote-ref-49)
49. 关于人道主义援助的决议(见上文脚注18)，第二条第1款。 [↑](#footnote-ref-50)
50. 见第37条(c)项(其中指出“所有被剥夺自由的儿童应受到人道待遇，其人格固有尊严应受尊重”)。 [↑](#footnote-ref-51)
51. 联合国，《条约汇编》，第1144卷，第17955号，第123页，第五条第二款(其中指出：“所有被剥夺自由的人都应受到尊重人类固有的尊严的待遇”)。 [↑](#footnote-ref-52)
52. 见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)，附件C, 第28段。 [↑](#footnote-ref-53)
53. 《奥斯陆准则》，(见上文脚注28)，第20段(注意：“必须尊重和保护所有受害人的尊严和权利”)。 [↑](#footnote-ref-54)
54. Jon M. Ebersole,“关于复杂紧急情况下提供人道主义援助的莫洪克标准”(“莫洪克标准”)，《人权季刊》，第17卷，第1号(1995年2月)，第192-208页(注意：“必须尊重和保护所有受害人的尊严和权利”)。 [↑](#footnote-ref-55)
55. E/CN.4/1998/53/Add.2, 附件，原则26(尤其注意：“应尊重并保护参加人道主义援助的人员及其运输手段和物资”。 [↑](#footnote-ref-56)
56. 国际人道主义法研究所理事会1993年4月通过的《人道主义援助权利指导原则》，原则10(注意：“可酌情通过‘人道主义走廊’提供人道主义援助，有关各方的主管当局应予以尊重和保护，必要时由联合国授权”)。 [↑](#footnote-ref-57)
57. 机构间常设委员会《自然灾害情况下人员保护业务准则》(Washington, D.C.，Brookings-Bern Project on Internal Displacement, 2011)。 [↑](#footnote-ref-58)
58. 见上文脚注55。 [↑](#footnote-ref-59)
59. 见欧洲人权法院，布达耶娃等人诉俄罗斯，案件号15339/02、21166/02、20058/02、11673/02和15343/02号，ECHR 2008-II。 [↑](#footnote-ref-60)
60. 例如，见《关于境内流离失所问题的指导原则》(脚注55)，附件，原则5。 [↑](#footnote-ref-61)
61. 又见机构间常设委员会2006年《人权和自然灾害业务准则》(A/HRC/4/38/Add.1, 附件)。又见第6条草案评注第(2)和(3)段。 [↑](#footnote-ref-62)
62. 例如，见下文第11条草案的评注第(4)-(5)段。 [↑](#footnote-ref-63)
63. 见秘书处备忘录中的讨论(A/CN.4/590)，第11段。 [↑](#footnote-ref-64)
64. 附件，第2段。 [↑](#footnote-ref-65)
65. 见第三条第一款(注：“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视”)。 [↑](#footnote-ref-66)
66. 科孚海峡案，1949年4月9日判决《1949年国际法院案例汇编》，第4页起，见第22页。 [↑](#footnote-ref-67)
67. 让·皮克泰，1965年在维也纳召开的第20届红十字国际会议通过的红十字会基本原则：评注(日内瓦，亨利·杜南学院，1979年)，第21-27页；另可查阅www.icrc.org。 [↑](#footnote-ref-68)
68. 《奥斯陆准则》(见上文脚注28)，第20段；《莫洪克标准》(上文脚注54)，第196页。 [↑](#footnote-ref-69)
69. 同上。 [↑](#footnote-ref-70)
70. 见C. Pilloud等人，“对1949年8月12日《日内瓦公约》的1977年6月8日附加议定书的评论”(日内瓦、红十字国际委员会，1987年)，第2800至2801段(引用1965年在维也纳召开的第20次红十字国际会议第九号决议通过的“红十字会基本原则”)，以及皮克泰，评注，第33-51页。 [↑](#footnote-ref-71)
71. P. MacAlister-Smith, 人道主义援助行动国际指南草案(德国海德堡：马克斯·普朗克比较公法和国际法研究所，1991年)，第6(a)段。 [↑](#footnote-ref-72)
72. 尤其见1949年日内瓦四公约，共同第三条第一款；《世界人权宣言》第二条；《公民权利和政治权利国际公约》，第二条第一款；《经济、社会、文化权利国际公约》，第二条第二款；又见《残疾人权利公约》，第五条，以及《保护所有移徙工人及其家属成员权利国际公约》，(联合国，《条约汇编》，第2220卷，第39481号，第3页)，第7条。 [↑](#footnote-ref-73)
73. 关于人道主义援助的决议，(见上文脚注18)，第二条第3款。 [↑](#footnote-ref-74)
74. 红十字与红新月会国际联合会《导则》，(见上文脚注17)，第4条第2(b)款。 [↑](#footnote-ref-75)
75. 同上，第4条第3(a)款。 [↑](#footnote-ref-76)
76. 关于人道主义援助的决议(见上文脚注18)，第二条第3款。 [↑](#footnote-ref-77)
77. 见第32段。 [↑](#footnote-ref-78)
78. A/CONF.206/6和Corr.1,第一章，第2号决议，第13(d)段：“应将性别观点纳入所有灾害风险管理政策、计划和决策过程中，包括与风险评估、预警、信息管理以及教育和培训”。 [↑](#footnote-ref-79)
79. 第19(d)段：“减少灾害风险需要全社会的参与和伙伴关系。减少灾害风险还需要增强权能以及包容、开放和非歧视的参与，同时特别关注受灾害影响特别严重的人口，尤其是最贫穷者。应将性别、年龄、残疾情况和文化视角纳入所有政策和实践，还应增强妇女和青年的领导能力。为此，应特别注意改善公民有组织的自愿工作”。 [↑](#footnote-ref-80)
80. 大会1970年10月24日第2625(XXV)号决议，附件，第1段。 [↑](#footnote-ref-81)
81. 第十一、十五、二十二和二十三条。 [↑](#footnote-ref-82)
82. 具体内容见下列一般性意见：第2号(E/1990/23-E/C.12/1990/3, 附件三)、第3号(E/1991/23-E/C.12/1990/8, 附件三)、第7号(E/1998/22-E/C.12/1997/10, 附件四)、第14号(E/2001/22-E/C.12/2000/21)和第15号(E/2003/22-E/C.12/2002/13, 附件四。 [↑](#footnote-ref-83)
83. 第十一条。 [↑](#footnote-ref-84)
84. 附件，第5段。 [↑](#footnote-ref-85)
85. 相关文书的详细一览表见A/CN.4/590/Add.2。为国际救灾法目的制订的更多文书类型见H. Fischer,“国际灾害应对法条约：趋势、格局以及缺陷”，载于红十字会与红新月会国际联合会《国际灾害应对法律、原则和实践：思考、前景及挑战》(2003年)，见第24-44页。 [↑](#footnote-ref-86)
86. 1998年5月25日《法兰西共和国政府与马来西亚政府关于灾害预防及管理和公共安全合作的协定》，序言第4段。 [↑](#footnote-ref-87)
87. 另见大会第46/182号决议，附件，第4段；《兵库宣言》，A/CONF.206/6和Corr.1, 第一章，第1号决议，第4段。 [↑](#footnote-ref-88)
88. 附件，第5段。 [↑](#footnote-ref-89)
89. 第7段。 [↑](#footnote-ref-90)
90. 见下文第18条评注第(8)段。 [↑](#footnote-ref-91)
91. 大会2008年12月11日第63/124号决议，附件(其评注见《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章E节。 [↑](#footnote-ref-92)
92. 同上。 [↑](#footnote-ref-93)
93. 1976年东盟文件汇编。 [↑](#footnote-ref-94)
94. 附件，第27段。 [↑](#footnote-ref-95)
95. 大会2007年12月6日第62/68号决议附件(评注见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章E节)。 [↑](#footnote-ref-96)
96. 见上文第7条草案的评注第(6)段。 [↑](#footnote-ref-97)
97. 见《东盟协定》)，第18条第1款。 [↑](#footnote-ref-98)
98. 见《坦佩雷公约》第3条(呼吁“部署地面和卫星电信设备来预测和监测各种自然危险、健康危险或灾害以及提供有关的信息”以及“在缔约国之间以及同其他国家、非国家实体和政府间组织分享关于自然危险、健康危险和灾害的信息，并将这种信息传播给公众，特别是传播给面临危险的社区”)；《奥斯陆准则》(见上文脚注28)，第54段。另见秘书处备忘录中的讨论(A/CN.4/590)，第158-174段。 [↑](#footnote-ref-99)
99. 见《建立更安全的世界的横滨战略：预防、防备和减轻自然灾害的指导方针》及《行动计划》，A/CONF.172/9, 第一章，决议一，附件一。 [↑](#footnote-ref-100)
100. 日内瓦，19-2013年5月23日。 [↑](#footnote-ref-101)
101. 见大会2015年6月3日第69/283号决议中的《仙台宣言》，附件(脚注省略)。 [↑](#footnote-ref-102)
102. 见《仙台框架》，第5-6段。 [↑](#footnote-ref-103)
103. 见《仙台框架》(指导原则)，第19 (a)段。 [↑](#footnote-ref-104)
104. 见《仙台框架》(预期成果和目标)，第16段。 [↑](#footnote-ref-105)
105. 见《仙台框架》的目标，第17段。 [↑](#footnote-ref-106)
106. 厄内尔伊尔迪兹诉土耳其案[大审判庭]，案件号48939/99, ECHR 2004-XII。 [↑](#footnote-ref-107)
107. 布达耶娃等人诉俄罗斯，案件号15339/02、21166/02、20058/02、11673/02和15343/02, ECHR 2008-II。 [↑](#footnote-ref-108)
108. 2015年11月30日至12月13日在巴黎举行的第二十一届缔约方会议的报告增编：缔约方会议通过的决定([FCCC/CP/2015/10/Add.1](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=FCCC/CP/2015/10/Add.1))，第1/CP.21号决定，附件。 [↑](#footnote-ref-109)
109. 大会2015年9月25日第70/1号决议。 [↑](#footnote-ref-110)
110. 大会2015年7月27日第69/313号决议，附件。 [↑](#footnote-ref-111)
111. 大会2014年11月14日第69/15号决议，附件。 [↑](#footnote-ref-112)
112. 《东盟协定》是在《兵库行动框架》获得通过之后制订的第一个关于减少灾害风险的国际条约。 [↑](#footnote-ref-113)
113. 2005年9月27日至29日在北京举行的亚洲减少灾害风险会议通过，可查阅[http://nidm.gov.in/ amcdrr/beijing.pdf](http://nidm.gov.in/%20amcdrr/beijing.pdf) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-114)
114. 2007年11月7日和8日在新德里举行的第二届亚洲部长级减灾会议通过，可查阅http://nidm.gov.in/ amcdrr/declaration.asp (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-115)
115. 2008年12月2日至4日在吉隆坡举行的第三届亚洲部长级减灾会议通过，可查阅[www.preventionweb.net/files/3089\_KL12larationonDisasterRiskReductioninAsia202008.pdf](http://www.preventionweb.net/files/3089_KLDeclarationonDisasterRiskReductioninAsia202008.pdf) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-116)
116. 可查阅[www.preventionweb.net/files/16327\_finalincheondeclaration1028.pdf](http://www.preventionweb.net/files/16327_finalincheondeclaration1028.pdf) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-117)
117. 见www.unisdr.org/files/20382\_summaryof4hamcdrr.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-118)
118. 2014年6月2日至4日在苏瓦举行的灾害风险管理太平洋论坛第六届会议通过，可查阅[www.pacificdisaster.net](http://www.pacificdisaster.net)/pdnadmin/data/original/PPDRM\_2014\_Chairs\_Summary.pdf(2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-119)
119. 2015年1月30日在比什凯克举行的中亚和南高加索地区灾害管理部门区域部长级会议通过，可查阅www.preventionweb.net/files/42374\_frameworkofcooperationregionaldrrca.pdf(2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-120)
120. 可查阅www.unisdr.org/files/4038\_africaregionalstrategy1.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-121)
121. 《执行非洲减少灾害风险区域战略延展行动方案(2006-2015年)》，可查阅[www.unisdr.org/files/](http://www.unisdr.org/files/) 19613\_bookletpoaenglish.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-122)
122. 可查阅www.unisdr.org/files/48230\_eacdrrbill.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-123)
123. 联合国减灾署，“非洲寻求统一的减灾立场”，2013年2月13日，可查阅[www.unisdr.org/ archive/31224](http://www.unisdr.org/%20archive/31224)。 [↑](#footnote-ref-124)
124. 2015年7月23日在雅温得举行的第四次高级别减灾会议通过，可查阅[www.preventionweb](http://www.preventionweb).net/ files/43907\_43907yaoundedeclarationen.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-125)
125. 2010年12月19日至20日在开罗举行的主管环境事务的阿拉伯部长理事会第二十二届会议通过，可查阅[www.unisdr.org/files/18903\_17934asdrrfinalenglishjanuary20111.pdf](http://www.unisdr.org/files/18903_17934asdrrfinalenglishjanuary20111.pdf) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-126)
126. 2014年9月14日至16日在埃及沙姆沙伊赫举行的第二届阿拉伯减灾会议通过，可查阅www.unisdr.org/files/42726\_42726sharmdeclarationpublicationfin.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-127)
127. 2016年6月8日至9日在亚松森举行的第一次美洲执行《减少灾害风险仙台框架(2015-2030年)》部长和高级别官员会议通过，可查阅[www.preventionweb.net/files/49235\_asunciondeclaration2016](http://www.preventionweb.net/files/49235_asunciondeclaration2016). pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-128)
128. 3月19日至21日在约旦亚喀巴举行的首届阿拉伯减灾会议通过，可查阅[www.preventionweb.net/](http://www.preventionweb.net/) files/31093\_aqabadeclarationenglishfinaldraft.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-129)
129. <http://eird.org/americas/noticias/protocolo-sobre-gestion-del-riesgo.pdf> (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-130)
130. 2014年5月27日至29日在厄瓜多尔瓜亚基尔举行的第四届会议通过，可查阅[www.preventionweb.net/ files/37662\_communiqueguayaquilpr1428may14[1].pdf](http://www.preventionweb.net/%20files/37662_communiqueguayaquilpr1428may14%5b1%5d.pdf)。 [↑](#footnote-ref-131)
131. 2011年3月15日至17日在墨西哥纳亚里特州举行的第二届美洲减灾区域论坛通过，可查阅[www.unisdr.org/files/18603\_communiquenayarit.pdf](http://www.unisdr.org/files/18603_communiquenayarit.pdf)。 [↑](#footnote-ref-132)
132. 2014年7月8日在意大利米兰举行的欧洲部长级会议通过，可查阅[www.preventionweb.net/ files/38378\_europeandrrministerialstatement.pdf](http://www.preventionweb.net/%20files/38378_europeandrrministerialstatement.pdf) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-133)
133. 2015年10月7日至9日在巴黎举行的第六届年会通过，可查阅[www.preventionweb.net/](http://www.preventionweb.net/) files/43847\_efdrrroadmap20152020final.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-134)
134. 2013年5月31日部长们在前南斯拉夫的马其顿共和国奥赫里德通过，可查阅www.preventionweb.net/ files/31414\_solidarityinactionjointstatement.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-135)
135. 见欧洲议会和欧盟理事会2013年12月17日第1313/2013/EU号决定，《欧盟官方公报》，L347。 [↑](#footnote-ref-136)
136. 会议于2015年12月8日至10日在日内瓦举行，可查阅http://rcrcconference.org/wp-content/ uploads/sites/3/2015/04/32IC-Res6-legal-frameworks-for-disaster\_EN.pdf (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-137)
137. 见2016年6月16日SWD(2016)205,可查阅[http://ec.europa.eu/echo/sites/echo-site/files/sendai\_ swd\_2016\_205\_0.pdf](http://ec.europa.eu/echo/sites/echo-site/files/sendai_%20swd_2016_205_0.pdf) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-138)
138. 《兵库行动框架》，(见上文脚注78)，优先事项1，核心指标1.1。 [↑](#footnote-ref-139)
139. 已建立国家平台的国家名单，见http://www.unisdr.org/partners/countries。 [↑](#footnote-ref-140)
140. 《仙台框架》，第27(g)段。 [↑](#footnote-ref-141)
141. 2004年12月25日关于在可持续发展框架内预防风险和灾害管理的第04-20号法律。 [↑](#footnote-ref-142)
142. 喀麦隆，关于国家灾害观察站建立、组织和运行的2003年3月19日第037/PM号决定。 [↑](#footnote-ref-143)
143. 中国《防灾救灾法》(2007年)，可查阅[www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content\_ 1471589.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content_%201471589.htm) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-144)
144. 《灾害管理法》，NS/RKM/0715/007,参议院2015年6月30日批准，可查阅[www.ifrc.org/ Global/Publications/IDRL/DM%20acts/Cambodia%20DM%20Law\_English.pdf](http://www.ifrc.org/%20Global/Publications/IDRL/DM%20acts/Cambodia%20DM%20Law_English.pdf) (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-145)
145. 多米尼加共和国，第874-09号法令，该法令批准关于风险管理的第147-02号法律实施条例并废除第932-03号法令(2009年)中的第1、2、3、4和5章。 [↑](#footnote-ref-146)
146. 《民防、防灾和减灾法》(2005年)。 [↑](#footnote-ref-147)
147. 《防备紧急情况法》(2000年)。 [↑](#footnote-ref-148)
148. 《关于预防技术和自然风险和损害赔偿法》的第2003-699号法律(2003年)。 [↑](#footnote-ref-149)
149. 《公共安全法》，第2467-IIს.号，可查阅<https://matsne.gov.ge/en/document/view/2363013> (2016年7月4日上传)。 [↑](#footnote-ref-150)
150. 第109-96号法令，《减轻自然灾害和人为灾害全国协调员法》(1996年)。 [↑](#footnote-ref-151)
151. 《全国风险和灾害管理计划》(2001年)。 [↑](#footnote-ref-152)
152. 第七十四号法，《预防灾害和预防涉及危险物质重大事故的管理和组织法》(1999年)。 [↑](#footnote-ref-153)
153. 第53号灾害管理法(2005年)。 [↑](#footnote-ref-154)
154. 2007年关于灾害管理的第24号法律。 [↑](#footnote-ref-155)
155. 关于建立国家减灾平台的总理令(2008年)。 [↑](#footnote-ref-156)
156. 第2005-866号法令，该法令规定了实施2003年9月5日关于全国风险和灾害管理的第2003-010号法律的方式(2005年)。 [↑](#footnote-ref-157)
157. 《灾害风险管理法》(2012年)。 [↑](#footnote-ref-158)
158. 2005年全国民防应急管理计划令(SR 2005/295)。 [↑](#footnote-ref-159)
159. 《全国灾害管理法》(2010年)。也见巴基斯坦政府在2011年第三届全球减灾平台会议上的正式声明，可查阅：<http://www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistan-officialstatement>. pdf。 [↑](#footnote-ref-160)
160. 第29664号法律，该法律创立了全国灾害风险管理系统(2011年)。 [↑](#footnote-ref-161)
161. 《菲律宾灾害风险管理法》(2006年)。 [↑](#footnote-ref-162)
162. 《国家灾害应对法》(1995年)；《国家灾害管理法》(2010年)。 [↑](#footnote-ref-163)
163. 《自然灾害和其他灾害防护法》(2006年)。 [↑](#footnote-ref-164)
164. 2002年第57号灾害管理法。 [↑](#footnote-ref-165)
165. 《预防和减轻灾害法》(2007年)。 [↑](#footnote-ref-166)
166. 《减灾法》(2000年)。 [↑](#footnote-ref-167)
167. 见<http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>。 [↑](#footnote-ref-168)
168. 委员会意识到在联合国正式英文和法文本中对“mitigation”(减轻)一词的使用存在着差别。 [↑](#footnote-ref-169)
169. 《联合国宪章》，第二条第一款(“本组织系基于各会员国主权平等之原则”)；和第二条第七款(“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用”)。 [↑](#footnote-ref-170)
170. 例如见《关于各国依照联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，大会第2625(XXV)号决议(其中指出：“各国一律享有主权平等。它们均有平等权利与责任，并为国际社会之平等会员国”；“使用武力剥夺各民族之民族特性构成侵犯其不可移让之权利及不干涉原则之行为”；以及“各国应依照主权平等及不干涉原则处理其在经济、社会、文化、技术及贸易方面之国际关系”)。国际法院称，“在各个独立国家间，尊重领土主权是国际关系的一个重要基础”：(见科孚海峡案(以上脚注66)第35页)。 [↑](#footnote-ref-171)
171. 附件，第3段。 [↑](#footnote-ref-172)
172. 科孚海峡案(见以上脚注66)，阿尔瓦雷斯法官的个别意见，第39页起，见第43页。另参阅仲裁官Max Huber在帕尔马斯岛仲裁案(荷兰/美利坚合众国)中表达的意见，1928年4月4日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第839页(“领土主权，正如已经说过的，涉及一国展示其活动的专属权。这一权利必要产生一项义务：有义务保护在该领土内其他国家的权利……”)。 [↑](#footnote-ref-173)
173. 附件，第4段。 [↑](#footnote-ref-174)
174. 《坦佩雷公约》(其中指出：“本公约的任何规定不应干涉缔约国根据本国法律拥有的指导、协调和监督依本公约在其领土上提供的电信援助的权力”)。 [↑](#footnote-ref-175)
175. 例如见《东盟协定》，第3条第2款(其中指出：“请求或接受援助的缔约国应全面指导、控制、协调和监督其境内的援助”)；《核事故或辐射紧急情况援助公约》，联合国，《条约汇编》，第1457卷，第24643号，第133页，第3(a)条(其中指出：除另有协定，“请求援助国应在其境内负责援助的全盘指导、控制、协调和监督”)。 [↑](#footnote-ref-176)
176. 见《2008年……年鉴》第二卷第一部分中A/CN.4/598号文件第26段所列的例子。 [↑](#footnote-ref-177)
177. 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第三十七届会议，补编第40号》(A/37/40)，附件五，第5段。 [↑](#footnote-ref-178)
178. 见第四条第一款。 [↑](#footnote-ref-179)
179. 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第40号》(A/56/40)，第一卷，附件六，第5段。 [↑](#footnote-ref-180)
180. 见第十一条。 [↑](#footnote-ref-181)
181. 《经济及社会理事会正式记录，第二十一届会议，补编第2号》(E/2000/22-E/C.12/1999/11)，附件五，第102页，第17段。 [↑](#footnote-ref-182)
182. 《人权：国际文书汇编》，第二卷，《区域文书》(联合国出版物，出售品编号E.97.XIV.1)， C节，第39号。 [↑](#footnote-ref-183)
183. 同上，第十一条。 [↑](#footnote-ref-184)
184. 科孚海峡案(见以上脚注66)，第22页(其中指出：“阿尔巴尼亚当局义不容辞的义务包括为了一般航行，通知在阿尔巴尼亚领海有一个雷区和警告接近的英国军舰注意雷区使它们暴露在迫在眉睫的危险之中。这些义务不是根据适用于战争时期的《1907年第八号海牙公约》的规定，而是根据某些普遍和公认的原则，即：基本的人道考虑，在和平时期比战争时期还要严格……”)。 [↑](#footnote-ref-185)
185. 关于人道主义援助的决议(见以上脚注18)，第三条，第3段。 [↑](#footnote-ref-186)
186. 红十字与红新月联合会《导则》(见以上脚注17)，导则3第2段。 [↑](#footnote-ref-187)
187. 大会第46/182号决议，附件，第5段。 [↑](#footnote-ref-188)
188. 《奥斯陆准则》(见以上脚注28)，第58段。 [↑](#footnote-ref-189)
189. 大会第2625(XXV)号决议，附件。 [↑](#footnote-ref-190)
190. 同上。 [↑](#footnote-ref-191)
191. 同上。 [↑](#footnote-ref-192)
192. 同上。 [↑](#footnote-ref-193)
193. 国际法学会，《年鉴》，第63卷第二部分，圣地亚哥德孔波斯特拉会议(1989年)，第339页起，见第345页，第5条。 [↑](#footnote-ref-194)
194. 例如见《日内瓦公约》，第三条第(二)款。 [↑](#footnote-ref-195)
195. 见第十八条第一款。 [↑](#footnote-ref-196)
196. 见大会第43/131号决议，第4-5段。 [↑](#footnote-ref-197)
197. 另见《东盟协定》第4条(c)项(“为实现本协定的目标，缔约方应……对受灾缔约方的援助请求迅速作出反应”)；和《南亚区域合作联盟快速应对自然灾害协定》(2011年5月26日，马莱)，第4条。 [↑](#footnote-ref-198)
198. 大会2007年12月6日第62/67号决议(其评注见《2006年……年鉴》第二卷第二部分，第四章，E节)。 [↑](#footnote-ref-199)
199. 大会第46/182号决议，附件，第3段。 [↑](#footnote-ref-200)
200. 见第4条第5款。 [↑](#footnote-ref-201)
201. 见第3条第1款。 [↑](#footnote-ref-202)
202. 见《公民权利和政治权利国际公约》第六条第一款。 [↑](#footnote-ref-203)
203. 第6号一般性意见(见以上脚注177)，第5段：“‘固有生命权’一语不能以狭隘的方式加以理解，保护这一权利要求各国采取积极措施。” [↑](#footnote-ref-204)
204. 大会第43/131号决议，第8序言段；大会第45/100号决议，第6序言段。 [↑](#footnote-ref-205)
205. E/CN.4/1998/53/Add.2, 附件。 [↑](#footnote-ref-206)
206. A/59/2005, 第210段。 [↑](#footnote-ref-207)
207. E/CN.4/1998/53/Add.2，附件，原则25, 第2段。 [↑](#footnote-ref-208)
208. 国际法学会，《年鉴》第63卷第二部分(国际法学会全体会议议事情况)，圣地亚哥德孔波斯特拉会议(1989年)，第339页起，见第345页。法文本中使用强制性语言，而英文译文是：“States in whose territories these emergency situations exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance”(在其领土上存在这些紧急情况的国家不应该任意拒绝此种人道主义援助的提议)。解释性文字“où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé(人民的生命或健康受到严重威胁)”摘自该决议第5条第1段。 [↑](#footnote-ref-209)
209. 关于人道主义援助的决议(见以上脚注18)，第八条第1款。 [↑](#footnote-ref-210)
210. 关于伊拉克北部，见安全理事会1991年4月5日第688(1991)号决议；关于波斯尼亚和黑塞哥维那，见1992年8月13日第770(1992)号决议和1992年10月9日第781(1992)号决议；关于索马里，见1992年12月3日第794(1992)号决议。 [↑](#footnote-ref-211)
211. 安全理事会2014年2月22日第2139(2014)号决议，第10序言段。 [↑](#footnote-ref-212)
212. 安全理事会2014年7月14日第2165(2014)号决议，第2执行段。 [↑](#footnote-ref-213)
213. 第9和第10序言段。 [↑](#footnote-ref-214)
214. 第8和第9序言段。 [↑](#footnote-ref-215)
215. 《民防援助框架公约》，第3条(e)项，第12条草案评注第(7)段中也曾引述。 [↑](#footnote-ref-216)
216. D. Akande和E. Gillard, “Oxford Guidance on the Law Regulating Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict(武装冲突情况下人道主义救济行动法牛津准则)”，联合国人道主义事务协调厅约请编写，将于2016年较后的时间出版。 [↑](#footnote-ref-217)
217. 例如见《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，大会第2625(XXV)号决议，附件，第1段(其中指出：“每一国家有义务诚意履行”、“按照《联合国宪章》”承担的义务、“普遍承认的国际法原则和规则下的义务”和“根据普遍承认的国际法原则和规则缔结的有效国际协定所规定的义务”)。 [↑](#footnote-ref-218)
218. 接纳一国加入联合国(《宪章》第四条)，咨询意见：《1948年国际法院案例汇编》，第57页起，引文见第63-64页；美利坚合众国国民在摩洛哥的权利一案，1952年8月27日裁决，《1952年国际法院案例汇编》，第176页起，引文见第212页；刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国)，裁决，《2008年国际法院案例汇编》，第177页起，见第229页，第145段；以及北大西洋沿岸渔业一案(大不列颠，美利坚合众国)，1910年9月7日，《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第188页。 [↑](#footnote-ref-219)
219. 例如，见《美洲便利灾难援助公约》。《美洲国家组织正式记录》(OEA/Ser.A/49 (SEPF) )，英文第15页，第八条和第十一条d款，以及《核事故或辐射紧急情况援助公约》第8条第7款。 [↑](#footnote-ref-220)
220. 同上，以及《黑海经济合作组织(黑海经合组织)参加国政府关于就自然灾害和人为灾害提供紧急援助做出紧急反应的合作协定》(1998年)第5条和第9条。见[www.bsec-organization.org/ documents/LegalDocuments/agreementmous/agr4/Documents/Emergencyagreement%20071116.pdf](http://www.bsec-organization.org/%20documents/LegalDocuments/agreementmous/agr4/Documents/Emergencyagreement%20071116.pdf) (2016年7月4日查阅)。 [↑](#footnote-ref-221)
221. 例如，见《关于工业事故越境影响的公约》，1992年3月17日，联合国，《条约汇编》，第2105卷，第36605号，英文第457页，附件十，第1款(“参加援助行动的人员需依据求助国家的相关法律开展活动”)。 [↑](#footnote-ref-222)
222. 例如，见《东盟协定》第13条第2款(“援助行动负责人应采取一切适当措施，确保遵守国内法律和规章”)。 [↑](#footnote-ref-223)
223. 例如，见MacAlister-Smith著，《国际指南》(上文脚注71)，第22(b)段(“在人道主义援助行动的任何时候，援助人员都应……与受援国的指定主管部门合作”)。 [↑](#footnote-ref-224)
224. 例如，见《坦佩雷公约》第4条第2款([a]“请求提供电信援助的缔约国应具体说明所需援助的范围和类型”)。 [↑](#footnote-ref-225)
225. 由红十字会与红新月会国际联合会、人道主义事务协调厅和各国议会联盟拟定，2013年。 [↑](#footnote-ref-226)
226. 例如，见《框架公约》第4条第5款(“受益国应在国家法律的框架之内，提供实施援助所必需的所有特权、豁免和便利”)。 [↑](#footnote-ref-227)
227. 红十字会协会早就指出，“救灾代表和团队获得签证的程序仍然十分耗时，往往延误了派遣这些代表和团队的时间”，因此延误受灾国有义务提供的重要援助。1975年10月28日至11月1日在日内瓦举行的红十字会协会理事会第三十三届会议通过的第13号决议。 [↑](#footnote-ref-228)
228. 见M. El Baradei等著，《救灾行动示范规则》，政策和效能研究丛书第8号(联合国出售品编号E.82.XV.PE/8)，附件A规则16称，受灾国必须允许援助“人员自由进入履行其专门商定的职责而必须进入的灾区，并在灾区内自由通行”。 [↑](#footnote-ref-229)
229. 各项国际条约都强调了这一点。例如，见《坦佩雷公约》第9条第4款以及《东盟协定》第14条b项。 [↑](#footnote-ref-230)
230. 经机构间常设委员会2013年2月27日核可。 [↑](#footnote-ref-231)
231. 见上文第14条草案的评注第(2)段。 [↑](#footnote-ref-232)
232. 《1989年……年鉴》第二卷第二部，第72段。 [↑](#footnote-ref-233)
233. 同上，第9条草案评注第(4)段。 [↑](#footnote-ref-234)
234. 例如，见1965年《便利国际海上运输公约》(1978年修订)附件第5节F小节，联合国，《条约汇编》，第1110卷，第8564号，英文第318和第320页。 [↑](#footnote-ref-235)
235. 联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，英文第331页。 [↑](#footnote-ref-236)
236. 还见第3条(a)项草案评注第(10)段。 [↑](#footnote-ref-237)
237. 在2012年5月22日举行的第3132次会议上(《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10](http://undocs.org/A/67/10))，第157段)。大会在2012年12月14日第67/92号决议第7段中赞赏地注意到委员会决定将该专题列入工作方案。委员会第六十三届会议(2011年)按照委员会报告附件A所载的建议(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/A/66/10))，第305-314页)将该专题列入长期工作方案。 [↑](#footnote-ref-238)
238. 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10](http://undocs.org/A/67/10))，第157-202段。 [↑](#footnote-ref-239)
239. 同上，第159段。 [↑](#footnote-ref-240)
240. 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》([A/68/10](http://undocs.org/A/68/10))，第64段。 [↑](#footnote-ref-241)
241. 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10](http://undocs.org/A/69/10))，第135段。 [↑](#footnote-ref-242)
242. 《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/A/69/10))，第60段。 [↑](#footnote-ref-243)
243. 同上，第61段。 [↑](#footnote-ref-244)
244. 见关于习惯国际法的识别的第四次报告([A/CN.4/695](http://undocs.org/A/CN.4/695))，附件结论草案3(评估两个要素的证据)、结论草案4(惯例的要求)、结论草案6(惯例的形式)、结论草案9(被接受为法律(法律确信)的要求)和结论草案12(国际组织和政府间会议的决议)的拟议修正案)。 [↑](#footnote-ref-245)
245. 与委员会以往工作成果一样，本结论草案应结合评注来解读。 [↑](#footnote-ref-246)
246. 国际法的一些重要领域因几乎没有适用的条约，仍然主要由习惯国际法加以规范。即便有时存在着有效条约，但对条约没有规范到的问题仍然执行习惯国际法规则；在涉及条约非缔约方时以及在非缔约方之间，习惯国际法规则也仍然适用。此外，条约可能会提到习惯国际法规则；在按照《维也纳条约法公约》(联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，第331页(下称“1969年《维也纳公约》”))第三十一条第三款(c)项解释条约时，也可将这种规则纳入考虑。另外，有时候，即便现在已经有了生效的条约，但可能有必要确定在某些行为发生时当时适用的法律(“时际法”)，而这种法律可能属于习惯国际法。即便习惯国际法的规则与条约具备相同的内容，这种规则也可独立于条约而继续存在和适用，甚至是在条约的缔约方之间继续存在和适用(见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，实质问题，判决，《1986年国际法院案例汇编》，第14页起，见第93-96页，第174-179段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，国际法院的判决，2015年2月3日，第88段)。 [↑](#footnote-ref-247)
247. 1920年，国际联盟设立了法学家咨询委员会以编写《常设国际法院规约》草案，该委员会提出了这一措辞；1945年《国际法院规约》中原样保留了这一措辞。虽然这种起草方式曾被批评为不准确，但这一程式化语句仍被广泛视为抓住了习惯国际法的实质所在。 [↑](#footnote-ref-248)
248. 习惯国际法方面的文献目录，包括对应一些结论草案所涵盖问题的文献，以及论及习惯国际法在各领域应用情况的文献，见特别报告员的第四次报告([A/CN.4/695/Add.1)](http://undocs.org/ch/A/CN.4/695/Add.1))，附件二。 [↑](#footnote-ref-249)
249. 其中一些术语可能在使用上具有其他含义；特定是，“一般国际法”有多种不同用法(含义并非始终明确)，包括用于指代通用国际法规则，不论是条约法、习惯国际法，还是一般法律原则。有关“一般国际法”这一术语的司法讨论，见尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)，国际法院判决(2015年12月16日)，多诺霍法官的个别意见(第2段)，杜加尔德专案法官的个别意见(第12-17段)。 [↑](#footnote-ref-250)
250. 见缅因湾区域海洋边界划界案，判决，《1984年国际法院案例汇编》，第246页起，见第288-290页，第79段(“‘规则’与‘原则’之间的关系只不过是用两个用语表达同一概念，因为在[确定适用的国际法的]背景下，‘原则’显然指的是法律原则，也就是说，它也包括国际法规则，在国际法规则中，使用‘原则’一词可能是合理的，因为原则具有更加通用、更加基本的特点”；“莲花号”案，常设国际法院，A辑，第10号(1927年)，第16页(“本法院认为，‘国际法原则’一词就常用含义而言只能表示属于国际社会的所有国家之间适用的国际法”)。 [↑](#footnote-ref-251)
251. 在这方面必须指出，在这些评注中提到各法院和法庭的具体判决是为了说明所用方法，而不是为了介绍判决的实质内容。 [↑](#footnote-ref-252)
252. 该拉丁文术语与“被接受为法律”一同保留，这不仅是因为该术语常见于法律话语，这包括国际法院判例将这两个术语作同义词使用，而且是因为该术语可能更好地体现出习惯国际法的这一主观要素的实质在于法律信念而非正式同意。 [↑](#footnote-ref-253)
253. 仅案件当事各方就其认为的习惯国际法规则的存在和内容持一致意见不足以作为识别依据，必须确定确实存在被接受为法律的一般惯例：尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注246)，见第97-98页，第184段。 [↑](#footnote-ref-254)
254. 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院案例汇编》，第3页起，见第44页，第77段。 [↑](#footnote-ref-255)
255. 例如，见国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第99页起，见第122-123页，第55段；大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，判决，《1985年国际法院案例汇编》，第13页起，见第29-30页，第27段；北海大陆架案(见上文脚注254)，见第44页，第77段。 [↑](#footnote-ref-256)
256. 例如，在国家的管辖豁免案中，对国内法律、司法判决以及主张和其他官方声明等形式的国家惯例进行了广泛的调查，发现这种国家惯例伴有法律确信，从而识别了习惯国际法规定的国家豁免的范围(国家的管辖豁免案(见上文脚注255)，见第122-139页，第55-91段)。 [↑](#footnote-ref-257)
257. 哥伦比亚－秘鲁庇护权案，1950年11月20日的判决：《1950年国际法院案例汇编》，第266页起，见第277页。 [↑](#footnote-ref-258)
258. 例如，在通行权案中，法院认为没有证据表明，葡萄牙武装部队和武装警察经印度领土在达曼与葡属印度飞地之间以及在两个飞地本身之间反复通行的惯例是依法当然许可或依法当然行使的。法院解释称：“考虑到本案的特殊情况，法院认为，通行前必须获得许可的这一情况依法当然构成通行权谈判。该惯例意味着，领土主权享有撤回或拒绝许可的酌处权。有人辩称，通行一贯可以得到许可，但法院认为这不影响法律立场。没有任何记录表明，给予许可是英国或印度负有的义务”(在印度领土上的通行权案(实质问题)，1960年4月12日的判决：《1960年国际法院案例汇编》，第6页起，见第40-43页)。在以核武器相威胁或使用核武器的合法性一案中，法院认为：“一方面，有了新生的法律确信，而另一方面，仍存在对威慑做法的强烈坚持，这二者之间的关系持续紧张，使专门禁止使用核武器的习惯规则难以作为现行法出现。”(以核武器相威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第226页起，见第255页，第73段)。另见检察官诉萨姆·辛加·诺曼案，塞拉利昂特别法庭，案件号SCSL-2004-14-AR72(E)，对以缺乏管辖权为由提出的初步请求所作裁定(招募儿童)，2004年5月31日，第13页，第17段。 [↑](#footnote-ref-259)
259. 以下案件看上去就使用了这一方法：乌拉圭河沿岸的纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第14页起，见第55-56页，第101段。 [↑](#footnote-ref-260)
260. 领土争端和海洋划界案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第624页起，见第674页，第139段。 [↑](#footnote-ref-261)
261. 见国际法不成体系问题研究组的工作结论，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第251 (1)段。 [↑](#footnote-ref-262)
262. 见下文结论草案3。 [↑](#footnote-ref-263)
263. 此处使用的“证据”一词为广义，涉及可被视为习惯国际法识别依据的所有材料，而非具体法院或具体法律系统中使用的技术性含义。 [↑](#footnote-ref-264)
264. 另见北海大陆架案 (上文脚注254)，田中法官的反对意见，见第175页：“要决定在习惯法的形成过程中是否存在这两个因素，是一项棘手和困难的工作。对重复的情况、国家惯例例证的数量、习惯法产生所需的时间都无法以数学方法、以统一标准决定。对每项因素，都需要结合不同的场景和情况相对地进行评估。” [↑](#footnote-ref-265)
265. 在国家的管辖豁免案中，国际法院认为，国家豁免的习惯规则源于国家主权平等原则，在此背景下，审视这一规则时必须结合每个国家对其领土拥有主权的原则；国家法院还认为，源自上述主权，国家对上述领土内的事件和人员享有管辖权(国家的管辖豁免案(见上文脚注255)，见第123-124页，第57段)。另见尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动案和哥斯达黎加圣胡安河沿线修建公路案(上文脚注249)，多诺霍法官的个别意见(第3-10段)。 [↑](#footnote-ref-266)
266. 国家的管辖豁免案 (见上文脚注255)，见第123页，第55段。在航行权利和相关权利案中，一个问题是(案件当事双方均承认)由来已久的自给性捕鱼惯例是否已演变为一项(特别)习惯国际法规则，对此国际法院指出：“就该惯例的性质而言，尤其是考虑到该地区地处偏远、人口较少且分布松散，该惯例不太可能以任何正式形式载入官方记录。在法院看来，尼加拉瓜未能否认源自长期以来未受扰乱和质疑的惯例的权利之存在，这一点十分重要”(航行权利和相关权利争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2009年国际法院案例汇编》，第213页起，见第265-266页，第141段)。前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭指出过观察国家战地惯例的难度：检察官诉塔迪奇，案件号IT-94-1-AR72，1995年10月2日对辩方就管辖权问题提出的中间上诉申请作出的裁决，第99段。 [↑](#footnote-ref-267)
267. 关于不作为这种形式的惯例，见结论草案6及其评注第(3)段。 [↑](#footnote-ref-268)
268. 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案，1952年8月27日的判决：《1952年国际法院案例汇编》，第176页起，见第200页。 [↑](#footnote-ref-269)
269. 北海大陆架案(见脚注254)，见第44页，第76段。在“莲花号”案中，常设国际法院也认为：“在报告的案件中，判决十分少见，这一点足以从事实上证明所称的情况，尽管如此，……这只能显示各国在实践中往往不提起刑事诉讼，而非各国承认自己有义务不提起刑事诉讼；因为，除非各国不诉讼的原因是认识到自身有不诉讼的义务，否则谈不上国际习惯。所称的事实无法推断出各国已认识到存在着这种义务”(“莲花号”案 (见上文脚注250)，见第28页)。另见下文结论草案10，第(2)段。 [↑](#footnote-ref-270)
270. 有时也称“做法”，但这可能与“单纯的常例或习惯”相混淆，后者与习惯国际法不同：见下文结论草案9，第2段。 [↑](#footnote-ref-271)
271. 国家惯例在国际公法中还具有其他重要作用，包括与条约解释有关的作用(见关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”的本报告第六章)。 [↑](#footnote-ref-272)
272. 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注246)，见第97页，第183段。在国家的管辖豁免案中，法院证实，“习惯国际法源自国家惯例”(国家的管辖豁免案 (见上文脚注255)，第143页，第101段)。 [↑](#footnote-ref-273)
273. 另见下文结论草案下文结论草案6、10和12，这些草案除其他外，提到了国际组织内部的国家(被接受为法律的)惯例。 [↑](#footnote-ref-274)
274. 另见委员会于2011年通过的关于国际组织责任的条款草案，总评注，第(7)段：“国际组织与国家相当不同，此外国际组织相互之间也有很大的差别。与国家相对的是，国际组织不具有一般性权能，其建立是为了行使专门的职能(‘特定性原则’)。各国际组织在下列方面相互之间有很大的不同：在其权力和职能、成员国数量、该组织与成员的关系、辩论程序、结构和设施以及国际组织受其约束的主要规则包括条约义务等”(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第88段)。 [↑](#footnote-ref-275)
275. 国际组织外部的惯例(即国际组织与国家、国际组织和其他方面关系中的惯例)可能与习惯国际法的识别尤为相关。 [↑](#footnote-ref-276)
276. 另见执行联合国职务时所受损害的赔偿，咨询意见：《1949年国际法院案例汇编》，第174页起，见第178页(“在任何法律体系中，各法律主体的性质或权利范围并不一定相同”)。 [↑](#footnote-ref-277)
277. 在发挥后面这种作用时，其成果可能属于结论草案14的范围。委员会在“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”这一专题下审议了涉及“非国家行为者”类似论点：见本报告第六章，第73段(结论草案5，第2段)。 [↑](#footnote-ref-278)
278. 例如，见航行权利和相关权利争端案(上文脚注266)，见第265-266页，第141段。 [↑](#footnote-ref-279)
279. 这不妨碍红十字国际委员会履行尤其由1949年《日内瓦公约》赋予它的特定职责而采取的行动的意义。 [↑](#footnote-ref-280)
280. 参见国家对国际不法行为的责任的第4和第5条，大会2001年12月12日第56/83号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注，见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第76-77段。 [↑](#footnote-ref-281)
281. 另见上文结论草案4第2段及所附评注。 [↑](#footnote-ref-282)
282. 就特别习惯国际法而言，应至少有另一个国家或一组国家知晓(见下文结论草案16)。 [↑](#footnote-ref-283)
283. 例证见“莲花号”案(上文脚注250)，见第28页；诺特波姆案(第二阶段)，1955年4月6日的判决：《1955年国际法院案例汇编》，第4页起，见第22页；国家的管辖豁免案(见上文脚注255)，见第135页，第77段。 [↑](#footnote-ref-284)
284. 另见“使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段”，《1950年……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第二部分，第368页，第31段。 [↑](#footnote-ref-285)
285. 见结论草案3的评注第(3)段。 [↑](#footnote-ref-286)
286. 例如，见国家的管辖豁免案(上文脚注255)，见第131-135页，第72-77段；2000年4月11日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院案例汇编》，第3页起，见第24页，第58段。“各国法院”这一术语也可包括在一个或多个国内法律体系内运作、具备国际要素的法院，例如由本国法官和国际法官混合组成的法院或法庭。 [↑](#footnote-ref-287)
287. 见下文结论草案13第2段。各国法院的判决也可成为被接受为法律(法律确信)的证据，有关内容见下文结论草案10第2段。 [↑](#footnote-ref-288)
288. 国家的管辖豁免案(见上文脚注255)，见第134页，第76段。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注246)，见第98页，第186段。 [↑](#footnote-ref-289)
289. 渔业案，1951年12月18日的判决：《1951年国际法院案例汇编》，第116页起，见第138页。 [↑](#footnote-ref-290)
290. 例如，见国家的管辖豁免案(上文脚注255)，见第136页，第83段(国际法院指出，“根据希腊法律”，特别最高法院的意见高于希腊最高法院的意见)。 [↑](#footnote-ref-291)
291. 北海大陆架案(见上文脚注254)，见第43页，第74段。包括国际法院在内，各方使用过许多种术语来描述一般性的要求，这些术语在所指含义上不存在真正的区别。 [↑](#footnote-ref-292)
292. 同上，见第44页，第77段。 [↑](#footnote-ref-293)
293. 另见上文结论草案3。 [↑](#footnote-ref-294)
294. 另见澳大利亚联邦法院2016年2月4日的判决，Ure诉澳大利亚联邦 [2016] FCAFC 8，第37段(“我们不愿作出这样的表态，即国家惯例实例数量较少就无法证明习惯国际[法]规则的存在。我们接受规范性较弱的立场，即国家惯例实例数量越少，就越难完成这一任务”)。 [↑](#footnote-ref-295)
295. 例如，见2 BvR 1506/03，德国联邦宪法法院，2003年11月5日第二庭的命令，第59段(“但是，这种惯例普及程度不够，不足以被视为产生习惯国际法的统一惯例”)。 [↑](#footnote-ref-296)
296. 因此，如果某具体惯例以及其他国家在回应方面的不作为确实已被普遍接受为法律(法律确信)，则有较少国家参与这种惯例就足够了。 [↑](#footnote-ref-297)
297. 国际法院曾表示，“一项必要要求是，在所涉时期内，即便该时期较短，国家惯例，包括利益特别受到影响的国家的惯例，必须是既广泛又基本上统一的”，北海大陆架案(见上文脚注254)，见第43页，第74段。 [↑](#footnote-ref-298)
298. 渔业案(见上文脚注289)，见第131页。国际法院分庭在缅因湾案中认定，若惯例显示“每宗具体案件在最终的分析中都与其他案件不同……就不可能具备形成习惯法原则和规则所必需的条件”(缅因湾区域海洋边界划界案(见上文脚注250)，见第290页，第81段)。例如，另见，哥伦比亚－秘鲁庇护权案(上文脚注257)，见第277页(“法院所掌握的事实显示，在外交庇护的使用方面，存在太多不确定与矛盾之处，也存在太多变动与差异之处……无法从中观察出任何与所称的单方面确定犯罪性质的规则有关的恒定和统一的做法……”)；对美利坚合众国与意大利航空运输服务协定的解释，1965年7月17日的咨询意见，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷(出售品编号E/F.69.V.1)，第75-108页，见第100页(“只有在事实上观察到的没有变化的恒定惯例可以构成一项习惯国际法规则，这是正确的”)。 [↑](#footnote-ref-299)
299. “莲花号”案(见上文脚注250)，见第21页。另见北海大陆架案(上文脚注254)，见第45页，第79段；塞拉利昂特别法庭，检察官诉Moinina Fofana和Allieu Kondewa案，案件号SCSL-04-14-A，判决(上诉分庭)，2008年5月28日，第406段。 [↑](#footnote-ref-300)
300. 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注246)，见第98页，第186段。 [↑](#footnote-ref-301)
301. 同上。例如，另见检察官诉萨姆·辛加·诺曼案(上文脚注258)，第51段。在评估具体国家的惯例时同理：见上文结论草案7。 [↑](#footnote-ref-302)
302. 举例而言，在国际空间法或海洋法等领域，习惯国际法在若干场合发展迅速。 [↑](#footnote-ref-303)
303. 北海大陆架案(见上文脚注254)，见第43页，第74段。 [↑](#footnote-ref-304)
304. 同上，见第77段；另同上，见第76段(提及一项要求，即各国“相信自己是在适用习惯国际法的一项强制性规则”)。 [↑](#footnote-ref-305)
305. 哥伦比亚－秘鲁庇护权案(见上文脚注257)，见第277和第286页。另见“莲花号”案(上文脚注250)，见第28页(“即使在所报告的案件中罕见的司法裁决足以证明实际情形……这也只会表明，各国常常在实践中放弃刑事诉讼，而不是它们认为自己有义务这样做；因为只有此种放弃行为是基于它们意识到有责任放弃，才有可能称得上国际习惯。声称的事实无法使人推断国家意识到有此种义务；另一方面……有被认为能够证明情况恰恰相反的其他情形”)；在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注246)；第108-110页，第206-209段。 [↑](#footnote-ref-306)
306. 例如另见北海大陆架案(上文脚注254)；第43页，第76段。在一项非宣誓性条约几乎吸引到普遍参与时，这一点可对确定是否已经形成一项习惯国际法规则造成特别的困难。 [↑](#footnote-ref-307)
307. 见在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注246)，第109页，第207段(“无论是那些采取这种行动的国家还是那些有能力对其做出反应的国家，其行为方式都必须使它们的行为可以证明这一信念，即这种惯例是由于存在着要求将其付诸实施的法律规则而变得具有强制性”(援引北海大陆架案判决)。 [↑](#footnote-ref-308)
308. 因此，在有关某项惯例是否伴有被接受为法律(法律确信)问题上“国际社会的成员意见极为分歧”时，不能说存在此种被接受为法律：见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注258)，第254页，第67段。 [↑](#footnote-ref-309)
309. 在印度领土上的通行权案中，国际法院就武装部队和武装警察通过的问题指出，“该惯例意味着领土主权享有撤销或拒绝许可的酌处权。有人争辩说，这种许可总是可以得到的，但法院认为，这不影响法律立场。没有任何记录表明，给予许可是英国或印度负有的义务”(在印度领土上的通行权案(见上文脚注258)，第42-43页)。在国家的管辖豁免案中，国际法院同样认为，在试图确定一项习惯国际法规则的内容时“虽然各国有时的确可能会决定给予比国际法要求更广泛的豁免，但就当前目的而言，要点是在这一个案例中豁免的给予并不伴有必要的法律确信，因此无助于说明法院目前正在审议的问题(国家的管辖豁免案(见上文脚注255)，第123页，第55段)。另见北海大陆架案(上文脚注254)，第43-44页，第76段。 [↑](#footnote-ref-310)
310. 国际法院指出，事实上：“有许多国际行为，例如在礼仪和礼宾方面，几乎总是得到实施，但其动机仅仅是出于礼貌、方便或传统的考虑，而不是出于任何法律义务感”(北海大陆架案(见上文脚注254)，第44页，第77段)。 [↑](#footnote-ref-311)
311. 见上文结论草案3。 [↑](#footnote-ref-312)
312. 有时，惯例本身伴有对法律义务的明确否认，例如国家向对外国外交财产造成的损害支付特惠赔偿的情况。 [↑](#footnote-ref-313)
313. 渔业案(见上文脚注289)，第139页。另见“莲花号”案(上文脚注250)，第29页(“法院认为有强调以下事实的要求：有关国家似乎没有反对在船旗国以外国家的法庭进行有关碰撞案件的刑事诉讼程序，它们似乎也没有提出抗议：它们的行为似乎没有明显不同于它们在所有共同管辖权案件中遵守的行为。这一事实与存在国家对船旗国的专属管辖权的默示同意直接相反，例如法国政府人员认为，从刑事法院很少审理管辖权问题这一事实可以推断出这一点。如果它们真的认为这种情况违反了国际法，那么法国政府在Ortigia-Oncle-Joseph案及德国政府在Ekbatana-West-Hinder案中都没有抗议意大利和比利时法院行使刑事管辖权似乎是不可能的，也不符合国际惯例”)；Priebke, Erich s/ solicitud de extradición案，第16.063/94号案件，阿根廷最高法院，1995年11月2日的判决，Gustavo A. Bossert法官的投票，第40页，第90段。 [↑](#footnote-ref-314)
314. 另见，从更一般性的意义上，北海大陆架案(上文脚注254)，第27页，第33段。 [↑](#footnote-ref-315)
315. 国际法院曾在不同情况下指出：“没有做出反应很有可能构成默认……换言之，沉默也可表达意思，但只有在其他国家的行为要求做出回应的情形下才会如此”。白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属案(马来西亚/新加坡)，判决，《2008年国际法院案例汇编》，第12页起，见第50-51页，第121段)。另见航行权利和相关权利争端案(见上文脚注266)，第265-266页，第141段(“在法院看来，尼加拉瓜未能否认源自长期以来未受扰乱和质疑的惯例的权利之存在，这一点十分重要”)。 [↑](#footnote-ref-316)
316. 某种惯例很可能被视为影响到所有或几乎所有国家。 [↑](#footnote-ref-317)
317. 例如，见加布奇科沃－大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)，判决书，《1997年国际法院案例汇编》，第7页起，见第40页，第51段；国家关于“区域”内活动的责任和义务，咨询意见，2011年2月1日，《2011年国际海洋法法庭案例汇编》，第10页起，见第56页，第169段；检察官诉Elizaphan Ntakirutimana和Gérard Ntakirutimana,卢旺达问题国际刑事法庭，ICTR-96-10-A号案件和ICTR-96-17-A号案件，判决书(上诉分庭)，2004年12月13日，第518段；迪拜－沙迦边境仲裁(1981年)，《国际法报告》，第91卷，第543-701页，见第575页；2 BvR 1506/03, 德国联邦宪法法院，2003年11月5日第二审判庭的命令，第47段。 [↑](#footnote-ref-318)
318. 见《国际法委员会章程》(1947)，大会1947年11月21日第174(II)号决议通过。 [↑](#footnote-ref-319)
319. 一旦大会已就委员会的一项最终草案采取行动，例如在决议中加以评述或将其作为附件载于一项决议，委员会的工作成果也可在结论草案12下进行考虑。 [↑](#footnote-ref-320)
320. 大陆架案(见上文脚注255)，第29-30页，第27段(“当然，不言而喻，尽管多边公约在记录和界定，甚至发展源于习惯的规则方面可发挥重要作用，但习惯国际法的材料还是应主要在各国的实际惯例和法律确信中寻找”)。1969年《维也纳公约》第三十八条提到“条约所载规则成为对第三国有拘束力之公认国际法习惯规则”的可能性。 [↑](#footnote-ref-321)
321. 见国家的司法管辖豁免(上文脚注255)，第128页，第66段；“便利各方利用国际习惯法的证据的方式和方法”，《1950年年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第二篇，第368页，第29段，(“若干国家为力求确定国际习惯法中某项法则之存在，辄有将为他国所遵行之惯例订为协约者，甚至有将虽经签字而尚未生效之多边协约视为具有证明国际习惯法之价值者。”)。 [↑](#footnote-ref-322)
322. 也有可能某单一条款仅部分宣示了习惯国际法。 [↑](#footnote-ref-323)
323. 例如见厄立特里亚－埃塞俄比亚混合索赔委员会，部分裁决：战俘，埃塞俄比亚的第4号索赔，2003年7月1日，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷(出售品编号E/F.06.V.7)，第73-114页，见第86-97页，第31段(“当然，关于1949年日内瓦四公约已大体上成为习惯国际法表述的主张具有重要的现代效力，并且本案中的双方均赞同这一点。这些公约获得了几乎普遍的接受这一事实本身也支持这项结论”(脚注省略))；检察官诉萨姆·欣加·诺曼案(见上文脚注258)，见第17-20段(除其他外，提到“极大的认可，所有国际文书中程度最高的接受程度”来说明《儿童权利公约》的有关条款已反映习惯国际法)；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47页，第94段(“《维也纳条约法公约》规定的关于因违约而终止条约关系的各项规则(无反对票，获得通过)可能在许多方面被认为是编纂关于这一主题的现有习惯法”)。 [↑](#footnote-ref-324)
324. 例如，见大陆架案(上文脚注255)，见第30页，第27段(“不可否认，1982年的《公约》[《海洋法公约》――当时尚未生效]已被绝大多数国家通过，具有十分重要的意义；因此，即便当事方没有提到《公约》，法院显然也有义务考虑《公约》任何相关条款作为习惯国际法规则在何种程度上对当事方具有约束力”)。 [↑](#footnote-ref-325)
325. 在北海大陆架案中，这种考虑致使所引述的若干国家惯例被视为不充分的证据(北海大陆架(见上文脚注254)，第43页，第76段)。 [↑](#footnote-ref-326)
326. 例如，见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，国际法院的判决，2015年2月3日，第87段。 [↑](#footnote-ref-327)
327. 例如，在1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》(联合国，《条约汇编》，第78卷，第1021号，第277页)中，各缔约国“确认灭绝种族之行为，不论出于平时或战时，均属国际法下之一种罪行”(第一条)(强调系本文所加)；而1958年《日内瓦公海公约》载有如下序言段落：“深愿编纂关于公海之国际法规则”(同上，第450卷，第6465号，见第82页)。某一条约同样可能表明其体现了逐渐发展而不是对法律的编纂；例如，在哥伦比亚－秘鲁庇护权案中，国际法院裁定1933年《蒙得维的亚国家权利与义务公约》(国际联盟，《条约汇编》，第165卷，第3802号，第19页)的序言称该公约是对先前一份公约的更改(并且批准前一份公约的国家数量有限)有悖于公约“仅编纂了已被认定为习惯的原则”的论点(哥伦比亚－秘鲁庇护权案(见上文脚注257)，见第277页)。 [↑](#footnote-ref-328)
328. 另见委员会《对条约的保留实践指南》，准则3.1.5.3(对反映习惯规则的规定的保留)和4.4.2(对习惯国际法之下的权利和义务不产生效果)，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10/Add.1)。 [↑](#footnote-ref-329)
329. 例如，1930年《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(国际联盟，《条约汇编》，第179卷，第4137号，第89页)规定“将上述原则和规则纳入公约，无论如何不得视为预断这些原则和规则是否已经构成国际法一部分的问题”(第18条)。有时，会笼统地同时提及编纂和发展：例如，在1969年《维也纳公约》中，各缔约国在序言中表示它们深信“本公约[达成了]条约法之编纂及逐渐发展”；在2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004年12月2日大会第59/38号决议)中，各缔约国在序言中考虑到“国家及其财产的管辖豁免为一项普遍接受的习惯国际法原则”，并表示相信《公约》“将有助于国际法的编纂与发展及此领域实践的协调”。 [↑](#footnote-ref-330)
330. 在北海大陆架案中，国际法院审查了1958年《大陆架公约》(联合国，《条约汇编》，第499卷，第7302号，第311段)第6条在起草时是否反映了习惯国际法，并判定：“因此，《公约》中规则的法律地位主要取决于致使[国际法]委员会提出该规则的程序。已经结合丹麦－荷兰关于等距离测量的先验必要性的主张对这些程序进行了审查，并且法院认为这种审查在此也能满足要求，显示委员会在提出《公约》第6条中出现的等距离原则时相当犹豫，在某种程度上是一种试验，充其量是拟议法，绝不是现行法或是正在出现的新习惯国际法规则。显然不能以此为基础来说《公约》第6条反映或具体化了这样的规则”(北海大陆架案(见上文脚注254)，见第38页，第62段)。另见国家的司法管辖豁免(上文脚注255)，第138-139页，第89段。 [↑](#footnote-ref-331)
331. 即便最终无法商定某一条约条款，习惯国际法仍有可能稍后“在[谈判条约的]会议的辩论和接近协定的基础上通过各国惯例”而演变出来，捕鱼管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《1974年国际法院案例汇编》，第3页起，见第23页，第52段。 [↑](#footnote-ref-332)
332. 例如，见大陆架案(上文脚注255)，第33页，第34段(“法院认为，毫无疑问，各国惯例显示，根据距离确定应享权利的专属经济区制度已成为习惯法的一部分”(强调系本文所加))。 [↑](#footnote-ref-333)
333. 正如国际法院所确认的，“这个过程完全有可能发生，且实际上不时发生：这已构成公认的习惯国际法新规则形成的方法之一”(北海大陆架案(见上文脚注254)，见第41页，第71段)。在1907年海牙第四公约《陆战法规和习惯公约》附件《海牙章程》(《1899年和1907年的海牙公约和宣言》可以找到一个例子：尽管根据《公约》，起草这些条款，是为“修改[当时存在的]一般战争法规和惯例”(因此不是编纂现有的习惯国际法)，但后来它们被视为反映了习惯国际法(见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编》，第136页起，见第172页，第89段)。 [↑](#footnote-ref-334)
334. 北海大陆架案(见上文脚注254)，见第41-42页和第43页，第72和第74段(在第71段提醒“这种结果不能轻率地视为已经达成”)。另见在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(上文脚注246)，见第98页，第184段(“如果两国商定将某项规则纳入条约，其商定协议足以使这一规则成为约束双方的法律规则；但在习惯国际法领域中，仅缔约方就规则内容达成共识还不够。法院必须确定各国惯例的确证实该规则存在于国家法律确信中”)。 [↑](#footnote-ref-335)
335. 见艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，初步异议，判决书，《2007年国际法院案例汇编》，第582页起，见第615页，第90段(“据几内亚援引，促进和保护外国投资协定以及《华盛顿公约》等各项国际协定制定了保护投资的特别法律制度，或这方面的规定通常被列入国家与外国投资者之间直接签订的合同，这些事实不足以证明外交保护的习惯规则发生了变化，因为这同样可以证明事实正好相反”)。 [↑](#footnote-ref-336)
336. 见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(上文脚注258)，见第254-255页，第70段；SEDCO公司诉伊朗国家石油公司和伊朗，中间裁决，第ITL 59-129-3号裁决，1986年3月27日，《国际法报告》，第84卷，第483-592页，见第526页。 [↑](#footnote-ref-337)
337. 其名称众多，例如“宣言”或“原则宣言”。 [↑](#footnote-ref-338)
338. 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(上文脚注258)，见第254-255页，第70段(提及大会的决议)。 [↑](#footnote-ref-339)
339. 在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(见上文脚注246)，见第100页，第188段。另见科威特政府诉美国独立石油公司(AMINOIL)，1982年3月24日最终裁决，《国际法报告》，第66卷，第518-627页，见第601-602页，第143段。 [↑](#footnote-ref-340)
340. 在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(见上文脚注246)，见第99页，第188段。 [↑](#footnote-ref-341)
341. 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注258)，见第255页，第70段。 [↑](#footnote-ref-342)
342. 例如，在1946年12月11日第九十六(一)号决议中，大会“确认灭绝种族为国际法下之一种犯罪行为”，这种措辞表明该段宣示了现有习惯国际法。 [↑](#footnote-ref-343)
343. 在大会中，对投票的解释往往在某一主要委员会通过决议时作出，在全体会议中通常不再重复。 [↑](#footnote-ref-344)
344. 例如，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注258)，见第255页，第71段(“本案所审查的决议之中有几项决议在通过时，相当多的国家投反对票或弃权；因此，这些决议虽然显示各方对核武器问题深感关切，仍然不足以确立定有一种认为使用核武器为非法的法律意见存在”)。 [↑](#footnote-ref-345)
345. 例如，见康克由，别名“杜赫”案，001/18-07-2007-ECCC/SC号案件，上诉判决，柬埔寨法院特别法庭，最高法院分庭(2012年2月3日)，第194段(“1975年《酷刑宣言》[1975年12月9日第3452(XXX)号决议，保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格待遇或处罚宣言]是一项不具约束力的大会决议，因而需要有进一步的证据，才能确定其中对酷刑的定义反映了相关时期的习惯国际法”)。 [↑](#footnote-ref-346)
346. 因此，也不能说国际性法院和法庭的判决是识别这方面国际法规则的确凿证据。 [↑](#footnote-ref-347)
347. 尽管国际性法院和法庭不存在等级关系，其他法院和法庭往往认为国际法院的判决令人信服。例如，见欧洲人权法院，Jones等人诉联合王国，第34356/06号和第40528/06号，ECHR 2014, 第198段；“赛加羚羊”号轮案(第2号)(圣文森特和格林那丁斯诉几内亚)，判决，《1999 年海洋法法庭汇编》，第10页，见第133-134段；日本－酒精饮料税，世贸组织上诉机构报告，WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R和WT/DS11/AB/R, 1996年11月1日通过，D节。 [↑](#footnote-ref-348)
348. 关于作为确定习惯国际法规则的辅助手段的各国法院的判决，例如，另见前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉Zejnil Delalić、Zdravko Mucić(又称Pavo)，Hazim Delić，Esad Landžo(又称Zenga)，第IT-96-21-T号案件，1998年11月16日的判决，见第414段。 [↑](#footnote-ref-349)
349. 另见“便利各方利用国际习惯法的证据的方式和方法”，《1950年……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第二编，第370页，第53段。 [↑](#footnote-ref-350)
350. Paquete Habana和Lola案，美国最高法院175 US 677(1900)，见第700页。另见“莲花号”案(上文脚注250)，第26和第31页。 [↑](#footnote-ref-351)
351. 北海大陆架案(见上文脚注254)，第38-39页，第63段。这对于“一般”习惯国际法成立，与“特别”习惯国际法相对(见下文结论草案16)。 [↑](#footnote-ref-352)
352. 例如，见德国联邦宪法法院的判决，第46卷(1978年)，1977年12月13日的判决，2 BvM 1/76, No. 32, 第342-404页，见388-389页，第6段(“这不只是说一国可采取行动，从一开始就坚持主张权利，从而成功地坚持对一条国际法现有规则的适用表示反对(就国际法院在挪威渔业案(见上文脚注, 第131页)中的判决而言)；而是说，目前不能假定存在一条对应的国际法一般规则”)。 [↑](#footnote-ref-353)
353. 在这一过程中，而且作为一揽子海洋法的一部分，国家实际上没有维持其反对立场。虽然要长期地有效保持一贯反对者地位有时证明是很难的，但这不会对这项规则的存在提出疑问。 [↑](#footnote-ref-354)
354. 例见渔业案(上文脚注289)，见第131页；*Michael Domingues v.United States,* Case No. 12.285 (2002)，美洲人权委员会报告，第62/02号第48和49段；*Sabeh El Leil v. France* [GC]，no. 34869/05, 欧洲 人权法院，2011年6月29日，第54段；.,世贸组织小组报告，“欧洲共同体――影响生物技术产品批准和营销的措施”，WT/DS291/R, WT/DS292/R和WT/DS293/R, 2006年11月21日通过，见第335页，脚注248；*Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d 699; 1992 U.S. App., at p. 715, para. 54。 [↑](#footnote-ref-355)
355. 例见土耳其于1982年在第三次联合国海洋法会议上的发言，第A/CONF.62/SR.189号文件，第76页，第150段(可访问<http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/Vol17.html>)；United States Department of Defense, *Law of War Manual,* Office of General Counsel, Washington D.C.，June 2015, at pp. 29-34, sect. 1.8(Customary international law)，尤其参见第30页，第1.8段(“习惯国际法在总体上对各国均有约束力，但在一条习惯国际法规则的发展过程中一贯对其反对的国家不受该规则约束”以及第34页，第1.8.4段；毛里求斯共和国诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案(根据1982年《联合国海洋法公约》附件七进行的仲裁)，毛里求斯共和国的答辩状，第1卷(2013年11月18日)，第124页，第5.11段。 [↑](#footnote-ref-356)
356. 委员会最近在“对条约的保留实践指南”中提到了这条规则，委员会说“保留可能是‘一贯反对者’表示坚持反对的一种手段；该反对者肯定可以拒绝通过一项条约适用某项规范，这样，其他国家便无法依一般国际法援引此项规范来指控他了”(见指南3.1.5.3的评注第(7)段，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10/Add.1)。 [↑](#footnote-ref-357)
357. 例见C v.Director of Immigration and another, Hong Kong Court of Appeal [2011] HKCA 159, CACV 132-137/[2008(2011)](http://undocs.org/ch/S/RES/2008(2011))，at para. 68(“反对的证据必须清楚”)。 [↑](#footnote-ref-358)
358. 不能排除的是，这类规则可能随时间推移演变为一般习惯国际法规则。 [↑](#footnote-ref-359)
359. 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注246)，相见第105页，第199段。 [↑](#footnote-ref-360)
360. 边界争端案，判决，《1986年国际法院案例汇编》，第554页起，见第565页，第21段。 [↑](#footnote-ref-361)
361. 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案(见上文脚注268)，见第200页；在印度领土上的通行权案(见上文脚注258)，见第39页。 [↑](#footnote-ref-362)
362. 航行权利和相关权利争端案(见上文脚注266)，见第233页，第34段。 [↑](#footnote-ref-363)
363. 哥伦比亚－秘鲁庇护权案(见上文脚注257)。 [↑](#footnote-ref-364)
364. 在印度领土上的通行权案(见上文脚注258)。 [↑](#footnote-ref-365)
365. 另见上文结论草案9, 第2段。 [↑](#footnote-ref-366)
366. 国际法院已把特别习惯国际法处理为源于其《规约》第38段第1款(b)项；哥伦比亚－秘鲁庇护权案(见上文脚注257)，见第276页。 [↑](#footnote-ref-367)
367. 这一立场与1969年《维也纳公约》关于条约与第三国的规定(第三部分，第四节)中的立场相似。 [↑](#footnote-ref-368)
368. 哥伦比亚－秘鲁庇护权案(见上文脚注257)，见第276页。 [↑](#footnote-ref-369)
369. 在印度领土上的通行权案(见上文脚注258)，见第39页。 [↑](#footnote-ref-370)
370. 同上，第6页。 [↑](#footnote-ref-371)
371. 见洪都拉斯在关于土地、岛屿和海洋边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯：尼加拉瓜参加诉讼)中的主张，1992年9月11日的判决，第351页起，见第597页，第399段。 [↑](#footnote-ref-372)
372. 航行权利和相关权利争端案(见上文脚注266)，见第265-266页，第140-144段；另见塞普尔伟达‒阿莫尔法官的个别意见，见第278-282页，第20-36段。 [↑](#footnote-ref-373)
373. *Nkondo v. Minister of Police and Another*, South African Supreme Court, 1980(2) SA 894(O), 7 March 1980, *International Law Reports*, vol. 82, pp. 358-375, at pp. 368-375(Smuts法官认定：“没有证据表明，南非共和国与莱索托之间存在长期有效的惯例，已具体化为免于移民手续过境的地方习惯权利”(见第359页))。。 [↑](#footnote-ref-374)
374. *Kraftwerk Reckingen AG v. Canton of Zurich and others,* Appeal Judgment, BGE 129 II 114, ILDC 346(CH 2002)，10 October 2002, Switzerland, Federal Supreme Court [BGer]；Public Law Chamber II, para. 4. [↑](#footnote-ref-375)
375. 哥伦比亚－秘鲁庇护权案(见上文脚注257)，见第276-277页。 [↑](#footnote-ref-376)
376. 2008年8月8日第2997次会议。见《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第353段；专题提纲见同上，附件一。2008年12月11日大会第63/123号决议第6段注意到该决定。 [↑](#footnote-ref-377)
377. 《2009年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第220-226段。 [↑](#footnote-ref-378)
378. 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第10号》([A/65/10](http://undocs.org/A/65/10))，第344-354段；同上，《第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/A/66/10))，第337段。 [↑](#footnote-ref-379)
379. 同上，《第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/A/66/10))，第338-341段；同上，《第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10](http://undocs.org/A/67/10))，第230-231段。 [↑](#footnote-ref-380)
380. 同上，《第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10](http://undocs.org/A/67/10))，第232-234段。在第六十三届会议上(2011年)，研究组主席提交了参照研究组讨论情况重新拟订的九项初步结论(同上，《第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/A/66/10))，第344段)。在第六十四届会议上(2012年)，研究组主席提交了也是参照研究组讨论情况重新拟订的另外六项初步结论(同上，《第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10](http://undocs.org/A/67/10))，第240段)。研究组还讨论了此专题进一步工作应采取的形式以及工作的可能成果。研究组主席提出了若干建议并得到研究组的赞同(同上，第235-239段)。 [↑](#footnote-ref-381)
381. 同上，《第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10](http://undocs.org/A/67/10))，第226和第239段。 [↑](#footnote-ref-382)
382. 同上，第227段。 [↑](#footnote-ref-383)
383. 同上，《第六十八届会议，补编第10号》([A/68/10](http://undocs.org/A/68/10))，第33-39段。委员会暂时通过了结论草案1(条约解释通则和资料)、结论草案2(以嗣后协定和嗣后惯例作为作准的解释资料)、结论草案3(能够随时间演变的条约用语的解释)、结论草案4(嗣后协定和嗣后惯例的定义)和结论草案5(嗣后惯例的归属)。 [↑](#footnote-ref-384)
384. 同上，《第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10](http://undocs.org/A/69/10))，第70-76段。委员会暂时通过了结论草案6(嗣后协定和嗣后惯例的识别)、结论草案7(嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响)、结论草案8(嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的权重)、结论草案9(与条约解释有关的缔约方协定)和结论草案10(在缔约国大会框架内通过的决定)。 [↑](#footnote-ref-385)
385. 同上，《第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/A/69/10))，第123-129段。委员会暂时通过了结论草案11(国际组织的组成文书)。 [↑](#footnote-ref-386)
386. 委员会先前通过的结论草案编号列于方括号内。 [↑](#footnote-ref-387)
387. 《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。 [↑](#footnote-ref-388)
388. 与委员会以往工作成果一样，本结论草案应结合评注来解读。 [↑](#footnote-ref-389)
389. 见《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约的维也纳公约》(1986年3月21日，维也纳，尚未生效)(A/CONF.129/15)；不排除在评注中使用一些可能涉及这种条约但属于一般相关的材料。 [↑](#footnote-ref-390)
390. 1969年《维也纳公约》第三十一条标题。 [↑](#footnote-ref-391)
391. 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](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-392)
392. 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。 [↑](#footnote-ref-393)
393. 《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391)，第127-128页。 [↑](#footnote-ref-394)
394. 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392)，见第13-20页；Villiger, 1969年《维也纳公约》”(见上文脚注391)，第132-133页。 [↑](#footnote-ref-395)
395. 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)。 [↑](#footnote-ref-396)
396. 担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务，第17号案件，咨询意见，2011年2月1日，《2011年海洋法法庭案例汇编》，第10页，见第57段。 [↑](#footnote-ref-397)
397. 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)。 [↑](#footnote-ref-398)
398. 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)。另见格·诺尔特，“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》，格·诺尔特(编)(牛津，牛津大学出版社，2013年)，第210-240页，见第215页。 [↑](#footnote-ref-399)
399. 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)。 [↑](#footnote-ref-400)
400. 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)。 [↑](#footnote-ref-401)
401. 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)。 [↑](#footnote-ref-402)
402. 联合国，《条约汇编》，第575卷，第8359号，第159页。 [↑](#footnote-ref-403)
403. 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)。 [↑](#footnote-ref-404)
404. 拉格朗案(见上文脚注395)，第502页，第101段。 [↑](#footnote-ref-405)
405. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，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。 [↑](#footnote-ref-406)
406. 世贸组织上诉机构报告，美国－对加拿大的某些软木木材反倾销关税最终裁断案(美国－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－高地棉补贴案(美国－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－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)。 [↑](#footnote-ref-407)
407. 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。 [↑](#footnote-ref-408)
408. 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)。 [↑](#footnote-ref-409)
409. 《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。 [↑](#footnote-ref-410)
410. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第220页，第(8)段；格·诺尔特，“与嗣后协定和嗣后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”，载于诺尔特，《条约与嗣后惯例》(见上文脚注398)，第169页起，见第177页。 [↑](#footnote-ref-411)
411. Yasseen, “……条约进行解释”，(见上文脚注393)，见第79页。 [↑](#footnote-ref-412)
412. 《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； [↑](#footnote-ref-413)
413. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，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400)，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。 [↑](#footnote-ref-414)
414. Yasseen, “……对条约进行解释”，(见上文脚注393)，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393)，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。 [↑](#footnote-ref-415)
415. 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”，载于诺尔特,《条约与嗣后惯例》(见上文脚注398)，第53-63页，见第59-62页。 [↑](#footnote-ref-416)
416. [A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/A/CN.4/660), 第64段；诺尔特,“……国际法院……判例……”，(见上文脚注410)，见第171和第177页。 [↑](#footnote-ref-417)
417. 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](http://undocs.org/ch/A/CN.4/660), 第42-57段；诺尔特,“……国际法院……判例……”，(见上文脚注410)，见第183页。 [↑](#footnote-ref-418)
418. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第219-220页，第(8)段。 [↑](#footnote-ref-419)
419. 同上。 [↑](#footnote-ref-420)
420. 特别报告员在第一次报告中曾提出这一提议，见[A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/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)。 [↑](#footnote-ref-421)
421. 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391)，第129页；Daillier、Forteau和Pellet,《国际公法》(见上文脚注394)，见第284-289页。 [↑](#footnote-ref-422)
422. 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。 [↑](#footnote-ref-423)
423. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第219-220页，第(8)段。 [↑](#footnote-ref-424)
424. 同上。 [↑](#footnote-ref-425)
425. 同上，第219页，第(6)段。另见Yasseen,“……对条约进行解释”，(上文脚注393)，见第58页；Sinclair,《维也纳……公约》(上文脚注393)，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414)，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。 [↑](#footnote-ref-426)
426. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第220页。 [↑](#footnote-ref-427)
427. [A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-428)
428. 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。 [↑](#footnote-ref-429)
429. 第一次报告([A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-430)
430. [A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-431)
431. 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](http://undocs.org/ch/A/66/10)和Add.1)，第281-282页，和诺尔特,“特殊制度下……的判例”(见上文脚注398)，第210页起，见第216、244-246、249-262、270-275页。 [↑](#footnote-ref-432)
432. M. Forteau, ‘Les Techniques Interpretatives de la Cour Internationale de Justice’，*Revue générale de droit international public,* 第115卷(2011年)，第399页起，见第406-407页、第416页；南非不遵守安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页起，Dillard法官的个别意见，第150页起，见第154页，脚注1。 [↑](#footnote-ref-433)
433. 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](http://undocs.org/ch/A/66/10)和[A/66/10/Add.1](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-434)
434. 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](http://undocs.org/ch/A/66/10)和[A/66/10/Add.1](http://undocs.org/ch/A/66/10/Add.1))。另一方面，关于武装冲突对条约的影响的条款草案第6条提出了“与条约性质有关的一系列因素，特别是条约的主题事项、它的宗旨和目的、它的内容以及缔约方的数量”，同上，第6条草案评注，第(3)段。 [↑](#footnote-ref-435)
435. 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。 [↑](#footnote-ref-436)
436. 见《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第221页，第(15)段。 [↑](#footnote-ref-437)
437. 《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。 [↑](#footnote-ref-438)
438. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第219-220页，第(8)和(9)段。 [↑](#footnote-ref-439)
439. 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. Cannizaro (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392)，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。 [↑](#footnote-ref-440)
440. 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B. Eveno,“1969年《维也纳公约》第三十一条：解释之通则”载于Corten和Klein,《〈维也纳……公约〉……》(见上文脚注394)，第804-837页，见第825页，第42-43段；另见格·诺尔特,“司法或准司法程序外的国家嗣后协定与嗣后惯例”，载于诺尔特, 《条约与嗣后惯例》(见上文脚注398)，第307-385页，见第375页，第16.4.3段。 [↑](#footnote-ref-441)
441. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第221页，第(14)段。 [↑](#footnote-ref-442)
442. 《1964年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167和Add.1-3号文件，第60页，第(25)段。 [↑](#footnote-ref-443)
443. 例如，见德国，联邦财政法院，BFHE, 第181卷，第158页起，见第161页；以及同上，第219卷，第518页及以下各页，见527-528页。 [↑](#footnote-ref-444)
444. 《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)。 [↑](#footnote-ref-445)
445. 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－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。 [↑](#footnote-ref-446)
446. 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435, 第1268页，第630段)；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注392)，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439)，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；另见诺尔特,“特殊制度下……的判例”(见上文脚注398)，第210页起，见第240页，第4.5段。 [↑](#footnote-ref-447)
447. 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)。 [↑](#footnote-ref-448)
448. 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。 [↑](#footnote-ref-449)
449. 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。 [↑](#footnote-ref-450)
450. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第221页，第(14)段。 [↑](#footnote-ref-451)
451. 同上，第(15)段。 [↑](#footnote-ref-452)
452. Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，见第34和414-415页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注446)，见第152-153页。 [↑](#footnote-ref-453)
453. [A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/A/CN.4/660), 第69段。 [↑](#footnote-ref-454)
454. 《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。 [↑](#footnote-ref-455)
455. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，见第1087页，第63段，另见下文结论草案4及其评注。 [↑](#footnote-ref-456)
456. 见下文结论草案12[11]和诺尔特,“……国家嗣后协定与嗣后惯例”(上文脚注440)，第307页起，见第381页及以下各页，第17.3.1段。 [↑](#footnote-ref-457)
457. 尤见下文结论草案4第3段的评注第(23)至(37)段。 [↑](#footnote-ref-458)
458. 另见下文结论草案4第3段的评注第(35)段。 [↑](#footnote-ref-459)
459. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第221页，第(14)段。 [↑](#footnote-ref-460)
460. 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414)，第78-80页，第9-14段。 [↑](#footnote-ref-461)
461. 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。 [↑](#footnote-ref-462)
462. 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392)，见第240-242页。 [↑](#footnote-ref-463)
463. Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注393)，第38页；Jennings和Watts,《奥本海国际法》(见上文脚注435)，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”)。 [↑](#footnote-ref-464)
464. 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414)，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。 [↑](#footnote-ref-465)
465. Villiger, 《……评注》(见上文脚注414)，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394)，第二卷，第38-40页，第14-18段；J. Klabbers,《国际法中的条约概念》(Kluwer Law International, 1996年)，第49-50页；另见A. Aust,“非正式国际文书的理论和实践”，《国际法和比较法季刊》，第35卷，第4号(1986年)，第787-812页，见第794页及以下各页。 [↑](#footnote-ref-466)
466. 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。 [↑](#footnote-ref-467)
467. 《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414)，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394)，第971-972页，第31-34段。 [↑](#footnote-ref-468)
468. 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440)，第63页。 [↑](#footnote-ref-469)
469. 见领土争端案(见上文脚注395)，第6页起，见第34页及以下各页，第66段及以下各段。 [↑](#footnote-ref-470)
470. 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(见上文脚注395)，第625页起，第61段；在加布奇科沃－大毛罗斯案中，法院讲到“嗣后立场”，以便确定“因此，条约本身的明确措辞表明，缔约方实际上承认是可以谈判的”，加布奇科沃－大毛罗斯项目案(匈牙利诉斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院案例汇编》，第7页起，见第77页，第138段，另见卡塔尔和巴林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’)。 [↑](#footnote-ref-471)
471. 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445)。 [↑](#footnote-ref-472)
472. C.C.F.T诉美国案，国际贸易法委员会依照《北美自贸协定》第十一章进行的仲裁，关于管辖权的裁决，2008年1月28日；另见Compañía de Aguas del Aconquija S.A.和Vivendi Universal S.A.诉阿根廷共和国，关于质疑委员会主席的裁决，2001年10月3日，解决投资争端国际中心案件编号 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440)，第217-233页。 [↑](#footnote-ref-473)
473. C.C.F.T诉美国案(见上文脚注472)，第174-177段。 [↑](#footnote-ref-474)
474. 同上，第184-187段。 [↑](#footnote-ref-475)
475. 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。 [↑](#footnote-ref-476)
476. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第221-222页，第(15)段。 [↑](#footnote-ref-477)
477. 同上；另见Karl, *Vertrag und spätere Praxis …*(上文脚注454)，第294页。 [↑](#footnote-ref-478)
478. 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468)。 [↑](#footnote-ref-479)
479. 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”。 [↑](#footnote-ref-480)
480. 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。共同的行为可包括换文。 [↑](#footnote-ref-481)
481. 同上，第366-378段，特别是372段；Linderfalk,《关于条约的解释》(见上文脚注446)，见第164页及以下各页。 [↑](#footnote-ref-482)
482. 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。 [↑](#footnote-ref-483)
483. 航行权和相关权利争端案(见上文脚注395)，专案法官纪尧姆的声明，第290页起，见第298-299页，第16段。 [↑](#footnote-ref-484)
484. 见吴嘉玲等人诉入境事务处处长案(上文脚注449)。 [↑](#footnote-ref-485)
485. 同上，见152-153段。 [↑](#footnote-ref-486)
486. 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。 [↑](#footnote-ref-487)
487. 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)及更正，第34-35页，评注第(2)-(4)段。 [↑](#footnote-ref-488)
488. 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185-187页，第168-169段。 [↑](#footnote-ref-489)
489. 《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)。 [↑](#footnote-ref-490)
490. 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。 [↑](#footnote-ref-491)
491. Karl, *Vertrag und spätere Praxis …*(见上文脚注454)，见第115页及以下各页。 [↑](#footnote-ref-492)
492. 见结论草案5第2段。 [↑](#footnote-ref-493)
493. 《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。 [↑](#footnote-ref-494)
494. 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。 [↑](#footnote-ref-495)
495. 同上(世贸组织上诉机构报告)，E节，第16页。 [↑](#footnote-ref-496)
496. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，第1078页，第55段。 [↑](#footnote-ref-497)
497. 同上，第1096页，第80段。 [↑](#footnote-ref-498)
498. 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。 [↑](#footnote-ref-499)
499. 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。 [↑](#footnote-ref-500)
500. 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。 [↑](#footnote-ref-501)
501. 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。 [↑](#footnote-ref-502)
502. 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。 [↑](#footnote-ref-503)
503. 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。 [↑](#footnote-ref-504)
504. Hilaire、Constantine和Benjamin等人诉特立尼达和多巴哥(见上文脚注400)，Sergio García Ramírez法官单独的赞同意见，第12段。 [↑](#footnote-ref-505)
505. 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。 [↑](#footnote-ref-506)
506. 同上，第8.3段。 [↑](#footnote-ref-507)
507. 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。 [↑](#footnote-ref-508)
508. 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。 [↑](#footnote-ref-509)
509. 联合国，《条约汇编》，第1883卷，第31363号，第3页，第293条。 [↑](#footnote-ref-510)
510. M/V ‘SAIGA’(第2号)案(见上文脚注508)，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。 [↑](#footnote-ref-511)
511. 联合国，《条约汇编》，第78卷，第1021号，第277页。 [↑](#footnote-ref-512)
512. 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。 [↑](#footnote-ref-513)
513. 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。 [↑](#footnote-ref-514)
514. 见《与贸易有关的知识产权协议》，第9条第1款。 [↑](#footnote-ref-515)
515. 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)。 [↑](#footnote-ref-516)
516. 同上，见脚注69。 [↑](#footnote-ref-517)
517. 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。 [↑](#footnote-ref-518)
518. 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。 [↑](#footnote-ref-519)
519. 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。 [↑](#footnote-ref-520)
520. 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。 [↑](#footnote-ref-521)
521. Villiger,《……评注》(见上文脚注414)，第431页，第22段。 [↑](#footnote-ref-522)
522. Linderfalk,《关于条约的解释》(见上文脚注446)，第166页。 [↑](#footnote-ref-523)
523. 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。 [↑](#footnote-ref-524)
524. Kolb, *Interprétation et création du droit international*(Brussels, Bruylant, 2006)，pp. 506-507. [↑](#footnote-ref-525)
525. Aust, *Modern Treaty Law and Practice,* 3rd edition (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013), at p. 239. [↑](#footnote-ref-526)
526. Karl, *Vertrag und spätere Praxis …*(见上文脚注454)，见第114页及以下各页。 [↑](#footnote-ref-527)
527. 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。 [↑](#footnote-ref-528)
528. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，见第1094页，第74段。 [↑](#footnote-ref-529)
529. 34 Stat. 2905 (1902-1907)。 [↑](#footnote-ref-530)
530. 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。 [↑](#footnote-ref-531)
531. 关于1961年和1969年德国马克升值是否构成适用1953年比利时、法国、瑞士、大不列颠和北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一A第2条(e)项条款的情况问题，1980年5月16日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷(出售品编号E/F.90.V.7)，第67-145页，见第103-104页，第31段。 [↑](#footnote-ref-532)
532. “关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题”，2003年1月14日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(出售品编号E/F.05.V.5)，第231-266页，见第257页第66段和第259页第74段。 [↑](#footnote-ref-533)
533. 见Chanaki, *L’adaptation des traités …*(见上文脚注440)，第323-328页；Gardiner, *Treaty Interpretation*(见上文脚注392)，第269-270页；M. Kamto, 《国际法中的国家意志》，《2004年海牙国际法学院讲义》，第310卷，第9-428页，见第142-144页；Dörr,“Article 31…”(见上文脚注439)，第555-556页，第78段。 [↑](#footnote-ref-534)
534. 见[A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/A/CN.4/660), 第144段(结论草案4，第1段)。 [↑](#footnote-ref-535)
535. 同上，第46页，第120段。 [↑](#footnote-ref-536)
536. 见上文结论草案4的评注第(19)段。 [↑](#footnote-ref-537)
537. 见伊朗－美利坚合众国索赔法庭，美利坚合众国等诉伊朗伊斯兰共和国，第108-A-16/582/591 FT号裁决，《伊朗－美利坚合众国索赔法庭裁决汇编》，第5卷(1984年)，第57页起，见第71页；相似的还有伊朗－美利坚合众国索赔法庭，第ITL 83-B1-FT号中间裁决(反诉)，伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，同上，第38卷(2004-2009年)，第77页起，见第124-125页，第127-128段；另见伊朗－美利坚合众国索赔法庭，第ITL 37-111-FT号中间裁决，“国际学校服务公司诉伊朗国家铜业公司”，同上，第5卷(1984年)，第338页起，Lagergren庭长的不同意见，第348页起，见第353页：“《维也纳公约》关于嗣后协定的规定系指条约当事国之间的协定，尽管伊朗伊斯兰共和国是该案仲裁当事方之一，但仲裁当事双方之间的和解协定很难被视为等同于均为条约缔约方的两国间的协定”。各项阿尔及尔声明(阿尔及利亚人民民主共和国政府的声明以及阿尔及利亚人民民主共和国政府就美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府处理索赔问题发表的声明)见International Legal Materials, vol. 20, No. 1 (1981)，pp. 224 and 230 (respectively)，at pp. 232-233。 [↑](#footnote-ref-538)
538. 例如，见伊朗－美利坚合众国索赔法庭(上文脚注537)，Parviz Ansari法官的不同意见，第97页起，见第99页。 [↑](#footnote-ref-539)
539. 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”。 [↑](#footnote-ref-540)
540. 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机构调查结果影响的最后报告”，第七十一届会议报告，柏林，2004年8月16日至21日(伦敦，2004年)第621页，第21段及以下各段。 [↑](#footnote-ref-541)
541. 见Gardiner, *Treaty Interpretation*(见上文脚注392)，第270页。 [↑](#footnote-ref-542)
542. 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。 [↑](#footnote-ref-543)
543. 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”。 [↑](#footnote-ref-544)
544. 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))。 [↑](#footnote-ref-545)
545. 联合国，《条约汇编》，第1015卷，第14860号，第163页。 [↑](#footnote-ref-546)
546. 联合国，《条约汇编》，第1974卷，第33757号，第45页。 [↑](#footnote-ref-547)
547. 一般见Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注392)，第270页。 [↑](#footnote-ref-548)
548. H.-P. Gasser,“红十字国际委员会(红十字委员会)”，《马克思普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第20段。 [↑](#footnote-ref-549)
549. 同上，第25段。 [↑](#footnote-ref-550)
550. 《[改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约](http://baike.baidu.com/view/294698.htm)》(1949年8月12日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第75卷，第970号，第31页(《日内瓦第一公约》)；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第971号，第85页(《日内瓦第二公约》)；《关于战俘待遇的日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第972号，第135页(《日内瓦第三公约》)；及《关于战时保护平民的日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第973号，第287页(《日内瓦第四公约》)。 [↑](#footnote-ref-551)
551. 《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。 [↑](#footnote-ref-552)
552. 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](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf(2016年5月17)日查阅)。 [↑](#footnote-ref-553)
553. 日内瓦，2009年，第10页，可查阅[www.icrc.org](http://www.icrc.org)。 [↑](#footnote-ref-554)
554. 同上，第9页。 [↑](#footnote-ref-555)
555. 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。 [↑](#footnote-ref-556)
556. 见www.the-monitor.org。 [↑](#footnote-ref-557)
557. 联合国，《条约汇编》，第2056卷，第35597号，第211页。 [↑](#footnote-ref-558)
558. 同上，《条约汇编》，第2688卷，第47713号，第39页。 [↑](#footnote-ref-559)
559. 例如，见《2011年集束弹药监测报告》，第24-31页。 [↑](#footnote-ref-560)
560. 见[A/CN.4/660](http://undocs.org/ch/A/CN.4/660), 第129段及以下各段。 [↑](#footnote-ref-561)
561. 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。 [↑](#footnote-ref-562)
562. 同上，第100段。 [↑](#footnote-ref-563)
563. 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。 [↑](#footnote-ref-564)
564. 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。 [↑](#footnote-ref-565)
565. 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。 [↑](#footnote-ref-566)
566. 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。 [↑](#footnote-ref-567)
567. 同上。 [↑](#footnote-ref-568)
568. 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。 [↑](#footnote-ref-569)
569. 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。 [↑](#footnote-ref-570)
570. 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。 [↑](#footnote-ref-571)
571. 见上文结论草案4, 第1-3段，及评注的第(17)-(20)段。 [↑](#footnote-ref-572)
572. 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446)，第18页)；不过他承认,“不论以何形式呈现的法律规则，除非其内容得到阐明，否则不可能适用”(同上，第15页)。 [↑](#footnote-ref-573)
573. 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393)，第116页；国际法不成体系问题研究组2006年报告([A/CN.4/L.682](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682)和[A/CN.4/L.682/Corr.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682/Corr.1))，第423段；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第28-30页和第238页；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注393)，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439)，第111页。 [↑](#footnote-ref-574)
574. Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第266页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注446)，第162页；Karl, *Vertrag und spätere Praxis…*(见上文脚注454)，第114和第118页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，第556页，第80和第82段。 [↑](#footnote-ref-575)
575. 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。 [↑](#footnote-ref-576)
576. 见Linderfalk,《论条约的解释》(上文脚注446)，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。 [↑](#footnote-ref-577)
577. 见下文结论草案7, 第1段。 [↑](#footnote-ref-578)
578. 见Boisson de Chazournes,“嗣后惯例、惯例……”(上文脚注415)，第53页起，见第54、56及59-60页。 [↑](#footnote-ref-579)
579. 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。 [↑](#footnote-ref-580)
580. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，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)。 [↑](#footnote-ref-581)
581. 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)。 [↑](#footnote-ref-582)
582. 同上，第201页。 [↑](#footnote-ref-583)
583. 同上。 [↑](#footnote-ref-584)
584. 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。 [↑](#footnote-ref-585)
585. 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。 [↑](#footnote-ref-586)
586. 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。 [↑](#footnote-ref-587)
587. 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注395)，第234页，第40段；另参阅卡西基里/塞杜杜岛案(上文脚注395)，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。 [↑](#footnote-ref-588)
588. 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392)，第262-264页。 [↑](#footnote-ref-589)
589. 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。 [↑](#footnote-ref-590)
590. 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。 [↑](#footnote-ref-591)
591. 霍尔茨曼法官的个别意见，部分赞同、部分反对，同上，第304页。 [↑](#footnote-ref-592)
592. 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](http://undocs.org/ch/A/CN.4/671))，第15段。 [↑](#footnote-ref-593)
593. 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。 [↑](#footnote-ref-594)
594. 见上文脚注593；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。 [↑](#footnote-ref-595)
595. 例如见Hilaire、Constantine和Benjamin等人诉特里尼达和多巴哥案(见上文脚注400)，第12段。 [↑](#footnote-ref-596)
596. 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。 [↑](#footnote-ref-597)
597. 见上文脚注550。 [↑](#footnote-ref-598)
598. 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。 [↑](#footnote-ref-599)
599. 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598)，第409-410页)。 [↑](#footnote-ref-600)
600. 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)。 [↑](#footnote-ref-601)
601. 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\_](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_) rule128\_section d。 [↑](#footnote-ref-602)
602. 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)。 [↑](#footnote-ref-603)
603. 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601)，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)。 [↑](#footnote-ref-604)
604. [A/CN.4/671](http://undocs.org/ch/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”，载于诺尔特,《条约与嗣后惯例》(见上文脚注398)，第25-26页。 [↑](#footnote-ref-605)
605. 见[A/CN.4/671](http://undocs.org/ch/A/CN.4/671), 第33页，第71段。 [↑](#footnote-ref-606)
606. 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注395)，第234-235页，第40段；乌拉圭河纸浆厂案(见上文脚注395)，第14页起，见第65-66页，第138-140段；J. Crawford,“对《维也纳条约法公约》第三十一条第三款的合意主义解释”，载于诺尔特,《条约与嗣后惯例》(见上文脚注398)，第32页；另一案例见[A/CN.4/671](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-607)
607. 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。 [↑](#footnote-ref-608)
608. “Bulletin international des Sociétés de Secoursaux Militaires blesses”，第29号(1877年1月)，第35-37页，引用于F. Bugnion,《红十字标志简史》(日内瓦，红十字委员会，1977年)，第15页。 [↑](#footnote-ref-609)
609. 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608)，第18页。 [↑](#footnote-ref-610)
610. Bugnion,《红十字标志……》(见上文脚注608)，第19-31页。 [↑](#footnote-ref-611)
611. 1923年埃及通过继承而加入，见Bugnion,《红十字标志……》(见上文脚注608)，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)。 [↑](#footnote-ref-612)
612. 见上文结论草案4的评注，第(17)-(20)段。 [↑](#footnote-ref-613)
613. 例如见上文结论草案5的评注；Boisson de Chazournes, 《嗣后惯例……》(上文脚注415)，第54、56和59-60页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第257-259页；另见海洋争端案(秘鲁诉智利)，判决，《2014年国际法院案例汇编》，第3页起，见第42-45页，第103-111段和第48-49页，第119-122段，以及第50页，第126段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，第555-556页，第78段。 [↑](#footnote-ref-614)
614. Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第226-227页。 [↑](#footnote-ref-615)
615. 柏威夏寺案(见上文脚注488)，第33页；卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，第1213页，第17段(帕拉－阿朗古伦法官的不同意见)。 [↑](#footnote-ref-616)
616. 尼加拉瓜和洪都拉斯之间在加勒比海的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，判决，《2007年国际法院案例汇编》，第659页起，见第737页，第258段；但是，见大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982年国际法院案例汇编》，第18页起，见第83-84页，第117段，在此段中，法院将争议双方授予的特许权视为双方默示协定的证据；另见海洋争端案(秘鲁诉智利)(见上文脚注613)。 [↑](#footnote-ref-617)
617. Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第244和250页。 [↑](#footnote-ref-618)
618. 见上文，本评注第(1)-(4)段；以及[A/CN.4/671](http://undocs.org/ch/A/CN.4/671), 第3-5段。 [↑](#footnote-ref-619)
619. 见上文结论草案2[1]的评注，第(10)段。 [↑](#footnote-ref-620)
620. Crook,“美国当代惯例”(见上文脚注606)，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](http://www.dof.gob.mx))。 [↑](#footnote-ref-621)
621. 见上文结论草案2[1]第5段的评注，第(12)-(15)段。 [↑](#footnote-ref-622)
622. 同上。 [↑](#footnote-ref-623)
623. 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](http://undocs.org/ch/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](http://undocs.org/ch/A/66/10/Add.1))。 [↑](#footnote-ref-624)
624. 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年国院法院案例汇编》，第4页起，见第8页。 [↑](#footnote-ref-625)
625. 例如见吉利丹岛和西巴丹岛的主权归属案(上文脚注395)，第656页，第59-61段和第665页，第80段；领土争端案(上文脚注395)，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395)，第290页(专案法官Guillaume的声明)。 [↑](#footnote-ref-626)
626. 例如见格·诺尔特,“特殊制度下的判例”(上文脚注398)，第210-306页。 [↑](#footnote-ref-627)
627. 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。 [↑](#footnote-ref-628)
628. 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。 [↑](#footnote-ref-629)
629. 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。 [↑](#footnote-ref-630)
630. 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。 [↑](#footnote-ref-631)
631. 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”)。 [↑](#footnote-ref-632)
632. 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。 [↑](#footnote-ref-633)
633. 联合国，《条约汇编》，第289卷，第4214号，第3页。 [↑](#footnote-ref-634)
634. 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。 [↑](#footnote-ref-635)
635. Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第211和219页。 [↑](#footnote-ref-636)
636. 同上，第212-215页；另见南非不遵守安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页起，见第31页，第53段；在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编》，第136页起，见第179页，第109段；R. Higgins,“关于国际法中的时效规则的若干意见”，载于《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573)，第52-54页；Crema,“……嗣后协定与嗣后惯例”(上文脚注604)，第21页。 [↑](#footnote-ref-637)
637. 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。 [↑](#footnote-ref-638)
638. 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。 [↑](#footnote-ref-639)
639. 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。 [↑](#footnote-ref-640)
640. 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392)，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)。 [↑](#footnote-ref-641)
641. 联合国，《条约汇编》，第15卷，第102号，第2页。 [↑](#footnote-ref-642)
642. S. D. Murphy,“嗣后协定和嗣后管理对条约解释的作用”，载于诺尔特,《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，第85页；A. Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注525)，第215页。 [↑](#footnote-ref-643)
643. 联合国，《条约汇编》，第500卷，第7310号，第95页。 [↑](#footnote-ref-644)
644. 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。 [↑](#footnote-ref-645)
645. 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。 [↑](#footnote-ref-646)
646. Denza,《外交法……》(见上文脚注644)，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。 [↑](#footnote-ref-647)
647. 见上文脚注551。 [↑](#footnote-ref-648)
648. Y. Sandoz、C. Swinarski和B. Zimmermann (编)，《对一九四九年八月十二日日内瓦四公约一九七七年六月八日附加议定书的评注》(多德雷赫特，红十字委员会和马蒂努斯·奈霍夫出版社，1987年)，第1440页，第4742-4744段；H. Spieker,“医务运输工具”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第7-12段；另见法文版使用的不太死板的将来时“sera arboré”。 [↑](#footnote-ref-649)
649. 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)。 [↑](#footnote-ref-650)
650. Spieker,“医务运输工具”(见上文脚注648)，第12段。 [↑](#footnote-ref-651)
651. 见Denza,《外交法……》(上文脚注644)，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644)，第484页，第630段；以及Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische …*(上文脚注646)，第30页。 [↑](#footnote-ref-652)
652. 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。 [↑](#footnote-ref-653)
653. 法国外交与国际发展部，《外国驻法外交官指南：豁免――遵守当地法律和法规》(www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and)；土耳其外交部，《外国驻土耳其使团应遵守的交通规则》，第63552号重要通知，交规2005/PDGY/63552(2005年4月6日)(www.mfa.gov.tr/06\_04\_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa)；联合王国外交及联邦事务部，1985年4月19日致驻伦敦使馆馆长的通知，又刊印于G. Marston的“1985年联合国王国关于国际法的材料”，《英国国际法年鉴》，第56卷，第1(1985)号，第437页。 [↑](#footnote-ref-654)
654. 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/](http://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。 [↑](#footnote-ref-655)
655. 见G. Hafiner,《嗣后协定和惯例：解释、非正式修改与正式修正》，载于诺尔特,《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，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。 [↑](#footnote-ref-656)
656. 世贸组织上诉机构报告，中国－影响某些出版物和娱乐视听产品贸易权和分销服务的措施案(中国－出版物和视听产品案)，WT/DS363/AB/R, 2010年1月19日通过，第403段；“虽然专家组适用《维也纳公约》第三十一条解释‘录音制品分销服务’就该词的含义得出了‘初步结论’，专家组还是决定使用解释的补充资料证实该含义。关于这一点，我们注意到，中国的上诉论点似乎假定如果委员会发现适用第三十一条导致‘录音制品分销服务’一词的含义不明或难解，故而适用第三十二条来确定，而不是证实该词的含义，那么专家组根据《维也纳公约》第三十二条所作的分析必然将得出不同的结果。我们不同意这种论点。第三十二条下考察的要素与第三十一条下分析的要素不同，但是无论根据第三十一条分析的结果如何，第三十二条下需要考察的都是同样的要素。根据第三十一条分析的结果可能影响的，是第三十二条下需考察的各要素的权重。”另见Villiger,《……评注》(上文脚注414)，第447页，第11段。 [↑](#footnote-ref-657)
657. 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392)，第216页。 [↑](#footnote-ref-658)
658. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，第1074页，第45段。 [↑](#footnote-ref-659)
659. 同上，见第1078页，第55段和第1096页，第80段。 [↑](#footnote-ref-660)
660. 同上，见第1077页，第55段和第1096页，第80段。 [↑](#footnote-ref-661)
661. 联合国，《条约汇编》，第1342卷，第22495号，第137页。 [↑](#footnote-ref-662)
662. 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601)，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\_](http://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648)，第683页，第2202段。 [↑](#footnote-ref-663)
663. 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。 [↑](#footnote-ref-664)
664. 美国，最高法院，法国航空公司诉*Saks*案，470 U.S. 392, 第403-404页。 [↑](#footnote-ref-665)
665. 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)。 [↑](#footnote-ref-666)
666. 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。 [↑](#footnote-ref-667)
667. A. Tzanakopulos,“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。 [↑](#footnote-ref-668)
668. 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”)。 [↑](#footnote-ref-669)
669. 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。 [↑](#footnote-ref-670)
670. 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》第二十二条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，如美国和联合王国”。 [↑](#footnote-ref-671)
671. 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.)。 [↑](#footnote-ref-672)
672. 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)。 [↑](#footnote-ref-673)
673. 世贸组织上诉机构报告，欧共体－香蕉案(三)(见上文脚注445)，第391-393段。 [↑](#footnote-ref-674)
674. Murphy,“嗣后协定……的作用”(见上文脚注642)，第88页。 [↑](#footnote-ref-675)
675. Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注393)，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575)，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414)，第513页，第7、9和11段；K. Odendahl,“第三十九条. 修正条约的一般规则”，载于Dörr 和Schmalenbach,《维也纳条约法公约……》(见上文脚注439)，第706页，第16段。 [↑](#footnote-ref-676)
676. 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注395)，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。 [↑](#footnote-ref-677)
677. 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395)，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525)，第212-214页，其中举了例子)。 [↑](#footnote-ref-678)
678. 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注395)，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606)，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537)，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/rganization/16586.pdf)；同上，第四部分，C章，第20-21段；[A/CN.4/671](http://undocs.org/ch/A/CN.4/671), 第146-165段。 [↑](#footnote-ref-679)
679. 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642)，第83页。 [↑](#footnote-ref-680)
680. 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606)，第32页。 [↑](#footnote-ref-681)
681. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第236页(脚注略)。 [↑](#footnote-ref-682)
682. 见《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(上文脚注575)，第37次会议，1968年4月24日，第207-215页；[A/CN.4/671](http://undocs.org/ch/A/CN.4/671), 第119-121段；Distefano,“……嗣后惯例”(上文脚注573)，第56-61页。 [↑](#footnote-ref-683)
683. Sinclair,《维也纳……公约》(见上文脚注393)，第138页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第275-280页；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注393)，第51-52页；Kamto,“……国家意志”(见上文脚注533)，第134-141页，见第134页；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注525)，第213页；Villiger,《……评注》(上文脚注414)，第432页，第23段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，第555页，第76段(又见Odendahl,“第三十九条……”(见上文脚注675)，第702页，第10-11段)；Distefano,“……嗣后惯例”(见上文脚注573)，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452, 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642)，第89-90页；另见Hafner,《嗣后协定和惯例……》(见上文上文脚注655)，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)。 [↑](#footnote-ref-684)
684. 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注395)，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532)；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注393)，第51页；Kamto,“……国家意志”(见上文脚注533)，第134-141页；R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Cologne, 柏林，Heymann, 1963年)，第132页。 [↑](#footnote-ref-685)
685. 见结论草案8[3]及其评注，第(1)-(18)段。 [↑](#footnote-ref-686)
686. Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注393)，第138页；Gardiner,《条约解释》(见上文脚注392)，第275页；Murphy,“嗣后协定……的作用”(见上文脚注642)，第90页；B. Simma,“关于嗣后协定和惯例的思考”，载于诺尔特,《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，第46页；Karl, *Vertrag und spätere Praxis*…(见上文脚注454)，第42-43页；Sorel和Boré Eveno,“1969年《维也纳公约》，第三十一条……”(见上文脚注440), 第825页，第42段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，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395)中的反对意见，见1212-1213页，第16段；同样见Hafner,《嗣后协定和惯例……》(见上文上文脚注655)，第114页；Linderfalk,《论条约的解释》(见上文脚注446)，第168页。 [↑](#footnote-ref-687)
687. 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注395)，第242页，第64段。 [↑](#footnote-ref-688)
688. Thirlway,“1960-1989年国际法院的法律和诉讼……”(见上文脚注683)，第64页。 [↑](#footnote-ref-689)
689. 见《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》，[A/67/10](http://undocs.org/ch/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](http://undocs.org/ch/A/63/10), 附件A, 第42段。 [↑](#footnote-ref-690)
690. 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。 [↑](#footnote-ref-691)
691. 柏威夏寺案(见上文脚注488)：“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)。 [↑](#footnote-ref-692)
692. 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。 [↑](#footnote-ref-693)
693. 柏威夏寺案(见上文脚注488)，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395)，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683)，脚注500。 [↑](#footnote-ref-694)
694. 特别是，关于纳米比亚的咨询意见(见上文脚注636)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](http://undocs.org/ch/A/CN.4/671), 第124-126段。 [↑](#footnote-ref-695)
695. M. Kohen,“适当限制嗣后协定和惯例的作用”，载于诺尔特, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，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。 [↑](#footnote-ref-696)
696. 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575)，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642)，第89页。 [↑](#footnote-ref-697)
697. 世贸组织上诉机构报告，欧共体―香蕉案(三)(见上文脚注445)，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。 [↑](#footnote-ref-698)
698. 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(见上文脚注445)，《关于争端解决规则与程序的谅解》，附件2, 第401页。 [↑](#footnote-ref-699)
699. 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。 [↑](#footnote-ref-700)
700. 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。 [↑](#footnote-ref-701)
701. 见Buga,“嗣后惯例与条约修改”(上文脚注683)，见脚注126-132。 [↑](#footnote-ref-702)
702. 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。 [↑](#footnote-ref-703)
703. [A/CN.4/671](http://undocs.org/ch/A/CN.4/671), 第119-121段。 [↑](#footnote-ref-704)
704. Murphy,“嗣后协定和嗣后惯例……的作用”(上文脚注642)，第89页；Simma,“关于嗣后协定……的思考”(上文脚注686)，第47页；Hafner, 《嗣后协定和惯例…….》(见上文脚注655)，第115-117页；J.E. Alvarez,“通过嗣后协定和惯例修改条约的限制”，载于诺尔特, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，第130页。 [↑](#footnote-ref-705)
705. 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”，载于诺尔特,《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，第145-148页；Alvarez,“……修改条约的限制”(见上文脚注704)，第130页；I. Wuerth,“条约解释、嗣后协定和惯例与国内宪法”，载于诺尔特, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，第154-159页；H. Ruiz Fabri,“嗣后惯例、国内权力分立与合法性问题”载于诺尔特, 《条约和嗣后惯例》(见上文脚注398)，第165-166页。 [↑](#footnote-ref-706)
706. 例如见Kohen,“*Uti possidetis,* prescription et pratique subséquente …”(上文脚注692)，第274页(特别是在边界条约方面)。 [↑](#footnote-ref-707)
707. 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655)，第117页；一些著述者认为，第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后惯例作为“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392)，第275页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，第554-555页，第76段。 [↑](#footnote-ref-708)
708. 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395)，第242-243页，第64-66段。 [↑](#footnote-ref-709)
709. 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》(www.mpepil.com)；U. Linderfalk,“出于正确的理由做正确的事情：对于条约解释为何应当采取动态或静态的办法”，《国际社会法律审评》，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。 [↑](#footnote-ref-710)
710. M. Fitzmaurice,“动态性(演变性) ……解释”(见上文脚注709)。 [↑](#footnote-ref-711)
711. 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。 [↑](#footnote-ref-712)
712. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第220-221页，第(11)段。 [↑](#footnote-ref-713)
713. 莱茵铁路公司案仲裁裁决(见上文脚注397)，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525)，第215-216页；M. Fitzmaurice,“动态性(演变性)……解释”(见上文脚注709)，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636)，见第174页及以下各页；Sorel和Boré Eveno,“1969年《维也纳公约》第三十一条……”(见上文脚注440)，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439)，见第125页及以下各页；M. Kotzur,“国际法”(见上文脚注709)，见第14段。 [↑](#footnote-ref-714)
714. 《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636)，见第178页。 [↑](#footnote-ref-715)
715. 国际法不成体系问题研究组的报告，2006年，([A/CN.4/L.682](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682)和[Corr.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682/Corr.1))，第478段。 [↑](#footnote-ref-716)
716. 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注395)，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](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682)和[Corr.1](http://undocs.org/ch/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](file:///C:\Users\Lagares\Documents\FL%20Travail\CDI%202013-vol-II\Work\www.idi-iil.org))。 [↑](#footnote-ref-717)
717. 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488)，见第16-22页。 [↑](#footnote-ref-718)
718. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，见第1060-1061页，第21和第25段。 [↑](#footnote-ref-719)
719. 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。 [↑](#footnote-ref-720)
720. 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。 [↑](#footnote-ref-721)
721. 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注432)，见第31页，第53段。 [↑](#footnote-ref-722)
722. 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](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682)和[Corr.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682/Corr.1))，第478段。 [↑](#footnote-ref-723)
723. 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注395)，见第243页，第66段。 [↑](#footnote-ref-724)
724. 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。 [↑](#footnote-ref-725)
725. 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。 [↑](#footnote-ref-726)
726. 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396)，见第117段。 [↑](#footnote-ref-727)
727. 同上，第211段。 [↑](#footnote-ref-728)
728. 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。 [↑](#footnote-ref-729)
729. 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431)，第114段(“这一指导意见与国际人权法问题特别相关，由于对有关保护的国际文书的演进性解释，国际人权法取得了很大进展。演进性解释符合1969年《维也纳公约》确立的条约解释的通则。本法院在关于《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)。 [↑](#footnote-ref-730)
730. 见莱茵铁路公司仲裁案(见上文脚注397)，见第80段：“在本案中，问题并非是概念还是普通用语问题，而是一个涉及铁路运营和能力的新的技术发展问题”；另见爱琴海大陆架案(见上文脚注722)，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。 [↑](#footnote-ref-731)
731. 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](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682)和[Corr.1](http://undocs.org/ch/A/CN.4/L.682/Corr.1), 第478段)。 [↑](#footnote-ref-732)
732. 《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。 [↑](#footnote-ref-733)
733. 另见Gardiner, 《条约解释》(上文脚注392)，见第292-294页；R. Kolb, *Interprétation et création du droit international* (见上文脚注524)，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。 [↑](#footnote-ref-734)
734. 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注432)，见第30-31页，第49-51段。 [↑](#footnote-ref-735)
735. 爱琴海大陆架案(见上文脚注722)，见第31页，第74段。 [↑](#footnote-ref-736)
736. 另见几内亚比绍与塞内加尔海洋疆界划界案(见上文脚注730)，见第151-152页，第85段。 [↑](#footnote-ref-737)
737. 关于航行权和相关权利的争端案(见上文脚注395)，见第242页，第64段。 [↑](#footnote-ref-738)
738. 同上，第66-68段。 [↑](#footnote-ref-739)
739. 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。 [↑](#footnote-ref-740)
740. 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。 [↑](#footnote-ref-741)
741. 联合国，《条约汇编》，第75卷，第973号，第287段。 [↑](#footnote-ref-742)
742. 《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。 [↑](#footnote-ref-743)
743. 《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。 [↑](#footnote-ref-744)
744. 见检察官诉Anto Furundžija, (上文脚注740)，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。 [↑](#footnote-ref-745)
745. 见诺尔特,“特殊制度下……的判例”(见上文脚注398)，见第246页及以下各页。 [↑](#footnote-ref-746)
746. 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。 [↑](#footnote-ref-747)
747. 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431)，第130-133段和第137段。 [↑](#footnote-ref-748)
748. 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，OC­10/89, A辑第10号，第38段。 [↑](#footnote-ref-749)
749. 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。 [↑](#footnote-ref-750)
750. 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。 [↑](#footnote-ref-751)
751. 联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号，第171页。 [↑](#footnote-ref-752)
752. 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。 [↑](#footnote-ref-753)
753. 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。 [↑](#footnote-ref-754)
754. 联合国，《条约汇编》，第1343卷，第22514号，第89页。 [↑](#footnote-ref-755)
755. 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.)。 [↑](#footnote-ref-756)
756. 联合国，《条约汇编》，第34卷，第541号，第243页。 [↑](#footnote-ref-757)
757. 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。 [↑](#footnote-ref-758)
758. 《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。 [↑](#footnote-ref-759)
759. 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)。 [↑](#footnote-ref-760)
760. 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。 [↑](#footnote-ref-761)
761. Murphy,“嗣后协定和嗣后惯例……的作用”(见上文脚注642)，第91页。 [↑](#footnote-ref-762)
762. 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532)，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。 [↑](#footnote-ref-763)
763. 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。 [↑](#footnote-ref-764)
764. 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。 [↑](#footnote-ref-765)
765. 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。 [↑](#footnote-ref-766)
766. 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。 [↑](#footnote-ref-767)
767. 同上，第94段。 [↑](#footnote-ref-768)
768. 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注395)，第63页，第131段。 [↑](#footnote-ref-769)
769. 见上文结论草案4, 第2段。 [↑](#footnote-ref-770)
770. 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)。 [↑](#footnote-ref-771)
771. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，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395)，第34-37页，66-71段。 [↑](#footnote-ref-772)
772. 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537)，第77页起，见第116-126页，第109-133段。 [↑](#footnote-ref-773)
773. 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498)，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。 [↑](#footnote-ref-774)
774. Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注393)，第137页；另见Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注393)，第48-49页；“共同的”一词来自国际法委员会的工作，而“一致的”和“协调的”则是Yasseen进一步论述得出的条件；见《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第98-99页，第17-18段，以及第221-222页，第15段。 [↑](#footnote-ref-775)
775. Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注393)；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537)，第77页起，见第118页，第114段。 [↑](#footnote-ref-776)
776. 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573)，第46页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，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。 [↑](#footnote-ref-777)
777. 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。 [↑](#footnote-ref-778)
778. 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776)，第652页。 [↑](#footnote-ref-779)
779. 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446)，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414)，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393)，第47页；Sinclair, 《维也纳……公约》(见上文脚注393)，第137页；参阅诺尔特,“……国家嗣后协定和嗣后惯例”(见上文脚注440)，第310页。 [↑](#footnote-ref-780)
780. 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。 [↑](#footnote-ref-781)
781. 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)。 [↑](#footnote-ref-782)
782. 欧共体－鸡块案(见上文脚注780)，第290段(脚注略)。 [↑](#footnote-ref-783)
783. 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781)，第95段。 [↑](#footnote-ref-784)
784. 欧共体－电脑设备案(见上文脚注781)，第93段(强调系原文所加)。 [↑](#footnote-ref-785)
785. 见上文结论草案4的评注第(10)段。 [↑](#footnote-ref-786)
786. 见上文结论草案3[2]和结论草案4第3段。 [↑](#footnote-ref-787)
787. 见Crawford,“对……第三十一条第三款的合意主义解释”(上文脚注606)，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。” [↑](#footnote-ref-788)
788. 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。 [↑](#footnote-ref-789)
789. 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781)，第95段；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案(上文脚注730)，见第175页，第66段。 [↑](#footnote-ref-790)
790. 见上文结论草案7的评注，第(12)-(15)段。 [↑](#footnote-ref-791)
791. 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532)，第258页，第70段；Kolb,“La modification d’un traité …”(见上文脚注695)，第16页。 [↑](#footnote-ref-792)
792. 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。 [↑](#footnote-ref-793)
793. 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。 [↑](#footnote-ref-794)
794. 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。 [↑](#footnote-ref-795)
795. 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……” [↑](#footnote-ref-796)
796. 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。 [↑](#footnote-ref-797)
797. 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393)，第45页；Distefano,“……嗣后惯例”(见上文脚注573)，第47页。 [↑](#footnote-ref-798)
798. 见上文结论草案4的评注，第(5)段；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注392)，第231-232页和第243-247页；Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注525)，第213页；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，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。 [↑](#footnote-ref-799)
799. 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440)，第63页；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注392)，第248-249页。 [↑](#footnote-ref-800)
800. Aust,“非正式国际文书的理论与实践”(见上文脚注465)，第789-790页。 [↑](#footnote-ref-801)
801. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，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439)，第560页，第88段。 [↑](#footnote-ref-802)
802. 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415)，第53-55页。 [↑](#footnote-ref-803)
803. 见上文结论草案4的评注，第(6)段；P. Gautier,“非约束性协定”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第14段；Benatar,“从实证价值到作准解释……”(见上文脚注440)，第194-195页；Aust,《现代条约法和实践》(见上文脚注525)，第213页；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注392)，第244页；另见诺尔特,“……国家嗣后协定和嗣后惯例”(上文脚注440)，第307页起，见第375页。 [↑](#footnote-ref-804)
804. 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。 [↑](#footnote-ref-805)
805. 见《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第222页，第(15)段。 [↑](#footnote-ref-806)
806. 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454)，第190-195页；Kolb,“La modification d’un traité …”(见上文脚注695)，第25-26页；Linderfalk, 《论条约的解释》(见上文脚注446)，第169-171页。 [↑](#footnote-ref-807)
807. 《联合国条约法会议正式记录……》(A/CONF.39/11)(见上文脚注575)，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”)。 [↑](#footnote-ref-808)
808. 见Gautier,“非约束性协定”(上文脚注803)，第14段；Aust, 《现代条约法和实践》(见上文脚注525)，第211、213页。 [↑](#footnote-ref-809)
809. 这一词汇遵循委员会《对条约的保留实践指南》中准则1.2.(解释性声明的定义)的评注(见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》，[A/66/10/Add.1](http://undocs.org/ch/A/66/10/Add.1), 第(18)和(19)段)。 [↑](#footnote-ref-810)
810. 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)。 [↑](#footnote-ref-811)
811. 美国－联合王国希斯罗机场用户诉讼案仲裁，关于第一个问题的裁决，1992年11月30日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷(出售品编号：E/F.04.V.18)，第1-359页，见第131页，第6.7段；Aust,“非正式国际文书的理论和实践”(见上文脚注465)，第787和807页；Linderfalk, 《论条约的解释》(见上文脚注446)，第173页；Hafner, 《嗣后协定和惯例…….》(见上文上文脚注655)，第110-113页；Gautier,“非正式协定与《维也纳条约法公约》”(见上文脚注807)，第434页。 [↑](#footnote-ref-812)
812. 例如，“……说明缔约方就解释达成协定的模式……”(世贸组织上诉机构报告，日本－酒精饲料案二，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537)，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)。 [↑](#footnote-ref-813)
813. 美国－联合王国希斯罗机场诉讼案仲裁(见上文脚注811)，第131页，第6.7段；另见莱茵铁路公司案仲裁(见上文脚注397)，第98页，第157段。 [↑](#footnote-ref-814)
814. 《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1号文件，第222页，第(15)段。 [↑](#footnote-ref-815)
815. 柏威夏寺案(见上文脚注488)，第23页。 [↑](#footnote-ref-816)
816. 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740)，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。 [↑](#footnote-ref-817)
817. Kamto,“国际法中的国家意志”(见上文脚注533)，第134-141页；Yasseen,“……对条约进行解释”(见上文脚注393)，第49页；Gardiner, 《条约解释》(见上文脚注392)，第267页；Villiger, 《……评注》(见上文脚注414)，第431页，第22段；Dörr,“第三十一条……”(见上文脚注439)，第557和559页，第83和86段。 [↑](#footnote-ref-818)
818. 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533)，第136页。 [↑](#footnote-ref-819)
819. 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。 [↑](#footnote-ref-820)
820. 同上，见第187页，第169(a)段。 [↑](#footnote-ref-821)
821. 同上，第171段。 [↑](#footnote-ref-822)
822. 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。 [↑](#footnote-ref-823)
823. 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730)，第181页，第70段。 [↑](#footnote-ref-824)
824. 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(见上文脚注395)，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……”)。 [↑](#footnote-ref-825)
825. 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注395)，第1089-1091页，第65-68段。 [↑](#footnote-ref-826)
826. 世贸组织上诉机构报告，欧共体－鸡块案(见上文脚注824)，第272段(脚注略)。 [↑](#footnote-ref-827)
827. “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。 [↑](#footnote-ref-828)
828. 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。 [↑](#footnote-ref-829)
829. 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。 [↑](#footnote-ref-830)
830. 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)。 [↑](#footnote-ref-831)
831. 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)。 [↑](#footnote-ref-832)
832. Hafner,“嗣后协定和惯例……”(见上文脚注655)，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393)，第47页所主张的那样。 [↑](#footnote-ref-833)
833. Karl, *Vertrag und spätere Praxis…*(见上文脚注454)，第151页。 [↑](#footnote-ref-834)
834. 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。 [↑](#footnote-ref-835)
835. 其他说法包括：缔约方会议或缔约国大会。 [↑](#footnote-ref-836)
836. 见V. Röben,“缔约国大会(会议)”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第605页；R. R. Churchill和G. Ulfstein,“多边环境协定中的自治机构安排：国际法中极少受到注意的一个现象”，《美国国际法期刊》，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》，第39期，第6期(2009年)，第293-298页。 [↑](#footnote-ref-837)
837. 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(1994年)(见上文脚注445)；《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545)；《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。 [↑](#footnote-ref-838)
838. 见下文结论草案12[11]。 [↑](#footnote-ref-839)
839. 见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》(1972年)(见上文脚注545)，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)。 [↑](#footnote-ref-840)
840. 《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。 [↑](#footnote-ref-841)
841. 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。 [↑](#footnote-ref-842)
842. 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。 [↑](#footnote-ref-843)
843. 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。 [↑](#footnote-ref-844)
844. 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》：关于审查职能的第6条第1款和关于修正的第10条之二；《联合国气候变化框架公约》：关于审评权力的第七条第2款和关于修正的第十五条；《京都议定书》：关于作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议审评权力的第十三条第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)。 [↑](#footnote-ref-845)
845. 《世界卫生组织烟草管制框架公约》第7条和第9条。 [↑](#footnote-ref-846)
846. 《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836)，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。 [↑](#footnote-ref-847)
847. 见J. Brunnée,“条约的修正”，载于Hollis,《牛津条约指南》(上文脚注798)，第354-360页。 [↑](#footnote-ref-848)
848. 同上。 [↑](#footnote-ref-849)
849. 例如，《联合国气候变化框架公约》就是这样。 [↑](#footnote-ref-850)
850. 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。 [↑](#footnote-ref-851)
851. “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](http://undocs.org/ch/BWC/CONF.VI/6))，第三部分(决定和建议)，第5段)。 [↑](#footnote-ref-852)
852. 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](http://undocs.org/ch/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)。 [↑](#footnote-ref-853)
853. 联合国，《条约汇编》，第1046卷，第15749号，第120页。 [↑](#footnote-ref-854)
854. 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。 [↑](#footnote-ref-855)
855. 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。 [↑](#footnote-ref-856)
856. 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525)，第213-214页。 [↑](#footnote-ref-857)
857. 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。 [↑](#footnote-ref-858)
858. 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。 [↑](#footnote-ref-859)
859. 《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)。 [↑](#footnote-ref-860)
860. 联合国，《条约汇编》，第1522卷，第26369号，第3页。 [↑](#footnote-ref-861)
861. 《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。 [↑](#footnote-ref-862)
862. 详情见1999年《北京修正案》各方在《蒙特利尔议定书》关于氢氟碳化合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》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织；(c) 但同时还认识到，鉴于在采用对‘非本议定书缔约方的国家’一语的上述解释时在时间上涉及的实际困难，决定只要所涉国家已于2004年3月31日之前采取了下列各项措施，则以上第1(b)段便将不对之适用：(一) 通知秘书处它打算尽快批准、加入或接受《北京修正》；(二) 提供证明，确认它已完全遵守经《哥本哈根修正》修正的《议定书》第2条、第2A-2G条和第4条的相关规定；(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](http://undocs.org/ch/UNEP/OzL.Pro.15/9))，第十八章，A节，第XV/3号决定，第1段)。 [↑](#footnote-ref-863)
863. 见上文本评注第(8)段。 [↑](#footnote-ref-864)
864. 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)。 [↑](#footnote-ref-865)
865. 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836)，第638页)。 [↑](#footnote-ref-866)
866. 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。 [↑](#footnote-ref-867)
867. Churchill和Ulfstein,“多边环境协定中的自治机构安排……”(见上文脚注836)，第641页。 [↑](#footnote-ref-868)
868. 联合国，《条约汇编》，第1673卷，第28911号，第57页。 [↑](#footnote-ref-869)
869. 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。 [↑](#footnote-ref-870)
870. 同上，第三章A节，第65段。 [↑](#footnote-ref-871)
871. 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Röben,《国际法在条约形成方面的进展》(上文脚注846)，第127-143页，见第132页。 [↑](#footnote-ref-872)
872. 联合国法律顾问所赞成的“当前时段的办法”规定，“当条约对此事项未作规定或比较模糊时，秘书长的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。 [↑](#footnote-ref-873)
873. 《巴塞尔公约》缔约方会议的报告……(见上文脚注869)，第68段(强调系本文所加)。 [↑](#footnote-ref-874)
874. 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/COP/4/DIV/6, 第39页。 [↑](#footnote-ref-875)
875. 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。 [↑](#footnote-ref-876)
876. 同上，第248页，第46段。 [↑](#footnote-ref-877)
877. 见上文结论草案10[9]的评注第(23)-(24)段。 [↑](#footnote-ref-878)
878. 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”)。 [↑](#footnote-ref-879)
879. 《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](http://undocs.org/ch/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](http://undocs.org/ch/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](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-880)
880. 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)。 [↑](#footnote-ref-881)
881. 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)。 [↑](#footnote-ref-882)
882. 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》(www.mpepil.com)，第3-4段和第24段。 [↑](#footnote-ref-883)
883. 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。 [↑](#footnote-ref-884)
884. 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。 [↑](#footnote-ref-885)
885. 同上，第313段。 [↑](#footnote-ref-886)
886. 同上，第318段；讨论情况见第294-324段。 [↑](#footnote-ref-887)
887. 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)。 [↑](#footnote-ref-888)
888. 2002年6月17日的信函，通过传真发送。 [↑](#footnote-ref-889)
889. 同上。 [↑](#footnote-ref-890)
890. 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](http://undocs.org/ch/FCCC/KP/CMP/2010/12)和[FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-891)
891. 见诺尔特,“……国家嗣后协定和嗣后惯例”(上文脚注440)，第372-377页。 [↑](#footnote-ref-892)
892. 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。 [↑](#footnote-ref-893)
893. 海事组织，LC 33/J/6号文件，第3段(见上文脚注854)。 [↑](#footnote-ref-894)
894. 同上，第8段。 [↑](#footnote-ref-895)
895. 见上文结论草案10[9]的评注，第(9)-(11)段。 [↑](#footnote-ref-896)
896. 上文结论草案3[2]的评注，第(4)段。 [↑](#footnote-ref-897)
897. 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。 [↑](#footnote-ref-898)
898. 见上文结论草案3[2]的评注，第(4)段。 [↑](#footnote-ref-899)
899. 另见1986年《维也纳公约》第5条的平行条款(A/CONF.129/15)。 [↑](#footnote-ref-900)
900. 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。 [↑](#footnote-ref-901)
901. 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439)， p. 89, para. 1。 [↑](#footnote-ref-902)
902. 例如，见1969年《维也纳公约》第十六条，第十九条(a)项和(b)项，第二十条第一款、第三款至第五款，第二十二条，第二十四条第三款，第二十五条第二款，第四十四条第一款，第五十五条，第五十八条第二款，第七十条第一款，第七十二条第一款，第七十七条第一款。 [↑](#footnote-ref-903)
903. 后一类由1986年《维也纳公约》规定(A/CONF.129/15)。 [↑](#footnote-ref-904)
904. 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392)，p.128。 [↑](#footnote-ref-905)
905. “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”)。 [↑](#footnote-ref-906)
906. 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(应诉人)，第三人为Ullah (FC) (申诉人)，Do (FC) (申诉人)诉内政大臣(应诉人)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。 [↑](#footnote-ref-907)
907. 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。 [↑](#footnote-ref-908)
908. Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注392)，pp.281-282。 [↑](#footnote-ref-909)
909. 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。 [↑](#footnote-ref-910)
910. 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。 [↑](#footnote-ref-911)
911. 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。 [↑](#footnote-ref-912)
912. 同上。 [↑](#footnote-ref-913)
913. 同上。 [↑](#footnote-ref-914)
914. 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。 [↑](#footnote-ref-915)
915. 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。 [↑](#footnote-ref-916)
916. 同上，见第306-307页，第67段。 [↑](#footnote-ref-917)
917. 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944和随附文本。 [↑](#footnote-ref-918)
918. 见1969年《维也纳公约》第三十九条至第四十一条。 [↑](#footnote-ref-919)
919. 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)。 [↑](#footnote-ref-920)
920. 同上。 [↑](#footnote-ref-921)
921. 见Aust, *Modern Treaty Law and Practice*(上文脚注525)，p. 215；Hafner,“Subsequent agreements and practice…”(见上文上文脚注655)，at pp. 109-110。 [↑](#footnote-ref-922)
922. 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. [↑](#footnote-ref-923)
923. 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。 [↑](#footnote-ref-924)
924. 同上，第14段。 [↑](#footnote-ref-925)
925. 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。 [↑](#footnote-ref-926)
926. 又如《国际民用航空公约》(见上文脚注837)；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*(www.mpepil.com)；B.F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009)， p. 10。 [↑](#footnote-ref-927)
927. 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)。 [↑](#footnote-ref-928)
928. 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。 [↑](#footnote-ref-929)
929. 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。 [↑](#footnote-ref-930)
930. 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)。 [↑](#footnote-ref-931)
931. 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)。 [↑](#footnote-ref-932)
932. 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”)。 [↑](#footnote-ref-933)
933. 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)。 [↑](#footnote-ref-934)
934. 见E. Jimémez de Aréchega,“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 (www.mpepil.com)， 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525)，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。 [↑](#footnote-ref-935)
935. 世贸组织上诉机构报告，美国－影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R, 2012年4月24日通过，第265段。 [↑](#footnote-ref-936)
936. Y. Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*(Cambridge, Cambridge University Press, 2014)，pp. 114-115. [↑](#footnote-ref-937)
937. 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。 [↑](#footnote-ref-938)
938. 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”)。 [↑](#footnote-ref-939)
939. 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)。 [↑](#footnote-ref-940)
940. 同上。 [↑](#footnote-ref-941)
941. 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414)，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。 [↑](#footnote-ref-942)
942. Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注392)，p.281。 [↑](#footnote-ref-943)
943. 同上。 [↑](#footnote-ref-944)
944. 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. [↑](#footnote-ref-945)
945. 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。 [↑](#footnote-ref-946)
946. 同上，第257页，第83段。 [↑](#footnote-ref-947)
947. 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)。 [↑](#footnote-ref-948)
948. 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 internationals* (Paris, Pedone, 1981)，pp. 379-384。 [↑](#footnote-ref-949)
949. 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。 [↑](#footnote-ref-950)
950. 《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。 [↑](#footnote-ref-951)
951. 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。 [↑](#footnote-ref-952)
952. 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。 [↑](#footnote-ref-953)
953. 见See J. Klabbers, *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。 [↑](#footnote-ref-954)
954. 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。 [↑](#footnote-ref-955)
955. C. Brölmann, “Specialized rules of treaty interpretation: international organizations”, in Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (见上文脚注414), 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392), pp. 127 and 281。 [↑](#footnote-ref-956)
956. Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注392), p. 282; Schermers and Blokker, *International Institutional Law* (见上文脚注933), p. 844; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 187; Klabbers, *An Introduction to Institutional Law* (见上文脚注953)，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。 [↑](#footnote-ref-957)
957. 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](http://undocs.org/ch/A/68/10))，第四章，第11-12页。 [↑](#footnote-ref-958)
958. 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)。 [↑](#footnote-ref-959)
959. 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。 [↑](#footnote-ref-960)
960. 见结论草案1的评注第(15)段和上文脚注429；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。 [↑](#footnote-ref-961)
961. 见西南非洲－表决程序案，1955年6月7日的咨询意见，《1955年国际法院案例汇编》，第67页起，劳特帕赫特法官的个别意见，见第106页。(“……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”)。 [↑](#footnote-ref-962)
962. 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”, inE. 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. Kaikobad and M. Bohlinder, eds. (Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2009), pp. 85-97。 [↑](#footnote-ref-963)
963. 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439)，p. 537, para. 31；Schmalenbach,“Art. 5”(上文脚注901)，p. 92, para. 7。 [↑](#footnote-ref-964)
964. 见Dörr (上文脚注439)，第21段。 [↑](#footnote-ref-965)
965. 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”)。 [↑](#footnote-ref-966)
966. 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957。 [↑](#footnote-ref-967)
967. “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](http://undocs.org/ch/A/66/10))，第五章，第70页，第88段)。 [↑](#footnote-ref-968)
968. 例如，见Klabbers, *An Introduction to Institutional Law* (上文脚注953), p. 88; Schmalenbach, “Art. 5”(上文脚注901), p. 89, para. 1, and p. 96, para. 15; Brölmann, “Specialized rules of treaty interpretation …”(上文脚注955), p. 522; Dörr, “Article 31 …”(见上文脚注439), p. 538, para. 32。 [↑](#footnote-ref-969)
969. 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。 [↑](#footnote-ref-970)
970. 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; Dörr, “Article 31 …”(见上文脚注439), p. 537, para. 32。 [↑](#footnote-ref-971)
971. 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](http://undocs.org/ch/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。 [↑](#footnote-ref-972)
972. 《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。 [↑](#footnote-ref-973)
973. 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](http://undocs.org/ch/A/66/10))，第五章，第52页。 [↑](#footnote-ref-974)
974. 见Higgins, “The Development of international law …”(上文脚注927), 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971)，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933), at p. 766; but see C. Ahlborn, “The rules of international organizations and the law of international responsibility”, *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), pp. 397-482, at pp. 424-428。 [↑](#footnote-ref-975)
975. Blokker, “Beyond ‘Dili’ …”(见上文脚注954), p. 312。 [↑](#footnote-ref-976)
976. Lauterpacht, “The development of the law of international organization …”(上文脚注779), p. 464 (“全体成员普遍的同意”)；Higgins, “The Development of international law …”(上文脚注927)，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971)，pp. 633-641。 [↑](#footnote-ref-977)
977. 见Nigel Rodley, “The role and impact of treaty bodies”, in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, D. Shelton, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 621-641, at pp. 622-623。 [↑](#footnote-ref-978)
978. [《消除一切形式种族歧视国际公约》第八至第十四条(1966年3月7日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第660卷，第9464号，第195页](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1965_RacialDiscrimination.pdf)。 [↑](#footnote-ref-979)
979. [《公民权利和政治权利国际公约》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1966_ICCPR.pdf)第二十八至第四十五条(1966年12月19日，纽约)，同上，第999卷，第14668号，第171页。 [↑](#footnote-ref-980)
980. [《消除对妇女一切形式歧视公约》第十七至第二十二条(1979年12月18日，纽约)，同上，第1249卷，第20378号，第13页](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1979_CEDAW.pdf)。 [↑](#footnote-ref-981)
981. [《残疾人权利公约》第三十四至第三十九条(2006年12月13日，纽约)，](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1965_RacialDiscrimination.pdf)同上，第2515卷，第44910号，第3页。 [↑](#footnote-ref-982)
982. [《儿童权利公约》第43至第45条(1989年11月20日，纽约)，](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1965_RacialDiscrimination.pdf)同上，第1577卷，第27531号，第3页。 [↑](#footnote-ref-983)
983. [《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第17至第24条(1984年12月10日，纽约)，同上，第1465卷，第24841号，第85页](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1984_UNTorture.pdf)。 [↑](#footnote-ref-984)
984. 大陆架界限委员会是根据[《联合国海洋法公约》第七十六条第8款和该《公约》附件二设立的(1982年12月10日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第1833卷，第31363号，第3页。](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1982_LawSea_A+C+E.pdf) [↑](#footnote-ref-985)
985. 《奥胡斯公约》遵约委员会是根据[《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》第十五条设立的 (1998年6月25日，丹麦奥胡斯)，同上，第2161卷，第37770号，第447页](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1998_Convention_Access_Information.pdf)，以及2002年缔约方会议第一届会议通过的关于审查遵约情况的第I/7号决定([ECE/MP.PP/2/Add.8](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=V46729226N37I.7400&profile=bib&uri=link=3100006~!1101499~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=1&source=~!horizon&term=ECE%2FMP.PP%2F2%2FAdd.8&index=ZUNSYMA))。 [↑](#footnote-ref-986)
986. 国际麻醉品管制局是根据[《麻醉品单一公约》第五条设立的 (1961年3月30日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第520卷，第7515号，第151页](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1961_NarcoticDrugs.pdf)。 [↑](#footnote-ref-987)
987. 例如，见[《公民权利和政治权利国际公约》](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1966_ICCPR.pdf)第二十八条第3款；另见[Christian Tomuschat, Human Rights: Between Idealism and Realism, 3rd edition (Oxford, Oxford University Press, 2014)，p. 219](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\3_Tomuschat_Human_Rights_Between_Idealism%20_Realism.pdf)。 [↑](#footnote-ref-988)
988. 具体而言，各缔约方会议的决定就属于这种情况，见结论草案12 [11]。 [↑](#footnote-ref-989)
989. 国际劳工组织(劳工组织)[实施公约与建议书专家委员会](http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--en/index.htm)是属于国际组织机关的专家机构的重要例子。该机构于1926年设立，负责审查政府关于已批准公约的报告，由20名来自不同地域、法律系统和文化的知名法学家组成，由劳工组织理事会任命，任期三年，见[www.ilo.org](http://www.ilo.org)和劳工组织向委员会提供的[资料](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\SASP\sasp_ilo.pdf)，可查阅国际法委员会网站：[http://legal.un.org/ilc/guide/ 1\_11.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/%201_11.shtml)。 [↑](#footnote-ref-990)
990. 关于国际组织责任的条款草案第6条第1款，大会2011年12月9日[第66/100](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=%20A/RES/66/100)号决议，附件(其评注见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第五章，E节)；任意拘留问题工作组是一例由以个人身份任职的专家组成的机构，其任务授权来自人权理事会2013年9月26日[第24/7](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=1E677SB676677.2184&profile=bib&uri=link=3100006~!1316885~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=1&source=~!horizon&term=A%2FHRC%2FRES%2F24%2F7&index=ZUNSYMA)号决议，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第53号》([A/68/53/Add.1](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\Protection%20of%20persons\G1318317-1_E.doc))。该工作组是理事会的附属机构，因此不是结论草案13 [12]所称的专家条约机构，见[www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx)。 [↑](#footnote-ref-991)
991. 经济及社会理事会，1987年5月26日第1987/5号决议([E/C.12/1989/4](http://undocs.org/E/C.12/1989/4)），第9段。 [↑](#footnote-ref-992)
992. 大会2008年12月10日第63/117号决议所附《经济、社会及文化权利国际公约任择议定书》第一至第十五条。 [↑](#footnote-ref-993)
993. [《联合国气候变化框架公约京都议定书》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1997_KyotoProtocolUNFCCC.pdf)(1997年12月11日，京都) (联合国，《条约汇编》，第2303卷，第30822号，第162页)遵约委员会是根据《议定书》第十八条和缔约方会议第七届会议([FCCC/CP/2001/13/Add.3](http://undocs.org/FCCC/CP/2001/13/Add.3))通过的关于与《京都议定书》规定的遵约有关的程序和机制的第24/CP.7号决定设立的。 [↑](#footnote-ref-994)
994. 见[《公民权利和政治权利国际公约》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1966_ICCPR.pdf)，第四十二条第7款(丙)项；[《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1966_ICCPR_OptionalProtocol.pdf)，第五条第4款；《经济、社会及文化权利国际公约任择议定书》，第九条第一款。 [↑](#footnote-ref-995)
995. 见[《消除一切形式种族歧视国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/v660.pdf)，第九条第二款；[《消除对妇女一切形式歧视公约》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1979_CEDAW.pdf)，第二十一条第1款；[《儿童权利公约》 (1989年11月29日，纽约) (联合国，《条约汇编》，第1577卷，第27531号，第3页)](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1989_RightsOfTheChild.pdf)，第四十五条(d)项；[《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》](file:///\\CONF-SHARE1\CONF\GROUPS\PEPS-Share\REFERENCES\1_2006_EnforcedDisappearance_UNTS.pdf)(2006年12月20日，纽约) (同上，第2716卷，第48088号，第3页)，第三十三条第五款；[《联合国海洋法公约》](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en)(1982年12月10日，蒙特哥湾) (同上，第1833卷，第31363号，第3页)，第七十六条第8款。 [↑](#footnote-ref-996)
996. 见[《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1984_UNTorture.pdf)，第19条第3款；[《公民权利和政治权利国际公约》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1966_ICCPR.pdf)，第四十条第四款；[《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年12月18日，纽约) (联合国，《条约汇编》，第2220卷，第39481号，第3页](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_1990_Protection_All_migrant_worker.pdf))，第74条。 [↑](#footnote-ref-997)
997. 关于审查遵约情况的第I/7号决定(见上文脚注985)，第十一节，第36段，和第十二节，第37段；[《麻醉品单一公约》](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\1_1961_NarcoticDrugs.pdf)，第十四条。 [↑](#footnote-ref-998)
998. 关于与《京都议定书》规定的遵约有关的程序和机制的第24/CP.7号决定(见上文脚注993)，附件，第十五节。 [↑](#footnote-ref-999)
999. 见《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=14S79720E25X7.6316&profile=bib&uri=link=3100006~!1345685~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=2&source=~!horizon&term=A%2F70%2F10&index=ZUNSYMA))，第三章，第26 (b)段；另见“关于联合国人权条约机构调查结果影响的最后报告”，国际法协会，第七十一届会议报告 (见上文脚注540)第5页，第15段；European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), “Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts” ([CDL-AD(2014)036](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e)), adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session (Rome, 10-11 October 2014), p. 31, para. 78. [↑](#footnote-ref-1000)
1000. 见[艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第639页起，见第663-664页，第66段](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\2_2010_Diallo.pdf)；Rodley, “The role and impact of treaty bodies”(上文脚注977), p. 640; *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2nd edition, A. Andrusevych, T. Alge and C. Konrad, eds. (Lviv, Resource and Analysis Center “Society and Environment”, 2011);“2005年2月18日至今通过的《奥胡斯公约》遵约委员会调查结果汇编”，可查www.unece.org/fileadmin/DAM/ env/pp/compliance/ Compilation\_of\_CC\_findings.pdf (访问日期：2016年7月8日)。 [↑](#footnote-ref-1001)
1001. R. Van Alebeek and A. Nollkaemper, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law”, in *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, H. Keller and L. Grover, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2012), pp. 356-413, at p. 402; Rodley, “The role and impact of treaty bodies”(见上文脚注977), p. 639; K. Mechlem, “[Treaty bodies and the interpretation of human rights](http://heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/vantl42&collection=journals&id=911)”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), pp. 905-947, at p. 908. [↑](#footnote-ref-1002)
1002. 这一点在文献中得到了普遍接受，见国际法协会，第七十一届会议报告（上文脚注540)，第5页，第15段；Rodley, “The role and impact of treaty bodies” (see footnote 981 above), p. 639; [Tomuschat, Human Rights … (footnote 987 above), pp. 233 and 267](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\3_Tomuschat_Human_Rights_Between_Idealism%20_Realism.pdf); D. Shelton, “The legal status of normative pronouncements of human rights treaty bodies” in Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum, vol. I, H.P. Hestermeyer and others, eds. (Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012), pp. 553-575, at p. 559; H. Keller and L. Grover, [“General comments of the Human Rights Committee and their legitimacy”](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\3_Alebeek&Nollkaemper_legal_status_decisions_human_rights_treaty.pdf), in Keller and Grover, UN Human Rights Treaty Bodies … (see footnote 1000 above), pp. 116-198, at p. 129; Venice [Commission](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e), “Report on the implementation of international human rights treaties … (footnote 999 above), p. 30, para. 76；关于《京都议定书》第十八条和第24/CP.7号决定中“断定”这一术语，见G. Ulfstein and J. Werksmann, “[The Kyoto compliance system: towards hard enforcement](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\3_Ulfstein&Werksmann_Kyoto_Compliance_System.pdf)”，in Implementing the Climate Regime: International Compliance, O.S. Stokke, J. Hovi and G. Ulfstein, eds. (London, Fridtjof Nansen Institut, 2005), pp. 39-62, at pp. 55-56。 [↑](#footnote-ref-1003)
1003. W. Kälin, “Examination of state reports”, in Keller and Grover, UN Human Rights Treaty Bodies … (see footnote 1000 above), pp. 16-72; G. Ulfstein, “Individual complaints”, ibid., pp. 73-115; [Mechlem](http://heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/vantl42&collection=journals&id=911), “Treaty bodies … (see footnote 1000 above), pp. 922-930；《公民权利和政治权利国际公约》之下一般性建议的法律依据是第四十条第4款，但是对人权条约之下的其他专家机构，也已经普遍接受了这一惯例，见Keller and Grover, “General comments …” (footnote above), pp. 127-128。 [↑](#footnote-ref-1004)
1004. 例如，Rodley, “The role and impact of treaty bodies” (see footnote 977 above), p. 639; Shelton, “The legal status of normative pronouncements …” (see footnote above), pp. 574-575; [A. Boyle and C. Chinkin, The Making of International Law (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 155](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\3_Boyle&Chinkin_The_Making_of_International_Law.pdf)。 [↑](#footnote-ref-1005)
1005. 第33号一般性意见草案(缔约国根据《公民权利和政治权利任择议定书》所承担的义务) (2008年8月18日第二次修订稿) ([CCPR/C/GC/33/CRP.3](https://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjts5Hrt9LNAhWB0RoKHXjrCLwQFggeMAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.ohchr.org%2Fenglish%2Fbodies%2Fhrc%2Fdocs%2FCCPR-C-GC-33-CRP3.doc&usg=AFQjCNH4OQoxhkOQ4vQhZcK-wTcstItKzQ&sig2=DG-_dlu_IIULbLrTjY30FQ))，2008年8月25日，见第17段；若干著述者也提出了这一立场，见Keller and Grover, “General comments …”(上文脚注)， pp. 130-132 with further references。 [↑](#footnote-ref-1006)
1006. 例如，见“Comments of the United States of America on the Human Rights Committee’s ‘Draft general comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant Civil and Political Rights’”，17 October 2008, para. 17. Available from [www.state.gov/documents/organization/138851.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/138851.pdf) (accessed 8 July 2016)。 [↑](#footnote-ref-1007)
1007. 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第六十四届会议，补编第40号》([A/64/40)，第一卷，附件五。](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=J467384744GN0.9642&profile=bib&uri=link=3100006~!1264227~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=1&source=~!horizon&term=A%2F64%2F40%28Vol.I%29&index=ZUNSYMA) [↑](#footnote-ref-1008)
1008. 例如见《大会正式记录，第七十届会议，第六委员会》，第22次会议简要记录([A/C.6/70/SR.22](http://undocs.org/A/C.6/70/SR.22))，2015年11月6日，第46段(美国：“……缔约国对条约机构的声明或活动作出的反应在某些情况下可以构成第三十一条第三款所述的(这些国家的)嗣后惯例”)。 [↑](#footnote-ref-1009)
1009. 见结论草案3[2]评注第(11)段。 [↑](#footnote-ref-1010)
1010. 见国际法协会，第七十一届会议报告(上文脚注540)，第6页，第21段。 [↑](#footnote-ref-1011)
1011. 例如[见Mechlem](http://heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/vantl42&collection=journals&id=911), “Treaty bodies … (footnote 1000 above), pp. 920-921; B. Schlütter, “Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies”, in Keller and Grover, UN Human Rights Treaty Bodies … (footnote 1000 above), pp. 289-290; Ulfstein and Werksmann, “[The Kyoto compliance system …”](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\3_Ulfstein&Werksmann_Kyoto_Compliance_System.pdf) (footnote above), p. 96。 [↑](#footnote-ref-1012)
1012. [大会2010年12月21日第65/221号决议](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=J467384744GN0.9642&profile=bib&uri=link=3100006~!1272584~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=4&source=~!horizon&term=A%2FRES%2F65%2F221&index=ZUNSYMA)，第5段，脚注8，和2013年12月18日第[68/178](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=J467384744GN0.9642&profile=bib&uri=link=3100006~!1318316~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=6&source=~!horizon&term=A%2FRES%2F68%2F178&index=ZUNSYMA)号决议，第5段，脚注8。 [↑](#footnote-ref-1013)
1013. 人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第40号》([A/56/40)，第一卷，附件六。](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=J467384744GN0.9642&profile=bib&uri=link=3100006~!1052804~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=12&source=~!horizon&term=A%2F56%2F40%5BVol.I%5D&index=ZUNSYMA) [↑](#footnote-ref-1014)
1014. 同上，第2段。 [↑](#footnote-ref-1015)
1015. 见结论草案11 [10]第3段及其评注。 [↑](#footnote-ref-1016)
1016. 经济、社会及文化权利委员会，第15号一般性意见(2002年)，《2003年经济及社会理事会正式记录，补编第2号》([E/2003/22-E/C.12/2002/13](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=L467I8618B870.9691&profile=bib&uri=link=3100006~!1076223~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=1&source=~!horizon&term=E%2F2003%2F22&index=ZUNSYMA))，附件四，第2段。(“水权意味着每个人都有权获得供个人和家庭使用的充足、安全、可接受、便于汲取和负担得起的用水”)。 [↑](#footnote-ref-1017)
1017. 大会2015年12月17日第[70/169](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=14U7790331KT4.2226&profile=bib&uri=link=3100006~!1357542~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=4&source=~!horizon&term=A%2FRES%2F70%2F169&index=ZUNSYMA)号决议回顾了经济、社会及文化权利委员会关于水权的第15号一般性意见(见上文脚注1016)，并使用了相同的用语：“确认享受安全饮用水的人权意味着每个人都有权不受歧视地获得供个人和家庭使用的充足、安全、可接受、便于汲取和负担得起的用水”(第2段)。 [↑](#footnote-ref-1018)
1018. 见结论草案11[10]，第3段，及其评注，第(31)-(38)段；就关于水权的第70/169号决议(见上文脚注1017)而言，“……美国不赞同关于第2段的协调一致，理由是界定享有水和卫生设施的权利采用的措辞仅以经济、社会及文化权利委员会及特别报告员的观点为基础，而且从未在任何国际协定中出现过，也未反映出任何国际协商一致”(见《大会正式记录，第七十届会议，第三委员会，第55次会议》([A/C.3/70/SR.55](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=14U7790331KT4.2226&profile=bib&uri=link=3100006~!1356134~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=6&source=~!horizon&term=A%2FC.3%2F70%2FSR.55&index=ZUNSYMA))，2015年11月24日，第144段)。并不完全清楚的是，美国是否就此简单重申其立场，即该项决议并不承认委员会此种声明的某种具体效力，或是不同意定义的实质内容。 [↑](#footnote-ref-1019)
1019. 见大会2014年12月18日第69/166号决议，未经表决获得通过，回顾人权事务委员会关于尊重隐私、家庭、住宅和通信权，以及保护荣誉和声誉问题的第16号一般性意见(《大会正式记录，第四十三届会议，补编第40号》(A/43/40)，附件六)。 [↑](#footnote-ref-1020)
1020. 见大会2014年12月18日第69/157号决议，未经表决获得通过；以及2013年12月18日第68/147号决议，未经表决获得通过。 [↑](#footnote-ref-1021)
1021. 关于审查遵约情况的第I/7号决定(见上文脚注985)，附件，第三和第十二节，第37段；V. Koester, “The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)”, in Making Treaties Work, Human Rights, Environment and Arms Control, G. Ulfstein and others, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2007), pp. 179-217, at p. 203。 [↑](#footnote-ref-1022)
1022. 见人权理事会2015年3月26日第28/16号和2015年3月27日第28/19号决议，未经表决获得通过(人权理事会报告，《大会正式记录，第七十届会议，补编第53号》(A/70/53))。 [↑](#footnote-ref-1023)
1023. 见上文脚注986。 [↑](#footnote-ref-1024)
1024. 见《国际麻醉品管制局2009年报告》(E/INCB/2009/1，联合国出版物，出售品编号E.10.XI.1)，第278段；另见J. Csete and D. Wolfe, “Closed to reason: the International Narcotics Control Board and HIV/AIDS” (Canadian HIV/AIDS Legal Network/International Harm Reduction Development of the Open Society Institute, 2007), pp. 12-18。 [↑](#footnote-ref-1025)
1025. D. Barrett, Unique in International Relations? A Comparison of the International Narcotics Control Board and the UN Human Rights Treaty Bodies (London, International Harm Reduction Association, 2008), p. 8。 [↑](#footnote-ref-1026)
1026. 人权条约的专家条约机构很少出于解释某一条约条款的目的而试图确定缔约方的惯例，举例见，G. Nolte, “Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time”, in Treaties and Subsequent Practice, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 210-278; Schlütter, “Aspects of human rights interpretation …” (见上文脚注1011), p. 318。 [↑](#footnote-ref-1027)
1027. 见结论草案10 [9]，第2段。 [↑](#footnote-ref-1028)
1028. See Ulfstein and Werksmann, “The Kyoto compliance system …” (上文脚注1002), p. 97; Van Alebeek and Nollkaemper, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies …” (上文脚注1001), p. 410。 [↑](#footnote-ref-1029)
1029. 例如对其提出的某项保留的允许性的声明，见委员会2011年通过的《对条约的保留实践指南》，指南3.2.3及其评注第(3)段，国际法委员会报告，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10/Add.1)。 [↑](#footnote-ref-1030)
1030. C. Tomuschat, “Human Rights Committee”, in The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (www.mpepil.com), at para. 14 (“States parties cannot simply ignore them [individual communications], but have to consider them in good faith (bona fide) … not to react at all … would appear to amount to a violation …”). [↑](#footnote-ref-1031)
1031. 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，判决书，《2010年国际法院案例汇编》，第639页起，见第663-664页，第66段；另见[国际劳工组织行政法庭关于对国际农业发展基金提起的申诉的第2867号判决，咨询意见，《2012年国际法院案例汇编》，第10页起，](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\2_2012_Judgment%20no.2867%20of%20administrative%20Tribunal%20of%20ILO.pdf)见第27页，第39段；[在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，](http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf)咨询意见，《2004年国际法院案例汇编》，第136页起，见第179-181页，第109-110和112段，以及第192-193页，第136段，其中法院提到人权事务委员会和经济、社会及文化权利委员会的多项声明；另见[与起诉或引渡义务有关的问题](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf)(比利时诉塞内加尔)，判决书，《2012年国际法院案例汇编》，第422页起，见第457页，第101段，其中提及禁止酷刑委员会在确定《禁止酷刑公约》的时间范围时的声明。 [↑](#footnote-ref-1032)
1032. [美洲人权法院，宪法法院(Camba Campos和其他人)诉厄瓜多尔案，初步反对意见，案情，赔偿和费用，2013年8月28日判决书，Series C No. 268，第189和第191段；非洲人权和人民权利委员会，公民自由组织及其他方诉尼日利亚案，第218/98号来文，关于提交给非洲委员会第二十九届常会(2001年5月，的黎波里)的来文的决定，见第](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\2_2013_Constitutional_Court(Canada%20Campos)_v._Ecuador.pdf)24段(“在解释和适用《宪章》过程中，委员会……还受《宪章》和包括联合国条约机构的决定和一般性意见在内的国际人权标准的指导”)；[非洲人权和人民权利委员会，社会和经济权利行动中心及经济和社会权利中心诉尼日利亚案，第155/96号来文，关于提交给非洲委员会第三十届常会(2001年10月，班珠尔)的来文的决定，见第63段](http://www.achpr.org/communications/decision/155.96/)(“借鉴经济、社会和文化权利委员会在其第7号一般性意见中的“强行驱逐”一词的定义”)；[Marguš诉克罗地亚案[GC]，第4455/10号，《2014年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)，第48-50段；](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\2_2014_Margus_Crotia_E.pdf)[巴卡诉匈牙利案，第20261/12 [2014]号，2014年5月27日，第58段](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\2_2014_Baka_Hungary_E.pdf)；[Othman (Abu Qatada) 诉联合王国案，第8139/09号，《2012年欧洲人权法院案例汇编》(摘要)，第107-108、147-151、155和158](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108629)段；[Gäfgen诉德国案[GC]，第22978/05号，《2010年欧洲人权法院案例汇编》](http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2010-IV.pdf)，第68段和第70-72段；另见国际法协会第七十三届会议报告(上文脚注540)，第29-38页，第116-155页。 [↑](#footnote-ref-1033)
1033. 见威尼斯委员会引用的决定，《关于……落实国际人权条约的报告》(上文脚注999)，见第76段，脚注172和173([爱尔兰，最高法院：Kavanagh (Joseph)诉Mountjoy监狱长和司法部长案[2002] IESC 13 (2002年3月1日)，第36段；法国，国务委员会：Hauchemaille诉法国案，case no 238849, 2001年10月11日，ILDC 767(FR2001)，](http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2002/13.html)第22段)。 [↑](#footnote-ref-1034)
1034. 国际法协会第七十一届会议报告(上文脚注540)，第43页，第175段；[德国，联邦行政法院，BVerwGE，第134卷，第1页起，见第22页，第48段。](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv134001.html) [↑](#footnote-ref-1035)
1035. 2011年国际法委员会报告，《大会正式记录》，第六十六届会议，补编第10号([A/66/10](http://legal.un.org/docs/?symbol=A/66/10)/ Add.1)。 [↑](#footnote-ref-1036)
1036. “当然，如果这些机构已被赋予决策权，则当事方必须遵守它们的决定，但是，目前在实践中，除了区域人权法院以外，还没有这么做。与此相反，其他监督机构在保留方面和它们拥有宣示权力的其他方面没有任何法律决策权，因此，它们得出的结论不具有法律约束力，缔约国只是有义务诚意地“顾及”其评估”(同上，准则3.2.3评注第(3)段)。 [↑](#footnote-ref-1037)
1037. 国际法协会第七十一届会议报告(见上文脚注540)，第5页，第17段；[Van Alebeek and Nollkaemper, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies …” (上文脚注1001)，第401](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\3_Alebeek&Nollkaemper_legal_status_decisions_human_rights_treaty.pdf)页；属于这种情况的少数几个判决书之一是大阪高等法院1994年10月28日判决书，第1513号《判例时报》，第71、87、38页([国际法协会第七十一届会议报告](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\5_ILA_2004_Final_Report_E.pdf)引用(见上文脚注540)，见第20段，脚注22)；还可查阅[Japanese Annual of International Law, vol. 38 (1995)](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jpyintl38&size=2&collection=journals&id=128)，第109-150页，见第118-133页；和德国，联邦行政法院(见上文脚注1034)。 [↑](#footnote-ref-1038)
1038. [[在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果](http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf)，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编》，第136页起，见第179页，第109](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\2_2004_Legal_Consequences_Palestinian.pdf)段。 [↑](#footnote-ref-1039)
1039. 大阪高等法院明确指出：“可以认为，应该借助“一般性意见”和“意见”……，作为解释《公民权利和政治权利国际公约》的补充资料。”大阪高等法院1994年10月28日判决(上文脚注1037)，[国际法协会第七十一届会议报告](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\5_ILA_2004_Final_Report_E.pdf)引用(见上文脚注540)，见第85段，脚注178，另外可查阅[Japanese Annual of International Law, vol. 38 (1995)](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jpyintl38&size=2&collection=journals&id=128), at pp. 129-130；例如也见荷兰，中央上诉法庭，[Appellante诉de Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank案，](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560)(可查阅<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560>, 2016年7月11日登录)；联合王国，一方面，上议院，Jones诉沙特阿拉伯案，2016年6月14日 [2006] UKHL 26 (“无价值”)，另一方面，[上议院，A. 诉内政大臣案 [2005] UKHL 71，第34-36](https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand.pdf)段(依据条约机构的声明确立一项排除法证据规则，防止利用通过酷刑手段获得的信息)和[上诉法院：R (斯凯尼案的应用)诉国防大臣案，申请进行司法审查，(2005) EWCA Civ 1609号，(2006) HRLR 7号，第101段](http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ildc/376uk05.case.1/law-ildc-376uk05)(援引人权事务委员会第31号一般性意见，确立《1998年人权法》域外适用)；南非：一方面：威特沃特斯兰高等法院：Bon Vista Mansions 居民诉南部都市地方理事会案，2002 (6) BCLR, 第625页起，见第629页(“一般性意见具有国际法所规定的权威性地位”)，国际法协会第七十一届会议报告第11段引用(上文脚注540)另一方面，[宪法法院：卫生部长和其他人诉治疗行动运动和其他人案(第2号)(CCT 8/02)[2002] ZACC 15，第26和37段](http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.pdf)(反对[适用]经济、社会和文化权利委员会一般性意见第3号规定的“最低核心标准”)(《经济及社会理事会正式记录》1991年，补编第3号(E[/1991/23-E/C.12/1990/8和Corr.1)，附件三，第83](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\4_CESCR_Gen'lComment03_eng.pdf)页)；日本，东京区法院，2001年3月15日判决书， 1784 Hanrei Jiho 67, at 74 (“一般性意见既不是对《公民权利和政治权利国际公约》的权威性解释，也不对条约在日本的解释具约束力”)，国际法协会第七十一届会议报告第87段引用(上文脚注540)。 [↑](#footnote-ref-1040)
1040. 见结论草案2 [3]评注第(15)段，脚注429；另见结论草案12 [11]，第3段。 [↑](#footnote-ref-1041)
1041. 见结论草案12 [11]第3段。 [↑](#footnote-ref-1042)
1042. 专家的声明的确是“适用条约”的行为，因为委员会认为，这种适用“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，而且除其他外，也包括有关条约解释的官方声明”(见结论草案4的评注第(18)段)。 [↑](#footnote-ref-1043)
1043. [[艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情，判决书，《2010年国际法院案例汇编》，第639页起，](http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf)见第663-664页，第66段](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\REFERENCES\2_2010_Diallo.pdf)。 [↑](#footnote-ref-1044)
1044. 在结论草案12 [11]第3段的评注里，委员会指出：“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”(见上文脚注957)。 [↑](#footnote-ref-1045)
1045. 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10](http://undocs.org/A/69/10))，第266段。 [↑](#footnote-ref-1046)
1046. 同上，《第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/A/70/10))，第110-117段。 [↑](#footnote-ref-1047)
1047. 同上，《第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/A/70/10))，第115段。 [↑](#footnote-ref-1048)
1048. 见第3296至第3301次会议临时简要记录([A/CN.4/SR.3296](http://undocs.org/A/CN.4/SR.3296)、[A/CN.4/SR.3297](http://undocs.org/A/CN.4/SR.3297)、[A/CN.4/SR. 3298](http://undocs.org/A/CN.4/SR.3298)、[A/CN.4/SR.3299](http://undocs.org/A/CN.4/SR.3299)、[A/CN.4/SR.3300](http://undocs.org/A/CN.4/SR.3300)和[A/CN.4/SR.3301](http://undocs.org/A/CN.4/SR.3301))。 [↑](#footnote-ref-1049)
1049. 见关于危害人类罪的第二次报告([A/CN.4/690](http://undocs.org/A/CN.4/690))：第5条草案(在国内法中定为刑事犯罪)；第6条草案(国家管辖权的确定)；第7条草案(开展一般性调查与合作以查明被指控罪犯)；第8条草案(被指控罪犯所在地行使国家管辖权)；第9条草案(引渡或审判)；第10条草案(公平对待被指控罪犯)。 [↑](#footnote-ref-1050)
1050. 本款的位置将在以后讨论。 [↑](#footnote-ref-1051)
1051. 1946年9月30日判决，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》(1945年11月14日至1946年10月1日，纽伦堡)，第22卷(1948年)，第466页。 [↑](#footnote-ref-1052)
1052. 《1950年……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第三部分，第374页，第97段(原则1)。 [↑](#footnote-ref-1053)
1053. 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》(1968年11月26日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第754卷，第10823号，第73页。截至2016年8月，这项公约有55个缔约方。 [↑](#footnote-ref-1054)
1054. 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第38544号，第3页。 [↑](#footnote-ref-1055)
1055. 见关于科特迪瓦对2014年12月11日第一预审庭题为“关于科特迪瓦质疑西蒙·巴博案件可受理性的裁定”提起上诉的裁决，上诉庭，第ICC-02/11-01/12 OA号(2015年5月27日) (其中认定，国家起诉扰乱和平、组织武装团伙和破坏国家安全等国内普通罪行不是基于和本案行为大体相同的行为，即所指称的谋杀、强奸、其他不人道行为和迫害等危害人类罪。可查阅[www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015\_06088.PDF](http://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_06088.PDF) (2016年6月22日检索)。 [↑](#footnote-ref-1056)
1056. 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日，纽约)，联合国，《条约汇编》第1465卷，第24841号，第85页(下称《禁止酷刑公约》)。 [↑](#footnote-ref-1057)
1057. 见禁止酷刑委员会《第2号一般性意见》(2007年)，第9段，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第44号》(A/63/44)，附件六；又见禁止酷刑委员会，同上，《第五十八届会议，补编第44号》(A/58/44)，第三章，审议缔约国在《公约》第19条下提交的报告，斯洛文尼亚，第115(a)段和比利时，第130段。 [↑](#footnote-ref-1058)
1058. 例如，见《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970年12月16日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第860卷，第12325号，第105页，第2条；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的纽约公约》(1973年12月14日，纽约)，同上，第1035卷，第15410号，第167页，第2条第2款；《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日，纽约)，第1316卷，第21931号，第205页，第2条；《禁止酷刑公约》(见上文脚注1056)，第4条；《美洲防止和惩处酷刑公约》(1985年12月9日，卡塔赫纳)，美洲国家组织，《条约汇编》，第67号，第6条；《联合国人员和有关人员安全公约》(1994年12月9日，纽约)，同上，第2051卷，第35457号，第363页，第9条第2款；《美洲被迫失踪人士公约》(1994年6月9日，贝伦杜帕拉)，美洲国家组织，《条约汇编》，第68号，第3条；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(1997年12月15日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2149卷，第37517号，第256页，第4条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年12月9日，纽约)，同上，第2178卷，第38349号，第197页，第4条；《非统组织[非洲统一组织]防止和打击恐怖主义公约》(1999年7月14日，阿尔及尔)，同上，第2219卷，第39464号，第179页，第2条(a)款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》(2000年11月15日，纽约)，同上，第2237卷，第39574号，第319页，第5条第1款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年12月20日，纽约)，同上，第2716卷，第48088号，第3页，第7条第1款；《东南亚国家联盟反恐怖主义公约》(2007年1月13日，宿务)，第9条第1款，见《与预防和打击国际恐怖主义有关的国际文书》，联合国出版物，出售品编号E.08.V.2 (2008年，纽约)，第336页。 [↑](#footnote-ref-1059)
1059. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第78卷，第1021号，第277页，第5条。 [↑](#footnote-ref-1060)
1060. 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第75卷，第970号，第31页，第49条(《日内瓦第一公约》)；《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》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第971号，第85页，第50条(《日内瓦第二公约》)；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第972号，第135页，第129条(《日内瓦第三公约》)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第973号，第287页，第146条(《日内瓦第四公约》)。2016年关于《日内瓦第一公约》第49条(刑事制裁)的评注(下称2016年红十字委员会关于第49条的评注)，见红十字委员会网页www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ Comment.xsp?action=openDocument&documentId=3ED0B7D33BF425F3C1257F7D00589C84。 [↑](#footnote-ref-1061)
1061. 《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》(1945年8月8日，伦敦)，《国际军事法庭宪章》，第6条，联合国，《条约汇编》，第82卷，第251号，第279页(下称《纽伦堡宪章》。 [↑](#footnote-ref-1062)
1062. 《起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭规约》，经安全理事会1993年5月25日第827(1993)号决议通过，载于秘书长按照安理会第808 (1993)号决议提交的报告第2段，S/25704和Add.1，附件，第7条第1款。 [↑](#footnote-ref-1063)
1063. 《起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的灭绝种族和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内灭绝种族和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭规约》，经安全理事会1994年11月8日第955(1994)号决议通过，附件，第6条第1款。 [↑](#footnote-ref-1064)
1064. 见《罗马规约》(上文脚注1054)，第二十五条第(二)款和第(三)款第1项。 [↑](#footnote-ref-1065)
1065. 《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂特别法庭协定》(附《规约》)，(2002年1月16日，弗里敦)，联合国，《条约汇编》，第2178卷，第38342号，第137页，第6条第1款(下称《塞拉利昂问题特别法庭规约》)。 [↑](#footnote-ref-1066)
1066. 联合国东帝汶过渡行政当局,《关于设立具有重大刑事罪专属管辖权的审判小组的第2000/15号条例》(UNTAET/REG/2000/15)，第5节(2000年) (下称《东帝汶法庭宪章》)。 [↑](#footnote-ref-1067)
1067. 《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》，2004年10月27日(NS/RKM/1004/006)，第5条。可查阅[www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended](http://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended) (2016年6月22日检索，下称《柬埔寨特别法庭协定》)。另见《联合国和柬埔寨王国政府关于按照柬埔寨法律起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的协定》(2003年6月6日，金边)，联合国，《条约汇编》，第2329卷，第117页。 [↑](#footnote-ref-1068)
1068. 《伊拉克特别法庭规约》,《国际法材料》，第43卷，第231页，第10(b)条(2004年) (下称“伊拉克最高刑事法庭”)。伊拉克临时政府2005年在原规约的基础上颁布了新的规约，将法庭更名为“伊拉克最高刑事法庭”。见《伊拉克特别法庭法》，第10号，《伊拉克共和国政府公报》，第47卷，第4006号(2005年10月18日)。 [↑](#footnote-ref-1069)
1069. 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉1982年6月7日至1990年12月1日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》,《国际法材料》，第52卷，第1028页，第4(b)和第6条 (2013年) (下称“非洲特别法庭规约”)。 [↑](#footnote-ref-1070)
1070. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第三条(a)项)和第四条。 [↑](#footnote-ref-1071)
1071. 《罗马规约》(见上文脚注1054)，第二十五条第(三)款第6项。 [↑](#footnote-ref-1072)
1072. 检察官诉班达和杰宝案，ICC-02/05-03/09号案件，关于2011年3月7日“确认指控的决定”的更正，国际刑事法院第一预审分庭，第96段。 [↑](#footnote-ref-1073)
1073. 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1062)，第7条第1款。该法庭的各项裁决分析了此种刑事责任。例如见检察官诉*Duško Tadić*案，IT-94-1-A号案件，上诉庭，1999年7月15日判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，1999年司法报告，第220段(下称“1999年*Tadić*案”) (认定“共同策划概念作为共犯罪责的形式之一已为习惯国际法牢固确立”)。 [↑](#footnote-ref-1074)
1074. 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1063)，第6条第1款。 [↑](#footnote-ref-1075)
1075. 例如，见检察官诉 Furundžija案，IT-95-17/1-T号案件，第二审判分庭，1998年12月10日的判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，《1998年司法报告》，第246段(认定“如果他知道很可能将实施一些罪行之一，而且实际上确实实施了其中一个罪行，那么他意图协助实施这一罪行，并犯有协助和煽动罪”)。 [↑](#footnote-ref-1076)
1076. 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注1065)，第6条第1款。 [↑](#footnote-ref-1077)
1077. 《东帝汶法庭宪章》(见上文脚注1066)，第14节。 [↑](#footnote-ref-1078)
1078. 《柬埔寨法院特别法庭协定》(见上文脚注1067)，第29条。 [↑](#footnote-ref-1079)
1079. 《伊拉克最高刑事法庭规约》(见上文脚注1068)，第15条。 [↑](#footnote-ref-1080)
1080. 《非洲特别法庭规约》(见上文脚注1069)，第10条. [↑](#footnote-ref-1081)
1081. 《罗马规约》(见上文脚注1054)，第二十五条第(三)款第1-4项。 [↑](#footnote-ref-1082)
1082. 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，第三条(b)-(e)项。 [↑](#footnote-ref-1083)
1083. 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，第二条。 [↑](#footnote-ref-1084)
1084. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第6条第1款(a)项。 [↑](#footnote-ref-1085)
1085. 例如，见美利坚合众国诉*Wilhelm von Leeb*等人案(“高级指挥官案”)，纽伦堡军事法庭的战犯审判，第11卷(华盛顿哥伦比亚特区，美国政府出版局，1950年)，第543-544页。 [↑](#footnote-ref-1086)
1086. 同上；另见*International Criminal Law: International Enforcement*, M.C. Bassiouni, ed., vol. III, 3rd ed. (Leiden, 3tinus Nijhoff, 2008, p. 461); and K.J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 262–263。 [↑](#footnote-ref-1087)
1087. 见检察官诉*Alfred Musema*案，ICTR-96-13-A号案件，卢旺达问题国际刑事法庭，第一审判分庭，2000年1月27日的判决，第132段。 [↑](#footnote-ref-1088)
1088. 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1062)，第7条第3款。 [↑](#footnote-ref-1089)
1089. 例如，见检察官诉*Zlatko Aleksovski*案，IT-95-14/1-T号案件，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，审判分庭，1999年6月25日的判决，第66-77段；检察官诉 Zejnil Delalić 等人案，IT-96-21-T号案件，1998年11月16日的判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，审判分庭，第330-400段和第605-810段。 [↑](#footnote-ref-1090)
1090. 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1063)，第6条第3款。 [↑](#footnote-ref-1091)
1091. 见检察官诉*Jean-Paul* Akayesu案，ICTR-96-4-T号案件，卢旺达问题国际刑事法庭，审判分庭，1998年9月2日的判决；检察官诉*Jean* Kambanda案，ICTR-97-23-S号案件，卢旺达问题国际刑事法庭，审判分庭，1998年9月4日的判决。 [↑](#footnote-ref-1092)
1092. 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注1065)，第6条第3款。 [↑](#footnote-ref-1093)
1093. 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，安全理事会2007年5月30日第1757(2007)号决议，(包括附件和附录)，第3条第2款。 [↑](#footnote-ref-1094)
1094. 《东帝汶法庭宪章》(见上文脚注1066)，第16节。 [↑](#footnote-ref-1095)
1095. 《柬埔寨特别法庭协定》(见上文脚注1067)，第29条。 [↑](#footnote-ref-1096)
1096. 《伊拉克最高刑事法庭规约》(见上文脚注1068)，第15条。 [↑](#footnote-ref-1097)
1097. 《罗马规约》(见脚注1054)，第二十八条。《非洲特别法庭规约》(见上文脚注1069)，第10条。 [↑](#footnote-ref-1098)
1098. 例如，见检察官诉Kordić 和 Čerkez 案，IT-95-14/2-T号案件，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，审判分庭，2001年2月26日的判决，第369段。 [↑](#footnote-ref-1099)
1099. 检察官诉 *Jean-Pierre Bemba Gombo*案，ICC-01/05-01/08号案件，国际刑事法院第三审判庭，2016年3月21日的判决，第630、第638和第734段。 [↑](#footnote-ref-1100)
1100. 见人权委员会第六十一届会议报告，《经济及社会理事会正式记录，2005年，补编第3号》([E/2005/23-E/CN.4/2005/135](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/161/05/PDF/G0516105.pdf?OpenElement))，2005年4月21日关于有罪不罚问题的第2005/81号决议，第6段(敦促“各国确保各级军事指挥员和其他长官意识到根据国际法他们要对……危害人类罪……负有刑事责任的情况，包括在某些情况下，他们要对在其有效指挥和控制下的下属所犯罪行负有刑事责任”)。 [↑](#footnote-ref-1101)
1101. 例如，见《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》) (1977年6月8日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17512号，第3页，第86条第2款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第6条第1款。 [↑](#footnote-ref-1102)
1102. 见人权委员会关于有罪不罚问题的第2005/81号决议(上文脚注1100)，第6段(敦促所有各国“确保所有有关人员都得知国际法对以上级命令为理由进行的辩护作出的限制”)。 [↑](#footnote-ref-1103)
1103. 《对主要战争罪犯的审判》(见上文脚注1051)，第466页。 [↑](#footnote-ref-1104)
1104. 《远东国际军事法庭宪章》(1946年1月19日，东京) (1946年4月26日修正)，*Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949,* vol. 4, C. Bevans ed. (Washington, D.C.，Department of State, 1968)，p. 20, at p. 23, art. 6 (下称《东京宪章》)。 [↑](#footnote-ref-1105)
1105. 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1062)，第7条第4款。 [↑](#footnote-ref-1106)
1106. 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1063)，第6条第4款。 [↑](#footnote-ref-1107)
1107. 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注1065)，第6条第4款。 [↑](#footnote-ref-1108)
1108. 《黎巴嫩问题特别法庭规约》(见上文脚注1093)，第3条第3款。 [↑](#footnote-ref-1109)
1109. 《东帝汶法庭宪章》(见上文脚注1066)，第21节。 [↑](#footnote-ref-1110)
1110. 《柬埔寨特别法庭协定》(见上文脚注1067)，第29条。 [↑](#footnote-ref-1111)
1111. 《伊拉克最高刑事法庭规约》(见上文脚注1068)，第15条。 [↑](#footnote-ref-1112)
1112. 《非洲特别法庭规约》(见上文脚注1069)，第10条第5款。 [↑](#footnote-ref-1113)
1113. 例如，见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(上文脚注1062)，第7条第4款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(上文脚注1063)，第6条第4款；《塞拉利昂问题特别法庭规约》(上文脚注1065)，第6条第4款；《东帝汶法庭宪章》(上文脚注1066)，第21节。 [↑](#footnote-ref-1114)
1114. 《禁止酷刑公约》第2条第3款(“上级官员或政府当局的命令不得援引为施行酷刑的理由”)。 [↑](#footnote-ref-1115)
1115. 《美洲防止和惩处酷刑公约》第4条(“按照上级命令行事这一事实不能豁免相应的刑事责任”)。 [↑](#footnote-ref-1116)
1116. 《美洲被迫失踪人士公约》，第8条(“不应受理以正当服从规定、授权或鼓励强迫失踪的上级命令或指示作为辩护理由。所有接受此类命令的人均有权利和义务不服从命令”)。 [↑](#footnote-ref-1117)
1117. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第6条第2款(“不得援引任何公共机构包括民政、军事或其他机构的任何命令或指示作为被强迫失踪的理由”)。这条规定在起草阶段“得到了广泛赞同”。见人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告([E/CN.4/2004/59](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/110/45/PDF/G0411045.pdf?OpenElement))，第72段(强迫失踪问题工作组的报告)；又见《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，大会1992年12月18日，第[47/133](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/091/18/IMG/N9309118.pdf?OpenElement)号决议，第6条。 [↑](#footnote-ref-1118)
1118. 禁止酷刑委员会的报告,《大会正式记录，第六十一届会议，补编第44号》(A/61/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，危地马拉，第32(13)段。 [↑](#footnote-ref-1119)
1119. 例如，见禁止酷刑委员会的报告,《大会正式记录，第五十九届会议，补编第44号》(A/59/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，智利，第56(i)段；又见，同上，《第六十届会议，补编第44号》(A/60/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，阿根廷，第31 (a)段(赞扬阿根廷宣布其正当服从法案“绝对无效”)。 [↑](#footnote-ref-1120)
1120. 管制委员会关于惩治战争罪、危害和平罪和危害人类罪罪犯的第10号法令，第2条第5款，1945年12月20日，德国管制委员会官方公报，第3卷第52页(1946年)。 [↑](#footnote-ref-1121)
1121. 《罗马规约》(见上文脚注1054)，第二十九条。 [↑](#footnote-ref-1122)
1122. 见联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议，1998年6月15日至7月17日，A/CONF.183/13(Vol. II)号文件，第138页，第2次会议(A/CONF.183/C.1/SR.2)，第45-74段。 [↑](#footnote-ref-1123)
1123. 《柬埔寨特别法庭协定》(见上文脚注1067)，第5条；《伊拉克特别法庭规约》(见上文脚注1068)第17条(d)项；《东帝汶法庭宪章》(见上文脚注1066)，第17.1节；又见第三委员会的报告([A/57/806](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/348/67/PDF/N0334867.pdf?OpenElement))，第10段(审判红色高棉)和大会2003年5月13日第[57/228](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/57/228B) B号决议。此外，应该指出，柬埔寨法院特别法庭获得对在其成立前数十年(即1975年至1979年红色高棉执政时期)犯下的危害人类罪的管辖权。 [↑](#footnote-ref-1124)
1124. 大会1967年12月18日题为“惩治战争罪犯及危害人类罪犯问题”的第[2338 (XXII](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2338%28XXII%29))号决议，又见大会1970年12月15日第[2712 (XXV](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2712%28XXV%29))号决议和1971年12月18日第[2840 (XXVI](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2840%28XXVI%29))号决议。 [↑](#footnote-ref-1125)
1125. 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，第四条。 [↑](#footnote-ref-1126)
1126. 《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》(1974年1月25日，斯特拉斯堡)，欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第82号，第1条。 [↑](#footnote-ref-1127)
1127. 例如，见禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第六十二届会议，补编第44号》(A/62/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，意大利，第40 (19)段。 [↑](#footnote-ref-1128)
1128. 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668卷，第171页。 [↑](#footnote-ref-1129)
1129. 例如，见人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第40号》(A/63/40)，第一卷，第四章，审议缔约国根据《公约》第40条提交的报告和由于未提交报告而公开发表结论性意见的国别情况，巴拿马，(A节，第79段)，第(7)段。 [↑](#footnote-ref-1130)
1130. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第8条第1款(a)项。相形之下，《美洲被迫失踪人士公约》规定，所有被迫失踪案件的刑事起诉和惩治不受时效限制。 [↑](#footnote-ref-1131)
1131. 起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书不限成员名额工作组的报告([E/CN.4/2004/59](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/110/45/PDF/G0411045.pdf?OpenElement))，(见上文脚注1117)，第43-46段和第56段。 [↑](#footnote-ref-1132)
1132. 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章，D节，第3条。 [↑](#footnote-ref-1133)
1133. 同上，对第3条的评注第(3)段。 [↑](#footnote-ref-1134)
1134. 同上。 [↑](#footnote-ref-1135)
1135. 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1062)，第24条第1款。 [↑](#footnote-ref-1136)
1136. 同上，第24条第2款。 [↑](#footnote-ref-1137)
1137. 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(见上文脚注1063)，第23条第1款。 [↑](#footnote-ref-1138)
1138. 《罗马规约》(见上文脚注1054)，第七十七条。 [↑](#footnote-ref-1139)
1139. 《塞拉利昂问题特别法庭规约》(见上文脚注1065)，第19条。 [↑](#footnote-ref-1140)
1140. 《黎巴嫩问题特别法庭规约》(见上文脚注1093)，第24条。 [↑](#footnote-ref-1141)
1141. 《东帝汶法庭宪章》(见上文脚注1066)，第10节。 [↑](#footnote-ref-1142)
1142. 《柬埔寨特别法庭协定》(见上文脚注1067)，第39条。 [↑](#footnote-ref-1143)
1143. 《伊拉克最高刑事法庭规约》(见上文脚注1068)，第24条。 [↑](#footnote-ref-1144)
1144. 《非洲特别法庭规约》(见上文脚注1069)，第24条。 [↑](#footnote-ref-1145)
1145. 见起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告([E/CN.4/2004/59](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/110/45/PDF/G0411045.pdf?OpenElement))，第58段(表示“若干代表团欢迎(该条款)赋予缔约国灵活的余地”)；起草反对劫持人质国际公约特设委员会的报告，《大会正式记录，第三十二届会议，补编第39号》([A/32/39](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N77/179/98/PDF/N7717998.pdf?OpenElement))，附件一(委员会第1至第19次会议简要记录)，第13次会议(1977年8月15日)，第4段(美利坚合众国的类似意见)；人权委员会关于有罪不罚问题的第2005/81号决议(见上文脚注1100)，第15段(呼吁“各国确保……量刑适当，适合所犯罪行的严重程度”)。 [↑](#footnote-ref-1146)
1146. 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第五条。 [↑](#footnote-ref-1147)
1147. 《日内瓦第一公约》第四十九条、《日内瓦第二公约》第五十条、《日内瓦第三公约》第一百二十九条、《日内瓦第四公约》第一百四十六条；见2016年红十字委员会关于第49条的评注(见上文脚注1060)，第2838-2846段。 [↑](#footnote-ref-1148)
1148. 见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第二条第2款(“每一缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”)。 [↑](#footnote-ref-1149)
1149. 《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件, 第三章，B节(关于防止及惩治侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案)，对第2条草案第2款的评注第(12)段。 [↑](#footnote-ref-1150)
1150. 《禁止酷刑公约》第4条，又见《联合国人员和有关人员安全公约》第九条第2款、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第四条(b)项、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第四条(b)项、《非统组织防止和打击恐怖主义公约》第二条(a)项。 [↑](#footnote-ref-1151)
1151. 例如，见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第七条第1款、《美洲防止和惩处酷刑公约》第6条、《美洲被迫失踪人士公约》第3条。 [↑](#footnote-ref-1152)
1152. 例如，见黎巴嫩问题特别法庭，New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat案， STL-14-05/PT/AP/AR126.1号案件，上诉分庭2014年10月2日就关于藐视法庭诉讼中的属人管辖权的中间上诉作出的裁决，第58段(下称“黎特别法庭上诉裁决”)(“不同国家体系关于企业刑事责任和相关处罚的做法各异”)。 [↑](#footnote-ref-1153)
1153. 例如，见[Ecuador Código Orgánico Integral Penal](http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95496/112458/F-1546437745/ECU95496.pdf), *Registro Oficial, Suplemento, Año 1* N° 180, 2014年2月10日，第90条。对法人的惩罚(关于危害人类罪的一节规定：“Cuando una persona jurídica sea la responsable de cualquiera de los delitos de esta Sección, será sancionada con la extinción de la misma”)。 [↑](#footnote-ref-1154)
1154. 例如，见美国诉Krauch及其他人，见纽伦堡军事法庭对战犯的审判(I.G. Farben案)，第七至八卷(华盛顿特区，纽伦堡军事法庭，1952年)。 [↑](#footnote-ref-1155)
1155. 见《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议正式记录，罗马，1998年6月15日至7月17日》，第三卷(A/CONF.183/13)，A/CONF.183/2号文件，第23条第6款，脚注71。 [↑](#footnote-ref-1156)
1156. 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章，D节，第23页。 [↑](#footnote-ref-1157)
1157. 见修正《非洲司法和人权法院章程》的议定书，2014年6月27日，第46C条。 [↑](#footnote-ref-1158)
1158. 黎特别法庭上诉裁决(见上文脚注1152)。法庭最终判定法人Al Jadeed电视台无罪。见Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat案，案件号STL-14-05/T/CJ，藐视法庭案法官，2015年9月18日的裁决，黎巴嫩问题特别法庭，第55段(下称“黎特别法庭藐视法庭案法官裁决”)；Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat案，案件号STL-14-05/A/AP，上诉分庭，2016年3月8日的裁决。 [↑](#footnote-ref-1159)
1159. 见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第1015卷，第14861号，第243页，第一条第2款(“本公约缔约国宣布：凡是犯种族隔离罪行的组织、机构或个人即为犯罪”)。 [↑](#footnote-ref-1160)
1160. 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989年3月22日，巴塞尔)，同上，第1673卷，第28911号，第57页，第2条第14款(“为本公约的目的：……“人”是指任何自然人或法人)和第4条第3款(“各缔约国认为危险废物或其他废物的非法运输为犯罪行为”)。 [↑](#footnote-ref-1161)
1161. 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第5条。谈判期间提出的促成第5条的提案见《消除国际恐怖主义的措施：工作组的报告》(A/C.6/54/L.2)(1999年10月26日)。 [↑](#footnote-ref-1162)
1162. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第10条。 [↑](#footnote-ref-1163)
1163. 《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(2000年5月25日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2171卷，第27531号，第227页。 [↑](#footnote-ref-1164)
1164. 《联合国反腐败公约》，第26条。背景见联合国毒品和犯罪问题办公室，《谈判拟订〈联合国反腐败公约〉的准备工作文件》(联合国出版物，出售品编号E.10.V.13)，第233-235页，《执行〈联合国反腐败公约〉的立法指南》(修订版第2版，2012年)，第107-113页。经济合作与发展组织通过的类似公约见《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1997年11月21日，巴黎)，第二条(“每一缔约方应依照其法律准则采取必要措施以确定法人因行贿外国公职人员而承担的责任”)，可查阅[www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\_ENG.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf) (2016年7月11日查阅)。 [↑](#footnote-ref-1165)
1165. 《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》的2005年议定书(2005年10月14日，伦敦)，第五条(1988年公约及其议定书见联合国，《条约汇编》，第1678卷，第29004号，第201页)。 [↑](#footnote-ref-1166)
1166. 例如，见欧洲委员会《反腐败刑法公约》(1999年1月27日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第2216卷，第39391号，第225页，第18条，以及(关于贿赂仲裁员和陪审员的)补充议定书(2003年5月15日，斯特拉斯堡)，同上，第2466卷，第39391号，第168页；《欧洲制止恐怖主义公约》(1977年1月27日，斯特拉斯堡)，同上，第1137卷，第17828号，第93页，第10条。 [↑](#footnote-ref-1167)
1167. 例如，见《美洲国家反腐败公约》，第8条；《南部非洲发展共同体反腐败议定书》(2001年8月14日，马拉维布兰太尔)，可查阅[www.sadc.int/files/7913/5292/8361/Protocol\_Against\_ Corruption2001.pdf](http://www.sadc.int/files/7913/5292/8361/Protocol_Against_%20Corruption2001.pdf) ，第4条第2款；《非洲联盟预防和打击腐败公约》，第11条第1款。 [↑](#footnote-ref-1168)
1168. 欧洲委员会《反腐败刑法公约》明文作出排除(例如，见第1条(d)项，“为本公约的目的，……“法人”应指根据适用的国内法具有此种地位的任何实体，但不包括国家或行使国家权力的其他公共机构以及公共国际组织”)。 [↑](#footnote-ref-1169)
1169. 关于不同普通法和民法对法人责任管辖权差异的概述，见黎特别法庭藐视法庭案法官裁决(上文脚注1152)，第63-67段。 [↑](#footnote-ref-1170)
1170. 第10条第2款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可包括刑事、民事或行政责任。”)；另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第5条第1款(“每一缔约国应根据其本国法律原则采取必要措施，以致当一个负责管理或控制设在其领土内或根据其法律设立的法律实体的人在以该身份犯下了本公约第2条所述罪行时，得以追究该法律实体的责任。这些责任可以是刑事、民事或行政责任”)。 [↑](#footnote-ref-1171)
1171. 第二十六条第二款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可以包括刑事责任、民事责任或者行政责任”)。 [↑](#footnote-ref-1172)
1172. [《1996年……年鉴》](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Yearbooks\English%20Yearbooks%201\ILC_1996_v2_p2_e.pdf)，第二卷(第二部分)，第二章，D节，第8条。 [↑](#footnote-ref-1173)
1173. 同上，第8条评注第(5)段。 [↑](#footnote-ref-1174)
1174. 人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告([E/CN.4/2003/71](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/109/43/PDF/G0310943.pdf?OpenElement))，第65段。 [↑](#footnote-ref-1175)
1175. 见与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第422页起，见第451页，第75段。 [↑](#footnote-ref-1176)
1176. 例如，见[《关于制止非法劫持航空器的公约》](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/161/05/pdf/G0516105.pdf?OpenElement)，第4条；[《制止危害民用航空安全非法行为公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20974/volume-974-I-14118-English.pdf)(1971年9月23日，蒙特利尔)，联合国，《条约汇编》，第974卷，第14118号，第177页，第5条，第1款(a)-(b)项；[《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201035/volume-1035-I-15410-English.pdf)，第3条；[《反对劫持人质国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201316/v1316.pdf)，第5条；[《美洲防止和惩处酷刑公约》](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-51.html)，第12条；《禁止酷刑公约》，第5条；[《联合国人员和有关人员安全公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202051/v2051.pdf)，第10条；[《美洲被迫失踪人士公约》](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html)，第四条；[《制止恐怖主义爆炸国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202149/v2149.pdf)，第6条；[《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202178/v2178.pdf)，第7条；[《非统组织防止和打击恐怖主义公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202219/v2219.pdf)，第6条第1款；[《联合国打击跨国有组织犯罪公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202225/v2225.pdf)(2000年11月15日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2225卷，第39574号，第209页，第15条；[《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202716/Part/volume-2716-I-48088.pdf)，第9条第1-2款；[《东盟打击恐怖主义公约》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_2007_ASEANCounterTerrorism.pdf)，第七条第(1)-(3)款。 [↑](#footnote-ref-1177)
1177. 2000年4月11日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院案例汇编》，第3页，[希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见](http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf)，第51段。 [↑](#footnote-ref-1178)
1178. 见《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/180/57/PDF/G1518057.pdf?OpenElement))，第七章，C节，第4条，第1款(a)项(提及“在其管辖或控制的任何领土内”)。 [↑](#footnote-ref-1179)
1179. 见拟订一项打击跨国有组织犯罪国际公约特设委员会，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》修订草案(A/AC.254/4/Rev.4)，脚注102，第20页；另见欧洲委员会，《反腐败刑法公约》解释性报告，《欧洲条约汇编》，第173号，第83段(“管辖权历来依据属地或国籍。然而，在反腐败领域，这些原则有时可能不足以用于行使管辖权，例如在发生于缔约方领土之外，不涉及其国民但仍然影响其利益(如国家安全)的案件中。本条第4款允许缔约方依照其国内法，确定其他类型的管辖权。”)。 [↑](#footnote-ref-1180)
1180. [2000年4月11日逮捕令案](http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf)(见上文脚注1177)，[希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见](http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf)，第51段。 [↑](#footnote-ref-1181)
1181. 同上，纪尧姆法官的个别意见，第9段(强调系本文所加)。 [↑](#footnote-ref-1182)
1182. 例如，见[《美洲防止和惩处酷刑公约》](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-51.html)，第8条；[《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202716/Part/volume-2716-I-48088.pdf)，第12条第2款；[《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e)(2011年5月11日，伊斯坦布尔)，欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第210号，第55条第1款。 [↑](#footnote-ref-1183)
1183. 见Encarnacíon Blanco Abad 诉西班牙，第59/1996号来文，1998年5月14日，第8.2段，载于禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第44号》([A/53/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/269/72/IMG/N9826972.pdf?OpenElement))，附件十，A.3节；Danilo Dimitrijevic 诉塞尔维亚和黑山，第172/2000号来文，2005年11月16日，第7.3段，同上，《第六十一届会议，补编第44号》([A/61/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/445/95/PDF/G0644595.pdf?OpenElement))，附件八，A节。 [↑](#footnote-ref-1184)
1184. 见Dhaou Belgacem Thabti 诉突尼斯，第187/2001号来文，2003年11月14日，第10.4段，同上，《第五十九届会议，补编第44号》([A/59/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/429/78/PDF/G0442978.pdf?OpenElement))，附件七，A节。 [↑](#footnote-ref-1185)
1185. 例如，见Bairamov 诉哈萨克斯坦*，*第497/2012号来文，2014年5月14日，第8.7-8.8段，同上，《第六十九届会议，补编第44号》([A/69/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/125/96/PDF/G1412596.pdf?OpenElement))，附件十四。 [↑](#footnote-ref-1186)
1186. Qani Halimi-Nedzibi 诉奥地利，第8/1991号来文，1993年11月18日，第13.5段，同上，《第四十九届会议，补编第44号》([A/49/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/265/34/IMG/N9426534.pdf?OpenElement))，附件五。 [↑](#footnote-ref-1187)
1187. Encarnacíon Blanco Abad 诉西班牙(见上文脚注1183)，第8.2段。 [↑](#footnote-ref-1188)
1188. 禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第44号》([A/49/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/265/34/IMG/N9426534.pdf?OpenElement))，第四章，审议缔约国根据《公约》第19条提出的报告，厄瓜多尔，第97-105至段，见第105段。 [↑](#footnote-ref-1189)
1189. 同上，《第五十六届会议，补编第44号》([A/56/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/436/26/PDF/G0143626.pdf?OpenElement))，第四章，审议缔约国根据《公约》第19条提出的报告，危地马拉，第67-76段，见第76段(d)分段。 [↑](#footnote-ref-1190)
1190. Khaled Ben M’Barek 诉突尼斯，第60/1996号来文，1999年11月10日，第11.9-11.10段，同上，《第五十五届会议，补编第44号》([A/55/44](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/434/06/PDF/G0043406.pdf?OpenElement))，附件八，A节。 [↑](#footnote-ref-1191)
1191. 见人权事务委员会第31号一般性评论，第15段(人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第40号》([A/59/40](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/438/07/pdf/G0443807.pdf?OpenElement))，第一卷，附件三)；另见Nazriev 诉塔吉克斯坦，第1044/2002号来文，2006年3月17日通过的意见，第8.2段(同上，《第六十一届会议，补编第40号》([A/61/40)，第二卷](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/444/57/pdf/G0644457.pdf?OpenElement)，附件五，P节)；Kouidis 诉希腊，第1070/2002号来文，2006年3月28日通过的意见，第9段(同上，T节)；Agabekov 诉乌兹别克斯坦，第1071/2002号来文，2007年3月16日通过的意见，第7.2段(同上,《第六十二届会议，补编第40号》([A/62/40](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/460/57/pdf/N0846057.pdf?OpenElement))，第二卷，附件七，I节)；Karimov 诉塔吉克斯坦和Nursatov 诉塔吉克斯坦，第1108/2002号和第1121/2002号来文，2007年3月26日通过的意见，第7.2段(同上，H节)。 [↑](#footnote-ref-1192)
1192. 例如，见欧洲人权法院，Ergi 诉土耳其，1998年7月28日，《判决和决定汇编》，1998年第四辑，第82段，第85-86段；Bati 等诉土耳其，第33097/96和第57834/00号，《欧洲人权法院判决和决定汇编》，2004年第四辑，第133段；Paniagua Morales等诉危地马拉，1998年3月8日的判决，美洲人权法院，C辑，第37号；“法外处决和强迫失踪－秘鲁”，第101/01号报告，2001年10月11日，美洲人权委员会，OEA/Ser./L/V/II.114 doc.5 rev, 第563页。 [↑](#footnote-ref-1193)
1193. 大会1969年12月15日关于战争罪犯及危害人类罪犯之惩治问题的第2583(XXIV)号决议，第1段。 [↑](#footnote-ref-1194)
1194. 大会1971年12月18日关于战争罪犯及危害人类罪犯的惩治问题的第2840(XXVI)号决议，第4段。 [↑](#footnote-ref-1195)
1195. 安全理事会2009年11月11日第[1894 (2009)](http://undocs.org/ch/S/RES/1894(2009))号决议，第10段。 [↑](#footnote-ref-1196)
1196. 例如，见[《关于制止非法劫持航空器的公约》，](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/161/05/pdf/G0516105.pdf?OpenElement)第6条；[《制止危害民用航空安全非法行为公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20974/volume-974-I-14118-English.pdf)，第6条；[《反对劫持人质国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201316/v1316.pdf)，6条；[《美洲防止和惩处酷刑公约》](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-51.html)，第8条；[《制止恐怖主义爆炸国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202149/v2149.pdf)，第7条；[《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202178/v2178.pdf)，第9条；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第7条；[《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202716/Part/volume-2716-I-48088.pdf)，第10条；[《东盟打击恐怖主义公约》](file:///H:\PEPS-Share\REFERENCES\1_2007_ASEANCounterTerrorism.pdf)，第八条。 [↑](#footnote-ref-1197)
1197. 《禁止酷刑公约》，第6条。 [↑](#footnote-ref-1198)
1198. [与起诉或引渡义务有关的问题](http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf)案(见上文脚注1175)，第450页，第72段。 [↑](#footnote-ref-1199)
1199. 同上，第453页，第83段。 [↑](#footnote-ref-1200)
1200. 同上，第454页，第86段。 [↑](#footnote-ref-1201)
1201. 同上，第451页，第74段。 [↑](#footnote-ref-1202)
1202. 见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第六章。 [↑](#footnote-ref-1203)
1203. “对与国际法委员会就‘引渡或起诉(aut dedere aut judicare)义务’专题开展的工作可能有关的多边公约的调查”，秘书处的研究报告(A/CN.4/630)。 [↑](#footnote-ref-1204)
1204. 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章，D节(第9条)；另见人权委员会关于有罪不罚问题的第2005/81号决议(上文脚注1100)，第2段(确认“各国必须按照国际法规定的义务起诉或引渡……危害人类罪等国际罪行的肇事者及其同谋，以将其绳之以法，并敦促各国采取有效措施履行这些义务”)。 [↑](#footnote-ref-1205)
1205. 见美洲国家组织(美洲组织)，《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》(1971年2月2日，华盛顿特区)，联合国，《条约汇编》，第1438卷，第24371号，第195页，第5条；《非洲统一组织消除非洲雇佣军制度公约》(1977年7月3日，利伯维尔)，同上，第1490卷，第25573号，第89页，第8-9条，第2-3款；《欧洲制止恐怖主义公约》(1977年1月27日，斯特拉斯堡)，同上，第1137卷，第17828号，第93页，第7条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第14条；《南亚区域合作联盟制止恐怖主义活动区域公约》(1987年11月4日，加德满都)，《关于预防和制止……的国际文书》(见上文脚注1058)，174页起，第四条，第176页；《美洲被迫失踪人士公约》，第6条；《美洲国际贩卖未成年人问题公约》(1994年3月18日，墨西哥城)，美洲组织，《条约汇编》，第79号，第9条；《美洲国家反腐败公约》(1996年3月29日，加拉加斯)，第13条，第6款；《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他有关材料公约》(1997年11月14日，华盛顿特区)，第19条，第6款；阿拉伯国家联盟，《阿拉伯制止恐怖主义公约》(1998年4月22日，开罗)《关于预防和制止……的国际文书》(见上文脚注1058)，第178页起，第6条，第183页；欧洲委员会，《反腐败刑法公约》(1999年1月27日，斯特拉斯堡)，《欧洲条约汇编》，第173号，第27条第5款；《伊斯兰会议组织关于打击国际恐怖主义的公约》(1999年7月1日，瓦加杜古)，第59/26-P号决议附件，可查阅 [www.oic-oci.org/english/convenion/terrorism\_convention.htm](http://www.oic-oci.org/english/convenion/terrorism_convention.htm)，第6条；欧洲委员会，《网络犯罪公约》(2001年11月23日，布达佩斯)，《欧洲条约汇编》，第185号，第24条第6款；《非洲联盟预防和打击腐败公约》(2003年7月11日，马普托)，可查阅[www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7786-file-african\_union\_convention\_preventing\_combating\_ corruption.pdf, 第15条第6](http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7786-file-african_union_convention_preventing_combating_%20corruption.pdf,%20第15条第6)款；欧洲委员会，防止恐怖主义公约(2005年5月16日，华沙)，《欧洲委员会条约汇编》，第196号，第18条；《欧洲委员会打击人口贩运公约》(2005年5月16日，华沙)，《欧洲委员会条约汇编》，第197号，第31条第3款；《东盟反恐公约》(见上文脚注1058)，第十三条第1款。 [↑](#footnote-ref-1206)
1206. 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第7条。 [↑](#footnote-ref-1207)
1207. 见A/CN.4/630(上文脚注1203)，第74-75页。 [↑](#footnote-ref-1208)
1208. 主席Gilbert Guillaume (法国代表)的发言，国际民航组织法律委员会第十七届会议，1970年2月9日至3月11日，蒙特利尔，《关于非法劫持航空器问题的会议记录和文件》，第30次会议(1970年3月3日) (8877-LC/161号文件)，第15段。 [↑](#footnote-ref-1209)
1209. 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注1175)，第454-461页，第90-91段、第94-95段、第114-115段和第120段。 [↑](#footnote-ref-1210)
1210. 同上，第460页，第112段。 [↑](#footnote-ref-1211)
1211. 同上。 [↑](#footnote-ref-1212)
1212. 同上，第460页，第113段。 [↑](#footnote-ref-1213)
1213. 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2014/english/chp6.pdf&lang=EFSRAC))，第六章，C节(本专题最后报告)，第(35)段，第155-156段。 [↑](#footnote-ref-1214)
1214. 例如见，欧洲联盟，理事会2002年6月13日关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的框架决定,《欧洲共同体公报》，L190号，2002年7月18日，第1页，可查阅 [http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:en:HTML](http://eur-lex.europa.eu/%20LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:en:HTML)。该框架决定第1条规定：“欧洲逮捕令是成员国签发的司法判决，其目的是使另一成员国逮捕和移交所要求的人，以便进行刑事起诉或执行监禁判决或拘留令”(强调系本文所加)。 [↑](#footnote-ref-1215)
1215. 见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十一条第一款。 [↑](#footnote-ref-1216)
1216. 《世界人权宣言》，大会1948年12月10日第217A (三)号决议，第十至第十一条。 [↑](#footnote-ref-1217)
1217. 例如见,《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第九条；《反对劫持人质国际公约》，第八条第2款；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，第7条第3款；《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988年3月10日，罗马)，联合国,《条约汇编》，第1678卷，第29004号，第201页，第十条第2款；《儿童权利公约》(1989年11月20日，纽约)，同上，第1577卷，第27531号，第3页，第40条第2款(b)项；《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989年12月4日，纽约)，同上，第2163卷，第37789号，第75页，第11条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第14条；《1954年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999年3月26日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第2253卷，第3511号，第17条第2款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第17条；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第16条第13款；《联合国反腐败公约》(2003年10月31日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2349卷，第42146号，第41页，第四十四条第十四款；《制止核恐怖主义行为国际公约》(2005年4月13日，纽约)，同上，第2445卷，第44004号，第89页，第十二条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十一条第三款；《东盟反恐公约》，第八条第1款。 [↑](#footnote-ref-1218)
1218. 《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件，第三章B节(关于防止及惩治侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案)，第8条的评注，第320页。 [↑](#footnote-ref-1219)
1219. 同上。 [↑](#footnote-ref-1220)
1220. 同上。 [↑](#footnote-ref-1221)
1221. 人权事务委员会第32号一般性意见(2007年)，第十四条(在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利)，《大会正式记录，第六十二届会议，补编第40号》(A/62/40)，附件六，第2段；另见第18-28段。 [↑](#footnote-ref-1222)
1222. 例如见《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》(1969年11月22日，圣何塞)，联合国，《条约汇编》，第1144卷，第17955号，第123页，第八条；《非洲人权和人民权利宪章》(1981年6月27日，内罗毕)，同上，第1520卷，第26363号，第217页，第七条；《保护人权与基本自由公约》(1950年11月4日，罗马)，同上，第213卷，第2889号，第221页，第六条。 [↑](#footnote-ref-1223)
1223. 例如见《世界人权宣言》(上文脚注1216)；第九届美洲国家国际会议通过的《美洲关于人的权利和义务宣言》(1948年5月2日，波哥大)(见www.oas.org/dil/1948%20American%2012 laration% 20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20 of%20Man.pdf)；《开罗伊斯兰人权宣言》，伊斯兰合作组织第49/19-P号决议，附件，可查阅 www.oicoci.org/english/article/ human.htm；《欧洲联盟基本权利宪章》,《欧洲共同体公报》，C 364号，2000年12月18日，第1页。 [↑](#footnote-ref-1224)
1224. 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第596卷，第8638号，第261页，第三十六条第一款。 [↑](#footnote-ref-1225)
1225. 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[492页，第74](http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf)段，(“第三十六条第一款规定了一项旨在促进执行领事保护制度的互相关联的制度”)，并见第494页，第77段(“基于这些规定的案文，法院认为，第三十六条第一款确立了个人权利”)。 [↑](#footnote-ref-1226)
1226. 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》，第六条；《制止危害民用航空安全非法行为公约》，第六条第三款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第六条第2款；《反对劫持人质国际公约》，第六条第3款；《禁止酷刑公约》第6条第3款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第十七条第二款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第7条第3款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第9条第3款；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第七条第3款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十条第三款；《东盟反恐公约》，第八条第4款。 [↑](#footnote-ref-1227)
1227. 《维也纳领事关系公约》，第三十六条第二款。 [↑](#footnote-ref-1228)
1228. 例如见，[《反对劫持人质国际公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201316/v1316.pdf)，第四条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第7条第4款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第9条第4款；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》第七条第4款；《东盟反恐公约》，第八条第5款。 [↑](#footnote-ref-1229)
1229. 《1961年……年鉴》，第二卷，A/4843号文件，关于领事关系的条款草案和评注，第36条的评注第(5)和(7)段。 [↑](#footnote-ref-1230)
1230. 拉格朗案(见上文脚注1225)，第497页，第89段。 [↑](#footnote-ref-1231)
1231. 在2013年8月9日举行的第3197次会议上(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》([A/68/10](http://undocs.org/A/68/10))，第168段)。委员会将此专题列入工作方案时有以下谅解：“(a) 此专题工作的进行方式不会影响有关的政治谈判，包括就气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染进行的政治谈判。此专题不会处理，但也不妨碍诸如下述问题：国家及其国民的赔偿责任、污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、向发展中国家转让资金和技术，包括知识产权；(b) 这一专题也不会处理具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。这一专题不会试图“弥补”条约制度存在的缺陷；(c) 与外层空间有关的问题，包括外层空间的划界问题，不在此专题的范围之内；(d) 此专题的工作结果将是指南草案，但这种指南草案不会试图给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规则或法律原则。特别报告员的报告将以上述谅解为基础。”大会2013年12月16日第68/112号决议第6段注意到委员会决定将此专题列入工作方案。委员会第六十三届会议(2011年)按照委员会报告附件B所载建议(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/A/66/10))，第365段)，将此专题列入长期工作方案。 [↑](#footnote-ref-1232)
1232. 关于保护大气层的第一次报告([A/CN.4/667](http://undocs.org/A/CN.4/667))。 [↑](#footnote-ref-1233)
1233. 关于保护大气层的第二次报告([A/CN.4/681](http://undocs.org/A/CN.4/681))。 [↑](#footnote-ref-1234)
1234. 《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/A/66/10))，第53-54段。 [↑](#footnote-ref-1235)
1235. 与科学家开展的关于保护大气层的对话由特别报告员村濑信也先生主持。世界气象组织(气象组织)大气科学委员会主席Øystein Hov先生发表了题为“地球工程――前进方向？”的演讲；欧洲经济委员会《远距离跨界空气污染公约》影响问题工作组主席Peringe Grennfelt先生探讨了“跨界空气污染与气候变化之间的联系”；气象组织办公厅暨对外关系司司长Christian Blondin先生分析了“2015年《巴黎协定》的科学方面”；联合国环境规划署(环境署)预警和评估司专题评估股负责人Valentin Foltescu先生概述了“最新调查结果和空气污染影响估计”；环境署环境法律和公约司副司长Masa Nagai先生讨论了“科学与法律挂钩”的问题。对话之后是问答环节。以上[非正式对话概要](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/68/pdfs/informal_dialogue_4may2016.pdf&lang=E)可查阅委员会网站。 [↑](#footnote-ref-1236)
1236. 括号内的备选案文有待进一步审议。 [↑](#footnote-ref-1237)
1237. 本届会议对这条指南草案重新编号。方括号内显示原编号。 [↑](#footnote-ref-1238)
1238. 依据是成为《国际劳工组织章程》第19条第3款(1946年10月9日，联合国，《条约汇编》，第15卷，第229号，第35页)的1919年《凡尔赛条约》(《[协约国](http://baike.baidu.com/view/32239.htm)和参战各国对德和约》，1919年6月28日)第405条第3款(劳工公约“应适当顾及”当地产业条件“迥异”的各国特殊情况)。同一原则还见于该组织1919年批准的一些公约以及嗣后通过的一些公约。见Iwao F. [Ayusawa, International Labor Legislation](https://books.google.ch/books?id=Z4nd3OByehsC&source=gbs_book_other_versions) (New York, Columbia University, 1920)，chap. VI, pp. 149 *et seq*。 [↑](#footnote-ref-1239)
1239. 见1978年国际法委员会第三十届会议通过的最惠国条款草案的第23条(最惠国条款与普遍优惠制待遇的关系)和第30条(有利于发展中国家的国际法新规则)，《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第74段，另见第47至72段。S. Murase, *Economic Basis of International Law,* (Tokyo, Yuhikaku, 2001)，pp. 109-179(in Japanese)。又见1947年《关税和贸易总协定》第十八条所述早先给予发展中国家的例外待遇，联合国，《条约汇编》，第55卷，第814号，第194页。 [↑](#footnote-ref-1240)
1240. 1972年6月16日在斯德哥尔摩通过，见《联合国人类环境大会报告》，斯德哥尔摩，1972年6月5日至16日([A/CONF.48/14/Rev.1和Corr.](http://undocs.org/ch/A/CONF.48/14/Rev.1etCorr.)1)，第一部分，第一章。See Louis B. Sohn, “The Stockholm 12laration on the Human Environment”，[Harvard International Law Journal, vol. 14](http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hilj14&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/hilj) (1973)，pp. 423-515, at pp. 485-493。 [↑](#footnote-ref-1241)
1241. 1992年6月14日在里约热内卢通过，见《联合国环境与发展会议报告》，1992年6月3日至14日，里约热内卢([A/CONF.151/26/Rev.1(第一卷)和Corr.1)](http://undocs.org/ch/A/CONF.151/26/Rev.1(第一卷)))，第1号决议，第3页。 [↑](#footnote-ref-1242)
1242. 联合国，《条约汇编》，第1771卷，第30822号，第107页。 [↑](#footnote-ref-1243)
1243. 2015年11月30日至12月13日在巴黎举行的《公约》缔约方会议第二十一届会议报告(FCCC/CP/2015/10/Add.1)，附件。 [↑](#footnote-ref-1244)
1244. 大会1997年5月21日在第51/229号决议(附件)中通过。《公约》于2014年8月17日生效。 [↑](#footnote-ref-1245)
1245. 见联合国《国际仲裁裁决报告》第三卷，(出售品编号1949.V.2)，第1905-1982页(1941年3月11日裁决)，第1965页及以下；特别报告员的第一次报告(A/CN.4/667)，第43段。另见A.K. Kuhn, “The Trail Smelter Arbitration, United States and Canada”，[American Journal of International Law, vol. 32](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\atmosphere\32AmJIntlL759-1.pdf) (1938)，pp. 785-788 and *ibid*.，vol. [35 (1941)，pp. 665-666](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\atmosphere\35AmJIntlL651.pdf)；and J.E. Read, “The Trail Smelter Dispute[”，Canadian Yearbook of International Law, vol. 1](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\atmosphere\1CanYBIntlL213.pdf) (1963)，pp. 213-229。 [↑](#footnote-ref-1246)
1246. 第四十八条(受害国以外的国家援引责任)规定，“1. 受害国以外的另一国家有权按照该条第2款在下列情况下对另一国援引责任……，(b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务”(大会2001年12月12日第56/83号决议。委员会通过的条款草案及其评注，见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第四章，E节)。 [↑](#footnote-ref-1247)
1247. 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第14页起，见第55页，第101段(“……预防原则，作为一项习惯规则，源自于尽职义务……”)。 [↑](#footnote-ref-1248)
1248. 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第1833卷，第31363号，第3页，第194条。 [↑](#footnote-ref-1249)
1249. 《联合国气候变化框架公约》(1992年5月9日，纽约)，联合国《条约汇编》，第1771卷，第30822号，第107页，第4条。 [↑](#footnote-ref-1250)
1250. 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章，E节，第3条(预防)：“起源国应采取一切适当措施，防止重大越境损害或随时尽量减少这种危险”。委员会还在国家对国际不法行为责任的条款中论述了预防义务。第14条第3款规定，“一国违背要求它防止某一特定事件之国际义务的行为开始于该事件发生的时刻，并延续至该事件持续的整个期间……”(出处同上，第四章，E节。根据评注，“对预防义务的通常理解是作出最大努力的义务，要求国家采取一切合理或必要措施防止某一事件发生，但不能确保事件不致发生”(出处同上，第14条第3款评注第(14)段)。评注指出，“特雷尔冶炼厂仲裁裁决案 [联合国《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号1949.V.2)，1905-1982页]处理的是防止空气污染造成越境损害的义务”，正是预防义务的一个例子 (出处同上)。 [↑](#footnote-ref-1251)
1251. 国际法院也强调了预防问题。在Gabčíkovo-Nagymaros项目案中，国际法院表示，“应该铭记，鉴于对环境造成的损害不可逆转的性质，而对这种损害进行赔偿的机制也具有局限性，在环境保护领域需要加以警惕和预防”(Gabčíkovo-Nagymaros项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院案例汇编》，第7页起，见第78页，第140段)。仲裁法庭在莱茵铁路公司案中也指出，“今天，国际环境法越来越重视预防责任”(比利时与荷兰王国莱茵铁路公司案仲裁裁决，2005年5月24日的决定，联合国《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第35-125页起，见第116页，第222段)。 [↑](#footnote-ref-1252)
1252. 威胁使用或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第226页起，见第241-242页，第29段。 [↑](#footnote-ref-1253)
1253. Gabčíkovo-Nagymaros项目案(见上文脚注1251)，第41页，第53段；法院在乌拉圭河沿岸纸浆厂案中援引了同一段落(见上文脚注1247)，第78页，第193段。 [↑](#footnote-ref-1254)
1254. 莱茵铁路公司案(见上文脚注1251)，第66-67页，第59段。 [↑](#footnote-ref-1255)
1255. 例如，见《联合国海洋法公约》(1982年12月10日年12月10日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第1833卷，第31363号，第3页；《保护臭氧层维也纳公约》(1985年3月22日，维也纳)，同上，第1513卷，第26164号，第293页；《联合国气候变化框架公约》(1992年5月9日，纽约)，同上，第1771卷，第30822号，第107页；《生物多样性公约》(1992年6月5日，里约热内卢)，同上，第1760卷，第30619号，第79页，《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》(1994年10月14日，巴黎)，同上，第1954卷，第 33480号，第3页；《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》(2001年5月22日，斯德哥尔摩)，同上，第2256卷，第40214号，第119页，以及《《关于汞的水俣公约》(2013年10月10日，熊本)，可查阅<https://treaties.un.org> (向秘书长交存的多边条约状况，第XVII.17章)。 [↑](#footnote-ref-1256)
1256. 第二条第1款。 [↑](#footnote-ref-1257)
1257. 哥斯达黎加沿圣胡安河修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)，2015年12月16日的判决，第153段。 [↑](#footnote-ref-1258)
1258. 出处同上，第168段。 [↑](#footnote-ref-1259)
1259. 出处同上，小和田恒法官的个人意见，第18段。 [↑](#footnote-ref-1260)
1260. Gabčíkovo-Nagymaros项目案(见上文脚注1251)。 [↑](#footnote-ref-1261)
1261. 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注1247)。 [↑](#footnote-ref-1262)
1262. 国际海洋法法庭，“国家对区域内活动的责任和义务(请求海底争端分庭提出咨询意见)”，咨询意见，2011年2月1日，《2011年国际海洋法法庭案例汇编》，第10页，第122段和第141-150段。 [↑](#footnote-ref-1263)
1263. 《越境环境影响评估公约》，(1991年2月25日，埃斯波)，联合国，《条约汇编》，第1989卷，第34028号，第309页。 [↑](#footnote-ref-1264)
1264. 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(见上文脚注1247)，第83页，第204段。 [↑](#footnote-ref-1265)
1265. 委员会在工作中经常使用“重大”一词，包括在预防危险活动的越境损害条款(2001年)中使用。当时，委员会选择不对该词进行界定，承认“重大”一词需要作事实判定，而不是法律判定(见一般性评注，第(4)段，《2001年……年鉴》，第二卷，(第二部分)，第五章，E节)。另见预防危险活动的越境损害条款第2条评注第(4)和第(7)段)(出处同上)。还见《关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案》评注(原则2评注，第(1)至(3)段，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)第五章，E节)。) [↑](#footnote-ref-1266)
1266. 见指南草案7。 [↑](#footnote-ref-1267)
1267. 《越境环境影响评估公约关于战略环境评估的基辅议定书》(2003年5月21日，基辅)，文件ECE/MP.EIA/2003/2(可查阅：[www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/  
      protocolenglish](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish))，第2条第6-7款。 [↑](#footnote-ref-1268)
1268. 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(1998年6月28日，奥胡斯)，联合国，《条约汇编》，第2161卷，第37770号，第447页。 [↑](#footnote-ref-1269)
1269. 第2条第6-7款。 [↑](#footnote-ref-1270)
1270. 见2015年委员会第六十七届会议暂时通过的关于保护大气层的指南草案序言评注第(2)段，《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2015/english/chp5.pdf&lang=EFSRAC))，第五章，C节。 [↑](#footnote-ref-1271)
1271. 第5和第6条。委员会通过的条款草案及其评注，见[《1994年……年鉴》](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\ILC%20Yearbooks\English%20Yearbooks%201\ILC_1994_v2_p2_e.pdf)，第二卷(第二部分)，第三章，E节。 [↑](#footnote-ref-1272)
1272. 大会2008年12月11日第[63/124](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/63/124)号决议，附件，第4-5条。委员会通过的条款草案及其评注，见[《2008年……年鉴》](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\ILC%20Yearbooks\English%20Yearbooks%201\ILC_2008_v2_p2_e.pdf)，第二卷(第二部分)，第四章，E节。 [↑](#footnote-ref-1273)
1273. 见下文指南草案7。 [↑](#footnote-ref-1274)
1274. Gabčíkovo-Nagymaros项目案(见上文脚注1251)，第78页，第140段。 [↑](#footnote-ref-1275)
1275. 在2006年纸浆厂案的命令中，国际法院着重强调了“确保对共有自然资源予以环境保护同时允许可持续经济发展这一需要的重要性”(乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，临时措施，[2006年7月13日的命令](http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf)，《2006年国际法院案例汇编》，第113页起，见第133页，第80段)；世贸组织上诉机构1998年关于美国－禁止进口特定虾类和虾类制品案的决定指出，“回顾世贸组织成员在《世贸组织协定》序言中明确确认了可持续发展的目标，我们认为，已经不能再认为1994年《关税与贸易总协定》第20条(g)款可解释为只包括对可用尽的矿物或其他非生物资源的保护”(上诉机构报告，美国－禁止进口特定虾类和虾类制品案，[WT/DS58/AB/R](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS58/AB/R&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true)，1998年11月6日通过，第131段，另见第129和第153段)；在2005年莱茵铁路公司仲裁案中，仲裁庭认定如下：“在环境法领域中，对以下问题存在不少争议，什么属于‘原则’，什么属于‘规则’：什么是‘软’法；哪些环境条约法或原则对习惯国际法的发展作出了贡献。……新出现的原则，不论其当前地位如何，均提到……可持续发展。……重要的是，这些新出现的原则现在使环境保护成为了发展进程的一部分。环境法与发展法不是相互替代的关系，而是相互增强的一体的概念，要求是，若发展可能对环境造成显著危害，则有义务防止或至少减缓这种危害。……本庭认为，这一义务已成为了一项一般国际法原则”，[莱茵铁路公司案](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVII/35-125.pdf)(见上文脚注1251)，第58-59段；2013年印度河水域吉申甘加河仲裁案(巴基斯坦诉印度)部分裁决中写道：“无疑，根据当代习惯国际法，各国在规划和开发可能对邻国造成损害的项目时，必须考虑到环境保护问题，自特雷尔冶炼厂案的时代以来，一系列国际……仲裁裁决均提到了以可持续方式管理自然资源的必要性。特别是，国际法院在Gabčíkovo-Nagymaros项目案中阐释了‘可持续发展’原则，提到‘需要调和环境保护与经济发展’”(《常设仲裁法院裁决汇编》，印度河水域吉申甘加河仲裁案(巴基斯坦诉印度)：《2010-2013年诉讼记录》，[2013年2月18日的部分裁决](http://archive.pca-cpa.org/PK-IN%2020130218%20Partial%20Award18ba.pdf?fil_id=2101)，第449段。2013年12月20日最终裁决第111段证实了这一点。 [↑](#footnote-ref-1276)
1276. 例如，见J. Kokott, “Equity in international law”, in *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*, F. L. Toth, ed. (Abingdon and New York, Routledge, 2014), pp. 173-192；[边界争端案(布基纳法索诉马里)](http://www.icj-cij.org/docket/files/69/6447.pdf)，《1986年国际法院案例汇编》，第554页；See, in general, P. Weil, “L’équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice: Un mystère en voie de dissipation？”，in [*Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*](http://www.cambridge.org/ch/academic/subjects/law/public-international-law/fifty-years-international-court-justice-essays-honour-sir-robert-jennings#contentsTabAnchor)，V. Lowe and M. Fitzmaurice, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1996)，pp. [121-144](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\atmosphere\PWeil_toc.pdf)；F. Francioni,“[Equity in international law](file:///H:\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\atmosphere\OPIL_Equity_in_International_Law.pdf)，”in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law,* vol. III, R. Wolfrum, ed.(Oxford, Oxford University Press, 2013)，pp. 632-642. [↑](#footnote-ref-1277)
1277. C. Redgwell, “Principles and emerging norms in international law: Intra- and Inter-generational equity,” *in* Cinnamon P. Carlarne, et al., eds., [The Oxford Handbook on International Climate Change Law](https://global.oup.com/academic/product/the-oxford-handbook-of-international-climate-change-law-9780199684601?cc=ch&lang=en&) (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp. 185-201; D. Shelton, “Equity” in D. Bodansky, et al., [Oxford Handbook of International Environmental Law](https://www.amazon.com/Oxford-Handbook-International-Environmental-Handbooks/dp/0199552150#reader_0199552150) (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 639-662. [↑](#footnote-ref-1278)
1278. [《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201108/v1108.pdf)(1976年12月10日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第1108卷，第17119号，第151页。 [↑](#footnote-ref-1279)
1279. 见第一条。 [↑](#footnote-ref-1280)
1280. 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)，1977年，联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17512号，第3页，第三十五条第三款和第五十五条；另见[《国际刑事法院罗马规约》](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/English.pdf)，联合国，《条约汇编》，[第2187卷](http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf)，第38544号，第3页，第八条第(二)款第2项(4)目。 [↑](#footnote-ref-1281)
1281. 《〈联合国气候变化框架公约〉[京都议定书](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202303/v2303.pdf)》(1997年12月11日，京都)，联合国，《条约汇编》，第2303卷，第30822号，第162页。 [↑](#footnote-ref-1282)
1282. [《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201046/v1046.pdf)(1972年12月29日，伦敦、墨西哥城、莫斯科和华盛顿特区)，联合国，《条约汇编》，第1046卷，第15749号，第138页。 [↑](#footnote-ref-1283)
1283. 《1972年〈防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约〉1996年议定书》(1996年11月7日，伦敦)，国际法律资料，第36卷(1997年)，第7页。 [↑](#footnote-ref-1284)
1284. 见《关于外空间发展视角下大气科学进步及其应用的第二次报告》(日内瓦，世界气象组织，1963年)；另见联合国环境规划署理事会1980年4月29日[第8/7号决定](http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=62&ArticleID=549&l=en)(地球观察：评估外部界限)A部分(关于各国在人工影响天气方面开展合作的规定)。 [↑](#footnote-ref-1285)
1285. [南方蓝鳍金枪鱼案](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Order.27.08.99.E.pdf)(新西兰诉日本；澳大利亚诉日本)，临时措施，1999年8月27日的命令，《1999年国际海洋法法庭案例汇编》，第280页，见第77段。该法庭指出，“有鉴于此，法庭认为，双方应在这种情况下谨慎和审慎行事，以确保采取有效保护措施，防止对南方蓝鳍金枪鱼鱼种造成严重危害。” [↑](#footnote-ref-1286)
1286. [混合氧化物核燃料厂案](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\atmosphere\MOX_Order.03.12.01.E.pdf)(爱尔兰诉联合王国)，临时措施，2001年12月3日的命令，《2001年国际海洋法法庭案例汇编》，第95页，见第84段(“有鉴于此，法庭认为，审慎和谨慎原则要求爱尔兰和联合王国开展合作，交流关于混合氧化物核燃料厂的运营所造成的风险或影响的信息，并酌情制定应对这些风险或影响的方式”)。 [↑](#footnote-ref-1287)
1287. [新加坡在柔佛海峡及周边填海案(马来西亚诉新加坡)](file:///\\conf-share1\conf\Groups\PEPS-Share\ILC%20Extra%20Refs\2016_68%20th%20session\atmosphere\12_ITLOS%20order_081003_en.pdf)，临时措施，2003年10月8日的命令，《2003年国际海洋法法庭案例汇编》，第10页，见第99段。 [↑](#footnote-ref-1288)
1288. 2015年5月27日举行的第3257次会议(《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/10))，第286段)。委员会第六十六届会议(2014年)按照委员会报告附件所载的建议(同上，《第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/69/10)))将此专题列入长期工作方案。 [↑](#footnote-ref-1289)
1289. http://legal.un.org/ilc。 [↑](#footnote-ref-1290)
1290. 见H. Lauterpacht，关于条约法的报告，《1953年……年鉴》，第二卷，[A/CN.4/63](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_63.pdf&lang=E)号文件，第154页。 [↑](#footnote-ref-1291)
1291. 见特别报告员的第一次报告(A/CN.4/693)，第29段。 [↑](#footnote-ref-1292)
1292. 同上，第31段。 [↑](#footnote-ref-1293)
1293. 见第33段。 [↑](#footnote-ref-1294)
1294. 联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，第331页。 [↑](#footnote-ref-1295)
1295. 见特别报告员的第一次报告(A/CN.4/693)，第46段。 [↑](#footnote-ref-1296)
1296. 特别报告员第一次报告提出的结论草案案文如下：

      结论草案1

      范围

      本结论草案涉及识别强行法规则的方式以及规则产生的法律后果。

      结论草案2

      国际法规则的更改、克减和废除

      1. 国际法规则可经规则适用各国之间的协定予以更改、克减或废除，除非所涉规则(酌定法)禁止此种更改、克减或废除。此种更改、克减或废除可通过条约、习惯国际法或其他协定的方式进行。

      2. 一般国际法的强制性规范属于第1款所载规则的例外情况，只有具有同等性质的规则方能更改、克减或废除强制性规范。

      结论草案3

      强行法的一般性

      1. 国际法的强制性规范(强行法)指各国组成的国际社会整体接受并公认为不容更改、克减或废除的一般国际法规范。

      2. 强行法规范保护国际社会的基本价值观，其等级高于国际法其他规范且普遍适用。 [↑](#footnote-ref-1297)
1297. 见[《2001年……年鉴》](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2001/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC)，第二卷(第二部分)及更正，第四章，E节。 [↑](#footnote-ref-1298)
1298. 见[《2006年……年鉴》](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2006/english/chp12.pdf&lang=EFSRAC)，第二卷(第二部分)，第十二章，D节，以及[A/CN.4/L.682](http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682)和[Corr.1](http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682/Corr.1)。 [↑](#footnote-ref-1299)
1299. 见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/10))，第五章，E节。 [↑](#footnote-ref-1300)
1300. 同上，[第四章](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2011/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC)，F节(指南草案评注见[A/66/10/Add.1](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/10/Add.1))。 [↑](#footnote-ref-1301)
1301. 同上，第六章，E节。 [↑](#footnote-ref-1302)
1302. 2013年5月28日委员会第3171次会议做出这一决定(见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》([A/68/10](http://undocs.org/ch/A/68/10))，第167段)。本专题提纲，同上，《第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/ch/A/66/10))，附件E。 [↑](#footnote-ref-1303)
1303. 同上，《第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10](http://undocs.org/ch/A/69/10))，第186-222段。 [↑](#footnote-ref-1304)
1304. 同上，《第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/ch/A/70/10))，第130-170段。 [↑](#footnote-ref-1305)
1305. 特别报告员第三次报告建议的原则草案1-1、1-3和1-4案文如下：

      原则草案1-1  
      实施和强制执行

      各国应采取一切必要步骤，通过有效立法、行政、司法或其他防止措施，依照国际法加强与武装冲突有关的自然环境保护。

      原则草案1-3  
      部队地位协定和特派团地位协定

      鼓励各国和各国际组织将关于环境法规及责任的条款纳入其部队地位协定或特派团地位协定。此种条款可包括防止措施、影响评估、恢复和清理措施。

      原则草案1-4  
      和平行动

      参与和平行动的各国和各组织须考虑这些行动对环境的影响，并采取一切必要措施，防止、减轻和补救其负面的环境后果。 [↑](#footnote-ref-1306)
1306. 特别报告员第三次报告建议的原则草案3-1至3-5案文如下：

      原则草案3-1  
      和平协定

      鼓励冲突各方在和平协定中解决因武装冲突受损害的环境的恢复和保护相关事项。

      原则草案3-2  
      冲突后环境评估和审查

      1. 鼓励各国及前武装冲突各方相互合作，并与相关国际组织合作，以便实施冲突后环境评估及复原措施。

      2. 和平行动结束后随即进行的审查应查明、分析并评价这些行动对环境造成的任何有害于环境的影响，以努力在今后行动中减轻或补救这些有害影响。

      原则草案3-3  
      战争遗留物

      1. 在现行敌对行动停止之后须毫不拖延地按照国际法规定的义务，清除、移除、销毁或维护所有雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置。

      2. 凡必要时，各方须努力相互，以及酌情与其他国家和国际组织就提供技术和物质援助，包括在适当情况下采取必要联合行动履行此类责任，达成协议。

      原则草案3-4  
      海上战争遗留物

      1. 各国和各国际组织须合作确保战争遗留物不构成对环境、对公共健康或对海员安全的威胁。

      2. 为此，各国和各组织须努力进行海域勘测并使有关信息可供自由查阅。

      原则草案3-5  
      获取和分享信息

      为加强与武装冲突有关的环境保护，各国和各国际组织须依照国际法规定的义务，准许获取并分享信息。 [↑](#footnote-ref-1307)
1307. 特别报告员第三次报告建议的原则草案4-1案文如下：

      原则草案4-1  
      土著人民权利

      1. 土著人民在其土地和自然环境方面的传统知识及做法须始终受到尊重。

      2. 各国有义务与土著人民合作协商，并在因使用他们的土地及领地而可能对土地产生重大影响时，征求他们自由、事先且知情的同意。 [↑](#footnote-ref-1308)
1308. 起草委员会主席的发言，可在委员会网站上查阅(http://legal.un.org/ilc)。 [↑](#footnote-ref-1309)
1309. 起草委员会暂时通过的原则草案案文如下：

      导言

      […]

      第一部分  
      一般原则

      原则草案4

      加强环境保护的措施

      1. 各国应依照国际法规定的义务，采取有效的立法、行政、司法或其他措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

      2. 各国还应酌情采取进一步措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

      […]

      原则草案6  
      保护土著人民的环境

      1. 各国应采取适当措施，在发生武装冲突时保护土著人民所居土地的环境。

      2. 土著人民居住的土地，环境受到武装冲突的有害影响，各国应在冲突结束后借助适当程序，特别是通过土著人民自身的代表机构，同受影响的土著人民开展有效的协商与合作，以便采取补救措施。

      原则草案7  
      与武装冲突有关的驻军协议

      各国和国际组织应酌情将环境保护条款纳入与武装冲突有关的驻军协议。此种条款可包括预防措施、影响评估、恢复和清理措施。

      原则草案8  
      和平行动

      各国和国际组织参加与武装冲突有关的和平行动，应考虑这些行动对环境的影响，并采取适当措施，防止、减轻和补救其负面的环境后果。

      第二部分  
      适用于武装冲突期间的原则

      […]

      第三部分  
      适用于武装冲突后的原则

      原则草案14  
      和平进程

      1. 武装冲突各方对冲突所造成的环境破坏，应解决有关环境的恢复和保护问题，将之作为和平进程的一部分，包括酌情在和平协议中处理此事。

      2. 有关国际组织应酌情在这方面发挥协助作用。

      原则草案15  
      武装冲突后的环境评估与补救措施

      鼓励包括国际组织在内的有关行为方在武装冲突后的环境评估与补救措施方面开展合作。

      原则草案16  
      战争遗留物

      1. 武装冲突后，冲突各方应争取消除其管辖或控制下造成或可能造成环境破坏的有毒和危险的战争遗留物，或使之无害。应根据适用的国际法规则采取此类措施。

      2. 各方还应争取相互并酌情同他国和国际组织就技术与物资援助达成协议，包括在适当情况下开展联合行动，消除这种有毒和危险的战争遗留物或使之无害。

      3. 第1和第2段不妨碍国际法规定的任何清除、移除、销毁或维护雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置之权利和义务。

      原则草案17  
      海上战争遗留物

      各国和有关国际组织应开展合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。

      原则草案18  
      共享与准许获取信息

      1. 为便利武装冲突后采取补救措施，各国和有关国际组织应按国际法规定的义务，共享并准许获取相关信息。

      2. 本原则草案中并无任何内容要求一国或国际组织必须分享和准许获取对其国防或安全至关重要的信息。但国家或国际组织应诚意合作，根据具体情况提供尽可能多的信息。 [↑](#footnote-ref-1310)
1310. 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/ch/A/66/10))，第六章，E节。 [↑](#footnote-ref-1311)
1311. 见第7条所述指示性清单，载于关于武装冲突对条约的影响的条款附件(同上)。 [↑](#footnote-ref-1312)
1312. 《敷设水下自动触发水雷公约》(1907年第八号公约)(1907年10月18日，海牙)，《1899年和1907年海牙公约和宣言》，J.B. Scott编(牛津大学出版社，1915年，纽约)，第151页。 [↑](#footnote-ref-1313)
1313. 大会2007年9月13日第[61/295](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295)号决议。 [↑](#footnote-ref-1314)
1314. 美洲国家组织，AG/RES.2888(XLVI-O/16)，2016年6月15日。 [↑](#footnote-ref-1315)
1315. 《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10](http://undocs.org/ch/A/70/10))，第134段。 [↑](#footnote-ref-1316)
1316. 友好、通商和航海条约以及涉及私权利的协定(见“第7条所指条约的指示性清单”，载于条款草案附件，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10](http://undocs.org/ch/A/66/10))，第六章，E节。 [↑](#footnote-ref-1317)
1317. 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附、于1996年5月3日修正的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(《1996年5月3日修正的第二议定书》)(1996年5月3日，日内瓦)，联合国，[《条约汇编》，第2048卷](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202048/v2048.pdf)，第22495号，第93页。 [↑](#footnote-ref-1318)
1318. 《联合国土著人民权利宣言》。大会2007年9月13日[第61/295](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295)号决议和《关于独立国家境内土著和部落民族的第169号公约》(1989年6月27日，日内瓦)，联合国，[《条约汇编》，第1650卷](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201650/v1650.pdf)，第28383号，第383页。 [↑](#footnote-ref-1319)
1319. 委员会以前已选择将其工作成果制定为原则草案，如关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案。见《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案。 [↑](#footnote-ref-1320)
1320. A/CN.4/674，第78和第86段。 [↑](#footnote-ref-1321)
1321. 2014年7月18日特别报告员在委员会第3227次会议上的介绍性发言(未反映在第3227次会议临时简要记录(A/CN.4/SR.3227)中)。 [↑](#footnote-ref-1322)
1322. A/CN.4/685，附件一。 [↑](#footnote-ref-1323)
1323. 2015年7月6日特别报告员在委员会第3264次会议上的介绍性发言(部分反映在第3264次会议简要记录(A/CN.4/SR.3264，第8页)内)。 [↑](#footnote-ref-1324)
1324. 本专题于2011年列入委员会的长期工作方案，并于2013年转列入当前工作方案，见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，附件E，并见同上，《第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)第131段。 [↑](#footnote-ref-1325)
1325. 见同上，《第六十八届会议，补编第10号(A/68/10)第135段，并见同上，《第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)第192至第213段。 [↑](#footnote-ref-1326)
1326. 应特别报告员的请求，关于术语使用的临时提议被提交起草委员会，提交该款的目的是为了便利讨论。 [↑](#footnote-ref-1327)
1327. 例如，见A/CN.4/685，第18段。 [↑](#footnote-ref-1328)
1328. 同上，脚注18，挪威(代表北欧国家)(A/C.6/69/SR.25, 第133段)、葡萄牙(A/C.6/69/SR.26，第6段)、新加坡(A/C.6/69/SR.26, 第66段)、新西兰(A/C.6/69/SR.27，第3段)和印度尼西亚(A/C.6/69/SR.27，第67段)。 [↑](#footnote-ref-1329)
1329. 例如，可能需要在占领期间采取补救措施。 [↑](#footnote-ref-1330)
1330. A/CN.4/685，第210段。 [↑](#footnote-ref-1331)
1331. 见《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第一附加议定书)，1977年，联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17512号，第3页，第六十条。另见J-M. Henckaerts和Louise Doswald-Beck著，*Customary International Humanitarian Law:Rules,* vol. I(剑桥：剑桥大学出版社，2005年)，第120页。红十字委员会关于习惯国际法的研究报告认为，这构成习惯国际法下的一条规则，对国际和非国际武装冲突均适用。 [↑](#footnote-ref-1332)
1332. 例如，见《南极条约》，1959年12月1日订于华盛顿(联合国，《条约汇编》，第402卷，第5778号)，第一条。例如，见M. Björklund和A. Rosas著*Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering* (奥布：奥布大学出版社，1990年)中的定义。奥兰群岛既是非军事区，又是中立区。Björklund和Rosas和还列举了斯匹次卑尔根、南极洲和麦哲伦海峡等中立区(见第17页)。另见L. Hannikainen著，“The Continued Validity of the Demilitarized and Neutralized Status of the Åland Islands”*Zeitschrift fűr ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 第54卷(1994年)，第616页。 [↑](#footnote-ref-1333)
1333. 同上。 [↑](#footnote-ref-1334)
1334. 见A/CN.4/685, 第225段。另见C. Droege 和M.-L. Tougas著，“The Protection of the Natural Environment in Armed Conflict―― Existing Rules and Need for Further Legal Protection”，《北欧国际法杂志》，第82卷(2013年)，第43页。 [↑](#footnote-ref-1335)
1335. 会议第三委员会工作组提出了一项提案，即条款草案48之三，其中规定“向对方宣布了的具有适当标记和界线的公认自然保护区应受保护和尊重，除非这种保护区被专用于军事目的”。见C. Pilloud和J. Pictet著，“第五十五条：对自然环境的保护”，载于Y. Sandoz、C. Swinarski和B. Zimmerman编，《红十字委员会对1949年8月12日日内瓦四公约1977年6月8日附加议定书的评注》(日内瓦，Martinus Nijhoff, 1987年)，第664页，第2138-2139段。 [↑](#footnote-ref-1336)
1336. 这一点在常设法院Factory At Chorzó案中得到承认，常设国际法院，《A辑》，第17号，第45页；并反映在《维也纳条约法公约》第三十四条(1969年5月23日，维也纳)中，联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，第331页。 [↑](#footnote-ref-1337)
1337. A/CN.4/685，第218段。 [↑](#footnote-ref-1338)
1338. 《保护世界文化和自然遗产公约》(世界遗产公约)(1972年11月16日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第1037卷，第15511号，第151页。 [↑](#footnote-ref-1339)
1339. 教科文组织，《实施(世界遗产公约)操作指南》(2015年7月8日)WHC.15/01, 第77.1段。目前，全世界共有197处自然遗产列入了《世界遗产名录》。根据《世界遗产公约》第11条第4款，其中一些遗产也列入了《濒危世界遗产名录》。 [↑](#footnote-ref-1340)
1340. 1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》(1954年5月14日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第249卷，第3511号，第240页。 [↑](#footnote-ref-1341)
1341. 《1954年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999年第二议定书)(海牙，1999年3月26日)，联合国，《条约汇编》，第2253卷，第3511号，第172页。 [↑](#footnote-ref-1342)
1342. 《生物多样性公约》(1992年6月5日，里约热内卢)，联合国，《条约汇编》，第1760卷，第30619号，第79页。 [↑](#footnote-ref-1343)
1343. 大会第61/295号决议附件，第12条。 [↑](#footnote-ref-1344)
1344. 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》(1993年6月21日，卢加诺)，欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第150号。欲了解有关多边环境协定对具有特别环境意义的区域的适用问题的更多情况，可参阅B. Sjöstedt著，Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict:The Role of Multilateral Environmental Agreements (博士论文，伦德大学，2016年)。 [↑](#footnote-ref-1345)
1345. 《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》(1992年3月17日，赫尔辛基)，联合国，《条约汇编》，第1936卷，第33207号，第269页。 [↑](#footnote-ref-1346)
1346. 《生物多样性公约》序言。 [↑](#footnote-ref-1347)
1347. 国际自然保护联盟，禁止在国际保护区开展敌对军事活动公约草案(1996年)，第1条。 [↑](#footnote-ref-1348)
1348. 日本《文化财产保护法》，第214号法，1950年5月30日。见http://www.unesco.org/culture/ natlaws/media/pdf/japan/japan\_l awprotectionculturalproperty\_engtof.pdf(2016年7月28日检索)。 [↑](#footnote-ref-1349)
1349. 新南威尔士州综合法，《国家公园和野生生物法》，1974年第80号法。见http://www.austlii. edu.au/au/legis/nsw/consol\_act/npawa1974247/(2016年7月28日检索)。 [↑](#footnote-ref-1350)
1350. 意大利第394号法奠定了保护区的法律框架，1991年12月6日，见http://faolex.fao.org。 [↑](#footnote-ref-1351)
1351. 见《第一议定书》第三十五和第五十五条。红十字委员会关于《日内瓦四公约第一议定书》第五十五条的评注主张，应广义地理解“自然环境”，其中包括人口生活的“生物环境”。见Pilloud和Pictet(上文脚注1335)，第662页，“自然环境”“不仅仅由对于生存而言不可或缺的物体组成，……而且还包括森林和其他植被……动植物及其他生物或气候要素”。 [↑](#footnote-ref-1352)
1352. 关于武装冲突法、环境法和人权法的很多文书载有“尊重”和“保护”。最为相关的是《世界自然宪章》、联合国大会1982年10月28日第37/7号决议尤其是其中的序言和原则1以及《1949年日内瓦四公约第一议定书》第四十八条第一款，其中规定应当尊重和保护民用物体。例如，又见《公民权利和政治权利国际公约》(1964年12月16日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第999卷，第171页，第二条；《1949年日内瓦四公约第一议定书》第五十五条以及《里约环境与发展宣言》(《里约宣言》)，《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3日至14日，里约热内卢》，第一卷，《环发会议通过的决议》(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8和更正)，决议1，附件一，原则10。 [↑](#footnote-ref-1353)
1353. 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第226页，见第30和第63段。 [↑](#footnote-ref-1354)
1354. 语义学说明见Y. Dinstein(ed)，*The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict,* 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2010)，at paras. 35-37 and 41-43。 [↑](#footnote-ref-1355)
1355. See e.g.，R. Kolb and R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts* (Oxford, Hart Publishing, 2008)，pp. 16 and 17. [↑](#footnote-ref-1356)
1356. 同上。 [↑](#footnote-ref-1357)
1357. 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，关于第二条的评注，第182页。 [↑](#footnote-ref-1358)
1358. “以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”(见上文注脚注1353)，第25段和第27-30段。 [↑](#footnote-ref-1359)
1359. 第五十五条――对自然环境的保护：

      “一. 在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重地损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而伤害居民的健康和生存的作战方法或手段。

      二. 作为报复对自然环境的攻击，是禁止的。” [↑](#footnote-ref-1360)
1360. Pilloud和Pictet(见上文脚注1335), 第663页。另见K. Hulme，“注意保护环境不受损毁：是没有意义的义务吗？”《红十字国际评论》，第92卷，第879(2010)号，第675-691页。 [↑](#footnote-ref-1361)
1361. 见关于与武装冲突有关的环境保护初步报告，A/CN.4/674，第21页。 [↑](#footnote-ref-1362)
1362. 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，同上，第75卷，第970号，第31页，第四十九条；(《日内瓦第一公约》)；《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》(日内瓦，1949年8月12日)，同上，第971号，第85页，第五十条(《日内瓦第二公约》)；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(日内瓦，1949年8月12日)，同上，第972号，第135页，第一二九条(《日内瓦第三公约》)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(日内瓦，1949年8月12日)，同上，第973号，第287页，第一四六条(《日内瓦第四公约》)，共同的第二条和第三条；《第一议定书》第一条；《1949年8月12日日内瓦四公约附加议定书》，及关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书(《第二议定书》)，1977年，同上，第17513号，第609页，第一条。 [↑](#footnote-ref-1363)
1363. 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(《改变环境技术公约》)，(1976年12月10日，纽约)，同上，第1108卷，第17119号，第151页，第二条。按照对第二条的理解，“广泛”、“长期”和“严重”这三个词的理解如下：“‘广泛’：指包括几百平方公里大小的地区”；“‘长期’：指持续几个月或大约一个季节的时间”；“‘严重’：指人命、自然和经济资源或其他财产受到严重或重大破坏或伤害”(裁军委员会会议的报告，《大会正式记录，第三十一届会议，补编第27号》(A/31/27)，第一卷，第91-92页。 [↑](#footnote-ref-1364)
1364. 例如，见K. 拉万德，“新武器及作战手段和方法的合法性述评”《红十字国际评论》第88卷，第64(2006)号，第925页；J.马克莱兰德，“按照《第一附加议定书》审查武器”《红十字国际评论》第85卷，第850(2003)号，第397页；环境署，《武装冲突中对于环境的保护：国际法详索及分析》(内罗毕：环境规划署，2009年)，第16页。 [↑](#footnote-ref-1365)
1365. 一般性阐述见Henckaerts和Doswald-Beck，*Customary International Humanitarian Law…*(上文脚注1331)，第25-29页和第143页。 [↑](#footnote-ref-1366)
1366. 《1949年日内瓦四公约第一议定书》，第五十二条第二款。《特定常规武器公约》的下列议定书列有类似定义：《特定常规武器公约》所附《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(1980年10月10日，日内瓦)(《特定常规武器公约第二号议定书》)，联合国，《条约汇编》，第1342卷，第22495号，第137页起，见第168页；《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附、于1996年5月3日修正的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(1996年5月3日修正的《第二号议定书》)(1996年5月3日，日内瓦)，同上，第2048卷，第22495号，第93页和《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附的《禁止或限制使用燃烧武器的第三号议定书》(《特定常规武器公约第三号议定书》)，同上，联合国，第1342卷，第22495号，第171页，以及《1954年关于武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999年《第二号议定书》)(1999年3月26日，海牙)，同上，第2253卷，第3511号，第172页。 [↑](#footnote-ref-1367)
1367. 见《1949年日内瓦四公约第一议定书》第五十二条第一款以及《特定常规武器公约第二号议定书》第二条第五款；《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》第二条第七款和《特定常规武器公约第三号议定书》第一条第四款。 [↑](#footnote-ref-1368)
1368. 一般性阐述见Henckaerts和Doswald-Beck，*Customary International Humanitarian Law…*(上文脚注1331)，规则7，第25-29页。除其他外，区别原则的编纂见《第一附加议定书》第四十八条和第五十二条第二款，以及《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》和《第三号议定书》。这项原则被承认为国际和非国际武装冲突下习惯国际人道法的一条规则。 [↑](#footnote-ref-1369)
1369. 除其他外，所提到的文书包括《特定常规武器公约第三号议定书》第二条第四款、《武装冲突期间保护环境准则》、保护战争受难者国际会议通过的《最后宣言》、联合国大会第49/50号和第51/157号决议附件、澳大利亚和美国的军事手册以及尼加拉瓜和西班牙的国家立法。见Henckaerts和Doswald-Beck，*Customary International Humanitarian Law…*(上文脚注1331)，第143和144页。 [↑](#footnote-ref-1370)
1370. 例如，见米夏埃尔米博特，“武装冲突中保护环境的国际法：不足与机遇”《红十字国际评论》，第92(2010)卷，第576页；R. Rayfuse, “Introduction” in *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, R. Rayfuse (ed) (Leiden, Brill Nijhoff, 2015) p. 6; see also C. Droege and M.-L. Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict-existing rules and need for further legal protection”, ibid., pp. 17-19; D. Fleck, “The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules”, ibid., pp. 47-52; E. Koppe, “The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict”, ibid., pp. 76-82; and M. Bothe, “The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict”, ibid., p. 99. [↑](#footnote-ref-1371)
1371. 此处的提法是军事必要性规则，而不是必要性原则，因为有些国家认为，军事必要性不是一种一般性的免责，而是需要以国际条约的条款为依据。 [↑](#footnote-ref-1372)
1372. See R. Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict” in *War and the Environment …,* Rayfuse (ed.) (上文脚注1370), p. 6; 环境署，《武装冲突中对于环境的保护……》(上文脚注1364)，第12和13页。 [↑](#footnote-ref-1373)
1373. 除其他外，其中包括《1949年日内瓦四公约第一议定书》第三十五和第五十五条。《第一议定书》和《第二议定书》以及其他武装冲突法文书中可能间接有利于保护环境的的其他条款，例如禁止对含有危险力量的工程和装置实施攻击的条款(《第一议定书》第五十六条、《第二议定书》第十五条)、禁止对平民居民生存所不可缺少的物体的攻击的条款(《第一议定书》第五十四条、《第二议定书》第十四条)、禁止掠夺(《关于陆战法规和习惯的章程》(1907年10月18日，海牙)第二十八条)、《第二议定书》第四条第二款第(七)项和禁止强迫平民迁移(《第二议定书》第十七条)。另见环境署，“利比里亚人口迁移的环境考虑：政策制定者和从业人员指南”(2006年)。 [↑](#footnote-ref-1374)
1374. “以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第226页，见第257段；M. Schmitt, “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law:Preserving the Delicate Balance”*Virginia Journal of International Law,* vol. 50 (2010)，p. 803。 [↑](#footnote-ref-1375)
1375. 区分原则目前的编纂见《1949年日内瓦四公约第一议定书》第四十八条、第五十一条第二款和第五十二条第二款、《第二议定书》第十三条第二款、《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》、《特定常规武器公约第三号议定书》以及《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997年9月18日，奥斯陆)，联合国，《条约汇编》，第2056卷，第35597号，第211页。 [↑](#footnote-ref-1376)
1376. 见Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law…*(上文脚注1331)，第25页。 [↑](#footnote-ref-1377)
1377. 《1949年日内瓦四公约第一议定书》第五十一条第五款第二项。另见Yoram Dinstein,“Protection of the Environment in International Armed Conflict”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5(2001)，p. 523, at pp. 524-525。又见L. 多斯瓦尔德－贝克，“国际人道主义法和国际法院关于以核武器进行威胁和使用核武器的咨询意见”，《红十字国际评论》，第37(1997)卷，第52页。 [↑](#footnote-ref-1378)
1378. Schmitt, “Military necessity and humanity …”(上文脚注1374)，第804页。 [↑](#footnote-ref-1379)
1379. 《1949年日内瓦四公约第一议定书》第五十一条和《第二议定书》第五十七条、《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》以及《国际刑事法院规约》第8条第2(b)(iv)款。另见“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第296页，第30段。 [↑](#footnote-ref-1380)
1380. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law …*(上文脚注1331)，第46页。 [↑](#footnote-ref-1381)
1381. 同上，第150页；Droege and Tougas，“The protection of the natural environment in armed conflict …” (上文脚注1370)，第19页，另见环境署，“关于利比里亚环境的案头研究”(环境署，2004年)及环境署，“利比里亚人口迁移的环境考虑……”(上文脚注1373)。 [↑](#footnote-ref-1382)
1382. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law …*(上文脚注1331)，规则44，第150页。 [↑](#footnote-ref-1383)
1383. 另见Dinstein，“Protection of the environment …” (上文脚注1377)，第524-525 页；Doswald-Beck,“International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice …” (上文脚注1377)；环境署，《武装冲突中对于环境的保护……》(上文脚注1364)，第13页；Rayfuse, introduction in *War and the Environment …*(上文脚注1370)，第6页；Droege and Tougas, “The protection of the natural environment …” (上文脚注1370)，第19-23页。 [↑](#footnote-ref-1384)
1384. 前那斯拉夫问题国际刑事法庭：检察官向为审查北约对南斯拉夫联盟共和国的轰炸而设立的委员会提交的最后报告，第19段。见 [http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf](%20http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf)。另见Dinstein，Protection of the environment …” (上文脚注1377)，第524和525页。 [↑](#footnote-ref-1385)
1385. M. Sassoli, A. Bouvier and A. Quintin, “How does law protect in war: online glossary”. Available from [www.icrc.org/casebook/doc/glossary/military-necessity-glossary.htm](http://www.icrc.org/casebook/doc/glossary/military-necessity-glossary.htm) (2016年7月28日检索)。 [↑](#footnote-ref-1386)
1386. 《第一议定书》第三十五条第三款。 [↑](#footnote-ref-1387)
1387. 同上，第五十一条第五款第(二)项。 [↑](#footnote-ref-1388)
1388. 攻击时采取预防措施的原则已写入1907年《关于战时海军轰击的第九公约》(海牙，1907年10月18日)第二条第三款、《1949年日内瓦四公约第一议定书》第五十七条第一款，以及《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》和《海牙保护文化财产公约第二议定书》。 [↑](#footnote-ref-1389)
1389. Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law …*(上文脚注1331)，规则15。 [↑](#footnote-ref-1390)
1390. 同上，规则44。 [↑](#footnote-ref-1391)
1391. “以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”，咨询意见，《1996年国际法院案例汇编》，第226页，第30段。 [↑](#footnote-ref-1392)
1392. 见《1949年日内瓦四公约第一议定书》第四十八、五十、五十一条(尤其是第四款)、第五十二条(尤其是第二款)、第五十七条第二款和《第二议定书》第十三条第二款。See Y. Dinstein, “Legitimate Military Objectives Under the Current *Jus In Bello*”*International Law Studies,* vol. 78 (2002)，p.139, and L. R. Blank,“Extending Positive Identification from Persons to Places:Terrorism, Armed Conflict, and the Identification of Military Objectives”*Utah Law Review,* No. 5(2013)，p. 1227.例如，见联合王国国防部，《武装冲突法手册》(牛津，牛津大学出版社，2004年)，第5.4段；加拿大国防部，《作战和战术层面的武装冲突法》(2001年) B-GJ-005-104/FP-021, 第405-427页；美国国防部，《战争法手册》(2015年)。 [↑](#footnote-ref-1393)
1393. 《第一议定书》，第五十一条，尤其是第六款。见C. Pilloud和J. Pictet，“第五十一条”，载于Sandoz等编，《红十字委员会对……附加议定书的评注》(上文脚注1335)，第615页。 [↑](#footnote-ref-1394)
1394. 关于报复的习惯法地位的讨论，见Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law …*(上文脚注1331)，第523-530页；Y. Arai-Takahashi, The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law and its Interaction with International Human Rights Law (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009)，pp. 285-289；M. A. Newton,“Reconsidering Reprisals”Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 20 (2010)，p. 361；S. Darcy, Collective Responsibility and Accountability under International Law (Leiden, Brill, 2007) pp. 154-156。 [↑](#footnote-ref-1395)
1395. 目前《第一议定书》共有174个缔约国。见红十字委员会网站：https://www.icrc.org/ ihl/INTRO/470。 [↑](#footnote-ref-1396)
1396. 关于各国就第五十五条和其他条款所做的声明、说明和保留的情况，见A/C.N.4/685，第129和130段。还应指出，联合王国声明：“接受第五十一条和第五十五条的义务的基础是，联合王国可能交战的任何敌对方本身严格遵守这些义务。如果一敌对方违反第五十一条或第五十二条，对平民居民、平民或民用目标发动严重和蓄意的攻击，或违反第五十三、五十四和五十五条，对受这些条款保护的目标和物品发动严重和蓄意的攻击，联合王国将认为自己有权采取有关条款禁止的措施，但条件是，联合王国认为出于迫使敌对方依照这些条款停止违约行动的唯一目的，采取这种措施是必要的，而且只是在要求敌对方停止违约行动的正式警告被漠视、并由政府最高领导层做出决定之后才可采取。联合王国据此采取的措施将不会与所涉违约行动不相称，而且不会涉及1949年日内瓦四公约所禁止的任何行动，在违约行动停止后，这些措施也将停止。联合王国将向保护国通报发给敌对方的这种正式警告，如果警告遭到漠视，将通报因此而采取的任何措施。”保留的案文可登陆红十字委员会网站查阅：www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument，见(m)段。联合王国国防部《武装冲突法手册》中述及可以在交战中报复自然环境的部分条件(上文脚注1392)，第16.18-16.19.1段。有关《第一议定书》是否仅适用于常规武器而不适用于核武器的理解的声明，见A/C.N/4/685，第130段。见爱尔兰的声明和保留：“第五十五条：为确保在作战中注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害，并考虑到应禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段，爱尔兰声明，核武器即便不直接受《第一附加议定书》管辖，也依然受1996年国际法院关于‘以核武器进行威胁或使用核武器的合法性’的咨询意见中确认的现有国际法规则的制约。爱尔兰将本着能为平民居民提供最好保护的精神来解释并适用本条款。”本声明可登陆红十字委员会网站查阅：www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?documentId=27BBCD34A4918BFBC125 6402003FB43 A&action=OpenDocument。还应指出，法院在“关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见”(《1996年国际法院案例汇编》，第226页，第46段)中指出，“某些国家坚称使用核武器进行报复是合法的。在这方面，本院不必审查和平时期进行武装报复的问题，因为这被认为是不合法的。本院也不必对交战国的报复问题发表意见，只须指出，在任何情况下，任何采取这种报复的权利都像自卫一样，必须遵守相称性原则。” [↑](#footnote-ref-1397)
1397. 法国、爱尔兰和联合王国。 [↑](#footnote-ref-1398)
1398. 见《关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道主义法律的外交会议正式记录》(1974-1977年，日内瓦)第九卷，见www.loc.gov/rr/frd/Military\_Law/RC-dipl-conference-records.html，最值得注意的是加拿大(第428页)、伊朗伊斯兰共和国(第429页)、伊拉克(第314页)、墨西哥(第318页)和希腊(第429页)的发言。另见Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law …*(上文脚注1331)，第528页。 [↑](#footnote-ref-1399)
1399. 见V. Bílková，“非国际性武装冲突中的交战报复”，《国际法和比较法季刊》，第63卷(2014年)，第31页；Sandesh Sivakumaran, 《非国际性武装冲突法》(牛津，牛津大学出版社，2012年)，第449-457页。 [↑](#footnote-ref-1400)
1400. 检察官诉Duško Tadić，IT-94-1-AR72号案，对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所做出的裁决，1995年10月2日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，第111和112段。一般性阐述另见Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law …*(上文脚注1331)，第526-529页。 [↑](#footnote-ref-1401)
1401. 2007年7月20日第2940次会议(《大会正式记录，第六十二届会议，补编第10号》(A/62/10)，第376段)。大会2007年12月6日第62/66号决议第7段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议上(2006年)，委员会已根据其报告附件A中所载建议(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)，第257段)将本专题列入其长期工作方案。 [↑](#footnote-ref-1402)
1402. 同上，《第六十二届会议，补编第10号》(A/62/10)，第386段。秘书处编写的备忘录见A/CN.4/596和Corr.1号文件。 [↑](#footnote-ref-1403)
1403. A/CN.4/601(初步报告)、A/CN.4/631(第二次报告)和A/CN.4/646(第三次报告)。 [↑](#footnote-ref-1404)
1404. 见《大会正式记录，第六十四届会议，补编第10号》(A/64/10)，第207段；和同上，《第六十五届会议，补编第10号》(A/65/10)，第343段。 [↑](#footnote-ref-1405)
1405. 同上，《第六十七届会议，补编第10号》(A/67/10)，第266段。 [↑](#footnote-ref-1406)
1406. A/CN.4/654(初步报告)；A/CN.4/661(第二次报告)；A/CN.4/673和Corr.1(第三次报告)；和A/CN.4/687(第四次报告)。 [↑](#footnote-ref-1407)
1407. 见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第48和第49段。在2013年6月7日第3174次会议上，委员会收到起草委员会的报告并暂时通过了第1、第3和第4这三条草案，在2013年8月6日和7日第3193至第3196次会议上通过了这三条的评注(同上，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第48和第49段)。委员会在2014年7月25日第3231次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第2条草案(e)项和第5条草案，又在2014年8月6日和7日的第3240至第3242次会议上通过了其评注。在2015年8月4日第3284次会议上，起草委员会主席提交了该委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”的报告，其中载有起草委员会在第六十七届会议上暂时通过的第2条草案(f)项和第6条草案。委员会注意到这些草案(同上，《第七十届会议，补编第10号》(A/70/10)，第176段)。 [↑](#footnote-ref-1408)
1408. 特别报告员第五次报告建议的第7条草案案文如下：

      第7条草案  
      不适用豁免的罪行

      1. 豁免不应适用于下列罪行：

      ㈠ 灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑和强迫失踪；

      ㈡ 腐败罪行；

      ㈢ 造成人身伤害(包括死亡和重伤)或财产损失的罪行，前提是这种罪行发生在法院地国的领土上，而且犯下该罪行时国家官员在该国领土上。

      2. 第1款不应适用于在任期内享有属人豁免的人员。

      3. 第1款和第2款不妨碍：

      ㈠ 对法院地国和官员所属国都有约束力的条约中任何规定不适用豁免的条款；

      ㈡ 与要求法院地国履行义务的国际法庭开展合作的义务。 [↑](#footnote-ref-1409)
1409. 见第4条草案评注第(5)段，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第68-69页。 [↑](#footnote-ref-1410)
1410. 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第23页。 [↑](#footnote-ref-1411)
1411. 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第142页。委员会在第五十三届会议上通过的关于国家对国际不法行为的责任条款载于大会2001年12月12日第56/83号决议附件。 [↑](#footnote-ref-1412)
1412. 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第171页。委员会在第六十三届会议上通过的关于国际组织的责任条款载于大会2011年12月9日第66/100号决议附件。 [↑](#footnote-ref-1413)
1413. 具体而言，美国一家法院作出了以下解释，澄清排除越权行为的理由：“如果官员的权力受规章的限制，超越此限制的行动即被视为个人行动，而非主权行动。官员所作所为不是主权国家授予的”。该法院指出，“外国主权豁免法并不豁免政府官员的非法行为”，因此，“官员虽具有权力身份，但没有在官方授权范围内行事，这就违反了国际法，无权享有外国主权豁免法规定的豁免”。(费迪南·马科斯的遗产人权诉讼案；Hilao等人诉马科斯遗产，美国上诉法院，第九巡回法庭，1994年6月16日的判决，25 F.3d 1467 (9th Cir.1994)，《国际法案例汇编》，第104卷，第119及以下各页，特别是第123和125页)。同样，另一法院也认为越权行为不享受主权豁免，因为行为人侵犯原告人权的行为是在权力之外实施的：“如果官员实施未经国家官方授权的行为，即如果他们不是‘在其权力范围内以官方身份行事’，那么他们就不能享受豁免。”(DoeI等诉刘淇等、原告A等诉夏德仁等，美国地区法院，加利福尼亚北部地区，C 02-0672 CW, C 02-0695 CW)。 [↑](#footnote-ref-1414)
1414. Jaffe诉Miller等，安大略上诉法院(加拿大)，1993年6月17日的判决，《国际法案例汇编》，第95卷，第446页；阿根廷共和国诉Amerada Hess船运公司等，美国最高法院，1989年1月23日，《国际法案例汇编》，第81卷，第658页；McElhinney诉Williams, 爱尔兰高等法院，1995年12月15日，《国际法案例汇编》，第104卷，第691页。 [↑](#footnote-ref-1415)
1415. *I Congresodel Partido,* 联合王国上议院，1981年7月16日，[1983] A.C. 244,《国际法案例汇编》，第64卷，第307页。在2006年6月14日上议院Jones诉沙特阿拉伯一案([2006] UKHL 26)中，Hoffmann勋爵不接受关于违反强行法的行为不可能为官方行为的论点(见《国际法案例汇编》，第129卷，第744页)。 [↑](#footnote-ref-1416)
1416. 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第231页。 [↑](#footnote-ref-1417)
1417. 见第2条草案(e)项的评注第(11)段，同上，第235页。在此背景下，委员会认为，“国家职能”包括“由国家履行的立法、司法、执法或其他职能”(同上)。 [↑](#footnote-ref-1418)
1418. 伊朗帝国案，德国联邦宪法法院，1963年，《国际法案例汇编》，第45卷，第57页；Victory诉Comisaría, US 336 F. 2d 354(第二巡回法庭，1964)，《国际法案例汇编》，第35卷，第110页；Saltany等诉Reagan等*，*哥伦比亚特区地方法院(美国)，1988年12月23日的判决，《国际法案例汇编》，第80卷，第19页；荷兰诉Lampen-Wolf (联合王国)，[2000] 1 WLR 1573；Lozano诉意大利，第31171/2008号案件，意大利，上诉法院，2008年7月24日的判决(可查阅：http://opil.ouplaw.com，*International Law in Domestic Courts* [ILDC 1085 (IT 2008)])。 [↑](#footnote-ref-1419)
1419. 伊朗帝国案(见上文脚注1418)；科学派教会案，德国联邦最高法院，1978年9月26日的判决，《国际法案例汇编》，第65卷，第193页；沙特阿拉伯等诉Nelson, 美国最高法院，《国际法案例汇编》，第100卷，第544页；Propend Finance Pty Ltd.诉Sing，英国，上诉法院，1997年；《国际法案例汇编》，第111卷，第611页；Norbert Schmidt诉联合王国政府内政大臣，爱尔兰高等法院，1997年4月24日的判决([1997] 2IR 121)；First Merchants Collection诉阿根廷共和国*，*美国地区法院，佛罗里达南部地区，2002年1月31日，190 F. Supp. 2d 1336 (S.D. Fla. 2002)。 [↑](#footnote-ref-1420)
1420. 伊朗帝国案(见上文脚注1418)；Victory诉Comisaría(见上文脚注1418)。 [↑](#footnote-ref-1421)
1421. 伊朗帝国案(见上文脚注1418)；Victory诉Comisaría(见上文脚注1418)。 [↑](#footnote-ref-1422)
1422. 伊朗帝国案(见上文脚注1418)；第12-81.676号案件，最高上诉法院刑事庭(法国)，2013年3月19日的判决，以及第13-80.158号案件，最高上诉法院刑事庭(法国)，2014年6月17日的判决(见[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr))。瑞士法院在涉及西班牙一名法官发出的国际拘留令的ATF 130 III 136案中作了类似的裁决。 [↑](#footnote-ref-1423)
1423. Victory诉Comisaría(见上文脚注1418)；Rukmini S. Kline等诉Yasuyuki Kaneko等，US, 685 F Supp 386 (SDNY 1988)，《国际法案例汇编》，第101卷，第497页；马耳他海事当局，第 04-84.265号案件，最高上诉法院刑事庭(法国)，2004年11月23日的判决，*Bulletin criminal 2004，*No .292, p. 1096。 [↑](#footnote-ref-1424)
1424. Victory诉Comisaría(见上文脚注1418)。 [↑](#footnote-ref-1425)
1425. Doe I诉以色列案，US, 400 F.Supp. 2d 86, 106 (DCC 2005)(以色列在被占领土建立定居点)；Youming案，US, 557 F. Supp. 2d 131 (DDC 2008)(雇用职业杀手威胁宗教团体成员)。 [↑](#footnote-ref-1426)
1426. Rauter案，荷兰最高上诉法院特别法庭，1949年1月12日的判决，《国际法案例汇编》，第16卷，第526页(德国占领军在丹麦所犯罪行)；以色列总检察长诉Adolf Eichmann案，耶路撒冷地区法院(第40/61号案件)，1961年12月12日的判决；以及上诉法院，1962年5月29日的裁决，《国际法案例汇编》，第36卷，第18和277页(二战期间所犯罪行，包括战争罪、危害人类罪和灭绝种族)；亚西尔·阿拉法特(Carnevale re. Valente – Imp. Arafat e Salah)案，意大利，上诉法院，1985年6月28日的判决，Rivista di diritto internazionale 69 (1986)，No.4, p. 884 (销售武器及与赤军勾结从事恐怖行为)；R.诉Mafart and Prieur/“彩虹勇士”案，新西兰高等法院，奥克兰登记处，1985年11月22日，《国际法案例汇编》，第74卷，第241页(法国武装部队和安全部队成员用水雷炸“彩虹勇士”号船的行为，结果导致船只沉没，数人死亡；这些行为被称为恐怖行为)。叙利亚驻德意志民主共和国前大使案，德国联邦最高法院，德国联邦宪法法院，1997年6月10日的判决，《国际法案例汇编》，第115卷，第595页(案件审查了针对一名前大使的法律行动，据称该大使曾在外交房舍内藏有武器，这些武器后来被用于恐怖行为)；Bouterse案，R 97/163/12 Sv和R 97/176/12 Sv，阿姆斯特丹上诉法院，2000年11月20日，《荷兰国际法年鉴》第32卷(2001)，第266至282页(酷刑、危害人类罪)；卡扎菲案，巴黎上诉法院，2000年10月20日的判决，以及最高上诉法院，2001年3月13日的判决，《国际法案例汇编》，第125卷，第490和508页(下令用炸药使一架飞机坠毁，造成170人死亡，被认为是恐怖行为)；哈布雷案，达喀尔上诉法院(塞内加尔)，2000年7月4日判决，以及最高上诉法院2001年3月20日的判决；《国际法案例汇编》，第125卷，第571和577页(酷刑行为和危害人类罪)；Sharon和Yaron案，布鲁塞尔上诉法院，2002年6月26日的判决，《国际法案例汇编》，第127卷，第110页(战争罪、危害人类罪和灭绝种族)；A.诉联邦检察官办公室(Nezzar案)，瑞士联邦刑事法院(第BB.2011.140号案件)，2012年7月25日的判决(酷刑和其他危害人类罪)。 [↑](#footnote-ref-1427)
1427. Ye诉ZeminDoe案，美国上诉法院，第七巡回法庭，383F. 3d 620 (2004) (与脚注1426和1428所述案件不同，这是一个向民事法院提起的案件)。 [↑](#footnote-ref-1428)
1428. 边界卫兵案，德国联邦刑事法院，1992年11月3日的判决(第5 StR 370/92号案件)，《国际法案例汇编》，第100卷，第364页(一名年轻德国人试图越过柏林墙时被德意志民主共和国边界卫兵开枪打死)；Norburt Schmidt诉联合王国政府内政大臣案(见上文脚注1419)(原告被国家官员拘留的非正常情形)；Khurts Bat诉德国联邦法院调查法官案，联合王国([2011] EWHC 2029 (Admin)，《国际法案例汇编》，第147卷，第633页(绑架和非法拘留)。 [↑](#footnote-ref-1429)
1429. Letelier等诉智利共和国和智利国家航空公司，美国上诉法院，第二巡回法庭，748 F 2d 790 (1984)，《国际法案例汇编》，第79卷，第561页。 [↑](#footnote-ref-1430)
1430. 美利坚合众国诉诺列加，美国上诉法院，第十一巡回法庭，1997年7月7日的判决，《国际法案例汇编》，第121卷，第591页。 [↑](#footnote-ref-1431)
1431. Teodoro Nguema Obiang Mangue等，巴黎上诉法院，*Pôle* 7, 第二调查庭，2013年6月13日的判决。 [↑](#footnote-ref-1432)
1432. Teodoro Nguema Obiang Mangue等，巴黎上诉法院，*Pôle* 7, 第二调查庭，请求废止，2015年4月16日的判决。 [↑](#footnote-ref-1433)
1433. 美利坚合众国诉诺列加(见上文脚注1430)；Jungquist诉Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan,美国哥伦比亚特区地区法院，1996年9月20日的判决，《国际法案例汇编》，第113卷，第522页；Mellerio诉西班牙前女王Isabelle de Bourbon,《国际公法案件年度摘要和报告》，第1872号案件，第293页；Seyyid Ali Ben Hammoud、Prince Rashid诉Wiercinski, Seine民事法庭，1916年7月25日的判决，Revue de droit international privé et de droit pénal international, vol.15 (1919)，p. 505；埃及前国王Farouk诉克里斯汀·迪奥案，巴黎上诉法院，1957年4月11日的判决，Journal du droit international, vol. 84, No. 1 (1957)，pp. 716 to 718; Ali Ali Reza诉Grimpel, 巴黎上诉法院，1961年4月28日的判决，Revue générale de droit international public, vol. 66, No. 2 (1962)，p. 418；费迪南·马科斯的遗产人权诉讼案；Trajano诉马科斯等，美国上诉法院，第九巡回法庭，1992年10月21日，978 F 2d 493 (1992)，《国际法案例汇编》，第103卷，第521页；Doe诉Zedillo Ponce de León；Jimenez诉Aristeguieta等，美国上诉法院，第五巡回法庭，311 F 2d 547 (1962), 33 ILR 353；Jean-Juste诉Duvalier(1988)， 第86-0459 Civ.号案件(美国地区法院，佛罗里达南部地区，1988年1月8日，《美国国际法杂志》，第82卷，第3号(1988)，第594页；Evgeny Adamov诉联邦司法办公室，瑞士联邦法庭，2005年12月22日的判决(1A 288/2005)(可查阅：[http://opil.ouplaw.com](http://opil.ouplaw.com/)，*International Law in Domestic Courts* [ILDC 339 (CH 2005)]；菲律宾共和国诉马科斯等，美国上诉法院，第二巡回法庭，1986年11月26日，《国际法案例汇编》，第81卷，第581页；菲律宾共和国诉马科斯等(第2号)，美国上诉法院，第九巡回法庭，1987年6月4日和1988年12月1日，《国际法案例汇编》，第81卷，第608页；海地共和国等诉杜瓦利埃等，[1990] 1 QB 2002(联合王国)，《国际法案例汇编》，第107卷，第491页。 [↑](#footnote-ref-1434)
1434. Regina诉Bow Street都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席(第3号)，联合王国上议院，1999年3月24日，[1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147。只有Goff勋爵认为这种行为是豁免范围内的官方行为。Browne-Wilkinson勋爵Hutton勋爵认为，酷刑不是“公共职能”或“政府职能”。Goff勋爵在反对意见中指出，这是“政府职能”，其他人也提出类似的看法：克雷格黑德的Hope勋爵(“这是犯罪行为，但也是政府行为”)、纽迪吉特的Saville勋爵(提及“官方酷刑”)、Millett勋爵(“公共官方行为”)、Philips勋爵(“这是犯罪行为，也是官方行为”)。另见：Jones诉沙特阿拉伯(见上文脚注1415)和FF诉公诉机构首领(Principe Nasser案)，高等法院王座法庭分庭(联合王国)，2014年10月7日的判决[2014] EWHC 3419 (Admin.)。 [↑](#footnote-ref-1435)
1435. 皮诺切特案，布鲁塞尔预审法官，1998年11月6日令，《国际法案例汇编》，第119卷，第345页；Bouterse案(见上文脚注1426)；Voiotia区诉德意志联邦共和国，Livadia(希腊)一审法院，1997年10月30日的判决。 [↑](#footnote-ref-1436)
1436. 见以上委员会暂时通过的第2条草案(f)项及其评注。 [↑](#footnote-ref-1437)
1437. 见第5条草案评注第(4)段，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第237页。 [↑](#footnote-ref-1438)
1438. 见，从另方面来说，委员会第四十三届会议通过的国家及其财产的管辖豁免条款草案第2条草案第1款(b)(五)项评注第19段：“属人豁免与属事豁免不同，后者在官方职务终止后仍然继续存在，前者则于公职一旦解除或终止后即无效。”(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第18页)。 [↑](#footnote-ref-1439)
1439. 全部见国际法学会，“关于国际法中国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免的决议”，该决议――从另方面来说――在第13条第1款和第2款中采取了同样的立场(《国际法学会年鉴》，第69卷(温哥华会议，2001年），第743页及其后，特别是第753页)；以及“关于国家及其官员在国际犯罪中的管辖豁免的决议”，第三条，第1款和第2款，同上，第73卷(那不勒斯会议，2009年)，第226页及其后，特别是第227页。以上决议可查阅国际法学会网站：[www.idi-iil.org](http://undocs.org/ch/A/RES/www.idi-iil.org。)。 [↑](#footnote-ref-1440)
1440. 该公约第三十九条第二款规定：“享有特权与豁免人员之职务如已终止，此项特权与豁免通常于该员离境之时或听任其离境之合理期间终了之时停止，纵有武装冲突情事，亦应继续有效至该时为止。但关于其以使馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效。”(《维也纳外交关系公约》，联合国，《条约汇编》，第500卷，第7310号，第95页，特别是第118页)。 [↑](#footnote-ref-1441)
1441. 该公约第四条第十二节规定：“为确保出席联合国各主要和辅助机关及联合国所召开会议的各会员国代表于履行其职责时言论完全自由和态度完全独立起见，他们为履行职责而发表的口头或书面的言论和他们所实施的一切行为对法律程序的豁免虽在关系人不再担任会员国代表时仍应继续享有。”(《联合国特权和豁免公约》，联合国，《条约汇编》，第1卷第4号，第15页，特别是第22页)。1947年《专门机构特权和豁免公约》沿袭了同样的模式，在第五条第十四节中规定：“为确保出席专门机构所召开会议的各会员国代表于履行其职责时言论完全自由和态度完全独立起见，其为履行职责而发表的口头或书面的言论和所实施的一切行为，虽关系人已不再从事履行这种职责，仍应继续豁免法律程序。”(同上，第33卷，第521号，第261页，特别是第272页)。 [↑](#footnote-ref-1442)
1442. 关于“个人”一词的定义，见第2条草案(e)项评注第(4)段，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第232页。 [↑](#footnote-ref-1443)
1443. 同上，《第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第67页(第4条草案评注第(2)段)。 [↑](#footnote-ref-1444)
1444. 同上，第70页(评注第(7)段)。 [↑](#footnote-ref-1445)
1445. 同上。 [↑](#footnote-ref-1446)
1446. 同上，《第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第237页(评注第(4)段)。 [↑](#footnote-ref-1447)
1447. 同上，《第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第70页(第4条草案评注第(7)段)。 [↑](#footnote-ref-1448)
1448. 见上文脚注1413和1414。 [↑](#footnote-ref-1449)
1449. 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10)](http://undocs.org/ch/A/67/10))，第267段。 [↑](#footnote-ref-1450)
1450. 同上，第144-155段。 [↑](#footnote-ref-1451)
1451. 起草委员会主席的发言见委员会网站(<http://legal.un.org/ilc>)。 [↑](#footnote-ref-1452)
1452. 《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》([A/70/10)](http://undocs.org/ch/A/70/10))，第251段。 [↑](#footnote-ref-1453)
1453. 特别报告员第四次报告建议的准则草案10案文如下：

      准则草案10  
      国内法与对条约的全部或局部的暂时适用

      同意通过暂时适用某一条约的全部或局部而承担义务的国家，不得援引其国内法条款，作为不履行此类义务的理由。此一规则不妨碍1969年《维也纳公约》第四十六条的施行。 [↑](#footnote-ref-1454)
1454. 起草委员会暂时通过的准则草案案文如下：

      准则草案1  
      范围

      本准则草案涉及条约的暂时适用。

      准则草案2  
      目的

      本准则草案的目的是，在《维也纳条约法公约》第二十五条和国际法其他规则的基础上，就关于条约的暂时适用的法律和实践提供指导。

      准则草案3  
      一般规则

      如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理，条约或条约之一部分可在条约生效前暂时适用。

      准则草案4  
      形式

      除条约规定的情况外，条约或条约之一部分的暂时适用可通过以下形式约定：

      1. 一项单独协定；或
      2. 任何其他手段或安排，包括国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议。

      准则草案5\*[……]

      (\* 起草委员会决定暂时搁置准则草案5, 稍后阶段再回头讨论。)

      准则草案6  
      暂时适用的开始

      条约或条约之一部分在有关缔约国或国际组织之间生效前，按条约规定的或以其他方式协定的日期、条件和程序生效。

      准则草案7  
      暂时适用的法律效力

      除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分产生如条约在有关缔约国或国际组织之间生效相同的效果。

      准则草案8  
      违约责任

      根据适用的国际法规则，违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务引起国际责任。

      准则草案9  
      在通知其不欲成为缔约国的意图时终止

      除条约另有规定或另有协议外，对一国或国际组织暂时适用的条约或条约一部分，应于该国或国际组织通知条约或条约一部分对其暂时适用的其他各国或国际组织其不欲成为条约当事国的意图时终止。 [↑](#footnote-ref-1455)
1455. 常设仲裁法院，*Yukos Universal Limited(Isle of Man*)诉俄罗斯联邦案，关于管辖权和可受理性问题的临时裁决，2009年11月30日；另见海牙地区法院的合并案件，俄罗斯联邦诉*Veteran Petroleum Limited*案，俄罗斯联邦诉*Yukos Universal Limited*案和俄罗斯联邦诉*Hulley Entreprises Limited*案([C/09/477160/HA ZA 15-1；C/09/477162/HA ZA 15-2；C/09/481619/HA ZA 15-112](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7255.pdf))，2016年4月20日。 [↑](#footnote-ref-1456)
1456. 国际投资争端解决中心，*Ioannis Kardassopoulos*诉格鲁吉亚案，关于管辖权的决定，2007年7月6日，第ARB/05/18号案。 [↑](#footnote-ref-1457)
1457. 1978年8月23日，维也纳，联合国，《条约汇编》，第1946卷，第33356号，第3页。 [↑](#footnote-ref-1458)
1458. 见大会1946年12月14日通过的落实《联合国宪章》第一〇二条的条例(联合国，《条约汇编》，第1卷，第十六页)，该条例后经大会1949年12月1日第364(IV)B、1950年12月12日第[482(V)](http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=14I9787189LW8.23631&profile=bib&uri=link=3100006~!890667~!3100001~!3100040&aspect=alpha&menu=search&ri=4&source=~!horizon&term=A%2FRES%2F482%28V%29&index=ZUNSYMA)和1978年12月19日第33/141 A号决议修正。 [↑](#footnote-ref-1459)
1459. 见《大会正式纪录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第四章F节，有关评注，同上，增编1([A/66/10/Add.1](http://legal.un.org/docs/?symbol=A/66/10/Add.1))。 [↑](#footnote-ref-1460)
1460. 可查阅 [www.un.org/law/repertory](http://www.un.org/law/repertory)。 [↑](#footnote-ref-1461)
1461. [《条约手册》](https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf)(联合国出版物，出售品编号E.12.V.1)；[《多边条约最后条款――手册》](https://treaties.un.org/doc/source/publications/FC/English.pdf)(联合国出版物，出售品编号E.04.V.3)，和[《秘书长作为多边条约保存人的惯例摘要》](https://treaties.un.org/doc/source/publications/practice/Summary.pdf)(ST/LEG/ 7/Rev.1, 联合国出版物，出售品编号E.94.V.15)。 [↑](#footnote-ref-1462)
1462. 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》([A/68/10)](http://undocs.org/ch/A/68/10))，第169段和附件B。 [↑](#footnote-ref-1463)
1463. 同上，《第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10)](http://undocs.org/ch/A/69/10))，第268段和附件。 [↑](#footnote-ref-1464)
1464. 《1998年……年鉴》第二卷第二部分，第553段。另见《1997年……年鉴》第二卷第二部分，第238段。 [↑](#footnote-ref-1465)
1465. 同上，《1996年……年鉴》第二卷第二部分，第97页，第248段和附件二增编2。 [↑](#footnote-ref-1466)
1466. 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》([A/61/10)](http://undocs.org/ch/A/61/10))，第257段和附件B。 [↑](#footnote-ref-1467)
1467. 同上，附件C。 [↑](#footnote-ref-1468)
1468. 同上，附件D。 [↑](#footnote-ref-1469)
1469. 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10)](http://undocs.org/ch/A/66/10))，第365段和附件D。 [↑](#footnote-ref-1470)
1470. 见上文第307段。 [↑](#footnote-ref-1471)
1471. 《大会正式记录，第六十四届会议，补编第10号》([A/64/10)](http://undocs.org/ch/A/64/10))，第231段；同上，《第六十五届会议，补编第10号》([A/65/10)](http://undocs.org/ch/A/65/10))，第390-393段；同上，《第六十六届会议，补编第10号》([A/66/10)](http://undocs.org/ch/A/66/10))，第392-398段；同上，《第六十七届会议，补编第10号》([A/67/10)](http://undocs.org/ch/A/67/10))，第274-279段；同上，《第六十八届会议，补编第10号》([A/68/10)](http://undocs.org/ch/A/68/10))，第171-179段；同上，《第六十九届会议，补编第10号》([A/69/10)](http://undocs.org/ch/A/69/10))，第273至第280段；同上，《第七十届会议，补编第10号》([A/70/10)](http://undocs.org/ch/A/70/10))，第288-295段。 [↑](#footnote-ref-1472)
1472. 大会2012年11月30日第67/1号决议(《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》)，A/RES/67/1号文件，第41段。 [↑](#footnote-ref-1473)
1473. 衡量联合国系统在冲突中和冲突后支持促进法治的效力的秘书长报告，S/2013/341, 2013年6月11日，第70段。 [↑](#footnote-ref-1474)
1474. 大会2015年10月21日第70/1号决议，第35段。 [↑](#footnote-ref-1475)
1475. 大会2015年12月18日第70/118号决议，第13和第19段。 [↑](#footnote-ref-1476)
1476. 大会2015年12月18日第70/118号决议，第8段。 [↑](#footnote-ref-1477)
1477. 具体见《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》(A/70/10)，第294段。 [↑](#footnote-ref-1478)
1478. 见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第10号》(A/57/10)，第525至531段；同上，《第五十八届会议，补编第10号》(A/58/10)，第447段；同上，《第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第369段；同上，《第六十届会议，补编第10号》(A/60/10)，第501段；同上，《第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)，第269段；同上，《第六十二届会议，补编第10号》(A/62/10)，第379段；同上，《第六十三届会议，补编第10号》(A/63/10)，第358段；同上，《第六十四届会议，补编第10号》(A/64/10)，第240段；同上，《第六十五届会议，补编第10号》(A/65/10)，第396段和同上，《第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第399段；同上，《第六十七届会议，补编第10号》(A/67/10)，第280段；同上，《第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第181段；同上，《第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第281段；和同上，《第七十届会议，补编第10号》(A/70/10)，第299段。 [↑](#footnote-ref-1479)
1479. 见同上，《第六十二届会议，补编第10号》(A/62/10)，第387-395段。另见同上，《第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第185段。 [↑](#footnote-ref-1480)
1480. http://legal.un.org//ilc。 [↑](#footnote-ref-1481)
1481. 一般可查阅：<http://www.un.org/law/lindex.htm>。 [↑](#footnote-ref-1482)
1482. [www.un.org/law/avl/](http://www.un.org/law/avl/)。 [↑](#footnote-ref-1483)
1483. 这一发言载于该次会议简要记录。 [↑](#footnote-ref-1484)
1484. 同上。 [↑](#footnote-ref-1485)
1485. 同上。 [↑](#footnote-ref-1486)
1486. 发言的是红十字会国际法律和政策主任Helen Durham女士与委员会主席科米萨里奥·阿丰索先生。肖恩·墨菲先生作了关于“危害人类罪”的演讲，玛丽·雅各布松女士作了关于“与武装冲突有关的环境保护”的演讲。介绍“国际红十字和红新月运动第32届国际会议结果情况”的是红十字会首席法务官兼法律司司长Knut Doermann博士，介绍“国际人道主义法与处理反恐问题的法律框架的互动关系”的是红十字会法律顾问Tristan Ferraro先生。 [↑](#footnote-ref-1487)
1487. 下列人员参加了讲习班：Humberto Cantú Rivera先生(墨西哥)、Hua Deng(中国)、Martina Filippiová先生(捷克共和国)、Fong Mian Yi Seraphina 女士(新加坡)、Simon E. Gomez Guaimara 先生(委内瑞拉)、Sarah Hayes女士(法国)、Etienne Henry先生(瑞士)、Alonso Emilio Illueca先生(巴拿马)、Fatma Fathy Khalifa 女士(埃及)、Ayechan Lynn 女士(缅甸)、Onésime Alain Ndi Bitan先生(喀麦隆)、Nguyen Thi Tuong Van女士(越南)、Irekpitan Okukpon女士(尼日利亚)、Edilen B. Pita Rodríguez 女士(古巴)、Eric-Aimé Semien先生(科特迪瓦)、Evgeny Skachkov 先生(俄罗斯)、Oratile Slave女士(博茨瓦纳)、Hidetaka Takeuchi先生(日本)、Sosena Tesfamichael Tefera 女士(埃塞俄比亚)、Manasawee Tonyoopaiboon 先生(泰国)、Maruša Veber 女士(斯洛文尼亚)、Giovanny Vega-Barbosa 先生(哥伦比亚)。由日内瓦大学国际法教授Makane Moïse Mbengue先生担任主席的甄选委员会于2016年4月12日举行会议，从92名申请人中录取了23人参加本届讲习班。1名被录取的候选人最后未能参加讲习班。 [↑](#footnote-ref-1488)
1488. 《大会第六十六届会议正式记录》，补编第10号(A/66/10)，第80-84段。 [↑](#footnote-ref-1489)
1489. 大会2011年12月9日第66/100号决议。 [↑](#footnote-ref-1490)
1490. 《国际法年鉴》，2002年，第二卷第二部分，96页第486段。 [↑](#footnote-ref-1491)
1491. 见2010年7月29日和2011年5月31日及6月1日全体会议的简要记录：文件A/CN.4/SR.3070、A/CN.4/SR.3095和A/CN.4/SR.3096。委员会在2010年收到了秘书处关于解决争端条款的说明(文件A/CN.4/623)，2011年收到了关于和平解决争端的工作文件(文件A/CN.4/641)。 [↑](#footnote-ref-1492)
1492. “国际组织”一词的理解应沿循关于国际组织责任的条款草案中的定义(第2条(a)：“‘国际组织’是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的具有独立国际法律人格的组织。国际组织的成员除国家以外，还可包括其他实体”)。 [↑](#footnote-ref-1493)
1493. 例如见对国际民用航空组织理事会管辖权的上诉案，《1972年国际法院案例汇编》，第46页起，见第60页第26段。国际法院在其中指出，“本案作为国家间的一般冲突提交本法院(也是这一冲突的起因)。然而在法院的诉讼中，实际上其中的一方所指责而另一方为之辩护的却是一个第三方实体，即国际民用航空组织理事会的行为。” [↑](#footnote-ref-1494)
1494. 解决有关这类问题的争端，必须考虑国际组织享有豁免，以及在一些条约下国际组织有义务对解决争端的适当方式作出规定。较为普遍的情况是，对这类案件规定采用包括仲裁在内的特别程序。欧洲委员会国际公法法律顾问委员会(CAHDI)的议程上有一个项目：“国际组织作为当事方但带有私法性质的争端的解决”(见法律顾问委员会第五十次会议报告，斯特拉斯堡，2015年9月24-25日，法律顾问委员会(2015)23,23-29段)。法律顾问委员会在一份问卷调查中征求各国的意见，但尚未公布(CAHDI(2016) 9 prov.)。 [↑](#footnote-ref-1495)
1495. 大会1982年11月15日第37/10号决议。 [↑](#footnote-ref-1496)
1496. 原则上，和平解决争端的机制适应于国际组织没有争议(见“为联合国服务期间所受伤害的赔偿，咨询意见，《1949年国际法院案例汇编》”，第174页，国际法院在意见中讲到联合国可以对国家提出国际索赔)。这类机制，包括“谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或[各方]自行选择之其他和平方法”(《联合国宪章》第三十三条。另见F. Dopagne, ”Les différends opposant l’organisation international à un état ou une autre organisation internationale”，in E. Lagrange and J-M. Sorel(eds.)，*Droit des Organisations Internationales*(Paris ：LGDJ, 2013)，pp. 1101-1120, at p. 1109。 [↑](#footnote-ref-1497)
1497. “在法院得为诉讼当事国者，限于国家。” [↑](#footnote-ref-1498)
1498. “二. 法院得依其规则，请求公共国际团体供给关于正在审理案件之情报。该项团体自动供给之情报，法院应接受之。三. 法院于某一案件遇有公共国际团体之组织约章、或依该项约章所缔结之国际协约、发生解释问题时，书记官长应通知有关公共国际团体井向其递送所有书面程序之文件副本。”另见2005年增加的法院规则第四十三条第三和第二款。 [↑](#footnote-ref-1499)
1499. 《联合国宪章》第九十六条。各种专门机关，对于其工作范围内之任何法律问题，得随时以大会之授权，请求国际法院发表咨询意见。 [↑](#footnote-ref-1500)
1500. 《联合国特权和豁免公约》(1946年2月13日，纽约)第八条第三十节，联合国《条约汇编》第一卷第15页。另见《专门机构特权和豁免公约》第九条第32节(1947年11月21日，纽约)，《国际原子能机构特权和豁免协定》(1959年7月1日，维也纳)，联合国《条约汇编》第374卷147页；《关于联合国拉丁美洲经济委员会在智利开展业务的协定(附换文)》第九条第21节(1953年2月16日，圣地亚哥)，联合国《条约汇编》第314卷第49页；《联合国与泰国政府关于在泰国设立亚洲及远东经济委员会总部的协定》(1954年5月26日，日内瓦)第十三条第26节，联合国《条约汇编》第260卷第35页；均在J. Sztucki的“国际组织在国际法院的诉讼程序中作为当事方”一文中列举，A.S.Müller et al.(eds.)，*The International Court of Justice:Its Future Role After Fifty Years*(The Hague:Nijhoff, 1977)，pp.141-167, at notes 24-25。 [↑](#footnote-ref-1501)
1501. 《联合国和美利坚合众国关于联合国总部的协定》(1947年6月26日，成功湖村)，第八条第二十一节，联合国《条约汇编》，第11卷第12页：

      “(a) 联合国及美国关于解释及实施本协定或任何补充协定之争执，如未能由磋商或其他双方同意之办法解决者，应提交三仲裁人组织之法庭取决。仲裁人之一由秘书长提名，另一由美国国务卿提名，第三人由秘书长及国务卿一同抉择，如双方不能同意第三仲裁人时，则由国际法院院长指派之。

      (b) 秘书长或美国得就此项程序引起之法律问题请大会征询国际法院之咨询意见。于接获法院之意见以前，双方应遵从仲裁法庭之临时裁定。其后，仲裁法庭得参照法院之意见作成最后裁定。”

      也见《国际民用航空组织与加拿大政府关于国际民用航空组织总部的协定》(1951年4月14日，蒙特利尔)第七条第31节，联合国《条约汇编》第96卷第176页。 [↑](#footnote-ref-1502)
1502. 《国际法院规约》第六十五条提到《联合国宪章》第九十六条：“一. 大会或安全理事会对于任何法律问题得请国际法院发表咨询意见。二. 联合国其他机关及各种专门机关，对于其工作范围内之任何法律问题，得随时以大会之授权，请求国际法院发表咨询意见。”得到此授权的机构包括经社理事会、托管理事会和大会临时委员会。得到此授权的专门机构包括劳工组织、粮农组织、教科文组织、卫生组织、国际复兴开发银行、国际金融公司、国际开发协会、货币基金组织、民航组织、电信联盟、农发基金、气象组织、海事组织、知识产权组织和工发组织。国际原子能机构尽管不是联合国的专门机构，但也得到咨询授权。见“得到联合国授权可请求咨询意见的组织和机构”，可登录：http://www.icj-cij.org/jurisdiction/ index.php?p1=5&p2=2&p3=1(visited 29 June 2016)。 [↑](#footnote-ref-1503)
1503. K. Wellens, *Remedies against international organizations* *s*(Cambridge:Cambridge University Press, 2002)，at p. 233。另见关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，《1999年国际法院案例汇编》，第62页起，见第81页第36段。 [↑](#footnote-ref-1504)
1504. 在这方面，见《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986年)第66条第2款中复杂的争端解决条款。 [↑](#footnote-ref-1505)
1505. 《国际法委员会年鉴》1980年，第二卷(第二部分)，第87-88页，第9-11段；《国际法委员会年鉴》，1982年，第二卷(第二部分)第65页第4-6段。上一个脚注表明，各国拒绝了这些建议，在《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》中，不将法律咨询程序纳入其解决争端程序。 [↑](#footnote-ref-1506)
1506. 在“使用武力的合法性”案中，南斯拉夫联盟共和国必须对北约的所有成员国单独提出索赔，而不是对北约提出一项索赔，之后便有人提出了司法经济的考虑。 [↑](#footnote-ref-1507)
1507. 《审查国际法院的作用》，秘书长的报告，文件A/8382(1971)，问题III(a)，第6页，第70-77页，第200-224段。另见文件A/8382/Add.1,第6页；A/8382/Add.3,第4页；A/8382/Add.4,第3页。 [↑](#footnote-ref-1508)
1508. 文件A/AC.182/L.95和Rev.1(1997)。 [↑](#footnote-ref-1509)
1509. 文件A/AC.182/L.97(1997)。 [↑](#footnote-ref-1510)
1510. 见Wellens(上文脚注16)，第237-238页；Ph. Couvreur, ”Développements récents concernant l’accès des organisations intergouvernementales à la procédure contentieuse devant la Cour Internationale de Justice”，in E. Yakpo and T. Boumedra(eds.)，*Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*(The Hague ：Kluwer Law International, 1999)，pp. 293-323, at pp. 302-322。 [↑](#footnote-ref-1511)
1511. 见1982年公约附件九，其中的第七条对国际组织与一个或多个成员国同为争端当事方的情况和共同利益方的情况专门作了规定。欧洲联盟曾经在国际海洋法法庭的第7号案—“东南太平洋箭鱼种群的保护和可持续开发案”中作为当事方(智利/欧洲共同体)。 [↑](#footnote-ref-1512)
1512. 国际法协会，决议：国际仲裁，Int’l L. Ass’n Rep. Conf.，vol. 52(1966)，p. xii, para. 1。 [↑](#footnote-ref-1513)
1513. 文件A/C.6/47/L.12(1992)，第15段。 [↑](#footnote-ref-1514)
1514. 向在法国定居的教科文组织退休官员支付的退休金税收制度(法国－教科文组织)，联合国《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第231-266页；欧洲分子生物学实验室(EMBL)诉德意志联邦共和国，《国际法案例汇编》，第105卷，第1-74页。另一个最新的案例未作出裁决结案，是拉蓬塔市区(秘鲁)诉联合国项目事务厅(PCA Case No. 2014-38)(https://pcacases.com/ web/view/109,)，还有在《联合国海洋法公约》第十五部分下提出的*The Atlanto-Scandian Herring Arbitration*(丹麦王国因法罗群岛诉欧洲联盟)(PCA Case No. 2013-30(https://pcacases. com/web/view/25)，也在没有作出裁决的情况下结案。 [↑](#footnote-ref-1515)
1515. 采用类似规定的一些较新的协定包括：2010年关于联合国减灾办公室在仁川设立办事处的协定；儿童基金会与埃及的协定；2010年开发署分享服务中心协定；马来西亚政府与联合国开发署关于设立开发署全球分享服务中心的协定(2011年10月24日，科伦坡)，联合国《条约汇编》，第2794卷。较早期的仲裁条款，可参见《联合国和美利坚合众国关于联合国总部的协定》(1947年6月26日，成功湖村)第21(a)节，联合国《条约汇编》第11卷第11页。根据早期的这类条款提交仲裁的义务，有关分析见：在1947年6月26日《联合国总部协定》第二十一节下仲裁义务的适用，1988年4月26日的咨询意见，《1988年国际法院案例汇编》，第12页；和平条约的解释，咨询意见：《1950年国际法院案例汇编》，第65页起，见第77页。 [↑](#footnote-ref-1516)
1516. 常设仲裁法院，《常设仲裁法院国际组织和国家间仲裁任择规则》(1996年)，见第七页。 [↑](#footnote-ref-1517)
1517. International Law Association(Shaw and Wellens, co-rapporteurs)，*Final Report on Accountability of International Organisations,* Int’l L. Ass’n Rep. Conf.，vol. 71(2004*)，* p. 164, at p. 224。 [↑](#footnote-ref-1518)
1518. 同上，建议2-5,见第223-224页。 [↑](#footnote-ref-1519)
1519. 国际法协会建议，国际组织“可考虑设立一个国际调查委员会，调查任何已成为公众严重关切问题的事项”(同上，建议6,见第224页)。国际法协会特别提到《调查联合国在1994年卢旺达发生灭绝种族事件期间所采取的行动的独立调查委员会的报告》(S/1999/1257,附件)和《秘书长依照大会第53/35号决议提出的报告》(A/54/549)(同上，见第226页)。 [↑](#footnote-ref-1520)
1520. 《联合国、各专门机构和国际原子能组织关于其地位、特权和豁免的惯例：秘书处编写的研究报告》中简要介绍了1967年之前的惯例，A/CN.4/L.118及Add.1和Add.2(1967年)，第218-220页，第49-56段(关于联合国)；第302页，第23段(关于各专门机构)。 [↑](#footnote-ref-1521)
1521. 执行联合国公务时所受损害的赔偿，见第184页。国际法委员会外交保护条款草案，A/61/10号文件(2006年)将外交保护定义为“一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。” [↑](#footnote-ref-1522)
1522. 外交保护条款草案第14-15条，同上，定义了外交保护背景下用尽当地救济这一要求的范围。 [↑](#footnote-ref-1523)
1523. 见C. Eagleton, “International Organizations and the Law of Responsibility”，in *Recueil des Cours,* vol. 76, p.319, at pp. 351-352；Dopagne(上文脚注9)， at p.1108；C. Trindade, “Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations”，*Revue de Droit International, de sciences diplomatiques et politiques,* vol. 57(1979)，p. 81, at pp. 82-83. Eagleton甚至断言，用尽当地救济的要求适用于联合国提出的所有主张，即便“在联合国声称自身受到一国损害时”也是如此(见第352页)。这源自一种错误的认识，即用尽当地救济的要求不仅适用于一国为一国民行使外交保护的情况，也适用于对一外国造成的直接伤害。Amerasinghe正确地指出，关于对国家造成的直接伤害，“若已经给组织造成了直接伤害，则[用尽]这一规则不适用”。参见Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations,* 2nd edition(Cambridge:Cambridge University Press, 2005)，at p. 482。 [↑](#footnote-ref-1524)
1524. 马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案(希腊诉联合王国)，《1924年常设国际法院案例汇编，A辑，第2号》，见第12页。 [↑](#footnote-ref-1525)
1525. 见执行联合国公务时所受损害的赔偿，见第181-184页。 [↑](#footnote-ref-1526)
1526. 参见外交保护条款草案，第7条(见上文脚注34)：“一国籍国不得为同属另一国国民的人针对另一国籍国行使外交保护，除非在发生损害之日和正式提出求偿之日，该国的国籍均为该人的主要国籍。” [↑](#footnote-ref-1527)
1527. 见Amerasinghe(上文脚注36)，见第487-488页。 [↑](#footnote-ref-1528)
1528. 见关于人权委员会特别报告员诉讼程序豁免权的分歧，咨询意见(上文脚注16)；《联合国特权及豁免公约》第六条第22节的适用性，咨询意见，《1989年国际法院案例汇编》，第177页。 [↑](#footnote-ref-1529)
1529. Jean-Pierre Ritter, ‘La protection diplomatique à l’égard d’une organisation internationale’， in *Annuaire français de droit international,* vol. 8(1962)， p.427, at p. 454。 [↑](#footnote-ref-1530)
1530. Institut de Droit international(de Vischer, rapporteur)，*Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées*(1971)，Art. 8:“Il est également souhaitable que si de tels organismes ont été désignés ou institués par décision obligatoire des Nations Unies ou si la compétence d'organismes semblables a été acceptée par 1'Etat dont la victime est un ressortissant, aucune réclamation ne puisse être introduite contre les Nations Unies par cet Etat avant épuisement préalable par la victime du recours qui lui aura ainsi été ouvert。” [↑](#footnote-ref-1531)
1531. Amerasinghe(上文脚注36)，at p. 486。 [↑](#footnote-ref-1532)
1532. 见：《构成联合国和比利时关于解决比利时国民对联合国刚果行动求偿案的协定的换文》(1965年2月20日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第535卷，第199页；《构成联合国和希腊关于解决希腊国民对联合国刚果行动求偿案的协定的换文》(1966年6月20日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第565卷，第5页；《构成联合国和意大利关于解决意大利国民对联合国刚果行动求偿案的协定的换文》(1967年1月18日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第588卷，第198页；《构成联合国和卢森堡关于解决卢森堡国民对联合国刚果行动求偿案的协定的换文》(1966年12月28日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第585卷，第149页；《构成联合国和瑞士关于解决瑞士国民对联合国刚果行动求偿案的协定的换文》(1966年6月3日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第565卷，第195页。另见M. Guillaume, ‘La réparation des dommages causés par les contingents français en ex-Yougoslavie et en Albanie’，AFDI, vo.l 43(1997)，p. 151；K. Schmalenbach, “Dispute Settlement(Article VIII Sections 29-30 General Convention)” in A. Reinisch(ed.)，*The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies:A Commentary(*Oxford:Oxford University Press, 2016)，pp. 529-588, at p. 530。 [↑](#footnote-ref-1533)
1533. 《国际法委员会年鉴》，1998年，第二卷(第二部分)，第110页。 [↑](#footnote-ref-1534)
1534. 关于国家责任的第一次报告(第5号增编)，詹姆斯·克劳福德先生，1998年7月22日，联合国文件A/CN.4/490/Add.5，第282段。 [↑](#footnote-ref-1535)
1535. 国际法委员会通过的国家对国际不法行为的责任条款草案评注，国际法委员会的报告，第五十三届会议，2001年，大会正式记录，补编第10号(A/56/10)，第119页，第3段。 [↑](#footnote-ref-1536)
1536. J. Crawford*., State Responsibility. The General Part,* Cambridge, CUP, 2013, pp. 435-455。 [↑](#footnote-ref-1537)
1537. 国家和政府的继承问题小组委员会的报告，《国际法委员会年鉴》，1963年，第二卷，第260页。 [↑](#footnote-ref-1538)
1538. 《国际法委员会年鉴》，1963年，第二卷，第299页。 [↑](#footnote-ref-1539)
1539. 大会2000年12月12日第55/153号决议附件中通过的案文。 [↑](#footnote-ref-1540)
1540. 例如，见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚和黑山)，初步例外。2008年11月18日的判决，《2008年国际法院案例汇编》，第109段。 [↑](#footnote-ref-1541)
1541. 例如，捷克共和国和斯洛伐克共和国在交存《1978年维也纳公约》批准书时，均根据第七条第2款和第3款发表声明，称将在本国于《1978年公约》生效之前发生的继承中适用《公约》。见截至2014年4月15日的条约状况表。第二十三章：条约法(https://treaties.un.org/ pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\_no=XXIII-2&chapter=23&lang=en)。 [↑](#footnote-ref-1542)
1542. Robert E. Brown求偿案(美国诉英国)，美国和英国申诉仲裁，第30号申诉；6 联合国《国际仲裁裁决汇编》(1923年)，第120页。 [↑](#footnote-ref-1543)
1543. Frederick Henry Redward求偿案(英国诉美国)，美国和英国申诉仲裁，第85号申诉；6 联合国《国际仲裁裁决汇编》(1925年)，第157和158页。 [↑](#footnote-ref-1544)
1544. 见D.P. O’Connell, State *Succession in Municipal Law* *and International Law,* vol. 1 (Cambridge: Cambridge University Press, 1967), pp. 482, 485-486。 [↑](#footnote-ref-1545)
1545. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, § 209; Reporters’ Note 7 (1987)。 [↑](#footnote-ref-1546)
1546. 见《关于国家继承的材料》联合国文件ST/LEG/SER.B/14，1967年。 [↑](#footnote-ref-1547)
1547. 灯塔仲裁案(法国诉希腊，1956年)，联合国《国际仲裁裁决汇编》，第12卷，第155页。又见《国际法案例汇编》，第23卷，第81页。 [↑](#footnote-ref-1548)
1548. 同上，第92页。 [↑](#footnote-ref-1549)
1549. 同上，第91页。 [↑](#footnote-ref-1550)
1550. 见L. Foscaneanu, "L’accord ayant pour objet l’indemnisation de la compagnie de Suez nationalisée par l’Egypte", AFDI, 1959, pp. 196。 [↑](#footnote-ref-1551)
1551. Accord général entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République arabe unie, in: *RGDIP*, 1958, p. 738 et seq.; cf. Ch. Rousseau, Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1958, p. 681。 [↑](#footnote-ref-1552)
1552. 《英国政府与阿拉伯联合共和国政府关于财政和商业关系及英国在埃及的财产问题的协定》，联合国《条约汇编》，第343卷，第159页。参照E. Cotran,“Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States”,《国际法和比较法季刊》，第8卷，1959年，第366页。 [↑](#footnote-ref-1553)
1553. 见B.H. Weston, R.B. Lillich, D.J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Ardsley, N.Y.: Transnational Publ., 1999), pp. 139, 179, 185, 235. Cf. P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007), pp. 107-110。 [↑](#footnote-ref-1554)
1554. 《美国巴拿马索赔公约》(1926年)，载于联合国《国际仲裁裁决汇编》，第六卷，第301页。参照 P. Dumberry，同前，第165页。 [↑](#footnote-ref-1555)
1555. 载于：M.M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol.II, (Washington, 1973), p. 873。 [↑](#footnote-ref-1556)
1556. 引文见：D.P. O’Connell, *State Succession*…, op. cit., vol. I, p. 493。 [↑](#footnote-ref-1557)
1557. 见P. Dumberry，同前，第173页。 [↑](#footnote-ref-1558)
1558. 欧共体解决争端仲裁委员会，第9号意见，1992年7月4日。 [↑](#footnote-ref-1559)
1559. 见《斯洛伐克共和国国务委员会告各国议会和世界人民书》(1992年12月3日)；《捷克共和国国务委员会告各国议会和世界人民书》(1992年12月17日)。 [↑](#footnote-ref-1560)
1560. 第4/1993号宪法法案：与捷克斯洛伐克联邦共和国消亡有关的措施。 [↑](#footnote-ref-1561)
1561. *Gabčíkovo-Nagymaros* 项目(匈牙利/斯洛伐克),《1997年国际法院案例汇编》，第78页(第151段)。 [↑](#footnote-ref-1562)
1562. 安理会第777 (1992)号决议，1992年9月19日；大会第47/1 (1992)号决议，1992年9月22日。 [↑](#footnote-ref-1563)
1563. 欧共体解决争端仲裁委员会，第10号意见，1992年7月4日。 [↑](#footnote-ref-1564)
1564. 大会第55/12号决议(2000年11月1日)。 [↑](#footnote-ref-1565)
1565. 联合国《条约汇编》，第2262卷，第40296号，第251页。 [↑](#footnote-ref-1566)
1566. Cf. P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007), p. 121。 [↑](#footnote-ref-1567)
1567. “所有本协定中未以其他方式处理的属于南斯拉夫社会主义联邦共和国的权利和利益(包括但不限于专利、商标、版权、版税及债务和债权)，均参照本协定附件C中南斯拉夫社会主义联邦共和国财政资产分割比例，由各继承国分担。” [↑](#footnote-ref-1568)
1568. 《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)，2007年2月26日的判决，《2007年国际法院案例汇编》，第75-76页(第74、77-78段)。 [↑](#footnote-ref-1569)
1569. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚和黑山)，初步例外。2008年11月18日的判决，《2008年国际法院案例汇编》，第23-34段。 [↑](#footnote-ref-1570)
1570. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，案情，2015年2月3日的判决，《2015年国际法院案例汇编》。 [↑](#footnote-ref-1571)
1571. 同上，第107段。 [↑](#footnote-ref-1572)
1572. 见 J.克劳福德教授为克罗地亚辩护的诉状；2014年3月21日星期五上午10时在和平宫举行的公开审理，由院长通卡主持，案件涉及《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，CR 2014/21，第21节，第42段：“我们说，若有正当理由，特定情况下可以出现继承规则。没有关于责任继承的一般规则，但也没有反对责任继承的一般规则。” [↑](#footnote-ref-1573)
1573. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，案情，2015年2月3日的判决，第107段。 [↑](#footnote-ref-1574)
1574. 参照A. Zimmermann教授为塞尔维亚辩护的诉状，他提到该协定附件F第2条规定，由常设联合委员会解决争端。2014年3月27日星期四下午3时举行的公开审理，CR 2014/22，第27节，第52-54段。 [↑](#footnote-ref-1575)
1575. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，案情，2015年2月3日的判决，第112段。 [↑](#footnote-ref-1576)
1576. 同上，第115段。 [↑](#footnote-ref-1577)
1577. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，案情，2015年2月3日的判决，薛法官的声明，第23段。 [↑](#footnote-ref-1578)
1578. Mytilineos Holdings SA诉1. 塞尔维亚和黑山国家联盟，2. 塞尔维亚共和国，关于管辖权的部分裁决(根据国际贸易法委员会仲裁规则做出的仲裁)，苏黎世，2006年9月8日，第158段。 [↑](#footnote-ref-1579)
1579. 《德国统一条约》，第24条，1990年8月31日，ILM，第30卷，第463页。 [↑](#footnote-ref-1580)
1580. BGBl. 1990, Vol.II, s. 1237。 [↑](#footnote-ref-1581)
1581. Decision of 1.7.1999, BVerwG 7 B 2.99. Cf. P. Dumberry, op. cit., p. 90。 [↑](#footnote-ref-1582)
1582. 联合国《条约汇编》，第1911卷，第27页。 [↑](#footnote-ref-1583)
1583. Cf. e.g. A. Cavaglieri, “Règles générales du droit de la paix“, RCADI, vol. 26, 1929-I, p. 374, 378, 416 et seq.; K. Marek, Identity and Continuity of States in Public International Law (Geneva: Librairie Droz, 1968), p. 11, 189; P.M. Eisemann, M. Koskenniemi (Dir.), State Succession: Codification Tested Against the Facts (The Hague: Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publ., 2000), p. 193-194; C.R. Craven, “The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law”, EJIL, vol. 9, 1998, No. 1, p. 149-150; J. Malenovský, “Problèmes juridiques liés à la partition de la Tchécoslovaquie”, AFDI, vol. 39, 1993, p. 334; L. Mälksoo, Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR (A Study of the Tension between Normativity and Power in International Law) (Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2003), p. 257; J.P. Monnier, “La sucession d’Etats en matière de responsabilité internationale“, AFDI, vol. 8, 1962, p. 65-90; D.P. O’Connell, State Succession in Municipal law and International Law. Vol. I, (Cambridge: Cambridge University Press, 1967), p. 482。 [↑](#footnote-ref-1584)
1584. Cf. e.g. W. Czaplinski, “State Succession and State Responsibility”, Canadian YBIL 28 (1990), p. 346, 356; M.T. Kaminkga, “State Succession in Respect of Human Rights Treaties”, EJIL, vol. 7, 1996, No. 4, p. 483; V. Mikulka, “State succession and responsibility”, in: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, Law of International Responsibility (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 291; P. Dumberry, State Succession to International Responsibility (Leiden: Martinus Nijhoff Publ., 2007); D.P. O’Connell, “Recent Problems of State Succession in Relation to New States”, RCADI, vol. 130, 1970-II, p. 162; B. Stern, “Responsabilité internationale et succession d’Etats”. In: L. Boisson de Chazournes, V. Gowland-Debbas, The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amicorum Georges Abi-Saab (The Hague: Martinus Nijhoff Publ., 2001), p. 336。 [↑](#footnote-ref-1585)
1585. W. Czaplinski, “State Succession…”, op. cit., p. 357。 [↑](#footnote-ref-1586)
1586. 《国际法协会2008年会议报告》。 [↑](#footnote-ref-1587)
1587. 国际法学会，第十四委员会：国家责任事项中的国家继承。 [↑](#footnote-ref-1588)
1588. 国际法学会，2015年决议，序言部分第2段：“确信需要编纂和逐步发展与国家的国际责任事项中的国家继承有关的规则，以此为手段，确保在国际关系中加强法律保障”。 [↑](#footnote-ref-1589)
1589. 国际法委员会报告，第五十八届会议，2006年，大会正式记录，补编第10号，A/61/10，第35页：“2. 尽管有第1款的规定，一国对在正式提出求偿之日为其国民但在受到损害之日不是其国民的人，可行使外交保护，但条件是该人曾具有被继承国的国籍，或者已丧失原国籍，并且基于与提出求偿无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。” [↑](#footnote-ref-1590)
1590. 同上，第55页：“1. 一国有权为……该国或被继承国国民的公司行使外交保护。” [↑](#footnote-ref-1591)
1591. Cf. e.g. National Bank of Egypt v.German Government and Bank für Handel und Industrie, UK – Germany M.A.T., 14 December 1923 and 31 May 1924, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, vol. IV, p. 233。 [↑](#footnote-ref-1592)
1592. 《凡尔赛条约》第296、297e和297h条。 [↑](#footnote-ref-1593)
1593. 联合国赔偿委员会理事会第六届会议在1992年6月26日第27次会议上通过的决定。 [↑](#footnote-ref-1594)
1594. 联合国赔偿委员会理事会在1994年5月26日第43次会议上针对关于严重人身伤害或死亡(“B”类索赔要求)的第一批索赔要求采取的决定，联合国赔偿委员会理事会第20号决定，联合国文件[S/AC.26/Dec.20](http://undocs.org/S/AC.26/Dec.20) (1994)；联合国赔偿委员会理事会在1994年10月20日第46次会议上所作关于离开伊拉克或科威特的第一批索赔要求(“A”类索赔要求)的决定，联合国赔偿委员会理事会第22号决定，联合国文件[S/AC.26/Dec.22](http://undocs.org/S/AC.26/Dec.22) (1994)。 [↑](#footnote-ref-1595)
1595. 见J. Crawford, State Responsibility. The General Part (Cambridge: CUP, 2013), p. 455。 [↑](#footnote-ref-1596)
1596. 在这方面，见Ališić等诉波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚、塞尔维亚、斯洛文尼亚和前南斯拉夫的马其顿共和国，[GC], 第60642/08号，判决，2014年7月16日。 [↑](#footnote-ref-1597)