

# 国际法委员会年鉴

## 2014年

第二卷  
第一部分

第六十六届会议文件

---

联合国





# 国际法委员会年鉴

## 2014年

第二卷  
第一部分

第六十六届会议文件



## 说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的《年鉴》(如《2013年……年鉴》)。

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷(第一部分)：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷(第二部分)：国际法委员会提交联合国大会的报告。

凡提及以上各卷和各卷中的引文均指作为联合国出版物发行的本《年鉴》各卷的最后印刷文本。

\*

\* \*

国际法委员会第六十六届会议期间审议的特别报告员的报告及其他文件最初以油印形式分发。本卷转载了这些报告和文件，并包括了秘书处所作的更正及编制最终文本所必需的编辑修改。

A/CN.4/SER.A/2014/Add.1 (Part 1)

联合国出版物
eISBN: 978-92-1-047560-0
ISSN: 1994-4705
eISSN: 2412-1231

## 目 录

	页次
简称.....	iv
关于引文的说明.....	v
<b>驱逐外国人(议程项目 2)</b>	
A/CN.4/670 号文件 特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人专题的第九次报告.....	1
A/CN.4/669 和 Add.1 号文件 各国政府的评论和意见.....	21
<b>发生灾害时的人员保护(议程项目 4)</b>	
A/CN.4/668 和 Add.1 号文件 特别报告员爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生关于发生灾害时的人员保护问题的第七次报告.....	65
<b>国家官员的外国刑事管辖豁免(议程项目 5)</b>	
A/CN.4/673 号文件 特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第三次报告.....	85
<b>与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践(议程项目 6)</b>	
A/CN.4/671 号文件 特别报告员格奥尔格·诺尔特先生关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践问题的第二次报告.....	115
<b>条约的暂时适用(议程项目 8)</b>	
A/CN.4/675 号文件 特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生关于条约的暂时适用的第二次报告.....	157
<b>习惯国际法的识别(议程项目 9)</b>	
A/CN.4/672 号文件 特别报告员迈克尔·伍德爵士关于习惯国际法的识别问题的第二次报告.....	169
<b>与武装冲突有关的环境保护(议程项目 10)</b>	
A/CN.4/674 号文件 特别报告员玛丽·雅各布松女士关于与武装冲突有关的环境保护专题的初步报告.....	205
<b>保护大气层(议程项目 11)</b>	
A/CN.4/667 号文件 特别报告员村濑信也先生关于保护大气层专题的第一次报告.....	249
第六十六届会议文件一览表.....	287

## 简称

欧洲经委会 (ECE)	欧洲经济委员会
欧盟 (EU)	欧洲联盟
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
红十字与红新月联合会 (IFRC)	红十字会与红新月会国际联合会
劳工组织 (ILO)	国际劳工组织
海事组织 (IMO)	国际海事组织
海洋法法庭 (ITLOS)	国际海洋法法庭
国际自然保护联盟 (IUCN)	国际自然及自然资源保护联盟
北美自贸协 (NAFTA)	北美自由贸易协定
非统组织 (OAU)	非洲统一组织
人道协调厅 (OCHA)	人道主义事务协调厅
经合组织 (OECD)	经济合作与发展组织
贸易法委员会 (UNCITRAL)	联合国国际贸易法委员会
开发署 (UNDP)	联合国开发计划署
环境署 (UNEP)	联合国环境规划署
教科文组织 (UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
难民署 (UNHCR)	联合国难民事务高级专员公署
世卫组织 (WHO)	世界卫生组织
气象组织 (WMO)	世界气象组织
世贸组织 (WTO)	世界贸易组织

\*

\* \*

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i> (《法国国际法年鉴》) (巴黎)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i> (《美国国际法学刊》) (哥伦比亚特区华盛顿)
BYBIL	<i>The British Year Book of International Law</i> (《英国国际法年鉴》)(伦敦)
ECHR	European Court of Human Rights, <i>Reports of Judgments and Decisions</i> (欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》)。法院所有的判决和裁决,包括不曾作为正式系列出版的,都可以在法院数据库(HUDOC)中查阅到,法院的网址为www.echr.coe.int。
<i>I.C.J. Pleadings</i>	International Court of Justice, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i> (国际法院,《书状、口头辩论和文件》)

<i>I.C.J. Reports</i>	International Court of Justice, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i> (国际法院,《判决、咨询意见和命令汇编》)
ILM	<i>International Legal Materials</i> (《国际法律资料》)(哥伦比亚特区华盛顿)
ILR	<i>International Law Reports</i> (《国际法汇编》)(剑桥)
KAV	Kavass Series (《考沃斯系列》)
<i>P.C.I.J., Series A</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Collection of Judgments</i> (Nos. 1–24: up to and including 1930) (常设国际法院,《判决、命令和咨询意见汇编》,第1–24号:截至1930年(含))
<i>P.C.I.J., Series A/B</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Collection of Judgments, Orders and Advisory Opinions</i> (Nos. 40–80: beginning in 1931) (常设国际法院,《判决、命令和咨询意见汇编》,第40–80号:1931年起)
<i>P.C.I.J., Series B</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Collection of Advisory Opinions</i> (Nos. 1–18: up to and including 1930) (常设国际法院,《咨询意见汇编》,第1–18号:截至1930年(含))
<i>P.C.I.J., Series C</i>	Permanent Court of International Justice, <i>Pleadings, Oral Arguments, Documents</i> (Nos. 52–88: beginning in 1931) (常设国际法院,《书状、口头辩论和文件》,第52–88号:1931年起)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (《国际公法概览》)(巴黎)
TIAS	<i>Treaties and Other International Acts Series</i> (《条约及其他国际文件汇编》)(哥伦比亚特区华盛顿)
UNRIAA	United Nations, <i>Reports of International Arbitral Awards</i> (联合国,《国际仲裁裁决汇编》)

\*

\* \*

在本卷中,“卢旺达问题国际法庭”系指起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭;“前南斯拉夫问题国际法庭”系指起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道法行为负责者的国际法庭。

\*

\* \*

## 关于引文的说明

在引文中,后面加有星号的楷体文字或段落原文中并非楷体或斜体。

除非另有说明，出自非中文著作的引文由秘书处翻译。

\*

\* \*

国际法委员会的互联网地址是 <http://legal.un.org/ilc>。



# 驱逐外国人

[议程项目2]

A/CN.4/670号文件

## 特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人专题的第九次报告\*

[原文：法文]

[2014年3月25日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	2
本报告引用的著作.....	2
	段 次
导言.....	1-3 3
章 次	
一、 各国的评论和意见.....	4-70 3
A. 对专题的一般性评论和意见.....	5-7 3
B. 对条款草案的评论、意见和建议.....	8-70 4
1. 一般性意见.....	9-21 4
2. 各国对条款草案的逐条评论和建议.....	22-70 6
第1条 范围.....	22-23 6
第2条 用语.....	24-25 7
第3条 驱逐权.....	26 7
第4条 符合法律规定的要求.....	27 7
第5条 驱逐的理由.....	28 8
第6条 禁止驱逐难民.....	29-34 8
第7条 禁止驱逐无国籍人.....	35-36 9
第8条 具体关于驱逐难民和无国籍人的其他规则.....	37 10
第9条 仅为驱逐的目的剥夺国籍.....	38 10
第10条 禁止集体驱逐.....	39-40 10
第11条 禁止变相驱逐.....	41 11
第12条 禁止以没收财产为目的进行驱逐.....	42 11
第13条 禁止为规避引渡程序而诉诸驱逐.....	43 11
第14条 尊重拟被驱逐的外国人的尊严和人权的义务.....	44 12
第15条 不歧视的义务.....	45 12
第16条 弱势人员.....	46 12
第17条 保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务.....	47 12
第18条 禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚.....	48 12

\* 特别报告员衷心感谢国际法委员会秘书处、特别是 David Nanopoulos 先生在题为《驱逐外国人：关于对一读通过的条款草案的评论和意见的分析》的说明中对各国评论和意见进行的总结分析，为特别报告员的工作提供了很大的帮助。

章 次	段 次	页 次
第19条 拟被驱逐的外国人的拘留条件 .....	49-52	12
第20条 尊重家庭生活权的义务 .....	53	13
第21条 离境前往目的地国 .....	54	14
第22条 拟被驱逐外国人的目的地国 .....	55	14
第23条 不将外国人驱逐至其生命或自由会受到威胁的国家的义务 .....	56-57	15
第24条 不将外国人驱逐至会使其面临酷刑或残忍、不人道或有辱人格之待遇或处罚的国家的义务 .....	58	15
第26条 拟被驱逐的外国人的程序性权利 .....	59-61	15
第27条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力 .....	62-66	16
第29条 重新准入驱逐国 .....	67	17
第30条 保护拟被驱逐的外国人的财产 .....	68	18
第31条 国家在非法驱逐情况下的责任 .....	69	18
第32条 外交保护 .....	70	18
二、 特别报告员的最后意见 .....	71-77	18

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《确立给予庇护所应遵循的规则公约》[西](1928年2月20日, 哈瓦那)	国际联盟,《条约汇编》, 第一百三十二卷, 第3046号, 第323页。
《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日, 日内瓦)	联合国,《条约汇编》, 第189卷, 第2545号, 第137页。
《关于难民地位的议定书》[英](1967年1月31日, 纽约)	同上, 第606卷, 第8791号, 第267页。
《关于无国籍人地位的公约》[英](1954年9月28日, 纽约)	同上, 第360卷, 第5158号, 第117页。
《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月16日, 伦敦)	同上, 第999卷, 第14668号, 第171页。
非洲统一组织《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》[英](1969年9月10日, 亚的斯亚贝巴)	同上, 第1001卷, 第14691号, 第45页。
《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969年11月22日, 圣何塞)	同上, 第1144卷, 第17955号, 第123页。

### 本报告引用的著作

ABI-SAAB, Georges

“Cours général de droit international public”, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 207 (1987), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 9-464.

BUZZINI, Gionata P.

“La théorie des sources face au droit international general: Réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international”, *RGDIP*, vol. 106 (2002), pp. 581-617.

KAMTO, Maurice

“La volonté de l'État en droit international”, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 310 (2004), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 9-428.

TOMUSCHAT, Christian

“Expulsion of aliens: the International Law Commission draft articles”, in Georg Jochum, Wolfgang Fritzemeyer and Marcel Kau, eds., *Grenzüberschreitendes Recht — Crossing Frontiers: Festschrift für Kay Hailbronner*. Heidelberg, C.F. Müller, 2013, pp. 645-662.

## 导 言

1. 国际法委员会在2012年第六十四届会议上读通过了关于驱逐外国人专题的条款草案及其评注。<sup>1</sup> 2012年11月,大会第六委员会在审议国际法委员会第六十四届会议的工作报告时,对这套条款草案展开了广泛讨论。在讨论中,各国对这一专题表达了十分不同的看法。有些国家继续重申了自第六委员会核准将驱逐外国人专题纳入委员会工作议程以来一贯坚持的立场。

<sup>1</sup> 《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第46段。

2. 委员会在报告第43段中称其在2012年7月31日第3155次会议上按照章程第16至第21条,决定通过秘书长将条款草案转交各国政府,以供其提出评论和意见,并请它们在2014年1月1日前将这些评论和意见提交秘书长。<sup>2</sup>

3. 一些国家已经向秘书长转交了评论和意见。特别报告员将首先对这些评论和意见进行研究,然后再提出最终意见。

<sup>2</sup> 同上,第43段。

## 第一章

### 各国的评论和意见

4. 一些国家政府在2012年11月大会第六十七届会议期间第六委员会举行的讨论中就“驱逐外国人”专题发表了意见。<sup>3</sup> 有些国家后来还通过委员会秘书处向特别报告员转发了书面评论和意见。<sup>4</sup> 其中有些国家只是做了一些一般性评论,有些国家则提出了逐条评论和意见,有时还附有对具体条款草案的修正建议,甚至包括措辞建议。下文将首先介绍一般性的评论和意见,然后将审议对具体条款草案的评论和意见。

#### A. 对专题的一般性评论和意见

5. 总体来讲,无论是2012年在第六委员会举行讨论时发表的评论和意见,还是后来书面提出的评论和意见,研究发现各国对这一专题的观点似乎相当不一致。有些国家对该专题是否适合编纂表示怀疑。例如,北欧国家

<sup>3</sup> 下列36个会员国政府发表了意见:澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、加拿大、智利、中国、刚果、古巴、捷克共和国、丹麦(代表北欧国家:丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)、萨尔瓦多、法国、德国、希腊、匈牙利、印度、印度尼西亚、伊拉克、伊朗(伊斯兰共和国)、以色列、马来西亚、墨西哥、荷兰、秘鲁、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、新加坡、南非、西班牙、瑞士、泰国、大不列颠及北爱尔兰联合王国和赞比亚。欧洲联盟也对专题进行了评论。

<sup>4</sup> 截至2014年1月31日,特别报告员收到了欧洲联盟以及下列11个国家和代表团的评论和意见:澳大利亚、奥地利、比利时、加拿大、捷克共和国、萨尔瓦多、德国、摩洛哥、荷兰、大韩民国以及联合王国。

对国际法委员会为识别关于驱逐外国人的一般国际法原则所做的努力是否有用难以信服,因为这是一个已经由详尽区域规则涵盖的法律领域定。<sup>5</sup>

有一个国家认为,“这一专题比较复杂,并带来许多直接触及各国国内层面的困难和繁杂问题”。<sup>6</sup> 另一个国家则指出,虽然委员会为考虑到各国表达的关切做出了努力,但

该国仍然认为这一议题具有争议性,同时怀疑条款草案是否能为今后的公约提供良好的基础,并怀疑在仅仅复述各国的惯例与提出具有高度人权标准的新的制度这两者之间能否达成平衡。<sup>7</sup>

还有一个国家认为,对该专题进行编纂将会提出

许多方法论上的问题,包括如何依赖不同的和特定的国家和区域判例;以及确定国际法相关一般规则的方法[……]对于编纂现行法的依据或必要性仍然存在疑问。特别报告员提议

<sup>5</sup> 丹麦(代表北欧国家),《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第45段。

<sup>6</sup> 联合王国,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第67段。另见联合王国在A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)中的意见,A节。

<sup>7</sup> 匈牙利,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第50段。但应指出,“[匈牙利]代表团对特别报告员注意到《欧洲联盟遣返指令》(欧洲议会和欧盟理事会2008年12月16日关于成员国遣返非法居留的第三国公民的共同标准和程序的第2008/115/EC号指令)表示欢迎,该指令统一了30多个欧洲国家国内法对这一问题所规定的最低标准”(同上)。

对重新接纳入境和上诉程序条款方面目前的案文形式采取拟议法的处理办法，但这一办法是否适当，同样莫衷一是。<sup>8</sup>

6. 特别报告员对这项有关方法论的合理意见并非毫无察觉。但这种意见不足以证明委员会不能或者不应处理这个专题。如果这种论据能够成立，那么从设立委员会以来开展的所有逐渐发展和编纂工作都会令人质疑。实际上，在处理“驱逐外国人”专题时，特别报告员并未采用任何新的或者与委员会审议其日程上的其他专题不同的做法。

7. 尽管上述国家表示持有保留，但是也有一些国家表示大力支持该专题以及委员会一读通过的条款草案，而这并不妨碍他们对某条具体草案提出评论和意见。例如，一国认为“驱逐外国人的专题，经适当修改之后，应可考虑进行编纂”。<sup>9</sup> 另一个国家表示

欢迎自上届会议以来对关于驱逐外国人的条款草案所作的一些修正，认为这些修正反映出委员会努力确保在驱逐国的管理权与被驱逐外国人的合法权利之间达成平衡，同时给国家执行国内立法留出一定操作空间。<sup>10</sup>

还有一个国家表示该国认为“条款草案是一项关于这一专题的国际法编纂和逐渐发展的积极贡献”。<sup>11</sup>

## B. 对条款草案的评论、意见和建议

8. 一些国家在逐条审查条款草案之前，还做出了一些一般性的评论。

### 1. 一般性意见

9. 关于条款草案的结构和各种权利之间的平衡，一国表示“条款草案应在外国人权利与国家主权权利之间取得更好的平衡”。<sup>12</sup> 恰如对此作出回应，另一个代表团

对关于驱逐外国人的草案条款结构表示满意，其中体现了国际法委员会在国家驱逐外国人的权利和国际法对这一权利的限制两方面加以协调所作努力。<sup>13</sup>

另有一国表示：

该国代表团尤其感到欣慰的是，案文变得更有条理，列出了关于驱逐外国人的基本的实质性规则，以及拟被驱逐的外国人应享的权利和正当程序保障。该国代表团还欢迎纳入合法性和正当程序原则，认为这些原则对于保护拟被驱逐的外国人的人权至关重要。另外值得称赞的是跨领域提到了生命权、禁止酷刑和不歧视的义务等人权规范，并根据关于弱势群体、难民和无国籍人的权利的国际公约具体确认这些人的权利。重要的是，现行的条款草案对驱逐外国人与引渡作了明确区分，从而化解了以前的版本中出现的混淆。<sup>14</sup>

本着同样的精神，还有一个国家指出

有关这一专题的条款草案非常全面，囊括了驱逐问题的大多数实质和程序方面问题，包括不驱回义务、尊重被驱逐个人人权义务等国家义务。条约草案还确定了成为驱逐对象的外国人的最重要、最广泛认可的权利，以及国际法对国家的相关禁止。<sup>15</sup>

10. 一些国家对条款草案所载规则的性质表示疑虑，有时暗示这些条款草案主要属于逐渐发展，而不是编纂。<sup>16</sup> 在这方面，有一个国家呼吁将来自区域或次区域条约和机制的规则推而广之时要审慎，因为在该国看来，“这些规则并不一定能代表国家实践或法律确信”。<sup>17</sup> 该国认为，

其中一些条款草案超越了习惯法和条约法(现行法)。[……]委员会倾向于高估诸如人权事务委员会等条约机构在确定规则时的做法，有时有损于所涉条约想要确立的规则。<sup>18</sup>

11. 对此，特别报告员要指出的是，鉴于国际法中不存在认可的关于建立法律确信的规则或方法，因此认为出自惯例的某项规则不构成一条习惯法规则似乎相当困难。如在这方面有争议，只有法官能对当事人作出裁决。委员会目前关于习惯法的工作成果，在未来可能会有所帮助，但现在还没到那个阶段。无论如何，某些条款草案构成对关于驱逐外国人的国际法的逐渐发展，无论从委员会章程或是从其一贯做法来看，都没有什么异乎寻常之处。

<sup>14</sup> 墨西哥，同上，第17段。

<sup>15</sup> 希腊，同上，第22次会议(A/C.6/67/SR.22)，第24段。

<sup>16</sup> 除其他外，见加拿大，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，A节；大韩民国，同上；以及荷兰，同上，以及《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第25段。

<sup>17</sup> 伊朗伊斯兰共和国，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第7段。

<sup>18</sup> 同上。

<sup>8</sup> 以色列，同上，第35段。

<sup>9</sup> 波兰，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第72段。

<sup>10</sup> 中国，同上，第53段。

<sup>11</sup> 墨西哥，同上，第17段。

<sup>12</sup> 泰国，同上，第38段。

<sup>13</sup> 波兰，同上，第70段。



12. 令一国感到关切的是, 条款草案中承认的各项人权

来自各种不同的国际文书和公约, 这些文书和公约可能未得到普遍接受, 这种情况可能会使得未来适用这些条款草案的情况复杂化, 因为一国可以不受它不属于缔约国的条约或协定的义务的约束。<sup>19</sup>

13. 为解决这一关切, 只需回顾一国从来都不受它未加入的国际法律文书的义务约束即可。

14. 另一国更为激进地表示

鼓励国际法委员会在条款草案开头部分明确说明本套条款草案既不编纂现有国际法, 也不重新解释长期存在且妥为理解的条约。<sup>20</sup>

15. 在特别报告员看来, 没有必要作出这样的说明。这完全不符合条款草案的内容, 其中不仅含有反映国际法在驱逐外国人领域逐渐发展的条款, 也含有大量反映对业已确立的国家实践进行编纂的条款; 这类国际实践是从19世纪下半叶开始积累起来的, 有丰富的判例作为支持。在这方面, 委员会同样没有采取任何新的做法, 而只是按照它的实践开展工作。

16. 某些国家认为, 条款草案标题中的“外国人(*aliens*)”一词带有消极含义, 因为它分散了人们对其中涉及到的人的关注。<sup>21</sup> 一国指出, 正是出于这个原因, 对该国的国内立法进行了修正, 将之改为“移徙者(*migrants*)”或“外国国民(*foreign nationals*)”。<sup>22</sup> 这种意见往往涉及一段与某种政治体制相关的痛苦历史, 虽然可以理解其合理之处, 但是也没有必要过分夸大, 因为除了提出意见的这两个国家之外, 这个问题并没有引起很多争论。实际上, 委员会内部在一读通过条款草案之前也曾提出这个问题, 但基本没有引起反响。

17. 还有一个国家建议修改用语, 将整套条款草案中的“合法/非法(*lawful/unlawful*)”两词替换

为“正规/非正规移民身份(*regular/irregular immigration status*)”, 并将“外国人(*alien*)”一词替换为“*alien person*”。<sup>23</sup> 对使用“外国人(*alien*)”一词已经作过答复。至于“正规/非正规移民身份(*regular/irregular immigration status*)”的表述不仅非常笼统, 而且也因提及移民现象而大大超过了本专题的范围。用语“正规/非正规(*regular/irregular*)”也太笼统, 因为以绝对性措辞断言身份之正规性(*regularity*)必然意味其合法性(*legality*)并无依据。

18. 对于专题的各方面问题或与其相关的问题, 各国表达的观点很不一致。有些国家批评采纳区域法来确定关于驱逐外国人专题的国际实践趋势,<sup>24</sup> 而另一些国家却对参考借鉴欧洲在这方面的法律表示欢迎。<sup>25</sup> 一国建议条款草案中应当谈及重新接纳协定, 因为这种协定在确定被驱逐外国人目的地国方面起着重要作用。<sup>26</sup> 另一个国家认为, 条款草案、特别是第11、12、30和32条应该对保护被驱逐外国人的财产做进一步阐述。<sup>27</sup> 而另一国

认为最好增加一个明确规定成为驱逐对象的被羁押者享有健康权的条款, 因为这是一项广泛确认的不可剥夺权利, 能够让每一个人都享受尽可能最高等级的身体、精神和社会福祉。<sup>28</sup>

19. 尽管特别报告员不能否认这些建议的价值, 但他指出区域法是国际法的组成部分, 不应被排除在外, 特别是因为委员会在工作中一直都有提及区域法; 特别报告员已在第七次报告<sup>29</sup>中适当审议了重新接纳协定的问题, 对第29条草案的评注中也提到了这个问题, 但该问题不能写入条款草案, 因为它属于各国之间的直接(双边)关系; 保护被驱逐外国人的财产问题已经在国际法关于该专题的一般规则项下得到了适度的阐述, 但不妨碍各国国内法的规定; 在特别报告员提交第五次报告<sup>30</sup>之后, 委员会对拟被驱逐的外国人的健康权问题进行了讨论, 但不曾在

<sup>23</sup> 萨尔瓦多, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), A节, 第1-2段。

<sup>24</sup> 除其他外, 见美利坚合众国在第六委员会的发言。

<sup>25</sup> 匈牙利, 《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第20次会议(A/C.6/67/SR.20), 第50段。

<sup>26</sup> 希腊, 同上, 第22次会议(A/C.6/67/SR.22), 第25段。

<sup>27</sup> 大韩民国, 同上, 第18次会议(A/C.6/67/SR.18), 第120段。

<sup>28</sup> 萨尔瓦多, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), A节, 第3段。

<sup>29</sup> 《2011年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/642号文件。

<sup>30</sup> 《2009年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/611号文件。

<sup>19</sup> 印度尼西亚, 同上, 第26段。

<sup>20</sup> 加拿大, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), A节, 第1段。

<sup>21</sup> 秘鲁, 《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第18次会议(A/C.6/67/SR.18), 第89段; 以及南非, 同上, 第19次会议(A/C.6/67/SR.19), 第79段。

<sup>22</sup> 南非, 同上, 第19次会议(A/C.6/67/SR.19), 第79段。

国际法中发现有依据要求在条款草案现有内容的基础上扩大保护的范。关于这一点，还应回顾的是，委员会收到的授权并不是起草一份新的关于保护人权的文书，而是要审议驱逐外国人专题及其所涉及的法律问题，包括在关于人权的国际实在法领域的问题。

20. 一国声称其“反对”任何关于《非居住国公民个人人权宣言》<sup>31</sup>“属于国际习惯法”的暗示。<sup>32</sup> 该国还要求明确指出在条款草案评注中所采用的“一般国际法”这一措辞是否，除其他外，“包含[了]习惯国际法和条约法”。<sup>33</sup>

21. 特别报告员仅表示注意到了该国对上述宣言的习惯法价值所表示的反对。关于“一般国际法”这一表述的范围，应回顾它通常与习惯法联系在一起，因此与条约法有所不同。按照这一构想，只有习惯法能产生普遍适用(*erga omnes*)的义务。例如，国际法院在北海大陆架案中提到的“一般或习惯法规则和义务”，比如

根据其性质，对国际社会所有成员具有同等效力，因此不得成为其中任何一员为本国利益而任意行使权利将其单方面排除的规则和义务。<sup>34</sup>

尽管如此，国际法院的判例并不总是明确说明何为“一般国际法”的内容。在缅甸湾区域海洋边界划界案中，国际法院曾多次以与“习惯国际法”互换的方式使用这一表述<sup>35</sup>同时将之与条约法区别开来。<sup>36</sup> 与之相对，在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动中，国际法院在1984年11月26日关于可受理性的判决第73段中提到“习惯和一般国际法原则”，<sup>37</sup> 仿佛这是两个不同的概念。针对这种不明确的说法，特别报告员按照Dionisio Anzilotti的做法，也采纳了在当代著作中已有描述的广义上的“一般国际

<sup>31</sup> 大会1985年12月13日第40/144号决议。

<sup>32</sup> 加拿大，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，A节，第3段。

<sup>33</sup> 同上，第2段。

<sup>34</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第63段。

<sup>35</sup> 缅甸湾区域海洋边界划界案，判决，《1984年国际法院汇编》，第246页，特别是第110-112段、114段、191段以及第230段。

<sup>36</sup> 同上，第19段。

<sup>37</sup> 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)，管辖权和可受理性，判决，《1984年国际法院汇编》，第392页起，详见第73段。

法”这一措辞。<sup>38</sup> Georges Abi-Saab认为，根据对上述北海大陆架案判决的分析，这一表述方式并不像法院的某些措辞所暗示的那样，指的仅仅是习惯本身——随即得到一般法律原则的支持；没有任何理由将具有普遍性的条约排除在外，因为这类条约具有“基本的造法性质”，可被“视为构成一般法律规则的基础”。<sup>39</sup>

## 2. 各国对条款草案的逐条评论和建议

### 第1条 范围

22. 一些国家认为，将合法和非法处于一国境内的两类外国人都列入条款草案的范围是不恰当的，原因是这两种人在驱逐问题上的权利大有不同。<sup>40</sup> 由于这两种外国人的法律地位不同，对其适用的驱逐机制也应有所不同。<sup>41</sup> 另一个国家直截了当地说，非法位于一国境内的外国人应该被排除在条款草案范围之外。<sup>42</sup> 然而，另外一些国家认为条款草案“应包括合法和非法处在一国领土内的外国人”。<sup>43</sup> 有些国家说得更加确切，认可应“审议这两类外国人”，<sup>44</sup> 但是认为“在权利和义务问题上，必须明确区分合法居留的外国国民与非法居留的外国国民，其人权和程序性权利应该是相同的”；<sup>45</sup> 它们也担心将两类外国人合并处理的办法“有时会导致错误描述国际法中这两类外国人之间的区别”。<sup>46</sup>

23. 特别报告员认为，驱逐外国人专题的条款草案如果仅涉及“合法”位于驱逐国境内的外国人，

<sup>38</sup> 见除其他外：Abi-Saab，“Cours général de droit international public”，特别是第197-203页；以及Buzzini，“La théorie des sources face au droit international général”，第582页。另见Kamto，“La volonté de l'État en droit international”，第345-349页。

<sup>39</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第72段。

<sup>40</sup> 德国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第100段；以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第1条草案的评论。

<sup>41</sup> 俄罗斯联邦，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第33段。

<sup>42</sup> 伊拉克，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第21段。

<sup>43</sup> 印度尼西亚，同上，第25段。

<sup>44</sup> 澳大利亚，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第1条草案的评论。

<sup>45</sup> 南非，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第79段。

<sup>46</sup> 澳大利亚，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第1条草案的评论。

意义将是极其有限的，因为这样做会把最大一群受到驱逐影响的人，即那些在驱逐法律制度下因其在驱逐国中的身份而最需要关注的人，排除在外。此外，对这个问题发表意见的绝大多数国家都总体赞成处理两类外国人的驱逐问题有其合理之处，而且他们在表达关切的同时几乎没有提出具体建议。最后应当回顾的是，委员会认为在人权问题上，不能对合法和非法处于一国境内的外国人进行区别对待，因为两种情况中的有关外国人都是权利必须得到保护的人，不能有任何种类的歧视，这是有道理的。因此，条款草案虽然在有些程序性权利上作了若干区分，但是在实质性的人权问题上并没有加以区别。

## 第2条 用语

24. 有些国家认为，第2条草案中对驱逐的定义是全面的。<sup>47</sup> 也有些国家要求对某些要素加以澄清，或在定义中加入目前尚未纳入的其它要素。一国认为：

扩大该词的定义，以便包括一国的行为，而不仅仅是正式行为，这是不清楚和不恰当的；国家的行为与驱逐事项无关，不应被作为一个自身能独立的要素列入该词的定义中。<sup>48</sup>

另一国由此建议，“或由作为或不作为构成的行为”这一措辞应当“删除”，因为“它尤其会与述及依法作出的决定的第4条草案产生矛盾”。<sup>49</sup>

25. 这一评论表面上看来是有道理的。然而，应当回顾的是，首先，如第2条草案的评注所指出的，驱逐作为一种可归于一国的、由作为或不作为构成的行为是已经为判例法所确认了的。其次，关于该句与第4条草案产生矛盾的论据是不成立的：倘若该种情况成立，那么驱逐作为可归于一国的行为将从程序上构成违法，并将继续引发正式驱逐的所有法律后果。应指出，一些国家支持将可归于一国的行为写入“驱逐”的定义，<sup>50</sup>——尽管希望作出一些说明和澄清。例如，有个国家认为需要明确“不作为”一词：<sup>51</sup> 特别报

<sup>47</sup> 智利，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第7段；以及丹麦(代表北欧国家)，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第46段。

<sup>48</sup> 法国，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第98段。

<sup>49</sup> 奥地利，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第2条草案的评论；另见联合国关于删除这句话的修正建议(同上)。

<sup>50</sup> 德国，同上；加拿大，同上。

<sup>51</sup> 德国，同上。

告员认为，该词在国际法、包括在对国际不法行为的责任法中已经确立，因此无需再次对其进行定义，因为该词在此处使用的意思是相同的。还有个国家“希望强调的是，‘可归于一国’的行为应当采取与国家国际不法行为的责任条款草案所述归因方式相同的门槛”。<sup>52</sup> 特别报告员不反对指明这一点，因为基于委员会关于国家责任的工作对国家的行为进行评估是恰当的。然而，他不能同意关于删除第2条草案(a)项结尾处“难民”一词的建议，因为那样做会改变条款草案的范围。最后，有个国家认为，在第10条草案第1款和第11草案第2款中分别出现的“集体驱逐”和“变相驱逐”应当纳入第2条草案：<sup>53</sup> 这条建议不能采纳，因为第2条草案中的各项定义是总体适用于整套条款草案的、反复出现的用语，而建议提到的那些词仅涉及其目前所在的草案所述及的特定情况。

## 第3条 驱逐权

26. 一些国家对第3条草案感到满意，认为它“准确地反映了关于这一专题的法律现状”。<sup>54</sup> 一国建议将第3条草案第二句修正如下：“一国只能按照其国际法律义务驱逐外国人”。<sup>55</sup> 这种措辞过于模糊，而且没有明确指出涉及国家的哪些国际义务。如同任何国际法律文书一样，条款草案——其本身并不能强加于各国——有其特定的目的，而不能指国际法中的所有义务。

## 第4条 符合法律规定的要求

27. 一国“完全支持第4条草案(符合法律规定的要求)的内容，因为它为外国人确保了法律的确定性，而不论其移民身份为何”。<sup>56</sup> 该国关于在“依法作出”一词前加上“由国家”的提议显得多余，因为毫无疑问只有国家才能作出驱逐决定。另一国在其关于第4条草案的意见中表示“应当更加明确地提及在国内强制执行的移民法案”。<sup>57</sup> 这种提及超出了条款草

<sup>52</sup> 加拿大，同上。

<sup>53</sup> 刚果，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第46段。

<sup>54</sup> 法国，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第97段；另见印度，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第17段。

<sup>55</sup> 加拿大，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第3条草案的评论。

<sup>56</sup> 萨尔瓦多，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第44段。

<sup>57</sup> 联合国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第2和第4条草案的评论。



案的范围，草案绝不应讨论国家在其境内处理移民问题的方式。

### 第5条 驱逐的理由

28. 一国认为第5条草案的措辞“不能令人满意，因为该条可能被解读为将一名外国人的非法存在排除在准许的驱逐理由之外”。<sup>58</sup> 这种风险几乎不存在，因为第5条草案第2款的措辞方式使其可以准许以违反关于外国人入境和居留的立法的理由实施驱逐；“外国人的非法居留”必然会违反该法并因此构成驱逐理由。另一国认为，“该条款草案应规定，被驱逐人士的国籍国和目的地国有权要求获得关于驱逐理由的补充资料”。<sup>59</sup> 这一权利不属于国际实在法，国家实践中也没有任何迹象表明该权利将得到承认。在任何情况下，驱逐的理由均未如某个国家声称的那样仅限于公共秩序和国家安全，委员会也未试图如另一国在意见中所可能暗示的那样<sup>60</sup> 草拟一份详尽无遗的理由清单。有一项建议表示“应在‘国际法’后增加‘规定的义务’，以防止对‘违反国际法’有任何歧义或不同的解释”，<sup>61</sup> 特别报告员对此表示理解。<sup>62</sup> 然而，由于在国际秩序中，一国毫无疑问从来都不受国际法规定义务以外的义务约束，因此如有必要，这种澄清完全可以在第5条草案评注中予以提出。有一个国家建议将第5条草案第3款的范围限制为“那些本可合法居留者”。<sup>63</sup> 然而，另有一国建议删除该款的开头部分，该部分指出应考虑到“事实的严重性，并虑及所有情节，包括所涉外国人的行为”<sup>64</sup> 以便评估驱逐的理由。第一项建议不符合各国在第六委员会批准的、委员会对该专题所应采用的方法；而第二项建议忽视了这一领域的判例法。特别报告员不反对关于“在第5条评注中指明驱逐的理由应在作出决定时考虑，而不是驱离时才考虑”<sup>65</sup> 的要求，并建议委员会积极考虑这一要求。

<sup>58</sup> 法国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第98段。

<sup>59</sup> 白俄罗斯，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第106段。

<sup>60</sup> 罗马尼亚，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第86段。

<sup>61</sup> 伊朗伊斯兰共和国，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第9段。

<sup>62</sup> 同上。

<sup>63</sup> 联合王国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第5条草案的评论，第2段。

<sup>64</sup> 加拿大，同上，第1段。

<sup>65</sup> 同上，第2段。

### 第6条 禁止驱逐难民

29. 一国表示，该国“不承认难民身份，因为[该国]没有加入《关于难民地位的公约》或《关于难民地位的议定书》”。<sup>66</sup> 特别报告员仅表示注意到这一观点。另一国指出“第6和第7条草案分别涉及难民和无国籍人，其中应提到庇护概念，因为它关系到许多人，尤其是在[南美洲]”。<sup>67</sup> 委员会已将庇护概念排除在驱逐外国人的专题范围外，因为它属于一个特定的法律体系，很难被纳入这一专题。庇护也是一个政治性很强的概念，因为给予庇护的理由主要取决于对申请者的政治处境和(或)庇护国与寻求庇护者原籍国之间关系性质的评估。正如国际法院在1951年6月13日就阿亚·德拉托雷案做出的判决中所回顾的那样，根据《确立给予庇护所应遵循的规则公约》，外交庇护是“对政治犯作暂时保护的临时措施”。<sup>68</sup> 可终止庇护的不同途径“取决于事实情况及各种可能性，这些可能性在很大程度上只有当事各方才能充分了解”；<sup>69</sup> 并导致“出于权宜考虑或纯粹政治手段作出决定”。<sup>70</sup> 有鉴于此，就这一专题进行编纂显然十分危险。

30. 第1款。一国建议第6条草案第1款应考虑到《关于难民地位的公约》第一条第(六)款，并且有关条款应“以但书的形式”纳入第6条草案。<sup>71</sup> 另一个国家表示，条款草案应

允许驱逐被认定犯有严重或系统侵犯人权行为、战争罪或危害人类罪的外国人，包括被其他国家确认为《关于难民地位的公约》所指难民的人。<sup>72</sup>

关于这些建议，应该指出的是，委员会不希望在条款草案中重复所有与驱逐难民和无国籍人相关的规则，这不仅是因为适用于这两类人的法律制度已经体现在国际法律文件中——在这里全文转载显得毫无意义，而且是因为一些上述文书已在区域一级得到强化。正是出于这一原因，条款草案在规定了与该

<sup>66</sup> 马来西亚，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第108段。

<sup>67</sup> 秘鲁，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第90段。

<sup>68</sup> 阿亚·德拉托雷案，判决，《1951年国际法院汇编》，第71页起，详见第80页。

<sup>69</sup> 同上，第79页。

<sup>70</sup> 同上，第81页。

<sup>71</sup> 大韩民国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第6条草案的评论，第1段。

<sup>72</sup> 加拿大，同上，第4段。



问题有关的广泛原则的同时，还在第8条草案中纳入了一条“不妨碍”条款，列出“具体关于驱逐难民和无国籍人的其他规则”。此外，第6条草案在评注中指出：

任何人如果不符合有关法律文书所定义的难民，就没有资格享有第6条草案所承认的保护，可以第1款所列的那些理由之外的其他理由而驱逐，包括单纯以其非法处在驱逐国境内这一理由。从这一角度看，第2款应该解释为不影响一国出于第6条草案所列原因之外的理由，驱逐一名难民地位申请明显属于滥用权利的外国人。<sup>73</sup>

然而，为充分考虑到上述各项建议所表达的一切，特别报告员提议修正第6条草案的评注第(1)段，明确指出第6条草案应结合第8条草案阅读，同时除其他外考虑到《关于难民地位的公约》第一条第(六)款。

31. 第2款。一些国家质疑第6条草案第2款，理由是“这似乎是一项逐渐发展而非编纂工作”；<sup>74</sup> 一国评论认为

[这]大幅扩展了《公民及政治权利国际公约》第13条及《关于难民地位的公约》第32条所规定的只对合法处于一国境内的外国人适用的义务。<sup>75</sup>

另有一国认为

最好是遵循《关于难民地位的公约》建立的制度，或是删除草案第2款，或是在保留该款的情况下，用“可”字替代“必须”二字，将是否给予这两类难民同等待遇的问题留给驱逐国自由斟酌决定。<sup>76</sup>

32. 关于第2款似乎是逐渐发展而非编纂工作的意见，该款评注表述得很明确。另外，采纳“遵循《关于难民地位的公约》建立的制度”的建议将忽视了各国在这方面的嗣后实践，而这些实践是与第2款的规定相一致的。最后，用“可”字替代该款中的“必须”二字，可能会造成一项权利而非义务，从而使该规定变得无关紧要，因为国家并不需要用这样一条规范将第1款的规定扩展到第2款所设想的情况。

<sup>73</sup> 《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第46段，第6条草案的评注第(4)段。

<sup>74</sup> 罗马尼亚，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第86段。

<sup>75</sup> 澳大利亚，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第6条草案的评论。

<sup>76</sup> 伊朗伊斯兰共和国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第10段。

33. 一项修正建议提出“[……]第2款的提法应是‘外国人’，而不是‘难民’”。<sup>77</sup> 正如第6条草案第2款的评注所解释的那样，这一建议是不能接受的，因为

第2款仅涉及这样的个人，虽然他们没有享有在有关国家的难民地位，但的确符合1951年《关于难民地位的公约》所指的“难民”定义，或者在有些情况下符合其他有关文书，例如1969年非统组织《关于非洲难民问题特定方面的公约》，因此应视为国际法所指的难民。<sup>78</sup>

另一项修正建议提议以否定式对第2款进行措辞，规定第1款“不适用于任何[……]仅为难民申请之目的而提出申请确认难民地位、且其申请正有待审理的难民”。<sup>79</sup> 这样的表述方式会大大限制该条款的范围，与第2款现有措辞的精神相去甚远。

34. 第3款。有一个国家“[同意]第6条草案第3款的提法”。<sup>80</sup> 但另一个国家却认为该款不符合《美洲人权公约》第22条第8款，也不符合条款草案第23和第24条。<sup>81</sup> 特别报告员看不出何以如此，并且认为，像一些国家所建议的那样<sup>82</sup> 在第6条草案中明确提及第23和第24条草案，而不是像目前这样在该条草案的评注中提及的做法不可取。毕竟，条款草案是一个整体，其内容都是相互交织在一起的。

## 第7条 禁止驱逐无国籍人

35. 一国认为第7条草案应提及庇护概念，并列入“第6条草案第2款规定的这类保障条款[……]，使非法第一次进入某国的无国籍人士有机会使他们的身份正常化”。<sup>83</sup> 在对第6条草案的评论进行回复时所提出的论点也同样适用于关于该条草案应提及庇护概念的建议。由于无国籍人和难民的地位是根据不同情况依据不同程序确定的，因此第6条草案第2款结尾处规定的保护不应自动适用于无国籍人士。

<sup>77</sup> 加拿大，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第6条草案的评论，第1段。

<sup>78</sup> 《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第46段，第6条草案的评注第(4)段。

<sup>79</sup> 大韩民国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第6条草案的评论，第2段。

<sup>80</sup> 加拿大，同上，第6条草案的评注，第3段。

<sup>81</sup> 秘鲁，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第90段。

<sup>82</sup> 丹麦(代表北欧国家)，同上，第48段；以及伊拉克，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第22段。

<sup>83</sup> 秘鲁，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第90段。

36. 另一个国家认为第7条草案没有必要, 因为第2条草案在评注中指出“外国人”一词的定义中包含无国籍人。<sup>84</sup> 应回顾的是, 评注中的一条解释不能替代规范陈述。至于该国以“一旦某人成为驱逐对象, 他们便不再合法位于该国; 驱逐必须依照法律进行”为理由认为使用“合法”一词十分突兀的问题,<sup>85</sup> 应再次回顾《关于无国籍人地位的公约》第31条第1款, 其中论及了驱逐“合法位于一国的无国籍人”的可能性问题。

#### 第8条 具体关于驱逐难民和无国籍人的其他规则

37. 一个国家集体提出, 第8条草案应明确指出该条列出的关于驱逐难民和无国籍人的其他规则更有利于被驱逐者。<sup>86</sup> 特别报告员认为可以在该条草案的评注中进行此类澄清。

#### 第9条 仅为驱逐的目的剥夺国籍

38. 令一国感到遗憾的是, “一国不得驱逐其本国公民的原则从草案中消失了”; 然而, “如果不再禁止驱逐国驱逐其本国公民, 那么禁止为驱逐的目的剥夺国籍的规定将不会得到遵守。” 该国认为, 此处存在“不一致”的情况, 应予以纠正。<sup>87</sup> 特别报告员竭力让委员会和各国看到在该套条款草案中回顾这一原则的价值, 但未能成功, 因为委员会和各国都认为, 在正式层面, 此类条款不属于“驱逐外国人”专题的范围, 这种想法是正确的。鉴于第9条草案仅非常含蓄地并以某种不完善的方式处理了这一关切, 特别报告员想知道是否不能在该条草案的评注中回顾禁止一国驱逐本国国民的原则。在第9条草案目前的措辞中增加“即使剥夺国籍的理由本身也可能是驱逐的

理由”的修正建议<sup>88</sup> 似乎没有必要, 因为只要依法进行驱逐并遵守了该国的国际义务, 那么任何驱逐都是具有法律效力的。

#### 第10条 禁止集体驱逐

39. 一些国家不反对第10条草案, 但要求在评注中澄清该条草案是否代表了有关驱逐外国人的国际法的逐渐发展。<sup>89</sup> 一国认为, 该条草案未代表习惯法, 并建议委员会在“条款草案的编纂工作中谨慎处理”。<sup>90</sup> 但总的来说, 对该条发表意见的大多数国家都表示支持第10条草案。一个国家认为该条草案目前的措辞“准确反映了关于这一主题的法律现状”;<sup>91</sup> 另一个国家认为该条是“适用于所有外国人的通用规则”,<sup>92</sup> 甚至建议无需明示提及移民工人等特定群体;<sup>93</sup> 另一个国家“很高兴”地看到第10条草案“没有规定禁止集体驱逐的例外”。<sup>94</sup>

40. 三个国家为第10条草案拟议了修正。一国建议在第1款中重新列入“驱逐”一词的定义。<sup>95</sup> 这一建议毫无意义, 因为第2条草案已经为“驱逐”提供了定义。同一个国家请求将第3款中使用的“同时”<sup>96</sup> 一词改为“同步”, 但这两个词是同义词。该国还希望在该款中增加如下措辞: “只要符合法律且通过逐案审查程序”。<sup>97</sup> 这一措辞不如目前的措辞准确, 而且后者是参考国际判例拟定的。最后, 该国建议将第4款中的“涉及驱逐国”等词删除。<sup>98</sup> 这一修正让人无

<sup>88</sup> 联合王国, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节, 关于第9条草案的评论, 第2段。

<sup>89</sup> 丹麦(代表北欧国家), 《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第18次会议(A/C.6/67/SR.18), 第47段。

<sup>90</sup> 澳大利亚, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节, 关于第10条草案的评论。

<sup>91</sup> 法国, 《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第19次会议(A/C.6/67/SR.19), 第97段。

<sup>92</sup> 德国, 同上, 第18次会议(A/C.6/67/SR.18), 第100段; 以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节, 关于第10条草案的评论。

<sup>93</sup> 同上; 而且大韩民国指出“最好删除该款”(A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节, 关于第10条草案的评论, 第2段)。

<sup>94</sup> 瑞士, 《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第18次会议(A/C.6/67/SR.18), 第74段。

<sup>95</sup> 萨尔瓦多, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节, 关于第10条草案的评论, 第7段。

<sup>96</sup> 同上, 第4段。

<sup>97</sup> 同上, 第7段。

<sup>98</sup> 同上, 第6段。

<sup>84</sup> 加拿大, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节, 关于第7条草案的评论, 第1段。

<sup>85</sup> 同上, 第2段。

<sup>86</sup> 欧洲联盟, 《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第18次会议(A/C.6/67/SR.18), 第58段; 以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论, 第11和第12段。

<sup>87</sup> 法国, 《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第19次会议(A/C.6/67/SR.19), 第101段; 另见摩洛哥, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节, 关于第1条草案的评论。

法接受,因为如果这样做,该款的范围就过于宽泛了,该款并不涵盖所有类型的所有武装冲突,而只是涵盖涉及驱逐国的武装冲突。另一个国家拟议了一项对第3款的修正,<sup>99</sup>但对该款目前的措辞没有任何改善。第三个国家就第2款拟议了如下修正:“禁止集体驱逐外国人,包括移徙工人,第3款所述情况除外。”<sup>100</sup>如果接受了“第3款所述情况除外”这一措辞,那将会使第3款讲述出一些其不曾表述过的内容,即在某些情况或条件下,集体驱逐是允许的,但正如上文回顾的另一个国家所指出的,第2款实际上是一条通用规则。

### 第11条 禁止变相驱逐

41. 除了一个国家重申其“只能通过正式的政府行为进行驱逐”<sup>101</sup>的观点之外,其他对该条草案发表意见的国家普遍对其表示欢迎。<sup>102</sup>然而,有一个国家指出该条“不明确”,<sup>103</sup>尤其是范围不明确;另一国指出,变相驱逐的定义为“过于宽泛的解释”留下了余地。<sup>104</sup>和一些国家提出的修正意见一样,<sup>105</sup>这些意见依据的是国家关切——也许这些关切是合理的——而不是像当前第11条草案的情况所表现的那样,依据的是国际法,或者更确切的是国际判例。最后,一国要求“第11条草案的评注应该指出变相驱逐不仅非法,而且还会导致驱逐国承担国际责任”。<sup>106</sup>这一陈述是不必要的,因为各方普遍认识到一个国家的任何国际不法行为,如变相驱逐都会导致该国承担国际责任。

<sup>99</sup> 大韩民国,同上,关于第10条草案的评论,第1段。

<sup>100</sup> 联合王国,同上,第2段。

<sup>101</sup> 奥地利,同上,关于第11条草案的评论。

<sup>102</sup> 白俄罗斯,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第108段;德国,同上,第101段以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷),C节,关于第11条草案的评论,第1段;伊拉克,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第23段;以及罗马尼亚,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第87段。

<sup>103</sup> 荷兰, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷),C节,关于第11条草案的评论。

<sup>104</sup> 德国,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第101段和A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷),C节,关于第11条草案的评论;另见荷兰,同上。

<sup>105</sup> 见大韩民国和联合王国的修正意见,同上。

<sup>106</sup> 白俄罗斯,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第109段。

### 第12条 禁止以没收财产为目的进行驱逐

42. 在对该条款草案发表意见的国家中,一个国家指出

虽然其根本目的——即禁止各国以没收财产为目的驱逐外国人——是合理的,应得到支持,但在实践中可能难以判断一个国家的意图。此外,还有可能出现这样一些情况,即根据有关国家的法律,对某个外国人所犯罪行的惩罚可以是既予以驱逐又没收资产。在这种情况下,仅仅由于一个人要被驱逐就不适用关于没收的法律条款也难以说通,因为这就意味着外国人比本国公民享有更多特权。<sup>107</sup>

特别报告员认为,在此确定一国的意图并不比在其他情况下这样做更难;在法律中,一项行为或举动的意图是通过事实的审议,而非心理调查确定的。至于第二点意见,因为它涉及的是法律明文规定的情况,因此不符合“以没收财产为目的进行驱逐”的情形。

### 第13条 禁止为规避引渡程序而诉诸驱逐

43. 一些国家维持以前的立场,认为“应与引渡有关的问题排除在条款草案之外”,<sup>108</sup>或者,某一国家认为“模糊”的第13条草案“应该删除或仅限适用于合法移民的案件”<sup>109</sup>但是,许多国家支持该条草案,<sup>110</sup>认为它的规定“令人信服”,<sup>111</sup>或认为“这些措辞比上届会议讨论的案文有所改进”<sup>112</sup>一个国家提议对草案进行修正,建议加上“在没有正当的移民目的的情况下,”<sup>113</sup>等措辞,这样做会改变条款草案的性质,因为这会产生目前该条草案案中不曾允许的豁免。委员会在对本条款草案的评注中显示,委员会不仅依赖了该专题的判例法,而且在起草该条款时采用了使其不至于对合法驱逐造成困难的方式。

<sup>107</sup> 俄罗斯联邦,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第33段。

<sup>108</sup> 波兰,同上,第70段。

<sup>109</sup> 捷克共和国, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷),C节,关于第13条草案的评论;以及《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第123段。

<sup>110</sup> 印度,同上,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第18段;葡萄牙,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第60段;另见加拿大, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷),C节,关于第13条草案的评论;以及智利,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第7段。

<sup>111</sup> 印度,同上,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第18段。

<sup>112</sup> 葡萄牙,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第60段。

<sup>113</sup> 加拿大, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷),C节,关于第13条草案的评论。



#### 第14条 尊重拟被驱逐的外国人的 人格尊严和人权的义务

44. 有一个国家并不反对条款草案，但认为该条中载列的“法律固有的主要原则”被设定为“实质性义务”，“可能难以阐明其确切内容”。<sup>114</sup> 出于同样的理由，另一国家认为条款草案第1款“多余”。<sup>115</sup> 对此可以回顾的是，如评注所述，支持该条款草案的一个国家也指出，其“[……]目前的措辞准确地反映了关于这一主题的法律现状”。<sup>116</sup> 有两个国家所提议的修正案显然相互矛盾：一国建议在第2款中规定“须尊重拟被驱逐的人的所有人权，包括本条款草案所述人权”，<sup>117</sup> 另一国家却出于相反的理由，建议在第14条草案第2款中删除“包括本条款草案所述人权”这一短句。<sup>118</sup> 在此，特别报告员仅请各方参考第11条草案评注的内容。

#### 第15条 不歧视的义务

45. 一个国家一方面“支持消除非法歧视的目标”，另一方面却对该条草案“违背现有国内立法和实践表示严重关切”。<sup>119</sup> 与之形成对照的是，另一国家认为第15条草案帮助避免了“利用驱逐达到仇外和歧视的目的”，并“欢迎将第15条草案纳入条款”。<sup>120</sup> 而且，正如涉及拟被驱逐的外国人问题的其他所有规定一样，该条草案不曾引入任何实在国际法中尚不存在的新内容。由一国拟议的唯一一条对该草案的修正<sup>121</sup> 并没有提出新的内容，也没有改进其措辞。

<sup>114</sup> 澳大利亚，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第3段。

<sup>115</sup> 荷兰，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第26段；以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第14条草案的评论。

<sup>116</sup> 法国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第97段。

<sup>117</sup> 萨尔瓦多，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第14条草案的评论，第4段。

<sup>118</sup> 加拿大，同上。

<sup>119</sup> 联合王国，同上，关于第15条草案的评论，第2段。

<sup>120</sup> 古巴，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第40段。

<sup>121</sup> 萨尔瓦多，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第15条草案的评论。

#### 第16条 弱势人员

46. 一些国家以及一个国家集团<sup>122</sup> 就该条草案提出了意见，对这些意见的回复可在该条草案的评注中找到。一个国家提出的与语言相关的问题<sup>123</sup> 将由起草委员会的语言小组解决。

#### 第17条 保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务

47. 一国认为该条规定“显得多余”，<sup>124</sup> 而另一国家虽不要求删除该条，但却指出

不会同意对该条草案的广义解释，因为这势必导致为非法移民提供免费保健服务的无条件承诺，或认可患有严重健康疾病的非法移民能以持续需要接受治疗为由，违反[一国]移民法而留在[该国]。<sup>125</sup>

特别报告员仅表示注意到这些意见，它们并不影响条款草案的实际意义。

#### 第18条 禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚

48. 仅有一个国家对第18条草案提出了意见，但该意见并不明确，因为从中很难看出该条草案的措辞如何“会导致结论认为，除了此处提到的人权，其他人权都不适用”。<sup>126</sup>

#### 第19条 拟被驱逐的外国人的拘留条件

49. 有一个国家明确支持第19条草案，认为该条草案目前的措辞“准确地反映了关于这一主题的法律现状”。<sup>127</sup> 另一国家认为该条解决了一些国家的关切：“在这些国家中，确实存在着将驱逐出境作为附加刑罚适用于被定刑事罪的外国人的情况”。<sup>128</sup> 若干

<sup>122</sup> 摩洛哥，同上，关于第16条草案的评论；以及欧洲联盟，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第60段，及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论，第14段。

<sup>123</sup> 萨尔瓦多，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第16条草案的评论。

<sup>124</sup> 奥地利，同上，关于第17条草案的评论。

<sup>125</sup> 联合王国，同上。

<sup>126</sup> 奥地利，同上，关于第18条草案的评论。

<sup>127</sup> 法国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第97段。

<sup>128</sup> 中国，同上，第53段。

国家<sup>129</sup>提出了其他一些意见,目的主要是维持本国的实践或规范偏好,而不曾考虑到该专题国际法的情况或主要趋势。

50. 此外还为该条草案拟议了多条修正。其中多数再次表达了规范偏好,<sup>130</sup>而不是基于实在国际法规则或已为惯例所确定的趋势而形成的立场。一国建议在第2款(a)项的案文中纳入“在所有情形中”<sup>131</sup>一语。特别报告员建议最好在评注中处理这一想法。同一国家还建议在第2款(b)项结尾处纳入“或依法有权行使这一权利的人,并应接受司法审查”。<sup>132</sup>特别报告员认为,毋庸置疑,只有依法“才能行使司法权”;但如果这种明确规定是不可或缺的,那他也不反对在第2款(b)项结尾处加入“依法”一词。不过,“接受司法审查”一语似乎是多余的,因为原则上任何司法权力(无论是法院权力还是主管机构的权力)都可以根据适当的上诉程序接受审查。

51. 一个国家集团建议作出重大修正。<sup>133</sup> 第一项修正涉及条款草案的标题,认为应该将“拟被驱逐的外国人的拘留条件”改为“拘留拟被驱逐的外国人”。倘若第19条草案的范围超越了严格意义上的拘留条件问题,那么特别报告员并不反对采纳提出的建议。第二项拟议的修正案是要起草一个新的第1款,读作:

“拘留只有在为准备或执行驱逐程序而有必要时才能进行,特别是外国人有逃逸或试图躲避或阻碍驱逐的情况。如果对特定案件可以有效地适用强制力较低的措施,就不得采用拘留方式。”

<sup>129</sup> 奥地利, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节,关于第19条草案的评论;刚果,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第46段;萨尔瓦多,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第45段;德国,同上,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第102段和A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节,关于第19条草案的评论;荷兰,同上;秘鲁,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第91段;以及大韩民国, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节,关于第19条草案的评论。

<sup>130</sup> 比利时, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节,关于第19条草案的评论;加拿大,同上;萨尔瓦多,同上;以及荷兰,同上。

<sup>131</sup> 联合王国,同上,第4段。

<sup>132</sup> 同上。

<sup>133</sup> 欧洲联盟,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第61段;以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论,第18段。

根据这一修正案,应删除现有的第1款(b)项,并对现有的第2款(b)项进行修正,增加“或任何行政当局,其决定需接受有效的司法审查”一语。尽管这项提议的想法很有吸引力,但是实际执行中可能会对驱逐国造成太大的困难,因为该国将不得不就每一拘留案例证明拘留对于准备和执行驱逐程序而言是有必要的,特别是对于“外国人具有逃逸或试图躲避或阻碍驱逐的情况”更是如此。特别报告员认为,为此目的,最好还是由国家来决定是否对拟被驱逐的外国人实行拘留,而不必履行在这方面的义务。

52. 同一国家集团建议添加一个第19条草案之二,题为“拟被驱逐的外国人的拘留条件”,<sup>134</sup>阐明拟被驱逐的外国人应当享有的一系列权利。但这些国家忘了,这些权利是以欧洲的实践为依据的,并未明确载列于实在法,而且国家在这一专题上的实践千差万别、相互冲突,因此很难确定可能显示这一问题的法律逐渐发展的趋势。很难为这样的规则找到依据,根据这些规则,“被羁押待驱逐的外国人通常应安置在专为此目的而指定的设施中”,设施应当“干净……为所涉人员提供[……]足够的居住空间”(第1款);或被拘留者有权接触“医生[和]非政府组织”(第3款);儿童有权接受“教育”,以及有权“参与适合其年龄的游戏和娱乐活动”(第6款);或享有“玩耍和进行与年龄相符的娱乐活动”;与父母分离的儿童有权“在配备人员和设施的机构中拥有考虑到其同龄人需求的住处”(第6款)。

## 第20条 尊重家庭生活权的义务

53. 无论是关于第20条草案是属于编纂还是法律逐渐发展的问题,<sup>135</sup>还是一国所建议的对这条草案进行修正“以便更好地体现普世文书所载列的权利和义务”,<sup>136</sup>对这两个问题的答案都可以在评注中找到。有个国家呼吁对这条草案持谨慎态度,<sup>137</sup>另有一国要求将之否决,<sup>138</sup>这些都是出自本国的考虑,而不是来自实在国际法或为实践所确立的趋势的论据。有个

<sup>134</sup> 欧洲联盟,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第62段;以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论,第18段。

<sup>135</sup> 丹麦(代表北欧国家),《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第47段。

<sup>136</sup> 澳大利亚, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), C节,关于第20条草案的评论。

<sup>137</sup> 加拿大,同上。

<sup>138</sup> 马来西亚,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第109段。

国家拟议的修改也是属于这种情况，它要求将“保持国家利益和当事外国人利益的公正平衡”的表达替换为：

“在民主社会中为国家安全、公共安全或国家经济福祉，为预防骚乱或犯罪、为保护健康或道德、或为保护他人的权利与自由。”<sup>139</sup>

出于保持前后连贯的考虑，有人还建议将第20条放到第19条之前。特别报告员认为这两条无论孰先孰后，都不会影响条款草案的前后连贯性。

### 第21条 离境前往目的地国

54. 一些国家<sup>140</sup>表示明确支持第21条草案。另一些国家尽管赞同该条草案，但也表达了各种意见或倾向，只是未就此拟议出修正建议。<sup>141</sup>然而，一个国家<sup>142</sup>完全拒绝该条草案，甚至不将其作为一种逐渐发展法律的活动，认为出于国家政治原因这引起了“重大关切”。该国希望“保持强制驱离的灵活性，通过限制条件确保此类个人不能合法返回[该国]”。<sup>143</sup>特别报告员已经注意到这种希望。不过，有关国家“不认为现有国际法中存在支持该条草案的明确依据”<sup>144</sup>并不意味着该条草案在现有法律秩序中没有任何依据，委员会在该条草案的评注中已表明了这一点。最后，拟议的修正建议使该条草案优先于<sup>145</sup>或“更明确地促进自愿离境”，<sup>146</sup>似乎不仅忽略了第1款的措辞，而且也让该条草案承担起应由国家负责的事情，因为每个国家都能够根据其国内政策和法律采取这方面的行动。

<sup>139</sup> 萨尔瓦多，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第20条草案的评论，第7段。

<sup>140</sup> 匈牙利，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第51段；葡萄牙，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第60段；俄罗斯联邦，同上，第34段；另见澳大利亚，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第3段，更希望该条仅“作为国内法律和政策的指南”。

<sup>141</sup> 希腊，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第22次会议(A/C.6/67/SR.22)，第25段；以及秘鲁，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第92段。

<sup>142</sup> 联合王国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第21条草案的评论。

<sup>143</sup> 同上。

<sup>144</sup> 同上。

<sup>145</sup> 荷兰，同上。

<sup>146</sup> 欧洲联盟，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第63段；以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论，第21段。

### 第22条 拟被驱逐外国人的目的地国

55. 一个国家集团认为第22条草案“不仅有益，而且在法律上也是正确的”。<sup>147</sup>其他一些国家也就该条草案提供了评论，但都不是实质性的，也没有对该条草案提出质疑。例如，有国家提出该条草案应该“明确规定须符合……第6条草案……、第23条草案……和第24条草案”<sup>148</sup>所述条件的制约。这项建议是多余的，因为正如上文对类似意见的答复所述，条款草案是一个整体，必须作为整体来理解。一些国家还批评第22条草案没有“提到运送的经费问题，也没有具体说明哪一方承担驱逐费用”，<sup>149</sup>而忘记了各国对此问题有自己的做法；无论如何，这些条款草案都不能管制这类属于每个国家管辖范围的问题。有国家还建议删除第1款中有关目的地国选择的“酌情”二字，因为外国人的请求“总是应当加以考虑”。<sup>150</sup>这忽略了在实践中，如果外国人的选择或要求在任何情况下都成为首要考虑因素，那么驱逐程序就可能陷入瘫痪。也有国家认为，必须一贯征得目的地国同意：<sup>151</sup>这样的要求在某些情况下可能会成为驱逐的真正障碍。有国家建议在评注中明确表示“第2款不构成接纳外国人的法律义务”，<sup>152</sup>但这项建议已经反映在评注中，因为委员会在一读审议有关条款草案时已经表达了这一立场。最后，一个国家集团提出对第1款进行修正，在“被驱逐至”后增加“和被重新接收至”的内容，<sup>153</sup>这似乎并不合适，因为接收(以及重新接收)的义务已列入《公民及政治权利国际公约》第12条第4款，其中指出：“人人进入其本国之权，不得无理褫夺”。此外，第22条草案第1款的评注回顾了国籍国有“根据国际法有接收其侨民的义务”。<sup>154</sup>

<sup>147</sup> 丹麦(代表北欧国家)，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第46段。

<sup>148</sup> 南非，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第80段。

<sup>149</sup> 秘鲁，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第93段。

<sup>150</sup> 南非，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第80段。

<sup>151</sup> 南非，同上；另见古巴，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第41段。

<sup>152</sup> 奥地利，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第22条草案的评论。

<sup>153</sup> 欧洲联盟，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第64段。

<sup>154</sup> 《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第22条草案的评注第(1)段。



### 第23条 不将外国人驱逐至其生命或自由 会受到威胁的国家的义务

56. 评论该条草案的国家众说纷纭，但没有出现任何主导立场。一国呼吁将不驱回义务扩大到被驱逐的外国人要保持审慎；<sup>155</sup> 另一国批评扩大不适用死刑国家的定义，这“可能会对一国的驱逐权产生没必要的限制”。<sup>156</sup> 还有些国家认为，第1款<sup>157</sup> 和第2款<sup>158</sup> 的规定没有国际法依据；而另一个国家认为这条规则构成了法律的逐渐发展；<sup>159</sup> 一个国家集团建议将其删除。<sup>160</sup> 另一方面，一国认为该条草案的措辞“不足以保障被驱逐者的生命，因为有关国家可能无法兑现作出的保证”，而且“该条草案应建立不履行这项义务所应承担的国际义务和责任”。<sup>161</sup> 另一个国家集团不反对第23条草案，仅建议应当更精确地阐述第2款，“以避免造成普遍禁止把外国人驱逐到实行死刑国家的印象”。<sup>162</sup> 然而，该集团的一个成员国建议第23条草案第1款应与第6条草案协调一致。<sup>163</sup> 特别报告员建议起草委员会研究这两条草案的统一问题。

57. 有一项修正案建议在第1款结尾处增加以下字句：

“除非有正当理由认为该人危害所在国安全，或除非该人已被最终判定犯有特别严重罪行，对该国社会构成危险。”<sup>164</sup>

该修正案将取消第1款给予的保护，而第1款并不意味着普遍禁止驱逐——即使是在所列的情况下；因为即使是属于这种情况的外国人，国家照样可以驱逐

<sup>155</sup> 澳大利亚，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第2段；以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第23条草案的评论。

<sup>156</sup> 大韩民国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第121段。

<sup>157</sup> 加拿大，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第23条草案的评论。

<sup>158</sup> 新加坡，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第104段。

<sup>159</sup> 中国，同上，第54段。

<sup>160</sup> 丹麦(代表北欧国家)，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第50段。

<sup>161</sup> 秘鲁，同上，第94段。

<sup>162</sup> 欧洲联盟，同上，第65段；以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论，第24段。

<sup>163</sup> 法国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第101段。

<sup>164</sup> 大韩民国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第23条草案的评论。

该人，只不过要将其驱逐到不会由于所列的某种原因而受到威胁的国家。此外，各国对第23条草案表示的大多数关切问题已在委员会得到了广泛讨论并在评注中进行了处理。

### 第24条 不将外国人驱逐至会使其面临酷刑或残忍、 不人道或有辱人格之待遇或处罚的国家的义务

58. 一些国家明确支持第24条草案，<sup>165</sup> 一国认为它改进了以前的版本，<sup>166</sup> 另一国建议考虑对个人或以个人身份行事的群体适用该条规定的可能性。<sup>167</sup> 另一方面，一国反对把不驱回义务扩大到有切实可能受到“有辱人格”待遇的情况，因为这会导致过于宽泛地解释这项义务。<sup>168</sup> 第24条草案的评注解释了这一扩大的原因和法律依据。最后，一国指出第24条草案和第6条草案在措辞上存在差别，其不同之处在于第24条草案假定“有充分理由相信”。该国想知道这种差异的原因。<sup>169</sup> 正如第23条草案的情况，特别报告员建议起草委员会研究这两条草案的一致性。

### 第26条 拟被驱逐的外国人的程序性权利

59. 虽然一些国家在评论中批评第26条草案中的有些规定未曾体现在国际法中，而另一些规定尚属于国际法的逐渐发展，但是令人惊讶的是，就该条款草案所述的程序性权利提出的意见和修正建议大多都是根据拟议法(*de lege ferenda*)提出的。例如，某国家集团建议对该条草案进行修正，以明确指出收到通知的权利是指“书面通知”，并在此基础上增加收到“关于可用的司法救济信息”的权利。<sup>170</sup> 另有一国建议在第1款(d)项结尾处增加如下内容：“，包括可以请求采取强制令形式的临时措施，在程序取得结果之前防止外国人受到驱逐”。<sup>171</sup> 这些国家都没有就其批评或

<sup>165</sup> 秘鲁，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第95段；葡萄牙，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第60段；以及西班牙，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第115段。

<sup>166</sup> 葡萄牙，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第60段。

<sup>167</sup> 西班牙，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第115段。

<sup>168</sup> 加拿大，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第24条草案的评论。

<sup>169</sup> 奥地利，同上。

<sup>170</sup> 欧洲联盟，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第66段；以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论，第25-29段。

<sup>171</sup> 荷兰，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第26条草案的评论，第2段。

拟议的修正案提供国际法依据。还有国家要求明确指出该条第1款所列的拟被驱逐的外国人的程序性权利清单“应被理解为是外国人应享有的最基本权利”：<sup>172</sup>这种提法没有法律依据；不过，该条草案在第2款中已经指出此类权利不妨碍其他同类性质的权利。虽然各国迅速回顾了接纳外国人属于国家的特有主权这一点，且驱逐外国人的法律机制不应成为一国对非法位于其境内的移徙者进行驱逐的障碍，但令人惊讶的是，某些国家认为“规定非法位于一国境内6个月(这是任意确定的一个期限)的外国人不享有任何程序性权利，这是不可接受的”。<sup>173</sup> 尽管委员会赞同“驱逐国应当尊重某些起码的程序性权利，无论该外国人的情况如何”，<sup>174</sup> 但是需要解释的是，在委员会看来，非法位于一国境内不足6个月的外国人不属于驱逐机制的范畴，而属于准予入境或不入境的范围。

60. 各国的某些评论和意见反映的更多的是本国的偏好，而不是实在国际法，甚至不是实践趋势，例如要求删除第1款(f)项，因为“免费提供口译员将带来深远的预算经费影响”；<sup>175</sup> 又如建议规定“准许当事人在主管当局面前请人代理，但不是享有这样的权利”。<sup>176</sup> 有些国家<sup>177</sup> 关于拟被驱逐的外国人的领事权利的评论没有说服力，因为对这个问题所表达的关注已经在对第26条草案第3款的评注中得到适当考虑。实际上有个国家承认了这一点，<sup>178</sup> 并希望这些关切在条款草案本身的措辞中得到反映。

61. 一国建议在第26条草案中从结构上区分“有关驱逐的行政阶段的程序性权利和有关司法阶段的程序性权利”：<sup>179</sup> 这个建议从形式上看很有吸引力，

<sup>172</sup> 智利，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第9段。

<sup>173</sup> 法国，同上，第99段；同样，见加拿大，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第26条草案的评论；以及瑞士，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第76段；另见奥地利，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第26条草案的评论，第2段。

<sup>174</sup> 法国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第99段。

<sup>175</sup> 奥地利，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第26条草案的评论，第1段。

<sup>176</sup> 联合王国，同上，第6段。

<sup>177</sup> 奥地利，同上；古巴，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第41段；以及秘鲁，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第96段。

<sup>178</sup> 奥地利，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第82段。

<sup>179</sup> 法国，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第99段。

但在实践中行政和司法两个阶段并不总是容易区分的。行政阶段的行动可能导致进入司法程序，而不妨碍拟被驱逐的外国人可以对实质问题、尤其是驱逐的动机采取救济。另一个国家建议，在该条款草案关于由主管者听讯的权利的第1款(c)项的评注中清楚地指明这项权利是指“在作出决定之前或之后的书面或口头程序期间提出论据的能力”。<sup>180</sup> 特别报告员不反对像指出的那样在评注中加入这样的具体说明。针对有些国家<sup>181</sup> 就这一点表达的关切，还应在对第1款(a)项的评注中明确指出，驱逐决定的通知应以书面形式做出。

### 第27条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力

62. 有些国家坚决反对第27条草案的规定，要求予以删除。<sup>182</sup> 这些反对的理由是多种多样的，包括：“可能不当地限制国家主权”；<sup>183</sup> “将会使得驱离外国人几无可能”；<sup>184</sup> 一个国家集团称，其法律没有规定暂停效力，承认这种效力“可能会被视为鼓励滥用上诉程序”；<sup>185</sup> 另有一国认为这“也是不能接受的，因为它在没有统一或趋同的国家实践起码的基础上构成了一个逐步发展情况”。<sup>186</sup> 还有一些国家以更限制性的方式表达了对该条草案的不赞成。例如有意见认为暂停效力“不应是自动的”而且“在某些高度敏感的情况下，特别是在以国家安全为由的驱逐中，就

<sup>180</sup> 比利时，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第26条草案的评论。

<sup>181</sup> 奥地利，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第82段；欧洲联盟，同上，第66段，以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论，第25-29段；以及西班牙，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第114段。

<sup>182</sup> 欧洲联盟，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第67段，以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论，第30-32段；伊朗伊斯兰共和国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第11段；荷兰，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第27条草案的评论；以及大韩民国，同上。

<sup>183</sup> 大韩民国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第27条草案的评论。

<sup>184</sup> 荷兰，同上。

<sup>185</sup> 欧洲联盟，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第67段；以及载于一份油印件、现由法律事务厅编纂司存档的书面评论，第30-32段；另见本着同样的精神，荷兰，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第27条草案的评论。

<sup>186</sup> 伊朗伊斯兰共和国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第11段。



不能适用这一暂停效力”；<sup>187</sup> 以及“将这项暂停效力的规定扩大到所有反对驱逐决定的上诉是不适度的”；<sup>188</sup> “该问题的复杂性以及不同国家条例和做法的差异引发了保留该条款草案是否有充分法律依据的疑问”；<sup>189</sup> 且“各国国内法律在这一问题上做法各不相同，因此应该慎重对待；应当仔细研究各国做法，并对拟议规范的法律性质作出总体评估”。<sup>190</sup> 总而言之，共同的论据是在这个领域没有充分的实践。<sup>191</sup>

63. 针对这些反对这项条款草案的立场或由其引发的一些保留态度，只须回顾委员会在评注中明确讲到，合法处于驱逐国境内的外国人就一项驱逐决定提起上诉而产生的暂停效力属于这方面法律的逐渐发展。

64. 对其他就第27条草案发表意见的国家而言，应当规定暂停效力原则的例外情况：例如，在遵守不驱回原则的情况下<sup>192</sup> 或者“在外国人可合理说明在目的地国其生命或自由面临风险、或面临受虐待风险时提出的上诉”；<sup>193</sup> 或者“在公共秩序或安全受到威胁时”。<sup>194</sup> 因此，草案应予以“修正，写入一些例外，条件是这种例外要尊重每个人得到有效补救的权利”。<sup>195</sup>

65. 还有些意见涉及某些国家希望条款草案予以探讨的问题：明确在国际性法院的暂停效力；<sup>196</sup> 拟被驱逐的外国人可由第三方代其提起上诉的可能性；<sup>197</sup> 或仅允许合法位于驱逐国的外国人享有上诉的暂停效力。<sup>198</sup> 如委员会在对该条款草案的评注中指出的，尽管有些国家有这样的希望，若干国家的实践也曾如此暗示，但委员会没有据此再进一步，而是按

照国际法的当前趋势和某些国家立法，将自身工作限于在国际法的逐渐发展方面显得比较合理的内容。

66. 提出了两条修正建议，其一是在第27条草案起始处加入：“如果执行驱逐决定可能造成不可挽回的损害或难以通过最后决定予以赔偿”。<sup>199</sup> 委员会可以对这项建议加以认真研究；在这种情况下，特别报告员的观点是要研究的案文应到“不可挽回的损害”处即止。第二条修正建议旨在减轻暂停效力规则的法律效力，称对驱逐决定提起的上诉“可在法律规定的情形下，对该决定产生暂停效力”。<sup>200</sup> 这样的修正会让这项规则失去任何国际影响力，因为该条款草案将被消减为一条仅提及国内法的条款。

### 第29条 重新准入驱逐国

67. 一国认为第29条草案的措辞过于宽泛，原因是它规定“主管当局确定驱逐非法的每一个案例都包含‘返回权’”。<sup>201</sup> 但正如该条草案的评注内容所示，这种“返回权”受到大量条件和严格限制的约束。另一个国家指出，在国际法中，一名其驱逐被视为非法的外国人没有准入的权利，<sup>202</sup> 委员会对这一点非常了解，因为委员会已在其对本条草案的评注中明确指出，这是一种国际法逐渐发展的做法。同样的答复也适用于认为在这一领域（正如第27条草案所涉领域一样）国家实践不足的国家，<sup>203</sup> 因为假如已经存在充足或者明确确立的惯例，这将是一个编纂问题而不是逐渐发展问题。有一个国家相当令人费解地建议将第29条草案的适用范围限于“合法位于相关国家境内的外国人”，<sup>204</sup> 而且建议应删除本条草案，理由是“是否允许被驱逐的外国人重新进入其领土是一个国家的主权，即使一主管当局已经确定驱逐为非法”。<sup>205</sup> 特别报告员回顾，各国必须遵守其国际义务。至于将本条草案的适用范围限制于合法位于驱逐国境内的外国人，这恰恰是该条草案的评注第(2)段中所指出的内容。最后，有一条修正建议提出在第1款

<sup>187</sup> 法国，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第100段。

<sup>188</sup> 联合王国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第27条草案的评论，第3段。

<sup>189</sup> 西班牙，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第113段。

<sup>190</sup> 波兰，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第71段。

<sup>191</sup> 印度，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第18段。

<sup>192</sup> 奥地利，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第83段；以及瑞士，同上，第77段。

<sup>193</sup> 瑞士，同上。

<sup>194</sup> 奥地利，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第27条草案的评论。

<sup>195</sup> 德国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第103段。

<sup>196</sup> 白俄罗斯，同上，第110段。

<sup>197</sup> 智利，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第9段。

<sup>198</sup> 罗马尼亚，同上，第88段。

<sup>199</sup> 萨尔瓦多，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第27条草案的评论，第8段。

<sup>200</sup> 加拿大，同上。

<sup>201</sup> 德国，同上，关于第29条草案的评论。

<sup>202</sup> 加拿大，同上。

<sup>203</sup> 印度，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第18段。

<sup>204</sup> 大韩民国，同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第119段。

<sup>205</sup> 大韩民国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第29条草案的评论。

“一个主管当局[……]”之前应加上“该国的”字样。<sup>206</sup> 这样的建议将大大限制有关当局的范围，从而违背了该条规定的精神，正如该条草案的评注所指出的，本条规定将国际性法院纳入了关于本专题的主管当局之中。

### 第30条 保护拟被驱逐的外国人的财产

68. 三个国家就本条草案发表了意见：一国明确支持；<sup>207</sup> 另一国要求在“条款草案本身应反映这一目的”——尽管评注中解释了本条草案的目的；<sup>208</sup> 还有一国拟议了一条修正，在本条草案中加入“确保拟被驱逐的外国人不会被任意剥夺其合法持有的个人财产”一句，以取代目前“保护拟被驱逐的外国人的财产”的措辞，而后者更加简洁，范围也更宽泛。<sup>209</sup> 两项建议都不可接受。

### 第31条 国家在非法驱逐情况下的责任

69. 在就第31条草案发表评论的四个国家中，两个认为其多余，<sup>210</sup> 一个毫无保留地支持，<sup>211</sup> 一个“在各条款草案都反映现有国际法律义务的情况下”同意

<sup>206</sup> 荷兰，同上。

<sup>207</sup> 摩洛哥，同上，关于第30条草案的评论。

<sup>208</sup> 加拿大，同上。

<sup>209</sup> 联合王国，同上，第3段。

<sup>210</sup> 奥地利，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第84段，以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第31条草案的评论；以及南非，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第81段。

<sup>211</sup> 波兰，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第71段。

该条草案。<sup>212</sup> 对此已注意到这些不同的立场，这些立场与本条草案中陈述的规则无关，它们在实在国际法中的存在是没有争议的。

### 第32条 外交保护

70. 如第31条草案的情况一样，一些国家认为在关于驱逐外国人的条款草案中，关于外交保护的这条草案是多余或不必要的。<sup>213</sup> 但是，有一个国家明确支持本条草案。<sup>214</sup> 另一个国家不反对草案，但提议应重新措辞，以表明“针对拟被驱逐的外国人行使外交保护，必然有赖于相关国家对该当事人行使外交保护的现有权利。”<sup>215</sup> 这样的措辞将是多余的，因为别无其他可能。另有一国指出“应考虑做出规定，以解决在解释和执行条款草案规定时出现的纠纷，并强调国际法院在这方面的作用”。<sup>216</sup> 鉴于本条款草案的具体情况，这样一项关于解决争端的条款似乎是多余、甚至是毫不相干的。

<sup>212</sup> 联合王国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第31条草案的评论。

<sup>213</sup> 奥地利，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第84段，以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第32条草案的评论；德国，同上；匈牙利，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第51段；以及南非，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第81段。

<sup>214</sup> 波兰，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第71段。

<sup>215</sup> 联合王国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，C节，关于第32条草案的评论。

<sup>216</sup> 秘鲁，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第97段。

## 第二章

### 特别报告员的最后意见

71. 若干国家就委员会关于驱逐外国人的工作成果的最终形式表达了立场。有几个国家明确支持公约的形式，<sup>217</sup> 而另一个国家则建议“一般性原则声明

或者框架公约”的形式。<sup>218</sup> 与此形成对照的是，其他国家支持不具约束力的文件形式，可以是一套准则、<sup>219</sup>

<sup>217</sup> 白俄罗斯，同上，第111段；刚果，同上，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第48段；秘鲁，以及同上，第18次会议(A/C.6/67/SR.18)，第98段。

<sup>218</sup> 大韩民国，A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷)，B节。

<sup>219</sup> 伊朗伊斯兰共和国，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第20次会议(A/C.6/67/SR.20)，第11段；罗马尼亚，同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第88段；以及泰国，同上，第38段。

准则或(指导)原则、<sup>220</sup> 指导(框架)原则、<sup>221</sup> 一个“总体原则框架”、<sup>222</sup> “最佳做法或政策指南”、<sup>223</sup> “准则或最佳做法”<sup>224</sup> 或“指南”。<sup>225</sup> 有几个国家认为委员会关于本专题工作的最后形式应当在稍后阶段确定,<sup>226</sup> 不过其中一个国家表示倾向于“体现出各国最佳做法的公认准则”。<sup>227</sup> 在一个全球化世界中,本专题具有重要性和敏感性;这类特别具有创造性的新术语会降低委员会关于专题工作最终成果的意义,但也不乏可取之处。然而,它不应致使委员会甚至各国转移对当今国际社会的一个关键现实的注意力,即资金流动不再受限,促进货物流通也是不遗余力,但却正在设立实际或法律上的障碍,妨碍甚至阻止人的流动。

72. 委员会为各国服务。这就是为什么委员会重视它们关于其工作的意见和立场,并尽全力将之纳入考量。然而,应当铭记的是,委员会也是一个国际法专家机构,其使命在其《章程》第1条第1段中已有明确表述:“国际法委员会以促进国际法的逐渐发展和编纂为宗旨。”

73. 因此,应该从这个角度评估委员会提交大会的工作。令人遗憾的是,各国就委员会一读通过的条款草案发表的许多意见给人一种印象,即他们没有阅读条款草案的评注,而评注清楚、全面地解决了几乎所有各国提出的、往往是合理的关切。特别报告员要提请注意评注的重要性,这是解读各类

<sup>220</sup> 澳大利亚,同上,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第4段;加拿大,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第16段;捷克共和国, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), B节;丹麦(代表北欧国家),《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第51段;德国,同上,第99段以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), B节;以及西班牙,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第116段。

<sup>221</sup> 欧洲联盟,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/67/SR.18),第68段;以及新加坡,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第105段。

<sup>222</sup> 葡萄牙,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第60段。

<sup>223</sup> 荷兰,同上,第28段,以及A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), B节。

<sup>224</sup> 希腊,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第22次会议(A/C.6/67/SR.22),第26段。

<sup>225</sup> 联合王国, A/CN.4/669和Add.1号文件(载于本卷), B节。

<sup>226</sup> 以色列,《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第37段;以及马来西亚,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第108段。

<sup>227</sup> 以色列,同上,第20次会议(A/C.6/67/SR.20),第37段。

条款草案的一种基本手段,也是了解委员会的做法、核查每条草案法律依据的一个必不可少的方法工具。

74. 委员会的议程上很少有专题像驱逐外国人那样有一个坚实的国际法基础。关于这一专题各个方面的国家实践自十九世纪末以来不断发展,而且一些国际条约中载有与这一专题各个方面相关的规定。作为编纂国家对国际不法行为的责任以及编纂外交保护之基础的大量判例法,都涉及关于驱逐外国人的案件。最近,国际法院于2010年11月30日就迪亚洛案作出的判决重申了这一司法判例基础,并就这一实在法进行了多点澄清。<sup>228</sup>

75. 一些国家政府由于其本国原因对这一专题持有保留意见是可以理解的。但是,这不能作为暗示甚至宣称条款草案没有国际法依据的理由。若干国家强调条款草案必须基于国家实践。这项意见在委员会内部得到广泛赞同,委员会一向以国家实践为基础开展工作,同时保留在必要时开展国际法逐渐发展工作的选择。在审议本专题时,委员会明确指出条款草案的某些规定相当于逐渐发展而不是严格意义上的编纂,如上文回顾,所有这些都完全符合其任务。

76. 一读通过的条款草案所基于的是国家权利和拟被驱逐的外国人权利之间的平衡,对前者条款草案重申了国家在准入和驱逐外国人方面的主权,对后者条款草案主要根据国际法和一些国家实践中的主要趋势,给予了拟被驱逐的外国人更大的保护。特别报告员认为,非常需要继续保持这种委员会内部经过长时间讨论才达到的平衡,并考虑到各国就本专题各个方面所表达的趋同观点。在这方面,可以让委员会感到欣慰的是,一位当代国际法理论的杰出代表对委员会的工作做出了积极评价,他写道:

关于驱逐外国人的条款草案以一种冷静和平衡的方式,成功地阐明了相关法律制度及其所有含义。委员会既没有采取纯粹的保守方法,也没有漠视国家主权的所有传统要素。总体而言,该草案浸透着一种开明的现代主义精神,重视法治和人权但又不将它们置于任何其他公共利益考虑之上。因此,草案获得国际社会最终认可的机会可以说是非常高。<sup>229</sup>

<sup>228</sup> 艾哈迈德·撒迪奥·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年国际法院汇编》,第639页。

<sup>229</sup> Tomuschat, “Expulsion of aliens: the International Law Commission draft articles”, 第662页。

77. 无论如何，特别报告员希望委员会完成关于这一专题的工作，二读通过关于驱逐外国人的条款草案，但须根据委员会在收到各国的评论和意见之后对条款草案包括其评注提出的建议进行修正。在这方面，特别报告员绝不想预先判定大会要让条款草案采用何种形式。正如对委员会提交的任何工作

的最后结果一样，各国对这一专题拥有最终决定权。因此，正如一国代表在2012年11月第六委员会讨论期间所指出的那样，最好是“开放所有备选方案”，<sup>230</sup> 尽管特别报告员倾向于采用公约的形式。

<sup>230</sup> 新加坡，《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/67/SR.19)，第105段。



# 驱逐外国人

[议程项目2]

A/CN.4/669和Add.1号文件

各国政府的评论和意见

[原文：英文、法文、俄文和西班牙文]

[2014年3月21日和10月1日]

## 目 录

	页 次
本文件引用的多边文书.....	25
导言.....	段 次 1-2 26
各国政府的评论和意见.....	26
A. 一般性评论.....	26
澳大利亚.....	26
加拿大.....	27
古巴.....	27
丹麦(代表北欧国家).....	27
萨尔瓦多.....	27
荷兰.....	28
大韩民国.....	28
俄罗斯联邦.....	28
联合王国.....	29
美国.....	29
B. 条款草案的最终形式.....	29
澳大利亚.....	29
捷克共和国.....	30
丹麦(代表北欧国家).....	30
德国.....	30
荷兰.....	30
大韩民国.....	30
联合王国.....	30
美国.....	30
C. 针对条款草案的具体评论.....	30
第一部分. 一般规定.....	30
第1条 范围.....	30
澳大利亚.....	30
德国.....	30
摩洛哥.....	31
俄罗斯联邦.....	31
联合王国.....	31
美国.....	31

	页次
第2条 用语.....	31
奥地利 .....	31
加拿大 .....	31
古巴 .....	31
丹麦(代表北欧国家).....	31
德国 .....	31
大韩民国 .....	32
联合王国 .....	32
美国 .....	32
第3条 驱逐权.....	33
加拿大 .....	33
古巴 .....	33
大韩民国 .....	33
美国 .....	33
第4条 符合法律规定的要求.....	33
萨尔瓦多 .....	33
俄罗斯联邦 .....	34
联合王国 .....	34
第5条 驱逐的理由.....	34
澳大利亚 .....	34
加拿大 .....	34
萨尔瓦多 .....	35
大韩民国 .....	35
联合王国 .....	35
美国 .....	35
第二部分. 禁止驱逐的情况 .....	35
第6条 禁止驱逐难民.....	35
澳大利亚 .....	35
加拿大 .....	36
丹麦(代表北欧国家).....	36
萨尔瓦多 .....	36
大韩民国 .....	37
美国 .....	37
第7条 禁止驱逐无国籍人.....	38
加拿大 .....	38
古巴 .....	38
美国 .....	38
第8条 具体关于驱逐难民和无国籍人的其他规则.....	38
萨尔瓦多 .....	38
大韩民国 .....	38
美国 .....	38
第9条 仅为驱逐的目的剥夺国籍.....	38
联合王国 .....	38
美国 .....	39
第10条 禁止集体驱逐.....	39
澳大利亚 .....	39
萨尔瓦多 .....	39
德国 .....	39
大韩民国 .....	39
联合王国 .....	39
美国 .....	40

	页次
第11条 禁止变相驱逐.....	40
奥地利.....	40
加拿大.....	40
德国.....	40
荷兰.....	40
大韩民国.....	40
联合王国.....	40
美国.....	41
第12条 禁止以没收财产为目的进行驱逐.....	41
俄罗斯联邦.....	41
第13条 禁止为规避引渡程序而诉诸驱逐.....	42
加拿大.....	42
捷克共和国.....	42
美国.....	42
第三部分. 保护拟被驱逐的外国人的权利.....	43
第一章 一般规定.....	43
第14条 尊重拟被驱逐的外国人的尊严和人权的义务.....	43
加拿大.....	43
萨尔瓦多.....	43
荷兰.....	43
联合王国.....	43
美国.....	43
第15条 不歧视的义务.....	44
加拿大.....	44
丹麦(代表北欧国家).....	44
萨尔瓦多.....	44
荷兰.....	44
联合王国.....	44
美国.....	44
第16条 弱势人员.....	45
古巴.....	45
萨尔瓦多.....	45
摩洛哥.....	45
美国.....	45
第二章 在驱逐国所要求的保护.....	46
第17条 保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务.....	46
奥地利.....	46
联合王国.....	46
美国.....	46
第18条 禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚.....	46
奥地利.....	46
第19条 拟被驱逐的外国人的拘留条件.....	46
奥地利.....	46
比利时.....	46
加拿大.....	46
古巴.....	46
丹麦(代表北欧国家).....	46
萨尔瓦多.....	47
德国.....	47
荷兰.....	47
大韩民国.....	48

	页次
联合王国 .....	48
美国 .....	48
第20条 尊重家庭生活权的义务 .....	49
澳大利亚 .....	49
加拿大 .....	49
古巴 .....	49
萨尔瓦多 .....	49
大韩民国 .....	50
美国 .....	50
第三章 与目的地国有关的保护 .....	51
第21条 离境前往目的地国 .....	51
丹麦(代表北欧国家) .....	51
荷兰 .....	51
联合王国 .....	51
美国 .....	51
第22条 拟被驱逐的外国人的目的地国 .....	51
奥地利 .....	51
古巴 .....	51
丹麦(代表北欧国家) .....	51
荷兰 .....	52
美国 .....	52
第23条 不将外国人驱逐至其生命或自由会受到威胁的国家的义务 .....	52
澳大利亚 .....	52
加拿大 .....	52
丹麦(代表北欧国家) .....	52
荷兰 .....	53
大韩民国 .....	53
联合王国 .....	53
美国 .....	53
第24条 不将外国人驱逐至会使其面临酷刑或残忍、不人道或有辱人格之待遇或处罚的国家的义务 .....	54
奥地利 .....	54
加拿大 .....	54
古巴 .....	54
大韩民国 .....	54
美国 .....	54
第四部分. 具体程序规则 .....	55
第26条 拟被驱逐的外国人的程序性权利 .....	55
澳大利亚 .....	55
奥地利 .....	55
比利时 .....	55
加拿大 .....	55
丹麦(代表北欧国家) .....	55
萨尔瓦多 .....	56
荷兰 .....	57
大韩民国 .....	57
俄罗斯联邦 .....	57
联合王国 .....	57
美国 .....	58
第27条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力 .....	58
奥地利 .....	58
加拿大 .....	58
丹麦(代表北欧国家) .....	58
萨尔瓦多 .....	58
德国 .....	59
荷兰 .....	59
大韩民国 .....	59



	页次
联合王国 .....	59
美国 .....	60
第28条 个人申诉程序 .....	60
古巴 .....	60
联合王国 .....	60
美国 .....	60
第五部分. 驱逐的法律后果 .....	60
第29条 重新准入驱逐国 .....	60
澳大利亚 .....	60
加拿大 .....	61
古巴 .....	61
萨尔瓦多 .....	61
德国 .....	61
荷兰 .....	61
大韩民国 .....	61
俄罗斯联邦 .....	61
美国 .....	61
第30条 保护拟被驱逐的外国人的财产 .....	62
澳大利亚 .....	62
加拿大 .....	62
摩洛哥 .....	62
联合王国 .....	62
美国 .....	62
第31条 国家在非法驱逐情况下的责任 .....	62
奥地利 .....	62
大韩民国 .....	62
联合王国 .....	62
美国 .....	62
第32条 外交保护 .....	63
奥地利 .....	63
德国 .....	63
联合王国 .....	63
美国 .....	63

### 本文件引用的多边文书

#### 来源

《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日, 罗马)	联合国,《条约汇编》,第213卷,第2889号,第221页。
《保护人权与基本自由公约第7号议定书》[英](1984年11月22日, 斯特拉斯堡)	同上,第1525卷,第2889号,第195页。
《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日, 日内瓦)	同上,第189卷,第2545号,第137页。
《关于无国籍人地位的公约》[英](1954年9月28日, 纽约)	同上,第360卷,第5158号,第117页。
《欧洲居留公约》(附议定书)[英](1955年12月13日, 巴黎)	同上,第529卷,第7660号,第141页。
《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日, 维也纳)	同上,第596卷,第8638号,第261页。
《公民及政治权利国际公约》(1966年12月16日, 纽约)	同上,第999卷,第14668号,第171页。
《经济社会文化权利国际公约》(1966年12月16日, 纽约)	同上,第993卷,第14531号,第3页。
非统组织《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》[英](1969年9月10日, 亚的斯亚贝巴)	同上,第1001卷,第14691号,第45页。
《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969年11月22日, 圣何塞)	同上,第1144卷,第17955号,第123页。

《非洲人权和人民权利宪章》[英](1981年6月27日, 内罗毕)	同上, 第1520卷, 第26363号, 第217页。
《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)	同上, 第1465卷, 第24841号, 第85页。
《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。
《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)	同上, 第2220卷, 第39481号, 第3页。
《欧洲委员会关于犯罪收益的清洗、搜查、扣押和没收问题以及资助恐怖主义问题的公约》[英](2005年5月16日, 华沙)	同上, 第2569卷, 第45796号, 第91页。
《残疾人权利公约》(2006年12月13日, 纽约)	同上, 第2515卷, 第44910号, 第3页。
《阿拉伯打击洗钱和资助恐怖主义公约》[法](2010年12月21日, 开罗)	阿尔及利亚, <i>Journal Officiel</i> , 第55号, 2014年9月23日(法)。

## 导 言

1. 国际法委员会在第六十四届会议(2012年)上一读通过了关于驱逐外国人专题的条款草案。<sup>1</sup> 委员会还决定按其章程第16至第21条, 通过秘书长向各国政府转递该条款草案, 以供其发表评论和意见, 并请各国政府在2014年1月1日前将此类评论和意见提交秘书长。秘书长于2012年10月18日向各国政府发出照会, 转交了该套条款草案及其评注, 并于2013年4月22日发出了催复照会。大会也在2012年12月14日第67/92号决议第6段中提醒各国政府注意就条款草案及评注向委员会提出评论和意见的重要性。

<sup>1</sup>《2012年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第41-45段。关于条款草案及其评注, 见同上, 第46段。

2. 截至2014年6月12日, 澳大利亚(2014年1月21日)、奥地利(2014年1月13日)、比利时(2013年12月17日)、加拿大(2014年1月8日)、古巴(2014年3月7日)、捷克共和国(2013年12月31日)、丹麦(代表北欧国家)(2014年6月12日)、萨尔瓦多(2013年12月20日)、德国(2013年12月30日)、摩洛哥(2014年1月8日)、荷兰(2014年1月20日)、大韩民国(2014年1月20日)、俄罗斯联邦(2014年4月9日)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(2014年1月8日)和美利坚合众国(2014年3月7日)提交了书面答复。这些国家政府的评论和意见转载于下文, 按主题排列, 先是一般性评论, 随后是针对具体条款草案的评论。

## 各国政府的评论和意见

### A. 一般性评论

#### 澳大利亚

1. 条款草案是对国际法中现有驱逐外国人规则的陈述, 就这一意义而言, 澳大利亚认为委员会在巩固相关国际法方面开展的工作将切实成为各国履行国际义务以及制订国内法律和政策的指南。

2. 澳大利亚致力于在对待外国人方面提供一个可预测、透明且尊重人权和尊严的法律制度。澳大利亚赞扬列入体现这些原则的条款草案。在这方面, 澳大利亚尤其欢迎关于对待外国人时讲人道和尊重人格尊严的第14条第1款草案, 以及推动成为驱逐对象的外国人自愿离境的第21条第1款草案。

3. 不过, 澳大利亚认为条款草案在某些方面提出了新的原则, 这些新原则并没有反映国际法或国家实践的现状。

4. 因此, 澳大利亚建议委员会在合并现有原则或是朝着新方向扩展既定概念时保持克制。对于条款草案参照其他条约现有规定的情况, 澳大利亚建议委员会尽可能精确地反映以往商定的用语。

#### 加拿大

1. 对于条款草案的法律地位和宗旨应作出说明。鉴于该领域现有国家实践、先例和法理并不一致, 加拿大认为条款草案既不是国际法的逐渐发展, 也不是对国际法规则的阐述和系统整理。加拿大鼓励

委员会在条款草案开头部分纳入一份明确声明，指出本套条款既不编纂现有国际法，也不重新解释长期存在且众所周知的条约。

2. 条款草案中有多处提到了“一般国际法”规定的义务。这些引述应当说明这一措辞是否包含了习惯国际法和条约法。

3. 这些条款草案的评注中出现了多处对《非居住国国民个人人权宣言》<sup>1</sup>的引述。加拿大反对任何关于该宣言代表习惯国际法的暗示。

<sup>1</sup> 大会1985年12月13日第40/144号决议。

### 古巴

1. 古巴希望重申，就已经或正在遭受驱逐者的人权问题进行编纂是有益的，只要这一编纂是以全面保护已经或正在遭受驱逐者的人权原则为指导，而且不侵犯国家主权。

2. 总体而言，古巴建议列入一条规定在实施驱逐前通知接收国的条款。在这方面，古巴认为最好在条款草案中提及已经或正在遭受驱逐者与对应领事机构代表沟通的权利。

3. 保护已经或正在遭受驱逐者的人权，不应成为国家行使驱逐权的限制。

4. 古巴刑法将驱逐外国人作为一种附加处罚，由实施处罚的法庭依照《刑法典》(1987年12月29日第62号法律，经1999年12月16日第87号法律修正)第28条第3款(i)项的规定，适用于个人。该《法典》第46条第1款规定，当主管法庭认定，根据罪行性质、犯罪情形或者被告人的个人性格，如果此人继续处于共和国境内会带来危害时，可对其实施驱逐。其中还规定驱逐外国人可作为完成主要处罚后的附加措施，并给予司法部在受处罚的外国人完成主要处罚之前将之驱逐的酌处权，在这种情况下，犯罪人的刑事责任将予取消。

### 丹麦(代表北欧国家)

1. 丹麦注意到条款草案总体上对驱逐外国人领域的各种挑战以及国际法和区域法不同相关机构及其实践做出了有用描述。

2. 此外，丹麦重申任何关于驱逐外国人的公约，只有在基于且清楚地表明一项基本原则，即各国必须重新接纳在另一国家没有合法居留权的本国国民时，才是有意义的。因此，北欧国家强烈支持欧洲联盟对第22条第1款的评论，<sup>1</sup>其中建议加入“和重新接纳”等字以说明接收国重新接纳本国国民的义务。另一项选择可以是加入一条新的条款来说明接收国的义务。

3. 此外，对北欧国家而言，条款草案不适用于引渡是一项关键原则。

4. 丹麦认为有必要澄清条款草案中的术语。在整个条款草案中必须采用明确和一致的语言。

5. 起草的条款草案适用于一国驱逐外国人的情况，其在评论中指出使用“驱逐”一词的原因是该用语足够宽泛，能够涵盖驱逐过程的任何阶段。

6. 然而，第2条(a)项中的定义似乎只与驱逐的决定有关，而与其后执行涉及自愿或强制返回的决定无关。因此北欧国家建议将“驱逐”一词用于驱逐外国人的决定。对于其后强制执行这项决定方面，建议使用“驱离(*removal*)”一词。这是欧洲联盟的遣返指令<sup>2</sup>中一直使用的用语，意指强制执行遣返、即将个人运送至成员国之外的义务。目前的条款草案似乎就这一阶段使用了不同的用语，如第6和第21条使用了诸如“遣返”、“离境”和“强制执行驱逐决定”等措辞。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

<sup>2</sup> 2008年12月16日关于成员国遣返非法居留的第三国国民的共同标准和程序的第2008/115/EC号指令(《欧洲联盟公报》，第L 348号，2008年12月24日，第98-107页)。

### 萨尔瓦多

1. 关于使用的术语，萨尔瓦多建议用“正规/非正规移民身份(*regular/irregular immigration status*)”取代“合法/非法(*lawful/unlawful*)”的措辞，以反映在国际人权法方面取得的进展。事实上，所有人不分国籍、种族、宗教或任何其他状况，都自由且平等地享有权利和尊严这一点目前已毋庸置疑，这意味着并不存在“非法”的个人，而只有移民身份根据每个国家的国内法律，可能有正规或不正规之分的人。

2. 同样，应将条款草案通篇中的“外国人(*alien*)”一词改为“*alien person*”，以确保在使用包

容性措辞方面的一致性。例如,《残疾人权利公约》中倾向于使用的用语就是“残疾人(*persons with disabilities*)”。

3. 此外,关于对条款草案的实质性增补,萨尔瓦多认为最好增加一条明确规定成为驱逐对象的被拘留者享有健康权的条款。健康权是一项广为承认的每个人都拥有的不可剥夺的权利,保障每个人都享有所能获得的关于身体、精神和社会福祉的最高标准。

4. 健康权在拘留环境中有着特殊的含义,因为这项措施本身限制了行动自由,导致个人追求上述福祉变得遥不可及或极其复杂。因此,在这种情况下,国家必须在国际法框架内履行尊重和保障健康权的义务。

5. 为了符合这项要求,仅仅靠国家官员不损害被拘留者的健康权是不够的,还需要以积极的方式通过采取各类不同措施,确保他们享有充分的福祉。

6. 同样重要的是,还必须采取特别措施,满足属于弱势或高危群体的被剥夺自由者的特定健康需求,包括老年人、妇女、儿童、残疾人、艾滋病毒/艾滋病或结核病患者、需要特殊医疗照顾的晚期病人,以及被剥夺自由的、需要生殖健康照顾的妇女。

7. 鉴于上述原因,并考虑到国家的小疏忽本身也会造成对健康权的严重侵犯,应将这一权利纳入条款草案,并给予健康权当前所拥有的宽泛范围。

8. 最后,根据不驱回原则,萨尔瓦多建议增加一项明确规定禁止将已获庇护或正在申请庇护者驱逐到其生命、完整性或人身自由将面临危险的领土,因为如下文所述,这一原则超越了难民地位领域,已属于人权原则的一般范畴。

9. 鉴于许多国家在定义“庇护”和“避难”时使用的术语存在混淆,上述规定就变得更为必要。因此,起草这样一个明确的条款,就可以避免那些在原籍国遭受迫害者仅仅因为与术语有关的问题而导致难民身份得不到确定而失去保护。

荷兰

条款草案的评注显示对当前国家实践已作考虑。委员会在有些情况下认定国家实践各不相同,并将此作为不列入一个相关问题的条款的理由。在另一

些情况下委员会又认为虽然没有足够的国家实践使得引述现有国际法规则成为必要,但仍应当为国际法的逐渐发展纳入一个条款。荷兰敦促重新审视这一处理办法。荷兰认为,国际法在该领域没有逐渐发展的空间,正是因为该领域已编纂了太多的法律,而且这一专题在许多国家具有政治敏感性。

大韩民国

1. 在国家主权与外国人的人权方面,条款草案非常尊重外国人的人权,而且寻求在国家主权与成为驱逐对象的外国人的人权之间达成平衡。然而,有些条款将国家主权利限制到了一个不合理的程度。

2. 在国际法原则、国内法和国际实践方面,值得一提的是,本套条款草案列入了对国际法逐步发展的渐进性规定,反映了地方法院有关人权的裁决或意见。不过,有些条款草案似乎超越了多边条约、一般国际法原则、国内法和国际实践在运作时的权限范围。例如,草案第6条(禁止驱逐难民)、第23条(不将外国人驱逐至其生命或自由会受威胁的国家的义务)和第24条(不将外国人驱逐至会使其面临酷刑或残忍、不人道或有辱人格之待遇或处罚的国家的义务)就是以《关于难民地位的公约》和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》为基础拟订的。然而,条款草案扩大了人员涵盖的范围,同时减少了限制依据,从而实际超出了上述公约的适用范围。

俄罗斯联邦

1. 在关于这个议题的一般做法方面,条款草案本身所涉及的概念引起了若干问题。根据这些条款,拟议的驱逐制度对合法和非法居留在一国的外国人同等适用。俄罗斯联邦的理解是,这些人在一国领土上的居留的法律性质是不同的。

2. 例如,在驱逐问题上,合法居留在一国的外国人主要在其所获得的程序性保障方面享有更大程度上的保护。有关的全球和区域性条约<sup>1</sup>支持这项结论,根据这些条约,“合法”的外国人在驱逐领域获得某些保证。例如,俄罗斯联邦提请注意《保护人权与基本自由公约》第7号议定书第1条,从该条的名称和案文可以看出,该条正式规定的与驱逐有关的程

<sup>1</sup> 例如,《关于难民地位的公约》第三十二条;《公民及政治权利国际公约》第13条;《欧洲居留公约》第3条;以及《保护人权与基本自由公约》第7号议定书第1条。



序性保障措施只适用于明确定义的外国人群体，即合法居住在一国领土的人。

3. 在国际法中找不到类似的对“非法”外国人的做法——在这方面提供给他们保障措施是一般性的，基本上归结于保护人权方面(在驱逐方面尊重家庭生活，不得将外国人驱逐至其可能因种族、宗教或其他从属关系而受到迫害、酷刑或不人道待遇等的国家)。

4. 上述特定情况似乎可以反映到条款草案之中，以期主要在第26条草案所列的程序性保障措施中更清楚地区分“合法”和“非法”居留在一国领土的外国人的法律情况。

5. 从条款草案案文及其评注中可以得出的结论是，“主管当局”一词一般包括驱逐国当局的司法和行政机构。俄罗斯联邦认为此种做法反映了当前关于这个问题的国际和国内实践。

6. 在这方面，似宜在条款草案或关于草案的评注中明确指出对“主管当局”一词的这一理解，以避免产生不同的解读。

7. 例如，国际法院在就艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案作出的判决<sup>2</sup>中分析了刚果民主共和国法律的有关规定，随后认为该国用于作出驱逐决定的现行行政规则(在未经法院听讯情况下根据刚果民主共和国总统或总理的决定)与国际法规范没有分歧。

8. 此外，上述第7号议定书第1条明确规定被驱逐者有权“委托他人在主管当局或主管当局指定者面前作为其代表”。根据第7号议定书的解释性报告，主管机构可以是司法或行政机构。<sup>3</sup>此外，驱逐国的法律可为此制定不同程序并为此指定不同的权力部门。<sup>4</sup>

<sup>2</sup> 艾哈迈杜·撒迪奥·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年国际法院汇编》，第639页。

<sup>3</sup> 欧洲委员会，*Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1984年，斯特拉斯堡)，第13.3段。

<sup>4</sup> 例如，俄罗斯法律有驱逐外国人的司法(行政驱逐)和非司法(递解出境)程序。

## 联合王国

驱逐外国人问题主要由国内法管辖，但需遵守少量相关国际法规则的制约。这些规则源自一些不同

的渊源，不同国家将依照其为缔约方的相关多边协定，在驱逐外国人方面承担不同的国际义务。联合国王国认为，管理和控制跨境移民是各个国家的事情。需要在更广泛的国际义务与国家作为主体以及其对境内居民的保护之间加以平衡。各国的行为应当而且必须符合本国利益。因此，联合国不认为有关这个专题的国际法已得到充分发展或足够连贯一致可供委员会进行编纂。此外，考虑到围绕这些议题的政治和法律敏感性及难点不少，委员会在这个领域作出法律逐渐发展的提议时，应当保持谨慎。

## 美国

1. 美国对条款草案有多项总体关切。首先，该套条款草案不仅试图编纂现有法律，委员会还致力于对涉及多个重大议题的国际法进行逐渐发展。条款草案的关键内容，例如扩大不驱回保护，已经大大偏离获得广泛遵守的人权条约以及国内法和判例。虽然评注中有几次确认了条款草案的某些方面反映了逐渐发展，但这是不够的，而且还给人留下条款草案中所有其他规定都反映了编纂的错误印象。条款草案在同一条规定中合并列入了现有规则的内容以及反映法律逐渐发展的提议的内容，这会导致现有法律规则出现混乱的危险。

2. 其次，虽然美国不反对条款草案中的某些内容，甚至还可能给予支持，但该国并不认为条款草案目前从整体上看已经在处理该领域竞争性利益方面达成了适当的平衡，特别是在倡导为个人提供某些保护的程度上，不恰当地限制了各国控制人员入境和非法居留的特权和责任。

3. 第三，美国仍然怀疑，试图以这种方式强化已经妥为确立而且在广泛批准的人权公约中普遍存在的法律规则，是否明智和有益。这些现行公约，包括载有不驱回规定的各类公约，已经为实现本条款草案的关键目标提供了法律依据。该领域之所以存在不当待遇，大多不是因为缺少法律文书，而是因为这些文书未获遵行。对于这个问题，本条款草案没有、也不可能解决。

## B. 条款草案的最终形式

### 澳大利亚

澳大利亚注意到有关驱逐外国人的国际法体系目前已经很多，而且还将随着跨境流动日益频繁而

继续增多。与相关国际法形成补充的，还有大量确切说来属于各国主权规章范畴的国内法律及政策决定。澳大利亚据此认为，委员会工作的最宝贵之处在于协助各国履行其义务。因此，澳大利亚建议条款草案最好是采用一套体现国际最佳做法的原则或准则的形式，而不是任何一类具有约束力的文书形式。委员会的工作可以以这种方式对巩固该领域的法律和惯例作出有益贡献。

#### 捷克共和国

捷克共和国倾向于将本条款草案作为不具法律约束力的准则加以通过。

#### 丹麦(代表北欧国家)

北欧国家近年来在第六委员会中就此议题发表了评论，并一贯认为不宜将驱逐外国人专题纳入一部公约。驱逐外国人的法律涉及大量详细的区域规则，因此，我们认为委员会当前的工作重点应放在将条款草案转变为框架原则或一般准则上。

#### 德国

本专题的最终形式对德国来说至关重要。德国仍然与那些对本专题是否适合纳入一部公约一再表示怀疑的委员会委员们保持同一看法。该专题不是一个为了发展拟议法规则的专题。它受到大量国内规则和规章的制约。在国际法方面，人权文书已述及这一专题并载有在驱逐的情况下保护个人的相关保证。德国不认为有进一步编纂的必要。作为替代，德国支持关于拟订阐明最佳做法的准则或原则草案的想法。当前的条款草案似乎赞同这一处理办法，因为其中除现有法律义务外，也载有不少最佳做法。

#### 荷兰

荷兰希望重申其关于委员会不应拟订新的人权文书的关切；这些条款草案应当反映已获认可的国际法原则以及这些原则的详细情况和细微差别。荷兰支持将这些条款重新阐述为“最佳做法”或“政策导则”，但反对将其编纂成条约。

#### 大韩民国

一国固然应当在驱逐决定中尊重基本的人权原则，但也可以结合本国利益和政策，在相关决定中行使酌处权。从这个意义上讲，相比将条款草案编

纂成条约，更为合理的做法是采取一般性原则声明或者框架公约的最终形式。

#### 联合王国

联合王国不认为委员会关于该专题的工作成果应当采取条款草案的形式，而是应该至多采取国家指南的形式，即使只作形式上的改变。指南可以在阐述高级原则方面发挥潜在作用，指导各国如何按照其为缔约方的既定国际法在驱逐移徙者问题上作出回应和采取行动。但必须留出国家的主导空间，以反映不同的处理办法以及各个国家所面临的独特挑战。

#### 美国

美国不认为该项目最终应当采取条款草案的形式。鉴于该领域已存在多部多边条约，美国怀疑以该套条款草案为基础商谈一部新公约能够得到多少支持。因此，美国建议委员会考虑将这些条款草案转换为另一种更加恰当的形式，例如原则或准则。如果一定要以条款草案为形式，美国强烈建议在评注的开头部分列入一份明确的说明，指出条款草案实质上反映了对法律逐渐发展的提议，不应将其作为一个整体，按对现有法律的编纂加以利用。

### C. 针对条款草案的具体评论

#### 第一部分

#### 一般规定

#### 第1条 范围

#### 澳大利亚

澳大利亚注意到，按照当前的起草方式，一些条款草案可能会扩展现有的或创造新的国际法义务。在这方面，澳大利亚注意到委员会决定处理合法和非法处于驱逐国境内的外国人问题。澳大利亚虽然认为在条款草案中同时审议这两类外国人是有帮助的，但对这一处理办法有时会导致错误描述国际法中这两类外国人之间的区别表示关切。

#### 德国

德国希望重申其确信第1条草案中所述的条款草案的范围过于宽泛。将合法和非法处于一国境内的这两类外国人列入本条款草案的总体范围且只在两

三种情况下予以区分,似乎是不恰当的。就驱逐而言,给予两类人的权利有太多不同。

#### 摩洛哥

1. 第1条草案的关注的是合法或非法处于一国境内并且成为驱逐对象的外国人。因此,国民被排除在范围之外。条款草案提到了八种禁止驱逐的情况,包括仅为驱逐目的而剥夺国籍。根据第9条草案,“一国不得仅为驱逐目的,通过剥夺国籍使本国国民成为外国人”。这项规定涉及的是一国为驱逐本国国民而剥夺其国籍的情形。

2. 委员会特意说明,在将这种情况纳入禁止驱逐之列时,对一国驱逐本国国民的问题未作考虑,因为这个问题不属于条款草案的范围。在这方面,摩洛哥回顾说,正如剥夺国籍与国民身份之间存在着固有联系并且是特定于国家的行为,无论是驱逐的行为还是驱逐程序都不能撇开其适用的主体身份来考虑:如果国民作为驱逐主体被排除在草案范围之外,为什么他们只是从剥夺国籍这一特定角度被排除在外呢?尽管其后果可能与正在审议的专题相关,纳入这种情况会使得本条款草案的属人适用范围变得含糊不清。

#### 俄罗斯联邦

见上文在一般性评论下所作的评论。

#### 联合王国

联合王国认为对第1条草案的案文和其中定义的范围进行修正和澄清或有好处。根据目前的起草方式,条款草案的范围包括所有外国人,不论他们是合法还是非法地处于联合王国境内。联合王国承认位于其境内的所有外国人都拥有人权受尊重的权利,且各国也有责任通过公正且平衡的流程来权衡个人和国家利益,但联合王国认为对不同移民身份的人采取不同的处理办法和保障措施是合情合理的。

#### 美国

美国对纳入第1条草案第2款表示欢迎。

### 第2条 用语

#### 奥地利

驱逐只能通过正式的政府行为付诸实施。所以,奥地利不同意第2条草案提出的、随后又在第11条

草案中进一步阐述的对“驱逐”一词的目前定义。“或由作为或不作为构成的行为”这一措辞必须删除,因为它尤其会与述及依法作出的决定的第4条草案产生矛盾。

#### 加拿大

1. 加拿大会从第2条草案(a)项对“驱逐”的定义中删除“难民”一词。根据目前的起草方式,“难民”在这一语境中是指适用于“受保护者”、“难民申请者”还是其他人,仍然不清楚。需要澄清条款草案对“驱逐”一词的定义,因为不同的解释可能会产生种种不同的潜在影响。

2. 加拿大希望就第2条草案(a)项中“驱逐”的含义进行澄清,其定义为“可归于一国的正式行为或由作为或不作为构成的行为,一个外国人因此被迫离开该国领土”。加拿大的理解是这一定义因此包括了国家实施的驱逐以及依照国家责任原则可归于国家的驱逐。加拿大希望强调的是,“可归于一国的行为”应当采取与国家对国际不法行为的责任条款草案所述归因方式相同的阈值。<sup>1</sup>

<sup>1</sup>《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第30页,第76段。

#### 古巴

古巴建议在第2条草案(b)项中引述公民身份而非国籍,因为将个人从政治和法律上与一国联系起来的是公民身份。古巴的理解是国籍是一种属性,界定了每个人一生中由于文化、习性和传统而拥有的特质。就这个意义而言,古巴建议条款草案通篇将“国籍”改为“公民身份”。

#### 丹麦(代表北欧国家)

见上文在一般性评论下所作的评论。

#### 德国

1. 德国在以往发言中曾强调“驱逐”一词涉及两个不同的问题,在委员会当前的报告和辩论中普遍使用会导致误解。因此,德国欢迎在第2条草案(a)项中分别作出的说明。根据该项,条款草案中使用的“驱逐”一词只涉及国家的驱逐权,即迫使(*oblige*)外国人离开该国的权利,必须与之区别开的是一国递解外国人出境的权利、也就是强迫(*force*)外国人离境的权利。



2. 不过，德国希望再次提议对第2条草案(a)项中“不作为”一词作出详细说明，以便以更狭义的方式阐述其适用范围。

#### 大韩民国

1. 第2条草案将不准难民进入视为一种驱逐，而作为保护难民的标准条约《关于难民地位的公约》并不认为这是驱逐。大韩民国的国内法(《难民法》)<sup>1</sup>也是如此规定。

2. 整套条款草案未明确“法律”和“国际法”的范围。这可能会使国家主权受到意想不到的限制。如果条款草案提到“法律”，就应明确是“国际法”，“国内法”，还是两者都有。同样，如果提到“国际法”，就应将范围缩小为对有关国家有约束力的规则。为避免任何不必要的混淆，值得在第2条草案中考虑对“法律”和“国际法”作出定义。

3. 《关于难民地位的公约》规定一国有义务保护在其境内居住的难民，但没有认为不准难民进入乃是一种驱逐。同样，根据《韩国难民法》，不准难民进入也不被视为驱逐。在这方面应当注意的是，一国拥有允许外国人入境的主权权力。难民也不例外。而且，难民也属于外国人类别，受限于国家的准入与否。

<sup>1</sup> 2012年2月10日的第11298号法律，2013年7月1日生效。

#### 联合王国

1. 联合王国认为第2条草案(a)项的案文和范围所针对的是从该国境外寻求入境者，不包括在边境被拒绝入境者。条款草案应当更加明确地提及在国内强制执行的移民法案。根据目前的措辞，该条草案指的是所有迫使外国人(包括已被确认为合法存在的外国人)离境的国家行为和不行为。因此，可被视为适用于整个移民制度；联合王国的移民制度是以处理非法移民为前提的。联合王国政府开展跨部门和跨学科工作，确保非法移徙不会负面影响到更应提供给境内作出过贡献的合法居民的现有服务和福利。根据当前的措辞方式，该条草案的出发点是，非法位于一国境内的人需要一种确切行为才能予以驱离。联合王国认为这可能会在国家能够采取行动强制将个人驱离之前，引申出一项使非法移徙者身份正当

化、即给予其合法身份的要求，因为不这样做就等于是促使离境。

2. 联合王国提议将第2条草案(a)项的案文修正如下：

“‘驱逐’是指一国迫使外国人离开该国领土的正式决定；不包括引渡到另一国家、移交给一个国际刑事法院或法庭、或不允许一个非难民的外国人进入一国；”

#### 美国

1. 美国对第2条草案(a)项案文中使用的措辞有着重大关切。该项将驱逐定义为包括“可归于一国的……或由作为或不作为构成的行为，一个外国人因此被迫离开该国领土”。正如评注所言，这一措辞直接关系到第11条草案中所述“变相驱逐”的概念。美国对委员会处理“变相驱逐”的关切将在下文对第11条草案的评论中作出更充分的阐述。不过，美国在此处注意到第2条草案(a)项的措辞在许多方面与第11条草案所使用的措辞不一致，导致对该条是否有意涵盖并因此禁止一系列更广泛的行为产生歧义。

2. 例如，第11条草案的案文中包含的标准是国家必须有“意图促使外国人离境”，其作为或不作为才构成“变相驱逐”，该标准在评注中被强调为“决定性因素”。然而，第2条草案(a)项却缺少任何这样的意图性要求，导致对该条是否有意涵盖、或者是否可被解读为涵盖各种更加广泛的构成驱逐的“作为或不作为”产生困扰。第2条草案(a)项在行文中可能暗示，一国不论是何意图，可能都要对私人行为体迫使外国人离境的某种行为负间接责任。此外，如下文所述，第2条草案(a)项中使用的是“*compelled to leave*”一词，而第11条草案的说法是“*forcible departure*”，不曾说明这两个概念是否有所不同。与对第11条草案的评论一致，美国认为应当删除第2条草案(a)项中“可归于一国的……或由作为或不作为构成的行为”的措辞，用“一国的”取而代之。

3. 另外，该定义暗示“驱逐”将包括难民的不许进入(*non-admission*)”。第2条草案(a)项所使用的“不准进入”一词意思有些模糊，且据美国所知，该词在任何国际法律文件中都不属于关键性有效用语。委员会似乎在评注中提到了“遣返(*return*)”一词，这是1951年《关于难民地位的公约》第三十三条[旧译“送



回”]以及《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3条所使用的概念。在这些文书中，“遣返”的意思不同于驱逐；具体而言，美国最高法院曾在塞尔诉海地人中心理事会案<sup>1</sup>中对《关于难民地位的公约》第三十三条第(一)款作出解释，表示“‘遣返’是指在边境的防御性抵制或排斥行为”。因此，认为不准难民进入将构成驱逐是不恰当的。如果一名难民在入境口岸被拒绝入境并遭驱离，此行为将构成出于不驱回目的之“遣返”。美国还认为，从第2条草案(a)项中“被迫离开该国领土”的表述方式看，本套条款草案不适用于在一国境外展开的任何涉及移民的程序。出于这些原因，美国提议将“或不允许一个非难民的外国人进入”改为“或者遣返外国人”。

4. 此外，虽然《关于难民地位的公约》及《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》中的不驱回义务也分别禁止遣返享有保护的外国人，但本套条款草案只处理关于驱逐的问题。按照下文美国对第6条草案的评论，美国同样认为，第6条草案第3款也应删除对“遣返(驱回)”的引述；虽然第6条草案第3款出自《关于难民地位的公约》第三十三条，但对“遣返(驱回)”的引述却超出了这套条款草案的范围。

5. 美国对第2条草案(a)项将引渡和移交一家国际刑事法院或法庭排除在“驱逐”之外表示欢迎。

<sup>1</sup> 塞尔诉海地人中心理事会案, 509 U.S. 155 (1993), 第182-183页。

### 第3条 驱逐权

加拿大

对第3条草案的评注指出“驱逐权受本条款草案和其他适用的国际法规则约束”，暗示了法律效力。加拿大会把这一陈述替换为“一国只能按其国际法律义务驱逐外国人”。

古巴

关于第3条草案规定的驱逐权，古巴认为有必要提及尊重国内法和维护每个国家的公共安全。

大韩民国

见上文在一般性评论下所作的评论。

美国

1. 第3条草案似乎表明，各国应遵守这些条款草案所称的要求“以及”其他适用规则的规定，即使条款草案与现有国际条约并不一致。这一紧张关系的一个明显例子是，这些条款草案并未明文规定紧急情况下的克减，而许多与这一专题有关的国际条约，如《公民及政治权利国际公约》第4条第1款，就这种克减作出了规定。此外，该《公约》第13条规定：

本公约缔约国境内合法居留之外国人……除事关国家安全必须急速处分者外，\* 应准其提出不服驱逐出境之理由，及声请主管当局……予以复判，并为此目的委托代理人到场申诉。

第3条草案未明确是否允许克减，因为根据该条草案，两套规则均可适用。

2. 与此同时，评注表示允许克减，这意味着“其他适用规则”可取代这些条款草案，至少在这方面是如此。第8条草案也谈及这个问题，但只是在更狭窄的语境范围内。为避免混淆，第3条草案应当采用第8条草案的措辞，但以更为全面的方式改写为：

“一国有权将外国人驱逐出境。这些条款草案规定的适用于驱逐外国人的规则不妨碍其他关于驱逐外国人问题的国际法规则之适用，特别是与人权相关的规则之适用。”

### 第4条 符合法律规定的要求

萨尔瓦多

1. 第4条草案对于整套条款草案至关重要，因为该条要求任何驱逐必须依法进行，不过，需要修改一些措辞以加强其内容。

2. 首先，该条的标题在西班牙文中不明确，因为“*obligación de conformidad con la ley* (符合法律规定的要求)”这一表述没有说明究竟是什么必须符合法律规定。因此，萨尔瓦多建议明确说明在驱逐程序中采取的任何行动均必须符合这一要求。

3. 其次，该条必须确定国家是作出驱逐决定的唯一实体。正如委员会在第4条草案的评注中所述，对外国人实施驱逐的基本条件是由驱逐国依法通过一项驱逐决定。正是这一要求可有效禁止国家实施未经正式通知和任何手续而迫使外国人离境的行为。

4. 鉴于上述原因，萨尔瓦多提出以下措辞：

“第4条 按照法律[行事]的义务

“只有在[国家]执行依法作出的决定的情况下才可驱逐外国人。”

#### 俄罗斯联邦

1. 第4条草案规定只有在执行依法作出决定的情况下才可驱逐外国人，俄罗斯联邦支持此项规定。同时，俄罗斯联邦注意到国际法院在对艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案做出判决时采取了下列法律立场：“很明确的是，如此定义的‘依法’是履行上述规定的必要条件，但不是充分条件\*”。<sup>1</sup> 法院后来在发展该概念时说：

首先，适用的国内法本身必须符合《公约》和《非洲宪章》的其它规定；\* 第二，驱逐不得是任意的，\* 因为保护人权的国际规范所保障的权利之核心是保护不受任何任意待遇。<sup>2</sup>

2. 因此，法院认为，作出驱逐外国人的判决所根据的国家法律必须满足若干准则：*(a)* 该法必须符合适用于该国的国际法规范(对于艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案，有关规范为上述《公民及政治权利国际公约》和《非洲联盟宪章》)，以及*(b)* 该法必须提供充分保障，防止有关当局采取任意做法。

3. 然而，俄罗斯联邦认为在对条款草案作出的评论中，没有适当反映出国际法院的上述法律立场。总的来说，其分析、尤其是对第4条草案所列义务的分析(其结果可在日后反映在评论中)或许会对委员会的工作有益。对于该问题，俄罗斯联邦已提请注意欧洲人权法院在其实践中对“依法”一词给出的详细解释。

4. 例如，欧洲人权法院在其判例中指出，《保护人权与基本自由公约》及其议定书在使用“依法”一词时，不只是要求一个国家对个人采取的某些措施须依循法律规则，而且还认为需要有“法律的质量”(在这个意义上，欧洲人权法院的做法与国际法院在艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案中采取的上述法律

立场是一致的)。因此，在赫柳斯托夫诉俄罗斯案中，欧洲人权法院在提到其判例<sup>3</sup>时说：

“依法”一词不只要求被质疑的措施应具有一些国内法的根据，而且还涉及有关法律的质量。首先，法律必须是能够被重新获知的：公民必须能够得到一些指示，与适用于特定案件的法律规则的情况相称。第二，不能将一条规范视为“法律”，除非该规范的措辞准确，足以让公民规范其行为。<sup>4</sup>

5. 此外，欧洲人权法院在实践上采取的做法是，认为“法律质量”是指在适用有关法律时必须就其广义的解释进行限定，并可能以这种或那种方式对以往的决定进行审查。<sup>5</sup>

<sup>3</sup> 见《星期日泰晤士报》诉联合王国案(第1号)，1979年4月26日，《A辑》，第30号，第47-49段；以及欧罗巴电视七台和迪斯特凡诺诉意大利案[大法庭]，第38433/09号，ECHR 2012，第140-141段。

<sup>4</sup> 赫柳斯托夫诉俄罗斯案，第28975/05号，2013年7月11日，第68段。

<sup>5</sup> 马隆诉联合王国案，1984年8月2日，《A辑》，第82号，第67段。

#### 联合王国

对于该条草案，联合王国重申其在上文对第2条草案的评论中所表达的关切。

#### 第5条 驱逐的理由

##### 澳大利亚

澳大利亚的关切是，条款草案对国家安全方面的关切没有给予足够重视。例如，第5条草案第1款最好能够对各国须为任何驱逐决定提供理由的规定作出国家安全方面的限制。

##### 加拿大

1. 加拿大建议第5条草案第3款只述及“应本着诚信合理地评估驱逐理由”。驱逐决定根据不同背景(例如旅游签证、永久居民申请或难民申请)依循不同的程序而做出。许多驱逐决定具有行政性质(例如循例拒予延长旅游签证)，并不考虑事实的严重性或当事外国人的行为，这是相当合理的。

2. 关于驱逐决定的程序，加拿大要求在第5条的评注中指明驱逐的理由应在作出决定时考虑，而不是到驱离时才作考虑。

<sup>1</sup> 艾哈迈杜·撒迪奥·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年国际法院汇编》，第639页起，详见第663页，第65段。

<sup>2</sup> 同上。

## 萨尔瓦多

1. 正如委员会所指出的，驱逐的理由必须是法律明确规定，但每个国家可按照其国内法确定具体的理由。

2. 因此，萨尔瓦多认为条款草案没有必要规定驱逐的理由，特别是其中有些理由在某些国家的立法中可能不会被考虑，或可能在驱逐程序方面涉及不同的范畴。

3. 此外，萨尔瓦多质疑将国家安全和公共秩序定为驱逐的理由是否有用，因为两者都是不确定的法律概念。甚至特别报告员也承认了这一困难，他写道：

然后还要确定公共秩序和公共安全这两项主要驱逐理由的确切内容；这个问题更加棘手，因为评判对公共秩序或公共安全的威胁是每个国家(此处为驱逐国)的权限，而且这两个概念的内容基本上是不恒定的。大多数法律制度中虽然有这两个概念，但并没有确切含义，更不用说确定的内容。<sup>1</sup>

4. 鉴于上述原因，萨尔瓦多建议保留第5条草案的第1、第3和第4款，但删除第2款结尾处提到“国家安全”和“公共秩序”的内容，从而只确定驱逐理由必须符合法律规定的义务，具体如下：

“2. 国家仅可以法律规定的理由驱逐外国人。”

<sup>1</sup>《2010年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/625和Add.1-2号文件，第177页，第77段。

## 大韩民国

见上文在一般性评论下所作的评论。

## 联合王国

1. 联合王国建议对第5条草案进行修正。其关切之处在于该条草案具体提到“国家安全和公共秩序”以及威胁的临近，即“这些事实所造成的威胁的目前性质”。以这种方式起草的该条草案意味着限制驱逐的理由，对此联合王国无法接受。联合王国提出一个不对当局权力加以限制的修正条款，删除：“尤其包括国家安全和公共秩序之理由”。

2. 联合王国建议对第3款的案文修正如下：

“应考虑到事实的严重性，并虑及所有情节，包括当事外国人的行为，本着诚信合理地评估对那些本可合法居留者的驱逐理由。”

3. 联合王国目前正在立法取消需对非法移民单独作出驱离决定的做法。联合王国的立场是，非法移徙者应推定自己将被驱离，除非其提出申请将居留合法化。根据新的程序，在向非法移徙者发出单独的驱离和拒予居留的决定时，将说明拒绝和驱离的理由，即他们在联合王国的居留是非法的。

## 美国

1. 美国的理解是，第5条草案允许以基于法律规定的任何理由驱逐外国人，包括例行驱离违反美国移民法的人。

2. 在第5条草案第3款中，“情节”一词后面的部分没有必要，并且有些误导，因为前方的分句已规定考虑所有的情节。尤其是“威胁的目前性质”这一分句，尽管前面有“在相关情况下”，还是可能意味着要有某种性质的“威胁”来支持一项有效的驱逐理由。美国建议删除“并且在相关情况下，考虑到这些事实所造成的威胁的目前性质”，或者在“包括”之后插入“特别是”，并在“目前性质”之后插入“或其他状况”，以扩大这一条款的适用性。

3. 在第5条草案第4款中，应在“国际法”后增加“规定的义务”，以避免“违背国际法”出现任何歧义。这样就与第25条草案保持了一致，该条恰当地使用了“其国际法义务”一语。

## 第二部分

## 禁止驱逐的情况

## 第6条 禁止驱逐难民

## 澳大利亚

澳大利亚注意到第6条草案第2款禁止驱逐非法居留但其难民地位申请正在接受审议的外国人。这大幅扩展了《公民及政治权利国际公约》第13条和《关于难民地位的公约》第三十二条所规定的只对合法处于一国境内的外国人适用的义务。



## 加拿大

1. 第6条草案第2款提到“已提出承认难民地位的……难民”。为了更清晰起见，如果该条草案的意图是保障难民地位申请正等待审理的人免受驱逐，那么，第2款提及的应该是“外国人”，而不是“难民”。

2. 加拿大建议将第6条草案、第23条草案(生命权)和第24条草案(禁止驱逐至会使其面临酷刑的国家)合并重写，以更好地反映现有国际法规范。第6条草案第3款以及第23条和第24条均提到禁止驱逐外国人致其面临酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇的国家，但有一个重要区别。第6条第3款允许在有正当理由认为该人危害避难国的安全，或该人已被判定犯有特别严重罪行从而对避难国社会构成危险的情况下进行驱逐。相反，第23条和第24条草案则规定在可能使其面临酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇的情况下，无条件禁止驱回。

3. 加拿大同意第6条草案第3款关于在没有死亡或酷刑风险的情况下驱逐难民的提法。

4. 加拿大希望对第5条草案第2款与第6条草案第1款进行一次比较。前者将驱逐外国人限于法律规定的理由，包括国家安全和公共秩序。而后者规定国家安全和公共秩序是允许驱逐难民的唯一理由。加拿大还会允许驱逐被认定犯有严重或系统侵犯人权行为、战争罪或危害人类罪的外国人，包括被其他国家确认为《关于难民地位的公约》所指难民的人。正如评注所言，第6条草案第2款并非源于《关于难民地位的公约》，而是源于《非洲联盟关于非洲难民问题某些特定方面的公约》。加拿大倾向于使第6条草案中的各款与《关于难民地位的公约》保持一致，并认为第6条草案第1款规定的驱逐不能仅限于国家安全和公共秩序。

## 丹麦(代表北欧国家)

1. 即使在已提起上诉的情况下，也必须保持能够在某些情形下，例如在庇护申请明显无事实根据时实施驱逐决定的可能性。

2. 在就上诉做出最后决定之前(而不是在法院或法庭对上诉是否具有暂停效力问题做出裁决之前)强制暂停执行一切驱逐决定，将使滥用上诉的风险增加，并损害欧洲联盟会员国庇护系统的合理性，因为对于在会员国提出庇护申请的所有第三国国民，

在其申请遭到否决，或在关于终止其作为庇护寻求者的居留权的裁决开始生效前，其在该会员国领土的居留都被认为是合法的。<sup>1</sup>

3. 另见上文在一般性评论下所作的评论。

<sup>1</sup> 见2008年12月16日关于成员国遣返非法居留的第三国国民的共同标准和程序的第2008/115/EC号指令(《欧洲联盟公报》，第L 348号，2008年12月24日，第98-107页)，序言部分第九段。

## 萨尔瓦多

1. 萨尔瓦多注意到第6条草案第3款与《关于难民地位的公约》第三十三条相对应，后者确认了禁止驱逐和遣返(驱回)，但同时规定了难民被视为危害该国安全，或者已被判定犯有特别严重罪行从而对社会构成危险的例外情况。

2. 萨尔瓦多认为，尽管该条款是二十世纪在保护难民方面的一项重大进展，但不驱回原则一直在演变，并已成为国际法的强制性规范。<sup>1</sup>

3. 这意味着，如果不考虑在这方面的重大进展，特别是已经存在其他扩大了难民保护范围的国际文书，就不应在当前一项国际性草案中重复60年前确立的这项原则的例外情况。

4. 就美洲而言，例如《美洲人权公约》第22条第8段已经规定

任何情况下都不得将外国人递解或遣返至其生命权或个人自由因种族、国籍、宗教、社会地位或政治见解而面临侵犯风险的国家，不论该国是否为其原籍国。

5. 同样，《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》明确限制任何形式的遣返(驱回)，其在第3条中规定

如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返(驱回)或引渡至该国。

6. 这意味着，在面临酷刑的情况下，无一例外禁止遣返(驱回)，这一点甚至在犯有罪行的情况下也得到重申，因为该条草案明确提及引渡不削弱对

<sup>1</sup> 《卡特赫纳难民宣言》(1984年11月22日)之结论五：“重申作为国际难民保护基石的不驱回原则(包括禁止在边界拒予入境)的重要性和含义。这一原则在难民问题上必须执行，在当前国际法中应作为强制法予以确认和遵守”(2006年，难民署，日内瓦)。

该人的保护，而且也不以任何方式限制不驱回原则的适用范围。

7. 这一点已得到关于酷刑问题的特别报告员的证实，他一再向各国建议：

国家立法和实践应反映《禁止酷刑公约》第3条所阐述的原则，即“如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险”，则不得将该人遣返(驱回)、驱逐或引渡至该国。这一不驱回原则在所有情况下都必须坚持，不论当事人是否犯有罪行，也不论所犯罪行的严重程度与性质如何。<sup>2</sup>

8. 在国家一级，《萨尔瓦多难民地位裁断法》<sup>3</sup>考虑到了这些国际文书，在第46条中规定

如难民在另一国家将因其种族或族裔、性别、宗教或信仰、国籍、参加某一社会团体、政治见解、广泛暴力、外来侵略、内部冲突、大规模侵犯人权行为或任何可能扰乱公共秩序的其他情况而有生命权、人格完整、自由和安全受到侵犯的危险，则不得被驱逐或遣返至该国，不论该国是否为其原籍国。

任何情况下均不得违背难民意愿将其移送第三国，即使有[难民处境裁断]委员会的驱逐决定。在这种情况下，委员会允许在一个月内在联合国难民事务高级专员公署协调安排另一国接纳。

9. 综上所述，萨尔瓦多建议委员会考虑不驱回原则不可否认的演变及其作为国际法强制性规范的性质，并因此建议在该条草案中删除这一原则的例外情况，因为独立于其他人权条约之外就其进行规定，可能构成难民权利的倒退。

10. 此外，如果该条草案规定的保护对于难民和寻求庇护者均可适用，而不论移民身份为何，那么萨尔瓦多认为没有必要将禁止驱逐分为两款。

11. 具体而言，以目前措辞起草的第6条草案并不完善，因为第1款涉及具有正当移民身份的已位于一国境内难民；而第2款是关于不拥有正当移民身份的难民地位申请者。这似乎会使移民身份正当化要以获得难民地位为条件，有可能扭曲其功能。且其中也未包含实践中可能出现的所有情况，例如，还可能存在拥有正当移民身份的难民地位申请者。

12. 最后，鉴于上述考虑，萨尔瓦多希望为第6条草案拟议如下案文：

“1. 除因国家安全或公共秩序理由外，国家不得驱逐难民或其难民地位申请正等候审理的人。

“2. 不论难民或难民地位申请者的移民身份正当与否，第1款均应适用。

“3. 一国不得以任何方式将难民驱逐或遣返(驱回)至其生命、人格完整或自由因种族、宗教、性别、国籍、政治或其他见解、参加某一特定团体或其他社会地位而面临威胁的国家或领土边界。”

#### 大韩民国

1. 尽管一个人可依《关于难民地位的公约》第一条第(一)款被视为难民，但仍可根据第一条第(六)款予以驱逐(即有重大理由认为其犯有破坏和平罪行)。这些规定可以但书的形式纳入当前案文。

2. 一国根据第6条草案第1款承担的义务不必扩大适用于以虚假诉求申请确认难民地位者。因此，第6条草案第2款可订正如下：

“第1款不适用于任何在一国境内非法居留、仅为难民申请之目的而提出申请确认难民地位、且其申请正有待审理的难民。”

3. 另见上文在一般性评论下所作的评论。

#### 美国

1. 与复述了《关于难民地位的公约》第三十二条第(一)款的第6条草案第1款不同，第6条草案第2款没有《公约》的依据，而且按当前的措辞方式其确切目的也难以理解，因为它适用于难民地位尚未确定的“难民”。评注对这项规定的解释不能令人满意，因为其中表示这项规定只适用于确实满足国际法所述“难民”定义的人；而这项规定又基于这样一个前提，即当事人的难民地位尚存疑问。与此同时，对这项规定的任何订正或扩展，均要考虑到现有国家实践并解决关于由于申请明显不实而导致滥用的关切。美国一般暂缓驱离已申请庇护的外国人或扣留驱离直至这些申请得到行政裁决，但也存在少数几种例外情况，如《加拿大与美国关于安全第三国的协定》。<sup>1</sup>因此，美国建议对这项规定加以订正以解决这些关切，否则应予以删除。

<sup>2</sup> E/CN.4/2003/68号文件，第26段(o)小段。

<sup>3</sup> 萨尔瓦多，*Diario Oficial*, vol. 356, No. 148, 2002年8月14日。

2. 如上文美国对第2条草案的评论中所述, 美国认为第6条草案第3款应删除“或遣返(驱回)”的措辞。虽然第6条草案第3款出自《关于难民地位的公约》第三十三条, 但对“遣返”的引述却超出了本套条款草案的范畴, 否则该条款就可严格专注于驱逐。没有明确理由说明“遣返”为何应列入这一条款而不是第24条草案, 因为《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3条涉及了“遣返”。美国建议删除第6条草案中的“遣返(驱回)”, 并将“遣返”置于第24条草案之外。

<sup>1</sup>《美利坚合众国政府和加拿大政府间关于合作审查第三国国民难民身份申请的协定》(2002年12月5日, 哥伦比亚特区华盛顿), TIAS 04-1229。

### 第7条 禁止驱逐无国籍人

加拿大

1. 根据第2条草案的评注, “外国人”的定义中包含无国籍人。因此, 专门针对无国籍人的第7条草案不再有必要, 除非本套条款草案提倡对无国籍人提供更多的单独保护。

2. 第7条草案将驱逐合法居留的无国籍人的理由限定为国家和公共秩序, 加拿大对此难以理解。此处使用“合法”一词有点奇怪。一旦某人成为驱逐对象, 他们便不再合法位于该国; 驱逐必须依照法律进行。如果去掉“合法”一词, 那么驱逐理由又过于狭窄。在遣返无国籍人方面的设定限制比遣返拥有国际的人还要多, 加拿大无法理解其在无国籍人方面的义务。

古巴

第7条草案规定只有因国家安全或公共秩序的理由才可驱逐无国籍人, 但为了确保与涉及外国人的第5条草案第2款之间的一致, 驱逐的理由也应包括驱逐国内法所规定的任何内部法律理由。

美国

美国认为第7条草案未反映既定法律。第7条草案的依据是《关于无国籍人地位的公约》第31条第1款。目前, 该《公约》的当事国尚不足80个, 许多非当事国的做法并不符合第31条第1款的规定。例如, 美国作为非当事国, 确认美国法律中不存在此类禁止性规定。违反美国移民法的无国籍人即使没有国家安

全或公共秩序方面的理由也会成为驱离对象。这种驱离往往可能操作性不强, 但美国可依照美国法律, 设法将无国籍人驱离至其最近的一个惯常居住国或其他合适的国家。

### 第8条 具体关于驱逐难民和无国籍人的其他规则

萨尔瓦多

1. 第8条草案是一条极为有用的“不妨碍”条款, 有助于明确本套条款草案不影响这一领域其他国际法规则的强制性性质。

2. 但萨尔瓦多认为该条无法取代上文所述对不驱回难民原则所表示的关切, 有必要在条款草案中反映其演变情况, 以确保各国向这一弱势群体提供充足保护。

大韩民国

见上文在一般性评论下所作的评论。

美国

如果按照美国在上文提到的建议对第3条草案进行修订, 则本条草案就可以删除。如果不对第3条草案作如此修订, 那么就应该同样扩展第8条草案的内容, 读作:

“这些条款草案规定的适用于驱逐外国人的规则不妨碍其他关于驱逐外国人问题的国际法规则之适用, 特别是与人权相关的规则之适用。”

### 第9条 仅为驱逐的目的剥夺国籍

联合王国

1. 第9条草案还需进一步澄清。联合王国将通过剥夺国籍来打击欺诈或保护公众, 即使剥夺国籍的理由本身也可能是驱逐的理由。

2. 联合王国建议对该条草案的案文作如下修正:

“一国不得仅为将其驱逐的目的, 通过剥夺国籍使其国民成为外国人, 即使法律规定的剥夺国籍的理由本身也可能是驱逐的理由。”



## 美国

美国的理解是，第9条草案指的不是一个人自愿和有意放弃其国籍的情况，但认为最好在评注，例如第(3)段中指出这一点。

**第10条 禁止集体驱逐**

## 澳大利亚

澳大利亚还注意到其他条款草案，例如第10条草案规定的禁止集体驱逐，是对(《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》等)普世文书所述权利的编纂，但澳大利亚不是该《公约》的当事国。考虑到接收国对该《公约》的支持程度有限，澳大利亚认为该《公约》不代表习惯国际法，建议委员会在条款草案中进行编纂时保持谨慎。

## 萨尔瓦多

1. 第10条草案第1款将“集体驱逐”定义为“驱逐外国人群体”。在这种情况下，使用这一表述将所有情形中的外国人定性为单一集体，可能不够准确。

2. 以这种方式构建该条所引起的困难是明显的，因为第10条草案不仅要禁止将外国人作为单一群体加以驱逐，还要禁止为驱逐目的、在未曾依法逐出做出决定程序时，任意选择小群体外国人进行驱逐。

3. 第3款明确规定，一国在对某外国人群体每个成员的具体情况进行合理和客观审查后，可“同时”驱逐该群体的成员。该款引述的无疑是各项人权文书，但其中有些措辞应作修改，以使其内容易于理解。

4. 首先，将“同时(*concomitantly*)”一词替换为“同步(*simultaneously*)”，因为后者能更有效地表达驱逐同时进行、但也根据单独审查开展不同行动之意。

5. 其次，尽管第3款规定审查应根据每个人的具体情况进行，但要使用更准确的措辞来指明审查必须依照法律设立的程序逐案进行。

6. 此外，第4款必须仅指武装冲突局势下适用的规则。将“涉及驱逐国”列为一项要求尤其值得商榷，因为查明卷入冲突的另一国家也很有必要。因此，萨尔瓦多建议使用更笼统的措辞，确保该款能够作为“不妨碍”条款真正发挥作用。

7. 综上所述，萨尔瓦多就第10条草案的措辞建议如下：

“1. 为本条款草案的目的，集体驱逐是指任何迫使一群外国人离开一国领土的行为。

“2. 禁止集体驱逐外国人，包括移徙工人及其家庭成员。

“3. 一国只要符合法律且通过逐案审查程序，就可同步驱逐某外国人群体的成员。

“4. 本条款草案不影响适用于在武装冲突局势下驱逐外国人的国际法规则。”

## 德国

第10条草案第2款规定禁止集体驱逐外国人。考虑到作为一般规则，该款适用于所有外国人，不论他们属于哪个群体，德国认为不必明确提及一个特定群体(移徙工人)。

## 大韩民国

1. 该条草案对“集体驱逐”的定义可能被解释为包括以下情况，即经过合理和客观地审查每个特定案件，个人作为一个群体被驱逐完全是因为他们与其他被驱逐的外国人搭乘同一架飞机或船只。应将这种情况与第10条草案所述的集体驱逐区分开来。因此，可对该条草案进行订正，列入一条但书：“一国在对某外国人群体中每个人的具体情况进行合理和客观的审查之后对他们进行的驱逐，不应被视为集体驱逐。”

2. 虽然第2款的目的是为了移徙工人及其家人的权利，但这一规定不适当地限制了领土国的主权。还应指出的是，截至2014年1月，只有47个国家批准了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》。因此，最好将该款删除。

## 联合王国

1. 联合王国提议对该条草案的案文进行修正。联合王国完全同意应禁止大规模驱逐，但国内立法明确允许递解/驱离家庭成员。对遭受驱逐的每一个人的人权都将逐案审议。

2. 联合王国建议修正第3款，即：

“禁止集体驱逐外国人，包括移徙工人，第3款所述情况除外。”

#### 美国

1. 虽然第10条草案和评注都未定义“集体”一词，但美国认为该条草案所指的情况是，一名以上的外国人在未经单独评估是否每个人都应被驱逐的情况下被驱逐。因此，只要对一群外国人中的每个人进行针对性的评估，即使评估的结果导致同时驱逐数名或一群外国人，驱逐都可以进行。

2. 此外，美国的理解是，根据第2条草案(a)项，本套条款草案并不处理一国就不接纳或拒绝某一国籍或原国籍的外国人做出的决定。

3. 美国的理解是，第10条草案第2款明确提到“移徙工人及其家庭成员”可能是要强调该特定群体的脆弱性。但鉴于有许多不同群体都可能属于这些条款草案所规定的范围且所有这些人想必都享有同样的保护，美国提议删除“包括移徙工人及其家庭成员”的措辞，以避免会对其他群体产生任何不利的影

响。4. “合理和客观的审查”一语虽然本身并不令人反感，但却引入了一条在本套条款草案任何其他地方都未出现过的标准。鉴于第5条草案第3款已经规定了适用于审查任何驱逐案件的类似原则，委员会应考虑交叉引述该条草案，使该句的措辞变为：

“……并以依照第5条草案第3款所列标准对该群体每个成员的具体情况进行审查为基础。”

### 第11条 禁止变相驱逐

#### 奥地利

奥地利回顾其对第2条草案的评论，认为驱逐只能通过正式的政府行为实施。必须对第11条草案作修订，以反映这一理解。

#### 加拿大

1. 第11条草案规定：

变相驱逐是指由于国家的作为或不作为所造成的间接后果，外国人被迫离开该国，包括国家支持或容许\*其国民或其他人实施意图促使外国人离境的行为。

2. 如此一来，第11条草案为私人行为体的行为不归于国家也不构成对国际义务之违反的情况提出了一个较低的国家责任门槛。由于第2和第11条草案都提到了可归属的驱逐问题，这些规定应采用与国家国际不法行为的责任条款草案相同的归因门槛。<sup>1</sup>

<sup>1</sup>《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段。

#### 德国

1. 德国此前已表示其认为第11条草案的范围不精确，特别是第2款中对“变相驱逐”的定义会留下过于宽泛的解释余地。因此，德国欢迎在第11条草案第2款中作出的说明。

2. 然而，德国希望重申其提议在第11条草案中作出进一步说明，规定不能将国家依照本国法律开展的合理行为解释为导致变相驱逐的行动。

#### 荷兰

针对关于禁止变相驱逐的第11条草案，荷兰认为当前的案文未明确该条草案所述的范围，并敦促委员会不要纳入以目前的方式措辞的该条草案。此外，该条草案不符合荷兰将应享福利与居留身份挂钩的原则。这一原则由荷兰《福利资格(居留身份)法案》<sup>1</sup>(*Koppelingswet*)提出，规定在荷兰非法居住的外国人不得申请福利或援助。该《法案》背后的理念是，一般外国人政策应阻止在荷兰非法居留，且荷兰当局必须避免通过使非法外国人获得社会保障福利和援助而为其提供便利。将福利资格与居留身份挂钩的原则对于荷兰来说至关重要。

<sup>1</sup>1998年3月26日通过。

#### 大韩民国

变相驱逐的定义不够明确并因此过分限制了限制一国在驱逐方面的权利。增加一条但书将会使这项规定更加明确，例如：“如果一国依照其国内法行使驱逐外国人的权利而且该权利的行使合情合理，就不应将此行为视为变相驱逐。”

#### 联合王国

1. 联合王国对该条草案持有重大关切，而且不同意当前的措辞。若该条草案特指针对合法处于联合王国的外国人采取的行动，则联合王国能够接受其经



修正的条款。联合王国的关切是，这项规定可扩展至某些为支持正被驱离的非法外国人而开展的活动，例如向没有提交上诉的人提供重新融入社会安排的支持。同样，拘留作为联合王国设法确定个人身份或采取公共保护措施的一项重要手段，可能会被认为是“间接的作为或不作为”。该条草案还可能与现行和计划中的立法产生冲突，这类立法的意图是阻止非法移民者获取就业机会、国家福利、社会住房、驾驶执照和金融服务，旨在遏制非法移民、促使有意非法滞留者自愿离境、并确保公共资源只向居住在境内拥有合法资格者公平分配。联合王国还感到关切的是，该条草案直接背离了其就成为刑事调查对象且资产在调查结束前被冻结的人所采取的行动。同样，联合王国对某些高风险个人的活动实施限制，包括限制出境，以及不论该个人的移民身份为何，对其采取恐怖主义预防和调查措施。

2. 联合王国建议对该条草案的案文作如下修正：

“1. 禁止以任何形式任意变相驱逐外国人。

“2. 为本条款草案的目的，变相驱逐是指由于国家的作为或不作为所造成的间接后果，外国人被迫离开该国，包括国家支持或容许其国民或其他人实施意图促使外国人离境的不法行为。

“3. 一国的作为或不作为在涉及国内法所述规定，符合移民管制/驱逐非法居留外国人的合法利益时，不应被视为任意。”

#### 美国

1. 如上文所述，美国对第11条草案中阐述的“变相驱逐”概念深感关切。美国认为该条草案并没有通过编纂有关这一问题的现有国家实践或判例，充分阐述和界定“变相驱逐”的性质和轮廓。以致于该条草案反而反映了对法律的逐渐发展，其案文宽泛且含糊，令人无法接受。

2. 评注将伊朗—美国索赔法庭和厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会的判例作为其主要依据。正如评注本身所承认的，在确定变相驱逐案例时必须有一个“特别高的门槛”，且实际上，已经确定的变相驱逐案件极少，导致这一判例非常有限。因此，各

国和国际法庭都还没有彻底解决确认变相驱逐案件所需的种种不同要素这一重要问题。

3. 美国认为第11条草案要点不明且缺乏共识，即使与评注一起阅读也囿于诸多缺陷。例如，该条草案使用了与第2条草案(a)款相同的“作为或不作为”一语，似乎借鉴了有关国家责任的原则。见委员会关于国家对国际不法行为的责任条款<sup>1</sup>第2条。但由于该条草案将依据该国国民或其他人的行为追究国家责任，尤其就“不作为”而言，引出的一个问题是在驱逐外国人的背景下，该国对其国民或其他人应承担什么样的国际义务。而且，虽然第2条草案(a)项及其评注列入了归因于国家的规定，但第11条草案中并没有这一要素。此外，鉴于前文所述的“高门槛”，“容许”一词显然过于宽泛，可能会导致对国家很少或根本无法控制的种种第三方行为要求国家责任。案文也没有充分说明意向性的关键要素适用于国家而非“其国民或其他人”。最后，正如上文所述，该条草案英文本中使用的是“*forcible departure*”一词，而第2条草案(a)项中则使用了不同的“*compelled to leave*”一词。

4. 特别是考虑到对国家责任的潜在影响以及一国对其国民、其他人、甚至国家以下各级政府实体的行为所承担的义务，在“变相驱逐”成为普遍适用的国际法规则之前，各国应认真且透彻地考虑如何明确表述“变相驱逐”这一概念。因此，美国建议删除该条草案。

<sup>1</sup>《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段。

#### 第12条 禁止以没收财产为目的进行驱逐

##### 俄罗斯联邦

1. 关于第12条草案尚存在一些疑问。

2. 首先，尽管该条所基于的想法本身值得支持，但不得不指出的一点是，在实践中评估国家的目的和企图可以是一项很复杂的工作。俄罗斯联邦还认为很可能出现一些场景是，某人在一国作出的一些行为，根据该国法律合并来看，会使该人既遭到驱逐又受到没收财产的单独惩罚措施。只因为该人已成为驱逐对象而不能对其适用没收财产的规定是不合理的。在这种情况下，外国人可能享有比该国国民更有特权的待遇，后者会因为同样的行为被课以没收财产。

3. 第二, 第12条草案目前的措辞似乎需要一些更细微的表达。

4. 一方面, 该条所说的禁止可能只应适用于错误剥夺外国人财产的行动。评注中反映了这一看法, 其中正确地指出“第12条草案规定, 禁止没收性驱逐, 即以非法剥夺外国人的财产为目的的驱逐”。同时, 按照该条草案的现有措辞, 禁止驱逐是绝对的, 也就是说, 这项规定也适用于没收的财产为非法所得, 因国家安全或公共秩序而需要进行驱逐和没收的情况。

5. 另一方面, 该条草案必须确保为遭驱逐的外国人的财产权提供适当保护, 该条草案中使用的“没收资产(*confiscation of assets*)”一词引起了一些问题(顺便说一下, 该条草案译为俄文时使用了“собственность (财产)”而非“активы (资产)”一词, 这很可能需要更正)。尽管可以看出这些措辞源于《非居住国公民个人人权宣言》<sup>1</sup>第9条, 但它没有以文字方式涵盖与没收本身无直接关系、但却导致被驱逐的外国人的某些财产权受到限制的国家行动。

6. 在这方面, 俄罗斯联邦再次提请注意艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案<sup>2</sup>, 在该案中, 几内亚就, 除其他外, 驱逐侵犯了迪亚洛先生控制和管理Africom-Zaire和Africontainers-Zaire商业公司的权利, 并因此对公司以及作为公司所有者迪亚洛先生本人造成的损害, 向刚果民主共和国提出了申索。换言之, 在几内亚看来, 刚果民主共和国的不法行为, 并不与第12条草案意义上的“没收财产(资产)”直接相关。几内亚一方的申索最终被国际法院拒绝, 因为法院认为并无依据表明驱逐本身对迪亚洛先生从国外管理属于他的公司构成了实际障碍。同时, 俄罗斯联邦的理解是, 从判决的逻辑可以得出, 如果驱逐由于某种原因制造了此类障碍, 则该案中刚果民主共和国即违反了其国际义务。

7. 欧洲人权法院不止一次在其判决中表达了复杂的法律立场。<sup>3</sup>

8. 根据上述情况, 俄罗斯联邦认为第12条草案的最终措辞应在国家利益与保护被驱逐外国人的财产权之间取得平衡。此外, 俄罗斯联邦的处理方式是, 需要对第12条草案连同规定保障外国人在驱逐国的财产利益保护的第30条草案一起进行细致审查, 其中所基于的一项理解是, 在一个全球化的世界上, 一名外国人位于一国之外的情况不应被视为该人在该国行使其财产权的障碍。

### 第13条 禁止为规避引渡程序而诉诸驱逐

#### 加拿大

第13条草案涉及利用驱逐“规避”引渡程序。加拿大关切的是, “规避”一词没有适当表达该条所指的不当目的或恶意标准。也就是说, 在没有正当移民目的的情况下, 各国不能仅仅为了避免引渡而采用递解程序。加拿大倾向于采用以下措辞: “在没有正当的移民目的的情况下, 一国不得仅仅为了避免引渡而诉诸驱逐。”

#### 捷克共和国

1. 捷克共和国对拟议关于禁止为规避引渡程序而进行驱逐的第13条表示关切。虽然捷克共和国没有采用这类做法, 但其立场是, 当成为引渡诉讼对象者同时也是非法移民时, 决定采用什么手段处理非法移民问题属于一国的内部事务。这一立场得到了欧洲人权法院惯常裁决的支持。

2. 此外, 捷克共和国认为第13条草案的措辞模糊。由于各国立法中的引渡程序开始阶段各不相同, 不清楚“正在进行”一词包括引渡程序中的哪些阶段。因此, 引渡程序可能从羁押一名外国人那一刻或从一项引渡请求送达那一刻开始, 或者在英美法系中, 引渡程序开始的标志也可能是“授权着手行动”。由于法律体系之间的差异, 存在不确定性。

#### 美国

1. 美国认为该条草案未明确说明它力求防范的确切危害, 特别是鉴于各国有权使用各种法律机制, 为将某人移交到对其提起刑事诉讼的另一国提供便利。

2. 首先, 为了分析目的, 美国假定“正在进行”一词的使用意味着这项规定不适用于未提出引渡

<sup>1</sup>大会1985年12月13日第40/144号决议。

<sup>2</sup>艾哈迈杜·撒迪奥·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年国际法院汇编》, 第639页。

<sup>3</sup>例如见柯别茨基诉斯洛伐克案[大法庭], 第44912/98号, ECHR 2004-IX, 第35段; 以及斯里文科诉拉脱维亚案[大法庭], 第48321/99号, ECHR 2003-X, 第121段。

请求的情形，也不适用于引渡请求被拒或以其他方式得到解决的情形。不过，在评注第(1)段中，委员会没有就“正在进行”一词提供依据，美国对在这一问题上是否存在国际共识表示质疑。至少，该条草案的标题应包含“正在进行”一词以反映该条草案的案文。

3. 更重要的是，根本不清楚委员会认为哪种行为构成对引渡程序的“规避”。如评注所述，一国可合法地使用包括国家安全或违反移民法在内的各种法律依据，为将某人移交到对其提起刑事诉讼的另一国提供理由。尤其是鉴于跨国犯罪活动日增，美国认为，为了不阻止或妨碍各国在这一领域开展合作，必须为“规避”这一概念确定一个可接受的确切含义。最后，有关这一问题的规则必须更加明确地说明其意图防范的危害，并更充分地考虑到各国在这方面的做法。

4. 美国建议对该条草案进行订正，以反映这些关切，否则应予删除。

### 第三部分

#### 保护拟被驱逐的外国人的权利

##### 第一章

##### 一般规定

#### 第14条 尊重拟被驱逐的外国人的 人格尊严和人权的义务

##### 加拿大

本套条款草案不构成一项人权协议，故而不能“阐述”人权。因此加拿大建议删除第14条草案第2款中的“包括本条款草案所述人权”一句。

##### 萨尔瓦多

1. 第14条第1款在本套条款草案中极为重要，因为它试图通过阐明人道、合法性和正当程序原则等与人格尊严有关的各种原则来强化条款草案的内容，这些原则应在包括执行驱逐在内的所有阶段得到遵行，而不仅仅是决策阶段。

2. 第2款的措辞必须足够明确，其中使用的“有权得到”不符合要求。这一表述似乎仅意味着给予一

项特权，而不是早已存在的所有国家都不可回避的义务，即尊重和保障每个人的人权。

3. 因此，萨尔瓦多建议将这一表述改为更加有力地阐明义务并说明人权的核心理念已得到广泛认可的措辞。

4. 萨尔瓦多提议如下措辞：

“1. 在驱逐程序的所有阶段，拟被驱逐的所有外国人均应得到根据合法性、正当程序和人道原则给予的待遇，以及尊重人的固有尊严的待遇。

“2. 须尊重拟被驱逐的人的所有人权，包括本条款草案所述人权。”

荷兰

第14条草案第1款将尊重人的固有尊严作为一项单独人权提出，但对这项权利的实质未作明确定义。该条草案第2款要求尊重一般意义上的人权，将会提供适足保护，因此第1款就显得多余。此外，同时列入第14条草案第1款和第18条草案，可能会错误地暗示前者具有附加价值。进一步扩展第18条所述的禁止酷刑或残忍、不人道和有辱人格的待遇，对荷兰来说是不可接受的。

联合王国

1. 联合王国目前对该条草案没有任何评论。

2. 不过，联合王国注意到欧洲联盟的评论及其为第14条草案拟议的改动。<sup>1</sup> 联合王国积极鼓励自愿离境，但反对为其设定期限。给定的时间将逐案考虑，例如，联合王国已公布在儿童即将参加重要考试时不强迫离境的政策。

<sup>1</sup>载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

美国

该条草案和整个第三部分采用的“拟被驱逐”一词没有明确反映是仅包括实际上正处于被驱逐过程中的外国人，还是包括所有缺乏合法移民身份或可能被列入驱离程序的外国人。根据这部分的上下文



以及这些条款草案的先前版本，想要表达的含义似乎是前者；不过，应在评注中澄清这一表述的含义。

### 第15条 不歧视的义务

#### 加拿大

加拿大建议第15条草案列出的歧视理由包括性取向。

#### 丹麦(代表北欧国家)

北欧国家完全支持欧洲联盟关于将性取向纳入第15条草案的评论。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

#### 萨尔瓦多

1. 鉴于第15条草案保障的是一项人权，不当在开头确认国家的某项权利，因为这样做可能导致误解。

2. 此外，第2款的措辞应更加确切和更有约束力，因为国际法广泛承认不歧视是一项适用于所有人权的强行法原则。

3. 因此，美洲人权法院在其关于无证移民的法律处境和权利案的咨询意见中指出：

法律面前平等和不歧视原则以各种形式渗透到国家权力机构所有涉及尊重和确保人权的行为中。实际上，这一原则被认为在一般国际法项下具有强制性，适用于所有国家，不论这些国家是不是某个国际条约的当事国，并对包括个人在内的第三方产生效力。这意味着一国在国际和国内法律体系中，都不能通过任何权力机构的行为或在该国纵容、默许或疏忽下行使的第三方的行为，在行事时违反平等和不歧视原则，对某一群体造成损害。<sup>1</sup>

4. 鉴于上述原因，萨尔瓦多提出以下措辞：

“1. 国家不得以歧视性理由驱逐外国人，特别是不得以种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、

<sup>1</sup> 美洲人权法院，2003年9月17日应墨西哥合众国请求就无证移民的法律处境和权利案出具的第OC-18/03号咨询意见，《A辑》，第18号，第100段。

出生或其他身份为由或以国际法不容许的任何其他理由驱逐外国人。

“2. 任何拟被驱逐的人都不受歧视地享有人权。”

#### 荷兰

对于第15条草案第1款，荷兰提议将“性取向”列为一个单独的不歧视理由，欧洲联盟此前也已有此提议。<sup>1</sup> 或者作为选择，也可在该款的解释性文字中强调，按照人权事务委员会的解释，这一方面已包括在“性别”这一理由中。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

#### 联合王国

1. 联合王国不同意该条草案。

2. 联合王国支持消除非法歧视的目标，但对该条草案违背现有国内立法和实践表示严重关切。2010年《联合王国平等法案》附则3第17条准许在获得相关授权的情况下，为移民职能而以国籍、族裔或民族血统为由进行的歧视。联合王国必须有能力对本国境内具体威胁移民制度的非法群体优先采取执法行动，包括根据重点阐述本国移民管制所面临风险的情报或统计资料，在不同时间将移民执法资源用于特定群体。

#### 美国

1. 美国认为，根据第2条草案(a)项，这些条款草案不涉及一国以国籍等理由决定不接纳或拒绝外国人入境的情况。

2. 关于处于一国境内的外国人，第15条草案的广泛性未得到现有涉及驱逐或不驱回问题的条约的支持。虽然人权法中确实存在不歧视的总体原则，但该原则仅适用于一国某些类别的行为，而不是所有国家行为，而在评注中也没有确定，根据现有国际法，该原则尤其适用于与驱逐外国人有关的国家行为。

3. 此外，第15条草案显然与确认国家拥有广泛权利、可凭众多理由中的任何理由将外国人驱逐出境的第3条草案之间有冲突。例如，第15条草案

似乎禁止一国在战争时期驱逐敌国人，因为这样做就是以国籍为由进行歧视，尽管第10条草案第4款似乎允许此类驱逐。更广泛而言，美国的移民法律和政策——该国认为这些法律和政策与其它国家的类似做法是一致的——允许按国籍进行分类，只要存在分类的合理理由即可（例如，见 *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65, 72–74 (1st Cir. 2006); 以及 *Narenji and others v. Civiletti*, 617 F.2d 745, 747 (D.C. Cir. 1979)）。

4. 甚至连禁止以“财产”为由进行的歧视也有问题。例如，根据美国法律，《美国法典》第8卷第1182(a)条规定的公诉等某些不可入境的理由要求政府在决定外国人是否可入境时考虑其资产、资源和财政状况。此外，美国法律允许外国企业家以“有条件的”永久居民身份入境，但这些外国人可能因未能达到维持其身份的条件而被驱离，此类条件包括投入规定数额的资本（同上，第1186b(b)条）。第15条草案禁止以“身份”为由进行歧视，这尤其有问题，因为驱离一名外国人的决定以及驱逐过程中可能给予的取消驱离的程度在很大程度上取决于例如这名外国人是否已被允许入境美国或者是否为合法永久居民。条款草案本身以外国人的“身份”为由进行歧视，在有些情况下扣减了非法居留一国境内的外国人的权利。

5. 最后，尤其是鉴于评注第(2)段表示这项规定适用于“驱逐或不驱逐的决定”，该条草案有可能严重损害一国酌情决定进行或不进行哪些驱逐案的特权（以及在这方面囿于有限资源的需要）。行使此类酌处权经常涉及该条草案中列出的一个或多个因素，特别是考虑到“其他身份”一词的潜在范围。

6. 美国认为该条草案并无现有国际法或国际惯例的基础，作为一种逐渐发展的形式考虑不周，因此应予以删除。如果保留该条草案，则应侧重于驱逐过程中要避免歧视的某个具体方面，比如赋予第26条草案所反映的程序性权利。

## 第16条 弱勢人員

### 古巴

1. 关于第16条草案，“儿童”和“老年人”的概念需要定义，这两个用语既不准确，又模糊不清，因为两者都没有提供一个可作为评估此类人员脆弱性依据的年龄范围。

2. 古巴认为，第16条草案为孕妇提供的保护可扩展到所有妇女和女童，并应涵盖整个驱逐过程。古巴为第1款拟议的措辞如下：

“拟被驱逐的男童和女童、妇女、老年人、残疾人、孕妇和其他弱勢人员应……”。

第16条草案第2款也应提及女童。

### 萨尔瓦多

1. 第1款中西班牙文“*personas de edad*（有一定年龄者）”一词语义不确切，因为它可能指任何年龄的人，即一生中划分出的任何阶段。为此，萨尔瓦多建议使用“*los adultos mayores*（老年人）”一词，以澄清这项规定的范围。

2. 同样，在西班牙文中，第2款关于儿童最大利益的措辞令人困惑，问题来自对《儿童权利公约》的翻译。因此，萨尔瓦多建议在第2款的西班牙文案文中使用“*se atenderá primordialmente al interés superior del niño*（首要考虑儿童的最大利益）”的表述方式。

### 摩洛哥

第16条草案列出了属于这一类别的人员，即儿童、孕妇、老年人和残疾人。虽然该条草案将保护扩展到“其他弱勢人员”——前提是它们“被视为弱勢身份者”——展示了前瞻性，但也会引发一个问题，即按照何种标准将何人视为弱勢人员。

### 美国

美国在驱离程序中确实为儿童、尤其是外籍孤身儿童提供特别保护和照顾（例如，见《美国法典》第8卷第1158(a)(2)(E)和(b)(3)(C)条（庇护—初步管辖权）以及第1232条（加强努力打击贩卖儿童）；另见涉及外籍孤身儿童的移民法庭案件导则。<sup>1</sup>同时，在涉及驱逐的问题上，美国法律不强迫将儿童的“最大利益”放在首位。因此，美国建议将“首要”一词改为“重要”，或者将“是一项首要考虑”改为“得到适当考虑”。

<sup>1</sup>美国，司法部，移民审查执行办公室，涉及外籍孤身儿童的移民法庭案件导则（2007年5月22日）。



## 第二章

### 在驱逐国所要求的保护

#### 第17条 保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务

##### 奥地利

由于保护外国人生命的责任已经因人权义务而产生，这条规定显得多余。

##### 联合王国

联合王国目前对该条草案没有任何评论。不过，联合王国不会同意对该条草案的广义解释，因为这势必导致为非法移民提供免费保健服务的无条件承诺，或认可患有严重健康疾病的非法移民能以需要持续接受治疗为由，违反移民法而留在联合王国。

##### 美国

考虑到第17条草案在第三部分第二章中的位置，美国的理解是该条草案侧重于对身处驱逐国境内的外国人进行保护，而涉及外国人在目的地国待遇的问题，则在第三部分第三章中阐述。

#### 第18条 禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚

##### 奥地利

第18条草案可能会导致结论认为，除了此处提到的人权，其他人权都不适用。

#### 第19条 拟被驱逐的外国人的拘留条件

##### 奥地利

第19条草案第3款(b)项的措辞应更加明确，以反映评注中表达的观点，即只要对驱逐的可能性有合理看法，拘留就是合法的，例如在审查外国人的国籍或向外国人颁发旅行证件期间。

##### 比利时

1. 比利时建议将“或一名获授权行使司法权的人”改为“或一名获授权行使司法或行政权的人”。

2. 该国1980年12月15日关于外国人入境、居留、定居和离境问题的法律第7条第4和第5款规定

部长或其代表可延长外国人的拘留实践。对这一决定的申诉可(根据上述法律第72条)向合议庭(预审法庭)提出。

##### 加拿大

1. 在第19条草案中，加拿大对于除“特殊情况”外须将拟被驱逐的外国人与囚犯分开拘留的义务感到关切。由于将这两类人分开有时并不可行，加拿大希望在第19条草案第1款(b)项中规定：“如有可能\*，拟被驱逐的外国人应与被判处剥夺自由刑罚者分开拘留。”

2. 加拿大同意拘留时间不应过长或不受限制。为加强确定性，加拿大建议在第19条草案第2款(a)项中禁止“无限期”拘留，而不是“时间过长的”拘留。同样，对拘留的审查应按设定或规定的时间间隔进行，而不是“定期”进行。加拿大希望在第19条草案第3款(a)项中反映这一措辞。

3. 此外，第19条草案第2款(b)项不应将拘留决定仅限于由法院做出。根据加拿大立法，行政决策者也有权延长拘留时间。因此，这类决定并不完全“由法院或一名获授权行使司法权的人”作出。加拿大建议在第19条草案第2款(b)项中插入“司法或准司法\*决策权”。

##### 古巴

第19条草案第1款(b)项规定，拟被驱逐的外国人，除非在特殊情况下，应与被判处剥夺自由刑罚者分开拘留。对此古巴认为，前者不但应与这些囚犯分开，还应与被控犯有罪行、由法院下令实施示范性羁押的人分开。

##### 丹麦(代表北欧国家)

1. 北欧国家支持欧洲联盟对第19条的评论。<sup>1</sup>

2. 此外，对于将拟被驱逐的外国人与被判处剥夺自由刑罚者分开的问题，北欧国家认为可以将囚犯罪而被驱逐并曾在监狱服刑的外国人拘留在其曾服刑的监狱。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

## 萨尔瓦多

1. 萨尔瓦多继续对第19条草案表示关切，该条似乎将拘留拟被驱逐的外国人作为一条一般规则而非例外措施加以接受，由此产生的实际后果是助长侵犯人身自由、人格和无罪假定等基本权利的行为。

2. 在这方面，应当回顾国际人权条约和多数国家的国内法都规定了保障人人享有自由权利的义务。<sup>1</sup>因此，条款草案必须适用这一规则，以防止在常规的驱逐程序中，或是在任何潜在或实际威胁外国人行动自由的实践中，任意拘留外国人，<sup>2</sup>这类情况在过境和身份识别设施、拘留中心及各种关押中心都有可能发生。

3. 关于这一点，美洲人权委员会通过的关于在美洲保护被剥夺自由者的原则和最佳做法的决议<sup>3</sup>特别具有启发性，其中承认了所有被剥夺自由者都享有得到人道待遇、以及尊严、生命和身心及精神完整得到尊重与保护的基本权利。

## 4. 上述决议将剥夺自由解释为

根据司法或行政当局或任何其他主管当局的命令或者在这些机构的控制下，出于人道主义援助、待遇、监护和保护理由，或因犯罪或违法行为，在公共或私营机构内采取的一切形式的使当事人失去行动自由的拘留、监禁、收容或羁押。这类人员不仅包括因为犯罪、违法或不遵法纪而被剥夺自由者——无论其是否已被指控或定罪，还包括被某些机构(如移民、难民、寻求庇护或避难身份者、无国籍人和无证件者……中心)以及任何其他用于剥夺人身自由的类似机构所拘留和监管者。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 在这方面，《公民及政治权利国际公约》第9条第1款规定：“人人有权享有身体自由及人身安全。任何人不得无理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剥夺任何人之自由。”而《美洲人权公约》也在区域范围内重申了此项权利，其第7条规定：“1. 人人享有个人自由和安全的权利。2. 除根据有关的当事国宪法或依照宪法制定的法律预先确立的理由和条件外，不得剥夺任何人的自由。”

<sup>2</sup> 在这方面，见人权事务委员会第21号一般性意见(第10条)第4段，其中指出“以人道和尊重人格的方式对待被剥夺自由者是一项基本和普遍适用的规则。因此这项规则的最低适用不能取决于当事国拥有的物质资源状况。必须不加任何区别地适用这项规则，不论种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族或社会本源、财产、出生或其他状况”，人权事务委员会，《大会正式记录，第四十七届会议，补编第40号》(A/47/40)，附件六，B节。

<sup>3</sup> 美洲人权委员会在2008年3月4-14日的第131届常会上批准。

<sup>4</sup> 一般规定。

5. 此外，萨尔瓦多亦不理解为什么在条款草案中列入生命、人格完整、家庭生活权和平等待遇等权利，但同时又明确排除拟被驱逐者的人身自由的承认，尽管这是相关程序中的一项基本权利。

6. 鉴于上述内容，萨尔瓦多建议纳入一个第1款，指明人身自由应被视为一条一般规则，而拘留只是一项完全例外的临时措施，具体案文如下：

“1. (a) 驱逐国应尊重并保障拟被驱逐者的人身自由。拘留仅在遵循例外和临时原则的情况下实施。

“(b) 对拟被驱逐的外国人实行的拘留不应具有惩罚性质。

“(c) 临时拘留拟被驱逐的外国人时，应将当事人与被判处剥夺自由刑罚者分开。

“2. (a) 拘留期不应是无限制的。应将拘留期限定为执行驱逐所需的合理必要时间。禁止所有时间过长的拘留。

“(b) 延长拘留期的决定应仅由法院或一名获授权行使司法权的人做出，而且应有明确的时限。

“3. (a) 应在法律规定的具体标准基础上定期审查拟被驱逐的外国人的拘留情况。在程序的任何阶段，拟被驱逐的外国人都应有权要求对拘留措施进行审查。

“(b) 在驱逐无法执行时应终止拘留，除非可将原因归诸拟被驱逐者。”

## 德国

第19条草案第1款(b)项规定了拟被驱逐的外国人的拘留条件。德国认为评注应普遍要求将外国人与刑事囚犯分开拘留，而不是规定实现这一目标的具体措施。尤其是评注第(3)段中使用的“被隔开的部分(*separate section*)”可能在实践中难以实现。

## 荷兰

1. 关于第1款(a)项，荷兰指出，在其管辖下对拟被驱逐的外国人进行的拘留并不具有惩罚性质。但在准备和实施驱离的所有行政措施(包括拘留)都不成

功，而外国人依然无正当理由地停留在荷兰领土的情况下，欧洲联盟法院的判例允许采取惩罚措施。<sup>1</sup> 惩罚措施仍应作为最后施压手段予以保留，只要适当应用，就不会侵犯人权。当前的起草方式没有充分考虑到这一点。

2. 关于第19条草案第2款(b)项，荷兰建议像欧洲联盟也曾建议的那样<sup>2</sup>，在条款草案结尾处加入“或由其决定需要受到有效司法审查的行政主管部门作出”一句。这对荷兰这样的国家而言非常重要，在这些国家中，外国人法完全属于行政法的范畴。

3. 荷兰反对第3款(a)项，因为它过于详细，无法在不同国家的不同法律体系中遵行。例如，在荷兰，审查对外国人的拘留是在发出拘留令后六个月、应外国人的申诉而进行。只要外国人有机会让其拘留定期得到独立法院的审查就已足够。此外，荷兰对该条草案的第3款(b)项也感到关切。“除非可将原因归诸有关外国人”一语似乎表示拘留可无限期持续。似乎外国人被拘留也是因为未能遵行一项迫使其配合驱逐的命令。有必要进一步作出说明，以便向外国人提供法律保护。

<sup>1</sup> 第C-329/11号，亚历山大·阿楚格巴比扬诉马恩河谷省案，2011年12月6日欧洲联盟法院(大法庭)的判决，《欧洲联盟公报》，第C 32号(2012年2月4日)，第12页。

<sup>2</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

#### 大韩民国

根据《大韩民国移民管制法》，拘留时间的延长是由移民办事处或其分部的负责人，或者外国人拘留设施的负责人决定的。因此，有权决定驱逐外国人的人员范围应当扩大，以便纳入这些人。

#### 联合王国

1. 联合王国对该条草案有重大关切，并建议进行修正。

2. 联合王国可以接受第19条草案第1款(a)项，但认为第19条草案第1款(b)项完全不可接受。服刑的外籍罪犯在刑期已满后作为受押移民继续拘留，虽然作为未定罪(即还押)的囚犯对待，但仍然与正在服刑的囚犯一道关押在同一监狱设施内。这种监狱不会将这两类人分开。同样的情况还适用于出于

安全/管控原因从移民驱离中心转移到监狱的受押移民。

3. 同样，联合王国也不能接受当前形式的第19条草案第2款(a)项和(b)项，原因如下：联合王国不同意国际法为拘留设定了最长时限或固定批准时限。联合王国还认为草案禁止“时间过长的拘留”这一表述过于模糊，无法接受。拘留期限还要受到法律的严格限制，包括联合王国习惯法和《欧洲人权公约》第5条。联合王国的做法是在仍有遣返的现实可能性之时，在合理的时限内维持拘留，尽管后者将取决于个案的所有情况，如相关个人的潜逃威胁和风险，以及在一些情况下就遣返该人的立场寻求其他国家的保证。所拟议的引入司法当局对继续拘留进行授权令人无法接受，而且也与国内立法相左，后者符合《欧洲人权公约》第5条的规定、按照既定的法律原则运行。关键在于行政拘留是由法律规定的，并接受司法审查。

4. 联合王国建议对该条草案作如下修正：

“(2) (a) 拘留期限不应任意决定，应将其仅限定为根据法律规定在所有情形中执行驱逐所需的合理时间长度。

“(b) 拘留期限的延长仅应由法院或依法有权行使这一权利的人决定，并应接受司法审查。”

5. 联合王国可以接受第19条草案第3款(a)项，但认为须对第19条第3款(b)项进行如下修正，以便使其措辞与第19条草案第2款(a)项一致：

“(b) 在遵守第2款的前提下，当驱逐无法在合理的时间长度内执行时应终止拘留，除非可将延迟原因归诸有关外国人。”

#### 美国

1. 美国认为第19条草案中的标准大体合理，但建议作一些修订。总体而言，美国致力于对因与驱离相关的原因而必须拘留的人进行安全、人道和适当的拘留。国土安全部负责管理对拟被驱逐的外国人(外籍孤儿儿童除外)的拘留问题，包括拘留条件、获得法律代理、以及全国各地拘留设施的安全和可靠运作。如果在行政程序中发现一名外国人违反美国移民法并对其发出了最终驱离命令，则该名外国人就



可能被一直拘留到驱离之时，而驱离一般应在行政程序最终完成后的90天内进行。见《美国法典》，第8卷，第1231条(a)款(1)项(A)目和(2)项。不过，对此类外国人发出驱逐令后拘留180天也可被推定为合理。<sup>1</sup>

2. 第19条草案第1款(a)项应在“不得”一词之后加入“仅为此理由”字样，以便兼顾同时作为罪犯而受到惩罚性监禁的拟被驱逐的外国人。

3. 美国认为第19条草案第1款(b)项的文字含糊不清，即不清楚该项是要求不将受到移民拘留的外国人关押在刑事拘留设施内，还是要求在移民拘留设施内将非刑事犯外国人与刑事犯外国人分离开来。评注指出外国人可被关押在刑事设施中，而且也可将拟被驱逐的非刑事犯外国人与拟被驱逐的刑事犯外国人关押在一起。应对这项规定加以订正，以便更加具体地阐述其设法防止的危害，并指明为驱离目的而关押的外国人，不论是刑事犯外国人还是非刑事犯外国人，都可以与根据国家刑法拘留的个人关押在同一处设施内。

4. 关于第19条草案第2款(b)项，并非所有的移民拘留延期都是由司法当局决定的，尤其是短期延长的情况。例如，根据美国法律，司法部移民审查执行办公室负责审查某些情况下的羁押决定，比如对不必强制拘留的人的羁押决定(见《美国法典》，第8卷，第1226条；以及《联邦法规法典》，第8卷，第1003.19条)。因此，美国建议或者将“司法”改为“此类”，或者将“的决定仅可由……作出”改为“必须能由……审查”。如有必要还可以再加一句，大意是：“在下令将外国人驱离之后对其进行长期拘留须经司法审查。”

5. 美国法律允许在“特殊情况下”(例如高度传染疾病、恐怖主义或其他安全关切、对公众的特殊威胁)继续拘留拟予驱离的外国人(见《联邦法规法典》，第8卷，第241.14条；以及《美国法典》，第8卷，第1226a条)。因此，美国要求在第19条草案第1款(b)项和第2款(a)项中，在“应”前插入“一般”一词，并在第19条第3款(b)项的结尾处纳入“或出于国家安全或公共秩序原因有此必要”一语。

## 第20条 尊重家庭生活权的义务

### 澳大利亚

澳大利亚注意到一些条款草案的依据来自区域文书而非普世文书。例如，第20条草案中尊重家庭生活权的义务就采用了《欧洲人权公约》的措辞，而不是《公民及政治权利国际公约》第17条中对家庭的“无礼或非法侵扰”。澳大利亚建议修正该条草案，以便更好地体现普世文书载列的权利和义务。这将使国际法更为明确。

### 加拿大

加拿大尊重家庭单位的重要性，这一尊重体现在加拿大对《经济、社会及文化权利国际公约》和《公民及政治权利国际公约》的承诺中。但是，第20条草案所阐述的“家庭生活权”需要澄清。加拿大坚信一国可以在干涉保护家庭生活权的情况下驱逐外国人。而且，加拿大注意到这是一个尚无定论的法律领域。应注意不过分强调对国家驱逐外国人权利的限制。“在保持国家利益和当事外国人利益的公正平衡基础上”禁止干涉家庭生活的规定给了外国人权利过多的尊重。该条草案应指明国家有权驱逐犯有重罪或者严重威胁公共安全或国家安全的外国人。

### 古巴

鉴于“家庭生活”一词对条款草案的适用所具有的影响，古巴认为应在第20条草案中对“家庭生活”作出定义。

### 萨尔瓦多

1. 第20条草案第2款确定了国家可据以干涉拟被驱逐者的家庭生活权的两个累积条件，即(a)法律规定的限制；(b)在国家和当事外国人的利益之间保持公正平衡。

2. 萨尔瓦多不同意第2个条件的提法，因为其引以为据的文书规定已经大幅缩减。事实上，《欧洲人权公约》第8条第2款不仅引述了国家与外国人利益之间的平衡，还引述了民主社会所需以及其他相关因素，具体如下：

公共机构不得干预上述权利的行使，但是，依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或

<sup>1</sup> 扎德维达斯诉戴维斯等人案，《美国最高法院判例汇编》，第533卷(2001年)，第701页。



者国家的经济福利的利益考虑，为了防止混乱或者犯罪，为了保护健康或道德，为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的，不受此限。

3. 根据这一条款的内容，欧洲人权法院从判例角度分析了在三种条件下限制家庭生活权的有效性：干预是否符合法律；是否出于正当合法的动机；以及干预为民主社会所必需。<sup>1</sup>

4. 因此，如果将《欧洲人权公约》中的措辞与关于驱逐的条款草案中的措辞进行比较，就可以明显看出后者为允许限制家庭生活权所规定的条件过于狭隘。

5. 此外，应当纳入考虑的是，欧洲人权法院的判例仅处理了拟被驱逐者犯下刑事罪行的情况下所涉及的利益冲突，例如布加内米诉法国案、<sup>2</sup> 布舍莱基亚诉法国案、<sup>3</sup> 布杰利法诉法国案<sup>4</sup> 以及伊祖赫迪诉法国案。<sup>5</sup> 法院是在该背景下表示，它将考虑，除其他外，申诉人所犯罪行的性质与严重性，申诉人在该居留的时间长短，罪行发生至今的时间长短，以及配偶对罪行是否了解等情况。<sup>6</sup>

6. 因此，作为一条一般规则来分析这种平衡对所有外国人是否公平会招致批评。此外，鉴于拟被驱逐的绝大部分外国人并未犯下任何刑事罪行，对委员会而言即为重要的是要澄清，在仅仅违反行政性移民法规的情况下，要求在家庭生活和作为国家利益的安全之间实现平衡并不适当，因为这类个人对公共秩序并不构成威胁。

7. 鉴于上述内容，萨尔瓦多提议根据人权法院的判例，对相关措辞的依据进行重新考虑如下：

<sup>1</sup> 布勒蒂夫诉瑞士案，第54273/00号，ECHR 2001-IX，第40-41段。在本案中，申诉人为一名阿尔及利亚公民，是一名瑞士公民的配偶。因此，拒绝延长申诉人在瑞士的居留许可就干预了申诉人在《公约》第8条第1款意义上享有的尊重家庭生活权。这种干预如果不符合第8条第2款的规定就违背了《公约》。所以有必要确定这一行动是否“依法”，是否出于该款中所规定的正当目标，并且为“民主社会所必需”。

<sup>2</sup> 布加内米诉法国案，1996年4月24日，《判决和裁决汇编》，1996-II。

<sup>3</sup> 布舍莱基亚诉法国案，1997年1月29日，同上，1997-I。

<sup>4</sup> 布杰利法诉法国案，1997年10月21日，同上，1997-VI。

<sup>5</sup> 伊祖赫迪诉法国案，第47160/99号，2001年2月13日。

<sup>6</sup> 布勒蒂夫诉瑞士案(见上文脚注1)，第48段。

“1. 驱逐国应尊重拟被驱逐的外国人的家庭生活权。

“2. 驱逐国不应干涉家庭生活权的行使，但在法律规定的情况下以及在民主社会中为国家安全，公共安全或国家经济福祉，为预防骚乱或犯罪、为保护健康或道德、或为保护他人的权利与自由基础上的干涉除外。”

#### 大韩民国

该条草案中的“家庭”和“家庭生活权”的定义不明确，可能导致国家对于驱逐的决定无效。因此，最好为这些用语提供定义。

#### 美国

1. 作为一个门槛问题，美国认为将第20条草案放在第三部分第二章并不合适，因为该章的标题以及该章其他条款草案的内容涉及的都是一名拟被驱逐的外国人的待遇问题，而非与驱逐的理由相关的标准。但是，从本身的案文和评注中的说明来看，第20条草案所处理的家庭生活权既涉及拟被驱逐的外国人的待遇问题，也涉及驱逐的理由。这种双重意图有可能在概念上模糊了第三部分第二章其他条款草案的范围，根据前文的评论，这尤其引起美国对第17条草案的关注。因此，将第20条草案放在第三部分第一章第15条之后更为妥当。

2. 关于实质内容，美国在确定外国人的移民酌情救济资格时，外国人在美国境内外的家庭纽带是常规考虑因素(见《美国法典》，第8卷，第1158条(庇护)，第1229b条(取消驱逐)；第1182(h)条(不予入境豁免)和第1255条(将身份调整为合法永久居民)。美国移民当局在对个案行使酌情起诉权时也经常适当考虑家庭生活。不过，对家庭团聚的考虑在特定案件中的权重并不总是超越其他因素。例如，美国可驱离一名在其境内犯下情节恶劣罪行的外国人，而不论其家庭联系如何(例如，见 *Payne-Barahona v. Gonzales*, 474 F.3d 1 (1st Cir. 2007)；以及 *Guaylupo-Moya v. Gonzales*, 423 F.3d 121 (2d Cir. 2005))。

3. 第20条草案第1款的案文读来让人感觉家庭生活权在驱逐案中具有绝对性，是至高无上的因素，但第20条草案的评注第(1)段指出各国的法律和判例

法中对其的支持并非如此绝对，实际上所支持的仅仅是“必须考虑到家庭问题，在驱逐外国人方面将其作为一个限制因素”。因此，第20条草案第1款中的“尊重”应改为“适当考虑”，从而与评注中指出的法律和判例相一致。

4. 同样，第20条草案第2款应予删除，因为该款只不过是大致复述了第20条草案第1款的基本原则，但更为具体，同时引入了“公正平衡”的原则，该原则在现行法律和实践中的依据并不充分，从逐渐发展的角度亦不可取。再次重申，美国移民法要求在许多情况下考虑家庭纽带，但并不要求法院或其他决策者在家庭纽带与国家利益之间做到“平衡”。特别是如果按美国的建议进行编辑修改，则第20条草案第1款就足以表述关于这一问题的相关准则，使得第20条草案第2款变得多余。

### 第三章

#### 与目的地国有关的保护

##### 第21条 离境前往目的地国

丹麦(代表北欧国家)

1. 北欧国家认为自愿返回优于强制驱离，因此应促进和推动此种做法。同时，必须保留在有必要时强制执行返回义务的可能性。
2. 另见上文在一般性评论下所作的评论。

荷兰

1. 荷兰支持鼓励自愿离境的想法，因此建议将第21条草案第3款以下列措辞替代：

“如果没有理由认为自愿离境将有损于驱逐程序的目的，自愿离境应优先于强制遣返并应给予自愿离境合理的期限。”

2. 这一拟议的修正与欧洲联盟提案的第一部分相符。<sup>1</sup> 保留在某些情况下(如未遵守先前的时限)不设离境时限的可能性，这一点是重要的。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

联合王国

联合王国对该条草案持有重大关注。采用该条款草案的规定将严重损害联合王国对高危人员的处理办法。例如，在某些情况下，对于威胁国家安全者，联合王国希望保留强制驱离的灵活性，通过限制条件确保此类个人不能合法返回联合王国。如果要为自愿离境提供便利，联合王国就将失去这种灵活性。联合王国不认为现有国际法中存在支持该条草案的明确依据，因而不能支持在这方面进行逐渐发展的提议。

美国

第21条草案第1款规定“驱逐国应采取适当\*措施，便利拟被驱逐的外国人自愿离境”。美国法律在行政驱离程序中规定了为外国人自愿离境提供便利的适当措施(例如，见《美国法典》，第8卷，第1225(a)(4)条(撤回入境申请)和第1229c条(自愿离境)。不过，美国认为“适当措施”指的是允许为此类酌情救济的可得性规定合理的限制。换言之，如第21条草案第2款所承认的，存在自愿离境不适当而必须强制执行驱逐措施的情况。

##### 第22条 拟被驱逐外国人的目的地国

奥地利

奥地利对该条草案的措辞不持任何异议；然而，应在评注中写明第2款不确立接纳外国人的法律义务。这种义务只能通过双边或多边协议确立。

古巴

第22条草案提到了被驱逐的外国人种种可能的目的地国，但第2款指出外国人“得被驱逐至其有权入境或居留的任何国家”。这个问题不必纳入该款，原因是第1款已经提到“应驱逐国或酌情应当事人请求同意接收该人的任何国家”；实际上，即使一国曾向某一外国人发放入境或居留许可，但若该国援引公共秩序或安全的原因，则并无再次接收该外国人的义务。

丹麦(代表北欧国家)

见上文在一般性评论下所作的评论。

## 荷兰

该条草案的重点是(自愿或被迫)返回的外国人的权利以及驱逐国的义务。不过,接收国接纳这些外国人也同样重要。因此,如欧洲联盟所提议的那样,<sup>1</sup>荷兰建议在第22条草案第1款中增加“并准予重新入境”的措辞。也可以考虑单独列入一个关于接收国有义务准予重新入境的条款。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

## 美国

1. 美国认为第22条草案第1款恰当地强调了作为首要目的地的国籍国,以及作为选择,包括应当事外国人的请求,愿意接收该名外国人的另一国。但在阐述其它选项时,第22条草案第2款未能确认将外国人驱逐至先前的某个居住国或其出生国的可能性。对于这类可能性,第22条草案的评注第(2)段和许多国家的法律都进行了考虑(例如,见《美国法典》,第8卷,第1231(b)(2)(E)条),但第22条草案第2款本身并未提及。此外,根据具体情况,某一外国人与一国的家庭或财务关系可能比其他国家更为紧密,或前往一国可能比前往他国面临更大困难,驱逐国在任何具体案件中都应酌情考虑这类因素。因此,第22条草案第2款应订正为:

“外国人也可被驱逐至其拥有入境或居留权的国家、曾经居住或出生的国家、或者在适用情况下其进入驱逐国之前所在的国家。”

2. 此外,重要的一点是在这方面必须限制继承国阻止出生国已不复存在或出生地主权在其离开后已发生改变的外国人返回该继承国的能力。美国移民法对这些情形作了说明,准许将外国人驱离至“在外国人出生时对其出生地拥有主权的国家”或者“在外国人被驱离时其出生地所在的国家”(分别见《美国法典》,第8卷,第1231(b)(2)(E)(v)及(vi)条)。美国建议在第22条草案或其他地方纳入有关措辞,说明该条草案适用于评注所列的这些情形。

3. 最后,第22条草案的评注应当写明驱逐国在确定将外国人送往指定国家有损驱逐国利益时,有权拒绝该外国人提出的将其驱逐到该指定国家的请求。这项重要原则已被编入美国移民法(见《美国法典》,第8卷,第1231(b)(2)(C)(iv)条)。

## 第23条 不将外国人驱逐至其生命或自由会受到威胁的国家的义务

## 澳大利亚

以目前方式起草的第23条草案不仅将《关于难民地位的公约》中的不驱回义务扩大到生命或自由因为任何被禁止的理由而受到威胁的任何人——即使他们不是该《公约》所指的难民,而且也扩大了《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》和《公民及政治权利国际公约》现有的不驱回义务。澳大利亚注意到委员会的解释是“没有正当理由让第23条草案所列歧视性理由在范围上窄于第15条草案所列的理由”。鉴于这两条草案的政策背景大不相同(分别为不驱回和歧视——国际法中两个截然不同的概念),澳大利亚认为委员会进一步阐明这些问题将会有所助益。

## 加拿大

1. 第23条草案第1款可防止将外国人驱逐至其生命或自由会受到威胁的国家。加拿大并不认同这一对当前国际法范围的理解。各国可能会将外国人驱逐至其可能被拘留的国家。《关于难民地位的公约》当事国不可将一名外国人驱逐至其可能因该《公约》所列出的理由而遭到迫害的国家。总的说来,各国不可将一名外国人驱逐至有可预见且切实的遭受酷刑或其他类似严重侵犯人权行为的个人风险的国家。保留死刑的国家可将外国人驱逐至推行死刑的国家。

2. 另见对第6条草案的评论。

## 丹麦(代表北欧国家)

1. 北欧国家支持欧洲联盟关于第23条草案第2款的评论,<sup>1</sup>并进一步认为应将性取向纳入第23条草案第1款,以便与关于将性取向内容纳入第15条草案的建议保持一致。

2. 此外,第23条草案第1款应在更大程度上与《关于难民地位的公约》第三十三条保持一致,以便排除一些情况,如某人的自由因犯下的罪行而遭到威胁的情况(这与《公约》中提及的遭到迫害的原因无关)。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。



## 荷兰

荷兰支持在外交保证不执行死刑的情况下，允许驱逐进行的可能性。荷兰支持欧洲联盟在这方面就该条草案所追加的内容。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

## 大韩民国

1. 难民是指需要国际社会根据其地位给予特殊保护的人。尽管需要特殊保护，但与第6条草案第3款相比，第23条草案对不是难民的外国人提供了更多的保护。因此，第23条草案第1款应包含与第6条草案第3款相同的限制性条款，即：

“……除非有正当理由认为该人危害所在国的安全，或除非该人已被最终判定犯有特别严重罪行，对该国社会构成危险。”

2. 另见上文在一般性评论下所作的评论。

## 联合王国

1. 联合王国对第23条草案第1款表示关注。按照目前的起草方式，其案文大体反映了《关于难民地位的公约》第三十三条第(一)款的内容，该款保护拥有难民地位的人，但确实也适用于所有外国人，因此算是一种发展。联合王国认为该条草案最好能说明何种程度的威胁不得驱逐，并建议将生命风险与自由风险区分开来。

2. 联合王国提议将第23条草案第1款修正如下：

“不得将任何外国人驱逐至其生命可能会因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份等理由或因国际法不容许的任何其他理由而面临真正生命风险的国家。”

## 美国

1. 第23条草案意图对大幅扩大现有人权条约中的不驱回规定予以认可，这样做无视了各国为相关制度精心推敲的措辞。因此，应删除该条草案或至少对其进行重大修改。

2. 根据第23条草案评注第(1)段所述，第1款试图“对应规定了禁止遣返(驱回)的1951年7月28日《关于难民地位的公约》第三十三条”。然而，第23条草案第1款明显背离了《关于难民地位的公约》第三十三条的案文，以及过去60年来与第三十三条相关的已然成形且广为遵行的国家实践。

3. 《关于难民地位的公约》第三十三条第(一)款禁止驱逐“其生命或自由因其种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁”的难民。相比之下，第23条草案第1款将这一规定扩大为不得在生命或自由因为任何理由而受到威胁的情况下进行驱逐，“例如”新增了肤色、性别、语言、非政治见解、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份等理由或国际法不容许的任何其他理由。此外，没有明确纳入“参加某一社会团体”这一类别；将“社会出身”作为替代，显然不具有相同的含义。

4. 评注没有为这一变动提供国家立法、国内判例法、国际判例法或条约法依据。事实上，大多数关于驱逐、递解或驱离的国内法都侧重于所列五类，尤其是以种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或政治见解为由，担心遭受或者已经遭受迫害的个人群体(例见《美国法典》，第8卷，第1101(a)(42)(A)条、第1158(b)(1)(A)条和第1231(b)(3)(A)条)。评注中提供的唯一解释是，《公民及政治权利国际公约》第2条第1款包含这些类别，暗示第2条第1款适用于该《公约》有关驱逐的第13条规定的国家义务。然而，这些非歧视原则尽管可能适用于一国境内外国人的待遇和驱逐程序中向外国人提供的程序，但在确定不驱回义务是否导致不得驱逐时并非全都具有意义。

5. 另一处严重背离了已成定论且广为遵行的国家实践的情况是选择性采纳《关于难民地位的公约》中有关不驱回的规定。第23条草案第1款与《公约》第三十三条的内容不“对应”，因为其中没有采纳第三十三条第(二)款的实质内容，其内容为：

但如有正当理由认为难民足以危害所在国的安全，或者难民已被确定判决为犯有特别严重罪行从而构成对该国社会的危险，则该难民不得要求本条规定的利益。

6. 同样，该条草案也没有考虑到《公约》第一条第(六)款所载驱逐理由。评注没有解释这些在过去60年一直作为难民法领域国家实践的一部分得到全面运作的规定因何遭至摒弃。



7. 美国建议删除草案第23条第1款，或者按照《关于难民地位的公约》第三十三条的措辞进行重新起草。

8. 美国还对第23条草案第2款意欲确认当前国际法中不存在的另一项重大不驱回义务表示关切。评注除了引用人权事务委员会关于个人来文的一项孤例决定之外，并未充分说明这项规定的核心原则是以现有法理学和国家实践为基础的。现有原则性理由质疑人权事务委员会的结论，即一个自愿废除死刑的国家尽管根据国际法并没有义务这样做，但却要就此承担一项国际法律义务，不将外国人驱逐到一个已经依法判处该外国人死刑的国家。此外，正如评注所承认的，第23条草案第2款甚至超出了这个有限的先例：*(a)* 将这一原则扩展到尚未正式废除死刑的国家，并*(b)* 将不驱回义务扩展到个人尚未被判处死刑的情况。从法律或原则上看，这类扩展只会进一步削弱草案第23条草案第2款的基础。

9. 虽然这项规定不会限制美国将外国人驱逐出境的权利、特权或权力，但美国对拟议的这一限制在执法和刑事司法国际合作方面的不利影响表示严重关切。

**第24条 不将外国人驱逐至会使其面临酷刑或残忍、不人道或有辱人格之待遇或处罚的国家的义务**

奥地利

该条措辞与第6条草案不同，要求“有充分理由相信”，而第6条草案并非如此。奥地利想知道是否有做出这一区别的理由。

加拿大

1. 加拿大赞同第24条草案所述不将外国人驱逐至有真实酷刑风险的国家的义务，原因是《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》也载有这一规定。然而，加拿大不赞同在第24条草案中扩大范围，特别是不赞同列入“有辱人格的”待遇。这一术语对《公民及政治权利国际公约》第7条所隐含的不驱回义务作了过于宽泛的解释，没有抓住不驱回的实质，即不将某人遣返至其可能面临酷刑等严重侵犯人权行为的国家的义务。

2. 另见对第6条草案的评论。

古巴

古巴认为第24条草案应纳入一项证明“真实风险”的义务，因为该条草案中所规定的“有充分理由”的说法不够充分，有可能导致作出主观解释。

大韩民国

见上文在一般性评论下所作的评论。

美国

1. 美国对第24条草案有关酷刑的部分重述《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3条的不驱回义务没有异议。《公约》第3条规定，“如有充分理由相信任何人在另一国将有遭受酷刑的危险”，不得将该人驱逐至该国。美国对这句话的理解是该人“很可能”遭受酷刑。

2. 然而，第24条草案意欲扩大《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》中的不驱回义务，以防止在存在“残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”的危险时驱逐外国人。扩大范围的主要依据是欧洲人权法院的判例以及消除种族歧视委员会的一项建议。这些实例和一些孤立的国家实践案例并不能作为一项充分依据，将该条草案作为对现有法律的编纂；它显然只是一种逐渐发展法律的举动。

3. 评注中没有提到的一个重大实质性问题是何项新的不驱回义务不允许任何例外或限制。《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3条中现有的不驱回义务不允许这样的例外，这与绝对禁止酷刑相对应。然而，残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚并没有上升到酷刑的程度，在《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》中也没有与酷刑同等对待。然而，无论草案还是评注都没有考虑与残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚有关的不驱回义务是否应允许基于如国家安全或刑事犯罪理由这样的例外，《关于难民地位的公约》中的不驱回义务就是这种情况。正如秘书处备忘录<sup>1</sup>所述，有些国家通过国内法保护外国人不被驱逐到会使其面临虐待风险的国家，但这

<sup>1</sup> A/CN.4/565和Corr.1号文件(可查阅委员会网站，第五十八届会议文件；最终文本将作为《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)的增编出版)，第574段。

些法律常常包含例外，例如外国人从事某些犯罪行为、威胁驱逐国利益、威胁该国公共秩序或国家安全、或者违反了国际法。

4. 承认无条件的与残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚有关的不驱回义务，将引发未在评注中充分探讨或解决的其他问题。例如，关于残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚包含哪些行为方面存在不确定性，这将使国家有效履行这种不驱回义务的工作复杂化。与残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚有关的无条件的不驱回义务，可能被用于支持根据当地监狱条件恶劣等一般性条件不将任何外国人驱逐至特定国家的论点。此外，按照《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》的定义，酷刑必定涉及国家行为，而残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚未必如此。因此，设法履行这一义务的国家需要考虑被驱逐者前往国家中存在多大的可能性会有人——不论他们与该国有何牵连——对被驱逐者采取可被视为残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为。

5. 美国认为，与残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚有关的这种新的不驱回义务需要经各国的认真和透彻的考虑之后，才能被接受成为一条普遍适用的国际法规则。因此，美国建议删除这条规定，或对其加以修改，以反映《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3条中的措辞。

#### 第四部分

##### 具体程序规则

#### 第26条 拟被驱逐的外国人的程序性权利

##### 澳大利亚

第26条草案扩大了在缔约国境内非法居留六个月以上的外国人的一系列程序性权利，其中一些程序性权利缺乏国际法基础而且大幅扩展了《公民及政治权利国际公约》第13条所规定的义务，给东道国、特别是发展中国家和最不发达国家带来了沉重负担。条款草案在这方面的处理办法也背离了现有的、在国际法中对一国境内合法居留者与非法居留者之间进行的区分。

##### 奥地利

1. 关于第1款(f)项，免费提供口译员将带来深远的经费影响。该款应予删除。关于向成为驱逐对象的外国人提供领事协助的第3款所反映的是《维也纳领事关系公约》第36条，必须结合国际法院对第36条的解释进行阅读。遗憾的是，国际法院作出的关于《维也纳领事关系公约》第36条第1款(b)项责成拘留国应被拘留者请求向主管领事机构通报情况并将相关权利告知被拘留者的重要说明，只反映在评注第(10)段中，尚未纳入该条草案本身。

2. 关于第4款，拟议的六个月时间太短，不够处理一些疑难案件，应予以延长。

##### 比利时

比利时提议在评注中加入如下内容：应清楚表明该权利意味着在作出决定之前或之后的书面或口头程序期间提供证据的能力。

##### 加拿大

加拿大注意到第26条草案第4款所述拟限制在一国境内非法居留不足六个月的外国人的某些程序性权利。加拿大不清楚有何国际法依据支持这种时间上的限制。

##### 丹麦(代表北欧国家)

1. 北欧国家也与欧洲联盟<sup>1</sup>一样，认为享有获取关于驱逐决定的法律通知的权利也就应享有获取书面决定的权利和获取关于可获法律补救办法的信息的权利。

2. 第4款列出一些限制，允许国家将非法居留不足6个月的外国人排除在程序性权利范围之外，北欧国家认为这可能会损害条款草案中规定的最低标准。因此北欧国家支持欧洲联盟建议的案文。

3. 此外，北欧国家希望说明，委托人在主管当局前作为其代表的权利不应视为国家有义务为所有拟被驱逐的外国人提供免费法律援助。

4. 另见上文第6条草案下的评论。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

## 萨尔瓦多

1. 第26条草案在条款草案中十分关键，因为对于不论何种移民身份的人，程序保障是一切刑事和行政驱逐程序的核心。

2. 这是因为保障作为整体被认为是确保尊重主体权利以及更广范的法规所定价值观原则的适当法律约束。因此，这些保障不是单纯的条文主义或形式主义，而是为了保护生命、自由、健全及平等基本权利。这些权利是国家之所以存在的基础和理由，人人享有这些权利构成了民主的实质基础。

3. 对于第26条草案的内容，萨尔瓦多关切地注意到，虽然确定了拟被驱逐的外国人应当享有一系列重要保障，第4款仍提到，对“驱逐非法在其境内不足六个月的外国人”适用另种类型的法律。

4. 这与国际人权法是相矛盾的，因为它否定了条款草案所述的保障，并将进入一国境内不足六个月、拥有非法移民身份的外国人排除在了享有保障的范围之外。

5. 萨尔瓦多尤其认为委员会对该款的评注是有缺陷的，其在第(11)段中提到：“尽管一些委员们辩称存在着一个所有外国人毫无例外都必须受益的核心程序性权利，但委员会倾向于采取务实的做法”。这种说法是不可接受的，因为委员会工作的目的应该是国际法的逐渐发展和编纂，<sup>1</sup>而不是为与国际人权法相左的“现实”进行解释或将之合法化。

6. 事实上，委员会将承认非正规移民身份的外国人具有程序性权利视为逐渐发展的一部分<sup>2</sup>也是错误的，因为所有的国际人权文书都已经确认这些权利适用于无论何种国籍的任何人。

7. 因此，萨尔瓦多认为，单从编纂角度就可以明文确认所有具有非正规身份的外国人享有程序保障，因为纳入条款草案的这些程序保障已经得到全球或区域人权文书以及国际性法院的判例确认，其中没有对身份作出任何区别。

<sup>1</sup>《国际法委员会章程》，第1条第1款：“国际法委员会以促进国际法的逐渐发展和编纂为宗旨。”

<sup>2</sup>同上，第15条：“为便利起见，下面各条使用的“逐渐发展国际法”一语意指：就国际尚未订立规章或各国惯例尚未充分发展成法律的各项主题，拟订公约草案[……]。”

8. 在这方面，此类保障决不应被视为国家给予的特权，因为它们直接源于人的尊严，而不得根据歧视性标准来适用。因为平等权(表现为法律面前人人平等)是所有国家的一般基本和通用原则，在任何情况下不得被中止、更改或限制。

9. 此外，以六个月为期限作为给予某些程序保障的参考要素，不仅从上述理由看是不合理的，而且在每个具体案件中很难核证。更为糟糕的是，拥有非法身份的外国人可能在前六个月遭到基于国家自由裁量的驱逐，这将导致无法对个人实施保护，并背离了法治的基本要求。

10. 接受六个月的期限还将违反第19条草案，其中规定任何拘留不得时间过长。实际上，在涉及拘留外国人的案件中，在没有保障的情况下拘留六个月属于时间过长，而且显然是歧视性的，尤其是相比国民犯罪所受拘留期限更短而言，就更是如此。

11. 例如，在萨尔瓦多，《宪法》<sup>3</sup>第14条规定：

仅司法机关有权判处刑罚。然而，行政机关可以在先履行正当程序的条件下，通过指令或裁决，对违反法律、法规和命令的行为，处以最多五天拘留或罚款，但可以通过为社区提供社会服务代替罚款。

12. 因此，萨尔瓦多宪法只接受五天的拘留期限，这适用于驱逐案件；<sup>4</sup>如果不照此执行，外国人可以随时采取必要的救济和程序<sup>5</sup>来维护其权利。因此，与上述国内法相比，条款草案准许对非法进入境内的外国人拘留170天以上而不给予保障，是非常不适度的。

<sup>3</sup>第38号令, *Diario Oficial*, vol. 281, No. 234, 1983年12月16日, 第1-26页。

<sup>4</sup>最高法院宪法法庭在其判例中指出：“应明确，行政机关可以履行有关司法程序，逮捕非法进入国家境内的外国人，也可以出于这种理由驱逐外国人，但是这绝不意味着执行一项驱逐程序时允许在进行驱逐时，将非法入境者羁押至五天以上；超出该项限制的做法违反宪法第14条”(人身保护程序，2009年5月14日，第19-2008号)。

<sup>5</sup>关于宪法程序，《宪法》在第11条第2款中规定：“如有任何个人或机关非法或任意限制其自由，当事人有权受到人身保护。如有任何机关侵犯被拘留者的尊严或者身体、心理或精神健全，亦可援引人身保护。”《宪法》还在第247条中规定：“任何人如果本宪法赋予的权利受到侵犯，均可向最高法院宪法法庭请求保护”。



13. 最后，萨尔瓦多认为，为国际法未曾加以规范的领域制定“不妨碍”条款是不妥当的。也就是说，如果国际社会没有关于“不妨碍”条款所指的六个月期限的均等法规，就会产生各国对这方面的决定完全出于自由裁量的危险。

14. 鉴于上述考虑，萨尔瓦多重申，国际社会所应当承认的是在关于驱逐外国人的条款草案中纳入程序保障标准，<sup>6</sup> 而不是某些国家的实践，这些国家的驱逐程序(或程序缺失)只能说明它们一再未能履行其在人权方面的义务。因此，萨尔瓦多建议删除第26条第4款。它还建议将第1款修正如下：

“1. 拟被驱逐的外国人享有下列程序性权利：……”。

<sup>6</sup>《世界人权宣言》第十条规定：“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯，以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控”；其第八条规定：“任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时，有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”此外，这些规定应根据《宣言》第二条进行解释，即：“人人有资格享有本宣言所载的一切权利和自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身分等任何区别。”此外，《公民及政治权利国际公约》第3条规定：“本公约缔约国承允确保本公约所载一切公民及政治权利之享受，男女权利，一律平等。”

#### 荷兰

1. 在荷兰，外国人原则上有权让主管当局听取其申诉。然而，这项权利可以有例外，即如果有充足理由怀疑外国人对驱逐决定的异议明显没有根据。荷兰认为，第26条草案第1款(c)项应规定类似的例外情况，以防止这项权利被滥用。

2. 荷兰建议在第1款(d)项结尾处增加如下内容：

“，包括可以请求采取强制令形式的临时措施，在程序取得结果之前防止外国人受到驱逐。”

3. 这一增加的内容可取代第27条草案(关于更多具体内容，见荷兰对第27条的评注)。

#### 大韩民国

见上文在一般性评论下所作的评论。

#### 俄罗斯联邦

见上文在一般性评论下所作的评论。

#### 联合王国

1. 联合王国支持该条草案，但要对其第(1)款(e)项进行修正。

2. 联合王国不支持欧洲联盟对第26条第1款(a)项拟议的修正，<sup>1</sup> 即在驱逐决定下达书面通知时，必须提供关于可采用哪些法律救济的书面资料。联合王国目前的义务(由《2003年移民(通知)条例》所定)只要求在涉及上诉权时提供关于可采用哪些法律救济的资料。如果可用的有效救济是司法复核，相关当局就不提供这种资料。联合王国认为这是适度和恰当的办法。

3. 联合王国不能接受第26条草案第(1)款(e)项的表述。联合王国不反对在所有案件中准许当事人在主管当局面前有人代理，但是该条款的表述不够明确，可能给国家强加在任何案件中都必须为当事人在主管当局面前找到代理的义务。

4. 第26条草案第(1)款(e)项规定，当事人有在主管当局面前“有人代理的权利”。该条草案的评注在第(6)段中指出，这一点的基础是《公民及政治权利国际公约》第13条，即“给予拟被驱逐的外国人请人代表自己与主管当局交涉的权利”。然而，该《公约》第13条的措辞本身并没有表述为一项被代理的权利。其中的规定是，当事人被“准其提出不服驱逐出境的理由，及声请主管当局[……]予以复判，并为此目的委托代理人到场申诉”。从《公约》第13条可以明显看出，国家的义务范围是准许当事人委托代理。第26条草案第(1)款(e)项关于“权利”的说法可能造成的危险是，这项规定会被解释为强加一种确保找到代理的积极义务。该《公约》第13条与第26条草案第(1)款(e)项之间的不同表述会让这个问题更加严重，因为采取不同的表述，特别是评注提到这一条款是基于那一条款，会强烈暗示意图达到不同的结果。

5. 并非所有案件都需要代理。是否需要代理取决于一系列因素，包括当事人自己申诉的能力、主

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。



管当局需要确定的问题的复杂程度和性质以及当事人展开的程序类型。例如，《2002年国籍、移民和庇护法》第五部分规定的法定上诉制度的目的，就是促成在没有法律代理的情况下能够采用这种有效救济。因此，强加一项确保所有人在主管当局面前找到代理的统一要求是不适度的。确保找到这种代理应由各国制定详细的立法来决定，其中可就不同因素进行规定，以确定是否需要代理。

6. 如果修正第26条草案第1款(e)项，指明所有案件中都必须准许当事人在主管当局面前请人代理，但请人代理并不是一项权利，联合王国就可以接受该条款草案。

7. 现有关于就移民裁决进行上诉权利的立法载于《2002年国籍、移民和庇护法》。该法第82节规定了哪些移民裁决可通过法定上诉途径提出异议。这些裁决包括下达递解令的裁决和驱离联合王国的裁决。对某人因在境内居留不利于公共利益而将其逐出联合王国的裁决，不适用上诉权。联合王国的立法不使用“驱逐”一词。对于不适用上诉权的情况，当事人可通过司法复核途径采取有效救济。

#### 美国

1. 美国认为第26条草案所述程序性权利总体上是恰当的，但对该条草案当前的措辞有若干关切。首先，该条草案没有确认对此类程序性权利的限定，例如，见《公民及政治权利国际公约》第13条：

本公约缔约国境内合法居留之外国人……除事关国家安全必须急速处分者外，\* 应准其提出不服驱逐出境之理由，及声请主管当局……予以复判，并为此目的委托代理人到场申诉。

2. 其次，第26条草案第1款(d)项采用的术语笼统且模糊，特别是与第1款(b)项相比更是如此。因此，美国建议将(d)项改写为“获得适当有效复核程序的权利”。

3. 第三，第26条草案第1款(e)项的评注应明确国家没有义务为外国人提供这项代理并承担费用。

4. 第四，应改写第26条草案第3款，以便与《维也纳领事关系公约》一致，即这项原则是一项国家义务，而不是个人权利。例如，可以将之修订为：“驱逐国必须准许拟被驱逐的外国人寻求领事协助。”

5. 最后，虽然第26条草案第4款所述六个月期限与美国法律没有冲突，但将这一时限称为一项国际法规则似乎有些武断。在实践中，这项标准也可能难以掌握，因为有时无法具体确定一名外国人在一国境内非法居留了多长时间。美国建议采用更宽泛的语言，如“短期在其境内非法居留”，并随后在评注中解释，根据国家实践，“短期”一般指的是六个月或更短的时间。

#### 第27条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力

##### 奥地利

当前的第27条草案不可接受，其中应规定对上诉暂停效力的例外情况，如在公共秩序或安全受到威胁时。

##### 加拿大

加拿大无法对第27条草案表示赞同。因为在加拿大法律中，上诉不一定会暂停驱逐决定。因此，加拿大建议：“合法在驱逐国境内的拟被驱逐的外国人提出的上诉按照法律规定可暂停驱逐决定\*”。

##### 丹麦(代表北欧国家)

北欧国家支持欧洲联盟就该条所作的评论。<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

##### 萨尔瓦多

1. 第27条草案规定只有拥有合法移民身份的外国人提出的上诉才具有暂停效力，这影响了法律面前人人平等的权利，而且可能在实际案件中造成矛盾的后果。

2. 萨尔瓦多认为，虽然对驱逐决定的暂停效力不构成一项一般规则，但这项效力不能由一个人的移民身份来确定，而是应出于保障权利的需要，该项权利会因决定的执行而受到不可挽回的侵害。

3. 这并非一种关于驱逐的新提法，而是在程序法的总体范畴下采取防范措施所应遵循的规则。因此，暂停驱逐决定只不过是一项机制，它是自一开始或在程序过程中实施的，目的是确保最终做出的决定是实际有效的。

4. 在某些驱逐程序中, 鉴于驱逐决定对个人具有重大影响, 可能需要在大量案件中采取防范措施, 不仅是为了防止从一国领土转移到另一国领土, 而且是防止此种行为对申诉人的生活状况及行使其他基本权利(如保护家庭和享有健康、教育、工作、私人财产等的权利)可能产生的影响。

5. 因此, 在这方面, 最好应当分析每起具体案件的实际后果; 如果驱逐决定可能对外国人造成严重后果、甚至是不可挽回的后果(即使最后判决对其有利), 那么在履行救济过程中应当维持他们的现状。

6. 例如, 对在某国境内无论是合法还是非法居留了若干年的人执行驱逐决定, 可能会彻底打乱其生活的方方面面; 为此, 在上诉期间直到作出最后决定之前, 应当暂停驱逐。因此, 除了关于难民, 寻求庇护者和无国籍人身份的程序之外, 还应对驱逐决定会无可避免地影响到个人的未来生活状况或其人身安全的大量案件进行考量。

7. 此外, 在国际上, 在非法身份的移民提出上诉程序期间给予驱逐决定暂停效力的趋势已经广为建立, 这直接反映在《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条第2和第4款中, 其中规定:

2. 只有按照主管当局依法作出的决定, 方可将移徙工人及其家庭成员从缔约国境内驱逐出境。

4. 除司法当局作出最终判决的情况外, 当事人应有权提出其不应被驱逐的理由, 并由有关当局对其案件进行复审, 除因国家安全的重大理由另有规定外。在进行这些复审之前, 当事人应有权要求暂缓执行驱逐的判决。

8. 综上所述, 萨尔瓦多建议如下措辞:

“如果执行驱逐决定可能造成不可挽回的损害或难以通过最后决定予以纠正, 那么拟被驱逐的外国人提起的上诉应对驱逐决定具有暂停效力。”

德国

根据委员会的评注, 第27条草案属于逐渐发展。德国要重申的是, 虽然该国支持针对驱逐决定提出的上诉具有暂停效力这一总体概念, 但认为没有必要进一步发展现有的法律。对有关条款草案的评注恰当地说明了暂停效力的理由: 除非暂停执行驱逐决

定, 否则上诉便是无效的。在这方面, 德国已经向委员会详细介绍了该国的法律, 出于同样的原因, 该国法律规定对行政决定的一系列上诉具有暂停效力。但是, 第27条草案的措辞没有为例外情况留出余地, 而这对确保其不被用于阻止完全合理的驱逐决定是必要的。因此, 如上所述, 德国支持关于暂停效力的总体概念, 但是建议对第27条草案进行修正, 加入若干的例外情况。当然, 任何例外情况均需尊重所有人获得有效救济的权利。

荷兰

荷兰认为第27条草案必须全部删除。按该条草案的规定, 将会使得驱离外国人几无可能。荷兰还提及欧洲联盟对这一条的评论。<sup>1</sup> 承认对驱逐决定提出的上诉具有暂停效力, 实际上可能会被视为鼓励滥用上诉程序, 而损害了上诉的真正目的。为避免驱离违反国家和国际法律, 荷兰建议在第26条草案第1款(d)项中增加上文所述的内容。

<sup>1</sup> 载于一份油印件的书面评论(现由法律事务厅编纂司存档)。

大韩民国

最好删除该条草案。按照《韩国行政诉讼法》, 只有法院的裁决才可暂停执行驱逐决定。单凭拟一名拟被驱逐的外国人的上诉, 不应具有暂停政府决定的效力, 这可能会不当地限制国家主权。

联合王国

1. 联合王国无法接受这一条草案, 原因是它构成了不受欢迎且不适度的法律发展。

2. 目前在联合王国议会审议的移民法规定, 对于外国罪犯, 如果在当事人离开联合王国之后所进行的上诉不会造成不可挽回的严重损害, 则上诉就不具备暂停效力。这一办法符合国际法和欧洲人权法院的判例。委员会在对本条草案的评注第(4)段中分析琼卡诉比利时案<sup>1</sup>时确认了这一做法。这也与欧洲人权法院对德·苏扎·里贝罗诉法国案<sup>2</sup>的判决相符。

3. 联合王国认为, 这展示了国际法和欧洲人权法院的判例规定上诉在何种程度上具有暂停效力。

<sup>1</sup> 琼卡诉比利时案, 第51564/99号, ECHR 2002-I。

<sup>2</sup> 德·苏扎·里贝罗诉法国案[大法庭], 第22689/07号, ECHR 2012-VI。

将这项暂停效力的要求扩大到所有反对驱逐决定的上诉是不适度的。如果要求当事人在上诉取得结果之前离境可能会造成不可挽回的严重损害,那么使上诉权具有暂停效力以防止出现造成此种损害的风险就是适度的。然而,如果上诉不具有暂停效力,不会出现不可挽回的严重损害的风险(或者是由于所涉问题不具有造成不可挽回的严重损害的风险,或者是申诉明显没有依据),那么要求所有个案都具有暂停效力就是不适度且没有必要的。

4. 联合王国注意到委员会认为在这一问题上的国家实践不够统一或一致,在现有法律中还不构成一项规定上诉对所有驱逐决定都具有暂停效力的一般国际法规则基础。联合王国对此表示赞同并认为,鉴于这种情况以及前段中概述的联合王国就委员会所建议的发展这项法律的适度性与必要性所持的立场,尚无理由以此种方式发展法律。联合王国对委员会作出的结论表示欢迎,即对于并非合法位于有关国家的人,不存在上诉具有暂停效力的规定。

5. 该条草案交叉涉及到《2002年国籍、移民和庇护法》中关于某些情况下上诉不具暂停效力的现有国内立法。第94节规定,在内阁大臣核定一项庇护和人权申诉明显没有依据时,上诉不具有暂停效力。这些规定是联合王国上诉机制的核心组成内容,确保无谓的申诉不会被用来延缓从联合王国离境。当申诉被核定为明显没有依据,对有关决定的上诉不具暂停效力时,可以通过司法复核对该项核定提出异议,而司法复核在政策上对此类案件具有暂停驱离的效力。

美国

1. 美国赞同其他一些国家所表达的关切,认为该条草案不能反映当前国家实践,要成为国际法表述欠妥。首先,它过于宽泛,可能被理解为适用于外国人在驱逐程序中提出的任何类型的上诉。根据美国移民法,被下达最终驱离令的外国人一般有可能提出多种级别的上诉,但存在一些例外情况,例如《美国法典》第8卷第1225(b)条规定的加急驱离程序即是如此。向就驱离令向移民上诉委员会直接提出的上诉具有自动的暂停效力;进一步提起其他上诉则需要同时另外单独提出在上诉未决期间准许逗留的请求。

2. 美国认为第26条草案第1款述及通过有效的复核程序对驱逐决定提出异议的权利,已经充分和

适当地解决了促使制定该条草案的潜在关切。各国应在本国具体的移民制度和复核程序下,灵活确定具体类型的申请和上诉是否应具有自动的暂停效力,还是应酌处准许逗留,只要外国人最终有可诉诸的有效复核程序。该条草案没有考虑到在这个问题上各国实践有着合理的不同做法。

3. 美国认为应改写该条草案以解决上述关切,否则应予删除。

## 第28条 个人申诉程序

古巴

古巴建议在第28条草案中,从属事管辖和属人管辖的角度,明确规定哪一主管国际机构有权确定第5条草案中列出的驱逐理由是否存在。本条草案还应确切说明主管国际机构是否应当是由驱逐国或被驱逐者所承认的主管国际机构。

联合王国

联合王国对这一条草案并无关切。然而,由于个人向主管国际机构提出申诉被用作采取临时措施暂停执行驱逐决定的理由,联合王国要求委员会注意其对第27条草案的评论,即如果在驱逐后进行和结束了补救办法,不存在不可逆转的严重损害情况下,对驱逐提出的异议应在何种程度上具有暂停效力。

美国

特别考虑到“任何现有程序”这一措辞,美国理解是这一规定仅承认一国有义务在该国内部、或已就该国普遍存在这种程序的情况下,允许拟被驱逐的外国人寻求向主管国际机构提出个人申诉。

## 第五部分

### 驱逐的法律后果

## 第29条 重新准入驱逐国

澳大利亚

澳大利亚指出须对若干条款草案进行进一步的明确或澄清。例如,澳大利亚注意到第29条草案第1款未明确委员会视哪些机构为“主管当局”,希望予以澄清,以确保此处指的是驱逐国中的主管当局。如



果不进一步澄清这一点，澳大利亚就无法对该条草案是否符合现行国际法形成看法。

#### 加拿大

在国际法中，外国人没有被一国接纳的权利。被驱逐的外国人也没有被重新接纳的权利。加拿大不能同意第29条草案关于驱逐外国人事后被确定为非法时，该名外国人拥有重新准入的权利。而是应该规定非法的驱逐决定不能被用来阻止该名外国人要求准入或重新申请入境。

#### 古巴

关于在驱逐非法的情况下外国人重新准入驱逐国的第29条草案，古巴认为该条草案应指明能够撤销国内机构所做裁定的主管当局必须是驱逐国的主管当局。

#### 萨尔瓦多

1. 第29条草案规定了在驱逐为非法的情况下重新准入的可能性，这是逐渐发展的一项重要规定。在任何情况下，由于这只是重新准入的可能性之一，萨尔瓦多建议委员会增加一项“不妨碍”条款，以澄清还可能有什么理由重新准许当事人入境。

2. 它建议在该条草案结尾处添加如下措辞：

“本条规定应理解为不妨碍驱逐国规定的其他重新准入理由。”

#### 德国

第29条草案并不构成现行法。即使被视为拟议法规则，其措辞也似乎过于宽泛，因为其中就主管当局确定驱逐为非法的每一个案都规定了一项“返回权”。

#### 荷兰

为明确起见，在“一个主管当局”之前应加上“该国”一词。

#### 大韩民国

是否允许被驱逐的外国人重新入境是一个国家的主权，即使一主管当局已经确定驱逐为非法。在这个意义上，《移民管制法》第11条对被大韩民国政

府驱逐的外国人规定了重新准入的限制。因此，该条草案应予删除。

#### 俄罗斯联邦

1. 在此议题的总体框架内，俄罗斯联邦还想提请注意重新准入驱逐国问题。众所周知，与驱逐一样，重新准入假定外国国民和无国籍的人移动至一国领土之外，不论是否出于其意愿。同时，重新准入属于单独的法律制度，主要以国际法规范为基础，因为与驱逐不同，重新准入不仅假定一国有驱逐人的权利，还假定另一国有接受该人的义务。此外，按照该套条款草案目前的措辞，只有第29条草案处理了重新准入问题，该条草案涉及的只是该项法律制度的一个方面——在驱逐一名外国人缺乏合法理由时，驱逐国有重新接受该名外国人的义务（所谓错误下的重新准入）。

2. 俄罗斯联邦认为委员会应在该套条款草案中阐明该项制度的其他方面。

3. 另见上文在一般性评论下所作的评论。

#### 美国

1. 尽管美国赞赏促使制定该条草案的公正原则，但对该条意图确认一项前所未有的、被一国接纳的个人“权利”感到严重关切。在任何其他情况下，外国人都不可能拥有被一国接纳的权利；尽管该条草案只涉及非常有限的场景，仍将在这方面开创一个不可接受的先例。即使在该条草案所述及的令人同情的场景下，一国仍应保持也理应保持决定哪些外国人在何种条件下可以入境的主权特权。<sup>1</sup>此外，由于述及准入问题，该条草案超出了“驱逐”专题的范围。

2. 美国认为应重新起草该条草案以解决这些关切，否则应予删除。

<sup>1</sup> 见克莱因丁斯诉曼德尔案，“根据民族国家国际法的古老原则，……排拒外国人的权力是‘固有主权，对维持正常的国际关系和捍卫国家免遭外国侵犯和危险而言必不可少……’”（《美国最高法院判例汇编》，第408（1972）卷，第765页）；另见H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, vol. I, Peace, 8th ed. (Longman, Green and Co., 1955), 第675–676页。



### 第30条 保护拟被驱逐的外国人的财产

#### 澳大利亚

根据澳大利亚的经验，可能会有这样的情况，即基于国家安全的原因——例如在该财产与有组织犯罪或资助恐怖主义存在关联的情况下，需要对第30条草案中各国应采取适当措施保护被驱逐外国人的财产的要求加以限制。

#### 加拿大

第30条草案要求驱逐国采取“适当措施”保护拟被驱逐的外国人的财产。其评注解释称这一规定的目的是在驱逐之前或之后留出一段合理的返还财产时间。条款草案本身应反映这一目的。

#### 摩洛哥

保护被驱逐的外国人的财产是该套条款草案所规定的驱逐程序的合乎逻辑的延伸，解决了在维护被驱逐的外国人既得权利方面的关切。从私有财产方面看，驱逐不应侵犯被驱逐者的既得权利，包括获得收入和其他应享福利的权利。在摩洛哥，被驱逐的外国人的财产完全受到保护免于没收，但须符合其国内法规，包括2007年4月17日通过并在2011年2月17日最新版本中得到加强的第43-05号法令，以及摩洛哥通过的其他文书（《欧洲委员会关于犯罪收益的清洗、搜查、扣押和没收问题以及资助恐怖主义问题的公约》以及《阿拉伯国家打击洗钱和资助恐怖主义公约》）。

#### 联合王国

1. 联合王国对目前起草的这条草案存在严重关切，因为它超出了委员会在评注中引述的国际义务的范围，其中提到的国家对财产的保护可能会被解读为范围超出所确定的损害，即任意剥夺财产。

2. 联合王国允许在被该国驱离时携带财产（尽管可能需要支付行李超重费），或者与家人或朋友作出运输或处置财产的安排。除了对所有人普遍适用的措施，联合王国不曾也不会采取任何其他措施来保护被该国驱离的外国人的财产。

3. 联合王国建议按上述提议重新起草第30条草案，以具体反映防止任意剥夺财产：

“驱逐国应采取适当措施，确保拟被驱逐的外国人不被任意剥夺其合法持有的个人财产。并应依法允许这些外国人自由处置自己的财产，甚至从国外处置。”

#### 美国

美国将“适当”一词解读为给予各国处理某些种类财产的灵活性，包括外国人通过犯罪手段获得的财产。特别是如评注第(4)段所述，这一措辞

充分考虑到驱逐国可能希望依照本国法律限制或禁止自由处置某些财产，尤其是当事外国人非法所得财产或者可能源自犯罪活动或其他非法活动的收益。

因此，在某些情况下，国家有权出于没收目的接管拟被驱逐的外国人的财产。此外，美国将“适当措施”解读为意味着国家不负有保护拟被驱逐的外国人资产的绝对义务。

### 第31条 国家在非法驱逐情况下的责任

#### 奥地利

正如奥地利两年前已经解释过的那样，该条草案似乎是多余的，因为，一方面，任何违反国际义务的行为毫无疑问都引起国际责任，另一方面，任何国家都可以行使外交保护权利以支持其国民。这些义务和权利源于其他国际法律制度，不必在此重复。此外，尚不清楚哪些国家可能有权援引驱逐国的责任。至少评注应在这方面作出说明。

#### 大韩民国

见上文在一般性评论下所作的评论。

#### 联合王国

在各条款草案都反映现有国际法律义务的情况下，联合王国同意，违反这些义务原则上会引起驱逐国的国际责任。

#### 美国

美国有多处起草建议，以使这项规定更加明晰。在“国际义务”之前纳入“驱逐国的”；在“草案”之后纳入“所反映的”；在“规则”前纳入“适用”一词；并以“该国”取代“驱逐国”一词。该条草案经编辑后将读作：

“违反本条款草案所反映的或国际法任何其他适用规则之下的驱逐国的国际义务驱逐外国人，将引起该国的国际责任。”

### 第32条 外交保护

奥地利

见第31条草案下的评论。

德国

德国建议删除第32条草案。在评注中提及外交保护似已足够。

联合王国

联合王国提议将该条草案重新措辞为一条不妨碍条款。针对拟被驱逐的外国人行使外交保护，必然有赖于相关国家针对该当事人行使外交保护的现有权利。

美国

美国希望强调，如评注所述，该条草案完全无意改变国际法中关于外交保护的一般规则的正常适用。



# 发生灾害时的人员保护

[议程项目4]

A/CN.4/668和Add.1号文件<sup>\*,\*\*</sup>

## 特别报告员爱德华德·巴伦西亚—奥斯皮纳先生 关于发生灾害时的人员保护问题的第七次报告

[原文：英文]

[2014年2月27日和3月11日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	66
本报告引用的著作.....	67
章 次	段 次
一、 2013年对此专题的审议 .....	1-6 67
二、 保护救灾人员及其设备和物资 .....	7-50 67
A. 导言 .....	7-13 67
B. 多边和双边条约及柔性法律文书所载关于保护救灾人员及其设备和物资的法律条款概述 .....	14-24 68
1. 普遍性条约.....	15-16 69
2. 区域条约.....	17-18 69
3. 双边条约.....	19-20 69
4. 其他文书.....	21-24 70
C. 相关救灾人员及其设备和物资的类别 .....	25-34 71
D. 受灾国为履行其保护救灾人员及其设备和物资的责任而采取的措施 .....	35-50 72
关于增设条款草案的提案.....	50 75
第14条草案之二 保护救灾人员、设备和物资.....	75
三、 一般规定.....	51-82 75
A. 与国际法特别规则的关系 .....	52-74 76
1. 普遍性条约.....	54-59 76
2. 区域条约.....	60-64 76
3. 其他文书.....	65-71 77
关于增设条款草案的提案.....	72-74 78
第17条草案 与国际法特别规则的关系.....	78
B. 与其他国际法规则的关系 .....	75-78 78
关于增设条款草案的提案.....	78 79
第18条草案 与本条款草案未明文规定的灾害情况有关的事项.....	79

\* 纳入了 A/CN.4/668/Corr.1 号文件的内容。

\*\* 特别报告员深切感谢下列人员在编写本报告过程中所给予的帮助：Giulio Bartolini (罗马第三大学法学系国际法学助理教授)；Federico Casolari (博洛尼亚大学法学系国际法学助理教授)、Emanuele Sommario (比萨圣安娜高级研究院国际法学助理教授)以及上述各位担任当地协调员的“国际救灾法项目”；Lana Ulrich (哥伦比亚特区华盛顿乔治·华盛顿大学法学院法学博士生)；Yann Dehaudt-Delville (巴黎第一大学法学院法学硕士和法学特别学士、纽约福特汉姆大学法学院法学硕士生)；以及 Paul R. Walegur (海牙)。



章 次	段 次	页 次
C. 与《联合国宪章》的关系.....	79-82	79
关于增设条款草案.....	82	80
第19条草案 与《联合国宪章》的关系.....		80
四、用语.....	83-122	80
A. 关于增设条款草案.....	86	80
第3条草案之二 用语.....		80
B. 简要分析.....	87-122	81

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《关于战时保护平民之日内瓦公约》[英](1949年8月12日,日内瓦)	联合国,《条约汇编》,第75卷,第973号,第287页。
《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》)和《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难者的附加议定书》(《第二议定书》)[英](1977年6月8日,日内瓦)	同上,第1125卷,第17512-17513号,第3和第609页。
《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳)	同上,第1155卷,第18232号,第331页。
《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》[英](1973年5月18日,京都)	同上,第950卷,第13561号,第269页。
《关于简化和协调海关制度的国际公约修正案议定书》(1999年6月26日,布鲁塞尔)	同上,第2370卷,第13561号,第27页。
《核事故或辐射紧急情况援助公约》(1986年9月26日,维也纳)	同上,第1457卷,第24643号,第133页。
《国际油污防备、反应和合作公约》(1990年11月30日,伦敦)	同上,第1891卷,第32194号,第51页。
《对有害和有毒物质污染事件的准备、反应与合作议定书》(2000年3月15日,伦敦)	海事组织, HNS-OPRC/CONF/11/Rev.1号文件。
《设立加勒比共同体紧急应灾机构协定》[英](1991年2月26日,西班牙港)	同上,第2256卷,第40212号,第53页。
《美洲便利灾难援助公约》[英/西](1991年6月7日,圣地亚哥)	美洲国家组织, Official Documents, OEA/Ser.A/49 (SEPF), 第13页。
《工业事故跨界影响公约》[英](1992年3月17日,赫尔辛基)	同上,第2105卷,第36605号,第457页。
《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。
《〈联合国人员和有关人员安全公约〉任择议定书》(2005年12月8日,纽约)	同上,第2689卷,第A-35457号,第59页。
《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》[英](1998年4月15日,索契)	可查阅网站: <a href="http://www.bsec-organization.org">www.bsec-organization.org</a> 。
《关于为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(1998年6月18日,坦佩雷)	联合国,《条约汇编》,第2296卷,第40906号,第5页。
《民防援助框架公约》(2000年5月22日,日内瓦)	同上,第2172卷,第38131号,第213页。
《东盟灾害管理和应急响应协定》(2005年7月26日,万象)	东盟,《2005年文件汇编》,第157页。
《修正〈欧洲联盟条约〉和〈建立欧洲共同体条约〉的里斯本条约》[英](2007年12月13日,里斯本)	《欧洲联盟公报》,第C 306号,2007年12月17日,第1页。
《南盟应对自然灾害快速反应协定》[英](2011年5月26日,马累)	可查阅网站: <a href="http://www.ifrc.org/docs/idrl/N840EN.pdf">www.ifrc.org/docs/idrl/N840EN.pdf</a> 。

## 本报告引用的著作

DE GUTTRY, Andrea

“Surveying the law”, in Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 3–44.

FISHER, David

*Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*. Geneva, IFRC, 2007.

GAVSHON, Daniela

“The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, No. 2 (2009), pp. 243–263.

HENCKAERTS, Jean-Marie and Louise DOSWALD-BECK

*Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*. Cambridge, Cambridge University Press and ICRC, 2007.

RONZITTI, Natalino

“Conclusions”, in Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 703–706.

VENTURINI, Gabriella

“International disaster response law in relation to other branches of international law”, in Andrea de Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 45–64.

## 第一章

## 2013年对此专题的审议

1. 在2013年国际法委员会第六十五届会议上，特别报告员提交了关于发生灾害时的人员保护问题的第六次报告。<sup>1</sup> 报告论述了预防工作的各个方面，包括减少灾害风险、将预防视为国际法原则以及国际防灾合作。报告还概述了相关的国家政策和立法。报告拟议了下列两条条款草案：第5条之三(合作减少灾害风险)和第16条(预防义务)。

2. 在2013年7月8日至16日第3175至第3180次会议上，委员会审议了第六次报告，<sup>2</sup> 并将这两条款草案提交起草委员会。

3. 起草委员会根据国际法委员会在全体会议上进行的讨论，暂时通过了下列两条增设的条款草案：第5条之三(合作减少灾害风险)和第16条(减少灾害风险的义务)。

4. 在2013年7月26日举行的第3187次会议上，委员会通过了起草委员会关于第5条草案之三和第16

条草案的报告。在本届会议早些时候，即在2013年5月10日举行的3162次会议上，委员会通过了起草委员会关于第5条草案之二和第12至第15条草案的报告。在2012年举行的上届会议上已经审议并注意到了这两条款草案。

5. 在2013年8月2日和5日的第3190次和第3191次会议上，委员会通过了第5条草案之二、第5条草案之三以及第12至第16条草案的评注。委员会第六十五届会议工作报告转载了这七条草案连同其各自的评注。<sup>3</sup>

6. 2013年11月，在大会第六十八届会议上，第六委员会审议了委员会年度报告中专门介绍特别报告员第六次报告和委员会就该报告进行辩论的第六章，其中特别关注了委员会通过的第5条草案之三和第16条草案及其相关评注。根据大会2013年12月6日第68/112号决议的要求，秘书处就第六委员会中的辩论情况编写了专题摘要。<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/662号文件。

<sup>2</sup> 本章提到的各次会议载于同上，第一卷。

<sup>3</sup> 同上，第二卷(第二部分)，第六章，第57页起。

<sup>4</sup> 大会第六委员会在第六十八届会议上的辩论专题摘要(A/CN.4/666)，第31–41段。

## 第二章

## 保护救灾人员及其设备和物资

## A. 导言

7. 参与国际人道主义特派团活动的人员面临重大风险。统计数字证明，损害属于这些特派团的人员和资产的事件屡有发生，形式包括蓄意攻击、暴

力行为和偷窃。秘书长关于人道主义人员安全保障和保护联合国人员问题的定期报告<sup>5</sup> 以及其他资料来

<sup>5</sup> 例如，见A/68/489号文件。

源<sup>6</sup>均已突出显示了这一点。这种现象最常见于国际行为方必须在武装冲突局势下或安全状况普遍恶化的国家采取行动的时候，而安全状况恶化主要是出于政治和经济原因。

8. 从第3条草案及其评注来看，目前这一套条款草案对上述情况的适用程度似乎相当有限，因为条款草案不关注本身便构成灾难的政治危机、经济危机或武装冲突。<sup>7</sup>第3条草案主要处理单次或一系列自然或人为的灾难性事件，这些事件导致产生下列三种可能后果中的一个或多个，从而严重扰乱了社会运转，即广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、或大规模的物质或环境损害。

9. 然而，即便在此类情况下，救灾人员及其设备和物资仍很可能面临危险，因此不能将此危险排除在外。事实上，过去发生的一些事件突出显示在这些情况下也存在重大安全隐患。灾害可能导致受灾国的法律与秩序暂时崩溃，因此使救灾人员的安全受到更严重的威胁。此外，参与救灾行动的国际行为者拥有价值不菲的设备和物资，也成为普通罪犯垂涎的目标。同样，此类事件往往造成混乱局面，其中一些受灾的个体可能擅自采取行动控制救灾物资，使之无法用于受灾国有关当局为切实按第6条草案所述原则救灾而确定的地区和主要需求。

10. 上述情况可能使有效提供人道主义援助的工作面临更多障碍，从而削弱受灾国和国际行为体为遭受灾难性事件的民众提供支助和复原援助的努力。文职和军事人员在提供外部援助时遭受暴力和袭击，不仅危及与国际救灾行动有关的设备和物资，而且直接对特定灾害的受害者产生损害性影响，使其人权(例如食物权、健康权、水权等)更有可能无法得到适当尊重。从长远看也有消极影响，因为其结果可能是削弱国际行为体在灾害情况下提供支助的能力和意愿，因而不利于遵守第5条草案规定的合作义务。

11. 此外，保护救灾行动相关人员、设备和物资的义务与第14条草案所规定为外部援助提供便利

这一平行而又不同的义务并不重叠。根据第14条草案，受灾国应根据其国内法采取必要措施，为迅速和有效提供外部援助提供便利，并确保能随时了解该国的有关立法和条例。

12. 然而，关于保护文职和军事人员及其救灾物资和设备的保证即便在广义上可能类同于为外部行为体提供便利，但其具体性质和范围与第14条草案所规定的措施并不相同。正如第14条草案的评注所述，该条的目的是“确保国内法有利于提供迅速和有效的援助”。<sup>8</sup>因此，该条草案的主要目标是促使各国在国家法律范围内采取必要和适当措施，其中可包括，除其他外，立法和行政措施，以便各国能应对发生灾害后接受外部援助时或作为国际救灾行动过境国时所面临的挑战。在这方面，在第14条草案案文及其评注中纳入了一份非详尽清单，列出了国家应采取措施的领域(即：*(a)*在救灾人员方面：特权和豁免、签证和入境要求、工作许可证、通行自由；*(b)*在物资和设备方面：海关要求和关税、征税、运输、以及物资与设备的处置)。各国当然可以得益于迄今为止在这些领域确立的最佳做法。<sup>9</sup>

13. 在考虑保护救灾人员、设备和物资问题时，可将具体关注的焦点问题与受灾国应采取何种措施这两方面区分开来。在此情况下，要求各国采取基本上属于主动性质的一系列措施，以实现一项具体的目标，那就是对于那些采取人道主义行动、为国际救灾活动发挥根本支柱作用的人员，国家要保证其安全。受灾国面临的主要任务不仅是要保障国内法律秩序，为外部援助创造便利条件，而且要努力建立开展救灾活动所必需的适当安全条件，从而保证人员、设备和物资受到保护。

## B. 多边和双边条约及柔性法律文书所载关于保护救灾人员及其设备和物资的法律条款概述

14. 国家一方面有义务为外部援助提供便利，另一方面有义务保护救灾人员、设备和物资，对两者加以区分的必要性已经明确反映在国际实践中。如各项普遍性条约、区域条约和双边条约以及柔性法律

<sup>6</sup> 关于数据，可查阅<https://aidworkersecurity.org/>。另见2011年第三十一届红十字会和红新月会国际会议通过的题为“医疗保健面临危险：尊重和保护医疗保健”的第5号决议。

<sup>7</sup> 见《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第187页，第3条草案的评注，第(1)段。关于委员会一读通过的条款草案案文及其评注，见《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第56段。

<sup>8</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第61页，第14条草案的评注第(1)段。

<sup>9</sup> 见*Model Act for the Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance (with commentary)*, Geneva, IFRC/OCHA/Interparliamentary Union, 2013, 可查阅[www.ifrc.org/docs/IDRL/MODEL%20ACT%20ENGLISH.pdf](http://www.ifrc.org/docs/IDRL/MODEL%20ACT%20ENGLISH.pdf)。



文书所表明的，一个明显的趋势是用一系列条款分别反映这两项义务。通过概述相关国际文书，有助于我们认识到国际上普遍确认需要以单独一套规则来规范这项保护义务，并有助于我们认识到在委员会关于本主题的审议工作框架中审议这个方面是合适的。

### 1. 普遍性条约

15. 在多边条约领域，有关自然或人为灾害的主要公约不断具体提到这一附加义务。最初提及保护义务的例子可见于《核事故或辐射紧急情况援助公约》第3条(b)款，其中规定“请求国……应保证对援助方或代表该方为此目的而进入其领土的人员、设备和物资予以保护”。《公约》其它条款详细规定了为履行援助职能而应给予的特权、豁免和便利。<sup>10</sup>

16. 随后的普遍性条约也包含了类似条款。一些文书采用了与《核事故或辐射紧急情况援助公约》第3条(b)款相似的语言，如《工业事故跨界影响公约》附件十第2段，以及《关于为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》第5条第3款。后者规定：“请求国应确保保护依照本《公约》进入或运入其境内的人员、设备和物资。”《民防援助框架公约》第4条(a)款也采用了类似术语，规定发生灾难时“受援国……确保援助国民防队的人员和财产得到保护”。最后，还必须提到《联合国人员和有关人员安全公约》及其《任择议定书》。此文书的适用范围可扩大至送交紧急人道主义援助的行动，除非缔约国已选择不单纯应对自然灾害的特派团适用此文书。<sup>11</sup>《联合国人员和有关人员安全公约》第7条第2款规定：“缔约国应采取一切适当措施，确保联合国人员和有关人员的安全和安保。缔约国尤其应采取一切适当步骤，保护在其境内部署的联合国人员和有关人员，使其免受第9条所列罪行的危害。”此外，如发生复杂的紧急情况，国际人道法框架下制定的条款可能在这方面有意义。<sup>12</sup>

<sup>10</sup> 例如，见第8和第9条。

<sup>11</sup> 见下文第47至第49段。

<sup>12</sup> 在这方面，几条国际人道法的规定可能有相关意义，如《1949年8月12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》(《第一附加议定书》)第70条第4款以及第71条第2款；《关于战时保护平民之日内瓦公约》第59条；另见Henckaerts和Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, 第105–111页，规则31和规则32。

### 2. 区域条约

17. 区域多边条约包括与此相同的具体条款。从这些条款也可看出《核事故或辐射紧急情况援助公约》第3条(b)款对嗣后区域文书起草工作所产生的影响。其中几部文书倾向于简单重复该条的内容。这些条约条款采用的语言非常接近于第3条(b)款，要求受灾国就为提供国际援助而运入受灾国境内的“人员、设备和物资提供保护”。在这方面，可以提及下列文书所载的基本相同的规定。如《设立加勒比共同体紧急应灾机构协定》第16条第5款规定“求援国应切实保护发生灾害时为提供援助而运入求援国境内的人员、设备和物资”；《东盟灾害管理和应急反应协定》第12条第2款规定“求援方或受援方……还应切实保护由援助实体自身或由他方代其运入求援方或受援方境内的救灾人员、设备和物资”；《南盟应对自然灾害快速反应协定》第九条第2款规定“求援国应尽其所能，为适当和有效实施援助活动提供当地便利和服务。求援国还应切实保护由援助方自身或由他方代其运入求援国境内的救灾人员、设备和物资。”

18. 具有类似目标的条款还载入了其他一些区域条约。例如，《美洲便利灾难援助公约》第四条(c)款规定受援国应“尽最大努力保护由援助国自身或由他方代其运入受援国境内的救灾人员、设备和物资”；《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》第8条第4款规定“求援方应切实保护”援助小组成员的“安全”。

### 3. 双边条约

19. 关于在预防和应对自然灾害和人为灾害领域开展合作的许多双边条约均载有十分相似的条款，强调受灾国承担保护责任。其中多数文书均采用通用格式。因此，许多此类条约的条款均规定“求援国当局应……向援助国派来提供援助的应急小组或个人提供保护和协助”。<sup>13</sup> 另外还有一些条款，有的规定

<sup>13</sup> 见《奥地利共和国和阿尔巴尼亚共和国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》(2010年1月27日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第2771卷，第48807号，第307页起，详见第327页，第8条，第3款；《奥地利共和国和瑞士邦联关于在发生灾难或严重事故时相互援助的协定》(2000年3月22日，维也纳)，同上，第2176卷，第38307号，第275页起，详见第286页，第9条，第3款；《奥地利共和国和捷克共和国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》(1998年12月14日，维也纳)，同上，第2137卷，第37267号，第207页起，详见第221页，第8条，第3款；《奥地利和列支敦士登关于在发生



“请求援助的缔约方应切实保护救灾小组和专家个人的安全”，<sup>14</sup>有的作出一般性规定，提出受灾国有必要切实为应急小组“保障安全”<sup>15</sup>或“提供保护”，<sup>16</sup>有的换一种说法，规定“维护其安全”<sup>17</sup>或“切实创造执行其任务所必要的安全条件”。<sup>18</sup>

20. 双边条约与上文第15至第18段所述多边条约(包括普遍性条约和区域条约)不同，有时并不具体提及设备和物资。但应强调的是，在适用相应条款方面，与国际救灾行动有关的设备和物资是包括在内的。通过分析此类双边条约中有关所用定义和专

灾害或严重事故时相互援助的协定》(1994年9月23日，维也纳)，同上，第1901卷，第32390号，第113页起，详见第122页，第9条，第3款；《奥地利和德意志联邦关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》(1988年12月23日，萨尔茨堡)，同上，第1696卷，第29224号，第61页起，详见第69页，第9条，第3款；《法国和瑞士关于在发生灾害或重大事故时相互援助的协定》(1987年1月14日，伯尔尼)，同上，第1541卷，第26743号，第285页起，详见第296页，第9条，第4款；《丹麦和德国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》(1985年5月16日，岑讷)，同上，第1523卷，第26375号，第95页起，详见第112页，第7条，第3款；《荷兰和比利时关于应对灾害和事故的互助协定》(1984年11月14日，海牙)，同上，第1526卷，第26466号，第27页起，详见第43页，第5条，第3款；《法国和比利时关于在发生灾难或严重事故时相互援助的协定》(1981年4月21日，巴黎)，同上，第1437卷，第24347号，第33页起，详见第49页，第7条，第3款；以及《法国和德国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》(1977年2月3日，巴黎)，同上，第1214卷，第19561号，第67页起，详见第82-83页，第7条，第2款。

<sup>14</sup>《拉脱维亚共和国政府和匈牙利共和国政府关于在发生灾害和其他大规模事故时合作和相互援助的协定》(2003年11月19日，里加)，同上，第2313卷，第41334号，第759页起，详见第762页，第5条，第5款。

<sup>15</sup>《拉脱维亚共和国政府和乌克兰部长会议关于在预防灾害和消除灾害影响方面合作的协定》(2006年4月27日，里加)，同上，第2619卷，第46591号，第95页起，详见第99页，第6条，第4款；以及《希腊共和国政府和俄罗斯联邦政府关于在预防和应对自然灾害和人为灾害领域合作的协定》(2000年2月21日，雅典)，第8条。

<sup>16</sup>《奥地利共和国和约旦哈希姆王国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》(2004年3月13日，安曼)，第8条，第3款，*Federal Law Gazette for the Republic of Austria* (BGBl), vol. III, No. 119, 2005年7月12日；《法国和俄罗斯关于平民保护和预防及管理紧急情况领域合作的协定》(1999年10月18日，莫斯科)，第8条，*Journal officiel de la République française*, No. 90, 2001年4月15日，第5909页起；《西班牙和摩洛哥在民防领域的技术合作和相互援助协定》(1987年1月21日，拉巴特)，联合国，《条约汇编》，第1717卷，第29861号，第143页。

<sup>17</sup>《德意志联邦共和国和捷克共和国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》(2000年9月19日，柏林)，同上，第2292卷，第40860号，第291页起，详见第309页，第8条，第3款。

<sup>18</sup>《西班牙王国政府和俄罗斯联邦政府关于合作预防自然灾害和互助减轻灾害影响的协定》(2000年6月14日，马德里)，同上，第2153卷，第37586号，第57页起，详见第83页，第8条，第3款。

门术语的条款也证实了这一结论。在这方面，提到“应急小组”或“救援队”时显然意在涵盖救灾设备和物资。例如，《奥地利共和国与阿尔巴尼亚共和国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》第2条规定“‘应急小组’是指拥有相关设备和紧急援助的专门化文职单位或军事单位，任务是代表援助国提供援助。”<sup>19</sup>其他条约也以类似语言表述了这一定义，表明提到为救灾任务的个体成员提供保护时，也涵盖其所属的设备和物资。救灾人员及其设备和物资是密不可分的，因为物质部分在保障对灾民提供迅速和有效的复原协助方面发挥无可争议的作用。

#### 4. 其他文书

21. 最后，不具约束力的文书中也提及了这项保护义务。例如，大会在2002年12月16日第57/150号决议中“促请所有国家采取措施，确保在其领土上活动的国际城市搜索救援队的安全和人身保障”，从而重申了已列入1982年训研所《救灾行动示范规则》中的类似规定，即“受援国应采取一切必要措施，确保指定的救灾人员以及所有用于救灾活动的房舍、设施、运输工具和设备的安保和安全。”<sup>20</sup>

22. 其他不具约束力的文书也具体承认了类似的受灾国自主行动领域。在此方面，可提及红十字会与红新月会国际联合会《国际救灾及灾后初期恢复的国内协助及管理准则》第22条(安全)，其中确认

受灾国应采取适当措施解决援助国及有资格的人道主义援助组织从事救灾和灾后初期重建的工作人员及用于救灾或灾后初期重建援助的房舍、设施、运输工具、设备及物资的安全和保障。<sup>21</sup>

23. 同样，国际法学会也确认，该原则与涉及灾害情况的法律框架紧密相关，例如其2003年有关人道主义援助的决议第七条第3款规定“受灾国应……确保……保护所提供的人员、物资和服务”。<sup>22</sup>

<sup>19</sup> 见上文脚注13。

<sup>20</sup> 训研所，*Model Rules for Disaster Relief Operations* (Mohamed El Baradei and others), Policy and Efficacy Studies, No. 8 (联合国出版物，出售品编号：E.82.XV.PE/8)，示范规则17，第44页。

<sup>21</sup> 红十字与红新月联合会，《国际救灾及灾后初期恢复的国内协助及管理准则简介》(2008年，日内瓦)，第19页。

<sup>22</sup> 2003年9月2日国际法学会布鲁日会议通过的关于人道主义援助的决议。见《国际法学会年鉴》，第70卷，第一部分(2002-2003年)，第399-576页，以及第二部分，第263-277页，详见第275页，第七条第3款。另见Peter MacAlister-Smith, *Draft International Guidelines for Humanitarian Assistance*

24. 先前的调查证明以下结论是合理的：即国际实践证实，受灾国保护救灾人员及其设备和物资的义务具有相关性和自主性。

### C. 相关救灾人员及其设备和物资的类别

25. 相关条约明确纳入了一些基本限制，例如条约要求，只有条约缔约国指定的人员、设备和物资才能被视为救灾人员、设备和物资。但是，上述条约中有几个条约在条款中未具体包括或排除可能成为受灾国协调的救灾工作一部分的其他类别的人道主义工作人员。因此，在这种情况下，不同的人道主义工作人员群体都可能具有相关性，例如参与了相关国家领导的救灾援助活动的国家文职人员和军事人员、国际组织工作人员、红十字和红新月运动人员以及非政府组织人员。

26. 在未就具体例外情形进行规定时，不能将其解释为意味着受灾国境内旨在为救灾努力提供支持的任何人或实体均可自动符合要求，即有权被纳入保护规定的范围。各项条约一再重申发生灾害时的一项人道主义援助基本原则，即提供外部援助需要征得受灾国的同意，以及受灾国在指挥、协调和监督援助国和国际组织等非国家行为体开展援助和救灾活动方面发挥主要作用。

27. 在这方面，可以注意到有关受灾国在外部援助协调和管理方面作用的条款均自行纳入了关于保护义务的很多规定，这一点具有重要意义。例如，《东盟灾害管理和应急响应协定》第11条第2款重申，只有在求援方提出请求和征得求援方同意后才能部署援助；此外，第12条第1款规定了国际救灾行动的高效工作方式。为此，《协定》一方面要求受援国全面指挥和监督在其境内提供的援助，另一方面要求援助实体与受灾国协商任命援助行动负责人，负责直接监督外国人员及其设备。在其后的第12条第2款中，《东盟协定》规定求援国应确保保护“援助实体”或以“援助实体”名义运入境内的人员、设备和物资，其中“援助实体”这一术语的含义广泛，旨在包括发生灾害紧急事件时向《东盟协定》缔约国表示愿意提供援助和(或)给予援助的国家、国际组织和任何其他

实体或个人。<sup>23</sup> 同样，《关于为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》强调，不得在未征得求援方同意的情况下提供任何电信援助，还强调了该国指挥、控制、协调和监督电信援助的权利，同时接受联合国紧急救济协调员为《坦佩雷公约》规定的行动协调员。<sup>24</sup> 同时，《坦佩雷公约》确认，受灾国有权直接向政府间组织和非国家实体请求电信援助。据《公约》第1条第10款规定，非国家实体包括非政府组织以及红十字和红新月运动。因此，涉及参与国际行动的人员、设备和物资保护的《坦佩雷公约》第5条第3款的适用可扩大至为减灾救灾行动提供电信资源的所有行为体。

28. 在类似架构内拟订的一系列多边国际公约体现了类似办法。特别是，各项公约强调，外部行为体需要征得受灾国同意，以便能够提供援助，同时强调了该国在协调提供支持的国际行为体方面发挥主要作用；最后，公约强调了受灾国确保保护救灾人员及其设备和物资的义务。此方面的例子有《美洲便利灾难援助公约》第二和第四条、《核事故或辐射紧急情况援助公约》第2和第4条以及《南盟应对自然灾害快速反应协定》第三和第九条。

29. 上述国际条约所载保护义务的目标是促使各国尽职地采取行动，尽最大努力保证那些受灾国政府当局已接受其支持并对其进行监督的人道主义行为体的安全和安保。正如下文将进一步讨论的，这种综合办法对恰当履行保护义务有重要意义。事实上，地方当局最适合评估国际救援人员可能遭遇的安全风险，与他们合作来处理安全问题并在考虑到上述关切的情况下协调外部行为体的活动。此外，正是地方当局可以尽其本分，发挥主要作用，为开展救灾活动提供适当安全环境。

30. 上文所述办法与迄今为止通过的有关该专题的条款草案相符，这些草案的前提是主权和不干涉等核心国际法原则。就此可提及第11条草案，其中规定提供外部援助需要征得受灾国的同意。还可提及第9条草案，其中强调受灾国在指挥、控制、协调和监督救灾活动和援助方面应发挥主要作用，以便按照国际法原则以及委员会在本草案中编纂和拟订的规则来履行义务，保护受灾民众并提供救灾援助。

<sup>23</sup> 见第1条，第1款：“‘援助实体’是指在发生灾害紧急事件时，向接受方或请求方提出提供和(或)给予援助的国家、国际组织以及任何其他实体或个人。”

<sup>24</sup> 第2条和第4条。



因此,从这一角度来看,保护救灾人员、设备和物资是使受灾国能够充分履行第9条草案为其规定的主要义务的另一关键要素。

31. 为了使当前的项目能更好地确定保护义务的范围,还必须注意已通过的其他条款,特别是第12条草案。该条提及了一系列在应对灾害方面可发挥补充作用的行为体(各国、联合国、其他政府间组织和相关非政府组织),它们以第5条草案之二设想的一些合作形式提供援助。按照这种形式采取行动后,可提供救灾人员、救灾设备和物资以及科学、医学和技术资源。

32. 因此,一旦受灾国接受了相关外部行为体提供援助的提议,并确信这些外部实体,无论是国家实体还是其他实体,能够支持自身的救灾工作,那么受灾国应努力确保保护所涉的救灾人员、设备和物资。因此,考虑到第12条草案,如果在目前条款草案中插入一项明确规定,确保开展上述保护工作,那么受益的救灾人员可包括国家文职和军事人员、国际组织工作人员、红十字和红新月运动人员或相关非政府组织人员。

33. 在此方面,保护上述实体所属的用于该实体救灾和初期恢复援助工作的物资和设备也具有相关性。“设备和物料”是相关案文经常提及的用语,应将其宽泛地解释为顺利开展当前行动所必需的物项。在通常用法中,“设备”指的是救灾人员为有效发挥援助作用所需的物品,例如无线电设备和车辆;而“物料”或其他此类术语指的是旨在分发给受灾者,以协助救灾和初期恢复的用品,是急需物品。例如,《奥地利共和国和约旦哈希姆王国关于在发生灾害或严重事故时相互援助的协定》<sup>25</sup>第2条规定“‘设备’是指物料,尤其是任务所需的技术设施、运输工具和搜救犬,以及满足自身需要的物品……‘救灾物品’系旨在免费运送给求援国受灾民众的物资。”同样,《拉脱维亚共和国政府和乌克兰内阁关于在预防灾害和消除灾害影响方面合作的协定》<sup>26</sup>第2条规定:“为本协定之目的,用语:……(6)‘设备’是指物资、技术和运输设施、药品和医疗设备以及援助小组成员和(或)专家的个人用品包;(7)‘援助物资’是指向受灾民众免费发放的物资”。现有第14条草案第1款(b)项已提及这些物项,即援助行动所涉“物资和设备”。

相关评注将物资和设备解释为包括“任何以及一切物资、工具、机器、食物、药物,以及救援行动所需的其他物品”。<sup>27</sup>从逻辑上讲,本套草案第14条第1款(b)项所载非详尽清单内的物项,可同样成为关于救灾人员、设备和物资保护义务的最终条款草案适用范围的部分内容。为了保持现有草案用语的一致性,特别报告员在整个草案中始终使用“物资和设备”这一术语,而非涉及该专题的国际条约和文件中使用的最常见用语“物料和设备”。

34. 尽管涉及该问题的条约标准规定中提及了“运入”受灾国境内的“设备和物料”,但必须承认人道主义行为体可能需要依靠当地市场来采购救灾活动所用物品。因此,无论其来源如何,这些设备和物资都需要受灾国的保护。

#### D. 受灾国为履行其保护救灾人员及其设备和物资的责任而采取的措施

35. 受灾国为履行其保护救灾人员及设备和物资的责任而采取的措施在内容上可能会有不同,而且有可能需要不同形式的国家行为。

36. 对受灾国的一项初步要求是尊重这种义务的消极方面,防止其国家机关直接参与从事有害于救灾人员及其设备和物资的活动。从这一意义上看,该项义务是一种结果义务,其内容十分明确,尽管其履行可能具有一定的假设性,因为对受灾国的期待是这些国家会积极采取行动履行承诺,为其允许在该国境内从事救济活动的国际行动者保障安全。

37. 采取保护责任所设想的积极行动来履行义务可能引起一些更为复杂的问题。尤其是救灾人员面临的安全风险可能主要由非国家行动者的活动造成,这类活动的目的是要利用灾害造成的不稳定的安全局势对救灾人员及其物资和设备采取犯罪活动并从中非法获利,或者蓄意损害救灾人员及其物资和设备,仅仅因为其属于国际特派团。

38. 为了避免个人以私人身份开展此类有害活动,受灾国需要在采取必要预防措施方面显现出应有的尽职尽责态度,争取实现国际义务所要求的目标。因此,保护救灾人员、物资和设备的义务可以

<sup>25</sup> 见上文脚注16。

<sup>26</sup> 见上文脚注15,详见第99页。

<sup>27</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第61页,第14条草案的评注第(5)段。

界定为行为义务，而不是结果义务，据此就要求国家以合理的审慎和尽心方式行事，力图避免有害事件，以切实提供保护。

39. 涉及到保护救灾人员及其设备和物资方面义务的国际文书对将该义务定性为一种行为义务进行了确认。在这方面可以提及《美洲便利灾难援助公约》第四条(c)款，其中要求受援国“尽最大努力保护由援助国自身或由他方代其运入受援国境内的救灾人员、设备和物资”。同样，《联合国人员和有关人员安全公约》第7条第2款规定“缔约国应采取一切适当措施，确保联合国人员和有关人员的安全和安保。缔约国尤其应采取一切适当步骤，保护在其境内部署的联合国人员和有关人员”免受《公约》中提及的一系列罪行侵害。在上边条约中亦可找到对上述义务的提及，如《瑞士和俄罗斯联邦之间关于对自然灾害和人为灾害作出人道主义快速反应及国际发展合作问题的协议》<sup>28</sup>第2条第3款规定对于救灾人员及其物资和设备，“如有需要，缔约方应提供一切可能的帮助和适当的保护”。其他文件明确地强调指出这些条款的性质属于行为义务。例如，根据训研所《救灾行动示范规则》第17条，“受援国应采取一切必要措施，确保指定的救灾人员以及用于救灾活动的所有房舍、设施、运输工具和设备的安保和安全”。同样，《红十字与红新月会联合会准则》第22条规定：“应采取适当措施解决……从事救灾和灾后初期重建的工作人员及用于救灾或灾后初期重建援助的房舍、设施、运输工具、设备及物资的安全和保障”。<sup>29</sup>

40. 行为义务要求各国尽力实现相关义务的目标，而不一定做到实现目标。国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案中将防止种族灭绝义务界定为一种行为义务时指出

在任何情况下都不能要求国家在防止从事种族灭绝行为方面承担必须成功的义务：缔约国的义务是采用一切可以采用的手段，尽可能地防止种族灭绝。国家并不仅仅因为所希望的结果没有实现而需要承担责任。<sup>30</sup>

<sup>28</sup> 《瑞士发展与合作机构与俄罗斯联邦民防、紧急情况和消除自然灾害后果部之间关于对自然灾害和人为灾害作出人道主义快速反应及国际发展合作问题的协议》(2009年9月21日，伯尔尼)，联合国，《条约汇编》，第2641卷，第47040号，第89页起，详见第91页。

<sup>29</sup> 见上文脚注21。

<sup>30</sup> 波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山案，判决，《2007年国际法院汇编》，第43页起，详见第221页，第430段。

41. 据此，国家为实现希望的目标而作出最大努力实施的措施是依据情况而定的。国际法院指出：“关于防止的义务，按有关条款的措辞，取决于要防止的行为的性质，其内容在各个文件都有差异。”<sup>31</sup> 行为义务允许国家在采取的措施方面拥有一定的余地，因为对于根据具体情况为实现所希望的目标而应采取的确切手段，它们通常缺乏明确的信息。因此，对于涉及到生命权的积极义务，欧洲人权法院认为

不能不加考虑就给当局施加不可能或不成比例的负担，特别是应考虑当局在优先事项和资源方面……必须做出的行动选择。正如本法院以前所认定的，这是因为在困难的社会和技术领域中……各国拥有宽松的判断余地。在紧急救援领域中，应当更加着重考虑到这一因素。<sup>32</sup>

同样，国际法院为评估尼加拉瓜在防止武器经过本国领土偷运前往萨尔瓦多方面是否违背了尽职尽责的义务时，考虑了多种情况，例如政府能采用的办法不多、该国领土上发生的非法活动具有隐蔽私密性质、以及所涉地区存在的地理障碍。<sup>33</sup> 与委员会在国际法其他方面所证实的一样，这些义务也可能随情况的变化而带有随机变化的性质。例如，在2001年关于预防危险活动的跨界损害的条款草案评注中，委员会指出：

被认为合理的小心或适当注意的标准，会随着时间而改变；在某一时间点上被认为适当而合理的程序、标准或规则，在未来的某些时候可能不再如此。<sup>34</sup>

关于灾害情况，有一系列场景都可用来恰当地评估为履行保护义务而采取的措施是否适当，例如由于灾害造成的混乱状况对国家开展正常活动造成的困难，参与救灾行动的人道主义行动者的态度和行为，以及当时影响救灾行动相关区域的状况。

42. 同时，必须强调指出的是，在评估安全风险时，应当考虑到救灾团的综合性质以及有必要向受害者保障适当有效应对灾害的措施。因为各国需要遵守的仅仅是行为义务而不是结果义务，因此保护

<sup>31</sup> 同上，第220页，第429段。

<sup>32</sup> 布达耶娃等人诉俄罗斯案，诉请书编号：15339/02，21166/02，20058/02，11673/02和15343/02，ECHR 2008-II，第290页，第135段。

<sup>33</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页起，详见第73-75页，第155-157段。

<sup>34</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第175页，第3条草案的评注第(11)段。



义务不应当被曲解为对相关人道主义行动者的救济活动制造不合理及不相称的障碍。对此，必须注意本草案的第14条草案，该条要求各国采取必要措施，便利救灾人员的行动自由。国际法委员会在对该条的评注中正确认识到：

受灾国允许在相关区域内通行自由的同时，可限制进入某些敏感地区。对救援人员的通行自由施加不必要的限制将遏制救援人员灵活提供援助的能力。<sup>35</sup>

43. 此外，关于在这方面可能采取的潜在措施问题，必须强调指出，在救灾行动中使用武装护送的可能性应当根据主要人道主义业务行动者在这方面形成的最佳做法来评估。对此，有理由特别关注机构间常设委员会2013年《关于武装护送人道主义车队不具约束力的导则》，该《导则》的目的是协助相关行动者充分考虑人道主义原则和人道主义行动的安全性而作出十分敏感的决定。该文件第二章“总则”解释说：

作为一条一般规则，人道主义车队不使用武装护送。

然而，在许多意外情况下，使用武装护送对开展人道主义行动而言是必要的“最后手段”。在对这些例外做出决定之前，应当考虑使用武装护送的结果以及除使用护送以外的其他方式。<sup>36</sup>

鉴于灾区安全问题一般远远轻于在武装冲突或其他类似高风险境况中提供援助的情况下所存在的安全问题，上述结论就更有依据了。

44. 在此情况下，必须指出，一系列关于提供救灾援助的条约往往明确地排除参加救灾工作的外国军事人员为其他参与这类活动的人员提供安保的可能性，因为这是专门由受灾国军队和警察履行的义务。<sup>37</sup> 这项限制也可以从要求救灾团的外国军事人

员不携带武装行动的其它条约条款中推理得出。<sup>38</sup> 但是，如果有受灾国真诚表示的明确同意，尤其是在遵守诸如联合国安全理事会之类的主管国际机关下达的具体任务之时，就本条款草案之目的而言，不能排除东道国军事和警察力量之外的行动者也向救灾人员及其设备和物资提供保障的可能性。据此，只要符合迄今为止编纂和发展的原则与规则，那么也可以设想采用这后一种方式。

45. 此外，国际人道主义行动者本身也可以采取一系列缓解措施以减少安全威胁的风险，从而帮助实现相关目标。相关人道主义行动者对部署在危险的国际特派团内的人员的关照义务显然属于这些行动者所要履行的总体义务的一部分。对此只需要回顾国际法院早在1949年便采取的立场。当时国际法院申明

联合国组织可能认为有必要……委托其人员在世界动乱地区执行重要任务……为了确保这些任务得到有效而独立的履行，同时也为其人员提供有效帮助，联合国组织必须向这些人员提供恰当的保护。<sup>39</sup>

在联合国系统内，相关措施主要由秘书长采取。《联合国工作人员条例》指明了这一点。<sup>40</sup> 其条例1.2(c)款规定

工作人员应服从秘书长的命令……秘书长在行使其职权时，应寻求确保根据情况为工作人员履行所负职责做出一切必要的安全和保障安排。

一些阐述人道主义救灾人员安全和安保问题以及保护联合国人员问题的大会决议确认了上述赋予权能的规定。例如，大会在有关这一问题的最新决议中请秘书长，除其他外，

<sup>35</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第62页，第14条草案的评注第(4)段。

<sup>36</sup> IASC Non-Binding Guidelines on the Use of Armed Escorts for Humanitarian Convoys, 2013年2月27日，第3页，可查阅：<https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/Armed%20Escort%20Guidelines%20-%20Final.pdf>。

<sup>37</sup> 见《阿根廷共和国和秘鲁共和国关于对灾害事件的合作协议》(2004年6月11日，布宜诺斯艾利斯)，*Boletín Oficial de la República Argentina*, 25 August 2006, No. 30976, 第5页，第7条，第2款。另见《阿根廷共和国和智利共和国关于对灾害事件的合作协议》(1997年8月8日，圣地亚哥)，联合国，条约汇编，第2776卷，第48880号，第185页起，详见第196页，第7条，第3款。

<sup>38</sup> 见《东盟灾害管理和应急反应的协定》，第12条第2款；《南盟应对自然灾害快速反应协定》第九条第2款。另见欧洲委员会，部长理事会向成员国提出的关于在边界地区发生自然灾害和技术灾害时在平民保护和相互援助方面进行跨界合作的第Rec(2002)3号建议，附录，第13段(“假如紧急服务包括军事或准军事部门，派遣国应当注意让这些部门非武装介入，并受与请求国的特定协定约束，特别是关于保护所派人员及装备方面”；人道协调厅，经2007年11月修订的《在救灾中使用外国军事和民防资源的准则》(“奥斯陆准则”)，第29段(“在原则上，在救灾任务中部署的外国军事和民防人员不应携带武器但穿着本国军装完成任务。为获准的外国军事和民防资源支持提供充分安全保障的总体责任在于受灾国”)。

<sup>39</sup> 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949年国际法院汇编》，第174页起，详见第183页。

<sup>40</sup> 见《联合国工作人员条例和暂行工作人员细则》，2009年10月21日的秘书长公报(ST/SGB/2009/7)。

继续采取必要措施，确保……联合国人员和其他人员适当了解最低运作安保标准和有关的行为守则，据其开展工作，适当了解他们要在何种情况下开展工作和要遵守的标准，……充分提供安保……方面的培训，以增强他们的安全，让他们更有效地履行职责，并重申所有其他人道主义组织都需要为其人员提供类似的支持。<sup>41</sup>

在救灾行动具体背景下，这一关照义务也在《红十字与红新月联合会准则》中得到了重申，其中第22条指出：“援助国及人道主义援助组织也应在其规划和行动中采取适当的步骤降低安全风险。”<sup>42</sup>

46. 尽管相关行动者可能采取预防措施，但对救灾人员、救灾设备和物资实施损害行动的可能依然存在。这些非法活动应当由受灾国根据其司法管辖权行使惩处罪行的固有权力进行司法追究。2003年国际法学会关于人道主义援助的决议规定，对于袭击执行人道主义援助行动的人员、设施、物资或车辆的行为，“被告人应当受到国内或国际主管法院或法庭的审判”。<sup>43</sup>

47. 对此，《联合国人员和有关人员安全公约》及其《任择议定书》也可以为其缔约国发挥有意义的作用。该《公约》要求缔约国确保第2条第1和第2款中确定的人员种类的安保和安全，并以起诉或引渡的方式惩处《公约》中列出的具体罪行。但是，为实施这些条款，联合国和相关人员必须参与《公约》第1条(c)款或《任择议定书》第二条中所确定的特派团中的一种。《公约》第1条(c)款的案文读作：

“联合国行动”指由联合国主管机关根据《联合国宪章》设立，在联合国的权力和控制之下进行的行动：

(一) 该行动是以维持或恢复国际和平与安全为目的；或

(二) 为本《公约》目的，安全理事会或大会宣布参加行动人员的安全面临特殊危险。

<sup>41</sup> 见大会2012年12月13日第67/85号决议，第20段。在该决议第19至第36段中还规定了一系列附加措施。

<sup>42</sup> 见上文脚注21。

<sup>43</sup> 第九条，第2款(见上文脚注22)。

48. 根据《联合国人员和有关人员安全公约》的规定，《公约》对于救灾的人道主义援助人员的适用性受到以下要求的限制：即安全理事会或大会必须宣布存在特殊危险。但是，上述两个联合国主管机构迄今从未作过这样的宣布。

49. 《任择议定书》第二条第一款在没有关于特殊危险声明的附加条件下将《公约》的适用范围扩大到为以下目的开展的行动：

(一) 在建设和平中提供人道主义、政治或发展援助；或

(二) 提供紧急人道主义援助。

尽管这后一种情景对救灾框架内开展的一系列特派行动具有相关性，但根据《任择议定书》第二条第三款，东道国有权向联合国秘书长作出声明，其中表示

对于仅为应付自然灾害而进行的第二条第一款第二项所述行动，该国不适用本《议定书》的规定。这种声明应当在行动部署前作出。

因此，受灾国可以援引上述有关救灾行动的条款，从而不对面临的灾害事件实施《任择议定书》和《公约》。但是，必须强调指出，迄今为止选择不实施规定的这种可能性从未被缔约国利用。

#### 关于增设条款草案的提案

50. 鉴于上述情况，特别报告员的结论是在一套关于发生灾害时的人员保护的条款草案中纳入关于保护救灾人员、设备和物资的条款是有依据的。拟议的条款草案暂设为第14条草案之二，将读作：

#### “第14条草案之二 保护救灾人员、设备和物资

“受灾国应采取一切必要措施，确保对进入本国境内提供外部援助的救灾人员、设备和物资提供保护。”

### 第三章

#### 一般规定

51. 与委员会就其他专题编写的草案一样，本套草案最后应包括一些一般或保留条款，说明与其他

发生灾难时适用的国际法规则间的相互作用。这些条款可能确实有助于进一步界定本套条款草案的范围。

## A. 与国际法特别规则的关系

52. 在2007年关于“发生灾害时的人员保护”这一专题的备忘录中，<sup>44</sup> 秘书处确定了多达200多部国际法律文书，涉及灾害预防和应对的多个方面，并在总体上与发生灾害时的人员保护相关。自2008年以来，特别报告员在先后提交的六份报告中、尤其是在第六次报告中引用了更多的相关多边和双边条约。<sup>45</sup> 事实上，在提供救灾援助以及备灾、防灾和减灾活动方面的国际合作在当今时代已经变得更为普遍，这一领域的规范文件日益增多。此外，在就预防和管理灾害方面的权利和义务的确切范围对各国和其他行为者进行评估时，必须考虑到若干国际法的专业领域。<sup>46</sup> 因此，有必要拟议一条规定，以便协调本套条款草案与其他国际法规则之间的关系。

53. 在为拟议这样一条规定而寻求指导时，有必要研究与本套条款草案一样，从一般角度探讨灾难预防和应对问题的现有文书。这些文书通常涉及多种问题，因此有可能与其他更专门化的国际法准则之间产生分歧。为了完整起见，本调查也将包括柔性法律文书以及权威机构制定并通过的其他文件。

### 1. 普遍性条约

54. 首先关于普遍性条约，目前生效的载有旨在规范提供国际人道主义援助一般准则的分类文书共有两部：《关于为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》和《民防援助框架公约》。

55. 《坦佩雷公约》专门处理电信援助的提供问题，就与外国救援行为方的活动有关的若干方面(同意、特权和豁免、终止援助、费用、监管壁垒等)制定了规则。为了应对可能出现的与国际法其他准则冲突的情况，《公约》列入了一项规定，即“不影响缔

约国根据其他国际协定或国际法享有的权利和承担的义务”。<sup>47</sup>

56. 《民防援助框架公约》旨在促进国家民防部门在“防灾、预报、备灾、参与救灾、灾后管理方面的”合作，<sup>48</sup> 制定了据此开展一切援助行动的原则。在描述与其他国际准则的关系时，《公约》规定其“不影响缔约国根据国际法所承担的其它义务”。<sup>49</sup>

57. 开放供普遍参与的其他条约旨在全面规范缔约国在防止和应对特定人类活动引发的紧急情况方面的权利和义务。<sup>50</sup> 因此，将其列入本次调查是适当的。

58. 其中之一是《国际油污防备、反应和合作公约》，该《公约》规定了具体义务，以确保迅速采取有效行动，尽量减少此类事件可能造成的损害。《公约》第11条规定：

本《公约》的任何规定均不得被解释为改变了由其它公约和国际协定规定的任何当事国的权利和义务。

《对有害和有毒物质污染事件的准备、反应与合作议定书》载有同样规定。<sup>51</sup>

59. 同样，《核事故或辐射紧急情况援助公约》第12条规定：

本《公约》不影响缔约国根据与本《公约》所涉事项有关的现行国际协定，或根据本《公约》的宗旨和目的将来缔结的国际协定的互惠权利和义务。

### 2. 区域条约

60. 几部区域文书也涵盖了本条款草案中所涉及的问题，并在属事和属时方面拥有类似的适用领域。这些文件大多数载有一些条款，就其与拥有相同范围的其它条约和(或)一般国际法规则之间的关系进行规范。

61. 《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

<sup>44</sup> A/CN.4/590和Add.1-3号文件(可查阅委员会网站，第六十届会议文件；最终文本将作为增编载于《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分))。

<sup>45</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/662号文件，第70-112段。有关文书的更新数据库由红十字会与红新月联合会维护，可查阅www.ifrc.org/en/publications-and-reports/idri-database/。另见De Guttry, “Surveying the law”。

<sup>46</sup> 关于所涉国际法不同领域的全面调查，见红十字会与红新月联合会，*Law and Legal Issues in International Disaster Response: A Desk Study*，第33-82页。另见Venturini, “International disaster response law in relation to other branches of international law”。

<sup>47</sup> 第10条。

<sup>48</sup> 序言。

<sup>49</sup> 同上，第5条。

<sup>50</sup> 关于详细清单，见A/CN.4/590和Add.1-3号文件(可查阅委员会网站，第六十届会议文件；最终文本将作为增编载于《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分))。

<sup>51</sup> 第9条。



紧急反应的合作协定》规定《条约》“不影响其他国际协定为缔约国所规定的权利和义务”。<sup>52</sup>

62. 最近在区域层面通过的最全面条约之一是《东盟灾害管理和应急响应协定》。该《条约》“反映了许多关于减灾和减少风险的当代思维要素”，<sup>53</sup> 是一般性的，涉及多种问题。根据其中一条条款，其规定“绝不影响任何一方在其为缔约方的现有条约、公约或文书中的权利和义务”。<sup>54</sup>

63. 最近关于外部援助救灾的区域协定是《南盟应对自然灾害快速反应协定》。该《协定》的宗旨是“提供有效的区域快速应对灾害机制，以大幅减少灾害给缔约方造成的生命以及社会、经济和环境资产损失，并通过国家协同努力和加大区域合作联合应对灾害紧急状况”，<sup>55</sup> 其规定涵盖了与灾害应对有关的许多不同活动。《协定》第十七条规定：

本《协定》不得影响其他双边或多边条约、公约或协定为缔约国所规定的权利和义务。

64. 1991年《美洲便利灾难援助公约》采取了不同方针，其中规定：

如果本《公约》与援助国和受援国为缔约国的关于此专题的任何其他国际协定不一致，在灾害发生时给予最大程度援助并有利于支持和保护援助人员的条款应优先。<sup>56</sup>

### 3. 其他文书

65. 另一个重要文本是20世纪80年代初在联合国救灾协调专员倡议下制定的关于加速运送紧急援助的公约草案，<sup>57</sup> 其中载有与本条款草案类似的规定。其第29条（“关于紧急援助的其他协定的适用”）规定：

1. 本《公约》不影响缔约国在其生效前订立的其他协定的适用。

2. 本《公约》生效后不应妨碍缔约国达成关于紧急援助的其他协定，但以不影响其他国家和组织适用本公约规定的权利和义务为限。

66. 此外，与本次调查有关的还有国际法学会于2003年通过的关于人道主义援助的决议。同本套条款草案一样，该决议的目的是就发生自然灾害或人为灾害情况下的国家权利和义务提供一般指导。其中第十条对决议和其他国际法规则之间的关系做了规定：

本决议不妨碍：

(a) 适用于武装冲突的国际人道法原则和规则，特别是1949年《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》和1977年《附加议定书》；<sup>58</sup> 以及

(b) 在特定情况下规范人道主义援助的国际法规则。

67. 上述简要调查表明，每当国家和专家机构着手规范与灾难相关的适用范围广泛且针对多重问题的文书和重点更明确的条约或其他国际法规则之间的关系时，盛行的解决办法是赋予后一类准则首要的地位。

68. 这种选择可能更符合载列于第2条草案的本套条款草案的宗旨，即“促进充分而有效地应对灾害以满足有关人员的基本需求，并充分尊重其权利”。由于许多已列入本套草案的规定提出了关于发生灾难时开展国际合作的一般规则，不宜使其优先于（现有的或将来的）双边或多边条约中更为具体的规则。由于这两类条约往往详细说明了缔约国的义务，因此适用这些条约会更好地区服务于受灾者的利益。当然，预计各国缔结的双边或多边协定不会载有与本条款草案所载国际法一般原则相左的规定。

69. 上述办法的优点是保留了可能藉由专门协定制定的更为严格的标准，因此不会在本条款草案以及制定这些标准的条约之间产生冲突。同一办法也将就本条款草案和范围类似的习惯法准则之间的潜在冲突进行规范。然而，必须强调的是，若本条款草案涵盖了这些特别准则未涉及的事项，则适用特别准则不能改变本条款草案的可适用性。<sup>59</sup>

70. 在这方面，必须回顾委员会在本套草案第4条中论述条款草案和国际人道法之间的可能相互作用

<sup>52</sup> 第22条。

<sup>53</sup> 见《2008年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/598号文件，第34段。

<sup>54</sup> 第30条。

<sup>55</sup> 第二条

<sup>56</sup> 第十五条。

<sup>57</sup> A/39/267/Add.2-E/1984/96/Add.2号文件。经济及社会理事会收到文件后决定不就这一倡议采取进一步行动。

<sup>58</sup> 应该指出的是，该决议还在“灾害”的定义中包括了武装冲突（《国际法学会年鉴》，第70卷（见上文脚注22），详见第267页，第一条，第2款）。

<sup>59</sup> 关于国际法一般规则和特别规则之间的关系，见委员会“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究组的工作结论，《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第206页，第251段。



用时，已经探讨了本套条款草案中体现的规则与国际法一个特殊分支之间的关系问题。第4条草案规定：

本条款草案不适用于可适用国际人道法规则的情况。

委员会在对第4条草案的评注中强调指出，在武装冲突局势下，国际人道法规则应优先于本条款草案所载规则，从而确认了普遍接受的观点，即国际人道法是武装冲突期间适用的特别法。<sup>60</sup>

71. 尽管有上述规定，委员会在同一评注中还强调，第4条草案不应被解释为在受灾领土发生武装冲突期间完全排除适用本条款草案，因为这种排除“会不利于对灾害受害者的保护”。评注接着解释说<sup>61</sup>

虽然条款草案并不企图对武装冲突后果加以规定，但仍然可以适用于武装冲突的情况，特别是在现有的国际法规则，尤其是那些国际人道法不适用时。<sup>62</sup>

因此，虽然国际人道法作为适用于武装冲突局势的特殊法律体系普遍适用，但本套条款草案的可适用性同时也得以保留。

### 关于增设条款草案的提案

72. 鉴于上述情况，拟议列入下列条款草案：

#### “第17条草案 与国际法特别规则的关系

“本条款草案若与适用于发生灾害时的国际法特别规则不符，则不适用。”

73. 这一措辞相较于“不妨碍”条款更可取，因为它更好地反映了条款草案相较于国际法特别规则

<sup>60</sup> 见《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第331段，第4条草案的评注第(1)段。

<sup>61</sup> 同上，第4条草案的评注第(2)段。

<sup>62</sup> 同上，第4条草案的评注第(3)段。事实上，本套条款草案对于武装冲突局势的余留适用性是恰当的，因为关于人道主义援助的国际人道法规则尽管很完备，但仍有一些缺陷，而其他国际法规则和原则会有助于填补这些缺陷。例如，见Gavshon, “The applicability of IHL in mixed situations of disaster and conflict”。国际法院在在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案中大力重申了在人权法方面同时适用国际人道法和其他国际法分支(咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第136页起，详见第178页，第106段)。委员会最近关于武装冲突对条约的影响的工作也确认了这一原则，其出发点是假定武装冲突的存在并不当然终止或暂停条约的施行。见关于武装冲突对条约的影响的条款草案第3条，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第100段。

的余留性质，还因为它更符合委员会最近通过的类似规定的措辞，例如关于外交保护的条款草案第17条，读作：

#### 国际法的特别规则

在本条款草案与国际法特别规则，如关于投资保护的条约规定不符的情况下，本条款草案不适用。<sup>63</sup>

74. 鉴于所拟议的第17条草案和第4条草案之间的逻辑近似，建议改变后者位置，将其纳入草案的一般规定。<sup>64</sup>

### B. 与其他国际法规则的关系

75. 在就本套条款草案和适用于灾害情况的各类国际法特别规则之间的相互作用进行审议之后，考虑到在本套条款草案中纳入一条规范这种相互作用的规定的提议，似应考虑可将哪些其他保留条款妥善纳入该文本。为清楚起见，还应调查这样一个问题，即一般规定在完善本套草案之余，是否也应处理与其它国际准则——这类准则涵盖了本草案未曾加以规范的事项——的关系。在这方面，纳入一条一般条款说明适用的国际法规则会继续对可能与灾害情况有关的法律问题做出规定，似乎会有所帮助。从这个意义上讲，这样一条规定的意图是对前一条规定(第17条)进行补充：后者着眼于在适用本套草案方面制定一个优先适用特别规则的规范，而前者力求确保平行适用范围不同的国际规则。虽然采用这种方式可能表面上看起来并无必要，甚至是显而易见的，但这种规定的宗旨至少是双重的。

76. 首先，纳入此类条款将有助于阐明条款草案和适用于灾害情况的习惯国际法之间的相互作用。特别报告员在初步报告中指出，本专题“原则上似乎是逐步发展的议题”。<sup>65</sup> 尽管有这种看法，但特别报告员在随后的报告<sup>66</sup>中突出强调了习惯国际准则和本

<sup>63</sup> 见《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第49段。另见2011年关于国家对国际不法行为的责任条款草案第55条(特别法)(《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段)以及2011年国际组织的责任条款草案第64条(特别法)(《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第41页，第87段)。

<sup>64</sup> 委员会一读通过的案文第21(4)条，《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第55段。

<sup>65</sup> 见《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/598号文件，第42段。

<sup>66</sup> 见第三次报告(《2010年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/629号文件，第82段)，第四次报告(《2011年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/643和Corr.1号文件，第40段起)

套条款草案之间的一些相互作用,例如,其中包括与受灾国监督救灾的权力及其寻求援助的职责和防止灾害的责任之间的相互作用。<sup>67</sup>此外,不能忽略的是,具有不同适用领域的其他习惯国际准则,可能会与本套草案的规定产生相互作用。因此,拟议的条款将有助于明确一点,即条款草案的内容不影响在本草案未层涵盖的事项中适用习惯国际法,同时指出本套条款草案不排除在灾害管理领域进一步发展习惯国际准则。在这方面,该条款复制了《维也纳条约法公约》序言中最后一段的内容,其中规定:“凡未经本《公约》各条规定之问题,将仍以国际法习惯法规则为准”,以及委员会通过的其它条款草案所载规定中的措辞,即关于国家对国际不法行为的责任条款草案第56条以及关于国际组织的责任条款草案第65条。<sup>68</sup>关于国家责任的条款草案第56条读作:

本条款中没有明文规定的国家责任问题

在本条款中没有明文规定的情况下,关于一国对一国际不法行为的责任问题,仍应遵守适用的国际法规则。<sup>69</sup>

77. 其次,拟议的条款还将力求澄清本套条款草案不干涉拥有不同范围的条约法。如特别报告员和委员会本身所解释的那样,本套草案的内容所体现的办法主要侧重于个人的需求与关切,以及他们在灾害情况下的合法权利。<sup>70</sup>由此可见,本条款草案并不处理发生灾害时可能发挥作用的国际法的所有问题。在发生灾害时可能会对本条款草案的内容形成补充的其他国际法律机制包括,除其他外,关于条约法的规定,特别是那些涉及到因发生意外不可能履行和情况根本改变的规定,<sup>71</sup>以及关于国际组织和国家的责任以及个人的责任的规则。

### 关于增设条款草案的提案

78. 鉴于上述情况,关于与其他适用的国际法规则相互作用的一个条款草案案文可拟议如下:

以及第六次报告(《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/662号文件)。

<sup>67</sup> 关于习惯国际法对这一议题的影响,见Ronzitti,“Conclusions”。

<sup>68</sup> 《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第46页。

<sup>69</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第34页。

<sup>70</sup> 见《2009年……年鉴》,第二卷(第二部分),第144页,第178段。

<sup>71</sup> 《维也纳条约法公约》,分别见第61和第62条。

### “第18条草案 与本条款草案未明文规定的灾害情况有关的事项

“对本条款未加规范的与灾害情况有关的事项,适用的国际法规则仍然有效。”

### C. 与《联合国宪章》的关系

79. 在目前草案的一般规定中,也可以有效纳入一条具体规定,处理与《联合国宪章》中所规定的义务之间的相互关系。其案文须根据《宪章》第一百零三条加以措辞,其中规定

联合国会员国在本《宪章》下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,其在本《宪章》下之义务应居优先。

80. 委员会就这一议题开展工作期间,已经援引了根据《宪章》所承担义务的首要地位。委员会尤其强调了庄严载入《宪章》的一些原则(即国家主权平等、不介入、合作和不歧视原则)在发生灾害时在限定国家权利和义务方面所起到的主要作用。<sup>72</sup>还要提及的是,通过的一些专题国际文书也同样强调了尊重《宪章》各项原则。例如,关于救灾,大会在1991年12月19日的第46/182号决议中规定:“必须按照《联合国宪章》尊重各国的主权、领土完整和国家统一”。<sup>73</sup>同样,《东盟灾害管理和应急反应协定》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”。<sup>74</sup>欧洲联盟在灾害管理方面的行动也受类似方针支配,只要行为与《宪章》规定的义务一致则予以实施。这一结论源自《欧洲联盟条约》,其中提到《联合国宪章》中的原则属于鼓舞欧洲联盟发展、并应予以遵守的原则之列。尽管这一规定并没有直接提到欧洲联盟的灾害管理,但显而易见的是,欧洲联盟在这一领域的行动需要遵守《宪章》的规定,以便代表欧洲一体化进程的发展。

81. 此外,在当前的草案中纳入一条重申《联合国宪章》义务之首要地位的规定可能有助于加强联合国在灾害管理方面发挥的领导作用。这一作用已在草案中得到确认,条款草案的措辞已就该组织与其他国际组织和参与救灾行为者之间的地位进行了

<sup>72</sup> 除其他外,见第三次报告,《2010年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/629号文件,第447页,第64段起;以及同上,第二卷(第二部分),第189-190页,第5条草案的评注。

<sup>73</sup> 附件,第3段。

<sup>74</sup> 第3条,第1款。

妥善划分。<sup>75</sup> 此外，其他国际文书也明确承认了这一作用。<sup>76</sup>

<sup>75</sup> 见第5、第10和第12条。关于国家的合作义务，另见《2009年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第145页，第183段。

<sup>76</sup> 除其他外，见1998年北约欧洲—大西洋合作理事会关于加强国际救灾领域的切实合作的政策(第2.2.2条)；在欧洲联盟层面，见关于欧盟平民保护机制的第1313/2013/EU号决定(叙文14以及第5条第2款、第13条第3款、第16条第1款和第16条第2款；以及《欧洲联盟公报》，L 347，2013年12月20日，第924页起)。

## 关于增设条款草案的提案

82. 基于上述原因，特别报告员提议在现有草案的一般规定中纳入一条关于与《联合国宪章》相互作用的条款草案，读作：

### “第19条草案 与《联合国宪章》的关系

“本条款草案不妨碍《联合国宪章》。”

## 第四章 用语

83. 依照委员会迄今为止就国际法各项议题通过的大多数条款草案所反映的委员会惯例，特别报告员提议在本套条款草案中纳入一条有关“用语”的条款。如目前关于“发生灾害时的人员保护”议题那样，这一条款的措辞可在委员会就议题通过了所有条款草案之后得以最为有效地拟定。这并不影响关于用语使用的条款在整套条款草案中的最终位置，在过去这一条款总是放在开头，要么放在该类条款之首，要么放在有关范围的条款之后。不过，就本议题而言，鉴于草案包括了关于范围(第1条草案)和宗旨(第2条草案)的条款，以及关于灾害的定义的单独条款(第3条草案)，下文拟议的关于用语的条款草案暂时被编号为第3条之二。

84. 在拟定提案时，特别报告员根据条款草案的评注，首先注重那些业已选出准备在关于用语的条款中加以定义的用语、以及在编撰条款草案时经常遇到的用语和专门术语。在此基础上，他确定将下列关键用语纳入第3条草案之二：受灾国；援助国；其他援助方；外部援助；设备和物资；有关非政府组织；救灾人员；以及灾害风险。特别报告员随后对评注进行了研究，以确定委员会是否已经通过了一项定义的元素。然后他研究了其他文书中所载的可适用定义。在参考了所有这些渊源之后，特别报告员列出了一份综合性定义清单，酌情从不同渊源摘取元素，或以一个渊源作为基础，加以改动，以反映业已通过的条款草案中所体现的语言和决定。

85. 为上述界定用语之目的，还参照了一些其它特别相关的来源：如秘书处的备忘录的增编附件一

(术语表)；<sup>77</sup>《红十字会与红新月联合会准则》第2条(定义)；《机构间常设委员会关于在发生自然灾害时保护人员的行动准则》附件一(术语表)；<sup>78</sup>国际法学会在2003年布鲁日会议上通过的关于人道主义援助的决议；以及若干多边和双边条约中所载的定义条款。

### A. 关于增设条款草案的提案

86. 特别报告员为关于用语的第3条之二草案拟议的案文如下：

### “第3条草案之二 用语

“为本条款之目的：

“(a) ‘受灾国’意即其境内的人员和财产受到灾害影响的国家；

“(b) ‘援助国’意即应受灾国请求或经其同意提供援助的国家；

“(c) ‘其他援助方’系指受灾国之外从事减少灾害风险或提供救灾援助工作的国际组织、非政府组织或任何其他实体或个人；

“(d) ‘外部援助’系指援助国或其他援助方为预防或减轻灾害后果或满足受灾者需要而向受灾国提供的救灾人员、设备和物资；

<sup>77</sup> A/CN.4/590和Add.1-3号文件(可查阅委员会网站，第六十届会议文件；最终文本将作为增编载于《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分))。

<sup>78</sup> Washington, D.C., Brookings-Bern Project on Internal Displacement, 2011.



“(e) ‘设备和物资’包括日用品、工具、机器、经特别训练的牲畜、食品、饮用水、医药、栖身手段、衣物、卧具、车辆和提供救灾援助所必要和满足受灾者的生存和基本需要所必需的其他物品；

“(f) ‘有关非政府组织’可指国家或政府或政府间组织之外的任何公正工作、严格坚持人道主义动机、由于其本身性质、所在地和专门知识而从事减少灾害风险或灾害救援工作、包括私人或社团实体在内的任何组织；

“(g) ‘救灾人员’系指掌握必要设备和物资、代表援助国或其他援助方提供救灾援助、包括军人在内的专门人员；

“(h) ‘灾害风险’意即灾害可能给人的生命或健康、生计、财产和经济活动造成的有害后果或损失，或可能对环境造成的破坏。”

## B. 简要分析

“(a) ‘受灾国’意即其境内的人员和财产受灾害影响的国家。”

87. “受灾国”这一用语出现在七条业已通过的条款草案中，即第9条草案(受灾国的作用)、第10条草案(受灾国寻求援助的责任)、第11条草案(受灾国对外部援助的同意)、第12条(提议援助)、第13条(提供外部援助的条件)、第14条(便利外部援助)、第15条(终止外部援助)以及拟议的第14条之二草案(保护救灾人员、设备和物资)。

88. 国际法学会的决议将“受灾国”定义为“需要人道主义援助的国家或领土实体”。<sup>79</sup>《红十字会导则》第2条第(8)款也作定义如下：“境内人员或财产受灾害影响的国家”。<sup>80</sup>

89. (a)项逐字援引了《红十字会与红新月联合会准则》中所载的定义，反映了条款草案向各国提出的基本方向，同时也预测了如第9条草案所确立的那样，受灾国所发挥的中心作用。关键一点是领土控制，即受灾国只能在其控制的领土上发挥第9条草案为其设想的作用。这一条款或许可以像委员会2001

年通过的关于预防危险活动的跨界损害的条款草案<sup>81</sup>那样，加入“或在其管辖或控制下的其他地方”这一措辞。然而，为了防止就域外管辖权问题展开不必要的讨论——此种讨论并非规则，而属于例外——据认为最好不要这样做。此外，领土控制是许多关于发生灾害时的人员保护问题文书的共同点。

90. 该定义还进一步试图反映整套条款草案的重点——即对人员造成的影响，而不是简单称其为境内发生灾害的国家。定义保留了对财产的提及，因为这是许多灾害的又一共同点，同时第3条草案灾害的定义中提到了“大规模的物质……损害”也有此种含义；对其的理解是该套条款草案只适用于对人员造成的经济损失的影响。<sup>82</sup>

91. “受灾害影响的”这一短语的拟定反映了当代的观点，即关注的重点是灾害对人和财产造成的影响，而不是灾害本身。这也符合委员会的做法，即在为条款草案的适用确立门槛时，将事件的后果作为一项关键的内容。<sup>83</sup>

“(b) ‘援助国’意即应受灾国请求或经其同意提供援助的国家。”

92. “援助国”这一用语出现在第15条草案(终止外部援助)中。

93. 这一用语的拟定参照了《民防援助框架公约》中关于“援助国”的定义，<sup>84</sup>并将“受援国”改成了“受灾国”，后者是条款草案所采用的用语，在上文中也作了界定。短语“提供援助的国家”是指“外部援助”这一概念，将在下文中对此进一步界定，其基础是第5条草案中所述的合作责任。

94. 本套条款草案所针对的是三类实体；第一类是受灾国(上文已有界定)，第二类是向受灾国提供援助的一个或多个国家，第三类是“其他援助方”，将在下文中对该类实体进行进一步界定。

95. 从定义中可以明显看出，一国只有正在提供或已经提供援助时，才能成为“援助国”。换言之，

<sup>81</sup>《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第166页，第97段，第2条(d)款。

<sup>82</sup>见《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第188页，第3条草案的评注第(7)段。

<sup>83</sup>同上，第3条草案的评注第(4)段。

<sup>84</sup>第1条，第(6)款。

<sup>79</sup>《国际法学会年鉴》，第70卷，第二部分(见上文脚注22)，第268页，第一条，第4款。

<sup>80</sup>准则2，第8款。



伴随着此种分类所带来的各种法律后果,根据条款草案的规定,一个提议援助的国家直到受灾国接受此种援助才是“援助国”。

96. 短语“请求或经其同意”反映了第10、第11和第12条草案之间的相互作用。这一短语特别反映了条款草案中采取的基本立场,即在遭受的灾害超过了国家应对能力的情况下,受灾国有寻求援助的责任(第10条草案)。同时,这一短语还设想受灾国根据第12条草案的规定,接受未经提议的援助的可能性,但根据第11条草案的规定,此种援助需征得受灾国的同意。

**“(c) ‘其他援助方’系指受灾国之外从事减少灾害风险或提供救灾援助工作的国际组织、非政府组织或任何其他实体或个人。”**

97. “其他援助方”这一用语出现在第15条草案(终止外部援助)中。

98. 除受灾国和援助国外,本套条款草案还力求规范其他援助方的地位。很大比例的当代减少灾害风险和救灾活动是由包括但不限于联合国的国际组织或在其支持下,以及非政府组织和其他实体甚至个人进行的。条款草案将这一行为者群体统称为“其他援助方”。这并不影响这些行为体根据国际法拥有的不同法律地位,条款草案(例如第12条草案)对此予以确认。

99. 这一规定在一定程度上反映了第15条草案的评注,其中确认了一项理解,即“援助方”这一用语主要是指国际组织和非政府组织。<sup>85</sup>“或任何其他实体或个人”这一短语出自《东盟协定》,<sup>86</sup>纳入这一短语是为了反映这样一个事实,即并非所有参与救灾的行为体都可划归评注中提到的一种或多种类别。

100. 采用“受灾国以外”这一短语是为了反映第13条草案评注中提及的关切,即条款草案规范的是受灾国以外的行为体的活动。<sup>87</sup>据此,国内非政府组织并不包含在内。虽然这对于国际组织而言显然不是问题,但人们仍然认为,适当的做法是对此作

出规定,特别是考虑到援助方清单所提到的其他实体的性质。

101. 案文中“从事减少灾害风险或提供救灾援助”这一短句与用来描述相关实体所开展的各类活动的说法相同,条款草案对这些实体进行规范。就非政府组织而言,应把这种宽泛的描述与上文中对其作用所作的更加明确的说明一同解读。

102. “其他援助方”的定义承认了以下事实:即此类行为方可以在减少灾害风险和提供救灾援助范围内参与一系列活动。

**“(d) ‘外部援助’系指援助国或其他援助方为预防或减轻灾害后果或满足受灾者需要而向受灾国提供的救灾人员、设备和物资。”**

103. “外部援助”这一用语出现在四条业已通过的条款草案中,即第11条草案(受灾国对外部援助的同意)、第13条草案(对提供外部援助规定条件)、第14条草案(便利外部援助)、第15条草案(终止外部援助)以及拟议的第14条之二草案(保护救灾人员、设备和物资)。

104. (d)项试图对条款中所设想的援助国或其他援助方向受灾国家提供的援助种类加以界定,并将其作为第5条之二草案所预想的一种合作形式。

105. 这种提法受到了第13条草案评注的启发,<sup>88</sup>而且借鉴了《奥斯陆指导方针》<sup>89</sup>和《民防援助框架公约》。<sup>90</sup>在《奥斯陆指导方针》中提及的“物料”被改成了“设备和物资”,后者是条款草案中使用的用语,将在下文中对此进一步界定。

106. “援助国或其他援助方……向受灾国提供的”这一短句来自第13条草案评注,重申了条款草案所设想的援助国和援助方同受灾国之间法律关系的性质。

107. 这项规定的其他部分试图就应该提供外部援助的目的进行说明。“为预防或减轻灾害后果或满足受灾者需要”这一短句来自《民防援助框架公约》,将其纳入是为了根据第5条之三草案和第16条草案的设想,确认为减少灾害风险采取措施的重要性。“或

<sup>85</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第61页,第15条草案的评注第(4)段。

<sup>86</sup> 第1条,第1款(“援助实体”的定义)。

<sup>87</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第61页,第13条草案的评注第(2)段。

<sup>88</sup> 同上。

<sup>89</sup> 第2段。

<sup>90</sup> 第1条(d)款(“援助”的定义)。

满足受灾者需要”这一短语取自《奥斯陆指导方针》，指的是在灾害发生后立即提供的救灾援助，其目的是满足受灾者的需要。结尾一段话的行文中采用了减少和应对灾害风险的技术词语，这符合第2条草案中阐明的条款草案的总体目标的，即“促进充分而有效地应对灾害以满足有关人员的基本需求，充分尊重其权利”。

**“(e) ‘设备和物资’包括日用品、工具、机器、经特别训练的牲畜、食品、饮用水、医药、栖身手段、衣物、卧具、车辆和提供救灾援助所必要和满足受灾者的生存和基本需要所必需的其他物品。”**

108. “设备和物资”这一用语出现在两条业已通过的条款草案中，即：第5条之二草案(合作的形式)，其中的使用了“供给”而不是“物资”；第14条草案(便利外部援助)以及拟议的第14条之二草案(保护救灾人员、设备和物资)均使用了“物资和设备”的表述方式。

109. 如上文所述，“设备”和“物资”是条款草案所设想的那种外部援助的主要组成部分。这一措辞源自第14条草案的评注<sup>91</sup>以及国际法学会的决议。<sup>92</sup>该清单包括普遍承认的提供救灾援助所必需的各类物料。这一清单并非详尽无遗，而使用“包括”一词并提到“其他物品”也确认了这一点。

110. 总体而言，目前所设想的物料有两类：即救灾人员履行职能所需的物料，无论是自我维持所需的物料，还是他们提供救灾所需要的日用品、工具和机器等物料；满足受灾者生存和基本需要所必需的物资，例如食品、饮用水、医药、栖身手段、衣物和卧具。“经特别训练的牲畜”这一短语具体是说搜救犬，其来源是《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》专项附约J。<sup>93</sup>

**“(f) ‘有关非政府组织’可指国家或政府或政府间组织之外的任何公正工作、严格坚持人道主义动机、由于其本身性质、所在地和专门知识而从事减少灾害风险或灾害救援工作、包括私人或社团实体在内的任何组织。”**

111. “有关非政府组织”这一用语出现在四条业已通过的条款草案中，即第5条草案(合作的义务)、第7条草案(人的尊严)、第10条(受灾国寻求援助的责任)和第12条(提议援助)。

112. 已在上文中加以定义的“其他援助方”这一类别包括了非政府组织。这一定义试图将这些实体与其他行为体，特别是国家和政府间组织加以区分。开头部分提到的“国家或政府或政府间组织之外的……包括私有和公司实体在内的任何组织”一语，就此作出了区分，其来源《坦佩雷公约》。<sup>94</sup>“私有和公司实体”这一通用提法反映了大多数非政府组织的典型组成形式，但并非是为了具有排他性。

113. “公正工作、严格坚持人道主义动机”这一限定语句来自大会1991年12月19日第46/182号决议附件第5段，也是这些实体应根据条款草案的规定开展活动的依据。<sup>95</sup>

114. 条款草案对非政府组织的承认反映了以下事实：即它们通常非常适合在救灾和相关努力中发挥关键作用。“由于其本身性质、所在地和专门知识”这一短语也对此给予了确认。

115. 非政府组织的活动并不局限于救灾援助，还包括防灾、减灾和备灾援助。结尾处“从事减少灾害风险或灾害救援工作”对此给予了确认，其中起始部分出自《坦佩雷公约》。该措辞试图反映出这类实体所参与活动的范围之广。

**“(g) ‘救灾人员’系指掌握必要设备和物资、代表援助国或其他援助方提供救灾援助、包括军人在内的专门人员。”**

116. “救灾人员”这一用语出现在两条业已通过的条款草案中，即第5条之二草案(合作的形式)和第14条(便利外部援助)，并出现在拟议的第14条草案之二(保护救灾人员、设备和物资)中。

117. 本款力求对援助国和其他援助方所提供外部援助之人员部分作出界定。所使用的措辞借鉴了委员会对第5条草案之二的评注，<sup>96</sup>其中通过作出“代

<sup>91</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第61页，第14条草案的评注第(5)段。

<sup>92</sup> 《国际法学会年鉴》，第70卷，第二部分(见上文脚注22)，第一条，第1款，(a)项。

<sup>93</sup> “救济物资”的定义。

<sup>94</sup> 第1条，第10款。

<sup>95</sup> 见《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第190页，第5条草案的评注第(5)段。

<sup>96</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第62段，第5条草案之二的评注第(7)段。

表……提供”这一规定，确定了援助实体(不论是国家还是其他行为方)和相关人员之间的关系。然而，按照第9条草案的规定，这些人员应接受受灾国的全面指挥和控制。

118. 对“专门”人员的提及反映了大会1991年12月19日第46/182号决议的附件中作出的确认，即希望由具有必要技能并配备“必要物资和设备”的人员来履行相关职能。

119. “包括军人在内”这一短语源自2000年希腊和俄罗斯联邦之间的双边协定，<sup>97</sup>目的是承认军事人员作为一类救灾人员在提供救灾援助中所发挥的重要作用。在第14条草案中对军事人员参与救灾援助作出了规定。

120. “救灾人员”这一概念历来都是用于灾害发生时提供救援的情况。这一点反映在“提供救灾援助”的措辞中，反映了在第14条草案中所设想的那类外部援助，呼吁为“迅速和有效地”提供这种援助给与便利。但应该指出的是，上文关于“外部援助”的定义也涉及参与灾害预防的救灾人员。这体现了条款

草案作为整体所采取的更加全面的做法，其中包括旨在减少灾害风险活动。

“(h) ‘灾害风险’意即灾害可能给人的生命或健康、生计、财产和经济活动造成的有害后果或损失，或可能对环境造成的破坏。”

121. “灾害风险”这一用语出现在两条业已通过的条款草案中，即第5条草案之三(合作的义务)和第16条草案(减少灾害风险的义务)。

122. 在把减少灾害风险纳入条款草案的范围之后，应进一步厘清“灾害风险”这一用语。拟议的措辞来自《东盟灾害管理和应急响应协定》关于定义的条款第一部分。<sup>98</sup>该《协定》试图将可能造成的损害性后果同“自然或人为灾害与脆弱条件之间的相互作用”挂钩。然而，委员会在界定“灾害”的定义工作中并没有走得那么远。因此，人们认为更加妥当的做法是仅仅表明这种后果是“灾害……造成的”，是对第3条草案中“灾害”定义的一种参照。换言之，对“灾害风险”作出界定是为了进一步阐明“灾害”的定义。

<sup>97</sup> 第1条(“提供援助的小组”的定义)(见上文脚注15)。

<sup>98</sup> 第1条，第5款。

# 国家官员的外国刑事管辖豁免

[议程项目5]

A/CN.4/673号文件

## 特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士 关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第三次报告\*

[原文：西班牙文]  
[2014年6月2日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	86
本报告引用的著作.....	86
	段 次
导言.....	1-9 87
章 次	
一、 属事豁免：规范要素.....	10-16 88
二、“官员”的概念.....	17-151 90
A. 一般考虑.....	17-23 90
B. 确定享有豁免的人员的标准.....	24-112 91
1. 国家司法实践.....	29-38 92
2. 国际司法实践.....	39-49 94
3. 条约实践.....	50-97 96
4. 委员会的其它工作.....	98-110 103
5. 结论.....	111-112 105
C. 术语.....	113-142 105
1. “Funcionario”.....	120-123 107
2. “Représentant”.....	124-127 108
3. “Official”.....	128-129 109
4. “Agent”.....	130-132 110
5. “Organ”.....	133-135 111
6. 结论.....	136-142 111
D. 为条款草案目的“官员”的一般概念.....	143-144 112
E. 属人豁免的主体范围.....	145-151 112
三、 今后的工作方案.....	152 114
附件. 拟议条款草案.....	114

\* 特别报告员感谢西班牙阿尔卡拉大学国际公法助理讲师弗朗西斯科·何塞·帕斯库尔·比韦斯为编写本报告提供的宝贵协助。她还感谢下列人士的协作：西班牙国立远程教育大学国际公法系讲师 Claribel de Castro Sánchez、Teresa Marcos Martín 和 Fernando Val Garijo，以及日内瓦国际人道法和人权学院硕士生 Louise Lecaros de Cossio 和 Brian Frenkel。



## 本报告引用的多边文书

## 来源

- 《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。
- 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日, 罗马) 同上,第213卷,第2889号,第221页。
- 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日, 维也纳) 同上,第500卷,第7310号,第95页。
- 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日, 维也纳) 同上,第596卷,第8638号,第261页。
- 《特别使团公约》(1969年12月8日, 纽约) 同上,第1400卷,第23431号,第231页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人权包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日, 纽约) 同上,第1035卷,第15410号,第167页。
- 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》[英](1975年3月14日, 维也纳) 《联合国关于国家在其对国际组织关系上的代表权问题会议正式记录》,第二卷,(联合国出版物,出售品编号:No. E.75.V.12)。
- 《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。
- 《美洲反腐败公约》[英](1996年3月29日, 加拉加斯) 《国际法律资料》,第35卷(1996年),第727页。
- 《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。
- 《反腐败刑法公约》[英](1999年1月27日, 斯特拉斯堡) 同上,第2216卷,第39391号,第225页。
- 《反腐败刑法公约附加议定书》[英](2003年5月15日, 斯特拉斯堡) 同上,第2466卷,第39391号,第168页。
- 《反腐败民法公约》[英](1999年11月4日, 斯特拉斯堡) 同上,第2246卷,第39988号,第3页。
- 《联合国反腐败公约》(2003年10月31日, 纽约) 同上,第2349卷,第42146号,第41页。
- 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004年12月2日, 纽约) 《大会正式记录,第五十九届会议,补编第49号》(A/59/49),第一卷,第59/38号决议,附件。

## 本报告引用的著作

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria  
“La responsabilité internationale de l’individu”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1999*, vol. 280, The Hague, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 135–428.
- BORGHI, Alvaro  
*L’immunité des dirigeants politiques en droit international*. Brussels, Bruylant, 2003.
- CASSESE, Antonio, ed.  
*The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- D’ARGENT, Pierre  
“Immunity of State officials and obligation to prosecute”, *CeDIE Working Papers*, No. 4, 2013, pp. 1–20.

DOMINICÉ, Christian

“Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”, in Jorge Cardona Llorens, ed., *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. II, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 305–348.

DUGARD, John

*International Law. A South African Perspective*, 4th ed. Cape Town, Juta, 2011.

Fox, Hazel and Philippa WEBB

*The Law of State Immunity*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2013.

JORGE URBINA, Julio

“Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 255–306.

MAGUIRE, Rowena, Bridget LEWIS and Charles SAMPFORD, eds.

*Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*. Abingdon, Routledge, 2013.

MCDougall, Carrie

*The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

REMIRO BROTONS, Antonio

“La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales estatales: el principio de universalidad”, *XXXIII Curso de Derecho Internacional* (2006). Washington, D.C., OAS, pp. 491–516.

SCHABAS, William A.

*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

STERN, Brigitte

“Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?”, in Marcelo Kohen, ed., *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law*, Liber amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Brill, 2007, pp. 511–548.

TRIFFTERER, Otto

“Irrelevance of official capacity”, in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article*, 2nd ed., Munich, C. H. Beck–Hart–Nomos, 2008, pp. 779–794.

VERHOEVEN, Joe

“Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international”, in Joe Verhoeven, ed., *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Brussels, Larcier, 2004, pp. 61–148.

## 导 言

1. 2006年,国际法委员会第五十八届会议根据委员会该届会议工作报告中的提议,将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题纳入委员会的长期工作方案。<sup>1</sup>在2007年第五十九届会议上,委员会决定将该专题列入其当前的工作方案并任命罗曼·科洛德金先生为特别报告员。<sup>2</sup>在同届会议上,委员会请秘书处编写了一份有关该专题的背景研究报告。<sup>3</sup>

2. 前任特别报告员科洛德金先生提交了三次报告,他在其中界定了审议该专题的范围,并分析与国家官员的外国刑事管辖豁免有关的实质性问题与程序性问题的各个方面。<sup>4</sup>委员会分别在2008年第

<sup>1</sup> 见《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第215页,第257(b)段和第221页,附件一。

<sup>2</sup> 见《2007年……年鉴》,第二卷(第二部分),第112页,第376段。

<sup>3</sup> 见同上,第116页,第386段。关于秘书处的备忘录,见A/CN.4/596号文件(可查阅委员会的网站,第六十届会议文件;最终文本将作为《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分)的增编出版)。

<sup>4</sup> 关于前任特别报告员科洛德金先生的报告,见《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分),第175页,A/CN.4/601号文件(初步报告);《2010年……年鉴》,第二卷(第一部分),第455页,A/CN.4/631号文件(第二次报告);以及《2011年……年鉴》,第二卷(第一部分),第221页,A/CN.4/646号文件(第三次报告)。

六十届会议和2011年第六十三届会议上审议了特别报告员的报告。大会第六委员会在审议国际法委员会的报告时,特别是在2008年和2011年,讨论了这一专题。

3. 在2012年5月22日第3132次会议上,委员会任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士为特别报告员,接替从委员会离任的科洛德金先生。<sup>5</sup>

4. 在同一届会议上,特别报告员埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初次报告。<sup>6</sup>在2012年第六十四届会议第二期会议上,委员会审议了该报告。<sup>7</sup>这份初次报告是一份“过渡性质的报告”,其中特别报告员试图“帮助澄清迄今为止的辩论内容,确定仍然存在争议的要点,委员会可考虑今后继续予以研究”。<sup>8</sup>报告还确定了委员会必须审议的专题,确立了研究的方法依据,并制定了一项审议该专题的工作计划。

<sup>5</sup> 见《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第84段。

<sup>6</sup> 同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/654号文件。

<sup>7</sup> 同上,第二卷(第二部分),第82–139段。

<sup>8</sup> 同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/654号文件,第5段。

5. 如前所述,委员会在2012年第六十四届会议审查了初步报告,并核准了特别报告员拟议的方法基础和工作计划。<sup>9</sup>同一年,第六委员会在审议国际法委员会的报告时,对特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初次报告进行了审查。<sup>10</sup>

6. 在2013年的第六十五届会议上,特别报告员提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告,<sup>11</sup>其中讨论了本专题的范围、条款草案范围、豁免和管辖的概念、属人豁免和属事豁免的区别,以及属人豁免的规范要素。报告载列了六条拟议的条款草案,分别处理条款草案的范围(第1和2条草案),定义(第3条草案),属人豁免的规范要素(第4、第5和第6条草案)。

7. 国际法委员会在第3164至第3168次以及第3170次会议<sup>12</sup>上审议了特别报告员的第二次报告,决定把六条草案提交起草委员会。在起草委员会报告的基础上,委员会暂时通过了三条草案,分别处理条款草案的范围(第1条草案)以及属人豁免的规范要

<sup>9</sup> 关于该次辩论的摘要,见同上,第二卷(第二部分),第86-139段。另见同上,第一卷,第3143至第3147次会议。

<sup>10</sup> 2012年,第六委员会在大会第六十七届会议上审议了“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题(《大会正式记录,第六十七届会议,第六委员会》,第20-23次会议(A/C.6/67/SR.20-23))。此外,在第19次会议(同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19))上,有两个国家提及了本专题。另见关于大会第六十七届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/657),第26-38段。

<sup>11</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/661号文件。

<sup>12</sup> 关于讨论中提出的问题以及委员会委员们所持立场的详细分析,见同上,第一卷,第3164-3168次会议和第3170次会议。

素(第3和第4条草案)。<sup>13</sup>这些条款草案中载有特别报告员拟议的经修改的五条草案的基本要素。委员会还核可了对已暂时通过的三条草案的评注。起草委员会决定继续审查关于定义的条款草案,并在稍后阶段就此采取行动。<sup>14</sup>

8. 在2013年大会第六十八届会议期间,第六委员会在审议国际法委员会的报告时,对特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告进行了审查。各国普遍欢迎该报告和委员会工作所取得的进展,并对委员会将三条草案提交大会表示赞赏。<sup>15</sup>

9. 在其年度报告中,委员会要求各国

在2014年1月31日前提供资料,说明国内机构如何定义国家官员的外国刑事管辖豁免情况下的“公务行为”或“以官方身份实施的行为”,特别是提供司法裁决。<sup>16</sup>

特别报告员谨感谢在第六委员会辩论期间提及这一问题的国家。她特别要感谢提交了书面评论的国家。<sup>17</sup>

<sup>13</sup> 见同上,第3174次会议。

<sup>14</sup> 关于委员会在2013年第六十五届会议上处理该专题的情况,见同上,第二卷(第二部分),第40-49段。特别见第49段所载的条款草案及其评注。关于委员会就条款草案评注进行的讨论,见同上,第一卷,第3193-3196次会议。

<sup>15</sup> 见《大会正式记录,第六十八届会议,第六委员会》,第17-19次会议(A/C.6/68/SR.17-19)。另见关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/666),第10-30段。

<sup>16</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第18页,第25段。

<sup>17</sup> 在本报告完成时,已收到以下国家的评论:比利时、捷克共和国、德国、爱尔兰、墨西哥、挪威、俄罗斯联邦、瑞士、联合王国和美利坚合众国。

## 第一章

### 属事豁免:规范要素

10. 如特别报告员的第二次报告所指出的:

属人豁免和属事豁免的区别是国际法委员会讨论本专题时取得广泛共识的少数事项之一。<sup>18</sup>

<sup>18</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/661号文件,第47段。

这无疑是因为这种区分已为理论<sup>19</sup>和判例所广泛接

<sup>19</sup> 在这方面,见,除其他外,Dominicé,“Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales”,第323-326页和第337-342页;Abellán Honrubia,“La responsabilidad internacional de l’individu”,第220-223页;Borghini,《L’immunità des dirigeants politiques en droit international》,第129-131页;Verhoeven,“Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit

受。秘书处的备忘录<sup>20</sup>和科洛德金特别报告员的初步报告<sup>21</sup>也分析了这一区别,尽管在这两种情况下,分析纯粹是描述性和概念性的。就其本身而言,委员会在2013年从规范的角度讨论了这两类豁免的区别,以期为每一类型建立一个单独的法律制度。然而,这并不意味着这两类豁免没有共同要素,尤其是涉及广义的豁免功能层面。<sup>22</sup>

11. 委员会2013年第六十五届会议的工作反映了这一方法。在这方面,应提请注意以下几点:

(a) 将属人豁免和属事豁免的区别列入已提交起草委员会的关于定义的条款草案:虽然委员会尚未对其中所载定义表明立场,但对保留不同类型的豁免未表达任何相反意见;<sup>23</sup>

(b) 条款草案的结构本身包括关于属人豁免的单独部分(第二部分),随后将是关于属事豁免的第三部分;

(c) 2013年委员会暂时通过第4条草案第3款,反映了适用于上述每个豁免类型的制度之间的区别,其中提到“属人豁免的终止不妨碍适用关于属事豁免的国际法规则”。<sup>24</sup>

12. 如特别报告员的第二次报告所述,属事豁免的基本特点可以确定如下:

international”,第64-67页和第94-107页;Remiro Brotóns,“La persecución de los crímenes internacionales por los tribunales internacionales: el principio de universalidad”,第505页;Jorge Urbina,“Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”,第277-292页;Stern,“Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine’ des États et chefs d’État en cas de crime de droit international”;Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*,第368页;Dugard, *International Law: A South African Perspective*,第253页;Fox和Webb, *The Law of State Immunity*;D’Argent,“Immunity of State officials and obligation to prosecute”,第5-7页;以及Maguire, Lewis和Sampford, *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*,第108页。

<sup>20</sup> 见A/CN.4/596号文件(可查阅委员会的网站,第六十届会议文件;最终文本将作为《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分)的增编出版),第88段起。

<sup>21</sup> 见《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/601号文件,第197-198页,第78-83段。

<sup>22</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/661号文件,第48和第53段。

<sup>23</sup> 关于这种定义,见同上,第53段。

<sup>24</sup> 关于这两类豁免的区别,见委员会关于第4条草案的评注,特别是评注第(7)段(《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第54页)。

(a) 可给予所有国家官员;

(b) 所涉的行为范围,仅限于可列为“以官方身份实施的行为”;

(c) 不受时间限制,因为即使享有豁免的人不再是官员,属事豁免继续有效。

13. 这三个要素充分反映了理论<sup>25</sup>和判例所承认的属事豁免的不同定义。它们也考虑到了委员会以往的工作。<sup>26</sup> 构成这类豁免的规范要素应从这三个特点推断而来;基于属人豁免方面遵循的方法,这些要素应确定如下:

(a) 属事豁免的主体范围:谁享有豁免?

(b) 属事豁免的属事范围:豁免涵盖这些人实施了哪些类型的行为?

<sup>25</sup> 在提出这些定义时采用了不同的措辞,但都反映了与上述相同的要素。Cassese (*The Oxford Companion to International Criminal Justice*,第368页)说:“对外国管辖的职能豁免涵盖国家官员为行使其职能所实施的行为并在其任职结束后留存”,并且“官方行为由国家机关代表国家实施,并在原则上必须归属于国家本身。”对Fox和Webb而言,“职能豁免,即属事豁免,是一个最初用于离职时失去个人豁免的外交官的用语,这类外交官继续享有豁免,但仅限于以官方身份实施的行为。然而,该词现在的使用范围更广,适用于所有官员、公职人员和雇员,无论在职或离职,对其以官方身份实施的行为予以豁免”(The Law of State Immunity)。对Stern来说,“现任国家元首的豁免是绝对的属人豁免,在其离职后将无法继续享有这一豁免,除非“该行为是其在履行职能时实施的”;这意味着前任国家元首只享有属事豁免(“Vers une limitation de l’irresponsabilité souveraine’ des États et chefs d’État en cas de crime de droit international?”,第521页)。D’Argent认为:“所有以国家名义行事的国家代表”[《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,第2条第1款(b)项(四)目]都对如此实施的行为享有属事豁免(亦称“官方行为豁免”),即使该行为超出了其权限范围……与启动属人豁免的要求不同,为属事豁免目的的“国家代表”概念不仅限于特别体现或象征这一点的人员”(“Immunity of State officials and obligation to prosecute”,第7页)。对Borghini来说,“给予国家元首属人豁免并非为其个人利益,而是为其国家的利益;……国家元首离职后便不再享有此种豁免是正常的……属事豁免……意味着该人因其官方行为而受到保护”(L’immunité des dirigeants politiques en droit international,第129-130页)。Jorge Urbina认为:“在国际关系中给予担任国家中央机关政治领导人(国家元首、政府首脑或外交部长)的属人豁免的范围是有道理的,因为他们是国家的最高级别代表或在外交政策的管理方面发挥着关键作用。在这方面,他们在离职之后将只受属事豁免的保护,这种豁免仅对其在履行国家最高职能时实施的公务行为提供保护,使其免受刑事诉讼”(“Crímenes de guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado”,第287-288页)。

<sup>26</sup> 关于属事豁免特点的定义,见《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第15页,第28段,国家及其财产的管辖豁免条款草案第2条的评注,特别是第20-21页,评注第(17)-(19)段。



(c) 属事豁免的时间范围：在多长时间以内可以援引和适用豁免？

14. 虽然就属事豁免而言，一般情况下接受这三个要素，但其含义并不统一。因此，虽然对属事豁免时间范围的无限制性存在广泛共识，但这种豁免的属事和主体范围是更广泛讨论的主题，并且仍然引起争议——不仅在理论上，而且在判例和实践上。因此必须详细分析“官员”和“以官方身份从事的行为”这两个表述方式的含义。无论如何，应该指出的是，上述三个方面构成外国刑事管辖属事豁免的“规范要

素”，因此必须一并考虑，而不可能在界定这类豁免的法律制度时排除其中任何要素。

15. 另一方面，应该回顾的是，正如第二次报告就属人豁免所述，确定这三个方面为属事豁免的规范要素，并不意味着在界定适用于属事豁免的法律制度时，它们是唯一应考虑规范要素。具体而言，特别报告员希望强调，这不应被解读为声明此种豁免的例外情况，或承认这种豁免的绝对性质。

16. 因此，本报告是审议属事豁免规范要素的起点，特别是分析了“官员”的概念。

## 第二章

### “官员”的概念

#### A. 一般考虑

17. “官员”的概念对于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题特别重要，因为它决定了该专题的主体范围。为此，在本专题的标题中明确列入了该术语，指的是所有可为豁免所涵盖的人。在本专题的标题中泛泛提及“官员”一词，是因为委员会不想将研究范围仅仅限于国家元首、政府首脑和外交部长的豁免。<sup>27</sup>

18. 在这方面，必须横向探讨“官员”的概念，因为确定其特点必须既包括享有属人豁免者也包括享有属事豁免者。然而，正如2013年向委员会提交的第二次报告中所指出的，需要明确和毫不含糊地界定“官员”的概念，这对属事豁免的情况特别重要。<sup>28</sup>这方面的理由很简单。委员会可以而且已经以此名义确定了享有属人豁免的人，列出了享有这种豁免的

三类高级官员，即国家元首、政府首脑和外交部长。<sup>29</sup>然而，对于属事豁免，不可能拟订出一份名单，列出为本专题的目的归类为“官员”的所有职务或职位担任者。这样做根本不可行，因为国家制度的模式各种各样。因此，要确定享有属事豁免的人只能采用“识别标准”，逐案适用，提供足够的依据，以得出结论确定某个人是为本条款草案的目的的“官员”。

19. 第二，应当强调的是，使用“官员”这一术语是前任特别报告员科洛德金先生建议的结果，他说他喜欢该词胜于“机关”一词，尽管他也留下了可能性，如果委员会认为适当，将来可以讨论和改变这一术语。<sup>30</sup>不过，当时委员会的多位委员指出，也可以使用其他术语，如“代理人”或“代表”。<sup>31</sup>在那之后，现任特别报告员在前几次报告中重申了这一问题的，指出对于外国刑事管辖豁免所涵盖的各类人员，“官员”也许不是最适当的术语。此外，应该指出的是，不同语文中所用的术语既不是同义词，也不能互换，而且不能说是具有相同或相似的含义。<sup>32</sup>

<sup>27</sup> 在委员会用作这一专题列入其长期工作方案的依据的摘要中，将重点放在了国家元首、政府首脑、外交部长和其他高级国家官员上（《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第221页，附件一，第19（4）段）。对前任特别报告员来说，他在其初步报告中采取了一种宽泛的办法，提及了所有官员（《2008年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/601号文件，第206页，第106-107段）。虽然在委员会讨论初步报告时，一些委员认为只应考虑国家元首、政府首脑和外交部长的豁免（《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分），第289段），但是自那以来一直采取宽泛的办法。

<sup>28</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/661号文件，第32段；另见同上，第56-57段。

<sup>29</sup> 见委员会2013年暂时通过的第3条草案（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第44页，第48段）。

<sup>30</sup> 见《2008年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/601号文件，第205页，第108段。

<sup>31</sup> 见《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分），第156页，第288和第289段。

<sup>32</sup> 见《2012年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/654号文件，第66段；和《2013年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/661号文件，第32段。

20. 鉴于这些考虑,特别报告员在第二次报告中说,将在审议属事豁免时分析“官员”这一概念,“官员”这一术语将作为委员会审议的两种类型的外国刑事管辖豁免所涵盖各类人员的唯一用语,暂时继续使用。<sup>33</sup>这一提案获得了委员会的核可,并反映在2013年暂时通过的第1条草案第1款的脚注中,其中指明“对使用‘官员’一词,将予以进一步审议”。<sup>34</sup>

21. 因此,由于“官员”这一概念的定义对于本专题至关重要,<sup>35</sup>本报告将具体研究可被视为外国刑事管辖豁免受益人的人员定义,或者按照委员会迄今为止所用的词语,研究“官员”这一概念的定义。为正确完成这一任务,至少必须考虑到四个前提:

(a) “官员”概念的一般范围尚未在国际法中得到界定;

(b) “官员”概念的任何定义都必须涵盖享有属人豁免者和享有属事豁免者;

(c) 作为单一指定享有这种豁免的所有人员的用语,必须考虑到属人豁免和属事豁免所涵盖人员类别的差异;

(d) 每种语文中使用的用以指代享有豁免者的术语必须是同质和可比较的,而且必须尽可能沿用委员会先前在实践中所采用的用语。

22. 总之,对“官员”这一概念的分析提出了两类不同却相辅相成和相互关联的问题。第一个问题是实质性的,涉及用来识别可能享有外国刑事管辖豁免的人员的标准。第二个问题主要是语言性的,涉及选择最适当的术语,用以指明一般情况下符合上述实质性标准的人员。下文将分别分析每一个问题。

<sup>33</sup>《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/661号文件,第32段。

<sup>34</sup>同上,第二卷(第二部分),第44页,第48段,第1条第1款的脚注237。

<sup>35</sup>各国也强调了界定“官员”概念的重要性。例如,见下列各国在第六委员会上届会议上的发言:白俄罗斯,《大会正式记录,第六十八届会议,第六委员会》,第18次会议(A/C.6/68/SR.18),第10段;智利,同上,第78段;大韩民国,同上,第107段;罗马尼亚,同上,第112段;爱尔兰,同上,第121段;意大利,同上,第19次会议(A/C.6/68/SR.19),第5段;俄罗斯联邦,同上,第46段;以及澳大利亚,同上,第81段。此外,下列国家对于界定“官员”的术语问题或标准已经表达了看法:葡萄牙,同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第92段起;西班牙,同上,第142段;荷兰,同上,第18次会议(A/C.6/68/SR.18),第31段;智利,同上,第79段;泰国,同上,第19次会议(A/C.6/68/SR.19),第26段;以及马来西亚,同上,第37段。

23. 在任何情况下,为简化案文并避免混淆,列入本专题标题的“官员”一词,将暂时继续在本报告中使用。

## B. 确定享有豁免的人员的标准

24. 如上文所述,“官员”概念的一般范围尚未在国际法中得到界定。<sup>36</sup>然而,由于这一术语(和相关术语)的定义在每个国家的法令中各有不同,所以在界定这一概念、甚至在选择指明这类人员的最适当用语方面,国家的定义没什么用处。因此,“官员”这一概念定义的起点,以及为本专题目的识别此类人员的标准,只能是近似的,基于的是对(国家和国际)司法实践、条约实践和委员会以往工作的分析。

25. 委员会已经分析了与享有属人豁免者——即国家元首、政府首脑和外交部长——相关的这些要素。在这样做的时候,委员会还找出了描述这些人员特性并证明其有理由被确认享有这种豁免的要素。因此,如特别报告员的第二次报告所述,“在国家最高级别行使职能或担任职务而受权在国际上代表国家的少数人员”享有属人豁免。<sup>37</sup>这种在国际关系中代表国家是“以国际法为基础的,行使该职能是自动的,无需他们所代表的国家明示授权”。<sup>38</sup>

26. 同样,委员会在2013年通过的第3条草案的评注中说:

委员会认为,从代表和职能两个方面看,有理由给予国家元首、政府首脑和外交部长以属人豁免。首先,根据国际法,任这些职务的人员仅凭其职务就可在国际关系中直接代表国家而无需国家专门授权这样做。其次,他们必须能够不受阻碍地行使职权。<sup>39</sup>

27. 可根据上述情况得出以下识别享有属人豁免者的标准:

(a) 他们在国内担任一个特殊职位,因此与国家有着特殊的联系;

<sup>36</sup>2008年秘书处的备忘录,A/CN.4/596号文件(可查阅委员会网站,第六十届会议文件;最终文本将作为《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分)的增编出版),第5段;以及特别报告员科洛德金的初步报告(《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/601号文件,第186页,第108段)将这一看法作为它们的出发点。

<sup>37</sup>《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/661号文件,第57段。

<sup>38</sup>同上,第59段。

<sup>39</sup>同上,第二卷(第二部分),第49段,第3条草案的评注第(2)段。

(b) 在国内和国际关系中，他们履行的职能属于政府权力；

(c) 仅因其担任的职位之故，他们在国际上以最高级别代表国家。

28. 鉴于上一段，值得注意的是，下文对实践、特别是国家司法实践的分析，将限于可享有属事豁免的人员。通过这个有限的视角，识别已经适用外国刑事管辖豁免的人员或已经为其主张适用豁免的人员。其次，判定指定为“官员”的人员的识别标准是否已经在实践中得以界定，如果没有，是否可以从先前识别的人员类别中推断得出。

### 1. 国家司法实践

29. 正如曾多次指出的，国家刑事法院尚未广泛考虑外国刑事管辖的豁免问题。实际上，只有少数刑事案件提到过国家元首、政府首脑或外交部长以外的“官员”，而且这些案件仅限于少数几个国家。另一方面，这种刑事诉讼中的有限实践，由民事诉讼中更为丰富的实践所平衡，后者虽然在本专题范围之外，但是在确定国家认为享有某种形式的管辖豁免者时，还是相关的。

30. 自2007年委员会首次将本专题纳入其工作方案以来——自那之后，对该专题进行了多次审议——在提交委员会的报告和文件中对国家法院的裁决进行了分析。对这些案件及国家法院的其它嗣后裁决的分析发现了一些要素，在定义“官员”的概念方面可能具有相关性。

31. 首先，必须指出的是，在国家法院主张外国官员管辖豁免的刑事诉讼中，那些被给予属事管辖豁免的官员担任着具体的职位并在国家结构中履行着具体职能。他们包括一名前总理和国防部长、<sup>40</sup> 一名内政部长、<sup>41</sup> 高级官员(伦敦警察厅厅长)<sup>42</sup> 及政府

安全部队和机构的成员(一名警察<sup>43</sup> 和一名军官<sup>44</sup>)以及一名海事当局的执行主任。<sup>45</sup>

32. 第二，如果考虑到为获得财务补偿目的而对外国官员提出的民事诉讼，享有属事管辖豁免的人员范围要广泛得多，也更为多样。同样，在这种诉讼中对某些类别的国家官员成功地援引了属事豁免。举例来说，对以下人员启动了司法程序：一名前国家元首、<sup>46</sup> 一名政府成员、<sup>47</sup> 一名执行委员会委员、<sup>48</sup> 佛罗里达州(美国)检察长和多位职别较低的佛罗里达州官员(一名检察官及其法律助理，一名检察长办公室的探员和一名佛罗里达州机构的律师)、<sup>49</sup> 一名前情报处处长<sup>50</sup> 和一名前国家安全机构主管。<sup>51</sup>

33. 第三，必须指出在其他情况下，国内法院未曾支持管辖豁免的主张。然而，即使这些法院也对被告的“官员”身份进行了审议，因此也必须将它们裁决纳入考量。具体而言，这些被告包括几名前国家元首<sup>52</sup> 或政府首脑、<sup>53</sup> 一名副总统和林业部长、<sup>54</sup>

<sup>43</sup> 爱尔兰，施密特诉联合王国政府内政大臣案，最高法院，1997年4月24日的判决，*Irish Reports*, 1997, vol. 2, 121。

<sup>44</sup> 意大利，马里奥·路易斯·洛扎诺案，最高法院，刑事庭，2008年7月24日的判决，*Oxford Reports on International Law in Domestic Reports* 1085。

<sup>45</sup> 法国，财政部司法官诉马耳他海事当局和卡梅尔·X案，最高法院，刑事庭，2004年11月23日的判决。

<sup>46</sup> 美国，Wei Ye, Hao Wang, 无名氏甲、乙、丙、丁、戊、己及其它类似处境者诉江泽民和法轮功控制办公室，又名610办公室案，美国第七巡回上诉法院，2004年9月8日的判决(383 F.3d 620)。

<sup>47</sup> 美国，鲁克米尼·S·克兰等人诉金子泰之等人案，纽约最高法院，纽约郡，1988年10月31日的判决(141 Misc. 2d 787)。

<sup>48</sup> 美国，崔迪安诉菲律宾国家银行案，美国第九巡回上诉法院，1990年8月29日的判决(912 F. 2d 1095)。

<sup>49</sup> 加拿大，贾菲诉米勒等人案，安大略省上诉法院，1993年6月17日的判决(ILR, vol. 95, 第446页)。

<sup>50</sup> 美国，阿里·萨阿杜拉·贝勒哈斯等人诉摩西·亚阿隆案，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院，2008年2月15日的判决(515 F. 3d 1279)。

<sup>51</sup> 美国，拉伊德·穆罕默德易卜拉欣·马塔尔等人诉阿夫拉罕·狄希特案，美国纽约南区地区法院，2007年5月2日的判决(500 F. Supp. 2d 284)。

<sup>52</sup> 美国，菲律宾共和国诉费迪南·马科斯等人案，美国第二巡回上诉法院，1986年11月26日的判决(806 F. 2d 344)；以及联合王国，英女王诉巴特尔等人案，皮诺切特提讼，上议院，1999年3月24日的判决(ILM, vol. 38 (1999), 第581页)。

<sup>53</sup> 美国，马科斯·佩雷斯·希门内斯诉米盖尔·阿里斯蒂格塔和约翰·马圭尔案，美国第五巡回上诉法院，1962年12月12日的判决(311 F. 2d 547)。

<sup>54</sup> 法国，特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼格等人案，巴黎上诉法院，第七部，第二预审法庭，2013年6月13日的判决。这一判决令人关注还因为它是唯一一个国家法院似乎将任一国

<sup>40</sup> 法国，乔拉号遇难者家属协会案，最高法院，刑事庭，2010年1月19日的判决，*Bulletin des Arrêts. Chambre criminelle*, No. 1, 2010年1月。

<sup>41</sup> 联合王国，琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部长案，上议院，2006年6月14日的判决(琼斯二号案)，[2006] United Kingdom House of Lords 26。

<sup>42</sup> 德意志联邦共和国，科学教教会案，联邦最高法院，1978年9月26日的判决，ILR, vol. 65, 第193页。



一名前国家元首的几位家庭成员——他们未在政府中担任任何职务、<sup>55</sup> 一名国防部长、<sup>56</sup> 几名前国防部长、<sup>57</sup> 一名国务部长、<sup>58</sup> 几位国家安全机构负责人、<sup>59</sup> 一名陆军上校<sup>60</sup> 和其他几名级别较低的军事人员(意大利海员)、<sup>61</sup> 几位边防警卫<sup>62</sup> 以及一名公务员(以前曾在军方任职)。<sup>63</sup>

34. 另一方面, 应该指出的是, 在给予外国官员属事刑事管辖豁免的情况下, 国家法院将这种管辖豁免与其作为国家代理人的身份联系起来。例如在联合王国, 上议院在对一起针对沙特阿拉伯官

家官员的外国刑事管辖豁免限制为属事豁免的实例。该判决是对赤道几内亚共和国所提出的一项指控的回应, 背景是针对他人提起的洗钱和隐瞒资产的刑事诉讼, 其中包括赤道几内亚总统的儿子特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼格, 时任该国副总统和林业部长。赤道几内亚申请取消对曼格先生发出的逮捕令, 理由是, 除其他外, 法国侵犯了国家元首和其他在一外国政府内担任高级职位者所享有的豁免。上诉法院承认“在没有相反的国际规定的情况下, 国际习惯反对因有关国家主权范围内的行为而在外国对一国进行刑事诉讼, 且这一习惯延伸至作为国家附属的机关或实体, 以及它们的代理人, 前提是这种行为是在履行国家职能时进行的”, 并补充说被起诉的罪行“有别于按照主权原则和外交豁免原则受到国际习惯保护的履行国家职能的行为”(依据, C节, 第二和第三段)。

<sup>55</sup> 美国, 马克西莫·希劳等人, 文森特·克莱门特等人以及雅依梅·皮奥蓬戈等人诉费迪南·马科斯庄园案, 美国第九巡回上诉法院, 1994年6月16日的判决(25 F. 3d 1467)。

<sup>56</sup> 联合王国, 沙乌勒·莫法兹将军案, 博街治安法院, 2004年2月12日的判决(见《国际法和比较法季刊》中的评注, 第53卷, 第3部分(2004年7月), 第771页)。

<sup>57</sup> 美国, 特蕾莎·逊卡克斯、胡安·迪亚戈·弗朗西斯科、胡安·多伊、伊丽莎白·佩德罗·帕斯夸尔、玛加丽塔·弗朗西斯科-马科斯、弗朗西斯科·曼努埃尔·门德斯、胡安·鲁伊斯-戈麦斯、米盖尔·鲁伊斯-戈麦斯和何塞·阿尔弗雷多·卡列哈斯诉埃克托尔·格拉马乔案和迪亚娜·奥尔蒂斯诉埃克托尔·格拉马乔案, 美国马萨诸塞地区法院, 1995年4月12日的判决(886 F. Supp. 162); 以及瑞士, A. 诉瑞士检察官办公室及B、C案, 联邦刑事法院, 2012年7月25日的判决(case BB.2011.140)。

<sup>58</sup> 法国, 阿里·阿里·礼萨诉格林佩尔案, 巴黎上诉法院, 1961年4月28日的判决(ILR, vol. 47, 第275页)。

<sup>59</sup> 美国, 巴沃尔·卡比里诉巴富尔·阿萨西-吉玛案, 美国纽约南区地区法院, 1996年4月18日的判决(921 F. Supp. 1189); 联合王国, 库尔茨·巴特诉德意志联邦法院调查法官案, 高等法院王座分庭行政法院, 2011年7月29日的判决(ILR, vol. 147, 第633页)。

<sup>60</sup> 意大利, 公诉人诉阿德勒等人案, 米兰法院第四刑事庭, 2010年2月1日的判决(*Oxford Reports on International Law*)。

<sup>61</sup> 印度, 意大利和其他人诉印度和其他人案, 最高法院, 2013年1月18日的判决(4 *Supreme Court Cases* 721)。

<sup>62</sup> 德国, 边防警卫起诉案, 联邦最高法院, 1992年11月3日的判决(ILR, vol. 100, 第364页)。

<sup>63</sup> 联合王国, 英女王诉兰贝斯司法案, 优素福提讼, 高等法院分庭, 1985年2月8日的判决(ILR, vol. 88, 第323页)。

员的诉讼中认定“所有被告个体在有关时刻皆担任或声称担任公务员或代理人”以及“他们的行为因此归属于该王国”。<sup>64</sup> 在德国联邦最高法院裁决的另一起关于英国警察的行为的案件中, 法院称“就有关条约的履约情况而言, 伦敦警察厅, 及其负责人, 是以明确任命的英国国家代理人身份行事的。……此类代理人的行为构成直接的国家行为, 不能归属为被授权实施这些行为者的私人活动。<sup>65</sup> 爱尔兰最高法院采取了类似的立场, 认为一名警察“打算和有意履行并事实上正在履行其职位的职责和职能”。<sup>66</sup> 在法国, 多家法院评论了被起诉官员与国家之间的关系, 就一海事当局的执行主任指出, “作为代表马耳他国和受该国控制的公职人员, 他正在因履行其部分职能而实施的行为被追究责任。<sup>67</sup> 关于一名塞内加尔前国防部长的刑事管辖豁免, 它们认为“由于其职能的特定性以及该职能范围的首要国际性, [该名部长]必须能够以其所代表的国家名义自由行动”。<sup>68</sup>

35. 在国内法院受理对官员的民事诉讼时, 也在推理过程中考虑到了官员与国家之间的关系。在美国给予管辖豁免的一些先例中可以看到这方面的例子, 在这些先例中, 官员代表国家行事, 即“根据(他的)官方身份”<sup>69</sup> 和“作为国家的代理人或媒介行事”。<sup>70</sup> 根据同一原则, 与之相反, 几家美国法院认为“对一名在其权限范围以外行事的外国官员提起诉讼, 并不涉及在美国法院对另一国政府进行起诉的任何外交关切”。<sup>71</sup>

36. 从这一实践首先得出的结论是, 外国刑事管辖起诉或试图起诉的、其管辖豁免已得到援引的官员们是一个形形色色的群体。就其与国家的关系而言, 他们属于十分不同的类别。例如, 一些官员由于其得到的政治授权而有着明显的政治联系(政府部长或其他政府成员、检察长、国家安全机构负责人等), 而另一些官员则作为国家的民事或军事机构

<sup>64</sup> 琼斯诉沙特阿拉伯案(琼斯二号案)(上文脚注41)(康希尔的宾厄姆勋爵, 第11和第13段)。

<sup>65</sup> 科学教教会案(上文脚注42), 第198页。

<sup>66</sup> 施密特诉内政大臣案(上文脚注43)。

<sup>67</sup> 见上文脚注45。

<sup>68</sup> 乔拉号遇难者家属协会案(上文脚注40), 第46-47页。

<sup>69</sup> 马塔尔案(上文脚注51)。

<sup>70</sup> 阿里·萨阿杜拉·贝勒哈斯案(上文脚注50)。

<sup>71</sup> 克兰等人诉泰之等人案(上文脚注47); 崔迪安诉菲律宾国家银行案(上文脚注48); 希劳案(上文脚注55); 逊卡克斯案(上文脚注57); 以及巴沃尔·卡比里案(上文脚注59)。



成员有着行政联系(外交官、检察官或检察长办公室的其他成员、警察、武装部队成员、海关人员等)。

37. 作为推论,应当指出的是,官员有两个主要类别,取决于他们担任的职位及其在国家范围内的影响和决策权。第一类占所分析判例的大多数,包括国家架构(民事或军事)中最高级别的官员,是国家各部委或其他部门或(广义理解上的)行政机构的领导,有着广泛的决定权并且不时在国内或国际上有资格代表国家(后者由国家明确授权)。第二组占少数,包括没有决定权、只是执行更高级别官员决定的任何官员。这就使我们能够区分“高级官员”和“其他官员”,在国际判例、国家实践和法律文献中经常提到这种区分。对于这两类官员,国家司法实践显示,为之援引刑事管辖属事豁免的绝大多数外国官员是政府中的高级或中级官员,为低级别官员援引豁免的案件很少。无论如何,判例不支持所有高级别官员都是与国家有主要政治联系的官员的结论。

38. 最后,应该指出的是,一般说来,除提及履行公共职能或作为国家代理人,以国家名义或代表国家行事之外,国家法院不为确定某人是否为官员设定标准。

## 2. 国际司法实践

39. 几家国际性法院直接或间接阐述过涉及国家官员外国刑事管辖豁免的事项,尤其是国际法院已两次审理与此问题有关的案件,并因此不得不审议了可属于“官员”概念的、担任国家特定职务的各种人员。例如,在2000年4月11日的逮捕证案<sup>72</sup>中,法院审议了刚果民主共和国外交部长的外国刑事管辖豁免,并在关于刑事事项互助的若干问题案<sup>73</sup>中,审议了吉布提共和国总统、共和国检察官和国家安全首长的外国刑事管辖豁免。

40. 在2000年4月11日的逮捕证案中,法院指出“某些担任国家高级职务者,如国家元首、政府首脑和外交部长,在其他国家享有民事和刑事的管辖豁免”。<sup>74</sup>然而,众所周知,法院在该案中将关注点放在了外交部长身上,指出“给予外交部长豁免并非为其个人利益,而是为了确保他们代表各自国家切

实履行职能。”<sup>75</sup>法院予以详细分析的这些职能源自政府最高级别权力所固有的各项特权。

41. 在关于刑事事项互助的若干问题案中,法院重申已在2000年4月11日的逮捕证案中提出的关于高级官员的立场。<sup>76</sup>对于给予共和国检察官及国家安全首长的待遇问题,法院的结论认为他们不享有属人豁免,但并未宣布是否适用属事豁免。然而,法院在分析这种可能性时确实发表过声明,其中涉及界定适用属事豁免的官员概念。例如,法院专门提到了上述高级官员实施的行为“确实是其作为国家机关的职责范围内的行为”的相关条件。<sup>77</sup>法院还指出,从吉布提提出的主要论据中无法清楚地看出所涉人员“享有作为国家机关的职能豁免”。<sup>78</sup>最后,法院指出,吉布提从未告知法国“被指控行为……是其自身的行为,以及共和国检察官和国家安全首长是实施这些行为的机关、机构或媒介”。<sup>79</sup>法院的意见是,这些声明指出了确定可享有属事豁免者的要素,即明显是国家机关并以国家名义或代表国家行动的人员。关于上述第一个标准,应当指出的是,法院使用了关于国家对国际不法行为的责任条款草案第4条所用的“机关”一词。

42. 简言之,从此处分析的两份判决可以推断,以下要素可用于就本专题而言界定“官员”概念:(a)存在分别享有属人豁免和属事豁免的两类人员;(b)确定前一类人员是在国际一级作为国家代表履行职能的高级官员;(c)确定后一类人员是以国家名义和代表国家行事的国家机关;(d)将执行官方职能视为确定可享有豁免人员的一个关键要素。

43. 欧洲人权法院也审理了若干起指控案件,其中讨论了对国家法院管辖的豁免,并以某种方式提到了属于本报告分析的官员概念的人员的被控犯罪行为。应当指出的是,在这些案件中,欧洲人权法院的判决没有提及外国刑事管辖豁免,而是提到了民事管辖豁免,<sup>80</sup>而且法院阐明民事管辖豁免符合

<sup>75</sup> 同上,第21页,第53段。

<sup>76</sup> 关于刑事事项互助的若干问题案,详见第236-237页,第170段。

<sup>77</sup> 同上,第243页,第191段。

<sup>78</sup> 同上,第193段。

<sup>79</sup> 同上,第244页,第196段。

<sup>80</sup> 欧洲人权法院特别提到了民事和刑事诉讼之间的区别,判决,阿德萨尼诉联合王国案,诉请书编号:35763/97, ECHR 2001-XI,第34、61和第66段。然而,这一区分被投票反对该判决的法官们驳回(见Rozakis和Caffisch法官联合Wildhaber、

<sup>72</sup> 2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页。

<sup>73</sup> 关于刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国),判决,《2008年国际法院汇编》,第177页。

<sup>74</sup> 2000年4月11日的逮捕证案,第20-21页,第51段。

《欧洲保护人权与基本自由公约》第6条所承认的获得公平审判的权利。

44. 例如，在委员会研究的阿德萨尼案中，诉请书的基本事实是申诉人指称被政府车辆运至科威特国家安全部门监狱及科威特国王兄弟的宫殿内，遭到了谢赫·贾比尔·萨巴赫杜勒阿齐兹·萨巴赫及其他两人的拘留和酷刑。然而，欧洲人权法院在此案中仅谈及科威特在联合王国法院的民事管辖豁免问题；法院并未就实施酷刑行为的人员可能享有的豁免作出裁决，因为联合王国的法院已审理关于所涉三人的案件，并对谢赫作出了缺席判决，并准许申诉人对其他两人采取行动。<sup>81</sup> 因此，阿德萨尼案的判决没有为本专题之目的，提供任何界定“官员”概念的要素。

45. 然而，近期对琼斯等人诉联合王国案的判决就本报告而言更有意义。虽然欧洲人权法院认为其采取了与阿德萨尼案相同的立场，但在琼斯案中，法院并未就对国家(沙特阿拉伯)提起的民事诉讼作出判决，而是就对作为国家机关行事的个人提起的民事诉讼所涉民事管辖豁免作出了判决。在琼斯诉沙特阿拉伯案中，申诉人指称他们在被沙特阿拉伯官员羁押期间遭受了酷刑，令其在联合王国法院对这些官员及沙特阿拉伯国家本身提起民事诉讼，谋求为所受伤害获得赔偿。在联合王国采取的法律行动所针对的个人包括内务部长、一名中校、某些申诉人被关押监狱的副典狱长及两名警察。高等法院最初驳回了沙特阿拉伯及上述官员提出的诉讼，理由是他们享有民事管辖豁免。<sup>82</sup> 上诉法院受理了申诉人的上诉并准许他们起诉索偿中列出的个人，理由是所涉索偿涉及酷刑行为，因此这些人员不享有民事管辖豁免。<sup>83</sup> 然而，上议院最终宣布被起诉的个人享有豁免，因为上议院认为他们是国家的代表或官员

并将所涉行为视为国家行为——即使是酷刑行为，而国家享有豁免。<sup>84</sup>

46. 在2014年1月14日就琼斯等人诉联合王国案作出的判决中，欧洲人权法院延续并发展了在阿德萨尼案中已经说明的论点，阐明了可能实施被指责行为的人员的特点、其与国家的联系及其所涉行为的性质。在审查这一事项后，法院得出结论认为，联合王国法院在该案中宣布的豁免并非与《保护人权与基本自由公约》第6条所确立的获得公平审判的权利不符。这是法院就该主题阐述观点的首例案件，<sup>85</sup> 判决谈到当代国际法中这一问题的演变，并提到了委员会的工作。<sup>86</sup> 判决对确保从不同角度进行深刻分析具有充分意义。然而，就这份第三次报告所涉专题而言，必须强调法院并未详细分析可将某些人员归类为官员的要素；相反，法院仅指出国家豁免原则上对外国雇员个人和官员就其代表国家实施的行为予以保护，<sup>87</sup> 并补充说“只有当被指责的行为是在其执行公务期间实施时，个人才享有国家属事豁免”。<sup>88</sup>

47. 简言之，欧洲人权法院重申了国家和国际判例中坚持的两个基本要素：国家与代表国家行事的个人之间存在联系；履行官方职能。在任何情况下，应当指出的是，法院审议的豁免是属事豁免，并在该案中适用于在联合王国被起诉的所有人员，其中有包括内政大臣在内的数位高级官员。

48. 国际刑事法院已审理过就本报告而言可归类为“官员”的人员。然而，就本文讨论的事项而言，这些案件依据的原则是被告的官方职位并不相关，且不能在国际刑事法院援引诉讼豁免。因此，在这些法院的判例中通常无法找到可帮助界定“官员”概念的判决。然而，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭1997年10月29日就布拉什基奇案<sup>89</sup>作出的判决是上述规则的一个例外，因为它载有对这一主题的一些意见。

Costa、Cabral Barreto和Vajić法官的联合反对意见)。欧洲人权法院又一次强调了这一区别，琼斯等人诉联合王国案，诉请书编号：34356/06和40528/06，ECHR 2014，第207段。Kalaydjieva法官在反对意见中也对这种区分提出了批评。然而，联合王国政府接受了上述区分(见判决第179段)。

<sup>81</sup> 见阿德萨尼案(前注)，判决第14-15段。

<sup>82</sup> 2003年7月30日和2004年2月18日高等法院聆案官的裁决。

<sup>83</sup> 联合王国，上诉法院，罗纳德·格兰特·琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部和无名氏案，2004年10月28日的判决(琼斯一号案)，EWCA Civ 1394。

<sup>84</sup> 琼斯诉沙特阿拉伯案(琼斯二号案)(上文脚注41)。

<sup>85</sup> 这致使欧洲人权法院的两名法官在各自意见中建议，应将该案移交大法庭，以便其审议在阿德萨尼案中确定的原则是否仍是良法。见Bianku法官的同意意见和Kalaydjieva法官的反对意见。

<sup>86</sup> 见琼斯等人诉联合王国案(上文脚注80)，第95-101段。

<sup>87</sup> 同上，第204段。

<sup>88</sup> 同上，第205段。

<sup>89</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭，上诉分庭，检察官诉蒂霍米尔·布拉什基奇案，第IT-95-14-AR 108号，1997年10月29日。

49. 在布拉什基奇案中，上诉分庭对克罗地亚关于复核1979年7月18日第二审判分庭所作裁决的上诉作出了答复。上诉对前南问题国际法庭传唤国家或一国官员以提供证据的权力提出了质疑。在答复中，上诉分庭阐述了一国与其官员之间的关系，在这方面得出结论认为，以其官方身份行事的国家官员(法文为“*responsables officiels d'États*”，西班牙文为“*funcionarios públicos*”)享有习惯国际法既已确立为规则的“职能豁免”。<sup>90</sup> 其理由是上述人员的特点——上诉法庭在判决的其他部分将之称为“仅是一国的工具”、“其国家机器的一种媒介”<sup>91</sup> 或“代表一国”行事。<sup>92</sup> 在任何情况下，官员在履行官方职能时仅是作为国家机关行事；<sup>93</sup> 否则他们就属于“以其私人身份行事的个人”类别。<sup>94</sup> 因此，可以得出结论，对前南斯拉夫问题国际法庭而言，官员这一概念也涉及以国家名义和代表国家行动，并且涉及履行官方职能。

### 3. 条约实践

50. 虽然一般国际法中未对“官员”概念进行界定，但可找到使用该术语或更宽泛提及这一概念可能涵盖人员类别的条约。在本报告中，分析的重点完全放在与所讨论专题特别相关的一系列多边条约上，原因或者是这些条约载有关于一些国家或其官员享有管辖豁免的条款，或者是这些条约将国家官员概念用作界定其确立的法律制度的一项基本要素。

#### (a) 《维也纳外交关系公约》

51. 《维也纳外交关系公约》在西班牙文本的序言中使用了“外交官员(*funcionarios diplomáticos*)”<sup>95</sup> 这一表述，随后在执行部分中代之以“外交代表(*agente diplomático*)”，其中说明使团团和其他外交工作人员亦包括在内<sup>96</sup>——英文本在上述两处均使用了“外交代表(*diplomatic agent*)”一词。然而，《公约》并未实质界定这一术语的含义，无疑是因为对其含义存在着广泛的国际共识。在委员会为《公约》所做的辅助工作中也是同样的情况。<sup>97</sup> 然而，应当指出的

是，《公约》涵盖了与外交使团有关的其他类别人员，而这些人员并非外交代表。《公约》第一条对该类人员——包括行政和技术工作人员及事务人员——的职能进行了简要的说明。

52. 所有这些类别的人员均获得某种形式的管辖豁免，但每一类别的豁免范围不同：给予外交代表的豁免范围最广；给予事务人员的豁免范围最窄。<sup>98</sup> 最后，应当指出的是，“私人仆役”不享有任何豁免，除非驻在国自愿向其提供。<sup>99</sup> 承认这些人员豁免的共同要素是他们为派遣国履行特定职能，并与派遣国有正式联系，不论这种联系的法律性质为何(如无论是法定关系或是合同关系)。《公约》提到的这些职能的性质毋庸置疑：它们是公开和官方的职能及活动。简言之，履行这些职能是为了执行《公约》第三条所列的、明确表现政府权力的外交使团职能。外交代表与公务的关联性最强，根据第四十二条，外交代表“不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动”。对于其他类别的使团工作人员，在不断提及“官方职能”——作为给予某种形式管辖豁免的参数——的过程中，对“与派遣国的联系以及使团活动的公共目的”的索引同样明显。

53. 还应当铭记《维也纳外交关系公约》特别重视上述类别人员与国家之间的特殊联系，即国籍。虽然这种联系并不是在外交使团履行外交、行政、技术或服务职能的决定性因素，但其影响到适用管辖豁免的制度并与本报告讨论的专题有关。<sup>100</sup> 例如，第三十八条第1款将身为驻在国国民或永久居民的外交代表的管辖豁免限定为“就其执行职务之公务行为”。与此同时，该条款并未向相同处境下其他类别人员提供任何形式的豁免：他们只有在驻在国自由和自愿提供豁免时，才能享有豁免。因此，承认豁免与以国家名义执行公务之间的关系得到加强。委员会本身已强调指出了这种关系，在其第37条草案(后成为《公约》第三十八条第1款)的评注中，委员会提出，在这种情况下需要确保在此处境下的外交代表“至少享有使其满意地履行职责的最低限度的豁免”。<sup>101</sup>

<sup>90</sup> 同上，第38段。

<sup>91</sup> 同上，第38、44和第51段。

<sup>92</sup> 同上，第38段。

<sup>93</sup> 同上，第44段。

<sup>94</sup> 同上，第49段。

<sup>95</sup> 序言，第1段。

<sup>96</sup> 同上，第一条(e)项。

<sup>97</sup> 见《1958年……年鉴》[英]，第二卷，第89页起，第53段，其中载有二读通过的关于外交往来和豁免的条款草

案。应当指出的是，关于定义的第1条草案没有评注。

<sup>98</sup> 见同上，第99页，第31条草案的评注；以及第102页，第37条草案的评注第(2)和第(3)段。

<sup>99</sup> 见同上，第37条草案的评注第(4)段。

<sup>100</sup> 见第八和第三十八条。

<sup>101</sup> 见《1958年……年鉴》[英]，第二卷，第102页，第37条草案的评注第(3)段。



54. 简言之,根据与国家的联系和代表国家行动并通过外交使团为国家利益执行公务活动等标准,可区分在外交关系背景下享有豁免的人员类别。因此可根据这些要素确定国家官员。

#### (b) 《特别使团公约》

55. 《特别使团公约》遵循与《维也纳外交关系公约》类似的模式,确定了享有某种形式的豁免的使团工作人员类别。但是,由于其涵盖的外交活动类型的特别性质,《公约》引入了一些微小的变化。例如,《特别使团公约》适用于使团团长的、外交职员、行政和技术职员以及事务职员。《特别使团公约》还列入了“代表”类别,主要定义为一国赋予该人特别代表职能,而不论其属于哪一类别。<sup>102</sup>应当指出的是,《公约》从未使用“官员”一词。

56. 上述各类人员所享有的管辖豁免制度与《维也纳外交关系公约》确立的制度类似,在使团内履行的职能再一次成为界定管辖豁免人员类别以及豁免范围的确定因素。<sup>103</sup>在这种情况下,与国家的联系和职能的公共性质是由特别使团的定义本身所确定的,即“一国经另一国同意派往该国交涉特定问题或执行特定任务而具有代表国家性质之临时使团。”<sup>104</sup>此外,这还意味着国家代表或外交职员不得“在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动”。<sup>105</sup>在特别使团内派遣国代表及外交职员为接受国国民或该国永久居留者的情况下,这些标准也适用,他们的豁免权仅限于“其执行职务之公务行为”。<sup>106</sup>

57. 《特别使团公约》还设想了它承认享有特别豁免制度的一个特定类别人员,正如其第21条所规定的:

1. 派遣国元首率领特别使团时,应在接受国或第三国内享有依国际法对国家元首于正式访问应给予之便利、特权及豁免。

<sup>102</sup> 见第十四条,该条规定“特别使团团长的或派遣国未派团长,则派遣国代表之一经派遣国指定后,有权代表使团采取行动及向接受国致送公文。”第一条(五)项将“特别使团中的派遣国代表”界定为“派遣国派任此项职位之人”。应铭记国家代表不一定是外交职员,从《特别使团公约》全文对这两类人员所作的区分就可推断出这一点(例如,见第二十九和第三十一条、第四十条第一款以及第四十八条)。

<sup>103</sup> 特别见第三十一、三十六和第三十七条。

<sup>104</sup> 见第一条第一款。《公约》序言第7段也提到了特别使团的代表性质。

<sup>105</sup> 第四十八条。

<sup>106</sup> 第四十条,第一款;另见第十条。

2. 政府首脑、外交部长及其他高级人员参加派遣国之特别使团时,在接受国或第三国内除享有本公约所订明之便利、特权及豁免外,应享有国际法所给予之便利、特权及豁免。

58. 列入这一类别人员,无疑是因为特别使团的特殊性以及这些特别使团相当频繁地由国家元首、政府首脑、外交部长、其他部长或国家其他高层领导所率领。这一条款的意义恰恰在于两类不同人员之间的区别,对他们适用了两种有部分区别的制度。这一条款还引入了“其他高级人员”的说法,这是《维也纳外交关系公约》中不曾出现过的。<sup>107</sup>

59. 无论如何,《特别使团公约》也强调了与国家的联系、代表国家行动以及履行公务,使之成为确定享有豁免人员(国家官员)的标准。同时列入提及国家元首、政府首脑、外交部长和其他高级人员的内容,引进了与国家有联系的“高级官员”维度,这种联系在广义上超出了属于国家行政结构的范畴。

#### (c) 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》

60. 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(下称“1975年《维也纳公约》”)第1条规定了受其设立的法律制度所管辖的各类人员,其中不仅包括使团团长的和代表团团长,而且还包括使团或代表团的其它成员。这一类别包括使团或代表团外交职员、行政和技术职员和事务职员。与《特别使团公约》的情况一样,1975年《维也纳公约》没有对使团团长的或代表团团长的含义作出实质性定义。法委员会在《公约》的准备工作中也没有处理这一问题。<sup>108</sup>

61. 1975年《维也纳公约》建立了一个适用于上文所提及人员的管辖豁免制度,所依据的是这些人与国家之间关系的性质,特别是他们在使团或代表团内履行的职能的性质。据此,给予使团或代表团团长以及使团或代表团其他外交职员的豁免最广泛,<sup>109</sup>给予事务职员的豁免限制最多。<sup>110</sup>应特别指出的是,

<sup>107</sup> 委员会已经注意到在2013年暂时通过的评注中采用了这一表达方法(见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第49段,第3条草案的评注第(11)段)。

<sup>108</sup> 见关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案及其评注,《1971年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/8410/Rev.1号文件,第284页,第60段。

<sup>109</sup> 见第三十和第六十条。

<sup>110</sup> 见第三十六条第3款和第六十六条第3款。



就行政和技术职员而言，管辖豁免不能延伸到其所履行职责的行为之外，<sup>111</sup>就事务职员而言，管辖豁免仅限于履行职责过程中的行为。<sup>112</sup>此外，私人雇员仅在东道国允许的范围内享有管辖豁免。<sup>113</sup>另外，《公约》禁止使团团和外交职员“在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动”，更突出了指派给可称之为官员者的职责之官方性质。<sup>114</sup>最后，为接受国国民或该国永久居留者的使团或代表团团长或任何外交职员，仅就其“履行职能时实施的公务行为”享有管辖豁免。<sup>115</sup>

62. 与之类似，关于派遣至普遍性国际组织主办的国际会议的代表团，1975年《维也纳公约》第50条特别规定，国际法给予他们的豁免是国际法给予国家元首、政府首脑、外交部长或其他高级人员的豁免之附属：

1. 国家元首或依照有关国家的宪法执行国家元首职务之集体的任何成员率领临时代表团，在东道国或第三国内，除享有本公约规定的便利、特权和豁免外，享有按照国际法对国家元首所予的便利、特权和豁免。

2. 政府首脑、外交部长或其他高级人员率领代表团或作为临时代表团成员时，在东道国或第三国内，除享有本公约规定的便利、特权和豁免外，享有按照国际法对这些人所应予以的便利、特权和豁免。

63. 关于《特别使团公约》亦曾提及的高级别人员，委员会在对该《公约》第50条草案的评注中提出了令人感兴趣的一点：

委员会……认为，第2款提及的高级别人员是因为他们在其本国履行的职能而有权享有特权和豁免，他们不作为代表团团长履行这些职能。因此，“高级别人员”的说法不是指因其在在一个代表团履行的职能而被其他国家给予高级职衔的人，而是指在母国国内担任高级职务并被临时召唤参加驻某机构的代表团或某会议的人。<sup>116</sup>

64. 对1975年《维也纳公约》项下法律制度的分析得出类似适用于《维也纳外交关系公约》或《特别使团公约》的结论。首先，尽管1975年《维也纳公约》与其他公约一样，没有明确使用“官员”一词或界定其中所考虑的人员类别，但可以说，对所有类别人

员而言，在管辖豁免受益人与他们以其名义行事的国家之间都有着联系，这一联系所明确依据的是其履行公共性质的职能。第二，1975年《维也纳公约》第50条提及高级别人员时再次引入了两种有区别的豁免制度的想法。

#### (d) 《维也纳领事关系公约》

65. 《维也纳领事关系公约》在“领事职位”人员的类别以及他们的管辖豁免范围方面与上文分析的文书有所不同。《公约》的主要特点是它对“领事官员”和“领馆雇员”作了区分，两者是其授予管辖豁免的仅有类别。<sup>117</sup>“领事官员”一词指的是“派任此职承办领事职务之任何人员，包括领馆馆长在内”。<sup>118</sup>“领馆雇员”一词指的是“受雇担任领馆行政或技术事务之任何人员。”<sup>119</sup>引入的另一个类别是第六十九条提及的“领事代理人”类别，由有关国家就履行领事职能的人员以及管辖他们的法律制度自行作出决定。但是，这不是委员会拟订条款草案时所设想的一个类别。

66. 给予领事官员和领馆雇员的管辖豁免，在范围上比给予外交代表的更为有限，因为它是与“行使领事职务而实施的行为”明确挂钩的。<sup>120</sup>此外，对“因领事官员或领馆雇员并未明示或默示以派遣国代表身分而订契约所引起的”行为不适用民事管辖豁免。<sup>121</sup>最后，尽管《公约》并未承认领事官员的刑事管辖豁免，但的确明确规定“刑事诉讼……应顾及该员所任职位予以适当之尊重……并应尽量避免妨碍领事职务之执行。”<sup>122</sup>

67. 因此，必须要说的是，《维也纳领事关系公约》更强调给予某些类别的人员豁免与他们代表国家履行特定职能之间的联系。如前文所述，这些职能是政府权力的表现。《公约》第五条所列职务的性质，以及领事官员在某些条件下可承办“外交事务”或“担任派遣国出席任何政府间组织之代表”的明确规定，很清楚地说明了这一点。<sup>123</sup>因此，这一豁免所涉的

<sup>117</sup> 见第四十三条。另见关于名誉领事官员的第五十八条第二款和第六十三条。

<sup>118</sup> 第一条，第一款（四）项。

<sup>119</sup> 同上，第一条（五）项。

<sup>120</sup> 第四十三条，第（一）款。

<sup>121</sup> 第四十三条，第二款（一）项。

<sup>122</sup> 见第四十一条第三款。《公约》对受刑事管辖的“名誉领事官员”作出了同样的规定（见第六十三条）。

<sup>123</sup> 第十七条。

<sup>111</sup> 见第三十六条第2款和第六十六条第2款。

<sup>112</sup> 见上文脚注110。

<sup>113</sup> 见第三十六条第4款和第六十六条第4款。

<sup>114</sup> 见第三十九条第1款。

<sup>115</sup> 见第三十六至三十七条。

<sup>116</sup> 《1971年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第316页，第50条草案的评注第（6）段。

人员类别与国家之间的联系变得很明显。第四十三条第二款第(一)项将领事官员和领馆雇员称为“派遣国代表”强化了这一联系。<sup>124</sup>

68. 从这一角度看,可以得出结论认为《维也纳领事关系公约》确定享有豁免人员的标准所依据的参数,与上文早些时候分析的三部《公约》所依据的参数相同,即与国家的联系、代表国家行事以及履行公务。然而,应注意《维也纳领事关系公约》中使用的特别术语,包括诸如“官员”、“雇员”和“派遣国代表”等新术语。

(e) 《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》

69. 第五部值得考虑的文书是《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》。尽管该《公约》并不涉及豁免,但其与前文分析的其它《公约》具有同样的精神,即就某些类别的人员与国家的联系,并出于他们履行国际范围的特别职能的原因,为其设立了一个专门的制度。因此,出于本专题之目的,为识别“官员”这一类别的人员确定标准,而对该《公约》提及的“应受保护人员”类别进行分析也可能是有益的。

70. 在这方面,相关的规定是第一条第1款,其中列出了下列“应受国际保护人员”:

(a) 一国元首、包括依关系国宪法行使国家元首职责的一个集体机构的任何成员、或政府首长、或外交部长……

(b) ……一国的任何代表或官员……

71. 这一规定与委员会当时通过的第1条草案的案文在某些方面有所不同,后者读作:

(a) ……一国元首或政府首长……

(b) 按照一般国际法或一项国际协定、因为……执行本国……职务……的任何国家……的官员,……应受特别保护……<sup>125</sup>

72. 应该指出的是,在最终通过的《公约》案文中,提及外交部长的内容被纳入(a)项,提及代表的

内容被纳入(b)项,<sup>126</sup>而提及因代表国家履行职责而有权享有特别保护的内容被从(b)项中删除。

73. 这一规定特别令人感兴趣,因为它以笼统的方式处理了“所有”类别的应受国际保护人员,将他们整合至两个不同的类别,可视为对应委员会在其关于国家官员的外国刑事管辖豁免工作中所设想的两类人员,对他们分别适用属人豁免和属事豁免。

74. 在审议属人豁免时,委员会已在2013年第六十五届会议暂时通过的第3条草案的评注中提到了该《公约》第一条第1款。<sup>127</sup>然而,该《公约》的这一规定对于为本报告之目的界定“官员”一般概念也具有同等的相关性,因为《公约》根据人员与国家的关系,其代表国家履行的职能以及以国家名义行事等原因,列出了有权享有特别保护的人员。此处应特别注意的是委员会于1972年通过的第1条草案的评注,其中区分了国家元首和政府首脑的地位与所有其他官员和官方人士的地位。前者的识别基于其名,国际法给予他们的保护与他们的“地位”及其拥有“国家元首或政府首脑的级别”有关。<sup>128</sup>所有其他代表或官员和官方人士是由一系列的规定来界定的,<sup>129</sup>其中包括他们是“一国官员”,即“为一国服务”。<sup>130</sup>此外,他们有权享有国际保护是“因为或由于履行公务”。<sup>131</sup>委员会的这些评论对《公约》第一条仍然完全有效,尽管从案文中删除了提及以国家名义履行公务的内容。

75. 因此,《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》提供了对本报告来说很有用的两个有意思的内容。第一,有两个不同类别的人员因不同理由享有国际保护。第二,强调了所涉人员与国家的联系,或因其地位或特别职位,或者因某些人代表国家行事。在术语方面应该补充

<sup>126</sup> 除了“代表或官员”外,《公约》正式文本的法文和西班牙文本分别纳入了“*personnalité officielle*”和“*personalid oficial*”(官方人士)一词,原因是委员会通过的第1条草案的法文文本使用了“*toute personnalité officielle ou tout fonctionnaire d'un État*”(“任何官方人士或任何国家官员”)这一说法(《1972年国际法委员会年鉴》[法],第二卷,第340页)。

<sup>127</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第48-52页,第3条草案的评注,特别是其中的第(4)段。

<sup>128</sup> 《1972年……年鉴》[英],第二卷,第312-312页,第1条草案的评注第(2)段。

<sup>129</sup> 同上,第313页,第(4)段。尽管第(9)段(同上,第314页)进行了举例,但这些例子仅限于特派外交代表、特派专家和领事官员以及国际组织的某些官员和代理人。

<sup>130</sup> 同上,第313-314页,第(7)段。

<sup>131</sup> 同上,第314页,第(10)段。

<sup>124</sup> 另见第七十一条第一款,其中就领事官员身为接受国国民或永久居民时的限制规则作出了规定。

<sup>125</sup> 《关于防止和惩治对外交代表和其他受国际保护人员犯罪的条款草案》,第一条,《1972年……年鉴》[英],第二卷,A/8710/Rev.1号文件,第219页起,详见第312页。

一点:《公约》为第二类人员保留了“官员”一词,将之与“代表”和“其他官方人士”一起使用。

(f) 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》

76. 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》中也有条款提到享有豁免的机关和人员。例如,其第2条第1款(b)项(一)目提到“国家及其政府的各种机关”,(四)目提到“以国家代表身份行事的国家代表”,而第3条第2款提到了“根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免”。

77. 应当回顾的是,该《公约》不适用于刑事管辖,所以不在“国家官员的刑事管辖豁免”这一专题的范围之内。<sup>132</sup> 不过,对国家及其“政府的各种机关”、“以国家代表身份行事的国家代表”以及“国家元首属人豁免”的提及,有助于确定用来辨识本报告所指“官员”的标准。首先,这些索引提供了充分的佐证,可以推断存在分别适用属人豁免和属事豁免的两类不同人员。其次,这些提及凸显了适用属事豁免者所需要的代表身份。<sup>133</sup>

78. 从术语的角度看,应当注意的是,委员会在国家及其财产管辖豁免条款草案和《公约》中均未使用过“官员”一词。不过,如上文所述,其中提到了国家的“政府机关”和“代表”。而且,对于这些条款草案,委员会当时认为“国家机关”指的是实体而非个人,唯一例外是国家元首和政府首脑,委员会将其部分归入该类别。<sup>134</sup>

(g) 《防止及惩治灭绝种族罪公约》

79. 对于界定哪些行为——不论其如何涉及国际关系——可能构成犯罪的国际条约,在条约实践中似乎很早就提到了官员这一类别。例如,《防止及惩治灭绝种族罪公约》就在第四条中明确提到“统治者、公务人员或私人”是可能犯下灭绝种族罪的人。虽然《公约》对这些概念未作定义,但在提及时将“统治者”和“公务人员”与“私人”相对,表明存在两类人员,

<sup>132</sup> 在这方面,见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第49-50页,第3条草案的评注第(4)段以及该段脚注267。

<sup>133</sup> 关于这一点,委员会在1991年二读通过的国家及其财产管辖豁免条款草案评注中的评论意见是有意义的。见《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第28段,第17和第20页,第2条草案的评注第(6)、第(8)和第(17)段,以及第23-24页,第3条草案的评注第(1)段。

<sup>134</sup> 同上,第14-16页,第2条草案的评注第(6)和第(8)-(10)段。

一类以官方身份行事,另一类以私人身份行事。不过,第四条没有提供任何其他信息来帮助区分“统治者”和“公务人员”,或者帮助推断用来确定他们是否以官方身份行事的标准。

80. 尽管如此,使用“统治者”和“公务人员”这两个术语仍表明存在两类不同人员代表国家行事,虽然是以不同身份。在这方面,应当回顾,列入“统治者”一词在1948年第六委员会中引发了激烈且令人关注的辩论。辩论显示大多数国家认为“统治者”和“公务人员”这两个术语不可互换。<sup>135</sup> 例如,埃及表示,“相比行政官员,统治者的概念确实不仅仅包括立宪君主……,还包括部长和所有行使政府权力的人”;<sup>136</sup> 印度提醒注意,需要“除公务人员和私人之外,将行使国家权力者包括在内”;<sup>137</sup> 而法国表示“统治者”一词“实际上包括……拥有实际权责者”。<sup>138</sup> 该辩论对本报告仍有意义。

81. 最后,应当注意的是,比利时提议用“国家代理人”取代“统治者”和“公务人员”这两个术语,<sup>139</sup> 认为可以将之有效地用于指称这两类人,但没有被采纳。

(h) 《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》

82. 《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》将“官员”这一概念列为酷刑定义本身的一个组成部分,规定受害人的“疼痛或痛苦”必须是“由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”(第1条第1款)。第2条第3款提到,上级命令是指来自“上级官员或政府当局”的命令。最后,在确立国家在本国法律中将酷刑定罪的义务时,《公约》再次明确提到“公职人员或以官方身份行使职权的其他人”(第16条第1款)。<sup>140</sup>

<sup>135</sup> 见《大会正式记录,第三届会议,第一部分,第六委员会》,第93次会议,第314-322页。关于这两个术语的使用,只有委内瑞拉表示“委内瑞拉所有统治者均被视为公务人员”。但他补充说,“鉴于并非所有国家都是如此”,他不反对保留“统治者”一词(同上,第318页)。

<sup>136</sup> 同上,第315页。

<sup>137</sup> 同上,第317页。

<sup>138</sup> 同上,第315页。

<sup>139</sup> 同上,第316页。

<sup>140</sup> 除这些对官员和公共当局的明确引述外,关于防止酷刑培训措施的第10条第1款还提到下列类别的人员:“可能参与



83. 禁止酷刑委员会方面则已将《公约》所用术语反映在其迄今为止通过的一般性意见中,<sup>141</sup>增加了“法律上或事实上以缔约国名义行事的人”、<sup>142</sup>“官员和代表其行事的人”、<sup>143</sup>“国家当局或以官方身份行事的其他人”、<sup>144</sup>“上级官员或政府当局”、<sup>145</sup>“指挥系统的官员”<sup>146</sup>和“行使上级权力的人,包括公职人员”等表述。<sup>147</sup>此外,委员会在其第3号一般性意见(2012年)中认为某些人的豁免不符合《公约》时,使用的是国家“代理人”的表述方式。<sup>148</sup>

84. 不过,《公约》并未界定“官员”、“公共当局”或“以官方身份行事的其他人”的概念。禁止酷刑委员会迄今为止也没有界定这些概念。但《公约》明确强调了“以官方身份行事”的理念,并使用“公共”一词来修饰“官员”和“当局”。人与国家以及与实施国家职能的联系由此变得一目了然。对于与国家的这种联系,禁止酷刑委员会也通过陆续提到官员、当局和人员要“以官方身份或代表国家行事”以及使用“国家当局”的表述进行了强调,而且还为此声明,人员“负责执行国家的职能,因而他们是以官方身份行事”。<sup>149</sup>根据上述也可推断得出第二项识别标准,即存在与国家或履行公共职能有联系的各类人员。这些人并

拘留、审讯或处理遭到任何形式的逮捕、扣押或监禁的人的民事或军事执法人员、医务人员、公职人员及其他人员”。

<sup>141</sup> 在关于根据《公约》第22条提出的关于第3条执行情况的第1号一般性意见(1997年)中,委员会提到了“公职人员或以官方身份行事的其他人”(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),第44页,附件九,第3和第8(b)段)。在关于第2条执行情况的第2号一般性意见(2007年)中,委员会提到“官员和以官方身份……的其他人”(第15段)和“官员”(第18段)(见同上,《第六十三届会议,补编第44号》(A/63/44),第195页,附件六)。在关于第14条执行情况的第3号一般性意见(2012年)中,委员会提到“国家权力机关或以官方身份行事的其他人”(第7段)和“公职人员”(第18段)(同上,《第六十八届会议,补编第44号》(A/68/44),第246页,附件十)。

<sup>142</sup> 同上,《第六十三届会议,补编第44号》(A/63/44),第2号一般性意见,第196-197页,第7段。

<sup>143</sup> 同上,第196-197页和第198-199页,第7和第15段。

<sup>144</sup> 同上,第199页,第18段;《第六十八届会议,补编第44号》(A/68/44),第3号一般性意见,第247页,第7段。

<sup>145</sup> 同上,《第六十三届会议,补编第44号》(A/63/44),第2号一般性意见,第202页,第26段。

<sup>146</sup> 同上,第196-197页,第7段。

<sup>147</sup> 同上,第202页,第26段。

<sup>148</sup> 同上,《第六十八届会议,补编第44号》(A/68/44),第3号一般性意见,第253-254页,第42段。

<sup>149</sup> 同上,《第六十三届会议,补编第44号》(A/63/44),第2号一般性意见,第202页,第17段。

不全都符合严格的“官员”概念,因为还纳入了“当局”和“代理人”等其它措辞形式。<sup>150</sup>

#### (i) 各反腐败文书

85. 就本报告而言,1990年代以来通过的全球及区域打击腐败现象的公约尤其具有意义。所有这些公约的一个共同特点是以国家官员为中心。因此,这些公约不仅在条款中明确提到这类人员,而且还列有“官员”所指含义的定义。

86. 例如,《联合国反腐败公约》第二条第(一)项规定如下:

“公职人员”系指:1. 无论是经任命还是经选举而在缔约国中担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员,无论长期或者临时,计酬或者不计酬,也无论该人的资历如何;2. 依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况,履行公共职能,包括为公共机构或者公营企业履行公共职能或者提供公共服务的任何其他人员;3. 缔约国本国法律中界定为“公职人员”的任何其他人员。但就本公约第二章所载某些具体措施而言,“公职人员”可以指依照缔约国本国法律的定义和在该缔约国相关法律领域中的适用情况,履行公共职能或者提供公共服务的任何人员。

87. 《公约》还提到了“外国公职人员”,在第二条第(二)项中将其界定为

外国无论是经任命还是经选举而担任立法、行政、行政管理或者司法职务的任何人员,以及为外国、包括为公共机构或者公营企业行使公共职能的任何人员。

《公约》对“公职人员”和“外国公职人员”的提法始终保持统一,<sup>151</sup>但其中有些条款也提到“公务员”为单独一类“公职人员”。<sup>152</sup>

88. 《美洲反腐败公约》同时使用“‘公职人员’、‘政府官员’或‘公务员’”等术语,在第1条中将其界定为

国家或其机构的任何官员或雇员,包括经甄选、任命或选举产生的、以国家之名或为国家服务而开展活动或履行职能的任何级别人员。

<sup>150</sup> 与国家有联系的人员类别已在第2号一般性意见所载的下列清单中指明:“官员和其他人员……包括以官方身份或代表国家行事、与国家配合行事、在其指挥或控制下行事或表面上依法行事的代理人、私营承包商和其他人员。”(同上,第198-199页,第15段)。

<sup>151</sup> 见第7、8、12、15-20、25、30、38和第52条。

<sup>152</sup> 见第7和第30条。



89. 最后，欧洲委员会《反腐败刑法公约》规定如下：

(a) “公职人员”应参照履行这种职能的有关人员所在国的国内法对“官员”、“公务员”、“市长”、“部长”或“法官”的定义，并适用该国刑法进行理解；

(b) 上文(a)项提到的“法官”一词应包括检察官和司法职务人员；

(c) 如果诉讼程序涉及另一国公职人员，起诉国可只适用符合其国内法的公职人员定义。<sup>153</sup>

90. 这一定义也适用于欧洲委员会1999年11月4日通过的《反腐败民法公约》，其中简单地提到“履行职能的公职人员”。<sup>154</sup>

91. 就本报告而言，欧洲委员会《反腐败刑法公约》所载“公职人员”的定义尤其具有意义，因为，正如该《公约》的解释性报告所述：

《公约》的起草者们希望列入所有可能的公职人员类别，以尽量避免在为公共部门贿赂行为定罪时出现漏洞，但这不一定就意味着各国要从总体上重新界定“公职人员”的概念。关于“国内法”，应当注意的是，《公约》起草者有意让缔约方只在符合本国宪法和本国法律体系基本原则、包括联邦制原则的情况下承担《公约》规定的义务。<sup>155</sup>

92. 这就使得国家体系能够继续自主界定哪些是被国家各自在内部归类为“公职人员”的人，但其中也明确规定了作为最低要求必须列入公职人员概念的人员和职务类别，目的是避免在起诉腐败行为时出现漏洞。在这方面，提及“市长”和“部长”尤其意义重大，他们“在许多国家……如果在行使权力时犯下刑事罪行……被纳入公职人员类别”。<sup>156</sup> 同样，解释性报告还提到“法官”是指“通过选举或任命产生的司法职务人员。对这一概念可作尽可能宽泛的解释：决定性要素是此人履行的职能——而不是官方头衔——应具有司法性质。特别提到了检察官也属于这一定义的范围，尽管一些国家不认为检察官是‘司法机关’的成员”。<sup>157</sup> 《公约》对公职人员这一概念所采取的这种无所不包的处理办法在《反腐败刑法公约附

加议定书》中也有反映，其中将《公约》的适用范围扩展至本国及外国的仲裁员和陪审员。<sup>158</sup>

93. 虽然本节分析的各项公约之间存在差异，但对于“官员”的定义，可从这些公约中得出下列共同要素：(a) 这一术语包含以国家之名或代表国家履行公职的人；(b) 这些人的任职是通过选举还是通过任命并不相关；(c) 他们是长期、临时、带薪还是无薪履行公职亦不相关；(d) 他们是在执行机构(行政机构)、司法机构、还是在立法机构履行公职也不相关；(e) 他们是在国家中央机关、还是在其他政治或行政机构或者甚至在国营企业或其他公营部门机构任职并不相关。虽然在涉及国家官员外国刑事管辖豁免时是否应适用所有这些特征有待商榷，但毫无疑问的是，可将这些特征作为基础，查明用来界定本专题所指官员概念的标准。

#### (j) 《国际刑事法院罗马规约》

94. 《罗马规约》第二十七条第(一)款的规定如下：

本《规约》对任何人一律平等适用，不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或会议成员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本《规约》所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由。

95. 该条列出了属于“官方身份”概念的几种人，这与确定国际刑事责任的目的无关。但这一清单对本报告而言是有意义的，原因是第二十七条第(二)款将“官方身份”概念与豁免联系起来，该款规定

根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则，不妨碍本法院对该人行使管辖权。

96. 第二十七条之所以包罗甚广，目的是列入可适用“官方身份”概念的任何人；这在某种程度上反映了委员会在1996年通过的危害人类和平及安全治罪法草案中所采取的处理办法。<sup>159</sup> 据此可以假定“官方身份”一词包含任何代表国家、为了国家利益或者以国家名义行事的人。<sup>160</sup>

<sup>153</sup> 第1条。

<sup>154</sup> 第5条。

<sup>155</sup> 欧洲委员会, Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, *European Treaty Series No. 173*, 第6页, 第27段。

<sup>156</sup> 同上, 第28段。

<sup>157</sup> 同上, 第29段。

<sup>158</sup> 见《附加议定书》第1条。

<sup>159</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第19页，第50段。另见下文第102-105段。

<sup>160</sup> 在法学理论中也采用了这一解释，但有一项理解是，即“官员”概念适用于事实担任或履行《罗马规约》第二十七条所指职能的人。见，除其他外，Triffterer, “Irrelevance of official capacity”，第788-789页；Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 第449-450页。

97. 《罗马规约》关于侵略罪的第八条之二将侵略界定为一种领导罪行，其第(一)款规定，实施该罪行的是“能够有效控制或指挥实施一国政治或军事行动的人”。<sup>161</sup> 不过，应当注意的是，该条款既没有改变第二十七条的内容，也没有扩大其适用范围。事实上，提到有效“控制或指挥一国政治或军事行动”的能力，应理解为是与此人影响力和决策力挂钩的一个事实要素，而且不论侵略罪行实施者是否为第二十七条第(一)款所列人员，这一要素都适用。<sup>162</sup> 因此，这一事实要素就其本身而言，不可被认为是界定“官员”一般概念的标准，不论这一标准是否适用于这一类别所列的任何人。

#### 4. 委员会的其他工作

98. 委员会过去曾多次不得不处理国家官员、机关或代理人的概念问题。已在条约实践框架内对这一工作导致条约的情况进行了分析。不过，委员会所做的其他工作，如纽伦堡原则、危害人类和平及安全治罪法草案、以及国家对国际不法行为的责任条款草案，可为本报告之目的，成为有益的参考。

(a) 《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》

99. 在载列纽伦堡原则的文件草稿——嗣后获大会通过——中，<sup>163</sup> 委员会在原则三下提到了“作为国家元首或政府负责官员”行事的个人，并在原则四中提到“政府或上级”的命令。虽然特别报告员斯皮罗博洛斯和委员会都没有为“政府负责官员”提供定义，但委员会通过的评注明确指出，在这两种情况下，尤其是在原则三中，所提及的是以官方身份行事的个人，这一提法基于的是纽伦堡法庭所述“国家代表”以及“行使国家权力按照国家授权采取行动”的个人。<sup>164</sup>

<sup>161</sup> 罗马规约审查会议核准的与第八条之二有关的犯罪要件的修正案使用了类似的用语。见《国际刑事法院罗马规约审查会议，2010年5月31日至6月11日，坎帕拉，正式记录》，第19页，RC/Res.6号决议，附件二，“要件”，第2段。

<sup>162</sup> 应当注意的是，对有效控制和指挥的引述所基于的是纽伦堡法庭关于工业家刑事责任的判例，此处的工业家显然不能被认为是在履行官方职能。关于这一点，见McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, 第178-179页和第181页。

<sup>163</sup> 大会1950年12月12日第488(V)号决议。

<sup>164</sup> 见《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》，《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第374-378页，A/1316号文件，

(b) 危害人类和平及安全治罪法草案(1954年)

100. 在1954年二读通过的危害人类和平及安全治罪法草案初稿<sup>165</sup>第2条中，委员会提及“国家当局”可能作为治罪法草案所述罪行的行为人。此外，治罪法草案第3条说明以官方身份行事与此类罪行的责任无关，其中明确使用了“国家元首”和“政府负责官员”等术语。不过，与纽伦堡原则一样，治罪法草案并未对“政府负责官员”加以界定；在第2条草案的评注中，将这一用语与“私人”进行了对照。在任何情况下，根据治罪法草案与1950年通过的纽伦堡原则之间的这种联系，可以得出结论认为两者均提到了以国家名义和代表国家行事的人。

101. 不过，委员会使得治罪法草案初稿得以通过的工作表明，“政府负责官员”一词当时便已产生不确定性。还应特别注意的是特别报告员斯皮罗博洛斯的第二次报告，其中在对各国代表在大会第六委员会中所持立场进行分析时，特别引述了比利时代表(Van Glabbeke先生)和荷兰代表(Röling先生)的发言。比利时认为，“关于‘政府负责官员’一词的确切含义仍有一定混淆。各种意见存在分歧：有些人说‘政府负责官员’仅指政府中的一员……或者是在政府的三个重要部门，即立法、行政或司法部门中担任重要职位的人。一些文件提到了身居高位的官员，但这一表述的含义并不比‘政府负责官员’更清楚”。<sup>166</sup> 而荷兰则坚持认为“有关被告的官方职务的规定对主要和次要战犯不能以同样的方式加以适用”。<sup>167</sup> 尽管有这些评论意见，特别报告员在其报告中并未处理“政府负责官员”概念的定义和范围，仅仅表示如果一国领土遭到另一国部队的入侵，则“根据国际法，单纯的士兵对此不负刑事责任……认为小小的士兵要为一国当局决定和指示的行动负刑事责任的观点不符合任何逻辑”。<sup>168</sup> 不过，特别报告员在

第95-127段，特别是第103-104段。案文转载于《1985年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第12页，第45段。

<sup>165</sup> 《1954年……年鉴》[英]，第二卷，第149页。

<sup>166</sup> 《1951年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/44号文件，第85段。

<sup>167</sup> 同上，第82段。

<sup>168</sup> 同上。第1条草案的评注，第(3)段。治罪法草案一读获得通过后，国际法委员会在其报告、尤其是评注中拥护了这一观点，委员会在评注中就共犯问题作出了类似的申明，认为“其目的并非是要规定所有在正常履行职责时促使犯下危害人类和平与安全罪行的人仅凭这一点就被视为此类罪行的共犯。在这类罪行中，不会存在将一国武装部队所有人员或战争工业中的工人作为共犯加以惩处的问题”(同上，第137页，第2条草案第3款的评注第(12)段)。虽然这些评论显然是指一个人的

其1954年提交委员会的第三次报告——该报告为二读通过治罪法草案形成了基础——第3条草案中，明确提到了“政府负责官员”（法文为“*gouvernant*”）一词的使用，而在提及大会关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的辩论时，指出该术语是指“那些拥有实际权力责任的人”。<sup>169</sup> 无论如何，委员会在其有关治罪法草案的评注中，没有提出“政府负责官员”一词的定义。

#### (c) 危害人类和平及安全治罪法草案(1996年)

102. 在1996年通过的危害人类和平及安全治罪法草案的若干条款中，委员会提到了属于本报告所列任一类别的一些个人。最相关的条款是第7条草案，该条指出，为了就犯有治罪法草案所列罪行确定个人刑事责任之目的，“即便是以国家元首或政府首脑的身份行事，其官方地位[是不相关的]”。<sup>170</sup> 此外，在第2、4、5和第16条草案的评注中，委员会还提到了——尽管是以不同的方式——本报告讨论的各类人。

103. 在确定个人责任并将之与国家责任区别开来时，委员会提到“国家代理人”、“代表国家”或“以国家名义”行事的个人，乃至“没有任何法律权力的实际代理人”，<sup>171</sup> 并特别强调以下事实：“侵略可能是光由个人实行的，这些个人作为国家的代理人，使用他们的权力发布命令和给予国家提供的手段以实施该罪行”。<sup>172</sup> 评注中还提到“担任政府官职或军事指挥职务”、<sup>173</sup> “政府体制各级或军事指挥系统”<sup>174</sup> 中的个人以及“政府高级官员和军事指挥官”。<sup>175</sup> 不过，委员会没有在任何评注中界定或列出这些类别所适用的个人。在这方面，第7条草案的评注没有具体说

资历与其刑事责任的关联性，但它们的相关性在于它们申明了可将“政府负责官员”与以国家的名义从事此类行为以执行他人决定的其他人员区别开来(同上)。

<sup>169</sup> 见《1954年……年鉴》[英]，第二卷，第120页，第十四节，(c)小节。法文本的评注中提到了“*ceux qui ont la responsabilité effective du pouvoir*”。

<sup>170</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第28页，第50段。

<sup>171</sup> 同上，第21页，第2条草案的评注第(4)段。委员会在第4条草案的评注中亦强调了同一术语。

<sup>172</sup> 同上，第21–22页，第2条草案的评注第(5)段。另见第44页起，第16条草案的评注。

<sup>173</sup> 同上，第25页，第5条草案的评注第(1)段。

<sup>174</sup> 同上，第25页，第5条草案的评注第(2)段。

<sup>175</sup> 同上，第23页，第2条草案的评注第(14)段。以及第25–26页，第5条草案的评注第(3)段。

明该条所述“犯下罪行的个人的正式职务”是指什么，尽管委员会确实对这一概念进行了澄清，提到了“身居政府要职，能够……制订计划或政策”并能“援引国家主权的个人”、<sup>176</sup> “官方地位最高因而具有最大决定权的个人”、<sup>177</sup> 以及声称“构成犯罪的行为是履行其职务的行为”<sup>178</sup> 的个人。

104. 因此，必须从这些索引中推断出上述治罪法草案条款所述个人与国家间存在联系(这些人是国家代理人、官员或军官，或以国家的名义或代表国家行事)并行使一定形式的——包括在最高级别——政府职权或权力。这些特性在订立为本专题的目的确定“官员”所用的标准时尤其相关。

105. 最后，应当指出的是，除“国家元首”一词外，委员会也没有使用特定的术语来指此类人员。关于其他个人，它只在第7条草案中提到其“官方职务”，或在条款评注中提及“政府官员和军事指挥官”、“最高官方职务”或“政府当权者或军事指挥人员职务”。

#### (d) 国家对国际不法行为的责任条款草案

106. 国家对国际不法行为的责任条款草案<sup>179</sup> 中的若干条款与本报告关系密切，特别是关于将个人和实体行为归于一国的第二章所列条款。这些条款值得注意，因为它们提到了不同类别的个人(或实体)，他们以国家之名并代表国家行事，故属于本报告所分析的“官员”概念的范围。

107. 本着这一考虑，应当注意该套条款草案第4和第5条提到了两个单独类别，分别为“国家机关”以及虽非国家机关但“行使政府权力要素的个人或实体”。根据第4条草案，国家机关是指“不论行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性”的任何个人或实体(第1款)。而且，该个人或实体必须有“依该国国内法具有的[机关的]地位”(第2款)。第5条草案提到“虽非第4条所指的国家机关但经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体”。虽然第4和第

<sup>176</sup> 同上，第28页，第7条草案的评注第(1)段。

<sup>177</sup> 同上，第29页，第7条草案的评注第(5)段。

<sup>178</sup> 同上，第29页，第7条草案的评注第(6)段。

<sup>179</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段。



5条草案都提到了个人和实体,但只有提到个人才与审议哪些是官员的构成要素有关。

108. 第二章中载有的条款草案的评注也提出了值得注意的观点。例如,在第二章的介绍性评注中阐述了下列一般规则:“在国际一级上归于国家的唯一行为是国家政府机关,或在其指挥、指使或控制下的其他人(即国家的代理)的行为”。<sup>180</sup> 国家机关的行为可归于国家,“不论发生行为的行政或政府当局层级如何”,<sup>181</sup> 这意味着在实践中,可能会有各种各样的个人或官员作为国家代理人行事。将行为归于国家的基本要素是官员必须作为国家机关行事,不论该官员有何具体动机。此外,相关的并非代理人在国内履行的内部职能,而是他发挥“政府职能”和行使“公权力”这一事实。<sup>182</sup> 至于官员的概念,在这一条款的评注中已经明确,即使是低级别工作人员的行为,如果是以官方身份作出,也可以归于国家。正如委员会在对第7条草案的评注中所指出的,核心问题是“该机构的行为是否以官方身份作出”。<sup>183</sup>

109. 此外,委员会在审议此类政府权力的范围时指出,“政府”一词必然不够精确。为了加以界定,“特别重要的不仅仅是权力的内容,还要看对该实体的授权方式、行使那些权力的目的,该实体必须为行使那些权力向政府负责的程度”。<sup>184</sup> 在国内法中,国家与行使政府权力要素的主体之间的联系可以有多种形式。但在国际法中,主要一点所实施行为将被视为正式的“政府”行为。这种权力甚至可由事实上的机关或代理人行使,如果他们“是在正式当局不存在或缺席和在需要行使政府权力要素的情况下实际上正在行使政府权力要素”(第9条)。

110. 如此看来,国家对国际不法行为的责任条款草案提供了重要的要素,有助于确定为本专题目的为“官员”概念作出定义的标准。这些要素包括:(a) 个人与国家之间存在联系,这一联系可以有不同的形式;(b) 个人代表国家行事;以及(c) 个人必须行使官方政府职能与特权。

## 5. 结论

111. 根据上文对实践的研究可得出若干结论,用于为外国刑事管辖豁免条款草案的目的,确定哪些是官员构成要素的辨别标准。这些结论是:

(a) 官员与国家有联系。这一联系可以有多种形式(宪法、法规或契约),可以临时也可以永久。既可以是法律上的联系,也可以是事实上的联系;

(b) 官员在国际上作为国家代表行事,或同时在国际上和本国国内履行职务;

(c) 官员行使政府权力要素,代表国家行事。政府权力要素包括行政、立法和司法职能。

112. 这些辨别标准既适用于享有属人豁免的国家官员(国家元首、政府首脑和外交部长),也适用于享有属事豁免的人(所有其他官员)。不过,这些标准在属事豁免情况下特别具有相关性,因为不可能明确列举其所适用的人员类别。因此,为了识别某人是否为官员,就必须逐案确定是否符合所有这些标准。

## C. 术语

113. 在官员这一概念方面将要审议的第二个问题涉及指定适用豁免人员时使用的术语。如上文所述,这主要是一个术语问题,但它超越了单纯在语言上喜欢一个词胜过另一个词的问题。对术语的选择基本上遵循两个标准:(a) 术语的含义必须足够广泛以涵盖所有有关人员;(b) 术语必须考虑到委员会以往的实践。应给这两个标准加上第三个考虑因素:所选择的术语必须易懂,不给负责应用指导豁免规则的国家官员,特别是法官、检察官、律师和其他执法官员留下任何犯错的余地。必须铭记的是,这类人员作为在各自法律制度内的专家,必然会受到引导,按照其国内法的类别和术语来“进行思考”。因此,在处理术语这一问题的方法上,本报告将倡导使用在任何情况下都不会被曲解的术语,特别是在不同国家有不同含义的术语情况下,使用这些术语可能会产生意外影响,给解释豁免的主体范围的方式附加了条件。

114. 在铭记这一点的同时,要说的第一点是,从上文对这一实践的分析中明显看出,在使用一个或几个术语来指相同人员时缺乏统一性。除了对国家元首、政府首脑和外交部长有明确和统一的提法外,

<sup>180</sup> 同上,第44页,第二章的介绍性评注,第(2)段。

<sup>181</sup> 同上,第44-45页,第二章的介绍性评注,第(5)段。

<sup>182</sup> 同上,第45页,第二章的介绍性评注,第(6)段。

<sup>183</sup> 同上,第53页,第7条草案的评注第(7)段。

<sup>184</sup> 同上,第50页,第5条草案的评注第(6)段。

必须指出，审查过的判例和公约，甚至是法律著作，在提及本报告所涉人员类别时使用了不同的术语。还有，并不总能在每一种情况下解释使用一个术语而不使用另一个术语的理由。

115. 仅以条约为例，英文中使用了下列术语，其后是该术语在西班牙文和法文中的对应词汇：

(a) *diplomatic agent* (“*funcionario diplomático*”/“*agent diplomatique*”) (外交代表)；<sup>185</sup>

(b) *diplomatic agent* (“*agente diplomático*”/“*agent diplomatique*”) (外交代表)；<sup>186</sup>

(c) *diplomatic staff* (“*personal diplomático*”/“*personnel diplomatique*”) (外交职员)；<sup>187</sup>

(d) *consular officer* (“*funcionario consular*”/“*fonctionnaire consulaire*”) (领事官员)；<sup>188</sup>

(e) *consular employee* (“*empleado consular*”/“*employé consulaire*”) (领馆雇员)；<sup>189</sup>

(f) *consular agent* (“*agente consular*”/“*agent consulaire*”) (领事代理人)；<sup>190</sup>

(g) *agent of the sending State* (“*agente del Estado que envía*”/“*mandataire de l'État d'envoi*”) (派遣国代表)；<sup>191</sup>

(h) *administrative and technical staff, service staff* (“*personal administrativo y técnico y personal de servicio*”/“*personnel administratif et technique*”, “*personnel de service*”) (行政和技术职员、事务职员)；<sup>192</sup>

(i) 一般意义上的*representatives* (“*representantes*”/“*représentants*”) (代表)；<sup>193</sup>

(j) 特别使团内的*representative* (“*representante*”/“*représentant*”) (代表)；<sup>194</sup>

(k) *representative or official* (“*representante, funcionario o personalidad oficial*”/“*représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle*”) (代表或官员)；<sup>195</sup>

(l) *persons of high rank* (“*personalidades de rango elevado*”/“*personnalités de rang élevé*”) (高级人员)；<sup>196</sup>

(m) *organs of Government* (“*órganos de gobierno*”/“*organes de gouvernement*”) (政府机关)，这一类别包括国家元首和政府首脑；<sup>197</sup>

(n) *constitutionally responsible rulers, public officials* (“*gobernantes*”, “*funcionarios*”/“*gouvernants*”, “*fonctionnaires*”) (依宪法负责的统治者、公职人员)；<sup>198</sup>

(o) *public official or other person acting in an official capacity* (“*funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas*”/“*agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel*”) (公职人员或以官方身份行事的其他人)；<sup>199</sup>

(p) *superior officer or a public authority* (“*funcionario superior o autoridad pública*”/“*supérieur ou autorité publique*”) (上级官员或政府当局)；<sup>200</sup>

(q) *public official* (“*funcionario público*”/“*agent public*”) (公职人员)和*foreign public official* (“*funcionario público extranjero*”/“*agent public étranger*”) (外国公职人员)；<sup>201</sup>

(r) *civil servants* (“*empleados públicos*”/“*fonctionnaires*”) (公务员)；<sup>202</sup>

(s) *public official, government official or public servant* (“*funcionario público, oficial gubernamental o servidor público*”/“*fonctionnaire, employé gouvernemental ou serviteur public*”) (公职人员、政府雇员或公务员)；<sup>203</sup>

<sup>185</sup> 《维也纳外交关系公约》。

<sup>186</sup> 同上。

<sup>187</sup> 《特别使团公约》和1975年《维也纳公约》。

<sup>188</sup> 《维也纳领事关系公约》。

<sup>189</sup> 同上。

<sup>190</sup> 同上。

<sup>191</sup> 同上。

<sup>192</sup> 《维也纳外交关系公约》、《特别使团公约》和1975年《维也纳公约》。

<sup>193</sup> 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

<sup>194</sup> 《特别使团公约》。

<sup>195</sup> 《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》。

<sup>196</sup> 《特别使团公约》和1975年《维也纳公约》。

<sup>197</sup> 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

<sup>198</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》。

<sup>199</sup> 《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》。

<sup>200</sup> 同上。

<sup>201</sup> 《联合国反腐败公约》。

<sup>202</sup> 同上。

<sup>203</sup> 《美洲国家反腐败公约》。

(t) *public official* (“*agente público*”/ “*agent public*”) (公职人员);<sup>204</sup>

(u) *official capacity* (“*cargo oficial*”/ “*qualité officielle*”) (官方身份)。<sup>205</sup>

116. 可以看出, 不仅所用术语差异巨大, 而且也不总是与西班牙文和法文所用术语对应。

117. 第二, 对委员会尚未纳入条约的工作成果的分析显示在英文中使用了下列术语, 后面附上西班牙文和法文的对应词汇:

(a) *responsible government official* (“*autoridad del Estado*”/ “*chef d’État ou de gouvernement*”) (政府负责官员);<sup>206</sup>

(b) *official position* (“*carácter oficial*”/ “*qualité officiel*”) (官方职位);<sup>207</sup>

(c) *agent of the State* (“*agente del Estado*”/ “*agent de l’État*”) (国家代理人);<sup>208</sup>

(d) *high-level government officials or military commanders* (“*funcionarios públicos o mandos militares de alto nivel*”/ “*hauts fonctionnaires de l’administration ou chefs militaires*”) (政府高级官员和军事指挥官)以及 *senior government officials and military commanders* (“*funcionarios y jefes militares*”/ “*hauts fonctionnaires de l’administration et chefs militaires*”) (资深政府官员和军事指挥官);<sup>209</sup>

(e) *State organ* (“*órgano del Estado*”/ “*organe de l’État*”) (国家机关);<sup>210</sup>

(f) *person exercising governmental authority* (“*persona que ejerce atribuciones del poder público*”/ “*personne qui exerce des prérogatives de puissance publique*”) (行使政府权力的人)。<sup>211</sup>

118. 就像条约的情况一样, 应当注意到英文中运用了多个术语, 而且并不总是与另外两个语文中使用的术语相对应。

119. 因此, 得出的结论是, 在提及本报告所分析的人员类别时, 没有统一和常用的术语。此外, 所使用的术语并不总能涵盖根据上文所述标准可列入该类别的所有人。相反, 上文两段中所列的一些术语经常被用来仅指一类人员, 而抛开了根据定义享受属人豁免的其他人。铭记这一点, 并考虑到委员会先前的讨论情况及其在工作中使用这些术语的情况, 特别报告员认为, 有必要更详尽地审查在专题的实际标题下出现的术语, 即英文的“*official* (官员)”、西班牙文的“*funcionario*”和法文的“*représentant*”; 还有“*organ* (机关)” (西班牙文的“*órgano*”和法文的“*organe*”)以及“*agent* (代理人)” (西班牙文的“*agente*”和法文的“*agent*”)。下面是通用词典和法律词典对有关术语的定义的简单分析, 以期确定这些术语是否合适。

### 1. “*FUNCIONARIO*”

120. 根据《西班牙语词典》(西班牙皇家学院), 西班牙文“*funcionario* (官员)”一词的通用定义是“担任公职的人员”, 然而在阿根廷、厄瓜多尔和乌拉圭, 该词的意思还可以是“高级雇员, 特别是在国家权力等级中的高级雇员”。<sup>212</sup> 这两种含义没有本质差异。另一方面, 各种法律词典将官员称为“在行政当局履行职能的人员, 为国家服务, 自愿成为其组织结构的组成部分, 并从这些职能中获取生计”,<sup>213</sup> “根据行政法的规定, 通过有薪职业关系在公共行政部门服务

<sup>204</sup> 《反腐败刑法公约》。

<sup>205</sup> 《国际刑事法院罗马规约》。该术语包括 *Head of State* (“*Jefe de Estado*”/ “*chef d’État*”) (国家元首)、*Head of Government* (“*Jefe de Gobierno*”/ “*chef de gouvernement*”) (政府首脑)、*a member of a Government* (“*miembro de un Gobierno*”/ “*membre d’un gouvernement*”) (政府成员)、*a member of a parliament* (“*parlamentario*”/ “*membre d’un parlement*”) (议员)、*an elected representative* (“*representante elegido*”/ “*représentant élu*”) (选任代表)和 *a government official* (“*funcionario de gobierno*”/ “*agent d’un État*”) (政府官员)。

<sup>206</sup> 《纽伦堡法庭宪章》以及法庭判决书所确认的国际法原则, 以及危害人类和平及安全治罪法草案(1954年)。

<sup>207</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案(1996年)。

<sup>208</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案(1996年) (评注)。

<sup>209</sup> 同上。

<sup>210</sup> 国家对国际不法行为的责任条款草案。

<sup>211</sup> 同上。

<sup>212</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22nd ed. (Madrid, Espasa, 2001)。西班牙文的定义为: “[p]ersona que desempeña un empleo público”; 和 “[e]mpleado jerárquico, particularmente el estatal”。

<sup>213</sup> *Gran Diccionario Jurídico DVE* (Barcelona, De Vecchi, 1991)。西班牙文本读作: “la persona que realiza funciones de la Administración y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente a la estructura orgánica del mismo, haciendo de la función asumida su medio habitual de vida”。



的人”，<sup>214</sup>“履行公共职能并为国家服务，自愿成为其组织结构组成部分的人”，<sup>215</sup>以及“得到授权以官方身份行事的人”或“通过全民选举或主管当局任命，行使公共职能或担任政府职位的人”。<sup>216</sup>应当指出的是，在任何情况下，西班牙语国家通常不用“*funcionario*”一词指代国家元首、政府首脑、外交部长或其他政府部长，以及在某些情况下的其他政治官员。对于上述第一类人，更常使用的词是“*mandatario* (领导)”或“*dignatario* (要人)”，对上述其他官员则使用“*alto cargo*或*alto funcionario* (高级官员)”一词。此外，“*funcionario*”一词通常不用来指代议员——议员被称为“*representantes* (代表)”，也不用来——这种情况较少——指代行使司法职能的人，尽管他们通常是该词行政意义上的官员。

121. “*Funcionario*”一词在法文中通常被译为“*fonctionnaire*”，在英文中则译为“*officer*”、“*official*”、“*civil servant*”或官员“*public servant*”。<sup>217</sup>

122. 对法文“*fonctionnaire*”一词，非专门词典将其定义为“在国家行政当局等级制度中拥有职衔，并被任命到常设职位的公职人员”，或是“担任公共职能的人”，<sup>218</sup>以及“履行公共职能的人”或“作为正式员工，在公共行政当局中拥有常设职位的人”。<sup>219</sup>在法律词典中，“*fonctionnaire*”一词的意思是“公共机

构工作人员，其在公共职能中的情况特点是被任命的职位是常设的，并在等级制度中拥有职衔”，<sup>220</sup>或“被任命到常设职位并在等级制度中拥有职衔的人”，基于这一定义，上述任命需遵循行政法的规定。<sup>221</sup>在《国际公法词典》中，官员被视作国家代理人(*agent de l'État*)的同义词，并被定义为“通常是被任命担任国家行政当局常设职位、代表国家行事的人员，被授权在国家法律认可的权限框架内，在政府权力之下行使公共权力特权”。<sup>222</sup>

123. 此外，应提请注意一个事实，即英文中的“*official*”一词(稍后将予以审议)的含义比“*funcionario*”或“*fonctionnaire*”更广——尽管有时可能拥有相同的含义。还应当记住的是，西班牙文中的“*funcionario*”一词还可对应“公务员(*civil servant*)”一词，后者的范围更为有限，这一类别包括属于“公务员制度”的人员，其定义如下：“公务员制度是一个官员群体。……其任务是……在各部长的控制和指导下……管理政府。……公务员的任职并非源自政治效忠；他们可参与的政治活动受到限制，并可在政府更迭中保留职位。”<sup>223</sup>

## 2. “*REPRÉSENTANT*”

124. 法文中的“*représentant* (代表)”一词在通用词典中的定义是“得到以某人名义行事之权力，以

<sup>214</sup> *Diccionario Jurídico Espasa* (Madrid, Espasa Calpe, 1991)。西班牙文本读作：“*aquellas personas incorporadas a la [administración pública] por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo*”。

<sup>215</sup> Luis Ribó Durán (编), *Diccionario de Derecho*, 2nd ed. (Barcelona, Bosch, 1995)。西班牙文本读作：“*la persona que realiza funciones públicas y que está al servicio del Estado por haberse incorporado voluntariamente en la estructura orgánica del mismo*”。

<sup>216</sup> Ignacio Rivera García (编), *Diccionario de términos jurídicos*, 2nd ed. (Orford, Equity, 1985)。西班牙文本读作：“*aqueel que ha sido investido con la autoridad de un cargo*”；以及“*que ejerce funciones públicas, faena de Gobierno, ya sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*”。

<sup>217</sup> Edgard Le Docte (编), *Diccionario jurídico en cuatro idiomas* (Antwerp, Maklu Uitgevers, 1987)。

<sup>218</sup> *Larousse* (www.larousse.fr/dictionnaires/francais)。法文中的定义读作：“*agent public qui, nommé dans un emploi permanent, a été titularisé dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État*”和“*titulaire d'une fonction publique*”。

<sup>219</sup> *Le Grand Robert de la langue française* (https://grandrobert.lerobert.com)。法文定义读作：“*personne qui remplit une fonction publique; personne qui occupe, en qualité de titulaire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique*”。

<sup>220</sup> Gérard Cornu 等人(编), *Vocabulaire juridique* (Paris, Presses Universitaires de France, 1987)。法文中的定义读作：“*agent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie*”。

<sup>221</sup> *Lexique des termes juridiques*, 20th ed. (Paris, Dalloz, 2013)。法文中的定义读作：“*personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie*”。

<sup>222</sup> Jean Salmon (编), *Dictionnaire de droit international public* (Brussels, Bruylant, 2001)。法文中的定义读作：“*personne nommée pour occuper normalement un emploi permanent dans l'administration de l'État et qui agit au nom de celui-ci, ayant été habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique dans le cadre des compétences reconnues par la législation nationale et sous l'autorité du gouvernement*”。

<sup>223</sup> Peter Cane 和 Joanne Conaghan (编), *The New Oxford Companion to Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008)。其后的说明也是相关的：“外国宪法通常将中央政府人员之间的这一基本划分认可为‘政府’与‘行政部门’之间的区别，这在联合王国实际是一个政治问题，而非法律事宜。在法律上，部长和公务员都是‘英王的仆人’。”

某人名义并为某人实施行为的人”，<sup>224</sup> 以及“代表或得到以某人名义行事之权力的人”、“被某一社会团体赋予政治权力，以便以其名义加以行使的人”、“当选或通过选举被授予权力（特别是立法权力）的人”，或“被任命代表国家或政府与他国或他国政府交涉的人”。<sup>225</sup> 不过，法律词典 *Vocabulaire juridique* 将“*représentant*”界定为“为公共利益办事的权力机构的一个机关，或有时甚至是该机关的受托人”，<sup>226</sup> 并指出在国际关系中，该词被用来更具体地指外交代表或驻国际组织代表。同样，该词典还在“*gouvernant*”（“统治者”）一词的定义中提到了代表：“一个学术用语，用来指代政治权力的所有代表、受托人或拥有者，与纯粹的代理人和普通公民形成对比”。<sup>227</sup> 《国际法词典》则将“*représentant*”界定为“被适当授予代表国际法主体（国家、国际组织或另一实体）表达意见、行事以及传递和接收函件权力的个人，且其这样做时能对所述主体产生法律约束力”。该词典进一步指出：“这一术语特别适用于外交代表……以及出席国际会议或驻国际组织某一机关的代表”，它被“有意用来计及特殊情形，可以避免使用提及代表团团长的传统用语”。<sup>228</sup> 同样令人感兴趣的是该词典中关于“*représentativité (ou caractère représentatif)*”（代表性（或代表特征））的定义：“作为其所代表的国家的形象或标志的机关或

<sup>224</sup> Larousse。该词典将“*agent*”和“*mandataire*”归为同义词。法文中的定义读作：“*personne qui a reçu pouvoir d’agir au nom de quelqu’un, qui accomplit un acte au nom et pour le compte de quelqu’un*”。

<sup>225</sup> *Le Grand Robert*。法文中的定义读作：“*personne qui représente, qui a reçu pouvoir d’agir au nom de quelqu’un*”，“*personne à laquelle un groupe social confie le pouvoir politique, pour l’exercer en son nom*”，“*personne qui a été élue, a reçu par élection la délégation d’un pouvoir (surtout du pouvoir législatif)*” or “*personne désignée pour représenter un État, un gouvernement, auprès d’un autre*”。

<sup>226</sup> *Vocabulaire juridique*。法文中的定义读作：“*organe d’une autorité agissant dans un intérêt public ou parfois même délégataire de cet organe*”。

<sup>227</sup> 同上。法文中的定义读作：“*terme doctrinal désignant, par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l’ensemble des représentants, dépositaires ou titulaires du pouvoir politique*”。

<sup>228</sup> *Dictionnaire de droit international public*。法文中的定义读作：“*personne physique dûment investie du pouvoir de parler, d’agir, de transmettre et de recevoir des communications au nom d’un sujet de droit international (État, organisation internationale ou autre entité) et susceptible, ce faisant, d’engager ce sujet de droit*”；“*ce terme s’applique notamment aux agents diplomatiques ... ainsi qu’aux délégués à une conférence internationale ou dans un organe d’une organisation internationale*”；以及“*utilisé à dessein pour prendre en compte des situations particulières et permettant d’éviter l’emploi de la terminologie traditionnelle utilisée pour se référer aux chefs de mission*”。

个人之特征。时至今日这仍是属于国家元首的特征之一”。<sup>229</sup>

125. “*Représentant*”一词在西班牙文中通常被译作“*representante*”，在英文中被译作“*representative*（代表）”，<sup>230</sup> 有时在英文中也会被译作“*agent*（代理人）”。<sup>231</sup>

126. 在西班牙文中，“*representante*”一词在《西班牙语词典》中被笼统地界定为“代表”和“代表某一……社区的人”。法律词典并没有提供更清楚的释义，因为它们通常不收录“*representante*”一词，而仅载有“*representación*（代表）”的定义，后者被界定为“代表某一实体、社区、公司或政府的一组人”，<sup>232</sup> 或为“一种法律机制，使一个人、即被代表者，可以通过另一人——即代表——行事，后者是前者的法律替代者”。<sup>233</sup> 最后，一些词典仅具体界定了“*representación política*（政治代表）”一词，其含义是宪法法律所特有的，即“人民与作为政体之体现以其名义办事的人之间的关系”。<sup>234</sup>

127. “代表”一词在通用词典中的定义是“被选择或任命为另一人或其他人办事或表达意见的人，尤其是……被选择或选举出来在立法议会或审议机关代表其他人表达意见和办事的人”，或“出席会议、谈判等以便代表另人或团体的利益的代表”。<sup>235</sup> 在《布莱克法律大词典》中，它被简单地界定为“代替或代表另一人行事的人”，同时也提到了“代理人”的概念。<sup>236</sup>

### 3. “OFFICIAL”

128. “*Official*（官员）”一词的定义是“担任公职或拥有官方职务，尤其是作为一组织或政府部门代表”之人。<sup>237</sup> 在《布莱克法律大词典》中，“*Official*”的定

<sup>229</sup> 同上。法文中的定义读作：“*Caractère d’un organe ou d’une personne qui apparaît comme l’image ou le symbole de la nation qu’il incarne. Tel est un des caractères attribué encore aujourd’hui aux chefs d’État*”。

<sup>230</sup> *Diccionario jurídico en cuatro idiomas*（见上文脚注217）。

<sup>231</sup> *Dictionnaire de l’anglais juridique*（Paris, BMS, 2004）。

<sup>232</sup> *Diccionario de términos jurídicos*（见上文脚注216）。

<sup>233</sup> *Gran Diccionario Jurídico DVE*（见上文脚注213）。

<sup>234</sup> *Diccionario Jurídico Espasa*（见上文脚注214）。

<sup>235</sup> 见 [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com)。

<sup>236</sup> B.A. Garner（编），*Black’s Law Dictionary*, 9th ed.（St. Paul, West, 2009）。

<sup>237</sup> 见 [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com)。

义是“担任公职或被授予公职的人；被选举或任命行使政府部分主权利力的人；又称公职人员”。<sup>238</sup> 这些定义并不等同于“公务员制度”的定义，后者被界定为“政府的行政部门”及“被这些部门雇用的人，即公务员”；<sup>239</sup> 也不等同于“公务员”，<sup>240</sup> 公务员被界定为“公务员制度中的一员”。它与上文所述“*funcionario*”更为对应。

129. “*Official*”一词在西班牙文中通常译为“*funcionario*”<sup>241</sup> 或“*responsable*”，<sup>242</sup> 而法文译文通常是“*fonctionnaire*”，<sup>243</sup> 但从上文可以推断，为本报告的目的，这些用语没有等同或可互换的含义。

#### 4. “*AGENT*”

130. 在《西班牙语词典》中，西班牙文的“*agente* (代理人)”一词被定义为“使用另一人权力行事的人”。在法律词典中，它被定义为“以另一人名义和代表其行事、运作和执行任务的人”，而术语“*agencia del Gobierno* (政府机构)”的使用含义是“从属于主权者、为履行某种政府职能而设立的实体”。<sup>244</sup> 在其他一些法律词典中，它被定义为“以另一人名义行事或干预之人，拥有达成某特定目的之权力”，<sup>245</sup> 或仅被用作相当于行政机关概念的一个词语。<sup>246</sup> 最后，在一部法律词典中，对该词的唯一提及就是“外交代理人”。<sup>247</sup>

131. 在法文中，“*agent*”一词在通用词典中被定义为“代表某人或某群体(社会、政府、国家等)履行特定任务的人”，以及“在一权力机关监控下履行任务的公共或私营部门雇员，或发挥中介作用的特

定职务担任者”。<sup>248</sup> 它还被定义为“受委托处理个人、团体或国家事务和利益并以其名义行事的人”，并被列为“*fonctionnaire*”的同义词。<sup>249</sup> 在法律词典方面，“代理人”被定义为“服务于公共行政部门的任何人；从这个意义上讲，代理人不同于统治者，后者单独便有代表能力”，<sup>250</sup> 以及“公共部门——通常是行政部门——的任何协作者，在一特定期间与之关联，直接执行该部门具体活动并因而受行政法管辖”，<sup>251</sup> 或“由国家征聘作为雇员或承包人履行某些职能的人”和“被长期或临时委以公务，代表国家和地方社区或独立公共机构的人”。<sup>252</sup> 无论如何，前述定义基本都是从国家行政法的视角提及“代理人”。但是，法律词典也提到了国际法中的“代理人”。在这方面，《国际公法词典》中给这个词的含义特别值得一提：“代表一国际法律实体并被该实体委以——公共或私营——职能或使命的人……”，“……被委以非外交政治代表职能的人”；以及“在国际责任领域，国家或一国际组织的机关”。<sup>253</sup>

<sup>248</sup> Larousse。法文中的定义读作：“*personne qui accomplit certaines missions pour le compte d'un particulier ou d'une collectivité (société, gouvernement, État)*”；以及“*employé des secteurs public et privé exerçant une fonction d'exécution sous le contrôle d'une autorité, ou titulaire de certaines charges jouant un rôle d'intermédiaire*”。该词典列出的同义词有“*émissaire*”、“*mandataire*”和“*représentant*”。

<sup>249</sup> *Le Grand Robert*。法文中的定义读作：“*personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit*”。

<sup>250</sup> *Vocabulaire juridique*。法文中的定义读作：“*toute personne au service d'une administration publique, en ce sens les agents s'opposent aux gouvernants, qui ont seuls la qualité de représentant*”。

<sup>251</sup> *Lexique des termes juridiques*。法文中的定义读作：“*tout collaborateur d'un service public, le plus souvent administratif, associé pour une certaine durée à l'exécution directe de l'activité spécifique de celui-ci et relevant à ce titre du droit administratif*”。

<sup>252</sup> *Dictionnaire de droit international public*。法文中的定义读作：“*personne recrutée par l'État, sous statut ou sous contrat, afin d'accomplir certaines fonctions*” and “*chargée de fonctions publiques, à titre permanent ou temporaire, aussi bien pour le compte de l'administration de l'État que pour celui des collectivités locales ou des établissements publics autonomes*”。

<sup>253</sup> 同上。法文中的定义读作：“*personne qui agit pour le compte d'une personne juridique internationale, qui est chargée par elle de fonctions ou de missions, soit publiques soit privées ...; personne chargée de fonctions diplomatiques ou consulaires ...; personne chargée de fonctions de représentation politique sans caractère diplomatique*”，以及“*en matière de responsabilité internationale: organes de l'État ou de l'organisation internationale*”。与之类似，*Vocabulaire juridique*把“代理人”定义为“有时用于外交文件的一个词，用以指代被政府委以使命的人，例如与另一国政府建立正式关系”。

<sup>238</sup> *Black's Law Dictionary*。该词典将“官员”定义为“担任委托、权力或指挥职务的人。在公共事务中，此词尤其是指在国家、州、或地方政府中担任公共职务的人，由政府授权履行若干特别职责”。

<sup>239</sup> 同上。

<sup>240</sup> 见 [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com)。

<sup>241</sup> S.M. Kaplan (编), *English/Spanish and Spanish/English Legal Dictionary*, 4th ed. (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013)

<sup>242</sup> 同上。

<sup>243</sup> *Dictionnaire de l'anglais juridique* (见上文脚注231)。

<sup>244</sup> *Diccionario de términos jurídicos* (见上文脚注216)。

<sup>245</sup> *Gran diccionario jurídico DVE* (见上文脚注213)。

<sup>246</sup> *Diccionario de Derecho* (见上文脚注215)。

<sup>247</sup> *Diccionario Jurídico Espasa* (见上文脚注214)。



132. 在英文中,“agent”一词在通常意义上被定义为“代表另一人或群体行事的人”。<sup>254</sup>从法律上讲,代理人被定义为“政府机构雇员或代表”(政府代理人),<sup>255</sup>和“被委任在与政府行政或公共事务有关事项中为公众行事的人”(公共代理人)。<sup>256</sup>《布莱克法律大词典》还把“公共权力”的概念定义为“赋予某人的一种作为国家职能代理人或工具的权力”,其依据是“公共权力包括各种形式的立法、司法和行政权”。<sup>257</sup>

## 5. “ORGAN”

133. 根据《西班牙语词典》,“*órgano* (机关)”是“在具体职权范围内代表一组织或法律实体行事的一个人或一批人”。在西班牙文的法律词典中,“*órgano administrativo* (行政机关)”被定义为“执行某种公务的一些人”。<sup>258</sup>这一通用定义包括所有类型的机关:以代表和荣誉身份行事的机关,以及在行政部门中作为职业生涯一部分为换取报酬而行事的机关;行事方式是对其他机关发出指示、有权下达指令并享有荣誉及尊严特权的机关(权力机关);行事方式是执行其他机关的决定的机关;以及以常设方式和临时方式履行其职能的机关。

134. 法文通用词典把“*organe*”定义为“充当中介或代言人的机关”和“负责确保交付某种国家服务的机构”。<sup>259</sup>在法律词典中,“*organe*”一词的定义宽泛,即“负责执行某种特定宪法、行政或国际职能的人或部门”。<sup>260</sup>《国际公法词典》将其定义为“一国际法主体通过其执行某些职能的个人、团体或机构”,而且它“有时以更严格的方式适用于可在国际关系中代表国家和体现国家的若干官员。外交事务中机关的例子是国家元首、外交部长和外交代表”。它还被定义为“在国际责任领域中,被认为以国家名义行事

的个人或团体,其行为因此被归于那个国家”。<sup>261</sup>应当指出的是,《国际公法词典》把国家元首定义为国家的“最高机关”,而把政府首脑定义为国家的“上级机关”。<sup>262</sup>

135. 最后,“机关”一词在《牛津英语词典》中被定义为“通过其实施某种目的或履行某种职能的一个人、一批人或一个实体”。<sup>263</sup>不过,在所查阅的法律词典中,它未被给予一个单独的条目。

## 6. 结论

136. 首先,通过对术语进行的上述分析可以得出这样的结论:*funcionario*、*official*和*représentant*这几个术语有着不同的含义。如本报告开头所述,这些术语没有统一或同等的含义,因此在条款草案的各种语文文本中不能互换使用。

137. 在这三个用语中,似乎只有“*official*”适合宽泛使用,使之可以总体适用于刑事管辖豁免所涉及的各类人员。但是,在西班牙文和法文中与之对应的“*funcionario*”和“*fonctionnaire*”似乎不具备同样的灵活性。

138. 此外,应当指出的是,“*funcionario*”和“*fonctionnaire*”这两个术语与行政系统概念密切相关,在行政系统中,政府和行政部门有着明显区分,行政部门从广义上说是为国家服务的常设官僚机构,具体来说是为政府服务的常设官僚机构。在这种情况下,严格地讲,“*officials*”(“*funcionarios*”或“*fonctionnaires*”)与行政部门存在着长期联系,并在行政部门中为国家服务,但就该词语广义而言,官员不是政治机器的一部分,通常不履行代表职能,这不同于政府成员。由此可见,“*official*”、“*funcionario*”和“*fonctionnaire*”这几个术语似乎并不是指称作为本报告主体的人群的最合适用语。

<sup>254</sup> 见 [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com)。

<sup>255</sup> *Black's Law Dictionary*。

<sup>256</sup> 同上。

<sup>257</sup> 同上。

<sup>258</sup> *Diccionario de la lengua española*和*Gran diccionario jurídico DVE*。

<sup>259</sup> *Larousse*。法文中的定义读作:“*ce qui sert d'intermédiaire, de porte-parole*”和“*institution chargée de faire fonctionner certains services de l'État*”。*Le Grand Robert*以类似方式给出了后一个含义。

<sup>260</sup> *Vocabulaire juridique*。法文中的定义读作:“*personne ou service chargé de remplir une fonction constitutionnelle, administrative ou internationale déterminée*”。

<sup>261</sup> *Dictionnaire de droit international public*。法文中的定义读作:“*personne, groupe ou institution par laquelle un sujet de droit international remplit certaines fonctions*”;“*appliqué parfois de manière plus restreinte aux fonctionnaires susceptibles de représenter l'État, exprimer sa volonté dans les relations internationales. Par exemple: organes des relations extérieures: chef d'État, ministre des affaires étrangères, agents diplomatiques, etc.*”和“*dans le domaine de la responsabilité internationale, personne ou groupe considéré comme agissant au nom de l'État et dont les actes sont par conséquent imputés à cet État*”。

<sup>262</sup> 同上。

<sup>263</sup> John Simpson和Edmund Weiner(编), *Oxford English Dictionary*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 1989)。

139. 另一方面,“*representative*”这一术语及其在其他语文中的对应术语,把重点放在了它们所适用人员的代表身份上。因此,就出现了这样一个问题:有关术语是不是用来指称外国刑事管辖豁免可适用的各类人员,包括国家元首、法官、军官和警察等等的最恰当术语。这一问题对于本专题而言尤为重要,因为委员会得出结论认为,可获益于豁免者是那些或代表国家或履行公务的人。因此,审议如下问题就十分重要,即是否有必要区分一人的代表身份与此人的行为被认为是“以官方身份实施”或归于国家的可能性。如果该人为国家元首、政府首脑和外交部长,则其代表身份是由国际法准则所规定的。但是,并非所有可能享有属事豁免的人都必然拥有此类代表身份本身,因为这一身份将取决于有关的国内法律规范,这些规范赋予他们权力和职能,并构成他们据以实施行为——可能有一天将为之要求刑事管辖豁免——的法律依据。因此,“*representative*”一词似乎也不是一般指称作为本报告主题的所有人员的最佳称谓。

140. 当然,国际文书并不总是用相同的术语来指称同类人员,因为需要考虑到使用多种语文起草国际法律文书所必须的灵活性。另一方面,应该铭记的是,委员会本身在指称同类人员时偶尔在不同条款草案中使用了不同的术语。不过,通过分析上文第115和第117段中的一系列术语确认了这样一种趋势:即在特定文书中始终使用同一术语或比较类似的术语来指称同类人员。

141. 特别报告员认为在起草外国刑事管辖豁免条款草案时也应遵循这一做法;在这方面,应该考虑在所有语文文本中都使用“*agent of the State* (国家代理人)”或“*organ of the State* (国家机关)”这两个术语。它们的好处是都曾在国际实践中被一般用于指称与国家相关、以国家的名义并代表国家行事的人。此外,这两个术语似乎通常具有广泛的含义,使之可以被概况地用于指称在国际上代表国家的人以及通过行使政府权力履行职能的人。最后,这两个术语都曾被上文分析的条约和委员会使用过。不过,应当指出的是,委员会在两个专题中选用了“*organ* (机关)”一词——尽管这两个专题的概念和方法存在差异,但仍与外国刑事管辖豁免有所关联——即国家及其财产的管辖豁免和国家对国际不法行为的责任。尽管在这两种情况下,“机关”一词是指个人和实体,但并不妨碍它在本专题被用来仅指个人。使用“机关”一词

还有另外一个好处:它似乎更适于用来指称国家元首和政府首脑,对他们来说,在法律实践或外交中并不常用“*agent* (代理人)”一词。

142. 因此,特别报告员认为,“*organ*”一词更适于指称所有可享有外国刑事管辖豁免的人,因此建议委员会在本届会议期间就享有这类豁免的人员称谓问题采取行动,修改专题的标题并指明在已通过条款草案中所使用的“官员”一词应改为“机关”。然而,在委员会就此作出决定之前,本报告和报告所载的条款草案将暂时在英文、西班牙文和法文中继续分别使用“*official*”、“*funcionario*”和“*représentant*”。

#### D. 为条款草案目的“官员”的一般概念

143. 下文中拟议的条款草案所基于的是对“官员”概念定义进行的上述分析。条款草案考虑到按所适用豁免类型——即属人豁免或属事豁免——存在着两类可加以明显区分的人,。因此,将在单列一项中分别阐述每一类人。所拟议的定义也考虑到了在上文第108段中所列的、载于下文第(二)目的“官员”概念的定义标准。

144. 鉴于所拟议的条款草案中所载的定义指的是享有豁免——包括属人豁免和属事豁免——的任何人,因此应将其纳入关于定义或术语的条款草案中,成为(e)项。因此,提议将以下一项纳入第2条草案(前第3条):

“第2条草案(前第3条) 定义

“为这些条款草案的目的:

“(e) 国家官员是指:

“(一) 国家元首、政府首脑和外交部长;

“(二) 代表国家行事和以国家名义行事,及代表国家或行使政府权力要素的任何其他人,而无论此人行使的是立法、行政或司法职能,不论此人在国家组织中持有的地位。”

#### E. 属人豁免的主体范围

145. 如上文第12和第13段所指出的,确定属事豁免所适用的人是这类刑事管辖豁免中的一项规范要素。确定这类人的第一项标准是其存在与国家的联系,这一联系构成了为国家利益承认对其刑事

管辖豁免的依据，以便保护国家的主权特权。因此，与国家的联系是确定“官员”概念的中心要素。

146. 这一联系涉及到“以官方身份从事的行为”这一概念，它构成了属事豁免的第二个规范要素，但不能将它认同为同一理念或与之混淆。相反，为了确定这类豁免的主体范围，提及同国家的联系必须限于：个人可以国家的名义或代表国家行事，履行行使政府权力的职能。因此，为属事豁免定义“官员”的概念时，个人从事的行为之具体内容不应该加以考虑；所述内容涉及的是“以官方身份从事的行为”这一概念和限制，因此将在下一次报告中对其加以分析。简而言之，属事豁免享有者和国家之间存在的联系应当被理解为指的是所涉人员可以从事涉及行使政府权力的行为。官员所从事的某一特定行为是否享有豁免，将取决于是否存在这类豁免的两个规范要素，即所涉行为是否能被视为“以官方身份从事的行为”以及所述行为是否是在此人担任国家官员时所实施的。

147. 这是一个重要的细节，原因是鉴于国家的实践种类繁多，有可能存在与国家有正式联系、但却未被指派涉及行使政府权力的职能的人。这类人包括医生、教师、运输系统操作者、行政官员或个人服务工作人员，这些人在某些国家的行政机构里具有官方的角色，但作为一条规则和仅依据其与国家的这一联系，不能被视为是在行使政府权力要素的职能。在这方面，应当回顾的是，虽然为了保障国家主权，官员们被授予对外国刑事管辖的豁免，但这种豁免只就能够行使国家特权或政府权力的人而得到确认。

148. 委员会早前曾讨论过政府权力的概念，但没有作出界定。然而，在拟定关于国家对国际不法行为的责任条款草案中，委员会在多个场景中使用了这一表述方式；在有关条款的评注中，委员会举出一些孤立的例子来说明什么是政府权力，包括警察职能，<sup>264</sup> 依照司法判决或监狱条例或移民管制和检疫而行使的拘留和处分权。<sup>265</sup> 对“政府权力”概念缺乏定义的原因可能在于实践中可能存在各种情景，需要逐案分析。“特别重要的是，不仅仅是权力的内容，还要看对该实体的授权方式，行使那些权力的目的、

该实体……向政府负责的程度”。<sup>266</sup> 无论如何，毫无疑问的是，对“政府权力”的概念必须作广义的诠释，包括行使立法、司法和行政权力。

149. 总之，就属事豁免而言，“官员”定义的相关要素是，有关人员可能根据国内法赋予的权力行使政府权力的可能性。因此，官员级别本身不是充分而自动的要素，不能据此下结论认为此人就本专题而言就是国家官员。上文分析的实践表明，属事豁免要求通常是就高级和中级官员而要求的；针对低级官员要求这种豁免是特殊的，仅在极少数情况下发生过。这一实践证实了上文提及的论点，因为高级和中级官员往往是授权为行使政府权力而履行职能的官员。然而，不能依表面情况就立即排除在某些情况下低级官员可能行使同样特权的可能性。显然，与国家存在联系使某人能够行使政府权力并不自动取决于诸如某人的级别或职位的法律地位又或者履行的职能等形式上的标准；相反这些形式要素在确定某人是否可行使政府权力要素方面的权重取决于每一具体情况并需要逐案加以分析。简言之，不能得出结论认为与国家之间存在联系使其可以在广义上被视为官员的人，就必然享有属事豁免，也不能得出结论认为只有高级官员可享有这种豁免。

150. 最后，应当指出的是，正如委员会所指出的那样，<sup>267</sup> 一名前国家元首、前政府首脑和前外交部长也可享有属事豁免。这类人士因此应被视为属于这类豁免的范围，因为毫无疑问，他们在任职期间都与国家存在联系，这种联系使其能够行使政府权力。

151. 按照上述分析，拟议了如下条款草案；它遵循的模式与委员会2013年通过属人豁免的主体范围条款草案时相同。

“第三部分

“属事豁免

“第5条草案 享有属事豁免的人员

“行使政府权力要素的国家官员对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。”

<sup>264</sup> 见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第45页，条款草案第二章的介绍性评注第(6)段，以及第50页，第5条草案的评注第(5)段。

<sup>265</sup> 同上，第49页，第5条草案的评注第(2)段。

<sup>266</sup> 同上，第50页，第5条草案的评注第(6)段。委员会当时指出，“算不算‘政府的’就取决于特定社会、其历史和传统的情况。”

<sup>267</sup> 见第4条草案，第3款，以及该条草案的评注，特别是其中的第(7)段(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第52-54段)。



### 第三章 今后的工作方案

152. 在下次报告中，特别报告员提议完成她对属事豁免的其它规范要素——即“以官方身份实施的行为”这一概念，以及豁免的时间范围——的分析。

她还提议研究外国刑事管辖豁免的例外情况。她将以该次报告结束对豁免实质性问题的研究，而把其程序问题留到随后的报告中分析。

---

#### 附件

#### 拟议的条款草案

##### 第2条草案(前第3条) 定义

为这些条款草案的目的：

(e) 国家官员是指：

(一) 国家元首、政府首脑和外交部长；

(二) 代表国家行事和以国家名义行事，及代表国家或行使政府权力要素的任何其他人，

而无论此人行使的是立法、行政或司法职能，不论此人在国家组织中持有的地位。

##### 第三部分

##### 属事豁免

第5条草案 享有属事豁免的人员

行使政府权力要素的国家官员对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

# 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

[议程项目6]

A/CN.4/671号文件

## 特别报告员格奥尔格·诺尔特先生 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的第二次报告\*

[原文：英文]  
[2014年3月26日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	116
本报告引用的著作.....	117
	段 次
导言.....	1-2 120
章 次	
一、 确定嗣后协定和嗣后实践.....	3-19 121
A. “适用”条约和“涉及条约解释”的行为.....	4-6 121
B. 不“适用”条约或不“涉及条约解释”的行为.....	7-10 122
C. 确定行为是否属于“适用”条约或“涉及条约解释”.....	11-18 122
D. 结论.....	19 124
二、 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响.....	20-41 125
A. 国际法院的判例.....	21-29 125
B. 国家实践.....	30-38 127
C. 实践的特定性.....	39-41 128
三、 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践的形式和价值.....	42-48 129
A. 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践的各种可能形式.....	43 130
B. 嗣后实践的频率和一致性.....	44-48 130
四、 当事国就条约解释达成的协定.....	49-75 132
A. 协定的存在与范围.....	50-53 132
B. 第三十一条第三项所述“协定”可以是非正式协定.....	54 133
C. 当事国对其协定的认知.....	55 133
D. 第三十一条第三项所述协定本身不必具有法律约束力.....	56-57 133
E. 沉默作为第三十一条第三项所述协定的一个可能存在的要素.....	58-70 134
F. 嗣后实践表示已商定暂不适用条约或仅商定实用安排.....	71-72 137
G. 更改或终止第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述与解释有关的协定.....	73-75 138

\* 特别报告员感谢提供研究金促成本报告编写的普林斯顿大学法律和公共事务学院所给予的支持。

章 次	段 次	页 次
五、 在缔约国大会框架内通过的决定 .....	76-111	138
A. 缔约国大会的形式 .....	77-78	138
B. 缔约国在缔约国大会框架内采用的行为类别 .....	79-83	139
C. 缔约国大会可能产生的第三十一条第三项所述嗣后协定和嗣后实践 .....	84-95	140
D. 形式和程序 .....	96-107	142
E. 条约缔约国未全部在场的情况下通过的法案 .....	108-111	144
六、 嗣后协定和嗣后实践的解释范围 .....	112-166	145
A. 具体解释程序与第三十一条第三项(甲)款和(乙)款 .....	113-114	145
B. 解释与修改之间的关系 .....	115-116	146
C. 嗣后协定或嗣后实践修改条约 .....	117-166	146
七、 今后的工作方案 .....	167	155
附件. 拟议的结论草案 .....		156

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《1864年8月22日关于改善战地武装部队伤员境遇的日内瓦公约》[英](1864年8月22日,日内瓦)	《国际红十字会手册》,第十二版,1983年,第19页。
《改善战地部队伤者病者境遇之日内瓦公约》[英](1929年7月27日,日内瓦)	国际联盟,《条约汇编》,第118卷,第2733号,第303页。
《国际民用航空公约》[英](1944年12月7日,芝加哥)	联合国,《条约汇编》,第15卷,第102号,第295页。
《国际捕鲸管制公约》[英](1946年12月2日,哥伦比亚特区华盛顿)	同上,第161卷,第2124号,第72页。
《国际海事组织公约》(《海事组织公约》)[英](1948年3月6日,日内瓦)	同上,第289卷,第4214号,第3页。
关于保护战争受难者的日内瓦四公约[英](1949年8月12日,日内瓦)	同上,第75卷,第970-973号,第31页起。
《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《第三公约》)[英](1949年8月12日,日内瓦)	同上,第75卷,第972号,第135页。
《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《第四公约》)[英](1949年8月12日,日内瓦)	同上,第75卷,第973号,第287页。
《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》)和《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难者的附加议定书》(《第二议定书》)[英](1977年6月8日,日内瓦)	同上,第1125卷,第17512-17513号,第3和第609页。
《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日,罗马)	同上,第213卷,第2889号,第221页。
《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日,日内瓦)	同上,第189卷,第2545号,第137页。
《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日,维也纳)	同上,第500卷,第7310号,第95页。
《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日,维也纳)	同上,第596卷,第8638号,第261页。
《不扩散核武器条约》(1968年7月1日,伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿)	同上,第729卷,第10485号,第161页。
《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳)	同上,第1155卷,第18232号,第331页。
《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》[英](1971年2月2日,拉姆萨尔)	同上,第996卷,第14583号,第245页。
《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4月10日,伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿)	同上,第1015卷,第14860号,第163页。
《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》[英](1972年12月29日,伦敦、墨西哥城、莫斯科、哥伦比亚特区华盛顿)	同上,第1046卷,第15749号,第120页。
《濒危野生动植物种国际贸易公约》(1973年3月3日,哥伦比亚特区华盛顿)	同上,第993卷,第14537号,第243页。



## 来源

- 《保护野生动物迁徙物种公约(带附录)》[英](1979年6月23日, 波恩) 同上, 第1651卷, 第28395号, 第333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》(1980年10月10日, 日内瓦) 同上, 第1342卷, 第22495号, 第137页。
- 《禁止或限制使用地雷(水雷)、饵雷和其他装置的议定书》(《议定书二》)(1980年10月10日, 日内瓦) 同上, 第168页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥湾) 同上, 第1833卷, 第31363号, 第3页。
- 《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994年7月28日, 纽约) 同上, 第1836卷, 第31364号, 第3页。
- 《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定协定》(1995年8月4日, 纽约) 同上, 第2167卷, 第37924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。
- 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(1987年9月16日, 蒙特利尔) 同上, 第1522卷, 第26369号, 第3页。
- 《对〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉进行的修正》(1999年12月3日, 北京) 同上, 第2173卷, 第26369号, 第183页。
- 《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3月21日, 维也纳) A/CONF.129/15.
- 《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) 联合国, 《条约汇编》, 第1673卷, 第28911号, 第57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。
- 《联合国气候变化框架公约京都议定书》(1997年12月11日, 京都) 同上, 第2303卷, 第30822号, 第162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。
- 《加拿大政府、墨西哥合众国政府和美利坚合众国政府间北美自由贸易协定》[英](1992年12月17日, 墨西哥城、渥太华和哥伦比亚特区华盛顿) *The NAFTA*, 第一卷, 哥伦比亚特区华盛顿, 1993年, 美国政府印刷局。
- 《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1月13日, 巴黎) 联合国, 《条约汇编》, 第1974卷, 第33757号, 第45页。
- 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》[英](1994年4月15日, 马拉喀什) 同上, 第1867卷, 第31874号, 第3页。
- 《世界卫生组织烟草控制框架公约》(2003年5月21日, 日内瓦) 同上, 第2302卷, 第41032号, 第166页。

## 本报告引用的著作

- ALVAREZ, Jose E.  
“Limits of change by way of subsequent agreements and practice”,  
in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford,  
Oxford University Press, 2013, pp. 123–132.
- ANDERSON, D.H.  
“The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment”,  
ed. Colin Warbrick and Dominic McGoldrick, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, No. 2 (1996),  
pp. 463–475.
- AUST, Anthony  
“The theory and practice of informal international instruments”,  
*International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4  
(1986), pp. 787–812.
- Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. Cambridge, Cambridge  
University Press, 2013.
- BERNHARDT, Rudolf  
*Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*. Berlin, Heymann, 1963.

- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence  
 “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6 (2009), pp. 293–298.
- “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 53–68.
- BOYLE, Alan E.  
 “Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions”, *Journal of Environmental Law*, vol. 3, No. 2 (1993), pp. 225–245.
- BROWER, Charles H.  
 “Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, No. 2 (2006), pp. 347–364.
- BRUNNÉE, Jutta  
 “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2002), pp. 1–52.
- “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 101–126.
- “Treaty amendments”, in Duncan B. Hollis, ed., *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 347–366.
- BUGA, I.  
 “Subsequent practice and treaty modification”, in M.J. Bowman and D. Kritsiotis, eds., *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (forthcoming).
- BUGNION, François  
 “The emblem of the Red Cross: a brief history”, *International Review of the Red Cross*, vol. 17, No. 195 (1977), pp. 283–298.
- Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, 4th ed. Geneva, ICRC, 2006.
- Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*. Geneva, ICRC, 2007.
- CARNAHAN, Burrus M.  
 “Treaty review conferences”, *AJIL*, vol. 81, No. 1 (1987), pp. 226–230.
- CAROZZA, Paolo G.  
 “Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol. 73, No. 5 (1998), pp. 1217–1238.
- CHAN, Phil C.W.  
 “Acquiescence/estoppel in international boundaries: *Temple of Preah Vihear* revisited”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), pp. 421–439.
- CHURCHILL, Robin, and Geir ULFSTEIN  
 “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, *AJIL*, vol. 94 (2009), pp. 623–659.
- COT, Jean-Pierre  
 “La conduite subséquente des parties à un traité”, *RGDIP*, vol. 70 (1966), pp. 632–666.
- CRAWFORD, JAMES  
 “A consensualist interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 29–33.
- CREMA, Luigi  
 “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 13–28.
- CROOK, John R.  
 “Contemporary practice of the United States”, *AJIL*, vol. 105 (2011), pp. 775–818.
- DENZA, Eileen  
*Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DISTEFANO, Giovanni  
 “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *AFDI*, vol. 40 (1994), pp. 41–71.
- DÖRR, Oliver  
 “Article 31—General rule of interpretation”, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 521–571.
- FAUCHALD, Ole Kristian  
 “The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 2 (2008), pp. 301–364.
- FOX, Hazel  
 “Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case”, in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Pans Merkouris, eds., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties—30 Years On*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 59–74.
- GARDINER, Richard  
*Treaty Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GAUTIER, Philippe  
 “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, in N. Angelet, ed., *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Brussels, Bruylant, 2007, pp. 425–454.
- HAFNER, Gerhard  
 “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 105–122.
- HALABI, Sam Foster  
 “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39 (2010), pp. 121–183.
- HANDL, Günther  
 “International ‘lawmaking’ by conferences of the parties and other politically mandated bodies”, in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 127–143.
- HARASZTI, Gyorgy  
*Some Fundamental Problems in the Law of Treaties*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973.
- HELPER, Laurence R.  
 “Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 26 (1993), pp. 133–165.

- HENCKAERTS, Jean-Marie, and Louise DOSWALD-BECK, eds.  
*Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules.*  
 Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005.
- Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice.*  
 Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005.
- HIGGINS, Rosalyn  
 “Some observations on the inter-temporal rule in international law”, in Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, pp. 173–181.
- INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION  
 “Dumping at sea: the evolution of the Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter (LC), 1972”, *Focus on IMO*, July 1997.
- JOYNER, Daniel H.  
*Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty.* Oxford, Oxford University Press, 2011.
- KADELBACH, Stefan  
 “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 145–153.
- KAMTO, Maurice  
 “La volonté de l’État en droit international”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law 2004*, vol. 310, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 9–428.
- KARL, Wolfram  
*Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: Zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge.* Berlin, Springer, 1983. In German, with a summary in English.
- KELLY, G.M.  
 “The *Temple Case* in historical perspective”, BYBIL 1963, vol. 39 (1965), pp. 462–472.
- KOHEN, Marcelo G.  
 “*Utī possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pp. 253–275.
- “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 34–45.
- KOLB, Robert  
 “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 14 (2004), pp. 9–32.
- KRÄHENMANN, Sandra  
 “Protection of prisoners in armed conflict”, in Dieter Fleck, ed., *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 359–411.
- LINDERFALK, Ulf  
 “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1 (2007), pp. 133–154.
- On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.* Dordrecht, Springer, 2007.
- MALKANI, Bharat  
 “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3 (2013), pp. 523–556.
- MARSTON, Geoffrey, ed.  
 “United Kingdom materials on international law 1981”, BYBIL 1981, vol. 52, No. 1 (1982), pp. 361–533.
- MCADAM, Jane  
*Complementary Protection in International Refugee Law.* Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MILLETT, Piers  
 “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, No. 1 (2010), pp. 25–43.
- MURPHY, Sean D.  
 “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 82–94.
- NOLTE, Georg  
 “Second report of the ILC Study Group on treaties over time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 210–306.
- “Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 307–386.
- ODENDAHL, K.  
 “Article 39—General rule regarding the amendment of treaties”, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 699–708.
- PAN, Eric J.  
 “Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes”, *Harvard International Law Journal*, vol. 38 (1997), pp. 503–535.
- RICHTSTEIG, Michael  
*Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed. Baden Baden, Nomos, 2010.
- RÖBEN, Volker  
 “Conference (meeting) of States parties”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 605–612.
- ROBERTS, Anthea  
 “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, *AJIL*, vol. 104 (2010), pp. 179–225.
- RUIZ FABRI, Hélène  
 “Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 160–166.
- SALMON, Jean  
*Manuel de droit diplomatique.* Brussels, Bruylant, 1994.
- SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI, and Bruno ZIMMERMANN, eds.  
*Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949.* Dordrecht, ICRC and Martinus Nijhoff, 1987.
- SANDS, Philippe, and Pierre KLEIN  
*Bowett’s Law of International Institutions*, 5th ed. Singapore, Sweet and Maxwell, 2001.



- SHAW, Malcolm N.  
*International Law*, 6th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SHIELDS DELESSERT, Christiane  
*Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*. Ambilly, Schulthess, 1977.
- SIMMA, Bruno  
“Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 46–49.
- SINCLAIR, Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SKORDAS, A.  
“General provisions: article 5”, in Andreas Zimmermann, ed., *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 669–706.
- SOREL, Jean-Marc, and Valerie BORÉ EVENO  
“Article 31: convention of 1969”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties—A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 804–837.
- SPIEKER, Heike  
“Medical transportation”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 52–60.
- THIRLWAY, Hugh  
“The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006—part three”, *BYBIL*, vol. 77, No. 1 (2006), pp. 1–82.
- TREVES, Tullio  
“The General Assembly and the meeting of the States parties in the implementation of the LOS Convention”, in Alex G. Oude Elferink, ed., *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 55–74.
- TROUWBORST, Arie  
“Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change”, *Diversity*, vol. 4, No. 3 (2012), pp. 258–300.
- UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND, MINISTRY OF DEFENCE  
*The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*. Joint Service Publication 383, Shrivenham, Joint Doctrine and Concepts Centre, 2004.
- UNITED STATES OF AMERICA, DEPARTMENT OF DEFENSE  
*Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*. United States Government Printing Office, 1992.
- VILLIGER, Mark E.  
*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.  
“The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission”, in Enzo Cannizzar, ed., *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 105–122.
- WIERSEMA, Annecoos  
“The new international law-makers? Conferences of the parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31 (2009), pp. 231–287.
- WUERTH, Ingrid  
“Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”, in Georg Nolte, ed., *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 154–159.
- YASSEEN, Mustafa Kamil  
“L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1976-III*, vol. 151, Leiden, Martinus Nijhoff 1978, pp. 3–114.

## 导 言

1. 在2013年第六十五届会议期间，国际法委员会审议了关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题的第一次报告，并暂时通过了附带评注的五条结论草案。<sup>1</sup> 这些结论草案：

(a) 将本专题置于《维也纳条约法公约》(下称“1969年《维也纳公约》”)所述条约解释规则的总体框架之内(结论草案1)；

(b) 将1969年《维也纳公约》第三十一条第三项所述嗣后协定和嗣后实践定性为作准解释资料(结论草案2)；

(c) 对嗣后协定、嗣后实践以及解释条约用语随时间演变的条件之间的相互关系加以限制(结论草案3)；

(d) 就一种嗣后协定和两种嗣后实践的形式提供了定义(结论草案4)；

(e) 处理了嗣后实践的归属(结论草案5)。

2. 在大会第六委员会就委员会第六十五届会议的报告<sup>2</sup>进行辩论期间，各国普遍对委员会就这一专题展开的工作予以肯定。<sup>3</sup> 本报告将述及辩论中提出

<sup>1</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，第29–39段。

<sup>2</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)。

<sup>3</sup> 关于各国在第六委员会就“国际法委员会第六十三届和第六十五届会议工作报告(议程项目81)”专题辩论期间所作发

的具体问题和关切,并在委员会按程序审议结论草案时加以处理。自委员会第六十五届会议以来的相关事态发展包括国际法院就海洋争端案(秘鲁诉智利)<sup>4</sup>和南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与)<sup>5</sup>作出的判决。第二次报告涉及该专题的以下方面:

(a) 确定嗣后协定和嗣后实践(第一章);<sup>6</sup>

(b) 嗣后协定和嗣后实践可能对条约解释产生的影响(第二章);

言,《大会正式记录,第六十八届会议,第六委员会》,第17-26次会议(A/C.6/68/SR.17-A/C.6/68/SR.26)。

<sup>4</sup> 海洋争端案(秘鲁诉智利),判决,《2014年国际法院汇编》,第3页。

<sup>5</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与),判决,《2014年国际法院汇编》,第226页。另见请求解释1962年6月15日对柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)所作判决案(柬埔寨诉泰国),判决,《2013年国际法院汇编》,第281页起,详见第307页,第75段。

<sup>6</sup> 第三十一条第三项(甲)款将“各方之间的”嗣后协定作为同义词述及。

(c) 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践的形式和价值(第三章);<sup>7</sup>

(d) 各方按照第三十一条第三项的规定就条约解释达成“协定”的条件(第四章);<sup>8</sup>

(e) 缔约国大会框架内通过的决定(第五章);

(f) 嗣后协定和嗣后实践的可能解释范围(第六章)。

<sup>7</sup> 委员会最后未能解决这个问题(见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第35页,结论草案4的评注第(20)段);排序时采用了世贸组织上诉机构所作区别,该机构在美国一博彩业案中指出,“嗣后实践”包括两个内容:“(一)必须有共同、一致和明显的行为模式或声明;(二)这些行为或声明必须默示已就相关规定的解释达成协议”。(见世贸组织,专家组的报告, *European Communities and its Member States—Tariff Treatment of Certain Information Technology Product*, WT/DS375/R, WT/DS376/R和WT/DS377/R号文件,2010年9月21日通过,第7.558段。

<sup>8</sup> 国际法委员会最后未能解决这个问题(见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第35页,结论草案4的评注第(16)段)。

## 第一章

### 确定嗣后协定和嗣后实践

3. 作为解释资料的嗣后协定和嗣后实践须加以确定证实其为解释资料。

#### A. “适用”条约和“涉及条约解释”的行为

4. 第三十一条第三项(乙)款和第三十二条所述嗣后实践一定是“适用条约”的行为,<sup>9</sup>第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定则一定“关于条约之解释或其规定之适用”。<sup>10</sup>虽然“解释”的某些方面可能一直不涉及条约的“适用”,<sup>11</sup>但解释条约是每次适用条约的先决条件——即使有关规则可能表面看似清晰。<sup>12</sup>因此,“涉及条约解释”的行为和“适用条约”

的行为都意味着一个或多个当事国采取了——或被赋予了——涉及条约解释的某种立场。<sup>13</sup>在第三十一条第三项(甲)款所述“当事国嗣后所订关于条约之解释[……]之任何协定”(第一选项)的情况下,具体且有意地采取了涉及条约解释的立场,但在第三十一条第三项(甲)款所述“……嗣后所订关于……其规定之适用之任何协定”(第二选项)的情况下,这一点则变得不那么明晰。<sup>14</sup>这种“通过适用”而对条约解释采

traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités”,第47页;Linderfalk,“Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation”,第141-144页以及第147页;Distefano,“La pratique subséquente des États parties à un traité”,第44页;以及Villiger,“The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission”,第111页。

<sup>13</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*,第235页;Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*,第167页;Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: Zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge*,第114和第118页;以及Dörr,“Article 31—General rule of interpretation”,第556-557页,第80和第82段。

<sup>14</sup> 第二个备选办法是根据巴基斯坦的建议提出的,但其范围和宗旨一直没有得到解决和澄清,见《联合国条约法会议正

<sup>9</sup> 同上,第38段,结论草案4,第3款。

<sup>10</sup> 同上,第1段。

<sup>11</sup> 根据Haraszti的意见,条约解释具有“阐明案文含义和目标”的作用,而条约适用则“意味着具体指出缔约国承担的后果”(Some Fundamental Problems in the Law of Treaties,第18页);不过,他承认“一项法律规则无论表现为何种形式,除非其内容得到阐明,否则无法适用”(同上,第15页)。

<sup>12</sup> 国际法委员会关于国际法不成体系问题研究组的报告(A/CN.4/L.682和Corr.1以及Add.1号文件(可查阅委员会网站,第五十八届会议文件;最终文本将载于《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),增编),第423段;Gardiner, *Treaty Interpretation*,第27-29和第213页;Yasseen,“L’interprétation des

取的立场隐含在一种适用条约的简单行为中，即根据第三十一条第三项(乙)款和第三十二条所述“根据经解释的条约而采取的每项措施”<sup>15</sup>中。<sup>16</sup>

5. 很难想象哪些“条约适用”行为不意味着实施该行为的当事国“对条约解释”采取立场。事实上，任何行为，凡不能说行为国对条约解释持有立场的，也不能在条约“适用中”实施。由此推定“条约适用”行为尽管极为重要，但只是所有“涉及条约解释的”行为的一个例子。因此，第三十一条第三项(甲)款中的“或”字不表示提出另一种选项，而是举例说明同一事物。

6. 应当指出的是，条约的一次“适用”不一定反映缔约国的立场，即认为在有些情况下这是条约项下唯一可能具有法律意义的行为。<sup>17</sup>此外，“适用”概念也不排除非国家行为体所采取的、被条约承认属于条约适用形式且可归属于一个或多个条约当事方的实践。<sup>18</sup>

#### B. 不“适用”条约或不“涉及条约解释”的行为

7. 不顾条约义务而发生的嗣后行为不属于“适用条约”，也“不涉及”条约解释。例如，在某些经费案中，几名法官对联合国会员国继续缴纳会费是否表示它们接受联合国的某些做法表示怀疑。<sup>19</sup>法官杰拉德·菲茨莫里斯爵士就此提出了一个著名的警告，表明“从实践中提取的论据如果太过分，可能引起质疑”。<sup>20</sup>杰拉德爵士认为，“从会员国缴纳会费这个简单事实中难以推断它们在所有情况下都必然接受一项如此行事的积极法律义务。”<sup>21</sup>

式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24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，第168页，第53段。

<sup>15</sup> Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, 第167页。

<sup>16</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第20页，第38段，结论草案1，第4款和结论草案4，第3款。

<sup>17</sup> 见下文第一章，C节和第二章，B节，第2部分。

<sup>18</sup> 见 Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, 第54和第56页以及第59–60页。

<sup>19</sup> 联合国某些经费案(《宪章》第十七条第二项)，咨询意见，《1962年国际法院汇编》，第151页起，详见第201–202页(杰拉德·菲茨莫里斯爵士的个别意见)和第189–195页(珀西·斯彭德法官的个别意见)。

<sup>20</sup> 同上，第201页。

<sup>21</sup> 同上。

8. 同样，在卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题案中，国际法院裁定1987年(关于将争端交由国际法院管辖的)协定当事国为缔结一项附加特别协定(本可明确说明争端事由)所做的努力，并不意味着当事国实际上将这样一项补充协定视为建立国际法院管辖权的必要条件。<sup>22</sup>

9. 难民法中的“补充保护”是另一个例子，表明自愿做法不是为了“适用”条约，也不“涉及条约解释”。然而，未获《难民地位公约》规定的难民地位者往往会获得《公约》中相当于难民地位的“补充保护”。不过，批准补充保护的国家并不认为它们实施了适用《公约》的行为。<sup>23</sup>

10. 有时很难将与第三十一条第三项(甲)款和(乙)款以及第三十二条规定的与条约解释或适用有关的相关嗣后协定或实践，与整个条约中的其他行为或情况，包括更广泛条约领域中“同时发生的情况”相区别。但是，这种区别十分重要，因为只有一个或多个当事国实施的涉及条约解释的行为才能使它们对解释过程产生特定权威。目前仅需表明，一项协定或实践与条约的关联性越具体，它根据第三十一条第三项(甲)款和(乙)款及第三十二条所具有的证明或解释价值就越大。<sup>24</sup>对海洋争端案(秘鲁诉智利)的判决提供了最新范例，表明需要作出区分，但也表明有时难以进行区分。<sup>25</sup>

#### C. 确定行为是否属于“适用”条约或“涉及条约解释”

11. 将第三十一条第三项及第三十二条规定的嗣后协定和嗣后实践定性为对条约的解释采取立场，往往需要进行审慎的事实和法律分析。司法实践和国家实践范例均可说明这一点。

##### 1. 国际法院

12. 国际法院的判例提供了若干范例，乍看可能具有关联性，但最终都不属于相关嗣后协定和嗣后实践，反之亦然。因此，一方面，国际法院认为，“自

<sup>22</sup> 卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题案，管辖权和可受理性，判决，《1995年国际法院汇编》，第6页起，详见第16页，第28段。

<sup>23</sup> 见 Skordas, “General provisions: article 5”, 第682页，第30段；以及 McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, 第21页。

<sup>24</sup> 关于协定或实践作为解释资料的(证明或解释)“价值”，见下文第三章。

<sup>25</sup> 海洋争端案(秘鲁诉智利)，《2014年国际法院汇编》，第3页起，详见第42–58页。第103–151段。



由航行权的传统依据”不包括“联合部长公报”，因为“公报建立的合作方式有可能被修正以适应各方需要。”<sup>26</sup> 不过，国际法院裁定，如果对条约的解释无特定主张，或没有条约适用的某些特定形式，这本身就构成一种表明当事国所持法律立场的实践，据此在各项与有毒武器有关的条约中没有禁止核武器。<sup>27</sup> 无论如何，只能通过认真考虑当事国集体意见之表达是否以及在何种程度上意在“涉及条约解释”，才能确定这一表达所具有的确切意义。因此，法院在南极捕鲸案中裁定

经协商一致核可的[国际捕鲸委员会]有关决议和指南促请当事国考虑能否通过使用非致命研究办法实际和科学地实现研究目标，但这些决议和指南没有要求只能在没有其他办法时使用致命办法。<sup>28</sup>

## 2. 伊朗-美国索赔法庭

13. 伊朗-美国索赔法庭遇到《处理索赔问题的声明》是否责成美国归还伊朗伊斯兰共和国的军事财产问题时，法庭，除其他外，提到了当事国的嗣后实践，裁定该条约含有默示义务，必须在不归还财产情况下给予补偿：

66. ……虽然《一般声明》第9段没有明确阐明因1979年11月14日以前适用的美国法律未归还某些物品所产生的任何赔偿义务，但法庭裁定这种义务隐含于该段之中。

……

68. 此外，法庭注意到上文第66段所述解释与当事国适用《阿尔及尔协定》的嗣后实践、特别是与美国的行为是一致的。根据《维也纳公约》第三十一条第三项(乙)款，这种行为应在条约解释中加以考虑。美国在1981年3月26日来文中通知伊朗，国防物项出口将不予批准，其中明确表示，“伊朗将在设备成本方面获得尽可能的赔偿。”<sup>29</sup>

<sup>26</sup> 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年国际法院汇编》，第213页起，详见第234-235页，第40段；另见卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页起，详见第1091页，第68段，其中法院暗示一方认为某些形式的实际合作对于这一边界问题的宗旨不具有法律相关性，因此不同意另一方所持相反立场。

<sup>27</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第248页，第55和第56段；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年国际法院汇编》，第803页起，详见第815页，第30段；以及Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第232-235页。

<sup>28</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与)，判决，《2014年国际法院汇编》，第226页起，详见第257页，第83段。

<sup>29</sup> 《伊朗-美国索赔法庭的报告》，第19卷，1988-II，部分裁决，第382-B1-FT号。The Islamic Republic of Iran and the United States of America, 1989, 第294-295页，第66和第68段。

赫尔茨曼法官在反对意见中对该立场提出批评：

当事国的嗣后行为只有在显然受条约驱动时，才能成为解释条约的适当基础。这里没有证据表明也没有人认为，美国愿意为伊朗财产支付费用是为了回应第9段所规定的认知义务。这种行为也与承认合同中的付款义务相一致。如果没有任何迹象表明行为受到了条约驱动，就不应该用该行为解释条约。<sup>30</sup>

多数意见和反对意见结合起来清晰地阐明了有关要点。

## 3. 欧洲人权法院和美洲人权法院

14. 有时也可从条约或某一具体条款的性质中推断出当事国对一条约的解释采取了立场。条约适用方面的嗣后实践往往包括由不同国家机构(行政、立法或司法机构)在不同层面(国内和国际)上有意识适用条约的行为，而欧洲人权法院等机构则通常不明确解答一做法是否为“适用”《保护人权与基本自由公约》或是“涉及公约解释”，<sup>31</sup> 也不解答国家是否据此采取法律立场。因此，在说明会员国国内法律状况时，法院很少问及这一法律状况是否产生于立法程序，其间是否讨论了《公约》可能作出的规定。尽管如此，法院仍推定会员国在立法或以某种方式采取行动时，了解《公约》为其规定的义务，并在采取行动时体现了其对自身义务的善意理解。<sup>32</sup> 与国际法院一样，欧洲人权法院有时甚至认为，当事国对《公约》的某种特定解释“缺乏理解”可能具有指示意义，说明它们对条约的解释持有立场。<sup>33</sup> 美洲人权法院较少提及国家立法实践，而更多地着眼于更广泛的国际事态发展，但有时也使用这类立法实践作为解释资料。<sup>34</sup>

<sup>30</sup> 同上，赫尔茨曼法官表示部分同意和部分反对的个别意见，第304页。

<sup>31</sup> 例如，见泽林诉联合王国案，第14038/88号，1989年7月7日，《A辑》，第161号，第40页，第103段；达吉恩诉联合王国案，第7275/76号，1981年10月22日，《A辑》，第45号，第60段；德米尔和巴依克拉诉土耳其案[大法庭]，第34503/97号，ECHR 2008-V，第417页，第48段；不过，作为对比，可参照马特库洛夫和阿斯卡洛夫诉土耳其案[大法庭]，诉请书编号：46827/99和46951/99，ECHR 2005-I，第146段；以及克鲁斯·巴拉斯等人诉瑞典案，第15576/89号，1991年3月20日，《A辑》，第201号，第36页，第100段。

<sup>32</sup> 见前注。另见马尔茨克斯诉比利时案，第6833/74号，1979年6月13日，《A辑》，第31号，第19页，第41段；约尔吉奇诉德国案，第74613/01号，ECHR 2007-III，第288页，第69段；以及马祖雷克诉法国案，第34406/97号，ECHR 2000-II，第38-39页，第52段。

<sup>33</sup> 班科维奇等人诉比利时和其他16个缔约国案(裁决)[大法庭]，第52207/99号，ECHR 2001-XII，第62段。

<sup>34</sup> 例如，见希莱尔、康斯坦丁和本杰明等人诉特立尼达多巴哥案(案情实质，赔偿和费用)，2002年6月21日，美洲人权

#### 4. 海洋法

15. 《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》就是一个重要例子，表明首先需要审慎确定一行为或协定是否实际构成与条约“解释”或“适用”有关的嗣后协定或嗣后实践。该《协定》规定，应将其作为单一文书与《公约》一起解释，并在发生冲突的情况下优先适用。<sup>35</sup> 只有《公约》当事方才能成为《执行协定》的当事方，<sup>36</sup> 这一事实表明只要不是《公约》的所有当事方都加入了该《协定》，那么该《协定》(也)旨在影响《公约》的解释。因此，虽然《执行协定》就《公约》条款的“不适用”进行了规定，<sup>37</sup> 并建立了新的机构，甚至可以说拟议了《联合国海洋法公约》的修正案，但这也是与《公约》解释有关的一种嗣后实践形式，对《公约》的解释采取了某些立场。<sup>38</sup>

#### 5. 国际人道法

16. 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《第三公约》)第一百一十八条规定，“实际战事停止后，战俘应即予释放并遣返，不得迟延。”为防止有些国家滥用战俘意愿拖延遣返，缔约国刻意没有宣布战俘不想被遣返的意愿具有关联性。<sup>39</sup> 不过，红十字国际委员会在实践中一贯坚持将尊重战俘不想被遣返的意愿作为其加入条件。<sup>40</sup> 但这个做法不一定意味着第一百一十八条应被解释为要求不得违反战俘意愿遣

法院，《C辑》，第94号，第10页，第12段。

<sup>35</sup> 该《协定》在多处(第二条;附件,第1节,第17段;附件,第2节,第6段;附件第3节,第14段以及附件,第7节,第2段)规定“《公约》第十一部分第四节的有关规定应根据本《协定》加以解释和适用”。

<sup>36</sup> 同上,第4条,第2款;

<sup>37</sup> 同上,例如,见附件,第2节,第3段。

<sup>38</sup> 相比之下,《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》开放供未加入《联合国海洋法公约》的国家签署(第1条第2款),并在第4条中规定“本协定中的任何规定均不应妨害《公约》所规定的国家权利、管辖权和义务”。不过,《鱼类种群协定》也被视为明确确定了《联合国海洋法公约》第六十三条第2款、以及第六十四条和第一一七条规定的一般合作义务(Anderson, “The Straddling Stocks Agreement of 1995: an initial assessment”, 第468页)。

<sup>39</sup> Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, 第145-156页和第171-175页;参见一般意义上的遣返义务, Krähenmann, “Protection of prisoners in armed conflict”, 第409-410页。

<sup>40</sup> 因此,红十字国际委员会通过参与,试图调和迅速遣返和对战俘意愿的尊重之间的利益(同上)。

返他们。红十字委员会关于习惯国际人道法的研究报告在其关于第128 A条的评注中谨慎地指出:

根据《日内瓦第四公约》,被保护人在任何情况下都不得被移送至“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由”之国家(《关于战时保护平民之日内瓦公约》,第四十五条,第4款)。虽然《日内瓦第三公约》不包含一项类似的条款,但1949年以来形成的惯例表明,在红十字委员会发挥中立中间人作用的每次遣返中,冲突方不论是国际冲突方还是非国际冲突方都接受红十字委员会的参与条件,包括红十字委员会可在遣返(或在非国际武装冲突中释放战俘)前,通过约谈当事人来查验他们是否愿意被遣返(或被释放)。<sup>41</sup>

17. 这项规定表明,尊重战俘意愿的做法仅限于红十字委员会参与、且该机构提出了这一条件的情况。缔约国从红十字委员会的这种做法中得出了不同的结论。<sup>42</sup> 联合王国国防部在2004年《武装冲突法联合服务手册》中规定:

是否即使是在违背战俘意愿的情况下也必须遣返他们是一个更具有争议性的问题。最近的国家实践表明,他们无须被遣返。联合王国的政策规定,不得违背战俘意愿遣返他们。<sup>43</sup>

18. “必须(*must*)”和“须(*should*)”两词的特定组合表明,联合王国与红十字委员会一样,没有坚定地将其政策立足于这样一个观点,即嗣后实践表示战俘公开宣称的意愿必须永远受到尊重。<sup>44</sup>

#### D. 结论

19. 从判例和国家实践获得的范例证明,需要审慎识别和解释嗣后协定和嗣后实践,特别要询问各方是通过协定或实践对条约解释采取立场,还是受到其他考虑的驱动。这一点在所谓的谅解备忘录中尤为必要。<sup>45</sup> 归根结底,明示或可辨别的当事方协

<sup>41</sup> Henckaerts和Dowd-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules*, 第455页。

<sup>42</sup> Henckaerts和Dowd-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, 第2893-2894页,第844-855段以及关于澳大利亚、以色列、荷兰和西班牙的线上更新,可查阅[http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule128\\_sectiond](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond)。

<sup>43</sup> 大不列颠及北爱尔兰联合王国国防部, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, 第205页,第8.170段。

<sup>44</sup> 美国的手册仅提到伤病战俘的意愿(见Henckaerts和Dowd-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, 第2893-2894页,第844-855段,但美国在第二次海湾战争之后的做法是让红十字国际委员会确定战俘意愿并采取相应行动(美利坚合众国,国防部, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*。

<sup>45</sup> 见下文第四章, D节。



定之宗旨是决定性的。<sup>46</sup> 上述考虑表明, 可以得出以下结论:

<sup>46</sup> 另见Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, 第25–26页。

## 第二章

### 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响

20. 与所有解释资料一样, 嗣后协定和嗣后实践可能在具体情况下, 即在对各种解释资料设定适当权重的“单一综合行动”的互动过程中, 对条约解释产生不同影响。<sup>47</sup> 因此, 对第三十一条第三项和第三十二条所述之嗣后协定和嗣后实践加以考虑有助于澄清条约的含义,<sup>48</sup> 可以具体说明(缩小范围)某个具体用语或条款可能具有的不同含义或划定整个条约的范围(下文A节和B节, 第1小节), 或有助于作出澄清, 确认更广义的解释或当事国行使酌处权的特定范围(广义理解)(下文A节和B节, 第2小节)。取决于所涉及的条约, 嗣后实践的特定性往往是在具体情况下用来确定解释资料价值的一个重要因素(下文C节)。

#### A. 国际法院的判例

21. 国际性法院和法庭通常在某一案件的论证过程中首先确定条约用语的“通常含义”。<sup>49</sup> 在大多数情况下, 嗣后协定和嗣后实践稍后才进入论证阶段, 届时法院会问及此类嗣后协定和嗣后实践是否确认或改变通过最初的文本解释(或通过其他解释资料)所达成的初步成果。<sup>50</sup> 如果当事方不希望表达一个用

<sup>47</sup> 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第39段, 结论草案1的评注第(12)段。

<sup>48</sup> 术语依照了委员会《对条约的保留实践指南》准则1.2(解释性声明的定义): “‘解释性声明’是指[一国或一个国际组织]为了确定或阐明对条约或其中若干条款赋予的含义或范围而作出的单方面声明”(《2011年……年鉴》, 第二卷(第三部分), 第1段); 另见同上, 准则1.2的评注第(18)段。

<sup>49</sup> 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第39段, 结论草案1的评注第(14)段; 大会接纳国家加入联合国的权限案, 咨询意见, 《1950年国际法院汇编》, 第4页起, 详见第8页。

<sup>50</sup> 例如, 见利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚/马来西亚), 判决, 《2002年国际法院汇编》, 第625页起, 详见第656页, 第59–61段以及第665页, 第80段; 领土争端案(阿拉伯利比亚民众国/乍得), 判决, 《1994年国际法院汇编》, 第6页起, 详见第34页, 第66–71段; 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年国际法院汇编》, 第213页起, 详见第290页(纪尧姆专案法官的声明)。

#### “结论草案6 确定嗣后协定和嗣后实践

“确定第三十一条第三项和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践时需要审慎考虑, 特别是要考虑当事国是否通过协定或实践对条约解释采取立场, 或是否受到其他考虑的驱动。”

语的通常含义, 而是表达第三十一条第四项意义上的特殊含义, 则嗣后协定和嗣后实践可能有利于揭示这种特殊含义。以下示例主要来自国际法院的判例,<sup>51</sup> 显示了嗣后协定和嗣后实践作为解释资料如何在解释过程中与其他资料相互作用, 从而帮助澄清条约的含义。

#### 1. 用语的“通常含义”

22. 对嗣后协定和嗣后实践加以考虑有助于识别一个特定用语的“通常含义”, 确认对该用语可能具有的细微含义差别的狭义解释。例如,<sup>52</sup> 在核武器案的咨询意见中, 国际法院确定“毒物或有毒武器”这一表达方式

在国家实践中按通常含义理解, 被视为包括主要甚至唯一用途在于使人中毒或窒息的武器。这一做法很明确, 而那些文书当事国并没有将其视为指的是核武器。<sup>53</sup>

23. 另一方面, 在另一些案件中, 嗣后实践方面的差异有助于避免按照一个或另一个可能存在的不同含义来确定一般用语的具体含义。<sup>54</sup> 例如, 这一点在摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案中得到确认, 法院表示:

<sup>51</sup> 审阅其他国际性法院和法庭的判例会得出同样结果和产生更多示例, 见Nolte, “Second report of the ILC Study Group on treaties over time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”。

<sup>52</sup> 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年国际法院汇编》, 第803页起, 详见第815页, 第30段; 喀麦隆与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年国际法院汇编》, 第275页起, 详见第306–307页, 第67段; 以及大会接纳国家加入联合国的权限案, 咨询意见, 《1950年国际法院汇编》, 第4页起, 详见第9页。

<sup>53</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案, 咨询意见, 《1996年国际法院汇编》, 第226页起, 详见第248页, 第55段。

<sup>54</sup> 对《灭绝种族罪公约》的保留案, 咨询意见, 《1951年国际法院汇编》, 第15页起, 详见第25页。



查看相关资料得出的一般印象是，负责管理海关的人员……一直在利用已有估价要素，尽管其方式也许并不总是连贯一致。

在这些情况下，法院认为第九十五条没有对争议问题订立严格规则。该条款需要一个比本案中当事双方各自的主张更为灵活的解释。<sup>55</sup>

24. 当然，不同形式的实践可能有助于对同一部条约和同一个诉讼程序中的不同用语作狭义和广义解释。国际法院在某些经费案的咨询意见中根据联合国相关嗣后实践，对“经费”（广义）和“行动”（狭义）所作的解释就是一个广为人知的例子。<sup>56</sup>

## 2. “条约用语按其上下文”

25. 条约应依其“条约用语按其上下文”所具有之通常意义解释（第三十一条第一项）。嗣后协定和嗣后实践也可以与这种解释资料相互配合，协助确定一个条约用语更狭义或更宽泛的解释。<sup>57</sup> 例如，国际法院在政府间海事协商组织案的咨询意见中不得裁定《国际海事组织公约》（《海事组织公约》）第二十八条（a）款中的“八个最大船东国”的含义。由于“最大船东国”这一概念可以有不同的解释（按“登记吨位”或按“国民财产”），以及海事协商组织或其成员没有与第二十八条（a）款相关的实践，法院遂向该《公约》其他条款寻求依据并认定：

这种依赖登记吨位确定《公约》不同条款效力的现象……促使法院认为，在起草后一条款[第28条（a）款]并将之纳入《公约》时，不可能考虑到应以登记吨位之外的任何其他标准来确定哪些国家是最大船东国。<sup>58</sup>

<sup>55</sup> 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案（法国诉美利坚合众国），1952年8月27日的判决，《1952年国际法院汇编》，第176页起，详见第211页。

<sup>56</sup> 联合国某些经费案（《宪章》第十七条第二项），咨询意见，《1962年国际法院汇编》，第151页起，详见第158-161页（“经费”）以及第164和第165页（“行动”）。

<sup>57</sup> 例如，见边界和跨边界武装行动案（尼加拉瓜诉洪都拉斯），管辖权和可受理性，判决，《1988年国际法院汇编》，第69页起，详见第87页，第40段。

<sup>58</sup> 政府间海事协商组织海事安全委员会的组成案，1960年6月8日的咨询意见，《1960年国际法院汇编》，第150页起，详见第169页；另见同上，第167-169页；以及附带：爱尔兰与大不列颠及北爱尔兰联合王国间关于《奥斯巴公约》第九条的信息使用权的争端案，2003年7月2日的最终裁决，《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页起，详见第99页，第141段。

26. 最近，国际海洋法法庭海底争端分庭也采取了类似做法，用“硫化物规章”中规定的“最佳环境做法”来解释之前通过的《结核规章》。<sup>59</sup>

## 3. “目的及宗旨”

27. 结合案文和上下文，第三十一条第一项赋予条约之“目的及宗旨”对于条约解释的某种重要性，但不是压倒一切的重要性。<sup>60</sup> 嗣后协定和嗣后实践也有助于澄清条约本身的目的和宗旨，<sup>61</sup> 或者就援引条约“目的及宗旨”与其他解释资料进行协调。

28. 例如，在格陵兰与扬马延间区域海洋划界案<sup>62</sup>和石油平台案<sup>63</sup>中，国际法院通过引述当事国的嗣后实践，澄清了双边条约的目的及宗旨。在喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案中，国际法院认定：

从上文第64段和65段所分析的条约案文和实践来看，乍得湖盆地委员会是一个在特定地理区域范围内行使权力的国际组织；然而，该委员会的宗旨不是在区域一级解决与维持国际和平与安全有关的问题，因此不属于《宪章》第八章适用的范围。<sup>64</sup>

29. 当条约“目的及宗旨”看来与条约某些规则的具体宗旨有冲突时，嗣后实践能帮助减少可能存在的冲突。<sup>65</sup> 例如，在卡西基利/塞杜杜岛案中，国

<sup>59</sup> 就区域内活动保荐个人和实体的国家责任与义务案，咨询意见，《2011年国际海洋法法庭汇编》，第10页起，详见第48页，第136-137段；另见Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, 第66页。

<sup>60</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第190和第198页。

<sup>61</sup> 同上，第191-194页；另见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）对各国的法律后果案，咨询意见，《1971年国际法院汇编》，第16页起，详见第31页，第53段；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第136页起，详见第179页，第109段；Higgins, “Some observations on the inter-temporal rule in international law”, 第180页；Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, 第52-54页；Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, 第21页。

<sup>62</sup> 格陵兰与扬马延间区域海洋划界案（丹麦诉挪威），判决，《1993年国际法院汇编》，第38页起，详见第51页，第27段。

<sup>63</sup> 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年国际法院汇编》，第803页起，详见第815页，第27和第30段。

<sup>64</sup> 另见喀麦隆与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年国际法院汇编》，第275页起，详见第306-307页，第67段。

<sup>65</sup> 见世贸组织，上诉机构的报告，美国—禁止进口某些虾类和虾制品案，WT/DS58/AB/R号文件，1998年11月6日通过，第17段（“多数条约没有一个单一、纯粹的目标及宗旨，

际法院强调1890年条约当事国“力求既确保本国河上航行自由，又尽可能精确划定各自影响范围”<sup>66</sup> 由此通过将某种嗣后实践作为(第三十二条项下)解释之补充资料加以考虑，调和了可能出现的冲突。

## B. 国家实践

30. 司法或准司法范畴外的国家实践证实，嗣后协定和嗣后实践通过缩小可予考虑的解释范围，或指明条约给予缔约国的特定酌处权限，有助于澄清条约的含义。

### 1. 缩小可予考虑的解释范围

31. 虽然《国际民用航空公约》第5条似乎没有要求包机必须获得准许才能在飞行途中降落，但长期以来的国家实践是需要获得准许，因此一般都接受将该条款解释为需要准许。<sup>67</sup>

32. 《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》)第五十七条第二款第(一)项第2目中“可能的预防措施”一词在《禁止或限制使用地雷(水雷)、饵雷和其他装置的议定书》(《议定书二》)第三条第10款中受到界定，其中规定“可行的预防措施是指计及了当时存在的一切情况、包括人道和军事方面的考虑以后实际可行的或实际可能的预防措施”。为了《第一议定书》第五十七条之目的，该详细说明作为嗣后实践已为诸多军事手册所接受，成为“可行性”的一般定义。<sup>68</sup>

33. 最后，《维也纳外交关系公约》第三十一条第四款规定，使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或

强制执行。尽管某些形式的警察强制行为往往招致当事国抗议，<sup>69</sup>但在实践中拖走外交车辆是允许的。<sup>70</sup>这种做法意味着，虽然禁止对外交车辆采取惩罚性措施，但当车辆显然紧迫威胁或阻碍交通和(或)公共安全时，可以拦阻或移走这类车辆。<sup>71</sup>在这个意义上，当事方的嗣后实践具体说明了“强制执行”一词的含义，因而说明了对交通工具的保护范围。

34. 因此，嗣后协定和嗣后实践有助于详细说明一个用语的含义，能够缩小条约权利和义务可能具有的含义。

2. 扩大可予考虑的解释范围或支持行使酌处权的特定范围

35. 但是，此类协定或实践也表明，有许多可以接受的解释范围或条约赋予缔约国使酌处权的特定范围：<sup>72</sup>《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难者的附加议定书》第十二条规定：

<sup>69</sup> Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 第160–161页; Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 第207–208页, 第315段; 另见联合国当局在一名英国空军军官和一名加拿大陆军军官被迫离开一辆属于英国使馆的汽车后提出的抗议(Marston, “United Kingdom materials on international law 1981”, 第434页)。

<sup>70</sup> 例如，见澳大利亚，外交和贸易部，“Privileges and immunities of foreign representatives”，可查阅<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Pages/5-privileges-and-immunities.aspx>; 冰岛，外交部，礼宾司，“Diplomatic handbook”，第14页，可查阅[www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic\\_Handbook\\_March2010.pdf](http://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); 联合王国，内政部政务次官在上议院的陈述(艾尔顿勋爵)(HL Deb, 12 December 1983, vol. 446, cc 3–4; 以及美国, AJIL, vol. 2, 1994, 第312–313页)。

<sup>71</sup> Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 第160页; Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 第70页。

<sup>72</sup> 这并不是说对一部条约可能存在着不同的解释，而是说条约可能为当事国提供了可能性，可从一系列被允许的不同行为中进行选择，见Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第30页，其中引用了上议院在英女王诉内政大臣案(提讼者：阿丹；提讼者：苏巴斯卡兰；提讼者：艾塞戈)(*The Law Reports. Appeal Cases*, 2001, vol. 2, 第515–517页)(斯泰恩勋爵)中的陈述：“有必要确定相关条约规定的自主含义……与其他多边条约一样，《难民公约》必须具有从[《维也纳公约》]第三十一条和第三十二条所述之渊源衍生出的独立含义，而不应带有上任何一个缔约国法律制度显著特性的色彩。原则上，对一部条约只能有一种真正的解释……在实践中，在遇到对解释问题的重大分歧时，由国家法院负责解决。但为解决这个问题，法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚，寻求条约真正自主的国际含义。并且，只有一个真正的含义。”

而是有各种不同且有可能相互冲突的多个目标及宗旨”；以及Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第195页。

<sup>66</sup> 卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页起，详见第1074页，第45段。

<sup>67</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”，第85页；以及Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第215页。

<sup>68</sup> 关于阿根廷1989年、加拿大2001年和联合王国2004年的军事手册，见Henckaerts和Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, volume 2: Practice*, 第359–360页，第160–164段，以及澳大利亚2006年军事手册的线上更新([www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule15\\_sectionc](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc))；另见Sandoz, Swinarski和Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 第683页，第2202段。



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。

36. 尽管“应(*shall*)”一词意味着各国义务使用特殊标志来标识医疗人员和运输工具，但嗣后实践表明各国在这方面拥有一定的酌处权。<sup>73</sup> 随着近年来武装团体专门袭击因展示保护性标志而容易识别的医疗车队，各国在某些情况下避免对此类车队加贴特殊标志。德国政府在回答该国议会就其在阿富汗的做法提出的问题时表示：

与国际安全援助部队特遣队的其他派遣方一样，联邦武装部队曾经历过展示标志的医疗车辆成为袭击目标的情况。有时，这些因展示保护性标志而易于识别的医疗队和车辆甚至成为了攻击的首选目标。因此，联邦武装部队与比利时、法国、联合王国、加拿大和美国一同决定，在国际安全援助部队范围内遮蔽医疗车辆上的保护性标志。<sup>74</sup>

37. 这种国家实践证实了一种解释，即第十二条并未规定在所有情况下都使用保护性标志的义务，<sup>75</sup> 从而表明当事方的酌处范围。

38. 允许缔约国在一定范围内行使酌处权的条约规定可能会引起一个问题，即酌处权的范围是否受规则宗旨的限制？根据《维也纳外交关系公约》第九条，接受国可随时通知派遣国其使馆某一职员为不受欢迎之人而不必说明理由。各国通常是在发现或怀疑使馆人员从事间谍活动，或实施其他严重违反接受国法律的行为，或引起重大政治不满的情况下才会发出此类通知。<sup>76</sup> 然而，许多国家在一些更为平常的情形下，例如为强制执行遭到违反的驾驶规定之目的，<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Sandoz, Swinarski 和 Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 第 1440 页, 第 4742–4744 段; Spieker, “Medical transportation”, 第 54–55 页, 第 7–12 段; 另见法文本中不那么严格的将来时态 “*sera arboré*”。

<sup>74</sup> 德国联邦议院, “Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”, 9 April 2010, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, 第 2 页(英译文由特别报告员提供)。

<sup>75</sup> Spieker, “Medical transportation”, 第 55 页, 第 12 段。

<sup>76</sup> 见 Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 第 77–88 页, 其中提到了更多有关间谍问题的声明; 另见 Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, 第 483–484 页, 第 630 段; 以及 Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 第 30 页。

<sup>77</sup> 见加拿大, 外交、贸易和发展部, “Revised impaired driving policy”, 可查阅 [www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna\\_convention\\_idp-convention\\_vienne\\_vfa.aspx?lang=eng](http://www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng);

或者是当使节对第三方造成严重伤害,<sup>78</sup> 或实施严重违法或反复违法行为时,<sup>79</sup> 也会做出这种声明。甚至可以想象没有出于政治动机的明确原因而作出的声明。其他国家似乎并未认定出于与政治或其他更严重关切事项无关的目的而宣布使馆人员为不受欢迎之人的做法构成对权力的滥用。因此, 这种做法意味着第九条为行使酌处权提供了非常宽泛的范围。<sup>80</sup>

### C. 实践的特定性

39. 在具体案件中, 相对于其他解释资料, 嗣后实践的解释性价值往往取决于其相对于有关条约所具有的特定性。<sup>81</sup> 例如, 国际法院的裁决、与世贸组织专家组和上诉机构的仲裁裁决及报告都证实了这一点。<sup>82</sup> 解决投资争端国际中心仲裁庭在普拉马诉保加利亚案中的仲裁裁决具有启发性:

确实, 为澄清条约案文在条约缔结时的含义, 可以考虑缔约一方与第三国签订的条约。申诉方提交的材料非常明确、深入地呈现了 1987 年保加利亚与塞浦路斯缔结《双边投资条约》后保加利亚在缔结投资条约方面的做法。1990 年代, 当

美国, 国务院, Diplomatic Note 10-181, 2010 年 9 月 24 日, 第 8–9 页, 可查阅 <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/149985.pdf>。

<sup>78</sup> 荷兰, 外交部, 礼宾司, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*, 可查阅 [www.government.nl/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts](http://www.government.nl/documents/leaflets/2015/04/15/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts)。

<sup>79</sup> 法国, 欧洲和外交事务部, *Guide for foreign diplomats serving in France: immunities—“Respect for local laws and regulations”*, 可查阅 [www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and](http://www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and); 土耳其, 外交部, Principal Circular Note, 63552, “Traffic regulations” 2005/PDGY/63552, 2005 年 4 月 6 日, 可查阅 [www.mfa.gov.tr/06\\_04\\_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); 联合王国, 外交和联邦事务部, 1985 年 4 月 19 日致驻伦敦外交使团团长的通知, 重印于 Marston, “United Kingdom materials on international law 1981”, 第 437 页。

<sup>80</sup> 关于《维也纳外交关系公约》第九条项下一个影响更深远的案例, 见 Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, 第 112 页。

<sup>81</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 第 91 页。

<sup>82</sup> 例如, 见格陵兰与扬马延间区域海洋划界案(丹麦诉挪威), 判决, 《1993 年国际法院汇编》, 第 38 页起, 详见第 55–56 页, 第 38 段; 向居住在法国的教科文组织退休职员支付的退休金的税收制度问题案, 2003 年 1 月 14 日的裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十五卷, 第四部分, 第 231 页起, 详见第 259 页, 第 74 段; 世贸组织, 小组报告, 美国—继续存在和使用归零法案, WT/DS350/R 号文件, 2009 年 2 月 19 日通过; 世贸组织, 上诉机构的报告, 美国—高地棉花补贴案, WT/DS267/AB/R 号文件, 2005 年 3 月 21 日通过, 第 625 段。



保加利亚的共产主义制度改变后,该国开始缔结的双边投资条约包含了更自由的争端解决条款,其中包括诉诸解决投资争端国际中心仲裁。然而,这种做法与本案并无特别关联性,因为保加利亚与塞浦路斯后来的谈判显示,这两个缔约国并不打算让最惠国待遇条款有可能在其他情况下从保加利亚嗣后条约实践中推定出的含义。保加利亚与塞浦路斯于1998年就修订其《双边投资条约》进行了谈判。谈判失败了,但谈判时曾专门考虑修改争端解决条款……。从这些谈判可以推断,《双边投资条约》的缔约双方本身不认为最惠国待遇条款的效力延及其他双边投资条约中的争端解决条款。<sup>83</sup>

40. 国际法院和各仲裁庭往往赋予缔约国的特定嗣后实践更大的解释价值,而欧洲人权法院则在多数情况下只限于对各国国内立法或采取的国际立场进行宽泛且有时粗略的比较评估。<sup>84</sup>在这方面,必须铭记人权条约阐明的权利通常不是为国家机关进行权威解释和适用准备的,而是要求国家机关(在某种理解的范围内)准确地将其条约义务转换成各自国家的法律、行政实践和国际安排。为此目的,许多成员国的国内立法具有很强的共同性,足以产生关联性,用以确定一项人权的范围或确定对其加以限制的必

<sup>83</sup> 普拉马财团有限公司诉保加利亚共和国案,解决投资争端国际中心,案件编号:ARB/03/24,2005年2月8日,关于管辖权的裁决, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (spring 2005), 第323-324页,第195段。

<sup>84</sup> 例如,见科西诉联合王国案,1990年9月27日,第10843/84号,《A辑》,第184号,第16页,第40段;蒂勒诉联合王国案,1978年4月25日,第5856/72号,《A辑》,第26号,第15页,第31段;诺里斯诉爱尔兰案,1988年10月26日,第10581/83号,《A辑》,第142号,第20页,第46段;评论人对此提出批评:例如,见Carozza, “Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 第1223-1224页;以及Helfer, “Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights”, 第140页。

要性。此外,某些权利所具有的特点有时也认可将不太特定的做法考虑在内。例如,在兰采夫诉塞浦路斯和俄罗斯案中,法院判定:

从这两份[国际]文书的规定看,缔约国显然形成了这样一个观点,即只有将解决所有三方面问题的措施结合起来,才能有效打击贩运……。因此,处罚和起诉贩运行为的义务只是成员国打击贩运行为总体承诺的一个方面。必须在这一更广泛的背景下考虑第四条[禁止强迫劳动]所产生的积极义务。<sup>85</sup>

41. 同样,在查普曼诉联合王国案中,法院指出:“可以说在欧洲委员会缔约国中正在形成一种国际共识,承认少数族裔的特殊需要并确认有义务保护他们的安全、特征和生活方式,”<sup>86</sup>但最后表示“并不认为这一共识已足够坚实,令法院可从中就缔约国在某一特定情况下视为妥善的行为或标准,推导出任何指引。”<sup>87</sup>上述考虑表明,可以得出以下结论:

“结论草案7 嗣后协定和嗣后实践对解释可能产生的影响

“1. 第三十一条第三项和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践有助于澄清条约的含义,特别是通过缩小或扩大可能的解释范围,或通过指明条约赋予当事国行使酌处权的一定范围澄清含义。

“2. 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的价值,除其他外,可能取决于其特定性。”

<sup>85</sup> 兰采夫诉塞浦路斯和俄罗斯案,第25965/04号, ECHR 2010-I, 第125页,第285段。

<sup>86</sup> 查普曼诉联合王国案[大法庭],第27238/95号, ECHR 2001-I, 第72页,第93段。

<sup>87</sup> 同上,第94段。

### 第三章

#### 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践的形式和价值

42. 委员会确认,第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践包括可能促成确立关于条约解释之协定的任何条约适用“行为”。<sup>88</sup>根据所涉条约的情况,这不仅包括在国际一级的公务行为、声明和表决等对外行为,也包括国内立法、行政和司法行为以及非国家实体施行的条约认为属于其适用形式范围的行为。<sup>89</sup>

<sup>88</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第35页,结论草案4的评注第(16)至第(19)段。

<sup>89</sup> 例如,见结论草案5,同上,第38段;海洋争端案(秘鲁诉智利),判决,《2014年国际法院汇编》,第3页起,详见第

可能促成第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践的个别行为不必符合任何特定的形式标准。<sup>90</sup>但这并未回答第三十一条第三项(乙)款所称的“嗣后……确定

41-45页,第103-111段,第48-49页,第119-122段,以及第50页,第126段;Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第228-230页;Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, 第555-556页,第78段;Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, 第54、56和第59-60页。

<sup>90</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第226-227页;Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, 第53页。

各当事国……之协定之……”集体惯例是否需要特定形式的问题。

#### A. 第三十一条第三项(乙)款所述 嗣后实践的各种可能形式

43. 显然,所有当事国的嗣后实践都可以建立其在条约解释方面的协定。这种实践不一定是联合行为,<sup>91</sup>仅有并行行为就可能足矣。比如,这种情况可以是两个国家以某种方式各自独立授予石油开采权,从而表明它们默认某个海域边界的特定走向。因此,在喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案中,国际法院指出,如果石油开采权“是基于双方之间明示或默示协定”,则“会……将之纳入考虑”。<sup>92</sup>此类并行活动是否实际表明在特定情况下对条约的解释达成充分共同理解(协定)则是另外一个问题(见下文第四章)。<sup>93</sup>

#### B. 嗣后实践的频率和一致性

44. 委员会指出“如果要在……嗣后实践概念与缔约国之间可能的协定二者之间做出区分,频度并不是定义(第三十二条下)……‘嗣后实践’概念的必需要素。”<sup>94</sup>但这不能回答下面的问题,即第三十一条第三项(乙)款所述“嗣后实践”是否<sup>95</sup>要求不能仅适用一次条约,就将之当作当事方可能就条约解释达成协定的依据。世贸组织上诉机构在这方面主张采用相当苛刻的标准,它在日本一酒精饮料案二的先期裁决中指出:

<sup>91</sup> 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国),案情实质,1962年6月15日的判决,《1962年国际法院汇编》,第6页起,详见第33页;以及卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚),判决,《1999年国际法院汇编》,第1045页起,详见第1213页,第17段(帕拉-阿朗古伦法官的反对意见)。

<sup>92</sup> 喀麦隆与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),判决,《2002年国际法院汇编》,第303页起,详见第447-448页,第304段。

<sup>93</sup> 尼加拉瓜和洪都拉斯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年国际法院汇编》,第659页起,详见第737页,第258段;但见大陆架案(突尼斯诉阿拉伯利比亚民众国),判决,《1982年国际法院汇编》,第18页起,详见第84-85页,第117段,其中法院确认,争端当事方给予的特许权是其默示协定的证据;另见海洋争端案(秘鲁诉智利),判决,《2014年国际法院汇编》,第3页。

<sup>94</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第38页,结论草案4的评注第(35)段。

<sup>95</sup> 同上,第20页,结论草案4,第2款。

条约解释方面的嗣后实践被视为一连串“一致、共同和连贯”的行为或文告,足以形成明晰的模式,隐含了当事国与条约解释有关的协定。<sup>96</sup>

45. 这一定义表明,第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践需要不只一次与条约解释有关的“行为或文告”,更需要行动的频率和一致性足以让人得出结论,认为当事方对条约的解释达成了经反复确认订立的协定。这是一个相当高的门槛,可能意味着第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践不仅将嗣后实践作为一种识别协定的方式,更为确立当事方就解释达成的协定规定了一种基础特别广泛、确定和有条件限制的集体实践形式。

46. 另一方面,国际法院并未将嗣后实践抽象定义为第三十一条第三项(乙)款项下的集体行为。相反,国际法院灵活地适用了这一条款,并未附加任何其他条件。国际法院对卡西基利/塞杜杜岛案这一要案的判决特别体现了这一点,其中法院重申了其以往的相关判例。<sup>97</sup>其他国际性法院大都沿循了国际法院的做法,灵活理解第三十一条第三项(乙)款的适用门槛。伊朗-美国索赔法庭<sup>98</sup>和欧洲人权法院<sup>99</sup>即是如此,而国际海洋法法庭<sup>100</sup>和欧洲法院<sup>101</sup>至少没有采用世贸组织上诉机构在日本一酒精饮料案二

<sup>96</sup> 世贸组织,上诉机构的报告,日本——酒精饮料税案,WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R和WT/DS11/AB/R号文件,1996年11月1日通过, E节,第13页。

<sup>97</sup> 卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚),判决,《1999年国际法院汇编》,第1045页起,详见第1075-1076页,第47-50段和第1087页,第63段;领土争端案(阿拉伯利比亚民众国/乍得),判决,《1994年国际法院汇编》,第6页起,详见第34-37页,第66-71段。

<sup>98</sup> 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案,第ITL 83-B1-FT号(反诉),中间裁决,《伊朗-美国索赔法庭汇编》,第38卷(2004-2009),第77页起,详见第116-126页,第109-133段。

<sup>99</sup> 泽林诉联合王国案,第14038/88号,1989年7月7日,《A辑》,第161号,第40页,第103段;洛伊齐杜诉土耳其案,初步反对意见,第15318/89号,《A辑》,第310号,第27-29页,第73段和第79-82段;以及班科维奇等人诉比利时和其他16个缔约国案(裁决)[大法庭],第52207/99号, ECHR 2001-XII,第56-62段。

<sup>100</sup> “赛加羚羊”号轮案(第2号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚),判决,《1999年国际海洋法庭汇编》,第61-62页,详见第155-156段。

<sup>101</sup> 英女王诉农业、渔业和粮食大臣案,提讼者:阿纳斯塔西奥(皮苏里)有限公司等,判决,1994年7月5日,《1994年欧洲法院汇编》,第I-03087页,第C-432/92号案,第43、46和第50-54页;莱昂斯·凯罗尔诉乔瓦尼尼沃伊拉和菲利亚案,判决,1977年11月30日,《1977年欧洲法院汇编》,第2261页,第C-52/77号案,第18段。

的裁决中提出的标准。解决投资争端国际中心法庭则作出了不同的裁决。<sup>102</sup>

47. 进一步审查发现, 世贸组织上诉机构提出的标准和解决投资争端国际中心的个案裁决与国际法院和其他国际法庭采用的办法之间的差异只是表面差异而非实际差异。世贸组织上诉机构似乎采用了伊恩·辛克莱尔爵士的著述<sup>103</sup>中所提出的“一致、共同和连贯”的提法, 而伊恩爵士本人借鉴的是委员会前委员穆斯塔法·卡米勒·亚西恩以法文提出的类似措辞。<sup>104</sup> 但是, 伊恩爵士并没有强调指出, 为了满足第三十一条第三项(乙)款的要求, 嗣后实践必须是“一致、共同和连贯的”, 而是写道“嗣后实践的价值\*自然取决于其一致、共同和连贯的程度。”<sup>105</sup> 这表明“一致、共同和连贯”的提法最初并不是为了就第三十一条第三项(乙)款的适用性确立一个门槛, 而是提供一个指示, 说明在哪些情形下第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践可能作为条约解释过程中的一种解释资料具有或多或少的价值。<sup>106</sup> 事实上, 在

类似情况下, 世贸组织上诉机构本身有时也会在类似的情况下依赖这种微妙视角, 认为:

条约解释的目的是为了确定条约当事国的共同意图。为确定这一意图, 仅仅一个当事国的过往实践可能是相关的, 但这种相关性与所有当事国的实践相比, 其价值显然更为有限。<sup>107</sup>

48. 因此, 可以认为“一致、共同和连贯”的提法并不是对第三十一条第三项(乙)款的适用性所建立的最低门槛, 而是确定嗣后实践在多大程度上“一致、共同和连贯”才能确定一种默认当事方达成协定、进而“必须将之纳入条约解释”的“明晰模式”。<sup>108</sup> 据此, 委员会认为: “嗣后实践的价值各有不同, 取决于其在多大程度上表明当事国对条约规定的共同理解。”<sup>109</sup> 世贸组织上诉机构之所以有时制定更严苛的定义, 可能是因为世贸组织协定的特殊性及其运作方式, 而不是审慎顾及第三十一条第三项(乙)款对各种其他条约的要求。上述考虑表明, 可以得出如下结论:

“结论草案8 第三十一条第三项(乙)款所述  
嗣后实践的形式和价值

“第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践可以采取各种形式, 必须反映当事国对条约解释的共同理解。嗣后实践作为条约解释资料的价值取决于其在多大程度上一致、共同和连贯。”

<sup>102</sup> 安然公司和Ponderosa资产管理公司诉阿根廷共和国案(美国/阿根廷双边投资协定), 撤销程序, 关于阿根廷共和国暂缓执行裁决要求的裁定, 解决投资争端国际中心, 案件编号: ARB/01/3, 2008年10月7日, 第70段, 可查阅[http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3/DC830\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3/DC830_En.pdf); 米海利国际公司斯里兰卡民主社会主义共和国案(美国/斯里兰卡双边投资协定), 裁决, 解决投资争端国际中心, 案件编号: ARB/00/2, 2002年3月15日, 《解决投资争端国际中心汇编》, 第6卷, 2004年, 第317页, 第33段; 国家电网公司诉阿根廷共和国案(联合国/阿根廷双边投资协定), 关于管辖权的裁决(贸易法委员会), 2006年6月20日, 第25-26页, 第84-85段; 以及Fauchald, “The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis”, 第345页; 另见Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, 第207-215页。

<sup>103</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第137页。

<sup>104</sup> Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, 第48-49页; “*commune*”一词取自委员会的工作文献, 而“*d’une certaine constance*”和“*concordante*”则是Yasseen通过进一步推理得出提出的条件; 见《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 第98-99页, 第17-18段以及第221-222页, 第27和第28条草案的评注第(15)段。

<sup>105</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第137页; 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案, 第ITL 83-B1-FT号(反诉), 中间裁决, 《伊朗-美国索赔法庭汇编》, 第38卷(2004-2009), 第77页起, 详见第118页, 第114段。

<sup>106</sup> 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案, 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页起, 详见187页, 第169段; Cot, “La conduite subséquente des

parties à un traité”, 第644-647页 (“valeur probatoire”); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, 第46页; 以及Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, 第556页, 第79段; 另见国际法院海洋争端案(秘鲁诉智利)的口头辩论, 第CR 2012/33号, 第32-36页, 第7-19段(Wood), 以及CR 2012/36, 第13-18页, 第6-21段(Wordsworth), 可查阅[www.icj-cij.org/en/case/137](http://www.icj-cij.org/en/case/137)。

<sup>107</sup> 世贸组织, 上诉机构的报告, 欧洲共同体某些计算机设备海关分类案, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R和WT/DS68/AB/R号文件, 1998年6月22日通过, 第36页, 第93段。

<sup>108</sup> 《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 第221页, 第27和第28条草案的评注第(14)段; 重申于卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚), 判决, 《1999年国际法院汇编》, 第1045页起, 详见第1075-1076页, 第49段; 另见Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, 第46页; 以及Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第218页以及第239-241页。

<sup>109</sup> 《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 第222页, 第27和第28条草案的评注第(15)段; Cot, “La conduite subséquente des parties à un traité”, 第652页。



## 第四章

## 当事国就条约解释达成的协定

49. 嗣后协定和嗣后实践作为第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述的作准解释资料与第三十二条所述作为补充解释资料的其他嗣后实践<sup>110</sup>之间的区别在于,当事国就有关条约的解释达成“协定”。正是这种当事国协定赋予了第三十一条第三项所述解释资料<sup>111</sup>相对于第三十一条解释通则所述互动解释过程的特定功能和价值。<sup>112</sup>

## A. 协定的存在与范围

50. 不同当事国就一条约表达的冲突立场排除了协定的存在。仲裁法庭在德国外债案中特别确认了这一点。法庭认为,无法从行政机构的若干来文中获得“默示的嗣后理解”,因为其中一个机构即英格兰银行表达了不同的立场。<sup>113</sup>

51. 但是,无协定状态只存在于分歧所及的范围和时间。需要对协定的范围和产生情况进行谨慎说明(见上文第一章)。<sup>114</sup>不能因各国以不同方式执

行条约就对这种差异的法律关联性作出结论。这种差异可能反映了就(一种)正确的条约解释存在意见分歧,也可能反映出一项共同理解,即条约允许在其执行过程中有一定范围的酌处权。<sup>115</sup>可以推定的是,以人道考虑或其他普遍社会利益为特征的条约,如人权条约或《关于难民地位的公约》,都旨在尽量形成统一的解释,规定最起码的义务,不给缔约国留有行使酌处权的余地。

52. 虽然一个或多个当事方模棱两可的行为通常有碍于识别一项协定,<sup>116</sup>但国际法院有时仍确认产生了一项第三十一条第三项所述关于条约解释的协定——尽管存在若干相反的迹象。因此,并非每一种不完全符合整体情况的缔约国行为要素都一定具有令该国行为如此模棱两可,以致于无法识别一项协定的效果。例如,在比格尔海峡案中,仲裁法院认定当事方进行谈判,后来却在条约解释方面暴露出意见分歧这一事实不一定足以认定这种协定缺失的状态是永久的:

同样,旨在解决问题的谈判如果没有产生解决办法,也不大可能产生任何永久效果。充其量是使当事方在谈判过程中实施的行为就支持其各自对条约的解释而言,暂时不具有证明价值。这个问题不过如此。<sup>117</sup>

针对同一案件,仲裁法院认为,

仅仅公布几幅意义和价值均极不确定的地图(如法院所示)——即使它们反映了阿根廷的官方看法——不能妨碍或阻止智利采取行动以相应表明它如何看待《1881年条约》为其确立的权利;也不能免除阿根廷在认为智利的行为违反条约时,对这些行为作出一切必要回应的责任。<sup>118</sup>

53. 同样,在洛伊齐杜诉土耳其案中,欧洲人权法院认为当事国就接受委员会和法院的管辖所能施加的限制范围得到了“缔约国嗣后实践的确认”,

<sup>110</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第35页,结论草案4的评注第(16)段。

<sup>111</sup> 见Crawford, “A consensualist interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 第30页:“没有理由认为(乙)款项中的‘协定’一词与其在(甲)款中的含义有任何不同。”

<sup>112</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第34–35页,结论草案1的评注第(12)–(15)段;必须将第三十一条“作为一个整体解读”,并将解释过程视为“单一综合行动”,这一条款并非“不是为条约解释准则制定一个法律等级”,《1966年……年鉴》[英],第二卷,第219–220页,第27和第28条草案的评注第(8)和第(9)段。

<sup>113</sup> 关于1961年和1969年德国马克重新定值是否构成适用1953年以比利时、法国、瑞士、大不列颠和北爱尔兰联合王国和美利坚合众国为一方与德意志联邦共和国为另一方的关于德国外债的协定的附件IA第2条(e)项的情形的问题案,1980年5月16日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第十九卷,第三部分,第67页起,详见第103和第104页,第31段;另见世贸组织,上诉机构的报告,欧洲共同体某些计算机设备海关分类案,WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R和WT/DS68/AB/R号文件,1998年6月22日通过,第36–37页,第95段;几内亚和几内亚比绍海洋疆界划界案,1985年2月14日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第十九卷,第四部分,第149页起,详见第175页,第66段;英女王诉农业、渔业和粮食大臣案,提讼者:阿纳斯塔西奥(皮苏里)有限公司等,判决,1994年7月5日,《1994年欧洲法院汇编》,第I-03087页,第C-432/92号,第50–51段。

<sup>114</sup> 海洋争端案(秘鲁诉智利),判决,《2014年国际法院汇编》,第40–41页,第99段。

<sup>115</sup> 见上文第二章。

<sup>116</sup> 向居住在法国的教科文组织退休职员支付的退休金的税收制度问题案,2003年1月14日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第二十五卷,第四部分,第231段起,详见第258页,第70段;以及Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, 第16页。

<sup>117</sup> 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案,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页起,详见第188页,第171段。

<sup>118</sup> 同上。

即“实践证据表明，缔约国实际上普遍同意，《公约》第二十五条和四十六条……不允许施加属地或实体限制。”<sup>119</sup> 法院表示，“此种国家实践”是“统一和连贯的”，尽管它同时也承认，有两个国家可能构成例外。<sup>120</sup> 这一裁决值得注意，因为与其惯常的推理方式不同，法院明确援引并适用了第三十一条第三项(乙)款。<sup>121</sup> 这一裁决表明，在确定当事方是否就某一种解释达成协定时，解释者拥有一定的判断余地。<sup>122</sup>

### B. 第三十一条第三项所述“协定” 可以是非正式协定

54. 1969年《维也纳公约》中的“协定”一词<sup>123</sup>及其在关于条约的习惯国际法中的使用并不意味着有一定程度的形式要求。<sup>124</sup> 因此，《维也纳公约》对第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述“协定”的形式也没有设定任何要求。<sup>125</sup> 但是，委员会指出，为了区分第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定和第三十一条第三项(乙)款所述“确定各当事国之协定”的嗣后实践，前者以“单一共同行为”为前提。<sup>126</sup> 这

<sup>119</sup> 洛伊齐杜诉土耳其案，初步反对意见，《A辑》，第310号，第28页，第79-80段。

<sup>120</sup> 同上，第29页，第82段。

<sup>121</sup> 该案并不涉及对某一种特定人权的解释，而涉及国家是否受《公约》约束的问题。

<sup>122</sup> 世贸组织争端解决机构的判例具有更多的限制性，这表明不同的解释者可能对事物的评价有所不同，见世贸组织，小组报告，美国—关于计算倾销幅度(“归零”)的法律、法规和方案，WT/DS294/R号文件，2006年5月9日通过，第7.218段：“尽管得出结论确定欧洲共同体提及的所有76个成员都采用了[某一]做法……，但这只是意味着世贸组织许多成员国采取了与美国不同的做法……我们注意到，该诉讼程序中的一个第三方对欧洲共同体的意见提出抗辩”。

<sup>123</sup> 见第二条第一项(甲)款、第三条、第二十四条第二项、第三十九条至第四十一条、第五十八条和第六十条。

<sup>124</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32页，结论草案4的评注第(5)段；Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, 第45页；以及 Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, 第47页。

<sup>125</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32页，结论草案4的评注，第(5)段；Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第208-209页和第216-220页；另见 Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第213页；以及 Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, 第554页，第75段。

<sup>126</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第34页，结论草案4的评注第(10)段：“单一共同行为”也可能包括换文，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，ILR, vol. 105, 第1页起，详见第54-56页；Fox, “Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the Kasikili/Sedudu Island case”, 第63页；以及 Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第220-221页。

是对第三十一条第三项(甲)款所述特定解释资料最低限度的形式要求。除此之外，任何可识别的当事国协定都是充分的。《联合国宪章》第一百零二条并未要求必须公布或登记此种协定。<sup>127</sup>

### C. 当事国对其协定的认知

55. 对第三十一条第三项所述协定而言，当事国在解释或适用条约方面的所持立场恰好重叠还不够，当事国必须意识到这些立场的共同性。因此，在卡西基利/塞杜杜岛案中，国际法院对第三十一条第三项(乙)款所述惯例的要求是，“当局完全意识到和接受这一惯例，将之视为对《条约》界线的确认。”<sup>128</sup> 事实上，只有了解其他当事方对条约解释的立场，才能合理解释将第三十一条第三项所述协定定性为“作准的”解释资料。<sup>129</sup> 然而，很可能对其他一个或多个当事方立场的了解是推理而来的，这对于在国家一级执行而没有共同监督机制的条约而言尤其如此。

### D. 第三十一条第三项所述协定本身 不必具有法律约束力

56. 第三十一条第三项(甲)款所述“协定”不必一定具有法律约束力。<sup>130</sup> 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践更是如此。委员会在其关于条约法的最后条款中使用了“任何可确定当事国理解\*的嗣后实践”<sup>131</sup> 这一表述，确认了这一点。联合国条约法会议以“协定”一词替代“理解”，并非出于任何实质性原因，而“仅与起草有关”，目的是强调当事国的理

<sup>127</sup> Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, 第789-790页。

<sup>128</sup> 卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页起，详见第1094页，第74段(“马苏比亚部落在该岛的居住”)和第1077-1078页，第55段(“伊森的报告”，该报告“似乎从不曾为德国所知晓”)；Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, 第560页，第88段。

<sup>129</sup> 在这方面，对第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践的认定可能比习惯国际法的要求更为严格；但见 Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’...”, 第53-55页。

<sup>130</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第33页，结论草案4的评注第(6)段；这意味着第三十一条第三项(甲)款规定的嗣后协定不一定必然具有与之相关的条约相同的法律效力；见卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页起，详见第1091页，第68段，在该案中，法院暗示其中一个当事方不认为某些形式的实际合作为争议中的边界问题之目的，具有法律上的相关性，并因此不同意另一当事方的相反立场。

<sup>131</sup> 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第222页，第27和第28条草案的评注第(15)段。

解是其“共同”的理解。<sup>132</sup>“理解”这一表述表明，第三十一条第三项中的“协定”这一用语<sup>133</sup>并不要求当事国因此承担或引起条约之外或独立于条约的任何法律义务。<sup>134</sup>只要当事国通过第三十一条第三项所述嗣后协定或嗣后实践赋予条约某种含义，<sup>135</sup>或换言之对条约持有某种“理解”就够了。<sup>136</sup>然而，第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述嗣后协定和嗣后实践即使本身不具有法律约束力，仍可根据第三十一条的规定作为解释资料，在解释过程中产生法律后果。<sup>137</sup>

57. 关于第三十一条第三项中用语“协定”的这一理解已经得到了各国际性法院和法庭判例的确认。国际性法院和法庭并没有要求第三十一条第三项所述“协定”反映当事国有意创造新的或单独的具有法律约束力的承诺(例如，“暗示当事方有关解释之协定的模式”，<sup>138</sup>或“须暗示有关条款解释之协定……模

<sup>132</sup>《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24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，第169页，第60段；Gautier，“Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”。

<sup>133</sup> Crawford, “A consensualist interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 第30页：“没有理由认为(乙)款中的‘协定’一词与其在(甲)款中的含义有任何不同”；以及Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, 第169–171页。

<sup>134</sup> 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案，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页起，详见187页，第169段；德国马克重新定值案，1980年5月16日的裁决(见上文脚注113)，第31页；Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht...*, 第190–195页；Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, 第25–26页；以及Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, 第169–171页。

<sup>135</sup> 该术语参照了委员会《对条约的保留实践指南》中的准则1.2(解释性声明的定义)的评注(见《2011年……年鉴》，第二卷(第三部分)，第2段，准则1.2的评注第(18)至第(19)段)。

<sup>136</sup>《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第222页，第27和第28条草案的评注第(15)至第(16)段(在有关内容(后分别成为第三十一条第三项(甲)款和第三十一条第三项(乙)款)中，均使用了“理解”一词)。

<sup>137</sup> 美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案，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，第3页起，详见第131页，第6.7段；Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, 第787和第807页；Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, 第173页；Hafner, “Subsequent agreements and practice ...”；以及Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, 第434页。

<sup>138</sup> 世贸组织，上诉机构的报告，日本—酒精饮料税案，WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R和WT/DS11/AB/R号文件，

式”，<sup>139</sup>或“反映有关解释之协定的实践”，<sup>140</sup>或“国家实践表明缔约国缺乏……理解”)<sup>141</sup>。同样，谅解备忘录有时被认定为“一种可能很重要的辅助解释手段”，但“并非独立的法律权利和义务渊源”。<sup>142</sup>的确，如果当事国就条约的解释缔结了一项具有法律约束力的协定，就会出现以下问题，即此种协定是否仅仅旨在成为一种解释资料，<sup>143</sup>或它是否主张同第三十九条所述修正协定一样优先于条约(见下文第六章，C.2节)。

#### E. 沉默作为第三十一条第三项所述协定的一个可能存在的要素

58. 虽然第三十一条第三项所述“协定”可能是非正式协定且不必一定具有约束力，但仍必须可识别，从而可以被“确定”。这一要求虽是明文针对第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践提出的，但也是第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定的一个默认条件，后者必须体现在“单一共同行为”之中。<sup>144</sup>因此，第三十一条第三项(甲)款所述协定不能仅源自当事方的沉默。

59. 另一方面，委员会认识到，因第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践而产生的“协定”可能部分来自沉默或不行为。在解释为什么第二十七条草案第三项(乙)款中使用了“当事国的理解”这一表述

1996年11月1日通过，E节，第13页。

<sup>139</sup> 世贸组织，上诉机构的报告，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号文件，2010年9月21日通过，第7.558段。

<sup>140</sup> 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案，第ITL 83-B1-FT号(反诉)，中间裁决，《伊朗—美国索赔法庭汇编》，第38卷(2004–2009)，第77页起，详见第119页，第116段。

<sup>141</sup> 班科维奇等人诉比利时和其他16个缔约国案(裁决)[大法庭]，第52207/99号，ECHR 2001-XII，第62段。

<sup>142</sup> 美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案(见上述脚注137)，详见第131页，第6.7段；另见关于比利时王国与荷兰王国之间的莱茵铁(“Ijzeren Rijn”)铁路的仲裁的裁决案，2005年5月24日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第二部分，第35页起，详见第98页，第157段。

<sup>143</sup> Crawford, “A consensualist interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 第31–33页；例如，见美国与联合王国希思罗机场使用费仲裁案，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，第3页起，详见第131页，第6.8段。

<sup>144</sup>《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第34页，结论草案4的评注第(10)段。



(后在第三十一条第三项(乙)款中改为“协定”),而非“所有当事国的理解”这一表述时,委员会指出:

委员会认为,“当事国的理解”一语必然指“全体当事国”。委员会省略“全体”一词仅仅是为了避免有人可能错误地认为每个当事国都必须实施了该种实践,而实际上它只须接受该做法即可。<sup>145</sup>

60. 因此,委员会推定并非所有当事国都必须实施特定实践,但如果这种实践为不曾实施该实践的当事方所“接受”,则构成与条约解释相关的充分协定。<sup>146</sup> 国际性法院和法庭在委员会开展条约法工作前后做出的裁决确认,这种“接受”可通过沉默或不行为产生。

### 1. 国际性法院和法庭的判例

61. 国际法院确认有可能通过沉默或不行为来表达与解释有关的协定,它在柏威夏寺案中表示,“如果显然情况紧急,需要在合理期间内作出某种反应”,则一个当事国的某一嗣后行为所针对的另一当事国“必须被视为已予默许”。<sup>147</sup>

62. 柏威夏寺案所涉实践可能不仅意味着对条约的简单解释,或许更意味着对边界条约的修订。然而,无论条约是否可被当事方的嗣后实践所修改(见下文第六章),就沉默在确定与条约解释有关的嗣后协定方面所起的作用,国际法院提出的总体主张得到了后来若干裁决的确认,<sup>148</sup> 也得到了学者们的普遍

<sup>145</sup> 《1966年……年鉴》[英],第二卷,第222页,第27和第28条草案的评注第(15)段。

<sup>146</sup> 世贸组织,上诉机构的报告,欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类案,WT/DS269/AB/R和WT/DS286/AB/R号文件,2005年9月27日通过,第101页,第259段。

<sup>147</sup> 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国),案情实质,1962年6月15日的判决,《1962年国际法院汇编》,第6页起,详见第23页。

<sup>148</sup> 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年国际法院汇编》,第803页起,详见第815页,第30段;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),管辖权和可受理性,判决,《1984年国际法院汇编》,第392页起,详见410页,第39段;检察官诉富伦基亚案,前南斯拉夫问题国际法庭,初审法庭,判决,1998年12月10日,第IT-95-17/1号,第179段;兰采夫诉塞浦路斯和俄罗斯案,第25965/04号,ECHR 2010-I,第125页,第285段;谨慎参考:世贸组织,上诉机构的报告,欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类案,WT/DS269/AB/R和WT/DS286/AB/R号文件,2005年9月27日通过,第105页,第272段;另见有限性裁决:镭格瓦格纳装备公司诉伊朗快线航站楼公司案,《伊朗—美国索赔法庭汇编》,第2卷,1984年,第30-16-3号裁决,第141页起,详见第144页;以及德国马克重新定值案,1980年5月16日的裁决(见上文脚注113),第31段。

确认。<sup>149</sup> 需要作出一定反应的“情形”包括缔约国就条约进行互动的特定环境。<sup>150</sup>

63. 仲裁法院在比格尔海峡案<sup>151</sup>中解释了沉默在确定与条约解释相关的嗣后协定方面可能具有的意义。在该案中,法庭审理了阿根廷提出的论点,即智利对若干岛屿实施的管辖权行为不能算作相关嗣后行为,因为阿根廷未对这些行为作出反应。然而,法院认为:

《维也纳公约》的条款没有指定协定的可能表现方式。在本案背景下,管辖权行为的意图不是要确定一种独立于条约条款的权属渊源,也不能将它们视为与智利所理解的条款相悖。有证据支持这样一种观点,即这些行为是公开的,阿根廷也充分知悉,且其唯一依据只能是条约。在这种情形下,从阿根廷的沉默可以推断,这些行为似乎确认了一种本身独立于管辖权行为的对条约含义的解释。<sup>152</sup>

64. 沉默的意义也取决于另一当事方嗣后实践所涉及的法律状况以及由此表达的主张。因此,在喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案中,国际法院认为:

其中一些活动(组织公共卫生和教育、治安、司法)通常会被视为主权行为。然而,法院注意到,鉴于喀麦隆对该地区拥有先前存在的所有权,相关法律测试就是要确定是否有证据表明喀麦隆已默许将自己的所有权转让给尼日利亚。<sup>153</sup>

65. 这一判决表明,在涉及划界条约的案件中,只有非常特殊的情况才需要作出反应。在此类情况下,似乎有强有力的理由推定,沉默并不构成对一做法的接受。<sup>154</sup> 确实有人质疑国际法院在柏威夏寺案

<sup>149</sup> Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, 第134—141页; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, 第49页; Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第236页; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第431页,第22段; 以及 Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, 第557—558页和第559页,第83和第86段。

<sup>150</sup> 例如,在国际组织框架内行事时,见1995年9月13日的临时协定的适用案(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年国际法院汇编》,第644页起,详见第675和第676页,第99—101段; 以及 Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, 第136页。

<sup>151</sup> 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案,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页。

<sup>152</sup> 同上,第187页,第169(a)段。

<sup>153</sup> 喀麦隆与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),判决,《2002年国际法院汇编》,第303页起,详见第353页,第67段。

<sup>154</sup> 同上,详见第351页,第64段:“但是,法院注意到,鉴于它已就乍得湖的边界划定得出了结论……,必然可进一步认为,的确应将尼日利亚实施的任何有效治理行为作为违法

中的认定——即该案的特定情况确实需要泰国一方作出反应——是否妥当。<sup>155</sup> 不过，这个问题并未使国际法院阐述的与沉默关联性有关的一般标准受到质疑。

## 2. 一般考虑

66. 能否正确适用与沉默关联性有关的一般法律标准来确定与解释有关的协定，在很大程度上取决于具体案情，但从国际性法院和法庭的裁决中可以产生某些一般准则。这些裁决表明，通过沉默或不行为表示的、构成必要共同理解的接受不容易确定，即便在边界条约以外的其他领域也是如此。

67. 一当事方的嗣后实践，凡没有被另一当事方知悉的，不能作为依据认定因该另一方沉默而形成共同理解（见上文C节）。然而，问题是可在何种情形下期待另一当事国注意到这个未获通知、但通过某种方式特别是通过其在公共领域的存在而可以获悉的行为并作出反应。例如，国内议会文件和程序通

行为，评估其法律后果”；边界争端案，判决，《1986年国际法院汇编》，第554页起，详见586—587页，第63段：“不过，必须立即明确，在一般情况下，这种行为与占领地保有原则的实施所依据的所有权之间存在何种法律关系。为此，须区分如下几种情况：……若行为不符合法律规定，作为争端标的的领土由法定所有权持有者之外的一国实施有效行政管理，则优先权应属于该所有权持有者。倘若并无任何法定所有权持有者与这一有效治理并存，则须考虑到这一有效治理。最后，在某些情况下，法定所有权不能确切表明其所涉领土范围。在这种情况下，有效治理则可在展现实践中如何解释所有权方面发挥关键作用”；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案，1989年7月31日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第二部分，第119页起，详见第137页，第70(a)段（穆罕默德·贝贾法官的反对意见）：“然而，我无法认同阿戈法官在1982年突尼斯和利比亚间大陆架案中的个别意见，他仅以突尼斯没有表示异议为理由，便认为意大利政府1919年4月16日在的黎波里塔尼亚和昔兰尼加颁布的条例划定了突尼斯和利比亚之间的海洋边界。在问题涉及边界（无论是海洋边界还是陆地边界）而且是一被正式承认的边界时，有关要求必须更加严格，因为其实施具有政治重要性。在任何情况下，边界的确定都必须通过一项协定实现，而非基于其中一当事方未作反对这一脆弱无力的因素。”

<sup>155</sup> 见柏威夏寺案（柬埔寨诉泰国），案情实质，1962年6月15日的判决，《1962年国际法院汇编》，第6页起，详见第128页（珀西·斯彭德法官的反对意见）：“在确定从泰国的沉默和未抗议之中可以或应当得出何种推论时，我认为，必须考虑到我们讨论的事件发生的时期，考虑到其所涉的世界区域，考虑到这一时期亚洲存在的一般状况，考虑到当时西方国家在亚洲的政治及其他活动，并考虑到一个事实，即所涉两国一个是亚洲国家，另一个是欧洲国家。我想，若对这一时期的暹罗的行为适用与今天可能合理或对当时高度发达欧洲国家可能合理的标准类似的客观标准，有失公允”；另见Chan, “Acquiescence/estoppel in international boundaries: Temple of Preah Vihear revisited”, 第439页；以及Kelly, “The Temple Case in historical perspective”, 第471页。

常都是公开资料，但大都不发送其他的条约当事方。国际性法院和法庭一直不愿意接受将议会程序或法院判决作为第三十一条第三项（乙）款所述的、其他条约当事方将对之做出反应的嗣后实践，即便它们是通过其他渠道，包括本国外交部门获悉了此类诉讼或判决。<sup>156</sup>

68. 即使一当事方通过自己的行为就条约的解释向另一当事方（或多个当事方）表达了某种立场，另一当事方或多个当事方也不一定需要对此作出反应。在卡西基利/塞杜杜岛案中，国际法院认为，当事国凡没有对各当事国委任负责确定一争议事项具体实情的联合专家委员会的调查结果作出反应，就没有理由认定曾就该争议达成过一项协定。<sup>157</sup> 这是因为该案的当事方曾认为，专家们的工作仅是嗣后在政治层面另作决定的一个准备步骤而已。在更广泛的意义上，世贸组织上诉机构认为：

在特定情况下，考虑到相关情形，某一特定条约当事方之“未反应”或沉默可被理解为接受了其他条约当事方的做法。当没有实施一做法的当事方（例如通过通知或参加讨论这个问题的论坛等方式）被告知或获悉其他当事方的做法而未作出反应时，就可能会出现这种情况。<sup>158</sup>

69. 这一标准的重点在于“通知或……参加论坛”，它作为一般准则是有用的。然而，沉默具有关联性的条件可能因条约而异。<sup>159</sup> 特别是欧洲人权法院经常依据嗣后实践确定“共识”、“绝大多数”、“较大多数”、“公认规则”或“明显倾向”，<sup>160</sup> 但并不打算

<sup>156</sup> 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案（印度尼西亚/马来西亚），判决，《2002年国际法院汇编》，第625页起，详见第650—651页，第48段；世贸组织，上诉机构的报告，欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类案（见上文脚注148），第129—130页，第334段（“……不能仅凭可以查阅到一份公布的判决，便将之等同于接受……”）。

<sup>157</sup> 卡西基利/塞杜杜岛案（博茨瓦纳诉纳米比亚），判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页起，见第1089—1091页，第65—68段。

<sup>158</sup> 世贸组织，上诉机构的报告，欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类案（见上文脚注148），第105—106页，第272段。

<sup>159</sup> 建立国际组织的条约问题将在本专题工作后期更具体地进行探讨。

<sup>160</sup> 兰采夫诉塞浦路斯和俄罗斯案，第25965/04号，ECHR 2010-I，第125页，第285段；约尔吉奇诉德国案，第74613/01号，ECHR 2007-III，第288页，第69段；德米尔和巴依克拉诉土耳其案[大法庭]，第34503/97号，ECHR 2008-V，第418页，第52段；西谷鲁尔·A·西于尔永松诉爱尔兰案，1993年6月30日，第16130/90号，《A辑》，第264号，第15页，第35段，A.诉联合王国案，第35373/97号，ECHR 2002-X，第144页，第83段；以及马祖雷克诉法国案，第34406/97号，ECHR 2000-II，第38—39页，第52段。



将此种实践置于第三十一条第三项(乙)款所述协定的条件下。这可以说明为什么欧洲人权法院(与国际法院相比)很少为了确定某一特定实践对一解释问题的关联性,公开审议某些当事国的沉默或默许所具有的作用。

70. 对一条约当事方嗣后实践的沉默可能具有的法律意义并不局限于促成一项可能达成的基础共同协定,它还可以为实施无须同意的规则发挥作用,如排除规则或时效规则。<sup>161</sup>

#### F. 嗣后实践表示已商定暂不适用条约或仅商定实用安排

71. 共同嗣后实践不一定表示当事方已就条约解释达成了协定,也可能意味着它们商定暂不适用条约或商定实用安排(临时办法)。下列各例可为佐证。《1864年8月22日关于改善战地武装部队伤员境遇的日内瓦公约》在第七条中规定“医院、野战医院和撤退单位应悬挂显著的统一的旗帜,……上述旗帜……应为白底上一个红十字。”1876年至1878年俄土战争期间,奥斯曼帝国宣布未来将使用白底上的红新月作为其野战医院标志,同时尊重敌方野战医院的红十字保护标志,并指出《公约》采用的特别标志“迄今妨碍[土耳其]行使其依照《公约》所应有的权利,因为该标志是对穆斯林士兵的冒犯”。<sup>162</sup>这一声明发表后,奥斯曼帝国、瑞士(作为保存国)和其他当事国互换了信函,结果红新月标志仅在冲突期间被接受。<sup>163</sup>在1899年和1907年海牙和平会议以及1906年日内瓦修订会议上,奥斯曼帝国、波斯和暹罗要求将红新月、红狮加太阳和红色火焰标志列入《公约》,但未成功。<sup>164</sup>不过,奥斯曼帝国和波斯至少使其他当事国接受了他们1906年提出的有关保留。<sup>165</sup>1929年订正日内瓦四公约时,土耳其、波斯和埃及声称其他标

志的使用已成为既成事实,而且这些标志已经实际使用,并未引起任何异议,<sup>166</sup>红新月标志和红狮加太阳标志至此最终被1929年《改善战地武装部队伤员境遇之日内瓦公约》第十九条第二款确认为特殊标志。然而,这一确认首先是通过接受奥斯曼帝国和波斯1906年提出的有关保留、然后又通过1929年《日内瓦公约》第十九条第二款才形成,并不意味着当事各方接受《1864年8月22日关于改善战地武装部队伤员境遇的日内瓦公约》在1906年之前已通过无反对意见的嗣后实践被修改。相反,奥斯曼帝国和波斯的这种做法在1906年前一直被认为未被纳入1864年《公约》,而是作为临时和例外措施被接受,因此一般条约义务并没有改变。

72. 当事方也可嗣后明示或通过其行为同意对条约的正确解释问题暂不做结论,并作出实用安排(临时办法),但司法或准司法机构可以提出异议,其他当事国也可提出异议。<sup>167</sup>2011年7月6日《美利坚合众国交通运输部和墨西哥合众国通讯与交通部关于国际货物跨境卡车运输服务的谅解备忘录》即是这种实用安排的一个例子。<sup>168</sup>该《谅解备忘录》并未提及《北美自由贸易协定》的第三方加拿大,并明确规定“不妨碍美国和墨西哥在《北美自由贸易协定》下的权利和义务”。<sup>169</sup>这些情形表明,该《谅解备忘录》并不声称构成依照第三十一条第三项(甲)款和(乙)款达成关于解释《北美自由贸易协定》的协定,而仍限于一种实用安排,其他当事方或司法或准司法机构均可提出异议。

<sup>166</sup> *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1929*, 第248–249页,援引于Bugnion, *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, 第13页,脚注21。

<sup>167</sup> 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年国际法院汇编》,第213页起,详见第234–235页,第40段;乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010年国际法院汇编》,第14页起,详见第65–66页,第138–140段;以及Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 第32页。

<sup>168</sup> Crook, “Contemporary practice of the United States”, 第809–812页;另见Mexico, *Diario Oficial de la Federación* (7 July 2011), “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”。

<sup>169</sup> 第2条,第1款;另见Crook, “Contemporary practice of the United States”, 第811页。

<sup>161</sup> 联合国某些经费案(《宪章》第十七条第二项),咨询意见,《1962年国际法院汇编》,第151页起,详见第190–192页(珀西·斯彭德爵士的个别意见)。

<sup>162</sup> *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No 29, January 1877, 第35–37页,援引于Bugnion, *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*, 第9页,脚注16。

<sup>163</sup> *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No 31, July 1877, 第89页,援引于Bugnion, *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*, 第9页,脚注17。另见Bugnion, “The emblem of the Red Cross: a brief history”。

<sup>164</sup> Bugnion, *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*, 第11页。

<sup>165</sup> 埃及1923年加入《公约》后也提出这一要求(见同上,第12页)。



### G. 更改或终止第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述与解释有关的协定

73. 第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述协定一俟确定后可以最后终止。一种可能性是,当事方可能以另一项范围或内容不同的与条约解释相关的协定取代原协定。在这种情况下,自其存在之日起,新协定即取代原协定,成为至少对未来有效的作准解释资料。<sup>170</sup>

74. 另一种可能性是,当事方在就条约解释达成嗣后协定之后,彼此之间可能对原条约解释又产生分歧。然而,这种分歧通常不会取代原来的嗣后协定,因为本着诚意原则,当事方不得轻易否认由共同解释产生的合理期望。<sup>171</sup>另一方面,如果一当事方明确表示否认先前商定的嗣后实践,“确会大大减损该日之后的实践的意义”,但并不会削弱以往共同实践

<sup>170</sup> Hafner, “Subsequent agreements and practice...”, 第118页;这意味着第三十一条第三项所述协定的解释效力不一定像Yasseen (“L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, 第47页)所主张那样,追溯至条约生效之日。

<sup>171</sup> Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht ...*, 第151页。

的意义。<sup>172</sup>当事国解释条约时达成的实际协定显然在第三十一条第三项项下具有最高价值。<sup>173</sup>

75. 上述考虑表明,可以得出以下结论:

#### “结论草案9 与条约解释相关的当事国协定

“1. 第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述嗣后协定不必以任何特定形式达成,此种协定也不必具有约束力。

“2. 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后协定要求就当事国知悉的条约解释达成共同理解。为确定第三十一条第三项(乙)款所述协定而必须积极实施嗣后实践的当事国的数目可能各不相同。在有关情形要求作出某种反应时,一个或多个当事国的沉默可以构成对嗣后实践的接受。

“3. 共同嗣后协定或实践不一定表示当事国之间达成与条约解释相关的协定,但可以表示它们商定暂不适用条约或订立实用安排(临时办法)。”

<sup>172</sup> 海洋争端案(秘鲁诉智利), 判决,《2014年国际法院汇编》,第56页,第142段。

<sup>173</sup> Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht ...*, 第152–153页。

## 第五章

### 在缔约国大会框架内通过的决定

76. 缔约国利用缔约国大会<sup>174</sup>作为一种行动形式,促进审议和执行多边条约的持续进程。<sup>175</sup>

#### A. 缔约国大会的形式

77. 就缔约国大会的法律性质有过一些辩论。有些人认为,这类大会“实质上仅仅是国家间的外

交会议”。<sup>176</sup>还有一些评论者将其称为自主体制性安排。<sup>177</sup>无论如何,可以说缔约国大会反映出不同的体制化程度。该谱系的一端是作为国际组织一个机关的缔约国大会(如禁止化学武器组织、世贸组织以及国际民用航空组织的缔约国大会),缔约国以机构成员资格参与会议事务。<sup>178</sup>这类缔约国大会不属于本报告范畴,因为本报告不讨论国际组织的嗣后实

<sup>174</sup> 其他会议名称包括缔约方会议(*meetings of the parties*)或缔约国大会(*assemblies of the States parties*)。

<sup>175</sup> 见Röben, “Conference (meeting) of States parties”, 第605页;Churchill和Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements ...”, 第623页;Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, 第1页;Wiersema, “The new international law-makers? Conferences of the parties to multilateral environmental agreements”, 第231页;以及Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, 第293页。

<sup>176</sup> 见Boyle, “Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions”, 第235页。

<sup>177</sup> Churchill和Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements ...”, 第623页;Sands和Klein, *Bowett’s Law of International Institutions*, 第115页。世界卫生组织《烟草控制框架公约》使用了“体制安排”一词(第244页,第八部分:机构安排和财政资源)。

<sup>178</sup> 《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》;《设立世界贸易组织的马拉喀什协定》以及《国际民用航空公约》。

践。<sup>179</sup> 该谱系的另一端是设想或多或少定期举行缔约国审查会议的条约所规定的缔约国大会。这些审查会议是缔约国针对条约开展合作和实施嗣后行为的框架。它们可能还负有修正和(或)改编条约的具体任务。这方面的例子包括《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》的审查会议进程、<sup>180</sup>《不扩散核武器条约》项下的审查会议<sup>181</sup> 和国际环境条约所规定的各缔约国大会。<sup>182</sup> 虽然后者通常显示的体制化程度高于《生物及毒素武器公约》和《不扩散条约》项下的定期审查会议,但它们既不是国际组织,也不是国际组织的机关。

78. 就本报告的目的而言,无须解决关于缔约国大会分类的理论问题。在下文中,缔约国大会是条约缔约国为审查或执行条约而举行的会议,其中不包括缔约国以国际组织一机关成员身份所参加的会议。不过,本文将提及国际法院最近在南极捕鲸案中的判决,<sup>183</sup> 该判决处理了《国际捕鲸管制公约》项下国际捕鲸委员会的一个临界案件。<sup>184</sup>

## B. 缔约国在缔约国大会框架内采用的行为类别

79. 缔约国大会实施各种行为,其法律性质和影响首先取决于相关条约。就本报告的目的而言,最重要的区别在于缔约国大会“可为审查条约执行情况”采取的措施和修正程序。<sup>185</sup>

<sup>179</sup> 国际组织将属于另一项报告的议题。

<sup>180</sup> 根据这一机制第十二条,审查会议的缔约国会议应“检讨《公约》的实施情况,以确保前文的宗旨和《公约》的规定……都在实施中。……这项检讨应该顾到与本《公约》有关的任何新的科学和技术发展”。

<sup>181</sup> 其第八条第3款规定条约生效后五年应举行审查会议,并根据决定此后每隔五年举行会议“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”。通过这类决定,缔约国逐条审查《条约》的执行情况,并就后续行动提出结论和建议。

<sup>182</sup> 这方面例子包括《联合国气候变化框架公约》缔约方会议;作为《联合国气候变化框架公约京都议定书》缔约方会议的缔约方大会;以及《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》的缔约方大会。

<sup>183</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与),判决,《2014年国际法院汇编》,第226页。

<sup>184</sup> 该《公约》往往被视为确定了一个国际组织,但其并未明确这样做,该《公约》为国际捕鲸委员会提供了符合缔约国大会这一定义的特征。

<sup>185</sup> 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》,第六条,第1款(检查职能)和第十条之二(修正);《联合国气候变化框架公约》,第七条,第2款(审评权力)和第十五条(修正);《联合国气候变化框架公约京都议定书》,第十三条,第4款(作为《京都议定书》缔约国会议的缔约国大会的审评权力),第

80. 缔约国大会的审查权可载于一般性条款或具体条款中。《联合国气候变化框架公约》第七条第2款就是典型的一般性审查条款:

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履行情况,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。

81. 这种一般性审查权促成了《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》的审查会议进程,例如,通过与《公约》条款解释有关的“进一步协议”。<sup>186</sup> 这些协定已在审查会议框架内由缔约国协商一致通过,并“逐渐演变,波及条约的所有条款,以便在出现具体问题时加以处理”。<sup>187</sup> 《生物及毒素武器公约》执行支助股<sup>188</sup> 对“进一步协议”的定义是:

(a) 解释、界定或阐述《公约》某一规定的含义或范围;或

(b) 就如何执行某一规定提供指示、准则或建议。<sup>189</sup>

82. 不同条约中都规定了审查某些条款的具体权力,这有时是指由缔约方大会发展和拟定的“指南”,<sup>190</sup> 有时则规定应由缔约方大会界定“模式”和“规则”。<sup>191</sup>

二十条(修正程序);《濒危野生动植物种国际贸易公约》,第十一条(缔约国大会的审查)和第十七条(修正程序);《不扩散核武器条约》;世界卫生组织《烟草控制框架公约》,第23条,第5款(审查权),第28条(修正)和第33条(议定书)。

<sup>186</sup> 见Millett, “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, 第42页。

<sup>187</sup> 同上,第33页。

<sup>188</sup> “执行支助股”由缔约国大会建立,以便向会议提供行政支助,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的最后文件(BWC/CONF.VI/6),第19和第20页)。

<sup>189</sup> 执行支助股为《公约》缔约国大会第七届审查会议编写并提交的题为“以往各次审查会议就《公约》每一条款达成的进一步谅解和协议”的背景文件(BWC/CONF.VII/INF.5)(经更新纳入了2012年在日内瓦举行的该次大会所达成的谅解和协议),第一节(导言),第1段。

<sup>190</sup> 这一点在世卫组织《烟草控制框架公约》第7和第9条的情况中尤其明显。

<sup>191</sup> 《联合国气候变化框架公约京都议定书》关于排放交易问题的第十七条提供了一个指示性示例。这一条款中使用的“规则”一词引发了一场关于这类[作为京都议定书缔约国会议]缔约方大会活动的法律性质及其约束性或非约束性效力的辩论。见Churchill和Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, 第639页;Brunnée, “Reweaving the fabric of international law?”

83. 修正程序分为两种：一是正式修正程序(多数情况下需要缔约国依照本国宪法程序批准)，二是默示接受<sup>192</sup>和无异议程序。<sup>193</sup>正式修正程序往往适用于条约正文，默认接受程序一般适用于载有实质内容、类别或其他需要经常更新要素的附件和附录。根据默示接受程序(有时也称为“默示同意程序”)<sup>194</sup>，修正案如得到特定多数(一般为三分之二)核准、而且在一定时间内没有一个或多个缔约方表示反对即可生效。如果在既定时间范围内提出明确异议，则该修正案对于提出反对的一个或多个缔约方不产生效力(选出机制)。

### C. 缔约国大会可能产生的第三十一条第三项所述嗣后协定和嗣后实践

84. 审查会议通常监督相关条约的实施，以确保条约的目标得到实现。因此，在其框架内通过的決定或声明行使一项重要职能，根据实际事态发展调整条约，或对条约加以解释，使缔约方能就某一特定时刻的正确解释达成协定。这类决定和声明也可能构成或体现第三十一条第三项(甲)款所述解释基础条约的嗣后协定。因此，国际海事组织(海事组织)法律事务处应理事机构的请求，对一项关于“解释性决议”的决定提出了以下意见：

根据1969年《维也纳条约法公约》……第三十一条第三项(甲)款，应在解释条约时顾及缔约方之间的嗣后协定。该条没有为含有这类解释的嗣后协定规定具体的形式。这似乎表明，只要意图明确，解释可以采取不同形式，包括缔约方会议通过的决议乃至缔约方会议简要记录中记载的决定。<sup>195</sup>

85. 评论者还认为这类决定能够体现与适用和解释《不扩散核武器条约》条款有关的嗣后协定，并表示：<sup>196</sup>

这类声明本身没有法律约束力，但可能具有司法意义，尤其是作为条约权威性解释的来源。<sup>197</sup>

同样，关于《国际捕鲸管制公约》，国际法院认为：

《公约》第六条阐明，“委员会可就任何与鲸鱼或捕鲸有关、或与本《公约》目的与宗旨相关的事宜，不时向任何或所有缔约国政府提出建议”。这些建议采用决议的形式，是没有约束力的。然而，这些建议如经协商一致或一致投票获得通过，则可能对《公约》或其《附表》的解释产生关联性。<sup>198</sup>

86. 以下例子证明缔约方大会的决定可以体现第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定这一主张：

#### 1. 《世界卫生组织烟草控制框架公约》

87. 《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方大会的主要职能是审议和促进《公约》的有效执行。<sup>199</sup>条约为缔约国留有余地，使之能够嗣后就各项阐明规则含义的准则达成协定。这必然意味着要对条约进行解释。只要这种载于缔约方会议准则中的解释只是“提议”，那么它们就只是提议，而不具有法律约束力。但它们亦可达成一项商定的解释。据此，世卫组织法律顾问确认(尽管措辞过于宽泛)：

缔约方会议作为一个由《烟草控制框架公约》所有缔约方组成的最高机构，其作出的决定无疑代表了《维也纳公约》第三十一条所述“当事国嗣后所订关于条约之解释[……]之任何协定”。<sup>200</sup>

88. 例如，关于《世界卫生组织烟草控制框架公约》第14条的准则表明，缔约方大会嗣后界定了规则的含义和范畴，并对其用语含义作出了解释。第14条第1款规定：

每一缔约方应考虑到国家现状和重点，制定和传播以科学证据和最佳实践为基础的适宜、综合和配套的指南，并应采取有效措施以促进戒烟和对烟草依赖的适当治疗。

Patterns of consent in environmental framework agreements”, 第110–115页。

<sup>192</sup> 见海事组织网站：www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Home.aspx。

<sup>193</sup> 见Brunnée, “Treaty amendments”, 第354–360页。

<sup>194</sup> 同上。

<sup>195</sup> 秘书处提交的关于解释性决议有关决定之程序规定的议程项目4(海洋肥化)：海事组织法律事务处的意见(LC 33/J/6号文件，第3段)。

<sup>196</sup> Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, 第83页；Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第213–214页。

<sup>197</sup> Carnahan, “Treaty review conferences”, 第229页。

<sup>198</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与)，判决，《2014年国际法院汇编》，第226页起，详见第248页，第46段。

<sup>199</sup> 第5条第4款，以及第7、第8和第23条第5款。

<sup>200</sup> 见《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方大会，烟草制品非法贸易议定书政府间谈判机构，“烟草制品非法贸易议定书主席修订文本和一般性辩论：关于议定书范围的法律意见”，世卫组织法律顾问就烟草制品非法贸易议定书的范围编写的说明文件(世卫组织，FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6号文件，附件，第8段)。这一点在学术界也得到承认，Halabi, “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, 第14–16页。



89. 第四届缔约方大会(2010年)通过的关于第14条的实施准则除其他外阐明,烟草成瘾/依赖“指的是”:

反复使用烟草后出现的一组行为、认知和生理现象,通常包括使用烟草的强烈欲望、难以控制的使用、坚持使用烟草而不顾其有害后果、使用烟草比其他活动和义务更优先、耐受性增加以及有时处于一种躯体的戒断状态。<sup>201</sup>

90. 这项定义来自《世界卫生组织关于疾病的国际统计分类》,<sup>202</sup> 定义显示《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约国同意将这一——经处理健康问题的世界组织核可的——定义作为对第14条的解释。

### 2. 《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》

91. 《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》审查会议在行使一般审议职能时,经常就《公约》条款达成“进一步谅解和协议”。通过上述谅解,缔约方以界定、说明或以其他方式阐述这些条款的含义和范畴,并以通过实施指南的方式,对《公约》条款进行解释。因此,“进一步谅解和协议”可能构成第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定。以下的例子可以说明问题:《生物及毒素武器公约》第一条第1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。

在1991年第三次审查会议上,缔约方阐明该条款规定的禁令涉及“对动植物和人类有害的微生物或其他生物制剂或毒剂”。<sup>203</sup>

### 3. 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》

92. 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第四条的北京修正引起了对其解释的辩论。缔约方大

<sup>201</sup> “《世界卫生组织烟草控制框架公约》第14条实施准则”,载于《(世界卫生组织烟草控制框架公约)第5.3条,第8条,第9条和第10条,第11条,第12条,第13条,第14条实施准则》(日内瓦,世卫组织,2013年),第128页。

<sup>202</sup> 《疾病和有关健康问题的国际统计分类》,第十次修订本(ICD-10)(日内瓦,世卫组织,2007年)。

<sup>203</sup> 《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宣言(BWC/CONF.III/23号文件,第二部分),第一条,第2段。

会承认,《北京修正》缔约方对“非本《议定书》缔约方的国家”这一用语的含义在涉及氟氯烃时可能有不同的解释。缔约方大会随后为在该种情况下适用《议定书》第4条第9款决定了一种做法,通过以协商一致的方式确定对“非本《议定书》缔约方的国家”这一用语的单一解释,供《北京修正》缔约方为《议定书》第四条所述氟氯烃贸易的目的而采用。<sup>204</sup>

### 4. 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》

93. 默示接受(修正)程序所引起的行为本身不属于第三十一条第三项(甲)款所述的当事方嗣后协定,但这类行为除了在条约下产生主要影响外,在一些情况下隐含了这类嗣后协定。一个例子是《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》缔约国大会的某些决定。在1993年举行的缔约国协商会议第十六次会议上采用了已有的默示接受程序通过了三项对附件一的修正。<sup>205</sup> 不过,这些修正不是嗣后协定。但也确实默认了对基础条约本身的宽泛解释。<sup>206</sup> 实际

<sup>204</sup> 详情见关于《北京修正》各缔约方依照《蒙特利尔议定书》第4条针对氟氯烃所承担的义务的第XV/3号决定(关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书缔约方第十五次会议报告,UNEP/OzL.Pro.15/9号文件,第十八节,A小节)。

“1. ……(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(1)条行事的缔约方,届时依照《哥本哈根修正》和《北京修正》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》约束的其他国家和地区经济一体化组织;

“(c) 但同时还认识到,鉴于在采用对‘非本议定书缔约方的国家’一语的上述解释时在时间上涉及的实际困难,决定只要所涉国家已于2004年3月31日之前采取了下列各项措施,则以上第1(b)段便将不对之适用:

“(一) 通知秘书处它打算尽快批准、加入或接受《北京修正》;

“(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。”

<sup>205</sup> 缔约国协商会议第十六次会议,第LC.49(16),LC.50(16)和第LC.51(16)号决议;首先,决定最迟于1995年12月31日修正工业废料倾倒行为的逐步淘汰办法。其次,禁止海上焚烧工业废料和下水道污泥。最后,决定取代附件一第6段,禁止倾倒放射性废料或其他放射性物质(见海事组织,“Dumping at sea: the evolution of the Convention on the prevention of marine pollution by dumping of wastes and other matter (LC), 1972”)。

<sup>206</sup> 有人甚至主张对《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》附件一的这些修正“构成《公约》的重大变更”(见

上, 这些修正参照并借鉴了三年前举行的协商会议通过的一项决议, 该决议确定当事方同意“《伦敦倾倒公约》机构是处理从海洋向海底以下沉积层倾注低放射性废料问题的适当机构”。<sup>207</sup> 这项决议被称为“实际扩大[了]《公约》中关于‘倾倒’的定义, 决定这一用语涵盖从海洋而非从陆地挖隧道向海底或海床倾倒废物”。<sup>208</sup> 因此, 修正案确认解释性决议包含一项与条约解释相关的嗣后协定。

## 5. 结论

94. 以上例子显示, 缔约方会议的决定在某些情况下可能体现第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定, 并更有理由体现第三十一条第三项(乙)款和第三十二条所述嗣后实践。但是, 这类决定并不自动构成第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定, 因为嗣后协定永远是要专门确立的。当缔约方无意使其协定具有任何法律意义而仅具有政治意义时就并非嗣后协定(见上文第一章)。此类意图可以特别通过在缔约方大会的整体决定、会议目标和宗旨及其适用方式等方面选定术语的特定性和明确程度来确定。

95. 也不能简单地说, 由于条约没有赋予缔约方大会作出有约束力决定的权限, 缔约方大会的所有决定就必然不具有法律关联性, 而仅构成政治承诺,<sup>209</sup> 确实, 许多缔约方大会的决定可能往往本身无意体现第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定, 因为它们要么从一开始就无意成为与条约解释相关的声明, 要么只有与该条约后来责成缔约方对这种决定予以适当注意的一般合作义务相结合时才产生法律效力。<sup>210</sup> 但是, 这种宽泛的评估只能说明应推定不能将缔约方大会的(协商一致的)决定笼统定性为默示第三十一条第三项(甲)款所述的嗣后协定。不过, 如果缔约方作出足够明确的表示, 说明缔约方大会的决定体现了它们与条约解释相关的协定, 那么这种推定就可以被推翻。是否属于这种情况最终取决于每一个案的情况。另一个迹象可能是: 缔约方是否一

致或不加质疑地适用了经缔约方大会决定所解释的条约。另一方面, 在缔约方会议作出决定后出现的不一致的做法可能表明缔约国认为缔约国大会的决定不属于第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定。<sup>211</sup> 不过尽管如此, 不符合第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定或第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践之条件的缔约方大会的决定仍可以作为第三十二条所述的附属解释资料适用。<sup>212</sup>

## D. 形式和程序

96. 缔约国大会产生的法案可具有不同的形式和名称, 也可能由不同的程序产生。为了将缔约国大会的决定确立为第三十一条第三项(甲)款所述的嗣后协定, 这些决定必须通过“单一共同行为”体现与条约解释相关的“协定”。<sup>213</sup> 问题是缔约国大会产生的某个法案的形式或程序是否给出任何指示, 表明其是与条约解释相关的实质性协定。

97. 如果缔约国大会的决定是在所有当事国参加的一致表决基础上作出的, 则该决定就可清楚地体现第三十一条第三项(甲)款所述的嗣后协定, 只要该决定是“与条约解释相关”的, 除非条约中有一条具体的条款另有规定, 或一当事国明确作出了相反表示。然而, 缔约国大会关于审议职能的决定通常是以协商一致方式通过的。这一做法来自议事规则, 其中通常要求缔约国尽一切努力就实质性事项达成协商一致。在《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》缔约国审查会议的议事规则(BWC/CONF.I/2)中就可以找到这样的例子。根据其第28条第2款:

审查会议的任务是审查《公约》的运作情况, 以确保《公约》序言的目的和规定正在实现, 因此, 为加强其有效性, 应尽一切努力以协商一致的方式就实质性事项达成协定。在不曾用尽一切努力达成共识之前, 不应对此类事项进行表决。

98. 这一方式经细微变化, 已成为缔约国实质性决策进程的标准。

Churchill和Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements ...”, 第638页。) )

<sup>207</sup> 海事组织, 第LDC.41(13)号决议, 第1段, *International Organizations and the Law of the Sea, Documentary Yearbook 1990*, 第322页。

<sup>208</sup> Churchill和Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements ...”, 第641页。

<sup>209</sup> 见南极捕鲸案(澳大利亚诉日本: 新西兰参与), 判决, 《2014年国际法院汇编》, 第226页起, 详见第248页, 第46段。

<sup>210</sup> 同上, 第257页, 第83段。

<sup>211</sup> 见上文第四章, G节。

<sup>212</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本: 新西兰参与), 判决, 《2014年国际法院汇编》, 查尔斯沃思专案法官的个别意见, 第4段: “我注意到, 国际捕鲸委员会表决通过的决议虽然不属于《维也纳公约》第三十一条第三项的所述范围, 但产生一些后果。”

<sup>213</sup> 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第34页, 结论草案4的评注第(10)段。

## 1. 协商一致和实质性协定

99. 2011年,闭会期间海洋肥化问题工作组向海事组织法律事务处提出了——尽管是含蓄地——这样一个问题,即缔约国大会协商一致通过的决定是否能够体现第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定,工作组同意建议“请海事组织法律事务和对外关系司于2011年10月就涉及解释性决议决定的程序,特别是这种决定是否需要协商一致,向理事机构出具咨询意见”。<sup>214</sup>

100. 海事组织法律事务处在答复中确认,缔约国大会的决议原则上可以构成第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定,<sup>215</sup>但建议理事机构,即使缔约国大会以协商一致的方式通过一项决定,也并不意味着该决定将对各方都具有约束力。海事组织法律事务处指出,国家法院的某些裁决不承认缔约国大会在相关条约制度下作出的解释性决定具有约束力,“表示解释性决议也非100%安全,如欲采取这种办法,则不妨同时对《伦敦公约》和《伦敦议定书》进行适当修正”。<sup>216</sup>

101. 海事组织法律事务处的意见虽然依据的是一个错误假定,即1969年《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款所述“嗣后协定”“作为一条约或其修正案”具有或应该具有约束力,<sup>217</sup>但最终得出正确结论,认为嗣后协定不一定具有约束力。<sup>218</sup>这一立场与委员会的立场一致。根据这一立场,第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定不过是解释过程中应该考虑的几种不同的解释资料之一。<sup>219</sup>因此,缔约国大会协商一致通过的解释性决议,即使不具有这样的约束力,但只要适足表明这就是缔约国的意图,即可成为第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定或第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践。<sup>220</sup>这一结论符合下列事实,即有些国内法院尚未认为在有关制

度框架内通过的某些解释性决议具有约束力。<sup>221</sup>法院只须在解释有关条约规定时给予某个解释性决议适当权重,而无须接受其约束力。<sup>222</sup>

102. 由此可见,是否需要协商一致通过“解释性决议”的问题具有误导性。协商一致是第三十一条第三项(甲)款所述协定的一个必要但并非充分条件,各缔约国大会的议事规则通常不说明一个决议作为第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定,或作为第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践而可能具有的法律效力。这种议事规则只确定缔约国大会如何通过决定,而不说明它们作为第三十一条第三项所述嗣后协定可能具有的间接法律效力。虽然第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定本身不具有约束力,但1969年《维也纳公约》在第三十一条中赋予其只有在缔约国之间的协定涉及问题实质并且当时的确存在才名正言顺的法律效力。国际法院确认,在这种情况下,集体决定的形式与实质性协定之间的区别具有关联性。<sup>223</sup>

103. 另一方面,协商一致未必是一个表明就问题实质达成了某种程度之协议的概念。根据联合国秘书处法律事务厅按照联合国大会第60/286号决议发表的《关于某些程序问题的说明》:<sup>224</sup>

通常将协商一致理解为一种决策过程,即在无正式反对意见情况下不经表决达成一项决定。不过,它不一定反映对实质性事项的“一致”意见。协商一致被用来表述这样一种做法,即尽一切努力达成普遍一致,而且没有代表团明确反对达成共识。<sup>225</sup>

## 2. 协商一致和反对意见

104. 缔约国大会框架内作出的决定如要构成第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定,必须表达各当事方之间就一条约规定的实质性内容的解释达成了一项协定,但某些缔约国大会的决定虽已宣布获得协商一致通过,仍无法成为第三十一条第三项(甲)

<sup>214</sup> 国际海事组织, LC 33/4号文件,第4.15.2段。

<sup>215</sup> 同上, LC 33/J/6号文件,第3段。

<sup>216</sup> 同上,第15段。

<sup>217</sup> 同上,第8段。

<sup>218</sup> 见上文第四章, D节。

<sup>219</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第26页,结论草案2的评注第(4)段。

<sup>220</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与),判决,《2014年国际法院汇编》,格林伍德法官的个别意见,第6段和查尔斯沃思专案法官的个别意见,第4段。

<sup>221</sup> 关于参考资料,见国际海事组织, LC 33/J/6号文件,第8-13段。

<sup>222</sup> 见上文脚注219。

<sup>223</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与),判决,《2014年国际法院汇编》,第226页起,详见第257页,第83段。

<sup>224</sup> 见大会2006年9月8日关于振兴大会的第60/286号决议,要求联合国秘书处“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)。

<sup>225</sup> 见“联合国实践中的协商一致:概述”,秘书处编写的文件,可查阅[http://legal.un.org/ola/media/GA\\_RoP/GA\\_RoP\\_EN.pdf](http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf)。



款所述嗣后协定。在一个或多个国家反对的情况下通过的此类决定尤其如此。下面的例子很能说明问题。

105. 在2002年第六次会议上,《生物多样性公约》缔约方大会着手制定关于对生态系统、生境或物种构成威胁的外来物种的预防、引进和减轻其影响问题的指导原则。<sup>226</sup> 几经努力仍未达成协定后,缔约方大会主席建议通过决定,同时在会议的最后报告中记录澳大利亚提出的保留意见。澳大利亚代表重申,他无法接受指导原则,因此“坚持其正式反对意见”。<sup>227</sup> 缔约国大会主席宣布辩论结束,并“根据既定做法”,未经表决通过该决定,说明将把持异议的国家的反对意见反映在会议的最后报告之中。决定获得通过后,澳大利亚重申其观点,认为协商一致是指在没有正式反对意见的情况下通过,并对决定草案通过的合法性表示严重关切。最后,澳大利亚要求,“鉴于主席决定该案文已经获得通过,澳大利亚希望在报告中列入一项详细的说明,指出澳大利亚并不同意指导原则中的某些具体内容。”<sup>228</sup> 除了在会议的最后报告中列入这项说明外,一名代表在通过此项决定的过程中提出了正式反对意见,并强调他“并不认为缔约方大会可以合法地在有正式反对意见的情况下通过一项动议或案文”。<sup>229</sup> 其他几位代表对通过此项决定的程序提出了保留。

106. 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出法律意见。<sup>230</sup> 后者回应说当事方可以“撇清与文件案文或实质内容的关系,指明加入协商一致并不构成对文件实质内容、案文或某些部分的接受,而且(或)没有对其政府对文件的实质内容或案文的立场构成任何其他限制……,[但]根据定义……,只要有正式的反对意见,就没有协商一致”。<sup>231</sup> 他补充说,在澳大利亚明确反对的情况下,缔约国大会主席本不应该宣布该决定以协商一致的方式获得通过,这样做“显然违背既定做法”。<sup>232</sup> 但他最后说,尽管存在严重程序缺陷,但“主席宣布决

定通过后,澳大利亚代表没有正式反对通过,也没有要求废除决定本身”。<sup>233</sup> 联合国法律顾问认为,澳大利亚在通过后采取的立场构成对程序的保留,而不是对该决定的正式反对。<sup>234</sup> 后来,在2002年11月《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》的缔约方大会第八次会议上,澳大利亚趁机发表正式声明,表示澳大利亚不同意联合国法律顾问的意见,不接受该决定在《生物多样性公约》缔约国大会第六次会议上获得有效通过。<sup>235</sup>

107. 《生物多样性公约》下通过的上述决定以及2010年11月29日至12月10日在坎昆(墨西哥)举行的作为《气候变化框架公约京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方大会上通过的一项类似决定(尽管多民族玻利维亚国反对)<sup>236</sup>提出了什么是“协商一致”的含义这一重要问题。<sup>237</sup> 但这一问题必须与以下问题相区别,即条约当事方在何种情况下就第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述条约解释的实质性事项达成了协定。

#### E. 条约缔约国未全部在场的情况下通过的法案

108. 缔约国大会的决定并非一定由条约所有缔约国通过。虽然根据条约,所有缔约国都有参加缔约国大会的可能性,但一些国家可以选择不参加会议。在这种情况下就可能产生一个问题,即缔约国大会的决定如果经由所有缔约国通过,本来会成为第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定,但倘若一个或多个缔约国没有参加缔约国大会,该决定能否仍被视为此类协定。

<sup>233</sup> 同上。

<sup>234</sup> 同上。

<sup>235</sup> 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》缔约方大会第八次会议的报告,西班牙巴伦西亚,2002年11月18日至26日,第17页,第91段,可查阅[www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop8\\_report\\_english.pdf](http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop8_report_english.pdf)。

<sup>236</sup> 见作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方大会第六届会议报告,2010年11月29日至12月10日在坎昆举行(FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1),关于“坎昆协定: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”的第1/CMP.6号决定;和作为《京都议定书》缔约方会议的缔约方大会通过的关于“坎昆协定:土地利用、土地用途变更和林业”的第2/CMP.6号决定;以及作为《京都议定书》缔约方会议的缔约方大会议事录(FCCC/KP/CMP/2010/12),第11页,第29段。

<sup>237</sup> 见Nolte, “Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings”, 第372–377页。

<sup>226</sup> 见《〈生物多样性公约〉缔约方大会第六次会议报告》(UNEP/CBD/COP/6/20),第240页,附件一,第VI/23号决定。

<sup>227</sup> 同上,第56页,第313段。

<sup>228</sup> 同上,第59页,第321段。

<sup>229</sup> 同上,第318段。

<sup>230</sup> 可查阅生物多样性公约秘书处,SCBD/SEL/DBO/30219号文件(2002年6月6日)。

<sup>231</sup> 同上,UNEP/SCBD/30219R号文件(2002年6月17日),第1页。

<sup>232</sup> 同上,第2页。

109. 很难假定条约缔约国因同意接受条约的约束, 就已同意接受嗣后在其不在场的情况下由其他缔约国在有关缔约国大会框架内作出的决定。因此, 非参加国应有可能嗣后表示不同意在缔约国大会框架内作出的一项决定。另一方面, 条约框架内的善意原则与合作义务主张在这种情况下, 非参加国有义务尽快表明它们可能持有的异议, 否则将可能假定它们以沉默形式表示同意(默许)。

110. 依然存在一个更具有理论性的问题, 即应该将非参加国嗣后以沉默形式同意的缔约国大会的决定视为第三十一条第三项(甲)款所述的嗣后协定, 还是第三十一条第三项(乙)款所述的嗣后实践。委员会将嗣后行为分为了两种形式, 要求对于第三十一条第三项(甲)款所述的嗣后协定, 必须有一个“共同行为”,<sup>238</sup> 这给人的第一个印象似乎是可以得出这样一个结论, 即这样的协定所基于的不是这类“共同行为”。然而, 亦有可能将缔约国大会的这种决定视为不完全的“共同行为”, 由非参加国在合理时间内的

<sup>238</sup> 见上文脚注213。

默示接受加以完整。鉴于集体行为的核心地位以及非参加国的接受所具有的建设性性质, 后一种看法似乎更好。

111. 上述考虑表明, 可以得出以下结论:

“结论草案10 在缔约国大会框架内通过的决定

“1. 根据这些结论草案, 缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议, 但缔约国作为国际组织机构成员的情况不在此列。

“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, 这种决定可体现第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定, 或产生第三十一条第三项(乙)款或第三十二条所述嗣后实践。

“3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达缔约国之间就条约解释达成的实质性协议, 即体现第三十一条第三项所述嗣后协定或嗣后实践, 无论决定获得通过所采取的形式和程序如何。”

## 第六章

### 嗣后协定和嗣后实践的解释范围

112. 根据第三十一条第三项, 条约“解释”应顾及嗣后协定和嗣后实践。这就提出了作为解释资料的嗣后协定和嗣后实践的范围及由此产生的限度问题, 包括与嗣后协定和嗣后实践根据条约法可能具有的其他法律效力的关系。

#### A. 具体解释程序与第三十一条第三项(甲)款和(乙)款

113. 条约本身可规定由嗣后协定和嗣后实践解释。一些条约载有专门条款, 规定由缔约国或条约机构解释条约。例如, 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第九条第2款规定“部长级会议和总理事会拥有通过对本协定和多边贸易协定之解释的专有权力”; 通过一项解释的决定“应由成员的四分之三多数作出”。但在欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类案中, 上诉机构认为第九条第2款与1969年《维也纳公约》第三十一条第三项所述解释资料之间并非特别法关系:

《世贸组织协定》明确授权世贸组织成员须有四分之三多数票而非一致决定通过对世贸组织规定之解释, 我们无法看出这

项授权如何会影响诉诸——作为《维也纳公约》第三十一条第三项(乙)款所述条约解释的一种手段的——嗣后实践。<sup>239</sup>

114. 其他法院和法庭对其他条约中的类似条款得出了相同结论。<sup>240</sup> 评论者认定, 具体解释条款通常不是为了排除使用第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述的解释资料。<sup>241</sup>

<sup>239</sup> 世贸组织, 上诉机构的报告, 欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类案, WT/DS269/AB/R和WT/DS286/AB/R号文件, 2005年9月27日通过, 第273段。

<sup>240</sup> 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案, 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页起, 详见187页, 第169段和第188页, 第173段; 梅赛尼斯公司诉美利坚合众国案, 贸易法委员会根据《北美自由贸易协定》第十一章做出的仲裁, 关于管辖权和案情实质的最终裁决, 2005年8月9日 (<https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf>), 第二部分, H章, 第11页, 第23段。

<sup>241</sup> Hafner, “Subsequent agreements and practice ...”, 第120页; Pan, “Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes”, 第519–525页。

## B. 解释与修改之间的关系

115. 在关于航行权和相关权利的争端案中，国际法院认为，“在《维也纳公约》第三十一条第三项(乙)款的含义内，当事方的嗣后实践可能导致偏离基于一项默认协定的原有意图”。<sup>242</sup> 不很清楚法院是想藉此承认第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践也可具有修改条约的效力，还是仅仅说明与条约解释相关的问题。第二种备选办法是可能的，因为当事国的“原有”意图对于条约解释而言并不一定是结论性的。事实上，委员会在暂时通过的结论草案3中承认，嗣后协定和嗣后实践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否旨在赋予用语以能够随时间演变的含义”。<sup>243</sup> 因此，“解释”的范围并非一定是由一个固定的“原有意图”所确定的，而是必须考虑到更广泛的因素，包括后来某些事态的发展情况。

116. 从实际角度来看，国际法院有点含糊的措辞提出了两个密不可分的问题，即第三十一条第三项所述的嗣后协定和嗣后实践可以在何种程度上有助于“解释”，以及嗣后协定和嗣后实践是否可以具有修订条约的效力。这两个问题都属本专题范畴，因为它们“仍在条约法范围之内”，并涉及本专题的“主要重点”，即“如本专题原始提案所述”“嗣后协定和嗣后实践相对于条约解释的法律意义”。<sup>244</sup> 的确，解释和修改条约之间的分界限在实践中往往“很难确定，如果不是完全不可能的话”。<sup>245</sup>

<sup>242</sup> 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年国际法院汇编》，第213页起，详见第242页，第64段；另见向居住在法国的教科文组织退休职员支付的退休金的税收制度问题案2003年1月14日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第四部分，第231页起，详见第256页，第62段；Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, 第51页；Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, 第134–141页；以及Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, 第132页。

<sup>243</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第28页，结论草案3；以及同上，第28–32页，结论草案3的评注第(1)–(18)段。

<sup>244</sup> 条约随时间演变问题研究组，作为其2012年向委员会提出的关于改变专题工作形式的建议的一部分，指出“大家的理解是，这一专题将留在条约法范畴内。主要重点是本专题原始提案所述嗣后协定和嗣后实践相对于解释的法律意义(《维也纳条约法公约》第三十一条)”(《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第238段)；委员会在2012年5月31日第3136次会议上，委员会决定按照研究组的建议，改变该专题的工作形式(同上，第269段)。

<sup>245</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第138页；Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第243页；Murphy,

## C. 嗣后协定或嗣后实践修改条约

117. 在讨论作为解释资料的嗣后协定和嗣后实践可能涵盖的范围以及这种行为形式是否也可修改条约等相互关联的问题时必须有所区分。缔约国的嗣后实践是否可以修改条约的问题在联合国条约法会议上引起了一场辩论，也引发了具有重要意义司法意见和其他意见，因为嗣后协定有可能修改条约这一问题引出了略有不同但密切相关的其它问题。

### 1. 嗣后实践修改条约

118. 委员会在有关条约法的条款草案中，提议在1969年《维也纳公约》中纳入一条规定，明确确认嗣后实践修改条约的可能性。第38条草案规定：

#### 嗣后实践修改条约

嗣后在条约适用方面确定各当事国对修改条约规定之协定的实践可修改条约。<sup>246</sup>

119. 该条草案在联合国条约法会议上引起了争论。<sup>247</sup> 大多数国家表示反对。一些国家认为修改条约通常要求遵循正式的修正程序。<sup>248</sup> 也有国家担心，如果承认非正式修改的可能性，则条约的稳定性和条约关系可能受到威胁，并担心拟议的该条草案可导致滥用并削弱条约必须遵守的原则。<sup>249</sup> 也有国家表示，通过嗣后实践非正式修改条约可造成国内宪法的

“The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 第90页；Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, 第46页；Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht ...*, 第42–43页；Sorel and Boré Eveno, “Article 31: Convention of 1969”, 第825–826页，第42段；以及Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, 第555–556页，第76段；即便理论上可将这两个程序视为“在法律上非常不同”，这一点也是如此，见帕拉-阿朗古伦法官的反对意见，卡西基利/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页起，详见第1212–1213页，第16段；同样，见Hafner, “Subsequent agreements and practice...”, 第114页；Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*, 第168页。

<sup>246</sup> 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第236页。

<sup>247</sup> Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, 第56–61页。

<sup>248</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24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37次会议，第208页，第63段(法国)。

<sup>249</sup> 同上，第210页，第75段(智利)；同上，第38次会议，第212页，第35段(乌拉圭)。



问题。<sup>250</sup> 一些国家质疑是否真有必要制订该条草案, 因为规定嗣后实践作为解释资料的条款草案(后成为第三十一条第三项(乙)款)已经包括了所需内容, 而且毕竟很难就解释和修改加以区分。<sup>251</sup> 最后, 缔约国对不经所有条约缔约国必要同意而进行修改的可能性表示关切,<sup>252</sup> 并担心低级官员可能在国家主管机构无法控制的情况下作出修改。<sup>253</sup>

120. 其他国家认为, 国际法并不像国内法那样拘泥形式,<sup>254</sup> 有国家表示由嗣后实践对条约进行的非正式修改以往曾得到司法机构的承认,<sup>255</sup> 而且从未在国内宪法中造成问题。<sup>256</sup> 实践中产生的一些问题不能通过解释来解决。另一个论点是, 如果各方都同意用偏离条约原意的方式适用条约, 则不存在违反所谓条约必须遵守原则的问题。<sup>257</sup> 一些代表团将第38条草案视为国际法的既有规则或原则。<sup>258</sup>

121. 特别报告员汉弗雷·沃尔多克爵士作为大会的专家顾问表示, 除其他外, 他对一些代表团似乎认为第三十八条多少违反条约必须遵守原则感到惊讶, 尤其是因为该条的法律依据就是善意。他还谈到关于第38条可能导致有违国内法的条约变更这一关切。他认为, 迄今为止, “如此修改的条约适用办法从未产生任何宪法问题。变更通常不涉及条约的主要基础, 也没有引起议会的反对”。<sup>259</sup>

122. 删除第38条草案的修正案被提付表决, 以53票对15票、26票弃权获得通过。联合国条约法会议之后, 著述者们就会议否决第38条草案是否意味

着就此排除了以当事方嗣后实践修改条约的可能性展开了讨论。他们大多认定, 谈判国只是不想在《公约》中涉及这一问题, 并认为根据习惯条约法的一般规则, 条约的确可以由确立当事方有关协定的嗣后实践加以修改。<sup>260</sup>

123. 如今, 为了妥善评估这一问题, 必须首先确定1969年《维也纳公约》通过后, 国际性法院和国家实践有否承认了嗣后实践修改条约的可能性。

#### (a) 国际法院

124. 除了上述关于航行权和相关权利的争端案<sup>261</sup>的法官意见外, 国际法院似乎没有明确承认某一特别嗣后实践具有修改条约的效力。然而, 某些案件被解读为暗示情况确实如此。关于纳米比亚案的咨询意见尤其如此, 在该项意见中, 国际法院认定, 《联合国宪章》第二十七条第三项规定, 安全理事会对于非程序性事项的决定, 应以……包括全体常任理事国的“同意”票表决之, 这项规定在一个或多个常任理事国弃权时“并不妨碍决议的通过”。国际法院认为, 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成员国、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的做法解释为获得“联合国会员国普

<sup>250</sup> 同上, 第37次会议, 第208页, 第58段(日本); 同上, 第208页, 第63段(法国); 同上, 第209页, 第68段(西班牙); 同上, 第38次会议, 第211页, 第21段(哥伦比亚)。

<sup>251</sup> 同上, 第37次会议, 第207–208页, 第57段(芬兰)。

<sup>252</sup> 同上, 第210页, 第73段(西班牙)。

<sup>253</sup> 同上, 第209页, 第68段(西班牙); 同上, 第38次会议, 第210–211页, 第6段(美利坚合众国)。

<sup>254</sup> 同上, 第38次会议, 第211页, 第9段(伊拉克); 同上, 第22段(意大利)。

<sup>255</sup> 同上, 第214页, 第51段(阿根廷)。

<sup>256</sup> 同上, 第214页, 第57段(汉弗雷·沃尔多克爵士)。

<sup>257</sup> 同上, 第214页, 第51段(阿根廷); 另见同上, 第213页, 第49段(柬埔寨)。

<sup>258</sup> 同上, 第212页, 第33段(奥地利); 同上, 第214页, 第51段(阿根廷); 另见同上, 第211页, 第22段(意大利): “一个始终存在的法律事实”以及第213页, 第48段(以色列)。

<sup>259</sup> 同上, 第214–215页, 第55–58段(汉弗雷·沃尔多克爵士)。

<sup>260</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第138页; Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第243–245页; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, 第51–52页; Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, 第134页; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第213页; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第432页, 第23段; Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”, 第555–556页, 第76段(与之意见相同的有: Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, 第702页, 第10–11段); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, 第62–67页; Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006—part three”, 第65页; Shaw, *International Law*, 第934页; Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, 脚注65, 其中有进一步的参考。与这一观点相左, 特别(强调缔结条约相对于实践的非正式性所具有的庄严意义)的是Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 第89–90页; 亦对此表示批评的是Hafner, “Subsequent agreements and practice ...”, 第115–117页(区别法院和缔约国的视角, 并强调修正条款在这方面的的重要性)。

<sup>261</sup> 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年国际法院汇编》, 第213页起, 详见第242页, 第64段。

遍接受”，并证明是“联合国的惯例”。<sup>262</sup> 在关于隔离墙案的咨询意见中，国际法院认为：“一个随时间日益增强的趋势是，大会和安全理事会趋于平行处理与维持国际和平与安全有关的同一事项……这种趋势与《宪章》第十二条第一项相一致”。<sup>263</sup>

125. 尽管《宪章》第十二条规定“当安全理事会对于任何争端或情势，正在执行本《宪章》所授予该会之职务时，大会非经安全理事会请求，对于该项争端或情势，不得提出任何建议”，但国际法院仍得出了这一结论。对于这一“随时间日益增强的趋势”为何与《宪章》第十二条第一项相兼容，国际法院给出的唯一理由是，该趋势已成为一个“演变形成的大会公认惯例”。<sup>264</sup>

126. 在这些咨询意见中，国际法院承认嗣后实践对确定条约的含义具有重要的、甚至是决定性的效力，但并未明确承认这些实践实际导致条约被修订。<sup>265</sup> 这些案件的参考价值可能十分有限的另一个原因是，它们都涉及组建国际组织的条约。1969年《维也纳公约》通过其第五条特别提及了“组织规则”，这表明此类条约可能具有特殊性质。《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第2条第1款(j)项甚至将“组织确立的惯例”作为国际组织嗣后实践的一种特别形式。因此，似乎不宜仅从涉及某类独特条约类别——其嗣后实践可能对其发挥了特定作用——的先例中衍生出一条条约法通则。也正是由于这一原因，与国际组织有关的嗣后实践和嗣后协定问题将成为稍后报告的专题。<sup>266</sup>

127. 国际法院提出了当事国嗣后实践可能具有修订效力的其他案件大都涉及边界条约。正如国际法院在喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案中所说的那样：

<sup>262</sup> 南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果案，咨询意见，《1971年国际法院汇编》，第16页起，详见第22页，第22段。

<sup>263</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第136页起，详见第149-150页，第27-28段。

<sup>264</sup> 同上，第28段。

<sup>265</sup> Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006—part three”, 第64页。

<sup>266</sup> 见《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第238段；以及《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第23页，第42段。

因此，喀麦隆在该领土上的行为仅对该国是否默认确立条约权利变更的问题具有相关性，而法律上不能完全排除这种可能性。<sup>267</sup>

128. 柏威夏寺案是国际法院可能认定存在这种默认的最著名案件，国际法院在这一案件中明确强调一方(法国)明确主张拥有主权，对此，法院认为，另一方(泰国)应当作出反应。<sup>268</sup> 但是，这一判决是在1969年《维也纳公约》通过之前作出的，因此各国在联合国条约会议的辩论中至少含蓄地考虑了这一判决。<sup>269</sup> 该判决也没有明确承认嗣后实践可以修改条约，因为国际法院并未断定法国地图上的界线是否符合两国在最初边界条约中商定的分水岭线，尽管人们常常认为情况并非如此。<sup>270</sup>

129. 总之，尽管国际法院提出了当事国嗣后实践可以修改条约的可能性，但法院迄今尚未明确承认已在具体案件中实际产生此类效果。相反，国际法院找出各种办法，保留了过去仅就特别宽泛的解释达成的可能性，或找出一个非常具体的解释，这种解释虽难以与条约案文的通常含义相协调，但与当事国确定的实践相一致。

#### (b) 仲裁法庭

130. 另一方面，仲裁法庭偶尔确认当事国的嗣后实践可能导致条约的明确用语被修改，并适用了这一认定规则。在厄立特里亚诉埃塞俄比亚案中，仲裁法庭得出结论认为条约文本规定的边界实际上在某些地区已经被当事国的嗣后实践所更改。<sup>271</sup> 空运

<sup>267</sup> 喀麦隆与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)，判决，《2002年国际法院汇编》，第303页起，详见353页，第68段。

<sup>268</sup> 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情实质，1962年6月15日判决，《1962年国际法院汇编》，第6页起，详见第23页：“无疑以非常明确的方式通过行为作出了承认……显然，面对如此情况，应作出某些反应”；以及同上，第30页：“法属印度支那方不能更清晰地申明了所有权”，因此“需要作出反应”。

<sup>269</sup> 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*”, 第272页。

<sup>270</sup> 柏威夏寺案(见上文脚注268)，第26页：“如果是这样，1908年的情况一定同样明显”。帕拉-阿朗古伦法官认为柏威夏寺案证明“在该情况下，嗣后实践的效果就是修改条约”，卡西基利/塞杜杜案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页起，详见第1212-1213页，第16段(帕拉-阿朗古伦法官的反对意见)；Buga, “Subsequent practice and treaty modification”，脚注113。

<sup>271</sup> 关于厄立特里亚与埃塞俄比亚划界问题的裁决案(厄立特里亚诉埃塞俄比亚)，2002年4月13日，《国际仲裁裁决汇



协定案也确认了嗣后实践的修订作用，仲裁法庭在该案中认定，美国和法国之间的空运服务协定实际上因美国航空公司飞往最初协定范围以外的某些目的地而被嗣后实践所修改。仲裁法庭指出：

事实上，可以将这一行为方式考虑在内，不仅作为一种有用的协定解释资料，而且更进一步，将之作为一种可能的嗣后修订渊源，出自当事方的某些行为或态度，对其司法状况及其中任何一方可适当主张的权利产生影响。<sup>272</sup>

131. 但厄立特里亚诉埃塞俄比亚案的裁决被一位评论员定性为“孤立的例外”<sup>273</sup>（至少在边界的确定中是如此），此外，空运协定案的裁决是在联合国条约法会议召开之前作出的，在该次会议上是以批评的方式提及的。<sup>274</sup>

#### (c) 世界贸易组织

132. 世贸组织上诉机构已明确表示，不会接受一项将会导致修改条约义务的解释，因为这将不再是对现行条约规定的“适用”。<sup>275</sup> 上诉机构坚持认为，嗣后协定和嗣后实践不能导致修改世贸组织所辖协定的适用条款，不过，必须按照《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款的具体规定解读这一立场，根据这项规定，“[争端解决机构的]建议和裁决不得增减所辖协定所规定的权利和义务”。<sup>276</sup>

编》，第二十五卷，第83页起，详见第110–111页，第3.6–3.10段；另见埃及和以色列间塔巴界桩位置案，1988年9月29日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第1页起，详见第56–57页，第209–210段，其中仲裁法庭在附带意见中指出，“如果可以发现彼此矛盾，则划定的边界线优先于协议”。

<sup>272</sup> 美利坚合众国和法国间关于空运协定的解释案，1963年12月22日，《国际仲裁裁决报告》，第十六卷，第5页起，详见第62–63页。

<sup>273</sup> Kohen, “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, 第42页；然而，这一评价遭到反驳，见Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, 第20页，该作者援引了伊朗-美国索赔法庭和塔巴案的仲裁。

<sup>274</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24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208页，第58段(日本)；Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 第89页。

<sup>275</sup> 世贸组织，上诉机构的报告，欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度案，第二次诉诸第21条第5款，WT/DS27/AB/RW2/ECU和Corr.1以及WT/DS27/AB/RW/USA和Corr.1号文件，2008年12月11日和22日分别通过，第130–132页，第391–393段。

<sup>276</sup> 可查阅网站：[www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dsu\\_e.htm#3](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm#3)。

#### (d) 欧洲人权法院

133. 欧洲人权法院有时承认当事国的嗣后实践是可能修改《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)的渊源。阿勒萨阿敦和穆夫德希诉联合王国案涉及是否允许一公约国将一人移交至此人确实有可被判处死刑的非公约国。这一案件引发的问题是，是否应将禁止使人遭受“不人道或有辱人格待遇或处罚”的《公约》第3条解释为禁止这类措施。然而，这样解释第3条似乎不符合《公约》第2条保护生命权免受蓄意剥夺，“但定罪后执行法院判决不在此列”的规定。在阿勒萨阿敦和穆夫德希案中，欧洲人权法院回顾，它曾在1989年泽林诉联合王国案的附带意见中确认，

成员国的既定惯例可以导致《公约》被修订。在该案中，欧洲人权法院认为，国家刑事政策中普遍废除死刑的嗣后实践可视为缔约国确认同意取消第2§1条规定的例外情况，从而消除了对第3条演化解释范围的文字限制。<sup>277</sup>

134. 欧洲人权法院适用同样理由对阿勒萨阿敦和穆夫德希案作出以下结论：

除两个成员国以外，所有成员国都已签署第13号议定书，在已签署的成员国中，除三国以外，其余国家都已批准该议定书。这些数字以及成员国一致暂停死刑的做法强烈表明，第2条已被修正，在任何情况下禁止死刑。在这一背景下，法院认为，第2§1条第二句的措辞不再妨碍法院将第3条的“不人道或有辱人格待遇或处罚”解释为包括死刑。<sup>278</sup>

135. 欧洲人权法院的结论是，缔约方在战时将一人移交至此人确实有可能被判处死刑的非缔约国时，违反了《公约》第3条。虽然欧洲人权法院很明确地申明了理由，但如果有人认为该决定完全基于第3条，则欧洲人权法院对国家实践修改《公约》第2条的认可可被解释为一条附带意见。不过，此类推理会把两条密切关联的规定人为地分开。

#### (e) 其他国际性法院和法庭

136. 国际海洋法法庭、美洲人权法院、国际刑事法院、国际刑事法庭以及欧洲法院等其他国际性

<sup>277</sup> 阿勒萨阿敦和穆夫德希诉联合王国案，2010年3月2日，第61498/08号，ECHR 2010-II，第123–124页，第119段，其中提及了奥贾兰诉土耳其案[大法庭]，2005年5月12日，第46221/99号，ECHR 2005-IV。

<sup>278</sup> 同上，第125–126页，第120段；见泽林诉联合王国案，第14038/88号，1989年7月7日，《A辑》，第161号，第40–41页，第102–104段。Malkani, “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, 第523页。



法院和法庭要么似乎尚未处理过这一问题，要么没有确认当事国的嗣后实践可以修改条约。<sup>279</sup>

#### (f) 与司法程序无关的国家实践

137. 在某些情况下，条约的当事国实施了某种做法，它们似乎认为这种做法实际修订了条约，而未经国际性法院或法庭就此发表意见。<sup>280</sup> 例如，这类例子似乎包括《保护野生动物迁徙物种公约》中的“迁徙物种”一词，这一概念现在被解释为涵盖因气候变化已经成为或开始成为非迁徙性的物种。<sup>281</sup> 然而，此类情况是很难清晰识别的，<sup>282</sup> 而且特别难以评估某一具体实践是否默示当事国作出了就此修改基础条约的假定或协定。有人就此表示，“完全有理由推断，例如，各国极不愿意让争端解决者援引嗣后行为来修改条约关系，但各国本身都乐意认为条约已在相互谅解基础上得到修改”。<sup>283</sup>

#### (g) 评价

138. 国际性法院和法庭的判例表现不一。一些国际性法院和法庭没有处理当事国的嗣后实践是否可以导致条约被修改的问题，而国际法院似乎以笼统的措辞确认了这一可能性，不过尚未在具体案件中明确适用。国际法院似乎还希望传达一种印象，即当事国的某一嗣后实践属于可允许的条约解释范围。另一方面，世贸组织上诉机构已经否认了当事国嗣后实践修改世贸组织所辖协定的可能性，而欧洲人权法院已在至少一个案件中承认和适用了这一可能性。<sup>284</sup>

139. 这一情况表明了以下结论：世贸组织的情况显示，条约可排除当事国的嗣后实践，使其无法

<sup>279</sup> 见 Nolte, “Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”, 第268–275页和第282–301页。

<sup>280</sup> Nolte, “Third report of the ILC Study Group on Treaties over Time: subsequent agreements and subsequent practice of States outside of judicial or quasi-judicial proceedings”, 第353–356页。

<sup>281</sup> Trouwborst, “Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on migratory species and its daughter instruments to climate change”, 第286–288页; Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, 脚注115。

<sup>282</sup> 关于识别结论性国家实践方面的困难，一般见 Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第72页。

<sup>283</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 第83页。

<sup>284</sup> 阿勒萨阿敦和穆夫德希诉联合王国案，第61498/08号，ECHR 2010-II。

产生修订影响。因此，条约本身首先决定这一问题。欧洲人权法院的情况也支持这样一种观点，即条约本身首先具有支配性，并且有时可以反过来允许国家立法或行政实践中表现出来的共同标准优先于条约案文。因此，最终很多事情都取决于条约或与条约有关的规定。<sup>285</sup>

140. 然而，决定这一事项的条约规则(如世贸组织《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款或《欧洲人权公约》下经认可的对条约的理解)属于例外情况。在条约不存任何可比迹象指明某一或其它方向的情况下，情况更加复杂。从国际法院的判例中看不出用于处理这类案件的明确备用规则。但有可能得出这样一个结论，即国际法院虽然认定条约被当事国嗣后实践修改的可能性“在法律上不能完全排除”，<sup>286</sup> 但认为尽管如此仍应尽可能避免此类修改。因此，国际法院准备接受非常宽泛的解释，从而可能延伸条约用语的通常含义，甚至可能延伸这些用语的特殊含义。

141. 从国际法院判例得出的这个结论与针对1969年《维也纳公约》第三十八条草案辩论期间阐明的某些一般性考虑相一致。如今，相对于国际法往往不像国内法那样拘泥于形式这一同样正确的普遍意见，条约规定的修正程序不应通过非正式手段规避的考虑似乎获得了更多重视。<sup>287</sup> 还应指出，一些国家在联合国条约法会议上所表达的关切，即嗣后实践修改条约的可能性可能给本国宪法造成困难这一点，已不再能简单地予以忽视。<sup>288</sup> 最后，虽然条约必须

<sup>285</sup> Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, 脚注126–132。

<sup>286</sup> 喀麦隆与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), 判决, 《2002年国际法院汇编》, 第303页起, 详见353页, 第68段。

<sup>287</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 第89页; Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, 第47页; Hafner, “Subsequent agreements and practice ...”, 第115–117页; 以及 Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, 第130页。

<sup>288</sup> 见北约战略概念案, 德国联邦宪法法院, 2001年11月22日第二院的判决, 诉请书编号: 2 BvE 6/99, 第19–21段(关于该判决的英文缩略版, 可查阅 [www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122\\_2bve000699.en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699.en.html)); Kadelbach, “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”, 第145–148页; Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, 第130页; Wuerth, “Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”, 第154–159页; 以及 Ruiz Fabri, “Subsequent

遵守的原则确实没有因所有当事国的嗣后实践对条约的修改而正式受到质疑,但如果简单地承认,一种将协定确定为嗣后实践的非正式手段能够修改条约,则条约关系的稳定性同样也会受到质疑。<sup>289</sup> 还应强调指出的是,即使汉弗雷·沃尔多克爵士在联合国条约法会议上发言时,也对当事国嗣后实践对条约的修改可能涉及的范围进行了限制,提出它不应“触及条约的主要基础”。<sup>290</sup>

142. 因此,尽管国际判例中有迹象表明,如果条约无相反表示,则当事国同意的嗣后实践可能导致对条约作出某些有限的修改,但不应推定实际发生了这种情况。相反,缔约国和法院应竭尽所能,将当事方商定的嗣后实践视为以特定方式解释条约的努力。这些为解释做出的努力可以在相当大的范围内展开,因为1969年《维也纳公约》第三十一条并未将其中的某一特定解释资料置于首要位置,而是要求解释者酌情考虑一切解释资料。<sup>291</sup>

## 2. 嗣后协定

143. 根据1969年《维也纳公约》第三十九条的规定,“条约得以当事国之协议修正之”。另一方面,第三十一条第三项(甲)款述及“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”,但似乎未涉及修订问题。正如世贸组织上诉机构所称:

第三十一条第三项(甲)款中的“适用”一语所涉及的情况是,协定明确规定如何“应用”现有规则或现行义务;这一用语的含义并不创建新的义务或扩大有时限的现有义务。<sup>292</sup>

practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”,第165–166页。

<sup>289</sup> 例如,见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*”,第274页(特别涉及边界条约)。

<sup>290</sup> 《联合国条约法会议正式记录,第一届会议,1968年3月26日至5月24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38次会议,第214–215页,第57段(汉弗雷·沃尔多克爵士)。

<sup>291</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第21页,结论草案1,第5段及其相关评注(同上,第21–25页,尤其是第24–25页,第(12)–(15)段);Hafner, “Subsequent agreements and practice ...”,第117页;一些作者支持如下观点,即第三十一条第三项所述嗣后协定和嗣后实践中可被视为“解释”的资料范围大于其他解释者的解释,包括法院或法庭的演化解释范围,如Gardiner, *Treaty Interpretation*,第243页;Dörr, “Article 31—General rule of interpretation”,第555–556页,第76段。

<sup>292</sup> 世贸组织,上诉机构的报告,欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度案,第二次诉诸第21条第5款,WT/DS27/AB/

144. 第三十一条第三项(甲)款与第三十九条如放在一起看,就会表明当事国在一条约缔结后达成的协定可以解释和修订条约。<sup>293</sup> 第三十九条所述协定不需要与它所修正的条约具备同样的形式(除非条约另有规定)。<sup>294</sup> 与第三十一条第三项(甲)款所述协定一样,第三十九条所述协定可以通过不那么正式的方式达成,并仅限于在一个或若干个条约适用情况下,修订或暂停履行条约规定的义务。<sup>295</sup> 国际法院在乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)中裁定:

不论具体名称如何,也无论可能记录在何种文书上([乌拉圭河行政委员会]议事记录),该“谅解”对当事各方都具有约束力,因为它们均认可这项谅解,必须予以善意遵守。就适当双边协定所设既定项目而言,双方有权偏离1975年《规约》设定的程序。<sup>296</sup>

145. 对于第三十九条和第三十一条第三项(甲)款所述协定没有作出不同的形式规定,有些作者以此为理由,认为第三十一条第三项(甲)款所述协定也具有修订条约的效力。<sup>297</sup> 不论如何,也许有必要确定一项协定是否(如果是,则在何种程度上)旨在(按照第三十九条)修订条约或(按照第三十一条第三项(甲)款)解释条约,<sup>298</sup> 尤其是该种区分是否可以通过形式标准加以识别,或这种区分是否仅仅取决于当事方的推定意图。国际判例和国家实践中的情况略有不同:

RW2/ECU和Corr.1以及WT/DS27/AB/RW/USA和Corr.1号文件,2008年12月11日和22日分别通过,第131页,第391段。

<sup>293</sup> Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”,第88页。

<sup>294</sup> 根据第三十九条,第二句。

<sup>295</sup> Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*,第107页,其中提及了汉弗雷·沃尔多克爵士,《联合国条约法会议正式记录,第一届会议,1968年3月26日至5月24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37次会议,第207页,第49–52段;Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*,第513–515页,第7、9和11段;Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”,第706页,详见第16段。

<sup>296</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010年国际法院汇编》,第14页起,详见第62页,第128段;法院随后裁定该案未能满足这些条件,详见第62–66页,第128–142段。

<sup>297</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*,第223–224页,附例证。

<sup>298</sup> 在司法实践中,有时不需要确定一项协定是否具有解释或修订条约的效力,见领土争端案(阿拉伯利比亚民众国/乍得),判决,《1994年国际法院汇编》,第6页起,详见第29页,第60段:“法院认为,为了本裁决的目的,没有理由将之归类为对《宣言》的确认或修订”。

## (a) 国际法院

146. 在乌拉圭河纸浆厂案中，当事双方向国际法院提出一项主张，表示在某些纸浆厂施工争端的个别案件中，双方通过阿根廷与乌拉圭两国外交部长就进一步处理此案所达成的“谅解”而搁置了条约规定的程序。法院认为：

法院裁定，只要乌拉圭要遵守2004年3月2日所达成的“谅解”之规定，而且如果该谅解的目的又恰恰是要免除乌拉圭根据1975年《规约》第七条所承担的义务，则该谅解本可产生这一效力。法院认为，乌拉圭没有做到这一点。因此，不能认为该“谅解”已经具有了免除乌拉圭遵守1975年《规约》所设定的程序义务的效果。<sup>299</sup>

147. 尽管法院同意该“谅解”本可以产生“使乌拉圭免于遵守条约程序义务”的效力，但它没有承认这会产生修订条约义务的效力。这意味着对于那些据称克减条约义务的非正式协定，应当作狭义解释。因此，对条约进行修订的协定既未被排除，也不应被推定。<sup>300</sup>

## (b) 伊朗—美国索赔法庭

148. 伊朗—美国索赔法庭承认——尽管仅在附带意见中——当事方的嗣后协议会导致《阿尔及尔协定》被修订：

不过，如果伊朗和美国这两个设立法庭的当事方能同意向法院提交案件，就有理由认为这一举动足以赋予法庭对这类案件的管辖权，因为它构成了就特定案例修订《阿尔及尔宣言》的国际协定。但问题不在这里。<sup>301</sup>

149. 这一意见表明可以从协定所述的效力中推断它是仅仅解释还是修订了条约。

## (c) 自由贸易委员会2001年的说明：协定的作用是解释还是修订？

150. 根据《北美自由贸易协定》第1131条第2款，(政府间)自由贸易委员会可以采纳对《北美自由贸易协定》某个规定的解释，该解释对第十一章所设

<sup>299</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010年国际法院汇编》，第14页起，详见第63页，第131段。

<sup>300</sup> 同上，第66页，第140段；Crawford, “A consensualist interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”，第32页。

<sup>301</sup> 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案，第ITL 83-B1-FT号(反诉)，中间裁决，《伊朗—美国索赔法庭汇编》，第38卷(2004—2009)，第77页起，详见第126页，第132段。

法庭具有约束力。<sup>302</sup> 委员会利用了这个可能性，于2001年7月31日就《北美自由贸易协定》第1105条第1款发布了一项解释性说明。<sup>303</sup> 该说明除其他外澄清在最低待遇标准问题上，“国际法”用语应被理解为指的是“习惯国际法”，以及“公平和平等待遇”及“充分的保护和充分的安全”并不要求高于习惯标准的待遇。<sup>304</sup> 关于第十一章问题的各小组对该说明作出了不同解释，特别是关于下列问题：应将说明视为《北美自由贸易协定》第1131条第2款所述作准的解释、1969年《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定、(不允许的)修正还是(或许可允许的)非正式修订？<sup>305</sup> 以下决定具有特别重要的意义：

151. ADF集团公司诉美国案的小组在评估该说明是解释还是修正时所依据的事实是，说明本身的意图是进行解释：

我们在这方面注意到，自由贸易委员会2001年7月31日的解释明确意图成为对包括第1105条第1款在内的若干《北美自由贸易协定》规定的解释而非“修正”或其他……因此，不必着力探究对第1105条第1款的“解释”与“修正”之间的区别。但向第十一章法庭提交的文件是意图成为一项修正性协定，由当事国各自采取必要的内部宪法程序使修正性协议生效，还是意图成为自由贸易委员会根据第1131条第2款作出的解释，我们请当事各方——所有当事方——自行向法庭说明。关于当事方意欲在《北美自由贸易协定》某特定条款中传达什么信息，没有哪个指示来源比它们自己的说明更作准、更权威了。<sup>306</sup>

152. 梅赛尼斯诉美国案的小组将该说明解释为第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定：

关于第1105条，现有解释载于自由贸易委员会2001年7月31日的解释中。暂且不提《北美自由贸易协定》第1131条第2款的影响，还必须参照《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款来考虑自由贸易委员会的解释，因为该解释构成《北美自由

<sup>302</sup> Brower, “Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, 349–350页。

<sup>303</sup> “一方应给予他方投资者的投资国际法所规定的待遇，包括公平和平等待遇以及充分的保护和充分的安全。”

<sup>304</sup> 关于自由贸易委员会对《北美自由贸易协定》第十一章中某些规定的解释说明文本，可查阅 [www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp)；另见Brower, “Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”，第351–354页。

<sup>305</sup> 例如，见Brower, “Why the FTC notes of interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”，第354–356页和第363页；Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”，第180–181页和第216页。

<sup>306</sup> ADF集团公司诉美利坚合众国案(案件编号：ARB(AF)/00/1)，解决投资争端国际中心根据《北美自由贸易协定》第十一章作出的仲裁，2003年1月9日，第84–85页，第177段 (<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/16586.pdf>)。



贸易协定》当事方就如何解释《协定》第1105条达成的嗣后协定……因此，对第1105条作出的任何解释都应当根据《维也纳公约》第三十一条第一项的规定考虑该条通常含义，并考虑到2001年7月31日根据《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款作出的解释。<sup>307</sup>

153. 该小组还谈到一个问题，即该说明是否具有解释性抑或暗示着对《北美自由贸易协定》的修正：

即使在假定自由贸易委员会的解释是一项影响广泛的实质性修改(在与本案有关的问题上法庭并不如此认为)时，梅赛尼斯公司也没有引述权威来支持其论点，即只有通过正式修正、而不是所有当事方之间某种形式的协定，才能对条约作出影响广泛的修改。

《维也纳条约法公约》第三十九条明确规定“条约得以当事国之协议修正之”。无须特定修正方式，许多条约还规定可通过协定修正条约，无须重新批准。与第1131条类似的规定亦不曾与国际解释规则相左。《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款规定：“三、应与上下文一并考虑者尚有：(甲)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。”<sup>308</sup>

154. 波普与塔尔博特公司诉加拿大政府案的小组显然更愿意将该说明视为一项修正，但在程序中仍推定委员会的行动属于“解释”。<sup>309</sup>

155. 尽管各法庭对自由贸易委员会的有关说明作出了不同评估，但它们没有确定任何形式标准，可用来区分第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定和(第三十九条或其他条款所述)修订条约的协定。相反，它们更愿意尽可能将这类特定的当事方协定视为对条约的解释，而不是修正或修订，并因此接受当事方意图采取的行动。

#### (d) 联合国海洋法公约

156. 实践中的一些事例显示，条约当事国有时意图通过一项嗣后协定产生实际上修订条约的效果，而不采用或顺利履行现有的修正程序。

157. 《联合国海洋法公约》缔约国会议同意将海洋法法庭法官的第一次选举从1995年5月16日(《公约》附件六第四条第3款规定的最迟可能日期)

<sup>307</sup> 梅赛尼斯公司诉美利坚合众国案，贸易法委员会根据《北美自由贸易协定》第十一章作出的仲裁，关于管辖权和案情实质的最终裁决，2005年8月9日(<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/51052.pdf>)，第二部分，H章，第11页，第23段。

<sup>308</sup> 同上，第四部分，C章，第9-10页，第20-21段。

<sup>309</sup> 波普与塔尔博特公司诉加拿大政府案(关于损害的裁决)，解决投资争端国际中心根据《北美自由贸易协定》第十一章作出的仲裁，2002年5月31日，第22-23页，第46-47段(<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>)。

推迟到1996年8月1日。<sup>310</sup> 该会议对大陆架界限委员会的第一次选举作出了类似决定。<sup>311</sup> 这两个决定都是以协商一致的方式通过的。决定的通过都没有经过《公约》第三一二至第三一六条规定的修正程序，<sup>312</sup> 也未对其合法性进行辩论。也许可以将上述决定视为不就特定情况适用《公约》(这将使条约义务不受影响，而仅仅是未得到执行)。然而，鉴于需要为选举提供可靠的法律依据，似乎更合理的假定是，缔约各国为此打算针对特定情况对《公约》进行修订。

158. 《公约》附件二第4条规定，按照《公约》第七十六条，可以将大陆架外部界限扩展到二百海里以外，并规定请求国“应将这种界限的详情连同支持这种界限的科学和技术资料尽早提交委员会，而且无论如何应于本《公约》对该国生效后十年内提出”。当缔约国要求延长时限，<sup>313</sup> 缔约国会议决定，对《公约》于1999年5月13日以前生效的那些国家，应认为十年时限于1999年5月13日开始计算。<sup>314</sup> 秘书处提出的背景文件表示，实现这一目的有若干办法，但倾向于缔约国根据《海洋法公约》第三一二或第三一三条的规定对正式修正程序达成一项嗣后协定，或达成一项执行协议。<sup>315</sup> 在缔约国会议上，大多数国家表示这是一个程序性问题，因此属于《联合国海洋法公约》缔约国会议的管辖范围。<sup>316</sup> 缔约国商定通过协商一致方式作决定，并同意在此情形中无需诉诸《公约》第三一二至第三一四条。鉴于《公约》第七十六条的明确规定，缔约国会议的决定即使被视为程序问题，也很难不被视为对这项规定的修订。<sup>317</sup> 同时，缔约国显然不愿明确承认这一点。

<sup>310</sup> 见1994年11月21日和22日在纽约举行的《联合国海洋法公约》缔约国会议的第一次报告(SPLOS/3)，第6页，第16(a)段。

<sup>311</sup> 尽管《联合国海洋法公约》附件二第二条第2段规定决定的截止日期是1996年5月16日，但在第三次缔约国会议上，决定日期被推迟到1997年3月13日(见SPLOS/5，第6页，第20段)。

<sup>312</sup> Treves, “The General Assembly and the meeting of the States parties in the implementation of the LOS Convention”, 第68-70页。

<sup>313</sup> 见SPLOS/60号文件，第9页，第61段。

<sup>314</sup> 见SPLOS/73号文件，第11页，第81段；以及《联合国海洋法公约》附件二第四条所订向大陆架界限委员会提交资料的十年期限的起算日期的决定(SPLOS/72号文件，第1页)。

<sup>315</sup> 见秘书处就《联合国海洋法公约》附件二第四条的有关问题编写的背景文件(SPLOS/64)，第6-8页；另见SPLOS/73号文件，第9-11页。

<sup>316</sup> 见SPLOS/73号文件，第10页，第79段。

<sup>317</sup> 例如，见德国联邦外交部国际法司，“International Law Commission topic ‘Treaties over time’”(2011年2月14日)，第7页。

## (e) 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》

159. 解释条约的协定与修订条约的协定之间的界限很难划分，这一点在《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》缔约方会议的一个决定中得到了进一步佐证。该决定通过对《议定书》的若干修正。<sup>318</sup> 按照《保护臭氧层维也纳公约》第9条第5款，《议定书》的修正“应于保存者接得至少四分之三公约缔约方或至少三分之二的有关议定书缔约方的批准、核准或接受通知书后的第九十天在接受修正案的各缔约方之间生效，除非该议定书另有规定”。《蒙特利尔议定书》预想了一个特殊的“调整程序”；<sup>319</sup> 如上文所述，必须把这个程序与《保护臭氧层维也纳公约》第9条第5款适用的对《议定书》的修正区分开来。

160. 在1990年6月27日至29日于伦敦举行的《蒙特利尔议定书》缔约国第二次会议上，缔约国就《议定书》的若干修正作出“第II/2号决定”。这些修正及其生效程序载列于缔约国大会最终报告附件二中。<sup>320</sup> 附件二第2条全文如下：

本修正应于1992年1月1日生效，但届时必须已有成为《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》缔约国的国家或区域经济一体化组织交存至少二十份批准、接受或核准本修正的文书。如果这项条件在该日尚未满足，则本修正应于这项条件满足之日以后九十天生效。<sup>321</sup>

161. 缔约国会议的这项决定就是缔约国的嗣后协定。这一协定修订了维也纳——蒙特利尔条约机制设定的修正程序，可以说是超出了解释的范畴。其后的一系列决定使用了与之相同的生效程序，缔约国的嗣后实践确认了1990年的这一决定。<sup>322</sup>

<sup>318</sup> 例如，见Brunnée，“COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”，第31页；Churchill和Ulfstein，“Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements ...”，第641页。

<sup>319</sup> 见Brunnée，“Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”，第109–110页。

<sup>320</sup> 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》缔约国第二次会议的报告(UNEP/OzL.Pro.2/3)，1990年6月27–29日，伦敦，第9页，第40段。

<sup>321</sup> 同上，第32页。

<sup>322</sup> 关于《蒙特利尔议定书》的修正清单，可查阅联合国环境规划署(环境署)，臭氧层秘书处(<https://ozone.unep.org/treaties/montreal-protocol/amendments>)。

## (f) 嗣后协定与修正程序

162. 在有些情形中，条约当事方启动了正式修正程序，同时就修订条约规定达成了一项不太正式的嗣后协定，在正式修正程序尚未完成之前予以执行。在这种情况下可能出现一个问题，即在正式修正程序未完成时，能否将嗣后协定作为准确表述条约义务的作准资料？这种做法的一个例子来自《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》。根据七十七国集团在1994年在第一届缔约国大会上提出的请求，第二届缔约国大会以协商一致的方式决定禁止经合组织成员国向非经合组织成员国越境转移危险废物。<sup>323</sup> 不过，一些国家在第二届缔约国大会的辩论中对是否应当根据《巴塞尔公约》第17条通过正式修正程序来作出这一决定表示关切。<sup>324</sup> 不断有人表示批评，特别是在一些缔约国国内。<sup>325</sup> 1995年缔约国大会第三届会议决定启动对《巴塞尔公约》的正式修正，目的是禁止经合组织国家向非经合组织国家越境转移危险废物。按照《公约》第17条规定的程序，这项修正尚未生效。在第三次缔约国大会的辩论中，一些国家表示，将该问题交付正式修正程序的决定没有剥夺缔约国大会此前的决定所具有的约束力，另一些国家则明确反对这一观点。<sup>326</sup>

## (g) 嗣后协定之间的区别

163. 上述判例和国家实践的范例表明，往往很难区分以下三种协定，一是在具体条约条款赋予嗣后协定约束力的情况下由当事方达成的协定，二是本身不具有约束力的第三十一条第三项(甲)款所述的简单嗣后协定，最后是第三十九条所述对条约进行修订的协定。除了有关条约本身可能规定的标准外，似乎没有任何正式标准获得承认，可用来区分这些不同形式的嗣后协定。不过，很明显，当事国和国

<sup>323</sup> 见《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国大会第二次会议的报告，1994年3月21–25日，日内瓦(UNEP/CHW.2/30号文件，第15页，第II/12号决定)。

<sup>324</sup> 见1995年9月18–22日在日内瓦举行的《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国大会第三次会议上通过的第三III/1号决定(UNEP/CHW.3/35号文件，第1页)；另见Handl，“International ‘lawmaking’ by conferences of the parties and other politically mandated bodies”，第132页。

<sup>325</sup> 例如在澳大利亚，国会议员担心“丧失议会自主权”，见Handl(见前注)，脚注23。

<sup>326</sup> 见《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国大会第三次会议的报告(UNEP/CHW.3/34)，1995年9月18–22日，日内瓦；另见Handl，“International ‘lawmaking’ ...”(上文脚注324)。

际性法院一般愿意为当事国通过嗣后协定解释条约设定一个宽大的范围。这个范围可以延展,甚至超出条约条款的通常含义。与承认条约有宽广的解释余地密切相关的是,缔约国和法院不愿承认一项协定实际具有修订条约的效力。<sup>327</sup>《巴塞尔公约》的案例不一定要解释为当事国事后承认,缔约国大会的决定需要正式修正,也可以将这个案例视为缔约国之间为避免分歧、在并非严格必要的情况下以“稳妥”方式开展工作而作出的努力。不过,看来正式修正程序的启动通常意味着当事国认为这是法律所需要的程序。

164. 对不满足条约修正条款之程序规定的嗣后协定应加以狭义解释,令其不以修订条约为目的,这一推定对于嗣后协定可能会影响条约目的与宗旨——如条约的基本内容——的情况,似乎更为有力。<sup>328</sup>其中一个基本内容可能是条约创设的某些个人权利。<sup>329</sup>不过,假如一项嗣后协定足够清晰,它甚至可能促成对条约基本内容的修订。<sup>330</sup>

<sup>327</sup> 缔约国在法庭程序之外的外交场合可能愿意比较公开地承认某个协定或共同实践构成对条约的修订(见Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 第83页。)

<sup>328</sup> 见委员会《对条约的保留实践指南》准则3.1.5(《2011年……年鉴》,第二卷(第三部分),第1段);以及Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第214页。

<sup>329</sup> 见人权事务委员会,关于《公民及政治权利国际公约》所规定的义务连续性问题的第26号一般性意见(人权事务委员会的报告,《大会正式记录,第五十三届会议,补编第40号》(A/53/40),附件七),第4段(不过,该意见没有涉及摒弃《公民政治权利国际公约》的权力);见国际法委员会关于国际法不成体系问题研究组的专题报告, A/CN.4/L.682和Corr.1以及Add.1号文件(可查阅委员会网站,第五十八届会议;最终文本将载于《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),增编,第108段(不过报告处理的是特别法问题);以及Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, 脚注152-155。

<sup>330</sup> 例如,见Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, 第46页; Crawford, “A consensualist

### 3. 结论

165. 国际性法院和法庭判例及国家实践都证实,虽然通过嗣后协定或商定的嗣后实践对条约进行修订(或修正)理论上可与条约解释相区分,但在实践中,正如委员会谨慎指出的那样,“通过嗣后实践修正和解释条约之间的界限可能很模糊。”<sup>331</sup> 国际法院没有讨论以何种标准区分通过嗣后协定或商定的嗣后实践对条约进行的解释和修订。最合理的办法可能是,不能以抽象标准区分解释和修订,而必须首先从条约本身、有关具体条约条款的性质、执行条约的法律背景以及具体案情来加以推论。在此背景下,一个重要的考虑是在多大程度上演化解释有关条约规定。例如,在关于航行权和相关权利的争端案中,<sup>332</sup> 国际法院可以不对当事国嗣后实践是否修订了“comercio”这一用语的含义作出结论,因为法院认定可以对这个用语进行演变解释。

166. 上述考虑表明,可以得出如下结论:

#### “结论草案11 嗣后协定和嗣后实践的解釋範圍

“1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三项所述作准解释资料的解释范围可以宽泛。

“2. 推定条约缔约国通过嗣后协定或嗣后实践意在解释条约而非修订条约。缔约国通过嗣后实践修订条约的可能性没有得到普遍承认。”

interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 第31页(谈到在一般修正程序之外就各国际通信卫星组织私有化问题达成的协定);以及Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”。

<sup>331</sup> 《1964年……年鉴》[英],第二卷,第60页,第71条草案的评注第(25)段。

<sup>332</sup> 关于航行权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜),裁决,《2009年国际法院汇编》,第213页起,详见第242-243页,第64-66段。

## 第七章

### 今后的工作方案

167. 按照最初的工作计划,<sup>333</sup> 2015年向第六十七届会议提交的第三次报告将阐述嗣后协定和嗣后实践与国际组织组成条约之间的关系。该报告

可能还会探讨条约机构的实践、国家法院的作用以及其他委员会的委员或其他国家希望在该专题框架内讨论的问题。视进展情况,可能会在2016年向第六十八届会议提交最后一次报告,探讨可能遗留的问题。委员会随后将对结论草案进行整体审查,以期最终得到通过。

<sup>333</sup> 《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第78页,第238段。



## 附件

## 拟议的结论草案

## 结论草案6 确定嗣后协定和嗣后实践

确定第三十一条第三项和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践时需要审慎考虑，特别是要考虑当事国是否通过协定或实践对条约解释采取立场，或是否受到其他考虑的驱动。

## 结论草案7 嗣后协定和嗣后实践对条约解释可能产生的影响

1. 第三十一条第三项和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践有助于澄清条约的含义，特别是通过缩小或扩大可能的解释范围，或通过指明条约赋予当事国行使酌处权的一定范围澄清含义。

2. 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的价值，除其他外，可能取决于其特定性。

## 结论草案8 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践的形式和价值

第三十一条第三项(乙)款所述嗣后实践可有各种形式，必须反映当事国对条约解释的共同理解。嗣后实践作为条约解释资料的价值取决于其在多大程度上一致、共同和连贯。

## 结论草案9 与条约解释相关的当事国协定

1. 第三十一条第三项(甲)款和(乙)款所述嗣后协定不必以任何特定形式达成，此种协定也不必具有约束力。

2. 第三十一条第三项(乙)款所述嗣后协定要求就当事国知悉的条约解释达成共同理解。为确定第

三十一条第三项(乙)款所述协定而必须积极实施嗣后实践的当事国的数目可能各不相同。在有关情形要求作出某种反应时，一个或多个当事国的沉默可以构成对嗣后实践的接受。

3. 共同嗣后协定或实践不一定表示当事国之间达成与条约解释相关的协定，但可以表示它们商定暂不适用条约或订立实用安排(临时办法)。

## 结论草案10 在缔约国大会框架内通过的决定

1. 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机构成员的情况不在此列。

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，这种决定可体现第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定，或产生第三十一条第三项(乙)款或第三十二条所述嗣后实践。

3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达缔约国之间就条约解释达成的实质性协议，即体现第三十一条第三项所述嗣后协定或嗣后实践，无论决定获得通过所采取的形式和程序如何。

## 结论草案11 嗣后协定和嗣后实践的解釋范围

1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三项所述作准解释资料的解释范围可以宽泛。

2. 推定条约缔约国通过嗣后协定或嗣后实践意在解释条约而非修订条约。缔约国通过嗣后实践修订条约的可能性没有得到普遍承认。

## 条约的暂时适用

[议程项目8]

A/CN.4/675号文件

### 特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生 关于条约的暂时适用的第二次报告\*

[原文：西班牙文]  
[2014年6月9日]

## 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	157
本报告引用的著作.....	158
	段 次
导言.....	1-8 159
章 次	
一、 对会员国意见的分析.....	9-22 159
二、 暂时适用的法律效果.....	23-85 161
A. 义务的来源.....	32-43 162
B. 权利.....	44-52 163
C. 义务.....	53-68 164
D. 义务的终止.....	69-85 165
三、 违反暂时适用之条约的法律后果.....	86-95 167
四、 结论.....	96-98 167

## 本报告引用的多边文书

### 来 源

《暂时适用〈关税及贸易总协定〉议定书》[英](1947年10月30日,日内瓦)	联合国,《条约汇编》,第55卷,第814号,第308页。
《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日,罗马)	同上,第213卷,第2889号,第221页。
《欧洲联盟运作条约》[英](1957年3月25日,罗马)	合订本, <i>Official Journal of the European Union</i> , 第C 326/47号, 2012年10月26日。
《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。

\* 特别报告员对 Pablo Arrocha 为编写本报告作出的宝贵贡献深表感谢。

## 来源

《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969年11月22日, 圣何塞)	同上, 第1144卷, 第17955号, 第123页。
《国际通信卫星组织(“通信卫星组织”)协定》[英](1971年8月20日, 哥伦比亚特区华盛顿)	同上, 第1220卷, 第19677号, 第21页。
《国际能源方案协定》[英](1974年11月18日, 巴黎)	同上, 第1040卷, 第15664号, 第271页。
1977年《国际糖协定》(1977年10月7日, 日内瓦)	同上, 第1064卷, 第16200号, 第219页。
《〈关税及贸易总协定〉国际乳品安排》[英](1979年4月12日, 日内瓦)	同上, 第1186卷, 第814号, 第54页。
《国际电信公约》(1982年11月6日, 内罗毕)	同上, 第1531卷, 第26559号, 第2页。
《及早通报核事故公约》(1986年9月26日, 维也纳)	同上, 第1439卷, 第24404号, 第275页。
《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1月13日, 巴黎)	同上, 第1974卷, 第33757号, 第45页。
《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994年7月28日, 纽约)	同上, 第1836卷, 第31364号, 第3页。
《能源宪章条约》[英](1994年12月17日, 里斯本)	同上, 第2080卷, 第36116号, 第95页。
《1994年国际天然橡胶协定》(1995年2月17日, 日内瓦)	同上, 第1964卷, 第33546号, 第3页。
《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(1995年8月4日, 纽约)	同上, 第2167卷, 第37924号, 第3页。
《[1990年11月19日]欧洲常规武装力量条约缔约国商定文件》(1996年5月31日, 维也纳)	同上, 第2980卷, 第A-44001号, 第195页。
《1999年粮食援助公约》(1999年4月13日, 伦敦)	同上, 第2073卷, 第32022号, 第135页。
《暂时适用〈关于成立联合实施国际热核实验堆项目国际热核实验堆国际聚变能组织的协定〉的安排》[英](2006年11月21日, 巴黎)	《欧洲联盟公报》, L 358, 2006年12月16日, 第81页。
《粮食援助公约》[英](2012年4月25日, 伦敦)	联合国, 《条约汇编》, 第2884卷, 第50320号, 第3页。
《武器贸易条约》(2013年4月2日, 纽约)	同上, 第3013卷, 第52373号, 第269页。

## 本报告引用的著作

ASCENSIO, Hervé

“1969 Vienna Convention. Article 70: Consequences of the termination of a treaty”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1585–1609.

AUST, Anthony

*Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

GESLIN, Albane

*La mise en application provisoire des traités*. Paris, Pedone, 2005.

GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios

*Derecho de los Tratados*. Mexico City, Editorial Porrúa, 2010.

KLAUS, Ulrich

“The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties”, *Policy Papers on Transnational Economic Law*, No. 11. Halle, Martin-Luther-University, 2005.

LEFEBER, René

“Treaties, provisional application”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1–5.



MATHY, Denise

“1969 Vienna Convention. Article 25: provisional application”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 639–654.

MICHIE, Andrew

“The provisional application of treaties in South African law and practice”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 30 (2005), pp. 1–32.

QUAST MERTSCH, Anneliese

*Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

REUTER, Paul

*Introduction to the Law of Treaties*. London, Kegan Paul International, 1995.

ROGOFF, Martin A., and Barbara E. GAUDITZ

“The provisional application of international agreements”, *Maine Law Review*, vol. 39, No. 1 (1987), pp. 29–81.

SIMMA, Bruno and Christian J. TAMS

“1969 Vienna Convention. Article 60: termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1351–1378.

VIGNES, Daniel

“Une notion ambiguë: l’application à titre provisoire des traités”, *Annuaire français de droit international*, vol. 18 (1972), pp. 181–199.

## 导 言

1. 特别报告员在2013年6月提交国际法委员会审议的关于条约的暂时适用的第一次报告<sup>1</sup>中进行了总体初步分析，作为确定今后报告可能的研究领域的指南。

2. 特别报告员尤其探讨了与这一法律概念有关的背景和术语问题，并分析了条约暂时适用的目的与用途。特别报告员还着手就条约暂时适用的法律制度进行了研究，重点探讨三个主要方面：义务的来源、表达意愿的形式以及终止暂时适用所创制度的方式。

3. 特别报告员还表示将在随后的报告中论述关于在国内和国际上产生的法律后果问题。

4. 如第一次报告第37段所述，第二次报告的目的就是对条约暂时适用的法律效果进行深入分析。

5. 委员会委员和参加本专题辩论的各国代表曾多次提及条约暂时适用的法律效果问题，认为其是进一步研究本专题的优先事项，因为这事关这一条

约法概念对决定暂时适用条约的一个或多个国家获取国际权利和义务的影响。

6. 为此，特别报告员将考虑各国在大会第六十八届会议期间第六委员会辩论中发表的意见，以及迄今为止收到的关于国家实践的资料。委员会在关于其第六十五届会议的工作报告中曾请各会员国提供这方面的资料。<sup>2</sup>大会在2013年12月16日的第68/112号决议第1段中表示注意到了委员会的上述报告。

7. 虽然委员会已经收到了若干关于国家实践的报告，但特别报告员认为，为就国家实践问题向委员会提供一个更有条理的愿景以及可能的结论意见，就本专题收集更多的资料是适当且必要的。

8. 在编写本次报告期间，对迄今为止收到的报告进行了考虑，特别报告员向提交这些报告的国家表示感谢。但他将把关于国家实践的结论推迟至晚些时候提出。

<sup>1</sup>《2013年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/664号文件。

<sup>2</sup>同上，第二卷（第二部分），第27段。

## 第一章

### 对会员国意见的分析

9. 在大会第六十八届会议期间第六委员会的辩论过程中，许多代表团在发言中提到了条约的暂时适用问题，并尤其提到了特别报告员的第一次报告。

10. 特别报告员对所有做出宝贵贡献、评论和意见的代表团表示诚挚的感谢。本次报告在研究这一专题时对其进行了充分考虑。

11. 会员国代表在发言中确定了与条约的暂时适用相关的重要研究领域。例如，一些国家建议特别报告员重点关注各国同意暂时适用条约的方式。其他一些国家建议他分析是否可能有“暂时加入”的情况，以及这是否等同于在条约生效时暂时适用条约。还有人建议他研究根据条约本身暂时设立附属机构的问题，以及国际组织暂时适用条约的问题。这些问题和其他问题已经列入了秘书处编写的讨论摘要。<sup>3</sup>

12. 各国在提交的资料中还提出了法律效果问题，例如：自签署之日起的条约暂时适用与批准之日起的条约暂时适用是否有所不同，以及暂时适用是涉及整个条约还是仅仅涉及条约的某些规定。

13. 总体而言，特别报告员注意到绝大多数代表团都感兴趣的一个领域主要是条约暂时适用的法律效果问题。

14. 在这方面，对迄今为止收到的各国资料的分析表明，条约的暂时适用无疑会创建一种法律关系，并因此具有法律效果。这一点似乎无可质疑。恰恰相反，在各国向特别报告员提出的看法和问题中都认为暂时适用确实具有法律效果，这种效果甚至超越了《维也纳条约法公约》（以下简称“1969年《维也纳公约》”）第十八条规定的不妨碍有关条约的目的及宗旨的义务。

15. 此外，特别报告员对委员会委员和会员国的观点表示赞赏和认同，即委员会的工作并非推动或劝阻条约的暂时适用，而是要为更好地理解这一机制提供指导。条约暂时适用的机制应被理解为具有过渡性，并在某种程度上是一种姑息机制，绝不用能用作避免按照条约规定使条约生效和批准条约的手段。

16. 关于国家实践，根据已收到的资料，特别报告员希望提出两点意见。

17. 首先，从第六委员会的发言中可以清楚地看出，各国特别强调条约的暂时适用也取决于国内法的规定以及各国的具体情形。换言之，各国十分谨慎地表示，诉诸条约的暂时适用、包括表达同意的方式，

需遵循国内法的相关规则。在这方面，一些国家建议对国内法进行比较分析，以更加深入地了解这一机制在各国国内的施行。

18. 虽然特别报告员理解各国对尊重其国内法律规定所表达的关切，但他不建议进行这样的比较研究。要进行这样的研究，现有时间远远不够，而且就这一研究对大会而言是否有用也存在着合理疑虑。关于国际法，如常设国际法院曾经宣布的那样，“国内法只是一些事实，表达了国家意愿，并构成国家的活动。”<sup>4</sup> 同样，自本专题第一次被提出时起，委员会便倾向于认为对国内法律的分析与研究条约的暂时适用专题的并不相关。

19. 一些委员会委员认为委员会不必审议国家在决定是否暂时适用条约时所援引的国内法，特别报告员对此表示赞同。因此，对条约的暂时适用问题的分析将重点关注国际层面的法律效果，同时当然考虑到，暂时适用可能会导致1969年《维也纳公约》第四十六条第一项所设想的可能性切实发生，即出现明显违反一条极为重要的、关于国家缔结条约权限的国内法的情况。委员会的一些委员们在讨论中也提到了这个问题。

20. 其次，截至本报告编写结束之日，委员会已从下列十个国家收到了关于条约的暂时适用的国家实践报告：博茨瓦纳、捷克共和国、德国、墨西哥、密克罗尼西亚联邦、挪威、俄罗斯联邦、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。特别报告员对这些报告表示感谢，认为这是对大会辩论的一项重要补充，是关于各国立场的宝贵信息来源。

21. 值得注意的是，密克罗尼西亚联邦就其实践向委员会提交了一份报告，尽管该国并非1969年《维也纳公约》的当事方。在特别报告员看来，这表明委员会对本专题的研究引起了广泛兴趣。

22. 如上文所述，特别报告员打算在收集更多关于国家实践的信息之后再就其对这类实践的分析得出结论。

<sup>3</sup> 秘书处编写的关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/666)。

<sup>4</sup> 波属上西里西亚的某些德国权益案，案情实质，第7号判决，1926年，《常设国际法院汇编》，A辑，第7号，详见第19页。

## 第二章

### 暂时适用的法律效果

23. 早在1966年，特别报告员菲茨莫里斯就已在关于条约法工作的框架内向委员会表示，被暂时适用的条约条款无疑具有在事实上使这些条款产生效力的法律效果。<sup>5</sup> 秘书处在2013年编写的备忘录——特别报告员的第一次报告中也提到了这一备忘录——指出，委员会秉持的总体立场是条约的暂时适用产生了一项执行条约的义务，即便这一义务是暂时性的。<sup>6</sup>

24. 考虑到关于本专题的第一次报告中所作的分析以及各国提交的资料，似宜接受的一项前提是：条约的暂时适用会产生法律效果，但不应将此解释为一种条约或其某些规定的简化生效形式。第一次报告中已经明确说明条约生效所适用的是不同的法律制度。<sup>7</sup>

25. 同时，博茨瓦纳和挪威等国提交的资料虽与这一结论并不矛盾，但指出允许条约暂时适用的程序与寻求批准条约并使条约生效的程序是相同的。例如，瑞士不将“暂时适用”和“暂时生效”视为两种不同的法律概念，因此，该国认为从法律效果角度来看这些概念是相同的。瑞士甚至还提出了一个问题，即在此情形下，关于保留的制度是否也涵盖暂时适用。与此同时，美国报告说，其参议院外交关系委员会的一名委员认为，一暂时适用的条约的法律地位与总统缔结的任何其他协定的法律地位相同，且暂时适用的条约在关于批准的决定作出之前在国内具有完全效果。

26. 取决于条约本身以及暂时适用的具体条款，这种效果可能在国内与国际一级产生影响。所涉条约的主题也与之相关。举两例言之，人权条约或关于降低关税的条约将产生主要针对国内的效果。<sup>8</sup>

27. 一些法学家建议不将暂时适用视为对条约本身的适用，而是将其视为(通过暂时适用本身创建

的)平行协定的适用。<sup>9</sup> 即使考虑到这一点，暂时适用具有法律效果的结论仍然不受影响。

28. 如上文所述以及若干会员国所回顾那样，使用暂时适用的不仅有条约的当事国；国际组织也可暂时适用条约，<sup>10</sup>——如果所涉条约需得到这些国际法主体的签署和批准。

29. 此外，在卡达索浦洛斯案<sup>11</sup>和尤科斯案<sup>12</sup>中，仲裁的重大争议与《能源宪章条约》关于该文书暂时适用的第45条的解释和范围相关。这两起案件表明暂时适用具有法律效果，会产生国际法项下的权利和义务。在这种情况下，仲裁法庭对该《条约》的暂时适用程序进行了分析，但未对暂时适用概念本身的法律效力提出质疑。换言之，这个问题不是国际公法的问题，而是争端当事方之一的宪法问题。<sup>13</sup>

30. 然而，不应忘记的一点是条约的效果“与订立条约者有关：源于订立条约者的意愿，此外别无他物”。<sup>14</sup> 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践专题的特别报告员格奥尔格·诺尔特先生的工作强调了解当事方的意愿始终是极其重要的。<sup>15</sup>

31. 最后，特别报告员希望重点提及Anneliese Quast Mertsch就条约暂时适用产生的义务的性质进行的学术研究。她在该领域的工作对于理解条约暂时适用的法律效果的性质和范围很有价值。<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Vignes, “Une notion ambiguë: l’application à titre provisoire des traités”, 第192页。

<sup>10</sup> Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 第68页。

<sup>11</sup> 约安尼斯·卡达索浦洛斯诉格鲁吉亚案，关于管辖权的裁决，2007年7月6日，解决投资争端国际中心，第ARB/05/18号案。可查阅<http://icsid.worldbank.org/>。

<sup>12</sup> 尤科斯环球有限公司(马恩岛)诉俄罗斯联邦案，关于管辖权和可受理性的临时裁决，2009年11月30日，常设仲裁法院，第AA 227号案。

<sup>13</sup> Klaus, “The Yukos case under the Energy Charter Treaty and the provisional application of international treaties”, 第4页。

<sup>14</sup> Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 第94页。

<sup>15</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/660号文件(第一次报告)；以及A/CN.4/671号文件(第二次报告)，转载于本卷。

<sup>16</sup> 见Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*。

<sup>5</sup> 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，关于“暂时生效”的第22条草案的评注，第(1)段(“但毫无疑问，这些条款具有法律效果，并暂时使条约生效”)。

<sup>6</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/658号文件，第66段。

<sup>7</sup> 同上，A/CN.4/664号文件，第7-24段。

<sup>8</sup> Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, 第74页。



## A. 义务的来源

32. 在第一次报告中讨论暂时适用的法律制度问题时，特别报告员指出暂时适用条约的义务可能来自条约的一个条款或关于条约的单独协定或平行协定；特别报告员还指出暂时适用条约的意愿可以是以明示或默示的方式传达的。<sup>17</sup>

33. 这意味着这些义务的法律性质以及法律效果的范围将首先取决于条约中关于条约整体或部分暂时适用的可能性的规定。例如，美国在关于国家实践的报告中将其暂时适用的条约清单进行了区分，一些是整体暂时适用的条约，<sup>18</sup> 另一些是部分暂时适用的条约。<sup>19</sup> 该清单中包括的附有暂时适用条款的条约有的受限于国内法规定，<sup>20</sup> 有的带有具体资格条件，<sup>21</sup> 有的载有例外<sup>22</sup> 和时间限制<sup>23</sup> 等等。

### 34. 1969年《维也纳公约》第二十五条规定：

一、 条约或条约之一部分于条约生效前在下列情形下暂时适用：

<sup>17</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/664号文件，第43-47段。

<sup>18</sup> 见《美利坚合众国政府与埃塞俄比亚联邦民主共和国空运协定》(2005年5月17日，哥伦比亚特区华盛顿)，TIAS 06-721.1；《美利坚合众国与原子能机构关于在美利坚合众国适用保障监督的协定附加议定书》(1998年6月12日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第2593卷，第20737号；《美利坚合众国政府与危地马拉共和国政府空运协定》(1997年5月8日，圣何塞)，KAV 5945；《执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》；《及早通报核事故公约》；以及《〈关税及贸易总协定〉国际乳品安排》。

<sup>19</sup> 见《美利坚合众国与俄罗斯联邦关于进一步削减和限制进攻性战略武器条约》(附议定书)(2010年4月8日，布拉格)，TIAS 11-205 (另见ILM, 第50卷，第3号，第340页)；以及《国际电信公约》。

<sup>20</sup> 见《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》；《美利坚合众国政府与丹麦王国政府关于加强合作防止和打击严重犯罪的协定》(2010年10月14日，哥本哈根)，TIAS 11-505；《美利坚合众国政府与捷克共和国政府关于加强合作防止和打击严重犯罪的协定》(2008年11月12日，布拉格)，TIAS 10-501；《暂时适用〈关于成立联合实施国际热核实验堆项目国际热核实验堆国际聚变能组织的协定〉的安排》；《国际能源方案协定》；以及《暂时适用〈关税及贸易总协定〉议定书》。

<sup>21</sup> 见《粮食援助公约》；1999年《粮食援助公约》；1994年《国际天然橡胶协定》；以及1977年《国际糖协定》。

<sup>22</sup> 见《美利坚合众国通过千年挑战公司与佛得角共和国千年挑战契约》(2012年2月10日，普拉亚)，TIAS 12-1130.1。

<sup>23</sup> 见《1990年11月19日欧洲常规武装力量条约缔约国商定文件》。

(甲) 条约本身如此规定；或

(乙) 谈判国以其他方式协议如此办理。

35. 根据1969年《维也纳公约》第二条第一项(戊)款的定义，<sup>24</sup> 这意味着暂时适用源自谈判国之间的一项约定。然而，可以至少区分以下四种情况：

(a) 条约规定自通过之日起即暂时适用，即满足了1969年《维也纳公约》第九和第十条关于约文通过与认证要求的情况。在这种情况下，国家仅仅因为参与条约的通过，便有了暂时适用条约的义务；如果没有明示规定如此，则这一义务产生于国家接受暂时适用的明确表示，通常是通过其同意为此目的所通过的一项决定或决议展现出来。<sup>25</sup> 不同意这样做或有更多法律要求的国家没有这一义务。例如，捷克共和国在关于国家实践的报告中指出《欧洲联盟运作条约》第218条第5款确立了暂时适用欧洲联盟与第三国或国际组织缔结的条约的法律依据，其中规定如下：

理事会应根据谈判国的建议，通过一项决定授权签署协定以及在必要情况下，授权协定在生效前的暂时适用。

(b) 条约规定签署国可按1969年《维也纳公约》第十条(乙)款所述的任何一种方式暂时适用条约的情况。在这种情况下，暂时适用条约的义务产生于对条约或载有约文的会议最后文件之签署，暂签或草签。<sup>26</sup>

(c) 条约不曾要求谈判国或签署国暂时适用条约，但为各国留下了自行决定是否希望根据1969年《维也纳公约》第二十五条第一项(甲)款的规定，在自约文通过之日起的任何时间甚至是在其生效之后，暂时适用条约的可能性。在这种情况下，创建暂时适用义务的意图表示可采取国家单方面声明的形式。<sup>27</sup> 当两个或更多的国家同意暂时适用条约时，它们可通过平行协定的方式这样做，这样的协定可以有多种形式。例如，美国在关于国家实践的报告中请委员会注意1999年9月30日签署的《美利坚合众国与乌克兰关于刑事事项法律互助的条约》，<sup>28</sup> 其中双方以外交换文的方式同意暂时适用条约。

<sup>24</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention: Article 25 provisional application”, 第649页。

<sup>25</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第172页。

<sup>26</sup> 同上。

<sup>27</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention: Article 25 provisional application”, 第651页。

<sup>28</sup> 1998年7月22日，基辅，TIAS 12978。

(d) 最后一种是条约对暂时适用只字未提的情况。在这种情况下,对一种假设事例加以审议是有益的,即一个或多个谈判国出于不可知的原因,对一国或多国暂时适用条约的决定作出反应,所援引的事实是第二十五条第一项(乙)款在提到“谈判国”时用的是复数,这意味着如果一个或多个国家要暂时适用条约,需要得到所有谈判国的同意。这种情况会有什么样的法律后果?特别报告员尚未遇到过类似情况的例子,但若收到任何有关这方面的信息,他将深表感激。

36. 简言之,因暂时适用而产生的义务来源可以是一个或多个单方面声明或协议。无论何种形式,不可否认的是暂时适用条约的承诺具有法律效果。<sup>29</sup>

37. 关于单方面声明,国际法院承认:

通过单方面行为提出的关于法律或事实情况的声明可能具有创立法律义务的效力。……如果声明国的意图是它有义务遵循声明的条款,则这一意图就使声明具有了法律约定的性质,声明国从此在法律上被要求采取与声明一致的行为。这类约定,如果是公开的,而且其意图是受条款的约束,那么即使不是在国际谈判框架内作出的,也具有约束力。在这种情况下,要使声明产生效果,无需任何性质的等价交换或对声明的嗣后接受,甚至也无需他国的任何答复或反应,因为这样的要求不符合国家发表声明的法律行为的严格的单方面性质。<sup>30</sup>

38. 根据这一观点,一国暂时适用条约的决定是一种自主的单方面行为,仅受该国意愿支配并为其创建了一种新的法律状况,<sup>31</sup>有别于条约在生效后由条约本身以协约方式为各当事方创建的权利和义务。

39. 例如,美国认为,总统单方面决定暂时适用条约的权力的唯一来源是国内法,因此,条约的单方面暂时适用应被理解为一个宪法问题。

40. 在这方面,与之相关的是委员会在国家的单方面行为方面的工作,以及,特别是,适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则。<sup>32</sup>在2006年12月4日的第61/34号决议中,大会对分发这

些原则表示赞赏,其中确立了使单方面声明产生国际法义务所必须满足的基本准则。

41. 尤其是原则1、<sup>33</sup>3、<sup>34</sup>9<sup>35</sup>和10<sup>36</sup>强调了针对第三国义务产生效果——第三国有权要求这类义务得到尊重;为确定单方面声明的法律效果,有必要考虑第三国的反应;以及撤销单方面声明要有条件,在其他国际法主体可能援引单方面声明创立的义务的可执行性时尤其如此。

42. 无论如何,明确表示意愿是确定暂时适用义务来源的决定性因素,意愿的表示可以是书面形式、口头形式或任何表达此种意愿的其他行为、尤其是主动行为的形式,<sup>37</sup>不过上述指导原则也允许通过非正式行为,在某些情况下,甚至沉默也可产生同样的效果。

43. 总之,表达暂时适用条约的意愿的形式对于相关国家承担的权利和义务的范围有着直接影响。

## B. 权利

44. 如果各国商定条约自通过或签署之时起即暂时适用,那么条约中规定各国享有的权利亦分别自通过或签署之时起便具有可执行性。

45. 这一点在双边条约中表现得更为明显,双方可约定条约在生效之前暂时适用。俄罗斯联邦在关于该国实践的报告中提供了若干实例:《俄罗斯联邦与塞尔维亚关于天然气输送的协定》;<sup>38</sup>以及《俄罗

<sup>29</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention: Article 25 provisional application”, 第652页。

<sup>30</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国),判决,《1974年国际法院汇编》,第253页起,详见第267页,第43段。

<sup>31</sup> Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, 第188页。

<sup>32</sup> 关于委员会通过的指导原则及相关评注,见《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第176-177段。

<sup>33</sup> 同上,“公开作出的并显示受约束意愿的声明可具有创立法律义务的效力。当与此相符的条件得到满足时,这类声明的约束性质便以善意为基础;有关国家然后可考虑到并信赖这类声明;这些国家有权要求尊重这类义务。”

<sup>34</sup> 同上,“为确定这类声明的法律效力,有必要考虑其内容、其作出时的所有实际情况及其所引起的反应。”

<sup>35</sup> 同上,“一国的单方面声明不得对其他国家施加义务。然而,其他有关国家如果明确接受这类声明,则可就这类单方面声明承担义务。”

<sup>36</sup> 同上,“不能任意撤销一项已经对声明国创立了法律义务的单方面声明。在考虑一项撤销是否属于任意时,应考虑下述因素:

“(a) 声明中与撤销有关的任何具体规定;

”(b) 义务的对象对这类义务的信赖程度;

”(c) 情况在多大程度上发生了根本变化。”

<sup>37</sup> Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 第34页。

<sup>38</sup> 《俄罗斯联邦政府与塞尔维亚共和国政府关于俄罗斯联邦向塞尔维亚共和国输送天然气的协定》(2012年10月13日,

斯联邦与阿塞拜疆关于在亚拉戈-加兹马拉尔市萨穆尔河修建车行桥的协定》。<sup>39</sup>

46. 前一项协定规定, 协定自签署时起暂时适用; 后一项协定规定, 协定自签署后30天起暂时适用。

47. 同样, 墨西哥在关于该国实践的报告中列举了按约定暂时适用的四项双边条约: 《墨西哥与哥伦比亚的空运协定》;<sup>40</sup> 《墨西哥与加蓬的贸易协定》;<sup>41</sup> 《墨西哥与加蓬的文化、科学和技术协定》;<sup>42</sup> 以及《墨西哥与加蓬的合作总协定》。<sup>43</sup>

48. 第一项协定在第17条中规定:

本协定自签署之日起暂时适用, 并按外交换文中指明的日期最终生效, 这类换文一般发生在缔约方按各自宪法程序获得批准之后。

49. 第二项协定在第八条中提到了暂时“生效”, 将这一概念等同于暂时适用:

本协定自签署之日起暂时生效, 随后将根据两国各自的现行程序得到批准。

50. 第三和第四项协定分别在第十五条和第五条中载有与第二项协定十分相似的规定:

本协定自签署之日起暂时生效, 并将在交换批准书之后最终生效 [*become final*].

本协定自签署之日起暂时生效, 并将在交换批准书之后最终 [*definitively*] 生效。

51. 在上述情况中, 当事方关于条约暂时适用的约定来自条约本身, 这反过来产生了彼此承认的权利和义务, 并因此是可执行的, 对第三方具有可施用性。

贝尔格莱德), 俄罗斯联邦, *Bulletin of International Agreements*, 2014, 第8号, 第60-63页(俄文)。

<sup>39</sup> 《俄罗斯联邦政府与阿塞拜疆共和国政府关于在 Yarag-Kazmalyar 市萨穆尔河修建车行桥的协定》(2013年8月13日, 巴库), 同上, 第10号, 第35-40页(俄文)。

<sup>40</sup> 《墨西哥合众国政府与哥伦比亚共和国政府的空运协定》(1975年1月9日, 波哥大), 联合国, 《条约汇编》, 第1364卷, 第23023号, 第249页。

<sup>41</sup> 《墨西哥合众国政府与加蓬共和国政府的贸易协定》(1976年9月14日, 墨西哥城), 同上, 第1379卷, 第23121号, 第113页。

<sup>42</sup> 《墨西哥合众国政府与加蓬共和国政府的文化、科学和技术协定》(1976年9月14日, 墨西哥城), 同上, 第1379卷, 第23120号, 第103页。

<sup>43</sup> 《墨西哥合众国政府与加蓬共和国政府合作总协定》(1976年9月14日, 墨西哥城), 同上, 第1400卷, 第23407号, 第139页。

52. 应当指出的是, 德国在关于该国实践的报告中指出, 其大多数双边协定都没有规定关于暂时适用的内容, 而联合王国向委员会提交了一份较长的清单, 列出了就暂时适用做出规定的条约, 并澄清说, 对该国而言, 在所谓谅解备忘录的情况下, 暂时适用本身并无法律约束力, 这可能是由于联合王国没有把此类文书视为具有条约地位的缘故。

### C. 义务

53. 在条约不曾要求谈判国或签署国暂时适用条约, 但为各国留下了自行决定是否希望暂时适用条约之可能性的情况下, 因暂时适用而产生的义务的范围问题特别具有相关性。

54. 如上文所述, 在这种情况下, 义务的性质和范围将与单方面声明产生的义务类似, 除非两国或多国之间缔结了一项平行协定。虽然在这种情况下, 国家单方面善意承诺暂时适用条约或条约部分内容, 但是如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所认定的那样, “这并不意味着声明国可以随意修改正式作出的承诺的范围和内容”。<sup>44</sup>

55. 因此, 义务的范围不能超过条约明确规定的范围, 而且为保障与其他谈判国或签署国之间的关系稳定, 国家“不能修改正式作出的承诺的范围和内容”。

56. 最近通过的《武器贸易条约》第23条就暂时适用做出了规定, 是一个关于这种情况的良好范例。该条规定:

任何国家均可在签署或交存其批准书、接受书、核准书或加入书时宣布, 在本条约对本国生效之前暂时适用第6和第7条。

57. 截至本报告编写之时, 18个国家曾按照上述条款提出暂时适用声明, 它们是: 安提瓜和巴布达、奥地利、哥斯达黎加、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、德国、匈牙利、冰岛、拉脱维亚、墨西哥、挪威、圣文森特和格林纳丁斯、塞尔维亚、斯洛伐克、西班牙、特立尼达和多巴哥以及联合王国。除西班牙和塞尔维亚外, 其他上述国家均已批准了该条约。<sup>45</sup>

<sup>44</sup> 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), 管辖权和可受理性, 判决, 《1984年国际法院汇编》, 第392页起, 详见第418页, 第59段。

<sup>45</sup> 见 <http://disarmament.un.org/treaties/t/att>。



58. 根据声明, 这些国家单方面承诺在国内适用《武器贸易条约》第6和第7条(分别为“禁止”和“出口和出口评估” )。

59. 至此, 有必要尝试作出区分, 同时避免出现过度宽泛、无法反映可能出现的情况之多样性的类别, 因为无论什么时候都要考虑到具体情况。

60. 建议将下列两方面区分开来: 一方面是源自暂时适用的义务, 这一义务仅在决定暂时适用该机制的国家内部产生效果; 另一方面是在国际层面产生效果的义务, 其中当然包括其他谈判国或签署国。

61. 例如, 对于多边人权条约而言, 通常只有在条约项下获得权利的个体才能要求执行履行暂时适用的义务。

62. 与之形成对照的是, 对于诸如《武器贸易条约》的情况, 在批准相关物品的出口之前实施条约所规定的风险评估程序义务将在国际层面产生效果, 因为这是进口国可要求执行的一项义务。

63. 这些例子提出了一个问题, 即由暂时适用带来的义务在其效果方面, 取决于其适用于国内或国际层面, 是否会具有不同的法律后果? 在收到更多关于国家实践的代表性资料之后, 这个问题才会更加明了。

64. 此外, 还应就此对一项既得义务的可执行性与同一义务对第三方的可施用性加以区别。这些是不同的法律概念, 而且对本项研究而言, 至少在第二次报告中, 只有义务的可执行性才具有相关性。

65. 无论在何种假设下, 在上述区分之外, 暂时适用带来的义务属于“条约必须遵守(*pacta sunt servanda*)”原则的范畴, 因为它们构成了一项善意履行通过这一方式所得义务的承诺。<sup>46</sup>

66. 另一个关于暂时适用的法律效果——特别是在源自暂时适用的义务方面——的标志性研究案例是阿拉伯叙利亚共和国加入《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》。阿拉伯叙利亚共和国于2013年9月14日提交了加入该《公

约》的文书, 同年10月14日《公约》对该国生效。<sup>47</sup> 然而, 在提交加入书时, 阿拉伯叙利亚共和国通知公约保存人秘书长阿拉伯叙利亚共和国“将执行[《公约》]所载条款并真诚地信守这些条款, 在《公约》对阿拉伯叙利亚共和国生效之前予以暂时适用”。<sup>48</sup>

67. 禁止化学武器组织执行理事会正是基于这一点, 在其第33次会议上通过了关于销毁阿拉伯叙利亚共和国化学武器的决定, 其中申明“《公约》的暂时适用使其条款对阿拉伯叙利亚共和国立即产生效力”。<sup>49</sup>

68. 在这一案例中, 正是禁止化学武器组织执行理事会的决定承认了暂时适用的法律效力, 从而得以通过制定一项具有约束力的、在该国解除化学武器的行动计划来立即执行条约。

#### D. 义务的终止

69. 在第一次报告中, 特别报告员指出, 根据1969年《维也纳公约》第二十五条第二项的规定, 可以通过单方面通知或谈判国之间的安排终止暂时适用。<sup>50</sup>

70. 从暂时适用具有法律效果、从而产生权利和义务的假设出发, 可以推定源自暂时适用终止的机制应当与终止条约适用的机制比照相同。

71. 在这方面, 1969年《维也纳公约》第七十条规定了条约终止的后果:

1. 除条约另有规定或当事国另有协议外, 条约依其规定或依照本公约终止时:

(a) 解除当事国继续履行条约之义务;

(b) 不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势。

2. 倘一国废止或退出多边条约, 自废止或退出生效之日起, 在该国与条约每一其他当事国之关系上适用第一项之规定。

<sup>47</sup> 见“Syria’s accession to the Chemical Weapons Convention enters into force”, 可查阅 [www.opcw.org/news/article/syria-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force](http://www.opcw.org/news/article/syria-accession-to-the-chemical-weapons-convention-enters-into-force)。

<sup>48</sup> 见 *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*, 第二十六章, 第3节。

<sup>49</sup> EC-M-33/DEC.1号文件, 2013年9月27日, 序言部分第11段。

<sup>50</sup> 见《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/664号文件, 第91页, 第48–52段。

<sup>46</sup> 见 Michie, “The provisional application of treaties in South African law and practice”, 第6页。

72. 在实践中,除了诸如多边人权条约等情况外,条约通常没有就条约终止的后果或效力的进行规定。<sup>51</sup>

73. 可以想见,第七十条中的“后果”一词指的是终止的“效力”,<sup>52</sup>并因此确立了为此目的的一般条约法机制。

74. 无论如何,一条约可以载有关于条约部分或全部适用的过渡条款,在这些条款中指明了各国在终止期间或终止后应采取哪些行动。<sup>53</sup>

75. 值得注意的是,对一些国家而言——如墨西哥,在必须提前终止暂时适用的情况下,国家应当在一个过渡期间继续履行约定的义务,直至该义务逐步消失,所采用的方式与按照1969年《维也纳公约》第七十条第一项(乙)款终止条约效力的方式相同。

76. 这种行为模式显示有些国家认为暂时适用的效力与生效条约的效力具有相同的法律有效性。

77. 美国在关于该国实践的报告中指出,终止暂时适用的条款可能涉及,除其他外,条约生效、<sup>54</sup>不批准条约的明示决定<sup>55</sup>或特定时限期满<sup>56</sup>等问题。

78. 需要强调指出的是,1969年《维也纳公约》没有就阻止一国终止条约的暂时适用,并在嗣后通过批准或加入重返一条约制度做出任何规定。

79. 《公约》在这方面保持缄默,因为它假定,事实上一国决定终止暂时适用条约表明该国不打算在未来成为条约的当事方(如第二十五条第二项所述);然而,这种决定可能是法律或政治等各种国内

<sup>51</sup> 见《美洲人权公约》,第78条,第2款;以及《欧洲保护人权与基本自由公约》,第58条,第2款。

<sup>52</sup> Ascensio, “1969 Vienna Convention. Article 70: Consequences of the termination of a treaty”, 第1586页。

<sup>53</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第302页。

<sup>54</sup> 见《关于执行1982年12月10日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》;《国际通信卫星组织(“通信卫星组织”)协定》;以及《国际能源方案协定》。

<sup>55</sup> 见《国际通信卫星组织(“通信卫星组织”)协定》;以及《国际能源方案协定》。

<sup>56</sup> 见《国际通信卫星组织(“通信卫星组织”)协定》;《国际能源方案协定》;以及《美利坚合众国和古巴延长1977年12月16日〈海洋边界协定〉暂时适用的协定》(经2011年11月24日和2012年2月8日在哈瓦那和华盛顿的换文生效), TIAS 12-208.1。

情况造成的,也可能是以此方式提醒其他谈判国或签署国履行并完成其批准程序的重要性。<sup>57</sup>

80. 无论如何,“一般国际条约法从未确立在签署条约方面不得反复的准则”。<sup>58</sup>

81. 最后,如果一国决定以某种方式终止暂时适用条约,则应向其他暂时适用条约的国家、或向其他谈判国或签署国解释作出这一决定是否出于其他原因。在1969年《维也纳公约》的谈判过程中,讨论过各种看法,涉及是否需要纳入一条因无故拖延或批准可能性降低而导致终止的规定,但这些看法并未得到采纳。<sup>59</sup>

82. 然而,必须铭记的是,正如上述适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则第10条所确立那样,对其所创建的义务而言,暂时适用不能任意撤销。

83. 另外,如1969年《维也纳公约》关于终止条约的第七十条第一项(乙)款所规定的那样,终止暂时适用并不一定就导致暂时适用在终止之前产生的义务终止。

84. 鉴于暂时适用是条约生效前的一个过渡阶段,条约一旦生效,暂时适用即可终止;但显然因暂时适用而产生的履约义务将对产生特定于每一个案的法律效果。

85. 条约一旦生效,对当事国而言,暂时适用即告终止,但对那些只是暂时适用条约而尚未表示同意接受条约约束的国家而言则并非如此。<sup>60</sup> 1969年《维也纳公约》支持关于暂时适用随条约生效而终止的假设,但并不禁止尚未批准或加入条约的国家继续暂时适用。在谈判通过1969年《维也纳公约》第二十五条期间也讨论了这一假设,但是超过时限即予终止的提法并未得到采纳。<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Rogoff和Gauditz, “The provisional application of international agreements”, 第52页。

<sup>58</sup> Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*, 第184页。

<sup>59</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分), A/CN.4/658号文件,第101-108段。

<sup>60</sup> Lefeber, “Treaties, provisional application”, 第10段。

<sup>61</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分), A/CN.4/658号文件,第91-100段。

## 第三章

## 违反暂时适用之条约的法律后果

86. 由于暂时适用产生法律效果,并可能产生受国际法约束的权利和义务,我们可以得出如下结论:违反暂时适用条约带来的义务,同样将造成法律后果,包括关于国家对国际不法行为的责任的法律所确立的一切法律后果。

87. 根据1969年《维也纳公约》,特别是第六十条建立的条约制度,条约可能因违约而中止或终止施行。

88. 可以假定的是,在前文所述的暂时适用是两个或更多国家约定而成的情况下,违反暂时适用之条约,亦可导致认为受到这种违约影响的某个或多个国家中止或终止暂时适用。

89. 普遍公认的国际法原则“不守约者不得要求践约(*inadimplenti non est adimplendum*)”<sup>62</sup>是这一法律后果的基础。该原则是对“条约必须遵守(*pacta sunt servanda*)”规则的修订,并纳入了消极互惠的概念。<sup>63</sup>

90. 在双边条约暂时适用期间发生的违约情况中,这一情形可能更容易发生。无论如何,“违约并不一定导致条约终止或对约定之整体造成损坏”。<sup>64</sup>

91. 如委员会在关于国家对国际不法行为的责任条款草案第1条的评注中所确立的那样,一国的每一项国际不法行为都引起该国的国际责任是一条

<sup>62</sup> 默兹河分流案,判决,1937年, *P.C.I.J., Series A/B*, 第70号,安齐洛蒂法官的反对意见,第50页。

<sup>63</sup> Simma和Tams,“1969 Vienna Convention. Article 60: termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach”,第1353页。

<sup>64</sup> Gutiérrez Baylón, *Derecho de los Tratados*,第191-192页。

国际法原则。<sup>65</sup>这一原则在国际判例中得到了广泛重申。<sup>66</sup>

92. 关于一国国际不法行为的要素的第2条规定:

一国国际不法行为在下列情况下发生:

- (a) 由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国;并且
- (b) 该行为构成对该国国际义务的违背。

93. 鉴于已经确定暂时适用可对国家产生义务,归于一国且构成违背国际义务的行为即符合上述条款所述的定义。

94. 委员会的多名委员在讨论该专题时重申,现行的关于国家对国际不法行为的的责任制度同样也适用于国家违反条约暂时适用所带来的义务。特别报告员对这一看法表示赞同。

95. 在这种情况下,特别报告员将不再深入讨论责任制度问题,而只是重申现有法律制度的适用性。

<sup>65</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第36页,第1条草案的评注第(1)段。

<sup>66</sup> 例如,见摩洛哥磷酸盐案(初步反对意见),判决,1938年, *P.C.I.J., Series A/B*, 第74号,第10页起,详见第28页;“温布尔登”号轮船案,判决,1923年, *P.C.I.J., Series A*, 第1号,第15页起,详见第30页;霍茹夫工厂案(索偿)(管辖权),第8号判决, *P.C.I.J., Series A*, 第9号,1927年,第3页起,详见第21页;科孚海峡案,1949年4月9日的判决,《1949年国际法院汇编》,第4页起,详见第23页;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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第283段;加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克),判决,《1997年国际法院汇编》,第7页起,详见第47段;对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案,咨询意见,《1949年国际法院汇编》,第174页起,详见第184页。

## 第四章

## 结 论

96. 特别报告员认为不必在第二次报告中重新讨论专题应采取什么样的最后结果问题,事实上,他将仅请读者参考在第一次报告以及他在委员会做介绍时提出的想法。

97. 特别报告员希望更明确地提出今后的工作计划,但需指出他的努力在很大程度上取决于能够获取

更多关于各国实践的资料,这种资料能为他提供更具代表性的、关于此类实践的样板,以便从中得出结论。

98. 无论如何,特别报告员明白他的工作任务也包括研究国际组织对条约的暂时适用问题。这自然是他今后工作的一部分。特别报告员将非常感谢委员会的委员们在这方面给予指导和建议。





# 习惯国际法的识别

[议程项目9]

A/CN.4/672号文件

## 特别报告员迈克尔·伍德爵士 关于习惯国际法的识别的第二次报告\*

[原文：英文]  
[2014年5月22日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	169
本报告引用的著作.....	170
	段 次
导言.....	1-11 175
章 次	
一、 本专题的范围和结果.....	12-15 176
二、 术语的使用.....	16-20 177
三、 基本方法：两个构成要素.....	21-31 178
四、 一般惯例.....	32-59 182
五、 接受为法律.....	60-80 197
六、 今后的工作方案.....	81-84 209
附件 为习惯国际法的识别拟议的结论草案.....	210

### 本报告引用的多边文书

	来 源
《玻利瓦尔引渡协定》[西](1911年7月18日，加拉加斯)	美洲组织，《正式记录》(OEA/SER.X.1)，第19页。
《大陆架公约》(1958年4月29日，日内瓦)	联合国，《条约汇编》，第449卷，第7302号，第311页。
《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》[英](1965年3月18日，哥伦比亚特区华盛顿)	同上，第575卷，第8359号，第159页。
《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年12月21日，纽约)	同上，第660卷，第9464号，第195页。
《公民及政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约)	同上，第999卷，第14668号，第171页。

\* 特别报告员感谢 Omri Sender 先生为编写本报告所提供的宝贵协助。

来源

- 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》[英](1975年3月14日, 维也纳) A/CONF.67/16.
- 《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。
- 《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3月21日, 维也纳) A/CONF.129/15.
- 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004年12月2日, 纽约) 《大会正式记录, 第五十九届会议, 补编第49号》(A/59/49),第一卷,第59/38号决议,附件。

### 本报告引用的著作

- ACEVES, William J.  
“The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17 (1996), pp. 995–1068.
- AKEHURST, Michael  
“Custom as a source of international law”, *BYBIL 1974–1975*, vol. 47 (1977), pp. 1–53.
- ALVAREZ, Jose E.  
*International Organizations as Law-makers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- AMERICAN LAW INSTITUTE  
*Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano  
“Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’ international custom”, in N. Angelet, ed., *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*. Brussels, Bruylant, 2007, pp. 93–124.
- AREND, Anthony Clark  
*Legal Rules and International Society*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- AZNAR, Mariano J.  
“The contiguous zone as an archaeological maritime zone”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 29 (2014), pp. 1–51.
- BARBOZA, Julio  
“The customary rule: from chrysalis to butterfly”, in Calixto A. Armas Barea and others, eds., *Liber Amicorum “In Memoriam” of Judge José María Ruda*. The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 1–14.
- BAXTER, R.R.  
“Multilateral treaties as evidence of customary international law”, *BYBIL 1965–66*, vol. 41 (1968), pp. 275–300.  
“Treaties and custom”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I*, vol. 129. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, pp. 25–74.
- BELLINGER, John B., and William J. HAYNES  
“A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89 (2007), pp. 443–471.
- BERNHARDT, R.  
“Custom and treaty in the law of the sea”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1987-V*, vol. 205, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 247–330.
- BIRNIE, P.W., and A.E. BOYLE  
*International Law and the Environment*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BODANSKY, Daniel  
“Customary (and not so customary) international environmental law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 3 (1995), pp. 105–119.
- BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, Yuefen LI, and Marie SUDREAU  
“Emerging customary international law in sovereign debt governance?” *Capital Markets Law Journal*, vol. 9 (2014), pp. 55–72.
- BOS, Maarten  
“The identification of custom in international law”, *German Yearbook of International Law*. (1982), pp. 9–53.  
*A Methodology of International Law*. Amsterdam, North-Holland, 1984.
- BOYLE, Alan, and Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRIGGS, Herbert W.  
“Colombian–Peruvian asylum case and proof of customary international law”, *AJIL*, vol. 45 (1951), pp. 728–731.
- BROWNLIE, Sir Ian  
*The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998.  
“Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I. Naples, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 313–318.
- BUERGENTHAL, Thomas, and Sean D. MURPHY  
*Public International Law in a Nutshell*, 5th ed. St. Paul, West, 2013.



- BYERS, Michael  
*Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- CAHIN, Gerard  
*La coutume internationale et les organisations internationales*. Paris, Pedone, 2001.
- CAI, Congyan  
“International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), pp. 659–679.
- CARTY, Anthony  
“Doctrine versus State practice”, in Bardo Fassbender and Anne Peters, eds., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 972–996.
- CASELLA, Paulo Borba  
“Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law”, 2013 Amado Lecture before the Commission (speaking notes available with the Special Rapporteur).
- CASSESE, Antonio  
*International Law*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- CHARNEY, Jonathan  
“Universal international law”, *AJIL*, vol. 87 (1993), pp. 529–551.  
“The contemporary role of customary international law”, in W. P. Heere, ed., *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence: Proceedings of the Third Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995*, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1996, pp. 20–24.
- CHEN, Lung-Chu  
*An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd ed. New Haven, Yale University Press, 2000.
- CHENG, Bin  
“Custom: the future of general State practice in a divided world”, in Ronald St. John Macdonald and Douglas M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1983, pp. 513–554.  
“On the nature and sources of international law”, in Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens and Sons, 1988, pp. 203–233.
- CLAPHAM, Andrew  
*Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 7th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- CONFORTI, Benedetto, and Angelo LABELLA  
*An Introduction to International Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- CORTEN, Olivier  
*Méthodologie du droit international public*. Brussels, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.  
*The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*. Oxford, Hart Publishing, 2010.  
*Le droit contre la guerre*, 2nd ed. Paris, Pedone, 2014.
- CRAWFORD, James  
*Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- State Responsibility. The General Part*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- CROTOF, Rebecca  
“Constitutional convergence and customary international law”, *Harvard International Law Journal Online*, vol. 54 (2013), pp. 195–203.
- CRYER, Robert  
“Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 11 (2006), pp. 239–263.
- D'AMATO, Anthony  
*The Concept of Custom in International Law*. Ithaca, Cornell University Press, 1971.  
“Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, pp. 459–472.
- D'ASPROMONT, Jean  
“Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system”, in Jean D'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, London, Routledge, 2013, pp. 425–439.
- DAHLMAN, Christian  
“The function of *opinio juris* in customary international law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 81 (2012), pp. 327–339.
- DAILLER, Patrick, Mathias FORTEAU, and Alain PELLET  
*Droit international public*, 8th ed. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009.
- DAMROSCH, Lori Fisler, and others  
*International Law: Cases and Materials*, 5th ed. St. Paul, West, 2009.
- DANILENKO, Gennady M.  
“The theory of international customary law”, *German Yearbook of International Law* (1988), pp. 9–47.  
*Law-making in the International Community*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.
- DE VISSCHER, Charles  
*Theory and Reality in Public International Law*. Princeton, Princeton University Press, 1968.
- DEGAN, V.D.  
*Sources of International Law*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel  
*Instituciones de derecho internacional público*, 18th ed., coordinated by Concepción Escobar Hernández. Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram  
“The interaction between customary law and treaties”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 322, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 242–428.
- DUGARD, John  
*International Law: A South African Perspective*, 4th ed. Cape Town, Juta, 2012.
- DUPUY, Pierre-Marie, and Yann KERBRAT  
*Droit international public*, 10th ed. Paris, Dalloz, 2010.
- ELIAS, Olufemi  
“The nature of the subjective element in customary international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44 (1995), pp. 501–520.

- ELIAS, Olufemi, and C.L. LIM  
*The Paradox of Consensualism in International Law*. The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- FERRARI BRAVO, Luigi  
 “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1985-III*, vol. 192, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 233–330.
- FIDLER, David. P.  
 “Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), pp. 198–248.
- FITZMAURICE, Sir Gerald  
 “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951–54: general principles and sources of law”, *BYBIL* 1953, vol. 30 (1954), pp. 1–70.
- FUMAGALLI, Luigi  
 “Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom”, in Nerina Boschiero and others, eds., *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, The Hague, Asser Press, 2013, pp. 137–146.
- GÉNY, François  
*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919.
- GUNNING, Isabelle  
 “Modernizing customary international law: the challenge of human rights”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 31 (1991), pp. 211–247.
- GUZMAN, Andrew T., and Timothy L. MEYER  
 “Customary international law in the 21st century”, in Russell A. Miller and Rebecca M. Bratpies, eds., *Progress in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- HANNIKAINEN, Lauri  
 “The collective factor as a promoter of customary international law”, *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), pp. 125–141.
- HIGGINS, Rosalyn  
*The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. London, Oxford University Press, 1963.  
*Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HOFFMEISTER, Frank  
 “The contribution of EU practice to international law”, in Marise Cremona, ed., *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 37–127.
- HUDSON, Manley O.  
*The Permanent Court of International Justice, 1920–1942—A Treatise*. New York, Macmillan, 1943.
- HUESA VINAIXA, Rosario  
*El Nuevo Alcance de la “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1991.
- JENNINGS, Sir Robert  
 “What is international law and how do we tell it when we see it?” *Annuaire suisse de droit international*, vol. 37 (1981), pp. 59–88.  
 “The identification of international law”, in Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens and Sons, 1982, pp. 3–9.
- JENNINGS, Sir Robert, and Sir Arthur WATTS, eds.  
*Oppenheim’s International Law*, vol. I, Peace, 9th ed. Harlow, Longman, 1992.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo  
 “International law in the past third of a century”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1978-I*, vol. 159, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1979, pp. 2–343.
- JOHNSTONE, Ian  
 “Law-making through the operational activities of international organizations”, *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), pp. 87–122.
- KADENS, Emily, and Ernest A. YOUNG  
 “How customary is customary international law?”, *William & Mary Law Review*, vol. 54 (2013), pp. 885–920.
- KAMMERHOFER, Jörg  
*Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*. London, Routledge, 2011.  
 “Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship”, in Matthew Happold, ed., *International Law in a Multipolar World*, London, Routledge, 2012, pp. 138–157.  
 “Law-making by scholars”, in Catherine Brölmann and Yannick Radi, eds., *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming.
- KELSEN, Hans  
 “Théorie du droit international coutumier”, in Charles Leben, *Hans Kelsen, Ecrits français de droit international*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, pp. 61–84.
- KLABBERS, Jan  
 “International organizations in the formation of customary international law”, in Enzo Cannizzaro and Paolo Palchetti, eds., *Customary International Law on the Use of Force*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.  
*International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KIRGIS, Frederic L., Jr.  
 “Custom on a sliding scale”, *AJIL*, vol. 81 (1987), pp. 146–151.
- KOLB, Robert  
 “Selected problems in the theory of customary international law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 50, No. 2 (2003), pp. 119–150.
- KOPELMANAS, Lazare  
 “Custom as a means of the creation of international law”, *BYBIL* 1937, vol. 18 (1937), pp. 127–151.
- KOSKENNIEMI, Martti  
 “Theory: implications for the practitioner”, in *Theory and International Law: An Introduction*, London, British Institute of International and Comparative Law, 1991, pp. 1–45.  
*From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- KUNZ, Joseph L.  
 “The nature of customary international law”, *American Journal of International Law*, vol. 47, No. 4 (1953), pp. 662–669.
- LAUTERPACHT, Sir Hersch  
 “Decisions of municipal courts as a source of international law”, *BYBIL* 1929, vol. 10 (1929), pp. 65–95.  
 “Sovereignty over Submarine Areas”, *BYBIL* 1950, vol. 27, 1951, pp. 376–433.

- The Development of International Law by the International Court*. London, Stevens and Sons, 1958.
- LEFKOWITZ, David  
“(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 21 (2008), pp. 129–148.
- LEPARD, Brian D.  
*Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LOWE, Vaughan  
*International Law*. Oxford University Press, 2007.
- MACGIBBON, Iain  
“Customary international law and acquiescence”, *BYBIL* 1957, vol. 33, 1958, pp. 115–145.  
“Means for the identification of international law: General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity”, in Bin Cheng, ed., *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens and Sons, 1982, pp. 10–26.
- MALUWA, Tiyanjana  
“Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 6 (1994), pp. 387–410.
- MEIJERS, Herman  
“How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9 (1978), pp. 3–26.  
“On international customary law in the Netherlands”, in Ige F. Dekker and Harry H.G. Post, eds., *On the Foundations and Sources of International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, pp. 77–128.
- MENDELSON, Maurice  
“The subjective element in customary international law”, *BYBIL* 1995, vol. 66 (1996), pp. 177–208.  
“The formation of customary international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998*, vol. 272, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999, pp. 155–410.
- MILLÁN MORO, Lucia  
*La “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- MOREMEN, Philip M.  
“National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 32, No. 2 (2006), pp. 259–309.
- MÜLLERSON, Rein  
“On the nature and scope of customary international law”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), pp. 341–360.  
“The interplay of objective and subjective elements in customary law”, in Karel Wellens, ed., *International Law: Theory and Practice—Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 161–178.
- MURPHY, Sean D.  
*Principles of International Law*. 2nd ed. St. Paul, West, 2012.
- ORAKHELASHVILI, Alexander  
*The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- PAASIVIRTA, Esa, and Pieter Jan KUIJPER  
“Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 36 (2005), pp. 169–226.
- PALCHETTI, Paolo  
“De facto organs of a State”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1048–1052.
- PARRY, Clive  
“The practice of States”, *The Grotius Society Problems of Public and Private International Law*, vol. 44, London, British Institute of International and Comparative Law, 1958, pp. 145–186.
- PAUST, Jordan J.  
“Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 51 (2011), pp. 977–1004.
- PELLET, Alain  
“Article 38”, in Andreas Zimmermann and others, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 731–870.
- PETRIČ, Ernest  
“Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia”, forthcoming.
- REISMAN, W. Michael  
“The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application”, in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, eds., *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, pp. 15–30.
- ROBERTS, Anthea  
“Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), pp. 57–92.
- ROBERTS, Anthea, and Sandesh SIVAKUMARAN  
“Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 37 (2012), pp. 107–152.
- ROSENNE, Shabtai  
*Practice and Methods of International Law*. London, Oceana Publications, 1984.
- SANTULLI, Carlo  
*Introduction au droit international*. Paris, Pedone, 2013.
- SCHACHTER, Oscar  
“Entangled treaty and custom”, in Yoram Dinstein and M. Tabory, eds., *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pp. 717–738.
- SCHARF, Michael P.  
*Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- SÉFÉRIADÈS, S.  
“Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement”, *RGDIP*, vol. 43, No. 2 (1936), pp. 129–196.
- SENDER, Omri, and Sir Michael WOOD  
“The emergence of customary international law: between theory and practice”, in Catherine Brölmann and Yannick Radi, eds., *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making*, Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming.



- SHAW, Malcolm N.  
*International Law*, 6th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SINCLAIR, Sir Ian  
“The impact of the unratified codification convention”, in Adriaan Bos and Hugo Siblesz, eds., *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 211–229.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof  
“Elements of custom and the Hague Court”, *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), pp. 810–854.
- SLAMA, Jo Lynn  
“Opinio Juris in customary international law”, *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15 (1990), pp. 603–656.
- SOHN, L.B.  
“Unratified treaties as a source of customary international law”, in Adriaan Bos and Hugo Siblesz, eds., *Realism on Law-making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 231–246.
- STEER, Cassandra  
“Non-State actors in international criminal law”, in Jean D’Aspremont, ed., *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, London, Routledge, 2011, pp. 295–310.
- STERN, Brigitte  
“Custom at the heart of international law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, No. 1 (2001), pp. 89–108.
- STRUPP, Karl  
“Regles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 1934, vol. 47, Leiden, A.W. Sijthoff, 1968, pp. 259–595.
- SUY, Eric  
“Innovations in international law-making processes”, in Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston and Gerald L. Morris, eds., *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, pp. 187–200.
- TAKI, Hiroshi  
“Opinio juris and the formation of customary international law: a theoretical analysis”, *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), pp. 447–466.
- TASIOULAS, John  
“Opinio juris and the genesis of custom: a solution to the ‘paradox’”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 26 (2007), pp. 199–205.
- THIRLWAY, Hugh  
*International Customary Law and Codification*. Leiden, Sijthoff, 1972.  
“The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (Part Two)”, *BYBIL* 1990, vol. 61 (1991), pp. 1–133.  
*The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II. Oxford, Oxford University Press, 2013.  
*The Sources of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- TOMKA, Peter  
“Custom and the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, No. 2 (2013), pp. 195–216.
- TREVES, Tullio  
“Customary international law”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 937–957.
- TUNKIN, G.I.  
“Remarks on the juridical nature of customary norms of international law”, *California Law Review*, vol. 49 (1961), pp. 419–430.
- VAN HOOF, G.J.H.  
*Rethinking the Sources of International Law*. Antwerp, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983.
- VANHAMME, Jan  
“Formation and enforcement of customary international law: The European Union’s contribution”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 39 (2008), pp. 127–154.
- VERDROSS, Alfred  
“Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts”, *Zeitschrift für Ausländisches und Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 29 (1969), pp. 635–653.
- VILLIGER, Mark E.  
*Customary International Law and Treaties*, 2nd ed. The Hague, Kluwer Law International, 1997.
- WALDOCK, Sir Humphrey  
“General course on public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1962-II*, vol. 106, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers Group, 1993, pp. 247–330.
- WALTER, Christian  
“Subjects of international law”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 636–643.
- WEISBURD, Arthur M.  
“Customary international law: the problem of treaties”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1988, pp. 1–46.  
“The International Court of Justice and the concept of State practice”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31 (2009), pp. 295–372.
- WOLFKE, Karol  
*Custom in Present International Law*, 2nd ed. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.  
“Some persistent controversies regarding customary international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), The Hague, Martinus Nijhoff, pp. 1–16.  
“Treaties and custom: aspects of interrelation”, in Jan Klabbers and Rene Lefeber, eds., *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 31–39.
- WOLFRUM, Rüdiger  
“Sources of international law”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, pp. 299–313.
- WOOD, Sir Michael, and Omri SENDER  
“State practice”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9 (2012), Oxford, Oxford University Press, pp. 509–517.
- WORSTER, William Thomas  
“The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law”, *Boston University International Law Journal*, vol. 31 (2013), pp. 1–73.

WOUTERS, Jan, and Philip DE MAN

“International organizations as law-makers”, in Jan Klabbers and Asa Wallendahl, eds., *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 190–224.

WUERTH, Ingrid

“International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, No. 12 (2012), pp. 819–837.

YEE, Sienho

“The news that *opinio juris* ‘is not a necessary element of customary [international] law’ is greatly exaggerated”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), pp. 227–238.

ZEMANEK, Karl

“What is ‘State practice’ and who makes it?”, in Ulrich Beyerlin and others, eds., *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer-Verlag, 1995, pp. 289–306.

## 导 言

1. 在2012年第六十四届会议上，国际法委员会决定把“习惯国际法的形成与证据”专题纳入当前的工作方案，并以特别报告员迈克尔·伍德爵士的一份说明为依据举行了第一次辩论。<sup>1</sup> 同样在2012年，大会在第六委员会举行辩论之后，赞赏地注意到委员会已决定将这一专题纳入其工作方案。<sup>2</sup>

2. 在2013年第六十五届会议上，委员会举行了一次一般性辩论，<sup>3</sup> 辩论的基础是特别报告员编写的介绍性质的第一次报告<sup>4</sup> 和一份由秘书处编写的题为“国际法委员会以前工作中与本专题特别相关的要素”的备忘录。<sup>5</sup> 根据辩论情况，委员会经非正式协商决定将这一专题的名称改为“习惯国际法的识别”。这样做的部分原因是想避免把“*evidence* (证据)”一词翻译成其它联合国正式语文方面的困难，并强调这一专题的主要目的是为那些被要求识别存在一条习惯国际法规则的人提供指导。在名称改动时有一项谅解，即一名委员会委员称之为“构成要素”的事宜，以及涉及习惯国际法的证据或证明的事宜，都仍属于这一专题的范围。<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 见《2012年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/653号文件，第1段。

<sup>2</sup> 大会2012年12月14日第67/92号决议，第7段。

<sup>3</sup> 见《2013年……年鉴》，第一卷，第3181–3186次会议；另见同上，第二卷(第二部分)，第66–107段。

<sup>4</sup> 见同上，第二卷(第一部分)，A/CN.4/663号文件。

<sup>5</sup> 见同上，A/CN.4/659号文件。

<sup>6</sup> 同上，第一卷，第3186次会议。在这里值得回顾的是Jennings的意见：“在国际法领域，某一习惯法规则是否成立和习惯法如何形成这两个问题在实践中需要一并回答”(Jennings, “What is international law and how do we tell it when we see it?”, 第60页)；另见Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第116页：“习惯国际法的确定和形成必然密切相联，这是因为，在一方面，习惯规则的形成过程决定识别习惯规则的手段，另一方面，确定习惯及其内容的行为影响所涉习惯的进一步发展。[《国际法院规约》]第三十八条第一项(丑)款的内容已经表明了这种相互依存关系。”

3. 此外，特别报告员从辩论和非正式协商中得出了如下结论：<sup>7</sup>

(a) 委员会委员普遍支持采用“两要素”的方法，也就是说，为了识别一条习惯国际法规则，既需要评估一般惯例，也需要评估将该种惯例接受为法律的情况。几乎所有发言者都明确赞成采取这一方法，该方法也得到了第一次报告中涉及的大量资料的支持，没有受到任何质疑。与此同时，委员们承认这两个要素有时可能“紧密纠缠在一起”，二者的相对权重可能依具体情况而异；

(b) 一个广泛共识是，就这一专题寻求指导时的主要材料很可能是国家以及国际性法院和法庭，首先是国际院所采用的方法；

(c) 一项普遍同意的观点是，关于这一专题的工作成果应该是实用性的，并应该是一套附带评注的“结论”。此外，委员们普遍同意在起草结论时，不应使其具有太强的规定性质；

(d) 委员们普遍同意，委员会需要在一定程度上处理习惯国际法与其他国际法渊源之间，尤其是与条约和一般法律原则之间的关系。此外，有人表示有兴趣就“特别”或“区域性”国际法进行研究；

(e) 委员会的大多数委员认为，不应将强行法作为当前专题的一部分进行考虑。

4. 在2013年第六委员会辩论期间，各代表团表示欢迎“两要素”的方法，同时强调需要解决应给予国家实践与法律确信之间何种相对权重的问题。关于是否在本专题中纳入一项有关强行法的详细研究，委员们的看法不一。委员会关于考虑习惯国际法与其他国际法渊源之间关系的打算受到了普遍欢迎，但有委员指出，为各种渊源排列等级的问题须单独予

<sup>7</sup> 《2013年……年鉴》，第一卷，第3186次会议。

以考虑。研究“特别”或“区域”习惯国际法的重要性得到了强调。<sup>8</sup>

5. 各代表团重申，在识别习惯国际法时，有必要尽量考虑各区域国家的实践，但同时注意到系统编汇和发表其实践的国家相对很少。有委员对关于国家实践的分析，尤其是关于国内和区域法院所做裁决的分析持谨慎态度。还有委员提出，应该审议国际组织的实践。<sup>9</sup>

6. 有一两个代表团提议，应在以后的某个阶段再考虑委员会关于本专题的最后工作成果应采取何种形式的问题；然而，委员会当前的打算是，该成果应采取附带评注的“结论”形式，这一打算得到了广泛支持。有委员强调不应具有太强的规定性质，并强调必须保持习惯国际法的灵活性的意见。<sup>10</sup>

7. 在2013年第六十五届会议上，委员会请各国在2014年1月31日之前提供资料，说明体现于以下文件的关于国际习惯法的形成与证据的国家实践，以及在特定情况下有助于确立此种法律的证据类型：

- (a) 在立法机构、法院和国际组织的正式发言；以及
- (b) 国家、区域和次区域法院的判决。<sup>11</sup>

截至编写本报告时，已有九个国家<sup>12</sup>提交了书面资料，特别报告员对此非常感激，欢迎在任何时候提供更多资料。

8. 特别报告员还欢迎学术机构可以为思考这个专题做出的贡献。过去一两年来，有各种机构组织了一些会议，讨论这个专题一些方面的问题，这既令人鼓舞，也激起了更多的思考。自委员会第六十五

<sup>8</sup> 关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要，A/CN.4/666号文件，第43-44段。

<sup>9</sup> 同上，第45-46段。

<sup>10</sup> 同上，第47段。

<sup>11</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第26段。

<sup>12</sup> 比利时、博茨瓦纳、古巴、捷克共和国、萨尔瓦多、德国、爱尔兰、俄罗斯联邦和联合王国。

届会议以来，还出现了一些新的相关著述以及国际性法院和法庭的判决，本报告已将其考虑在内。

9. 第一次报告<sup>13</sup>寻求说明为本专题之目的应该查询的基本材料，并审议了一些初步问题。本报告是第二次报告，讨论了与识别“一般”习惯国际法规则的方法有关的核心问题，尤其是两个构成要素以及如何确定是否存在这两个要素的问题。本报告第一章讨论了这个专题的范围和成果，解释说各项结论草案涉及的是识别习惯国际法规则的方法，并没有触及这些规则的实质。第二章讨论了术语使用的问题，其中包括习惯国际法的定义，该定义受到了《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的启发，但没有直接援引该条款。第三章以笼统的方式说明了基本的“两要素”方法，这两个要素是“一般惯例”和“接受为法律”(一般被分别称之为“国家实践”和“法律确信”)。第四和第五章更为详细地探讨了这两个要素，正如关于今后的工作方案的第六章所述的那样，这种探讨将在第三次报告中继续进行。

10. 考虑到实践与法律确信之间的密切关系，似乎应把二者放在同一份报告中讨论为宜。与此同时，这样做势必意味着本报告需要涉及大量内容，无法在委员会和第六委员会中得以详细讨论。因此，第四和第五章的讨论必然是非常初始的，特别报告员可能需要在下一次报告中对案文和拟议的结论进行审查和进一步完善。

11. 本次报告拟议了11条结论草案，一并载于附件。如该处所指出的那样，建议把结论草案分成四个部分：导言；两个构成要素；一般惯例；和接受为法律。这一划分显示了特别报告员所设想的总体结构。在下次报告中将拟议出更多的结论草案，但不大可能影响上述结构——但这一点一如既往取决于委员会委员们的看法。

<sup>13</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/663号文件。

## 第一章

### 本专题的范围和结果

12. 委员会和第六委员会在2013年的辩论确认了本专题的用途，其目的特别包括向那些无论以何种

身份被要求识别习惯国际法规则的人——特别是那些未必具有一般国际公法领域专门知识的人——提供实



际指导。在实际应用这一国际法的核心方面时，必须有一定的清晰度，同时也要意识到，习惯过程必然是灵活的。正如人们广泛承认的那样：

渊源问题……至关重要。仍在激烈进行的法学和哲学辩论的意义远远超出了学术范畴。为这些辩论所吸引和参加思想交流是完全正当的。但我们不应忽视的是，需要进行这些辩论是令人沮丧地承认了法律制度当中的不足之处。<sup>14</sup>

13. 当然，本专题的目的不是决定习惯国际法规则的实质内容，也不是解决具体规则对谁(国家、国际组织或其他国际法主体)具有约束力这一重要问题。本专题仅涉及习惯国际法识别的方法问题。

<sup>14</sup> Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 第17页。

## 第二章 用语

16. 特别报告员在其第一次报告中为“习惯国际法”拟议了一个定义，简单交叉援引了《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的内容。<sup>15</sup>一些委员会委员认为，交叉援引《规约》的做法并不完全令人满意，原因是这样的定义既非是自足的，而且也可能会被视为过于依赖《规约》——按规定该《规约》仅适用于国际法院。<sup>16</sup>

17. 因此，特别报告员建议委员会通过一个对《国际法院规约》加以借鉴，并非予以援引的习惯国际法定义。这样做的好处是保留关键性概念(“一般惯例”、“接受为法律”)，它们不仅是国际法院本身，而且也是其他一些法院和法庭以及国家所采用方法的基础。<sup>17</sup>第三十八条第一项(丑)款的措辞几乎已有一个世纪之久，但仍被广泛援用，其意义不减当年。实际上，与当今也许更为常用的术语(“国家实践”

<sup>15</sup>《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/663号文件，第45段。

<sup>16</sup>同上，第32段：“后来的文书经常提及或复述第三十八条第一项。虽然第三十八条第一项明确规定仅适用于国际法院，但普遍认为其界定的渊源也适用于其他国际性法院和法庭，前提是服从于这些法院和法庭各自规约的具体规则。”1945年通过的第三十八条第一项在起首部分(“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：”)强有力地指明《规约》的这项规定是为了说明国际法的渊源。

<sup>17</sup>见下文第24-25段。

14. 本专题不打算妨碍当前正就其他专题进行的工作，其结论也不打算产生这种妨碍。随着关于本专题的工作逐步进展，还必须避免触及与其他国际法渊源，包括与一般法律原则有关的问题(《国际法院规约》，第三十八条第一项(寅)款)。这项工作也不妨碍与强行法有关的问题，该问题可能成为另一个专题的主题。

15. 鉴于以上所述，拟议结论草案如下：

### “结论草案1 范围

“1. 本结论草案的主题是用以确定习惯国际法规则是否存在及其内容的方法。

“2. 本结论草案不妨碍有关其他国际法渊源及强制性国际法规范(强行法)所涉问题的方法。”

和“法律确信”)相比，《规约》的措辞似乎问题更少，也更现代。无论如何，依照《规约》措辞分出两个明确要素的办法“构成了一种极其有用的‘发现’习惯法规则的工具”。<sup>18</sup>

18. 另一个也许值得定义的术语是“国际组织”。采用《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第1条第1款和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第2条第1款(i)项所使用的定义似乎是恰当的，该定义认为“国际组织”指的是“政府间组织”。委员会的评注清楚表明，在关于国际组织的责任的条款草案中使用的更详细的定义是为该专题的特别情况所制定的。<sup>19</sup>在当前的情况中，更为笼统和宽泛的定义似乎更加适宜。

<sup>18</sup> Pellet, “Article 38”, 第813页。另见 Danilenko, “The theory of international customary law”, 第10-11页：“《规约》第三十八条对习惯的定义对于习惯国际法的理论和实践极其重要。首先，第三十八条重申，得到所有国家承认的国际习惯是国际法的最主要来源……其次，第三十八条反映了国际社会全体成员就习惯国际法规则的形成和运作所需要的基本组成部分达成的共识，这些基本组成部分一个是实践，另一个是认可该实践，使其成为法律”；Arangio-Ruiz, “Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’ international custom”, 第105页。

<sup>19</sup>《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第88段，第2条草案的评注第(1)-(15)段。

19. 随着本专题工作的逐渐进展,还将考虑是否需要定义更多的术语问题。如果最终有一条关于“术语的使用”的规定,或许应该在其中纳入一条保留条款,仿照以往基于委员会草案而制定的文书中的保留条款,例如《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条第3款。<sup>20</sup>

<sup>20</sup> 该条规定:“关于本公约用语的第1款和第2款的规定不妨碍其他国际文书或任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义。”

20. 鉴于以上所述,拟议结论草案如下:

“结论草案2 术语的使用

“为本结论草案的目的:

“(a) ‘习惯国际法’指的是产生于并体现了被接受为法律的一般惯例的国际法规则;

“(b) ‘国际组织’指的是政府间组织;

“(c) ……”

### 第三章

#### 基本方法:两个构成要素

21. 本报告的编写依据是,识别一条习惯国际法规则,需要对惯例和接受惯例为法律两者都进行评估(“两要素”方法)。<sup>21</sup> 在2013年委员会以及第六委员会的辩论过程中,这种方法得到了广泛支持。<sup>22</sup> 如下文所述,国家实践以及国际性法院和法庭的裁决,包括国际法院的裁决确实都在总体上接受了两要素的方法。这种方法也得到大量文献的广泛认可。

22. 根据这一方法,当“一般惯例”被“接受为法律”时,便可以认定存在一条习惯国际法规则。这两个要求是“[国际法院]多次提出过的用以确定国际习惯法规则的标准”,<sup>23</sup> 在任何特定情况下,为认定出现了一条习惯国际法相关规则,都必须确定这两个要素同时存在。因此,为了对是否存在一条习惯国

际法规则做出具有说服力的分析,“必须满足这样一条规则达到了国际习惯诞生的条件”。<sup>24</sup>

23. 对任何名副其实的惯国际法规则来说,这两个要素的确不可或缺。正如一位作者所解释的那样:

没有惯例(*consuetudo*),习惯国际法显然名不副实,因为正是惯例构成这类国际法的主要与众不同之处。另一方面,如果没有接受惯例作为法律的主观要素,习惯国际法与简单的行为常规(常例)或其他非法律行为规则之间的差异就会消失。<sup>25</sup>

24. 两要素方法在国家实践中得到广泛支持。仅举几个最近的例子,卢旺达、美利坚合众国和乌拉圭在双边投资条约中指出,“它们的共同理解是”习惯国际法“产生于各国出于法律义务感所遵循的普遍和一贯的实践”。<sup>26</sup> 荷兰和大不列颠及北爱尔兰联合王国也同样指出“习惯国际法的两个构成要素是国家广泛和一贯的实践(国家实践)以及对遵守一法律规则乃是义务所持有的信念(法律确

<sup>21</sup> 另见上文第3段(a)小段。

<sup>22</sup> 另见下文第24段。

<sup>23</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参与),判决,《2012年国际法院汇编》,第99页起,详见第122页,第55段。国际法院在同一段中继续指出“特别是……一条习惯国际法规则的存在要求有一种‘既定做法’和与之相伴的法律确信”;另见北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第44页,第77段:“必须满足两个条件。有关行为不仅要构成既定做法,而且还必须能证明一种信念,即这一做法是因存在一条要求如此行事的法律规则而必须如此的”;大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他),判决,《1985年国际法院汇编》,第13页起,详见第29页,第27段:“显然不言自明的是,习惯国际法的材料主要还应在国家的具体惯例和法律确信中寻找”;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),《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第97页,第183段:“法院下一步将审议哪些习惯国际法规则适用于本争端。为此目的,它必须对国家的实践和法律确信予以关注”;Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第197页:“事实上,法院从未放弃其观点,该观点牢固扎根于《规约》的措辞,认为习惯国际法是‘已被接受为法律的普遍惯例’。”

<sup>24</sup> 渔业管辖权案(联合王国诉冰岛),案情实质,判决,《1974年国际法院汇编》,第3页起,详见第47页(福斯特、本格松、希门尼斯·德阿雷查加、纳吉德拉·辛格和鲁达法官的联合个别意见)。

<sup>25</sup> Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第40-41页。

<sup>26</sup> 见《美利坚合众国政府和卢旺达共和国政府间关于促进和相互保护投资的条约》(2008年2月19日,基加利)(*Treaties and Other International Acts Series 12-0101*),附件A;以及《美利坚合众国政府和乌干达东岸共和国政府间关于促进和相互保护投资的条约》(2005年11月4日,蒙得维的亚)(同上,06-1101),附件A,其中提到,当事各方“确认其共同的理解是,一般而言‘习惯国际法’、特别是第5条和附件B中具体提到的习惯国际法来自各国出于法律义务所遵循的普遍和一贯的实践。”

信)”。<sup>27</sup> 欧洲联盟成员国作为一个整体对经更新的《欧洲联盟促进遵守国际人道法准则》采取了这样的立场, 其中将习惯国际法定义为国际法的一种渊源之一, “由国家实践形成, 国家接受其具有约束力。”<sup>28</sup> 新加坡最高法院裁定, “所有国家的广泛和几乎统一的实践……以及法律确信, 是所涉规则成为习惯国际法规则的必要条件。”<sup>29</sup> 在斯洛文尼亚, 宪法法院也裁定认为规范“如果得到许多国家的适用, 意图将其作为一条国际法规则来遵守, 则可以成为习惯国际法。”<sup>30</sup> 捷克共和国宪法法院和最高法院也承认这两个要素至关重要。<sup>31</sup> 新西兰上诉法院也持相同意见, 认为“在各国出于法律义务感而普遍并一贯遵守某种惯例时……就会产生习惯国际法, 即对所有国家具有约束力的(不成文的)国际法规则”。<sup>32</sup> 除其他外, 奥地利、印度、以色列、伊朗伊斯兰共和国、马来西亚、北欧国家、葡萄牙、俄罗斯联邦、南非和越南等国都在2012年和2013年第六委员会就委员会报告进行辩论的过程中承认, 一般惯例和接受为法律两者都是形成和识别习惯国际法的条件。<sup>33</sup> 在最近提交给国际法院的书状中, 各国仍采用两要素方法提出论据。<sup>34</sup>

<sup>27</sup> 大不列颠及北爱尔兰联合王国政府和荷兰王国政府作为埃丝特·基奥贝尔等人诉荷兰皇家石油公司等案(2012年2月3日)的被告方法庭之友在美国最高法院做的情况通报, 第8页。

<sup>28</sup> 《欧洲联盟公报》, 第52卷, 第C 303号, 2009年12月15日, 第13页, 第7段。

<sup>29</sup> 杨伟光诉检察官案(新加坡最高法院, 上诉法庭, 2010年5月14日), 第96段, ILR, vol. 143, 第374页。

<sup>30</sup> 第U-I-146/07号裁决, 2008年11月13日, 第19段, 脚注十九; 另见第Up-13/99-24号案, 2001年3月8日的裁决, 第14段。

<sup>31</sup> 个人和国家继承案, 第II. US 214/98号(2001年1月30日); 以及来访王子的外交特权和豁免案, 第11 Tcu 167/2004号(2004年12月16日)。

<sup>32</sup> 扎乌维诉总检察长案, CA20/04, 上诉法院, 惠灵顿, 判决(2004年9月30日), 第34段。

<sup>33</sup> 《2012年……年鉴》, 第二卷(第二部分); 以及《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。关于各国在辩论期间的发言, 见《大会正式记录, 第六十七届会议, 第六委员会》, 第18-25次会议(A/C.6/67/SR.18-SR.25); 以及同上, 第六十八届会议, 第17-26次会议和第29次会议(A/C.6/68/SR.17-SR.26和A/C.6/68/SR.29)。

<sup>34</sup> 例如, 在国家的管辖豁免案(德国诉意大利: 希腊参与)中, 德国认为: “对于武装部队在武装冲突期间犯下的违反人道法的行为, 不存在任何进一步减损国家豁免原则, 且得到法律确信支持的一般惯例”(德意志联邦共和国的诉状, 2009年6月12日, 第33页, 第55段); 以及意大利, 该国在不援引习惯国际法的情况下, 于辩状中提出, “本案中的问题并非是否存在得到法律确信支持的广泛和一贯的惯例, 表明存在一项习惯国际规则, 总体允许在涉及严重违反国际人道法或人权法的情况下拒绝豁免”(意大利的辩状, 2009年12月22日,

25. 其他国际性法院和法庭也承认, 在识别习惯国际法规则时需要两要素进行调查。如第一次报告所述, 尽管这些法院和法庭的具体工作背景不同, 总体来说它们在相当程度上依赖这一办法以及常设国际法院和国际法院的判例, 其中包括国家实践和法律确信两要素被赋予的本质作用。<sup>35</sup>

26. 大多数作者也采用两要素方法。在教科书、关于国际公法的专门著述<sup>36</sup>以及关于习惯法或处理习惯法问题的专题文章——不论是专门讨论国际法

第82页, 第4.108段)。最近的另一个例子, 见与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔), 特别是见法院成员在2012年3月16日公开审讯结束时向当事各方提出的问题: 口头和书面答复汇编以及对这些答复的书面评论, 第20-48页, 尤其是第24-25页(比利时), 格林伍德法官在2012年3月16日公开审讯结束后向比利时提出的问题——请塞内加尔评论。在其他情况下也是如此, 正如国家没有以仅存在惯例或仅存在法律确信而主张存在习惯国际法规则一样, 它们也从未尝试过声称两要素方法存在着理论上的缺陷而质疑某条据称的习惯国际法规则的存在。

<sup>35</sup> 《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/663号文件, 第66-82段。

<sup>36</sup> 例如, 见Jennings和Watts(编), *Oppenheim's International Law*, 第25-31页; Cassese, *International Law*, 第157页: “组成习惯的基本要素: 国家实践(惯例或习俗)和与此相应的国家的意见(法律确信或必要确信)”; Dupuy和Kerbrat, *Droit international public*, 第364页, 第324段: “习惯的二元性直接反映在各类理论学说——无论是客观主义者还是唯意志主义者——其对的描述中。对所有学说来说——前述海牙法院(原常设国际法院, 后成为国际法院)《规约》第三十八条第一项(丑)款加强了这种观点——两要素的存在对于惯例成为法律规则来说是必不可少的”; Bos, *A Methodology of International Law*, 第109页: “为确定习惯的存在, 仅须确定其所称事实是否存在, 即确定其物质和心理组成部分, 并根据习惯的定义对这些事实进行检验”; Lowe, *International Law*, 第36-63页; Shaw, *International Law*, 第74页: “在习惯的组成中可能发现两个基本要素。这些都是重大事实, 即国家的实际行为以及认为这种行为就是法律的心理或主观信念”; 见Damrosch等人, *International Law: Cases and Materials*: “显然, 习惯的定义包括两个不同要素”; Dailler, Forteau和Pellet, “*Droit international public*”, 第353页: “所有人都承认, 习惯过程需要两个要素而变得完整”; Murphy, *Principles of International Law*, 第92-93页: “国家通过它们的实践, 国际律师通过著作和司法裁决, 一致认为只要满足以下两个关键要求, 即存在习惯国际法: (1)关于某个具体事项的相对统一、一贯的国家实践; 和(2)各国都认为, 这种实践是法律规定的”; Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 第57-63页; Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 第23页: “习惯的存在是……某人(法律顾问、法院、政府、评论员)对两个相关问题的结论: (a)是否有一种一般惯例? (b)是否被接受为国际法?”; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, 第136页: “一种现有的在国际行为者中被普遍接受为法律实践”; Klabbbers, *International law*, 第26页: “两大规定是: 必须有一种一般惯例, 和这种惯例必须被普遍接受为法律”; Santulli, *Introduction au droit international*, 第45页: “关于习惯两要素的经典学说: 作



渊源问题<sup>37</sup>还是涉及国际法其他议题——中，都可以找到这方面的论述。<sup>38</sup>例如，《奥本海姆》指出，“第三十八条第一项(丑)款的规定……表明习惯法有两个基本要素，即惯例和法律确信”。<sup>39</sup>最新版的《布赖尔利国家法：国际法在国际关系中的作用》指出：

法律意义上的习惯(*custom*)不单单是指习惯(*habit*)或常例；用《规约》第三十八条第一项的话说，它是将其作为义务加以遵守的人所认为的常例，我们必须研究据称的习惯是不是“被接受为法律的一般惯例”。<sup>40</sup>

27. 正如第一次报告所指出的，某些作者寻求制定其他办法，往往强调某个构成要素——无论是惯例还是法律确信——重于另一构成要素，或甚至完全排除某个构成要素。<sup>41</sup>在某种程度上，国际法协会的工作也是如此，其最终的成果是《关于适用于一般习惯国际法形成之原则的伦敦声明》(以下简称《伦敦原则声明》)，<sup>42</sup>其中倾向于低估主观要素的作用。<sup>43</sup>这些文章虽然往往都很令人感兴趣而且发人思考，已经(且应该)被适当纳入考量，但情况依然是，它们似乎并没有对国家或法院的做法产生重大影响。两要素方法仍占主导地位。<sup>44</sup>

为物质要素的实践和作为自愿(或‘心理要素’)要素的接受，即履约或法律确信”。

<sup>37</sup> 例如，见 Millán Moro, *La “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*; Thirlway, *The Sources of International Law*, 第56–57页：“国际法承认具有约束力的习惯的传统标准是，应该有充分的国家实践……并必须伴有传统上称之为法律确信或法律必要确信的证据，或得到证据的支持。”

<sup>38</sup> 例如，Corten, *Le droit contre la guerre*, 第一章；关于早前版本的英文版，见 Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, 第一章。

<sup>39</sup> Jennings 和 Watts(编), *Oppenheim’s International Law*, 第27页。

<sup>40</sup> Clapham, *Brierly’s Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 第57页。

<sup>41</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/663号文件，第97–101段。

<sup>42</sup> 《2000年7月25–29日在伦敦举行的第六十九届会议的报告》，第712–777页；第16/2000号决议(一般习惯国际法的形成)(同上，第39页)；另见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/663号文件，第89–91段。

<sup>43</sup> 《伦敦原则声明》提到了“所谓的‘主观’要素之必要性”(《伦敦原则声明》(见前注)，第718页，第10段)。

<sup>44</sup> 另见 Sender 和 Wood, “The emergence of customary international law: between theory and practice”：“两要素方法……使国际法规则的形成和识别在很大程度上得到了广泛接受，同时使得习惯国际法保留了其特有的灵活性。事实证明，这既有用，又具有稳定性，而且通过对193个国家具有约束力的《国际法院规约》而保持了权威性。其他关于习惯国际法规则如何形成

28. 第一次报告提出了一个问题，即为识别不同领域的习惯国际法规则，是否存在不同的方法。<sup>45</sup>例如，曾有人在文献中建议<sup>46</sup>(偶尔在实践中也有呼应)，<sup>47</sup>在国际人权法、国际人道法和国际刑法等领域中，一个要素，即法律确信，便足以构成习惯国际法。<sup>48</sup>然而，一种更加成熟的看法是，情况并非如此。<sup>49</sup>尽管不同领域(或更确切地说是不同

的理论，从本质上来说，都属于政策方针；因此可能具有指导意义，但它们始终是政策，而不是法律”。

<sup>45</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/663号文件，第19段。

<sup>46</sup> 同上，脚注31–33。另见 Kolb, “Selected problems in the theory of customary international law”, 第128页：“形成习惯法理论，并结合不同主题和领域来详细阐明不同类型的理论(以及要素)的时机已经成熟。并不是只有一种国际习惯；有很多种国际习惯，它们之间的共同纽带尚待展现。因此，必须勾画新的国际习惯法示意图，使其体现多样的国际生活轮廓，而不是人为地将日益多样化的经验强行纳入传统实践和法律确信的普洛克路斯忒斯之床中”；Cassese, *International Law*, 第160–161页：“惯例和法律确信作为习惯法要素，在特定国际法分支、武装冲突人道法……起到不同作用。[按马顿斯条款的措辞]逻辑上可采纳的推断(并为实践所证实)是，关于国家实践的要求可能不需要适用于以人道法或公共良知要求为基础的原则或规则的形成。”

<sup>47</sup> 例如，见检察官诉库比莱斯基奇等人案，第IT-95-16-T号案(前南斯拉夫问题国际法庭，审判分庭)，判决，2000年1月14日，第1742–1743页，第527段：“甚至在国家实践很少或不一致的情况下，国际人道法原则也可在人道要求或公共良知要求的压力下，从习惯过程中产生。另一个要素——由人道要求或公共良知要求所形成的必要确信，可能成为预示一条人道法一般规则或原则出现的决定性因素”；另见柬埔寨法院特别法庭(最高法院分庭)的上诉判决，第001/18-07-2007-ECCC/SC号案(2012年2月3日)，第48页，第93段：“关于习惯国际法，最高法院分庭认为，在评估新出现的关于违反人道法或有违公共良知行为的一般原则时，关于‘广泛和几乎一贯的’国家实践的传统要求实际上可能没有在其他国际法领域中那么严格，而且关于法律确信的要求可能比关于习惯的惯例要素更为重要。”

<sup>48</sup> 同样有人认为，“根据所涉活动以及所称习惯规则的合理性”，可以使用一种“滑动计演法”，根据这种计演法，一贯的国家实践即使没有任何表明被接受为法律的证据，也可以确立一条习惯国际法规则，而一项明确确立的接受为法律，即使在没有任何证据表明存在既定惯例的情况下，也可以确立一条习惯国际法规则；见 Kirgis, “Custom on a sliding scale”, 第149页(这一模式还提到两个要素分别几乎“不太”存在的情况)。

<sup>49</sup> 另见在2013年第六委员会就委员会的工作进行辩论时中国、以色列、伊朗伊斯兰共和国、波兰、俄罗斯联邦、新加坡和南非的发言(上文脚注33)，所有这些国家都呼吁适用统一的方法；Treves, “Customary international law”, 第938页，第3段：“习惯国际法规则所共同具有的基本特点是它们的形成方式以及可以确定其存在的方式”；Kammerhofer, “Orthodox generalists and political activists in international legal scholarship”。

类型规则)对两要素方法的适用确有差异:例如,也许“为……[特定]情况之目的”,……最相关的国家实践<sup>50</sup>是某一特定的实践形式,该形式被赋予“主要作用”。<sup>51</sup>但基本方法是一样的:这两个要素都是必要的。任何其他方法都有可能人为地将国际法分隔成不同领域,这会违背国际法的系统性。<sup>52</sup>如下

<sup>50</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参与),判决,《2012年国际法院汇编》,第99页起,详见第132页,第73段。

<sup>51</sup> 同上,见第162页,第4段(基思法官的个别意见);例如,见艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国),初步反对意见,判决,《2007年国际法院汇编》,第582页起,详见第614页,第88段:“在当代国际法中,公司和股东权利的保护以及有关争端的解决主要遵从保护外国投资的双边或多边协定,例如各种促进和保护外国投资的协定和《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》——后者设立了一个解决投资争端国际中心,以及国家与外国投资者之间的合同。在这方面,外交保护作用有所减弱,因为人们在实践中很少向它求助,只有在极少数情况下,当条约机制不存在或形同虚设时才会求助于外交保护”;检察官诉塔迪奇案,第IT-94-1号案,关于辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议的裁决(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭),1995年10月2日,第465页,第99段:“在指出国际社会为规范国内冲突而形成的一些习惯法原则和规则之前,有必要提醒审慎对待武装冲突法的立法过程。为确定习惯规则或一般原则的存在而试图确定国家实践时,很难——即使不是不可能——准确查明部队在实地的实际行为,以确定部队是否实际遵守或是无视了某些行为标准。对这方面的情况进行核查极其困难,这不仅是因为独立观察员(甚至是红十字委员会)通常无法进入军事行动区,而且还因为冲突当事方不会公布实际敌对行为的信息;更有甚者,为了迷惑敌方、公共舆论和外国政府,冲突方还经常采取误导手段。因此,在评估习惯规则或一般原则的形成时,应该明了的是,由于这一议题的固有特性,必须主要依赖国家官方公布的意见、军事手册、司法裁决等元素”;另见检察官诉塔迪奇案,第IT-94-1-A号案,判决(前南斯拉夫问题国际法庭,上诉分庭),1999年7月15日,第157页,第194段;Conforti和Labella, *An Introduction to International Law*, 第32页:“给予行为的权重取决于习惯国际法规则的内容。例如,条约对引渡事项特别重要,而国内法院的裁决对外国和外国国家机构的管辖豁免问题更有分量”;参见北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第175-176页以及第178页(田中法官的反对意见):“要判定在习惯法形成过程中是否存在这两个要素,既微妙又艰难……对要素的评估必须与具体情况挂钩,因此具有弹性,并需要采用目的论的办法……简言之,如我在前文中所述,习惯法的衍生过程所采用的方式具有相对性,依不同的法律领域而异。时间因素,即习惯存在的时间长短是相对的;数字因素,即国家实践,也是如此。不但需要根据具体情况与形势对产生习惯法的每个因素进行评估,而且形成过程作为整体应被视为是一个有机和动态的过程。我们不能流于形式地对习惯法产生所需的条件进行审查,而忘记了社会必要性,即所述习惯法所力图实现的目地与宗旨的重要性。”

<sup>52</sup> 正如2006年关于国际法不成体系问题的研究组报告所强调的,“作为法律体系的国际法”(《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第206页,第251段,结论(1))。此外,“如果法院无视习惯国际法的传统要求,或未对它们进行严格审查,就会有隐含地强调所谓‘急于支持新法制……’的危险。[在这种情况下,]会极少考虑国家给予的同意,也不大会考虑此类轻

文所示,无论在任何情况下,都很难把两要素分开考虑。<sup>53</sup>

29. 必须根据具体情况审视各种证据。<sup>54</sup>在评估是否存在这两个构成要素时,无论是通过审查主要证据还是查看次要手段,都必须小心谨慎。尽管“证据可以来自[多种来源]……,但应保持最大程度的谨慎”。<sup>55</sup>在确定相关的实践到底是什么,<sup>56</sup>以及在何种程度上确实被接受为法律时,在很大程度上取决于具体情况,而且可能需要对不同证据予以不同的权重。例如,“尤为重要的那些表现出违背其来源国的国家利益,或将使其付出重大的政治、军事、经济或其他代价的实践,因为这些实践不太可能是出于政治机会、礼仪等原因。”<sup>57</sup>同样,发表声明时的郑重程度也是一个相关因素;唇枪舌剑时的即席发言可能没有那么重要。

30. 确定是否存在一条习惯国际法规则是寻找“一种实践……它已在国家中广为接受,以致于现在可能被视为一般国际法项下的一种要求”。<sup>58</sup>这有可能是一项“艰巨复杂的过程”,<sup>59</sup>主要原因是“任何宣称

易宣布的规范得到遵守的可能性”(Boyle和Chinkin, *The Making of International Law*, 第285页)。

<sup>53</sup> 另见Thirlway, *The Sources of International Law*, 第62页:“惯例和法律确信一起提供了必要信息,从而能够查明是否存在一条习惯规则,但两者(惯例和确信)各自的作用都是唯一的重点;它们相互补充”;以及《伦敦原则声明》(上文脚注42),第718页,第10(c)段:“事实上往往很难甚至不可能把这两个要素区分开来。”

<sup>54</sup> 另见摩洛哥境内美国国民案,1952年8月27日的判决,《1952年国际法院汇编》,第176页起,详见第200页:“在外交信函中有一些零星言辞,如果不考虑上下文,有可能被视为承认美国政府提出的行使领事管辖权和其他领事裁判权的主张。另一方面,法院不能无视信函的总体大意……”

<sup>55</sup> Kunz, “The nature of customary international law”, 第667页。

<sup>56</sup> 另见Treves, “Customary international law”, 第943-944页,第28段:“[实践的表现形式]有助于在特定时刻确定什么是习惯国际法。在执行这一任务时,谨慎和平衡是不可或缺的,不仅要确定国家的言辞、行为、希望和信念的正确搭配,而且还要意识到实践中的很多要素充满含混之处。”

<sup>57</sup> 同上,第944页,第30段。

<sup>58</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010年国际法院汇编》,第14页起,详见第83页,第204段。

<sup>59</sup> Petrič, “Customary international law in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia”。另见大不列颠及北爱尔兰联合王国政府和荷兰王国政府作为埃丝特·基奥贝尔等人诉荷兰皇家石油公司等案(2012年2月3日)的被告方法庭之友在美国最高法院做的情况通报,第13页:“因此,确定什么构成了一条新的国际法规则时采用的方法……不是直截了当,需要坚持不懈地细致分析,以确定是否存在国家实践和法律确信的必要要素”;渔业管辖权案(联合王国诉冰岛),案情实质,判决,《1974年国际法院汇编》,第3页



的习惯法规则都[显然]必须是一条有效的国际法规则，而不仅仅是无根据的主张”。<sup>60</sup> 如下所述，对这项任务而言：

谨慎和平衡是不可或缺的，不仅要确定国家的言辞、行为、希望和信念的正确搭配，而且还要意识到实践中的很多要素充满含混之处。<sup>61</sup>

起，详见第100页，第9段(德卡斯特罗法官的个别意见)：“证明存在一种被接受为法律的惯例并非易事”；Kunz, “The nature of customary international law”，第667页：“在具体案件中确定习惯程序的两个条件是否满足……是一项艰巨的任务。”

<sup>60</sup> Shaw, *International Law*, 第144页。

<sup>61</sup> Treves, “Customary international law”，第943-944页，第28段。另见Boyle和Chinkin, *The Making of International Law*,

31. 鉴于以上所述，拟议结论草案如下：

#### “结论草案3 基本方法

“为确定习惯国际法规则是否存在及其内容，必须确定是否存在被接受为法律的一般惯例。

#### “结论草案4 证据评估

“在评估被接受为法律的一般惯例的证据时，必须考虑到有关背景，包括周围情况。”

第279页：“适用确定习惯的标准不是一个其准确性可衡量的科学进程，相反，它需要对事实和论据进行评估”；Birnie和Boyle, *International Law and the Environment*, 第16页：“习惯法的识别一直而且仍然是问题多多，需要使用技巧、判断力和大量研究。”

## 第四章

### 一般惯例

32. 实践通常被称为“实质”或“客观”要素，<sup>62</sup> 在习惯国际法形成和识别方面发挥“关键作用”。<sup>63</sup> 可将实践视为习惯国际法的“原材料”，因为后者源自实践，且受到实践的“界定和限制”。<sup>64</sup> 上述实践包括国际法主体“实质和可察觉”<sup>65</sup> 的行为，正是这些“行为实例”<sup>66</sup> 构成“一种先例之网”，<sup>67</sup> 从中可观察到某种行为模式。

<sup>62</sup> 除其他外，实践(*practice*)还被称为“*usage*”、“*usus*”、“*consuetude*”或“*diuturnitas*”，且这些称谓有时可以互换使用。

<sup>63</sup> 正如国际法院所指出的，“法院受其《规约》第三十八条之约束，适用除其他外，‘通例之证明而经接受为法律’的国际习惯，但法院不能无视惯例所发挥的关键作用”(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)，案情实质，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页起，详见第97-98页，第184段)。

<sup>64</sup> 见法官珀西·斯彭德爵士在印度领土通行权案(案情实质)中的反对意见，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第99页：“衡量任何此类习惯——如已确立——之性质和范围的正确方式乃是对既界定又限制习惯的实践加以考虑。习惯的第一要素是持续统一的惯例，而且必须在界定习惯前确定惯例。”

<sup>65</sup> Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 第318页起，其中将“惯例”称为习惯国际法的构成要素，援引于D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 第49页。

<sup>66</sup> 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)，案情实质，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页起，详见第108页，第207段；另见韦斯伯德的定义：“各种类型的活动……实践的含义正是如此”(“Customary international law: the problem of treaties”，第7页)。

<sup>67</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第329页(阿蒙法官的个别意见)；另见科孚海峡案，案情实质，1949年4月9日的判决，《1949年国际法院汇编》，第4页起，详见第83和第99页(阿泽

33. 从“一般惯例”到“国家实践”。国家仍是国际法的首要主体。<sup>68</sup> 国家实践在国际法中发挥着若干重要作用，其中包括嗣后实践，它是根据《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31条第3款(b)项和第32条所述对条约进行解释的一种要素(或手段)。<sup>69</sup> 国家行为对习惯国际法的形成和识别具有首要意义，因此习惯国际法的实质要素通常被称为“国家实践”，即归于国家的行为。<sup>70</sup>

维多法官的反对意见)：“习惯由公认的先例组成……[习惯国际法需要]显著或持续的事实证明关于各国已商定承认一项习惯[规则]的假设”；北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第175页(田中法官的反对意见)：提到“常例或相同类型行为的不断重复……是习惯法的一个定量因素”；Stern, “Custom at the heart of international law”，第95页：“普遍承认的是，实质要素的构成是一定数量的事实在一定时间内的重复，并根据不同的情况对这些不同变量进行调整。”

<sup>68</sup> 另见Walter, “Subjects of international law”，第636页，第5段。

<sup>69</sup> 委员会目前正在“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题下对其进行审议：特别见结论草案第4条，第(2)款和第5条(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第20页，第38段)。另见Weisburd, “The International Court of Justice and the concept of State practice”，第299页，表示“很难夸大国家实践对国际法的重要性”；Aceves, “The economic analysis of international law: transaction cost economics and the concept of State practice”；Parry, “The practice of States”，第165页：“人们在国家实践中寻找关于国际法新专题新规则的证据，或寻找此前法律的变化。”

<sup>70</sup> 另见Wood和Sender, “State practice”；Dinstein, “The interaction between customary law and treaties”，第266页：“构成习惯国际法本源的一般惯例本质上是国家的实践”；Mendelson, “The formation of customary international law”，第201页：“更准确地说，轻易和传统称之为国家实践的……是国际法主体的实



“国家的实际实践……表达或创造了习惯规则”。<sup>71</sup>正如国际法院一贯表明的那样，“习惯国际法源自国家实践”。<sup>72</sup>

34. 将实践归于一国。正如国家责任与与解释条约相关的嗣后实践等其他情况一样，实践必须归于国家，方可与习惯国际法的形成相关。<sup>73</sup>在这方面，政府所有部门的行动（不论行使行政、立法、司法或其他职能）均可具有相关性。<sup>74</sup>一国的事实机关，即“按

实践。”关于国家实践为习惯国际法依据之理论的历史发展，见Carty, “Doctrines versus State practice”。

<sup>71</sup> 大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982年国际法院汇编》，第18页起，详见第46页，第43段。

<sup>72</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，判决，《2012年国际法院汇编》，第99页起，详见第143页，第101段。因此，在使用“国际实践”一词时指的是国家实践：例如，见与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约解释案(第二阶段)，咨询意见，《1950年国际法院汇编》，第221页起，详见第242页(里德法官的反对意见)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第261页(帕迪略·内尔沃法官的个别意见)和第344页(里普哈根法官的反对意见)；渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第83页(德卡斯特罗法官的个别意见)；加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院汇编》，第7页起，详见第236页(斯库比谢夫斯基法官的反对意见)；渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，法院管辖权，判决，《1998年国际法院汇编》，第432页起，详见第554页(兰杰瓦法官的反对意见)；2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院汇编》，第3页起，详见第75和第76页(希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见)；国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，判决，《2012年国际法院汇编》，第99页起，详见第170页(基思法官的个别意见)；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年国际法院汇编》，第422页起，详见第457页。

<sup>73</sup> 见委员会关于国家对国际不法行为的责任条款草案(2001年)，第一部分，第二章(《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段)；以及关于与解释条约相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案(结论草案5，《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第20页，第38段)。另见Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”，第318页，在提及2001年条款草案第4、第5和第8条时，提出“毫无疑问，类似原则应适用于识别有能力编制构成国家实践的声明或材料的机关和人员”。归属规则在不同情况下不一定完全相同。例如，见Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, 第1190页：“支持存在一条习惯法规则的实践必须是国家实践，即国家机关的实践，尽管其检验与确定一国责任的检验方法不同。”

<sup>74</sup> 关于国家对国际不法行为的责任条款草案第4条表示“任何国家机关，不论行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能……其行为应视为国际法所指的国家行为”(《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段)；另见Crawford, *State Responsibility. The General Part, Part II (attribution to the State)*, 特别是第113-126页；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案，咨询意

照国际法应视为一国机关的个人或实体，即使国内法未如此认定”<sup>75</sup>的行为也可算作国家实践。<sup>76</sup>“不管事实机关在国家组织中处于何种地位，不论其属于中央政府机关还是地方单位机关”，都可适用上述表述。<sup>77</sup>

35. 一项重大难题是确定国家实践。虽然技术和信息资源有所发展，但在现代世界的环境下，实践的传播和定位仍是一个重要的实际问题。<sup>78</sup>如下文第六章所述，这一问题——委员会曾于数十年前在“使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段”专题下(1949年和1950年举行的第一和第二届会议)对其进行审议——将在特别报告员的第三次报告中再次得到讨论。

36. 拟议的结论草案如下：

#### “结论草案5 实践的作用

“关于必须存在一般惯例，将其作为习惯国际法要素之一的要求意味着，首先是国家实践促进了习惯国际法规则的创建或表述。

见，《1999年国际法院汇编》，第62页起，详见第87页：“根据一项成熟的国际法规则，必须将一国任何机关的行为视为该国的行为”；刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005年国际法院汇编》，第168页起，详见第242-243页，第216段；德国联邦宪法法院，2003年11月5日第二审判决的命令，第2 BvR 1506/03号案，第51段：“为此目的[咨询相关国家实践]，法院侧重于有能力承担国际法下法律关系的国家权力机关的行为……作为一般性规则，这将是政府或国家元首。除此之外，国家实践亦可源自诸如立法机关或法院等其他国家权力机关的行为，前提是其行为按照国际法具有直接相关性”；Bos, *A Methodology of International Law*, 第229页：“实践可以是一国管辖范围内的任何事物。符合这一标准的所有行动，或更笼统而言，所有形式的行为均有资格成为一条习惯规则的依据”；《伦敦原则声明》(上文脚注42)，只有被指定对外代表国家的机关(“一国的国际机关”)的行动才可算作国家实践(例如，Strupp就提出过这种看法，“Règles générales du droit de la paix”，第313-315页)这一陈旧的观点已不再被普遍接受。

<sup>75</sup> Palchetti, “De facto organs of a State”，第1048页，第2段。

<sup>76</sup> 另见Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”，第305页：“采取行动之机关的宪法权力并不重要，只要以适当努力和善意对此行动进行评估的外国认为该行为可归于所涉国家，并表达或执行了该国对一项习惯法规则的态度即可。”

<sup>77</sup> 见关于国家对国际不法行为的责任条款草案第4条(《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段)。国际法协会委员会建议，对于联邦结构的国家，“不具备独立国际法律人格的地方政府实体在一国内的活动通常不构成国家实践，除非上述活动是以国家名义开展或获得国家的通过(‘批准’)”(《伦敦原则声明》(上文脚注42)，第727页，结论8)，但此建议似乎并不准确。

<sup>78</sup> Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第56页：“习惯法的证据[仍然]……分散、难以获取且总体上缺乏系统性。”

## “结论草案6 行为归属

“国家实践包括可归于一国的行为，不论此行为是行使行政、立法、司法还是任何其他职能。”

37. 实践的表现形式。偶尔有人建议，“国家实践”只有在与国际关系范畴内某类情况相关，<sup>79</sup>或与提出权利主张的某些实际事件或活动(而非抽象宣称)相关时，<sup>80</sup>才有资格成为与习惯国际法有关的国家实践。这一方法过于狭隘；实际上，可以说“在国际体系中……国家的每一行为均是一种潜在的立法行为”。<sup>81</sup>这类行为可能同时包括实际行为和言语(书面和口头)行为：认为“权利主张本身，尽管可能阐述一项法律规范，但不能构成习惯的实质组成部分”<sup>82</sup>的

<sup>79</sup> Kunz, “The nature of customary international law”, 第666页；《伦敦原则声明》(上文脚注42)，第720页：“然而正确地提出‘某一事项是否关系到一国的国际法律关系，或仅为国内管辖权事项，取决于国际法的发展阶段和当时的关系’”；Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第56页。

<sup>80</sup> 例如，见 Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第58页：“应该强调的是，作为习惯形成的实质要素的国家实践应是实质性的：其构成包括国家对特定人员、船只、界定的领土地区所采取的行为，每一行为均是对与特定争端根源有关的某项权利主张的认定或摒弃。”

<sup>81</sup> Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, 第31页；另见 Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, 第314页，提出，除其他外，“不涉及突发危机的材料更可能体现一项对法律的成熟和一贯看法”；Degan, *Sources of International Law*, 第149页，指出虽然有些比较年长的学者将习惯之证据局限于可使国家受到国际约束的证据，“然而，……习惯规则可来自一些国家的一致立法行为或其他单方面行为，甚至国内法院的一些决定可对实践产生影响。”

<sup>82</sup> D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 第88页，解释说“当一国提出一项权利主张时并未有任何行动；在该国采取强制性行动前，权利主张对预测该国将采取的实际行动没有价值”；另见渔业案，1951年12月18日判决，《1951年国际法院汇编》，第116页起，详见第191页(里德法官的反对意见)：“确定[习惯国际法]不能通过援引沿海国已提出大量权利主张，却未对入侵的外国船只实际行使主权以维护其权利主张的案例……唯一具有说服力的国家实践证据是扣押行动，即沿海国通过逮捕外国船只并在外交谈判和国际仲裁过程中坚持其立场来确认对所涉水域的主权”；D’Amato, “Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”, 第465页：“政府的言辞充其量是关于国际法的一种理论，而非国际法本身”；Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第42页：“习惯源自行为而非采取这种行为的承诺”；Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 第108页。关于有日期记载的极端立场，见J. Conradie, 载于国家诉佩塔内案, *The South African Law Reports 1988 (3) SA 51 (C)*, 第59页，F和G段，以及第61页，D和E段(南非，开普省庭：“习惯国际法的依据是实践而非说教……寻找国家实践……必须观察国家在动荡世界的恶劣环境下的实地行为，而非国家代表在联合国狂热的意识形态环境里的夸夸其谈，在那里愤慨通常会代替行动。”

相反意见则过于局限。<sup>83</sup>接受这样的观点还可被视为鼓励对抗，甚至鼓励在某些情况下使用武力。<sup>84</sup>在任何情况下，似乎不能否认“国家之间的沟通方法已经扩大范围。由于国际法，特别是《联合国宪章》在这方面对各国施加越来越多的限制，采取颇受青睐的‘实际’行动的频率已经降低”。<sup>85</sup>此外，“‘实践’一词(根据《国际法院规约》第三十八条所述)足够宽泛——从而符合习惯法本身的灵活性——可涵盖一国的任何行动或行为，而且关于一国的言语行为在哪些方面将被视为不足为凭，从而不能被归于该国的行为，并没有非常明确的论述”。<sup>86</sup>与此同时，正如

<sup>83</sup> 另见 Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第19-20页：“认定言语行为可构成国家实践的益处颇多。首先也是最重要的是……国家本身以及法院认为会议上的评论意见是国家实践的组成部分”；Parry, “The practice of States”, 第168页：“通常一国的行为和言语之间的差别甚小，因为一国的行动可能仅包括声明”；Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第53页：“国家实践指的是一国的任何行为或声明，可用于推断其对习惯法所持的观点”；Müllerson, “On the nature and scope of customary international law”, 第342页：“即使迫切希望明确区分‘实际’实践和其他形式的(非实际?)实践，但这并不容易而且有时完全不可能”；Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, 第267页：“有人还提出，只有实际行动而非言辞才是相关的国家实践……必须将言辞、声明、来文甚至信号纳入可构成习惯法的纷繁实践中……将通信、书面和口头言辞排除在国家实践之外在法律上是不可接受的。没有任何国家行动和国家实践的物权法定原则是习惯法建立和生效的唯一必要或决定性条件。另一方面，必须承认，如果实际做法不同，言语声明就无法创建习惯规则”；Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague Court”, 第812页：“国家实践是建立在其行动和反应基础之上的。这是‘一种彼此互动的进程’。这并不意味着国家实践仅包括严格意义上的行动。言辞和不行为也是国家行动的证据”；Baxter, “Multilateral treaties as evidence of customary international law”, 第300页：“与将一国在不同时期和各种背景下的行为拼凑起来相比，该国对于其所认为的规则坚定声明是其立场的更好证据”。在这方面，应回顾《伦敦原则声明》(上文脚注42)的措辞，其中承认“国家的言语行为，而不仅是实际行为，可算作国家实践”(第725页，结论4)；以及“当界定国家实践时……需要考虑算作国家实践的行为与该行为权重之间的区别……关于习惯的客观要素的讨论由于未能作出上述区分而受到影响”(第724页，结论3)。

<sup>84</sup> 另见 Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, 第162页：“如果仅扣押、侵略、灭绝种族和其他类似行为属于国家实践，那么在国际法(例如国际人道法)的一些领域，只有所谓流氓国家才可促进习惯法的发展……这[还]将使强国在制定国际法过程中发挥更大的作用。最后在国际关系的……许多领域，只有少数国家会进行这种[‘实际’]实践，或者说国家仅偶尔进行‘实际’实践。”

<sup>85</sup> Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, 第306页。

<sup>86</sup> Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第21页。



下文将提出的那样，需谨慎评估国家（以及国际组织）的言论：不能总是采信言辞的表面含义。

38. 一旦把实际和言语行为均接受为识别习惯国际法时的实践形式，那么似乎“‘构成行为’与‘构成行为的证据’之间的区分……就是人为和武断的”。<sup>87</sup>本报告将避免做出这种区分。正如有人在委员会2013年辩论期间所述的那样，“识别习惯国际法时需要参考的材料可以是表明存在习惯规则的证据，在其他情况下也可是实践本身的来源。”<sup>88</sup>因此，

用于[确定是否出现了一条习惯国际法规则]的证据可有各种形式，包括\*行为，重要的是来源必须可靠和明确，并反映所涉国家的一贯立场。<sup>89</sup>

39. 实践（及其证据）有多种形式，因为“在其互动和交流中……国家并未将自身局限于教条式确定的行为类型，它们使用所有可为其所用的形式”。<sup>90</sup>在识别习惯国际法规则时，为了评估实践，委员会本身也把各种材料作为依据。<sup>91</sup>

<sup>87</sup> Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, 第292页，解释说“两者可能相互掩盖”，并补充说“此外，如果不记录‘构成行为’，该行为可能永远不为人所知”；另见D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 第268页：“法律规则并非抽象存在之物，法律确信也不是我们可以触手可及之物。法律规则和心态似乎只是行为的表现；它们是在我们发现反复出现的行为模式或系统的法律论据时作出的概括。如果必须使用‘证据’一词，我们可以说法律规则仅在‘证据’中体现；如果该证据确实是法律规则的证据，那么证据就是规则本身的外在表述。证据是规则必要且并非可有可无的组成部分。但由于其使用所造成的混乱，最好将‘证据’一词，与‘来源’一词一起，纳入相反的术语范畴。”

<sup>88</sup> 《2013年……年鉴》，第一卷，第3183次会议，2013年7月19日（哈穆德）。

<sup>89</sup> Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, 第318页。另见Clapham, *Brierly’s Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 第58页：“[一项所称习惯]的这种证据显然将是汗牛充栋和纷繁复杂的。人们在各种场合以一国的名义行事或发言，采取行动或发表声明，从而明示或暗示对某一国际法事项的一些观点。就其本身而言，任何此类行为或声明都可成为某种习惯的一些证据，因此也成为一条国际法规则存在与否的证据。当然，其作为证据的价值将完全取决于场合和情况。”

<sup>90</sup> Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, 第299段。此外，“没有任何国际法规则说明哪些事实的出现导致一项习惯的形成……没有任何具体事实要素的出现本身证明一项规则的存在”（Fumagalli, “Evidence before the International Court of Justice: issues of fact and questions of law in the determination of international custom”, 第146页。

<sup>91</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/659号文件，观察7，第23–25段：“委员会在为识别某项习惯国际法规则之目的而评估国家实践时依据了各种材料。”

40. 数位作者拟订了实践可能采取的主要形式的清单。例如《布朗利国际公法原理》一书中载有如下并非穷尽清单：

外交信函、政策声明、新闻稿、政府法律顾问的意见、法律问题官方手册（如军事法律手册）、行政决定和做法、向军队下达的命令（如接战规则）、各国政府对国际法委员会的草案及其相关评注的评论、法律、国际和国家司法决定、条约和其他国际文书（特别是在“所有国家”形式下）的叙文、类似条约的普遍模式、国际机构的做法以及联合国机关——特别是大会——与法律问题相关的决议。<sup>92</sup>

41. 鉴于政治和技术变革的必然性和步伐，试图为习惯国际法的这些“材料来源”提供一份穷尽的清单既不可能，也不可取：与1950年的情况一样，委员会如果要“毫无遗漏地列举出类型繁多的材料，以揭示国际关系中出现的大量问题中每一问题的国家实践”，仍然是不切实际的。<sup>93</sup>与此同时，如果说明国家以及法院和法庭一向引为依据、和以书面形式予以记录的实践的一些主要类型，可能会有帮助。因此，以下清单并非是穷尽无遗的；此外，以下的某些类别之间有所重合，因此一国实践的特定例子或类型很可能属于多个类别。

(a) 国家的实际行动，即国家“在实地”的行为。<sup>94</sup> 此类实践的例子可以包括国际水道的船只通

<sup>92</sup> Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 第24页，作者补充说：“这些来源的价值各不相同并将取决于具体情况”。例如，关于其他清单，见Ferrari Bravo, “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États”, 第257–287页；Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第17页；Pellet, “Article 38”, 第815–816页。爱尔兰在其外交部网站上刊登了一个类似的清单：“在没有条约来规定两个或两个以上国家的关系应适用何种法律的情况下，或换言之，对于国家实践以及承认某种做法为强制性做法，如果具备足够的普遍性和一贯性，这种惯例和共识可构成习惯国际法。在以下来源中可以找到习惯的证据：外交信函、官方法律顾问的意见、政府声明、联合国大会决议、各国政府对国际法委员会编制的草案的评论、国家和国际性法院的各项决定”（可查阅www.dfa.ie/our-role-policies/international-priorities/international-law/statements-by-ireland-on-international-law/）；另见德意志联邦共和国诉马尔杰洛等人案（希腊，特别最高法院），第6/2002号判决，2002年9月17日，ILR, vol. 129, 第528页，第9段；Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, 第15页：“对于证明一项习惯是否已经存在的这些途径和手段，无法拟订全面的准则清单。”

<sup>93</sup> 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第368页，第31段。

<sup>94</sup> 里德法官在反对意见中提到了“实际主张主权”，见渔业案，1951年12月18日的判决，《1951年国际法院汇编》，第116页起，详见第191页；另见上文脚注82。



行；<sup>95</sup> 领土通行；<sup>96</sup> 扣押渔船；给予外交庇护；<sup>97</sup> 战场或作战行为；或进行大气层核试验或部署核武器；<sup>98</sup>

(b) 行政部门的行为。这些行为可以包括行政命令和法令、<sup>99</sup> 其他“行政措施”<sup>100</sup> 以及政府的官方声明，如宣言、<sup>101</sup> 公告、<sup>102</sup> 政府提交议会的声明、<sup>103</sup> 国家在国内或国际性法院和法庭(包括以法庭之友书状)所表达的立场<sup>104</sup> 以及在国际上的发言；<sup>105</sup>

(c) 外交行为和信函。<sup>106</sup> 这包括对其他国家和其他国际法主体的做法提出的抗议。外交信函可以采

<sup>95</sup> 科孚海峡案，案情实质，1949年4月9日的判决，《1949年国际法院汇编》，第4页起，详见第99页(阿泽维多法官的反对意见)。

<sup>96</sup> 印度领土通行权案(案情实质)，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第40-41页。

<sup>97</sup> 哥伦比亚-秘鲁庇护案，《1950年国际法院汇编》，第266页起，详见第277页。

<sup>98</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974年国际法院汇编》，第253页起，详见第305页(彼得伦法官的个别意见)；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第312页(施韦贝尔副院长的反对意见)。

<sup>99</sup> 例如，见北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第104和第107页(阿蒙法官的个别意见)。

<sup>100</sup> 例如，见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年国际法院汇编》，第213页起，详见第280页(塞普尔韦达-阿莫尔法官的个别意见)。

<sup>101</sup> 例如，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第295页(兰杰瓦法官的个别意见)；北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第104页(阿蒙法官的个别意见)；渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第43页(帕迪略·内尔沃法官的反对意见)；渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第84页(德卡斯特罗法官的个别意见)。

<sup>102</sup> 例如，见北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第104-105页、第107和第126页(阿蒙法官的个别意见)；渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第84页(德卡斯特罗法官的个别意见)。

<sup>103</sup> 例如，见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第197页(杰瑟普法官的个别意见)。

<sup>104</sup> 例如，见国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，判决，《2012年国际法院汇编》，第99页起，详见第123页，第55段；另见Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”，第315页：“似乎显而易见的是，代理人及律师在国际法庭上的发言构成国家实践。”

<sup>105</sup> 例如，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第312页(施韦贝尔副院长的反对意见)。

<sup>106</sup> 例如，见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第197页(杰瑟

取各种形式，包括普通照会、通告照会、第三方照会，甚至包括“非正式文件”；

(d) 立法行为。从宪法到法案草案，<sup>107</sup> “立法是国家实践的一个重要方面”。<sup>108</sup> 正如常设国际法院于1926年所指出的那样，“从国际法及其机关即国际法院的角度来看，国内法不过是表达国家意愿和构成国家活动的事实，法律裁决或行政措施亦是如此”。<sup>109</sup> 1950年委员会在这方面的意见值得回顾，根据这一意见：

普法官的个别意见)，以及第298和第299页(阿蒙法官的个别意见)。

<sup>107</sup> 例如，见2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院汇编》，第3页起，详见第24页；国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，判决，《2012年国际法院汇编》，第99页起，详见第123页，第55段；摩洛哥境内美国国民案，1952年8月27日的判决，《1952年国际法院汇编》，第176页起，详见第220页(哈克沃思、巴达维、莱维·卡内罗法官和法官贝内加尔·劳爵士的反对意见)；北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第105、107和129页(阿蒙法官的个别意见，他说，除其他外，“[提交比利时众议院的]法案……显示了该政府的正式观点。它构成了一种可被作为先例的国内法律行为，在确认习惯存在时应适当加以考虑”)和同上，第228页(拉克斯法官的反对意见)；渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，法院管辖权，判决，《1973年国际法院汇编》，第3页起，详见第44页(帕迪略·内尔沃法官的反对意见)和渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第51页(福斯特、本格松、希门尼斯·德阿雷查加、纳吉德拉·辛格和鲁达法官的联合个别意见)，以及第84页(德卡斯特罗法官的个别意见)；黎巴嫩问题特别法庭，第STL-11-01/I号案，关于适用法律的中间裁决：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控(上诉分庭)，2011年2月16日，第51、55-63页，第87段以及第91-98页；检察官诉诺尔曼案，第SCSL-2004-14-AR72(E)号，对以缺乏管辖权为由提出的初步动议作出的裁决(塞拉利昂问题特别法庭，上诉分庭)，2004年5月31日，第13页起，详见第18段；热尼·德奥利韦拉诉德意志民主共和国大使馆案(巴西联邦最高法院)，第9.696-3/SP号民事诉讼案，1989年5月31日，第4-5页；刚果民主共和国诉FG Hemispheric Associates公司案，香港特别行政区终审法院，2010年第5、6和7号(民事)终审案，2011年6月8日，第402页，第68段：“无论如何，任何管辖范围内的一条国内法规则可能碰巧产生于一条习惯国际法规则，也可能碰巧先于或促进一项习惯沉淀为一条习惯国际法规则。”(ILR, vol. 147, 第402-403页)。特别是关于宪法条款作为国家实践(以及法律确证之证据)的情况，见Crotoft, “Constitutional convergence and customary international law”。

<sup>108</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，判决，《2012年国际法院汇编》，第99页起，详见第310页，第3段(专案法官加亚的反对意见)。加亚法官接着说，“这在一条国际法规则的客体是司法当局的行为时也有重要意义，正如所涉及的是法院行使管辖权一样”(同上)。

<sup>109</sup> 波属上西里西亚的某些德国权益案，案情实质，第7号判决，1926年，常设国际法院，《A辑》，第7号，第19页。

此处使用立法一词有全面的意义；它包括国家的宪法、其立法机构颁布的法令以及执行和行政机构颁布的条例和宣言。公共机关实施的任何形式的管理安排均未被排除在外。<sup>110</sup>

(e) 国家法院的判决。国内法院的司法裁决和意见可以作为国家实践，<sup>111</sup> 并“具有作为该国实践证据的价值，即使它们不能成为习惯国际法”本身“的证据”。<sup>112</sup> 但是，在评估国内法院的裁决时，应当铭记习惯国际法在各个法院和法庭所适用的法律中的地位，以及在国内各个层面可能存在的用于识别习惯国际法规则的特别规定和程序。<sup>113</sup> 此外，“这些裁决的价值彼此大不相同，而且单独的裁决可能体现的

<sup>110</sup> 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第370页，第60段。

<sup>111</sup> 例如，见“荷花”号轮船案(法国/土耳其)，第9号判决，1927年，常设国际法院，第10号，《A辑》，第28-29页；2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院汇编》，第3页起，详见第24页；国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，判决，《2012年国际法院汇编》，第99页起，详见第123页，第55段；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第292页(纪尧姆法官的个别意见)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，初步反对意见，判决，《1964年国际法院汇编》，第6页起，详见第63页(顾维钧副院长的个别意见)；2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院汇编》，第3页起，详见第88页(希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见)；检察官诉塔迪奇案，第IT-94-1-A号案，判决(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭)，1999年7月15日，第255-270段；柬埔寨法院特别法庭(最高法院分庭)的上诉判决，第001/18-07-2007-ECCC/SC号案(2012年2月3日)，第101页，第223和第224段；检察官诉沙伊诺维奇等人案，第IT-05-87-A号，判决(前南斯拉夫问题国际法庭，上诉分庭)，2014年1月23日，第649-658页，第1627-1642段；检察官诉安托·富伦基亚案，第IT-95-17/1-A号，判决(前南斯拉夫问题国际法庭，上诉分庭)，2000年7月21日，鲁滨逊法官的声明，第2149页，第281段；斯洛文尼亚，第Up-13/99-24号案(斯洛文尼亚宪法法院)，2001年3月8日的裁决，第14段；德拉尔诉捷克斯洛伐克共和国案(奥地利最高法院)，1950年5月10日的判决，ILR, vol. 17, 第157-161页。另见Lauterpacht, “Decisions of municipal courts as a source of international law”; Moremen, “National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, 第265-290页；Roberts, “Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law”, 第62页；以及格林伍德法官在英国国际法和比较法研究所题为“国家法院对国际法发展的贡献”的讲座(2014年2月4日)，可查阅www.biicl.org/newsitem/6044/summary-and-video-of-biicl-annual-grotius-lecture-2014。

<sup>112</sup> 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，第370页，第54段；在这方面，见Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*，其中指出一些国家法院的决定“提供了法院地国关于所涉问题实践的间接证据”(第41页)。

<sup>113</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/663号文件，第84段；另见Moremen, “National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, 第290-308页。

是片面、狭隘的观点或依据的资料来源不足。<sup>114</sup> 最高法院的判决自然更有分量。在具体问题上被撤销的案件不再可能被视为实践：

(f) 国际法领域的正式出版物。如军事手册对外交官的指示等出版物；<sup>115</sup>

(g) 国家官员的内部备忘录。不过这些备忘录往往没有公开。然而应当铭记的是，正如在不同但相似的背景下所说的，这些备忘录“并不必然代表任何政府的看法或政策，可能只不过是当时某名公务员认为需要向另一个特定公务员表达的个人看法；将个人因素从当时毕竟属于内部、私下和保密的备忘录中分离开来并非总是易事”；<sup>116</sup>

(h) 与条约有关的实践。谈判、缔结和加入、批准和执行双边或多边条约(以及对这些条约提出反对和保留)是实践的另一种形式。<sup>117</sup> 此类实践不仅涉

<sup>114</sup> Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 第41页。

<sup>115</sup> 例如，见检察官诉加利奇案，第IT-98-29-A号，判决(前南斯拉夫问题国际法庭，上诉分庭)，2006年11月30日，第89段；检察官诉泽伊尼尔·德拉利奇等人案，第IT-96-21-T号，判决(前南斯拉夫问题国际法庭，审判分庭)，1998年11月16日，第126页，第341段。

<sup>116</sup> 仲裁法庭在厄立特里亚与也门诉讼(领土主权和争端范围)第一阶段的裁决，1998年10月9日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》，第二十二卷，第三部分(出售品编号：E/F.00.V.7))，第235-236页，第94段；另见Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, 第316-317页。

<sup>117</sup> 例如，见诺特博姆案(第二阶段)，1955年4月6日的判决，《1955年国际法院汇编》，第4页起，详见第22-23页；对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案，咨询意见，《1951年国际法院汇编》，第15页起，详见第24-25页；北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第43页；同上，第104-105页、以及第126和第128页(阿蒙法官的个别意见)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第347页(里普哈根法官的反对意见)；渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第26页；大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982年国际法院汇编》，第18页起，详见第79页；大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，判决，《1985年国际法院汇编》，第13页起，详见第38和第48页；国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与)，判决，《2012年国际法院汇编》，第99页起，详见第138页第89段和第143页第100段；与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约解释案(第二阶段)，咨询意见，《1950年国际法院汇编》，第221页起，详见第241-242页(里德法官的反对意见)；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第292页(纪尧姆法官的个别意见)和第312和第314页(施韦贝尔副院长的反对意见)；渔业案，1951年12月18日的判决，《1951年国际法院汇编》，第116页起，详见第163-164页(法官阿诺德·麦克奈尔爵士的反对意见)；摩洛哥境内美国国民案，1952年8月27日的判决，



及条约法，也可能涉及通过有关国际法律文书所承担的义务；<sup>118</sup>

(i) 联合国大会等国际组织机关和国际会议的决议。<sup>119</sup> 这主要涉及与国际组织机关或国际会议通过决议有关的国家实践，即表决赞成或反对(或弃权)，

《1952年国际法院汇编》，第176页起，详见第220页(哈克沃思、巴达维、莱维·卡内罗法官和法官贝内加尔·劳爵士的反对意见)；印度领土通行权案(案情实质)，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第41-42页和第55-56页(顾维钧法官的个别意见)，以及104页(法官珀西·斯彭德爵士的个别意见)；西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案，判决，《1960年国际法院汇编》，第192页起，详见第223页(乌鲁蒂亚·奥尔古因法官的反对意见)；检察官诉诺尔曼案，第SCSL-2004-14-AR72(E)号，对以缺乏管辖权为由提出的初步动议作出的裁决(塞拉利昂问题特别法庭，上诉分庭)，2004年5月31日，第13页，第18-21段；黎巴嫩问题特别法庭，第STL-11-01/I号案，关于适用法律的中间裁决：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控(上诉分庭)，2011年2月16日，第51-55段；帕克特·哈瓦那号案，《United States Reports》，vol. 175，第677页起，详见第686-700页(美国最高法院，1900年)；另见Weisburd，“Customary international law: the problem of treaties”，第6页：“条约只是国家实践的又一种形式”；人权委员会任意拘留问题工作组的报告，A/HRC/22/44号文件，第43段。

<sup>118</sup> 另见D'Amato，“Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”，第462页：“使一条约内容成为一项习惯要素的是，条约的当事方做出了一项根据其条款行动的具有约束力的承诺。无论其后来是否依照条约行动，事实仍然是他们已承诺如此行动。那么，这一承诺本身就是习惯的‘国家实践’部分”；Barboza，“The customary rule: from chrysalis to butterfly”，第2-3页：“案文比行动更能确切地表述一项实践的内容，特别是在这些案文是由技术和法律专家组精心编写的情况下”；但见Wolfke，“Treaties and custom: aspects of interrelation”，第33页：“因此，条约本身不是实践的任何要素[当然，条约习惯法是例外]。不过，条约可以促进缔约方接受为法律的要素。”

<sup>119</sup> 例如，见渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第26页；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第302-303页(阿蒙法官的个别意见)：“此外，我要指出的是，各国代表在国际组织和会议上，特别是在联合国采取的立场，自然形成国家实践的一部分……不可否认，关于由此产生的各项决议，或更确切地说，关于在此以国家名义表达的投票，这些构成了促进习惯形成的先例”；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第312页(施韦贝尔副院长的反对意见，他列举了“联合国安全理事会根据‘国家实践’采取的行动”)；东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995年国际法院汇编》，第90页起，详见第188页(威拉曼特里法官的反对意见)：“推动形成国际公法的大会关于这一权利一般条款的各项决议……是这方面习惯国际法一个重要的材料来源。”安全理事会第2125(2013)号决议通过强调“不得将本决议视作确立习惯国际法”(第13段)，也含蓄地承认了决议的这一潜在作用。

以及对这些行为的解释(若有)。<sup>120</sup> 与此同时，必须铭记的是

一国际组织决定的最后案文始终不能反映谈判所有各方拟定的全部提案和替代方案……因此，在识别国家实践时不应过分依赖于国际组织的决策进程所提供的捷径。<sup>121</sup>

这一问题将在第三次报告中得到更加充分的讨论。

<sup>120</sup> 另见Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, 第2页：“联合国是观察国际法形成迹象的一个非常适当的机构，因为国际习惯由国家实践推演而来，其中包括通过外交行动和公开声明表现出来的国际往来。随着国际组织的发展，各国的表决和意见已经具有作为习惯法证据的法律意义。此外，国家实践包括集体行为以及个人行为的总和……联合国的存在……现在提供了一个非常明确、非常集中的国家实践的焦点”；Conforti和Labella, *An Introduction to International Law*, 第35页起，详见42-43页：“国际组织的决议还涉及确定习惯作为国家行为，例如，作为表决赞成决议的国家意志表示的总和……国际组织拥有国际人格的一些要素。然而，在习惯法形成方面，各组织的决议必须被视为所有表决赞成通过决议的国家的集体行动，而不是各组织本身的行动。这就是为什么只有在得到一致通过、以协商一致的方式通过或多数通过的情况下，此类决议才对习惯的形成发挥作用”；Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, 第19-20页：“国家实践的合成过程由几个机制提供支持。首先，联合国大会决议涉及法律事项时，即构成国家实践的证据。国家元首会议的决议也是这样”；《伦敦原则声明》(上文脚注42)，第730页，结论11的评注(b)段：“在习惯国际法的形成方面……[一项载有关于习惯国际法声明的国际组织机关的决议]可能最好被视为参加该机构各成员国的一系列口头行为”；但参见MacGibbon，“Means for the identification of international law: General Assembly resolutions: custom, practice and mistaken identity”，第19页：“虽然一项大会的决议(尽管很难将其本身设想为有任何意义的国家实践)体现、或其实是大会上各种形式的国家行为的后果，并因此反映某类国家实践，然而，这是次要的一类实践，而且——在国际习惯的发展方面——在某种程度上是人为的一类”；Meijers，“On international customary law in the Netherlands”，第84页：“国家就接受一项决议进行表决，例如在联合国大会上表决时，是作为一个国家，还是作为联合国机关的组成部分即国际法另一个主体行动的呢？答案似乎是明显的：作为联合国机关的组成部分……[只有当]国家对其所作的表决说明理由，或说明该决议的观点时，才可以确定是一项国家行为。”

<sup>121</sup> Wouters和De Man，“International organizations as law-makers”，第208页；另见Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 第23-24页：“决议不过是国家实践的一种表现。但近年来将决议作为一种孤立现象给予了过度关注。从学术上说，这难以理解或说明理由。我们只能假定，对决议的法律效力发表意见要比评判存在于所有种种复杂表现中对某一问题的集体实践更加容易——也就是说，其需要的努力更少，严谨性更低，分析不必那么细致。国际组织的政治机构进行辩论：公开交换采取的意见和立场；对其他各方采取的意见表示保留；编写意图成为条约的草案、声明、有约束力的决议或法规；作出可能或不可能隐含着对某一特定问题法律观点的决策。但目前的趋势往往是只考察决议，而将所有其他类别排除在外。”



42. 不作为作为实践。不采取行动,又称为“国家的消极实践”,<sup>122</sup>也可以算作是实践。<sup>123</sup>国家不作为对习惯国际法规则的形成和识别至关重要,在其构成(或被认为是)默认时尤其如此。<sup>124</sup>将根据委员会2014年的辩论在第三次报告中进一步探讨这一问题。

<sup>122</sup> 例如,见2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页起,详见第144-145页(范登·韦恩加尔特法官的反对意见);Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第210页。

<sup>123</sup> 例如,见“荷花”号轮船案(法国/土耳其),第9号判决,1927年,常设国际法院,《A辑》,第10号,第28-29页;诺特博姆案(第二阶段),1955年4月6日的判决,《1955年国际法院汇编》,第4页起,详见第22页;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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第99页(放弃将使用武力威胁任何国家的领土完整或政治独立作为实践);以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页起,详见第253页,第65段(法院提及禁止的支持者试图依靠“各国不使用核武器的一贯实践”);国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参与),判决,《2012年国际法院汇编》,第99页起,详见第135页,第77段:“几乎完全没有相反的判例很值得注意,几乎没有任何国家声明亦是如此”;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)对各国的法律后果案,咨询意见,《1971年国际法院汇编》,第16页起,详见第134页(彼得伦法官的单独意见,其中提及不承认的做法,认为该词“意味着不是积极行动,而是放弃采取表示承认的行动”;摩洛哥境内美国国民案,1952年8月27日的判决,《1952年国际法院汇编》,第176页起,详见第221页(哈克沃思、巴达维、莱维·卡内罗法官和法官贝内加尔·劳爵士的反对意见);巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案,判决,《1970年国际法院汇编》,第3页起,详见第198和第199页(杰瑟普法官的个别意见,其中提到美国国务院拒绝作为一家美国公司的代表,并提到美国在一项国家间争端不提出某些论点作为反对某一主张的依据)。关于学术著作中支持这一观点的例子,见《伦敦原则声明》(上文脚注42);Tunkin, “Remarks on the juridical nature of customary norms of international law”, 第421页:“国家实践可包括在某些情况下采取的明确行动,或相反,避免采取行动”;Séfériades, “Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement”, 第143页:“即使消极行为——不行为——如果持续发生,也很可能最终成为习惯,导致不行为的法律义务。此外,……在习惯法中,我们看来不能不承认国家不侵犯外国代表的人身自由或住宅以及占领军不在当地侵犯敌方私人财产的义务都有着习惯渊源”;Meijers, “How is international law made? — the stages of growth of international law and the use of its customary rules”, 第4-5页:“不行动被行动所带动……缺乏抗议——缺乏对新规则形成的公开反对——足以建立一项习惯法规则(以及遵守该规则的义务)”;Kunz, “The nature of customary international law”, 第666页;Mendelson, “The subjective element in customary international law”, 第199页:“如果足够明确,不行为完全能构成国家实践的行为。”

<sup>124</sup> 另见Kolb, “Selected problems in the theory of customary international law”, 第136页:“可以几乎毫不夸张地说,习惯主要是沉默和不作为,而不是作为”;Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, 第7页:“如果大多数国家肯定性行为的普遍性并非必要,必须至少能从绝大

43. 国际(政府间)组织的实践。这是一个重要领域,将在第三次报告中对其进行更为详细的讨论。<sup>125</sup>鉴于“任何法律制度中法律主体的性质及其权利范围不一定相同,其性质取决于社会的需要”,<sup>126</sup>获得各国赋予权力的国际组织的行为也可能有助于或证明在这些组织运作的领域内形成一种一般惯例,或表明已形成惯例。<sup>127</sup>在评估这些组织的实践时,人们应区分两种实践:一种是有关该组织内部事务的实践,另一种是该组织在,除其他外,与国家及国际组织关系方面的实践。<sup>128</sup>与当前目的有关的是后一种实践,其中主要包括“业务活动”,一名作者将其定义为“国际组织作为其总体任务的一部分或为履行一项特定任务而开展的计划性工作”。<sup>129</sup>在这方面,还必

多数国家的规则中推断出默认。”Danilenko (“The theory of international customary law”, 第28页)对“积极和消极的传统实践”进行了区分,认为后者“提高了积极实践的先例价值,从而在创造普遍接受的习惯规则过程中成为了一种主要因素”。

<sup>125</sup> 该领域的一部领先著作是Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*。

<sup>126</sup> 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案,咨询意见,《1949年国际法院汇编》,第174页起,详见第178页。

<sup>127</sup> 例如,见对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案,咨询意见,《1951年国际法院汇编》,第15页起,详见第25页;加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克),判决,《1997年国际法院汇编》,第7页起,详见第95页(威拉曼特里副院长的个别意见,他提到了“国际金融机构的实践”);另见《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/659号文件,第29段,观察13:“在某些情况下,委员会依据国际组织的实践来识别某项习惯国际法规则的存在。这类依据与国际组织实践的各个方面相关,例如其对外关系、其职能的行使,以及其机构就国际关系的具体情况或一般性事项所采取的立场”;Jennings和Watts(编),*Oppenheim's International Law*, 第31页:“在国际组织中展现和发展的大量国家实践,以及这些组织自身的集体决定和活动,可能是一般惯例在这些组织活动领域中被接受为法律的、极为珍贵的证据”;《伦敦原则声明》(上文脚注42),第730页,结论11:“政府间组织的实践本身就是‘国家时间’的一种形式”;但是,见Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第16-17页。关于对这一专题更为总体的论述,见Klabbers, “International organizations in the formation of customary international law (也提出了一个问题,即这类组织的越权做法是否可被视为‘实践’)”;以及Hannikainen, “The collective factor as a promoter of customary international law”。当然,国际组织之间存在巨大差异,评估其实践的重要性时应铭记这一点(另见委员会关于国际组织的责任条款草案第6条评注第(8)段(《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第88段)。

<sup>128</sup> 例如,领土管理或维和行动。确实,这种实践不再被认为局限于“国家与组织的关系”(《1950年……年鉴》[英],第二卷,第372页,第78段)。

<sup>129</sup> Johnstone, “Law-making through the operational activities of international organizations”, 第94页,但在讨论这种活动时背景略有不同;并补充称这些活动“不同于国际组织更为明显的规范职能,例如政府间机构制定条约或通过决议、宣言和规章等行为”(同上)。

须区分由国家代表组成的机关及其他机构的实践和以个体身份任职的个人所组成机构的实践，因为后者不能被认为是代表了国家。<sup>130</sup> 此外，应区分国际组织秘书处的产物和国际组织的政府间机构的产物。尽管两者均可提供可参考的材料，但应给予后者更大的权重，因为其创造者也是国家实践的主要创造者。”<sup>131</sup> 虽然有人提出“国际组织为寻找习惯提供了捷径”，<sup>132</sup> 但评估其实践时需要谨慎行事。<sup>133</sup> 适用于国家实践的考虑因素也可适用于国际组织的实践，阅读本报告时应考虑到这一点。

44. 成员国有时将专属权限移交给一些国际组织(例如欧洲联盟)，这些组织的实践可等同于国家实践，因为这些组织在特定领域代表成员国采取行动。<sup>134</sup> 这一点适用于这些组织的行动，无论这些行

<sup>130</sup> 因此，委员会的工作也一样，在经常被作为确定一条习惯国际法规则存在与否的辅助手段时，“不能等同于国家的实践，或一项法律确信的证据”(Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Two)”, 第59-60页)。

<sup>131</sup> 正如特拉迪先生在委员会去年的辩论发言中所指出的那样(《2013年……年鉴》，第一卷，第3182次会议)。

<sup>132</sup> Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, 第592页：“现代求助于国际组织所产生的证据形式来证明习惯之存在可能被当作……一种相对更为平等的、寻找这种法律渊源的办法，即便如批评家所指责的那样，其代价是有时将国家的言辞拔高到超过了其行动的地位——例如大会决议的情况便是如此。”

<sup>133</sup> 另见Wouters和De Man, “International organizations as law-makers”, 第208页：“因此，应当小心不要将国际组织的实践等同于国家实践。国际组织的行动是否可归属于国家整体是一个复杂的问题，其答案取决于……各种因素。”

<sup>134</sup> 另见代表欧洲联盟所做发言，《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，第23次会议(A/C.6/68/SR.23)，第37段：“欧盟基于其创始条约赋予的权限在国际一级采取行动。它是一些重要的国际协定中国家以外的缔约方。此外，它在国际法涉及的一些领域具有专属权限。这些特殊性使其在习惯国际法的形成中具有特殊地位，可通过其行动和实践直接发挥作用”；另见Hoffmeister, “The contribution of EU practice to international law”；Wood和Sender, “State practice”, 第512页，第20-21段；Paasivirta和Kuijper, “Does one size fit all? The European Community and the responsibility of international organizations”, 第204-212页。雅各布松女士同样提出，“如果一个国际组织拥有在一个特定问题上立法的权限，就不能无视……该组织的实践。这种实践不能仅仅被描述为该组织对习惯国际法的看法。它也可能被等同于国家实践”(《2013年……年鉴》，第一卷，第3184次会议)。但是，见Vanhamme, “Formation and enforcement of customary international law: the European Union’s contribution”, 第127和第131页：“欧洲共同体的行为构成了欧盟的实践。将其描述为国家实践[即将其归属于成员国]将会否定欧洲共同体的主要特点之一，即它是在成员国赋予其立法、行政和司法权力基础上自主运行的。此外，欧洲共同体的国际法律实践确实忠实体现了全部27个成员国的法

律确信[这些国家永久承诺接受其决定，将之作为有约束力的法律]。”

动采取何种形式，是行政、立法还是司法形式。如果不将此类国际组织的实践视同为国家实践，实际上就意味着不仅该组织的实践不属于国家实践，而且在其成员国已经将一些公共权力让渡给该组织的情况下，成员国为国家实践做出贡献的能力将被剥夺或削减。

45. 其他非国家行为体的作用。有时有人提出应承认非政府组织甚至个人等其他“非国家行为体”的行为促进了习惯国际法的发展。<sup>135</sup> 在这方面，有人回顾，“根据《国际法院规约》第三十八条，与公约同一规范的要求不同，不是只有‘国家’才被要求遵循或承认习惯。因此，原则上，实践可以来自国家和非国家行为体。”<sup>136</sup> 但是，更好的看法是，尽管个

律确信[这些国家永久承诺接受其决定，将之作为有约束力的法律]。”

<sup>135</sup> 对于一种如此富有生气的、“参与”国际法制定并呼吁使这一进程具有“包容性”的观点，见2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院汇编》，第3页起，详见第155页(范登·韦恩加尔特法官的不同意见)：“今天，在习惯国际法形成过程中，民间社会的意见……不能完全不予考虑”；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)对各国的法律后果案，咨询意见，《1971年国际法院汇编》，第16页起，详见第69-70页和第74页(阿蒙副院长的反对意见)：“承认人民自决权的习惯规则形成的首要因素……[或许]是人民[现在的国际社会成员]在被承认为国家之前……[为这一事业进行]的斗争，……如果存在任何‘一般惯例’可以被毫无争议地认定构成了《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款意义上的法律，那么它必定是由参与坚决斗争的人民自身的自觉行动构成的”；西撒哈拉案，咨询意见，《1975年国际法院汇编》，第12页起，详见第100页(阿蒙副院长的个别意见)；Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-oriented Perspective*, 第344页：“以‘国家’为焦点是不现实的……有关的行为模式延伸至……还包括个人和非政府组织代表的行为”；Bodansky, “Customary (and not so customary) international environmental law”, 第108页，脚注17，提及国家和“国际组织、跨国公司和其他非政府团体”的行为；Gunning, “Modernizing customary international law: the challenge of human rights”, 第212-213页：“特别是，本文将通过质疑传统国家主权提法的全面性，探讨允许跨国和非政府团体在创造习惯方面拥有发言权的前景”；Steer, “Non-State actors in international criminal law”，提出在国际刑法中，如非政府组织、法官和律师等非国家行为体是规范内容确定者；Paust, “Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion”；Roberts和Sivakumaran, “Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law”；以及Reisman, “The democratization of contemporary international law-making processes and the differentiation of their application”。

<sup>136</sup> Bohoslavsky, Li和Sudreau, “Emerging customary international law in sovereign debt governance?”, 第63页。Baron Descamps关于常设国际法院应适用规则的最初提议将



人和非政府组织确实可以“发挥重要作用，促进国际法及其遵守情况”<sup>137</sup>（例如，通过在国家法院提起国际法主张来鼓励国家实践，或在评估这种实践时发挥作用），但它们的行动对于形成或证明习惯国际法而言，并不属于“惯例”。<sup>138</sup>

46. 虽然国际性法院和法庭关于习惯国际法规则的存在及其表述的裁决并非“实践”，<sup>139</sup>但这些裁决

习惯称为“国家接受为法律的实践”：见 Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第3页。

<sup>137</sup> Buergenthal 和 Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 第75页。

<sup>138</sup> 参见委员会关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案，结论5，第2款（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第38段）：“其他行为，包括非国家行为体的行为，不构成第三十一和第三十二条所称的嗣后实践。然而此种行为在评估条约缔约方的嗣后实践时可能具有意义”；另见在2013年第六委员会就委员会的工作开展辩论期间以色列和伊朗伊斯兰共和国代表所做发言（以色列，《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/68/SR.19)和第25次会议(A/C.6/68/SR.25)；以及伊朗伊斯兰共和国，同上，第19次会议(A/C.6/68/SR.19)，第22次会议(A/C.6/68/SR.22)和第26次会议(A/C.6/68/SR.26)；Arend, *Legal Rules and International Society*, 第176页：“即便非国家行为体存在，并且在某些情况下加入了国际协定，但这些行为体没有以无中介的方式进入创造一般国际法的进程。换言之，非国家行为体之间的互动及其与国家之间的互动并不制造习惯国际法”；D’Aspremont, “Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system”, 第430页；Mendelson, “The formation of customary international law”, 第203页，提出非国家行为体对习惯国际法形成的贡献是“在更为宽泛的意义上……[一种]间接的贡献”；Dinstein, “The interaction between customary law and treaties”, 第267–269页；《伦敦原则声明》(上文脚注42)。有些人提出，渔民等个人的实践已被确认为导致了习惯国际法（例如，见 Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, 第4页），对此，更准确的说法应当是“当然无法否认的是，个人的行为可能创造一些事实，这些事实可能随后成为国家间对话的主题……然而，在这种情况下，个人的行为不构成创造法律的实践：它们仅仅是一些导致国家国际实践的事实”(Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第84页)。另见 Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第58页：“谁的行为促成了实践并不重要；重要的是可以将实践归属于谁，最重要的是谁将之‘接受为法律’”；Santulli, *Introduction au droit international*, 第45–46页：“要对习惯规则的发展具有意义，前例必须可归属于一个国家或国际组织。事实上，只有国家和国际组织才参与了习惯法现象。内部主体的行为并非更不重要，但只在就引起的反应——容许或反对——对习惯国际法的形成进行评估时才具有法律相关性。”

<sup>139</sup> 另见 Mendelson, “The formation of customary international law”, 第202页；但是，见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第315页（阿蒙法官的个别意见）：“国际判例……被视为[习惯]的一个元素”；Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第83页：“法庭的裁决，特别是国际法院的判决，是社会实践的一个重要部分”。参见Kopelmanas,

“作为确定法律原则之补助资料”发挥着重要作用。<sup>140</sup> 国际法院的声明尤其可能具有很大的权重。<sup>141</sup>

47. 机密实践。许多国家实践，例如各国政府之间的机密换文，至少在一段时间内不会公布。<sup>142</sup> 除非已公开披露，否则在此之前很难看出实践是如何促进一般习惯国际法的形成与识别的。<sup>143</sup> 与此同

“Custom as a means of the creation of international law”, 第142页：“国际法官的行为通过习惯创造法律规则是一种无可置疑的确凿事实”；Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, 第270页：“[《国际法院规约》第三十八条赋予司法判决确定法律规则之辅助手段的地位]这一说法低估了国际法院的判决在创造规范进程中的角色。令人信服地加以阐述的判决往往对规范形成进程具有重要影响力，即便理论上法院适用的是现行法律而不创造新法律。”

<sup>140</sup> 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款；另见《2013年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/659号文件，观察15：“委员会有时会依据国际性法院或法庭的裁决作为对某项习惯国际法规则的地位的权威性说明”；观察16：“此外，委员会经常依据司法声明作为支持某项习惯国际法规则的存在或不存在的考虑因素”；以及同上，观察17：“委员会有时还依据国际性法院或法庭的判决，包括仲裁裁决，作为识别相关国家实践的次要材料来源。”

<sup>141</sup> Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, 第20页：“国际法院及其他国际法庭的判决在承认和认证习惯国际法规则方面发挥作用。”关于最近的例子，见琼斯等人诉联合王国案，第34356/06和第40528/06号，ECHR 2014, 第198段；Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第145页：“国际性法院，特别是海牙法院的判决和意见作为习惯规则的证据，具有决定性的重要意义。[欧洲人权]法院几乎将其作为实在法来援引。”

<sup>142</sup> 这种机密实践应与仅仅是难以查阅的实践区分开来。由于各种原因，实践可以很大程度上不为人所知。例如，如果特定国家的实践没有以广为人知的形式公布，就属于这种情况。对于主要以不广为人知的语言公布（事实上大多数语言都是如此）的实践，委员会的委员们和各国都对这一特殊问题表示关注。

<sup>143</sup> 另见 Dinstein, “The interaction between customary law and treaties”, 第275页：“国家行为的另一个条件——如果要在评估习惯形成时被计算在内——就是它必须是透明的，以便其他国家得以对其作出积极或消极的反应”；《伦敦原则声明》(上文脚注42)，第226页，结论5：“不公开的行为不被算作实践”。关于更普遍的“反对国家秘密之理论的代表职能”，见 Carty, “Doctrine versus State practice”, 第979–982页。Meijers 强调，“国家通过不反对、即不做出反应来同意创造法律。如果是这样，有关国家必须得到一个做出反应的机会。由此就产生了对法律形成的两个进一步要求：必须有可能指出至少一个明确表达的创造法律的意愿，这种明确表达的意愿必须能够为所有被认为不提出抗议即是表示希望同意创建新规则的国家所认知”(“How is international law made? —The stages of growth of international law and the use of its customary rules”, 第19页)。但是，见 Bos, “The identification of custom in international law”, 第30页：“即便得到协助，发现[国家实践的]证据有时也是一个难题，因为不是所有的实践都能得到摘录和收集。因此，要求实践除了具备[基本上统一、可归属



时,仅为几个甚至只有两个国家所知晓的一种实践可能有助于形成区域性、特殊性或地方性(而非普遍性)的习惯国际法规则,仅施用于这些国家。<sup>144</sup>

48. 拟议的结论草案如下:

“结论草案7 实践的形式

“1. 实践可能采取多种形式。既包括实际行动,也包括语言。

“2. 实践的表现形式除其他外包括:国家的‘实地’行为、外交行为和来往公文、立法行为、国家法院的判决、国际法领域的正式出版物、代表国家就编纂工作发表的声明、与条约有关的实践以及与国际组织的机关和会议的决议有关的行为。

“3. 不作为也可视为实践。

“4. 国际组织的行为(包括不作为)也可作为实践。”

49. 没有预先确定的等级。没有任何一种实践的表现形式被预先认为比其他表现形式更重要;实践的重要程度取决于具体情况以及所涉规则的性质。<sup>145</sup>例如,虽然人们常说“行动胜于雄辩”,但当公认该行动属于非法时,情况显然并非如此。<sup>146</sup>与此同时,

于国家和普遍性的]几个特性之外,还应当对今后可能受到将成为习惯的规则制约的其他国家足够明显,是一个过分的要求。”

<sup>144</sup> 特别报告员将在第三次报告中处理区域/特殊/双边习惯问题。

<sup>145</sup> 另见Conforti和Labella, *An Introduction to International Law*, 第32页:“这些各种各样的行动并非由一套等级制度所管辖:国内法院和行政部门、处理对外关系的机关和国际组织的代表都是平等的。赋予这些行为的权重取决于国际习惯规则的内容”;Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第21页:“没有令人信服的理由赋予一种实践高于另外一种实践的重要性”;Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第157页:“《[国际]法院规约》中缺乏任何适当的说明,而且法院在选择和评价习惯法证据时享有自由,这些都不是承认此类证据种类之间存在任何正式等级的理由。”

<sup>146</sup> 例如,见国际法院在尼加拉瓜案的判决中对不干涉原则的审议: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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第108-109页,第207段;另见Müllerson, “On the nature and scope of customary international law”, 第344页:“当然,不同类别的国家实践可能在习惯形成过程中的权重不同。一般而言,国家做什么比说什么更重要,但另一方面,至少在官方国家间关系中,说即是做。‘实际’的实践可能在习惯形成进程中更重要,但外交实践一般更明确地表达了国家的国际法地位。往往只有少数几个国家会参与‘实

在许多情况下,最终是由行政部门代表国家在国际事务中发声。<sup>147</sup>

50. 一国的实践应“视为一个整体”。<sup>148</sup>这意味着,首先,必须考虑到某一特定国家的所有实践。其次,可能会出现一国的各机构不用同一个声音说话的情况。例如,一家法院或一个立法部门可能采取与行政部门相左的立场,甚至在同一部门内,都可能出现不同的立场。次国家机构(例如在一个联邦国家内)的实践特别有可能如此;或许有必要以对待下级法院所作裁决的方式来同样审慎地对待次国家机构的实践。如果一国用不同的声音说话,那么它的实践就是模棱两可的,这种冲突很可能减轻赋予有关实践的权重。<sup>149</sup>

51. 拟议的结论草案如下:

“结论草案8 权衡与实践有关的证据

“1. 实践的各种不同形式之间没有预先确定的等级。

“2. 应考虑某一特定国家的所有现有实践。如果国家各机构不用一个声音讲话,应赋予其实践较低的权重。”

52. 实践的普遍性。“从《[国际]法院规约》第三十八条第一项(丑)款的明确用语来看,显然很清楚的是,可由之推定出普遍习惯的实践是国家具有普遍性的实践,而不是所有的实践。”<sup>150</sup>的确,要产

际’实践,而其他国家的实践可能仅仅是外交上的,甚至彻底缺失。”

<sup>147</sup> 另见Roberts, “Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law”, 第62页:“当出现不一致时,必须对冲突的实践进行权衡,考虑诸如哪个政府机构有权处理该问题等因素”;但是,见Wuerth, “International law in domestic courts and the *Jurisdictional Immunities of the State* case”, 第827页:“给予行政部门特权是不能令人满意的,因为一个国家法院的决定援引了国家作为国际法主体的责任,并且往往较之行政部门的实践提供了更为明确的法律确信。”

<sup>148</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参与),判决,《2012年国际法院汇编》,第99页起,详见第136页,第83段。

<sup>149</sup> 例如,见杨伟光诉检察官案, [2010] 3 S.L.R. 489 (新加坡最高法院一上诉法庭, 2010年5月14日), 第96段。另有不同观点认为,只有在一国的不同机构所遵循的实践之间的差别消失之后,该国的实践才能变得“连贯一致,从而有能力对习惯法的发展做出贡献”,见Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第22页。

<sup>150</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案,判决,《1970年国际法院汇编》,第3页起,详见第330页(阿蒙法官的个别意见)。

生或识别一条一般习惯国际法规则, 所涉实践不必是全体一致的(普世的),<sup>151</sup> 但它必须是“广泛的”,<sup>152</sup> 或换言之, 是足够普及的。<sup>153</sup> 这不是一个纯粹量化的检验标准, 因为对实践的参与还必须具有广泛的代表性,<sup>154</sup> 并包含那些利益特别受到影响的国家。

<sup>151</sup> 另见北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第104页(阿蒙法官的个别意见): “因此[证明习惯国际法存在的]问题就是要弄清楚是否观察到这样一种实践, 虽然实际上不是全体一致遵守的, 但却得到各国的普遍遵守, 且有实际的意识将其作为一种法律义务加以遵守”; 同上, 第229页(拉克斯法官的反对意见): “一项国际法原则或规则要获得约束力, 并不需要通过普世接受的检验。法院的若干陈述都反映了这一点……我此前针对另外一种情形曾指出过, 并非所有国家都有机会或有可能适用某项特定规则。应当在大量国家——可能是大多数国家、无论如何是绝大多数有关国家——的行为中寻找证据”; 核试验案(澳大利亚诉法国), 判决, 《1974年国际法院汇编》, 第253页起, 详见第435页(法官加菲尔德·巴威克爵士的反对意见); “我认为各国之间的习惯法不取决于是否得到普世接受”; 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克), 判决, 《1997年国际法院汇编》, 第7页起, 详见第95页(威拉曼特里副院长的个别意见): “国际社会的普遍支持当然不意味着国际社会的每个成员都要明确、具体地支持某个原则; 同时这也不是确立一项习惯国际法原则的必要条件”。关于学术性的支持, 例如见 Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 第28页: “某条规则要具备习惯的资格, 必须得到‘普遍’或‘广泛’的接受。普世接受并非必要”; Thirlway, *The Sources of International Law*, 第59页: “可以明确指出的是, 无论是在所有国家都必须表示参与了这一实践的意义, 或是在有证据表明所有国家都持有这一确信, 即这是一项有约束力的习惯意义上, 所有国家之全体一致并非必要条件。”

<sup>152</sup> 北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第43页, 第74段。

<sup>153</sup> 例如见卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题案, 案情实质, 判决, 《2001年国际法院汇编》, 第40页起, 详见第102页, 第205段, 提到“[一种统一和]普及的国家实践”; 缅甸湾区域海洋边界划界案, 判决, 《1984年国际法院汇编》, 第246页起, 详见第299页, 第111段, 谈到“一种足够普遍和令人信服”的实践; 渔业管辖权案(联合王国诉冰岛), 案情实质, 判决, 《1974年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第45和第52页(福斯特、本格松、希门尼斯·德阿雷查加、纳吉德拉·辛格和鲁达法官的联合个别意见), 谈到“足够普及”和“足够普遍和统一”的国家实践, 以及第161页(彼得伦法官的个别意见), 谈到需要“足够多”的国家; 南非, 塞缪尔·卡翁达等人诉南非共和国总统等人案, 南非宪法法院的判决(2004年8月4日), 第29段: “目前, 这不是各国的一般惯例……因此必须接受的是, 申诉人不能依据习惯国际法提出要求”(ILM, vol. 44 (2005), 第173页); 德国联邦宪法法院, 第二审判庭的命令(上文脚注74), 第59段: “然而, 这种实践不够普及, 不足以作为一种巩固的实践, 据此建立习惯国际法”。普遍性的确被描述为“关乎普世习惯规则实质的关键概念”(Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, 第7页)。另见《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/659号文件, 第18-19段, 观察3: “国家实践的普遍性是识别习惯国际法的某项规则时的一个关键考虑因素。”

<sup>154</sup> 见北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第73段: “一种非常广泛和有代表性的参与”; 以

53. 在“对各国实践进行‘数人头’式的分析”时,<sup>155</sup> 无法抽象地确定到底需要多少个国家, 才可确认某种实践是“普遍的”。<sup>156</sup> 说到底, 重要的是“这种实践必须得到绝大多数迄今为止有机会适用该实践的国家的适用”<sup>157</sup> (包括在适当情况下通过不作为适用), 而且“这种存在的实践……非常普遍, 任何与之不符的残存实践都将被边缘化, 且不产生直接的法律影响。”<sup>158</sup> 有时, 即使有数目“可观”的国家遵循这一实践, 也未必足数;<sup>159</sup> 但亦有可能的情况是, 只有相

及同上, 第227页(拉克斯法官的个别意见): “这种数学计算本身尽管很重要, 但应当辅之以我权且称之为‘对各国代表性进行的光谱分析’……因为在当今世界上, 形成一条一般国际法新规则时必须考虑一个因素, 即政治、经济和法律体系各不相同的国家、各大洲的国家都参与这一进程”; 解决投资争端国际中心, 裁决, 2002年10月11日, 蒙代夫国际有限公司诉美利坚合众国案: “投资协定是北南之间、东西之间及上述各范围内的国家之间互相订立的。在相当广泛的程度上, 各国不断出于义务感为外国投资提供这种待遇。法庭认为, 这套协调一致的实践必定会对现今国际法中关于外国投资待遇问题的规则产生影响”(ILM, vol. 42 (2003), 第107页, 第117段); 德国联邦宪法法院, 2003年11月5日第二审判庭的命令, 第2 BvR 1506/03号案, 第50段, 谈到“时间上连续、尽可能统一、参与的国家及其他有立法权限的国际法主体既广泛又具有代表性的实践”; 《伦敦原则声明》(上文脚注42), 第734页, 结论14(i): “要形成一条一般习惯国际法规则, 国家实践必须既广泛又具有代表性”; Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第94段: “普遍性要求意味着习惯实践必须获得广泛性和代表性。”

<sup>155</sup> 借用迪拉德法官的个别意见, 渔业管辖权案(联合王国诉冰岛), 案情实质, 判决, 《1974年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第56页。

<sup>156</sup> 另见 Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, 第59-60页: “对各国是否普遍承认某一实践是强制性的检验必然是一种模糊的检验; 但不论是国家的还是国际的, 习惯法的性质就是不受精确或终极公式的影响”; Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, 第8页: “‘普遍性’似乎是个相当灵活的概念”。

<sup>157</sup> Kunz, “The nature of customary international law”, 第666页; 并见下文第54段关于“特别受影响的国家”的论述。另见 Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 第22页: “我们不得忘记一个事实, 即在新规范的形成、发展、变化或许还有消亡中, 绝大多数国家的实践才是关键”。德国联邦宪法法院认为, 只要绝大多数国家承认某条规则具有约束力就足够了, 其中不一定要包括德国(见阿根廷需求案, 第二审判庭2007年5月8日的法令, 第2 BvM 1-5/03, 1, 2/06号, 第9-10页: “假如绝大多数国家承认某项国际法规则, 那它在基本法第二十五条的含义下就是‘普遍’的(见 BVerfGE 15, 25 (34))。规则的普遍性涉及的是规则的适用而非其内容, 因此规则不需要得到所有国家的承认, 同样不需要具体得到德意志联邦共和国的承认。”

<sup>158</sup> Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第30页。

<sup>159</sup> 北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第42页, 第73段。另见新加坡, 阮拓文诉检察官案,



对较少的国家致力于某种实践，而其他国家的不予作为即足以创立一条习惯国际法规则。<sup>160</sup>

54. 特别受影响的国家。在识别“利益特别受影响的国家”时，应当对这类国家的实践给予应有的考虑。<sup>161</sup> 换言之，对国际实践进行任何评估时都应考虑到那些“比其他国家在更大程度上受有关规则影响或利益牵涉其中”的国家的实践，<sup>162</sup> 应当对这种实践给予很大的权重（在适当情况下，这甚至可以阻止某条规则的形成）。<sup>163</sup> 哪些国家会“特别受影响”取决于审议中的具体规则。的确，“并不是在所有领域都

上诉法院，ILR, vol. 134, 第684页，第92段。

<sup>160</sup> 例如，见Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第18页：“极少数国家遵从的实践可以创建一条习惯法规则，只要没有实践与该规则冲突。”

<sup>161</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第42页，第73段：“关于一项传统规则可被视为一条国际法一般性规则时通常认为必须加以考虑的其他因素，可能甚至不需要历经相当长的时期，只要该传统得到非常广泛和有代表性的遵行就足够了，条件是其中要包括利益特别受影响的国家的实践”；同上，第43页，第74段：“国家实践，包括那些利益特别受影响的国家的实践”；以及同上，第175和第176页（田中法官的反对意见）：“不可否认，重复问题是一个数量性问题……我要强调的是，关键是[一个数字或图表]在特定情境中意味着什么。在评估时，我们不能认为一个海洋大国对[大陆架]公约的批准或根据等距离原则缔结协定反映出的国家实践与大陆架划界对其没有特别利益影响的内陆国家采取的类似举动具有完全相同的重要性”；另见渔业管辖权案（联合王国诉冰岛），案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第90页（德卡斯特罗法官的个别意见）：“要形成一条新的国际法规则，各国的实践，包括那些利益特别受影响的国家的实践必须在实质上或实际上是统一的”；以及同上，第161页（彼得伦法官的个别意见）：“因而缺失了另一个形成一项新的习惯法规则所不可或缺要素，即那些利益受其影响的国家对它的采纳”；Bellinger和Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, 第445页，脚注4；Treves, “Customary international law”, 第945页，第36段：“尽管譬如在主要海洋大国、主要沿海国家、或有时可能是主要渔业国家没有相关实践的情况下很难判定一条海洋法规则业已存在，但与之不太相关的国家的沉默不会妨碍做出这类判定。同样，要确立经济关系方面的规则——例如关于外国投资的规则——需要主要投资国及主要接受投资国采用相关实践”。

<sup>162</sup> Worster, “The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law”, 第58页。Meijers (“How is international law made? —The stages of growth of international law and the use of its customary rules”, 第7页)谈到了“在某项活动中占有支配性分量的国家”；Danilenko (*Law-making in the International Community*, 第95页)谈到“与有关原则和规则有特殊的利益攸关性”。

<sup>163</sup> 例如，见渔业管辖权案（联合王国诉冰岛），案情实质，判决，《1974年国际法院汇编》，第3页起，详见第47页（福斯特、本格松、希门尼斯·德阿雷查加、纳吉德拉·辛格和鲁达法官的联合个别意见）：“这些要求一般会引引起若干海洋大国和远洋渔业大国的抗议或反对，因此不能说得到了‘普遍接受’。”

能明确指出‘特别受影响’的国家。”<sup>164</sup> 在许多情况下，所有国家受到同等影响。诚然，有些国家常常会“特别受影响”；<sup>165</sup> 不过，根据主权平等原则的要求，只是在这种情况下才对它们的实践进行评估并给予特别的权重。<sup>166</sup>

<sup>164</sup> Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第95页。另见Mendelson, “The subjective element in customary international law”, 第186页：“‘特别受影响国家’的概念不太准确”；Aznar, “The contiguous zone as an archaeological maritime zone”, 第12页。在国际法院就以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案发布的咨询意见中可以看到这类反对意见的一个例子。沙哈布丁法官在其反对意见中指出：“现在的问题是使用能够毁灭人类因而毁灭所有国家的武器的合法性问题；这种情况下，哪些国家特别受影响的检验标准就不是武器的所有权问题，而是使用武器的后果。从这个角度看，所有国家受同等影响，因为这些国家和居住在这些国家的人民都有同等的生存权”（咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第414页）。关于同样的观点，另见同上，第535-536页（威拉曼特里法官的反对意见）。

<sup>165</sup> De Visscher (*Theory and Reality in Public International Law*, 第154页)把习惯国际法的成长比作“在空地上走出一条路”。而且“有些走路的人比别人踩出的脚印更深，这或者是因为他们分量重，这指的是他们的世界影响力；抑或是由于利益所在，在这条路上常来常往”（同上，第155页）。

<sup>166</sup> 另见《伦敦原则声明》（上文脚注42），第737页：“没有任何规则表示，只有大国也采用某种实践，该实践才能成为一般习惯法规则。鉴于大国的利益范围牵涉甚广——无论在地理上还是属事方面——它们往往会因某一实践而“特别受到影响”；由于这个原因而且仅仅由于这个原因，它们的参与是必要的”；另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第278页（史法官的声明）：“如果我们过分强调这“一大部分”成员[即在国际政治舞台上扮演重要角色的举足轻重的国际社会成员]的实践，不仅与各国主权平等的根本原则相违背，而且也更难准确而恰当地反映出现有的习惯准则”；以及第533页（威拉曼特里法官的反对意见）：“从创立国际习惯的角度讲，185个国家中5个国家的实践和政策似乎不足以成为要求创立习惯的依据，不管这5个国家的全球影响力有多大”。然而，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第312页（施韦贝尔副院长的反对意见）：“这种核实践不是某个次要的、单枪匹马的顽固反对派的实践，不是某个在不利的国际舆论旷野中呼号，见弃于国际社会的政府的实践。这是世界5个主要强国的实践，是安全理事会常任理事国的实践，这些国家近50年来得到其盟友及受其核保护伞庇护的其他国家的极力支持。也就是说，采用这种实践——这一得到数量举足轻重的其他国家支持的实践——的国家合起来代表着全世界最主要的军事、经济、金融和技术实力，人口也占极大比例”；核试验案（澳大利亚诉法国），判决，《1974年国际法院汇编》，第253页起，详见第306页（彼得伦法官的个别意见）：“在这方面，对世界上人口最多的国家的态度视而不见是不现实的”；Buergenthal和Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 第28页：“看来显然实践不必是普世的。同样无可争议的结论是，一般来说，这种实践必须得到世界主要强国和直接受影响国家的采纳。”



55. 实践的一贯性。要确立习惯国际法的某项规则,有关实践必须是一贯的。<sup>167</sup> 尽管围绕着每一行为的特定情况自然会各不相同,但这些行为必须有一个共同的、“不变的核心含义”:只有这样,才可能观察到行为的某种规律性。<sup>168</sup> 相形之下,当实践表明“根据最后分析,每个具体情况都与所有其他情况有所不同……就不具备形成习惯法原则与规则的必要条件。”<sup>169</sup> 换言之,如果事实表明存在太大的不确定性和矛盾之处,太大的波动起伏和差异……太大的不一贯性……而且所涉实践过于受到种种情况下政治权宜之计的影响,……那么就所称的规则而言,就

无法从所有情形中离析出任何恒常、统一、可被接受为法律实践。<sup>170</sup>

56. 要确立某种实践的一贯性,显然必须考虑事实上可以类比、所出现问题相同或类似的那些情况。<sup>171</sup> 尽管一贯实践的频繁重复出现自然会增加它的分量,但“除了频繁程度,还必须考虑不得不采取构成该实践的行动、或适于采取该种行动的情况出现的频繁程度”。<sup>172</sup>

57. 某些不一贯性不是致命的。实践不需要完全统一:“不应过分考虑表面上的矛盾和不一贯性”。<sup>173</sup> 用国际法院的话说:

<sup>167</sup> 例如,见哥伦比亚-秘鲁庇护案,《1950年国际法院汇编》,第266页起,详见第276页(“恒常和统一的常例”);印度领土通行权案(案情实质),1960年4月12日的判决,《1960年国际法院汇编》,第6页起,详见第40页(“恒常和统一的实践”);诺特博姆案(第二阶段),1955年4月6日的判决,《1955年国际法院汇编》,第4页起,详见第30页(克莱斯塔德法官的反对意见);北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第43页,第74段(实践必须“实际上一致”);渔业管辖权案(联合王国诉冰岛),案情实质,判决,《1974年国际法院汇编》,第3页起,详见第90页(德卡斯特罗法官的个别意见):“要形成一条新的国际法规则,各国的实践,包括那些利益特别受到影响的国家的实践必须在实质上或实际上是统一的”;以及同上,第50页(福斯特、本格松、希门尼斯·德阿雷查加、纳吉德拉·辛格和鲁达法官的联合个别意见):“国家实践获得习惯法地位的另一个必要条件是这种国家实践必须是普遍、一贯和一致的。因此,在各国实践彼此矛盾或本国实践前后不一的情况下,特别是当那些据说正在遵行或确立该实践的国家出现这种情况时,某项习惯法规则就无法形成。”另见《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/659号文件,第17段,观察2:“委员会一直认为,国家实践的一致性识别习惯国际法规则的一个关键考虑因素。”有位学者写到,在实践中,普遍性与统一性这两个要求“融汇在一个整体分析过程中。例如,国际律师若没有识别出某种统一的实践,就无法分析这一实践是否是普遍的”(Fidler, “Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law”, 第202页)。

<sup>168</sup> Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, 第7页:“行为的重复性是习惯的核心。当然,实际情况不会一成不变:赫拉克利特曾说,我们从不会两次沐浴在同一条河里。实际情况会变,主体会变,环境会变,但有一个核心含义不会变。何时出现重复情形,何时就有共属一类的个别事实。谈到重复的时候,就意味着已经进行过抽象,去除了属于实际生活中个别情况的一系列参数。与此同时,保留了一个核心的类属含义,即可以应用到其他情形中的含义……这个类属含义在每个先例中重复出现,由此确立为有关国家所接受的法律的内容”;另见Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第96页:“任何习惯规则都是从个别先例中总结出的一般性规范。”

<sup>169</sup> 缅甸湾区域海洋边界划界案,判决,《1984年国际法院汇编》,第246页起,详见第290页,第81段。

<sup>170</sup> 哥伦比亚-秘鲁庇护案,《1950年国际法院汇编》,第266页起,详见第277页;另见科孚海峡案,案情实质,1949年4月9日的判决,《1949年国际法院汇编》,第4页起,详见第74页(克雷洛夫法官的反对意见):“各国在该问题上的实践远不一致,因此不能说这方面已存在国际习惯”;以及同上,第128页(埃切尔博士的反对意见):“各国实践大相径庭,找不到证据表明存在这样一条习惯国际法规则”;渔业案,1951年12月18日的判决,《1951年国际法院汇编》,第116页起,详见第131页,由于发现“某些国家”采取或适用一种规则,而“其他国家”采用的是不同的实践,“因此,……规则没有获得一项国际法一般规则的权威”;巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案,判决,《1970年国际法院汇编》,第3页起,详见第56-57页(布斯塔曼特·伊·里韦罗院长的个别意见),认为如果实践是“偶然性的,无法系统化”,则“在这种情况下不太可能形成习惯国际法”;渔业管辖权案(德意志联邦共和国诉冰岛),案情实质,判决,《1974年国际法院汇编》,第175页起,详见第212页(纳吉德拉·辛格法官的声明):“五花八门、彼此不一的国家实践[会妨碍一条规则的形成]”;2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页起,详见第117-118页(布拉-布拉法官的个别意见):“不一贯和模棱两可的情况太多,基本表明某种实践是单方面和孤立的……[意味着]尚未出现习惯规范。”

<sup>171</sup> 例如见北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第43页,第79段;德国联邦宪法法院,第二审判庭的命令(上文脚注74),第42段:“必须特别考虑到有关国家实践和地区高等法院已纳入考量的原则绝大部分指的是只涉及两国的情况,而眼下的案例中存在三方法律关系:也门共和国是原告的原籍国,美利坚合众国是提出申请的法院地国,而德意志联邦共和国是收到申请的居住国。因此,所指控的违反国际法行为的法律后果不直接涉及法院地国的刑事诉讼程序……而是涉及收到申请的居住国的引渡诉讼程序”;检察官诉福法纳和孔德瓦案,第SCSL-04-14-A号,判决(塞拉利昂问题特别法庭,上诉分庭),2008年5月28日,第406段。

<sup>172</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, 第65页。

<sup>173</sup> G. Fitzmaurice, “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law”, 第45页; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第44页:“过于严格的检验……会损害习惯国际法的形成。例如,如果过于细致地检查每一例实践,那就意味着忽视了习惯法所应有的一般性。另外,乍看起来不一贯的实践很可能包含某种共性的一般规则,或至少在部分的或特殊的规则方面存在某种统一性。一旦规则得以确立,很可能会容许种种不

并不期待在各国实践中完美无缺地适用有关规则……法院不认为要将某条规则确立为习惯法，相应的实践必须绝对严格地符合该规则。要推定习惯规则业已存在，法院认为达到下列条件就足够了：国家实践应与这类规则大体上一致，而且与某项规则不一致的那些国家实践一般应被视为对这一规则的破坏，而不是代表一项新规则的被认可。<sup>174</sup>

58. 实践存在的时间。尽管习惯国际法规则的诞生在传统上是某种实践延续相当长时间之后的结果，但对某种实践必须存在多久才能成熟为习惯国际法规则的问题，普遍认为并无具体要求。<sup>175</sup>正如国际法院就北海大陆架案所言：

同的办法……在现实中，规则的发散性可能意味着某种可以容许的例外……”；Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 第24页：“实践的完全统一并无必要，但实质上的统一性是必要的”；Bodansky, “Customary (and not so customary) international environmental law”, 第109页：“习惯规则反映的是规律性，而不一定是统一性……错误和违反规则的情况是可能存在的”；Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, 第167页，提出了一个一般观点，即“只有在与期望的实践模式有偏离的情况下才需要法律条例”。用Briggs的话(“Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law”, 第45页)说，“某一实践在一致性、普遍性或一贯性方面出现变异时，司法解释就派上用场了。”根据《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/659号文件，第21-22段，观察5：“如果国际实践有一个统一的主线或主题作为其基础，则实践中的某种变异通常并未使委员会不识别某项习惯国际法规则。”

<sup>174</sup> 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)，案情实质，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页起，详见第98页，第186段。法院补充道：“如果初步证据显示一国的实践有违公认规则，但它却诉诸规则本身所包含的例外情形或理由为自己的做法辩护，那么，不论该国的实践实际上可否据此变得正当，但这种态度本身的意义在于确认而非削弱了所言的规则”(同上)；另见哥伦比亚-秘鲁庇护案，《1950年国际法院汇编》，第266页起，详见第336页(阿泽维多法官的反对意见)；印度领土通行权案(案情实质)，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第40页，以及第104和第107页(法官珀西·斯彭德爵士的反对意见)；北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第229页(拉克斯法官的反对意见)。在渔业案中，法院表示，它“认为不必过分重视联合王国政府声称在挪威的实践中发现的少数不确定性或矛盾之处，不论是真实的还是表面的。鉴于1812年到现在过去了那么长时间，所发生的事实和所处的环境状况各种各样，上述不确定性或矛盾之处很容易理解，仅此不足以修改法院已经得出的结论”(渔业案，1951年12月18日的判决，《1951年国际法院汇编》，第116页起，详见第138页)。

<sup>175</sup> 例如，见Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 第27页：“在大多数情况下，某一实践需要经过一定时间才能凝结成习惯规则。然而在某些情况下，无需太多实践就可确立某个规则，规则的形成会很迅速”；Corten, *Méthodologie du droit international public*, 第150-151页：“如果说早前的理论似乎要求存在古老的实践，随着近期案例的发展，这一要求已变得过时。根据属时理由，存在时间不长的实践很可能导致特别有效和明确的习惯法规则”；Kunz, “The

只过去很短一段时间这一点本身并不一定妨碍一条习惯国际法新规则的形成……但一个必不可少的要求是，在这段尽管很短的时间内，国家实践——包括利益特别受到影响的那些国家的实践——应当既普遍、实际上又统一……而且应当显示出人们普遍承认其中牵涉到一条法律规则或法律义务。”<sup>176</sup>

虽然有些规则的诞生不免需时较长，<sup>177</sup>但只要实践表现出足够的普遍性和一贯性，就没有特定的存在时间的要求。<sup>178</sup>不过在这方面应当牢记“所有可能

nature of customary international law”, 第666页：“国际法没有规定这种实践需要重复多少次或重复多长时间”；Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, 第3页：“这种实践不再需要延续很长时间”；《伦敦原则声明》(上文脚注42)，第731页，结论12(i)：“不需要确切的时间长度。”然见，塞普尔韦达-阿莫尔法官的个别意见，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年国际法院汇编》，第213页起，详见第279页：“在习惯国际法的创建过程中，时间是另一个重要因素……声称在那么短时间内创建起来的一项习惯权利业已存在，显然与法院此前关于这个问题的法理有矛盾(援引通行权利案)；Jennings, “The identification of international law”, 第5页：“某种实践或多或少延续相当长时间显然是习惯法的一个基本要素。”

<sup>176</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第43页，第74段；另见第124页(阿蒙法官的个别意见)，第230页(拉克斯法官的反对意见)：“关于时间因素，以往由国家实践形成法律往往要经过很长时间。无疑，在某些情况下这可能是合理的。但现在社会和经济的变化日益加速，科学技术发展日新月异，对法律提出了严峻的挑战：法律必须应对这个挑战，否则它那习以为常的滞后步调会愈演愈烈……大陆架方面法律的发展与成熟的时间不长，但这不应妨碍我们承认其原则与规则，包括作为一般法一部分的等距离规则”；以及同上，第244页(索伦森法官的反对意见)：“这样就保留了根据各国近期实践承认一项新的习惯法规则正迅速形成的可能性。鉴于国际社会在当前历史阶段的疾速演化，这一点尤为重要。”关于“习惯实践”，美洲人权法院认为“重点是这一实践得到恒常的和不间断的遵守，行为持续了多长的特定时间并不是关键”(巴埃纳·里卡多等人诉巴拿马案，2003年11月28日的判决，*Inter-American Yearbook on Human Rights 2003*, vol. II, 第104段)。

<sup>177</sup> 见Thirlway, *The Sources of International Law*, 第64页：“如果需要解决的问题一再出现，而每次都是以同样的方式处理，那么所需的时间不必太长；但如果问题只是偶尔出现，那就需要较长时间才能看出处理方法的一贯性……实际上，最重要的因素是实践的一贯性和重复性，而不是延续时间”；另见Lauterpacht, “Sovereignty over submarine areas”, 第393页：“‘某种一般惯例构成法律的证据’——用《规约》第三十八条的话说——不需要延续数十年。为习惯的凝成准确规定一个较长的时间段，这种意图必须与它打算、或主张进行的变动的程度及强度成比例”；李浩培，《国际法的概念与渊源》，第91页(引用于Cai, “International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law rules”, 第661页)。

<sup>178</sup> 另见Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, 第19页；Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, 第25页：“法院对快速成熟的实践之接纳表明，传统上的时间要求本身并非目的，而是证明某种国家



因其不作为而受某项准则约束的国家必须有必要的时间通过抵制该规则来避免默示接受。”<sup>179</sup>

实践的普遍性与统一性的一种方式”；Sohn, “Unratified treaties as a source of customary international law”, 第234页: “实践延续的时间长短对习惯的形成并非至关重要。更重要的是其他因素的强度——实践的频度和重复性, 采用这种实践的国家数目以及相反实践的相对强度”；Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第55页: “这种行为不必延续很长时期, 然而必须审慎对待‘匆忙’或兴之所至地设立习惯规则的主张。其实更需要确认的是, 普遍观点都认为这种做法符合法律, 是法律的要求, 实际做法也与此相符。”参见 Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*。

<sup>179</sup> Meijers, “How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules”, 第23–24页: “所有有可能受新规则管束的国家都必须获得反对制订该规则的机会。”然而, 见 Arangio-Ruiz, “Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’

59. 拟议的结论草案如下:

“结论草案9 实践必须具备普遍性和一贯性

“1. 要确立一项习惯国际法规则, 有关实践必须具有普遍性, 就是说必须足够普及和有代表性。该实践不必是普世的。

“2. 实践必须大体上是一贯的。

“3. 只要实践足够普遍和一贯, 就不要求特定的存在时间。

“4. 在评估实践时, 需要对利益特别受到影响的国家的实践予以应有的考虑。”

international custom”, 第100页: “特别是现在一国的任何行动或不作为会在刹那间让全世界都知道。”

## 第五章

### 接受为法律

60. 形成和识别习惯国际法方面的第二个必要元素——即将“一般惯例”接受为法律——一般被称为法律确信(或“法律必要确信”)。习惯国际法的这一“主观要素”本质上是要求所涉实践的动机是“一种观念, 即认为……这种行动有法律可依”。<sup>180</sup> 各国要“……相信自己是在适用一条习惯国际法的强制性规则”,<sup>181</sup> 或换言之, “[感到]依法必须……[实施相关行为], 理由是某一习惯法规则使它们有义务去这样做”。<sup>182</sup> 正是通过这种“内心观念”<sup>183</sup> 使行为的规律性可能强化为法律规则, 并使法律和非法律能够得到区分。<sup>184</sup> 正如查格拉法官所说,

<sup>180</sup> Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920–1942—A Treatise*, 第609页。

<sup>181</sup> 北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第43页, 第76段。

<sup>182</sup> 同上, 第44–45页, 第78段。

<sup>183</sup> Bodansky, “Customary (and not so customary) international environmental law”, 第109页。

<sup>184</sup> 不伴有这一义务感的实践无助于习惯国际法; 另见北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第44页, 第77段: “有关行为不仅必须构成既定做法, 而且还必须以特定形式进行, 能证明这样一种信念, 即这一实践由于存在着要求这样做的一种法律规则而具有强制性。这一信念的必要性, 即一个主观要素的存在, 暗含于法律必要确信的概念本身之中”; 国家的管辖豁免案(德国诉意大利: 希腊参与), 判决, 《2012年国际法院汇编》, 第99页起, 详见第123页, 第55段: “虽然就当前目的而言, 各国有时确实可能会决定给

国际法所述的习惯要求的比[大量实例之堆砌]要多得多。使其外在表现形式得到证明并不够; 同样重要的是, 必须证明其中的精神或心理元素。使习惯有别于单纯的实践或常例的正是这一极为重要的因素。在做某件事或在进行克制不做某件事时, 各方必须觉得他们是出于一种义务感而正在做或正在克制。他们必须将其视为某种与法律具有同等效力的东西……必须具有一种压倒一切的强制感——不是物质的, 而是法律的强制感。<sup>185</sup>

61. 其他行动动机。“接受为法律”应有别于一国在所涉实践方面可能有的其他法律以外的考虑。

予比国际法要求更广泛的豁免, 但要点是这样一种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”; 另见 Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第48页: “虽然法律确信的要求无疑在实践中引起了诸多问题……但无可否认的困难在于分辨已成为和未成为具约束力习惯法的常例……而不允许创建习惯过程中的心理因素通过迂回路径以另一名称溜回讨论之中”。关于法律确信在防止通常无用的一般惯例成为习惯国际法方面的重要功能, 见 Dahlman, “The function of *opinio juris* in customary international law”。Villiger (*Customary International Law and Treaties*, 第48页)曾指出: “此外, ‘确信’尤其是用于区分对习惯规则的违反和嗣后对规则的修订——考虑到习惯国际法的动态本质, 这样一种测试并非毫无意义。只要先前的‘确信’未被侵蚀, 而新‘确信’未被确立, 这种不同的实践仍是一种形式的持续或后续异议。”

<sup>185</sup> 印度领土通行权案(案情实质), 1960年4月12日的判决, 《1960年国际法院汇编》, 第6页起, 详见第120页(查格拉法官的反对意见), 提及当地的习惯但在此情况下依靠《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的一般性用语。



因此,在确定一习惯国际法规则是否存在时,应确定相关实践的动机并非(仅是)“礼貌、睦邻和政治权宜”<sup>186</sup>以及“便利或传统”<sup>187</sup>等考虑。各国必须对一项规则给予尊重,将其视为“事关法律义务,而不是仅仅是事关相互宽容或礼让”。<sup>188</sup>“接受为法律”也不能与社

<sup>186</sup> 哥伦比亚—秘鲁庇护案,《1950年国际法院汇编》,第266页起,详见第285—286页,补充说“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”;另见印度领土通行权案(初步反对意见),1957年11月26日的判决,《1957年国际法院汇编》,第125页起,详见第177页(查格拉法官的反对意见):“[国家]必须更进一步并确定……[该实践]的享有是……作为一种权利,而不是一种恩赐或让步”;核试验案(澳大利亚诉法国),判决,《1974年国际法院汇编》,第253页起,详见第305—306页(彼得伦法官的个别意见):“[避免实施某种行为的动机必须]不是政治或经济上的考虑,而是这样一种信念,即……[某种行为是]习惯国际法所禁止的”;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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第109页,其中法院把“国际政策声明”与“对现有国际法规则的一种主张”进行了比对;摩洛哥境内美国国民案,1952年8月27日的判决,《1952年国际法院汇编》,第176页起,详见第221页(哈克沃思、巴达维、莱维·卡内罗法官和法官贝内加尔·劳爵士的反对意见),提到“主张常例至少是其权利的一个依据……[并因而]它因此不是一宗单纯的‘宽容大度’的情况”;以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页起,详见第423—424页(沙哈布丁法官的反对意见):“还必须铭记,仅证明据称构成了国家实践的作为或不作为并未消除解释这些作为或不作为的必要性。各国可能觉得现实使它们别无选择只能做出它们所做之事的事实并不足以排除把它们所作所为归类为国家实践的一部分,但条件是它们的所作所为是出于一种法律义务感”;2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页起,详见第145页(范登·韦恩加尔特专案法官的反对意见):“国家的一种‘消极实践’,即不提起刑事诉讼,本身并不能被视为法律确信的证据。弃权可由许多其他原因解释,例如礼貌、政治考虑、务实关切和缺少域外刑事管辖权等。只有当这种弃权是基于有关国家的有意识决定,这种实践才能产生习惯国际法”;De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, 第149页:“各国政府重视区分它们自愿受其约束的习惯与单纯由权宜考虑支配因而缺乏具体法律推理的实践。这通常是一种政治利益的事实并不是否认它意义的理由。”

<sup>187</sup> 北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第77段:“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责任感”;另见大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他),判决,《1985年国际法院汇编》,第13页起,详见第69页(塞特-卡拉副院长的个别意见):“在支持距离原则时可以援引政治和外交便利——但这很难算是法律必要确信。”

<sup>188</sup> 渔业管辖权案(联合王国诉冰岛),案情实质,判决,《1974年国际法院汇编》,第3页起,详见第58页(迪拉德法官的个别意见)。

会或经济性质的考量混为一谈,<sup>189</sup>虽然这些考量很可能存在,尤其是在一个实践刚刚开始形成时。

62. (仅)以需要遵守条约(或其他习惯以外的)义务为动机的实践也不可被看成是表明“接受为法律”:<sup>190</sup>当一条约的各当事方采取行动履行其条约义务时,这一般并不表明存在着一种法律确信。<sup>191</sup>相

<sup>189</sup> 另见北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第23页,其中国际法院谈到海洋划界的等距方法:“简言之,也许的确可以说,没有什么其他划界方法具有同样的实际便利与适用确定性的结合。然而,这些因素本身并不足把一种方法转换成一条法律规则,使得在所有案例中对应用该方法之结果的接受都具有强制性,各方都不另作它议……从法律上说,如果存在这样一种规则,它就必须从其他因素汲取其法律效力,而不仅仅是因为存在着这些好处,尽管这些好处可能也重要”;西南非洲案,第二阶段,判决,《1966年国际法院汇编》,第6页起,详见第34页:“人道主义考虑可能构成法律规则一个令人鼓舞的依据……但这种考虑本身并不构成法律规则。所有国家对于这类问题都感兴趣,或有利益牵涉。但是,一种‘利益’的存在本身并不意味着这种利益专门具有法律性质。”

<sup>190</sup> 另见Schachter, “Entangled treaty and custom”, 第729页; Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 第81页:“如在北海案中所确定的那样,符合其他一些额外习惯规则的实践将不是习惯法律确信的独立证据。”Baxter (“Treaties and custom”, 第73页)指出了这种情况中的一个悖论,根据这个悖论,“随着对条约明示接受的增多,其实践与此有关的非缔约国的数目则会减少”;另见Cryer, “Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study”, 第244页:“在某些方面,与事先存在条约依据的规范有关的实践更加难以评估,因为条约当事方彼此之间的实践可归因于该条约的存在。”

<sup>191</sup> 例如,见北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第43页,第76段:“无论是单方面还是共同采取行动,有关国家中超过一半都已成为或很快即将成了《日内瓦[大陆架]公约》缔约国,因此就这些国家而言可以推断它们实际或潜在的行为是为了适用该《公约》。从它们的行动中无法合理推论出一条习惯国际法规则的存在”;摩洛哥境内美国国民案,1952年8月27日的判决,《1952年国际法院汇编》,第176页起,详见第199—200页:“在这整个[150年]期间,美国领事裁判权事实上都不是基于习惯和常例,而是基于条约权利……没有[存在]足够证据表明依照条约权利行使领事裁判权的国家还额外享有一种基于习惯和常例的独立权利”;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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第531页(法官罗伯特·詹宁斯爵士的反对意见):“显然难以从这些少数非《宪章》当事方的国家行为中提取出关于这些事项的哪怕一丁点儿相关‘实践’;而其他所有国家的行为及其本可证明的法律确信,肯定可以用它们受到了《宪章》本身的约束加以解释”;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年国际法院汇编》,第422页起,详见第479页(亚伯拉罕法官的个别意见):“这样一种方法并没有表现出存在一种法律确信,即认为在任何条约义务之外……还存在着一种义务”;检察官诉泽伊尼尔·德拉利奇等人案,第IT-96-21-T号(上文脚注115),第111页,第302段。同样,美国最高法院也在帕克特·哈瓦那案(上文脚注117)

形之下,当国家依照一项对其(尚)无约束力的条约采取行动或对那些并非该条约当事方的国家采取行动时,则也许的确可以证明“接受为法律”的存在。<sup>192</sup> 一条约的非当事方,例如《联合国海洋法公约》的某些非当事方,依照该公约所体现的规则行事也可属于这种情况。<sup>193</sup>

63. 当国家“可自由诉诸[一套不同的方法]以调和其国家利益”时,通常无迹象表明存在着“以国家认识到所采用实践具有强制性为基础的任何法律确信”。<sup>194</sup> 换言之,当国家可以挑选一种适合其具体国情的实践(从而未承认某种特定实践具有强制性)时,“则这种国家实践不能成为形成任何一般性法律规则的理由”。<sup>195</sup>

64. 一般来说,“接受为法律”的证据是从相关的国家处寻求而来的,其中既包括实施所涉实践的国家,也包括有能力对该实践作出回应的国家:

无论是那些采取这种行动的国家还是那些有能力对其作出反应的国家,其行为方式都必须使它们的行为可以证明这一信念:这种实践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。<sup>196</sup>

中提到了一种“独立于任何明确的条约或其他公法”而存在的国际法规则:175 U.S. 677,第708页;另见Tomka,“Custom and the International Court of Justice”,第204页:“鉴于在通过一项编纂公约的整个进程中,都会有广泛的准备工作和明确评论的机会,以及在通过时将有助于揭示这一问题的种种情形,在确定公约是否编纂了事先存在的一项法律规则方面,这通常将不会是一个问题。”

<sup>192</sup> 例如,见哥伦比亚-秘鲁庇护案中对委内瑞拉实践的提及,《1950年国际法院汇编》,第266页起,详见第370页(凯西多·卡斯蒂利亚法官的反对意见)。

<sup>193</sup> 在国际法院秘鲁诉智利案中,秘鲁的代理人说:“秘鲁接受并适用反映在《[联合国海洋法]公约》中的国际习惯海洋法规则”,海洋争端案(秘鲁诉智利),第CR 2012/34号,第43页,第10段(瓦格纳)。

<sup>194</sup> 北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第127页(阿蒙法官的个别意见)。当然,除非规则本身允许若干个行动方案。

<sup>195</sup> 渔业案,1951年12月18日的判决,《1951年国际法院汇编》,第116页起,详见第131页。

<sup>196</sup> 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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第109页,第207段;另见印度领土通行权案(案情实质),1960年4月12日的判决,《1960年国际法院汇编》,第6页起,详见第121页(查格拉法官的反对意见):“在义务的另一边必须有一个同样清晰的认知”;巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案,判决,《1970年国际法院汇编》,第3页起,详见第315页(阿蒙法官的个别意见):“只有……采用或致力于实施这种实践的国家或顺从于或经历了这种实践的国家都认为这种实践表达了两国中任何一方都不可逃避的法律义务,这种实践才有助于习惯规则的形成”;

在多个多边论坛的现实情况下,对某些人称之为“个别法律确信”的这类探讨也许可以用寻找“协调一致或普遍的法律确信”而补充或协助之,<sup>197</sup> 后一种确信指的是通过一批国家达成普遍共识来把某种实践接受为法律(或相反)。<sup>198</sup> 这个办法很像对一些国家共同采用的实践进行的检视,是一个方便的办法,可以更容易地识别国际社会成员对某种实践的约束力是真的达成了一致,还是存在意见分歧。

65. 虽然关于“接受为法律”对于惯常实践转化为法律规则来说必不可少的理念可以追溯到古代,<sup>199</sup> 但拉丁短语法律必要确信的起源却要近得多。这一

Thirlway, *The Sources of International Law*, 第70-71页。相比之下,一些作者有时认为,主要是两组国家中任何一组的法律确信才是最重要的:关于“接受国”的法律确信是最重要的看法,见Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第44和第47页:“就一个典型的习惯而言,只要依据所涉案件的所有情况都应推定这种实践被接受为法律就足够了,尤其是依据接受习惯规则约束的国家的态度和由此产生的行为……应当补充指出,关于行为国方面任何‘责任感’或‘信念’的要求甚至有点不合逻辑,因为具有法律重要性的只是其他国家对所涉实践的反应,尤其是它们是否认为该实践为法律所要求或得到法律的允许”;MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”,第126页:“该法律确信当然与习惯权利的形成有关,但仅仅是从受所涉权利的行使影响的国家的角度来看是如此。”

<sup>197</sup> 例如,见Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第102-107页。

<sup>198</sup> 另见Pellet, “Article 38”,第819页,援引了若干案例,指出“与实践平行, [国际法院]往往还依赖于普遍看法,而不是各国的单独看法”;Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”,第11页:“[国际法院]寻求的是各国的普遍共识,而不是采取一种实在法学派的立场坚持要求被告国同意的严格证据”;Casella, “Contemporary trends on *opinio juris* and the material evidence of customary international law” (“法律确信不再被视为一个或多个国家的个别意见,现在被视为国际社会作出的集体声明,作为其整体或是其的实质组成部分”);Charney, “The contemporary role of customary international law”,第21页:“有些人认为个别国家必须选择把该规范接受为法律。但显然,只是国际社会要求接受,而不是每一个个别国家和其他国际法人这样要求”。在纳希马纳等人诉检察官案(卢旺达问题国际法庭,上诉分庭)中,梅龙法官在他的部分反对意见中指出,在“各国尚未形成共识时,显然就没有习惯国际法规范”(第ICTR-99-52-A号,2007年11月28日,第376页,第5段);另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页起,详见第315页(施韦贝尔副院长的反对意见):“正如大会历次决议所示,对权利的强烈抗议和保留……反而使法律确信无法产生或存活。”

<sup>199</sup> Crawford提到了塞维利亚的伊西多尔所著《词源学》,第五卷:法律和时代,其中认为“习惯是由道德习俗确立的法律,在没有成文法时被接受为法律:无论其存在于文字之中还是理性之中都没有区别,因为理性也会服从于法律……习惯之所以被称之为习惯还因为它自通用的常例而来”(Brownlie's *Principles of Public International Law*, 第26页,脚注32)。关



用于主观因素、字面含义是“对法律或必然的信念(或看法)”<sup>200</sup>的“技术名称”<sup>201</sup>通常被简称为法律确信,这一事实很可能具有“其自身的意义。一般认为所要求的是存在着一种对法律的“确信”,即认为要求或授权采取某种特定行为是因此法律如此,或正在变得如此”。<sup>202</sup>

66. 学者们尝试对法律确信这一概念的含义和功能进行阐释,令他们感到纠结的不仅有它在语言方面的不确定性和起源的不明确性,<sup>203</sup>而且还有一些长期的理论问题,这些问题与试图准确把握国家行为模式赖以取得法律效力的模糊进程有关。<sup>204</sup>特别是,一些学者就这一主观要素代表的到底是国家信念(或看法),还是它们的同意(或意愿)进行了辩论。<sup>205</sup>其他一些学者则讨论了法律确信的“悖论”,即“恶性循环论证”,其中提出这样一个问题:如果相关实践必须伴有一种这一实践已是法律的信念,那么

于习惯国际法“额外成分”的“知识谱系”,见Kadens和Young,“How customary is customary international law?”

<sup>200</sup> Thirlway (*The Sources of International Law*, 第57页)“根据其在法律中的应用”提出了以下翻译:“这种看法(或信念)是,所涉及的是(或也许应当是)法律的或必然的一种要求。”

<sup>201</sup> Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第55页。

<sup>202</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, 第78页;另见Millán Moro, *La “Opinio Iuris” en el derecho Internacional Contemporáneo*; Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*。有人提出,在习惯国际法方面,法律确信除了通常赋予它的作用之外还另有一个作用,例如,见坎卡多·特林达德法官的反对意见,国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参与),判决《2012年国际法院汇编》,第99页起,详见第283页,第290段:“不对法律确信持一种非常限制性的观点,以免将其减缩为习惯的一个主观部件并使之远离一般法律原则。”

<sup>203</sup> 例如,见Mendelson,“The subjective element in customary international law”,第194和第207页:“有人提出,法律必要确信这一短语中的语言不一致性反映出它背后思想的某种不一致……就其本身而言,[它]是一个来源不清和语义不明的短语。”

<sup>204</sup> 另见Kadens和Young,“How customary is customary international law?”,第907页:“习惯的核心问题涉及一种‘额外成分’,这种成分是将一个重复的实践转化为具约束力的规范所必须的。我们历次讨论的一个核心教训是,这一直是个核心问题。”

<sup>205</sup> 如一些学者所指出的,常设国际法院和国际法院都提到了意志与信念这两个概念(分别见:“荷花”号轮船案(法国/土耳其),第9号判决,1927年,常设国际法院,《A辑》,第10号,第18页;以及北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第44页,第77段)。关于协调这两种办法的尝试,例如,见《伦敦原则声明》(上文脚注42),第741页,第3段:“这两种办法有可能实现溶合或表面上的和解,办法是使用‘被接受’或‘被承认’为法律这类术语”;Elias,“The nature of the subjective element in customary international law”。

习惯国际法的新规则是如何出现的。<sup>206</sup>另有其他一些学者质疑国家是否真的能够具有信念,<sup>207</sup>以及这种内在的动机是否有可能得到证明。<sup>208</sup>若干作者辩称法律确信应被理解为体现了伦理原则和道德,<sup>209</sup>而另一些作者则否认这种考量在这方面的意义。<sup>210</sup>一位

<sup>206</sup> 例如,见Kelsen,“Théorie du droit international coutumier”;另见Taki,“*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis”,第450页。关于为这一“悖论”所拟议的解决办法,见Maluwa,“Custom, authority and law: some jurisprudential perspectives on the theory of customary international law”;Verdross“Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts”;Tasioulas,“*Opinio juris* and the genesis of custom: a solution to the ‘paradox’”;Lefkowitz,“(Dis)solving the chronological paradox in customary international law: a Hartian approach”;D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 第52-53页;Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*, 第112页,Elias和Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, 第3-21页。

<sup>207</sup> 例如,见D’Amato,“Custom and treaty: a response to Professor Weisburd”,第471页:“认为我们称之为国家的实体可以‘相信’任何事情是一种拟人化的谬论;因此,当人们试图描述国际法如何发挥作用及其内容如何可以得到证明时,没有任何理由要求进行任何这种主观且完全不确定的测试”;Cheng,“Custom: the future of general State practice in a divided world”,第530页:“首先,存在的问题是,作为法律实体的国家是否能够‘思考’,但这是国际法中一个简单的归责事项。如果国家可以‘采取行动’并通过其代理人‘犯下违法行为’,那它们为何不能‘思考’呢?难道它们的行为都是无意识的行为吗?接下来的问题是,我们真的可以确定一个人的思想吗,更别说一个法人的思想了?这是一个古老的难题。在法律上,人们不不确定‘各方的意向’、‘立法者的意图’、‘犯罪意图’、‘故意’以及日常的许多其他心理因素。在法律上,这些心理因素并不一定与事实相对应。按律师们的逻辑,这些心理因素完全可以从所言所行中推断出来。”

<sup>208</sup> Akehurst,“Custom as a source of international law”,第36页:“传统观点寻找国家信念的证据;笔者倾向于寻找国家信念的声明”;Taki,“*Opinio juris* and the formation of customary international law: a theoretical analysis”,第449页:“一种可能解决‘证据问题’的手段是从某些外部现象(例如可观察的行为)来推断行事个人的内在意识”;Slama,“*opinio juris* in customary international law”,第656页:“一国的行动、明确声明、同意、默许、抗议或不抗议,都是能够体现法律确信的客观因素。”

<sup>209</sup> 例如,见Wolfrum,“Sources of international law”,第304页,第25段:“法律确信,即相信某一行为是国际法所规定或所允许的,其实是一种信念,即认为这种行为是正义、公平或合理的,因此是法律所要求的。”

<sup>210</sup> 例如,见Skubiszewski,“Elements of custom and the Hague Court”,第838页:“一个或若干国家对一项权利的主张、其他国家容忍或接受前者有资格享有该种权利、对此种义务的服从——这些现象都是国家意见的证据,证明它们已从事实领域转入法律境界。这里的权利和义务有严格和专门的法律内涵,而不是道德的、伦理的或者由礼貌或便利支配的含义”;Akehurst,“Custom as a source of international law”,第



作者在提到这些学术辩论是将其描述为“艰巨的”，<sup>211</sup>它们和其他一些辩论往往更广泛地反映了关于(国际)法律问题的更深层分歧。<sup>212</sup>不过，习惯国际法的主观要素“在理论中造成的困难要比在实践中多”，<sup>213</sup>

37页：“声明某一事项具有道德强制性也许有助于创建国际道德规则；它不能帮助创建国际法律规则。”

<sup>211</sup> MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, 第125页。

<sup>212</sup> 另见Mendelson, “The subjective element in customary international law”, 第177页：“争议持续如此之久得不到解决的一个原因是，不同理论的持有者都能在这个现象中找到他们想要看到的东西，从而加强了他们的先入之见”；Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第44页：“关于习惯的这一主观因素有着不同的意见，这种意见差异是与关于何为一般国际法和何为该法所谓的‘约束力依据’这一无休止争论密切联系在一起的”；Klabbers, “International organizations in the formation of customary international law”, 第180页：“也许更为重要的是，习惯法这一观念本身引起了各种辩论，不仅是因为这一概念的实用意义以及其固有的不确定性，也是因为其尖锐的政治意义。政治价值观正是在通过国际法的各种渊源(而习惯仍列为该特定法律秩序两大渊源之一)得到散布的，这总体而言使得渊源学说变得更加难以捉摸……难怪渊源学说继续引起辩论，而且也难怪辩论大都倾向于是方法论的性质”；Fidler, “Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law”, 第199页：“与习惯国际法相关的问题说到底还是源自对国际关系的不同看法。”许多困难和辩论是由于对主观因素的时间分析，也就是对其在—项规则的早期形成阶段而不是后来的出现和识别阶段的作用的分析；另见Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 第80–84页。Cheng的看法在此最具相关性(“On the nature and sources of international law”, 第223页)：“与一个相当流行的观点相反，法律确信不一定是承认一条业已存在的规则的约束性质，在该种情况下会出现业已存在的规则本身的起源问题。在像国际法这样一个水平的法律体系中，主体也就是立法者，法律确信简言之就是主体/立法者在任何特定时刻都接受为法律、接受为通行法律的观念。”

<sup>213</sup> Briggs, “Colombian-Peruvian asylum case and proof of customary international law”, 第729–730页：“在确定这些[建立习惯国际法规则所需要的]因素或确定习惯国际法的创立或从非强制性实践演化而来的方法和程序时所涉及的理论困难，往往会比下述事实得到更多关注，即在一宗特定案例中，法院在确定是否存在着一—条可适用的习惯国际法规则时，相对而言几乎没有什么困难”；另见《伦敦原则声明》(上文脚注42)，第741页，第2段：“在实际的外交界，[习惯国际法的主观因素]这件事可能比在学术圈子里的问题要少”；Yee, “The news that *opinio juris* ‘is not a necessary element of customary [international] law’ is greatly exaggerated”, 第230页：“总体而言，法律确信的观念仍是在国际法学者和从业者中引起混乱的罪魁祸首，但在法律理论家中情况可能更是如此”；De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, 第149页，脚注29：“证明习惯中存在心理因素并不构成有时一些人所声称的那种不可逾越的困难”；Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, 第24页，在提到关于具体案件中难以取得法律确信存在的证据这一论点时说，“这种困难可能有点被夸大了”；Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第47页：“法律确信的精确定义，习惯形成过程中的心理因素，把累积常例的惯性质量变成具有约束力的法

书本中可能存在的理论煎熬很少阻碍其在实践中的应用。<sup>214</sup>

67. 国际法院曾使用多种表达方式谈及其《规约》中“接受为法律”一词所引入的主观因素。这些表达方式包括“感到有法律义务”；<sup>215</sup>“相信[所涉]实践是由于存在—条要求实行该实践的法律规则而具有强制性……[—种]法律责任感”；<sup>216</sup>“认为有必要”；<sup>217</sup>“相信有必要”；<sup>218</sup>“因为存在悠久的实践而这样认为”；<sup>219</sup>“—种……关于某项权利的……刻意的意图……—种反映出确信存在[—项]权利的普遍意识”；<sup>220</sup>“普遍感到……[该实践]具有强制性质”；<sup>221</sup>“确实感到受制于—项法律义务”或“感到该规则具有约束性质”；<sup>222</sup>“确信他们[当事方]是在适用法律”；<sup>223</sup>“[各国]在心中确信，确信有法律，以致已经……将这种实践作为—条法律规则接受，从此再也无法规避其适用”。<sup>224</sup>其他法院和法庭以及国家在谈及习惯国际法的这种“心理”/“性质”/“非物质”/“态度”要求时，

律规则的哲学家点石成金术，可能比各国就所说的习惯之依据提出的受到质疑的全部主张加在一起所导致的学术分歧还要多”；Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, 第21页：“在实践中，证据问题所产生的困难没有作者们所预期的那么多”；*Restatement of the Law (Third): the Foreign Relations Law of the United States*, 第102页，报告员的第2条注解：“这一循环——即认为法律是由以法律义务感为基础的实践建立的——在概念上造成了最大的麻烦……不过，这种概念上的困难并未妨碍基本上按照此处的定义对习惯法予以接受。”

<sup>214</sup> 有一种论点认为，关于习惯国际法应当有或可以有什么要求这类问题的纯理论探讨，并不改变法律，见Kammerhofer, “Law-making by scholars”。

<sup>215</sup> 哥伦比亚—秘鲁庇护案，《1950年国际法院汇编》，第266页起，详见第286页。

<sup>216</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第44页，第77段。

<sup>217</sup> 印度领土通行权案(案情实质)，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第60页(顾维钧法官的个别意见)。

<sup>218</sup> 同上，第121页(查格拉法官的反对意见)。

<sup>219</sup> 同上，第82页(法官阿曼德·乌根的反对意见)。

<sup>220</sup> 同上。

<sup>221</sup> 哥伦比亚—秘鲁庇护案，《1950年国际法院汇编》，第266页起，详见第370页(塞特-卡拉法官的反对意见)。

<sup>222</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第104和第130页(阿蒙法官的个别意见)。

<sup>223</sup> 印度领土通行权案(案情实质)，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第90页(莫雷诺·昆塔纳法官的反对意见)。

<sup>224</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第305–306页(阿蒙法官的个别意见)。

也使用了丰富多彩的词汇。<sup>225</sup> 但一般来说, 凡此种似乎都表达了一个共同的意思: 各国接受自身的行为或其他国家的行为符合习惯国际法:

相信、默许、默示承认、同意都有一个共同点, 即都表达了国家根据国际法对自身行为或其他国家行为的主观态度。<sup>226</sup>

68. 因此, 构成习惯国际法的所谓“主观要素”指的是以下这一要求: 所涉实践“的产生方式表明, 人们普遍承认其中涉及一条[习惯国际]法或法律义务”。<sup>227</sup> 尽管在提到这一点时, 法律确信一词无疑已成为既定的表达方式,<sup>228</sup> 但有人提议“接受为法律”的说法也许更好。<sup>229</sup> 国际法院就《规约》的措辞进行思

<sup>225</sup> 例如, 见美国优比速公司诉加拿大政府案(关于管辖权的裁决, 2002年11月22日), 第31页, 第97段:“义务感”; 柬埔寨法院特别法庭(预审分庭), 刑事案件编号002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38), 就针对共同侦查法官关于团伙共同犯罪的命令提出的上诉所作的裁决, 2010年5月20日, 第53段:“法律确信, 意思是国家的言行代表法律”; 另见《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/659号文件, 第26-27段:“委员会往往把主观要素的特征定为各国对某项强制性规则的存在或不存在所具有的感觉。……在某些情况下, 委员会在提及主观要素时采用了不同的术语。”

<sup>226</sup> Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, 第163页; 另见Waldock, “General course on public international law”, 第49页: “[确定一条习惯国际法规则的]终极检验标准永远必须是‘该实践是否已被接受为法律?’ 这在国际社会中尤其如此, 其中参与形成实践的都是主权国家, 是国际社会中的决策者和立法者。他们承认该实践为法律便是习惯法非常直接的重要依据。”

<sup>227</sup> 北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第43页, 第74段。另见Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第44页: “这种实践必须提供足够的依据, 至少令人推断所涉国家已认可该种实践具有法律约束力。”

<sup>228</sup> Crawford写道: 这“或许令人感到遗憾”(Brownlie’s *Principles of Public International Law*, 第25页); Wolfke (*Custom in Present International Law*, 第45-46页)提到这一拉丁术语“依然被广泛适用, 但造成误解”, 他解释说“产生误解是因为这一术语在法律学说史上具有确切的含义, 现代作者在适用该术语时, 甚至在国际法院眼中, 为之赋予了不同的意思或细微的含义差别。”然而, 见Müllerson, “The interplay of objective and subjective elements in customary law”, 第164页: “根据具体情况, 我们可以说意愿、同意、共识、信念、默许、抗议、禁止反言甚或别的词汇。但由于法律确信一词已经在国际法律实践和文献中根深蒂固, 试图抛弃它是不明智的。”

<sup>229</sup> 另见MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, 第129页: “[与‘法律确信’一词相比较, ]无论从行使权利的角度还是从履行义务的角度看, ‘接受为法律’这一短语也许许可作出更能准确反映从实践或常例到习惯这些实际过程的意思解释”; Santulli, *Introduction au droit international*, 第50页: “《国际法院规约》在第三十八条中认为习惯是一种‘已被接受’的实践。于是《规约》打破了将法律必要确信作为服从一条法律规则之‘觉悟’的传统”; Pellet, “Article 38”, 第819页, 在提到《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的准备工作时, 谈到了法院的实践, 他表示

考, 在通行权案中使用了这一措辞。那是法院详细阐述确定习惯国际法方式的早期案件之一。法院认定, “鉴于该案的所有具体情况, [法院]确信该实践已被接受为法律。”<sup>230</sup> 使用《规约》的这一措辞极大地有助于克服上文提到的法律确信“悖论”。

69. 拟议的结论草案如下:

#### “结论草案10 ‘接受为法律’的作用

“1. 关于一般惯例须被接受为法律的要求作为习惯国际法的一个要素, 意味着所涉实践必须伴有一种法律义务感。

“2. ‘接受为法律’是区别习惯国际法规则与单纯习惯或常例的分水岭。”

70. 证明“接受为法律”。为了识别一条习惯国际法规则, 必须能够识别某实践背后的动机: “只有将确信这一概念客观化, 才能使其对区别‘有法律约束力的’习惯和无法律约束力的‘常例’这一困难任务具有实际意义”。<sup>231</sup> 在实践中, “接受为法律”确实是从国家采取的相关行为中表现或推断而来的。因此, 某些实践本身就是法律确信的证据, 或换言之, 其本身就对确立必要实践及其被“接受为法律”都有相关性。<sup>232</sup> 在这一意义上:

“‘acceptation (接受之动作)’并非一定限于各国意愿, 而是限于‘acceptance (接受之名词形式)’, 对后者的解释可以不那么严格”; Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague Court”, 第839-840页。

<sup>230</sup> 印度领土通行权案(案情实质), 1960年4月12日的判决, 《1960年国际法院汇编》, 第6页起, 详见第40页: “这种实践持续了125年, 没有因印度独立所涉领土发生政权变更而受到影响。考虑到该案的所有具体情况, 法院认定, 当事国已将此种实践接受为法律, 并已形成一项权利和相关的义务。”

<sup>231</sup> Slama, “Opinio juris in customary international law”, 第656页。另见Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第48页。

<sup>232</sup> 另见缅甸湾区域海洋边界划界案, 判决, 《1984年国际法院汇编》, 第246页起, 详见第299页: “检验国家法律确信中存在[习惯规则]可采用的方法是在分析足够广泛而令人信服的实践基础上进行归纳, 而不是用成见加以推理”; 核试验案(澳大利亚诉法国), 判决, 《1974年国际法院汇编》, 第253页起, 详见第305页(彼得伦法官的个别意见): “那些[已经进行大气层核试验的]国家的行为证明其政府并不认为习惯国际法禁止大气层核试验”; 2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 《2002年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第147页(专案法官范登·韦恩加尔特的反对意见); Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, 第24页: “大量称之为国家实践之实质要件的内容本身就含有主观要素, 是法律确信的表示”; Bos, “The identification of custom in international law”, 第30页: “大体而言, 可以说国家实践范畴内的任何事宜都可以作为‘接受为法



无论国家做什么……都是国家实践，其中有两个层面或方面：一是国家(或其他国际法主体)显而易见的行为，二是国家对这种行为的主观态度。这种态度或隐含在所涉行动或行为中，或通过进而构成另一种国家实践的其他行动或行为传达给其他国家。<sup>233</sup>

无论如何，法院或法庭实际上本该将这两个要素的识别区分开来。这很重要。

71. 如何确定“接受为法律”的证据可能取决于规则的性质和适用规则的具体情况。例如，可以区分主张一项法律权利的情况与承认一种法律义务的情况，也可区分相关实践是由“实地”行动构成的情况和口头实践的情况。

72. 仅仅遵守声称的规则通常并不足以构成法律确信的证据：“这种常例不一定能够证明行为体认为自己具有法律义务”。<sup>234</sup> 用国际法院的话来说，“以

律的一般惯例”；Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, 第63页：“从某种意义上说，国家做或不做的所有事都可归为‘国家实践’，因为它们的行为就是其作为。但更广义地说，国家行为也是我们的唯一指导，从中可了解它们愿意或相信什么是法律”；Koskenniemi, “Theory: implications for the practitioner”, 第15页：“在法律实践中，没有一种确定主观要素存在或缺失的方法可以与确定一贯遵守行为存在的方法分离开来”；Conforti和Labella, *An Introduction to International Law*, 第32页：“主观要素……将许多不同类型的国家行为维系在一起”；Zemanek, “What is ‘State practice’ and who makes it?”, 第292-293页：“将记录‘国家实践’的材料与记录法律确信的的材料区别开来虽然理论上可取，但实际上并不可能，因为前者可以通过其措辞佐证后者”；Thirlway, *The Sources of International Law*, 第70页：“由于法律确信是一种思维状态，显然难以将其归属于一个像国家这样的实体；因此，必须从国家的言行中推理，尤其是从据称构成习惯‘实践’要素的行动中推理出来。”

<sup>233</sup> Müllerson, “On the nature and scope of customary international law”, 第344页。例如，国际法院也提到“说明信念的实践”(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)，案情实质，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页起，详见第108页，第206段)。然而，见Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 第437页：“我们不能通过国家的外在行为就自动推断国家的意愿或信念——实践的存在或缺失。我们只有首先了解‘内在的一面’——即国家本身如何理解其行为，才能确定行为的规范意义……关于习惯法的学说因为循环论证而无确定性。这种学说推定行为是法律确信的证据，而后者又是哪种行为与习惯相关的证据。”

<sup>234</sup> Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, 第9页；另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第423-424页(沙哈布丁法官的反对意见)：“还必须铭记，单纯证明据说构成国家实践的行为或不行为并不排除需要对这种行为或不行为进行解释。国家也许感到现实情况使它们不得不这样做。但这一事实并不足以将他们的所作所为排除在

某种方式行事，或同意以某种方式行事，本身并不能表明任何法律性质之事”。<sup>235</sup>

73. 同样，虽然一些人提出大量的一致行动<sup>236</sup>或这种情况已经出现相当长时间的事实<sup>237</sup>便足以确认法律确信的存在，其实不然。尽管这些事实的确可以促使各国将实践接受为法律，<sup>238</sup>但其本身并不体现这种接受。如国际法院所述：

即便这种行动的例子……比其实际出现的次数多得多，但即使将它们合在一起，其本身也不足以构成法律确信……。频繁程度，甚或行为所具有的习惯性本身是不够的。<sup>239</sup>

74. 因此，通常不应以据称是习惯国际法规定的实践本身作为“接受为法律”的证据。而且，这还

国家实践之外，除非他们这样做是因为相信他们是出于法律义务感行事。”

<sup>235</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第44页，第76段。

<sup>236</sup> 例如，见哥伦比亚-秘鲁庇护案，《1950年国际法院汇编》，第266页起，详见第336页(阿泽维多法官的反对意见)：“一致的案件以其数量就将能明确显示法律确信”；葡萄牙在通行权案中争辩说，“宣称[国家实践]的一致与统一并不证明确信存在一项法律义务(法律必要确信)，这是不可能的”(印度领土通行权案(案情实质)，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第11页)；Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 第380页：“除非司法活动将使国际法规则最强有力的渊源即国家行为的法律意义减弱，否则关于这一问题的最准确的原则似乎是将政府所有的一致行为(或在适当情况下将不作为)视为法律必要确信的证据，除非所涉行为显示并无任何此种意图”，赞同地援引于北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第246-247页(索伦森法官的反对意见)。

<sup>237</sup> 印度领土通行权案(案情实质)，1960年4月12日的判决，《1960年国际法院汇编》，第6页起，详见第83页(阿曼德-乌根法官的反对意见)：“长年目睹存在的事实……便具有了约束力并获得了法律规则的特点。”

<sup>238</sup> 例如见印度领土通行权案同上，第40页：“这种实践持续了125年，没有因印度独立所涉领土发生政权变更而受到影响。考虑到该案的所有具体情况，法院认定，当事国已将此种实践接受为法律，并已形成一项权利和相关的义务”；以及同上，第82页(阿曼德-乌根法官的反对意见)：“长时间地持续重复某种行动并不削弱这种常例；反而会强化它；在行动和批准该行动的国家意愿之间形成了一种关系。这些行动如此长时间地反复出现使得采取行动的国家忍受行动的国家双方都因这一由来已久的实践而产生了这方面的一种信念(《法院规约》第三十八条第一项(丑)款)。”

<sup>239</sup> 北海大陆架案，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页起，详见第44页，第77段。另见“荷花”号轮船案(法国/土耳其)，第9号判决，1927年，常设国际法院，《A辑》，第10号，第28页；柬埔寨法院特别法庭，预审分庭，刑事案件编号002/19-09-2007-EEEC/OICJ(PTC38)，就针对共同侦查法官关于团伙共同犯罪的命令提出的上诉所作的裁决，2010年5月20日，第53段：“众多的国家实践通常并非就意味着可以推定存在法律确信。”



要求同一行为不得在具体案件中既作为实践证据,又作为该实践已被接受为法律之证据。<sup>240</sup>对“非实际”的实践适用这一规则还可保证抽象声明本身不会制造法律。<sup>241</sup>

75. “接受为法律”的表现形式。“确认存在确信虽然是一件难事,但还是可行的(而且现代的起草流程框架大大减轻了这一困难的程度)”。<sup>242</sup>首先,一国如果明确声明某项规则作为习惯国际法而具有强制性,便提供了“最明确的证据”,说明它“相信自己受某项原则或规则约束,或相信自己从现在起将遵守某项原则或规则”。<sup>243</sup>反之,当一国表示某种情况并非习惯国际法的规则时,则证明不存在法律确信。国家关于存在(或不存在)(习惯)国际法规定的权利和义务的这类断言可以,除其他外,采取以下这些形式:政府和该政府某位部长的官方声明、<sup>244</sup>提交法院和法庭的权利主张和诉讼案情摘要、政府介

绍议会立法草案的送文函、<sup>245</sup>国家通过正式文件发表的联合声明、或在编纂会议或联合国辩论等多边会议上的发言。<sup>246</sup>值得特别指出的是,外交抗议“可以而且常常表明提出抗议的国家对关于所涉事项的法律持有的看法:因此可成为接受某一实践为法律的证据”。<sup>247</sup>

76. 可从许多其他实践中找到“接受为法律”(或未被接受为法律)的证据,<sup>248</sup>这取决于具体的案例,并考虑到“对典型的习惯而言,充分条件是在所涉案例的全部具体情况中,尤其是从接受国接受习惯规则约束的态度以及据此的行为中,都可以推断出该实践被接受为法律”。<sup>249</sup>与关于实践的情况(见上文第41段)一样,下列清单并非穷尽无遗,只是为了表明在哪类材料中可以找到这一主观要素:

<sup>240</sup> 见 Mendelson, “The formation of customary international law”, 第206-207页:“但必须避免的是将同一行为既作为主观要素,又作为客观要素。如果坚持‘主流’观点,即两种要素都必须存在,特别是主观要素要伴随着‘切实的’实践,那么就必然不可以将某项声明既作为行动又作为信念(或意愿)的表示”; Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, 第136-141页。

<sup>241</sup> 另见 Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第19页:“由于这种担心[即某机构或会议可以通过国家代表的抽象声明‘造’法]是有道理的,我们或许可以首先设法综合各项观点,先从里德法官的论点着手,即‘权利主张可以是重要的出发点’。显然,在形成习惯法的条件方面,单个的实践和某次的几个实践是不能制造法律的。实际上,需要一系列符合条件的实践,且如果没有统一和一贯的实践,某次会议上的声明就会失去任何无价值。但同样显然的是,这些条件是适当的保障,因担心立即会成为习惯法而对单个实践附加更多的条件几乎没有必要。”

<sup>242</sup> 同上,第50页。

<sup>243</sup> Sohn, “Unratified treaties as a source of customary international law”, 第235页;例如,另见国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参与),判决,《2012年国际法院汇编》,第99页起,详见第122-123页,第55段; Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第50页:“一国明确声明某一规则为强制性(或习惯性,或成文性的)就是说明国家法律确信的最明确证据。”

<sup>244</sup> 例如,见哥伦比亚-秘鲁庇护案,《1950年国际法院汇编》,第266页起,详见第367页(专案法官凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见);南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果案,咨询意见,《1971年国际法院汇编》,第16页起,详见第74-75页(阿蒙副院长的个别意见);检察官诉塔迪奇案,第IT-94-1号案,关于辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议的裁决(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭),1995年10月2日,第100、105、113-114和120-122段。

<sup>245</sup> 另见蒙代夫国际有限公司诉美利坚合众国案(解决投资争端国际中心,裁决,2002年10月11日),第106页,第111段:“签署国政府在批准或执行条约过程中是否对本国立法机关作出解释可构成解释条约的部分准备性文件,定能说明该国的宗旨及其对条约采取的态度,因此可以成为法律确信的证据。”

<sup>246</sup> 例如,见对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案,咨询意见,《1951年国际法院汇编》,第15页起,详见第26页;渔业管辖权案(联合王国诉冰岛),案情实质,判决,《1974年国际法院汇编》,第3页起,详见第48页(福斯特、本格松、希门尼斯·德阿雷查加、纳吉德拉·辛格和鲁达法官的联合个别意见):“在一个实践相互矛盾且缺乏准确性的问题上,将各国准备主张和默认的证据——从各国在筹备关于该问题的法律编纂和逐渐发展会议时所采取的立场收集而来——作为不相干的内容完全抛弃,是否可能与合理?……可以说的至少是……这种宣告和声明以及国家代表提交的书面提案对于确定这些国家对渔业管辖权法的看法,以及其对某一习惯国际法所辖问题持有的法律确信具有重要意义”;《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山),判决,《2007年国际法院汇编》,第43页起,详见第329页(通卡法官的个别意见);Jiménez de Aréchaga, “International law in the past third of a century”, 第14和第24页:“全权代表会议本身的商议,即使在一公约通过之前和与公约通过无关,都可在国家之间产生共识。这一共识及随后的实际实践,凝结成为一条习惯规则……当一国参加联合国主持下的国际法编撰和逐步发展进程时,明示或暗示其法律确信尤其重要,而且是常见的。”

<sup>247</sup> MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, 第124页。

<sup>248</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/659号文件,第29段,观察12:“委员会为识别某项习惯国际法规则的目的而评估主观要素时依据了各种材料”;Restatement of the Law (Third): Foreign Relations Law of the United States, 第102段,评论(c):“法律义务感的明确证据(例如官方声明)并无必要;法律确信可以从行动或不行动中推定而来。”

<sup>249</sup> Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第44页。

(a) 政府间(外交)信函,<sup>250</sup> 诸如某外交使团给派驻国外交部的备忘录,<sup>251</sup> 或两国之间的照会往来。在此需要根据背景认真分析使用的措辞, 以确定该国是否在某一法律规则之存在发表看法。

(b) 国内法院的判例<sup>252</sup> 是法律义务感的明确体现。但必须慎重, 因为“也许很难区别……这种法律义务感是来自国际法、国内法、还是来自国家对国际法的自行解释”。<sup>253</sup> 只有当这些判决适用所涉规则的方式表明(主要通过推理)根据习惯国际法的要求接受该规则时, 才可以成为“接受为法律”的相关证据。

(c) 政府法律顾问表示某事项符合或不符合习惯国际法的意见,<sup>254</sup> 而且政府已认为这种意见出于法律规定而接受。<sup>255</sup>

(d) 国际法领域的正式出版物, 诸如军事手册或给外交官的指令。

(e) 国家官员的内部备忘录, 诸如外交部给其外交官的指令。<sup>256</sup>

(f) 条约(及其准备工作材料)也有可能表明存在“接受为法律”的情况,<sup>257</sup> 因为“公约仍然是各国人民司法良知的一个非常重要的表现形式”。<sup>258</sup> 就本文目的而言, 这种(关于公约全文或其中某些规定的)司法意识必须存在于条约之外, 而不只是条约之内: 条约如要成为法律确信的证据, 国家(和国际组织), 无论是否当事方, 都必须显示将条约所述规则视为对其具有约束力的法律规则——不论条约是否存在。<sup>259</sup> 当一条约的意图是明确或隐含地宣示习惯国际法时,<sup>260</sup> 很可能就是这种情况: 那么“条约就是国家[条

<sup>250</sup> 例如, 见渔业案, 1951年12月18日的判决, 《1951年国际法院汇编》, 第116页起, 详见第135-136页; 印度领土通行权案(案情实质), 1960年4月12日的判决, 《1960年国际法院汇编》, 第6页起, 详见第42页。

<sup>251</sup> 例如, 见哥伦比亚-秘鲁庇护案, 《1950年国际法院汇编》, 第266页起, 详见第371页(凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见)。

<sup>252</sup> 例如, 见国家的管辖豁免案(德国诉意大利: 希腊参与), 判决, 《2012年国际法院汇编》, 第99页起, 详见第135页, 第77段: “国家采取的立场和若干国内法院的判例——其中明确表明它们认为习惯国际法要求豁免——显示了” 主要要素; 2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 《2002年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第76页(希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见); 黎巴嫩问题特别法庭, 第STL-11-01/I号案, 关于适用法律的中间裁决: 恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控(上诉分庭), 2011年2月16日, 第63-65页, 第100段。

<sup>253</sup> Moremen, “National court decisions as State practice: a transnational judicial dialogue?”, 第274页; 另见2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 《2002年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第171-172页(专案法官范登·韦恩加尔特的反对意见): “即便国内法要求被告在场, 也并非一定表明认为这是国际法要求的法律确信。理解国家裁决时需要十分谨慎。” 哈穆德先生在他去年的发言中也强调了这一点。他说“国内的司法裁决是重要的资料来源, 但必须认真审视, 因为国内法院通常实行本国内部的法律程序, 在识别习惯国际法规则方面并不一定很有经验或有充足的资源”(《2013年……年鉴》, 第一卷, 第3183次会议)。

<sup>254</sup> 例如, 见检察官诉加利奇案, 第IT-98-29-A号案, 判决(前南斯拉夫问题国际法庭, 上诉分庭), 2006年11月30日, 第89段。

<sup>255</sup> 的确, 应该铭记这种观点未必会成为国家的观点, 而且有时正如委员会之前曾考虑的, “法律顾问的努力必然导致政策之执行”(《1950年……年鉴》[英], 第二卷, 第372页, 第76段, 其中补充道: “转载这种意见也无多大价值, 除非同时对具体起因的来龙去脉进行适当的分析”。

<sup>256</sup> 见哥伦比亚-秘鲁庇护案, 《1950年国际法院汇编》, 第266页起, 详见第372页(凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见)。

<sup>257</sup> 另见卡穆齐国际公司诉阿根廷共和国案(解决投资争端国际中心案件编号: ARB/03/2, 关于反对管辖权的裁决, 2005年5月11日), 第38页, 第144段: “国际法中不存在任何障碍来阻止各国通过条约表达意愿, 并同时表达和在满足条件的情况下产生习惯规则所需的实践与法律确信”; 哥伦比亚-秘鲁庇护案, 《1950年国际法院汇编》, 第266页起, 详见第369-370页(凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见): “《玻利瓦尔[引渡]协定》的这一条款在庇护事项的习惯方面有着特殊的意义。即该条款表明在哥伦比亚和秘鲁两国中都存在着一种习惯所需的因素之一——心理因素, 法律必要确信。《玻利瓦尔引渡协定》承认庇护, 承认在美洲所适用的原则的价值; 故而将这些具有约束力的原则纳入其中。因此, 各国或一国政府的接受, 意味着它们接受其‘为法律’, 也就是说, 其为适用的法律。这是一个至关重要的问题, 因为如此难以证明的习惯的心理因素, 在此完全得到了证实”; 检察官诉福法纳和孔德瓦案, 第SCSL-04-14-A号, 判决(塞拉利昂问题特别法庭, 上诉分庭), 2008年5月28日, 第403段; *Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal* (阿根廷最高法院), 第24.079号案, 2007年7月11日, (国家检察官的简报)第III-A段; 柬埔寨法院特别法庭(最高法院分庭)的上诉判决, 第001/18-07-2007-ECCC/SC号案(2012年2月3日), 第48页, 第94段。

<sup>258</sup> 渔业案, 1951年12月18日的判决, 《1951年国际法院汇编》, 第116页起, 详见第148页(阿尔瓦雷斯法官的个人意见); 另见Guzman和Meyer, “Customary international law in the 21st century”, 第207页: “将条约视为[习惯国际法的]证据仍然是一种宝贵的做法……因为条约可发出可信的信息, 表明各国将哪些规则视为对非当事国有约束力。”

<sup>259</sup> 应当铭记, 正如Weisburd (“Customary international law: the problem of treaties”, 第24页)所认为的那样, “这并不意味着缔结一项条约必然意味着法律确信, 即双方认为条约的规定将在条约之外对它们具有约束力。”当然, 条约可以成为国际习惯法的证明材料或有助于国际习惯法的形成, 不仅是关于这些条约所载的规则, 而且是关于条约习惯法。

<sup>260</sup> 如Baxter (“Treaties and custom”, 第56页)所作的解释, “宣告性条约最容易通过相关的明确声明——通常在文书的序言部分中——加以识别, 但其特点也可以从条约的筹备工作及其起草历史加以确定”; 另见Wolfke, “Treaties and custom: aspects of interrelation”, 第36页: “若一条约明确甚至是间接地承认一条现有的习惯规则, 则这种承认即成为所述习惯规则的附加证据”。Weisburd (“Customary international law: the



约当事国]意愿的明确证据,毫无拼拼凑凑的国家实践证据——通常用于证明国际法的状况——中的模棱两可与不一致之处。”<sup>261</sup>换言之,当国家——在条约内或在达成条约的谈判中,或在通过条约时或其后——接受条约或其中的某些条款显示了现有习惯国际法时,这种接受可以作为“接受为法律”的明确证据。<sup>262</sup>然而,“对条约所整合的关于当事国实践的证据,必须将之与其他所有[一致和不一致的]国际习惯法证据进行权衡比较,应依据的是国际习惯法的正常证明程序”,特别是“申明国以往的实践或声明”。<sup>263</sup>有关国家是否确实已经签署和/或批准条约,以及当事方是否有能力对条约条款作出保留,也可能与评估是否存在法律确信相关,<sup>264</sup>但这些考虑因素并不一定意味

problem of treaties”,第23页)正确地解释道:“即使这类声明[条约是宣告习惯]是对截至缔结条约时法律状况的不准确说明,它仍然相当于条约当事方的一种明确承认,即它们将受条约规则的法律约束,即使条约尚不存在”。然而,重要的是,“在确定编纂公约所载的一条新规则是否可以——如果可以,在何种程度上——被视为表达一种现有或新出现的习惯法规则时,必须考虑到一些复杂的考量……。任何此类规则必须在上下文中并根据通过规则时的情况加以分析。它还必须在快速发展的国家实践的背景下作为新规则加以审视”(Sinclair, “The impact of the unratified codification convention”,第220页)。

<sup>261</sup> Baxter, “Treaties and custom”,第36页。

<sup>262</sup> 另见Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”,第25页:“如果当事方在条约案文和法律确信中明确否认条约规则在文书之外的法律地位[例如条约宣布当事方签订纯粹是一种善意],那么,这一条约便不是法律确信的证据。问题是当事方的信念。但假如信念是关键问题,那么,似乎可以认为,若条约载有其他证据表明,除对条约之外,当事方将不会将条约规则视为具有约束力的规则,那么该条约就可一否认法律确信,即便没有就此明确声明。这并不是说这类条约是没有约束力的条约,也不是说条约对法律确信的这种否认,将会排除在条约之外出现一条关于该主题的习惯规则的可能性。这只是说,不能认为这一条约本身是其所确立的规则习惯法地位的证据”。

<sup>263</sup> Baxter, “Treaties and custom”,第43和第44页;另见Danilenko, *Law-making in the International Community*,第154页:“应该强调的是,编纂性公约,即使是那些明确指出它们体现了现有习惯法的编纂性公约,不能被视为习惯法的结论性证据。”正如国际法院在另一不同背景下指出的,“在习惯国际法领域中,当事方对它们认为是规则内容的共同看法是不够的。法院必须确定国家法律确信中存在的规则得到实践的证实”(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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第98页,第184段)。

<sup>264</sup> 例如,见北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见38-39页,第63段和第42页,第72段;另见第130页(阿蒙法官的个别意见):“使[一条约规定]的执行[受限于保留]……意味着在《公约》签署国中并无法律必要确信。后者需要对该规则约束力的自觉意识,但不言自明的是,如果保留不适用法规的权利,则不能认为该法规具有约束力”;另见核试验案(澳大利亚诉法国),判决,《1974年国际法院汇编》,第253页起,详见第305页(彼得伦法官的个别意见,认为

着法律确信之缺失,因为习惯和条约可能相互独立共存。<sup>265</sup>在任何情况下,“就习惯法来说,一条约规则是否是法律确信的良好证据,主要是一个事实问题。必须审视声明、主张和国家行为”,<sup>266</sup>以便加以确定。

另一个问题是,在大量双边条约中重复出现的类似或相同的条款是否可作为“接受为法律”的证据。在这方面,同样需要在其背景下并就其通过的具体情况对该条款(以及纳入该条款的条约)进行分析。这样做特别是因为“……条约的多样性……是一把双刃剑”:<sup>267</sup>

即使大量条约彼此一致,其本身仍不足以证明,甚至不足以由此推定,整个国际社会都认为这些条约可作为一般习惯法的证据。相反,颇有一些情况表明这类条约似乎是一般规定之例外的证明。<sup>268</sup>

一允许签署国废止的条约“表明……它们仍然认为习惯国际法不禁止[条约所述义务]”;纳希马纳等人诉检察官案,案件编号:ICTR-99-52-A,判决(卢旺达问题国际刑事法庭,上诉分庭),2007年11月28日(梅龙法官的部分反对意见),第376页,第5段:“保留的数目和范围表明国际社会对是否禁止或是否应当禁止单纯的仇恨言论这一问题仍然存在深刻分歧,表明[《消除一切形式种族歧视国际公约》]第4条和[《公民及政治权利国际公约》]第20条并不反映既定原则。由于各国尚未形成共识,显然习惯国际法中没有任何规范将仇恨言论定为犯罪”;家佣外交豁免案(奥地利最高法院),OGH 6 Ob 94/71,1971年4月28日的判决,SZ 1971 No.44/56,204。

<sup>265</sup> 关于保留(和,类似地,关于废止),另见Baxter, “Treaties and Custom”,第47-53页;另见《伦敦原则声明》(上文脚注42),第755页,结论22:“条约允许对所有或其中某些条款提出保留的事实本身并不产生一种假设,即这些条款不宣告现有的习惯法”;北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第197-198页(莫雷利法官的反对意见)。关于批准(或不批准)编纂性公约作为接受为法律的证据的问题,例如,见Sinclair, “The impact of the unratified codification convention”,第227页:“可以公平地说,即使零星批准的编纂性公约,通常仍可被视为提供了关于相关主题的一些法律确信的证据。证据的质量将取决于可能出现问题的具体规定的来源。如果某一特定编纂性公约的筹备工作材料表明,某一具体条款在编纂会议上是以赞成和反对票数相当的投票结果通过的,而且由此产生的争议可能使一些国家拒绝参加公约,那么显然有充足理由在后来的编纂工作中降低该条款的价值。”

<sup>266</sup> Schachter, “Entangled treaty and custom”,第735页。

<sup>267</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案,判决,《1970年国际法院汇编》,第3页起,详见第306页(阿蒙法官的个别意见)。

<sup>268</sup> Wolfke, “Treaties and custom: aspects of interrelation”,第36页;另见艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国),初步反对意见,判决,《2007年国际法院汇编》,第582页起,详见第615页,第90段:“几内亚援引各项国际协定,如促进和保护外国投资协定,以及《华盛顿公约》,已确立了关于投资保护的专门法律制度,或确立了这方面的规定通常包括在国家与外国投资者之间直接订立的合同等事实,不足以表明外交保护的规则已发生了变化;它同样能表明相反的情况”;Kunz, “The nature of customary international law”,第668页:“在不同的情况下,条约可作为满足这两项条件的证



(g) 国际组织审议机关——如联合国大会和安全理事会——的决议以及国际会议的决议。法律确信可以从国家对那些不具约束力、但旨在明确或隐含地宣布现行法律的案文所持态度中推断而来，这些态度可通过关于决议的投票(赞成、反对或弃权)、加入关于决议的共识或关于决议的发言来体现。<sup>269</sup>然而，要“以应有的谨慎态度”作出这些推断，<sup>270</sup>因为各国实

据，在其他情况下，也可作为没有实现的证据”；Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, 第9-10页；Thirlway, *The Sources of International Law*, 第71页；《伦敦原则声明》，第758页，结论25：“不能推定一系列类似的条约规定可产生一条具有同样内容的新的习惯规则。”

<sup>269</sup> 例如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)，案情实质，判决，《1986年国际法院汇编》，第14页起，详见第99-101，第188和第191页：“除其他外，可从当事方和各国对某些大会决议的态度推断出这种法律确信，但应十分谨慎，对这些决议案文予以同意所产生的影响是……，可以将其理解为这些国家自行接受该决议所宣布的规则或一套规则的有效性……。各国通过……[一项决议]表明它们对习惯国际法关于该问题的法律确信”；检察官诉塔迪奇案，第IT-94-1号案，关于辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议的裁决(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭)，1995年10月2日，第111-112段。利比亚美国石油公司(利美公司)诉阿拉伯利比亚共和国政府案，仲裁裁决(1977年)，62, ILR, 第140页起，详见第188页：“上述决议，若非一致的法律渊源，至少是各国对其自然资源主权的国际舆论最近主要趋势的证据”；德士古海外石油公司和加利福尼亚亚洲石油公司诉阿拉伯利比亚共和国政府案，1977年仲裁裁决，53, ILR, 第491-495页；Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第210-211页；Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第65页：“有人认为……事实上，辩论以及代表会员国在辩论中所作的发言，几乎总是比决议更具有相关性”；Pellet, “Article 38”, 第817和第825页：“在确定一条一般国际法的习惯规则时，有人建议……[国际组织各机关通过的决议]更多地表明法律确信，而不是确立一种实践……在评估它们的法律价值时，重要的因素不是它们说了什么，而是各国就其说了些什么”；Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, 第260页：“[大会]决议可以成为……一个寻找法律确信的有机机制，特别是与各国在其双边外交对话中往往不讨论这一概念的恼人倾向相比”；人权理事会任意拘留问题工作组的报告，A/HRC/22/44号文件，第43段；另见国际法学会委员会就有关联合国大会决议得出的关于“拟订具有规范性职能或目的的一般性多边公约和非合同文书”的结论(1987年开罗会议，第62卷，第二部分(Paris, Pedone, 1987)，第65-71页：“一项宣告法律的决议意图指出存在一项法规。特别是，它可能是确定或解释国际法的一种手段，它可能构成国际习惯的证据，或规定一般法律原则”(结论4)；“一项决议可能构成习惯法的证据或其要素之一(建立习惯的实践或法律确信)的证据，尤其当这一直是国家在通过这项决议时的意图，或适用的程序导致拟订出了一项关于法律的声明时”(结论20)；“决议所提供的[国际习惯]的证据是可辩驳的”(结论21)。Rosenne (*Practice and Methods of International Law*, 第112页)指出：“如想确定一国是否实际上已全部或部分地同意该决议，需要仔细审查通过该决议的机构的所有会议记录。”

<sup>270</sup> 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)，案情实质，判决，《1986年

际上在同意(或不赞成)决议案文时可能会有各种不同的动机：“对于宣告法律之决议的支持……将必须根据采取这种行动的情况加以评估。对宣告法律的决议投赞成票是否本身就是相信该决议表达了一条法律规则的结论性证据，这一点还远不明确”。<sup>271</sup>正如国际法院就联合国大会决议所指出：

即使不具有约束力，[这类决议]有时也有规范价值。在某些情况下，它们能提供重要证据，证明是否存在一项规则或出现一个法律确信。若要确定某项大会决议是否属于这种情况，有必要审视其内容和通过该决议的情况；还有必要了解在其规范特点方面是否存在法律确信。<sup>272</sup>

尽管对通过一项特定决议的措辞和具体情况进行调查的确是不可或缺的，但可以认为，在一般情况下，当各国投下“大量的否决票和弃权票时”，不存在对决议的规范性质普遍持有的法律确信；换言之，这类决议将“无法确立存在法律确信”。<sup>273</sup>同样，一项全体一致(或以压倒性多数和具有代表性多数)通过的决议可作为普遍持有的法律确信的证据。<sup>274</sup>此外，

国际法院汇编》，第14页起，详见第99页，第188段；另见第184页，第7段(阿戈法官的个别意见)：“同样，我感到必须对这一想法表示疑虑……接受在联合国或美洲国家组织框架内以及在其他情况下通过的某些决议或宣言，可以被视为确凿的证据，证明有关国家之间存在一致的法律确信，这一确信具有一项习惯国际法规则的所有约束力”；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)和准则4.4.2(对习惯国际法之下的权利和义务不产生效果)(《2011年……年鉴》，第二卷(第三部分)，第1段)。

<sup>271</sup> Schachter, “Entangled treaty and custom”, 第730页；另见Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第112页：“表决往往都是表达政治需要，而不是表明法律实际上需要这种表决，或含有任何法律必要确信的要素……或表明决议是法律的声明”；Hannikainen, “The collective factor as a promoter of customary international law”, 第138页：“绝大多数国际组织的决议只是正式建议。这对各国来说是众所周知的，国家对一项决议投赞成票可能有迥异的理由。这些理由可能包括政治权宜之计和不想被认为是持异见者。即使一项决议使用法律术语并提到所有国家的义务，一国投赞成票不能被视为法律确信的绝对证据。”

<sup>272</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第254-255段，第70段；另见美国东南部经销公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案(1986年3月27日)的综合意见：“联合国大会的决议对各国不直接具有约束力，而且通常不是习惯法的证据。然而，人们普遍同意这类决议在某些特定情况下可被视为国际习惯法的证据或除其他因素外，可以促进建立这样的法律”(ILM, vol. 25 (1986), 第633-634页)。

<sup>273</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页起，详见第255页，第71段。

<sup>274</sup> 另见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)对各国的法律后果案，咨询意见，《1971年国际法院汇编》，第16页起，详见第79页(阿蒙法官的个别意见)；在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案，咨询意见，《2004年国际法院汇编》，第136页起，详

如果一国不仅避免通过一项宣告法律的决议表示任何反对意见,而且还积极参与通过该决议,则完全可以认为该国将决议的规范性内容“接受为法律”。<sup>275</sup>最后,“一系列[载有一致意见的]决议可表明逐渐成为建立一条新的规则所需要的法律确信”;<sup>276</sup>当然,这也取决于具体情况。<sup>277</sup>

见第235-236页(哈苏奈法官的个别意见); Barboza, “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, 第5页:“这类[大会规范性决议]作为宣告习惯法或作为建立一种习惯的基础的可能性,确切地说取决于该决议通过时获得的多数票。如果是全体一致,或以协商一致方式通过的,这类决议与只有相对较少的成员国所达成的多边条约相比,更能代表国际舆论。”

<sup>275</sup> 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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第133页,第264段。

<sup>276</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页起,详见第255页,第70段;另见第532页(威拉曼特里法官的反对意见):“国际社会的主要代表机构——大会的声明本身并不能够成为法律,但在一系列决议中重复发表时……[它们]可为[何为习惯国际法规则的观点]提供加强性依据”;在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案,咨询意见,《2004年国际法院汇编》,第136页起,详见第236页(哈苏奈法官的个别意见):“[大量以压倒性多数或以协商一致方式通过的决议反复提出同样的意见]虽不具约束力,但产生法律效力并不断记录国际社会的法律确信”;西南非洲案,第二阶段,判决,《1966年国际法院汇编》,第6页起,详见第292页(田中法官的反对意见):“当然,我们不能承认单个决议、宣言、判决和裁决等对[国际]组织成员国具有约束力。习惯国际法需要的是不断重复同样的实践;因此,在这种情况下,在同一组织或不同组织中必须不断通过关于同一事项的决议和宣言等。在不断通过这类被视为表明各参与国的集体意愿的决议和宣言的同时,相较于采取规范进程的传统方法,当然可以更迅速和更准确地表达国际社会的意愿。这一产生习惯的集体、累积和有机进程,可以说是在通过公约立法和建立习惯的传统进程之间的中庸之道,并可以被视为在为国际法的发展方面发挥重要作用。总之,国际社会的主管机构关于《联合国宪章》的阐释所一再作出的诸如决议、宣言和决定等权威性声明,可以作为第三十八条第一项(丑)款所提到的国际习惯的证据”;Suy, “Innovations in international law-making processes”, 第190页:“[法律确信]也可以通过仅仅在嗣后各国核准的各项决议中重复各项原则而产生”。然而,见Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第112页:“如今国际机构的议程趋向于过于重复,当问题首次提出讨论时,一再投票成为一种对政策性决定的惰性反应”。请参照西撒哈拉案,咨询意见,《1975年国际法院汇编》,第12页起,详见第99页(阿蒙法官的个别意见):“大会至少在四项决议中确认了这一[为摆脱外国占领而]斗争的合法性……这些决议共同构成了一个习惯”;以及同上,第121页(迪拉德法官的个别意见):“即使某一特定的大会决议不具有约束力,但许多具有类似内容的决议在获得压倒多数投票支持和在一段时间内经常重复的累积影响,可能产生一般法律确信,并因此构成一条习惯国际法的规范。”

<sup>277</sup> 见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页起,详见第254-255页,以及第319-320页(施韦贝尔法官的反对意见):“以不同程度多数通过的[大会决议],而不顾持续和强有力的反对意见……这种反对意见由聚集了世界上许多军事和经济实力的国家以

77. 根据不作为来证明主观要素。也可通过不作为或弃权——当其在实践中代表同意或默许时——来确立“接受为法律”。<sup>278</sup>用杰拉德·菲茨莫里斯爵士的话来说:

显然,只有当没有反对意见意味着相关国家的同意、默许或容忍时,这种情况才有意义;但没有反对意见本身不一定或总是意味着这一点。它取决于是否存在如果不表示反对,就有可能被认为是同意或默许,因而必须提出反对的情况。这样的情况并非一成不变总是如此,特别是在有些情况下,实践或常例并不为其他国家所知晓,或在任何情况下都缺乏可推断其他国家了解相关实践或常例的众所周知的事实;又或者相关实践或常例的形式无法使得其他国家合理推断其真实的特点。<sup>279</sup>

及很大一部分人口组成,足以剥夺这些[大会]决议的法律权威性……不断重复通过的这类大会决议……实际上表明的是无法产生法律。当遇到持续和大量的反对意见时,重复大会的决议表明无法形成法律,也没有实际效果”;另见核试验案(澳大利亚诉法国),判决,《1974年国际法院汇编》,第253页起,详见第435-436页(法官加菲尔德·巴威克爵士的反对意见):“[有可能发生的情况是,]联合国的有关决议和国际舆论的其他表现形式,无论多么经常通过,数量有多少,有多么坚决,均不足以保障习惯国际法现在支持[某项规则]的观点”;另见Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第112页:“共识是一个特别令人误解的概念,因为无投票的形式因素常常掩盖了许多埋在会议记录中的保留意见,并往往只意味着就将使用的措辞,或这些措辞在句子中的位置达成了一致,但对这些措辞的含义和对整份文件的意图却没有达成共同意见,甚至存在分歧”;《伦敦原则声明》(上文脚注42)。

<sup>278</sup> 例如,见与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约解释案(第二阶段),咨询意见,《1950年国际法院汇编》,第221页起,详见第242页(里德法官的反对意见):“没有任何国家采取这一立场[即某一争端当事国可能会通过避免任命委员会代表而防止仲裁]之事实,最能证明在上文所列的仲裁事项中的国际常例或实践”;北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第232页(拉克斯法官的反对意见);Priebke, *Erich s/ solicitud de extradición* (阿根廷最高法院),第16.063/94号案,1995年11月2日,第90段;另见Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第48页:“考虑到所有有关情况,由其他国家对实践的容忍推断其被接受为法律是有道理的”;Charney, “Universal international law”, 第536页;赫德森法官(*The Permanent Court of International Justice, 1920-1942—A Treatise*, 第609页)写道,“其他国家当时未对作为习惯国际法要素之一的那一概念[采取行动的国家认为该实践是法律所要求的]提出质疑。”

<sup>279</sup> Fitzmaurice, “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54: general principles and sources of law”, 第33页,另见“荷花”号轮船案(法国/土耳其),第9号判决,1927年,常设国际法院,《A辑》,第10号,第28页:“只有这些弃权是基于它们[国家]意识到有弃权的责任时,才能谈论国际习惯”;北海大陆架案,判决,《1969年国际法院汇编》,第3页起,详见第73段:“虽然不批准有时可能不是因为积极反对有关公约,而是由于其他因素,但这难以构成可以暗示积极接受公约原则的依据:原因是猜测的,但事实不变。”Danilenko (*Law-making in the International Community*, 第108页)强调指出:“根据现有国际法,只有实践影响到不采取行动的国家的[直接或间接]利益与权利时,不抗议才意味着默许”。



78. 矛盾的实践(即实践不符合指称的习惯国际法规则)可能证明不存在“接受为法律”,<sup>280</sup>正如它可能有助于防止某种实践被视为既有规则一样。另一方面,不符合规则的实践可能是一次重申法律确信的机会——如果重申对于支持习惯规则来说是合理的。<sup>281</sup>

79. 某一特定国家(或国际组织)“接受为法律”的证据可能是不一致的;例如,“同一国的各级政府和法院可能对同一问题持不同意见,因此更加难以确定该国的法律确信”。<sup>282</sup>就实践而言,这种模棱两

<sup>280</sup> 另见核试验案(澳大利亚诉法国),判决,《1974年国际法院汇编》,第253页起,详见第305页(彼得伦法官的个别意见):“这些[进行过大气层核试验的]国家的行为证明,其政府并不认为习惯国际法禁止大气层核试验。”

<sup>281</sup> 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),案情实质,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页起,详见第106页和第108-109页,第202和第207段。

<sup>282</sup> 2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页起,详见第171页(范登·韦恩加尔特专案法官的反对意见)。

可的态度可能会损害该国(或政府间组织)在试图识别是否存在一条习惯国际法规则方面的法律确信的重要性。

80. 拟议的结论草案如下:

“结论草案11 ‘接受为法律’的证据

“1. 接受一般惯例作为法律的证据可采取各种各样的形式。这些形式可能根据规则的性质和应适用规则的情况而各异。

“2. 证据的形式包括但不限于各国表明什么是或不是习惯国际法规则的声明、外交信函、国家法院的判例、政府法律顾问的意见、国际法领域的正式出版物、条约实践以及与国际组织机构和国际会议的决议有关的行动。

“3. 不作为也可成为‘接受为法律’的证据。

“4. 在国家通过一项行动(包括不作为)来确定习惯国际法的规则时,这一事实并不妨碍该行动成为所涉实践被接受为法律的证据。”

## 第六章

### 今后的工作方案

81. 正如已经宣布的那样,<sup>283</sup>2015年的第三次报告将继续讨论习惯国际法的这两个要素(“一般惯例”和“接受为法律”),并根据这一专题在2014年的进展情况来讨论这两要素之间的关系。该报告将更加详细地讨论本报告所涉及的某些具体方面的问题,尤其是条约的作用、国际组织和会议的决议、乃至一般国际组织。第三次报告还将涵盖“一贯反对者”规则、“特别”或“区域”习惯国际法以及“双边习惯”。

82. 如第一次报告回顾的那样,委员会分别在1949年和1950年的第一届和第二届会议上,按照其《章程》第24条所规定的任务,审议了“使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段”专题。<sup>284</sup>这产生了一系列建议,这些建议已由大会通过,并且在今天仍然是重要的。<sup>285</sup>

<sup>283</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/663号文件,第102段。

<sup>284</sup> 同上。第9段。

<sup>285</sup> 另见,同上,A/CN.4/659号文件,第9-11段;以及同上,A/CN.4/663号文件,第9段。

83. 如上文所述,实践(和法律确信)的传播和查找在现代世界的环境中仍然是一个重要的实际问题。<sup>286</sup>因此,建议应通过表明在何处和如何能找到实践和“接受为法律”的事实来对结论草案进行补充。这类表明将描述可找到实践和法律确信的一些地方,例如具体国家的文摘和其它出版物,以及关于国际法具体领域的实践的出版物。

84. 特别报告员仍然致力于在2016年提交一份最后报告,在其中纳入根据2014年和2015年的辩论和决定编写的经修订的结论草案和评注,但他承认,正如委员会的一些成员所说的那样,这是一个雄心勃勃的工作方案。

<sup>286</sup> 例如,见Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第58-61页;Corten, *Méthodologie du droit international public*, 第149-178页。



## 附件

## 为习惯国际法的识别拟议的结论草案

## 第一部分

## 导言

## 结论草案1 范围

1. 本结论草案的主题是用以确定习惯国际法规则是否存在及其内容的方法。

2. 本结论草案不妨碍有关其他国际法渊源及强制性国际法规范(强行法)所涉问题的方法。”

## 结论草案2 术语的使用

为本结论草案的目的:

(a) “习惯国际法”指的是产生于并体现了被接受为法律的一般惯例的国际法规则;

(b) “国际组织”指的是政府间组织;

(c) ……

## 第二部分

## 两个构成要素

## 结论草案3 基本方法

为确定习惯国际法规则是否存在及其内容, 必须确定是否存在被接受为法律的一般惯例。

## 结论草案4 证据评估

在评估被接受为法律的一般惯例的证据时, 必须考虑到有关背景, 包括周围情况。

## 第三部分

## 一般惯例

## 结论草案5 实践的作用

关于必须存在一般惯例, 将其作为习惯国际法要素之一的要求意味着, 首先是国家实践促进了习惯国际法规则的创建或表述。

## 结论草案6 行为归属

国家实践包括可归于一国的行为, 不论此行为是行使行政、立法、司法还是任何其他职能。

## 结论草案7 实践的形式

1. 实践可能采取多种形式。既包括实际行动, 也包括语言。

2. 实践的表现形式除其他外包括: 国家的“实地”行为、外交行为和来往公文、立法行为、国家法院的判决、国际法领域的正式出版物、代表国家就编纂工作发表的声明、与条约有关的实践以及与国际组织的机关和会议的决议有关的行为。

3. 不作为也可视为实践。

4. 国际组织的行为(包括不作为)也可作为实践。

## 结论草案8 权衡与实践有关的证据

1. 实践的各种不同形式之间没有预先确定的等级。

2. 应考虑某一特定国家的所有现有实践。如果国家各机构不用一个声音讲话, 应赋予其实践较低的权重。

## 结论草案9 实践必须具备普遍性和一贯性

1. 要确立一项习惯国际法规则, 有关实践必须具有普遍性, 就是说必须足够普及和有代表性。该实践不必是普世的。

2. 实践必须大体上是一贯的。

3. 只要实践足够普遍和一贯, 就不要求特定的存在时间。

4. 在评估实践时, 需要对利益特别受到影响的国家的实践予以应有的考虑。

## 第四部分

## 接受为法律

## 结论草案10 “接受为法律”的作用

1. 关于一般惯例须被接受为法律的要求作为习惯国际法的一个要素, 意味着所涉实践必须伴有一种法律义务感。

2. “接受为法律”是区别习惯国际法规则与单纯习惯或常例的分水岭。

## 结论草案11 “接受为法律”的证据

1. 接受一般惯例作为法律的证据可采取各种各样的形式。这些形式可能根据规则的性质和应适用规则的情况而各异。

2. 证据的形式包括但不限于各国表明什么是或不是习惯国际法规则的声明、外交信函、国家法院

的判例、政府法律顾问的意见、国际法领域的正式出版物、条约实践以及与国际组织机构和国际会议的决议有关的行动。

3. 不作为也可成为“接受为法律”的证据。

4. 在国家通过一项行动(包括不作为)来确定习惯国际法的规则时,这一事实并不妨碍该行动成为所涉实践被接受为法律的证据。





# 与武装冲突有关的环境保护

[议程项目 10]

A/CN.4/674 号文件\*

## 特别报告员玛丽·雅各布松女士关于与武装冲突有关的环境保护专题的初步报告

[原文：英文]  
[2014年5月30日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	214
本报告引用的著作.....	216
	段 次
导言.....	1-7 216
章 次	
一、 该专题列入委员会工作方案和委员会先前磋商的情况.....	8-12 217
二、 第六委员会在第六十八届会议上的辩论情况.....	13-15 218
三、 对委员会特别想听取意见的具体问题的答复.....	16-22 219
四、 国家和国际组织的实践.....	23-48 220
A. 联合国维持和平行动.....	43-44 223
B. 北大西洋公约组织.....	45-46 223
C. 结论和免责声明.....	47-48 223
五、 报告的宗旨.....	49-57 223
六、 在委员会和联合国以往讨论基础上对该专题范围、方法和结果的一些反思.....	58-67 224
七、 术语的使用.....	68-86 226
A. “武装冲突”.....	69-78 226
B. “环境”.....	79-86 227
八、 需要参考的渊源和其他材料.....	87-93 228
九、 与委员会其他专题的关系，包括与本届会议议程上其他专题的关系.....	94-116 229
A. 《国际水道非航行使用法公约》.....	97-101 230
B. 跨界含水层法条款草案.....	102-105 230
C. 武装冲突对条约的影响条款草案.....	106-111 231
D. 预防危险活动的跨界损害条款草案.....	112 231
E. 关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案.....	113 232
F. 委员会的其他工作.....	114-116 232

\* 其中纳入了 A/CN.4/674/Corr.1 号文件的内容。

章 次	段 次	页 次
十、 环境原则和概念 .....	117-156	232
A. 可持续发展 .....	125-132	233
B. 预防和防范 .....	133-147	234
C. 谁污染谁付费 .....	148-149	237
D. 环境影响评估 .....	150-153	237
E. 尽责 .....	154-156	237
十一、 人权与环境 .....	157-166	238
十二、 今后的工作方案 .....	167-173	240
附件 参考书目选编 .....		240

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》[英](1907年10月18日, 海牙)	J.B. Scott (编), <i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , New York, Oxford University Press, 1915年, 第100页起。
《关税及贸易总协定》[英](1947年10月30日, 日内瓦)	联合国, 《条约汇编》, 第55卷, 第814号, 第187页。
关于保护战争受难者的日内瓦四公约[英](1949年8月12日, 日内瓦)	同上, 第75卷, 第970-973号, 第31页。
《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《第一公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)	同上, 第970号, 第31页。
《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《第二公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)	同上, 第971号, 第85页。
《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《第三公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)	同上, 第972号, 第135页。
《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《第四公约》)[英](1949年8月12日, 日内瓦)	同上, 第973号, 第287页。
《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》)[英](1977年6月8日, 日内瓦)	同上, 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难者的附加议定书》(《第二议定书》)[英](1977年6月8日, 日内瓦)	同上, 第17513号, 第609页。
《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日, 罗马)	同上, 第213卷, 第2889号, 第221页。
《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》[英](1954年5月14日, 海牙)	同上, 第249卷, 第3511号, 第215页。
《关于发生武装冲突时保护文化财产的议定书》[英](1954年5月14日, 海牙)	同上。
《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约的第二议定书》[英](1999年3月26日, 海牙)	同上, 第2253卷, 第3511号, 第172页。
《欧洲联盟运作条约》[英](1957年3月25日, 罗马)	<i>Official Journal of the European Union</i> , 合订本, 第C 326/47号, 2012年10月26日。
《建立欧洲经济共同体条约》[英](1957年3月25日, 罗马)	联合国, 《条约汇编》, 第298卷, 第4300号, 第3页。另见《建立欧洲共同体条约》的合订本, <i>Official Journal of the European Communities</i> , 第C 340号, 1997年11月10日, 第173页。

## 来源

- 《关于在独立国家内保护和融合土著和其他部族、半部族居民的(第107号)公约》[英](1957年6月26日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》,第328卷,第4738号,第247页。
- 《经济社会文化权利国际公约》(1966年12月16日,纽约) 同上,第993卷,第14531号,第3页。
- 《公民及政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月16日,伦敦) 同上,第999卷,第14668号,第171页。
- 《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969年11月22日,圣何塞) 同上,第1144卷,第17955号,第123页。
- 《〈美洲人权公约〉关于经济、社会和文化权利领域的附加议定书》(《圣萨尔瓦多议定书》)[英](1988年11月17日,圣萨尔瓦多) 美洲国家组织,《条约汇编》,第69号, OEA-Ser. A-44号文件。
- 《保护世界文化和自然遗产公约》[英](1972年11月16日,巴黎) 联合国,《条约汇编》,第1037卷,第15511号,第151页。
- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》[英](1972年12月29日,伦敦、墨西哥城、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第1046卷,第15749号,第120页。
- 《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》(1976年12月10日,纽约) 同上,第1108卷,第17119号,第151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》(1980年10月10日,日内瓦) 同上,第1342卷,第22495号,第137页。
- 《非洲人权和民族权宪章》[英](1981年6月27日,内罗毕) 同上,第1520卷,第26363号,第217页。
- 《关于独立国家土著和部落人民的(第169号)公约》[英](1989年6月27日,日内瓦) 同上,第1650卷,第28383号,第383页。
- 《越境环境影响评估公约》[英](1991年2月25日,埃斯波) 同上,第1989卷,第34028号,第309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。
- 《保护东北大西洋海洋环境公约》[英](1992年9月22日,巴黎) 同上,第2354卷,第42279号,第67页。
- 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》[英](1994年4月15日,马拉喀什) 联合国,《条约汇编》,第1867-1869卷,第31874号,第3页。
- 《实施卫生与植物卫生措施协定》[英](1994年4月15日,马拉喀什) 同上,第1867卷,第31874号,附件1A,第493页。
- 《国际水道非航行使用法公约》(1997年5月21日,纽约) 大会1997年5月21日第51/229号决议,附件。
- 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》[英](1998年6月25日,奥胡斯) 联合国,《条约汇编》,第2161卷,第37770号,第447页。
- 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日,罗马) 同上,第2187卷,第38544号,第3页。



## 本报告引用的著作

- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, and Catherine REDGEWELL  
*International Law and the Environment*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, Daniel  
*Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*. Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2003.
- BOWMAN, Michael  
“Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 41–61.
- DAS, Onita  
*Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
- DE SADELEER, Nicolas  
*EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- ELIAS, Olufemi  
“Environmental impact assessment”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 227–242.
- FRENCH, Duncan  
“Sustainable development”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 51–68.
- JENSEN, David, and Silja HALLE, EDS.  
*Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*. Nairobi, UNEP, 2012.
- KOROMA, Abdul G.  
“Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice”, in Jonas Ebbesson and others, eds., *International Law and Changing Perceptions of Security*, Liber Amicorum Said Mahmoudi, Leiden, Brill, 2014, pp. 189–201.
- MOORE, John Bassett, ed.  
*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. IV. Washington, D.C., Government Printing Office, 1898.
- OVIDO, Gonzalo, Luisa MAFFI, and Peter Bille LARSEN  
*Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity*. Gland, World Wide Fund for Nature, 2000.
- PLANT, Roger  
*Land Rights and Minorities*. Minority Rights Group International Report 94/2. London, Minority Rights Group, 1994.
- SANDS, Philippe  
*Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SCHWARTZ, Priscilla  
“The polluter-pays principle”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 243–257.
- TROUWBORST, Arie  
*Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*. International Environmental Law and Policy Series, vol. 62. The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- VOIGT, Christina  
*Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- WALEIJ, Annica and others  
*Greening Peace Operations—Policy and Practice*. Stockholm, Defence Research Agency, 2011.
- WARSTA, Matias  
“Towards sustainable defence—the strategic environmental protection plan of the Finnish defence forces”, in Matias Warsta, ed., *Conference Proceedings 2013: European Conference of Defence and the Environment*, Helsinki, Ministry of Defence of Finland, 2013, pp. 165–171.

## 导 言

1. 人们早已认识到，在武装冲突期间和之后发生的环境影响可能严重威胁具体个人和社区的生计、乃至生存。与武装冲突的许多其他后果不同，对环境危害可能是长期的和不可弥补的，这种危害可能阻碍有效地重建社会，破坏原始地区并扰乱重要的生态系统。<sup>1</sup>

2. 迄今为止，主要是从武装冲突法角度看在武装冲突中的环境保护问题。但是，这个角度过于狭窄，因为现代国际法承认，在武装冲突期间适用的国际法

律可能比武装冲突法更广泛。委员会在最近关于武装冲突对条约的影响的工作中也承认了这一点。这项工作的起点是，推定存在武装冲突并不当然终止或中止条约的运作。<sup>2</sup>

3. 鉴于与武装冲突相关的适用法律显然超出武装冲突法领域，为了找到解决具体法律问题的办法而将国际人道法视作特别法有时是不够的。或许还应适用其他国际法领域的法律，比如国际人权法和国际环境法。国际法院承认了这一点——尽管没有详细阐述一套规则何时优先于另一套规则：

<sup>1</sup> 见该专题的研究提纲，载于《2011年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件五。

<sup>2</sup> 同上，第100段，武装冲突对条约的影响条款草案第3条。

更广泛地说,法院认为,除《公民及政治权利国际公约》第四条规定的克减外,人权公约提供的保护在武装冲突中并没有停止。因此,关于国际人道法和人权法之间的关系,存在三种可能的情况:一些权利可能是专属国际人道法的事项;另一些权利可能是专属人权法的事项;而还有一些权利可能是属于国际法这两个分支的事项。为了回答向它提出的问题,法院必须对国际法的这两个分支——即人权法和作为特别法的国际人道法——都加以考虑。<sup>3</sup>

4. 国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中也认为,战时还必须考虑环境因素:

因此,法院认为,虽然有关保护和环境的现有国际法律没有明确禁止使用核武器,但这种法律显示,在执行适用于武装冲突的法律原则和规则时,必须适当考虑重要环境因素。<sup>4</sup>

法院在做出这一结论时回顾了法院在与请求根据1974年12月20日法院关于核试验案(新西兰诉法国)的判决第63段审查情势案相关的命令中得出的结论,其中指出它的结论“不妨碍各国尊重和保护自然环境的义务。”<sup>5</sup> 法院表示“虽然结论是在核试验的背景下做出的,但它也自然适用于在武装冲突中实际使用核武器的情形”。<sup>6</sup> 还应该指出的是,委员会在,除其

<sup>3</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案,咨询意见,《2004年国际法院汇编》,第136页起,详见第178页,第106段。

<sup>4</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注4),第243页,第33段。应该强调指出的是,与本专题相关的是法院的总体结论,即“在执行适用于武装冲突的法律原则和规则时,必须适当考虑重要环境因素”,而不是法院对某一具体武器的审议情况。

<sup>5</sup> 请求根据1974年12月20日法院关于核试验案(新西兰诉法国)的判决第63段审查情势案,《1995年国际法院汇编》,第288页起,详见第306页,第64段。

<sup>6</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注4),第226页起,详见第243页,第32段。

它外,关于国际法不成体系问题的工作中也承认了法院推理所依据的假设。<sup>7</sup>

5. 即使假设在武装冲突期间仅适用武装冲突法,该法律也包含了与武装冲突之前和之后采取的措施相关的规则。因此武装冲突法并不局限于武装冲突情形本身。据此,特别法(武装冲突法)的适用规则与国际法其他规则是并存的。<sup>8</sup>

6. 似乎没有国家或司法机构对平行适用人权法、难民法和环境法等国际法不同分支提出质疑。各国和各司法机构在如何确切适用这些法律领域方面也似乎尚无定论。关于如何平行适用这些法律,或断定何时特别法作为唯一适用的法律明显优先,各国和各司法机构采取了谨慎态度,这是可以理解的。与此同时,就这种不确定性进行分析并得出结论,是有必要的。

7. 自从近四十年前制定关于武装冲突中保护环境的具体规则——即《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》(下称“《改变环境技术公约》”)和《1949年8月12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》)——以来,法律和政治格局已经发生变化。当时,国际环境法处于萌芽阶段。而且,当时的武装冲突性质不同,大多数冲突属于国际冲突或解放战争,而今天最常见的是不同性质的非国际性武装冲突。在这种新的现实情况中适用现存的法律可能有些难度。

<sup>7</sup> 见国际法不成体系专题研究组的报告,《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第241-251段,以及A/CN.4/L.682和Corr.1及Add.1号文件(油印件;可查阅委员会网站,第五十八届会议文件;最终文本将作为《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分)增编出版)。

<sup>8</sup> A/CN.4/L.682号文件(见前注),第173段。

## 第一章

### 该专题列入委员会工作方案和委员会先前磋商的情况

8. 在上述背景下,委员会于2011年第六十三届会议上决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入其长期工作方案。<sup>9</sup> 该专题是根据委员会该届会

议工作报告附件五中所转载的提议纳入的。<sup>10</sup> 大会在2011年12月9日第66/98号决议第7段表示注意到委员会将该专题列入了其长期工作方案。

<sup>9</sup> 《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第365-367段。这意味着该专题符合委员会建议的专题选择标准。见《1998年……年鉴》,第二卷(第二部分),第113页,第553段。

<sup>10</sup> 见上文脚注1。

9. 在2013年第六十五届会议上,委员会决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入其工作方案,并决定任命玛丽·雅各布松女士为该专题的特别报告员。

10. 在该专题列入委员会长期工作方案后,委员会于2012年第六十四届会议期间开始以非正式磋商的形式审议该专题。2012年举行的非正式磋商为委员们提供了就该专题陈述意见的机会。这些非正式磋商显示,委员们赞成将该专题纳入委员会议程——没有任何委员反对纳入该专题。

11. 在2013年第六十五届会议上,委员会进行了更具实质性的非正式磋商。这些初步磋商为委员

会的委员们提供了反思并讨论今后工作方向的机会。讨论的工作内容包括范围和总体方法,包括将该工作划分为时间段,以及今后工作的时间表。设想的时间框架为三年,每年提出一份报告,以供委员会审议。

12. 特别报告员在非正式磋商的基础上向委员会提交了口头报告,委员会表示注意到该报告。<sup>11</sup>委员会还商定请各国提供实例,说明在国际性或非国际性武装冲突期间继续适用国际环境法、包括继续适用区域和双边条约的情况。<sup>12</sup>

<sup>11</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第76页,第133段。磋商于2013年6月6日和7月9日进行。

<sup>12</sup> 同上,第18页,第28段。

## 第二章

### 第六委员会在第六十八届会议上的辩论情况

13. 在大会第六十八届会议期间,约二十八个国家在第六委员会讨论了该专题,它们的讨论是以委员会第六十五届会议(2013年)工作报告为基础的。<sup>13</sup>大多数国家明确表示欢迎纳入该专题,一些国家作了实质性发言。<sup>14</sup>在辩论中发言的二十八个国家中,只有两个国家对决定纳入该专题表示了疑虑。<sup>15</sup>也有国家对该专题的范围以及其影响可能远远超出与武装

冲突有关的环境保护专题的风险表示了关切,<sup>16</sup>一个国家认为在这个法律领域,应该进行的是法律的逐渐发展。<sup>17</sup>

14. 整体而言,各国对时间阶段法和总体方法表示欢迎。一些国家强调指出各个不同阶段难以切割。<sup>18</sup>虽然有些国家表示倾向于以某个阶段为工作重点,但无法得出具有普遍性的结论。一些国家明确强调第二阶段(应在武装冲突期间采取的措施)不应该是工作的重点,因为已经存在处理武装冲突情况的规则和原则。一些国家<sup>19</sup>欢迎并强调必须既处理国际性武装冲突也处理非国际性武装冲突。一些国家表示,应该处理难民法或难民和国内流离失所者对环境造成的影响。<sup>20</sup>一些国家讨论了是否应该处理武器的问题,并在这个问题上表达了不同意见。<sup>21</sup>一个国家希

<sup>13</sup> 这些国家是:奥地利、比利时、古巴、捷克共和国、芬兰(代表北欧国家:丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)、法国、希腊、匈牙利、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、爱尔兰、意大利、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛文尼亚、南非、西班牙、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

<sup>14</sup> 例如:奥地利,《大会正式记录,第六十八届会议,第六委员会》,第23次会议(A/C.6/68/SR.23),第68段;古巴,同上,第25次会议(A/C.6/68/SR.25),第70段;芬兰(代表北欧国家),同上,第23次会议(A/C.6/68/SR.23),第44段;希腊,同上,第24次会议(A/C.6/68/SR.24),第46段;伊朗伊斯兰共和国,同上,第26次会议(A/C.6/68/SR.26),第8段;意大利,同上,第24次会议(A/C.6/68/SR.24),第2段;马来西亚,同上,第25次会议(A/C.6/68/SR.25),第29段;墨西哥,同上,第17段;新西兰,同上,第24次会议(A/C.6/68/SR.24),第102段;葡萄牙,同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第86段;以及南非,同上,第24次会议(A/C.6/68/SR.24),第24段。

<sup>15</sup> 俄罗斯联邦认为“国际人道法已有足够的规定”,而且“武装冲突之前和之后的时期被视为和平时期,在此期间,适用于环境保护的一般规则完全适用”,同上,第25次会议(A/C.6/68/SR.25),第47段。法国“重申了早些时候对与这一问题有关的工作的可行性所表示的疑虑”,同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第105段。

<sup>16</sup> 美国,同上,第23次会议(A/C.6/68/SR.23),第54段。

<sup>17</sup> 马来西亚,同上,第25次会议(A/C.6/68/SR.25),第29段。

<sup>18</sup> 这一观点与特别报告员2013年在给委员会的口头报告中所表达的立场一致,其中表示不同阶段之间不会有严格的分界线。见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第137段。

<sup>19</sup> 奥地利,《大会正式记录,第六十八届会议,第六委员会》,第23次会议(A/C.6/68/SR.23),第68段;南非,同上,第24次会议(A/C.6/68/SR.24),第28段;以及瑞士,同上,第23次会议(A/C.6/68/SR.23),第61段。

<sup>20</sup> 伊朗伊斯兰共和国,同上,第26次会议(A/C.6/68/SR.26),第9段和南非,同上,第24次会议(A/C.6/68/SR.24),第28段。

<sup>21</sup> 古巴(同上,第25次会议(A/C.6/68/SR.25),第70段),马来西亚(同上,第30段)和葡萄牙(同上,第23次会议(A/C.6/68/SR.23),第82段)认为应该处理武器问题,而奥地利



望委员会处理排雷问题。<sup>22</sup> 另一个国家强调必须考虑与环境损害有关的赔偿责任问题。<sup>23</sup> 一些国家还强调了战争对可持续发展的影响。<sup>24</sup> 一个国家希望列入文化财产的保护议题。<sup>25</sup>

(同上, 第23次会议(A/C.6/68/SR.23), 第69段)、罗马尼亚(同上, 第24次会议(A/C.6/68/SR.24), 第87段)、新加坡(同上, 第25次会议(A/C.6/68/SR.25), 第114段)和联合王国(同上, 第23次会议(A/C.6/68/SR.23), 第89段)则认为不应该列入武器问题。

<sup>22</sup> 伊朗伊斯兰共和国, 同上, 第26次会议(A/C.6/68/SR.26), 第9段。

<sup>23</sup> 新西兰, 同上, 第24次会议(A/C.6/68/SR.24), 第103段。

<sup>24</sup> 秘鲁, 同上, 第18次会议(A/C.6/68/SR.18), 第27段和南非, 同上, 第24次会议(A/C.6/68/SR.24), 第24段。

<sup>25</sup> 意大利, 同上, 第24次会议(A/C.6/68/SR.24), 第4段。

15. 一些国家谈到该专题工作的可能结果, 并表示倾向于提出准则草案, 而不是条款草案。<sup>26</sup> 有两个国家表示, 这不是一个适合起草公约草案的专题。<sup>27</sup> 但另一方面, 一个国家认为, 如果能够制定条款草案, 则将体现委员会该专题工作的丰硕成果。<sup>28</sup>

<sup>26</sup> 印度, 同上, 第19次会议(A/C.6/68/SR.19), 第21段; 意大利, 同上, 第24次会议(A/C.6/68/SR.24), 第5段; 以及新加坡, 同上, 第25次会议(A/C.6/68/SR.25), 第114段。

<sup>27</sup> 美国, 同上, 第23次会议(A/C.6/68/SR.23), 第55段; 以及西班牙, 同上, 第25次会议(A/C.6/68/SR.25), 第2段。2013年特别报告员在向委员会陈述该专题时也表示, 比较适当的做法可能是为该专题制定无约束力的准则。见《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第143段。

<sup>28</sup> 捷克共和国, 《大会正式记录……》, 第25次会议(A/C.6/68/SR.25), 第95段。

### 第三章

#### 对委员会特别想听取意见的具体问题的答复

16. 按照惯例, 委员会在其第六十五届会议工作报告中要求就委员会特别想听取意见的一些具体问题提供信息。委员会希望:<sup>29</sup>

各国提供资料, 说明在它们的实践中, 在涉及国际性或非国际性武装冲突时, 国际或国内环境法是否被解释为适用。委员会特别希望收到以下方面的例子:

(a) 条约、特别是有关的区域或双边条约;

(b) 与本专题有关的国内法律, 包括执行区域或双边条约的国内法律;

(c) 对武装冲突局势引起的争端适用国际或国内环境法的判例法。<sup>30</sup>

17. 下列国家已对委员会的要求作出答复: 博茨瓦纳、捷克共和国、<sup>31</sup> 萨尔瓦多、德国和墨西哥。

18. 博茨瓦纳告知委员会, 它不是处理武装冲突中的环境保护问题条约的当事国, 也没有就该事项实施过任何国内法。此外, 博茨瓦纳告知委员会, 其国内法院不曾处理过该问题。<sup>32</sup>

19. 萨尔瓦多的答复<sup>33</sup>分为三个部分:(a) 在国内一级采取的行动;(b) 在国际一级采取的行动;(c) 在区域一级采取的行动。《萨尔瓦多宪法》庄严规定国家有义务保护自然资源以及环境的多样性和完整性, 以确保可持续发展。此外,《宪法》规定, 保护、养护、合理利用、恢复或再造自然资源是涉及公共利益的事项。1998年的《环境法》<sup>34</sup>进一步体现了这一点, 该法律的意图是通过符合可持续经济和社会发展原则的现代法律条文, 全面处理环境问题。萨尔瓦多强调, 规定的义务是国家、各城镇和广大民众的基本义务; 确保萨尔瓦多执行已加入为当事国的这个领域的国际公约或条约。虽然《环境法》没有明确提到武装冲突中的环境保护问题, 但该法律的宗旨广泛, 其中包含各规范性文件所载义务。此外, 由于国家在这方面的义务直接来自《宪法》, 可以说保护环境的义务在任何时候都适用, 因为《宪法》没有任何关于例外或中止适用的条款, 即使在武装冲突期间也不例外。

20. 萨尔瓦多的结论是, 这反映了安全与环境保护之间不可分割的关系, 即使在按最严格定义不属于武装冲突的情形中, 这种关系依然存在。这种关系也存在反向效应: 环境威胁、尤其是自然灾害可能对安全产生负面影响, 因为这些威胁和灾害制造

<sup>29</sup> 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第28段。

<sup>30</sup> 同上。

<sup>31</sup> 2014年1月31日捷克共和国常驻代表团给秘书长的普通照会。

<sup>32</sup> 2014年1月24日博茨瓦纳共和国常驻联合国代表团给秘书长的普通照会。

<sup>33</sup> 2014年1月29日萨尔瓦多常驻联合国代表团给秘书处法律事务厅的普通照会。

<sup>34</sup> *Diario Oficial de la República de El Salvador*, 第339卷, 第79号, 1998年5月4日。

紧张局势，并将一些人排斥在外，使这些人别无选择，只能加入武装团体或从事各种犯罪活动。

21. 墨西哥表示在其作为当事国的双边和多边环境协定中没有规定与武装冲突有关的环境保护的具体义务。<sup>35</sup> 墨西哥回顾，《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》)禁止使用可能对环境造成严重和持久损害的作战手段，并重申《关于环境与发展的里约宣言》原则24。<sup>36</sup>

22. 德国提供了关于双边协定的信息，以及联邦环境署2001年就军事活动对环境的影响的法律管控所做的一项研究的信息，例如，德国指出“现有国

<sup>35</sup> 2014年2月26日墨西哥常驻联合国代表团给国际法委员会秘书处的普通照会。

<sup>36</sup> 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3至14日，里约热内卢》(A/CONF.151.26/Rev.1 (Vol. I)) (联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8)，决议1，附件一。

际法就战争对环境构成的当代危险所提供的保护有限”。<sup>37</sup> 德国还告知委员会在《2013年联邦武装部队三军武装冲突法手册》中谈到了影响环境的作战方法和手段。<sup>38</sup> 此外，德国提供了构成国家关于该问题实践的双边协定的引文，其中一项是德国与驻科索沃部队(驻科部队)/北约的协定，另一项是德国政府与阿富汗政府之间的协定。<sup>39</sup> 两项协定分别涉及在部署驻科部队和联邦武装部队期间产生的废物的出口问题。

<sup>37</sup> Bodansky, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, 执行摘要, 第2段。

<sup>38</sup> 2013年12月30日德国常驻联合国代表团给秘书长的普通照会。

<sup>39</sup> 1999年12月3日和2000年2月15日德意志联邦共和国政府与驻科部队/北约间就将驻科部队/北约部队产生的货物运往德国的关于进出欧洲联盟和在欧洲联盟境内的废物运输的监管与控制协定。后一协定是德意志联邦共和国政府与过渡时期阿富汗伊斯兰国政府于2002年7月6日和11月9日签订的，如德国常驻代表团在2013年12月30日的普通照会中提到的，该协定的内容是从阿富汗出口在部署联邦武装部队期间产生的废物以便以环境友好方式加以处理。

## 第四章

### 国家和国际组织的实践

23. 除各国应委员会邀请直接提供的资料之外，特别报告员还通过与各国和国际组织的沟通获取了资料。鉴于此类资料有助于对本报告阅读，因此在以下各节予以介绍。

24. 尽管各国对委员会2013年报告所提问题作出的答复数量有限，但特别报告员仍然深信很多国家已有着眼于与武装冲突有关的环境保护的立法或法规。首先，军队应受适用于和平时期局势的国家立法制约。武装部队是一个国家实体，很可能与该国的任何其他实体一样受相同法律的制约——尽管可能存在武装部队执行具体任务时适用的特别法规。其次，国际法义务和国家限制往往体现在国家武装部队的交战规则中。第三，在敌对行动停止之后，和平时期的法规再次成为默认适用的法规。除此之外还有关于清理和恢复的具体法规(例如，清扫雷区)。

25. 特别报告员希望各国针对委员会提出的问题进一步提供资料。同时，国家立法方面的几个实例或许值得一看。

26. 在第六委员会2013年的辩论期间，有些国家提到本国立法和(或)环境政策方面的考虑因素。

例如，美国表示“军方早就把保护环境列为优先事项，其目的不仅是确保维持军事战备所需的土地、水和空域的可用性，而且也为了子孙后代保护不可替代的资源”，并重申“除了纯环境原因外，出于军事、民事、健康和经济等多方面原因，宜将在武装冲突期间的环境保护作为一条政策事项\*。”<sup>40</sup>

27. 《中国人民解放军环境保护条例》中载有预防和减少环境污染及破坏的规定。该《条例》还规定了确保在研究和生产军事装备时遵守环境保护要求的义务，以及确保在试验、使用和销毁此类装备时，应当采取措施消除或者减轻对环境的污染和危害的义务。军队应实行(采用)环境影响评估制度，目的是涵盖各种活动，比如组织军事演习、试验军事装备、处理(军事)废物和工程建设等。该《条例》规定的措施看起来针对的是冲突前的情况，包括武器试验。这些措施似乎还(部分)满足了《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》)的要求。

<sup>40</sup> 《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，第23次会议(A/C.6/68/SR.23)，第54段。

28. 丹麦、芬兰、挪威和瑞典很早就在一般性环境问题以及武装冲突期间保护环境的具体问题上展开了互动协作。在2011年第三十一届红十字与红新月国际大会上,这些国家除其他外承诺“开展并支持一项协调一致的研究,重点强调现有法律框架对在当代武装冲突中保护自然环境的意义,并确定在这方面存在的任何空白。”<sup>41</sup> 挪威目前正在开展此类研究。<sup>42</sup>

29. 作为一般规则,丹麦武装部队必须遵守城市规划、能源和环境等领域的国家立法。不过,存在某些与军队有关的例外情况和具体法规。这方面的例子包括在空军基地和训练区附近安装风轮机,<sup>43</sup> 以及军事大院或军营可例外于危险物质管制令等。<sup>44</sup> 在有关环境保护的国家立法中,应提及环境损害赔偿法<sup>45</sup> 和一般环境保护法,其中第一条规定,该法的目的是促进保护自然和环境,以便社会能够在人类生活条件和动植物养护方面实现可持续发展。<sup>46</sup>

30. 除国家立法之外,丹麦国防部还有若干关于环境问题的战略和政策规定。环境战略指出,丹麦正在努力确保该国政策符合国际标准化组织(标准化组织)规定的环境标准。<sup>47</sup> 在2018年年底之前,国防部各司在实行环境管理方面应遵守这些标准。<sup>48</sup> 在国际行动中,武装部队遵守若干关于环境保护的国际标准和规定,比如北约制定的标准和规定。<sup>49</sup>

<sup>41</sup> 丹麦、芬兰、挪威和瑞典以及丹麦、芬兰、挪威和瑞典国家红十字会提交的第P1290号承诺,可查阅www.icrc.org/pledges。

<sup>42</sup> 挪威外交部已委托奥斯陆国际法和政策研究所开展这项研究。

<sup>43</sup> 2013年8月28日第1036号《航空法》,第67–68段(丹),可查阅www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=158058。

<sup>44</sup> 《风险行政令》(丹),可查阅www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=13011。

<sup>45</sup> 司法部,1994年4月6日关于环境损害赔偿的第225号法(丹),可查阅www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=59346。

<sup>46</sup> 2010年6月26日第879号《环境保护法》,可查阅www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=132218。

<sup>47</sup> 丹麦,国防部,《2012–2015年国防部环境与自然战略》(2012年,哥本哈根),第17页。可查阅www.fmn.dk/eng/news/Documents/Miljoe\_og\_naturstrategi\_2012-2015\_english.pdf。关于标准化组织有关环境保护的更多信息,见标准化组织,《Environmental Management: The ISO 14000 Family of International Standards》,可查阅www.iso.org/iso/theiso14000family\_2009.pdf。

<sup>48</sup> 丹麦,国防部,《2012–2015年国防部环境与自然战略》(见前注),第17页。

<sup>49</sup> 关于北约环境标准和政策的更多资料,见除其他外,www.nato.int/cps/en/natolive/topics\_80802.htm。

31. 在芬兰,大部分欧洲联盟和国家一级的环境立法都载有一些涉及军队的特别法规。芬兰国防军尽可能遵守环境立法。从理论上讲,为了确保环境立法不损害国防的可操作性和灵活性,豁免极为重要。不过,在实践中很少利用此类豁免。豁免的例子包括战斗机的噪音排放以及《废物法》规定的豁免情况。<sup>50</sup> 特别法规包括关于具体自然保护区的法律和法令允许军方使用这些保护区。<sup>51</sup> 欧洲联盟一级的一项重要豁免是作为《欧洲联盟化学品登记、评估、审批和限制条例》的一部分,允许对军用物资给予豁免。<sup>52</sup>

32. 同样在芬兰,在开展任何行动或重要军事训练之前都对环境问题和影响进行评估,这是行动规划程序的一部分,而且芬兰遵守北约现有的《标准化协议》,该文件详细规定了应该如何开展此类规划。<sup>53</sup> 此外,在国际部署行动之前开展环境基线研究。<sup>54</sup>

33. 芬兰国防部制定有一项政策,发布并定期更新其《社区和环境战略》。芬兰国防军和芬兰国防管理局建设部门均根据标准化组织的准则制定了自己的环境政策。有些卫戍部队拥有经标准化组织认证的环境管理制度,整个管理局都遵守标准化组织标准。芬兰国防军还制定了一项环境保护战略执行计划,<sup>55</sup> 并在近期系统制定了射击场和重武器射击区的环境保护措施。<sup>56</sup> 此外,国防部还定期发布环境报告。<sup>57</sup>

<sup>50</sup> 第646/2011号《废物法》,可查阅www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110646。

<sup>51</sup> 芬兰国防部与特别报告员之间的电子通信。

<sup>52</sup> 见欧洲议会和欧盟理事会2006年12月18日关于化学品登记、评估、审批和限制的第(EC) 1907/2006号条例,该条例设立了欧洲化学品管理局,修正了第1999/45/EC号指令,并撤销了欧盟理事会第(EEC) 793/93号指令、委员会第(EC) 1488/94号条例,以及理事会第76/769/EEC号指令和委员会第91/155/EEC、93/67/EEC、93/105/EC和第2000/21/EC号指令(《欧洲联盟公报》,2006年12月30日,第L 396号),第2条,第3款(在因国防需要而必须给予某些物资豁免的具体情形中,《条例》给予适用豁免的范围)。

<sup>53</sup> 见北约,《Standard Agreement STANAG 7141: Joint NATO Doctrine for Environmental Protection During NATO-led Military Activities, Edition 6》(2014年,布鲁塞尔)。

<sup>54</sup> 芬兰国防部与特别报告员之间的电子通信。此外,还应该指出的是,芬兰外交部是环境署在维持和平行动中环境保护领域工作的主要资助方。

<sup>55</sup> Warsta, “Towards sustainable defence—the strategic environmental protection plan of the Finnish defence forces.”

<sup>56</sup> 芬兰国防部估计,截至近期,环境保护投资中仅用于研发和设施开发的投资每年就大约有600万至700万欧元(芬兰国防部与特别报告员之间的电子通信)。

<sup>57</sup> 例如,见2010年至2012年期间的报告(芬),可查阅www.defmin.fi/files/2585/Puolustushallinnon\_ymparistoraportti



34. 挪威发布了一本武装部队环境保护手册<sup>58</sup>和关于同一专题的行动计划。<sup>59</sup>在下一出版物中,挪威国防部指出,由于很多环境问题具有跨境特征,因此必须找到跨国境的共同解决办法<sup>60</sup>。由于参与国际维持和平行动,还必须在制订环境保护框架和目标方面开展合作。<sup>61</sup>

35. 根据挪威武装部队的环境管理政策,应将环境考虑纳入所有规划和决策过程。<sup>62</sup>武装部队的环境政策建立在标准化组织关于该专题的标准的基础上。<sup>63</sup>此外,武装部队建立了一个环境数据库,各部队应不断向该数据库报告所有可能影响环境的活动、产品和服务。<sup>64</sup>

36. 挪威武装部队曾在因资源稀缺而发生冲突的地区开展行动,其在手册中指出,气候变化今后可能继续影响武装部队在受资源稀缺影响的地区行动中所开展的工作,或与源于此类地区的难民流有关的工作。<sup>65</sup>因此,为了了解当前冲突的背景以及避免这些地区的环境状况恶化,武装部队必须对全球和当地环境变化及环境状况有充分的认识。<sup>66</sup>

37. 手册提到环境署就战争对环境的有害影响开展了很多研究,并指出挪威武装部队在驻外期间不应该降低当地环境和自然资源的价值。当挪威的规定与行动区的规定存在分歧时,应尽可能适用最高标准,同时考虑到行动需要和其他相关条件。不过,手册也指出,很难充分了解外国的当地环境状况,因此建议应当咨询当地环境机构或掌握关于这一专题的相关资料的其他行为体,从而对特派团进行调整,以尽可能适应当地状况,并避免破坏环境。<sup>67</sup>

2010\_2012.pdf。

<sup>58</sup> 挪威武装部队, *Håndbok, Miljøvern i Forsvaret* (2013年,奥斯陆)。

<sup>59</sup> 挪威,国防部, *Handlingsplan-Forsvarets miljøvernarbeid*。

<sup>60</sup> 同上,第27页。

<sup>61</sup> 同上。

<sup>62</sup> 挪威武装部队, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret* (2011年,奥斯陆),第3.1段。

<sup>63</sup> 关于标准化组织有关环境保护的更多信息,见标准化组织, *Environmental Management: The ISO 14000 Family of International Standards* (上文脚注47)。

<sup>64</sup> 挪威武装部队, *Bestemmelser for miljøvern til bruk i Forsvaret* (见上文脚注62),第3.3段。

<sup>65</sup> 挪威武装部队, *Håndbok. Miljøvern i Forsvaret* (见上文脚注58),第17页。

<sup>66</sup> 同上。

<sup>67</sup> 同上,第48-49页。

38. 挪威于2005年禁止使用含铅子弹,并签订了一项在军事演习场地淘汰含铅弹药的自愿协定,这是该国减少有毒化学品工作的一部分。<sup>68</sup>

39. 瑞典武装部队必须遵守瑞典国家立法,即《环境法》、<sup>69</sup>其他国家立法、环境许可证以及内部规定。环境许可证可根据《环境法》颁发,一般由适当的省级行政管理委员会负责管理。<sup>70</sup>每名部队指挥官亲自负责确保环境许可证中规定的条件得到正确的遵守。<sup>71</sup>

40. 瑞典、芬兰和美国武装部队发布了环境保护手册和联合工具箱。<sup>72</sup>这些材料强调防止破坏环境的重要性,例如,通过对自然环境可能受到的破坏进行风险评估来防止破坏环境。工具箱关注的重点是以下技术专题:固体废物管理;危险材料和危险废物管理;水和废水管理;漏油预防和应急规划;文化财产保护以及自然资源保护。<sup>73</sup>瑞典武装部队还与挪威武装部队和其他行为体合作,在挪威北部举行了名为“寒冷反应”的联合军事演习。这种合作大幅度降低了受演习影响地区所受损害的代价。<sup>74</sup>

41. 自2006年以来,瑞典国防研究局一直在努力使联合国维持和平特派团适应环境议题,并使更多人认识到环境考虑(既是冲突的起因也是成功完成使命的因素)的重要性。<sup>75</sup>该机构为题为“*Greening Peace Operations – Policy and Practice*”的报告提供了资料。<sup>76</sup>

42. 除了各国提供的资料之外,特别报告员还直接从国际组织处获取了与国际组织相关的资料。

<sup>68</sup> 同上,第101页。

<sup>69</sup> 瑞典,《法典》,《环境法》(SFS 1998: 808)。

<sup>70</sup> 《环境法》,第9章,第8节。

<sup>71</sup> 瑞典国防部与特别报告员之间的电子通信。

<sup>72</sup> *Environmental Guidebook for Military Operations* (2008), 可查阅[www.defmin.fi/files/1256/Guidebook\\_final\\_printing\\_version.pdf](http://www.defmin.fi/files/1256/Guidebook_final_printing_version.pdf)。

<sup>73</sup> *Environmental Toolbox for Deploying Forces*, 芬兰、瑞典和美国国防环境专家三方合作制定。见[www.defmin.fi/files/2505/02\\_Heikkila\\_Sami.pdf](http://www.defmin.fi/files/2505/02_Heikkila_Sami.pdf)。

<sup>74</sup> 多年来,由于提高了对环境代价与破坏以及预防这些代价与破坏的认识,据估计这一代价已从大约1,000万瑞典克朗降至100万至200万瑞典克朗之间。

<sup>75</sup> 瑞典的参与可追溯到国防研究局几十年前的前身。

<sup>76</sup> Waleij等人, *Greening Peace Operations – Policy and Practice*。国防研究局是维持和平行动部和外勤支助部的合作伙伴。

### A. 联合国维持和平行动

43. 在联合国维持和平行动中，环境考量也很重要。维持和平行动部和外勤支助部均明确认识到维持和平行动可能对当地环境造成的破坏。因此，这两个部门正在积极合作，确保环境的可持续性。这两个部门联合制订了处理环境问题的总体政策。这两个部门及其合作伙伴近期指出，在综合行动管理中，需要采取更加明确和系统的做法来进行环境评估、监测和评价。

44. 完成的这些工作是秘书长绿动联合国倡议的一部分。2012年5月，环境署发布了题为“绿动蓝盔——环境、自然资源与联合国维和行动”的报告。该报告除其他外明确了联合国特派团可在调查和防止所关切问题方面发挥的重要作用，比如，确保联合国稳定特派团的卫生条件足以避免污染当地水道，<sup>77</sup>以及在刚果民主共和国防止砍伐森林和非法交易自然资源。<sup>78</sup>

### B. 北大西洋公约组织

45. 北约的所有行动计划都包括了环境考量，这些考量是行动计划的组成部分，建立在《北约军事原则和环境保护政策》的基础上，<sup>79</sup>其中指出世界各地对环境保护的关切“日益重要”，并表示“法律和法规对在有计划的活动中保护环境影响和减少高风险行为的重视不断加强。”<sup>80</sup>关于执行问题，《原则》指

<sup>77</sup> Jensen 和 Halle, *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*, 第8和第33页。

<sup>78</sup> 同上, 第37页。

<sup>79</sup> NATO Military Principles and Policies for Environmental Protection (MC 0469/1), 2011年10月。

<sup>80</sup> 第1段。

出战略指挥部负责与各国取得共识，将这些原则和政策纳入概念、指示和程序，鼓励北约各国和伙伴国家据此调整此类标准。<sup>81</sup>

46. 北约就这一主题和有关主题制作的其他参考资料和文件清单很长，说明北约对这些问题的考虑的深度和广度。<sup>82</sup>例如，北约的部队地位协定和其他类似安排也载有关于环境保护的规定。此外，北约还有很多涉及环境保护不同方面的标准化协议。<sup>83</sup>

### C. 结论和免责声明

47. 显然，迄今为止从各国获得的关于和平时期和国际和平行动期间的实践和政策资料数量有限，尚不足以宣称存在具有普遍性的实践，也不可能确立习惯国际法的证据。然而，这些资料说明各国和各国际组织在和平时期规划和开展军事行动时有顾及环境考量的意识和明确愿望。从这些法律和政策来源的日期可以看出，这是一种新的发展，反映出一种普遍认识，即环境方面的关切不容忽视。在事先未考虑环境因素的情况下就开展国际军事合作及维持和平行动，是无法想象的。尤其值得关注的是，这些实例来自不同地区。从北欧国家处获取的详细资料就是一个实例，不过，类似资料也可从其他地区获得。

48. 特别报告员仍然深信，更多国家已经或正在朝着同一方向发展，因此请那些尚未就委员会的邀请作出答复的国家据此提供资料。也欢迎各国和各国际组织与特别报告员直接联系。

<sup>81</sup> 第9段。

<sup>82</sup> 关于北约环境保护政策的更多资料，见 [www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_80802.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_80802.htm)。

<sup>83</sup> 北约法律事务办公室与特别报告员之间的电子通信。

## 第五章

### 本报告的宗旨

49. 这份初步报告将会为本专题的第一阶段——即适用于潜在武装冲突的相关规则和原则(和平时期义务)——提供一份概况介绍。由于本报告的关注重点是第一阶段，它将不涉及武装冲突期间采取的措施或冲突后措施本身，即使实施这些措施的必要准备行动有可能需要在武装冲突爆发前采取。

50. 本报告没有载列此专题的一般背景和理由。特别报告员认为这是不必要的重复并倾向于提及委员会关于第六十三届会议的工作报告中所载的研究

提纲。<sup>84</sup>这意味着本报告将不提及红十字委员会等其他机构的工作。同样，本报告也不讨论《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)<sup>85</sup>和《关于环境与发展的里约宣言》等重要文件。<sup>86</sup>

<sup>84</sup> 见上文脚注1。

<sup>85</sup> 见《联合国人类环境会议的报告，1972年6月5日至16日，斯德哥尔摩》(联合国出版物，出售品编号：E.73.II.A.14)，第一章。

<sup>86</sup> 关于条约和政治宣言汇编，见《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件五，附录一。

51. 在拟订本报告框架时，特别报告员考虑了以下内容：

- (a) 在委员会非正式磋商期间表达的看法；
- (b) 各国在第六委员会表达的看法；
- (c) 各国应委员会第六十五届会议工作报告第三章中的要求提交的书面资料；
- (d) 通过直接与国家和国际组织沟通获得的资料。

52. 本报告将审查一些与范围和方法有关的问题，以及某些术语的使用和有待审议的渊源，在此之后，报告将着手讨论此专题与委员会先前处理的一些其他专题的关系，例如：

- (a) 武装冲突对条约的影响；
- (b) 国际水道非航行使用；
- (c) 共有的自然资源；
- (d) 预防危险活动造成跨界损害以及危险活动所致跨界损害的损失分配。<sup>87</sup>

53. 本报告还将提及委员会正在开展的可能与本专题特别相关的工作。目的不是要重述委员会的工作，而是要提醒注意委员会已经开展了哪些工作，以酌情确保工作的一致性。

54. 报告随后将展开第一阶段的内容，确定国际环境法规定的现有法律义务和原则，它们可为减少潜在武装冲突造成的负面环境影响而采取的预防措施提供指导。关于防范和预防的原则和规则尤为重要，将较深入地对其进行介绍。此外，本报告还将简要介绍人权等其他国际法领域产生的与本专题相关的现有法律义务。这将包括可持续发展概念。

<sup>87</sup> 特别报告员在秘书处的协助下，确定了委员会先前审议的可能与本专题有关的问题。

55. 和平时期的法律完全适用于没有正在发生武装冲突的情况，因此，面临的挑战是识别那些与本专题相关的和平时期的规则和原则。在目前这一工作阶段，试图评价这些规则可以在多大程度上继续适用于(或影响到)武装冲突局势和武装冲突后局势还为时过早。例如，尽管进行环境影响评估的防范原则和义务在国际人道法项下有可比的义务，但在武装冲突法项下的这类规则与和平时期的义务大不相同。尽管如此，这类战争时期及和平时期义务的一部分基本目的和宗旨可以说是相当相似的。关于这类规则的比较将在之后有关本专题第二阶段的报告中进行。

56. 特别报告员的目的是将报告限于最重要的原则、概念和义务，而不是设法确定哪些公约在武装冲突期间继续适用。因此，特别报告员没有试图列出所有就保护环境或人权做出规定的国际或双边协定。<sup>88</sup> 这些条约完全适用于和平时期，这是报告的重点。

57. 值得回顾的是，从1976年起至今这一时期与本议题特别相关。1976年，《改变环境技术公约》获得通过。一年后，《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》)通过。这两份法律文书十分重要，因为它们明确规定在武装冲突中保护环境的第一批法律文书。<sup>89</sup> 这些文书中关于环境保护的条款是时代的产物，反映着当时出现的国际社会的利益和环境关切。<sup>90</sup>

<sup>88</sup> 相关条约和非条约实践的概况载于本专题的研究提纲，见上文脚注86。

<sup>89</sup> 截至本报告起草期间，该《议定书》共有174个当事国，《公约》有76个当事国。

<sup>90</sup> 这一点在本专题的研究提纲有所描述，见上文脚注1。

## 第六章

### 在委员会和联合国以往讨论基础上对该专题范围、方法和结果的一些反思

58. 委员会已在2013年第六十五届会议协商期间讨论了有关此专题的范围、方法和预期工作成果的问题。<sup>91</sup> 特别报告员坚持她在该届会议上首次提出的

<sup>91</sup> 见上文脚注1。这些讨论是在主席编写的一份非正式工作文件的基础上进行的。该文件应与2011年提交的本专题研究提纲合并阅读。

提案，即应从时间角度，而不是从特定国际法制度——如环境法、武装冲突法和人权法——的角度处理本专题。因此，建议委员会分三个时间段着手审议专题：武装冲突之前、期间和之后(分别为第一阶段、第二阶段和第三阶段)。所建议的办法是为了让专题较容易管理和界定。这种办法将使委员会能够清楚地确



定可能在武装冲突不同阶段出现的与该专题相关的具体法律问题。此外，这种办法可能有助于提出具体的结论或准则。

59. 特别报告员还坚持认为工作的主要重点应该是第一阶段，即那些与潜在武装冲突相关的和平时期的义务，以及第三阶段——冲突后措施。在审议第二阶段时，宜将重点放在非国际性武装冲突局势上。

60. 虽然在第六十五届会议期间委员会的委员们普遍欢迎按时间段处理此专题的办法，但他们对应给予每个阶段的相对权重表达了不同看法。一些成员强调第二阶段(武装冲突期间适用的规则)是最重要的阶段。其他委员则认为最重要的阶段是第一或第三阶段，或者两者都很重要。委员会内部意见的分歧与各国在第六委员会辩论期间的意见分歧类似。

61. 不过，正如特别报告员早前所指出的那样，虽然按阶段构思本专题将有助于委员会的工作，但不同阶段之间不可能有严格的分界线。这种分界线将是人为的，并不能准确反映相关法律规则如何运作。例如，武装冲突法包括武装冲突之前、期间和之后适用的规则。时间阶段法使这一专题更容易管理，并协助划定其范围。随着工作的进展，与不同时间段有关的法律规则如何交融在一起也将明朗化。

62. 归根结底，不论每一阶段的相对权重如何，委员会这一专题工作的出发点应保持不变：委员会不打算、也不能修改武装冲突法。实际上，有人提议委员会的工作应侧重于识别和澄清国际法规定的、与在以下情况下保护环境有关的指导原则和(或)义务：*(a)* 为潜在武装冲突做准备；*(b)* 实施武装冲突；以及*(c)* 与环境损害有关的冲突后措施。

63. 在进一步讨论之前，或许可以列举出特别报告员建议不纳入本专题范围的若干具体专题。特别报告员在努力拟订具体指导原则或结论(或本专题的成果可能采取的任何最后形式)时，始终意识到，出于实用性、程序性和实质性原因，需要对本专题的范围加以限制，因此有必要排除或谨慎处理某些议题。

64. 首先，有人提议本专题工作不涉及开采自然资源等环境压力导致或助长武装冲突爆发的情况。特别报告员的立场是关于武装冲突根源的讨论不属于本专题的范围。然而，这并不是说这些问题本身不是重要的议题。<sup>92</sup>

<sup>92</sup> 关于此问题的最近讨论，见Das, *Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development*

65. 此外，特别报告员不愿将保护文化遗产问题作为本专题的一部分进行讨论。保护文化财产受到特定国际公约、主要是通过教科文组织通过的公约的高度管制，而这些管制覆盖和平时期和武装冲突局势。<sup>93</sup> 不过，应当指出的是，一个国家<sup>94</sup> 和一些委员会委员鼓励特别报告员将文化遗产问题纳入本专题。

66. 在委员会2013年的非正式磋商中，一些委员告诫不要涉及武器问题，而一些委员则认为应该涉及。在第六委员会辩论期间也出现了类似情况。<sup>95</sup> 特别报告员保留她的看法，即处理具体武器的影响不应是本专题的重点。“武器”也不应作为一个单独问题处理。适用于武装冲突局势的武装冲突法在相同的法律依据上处理所有武器，即基本禁止使用造成过度伤害或不必要痛苦的武器、炮弹、材料和作战方法。它还禁止使用不能区分平民和军物体、其影响无法限制的武器。对哪些特定武器属于这一禁令范围的问题一直有不同的看法。因此，各国已选择就达姆弹、化学武器、地雷和激光致盲武器等具体武器签订特定条约。此外，各国缔结这类协定的理由也不尽相同。例如，关于如何看待协定和具体条款的看法可能有所不同：是将其视作一项裁军措施，一项武装冲突法措施，还是两者都是？这一灵活的理解对实现最终目标，即禁止或限制使用特定武器而言非常宝贵。

67. 最后，特别报告员的立场是，应当谨慎对待难民法问题，或更具体地说，应当谨慎对待难民和境内流离失所者造成的环境后果。由于各种原因，个人可能沦为难民和境内流离失所者，有些原因可能与武装冲突毫无关系。一个人无论其难民身份申请如何，难民营都可能会为他或她提供住所。但与此同时，必须承认，数百万人因为武装冲突而背井离乡，可能成为难民或境内流离失所者。逃离者以及难民和境内流离失所者营地造成的环境影响可能相当大，已经引起土地被毁的索偿要求。<sup>96</sup> 一些委员会委员和

*Perspective*，特别是其关于预警、早期行动和预防环境安全威胁的讨论(第三章，第66页起)。

<sup>93</sup> 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》及其《议定书》(1954年和1999年)。在发生武装冲突时保护文化财产委员会的任务之一是监督执行《第二议定书》。教科文组织有一个坚实构架，协助在武装冲突时期、包括在紧急行动中保护文化遗产。关于教科文组织活动的信息，可查阅 [www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage](http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage)。

<sup>94</sup> 意大利，《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，第24次会议(A/C.6/68/SR.24)，第4段。

<sup>95</sup> 见上文第二章。

<sup>96</sup> 本专题研究提纲承认这一点(见《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件五，第10段)。

若干国家认为应当讨论这类问题，特别报告员同意不能完全忽略这个问题。然而，鉴于此议题的复杂

性以及给予战争受害者的法律保护，特别报告员认为必须以谨慎的方式处理这类问题。

## 第七章 用 语

68. 此阶段需要注意的一个初步事项是“武装冲突”和“环境”等关键术语的定义。为便于讨论，在下文中拟议了定义草案。在这一工作阶段，提出这些建议草案的目的不是要获取委员会的准许把这些定义送交至起草委员会。这样做还为时过早。通常的做法是，在工作发展到一个较成熟阶段从而有可能对工作方向有一个较明智认识后，再完善并通过定义。与此同时，必须倾听委员会关于本报告中的建议草案的初步看法。此外，似乎还必须说明在界定这些术语时可能出现的一些问题。这些建议所依据的是委员会之前通过的一些定义。不用说，那些定义是在其特定背景下并为了将其纳入的工作目的而通过的。然而，它们是有帮助的，尤其是考虑到委员会为制订它们作出了相当大的努力。

### A. “武装冲突”

69. 委员会已在武装冲突对条约的影响条款草案中将“武装冲突”定义如下：

“武装冲突”是指国家间诉诸武力或政府当局与有组织武装团体之间长时间诉诸武力之情形。<sup>97</sup>

70. 这一定义是为该条款草案之目的而制订的。评注明确指出它反映了前南斯拉夫问题国际法庭在塔迪奇案的裁决中使用的定义。<sup>98</sup> 不过，法庭所提供的“定义”中的结论文字被省略了。在塔迪奇案的裁决中，法庭将武装冲突的存在描述如下：

国家间一旦诉诸武力或政府当局与有组织的武装集团之间或一国内部的此种集团之间\* 一旦发生持久的武装暴力行动，武装冲突即告存在。

71. 委员会决定在关于武装冲突对条约的影响工作中删除该定义[英文本]结尾处的用词(“或一国内部的此种集团之间”)，因为该套条款草案设想的是仅适用于至少有一个条约当事国牵涉其中的情

形。<sup>99</sup> 这一定义经过深刻分析和长时间讨论后获得通过。但是，它偏离了其他条约中所载的对“武装冲突”这一术语的诠释。<sup>100</sup> 一个突出的例子是《国际刑事法院罗马规约》。国际刑院除其他外对严重违反适用于非国际性质武装冲突法律和惯例的行为拥有管辖权。因此，《罗马规约》第八条第(二)款第6项适用于“在一国境内发生的武装冲突，如果政府当局与有组织武装集团之间，或这种集团相互之间长期进行武装冲突”。它不包括“内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他性质相同的行为”。<sup>101</sup> 因此，《罗马规约》对这一术语的使用与前南斯拉夫问题国际法庭在塔迪奇案中的用法几近相同。不过，前南问题国际法庭的定义却有别于红十字委员会的一项提议<sup>102</sup> 和国际法学会提出的定义。<sup>103</sup>

72. 对“武装冲突”这一术语用法的简短介绍表明，使用武装冲突对条约的影响条款草案中的定义可能不够充分。为本专题之目的，需要对这一定义进行修订，以纳入那些发生在有组织武装团体之间或“一国内部的这种团体之间”的冲突。这种修订将使定义符合或接近现载于《罗马规约》中、在塔迪奇案中使用过的定义。

<sup>99</sup> 《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，武装冲突对条约的影响条款草案第1条的评注第(4)段。

<sup>100</sup> 例如，见关于保护战争受难者的日内瓦四公约共同的第2条和共同第3条，以及《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难者的附加议定书》(《第二议定书》)第1条。

<sup>101</sup> 第八条第(二)款第6项。

<sup>102</sup> 红十字委员会拟议的定义(见“*How is the term ‘armed conflict’ defined in international humanitarian law?*”, 2008年3月，红十字委员会观点论文，可查阅 [www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf))如下：

“1. 一旦两个或更多国家之间诉诸武力，国际性武装冲突即告存在。

“2. 非国际性武装冲突是出现在政府武装部队与一个或多个武装团体部队之间或发生在一个国家[日内瓦四公约当事方]境内这种团体之间的长时间武装对抗。这种武装对抗须达到最低限度烈度且卷入冲突的各方须表现出最低限度的组织程度。”

<sup>103</sup> 1985年8月28日关于武装冲突对条约的影响的决议(国际法学会，《年鉴》，第61卷，第二部分，赫尔辛基会议(Paris, Pedone, 1986))。可查阅 [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org)。

<sup>97</sup> 同上，第100段，条款草案第2条(b)款。

<sup>98</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭，检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”案，案件编号IT-94-1-AR72，上诉分庭，关于辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议的裁决，1995年10月2日，*Judicial Reports 1994-1995*，第一卷，第429页，第70段。

73. 这就给委员会留下了下列相关选项：

(a) 采用关于武装冲突对条约的影响条款草案第2条中的定义，然后对其进行修订，以包括没有国家卷入的武装冲突情形；

(b) 规定两个单独定义，一个用于国际性武装冲突，一个用于非国际性武装冲突；

(c) 为本专题工作之目的，提供一个新定义；

(d) 完全不对“武装冲突”进行界定。

74. 特别报告员建议委员会从关于武装冲突对条约的影响条款草案第2条中所载定义出发，把没有国家参与的武装冲突情形包含在内。这将确保涵盖非国际性武装冲突。应当指出的是，关于武装冲突对条约的影响条款草案与目前的工作之间存在着密切的关联。正因为如此，任何偏离这些条款草案的举动都应当有正当理由并提供解释。

75. 第二个选项是规定两个定义，一个用于国际性武装冲突，一个用于非国际性武装冲突。红十字委员会提出的非国际性武装冲突的定义比出自塔迪奇案的“定义”更加精确。这主要是由于红十字委员会的定义中设立了门槛。为本专题之目的，把两类情形都包含在一个定义内应该就够了。

76. 第三个选项是为本专题工作之目的，规定一个全新的定义，这个选项对特别报告员的吸引力较小。在先前谈判所达成定义的基础上再接再厉并设法根据已通过的定义调整委员会的工作，意义要大得多。再添加另一种定义会有造成混乱的风险。

77. 最后一个选项是避免对“武装冲突”进行界定，这是另一种可能性。这一专题的成果将取决于已确立的先前定义，以及任何出自新条约和判例的进一步完善。

78. 经考虑上述情况，建议使用术语如下：

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

## B. “环境”

79. 委员会先前已在危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案中将“环境”一词定义如下：

“环境”包括非生物性和生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物，以及这些因素之间的相互作用，以及地貌的特征部分。<sup>104</sup>

80. 委员会注意到目前没有一个国际公认的环境定义，但认为采用一个“工作定义”是有益的。<sup>105</sup>为此，委员会选择了一个较广泛的定义。这意味着该定义不局限于空气、土壤、水、动植物等自然资源及其相互作用。在委员会通过的这一较为广泛的定义中还包括了环境价值。委员会选择纳入了“诸如地貌的美学方面等非服务价值”。<sup>106</sup>这包括享受大自然的天然美景和休闲特征以及与此种享受相关的机会。这种较广泛的办法因原则草案的一般及剩余性质而被认为是合理的。<sup>107</sup>

81. 值得注意的是，委员会在拟订上述定义时提到了《保护世界文化和自然遗产公约》。为该《公约》之目的，“自然遗产”被定义为：

— 从审美或科学角度看具有突出的普遍价值的由物质和生物结构或这类结构群组成的自然面貌；

— 从科学或保护角度看具有突出的普遍价值的地质和自然地理结构以及明确划为受威胁的动物和植物生境区；

— 从科学、保护或自然美角度看具有突出的普遍价值的天然名胜或明确划分的自然区域。<sup>108</sup>

82. 委员会采取全面做法也受到了国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中推理的启发：

认识到在环境保护领域，鉴于环境损害往往具有不可逆性质，并鉴于此类损害的赔偿机制本身内在的局限性，因此必须保持警惕和进行预防。<sup>109</sup>

83. 委员会对环境的定义经过精心分析和充分论证，是可以理解的。因此，特别报告员提议将其

<sup>104</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第69页，第66段，原则草案第2条(b)款。

<sup>105</sup> 同上，第81页，原则草案第2条的评注，第(19)段。

<sup>106</sup> 同上，原则草案第2条的评注，第(20)段。在此可引述一些资料，作为关于生物多样性所受损害物理分析基础制度的基本原理，其中包括Bowman, “Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”。关于对环境损害进行定义的不同办法，例如，见Sands, *Principles of International Environmental Law*, 第876-878页。

<sup>107</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第82页，原则草案第2条的评注，第(20)段。

<sup>108</sup> 《公约》第2条。

<sup>109</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院汇编》，第7页起，详见第140段。法院在这方面还提到需要注意代际和代内利益以及促进可持续发展理念的当代需求。



用作本专题的一个出发点。与此同时，应当指出的是，在武装冲突法领域中，关于环境保护的最重要条款之一提到的是“自然环境”，而不单是“环境”。根据《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》)第三十五条第三款(“基本原则”)，“禁止使用旨在或可能对自然环境\*引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段”。红十字委员会在对该条的评注中就限定词“自然”的使用进行了一些解释。“自然环境”有别于“人类环境”。“自然环境”指的是“生物机体及其无生命环境之间不可分割的相互关系统”，而对“人类环境”产生的效应则被理解为对“平民人口和生物机体的生命、发展和存活产生影响的外部条件和影响”的效应”。<sup>110</sup> 先前通过的《改变环境技术公约》在提及“环境”时未作出任何界定。<sup>111</sup>

<sup>110</sup> 红十字委员会对《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》)第35条的评注，第1451段。《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》，在序言中提到了“自然环境”。

<sup>111</sup> 在通过第35条时讨论了《公约》中“环境”的较广泛含义，尤见红十字委员会对《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》)第35条的评注，第1450-1452段。

84. 与“武装冲突”定义的情况一样，委员会因而也面临着以下选项：

(a) 使用危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案中的定义；

(b) 如果即将开展的工作有此要求，则改编危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案中的定义；

(c) 为本专题工作之目的，提供一个新定义；

(d) 完全不对“环境”进行界定。

85. 值得注意的是，委员会并未在关于国际水道非航行使用法的条款草案中就“环境”一词进行定义。虽说如此，但这个术语却被频繁使用。在关于跨界含水层法的条款草案中也是如此。在本专题的范畴内，定义很可能在划定委员会所得结论范围方面成为一件有价值的工具。

86. 特别报告员认为，危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案中所载的定义是一个有意义的出发点，因此建议将“环境”一词定义如下：

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

## 第八章

### 需要参考的渊源和其他材料

87. 关于这一专题的工作将必须借鉴，除其他外，条约法、国家及国际组织实践、习惯国际法、国际法通则、法院及法庭裁判和法律著述。在本专题的特定范畴内，应当简略叙述其中的每一种渊源。

88. 关于条约法，只有数量有限的条约直接对武装冲突中的环境保护进行了规范。这些条约可能可以归类为武装冲突法(国际人道法、占领法和中立法)产生的条约。与此形成对照的是，有大量条约和国家立法对环境事项进行了规范。其中一些条约和立法文书均含有对军队、军事行动或军用物资给与减免的规定。这种减免规定可以是直接制订的，例如在《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(《伦敦倾倒公约》)中。该《公约》明确指出它不适用于“根据国际法享有主权豁免的船舶和航空器”，而同时也要求船旗国“采取适当措施，确保其拥有或使用的这类

船舶和航空器按照本公约的宗旨和目的行动”，并“相应知会[国际海事]组织”。<sup>112</sup>

89. 关于习惯国际法，应当指出的是，鉴于军事规划和军事行动的性质，识别与本专题相关的习惯规则可能特别困难。大量实践和内部法规并不能自动被解释为习惯的表现，因为其中很可能缺少法律确信这一要素。无论是国家自身还是其公布的文件，都强调说借鉴了手册、导则和最佳做法等软性法律文书，<sup>113</sup> 但与这些文书平行存在的还有具约束力的国家立法和国际法律文书。不过，有时候软性和

<sup>112</sup> 第七条第4款。规定减免的条款属于另一种法律性质，不同于规定豁免的条款。

<sup>113</sup> 例如，见美国2013年11月4日在第六委员会的发言，《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，第23次会议(A/C.6/68/SR.23)，第47段起。

硬性法律文件中反映的规范也会有交集，而且手册、导则和最佳做法以及其他类似文件对军事行动的规划和实施也具有真正的影响。这种影响的一个特别意义是在一定程度上揭示了各国在这些事项上认识或立场的发展情况。最佳做法也可设立标准供法院或仲裁机构参考。

90. 特别报告员认为国际性法院和法庭的判决和裁决与这一专题尤其相关。但确定国家法院的实践将要困难得多。鉴于无疑存在着涉及国内立法的丰富国家判例，取得关于此类案件的进一步资料将是有益的。

91. 这项工作还将借助国际及区域组织在这方面的努力。若干联合国机构和国际组织参与了同武装冲突有关的环保工作，例如环境署、教科文组织和难民署以及红十字委员会。一些区域机构也是如此，其中包括非洲联盟、欧洲联盟、阿拉伯国家联盟和美洲国家组织。委员会的委员们支持并鼓励与这些机关、国际组织和区域机构进行磋商。<sup>114</sup> 特别报告员认为这类磋商有很大的帮助。因此，大多数这类磋商已经开展，并将随着工作的进展而继续进行。

<sup>114</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第142段。

不言而喻，这些机构以及相关国际法律机构和专业组织所做的工作<sup>115</sup>将是一项重要贡献。

92. 最后应当指出的是，本专题提出的问题已经过博学学者们广泛的法律分析和论述。特别报告员面临着两个主要挑战。第一个挑战是对学术著述的使用施加限制。第二个挑战是确保世界各大法律体系的观点都得到适当考虑。这是两个针锋相对的挑战。一个是要限制材料的范围，另一个是扩大对材料的搜寻。为应对这些挑战，特别报告员将有系统地找出来自不同区域的法律分析和评注，而不是援引历来就此专题发表的所有材料。这意味着并非所有被研究过的文献都列入了本报告脚注。不过，特别报告员在本报告中附上了一份全面但非穷尽的参考书目。

93. 尽管特别报告员积极搜寻，但找到出自不同区域的著述构成了挑战。特别报告员曾鼓励委员会的同事们和大会第六委员会的代表们向特别报告员提供信息，但除少数例外之外，特别报告员未能成功，因此，她将继续这一呼吁。

<sup>115</sup> 国际法协会、国际法学会、国际自然保护联盟、国际环境法理事会和环境法学会等其他机构的工作也得到了并将继续得到考虑。

## 第九章

### 与委员会其他专题的关系，包括与本届会议议程上其他专题的关系<sup>116</sup>

94. 在其以往工作中，委员会处理了与当前专题有关的一些问题，其中包括：

- 武装冲突对条约的影响；<sup>116</sup>

<sup>116</sup> 特别报告员选择限制对委员会以往工作的描述和评论，原因是这可以在其正式文件中找到。此外，秘书处就这些专题中的若干专题编制的备忘录是很有价值的。例如，见关于武装冲突对条约的影响备忘录：对实践和理论的审查(A/CN.4/550和Corr.1-2)(可查阅委员会网站，第六十八届会议文件；最终文本将作为《2005年……年鉴》，第二卷(第一部分)的增编出版)；关于危害人类和平及安全治罪法草案的备忘录(《1950年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/39号文件)和危害人类和平及安全治罪法草案：相关国际文书汇编(A/CN.4/368和Add.1号文件，油印件)；秘书处编制的“国际法庭关于国家责任的裁决摘要”补编(《1969年……年鉴》[英]，第二卷，A/CN.4/208号文件)以及秘书处关于“不可抗力”和“意外事件”作为解除行为不法性情况的研究：对国家实践，国际法律裁决

- 国际水道非航行使用；
- 共有的自然资源(跨界含水层法)；
- 国际法不成体系；
- 国家对国际不法行为的责任；
- 国家及其财产管辖豁免；
- 海洋法。

95. 此外，预防危险活动造成的跨界损害(2001年)和危险活动引起跨界损害情况下的损失分配(2006年)这两个专题在这方面也具有相关性。

和学说的调查(《1978年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/315号文件)。

96. 在本报告中,特别报告员希望重申委员会先前通过的一些结论和评注与本专题直接相关。本报告将不述及危害人类和平及安全治罪法草案、国际法不成体系和国家责任等其他专题,因为特别报告员希望在之后的报告中再来讨论这些专题。

#### A. 《国际水道非航行使用法公约》

97. 《国际水道非航行使用法公约》(1997年《水道公约》)明确规定在武装冲突期间保护国际水道和设施。特别是该《公约》第29条明确规定“国际水道和有关的设施、装置和其他工程,应享有适用于国际及国内武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护,并且不得用于违反这些原则和规则”。

98. 委员会编写的国际水道非航行使用法草案第29条的评注确认,该条草案没有规定任何新的规则,而是要“提醒一下在国际和国内武装冲突中适用的国际法原则和规则载有关于国际水道和有关工程的重要条款”。<sup>117</sup>委员会很谨慎,努力避免损害现有的武装冲突法范围,<sup>118</sup>同时申明“即使在武装冲突期间这些条款仍然有效。在这期间水道国有义务按照本条款保护和使用的国际水道和有关工程”。<sup>119</sup>

99. 正如评注所述,武装冲突可能“影响到水道和水道国对水道的保护和使用的”。<sup>120</sup>在这种情况下,适用规范武装冲突的规则和原则。评注具体列明了各公约中体现的这些规则和原则的例子。这些例子包括:1907年《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》;《1949年8月12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》)以及“马顿斯条款”。<sup>121</sup>虽然这些公约并不直接适用于非国际性武装冲突,但委员会似乎表示,尽管没有说明保护的义务,该义务在非国际性武装冲突中是适当的。

100. 委员会认识到,在武装冲突期间,各国在试图通过直接接触履行合作义务时,可能面对严重的障碍。然而,这些困难不能消除各国进行合作的义

<sup>117</sup> 见《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第130-131页,国际水道非航行使用法草案第29条的评注,第(1)段。

<sup>118</sup> 据认为制定关于该专题的详细管控规则超出了该文书的范围,见同上。

<sup>119</sup> 同上,第29条草案的评注第(3)段。

<sup>120</sup> 同上。

<sup>121</sup> 同上。

务。<sup>122</sup>正是出于这一原因,委员会纳入了一条一般性保留条款,明确规定了间接程序。<sup>123</sup>这些程序是为了解决在武装冲突期间或在国家间没有外交关系时直接交流数据、资料和其他程序的问题。与之相关,这一保留条款规定水道国没有提供对国防或国家安全至关重要的数据和资料之义务,但进行善意合作的义务仍然适用。<sup>124</sup>

101. 在发生与使用国际水道有关的冲突情况下,应尤其顾及“维持生命所必需的人的需求”。<sup>125</sup>委员会的解释是,这一规定与马顿斯条款的规定相同。<sup>126</sup>

#### B. 跨界含水层法条款草案

102. 跨界含水层法条款草案也在第18条草案中规定在武装冲突期间提供特别保护。特别重要的是,该条款规定:

跨界含水层或含水层系统及有关设备、设施和其他工程应享有适用于国际性和非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护,并且不得以违反这些原则和规则的方式加以使用。<sup>127</sup>

103. 第18条草案是按照《国际水道非航行使用法公约》第29条编写的。这两个条款的案文几乎一样。<sup>128</sup>此外,第18条草案的评注在某种程度上也与国际水道非航行使用法第29条评注中的措辞类似。<sup>129</sup>两条评注中提到的适用法律相同,如1907年《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》、《1949年8月12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》)、《1949年8月12日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的

<sup>122</sup> 同上,第109页,第9条草案的评注第(3)段。注意合作义务超出了第9条的范围。

<sup>123</sup> 见同上,第9条草案的评注。类似的例外也出现在其他条约中,如《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》),第4条第4款(b)项。

<sup>124</sup> 《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第131-132页,国际水道非航行使用法草案第31条。

<sup>125</sup> 同上,第111页,第10条草案第2款。

<sup>126</sup> 同上,第131页,第29条草案的评注第(3)段。

<sup>127</sup> 《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第42页。

<sup>128</sup> 唯一的区别是使用“非国际性武装冲突”这一术语,而不是“国内武装冲突”。

<sup>129</sup> 《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第130-131页。



附加议定书》(《第二议定书》),以及马顿斯条款。<sup>130</sup>此外,跨界含水层法条款草案在评注中明确指出,含水层国家保护和利用跨界含水层和相关工程的义务“即使在武装冲突时期也应有效”。<sup>131</sup>这提醒各国武装冲突法的可适用性。

104. 与1997年《水道公约》类似,跨界含水层法条款草案规定了例外情况,即国家没有义务提供对其国防或国家安全至关重要的数据和信息。与此同时,它规定各国有义务“同其他国家善意合作,视情况尽可能提供资料”。<sup>132</sup>

105. 重要的是,《国际水道非航行使用法公约》和跨界含水层法条款在国际和非国际性武装冲突局势下都适用。尽管武装冲突法适用,国家仍然有合作的义务。这两项公约清楚地规定人类的需要优先于其他用途。

### C. 武装冲突对条约的影响条款草案

106. 武装冲突对条约的影响条款草案<sup>133</sup>的出发点是假设武装冲突的存在并不当然终止或中止条约的施行——正如其第3条草案所规定的那样。但是,在这些条款草案中,委员会选择不明确指出将继续施行的具体条约,而是制定了一个条约指示性清单,其“主题事项含有这些条约在武装冲突期间继续全部或部分施行之意”,并将这一条约清单纳入了条款草案的附件中(第7条草案)。<sup>134</sup>

107. 然而,委员会在第6条中谈到了指明条约是否可能被终止、退出或中止的因素。委员会认为应考虑所有有关因素,包括:

<sup>130</sup> 《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50页,跨界含水层法条款草案第18条草案的评注,第(3)段。

<sup>131</sup> 同上,第50页。

<sup>132</sup> 同上,第50页,第19条草案。委员会讨论是否应使用“必要(essential)”一词界定“保密(confidentiality)”,但决定“没有令人信服的理由偏离1997年《水道公约》的用语”(同上,第19条草案评注,第(1)段)。

<sup>133</sup> 《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第108页。

<sup>134</sup> 同上,第115页,武装冲突对条约的影响条款草案第7条(“条约因其主题事项而继续施行”)以及列入附件的条约指示性清单。该清单包括与下述事项相关的条约:国际环境保护、国际水道以及有关装置和设施、含水层以及有关装置和设施、人权、国际刑事司法以及,出于显而易见的原因,与武装冲突有关的条约,其中包括国际人道法。

(a) 条约的性质,特别是其主题事项、目的和宗旨、内容和条约缔约方数目;

(b) 武装冲突的特征,例如其地域范围、规模和激烈程度、持续时间,如果涉及非国际性武装冲突,还应考虑外部介入的程度。

108. 条款草案第3、第6和第7条以及载有条约指示性清单的附件合并起来的效果是,由于其主题事项,多个与保护环境有关的条约类别可以继续武装冲突期间施行。

109. 第3条草案中载有最重要的结论,即:

在下列缔约国之间,条约的施行不因武装冲突的存在而当然终止或中止:

(a) 武装冲突当事国之间;

(b) 武装冲突当事国与非当事国之间。

110. 这一结论有两重意义:第一是条约在武装冲突期间不会自动终止或中止。也就是说,那些参与冲突的国家并不自动失去各项条约赋予的这些权利和义务。第二点是条约可以被终止或中止。

111. 尽管有关武装冲突对条约的影响工作具有特别重要的意义,它确实有其局限性。第一,它规范的只是国家之间的条约关系。第二,它没有回答在武装冲突期间哪些习惯国际法规则以及国际法原则继续适用的问题。此外,除一个例外情况外,该条款草案涉及的是武装冲突期间的局势。<sup>135</sup>

### D. 预防危险活动的跨界损害条款草案

112. 预防危险活动的跨界损害条款草案<sup>136</sup>没有讨论其在武装冲突期间的适用问题。根据关于范围的第1条草案,该套条款草案适用于“国际法不加禁止的,其有形后果有造成重大跨界损害的危险的行动”。条款草案或其评注都没有明确排除武装冲突局势。不过,评注就有关预防的第3条草案中所载的尽责原则进行了重要讨论。<sup>137</sup>这一讨论提到了阿拉巴马号案。<sup>138</sup>尽管如此,仍然不能得出结论认为条款

<sup>135</sup> 见同上,第118页,第13条草案,该条涉及武装冲突结束后条约关系的恢复生效或施行。

<sup>136</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第97段。

<sup>137</sup> 同上,第175页,第3条草案的评注第(9)段。

<sup>138</sup> 同上。尽责是一项既适用于平时也适用于武装冲突形势的法律规范。关于阿拉巴马号案,见Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, 第4144页起。

草案的意图是规范各国在武装冲突中的行为。其侧重点似乎是和平时期的监管。

#### E. 关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案

113. 危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案<sup>139</sup>将“损害”定义为包括对人身、财产或环境造成的重大损害。其中包括环境受损而引起损失或损害；为恢复财产或环境、包括为恢复自然资源而采取的合理措施的费用；以及合理应对措施的费用。<sup>140</sup>与之相关，原则草案第4条的评注给出了一个例外情况：如果损害是武装冲突、敌对行为、内战或叛乱所致，则不适用及时和充分的赔偿责任。<sup>141</sup>

<sup>139</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第66段。

<sup>140</sup> 同上，第76页，原则草案第2条(a)项第(iii)至第(v)目。另见，同上，第79页，原则草案第2条关于在战争时期保护文化财产的评注，第(10)段。

<sup>141</sup> 同上，第94页，原则草案第4条的评注，第(27)段。特别是，见脚注439中给出的例子。

#### F. 委员会的其他工作

114. 委员会其他以往相关工作，如关于国家及其财产管辖豁免的条款草案，以及关于海洋法的条款草案，将在与之有关的情况中涉及。

115. 此外，委员会将获益于目前正在开展的关于在发生灾害时的人员保护工作及其结论。关于人类尊严、人权、人道主义原则和合作义务(包括合作形式)等事项的条款草案的工作将会特别具有意义。<sup>142</sup>

116. 委员会还可从正在开展的保护大气层工作中受益，因为这两个专题都涉及保护环境。不过，两个专题不太可能重叠，因为与本专题相比，保护大气层专题更为全面且性质有所不同。委员会当前工作方案中的其他专题，特别是与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践以及习惯国际法的识别也对这一专题有所帮助。

<sup>142</sup> 见《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第288段，发生灾害时的人员保护条款草案第5-10条。

## 第十章

### 环境原则和概念

117. 应首先指出的是，本章的目的是回顾可能在武装冲突期间继续适用的国际法原则和概念，不会涉及它们可能适用的程度。在目前的初期阶段，本报告无意得出任何最终结论。相反，报告的目的是协助促进委员会即将进行的讨论。

118. 引用环境法原则或人权原则是出于方便的目的。这些引用并不意味着断言它们是自成体系的制度。正如委员会关于不成体系问题的研究所阐述的：

“国际环境法”是否应被划分为国际法的一个特别部门且适用比较狭义的释法原则，还是仅仅作为环境条约或习惯规则的总汇，这个问题或许显得过于抽象，没有多少实际意义。将武装冲突方面的法律称之为特别法或者自足制度的标准做法，或甚至将之看作是“一套偏离国际公法的规则”，大大扩大了条约法等一般规则受影响的范围。<sup>143</sup>

119. 在平时时期，即武装冲突之前和之后，条约显然可不受限制地适用，只要当事方同意接受其约

束。此外，习惯国际法也同样适用。从这一角度来看，似乎谈论冲突前和冲突后阶段是多余之举。<sup>144</sup>然而，情况并非如此。谈论冲突前和冲突后阶段恰恰是因为有关它们与武装冲突法平行适用的问题存在着不确定性。如曾多次指出的那样，关于武装冲突法的条约中的某些规定适用于和平时期。

120. 由于明显的原因，难以列出所有现存的“环境”和“人权”条约并讨论它们在和平时期的可适用性。试图全面描绘这些文书之间、条约当事国以及当事国保留等等之间的相互作用则是一项更为艰巨的任务。这种工作将毫无意义，因为它试图击中的是一个正在移动的目标。此外，这样做只能呈现法律场景的一部分，因为习惯法和判例法都将被排除在外。

<sup>144</sup> 在第六委员会辩论期间，俄罗斯联邦表示，“关于与武装冲突有关的环境保护专题，国际人道法已有足够的规定，因为武装冲突之前和之后的时期被视为和平时期，在此期间，适用于环境保护的一般规则完全适用”(《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，第25次会议(A/C.6/68/SR.25)，第47段)。

<sup>143</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告，A/CN.4/L.682和Corr.1以及Add.1号文件(见上文脚注7)，第133段。

121. 在这一阶段的工作中,更具建设性的做法可能是尝试追踪许多已被写入条约或者已经获得或可能获得习惯国际法地位的原则和概念的总体发展。

122. 必须指出的是,与本专题相关的环境法原则和概念是不精确和模糊的,并且很少提供确切的答案和解决办法,但它们的确存在。本章的目的是回顾自《改变环境技术公约》和《1949年8月12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》)通过以来最为显著的发展路线。

123. 关于诸如可持续发展或防范这样的政治概念是否已经成为一条法律原则,往往是国家和学者们的辩论主题。各法院和法庭对某一概念的地位持有不同意见的情况并不罕见。意见的分歧并不妨碍它们应用其对法律的理解。防范原则是这方面一个良好例子。因此,特别报告员在本报告中既提及“原则”也提及“概念”。

124. 如上文所述,特别报告员认为各国际性法院和法庭的判决和裁决具有特别重要的意义。国内法院的实践则较难确定。显然,在国内立法方面肯定存在丰富的国家判例,但这并不一定有助于确定它们是否反映出某一国家关于国际法的立场。各国并未提供这方面的资料。因此,本报告援引的是国际判决。

### A. 可持续发展

125. 可持续发展是保护环境及其资源与人类需求之间的必要联系。它有一个明显的代际因素。无论使用什么资源,其使用方式都应确保这些资源能够持续不止一段有限的时间,即不止一个世代。

126. 人们常常强调“可持续发展”是一个政治和社会经济的概念而不是法律原则。<sup>145</sup>因此,这一概念的法律地位有待辩论。提及“可持续发展原则”并不一定意味着这一术语的使用者在特指一条法律原则——这种提及很有可能带有政治内涵。总之,关于这一概念是否具有法律含义存在着不同的看法,还有人持有更加怀疑的态度。

127. 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中谈到了这一点:

从古至今,人类出于经济和其他原因,不断干涉自然。在过去,这种干涉往往是在没有考虑对环境影响的情况下实施的。由于出现新的科学见解,以及人们日益认识到以一种不加考虑、毫不减弱的速度实施这种干预给人类今世后代带来的风险,过去二十年间已经制订了新的规范和标准,载于大量文书中。各国在考虑开展新的活动时,以及在继续开展始于过去的活动时,都必须考虑到这些新规范,并给予这些新标准适当的重视。这种协调经济发展与环境保护的需要在可持续发展概念中得到了恰当的体现。<sup>146</sup>

128. 国际法院没有就可持续发展的法律地位问题采取立场,但威拉曼特里副院长在其个别意见中采取了明确的立场,认为可持续发展是一项法律原则以及国际法的“一个必要组成部分”。<sup>147</sup>

129. 十多年后,国际法院在纸浆厂案中处理了可持续发展问题,其中提到“公平合理利用共有资源与经济发展和环境保护的平衡即可可持续发展的本质之间的相互联系”。<sup>148</sup>虽然国际法院并未提到可持续发展是一条一般国际法原则,但哈苏奈法官和西马法官在其联合反对意见中提到了可持续发展原则。<sup>149</sup>此外,坎卡多·特林达德法官将其个别意见的全部篇幅用于国际法原则,其中专门讨论了可持续发展作为一条国际法原则的问题。<sup>150</sup>

130. 正如科罗马(前)法官所阐述的那样,“可持续发展逐渐在国际法院的判例中发挥重大作用,尽管法院尚不认为它属于《国际法院规约》第三十八条第一项所指的一般法律原则”。<sup>151</sup>科罗马法官继续指出:

<sup>146</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克),判决,《1997年国际法院汇编》,第7页起,详见第78页,第140段。

<sup>147</sup> 同上,威拉曼特里副院长的个别意见,第88至119页,例如,在第89、95和110页,可见其非常明确的见解。其他法官则以不同的方式看待这一概念。小田法官在其反对意见中将经济发展和可持续发展视为“相互冲突的利益”,第153至169页中的第160和161页。

<sup>148</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010年国际法院汇编》,第14页起,详见第75页,第177段。

<sup>149</sup> 同上,哈苏奈法官和西马法官的联合反对意见,第26段。

<sup>150</sup> 同上,坎卡多·特林达德法官的个别意见;例如,见第139段和脚注118,其中举例提到Sands, *Principles of International Environmental Law*, 第252、260和266页;以及Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, 第145、147、162、171和186页。由于各国不能将科学不确定性作为不采取行动的理由,在面对可能对环境造成严重损害的风险时,防范原则同“可持续发展的原则”一样,应发挥作用(Birnie、Boyle和Redgwell, *International Law and the Environment*, 第163页)。

<sup>151</sup> Koroma, “Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice”, 第201页。

<sup>145</sup> French, “Sustainable development”, 第51页。



总体而言,关于可持续发展问题的国际法在过去三十年中已迅速演变、融合,达到几乎为所有国家广泛接受的地步。国际法院现在在裁定国家之间的争端时会提及可持续发展,而且还通过其判例推动进一步发展和完善这一概念。展望未来,显然可持续发展的概念将在制定国际规范、条约和司法判决方面继续发挥日益重要的作用。<sup>152</sup>

131. 世贸组织专家组和上诉机构也就可持续发展概念作出了评论。例如,在欧洲共同体——给予发展中国家关税优惠的条件案中,上诉机构指出这一概念是成员国按照《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》序言部分可以寻求实现的目标之一。<sup>153</sup>在美国一禁止进口某些虾类和虾制品案中,上诉机构指出,序言部分使用的措辞“表明世贸组织谈判人员确认应当按照可持续发展的目标,以最佳方式利用世界资源”。<sup>154</sup>法庭还指出有关国家应设法找到与受影响国家合作解决问题的方案。<sup>155</sup>

132. 常设仲裁法院在莱茵铁铁路案仲裁中涉及到了可持续发展问题。法院在该案中指出,“新出现的原则,不论其目前地位如何,都提到养护、管理、预防和可持续发展的概念以及为子孙后代采取保护行动”。<sup>156</sup>

## B. 预防和防范

133. 预防原则(*principle of prevention*)是国际环境法依据的基本原则,其根源可追溯至特雷耳冶炼厂案。<sup>157</sup>该原则与防范原则(*principle of precaution*)紧密相关。

<sup>152</sup> 同上。科罗马前法官提到了核武器案(以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页)和武装活动案(刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达),判决,《2005年国际法院汇编》,第168页),认为其是国际法院间接涉及可持续发展问题的两个案例。

<sup>153</sup> 世贸组织,上诉机构的报告,WT/DS246/AB/R号文件,2004年4月20日通过,第94段。

<sup>154</sup> 世贸组织,小组报告,WT/DS58/R和Corr.1号文件,1998年11月6日通过,经上诉机构报告WT/DS58/AB/R修正,第153段。

<sup>155</sup> 同上,第168段。

<sup>156</sup> 关于比利时王国与荷兰王国之间的莱茵铁(“Ijzeren Rijn”)铁路的仲裁的裁决案,2005年5月24日的裁决,《国际仲裁裁决汇编》,第二十七卷(联合国出版物,出售品编号:E/F.06.V.8),第35-125页,详见第68页,第58段。

<sup>157</sup> 《国际仲裁裁决汇编》,第三卷(联合国出版物,出售品编号:1949.V.2),第1905-1982页。

134. 预防原则被确认为习惯国际法,主要适用于跨界问题。它被列入国际条约,并在判例中得到了确认(包括上文提到的纸浆厂案和加布奇科沃一大毛罗斯项目案)。例如,欧洲联盟已经将防范原则连同预防原则编入了《欧洲联盟运作条约》第191条第2款。<sup>158</sup>虽然预防原则是一条独立原则,但如果没有具体条约中更确切的条例支持,该原则并不能真正地发挥作用。从本质上讲,除非由该原则产生的义务得到明确规定,否则不可能有任何赔偿责任。《保护东北大西洋海洋环境公约》就是这方面的一个很好的例子。该《公约》的宗旨是预防和消除海洋环境污染。出发点是各当事方有义务实施“防范原则”和“谁污染谁付费”原则。<sup>159</sup>此外,《公约》更详细地规定了义务,以实现《公约》的目标和宗旨。

135. 在莱茵铁铁路案中,法庭认为“预防义务正得到越来越多的重视”,<sup>160</sup>并进一步指出:

环境法和发展法并不是相互替代而是相辅相成、不可分割的概念,这要求在发展可能对环境造成重大损害的情况下,有义务预防或至少减轻这种损害。……法庭认为,这一义务现已成为一条一般国际法原则。这一原则不仅适用于自主活动,而且也适用于为执行当事方之间的具体条约而开展的活动。<sup>161</sup>

136. 欧洲法院在联合王国诉欧洲共同体委员会案中涉及了预防原则,法院指出:“(《建立欧洲共同体条约》)第130r(2)条规定,该政策旨在提供较高等级的保护,尤其将根据以下原则:应当采取预防行动,并确保在欧共体其他政策的制定和执行过程中纳入环境保护的要求。”<sup>162</sup>

137. 预防原则侧重于已经获知或者有能力获知的损害,而防范原则要求即使在尚未科学确定损害的情况下采取行动。<sup>163</sup>防范原则的目的是说明尚未

<sup>158</sup> 正如Nicolas de Sadeleer所指出的,大多数学者认为《条约》第191条第2款中的原则具有约束力(de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, 第41页,脚注180,其中举例提到Winter、Epiney、Hilson、Krämer、Fisher和Doherty。

<sup>159</sup> 第2条,第2款,(a)和(b)项。

<sup>160</sup> 《国际仲裁裁决汇编》,第二十七卷(见上文脚注156),第222段。

<sup>161</sup> 同上,第59段。

<sup>162</sup> 第C-180/96号案,1998年5月5日的判决, *European Court Reports 1998*, 第I-2265页,第100段。另见英女王诉农业、渔业和粮食部,海关关长案(C-157/96)(1998),同上,第I-2211页,第64段。

<sup>163</sup> Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, 例如,见第36-37页。

经充分科学研究和分析探索的潜在风险。如果某一特定活动的环境影响是已知的,那么为避免这些影响所采取的措施只是预防措施;如果这些影响是未知的,那么同样的措施将被称为防范措施。若干文书将它们作为两个不同的原则予以提及,但在实践中情况并非如此简单,这是因为在适用这两个原则时,很难明确区分这两个概念。<sup>164</sup>有些文书在提到防范原则时,指的是一种预防和防范的方法。关于采取防范措施的义务是否意味着该义务已经被提升为一条原则,目前尚未达成普遍共识。10年多年前,菲利普·桑兹指出:“有些国际性法院现已愿意适用防范原则,其他法院已愿意悄悄这样做”。<sup>165</sup>值得注意的是,委员会在这个问题上的意见不一。在涉及跨界含水层法的工作中,委员会使用了“防范办法”。然而,评注明确指出,委员会“非常清楚关于‘防范办法’的概念和‘防范原则’的不同意见”。尽管如此,委员会之所以决定采用“防范办法”一词,是因为它是争议最小的提法。采取这样的提法是基于这样的谅解:“善意地应用这两个概念时,实际上结果类似”。<sup>166</sup>这与委员会此前在关于预防危险活动的跨界损害条款草案的工作中所持的意见形成了对照。在该项工作中,委员会似乎毫不犹豫地提到了防范原则。<sup>167</sup>

138. 在国际海洋法法庭审理的混氧核燃料厂案中,沃尔夫鲁姆法官在其个别意见中表示:“国际环境法中的风险防范原则或风险防范办法是否已成为习惯国际法的一部分是一个仍在讨论的问题”以及“这一在国际环境法中适用的原则或方法反映出有必要在关于某一特定活动未来可能造成的损害存在科学不确定性时,作出与环境有关的决定”。<sup>168</sup>

139. 防范原则旨在预防那些不可预见或在科学上不确定的风险,其适用情况取决于背景因素,因此可能变化不定。为满足防范原则的要求,可采取

<sup>164</sup> 在环境法方面,预防和防范可能是同一枚硬币的两面。正如下一份报告将指出的,“知道”和“不知道且无法预见”作为采取一项决定的依据,其间的区别可能是违反武装冲突法和法律上可接受行为之间的区别。

<sup>165</sup> Sands, *Principles of International Environmental Law*, 第290页。

<sup>166</sup> 《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第42页,跨界含水层法条款草案第12条的评注,第(5)段。

<sup>167</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第183-184页,关于预防危险活动的跨界损害条款草案第10条的评注,第(6)和第(7)段。

<sup>168</sup> 混氧核燃料厂案(爱尔兰诉联合王国),临时措施,2001年12月3日的命令,第10号案,沃尔夫鲁姆法官的个别意见, *ITLOS Reports 2001*, 第133-136页,详见第134页。

不同的手段,如禁止物质或技术,应用现有最佳技术,进行环境影响评估,实施环境质量标准,采取养护措施,或实行综合环境监管。<sup>169</sup>或者,用委员会的话来说:“防范原则意味着各国需要持续审查其预防义务以便赶上科学知识的进步”。<sup>170</sup>

140. 世贸组织在多起案件中涉及到该原则。在欧洲共同体—肉和肉制品(激素)措施案中,欧洲共同体建议将防范原则视为“国际法的一般习惯规则或至少是一条一般法律原则”。<sup>171</sup>上诉机构在裁决中指出,该原则“仍有待有权威的方面拟定”,<sup>172</sup>但同时也指出世贸组织《实施卫生与植物卫生措施协定》第5条第7款反映了该原则,并且“没有必要假定第5.7条详尽无遗地论述了风险防范原则的相关性”。<sup>173</sup>在加拿大—继续中止在欧共同体—激素争端案中的义务案中,世贸组织上诉机构再次指出《协定》第5条第7款反映了防范原则。<sup>174</sup>此外,上诉机构在日本—影响农产品的措施案中指出,《协定》第5条第7款为成员规定了义务,即成员“应设法获得更多的必要信息,以便更客观地评估风险”。<sup>175</sup>在欧共同体—激素案中,上诉机构指出“负责和具有代表性的政府可以根据合格和受人尊重的来源提出的在特定时期可能有分歧的意见,本着诚意行事”。<sup>176</sup>

141. 在欧洲共同体—影响生物技术产品批准和营销的措施案中,专家小组提到了上诉机构在欧共同体—激素案中作出的裁决,并提到“关于防范原则是否构成一般国际法或习惯国际法的一项公认原则的辩论仍在进行之中”。<sup>177</sup>专家小组表示,“由于防范原则的法律地位仍未解决,如此前的上诉机构

<sup>169</sup> Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, 例如,见第52页。

<sup>170</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第184页,关于预防危险活动的跨界损害条款草案第10条的评注,第(7)段。

<sup>171</sup> 世贸组织,上诉机构的报告,WT/DS26/AB/R和WT/DS48/AB/R,1998年2月13日通过,第16段。

<sup>172</sup> 同上,第123段。

<sup>173</sup> 同上,第124段。

<sup>174</sup> 世贸组织,上诉机构的报告,WT/DS321/AB/R号文件,2008年11月14日通过,第680段。

<sup>175</sup> 同上,WT/DS76/AB/R,1999年3月19日通过,第92段。

<sup>176</sup> 同上,WT/DS26/AB/R和WT/DS48/AB/R,1998年2月13日通过,第194段。

<sup>177</sup> 同上,欧洲共同体—影响生物技术产品的批准及销售措施案,WT/DS291/R、WT/DS292/R和WT/DS293/R,Add.1-9和Corr.1号文件,2006年11月21日通过,第7.88段。



一样,我们认为,出于谨慎我们不应试图解决这一复杂的问题,特别是在这样做并无必要的情况下”。<sup>178</sup>

142. 在巴尔梅—沙弗罗思诉瑞士案中,欧洲人权法院七名法官的反对意见说明了该原则的法律重要性。<sup>179</sup> 由于在核电站运营许可续期期间,缺乏审查其运行状况安全性的手段,持反对意见的法官们辩称《保护人权与基本自由公约》第6条(“获得有效补救的权利”)遭到了侵犯。他们辩称,该条款受到侵犯的原因是“申诉人甚至未被给予机会向法院证明危险的严重性以及由此将给他们带来多么巨大的风险”。<sup>180</sup> 持反对意见的法官们表示“多数人似乎忽略了国际机构和国际公法保护人员和财产的整体趋势,这种趋势在欧洲联盟和欧洲委员会有关环境的文书、里约协定、教科文组织文书、防范原则的发展以及保护共同遗产的原则中显而易见”,他们“原本希望欧洲法院的判决能够通过加强‘防范原则’和充分司法补救,保护个人的权利免受当局不慎行为的影响,促进保护个人的国际法律在这一领域取得进展”。<sup>181</sup>

143. 同样,在国际海洋法法庭审理的关于新加坡在柔佛海峡及其周围填海拓地案中,马来西亚将该原则形容为一个“按照国际法必须为任何一方适用和履行相关义务提供指导的”原则。<sup>182</sup> 欧洲法院也在一些案件中对防范问题给予了重视,例如,在辉瑞动物保健公司案中,法院指出“按照防范原则,共同体机构有权为人类健康起见,根据到目前为止尚不完善的科学知识,采取可能会严重损害受到法律保护的立场的保护措施,它们在这方面享有宽泛的酌处权”,<sup>183</sup> 在雅莱公司案中,法院指出“尽管当事方的共识是共同体机构可以按照第70/524号指令,<sup>184</sup> 根据防范原则采取措施,但它们无论就该原则的解读还是就共同体机构在本案中是否正确应用了该原则都无法达成一

<sup>178</sup> 同上,第7.89段。

<sup>179</sup> 巴尔梅—沙弗罗思诉瑞士案,1997年8月26日,第22110/93号,《判决和裁决汇编》,1997-IV, Pettiti法官联合 Gölcüklü、Walsh、Russo、Valticos、Lopes Rocha 和 Jambrek 法官的反对意见,第1361页起。

<sup>180</sup> 同上,第1362页。

<sup>181</sup> 同上,第1364和1366页。

<sup>182</sup> 关于新加坡在柔佛海峡及其周围填海拓地案(马来西亚诉新加坡),临时措施,2003年10月8日的命令,第12号案, ITLOS Reports 2003, 第74段。

<sup>183</sup> 第T-13/99号案, *European Court Reports 2002 II*, 第170段。

<sup>184</sup> 理事会1970年11月23日关于饲料添加剂的指令,《欧洲共同体公报》,L 270,1970年12月14日(脚注系后来添加至原始引文中)。

致”。<sup>185</sup> 此外,在法国绿色和平协会及其他人等诉农业和渔业部及其他人案中,法院指出,“遵守防范原则在第90/220号指令第11(6)条规定的通知义务中得到了体现。”<sup>186</sup>

144. 如瓦登海案所示,欧洲联盟成员国有义务遵守该原则,即使该原则并未在某一指令或条例中被具体提及。<sup>187</sup> 在瓦登海案中,荷兰一项关于在瓦登海鸟类特别保护区捕捞活动的环境影响评估条例被诉至欧洲法院。法院指出,对当前问题的解释应“特别依据防范原则,这是共同体环境政策寻求实现的高度保护的基础之一”。<sup>188</sup>

145. 总体而言,由于这些原则的普遍性,欧洲联盟各机构在制定具体措施执行这些原则时,在所使用的手段方面获得了某种程度的酌处权。<sup>189</sup> 然而,当所涉原则在一个全面的授权制度中得到详细说明时,酌处权可能有限,甚至根本不存在。<sup>190</sup>

146. 同样,欧洲议会和欧盟理事会都认为环境影响评估是遵守预防原则的方式之一。这体现在以

<sup>185</sup> 雅莱公司诉欧洲联盟理事会案,第T-70/99号案, *European Court Reports 2002 II*, 第3506页起,详见第3558页,第137段。

<sup>186</sup> 第C-6/99号案,2000年3月21日的判决, *European Court Reports 2000 I*, 第1676页起,详见第1698页,第44段。关于理事会1990年4月23日关于蓄意向环境中投放转基因生物的第90/220号指令,见《欧洲共同体公报》,L 117,1990年5月8日。

<sup>187</sup> 国家瓦登海养护协会与荷兰鸟类保护协会诉农业、自然管理和渔业国务秘书案,第C-127/02号案, *European Court Reports 2004*, 第I-07405页,第44段:“特别依据防范原则——遵照《建立欧洲共同体条约》第174(2)条第一项,这是共同体环境政策寻求实现的高度保护的基础之一,对生境指令的解释必须参照该原则。”另见 de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, 第44页。

<sup>188</sup> 瓦登海案,第44段。

<sup>189</sup> De Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, 第42页。

<sup>190</sup> 瓦登海案,第44段。瑞典王国诉欧洲共同体委员会案,第T-229/04号案, *European Court Reports 2007 II*, 例如,见第163-164段:

“163. 然而,应当指出的是,从第91/414号指令第4(1)(a)条可以看出,为了满足该指令第4(1)(b)条的要求,必须适用附件六规定的统一原则。此外,第97/57号指令序言部分第二个叙文确定了附件六的内容,指出该附件必须规定统一原则,以确保以统一的、符合第91/414号指令要求的尽可能严格的方式适用该指令第4(1)(b)、(c)、(d)及(e)条的规定。

“164. 因此,第91/414号指令第4(1)(b)(iv)条(该指令第5(1)(b)条明确援引了这一条)要求遵守附件六规定的统一原则。”



下方面: (一) 欧洲议会和欧盟理事会2001年6月27日关于评估某些计划和方案对环境影响的2001/42/EC号指令;<sup>191</sup> (二) 欧盟理事会1992年5月21日关于养护自然生境和野生动植物的第92/43/EEC号指令;<sup>192</sup> 以及 (三) 诸如交换关于有害活动影响数据的义务等其他措施。<sup>193</sup>

147. 有趣的是, 欧洲法院在2011年欧盟委员会诉西班牙王国案中强调预防方法相对于采取事后措施而言, 更符合成本效益。<sup>194</sup> 这一论点也体现在关于这一专题的军事手册中(例如芬兰、瑞典和美国编写的联合军事指南)。

### C. 谁污染谁付费

148. 谁污染谁付费原则可以追溯到特雷耳冶炼厂案和霍茹夫工厂案。<sup>195</sup> 其目的是补救。下述说法或许是准确的: “最初制定该原则是为了分配污染预防和控制措施的费用, 但[该原则]已发展成为保护环境、人类健康和人类安全、资源管理和总体确保各项活动对环境上具有可持续性的一项令人惊叹的战略。”<sup>196</sup> 污染谁付费原则既适用于国家间关系, 也适用于民事赔偿责任制度。

149. 1987年关贸总协定争端解决小组在美国一对石油和某些进口物质的征税案中裁定, 《关贸总协定》的税收调整规则允许当事方适用这一原则, 但不要求必须适用该原则。该小组指出, 虽然该条例“允许缔约国[……]采取“谁污染谁付费”原则, 但并不强制各国一定这样做。<sup>197</sup> 欧洲法院也在斯坦德利案中注意到这一原则, 该法院指出“谁污染谁付费原则体现了相称原则”。<sup>198</sup>

<sup>191</sup> 《欧洲共同体公报》, L 197, 2001年7月21日。

<sup>192</sup> 同上, L 206, 1992年7月22日。

<sup>193</sup> 第2001/42/EC号指令, 第7条。

<sup>194</sup> 第C-400/08号案, *European Court Reports 2011 I*, 第92段。

<sup>195</sup> 霍茹夫工厂案, 管辖权, 1927年7月26日的第8号判决, 《常设国际法院汇编》, A辑, 第9号。

<sup>196</sup> Schwartz, “The polluter-pays principle”, 第256–257页。

<sup>197</sup> 1987年6月17日通过的小组报告(L/6175-34S/136), 载于GATT, *Basic Instruments and Selected Documents: Thirty-fourth Supplement* (1988年, 日内瓦), 第161页, 第5.2.5段。

<sup>198</sup> 英女王诉环境事务大臣、农业、渔业和粮食事务副大臣案, H. A. 斯坦德利等人和D.G.D. 梅特森等人提讼, 第C-293/97号案, *European Court Reports 1999 I*, 第52段。

### D. 环境影响评估

150. 环境影响评估是防止破坏环境工作的一部分。正如已经指出的那样, 环境影响评估是需要进行的一项程序。该评估不设置实质性的环境标准, 也不说明要取得哪些成果。<sup>199</sup> 尽管如此, 进行环境影响评估已经成为国内法和国际法的一项义务。在这方面最突出的公约之一是《越境环境影响评估公约》。

151. 在马菲基尼案中, 解决投资争端国际中心确认, 环境影响评估是“适当保护环境、实施适当预防措施的基础”。<sup>200</sup> 仲裁员们还指出, 这一情况“不仅符合西班牙法律, 而且还越来越符合国际法”。<sup>201</sup>

152. 在莱茵铁铁路案的仲裁中, 法庭指出“由于莱茵铁铁路公司铁路线的预定用途, 必须采取保护环境措施, 重新启用该公司铁路的问题不能与这些措施分开看。这些环保措施将会被充分纳入项目及项目费用。”<sup>202</sup> 该案支持根据国际法规定一项环境影响评估的总体要求, 同时强调预防义务的日益重要性。在委员会先前的工作中, 环境影响评估也曾被描述为“非常普遍”。<sup>203</sup>

153. 国际法协会国际法尽责问题研究组在2014年的第一份报告中指出, 这类环境影响评估可以成为一国执行尽责调查准则的一个办法。<sup>204</sup>

### E. 尽责

154. 尽责是国际法中的一个多层面概念, 既适用于平时时期, 也适用于武装冲突局势。大量判例都曾提到过“尽责”,<sup>205</sup> 其历史根源可以追溯到几个世纪前。这一义务的实质内容广泛, 适用于国际法的多个领域。例如, 尽责义务不仅仅限于涉及一国内

<sup>199</sup> Elias, “Environmental impact assessment”, 第227页。

<sup>200</sup> 埃米利奥·奥古斯丁·马菲基尼诉西班牙王国案, 2001年, 解决投资争端国际中心第ARB/97/7号案, 2000年1月31日的裁决, 第67段。

<sup>201</sup> 同上。

<sup>202</sup> 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十七卷(见上文脚注156), 第223段。

<sup>203</sup> 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第179页, 关于预防危险活动的跨界损害条款草案第7条的评注, 第(4)段。

<sup>204</sup> 国际法协会, 国际法尽责问题研究组的第一次报告, 2014年3月7日, 第28页。

<sup>205</sup> 特别报告员之后还会再提到这一问题。

外国人的情况，还适用于国际投资法和人权法，甚至适用于武装冲突法。

155. 正是尽责的多层面性使得国际法协会成立了一个国际法尽责问题研究组，目的是“审议适用尽责概念的各国际法特定领域在多大程度上达成了共识”。<sup>206</sup>

<sup>206</sup> 国际法协会，国际法尽责问题研究组的第一次报告（见上文脚注204），第1页。

156. 正如委员会先前在关于预防危险活动的跨界损害条款草案的工作中，以及国际法协会尽责问题研究组所指出的那样，尽责标准是一项行为义务，而不是结果义务。<sup>207</sup> 在此方面，值得注意的是，国际海洋法法庭在其海底采矿咨询意见中认定，采取防范措施是尽责的一部分。<sup>208</sup>

<sup>207</sup> 同上，第17页。

<sup>208</sup> 就区域内活动保荐个人和实体的国家责任与义务案（向海底争端法庭提交的咨询意见申请），2011年2月1日的咨询意见，第17号案，*ITLOS Reports 2011*，第46页，第131段。

## 第十一章 人权与环境

157. 人们常常强调无法在退化的环境中享受人权。然而，这并不是说自动存在一条习惯国际法规则，就享有清洁环境规定了一条单独的人权。清洁环境和享有人权之间的联系是间接的，是通过健康权、食物权及可接受的生活条件权等其他既定权利保障的。<sup>209</sup>

158. 环境和国际人权法之间的关系曾在若干区域背景下得到了审查。从以下的例子可以看出，若干区域文书和人权机构处理人权规范的方式表明，此类规范与本专题存在潜在相关性。

159. 举例言之，《欧洲人权公约》中并未载有一条关于保护环境的普遍权利，但在其他权利中提到了环境问题。<sup>210</sup> 例如，欧洲人权法院早前曾指出某些行为构成对生命或健康权，以及尊重个人住宅和个人私生活与家庭生活权的侵犯。<sup>211</sup>

<sup>209</sup> 但另见《非洲人权和民族权宪章》和《美洲人权公约》关于经济、社会和文化权利领域的附加议定书。这些公约将这些所称第三代权利编纂为集体权利：《非洲宪章》第24条规定：“所有民族都享有有利于其发展的总体令人满意的环境。”因此，提到的显然是“民族”，而不是个体（个人）。不过，享受这一权利的却是群体（民族）中的个人。此外，《美洲人权公约》关于经济、社会和文化权利领域的附加议定书》在第11条中不仅规定个体有权“享有健康的环境”，而且国家也有义务“促进保护、维护和改善环境”。

<sup>210</sup> 迪萨尔诺等人诉意大利案，第30765/08号，2012年1月10日，第80段；以及克尔塔托斯诉希腊案，第41666/98号，ECHR 2003-VI（摘要），第52段。

<sup>211</sup> 洛佩兹·奥斯特拉诉西班牙案，1994年12月9日，第16798/90号，A辑，第303-C号案；以及圭拉等人诉意大利案[大法庭]，第14967/89号，ECHR 1998-I。

160. 《欧洲人权公约》也没有明文规定个人享有清洁环境的权利，但《公约》的其他条款能够实现类似的结果。欧洲人权法院曾多次认定，各国有采取合理和适当措施以实现保护环境之目的的实在义务。<sup>212</sup> 可以说这些义务与预防和防范原则体现的义务相似。关于各国在何等程度上拥有判断余地存在着相互冲突的意见，只能从具体案件中加以推断。<sup>213</sup> 但公认的是，各国必须平衡社区在环境目标方面的总体利益与个人权利。<sup>214</sup>

161. 此外，美洲体系内的一些裁决提到了向有关民众披露信息。披露信息的义务<sup>215</sup> 源于人权法，在尽责原则的程序内容中很好地反映了这一义务。<sup>216</sup> 与公众协商的要求本身就包含了披露信息的义务。在美洲体系内（法院或委员会）与环境有关的裁决提到了属于美洲人民的一系列权利，例如财产权、行动和居所自由权、人道待遇权、司法保障权以及司法

<sup>212</sup> 伯奇勒诉罗马尼亚案，第19234/04号，2010年3月30日，第60段；以及迪萨尔诺等人诉意大利案，第30765/08号，2012年1月10日，第80段。

<sup>213</sup> 哈顿等人诉联合王国案[大法庭]，第36022/97号，ECHR 2003-VIII，第86页。

<sup>214</sup> 洛佩兹·奥斯特拉诉西班牙案，1994年12月9日，A辑，第303-C号案，第51页；哈顿等人诉联合王国案[大法庭]，第36022/97号，2001年10月2日，第96-97段。另见巴尔梅-沙弗罗思诉瑞士案，第22110/93号，《判决和裁决汇编》，1997-IV，Pettiti法官联合Gölcüklü、Walsh、Russo、Valticos、Lopes Rocha和Jambre法官的反对意见，第1361页起。

<sup>215</sup> 圭拉等人诉意大利案[大法庭]，第14967/89号，ECHR 1998-I，第60段。

<sup>216</sup> 国际法协会，国际法尽责问题研究组（见上文脚注204），第28页。

保护权。<sup>217</sup> 在尽可能地研究这些判决后发现，它们似乎并没有含蓄地提到环境法原则。

162. 非洲人权和民族权委员会在奥戈尼兰德案的来文<sup>218</sup> 中明确指出各国有义务采取合理措施防止破坏环境。除了避免直接参与污染空气、水和土壤的义务之外，非洲委员会在来文中还概述了保护人民，使其免遭环境损害之害的义务。<sup>219</sup> 来文强调必须落实下列措施，以实现健康权和清洁环境权。这些措施包括：“对受到威胁的环境进行独立的科学监测”；在任何“重大工业开发之前进行公共环境和社会影响研究”；以及“监测并向受到有害材料和活动影响的社区提供信息”。<sup>220</sup> 应该提及的是，在奥戈尼兰德案中的这些要求与环境法项下环境影响评估的要求几乎相同。

163. 事实上，人权的法律性质与国际环境法的规范不同，因此很难对二者进行简单的比较。也就是说，人权保障的是那些属于个人的权利，而国际环境法侧重的是国家间的关系。<sup>221</sup> 这说明了为什么在人权法中不常提到环境法，即使在极少提到环境法的情形中，这类提及也往往是一笔带过。

#### 土著人民和环境权利

164. 土著人民与他们的传统土地有着特殊关系。他们根据自己的传统价值观、愿景、需要和优先事项形成了自己不同的发展观。<sup>222</sup> 他们的祖传土地对于他们作为土著人民的集体实体存在和文化流

传具有极其重要的意义。<sup>223</sup> 事实上，在生物多样性受到最大、最多威胁的200个区域中，有95%都是土著社区，这说明了土著人民与其所拥有的土地之间的关系。<sup>224</sup>

165. 土著人民的权利源于“认识到他们与环境的特殊关系，这一关系对于他们作为独特民族生存的重要性，将他们与其他人区别开来并需要特殊的法律地位”。<sup>225</sup> 若干条约和文书以及判例都确认了土著人民的权利。<sup>226</sup>

166. 土著人民可能更容易受到武装冲突的影响。因此，必须指出的是，劳工组织《关于独立国家土著和部落人民的(第169号)公约》<sup>227</sup> 明确提到了土著人民流离失所问题。<sup>228</sup> 该《公约》第16条作为其最重要的规则之一，规定不得将土著人民迁离其土地(第1款)。这是应在所有正常情况下适用的一条基本原则。不过，应承认在某些情况下这样做可能无法避免，但这应该是一项例外措施(第2款)。在必须搬迁的情况下，一旦不得不再离开的原因不再有效，土著人民就应有权返回(第3款)。例如，在发生战争或自然灾害的情况下，一旦战争或自然灾害结束，他们就应可以返回家园。一旦此类不可避免的迁移变成一个永久情况，那么除对他们之前拥有的土地的法律权利外，土著人民还有权获得同等质量的土地。其中可以包括与土地农业潜力相关的权利和在法律上承认拥有那块土地的权利(第4款)。

<sup>217</sup> 例如，见Raposa Serra Do Sol的土著人民诉巴西案，关于可受理性的裁决，2010年10月23日，美洲人权委员会的第125/10号报告；萨拉马卡人民诉苏里南案，2007年11月28日的判决，美洲人权委员会，C辑，第172号；以及作为区域裁决汇编的一部分予以援引的其他案件，列于与享有安全、清洁、健康和可持续环境有关的人权义务问题的联合国特别报告员(John H. Knox)的网站，可查阅<http://icenvironment.org/regional-decisions>。

<sup>218</sup> 非洲人权和民族权委员会，第155/96号来文，经济和社会权利行动中心与经济和社会权利中心诉尼日利亚案，2001年10月27日。

<sup>219</sup> 同上，第50段。

<sup>220</sup> 同上，第53段。

<sup>221</sup> 国际法协会尽责问题研究组在其第一次报告(见上文脚注204)中以下述方式描述了这一区别：“国际人权法与多数其它国际法领域的区别是，国际人权法主要涉及各国国内事务。在国际环境法等其它领域，由于主权原则，各国国内事务基本不受审查，这些领域关注的重点是跨界(国家间)的道义或物质伤害”(第14页)。

<sup>222</sup> 联合国土著问题常设论坛，“Who are indigenous peoples?”，概况介绍。可查阅<https://unstats.un.org/UNSD/>

[geoinfo/UNGEGN/docs/26th-gegn-docs/UN%20PFII%205session\\_factsheet1.pdf](http://geoinfo/UNGEGN/docs/26th-gegn-docs/UN%20PFII%205session_factsheet1.pdf)。

<sup>223</sup> 同上。

<sup>224</sup> Oviedo, Maffi和Larsen, *Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity*。

<sup>225</sup> Plant, *Land Rights and Minorities*, 第7页。

<sup>226</sup> 包括《生物多样性公约》、《经济、社会及文化权利国际公约》、《关于环境与发展的里约宣言》以及《21世纪议程》(《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，会议通过的决议(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8及更正)，决议1，附件一和二)、《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》(大会1992年12月18日第47/135号决议，附件)和《联合国土著人民权利宣言》(大会2007年9月13日第61/295号决议，附件)。

<sup>227</sup> 该《公约》修订了《劳工组织关于在独立国家内保护和融合土著和其他部族、半部族居民的(第107号)公约》。

<sup>228</sup> 劳工组织, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights in Practice: A Guide to ILO Convention No. 169* (2009年,日内瓦),第97-98页。



## 第十二章

### 今后的工作方案

167. 第二次报告将重点讨论在国际和非国际性武装冲突中适用的法律问题。第二次报告将更详细地讨论本报告只简要触及的某些方面，其中包括与本主题相关的人权和土著权利问题。第二次报告既会分析被认为与本主题相关的任何现有的武装冲突规则，也会分析这些规则与和平时适用的相关法律的关系。第二次报告的性质将与本报告有所不同。它将进行更多的分析且更加具体，因为其中将载有关于准则(结论/建议)的提案。第三次报告(2016年)将重点讨论冲突后措施，其中可能将提出少量准则、结论或建议。

168. 特别报告员在2013年的介绍中设想时间框架为三年，在这期间，每年提交一份报告供委员会审议。特别报告员认为这一时间框架是现实可行的，前提是工作成果采取准则、结论或建议的形式。

169. 关于准则(结论/建议)本身的内容，特别报告员打算在第二次报告中建议这些准则(结论/建议)应涉及，除其他外，一般原则、预防措施、合作、在武装冲突期间可能继续适用的国际法规则实例以及海洋环境的保护。第三次报告将提出冲突后措施的建议，包括开展合作、分享信息和最佳做法以及补救措施。

170. 特别报告员认为这一工作计划是可取的。人们日益关切在武装冲突局势下开展的活动对环境

的影响，该工作计划将使委员会全面了解这些关切带来的法律挑战。最重要的是，它将创造有利条件，协助委员会得出适当结论并建议切实可行的准则。

171. 如果因所开展的工作而需要继续加强国际法的逐渐发展与编纂，那么委员会或各国就需要在稍后阶段就此做出决定。这一做法或许过于谨慎，甚至缺乏雄心，但绝不能低估小步慢行的影响。此外，这完全属于委员会《章程》第1条的范围，即委员会“以促进国际法的逐渐发展和编撰为宗旨”。

172. 特别报告员承认，在委员会内部以及大会中对于这一工作的最终结果有着不同意见，其最终结果尚待决定。尽管特别报告员表达了她的初步看法，但仍在等待委员会未来做出的决定。<sup>229</sup>

173. 特别报告员将继续与红十字委员会、教科文组织和环境署等其他实体以及各区域组织进行磋商。但若委员会能够再次请求各国提供实例，说明国际环境法规则、包括区域和双边条约的规则在国际或非国际性武装冲突中继续适用的情况，将会大有帮助。此外，如果各国能提供实例，说明与该专题相关的国家法律和适用了国际或国内环境法的判例，也会很有帮助。

<sup>229</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第143段。

## 附件

### 参考书目选编

AJIBOLA, Bola

“Protection of the environment in times of armed conflict”, in Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 75–93.

ALMOND, Harry H., Jr.

“The use of the environment as an instrument of war”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2, No. 1 (1991), pp. 455–468.

ALSTON, Philip, Jason MORGAN-FOSTER and William ABRESCH

“The competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the ‘War on Terror’”, *European Journal of International Law*, vol. 19, No. 1 (2008), pp. 183–209.

ANDERSON, Terry L., and J. Bishop GREWELL

*The greening of foreign policy*. PERC Policy Series, No. 20, Bozeman (Montana), Property and Environment Research Center, 2000.

ANTOINE, Philippe

“International humanitarian law and the protection of the environment in time of armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 32, No. 291 (1992), pp. 517–537.

ANTON, Donald K., and Dinah L. SHELTON

*Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

ARRAIZA Navas, Fermín Luís, and Pedro J. VARELA FERNÁNDEZ

“Vieques: prácticas de guerra, derechos humanos y ambiente”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 70, No. 1 (2001), pp. 209–233.

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES  
*Problemas Internacionales del Medio Ambiente: VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984.* Bellaterra (Barcelona), Universidad Autónoma de Barcelona, 1985.
- AUSTIN, Jay, and Carl E. BRUCH, eds.  
*The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives.* Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BÄCHLER, Günther, and Kurt R. SPILLMAN, eds.  
*Environmental Degradation as a Cause of War, Vol. III: Country Studies of External Experts.* Chur-Zurich, Rüegger, 1996.
- BAKER, Betsy  
 “Legal protections for the environment in times of armed conflict”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, No. 2 (1993), pp. 351–383.
- BANERJEE, Rishav  
 “Destruction of environment during an armed conflict and violation of international law: a legal analysis”, *Asian Yearbook of International Law*, vol. 15 (2009), pp. 145–188.
- BARBOZA, Julio  
*The Environment, Risk and Liability in International Law.* Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- BARNED, Ashley, and Christopher WATERS  
 “The Arctic environment and international humanitarian law”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 49 (2011), pp. 213–241.
- BASSIOUNI, M. Cherif  
 “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, No. 4 (1996), pp. 63–74.
- BEN MAHFOUDH, Haykel  
*L’environnement, l’humanitaire et le droit international.* Tunis, Centre de publication universitaire, 2010.
- BIRNIE, Patricia, Alan Boyle and Catherine REDGEWELL  
*International Law and the Environment*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BLATTMANN, Heidi  
 “Environmental damage from the Gulf war”, *Swiss Review of World Affairs*, vol. 42, No. 3 (1992), pp. 27–28.
- BLISHCHENKO, Igor P., and Vladimir P. SHAVROV  
 “The legal basis of claims for damage to the environment resulting from military action”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 40, No. 1 (1989), pp. 29–45.
- BLOM, Esther, and others, eds.  
*Nature in War: Biodiversity Conservation during Conflicts* (International Seminar, Utrecht, 12 May 2000). Leiden, Netherlands Commission for International Nature Protection, 2000.
- BODANSKY, Daniel  
*Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment.* Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2003.
- BODANSKY, Daniel, Jutta Brunnée and Ellen HEY, eds.  
*The Oxford Handbook of International Environmental Law.* Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BOELART-SUOMINEN, Sonja Ann Jozef  
*International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions during International Armed Conflict.* Newport Paper, No. 15. Newport, Naval War College, 2000.
- BOTHE, Michael  
 “The protection of the environment in times of armed conflict: legal rules, uncertainty, deficiencies and possible developments”, *German Yearbook of International Law*, vol. 34 (1991), pp. 54–62.
- “Protection of the environment in times of armed conflict”, in Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 75–104.
- BOTHE, Michael, and others  
*Protection of the Environment in Times of Armed Conflict.* Report to the Commission of the European Communities, SJ/110/85, 1985.
- “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 569–592.
- BOTHE, Michael, Karl Josef PARTSCH and Waldemar A. SOLFAL  
*New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 2nd ed. The Hague, Martinus Nijhoff, 2013.
- BOUVIER, Antoine  
 “La protection de l’environnement naturel en période de conflit armé”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 73, No. 792 (1991), pp. 599–611.
- BOWMAN, Michael  
 “Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm”, in Michael Bowman and Alan Boyle, eds., *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Evaluation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 41–61.
- BROWN WEISS, Edith  
*International Law for a Water-Scarce World.* Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.
- BRUCH, Carl, and others  
*Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa*, 2nd ed. Washington, D.C., Environmental Law Institute, 2007.
- “Post-conflict peace building and natural resources”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), pp. 58–96.
- BUNKER, Alice Louise  
 “Protection of the environment during armed conflict: one Gulf, two wars”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, No. 2 (2004), pp. 201–213.
- CARON, David D.  
 “Finding out what the oceans claim: the 1991 Gulf War, the marine environment, and the United Nations Compensation Commission”, in David D. Caron and Harry N. Scheiber, eds., *Bringing New Law to Ocean Waters*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 393–415.
- CLÉMENT, Étienne  
 “Le réexamen de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé”, in Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 133–150.
- CORTINA Mendoza, Roxana, and Víctor Saco CHUNG  
 “La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, vol. 51 (2007), pp. 255–277.

CRAWFORD, Alex, and Johannah BERNSTEIN

*MEAs, Conservation and Conflict: A Case Study of Virunga National Park, DRC*. Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2008.

CRAWFORD, Emily

“Armed conflict, international”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 612–626.

DAM-DE JONG, Daniëlla A.

“International law and resource plunder: the protection of natural resources during armed conflict”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 19 (2008), pp. 27–57.

“From engines for conflict into engines for sustainable development: the potential of international law to address predatory exploitation of natural resources in situations of internal armed conflict”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 155–177.

*International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations*. PhD thesis, Leiden Law School, Leiden University, 2013.

DAS, Onita

*Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.

“Environmental protection in armed conflict: filling the gaps with sustainable development”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 103–128.

D’ASPREMONT, Jean

“Towards an international law of brigandage: interpretative engineering for the regulation of natural resource exploitation”, *Asian Journal of International Law*, vol. 3 (2013), pp. 1–24.

DEBONNET, Guy, and Kes HILLMAN-SMITH

“Supporting protected areas in a time of political turmoil: the case of world heritage sites in the Democratic Republic of the Congo”, *Parks*, vol. 14, No. 1 (2004), pp. 9–16.

DE SADELEER, Nicolas

*EU Environmental Law and the Internal Market*. Oxford, Oxford University Press, 2014.

DESCH, Thomas

“Haftung für Umweltschäden im Krieg: einige Bemerkungen zu I.P. Blishchenko und V.Ph. Shavrov”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 40 (1989), pp. 47–71.

DESGAGNÉ, Richard

“The prevention of environmental damage in time of armed conflict: proportionality and precautionary measures”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), pp. 109–129.

DOMÍNGUEZ-MATÉS, Rosario

“Desafío para el derecho internacional humanitario: responsabilidad penal internacional del individuo por daños al medio ambiente durante un conflicto armado”, *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), pp. 43–69.

“New weaponry technologies and international humanitarian law: their consequences on the human being and the environment”, in Pablo Antonio Fernández-Sánchez, ed., *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts: In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 91–119.

DORSEY, Jessica, and others

Protection of the environment in armed conflict: testing the adequacy of international law—conference notes, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 7 November 2011.

DORSOUMA, Al-Hamandou, and Michel-André BOUCHARD

“Conflits armés et environnement. Cadres, modalités, méthodes et rôle de l’évaluation environnementale”, *Développement durable et territoires*, vol. 8 (2006).

DOUHAN, Alena

“Liability for environmental damage”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VI, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 830–837.

DROEGE, Cordula, and Marie-Louise TOUGAS

“The protection of the natural environment in armed conflict—existing rules and need for further legal protection”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 21–52.

DUBARRY HUSTON, Meredith

“Wartime environmental damages: financing the clean-up”. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 23, No. 4 (2002), pp. 899–929.

ELIAS, Olufemi

“Environmental impact assessment”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 227–242.

ENGFELDT, Lars-Göran

*From Stockholm to Johannesburg and Beyond: The Evolution of the International System for Sustainable Development Governance and its Implications*. Stockholm, Government Offices of Sweden, 2009.

ENIANG, Edem A., Amleset Haile and Teshale YIHDEGO

“Impacts of landmines on the environment and biodiversity”, *Environmental Policy and Law*, vol. 37, No. 6 (2007), pp. 501–504.

FALK, Richard A.

“The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 137–155.

“Environmental disruption by military means and international law”, in Arthur H. Westing, ed., *Environmental Warfare: A Technical, Legal and Policy Appraisal*, London, Taylor and Francis, 1984, pp. 33–51.

FELICIANO, Florentino P.

“Marine pollution and spoliation of natural resources as war measures: a note on some international law problems in the Gulf War”, *Houston Journal of International Law*, vol. 14, No. 3 (1992), pp. 483–519.

FENRICK, W.J.

“The law applicable to targeting and proportionality after Operation Allied Force: a view from the outside”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), pp. 53–80.

FITZMAURICE, Malgosia, David M. ONG and Panos Merkouris, eds.

*Research Handbook on International Environmental Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.

FLECK, Dieter

“Current legal and policy issues”, in Julie Dahlitz, ed., *Future Legal Restraints on Arms Proliferation* (United Nations publication, Sales No. GV.E.96.0.24), 1996, pp. 21–46.

“The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 7–20.

FRENCH, Duncan

“Sustainable development”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on*



- International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 51–68.
- GARDAM, Judith G.  
“Energy and the law of armed conflict”, *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 15, No. 2 (1997), pp. 87–96.
- GASSER, Hans-Peter  
“For better protection of the natural environment in armed conflict: a proposal for action”, *AJIL*, vol. 89, No. 3 (1995), pp. 637–644.
- GEHRING, Réa  
*La protection de l’environnement en période de conflit armé: que peut ou pourrait apporter la Cour pénale internationale*, dissertation, University of Lausanne, 2001.
- GILLESPIE, Alexander  
*Conservation, Biodiversity and International Law*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- GOLDBLAT, Jozef  
“Legal protection of the environment against the effects of military activities”, *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 22, No. 4 (1991), pp. 399–406.  
“The mitigation of environmental disruption by war: legal approaches”, in Arthur H. Westing, ed., *Environment Hazards of War: Releasing Dangerous Forces in an Industrialized World*, London, Sage, 1990, pp. 48–60.  
“Protection of the natural environment against the effects of military activities: legal implications”, *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 3 (1992), pp. 133–136.
- GREEN, L.C.  
“The environment and the law of conventional warfare”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29 (1991), pp. 222–237.
- GREENWOOD, Christopher  
“State responsibility and civil liability for environmental damages caused by military operations”, in Richard J. Grunawalt, John E. King and Ronald S. McClain, eds., *Protection of the Environment During Armed Conflict*, Newport, Naval War College, 1996, pp. 397–415.
- GUILLARD, David  
*Les armes de guerre et l’environnement naturel: essai d’étude juridique*. Paris, L’Harmattan, 2006.
- HAGMANN, Tobias  
“Confronting the concept of environmentally induced conflict”, *Peace, Conflict and Development*, vol. 6 (2005), pp. 1–22.
- HALLE, Silja, ed.  
*From Conflict to Peacebuilding: The Role of Natural Resources and the Environment*. Nairobi, UNEP, 2009.
- HARWELL, Emily E.  
“Building momentum and constituencies for peace: the role of natural resources in transitional justice and peacebuilding”, in Carl Bruch, Carroll Muffet and Sandra S. Nichols, eds., *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, forthcoming.
- HAWLEY, T.M.  
*Against the Fires of Hell: The Environmental Disaster of the Gulf War*. New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1992.
- HEINTSCHEL VON HEINEGG, Wolff, and Michael DONNER  
“New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts”, *German Yearbook of International Law*, vol. 37 (1994), pp. 281–314.
- HENCKAERTS, Jean-Marie  
“International legal mechanisms for determining liability for environmental damage under international humanitarian law”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 602–619.
- HERCZEGH, Géza  
“La protection de l’environnement naturel et le droit humanitaire”, in Christophe Swinarski, ed., *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 725–733.
- HOURLCLE, Laurent R.  
“Environmental law of war”, *Vermont Law Review*, vol. 25, No. 3 (2001), pp. 653–693.
- HUANG, Ling-Yee  
“The 2006 Israeli–Lebanese conflict: a case study for protection of the environment in times of armed conflict”, *Florida Journal of International Law*, vol. 20, No. 1 (2008), pp. 103–113.
- HULME, Karen  
*War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.  
“Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?” *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 675–691.
- JENSEN, David  
“Evaluating the impact of UNEP’s post-conflict environmental assessments”, in David Jensen and Steve Lonergan, eds., *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Abingdon (Oxon), Earthscan, 2013.
- JENSEN, David, and Silja HALLE, eds.  
*Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law*. Nairobi, UNEP, 2009.  
*Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*. Nairobi, UNEP, 2012.
- JENSEN, Eric Talbot  
“The international law of environmental warfare: active and passive damage during times of armed conflict”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, No. 1 (2005), pp. 145–186.
- JENSEN, Eric Talbot, and James J. TEIXEIRA, Jr.  
“Prosecuting members of the U.S. military for wartime environmental crimes”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 17, No. 4 (2005), pp. 651–671.
- JOYNER, Christopher C., and James T. KIRKHOPE  
“The Persian Gulf War oil spill: reassessing the law of environmental protection and the law of armed conflict”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 24, No. 1 (1992), pp. 29–62.
- JUSTE RUIZ, José  
“Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente”, in Juan Soroeta Licerias, ed., *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, San Sebastian, University of the Basque Country, 2002, pp. 83–110.  
“Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente”, in Z. D. de Clément, ed., *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 2, Cordoba, Marcos Lerner, 2002, pp. 1011–1039.
- KARURU, Njeri, and Louise H. YEUNG  
“Integrating gender into post-conflict natural resource management”, in Carl Bruch, Carroll Muffet and Sandra S. Nichols, eds., *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, forthcoming.

KEARNS, Brendan

“When bonobos meet guerillas: preserving biodiversity on the battlefield”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 24, No. 2 (2012), pp. 123–168.

KELLMAN, Barry

“The Chemical Weapons Convention: a verification and enforcement model for determining legal responsibilities for environmental harm caused by war”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 579–601.

KIRCHNER, Andree

“Environmental protection in time of armed conflict”, *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 9, No. 10 (2000), pp. 266–272.

KISS, Alexandre

“International humanitarian law and the environment”, *Environmental Policy and Law*, vol. 31, Nos. 4–5 (2001), pp. 223–231.

KISS, Alexandre, and Dinah SHELTON

*International Environmental Law*, 3rd ed. New York, Transnational Publishers, 2004.

KNOX, John H.

“Assessing the candidates for a global treaty on environmental impact assessment”, *New York University Environmental Law Journal*, vol. 12, No. 1 (2003), pp. 153–168.

KOPPE, Erik V.

“The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 53–82.

*The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict*. Oxford, Hart Publishing, 2008.

KOROMA, Abdul G.

“Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice”, in Jonas Ebbesson and others, eds., *International Law and Changing Perceptions of Security* Liber Amicorum Said Mahmoudi, Leiden, Brill, 2014, pp. 189–201.

LANDEL, Morgane

“Are aerial fumigations in the context of war in Colombia a violation of the rules of international humanitarian law?” *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19, No. 2 (2010), pp. 491–513.

LANIER-GRAHAM, Susan D.

*The Ecology of War: Environmental Impacts of Weaponry and Warfare*. New York, Walker, 1993.

LAUSCHE, Barbara J.

*Weaving a Web of Environmental Law*. Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008.

LAVAUX, Stephanie

*Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones*. Bogotá, Centro Editorial, Universidad del Rosario, 2004.

LAVIELLE, Jean-Marc

“Les activités militaires, la protection de l’environnement et le droit international”, *Revue juridique de l’environnement*, vol. 4 (1992), pp. 421–452.

LIJNZAAD, Liesbeth, and Gerard J. TANJA

“Protection of the environment in times of armed conflict: the Iraq–Kuwait War”, *Netherlands International Law Review*, vol. 40, No. 2 (1993), pp. 169–199.

LORD, Janet E.

“Legal restraints in the use of landmines: humanitarian and environmental crisis”, *California Western International Law Journal*, vol. 25, No. 2 (1995), pp. 311–355.

LOW, Luan, and David HODGKINSON

“Compensation for wartime environmental damage: challenges to international law after the Gulf War”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, No. 2 (1995), pp. 405–483.

LUBELL, Noam

“Challenges in applying human rights law to armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, No. 860 (2005), pp. 737–754.

LUJALA, Päivi, and Siri Aas RUSTAD, eds.

*High-value Natural Resources and Post-conflict Peacebuilding*. Abingdon, Earthscan, 2012.

LUNDBERG, MICHAEL A.

“The plunder of natural resources during war: a war crime (?)”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 39, No. 3 (2008), pp. 495–525.

MAKHJANI, Arjun, Howard Hu and Katherine YIH, eds.

*Nuclear Wastelands: A Global Guide to Nuclear Weapons Production and its Health and Environmental Effects*. Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 1995.

MALVIYA, R.A.

“Laws of armed conflict and environmental protection: an analysis of their inter-relationship”, *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. I, New Delhi, Indian Society of International Law, 2001, pp. 72–93.

MARAUHN, Thilo, Georg Nolte and Andreas PAULUS

“Trends in international humanitarian law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 29, No. 6–12 (2008), pp. 216–226.

MARAUHN, Thilo, and Zacharie F. NTOUBANDI

“Armed conflict, non-international”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 626–637.

MARSH, Jeremy

“Lex lata or lex ferenda? Rule 45 of the ICRC study on customary international humanitarian law”, *Military Law Review*, vol. 198 (2008), pp. 116–164.

MCCARTHY, CONOR

*Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

MCNEILL, John H.

“Protection of the environment in times of armed conflict: environmental protection in military practice”, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), pp. 75–84.

MELVIN, Neil, and Ruben DE KONING

“Resources and armed conflict”, *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, pp. 39–60.

MENSAH, Thomas A.

“United Nations Compensation Commission (UNCC)”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 302–311.

MÉSA, Rodolphe

“Protection de l’environnement et armes de combat: étude de droit international pénal”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 85 (2011), pp. 43–57.

- MOLLARD-BANNELIER, Karine  
*La protection de l'environnement en temps de conflit armé*. Paris, Pedone, 2001.
- MOMTAZ, Djamchid  
 “Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours des conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Irak et le Koweït”, *Annuaire français de droit international*, vol. 37 (1991), pp. 203–219.
- MOORE, John Bassett, ed.  
*History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. IV. Washington, D.C., Government Printing Office, 1898.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE and Thomas R. SNIDER  
*Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea–Ethiopia Claims Commission*. New York, Oxford University Press, 2013.
- NAFZIGER, James A.R.  
 “UNESCO-centered management of international conflict over cultural property”, *Hastings Law Journal*, vol. 27 (1976), pp. 1051–1067.
- OKORODUDU-FUBARA, Margaret T.  
 “Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare”, *St. Mary's Law Journal*, vol. 123, No. 1 (1992), pp. 123–219.
- OKOWA, Phoebe  
 “The legal framework for the protection of natural resources in situations of armed conflict”, in Willem J.M. van Genugten, Michael P. Scharf and Sasha E. Radin, eds., *Criminal Jurisdiction 100 Years after the 1907 Hague Peace Conference*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2007, pp. 243–260.
- “Environmental justice in situations of armed conflict,” in Jonas Ebbesson and Phoebe Okowa, eds., *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 231–252.
- OVIEDO, Gonzalo, Luisa MAFFI AND Peter Bille LARSEN  
*Indigenous and Traditional Peoples of the World and Ecoregion Conservation: An Integrated Approach to Conserving the World's Biological and Cultural Diversity*. Gland, World Wide Fund for Nature, 2000.
- ÖZERDEM, Alpaslan, and Rebecca ROBERTS, eds.  
*Challenging Post-conflict Environments: Sustainable Agriculture*. Burlington (Vermont), Ashgate, 2012.
- PARSONS, Rymn James  
 “The fight to save the planet: U.S. Armed Forces, ‘greenkeeping’ and enforcement of the law pertaining to environmental protection during armed conflict”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, No. 2 (1998), pp. 441–500.
- PAVONI, Riccardo  
 “Environmental rights, sustainable development, and investor-State case law: a critical appraisal”, in P.-M. Dupuy, F. Francioni and E.-U. Petersmann, eds., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 525–556.
- PAYNE, Cymie R., and Peter H. SAND, eds.  
*Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PETERSON, Ines  
 “The natural environment in times of armed conflict: a concern for international war crimes law?” *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, No. 2 (2009), pp. 325–343.
- PIMIENTO CHAMORRO, Susana, and Edward HAMMOND  
*Addressing Environmental Modification in Post-Cold War Conflict: The Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) and Related Agreements*. Edmonds (Washington), Edmonds Institute, 2001.
- PLANT, Glen, ed.  
*Environmental Protection and the Law of War: A “Fifth Geneva” Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*. London, Belhaven Press, 1992.
- PLANT, Roger  
*Land Rights and Minorities*. Minority Rights Group International Report 94/2. London, Minority Rights Group, 1994.
- POPOVIĆ, Neil A.F.  
 “Humanitarian law, protection of the environment, and human rights”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 8, No. 1 (1995), pp. 67–89.
- PRESCOTT, Michael K.  
 “How war affects treaties between belligerents: a case study of the Gulf War”, *Emory International Law Review*, vol. 7, No. 1 (1993), pp. 197–231.
- QUÉNIVET, Noëlle, and Shilan SHAH-DAVIS, eds.  
*International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 2010.
- QUINN, John P., Richard T. EVANS and Michael J. BOOCK  
 “United States Navy development of operational-environmental doctrine”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 156–170.
- REUVENY, Rafael, Andreea S. MIHALACHE-O'KEEF and Quan LI  
 “The effect of warfare on the environment”, *Journal of Peace Research*, vol. 47, No. 6 (2010), pp. 749–761.
- RICH, Andy  
 “The environment: adequacy of protection in times of war”, *Penn State Environmental Law Review*, vol. 12, No. 3 (2004), pp. 445–457.
- ROBB, Cairo A.R., ed.  
*International Environmental Law Reports*, vol. 3, *Human Rights and Environment*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- ROBERTS, Adam  
 “The law of war and environmental damage”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 47–86.
- ROBINSON, Nicholas A.  
 “International law and the destruction of nature in the Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol. 21, Nos. 5–6 (1991), pp. 216–220.
- ROSCINI, Marco  
 “Protection of the natural environment in time of armed conflict”, in Louise Doswald-Beck, Azizur Rahman Chowdhury and Jahid Hossain Bhuiyan, eds., *International Humanitarian Law—An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009, pp. 155–179.
- ROSELLI, Carina  
*Restoring Iraq's southern marshes: uncertainty in post-conflict Mesopotamia*. Dissertation. Vermont Law School, 20 December 2012.
- “Bordering on desuetude: are Additional Protocol I's environmental provisions no longer serviceable?”, 17 January 2013. The article is on file with the Special Rapporteur.



ROSS, Marc A.

“Environmental warfare and the Persian Gulf War: possible remedies to combat intentional destruction of the environment”, *Dickinson Journal of International Law*, vol. 10, No. 3 (1992), pp. 515–539.

SAALFELD, Michael

“Umweltschutz in bewaffneten Konflikten aus völkerrechtsgeschichtlicher Sicht”, *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 5, No. 1 (1992), pp. 23–32.

SAND, Peter H.

“Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35, No. 6 (2005), pp. 244–249.

“Environmental dispute settlement and the experience of the UN Compensation Commission”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54 (2011), pp. 151–189.

SANDS, Philippe

“Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: introductory article by the Rapporteur”, in Alexandre Timoshenko, ed., *Liability and Compensation for Environmental Damage: Compilation of Documents*, Nairobi, UNEP, 1998, pp. 1–22.

*Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SANDS, Philippe and others

“The Gulf war: environment as a weapon”, *The American Society of International Law: Proceedings of the 85th Annual Meeting*, vol. 85 (1991), pp. 214–229.

SCHAFER, Bernard K.

“The relationship between the international laws of armed conflict and environmental protection: the need to re-evaluate what types of conduct are permissible during hostilities”, *California Western International Law Journal*, vol. 19, No. 2 (1988–1989), pp. 287–325.

SCHIAVO GUARNACCI, Emilia

*Conflictos armados y medio ambiente*. Buenos Aires, Universidad del Salvador, 2006, unpublished.

SCHIEFER, H. Bruno, ed.

*Verifying Obligations Respecting Arms Control and the Environment: A Post-Gulf War Assessment*. Saskatoon, University of Saskatchewan, 1992.

SCHMITT, Michael N.

“Green war: an assessment of the environmental law of international armed conflict”, *Yale Journal of International Law*, vol. 22, No. 1 (1997), pp. 1–109.

“Humanitarian law and the environment”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, No. 3 (2000), pp. 265–323.

“War and the environment: fault lines in the prescriptive landscape”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 87–136.

SCHWARTZ, Priscilla

“The polluter-pays principle”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 243–257.

SHAMBAUGH, James, Judy OGLETHORPE and Rebecca HAM

*The Trampled Grass: Mitigating the Impacts of Armed Conflict on the Environment*. Washington, D.C., Biodiversity Support Program, 2001.

SHARP, Walter

“The effective deterrence of environmental damage during armed conflict: a case analysis of the Persian Gulf War”, *Military Law Review*, vol. 137 (1992), pp. 1–67.

SINGH, A.P.

“Protection of environment during armed conflict: is a new frame of laws necessary?” *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 52, Nos. 3–4 (2010), pp. 453–466.

SJÖSTEDT, Britta

“The role of multilateral environmental agreements in armed conflict: ‘green-keeping’ in Virunga Park—applying the UNESCO World Heritage Convention in the armed conflict of the Democratic Republic of the Congo”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 129–153.

SMITH, Tara

“Creating a framework for the prosecution of environmental crimes in international criminal law”, in William A. Schabas, Yvonne McDermott and Niamh Hayes, eds., *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Farnham (Surrey), Ashgate, 2013, pp. 45–62.

SPIEKER, Heike

*Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt*. Bochum: UVB-Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 1992.

“The conduct of hostilities and the protection of the environment”, in Andreas Fischer-Lescano and others, eds., *Frieden in Freiheit—Peace in Liberty—Paix en liberté: Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Zurich, Dike Verlag, 2008, pp. 741–768.

STOCKINS ABASCAL, Christine

Protección del medio ambiente en los conflictos armados. Dissertation. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.

TARASOFSKY, Richard G.

“Legal protection of the environment during international armed conflict”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), pp. 17–79.

“Protecting especially important areas during international armed conflict: a critique of the IUCN draft convention on the prohibition of hostile military activities in internationally protected areas”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 567–578.

THIEFFRY, Patrick

*Droit de l’environnement de l’Union européenne*, 2nd ed. Brussels, Bruylant, 2011.

THOMAS, Carson

“Advancing the legal protection of the environment in relation to armed conflict: Protocol I’s threshold of impermissible environmental damage and alternatives”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 83–101.

TICEHURST, Rupert

“The Martens Clause and the laws of armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 37, No. 317 (1997), pp. 125–134.

TIGNINO, Mara

“Water, international peace and security”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 647–674.

*L’eau et la guerre: éléments pour un régime juridique*. Collection of the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Brussels, Bruylant, 2011.

- TIR, Jaroslav, and Douglas M. STINNETT  
 “Weathering climate change: can institutions mitigate international water conflict?” *Journal of Peace Research*, vol. 49, No. 1 (2012), pp. 211–225.
- TOLENTINO, Amado S., Jr.  
 “Armed conflict and the environment: legal perspectives”, *Philippine Law Journal*, vol. 81, No. 3 (2007), pp. 377–389.  
 “The law of armed conflict *vis-à-vis* the environment”, in *International Law: New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Boidar Bakoti?*, Budislav Vukas and Trpimir M. Šošić, eds. Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 595–606.
- TROUWBORST, Arie  
*Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*. International Environmental Law and Policy Series, vol. 62. The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- TUCKER, Matthew L.  
 “Mitigating collateral damage to the natural environment in naval warfare: an examination of the Israeli naval blockade of 2006”, *Naval Law Review*, vol. 57 (2009), pp. 161–201.
- TÜRK, Helmut  
 “The negotiation of a new Geneva-style convention: a government lawyer’s perspective”, in Glen Plant, ed., *Environmental Protection and the Law of War: A “Fifth Geneva” Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*, London, Belhaven Press, 1992, pp. 96–103.
- VAN DER POLL, Letetia, and Ashraf BOOLEY  
 “In our common interest: liability and redress for damage caused to the natural environment during armed conflict”, *Law, Democracy and Development*, vol. 15 (2011), pp. 90–129.
- VAN DER VYVER, Johan D.  
 “The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict”, *Emory International Law Review*, vol. 23, No. 1 (2009), pp. 85–112.
- VENTURINI, Gabriella  
 “Disasters and armed conflict”, in Andrea de Guttery, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 251–266.  
 “International disaster response law in relation to other branches of international law”, in Andrea de Guttery, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 45–64.
- VERWEY, Wil D.  
 “Observations on the legal protection of the environment in times of international armed conflict”, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 7 (1994), pp. 35–52.  
 “Protection of the environment in times of armed conflict: in search of a new legal perspective”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, No. 1 (1995), pp. 7–40.
- VIALLE, Anne-Cécile, and others  
 “Peace through justice? International tribunals and accountability for wartime environmental wrongs”, in Carl Bruch, Carroll Muffet and Sandra S. Nichols, eds., *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*, Routledge, forthcoming.
- VÍÑUALES, Jorge E.  
 “Cartographies imaginaires: observations sur la portée juridique du concept de ‘régime spécial’ en droit international”, *Journal du droit international*, vol. 140, No. 2 (2013), pp. 405–425.
- VOIGT, Christina  
*Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- VÖNEKY, Silija  
 “A new shield for the environment: peacetime treaties as legal restraints of wartime damage”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 9, No. 1 (2000), pp. 20–32.  
 “Peacetime environmental law as a basis of State responsibility for environmental damage caused by war”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 190–225.  
*Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten*. Berlin, Springer, 2001.
- WALEIJ, Annica and others  
*Greening Peace Operations—Policy and Practice*. Stockholm, Defence Research Agency, 2011.
- WARNER, Frederick  
 “The environmental consequences of the Gulf War”, *Environment*, vol. 33, No. 5 (1991), pp. 7–26.
- WARSTA, Matias, ed.  
*Conference Proceedings 2013: European Conference of Defence and the Environment*. Helsinki, Ministry of Defence of Finland, 2013.
- WESTING, Arthur H.  
*Ecological Consequences of the Second Indochina War*. Stockholm, Almqvist and Wiksell International, 1976.  
*Warfare in a Fragile World: Military Impact on the Human Environment*. London, Taylor and Francis, 1980.  
 “In furtherance of environmental guidelines for armed forces during peace and war”, in Jay E. Austin and Carl E. Bruch, eds., *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 171–181.
- WESTING, Arthur, ed.  
*Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*. London, Taylor and Francis, 1985.  
*Global Resources and International Conflict: Environmental Factors in Strategic Policy and Action*. Oxford, Oxford University Press, 1986.
- WHITTEMORE, Luke A.  
 “Intervention and post-conflict natural resource governance: lessons from Liberia”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 17, No. 2 (2008), pp. 387–433.
- WYATT, Julian  
 “Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, No. 879 (2010), pp. 593–646.
- ZEMMALI, Ameer  
 “La protection de l’environnement en période de conflit armé dans les normes humanitaires et l’action du Comité international de la Croix Rouge”, in Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese, eds., *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 105–131.





# 保护大气层

[议程项目 11]

A/CN.4/667号文件

## 特别报告员村濑信也先生关于保护大气层专题的第一次报告\*

[原文：英文]

[2014年2月14日]

### 目 录

	页 次	
本报告引用的多边文书.....	250	
本报告引用的著作.....	252	
		段 次
导言.....	1-19	256
A. 本专题列入委员会的工作方案.....	1-7	256
B. 本报告的目的.....	8-9	257
C. 处理本专题的理由和基本方法.....	10-19	258
1. 理由.....	10-14	258
2. 处理方法.....	15-19	259
章 次		
一、 背景.....	20-63	261
A. 保护大气层国际法的演变.....	20-28	261
B. 渊源.....	29-63	263
1. 条约实践.....	30-41	263
2. 国际法院和法庭的判例.....	42-50	269
3. 习惯国际法.....	51-62	273
4. 文献.....	63	276
二、 定义.....	64-70	277
A. 大气层的物理特性.....	64-68	277
B. 大气层的定义.....	69-70	279
三、 指南草案的范围.....	71-78	280
A. 人类引起的环境退化.....	71-74	280
B. 保护自然环境和人类环境.....	75	281
C. 大气层退化的原因.....	76	281
D. 与其他国际法领域的联系.....	77-78	282
四、 大气层的法律地位.....	79-90	282
A. 空气空间与大气层的区别.....	80-83	282
B. 共有或共同的自然资源.....	84-85	283
C. 人类的共同关切.....	86-90	284
五. 结论.....	91-92	285

\* 特别报告员感谢犬冢摩耶女士(加拿大约克大学奥斯古德堂法学院法律博士)和广见正行先生(日本早稻田大学比较法研究所研究助手)对于编写本报告做出的宝贵贡献,感谢博士候选人纳迪亚·桑切斯女士(荷兰莱顿大学)提供的协助。此外,特别报告员感谢他的实习生(纽约大学法学院)在国际法委员会开会期间提供的协助,他们是:约瑟夫·杰罗姆先生(2010年)、约瑟夫·罗马先生(2011年)、安妮·希尔曼女士(2012年)和迈克尔·鲁先生(2013年)。

## 本报告引用的多边文书

## 来源

- 《五年期间禁止从气球上或用其他类似方法投掷投射物和爆炸物宣言》[英](1899年7月29日,海牙)  
J.B. Scott (编), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, New York, Oxford University Press, 3rd ed., 1918年,第220页。
- 《关于航空管理的公约》[英](1919年10月13日,巴黎)  
国际联盟,《条约汇编》,第十一卷,第297号,第173页。
- 《国际民用航空公约》[英](1944年12月7日,芝加哥)  
联合国,《条约汇编》,第15卷,第102号,第295页。
- 《关税及贸易总协定》[英](1947年10月30日,日内瓦)  
同上,第55卷,第814号,第187页。
- 《北大西洋公约缔约国关于其部队地位的协定》[英](1951年6月19日,伦敦)  
同上,第199卷,第2678号,第67页。
- 《关于对轮式车辆、可安装和/或用于轮式车辆的装备和部件制定全球性技术法规和互相承认根据这些法规所做出的许可的条件的协定》[英](1958年3月20日,日内瓦)  
同上,第335、516、609、1059和第1891卷,第4789号。另见欧洲经委会,TRANS/WP.29/409号文件。
- 《大陆架公约》(1958年4月29日,日内瓦)  
同上,第499卷,第7302号,第311页。
- 《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》(1963年8月5日,莫斯科)  
同上,第480卷,第6964号,第43页。
- 《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》(1967年1月27日,莫斯科,伦敦和哥伦比亚特区华盛顿)  
同上,第610卷,第8843号,第205页。
- 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日,维也纳)  
同上,第1155卷,第18232号,第331页。
- 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》[英](1971年2月2日,拉姆萨尔)  
同上,第996卷,第14583号,第245页。
- 1973年《国际防止船舶造成污染公约》(《防止船污公约》)[英](1973年11月2日,伦敦)  
同上,第1340卷,第22484号,第184页。
- 《1973年〈国际防止船舶造成污染公约〉1978年议定书》[英](1978年2月17日,伦敦)  
同上,第1340卷,第22484号,第61页。
- 《经1978年有关议定书修订的1973年〈国际防止船舶造成污染公约〉的1997年修正议定书》[英](1997年9月26日,伦敦)  
《1997年联合国法律年鉴》,ST/LEG/SER.C/41号文件(联合国出版物,出售品编号:E.02.V.1),第300页。
- 《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》(1976年12月10日,纽约)  
联合国,《条约汇编》,第1108卷,第17119号,第151页。
- 《远距离越境空气污染公约》[英](1979年11月13日,日内瓦)  
同上,第1302卷,第21623号,第217页。
- 《关于欧洲监测和评价空气污染物远距离传送情况合作方案长期筹资议定书(带附件)》[英](1984年9月28日,日内瓦)  
同上,第1491卷,第25638号,第167页。
- 《关于至少降低百分之三十硫排放量或其越境流量的议定书》[英](1985年7月8日,赫尔辛基)  
同上,第1480卷,第25247号,第215页。
- 《关于控制氧化氮排放量或其越境流量的议定书》[英](1988年10月31日,索菲亚)  
同上,第1593卷,第27874号,第287页。

## 来源

- 《关于控制挥发性有机化合物散逸及其跨界流动的议定书》[英](1991年11月18日,日内瓦) 同上,第2001卷,第34322号,第187页。
- 《关于进一步减少硫排放量的议定书》[英](1994年6月14日,奥斯陆) 同上,第2030卷,第21623号,第122页。
- 《关于重金属的议定书》[英](1998年6月24日,奥胡斯) 同上,第2237卷,第21623号,第3页。
- 《关于持久性有机污染物的议定书》[英](1998年6月24日,奥胡斯) 同上,第2230卷,第21623号,第79页。
- 《关于减轻酸化、富营养化和地面臭氧的议定书》[英](1999年11月30日,哥德堡) 同上,第2319卷,第21623号,第80页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾) 同上,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。
- 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(1987年9月16日,蒙特利尔) 同上,第1522卷,第26369号,第3页。
- 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的调整案》(1990年6月29日,伦敦) 同上,第1598卷,第26369号,第469页。
- 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的修正案》(1990年6月29日,伦敦) *Official Journal of the European Communities*, 第L 377号, 1991年12月31日。
- 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的修正案》(1992年11月25日,哥本哈根) 联合国,《条约汇编》,第1785卷,第26369号,第516页。
- 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的修正案》(1997年9月17日,蒙特利尔) 同上,第2054卷,第26369号,第522页。
- 《对〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉进行的修正》(1999年12月3日,北京) 同上,第2173卷,第26369号,第183页。
- 《越境环境影响评估公约》[英](1991年2月25日,埃斯波) 同上,第1989卷,第34028号,第309页。
- 《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》[英](1992年3月17日,赫尔辛基) 同上,第1936卷,第33207号,第269页。
- 《工业事故跨界影响公约》[英](1992年3月17日,赫尔辛基) 同上,第2105卷,第36605号,第457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。
- 《联合国气候变化框架公约京都议定书》(1997年12月11日,京都) 同上,第2303卷,第30822号,第162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。
- 《全面禁止核试验条约》(1996年9月10日,纽约) A/50/1027号文件,附件。



- 《国际水道非航行使用法公约》(1997年5月21日, 纽约) 《大会正式记录, 第五十一届会议, 补编第49号》(A/51/49), 第三卷, 第51/229号决议, 附件。
- 《关于对轮式车辆、可安装和/或用于轮式车辆的装备和部件制定全球性技术法规的协定》[英](1998年6月25日, 日内瓦) 联合国, 《条约汇编》, 第2119卷, 第36868号, 第129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。
- 《东盟越境烟霾污染协议》(2002年6月10日, 吉隆坡) 环境署, *Selected Texts of Legal Instruments in International Environmental Law*. Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2005, 第604页。
- 《〈1992年保护与使用跨界水道和国际湖泊公约议定书〉和〈1992年关于工业事故跨界影响的公约议定书〉关于工业事故跨界影响对跨界水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》(2003年5月21日, 基辅) ECE/MP.WAT/11-ECE/CP.TEIA/9号文件
- 《中亚保护环境以实现可持续发展框架公约》(2006年11月22日, 阿什哈巴德) TRE-143806, 可查阅www.ecolex.org。
- 《关于汞的水俣公约》(2013年10月10日, 日本熊本市) 联合国, 《条约汇编》, 第3202号, 第54669号。

### 本报告引用的著作

- AHRENS, C. Donald  
*Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*, 6th ed. Belmont (California), Brooks/Cole, 2012.
- ALLABY, Michael  
*Dictionary of the Environment*, 3rd ed. New York, New York University Press, 1989.
- ANTON, Donald K.  
“‘Treaty congestion’ in contemporary international environmental law”, in Shawkat Alam and others, eds., *Routledge Handbook of International Environmental Law*. London/New York, Routledge, 2013, pp. 651–665.
- ATTARD, David  
“The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues”. Nairobi, UNEP, 1991.
- BAE, Jon  
“Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, No. 1 (2013), pp. 65–81.
- BAGADER, Abubakr Ahmed and others,  
*Environmental Protection in Islam*, 2nd ed. (IUCN Environmental Policy and Law Paper, No. 20 Rev). Gland, IUCN, 1994.
- BARTELS, Lorand  
“The WTO legality of the application of the EU emissions trading system to aviation”, *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 2 (2012), pp. 429–467.
- BEVANS, Charles I. (ed.)  
*Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1974.
- BIERMANN, Frank  
“‘Common concern of humankind’: the emergence of a new concept of international environmental law”, in Otto Kimminich and others, eds., *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1996, pp. 426–481.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, and Catherine REDGWELL  
*International Law and the Environment*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BOYLE, Alan E.  
“International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, in Robin Churchill and David Freestone, eds., *International Law and Global Climate Change*. London, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, pp. 7–19.
- BOYLE, ALAN, AND CHRISTINE CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BROWN WEISS, Edith  
“International responses to weather modification”, *International Organization*, vol. 29, No. 3 (1975), pp. 805–826.
- “International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order”, *Georgetown Law Journal*, vol. 81 (1993), pp. 675–710.
- “Opening the door to the environment and to future generations”, in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands, eds., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 338–353.
- BRUCE, Jim  
“Law of the air: a conceptual outline”, *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), p. 5.

- BRUNNÉE, Jutta  
 “Common areas, common heritage, and common concern”, in Daniel Bodansky, Jutta Brunée and Ellen Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 550–573.
- BRUNNÉE, Jutta, and Stephen J. TOOPE  
 “Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building”, *American Journal of International Law*, vol. 91 (1997), pp. 26–59.
- BUHI, Jason, and Lin FENG  
 “The International Joint Commission’s role in the United States–Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future”, *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 11 (2009), p. 129.
- CHENG, Bin  
*The Law of International Air Transport*. London, Stevens and Sons, 1962.  
 “Air law”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1. Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 66–72.
- DAVIES, Peter, and Jeffrey GOH  
 “Air transport and the environment: regulating aircraft noise”, *Air and Space Law*, vol. 18, No. 3 (1993), pp. 123–135.
- DAVIS, Ray J.  
 “Atmospheric water resources development and international law”, *Natural Resources Journal*, vol. 31 (1991), p. 11–44.
- DOLZER, Rudolf  
 “Atmosphere, protection”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1. Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 289–295.
- DUPUY, Pierre-Marie  
*La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle*. Paris, Pedone, 1976.
- FABER, Jasper, and Linda BRINKE  
*The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System: An Economic and Environmental Assessment*, Trade and Sustainable Energy Series, Issue Paper No. 5. Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2011.
- FAUCHILLE, Paul  
 “Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats”, *RGDIP*, vol. 8 (1901), pp. 414–485.
- FITZMAURICE, Malgosia  
 “The *Gabčíkovo-Nagymaros* case: the law of treaties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 11 (1998), pp. 321–344.
- FRANCK, Thomas M.  
 “Word made law: the decision of the ICJ in the nuclear test cases”, *American Journal of International Law*, vol. 69 (1975), pp. 612–620.
- GOLDIE, Louis Frederick Edward  
 “Liability for damage and the progressive development of international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), p. 1189–1264.  
 “A general view of international environmental law: a survey of capabilities, trends and limits”, in Alexandre-Charles Kiss, ed., *The Protection of the Environment and International Law*, The Hague Academy of International Law, Leiden, Sitjhoff, 1975, pp. 25–143.
- GRENNFELT, Peringe and others, eds.  
*Saltjöbaden V—Taking International Air Pollution Policies into the Future*, Gothenburg, 24–26 June 2013. Copenhagen, Nordic Council of Ministers, 2013.
- GROTIUS, HUGO  
*The Freedom of the Seas or the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, translated by Ralph Van Deman Magoffin. New York, Oxford University Press, 1916.
- GUINCHARD, M.  
 “La collaboration franco-helvétique en matière d’aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)”, *Annuaire français de droit international*, vol. 3 (1957), pp. 668–677.
- HANDL, Günther  
 “Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 13 (1975), pp. 156–194.
- HEERE, Wybo P.  
 “Problems of jurisdiction in air and outer space”, in Terry D. Gill and Wybo P. Heere, eds., *Reflections on Principles and Practice of International Law: Essays in Honour of Leo J. Bouchez*. Boston, Martinus Nijhoff, 2000, pp. 65–81.
- HOBÉ, Stephan  
 “Airspace”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 263–267.
- HOGAN, John C.  
 “Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere”, *American Journal of International Law*, vol. 51 (1957), pp. 362–375.
- HUNTER, David, James SALZMAN, and Durwood ZAELEKE  
*International Environmental Law and Policy*, 3rd ed. New York, Foundation Press, 2007.
- JANS, Jan H., and Hans B. VEDDER  
*European Environmental Law: After Lisbon*, 4th ed. Groningen, Europa Law Publishing, 2012.
- JENKS, C. Wilfred  
 “Liability for ultra-hazardous activities in international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 117. Leiden, Martinus Nijhoff, 1966, pp. 99–200.
- JONES, Gareth and others  
*Collins Dictionary of Environmental Science*. Glasgow, Harper Collins, 1990.
- JUSTINIAN  
*Justinian’s Institutes*, translated with an introduction by Peter Birks and Grant McLeod with the Latin text of Paul Krueger. Ithaca, New York, Cornell University Press, 1987.
- KISS, Alexandre, and Dinah SHELTON  
*International Environmental Law*, 3rd ed. Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2004, pp. 555–592.
- KISS, Alexandre-Charles, and Claude LAMBRECHTS  
 “Les dommages causés au sol par les vols supersoniques”, *Annuaire français de droit international*, vol. 16 (1970), p. 769–781.
- KNOX, John H.  
 “Climate change and human rights law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, No. 1 (2009).
- KOKOTT, Juliane  
 “Equity in international law”, in F.L. Toth, ed., *Fair Weather? Equity Concerns in Climate Change*. London, Earthscan, 1999, pp. 173–192.
- KOSKENNIEMI, Martti  
 “International law and hegemony: a reconfiguration”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, No. 2 (2004), pp. 197–218.

- The Politics of International Law*. Oxford, Hart Publishing, 2011.
- KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte  
 “Atmosphere, international protection”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 737–744.
- KUHN, Arthur K.  
 “The *Trail Smelter* arbitration—United States and Canada”, *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), pp. 785–788, and vol. 35 (1941), pp. 665–666.
- LEFEBER, René  
 “The Gabčíkovo-Nagymaros Project and the law of State responsibility”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 11 (1998), pp. 609–623.
- LEGGETT, Jane, Bart ELIAS, and Daniel T. SHEDD  
*Aviation and the European Union’s Emission Trading Scheme*, Congressional Research Service Report for Congress R42392. Washington, D.C., Congressional Research Service, 2012.
- LELLOUCHE, Pierre  
 “The International Court of Justice—the nuclear tests cases: judicial silence v. atomic blasts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16 (1975), pp. 614–637.
- LIDSKOG ROLF, and Göran SUNDQVIST, eds.  
*Governing the Air: The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction*. Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2011.
- MACDONALD, R.St.J., and Barbara HOUGH  
 “The *Nuclear Tests* case revisited”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), pp. 337–357.
- MADDERS, Kevin J.  
 “*Trail Smelter* arbitration”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4. Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 900–903.
- MATEESCO MATTE, Nicolas  
*Traité de droit aérien-aéronautique*, 2nd ed. Paris, Pedone, 1964.  
 “Space law”, in Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1. Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 552–557.
- MCDUGAL, Myers S., Harold D. LASSWELL, and Ivan A. VLASIC  
*Law and Public Order in Space*. New Haven, Yale University Press, 1963.
- MCRAE, Donald  
 “The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission”, *Kokusaiho Gaiko Zasshi (Journal of International Law and Diplomacy)*, vol. 111 (2013), pp. 76–94.
- MCWHINNEY, Edward  
 “International law-making and the judicial process: the World Court and the *French Nuclear Tests* case”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 3 (1975), pp. 9–46.
- MOMTAZ, Djamchid  
 “The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice”, in Laurence Boisson de Chazournes and Philippe Sands, eds., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 354–374.
- MOORE, John Bassett  
 “Fur seal arbitration”, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I. Washington, Government Printing Office, 1898, pp. 755–961.
- MURASE, Shinya  
 “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253, Leiden, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 283–431.  
 “Unilateral measures and the WTO dispute settlement”, in Simon S.C. Tay and Daniel C. Esty, eds., *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*. Singapore, Times Academic Press, 1996, pp. 137–144.  
 “Conflict of international regimes: trade and the environment”, in Kalliopi Koufa, ed., *Protection of the Environment for the New Millennium*. Thessaloniki, Institute of International Public Law and International Relations, 2002, pp. 297–340.  
*Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron (International Law-making: Sources of International Law)*. Tokyo, Toshindo, 2002.  
*International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*. Tokyo, Sophia University Press, 2011.  
 “Protection of the atmosphere and international law: rationale for codification and progressive development”, *Sophia Law Review*, No. 55 (2012), pp. 1–58.
- MURASE, Shinya and others  
 “Compliance with international standards: environmental case studies”, in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law: Structures of World Order*, vol. 89, April 5–8, 1995, Washington, D.C., American Society of International Law, pp. 206–224.
- NORDBERG, Lars  
*Air Pollution: Promoting Regional Cooperation*. Nairobi, UNEP, 2010.
- NORDQUIST, Myron H., Shabtai ROSENNE, and Alexander YANKOV, eds.  
*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.
- ODA, Shigeru  
 “The hydrogen bomb tests and international law”, *Die Friedenswarte*, vol. 53 (1956), pp. 126–135.
- OSAKA, Eri  
 “Reevaluating the role of the tort liability system in Japan”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, No. 2 (2009), pp. 393–426.
- PERERA, Amrith Rohan  
 “Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC)”, in Miha Pogacnik, ed., *Challenges of Contemporary International Law and International Relations: Liber Amicorum in Honour of Ernest Petric*. Nova Gorica, European Faculty of Law, 2011, pp. 313–325.
- RAMCHARAN, B.G.  
*The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1977.
- RAUSCHNING, Dietrich  
 “Interim report of the Committee: legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution”, in *Report of the Sixty-Second Conference Held at Seoul: August 24th to August 30th, 1986*. Seoul, International Law Association, 1986, pp. 198–223.
- READ, John E.  
 “The *Trail Smelter* dispute”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1 (1963), pp. 213–229.
- REST, Alfred  
 “Tschernobyl und die Internationale Haftung”, *Versicherungsrecht*, vol. 37 (1986), pp. 609–620.



- “International environmental law in German courts”, *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), pp. 409–422.
- ROBB, Cairo, A.R., ed.  
*International Environmental Law Reports*, vol. 1, *Early Decisions*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- ROCH, Philippe, and Franz Xaver PERREZ  
“International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 16 (2005), pp. 1–25.
- ROSLYCKY, Lada L.  
“Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules”, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 19–40.
- ROWLANDS, Ian H.  
“Atmosphere and outer space”, in Daniel Bodansky, Jutta Brunnee and Ellen Hey, eds., *Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 315–336.
- RUBIN, Alfred P.  
“Pollution by analogy: the *Trail Smelter* arbitration”, *Oregon Law Review*, vol. 50 (1971), pp. 259–282
- SAND, Peter H.  
“Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung”, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (German Journal of Air and Space Law)*, vol. 20 (1971), pp. 109–133.  
*Lessons Learned in Global Environmental Governance*. Washington, D.C., World Resources Institute, 1990.  
“Regional approaches to transboundary air pollution”, in John L. Helm, ed., *Energy Production, Consumption, and Consequences*. Washington, D.C., National Academy Press, 1990, pp. 246–264.  
“UNCED and the development of international environmental law”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, No. 1 (1992), pp. 3–17.  
“Carrots without sticks? New financial mechanisms for global environmental agreements”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 3 (1999), pp. 363–388.  
*Transnational Environmental Law: Lessons in Global Change*, International Environmental Law and Policy Series, vol. 53. London, Kluwer Law International, 1999.  
“Shared responsibility for transboundary air pollution”, in André Nollkaemper and Ilias Plakokefalos, eds., *The Practice of Shared Responsibility in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, forthcoming.
- SAND, Peter H., Geoffrey N. PRATT, and James T. LYON  
*An Historical Survey of the Law of Flight*. Montreal, McGill University Institute of Air and Space Law, 1961.
- SANDS, Philippe, ed.  
*Chernobyl: Law and Communication—Transboundary Nuclear Air Pollution—The Legal Materials*. Cambridge, Grotius Publications, 1988.
- SANDS, Philippe  
*Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SANDS, Philippe, and Jacqueline PEEL  
*Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SCHULZE, Teresa, Hanna WANG-HELMREICH, and Wolfgang STERK  
*Human Rights in a Changing Climate—Demands on German and International Climate Policy: The Human Rights to Food and to Water*. Heidelberg, Germany, FIAN International, 2011.
- SELDEN, John  
*Of the Dominion, or, Ownership of the Sea (Mare Clausum)*, translated by M. Needham. New Jersey, Lawbook Exchange, 2004.
- SHELTON, Dinah  
“Equity”, in Daniel Bodansky, Jutta Brunnee and Ellen Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 639–662.
- SLIGGERS, Johan, and Willem KAKEBEEKE, eds.  
*Clearing the Air: 25 years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution* (United Nations publication, Sales No. E.04.II.E.20), New York and Geneva, 2004.
- SOMMER, Jerzy  
“Transboundary co-operation between Poland and its neighbouring States”, in Cees Flinterman, Barbara Kwiatkowska and Johan G. Lammers, eds., *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Cooperation of States*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 205–233.
- SOROOS, Marvin S.  
*The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*. Columbia, University of South Carolina Press, 1997.
- SUR, Serge  
“Les affaires des essais nucléaires (*Australie c. France; Nouvelle-Zélande c. France: C.I.J.—arrêts du 20 décembre 1974*)”, *RG-DIP*, vol. 80 (1975), pp. 972–1027.
- TAKAHASHI, Wakana  
“Formation of an East Asian regime for acid rain control: the perspective of comparative regionalism”, *International Review for Environmental Strategies*, vol. 1, No. 1 (2000), pp. 97–117.
- TAN, Alan Khee-Jin  
“The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia”, *New York University Environmental Law Journal*, vol. 13, No. 3 (2005), pp. 647–722.
- TARBUCK, Edward J., Frederick K. LUTGENS, and Dennis TASA  
*Earth Science*, 13th ed. Upper Saddle River (New Jersey), Pearson Prentice Hall, 2011.
- TAUBENFELD, Howard J.  
“International environmental law: air and outer space”, in Ludwik A. Teclaff and Albert E. Utton, eds., *International Environmental Law*. New York, Praeger, 1974, pp. 187–198.
- THIERRY, Hubert  
“Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice”, *Annuaire français de droit international*, vol. 20, No. 20 (1974), pp. 286–298.
- THOMPSON, Graham R., and Jonathan TURK  
*Earth Science and the Environment*, 4th ed. Belmont (California), Brooks/Cole, 2007.
- TOMAS, Lisa  
“Air law”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 233–242.
- VAN BOGAERT, E.R.C.  
*Aspects of Space Law*. Deventer, Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers 1986.

VON CIRIACY-WANTRUP, Siegfried

*Resource Conservation: Economics and Policies*, 3rd ed. Berkeley, University of California Press, 1968.

WALLACE, John M., and Peter V. HOBBS

*Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 2nd ed. International Geophysics Series, vol. 92. Boston, Elsevier Academic Press, 2006.

WEIL, Prosper

“L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?”, in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, eds., *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 121–144.

WEISS, Wolfgang

“The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: experience and conclusions after the Fukushima Daiichi nuclear power plant accident”, *CTBTO Spectrum*, vol. 17 (2011), pp. 27–29.

clear power plant accident”, *CTBTO Spectrum*, vol. 17 (2011), pp. 27–29.

WHITEMAN, Marjorie M.

*Digest of International Law*, vol. 4. Washington, D.C., US Government Printing Office, 1965.

XUE, Hanqin

*Transboundary Damage in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

YOSHIDA, Osamu

*The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer, International Law, International Régimes, and Sustainable Development*. The Hague, Kluwer Law International, 2001.

## 导 言

### A. 本专题列入委员会的工作方案

1. 在2011年举行的第六十三届会议上，国际法委员会同意将“保护大气层”专题列入委员会的长期工作方案。<sup>1</sup>在委员会向大会第六十六届会议提交的报告结尾处附有一份专题纲要，其中载有关于该专题的简要介绍并择要列出了参考书目。<sup>2</sup>

2. 在第六十六届会议上，大会在2011年12月9日关于委员会第六十三届会议工作报告的第66/98号决议中，除其他外，注意到委员会将“保护大气层”专题纳入其长期工作方案(第7段)。

3. 在第六委员会审议本委员会报告期间，一些国家对将本专题列入委员会工作方案表示欢迎。这些国家对此专题表示出极大的兴趣。<sup>3</sup>一些国家还表示希望委员会优先处理此专题。<sup>4</sup>亦有国家表示“保护大气层专题涉及一个日益严重的全球关切问题”且

“委员会如能努力评估现有公约所订规则并能拟定新的法律制度，将是值得称道的”。<sup>5</sup>另一个代表团对此表示赞同，并进一步指出“大气层日益恶化的情况使得保护大气层成为一个紧迫问题”。<sup>6</sup>各国希望第六委员会给予委员会强有力的支持以处理此专题。对委员会进入国际法的一些新领域表示了支持，其中一国指出，委员会目前正在进入一些它从未涉足过的国际法领域，如环境、人道法和投资法，反映当前国际法发展和国际社会利益的政策定能带来非常有益的结果。<sup>7</sup>据指出，保护大气层“最值得审议，因为[它]述及环境保护的基本内容”，在这个领域不乏国际文书或学术关注，但“仍需要进一步审查和系统化处理，以回应国际社会日益增加的关切”。<sup>8</sup>然而，一些国家对这一专题的可行性表示关切，因为存在着“高度技术性的问题”。<sup>9</sup>关于编纂和逐渐发展，希望该专题的“高度技术性不会使审议工作化为徒劳”。<sup>10</sup>还有国家表

<sup>1</sup> 《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32段。

<sup>2</sup> 同上，附件二。

<sup>3</sup> 例如：阿尔及利亚，《大会正式记录，第六十六届会议，第六委员会》，第28次会议(A/C.6/66/SR.28)，第50段；丹麦(代表北欧国家)，同上，第18次会议(A/C.6/66/SR.18)，第30段；加拿大，同上，第19次会议(A/C.6/66/SR.19)，第46段；中国，同上，第15段；尼日利亚，同上，第20次会议(A/C.6/66/SR.20)，第85段；波兰，同上，第64段；斯洛文尼亚，同上，第9段；西班牙，同上，第27次会议(A/C.6/66/SR.27)，第37段；斯里兰卡，同上，第29段。

<sup>4</sup> 丹麦(代表北欧国家)，同上，第18次会议(A/C.6/66/SR.18)，第30段，和波兰，同上，第20次会议(A/C.6/66/SR.20)，第64段。

<sup>5</sup> 奥地利，同上，第19次会议(A/C.6/66/SR.19)，第4段。

<sup>6</sup> 日本，同上，第18次会议(A/C.6/66/SR.18)，第63段。

<sup>7</sup> 捷克共和国

<sup>8</sup> 意大利，《大会正式记录，第六十六届会议，第六委员会》，第26次会议(A/C.6/66/SR.26)，第43段。斯洛文尼亚也指出本专题特别具有意义(同上，第20次会议(A/C.6/66/SR.20)，第9段)。

<sup>9</sup> 有国家指出，该专题看起来具有高度技术性，它的许多方面不在委员会的专长范围之内(法国，同上，第20次会议(A/C.6/66/SR.20)，第48段)。荷兰表示了类似的关切，指出“保护大气层问题似乎更适于由专家们来讨论”(同上，第28次会议(A/C.6/66/SR.28)，第64段)。

<sup>10</sup> 伊朗伊斯兰共和国，同上，第27次会议(A/C.6/66/SR.27)，第52段。

示,“鉴于该领域的法律结构目前以条约为基础,重点明确,相对有效,加上当前正在为解决不断发展的复杂情况进行谈判,所以现在最好不要试图编纂该领域的规则”。<sup>11</sup>特别报告员非常重视这样的批评,努力在本报告里解决所关注的问题。他真诚地希望各会员国能被说服,即保护大气层是一个适合委员会处理的重要专题。

4. 在2013年举行的第六十五届会议上,委员会决定将该专题列入当前工作方案并任命村濑信也先生为该专题的特别报告员。<sup>12</sup>

5. 委员会在将此专题列入工作方案时有如下谅解:

(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,也不会妨碍诸如下述问题:国家及其国民的赔偿责任、污染者付费原则、防范原则、共同但有区别的责任、向发展中国家转让资金和技术以及知识产权等;

(b) 这一专题也不会处理具体物质,例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质问题。这一专题不会试图“弥补”条约制度存在的空白;

(c) 与外层空间有关的问题,包括外层空间的划界问题,不在专题的范围之内;

(d) 这个专题的工作结果将是指南草案,但这种指南草案不会试图给现行条约制度规定条约制度尚不具有的法律规则或法律原则;

特别报告员的报告将以上述谅解为基础。<sup>13</sup>

<sup>11</sup> 美利坚合众国,同上,第20次会议(A/C.6/66/SR.20),第15段。下列国家曾于2012年表达了类似意见:中国,《……第六十七届会议,第六委员会,第19次会议》(A/C.6/67/SR.19),第52段;法国,同上,第91段;荷兰,同上,第31段;俄罗斯联邦,同上,第22次会议(A/C.6/67/SR.22),第103段;联合王国,同上,第19次会议(A/C.6/67/SR.19),第68段;以及美国,同上,第118段。

<sup>12</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第78页,第168段。

<sup>13</sup> 同上。可予注意的是该谅解仅涉及“有关政治谈判”和“谈判的问题”,因此不妨碍讨论涉及不属于任何正在进行的条约谈判议程的问题——尽管特别报告员从一开始就没有打算干预政治进程或处理具体的物质。该专题将“不会处理、也不会妨碍”上述某些问题,但这并不妨碍特别报告员在本研究中提到这些问题。本项目不会试图“弥补”条约制度存在的空白,但肯定会对这类空白进行识别。此外,应该指出的是,这项谅解并未规定任何限制,认为不能将条约实践作为国家实践或法律确信加以考虑,以讨论与此专题有关的任何习惯国际法事宜。

6. 2013年,在第六委员会审议委员会第六十五届会议工作报告时,一些代表对将此专题列入工作方案表示了欢迎,<sup>14</sup>而一些国家则表达了曾在往年表达过的关切。<sup>15</sup>

7. 特别报告员承诺将与有关的政府间组织及国际组织,包括联合国环境规划署(环境署)、世界气象组织(气象组织)和联合国欧洲经济委员会(欧洲经委会)的代表进行接触。<sup>16</sup>

## B. 本报告的目的

8. 本报告旨在处理该项目的总体目标,以确定围绕这一专题进行国际法的逐渐发展和编纂工作的理由;处理这一专题的总体范围,以便恰当地划定界线。然而,本报告并不仅是一项探索性研究。它将试图找出与本专题有关的基本概念、观点及处理方法。

<sup>14</sup> 奥地利,《大会正式记录,第六十八届会议,第六委员会》,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第73段;捷克共和国,同上,第18次会议(A/C.6/68/SR.18),第102段;印度尼西亚,同上,第19次会议(A/C.6/68/SR.19),第69段;秘鲁,同上,第18次会议(A/C.6/68/SR.18),第27段;葡萄牙,同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第86段;罗马尼亚,同上,第18次会议(A/C.6/68/SR.18),第116段;新加坡,同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第78段;以及古巴(代表拉丁美洲和加勒比国家共同体)、印度、意大利、马来西亚、斯洛文尼亚、西班牙和泰国。奥地利建议对这项谅解进行重新定义,指出“在这方面将不可避免地也处理目前排除在任务授权之外的一些问题,如赔偿责任和防范原则”(同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第73段)。日本指出“保护大气环境需要国际社会采取协调一致的行动”,并表示希望“这一专题相关工作取得丰硕成果”(同上,第81段)。

<sup>15</sup> 中国,《大会正式记录,第六十八届会议,第六委员会》,第19次会议(A/C.6/68/SR.19),第60段;法国,同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第106段;俄罗斯联邦,同上,第19次会议(A/C.6/68/SR.19),第55段;联合王国,同上,第18次会议(A/C.6/68/SR.18),第21段;以及美国,同上,第17次会议(A/C.6/68/SR.17),第50段。法国指出,对工作范围规定的限制看来是“明智的防范措施”(A/C.6/68/SR.17,第106段)。

<sup>16</sup> 2011年1月17日和18日,环境署环境法和公约司在环境署总部内罗毕就“保护大气层”专题专门为特别报告员举办了一次为期两天的研讨会。特别报告员十分感谢代理副司长Masaharu Nagai先生组织这次研讨会。2011年7月15日,在日内瓦国际环境之家举办了一次类似的研讨会,出席的有来自日内瓦的国际环保组织,如环境署欧洲区域办事处、气象组织和欧洲经委会的专家。特别报告员感谢研讨会的组织者,环境署欧洲区域办事处的芭芭拉·鲁伊斯女士。最后,环境署和日本政府于2011年10月26日在纽约日本常驻联合国代表团联合主办了关于这一专题的研讨会。特别报告员对研讨会东道主Tsuneo Nishida先生和担任研讨会主持人的Chusei Yamada先生(原国际法委员会委员)深表感谢,同时感谢下列发言者所做的贡献:Donald McRae先生(渥太华大学法学院,委员会委员);Richard Stewart先生(纽约大学法学院);以及Masaharu Nagai先生(环境署)。



报告的目的是概述委员会自保护大气层专题伊始就必须考虑的问题,以及这些问题所产生的相关法律问题,同时为该项目的基本概念、目标和范围共识提供基础。希望本报告将会促进委员会内部的讨论,以便在应遵循的方法和要实现的目标方面为特别报告员提供必要的指导。

9. 本报告首先介绍了处理这一专题的理由和基本方法,随后追踪了保护大气层问题在国际法中的历史演变。报告提到了关于这一专题法律逐渐发展和编纂的渊源,并提供了关于大气层物理特性的相关信息,这些信息将成为在法律上界定大气层的基础。报告还提供了构成该项目总体范围的各种要素的大致轮廓,以确定将要涉及的主要法律问题。最后,报告讨论了大气层的法律地位问题,这个问题是委员会审议此专题的先决条件。特别报告员以指南草案的形式,提出了关于这些初步问题的尝试性结论。

### C. 处理本专题的理由和基本方法

#### 1. 理由

10. 尽管委员会拟订的国际水道非航行使用法条款草案<sup>17</sup>和跨界含水层法条款草案<sup>18</sup>载有与保护环境有关的规定,但自从委员会结束其国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任方面的工作,即通过关于预防危险活动的跨界损害的条款草案<sup>19</sup>和关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案<sup>20</sup>以来,委员会还没有处理过国际环境领域的任何专题。目前正值世界环境经历严重退化之时,这似乎是一个明显的疏忽。<sup>21</sup>

11. 人们可能还记得,委员会在1997年和1998年已经明确,在选择一个新专题时,应具体遵循以下标准:专题应反映出各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要;专题就国家实践而言应处于足够高级的阶段,有可能加以逐渐发展和编纂;专题对于逐渐发

展和编纂而言是具体和可行的。<sup>22</sup>应该强调的是,委员会还商定不应局限于“传统的专题”,也应考虑那些反映出“国际法的新发展动态和整个国际社会的迫切关注的专题。”<sup>23</sup>保护大气层专题明显地通过了这些检验。首先,大气层的恶化状态使保护大气层成为当今国际社会迫切关注的问题。其次,存在大量国家实践证据,包括司法判例、条约和其他规范性文件。第三,它本质上是一个法律问题,而不是一个政治问题。正由于这些原因,委员会和第六委员会才批准处理这项拟议的专题。

12. 如下文第84和第85段所述,大气层(气团)是这个地球上最大的单一自然资源,是人类的生存所必不可少的。大气层状况的恶化早已成为国际社会严重关注的问题。<sup>24</sup>虽然已经缔结了一些处理跨国和全球大气层问题的公约,但这些公约只是一些拼凑起来的文书。在地理覆盖范围、受规管活动、限用物质方面,特别是适用的原则和规则方面,都存在着重大空白。这种零碎或渐进的处理方式使得保护大气层的工作特别有局限性,而保护大气层因其性质,需要以整体的方式来处理。目前尚缺乏一个全面、系统地涵盖所有大气环境问题的法律框架。因此,委

<sup>22</sup> 《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第238段;以及《1998年……年鉴》,第二卷(第二部分),第553段。本着同样的精神,人们提出了选择专题的三个标准:现实的关注,即对整个国际社会来说,是否需迫切处理这样一个专题;技术的可行性,即依照有关国家实践和文献,专题是否已经“成熟”;政治上的可行性,即处理拟议的专题是否可能从各国得到广泛的支持。见Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, 第60–63页;以及Murase, *Kokusai Rippo: Kokusaiho no Hogenron (International Lawmaking: Sources of International Law)*, 第217–221页。

<sup>23</sup> 《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第238段。在2006–2011年五年期间曾担任委员会委员的阿姆里特·罗汉·佩雷拉先生曾指出,“随着时间的推移,共存国际法演变成了合作国际法,后者性质积极,以满足新的全球社会的需求与愿望,以及随之而来的挑战”,并且,“说到底,委员会若能为当代国际关系制定新的法律框架,有效解决这些复杂和具有挑战性的问题……将确保国际法委员会继续具有相关性并发挥核心作用”(见Perera, “Role of international law in meeting challenges to contemporary international relations: contribution of the International Law Commission (ILC)”, 第315和第325页)。

<sup>24</sup> 例如,见Kiss和Shelton, *International Environmental Law*, 第555–592页。另见Sands, *Principles of International Environmental Law*, 第317–390页;Sands和Peel, *Principles of International Environmental Law*, 第238–298页;Birnie, Boyle和Redgwell, *International Law and the Environment*, 第335–378页;Hunter, Salzman和Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 第538–733页;以及Xue, *Transboundary Damage in International Law*, 第200–203页。

<sup>17</sup> 见《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第222段。在该套条款草案基础上最终通过了《国际水道非航行使用法公约》。

<sup>18</sup> 《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第53段。

<sup>19</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第97段。

<sup>20</sup> 《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第66段。

<sup>21</sup> 因此,2013年委员会处理两个新的环境专题:“保护大气层”和“与武装冲突有关的环境保护”(玛丽·雅各布松女士担任特别报告员)的决定受到了欢迎。见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第167段。

委员会可以在国家实践和判例的基础上,通过识别适用于所有大气问题的法律原则和规则而做出重要贡献。

13. 所拟议的这一国际法逐渐发展和编纂项目要达到四重目标。首先,该项目旨在识别习惯国际法——不论是久已确立的还是新出现的——的现状,检查与大气层有关的现有法律中存在的漏洞和重叠。其次,项目力求为统一与协调国际环境法范围内的各条约制度提供适当的指导。在这方面,贸易和环境问题将具有很大的挑战性。<sup>25</sup> 第三,拟议的指南草案将有助于澄清一个框架,以便将国家法律和法规与关于保护大气层的国际规则、标准及建议的做法和程序统一起来。第四,该项目的目标是各国之间的合作机制和程序确立指南,以促进跨界和全球保护大气层领域的能力建设。必须强调的是,这一项目的目的不是为潜在的污染者修筑一处“羞辱墙或耻辱柱”,相反,它主要是探讨国际合作的可能机制,以解决共同关切的问题。

14. 最后,作为提醒,应该注意的是该项目并不重复委员会先前的工作。委员会通过了2001年关于预防跨界损害的条款草案,以及2006年关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案。两套草案都载有可能适用于大气层损害的重要规定。然而,它们的适用范围一方面过于宽泛(因为其目的是涵盖所有类型的环境损害),另一方面又太有限(因为它们关注的是与预防危险活动引起跨界损害时的损失分配有关的情况)。有鉴于此,它们未能充分处理保护大气层问题。因此,建议委员会对这一问题进行全面和系统的处理。委员会以前的工作在适当情况下可作为重要的指南加以参考。

## 2. 处理方法

### (a) 完全坚持法律方法

15. 无需赘言,委员会肩负着国际法的逐渐发展和编纂工作之责,将完全坚持以法律的方法来处理这一专题。作为一个由法律专家组成的机构,委员会将会努力避免在某些环境议题上曾发生过的慷慨激昂的政治和政策辩论,而只是处理与保护大气层有关的法律原则和规则问题。在委员会的工作中,

<sup>25</sup> 见 Murase, “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues”; 另见同一作者, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第1-127页; 以及“Conflict of international regimes: trade and the environment”。

特别重要的是须区分根据现行法(现有的法律)提出的论点与根据拟议法(应有的法律)提出的论点。在国际环境法领域,拟议法的建议与偏好有时被偷偷塞到对现行法的“解释”过程中,这是应当避免的。因此,委员会在详细拟订保护大气层的指南草案时将采取谨慎的态度。首先,它在解释和适用现行法时应当努力澄清现有法律原则的意义和功能。其次,在发现现有的法律不足时,它可以探索对现有法律概念、原则和规则进行重新解释。最后,在认真分析现有原则的可能性和界限之后,它可就正出现的国际法规则的逐渐发展问题提供一些澄清意见。

16. 当然,国际法中的所有问题,包括本专题,都会有法律和政治两个层面。然而重要的是委员会须侧重于问题的法律方面。希望通过从法律角度澄清关键的概念,将能够对这些概念在现有法律制度范围内的法律地位、含义、作用、影响、可能性和限度作出更严谨的分析,为今后以更具建设性的方式制定和逐渐发展国际法搭建一个舞台。委员会的工作将考虑到各种迄今为止业已确立的、仅处理离散和特定大气层问题的法律框架,将之整理为一整套灵活的指南。正如一开始处理本专题时就商定的,委员会工作时将避免干涉相关的政治谈判(见上文第5段)。

### (b) 参照一般国际法

17. 委员会须在一般国际法的框架内考虑与此专题有关的法律原则和规则,这一点很重要。显然,委员会要研究的根本问题涉及很多方面,例如国家的基本权利和义务、国家的管辖权、通过国内法实施国际义务、国家的责任与争端的解决以及国际法的渊源,这些是一般国际法学者要研究的经典问题,也是本委员会特别需要研究的问题。在这方面,委员会应抵制这样的趋势,即由占据主导地位的以“单一问题”方式处理国际环境法而引起的“条块化(或碎片化)”。<sup>26</sup> 换句话说,适用于大气层的法律原则和

<sup>26</sup> Murase, *International Law*, 第10页。原委员会委员马尔蒂·科斯肯涅米先生以下述说法质疑国际法委员会的存在理由:“老的造法机构,如国际法委员会,发现自己越来越无事可做。因无法识别利益相关者的利益或监管目标,‘通才’造法机构将会渐渐萎缩,到了一定时候,对‘泛泛’的目标做出的政治承诺将看起来毫无意义。如果人权利益最能在人权机构,环境利益最能在环保机构,贸易利益最能在贸易机构得到推进,而跨国活动创造的实际做法在监管效率上与正式法律一样好(甚至更好),那么除了对外交豁免权或技术性条约法加以修修补补之外,何苦还要管‘国际法的逐渐发展和编纂’(《国际法委员会章程》,第1条)呢?”(Koskeniemi,



规则应尽可能地结合一般国际法的理论和判例来考虑。<sup>27</sup>这也意味着委员会的工作应加以扩展,从而将一般国际法原则和规则应用到保护大气层专题的各个方面。委员会必须到诸如人权、环保、贸易和投资等专业领域寻找新的专题逐渐发展和编纂国际法,因为大多数国际法的重要“传统”专题已经用尽。这些领域的法律制订最好由拥有专业的专业造法机构和专家来进行,这在一定程度上是对的。然而,这会进一步促使国际法的条块化。因此,绝对有必要将每个孤立的条块置于一般国际法的框架内,以便在条块之间建立起协调一致的联系。因此,横跨各项特殊制度界线的“多面手”或“综合”办法,对于今天的造法活动是不可或缺的,而委员会编纂和逐渐发展国际法的努力比以往任何时候都更加重要。

18. 鉴于委员会是一个主要由一般国际法专家组成的机构,有些人可能认为它不适合处理国际法新的专门分支领域。相反,特别报告员却认为,在二十一世纪,委员会迎来了新的可能性和新的机遇。这些专门领域的条约数量急剧增长,导致产生了“条

“International law and hegemony: a reconfiguration”, 第212页)。另见 Koskeniemi, *The Politics of International Law*, 第237页。然而,科斯基涅米的论断似乎与他担任主席的国际法不成体系问题工作组的结论(A/CN.4/L.682和Add.1及Corr.1,可查阅委员会网站,第五十八届会议文件。最终文本将被纳入《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),增编)相矛盾(另见 *The Work of the International Law Commission*, 8th ed., vols. I and II (联合国出版物,出售品编号: E.12.V.2), 第231–234页和第430–444页)。当然,人权机构较之其它机构而言,将能更为有效地促进人权利益;环境机构和环境利益、贸易机构和贸易利益的情形也是如此。然而,将造法工作交给专业机构来做会导致国际法的不成体系,因为在目前的国际社会既没有最高立法机关也没有宪法法院来确保相互冲突的利益之间的协调。

<sup>27</sup> 例如,在气候变化背景下使用“公平”概念——其含义通常模棱两可,随心所欲——清楚地表明需要参考国际法院的判例,包括法院分庭在1985年就布基纳法索和马里间的边界争端案(边界争端案,判决,《1986年国际法院汇编》,第554页起,详见第567–568页,第28段)作出的判决,其中法院指出在国际法中有三类公平: *equity infra legem* (在法律范围内的公平), *equity praeter legem* (在法律范围外但与法律接近的公平)和 *equity contra legem* (与法律相违的公平)。 *Equity praeter legem* 在弥补现有法律漏洞方面的功能尤其重要。关于概况,见 Weil, “L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice: un mystère en voie de dissipation?”; Kokott, “Equity in international law”, 第186–188页;以及 Shelton, “Equity”, 第653–658页。另见日本气候变化国家委员会的报告,“Legal principles relating to climate change: preliminary issues on the methodology and scope of the work”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52 (2009), 第500–537页。

约拥堵”或“条约通胀”的情况。<sup>28</sup>尽管公约数量不少,但都面临着明显的漏洞和重合等问题,因为很少或根本没有进行过协调或统一,因此公约之间缺乏一致性。需要加强现有公约间的协同作用,这一点已经得到反复强调;<sup>29</sup>委员会应抓住这个机会。在开展逐渐发展和编纂国际法的工作时,委员会应从一般国际法的角度处理这些专业领域中提出的新专题,以确保国际法的各个分支领域(条块)之间的协调性。委员会是最能发挥这种作用的。

### (c) 征询科学机构和专家的意见

19. 处理保护大气层这样的专题要求委员会对专题的科学和技术方面,诸如损害的来源和影响等有一定程度的了解。因此,委员会有必要接触国际环保组织与科学界。委员会《章程》在第16条(e)项里授权其为国际法的逐渐发展“可向科学研究机构和个别专家协商”。类似的先例有:山田中正先生作为跨界含水层法特别报告员,求助于教科文组织含水层水文专家,成功完成了该专题的条款草案。正如本报告作者在上文所述的,已采取措施与有关国际组织以及科学/技术界接触,征求他们的意见和专业意见,以便帮助委员会理解拟规范的事项。这种情况类似于当代国际性法院和法庭法官当前所面临的情况,随着越来越多的环境纠纷被列入待审案件名单,对于这些事实密集型案件,法官们需要专家提供科学证据。<sup>30</sup>

<sup>28</sup> 见 Brown Weiss, “International environmental law: contemporary issues and the emergence of a new world order”, 第697–702页; Murase 等人, “Compliance with international standards: environmental case studies”; 以及 Anton, “‘Treaty congestion’ in contemporary international environmental law”。

<sup>29</sup> 环境署一直强调各项多边环境协定间的协同作用:见环境署理事会2002年2月15日第七届特别会议关于国际环境管理的第SS.VII/1号决定,题为“国际环境管理问题政府间部长或其代表不限成员名额小组的报告”的附录第三章C节(“加强各多边环境协定间的协调和有效性”),特别是第27段(见A/57/25号文件,附件一)。环境署理事会几乎每年都通过了类似的决定。最新的是2010年2月26日通过的《努沙杜瓦宣言》(A/65/25,附件一,第SS.XI/9号决定,见第10–12段)。另见 Roch 和 Perrez, “International environmental governance: the strive towards a comprehensive, coherent, effective and efficient international environmental regime”。

<sup>30</sup> 关于最著名的案件,见乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010年国际法院汇编》,第14页,详见第160–168段(关于举证责任和专家证据),以及哈苏奈和西马法官的联合反对意见(同上,第108–111页,第1–6段)。



## 第一章 背景

### A. 保护大气层国际法的演变

20. 大气层(在希腊文和拉丁文里写为 *aër*)的气态内容自罗马时代起就被列为法律公域之一。6世纪时,查士丁尼皇帝在《总论》中有一段著名的话表明了这一观点:“依据自然规律,有些物可以是每个人的……这些自然地归属大家共同所有之物是:空气、流水、海洋和海岸。”<sup>31</sup>

21. 伊斯兰教法是穆斯林时代早期(第八和第九世纪)得以系统化的法律,强调“空气”作为“延续和保存生命”不可或缺之元素的重要性。一项权威研究指出:“这一元素的重要性不亚于水”且“由于大气层履行着所有这些生物和社会功能,保护大气层,使之处于纯净和无污染状态,是保护生命本身的一个重要方面,也是伊斯兰法的基本目标之一”。<sup>32</sup>

22. 许多世纪以来,海洋是现代国际法的中心。在此期间,无论是大气还是空气,都未被认为是国际法规范的对象,这种情况一直持续到二十世纪。<sup>33</sup> 法律学者第一次开始关注天空是在1783年,当时蒙哥尔费兄弟经法国警署批准,将一个热气球升上了天空。那次批准含有明确界定的须遵守的条件,证明国家有权规范现在称之为空气空间里的活动。<sup>34</sup> 自此之后空气空间概念的发展是众所周知的。<sup>35</sup> 然而,直

<sup>31</sup> *Justinian's Institutes*, Book Two, 1.1., 物之分类(*de rerum divisione*); 见 Sand, “Shared responsibility for transboundary air pollution”。

<sup>32</sup> Bagader 等人, *Environmental Protection in Islam*, 第4页。特别报告员对该研究报告的作者 Wolfgang E. Burhenne 表示感谢。

<sup>33</sup> 在地方一级,针对大气污染而采取的立法行动至少可以追溯到1273年,当时颁布了一项法令,旨在禁止在伦敦烧煤(见 Rowlands, “Atmosphere and outer space”, 第317页)。

<sup>34</sup> 在1870至1871年普法战争期间,双方都使用了气球,巴黎被围期间尤其如此。基于战争的经验,1899年的第一次海牙和平会议通过了《五年期禁止从气球上或用其他类似方法投掷投射物和爆炸物宣言》(见 Sand, Pratt 和 Lyon, *An Historical Survey of the Law of Flight*, 第9页; 以及 Heere, “Problems of jurisdiction in air and outer space”)。

<sup>35</sup> 在二十世纪之交,保罗·福奇尔是空中自由的主要倡导者。他的论据要点是,空气的真实所有权是无法确定的,因为没有人可以征用它,同样,国家无法“控制”空气。其结果是,空气空间是全人类的共同财产(*res communis omnium*),因此是自由的。然而,出于安全的原因,他提议应将地面以上第一

至20世纪50年代,大多数国际法律学者并没有尝试审视大气层中的物质或大气层在污染物输送过程中的作用。<sup>36</sup> 长期以来,国际法律学者并没有清楚地辨别空气空间与大气层之间的区别,普遍认为飞机所能达到的最高海拔高度即为空气空间的上限。例如,有人通过解释《国际民用航空公约》<sup>37</sup> 第1条法文本中的“*espace aérien*”一词,认为空气空间的上限是仍然存有大气地方。然而,二十世纪初一家美国国内法院面临着一起如下所述的空气污染案件,后来对国际法产生了重要影响。

23. 1907年和1915年美国最高法院审理的佐治亚州诉田纳西铜业公司案是在国内法院被审理过的早期空气污染案件之一。<sup>38</sup> 这起争议涉及两家位于田纳西州、在佐治亚州边界附近进行采矿及冶炼作业的铜矿开采公司。这两家公司排放了大量二氧化硫,在大气中产生了硫酸。佐治亚州向美国最高法院提起诉讼,要求法院禁止两家公司向空气中排放有害气体。他们指称排放的气体随风飘散,致使佐治亚州的森林、果园和庄稼遭到大规模破坏。最高法院认定,一州要求其领土上方的空气不被大规模污染,这是公平合理的要求。到1914年,佐治亚州与田纳西铜业公司达成了一项协议,根据该协议,后者承诺将出资建立一个基金来补偿那些受其工厂烟雾损害的人,允许对其工厂进行检查,并且不再运营非必要的原矿冶炼炉。然而,与达克顿公司的协议未能达成,因此最高法院于1915年5月10日发布了第二次意见。尽管最终裁定有利于佐治亚州的禁令请求,但法院认定无法确定达克顿公司的排放量中硫含量必须降低多少,才能避免给该州造成伤害。法院对达克顿

个1,500米高度内的空间作为安全区。Fauchille, “Le domaine aérien et le régime juridique des aérostats”。《关于航空管理的公约》承认了一国对其领土之上的空气空间的完整和排它主权(见 Mateesco Matte, *Traité de droit aérien-aéronautique*, 第95页起)。

<sup>36</sup> 例如,见 Hogan, “Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere”。

<sup>37</sup> 该《公约》于1947年生效; 见 Cheng, “Air law”和 *The Law of International Air Transport*, 第120-121页。

<sup>38</sup> 佐治亚州诉田纳西铜业公司和达克顿硫、铜和铁业有限公司案,美国最高法院,1907年5月13日和1915年5月10日, *United States Reports*, vol. 237, 第474和第477页; 转载于 Robb, *International Environmental Law Reports*, 第514-523页。

公司的记录保存、检查和限制排放规模等方面规定了若干限制条件。

24. 此案之后便是20世纪30年代在美国和加拿大(时为联合王国领地)之间发生的著名的特雷耳冶炼厂案。<sup>39</sup> 特雷耳冶炼厂案仍然是在当今国际法界关于越境空气污染的一起重要案件, 该案确认了在邻国之间双边安排中“睦邻友好”的习惯原则。其1941年的终审判决详细援引了佐治亚州诉田纳西铜业公司案的裁决,<sup>40</sup> 表明国际法中的一些最基本的原则是从国内法院的裁决中衍生而来的。特雷耳冶炼厂案从两方面代表了传统型的国际环境纠纷: 环境损害的原因和结果是可查明的, 领土国有义务履行尽职责任, 监督其境内的个人和公司活动, 确保这些活动不会给其他国家及其国民造成伤害。预防原则(或“预防性原则”)后来被确认为1972年《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)<sup>41</sup> 的原则二十一。自1970年代以来, 正如在意大利塞维索(1976年)和印度博帕尔(1984年)发生的灾难性事故所表明的那样, 工业事故所造成的越境空气污染案件变得严重且规模巨大。<sup>42</sup> 《工业事故跨界影响公约》<sup>43</sup> 旨在通过预防性措施保护人类和环境免受工业事故后果的影响, 如果发生事故, 则做出努力降低其严重程度和减轻其影响。

25. 在20世纪60年代不仅再次看到传统的越境环境问题, 而且看到国际环境法中出现了新的挑战。这种挑战来自两个方面。其中一个是无无论就其原因还是就其影响而言, 环境的损害扩大了, 如出现了酸雨, 使得确定污染的源点以及受影响的具体地点变得很难。损害的累积特性致使追究责任变得特别困难。《远距离越境空气污染公约》是在区域框架内为应对此类问题而缔结的。<sup>44</sup> 另一个挑战是快速发展的所谓“极端危险的活动”, 如对油轮、航空器、核电站和空间物体的操作。这些活动虽然通常

<sup>39</sup> 特雷耳冶炼厂案, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(联合国出版物, 出售品编号: 1949.V.2), 第1905-1982页。

<sup>40</sup> 同上, 第1965页。

<sup>41</sup> 见《联合国人类环境会议的报告, 1972年6月5日至16日, 斯德哥尔摩》(联合国出版物, 出售品编号: E.73.II.A.14), 第一章。

<sup>42</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第74-96页。

<sup>43</sup> 该《公约》于2000年生效。

<sup>44</sup> 该《公约》于1983年生效; 见Sand, “Regional approaches to transboundary air pollution”。

能够造福于人民, 但一旦发生事故, 则有可能对人类生活造成巨大损害, 且确实有事故发生过。因此, 有必要在有关公约里建立特别的赔偿责任制度。<sup>45</sup>

26. 自20世纪80年代以来, 世界已经见证了全球环境以臭氧消耗和气候变化形式出现的迅速恶化。国际法律界最初的反应是《保护臭氧层维也纳公约》<sup>46</sup> 和《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》。<sup>47</sup> 随后又缔结了《联合国气候变化框架公约》,<sup>48</sup> 和《联合国气候变化框架公约京都议定书》,<sup>49</sup> 以应对气候变化带来的挑战。为了应对这些全球性问题, 国际法已经发展了一些新的方法来处理与环境问题相关的科学不确定性, 包括采取防范做法、结合框架公约与议定书、以及独特的违约程序和灵活机制等。<sup>50</sup>

27. 可以指出的是, 在20世纪80年代后期出现了一些重要的运动, 推广“大气层法律”这一想法, 以全面的方法解决大气层问题。<sup>51</sup> 《21世纪议程》第

<sup>45</sup> 例如见Goldie, “Liability for damage and the progressive development of international law”; Jenks, “Liability for ultra-hazardous activities in international law”, 第111-120页; Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*。

<sup>46</sup> 该《公约》于1988年生效。

<sup>47</sup> 该《议定书》于1989年生效。

<sup>48</sup> 该《公约》于1994年生效。

<sup>49</sup> 该《议定书》于2005年生效。

<sup>50</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第24-30页。

<sup>51</sup> 关于加拿大政府于1988年和1989年举办的会议, 见“International Conference on Atmosphere”, *Environmental Policy and Law*, vol. 18, No. 5 (1988), 第155页; “Protection of the atmosphere: statement of the International Meeting of Legal and Policy Experts, Ottawa, Ontario, Canada, February 22, 1989”, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5 (1989-1990), 第529-542页; Bruce, “Law of the air: a conceptual outline”; Sand, “UNCED and the development of international environmental law”; 以及Soroos, *The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*。唐纳德·麦克雷先生回顾说, 自1980年代末以来, 保护大气层专题一直与委员会有关联, 他说: “1988年6月加拿大在多伦多主办了一次关于变化中的大气层的会议, 参加这次会议的有各国政府、联合国和其他政府间组织和非政府组织的科学家和官员。该会议吁请各国政府紧急作出努力, 制订一项保护大气层的行动计划, 其中包括一部国际框架公约。第二年即1989年2月在渥太华举行了法律和政策专家会议。该会议认可了制订保护大气层框架公约的想法, 并列明了这样一部框架公约所需纳入的要素。当然, 事情继续不断地发展, 气候变化成为一个更主要的焦点。虽然那次专家会议上的一些想法被纳入到了其他公约中, 但并未缔结出一部关于保护大气层的框架公约。我提到, 人们可以在1989年的会议[与国际法委员会之



九章谈到了“保护大气层”，<sup>52</sup> 在其后的几年里，可持续发展委员会于2001年<sup>53</sup> 和2007年<sup>54</sup> 就该问题开展了实质性讨论，聚焦于一系列专题问题，其中包括大气层和空气污染问题。2002年，《约翰内斯堡可持续发展宣言》指出，全球环境继续受到损害，空气、水和海洋的污染继续使千百万人无法过上像样的生活。<sup>55</sup> 然而，保护大气层的努力尚未转变成一部硬法文书。尽管如此，近年来，人们似乎重燃起对一部关于大气层的全面多边公约的热情。例如，2010年9月在加拿大温哥华举行的第十五届世界清洁空气大会通过了题为“一个大气层”的最后宣言，试图鼓励气候政策与污染政策的一体化，并呼吁一个新的、将会与《联合国海洋法公约》相平行的“大气层法”。<sup>56</sup> 现在谈“大气层法”可能有点过于雄心勃勃，考虑一部侧重面更窄的“关于保护大气层的法律”似乎更为现实。但是看到全面审议这一问题的势头正在上升，仍然令人感到鼓舞。

间]得出一种联系。那次法律和政策专家会议的一位主要参与者是艾伦·比斯利，加拿大国际法学者兼外交官，他曾是[海洋法]谈判的核心人物，亦曾在斯德哥尔摩发挥作用，他当时还是[委员会的]委员。比斯利在的会议开幕会上发言，谈到法律学者需要制订创造性的解决方案，以及法律学者在这一领域的政策制定过程中如何发挥带头作用。受邀者名单上还有胡利奥·巴尔沃萨(当时[委员会]的委员)以及瓦茨拉夫·米库尔卡、薛捍勤和我本人，我们三个人后来都成为了[委员会]委员。所以，在某种意义上，村濑教授关于委员会处理‘保护大气层’专题的提议可追溯到二十年前的一项挑战。而且，如果它当时作为一个专题已经成熟的话，那今天肯定也是成熟的。”(唐纳德·麦克雷，向2011年10月26日于纽约日本常驻联合国代表团举行的保护大气层研讨会提交的论文，该次研讨会是由日本政府和联合国环境署联合主办的)。见Murase, “Protection of the atmosphere and international law: rationale for codification and progressive development”, 第9页，脚注10。

<sup>52</sup> 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3-14日，里约热内卢》，第一卷，会议通过的决议(A/CONF.151/26/Rev (Vol.1)) (联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8)，决议1，附件二。

<sup>53</sup> 可持续发展委员会，第九届会议(2000年5月5日和2001年4月16-27日)的报告，《经济及社会理事会正式记录，2001年，补编第9号》(E/2001/29)。

<sup>54</sup> 可持续发展委员会，第十五届会议(2006年5月12日和2007年4月30日至5月11日)的报告，《经济及社会理事会正式记录，2007年，补编第9号》(E/2007/29)。

<sup>55</sup> 《可持续发展问题世界首脑会议的报告，2002年8月26日至9月4日，南非》(A/CONF.199/20) (联合国出版物，出售品编号：C.03.II.A.1)，第一章，第13段。

<sup>56</sup> 可查阅 [www.iuappa.org/newsletters/VancouverDeclaration.pdf](http://www.iuappa.org/newsletters/VancouverDeclaration.pdf)。世界清洁空气大会由国际大气污染防治和环境保护协会联盟举办，该组织包括了40个国家的非政府组织。

28. 最后，或许值得指出的是，2013年6月24日至26日在瑞典哥德堡由瑞典环境保护署和瑞典环境研究所主办并得到《远距离越境空气污染公约》秘书处和欧盟委员会密切合作的关于未来防治国际空气污染战略的研讨会所取得的成果之一便是一项调动本委员会专业知识解决大气层保护问题的建议。研讨会的与会者们指出，《远距离越境空气污染公约》应邀请委员会“继续探索‘大气层法律’的范围，这将有利于为应对气候变化和大气污染而采取综合行动”。<sup>57</sup> 对于国际社会对委员会的高度期望，应给予适当的注意。

## B. 渊源

29. 可援引多处与保护大气层相关的渊源。相关多边公约大致分为主要在区域内适用和普遍适用两类。相比多边公约，双边公约数量很少，这证明与大气层相关的问题多数具有区域性和全球性。习惯国际法的原则和规则必须根据法律确信和各国的一般惯例确定。国际性法院和法庭的判例无疑是决定有关保护大气层的规则和原则的习惯法地位的重要渊源。非条约文书、国内法和国内法院判例也是确定习惯法现行规则或新规则的重要渊源——这是编纂和逐渐发展工作的基础。

### 1. 条约实践

30. 以下列出具有约束力的与大气层问题相关的多边和双边协定，本清单并非详尽无遗：

#### (a) 与空气污染有关的多边协定

—《远距离越境空气污染公约》及其议定书，包括《关于欧洲监测和评价空气污染物远距离传送情况合作方案长期筹资议定书》、《关于至少降低百分之三十硫排放量或其越境流量的议定书》、《关于进一步减少硫排放量的议定书》、《关于控制氧化氮排放量或其越境流量的议定书》、《关于控制挥发性有机化合物散逸及其越界流动的议定书》、《关于重金属的议定书》、《关于持久性有机污染物的

<sup>57</sup> Grennfelt 等人, *Saltjöbaden V—Taking International Air Pollution Policies into the Future, Gothenburg, 24–26 June 2013*, 第14页。在2013年12月9日至13日举行的第三十二届会议上，《远距离越境空气污染公约》执行机构注意到了“萨尔特舍巴登(五)”研讨会的建议(见ECE/EB.AIR/122)。2013年9月29日至10月4日在南非开普敦举行的第16届世界清洁空气大会向国际法委员会提出了类似的建议。



- 议定书》、以及经2012年5月4日修正的《关于减轻酸化、富营养化和地面臭氧的议定书》(《哥德堡议定书》);<sup>58</sup>
- 《采用机动车辆装备及配件统一合格条件与互相承认合格的协定》—后更名为《关于对轮式车辆、可安装和/或用于轮式车辆的装备和部件采用统一技术规范 and 互相承认根据这些规定所作出的许可条件的协定》,<sup>59</sup> 该协定随后“全球化”,成为《关于对轮式车辆、可安装和/或用于轮式车辆的装备和部件制定全球性技术法规的协定》;<sup>60</sup>
  - 《越境环境影响评估公约》;<sup>61</sup>
  - 《工业事故跨界影响公约》及其《〈1992年保护与使用跨界水道和国际湖泊公约议定书〉和〈1992年关于工业事故跨界影响的公约议定书〉关于工业事故跨界影响对跨界水体造成损害的民事责任和赔偿的议定书》;<sup>62</sup>
  - 欧洲联盟关于空气污染的各项指令,<sup>63</sup> 具体包括关于特定大气污染物国家排放上限的第2001/81/EC号指令;<sup>64</sup> 关于制定批准机动车辆及拖车、系统、组件和此类车辆用独立技术单元框架的第2007/46/EC号指令<sup>65</sup> 及关于执行/通过相应欧洲经委会轮式车辆协定的相关附件和技术条例;<sup>66</sup> 关于欧洲环
- 境空气质量和清洁空气的第2008/50/EC号指令;<sup>67</sup> 以及关于工业排放(综合污染防治)的第2010/75/EU号指令;<sup>68</sup>
- 《国际民用航空组织(国际民航组织)关于航空器发动机排放的国际标准与建议措施》:《国际民用航空公约》附件16(环境保护);<sup>69</sup>
  - 《经1978年有关议定书修订的1973年〈国际防止船舶造成污染公约〉的1997年议定书》(新的附件六——防止船舶造成空气污染的规定);<sup>70</sup>
  - 《东南亚国家联盟(东盟)越境烟霾污染协议》;
  - 《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》;<sup>71</sup>
  - 《中亚保护环境以实现可持续发展框架公约》;<sup>72</sup>
  - 《关于汞的水俣公约》。
- 上,第L 171号,2007年6月29日)(经欧洲议会和欧盟理事会2009年6月18日关于重型车辆排放的机动车辆及发动机型式认证(欧6)和车辆维修及保养信息获取、以及修正第(EC) 715/2007号条例及第2007/46/EC号指令并废止第80/1269/EEC号、第2005/55/EC号及第2005/78/EC号指令的第(EC) 595/2009号条例(同上,第L 188号,2009年7月18日)修正;2013年生效。
- <sup>58</sup> 《远距离越境空气污染公约》执行机构,第2012/1号和第2012/2号决定,见C.N.171.2013.TREATIES-XXVII.1.h和C.N.155.2013.TREATIES-XXVII.1.h号文件。
- <sup>59</sup> 该《协定》于1959年生效,1994年8月18日在欧洲经济委员会第103届会议上在内陆运输委员会通过的修正生效之后,于1995年修正了标题(见E/ECE/324/Rev.2-E/ECE/TRANS/505/Rev.2);该《协定》由一系列关于污染物排放的技术条例加以执行(特别是第40条、第41条、第47条、第49条、第51条和第83条)。
- <sup>60</sup> 该《协定》于2000年生效并通过关于二氧化碳和其他废气测量等一系列技术条例加以执行。
- <sup>61</sup> 该《公约》于1997年生效。
- <sup>62</sup> 该《议定书》尚未生效。
- <sup>63</sup> 关于最新概要,见Jans和Vedder, *European Environmental Law: After Lisbon*, 第419–430页。
- <sup>64</sup> 欧洲议会和欧盟理事会关于特定大气污染物国家排放上限的第2001/81/EC号指令,《欧洲共同体公报》,第L 309号,2001年11月27日,第22页,目前正在审议中。
- <sup>65</sup> 欧洲议会和欧盟理事会关于制定批准机动车辆及拖车、系统、组件和此类车辆用独立技术单元框架的第2007/46/EC号指令,《欧洲联盟公报》,第L 263号,2007年10月9日。
- <sup>66</sup> 尤其是通过欧洲议会和欧盟理事会2007年6月20日关于轻型客车和商务车排放的机动车辆型式认证(欧5和欧6)和车辆维修及保养信息获取的第(EC) 715/2007号条例(同
- 上,第L 171号,2007年6月29日)(经欧洲议会和欧盟理事会2009年6月18日关于重型车辆排放的机动车辆及发动机型式认证(欧6)和车辆维修及保养信息获取、以及修正第(EC) 715/2007号条例及第2007/46/EC号指令并废止第80/1269/EEC号、第2005/55/EC号及第2005/78/EC号指令的第(EC) 595/2009号条例(同上,第L 188号,2009年7月18日)修正;2013年生效。
- <sup>67</sup> 欧洲议会和欧盟理事会关于欧洲环境空气质量和清洁空气的第2008/50/EC号指令,同上,第L 152号,2008年6月11日。该指令(自2010年6月11日起)取代了先前数个“与特定物质有关的”环境空气质量指令(二氧化硫(1980年)、铅(1982年)、二氧化氮(1985年)、地面臭氧(1992年)、挥发性有机化合物(1999/2004年)),以及与之相关的欧盟理事会1996年9月27日关于环境空气质量评估与管理的第96/62/EC号指令(《欧洲共同体公报》,第L 296号,1996年11月21日)。
- <sup>68</sup> 欧洲议会和欧盟理事会关于工业排放(综合污染防治)的第2010/75/EU号指令,《欧洲联盟公报》,第L 334号,2010年12月17日。该指令(自2016年1月7日起)将取代欧洲议会和欧盟理事会2001年10月23日关于大型燃烧装置大气污染物排放限制的第2001/80/EC号指令(《欧洲共同体公报》,第L 309号,2001年11月27日,废止了早前1988年的指令),以及欧洲议会和欧盟理事会2000年12月4日关于废物焚烧的第2000/76/EC号指令(《欧洲共同体公报》,第L 332号,2000年12月28日)。
- <sup>69</sup> 附件16,第一版,第二卷(“航空器发动机排放”),1981年6月30日通过,1982年生效,由国际民航组织理事会定期修正;见Sand, *Lessons Learned in Global Environmental Governance*, 第18–20页。
- <sup>70</sup> 附件六于2005年生效,并由国际海事组织海洋环境保护委员会定期修正。
- <sup>71</sup> 该《公约》于2004年生效。
- <sup>72</sup> 该《公约》尚未生效。下列国家已签署《公约》:哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、土库曼斯坦和乌兹别克斯坦。第八条处理“空气保护”问题。

## (b) 关于跨界空气污染的双边协定

- 《捷克斯洛伐克和波兰关于保护大气层不受污染的条约》;<sup>73</sup>
- 《美利坚合众国和加拿大关于越境空气污染的意向备忘录》;<sup>74</sup>
- 《墨西哥合众国和美利坚合众国关于合作保护并改善边境地区环境的协定》<sup>75</sup> 及两个补充协定;<sup>76</sup>
- 《加拿大和美利坚合众国关于空气质量的协定》;<sup>77</sup>
- 《捷克和德国(1992年、1994年、2000年和2004年)的协定》。<sup>78</sup>

## (c) 关于全球大气层问题的多边公约

- 《保护臭氧层维也纳公约》及其《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》;
- 《联合国气候变化框架公约》及其《京都议定书》。

31. 以下着重介绍部分协定。它们无疑是委员会制订关于保护大气层的指南草案时的重要灵感来源。

32. 《远距离越境空气污染公约》。<sup>79</sup> 该《公约》是在欧洲经委会主持下为解决酸雨和其他扩散污染

<sup>73</sup> 1974年9月24日签署于华沙(联合国,《条约汇编》,第971卷,第14068号,第407页),1975年生效。见Sommer,“Transboundary cooperation between Poland and its neighbouring States”。

<sup>74</sup> 1980年8月5日签署于哥伦比亚特区华盛顿(联合国,《条约汇编》,第1274卷,第21009号,第235页)。

<sup>75</sup> 1983年8月14日签署于拉巴斯(南下加利福尼亚州)(同上,第1352卷,第22805号,第71页)。

<sup>76</sup> 《墨西哥合众国和美利坚合众国关于就共同边界因铜矿冶炼厂所致越境空气污染进行合作的协定》(附件四),1987年1月29日签署于哥伦比亚特区华盛顿(同上,第1465卷,第22805号,第357页);以及美利坚合众国和墨西哥合众国关于就城市空气污染国际间流动进行合作的协定(附件五),1989年10月3日签署于哥伦比亚特区华盛顿(美利坚合众国,《条约及其它国际法案汇编》,第11269号)。

<sup>77</sup> 1991年3月13日签署于渥太华(联合国,《条约汇编》,第1852卷,第31532号,第79页)。

<sup>78</sup> 1994年《协定》规定执行燃煤电厂烟道尘清除联合环境试点项目;2000年和2004年《协定》规定在捷克共和国共同执行“清洁空气基金”及其他试点项目,目的是减少越境空气污染对德国的影响;2004年《协定》特别提出在《联合国气候变化框架公约京都议定书》之下“共同执行”。

<sup>79</sup> 见Sliggers和Kakebeke(编),*Clearing the Air: 25 years of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*;

物的重大关切而签订的框架协定。根据《公约》第1条(b)项,“远距离越境空气污染”被定义为产生远距离影响、以至“一般无法区分单个或多个排放源”的污染。尽管《公约》并未规定工业污染物排放的具体限度,但建立了继续审议该问题的体制。有观点认为:“尽管《日内瓦公约》显然有所不足,但其真正价值在于提供了一个合作和进一步制定污染控制措施的成功框架。”<sup>80</sup> 随后谈判并达成了一系列共八个单独议定书。

33. 《远距离越境空气污染公约》议定书。这些议定书反映了规则制定方面的大幅创新。1985年《关于至少降低百分之三十硫排放量或其越境流量的议定书》(关于硫问题的第一议定书)要求各缔约方在1993年之内将本国硫排放或越境流动减少至少30%,对各缔约方适用了单一的统一比率。与之相对,1994年《关于进一步减少硫排放量的议定书》(关于硫问题的第二议定书)运用“临界负荷”概念为每一缔约方拟定了有区别的排放目标。目标从德国的减排80%到希腊的增排49%不等,集体减排总量为50.8%。尽管实现第一议定书30%的减排目标有些偶然,第二议定书有区别的国别目标则通过临界负荷的方法、兼顾成本效益得到实现,反映出了高超的科学技术知识水平。<sup>81</sup> 此后的承诺是建立在对实际排放源及其影响的计算之上的,对所有当事方都更为公平。1988年《关于控制氧化氮排放量或其越境流量的议定书》要求当事方在1994年之内将本国的氮氧化物排放或越境流动稳定在1987年的水平。该议定书涵盖了主要的固定污染源(如发电厂)和流动污染源(如机动车排放),并就最终对国际范围上接受的、自1996年起生效的氮氧化物污染临界负荷进行谈判做出了规定。一般认为该方法较统一比率减排更适合区域环境保护。<sup>82</sup> 1991年至1998年,通过了三个规范挥发性有机化合物、持久性有机污染物、铅、镉和汞排放的议定书。最终,欧洲经委会于1999年通过了《关于减轻酸化、富营养化和地面臭氧的议定书》(《哥德堡议定书》),以减少越境空气污染导致的酸化、富营养化和地面臭

以及Lidskog和Sundqvist, *Governing the Air: The Dynamics of Science, Policy, and Citizen Interaction*。

<sup>80</sup> Birnie、Boyle和Redgwll, *International Law and Environment*, 第345页。

<sup>81</sup> 同上,第346页。出于这一原因,此处略去了采用防范原则的需要,尽管《议定书》在序言中承认科学不确定性和防范原则。

<sup>82</sup> 同上,第347页。



氧对人类健康、自然生态系统和作物的不利影响。该《议定书》确认需要采取防范做法，并要求排放不得超过其附件中所规定的临界负荷。应指出的是，2012年5月《公约》当事方对关于某些物质的《哥德堡议定书》进行了修正，将黑碳——作为颗粒物质的组成部分——纳入了经订正后的《哥德堡议定书》内容；<sup>83</sup> 并将黑碳、臭氧和甲烷作为重要空气污染物和短期气候强迫因子纳入了《公约》的中长期工作计划，<sup>84</sup> 这是历史性的一步。

34. 《工业事故跨界影响公约》。同《远距离越境空气污染公约》一样，《工业事故跨界影响公约》由欧洲经委会谈判，是其保护环境法律框架的一部分。《公约》旨在保护人类和环境免受诸如巴亚马雷(罗马尼亚)煤矿尾矿泄漏这类工业事故的深远跨界影响。《公约》第3条第4款确认了国家责任的原则和当事方采取法律、监管、行政和金融措施防止工业事故并提高应对能力和改善应对措施义务。当事方要对本国境内的危险经营活动进行识别(第4条第1款)并将新项目设在环境危害最小的地点(第7条)。《公约》设立了一个范围超越了事故援助的国际合作框架。当事方按要求应告知并咨商其他可能受到危险经营活动跨界影响的缔约方并起草联合或相互匹配的应急规划。《公约》还支持交流信息和安全技术并在研究和开发方面进行合作。为帮助各国更好地应对事故，《公约》呼吁缔约方建立工业事故通知系统，以便立即通知受影响的缔约方。缔约方会议作为理事会负责审查《公约》的执行情况并确定工作中的优先事项。

35. 《东盟跨界烟霾污染协定》。该《协定》是与环境署合作起草的一项具有法律约束力的区域环境协定，目的是就与《区域烟霾行动计划》等以往解决区域内重度烟霾问题工作有关的履约问题进行补救。《协定》认识到烟霾(主要源自印度尼西亚和文莱达鲁萨兰国多发的森林和土地大火)对健康和环境的跨界影响，其中第2条鼓励以区域及国际合作防止和监测

跨界空气污染。《协定》通过了预防原则，还要求各国识别和监测火灾多发区域并采取必要的预防措施，但未规定具体措施或提供明确标准。与东盟的合作方式方法相符，《协定》包括关于信息和技术交流、发展区域预警系统相互援助的规定。《协定》设立了东盟跨界烟霾污染控制协调中心，以便在管理火灾影响方面促进此类合作与协调。然而，在反思传统上对主权的强调时，《协定》规定当事方必须请求或同意这种援助，无论跨界影响如何。虽然《协定》终因缺乏关于监督和执行的規定以及目标行为方的不参与而遭遇了履约问题，但它确实在尝试克服一些执行上的障碍；例如，它成立了东盟跨界烟霾污染控制基金，以解决资金能力问题。它还创建了缔约方会议这一政府间机构，以评估执行情况并在必要时通过议定书或修正。总体上，可以说该《协定》是处理烟霾问题的一种更切实和以法律为导向的方法。<sup>85</sup>

36. 《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》。该《公约》旨在保护人类健康和环境免遭持久性有机污染物带来的风险，持久性有机污染物是具有毒性的化学物质，难以降解并通过食物链生物累积。鉴于科学证明此类污染物的有害影响及其通过水和空气远距离传播的能力，环境署为响应开展全球行动的呼吁启动了相关谈判。《公约》注重防范做法，要求当事方消除或减少12种持久性有机化学物质(农药、化工物质和无意产生的持久性有机化学物质)的生产和使用。其他重要内容包括要求禁止或限制进出口清单所列持久性有机化学物质；开发使用更安全的替代物、有利环境的库存和废物管理；推广最佳替代技术和最佳环境做法。《公约》承认发展中国家履行本国义务的能力有赖于工业化国家的技术转让、资金资源和技术援助，并指定全球环境基金作为提供援助的临时金融机制。《公约》创立的机构和程序为其带来了灵活性和活力，因此意义重大。缔约方会议是《公约》的理事机构，考虑定期审查执行情况并通过修正。缔约方会议第一届会议决定设立持久性有机污染物审查委员会。该科学机构由31名专家组成，负责按《公约》规定的程序审议关于在管制化学物质清单中添加新物质的提案。委员会首先就新的持久性有机化学

<sup>83</sup> 见对《议定书》文本及附件二至附件九的修正，以及新增加的附件十和附件十一(C.N.155.2013.TREATIES-XXVII.1.h)，附件，第10条之新的第3款。

<sup>84</sup> 关于背景研究，见“Hemispheric transport of air pollution 2010”(ECE/EB.AIR/2010/10和Corr.1-2)。关于整合有关大气污染物和气候强迫物质条例的需要，另见新的综合报告*On Thin Ice: How Cutting Pollution Can Slow Warming and Save Lives*(世界银行和国际冰雪圈气候倡议的联合报告，2013年，哥伦比亚特区华盛顿)。可查阅<http://documents.worldbank.org/curated/en/146561468180271158/Main-report>。

<sup>85</sup> 见Tan, “The ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution: prospects for compliance and effectiveness in post-Suharto Indonesia”; 以及Rodziana Mohamed Razali, “The shortcomings of the ASEAN’s legal mechanism to address transboundary haze pollution and proposals for improvement”, 提交给第三届亚洲国际法学会双年会的论文，2011年8月27-28日，北京。



物质适用《公约》的筛查标准。随后,若所有标准均已达到,则委员会将起草一份风险分析,以评估某一物质是否可能因远距离环境运输而对人类健康和环境产生不利影响,从而有必要就其采取全球行动。最后,委员会在考虑到社会经济因素的同时,开展风险管理评估并向缔约方会议提出建议,由缔约方会议最终做出决定。迄今为止,缔约方会议已决定加入10种新物质:其中9种化学物质是在2009年第四届会议时加入的,在2011年4月最近一届会议上加入了硫丹。

37. 《加拿大和美国关于空气质量的协定》。该《协定》签署于1991年3月13日,目的是解决越境空气污染导致的酸雨问题。这一双边协定的核心是缔约双方控制越境空气污染的承诺。该《协定》在附件1中规定了两国限制二氧化硫和氮氧化物排放的具体目标和期限,涉及导致酸雨的主要化学物质。《协定》再次确认了特雷耳冶炼厂案的裁决和《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)原则二十一,并为解决共同关切制定了框架。它“适用了习惯环境法规则,例如就所拟议的可能导致重大越境空气污染的行动、活动和项目进行事先评估,将此类活动或项目及带来重大越境危害风险的活动或项目通知另一国家的义务,以及应另一方的请求进行磋商的义务”。<sup>86</sup>该系统显然计划开展大量合作:除监控排放和进行磋商外,它还呼吁开展科学和技术合作。为协助执行协定并审查进度设立了双边空气质量常设委员会。由根据1909年《边界水域条约》<sup>87</sup>所设立的一家机构——国际联合委员会——对空气质量委员会进行监督。国际联合委员会在执行方面具有一项重要职能:一当事方可将争端诉至委员会处理。此外,国际联合委员会征询/报告公众意见,并公开程序让公众监督。<sup>88</sup>2000年12月,在该《协定》中增加了一份关于臭氧的附件,以解决越境空气污染导致高水平地面臭氧的问题。根据该附件,两国均承诺监控并减少本国氮氧化物和挥发性有机化合物排放(地面臭氧形成的诱因),以便制定臭氧空气质量的长期标准。<sup>89</sup>

<sup>86</sup> 见Kiss和Shelton, *International Environmental Law*, 第572页。

<sup>87</sup> 1909年1月11日签署于哥伦比亚特区华盛顿。见Bevans, *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12, 第319页。

<sup>88</sup> Buhi和Feng, “The International Joint Commission’s role in the United States-Canada transboundary air pollution control regime: a century of experience to guide the future”, 第129页。

<sup>89</sup> 另一份关于颗粒物质的补充附件正在谈判中。

38. 《保护臭氧层维也纳公约》。该《公约》是第二个解决全球大气层问题的多边条约。<sup>90</sup> 它和《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》及其修正本一起,共同构成了关于保护平流层臭氧层的法律体系。条约的谈判由环境署发起,当时的科学证据表明氯氟化碳这一大量使用的化学物质正在破坏臭氧层。随后产生的条约以框架公约为形式,规定各国负有采取适当法律或行政措施的一般义务,如其序言所称,“保护人类健康和环境使免受臭氧层变化所引起的不利影响”。《维也纳公约》未制定具体目标,也未指出与措施相关的特定物质(只是在附件中列出了一般认为对臭氧层有影响的物质),亦未曾就减少消耗臭氧层物质排放规定法律义务。所要采取的措施性质由各缔约方自行决定。相反,《公约》强调就系统观察、研究、信息和技术交流进行合作,并就制定“执行本公约的商定措施、程序和标准”(第2条第2款(c)项)开展合作。《公约》的起草者认识到问题的全球性,因此试图确保所有国家的参与。他们审议了发展中国家可能就执行条约的成本——包括替代技术和对发展的影响产生的成本——提出的保留。因此,除一项不够有力的技术转让条款(第4条)之外,还在《公约》中加入了一项但书,称缔约方应“在其能力范围内”采取措施(第2条第2款)。作为一个精简的框架,《公约》的成功之处在于为未来的合作奠定了基础,并创建了缔约方会议的体制,使其得以在审议执行工作及通过新的议定书或修正本过程中根据新的科学数据进行调整。它还意味着在环境条约中更加注重防范性做法,因为臭氧消耗的影响和紫外线的有害影响目前仍是推断性的。

39. 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》。《蒙特利尔议定书》规定当事国有义务限制生产和使用消耗臭氧层的关键物质——氯氟化碳和哈龙。《蒙特利尔议定书》是在环境署/气象组织就南极洲上空发现的一处臭氧层“空洞”进行国际评估后通过的。该评估显示产生的氯氟化碳的水平将导致危险的臭氧消耗,这表明需要一个减少消耗臭氧层物质排放

<sup>90</sup> 首部多边文书是《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》,推动该文书产生的是大气层中放射性污染全球沉降的风险。美国总统约翰·肯尼迪具有历史意义的演说(1963年6月10日在哥伦比亚特区华盛顿美国大学的毕业典礼致辞)值得回顾,他宣布支持该《条约》时说道:“[我们]都生活在这个星球之上。我们都呼吸着相同的空气。我们都珍惜我们孩子的未来”(The Department of State Bulletin, vol. XLIX, No. 1253, 1 July 1963, 第4页)。

的坚定目标。<sup>91</sup>《蒙特利尔议定书》要求工业化国家将氯氟化碳的生产和消费冻结在1986年(基准年)的水平,在1999年之内将其生产和消费量减半,并将哈龙的消费量冻结在1986年的水平。《蒙特利尔议定书》还设立了缔约方会议,负责系统地观察臭氧层并根据科学新发展在必要时赋予国家更多的法律义务——这是其成功的关键因素。议定书经历了多次修正:1989年(赫尔辛基)、1990年(伦敦)、<sup>92</sup>1992年(哥本哈根)、<sup>93</sup>1997年(蒙特利尔)<sup>94</sup>和1999年(北京)<sup>95</sup>修正。这些修正不仅加快了逐步淘汰多种物质与增加新物质的工作,还解决了如发展中国家参与问题、不履约问题以及非当事方等重要问题。伦敦修正案对于强化共同但有区别的责任原则意义格外重大。其序言第6段经修正后增加的内容包括提及需要考虑“发展中国家的发展需要”。此外,原第5条规定氯氟化碳消费低于每人0.3千克的(主要是发展中国家)的履约期为10年,取代该条的新第5条承认发展中国家的履约有赖于资金援助和技术转让。<sup>96</sup>同时,在第10条中设立了一个由非第5条当事方自愿供资的多边基金,用于协助发展中国家满足履约成本。《蒙特利尔议定书》对不履约采取了软执行,强调协助和促进式方法。有困难的当事方可通过自行递交、由另一方或秘书处转交通知的方式告知执行委员会。它采取的措施包括提供全球环境基金资助、<sup>97</sup>技术援助或发出警告等,主要是为确保当事方遵守数据汇报的要求。《蒙特利尔议定书》从执行的角度处理非当事方的问题。它实行贸易限制措施,包括禁止与非当事方开展控制物质或含此类物质的产品贸易以及利用进出口许可制度削减氯氟化碳非法贸易,这对加入和遵守《蒙特利尔议定书》起到了激励作用。《蒙特利尔议定书》可谓成功,因为它得到了广泛的通过和执行,

<sup>91</sup> Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer; International Law, International Régimes, and Sustainable Development*; 以及 Sands, *Principles of International Environmental Law*, 第575页。

<sup>92</sup> 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的调整和修正案》,第二次缔约方会议通过,1990年6月27-29日,伦敦。

<sup>93</sup> 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的修正案》,第四次缔约方会议通过,1992年11月23-25日,哥本哈根。

<sup>94</sup> 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的修正案》,第九次缔约方会议通过,1997年9月15-17日,蒙特利尔。

<sup>95</sup> 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉的修正案》,第十一次缔约方会议通过,1999年11月29日至12月3日,北京。

<sup>96</sup> 见上文脚注92。

<sup>97</sup> Sand, “Carrots without sticks? New financial mechanisms for global environmental agreements”。

并且全球氯氟化碳生产相比1998年的高峰值已有所下降。同时,必须在大气层保护的大框架内审视《议定书》。有些氯氟化碳替代物属于温室气体,这说明需要同《联合国气候变化框架公约京都议定书》协调努力。<sup>98</sup>

40. 《联合国气候变化框架公约》。大会于1988年开始加大力度解决气候变化问题,为此通过了一项决议,声明气候变化是人类共同关心的问题(见1988年12月6日大会第43/53号决议)。次年,大会认识到需要采取措施控制温室气体的人为排放,因此成立了政府间谈判委员会,负责为1992年联合国环境与发展会议谈判一项条约。与《保护臭氧层维也纳公约》类似,《联合国气候变化框架公约》未规定限制温室气体的量化承诺。从第二条可见,对其目标的表述笼统:“将大气中温室气体的浓度稳定在防止气候系统受到危险的人为干扰的水平上”。《公约》中没有关于到2000年时使温室气体排放回到1990年水平的明确承诺,仅泛泛肯定了这一目标。《公约》规定了几项对气候变化作出国际应对时须遵循的关键原则(其中很多原则在《关于环境与发展的里约宣言》<sup>99</sup>和《21世纪议程》中也有所体现),包括公平和共同但有区别的责任、可持续发展、成本效益和防范措施(第三条)。缔约方应作出的核心承诺列于第四条。附件一所述的发达国家缔约方应“制定国家政策和采取相应的措施,通过限制其人为的温室气体排放以及保护和增强其温室气体库和汇,减缓气候变化”(第四条第2款(a)项)。为推动执行工作,第四条还要求每一个此类缔约方应“依照第十二条,在本《公约》对其生效后六个月内,并在其后定期地就其[……]政策和措施,以及就其由此预测[……]《蒙特利尔议定书》未予管制的温室气体的源的人为排放和汇的清除,提供详细信息”(第四条第2款(b)项)。整体看来,《公约》为未来审议该问题提供了一个合理的框架;它设立了缔约方会议并赋予其足够宽泛的任务——包括审查执行情况 and 通过议定书——使之有权规定具体义务。

41. 《联合国气候变化框架公约京都议定书》。在柏林举行的第一次缔约方会议(柏林授权)表明《公约》第4条规定的承诺有所不足,故随后进行了《京

<sup>98</sup> 见环境署,《臭氧消耗的环境影响及其与气候变化的互动:2010年评估》(2010年,内罗毕)。可查阅 [www.unenvironment.org/resources/report/environmental-effects-ozone-depletion-and-its-interactions-climate-change-2010](http://www.unenvironment.org/resources/report/environmental-effects-ozone-depletion-and-its-interactions-climate-change-2010)。

<sup>99</sup> 《联合国环境与发展会议的报告,1992年6月3-14日,里约热内卢》(见上文脚注52),决议1,附件一。



都议定书》的谈判。《京都议定书》设定了量化减排目标和实现目标的具体时间表。其主要成就体现在发达国家(附件一缔约方)承诺减少六种温室气体(二氧化碳、甲烷、氧化亚氮、六氟化硫、氢氟碳化物和全氟化碳)特定数量的排放量,以期在2003至2012年承诺期内将这些气体的集体排放量在1990年的基础上减少至少5%(第三条第1款)。缔约方可通过提高能效、保护和增强温室气体的汇和库、促进可持续农业方式等多种途径履行承诺(第二条第1款(a)项)。具有重大意义的是,《京都议定书》未给发展中国家规定排放限额和减排承诺,以遵守共同但有区别的责任原则。该原则也体现在要求技术转让和资金援助的规定中。对包括小岛屿发展中国家、有低洼沿海地区的国家、有易遭自然灾害地区的国家和有容易发生旱灾和沙漠化地区的国家等最易受气候变化影响的国家给予了特殊考虑(《公约》第四条第8款)。《京都议定书》提出的几个创新尤其值得注意。就三个“灵活机制”达成了一致,这些市场机制的目的主要是以讲求成本效益的方式履行减排承诺,其次是鼓励广泛参与。第四条允许附件一中的缔约方共同履行限制排放的承诺。前两个机制——共同执行机制和清洁发展机制是以项目为基础的机制。依照共同执行机制,一个发达国家可通过投资另一发达国家的减排项目获得减排单位(第六条)。清洁发展机制是唯一涉及发展中国家的灵活机制,依照该机制,发达国家缔约方可通过投资发展中国家的限排或减排项目获得可交易的减排额度,以期促进可持续发展(第十二条)。该机制由一个执行理事会负责监督,项目产生的减排量须经指定国家机关认证(第十二条第4款)。第三个机制事关国际排放贸易。按每一缔约方的限排义务向其发放许可证;未使用的排放许可证可在碳市场上与其他缔约方进行交易(第十七条)。<sup>100</sup>关于监督的规定对于促进遵守该机制十分重要。附件一中的缔约方必须建立国家体系,对源的人为排放量和汇的清除量进行估算(第五条)并编写年度清单,在其中列载必要补充信息,说明其遵守《议定书》所规定承诺的情况(第七条第2款)。2001年在摩洛哥马拉喀什举行的框架公约第七届缔约方大会商定,不能依靠《蒙特利尔议定书》确立的促进方式确保附件一中的缔约方履约。因此,会议提出了强制执行的方式并就不履约情况确立了机制,由一家强制执行分支机构审查

<sup>100</sup> Rowlands认为将这些基于市场的手段引入环境体系意义重大,“因为这代表国际环境进一步商品化”(Rowlands, “Atmosphere and outer space”, 第332页)。

附件一国家的不履约情况,<sup>101</sup>并课以等同于其未履约量1.3倍的处罚。处罚将计入该国第二个承诺期的承诺。<sup>102</sup>由于第一个承诺期于2012年结束,2011年在南非德班举行的第十七届缔约方大会(德班会议)决定着手制订定于2013年开始的第二个承诺期的内容。然而,加拿大、日本和俄罗斯联邦明确表示无意在第二个承诺期内承担任何义务。加拿大于2011年12月12日宣布将彻底退出《京都议定书》。德班会议还决定“启动一个进程,以拟订一项对所有缔约方适用的议定书、另一法律文书或某种有法律约束力的议定结果”,<sup>103</sup>不迟于2015年通过,并从2020年开始生效。2012年在多哈举行的第十八届缔约方大会(多哈会议)正式通过了一项对《京都议定书》的修正案,内容包括附件一中的缔约方在第二个承诺期(2013-2020年)内的承诺,但一些发达国家决定不将其承诺写入修正案。<sup>104</sup>2013年在华沙举行的第十九届缔约方大会(华沙会议)期间,缔约方讨论了一项将于2015年在巴黎举行的第二十一届缔约方大会上通过的协定的内容。华沙会议决定邀请“所有缔约方”详述拟由本国确定的“贡献”并尽早于第二十一届大会开始之前予以公布(但不妨碍贡献的法律性质)。<sup>105</sup>

## 2. 国际法院和法庭的判例

42. 在本报告所述的研究过程中,应认真考察各国际性法院和法庭作出的一些司法裁决。特雷耳冶炼厂案<sup>106</sup>为越境空气污染法奠定了基础。继该案仲裁之后,1973年提交国际法院审理的核试验案(澳大利亚诉法国;以及新西兰诉法国)<sup>107</sup>引发了关于潜在大气层污染的热烈讨论。法院还在1996年关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案<sup>108</sup>的咨询意见中

<sup>101</sup> 见FCCC/CP/2001/13/Add.3号文件,第24/CP.7号决定,附件。该决定于2005年12月9日和10日在《京都议定书》第一次缔约方会议上通过。

<sup>102</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第174页。

<sup>103</sup> 见FCCC/CP/2011/9/Add.1号文件,第1/CP.17号决定,第2段。注意此处已不再提及“共同但有区别的责任”原则。

<sup>104</sup> 见FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1号文件,第1/CMP.8号决定。

<sup>105</sup> 见FCCC/CP/2013/10/Add.1号文件,第1/CP.19号决定,第2段(b)款。

<sup>106</sup> 见上文脚注39。

<sup>107</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国),判决,《1974年国际法院汇编》,第253页;以及核试验案(新西兰诉法国),判决,《1974年国际法院汇编》,第457页。

<sup>108</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案,咨询意见,《1996年国际法院汇编》,第226页。



提到, 各国义务避免通过越境污染, 包括大气污染, 对环境造成超越其国界的重大损害。1997年的加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)<sup>109</sup>虽与大气层污染无直接关系, 但涉及了更广泛的环境损害问题。法院在2010年4月就乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)<sup>110</sup>作出的判决中, 部分提到了所指控的空气污染问题(达到影响河流水生环境的程度)。此外, 2008年向法院提交的空中喷洒除草剂案(厄瓜多尔诉哥伦比亚)<sup>111</sup>虽在其后达成和解并撤销, 涉及的也是这个问题。1996年世界贸易组织(世贸组织)的案件, 美国——新配方汽油和常规汽油标准案<sup>112</sup>提出了一个重要问题, 即一国的国内法(在此案中指的是1990年的《美国清洁空气法》)如何与《关税及贸易总协定》的贸易条款保持一致的问题。另一项值得一提的裁决是欧洲法院在2011年12月于卢森堡就美国空运协会等诉能源与气候变化国务大臣案<sup>113</sup>作出的判决, 其中确认欧洲联盟关于将航空活动纳入欧洲联盟排放交易计划的指令之有效性。<sup>114</sup>美国(可能还有中国)就这一裁决在世贸组织提出了异议, 表明“贸易与环境之间”存在的冲突。在本报告中对上述每个案件作简单的初步介绍可能是适当的, 因为它们与保护大气层的专题有关。

43. **特雷耳冶炼厂案。**该案涉及加拿大不列颠哥伦比亚省特雷耳的冶炼作业对美国华盛顿州造成的跨界损害。冶炼厂对含锌和铅的矿石进行焙烧以提取其中的金属。在这一过程中, 同时含有硫的矿石将二氧化硫排入大气层。由于该地区的物理和气象条件, 冶炼厂的二氧化硫云层向南流入美国上空, 给作物、树木、牧场、牲畜和建筑造成了很大的损害。根据《解决特雷耳冶炼厂运营所造成的困难公约》<sup>115</sup>

<sup>109</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克), 判决, 《1997年国际法院汇编》, 第7页。

<sup>110</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭), 判决, 《2010年国际法院汇编》, 第14页。

<sup>111</sup> 空中喷洒除草剂案(厄瓜多尔诉哥伦比亚), 厄瓜多尔的诉请(2008年, 案件总表第138号), 2008年3月31日, 第37段。

<sup>112</sup> 世贸组织, 上诉机构, WT/DS2/AB/R号文件, 1996年5月20日通过。

<sup>113</sup> 法院的判决(大法庭), 2011年12月21日, 第C-366/10号案, 《2011年欧洲法院汇编》。

<sup>114</sup> 欧洲议会和欧盟理事会2008年11月19日关于修正第2003/87/EC号指令以便将航空活动纳入共同体温室气体排放配额交易计划的第2008/101/EC号指令(《欧洲联盟公报》, L 8号, 2009年1月13日)。

<sup>115</sup> 1935年4月15日签署于渥太华(《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(联合国出版物, 出售品编号: 1949.V.2), 第1907页)。

设立的仲裁法庭被要求按照该《公约》第四条, 适用“处理美利坚合众国同类问题时遵循的法律和惯例, 以及国际法律和惯例, 并考虑缔约国达成对所有有关各方公正的解决办法的愿望。”该裁决经常被引用的一个段落内容如下:

根据国际法原则以及美国的法律原则, 在后果严重且有明确可信的证据证实损害的情形下, 任何国家均无权使用或准许使用其领土致使烟雾在他国领土或对他国领土、财产或国民造成损害。<sup>116</sup>

特雷耳冶炼厂案是一起传统型的越境空气污染争端, 其中造成损害的原因和损害的影响都是可识别的。该案的裁决常被用于支持以下观点, 即根据国际法, 各国义务在有明确可信的证据表明伤害可预见的情况下, 确保其管辖和控制范围内的活动不造成越境损害。<sup>117</sup>应根据经验概率确定证据标准。应当指出的是, 法庭确认了基于科学依据的预防原则, 并采用相应的制度来保持一定的排放水平。然而, 捍卫这项裁决的先例价值并非是全无条件的:<sup>118</sup>虽然法庭按照妥协办法, 以美国法律的原则为准, 但裁决中提及的公害、侵犯和严格赔偿责任等原则, 不能简单地在所有情况下都视同于国际法的既定原则。<sup>119</sup>这项裁决的重要性在于法庭能够实现工业与农业利益之间的适当平衡,<sup>120</sup>并以之为类比, 实现经济发展与环境保护之间的适当平衡, 这与现代可持续发展概念是一致的。

44. **核试验案。**在核试验案中, 澳大利亚在诉请书中请求法院“裁定并宣告, ……在南太地区开展进一步的大气层核武器试验不符合适用的国际法对法国所施加的义务”。<sup>121</sup>法院于1973年6月22日指示了临时措施, 并在1974年12月20日作出了判决。法院认为, 由于法国宣布不再继续大气层试验, 诉请者要求停止核试验的目的已经达到, 因此, 法院无

<sup>116</sup> 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第1965页; Kuhn, “The Trail Smelter arbitration, United States and Canada”; 以及Read, “The Trail Smelter dispute”。

<sup>117</sup> 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第1965页。

<sup>118</sup> Madders, “Trail Smelter arbitration”, 第903页。

<sup>119</sup> Rubin, “Pollution by analogy: the Trail Smelter arbitration”。

<sup>120</sup> Handl, “Balancing of interests and international liability for the pollution of international watercourses: customary principles of law revisited”。

<sup>121</sup> 澳大利亚政府提交的关于管辖权与可受理性的诉状, 《国际法院书状、口头辩论和文件: 核试验案》, 第一卷(澳大利亚诉法国), 第430段。

需就诉请者提出的要求作出裁决。<sup>122</sup> 似宜指出的是，澳大利亚提起本案的理由不仅是保护本国合法利益，而且是保护他国的利益，因为它认为法国的核试验侵犯了公海自由。除其他外，其诉状指出：

海洋并非是静止的；其生命系统是复杂且密切相连的。因此，显然没有人可以说一个地方的污染——尤其是涉及放射性的污染——最终不会对另一个地方产生影响。实际上，如果法院无视这种性质的考虑，那它就远未履行以司法手段保护国际社会利益的职能。<sup>123</sup>

关于这一点，奥尼耶亚马、迪拉德、希门尼斯·德阿雷查加和沃尔多克法官在共同反对意见中指出：

关于澳大利亚所称与其他国家共同享有的免遭大气层试验影响的权利，我们认为“合法利益”问题再次成为该案总体法律实质的一部分。如果澳大利亚提供的材料是为了让法院相信存在禁止大气层核试验的国际法一般规则，那么，法院同时还须确认这一规则的确切特点和内容，特别是它是否赋予每个国家单独要求确保遵守该规则的权利。简言之，“合法利益”问题不能与所称的习惯国际法规则的存在和范围这一实质性法律问题分开。虽然我们认识到国际法中所谓公益之诉的存在是有争议的，但本院在巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(第二阶段，《1970年国际法院汇编》，详见第32页)中的意见足以表明，该问题可被视为一个能作理性法律论证的问题，并能作为适当的诉讼主题向本院提出。<sup>124</sup>

**45. 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案。**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案的咨询意见(应大会1996年提出的要求)中，对使用核武器是否会给环境、包括大气层环境造成损害提出疑问。法院承认

环境日益面临威胁，使用核武器可能构成对环境的一种浩劫[而且]……环境不是一个抽象的概念，而是代表着人类包括未来世代的生活空间、生活素质乃至健康。各国确有确保在其管

<sup>122</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国)，临时保护，1973年6月22日的命令，《1973年国际法院汇编》，第99页；以及判决，《1974年国际法院汇编》，第253页；核试验案(新西兰诉法国)，临时保护，1973年6月22日的命令，《1973年国际法院汇编》，第135页；以及判决，《1974年国际法院汇编》，第457页。见Thierry, “Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice”; Franck, “Word made law: the decision of the ICJ in the nuclear test cases”; Lellouche, “The International Court of Justice—the Nuclear Tests cases: judicial silence v. atomic blasts”; McWhinney, “International law-making and the judicial process: the World Court and the French Nuclear Tests case”; Sur, “Les affaires des essais nucléaires”; MacDonald和Hough, “The Nuclear Tests case revisited”。

<sup>123</sup> 澳大利亚政府提交的关于管辖权与可受理性的诉状，《国际法院书状、口头辩论和文件：核试验案》，第一卷(澳大利亚诉法国)，第459段。

<sup>124</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974年国际法院汇编》，第253页起，详见第369–370页，第117段。

辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家或在本国管辖范围以外地区环境的普遍义务，这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。<sup>125</sup>

不过，法院对其立场进行了限定，指出：

法院不认为这些条约的本意是因一国有保护环境的义务而剥夺其根据国际法行使自卫权的权利。不过，国家在追求合法军事目标并评估何为必要和相称的手段时，必须将环境问题考虑在内。在评估一项行动是否符合必要和相称原则时，尊重环境是必须考虑的因素之一。<sup>126</sup>

法院还指出：

《第一附加议定书》第35条第3款和第55条规定对环境的其他保护。总的来说，这些规定体现了保护自然环境免受广泛、长期和严重损害的一般义务；禁止意图或可以预料造成这种损害的作战方法和手段；并禁止为了报复而攻击自然环境。这些规定是对所有签署上述规定的国家的有力约束。<sup>127</sup>

威拉曼特里法官在其反对意见中详细阐述了核武器的影响，特别是对环境和生态系统以及子孙后代的危害。<sup>128</sup>

**46. 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)。**该案本质上涉及国际水道的使用，与大气层并无直接关系。但国际法院提到了与这一专题有关的几个问题，其结论也可适用于大气层保护。匈牙利主要依据“生态危急状态”来说明暂停或放弃建造计划中的水坝的某些工程的合理性，斯洛伐克则称所谓的危急状态并不存在，而且这并不能构成暂停该国条约义务的理由。法院支持后一立场。关于斯洛伐克采取的水流改道措施，法院认为这些措施不能被视为合法的反措施，因此斯洛伐克无权运行所安装的改道设施。<sup>129</sup> 在审理过程中，匈牙利提出了证明其行为合法性的若干主张，包括无法履行1977年《协定》<sup>130</sup> 的义务(部分由于生态之必须)、情况发生根本

<sup>125</sup> 《1974年国际法院汇编》，第241–242页，第29段。

<sup>126</sup> 同上，第242页，第30段。

<sup>127</sup> 同上，第31段。

<sup>128</sup> 同上，第433–555页。见Brown Weiss, “Opening the door to the environment and to future generations”; 以及Momtaz, “The use of nuclear weapons and the protection of the environment: the contribution of the International Court of Justice”。

<sup>129</sup> 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院汇编》，第7页起，详见第55–57页，第82–87段。

<sup>130</sup> 《捷克斯洛伐克和匈牙利关于就修建加布奇科沃一大毛罗斯船闸系统进行互助的协定》，1977年9月16日，布达佩斯，联合国，《条约汇编》，第1724卷，第30074号，第120页。



变化(部分由于环境知识的进步)以及国际环境法中发展的新规范和新规定等。但法院在驳回匈牙利的主张时,主要依据的是《维也纳条约法公约》中体现的条约法以及委员会2001年条款草案<sup>131</sup>中反映的国家责任法,而不是国际环境法的原则和规则。<sup>132</sup>似宜指出的是,威拉曼特里法官在他的单独意见中详细阐述了可持续发展概念。<sup>133</sup>

47. **乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)**。该案主要涉及水质问题,国际法院在该案中部分提到了据称造成空气污染、达到影响河流水生环境程度的问题。<sup>134</sup>阿根廷主张自该厂的烟囱中排放出了对水生环境有害的物质。但法院认定“记录中并无任何确凿证据表明纸浆厂向空气中排放……时产生了对该河水生环境造成影响的有害物质”。<sup>135</sup>这项判决的引人注意之处是,法院以缺乏证据为由,驳回了阿根廷就乌拉圭涉嫌违反其实质性义务提出的几乎每一项主张,而对实质问题鲜有阐述。判决遭到了(一项共同反对意见、一项单独意见和一项声明的)批评,其中认为法院本应采取调查方法(例如委托一个委员会进行调查),而不是仅仅依赖于当事方提供的证据。<sup>136</sup>与该案类似的环境争端的一个显著特点是,它们往往属于事实密集型案件。因此,科学证据的收集和评估十分重要。因此,纸浆厂案进一步提出的问题是,在解决环境争端时,法院应在技术性科学证据的评估中起到何种作用。

48. **空中喷洒除草剂案(厄瓜多尔诉哥伦比亚)**。该案明确涉及涉嫌造成越境空气污染的问题。2008年3月,厄瓜多尔提起诉讼,指称“哥伦比亚在靠近、

<sup>131</sup> 国家对国际不法行为的责任条款草案,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第76段。

<sup>132</sup> 见“Symposium: the Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8 (1997), 第3-116页; Fitzmaurice, “The Gabčíkovo-Nagymaros case: the law of treaties”; Lefebvre, “The Gabčíkovo-Nagymaros Project and the law of State responsibility”。

<sup>133</sup> 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克),判决,《1997年国际法院汇编》,第7页起,详见第88-119页。

<sup>134</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010年国际法院汇编》,第100-101页,详见第263-264段。这个问题是在口头审理期间提出的。见2006年6月8日的公开开庭,CR 2006/47号文件,第22、28及第34段。

<sup>135</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010年国际法院汇编》,第101页,第264段。

<sup>136</sup> 见哈苏奈和辛马法官的共同反对意见,同上,第108-111页,详见第1-6段;坎卡多-特林达德法官的单独意见,同上,第191页,第151段;以及优素福法官的声明,同上,第216-220页。

位于和跨越其与厄瓜多尔边界的若干地点从空中喷洒有毒除草剂,侵犯了厄瓜多尔在习惯国际法和协定国际法中的权利”。<sup>137</sup>厄瓜多尔在诉请书中指出“喷洒已对边境厄瓜多尔一侧的居民、作物、动物和自然环境造成了严重损害,而且在今后还很可能造成进一步损害”,请法院“裁定并宣布:(A)哥伦比亚违背其国际法义务,造成或允许有毒除草剂沉降到厄瓜多尔境内,对人的健康、财产和环境造成了损害;(B)哥伦比亚应就其国际非法行为——即使用除草剂,包括空中喷洒——对厄瓜多尔造成的损失或损害作出赔偿。”<sup>138</sup>不过,应厄瓜多尔请求,该案于2013年9月13日从法院总表中撤销,因为当事方已就哥伦比亚不再继续空中喷洒和设立一个联合委员会等事项达成一致。

49. **美国——新配方汽油和常规汽油标准案**。该案于1996年诉至世贸组织上诉机构,提出了若干重要的大气层保护问题。这是首次采用世贸组织争端解决程序作出的裁决。<sup>139</sup>在该案中,巴西和委内瑞拉玻利瓦尔共和国请争端解决机构审查《清洁空气法》和美国环境保护局颁布的“汽油规则”中的“基准制定方法”是否与世贸组织的相关规定相符的问题。《清洁空气法》及其各项条例旨在通过制定汽油质量和机动车排放标准,防止和控制美国的空气污染。根据该法1990年的修正案,颁布了关于车辆排放有毒空气污染物和产生臭氧的挥发性有机化合物的新条例,以改善该国污染最严重地区的空气质量。这些新条例适用于美国炼油厂、搅拌厂和进口商。专家小组承认清洁空气是一种可能用竭的自然资源,得出结论认为基准制定法不符合《关税及贸易总协定》第三条第四款,也不能在第二十条第一款(乙)项、(丁)项和(庚)项中找到合理依据。专家小组认为进口汽油和国产汽油是“类似产品”,但进口汽油的待遇低于国产汽油。美国向上诉机构提起上诉,称专家小组裁定这一基准并不构成与《关税及贸易总协定》第二十条第一款(庚)项含义范围内与保护清洁空气有关的措施是错误的。上诉机构认为美国《汽油规则》属于第二十条第一款(庚)项所规定的例外范围,但美国采取的措施构成“武断”或“不合理的”差别待遇,或对国际贸易的“变相限制”,故不符合第二十条起始部分的要

<sup>137</sup> 厄瓜多尔的诉请(2008年,案件总表第138号),2008年3月31日,第37段。

<sup>138</sup> 同上,第2和第38段。

<sup>139</sup> 关于一般性阐述,见Murase, “Unilateral measures and the WTO dispute settlement”。



求。因此, 该案显示了保护清洁空气的国内法与国际自由贸易制度之间的冲突, 上诉机构作出了对后者有利的裁决。

### 50. 美国空运协会等诉能源与气候变化大臣案。

欧洲法院就该案做出的判决<sup>140</sup> 确认了根据欧洲议会和欧盟理事会2008年11月19日关于修正第2003/87/EC号指令以便将航空活动纳入共同体温室气体排放配额交易计划的第2008/101/EC号指令, 将航空活动纳入欧盟排放交易计划的有效性。这一裁决可能会在其他论坛遭到非欧洲国家的质疑, 表明了贸易与环境之间的冲突。<sup>141</sup>

## 3. 习惯国际法

### (a) 法律确信和一般惯例

51. 除上文提到的多边和双边公约外, 在这一专题上还有丰富的国家实践和文献。人们经常提到的特雷耳冶炼厂仲裁案仍然是越境空气污染方面的典型例案。裁决中适用的使用自己的财产时不得损害他人财产原则(*sic utere tuo ut alienum non laedas*)现在普遍被认为是习惯国际法的一部分——尽管存在某些限制和条件。只要涉及相邻国家间的越境空气污染且有明确可信的证据证明原因和结果, 该原则就被认为是习惯国际法。但在这项原则能否适用于很难证明因果关系的远距离(跨洲)空气污染案件, 以及能否适用于诸如臭氧消耗和气候变化等全球大气问题方面, 仍有疑问。需要认真分析每起案件, 以结合法律必要确信以及一般国家实践, 确定一项原则或规则能否以及可在多大程度上被视为“既定”习

惯国际法。<sup>142</sup> 必须对一项规则是否具有习惯性的证据进行逐一评估。通常认为, 得不到习惯(常例)支持的确信和得不到确信支持的习惯都不是习惯法。<sup>143</sup> 在有些情况下, 习惯法正在形成当中, 而不是既定的, 这种情况也称为“形成中的习惯法规则”。<sup>144</sup>

52. 与所有其他项目一样, 预计委员会就本项目开展的很大一部分工作将在于确定与保护大气层有关的特定原则和规则的习惯地位。从分析角度看, 要对以既定国际法为基础的编纂工作和以形成中的国际法规则为基础的逐渐发展工作进行比较, 那么就应区分既定规则和形成中的规则。<sup>145</sup> 不过, 委员会似乎不太关心这两种工作之间的区分, 认为在编纂和逐渐发展的实际情况下, 两种规则渊源之间的差别可能没有那么大(这与司法程序不同, 司法程序中的区分可能会对确定一项公约的某一规定是否是先前存在的习惯法有决定性影响)。更重要的是区分形成中的习惯法规则与尚未达到必要成熟阶段、仍称不上形成中的规则的那些规则。详细阐述这些规则属于制定法律, 这项工作不在委员会的任务授权范围之内, 应当予以避免。因此, 委员会被赋予的重要任务是澄清哪些内容被视为适于逐渐发展的习惯法新规则。同样, 这项工作也必须在逐案确定的基础上进行。因此, 有必要研究可被视为在确定何为习惯国际法新规则方面具有相关性的各种资料。故应研究超越法律之外(在法律范围外但与正式法律渊源接近的)的资料来源。

<sup>142</sup> 哥伦比亚-秘鲁庇护案, 1950年11月20日的判决, 《1950年国际法院汇编》, 第266页起, 详见第276和第277页; 北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第44页, 第77段。

<sup>143</sup> 将材料归为法律确信或是国家实践方面的证据, 并非总是易事。有时, 同一渊源(如国内立法)既是法律确信也是国家实践方面的证据。

<sup>144</sup> 见北海大陆架案, 判决, 《1969年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第41页, 第69-71段。丹麦和荷兰称, 即使《大陆架公约》第六条的规定不被视为反映了先前存在的习惯法, 但它作为一项确立规范的规定, “构成一项规则的基础, 或形成一项规则, ……后被纳入国际法的一般主体”。法院指出, “这个过程是完全有可能发生的, 并且时常发生: 它确实成为习惯国际法新规则得以形成的公认方法之一”(同上, 第71段)。尽管法院未接受丹麦和荷兰就《公约》第六条的这一规定提出的主张, 但特别报告员认为, 如果有其他法律资料渊源如非约束性文书、国内法和国内法院的判决及国家实践其他相关事件的支持, 那么此处是有“新形成国际法规则”的逐渐发展的基础的。

<sup>145</sup> 关于对编纂与逐渐发展的相互关系进行的具有启发性的分析, 见McRae, “The interrelationship of codification and progressive development in the work of the International Law Commission”。

<sup>140</sup> 见Faber和Brinke, *The Inclusion of Aviation in the EU Emissions Trading System: An Economic and Environmental Assessment*; Leggett, Elias和Shedd, *Aviation and the European Union's Emission Trading Scheme*; 以及Bartels, “The WTO legality of the application of the EU emissions trading system to aviation”。

<sup>141</sup> 关于可能向国际民航组织理事会提起的欧盟排放权交易计划争端, 见Bac, “Review of the dispute settlement mechanism under the International Civil Aviation Organization: contradiction of political body adjudication”。关于国际民航组织在航空领域应对气候变化的活动, 见国际民用航空组织大会2013年第三十八届会议通过的决议, 分别题为“国际民航组织关于环境保护的持续政策和做法的综合声明——一般规定、噪声和当地空气质量”(A38-17号决议)和“国际民航组织关于环境保护的持续政策和做法的综合声明——气候变化”(A38-18号决议)(大会有效决议(截至2013年10月4日), 蒙特利尔, 2014年, 国际民航组织)。

## (b) 非约束性文书

53. 非约束性文书是确定法律确信的一个重要渊源，它们包括：

- 欧洲委员会部长委员会关于边境地区空气污染的决议；<sup>146</sup>
- 《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)；
- 经合组织理事会关于跨界污染原则的建议；<sup>147</sup>
- 经合组织理事会关于在跨界污染情况下实行平等参与权利和不歧视制度的建议；<sup>148</sup>
- 《关于环境与发展的里约宣言》；
- 《南亚防治空气污染及其潜在越境影响马累宣言》；<sup>149</sup>
- 东亚酸沉降监测网；
- 国际法委员会，关于预防危险活动的跨界损害的条款草案；<sup>150</sup>
- 国际法委员会，关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配的原则草案；<sup>151</sup>
- 《东非空气污染区域框架协议》(2008年，内罗毕)；<sup>152</sup>
- 《南部非洲发展共同体空气污染区域政策框架》(2008年，卢萨卡)；<sup>153</sup>
- 《中西部非洲空气污染区域框架协议》(2009年，阿比让)；<sup>154</sup>

<sup>146</sup> 第(71)5号决议，1971年3月26日。

<sup>147</sup> OECD/LEGAL/0133，可查阅<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0133>。

<sup>148</sup> OECD/LEGAL/0152，可查阅<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0152>。

<sup>149</sup> 南亚合作环境署理事会第七次会议的报告，附件十六，1998年4月22日，马累。

<sup>150</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第97段。

<sup>151</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第66段。

<sup>152</sup> 可查阅[www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/Eastern\\_Africa\\_Air\\_Pollution\\_Agreement.pdf](http://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/Eastern_Africa_Air_Pollution_Agreement.pdf)。另见Nordberg, *Air Pollution: Promoting Regional Cooperation*。

<sup>153</sup> 可查阅[https://web.archive.org/web/20111226174616/www.unep.org/urban\\_environment/PDFs/SADC-LusakaAgreement.pdf](https://web.archive.org/web/20111226174616/www.unep.org/urban_environment/PDFs/SADC-LusakaAgreement.pdf)。

<sup>154</sup> 可查阅[https://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/West\\_and\\_Central\\_Africa\\_Air\\_Pollution\\_Agreement\\_English\\_final.pdf](https://www.york.ac.uk/media/sei/documents/publications/gapforum/West_and_Central_Africa_Air_Pollution_Agreement_English_final.pdf)。

—《北非空气污染框架协议》(2011年)。

54. 一些软法律文书尽管形式上不具约束性，但却非常重要，因为它们反映了国际法的实质渊源。因此，对其中一些文书作简要介绍是适当的。

55. 《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)。《斯德哥尔摩宣言》为二十世纪的国际环境法奠定了基础。它包含一套“启发和指导全世界人民保护和加强人类环境的共同原则”，<sup>155</sup> 尽管其中并未专门提到大气层保护。<sup>156</sup> 《宣言》中最重要的规定是原则二十一，其中称各国负有责任确保在其管辖或控制范围内的活动，不致对其他国家或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。虽然“责任(确保)”一词的含义有些模糊(法文本使用了“*devoir*”一词)，但这项原则现被广泛认为已经在越境空气污染方面具有了习惯国际法的地位，并已被纳入了数部公约。<sup>157</sup>

56. 《关于环境与发展的里约宣言》。《里约宣言》是1992年联合国环境与发展会议的成果。虽然它没有约束性，但确立了关于可持续发展的一般原则，从而为今后的环境保护制度奠定了基础。除一般原则外，《宣言》还包括了关于程序事项的具体规定，例如获取资料和公众参与机会(原则10)；环境影响评价(原则17)；以及通知、信息交流和磋商(原则19)。因此，可将它视为在国家国际层面制定环境法的框架，以及衡量今后发展情况的基准。<sup>158</sup> 重要的是，《宣言》代表着从环境法向可持续发展法的范式转变。这种转变从原则2的措辞中可以明显看出，该原则在《斯德哥尔摩宣言》原则二十一的文字版本上略有改动，指出：

根据《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有按照本国的环境与发展政策开发本国资源的主权利，并负有确保在其管辖范围内或在其控制下的活动不致损害其他国家或在各国管辖范围以外地区的环境的责任。

<sup>155</sup> 见第二序言段。

<sup>156</sup> 原则6规定：“为了保证不使生态环境遭到严重的或不可挽回的损害，必须制止在排除有毒物质或其他物质以及散热时其数量或集中程度超过环境能使之无害的能力。”

<sup>157</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第24页。

<sup>158</sup> Sands, *Principles of International Environmental Law*, 第54页。

《宣言》认识到,为带来重大变化,必须将环境问题纳入更大的经济发展框架,它指出其宗旨是制定各项战略和措施,在加强国家和国际努力、促进所有国家无害环境的可持续发展背景下,制止并扭转环境退化的影响。《宣言》可被视为主要关注环境保护的发达国家与主要关注经济发展的发展中国家之间的妥协。这种平衡从其主要规定——即原则3和4——中可以看出。原则3指出:“发展权利必须实现,以便能公平地满足后世后代在发展与环境方面的需要。”原则4则指出:“为了实现可持续的发展,环境保护工作应是发展进程的一个整体构成部分,不能脱离这一进程予以孤立考虑。”这两项原则共同构成可持续发展的核心。《宣言》接下来编纂了可持续发展概念所包含的几项重要原则,即防范原则、<sup>159</sup>公平原则(代际之内和代际之间)<sup>160</sup>以及共同但有区别的责任原则。<sup>161</sup>《里约宣言》所载的原则为后来的环境条约提供了重要指导。

57. **东亚酸沉降监测网**。东亚酸沉降监测网是作为建立区域框架控制越境空气污染之倡议的一部分而建立的。由于快速的经济增长和工业化,东亚次区域的许多国家面临包括酸沉降在内的严重空气污染威胁,急需开展区域合作,采取应对措施防止区域空气污染。在日本牵头下,该网的目标是减少酸沉降对人类健康和环境的负面影响。作为该网络机构框架的政府间会议是它的决策机构,此外,还在政府间会议下设立了一个由科技专家组成的科学咨询委员会。由秘书处和网络中心为该网提供支持。截至2010年,共在10个参与国设立了54个酸沉降监测点,并在该次区域的44个监测点(森林、湖泊与河流)开展了生态调查。<sup>162</sup>

<sup>159</sup> 原则15以相对较弱的语气提及预防原则。

<sup>160</sup> 原则3提到今世及后代的需要:“发展权利必须实现,以便能公平地满足后世后代在发展与环境方面的需要。”

<sup>161</sup> 原则7指出:“各国应本着全球伙伴精神,为保存、保护和恢复地球生态系统的健康和完整进行合作。鉴于导致全球环境退化的各种不同因素,各国负有共同的但是有差别责任。发达国家承认,鉴于它们的社会给全球环境带来的压力,以及它们所掌握的技术和财力资源,它们在追求可持续发展的国际努力中负有责任。”

<sup>162</sup> 东亚酸沉降监测网于2000年3月在雅加达建立;见Takahashi, “Formation of an East Asian regime for acid rain control: the perspective of comparative regionalism”; 共有13个国家参加了该网络,它们是柬埔寨、中国、印度尼西亚、日本、老挝人民民主共和国、马来西亚、蒙古、缅甸、菲律宾、大韩民国、俄罗斯联邦、泰国和越南。

58. **委员会关于预防危险活动的跨界损害的条款草案**。委员会在处理国家对不法行为所负责任的同时,还把注意力转向了对合法行为的赔偿责任上。根据(为审议这一专题而设立的)工作组的建议,委员会决定应分开处理此专题的两个方面,即预防和补救措施。<sup>163</sup> 2001年,委员会通过并向大会提交了关于预防危险活动的跨界损害的条款草案的最后案文。该套条款草案代表了委员会通过阐述预防义务的程序和实质内容,为不仅编纂,而且逐渐发展法律做出的努力。这些条款草案的基础是(如特雷耳冶炼厂案和《斯德哥尔摩宣言》原则二十一中所述的)使用自己财产时不得损害他人财产原则(*sic utere tuo ut alienum non laedas*)。条款草案第3条指出,起源国应采取一切适当措施,预防重大的跨界损害或随时尽可能减少这种危险。预防跨界损害的义务所基于的是应有的注意标准,而应有的注意进一步涉及评估各项活动可能造成重大跨界损害的危险的义务(第7条草案)和通知可能受影响国并向其提供有关资料的义务(第8条草案)。与国家事先批准有危险的活动的义务一并理解,这些条款表明了预防(*prevent*)与防范(*precaution*)之间的相互联系,并认可了环境保护方面的防范原则。除阐明应有的注意义务外,这些条款草案还编纂了一些重要的总体原则,其中有些是国际法中既定的原则,有些是国际环境条约中日益提到的原则。委员会提到了真诚合作预防重大跨界损害的义务(第4条草案)和寻求“基于公平利益均衡的”解决办法的义务(第9条)。

59. **委员会关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配的原则草案**。2002年,委员会恢复了关于跨界损害赔偿责任问题的的工作,并“铭记预防和赔偿责任之间的相互关系”。<sup>164</sup> 原则草案所载的活动范围仍与条款草案相同。原则草案的目的有二,一是“确保跨界损害的受害者得到及时和充分的赔偿”;二是“在发生跨界损害时维护和保护环境,特别是减轻对环境的损害以及恢复环境或使之复原”(原则草案3)。重要的是,这些原则承认环境的固有价值,并将其保护/维护定为优先事项。它们与条款草案一起,加强了公平和可持续发展原则。赔偿以“谁污染谁付费”原则为基础。通过要求为跨界环境损害提供“及时和充分”的赔偿(原则草案4),改变了对预防措施成

<sup>163</sup> 《1992年……年鉴》,第二卷(第二部分),第344-349段。

<sup>164</sup> 根据大会2001年12月12日第56/82号决议,第3段。另见《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第62-63段;另见大会2006年12月4日第61/36号决议,附件。



本效益分析；环境成本(如控制和补救措施)被内部化，从而为经营者采取预防措施提供了更大动力。原则草案没有规定国家的赔偿责任，而是在严格赔偿责任基础上规定了经营者的赔偿责任。国家的职责是通过国家法律或国际协定的方式，建立受害者赔偿制度。这些原则草案意在建立一个框架，为国家的实质和程序规定提供指导。在实质的一方是原则4，即为跨界损害的受害者提供及时和充分的赔偿<sup>165</sup> (包括在不要求证明过失的情况下分配赔偿责任，以及为承担赔偿责任建立保险、保证金或其他财务保证)。应当指出的是，要适用该制度，必须达到“重大”跨界损害的阈值。<sup>166</sup> 在程序的一方则为原则6：提供国内和国际索赔程序(包括无差别地使用和拥有有效法律补救措施和获取资料)。这些规定既未采用权利或义务的措辞，也不涉及作为非经营者的国家的赔偿责任。

#### (c) 国内立法

60. 国内立法在涉及大气层的跨界损害和全球保护时也很重要。从纯粹解决国内关切的法律中也可得到启发，将之类推适用于相关的国际法律问题。国内法可以作为国家实践的证据，并因此构成已经存在或正在形成的习惯国际法。还值得指出的是，某些国内立法可能会产生创建规范的可施用性效果。<sup>167</sup> 例如，在世贸组织争端解决机构处理的美国—新配方汽油和常规汽油标准案中(见上文第49段)，可以说核心问题是美国的《清洁空气法》可否可施用于巴西和委内瑞拉玻利瓦尔共和国。<sup>168</sup> 无论如何，特别报告员希望能获得关于国内立法以及下文第61段所述国内法院司法裁决的资料。

<sup>165</sup> 原则2(a)，“‘损害’指的是对人员、财产或环境所造成的重大损害”，其中除其他外包括合理反应措施的费用以及恢复财产或环境、包括自然资源的费用。

<sup>166</sup> 原则2在评注第(2)段指出：“‘重大’跨界损害是指超过‘可察觉的’，但不必达到‘严重’或‘巨大’的程度。另见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第173页，关于预防危险活动的跨界损害的条款草案第2条的评注第(4)和第(5)段。”

<sup>167</sup> 众所周知，一些基于国内法的国内措施导致形成了新的国际法，如保护区制度(见Moore, “Fur seal arbitration”)和特惠捕捞区制度(见渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，《1974年国际法院汇编》，第3页)。关于可施用性概念及其立法作用，见Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第216–266页。

<sup>168</sup> Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第273–274页。

#### (d) 国内法院的判例

61. 国内法院的裁决若与保护大气层有关，也具有启发性。与国内立法一样，从可适用于国际法背景的国内法院裁决中也可以得到启发。最相关的案例往往是涉及越境空气污染的案例，如1957年法德边境的瓦尔特·波若诉洛林盆地煤矿案。<sup>169</sup> 不过，也有一些涉及全球问题的相关案件，特别是马萨诸塞州诉环境保护局案，其中涉及美国环境保护局能否拒绝规范二氧化碳和其他温室气体的问题。<sup>170</sup> 日本法院处理了多起与空气污染有关的案件，<sup>171</sup> 可对其进行重要的类推，适用于国际层面的大气层保护。

#### (e) 其他相关事件

62. 只要被认为与国家实践相关，不属于上述类别的案件也应予以考虑和分析。例如，1950年代的大气层核试验就是国际社会最初遇到的环境问题之一。<sup>172</sup> 1986年切尔诺贝利事故和2011年(由2011年3月11日破坏性地震和海啸引发的)福岛事故表明，核设施事故可对大气层产生直接的影响，目前，这类事故不仅引起日本，而且引起国际社会的严重关注。

## 4. 文献

63. 关于相关国际法律问题的参考书目选编，可见于关于“保护大气层”专题纲要。<sup>173</sup>

<sup>169</sup> 瓦尔特·波若诉洛林盆地煤矿案，德国萨尔布吕肯上诉法院(州高级法院，第二民事庭)，1957年10月22日(Z U 45/57)，就一审法院萨尔布吕肯区法院1957年2月12日的判决提起的上诉；关于英文摘要，见Sand, *Transnational Environmental Law: Lessons in Global Change*, 第89–90页和第121页，另见Rest, “International environmental law in German courts”, 第412页。

<sup>170</sup> 例如，见马萨诸塞州诉环境保护局案，美国最高法院2007年4月2日的裁决(549 U.S. 497)，其中有一部分涉及环境保护局规范温室气体排放量的若干义务。

<sup>171</sup> 见Osaka, “Re-evaluation of the role of the tort liability system in Japan”, 第413–423页。

<sup>172</sup> 例如，见1954年Daigo Fukuryu Maru(福龙丸5号)事件(日本—美国)(Whitman, *Digest of International Law*, 第565–566页)；Oda, “The hydrogen bomb tests and international law”；以及Goldie, “A general view of international environmental law: a survey of capabilities, trends and limits”, 第72–73页。

<sup>173</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件二。

## 第二章 定义

### A. 大气层的物理特性

64. 为了确定编纂和逐渐发展关于保护大气层的国际法活动的定义、范围和目标，并且为了界定大气层的法律地位，首先必须了解大气层的物理结构和特征。

65. “大气层”是“环绕地球的气体圈层”。<sup>174</sup> 海拔25公里以下的大气层的平均组成状况如下：氮(78.08%)、氧(20.95%)、氩(0.93%)、二氧化碳(0.03%)、痕量气体(0.01%)及数量变化极其不定的水蒸气。<sup>175</sup> 大气层存在于称为大气圈的空间。<sup>176</sup> 从物理特性来看，大气层从其底层分界线——地球表面——向上延伸，按照温度特性被纵向分为四个大气圈层，从最低层至最高层分别为对流层、平流层、中间层和热层(见图一)。大气层的温度随高度变化而变化。在对流层(至高度约12公里的对流层顶)，因为地球表面吸收和反射太阳光，温度随着高度的上升而下降。<sup>177</sup> 与之相反，在平流层(至高度约50

<sup>174</sup> *Concise Oxford English Dictionary*, 12th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011). 关于类似定义，见 *Oxford English Dictionary* (Oxford, Oxford University Press, 2014); *The New Shorter Oxford English Dictionary* (Oxford, Clarendon Press, 1993); *Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged* (Springfield, Massachusetts, G. and C. Merriam, 1961); 以及 *Le Grand Robert de la langue française*, vol. 1 (Paris, Dictionnaires Le Robert, 1985) (“*Enveloppe gazeuse qui entoure le globe terrestre*”)。美国气象学会对大气层的物理界定为“受天体重力吸引的气体圈层”。见 <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmosphere>。

<sup>175</sup> 从物理角度而言，水蒸汽约占大气层质量的0.25%，是一个变化极为频繁的成分。在大气科学中，“因为空气中水蒸汽浓度的大幅度变化，所以习惯做法是列出不同成分占干燥空气的比例”。臭氧浓度的变化也很大，接触的臭氧浓度大于0.1ppmv(按容积计算百万分率)即被视为对人体健康有害。见 Wallace 和 Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 第8页。

<sup>176</sup> 美国气象学会将“大气圈”(也称为大气层或大气区)界定为“地球大气不同层级中的任何一层或‘若干层’”( [http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric\\_shell](http://glossary.ametsoc.org/wiki/Atmospheric_shell))。

<sup>177</sup> 对流层的厚度并非在所有地方都相同；其厚度因海拔和季节而异。赤道上空的对流层顶约在海拔17公里处，但这一海拔在两极要低得多。平均而言，对流层的外边界高度约为12公里。见 Tarbuck、Lutgens 和 Tasa, *Earth Science*, 第466页；Thompson 和 Turk, *Earth Science and the Environment*, 第438页。

公里的平流层顶)，因为臭氧吸收紫外线辐射，所以温度随着高度上升而逐渐升高。<sup>178</sup> 在第三层——中间层(至高度80公里的中间层顶)，温度再次随着高度上升而下降。到了第四层——热层，来自太阳的X射线和紫外线辐射使温度再次快速上升。大气层在越过中间层顶后“没有明确的上层界限”。<sup>179</sup> 因此，在大气层和外层空间之间没有明显的科学边界。在高度100公里以上只剩下0.00003%的大气。在此海拔上方，稀薄的大气层逐渐与空旷的宇宙融为一体。<sup>180</sup>

66. 由于重力原因，大气层向地球表面发出向下的作用力。因此，随着高度上升，大气层中的气体逐渐变得越来越稀薄。约有80%的大气层质量位于对流层，20%的大气层质量位于平流层。从远处遥望地球时看到的薄薄一层白色雾带(厚度不到地球半径的1%)就是大气层。在对流层和平流层，大部分气体的相对比例是相当稳定的。在科学上，这些气层一起组成“大气低层”，<sup>181</sup> 它往上延伸至平均海拔50公里的高度，可与“大气高层”区别开来。<sup>182</sup> 大气层以一种所谓“大气环流”的复杂方式环绕着地球移动。<sup>183</sup> 太阳和月亮的引力影响也以引起“大气潮”的方式影响其运动。<sup>184</sup> 图二显示了诸如越境空气污染、臭氧消耗和温室气体累积等大气问题的产生位置。

<sup>178</sup> 严格来说，平流层的温度在20–35公里高度以下保持恒定，随后开始逐渐上升。

<sup>179</sup> Tarbuck、Lutgens 和 Tasa, *Earth Science*, 第467页。

<sup>180</sup> 同上，第465–466页。

<sup>181</sup> 美国气象学会对“大气低层”的界定是：“一般粗略而言，指的是大气层中发生大多数天气现象的部分(即对流层和平流层下部)；因而用于与大气高层的一般含义形成对照”( [http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower\\_atmosphere](http://glossary.ametsoc.org/wiki/Lower_atmosphere))。

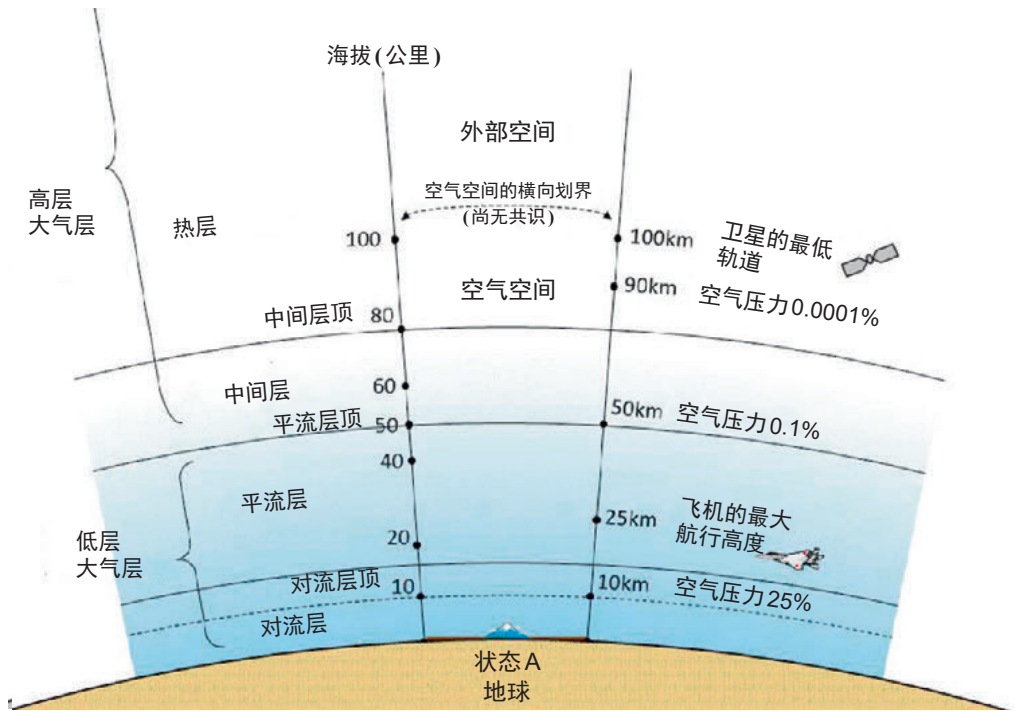
<sup>182</sup> 同样，美国气象学会将“大气高层”界定为剩余部分，即“用于指对流层以上的大气层的通用术语”( [http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper\\_atmosphere](http://glossary.ametsoc.org/wiki/Upper_atmosphere))。

<sup>183</sup> Jones 等人, *Collins Dictionary of Environmental Science*, 第41页。

<sup>184</sup> Allaby, *Dictionary of the Environment*, 第34页。

图一

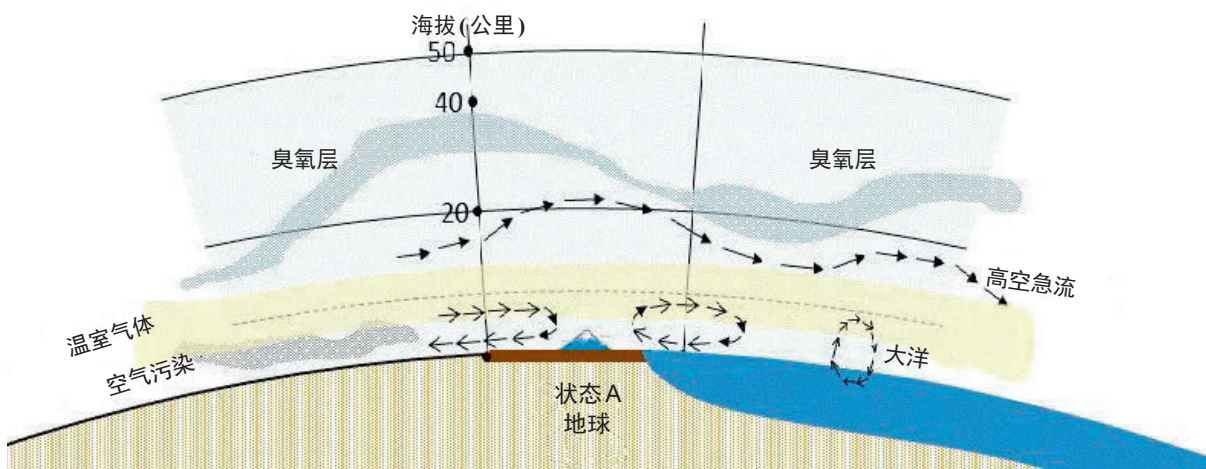
地球之上的空间分层



注：本图由作者在冈本淳的协助之下绘制，绘图时参考了 Ahrens, *Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*。

图二

大气环流



注：本图由作者在冈本淳的协助之下绘制，绘图时参考了 C. Donald Ahrens, *Essentials of Meteorology: An Invitation to the Atmosphere*, 6th ed. (Belmont, California, Brooks/Cole, 2011), 第210页。



67. 人类和自然环境都可能因大气层状况的某些变化而受到不利影响。大气层退化有三个特别重要的原因。<sup>185</sup> 首先, 有害物质(即空气污染)进入对流层和低层平流层及相关的化学反应<sup>186</sup> 引起大气层状况的变化。造成空气污染的主要来源是酸(即氮氧化物和硫氧化物)、一氧化碳, 颗粒物质和挥发性有机化合物。对流层的氮氧化物和挥发性有机化合物在阳光下发生光化学反应, 产生臭氧和其他光化学氧化剂, 对人体和生态系统造成有害影响。<sup>187</sup> 高空急流<sup>188</sup> 等强大的水平风可以在水平方向上快速输送和传播这些痕量气体, 使它们远离其初始来源(但纵向的传输十分缓慢)而遍布全球。认识到大气层作为输送污染物媒介的作用非常重要。一些在大气层中相对无害的污染物如果在极地地区累积起来, 就可能同时对动植物产生严重有害影响, 还可能通过食物链, 对人类产生有害影响, 如持久性有机污染物和水银就是如此。第二, 排放到对流层上部和平流层的氯氟碳化合物、哈龙及其它碳卤化合物造成臭氧的耗损。顾名思义, 臭氧层包含了大量的臭氧。不论离地面数英里还是贴近地面, 臭氧的化学结构是一样的。取决于臭氧在大气层中的位置, 可将其分为“好的”或“坏的”臭氧。臭氧的主要集中区域(“好的”臭氧)在海拔15–40公里的高度(在20–25公里的高度处浓度最大)。臭氧层过滤掉来自太阳的有害紫外线辐射(已知这种辐射导致皮肤癌和对生命的其他伤害)。第三, 对流层和低层平流层的成分变化会造成气候变化。人类活动引起气候变化的主要原因是排放的气体(大气层中已存在痕量), 例如二氧化碳、氧化亚氮、甲烷和氢氟碳化合物。《京都议定书》在附件A中列出了这些温室气体(见上文第33段)。<sup>189</sup> 对流层内部的状况严重影响到地球表面的天气, 包括云的形成、霾和降

水情况。虽然一些气体和气溶胶会被对流层中的一种天然清洁过程所清除,<sup>190</sup> 森林和海洋也可吸收一定数量的二氧化碳, 但是, 气体排放可能压倒这些过程, 从而导致气候变化。

68. 国际上与大气层相关的三个核心问题——空气污染、臭氧消耗和气候变化都与对流层和平流层有关,<sup>191</sup> 但每个问题的主要促成因素可能因各案而有所不同。存留时间就是这样一种因素。传统空气污染成分的存留时间为数天或数周, 而二氧化碳和氧化亚氮等温室气体及破坏平流层臭氧层的化合物的存留时间则往往超过一个世纪。约占大气层总质量0.0002%的高层大气层(即中间层和热层)和外层空间几乎不是所审议的环境问题的关注点。

## B. 大气层的定义

69. 在简要描述了大气层的独特物理特性之后, 现在有必要提出一个适当的、与科学定义合理相符的法律定义。大多数国际条约和文件都没有为“大气层”提供定义, 即使适用这些条约的宗旨是将大气层作为保护对象。有时, 这类文书倾向于对所保护对象遭受损害的原因和影响进行界定。<sup>192</sup> 尽管如此, 应注意在第一工作组为《政府间气候变化专门委员会第四次评估报告》贡献的稿件《气候变化2007: 自然科学基础》中, 大气层被定义为:

Wallace和Hobbs, *Atmospheric Science: An Introductory Survey*, 第453–454页)。

<sup>190</sup> “云滴和冰粒持续不断地清理或清除对流层……气溶胶, 其中的一些后来变成雨或雪, 降落到地面”(同上, 第11页)。

<sup>191</sup> Kiss和Shelton, *International Environmental Law*, 第556–562页。

<sup>192</sup> 例如, 在《远距离越境空气污染公约》中没有对“空气”进行界定, 仅提供了“空气污染”的定义。第1条(a)项将“空气污染”界定为“由人类直接或间接将物质或能量引入空气, 导致有害影响以致于危害到人的健康、破坏生物资源和生态系统及物质财产, 并损害或干扰到环境舒适及其它对环境的合理使用”; (b)项将“远距离越境空气污染”界定为“物理源头完全或部分位于属一国国家管辖范围区域之内的空气污染, 对另一国所管辖范围内的地区产生不利影响, 两国之间距离如此之远以致于通常无法区分单独排放源或集体排放源的作用”。《公约》还在“空气污染”的定义(第1条(a)项)中提到了“物质或能量”。该《公约》的一些议定书在序言中提到了“大气层”, 但在阐述目的和宗旨的条款中没有提供该用语的定义。对“排放”的界定是“某种物质从一个点排放或扩散进入大气层的现象”。《联合国气候变化框架公约》将“气候变化”界定为“由于直接或间接的人类活动改变了地球大气的组成而造成的气候变化”(第1条第2款)。同一条中将“温室气体”界定为“大气中那些吸收和重新放出红外辐射的自然的和人为的气态成份”(第1条第5款)。这些定义讨论了《公约》所试图保护的物体遭受损害的结果和原因。

<sup>185</sup> 见Dolzer, “Atmosphere, protection”, 第290页; 以及Kreuter-Kirchhof, “Atmosphere, international protection”。

<sup>186</sup> 科学界将污染物分为两类: 原生污染物, 指从可识别的污染源直接排出的污染物质; 次生污染物, 指并非直接排入空气、但因原生污染物之间发生相互作用而在大气中形成的污染物质。原生污染物被排入大气后, 与其他物质结合, 经阳光辐射或光化学反应而产生其他污染成份。见Tarbuck, Lutgens和Tasa, *Earth Science*, 第464页。

<sup>187</sup> 见Royal Society, *Ground-level Ozone in the 21st Century: Future Trends, Impacts and Policy Implications* (London, 2008), 可查阅<https://royalsociety.org/topics-policy/publications/2008/ground-level-ozone>。

<sup>188</sup> 高空急流是狭窄的气流, 特别是在对流层上层形成西风(即自西向东吹)。高空急流的风速可高达每小时240–720公里。

<sup>189</sup> 然而, 专家们近年来发现对流层中的某些物质也是导致气候变化的原因。从科学角度看, 氯氟碳化合物也具有温室效应。这些作用被界定为“温室升温潜能值(GWP)”(见

环绕地球的空气包层。干燥的大气几乎完全由氮(占体积混合比的78.1%)和氧(占体积混合比的20.9%)组成,还包括一些痕量气体,如氩(占体积混合比的0.93%)、氦、及产生辐射效应的温室气体,如二氧化碳(占体积混合比的0.035%)和臭氧。此外,大气还包括作为温室气体的水汽(水汽量变化很大,通常体积混合比约为1%)。大气还包括云和气溶胶。<sup>193</sup>

70. 委员会一旦承担起制定有关大气层的法律指南的任务,就需要对大气层进行定义。在开展这项工作时,委员会需要同时考虑到大气层作为一个气层的实质性方面,及其作为输送和扩散气载污染

<sup>193</sup> 附件一(可查阅[https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ar4\\_wg1\\_full\\_report-1.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ar4_wg1_full_report-1.pdf))。关于该定义的中文文本,见[www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4\\_syr\\_cn.pdf](http://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar4_syr_cn.pdf),附录二,术语表。

物的媒介的功能性特点。因此,特别报告员拟议了以下指南草案:

“指南草案第1条 用语

“为了本指南草案的目的,

“(a) “大气层”是指对流层和平流层中环绕地球的、气载物质在其中得到输送和扩散的气层。”<sup>194</sup>

<sup>194</sup> 稍后将酌情拟议其他用语的定义。尽管如此,为“空气污染”提供一个临时的定义也许是有益的(将在特别报告员的第二次报告中进行一定深度的讨论)。指南草案第1条(b)项:“空气污染”指人类引入的化学物质、颗粒物、生物材料或能量、导致大气层退化或改变,或构成导致大气层退化或改变过程的组成部分,并对人的生命或健康或地球的自然环境产生或可能产生严重不利影响的现象。

### 第三章

#### 指南草案的范围

##### A. 人类引起的环境退化

71. 为澄清本项目的范围,有必要讨论关于保护大气层的指南草案所涵盖的主要要素,使其涵盖范围没有任何模糊之处。回顾委员会先前的工作也许会有助益。<sup>195</sup> 总体而言,多边环境条约中涉及范围的规定提到的或者是污染的影响(严重不利影响),或者是污染的原因(人类活动)。但是,这两个部分是互为补充的,是人类活动的“因”造成了某些后果,<sup>196</sup> 反之亦然。<sup>197</sup>

72. 拟议的指南草案仅处理人类活动导致的损害。因此,其范围不会扩展至,比如火山喷发或沙

漠的沙尘导致的损害(因人类活动而加剧的情况除外)。<sup>198</sup> “人类活动”一词不仅包括国家从事的活动,也包括由自然人和法人从事的活动。

73. 大气层以多种方式为人所用,最值得注意的是被用于空中航行。噪声/噪音污染已使位于边境地带的机场面临越境问题,一些双边条约和越来越多的司法案件处理了这方面的问题。<sup>199</sup> 人工影响天气是利用大气层的另一实例。科学家提出了各种积极利用大气层的可能方式。提出的一些地球工程技术(如太阳能辐射管理和二氧化碳清除)如果能够实现,将变得非常重要。因此,本研究当然应深入讨论使用(或利用)大气层的各种模式。

<sup>195</sup> 见关于跨界含水层法的条款草案(《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第53段)第1条(“范围”),其内容如下:“本条款草案适用于:(a) 跨界含水层或含水层系统的利用;(b) 对此种含水层或含水层系统具有影响或可能产生影响的其他活动;和(c) 此种含水层或含水层系统的保护、保全和管理措施。”

<sup>196</sup> 例如《远距离越境空气污染公约》第1条规定:“为本《公约》之目的:(a) ‘空气污染’指由人类直接或间接将物质或能量引入空气、导致有害影响……。”关于危险活动引起跨界损害情况下的损失分配的原则草案(《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第66段)在原则草案1(“适用范围”)中声明:“本原则草案适用于国际法未加禁止的危险活动所造成的跨界损害”。关于预防危险活动的跨界损害的条款草案(《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第97段)在第1条草案(“范围”)中声称:“本条款适用于国际法未加禁止的,其有形后果有造成重大跨界损害的危险活动”。

<sup>197</sup> 例如,《联合国气候变化框架公约》第1条第2款规定:为本公约的目的,“气候变化”指由于直接或间接的人类活动造成的气候变化”。

<sup>198</sup> 就《远距离越境空气污染公约》而言,冰岛甚至在签署该《公约》时就预先提出了保留,声明该国“不对冰岛境内火山喷发造成的远距离越境空气污染承担任何责任”(见ECE/HLM.1/2/Add.1号文件,第二卷,附件四)。但是,值得注意的是,一些区域文书也纳入了自然原因导致的空气污染,例如:《东盟跨界烟霾污染协定》第1条第6款及非洲的各项区域框架协定。

<sup>199</sup> 例如,见法国—瑞士边境,法国里昂上诉法院关于克万特兰机场案的判决(*Gazette du Palais*, vol. 74-II (1954),第205页),两国后来于1956年签署了双边跨境机场条约;见Guinchard, “La collaboration franco-helvétique en matière d’aéroports (Bâle-Mulhouse et Genève)”。与飞机噪音损害相关的多边文书还包括《北大西洋公约缔约国关于其部队地位的协定》;例如,见Kiss和Lambrechts, “Les dommages causés au sol par les vols supersoniques”,第771页。国际民用航空组织于1971年制定了关于飞机噪声的全球技术标准;见Davies和Goh, “Air transport and the environment: regulating aircraft noise”。



74. 很明显, 迄今为止开展的大多数活动并没有影响大气状况的明确或具体意图。然而, 某些活动本身的目的就在于改变大气状况, 人工影响天气(控制天气)即是如此。尽管《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》禁止在战争期间实施人工影响天气,<sup>200</sup> 但自1940年代以来, 在天气控制方面的试验和实践非常普遍, 目的是获得所需的天气变化。大会于1961年讨论了这一问题。<sup>201</sup> 天气控制的目标各异, 从防止发生飓风或旋风等破坏性天气事件, 到创造有利天气, 如在干旱地区进行人工降水; 或反之, 在计划进行重要活动的指定地带阻止降雨等。播云是促进降水时常用的技巧, 做法是向空中喷洒干冰和碘化银等微小颗粒, 以便促成云的形成, 进而产生降水。该做法在安全性方面存在有力证据, 但仍有人对其有效性存有怀疑。环境署理事会于1980年批准了一系列供各国和其他实施人工影响天气的主体参考的建议。<sup>202</sup> 如果大规模天气控制在今后变得可行, 可能会产生危害性后果。潜在的负面影响可能包括一些意料不到的副作用、对现有生态系统的破坏及人类健康风险。这类影响如果具有越境性质, 则可能导致国际上对其损害性后果的关切。<sup>203</sup> 建议逐渐发展这一特定领域的国际法。<sup>204</sup>

<sup>200</sup> 该《公约》于1978年生效。

<sup>201</sup> 大会在1961年12月20日关于和平利用外层空间的国际合作的第1721(XVI)号决议C节第1段(a)项中建议会员国和其他相关组织: “促进大气科学和技术的进步, 以更深入了解影响气候的基本物质力量及大规模人工影响天气的可能性”。

<sup>202</sup> 环境署理事会在1980年4月29日第八届会议上通过的关于国家之间在人工影响天气方面开展合作条款的第8/7 A号决定(《大会正式记录, 第三十五届会议, 补编第25号》(A/35/25), 附件一)。值得注意的是, 气象组织早在1963年就发表了一项重要声明, 提请注意就人工影响天气技术采取审慎方针的必要性, 声明如下: “大气过程是一个非常复杂的过程, 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。目前有关大气环流机制的知识可确认这一原则。然而, 这方面的知识还远不能帮助我们自信地预测地球某一处天气或气候的变化可能在别处产生的副作用的程度、性质和持续时间, 事实上甚至很难预测这类影响是有益还是有害。在开始大规模人工影响天气的实验之前, 必须认真评估可能发生或所期待的后果, 必须达成令人满意的国际协定”。Roslycky, “Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules”, 第20页。

<sup>203</sup> Sand, “Internationaler Umweltschutz und neue Rechtsfragen der Atmosphärennutzung”; 另见 Taubenfeld, “International environmental law: air and outer space”, 第195页; 以及 Brown Weiss, “International responses to weather modification”, 第813页。

<sup>204</sup> 建议在人工影响天气方面考虑如下各点: 有利于人类共同福祉的义务; 避免造成重大越境损害的义务; 开展

## B. 保护自然环境和人类环境

75. 指南草案须明确所要保护的對象: 自然环境和人类环境。为本指南草案的目的, 前者指的是“大气层的组成和质量”, 后者指“人类的健康或有益于人类的物质”。因为本指南草案的目的是保护大气层, 所以自然环境明显是首要关切问题。然而, 鉴于自然环境和人类环境之间存在内在联系(不仅包括狭义的人类健康, 而且包括自然植被和农作物、材料和历史遗迹等), 所以指南草案应同时纳入这两个方面。还应补充一点, 凡是对环境的不利影响都属于“重大影响”, 必须进行国际监管。

## C. 大气层退化的原因

76. 虽然本指南草案处理大气层退化的各个方面, 包括涉及越境和全球性质的问题, 但导致这类环境退化的原因各不相同。这些原因一般分为两类, 第一类是因为(有害)物质或能量进入大气层。<sup>205</sup> 主要的污染物是酸(即氮氧化物)、硫氧化物、一氧化碳, 尤其是颗粒物质和光化学氧化剂。臭氧消耗是因氯氟化碳和哈龙等(有害)物质进入大气层所致。与之形成对照, 造成气候变化的主要原因是二氧化碳、氧化亚氮和甲烷等温室气体的排放。这些气体本身并非总是有害于人类健康, 它们的作用其实是间接的, 通常因改变大气层的构成而导致气候变化。<sup>206</sup> 因此,

环境影响评估的义务; 公众参与; 合作的义务; 信息交流与通知; 协商; 使用国际组织的义务; 国家责任; 见 Roslycky, “Weather modification operations with transboundary effects: the technology, the activities and the rules”, 第27-40页。另见 Davis, “Atmospheric water resources development and international law”, 第17页起。

<sup>205</sup> 例如, 《远距离越境空气污染公约》第1条(a)项规定: “‘空气污染’指的是由人类直接或间接将物质或能量引入空气, 导致有害影响以致于危害到人的健康、破坏生物资源和生态系统及物质财产, 并损害或干扰到环境舒适及其它对环境的合理使用……”; 而《加拿大和美利坚合众国空气质量协定》第1条规定“‘空气污染’指由人类直接或间接将物质引入空气, 导致有害影响以致于危害到人的健康、破坏生物资源和生态系统及物质财产, 并损害或干扰到环境舒适及其它对环境的合理使用。”值得注意的是, 《联合国海洋法公约》第一条第1款第(4)项将“海洋环境的污染”界定为“……把物质或能量引入海洋环境”。

<sup>206</sup> 例如, 《联合国气候变化框架公约》第1条规定: “‘气候变化’指除在类似时期内所观测的气候的自然变异之外, 由于直接或间接的人类活动改变了地球大气的组成而造成的气候变化。”另见国际法学会1987年9月20日关于越境空气污染的第三号决议第1条第1款, 其中规定: “为本决议之目的, ‘越境空气污染’指因为人类的直接或间接行为或疏忽、导致大气的组成或质量发生物理、化学或生物改变\*、对其他国家或一国管辖权范围以外地区的环境产生伤害性或有害影响



从因果角度看,本套指南草案的主题将不仅包括某些可能涉及放射/核污染问题的物质和能量进入大气层的情况,<sup>207</sup>亦将包括对大气层构成造成改变的情况。值得重申的是,本套指南草案不打算处理导致发生这类大气层退化现象的具体物质。

的现象”(Yearbook, Session of Cairo 1987, vol. 62, Part II, Paris, Pedone, 1988)。

<sup>207</sup> 在《远距离越境空气污染公约》背景下讨论了有关放射性空气污染的问题。尽管根据德国政府向议会提交的一份载有关于该《公约》解释备忘录的通讯(“Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 13, November 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung”, Deutscher Bundestags-Drucksache 9/1119, 1981年12月2日,第14页),放射性物质不包括在内(也另见Rest, “Tschernobyl und die Internationale Haftung”, 第612和第613页),但奥地利政府在1979年1月《公约》筹备工作期间发表的一份声明中表达了相反观点,奥地利政府认为该《公约》的范围还应包括一项研究,讨论和平使用核能对未开展这类活动的一国或多国之环境所产生的潜在负面影响;在这一意义上,另见Rauschnig, “Interim report of the Committee: legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution”, 第219页;以及Sands, *Chernobyl: Law and Communication— Transboundary Nuclear Air Pollution — The Legal Materials*, 第163页(《远距离越境空气污染公约》中的定义“显然足够宽泛,可将放射性沉降纳入《公约》范围)。在全球层面上,由大会1955年12月3日第913(X)号决议设立、目前在维也纳环境署主持下开展工作的联合国原子辐射影响问题科学委员会对电离辐射的水平和影响进行定期监测,不论辐射源自何处,其中包括未受1963年《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》所禁止的地下试验的大气排放物。因此,这些监测措施反映出全球不同来源集合产生的跨国放射性空气污染的累积影响;见《电离辐射的来源和影响:联合国原子辐射影响问题科学委员会2008年向大会提交的报告(带科学附件)》(联合国出版物,出售品编号E.10.IX.3, 2010年)。关于委员会与《全面禁止核试验条约》项下的国际监测系统(见大会1996年9月10日第50/245号决议和A/50/1027号文件)数据共享的情况,见Weiss, “The global dimensions of atmospheric radioactivity detection: experience and conclusions after the Fukushima Daiichi nuclear power plant accident”。

## D. 与其他国际法领域的联系

77. 显然,有关大气层的法律与其他国际法领域,如海洋法、<sup>208</sup>关于生物多样性(森林、荒漠化和湿地)的法律,<sup>209</sup>以及国际贸易法<sup>210</sup>和国际人权法存在内在联系。<sup>211</sup>本指南草案将酌情提及这些内在联系。但是,只有在这些联系与本套指南草案其他部分相关的情况下才会这样做。

78. 基于上述考虑,特别报告员拟议的指南草案第2条的措辞如下:

### “指南草案第2条 指南的范围

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

“(b) 本指南草案阐述与保护大气层有关的基本原则及各项基本原则之间的相互关系。”

<sup>208</sup> 见《联合国海洋法公约》第二一二条(“来自大气层或通过大气层的污染”)和第一九五条(“不将损害或危险转移或将一种污染转变成另一种污染的义务”)。

<sup>209</sup> 《联合国气候变化框架公约》在序言中提及气候变化对自然生态系统的不良影响,第4条第1款吁请缔约方维护“……温室气体的汇和库、包括生物质、森林和海洋以及其它陆地、沿海和海洋生态系统。”另见《京都议定书》第二条第1款(a)项(二)目和《生物多样性公约》、《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》以及《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》。

<sup>210</sup> 关于一般情况,见Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第130–166页。

<sup>211</sup> 关于一般情况,见Schulze、Wang-Helmreich和Sterk, *Human Rights in a Changing Climate—Demands on German and International Climate Policy: The Human Rights to Food and to Water*;以及Knox, “Climate change and human rights law”。

## 第四章

### 大气层的法律地位

79. 有五个概念可能被视为适用于大气层的法律地位:空气空间、共有或共同的自然资源、共同财产、共同遗产和共同关切(共同利益)。<sup>212</sup>以下简要

讨论每个概念是否以及在多大程度上适用于保护大气层。

#### A. 空气空间与大气层的区别

80. “空气空间”的概念与“大气层”的概念相差甚远,两者不能互换使用。空气空间的概念用于指国家行使其对航空和国防的管辖权或控制权的空间

<sup>212</sup> Boyle, “International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”; 另见Brunnée, “Common areas, common heritage, and common concern”。

维度。<sup>213</sup> 因此,《国际民用航空公约》第一条规定:“……每一国家对其领土之上的空域具有完全的和排他的主权”。同一《公约》第二条将一国的领土界定为陆地区域及与其邻接的领水。领水边界以外的空气空间被视为处于任何国家的主权之外,像公海一样,开放供所有国家使用(另见《联合国海洋法公约》第二条中关于空气空间的内容)。<sup>214</sup>

81. 空气空间指的是一个领域,<sup>215</sup>使用的是一种基于区域的处理办法;与之相对,大气层是一种跨越国家边界流动的自然资源。就大气层的法律地位而言,采用一种功能性的、非领土的处理办法更为妥当,因为大气层是一种动态和波动的物质。显然,沿着领土边界垂直划线对空气空间进行(垂直)划界是有可能的,但这类人工界线对大气层(空气)而言却是无用的,因为它随着“大气环流”和“急流”跨越边界流动。因此,大气层是一个流动、单一且无法分割的单位,而空气空间是一个静止并且可分的空间领域。

82. 因此,保护大气层无法遵循如《联合国海洋法公约》所采取的基于区域的处理办法(第十二部分,海洋环境的保护和保全)。该《公约》关于环境的条款主要基于空间(领土)标准(包括领海、毗连区、专属经济区和公海),为控制海洋污染进行适当的管辖权分配,例如船旗国管辖权、沿岸国管辖权和港口国管辖权。<sup>216</sup>

<sup>213</sup> 见 Hobe, “Airspace”; 以及 Tomas, “Air law”。

<sup>214</sup> 第二条(“领海及其上空、海床和底土的法律地位”)指出:

“1. 沿海国的主权及于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域,在群岛国的情形下则及于群岛水域以外邻接的一带海域,称为领海。

“2. 此项主权及于领海的上空及其海床和底土。

“3. 对于领海的主权的行使受本公约和其他国际法规则的限制。”

<sup>215</sup> 对空气空间和外层空间进行严格的(横向)划界目前来说似乎很困难——即使并非不可能(外层空间没有空气这一简单事实,使大气层和外层空间之间的区分相当明显)。关于空气空间在何处结束、外层空间从何处开始,尚无一致意见。传统上存在着两个思想流派。一个流派支持飞机最高飞行高度的理论,而另一流派支持卫星轨道最低高度的理论(见 Matte, “Space law”, 第 555 页)。例如, Bin Cheng 在对《国际民用航空公约》第一条的法文案文“espace aérien”进行解释时称只要存在大气,就属于空气空间。依照这一理论,对空气空间和外层空间的划界与大气层和外层空间的区分是一致的(van Bogaert, *Aspects of Space Law*, 第 12 页)。

<sup>216</sup> Nordquist, Rosenne 和 Yankov, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, 第 3–22 页。然而,应注意的是,相关部分载有一条以海洋作为公共物品的

83. 尽管如此,各国也许认为有必要在本项目中提及空气空间概念,因为《国际民用航空公约》第一条确认了“每一国家对其领土之上的空域具有完全的和排他的主权”规则。虽然拟议的指南草案中设想的法律原则、规章和细则也许大多适用于在一国领土管辖范围内的地面上开展的活动,但也可能出现所述活动是在其空气空间内进行的情况。<sup>217</sup> 因此建议纳入一条保留条款,从而避免指南草案中的任何内容影响到空气空间在其他公约中的法律地位。

## B. 共有或共同的自然资源

84. 大气层(气团)是地球最大的单一自然资源,与矿物、能源和水资源并列,将其如此排列的有自然资源委员会、<sup>218</sup>《斯德哥尔摩宣言》<sup>219</sup>及《世界自然宪章》。<sup>220</sup> 大气层为人类、植物和动物在地球上生存提供了至关重要的可再生的“流动资源”;除提供基本的经济生产供给(如氧气和降水)以及吸收废物服务(如作为一种汇资源或稀释燃烧产生废气的媒介)以外,它还可作为输送和传播的媒介(“空间扩展资源”)。<sup>221</sup> 必须牢记的是,大气层是一种吸收能力有限的有限资源。世贸组织专家小组和上诉机构在 1996 年的汽油案中承认清洁空气是一种可能被消耗的自然资源。大气层长期以来被视为一种无限的、非专属且中立

功能性概念为基础的规定:第二一六条(“关于倾倒造成污染的执行”)在第 1 款中规定了所谓的“装载国管辖权”:“减少和控制倾倒对海洋环境的污染……应依下列规定执行”,以及(c)项:“对于在任何国家领土内或在其岸外设施装载废料或其他物质的行为,应由该国执行”。似乎装载国的管辖权与本套指南草案中国家保护大气层的管辖权具有相同的理论基础。

<sup>217</sup> 1944 年《国际民用航空公约》附件 16 的标题是“环境保护”。自 1981 年以来,国际民航组织理事会就航空器发动机排放制定了标准和建议措施,目的是实现民用航空的安全和有序发展与人类环境质量之间最大程度的兼容。除其他外,这些排放标准确立了排放燃料(第二部分)和排放认证(第三部分)的规则,包括烟雾和某些化学粒子的排放限制。

<sup>218</sup> 前自然资源委员会在关于其第一届会议(1971 年 2 月 22 日至 3 月 10 日,纽约)的报告第二章 A.4 节(“其他自然资源”)第 94 段(d)小段中首次提及将“大气资源”纳入“其他自然资源”(《经济及社会理事会正式记录,第十五届会议,补编第 6 号》(E/4969-E/C.7/13))。自然资源委员会(后成为能源和自然资源促进发展委员会)的工作被移交至可持续发展委员会。

<sup>219</sup> 原则二:“地球上的自然资源,包括空气……,必须为今代和后世的利益,酌量情形,通过仔细的设计或管理,加以保护。”

<sup>220</sup> “对人类所利用的……大气资源,应设法使其达到并维持最适宜的持续生产率”(大会 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议,附件,第 4 段)。

<sup>221</sup> 见由 von Ciriacy-Wantrup 创造的词汇, *Resource Conservation: Economics and Policies*, 第 40–42 页,以及 McDougal, Lasswell 和 Vlasic, *Law and Public Order in Space*, 第 777–779 页。



的(不值得为之争斗的)资源,原因是人们想当然地以为人人都可以在不剥夺他人的情况下从中受益。<sup>222</sup>这种假设已不再有效。虽然遵照开采一词的通常含义(如油气资源的情况),大气层是不可开采的,但对它进行妥善的维护对有机体呼吸和享有稳定的气候条件而言是必要的;因此,任何污染行业或污染国在降低大气质量及其吸收其他行业或国家污染物的能力时,事实上是在开采大气层。<sup>223</sup>这一理由是“排放权贸易”等问题的基础。正因为如此,共有的自然资源概念似乎部分适用于双边或区域越境空气污染问题,共同的自然资源概念则适用于与大气层相关的全球环境问题。

85. 假设大气层是一种自然资源,则需要澄清本项目中所使用的“保护”一词。就环境而言,这个词常常(有意或无意地)被用于两种情况:保存和养护。“保存”指为维持自然的原始状态采取的措施,方法是在指定禁区地带完全限制人类活动。而另一方面,“养护”则是指通过有意的人类活动维持某指定区域的环境状态,例如:一处公海渔业资源养护区。如上文第73段所述,大气层的利用方面变得越来越重要,因此,即将阐述的有关保护大气层的指南草案不仅应处理保存问题(即国际社会将尽最大努力,避免改变大气层的现有组成和平衡),还应处理维护问题,以实现大气层的可持续性利用作为目标。

### C. 人类的共同关切

86. 共同财产,或公有物(*res communis*),指的是公海等开放供所有国家合法使用、不得归属于任

<sup>222</sup> 这一点与16至17世纪Hugo Grotius的海洋自由论(*Mare Liberum*)和John Selden的海洋封闭论(*Mare Clausum*)之间关于海洋资源应被视为无限还是有限资源的经典争论非常相似。Grotius倡导海洋自由,声称海洋因其自身性质,所以不能成为占领或占有的对象。因此,据其所称,一国不能行使捕鱼的专属权利,他认为这种权利预设了对海洋的占有权。此外,在Grotius看来,没有必要修改这一历史架构,因为他认为海洋资源是无限的。因此,在海洋自由的制度之下,所有人都可在不侵犯他人权益的情况下捕捉各种鱼类。见Grotius, *The Freedom of the Seas or the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade*, 第5章。与之形成对照的是,Selden坚持认为,只要国家实际对海洋的某一部分行使权力,就拥有或可以拥有这部分海洋。此外,Selden不同意Grotius的观点,他强调海洋资源是可耗竭的,自由使用海洋存在使海洋枯竭的危险。见Selden, *Of the Dominion, Or, Ownership of the Sea*。

<sup>223</sup> Biermann, “Common concern of humankind: the emergence of a new concept of international environmental law”, 第428页。

何单独国家主权的区域。公海上方的空气空间就是这一含义上的“共同财产”。但是,正如主权空气空间一样,共同财产根本上是一个空间概念,因此如上文第81–85段所述,不足以用来处理作为一个全球单位的大气层问题。<sup>224</sup>

87. 《联合国海洋法公约》和《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》中都使用了共同遗产的概念。但是,马耳他1988年试图使大会宣布全球大气层是人类共同遗产的一部分的努力未能成功。这是因为“共同遗产”意味着必须为了人类整体的利益开发和保护某种资源,这样做通常需要具备一个有深远影响的体制制度,控制开发权和收益的分配。如果大气层被视为人类共同遗产的一部分,实际上就应将大气层问题置于集体管理之下——普遍认为这一做法尚不成熟。<sup>225</sup>

88. 虽然共同财产和共同遗产等概念可能不适用于指示大气层的法律地位,但共同关切的概念是恰当的,国际法应将这一概念纳入大气层的法律地位。大会在1988年12月6日关于“为今世后代保护全球气候”的第43/53号决议中宣布,气候变化是“人类共同关心的问题”,在某种程度上弥补了马耳他提案的失败。《联合国气候变化框架公约》在序言第1段中也纳入了同一概念。随着对越境空气污染和全球气候变化之间联系的认识日益增加,对整个大气层问题适用共同关切这一概念应被视作是恰当的。<sup>226</sup>

89. 共同关切概念的法律意义在于各国不再能够声称大气层问题属于国内管辖权保留领域的问题,因为这些问题现已被合理地纳入了“国际关切事项”的范畴。这将必然产生各国保护全球大气层这一普遍

<sup>224</sup> Boyle, “International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, 第9页。

<sup>225</sup> 同上,第9–10页。

<sup>226</sup> 1990年12月13日至15日在马耳他举行的环境署法律专家组会议审查了人类共同关切这一概念对全球环境问题的影响。会议指出,“共同关切”这一概念至少涉及空间和时间两个重要方面。空间方面的含义是共同关切意味着各国就一些对所有国家乃至整个国际社会几乎同等重要的事项开展合作。时间方面的问题来自重大环境挑战的长期影响,它们不仅影响当代,而且影响后代的权利与义务(见Attard, “The meeting of the Group of Legal Experts to examine the concept of the common concern of mankind in relation to global environmental issues”, 第37页)。这一点体现出与其他原则,如《关于环境与发展里约宣言》及其他国际环境文书所载代际公平原则,之间的密切联系。在生态系统方面曾经探索适用过共同关切的概念,如在区域流域管理方面(见Brunnée和Toope, “Environmental security and freshwater resources: ecosystem regime building”。



适用的实质性法律义务。<sup>227</sup> 目前将共同关切的概念解释为给予“所有国家在执行涉及保护全球大气层的规则方面的法律利益或法律地位”或许为时过早，<sup>228</sup> 因为还没有适当的程序法用于执行这一解释。认为共同关切的概念是为个人和后代创造权利的想法也尚不成熟。

<sup>227</sup> 正如国际法院在巴塞罗那电车公司案中所指出的，这类义务是针对整个国际社会所承担的义务。因为其重要性，所以它们是“所有国家的关切”(巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页起，详见第30页，第33段)。在此背景下，不妨回顾国际法委员会在国家对国际不法行为的责任条款草案一读时在第19条草案第3项(d)款中将“对大气层或海洋的大规模污染”视为一种国际罪行(《1976年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第96页)，尽管该条从二读通过的最终条款草案中消失了(《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第76段)。

<sup>228</sup> Boyle, “International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, 第11–13页。

90. 尽管如此，基于上述分析可得出结论，即大气层拥有国际资源的法律地位，不论是共有还是共同的资源都是如此，它对维持地球上的生命、人的健康和福祉、农作物和完整的生态系统不可或缺；因此，保护大气层是人类共同关切。为了避免误解，也许补充一句说明是恰当的，即本指南草案无意以任何方式妨碍国际法中业已确立的空气空间地位。因此，指南草案第3条的措辞如下：

“指南草案第3条 大气层的法律地位

“(a) 大气层是维持地球上的生命、人的健康和福祉及水生和陆地生态系统必不可少的自然资源；因此，保护大气层是人类共同关切；

“(b) 本指南草案中无任何内容意在影响空气空间在适用的国际法之下的法律地位。”

## 第五章

### 结 论

91. 在编写本报告时，特别报告员的目的是就这一专题提供尽可能全面和详尽的背景，如这一问题的历史沿革及与之相关的法律渊源，并尽可能解释处理本专题的理由以及本项目的基本方法、目标和范围。有人恰如其分地指出：“委员会在处于最佳状态时，其真正的优势在于它能够将国际法作为一个整体进行系统性观照，整合新的发展变化和不同法律制度，并通过评注阐述有理有据和经过充分研究得出的结论”。<sup>229</sup> 尽管如此，目前必须对一些问题进行初步和一般性讨论，在稍后阶段再对具体法律问题进

<sup>229</sup> Boyle和Chinkin, *The Making of International Law*, 第172页。

行深入分析。特别报告员希望他已通过本报告表明，借助恰当的处理办法，保护大气层对国际法的编纂和逐渐发展而言，是一个既重要又适当的专题，委员会可通过这一专题为整个国际社会作出重要贡献。

92. 继第一次报告之后，作为临时工作计划，特别报告员希望在本五年期剩下的两年(2015和2016年)中审议与保护大气层基本原则有关的问题，其中包括各国保护大气层的一般义务、适用于越境空气污染的使用自己财产时不得损害别人财产原则，以及公平、可持续发展和诚信原则。希望在下一个五年期(2017–2021年)内委员会能够完成对国际合作、遵守国际规范、争端解决和相互关系等其他有关事项的审议。



## 第六十六届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/665	第六十六届会议临时议程	油印件。关于通过的议程, 见《2014年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/666	秘书处编写的关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要	油印件。
A/CN.4/667	特别报告员村濑信也先生关于保护大气层专题的第一次报告	转载于本卷。
A/CN.4/668 [和 Corr.1] 以及 Add.1	特别报告员爱德华德·巴伦西亚-奥斯皮纳先生关于发生灾害时的人员保护问题的第七次报告	同上。
A/CN.4/669 和 Add.1	驱逐外国人: 各国政府的评论和意见 [从欧洲联盟获得的其他信息(仅英文), 未纳入A/CN.4/669号文件]	同上。 油印件。
A/CN.4/670	特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人问题的第九次报告	转载于本卷。
A/CN.4/671	特别报告员格奥尔格·诺尔特先生关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的第二次报告	同上。
A/CN.4/672	特别报告员迈克尔·伍德爵士关于习惯国际法的识别的第二次报告	同上。
A/CN.4/673 [和 Corr.1]	特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第三次报告	同上。
A/CN.4/674 [和 Corr.1]	特别报告员玛丽·雅各布松女士关于与武装冲突有关的环境保护的初步报告	同上。
A/CN.4/675	特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生关于条约的暂时适用的第二次报告	同上。
A/CN.4/L.831	发生灾害时的人员保护: 起草委员会一读通过的条款草案的案文和标题	油印件。
A/CN.4/L.832	驱逐外国人: 起草委员会二读通过的条款草案案文和标题	同上。
A/CN.4/L.833	与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践: 起草委员会在委员会第六十六届会议上暂时通过的结论草案6至10的案文和标题	同上。
A/CN.4/L.834	国际法委员会第六十六届会议工作报告草稿, 第一章(本届会议的工作安排)同上。	同上。关于通过的案文, 见《大会正式记录, 第六十九届会议, 补编第10号》(A/69/10)。最终案文载于《2014年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.835	同上, 第二章(委员会第六十六届会议工作概况)	同上。
A/CN.4/L.836	同上, 第三章(委员会特别想听取意见的具体问题)	同上。
A/CN.4/L.837 和 Add.1/ Rev.1	同上, 第四章(驱逐外国人)	同上。
A/CN.4/L.838 和 Add.1	同上, 第五章(发生灾害时的人员保护)	同上。
A/CN.4/L.839	同上, 第六章(或引渡或起诉的义务)	同上。



文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/L.840和Add.1-3	同上, 第七章(与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践)	同上。
A/CN.4/L.841	同上, 第八章(保护大气层)	同上。
A/CN.4/L.842和Add.1	同上, 第九章(国家官员的外国刑事管辖豁免)	同上。
A/CN.4/L.843	同上, 第十章(习惯国际法的识别)	同上。
A/CN.4/L.844	或引渡或起诉的义务工作组——最后报告	油印件。
A/CN.4/L.845	国际法委员会第六十六届会议工作报告草稿, 第十一章(与武装冲突有关的环境保护)	同上。关于通过的案文, 见《大会正式记录, 第六十九届会议, 补编第10号》(A/69/10)。最终案文载于《2014年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.846	同上, 第十二章(条约的暂时适用)	同上。
A/CN.4/L.847	同上, 第十三章(最惠国条款)	同上。
A/CN.4/L.848	同上, 第十三章(委员会的其他决定和结论)	同上。
A/CN.4/L.849	规划组的报告	油印件。
A/CN.4/L.850	国家官员的外国刑事管辖豁免: 起草委员会2014年7月15日暂时通过的第2条(e)项和第5条草案的案文	同上。
A/CN.4/SR.3198– A/CN.4/SR.3243	第3198至第3243次会议的临时简要记录	同上。最终文本载于《2014年……年鉴》, 第一卷。

---

**Yearbook of the International Law Commission 2014**  
**Volume II (Part One)**