

# 国际法委员会年鉴

# 2015年

第二卷  
第一部分

第六十七届会议文件

---

联合国



# 国际法委员会年鉴

## 2015年

第二卷  
第一部分

第六十七届会议文件



## 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《2014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。

\*

\* \*

国际法委员会第六十七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/2015/Add.1 (Part 1)

联合国出版物

e-ISBN: 978-92-1-005380-8

ISSN: 1994-4705

eISSN: 2412-1231

## 目 录

	页次
简称.....	iv
关于引文的说明.....	v
<b>填补委员会的临时空缺 (议程项目 2)</b>	
A/CN.4/684 号文件 秘书处的说明 .....	1
<b>国家官员的外国刑事管辖豁免 (议程项目 3)</b>	
A/CN.4/686 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四次报告 .....	3
<b>与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践 (议程项目 4)</b>	
A/CN.4/683 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三次报告 .....	37
<b>条约的暂时适用 (议程项目 6)</b>	
A/CN.4/687 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三次报告 .....	57
A/CN.4/676 号文件 秘书处的备忘录 .....	83
<b>习惯国际法的识别 (议程项目 7)</b>	
A/CN.4/682 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三次报告 .....	91
<b>与武装冲突有关的环境保护 (议程项目 8)</b>	
A/CN.4/685 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的第二次报告 .....	135
<b>保护大气层 (议程项目 9)</b>	
A/CN.4/681 号文件 特别报告员村濑信也先生关于保护大气层的第二次报告 .....	189
<b>危害人类罪 (议程项目 10)</b>	
A/CN.4/680 号文件 特别报告员肖恩·墨菲先生关于危害人类罪的第一次报告 .....	221
第六十七届会议文件一览表.....	275

## 简称

东盟 (ASEAN)	东南亚国家联盟
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
国际刑警组织 (INTERPOL)	国际刑事警察组织
海洋法法庭 (ITLOS)	国际海洋法法庭
北约 (NATO)	北大西洋公约组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
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
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》)
EJIL	<i>European Journal of International Law</i> (《欧洲国际法学报》)
GC	Grand Chamber (大法庭)
<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)
ITLOS Reports	<i>Reports of the International Tribunal for the Law of the Sea</i> (《国际海洋法法庭汇编》)
<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)
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在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/>。



填补委员会的临时空缺  
(《章程》第11条)

[议程项目2]

A/CN.4/684号文件

秘书处的说明

[原文：英文]  
[2015年4月8日]

1. 2014年11月6日，基里尔·格沃尔吉安先生入选国际法院并随后从国际法委员会辞职，因此国际法委员会空缺一席。

2. 这种情况适用委员会《章程》第11条。该条规定：

委员会委员出缺时，应由委员会适当遵照[本《章程》]第2和第8条的各项规定自行补足空缺。

第2条全文如下：

1. 委员会由三十四名委员组成，各委员应为公认胜任的国际法界人士。
2. 委员会委员不得有两人同一国家的国民。
3. 如候选人具有双重国籍，则候选人应视为其通常行使公民和政治权利的国家的国民。

第8条全文如下：

选举人进行选举时应铭记：凡当选委员会委员的人士，本人必须具备必要的资格，而委员会全体则应确实代表世界各主要文明形式和各主要法系。

3. 有待委员会补选的委员任期将于2016年年底届满。





# 国家官员的外国刑事管辖豁免

[议程项目3]

A/CN.4/686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四次报告\*

[原文：西班牙文]  
[2015年5月29日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	4
本报告引用的著作.....	5
	段 次
导言.....	1-14 5
章 次	
一、 属事豁免：规范要素(续) .....	15-133 7
A. 一般考虑 .....	15-20 7
B. “以官方身份实施的行为”概念 .....	21-127 8
1. 一般考虑.....	21-26 8
2. “以官方身份实施的行为”相对于“以私人身份实施的行为” .....	27-33 9
3. “以官方身份实施的行为”的识别标准 .....	34-94 10
4. “以官方身份实施的行为”的特征 .....	95-126 26
5. 结论：“以官方身份实施的行为”定义 .....	127 32
C. 时间要素 .....	128-131 32
D. 属事豁免的范围 .....	132-133 33
二、 今后的工作计划.....	134-139 33
附件 拟议的条款草案.....	35

\* 特别报告员谨向研究项目“*La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo* (国际社会价值保护：当代国际法中的豁免、正义和有罪不罚)”(DER2013-45790-P)的下列研究团队成员表示感谢：西班牙国立远程教育大学的 Fanny Castro-Rial Garrone 教授、Carmen Quesada Alcalá 教授、Claribel de Castro Sánchez 教授、Fernando Val Garijo 教授、Teresa Marcos Martín 教授和 Nuria Pastor Palomar 教授，以及西班牙坎塔布里亚大学的 Rosario Ojinaga Ruiz 教授、Yaelle Cacho Sanchez 教授和 José Antonio Valles Cavia 教授。她还希望感谢日内瓦国际人道法和人权学院学生 Marko Sjekavica 所提供的协助。

## 本报告引用的多边文书

## 来源

- 《关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》[英](1945年8月8日, 伦敦) 联合国,《条约汇编》,第82卷,第251号,第279页。
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日, 巴黎) 同上,第78卷,第1021号,第277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。
- 《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。
- 《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,《1975年法律年鉴》(出售品编号: E.77.V.3),第87页。另见A/CONF.67/16号文件,第207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) 联合国,《条约汇编》,第1465卷,第24841号,第112页。
- 《美洲防止和惩处酷刑公约》[英](1985年12月9日, 卡塔赫纳德印第亚斯) 美洲组织,《条约汇编》,第67号。
- 《美洲被强迫失踪人员公约》[英](1994年6月9日, 贝伦) 美洲组织, *Official documents*, OEA/Ser.A/55 (SEPF)号文件。另见《国际法律资料》,第33卷,第6号(1994年11月),第1529页。
- 《美洲反腐败公约》[英](1996年3月29日, 加拉加斯) E/1996/99。
- 《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。
- 《非洲联盟预防和打击腐败公约》[英](2003年7月11日, 马普托) 《国际法律资料》,第四十三卷,2004年,第5页。
- 《联合国反腐败公约》(2003年10月31日, 纽约) 联合国,《条约汇编》,第2349卷,第42146号,第41页。

- 《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。
- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年12月20日, 纽约) 联合国, 《条约汇编》, 第2716卷, 第48088号, 第3页。

### 本报告引用的著作

- BRÖHMER, Jürgen  
*State Immunity and the Violation of Human Rights*. The Hague, Martin Nijhoff, 1997.
- CARNERERO CASTILLA, Rubén  
*La Inmunidad de Jurisdicción Penal de los Jefes de Estado Extranjeros*. Madrid, Iustel, 2007.
- FOAKES, Joanne  
*The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- FOX, Hazel, and Philippa WEBB  
*The Law of State Immunity*. 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- KOHEN, Marcelo G.  
“The distinction between State immunity and diplomatic immunity” in Gerhard Hafner, Marcelo G. Kohen and Susan Breau, eds., *State Practice regarding State Immunities*. The Hague, Council of Europe/Martinus Nijhoff, 2006.
- O’KEEFE, Roger  
*International Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2015.
- PEDRETTI, Ramona  
*Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*. Leiden, Brill/Nijhoff, 2015.
- VAN ALEBEEK, Rosanne  
*The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- YANG, Xiaodong  
*State Immunity in International Law*. New York, Cambridge University Press, 2012.

### 导 言

1. 国际法委员会在2006年第六十八届会议上根据委员会该届会议的工作报告所载提议, 将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列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, 委员会决定将本专题列入工作方案, 并任命罗曼·科洛德金先生为特别报告员。<sup>2</sup> 在同一届会议上, 还请秘书处编写一份关于本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, 确定了本专题的审议和分析范围, 以及与国家官员的外国刑事管辖豁免有关的实质性和程序性问题的各个方面。<sup>4</sup> 委员会分别在2008年第六十届会议

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报告期间, 特别是在2008年和2011年, 讨论了本专题。

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, 接替已不再是委员会委员的科洛德金先生。<sup>5</sup>

4. 在同届会议上, 特别报告员提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告。<sup>6</sup> 这份初步报告是一份过渡性报告, 特别报告员在其中设法帮助澄清了截至当时的辩论情况, 并确定了仍然存在争议、委员会今后不妨继续研究的要点。<sup>7</sup> 该份报告还确定

<sup>1</sup> 见《2006年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第215页, 第257(b)段, 以及第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> 同上, 第116页, 第386段。关于题为“国家官员的外国刑事管辖豁免”的秘书处备忘录, 见A/CN.4/596和Corr.1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), A/CN.4/601号文件(初步报

告): 《2010年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 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), A/CN.4/646号文件(第三次报告)。

<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5段。

了委员会需要审议的问题，建立了研究的方法依据，并阐述了本专题的审议工作计划。

5. 委员会在2012年第六十四届会议上审议了初步报告，并核准了特别报告员拟议的方法依据和工作计划。<sup>8</sup> 同年，第六委员会在大会第六十七届会议期间审议国际法委员会报告之际，审查了特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告，并对其中所载提议表示欢迎。<sup>9</sup>

6. 在2013年委员会第六十五届会议上，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>10</sup> 其中审查了本专题及条款草案的范围、豁免和管辖的概念、属人豁免与属事豁免的区别、以及属人豁免的规范要素。报告载有六条拟议的条款草案，分别述及条款草案的范围(第1和第2条草案)、定义(第3条草案)以及属人豁免的规范要素(第4至第6条草案)。

7. 在第3164至第3168次会议以及第3170次会议上，<sup>11</sup> 委员会审议了特别报告员的第二次报告，并决定将上述六条条款草案送交起草委员会。根据起草委员会的报告，<sup>12</sup> 国际法委员会暂时通过了三条条款草案，分别述及条款草案的范围(第1条草案)和属人豁免的规范要素(第3和第4条草案)。这些条款草案载有特别报告员拟议的五条经重新修订的条款草案的基本要素。委员会还核准了对已暂时通过的三条条款草案的评注。起草委员会决定继续审查关于定义的条款草案，并在晚些时候采取行动。<sup>13</sup>

<sup>8</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>9</sup> 第六委员会在2012年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”专题报告(《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，有两个国家在第19次会议(同上，第19次会议(A/C.6/67/SR.19))上提到了本专题。另见在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号文件，油印件)，第26-38段。

<sup>10</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661号文件。

<sup>11</sup> 关于辩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至第3168次会议以及第3170次会议。

<sup>12</sup> 同上，第3174次会议。

<sup>13</sup> 关于2013年委员会第六十五届会议对本专题的处理情况，见同上，第二卷(第二部分)，第40-49段。尤其见第49段所载条款草案及相关评注。关于委员会对条款草案评注的辩论情况，见同上，第3193至第3196次会议。

8. 在2013年大会第六十八届会议期间审议委员会年度报告之际，第六委员会审查了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。各国普遍欢迎该报告以及委员会取得的工作进展，并赞扬委员会向大会提交三条条款草案。<sup>14</sup>

9. 委员会在年度报告中请各国在2014年1月31日之前提供资料，说明本国机构在国家官员的外国刑事管辖豁免背景下界定“官方行为”和“以官方身份实施的行为”的实践，特别是司法裁定。<sup>15</sup> 有10个国家应要求提交了书面评论：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、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

10. 2014年，在委员会第六十六届会议上，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三次报告，<sup>16</sup> 其中首先分析了属事豁免的规范要素，特别是与主体要素有关的方面。报告随后详细审查了“国家官员”的一般概念，并列出了在确定此类人员时应予考虑的标准。报告还分析了属事豁免的主体范围，确定了哪些人可享有此类豁免。最后，考虑到在使用“国家官员”一词以及该词在其他语文版本中的对等词方面提出的术语问题，报告审查了最适合用来称呼享有豁免人员的词语，特别报告员建议使用更具普遍意义的“国家机关(*organ of the State*)”一词。报告根据对国家和国际司法实践、相关条约、以及委员会以往相关工作的分析，列出了分别关于本套条款草案中“国家官员”一般概念和属事豁免主体范围的两条条款草案。

11. 委员会在第3217至第3222次会议上审议了特别报告员的第三次报告，<sup>17</sup> 并决定将上述两条条款草案送交起草委员会。根据起草委员会的报告，<sup>18</sup> 委员会暂时通过了关于“国家官员”一般概念的条款草案(第2条草案(e)项)和关于“享有属事豁免的人员”

<sup>14</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)。参加辩论的各国代表的发言全文现存档于编纂司。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号文件，油印件)，第10-30段。

<sup>15</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第25段。

<sup>16</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件。

<sup>17</sup> 关于辩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3217至第3222次会议。

<sup>18</sup> 同上，第3231次会议。关于起草委员会主席的发言，可查阅委员会网站。

的条款草案(第5条草案)。委员会还通过了对这两条草案的评注。<sup>19</sup>

12. 第六委员会在2014年大会第六十九届会议期间审议委员会年度报告之际,审查了国家官员的外国刑事管辖豁免专题。各国欢迎特别报告员的第三次报告和委员会暂时通过的两条新的条款草案。大多数代表团赞成在条款草案中列入对“国家官员”的一般定义,并对委员会拟议的定义表示支持,同时强调需要确定国家与官员之间存在联系。关于这一定义,一些国家要求委员会澄清“代表国家或行使国家职能”一语的适用范围。大多数国家赞成在涉及属事豁免时考虑“国家官员”的概念,因为外国刑事管辖豁免适用于个人(“国家官员”),同时强调国家与官员之间必须有联系。此外,他们支持委员会处理这一专题的方式和第5条草案的措辞。一些国家表示应澄清“如此行事”的表述,但大多数国家对其表示欢迎,认为这一表述明确强化了豁免的职能性质。不过,有少数国家对涉及属事豁免时考虑“国家官员”概念是否明智持有疑问,他们认为此类豁免的定义应只基于所实施的行为具有什么性质,而不是谁从事这些行为。普遍观点是,今后的报告应论述“以官方身份实施的行为”这一概念和豁免的时效问题。各国强调了在本专题上取得的显著进展。<sup>20</sup>

<sup>19</sup> 关于2014年委员会第六十六届会议对本专题的处理情况,见同上,第二卷(第二部分),第123-132段。尤其见委员会报告第132段所载条款草案及相关评注。关于委员会对条款草案评注的辩论情况,见同上,第一卷,第3240至第3242次会议。

<sup>20</sup> 见《大会正式记录,第六十九届会议,第六委员会》,第21-26次会议(A/C.6/69/SR.21-26)。另见在大会第六十九届

13. 在第六十六届会议的工作报告中,委员会请各国在2015年1月31日之前提供资料,说明述及以下事项的国内法律和实践,尤其是司法实践:(a) 在论及国家官员的外国刑事管辖豁免时,如何定义“官方行为”和“以官方身份实施的行为”;以及(b) 国家官员外国刑事管辖豁免的任何例外情况。<sup>21</sup> 在本报告完成编写之时,已收到下列国家的书面答复:奥地利、古巴、捷克共和国、芬兰、法国、德国、秘鲁、西班牙、瑞士和联合王国。此外,有几个国家在第六委员会发言时谈到了在委员会的要求中提出的问题。特别报告员感谢做出评论的国家,这些评论对委员会的工作非常宝贵。她还欢迎各国不妨在晚些时候做出的任何其他评论。收到的这些评论,以及各国在2014年提出的意见<sup>22</sup>和各国代表在第六委员会口头发言时发表的意见,都已在本报告编写过程中作了适当考虑。

14. 按照在上届会议上公布的工作计划,第四次报告将继续分析属事豁免的规范要素,论述实质性和时效问题。作为分析结果提出的两条条款草案,已在本报告相关部分列出。此外,为便于委员会开展工作,报告增加了一份载有拟议条款草案的附件。最后,特别报告员希望指出的是,在阅读本报告时应结合以往提交的报告——它们与本报告一起构成一个整体——以及委员会迄今为止暂时通过的条款草案和相关评注。

会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/678号文件,油印件),第37-51段。

<sup>21</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第28段。

<sup>22</sup> 见上文第9段。

## 第一章

### 属事豁免:规范要素(续)

#### A. 一般考虑

15. 如特别报告员在以往报告中所述的那样,属人豁免与属事豁免的区别是委员会讨论本专题期间已达成广泛共识的少数几个事项之一。<sup>23</sup> 此外,委员会此前已对国家官员的这两类外国刑事管辖豁免进行了审议,<sup>24</sup> 秘书处的备忘录和前任特别报告员科

洛德金的初步报告<sup>25</sup>对此都有反映,虽然两者都是纯粹从描述和概念的角度进行的分析。

16. 关于委员会在当前五年期的工作,需要回顾的是,委员会从2013年起就已开始从规范的角度论述属人豁免与属事豁免的区别,目的是为每一个类别建立单独的法律制度。不过,这并不意味着两类豁免没有共同要素,特别是就广义豁免的功能层

<sup>23</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/661号文件,第47段,末尾;以及《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/673号文件,第10段。

<sup>24</sup> 见“国家官员的外国刑事管辖豁免”,秘书处备忘录(A/CN.4/596和Corr.1)(见上文脚注3),第88段起。

<sup>25</sup> 见同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/601号文件,第78-83段。

面而言。<sup>26</sup> 这一规范办法在委员会暂时通过的条款草案、相关评注、以及迄今为止暂时通过的条款草案本身的结构中都有反映。<sup>27</sup>

17. 根据以往报告，属事豁免的基本特点可确定如下：

(a) 可给予所有国家官员；

(b) 所涉的行为范围，仅限于可归类为“以官方身份实施的行为”；

(c) 不受时间限制，因为即使享有豁免者不再是官员，属事豁免仍继续。<sup>28</sup>

18. 构成此类豁免的规范要素必须从这三个特点推断而来，即：

(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的哪些类型的行为？

(c) 属事豁免的时间范围：在多长时间可援引和适用豁免？<sup>29</sup>

19. 虽然上述三个规范要素应作为整体加以分析，但其多样性和复杂性意味着要在特别报告员的

<sup>26</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；以及《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第10段，结尾处。

<sup>27</sup> 需要指出的是，本套条款草案单独分列了关于属人豁免(第二部分)和属事豁免(第三部分)的部分(见《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第131段)。此外，委员会2013年暂时通过的第4条草案第3款也是按照这一区别进行的表述，规定“属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用”(见委员会对第4条草案的评注，特别是第(7)段，《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第49段，详见第54页。关于这一事项的相关内容，见特别报告员的第三次报告，《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第11段。

<sup>28</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661号文件，第50段；以及《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第12和第13段。这三个要素对应了在法律文献和判例法、以及在委员会以往工作中对属事豁免的不同定义。见同上，特别是与该报告第13段对应的脚注25和26。

<sup>29</sup> 对属事豁免和属人豁免使用了同样的方法，因为两类豁免都拥有被确定为规范要素的这三种要素。见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661号文件，第54段；以及《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第13段。

报告中单独论述。第一个要素(主体范围)已在第三次报告中讨论，<sup>30</sup> 而本次报告将分析属事豁免的属事范围(“以官方身份实施的行为”概念)和时间范围。

20. 最后，需要提醒的是，正如以往报告所指出的那样，<sup>31</sup> 将这三个方面描述为“属事豁免的规范要素”并不意味着它们是界定可适用于此类豁免的法律制度时唯一考虑的要素。特别报告员尤其希望强调的是，这一描述不应被解读为宣告豁免例外，或者确认豁免有绝对或无限性质。

## B. “以官方身份实施的行为”概念

### 1. 一般考虑

21. 正如第三次报告所述，如果在某个案件中符合下列三个条件，个人可享有属事管辖豁免：(a) 该人可被视为国家官员；(b) 该人由此以官方身份实施行为；以及(c) 该人是在任职期间行事。<sup>32</sup> 另一方面，有一种情况可能会出现，即虽然个人属于本条款草案所指的国家官员，而且是在任职期间行事，但其所实施的行为不能被视为“以官方身份实施的行为”。在这种情况下，外国刑事管辖豁免的可能性将不能准予。

22. 鉴于上述内容，在属事豁免的背景下，对“以官方身份实施的行为”显然必须十分重视，委员会所有委员和各国对此都已作了强调。有些人将其提升到排他程度，认为在确定属事豁免适用性时的唯一相关考虑因素是有关行为是否为“以官方身份实施的行为”，而不论行为由谁实施。委员会没有采用这一办法，<sup>33</sup> 但这并未减弱官员行为(“以官方身份实施的行为”)在属事豁免总体架构中的重要作用。这一作用源于此类豁免不同寻常的功能性质，其中国家的存在体现为两种互有区别但互为补充的联系：一种联系将官员与国家挂钩，另一种联系将国家与某些代表主权表述和行使政府权力职能的行为挂钩。

<sup>30</sup> 见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，特别是第18–21段和第145–151段。

<sup>31</sup> 见《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661号文件，第15和第23段；以及《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第15段。

<sup>32</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第11段。

<sup>33</sup> 见同上，第二卷(第二部分)，第132段，第5条草案的评注第(3)段，详见第151页。

23. 因此,这两个要素(主体和属事)相互紧密关联,但又构成不同的概念类别,必须单独进行分析和论述。两个要素的独立性质是委员会第六十六届会议的讨论主题,在第六委员会也有提出,特别报告员在第三次报告中作了如下阐述:

145. ……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“以官方身份实施的行为”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下列意见: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“以官方身份实施的行为”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“以官方身份实施的行为”以及所述行为是否是在此人担任国家官员时所实施的。<sup>34</sup>

24. “国家官员”与“以官方身份实施的行为”这两个概念之间的关系,是委员会第六十六届会议上一次热烈辩论的主题。一些委员会委员的理解是,第2条草案(e)项、特别是第(二)目提出的“官员”定义,同时包含了外国刑事管辖属事豁免的主体和属事要素。特别报告员认为,这个问题可通过上文所引用的第三次报告相关段落的措辞加以解决,但委员会选择避免在“官员”与“行为”这两个概念之间可能出现的任何混淆,将第2条(e)项中的“行为”删除,代之以“代表国家或行使国家职能的个人”。这些中性术语界定了官员与国家间的联系,而对豁免所涵盖的行为类别不作暗示判断。<sup>35</sup>无论如何,正如第三次报告所明确表述的那样,对此类行为的界定有待在今后的研究中确定。<sup>36</sup>本报告完成了这项任务。

25. 界定“以官方身份实施的行为”的概念和特点,对整体理解国家官员的外国刑事管辖豁免专题而言是一个相当重要的事项。不过,这只对属事豁免有实际效果,因为在属人豁免的情况下,国家元首、

政府首脑和外交部长所实施的所有行为都适用豁免,不论这些行为是以私人身份、还是以官方身份实施的。因此,“以官方身份实施的行为”这一概念就成了属事豁免的特有和基本要素,分析这一概念对于本专题有着极为重要的意义。

26. 综上所述,接下来将对以下问题进行分析:使用“以官方身份实施的行为”这一表述,相对于“以私人身份实施的行为”;“以官方身份实施的行为”的识别标准;以及“以官方身份实施的行为”、责任与豁免之间的联系。分析的目的是确定“以官方身份实施的行为”所具备的特点,并将其用于陈述对该术语的拟议定义。

## 2. “以官方身份实施的行为” 相对于“以私人身份实施的行为”

27. 委员会在第六十五届会议上暂时通过第4条草案第2款时,与国家元首、政府首脑或外交部长“以私人身份实施的行为”不同,决定采用“以官方身份实施的行为”的表述,<sup>37</sup>从而沿循了国际法院在2000年4月11日的逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)中的做法。<sup>38</sup>自那时起,委员会一直使用“以官方身份实施的行为”这一表述来指称原则上由属事豁免涵盖的行为。本报告将使用同一术语。

28. 然而,对实践和专业法律文献所作的分析显示,有许多短语被用来指称由官员实施的、可能导致属事豁免的行为,例如“官方行为”、“代表国家的行为”、“以国家名义实施的行为”、“公共行为”、“政府行为”甚或“国家行为”。这些短语往往互换使用,因此可能被视为同义语;然而,应当指出的是,它们在使用中并不总是具有相同的含义。不过,本报告无需对上述不同短语进行详细分析,因为这与本专题关系不大。此外,特别是在法律文献中,“以官方身份实施的行为”这一表述似乎是最常见的用语。

29. 尽管如此,应当指出的是,对其中一些短语在某些背景下的使用必须进行极为谨慎的分析,因为它们所指的现象可能与本报告所审议的有所不同。“国家行为”的表述尤其如此,在一些普通法国家,特别是美国和联合王国,该短语用在“国家行为

<sup>34</sup> 见《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/673号文件。另见同上,第12和第13段。

<sup>35</sup> 见同上,第二卷(第二部分),第150页,关于第2条草案(e)项的评注第(9)、(10)和第(11)段。

<sup>36</sup> 同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/673号文件,第152段。

<sup>37</sup> 见第4条草案的评注,特别是第(3)和第(4)段,《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第53页。

<sup>38</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。



学说”的背景之下。正如相关文献中经常指出的那样，该学说在其他法律体系中未被承认，与管辖豁免制度不完全契合，而且也不以习惯国际法为基础。然而，其实际效果有时与管辖豁免相似，这导致两个概念有一定程度的混淆。<sup>39</sup>

30. 还必须铭记的是，“以官方身份实施的行为”相对于“以私人身份实施的行为”之间的区别并不等同于国家豁免所特有的统治权行为与管理权行为之间的区别，两者也不应混淆。“以官方身份实施的行为”的范围比“统治权行为”更宽泛，因为前者可能涵盖国家官员在履行任务和行使国家职能时所从事的某些管理权行为。

31. 此外，应当指出的是，“以官方身份实施的行为”相对于“以私人身份实施的行为”之间的区别同合法行为与违法行为之间的区别没有任何关系。相反，在国家官员的外国刑事管辖豁免背景下，按照定义，前两类行为都被认为是刑事违法行为。如果不违法，豁免主张所针对的法院地国就没有理由行使刑事管辖。

32. 无论如何，应该强调指出的是，“以官方身份实施的行为”这一表述是作为“以私人身份实施的行为”的对立面而获得的含义。但在上述否定性或排他性含义之外，“以官方身份实施的行为”这一表述还是有些模糊。当代国际法没有对此类行为作出定义，考虑到不同国家的立法可能存在重大差异，国内法对于这一讨论也意义不大。此外，在界定条款草案中“以官方身份实施的行为”这一表述的范围和含义时，国内法不应作为决定性因素，因为条款草案的目的是确定适用于国家官员的外国刑事管辖豁免的国际法律框架；国内法应当仅仅作为补充解释工具。

33. 简言之，将“以官方身份实施的行为”作为“以私人身份实施的行为”的对立面来考虑可能有益于抽象理解某一行为是否由属事豁免所涵盖，但将这两种表述当成相互排斥的用语却无助于确定此类豁免属事要素的范围和内容。为实现这个目标，有必要确定以官方身份实施的行为的识别特征。

<sup>39</sup> Fox and Webb, *The Law of State Immunity*, 第53–72页。  
Carnerero Castilla, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, 第36–44页。

### 3. “以官方身份实施的行为”的识别标准

34. 鉴于上述，确定“以官方身份实施的行为”的识别标准显然很重要。为了做到这一点，需要遵循第三次报告中分析“国家官员”概念时采用的办法和结构，对实践进行分析。<sup>40</sup> 下文将连续分析(国际及国家)司法实践、条约实践和国际法委员会以往与本专题特别相关的工作。

#### (一) 国际司法实践

35. 国际法院、欧洲人权法院和前南斯拉夫问题国际法庭所发布的判决以这样或那样的方式提到了在豁免背景下“以官方身份实施的行为”这一概念。

36. 需要回顾的是，国际法院在2000年4月11日的逮捕证案<sup>41</sup>和关于刑事事项互助的若干问题案<sup>42</sup>中提到国家官员的豁免，在两案中就国家高级官员实施的各种行为的性质发表了意见。此外，国家的管辖豁免案<sup>43</sup>虽然只提到了国家豁免，但也考虑了以官方身份实施的行为这一概念。最后，与起诉或引渡义务有关的问题案<sup>44</sup>也源自被指称以官方身份实施的行为，尽管法院最终无须就这些行为发表意见。

37. 在上述第一起案件中，诉请事由与刚果民主共和国外交部长阿卜杜拉耶·耶若迪亚·恩多姆巴西实施的一系列严重违反日内瓦四公约及其附加议定书并构成危害人类罪的行为有关。在判决中，法院表示外交部长享有刑事管辖豁免，并申明“给予豁免并非为其个人利益，而是为了确保他们切实代表各自国家履行职能。”<sup>45</sup> 法院对这些职能作了详细分析，描述如下：

外交部长负责本国政府的外交活动，通常代表政府参加国际谈判和国际会议。大使和其他外交代表根据外交部长的

<sup>40</sup> 见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第29–110段。

<sup>41</sup> 见上文脚注38。

<sup>42</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>43</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。

<sup>44</sup> 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。

<sup>45</sup> 2000年4月11日的逮捕证案(见上文脚注38)，第51和第53段。

授权履行职责。外交部长的行为可能对其所代表的国家具有约束力，而且有一种推定是，外交部长仅凭其所任职务，即全权代表国家行事（例如，见1969年《维也纳条约法公约》第七条第二项（甲）款）。……通常情况下，由外交部长确定对外交代表的授权并会签外交代表的委任书。最后，代办是向外交部长委派。<sup>46</sup>

38. 可以看到，此类活动产生于行使最高级别政府权力要素；因此，在确定何种行为构成以官方身份实施的行为的识别标准时，必须考虑到这些例子。不过，需要注意的是，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在他们的联合个人意见中质疑“[可否将]严重国际犯罪视为官方行为，因为这些行为既不是正常的国家职能，也不是国家（相对于个人）能够单独履行的职能”。他们补充表示“人们越来越认识到，与国家有关的动机并非可用来确定何种行为构成国家公共行为的妥当测试标准。”<sup>47</sup>

39. 上述第二起提交国际法院的案件起源于法国在借调到吉布提司法部的法国法官贝尔纳·博雷尔先生无故死亡之后启动的多项司法程序。在这些程序中启动的调查，基于两名吉布提官员的陈述，提供了间接证据表明调查启动时的吉布提总统伊斯梅尔·奥马尔·盖莱与博雷尔先生的死亡有所牵连。法院据此向他发出证人传票，要求他为案件作证。另外两名吉布提高级官员，贾马·苏莱曼·阿里（共和国检察官）和哈桑·赛义德·卡里赫（国家安全局长）被传唤作为辅助证人作证，法国法院对他们发出了欧洲逮捕令。这两人最终被起诉并判定犯有恐吓证人罪。上述两案对本报告有着特别意义。国际法院没有裁决这两名高官是否享有属事豁免，但在分析这种可能性时，法院的陈述牵涉到界定“以官方身份实施的行为”这一概念。尤其是法院明确提到了被归类为以官方身份实施的行为所需要满足的条件，即归罪的行为必须“确实是[这些官员]作为国家机关的职责范围内的行为”。<sup>48</sup>此外，国际法院指出，吉布提从未告知法国“受指控的行为……是其自身行为，且共和国检察官和国家安全局长是实施这些行为的机关、机构或部门”，<sup>49</sup>法院以此暗示将行为归于国家是确定豁免可能性的要件。

<sup>46</sup> 同上，第53段。

<sup>47</sup> 同上，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个人意见，第85段。

<sup>48</sup> 关于刑事事项互助的若干问题案（见上文脚注42），第191段。

<sup>49</sup> 同上，第196段。

40. 在国家的管辖豁免案中，引发案件的事由是第二次世界大战期间，德意志第三帝国武装部队及其他机关在意大利和希腊针对持意大利或希腊国籍者实施的谋杀、监禁和剥夺战俘地位的行为。虽然法院裁决的是德国的豁免问题而非德国官员的豁免问题，但法院在判决中提到上述行为，认定这些行为应被视为统治权行为——这意味着行使主权权力——因此是在国家管辖豁免所涵盖的范围之内。<sup>50</sup>为得出上述结论，法院分析了统治权行为与管理权行为的区别，虽然这与本报告的目的无关，但其中所含论证可用于辨明以官方身份实施的行为的一些特点。例如，法院表示：

法院认为，“统治权”和“管理权”的措辞并不意味着所涉行为是合法的，而是指对所涉行为是参照规范行使主权利力的法律（*jus imperii*）来评判，还是参照关于国家非主权活动、特别是私人 and 商务活动的法律（*jus gestionis*）来评判。<sup>51</sup>

41. 上述行为也被科罗马法官<sup>52</sup>和加亚专案法官<sup>53</sup>称为“主权行为”。另一方面，坎卡多·特林达德法官则在其反对意见中认定，不能在提到构成国际犯罪的行为时援引主权，因为“国际犯罪不是国家行为，也不是‘私人’行为；犯罪就是犯罪，不论实施者是谁”。<sup>54</sup>

42. 最后，与起诉或引渡义务有关的问题案的起因是侯赛因·哈布雷被指称在担任乍得总统期间实施了灭绝、酷刑、迫害和强迫失踪的行为。然而，国际法院并没有就这些行为的性质以及这些行为能否为豁免所涵盖作出裁定，而是仅仅保留各当事方在比利时和塞内加尔进行的国内诉讼中提出的论点。<sup>55</sup>

<sup>50</sup> 国家的管辖豁免案（见上文脚注43），第60–61段。

<sup>51</sup> 同上，第60段。

<sup>52</sup> 同上，科罗马法官的个人意见，第4段：“决定调遣国家武装部队参与武装冲突是典型的主权行为。”

<sup>53</sup> 同上，加亚专案法官的反对意见，第5段。加亚法官指出，一项活动若要被说成统治权，必须“[是]在国家行使主权时[发生]”。还需要铭记的是，加亚专案法官提出了一个有趣的细微差别，他援引一处评注表明统治权行为与管理权行为之间的区别同针对蓄意伤人或类似行为提出的索赔无关（同上，第5段）；他的结论是“即使豁免通常涵盖与法院地国境内军事活动所致损害有关的索赔，豁免也不会延伸到在同一国境内与屠杀平民或酷刑有关的索赔”（第10段）。

<sup>54</sup> 同上，坎卡多·特林达德法官的反对意见，第181段。一般参见第178段及其后几段。

<sup>55</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案（见上文脚注44），第20和第22段。

43. 就欧洲人权法院对本报告所审议的专题贡献而言, 首先应当指出的是, 作为一条一般规则, 欧洲人权法院的判决不会提及国家官员的外国刑事管辖豁免, 而是会提及国家的民事管辖豁免;<sup>56</sup> 而且法院在所有案件中都宣布民事管辖豁免与《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)第六条所确认的获得公平审判的权利保持一致。不过, 欧洲人权法院也确实在判决中提到过国家官员实施的具体行为, 因此, 该法院的宣判有助于确定“以官方身份实施的行为”的特点。

44. 在诉至欧洲人权法院的麦克埃尔希尼案中, 起因是一名爱尔兰公民在穿越北爱尔兰与爱尔兰共和国之间一个边境检查站时的行为所导致发生的事件。一名英国士兵当时在爱尔兰领土上追赶该名公民, 申诉人称其间他受到了虐待和损害身体完整的攻击, 且英国士兵也没有正确履行职责。尽管该判决对外国刑事管辖豁免提出了其他有意思的论点, 但这里值得强调的是, 欧洲人权法院认为“士兵在外国领土上的行为”与“国家主权的核心理域”密切相关。“就其本身的性质而言, 可能牵涉到影响国家之间外交关系及国家安全的问题”。因此, 判决将申诉至法院的行为归为统治权行为, 属于豁免所涵盖的国家行为。<sup>57</sup>

45. 在阿德萨尼案中, 诉请所基于的事实是申诉人据称在科威特国家安全部门监狱以及被政府车辆运至科威特埃米尔兄弟的宫殿后, 遭到酋长贾比尔·萨巴赫·阿勒沙特·萨巴赫及其他两人的拘禁和酷刑。鉴于英国法院已经审理了对三名涉事人员的案件, 对酋长作出缺席判决并允许申诉人对其他两人采取行动,<sup>58</sup> 因此欧洲人权法院没有就实施酷刑者是否可能享有豁免进行裁决, 但隐晦地评价了所涉行为的性质。在这方面, 法院认定这种行为构成强

行法所禁止的酷刑;<sup>59</sup> 但又指出不可能在当时适用的国际法中找到任何例外来剥夺国家在与此类行为有关的民事诉讼中的豁免权。<sup>60</sup> 诚然, 法院没有明确将酷刑行为描述成国家行为或以官方身份实施的行为, 但上述论点也就等于承认酷刑是可归于国家的行为, 因此, 初步证明这可被视为实施者以官方身份实施的行为。

46. 在琼斯等人案中, 欧洲人权法院必须就沙特阿拉伯官员在申诉人被拘于沙特阿拉伯期间实施的酷刑行为的豁免问题作出裁定。<sup>61</sup> 如第三次报告已经提到的那样, 该案的判决从各个角度看都非常有意义, 委员会在工作中应继续予以分析。<sup>62</sup> 关于“以官方身份实施的行为”这一概念, 该法院的下列陈述值得注意: “国家豁免原则上为代表国家行事的外国雇员或官员个人提供保护。”<sup>63</sup> 以及“个人仅就执行公务时实施的受质疑的行为享有国家属事豁免”。<sup>64</sup> 此外, 该法院提到《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》, 指出:

《禁止酷刑公约》将酷刑界定为由“公职人员或以官方身份行使职权的其他人”所造成的行为。该定义似乎在支持这样一个论点, 即为国家豁免的目的, 酷刑行为可以“官方身份”实施。<sup>65</sup>

因此, 看来这些行为至少初步证明可被视为以官方身份实施的行为。

47. 在分析欧洲人权法院的判例法时, 最后还应提及该法院最近发布的一项判决, 虽然该判决涉及受国内法规范的豁免, 但其所含要素对于界定以官方身份实施的行为特点可能也有意义。该判决是就乌雷凯安和帕夫利琴科诉摩尔多瓦共和国案作出

<sup>59</sup> 同上, 第58和第61段。

<sup>60</sup> 同上, 第66段。

<sup>61</sup> 琼斯等人案(见上文脚注56), 应当铭记的是, 该案的一个特点是诉至欧洲人权法院的司法行为起初并未提及国家豁免, 而是提到了被单独起诉的沙特阿拉伯官员的管辖豁免。还应补充的一点是, 几家英国法院进行了冗长的诉讼程序, 在此期间他们就上述官员是否就被控实施的酷刑行为享有民事管辖豁免所持的立场经历了连续上诉, 并在实质性方面发生了改变。

<sup>62</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/673号文件, 第45段及其后几段。

<sup>63</sup> 琼斯等人案(见上文脚注56), 第204段。

<sup>64</sup> 同上, 第205段。

<sup>65</sup> 同上, 第206段。

<sup>56</sup> 在阿德萨尼诉联合王国案[大法庭](第35763/97号, ECHR 2001-XI)的判决(第34、61和第66段)中, 欧洲人权法院特别提到了民事和刑事诉讼的区别。然而, 投票反对该判决的法官们拒绝承认这种区别(见Rozakis法官和Cafisch法官的联合反对意见, Wildhaber法官、Costa法官、Cabral Barreto法官和Vajić法官支持该反对意见)。在琼斯等人诉联合王国案(第34356/06号和40528/06号, ECHR 2014)的判决(第207段)中再次强调了这一区别。Kalaydjieva法官在同一案件的反对意见中也批评了这种区别。但是, 联合王国政府认可上述区别(见判决第179段)。

<sup>57</sup> 见麦克埃尔希尼诉爱尔兰案[大法庭], 第31253/96号, ECHR 2001-XI(摘要), 特别是判决摘要, 第40页, 第38段。

<sup>58</sup> 见阿德萨尼案(见上文脚注56), 第14-15段。

的，<sup>66</sup>其中提到共和国总统于2004年和2007年发表的公开讲话，指责两名申诉人分别创设了一个黑手党式的腐败系统并与国家安全委员会(克格勃)有关联。当事人在摩尔多瓦法院提起的污蔑或诽谤诉讼被驳回，因为这些法院认为上述讲话是总统在履行公务时作出的，因此属于豁免所涵盖的范围。申诉人则辩称，总统的诽谤性言论不是以其总统身份、而是在其之外以政党领袖的身份作出的。尽管法院考虑到，从绝对意义上讲，一名国家元首的言论可以被豁免涵盖，且没有去认定该案中的发言是官方行为还是私人行为，但法院的确强调国内法院有必要确证受指摘的言论是否是在履行公务时作出的，特别是要铭记到对摩尔多瓦共和国总统在履行公务时实施的行为所给予的豁免是永久性的，不会在其离职时终止。从这个角度看，法院已经就是否需要确立行为的官方或私人性质，包括行为是否自始明确表现为官方性质，启动了重要辩论。本报告也应将这一辩论情况考虑在内。

48. 在本节结束时，需要注意的是前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭于1997年10月29日就布拉什基奇案作出的判决，该判决在述及属事豁免时经常被引用。<sup>67</sup>该判决是应克罗地亚的请求在审查第二审判分庭1997年7月18日的裁决时作出的，裁决命令一名克罗地亚官员到庭应讯并出具某些官方文件供法庭使用(传唤)。上诉分庭认定被传唤的官员是在行使国家公务职能时行事，其行为不归属于本人，而是归属于国家(以官方身份实施的行为)；<sup>68</sup>因此，这些行为不属于“以私人身份行事的个人”所实施的行为(以私人身份实施的行为)。<sup>69</sup>

## (二) 国家司法实践

49. 国家法院的实践对于界定“以官方身份实施的行为”的概念特别重要，因为国家法院是必须对可能受国家官员的外国刑事管辖豁免影响的案件作出裁决的司法机构。国家法院裁决所涉的某些行为，

<sup>66</sup> 见乌雷凯安和帕夫利琴科诉摩尔多瓦共和国案，第27756/05和第41219/07号，2014年12月2日。

<sup>67</sup> 检察官诉蒂霍米尔·布拉什基奇案，第IT-95-14-AR 108号案，应克罗地亚共和国要求审查第二审判分庭1997年7月18日裁决的判决，判决，上诉分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，1997年10月29日，《国际法汇编》，第110卷，第668页；www.icty.org。

<sup>68</sup> 同上，第38段。

<sup>69</sup> 同上，第49段。

从属事豁免的角度来看，可能属于豁免范围。下文将讨论这种实践，使用的方法与第三次报告中所用方法相同，即对处理与确定“以官方身份实施的行为”的基本特点有关问题的刑事诉讼程序和民事案件的结果进行审查。这种分析有两个目的。第一，确定哪些行为形式在实践中被称为应属于豁免范围，从而可被视为“以官方身份实施的行为”的初步证据。第二，设法找出这种行为形式有哪些共同特点，可被视为用以确定以官方身份实施的行为的准则。

50. 关于刑事诉讼程序，首先值得注意的是，援引豁免仅仅针对少数几类刑事犯罪行为。在多数案件中，这类行为是国际法范畴内的犯罪行为，包括酷刑、大规模杀戮、灭绝种族、法外处决、强迫失踪、强迫怀孕、驱逐、剥夺战俘地位、奴役和强迫劳动、恐怖行为等。<sup>70</sup>有时提及这些罪行时采用具体罪名，而在其他案件中则笼统地提及危害人类罪、战争罪以及系统性地严重侵犯人权的行為。<sup>71</sup>其次，法院也

<sup>70</sup> 荷兰，关于劳特尔案，特别最高法院，1949年1月12日的判决，《国际法汇编》，第16卷，第526页起，详见第553页(在丹麦的德国占领部队犯下的罪行)；以色列，以色列司法部长诉阿道夫·艾希曼案，耶路撒冷地区法院(第40/61号案)，1961年12月12日的判决，以及上诉法庭，1962年5月29日的判决，《国际法汇编》，第36卷，第18和第277页(第二次世界大战期间犯下的罪行，包括战争罪、危害人类罪和灭绝种族)；意大利，亚西尔·阿拉法特案(*Carnevale re. Valente—Imp. Arafat e Salah*)，最高法院，1985年6月28日的判决，《Rivista di diritto internazionale》，vol. 69 (1986) (销售武器及与赤军勾结从事恐怖行为)；新西兰，英女王诉马法和普里厄案(彩虹勇士号案)，高等法院，奥克兰登记处，1985年11月22日，《国际法汇编》，第74卷，第241页(法国武装部队和安全部队成员用轰炸彩虹勇士号船的行为，导致船只沉没，数人死亡；这些行为被称为恐怖行为)；德国，叙利亚驻德意志民主共和国前大使案，德国联邦最高法院，德国宪法法院，1997年6月10日的判决，《国际法汇编》，第115卷，第595页(案件审查了针对一名前大使的法律行动，据称该大使曾在外交馆舍内存放武器，这些武器后来被用于恐怖行为)；荷兰，鲍特瑟案，R 97/163/12 Sv和R 97/176/12 Sv，阿姆斯特丹上诉法院，2000年，《Yearbook of International Humanitarian Law》，vol. 3 (2000)，第682页(酷刑、危害人类罪)；法国，卡扎菲案，巴黎上诉法院，2000年10月20日的判决，以及最高法院，2001年3月13日的判决，《国际法汇编》，第125卷，第490和第508页(下令使用炸药致使一架飞机坠毁，造成170人死亡，被认为是恐怖行为)；塞内加尔，检察官诉侯赛因·哈布雷案，达喀尔上诉法院，2000年7月4日的判决，以及最高法院，2001年3月20日的判决，《国际法汇编》，第125卷，第571和第577页(酷刑行为和危害人类罪)；比利时，沙仑和亚龙案，布鲁塞尔上诉法院，2002年6月26日的判决，《国际法汇编》，第127卷，第110页(战争罪、危害人类罪和灭绝种族)；瑞士，A.诉联邦检察官办公室案(内扎尔案)，瑞士联邦刑事法院(第BB.2011.140号案)，2012年7月25日的判决(酷刑和其他危害人类罪)。

<sup>71</sup> 美国，关于无名氏案，860 *Federal Reporter* 2d 40 (第二巡回法庭，1988年)(侵害法轮功友人权的行為)。

审理由武装部队或安全机构成员实施的、不属于上述类别的其他行为,包括虐待、滥用权力、非法拘留、绑架、无视司法的行为以及与警务和执法有关的行为。<sup>72</sup>最后,涉及转移和非法挪用公共资金、洗钱和其他与腐败有关的行为、贩毒等行为时,也有人声称自己享有豁免。<sup>73</sup>关于民事程序,应该指出的是,在多数案件中,援引豁免涉及关于上文提及的一些犯罪行为造成的损害的指控,<sup>74</sup>但在一些案件中,民事

<sup>72</sup> 德意志联邦共和国,边界卫兵案,德国联邦刑事法院,1992年11月3日的裁决(第5 StR 370/92号案),《国际法汇编》,第100卷,第364页(一名德国青年试图穿越所谓柏林墙时被德意志民主共和国边界卫兵开枪打死);爱尔兰,诺伯特·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, 第121页(原告被国家官员拘禁时的非正常情形);联合王国,库尔茨·巴特诉德意志联邦法院案, [2011] EWHC 2029 (Admin.) (绑架和非法拘禁)。

<sup>73</sup> 美国,美国诉诺列加案,美国上诉法院,第十一巡回法庭,1997年7月7日的判决(诺列加任巴拿马武装部队司令期间将国际毒品贩运至美国);法国,巴黎上诉法院,2013年6月13日和2015年4月16日的判决。

<sup>74</sup> 美国,菲律宾共和国诉马科斯等人案,美国上诉法院,第二巡回法庭,1986年11月26日的判决, 806 *Federal Reporter* 2d 344 (利用权力挪用大笔属于菲律宾政府和人民的资金);萨尔塔尼诉里根等人案,哥伦比亚特区地区法院,1988年12月23日的判决, 702 *Federal Supp.* 319(美国空军对利比亚目标进行轰炸,造成人员伤亡和财产损失;英国当局允许使用其境内的基地进行轰炸,因而也受到起诉);美国,赫贝奇诉米斯案,哥伦比亚特区地区法院,1990年9月20日的判决, 747 *Federal Supp.* 60 (DDC 1990), 《国际法汇编》,第98卷,第101页(引渡一名英国公民到美国;被告声称执行引渡的国家官员实施了非法行为);美国,希劳等人诉马科斯案,美国上诉法院,第九巡回法庭,1994年6月16日的判决, 25 *Federal Reporter* 3d 1467 (1971年情报官员在执行马科斯总统宣布的军法时实施酷刑、即决处决、造成失踪等行为);美国,拉丰唐诉阿里斯蒂德案,美国纽约东区地区法院,1994年1月27日的判决, 844 *Federal Supp.* 128 (关于海地安全部队执行阿里斯蒂德总统的命令法外杀戮一名海地国民的指控);爱尔兰,麦克埃利希尼诉威廉姆斯案,最高法院,1995年12月15日,《国际法汇编》,第104卷,第691页(一名爱尔兰公民穿越北爱尔兰与爱尔兰共和国边界时被一名英国士兵迫害、拘禁和虐待);美国,卡迪奇诉卡拉季奇案,美国上诉法院,第二巡回法庭,1995年10月13日的判决, 70 *Federal Reporter* 3d 232(波斯尼亚内战期间,以系统性侵犯人权的方式,作为灭绝种族活动的一部分实施的绑架、强迫卖淫、强迫怀孕、酷刑、即决处决等行为);希腊,维奥蒂亚区诉德意志联邦共和国案,莱瓦贾一审法院,1997年10月30日的判决(德国占领部队在第二次世界大战期间在维奥蒂亚区迪斯托莫镇对平民及其财产实施的罪行);加拿大,贾菲诉米勒等人案,安大略上诉法院,1993年6月17日的判决,《国际法汇编》,第95卷,第446页(美国政府官员在企图引渡原告失败后在加拿大进行绑架并将其绑架至佛罗里达);美国,甲、乙、丙、丁、戊、己诉江泽民案,伊利诺伊北区地区法院,2002年10月21日(对法轮功友实施酷刑、灭绝种族、侵犯生命权、自由和人身安全、思想自由、良心自由和宗教自由等行为;因相关人员接受了国务院建议的豁免,因此美国法院没有作出裁决);意大利,费里尼

管辖豁免也被延伸使用于非刑事性质的行为,例如不偿还债务、不履行个人义务以及因事故造成人身伤害等。<sup>75</sup>在所有案件中,豁免问题都与被告作为国家官员的实际地位或所称地位有关。<sup>76</sup>

51. 国家法院对豁免问题的反应各不相同。根据所分析的司法裁决无法得出结论认为国家法院统一采用了一致的做法。相反,这些裁决是以不同的法律方法和推理为依据的,国家法院在这些裁决中考虑到被告作为国家官员的地位、援引豁免所针对的行为性质以及在一些情况下法院地国或官员所属国政府当局的立场。

52. 关于国家法院给予属事豁免的案件,大多数司法裁决都以官员的地位及该官员的行为归于国家行为的性质为依据。在这方面,有必要转载特别报告员在其第三次报告中的意见:<sup>77</sup>

诉德国案,最高法院,2004年3月11日的判决,《国际法汇编》,第128卷,第658页(一名意大利公民被递解到德国,被强制劳动和剥夺战俘地位);加拿大,布扎里等人诉伊朗伊斯兰共和国案;加拿大检察总长等人参加诉讼,安大略上诉法院,2004年6月30日的判决, CanLII 871, 71 OR (3d) 675 (*Ontario Reports*, 3rd Series) (绑架、非法拘禁、酷刑和死亡威胁);美国,阿里·萨阿杜拉·贝勒哈斯等人诉摩西·亚阿隆案,美国上诉法院,哥伦比亚特区巡回庭,2008年2月15日的判决, 515 *Federal Reporter* 3d 1279 (1996年轰炸坎纳时在联合国驻地造成的人员伤亡)。

<sup>75</sup> 法国,梅莱里奥诉西班牙前女王伊莎贝拉·德·波旁案,巴黎上诉法院,1872年6月3日的判决, *Recueil général des lois et des arrêts: 1872*, part II, 第293页(被告获得珠宝而不付钱款);法国,赛义德·阿里·本·哈蒙德,拉希德王子诉维尔辛斯基案,塞纳民事法庭,1916年7月25日的判决, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol.15, 1919, 第505页(拒付按摩费);法国,埃及前国王法鲁克诉克里斯汀·迪奥案,巴黎上诉法院,1957年4月11日的判决, *Journal du droit international* 84, No. 1 (1957), 716-718页(前国王法鲁克拿到衣服而不付钱款);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,《国际法汇编》,第47卷,第275-277页(以私人身份租房);美国,崔迪安诉菲律宾国家银行和另一方案,美国上诉法院,第九巡回法庭,1990年8月29日的判决, 912 *Federal Reporter* 2d 1095(有争议的行为是欠原告的钱款未付,原因是菲律宾政府在马科斯总统统治结束后设立的善治委员会发出命令阻止付款);美国,琼奎斯特诉谢赫·苏丹·本·哈利法·阿勒纳哈扬案,美国哥伦比亚特区地区法院,1996年9月20日的判决, 940 *Federal Supp.* 312 (1996) (原告之女应被告邀请参加一次私人郊游时脑部受到损伤,被告未支付其曾经承诺支付的医药费)。

<sup>76</sup> 特别报告员在第三次报告中分析了在外国法院中对各类国家官员提起诉讼的情况。见《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分), A/CN.4/673号文件,第31-33段。

<sup>77</sup> 见同上,第34和第35段。原文脚注得以保留,但在本报告里予以重编号码,并予以简化。

34. ……在给予外国官员属事刑事豁免的情况下，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，上议院在一起针对沙特官员的诉讼中认定“所有被告个体在有关时刻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>78</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，以及其负责人，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>79</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在履行其职位的职责和职能”。<sup>80</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>81</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>82</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>83</sup> 和“作为国家的代理人或媒介行事”。<sup>84</sup> 根据这一原则，与之相反，几家美国法院认为“对一名在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>85</sup>

<sup>78</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] (康希尔的宾厄姆勋爵，第11和第13页)。

<sup>79</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，《国际法汇编》，第65卷，第193页。

<sup>80</sup> 爱尔兰，施密特诉联合王国政府内政大臣案(见上文脚注72)。

<sup>81</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，*Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, No. 292 (2004)，第1096页。

<sup>82</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 de la chambre criminelle*, No. I (2010)，第41页，第9号案。

<sup>83</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 *Federal Supp.* 2d 284。

<sup>84</sup> 美国，阿里·萨阿杜拉·贝勒哈斯等人诉摩西·亚阿隆案(见上文脚注74)。

<sup>85</sup> 美国，鲁克米尼·S·克兰等人诉金子泰之等人案，最高法院，纽约郡，1988年10月31日的判决，141 *New York Miscellaneous Reports* 2d 787；崔迪安诉菲律宾国家银行和另一方案，美国上诉法院，第九巡回法庭，1990年8月29日的判决(见上文脚注75)；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，美国上诉法院，第九巡回法庭，1994年6月16日的判决，25 *Federal Reporter* 3d 1467；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

53. 在一些案件中，法院不仅依据有关行为是代表国家行使的作出裁决，而且也就行为的性质作出裁决，强调这些行为是行使政府权力时实施的，或者是主权行为，并指出这些行为是在执行公务。<sup>86</sup> 在这方面，美国一家法院裁定，参与规划和执行轰炸利比亚行动的文职官员和军事官员是在执行总司令(里根总统)的命令以官方身份行事，因此享有豁免。<sup>87</sup> 瑞士法院审理一个案件时裁定，属事豁免只能用于“执行公务时实施的行为”。<sup>88</sup>

54. 在一些案件中，国家法院对“国家主权活动”的含义作出了裁决，并将其与统治权行为概念相联系。在德国的一起案件中，联邦最高法院认为“根据德国公法行使警察权力无疑是国家主权活动的一部分，应被称为统治权行为。因此，行使这种权力不能被排除在豁免范围之外”。<sup>89</sup> 在另一起案件中，德国宪法法院认为，与对外事务和军事权力、立法、警察权力的行使以及司法有关的活动是属于“国家权力范围”的行为。<sup>90</sup> 同样，被美国一家法院列为“严格

尔蒂斯诉埃克托尔·格拉马乔案，美国马萨诸塞州地区法院，1995年4月12日的判决，886 *Federal Supp.* 162；以及巴沃尔·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 *Federal Supp.* 1189。

<sup>86</sup> 在这方面，在卡扎菲案(见上文脚注70)中，巴黎上诉法院在2000年10月20日的判决中提及“政府当局或公共行政的行为”，并认为由于所指控的罪行构成国际罪行，因此不属于“国家元首的职能”范围。法院以这一论点为依据，认定这种行为构成豁免的例外。随后，最高法院在2001年3月13日的判决中允许豁免，其裁决的依据是所援引的例外是不存在的。然而，最高法院对巴黎上诉法院先前对这些行为的定性保持了沉默。在埃丽卡号船案和马耳他海事当局案(财政部司法官案，上文脚注81)中，使用了“政府权力行为”和“以国家主权为基础的行为”的术语，与简单的“管理行为”(所举的行使国家职能的例子有让船只悬挂旗子、签发和保持航行执照——这些都是国家的行政行为——以及监测悬挂本国国旗的船只情况的义务)形成对照。

<sup>87</sup> 美国，萨尔特尼诉里根等人案(见上文脚注74)。

<sup>88</sup> 瑞士联邦刑事法院在内扎尔案(见上文脚注70)中使用了“执行公务时实施的行为”一语。

<sup>89</sup> 德意志联邦共和国，科学教教会案(见上文脚注79)。在普罗彭德金融资产有限公司诉辛格等人案(联合王国，英格兰，上诉法院，1997年，《国际法汇编》，第111卷，第611页)中，法院作了类似的裁决，认为警察行使职能的行为从本质上来讲是政府活动的一种形式。美国的一家法院也认为警察活动是官方行为，无论多么蛮横，见沙特阿拉伯诉纳尔逊案，美国最高法院，1993年3月23日，《国际法汇编》，第100卷，第544页。

<sup>90</sup> 德意志联邦共和国，伊朗帝国案，德国联邦宪法法院，1963年4月30日，《国际法汇编》，第45卷，第57页。在洛扎诺诉意大利案(意大利，第31171/2008号案，*Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, vol. 1085 (IT 2008))中，武装部队成员的活动也被界定为官方行为，2008年7月24日的判决。

意义上的政治行为或公共行为”的有：内部行政行为，如驱逐外国人；立法行为，如国有化；与武装部队有关的行为；与外交活动有关的行为；以及公共贷款。<sup>91</sup> 法国法院则将司法行为<sup>92</sup> 以及与船只悬挂国旗有关的某些行政行为<sup>93</sup> 界定为毫不含糊的主权行为。其他一些法院将下列行为界定为行使主权的行爲：与以色列关于在被占领土设定居点的政策有关的行为、<sup>94</sup> 驱逐外国人、<sup>95</sup> 警察部队没收财产、<sup>96</sup> 发布关于在外国军事基地服务的人员活动的报告，<sup>97</sup> 乃至还有雇佣打手恐吓某一宗教团体成员的行为。<sup>98</sup>

55. 在一些案件中，情况相反，国家法院认为所涉行为超越了官方职能或国家职能的界限，因此不属于豁免涵盖范围。例如，法院认为谋杀政治对手<sup>99</sup> 或与贩毒有关的行为<sup>100</sup> 不构成官方行为。更笼统地来看，美国一法院认为“如果官员的权力受到规章的限制，则超越此限制的行动被视为个人行为，而非主权行动。官员的所作所为不是主权国家向其授权做出的”。该法院指出“外国主权豁免法并不豁免政府官员的非法行为”，因此，“官员虽具有权力身份，但没有在官方授权范围内行事，就违反了国际法，无

<sup>91</sup> 美国，维克托里诉委员案，US 336 *Federal Reporter* 2d 354 (第二巡回法庭，1964年)；《国际法汇编》，第35卷，第110页。

<sup>92</sup> 法国，莉蒂安娜·X女士案，第12-81.676号案，最高法院刑事庭，2013年3月19日的判决，*Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, No. 3 (2013)，以及米歇尔·X先生案，第13.80.158号案，最高法院刑事庭，2014年6月17日的判决，可查阅www.legifrance.gouv.fr。几家瑞士法院在A诉B案(瑞士，联邦法院，2003年，第ATF 130 III 136号案)——涉及西班牙一名法官发出的国际拘留令——中作出了类似的裁决。

<sup>93</sup> 法国，马耳他海事当局案(见上文脚注81)。

<sup>94</sup> 美国，无名氏甲诉以色列案，400 *Federal Supp.* 2d 86, 106 (DDC 2005)。

<sup>95</sup> 美国，鲁克米尼S. 克兰等人诉金子泰之等人案，美国纽约南区地区法院，1988年5月3日，685 *Federal Supp.* 386 (SDNY 1988)，《国际法汇编》，第101卷，第497页。

<sup>96</sup> 美国，第一招商公司诉阿根廷案，美国佛罗里达南区地区法院，2002年1月31日，190 *Federal Supp.* 2d 1336 (SD Fla. 2002)。

<sup>97</sup> 联合王国，霍兰诉兰彭-沃尔夫案(2000年7月20日，上议院)，[2000]，《国际法汇编》，第119卷，第367页。

<sup>98</sup> 美国，金由鸣等人诉国家安全部案，美国哥伦比亚特区地区法院，2008年6月3日，557. *Federal Supp.* 2d 131。

<sup>99</sup> 美国，莱特列尔诉智利案，美国上诉法院，第二巡回法庭，1984年11月20日，748 *Federal Reporter* 2d 790，《国际法汇编》，第79卷，第561页。

<sup>100</sup> 美国，希门内斯诉阿里斯蒂格塔案，上诉法院，第五巡回法庭，1962年，311 *Federal Reporter* 2d 547，另见《国际法汇编》，第32卷，第353页；美国诉诺列加案(见上文脚注73)。

权享有外国主权豁免法规定的豁免”。<sup>101</sup> 美国另一法院甚至更加明确地指出，越权行为不能享有主权豁免，因为行为人超出其权力范围侵犯了原告的人权。如果官员实施未经国家官方授权的行为，即如果他们不是“在其权力范围内以官方身份行事”，那么他们就不能享有豁免。<sup>102</sup> 无论如何，这种越权行为应有别于不法行为；几家法院认为，不法行为不受豁免，仅仅是因为这种行为是不法的，<sup>103</sup> 即使在所涉行为违反国际法的案件中也是如此。<sup>104</sup>

56. 然而，应该指出的是，以上各段提及的论点并非总是统一适用于单一类别的犯罪行为。相反，在一些情况下，法院承认属事豁免对于特定犯罪行为适用，而在另一些情况下，法院则裁定同样的犯罪行为不符合豁免的要求。此外，在一些案件中，同一国家的法院作出的裁决中就出现过这种情况。这种判例差异的一个重要例子是英国法院对酷刑的反应。上议院在英女王诉博街都市受薪裁判官案(皮诺切特·乌加特提讼，第3号)(皮诺切特3号案)中指出，智利前总统不能享有属事豁免，因为法院认为《禁止酷刑公约》规定缔约国有义务起诉酷刑行为，因此任何形式的豁免都不可能适用于酷刑行为。<sup>105</sup> 但这并不构成法院关于酷刑性质是否作为“以官方身份实施的行为”的最终裁决，因为上议院的七位法官中只有两位认为这种行为不构成官方行为，而其他八人认为皮诺切特将军被指控的行为含有官方地位的某些要素——尽管其中四人认为这些行为无论如何都属于

<sup>101</sup> 美国，希劳等人诉马科斯案(见上文脚注74)。法院认为酷刑、处决、造成失踪等行为是马科斯在官方授权范围之外实施的；这些行为不能被视为一外国国家机构或代理人的行为。

<sup>102</sup> 美国，无名氏甲等人诉刘淇等人案，原告甲等人诉夏德仁等人案，美国加利福尼亚北区地区法院，2004年12月8日的判决(C-02-0672 CW, C-02-0695 CW)，349 *Federal Supp.* 2d 1258。

<sup>103</sup> 加拿大，贾菲诉米勒等人案(见上文脚注74)；美国，阿根廷共和国诉阿梅拉达赫斯案，美国最高法院，1989年1月23日，488 U.S. 248 (1989)，另见《国际法汇编》，第81卷，第658页；爱尔兰，麦克埃尔夫尼诉威廉姆斯案(见上文脚注74)。

<sup>104</sup> 联合王国，“第一党代会号”案，英格兰，1981年，[1983] 1 AC 244，另见《国际法汇编》，第64卷，第307页。在琼斯诉沙特阿拉伯案(见上文脚注78)中，霍夫曼勋爵驳回了违反强行法的行为不能被视为官方行为的论点。

<sup>105</sup> 联合王国，英女王诉博街都市受薪裁判官案，皮诺切特·乌加特提讼(第3号案)，UKHL 17，[2000] 1 A.C. 147。裁决由六票对一票作出；只有戈夫勋爵认为这种行为是豁免范围内的官方行为。

犯罪行为。<sup>106</sup> 上议院在琼斯诉沙特阿拉伯案中承认几名沙特公民享有属事豁免，理由是所有被告的行为是作为沙特阿拉伯公务员或代理人履行或意在履行职责的行为，因此他们实施的所有行为，包括酷刑，都归属于国家行为，并为豁免所涵盖。<sup>107</sup> 最后，最近在FF诉检察署署长案(纳赛尔王子案)的裁决中，英国一法院适用了与皮诺切特3号案相同的理念，认为巴林国王之子、皇家卫队指挥官纳赛尔·本·哈马德·阿勒哈利法王子在酷刑罪中不享有属事豁免。<sup>108</sup> 鉴于皮诺切特案和纳赛尔王子案诉讼程序的刑事性质以及琼斯诉沙特阿拉伯案诉讼程序的民事性质，英国法院似乎对有关案件作出了不同的裁决。

57. 这些案件凸显了围绕酷刑的特殊问题，该问题在其他法院也提出过。在比利时法院审理的一起案件中，酷刑被界定为不能被视为属于正常行使国家元首职能范围内的行为，国家元首的任务之一是确保本国公民得到保护。<sup>109</sup> 荷兰一家法院表达了类似意见。<sup>110</sup> 上述关于某种形式的行为是否属于以官方身份实施的行为的分歧一般性地出现在有关国际犯罪的情况中。在若干案件中，法院认为国际法范畴内的犯罪并不属于国家职能，因此不承认豁免。然而，在其他案件中，法院认为即使这些行为非法和属于滥用权力，但它们都是明确以官方身份实施的行为，因此给予豁免。希腊的一家法院认定，武装部队犯下的罪行在国际责任中可归于国家，但在国家豁免中则不能被视为主权行为。<sup>111</sup> 还应当指出的是，在一些案件中，法院将国际法范畴内的犯罪视为豁免的例外，所依据的理由各不相同。<sup>112</sup>

<sup>106</sup> 只有布朗·威尔金森勋爵和赫顿勋爵认为酷刑不能是“公共职能”或“政府职能”。戈夫勋爵在反对意见中指出这是一种“政府职能”，其他人也表达了类似的看法：霍普勋爵（“这是犯罪行为，但也是政府行为”）、萨维尔勋爵（提及“官方酷刑”）、米利特勋爵（“公共和官方的行为”）、菲利普斯勋爵（“这是犯罪行为，也是官方行为”）。

<sup>107</sup> 联合王国，琼斯诉沙特阿拉伯案（见上文脚注78）。

<sup>108</sup> 联合王国，FF诉检察署署长案（纳赛尔王子案），高等法院，王座分庭，分院，2014年10月7日的判决，[2014] EWHC 3419 (Admin.)。这一裁决的重要意义是，裁决是作为“同意命令”发布的，即是以原告与检察署署长达成的一致意见为基础的。在一致意见中，检察署署长同意对纳赛尔王子提出的酷刑指控不在属事豁免范围之内。

<sup>109</sup> 比利时，皮诺切特案，布鲁塞尔预审法官，1998年11月6日的命令，*Journal des Tribunaux*, No. 118 (1999), 第308页。

<sup>110</sup> 荷兰，鲍特瑟案（见上文脚注70）。

<sup>111</sup> 希腊，维奥蒂亚案（见上文脚注74）。

<sup>112</sup> 安大略省上诉法院（布扎里案（见上文脚注74））从豁免例外情况的角度审查了酷刑问题，但认为此类例外无法成立。

58. 然而，值得着重指出的是，在与腐败有关的案件中，无论是转用或挪用公款、洗钱还是任何其他类型的腐败行为，国家法院一般都拒绝给予豁免权。在这方面，值得注意的是特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼格案，其中法国法院两次就豁免作出裁决，确认挪用公款和洗钱“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行为”<sup>113</sup> 以及恩圭马·奥比昂·曼格先生被指控的行为性质上与行使主权和政府权力无关，也不符合公共利益。<sup>114</sup> 根据同样的逻辑，法院不接受国家官员从事的与私人活动密切联系、谋求官员个人财富而非主权利益的行为可以得到豁免。<sup>115</sup>

59. 在一些案件中，这一问题已在所谓“国家行为学说”的框架下在国内法院提出。如上文所述，“国家行为学说”在实践中有时与严格意义上的豁免相混淆。例如，在德国联邦最高法院审理的一起案件中，被告方援引“国家行为学说”，认为该原则不允许对他们进行起诉，因为他们一直在执行某一外国的命令，为其利益行事。<sup>116</sup> 另一法院认为，根据国家行为学说，

佛罗伦萨上诉法院在费里尼案（见上文脚注74）中认定，对构成国际犯罪的行为不能援引“职能豁免”。在内扎尔案中（见上文脚注70），瑞士联邦刑事法院指出“很难承认有悖于国际法律秩序基本价值观的行为能够得到这一法律秩序规则的保护”。

<sup>113</sup> 法国，巴黎上诉法院，第七部，第二调查庭，2013年6月13日的判决。

<sup>114</sup> 法国，巴黎上诉法院，第七部，第二调查庭，关于废止的诉请，2015年4月16日的判决。引用的意见是法院在重新审查2013年6月13日判决的论据和意见之后作出的。

<sup>115</sup> 美国，美国诉诺列加案（见上文脚注73）；琼奎斯特案（见上文脚注75）。法国，梅莱里奥案（同上）；赛义德·阿里·本·哈蒙德，拉希德王子诉维尔辛斯基案（同上）；埃及前国王法鲁克诉克里斯汀·迪奥案（同上）；阿里·阿里·礼萨诉格林佩尔案（同上）。美国，特拉雅诺诉马科斯案，978 *Federal Reporter* 2d 493（第九巡回法庭，1992年），另见《国际法汇编》，第103卷，第521页；无名氏诉塞迪略·庞塞·德莱昂案，美国上诉法院，第二巡回法庭，第13-3122号，2013年8月16日；希门内斯诉阿里斯蒂格塔案（上文脚注100）；让-朱斯特诉杜瓦利埃案（1988），第86-0459 Civ号，美国佛罗里达南区地区法院，《美国国际法学报》，第82卷，第594页。瑞士，阿达莫夫诉联邦司法办公室案，2005年12月22日的判决，联邦法庭，*Schweizerisches Bundesgericht*, 132 II 81。美国，菲律宾共和国诉马科斯等人案（上文脚注74）；菲律宾共和国诉马科斯等人案（第2号）（1987和1988年），《国际法汇编》，第81卷，第608页。联合王国，海地共和国诉杜瓦利埃案 [1990] 1 QB 202，《国际法汇编》，第107卷，第490页。美国，伊朗伊斯兰共和国诉巴列维案，《国际法汇编》，第81卷，第557页（在该案中，正是美国政府通知法院，申诉不应由于适用主权豁免原则或国家行为学说而受阻）。

<sup>116</sup> 德意志联邦共和国，边界卫兵案（见上文脚注72）。被告方所指的外国系德意志民主共和国（民主德国），该国在刑事诉讼开始时已不复存在。联邦最高法院认为，由于“民主德国



“法院通常不对某一外国在其领土内的行为作出判决”；尽管如此，这并不妨碍法院认定该原则在任何情况下都不意味着“甚至连国家官员违反国家基本法律并且完全不能得到本国政府批准的行为也有适当理由被称为国家行为”。<sup>117</sup> 此外，在一些案件中，法院裁定，被看作是为官员开脱责任理由的“国家行为”原则无论在什么情况下都不能适用于国际犯罪。<sup>118</sup>

60. 最后，应当指出的是，在美国法院审理的多起案件中，批准或拒绝给予豁免所依据的不是对国家官员所实施的行为评估，而仅仅是美国当局根据普通法原则提出的豁免“建议”。<sup>119</sup> 在其他情况下，法院出于不同的原因没有对豁免作出裁定，如官员任职的国家已不复存在或所涉国家已不被视为一个国家的状况下。<sup>120</sup> 因此，此类案件与界定“以官方身份实施的行为”的识别标准无关。

### (三) 条约实践

61. 一系列多边条约的条款以不同措辞并从不同角度提到了“以官方身份实施的行为”。其中一类文书包括直接或间接提及豁免的各种联合国公约。另一类文书包括国际刑法规则范围内的普遍性和区域性条约，这些条约阐明国际法所禁止的行为，并在某些情况下在行为的定义中提及其官方性质。

62. 《维也纳外交关系公约》属于第一类文书，其依据的理解是，外交代表的管辖豁免系属人豁免，适用于其任职期间以官方身份和个人身份实施的一

已不复存在”的简单理由，该原则不能适用，上诉不予批准(第272-273页)。

<sup>117</sup> 美国，卡迪奇诉卡拉季奇案(见上文脚注74)。为使案件被驳回，被告援引了“国家行为学说”和“政治问题”作为例外情况。

<sup>118</sup> 以色列，艾希曼案(见上文脚注70)。这一裁定也与纽伦堡审判、法庭的判决和纽伦堡原则密切相关。

<sup>119</sup> 美国，拉丰唐诉阿里斯蒂德案(见上文脚注74)。美国，甲、乙、丙、丁、戊、己诉江泽民案，美国伊利诺伊北区地区法院，2002年10月21日(同上)：该案很重要，因为2003年江泽民主席的任期刚一结束，美国国会的一群民主党议员即试图重启此案，但由于国务院坚持豁免的建议而未成功。同样，在菲律宾共和国诉马科斯等人案(同上)中，法院并不甄别事实，而只是申明被告不再担任国家元首时已失去豁免，以及该国政府才是原告。在亚阿隆案(同上)中，法院考虑了以色列驻华盛顿大使的一封信，信中证实有关官员实施的行为系其在履行公务过程中所实施的。

<sup>120</sup> 在边界卫兵案(德意志联邦共和国(见上文脚注72))中考虑了国家消失的问题。此外，在亚西尔·阿拉法特案(见上文脚注70)中，意大利最高法院认为巴勒斯坦解放组织(巴解组织)不能被视为国家，因此未就豁免作出裁决。

切行为；因此，《公约》没有载列关于以官方身份实施的行为的定义。<sup>121</sup> 然而，《公约》还规定了关于使团的行政、技术和事务职员豁免的规则，这些规则将属人和属事豁免的特点结合了起来。<sup>122</sup> 《公约》还载列了某些关于严格意义上的属事豁免的规定。在这方面，应注意《公约》中可以帮助确定本报告中“以官方身份实施的行为”概念的若干规定：

(a) 虽然外交代表的管辖豁免被理解为属人豁免，因此是完全豁免，但《公约》规定了某些例外情况，据此民事和行政管辖豁免不应适用于下列情况：

关于接受国境内私有不动产之[物权诉讼]，但[外交代表]派遣国为使馆用途置有之不动产不在此列；

……关于外交代表以私人身分并不代表派遣国而为遗嘱执行人、遗产管理人、继承人或受遗赠人之继承事件之诉讼；

……关于外交代表于接受国内在公务范围以外所从事之专业或商务活动之诉讼。<sup>123</sup>

因此，此类行为是属人豁免的例外情况，此类例外情况是合理的，因为它们涉及外交代表以私人身份为自己的利益实施的行为。基于同样的逻辑，此类行为不能被视为“以官方身份实施的行为”适用《公约》也提及的外交代表属事豁免。这一规定应结合第42条所载的禁止一并解读，该条规定“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”；

(b) 行政和技术职员的豁免范围是有限的；《公约》规定他们的民事及行政管辖豁免“不适用于执行职务范围以外之行为”；<sup>124</sup>

(c) 事务职员仅“就其执行公务之行为享有豁免”；<sup>125</sup>

(d) 外交代表为接受国国民或在该国永久居留者，仅就其“执行职务之公务行为”享有豁免，<sup>126</sup> 其目的正如委员会当时所指出的那样，是确保所述的外交代表应当“享有至少使[其]令人满意地履行职责的最低限度的豁免”。<sup>127</sup> 显然，此类豁免属于属事豁免

<sup>121</sup> 第31条。

<sup>122</sup> 一般参见第37条。

<sup>123</sup> 第31条，第1款。

<sup>124</sup> 第37条，第2款。应当指出的是，豁免只适用于非接受国国民且不在该国永久居留者的行政和技术职员。

<sup>125</sup> 第37条，第3款。应当指出的是，豁免只适用于非接受国国民且不在该国永久居留者的事务职员。

<sup>126</sup> 第38条，第1款。

<sup>127</sup> 第37条的评注第(3)段，《1958年……年鉴》[英]，第二卷，详见第102页。

的范畴，此类豁免所涵盖的行为是“以官方身份实施的行为”；

(e) 外交代表及行政、技术和事务职员任期结束时，豁免即告终止，尽管《公约》规定“关于其以使馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效”。<sup>128</sup> 此类豁免是属事豁免，仅适用于使馆人员行使职能的具体行为，因此应被视为本报告中“以官方身份实施的行为”。

63. 因此，可以得出结论认为，根据《维也纳外交关系公约》，“以官方身份实施的行为”是使团人员“执行职务”的行为。然而，《公约》没有确认哪些具体行为应被视为“以官方身份实施的行为”，但从相反意义上来看，唯一的例外情况是第31条第1款和第42条所述的行为，此类行为应被视为私人行为。在其他情况下，“以官方身份实施的行为”是通过参照使团本身的职务和使团内官员的职务加以界定的，这意味着某一行为是否属于该行为类别必须逐案加以确定。《公约》除了在第3条第1款提及外交使团的职能和使团成员的活动外，并未为此规定明确的规则。关于使团成员的具体职能，应该铭记的是，《公约》有些语焉不详，且没有列出确定这些职能的一般因素，而只是用含糊的措辞提到“使馆行政及技术事务”和“使馆仆役”。<sup>129</sup> 然而，《公约》在提到外交使团的职能时采用的措辞就更为明确，外交使团的职能如下所列：

(甲) 在接受国中代表派遣国；

(乙) 于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益；

(丙) 与接受国政府办理交涉；

(丁) 以一切合法手段调查接受国之状况及发展情形，向派遣国政府具报；

(戊) 促进派遣国与接受国间之友好关系，及发展两国间之经济、文化与科学关系。

使团还可以执行领事职务。<sup>130</sup> 虽然这份清单列入了属于“以官方身份实施的行为”的一系列性质非常不同的具体行为，但毫无疑问的是，此类行为必须是履行上述职能所必需的，必须具有明确的公共和官方性质，而且在行为人系外交代表的情况下，必须与主权的概念和行使政府权力要素密切相关。

64. 《特别使团公约》<sup>131</sup> 和《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》<sup>132</sup> 采用了类似于上文概述的模式。而《维也纳领事关系公约》则更清楚地反映了豁免与代表国家行使具体职能之间的联系，因为该《公约》规定，豁免只涵盖“为执行领事职务而实施之行为”。<sup>133</sup> 此外，管辖豁免并不适用于“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生”之民事诉讼。<sup>134</sup> 虽然该《公约》与上述两部《公约》一样，没有列出应被视为“以官方身份实施”的行为——也就是说，这些行为还必须参照第5条所列的领事职能逐个确定——<sup>135</sup> 但事实

<sup>131</sup> 《特别使团公约》将“行为的官方性质”与行为是为行使使团和使团成员特定职能而实施的这一事实联系在一起，包括上述有关禁止国家代表及该团外交职员“在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动”的限制性规定(第48条)，以及关于特别使团内的派遣国代表及该国外交职员为接受国国民或在该国永久居留者仅就“其执行职务之公务行为”(第40条第1款)享有豁免的限制性规定。但是，与《维也纳外交关系公约》的情况一样，《特别使团公约》没有载列一份“官方行为”清单。此外，其对特别使团职能的界定比对外交使团职能的界定更加笼统和不明确；只说明特别使团“[由]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”(第1条(a)项)。因此，结论必然是，根据该《公约》的规定，“以官方身份实施的行为”也必须采用“官方性质”和“职务性质”的标准逐案确定。由于特别使团本身的性质，这两项标准的界定更不明确，尽管此类行为仍需与履行公务和国家主权联系在一起。

<sup>132</sup> 《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》考虑到与上述相同的因素，从中可以得出结论，即在履行使团或代表团职能过程中实施的官方行为是承认属事豁免的前提(第30条、第36条第2款、第36条第3款、第60条、第66条第2和第3款)。《公约》禁止团长和外交职员“在东道国从事任何私人营利的专业或商业活动”，更突出了可以被此类豁免涵盖的行为的官方和职务层面(第39条第1款)。该《公约》还规定，为东道国国民或永久居民者仅得就其“执行职务时的公务行为”享有不受管辖的豁免(第37条；另见第36条)。然而，该《公约》与《特别使团公约》一样，并未载列何为“以官方身份实施的行为”清单，这意味着必须采用上述“官方性质”和“职务性质”标准逐案确定这些行为。

<sup>133</sup> 第43条，第1款。

<sup>134</sup> 第43条，第2款第(1)项。

<sup>135</sup> 《维也纳领事关系公约》第5条列出了如下领事职务：(一) 于国际法许可之限度内，在接受国内保护派遣国及其国民——个人与法人——之利益；(二) 依本公约之规定，增进派遣国与接受国间之商业、经济、文化及科学关系之发展，并在其他方面促进两国间之友好关系；(三) 以一切合法手段调查接受国内商业、经济、文化及科学活动之状况及发展情形，向派遣国政府具报，并向关心人士提供资料；(四) 向派遣国国民发给护照及旅行证件，并向拟赴派遣国旅行人士发给签证或其他适当文件；(五) 帮助及协助派遣国国民——个人与法人；(六) 担任公证人，民事登记员及类似之职司，并办理若干行政性质之事务，但以接受国法律规章无禁止之规定为限；(七) 依接受国法律规章在接受国境内之死亡继承事件中，保护派遣国国民——个人与法人——之利益；(八) 在接受国法律规章所规定之限度内，保护为派遣国国民之未成年人及其他无充分行为能力人之

<sup>128</sup> 第39条，第2款。

<sup>129</sup> 第1条，(己)项和(庚)项。

<sup>130</sup> 第3条，第1和第2款。

仍然是，由于该条列出了更为具体的领事职能，因此有可能更确切地界定应属于“以官方身份实施的行为”的某些行为。无论如何，毫无疑问的是，这些职能是政府权力的表现，与国家主权相关。最后，应当指出的是，《公约》不承认对领事官员的刑事管辖豁免，<sup>136</sup> 尽管这并不排除上文概述的因素作为界定“以官方身份实施的行为”概念的指导性要素。

65. 在结束对第一组多边公约的分析时，应该指出的是，在界定“以官方身份实施的行为”时可以考虑到《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，特别是因为如委员会所阐明的那样，应从属事豁免角度理解该《公约》第2条第1款所提及的“国家及其政府的各种机关”和“以国家代表身份行事的国家代表”。<sup>137</sup> 但在本报告中，应对该《公约》条款作细微分析，同时特别考虑到两个方面，即：(a) 该《公约》不适用于刑事管辖；<sup>138</sup> (b) 统治权行为与管理权行为之间的根本区别与本报告所审查的“以官方身份实施的行为”和“以私人身份实施的行为”之间的区别不具有可比性。即便如此，该《公约》对我们的分析也有意义，原因是为确定国家豁免，该《公约》着重将国家官员所实施的行为归属于国家，并要求在行为与

利益，尤以须对彼等施以监护或托管之情形为然；(n) 以不抵触接受国内施行之办法与程序为限，遇派遣国国民因不在当地或由于其他原因不能于适当期间自行辩护其权利与利益时，在接受国法院及其他机关之前担任其代表或为其安排适当之代表，俾依照接受国法律规章取得保全此等国民之权利与利益之临时措施；(o) 依现行国际协定之规定或于无此种国际协定时，以符合接受国法律规章之任何其他方式，转送司法书状与司法以外文件或执行嘱托调查书或代派遣国法院调查证据之委托书；(p) 对具有派遣国国籍之船舶，在该国登记之航空机及其航行人员，行使派遣国法律规章所规定之监督及检查权；(q) 对本条第(p)款所称之船舶与航空机及其航行人员给予协助，听取关于船舶航程之陈述，查验船舶文书并加盖印章，于不妨害接受国当局权力之情形下调查航行期间发生之任何事故及在派遣国法律规章许可范围内调解船长船员与水手间之任何争端；(r) 执行派遣国责成领馆办理而不为接受国法律规章所禁止或不为接受国所反对或派遣国与接受国间现行国际协定所订明之其他职务。”

<sup>136</sup> 但是，《公约》规定所有刑事诉讼进行时，“应顾及[该领事官员]所任职位予以适当之尊重，……并尽量避免妨碍领事职务之执行”(第41条第3款)。《公约》对受刑事管辖的“名誉领事官员”作出了同样规定(见第63条)。

<sup>137</sup> 在这方面，委员会关于1991年二读通过的国家及其财产管辖豁免条款草案第2条(第(6)、(8)和第(17)段)及第3条(第(1)段)的评述具有相关性。见《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页起。大会在2004年12月2日第59/38号决议中通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

<sup>138</sup> 在这方面，见委员会2013年暂时通过的条款草案第3条的评注，特别是第(4)段和脚注267，《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第49页。

国家行使主权之间有明显联系时，该行为才能享有豁免。

66. 在国际刑法方面，首先应注意的是《禁止酷刑公约》，其中将行为的官方性质作为界定酷刑本身的要素之一，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，结尾处)。该《公约》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，在确立国家有义务在本国法律中将酷刑定为犯罪时，《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>139</sup> 禁止酷刑委员会在其一般性意见<sup>140</sup> 中对这些规定作出解释时表示，被禁止的行为是由“在法律上或事实上以缔约国的名义……行事的所有人”、<sup>141</sup> 由“其官员和代表其行事的人”<sup>142</sup> 或由“国家当局或以官方身份行事的其他人”<sup>143</sup> 实施的，指出这些人是“负责执行国家的职能，因而……是以官方身份行事”。<sup>144</sup> 此外，该委员会还在其第3号一般性意见中，在表示给予特定人员豁免权与《公约》规定冲突之时，使用了国家“代理人”一词<sup>145</sup> 因此，初步看来，行为的官方性质是一种不可否认的酷刑要素。

67. 《美洲防止和惩处酷刑公约》也包含“官方性质”的要素，让人注意到与国家的联系以及行为的官方性质，尽管该《公约》并未将公职人员的参与作

<sup>139</sup> 除这些明确提及官员和政府当局之处外，关于采取培训措施防止酷刑的第10条第1款还提到了下列类别的人员：“可能参与拘留、审讯或处理遭到任何形式逮捕、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>140</sup> 在关于第3条执行情况的第1号一般性意见(1997年)第3段和第8(b)段中，禁止酷刑委员会提到了“公职人员或以官方身份行事的其他人”(见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)，附件九)。在关于第2条执行情况的第2号一般性意见(2008年)中，该委员会提到了“官员和……以官方身份行事的其他人”(第15段)和“官员”(第18段)(同上，《……第六十三届会议，补编第44号》(A/63/44)，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，该委员会提到了“国家当局或以官方身份行事的其他人”(第7段)和“公职人员”(第18段)(见同上，《……第六十八届会议，补编第44号》(A/68/44)，附件十)。

<sup>141</sup> 第2号一般性意见(见上注)，第7段。

<sup>142</sup> 同上。

<sup>143</sup> 同上，第18段；另见第3号一般性意见(上文脚注140)，第7段。

<sup>144</sup> 第2号一般性意见(上文脚注140)，第17段。

<sup>145</sup> 第3号一般性意见(上文脚注140)，第42段。

为犯罪定义的要件之一。<sup>146</sup> 然而，有可能犯下酷刑罪的人员清单显示了公职人员参与是将行为确定为酷刑所需的要件：

(a) 公务员或以公务员身份行事的雇员命令、唆使或诱导使用酷刑，或者直接实施酷刑，或者有能力防止酷刑却未这样做。

(b) 受(a)项所述之公务员或雇员唆使的人命令、唆使或诱导使用酷刑，直接实施酷刑，或者是其共犯。<sup>147</sup>

68. 公职人员与酷刑行为之间的必要联系似乎在国际刑事法院《罗马规约》中被打破。《规约》将酷刑划分为危害人类罪<sup>148</sup>和战争罪，<sup>149</sup>但没有具体说明什么人可以被视为实施酷刑罪的主体，这有可能导致得出这样的结论，即与国家的联系以及行为的官方性质不再是一行为被认定为酷刑所需的要素。<sup>150</sup>然而，要想使该结论成立，必须对其作出限定。因此，在酷刑作为危害人类罪时，应当注意该行为必须是“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，……作为攻击的一部分而实施的”。<sup>151</sup>与此相似，在酷刑作为战争罪时，必须是“作为一项计划或政策的一部分所实施的行为，或作为在大规模实施这些犯罪中所实施的行为”。<sup>152</sup>下文将讨论这两种情形的影响。<sup>153</sup>

69. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》也与此有关。该《公约》采取与《罗马规约》同样的办法，将强迫失踪定义为：

由国家代理人，或得到国家授权、支持或默许的个人或组织，实施逮捕、羁押、绑架，或以任何其他形式剥夺自由的行为，并拒绝承认剥夺自由之实情，隐瞒失踪者的命运或下落，致使失踪者不能得到法律的保护。<sup>154</sup>

<sup>146</sup> 见第2条。

<sup>147</sup> 见第3条。

<sup>148</sup> 见第七条第(一)款第6项。

<sup>149</sup> 见第八条第(二)款，第1项第(2)目和第3项第(1)目。

<sup>150</sup> 同样，《犯罪要件》中提及这些犯罪的章节并未提到犯罪行为人的公职身份。见《〈国际刑事法院罗马规约〉缔约国大会正式记录，第一届会议，2002年9月3日至10日，纽约》(联合国出版物，出售品编号：C.03.V.2及更正)，第二部分，B节，以及《〈国际刑事法院罗马规约〉审查会议正式记录，2010年5月31日至6月11日，坎帕拉》(国际刑事法院出版物，RC/9/11号文件)，第RC/Res.5号决议。

<sup>151</sup> 见《罗马规约》第七条第(一)款起首部分、第七条第(二)款第1项，以及《犯罪要件》(见上注)第7条导言部分第3段。

<sup>152</sup> 见第八条第(一)款。

<sup>153</sup> 见下文第72段。

<sup>154</sup> 第二条。

70. 这类犯罪行为的“官方性质”也反映在《美洲被迫失踪人员公约》中，该《公约》将强迫失踪定义为

国家的代理人或得到国家授权、支持或默许行事的个人或群体所实施的以任何方式剥夺一人或多人自由，并且不提供信息或者拒绝承认剥夺自由的事实或拒绝提供关于失踪者下落的信息，从而阻碍其获得适用的法律救济和程序保障的行为。<sup>155</sup>

71. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》没有将行为人的“官方身份”作为犯罪定义的要件。但是，该《公约》第四条明确规定，罪行可能由“(依宪法负责的)统治者、公务人员或私人”实施。因此可以认为，在特定情形下，这种犯罪可以视为“以官方身份实施的行为”。此外，毋庸置疑的是，正如委员会自身工作所表明的那样，如果没有国家的参与、支持或同意，灭绝种族罪所涉及的一系列行为是难以实施的。<sup>156</sup>

72. 对国际刑事法院《罗马规约》的分析也有助于将某些犯罪归类为“以官方身份实施的行为”。正如上文所指出的那样，《规约》规定，被认定为危害人类罪的行为必须是“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击……的一部分而实施的”，而这种“攻击”是指“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施[危害人类罪]的行为过程”。<sup>157</sup>这种政策要求“国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为。”<sup>158</sup>因此，实施《罗马规约》第七条第(一)款所列犯罪可以被视为本报告意义上“以官方身份实施的行为”。

73. 然而，行为的官方性质在《罗马规约》第八条之二关于侵略罪的定义中体现得最为明显。根据该条款，侵略罪是“领导人犯罪”，只能由“能够有效控制或指挥一个国家的政治或军事行动的人”实施，并且涉及指挥官或领导人实施的与“侵略行为”有关的一系列行为，<sup>159</sup>根据《规约》，这些行为是指“一国使用武力或以违反《联合国宪章》的任何其他方式侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立的行为。”<sup>160</sup>总

<sup>155</sup> 第二条。

<sup>156</sup> 见下文第91和第93段。

<sup>157</sup> 第七条第(一)款起首部分和第七条第(二)款第1项。

<sup>158</sup> 《犯罪要件》(见上文脚注150)第7条导言部分第3段。

<sup>159</sup> 第八条之二，第(一)款。与此相似，见《犯罪要件》，“侵略罪”，第2款(见上文脚注150)。

<sup>160</sup> 第八条之二，第(二)款。《犯罪要件》(见上文脚注150)中重申了该定义，规定“侵略行为”必须已经实施(第3款)。

之，看起来唯一可能的结论是，《罗马规约》所界定的侵略罪必须被视作“以官方身份实施的行为”。

74. 最后，有必要提及各种普遍性和区域性反腐败公约。《联合国反腐败公约》针对国家官员有可能实施的各种腐败行为作出了规定。所有此类行为都与这些人的官方职能直接有关，但实施的目的在于“公职人员为其本人或者其他人员或实体”获取“不正当好处”。<sup>161</sup> 还应指出的是，虽然是从内部角度，但该《公约》提到了国家官员豁免问题。在这方面，公约对每个缔约国施加了以下义务：

根据本国法律制度和宪法原则采取必要措施以建立或者保持这样一种适当的平衡：即既照顾到为公职人员履行其职能所给予的豁免或者司法特权，又照顾到在必要时对根据本公约确立的犯罪进行有效的侦查、起诉和审判的可能性。<sup>162</sup>

75. 《美洲反腐败公约》也处理了由“履行公职的政府官员或个人”实施的与国家委托其履行职责有关的腐败行为。同样，实施这样的行为必须是为“其本人或其他人或实体”获取“具有金钱价值的物品或其他利益，如礼品、优待、承诺或好处”之目的，或者就是简单地“非法为本人或第三方获取利益”。<sup>163</sup> 还应指出的是，该《公约》明确规定任何此类行为都不能单纯因为获取的财物是用于政治目的或行为的实施是出于政治动机或目的而构成“政治犯罪或与政治犯罪有关的普通犯罪”。<sup>164</sup>

76. 《欧洲委员会反腐败刑法公约》也将某些腐败行为界定为各国必须作为犯罪惩处的行为。实施这些行为的是本国或外国“公职人员”、本国或外国议会成员或国际大会成员、国际性法院的法官或官员。与上述两部公约的规定一样，这些行为既涉及履行公务职能也涉及意图要件，即实施腐败行为的目的是“为其本人或任何其他人”获取“不正当好处”。<sup>165</sup> 《公约》还提到了豁免问题，这次是从国际角度规定“在

<sup>161</sup> 第十五条第(-)项。该《公约》提到了下列犯罪：(a) 贿赂本国公职人员(第十五条)；(b) 贿赂外国公职人员和国际组织官员(第十六条)；(c) 公职人员贪污、挪用或以其他方式侵犯财产(第十七条)；(d) 影响力交易(第十八条)；(e) 滥用职权(第十九条)；(f) 资产非法增加(第二十条)；(g) 私营部门内的贿赂(第二十一条)。

<sup>162</sup> 第三十条第二款。

<sup>163</sup> 第六条(b)-(c)项，其中对腐败行为进行了定义。对第十一条中题为“逐渐发展”的部分所列的若干犯罪，也设定了同样的意图条件。见第八条(跨国贿赂)和第九条(非法致富)。

<sup>164</sup> 第十七条。

<sup>165</sup> 第2-6和第9-11条。

撤回豁免方面，《公约》的规定不妨碍任何条约、议定书或规约及其执行文本的规定”。<sup>166</sup> 欧洲委员会将这项模糊规定解释为承认缔约国在试图对《公约》所述的犯罪行使管辖权时有义务执行该国不管是基于条约还是习惯法而应遵循的关于特权和豁免的规定，在涉及“公共国际组织或超国家组织……国际议会大会成员……以及各国际性法院的法官和官员”时尤其如此。<sup>167</sup>

77. 最后，《非洲联盟预防和打击腐败公约》也设想公职人员在履行其职责时因“为其本人或第三方”获取“利益”之目的而实施腐败行为的可能性。<sup>168</sup>

#### (四) 委员会的其他工作

78. 正如特别报告员在第三次报告中提到的那样，委员会以往开展的几项专题工作涉及了对豁免问题的审议，这对于界定“以官方身份实施的行为”概念有意义。虽然委员会关于国家对国际不法行为的责任条款草案的工作肯定最具有相关性，但由其审议工作而通过的《纽伦堡法庭宪章和法庭判决书确认的国际法原则》(《纽伦堡原则》)<sup>169</sup>以及1954年危害人类和平及安全治罪法草案<sup>170</sup>和1966年危害人类和平及安全治罪法草案<sup>171</sup>同样具有参考价值。此外，对委员会在国际组织的责任条款方面的工作进行分析亦有助益。<sup>172</sup>

79. 国家对国际不法行为的责任条款<sup>173</sup>与本报告的目的特别相关。一种假设是，如果要把一项行为界定为“以官方身份实施的行为”，那么这种行为与国家职能或活动的实施必须有一种可识别的联系。很明显的是，第4至第11条中所载的关于将行为归于国家的相关规定必须得到适当考虑。其中包含与“国家

<sup>166</sup> 第16条。

<sup>167</sup> *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption*, 第77段。可查阅[www.coe.int/en/web/conventions](http://www.coe.int/en/web/conventions), “Full list”项下。

<sup>168</sup> 第4条, 第1款(c)项。

<sup>169</sup> 《1950年……年鉴》[英], 第二卷, A/1316号文件, 第374页, 第95-127段。

<sup>170</sup> 《1954年……年鉴》[英], 第二卷, 第54段。

<sup>171</sup> 《1966年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第50段。

<sup>172</sup> 委员会通过的条款草案及其相关评注转载于《2011年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第87-88段。另见2011年12月9日大会第66/100号决议, 附件。

<sup>173</sup> 委员会通过的条款草案及其相关评注转载于《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第76-77段。另见2001年12月12日大会第56/83号决议, 附件。

官员”和“以官方身份实施的行为”两个概念都有关联的要素。鉴于第三次报告已经论述了与“国家官员”概念有关的要素，<sup>174</sup>本报告将仅重点论述可用于界定行为具体特征的要素。这些特征从本质上来看是在行使“政府权力要素”<sup>175</sup>或在“立法、行政、司法职能或任何其他职能”<sup>176</sup>过程中代表国家实施相关行为。

80. 委员会对上述条款的评注也有助于确定如何将一行为归于国家以及如何得出某人是代表国家行事的结论。例如，对第一部分第二章的介绍性评注阐述了下列通则：“在国际一级上归于国家的唯一行为是国际政府机关，或在其指挥、指使或控制下行事的其他人(即国家代理人)的行为。”<sup>177</sup>而且，有关系的不是该代理人在国内履行的内部职能，而是他履行的是“公共职能”并行使“公职权力”这一事实。<sup>178</sup>正如委员会在对第7条的评注中指出，核心问题是“该机构的行为是否以官方身份作出”。<sup>179</sup>委员会认为，此种行为包括“以明确的官方名义或以当局作为幌子”这两种不同情形下实施的行为。<sup>180</sup>

81. 委员会还认为，将行为归于国家的关键要素是官员必须作为国家的机关或代理人行事，不管该官员可能具有何种具体动机。应补充的是，依照第7条，“国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。”因此，即便是经授权行使政府权力要素的个人或机关的越权行为，就责任而言，也可以归于国家。然而，正如委员会指出的那样，“官员尽管违法或违背指示却以官方身份行事的情况，必须与其行为与官方职责范围相去甚远，应与等同于个人私人行为而不能归于国家的情况加以区别”。<sup>181</sup>

<sup>174</sup> 见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/673号文件，第103页，第106-110段。

<sup>175</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第76段，第5条。

<sup>176</sup> 同上，第4条，第1款。

<sup>177</sup> 同上，第44页，第一部分第二章的介绍性评注第(2)段。

<sup>178</sup> 同上，第45页，第一部分第二章的介绍性评注第(6)段。

<sup>179</sup> 同上，第53页，第7条草案的评注第(7)段。

<sup>180</sup> 同上，第49页，第4条草案的评注第(13)段。

<sup>181</sup> 同上，第52-54页，条款草案第7条及其相关评注第(7)段。委员会还引用伊朗-美国索赔法庭的措辞，申明问题是行为是否由“披着政府授权外衣者所为”(佩特罗莱恩石油公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，伊朗-美国索赔法庭，第27卷，第64页起，详见第92页(1991年))。

82. 另应回顾的是，这些条款也涵盖非国家机关或代理人实施的某些特定类型的行为，在这种情况下不可能或很难事先确认他们行使了政府权力要素。所设想的情形主要是：(a) 行为是由国家指挥或控制的(第8条)；(b) 行为是在正式当局不存在或缺席时实施的(第9条)；(c) 行为经国家确认并作为其本身的行为(第11条)。此外，也应将叛乱运动实施的行为纳入考虑，因为这些行为在特定情形下可以用追溯性的方式归于国家。最终，这些条款试图尽可能宽泛地界定就责任而言可以直接或间接归于国家的行为，目的是避免国家欺诈性地逃避责任，不对那些毫无疑问是为其利益甚至有时是在其控制下或经其默示同意而采取的行为承担责任。

83. 无论如何，应当指出的是，虽然委员会表示在国际法中主要的一点是将所实施的行为视为“政府”官方行为，但却不曾就这一概念进行界定。事实上，在审议此类政府权力的范围时，委员会在第5条的评注中指出“政府”一词有必要不精确。然而，在对相关条款的评注中，委员会举出了一些孤立的例子来说明什么是政府权力，包括警察职能、<sup>182</sup>依照司法判决或监狱规章而行使的拘留和处分权力<sup>183</sup>或移民管制和检疫。<sup>184</sup>对“政府权力”概念缺乏定义的原因也许是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、实体必须为行使那些权力向政府负责的程度”。<sup>185</sup>无论如何，毫无疑问的是，对“政府权力要素”这一概念必须作广义诠释，其中包括立法、司法和行政权力的行使。

84. 在这方面，应当回顾的是，委员会曾经表示：

对归属而言，将某一国家机关的行为归类为“商业行为”或“管理权行为”，都不相干……一国违反合同的行为本身不一定[导致]违反国际法的行为。……但就第4条的目的来说，一国家机关的缔约或违约却是该国的行为，在若干情形下，这种行为可能等于国际不法行为。<sup>186</sup>

<sup>182</sup> 见第一部分第二章的介绍性评注第(6)段，第5条草案的评注第(5)段，以及第9条草案的评注第(6)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第76-77段，分别详见第45、50和第57页。

<sup>183</sup> 第5条草案的评注第(2)段，同上，详见第49页。

<sup>184</sup> 同上。

<sup>185</sup> 第5条草案的评注第(6)段，同上，详见第50页。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”(同上)。

<sup>186</sup> 第4条草案的评注第(6)段，同上，详见第47页。

85. 在结束对这些条款的分析时应当指出，委员会在第58条中表示，关于国家责任的条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。委员会因此接受从同一个行为中可能会产生两种不同类型的责任：国家责任和个人责任。下文论述了这个问题。<sup>187</sup>

86. 虽然国际组织的责任条款没有直接提及“国家官员”“以官方身份实施的行为”，但委员会关于该专题的工作也提到了与本报告相关的问题。其中关于“有效控制”、“公务时间内”和“履行官方职能”的概念特别有意义。尤其是在维持和平行动背景下出现了关于“有效控制”的问题。就此，委员会指出：

把行为归于派遣国显然与该国对其国家特遣队保留一些权力从而在有关方面拥有控制权有关。

……

……当一机关或代理人交由一国际组织处置时，在既定情况下与行为归属有关的关键问题似乎是谁对有关行为具有有效控制。<sup>188</sup>

87. 在讨论第二个概念时，委员会提到了按照其被赋予的职能行事的机关或代理人，因为在这个背景下提及“行使政府权力要素”没有意义。<sup>189</sup>委员会因此在其评注中提到“与官方职能有关的……行为”或“在‘公务时间内’的行为”。特别是在第8条的评注中，委员会就将越权行为归于一组织指出：

国际组织的实践证明，当行为与机关或代理人的官方职能有关时，一机关或代理人的越权行为可归于组织……一国特遣队中某一成员“在公务时间外”的行为不归于本组织，但“公务时间内”的行为则可归于本组织，尽管我们不得不考虑越权行为与授予此人的职能之间有何种关系。<sup>190</sup>

88. 最后，应该回顾的是，与国家责任条款一样，国际组织的责任条款包含了一条关于个人责任的“不影响”条款(第66条)，以此方式承认同一行为有可能导致两种不同类型的责任。<sup>191</sup>

89. 在《纽伦堡原则》<sup>192</sup>中，委员会没有讨论其所述犯罪行为的官方性质或行为是否归于国家的问

<sup>187</sup> 见下文第98至第101段。

<sup>188</sup> 见国际组织的责任条款第7条的评注第(7)和第(8)段，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第88段，详见第58-59页。

<sup>189</sup> 第7条草案的评注第(4)段，同上，详见第57-58页。

<sup>190</sup> 第8条草案的评注第(9)段，同上，详见第62页。

<sup>191</sup> 第66条的措辞与国家责任条款第58条的措辞几乎一致，唯一的区别是增加了“国际组织或”字样。

<sup>192</sup> 见上文脚注169。

题，而是关注于界定国际法范畴内的罪行，并确定实施这种罪行的个人的国际责任。但这并不意味着委员会这样做没有考虑到所界定的犯罪行为的内在国家要素。恰恰相反，从委员会的工作中可以得出结论认为，解释所述原则时应参照产生这些原则的文书，特别是设立国际军事法庭(纽伦堡法庭)的《关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》以及法庭下达的判决。从这个角度来看，委员会起草、随后由大会通过的这套原则中的下列要素应值得注意：

(一) 原则六中所列罪行(危害和平罪、战争罪和违反人道罪)的定义方式明确表明了构成这类罪行的行为与国家的活动之间的联系；<sup>193</sup>

(二) 委员会在这类罪行的潜在行为人中列入了“以国家元首或政府负责官员身份行事的”人，即本专题含义内的国家官员；<sup>194</sup>

(三) 委员会还考虑了“某人依据政府或其上级命令行事”的可能性，在这种情况下，根据关于国家的国际不法行为的条款确立的归属规则，罪行也可归于国家。<sup>195</sup>

因此，也许可以得出结论认为，《纽伦堡原则》中所述罪行可以被视为“以官方身份实施的行为”，至少在某些情况下是如此，尽管纽伦堡原则规定的是实施这类行为者的个人责任。<sup>196</sup>

<sup>193</sup> 原则六(《1950年……年鉴》[英]，第二卷，A/1316号文件，第376页)的措辞如下：

“下列罪行为国际法上应受处罚之罪行：

“(a) 危害和平罪：

“(i) 计划、准备、发动或实施侵略战争，或违反国际条约、协定或保证之战争；

“(ii) 参与为实现上列(i)款所称任何行为之共同计划或阴谋。

“(b) 战争罪：违犯战争之法律或惯例，包括屠杀，虐待，为迫令从事奴隶劳动或为任何其他目的而放逐属于占领区或在占领区之平民，屠杀或虐待俘虏或海上人员，杀死人质，劫掠公私财产，肆意毁坏城镇乡村或作军事上非必要之破坏，但不以此为限。

“(c) 违反人道罪：对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他非人道行径，或基于政治、种族或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施系随实施任何危害和平罪或任何战争罪而起或与之有关。”

<sup>194</sup> 原则三。委员会在对这一原则的评注中强调，提及以官方身份行事的人，依据的是纽伦堡法庭关于“国家代表”和“行使国家权力”者的提法。《1950年……年鉴》[英]，第二卷，A/1316号文件，第375页，第103-104段。

<sup>195</sup> 原则四(同上，第375页)。

<sup>196</sup> 应该铭记的是，在纽伦堡审判时，辩方称被告的行为纯粹为“国家行为”，因此自动排除了个人责任，但法庭驳回了这

90. 在结束对委员会工作的分析时,有必要就委员会在1954年危害人类和平及安全治罪法草案和1966年危害人类和平及安全治罪法草案中处理“以官方身份实施的行为”问题的方式进行审议。关于这两部草案,首先应该指出的是,与纽伦堡原则的情况一样,委员会没有必要具体说明某一特定罪行是否应被视为“以官方身份实施的行为”。尽管如此,从这两部草案本身以及从委员会对一些条款的评注中可以就此问题得出有意义的结论。

91. 在1954年的治罪法草案中,第2条载有危害和平及安全的罪行列表。<sup>197</sup> 该条的评注第(1)至第(9)段提到了只能由“国家当局”实施的行为,而评注第(10)和第(11)段则设想了行为“由国家当局或由私人”实施的可能性。尽管如此,特别报告员杜杜·提阿姆先生后来针对这种罪行(评注第(10)和第(11)条里提及的罪行)指出,

个人的参与,从理论上说是不可想象的,似乎事实上也是不可能的。灭绝种族是有系统地、大规模地摧毁一个种族、民族或宗教群体的结果。在现代世界,个人很难单独做这样的事。而且对所有危害人类罪而言都是如此,因为实施这类罪行需要动员使用破坏性手段,而犯罪者只有通过行使权力才能获得这种手段。其中一些罪行,如种族隔离,只能是国家的行为。简言之,个人是否可能是危害人类和平及安全罪的主犯,似乎是有疑问的。<sup>198</sup>

92. 1996年的治罪法草案同时确定了下文所列危害人类和平及安全罪行的实施者的个人责任:侵略(第16条)、灭绝种族(第17条)、危害人类罪(第18条)、危害联合国人员和有关人员罪行(第19条)以及战争罪行(第20条)。该草案虽然没有提出界定这些罪行时关于这类行为的“官方”性质要素,但包含若干与本报告相关的规定:

(a) 首先,第5、6和第7条分别提到了政府或上级的命令、上级的责任以及罪行实施者的官方地位与确定责任无关的事实,反映了这类行为的官方性质。

(b) 其次,第2条第2款连同第16条规定,实施侵略罪的,只能是作为国家代理人的个人,他们为实施这一罪行利用其权力发出命令并利用国家提供

的手段。<sup>199</sup> 但其他形式的犯罪行为可能原则上是私人的行为,或从广义上来说是国家代理人所为。

(c) 第三,根据第18条中危害人类罪的定义,所涉行为的实施必须是系统性或大规模的,“并由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥”。

93. 特别报告员和委员会都指出,尽管这些罪行可能被认为是以个人身份行事的人实施的,但实际上也需要具有官方地位者的参与。例如,应该回顾的是,委员会在第5条的评注中指出“国际法确定的罪行经常需有若干个人的直接或间接参与,其中有些人担任政府官职或军事指挥职务”。<sup>200</sup> 特别报告员杜杜·提阿姆先生采取的立场也很说明问题,他在第三次报告中确认,危害一国独立、安全或领土完整的罪行

所涉及手段之巨大只有国家实体方能实施。此外,如果把侵略、吞并领土或殖民统治视为私人行为,那是令人难以理解的。实施这些罪行的,只能是被授予指挥权的个人,即国家当局,这些人在政治、行政或军事位阶中身居高位,他们发出或接受命令,执行政府的决定或使这些决定获得执行。这些人个人,也是机关。对他们所犯的罪行的分析通常是从滥用主权或滥用权力的角度进行的。因此,个人不可能是这些罪行的实施者。<sup>201</sup>

94. 最后,题为“国家的责任”的第4条也与此有关。该条规定“本治罪法规定了个人对危害人类和平及安全罪行的责任这一事实不妨碍国家依国际法应有之责任的任何问题”。因此,该条重申了单一行为可能引起双重责任的原则,本报告前面已提及这一点。如委员会在该条评注中所指出的那样,“的确有可能发生这样的情况:实施危害人类和平及安全罪行的人是‘国家的代理人’、‘代表国家’、‘以国家的名义’、甚至只具有与国家的实际关系而不具有任何法定权力”。<sup>202</sup> 此外,这一说法应与委员会对第2条的评注一并阅读。第2条的评注虽然承认治罪法草案的属人适用范围仅限于自然人,但明确指出“的确,在该个人是‘国家的代理人’、‘代表国家’、‘以国家的名

一论点。原则四的评注,同上,第105-106段。

<sup>197</sup> 委员会1954年在第六届会议上通过的治罪法草案全文转载于《1985年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第8页。

<sup>198</sup> 《1985年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/387号文件,第13段。

<sup>199</sup> 第2条的评注第(5)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50段,详见第21-22页。另见第16条评注,同上,详见第44-45页。

<sup>200</sup> 同上,第5条的评注第(1)段,同上,详见第25页。

<sup>201</sup> 《1985年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),A/CN.4/387号文件,第12段。

<sup>202</sup> 第4条的评注第(1)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50段,详见第25页。



义’或作为没有任何法律权力的实际代理人行事的情形下个人所应负责的行为可能也归于国家”。<sup>203</sup>

#### 4. “以官方身份实施的行为”的特征

95. 根据上述分析，可总结认为，“以官方身份实施的行为”具有如下特征：

- (a) 该行为具有刑事性质；
- (b) 该行为是代表国家实施的；
- (c) 该行为涉及行使主权和政府权力要素。

下文将逐项分析这些特征。

#### (一) 行为的刑事性质

96. 在界定这一专题的适用范围时，委员会已明确表示它指的是刑事管辖豁免。委员会暂时通过的条款草案第3和第5条明确规定国家官员“对外国行使的刑事管辖享有……豁免”。<sup>204</sup> 因此，本报告所述以官方身份实施的行为必须具有刑事性质。这意味着这些行为具有某些特点，须加以分析，以确定其是否属于本报告的讨论范围。

97. 犯罪行为的主要特点是高度个人性以及行为与其实施者之间的直接联系。因此，该行为造成的责任根据其定义显然具有个人性质，并可归于该行为的实施者，不能以第三方责任替代所涉个人责任。即使可因同一行为而对第三方施加单独(独立或附属)的法律义务，情况亦是如此。此义务可源于主要刑事责任，但不可与之混为一谈。正是出于这一原因，将政府官员实施的犯罪行为归于其国家的做法十分有限，只能被理解为是一种法律拟制，其依据是为追究国际不法行为责任之目的而将个人行为归咎于国家的传统模式。不过，严格地讲，被属事豁免涵盖的任何犯罪行为都不是国家行为，而是该行为实施者的个人行为。

<sup>203</sup> 第2条的评注第(4)段，同上，详见第21页。多年前曾有人强调过某一行为的直接实施者的个人责任与国家的潜在责任之间的关系。例如，1983年3月根据委员会第三十四届会议工作报告第256段的要求编写的分析文件(A/CN.4/365号文件，特别是第117-125段)反映了一些国家代表的意见，他们虽然强调个人责任原则，但认为不应忽视国家责任问题。一些代表甚至认为，应在今后的案文中列入明确的条文，规定个人刑事责任的提出不得影响国家的国际责任。

<sup>204</sup> 关于第3条草案，见《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第48段；关于第5条草案，见《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第131段。

98. 因此，行为的刑事性质首先引起的后果是，该行为可能导致两类不同的责任。一类是刑事性质的责任，归于实施该行为的个人。另一类是民事性质的责任，归于实施该行为的个人或第三方。在本项研究的范围内，这意味着国家官员实施的行为可能既引起起由该官员本人承担的刑事责任，又引起由该官员及其国家承担的附属民事责任。<sup>205</sup> 这一关于行为与其责任关系的模式出现于较为近期的国际法中，并在第二次世界大战后出现的个人刑事责任原则定义的基础上，尤其是在二十世纪最后十年国际刑法的制度化基础上，得到了巩固。然而，这一现象对国内法来说并不陌生。相反，本报告分析的法律实践显示了同样的行为是如何引起不同的诉求的，这些诉求时而针对国家，时而针对个人，有的在刑事法院提起，有的则在民事法院提出。

99. 这一模式可概括为“单一行为，双重责任”，在委员会的数套案文中得到了明确承认，特别是《危害人类和平及安全治罪法草案》第4条、<sup>206</sup> 关于国家对国际不法行为的责任条款第58条<sup>207</sup> 以及关于国际组织的责任条款第66条。<sup>208</sup> 委员会在评注中对这一模式的运作方式描述如下：

[《危害人类和平及安全治罪法草案》]第4条中所载“不妨碍”字句载明本治罪法不妨碍国家在国际法范围内对其代理人所实行的罪行的任何责任问题。如同委员会在对国家责任条款草案第19条的评注中已经强调过的，对作为国家机关的个人的惩罚，当然不用尽由于国家机关的行为在这种情况下归于国家而要求国家对其国际不法行为承担国际责任的追究办法。因此，国家可能还是有责任，不能以已对实行罪行的个人起诉或惩罚为由而免除其责任。<sup>209</sup>

<sup>205</sup> 关于这方面，见 Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, 第150-151页；Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 第103页起；Yang, *State Immunity in International Law*, 第427页。

<sup>206</sup> 第4条内容如下：“国家的责任。本治罪法规定了个人对危害人类和平及安全罪行的责任这一事实不妨碍国家依国际法应有之责任的任何问题”(《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见第25页)。

<sup>207</sup> 第58条内容如下：“个人的责任。本条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题”(《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第76段，详见第35页)。

<sup>208</sup> 第66条与关于国家对国际不法行为的责任条款第58条相同，唯一区别是明确提及了国际组织：“个人的责任。本条款草案不影响以国际组织或国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题”(《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第87段，详见第47页)。

<sup>209</sup> 第4条的评注第(2)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见第25页。

如国家官员犯下违反国际法罪行，经常都是国家对此行为负责或国家对未能防止或惩罚他们负责。在某些情况下，特别是侵略发生时，按照定义国家也有责任。即便如此，个人责任问题，原则上，与国家责任问题是有区别的。国家起诉和惩处执行国际不法行为的国家官员，不能免除自己对国际不法行为的责任。这些官员也不能躲在国家后面不承担自己违背适用国际法规则的行为的责任。前一原则反映在，例如《国际刑事法院罗马规约》第25条第4款，该条规定：“本《规约》关于个人刑事责任的任何规定，不影响国家依照国际法所负的责任”。后一原则反映于，例如久已确立的原则，即官职不免除一个人依照国际法承担的个人刑事责任。<sup>210</sup>

个人的行为被归因于一个国际组织或一个国家的事实，并不免除个人由于其行为可能引起的国际刑事责任。另一方面，当一个国际组织或一个国家实施了国际不法行为的时候，不能把个人由于国际不法行为引起国际责任，视为不言而喻的。然而，在某些情况下，很可能会出现某些个人的国际刑事责任，例如他们在第41条所设想的情况下严重违反了强制性规范所规定的一项义务。<sup>211</sup>

100. 国际法院在《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)中也承认了灭绝种族行为可能产生双重责任。在该案中，法院认定同一行为可引起——通过可能不同的法律程序确定的——两种不同类型的责任。<sup>212</sup>这一双重效力体现在法院的如下意见中：“如果要追究一国因违反其不实施灭绝种族罪义务而负有的责任，则必须证明该国实施了《公约》所界定的灭绝种族行为。”<sup>213</sup>无论如何，应指出的是，法院在最终结论中表达了这一论点，在判决中认定在斯雷布雷尼察大屠杀案中，塞尔维亚和黑山没有实施或共谋实施灭绝种族罪，但对未能履行防止和惩治灭绝种族罪的义务负有责任。此外，判决书中对双重责任的承认也与用于确定某项行为应归于国家的检验相关，本报告将进一步探讨这个问题。

101. 上述考虑表明，当某一行为具有刑事性质时，不能推定适用官员实施的任何行为自动成为国家行为并且仅涉及国家责任的原则。相反，“一种行为，双重责任”模式产生了下述若干备选方案：

(a) 对于无法将行为归于实施者的案件，仅认定国家责任；

(b) 当行为可归于国家和个人时，认定国家以及个人责任；

(c) 当行为完全归于个人时，仅认定个人责任，即使上述人员是作为国家官员行事。

102. 行为的刑事性质及其可能产生的双重责任可能还对豁免造成影响，尤其涉及界定国家官员享有的属事豁免与严格意义上的国家豁免之间关系的现有模式。应当铭记的是，国家官员的管辖豁免历来被视为一种国家豁免，并与国家豁免概念并为一谈。在法律实践中，不难发现提及关于国家官员享有与国家相同的豁免的观点。<sup>214</sup>这种观点产生的结论认为，国家官员的管辖豁免并非一种个人豁免，因为其源自国家豁免，国家豁免的法律制度完全适用。产生这一结论的论点包括：(a) 国家官员享有的管辖豁免源自“平等者之间不存在统治权”所表述的各国主权平等原则；(b) 承认豁免是为了保护国家主权并确保能和平、持续地开展国际关系；(c) 国家官员的豁免实际上并不是官员的豁免，而是国家的豁免，这表现在国家对这种豁免有自由选择权，包括自由取消或放弃豁免；(d) 在外国法院对一名国家官员提起诉讼是一种对国家提起诉讼的间接方式，而后者是无法在第三国法院被起诉的，这意味着官员的管辖豁免是一种保障，防止轻率挑战国家豁免，因此官员的管辖豁免等同于国家豁免。<sup>215</sup>

103. 这些论点当然蕴含着无法否认的合理观点，特别是给予官员管辖豁免的确是考虑到国家利益，旨在保障仅与国家相关的价值观和原则。即便如此，上述论点没有考虑到为确定国家官员的外国刑事管辖豁免与国家豁免之间的关系而必须顾及的其他因素，换言之，未能解答一位学者形象地提出的问题，“先有鸡还是先有蛋？国家豁免是职能豁免的结果，而非职能豁免源自国家豁免”。<sup>216</sup>

<sup>210</sup> 第58条的评注第(3)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第163页。另见第(2)段，同上。

<sup>211</sup> 第66条的评注第(2)段，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第87-88段，详见第105页。

<sup>212</sup> 《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119-120页，第180-182段。

<sup>213</sup> 同上，第180段。法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)中表达了相同意见，判决，《2015年国际法院汇编》，第3页起，详见第61页，第128段。

<sup>214</sup> 例如，见联合王国，普罗彭德金融资产有限公司诉辛格等人案(见上文脚注89)；联合王国，琼斯诉沙特阿拉伯案(见上文脚注78)；以及美国，崔迪安诉菲律宾国家银行案，美国上诉法院，第九巡回法庭，1990年8月29日的判决(见上文脚注75)。

<sup>215</sup> 关于这些论点的分析，见，除其他外，Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, 第137-139页。

<sup>216</sup> Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials*, 第105页。

104. 为了寻找适当的答案,需要再次审议行为的刑事性质,这产生了两个主要后果:(a) 此类案件的管辖主张所直接涉及的对象是个人,(b) 刑事诉讼程序的任何后果关乎个人并严格限于个人。这使个人与外国刑事管辖豁免之间产生了一种直接关联,委员会在决定将关于“国家官员”概念的明确定义纳入条款草案,甚至在“国家官员”定义中使用“个人”一词以表明此类豁免适用于自然人时,考虑到了这一点。<sup>217</sup>还应当指出的是,永远无法在国家刑事法院上对任何国家提出起诉,因为国家对其官员实施的犯罪行为可承担的任何责任始终是民事性质的,只能通过就此类行为所致伤害提出索赔主张的方式在民事法院中进行裁决。<sup>218</sup>这意味着必须适当考虑民事管辖豁免与刑事管辖豁免之间存在的区别。

105. 特别报告员认为,根据上述两个要素可得出结论认为,国家官员的外国刑事管辖属事豁免是个人性质的,不同于严格意义的国家豁免。这一点是正确的,尽管文献和实践并未始终足够清晰地对此进行区分——主要原因是国家(以及其权利和利益)历来被强调为豁免保护的受益者。尽管国家毋庸置疑地在豁免机制中占据核心位置,但保护其权利和利益并不是最终将国家豁免等同于国家官员豁免的充分理由,正如在国家豁免和外交豁免的情形下,相同的目标认定并不意味着这两类豁免完全相同。<sup>219</sup>实际上,为了正确认识国家官员的外国刑事管辖属事豁免机制,必须区分豁免的直接受益者(国家官员)以及间接或最终受益者(国家)。承认属事豁免是考虑到主权国家的利益,但其直接受益者是为表达主权而采取行动的官员。

106. 国家豁免与国家官员的外国刑事管辖豁免之间的区别并不仅是一种理论架构;国家法院和国际性法院所作的一些司法裁决也体现了这种区别。就国家一级的裁决而言,只需回顾上议院依据援引豁免的诉讼的不同性质(刑事或民事)以及这种差异对豁免的影响,在处理皮诺切特(第3号)案、纳赛尔王

子案和琼斯诉沙特阿拉伯案时采取的不同方法即可。萨曼塔尔诉优素福案特别具有相关性,在该案中美国最高法院认定不能认为《外国主权豁免法》范畴内的“国家”概念涵盖国家官员,且适用于国家官员豁免的规则有别于国家免于在该国法院遭受起诉所适用的规则。<sup>220</sup>

107. 国际性法院明示或暗示区分国家豁免和国家官员豁免的裁决最具相关性。国际法院在国家的管辖豁免案中承认了这一区别,指出

法院必须强调,它[在判决中]仅处理国家自身的外国法院管辖豁免;关于对该国官员的刑事诉讼是否以及在何种程度上可适用豁免的问题并非本案所涉事项。<sup>221</sup>

国际法院在提及国家和国际性法院处理民事与刑事管辖之间区别的方式及其对豁免的影响,<sup>222</sup>以及提及自身判例时,<sup>223</sup>还表示接受国家豁免与国家官员豁免之间的区别。

108. 欧洲人权法院就琼斯等人案下达的判决与此高度相关,因为正如法院所指出的,诉请书中提到了一起豁免案,与阿德萨尼案不同,该案是在英国法院提起的,其针对的是个人而非某个外国。尽管如此,法院适用了“国家豁免也适用于个人”的传统原则。<sup>224</sup>不过,需要带着细微差别看待这个结论,因为法院在解释其判决的法律依据时明确指出,法院的决定仅针对民事案件中的豁免,暗示如果涉及的是刑事案件中的豁免,则有可能可以采取不同的办法。<sup>225</sup>

109. 将国家官员的外国刑事管辖豁免与严格意义的国家豁免区分对待,在属人豁免的情形下尤其明显,因为享有这种豁免的官员(国家元首、政府首

<sup>220</sup> 美国,萨曼塔尔诉优素福案,560 U.S. 305; 130 S. Ct. 2278 (2010)。萨曼塔尔诉优素福案特别重要,因为美国法院此前认定《外国主权豁免法》适用于外国官员,从而将两类豁免混为一谈。关于这些法院此前所持立场,见美国,崔迪安诉菲律宾国家银行案(见上文脚注75)。

<sup>221</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利:希腊参与)(见上文脚注43),第91段。应当铭记的是,法院在作出此项声明前认定“根据现行习惯国际法,不得以国家被指称严重违反国际人权法或国际武装冲突法为由,剥夺该国的豁免”。另见本努纳法官的个别意见(第35段)和优素福法官的反对意见(第40段)。

<sup>222</sup> 同上,第87段及其后几段。

<sup>223</sup> 同上,第100段。

<sup>224</sup> 琼斯等人案(见上文脚注56),第200和第202–204段。

<sup>225</sup> 同上,第207和第212–214段。法院就阿德萨尼案(见上文脚注56)表述了同样的观点,第65段。

<sup>217</sup> 见条款草案第2条(e)项的评注第(1)和第(4)段,《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第132页。

<sup>218</sup> 在这方面,见Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 第29和第45页; Foakes, *The Position of Heads of States ...*, 第140–141页; Fox and Webb, *The Law of State Immunity*, 第555页; Van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials*, 第103页及其后几段;以及Yang, *State Immunity in International Law*, 第427页。

<sup>219</sup> 例如,见Kohen, “The distinction between State immunity and diplomatic immunity”。

脑或外交部长)即使是以私人身份行事、因而其行为归结不到国家、也不涉及国家责任时,仍可享有豁免。在这种情况下,这三类官员就以私人身份犯下的刑事罪行所享有的外国刑事管辖豁免在国家豁免范畴内找不到任何等同情形。不过,即便在这些案件中,这种行为所得到的某种形式的外国刑事管辖豁免,也被认为是惠益于国家,而非国家官员。

110. 从上述考虑中可以得出以下结论:

(a) 典型的国家豁免被认为适用于仅归于国家、且只能追究国家责任的行为;

(b) 如果某个行为既归于国家,也归于个人,且可追究两者的责任,则需区分两类豁免:一方面是国家豁免,另一方面是官员豁免;

(c) 国家豁免与国家官员豁免之间的区分在国家官员的外国刑事管辖豁免方面是最清楚的,因为国家与国家官员负有不同类型的责任,分别为民事和刑事责任,其援引豁免的司法管辖有所不同。

## (二) 行为归于国家

111. 只有在国家与国家官员所实施行为之间存在关联时,才有理由行使属事豁免;正是由于这种关联,有关行为才被界定为代表国家实施的行为。因此,为了做出“存在这种关联”的结论,行为首先必须可归于国家。鉴于这种归属必须遵从国际法规则,上文讨论过的关于国家对国际不法行为的责任条款第4至第11条中所载的归属规则就具有了特殊的重要性。然而,需要回顾的是,委员会是在国际责任的框架内制定上述归属标准的,其目的很明确,就是防止国家采用间接形式的行动,或使用不构成国家机关、没有被明确授权行使政府权力要素的个人,以欺诈的方式逃脱某些行为的国际责任,而这些行为是代表国家实施、受国家指示、控制或指导,或在使之成为国家行为的环境中实施的,因为这些行为是惠利国家或为国家利益而实施的。<sup>226</sup> 因此,应当对关于国家责任条款的第二章中所载所有标准进行分析,以确定它们是否支持下述结论,即为国家官员的外国刑事管辖豁免的目的,可归结于国家的行为是指“以官方身份实施的行为”。

<sup>226</sup> 见条款草案第一部分第二章的介绍性评注,特别是第(4)和第(9)段。《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第76-77段,详见第44和第45页。

112. 在这方面,应当考虑有待适用归属标准的行为的刑事性质以及豁免的性质,因为豁免本身便构成了对法院地国行使管辖方面一般规则的一个例外。这两个要素都要求在解释归属标准时,应确保豁免制度不会变成一个逃避责任的机制,因而更改了它的根本性质。<sup>227</sup> 有鉴于此,关于国家对国际不法行为的责任条款中载有的全部归属标准就豁免目的而言是否全都有用值得商榷。第7至第11条中规定的标准尤其不合适,下文将对它们进行分析。

113. 第7条中所载的标准处理的是一般的越权行为和官员出于特定动机实施的行为——委员会宣布这些行为与确定国家责任的目的无关。然而,在豁免的问题上,官员的动机及其行为的越权性质却可能是至关重要的。在此只需指出,上文讨论的司法实践显示,在若干案例中,国家法院在将行为定性为不被豁免覆盖的私人行为时,考虑到了行为人的动机问题。同样,各法院多次谈到了官员不履行职责或超出权限行事的情况,并得出结论认为他们行事的方式解除了其享有的豁免。在所有这些案例中,官员显然是为自身利益而行事,或其行事方式与国家交付其的任务不符或超出了任务权限,因而就豁免问题而言,不能将他们的行为合理归属于国家。然而,需要指出的是,虽然各个案例都将自利动机作为不

<sup>227</sup> 还应指出的是,国际法院自身在适用这些归属标准时,一直采用的是这种限制性的做法。在这方面,《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)(见上文脚注212)和《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)(见上文脚注213)意义尤其重大,因为在这两起案件中,确定国家责任时所涉及的都是含有不可置疑的刑事要素的行为:灭绝种族。在这两起案件中,国际法院都是以狭义和限制性的方式解释归属标准,将个人依据自身与国家之间的联系而实施的行为与同国家不存在此种联系、但其行为仍可归属为国家的人所实施的行为区分开来。对于第一种情形,法院得出结论认为,该种行为可自动归属于国家且无需任何特定证据。但对第二种情形,法院认为,除非国家对所述个人具有直接控制,否则不能将其行为归结到国家。法院也对最后这种归属形式进行了狭义解释,确认它是一种异乎寻常的情形。此外,有意思的是,在个人受到国家唆使、根据国家命令或在其指示下行事的情形中,法院得出结论认为,国家可能要为这类行为结果所承担的责任并不等同于将此种行为定性为严格意义的国家行为。相反,在这种情形下,国家的责任源于其自身的行为,即国家本身的机关或获得法律授权行使政府权力要素的人颁布了有违国际法的指示或命令。国家责任还可能源于国家未能采取《防止及惩治灭绝种族罪公约》中所要求的防止和惩治措施。最后,应当指出的是,法院对国家与实施灭绝种族行为的个人和团体之间的关联性进行了严格的、限制性分析。特别参见《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)(见上文脚注212),第385-389段、第392-397段、第406、412、438和第449段。

能将官员行为定性为代表国家行事的原因，但在判例中对越权行为的处理却不尽一致。

114. 第8和第9条所载的归属标准以笼统的方式提出了“事实上的官员”现象。就第8条而言，委员会指出“最常见的这种情况是：国家机关为了辅助自己的行动而招聘或唆使私人或群体担任国家正式编制以外的‘辅助人员’”，<sup>228</sup>这一标准很难在为豁免目的将行为归于国家时适用，原因是虽然行为的职能要素业已存在，但其官方性质却更加难以确定，特别是考虑到国际法院对在国家直接控制下行事的个人和只是在国家的煽动和指示下行事的个人之间所作的区分。法院在《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)中就责任问题达成的结论<sup>229</sup>似乎同样适用于豁免；这将意味着，只有在国家直接控制下行事的个人所实施的行为，才可为豁免之目的被视为归于国家的行为。这样，国家官员的概念可以定义得更加精确，排除了那些通常被视为事实上的官员的人。只有这一结论才与豁免的性质一致，因为对于国家没有主动授予机关地位或授予其行使政府权力要素的个人地位的人，又或者在构成豁免的属事要素的行为实施之时，并未与其确立特定依赖联系和有效控制的人，国家为其要求豁免似乎并不合理。

115. 关于第9条所载的标准，需要对其进行更加细致的分析，以评估其对豁免的适用性。在这种情况下，这些条款提出了官方当局已经消失或正在逐步恢复的实际情形。正如委员会所指出的那样，这将是一种“危急情况的代理”形式。<sup>230</sup>在这种情况下，委员会要求的确定归属的累积条件(行为必须与行使政府权力要素切实相关，行为必须是在官方当局不存在或缺席的情况下实施的，行为必须在实际情况要求行使政府权力要素时实施)会产生与履行公共职能极为相似的情形。正如委员会所指出的那样，动词“要求”系指需要的逻辑：由于实际情况，有必要“在一定程度上行使政府职能”。第9条引出的代理形式还包含一项规范要素，将这些情形与私人当事方(包括叛乱部队)的行为不归于国家的一般规则加以区别。<sup>231</sup>因此，在例外情况下，为本报告讨论的属事豁免之目的，

<sup>228</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第54页，第8条的评注第(2)段。

<sup>229</sup> 见上文脚注212。

<sup>230</sup> 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第54页，第9条的评注第(2)段。

<sup>231</sup> 同上，第9条的评注第(2)段。

此类行为有可能被界定以为官方身份实施的行为。但是，此类行为得以实施的情形本身非常特殊，使得为所述行为提出豁免要求的可能性极小。实际上，在上文讨论的实践中，没有一个案件可以适用这一情形。

116. 第三，关于将后来执政的叛乱运动所实施的行为追溯性地归于国家(第10条)的问题，应该指出的是，此种行为的实施者在开展所述活动之时并不具有国家官员的身份。因此，很难得出结论认为某一行为在发生时无无论如何都不能被视为“以官方身份实施的行为”，而在事后却可获得这种地位，且该行为发生时不能适用的属事管辖豁免可以在事后产生。如果所涉行为实施的背景，是与当时无疑是代表国家行事的当局对抗，包括武装对抗，情况就更是如此。与前一种情况一样，实践中没有为叛乱运动实施的行为援引外国刑事管辖属事豁免的案例。因此，可以得出结论认为，在关于国家对国际不法行为的责任条款第10条所设想的活动背景下可能发生的此类行为不能被视为是与本专题相关的“以官方身份实施的行为”。

117. 最后，第11条规定，若一国自愿承认某一行为是其本身的行为，则该行为应归于该国，行为和国家之间事先不必存在任何类型的联系。这一归属标准用来确定国家责任是非常有理的，但它与属事豁免的性质不相容，因为要使豁免涵盖该行为，则行为在实施时必须是以官方身份实施的。如果认为这一归属标准适用于豁免，那就等于让国家有权单方面且不受任何限制地宣布，任何人无论在何时施行的任何行为，都能够得益于国家官员的外国刑事管辖豁免。这无疑与豁免的性质本身以及豁免制度的基础和宗旨不相容。因此可以得出结论认为，这一归属标准与为本专题之目的确定以官方身份实施的行为的目的无关。

### (三) 主权和政府权力要素的行使

118. 如上所述，将一项行为归于国家，是为外国刑事管辖属事豁免的目的将此行为视为“以官方身份实施的行为”的先决条件。然而，即使根据上文推崇的限制性解释，这一条件的满足也不足以作出这一归类。相反，将一项归于国家的行为归类为“以官方身份实施的行为”，需要适用一项关于目的的附加标准。由于属事豁免的目的在于确保尊重平等者之间不存在统治权这一准则所体现的各国主权平等原则，这类豁免涵盖的行为也必须与最终要保障的主权有

联系。这种联系不能仅是形式上的，而是反映在这样一项要求上，即以官方身份实施的行为不但是归于国家和代表国家施行的，而且还必须是主权的体现，构成行使政府权力要素的一种形式。此外，这项要求反映了国家责任与豁免之间的区别，这就排除了将所有为前者界定的标准和法律范畴自动适用于后者。<sup>232</sup>

119. 然而，主权的概念仍然难以界定。此外，说明“行使政府权力要素”的含义并非易事，委员会没有提供该用语的定义，判例法和法律文献中也没有对该用语作出界定就证明了这一点。尽管如此，对上述实践的分析可以推断出与这一概念近似的一系列因素。借鉴委员会以往的工作<sup>233</sup>和多家国家法院所作的司法裁决，<sup>234</sup>可以得出结论认为“行使政府权力要素”的定义应基于两个因素，即：(a) 某些活动，就其性质而言，被视为主权的表达或是主权所固有的(警察、司法、武装部队的活动、外交)；(b) 某些活动发生于执行涉及行使主权的国家政策和决定的过程中，因此在职能方面与主权有联系。这些肯定性标准可辅以同样重要的否定性标准：国家法院已将私人利益和动机超越国家利益和动机的行为明确排除在豁免范围之外，即使相关行为是由具有一定官方地位的人所实施的也不例外。<sup>235</sup> 此类标准应以符合逻辑的方式视具体情况适用，以便考虑到在特定行为实施时汇集在一起并需要进行评估的所有因素，目的是根据行为的性质或职能，确定其是否构成行使政府权力要素的行为或者是主权的表现。所作裁决在本报告中得到分析的各家法院也采用了这一逐案确定和具体情况具体分析的做法。

120. 上述基于实践的标准为负责就豁免问题作出裁定的法院提供了一些指导。还应当指出的是，国家法院在多起案件中提到了统治权行为与管理权行为的区别，以支持它们的论证。<sup>236</sup> 在这方面，应该回顾的是，这两个类别是在国家豁免的背景下作为有关国家豁免限制理论的分析要素而设立的。因此，关注的重点放在为每个类别定性的公共和私人或商

<sup>232</sup> 关于与这一论点相反的观点，见 O'Keefe, *International Criminal Law*, 特别是第 10.60 段。特别报告员在编写本报告过程中使用了该书作者寄来的第 10 章的草稿，她对此十分感激。O'Keefe 采用的是前任特别报告员科洛德金先生提出的理由(见《2010 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/631 号文件，第 24 段)。

<sup>233</sup> 见上文第 83 段。

<sup>234</sup> 见上文第 54 段。

<sup>235</sup> 见上文第 58 段。

<sup>236</sup> 见上文第 54 段。

业层面，令其很难为国家官员的外国刑事管辖豁免之目的，为识别“以官方身份实施的行为”而自动适用这一区别。尽管如此，在统治权行为基本特征方面逐渐发展的法律概念提供了一些有用的内容，或可在法律行为者为本报告之目的对某一行为进行定性时纳入考虑。

121. 就国际罪行适用这些标准构成了特别挑战。正如对司法实践的分析所展示的那样，在为豁免之目的定义“以官方身份实施的行为”方面，法院尚未采取一致的立场。<sup>237</sup> 在一些裁决中，有人认为国际罪行在任何情况下都不应被视为“以官方身份实施的行为”或享有豁免。相反的意见认为，国际罪行是以官方身份实施的行为，因此受到豁免保护。一种中间立场是，虽然国际罪行被视为以官方身份实施的行为，但根据其性质，这些罪行不能被视为享有豁免。最后，在有些案例中，有人认为，在未就国际罪行是否属于以官方身份实施的行为作出某种宣判时，这些罪行不属于豁免范围。学术文献反映了同样的解释方面的差异。<sup>238</sup> 因此，委员会的工作需要处理豁免和国际罪行之间的关系问题。在现阶段，仅从定义以官方身份实施的行为的角度讨论这种关系。

122. 根据上文提到的第一种立场，国际罪行不能被视为一种主权的表现，或者一种行使政府权力要素的行为，因此必须排除在适用豁免的“以官方身份实施的行为”这一概念之外。人们提出了各种赞成这种解释的论证思路，不过可以归纳为两个基本观点，有时这两个观点被一并阐述：(a) 实施国际罪行不是国家的职能；以及 (b) 国际罪行构成国际法所禁止的行为，并且破坏了国际法体系的核心价值和原则。在这两种情况下，都是从豁免限制的角度看待国际罪行：这些罪行是不能被视为以官方身份实施的行为形式，因此豁免不适用于这些罪行，因为它们不具有属事豁免的属事要素特性。这一立场往往和以下见解一起提出，即需要巩固和加强打击有罪不罚现象，这是国际法在二十一世纪伊始的一个显著特点。

123. 这些论点的确发人深省，并具有引人瞩目的维护——作为当代社会和国际法基础的——价值和原则的特性。但是，有关这种将国际罪行视为限制属事豁免的理由的见解存在两个重大问题。第一个

<sup>237</sup> 见上文第 56-57 段。

<sup>238</sup> 关于国际罪行，见 Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*。

问题涉及为豁免之目的以官方身份实施的行为这一概念本身。第二个挑战涵盖的范围更广，涉及这种方法在国家对国际罪行的责任方面可能产生的后果。

124. 国际罪行不能被视为以官方身份实施的行为这一结论所依据的假设是，这种罪行是不能为行使政府权力要素或为显示主权和国家政策而实施的。然而，如果说酷刑、强迫失踪、法外杀戮、族裔清洗、灭绝种族、危害人类罪和战争罪不具有任何与国家有关的官方或职能层面，那么这种论点是不符合事实的。事实上，正如在多种场合、包括在委员会的工作中所强调的那样，这些罪行的实施动用了国家机器，得到了国家支持，目的是实现政治目标——无论这些目标是否道德，它们是国家的罪行。在许多情况下，这些罪行是由“国家官员”——在为审议本专题之目的而赋予该用语的含义上——所实施的。此外，国家官员的参与是被当代国际法定性为国际罪行的某些行为定义的一项基本要素。另外，关于国际罪行违反国际法的论点没有为定性以官方身份实施的行为提供任何额外的相关要素，因为，如上文所述，行为的刑事性质及由此导致的非法性，是任何可能援引外国刑事管辖豁免的以官方身份实施的行为的一个特点，无论这种行为是根据国内法还是国际法被认定为非法的。

125. 上述两个问题中的第二个同样重要。要充分了解这一问题，必须考虑到以下事实，即一项行为要被定性为适用豁免的以官方身份实施的行为，就必须归于国家。因此，认为国际罪行不能被视为以官方身份实施的行为的主张可能不当地、并且无疑是无意地导致这样的理解，即国际罪行是不归于国家、只能归于犯罪人的行为。这样的主张在责任方面的潜在重大后果几乎不需要解释：如果该行为不可归于国家，则国家将免于承担任何与该行为有关的国际责任，并且会将刑事责任归于个人，而不是将国际责任归于国家。这一结论与豁免的本质以及在国际法责任领域的最新动态不相容，责任领域引人注目的特点之一是双重责任(国家和个人)模式的采用。<sup>239</sup>因此，从这个角度来看，也不能认为，为豁免之目的，国际罪行不是以官方身份实施的行为。

126. 不过，将国际罪行定性为“以官方身份实施的行为”并不意味着国家官员可因实施此类罪行自动享有属事豁免。相反，鉴于这些罪行的性质以及

当代国际法对其赋予的特别严重性，有义务对其加以考虑，以便定义外国刑事管辖豁免的范围。不过，在豁免例外的框架下可以更全面地探讨分析国际罪行在豁免方面的影响。特别报告员提议在其第五次报告中采取这种办法。

#### 5. 结论：“以官方身份实施的行为”定义

127. 根据前几页所述分析，拟议的条款草案如下：

##### “第2条草案 定义

“为本条款草案的目的：

“(f) ‘以官方身份实施的行为’指国家官员在行使政府权力要素时实施的、其性质构成法院地国可对其行使刑事管辖权的罪行的行为。”

#### C. 时间要素

128. 属事豁免的时间要素在理论或实践上都没有争议；对这类豁免的无限期性质存在广泛共识。“无限期性质”一词指的是属事豁免可适用于该行为实施后的任何时间，无论有关官员是仍在任还是已离职。

129. 为理解属事豁免时间要素的真正含义，必须区分两个时间点：可能产生豁免的行为的实施时刻以及援引豁免的时刻。前者必须发生在国家官员任期内，后者则在对行为人提起刑事诉讼时出现，无论援引豁免的时间是在官员任期之内或之后。因此，属事豁免的时间要素在性质上与其说是有限制的不如说是有条件的：如果在特定时间该条件得到满足，则适用豁免根本没有时间限制。这类豁免的本质以及“以官方身份实施的行为”概念的首要地位证实了这一点，后者的性质在官员离职时并不改变或消失。

130. 因此，对于属事豁免时间要素的这一理解有别于对属人豁免时间要素的理解，后者在本质上是有限制的。如委员会暂时通过的第4条第1款草案所规定的那样，属人豁免在国家元首、政府首脑或外交部长结束其任期时终止。这种豁免不能嗣后援引，相关人员必须在任才能从中受益。

131. 然而，对属人豁免和属事豁免的时间要素进行概念区分，并不意味着这两种豁免是相互排斥的。相反，属事豁免可以适用于任何国家官员，因此，前国家元首、政府首脑和外交部长在离任之后仍然享

<sup>239</sup> 见上文第96-110段。

有属事豁免, 尽管他们不再享有属人豁免。在这种情况下, 适用于属事豁免的一般机制将适用于前国家元首、政府首脑和外交部长, 而且时间要素也将充当其条件之一, 因为必须能够证明援引豁免的任何行为均可归结为以官方身份实施的行为, 而且是在涉事官员在国家机构中担任有关职务时实施的行为。但是, 如果涉事官员曾经担任的职务为国家元首、政府首脑或外交部长, 那也绝不会改变属事豁免的实质性机制, 这一点已为条约和司法实践所确认。司法实践没有提供任何案例表明一位前国家元首、政府首脑或外交部长受益的机制要比适用于任何其他官员的属事豁免机制更为有利。从国际法学会通过的关于豁免的各项决议, 特别是2001年和2009年通过的决议, 可以得出同样的结论。<sup>240</sup>

#### D. 属事豁免的范围

132. 上文分析的属事豁免的两个规范要素无论在概念上还是在法律上都是不同的, 因此本报告对它

<sup>240</sup> 国际法学会于2001年8月26日通过的关于“国家元首及政府首脑在国际法中的管辖和执行豁免”的决议, 国际法学会, 《年鉴》, 第69卷(2000-2001年), 温哥华届会(2001年), 第743页; 以及关于“国家和代表国家行事的个人在国际罪行中的管辖豁免”的决议, 国际法学会, 那不勒斯届会(2009年)(可查阅www.idi-iil.org, “Resolutions”项下)。

们进行了分别审议。不过, 这两个要素是相互关联的, 有助于界定属事豁免的(属事和主体)范围。此外, 委员会在暂时通过条款草案第4条(属人豁免的范围)时采取的做法是在同一条草案中论及这两个要素。因此, 根据本报告关于属事豁免的属事要素和时间要素的分析, 拟议了如下条款草案:

#### “第6条草案 属事豁免的范围

“1. 国家官员以官方身份行事时享有属事豁免, 无论在其任期之内还是任期届满后。

“2. 此种属事豁免仅适用于国家官员在任期之内以官方身份实施的行为。

“3. 属事豁免适用于符合本条款草案第1款和第2款所述条件的前国家元首、前政府首脑和前外交部长。”

133. 第6条草案采用了与委员会2014年通过的关于属人豁免范围的条款草案(第4条草案)相同的模式。拟议的条款草案应结合委员会暂时通过的其他条款草案及其评注一起阅读, 特别是应当与第5条草案一并通读。最后值得一提的是, 第6条草案不涉及其他问题, 不应被理解为就豁免的限制和例外情况发表的意见。

## 第二章

### 今后的工作计划

134. 特别报告员建议在2016年提交委员会的第五次报告中分析对国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外问题。

135. 自委员会开始研究国家官员的外国刑事管辖豁免问题以来, 豁免的限制和例外问题就一直是委员会的工作内容之一。秘书处的备忘录<sup>241</sup>以及前任特别报告员科洛德金先生的第二次报告<sup>242</sup>中都提到了这一问题。这显然是委员会应当应对的主要问题之一, 同时也无疑是条款草案涉及的最敏感的政治问题之一。因此, 限制和例外问题一直是委员会辩论的主题也就不足为奇了。事实上, 委员会的一些委员们认为该问题是这一专题存在的

<sup>241</sup> 见“国家官员的外国刑事管辖豁免”, 秘书处的备忘录(A/CN.4/596和Corr.1)(上文脚注3)。

<sup>242</sup> 见《2010年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/631号文件。

根本、甚至是唯一目的。在大会第六委员会上的发言也反映出了对这一问题的重视, 其中各国一再坚称, 处理国家官员的外国刑事管辖豁免专题时, 不能有损于或有违于国际社会打击有罪不罚现象的持续努力。尽管如此, 另一些国家则认为, 应慎重稳妥地处理豁免的限制和例外问题。

136. 如特别报告员在初步报告中指出的那样,<sup>243</sup>在完成对属人豁免和属事豁免的规范要素分析之后, 应着手处理豁免的限制和例外问题。其原因显而易见: 只有在对以抽象方式适用于外国刑事管辖豁免一般机制的基本要素作出审查之后, 才有可能着手处理一般机制是否容许限制和例外这一复杂的问题。此外, 豁免的限制和例外问题必须结合上文分析的两种豁免加以综合分析。

<sup>243</sup> 见《2012年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/654号文件。



137. 豁免的限制和例外问题一直主要是从豁免可能涵盖的行为这个角度来考察的。因此，其重点一直被放在外国刑事管辖豁免、国际罪行、严重和系统侵犯人权行为、打击有罪不罚现象和强行法之间的关系上。近年来，大量关于国家及其官员豁免问题的法律文献相继问世，突出表明前述关系是法律界的重大关切之一。然而，这种关切并不完全是理论性或学术性的。恰恰相反，就欧洲人权法院关于阿德萨尼案和琼斯诉联合王国案<sup>244</sup>的判决进行的讨论表明，主权豁免的限制和例外问题具有十分重要的实际意义。最后，国际法院就国家的管辖豁免案作出的判决将豁免与当代国际法的若干重要范畴之间的紧密关系推向了这场辩论的风口浪尖，而意大利宪法法院最近的判决——将这一国际法院的判决适用于意大利——更是加深了这一问题的复杂性。<sup>245</sup>

<sup>244</sup> 见上文脚注56。

<sup>245</sup> 意大利，第238 (2014)号判决，宪法法院，2014年10月22日，*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1st Special Series - Constitutional Court, No. 45 (2014), 第1页。关于英文版，可查阅[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)。

因此，若不能适当考虑此类豁免的限制和例外，委员会关于国家官员的外国刑事管辖豁免的任何工作都将是不完整的。

138. 此类分析不应限于国际罪行与外国刑事管辖豁免之间的关系，尽管它确实是这一议题的最有争议的核心方面。相反，首先必须审查的是限制和例外之间的区别，以及这些范畴在国家官员的外国刑事管辖豁免法律制度中可能发挥的不同作用。此类分析还必须以系统的方式展开，适当考虑到这样一个事实，即国际法是一套完整的法律系统，其规则相互关联并彼此互动。

139. 在提交关于豁免限制和例外的报告并就其展开讨论之后，委员会可以在本五年期内完成界定这一机制法律地位的实质性问题的研究。程序性问题应在第六次报告中加以论述，可在下一个五年期第一届会议期间将该报告提交委员会。然而，提交拟议的报告与今后的工作，将取决于大会在2016年选出的新一届委员会作出的决定。

## 附 件

## 拟议的条款草案

## 第2条草案 定义

为本条款草案的目的：

(f) “以官方身份实施的行为”是指国家官员在行使政府权力要素时实施的、其性质构成法院地国可对其行使刑事管辖权的罪行的行为。

## 第6条草案 属事豁免的范围

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



# 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

[议程项目4]

A/CN.4/683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三次报告\*

[原文：英文]  
[2015年4月7日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	38
本报告引用的著作.....	38
	段 次
导言.....	1-10 40
章 次	
一、 本报告的范围.....	11-18 42
二、 嗣后协定和嗣后实践在解释国际组织组成文书方面的作用.....	19-85 43
A. 1969年《维也纳公约》第五条.....	20-23 43
B. 1969年《维也纳公约》关于条约解释的规则对国际组织组成文书的适用.....	24-29 44
C. 嗣后实践作为国际组织组成文书的解释资料.....	30-56 45
1. 国际组织组成文书缔约方在1969年《维也纳公约》三十一条第三项(乙)款和第三十二条项下进行的嗣后实践.....	33-42 45
2. 国际组织机关的实践.....	43-51 47
3. 组织机关的实践与缔约方嗣后实践的结合.....	52-56 48
D. 第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定作为国际组织组成文书的解释资料.....	57-67 49
1. 缔约方之间的单独嗣后协定.....	59-62 50
2. 全体机关的决定作为缔约方之间的嗣后协定.....	63-67 50
E. 如何联系维也纳解释规则, 设想嗣后实践和嗣后协定的各种用法.....	68-74 52
F. 机关和组织实践的性质和权重.....	75-82 53
G. 第五条作为习惯法的体现.....	83-85 55
三、 结论草案11.....	86 55

\* 特别报告员感谢 Alejandro Rodiles Bretón 在编写本报告过程中提供的协助, 并感谢 Janina Barkholdt 提供的研究协助以及 Enis Arkat 提供的技术协助(三人均来自柏林洪堡大学)。

## 本报告引用的多边文书

## 来源

- 《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。
- 《世界卫生组织组织法》(1946年7月22日, 纽约) 同上,第14卷,第221号,第185页。
- 《国际管制捕鲸公约》(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。
- 《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。
- 《关于设立欧洲核研究组织的公约》[英](1953年7月1日, 巴黎) 同上,第200卷,第2701号,第149页。
- 《关于开发乍得湖流域的公约和条例》[英](1964年5月22日, 拉密堡) *Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation: Africa, Natural Resources/Water Series No. 13* (联合国出版物, 出售品编号: E/F. 84.II.A.7), 第8页。
- 《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。
- 《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。
- 《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号文件。
- 《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》[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。
- 《技术性贸易壁垒协定》[英](建立世界贸易组织的马拉喀什协定附件1A) 同上,第276页。
- 《国际航空运输自由化多边协定》[英](2001年5月1日, 哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第2215卷,第39375号,第33页。
- 《国际航空运输自由化多边协定议定书》[英](2001年5月1日, 哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第402页。

## 本报告引用的著作

- AHLBORN, Christiane  
“The rules of international organizations and the law of international responsibility”, *International Organizations Law Review*, vol. 8 (2011), pp. 397–482.
- AMERASINGHE, C.F.  
*Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- ALTER, Karen J., and Laurence R. HELFER  
“Legal integration in the Andes: law-making by the Andean Tribunal of Justice”, *European Law Journal*, vol. 17 (2011), pp. 701–715.
- ALVAREZ, Jose E.  
“Constitutional interpretation in international organizations”, in Jean-Marc Coicaud and Veijo Heiskanen, eds., *The Legitimacy of International Organizations*. Tokyo, United Nations University Press, 2001, pp. 104–154.
- International Organizations as Law-Makers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- ANDERSON, David Heywood  
“1969 Vienna Convention: Article 5—Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. New York, Oxford University Press, 2011, pp. 88–98.
- ARATO, Julian  
“Treaty interpretation and constitutional transformation: informal change in international organizations”, *Yale Journal of International Law*, vol. 38 (2013), pp. 289–357.
- AUST, Helmut Philipp, Alejandro RODILES and Peter STAUBACH  
“Unity or uniformity: domestic courts and treaty interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 27 (2014), p. 75.

- AUST, Anthony  
*Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BENVENISTI, Eyal, and George W. DOWNS  
“The empire’s new clothes: political economy and the fragmentation of international law”, *Stanford Law Review*, vol. 60 (2007), pp. 595–631.
- BLOKKER, Niels  
“Beyond ‘Dili’: on the powers and practice of international organizations”, in Gerard Kreijen, ed., *State, Sovereignty, and International Governance*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 299–322.
- BONZON, Yves  
*Public Participation and Legitimacy in the WTO*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- BOYLE, Alan E. and Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BOWEN, Harry A.  
“The Chicago International Civil Aviation Conference”, *The George Washington Law Review*, vol. 13 (1944–1945), pp. 308–327.
- BRÖLMANN, Catherine  
“Specialized rules of treaty interpretation: international organizations” in Duncan B. Hollis, ed., *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 507–524.
- BUERGENTHAL, Thomas  
*Law-Making in the International Civil Aviation Organization*. Syracuse, Syracuse University Press, 1969.
- BÜHLER, Konrad G.  
*State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism*. The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- COGEN, Marc  
“Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT”, *International Organizations Law Review*, vol. 9 (2012), pp. 145–179.
- CRAWFORD, James  
*Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- DIVAC ÖBERG, Marko  
“The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ”, *EJIL*, vol. 16 (2006), pp. 879–906.
- DÖRR, Oliver  
“Article 31: General rule of interpretation”, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*, Berlin and Heidelberg, Springer, 2012, pp. 521–571.
- ENGEL, Salo  
“‘Living’ international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 16 (1967), pp. 865–910.
- FELDMAN, Alexander M.  
“Evolving treaty obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41 (2009), pp. 655–706.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANI, Carlos  
*Sovereignty and Interpretation of International Norms*. Berlin and Heidelberg, Springer, 2007.
- GARDINER, Richard  
*Treaty Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GILLESPIE, Alexander  
*Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2005.
- HAANAPPEL, Peter P. C.  
“Bilateral air transport agreements—1913–1980”, *The International Trade Law Journal*, vol. 5 (1980), pp. 241–267.  
*The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach*. The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- 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.
- HAVEL, Brian F.  
*Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation*. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.
- HIGGINS, Rosalyn  
“The development of international law by the political organs of the United Nations”, *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-ninth Annual Meeting (1965)*, p. 116.
- 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 (1979), pp. 2–343.
- JOMINI, Patrick, et al.  
“The changing landscape of air service agreements”, working paper, 30 June 2009. Available from [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net).
- KADELBACH, Stefan  
“The interpretation of the Charter”, in B. Simma et al., eds., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 71–99.
- KAPTEYN, P.C.G., and P. VERLOREN VAN THEMAAT  
*Introduction to the Law of the European Communities: From Maastricht to Amsterdam*, 3rd ed. London, The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- KLABBERS, Jan  
“Checks and balances in the law of international organizations”, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 1: Autonomy in the Law (2007), pp. 141–163.  
*An Introduction to International Institutional Law*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- KUIJPER, Pieter Jan  
“The European Courts and the law of treaties: the continuing story”, in Enzo Cannizzaro, ed., *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 256–278.
- KUNIG, Philip  
“United Nations Charter, interpretation of”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 272–278, available from <http://opil.ouplaw.com/home/MPIL>.

LAUTERPACHT, E.

“The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 152 (1976), pp. 377–465.

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.

PETERS, Christopher

“Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), pp. 617–642.

ROSENNE, Shabtai

*Developments in the Law of Treaties 1945–1986*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

SAND, Peter H.

“Development of international water law in the Lake Chad Basin”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 34 (1974), pp. 52–82.

SCHACHTER, Oscar

“International law in theory and practice: general course in public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1982-V*, vol. 178 (1985), pp. 9–396.

SCHIELE, Simone

*Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

SCHMALENBACH, Kirsten

“Article 5: Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization”, in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, eds., *Vienna Convention on the Law of Treaties—A Commentary*. Berlin and Heidelberg, Springer, 2012, pp. 89–104.

SCHERMERS, Henry G., and Niels M. BLOKKER

*International Institutional Law*, 5th rev. ed. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

SOHN, Louis B.

“The UN system as authoritative interpreter of its law” in Oscar Schachter and Christopher C. Joyner, eds., *United Nations Legal Order*, vol. 1. Cambridge and New York, American Society of International Law and Cambridge University Press, 1995, pp. 169–229.

THIRLWAY, Hugh

“The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (part two)”, *BYBIL*, vol. 61 (1990), pp. 1–134.

“The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (part eight)”, *BYBIL*, vol. 67 (1996), pp. 1–74.

TOMAS, Lisa

“Air transport agreements, regulation of liability”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 242–245.

ULFSTEIN, Geir

“Reflections in institutional design—especially treaty bodies” in Jan Klabbers and Åsa Wallendahl, eds., *Research Handbook on the Law of International Organizations*. Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 431–447.

WOOD, Sir Michael

“The interpretation of Security Council resolutions”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2 (1998), pp. 73–95.

VILLIGER, Mark E.

*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

WHITE, Nigel D.

*The United Nations System: Toward International Justice*. London, Lynne Rienner, 2002.

## 导 言

1. 2012年，国际法委员会将“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题列入其当前工作方案。<sup>1</sup> 该专题源自委员会以往关于条约随时间演变问题研究组的工作。<sup>2</sup>

2. 在2013年第六十五届会议期间，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，<sup>3</sup> 并暂时通过了五条结论草案及评注。<sup>4</sup> 这些结论草案涉及：

(a) 条约解释通则和资料(结论草案1)；

(b) 以嗣后协定和嗣后实践作为作准的解释资料(结论草案2)；

<sup>1</sup> 《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第十章；另见2012年12月14日大会第67/92号决议，第2–3段。

<sup>2</sup> 《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件一；《2009年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第十二章；《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第十章；《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第十一章。

<sup>3</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/660号文件。

<sup>4</sup> 同上，第二卷(第二部分)，第20页起，第38–39段。

(c) 能够随时间演变的条约用语的解释(结论草案3);

(d) 嗣后协定和嗣后实践的定义(结论草案4);

(e) 嗣后实践的归属(结论草案5)。

3. 在第六委员会就委员会第六十五届会议的报告进行辩论期间,各国普遍对委员会在这一专题方面开展的工作给与了肯定。<sup>5</sup>

4. 在2014年第六十六届会议上,委员会审议了关于该专题的第二次报告<sup>6</sup>并暂时通过了新增的五条结论草案及评注。<sup>7</sup>这些结论草案涉及:

(a) 嗣后协定和嗣后实践的识别(结论草案6);

(b) 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响(结论草案7);

(c) 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重(结论草案8);

(d) 与条约解释有关的缔约方协定(结论草案9);

(e) 缔约国大会框架内通过的决定(结论草案10)。

5. 在2014年第六委员会辩论期间,各代表团普遍欢迎通过的这五条结论草案,认为这些结论草案是平衡的,并且符合关于这一专题的工作的总体目标。<sup>8</sup>

6. 在2014年届会期间,委员会请各国和各国国际组织“在2015年1月31日之前”:

(a) 向委员会提供任何关于国际组织的实践为条约解释做出贡献的任何实例;以及

(b) 向委员会提供由独立专家组成的条约机构的宣告或其他行动被视为引起与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的任何实例。<sup>9</sup>

7. 截至本报告提交之日,已收到4份这方面的材料。<sup>10</sup>欢迎随时提交更多材料。

8. 前两次报告审议了本专题的一般方面。本次报告,即第三次报告讨论的是嗣后协定和嗣后实践在一种特定类型条约(国际组织的组成文书)解释方面的作用。虽然《维也纳条约法公约》(以下简称“1969年《维也纳公约》”)第五条规定《公约》适用于此类条约,但也承认这可能会引起与其解释有关的具体问题。一个国际组织顾名思义具有独立国际法律人格,并通过其机关行使权力(职权)和职能。<sup>11</sup>这些特点引起某些问题,特别是在国际组织组成文书的解释方面,组成文书缔约方自身的嗣后协定和嗣后实践与国际组织机关的嗣后协定和嗣后实践之间有何关系的问题。

9. 在讨论这些问题时,应铭记国家和国际组织之间的重要差异。委员会在2011年关于国际组织的责任条款的总评注中曾提及这些差异:

国际组织与国家相当不同,此外国际组织相互之间也有很大的差别。与国家相对的是,国际组织不具有一般性权能,其建立是为了行使专门的职能(“专门性原则”)。各国际组织在其权力和职能、成员国数目、该组织与成员的关系、辩论程序、结构和设施以及国际组织受其约束的主要规则包括条约义务等方面有着显著不同。<sup>12</sup>

10. 该段表述不仅描述了国家与国际组织之间的主要差异,也阐述了作为此类组织组成文书、可能对其解释具有相关性的条约的特点。

<sup>5</sup>《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),以及同上,第19次会议(A/C.6/68/SR.19)。

<sup>6</sup>《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/671号文件。

<sup>7</sup>同上,第二卷(第二部分),第75-76段。

<sup>8</sup>见关于大会第六十九届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/678;可查阅委员会的网站),第20段。

<sup>9</sup>《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第26段。

<sup>10</sup>奥地利、芬兰、德国和欧洲联盟。

<sup>11</sup>见关于国际组织的责任条款第2条(a)项和(c)项:“(a)‘国际组织’是指根据条约或受国际法制约的其他文书建立的具有独立国际法律人格的组织……; (c)‘国际组织的机关’是指按照该组织的规则具有该地位的人或实体”(2011年12月9日大会第66/100号决议,附件。委员会通过的条款草案及相关评注转载于《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第87-88段)。

<sup>12</sup>总评注第(7)段,《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第88段,详见第47-48页。



## 第一章

## 本报告的范围

11. 本报告不讨论嗣后协定和嗣后实践在涉及国际组织条约解释的每一方面的作用。

12. 报告仅讨论与作为国际组织组成文书的条约(1969年《维也纳公约》第五条)有关的嗣后协定和嗣后实践的作用。因此,本报告不涉及在一国际组织内通过的或由国际组织缔结的条约的解释。对后一类条约,1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下简称“1986年《维也纳公约》”)已有规定。虽然原则上此类条约的解释属于本专题范围,<sup>13</sup>但特别报告员倾向于同意加尔迪内所表达的如下观点:

似乎可以合理预计到的是,1986年《[维也纳]公约》重述的解释规则将受到现实的影响,并将与1969年《[维也纳]公约》一样,被视为表述了习惯国际法,但尚无充分实践确定地主张这一点。<sup>14</sup>

13. 本报告也不讨论此类国际组织机关所作决定的解释问题。正如国际法院就安全理事会决议的解释问题所主张的那样:

尽管《维也纳条约法公约》第三十一和第三十二条所载的关于条约解释的规则可提供指南,但安全理事会的决议同条约有所区别,因此在对安全理事会决议做出解释时还需要考虑到其他因素。安全理事会的决议是由单一的集体机构发布的,其草拟程序与缔结条约所使用的程序十分不同。安全理事会的决议是按照《宪章》第二十七条规定的表决程序的产物,其最终案文代表安全理事会作为一个机构的观点。此外,安全理事会的决议可对所有会员国具有约束力(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54页,第116段),无论这些国家是否参与决议的拟定。要解释安全理事会的决议,法院可能需要对安全理事会成员国代表在决议通过时所作的发言、安全理事会关于同一问题的其他决议以及联合国相关机构和受到这些决议影响的国家的嗣后实践进行分析。<sup>15</sup>

<sup>13</sup> 这一点在一开始便得到了澄清,见《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件一,第173页,第12段,并反映在本专题具一般性质的标题上。

<sup>14</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第112页。

<sup>15</sup> 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法案,咨询意见,《2010年国际法院汇编》,第403页起,详见第442页,第94段;另见Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (part eight)”, 第29页;Wood, “The interpretation of Security Council resolutions”, 第85页;Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第113页。

14. 这些考虑不仅适用于安全理事会的决定,而且也适用于国际组织机关的许多其他决定。对国际性法院的裁决也适用特别考虑,正如国际法院就其自身做出的判决所确认的那样:

法院的判决不能等同于一部条约。按1969年《维也纳条约法公约》第三十一条第三项(乙)款所述的原则,条约这种文书的约束力和内容源自缔约国的同意,其解释可能受到缔约国嗣后行为的影响。而法院判决的约束力源自《法院规约》,对一项判决的解释实质上是在确定法院所作的决定是什么,而不是确定缔约方后来认为法院所作的决定是什么。因此,法院判决的含义和范围不应受在作出判决后发生的缔约方行为的影响。<sup>16</sup>

15. 不过,本报告仍审议了国际组织机关的决定和行为对国际组织组成文书的解释可能产生的影响。

16. 报告未论及国际组织不同机关的行为可能对国际组织组成文书的解释具有不同权重的问题,包括由独立专家组成的条约监督机构所作声明或采取的其他行动在解释方面可能产生的影响;<sup>17</sup> 这些问题将在下一次报告中予以论述。

17. 本报告不审议由一国际组织组成文书授权、作为条约解释之“嗣后实践”的可能形式,就此类条约解释问题进行裁决的法院或法庭所作的决定。<sup>18</sup> 虽然技术上这些决定出自有关国际组织的机关,而且在某些情况下可能相当于“明确和一贯的判例”<sup>19</sup> (或

<sup>16</sup> 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>17</sup> 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),案情实质,判决,《2010年国际法院汇编》,第639页起,详见第663–664页,第66段;Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, 第88–89页;Klabbers, “Checks and balances in the law of international organizations”, 第151–152页;Ulfstein, “Reflections in institutional design—especially treaty bodies”, 第439页。

<sup>18</sup> 但是,见Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第111页;Dörr, “Article 31: General rule of interpretation”, 第531页,第19段。

<sup>19</sup> 这是在欧洲人权法院中使用过的表述,见联合王国,英女王诉环境、交通和区域事务大臣案(提讼者:奥尔肯伯里发展有限公司等),上议院, [2001] UKHL 231;英女王诉特别审裁员案(提讼者:尤拉);无名氏(FC)诉移民申诉法庭案,上议院, [2004] UKHL 26 [20] (宾格汉姆勋爵);英女王(应国际动物保护者协会诉请)诉文化、媒体和体育事务大臣案,上议院, [2008] UKHL 15。

“一贯判例”)，并因此在解释方面拥有相当大权重，但如《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款所述，法院或法庭的此类裁决构成了在嗣后案件中对条约进行解释的特殊资料。

18. 最后，本报告不涉及缔约国会议的决定。在2014年暂时通过的结论草案10中，委员会讨论了在缔约国会议框架内通过的决定可能对条约解释产

生的影响。在这方面，委员会认为缔约国会议“可粗略地分为两个基本类别”，即“事实上是国际组织的一个机关，缔约国在大会中以机关成员的身份采取行动……”的缔约方会议和大会以及“依照有关条约召集的……条约没有规定设立国际组织[的其他缔约国会议]”。<sup>20</sup>

<sup>20</sup> 结论草案第10条第2款以及相关评注第(2)段，《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第75段，详见第133页。

## 第二章

### 嗣后协定和嗣后实践在解释国际组织组成文书方面的作用

19. 按照1969年《维也纳公约》第五条对作为国际组织组成文书的条约的解释(见下文A节)，虽然在原则上须遵循1969年《维也纳公约》第三十一至第三十三条所述规则(见下文B节)，但其所用的是特定模式的嗣后实践(见下文C节)，以及嗣后协定(见下文D节)，这便引起了一些问题，即如何从维也纳解释规则角度看待它们(见下文E节)以及如何确定此类行为的性质和权重(见下文F节)。最后，将讨论第五条的习惯法性质问题(见下文G节)。

#### A. 1969年《维也纳公约》第五条

20. 1969年《维也纳公约》第五条规定“本公约适用于为一国际组织组织约章之任何条约及在一国际组织内议定之任何条约，但对该组织任何有关规则并无妨碍”。<sup>21</sup>

21. 该条款遵循了《公约》的一般办法，即“除非条约另有规定”，其规则将适用。<sup>22</sup> 在委员会拟定关于条约法的条款草案时，一些委员质疑第五条这样的条款是否必要，因为国际组织的组成文书无疑是条约，而且因为《维也纳公约》基于的是这样一项谅解，即条约当事方可商定可能偏离《公约》规则的具体规则，强行法规则除外。有一段时间，委员会曾考虑拟订若干可构成对国际组织组成文书有关规则的“保留”的具体条款，分别涉及条约当事方可能会以不同

方式对待这些条约的领域(如关于终止的条款)，而不拟订一项一般条款(如第五条)。然而，最终：

委员会得出结论认为，该条款应移至导言部分其目前所在位置，并应重新拟定一项覆盖整套条款草案的一般保留。委员会认为，这样做将会使其简化载有具体保留的条款的起草工作。委员会还认为，这样一条一般保留是可取的，以防国际组织规则的可能影响在条约法任何特定情形中被无意忽视。<sup>23</sup>

22. 因此，第五条的目的不是要将国际组织的组成文书纳入《公约》通常适用的条约，而是要强调“除非条约另有规定”，否则所有国家间条约须遵守《公约》规则这样一条一般规则也适用于国际组织的组成文书。<sup>24</sup> 即使这些组成文书表现出某些特殊特征，也可根据第五条——该条本身并不构成一条特殊规则——加以考虑。

23. 一部作为国际组织组成文书的条约可能载有某些与该组织权力(职权)和职能无关的条款。例如，《联合国海洋法公约》是国际海底管理局的组成条约，是“缔约国按照本部分组织和控制‘区域’内活动，特别是管理‘区域’资源的[国际]组织”(该《公约》第157条第1款)。这表明从功能角度而言，该《公约》与管理局职责无关的规则虽是文书的正式部分，但不属于这一国际组织的组成规则。另一方面，也有一些文书虽彼此间在某种程度上可分离，但从功能角度而言却是密切相关的。例如，《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》包括了若干在形式上附于其中，且由该组织监督和促成实施的其他条约。为本报告之日

<sup>21</sup> 另见1986年《维也纳公约》第5条中的平行条款。

<sup>22</sup> 例如，见如下条款：第十六条，第十九条(甲)款和(乙)款，第二十条第一、三、四、五项，第二十二、二十四条第三项，第二十五条第二项，第四十四条第一项，第五十五条，第五十八条第二项，第七十条第一项，第七十二条第一项和第七十七条第一项。

<sup>23</sup> 关于条约法的条款草案第4条评注第(1)段，《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第38段，第191页。

<sup>24</sup> Schmalenbach, “Article 5. Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization”, 第89页，第1段。

的，没有必要确定是应从纯粹形式的角度，还是应从功能的角度对1969年《维也纳公约》第五条中“国际组织组织约章[国际组织组成文书]”这一术语进行定义。即使是在考虑功能因素的基础上进行定义，“国际组织组织约章”这一术语也包括了一部条约的所有条款，或包括了在形式上相互关联的不同条约，该组织对其执行或监督负有某些责任。

## B. 1969年《维也纳公约》关于条约解释的规则 对国际组织组成文书的适用

24. 第五条确认，作为一般规则，1969年《维也纳公约》的规则，包括关于条约解释的第三十一至第三十三条，适用于作为国际组织组成文书的条约。<sup>25</sup> 国际法院在就国家在武装冲突中使用核武器的合法性案出具的咨询意见中确认了这一点，表示：“从形式的角度来看，国际组织的组成文书是多边条约，而关于条约解释的既定规则适用于多边条约。”<sup>26</sup>

25. 同样，法院曾就《联合国宪章》表示：

法院早前不得不就《联合国宪章》进行解释时，一直遵循的是一般适用于条约解释的原则和规则，因为法院确认《宪章》是一部多边条约，尽管是一部具有某些特殊特征的条约。<sup>27</sup>

26. 同时，第五条表明——这也得到了判例法确认——国际组织组成文书是一种特定类型的条约，可能需要以特别的方式加以解释。因此，国际法院表示：

但国际组织的组成文书也是特定类别的条约；其目的是组建具有一定自主权的新的法律主体，该法律主体受各缔约方的委托负责实现共同的目标。此类条约由于除其他外同时具有公约性质和机构性质，会引起具体的解释问题；所设组织的性质、创立者赋予的目标、与其职能的有效行使有关的规则、以及其自身实践，这些都是在需要对这些组成条约做出解释时值得特别重视的因素。<sup>28</sup>

27. 根据第五条，载于一国际组织组成文书的、更具体的“相关”解释规则优先于1969年《维也纳公约》所规定的一般解释规则。<sup>29</sup> 然而，此类组成文书

<sup>25</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第247页。

<sup>26</sup> 国家在武装冲突中使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第66页起，详见第74页，第19段。

<sup>27</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157页。

<sup>28</sup> 国家在武装冲突中使用核武器的合法性案（见上文脚注26），第75页，第19段。

<sup>29</sup> 例如，见Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 第88页；Schmalenbach, “Article 5 ...”, 第89页，第1段，以及第96页，第15段；Brölmann, “Specialized rules of

很少载有关于其解释的明确规则。<sup>30</sup> 而且具体的有关解释的“相关规则”不一定必须在国际组织组成文书中明确拟订，而是也可通过暗示的方式表达，或作为“组织已确立的实践”的一部分。<sup>31</sup>

28. 例如，欧洲联盟法院在解释欧洲联盟成立条约方面形成了自己的实践，强调这些条约的目标和宗旨以及有效执行。<sup>32</sup> 法院解释说，之所以采取这一办法，是因为其把欧洲联盟成立条约解释为是要建立一个“新的法律秩序”而不仅仅是一个普通的国际组织。<sup>33</sup> 安第斯法庭也采取了类似办法。<sup>34</sup> 依据其一般办法，欧洲联盟法院在行使对欧洲联盟成立条约的解释权时，对缔约方或联盟各机构的嗣后实践

treaty interpretation: international organizations”, 第522页；Dörr, “Article 31 ...”, 第538页，第32段。

<sup>30</sup> 大多数所谓的解释条款是确定哪个机关有权威解释条约或其某些条款的职权，而不是制订“关于”解释本身的规则；见Fernández de Casadevante y Romani, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, 第26–27页；Dörr, “Article 31 ...”, 第537页，第32段。

<sup>31</sup> 见1986年《维也纳公约》，第2条第1款(j)项；以及关于国际组织的责任的条款草案（见上文脚注11），第2条(b)项；Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations ...”。

<sup>32</sup> 这种办法可追溯到就范根德·昂鲁斯案和科斯塔诉国家电力公司案做出的具有里程碑意义的有关欧洲联盟法律秩序的裁决，见范根德·昂鲁斯诉荷兰税务管理局案，第26/62号案，1963年2月5日的判决，欧洲共同体法院，《1963年欧洲法院汇编》，第1页；以及科斯塔诉国家电力公司案，第6/64号案，1964年7月15日的判决，欧洲共同体法院，《1964年欧洲法院汇编》，第585页。另见Kuijper, “The European Courts and the law of treaties: the continuing story”, 第258页及其后几页。然而，应当指出的是，在解释欧洲联盟成立条约时，该法院不时提到关于条约解释的维也纳规则，特别是关于条约目的和宗旨以及其条款的解释规则，见马乌戈热塔·亚尼等人诉司法国务秘书案，第C-268/99号案，2001年11月20日的判决，欧洲联盟法院，《2001年欧洲法院汇编》，第I-08615页，详见第35段（进一步提到了以往的裁决）。

<sup>33</sup> 关于欧盟加入《欧洲保护人权与基本自由公约》的协定是否与欧盟法律相符的第2/13号意见（全体法官），2014年12月18日（其中表示，“与普通国际条约不同，[欧洲联盟]成立条约建立了一个新的法律秩序，拥有自己的机构，为其成员国的利益起见在前所未有的广泛领域限制了各国主权权利，其主体不仅包括国家，而且包括各国国民”（第157段））；欧洲联盟在应委员会要求提供关于表明国际组织的实践有助于条约解释的实例材料（见上文第7段）中确认了这一点（“欧盟法律是一个自主的法律秩序，联盟的成立条约与普通国际条约不同，是一个长期和既定的判例法，其起源可追溯到时称欧洲共同体存在早期作出的判决。”）；Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第113–114页。

<sup>34</sup> Alter and Helfer, “Legal integration in the Andes: law-making by the Andean Tribunal of Justice”, 第715页（“[安第斯法庭]援引[欧洲法院]的判例，以确定安第斯共同体法有别于传统国际法”）。

不予考虑。<sup>35</sup> 通过指出“仅凭理事会的一个实践不能减损条约规定的规则，[且]因此，就正确的法律依据而言，这样一个实践不构成对共同体机构具有约束力的先例”，<sup>36</sup> 欧洲联盟法院提及的不仅是修订意义上的减损，而且也将嗣后实践作为联盟主要法律规则解释方面的决定性因素加以考虑。

29. 与此同时，欧洲联盟法院并不否认1969年《维也纳公约》中表达的习惯解释规则的可适用性对欧洲联盟机构具有约束力，并成为欧洲联盟法律秩序的一部分。<sup>37</sup> 因此，在解释与非欧洲联盟成员国或其他国际组织缔结的条约时，该法院会考虑嗣后实践。<sup>38</sup> 法院认为此类国际文书“受国际法制约，且在具体解释方面，受国际条约法制约。”<sup>39</sup>

<sup>35</sup> 德弗雷纳诉比利时萨本那航空公司案，第43/75号案，欧洲共同体法院，《1976年欧洲法院汇编》，第455页，第14、33和第57段；Nolte, “Second report of the ILC Study Group on treaties over time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”，第297-300页；另见欧洲联盟的材料(见上文第7段) (“[欧洲]联盟机构在执行成立条约过程中的嗣后实践不能在条约相关条款的适当解释和执行方面创造一个对联盟各机构具有约束力的先例”)。

<sup>36</sup> 大不列颠及北爱尔兰联合王国诉欧洲共同体理事会案，第68/86号案，1988年2月23日的判决，欧洲共同体法院，《1988年欧洲法院汇编》，第855页起，详见第24段；另见法兰西共和国诉欧洲共同体委员会案，第C-327/91号案，1994年8月9日的判决，欧洲共同体法院，《1994年欧洲法院汇编》，第I-3641页，第31和第36段。

<sup>37</sup> 埃斯帕达·桑切斯等人诉西班牙伊比利亚航空公司案，第C-410/11号案，2012年11月20日的判决，欧洲联盟法院，第21段；黑尔姆化肥公司诉克雷费尔德海关办公室案，第C-613/12号案，2014年2月6日的判决，欧洲联盟法院，第37段；碧然德公司诉汉堡港海关办公室案，第C-386/08号案，2010年2月25日的判决，欧洲联盟法院，《2010年欧洲法院汇编》，第I-1289页，第42段。

<sup>38</sup> 凯罗尔诉乔瓦尼·里沃伊拉和菲利案，第52/77号案，1977年11月30日的判决，欧洲共同体法院，《1977年欧洲法院汇编》，第2261页起，详见第2277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，第C-432/92号案，1994年7月5日的判决，欧洲联盟法院，《1994年欧洲法院汇编》，第I-3087页起，详见第43和第50-51段；Nolte, “Jurisprudence under special regimes ...”，第300-302页；芬兰在提交的材料(见上文第7段)中指出一种可能性，即“欧盟条例(特别是指令)可被视为对国际协定的解释产生影响的实践”。

<sup>39</sup> 碧然德公司诉汉堡港海关办公室案(见上文脚注37)，第39段。关于这一区别对待欧盟成立条约和欧洲联盟与其他国家或国际组织缔结的条约的解释办法，见Kuijper, “The European Courts and the law of treaties: the continuing story”，第258-260页；Aust, Rodiles and Staubach, “Unity or uniformity: domestic courts and treaty interpretation”，第101-104页。

### C. 嗣后实践作为国际组织组成文书的解释资料

30. 1969年《维也纳公约》关于条约解释的规则(第三十一至第三十三条)原则上适用于作为国际组织组成文书的那些条约，“但不妨碍该组织的任何有关规则”；且鉴于其“自身的实践”在“需要解释”这些条约时“可能值得特别关注”，<sup>40</sup> 因而出现了这样一个问题，即就解释某国际组织组成文书的目的而言，哪些形式的行为可构成有意义的嗣后实践。

31. 有三种形式的行为可能具有相关性：

(a) 国际组织组成文书缔约方在1969年《维也纳公约》第三十一条第三项(乙)款和第三十二条项下进行的嗣后实践；

(b) 国际组织机关的实践；

(c) 国际组织机关的实践与缔约方嗣后实践的结合。

32. 国际法院与其他司法或准司法机构及各国一样，肯定上述三种行为都可以与国际组织组成文书的解释具有相关性。

1. 国际组织组成文书缔约方在1969年《维也纳公约》三十一条第三项(乙)款和第三十二条项下进行的嗣后实践

33. 首先，法院确认第三十一条第三项(乙)款适用于国际组织组成文书。法院在关于国家在武装冲突中使用核武器的合法性案的咨询意见中，首先表示国际组织组成文书是一种特定类型的条约，然后谈到了对《世界卫生组织组织法》的解释：

按照1969年《维也纳条约法公约》第三十一条表述的习惯解释规则，条约的条款必须“按其上下文并参照条约之目的及宗旨”来解释，而且

“应与上下文一并考虑者尚有：

……

(b) 嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。”<sup>41</sup>

34. 法院提到其自身的判例法，其中，除其他外，使用了第三十一条第三项(乙)款的嗣后实践作为解释资料，宣称：

<sup>40</sup> 国家在武装冲突中使用核武器的合法性案(见上文脚注26)，第75页，第19段。

<sup>41</sup> 同上。

在本案中，它将同样适用这个规则，以裁定根据《[世界卫生组织]组织法》，法院要做出答复的问题是否是该组织“活动范畴内”产生的问题。<sup>42</sup>

35. 关于其对该用语的解释中的嗣后实践成分，法院阐述道：

在使用核武器的合法性问题[在世界卫生组织]提出之后，第WHA46.40号决议很快获得通过——并非没有遭遇反对意见，这本身不能被视为表述或自身等同于一种实践，认为这一实践确立了该组织各成员之间的协定，将《组织法》解释为已赋予该组织处理使用核武器合法性问题的权力。<sup>43</sup>

36. 因此，在考虑某个机关的某项特定决议是否表述了或等同于“一种实践、确立了该组织成员间的协定”时，法院援引三十一条第三项(乙)款，强调了缔约方就条约本身所达成的协定的相关性，而不是该机关在这方面的实践的相关性。<sup>44</sup>

37. 关于喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案的裁定同样涉及国际组织组成文书的解释问题，<sup>45</sup>法院在对该案的裁决中明确无疑地将重心放在缔约方自身的嗣后实践上。法院从“成员国还将条约案文中原本没有规定的某些任务委托给该委员会”<sup>46</sup>的看法出发，得出结论认为：

从上文第64和第65段所分析的条约案文和[缔约方]实践看，乍得湖流域委员会是一个在特定地域范围内行使权力的国际组织；然而，该委员会的宗旨不是在区域一级解决维护国际和平与安全方面的问题，因此不属于《宪章》第八章适用的范畴。<sup>47</sup>

38. 除确立缔约方在三十一条第三项(乙)款项下协定的嗣后实践之外，缔约方在适用国际组织组成文书时的其他嗣后实践也可能与条约的解释相关。例如，国际组织组成文书有时就像其他多边条约一

<sup>42</sup> 同上。

<sup>43</sup> 同上，第81页，第27段。

<sup>44</sup> 常设国际法院在关于国际劳工组织附带规范雇主人工作的权限案中便采用了这种办法，咨询意见，《1926年常设国际法院汇编》，B辑，第13号，第19-20页；见Engel, “Living’ international constitutions and the World Court (the subsequent practice of international organs under their constituent instruments)”, 第871页。

<sup>45</sup> 见《关于开发乍得湖流域的公约和条例》第17条；一般参见Sand, “Development of international water law in the Lake Chad Basin”。

<sup>46</sup> 喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案，初步反对意见，判决，《1998年国际法院汇编》，第275页起，详见第305页，第65段。

<sup>47</sup> 同上，详见第306和第307页，第67段。

样，是通过嗣后双边或区域协定或实践加以实施的。<sup>48</sup>在这个意义上，这样的双边条约不是三十一条第三项(甲)款所述的嗣后协定，这至少是因为缔结条约的仅仅是多边组成文书缔约方中数目有限的一些国家。不过，这些条约却可能暗示了在如何恰当解释组成文书问题上的主张，并可能在合并考虑时，与此类文书的解释具有相关性。

39. 建立国际民用航空组织(国际民航组织)的《国际民用航空公约》就是在多边组成条约框架中通过双边协定形成嗣后实践形式的例子。《公约》在若干方面为缔约方留出余地，由其在双边、诸边或区域层面做出决定。为了在《公约》缔约方之间尽可能取得一致，各方商定了一个“标准协定形式”，将其附在1944年大会的最后文件中。<sup>49</sup>这一协定范本对国际商用航空服务运营方面嗣后双边协定(航空服务协定或航空运输协定)的通过给予了一般性指导。<sup>50</sup>美利坚合众国与大不列颠及北爱尔兰联合王国分别于1946年和1977年订立的两项航空运输协定(俗称“百慕大协定”和“百慕大第二协定”)<sup>51</sup>已成为其他国家间协定的标准，许多国家在这两项协定基础上制订了自己的协定范本。1990年代后缔结的第三代双边协定<sup>52</sup>遵循的是美国与其他一些国家之间订立的一系列条约，这些条约较之其所取代的以往条约提供了更多的自由性和自由权利(“开放天空协定”)。一些诸边和区域条约则发挥了同样的功能。<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Benvenisti and Downs, “The empire’s new clothes: political economy and the fragmentation of international law”, 第610-611页。

<sup>49</sup> 关于临时航线的标准协定形式，1944年12月7日国际民用航空大会最后文件，附件，可查阅*Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 39 (1945), 第111-142页。

<sup>50</sup> 见Bowen, “The Chicago International Civil Aviation Conference”, 第309页起。

<sup>51</sup> 联合国，《条约汇编》，第3卷，第36号，第253页以及同上，第1079卷，第16509号，第21页。被美国和欧洲共同体及其成员国间的《航空运输协定》(2007年4月25日和30日，布鲁塞尔和哥伦比亚特区华盛顿；*Official Journal of the European Union*, L 134/1, vol. 50 (2007), 第4页)——后经2010年议定书(2010年6月24日，卢森堡；同上，L 223, vol. 53 (2010), 第3页)修正——所取代。关于百慕大两协定及其对其他双边协定的影响，见Haanappel, “Bilateral air transport agreements—1913-1980”。

<sup>52</sup> 见Jomini 等人, “The changing landscape of air service agreements”。

<sup>53</sup> 例如文莱达鲁萨兰国、智利、新西兰、新加坡与美国之间于2001年缔结的《国际航空运输自由化多边协定》，以及文莱达鲁萨兰国、新西兰与新加坡于同一天达成的相关《议定书》。关于这些多边协定的信息，见www.maliat.govt.nz, 以及Tomas, “Air transport agreements, regulation of liability”。

40. 自《国际民用航空公约》生效以来, 大约达成了3 000至4 000项航空服务协定和航空运输协定(主要是双边协定), 这些协定大部分都在国际民航组织登记入册。由《公约》衍生而来的这一双边体系被描述为“一个错综复杂……彼此交织的双边航空服务协定网”,<sup>54</sup> 随着“嗣后国家实践而演变”。<sup>55</sup>

41. 组成文书的缔约方通过双边协定的累积而形成嗣后实践, 这方面一个广为人知的例子涉及《国际民用航空公约》第5条。根据这一条的规定, 不定期航班(大多为包机航空公司)如不上下旅客、货物或邮件, 则“不需事先获准, 即有权飞入或飞经其领土而不降落, 以及作非商业性降落, 但飞经国有权令其降落”。然而实际上, 缔约国多年来一直都要要求“包机航空公司在各种情况下都要寻求降落许可, 且对上述条款现在就是这样解释的”。<sup>56</sup> 要求获得授权的做法属于部分单方面性质, 但若干双边航空服务协定也做出了同样规定。<sup>57</sup> 《国际民用航空公约》的一些缔约国的这种单方面要求、另一些缔约国之间达成的相应的双边协定、以及其他缔约国的不加反对, 合并起来可以在《公约》缔约方之间就《公约》第5条的解释确立起一项协定。但即使这样一项协定不能确立, 在1969年《维也纳公约》第三十二条项下解释《公约》第5条时也可以考虑到由一系列双边协定和单方面行为而形成的嗣后实践。<sup>58</sup>

42. 在国际组织组成文书的解释问题上, 还有另外一个例子可以说明由非全体缔约方嗣后达成的协定也与文书的解释具有相关性, 这就是《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》。<sup>59</sup>

<sup>54</sup> 澳大利亚基础设施与运输部, “The bilateral system—how international air services work”, 可查阅 [www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral\\_system.aspx](http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx)。

<sup>55</sup> Havel, *Beyond Open Skies: A New Regime for International Aviation*, 第10页。

<sup>56</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第215页; 另见Feldman, “Evolving treaty obligations: a proposal for analyzing subsequent practice derived from WTO dispute settlement”, 第664页。

<sup>57</sup> Haanappel, *The Law and Policy of Air Space and Outer Space: A Comparative Approach*, 第110–111页, 其中谈到《开放天空协定》中体现的美国实践。

<sup>58</sup> 同上。

<sup>59</sup> 见Anderson, “1969 Vienna Convention: Article 5—Treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization”, 第96页, 第26段。

## 2. 国际组织机关的实践

43. 在其他案件中, 国际法院在其解释推理中提到了国际组织机关的实践, 但显然没有提及组织成员的实践或接受情况。法院特别指出国际组织“自身的实践”在解释过程中“可能值得特别关注”。<sup>60</sup> 例如, 国际法院在关于大会接纳国家加入联合国的权限案的咨询意见中指出:

根据第四条的委托负责决定该组织准入事项的各机关对该案文的一贯解释是, 大会只有根据安全理事会的建议才能决定接纳。<sup>61</sup>

44. 同样, 在《联合国特权与豁免公约》第6条第22节的适用案中, 法院在提到“联合国”的实践时, 指的是该组织各机关的行为:

在实践中, 根据秘书长提供的信息, 联合国确曾在特定情况下把性质越来越多样化的特派任务托付给不具备联合国官员身份的个人。……在所有这些情况下, 联合国的实践表明, 得到此类任命的人, 尤其是此类委员会的成员, 被视为第22节所指的特派专家。<sup>62</sup>

45. 在关于海事安全委员会的组成案的咨询意见中, 国际法院也提到“该组织本身在履行《公约》过程中遵循的实践”可以作为解释资料。<sup>63</sup>

46. 在关于联合国某些经费案的咨询意见中, 法院的一项重要考虑因素是

大会的一贯做法是在年度预算决议中纳入有关维持国际和平与安全的拨备费用。自1947年以来, 大会每年都预先拨备因“维持和平与安全”有关事项而产生的“意外及非常费用”。<sup>64</sup>

法院的结论是, 年复一年, 大会将[联合国紧急部队]的费用视同《宪章》第十七条第二项意义上的本组织开支进行处理。<sup>65</sup>

47. 法院在该咨询意见中也解释了为什么此类机关的实践会对国际组织组成文书的解释产生影响:

<sup>60</sup> 国家在武装冲突中使用核武器的合法性案(见上文脚注28), 第74–75页, 第19段。

<sup>61</sup> 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>62</sup> 《联合国特权与豁免公约》第6条第22节的适用案, 咨询意见, 《1989年国际法院汇编》, 第177页起, 详见第194页, 第48段。

<sup>63</sup> 政府间海事协商组织海事安全委员会的组成案, 咨询意见, 《1960年国际法院汇编》, 第150页起, 详见第169页。

<sup>64</sup> 联合国某些经费案(见上文脚注27), 详见第160页。

<sup>65</sup> 同上, 详见第175页。

在起草《宪章》过程中提出的将《宪章》最终解释权授予国际法院的建议未被接受；因此法院现在正要提供的意见是咨询意见。因此，正如1945年预见的那样，各机关至少首先必须确定其自身的管辖范围。例如，如果安全理事会通过一项旨在维护国际和平与安全的决议，并且，如果根据该决定规定的任务或授权，秘书长引致了财政义务，则必须推定这些数额构成“本组织的开支”。<sup>66</sup>

48. 因为许多国际组织都有相同的特点，即没有一个“最终权威来解释”其组成文书，因此，法院的这一推理被普遍接受为反映了国际组织法的一般原则。<sup>67</sup>

49. 在联合国某些经费案的意见中，基于一国际组织机关的实践来识别一种推定，是确认这类机关的实践可作为解释资料的方式之一。因此，机关在适用组成文书方面的实践至少应被视为1969年《维也纳公约》第三十二条所述的“其他嗣后实践”。<sup>68</sup>然而，法院赋予机关实践的效力似乎超出了第三十二条所规定的条件和后果。由于在联合国某些经费案的意见中得到认可的推定来自国际组织机关的一个或多个行为，因此此类实践不必与依照1986年《维也纳公约》第2条(j)项所确定的甚至可能构成“组织规则”的“已确立的实践”相同。<sup>69</sup>这表明国际组织机关的实践本身可能构成该组织组成文书的解释资料，且联合国某些经费案的意见所认定的推定效力只是其在解释过程中具有这种作用的一个例子。<sup>70</sup>法院在提到国际组织不顾其某些成员的反对而采取行动时，<sup>71</sup>确

<sup>66</sup> 同上，详见第168页。

<sup>67</sup> Klabbers, *An Introduction to International Law*, 第90页；Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 25页；Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, 80页；Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, 第224-225页。

<sup>68</sup> 见与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践，结论草案第1条第4款和第4条第3款，《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第38段。

<sup>69</sup> 应该指出的是，委员会在对相关条款草案的评注中表示，在第2条第1款(j)项中提及“确立的实践”时“完全无意暗示实践在所有组织中都具有同样地位”，国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案第2条评注第(25)段，《1982年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第63段，详见第21页。

<sup>70</sup> Lauterpacht, “The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals”, 460页；Blokker, “Beyond ‘Dili’: on the powers and practice of international organizations”, 第312-318页。

<sup>71</sup> 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，详见第149页(其中提及1961年4月15日大会第1600(XV)号决议(以60票赞成、23票弃权 and 16票反对获得通过，反对国包括苏维埃社

认此种行为就解释目的而言可能构成嗣后实践，但不构成缔约方之间就解释问题达成协定的(更有份量的)实践。

50. 应该指出的是，一国际组织机关的实践可能有助于解释另一国际组织的组成文书。例如，国际海事组织秘书处最近重申了其一贯立场，根据这一立场：

违反[国际海事组织]的这些规定将导致船舶不合标准并违反[《联合国海洋法公约》]规定的有关航行安全和防止船舶造成污染方面的基本义务。<sup>72</sup>

51. 这些例子表明，无论是否得到有关国际组织组成文书全体缔约方的认可，机关的实践本身已经被认定为解释资料，尽管未必具有对解释进程结果起决定作用的份量。评述者赞同，按照国际组织机关的实践来解释该组织的组成文书常常是具有相关性的解释方式。<sup>73</sup>因此，机关实践的解释作用有可能达到第三十二条规定的效力，甚至可能有所超越，这取决于有关组成文书的规则。

### 3. 组织机关的实践与缔约方嗣后实践的结合

52. 将国际组织组成文书适用方面的实践纳入考虑的第三种可能方式是考虑将所涉组织各机关的实践与该组织缔约国的嗣后实践、尤其是缔约国对机关实践的接受结合起来。<sup>74</sup>在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的咨询意见中，国际法院对《联合

会主义共和国联盟(苏联)和“东方阵营”的其他一些国家)；1963年12月13日大会第1913(XVIII)号决议(以91票赞成，2票反对(西班牙和葡萄牙)、11票弃权获得通过)。

<sup>72</sup> 《联合国海洋法公约》对国际海事组织的影响，国际海事组织秘书处的研究，LEG/MISC.8号文件，2014年1月30日，第12页；该资料由德国提供，载于该国对委员会提供资料请求的答复；然而，对于并非国际组织组成文书的条约，国际法院表示：“必须指出的是，首先，在确定《灭绝种族罪公约》缔约国就该《公约》产生的权利和职责所持有的看法方面，行政管理实践存在的本身并不构成决定性因素。”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。

<sup>73</sup> Brölmann, “Specialized rules of treaty interpretation: international organizations”, 第520-521页；Kadelbach, “The interpretation of the Charter”, 第80页；Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第113和第246页(他还指出，尽管国际组织已经在解释其组成文书方面积累了大量经验，但许多相关材料或者不容易获得，或者并不“直接帮助深入了解在适用条约解释规则方面的情况”)。

<sup>74</sup> Higgins, “The development of international law by the political organs of the United Nations”, 第119页。

国宪章》第二十七条第三项中的用语“同意票”一词进行了解释，认为其包括了弃权，主要依据的是所涉机关的实践，同时考虑到该实践当时被会员国“普遍接受”的事实：

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定以及安理会理事国、特别是常任理事国采取的立场，已经连贯一致地将一个常任理事国采取的自愿弃权做法解释为并不阻碍决议的通过。安全理事会采用的这一程序自1965年修正《宪章》第二十七条以来一直保持未变，已为联合国会员国普遍接受，并表明了该组织的一种一般惯例。<sup>75</sup>

53. 法院在该案中同样强调了该国际组织一个或多个机关的实践以及会员国的“普遍接受”，并将这两种因素的结合称为“该组织的一般惯例”。<sup>76</sup> 在关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案的咨询意见中，法院沿用了这种办法，指出：“法院认为大会这一有所发展并得到接受\*的实践符合《宪章》第十二条第一项。”<sup>77</sup>

54. 同样，在南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与)中，国际法院提到国际捕鲸委员会(《国际捕鲸管制公约》设立的一个国际组织<sup>78</sup>及其一个机关的名称)无约束力的建议，澄清说这些建议若经“协商一致或一致表决获得通过，则可能对《公约》或其附表的解释产生影响”。<sup>79</sup> 在这种情况下，法院认为：

澳大利亚和新西兰夸大了其所依据的建议性决议和导则的法律意义。首先，[国际捕鲸委员会的]许多决议都是在未得到《公约》全体缔约国支持，尤其是未得到日本同意的情况下通

<sup>75</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>76</sup> Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (part two)”, 第76–77页(其中提到“法院提及该组织‘的’实践，很可能是想指这不是该组织作为一个实体在其与国际法其他主体的关系中遵循的做法，而是在整个组织范围内得到遵循、批准或尊重的做法。从这个角度看，这种做法与其说是若干常任理事国的一组弃权行为，旨在既不阻碍拟议决议的通过，亦不在表决记录中显示为赞同，不如说是在相关时刻安全理事会其他成员承认此类决议的有效性，实际上是所有会员国以默示接受的方式承认此类决议的有效性”)。

<sup>77</sup> 修建隔离墙的法律后果案(见上文脚注71)，第150页；另见第149页起。

<sup>78</sup> Schiele, *Evolution of International Environmental Regimes: The Case of Climate Change*, 第37–38页；Gillespie, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, 第311页，注121。

<sup>79</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。

过的。因此，这些文书既不能被视为解释第八条方面的嗣后协定，也不构成《维也纳条约法公约》第三十一条第三项(甲)款和(乙)款分别所指的确定缔约方关于条约解释之协定的嗣后实践。<sup>80</sup>

55. 另一个例子涉及接纳阿拉伯联合共和国(埃及和叙利亚)加入国际民航组织。在该案中，国际民航组织理事会决定接纳阿拉伯联合共和国，但补充说其决定不妨碍“[国际民航组织]大会自行决定阿拉伯联合共和国与本组织关系问题的权利”。理事会的以下决定“未受到挑战，并得到成员国以默示方式表示的接受。”<sup>81</sup> 前捷克和斯洛伐克联邦共和国以及前南斯拉夫社会主义联邦共和国两成员国在国际货币基金组织成员资格的继承案例中也遵循了类似的做法。<sup>82</sup>

56. 一些作者认为有必要“区分组织的集体行为和缔约方的行为”，<sup>83</sup> 但这并不排除有可能结合起来评估这两种形式的嗣后实践。<sup>84</sup>

#### D. 第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定作为国际组织组成文书的解释资料

57. 第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定有可能影响作为国际组织组成文书的条约的解释。然而，应该指出的是，首先必须根据该组织组成文书和其他规则的规定对缔约方之间的协定可能具有的重要性进行评估。例如，如果组成文书中含有一条条款，规定文书解释需要遵循特别程序，则应推定缔约方在缔结条约之后达成的协定无意规避该程序。此外，组织的规则及其已确立的实践可能会排除考虑缔约方之间就组成文书的解释达成的协定，对于欧洲联盟来说，在欧洲联盟法院行使管辖权的领域内就是这样。<sup>85</sup>

<sup>80</sup> 同上，详见第257页，第83段。

<sup>81</sup> Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations*, 第295页(其中提及Buergethal, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, 第32页)。

<sup>82</sup> 同上，第297–298页。

<sup>83</sup> Lauterpacht, “The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals”, 详见第457页。

<sup>84</sup> 例如，见检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”案，关于辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议的裁决，第IT-94-1-AR72号案，前南斯拉夫问题国际法庭，上诉分庭，1995年10月2日，《1994–1995年司法汇编》，第30段。

<sup>85</sup> 见上文脚注35。



58. 与国际组织组成文书的解释相关的嗣后协定有两种基本形式：缔约方之间的单独协定和以国际组织全体机关的决定形式体现的缔约方之间的协定。

### 1. 缔约方之间的单独嗣后协定

59. 缔约方之间关于国际组织组成文书解释问题的单独协定很少见。当此类文书的解释问题产生时，缔约方大多作为成员在全体机关框架内行事。如果需要对条约进行修订、修正或补充，缔约方或者使用条约中规定的修正程序，或者缔结进一步的条约，通常是议定书(1969年《维也纳公约》第三十九至第四十一条)。但是，缔约方也有可能以这种身份在各自组织的全体机关内行事。例如，在欧洲联盟，欧洲理事会(由成员国的国家元首和政府首脑，以及理事会自己的主席和委员会主席组成的机关)于1995年决定

将欧洲货币的名称定为欧元。……将使用欧元这个具体名称，而不是相关《条约》条款中用来指称欧洲货币单位的通用术语“埃居(ecu)”。

十五个成员国的政府已经达成共同协定，认为这项决定是对《条约》有关条款一致同意的最终解释。<sup>86</sup>

60. 有时很难确定一国际组织全体机关内的“成员国会议”是打算像通常那样以该机关成员的身份行事，还是以该组织组成文书缔约国的身份行事。<sup>87</sup> 欧洲联盟法院在面对这个问题时首先从所涉行动的措辞入手：

从该条款的措辞可以明显看出，成员国代表不以理事会成员的身份、而是以其政府代表的身份行事并以此集体行使成员国的权力时所采取的行动不受法院的司法审查。正如佐审官在其意见第18节中所述的那样，在这方面此类行动是被称为“理事会内成员国会议的行动”还是“理事会内成员国会议政府代表的行动”，都没有区别。<sup>88</sup>

<sup>86</sup> 见欧洲理事会马德里大会(1995年)的主席团结论，*Bulletin of the European Union*, No. 12 (1995), 第10页；关于对该决定作为嗣后协定的介绍，见Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第213页；以及Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification and formal amendment”, 第109–110页。

<sup>87</sup> Kapteyn and VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 第340–343页。

<sup>88</sup> 议会诉理事会和委员会案，第C-181/91和第C-248/91号案，1993年6月30日的判决，欧洲共同体法院，《1993年欧洲法院汇编》，第12段。

61. 但是，法院最终还是认为“[该决定]的内容及其通过时的全部情形”，在确定该决定是机关的决定还是缔约国自己的决定方面具有决定性重要意义：

因此，将一项行动说成是“成员国的决定”，不足以将其排除在《条约》第173条所规定的审查之外。为使一项决定被排除在审查范围外，仍必须从该决定的内容及其通过时的全部情形来确定所涉行动实际上不是理事会的决定。<sup>89</sup>

62. 在确定一项特定行动是否涉及相关组织组成文书的解释时，这些考虑似乎也是具有相关性的。

### 2. 全体机关的决定作为缔约方之间的嗣后协定

63. 国际组织全体机关关于解释或适用条约规定的决定和建议，在某些情况下，也可能反映1969年《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款所述的缔约方之间的嗣后协定，条件是此类行动反映了缔约方自身就组成文书达成的协定。因此，世界贸易组织(世贸组织)上诉机构泛泛指出：

根据《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款的案文，我们认为，成员国通过的决定可被视为“当事国之间”在解释相关协定或适用其规定方面的“嗣后协定”，条件是(一)从时间方面而言，该决定的通过是在相关协定之后；和(二)该决定的规定和内容反映了成员国之间对解释或适用一世贸组织法律条款达成的协定。<sup>90</sup>

64. 关于在什么具体条件下，全体机构的决定才可被视为第三十一条第三项(甲)款所指的嗣后协定，世贸组织上诉机构认为：

263. 关于第一项要素，我们注意到《多哈部长级会议决定》是2001年11月14日世贸组织第四次部长级会议期间，以协商一致方式通过的。

……关于第二项要素，所须回答的关键问题是《多哈部长级会议决定》第5.2段是否表明成员国之间对解释或适用[《技术性贸易壁垒协定》]第2.12条中的“合理间隔”达成了协定？

264. 我们回顾《多哈部长级会议决定》第5.2段规定：

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

265. 关于《多哈部长级会议决定》第5.2段是否表明成员国之间对解释和适用《技术性贸易壁垒协定》第2.12条所诉“合理间隔”一词达成协定的问题，我们在上诉机构关于欧共体——香蕉案(三)(第21.5条——厄瓜多尔(二))以及欧共体——香蕉案(三)(第21.5条——美国)的报告中找到了有益的指导。

<sup>89</sup> 同上，第14段。

<sup>90</sup> 世贸组织上诉机构的报告，美国——影响丁香烟生产和销售的措施案，WT/DS406/AB/R号文件，2012年4月4日通过，第262段。

上诉机构指出,国际法委员会(“委员会”)将《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款意义上的嗣后协定描述为“需要与背景一道加以考虑的又一种可信的解释要素”。上诉机构指出“委员会在提到‘可信的解释’时,把第三十一条第三项(甲)款解读为是指对条约解释具体产生影响的各项协定。”因此,我们将审议第5.2段是否对《技术性贸易壁垒协定》第2.12条的解释产生具体影响的问题。

266. 《多哈部长级会议决定》第5.2段明确提到《技术性贸易壁垒协定》第2.12条“合理间隔”的说法,并把该间隔定义为“通常不少于6个月的期间,但不能有效满足”一项技术条例“所争取之合法目标的情形除外”。就第5.2段的条件和内容而言,我们所能认定的第5.2段的功能,仅仅在于解释《技术性贸易壁垒协定》第2.12条“合理间隔”一词。因此,我们认为第5.2段对《技术性贸易壁垒协定》第2.12条“合理间隔”一词的解释产生具体影响。现在我们来分析一个问题,即《多哈部长级会议决定》第5.2段是否表明成员国——在《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款的含义范畴内——对《技术性贸易壁垒协定》第2.12条“合理间隔”一词的解释达成了协定。

267. 我们注意到,《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款的案文并没有对“当事国嗣后……协定”应当采取的形式作出规定。所以,我们认为《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款中的“协定”一词基本上指的是实质,而不是形式。因此,我们的看法是,《多哈部长级会议决定》第5.2段可被定性为《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款所述的“嗣后协定”,条件是:它明确表达一项共识,并反映出成员国之间就《技术性贸易壁垒协定》第2.12条“合理间隔”一词的含义而言,接受此项共识。在确定情形是否如此时,我们发现第5.2段的条件和内容具有决定性。关于这一点,我们注意到,成员国之间对《技术性贸易壁垒协定》第2.12条“合理间隔”一词含义的理解是由措辞“shall be understood to mean (应当被理解为意味着)”来表达的——这一措辞不能被认为仅仅是劝告性的。

268. 综上所述,我们支持小组的结论……即在《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款的含义范畴内,《多哈部长级会议决定》第5.2段构成一项缔约方之间就《技术性贸易壁垒协定》第2.12条“合理间隔”一词的解释达成的嗣后协定。<sup>91</sup>

65. 虽然《多哈部长级会议决定》并不涉及《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》本身的条款,但它涉及该《协定》的一份附件(《技术性贸易壁垒协定》),即国际组织组成文书的一项规定。无论如何,上诉机构提到“世贸组织法律”时是泛指,其中首先包括了《世贸组织协定》本身。

66. 上诉机构的推理很有意义,因为它规定全体机关的决定要成为第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定,则必须“对条约解释产生具体影响”,而且应当明确如此(“我们所能认定的第5.2段的功能,仅仅在于解释……‘合理间隔’一词”),以便排除一种可能性,即缔约方仅仅想让此项决定为执行条约

提供一项或数项非排斥性的实用备选办法,或政策建议(“仅仅是劝告性的”)。这些颇为严格的条件显示,上诉机构一般认为世贸组织部长级会议作为全体机关所作的决定,除了对组成文书通常产生的影响外,只是在例外情形下,才具有第三十一条第三项(甲)款所述嗣后协定的性质。

67. 该观点符合以下看法,即其他国际组织全体机关的行动在某些情形下也可以构成第三十一条第三项(甲)款所指的嗣后协定。国际法学家们就联合国大会<sup>92</sup>和国际组织其他全体机关<sup>93</sup>明确表明了这一点,而国际法院在解释《联合国宪章》条款时,已

<sup>92</sup> 见 Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第213页(提到关于消除国际恐怖主义的措施的大会第51/210号决议可被视为关于解释《联合国宪章》的嗣后协定); Jiménez de Aréchega, “International law in the past third of a century”, 第32页(就《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》(1970年10月24日大会第2625(XXV)号决议,附件)指出“该决议并非旨在修正《宪章》,而是要澄清第二条所载的基本法律原则。决议是按照这些条件、在无反对票的情况下而获得通过的,构成了《宪章》全体缔约方对这些基本原则所持观点以及由此产生的某些推论的权威表述。鉴于此种情形,《宣言》作为承认会员国自身所认为的构成现有习惯法准则的决议,以及作为藉由其所有成员嗣后协定和嗣后实践而对《宪章》作出的解释,其法律份量和权威似乎无法否认”); Schachter, “International law in theory and practice: general course in public international law”, 第113页(“解析和‘具体体现’《宪章》各项原则的法律宣告型决议——不论是作为一般规则,还是就具体情形而言——可被视为缔约方对其现有条约义务的可靠解释。这些决议属于解释,且经所有会员国同意,在此情况下,完全可以成为确立的法律渊源。各国政府和律师所援引的一个显著事例为1970年以协商一致(即无异议)方式通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》”); White, *The United Nations System: Toward International Justice*, 第38页(指出大会以协商一致方式通过的决议可被视为嗣后协定); 另见 Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, 第216–217页(就1969年《维也纳公约》第三十一条第三项(甲)款指出:“众所周知,大会若有若干决议对《联合国宪章》作了解释和适用,包括《世界人权宣言》、《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》以及涉及非殖民化、恐怖主义和使用武力的其他文书”); Kunig, “United Nations Charter, interpretation of”, 第275页(指出,“如果以协商一致的方式通过,则[大会决议]能在形成和改变法律价值方面——因而在解释《联合国宪章》方面——发挥重大作用”,并在国际法院关于尼加拉瓜案的判决中找到了支持这一点的依据(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段)。

<sup>93</sup> Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, 第854页(其中提到油污赔偿基金大会就基金组成文书所作的解释); Cogen, “Membership, associate membership and pre-accession arrangements of CERN, ESO, ESA, and EUMETSAT”, 第157–158页(提到2010年6月17日欧洲核研究组织理事会一致通过的一项决定,对《关于设立欧洲核研究组织的公约》的

<sup>91</sup> 同上,第263–268段。

将大会决议纳入考虑。虽然法院没有提到第三十一条第三项(甲)款,但明确表明仅通过一项决议是不够的。当法院依据大会《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》<sup>94</sup>对《宪章》第二条第四项进行解释时更是如此。法院强调“缔约方的态度以及各国对某些大会决议的态度”及其对此类决议的同意。<sup>95</sup>事实上,正如世贸组织上诉机构所指出的,按照第三十一条第三项(甲)款将一集体决定定性为“可信的解释要素”,只有在国际组织组成文书缔约方明显依此方式行事,而不是如寻常那样从机构角度只作为各自全体机关的成员行事,才是合理的。<sup>96</sup>

### E. 如何联系维也纳解释规则,设想嗣后实践和嗣后协定的各种用法

68. 关于国际性法院和法庭以多种方式将适用国际组织组成文书的实践作为解释资料,是否仅仅是作为条约解释基本规则的第三十一和第三十二条的不同表现形式,抑或也体现一种适用于此类组成文书的特别或额外解释规则,曾有不同观点。

接纳标准作了解释,称这可能属于第三十一条第三项(甲)款所述的嗣后协定)。

<sup>94</sup> 见上文脚注92。

<sup>95</sup> 军事和准军事活动案(见上文脚注92),第99-100页,第188段:(“对此类决议案文表示同意所具有的效力不能被理解为仅仅是‘重申和阐明’《宪章》中的条约承诺。相反,它可被理解为接受其自身决议所宣布的一条或一套规则的有效性。”这段表述的主要目的在于解释大会决议在形成习惯法方面可能起到的作用,也承认了(相对次要的)与条约有关的论点,即此类决议可被用于表达当事方将《联合国宪章》作为条约进行某种解释(“阐明”)时的协定或立场;同样:科索沃单方面宣布独立是否符合国际法案(见上文脚注15),第437页,第80段(法院在该案中,除其他外,依据《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》得出结论认为:“因此,领土完整原则的范围仅限于国家之间关系的领域”);在此意义上,例如,见Sohn,“The UN system as authoritative interpreter of its law”,第176-177页(针对尼加拉瓜案指出“法院把《友好关系宣言》接受为对《宪章》的可信解释”);Divac Öberg,“The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ”,第897页(指出,按照尼加拉瓜案的判决,大会决议(如《友好关系之国际法原则宣言》)的作用并不“限于重新申明或解释(‘重申或阐明’)”。

<sup>96</sup> 见世贸组织上诉机构的报告,美国——影响丁香烟生产和销售的措施案(见上文脚注90);以及Bonzon, *Public Participation and Legitimacy in the WTO*,第114-115页(其中主张“在世贸组织机构作出的决定中,对所谓的‘机构决定’和‘非机构决定’应当加以区分。前者——被称为‘附带造法’——是基于具体归因于某一特定机关的权力,并根据该组织规则制定的程序作出的。相比之下,‘非机构’决定则是在世贸组织框架内,而是由各国作为多边条约当事方依据一般国际法——即1969年《维也纳条约法公约》——个别作出的”)。

69. 加尔迪内指出,国际法院在关于国家在武装冲突中使用核武器的合法性案的咨询意见中,提到了国际组织“自身的实践”,“在其简要提及一般规则的一些要素时,特别全文引用了1969年《维也纳公约》关于嗣后实践的规定,似乎把该组织自身的实践与维也纳规则中的嗣后实践等同了起来”。<sup>97</sup>另一方面,舍默尔斯和布洛克尔一方面承认法院在该咨询意见中“比以往任何时候都更努力地试图为提及该组织的实践阐明法律依据”,但也认为“法院采取的做法有一个缺点,即‘嗣后实践’作为1969年《维也纳公约》规定的解释准则,是指某一具体条约当事国的实践,而不是指该组织自身的实践……”。在此意义上,舍默尔斯和布洛克尔指出“把《维也纳公约》第三十一条第三项(乙)款作为‘该组织的实践’所依赖的基础,并不正确”。<sup>98</sup>

70. 加尔迪内以及舍默尔斯和布洛克尔的观点在实质内容上似乎没有分歧,但分歧在于他们是将一国际组织“自身的实践”视为与第三十一条第三项(乙)款(和第三十二条)具有相关性呢,还是独立地具有相关性?有人试图弥补这一推论上的分歧。例如,在召回私人持股的合法性案中,常设仲裁法院的仲裁法庭认为:

[第三十一条第三项(乙)款]在按照《维也纳公约》第五条适用于国际组织的组成文书时,具有特殊的含义。在对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案中,国际法院认为“诸如[联合国]之类的实体的权利和义务必须取决于其组成文书中明确或暗示规定、并在实践中得到发展的宗旨和职能。”[国际清算]银行曾经以引入新条款的方式,数次对其《规约》进行修正,这一点似乎证明了在这面对《规约》的权威解释。<sup>99</sup>

71. 另一方面,克莱伯斯提到国际法院对海事安全委员会的组成案的咨询意见时,<sup>100</sup>质疑是否存在着一“条关于解释组成条约的特别规则,这并不是要否认在涉及组成文书时,往往会从文书宗旨的角度作出解释。”<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第247页。

<sup>98</sup> Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, 第844页;另见Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 第187页。

<sup>99</sup> 关于2001年1月8日召回私人持股的合法性及此类股份的估值适用标准的部分裁决案,2002年11月22日,《联合国国际仲裁裁决汇编》,第二十三卷(出售品编号:E.04.V.15),第183页起,详见第224页,第145段。

<sup>100</sup> 海事安全委员会的组成案(见上文脚注63),第150页。

<sup>101</sup> Klabbers, *An Introduction to International Law*, 第89-90页。

72. 虽然仲裁法庭的办法与克莱伯斯的办法之间依然存在着某种差异,但两者似乎都认为国际组织“自身的实践”在按照《维也纳公约》相关规则解释其组成文书方面,常常会起到具体作用,特别是有助于明确条约的目的和宗旨,或组织的职能。<sup>102</sup>如特别报告员在其第一次报告中所指出的那样,嗣后协定和嗣后实践可能与条约的目的和宗旨密切相关,原因是嗣后协定和嗣后实践不时被首先用来具体说明条约的目的和宗旨。<sup>103</sup>委员会后来在对结论草案1的评注中确认“特定嗣后实践和嗣后协定有的能够,有的则不能够协助确定有关术语在其上下文中并结合考虑到条约的目标和宗旨后的通常含义”。<sup>104</sup>

73. 对于国际组织“自身的实践”可能具有的相关性的不同解释,最终依然属于1969年《维也纳公约》所体现的解释规则框架范畴。依据这些规则,不仅可考虑到为缔约方本身的各自实践(按对第三十一条第三项(乙)款的狭义解释)所证实的一个组织的实践,而且也可认为各机关的此类实践对于适当确定条约的目的和宗旨(包括有关国际组织的职能)而言具有相关性,或认为各机关的此类实践是按照第三十二条适用条约方面的一种“其他实践”形式。因而,视具体的有关组成文书而定,一组织“自身的实践”可被认为本身具有相关性,或是与缔约方实践相结合而具有相关性,或是因表明条约的目的和宗旨而具有相关性,或根本不具有相关性(如欧洲联盟的情况)。在此意义上,现代判例法体现了劳特派特法官于1955年所述的如下办法:

对一部组织文书的正确解释,不仅需要考虑到原始文书的正式文字,而且需要考虑到其实际实践中的运作并联系该组织存在期间所出现的各种趋势。<sup>105</sup>

74. 根据第5条,可以在适用第三十一和第三十二条的解释规则时考虑到不同形式嗣后实践和嗣后协定在一国际组织组成文书的解释方面可能起

到的作用,而且作为条约目的和宗旨的一个方面,也可考虑到有关国际组织和文书的具体机构特征。<sup>106</sup>这些要素每次会有具体的组合,从而有助于解答如下问题:对国际组织组成文书的解释能否与时俱进?若能,又是如何与时俱进的?<sup>107</sup>有时,通过考虑到这些要素,得以对此类文书作出了相对灵活的解释。<sup>108</sup>

## F. 机关和组织实践的性质和权重

75. 委员会以往的工作符合1969年《维也纳公约》解释规则所述的这一综合办法。委员会暂时通过了如下关于嗣后实践归属问题的结论草案5,从而解决了为解释条约之目的,非条约缔约方的实践所起作用的一个方面:

### “结论草案5 嗣后实践的归属

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

“2. 其他行为,包括非国家行为者的行为,不构成第三十一和第三十二条所称的嗣后实践。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。”

76. 结论草案5并不意味着国际组织机关的实践本身不能成为第三十一和第三十二条所述的嗣后实践。委员会在对结论草案5的评注中解释说:

国际组织的决定、决议和其他实践本身就可能与条约的解释有关。例如,《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》……第2条第1款(j)项就确认了这一点,其中提及“组织已确立的实践”,将其作为“组织规则”的一种形式。结论草案5仅涉及国际组织的实践是否可以表明条约缔约国的相关实践。<sup>109</sup>

77. 然而,必须指出的是,条约缔约方的实践和国际组织机关的实践对作为国际组织组成文书的条约的解释而言,具有不同的权重。一方面,如委员会在1986年《维也纳公约》第2条第1款(j)项的评注

<sup>102</sup> 国际法院所用的措辞是“其组成文书中明确或暗示规定、并在实践中得到发展的宗旨和职能”,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180页。

<sup>103</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/660号文件,第51段,提供进一步参考。

<sup>104</sup> 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践结论草案第1条评注第(15)段,脚注58,同上,第二卷(第二部分),第39段,详见第25页;尤其见陆地和海洋疆界案(见上文脚注46),见第306-307页,第67段。

<sup>105</sup> 西南非洲案——表决程序案,咨询意见,《1955年国际法院汇编》,第67页,劳特派特法官的个别意见,详见第106页。

<sup>106</sup> 评论家们正就以下问题进行辩论,即某些国际组织的具体机构性质,加上其组成文书中体现的原则和价值,是否也能够引出借鉴自国家宪法的、对此类文书的“宪法性”解释?例如,见Alvarez,“Constitutional interpretation in international organizations”;虽然特别是就欧洲联盟初始条约而言,这一办法获得了承认,但对于其他大多数国际组织来说,它并没有得到普遍接受。

<sup>107</sup> 见结论草案3及其相关评注,《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第28-32页。

<sup>108</sup> Dörr,“Article 31”,第537页,第31段;Schmalenbach,“Article 5”,第92页,第7段。

<sup>109</sup> 结论草案5的评注第(14)段,《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第39段,详见第40页。

中所述，机关的某项特定实践的权重可能取决于相关组织的组成文书所表述的该组织的特定规则和特征：

大多数国际组织经若干年之后，的确有一些成为其规则组成部分的实践。但是，这里提到实践，绝不表示实践在一切组织中享有相同的地位；与此相反，各组织在这一方面各有其特点。<sup>110</sup>

78. 另一方面，国际性法院和法庭曾多次——适当地——表示，为解释之目的，组织机关的实践与成员国的实践是相互关联的，并且构成一个整体（“组织的一般惯例”）。<sup>111</sup> 从这一角度讲，可以合理地认为“相关实践通常是指承担执行义务的那一方的实践”，<sup>112</sup> 这意味着“如果国家依照条约规定委托一个组织执行某些活动，则执行这些活动的方式可以构成条约所称的实践；但这种约定是否确立了缔约方关于条约解释的协定，可能需要考虑到其他因素”。<sup>113</sup>

79. 因此，国际法院在提到国际组织不顾某些会员国的反对而采取的行为时确认，<sup>114</sup> 一般来讲，这种行为就解释而言可能构成嗣后实践，但不是确立缔约方关于条约解释的协定的实践，因而不是真正的解释资料。<sup>115</sup> 在法院看来，作为一种解释资料，“组织的一般惯例”似乎比该组织某个机关“已确立的实践”具有更大的权重。这是因为全体成员都接受的一个机关的某种确立的实践相当于第三十一条第三项(乙)款所述的缔约方的嗣后实践。这表明组织机关与其成员国的行为之间必须相互作用才能产生组织的一般惯例。

80. “普遍接受”必须“至少”是默许。<sup>116</sup> 在修建隔离墙的法律后果案的咨询意见中，为了认定对《宪章》第十二条的解释通过大会和安全理事会的嗣后行为而随时间发生了演变，法院援用了组织的实践（“联合国的实践”）。<sup>117</sup> 在这一背景下论及“大会公认实践”

<sup>110</sup> 关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案第2条评注第(25)段，《1982年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第63段，详见第21页。

<sup>111</sup> 南非继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果案(见上文脚注75)，第22页。

<sup>112</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第246页。

<sup>113</sup> 同上。

<sup>114</sup> 法院在修建隔离墙的法律后果案(见上文脚注71)中援引了大会1961年4月15日第1600(XV)号决议，以及1963年12月3日第1913(XVIII)号决议，第149页。

<sup>115</sup> Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第247页。

<sup>116</sup> 见 Arato, “Treaty interpretation and constitutional transformation”, 第322页。

<sup>117</sup> 修建隔离墙的法律后果案(见上文脚注71)，第149页。

时，<sup>118</sup> 法院默示确认，成员国对一组织在适用条约时遵循的实践加以默许，是就相关条约规定的解释达成协定的一项充分条件。

81. 同样，“组织已确立的实践”是国际组织组成文书的一种解释资料。1986年《维也纳公约》第2条第1款(j)项和关于国际组织的责任条款草案第2条(b)项甚至将“组织已确立的实践”列为“组织的规则”。但是，这一列定并不排除这种实践也可作为组成文书的解释资料。委员会在对后来成为1986年《维也纳公约》的条款草案第2条第1款(j)项评注中指出：

这里提到实践，绝不表示实践在一切组织中享有相同的地位；与此相反，各组织在这一方面各有其特点。同样地，委员会提到“确立的”实践时，只打算排除那些不确定的或有争论的实践；它不打算将实践锁定在某一组织的历史上的特定时刻。<sup>119</sup>

82. 委员会由此确认“组织已确立的实践”至少是国际组织法的一个补充要素。但这引起了一些争议，即这种实践对不同组织可能产生哪些具体法律效果，以及是应该按照国际法传统渊源(条约或习惯)还是应该按照机构法渊源来解释这种效果。<sup>120</sup> 虽然很难一言以蔽之，但显然“组织已确立的实践”包含该组织机关以特定形式进行的实践，<sup>121</sup> 这种实践得到该组织成员的普遍接受，尽管有时是默许接受。<sup>122</sup>

<sup>118</sup> 同上，第150页。

<sup>119</sup> 关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案第2条评注第(25)段，《1982年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第63段，详见第21页；这并不排除一个组织内部存在的某种实践虽不是“已确立的”，但对该组织的运作仍然是重要的。

<sup>120</sup> Higgins, “The development of international law by the political organs of the United Nations”, 第121页(“条约解释的若干方面与这一领域的习惯做法非常密切地融合”); Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations ...”, 第630–631页(这种实践“应被视为该组织的一种习惯国际法”); 将“组织已确立的实践”限定为所谓的内部规则是没有说服力的，因为在委员会看来，“将之提及为一个组织的‘内部’法会产生一些问题，因为虽然这种法律有其对内的一面，但在其他方面还有国际性质”，关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案第2条评注第(25)段，《1982年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第63段，第21页；Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, 第766页；但是，见 Ahlborn, “The rules of international organizations and the law of international responsibility”, 第424–428页。

<sup>121</sup> Blokker, “Beyond ‘Dili’”, 第312页。

<sup>122</sup> Lauterpacht, “The development of the law of international organizations by the decisions of international tribunals”, 第464页(“全体成员普遍的同意”); Higgins, “The development of international law by the political organs of the United Nations”, 第121页(“此处，长度和默许的程度可能有必要比别处不明显

可能很难将这种实践与“组织的一般惯例”区分开来，后者作为一种行动形式，被国际法院作为解释资料加以适用。<sup>123</sup> 因此，这种实践是国际组织组成文书的一种解释资料，<sup>124</sup> 应将之纳入考虑，因为它是基于成员之间的协定或是源于该组织的机构特征。“组织已确立的实践”有可能产生进一步的法律效果，但这种效果是不确定的，因而不属于本专题的范畴。

### G. 第五条作为习惯法的体现

83. 评论者认为，1969年《维也纳公约》第五条反映了习惯法。<sup>125</sup> 这一评估的依据是代表们在维也纳举行的联合国条约法会议(1968至1969年)上就条款草案第四条(现为第五条)所作的某些发言。特别提到阿根廷代表鲁达先生的发言，他认为：

辩论表明，第四条所述规则是现行法规则，是对现行习惯法规则的编纂。依据国家间习惯确立的习惯法，加上长期的实

一些，因为联合国的机关无疑具有作出此类[关于其自身管辖权和职权]决定的最初权威”；Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations ...”, 第633–641页。

<sup>123</sup> Arato, “Treaty interpretation and constitutional transformation”, 第322页。

<sup>124</sup> 《大会正式记录，第六十四届会议，第六委员会》，第16次会议(A/C.6/64/SR.16)，联合王国的声明(存档于编纂司)；Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, 第842–845页，第1347段；Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, 第241页；Engel, “‘Living’ international constitutions and the World Court”, 第894页；Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations*, 第292页；Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, 第90页；Ahlborn, “The rules of international organizations and the law of international responsibility”, 第425页。

<sup>125</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第120页。

践，导致产生的规则有别于条约中存在的一般国际法规则。他的代表团认为，第四条只是反映了当前的情况，并无任何新意。<sup>126</sup>

84. 不过，极少有人明确支持这一提议。<sup>127</sup> 此外，维也纳会议关于第四条草案的辩论表明这一规则在当时是有争议的。一些代表团认为，案文“有可能使一个特别棘手的问题变得混淆和模糊”；<sup>128</sup> 其他代表团要求删除案文——尽管是出于不同的原因。<sup>129</sup> 到目前为止，国际法院尚未解决《公约》第五条是否反映了习惯国际法的问题。

85. 但是，就本专题的目的而言，不必对第五条的习惯法地位作出准确判定。只需提及普遍公认1969年《维也纳公约》关于条约解释的规则适用于国际组织的组成文书，但始终“不妨碍该组织的任何有关规则”即可。第五条表述的规则具有充分的灵活性，可适应所有可以想象得到的情况，其中包括国际组织的机关——如欧洲联盟法院那样——宣称该组织认为，缔约国的“实践”或机关的“实践”对成立条约的解释都不具有意义的情况。如果从这一宽泛和灵活的角度来理解，显然第五条确实反映了习惯国际法。

<sup>126</sup> 《联合国条约法会议正式纪录，第一届会议，维也纳，1968年3月26日至5月24日，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11号文件，联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，1968年4月2日，第9次会议，第52页，第73段。

<sup>127</sup> 见巴西代表的发言(同上，1968年4月3日，第10次会议，第56页，第30段)；以及欧洲委员会(观察员)代表的发言(同上，1968年4月2日，第9次会议，第47页，第13段)。

<sup>128</sup> 同上，1968年4月2日，第8次会议，第44页，第25段(西班牙)。

<sup>129</sup> 见同上，1968年4月2日，第8次会议，第43页，第15、18和第21段(美国)和第45页，第33和第36段(瑞典)。

## 第三章

### 结论草案11

86. 基于上述考虑，拟议了以下结论草案：

#### “结论草案11

#### 国际组织的组成文书

“1. 第三十一条和三十二条适用于作为国际组织组成文书的条约，但不妨碍该组织的任何有关规则。因此，第三十一条第三项(甲)款

和(乙)款所称嗣后协定和嗣后实践是这些条约的解释资料，第三十二条所称其他嗣后实践可能是这些条约的解释资料。

“2. 国际组织某个机关适用该组织组成文书的行为可能产生或表明第三十一条第三项(甲)款和(乙)款称缔约方的嗣后协定或嗣后实践，或是第三十二条所称的其他嗣后实践。

“3. 国际组织某个机关适用该组织组成文书的行为本身可能构成就解释这种条约而言的相关实践。”

“4. 在解释国际组织的组成文书时，应考虑到该国际组织已确立的实践。”

# 条约的暂时适用

[议程项目6]

A/CN.4/687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三次报告\*

[原文：英文/西班牙文]

[2015年6月5日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	58
本报告引用的著作.....	60
	段 次
导言.....	1-14 61
章 次	
一、 继续分析会员国表达的意见 .....	15-26 62
二、 暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系 .....	27-70 63
A. 第十一条. 表示同意承受条约拘束之方式.....	32-44 64
B. 第十八条. 不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨之义务.....	45-52 65
C. 第二十四条. 生效.....	53-55 66
D. 第二十六条. “条约必须遵守”.....	56-59 66
E. 第二十七条. 国内法与条约之遵守.....	60-70 67
三、 关于国际组织的暂时适用.....	71-129 68
A. 背景.....	71-75 68
B. 秘书处就1986年《维也纳公约》第25条的立法进展编写的备忘录.....	76-85 68
C. 建立国际组织和国际制度的条约的暂时适用.....	86-102 70
D. 国际组织内部或国际组织召开的外交会议上谈判的条约的暂时适用.....	103-121 71
E. 国际组织作为当事方的条约的暂时适用.....	122-129 73
四、 关于暂时适用问题的准则初步提案.....	130-131 74
五、 结论.....	132-138 75
附件 国际组织暂时适用条约的情况.....	76

\* 特别报告员对 Pablo Arrocha Olabuenaga 和 Karla Jones 为编写本报告作出的宝贵贡献深表感谢。



## 本报告引用的多边文书

## 来源

- 《米制公约》[英](1875年5月20日, 巴黎) 关于案文, 可查阅 [www.bipm.org/en/worldwide-metrology/metre-convention/](http://www.bipm.org/en/worldwide-metrology/metre-convention/)。
- 《在摩洛哥行使保护权公约》[英](1880年7月3日, 马德里) *Public of Laws of the United States of America Passed by the Forty-Seventh Congress, Statutes I. 1881-1883*, vol. XXIX, Washington, D.C., Government Printing Office, 1883, 第817页。
- 《协约及参战各国对德合约》(《凡尔赛和约》)[英](1919年6月28日, 凡尔赛) *British and Foreign State Papers*, 1919年, 第一百一十二卷, 伦敦, 皇家印务局, 1922年, 第1页。
- 《国际劳工组织宪章》[英](1919年6月28日, 凡尔赛) 同上, 第191页。另见国际劳工局, 《公报》, 第一卷, 1919年4月至1920年8月, 1923年, 日内瓦。
- 《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。
- 《关于临时欧洲内陆运输组织的协定》[英](1945年5月8日, 伦敦) 大不列颠外交部, *Treaty Series No. 2* (1945), 伦敦, 皇家印务局, 1945年, 第1页。
- 《国际卫生会议最后议定书, 国际卫生会议与会各国政府所订之过渡办法及关于国际公共卫生局事宜议定书》(1946年7月22日, 纽约) 联合国, 《条约汇编》, 第9卷, 第125号, 第3页。
- 《国际难民组织组织法以及对难民和流离失所者应采取的临时措施协定》(1946年12月15日, 纽约) 同上, 第18卷, 第283号, 第3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。
- 《国际纺织品贸易协议》(《关税及贸易总协定》附表七十五)[英](1973年12月20日, 日内瓦) 同上, 第930卷, 第814号, 第166页。
- 《政府间海事协商组织公约》[英](1948年3月6日, 日内瓦) 同上, 第289卷, 第4214号, 第3页。
- 《国际原子能机构规约》(1956年10月26日, 纽约) 同上, 第276卷, 第3988号, 第3页。
- 《渔业公约》[英](1964年3月9日, 伦敦) 同上, 第581卷, 第8432号, 第57页。
- 1968年《国际咖啡协定》[英](1968年3月18日, 纽约和1968年3月31日, 纽约) 同上, 第647卷, 第9262号, 第3页。
- 《经延期的1968年〈国际咖啡协定〉继续生效议定书》[英](1974年9月26日, 伦敦) 同上, 第982卷, 第9262号, 第332页。
- 1968年《国际糖协定》(1968年10月24日, 日内瓦) 同上, 第654卷, 第9369号, 第3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。
- 1972年《国际可可协定》[英](1972年10月21日, 日内瓦) 同上, 第882卷, 第12652号, 第67页。
- 1973年《国际糖协定》(1973年10月13日, 日内瓦) 同上, 第906卷, 第12951号, 第69页。
- 《设立香蕉出口国联盟的协定》[西](1974年9月17日, 巴拿马城) 同上, 第1292卷, 第21294号, 第273页。
- 1975年《国际可可协定》[英](1975年10月20日, 日内瓦) 同上, 第1023卷, 第15033号, 第253页。
- 1976年《国际咖啡协定》[英](1975年12月3日, 伦敦) 同上, 第1024卷, 第15034号, 第3页。
- 《国际海事卫星组织公约》[英](1976年9月3日, 伦敦) 同上, 第1143卷, 第17948号, 第105页。
- 《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。
- 1979年《国际天然胶协定》(1979年10月6日, 日内瓦) 同上, 第1201卷, 第19184号, 第191页。

## 来源

- 1980年《国际可可协定》[英](1980年11月19日,日内瓦) 同上,第1245卷,第20313号,第253页。
- 《第六个国际锡协定》(1981年6月26日,日内瓦) 同上,第1282卷,第21139号,第205页。
- 1983年《国际咖啡协定》[英](1982年9月16日,伦敦) 同上,第1333卷,第22376号,第120页。
- 1982年《国际黄麻和黄麻制品协定》[英](1982年10月1日,日内瓦) 同上,第1346卷,第22672号,第59页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾)  
《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1833卷,第31363号,第3页。  
同上,第1836卷,第31364号,第3页。
- 1983年《国际热带木材协定》(1983年11月18日,日内瓦) 同上,第1393卷,第23317号,第67页。
- 1984年《国际糖协定》(1984年7月5日,日内瓦) 同上,第1388卷,第23225号,第3页。
- 1986年《国际小麦协定》:  
(a)《小麦贸易公约》[英](1986年3月14日,伦敦)  
(b)《粮食援助公约》[英](1986年3月13日,伦敦)
- 《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号文件。
- 《国际橄榄油和食用橄榄协定》[英](1986年7月1日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》,第1445卷,第24591号,第13页。
- 《1993年关于延长1986年〈国际橄榄油和食用橄榄协定〉的议定书》[英]  
(1993年3月10日,日内瓦) 同上,第1763卷,第24591号,第319页。
- 1986年《国际可可协定》[英](1986年7月25日,日内瓦) 同上,第1446卷,第24604号,第103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。
- 《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。
- 1987年《国际天然胶协定》(1987年3月20日,日内瓦) 同上,第1521卷,第26364号,第3页。
- 1987年《国际糖协定》(1987年9月11日,伦敦) 同上,第1499卷,第25811号,第31页。
- 《国际铜研究组织职权范围》(1989年2月24日,日内瓦) 同上,第1662卷,第28603号,第229页。
- 1989年《国际黄麻和黄麻制品协定》[英](1989年11月3日,日内瓦) 同上,第1605卷,第28026号,第211页。
- 1992年《国际糖协定》(1992年3月20日,日内瓦) 同上,第1703卷,第29467号,第203页。
- 《开放天空条约》(1992年3月24日,赫尔辛基) 可查阅 [www.osce.org/library/14127](http://www.osce.org/library/14127)。
- 《联合国气候变化框架公约》(1992年5月9日,纽约) 联合国,《条约汇编》,第1771卷,第30822号,第107页。
- 《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》(带附件)(1997年12月11日,京都) 同上,第2303卷,第30822号,第162页。
- 1993年《国际可可协定》[英](1993年7月16日,日内瓦) 同上,第1766卷,第30692号,第3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。

1994年《国际热带木材协定》(1994年1月26日, 日内瓦)	同上, 第1955卷, 第33484号, 第81页。
1994年《国际咖啡协定》[英](1994年3月30日, 伦敦)	同上, 第1827卷, 第31252号, 第3页; 经1999年7月21日国际咖啡协会于伦敦通过的第384号决议修正, 将该《协定》延期至2001年9月30日(同上, 第2086卷, 第31252号, 第147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《国际天然胶协定》(1995年2月17日, 日内瓦)	同上, 第1964卷, 第33546号, 第3页。
1995年《国际谷物协定》[英]:	同上, 第1882卷, 第32022号, 第195页。
(a) 1995年《谷物贸易公约》(1994年12月7日, 伦敦)	
(b) 1995年《粮食援助公约》(1994年12月5日, 伦敦)	
《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; 以及1996年9月10日大会第50/245号决议。
《全面禁止核试验条约议定书》	同上。
《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997年9月18日, 奥斯陆)	联合国, 《条约汇编》, 第2056卷, 第35597号, 第211页。
《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。
2001年《国际咖啡协定》[英](2000年9月28日, 伦敦)	同上, 第2161卷, 第37769号, 第308页。
2001年《国际可可协定》[英](2001年3月2日, 日内瓦)	同上, 第2229卷, 第39640号, 第2页。
2006年《国际热带木材协定》(2006年1月27日, 日内瓦)	同上, 第2797卷, 第49197号, 第75页。
《集束弹药公约》(2008年5月30日, 都柏林)	同上, 第2688卷, 第47713号, 第39页。
2010年《国际可可协定》[英](2010年6月25日, 日内瓦)	同上, 第2871卷, 第50115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

- AUST, Anthony  
*Modern Treaty Law and Practice*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- “1969 Vienna Convention: Article 24—Entry into force”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. New York, Oxford University Press, 2011, pp. 628–637.
- CRNIC-GROTIC, V.  
“Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7 (1997), pp. 141–174.
- JACOBSSON, Marie G.  
“Syria and the issue of chemical weapons: a snapshot of a legal time-frame: the United Nations Security Council resolution 2118 (2013) and the OPCW Executive Council decision” in Jonas Ebbesson et al., eds., *International Law and Changing Perceptions of Security: Liber Amicorum Said Mahmoudi*. Leiden, Brill, 2014, pp. 134–151.
- LEFEBER, René  
“The provisional application of treaties”, in Jan Klabbers and René Lefebber, eds., *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 81–95.
- 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. New York, Oxford University Press, 2011, pp. 639–654.

MICHIE, Andrew

“The provisional application of treaties with special reference to arms control, disarmament and non-proliferation instruments”, Master of Laws dissertation, University of South Africa, 2004.

“The provisional application of arms control treaties”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10, No. 3 (2005), pp. 345–377.

“The role of provisionally applied treaties in international organisations”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 39 (2006), pp. 39–56.

OSMININ, B. I.

*Prinjatje i realizacija gosudarstvami meždunarodnyh dogovornykh objazatel'stv* [The Adoption and Implementation by States of International Treaty Obligations]. Moscow, Wolters Kluwer, 2006.

QUAST MERTSCH, Anneliese

*Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.

SAGAR, David

“Provisional application in an international organization”, *Journal of Space Law*, vol. 27 (1999), pp. 99–116.

SAROOSHI, Dan

*International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*. New York, Oxford University Press, 2005.

SCHAUS, Annemie

“1969 Vienna Convention: Article 27—Internal law and observance of treaties”, in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I. New York, Oxford University Press, 2011, pp. 688–701.

VIGNES, Daniel

“Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités”, *AFDI*, vol. 18 (1972), pp. 181–199.

VILLIGER, Mark E.

*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

## 导 言

1. 在关于条约的暂时适用的第二次报告中,<sup>1</sup> 特别报告员探讨了暂时适用的条约的法律效果以及违反暂时适用的条约的法律后果。报告还摘要介绍了不同会员国对第一次报告的看法以及一些国家关于各自在暂时适用方面的做法的评论。

2. 大会第六委员会的讨论对于指导继续进行这项工作的工作十分有益。27个会员国和欧洲联盟就此专题进行了发言。

3. 大家普遍认为条约的暂时适用是有助于条约更加及时生效的一个途径, 鉴于其灵活性, 暂时适用使国际法得到更快的接受。关于暂时适用的法律效果, 委员会认为, 决定暂时适用条约的国家的权利和义务与条约生效后情况相同。这一意见得到了支持。在这方面, 有人指出, 违反根据暂时适用的条约所承担的义务是国际不法行为, 会由此产生国家的国际责任。<sup>2</sup>

4. 几个代表团提到了以单方面承诺的方式暂时适用条约的问题, 并强调这不能被定性为单方面行为, 因为《维也纳条约法公约》(以下简称“1969年

《维也纳公约》”)第二十五条假定潜在条约缔约国之间已有协议, 且暂时适用的目的就是确立条约关系。如1969年《维也纳公约》第二十五条第一项(乙)款所述, 如果条约未就暂时适用的可能性作出规定, 那么就有必要确定是否已通过其他某种方式作此商定。<sup>3</sup>

5. 然而, 这一结论没有排除一国在未经潜在缔约国同意的情况下通过单方面声明承诺遵守条约规定的可能性。在这种情况下, 暂时适用只能使宣布单方面承诺的国家具有义务。<sup>4</sup> 这就是特别报告员在第二次报告中试图讨论的情形, 在条约本身只字不提暂时适用问题、同时参与条约谈判的各国意图也无法确定的情况下, 这个问题尤其突出。显然, 这个问题已得到澄清, 暂时不予进一步讨论。

6. 第六委员会讨论的另一重要问题是特别报告员任务的未来走向和未完成的工作情况, 这当然也是委员会关注的重要问题。这个问题将是本报告结论的重点。但特别报告员认为, 现在已有充分的证据使其可以提交一些准则草案供委员会加以审议。下文介绍的准则草案并非单纯以本次报告讨论的议题为基础, 而是以特别报告员提交的三次报告为共同基础。阅读其中每一份报告时均应参照另外两份报告。

<sup>1</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/675号文件。

<sup>2</sup> 秘书处编写的关于大会第六十九届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/678), 第66–76段。

<sup>3</sup> 同上, 第70段。

<sup>4</sup> 同上。

7. 本次报告是依据特别报告员提议的方法<sup>5</sup>编写的,并充分考虑到国际法委员会委员和会员国的宝贵意见。<sup>6</sup>报告尤其讨论了四个问题。

8. 第一,报告对各国在第二次报告提交之后响应委员会要求提供的关于国家实践的评论作了分析。虽然收到的评论仍然不够多,但已设法更好地系统看待国家实践,同时承认现有实践仍然不够充分。

9. 在这方面,应该指出的是,为了进一步确定国家实践,应否继续对宪法——也许也对行政法——进行比较研究,这个问题在第六委员会讨论期间没有得到完全解决。一些国家认为这个问题于本专题无关,其他国家则认为这样的研究对于更好地理解本专题是必要的。

10. 关于这一点,特别报告员仍然认为,由于在委员会和大会中已经提出的原因,<sup>7</sup>委员会关于本专题工作的最后结果不应受各国在条约暂时适用方面的国内法的影响,因为本报告讨论的许多条约都载有条款规定条约在每一国家国内法规定允许的范

<sup>5</sup>《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/675号文件,第97-98段。

<sup>6</sup>专题摘要(见上文脚注2),第73-75段。

<sup>7</sup>同上,第74段。

围内暂时适用。此外,由于担心对各国国内法作出不当的解释,特别报告员自然希望避免涉足此事。尽管如此,特别报告员仍然对委员会可能希望向他提供的任何指导意见秉持开放态度。

11. 第二,本报告概述了暂时适用与1969年《维也纳公约》其他条款之间的关系。这是一项尚待完成的工作,可能需要在委员会审议本报告过程中提出的问题基础上加以进一步研究。

12. 第三,根据1969年《维也纳公约》第五条的设想并参考1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下简称“1986年《维也纳公约》”),报告审查了国际组织暂时适用条约的问题。

13. 最后,如上文所述,本报告提出了根据迄今就本专题进行研究的结果拟订的准则草案。这些准则草案可在本届会议上提交起草委员会——如果委员会希望这样做。特别报告员也希望收到委员会及第六委员会会员国的评论意见,以便在委员会下届会议上作出相应的调整。

14. 特别报告员将在本报告结尾处提出继续审议本专题的建议。

## 第一章

### 继续分析会员国表达的意见

15. 在第二次报告完成以前,委员会收到了下列10个国家关于国家实践的评论: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。<sup>8</sup>第二次报告对这些国家的报告进行了初步评估。

16. 自那之后,委员会收到了奥地利、古巴、芬兰(代表北欧国家)、大韩民国和西班牙的评论,并收到了捷克共和国的进一步评论。下文将就这些关于国家实践的评论,以及第15段中提及的评论,进行更加系统的分析。

17. 首先,应该指出的是,编写本报告时(2015年5月)收到的15个国家提交的评论显示,没有一个国家的国内法禁止条约的暂时适用。除博茨瓦纳以

外,所有国家均报告其曾暂时适用条约。因此,可以说向委员会提交评论的国家的国内法都允许暂时适用条约。

18. 关于各国诉诸暂时适用条约的条件,奥地利、博茨瓦纳、捷克共和国、德国、密克罗尼西亚联邦、挪威、大韩民国、俄罗斯联邦、西班牙、瑞士和美国均明确表示这种做法必须遵守国内法的规定,尤其是宪法的规定。

19. 奥地利、博茨瓦纳、捷克共和国、德国、挪威、大韩民国和瑞士明确表示,条约的暂时适用应遵循的程序与国家加入条约时的程序相同。美国的许多先例显示,对暂时适用的接受是以“行政协定”,即“条约以外的国际协定”来表示的。<sup>9</sup>

<sup>8</sup>《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/675号文件,第20段。

<sup>9</sup>美国,国会图书馆,关于海洋法条约的报告:暂时适用的其他方式,第93届国会,第二次会议,众议院外交事务委员会

20. 古巴和墨西哥报告说, 可对条约进行暂时适用, 但未说明必须遵循的具体程序。除了第二次报告提及的墨西哥所提供的例子外,<sup>10</sup> 古巴提供了以下关于该国实践的例子: 古巴与佛得角于1982年6月3日签署的关于互免签证的协定, 以及古巴与中国于2014年7月22日签署的技术和经济合作协定。

21. 俄罗斯联邦指出, 《俄罗斯联邦条约法》<sup>11</sup> 第23条第1款就暂时适用作出了规定。该款基本采用了1969年《维也纳公约》第二十五条的措辞。

22. 西班牙指出, 2014年11月27日关于条约和其他国际协定的第25/2014号法对暂时适用作出了规定; 该法于2014年12月18日生效, 取代了自1972年以来对此作出规定的法律。<sup>12</sup> 根据现有法律, 内阁会议按照外交与合作大臣的建议对暂时适用条约的问题作出决定(第15条, 第1款)。然而, 由西班牙宪法授予国际组织或国际机构权力的条约不得暂时适用(第15条, 第2款)。暂时适用的终止也可由内阁会议决定。不过, 如西班牙提交的评论所述, 这种情况实际上未曾出现过。关于西班牙在暂时适用方面的实践, 该国有关国家实践的评论指出, 在有些年份, 至少授权了20多部条约的暂时适用, 这种情况并非例外。西班牙还提供了自1992年以来每年授权暂时适用的条约清单。值得注意的是, 仅在2014年, 就批准了11部条约的暂时适用, 其中7部是双边条约, 4部为多边条约。

23. 最后, 特别应该指出的是, 芬兰(代表北欧国家)、挪威、大韩民国、西班牙、瑞士和美国都明

(1974年3月4日), 《国际法律资料》, 第13卷, 第456页。该文件分析了美利坚合众国关于10部国际条约的做法。

<sup>10</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/675号文件, 第47段。

<sup>11</sup> 《国际法律资料》, 第34卷(1995年), 第1370页。

<sup>12</sup> *Boletín Oficial del Estado*, No. 288 (28 November 2014), sect. I, 第96841页。

确表示, 条约暂时适用的法律效果与条约生效的效果是一样的。

24. 特别报告员再次感谢会员国就条约的暂时适用专题提交的评论以及表现出的兴趣。

25. 在进一步收集信息之前, 按下列方式对国家实践进行归类也许是有意义的:

(a) 国内法或宪法中有关于暂时适用具体规定的国家包括白俄罗斯、荷兰和俄罗斯联邦;

(b) 暂时适用作为未经编纂的实践的国家包括阿尔巴尼亚、匈牙利、罗马尼亚和前南斯拉夫的马其顿共和国;

(c) 其宪法禁止暂时适用或其法律制度不接受暂时适用的国家包括奥地利、巴西、哥伦比亚、哥斯达黎加、塞浦路斯、埃及、意大利、卢森堡、墨西哥和葡萄牙;

(d) 允许在特殊情形下暂时适用的国家包括比利时、哥伦比亚、法国、希腊和土耳其;

(e) 总体上允许暂时适用的国家包括波斯尼亚和黑塞哥维那、芬兰、斯洛伐克和西班牙;

(f) 允许在某些条件下暂时适用的国家包括加拿大、丹麦、以色列、立陶宛、荷兰、挪威、斯洛文尼亚、瑞典和联合王国。<sup>13</sup>

26. 这种归类与委员会迄今为止收到的评论所述情况大体一致。但夸斯特·默奇所述的一些情况与各国在其评论中提供的信息不符。两个最明显的例子是奥地利和墨西哥。两国均表示其国内法允许暂时适用条约。夸斯特·默奇拟议的列表无疑是一项学术行为, 目的是使当时所有的信息系统化。

<sup>13</sup> 夸斯特·默奇的信息, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, 第62-64页。

## 第二章

### 暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系

27. 在着手分析之前, 特别报告员希望指出, 他在学术文献中就这一问题找到的评论, 没有超越暂时适用与1969年《维也纳公约》第十八和第二十六条所产生的制度之间的关系。

28. 然而, 特别报告员认为, 有必要参考迄今已确定的实践对暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定的关系进行分析。此外, 进行这种分

析也是响应在委员会和第六委员会辩论期间提出的要求。<sup>14</sup>

29. 鉴于各国可自由缔结条约，它们可随时决定暂时适用某一条约或其中某些条款。<sup>15</sup> 如特别报告员在第一次报告中所指出的那样，因暂时适用而产生的法律制度不仅取决于在条约或其他协定(若有)中商定的暂时适用的条件，而且取决于嗣后的解释及实践。换言之，条约暂时适用的内容与范围将在很大程度上取决于有待暂时适用的条约中所设想的关于暂时适用的规定。<sup>16</sup> 因此，暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定之间的关系可由条约或对此做法作出规定的其他文书的规定予以确定。

30. 如本报告引言所述，这是对暂时适用与1969年《维也纳公约》其他规定间关系的初步分析，可参考委员会和会员国的意见加以扩展。

31. 在此背景下，特别报告员的关注重点是暂时适用关系最为明显的条款，即第十一条(表示同意承受条约拘束之方式)、第十八条(不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨之义务)、第二十四条(生效)、第二十六条(条约必须遵守)和第二十七条(国内法与条约之遵守)。

#### A. 第十一条 表示同意承受 条约拘束之方式

32. 一国同意受一条约拘束，通常可以传统方式表示，例如签字、换文、批准、接受、核准或加入。此外，第十一条最后一部分规定，各国可以“任何其他同意之方式”表示同意受条约拘束。

33. 最初不愿将关于条约暂时适用的规定列入1969年《维也纳公约》原因之一是该种做法有可能产生矛盾。有人认为暂时适用的做法在条约就同意接受约束的表达方式所作出的规定(与国内法的规定一致)与关于暂时适用的协定(未必符合国内法的规定)之间造成了对立。在这方面，一些国家在1968年和1969年于维也纳召开的联合国条约法会议(以下简称

“维也纳会议”)上指出，暂时适用的做法绕开了国家的国内法制度或改变了宪法秩序。<sup>17</sup>

34. 由暂时适用引发而来的一个问题是，这是否可被视为一种特殊方式，用来表示同意接受条约的约束。1880年在马德里签署的关于保护在摩洛哥外国国民的《在摩洛哥行使保护权公约》说明了这一点。该《公约》规定“经缔约国特别同意，本公约的规定应在其于马德里签署之时生效”。<sup>18</sup>

35. 特别报告员认为，根据委员会迄今为止的讨论以及各国的评论，均无法得出这样的结论。区分这两个概念很重要。用来表示同意接受条约约束的方式与条约生效有关，而暂时适用则用于条约生效之前、即在一国表示同意接受相关条约约束之前的时段。

36. 同意接受约束，是一国表示愿意受条约规定约束的关键行为。<sup>19</sup> 在表示同意之前，相关文书只是一部案文，作为各国谈判结果的证明；只有在表示同意之后，文书才成为《公约》含义下的条约。<sup>20</sup> 一国表示同意受某一条约约束后，即成为1969年《维也纳公约》第二条第一项(己)款含义下的“缔约国”。<sup>21</sup>

37. 与我们的专题相关的是，1969年《维也纳公约》规定一国表示同意受条约约束之后，即产生具体法律效力，但没有谈到暂时适用的效力。例如，根据《公约》第二十四条第二项，在没有明确规定的情况下，谈判国表示同意接受条约约束即意味着条约生效。

38. 然而，一国暂时适用条约规定的义务源自条约所载的一条明确规定<sup>22</sup>或另一文书，又或者是以其他方式商定的。

39. 上述情况体现了暂时适用的各个方面的灵活性，与任何可能的例外生效模式非常不同。

<sup>17</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention. Article 25: Provisional application”, 第643页。另见《联合国条约法会议正式纪录，第一届会议，维也纳，1968年3月26日至5月24日，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11号文件；联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，第26次会议，第46段。

<sup>18</sup> 引用于同上，第646页，脚注53。

<sup>19</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第176页。

<sup>20</sup> 同上。

<sup>21</sup> 同上，第177页。

<sup>22</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第172页。

<sup>14</sup> 见《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第25次会议(A/C.6/69/SR.25)，欧洲联盟的声明，第72-75段。

<sup>15</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第354页。

<sup>16</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/664号文件，第20-21段。

40. 1969年《维也纳公约》在暂时适用的方式方面为各国提供的灵活性突出体现在《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》中。该《协定》第7条(临时适用)规定,如《协定》到1994年11月16日尚未根据第6条生效,则

在其生效之前,由下述国家和实体予以临时适用:

(a) 在联合国大会中同意通过本协定的国家,但在……书面通知保管者其将不临时适用本协定,或者仅在以后作了签字或书面通知之后才同意临时适用本协定的任何国家除外;

(b) 签署本协定的国家和实体,但在签字时书面通知保管者其将不临时适用本协定的任何国家或实体除外;

(c) 书面通知保管者表示同意临时适用本协定的国家和实体;

(d) 加入本协定的国家。

41. 《协定》第5条(简化程序)规定,一个国家或实体如批准或加入了《联合国海洋法公约》并已签署了《协定》,即应视为已确立其同意在《协定》通过12个月后接受其约束,除非该国或实体通知保存人,表示不想利用简化程序。在这种情况下,这些国家则应依照第4条的规定确立同意接受《协定》的约束和生效。<sup>23</sup>这一程序被描述为各国可用来表示同意接受《协定》约束的“低调”办法;《公约》某些缔约国在批准《协定》方面出现的内部政治问题,解释了为何各方商定,若某国只是签署了《协定》,也将被视为表示同意接受其条款的约束,但上文所述的例外情况除外。<sup>24</sup>

42. 然而,这并不意味着简化程序与第7条中所规定的《协定》临时适用有任何关联。如第4条所规定的那样,简化程序与《协定》的生效直接相关,体现了谈判国根据1969年《维也纳公约》第二十四条第一项所享有的自由。

43. 如下文所示,暂时适用的灵活特点使各国可以通过多种不同途径表示愿意采用暂时适用的方式,同时始终保持了暂时适用与条约生效之间的区别。

44. 在这方面,也可以使用1969年《维也纳公约》第十一条所规定的表示同意接受条约约束的途径来表示同意暂时适用公约。

## B. 第十八条 不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨之义务

45. 特别报告员在第二次报告中指出“暂时适用确实具有法律效果,这种效果甚至超越了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”。<sup>25</sup>但是,下文对暂时适用与《公约》第十八条之间的关系进行了更加详尽的分析。

46. 1969年《维也纳公约》第十八条要求各国承担义务,不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动。“目的及宗旨”一词是指当事国或签署国缔结条约的原因,以及条约继续发挥作用和存在的理由。<sup>26</sup>

47. 国际法院在对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案的咨询意见中使用了“目的及宗旨”一词,并解释其至少涉及一条约的核心要素。<sup>27</sup>委员会在《对条约的保留实践指南》中纳入了这一概念,在准则3.1.5中规定

一项保留如果影响条约主旨所必需的一项基本内容,从而损害条约的存在理由,则与条约的目的和宗旨不符。<sup>28</sup>

48. 签署国和任何“业已表示同意承受条约之约束,而条约尚未生效,且条约之生效不稽延过久”(第十八条)的国家,没有义务适用尚未生效的条约。但是,如果声称这些国家对已签署的条约没有任何义务,则是错误的。<sup>29</sup>国际法院在前述咨询意见中确认:

签署是参与《公约》的第一步……在批准之前,签署所带来的临时地位赋予了签署国作为一种预防性措施提出反对的权利,而反对本身也具有临时性质。如果签署后没有批准,那么这些反对将不复存在;如果批准,则将在批准后生效。<sup>30</sup>

49. 法院强调了条约签署国地位的临时性质。签署国在从签署到批准的时间内可以利用这一地位,尽管如咨询意见所述,它们必须始终遵守自身义务,

<sup>25</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/675号文件,第14段。

<sup>26</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第248页。

<sup>27</sup> 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15和第27页。

<sup>28</sup> 《2011年……年鉴》,第二卷(第三部分),第1段。

<sup>29</sup> Crnic-Grotic, “Object and purpose of treaties in the Vienna Convention on the Law of Treaties”, 第153页。

<sup>30</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案(见上文脚注27),第28页。

<sup>23</sup> 同上,第114页。

<sup>24</sup> 同上。



避免破坏条约的目的和宗旨，将这作为“参与条约的第一步”。

50. 暂时适用的情况则截然不同。对于决定暂时适用一条约的国家来说，仅避免破坏其目的和宗旨是不够的，因为暂时适用须符合条约必须遵守的规则。<sup>31</sup>

51. 简言之，必须秉持诚意履行暂时适用产生的义务，签署某国际条约的国家，尤其是表示同意接受条约约束的国家，应具备这种诚意。常设国际法院早在1969年《维也纳公约》问世之前就审议了签署国行为必须受诚意制约的原则，并在当时审查了签署国的哪些行为可能构成在条约生效前滥用权利。<sup>32</sup>

52. 如夸斯特·默奇所提出的那样，对于暂时适用意味着不可破坏条约目的和宗旨的一般义务这一前提，可以用归谬法论证：如果暂时适用产生的法律后果与第十八条所述的不在条约生效前破坏其目的和宗旨的义务产生的法律后果相同，那么为什么还需要暂时适用？<sup>33</sup>

### C. 第二十四条 生效

53. 暂时适用假定条约尚未生效。条约必须在满足某些条件后才能生效，如获得必要的议会核准，或批准的国家达到一定数目。特别报告员曾提到使用“暂时生效”这一表达方式指代暂时适用会导致的问题。<sup>34</sup>如前所述，<sup>35</sup>暂时适用应有别于1969年《维也纳公约》第二十四条所指的生效。<sup>36</sup>这是两个不同的法律概念。

54. 此外，第二十四条第二项不妨碍条约对必然在条约生效之前出现的问题(验证、确认同意和生效的方式、保留、保存人的职能等)的规定，这些规定在通过条约案文时即适用——即使条约本身尚未

生效。<sup>37</sup>这种情况也有别于暂时适用造成的情况，因为第二十四条第二项只涉及所谓的条约最后条款，而暂时适用涉及条约的部分或所有实质性条款，也就是条约建立的法律制度。<sup>38</sup>

55. 最后，条约的生效必须与其运行或适用区分开来。<sup>39</sup>条约生效的日期，即条约经谈判达成的条款开始产生约束力的日期，可能有别于条约所有或部分规定生效的日期。后者很可能晚于前者。<sup>40</sup>尽管条约生效与开始运作或适用一般同时发生，但二者不同时发生的情况是完全可能的。<sup>41</sup>还应该指出的是，这与暂时适用制度的意图有所不同。

### D. 第二十六条 “条约必须遵守”

56. 本文不对1969年《维也纳公约》第二十五与第二十六条之间的关系作深入分析，因为特别报告员在第二次报告中已经讨论了暂时适用中的条约的法律效力问题，<sup>42</sup>其中指出“暂时适用带来的义务属于条约必须遵守原则的范畴，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>43</sup>早在1968和1969年维也纳会议的辩论期间就已提出了这一原则。<sup>44</sup>

57. “条约必须遵守(*pacta sunt servanda*)”原则也适用于暂时适用的条约。从这个角度讲，某条约暂时适用的法律后果与其生效的法律后果相同。暂时适用制度预先假定，暂时适用条约产生的义务将在条约生效之前得到充分履行，或直到暂时适用条约的国家通过相互协定决定终止条约的暂时适用，或直到一国通知暂时适用条约的其他国家自己不欲成为条约的当事方。<sup>45</sup>

<sup>37</sup> 同上。Aust, “1969 Vienna Convention: Article 24 –Entry into force”, 第637页。

<sup>38</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties ...*, 第12页。

<sup>39</sup> 同上, 第11页。

<sup>40</sup> 《1950年……年鉴》[英], 第二卷(第一部分), A/CN.4/23号文件, 特别报告员J. L. 布赖尔利关于条约法的报告, 第242页, 第103段。

<sup>41</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties ...*, 第12页。

<sup>42</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/675号文件, 第23–68和第86–95段。

<sup>43</sup> 同上, 第65段。

<sup>44</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties ...*, 第49页。

<sup>45</sup> Osminin, *Prinjatje i realizacija gosudarstvami meždunarodnyh dogovornyh objazatel'stv* [国家通过与实施国际条约义务]; 另见Lefebvre, “The provisional application of treaties”, 第89页。

<sup>31</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention: Article 25 ...”, 第652页; 另见Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第357页。

<sup>32</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37页。

<sup>33</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties ...*, 第174页。

<sup>34</sup> 《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/664号文件, 第7和第15–16段。

<sup>35</sup> 同上, 第7–24段。

<sup>36</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第354页。

58. 在暂时适用有效的前提下, 暂时适用产生的法律效果与任何其他国际协定的法律效果一样, 因此必须符合条约必须遵守的规则。<sup>46</sup> 暂时适用的法律效果是明确的, 可执行的, 不得因条约适用的“暂时”性质而在事后受到质疑。<sup>47</sup>

59. 因此, 条约必须遵守的原则也适用于暂时适用的条约, 直到暂时适用因条约的规定、各方的协定、做出不打算成为条约当事方的通知或条约的生效而结束。

### E. 第二十七条 国内法与条约之遵守

60. 1969年《维也纳公约》第二十七条与条约的法律约束力直接相关, 这完全是由国际法决定的, 意味着当事方对条约的执行不可取决于其国内法或以其国内法为条件。<sup>48</sup> 换言之, 无论条约当事国国内法的规定如何, 都不应影响这些国家的国际义务, 或因未能履行这些义务而产生的责任。<sup>49</sup>

61. 诚然, 每个国家可作为国内法的问题来决定是否允许暂时适用以及以何种条件允许,<sup>50</sup> 但违反国内法不能作为一方未能履行条约的理由。因此, 试图援引一国国内法的规定作为未能履行暂时适用的协定的理由, 将引起该国的国际责任。<sup>51</sup>

62. 在审理尤科斯案<sup>52</sup>时, 仲裁法庭有机会对《能源宪章条约》的暂时适用与1969年《维也纳公约》第二十七条之间的关系进行了分析。在该案中, 俄罗斯联邦认为, 由于载于《条约》第四十五条第一款<sup>53</sup>的限制条款确认了宪法的优先地位, 应将该条解释为避免侵蚀国家立法机构(即俄罗斯联邦的国家

杜马)的特权, 因此, 不可暂时适用条约的任何条款, 除非该条款:(一)与现行立法相符;(二)涉及在行政部门专属管辖权范围内的活动;(三)涉及由国家杜马批准的活动。<sup>54</sup> 换言之, 俄罗斯联邦希望在考虑条约的暂时适用时须遵守其国内法。

63. 仲裁法庭裁定, 根据条约必须遵守的原则和1969年《维也纳公约》第二十七条, 一国不得援引其国内法作为不履行条约的理由:

法庭认为, 这一……原则……非常不利于对第45条第1款的解释, 为国内制度承认暂时适用概念的签署国敞开了大门, 使其能以条约的一项或多项规定违反国内法为由, 避免暂时适用(该国业已同意的)条约。这种解释将损害各国同意暂时适用条约的根本理由。它们之所以暂时适用条约, 是为了在等待完成条约生效所需的各种内部程序之时, 能够立即承担起有关义务。<sup>55</sup>

#### 64. 法庭进一步裁定

允许一国根据其国内法中有关条约具体条款的内容, 调整(或……取消)暂时适用的义务将损害条约的暂时适用会产生有约束力义务的原则。<sup>56</sup>

法庭强调《维也纳条约法公约》第二十六和第二十七条并不采纳国内法认可暂时适用的签署国以其国内法为依据避免暂时适用条约的解释。<sup>57</sup>

65. 因此, 在尤科斯案中, 暂时适用被认为是一个国际公法问题, 不应与国内法结合考虑, 成为一种由国内法内容直接控制国际法律义务内容的混合机制。<sup>58</sup>

66. 特别报告员希望强调, 在对尤科斯案管辖权和可受理性问题的临时裁决中, 法庭认为一条约绝不能允许国内法来决定一项国际法律义务的内容, “除非条约的措辞十分明确, 不允许任何其他解释”,<sup>59</sup> 这重申了国家拥有就条约条款进行谈判的绝对自由, 因此也有对条约的临时适用进行谈判的绝对自由。

67. 法庭分析的另一个相关方面是, 条约在国内必须有效, 是否是适用《维也纳条约法公约》第

<sup>46</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention: Article 25”, 第652页。

<sup>47</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第354页。

<sup>48</sup> Schaus, “1969 Vienna Convention: Article 27...”, 第689页。

<sup>49</sup> 《1959年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/120号文件, 特别报告员杰拉德·菲茨莫里斯爵士就条约法所做的第四次报告, “第七条, 条约的强制性性质: 国际法高于国内法的原则”, 第58页。

<sup>50</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties ...*, 第64页。

<sup>51</sup> Mathy, “1969 Vienna Convention: Article 25 ...”, 第646页。

<sup>52</sup> 尤科斯环球有限公司(马恩岛)诉俄罗斯联邦案, 第AA 227号案, 关于管辖权和可受理性的临时裁决, 常设仲裁法院, 2009年11月30日。

<sup>53</sup> “每一签字国同意根据第四十四条在这一条约生效之前予以暂时适用, 条件是这一暂时适用不与签字国的宪法、法律或规章相左。”

<sup>54</sup> 尤科斯案(见上文脚注52), 第293段。

<sup>55</sup> 同上, 第313段。

<sup>56</sup> 同上, 第314段。

<sup>57</sup> 同上, 第313段。

<sup>58</sup> 同上, 第315段。

<sup>59</sup> 同上。

二十七条的条件。通常认为，遵守条约的义务从条约在国际上生效之时开始存在。<sup>60</sup>

68. 毋庸置疑的是，以往的报告和委员会及第六委员会的讨论都表明，各国在其国内法允许或不加禁止的情况下诉诸暂时适用。<sup>61</sup>但值得注意的是，在尤科斯案中，法庭强调指出，俄罗斯国内法承认暂时适用的概念，<sup>62</sup>但没有说明这种承认是暂时适用在国际上生效的条件。

<sup>60</sup> Schaus, “1969 Vienna Convention: Article 27 ...”, 第697页。

<sup>61</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/664号文件，第44段；《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/675号文件，第17段。

<sup>62</sup> 尤科斯案(见上文脚注52)，第313段。

69. 即使在暂时适用并未受到禁止的情况下，国家有时仍不会使用暂时适用的选项，原因只是许多国家需要获得议会的同意才能暂时适用条约。<sup>63</sup>

70. 然而，特别报告员认为，一旦条约被暂时适用，各国则不得援引国内法作为未能履行因暂时适用而产生的义务的理由。这将有悖于国家责任法，其中规定将一国的行为定性为国际不法行为是由国际法决定的，且这种定性不因国内法将同一行为定性为合法而受到影响。<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第173页。

<sup>64</sup> 国家对国际不法行为的责任条款第3条，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第76段。另见2001年12月12日大会第56/83号决议，附件。

### 第三章

#### 关于国际组织的暂时适用

##### A. 背景

71. 如在第二次报告中所决定的那样，<sup>65</sup>特别报告员应会员国和委员会的请求，在本报告中着手处理国际组织暂时适用条约的问题。

72. 1949年，国际法院确认组织是国际法人，这意味着，组织是拥有权利和义务的国际法主体。<sup>66</sup>这种法律人格是使国际组织受到条约约束的关键要素，但与国家不同的是，国际组织通过条约获得权利和义务的法律能力不是其作为国际法主体的地位所固有的，<sup>67</sup>而是要受该组织规则的管辖。<sup>68</sup>

73. 在设立国际组织时赋予其法律人格和能力的是国家。国家通过条约机制赋予一国际组织权力的做法或者是通过利用组织条约完成的，或者是用更专门的做法，以通过在组织条约之外缔结一部条约来完成的。<sup>69</sup>

74. 做出以下区分是有益的。一方面，本报告将审查两个或两个以上的国家决定组成一国际组织的条约(组成条约)，和根据1969年《维也纳公约》第五条在国际组织内部通过的条约。另一方面，报告将审查国家和国际组织间或国际组织相互间订立的条约，这些条约由1986年《维也纳公约》规范，它们可能是新的国际组织或实体的组成文书，或者被用以对早前根据不同条约建立的国际组织的总部相关活动进行规范——这种情况非常普遍。

75. 在这方面，1969年《维也纳公约》和1986年《维也纳公约》都与本报告相关。应该强调的是，“除非条约另有规定”，否则所有国家间条约须遵守[1969年]《公约》规则这样一条一般规则也适用于国际组织组成文书”。<sup>70</sup>

##### B. 秘书处就1986年《维也纳公约》第25条的立法进展编写的备忘录

76. 虽然特别报告员认为没有必要在其第一次报告中讨论1986年《维也纳公约》第25条的立法进展，但这样的分析将为在此次第三次报告中审议这

<sup>65</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/675号文件，第98段。

<sup>66</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179页。

<sup>67</sup> 1969年《维也纳公约》，第六条。

<sup>68</sup> 1986年《维也纳公约》，第6条。

<sup>69</sup> Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, 第18页。

<sup>70</sup> 特别报告员格奥尔格·诺尔特编写的“关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的第三次报告”，A/CN.4/683号文件(转载于本卷)，第22段。

一专题提供宝贵意见。委员会的委员们和会员国在第六委员会的辩论中都表示过这种看法。

77. 因此,在2014年8月8日第3243次会议上,委员会决定请秘书处编写一份备忘录,说明委员会先前在1986年《维也纳公约》有关条款的准备工作中就此问题开展的工作。<sup>71</sup>

78. 应该指出的是,1986年《维也纳公约》尚未生效,因为根据《公约》第85条,该《公约》生效需要获得35个国家的批准。迄今为止,只有31个国家以及12个国际组织批准了《公约》。然而,《公约》的立法历史与正在审议的专题研究是相关的。

79. 2014年11月25日,秘书处分发了一份备忘录,<sup>72</sup>作为在2013年提交的备忘录的补充,概述了委员会先前在条约法以及1969年《维也纳公约》第二十五条的准备工作方面开展的工作。<sup>73</sup>

80. 特别报告员希望感谢秘书处准备的这份非常有价值的资料。虽然无需在本报告中概要介绍该备忘录,但强调其中所载的一些要点是有益的。

81. 1986年《维也纳公约》第25条的案文如下:

1. 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:

(a) 该条约本身有此规定;

(b) 各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织以其他方式有此协议。

2. 除该条约另有规定或各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织另有协议外,该条约或其一部分对一国或一国际组织的暂时适用,于该国或该组织将其不愿成为该条约当事方的意思通知该条约正对其暂时适用的各国和国际组织时应即终止。

82. 如果分别阅读1969年《维也纳公约》和1986年《维也纳公约》的第25条,可以明显看出它们的措辞几乎完全相同。如备忘录所提及的那样,在提交第24和第25条草案时,特别报告员保罗·路特尔表示“这两个条款的依据是《维也纳公约》的相应规定,差异仅在于措辞上的必要改动,以顾及国际组织。”<sup>74</sup>他补充说1969年《维也纳公约》第二十四和第

二十五条的灵活性,可使其被修改用于由国际组织缔结协定所可能产生的任何情况。<sup>75</sup>

83. 秘书处备忘录所反映的第二个要点是,在1986年于维也纳召开的联合国关于国家和国际组织间或国际组织间的条约法会议(以下简称“1986年维也纳会议”)期间,《公约》第25条草案被直接送交起草委员会,未在该次会议的全体会议上进行实质性审议。<sup>76</sup>最终,第25条在会上未经表决获得通过。<sup>77</sup>

84. 也许1986年维也纳会议认可了(但没有重复)1969年维也纳会议第一届会议的审议以及就国家间条约法做出的决定。毕竟,1969年《公约》第二十五条“在维也纳会议上经过了重大修改”,<sup>78</sup>因此,1986年维也纳会议的与会者没有进行额外讨论,那将产生与1969年相同的结果。

85. 这些因素,加上第一和第二次报告中载列的审议意见,<sup>79</sup>进一步澄清了条约暂时适用在实践中形成的某些特征,即:

(a) 1969年《维也纳公约》和1986年《维也纳公约》的第25条的措辞“展示各国对即将签订的条约的灵活性”;<sup>80</sup>

(b) 尽管可以说第25条不是条约法制度的基本规定,因此不具有强制性,但该条确实有指示性质,它的一般性质“意味着实践将使它更加完善”;<sup>81</sup>

(c) 第25条“阐述了国家在缔结条约自由方面的内容之一,无疑反映了一条既定的国际法习惯规则”;<sup>82</sup>以及

(d) 除必要更改外,国家和国际组织间或国际组织相互间的条约暂时适用的法律制度与国家间条

<sup>75</sup> 同上。

<sup>76</sup> A/CN.4/676号文件(转载于本卷),第37段。

<sup>77</sup> 同上,第40段。

<sup>78</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第357页。

<sup>79</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/664号文件和《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/675号文件。

<sup>80</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第357-358页。

<sup>81</sup> Vignes, “Une notion ambiguë: l'application à titre provisoire des traités”, 第192页。

<sup>82</sup> Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*, 第357页。

<sup>71</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第227段。

<sup>72</sup> A/CN.4/676号文件(转载于本卷)。

<sup>73</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/658号文件。

<sup>74</sup> 《1977年……年鉴》[英],第一卷,第1435次会议,第104页,第4段。

约的暂时适用的法律制度是一样的，其法律效力源于条约必须遵守原则。

### C. 建立国际组织和国际制度的条约的暂时适用

86. 国际实践表明，各国多次商定建立国际组织或某种国际制度的条约可以暂时适用。

87. 在建立和组建一个新的国际组织或协助建立一个国际组织的复杂过程中，暂时适用可发挥关键作用。<sup>83</sup>

88. 法律文献中载有组织的组成文书暂时适用的例子，时间可追溯到十九世纪与二十世纪初，例如十九世纪的行政联盟、1875年通过《米制公约》建立的国际计量局或1919年6月28日通过《凡尔赛和约》建立的国际劳工组织。<sup>84</sup>

89. 1973年，联合国秘书长编写了一份报告，提供了国家和国际组织暂时适用建立国际组织或国际制度的条约的先例。<sup>85</sup>

90. 秘书长在这份报告中作为先例确定了八个案例，“在这些案例中，就嗣后生效的多边条约采取了临时措施”。<sup>86</sup>

91. 秘书长报告提到的例子是：临时国际民用航空组织；<sup>87</sup> 政府间海事协商组织筹备委员会；<sup>88</sup> 国际难民组织筹备委员会；<sup>89</sup> 世界卫生组织临时委员会；<sup>90</sup> 国际原子能机构筹备委员会；<sup>91</sup> 《国际糖协定》；《渔业公约》；以及欧洲内陆运输中央组织。<sup>92</sup>

92. 如报告导言所述，上述例子是“就随后生效的多边条约采取临时措施的案例……；因此，没有纳入所做安排依然处于暂时适用状态的事例”。<sup>93</sup> 如下

文所述，也有条约继续暂时适用(至少部分暂时适用)的先例。

93. 在上文列举的案例中，前四起涉及是为涵盖从编写四个专门机构的组织文书之时起至该文书生效这段时间的安排。国际原子能机构遵循了大体相同的模式。然而，后三起案例采用了不同的方法。<sup>94</sup>

94. 如特别报告员第二次报告所述，暂时适用条约产生法律效力。<sup>95</sup>

95. 秘书长在报告中谈到1969年《维也纳公约》第二十四和第二十五条时指出

根据这些条款，严格说来，只有在条约本身规定或谈判国以其他方式商定的情况下，条约才能暂时适用。1968年《国际糖协定》就是一个多边条约本身明确规定在特定条件下条约可以暂时生效的例子。<sup>96</sup>

96. 在所有其他援引的案例中，“采用了通过一部单独文书，以简化的方式……，以便在主要条约生效和设立常设机构之前，做出临时的组织安排”，<sup>97</sup> 但政府间海事协商组织筹备委员会是一个例外，该委员会是根据一项大会决议设立的；在这种情况下，暂时适用通常立即生效。<sup>98</sup>

97. 简言之，通过暂时适用，可以建立国际机构或制度，以便为常设国际组织的运作进行必要的准备，或是开始运作和执行相关国际组织的责任。<sup>99</sup>

98. 秘书长在分析中把列举的例子分为两类，一类是做法反映1969年《维也纳公约》第二十五条规定的案例，另一类是“就生效方式而言，是[《公约》]第二十四条适用的特殊事例”<sup>100</sup> 的案例，这进一步证明国家和国际组织解释和适用《公约》第二十五条是很灵活的。

99. 最著名的一个先例无疑是1947年的《关税及贸易总协定》，该《协定》借助一项“极为不寻常”的暂时适用议定书，暂时适用了几十年。<sup>101</sup>

<sup>83</sup> Michie, “The role of provisionally applied treaties in international organisations”, 第48页。

<sup>84</sup> 同上，第49页。

<sup>85</sup> 秘书长关于多边条约、特别是建立国际组织和/或制度的条约在生效前暂时适用的先例的报告(A/AC.138/88)。

<sup>86</sup> 同上，第3段。

<sup>87</sup> 《国际民用航空公约》。

<sup>88</sup> 《政府间海事协商组织公约》。

<sup>89</sup> 《对难民和流离失所者应采取的临时措施协定》。

<sup>90</sup> 出席国际卫生会议的国家政府缔结的安排。

<sup>91</sup> 《国际原子能机构规约》，附件。

<sup>92</sup> 《关于临时欧洲内陆运输组织的协定》。

<sup>93</sup> A/AC.138/88号文件，第3段。

<sup>94</sup> 同上，第4-5段。

<sup>95</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/675号文件，第24段。

<sup>96</sup> A/AC.138/88号文件，第9段。

<sup>97</sup> 同上，第10段。

<sup>98</sup> 美国，国会图书馆，关于海洋法条约的报告……(见上文脚注9)。

<sup>99</sup> A/AC.138/88号文件，第12段。

<sup>100</sup> 同上，第10段。

<sup>101</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第172-173页。

100. 另一个著名的例子是《能源宪章条约》，该《条约》建立了能源宪章会议。其第45条第4款规定：

签署国须在本条约生效前定期举行临时宪章会议，第一次会议须由第(5)款提到的临时秘书处召集，时间不迟于第38条规定的条约开放供签署日后180天。

101. 此外，秘书处编写并向特别报告员提供了一份文件，其中整理了1968年至2013年间缔结的50部多边条约，并标示出：(一) 涉及暂时适用问题的条款或规定；(二) 暂时适用条款的案文；(三) 条约是否对国际组织开放；(四) 如果开放，哪些组织是条约的当事方。虽然这份清单并不穷尽，但特别报告员认为它是一个非常有用的参考工具，因此将这份文件作为附件纳入本次报告。

102. 所有这些例子突出说明了暂时适用的方式不仅得到利用，而且已被所谓的“有效滥用”。<sup>102</sup>

#### D. 国际组织内部或国际组织召开的外交会议上谈判的条约的暂时适用

103. 尽管存在上述先例，但在1969年《维也纳公约》通过之时，暂时适用条款依然较为罕见。对暂时适用的需求越来越大，原因是需要使须经批准的条约尽快生效，但难以做到这一点。对于在联合国或专门机构内通过的条约，这方面的问题尤其严重，因为这些条约需要许多批准才能生效。<sup>103</sup> 因此设想规定了一个相对较短的暂时适用期——尽管无法得到践行。<sup>104</sup>

104. 需要指出的是，为了适应不同的利益和情况，暂时适用条款不再是一个单一的简单公式，而是变得越来越复杂，并包括各种可能性。<sup>105</sup>

105. 1994年《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》即是一例。该《协定》是大会于1994年7月28日通过的，目的是以解释的方式修订1982年《公约》中一些具有争议的条款。

<sup>102</sup> Lefeber, “The provisional application of treaties”, 第81页。

<sup>103</sup> Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第173页。

<sup>104</sup> 《开放天空条约》，该《条约》规定暂时适用自《条约》开放供签署之日起的12个月内有效。不过，《条约》还规定，倘若《条约》在暂时适用期期满前仍未生效，如果所有签署国做出决定，则暂时适用期可以延长(第18条第2款)。整个《条约》从1992年开放供签署之日起至2002年生效期间一直暂时适用。

<sup>105</sup> 见Michie, “The role of provisionally applied treaties in international organisations”。

依照目标，《协定》应在《1982年公约》于1994年11月16日生效时全面适用。但按照《协定》第7条——规定国家可利用暂时适用制度的各种方法，《协定》自1994年11月16日起开始暂时适用，直至1996年7月28日生效。依照第7条第1款(c)项，可通过仅仅通知保存者的办法，实行暂时适用《协定》的决定。

106. 这种仅仅通知保存者的办法可被称为简化方案，已成为此类条约的标准作法。其他例子包括在国际原子能机构主持下谈判达成的1986年《核事故或辐射紧急情况援助公约》第15条以及1986年《及早通报核事故公约》第13条。

107. 这类条款的自愿性质为甚至没有参加有关多边条约谈判的国家提供了一个可资利用的选项，这是因为多边条约往往考虑到让各国普遍加入的问题，而且还因为所涉情况具有紧迫性，或寻求通过有关条约加以禁止的事项具有严重性。在以通知方式选择暂时适用的情况下，唯一的要求是，这样的选择已在条约中有所规定或已经以其他方式如此商定。

108. 此外，还可能出现的一种情况是，一国决定不利用为条约所有潜在当事国制订的暂时适用选项，在这种情况下，该国必须将其不打算暂时适用条约的决定通知保存者。1994年《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》第7条第1款(a)项和(b)项设想了这一可能性。

109. 特别报告员认为，全面禁止核试验条约组织筹备委员会也是一个近期的例子，可以突出表明在国际组织的建立或运作中，暂时适用可以发挥十分有益的作用。

110. 1996年9月10日，大会通过了《全面禁止核试验条约》。这部条约在通过近20年后仍未生效。

111. 不过，该《条约》第二条为设立全面禁止核试验条约组织作出了规定。为此，联合国秘书长以条约保存人的身份召集了一次签署国会议，会上通过了一项设立全面禁止核试验条约组织筹备委员会的决议。<sup>106</sup> 该决议附件用22个段落详细规定了筹备委员会的职能，包括做出一切必要准备，确保条约的核查制度于生效时投入运行。<sup>107</sup> 此外，该决议

<sup>106</sup> 设立全面禁止核试验条约组织筹备委员会的决议，CTBT/MSS/RES/1号文件，1996年11月19日通过。

<sup>107</sup> 同上，第5页，第13段。

附录包括了一份长达6页的指示性清单，列明了分派给筹备委员会的核查任务。<sup>108</sup> 对该指示性清单的一次审查表明，这些职能均为实质性的，具有法律效力。实际上，筹备委员会已根据《全面禁止核试验条约议定书》的规定与一些国家缔结了在其领土上建立监测设施的协定。<sup>109</sup> 国际监测系统监测站和实验室目前正在89个国家有效运行。<sup>110</sup>

112. 《全面禁止核试验条约议定书》<sup>111</sup> 也已暂时适用。该《议定书》第4条规定：

设有国际监测系统设施或以其它方式对此种设施负责的一缔约国或其他国家与技术秘书处应按照适当的协定或安排和程序，就该国管辖或控制下的地区内或按国际法设在其他地方的监测设施、经核证的有关实验室和相关通信手段的建立、运作、改进、供资和维持达成协议和合作。

113. 全面禁止核试验条约组织筹备委员会的设立及其临时运行，清楚表明了近20年来这一概念在促进落实一个具有充分法律效力的国际核试验核查系统方面的效用。此外，《全面禁止核试验条约》及其附件2规定的《条约》生效所需的批准《条约》的国家数预计在最近的将来无法达到。

114. 在这方面，上文提及的临时协定和筹备委员会的临时运行看来很可能会无限期地延续下去，这突显出条约暂时适用的价值超出了单纯的筹备功能。<sup>112</sup>

115. 最后，值得审议的一个案例是暂时适用的、国际海事卫星组织(海卫组织)公约及其业务协定的一系列修正案。<sup>113</sup> 这两份文书都没有关于暂时适用的规定。而且在商定对这两份文书进行修正时，也未提及这样一个概念。因此，各谈判国不得不审议，除其他外，下列问题：(a) 在《公约》无任何明文规定的情况下，缔约方大会是否有权决定修正案可以暂时适用；(b) 是否共识决定就已足够，以及如果有一

<sup>108</sup> 同上，附录，第8-13页。

<sup>109</sup> 例如下列国家：澳大利亚，联合国，《条约汇编》，第2123卷，第36987号，第41页；库克群岛，同上，第1235号，第111页；芬兰，同上，第36986号，第27页；约旦，同上，第36988号，第59页；肯尼亚，同上，第36989号，第75页；以及南非，同上，第36990号，第93页。

<sup>110</sup> 见 [www.ctbto.org/verification-regime/background/overview-of-the-verification-regime/](http://www.ctbto.org/verification-regime/background/overview-of-the-verification-regime/)。

<sup>111</sup> Michie, “The provisional application of arms control treaties”, 第369页。

<sup>112</sup> 同上，第370页。

<sup>113</sup> Sagar, “Provisional application in an international organization”。

个缔约方反对会怎样；(c) 在无共识的情况下，需要多少票以及承认持异议的当事方拥有哪些权利。

116. 为指导思考，谈判国提到了组织最高机关在章程未明确授权情况下暂时适用修正案的一系列先例。这些例证包括万国邮政联盟大会、欧洲委员会部长理事会，尤其还包括国际电信联盟的做法。<sup>114</sup>

117. 归根结底，它们需要做的是确定1969年和1986年《维也纳公约》第25条第1款(b)项的要求得到了满足，即证明暂时适用事宜已经“以其他方式”商定。

118. 不过，可能有利于暂时适用之说的另一实例是《联合国气候变化框架公约京都议定书》缔约方会议于2011年通过的修正案。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考虑到清洁发展机制的运作可能会因《京都议定书》修正案生效而中断，建议这些修正案可暂时适用。<sup>115</sup> 作为《京都议定书》的缔约方会议，缔约方大会认可了该建议，并在其第八届会议报告中决定“在修正按照《京都议定书》第二十条和第二十一条生效前，各缔约方可对其予以临时适用，……缔约方应将任何此种临时适用的做法告知保存人”。<sup>116</sup>

119. 特别报告员在他的第二次报告中讨论了阿拉伯叙利亚共和国暂时适用《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》的问题。<sup>117</sup>

120. 不过，有必要再次提及这一案例。当阿拉伯叙利亚共和国单方面宣布它将暂时适用该《公约》时，禁止化学武器组织总干事给予中立的答复，通知阿拉伯叙利亚共和国说，它关于暂时适用的“请求”将转发至各缔约国。虽然该《公约》没有为暂时适用作出规定而且在谈判过程中也未讨论过这样一种可能性，但缔约国和禁化武组织都不反对阿拉伯叙利亚共和国按其单方面声明中的表示暂时适用该《公

<sup>114</sup> 同上，第104-106页。

<sup>115</sup> 有关第一个承诺期与随后各承诺期之间可能出现空白的法律考虑(FCCC/KP/AWG/2010/10)，第18段。

<sup>116</sup> 2012年11月26日至12月8日在多哈举行的作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议第八届会议的报告(FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1)，第5段。

<sup>117</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/675号文件，第66-68段。

约》。<sup>118</sup> 在这种情况下，各国与禁化武组织之间通过其总干事开展的对话值得注意，因为对话显示，“该[组织]总干事虽非[该《公约》]保存人”，但“该组织作为[《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》的]执行机构”，在确定暂时适用的法律效力方面，“可以发挥作用”。<sup>119</sup> 此外，“国际组织的行为可起到催生国家实践的作用”。<sup>120</sup>

121. 总之，正如国际法协会在2004年军控与裁军法柏林会议关于《全面禁止核试验条约》的最后报告中所指出的那样，“作为建立信任的一种机制，暂时适用可以强化[《全面禁止核试验条约》的]法律地位，鼓励更多的国家批准该《条约》，并阻止各国今后进行核试验”。<sup>121</sup>

### E. 国际组织作为当事方的条约的暂时适用

122. 国际组织作为当事方的条约得到暂时适用的情况，也值得在第三次报告中加以分析。如前所述，1986年《维也纳公约》尚未生效；然而，该《公约》的规则具有充分的法律效力，因为它们反映了国际习惯法的规范。<sup>122</sup>

123. 在这方面，“国际组织有关自身或一般国际组织的国际行为的实践可以作为在习惯国际法的形成和识别方面具有相关性的实践”。<sup>123</sup>

124. 据此在下文中列出了一些与识别国际组织实践相关的案例。

125. 提及暂时适用设立国际组织总部条约的实例包括：

(a) 奥地利与国际原子能机构签署的设立国际原子能机构的总部协定，1958年3月1日生效，但从1958年1月1日起暂时适用；<sup>124</sup>

(b) 西班牙与世界旅游组织签署的总部协定，1976年1月1日起暂时适用，1977年6月2日生效；<sup>125</sup>

(c) 德国与联合国签署的在波恩设立联合国房地部的总部协定，在通过当天暂时“生效”；<sup>126</sup> 以及

(d) 联合国与荷兰签署的设立前南斯拉夫问题国际法庭的总部协定，其第二十九条第4款规定协定自签署之日起暂时适用。<sup>127</sup>

126. 还有一些国际组织相互间签订的条约暂时适用的实例。例如：

(a) 关于联合国与禁止化学武器组织之间关系的协定，<sup>128</sup> 其中第十六条第2款规定了在签署时即暂时适用的制度；

(b) 世界知识产权组织与伊斯兰会议组织之间的协定，从1992年11月3日签署之日起暂时适用；<sup>129</sup>

(c) 《关于联合国和国际海底管理局之间关系的协定》，也是从1977年3月14日签署之日起暂时适用；<sup>130</sup> 以及

(d) 全面禁止核试验条约组织筹备委员会与世界气象组织之间的协定，其中第十三条第2款为其暂时适用作出了规定。<sup>131</sup>

<sup>124</sup> 《国际原子能机构与奥地利关于国际原子能机构总部的协定》(1957年12月11日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第339卷，第4849号，第110页，详见脚注1。

<sup>125</sup> 《西班牙与世界旅游组织关于世界旅游组织在西班牙的法律地位的协定》(1975年11月10日，马德里)，同上，第1047卷，第15762号，第69页，详见脚注1。

<sup>126</sup> 《联合国与德国关于联合国在波恩占有和使用房舍的协定》(1996年2月13日，纽约)，同上，第1911卷，第32554号，第187页，详见脚注1。

<sup>127</sup> 《联合国与荷兰关于起诉应对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总部的协定》(1994年7月29日，纽约)，同上，第1792卷，第31119号，第351页。

<sup>128</sup> 《联合国同禁止化学武器组织间关系的协定》(2000年10月17日，纽约)，2001年9月7日大会第55/283号决议，附件。

<sup>129</sup> 《世界知识产权组织与伊斯兰会议组织关于建立工作关系及合作的协定》(1992年11月3日，日内瓦和吉达)，联合国，《条约汇编》，第1727卷，第1079号，第251页，详见脚注1。

<sup>130</sup> 《关于联合国和国际海底管理局之间关系的协定》(1997年3月14日，纽约)，同上，第1967卷，第1165号，第255页，详见脚注1。

<sup>131</sup> 《全面禁止核试验条约组织筹备委员会同世界气象组织间协定》，CTBT/LEG.AGR/39号文件。

<sup>118</sup> 见Jacobsson, “Syria and the issue of chemical weapons ...”, 第137–141页。

<sup>119</sup> 同上，第138页。

<sup>120</sup> A/CN.4/682号文件(转载于本卷)，第75段。

<sup>121</sup> 国际法协会，“Final report of the Committee on Arms Control and Disarmament Law”, *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16–21 August 2004*, London, 2004, 第488–527页，详见第8段。

<sup>122</sup> Michie, “The role of provisionally applied treaties in international organisations”, 第42–43页。关于更深入的分析，见Michie, “The provisional application of treaties with special reference to arms control, disarmament and non-proliferation instruments”, 第86–111页。

<sup>123</sup> A/CN.4/682号文件(转载于本卷)，第76段。



127. 甚至还有实例显示,有些国家和国际组织之间通过换文缔结的协定不仅为暂时适用而且还为追溯效力作出了规定。塞浦路斯与联合国关于在该国维和行动的协定就是这种情况。<sup>132</sup> 其他实例是国际劳工组织分别与埃塞俄比亚<sup>133</sup> 和俄罗斯联邦<sup>134</sup> 缔结的协定。

<sup>132</sup> 《构成关于联合国驻塞浦路斯维持和平部队地位的协定的换文》(1964年3月31日,纽约),联合国,《条约汇编》,第492卷,第7187号,第57页。1964年3月31日起暂时适用,具有从1964年3月14日起的追溯效力(同上,详见脚注1)。

<sup>133</sup> 《埃塞俄比亚同国际劳工组织间关于该组织驻亚的斯亚贝巴办事处的协定》(1997年9月8日,亚的斯亚贝巴),同上,第2157卷,第37726号,第255页。根据第10条,1997年9月8日起暂时适用,2001年6月4日起确定适用(同上,第10条,第1款)。

<sup>134</sup> 《俄罗斯联邦同国际劳工组织间关于该组织驻莫斯科办事处的协定》(1997年9月5日,莫斯科),同上,第2058卷,第

128. 这些案例表现出的灵活性是出于执行有关条约中某些条款的需要,目的是在实践中能在一个具体的法律框架内运作。这些案例还显示无论是国家还是国际组织都承认暂时适用条约的法律效力。

129. 根据上文所述,不妨提及夸斯特·默奇就暂时适用的法律效力拟订的一份问卷,该问卷在2007–2008年期间被分发给了一些国家和国际组织的法律顾问,接受调查的18个国家中的12个和7名国际组织法律顾问中的5名回答说,暂时适用的条约具有法律约束力。<sup>135</sup>

35602号,第29页。根据第15条,1997年9月5日起经签署暂时适用,1998年9月24日起经通知确定适用。

<sup>135</sup> Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties ...*, 第171页。

## 第四章

### 关于暂时适用问题的准则初步提案

130. 特别报告员在他的第一次报告中首次提出了制订“准则”的想法。当各国和国际组织决定暂时适用条约时,这种“准则”对它们将会有用。<sup>136</sup>

131. 在这方面,特别报告员根据第一和第二二次报告中的分析,初步提出了一系列关于条约暂时适用的准则草案。委员会内部的讨论和会员国在大会第六委员会上表达的意见,将为起草委员会在委员会下届会议期间对这些准则草案可能的审议提供有价值的参考。

#### “准则草案1

“如条约本身有相关规定或缔约方以某种其他方式已商定,国家和国际组织可暂时适用条约或其部分条款,前提是国家的国内法或国际组织的规则不禁止暂时适用。

#### “准则草案2

“关于条约或其部分条款暂时适用的商定意见,可源于条约条款,亦可根据单独协定或利

用国际会议通过决议等其他手段或根据国家或国际组织之间的其他安排予以确立。

#### “准则草案3

“考虑到条约条款或谈判国或谈判国际组织商定的条款,条约可从签署、批准、加入或接受之时或者从国家或国际组织商定的其他任何时间开始暂时适用。

#### “准则草案4

“条约的暂时适用具有法律效果。

#### “准则草案5

“因暂时适用条约或其部分条款而产生的义务一直延续至:(一)条约生效;或(二)酌情根据《维也纳条约法公约》第25条第2款或《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第25条第2款,暂时适用被终止。

#### “准则草案6

“国家或国际组织如违反因暂时适用条约或其部分条款而产生的义务,即应承担国际责任。”

<sup>136</sup> 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/664号文件,第54段。

## 第五章

### 结 论

132. 特别报告员认为，通过提交本报告，他已完成了就与国际组织实践有关的暂时适用进行一次研究的要求；因此，他认为今后报告中不必再次讨论这个问题。

133. 现在已经清楚的是，对1969年《维也纳公约》第二十五条和1986年《维也纳公约》第25条的解释必须基本相同，在暂时适用的法律效力的问题上尤其应该如此。

134. 此外，报告还提供了相关实践佐证，显示无论是国家还是国际组织都经常暂时适用条约。

135. 特别报告员还初步研究了1969年《维也纳公约》第二十五条与其他条款、特别是第十一、十八、二十四、二十六和第二十七条的关系。

136. 最后，特别报告员期待收到委员会或会员国对本报告可能的反应和评论，以确定前进的道路。特别报告员希望收到更多关于国家实践的报告，同时预先感谢各国编写这种报告并将其提交给委员会。

137. 关于今后的工作，特别报告员提议委员会：(一) 继续分析暂时适用与1969年《维也纳公约》中保留制度等其他条款的关系；(二) 处理暂时适用与同条约有关的国家继承之间的关系问题；(三) 审查多边条约保存人的做法；(四) 研究授予个人权利的条约暂时适用终止的法律效果。

138. 特别报告员还将继续拟订准则草案，以补充本报告中提出的准则草案。

## 附件

[原文: 英文]

## 国际组织暂时适用条约的情况

条约名称	条次	相应案文	国际组织 可否参加?	已暂时适 用条约的 国际组织
1972年《国际可可协定》	第66条	<p>(1) 根据第65条第(1)款发出通知的签字国政府也可在通知里或在此后任一时间内, 表示它将在本协定按照第67条生效时, 或如果协定已经生效, 在特定日期暂时适用本协定。如果签字国政府表示, 它将在本协定按照第67条生效时, 暂时适用本协定, 则为本协定暂时生效的目的, 这种表示的效力等同于与批准书、接受书或核准书的效力。作出这种表示的每一国家政府均应在作出表示时说明它是作为出口成员还是作为进口成员加入本组织。</p> <p>(2) 本协定生效时, 无论暂时生效还是正式生效, 根据第65条第(2)款发出通知的任何国家政府均可在通知里或在此后任一时间内, 表示它将在特定日期暂时适用本协定。作出这种表示的每一国家政府均应在作出表示时说明它是作为出口成员还是作为进口成员加入本组织。</p> <p>(3) 一国政府如果根据第(1)或(2)款表示, 它将在本协定生效时或在特定日期暂时适用本协定, 则从作出表示时起即成为本组织的临时成员, 直至交存批准书、接受书、核准书或加入书之日为止, 或直至根据第65条发出的通知时限到期为止, 以二者中较早者为准。但理事会如果认为, 有关政府尚未交存文书是由于完成宪法程序的困难, 则可将该国政府的临时成员资格再延长特定时间。</p>	是(见第4条)	欧洲经济 共同体
1975年《国际可可协定》	第68条	<p>1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府, 或理事会已为其设定加入条件但还未能交存其文书的政府, 可随时通知联合国秘书长, 它将在本协定按照第69条生效时, 或如果协定已经生效, 在特定日期暂时适用本协定。发出这种通知的政府应在发出通知之时说明它是出口成员还是进口成员。</p> <p>2. 凡依本条第1款递交通知表示将在本协定生效时或在特定日期适用本协定的政府, 应自那时起成为临时成员, 直至交存批准书、接受书、核准书或加入书之日。</p>	是(见第4条)	欧洲经济 共同体
1980年《国际可可协定》	第65条	<p>1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府, 或理事会已为其设定加入条件但还未能交存其文书的政府, 可随时通知保存人, 它将在本协定依第66条生效时, 或如协定已经生效, 则在特定日期, 暂时适用本协定。发出这种通知的政府应在发出通知之时说明它是出口成员还是进口成员。</p> <p>2. 凡依本条第1款递交通知, 表示将在本协定生效时或在特定日期适用本协定的政府, 应自那时起成为临时成员, 直至交存其批准书、接受书、核准书或加入书之日。</p>	是(见第4条)	欧洲经济 共同体
1986年《国际可可协定》	第69条	<p>1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府, 或理事会已为其设定加入条件但还未能交存其文书的政府, 可随时通知保存人, 它将按照本国宪法程序, 在本协定依第70条生效时, 或如协定已经生效, 则在特定日期, 暂时适用本协定。发出这种通知的政府应在发出通知之时说明它是出口成员还是进口成员。</p> <p>2. 凡依本条第1款递交通知, 表示将在本协定生效时或在特定日期适用本协定的政府, 应自那时起成为临时成员, 直至交存其批准书、接受书、核准书或加入书之日。</p>	是(见第4条)	欧洲经济 共同体

条约名称	条次	相应案文	国际组织可否参加?	已暂时适用条约的国际组织
1993年《国际可可协定》	第55条	1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府,或理事会已为其设定加入条件但还未能交存其文书的政府,可随时通知保存人它将按照本国宪法程序和/或本国法律规章,在本协定依第56条生效时,或如协定已经生效,则在特定日期,暂时适用本协定。发出这种通知的政府应在发出通知时,说明它是出口成员还是进口成员。 2. 凡依本条第1款递交通知,表示将在本协定生效时或在特定日期适用本协定的政府,应自那时起成为临时成员,直至交存其批准书、接受书、核准书或加入书之日。	是(见第4条)	欧洲共同体
2001年《国际可可协定》	第57条	1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府,或有意加入本协定但还未能交存其文书的政府,可随时通知保存人它将按照本国宪法程序和/或本国法律规章,在本协定依第58条生效时,或如协定已经生效,则在特定日期,暂时适用本协定。发出这种通知的政府应在发出通知时,说明它是出口成员还是进口成员。 2. 凡依本条第1款递交通知,表示将在本协定生效时或在特定日期适用本协定的政府,应自那时起成为临时成员,直至交存其批准书、接受书、核准书或加入书之日。	是(见第4条)	—
2010年《国际可可协定》	第56条	1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府,或有意加入本协定但还未能交存其文书的政府,可随时通知保存人它将按照本国宪法程序和/或本国法律规章,在本协定依第57条生效时,或如协定已经生效,则在特定日期,暂时适用本协定。发出这种通知的政府应在发出通知之时或其后尽快告知秘书长,说明它是出口成员还是进口成员。 2. 凡依本条第1款递交通知,表示将在本协定生效时或在特定日期适用本协定的政府,应自那时起成为临时成员,直至交存其批准书、接受书、核准书或加入书之日。	是(见第4条第5-6款)	欧洲联盟
1986年《国际橄榄油和食用橄榄协定》	第54条	1. 凡有意批准、接受或核准本协定的签字国政府,或理事会已为其设定加入条件但还未能交存其文书的政府,可随时通知保存人,它将在本协定依第55条生效时,或如协定已经生效,则在特定日期,暂时适用本协定。 2. 如根据本条第1款提出通知,表示它将在本协定生效时,或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期适用本协定的政府,自即时起便成为本组织的暂时成员,直至其交存批准书、接受书、认可书或加入书从而成为正式成员时止。	是(见第5条)	—
1993年《关于延长1986年〈国际橄榄油和食用橄榄协定〉的议定书》,经修正	第54条	将“第54条”改为“第55条”。 将第1款中的“第55条”改为“第56条”。	是(见第5条)	—
1995年《谷物贸易公约》	第26条	任何签字国和任何其他有资格签署本公约的国家政府,或加入公约的申请已得到理事会核准的政府,均可向保存人交存暂时适用的声明。交存这种声明的任何国家政府均应依照本国法律规章暂时适用本公约,并应被暂时视为本公约缔约方。	是(见第2条第2款)	欧洲共同体
1986年《小麦贸易公约》	第26条	任何签字国和任何其他有资格签署本公约的国家政府,或加入公约的申请已得到理事会核准的政府,均可向保存人交存暂时适用的声明。交存这种声明的任何国家政府均应暂时适用本公约,并应被暂时视为本公约缔约方。	是(见第2条第2款)	欧洲经济共同体
1986年《粮食援助公约》	第19条	任何签字国政府均可向保存人交存暂时适用本公约的声明。交存这种声明的任何国家政府均应暂时适用本公约,并应被暂时视为本公约缔约方。	是(见第2条第2款)	欧洲经济共同体

条约名称	条次	相应案文	国际组织可否参加?	已暂时适用条约的国际组织
1995年《粮食援助公约》	第19条	任何签字国政府均可向保存人交存暂时适用本公约的声明。交存这种声明的任何国家政府均应依照本国法律规章暂时适用本公约，并应被暂时视为本公约缔约方。	是(见第2条第2款)	欧洲共同体
	声明暂时适用时的声明	奥地利共和国、芬兰共和国和瑞典王国1995年1月1日成为欧洲共同体成员后，将不再是本公约的单独成员，但将是共同体作为本公约成员的组成部分。因此，欧洲共同体也承诺在本公约得到暂时适用时，以上述三国的名义行使和履行本公约规定的义务。		
1999年《粮食援助公约》	第22条(c)项	任何签字国政府均可向保存人交存暂时适用本公约的声明。交存这种声明的任何国家政府均应依照本国法律规章暂时适用本公约，并应被暂时视为本公约缔约方。	是(见第二条(b)项)	欧洲共同体
《第六个国际锡协定》	第53条	1. 准备批准、接受或核准本协定的签字国政府，或经理事会按照第54条规定已规定加入条件、但尚不能交存其文书的各国政府，得随时通知保管人，将在其宪法和(或)立法程序的限制范围内暂时适用本协定，其生效日期或为本协定按照第55条生效之日或为——如本协定已生效——某一指定日期。 2. 本条第1款所述的任一政府如通知保管人由于在宪法和(或)立法程序的限制下适用本协定，以致无法向缓冲储存账户作出缴纳，则不得就有关本协定第十章至第十五章条款的事项行使其表决权。但该政府仍应履行它对行政账户的财务义务。除理事会另有决定外，按照本款所述方式提出通知的政府，其临时成员资格，自本协定暂时生效起算，不得超过12个月。	是(见第56条)	欧洲经济共同体
经延期的1968年《国际咖啡协定》及其继续生效《议定书》	第62条第2款	本协定可于1968年10月1日暂时生效。为此目的，如果签字国政府或1962年国际咖啡协定的其他缔约方发出通知，承诺暂时适用本协定，并承诺尽快依照本国宪法程序寻求协定的核准、批准或接受，而且联合国秘书长在1968年9月30日前收到这种通知，则这种通知的效力应被视为等同于核准书、批准书或接受书的效力。承诺暂时适用本协定的政府将可交存核准书、批准书或接受书，并应被暂时视为本协定缔约方，直至交存核准书、批准书或接受书之日为止，或直至1968年12月31日(含31日)为止，以二者中较早者为准。	否	—
1976年《国际咖啡协定》	第61条第2款	本协定可于1976年10月1日暂时生效。为此目的，如果签字国政府或经议定书延期的1968年国际咖啡协定的其他缔约方发出通知，承诺暂时适用本协定，并承诺尽快依照本国宪法程序寻求协定的批准、接受或核准，而且联合国秘书长在1976年9月30日前收到这种通知，则这种通知的效力应被视为等同于批准书、接受书或核准书的效力。承诺在交存批准书、接受书或核准书之前暂时适用本协定的政府应被视为本协定临时缔约方，直至交存批准书、接受书或核准书之日为止，或直至1976年12月31日(含31日)为止，以二者中较早者为准。理事会可允许延长暂时适用本协定的政府交存批准书、接受书或核准书的期限。	是(见第4条第3款)	欧洲经济共同体
1983年《国际咖啡协定》及其第一次、第二次、第三次和第四次延期及相关修订	第61条第2款	本协定可于1983年10月1日暂时生效。为此目的，如果签字国政府或经延期的1976年国际咖啡协定的其他缔约方发出通知，承诺暂时适用本协定，并承诺尽快依照本国宪法程序寻求协定的批准、接受或核准，而且联合国秘书长在1983年9月30日前收到这种通知，则这种通知的效力应被视为等同于批准书、接受书或核准书的效力。承诺在交存批准书、接受书或核准书之前暂时适用本协定的政府应被视为本协定临时缔约方，直至交存批准书、接受书或核准书之日为止，或直至1983年12月31日(含31日)为止，以二者中较早者为准。理事会可允许延长暂时适用本协定的政府交存批准书、接受书或核准书的期限。	是(见第4条第3款)	欧洲经济共同体(仅涉及第一次延期)

条约名称	条次	相应案文	国际组织可否参加?	已暂时适用条约的国际组织
1994年《国际咖啡协定》, 由国际咖啡理事会1999年7月21日在伦敦通过第384号决议延期至2001年9月30日, 并作了修订	第40条第2款	本协定可于1994年10月1日暂时生效。为此目的, 如果签字国政府或经延期的1983年国际咖啡协定的其他缔约方发出通知, 承诺依照本国法律规章暂时适用本协定, 并承诺尽快依照本国宪法程序寻求协定的批准、接受或核准, 而且联合国秘书长在1994年9月26日前收到这种通知, 则这种通知的效力应被视为等同于批准书、接受书或核准书的效力。承诺在交存批准书、接受书或核准书之前依照本国法律规章暂时适用本协定的政府应被视为本协定的临时缔约方, 直至交存批准书、接受书或核准书之日为止, 或直至1994年12月31日(含31日)为止, 以二者中较早者为准。理事会可允许延长暂时适用本协定的政府交存批准书、接受书或核准书的期限。	是(见第4条第3款)	—
2001年《国际咖啡协定》	第45条第2款	承诺在交存批准书、接受书或核准书之前依照本国法律规章暂时适用本协定的政府应被视为本协定的临时缔约方, 直至交存批准书、接受书或核准书之日为止, 或直至2002年6月30日(含30日)为止, 以二者中较早者为准。理事会可允许延长暂时适用本协定的政府交存批准书、接受书或核准书的期限。	是(见第4条第3款)	—
1968年《国际糖协定》	第62条	(1) 依第61条提出通知书之任何政府并得于通知书内表示或以后随时表示, 暂时适用本协定。 (2) 表示暂时适用本协定之政府在本协定生效期间, 不论是暂时或确定生效, 并在其送存批准书、接受书、核可书或加入书前或撤回其表示之前, 应为本协定暂时会员, 直至依第61条所提通知书内之期限届满为止。但如理事会认为该政府之未送存上项文书系出于完成宪法程序之困难, 理事会得延长该政府之暂时会员地位, 至较后之特定日期为止。 (3) 本协定暂时会员在批准、接受或核可或加入本协定之前, 应视为本协定之缔约国。	是(见第2条第26款)	—
1973年《国际糖协定》、及其第一和第二次延期	第35条	1. 依第34条提送通知书的任何政府, 并得于通知书内表示或以后随时表示, 暂时实施本协定。 2. 表示暂时实施本协定的政府在本协定生效期间, 不论暂时生效抑或确定生效, 应为本协定暂时会员, 直至该国交存批准书、接受书、核可书或加入书而成为本协定缔约国为止, 或至依第34条交存此项文书的时限已经逾期为止, 两者以先发生者为准。	是(见第2条第11款)	—
经延期的1977年《国际糖协定》	第74条	1. 有意批准、接受或认可本协定的签署国政府, 或理事会已为其确定加入条件但尚未能交存文书的政府, 可在任何时候通知联合国秘书长, 表示它将在本协定根据第75条生效时或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期, 暂时适用本协定。 2. 根据本条第1款提出通知, 表示将在本协定生效时或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期适用本协定的政府, 应自通知提出时成为本协定的暂时成员, 直至它交存了批准书、接受书、认可书或加入书从而成为正式成员为止。	是(见第2条第23款)	—
1984年《国际糖协定》	第37条	1. 有意批准、接受或核准本协定的签字国政府, 或经理事会规定加入条件但尚未能交存其文书的政府, 可随时通知保管人, 将于本协定按照第38条生效之日, 或如本协定业已生效则于某一指定日期, 暂时适用本协定。 2. 如根据本条第1款提出通知, 表示它将在本协定生效时, 或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期适用本协定的政府, 自即时起便成为本组织的暂时成员, 直至其交存批准书、接受书、认可书或加入书从而成为正式成员时止。	是(见第5条)	—

条约名称	条次	相应案文	国际组织可否参加?	已暂时适用条约的国际组织
1987年《国际糖协定》	第38条	<p>1. 有意批准、接受或认可本协定的签字国政府或理事会已为确定加入条件但尚未能交存文书的政府,可随时通知保管人,表示它将在本协定根据第39条生效时,或如果本协定已经生效,在某一确切日期,暂时适用本协定。</p> <p>2. 如根据本条第1款提出通知,表示它将在本协定生效时,或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期适用本协定的政府,自即时起便成为本组织的暂时成员,直至其交存批准书、接受书、认可书或加入书从而成为正式成员时止。</p>	是(见第5条)	—
1992年《国际糖协定》	第39条	<p>1. 有意批准、接受或认可本协定的签字国政府或理事会已为确定加入条件但尚未能交存文书的政府,可随时通知保管人,表示它将在本协定根据第40条生效时,或如果本协定已经生效,在某一确切日期,暂时适用本协定。</p> <p>2. 如根据本条第1款提出通知,表示它将在本协定生效时,或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期适用本协定的政府,自即时起便成为本组织的暂时成员,直至其交存批准书、接受书、认可书或加入书从而成为正式成员时止。</p>	是(见第5条)	—
1979年《国际天然胶协定》	第60条	<p>1. 有意批准、接受或同意本协定的签字政府,或理事会已为其规定加入条件、但尚未能交存文书的政府,可随时通知保管人,表示它将在本协定根据第61条生效时,或如果本协定已经生效,在某一确定日期,暂时适用本协定的所有规定。</p> <p>2. 虽有本条第1款的规定,一个政府可在其暂时适用通知中声明它只在其宪法和(或)立法程序范围内适用本协定。但该政府这样做时仍须满足其对行政账户的一切财政义务。以此方式发出通知的政府,其暂时成员资格自本协定暂时生效之时起,不得超过18个月。若在这18个月期间,缓冲存储账户有必要催收资金,理事会应根据本款暂时成为成员的政府资格,做出决定。</p>	是(见第5条)	欧洲经济共同体
1987年《国际天然胶协定》	第59条	<p>1. 有意批准、接受或同意本协定的签字政府,或理事会已为其确定加入条件、但尚未能交存文书的政府,可随时通知保管人,表示它将在本协定根据第60条生效时,或如果本协定已经生效,在某一确定日期,暂时适用本协定的所有规定。</p> <p>2. 虽有本条第1款的规定,一个政府可在其暂时适用通知中声明它只在其宪法和(或)立法程序范围内适用本协定。但该政府仍须履行其对行政账户的一切财政义务。以此方式发出通知的政府,其暂时成员资格自本协定暂时生效之时起,不得超过12个月。若在这12个月期间,缓冲存储账户有必要催收资金,理事会应根据本款暂时成为成员的政府资格,做出决定。</p>	是(见第5条)	欧洲经济共同体
1994年《国际天然胶协定》	第60条	<p>1. 有意批准、接受或同意本协定的签字政府,或理事会已为其确定加入条件、但尚未能交存文书的政府,可随时通知保管人,表示它将在本协定根据第61条生效时,或如果本协定已经生效,在某一确定的日期,暂时适用本协定的所有规定。</p> <p>2. 虽有本条第1款的规定,一个政府可在其暂时适用通知中声明它只在其宪法和(或)立法程序以及其国内法律和规章范围内适用本协定。但该政府仍须履行其对本协定的一切财政义务。以此方式发出通知的政府,其暂时成员资格自本协定暂时之时起,不得超过12个月,除非理事会根据第59条第2款另作决定。</p>	是(见第5条)	欧洲共同体
1983年《国际热带木材协定》	第36条	有意批准、接受或同意本协定的签署国政府,或理事会已为其规定加入条件、但尚未能交存其文书的政府,可随时通知保管人,表示其将在本协定按照第37条生效时,或如本协定已经生效,则在某一特定日期,暂时适用本协定的所有规定。	是(见第5条)	欧洲经济共同体

条约名称	条次	相应案文	国际组织可否参加?	已暂时适用条约的国际组织
1994年《国际热带木材协定》	第40条	有意批准、接受或核可本协定的签字国政府或理事会已为其加入规定条件但尚未能交存文书的政府，可在任何时候通知保存人，表示它将在本协定根据第41条生效时，或如果本协定已经生效，在某一订明的日期，暂时适用本协定。	是(见第5条)	欧洲共同体
2006年《国际热带木材协定》	第38条	有意批准、接受或核可本协定的签署国政府、或理事会已为其加入规定条件但尚未能交存文书的政府，可在任何时候通知保管人，表示它将根据本国的法律和规定在本协定根据第39条生效时，或如果本协定已经生效，在某一订明的日期，暂时适用本协定。	是(见第5条)	欧洲共同体
1982年《国际黄麻和黄麻制品协定》	第39条	1. 有意批准、接受或核准本协定的签署国政府，或理事会已为其加入规定条件但尚未能交存文书的政府，可随时通知保存人，表示它将在本协定依照第40条生效时，或如果本协定已经生效，在某一订明的日期，暂时适用本协定。在发出暂时适用通知时，每一国政府应宣布自己是出口成员还是进口成员。 2. 如根据本条第1款提出通知，表示它将在本协定生效时，或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期适用本协定的政府，自即时起便成为本组织的暂时成员，直至其交存批准书、接受书、认可书或加入书从而成为正式成员时止。	是(见第5条)	欧洲经济共同体
1989年《国际黄麻和黄麻制品协定》	第39条	1. 有意批准、接受或核准本协定的签署国政府，或理事会已为其加入规定条件但尚未能交存文书的政府，可随时通知保存人，表示它将在本协定依照第40条生效时，或如果本协定已经生效，在某一订明的日期，暂时适用本协定。在发出暂时适用通知时，每一国政府应宣布自己是出口成员还是进口成员。 2. 如根据本条第1款提出通知，表示它将在本协定生效时，或(如果本协定已经生效)在某一订明的日期适用本协定的政府，自即时起便成为本组织的暂时成员，直至其交存批准书、接受书、认可书或加入书从而成为正式成员时止。	是(见第5条)	欧洲经济共同体
《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》	第7条第1款	本协定如到1994年11月16日尚未生效，则在其生效之前，由下述国家和实体予以暂时适用： (a) 在联合国大会中同意通过本协定的国家，但在1994年11月16日之前书面通知保管者其将不临时适用本协定，或者仅在以后作了签字或书面通知之后才同意临时适用本协定的任何国家除外； (b) 签署本协定的国家和实体，但在签字时书面通知保管者其将不临时适用本协定的任何国家或实体除外； (c) 书面通知保管者表示同意临时适用本协定的国家和实体； (d) 加入本协定的国家。	未提及，但见第8条第2款	欧洲经济共同体
《集束弹药公约》	第18条	任何国家可以在批准、接受、核准或加入本公约时宣布，将在本公约对其生效之前暂时适用公约第1条第1款。	否	—
《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》	第18条	任何国家可以在批准、接受、核准或加入本公约时宣布，将在本公约对其生效之前暂时适用公约第1条。	否	—
《国际铜研究组组织职权范围》	第22条(c)项	第5段所指愿意成为研究组成员的任何国家或任何政府间组织须通知保管人，表示在其内部程序完成之前临时接受本职权范围，或表示正式接受本职权范围。已通知临时接受本职权范围的任何国家或政府间组织须自本职权范围生效之日或其通知临时接受之日起算36个月内完成其程序，起算日期以较迟者为准，并据此通知保管人。如一国或一政府间组织无法在上述时限内完成其程序，研究组可准予有关国家或组织延长时限。	是(见第5段)	—



条约名称	条次	相应案文	国际组织 可否参加?	已暂时适 用条约的 国际组织
《设立香蕉出口国 联盟的协定》	第38条	任何一个成员国政府可在其国内法允许的前提下告知交存国外 交部，表示在其完成最后批准本协定的必要手续之前，将暂时 接受本协定。诉诸这一程序的国家应享(负)有最后批准会赋予 的所有权利和义务。	否	—
《武器贸易条约》	第23条	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，在本条约对该国生效之前暂时适用第6和第7条。	否	—
《国际纺织品贸易协 议》(《关税及贸易总 协定》附表七十五)	—	协定中没有明确提及暂时适用。然而，其第13条第1款该协定 “将开放供[《关税及贸易总协定》]缔约方或已暂时加入[《关 税及贸易总协定》]的政府或欧洲经济共同体通过签署或以其 他方式予以接受。”欧洲经济共同体也被列为暂时接受协定的国 家或组织。	是(见第13条 第1款)	—

## 条约的暂时适用

[议程项目6]

A/CN.4/676号文件

秘书处的备忘录

[原文：英文]  
[2014年11月25日]

### 目 录

	页 次
本文件引用的多边文书.....	83
摘要.....	84
	段 次
导言.....	1-5 84
章 次	
一、 1986年《维也纳公约》的程序历史.....	6-13 84
A. 1970年前的发展情况.....	6-8 84
B. 委员会1970年至1982年的审议情况.....	9-12 85
C. 1986年维也纳会议.....	13 86
二、 第25条的拟订.....	14-40 86
A. 委员会的审议情况.....	14-35 86
1. 条款草案的一读.....	14-24 86
2. 与一读有关的评论意见.....	25-26 88
3. 条款草案的二读.....	27-33 88
4. 二读通过的条款草案的评论.....	34-35 89
B. 在1986年维也纳会议上的审议情况.....	36-40 89

### 本文件引用的多边文书

#### 来 源

《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。

《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号文件。

## 摘要

《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》(以下简称“1986年《维也纳公约》”)第25条就各谈判国和谈判国际组织暂时适用条约问题做出了规定。国际法委员会在该《公约》的准备工作中,仿照了1969年《维也纳条约法公约》(以下简称“1969年《维也纳公约》”)第二十五条。本备忘录追溯了这条规定在委员会以及1986年联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法会议(以下简称“1986年维也纳会议”)上的谈判经过。

## 导言

1. 委员会在2012年第六十四届会议上将“条约的暂时适用”专题列入其工作方案。<sup>1</sup>

2. 在2014年第六十六届会议上,委员会“决定请秘书处准备一份备忘录,说明委员会先前在[1986年]《维也纳公约》有关条款的准备工作中就此问题开展的工作”。<sup>2</sup>

3. 本备忘录在下文第一章中简要介绍了1986年《维也纳公约》的起源及随后的准备工作与谈判的程序历史。<sup>3</sup>

4. 第二章阐述《公约》第25条的准备工作,介绍委员会在准备1982年通过的关于国家和国际组织

间或国际组织相互间条约法的条款草案<sup>4</sup>以及随后在1986年全权代表外交会议上谈判和通过的公约框架内开展的工作。

5. 1986年《维也纳公约》第25条的案文如下:

### 暂时适用

1. 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:

(a) 该条约本身有此规定;

(b) 各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织以其他方式有此协议。

2. 除该条约另有规定或各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织另有协议外,该条约或其一部分对一国或一国际组织的暂时适用,于该国或该组织将其不愿成为该条约当事方的意思通知该条约正对其暂时适用的各国和国际组织时应即终止。

<sup>4</sup> 委员通过的条款草案及其相关评注转载于《1982年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第63段。

<sup>1</sup> 《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第141段。

<sup>2</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第227段。本备忘录补充了先前研究(《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/658号文件)的内容。该研究也是由秘书处应委员会的要求进行的,研究范围是委员会以前在条约法框架内开展的工作以及1969年《维也纳法公约》相关规定的准备工作。

<sup>3</sup> 截至2014年11月21日,该《公约》尚未生效。

## 第一章

### 1986年《维也纳公约》的程序历史

#### A. 1970年前的发展情况

6. 在1950年至1966年审议条约法条款草案的过程中,委员会多次讨论了条款草案是否应仅仅适用于国家间条约<sup>5</sup>还是也适用于其他实体特别是国际

组织缔结的条约的问题。但委员会随后决定仅限于研究国家间条约问题。<sup>6</sup>

A/CN.4/258号文件),以及秘书处编写的历史调查(A/CN.4/L.161和Add.1-2号文件,油印件)。

<sup>6</sup> 委员会于1966年通过的条约法条款草案第1条的案文是“本条款与国家间缔结的条约有关”,《1966年……会年鉴》[英],第二卷, A/6309/Rev.1号文件,第二部分,第二章。

<sup>5</sup> 见关于国家和国际组织间或两个或更多国际组织间所缔结条约问题的第一次报告(《1972年……年鉴》[英],第二卷,

7. 在1968和1969年于维也纳举行的联合国条约法会议上, 美利坚合众国提出一个修正案, 意在扩大今后公约的范围, 使其涵盖国际组织缔结的条约。<sup>7</sup> 美国随后因担心这会延误会议工作, 撤回了其提案。<sup>8</sup>

8. 取而代之的是, 会议通过了一项决议, 其中除其他外,

建议联合国大会请国际法委员会商同主要国际组织, 研究国家与国际组织之间或两个以上国际组织之间所订条约的问题。<sup>9</sup>

## B. 委员会1970年至1982年的审议情况

9. 大会随后在1969年11月12日第2501 (XXIV) 号决议中就会议决议采取行动,

建议国际法委员会依其惯例斟酌情形, 商同各主要国际组织将各国与国际组织之间或两个以上国际组织之间所订条约之问题视为重要问题从事研究。

10. 次年, 委员会决定将此问题列入其工作方案, 并设立了一个小组委员会负责初步研究。<sup>10</sup> 在1971年第二十三届会议上, 保罗·路特尔先生被任命为该专题的特别报告员。<sup>11</sup> 委员会以特别报告员在1972年至1982年期间提交的11次报告为基础, 就国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法编写了一套共80条条款草案及一个附件, 并于1982年通过了这些草案及其评注。<sup>12</sup>

11. 在通过条款草案时, 委员会对条款草案与1969年《维也纳公约》的关系发表了评论, 并对拟订

条款草案过程中所采用的方法作了一些解释。委员会特别指出下列内容:

35. 与其他编纂工作比较, 目前的编纂工作具有一些显著的特征, 这是因为条款草案和[1969年]《维也纳公约》之间的关系非常密切。

36. 从历史上说, 如果条约法会议没有决定把注意力限于国家间的条约法问题, 那么构成目前审议中的条款草案的那些规定, 就会已经在《维也纳公约》中取得一席之地了。因此, 编纂条约法的下一阶段, 亦即拟订关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法的条款草案这个阶段, 就不能脱离关于这个主题的基本文本, 也就是《维也纳公约》。

37. 该《公约》已经为本条款草案提供了总体框架。这首先意味着条款草案处理的问题和《维也纳公约》的实质内容相同。委员会的最佳工作方针是: 逐条研究该《公约》每一条条文并且在拟订国家和国际组织间或国际组织相互间的条约所涉同一问题的类似条文时, 考虑应对这些公约条文的措词或实质内容如何加以修改。

.....

40. 条约的主要基础是缔约各方地位平等。这个前提很自然地使人们极可能把国际组织缔结条约的情况同国家缔结条约的情况等同看待。委员会基本上遵循这项原则, 一般均决定关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约的条款应尽量参照关于国家间的条约的《维也纳公约》的条款。国际组织参加的条约日益增多正说明条约对国际组织和国家同样有价值。

41. 不过, 把国际组织同国家混为一谈进行比较时, 即使只限于条约法, 也很容易看出二者是大不相同的。所有国家在国际法之前都是平等的, 但是, 国际组织却是国家意志行为的产物; 这种意志行为把强烈的个体色彩加于每一个国际组织, 使它具有其司法特点, 因而限制了一个国际组织同另一个国际组织相似的程度。作为一个复合体来说, 国际组织仍然因其与成员国的密切关系而受到约束; 诚然, 对这个问题进行分析, 会发现国际组织另有其特性, 会显示出国际组织是与其成员国“相独立的”, 但国际组织仍然与其成员国密切相关。国际组织的权限比国家的权限更为有限, 而且往往没有很明确的规定(特别是在对外关系方面), 因此, 要让国际组织成为条约的当事方, 有时候需要对为国家间条约制定的某些规则加以修改。

42. 在处理这个专题时遇到的许多实质问题都起源于缔约各方在地位平等的基础上达成的协商一致性与国家与国际组织之间的差异二者之间可能产生的矛盾。由于条款草案的主要目的之一, 同《维也纳公约》本身一样, 都是为尚未缔结协定的有关各方提供解决问题时可以依循的备用规则, 因此, 本草案提出的一般规则务须顾及可能比只涉及国家的那种情况更复杂的情况。这是因为国际组织不仅与国家不同, 它们本身也各不相同。它们有不同的法律形式、职能、权力和结构, 这一点尤其表现在其缔结条约的权限各有不同……<sup>13</sup>

<sup>7</sup> A/CONF.39/C.1/L.15号文件(“……或国际法其他主体”)。见《联合国条约法会议正式记录, 1968年3月26日至5月24日, 维也纳, 第一届会议, 全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11号文件, 联合国出版物, 出售品编号:E.68.V.7), 全体委员会, 第2次会议, 第3-5段。

<sup>8</sup> 同上, 第3次会议, 第64段。

<sup>9</sup> 《联合国条约法会议正式记录, 1968年3月26日至5月24日以及1969年4月9日至5月22日, 维也纳, 第一和第二届会议: 会议文件》(A/CONF.39/11/Add.2号文件, 联合国出版物, 出售品编号:E.70.V.5), 联合国条约法会议最后文件, A/CONF.36/26号文件, 附件, 关于《维也纳条约法公约》第一条的决议, 第285页。

<sup>10</sup> 《1970年……年鉴》[英], 第二卷, 第89段。

<sup>11</sup> 《1971年……年鉴》[英], 第二卷(第一部分), A/8410/Rev.1号文件, 第118(a)段。

<sup>12</sup> 《1982年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第63段。

<sup>13</sup> 同上, 第35-37段和第40-42段。

12. 委员会进一步解释说, 它已采用一种方法, 试图

在条款草案整体作为一个被赋予某种形式的完全个体, 令其能够产生独立于《维也纳公约》的法律效力意义上, 使条款草案独立于《维也纳公约》。如果像建议的那样, 这套条款草案成为公约, 则后者将对《维也纳公约》当事方以外的其他当事方产生约束力, 并具有法律效力——无论《维也纳公约》的命运如何。<sup>14</sup>

### C. 1986年维也纳会议

13. 根据委员会关于召集会议以缔结一部公约的建议,<sup>15</sup> 大会随后决定<sup>16</sup> 于1986年2月18日至3

<sup>14</sup> 同上, 第46段。

<sup>15</sup> 同上, 第57段。

<sup>16</sup> 大会1982年12月16日第37/112号决议、1983年12月19日第38/139号决议、1984年12月13日第39/86号决议和1985年12月11日第40/76号决议。

月21日在维也纳召开会议。<sup>17</sup> 在1984年12月13日第39/86号决议第5段中, 大会“将国际法委员会第三十四届会议通过的关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案送交会议, 作为会议审议的基本提案”。97个国家参加了这次会议, 最终《公约》获得了通过。<sup>18</sup>

<sup>17</sup> 大会已收到秘书长的数份报告, 内载会员国和政府间组织的书面评论和意见。见A/38/145和Corr.1及A/39/491号文件。另见行政协调委员会关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法的说明(A/C.6/38/4号文件, 附件)。

<sup>18</sup> 1986年3月20日, 应保加利亚代表的请求, 对《公约》全文的表决以67票赞成、1票反对和23票弃权通过(《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法会议正式记录, 1968年2月18日至3月21日, 维也纳, 全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.129/16 (vol.1)号文件, 联合国出版物, 出售品编号: E.94.V.5), 第7次全体会议, 第52段)。

## 第二章

### 第25条的拟订

#### A. 国际法委员会的审议情况

##### 1. 条款草案的一读

14. 1970年至1980年间, 委员会在特别报告员保罗·路特先生的前9份报告基础上, 展开了条款草案的一读。条约的暂时适用问题首次<sup>19</sup> 在他的第四次报告<sup>20</sup> 中得以审议, 该报告于1975年第二十七届会议期间提交, 其中包括为第25条草案拟议的下列案文:

##### 第25条. 暂时适用

1. 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:

- (a) 条约本身如此规定; 或
- (b) 谈判国或国际组织以其他方式协议如此办理。

<sup>19</sup> 关于条约的暂时适用问题更早的一次述及, 可见何塞·卡马拉先生于1971年1月14日就委员会委员收到的一份问卷所作的评论, 他在其中, 除其他外, 建议1969年《维也纳公约》的第二十四和第二十五条“应被加以探讨, 以适应相关规定的新条款”。《1971年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), A/CN.4/250号文件, 附件二, 第197页。

<sup>20</sup> 《1975年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/285号文件, 第39页。

2. 除条约另有规定或谈判国或国际组织另有协议外, 条约或条约一部分对一国或一个组织暂时适用, 于该国或该组织将其不欲成为条约当事方之意思通知已暂时适用条约之其他各国或各组织时终止。

15. 特别报告员在该条的评注中简明指出案文“与1969年《公约》第二十五条的差异仅在于措辞上的必要改动, 以顾及国际组织”。<sup>21</sup>

16. 在1977年第二十九届会议上, 委员会审议了第25条草案的提案。在介绍该条草案以及(关于生效问题的)第24条草案的提案时, 特别报告员除其他外, 指出:

由于《维也纳公约》第二十四条案文极其灵活, 可将其改编应用于由国际组织缔结的协定可能产生的任何情况。这就是为什么他并未区分组织间缔结的条约以及国家与国际组织间缔结的条约。他也没有在第25条草案中做出这一区分\*。<sup>22</sup>

17. 在随后的辩论中, 各位发言的委员的主要关切是, 拟议的条款草案设想国家和国际组织被置于平等地位。劳雷尔·弗朗西斯先生指出:

<sup>21</sup> 同上。

<sup>22</sup> 《1977年……年鉴》[英], 第一卷, 第1435次会议, 第104页, 第4段。

第25条第1款(a)项的规定将给予国际组织发言权,以确定它们与国家一起参与谈判的一项条约是否可以暂时适用。然而,第25条第1款(b)项似乎暗示,在国际组织和国家都参与谈判达成条约的情况下,只有后者能够决定条约是否应暂时适用。第25条第2款也会产生难题,因为一个国际组织不能向该款所指的“其他”国家发出通知,因为它本身不是一个国家。如果意图是国际组织在条约的生效和暂时适用方面应享有与之一同谈判达成这些条约的国家同等的权利,则必须修正第25条第1款(b)项和第2款。<sup>23</sup>

18. 特别报告员路特尔先生确认“他的意图是将国家和国际组织置于平等的基础上,因为这样不会造成任何困难”。<sup>24</sup>

19. 乌沙科夫先生则表示,

他确信不能对国家和国际组织适用同样的措辞,必须有一项条款用于国际组织相互间缔结的条约,另一项条款用于国家和国际组织之间缔结的条约。<sup>25</sup>

他还补充说

这不是一个“当事方”之间的协定问题,而是“谈判”国与国际组织之间的协定问题。[1969年]《维也纳公约》第三条丙项将该《公约》的适用限定为亦有其他国际法主体为当事方的国际协定下的国家间关系,他不知道正在审议的条款如何有可能将该规定适用于拥有许多国家当事方和单一国际组织当事方的条约。例如,按照第25条,参与谈判的国际组织必须同意条约的暂时适用。如果未来的海洋法公约规定联合国的参与,而且不曾载有任何关于生效或暂时适用的规定,则联合国的同意对于该文书生效或暂时适用来说将是必要的。<sup>26</sup>

20. 对此,特别报告员指出

乌沙科夫先生对条约当事方的概念提出了疑问。他(特别报告员)认为,在诸如条约涉及一些国际组织向一国提供援助的情况下,则该国的同意必不可少。同样,难以想象,一项许多国家和一个国际组织之间缔结的使该组织负责核监测的条约,可在未获该组织同意的情况下生效或暂时适用。如果委员会决定给予国际组织特殊地位,就需要修改[那些]……条款,以便对国际组织适用限定性规则可。如果委员会选择这条道路,他将遵从其愿望,尽管他持有不同看法。在这样的情况下,他认为第24和第25条可以提交给起草委员会以供审议……<sup>27</sup>

<sup>23</sup> 同上,第6段。

<sup>24</sup> 同上,第7段。

<sup>25</sup> 同上,第8段。

<sup>26</sup> 同上,第18段。

<sup>27</sup> 同上,第17段。另见米兰·萨霍维奇先生的意见(“也许最好采纳乌沙科夫先生的建议,将正在审议的条款细分,使之更易于理解”),同上,第14段;以及斯特凡·薇罗斯塔先生的意见(“根据第1条草案,条款草案不适用于一般的条约,而是适用于两种特定类型的条约,即一个或多个国家与一个或多个国际组织之间的条约以及国际组织相互间的条约。因此,这是委员会在拟订条款草案时应考虑的两类条约”),同上,第27段。表达不同意见的有胡安·何塞·卡列-卡列先生(“尽

21. 起草委员会随后编写了第25条草案和第25条草案之二,内容如下:

第25条 国际组织之间条约的暂时适用

1. 国际组织之间的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:

- (a) 条约本身如此规定;或
- (b) 谈判国际组织以其他方式协议如此办理。

2. 除条约另有规定或谈判国际组织另有协议外,国际组织之间的条约或条约一部分对一个国际组织暂时适用,于该组织将其不欲成为条约当事方之意思通知已暂时适用条约之其他各国际组织时终止。

第25条之二 一个或多个国家与一个或多个国际组织之间条约的暂时适用

1. 一个或多个国家与一个或多个国际组织之间的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:

- (a) 条约本身如此规定;或
- (b) 谈判国或国际组织以其他方式协议如此办理。

2. 除一个或多个国家与一个或多个国际组织之间的条约另有规定或谈判国或各国和国际组织或各国际组织另有协议外:

(a) 条约或条约一部分对一国暂时适用,于该国将其不欲成为条约当事方之意思通知已暂时适用条约之其他各国、国际组织或各国际组织时终止;

(b) 条约或条约一部分对一个国际组织暂时适用,于该组织将其不欲成为条约当事方之意思通知已暂时适用条约之其他各国际组织、国家或各国时终止。<sup>28</sup>

22. 在介绍起草委员会的报告时,起草委主席指出“起草委员会维持了两类不同条约之间的基本区别,即国际组织之间的条约以及国家和国际组织之间的条约”,<sup>29</sup>并且

由于这两类条约之间的基本区别……起草委员会在条约的暂时适用方面(第25条和第25条之二),……出于似有清晰和准确之目的必要性,编写了单独但平行的条款。<sup>30</sup>

这两条草案在该届会议上以起草委员会所建议的形式一读通过,没有评论或反对意见。<sup>31</sup>

管他认同乌沙科夫先生关于必须在某些条款中对国家和国际组织加以区分的看法,他不认为这对第24和第25条来说是必要的”,同上,第13段;以及斯蒂芬·施韦贝尔先生(“关于国际组织和国家之间差异的观点肯定是有道理的,所有委员会委员都同意这一点,但不应过分坚持……他不确信试图按照主要当事方的类型对条约进行分类的努力将会是富有成效的”),同上,第29-30段。

<sup>28</sup> 同上,第1451次会议,第45段。

<sup>29</sup> 同上,第14段。

<sup>30</sup> 同上,第15段。

<sup>31</sup> 同上,第45段。

23. 第25条草案的评注亦于1977年通过，仅指出

为明确起见，对应《维也纳公约》第二十五条的规定在两个单独并对称的条款——即第25条和第25条之二——中展开，其案文与《维也纳公约》的不同之处仅在于措辞上的必要改动，以使其涵盖本套条款草案所涉及的两种类别的条约。<sup>32</sup>

24. 委员会的报告中进一步解释道：

65. 根据从一开始就采用的方法，委员会努力尽可能地紧扣《维也纳公约》的规定，但在这样做的时候，同时遇到了起草问题和实质性的问题。……

66. 这些实质性问题的根源……在于缔约方平等基础上的共识与国家和国际组织间的差异二者之间可能产生的矛盾。既然如《维也纳公约》本身一样，本套条款草案的一个主要目的是在当事方之间没有协定时提供解决问题的备用规则，则草案必须规定一般规则，以涵盖可能比仅涉及国家的情况更多变的情况。因为各国际组织不仅有别于国家，也有别于彼此。它们的法律形式、职能、权力和结构不同，最重要的是，其缔结条约的权限也是如此……此外，尽管一个或多个国际组织是其当事方的国际协定的数量和种类持续增加，但关于某些基本问题的国际惯例……几乎不存在。

……

75. 《维也纳公约》有关条约……暂时适用的条款被修改用于本条款草案涉及的条约。这未造成实质性问题……<sup>33</sup>

## 2. 与一读有关的评论意见

25. 各国政府唯一相关的评论是在1977年大会第三十二届会议期间于第六委员会提出的。秘鲁赞同特别报告员除其他外就条约的暂时适用拟定的条款。<sup>34</sup> 德意志民主共和国建议

订立一条规则，规定任何国际组织未能成为国际条约的当事方都不应被视为条约生效或暂时适用的障碍，除非该国际组织的参与对于条约的目标和宗旨而言至关重要。<sup>35</sup>

捷克斯洛伐克认为

委员会所采用的在遵照《维也纳公约》规定的同时考虑到国际组织具体处境的方法是唯一可行的办法……还应在生效和暂时适用方面遵照《维也纳公约》。使用这一方法有可能实现法律规则某种程度的统一和稳定，这是编纂成功的一个主要条件。<sup>36</sup>

<sup>32</sup> 同上，第二卷(第二部分)，第76段，详见第117页。第25条之二的评注称关于第25条的评论也适用于第25条之二(同上，详见第118页)。

<sup>33</sup> 同上，第65-66段和第75段。

<sup>34</sup> 《大会正式记录，第三十二届会议，第六委员会》，第35次会议(A/C.6/32/SR.35)，第21段。

<sup>35</sup> 同上，第32段。

<sup>36</sup> 同上，第38次会议(A/C.6/32/SR.38)，第9段。

26. 在一读通过的条款草案的书面评论中，德意志联邦共和国对委员会严格遵照1969年《维也纳公约》措辞的做法表示欢迎，但认为：

委员会的新平行公约草案有若干不足之处，所需的修改措辞过于繁琐，过分追求完美。许多条款的可理解性和透明度因此受到损害(见第1、3、10至25条之二，……)。委员会应审查广泛细分与国际组织特殊性有关的规则和条件是否无法避免。<sup>37</sup>

因此，该国提议将第25条和第25条之二草案合并，因为在其看来，把该主题事项分为两个条款似乎并无必要。<sup>38</sup>

## 3. 条款草案的二读

27. 以特别报告员第十次和第十一次报告为基础，条款草案二读于1981年委员会第三十三届会议期间启动，并于次年完成。二读的主要重点是简化案文。委员会就该进程解释如下：

51. 在委员会工作开展过程中，有人表示一读通过的条款草案的措辞过于累赘和繁琐。几乎所有这种对条款草案的批评都是因一种双重原则而起，这一原则决定了某些条款的性质。该原则是：

一方面认为国家同国际组织之间的差异，足以在某些情况下排除一项规则同时适用于二者的可能性；

另一方面认为必须对国家和国际组织间的条约与国际组织相互间的条约加以区分，二者应适用不同的规定。

无疑，这两项原则就是案文繁琐的原因。这种情况在一读通过的条款草案中十分明显。

52. 委员会……对条款草案进行二读时，曾考虑在具体情况下是否可能……把处理同一专题的某些条款以及个别条款的案文分别加以合并。……在某些情况下，委员会把两条合并为更简单的一条(……第25条和第25条之二)。<sup>39</sup>

28. 特别报告员在1981年第十次报告有关新的第25条草案的提议中，建议合并第25条和第25条之二草案，<sup>40</sup> 新草案的措辞如下：

第25条. 暂时适用

1. 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：

(a) 条约本身如此规定；或

<sup>37</sup> 《1981年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第186页。

<sup>38</sup> 同上，第187页。

<sup>39</sup> 《1982年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第15页，第51和第52段。

<sup>40</sup> 《1981年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/341和Add.1号文件，第85段。

(b) 参与谈判方以其他方式协议如此办理。

2. 除该条约另有规定或参与谈判方另有协议外, 该条约或其一部分对一国或一国际组织的暂时适用, 于该国或该组织将其不愿成为该条约当事方的意思通知该条约正对其暂时适用的其他国家或组织时应即终止。

他就此解释说

未有人对……第25条和第25条之二提出实质性意见。对这些条款及其标题的措辞可予以简化, ……第25条和第25条之二可……并入一个条款。<sup>41</sup>

29. 在将该条草案提交起草委员会之前, 未有人在第三十三会议就第十次报告进行的全会辩论期间对这一提案提出实质性评论。<sup>42</sup>

30. 随后, 起草委员会主席在介绍第25条草案经重新措辞的版本时解释说, 该条款案文“是按照使国际组织制度符合国家制度的……方式编写的。因此, ……第25条取代了第25条和第25条之二”, 并指出新措辞“经过必要的起草调整, 与《维也纳公约》[第二十五条]更加对应”。<sup>43</sup>

31. 委员会进而在二读<sup>44</sup>时通过了起草委员会拟议的有关第25条草案的下列措辞, 未作任何评论:

第25条. 暂时适用

1. 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:

(a) 条约本身如此规定; 或

(b) 谈判组织或有时是谈判国和谈判组织以其他方式协议如此办理。

2. 除该条约另有规定或谈判组织或有时是各谈判国和谈判组织另有协议外, 该条约或条约一部分对一国或一组织的暂时适用, 于该国或该组织将不愿成为该条约当事方的意思通知暂时适用条约的其他国家和组织, 或有时是其他组织和国家时终止。

32. 在第三十三届会议上通过的第24和第25条款评注中, 有如下解释:

二读后未对这两条做实质性修改。但措辞比一读通过的相应条款大为简化, 第24条和第24条之二、第25条和第25条之二分别合并为一条。现在草拟的第24条和第25条与《维也纳公约》相应条款的区别, 仅为符合区分国际组织之间的条约同

国家与国际组织之间的条约的需要(第24条第1和第3款; 第25条, 第1款(b)项和第2款)。<sup>45</sup>

33. 1982年, 第25条草案被纳入转交给大会的国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案。<sup>46</sup>

#### 4. 二读通过的条款草案的评论

34. 委员会在二读期间收到的书面评论中, 唯一涉及第25条草案的意见来自欧洲委员会, 该评论指出“欧洲委员会起草的一些文书中已规定暂时适用问题, 但上述文书都只是国家间缔结的条约”。<sup>47</sup>

35. 在1981年大会第三十六届会议期间组织的第六委员会辩论中, 扎伊尔作出了有关该条款草案的唯一评论,<sup>48</sup> 该国指出:

第25条涉及的条约暂时适用的想法, 在1981年为拟订《非洲人权和民族权宪章》在班珠尔举行的部长级会议中遭抵制。一些代表团认为, 在《宪章》生效之前, 不应设立《宪章》草案提及的仲裁和调解委员会。<sup>49</sup>

#### B. 在1986年维也纳会议上的审议情况

36. 为筹备1986年维也纳会议, 大会在其1984年第三十九届会议上, 呼吁有意与会者, 除其他外, 就议事规则、“主要实质问题”等事项举行非正式协商, 以便通过促成总的协议而使会议工作取得圆满成功。<sup>50</sup> 在接下去的谈判中商定了一套随后被送交会议的议事规则,<sup>51</sup> “该规则草案是参照会议的特殊性质及其所将审议的主题, 专为该会议使用而拟订的”。<sup>52</sup> 特别是议事规则在大会第40/76号决议附件二载列的、由委员会拟议的须对其进行实质性审议的条款与其他所有条款之间做出了区分。根据议事规则第28条, 会议, 除其他外, 仅向全体委员会送交了那些必须进行实质性审议的条款草案。所有其他条款

<sup>45</sup> 同上, 第二卷(第二部分), 第129段。

<sup>46</sup> 《1982年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第63段。

<sup>47</sup> 同上, 附件, 第143页, 第38段。

<sup>48</sup> 1982年二读结束后, 各国政府和国际组织以书面形式提交的评论均未涉及第25条(见上文脚注17)。

<sup>49</sup> 《大会正式记录, 第三十六届会议, 第六委员会》, 第47次会议(A/C.6/36/SR.47), 第41段。

<sup>50</sup> 1984年12月13日大会第39/86号决议, 第8段。

<sup>51</sup> 1985年12月11日大会第40/76号决议, 附件一。

<sup>52</sup> 同上, 第4段。

<sup>41</sup> 同上。

<sup>42</sup> 同上, 第一卷, 第1652次会议, 第30-31段。

<sup>43</sup> 同上, 第1692次会议, 第44段。

<sup>44</sup> 同上, 第43段。



被直接送交起草委员会。此外，为加快工作，会议决定起草委员将直接向会议的全体会议报告工作。<sup>53</sup>

37. 第25条是直接送交起草委员会的条款之一，即未在会议的全体会议上进行实质性审议。

38. 随后，起草委员会主席在1986年3月18日举行的全会第五次会议上介绍了该条款经订正的措辞<sup>54</sup>——后成为1986年《维也纳公约》第25条。在提交全体会议的报告中，他解释说

第25条第1款案文保持不变。但对第2款进行了调整……为涵盖“其他”所有条约伙伴的组合变化，提出了繁琐的基本提案，导致案文累赘，而实际上并未涵盖所有可能的情况。鉴于案文提及通知条约伙伴，其显而易见的明确含义是指通知“其他”

<sup>53</sup>《联合国关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法会议正式记录……》(见上文脚注18)，第4次全体会议，第4段。

<sup>54</sup> 见上文第5段。

条约伙伴。因此，修改了第2款中原来的用语“其他国家和组织，或有时是其他组织和国家”，仅留下“国家和组织”。<sup>55</sup>

39. 在全体会议期间，巴西提出了有关该条款的唯一实质性评论，其中指出

为记录在案和解释目的，……在其看来，1969年《维也纳条约法公约》……第二十五[条]……和起草委员会通过的现有条款草案……涉及国家的问题，应该在议会批准各项条约以及条约所产生的实践这一总体原则背景下予以审议；但他的代表团也确认1969年《公约》和起草委员会通过的现有条款草案中的规定具有余留性质。<sup>56</sup>

40. 在同一次会议上，第25条未经表决获得通过。<sup>57</sup>

<sup>55</sup>《正式记录……》(见上文脚注53)，第5次全体会议，第14页，第65段。

<sup>56</sup> 同上，第14页，第67段。

<sup>57</sup> 同上。

# 习惯国际法的识别

[议程项目 7]

A/CN.4/682 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三次报告\*

[原文: 英文]  
[2015年3月27日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	91
本报告引用的著作.....	92
	段 次
导言.....	1-11 99
章 次	
一、 两个构成要素之间的关系.....	12-18 100
二、 不作为被视作实践和(或)接受为法律的证据.....	19-26 103
三、 条约和决议的作用.....	27-54 105
A. 条约.....	31-44 106
B. 国际组织和国际会议通过的决议.....	45-54 113
四、 司法裁决和论著.....	55-67 118
A. 司法裁决.....	58-61 119
B. 论著.....	62-67 120
五、 国际组织的相关性.....	68-79 121
六、 特别习惯.....	80-84 126
七、 一贯反对者.....	85-95 128
八、 今后的工作方案.....	96-98 133
附件. 进一步拟议的结论草案.....	134

### 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。

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。

\* 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

- 《建立欧洲经济共同体条约》[法](1957年3月25日, 罗马) 同上, 第294卷, 第4300号, 第3页。  
另见《欧洲联盟条约》合并本,  
《欧洲联盟公报》, 第55卷, 第C  
326号, 2012年10月26日, 第  
13页。
- 《公海公约》(1958年4月29日, 日内瓦) 同上, 第450卷, 第6465号, 第11页。
- 《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。
- 《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。
- 《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号文件。
- 《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

- ABI-SAAB, Georges  
“Cours général de droit international public”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1987-VII*, vol. 207 (1996), pp. 9–463.  
“La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté”, *International Law at the Time of its Codification. Essays in Honour of Robert Ago*. Milan, Giuffrè, 1987, vol. 1, pp. 53–65.
- ACQUAVIVA, Guido, and Fausto POCAR  
“Stare decicis”, in Rüdiger Wolfram, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 469–475.
- ARMSTRONG, David, Theo FARRELL and Hélène LAMBERT  
*International Law and International Relations*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- ALEXANDROWICZ, Charles Henry  
*The Law-making Functions of the Specialised Agencies of the United Nations*. Sydney, Angus and Robertson, 1973.
- AKEHURST, Michael  
“Custom as a source of international law”, *BYBIL* 1974–1975, vol. 47 (1977), pp. 1–53.  
“The hierarchy of the sources of international law”, *ibid.*, pp. 273–285.
- ALVAREZ, José E.  
*International Organizations as Law-makers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.  
“International organizations: then and now”, *AJIL*, vol. 100 (2006), pp. 324–347.
- AMERICAN LAW INSTITUTE  
*Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1. St. Paul, American Law Institute, 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.
- BARBERIS, Julio A.  
“Réflexions sur la coutume internationale”, *AFDI*, vol. 36 (1990), pp. 9–46.  
“Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens”, *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*. Berlin, Springer, 1995, pp. 21–39.
- BARBOZA, Julio  
“The customary rule: from chrysalis to butterfly”, in Calixto A. Armas Barea et al., eds., *Liber Amicorum “In Memoriam” of Judge José María Ruda*. The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 1–14.
- BASDEVANT, Jules  
“Règles générales du droit de la paix”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1936-IV*, vol. 58, pp. 471–690.
- BAXTER, R.R.  
“Multilateral treaties as evidence of customary international law”, *BYBIL* 1965–1966, vol. 41 (1968), pp. 275–300.  
“Treaties and custom”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I*, vol. 129, pp. 25–105.
- BEDERMAN, David J.  
“Acquiescence, objection and the death of customary international law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), pp. 31–45.
- 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 (1989), pp. 247–330.

- BISHOP, William W.  
 “General course of public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1965-II*, vol. 115 (1965), pp. 147–470.
- BOAS, Gideon  
*Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*. Cheltenham, Edward Elgar, 2012.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence  
 “Qu’est-ce que la pratique en droit international?”, in Société française pour le droit international, *Colloque de Genève : la pratique et le droit international*. Paris, Pedone, 2004, pp. 13–47.
- BOS, Maarten  
 “The identification of custom in international law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 25 (1982), pp. 9–53.
- BOYLE, Alan, and Christine CHINKIN  
*The Making of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BRADLEY, Curtis A., and Mitu GULATI  
 “Withdrawing from international custom”, *Yale Law Journal*, vol. 120 (2010), pp. 202–275.
- BRÖLMANN, Catherine  
 “Law-making treaties: form and function in international law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 74 (2005), pp. 383–404.
- BROWNLIE, Sir Ian  
 “Presentation”, in Antonio Cassese and Joseph H.H. Weiler, eds., *Change and Stability in International Law-making*. Berlin, Walter de Gruyter, 1988, pp. 66–71.  
 “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.
- CAFLISCH, Lucius  
 “Pratique suisse en matière de droit international public 1993”, *Swiss Review of International and European Law*, vol. 5 (1994), pp. 597–639.
- CAHIN, Gérard  
*La coutume internationale et les organisations internationales: L’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*. Paris, Pedone, 2001.
- CASSESE, Antonio  
*International Law*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2005.  
*International Law in a Divided World*. Oxford, Clarendon Press, 1986.
- CASTAÑEDA, Jorge  
*Legal Effects of United Nations Resolutions*. New York, Columbia University Press, 1969.  
 “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1970-I*, vol. 129 (1993), pp. 205–332.
- CHARLESWORTH, H. C. M.  
 “Customary international law and the Nicaragua case”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 11 (1991), pp. 1–31.
- CHARNEY, Jonathan  
 “The persistent objector rule and the development of customary international law”, *BYBIL*, vol. 56 (1985), pp. 1–24.  
 “International agreements and the development of customary international law”, *Washington Law Review*, vol. 61 (1986), pp. 971–996.  
 “Universal international law”, *AJIL*, vol. 87 (1993), pp. 529–551.  
 “The contemporary role of customary international law”, in Wybo 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  
 “United Nations resolutions on outer space: ‘instant’ international customary law?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 5 (1965), pp. 23–48.  
 “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.
- COHEN-JONATHAN, Gérard  
 “La coutume locale”, *AFDI*, vol. 7 (1961), pp. 119–140.
- COLSON, David A.  
 “How persistent must the persistent objector be?”, *Washington Law Review*, vol. 61 (1986), p. 957–970.
- COMBACAU, Jean, and Serge SUR  
*Droit international public*, 10th ed. Paris, Montchrestien, 2012.
- CONDORELLI, Luigi  
 “Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law”, in Antonio Cassese, ed., *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 147–157.
- CORTEN, Olivier  
 “La participation du Conseil de sécurité à l’élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières”, *Revue belge de droit international* (2004), pp. 552–567.  
*Méthodologie du droit international public*. Brussels, Université de Bruxelles, 2009.
- CORTEN, Olivier and Pierre KLEIN  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- CRAWFORD, James  
*Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.  
 “Chance, order, change: the course of international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 365 (2013), pp. 12–389.
- CREMA, Luigi  
 “The ‘right mix’ and ‘ambiguities’ in particular customs: a few remarks on the *Navigational and Related Rights* case”, in Nerina Boschiero et al., eds., *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*. The Hague, Asser Press, 2013, pp. 65–75.
- D’AMATO, Anthony  
*The Concept of Custom in International Law*. Ithaca, Cornell University Press, 1971.  
 “The concept of special custom in international law”, *AJIL*, vol. 63 (1969), pp. 211–223.

- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU, and Alain PELLET  
*Droit international public*, 8th ed. Paris, LGDJ, 2009.
- DANILENKO, Gennady M.  
*Law-making in the International Community*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.  
“The theory of international customary law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 31 (1988), pp. 9–47.
- DE VISSCHER, Paul  
“Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l’Assemblée générale de l’Organisation des Nations Unies”, Emanuel Diez et al., *Festschrift für Rudolf Bindschedler*. Bern, Stämpfli, 1980, pp. 173–186.
- DEBARTOLO, David M.  
“Identifying international organizations’ contributions to custom”, *AJIL Unbound*, 23 December 2014. Available online from www.asil.org.
- DEGAN, V.D.  
*Sources of International Law*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1997.
- DETTER, Ingrid  
“The effect of resolutions of international organizations”, in Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*. The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 381–392.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel  
*Instituciones de derecho internacional público*, 18th ed. Madrid, Tecnos, 2013.
- DINSTEIN, Yoram  
“The interaction between customary law and treaties”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 322 (2006), pp. 242–428.
- DIVAC ÖBERG, Marko  
“The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ”, *EJIL*, vol. 16 (2005), pp. 879–906.
- DUMBERRY, Patrick  
“Incoherent and ineffective: the concept of persistent objector revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59 (2010), pp. 779–802.
- DUPUY, Pierre-Marie  
“À propos de l’opposabilité de la coutume générale : enquête brève sur l’ ‘objecteur persistant’ ”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*. Paris, Pedone, 1991, pp. 257–272.  
“Théorie des sources et coutume en droit international contemporain”, in *International Law in an Evolving World, Liber amicorum “In Tribute” to Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, pp. 51–68.
- DUPUY, René-Jean  
“Coutume sage et coutume sauvage”, *La communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau*. Paris, Pedone, 1974, pp. 75–87.
- ECONOMIDÈS, Constantin  
“Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international”, *AFDI*, vol. 34 (1988), pp. 131–145.
- ELIAS, Olufemi  
“Persistent objector”, in Rüdiger Wolfram, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 280–286.
- “Some remarks on the persistent objector rule in customary international law”, *Denning Law Journal*, vol. 6 (1991), pp. 37–51.
- “The relationship between general and particular customary international law”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 8 (1996), pp. 67–88.
- ELIAS, Olufemi, and C. L. LIM  
*The Paradox of Consensualism in International Law*. The Hague, Kluwer Law International, 1998.
- ESTREICHER, Samuel  
“A post-formation right of withdrawal from customary international law?: Some cautionary notes”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), pp. 57–64.
- 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.
- FORTEAU, Mathias  
“Regional international law”, in Rüdiger Wolfram, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 838–844.  
“Organisations internationales et sources du droit”, in Evelyne Lagrange and Jean-Marc Sorel, eds., *Droit des organisations internationales*. Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, pp. 257–286.
- FRANÇOIS, J.-P.-A.  
“L’influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international”, *Mélanges en l’honneur de Gilbert Gidel*. Paris, Sirey, 1961, pp. 275–281.
- GAJA, Giorgio  
“Article 38” in Olivier Corten and Pierre Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd ed., vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 949–960.  
“The protection of general interests in the international community: general course of public international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 364 (2012), pp. 9–186.
- GAMBLE, John King, JR.  
“The treaty/custom dichotomy: an overview”, *Texas International Law Journal*, vol. 16 (1981), pp. 305–320.
- GAMIO, José María  
“Costumbre universal y particular”, in Manuel Rama-Montaldo, ed., *International Law in an Evolving World. Liber Amicorum in Tribute to Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 69–98.
- GATTINI, Andrea  
“Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale”, in Denis Alland et al., eds., *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professeur Pierre-Marie Dupuy*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 253–273.
- GREEN, James A.  
*The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*. Oxford, Hart, 2009.  
“Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings”, in James A. Green and Christopher Waters, eds., *Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandhi*. Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 167–191.
- GREIG, D. W.  
*International Law*. London, Butterworths, 1970.

- GUILLAUME, Gilbert  
 “Avis d’amicus curiae”, *Revue française de droit administratif*, vol. 28 (2012), pp. 19–26.
- GULDAHL, Camilla G.  
 “The role of persistent objection in international humanitarian law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), pp. 51–86.
- 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.  
 “Saving customary international law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 27 (2005), pp. 115–176.
- HANNIKAINEN, Lauri  
 “The collective factor as a promoter of customary international law”, *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), pp. 125–141.
- HENCKAERTS, Jean-Marie  
 “Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, No. 857 (2005), pp. 175–212.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, and Louise DOSWALD-BECK  
*Customary International Humanitarian Law*, vol. I (Rules). Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- HIGGINS, Rosalyn  
*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.
- JIA, Bing Bing  
 “The relations between treaties and custom”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 9 (2010), pp. 81–109.
- JENNINGS, Sir Robert  
 “The judiciary, national and international, and the development of international law”, *ILR*, vol. 102 (1996), pp. ix–xxiii.  
 “Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law”, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*. Naples, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 319–338.
- 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 (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.
- KACZOROWSKA, Alina  
*Public International Law*, 4th ed. London, Routledge, 2010.
- KAMMERHOFER, Jörg  
*Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*. London, Routledge, 2011.  
 “Law-making by scholars”, in Catherine Brölmann and Yannick Radi, eds., *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*. Cheltenham, Edward Elgar (forthcoming in 2016).
- KELLY, J. Patrick  
 “The twilight of customary international law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40 (1999–2000), pp. 449–543.
- KIRCHNER, Jörg  
 “Thoughts about a methodology of customary international law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 43 (1992), pp. 215–239.
- 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.
- KOLB, Robert  
 “Selected problems in the theory of customary international law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), pp. 119–150.
- KOPELMANAS, Lazare  
 “Custom as a means of the creation of international law”, *BYBIL 1937*, vol. 18 (1937), pp. 127–151.
- KOROMA, Abdul G.  
 “The application of international law by the International Court of Justice”, *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 4. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 1–156.
- KOSKENNIEMI, Martti  
*From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- KRITSIOTIS, Dino  
 “On the possibilities of and for persistent objection”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 21 (2010), pp. 121–141.
- LACHS, Manfred  
 “Teachings and teaching of international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1976-III*, vol. 151 (1978), pp. 161–252.
- LAU, Holning  
 “Rethinking the persistent objector doctrine in international human rights law”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 6 (2005), pp. 495–510.
- LAUTERPACHT, Sir Hersch  
 “Decisions of municipal courts as a source of international law”, *BYBIL 1929*, vol. 10 (1929), pp. 65–95.  
*The Development of International Law by the International Court*, 2nd ed. London, Stevens and Sons, 1958.  
 “International law—the general part”, in Elihu Lauterpacht, ed., *International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. I. Cambridge, Cambridge University Press, 1970.
- LEPARD, Brian D.  
*Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LOCKWOOD, George H.  
 “Report on the trial of mercenaries: Luganda, Angola, June 1976”, *Manitoba Law Journal*, vol. 7 (1977), pp. 183–202.

LOWE, Vaughan

“Can the European Community bind the member States on questions of customary international law?”, in Martti Koskenniemi, ed., *International Law Aspects of the European Union*. The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 149–168.

*International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007.

LUKASHUK, Igor

“Customary norms in contemporary 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 Law International, 1996, pp. 487–508.

MACGIBBON, Iain

“Some observations on the part of protest in international law”, BYBIL 1953, vol. 30 (1954), pp. 293–319.

“The scope of acquiescence in international law”, BYBIL 1954, vol. 31 (1956), pp. 143–186.

“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.

MARQUES ANTUNES, Nuno Sérgio

“Acquiescence”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 53–58.

MCCLANE, J. Brock

“How late in the emergence of a norm of customary international law may a persistent objector object?”, *ILSA Journal of International Law*, vol. 13 (1989), pp. 1–26.

MCDUGAL, Myres S., and Harold D. LASSWELL

“The identification and appraisal of diverse systems of public order”, in Leo Gross, ed., *International Law in the Twentieth Century*. New York, Appleton-Century-Crofts, 1969, pp. 169–200.

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.

MENDELSON, Maurice

“State acts and omissions as explicit or implicit claims”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*. Paris, Pedone, 1991, pp. 373–382.

“The International Court of Justice and the sources of international law”, in Vaughn Lowe and Malgosia Fitzmaurice, eds., *Fifty Years of the International Court of Justice*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 63–89.

“The formation of customary international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1998*, vol. 272 (1999), pp. 155–410.

MÜLLERSON, Rein

“On the nature and scope of customary international law”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), pp. 341–360.

MÜNCH, Fritz

“Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht”, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Geneva, Law Faculty of the University of Geneva and Graduate Institute of International Studies, 1968, pp. 490–507.

MURPHY, Sean D.

*Principles of International Law*. 2nd ed. St. Paul, West, 2012.

O'KEEFE, Roger, and Christian J. TAMS

*The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

ORAISON, André

“Réflexions sur ‘la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations’ (Flux et reflux relatifs des forces doctrinales académiques et finalisées)”, *Belgian Review of International Law*, vol. 24 (1991), pp. 507–580.

ORAKHELASHVILI, Alexander

*The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

PARRY, Clive

*The Sources and Evidences of International Law*. Manchester, Manchester University Press, 1965.

PEIL, Michael

“Scholarly writings as a source of law: a survey of the use of doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), pp. 136–161.

PELLET, Alain

“L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 2007*, vol. 329 (2008), pp. 10–47.

“Article 38”, Andreas Zimmermann et al., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 731 et seq.

PELLET, Alain and Alina MIRON

*Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*. Paris, Dalloz, 2015.

PETERS, Christopher

“Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3 (2011), pp. 617–642.

POCAR, Fausto

“To what extent is Protocol I customary international law?”, in Andru E. Wall, ed., *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*. Newport, Rhode Island, Naval War College, 2002, pp. 337–351.

POSTEMA, Gerald J.

“Custom in international law: a normative practice account”, in Amanda Perreau-Saussine and James Bernard Murphy, eds., *The Nature of Customary Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 279–306.

PROST, Mario, and Paul KINGSLEY CLARK

“Unity, diversity and the fragmentation of international law: how much does the multiplication of international organizations really matter?”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 5 (2006), pp. 341–370.

QUINCE, Charles

*The Persistent Objector and Customary International Law*. Denver, Colorado, Outskirts Press, 2010.

RAGAZZI, Maurizio

*The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford, Clarendon Press, 1997.

REINISCH, August, and Peter BACHMAYER

“Customary international law in Austrian courts”, 4 July 2013. Available from [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2289788](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788).

- REISMAN, W. Michael *et al.*  
*International Law in Contemporary Perspective*. New York, Foundation Press, 2004.
- ROACH, J. Ashley  
“Today’s customary international law of the sea”, *Ocean Development and International Law*, vol. 45 (2014), pp. 239–259.
- 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.  
*The Law and Practice of the International Court, 1920–2005*, vol. I. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- SANTULLI, Carlo  
*Introduction au droit international*. Paris, Pedone, 2013.
- SAROOSHI, Dan  
*International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- SCOTT, Gary L., and Craig L CARR  
“Multilateral treaties and the formation of customary international law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 25 (1996), pp. 71–94.
- SCHACHTER, Oscar  
“The development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat”, *BYBIL* 1948, vol. 25, pp. 91–132.  
“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.
- SCHMALENBACH, Kirsten  
“International organizations or institutions, general aspects”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1126–1153.
- SCHWARZENBERGER, Georg  
“The province of the doctrine of international law”, in George W. Keeton and Georg Schwarzenberger, eds., *Current Legal Problems*. London, Stevens and Sons, 1956, pp. 235–265.
- SCHWEBEL, Stephen M.  
“The effect of resolutions of the U.N. General Assembly on customary international law”, *Proceedings of the 73rd Annual Meeting of the American Society of International Law held in Washington, D.C., April 26–28, 1979*. Washington, D.C., American Society of International Law, 1979, pp. 301–309.  
“United Nations resolutions, recent arbitral awards and customary international law”, 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. 203–210.  
“The influence of bilateral investment treaties on customary international law”, *Proceedings of the 98th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 31–April 3, 2004*. Washington, D.C., American Society of International Law, 2004, pp. 27–29.
- SHAW, Malcolm N.  
*International Law*, 7th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- SHIHATA, Ibrahim  
“The treaty as a law-declaring and custom-making instrument”, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 22 (1966), pp. 51–90.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento  
“Treaties as evidence of customary international law”, in *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*. Milan, Giuffrè Editore, 1987, pp. 387–397.
- SINCLAIR, Sir Ian  
*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.  
“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.  
“Estoppel and acquiescence”, 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. 104–120.
- SIMMA, Bruno, and Andreas L. PAULUS  
“The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view”, *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 302–316.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof  
“Forms of participation of international organizations in the law-making processes”, *International Organization*, vol. 18 (1964), pp. 790–805.  
“Elements of custom and The Hague Court”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 31 (1971), pp. 810–854.
- SLOAN, Blaine  
“General Assembly resolutions revisited (forty years later)”, *BYBIL* 1987, vol. 58 (1988), pp. 39–150.
- SOHN, Louis B.  
“Unratified treaties as a source of customary international law”, 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. 231–246.
- STEIN, Ted L.  
“The approach of the different drummer: the principle of the persistent objector in international law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 26 (1985), pp. 457–482.
- STEINFELD, Adam  
“Nuclear objections: the persistent objector and the legality of the use of nuclear weapons”, *Brooklyn Law Review*, vol. 62 (1996), pp. 1635–1686.
- STERN, Brigitte  
“Custom at the heart of international law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11 (2001), pp. 89–108.
- 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.
- TANAKA, Yoshifumi  
*The International Law of the Sea*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.



THIRLWAY, Hugh

*International Customary Law and Codification*. Leiden, Sijthoff, 1972.

*The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vols. I and II. Oxford, Oxford University Press, 2013.

*The Sources of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2014.

“Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), pp. 495–506.

TOMKA, PETER

“Custom and the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12 (2013), pp. 195–216.

TOMUSCHAT, Christian

“Obligations arising for States without or against their will”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 241 (1993), pp. 195–374.

“The concluding documents of world order conferences”, in Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*. The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 563–586.

TREVES, Tullio

“Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 223 (1990), pp. 9–302.

“Customary international law”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9. 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.

*Theory of International Law*. Wildy, Simmonds & Hill, 2003.

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.

VERDIER, Pierre-Hugues, and Erik VOETEN

“Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory”, *AJIL*, vol. 108 (2014), pp. 389–434.

VIGNES, Daniel

“The impact of international organizations on the development and application of public international law”, in R. St. J. Macdonald, Donald M. Johnston, eds., *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 809–856.

VILLIGER, Mark E.

*Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

*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.

WEIL, Prosper

“Towards relative normativity in international law?”, *AJIL*, vol. 77 (1983), pp. 413–442.

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.

WESSEL, Ramses A., and Steven BLOCKMANS

“The legal status and influence of decisions of international organizations and other bodies in the European Union”, *Research Papers in Law*. Bruges, College of Europe, 2014.

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), 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. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 299–313.

WOOD, Sir Michael

“Teachings of the most highly qualified publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 783–787.

“Weighing the articles on responsibility of international organizations”, in Maurizio Ragazzi, ed., *Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 55–66.

“International organizations and customary international law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48 (2015), pp. 609–620.

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, 2011, pp. 190–224.

## 导 言

1. 2012年,国际法委员会将“习惯国际法的形成与证据”专题纳入其当前工作方案,<sup>1</sup>并以特别报告员的一份初步说明为依据举行了第一次辩论。<sup>2</sup>

2. 2013年,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的第一次报告<sup>4</sup>和秘书处的一份备忘录。<sup>5</sup>委员会将该专题的名称改为“习惯国际法的识别”。<sup>6</sup>

3. 2014年,特别报告员为委员会第六十六届会议编写的第二次报告<sup>7</sup>包含了用以识别习惯国际法规则的方法,并载有一份关于两个构成要素的性质和作用以及如何确定两要素是否存在的详细调查。报告拟议了11条结论草案,并将之分为四个部分。正如所解释的那样,鉴于实践和接受为法律<sup>8</sup>两者间的密切关系,在同一份报告中同时述及两者似乎是可取的,同时指出将在第三次报告中就这些事项和其他事项拟议进一步的结论草案。

4. 2014年7月11日至18日,委员会就第二次报告举行了一次辩论,<sup>9</sup>确认了委员会委员对“两要素”方法的普遍支持。继续存在的一项普遍共识是,国际性法院和法庭的裁决、尤其是国际院所作的裁决是为该专题提供指导的主要资料,且专题的最后研究成果应该是一份实用指南,供从业人员参考,用以完成其识别习惯国际法的任务。讨论涉及的一点是,有必要在结论草案与评注之间,以及在提供清楚明确的指导与保持习惯作为国际法渊源内在灵活性的需要之间达成恰当平衡。会议强调报告提出的若干问题,如不作为的含义以及国际组织在习惯国际法的识别问题上的相关性等,需要进一步分析和讨论。

5. 辩论结束之后,第二次报告拟议的11条结论草案被转交至起草委员会,起草委员会暂时通过了其中8条结论草案(因时间不足之故,起草委未能审议其中2条结论草案,另有1条结论草案被搁置)。2014年8月7日,起草委员会主席在全体会议上对委员会2014年就该专题开展的工作提出了一份临时报告,<sup>10</sup>在其附件中载有起草委员会暂时通过的8条结论草案。如起草委员会主席所述,起草委员会希望正式提交一套结论草案,其中包括临时报告中所列的那些(由于编写本报告并考虑到全体会议和起草委员会的进一步讨论,而经过必要修订的)结论草案,供委员会在2015年第六十七届会议上通过。

6. 起草委员会2014年暂时通过的8条结论草案被分成了三个部分:(a) 导言;(b) 基本方法;和(c) 一般惯例。建议增加第四部分,列出第二次报告中尚未讨论的结论草案,并将其命名为“接受为法律(法律确信)”。本报告还提出增加另外两个部分,分别命名为“特定形式的实践和证据”以及“习惯国际法规则的普遍适用的例外”。

7. 在2014年第六委员会的辩论中,各代表团普遍支持编写一份实用指南,形式为一套附有评注的结论,以协助从业人员识别习惯国际法规则。各代表团充分支持两要素方法。一些代表团补充表示,国际实践和判例不支持在某些领域仅凭一个构成要素就足以确立习惯国际法规则的看法。一些代表团建议探讨两要素在国际法具体领域各自权重的差异。尽管若干代表团承认,在确定一项习惯国际法规则时,要考虑的主要是国家实践,但也有一些代表团强调了国际组织的实践在习惯规则的形成和识别中的重要性,特别是在会员国向国际组织移交权限的情况下,就更是如此。<sup>11</sup>

8. 在阅读本报告时,应结合2013和2014年的前两次报告、2014年起草委员会的工作以及在委员会和第六委员会中进行的辩论。本报告试图完成特别报告员拟议的一套结论草案。在这样做时,报告处理

<sup>1</sup> 《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第19段。

<sup>2</sup> 同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/653号文件。

<sup>3</sup> 《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> 同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/663号文件。

<sup>5</sup> 同上,A/CN.4/659号文件。

<sup>6</sup> 同上,第一卷,第3186次会议。

<sup>7</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/672号文件。

<sup>8</sup> 同上,第10段。

<sup>9</sup> 同上,第一卷,第3222–3227次会议;另见同上,第二卷(第二部分),第137–185段。

<sup>10</sup> 见《2014年……年鉴》,第一卷,第3242次会议;关于主席2014年8月7日的临时报告的全文,可查阅<http://legal.un.org/ilc>,委员会第六十六届会议的信息。

<sup>11</sup> 见秘书处编写的关于大会第六十九届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/678号文件,可查阅委员会网站),第52–59段。

了第二次报告所未涵盖的某些事项，以及按委员会商定将于2015年再次讨论的一些其他事项。本报告被分为不同的章节，每一章都涉及一个具体领域：第一章进一步阐述了两个构成要素之间的关系。第二章则更详细地研究了作为实践和(或)接受为法律证据的不作为，第三章研究了条约和国际组织及国际会议通过的决议的作用。第四章探讨司法裁决和论著，第五章再次阐述了国际组织的实践问题。第六和第七章研究了两个具体问题，即特别习惯和一贯反对者；而第八章提出了关于这一专题的未来工作方案。为方便起见，将本报告中拟议的结论草案(阅读时均需要结合特别报告员和起草委员会先前拟议的结论草案)列于附件。

#### 9. 在其2014年第六十六届会议期间，委员会

再次请各国在2015年1月31日之前提供资料，说明以下文件体现的与国际习惯法的形成有关的国家实践和在特定情况下用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裁决。<sup>12</sup>

<sup>12</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第29段。

此外，委员会表示“希望收到介绍国家在国际法领域实践的文摘和调查的资料”。<sup>13</sup>

10. 截至提交本报告时，除2014年收到的资料外，<sup>14</sup>又已收到6份资料。<sup>15</sup>欢迎在任何时候提供更多资料。

11. 一些机构就专题的各个方面再次组织了会议，这些会议既令人鼓舞，也启发了思路。亚非法律协商组织正在讨论习惯国际法的识别问题。据了解，其关于习惯法识别问题的非正式专家组已经审议了其特别报告员的报告并通过了一系列评论，供亚非法协在2015年4月的会议上审议。<sup>16</sup>此外，自编写第二次报告以来，又有了新的法院和法庭裁决及论著，本报告也予以了考虑。

<sup>13</sup> 同上，第30段。

<sup>14</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、大不列颠及北爱尔兰联合王国以及美利坚合众国。

<sup>15</sup> 奥地利、捷克共和国、芬兰、德国、大韩民国以及大不列颠及北爱尔兰联合王国。

<sup>16</sup> 亚非法律协商组织(亚非法协)第五十四届年会定于2015年4月13日至17日(在本报告提交日之后)在北京举行。

## 第一章

### 两个构成要素之间的关系

12. 2014年在委员会和第六委员会中提出需要进一步审议习惯国际法两个构成要素之间的关系。<sup>17</sup>在这方面着重强调的问题包括两要素的时间因素以及两要素方法在国际法不同领域的适用。

13. 习惯国际法，即被接受为法律的一般惯例，形成并体现于伴有法律确信的一次次行为。正如国际法院一再表示的那样，“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”。<sup>18</sup>国际法院将习惯国际法的两个构成要素描述为“并非

是两个并列存在的实体，而仅是同一现象的两个方面：即以某种方式主观实施某一行动或以特定方式看待该行动”。<sup>19</sup>

109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122页，第55段。

<sup>19</sup> Stern, “Custom at the heart of international law”, 第92页。另见 Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第81-82页(“尽管法律确信已被确认为习惯的一个单独要素，但在实践中，法律确信只有通过国家行为的明显表现才能得到确认。在习惯法制定过程的框架内，不断变化的国家实践所造成的行为规则是通过那些也构成广义实践的行为而被接受为法律的。此外，相同的构成相关实践的行为和行动既可以表达国家对新行为规则内容的态度，也可以表达对这一规则法律约束力的认可。因此，法律确信这一要素不能完全脱离实践”)；Thirlway, *The Sources of International Law*, 第62页(“实践和法律确信一起提供必要的信息，以确定是否存在一项习惯规则，但(实践和确信)各自的作用不是集中于一点的；而是彼此互补的”)；Worster, “The transformation of quantity into quality: critical mass in the formation of customary international law”, 第8-9页(“客观和主观的要素不曾分开……我们不调查实践的

<sup>17</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第153段；另见秘书处编写的……专题摘要(见上文脚注11)，第53段。

<sup>18</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

14. 虽然习惯国际法的两要素的确是“真正不可分割的；任何一个都不能单独存在”，<sup>20</sup>但在试图确定一条习惯国际法规则是否已经出现时，有必要单独考虑并核实每项要素的存在。<sup>21</sup>这一般需要针对每个要素评估不同的证据，因为如第二次报告所解释的那样，某一据称是习惯国际法所规定的实践，一般不能自证已被接受为法律：<sup>22</sup>“虽然已如此行事，但仅凭这一事实，却并不意味着必须如此行事”。<sup>23</sup>

充分性，只在调查得到确认时，才着手调查国家是否持有法律确信。实际上，我们只有在实践伴随着法律确信时，才评估(或应当评估)实践的充分性，也就是说，我们也在寻找伴有法律确信的实践的临界数量”。

<sup>20</sup> Müllerson, “On the nature and scope of customary international law”, 第345页；另见第341、344和第346–347页(补充说“就如同硬币的正反面，[两要素]可分开加以分析但不能彼此独立存在……是否存在一种不具有两要素(实践和法律确信)中的任何一个要素的习惯规范是一个假(想象出来的)问题。总是要有一些‘切实’的实践，否则对可能(或可能不)具有法律约束力的行为模式，便无从谈起”)，同上，第344和第346页。

<sup>21</sup> 如哈穆德先生所说的那样，“虽然两要素相互交织，且二者的形成和证据在许多情况下可能是合二为一的说法有其价值，但有一个事实依然未变，即就识别的目的而言，二者是分开的”(见《2014年……年鉴》，第一卷，第3226次会议)；另见2014年7月17日的发言(存档于编纂司)。另见Pellet, “Article 38”, 第813页(“将习惯的定义分为两个不同要素——即一个体现为实践的‘实质’或‘客观’要素和一个通常被称为法律确信的‘心理’、‘思想’或‘主观’要素……这是一个极其有用的‘发现’习惯规则的工具”)；Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 第23页(“一项习惯的存在……是某个体(法律顾问、法院、政府、评论者)就两个相关问题得出的结论：(a)是否存在一种一般惯例；(b)是否被接受为国际法?”)。

<sup>22</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/672号文件，第72–74段。

<sup>23</sup> Shaw, *International Law*, 第53页。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76段(“以某种方式行事，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”)和第77段(“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”)；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253–254页，第65–68段；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(“……各项国际协定……制定了关于投资保护的特别法律制度，或这方面的规定通常被列入国家与外国投资者之间直接签订的合同，不足以证明外交保护的规则发生了变化，这同样可以表明事实正好相反”)；“荷花”号案(法国/土耳其)，1927年9月7日的判决，《1928年常设国际法院汇编》，A辑，第10号，第28页；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002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38)号案，柬埔寨法院特别法庭预审分庭，刑事，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”)。

15. 因此，在试图识别是否存在一项习惯国际法规则时，相关实践的证据一般也不应作为法律确信的证据：对这种“重复计数”(“反复援引”<sup>24</sup>)，应予以避免。<sup>25</sup>如瑟尔威所说的那样，

“实践的表现形式”和此种实践被“接受”为法律的“证据形式”之间很可能存在重叠之处；一般而言，这并不意味着特定行为可同时成为两者，因为这等于又回到了单一要素理论。<sup>26</sup>

16. 习惯国际法常常被描述为添加了(伴随着)法律确信并强化为法律的实践。然而，人们日益认识到，虽然国家进行的实际实践很可能构成“应予考虑的最初因素”，<sup>27</sup>但并非所有的习惯国际法规则都一定“植根于实际常例的土壤”。<sup>28</sup>换言之，也有可能先发展出接受某事为法律(即新生的法律确信)的意见，然后才导致体现此事的实践，并进而产生一条习惯国际法规则。<sup>29</sup>如南非代表在第六委员会中

<sup>24</sup> 《2014年……年鉴》，第一卷，第3223次会议(村濑先生)。

<sup>25</sup> 另见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/672号文件，第74段。如其中所述，“对‘非实际’的实践适用这一规则还可保证抽象的声明本身不会制造法律。”

<sup>26</sup> Thirlway, “Human rights in customary law: an attempt to define some of the issues”, 第502页(补充说“两要素理论必然意味着两点，一是必须存在一个可被称之为国家实践的东西，二是必须存在一个表明国家认为存在一项习惯法规则或可据以得出这一结论的东西”)。另见Mendelson, “The formation of customary international law”, 第206–207页(“但必须避免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‘实际’的实践，就必然不可以将某项声明既作为行动又作为信念(或意愿)的体现”)；Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, 第136–141页。同时，“两要素经常碰巧一起出现；甚至在其宣布应在理论上对实践和法律确信加以区分的情况下，[国际]法院仍混淆了二者”(Pellet, “Article 38”, 第827页)；但是，见Koroma, “The application of international law by the International Court of Justice”, 第101页。

<sup>27</sup> Shaw, *International Law*, 第54页。另见Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第208页(提及军事和准军事活动案时说，“在关于法律确信的调查背后，显然有一种假定，即存在充分实践”)。

<sup>28</sup> 引自Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第68页。

<sup>29</sup> 当然，按照严格的定义，法律确信不能早于其应当伴随的实践：实际上，可能有一种观点认为应该存在某项规则(或者说有一种错误观点认为存在该规则)。在此之后若发现有关实践符合这一观点，则很自然会援引这一规则来支持这一实践。因此，在这个意义上，这一确信是可以回溯的；但其在得到表达时，仅是一确信，而非法律确信。另见Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第64–65页；Daillier, Forteau and Pellet, *Droit international public*, 第262页(“Traditionnellement, la pratique est à l’origine de l’opinio juris. C’est la répétition des précédents dans le temps qui fait naître le sentiment de l’obligation. On assiste cependant, dans certain cas, à une inversion du

所强调的那样，在识别一条习惯国际法规则时，重要的是两个要素必须都存在，而不是其出现的顺序。<sup>30</sup>

17. 两要素方法在委员会中得到了广泛支持，各国在本专题框架下及更广泛而言在国际实践和判例法中，以及在文献中<sup>31</sup>也对其予以广泛支持，这一方法适用于所有习惯国际法规则的形成和识别。与此同时，如第二次报告所指出的那样，“[国际法的]不同领域(或更确切地说是不同类型规则)对两要素方法的适用确有差异”。<sup>32</sup>这反映了习惯国际法固有的灵活性以及其在国际法律体系中的作用。因此，在某些情况下，实践的某种形式(或某些情形)，或其被接受为法律的某一证据可能比其他形式(情形)或证据更具相关性；此外，在评估构成要素时，需要考虑所称规则是在何种情况下产生和运作的。<sup>33</sup>在任何

processus : l'expression d'un 'besoin de droit' ... est à l'origine d'une pratique qui parachève la formation de la norme coutumière. Aux coutumes 'sages' s'opposent ce que l'on a appelé les coutumes 'sauvages'”[“传统上，实践是法律确信的渊源。一段时间内先例重复出现，便导致了义务感。然而，在某些情况下，我们会看到一个相反的过程：即对‘法律之必要性’的表达……导致出现一种实践，完成习惯规范的形成。‘合规的’的习惯与所谓‘不合规’的习惯相对”]；Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, 第80–85页。

<sup>30</sup>《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第94段。朴先生、村濑先生和诺尔特先生在委员会第六十六届会议辩论期间的发言中也阐述了这一点(《2014年……年鉴》，第一卷，第3223和第3226次会议。另见Cassese, *International Law in a Divided World*, 第180页(“当然，这两个要素不必从一开始就[都]存在”)。

<sup>31</sup>《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/672号文件，第21–27段。黄先生在第六十六届会议的辩论中解释说“可以将习惯国际法比作一个人，惯例构成了身体，而法律确信构成了灵魂；换言之，两个要素都至关重要”(同上，第一卷，第3226次会议)。

<sup>32</sup>《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/672号文件，第28段。如斯图尔马先生所说的那样，承认在国际法不同领域中实践和法律确信被赋予的权重可能有所不同，在他看来并不意味着以人权法、国际人道法、国际刑法等部门性习惯理论取代统一的国际习惯理论(同上，第一卷，第3226次会议；另见2014年7月17日的发言)；另见朴先生、哈苏那先生和哈穆德先生(同上，分别第3223、3225和第3226次会议)。

<sup>33</sup>另见Condorelli, “Customary international law: the yesterday, today, and tomorrow of general international law”, 第148页(提及习惯国际法的确定问题时认为“这一运作包括搜集证据以证明有关规则的社会效力。这种证据可能是多重的，每项证据的权重在不同情况下也可能有所不同：有时可能需要较长时间，或者在另一些时候，证据可能同步起作用。在所有情况下，若证据能够评估试图确定的规则确已在国际社会中具有社会影响，则应视之为充分条件。简言之，所追求的目的是单一的，可用的方法也是单一的，但为找到这一方法采取不同

情况下，习惯国际法作为被接受为法律的一般惯例，其根本性质不应被扭曲。<sup>34</sup>

18. 拟议的结论草案3 [4]第2款如下：

“结论草案3 [4] 评估两要素的证据

“……

“2. 对每一要素都必须单独予以确定。这一般需要评估每一要素的具体证据。”

的途径可能有所不同：有的需要的时间更长，更难，有的更快，有时可能是极快”；Thirlway, “Human rights in customary law ...”, 第503页(“当然可能承认在确立一项人权法的习惯规则时，既需要实践也需要法律确信，同时认为这一特殊领域，每一要素，特别是实践，可能具有不同性质，即有别于通常在确立习惯时要求具有的性质”)；北海大陆架案(上文脚注18)，详见第230页，拉克斯法官的反对意见(“因其本身的性质，在国家活动和国际法的某些领域要产生一般法极其困难，但在有的领域——包括新的和旧的领域——则容易得多”)，以及第175、176和第178页，田中法官的反对意见(“要认定在习惯法形成过程中是否存在这两个要素，是一件微妙而困难的事……每一要素均须根据不同场合和情况予以评价……必须根据情况评价各项因素，因此评价是弹性的；这需要采取目的论的方法。……简言之，如我上文所述，根据法律领域的不同，习惯法的形成过程是与其方式相对的。时间因素——即习惯存在的时长——是相对的；而数量因素——即国家实践——也是如此。不但需要根据场合和情况对产生习惯法的每个因素进行评估，而且整个形成过程都应被视为是一个有机的动态过程。我们在对习惯国际法产生所需条件进行审查时绝不能只重形式，而忘记社会必要性，即所述习惯法力图实现的目的和宗旨的重要性”)；Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, 第15页(“在这些证明一习惯是否已经存在的途径和方法方面，不可能列得出全部的指南清单”)。

<sup>34</sup>另见Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第145页(“习惯的两个[构成]要素的性质也可能发展，前提是这种发展不会扭曲习惯的基本性质”)；Waldock, “General course on public international law”, 第49页(“在每一种情况下至关重要的问题……是评估实践的一贯性、持续时间和普遍性，并将之与其他要素，如驱动这一实践的政治、经济和社会因素进行权衡。在这样做时，法官或政府的法律顾问将利用自己关于国际事务的知识以及国家的态度和政策行事。但最终的检验始终必须是：‘该实践是否被接受为法律？’在国际社会中尤其如此，其中参与习惯形成过程的是主权国家，即国际社会中的决策者和立法者。主权国家承认实践为法律是习惯法非常直接的重要依据”)。Simma和Paulus的话在这一背景下可能也具有相关性：“迄今为止，国际法的传统渊源似乎都对新的发展表现出了足够的灵活性。即使可能未满足思想学术上对国际法律体系中统一性的追求，但这些渊源经受了时间的考验，并获得了普遍接受。只要还没有发现将获得普遍接受的替代法律程序，就只能采用旧的程序。然而，关于更利于实现全球价值的国际法的愿景仍然符合传统渊源的制度……只要这些价值获得‘法律形式的充分表达’”(Simma and Paulus, “The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view”, 第316页)。

## 第二章

## 不作为被视作实践和(或)接受为法律的证据

19. 如第二次报告所述, 不作为(也称为消极实践、不采取行动、沉默或不行为)可能“对习惯国际法规则的形成和识别至关重要”。<sup>35</sup> 考虑到2014年的讨论, 特别报告员着手在本报告中进一步加以阐述。<sup>36</sup>

20. 不作为(若具有普遍性且被接受为法律时)是一种可能形成一条习惯国际法规则的实践形式。<sup>37</sup> 较有名的例子包括: 回避对某些归化入籍人士实施保护;<sup>38</sup> 回避威胁使用或使用武力侵犯任何国家的领土完整或政治独立;<sup>39</sup> 以及在某些情形下回避提起刑事诉讼程序。<sup>40</sup> 不作为有时难以识别和限定, 这一点甚

<sup>35</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/672号文件, 第42段。另见2014年起草委员会暂时通过的结论草案第6[7]条, 第1款(见上文脚注10)。

<sup>36</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第180段。

<sup>37</sup> 另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18), 详见第99页, 第188段(“然而, 法院必须确信习惯国际法中对此类不作为的约束性存在着法律确信”); Tunkin, “Remarks on the juridical nature of customary norms of international law”, 第421页(“在某些情况下回避采取行动的惯例无疑会导致形成有可能成为法律规范的行为规则。显然, 之前就重复、时间和连续性要素所说的一切同样适用于回避的实践”); Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第10页(“国家实践……也可以包括国家的不行为和沉默”); Danilenko, “The theory of international customary law”, 第28页(“通常或习惯性地回避采取具体行动可能构成一种实践, 导致规定在类似情况下有义务不采取此种行为的规则, 即构成国际法禁止性准则的一种实践”); Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, 第45–46页(“如果实践主要是回避采取行动加上沉默, 则须有迹象表明, 该种回避采取行动是基于国际社会对此种效果的合法期待”); Mendelson, “State acts and omissions as explicit or implicit claims”, 第373–382页; Koroma, “The application of international law by the International Court of Justice”, 第93页; *Restatement of the Law Third*, 第102 (b)段(“不作为可能构成国家实践”))。

<sup>38</sup> 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。

<sup>39</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注18), 详见第99页, 第188段。

<sup>40</sup> “荷花”号案(见上文脚注23)。另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注23), 详见第253页, 第65段(法院提到支持禁止使用核武器者试图依靠“各国不使用核武器的一贯做法”); 国家的管辖豁免案(上文脚注18), 详见第135页, 第77段(“正如国家未作任何发言一样, 几乎完全没有不同的判例, 这一点也很重要”); 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, 彼得伦法官的个别意见(提到不承认的实践时说, 该术语“暗示意味着承认的不是积极的行动, 而是回避采取行动”); 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案, 1952年8月27日的

至比其他形式的实践有过之而无不及; 无论如何, 正如其他形式的实践一样, “仅仅证明……据称构成国家实践的不行为是不够的, 还是需要解释此类……不行为”, 以力图核实此类不行为是否确实被接受为法律。<sup>41</sup> 在不能明确确定其被接受为法律的情况下, 不作为可能被称为“模棱两可的不行为”。<sup>42</sup>

21. 当不作为在特定实践中代表同意时, 则不作为也可成为接受为法律(法律确信)的证据。就识别一条习惯国际法规则而言, 这属于一种不同类型的作为: <sup>43</sup> 实质上, 我们这里所关注的是一国容忍另一国或其他国家的一种做法, 其具体情形证明选择不采取行动的国家认为该做法符合国际法。<sup>44</sup> 正如国

判决, 《1952年国际法院汇编》, 第176页起, 详见第221页, 哈克沃斯、巴达维、李维·卡内罗法官和贝内加尔·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198–199页, 杰瑟普法官的个别意见(提到美国国务院拒绝出面代表一家美国公司, 并提及美国不曾提出某一论点, 以作为拒绝在国家间争端中的索赔的依据)。

<sup>41</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23), 详见第423页, 沙哈布丁法官的反对意见。爱尔兰在第六委员会辩论时提出“评估不作为可否成为实践的形式时, 背景特别重要, 其作用可能比在评估实践的其他形式时更加重要”(《大会正式记录, 第六十九届会议, 第六委员会》, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第39段)。

<sup>42</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, 第61页。

<sup>43</sup> 哈穆德先生说虽然人们认识到, 不作为可被认为是一种消极的行动, 但必须区分作为行为的不作为——属于客观要素(实践)——和代表默许的不作为——属于第二种, 即主观要素(见《2014年……年鉴》, 第一卷, 第3226次会议; 另见2014年7月17日的发言)。另见福尔托先生在委员会第六十六届会议辩论期间的发言(同上, 第一卷, 第3225次会议); Danilenko, “The theory of international customary law”, 第28–29页(“在‘被动’或‘消极’实践的标题下, 可以理解为[两种不同类型的]实践”)。

<sup>44</sup> Manley O. Hudson, 作为委员会章程第24条的特别报告员, 把“其他国家在实践中采取的一般默许”列为形成习惯国际法规则所需要的要素(《1950年……年鉴》[英], 第二卷, A/CN.4/16号文件, 第26页, 第11段); 他在其他著述中将习惯国际法的必要要素描述为“许多国家在国际关系领域一致的和经常的行为、在每一种情况下这种行为都被理解为是法律所允许的, 且其他国家当时不曾对这一理解提出质疑”(Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*, 第609页)。例如, 见黎巴嫩问题特别法庭, 第CH/AC/2010/02号案, 关于就预审法官涉及管辖权和起诉资格的命令提起上诉的裁决(上诉分庭), 2010年11月10日, 第47段(“该领域[法院和法庭的固有权力]的一连串裁决, 再加上所有有关国际主体的默认接受与默许, 清楚地表明存在着认定已形成国际法习惯规则所必需的实践和法律确信”); 阿根廷, 关于埃里希·普

际法院分庭就缅甸因湾案发表意见时所说的那样，此种默许“相当于通过单方面行为表示默示承认，另一方可将之视为同意”。<sup>45</sup>

22. 拒绝或未能采取行动可能有各种理由，其中包括不具备行动能力或无直接利害关系，<sup>46</sup> 因此，并不是每一起不作为都相当于同意：只有如以下各段

里布克的引渡请求案(阿根廷最高法院)，第16.063/94号案，1995年11月2日，第90段。另见Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague court”, 第838页(“一国或多国声称一项权利，其他国家容忍或承认前者应享此项权利，以及接受该义务——这些现象表明各国认为它们已从事实的领域进入法律的境界”); Shaw, *International Law*, 第64页(“当一些国家默许其他国家的行为，不对其提出抗议时，其中的假设必然是此类行为被接受为是合法的”); Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第39页(“如果一些国家的行动(或声称其有权采取行动的做法)得到其他国家的默许，由此即出现国际法许可性规则；如果遇到了抗议，则争议行为的合法性至少是可疑的”); Meijers, “How is international law made?—The stages of growth of international law and the use of its customary rules”, 第4–5页(“消极为积极所裹挟，……未曾抗议——未公开对新规则的发展表示反对——就足以创建一条习惯法规则(和遵守该规则的义务)”。MacGibbon指出默许“对习惯国际法规则的形成过程表现出一种受到欢迎的受控的灵活性”(MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, 第145页(但就法律确信与默许之间的关系提出了一种特别的见解)。

<sup>45</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305页，第130段。就本文而言，不行为的概念作为同意，是借用了国际法中默许和禁止反言的概念，后者通常适用于双边范畴；尽管作此类比或许并不准确，但仍然可能有帮助。另见MacGibbon, “The scope of acquiescence in international law”, 第145页(“默许的功能可等同于同意，史密斯教授称后者为‘国际法的立法过程’；它构成了一个程序，使得有关方面能给原在发展之中的规则和原在整合过程中的权利打上合法的印记……其价值主要在于它在某种程度上是对合法性的承认和对非法性的宽恕，并提供了一项标准，既客观又实用”); Marques Antunes, “Acquiescence”, 第2段(“在国际法中，‘默许’一词源自拉丁语 *quiescere* (安静不动)，表示同意。它指的是在需要对另一国的行为作出不同意或反对表示的情形下，一国通过沉默或不作为，单方面默示表达的同意。因此，默许是从具有法律相关性的沉默或不作为中推断而来的同意”)。

<sup>46</sup> 同样，吉滴猜萨里先生指出，如果未对国家间违约行为提出抗议，除认为该行动合法外，还可有多种说得通的解释，而雅各布松女士强调“虽然‘不作为’有可能成为接受为法律的证据，但也可能得出相反的结论：即‘不作为’可能不会被解释为被接受”(分别见《2014年……年鉴》，第一卷，第3225和第3226次会议；另见2014年7月17日的发言)。另见Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 第25页(“沉默可能意味着默示同意，也可能干脆就是对该问题缺乏兴趣”); Shaw, *International Law*, 第57页(“如同采取行动一样，未采取行动本身也是一国态度的证据。这同样反映一国应对其环境的方式……未采取行动的原因可能是存在着不采取法律义务，也可能是特定情况下无行为能力或无意愿采取行动”)。参见北海大陆架案(上文脚注18)，详见第42页，第73段(“不批准的原因有时可能不是出于积极地不赞同有关公约，

所详述的“限定的沉默”<sup>47</sup>才可被理解为对相关实践的同意。<sup>48</sup> 在解释不作为时，一般应“与有关因素相联系，考虑到具体事实(的时序)和有关各国间的关系”。<sup>49</sup>

23. 首先，只有在要求对相关做法作出反应的情况下，不作为才能对形成同意具有相关性：正如国际法院针对马来西亚/新加坡案所指出的那样，“没有作出反应很有可能构成默许……换言之，沉默也可表达意思，但只有在其他国家的行为要求作出回应的情形下才会如此。”<sup>50</sup> 这暗示着相关做法应当是影响未采取或拒绝采取行动的国家权益的做法；<sup>51</sup> 同时，有

而是另有其他因素；但难以据此暗示对其原则的积极接受：对其原因可以进行种种推测，但这改变不了有关事实”。

<sup>47</sup> Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第39页。

<sup>48</sup> MacGibbon, “The scope of acquiescence in international law”, 第183页(“为防止[默许]理论不当适用于某些情形，并确保其酌情得到接受，制定了一些必要保障措施，对该理论加以限制”)。

<sup>49</sup> Marques Antunes, “Acquiescence”, 第19段。另见Brownlie, “Some problems in the evaluation of the practice of States as an element of custom”, 第315页(“少数学术界人士断言，就安全理事会而言，未谴责某国的特定行为构成了对相关行为的赞同。这种观点过于简单化。一切都取决于相关背景以及辩论记录的确切内容。未对某国行为表达不赞同，可能是出于一些与合法性问题无关的程序原因和政治原因”)。

<sup>50</sup> 白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属案(马来西亚/新加坡)，判决，《2008年国际法院汇编》，第12页起，详见第50–51页，第121段(关于确立主权)。埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士称“对不行为的评估必须考虑到周围情况，特别是是否有理由期待国家采取行动”(见《2014年……年鉴》，第一卷，第3226次会议，另见2014年7月17日的发言)。另见北海大陆架案(上文脚注18)，详见第130页，第31段(阿蒙法官的个别意见)；Bos, “The identification of custom in international law”, 第37页(“应当强调的是，沉默并不总是可以被理解为默许：因为不能认为各国有对任何令其不快之事提出永久抗议的义务。要产生法律后果，就必须有要求采取某种形式行动的充分理由”)；MacGibbon, “The scope of acquiescence in international law”, 第143页(“因此，在通常要求作出表示反对的积极反应的情形下，默许表现为沉默或不抗议的形式”)。委员会2014年暂时通过的与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案第9条第2款规定“在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后实践的接受”(《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第75–76段)。

<sup>51</sup> 另见希腊在2014年第六委员会就国际法委员会工作进行辩论期间的发言(“并非任何形式的不作为都有相关性，只有有关国家对所涉实践有意为之的不作为(往往在审议时要结合另一国要求其作出反应的某一行为、提议或主张)才可能具有相关性”，《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第29段)；北海大陆架案(上文脚注18)，详见第229页，拉克斯法官的反对意见(“……[国家]在面对其他国家影响到它们的立法行为时，已默许了[一种实践]”)；Tunkin, *Theory of International Law*, 第139页(“无疑，不是每一次沉默皆可被视为同意。特别是在相应的习惯规范形成过程当时并不影响一国利益的情况下，该国的沉默不能被认为是默示承认该规范。不过，当某条新规则影响到

人提出“在影响全人类共同利益的关系领域，如果存在着所有国家的普遍利益，则可能有充分理由假定不抗议即意味着默许。”<sup>52</sup>

24. 其次，如果试图依靠一国的不作为来识别是否已产生一条习惯国际法规则，则该国必须已实际知悉所涉实践，或相关情况必须是有关国家可被视为已实际知悉所涉做法。<sup>53</sup>

具体国家的利益时，在足够长的时间内未提出异议，通常即可以认为是默示承认该规范”；Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第40页(“未对关于习惯法内容的抽象主张提出抗议，与未就特定情况下一国对另一国利益产生直接影响的具体行动提出抗议相比，后者更能说明问题”)；Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第108页(“根据现行国际法，只有在实践影响到未积极采取行动的国家权益时，不抗议才意味着默许……要确认达到[此项]条件，常常需要对实践的具体特征作出评价，并特别考虑到有关规定所涉的领域和题材。通常而言，不仅可能考虑直接利益，而且也可能考虑间接利益”)。Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague court”, 第846页(“当此种实践的参与者所提权利主张未给非参与者强加任何义务时，仅仅有容忍的态度，例如与未明确同意或默许相关联的未抗议，就足够了……但是，当在实践中所主张的权利带来相应义务时，为促进习惯的形成，非参与者的态度就必须更加明确。也就是说，必须是明确同意或毫不含糊的默许”)。

<sup>52</sup> Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第108页。

<sup>53</sup> 另见渔业案，1951年12月18日的判决，《1951年国际法院汇编》，第116页起，详见第138–139页；Shaw, *International Law*, 第58页(“默许必须基于完全知悉涉及的[所称]规则。如果未采取行动在某种程度上与不知悉所有相关情况有关或受这种不知情的影响或伴随这种不知情的状况，则不能将未采取行动解释为默许”)；Charney, “Universal international law”, 第536–537页(“接受可以通过默许确立。国家的默许往往不等于知情和自愿的同意。要使默许获得这样的地位，国家必须了解同意的事项，也必须知道未反对将被视为接受。因此，若有需要，默许必须相当于实际同意，不过是以不作为而非作为表示的同意”)；Akehurst, “Custom as a source of international

25. 第三，不作为需要保持足够长的一段时间，这也与知悉所涉实践的要求有关。<sup>54</sup>

26. 建议第二次报告(尚待起草委员会审议)的结论草案第11条第3款读作：

“结论草案11 接受为法律的证据

“……

“3. 不作为也可成为接受为法律的证据，条件是相关情况要求做出某种反应。”

law”, 第39页(“一国的行为或主张，当预计不太可能为他国所知晓时，几乎没有什么分量，也无法从不反对此类行为或主张这一点上得出任何结论”)；Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第39页(“当然，只有在在一国知道其他国家的实践以及(正在出现的新)习惯规则的情况下，消极的行为才可能构成限定的沉默”)。在缅甸湾案中，加拿大辩称“默许原则的本质是，一国政府知悉(实际知悉或推定知悉)相关另一国政府的行为或权利主张，而且未对该行为或权利主张提出抗议……知悉加上沉默将被视为默示接受”(《国际法院书状》，第五卷，第81–82页)。Arangio-Ruiz指出，“特别是如今，国家的任何作为或不行为会以光速被全世界所知晓”(Arangio-Ruiz, “Customary law: a few more thoughts about the theory of ‘spontaneous’ international custom”, 第100页)。

<sup>54</sup> 另见缅甸湾区域海洋边界划界案(上文脚注45)，详见第310–311页，第151段(“过于短暂以至没有产生法律效力”)；渔业案(见上注)，详见第138页(“其他国家对于挪威实践的普遍容忍是无可争辩的事实。六十多年以来，联合王国政府本身对此没有提出任何质疑”)；Meijers, “How is international law made?”, 第23–24页(“所有可能因其不作为而受约束的国家必须有必要的时间抵制相关规则，从而避免默示接受”)；Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, 第94页(“仅是容忍不等于接受实践为法律……默许理论涉及一些问题，其举证责任要求很高，而且必须是在了解法律变化的情况下长期和一贯的不作为”)；Sinclair, “Estoppel and acquiescence”, 第120页(“法院在要求可能被认为可以说相当于默许的行为必须保持一段时间时，表现出了智慧与克制”)。

### 第三章

#### 条约和决议的作用

27. 人们普遍承认，条约和缔约(特别是缔结多边条约)以及国际组织和会议的决议对习惯国际法的形成和识别具有实际重要意义。随着国际组织以及国际法编纂工作的发展，习惯国际法已“日益与书面文本有严格的对应关系”。<sup>55</sup> 通卡法官曾说过，“用

准确的书面形式——即通过条约、编纂工作、决议

决，《1966年国际法院汇编》，第6页起，详见第291页，田中法官的反对意见(“国际联盟、联合国等组织及其机构和附属机构的出现，用‘议会外交’的方法取代了传统单个国际谈判方法的一个重要部分(关于西南非洲案的判决，《1962年国际法院汇编》，第346页)，这必然会影响到习惯国际法的产生方式”)；Charney, “Remarks on the contemporary role of customary international law”, 第23页(“虽然习惯法仍以传统方式创立，但近年来，这一进程越来越多地被更有条理的方法取代……此类[多边]论坛讨论的建议、报告、决议、条约或议定书常常启动国际法的发展或为其提供巨大支持”)；Barboza, “The

<sup>55</sup> Treves, “Customary international law”, 第2段(在第25段补充道，“国际组织和会议内部实践的加强、多边条约的通过、特别国际法庭的存在及其活动，有助于加快这些领域和其他领域习惯规则的形成”)。另见西南非洲案，第二阶段，判



等——表达法律观点的做法已日渐普遍，对(可能确定习惯国际法)的方式产生了重大影响”。<sup>56</sup>

28. 此类书面文本可能反映业已存在的习惯国际法规则(现行法的编纂)，可能试图澄清或发展法律(逐渐发展)，或者可能说明将成为新法律的内容。因此，通常需要的“不是澄清法律规则，而是确定在一[书面]文书中通过的表述明确的规则是否实际上符合习惯法”。<sup>57</sup>

29. 在试图依靠条约、决议等书面文本来识别习惯国际法规则时需要谨慎。<sup>58</sup> 如下文所强调，需要考虑并权衡所有相关情况。

customary rule: from chrysalis to butterfly”，第14页(“现在，习惯通常是在现有实践体系中注入案文的结果”); Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第79-80页(“在国际会议和组织框架内，出现了纯粹由口头权利主张和宣告构成的新的国家实践形式，导致习惯法的造法过程日益‘正规化’。这种做法可建立广泛的共识，在实际实践出现前确定国家所倾向于采取的行为轮廓，从而影响嗣后的发展。这一经过修改的习惯‘谈判’进程使得旨在创立或修改习惯法律义务的意识要素更加清楚”); Murphy, *Principles of International Law*, 第98页(“国际法内部的一个重要动态是条约影响和发展习惯国际法的方式”); Condorelli, “Customary international law ...”, 第151页(“现在，国际习惯越来越多地被视为‘成文习惯’：我们发现，一般习惯规范与具有(基本)普世性质的大型国际公约的成文规范大体是相互对应的”); Corten, *Méthodologie du droit international public*, 第161-178页(“*Les sources documentaires pertinentes en vue de l'établissement d'une règle coutumière*” [“确立习惯规则的相关文献来源”])。

<sup>56</sup> Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第196页(提及法院识别习惯规范内容的方式，并在第215页补充说，“自国际习惯被首次界定为‘接受为法律的一般惯例’之后，国际法的面貌已经发生了巨大变化。最值得注意的是，国际法的内容已越来越多地以通过旨在编纂国际法规则有约束力和无约束力文书方式而得到具体化”)。另见Gaja, “The protection of general interests in the international community ...”, 第37和第39页(“[国际]法院不是详尽分析国家的态度，而是常常依靠具有一定权威性的文本……在许多情况下，相关文本是一份编纂性公约，即便它不可作为条约适用于所审议的争端……法院在做出的多项裁决中，为确定习惯法规则的目的，把大会或国际会议的宣言作为权威性的资料”)。

<sup>57</sup> Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第205页(提及编纂性公约)。

<sup>58</sup> 另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18)，详见第97-98页，第184段(“仅国家宣布承认某些规则的事实不足以使法院认定这些规则是习惯国际法的一部分，并可作为习惯国际法适用于这些国家。虽然法院受《规约》第38条的约束，须适用，除其他外，国际习惯‘作为通例之证明而经接受为法律者’，但法院不可忽视一般惯例……在习惯国际法领域发挥的关键作用，当事方就何为规则内容达成共识是还不够的。法院必须确定，国家法律确信中存在的规则得到了实践的证实”); Sinclair, “The impact of the unratified codification convention”, 第220页(“在确定编纂性公约体现的新规则是否(以及在多大程度上)可被视作体现现

30. 以下各节论述了在识别习惯国际法规则时常常依靠的两类由国家通过的书面文本。类似考虑可适用于其他书面文本，如委员会编写的文本，特别是曾由各国采取行动的文本。

## A. 条约

31. 起草委员会2014年暂时通过的结论草案第6 [7]条第2款在国家实践可能采取的形式中纳入了“与条约有关的行为”。<sup>59</sup> 第二次报告中的结论草案第11条(尚待起草委员会审议)在被接受为法律的一般惯例的证据形式中纳入了“条约实践”。<sup>60</sup> 在委员会和第六委员会于2014年进行的辩论中，有人建议第三次报告进一步探讨条约的作用。虽然条约同习惯国际法之间的相互影响引出了若干重要问题，但在当前的背景下，我们关注的是条约和缔约与习惯国际法的形成和识别的相关性。

32. 如秘书处的备忘录所述，委员会曾不时对条约与识别习惯国际法的相关性进行审议。<sup>61</sup> 实际上，早在1950年委员会就在向大会提交的报告中指出：

习惯国际法的原则或规则可能体现于双边或多边协定中，在协定有效期内，且在规定的范围内，对协定缔约国具有约束力；不过，其将继续作为习惯国际法的原则或规则对其他国家具有约束力。实际上，在试图确定习惯国际法规则是否存在时，常常依靠一些国家对其他国家也遵循的某一实践做出的公约表述。即便是签署但尚未生效的多边公约，也常常被认为具有作为习惯国际法证据的价值。因此，就目前而言，委员会认为，在其审议使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段过程中，应该适当考虑是否存在协定国际法材料。<sup>62</sup>

有或新兴习惯法规范时，必须做复杂的考虑……。任何此类规则都必须根据其周边背景以及其通过时的相关情况加以分析。还须参照可能是在新规则意义上迅速发展的国家实践背景”); Schachter, “Entangled treaty and custom”, 第730-731页(“……在条约规则方面需要谨慎。在评价法律确信的证据时，需要评估各种因素。在许多情况下，通过讨论记录、专家意见以及对所涉规则的仔细分析，可以判断人们是否普遍认为这些规则是习惯法的一部分，并对所有国家具有约束力。需要说清楚的重点是，有关一般法律确信的结论不能仅依靠多数国家的意见。一个重要的要素是，国家的集体立场须包括对所涉问题特别感兴趣的以及有能力和决心实现其对所涉法律义务信念的国家的意见”)。

<sup>59</sup> 起草委员会主席的临时报告，2014年8月7日，附件(见上文脚注10)；另见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/672号文件，第41 (h)段。

<sup>60</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/672号文件，第76 (f)段。

<sup>61</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/659号文件，第23段(脚注53)和第29段(脚注82)。

<sup>62</sup> 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，A/1316号文件，第368页，第29段。

33. 条约的条款本身不构成习惯国际法规则,<sup>63</sup> 但此类条款作为“国家意愿的明确表示”,<sup>64</sup> 可能提供有关此类规则的存在(或不存在)和内容的有价值证据。<sup>65</sup> 特别是,这些条款可能载有相对准确的潜在习惯规则表述,并反映各国对其性质的意见(至少截至

<sup>63</sup> 另见 Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, 第236页(“对一条约规则的支持,不论其具有何等世界普遍性,其本身不能创立‘即时’法。此类[造法]条约只有在一段时间内得到一致并有代表性的国家实践支持,才能创立新法。在适当情况下,这种实践可以主要是默许或没有不一致的做法”); Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, 第272页(“我想至少可以有把握地说:如果只存在条约规则,而规则没有任何额外证据的支持,则不足以产生习惯规范。只有可以引证由法律确信支持的更多的国家实践要素,才可以认为条约条款体现了习惯规范”); Schachter, “Entangled treaty and custom”, 第723页(“当然,法院或学者都没有支持这样的结论,即条约仅凭缔结或生效便可成为习惯法”)

<sup>64</sup> Shihata, “The treaty as a law-declaring and custom-making instrument”, 第73页。

<sup>65</sup> 见康克由又名“杜奇”案,第001/18-07-2007-ECCC/SC号案,2012年2月3日的上诉判决,柬埔寨法院特别法庭,最高法院分庭,第94段(“必须承认的是,条约法和习惯国际法常常相互支持并互为补充。因此,条约法可成为习惯国际法的证据,即通过宣布缔约国的法律确信,或阐明在通过条约时已定型的可适用习惯国际法”); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第132页(“公约文本可提供习惯规则的证据——尽管并非总是如此。像法典和决议一样,此类文本仅是反映或宣布,但不(因渊源的独立性)实际构成基本的习惯规则,后者的存在取决于国家实践和法律确信等其他条件,其约束力不需要额外的契约依据”); Shihata, “The treaty as a law-declaring and custom-making instrument”, 第89页(“事实上,每一部条约在契约范围外都有一定的证据价值。这一价值的大小因条约而异,但差异幅度不至于大到否定一条约的所有证据价值,或使条约本身成为确凿证据”); Charney, “International agreements and the development of customary international law”, 第990页(“为谈判国际协定举行的会议向各国提供了为制定法律规则目的而交流意见的手段。在此类论坛上达成的协定确实会改变国家对其权利和义务的看法。倘若这一进程与习惯法的发展无相关性,则一些法律可能在时间上停滞不前,无法反映在国际谈判中实现的进展。习惯法与条约法之间可能产生的差距或许会使国家间的关系变得复杂”); Lukashuk, “Customary norms in contemporary international law”, 第499页(“多边和双边条约的内容是法律实践最明晰和最具权威性的证据”); Weisburd, “Customary international law: the problem of treaties”, 第5页(“条约,与规约一样,是法律文件,或多或少都措辞准确,易于参阅。在确定习惯法规则时给条约的权重越多,就越容易进行确定”); Baxter, “Multilateral treaties as evidence of customary international law”, 第278页(“缔约国众多的条约必须被视为强有力的法律证据。当然,如同从若干国家的国家实践中提炼的任何规则一样,条约所述规则的效力因其他国家存在或不存在与之冲突的实践而相应得到削弱或加强”); Wolfke, “Treaties and custom: aspects of interrelation”, 第36页(“确立国际习惯规则是一项繁琐的工作,条约在其中发挥非常重要的作用”;并补充说“条约的证据作用与其在习惯形成过程中的作用紧密结合在一起”)

缔结相关条约之时)。<sup>66</sup> 因此,通过条约,可以初步审议“在认为有必要再次审查习惯的主要证据前,是否已经识别可适用于相关情况的习惯规则”;<sup>67</sup> 国际法院确实已指出,它“在确定习惯国际法的内容时,可以而且必须考虑到条约”。<sup>68</sup>

34. 条约案文本本身并不能作为习惯国际法规则存在或内容的确凿证据:无论一条约对习惯国际法扮演何种角色(见下文),要确定书面文书所表述的规则的确存在于习惯国际法中,该规则还必须辅之以关于接受为法律的、外部实践的实例。<sup>69</sup> 大陆架案(马耳他诉阿拉伯利比亚民众国)的判决书指出

<sup>66</sup> 另见 Baxter, “Multilateral treaties as evidence of customary international law”, 第278和297页(“由于条约以一个声音、而不是[多个声音]说话,因此,与可能通过审查单个[签署]国实践积累起来的相互矛盾、含糊不清和代表不同时间的证据相比,条约是法律状况明确得多,也直接得多的证据……与各种随便堆砌在一起的国家实践资料的结构相比,条约法的结构更有说服力和权威性”); Schachter, “Entangled treaty and custom”, 第721–722页(“条约的可得性——其黑体字法——是一个重要的实用因素”); Kirchner, “Thoughts about a methodology of customary international law”, 第231页(“不管怎样,条约为潜在规则提供了丰富的措辞储备。它们为[国际]法院履行草拟相关习惯规则措辞的任务提供了便利。这是为了避免从一系列单个行为中构建一般规则的繁重任务。实际上,法院可以将国家实践与先前拟订的规则内容进行比较”)

<sup>67</sup> Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第201页(在第206页补充道,“有编纂性文书供参考,法院不再着手于通过纯粹归纳从实践事例中提取规则,而是考虑实践事例是否支持成文规则”)

<sup>68</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注18),详见第97页,第183段(得出结论认为,所涉条约和习惯国际法之间有很大重叠,法院说它“决不会忽视《联合国宪章》和《美洲国家组织宪章》,尽管存在对多边条约的保留的做法……法院……在确定习惯国际法的内容时,可以而且必须考虑到条约”)。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30页,第27段(“不可否认的是,〔《联合国海洋法公约》〕已被绝大多数国家通过,具有十分重要的意义;因此,即便当事方没有提到《公约》,法院显然也有义务考虑《公约》的任何相关条款作为习惯国际法规则在何种程度上对当事方具有约束力”)

<sup>69</sup> 另见北海大陆架案(上文脚注18),详见第104页,阿蒙法官的个别意见(“不应从公约文本的表述中推断习惯形成的证据,而应从国家实践中寻求习惯形成的证据”); 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,巴威克法官的反对意见(“限适用于缔约方的协约法在适当情况下可能成为习惯法。另一方面,可能即便一项广为接受的……条约也无法树立或证明习惯国际法的地位……”); Shihata, “The treaty as a law-declaring and custom-making instrument”, 第90页(“在没有过往实践支持的情况下,一部条约本身及其签订不能构成或证明一般规则的存在,但可能标志着创立这一规则的第一步”); Charney, “International agreements and the development of customary international law”, 第996页(“此类[国际会议]谈判[和国际协定]提供了关于国际法规则的有用证据……[但]应当在国家实践和法律确信

当然，不言而喻的是，尽管多边公约在记录、界定乃至发展源自习惯的规则方面可发挥重要作用，但习惯国际法的材料还是应主要从各国的实际实践和法律确信中寻找。<sup>70</sup>

35. 一条条约规定可通过至少三种途径反映或开始反映习惯国际法规则，<sup>71</sup> 或换言之，帮助确定规则的存在和内容，即该条款可能：(a) 编纂在条约缔结之时已经存在的规则；(b) 促成正在出现的新规则定型；或(c) 促成一般惯例被接受为法律，从而诞生新的习惯国际法规则。有必要说明，虽然这三种途径各不相同，但在特定情况下可能重合。

36. 首先，条约可编纂已经存在的习惯国际法规则。<sup>72</sup> 在这种情况下，条约的“起源或诞生”<sup>73</sup> 宣示

的背景下予以认真审查”；Weisburd, “Customary international law”, 第6页(“条约只是国家实践的另一种形式，[]不能仅仅根据条约的措辞来解答关于习惯国际法内容的问题”)。

<sup>70</sup> 大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)(见上文脚注68)详见第29–30页，第27段。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18)，详见第98页，第184段(“如果两国商定将某条规则纳入条约，其商定便足以使这一规则成为约束双方的法律规则；但在习惯国际法领域，仅缔约方就规则内容达成共识还不够。法院必须确定各国实践的确证实该规则存在于国家的法律确信中”)；Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, 第234页(“[一]条约并不‘创立’习惯法，但……可能编纂现有法律，并推动创建和发展新习惯法的进程”)。

<sup>71</sup> 当然，条约条款在编纂或发展一条习惯国际法规则方面的地位可能因评估该条款地位的时间点而发生变化。

<sup>72</sup> 《维也纳条约法公约》(以下简称“1969年《维也纳公约》”)第四、第三十八和第四十三条确认了条约和习惯规则并行的可能性。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，判决，《2015年国际法院汇编》，第3页起，详见第47页，第88段(“在条约所述义务也在习惯国际法项下存在时，条约义务和习惯法义务依然各自分开，相互独立”)；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424页，第73段(“这些被承认的[习惯国际法和一般国际法原则]被多部公约编纂或体现……但这并不意味着它们停止作为习惯法原则存在和适用，即便对这些公约的缔约国，也是如此”)；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18)，详见第94–96页；第207页，倪法官的个别意见；以及第302–303页，施韦贝尔法官的反对意见；美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980年国际法院汇编》，第3页起，详见第24页，第45段，以及第30–31页，第62段；摩洛哥境内美利坚合众国民的权利案(上文脚注40)，详见第220页，哈克沃斯、巴达维、李维·卡内罗法官和贝内加尔·劳爵士的反对意见；格陵兰与扬马延间区域海洋划界案，判决，《1993年国际法院汇编》，第38页起，详见第135页，沙哈布丁法官的个别意见；Weisburd, “Customary international law”, 第19–20页。关于编纂性条约对其意图体现的习惯规则之影响的各种意见，见 Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第151–153页。

<sup>73</sup> 北海大陆架案(见上文脚注18)，详见第45页，第81段；另见第242页，索伦森法官的反对意见(“有些条约条款仅确切

了这些规则，即“条约的架构者识别在开始起草编纂性条约时就已存在的习惯国际法规则，并以成文法的形式表述这些规则”。<sup>74</sup> 例如，《公海公约》缔约国在《公约》序言中提及“深愿编纂关于公海之国际法规则”以及“……下列条款，概括宣示国际法上之确定原则”；另一方面，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》起草者在《公约》序言中认为“国家及其财产的管辖豁免为一项普遍接受的习惯国际法原则”，同时，起草者在序言中表示，相信一项国际公约“将有助于国际法的编纂与[逐渐]发展及此领域实践的协调”。有时，编纂之意也可能隐含在案文中。<sup>75</sup>

37. 不过，旨在编纂习惯国际法规则的条约“在这一点上，并不自我核证”。<sup>76</sup> 编纂性公约可能(而且

表达已被公认为习惯国际法一部分的国际法规则，毋庸置疑的是，这些条款体现和制定的规则适用于所有国家，无论它们是否已加入该条约”)。

<sup>74</sup> Dinstein, “The interaction between customary international law and treaties”, 第357页。Baxter解释道，“宣示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)识别，但其性质也可从条约的筹备工作及其起草历史中识别”；Baxter, “Treaties and custom”, 第56页。另见 Wolfke, “Treaties and custom ...”, 第36页(“如果一条约明确承认——甚至间接承认——一条现有的习惯规则，则这种承认即为相关习惯规则的额外证据”)。Weisburd说得对，“尽管这类声明[即条约是在宣示习惯]并未准确说明截至条约缔结时的法律状况，但是它相当于条约缔约方明确承认自身受条约规则的法律约束，即便该条约不存在”；Weisburd, “Customary international law”, 第23页。

<sup>75</sup> 在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的情况下中，各方“确认”灭绝种族是国际法规定的罪行(另见对《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23页)。

<sup>76</sup> Gamble, “The treaty/custom dichotomy: an overview”, 第310页。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18)，详见第97–98页，第184段(“仅国家宣布承认某些规则的事实不足以使法院认定这些规则是习惯国际法的一部分，并可作为习惯国际法适用于这些国家。虽然法院受《规约》第38条的约束，须适用，除其他外，国际习惯‘作为通例之证明而经接受为法律者’，但法院不可忽视一般惯例……在习惯国际法领域发挥的关键作用，当事方就何为规则内容达成共识还远远不够的。法院必须确定，国家法律确信中存在的规则得到了实践的证实”)；Murphy, *Principles of International Law*, 第99页(“在没有反驳证据的情况下，有个论点颇有道理，即新条约并非编纂现有的习惯国际法，因为如果是的话，就不需要这一条约了”)；Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第154页(“应当强调指出的是，即使那些明确指出自身体现了现有习惯法的编纂性公约，也决不能被视作习惯法的确凿证据”)；Guzman, “Saving customary international law”, 第162页(“条约的主要功能之一是在各国间建立新的义务——[习惯国际法下]尚不存在的义务。当面对基于条约义务的实践时，很难知道这是否反映了法律确信”)；Sohn, “Unratified treaties as a source

往往)载有旨在发展法律<sup>77</sup>或代表谈判各方决定的特别安排的规定,甚至可能只载有一条仅部分宣示习惯国际法的规定。<sup>78</sup>还有一种可能性,即条约案文中有关习惯国际法地位的主张是错误的,或者习惯国际法自条约缔结以来已经发生改变。<sup>79</sup>因此,有必要在每一情况下核证所涉条款是否确实是为了编纂习惯,以及是否反映了现有的习惯国际法,即必须确认“实践证实规则存在于国家法律确信之中”。<sup>80</sup>在此过程中,必须审视国家的声明和行为:“对条约所整合的关于缔约方实践的证据,必须根据习惯国际法的正常证明程序,与所有其他[一致和不一致的]习惯国际法证据进行比较,加以权衡”,特别是与“提出主张的国家以往的实践或声明”相比较。<sup>81</sup>所涉条款的准备工作资料可能表明条约缔约方是否以及在何种程度上认为该条款是宣示现行国际法;<sup>82</sup>条约缔结之后的声明也可具有相关性。<sup>83</sup>审查条约之外的实践,即非缔约方的实践或缔约方对非缔约方实行的实践,可能特别重要。

of customary international law”,第237页(“一项条约可能不代表被接受的法律,而是缔约方之间达成的对该法律的背离”)。

<sup>77</sup> 例如,《联合国海洋法公约》在序言提到了“在本公约中所达成的海洋法的编纂和逐渐发展”。

<sup>78</sup> 另见Pocar,“To what extent is Protocol I customary international law?”,第339页(“编纂过程必然需要评估所涉习惯规则或原则及其书面定义,因此可认为,由此产生的书面案文将影响其范围和內容。因此,在通常情况下,条约条款对其所编纂的习惯法原则进行的任何调整或可能添加的新元素,必须经受仔细检查,以确定其是否已被接受为普遍适用。然而,条约条款为习惯法原则添加新元素的情况应有别于从公认一般习惯法原则应有之义中派生出来的具体规定”)。

<sup>79</sup> 另见Wolfke,“Treaties and custom...”,第35页(“一部条约项多可能是现实实践的近似复制,就像肖像画一样”)。

<sup>80</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注18),详见第98页,第184段。

<sup>81</sup> Baxter,“Treaties and custom”,第43-44页。

<sup>82</sup> 例如,见对各国的法律后果案(上文脚注40),详见第47页,第94段(“《维也纳条约法公约》就因违约而终止条约关系所做出的各项规则(获得通过时无反对票)可能在许多方面被认为是就这一主题现有习惯法进行的编纂”)。例如,在准备工作资料指出相关条款引起了众多反对意见或需要实质性妥协之处,这可能表明它并未反映习惯规则。另见北海大陆架案(上文脚注18),详见第38页,第62段;Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第131-132页(“如果筹备阶段显示国家实践不一致,或如果国家拒绝或批驳(宣示的)的协定规则,则将削弱该习惯规则的成立理由”)。

<sup>83</sup> 见Akehurst,“Custom as a source of international law”,第49-52页。

38. 其次,条约(或者,也许更确切地说是缔约)可促使正在出现的习惯国际法规则明确定型。<sup>84</sup>当一项法律“在会议辩论和……从会议所展现的普遍共识中产生的接近协议基础上,通过国家实践”而演变出来时,就会出现这种情况。索伦森法官指出“一项意在创立新法的条约可能是基于尚未定型为习惯法的一定数量的国家实践和理论观点。它可能并非源自一块白板,而是来自萌芽状态的习惯规则。”<sup>85</sup>然后,该条约能开始反映习惯国际法的某条规则,该规则正处于“编纂之初,仅处于萌芽状态……中的习惯将通过各国政府在工作进展过程中对谈判和协商的各

<sup>84</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23页,第52段(“继该会议之后,该法在该会议的辩论和接近协定的基础上通过各国实践发生了演变。两个概念——源于该会议所产生的普遍共识——近年来定型为习惯法”)。另见大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国),判决,《1982年国际法院汇编》,第18页起,详见第38页,第24段;以及第170页,第23段,小田法官的反对意见(“有一种情况是可能的,即一部多边条约草案在依照最后条款生效并对缔约国产生约束力之前,其部分条款已通过有关国家的一再实践而成为习惯国际法”);巴塞罗那电车公司案(上文脚注40),详见第305页,阿蒙法官的个别意见(“不考虑编纂现有规则的公约也可构成正在出现的新国际习惯的要素”);Sohn,“Unratified treaties as a source of customary international law”,第245-246页(“因此法院愿意既重视编纂预先存在的习惯法的文书,又重视促成‘正在出现的国际法新规则’定型的文书。为此只需国际会议以协商一致或……以无异议的方式通过所涉规则……获得所有相关国家的普遍接受标志着一条新规则的创建。如果多数国家(包括几乎所有对规则适用存在特殊利害关系的国家)依此规则行事,则可明确推定,该会议商定的规则已成为公认的习惯国际法规则,尽管该协定尚未获得批准”);Cassese, *International Law in a Divided World*, 第183页(“现阶段国际社会发展的一个有趣特征是,习惯国际法似乎是在旨在编纂和逐渐发展国际法的外交会议之余得到发展”);Jiménez de Aréchaga,“International law in the past third of a century”,第16-18页;《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》与评注,国际法协会在2000年7月29日于伦敦举行的第六十九届大会上通过的题为“一般习惯国际法的形成”的第16/2000号决议(以下简称“伦敦原则声明”),第760页(“如果国家实践与条约起草工作并行发展……后者可能影响前者(反之亦然),使得正在出现的新习惯法确实得到巩固与进一步定义。同样,在最后即公约通过阶段,也是如此。事实上,起草和谈判的过程历时越久,国家实践以这种方式定型的空间越大”);Henckaerts,“Study on customary international humanitarian law”,第183页(“在实践中,起草条约规范有助于使全球法律意见聚焦,对各国的嗣后行为和法律信念具有不可否认的影响”)。

<sup>85</sup> 北海大陆架案(见上文脚注18),详见第243页,索伦森法官的反对意见(在第244页补充说,“作为编纂和逐渐发展国际法综合进程的一部分而通过的一部公约可能构成或被普遍接受的国际法新规则的决定性证据。其并非仅仅旨在宣示现行习惯法这一点在这方面并不重要。该公约可为面临新的相关法律问题的国家提供实践方面的权威指导,因此,围绕公约条款,可能形成一套新的公认法律规则”)。

种反应[而非通过起草条约本身]最终成型”。<sup>86</sup> 一个重要例子是在第三次联合国海洋法会议(1973至1982年)期间关于专属经济区概念的发展,在《联合国海洋法公约》于1982年通过并于1994年生效之前,各国已接受其为习惯国际法。<sup>87</sup>

39. 第三,虽然“国际法的一项原则是,多边条约的缔约方不管数量有多少或有多重要,都不能影响其他国家的合法权利”,<sup>88</sup>但条约也可为制订新的习惯国际法规则提供依据。<sup>89</sup>正如国际法院所指出的,一条源自条约的规则可能逐渐成为一般国际法,这一进程“是完全有可能发生的,而且确实时有发生:事实上,这是习惯国际法新规则有可能得以形成的一个公认方式”。<sup>90</sup> 条约条款所制定的规则可延伸适用

<sup>86</sup> Dinstein, “The interaction between customary international law and treaties”, 见第358–359页(解释说“情况是,在缔结条约的工作启动之前,习惯已经开枝散叶但尚未开花结果。持续开展的谈判和磋商有助于加速国家实践(如果之前国家实践的发展是慢慢吞吞,现在则是大步前进),也有助于形成共同的法律确信。然后,条约将定型的习惯加以精确阐述,使之成为实在法……成功定型的关键是,在拟订条约的过程中显示,新的习惯现行法已开始成型”)。

<sup>87</sup> 大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)(见上文脚注68), 判决, 详见第33页, 第34段(“法院认为毫无疑问的是,各国的实践显示根据距离确定应享权利的专属经济区制度已成为习惯法的一部分”)。关于专属经济区概念的发展,例如,见Tanaka, *The International Law of the Sea*, 第124–125页。

<sup>88</sup> 西南非洲的国际地位案, 咨询意见, 《1950年国际法院汇编》, 第128页起, 详见第165页, 里德法官的个别意见。另见渔业管辖权案(联合国诉冰岛)(上文脚注84), 第3页起, 详见第90页, 德·卡斯特罗法官的个别意见(“一种主流趋势的存在,乃至被国际公约接受,并不意味着公约已使得该规则被定型为或正式确立为习惯法规则”); 1969年《维也纳公约》, 第三十四条。

<sup>89</sup> 1969年《维也纳公约》第三十八条题为“条约所载规则由于国际习惯而成为对第三国有拘束力”(条文读作:“第三十四条至第三十七条[涉及条约及第三国]之规定不妨碍条约所载规则成为对第三国有拘束力之公认国际法习惯规则”)。1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下简称“1986年《维也纳公约》”)第38条也有类似条款:“第34至第37条的任何规定不妨碍一项条约所载的一项规则作为公认的习惯国际法规则对第三国或第三组织发生拘束力。”关于维也纳各公约第38条,见Gaja, “Article 38”。

<sup>90</sup> 北海大陆架案(见上文脚注18), 详见第41页, 第71段; 另见第96页, 帕迪亚·内尔沃法官的个别意见(“未经第三国同意, 条约并不对其产生权利或义务, 但一条约所规定的规则有可能作为国际法的习惯规则而对非缔约国产生约束力”); 详见第225页, 拉克斯法官的反对意见(“人们普遍承认, 国际文书的规定有可能获得一般国际法规则的地位。甚至连未批准的条约都可能构成一项法律实践的开端。对许多国家有约束力的条约, 更有理由能够产生这种效果, 这种现象在国际关系中并非鲜为人知”); 详见第241页, 索伦森法官的反对意见(“人们普遍承认, 条约或公约所规定的规则有可能作为国际法的习惯规则, 或作为以其他方式被公认为具有法

于非缔约方的机制, 即“延伸机制”<sup>91</sup> “不应轻易被视

律约束力的国际规范, 而对非缔约国产生约束力”)。另见关于适用法律的中间裁决: 恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控案, 第STL-11-01/I号案, 黎巴嫩问题特别法庭, 上诉分庭, 2011年2月16日, 第107–109页; 检察官诉泽伊尼尔·德拉利奇等人案, 第IT-96-21-T号案, 判决, 前南斯拉夫问题国际法庭, 审判分庭, 1998年11月16日, 《1998年司法汇编》, 第301–306段(指出“这一[条约规定成为习惯国际法的一部分]发展说明了习惯国际法不断演变的性质, 这也正是它的优势所在”); 检察官诉莫里斯·卡伦和布里马·巴兹卡·卡拉案, 案件编号: SCSL-2004-15-AR72(E)和SCSL-2004-16-AR72(E), 关于质疑管辖权的决定: 洛美协定大赦, 塞拉利昂问题特别法庭, 上诉分庭, 2004年3月13日, 第82段; 检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”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, 《1994–1995年司法汇编》, 第98段(“这两套规则相互影响, 从而使一些条约规则逐渐成为习惯法的一部分”); 国家关于区域内活动的责任和义务案, 咨询意见, 2011年2月1日, 国际海洋法法庭, 《2011年国际海洋法法庭汇编》, 第10页起, 详见第47页, 第135段(“分庭注意到, 越来越多的国际条约和其他文书已采纳审慎办法, 其中许多反映了《[关于环境与发展的]里约宣言》原则15的表述。分庭认为, 这已开始形成一种趋势, 使这一办法成为习惯国际法的一部分”); 检察官诉安托·富伦基亚案, 第IT-95-17/1-T号案, 判决, 前南斯拉夫问题国际法庭, 审判分庭, 1998年12月10日, 《1998年司法汇编》, 第一部分, 第138和第168段(“各种因素表明, 这些[关于禁止酷刑的]条约规定已发展成熟, 成为习惯规则。首先, 这些条约……几乎得到了全世界所有国家的批准……各国的普遍加入表明, 所有国家均接受禁止酷刑等规则。其次, 从未有任何国家声称有权在武装冲突时实施酷刑, 也没有任何国家曾表明或表示反对执行禁止酷刑的条约规定……第三, 尽管没有明确提及酷刑, 但国际法院曾权威认定了这一习惯规则形成过程”); 麦克·多明戈斯诉美国案, 第12.285号案, 第62/02号报告, 美洲人权委员会(2002年), 第104段(“条约规范可被视为形成了新的原则或习惯法规则。只要确立习惯规则的各种因素具备, 新的习惯国际法规则甚至还有可能在很短的时间内, 在原本纯粹由协约所定的规则基础上形成”); 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, 第ARB/03/2号案, 关于反对管辖权的裁决, 2005年5月11日, 解决投资争端国际中心, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 41 (2005), 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——在满足条件的情况下——产生习惯规则所必需的实践和法律确信”); 凡·安瑞特诉荷兰案(裁决)第65389/09号, 欧洲人权法院, 2010年7月6日, 第88段(“正如国际法院所解释的那样……条约规定有可能成为习惯国际法。其必要前提是相关规定应在任何情况下均具备潜在的规范的规范制订性质, 例如, 能够被视为形成一般法律规则的基础; 有相应的既定国家实践; 而且有证据存在一种确信, 即这一实践是应一条法律规则的要求而具有习惯性的(法律必要确信)”)。但是, 见Barboza, “The customary rule”, 第12页(“然而, 我们的观点是, 习惯几乎不可能直接从文字中产生。尽管某一法律领域可能较新, 但必须先有一些活动, 且这些活动肯定产生了一些由必要性和类推适用原则而来的实践。假如没有任何活动, 难以设想会有一部条约处理该主题”)。

<sup>91</sup> Barboza, “The customary rule”, 第4页(提及一些“[法律]先进共同体”国家, 这些国家在起草公约方面, 发挥了“立法”过程中的先进作用”, 它们“在国际关系中的份量[通常由于是

为已然实现”。<sup>92</sup> 首先, 这需要“相关条款应……具备根本的规范制订性质, 例如, 能够被视为形成一般法律规则的基础”。<sup>93</sup> 例如, 这些条款不太可能包括为条约设立的专门机构规定作用的条款。<sup>94</sup> 还有一个

某些世界大国以及大多数特别受公约相关议题影响的国家的参与]为这一共同体的加入邀请增加了权重”。

<sup>92</sup> 北海大陆架案(见上文脚注18), 详见第41页, 第71段。另见蒙代夫国际公司诉美利坚合众国案, 解决投资争端国际中心, 第ARB(AF)/99/2号案, 2002年10月11日的裁决, 《解决投资争端国际中心汇编》, 第6卷, 第111段(“在国际实践中往往难以确定多边或双边条约承认的义务自何时起开始影响对非条约缔约国具有约束力的习惯国际法规则的内容”); Schwebel, “The influence of bilateral investment treaties on customary international law”, 第29页(“只对其条约缔约方有约束力的条约规定也可能渗入一般国际法, 从而对整个国际社会产生约束力, 这一过程是微妙而难以捉摸的”); Weil, “Towards relative normativity in international law?”, 第433-438页。

<sup>93</sup> 北海大陆架案(见上文脚注18), 详见第41-42页, 第72段。另见 Verdier and Voeten, “Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory”, 第426页(指出“规范创建性”标准“似乎要求规则以一般性的语言阐述, 从而具有普遍约束力的可能”); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第84页(“必须是一种可作为一般规则的形式”); Brölmann, “Law-making treaties: form and function in international law”, 第384页; Jia, “The relations between treaties and custom”, 第92页(指出“根本的规范创建”是“一项雄心勃勃的任务, 只有借助多边条约才能完成”); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第177和第179页(“一般规则可以界定为规范未来的规定, 涉及的主体的数目可能是无限的、普遍的, 而不是个别的……另一个标准……是‘造法’的条约规则也具有抽象性质, 即潜在规管的是若干抽象的情况, 而不是具体情况”)。但是, 见 Kolb, “Selected problems in the theory of customary international law”, 第147-148页(“对这句话出现了不同的解释, 例如, 法院指的是对国家有普遍约束力的规则, 或没有过多例外削弱其规范内容规定。无论如何, ‘根本造法性’标准似乎不太令人信服。它基于的是某种逻辑倒置。一条规则不是因为其根本造法性才可能成为习惯规则; 而是因为它将通过国家实践成为习惯规则, 才被称之为——如果希望如此——具有根本造法性。然而, 在这种情况下, 该项标准变得多余。这可能只意味着, 在解释一条条款以确定其习惯法性质时, 可以合理地假设, 过于狭窄或具体的规范不易符合成为一般国际法的资格。但仅此而已。即使是非常具体的规范(例如设定图表中的时限), 如果各国在实践中予以采纳, 也可能成为习惯规则。因此, 真正重要的是切实的国家实践和国家最终的法律确信, 而不是关键规范的任何内在性质。此外, 可以说, 每一个规范, 由于其本身的性质, 在某种程度上都具有‘造法性’也即规范性或普及的能力。这是个程度问题, 因而是用于背景解释”); 《伦敦原则声明》(上文脚注84), 第763-764页; Baxter, “Treaties and custom”, 第62页。

<sup>94</sup> 在领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉哥伦比亚案)中, 国际法院认为《联合国海洋法公约》第七十六条第1款(大陆架的外部界限)反映了习惯国际法, 但并未提及其后几款(判决, 《2012年国际法院汇编》, 第624页起, 详见第666页, 第118段)(“法院认为《[联合国海洋法]公约》第七十六条第1款所列大陆架定义构成习惯国际法的一部分。在本阶段……无需裁定《[联合国海洋法]公约》第七十六条其他各款是否构成习惯国际法的一部分”)。

条件是, “在所援引的条款方面, 国家实践, 包括利益尤其受到影响的国家实践必须既广泛又基本统一; 而且其[发生]方式也应表明一种普遍承认, 即所涉及的是一项法律规则或法律义务”。<sup>95</sup>

40. 关于条约特别是所谓“造法”条约的规定以某种方式反映或开始反映习惯国际法规则, 可以举出许多例子。在这方面, 从《大陆架公约》对习惯国际法接受大陆架概念的影响, 到专属经济区概念的出现, 海洋法是一个例子特别丰富的领域。<sup>96</sup> 同样, 《维也纳条约法公约》(以下简称“1969年《维也纳公约》”)的许多条款已经体现了习惯国际法, 或自那以后被视为习惯国际法。<sup>97</sup> 《维也纳公约》中最重要的规则是关于条约解释的规则, 国际和国内各法院及法庭一再认定这些规则反映了习惯国际法, 而且这

<sup>95</sup> 北海大陆架案(见上文脚注18), 详见第43页, 第74段。另见 Cheng, “Custom: the future of general State practice in a divided world”, 第533页(“如试图确定任何一般国际法规则是否存在那样, 每次这种转变[条约的一项规定转变成一般国际法规则]发生与否, 都是一个应根据具体证据确定的事实问题”); Scott and Carr, “Multilateral treaties and the formation of customary international law”, 第82页(“多边条约本身并不能笼统地‘即时’创建对国际体系中所有国家适用的习惯国际法, 而是必须等待各国的嗣后反应”)。国际法院还在北海大陆架案中指出, 如果记录表明“公约得到非常广泛、有代表性的参与……前提是包括那些利益特别受到影响的国家”, 这本身也许足以使一条条约规则转变为习惯国际法规则(第73段)。换言之, 一部多边条约可能在某些情况下“由于自身的影响”(第70段), 而导致产生一条习惯国际法规则。但是, 正如最近有人撰文指出, “法院小心翼翼不去明确断定该方法是否可能……不管怎样, 在法院的判例中, 对编纂性公约的普遍参与本身从未能充分确认一条习惯规则”(Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第207页)。另见《伦敦原则声明》(见上文脚注84), 第763和第765页(“应当指出的是, 法院既没能给出例证, 也没能适当地阐发这一点。因此, 可能不应过分强调法院的只言片语。而且, 显然除缔约意图之外, 其他的证据通常不会出现在公约中……从上述分析可以看出, 单单一部多边或双边条约不会‘由于其本身的影响’而立即创建一般习惯法, 即使一系列此类条约也似乎不可能产生这样的效果, (最多)极其罕见的情况除外”); Schachter, “Entangled treaty and custom”, 第724-726页。Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第86-91页; 然而, 见对《灭绝种族罪公约》的保留案(上文脚注75), 详见第52-53页, 阿尔瓦雷斯法官的反对意见; 检察官诉萨姆·欣加·诺曼案, 就以缺乏管辖权为由提出的初步动议作出的裁决, 第SCSL-2004-14-AR72(E)号案, 塞拉利昂问题特别法庭, 上诉分庭, 2004年5月31日, 第18-20段和第50段。

<sup>96</sup> Treves, “Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer”; Roach, “Today’s customary international law of the sea”。

<sup>97</sup> 见 Corten and Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 关于《维也纳公约》各条款的“习惯地位”一节。另见 Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第5-28页。

些规则还被适用于很久以前的条约。<sup>98</sup> 国家豁免是另一个多边公约对识别习惯国际法规则起着核心作用的领域，<sup>99</sup> 尽管不同法院有时会得出不同的结论。<sup>100</sup>

41. 条约缔约方(互相之间)的实践可能主要由条约义务驱动，因此通常对确定一条习惯国际法规则的存在或发展帮助较小。<sup>101</sup> 这种实践通常只不过是

<sup>98</sup> 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1059页, 第18段(将1969年《维也纳公约》关于解释的规则适用于一部1890年的条约)。仲裁法庭在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中很好地总结了这一判例法, 2005年5月24日裁决, 常设仲裁法院, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十七卷(联合国出版物, 出售品编号: E/F.06.V.8), 第33–125页起, 详见第62页, 第45段。另见委员会2013年暂时通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案第1条第1款(以及评注第(4)–(6)段): 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第38–39段, 第20–23页。

<sup>99</sup> 另见 O’Keefe and Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, 第41页(“毫无疑问, 通过国家的密切参与, 《公约》的拟订过程表明, 或者不仅表明而是确定了, 当代关于国家豁免的习惯国际法内容。这并不是说每一条实质性条款的全部内容都必然属于习惯……国际和国内法院均已视该《公约》为当今习惯规则有说服力的依据……”)。尤见国家的管辖豁免案(上文脚注18), 多处, 详见第123页, 第55段(“具有特别重要意义的国家实践可在……国家所作的发言中找到, 先是在国际法委员会对这一问题的广泛研究过程中, 然后是在该《联合国公约》通过之时”)

<sup>100</sup> 在2015年2月5日关于本克哈布什和阿诺尔诉苏丹共和国大使馆案[2015] EWCA Civ 33的判决中, 英格兰和威尔士上诉法院对《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第11条(“雇用合同”)是否反映了习惯国际法进行了审议: 在审议时, 法院指出(详见第36段)“……必须仔细审查每项条款, 以确定是否满足要被视为习惯国际法的严格要求”; 在审议了其他法域的判决和立法后, 法院(详见第46段)“认为, 在缺乏某些特别条件的情况下, 无法认定有任何国际法规则规定对代表团服务人员的就业申诉给予豁免……”。在审议该《公约》第12条(“人身伤害和财产损害”)规定的“领土内侵权行为”的例外范围时, 国际法院不得与各国法院的不同意见展开论辩(国家的管辖豁免案(上文脚注18), 详见第126–135页, 第62–79段)。

<sup>101</sup> 例如, 见北海大陆架案(上文脚注18), 详见第43页, 第76段(“超过一半的相关国家, 无论是单方面还是共同采取行动的, 都已经是或很快成为《日内瓦公约》的当事国, 因此可以推断, 就它们而言, 其行动是为了实际或潜在地适用公约。从它们的行动中无法合理推论出存在一项认同相等距离原则的习惯国际法规则”); 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案(上文脚注40), 详见第199页; 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18), 详见第531页, 詹宁斯法官的反对意见(“……显然难以从这些不是《宪章》缔约方的少数国家行为中提取出关于这些事项的哪怕一丁点相关‘惯例’; 而其他所有国家的行为及其本可证明的法律确信, 则肯定可以用它们受到《宪章》本身约束这一点来加以解释”); 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, 第37段,

根据1969年《维也纳公约》第三十一条第三项(乙)款或第三十二条所述规则, 不时作为条约的解释资料(委员会正在“关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题下审议该事项)。如巴克斯特所指出的那样, 这一点可能会在一条约几乎得到普遍参与时, 确定是否已经形成一条习惯国际法规则方面造成特别大的困难。<sup>102</sup> 在非缔约国的行为, 以及缔约国对非缔约国的行为中, 不会出现这种问题, 因为这些行为可能明显构成了实践, 可用于识别一条约规定的具有习惯效力的规则。<sup>103</sup> 无论如何, 如克劳福德最近所说的那样:

国家实践要求巴克斯特悖论成立, 即对条约的参与是不够的。习惯不只是条约, 甚至不只是普遍接受的条约……[但]习惯和条约共存表明巴克斯特悖论实际上并非真正的悖论。<sup>104</sup>

42. 如特别报告员的第二次报告所述,<sup>105</sup> 在大量双边条约中重复出现类似或相同的条款可能产生一条习惯国际法规则或证明其存在,<sup>106</sup> 但没有必然性。

亚伯拉罕法官的个别意见。参阅尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18), 第14页起, 详见第96–97页, 第181段(“《宪章》在这一领域表述的原则已经出现在习惯国际法中, 随后的四十年里该法律在《宪章》的影响下发展, 以致《宪章》中的若干规则已经具有独立于该法律之外的地位”)

<sup>102</sup> Baxter, “Treaties and custom”, 第64页(“随着文书缔约方数目增加, 更难以证明非缔约方的一贯行为模式。习惯法创立过程的参与者的数量可能变得很少, 以致于其实践证据变得微乎其微甚或完全匮乏。由此产生了一个悖论, 即随着条约缔约方数目的增加, 更难以表明独立于条约存在的习惯国际法内容”)。另见检察官诉泽伊尼尔·德拉利奇等人案(上文脚注90), 第302段(“在某些情况下, 可能极难确定这种习惯法存在的证据, 即国家实践和法律确信, 特别是在一部多边条约已经得到绝大多数国家通过的情况下。要以条约以外的国家实践证据来证明单独的习惯规范或证明公约规范已成为习惯, 变得更加困难, 因为这让人觉得只有非条约缔约方的实践才受到重视”)

<sup>103</sup> 另见 Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, 第1页(“这项研究采取了谨慎的方法, 认为广泛批准只是一个迹象, 必须结合实践的其他要素进行评估, 特别是非相关条约缔约方的国家的实践。非缔约国的一致被视为重要的正面证据。非缔约国的相反实践则被视为重要反面证据。条约缔约国相对于非缔约国的实践也具有特别相关性”)

<sup>104</sup> Crawford, “Chance, order, change: the course of international law”, 第107和 第110页。另见 Kolb, “Selected problems in the theory of customary international law”, 第145–146页(认为只有在抽象表述时该悖论才成立, 因为“在具体情况下, 具体的背景情形通常会破除”这一悖论); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第155页。

<sup>105</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/672号文件, 第76(f)段。

<sup>106</sup> 另见 Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第59页(“多个国家在一段时间内缔结了一系列双边

在这方面,同样需要根据有关背景和通过这些条款时的具体情况对这些条款(以及编入这些条款的条约)进行分析。使这种分析尤其重要的是,因为“存在多项……条约……事实上是一把双刃剑”:<sup>107</sup>

即使相当多的条约彼此一致,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。恰恰相反,在不少情况下,这类条约似乎反而证明存在对一般规定的例外。<sup>108</sup>

43. 第二次报告还指出,<sup>109</sup> 正被审议的国家是否确实已经签署和/或批准条约,<sup>110</sup> 以及缔约国是否有

条约,其中对彼此间关系的相同问题全都采取同样的解决办法,则可能产生一条新的习惯国际法规则”;蒙代夫国际公司诉美利坚合众国案(见上文脚注92),第125段(“现行国际法的内容受到2 000多部双边投资条约和众多友好及通商条约的影响”)

<sup>107</sup> 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注40),详见第306页,阿蒙法官的个别意见。

<sup>108</sup> Wolfke, “Treaties and custom ...”, 第36页。另见艾哈迈德·撒迪奥·迪亚洛案(见上文脚注23),第582页起,详见第615页(“几内亚所援引的事实,即促进和保护外国投资协定以及[《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》]等各项国际协定制定了关于投资保护的特别法律制度,抑或这方面的规定通常被列入国家与外国投资者之间直接签订的合同,不足以证明外交保护的规则发生了变化,因为这同样可以证明事实正好相反。”);以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注23),第317-318页,施韦贝尔副院长的反对意见(“如果其本质已经是国际法,为何还要订立这些[多部]条约……?”);Schachter, “Entangled treaty and custom”, 第732页(“国家一般不认为这种标准化条约是习惯法的证据,因为在大多数情况下,双边协定是通过等价交换的安排而缔结的”);Danilenko, *Law-making in the International Community*, 第143页;Kopelmanas, “Custom as a means of the creation of international law”, 第137页;《伦敦原则声明》(见上文脚注84),第758-759页(“不能假设一系列类似条约规定能产生具有相同内容的新习惯规则”);Bishop, “General course of public international law”, 第229-230页。

<sup>109</sup> 见上文脚注105。

<sup>110</sup> 另见大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)(上文脚注84),详见第38页,第24段(“如果[法院]得出结论,认为公约草案的条款内容体现了原已存在或新出现的习惯法规则或将之定型,因此这些条款内容对国际社会所有成员具有拘束力,那么法院就不能忽视该公约草案的任何条款”);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277页(“批准该公约的国家数目有限,这一点反映了该论点的缺陷[根据该论点,这部公约仅编纂了已被认定为习惯的原则]”);《1950年……年鉴》[英],第二卷,A/1316号文件,第368页,第29段(“即便是已经签署但未生效的多边公约,也常被视为有价值的习惯国际法证据”);Sinclair, “The impact of the unratified codification convention”, 第227页(“可以公平地说,即使少数国家批准的编纂性公约,通常仍可被视为提供了一些关于相关主题的法律确信的证据。证据的质量将取决于可能成为问题的具体条款的渊源。若某一具体的编纂性公约的准备材料表明,某一条款在编纂会议上是以赞成和反对数相当的投票结果通过的,且因此产生的争议可

能力对条约的条款作出保留,<sup>111</sup> 可能也与评估是否存在有关条款的法律确信相关。应再次强调的是,必须认真审查通过条约案文时的特定情境,以及与其内容相对应的实践。

44. 拟议了下列结论草案(将被列入新增的第五部分,题为“特定形式的实践和证据”):

#### “结论草案12 条约

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

“(a) 在订立条约时编纂了现有的习惯国际法规则;

“(b) 导致正在出现的新习惯国际法规则定型;或

“(c) 导致被接受为法律的一般惯例,从而产生新的习惯国际法规则。”

## B. 国际组织和国际会议通过的决议

45. 人们普遍认为,在某些情况下,各国在国际组织和国际会议上通过的决议在习惯国际法的形成和识别方面发挥着作用。确实,在实践中为识别

能导致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”;Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第165页(“未经批准的文书并不总是[对习惯国际法的基本规则]产生不利影响,正如一部公约并不能创建即时的习惯法一样”);北海大陆架案(上文脚注18),详见第226页,拉克斯法官的反对意见(“拖延批准及加入多边条约是当代条约实践中的广为人知的现象……不能将批准和加入条约的国家数日本身视为普遍接受某一特定文书的确凿证据”);Silva, “Treaties as evidence of customary international law”, 第397页(“未经批准的公约如果得到大多数国家核可并得到大量有代表性的国家批准,那么其一般国际法的权威性将会增加。反之,如果在很长时间内只有极少国家批准或遵守该公约,那么其力量将减损。如果未经批准的一般性公约得到嗣后国际实践的补充,特别是如果国际法院考虑了基于其条款的实践,那么其重要性也会增加”);Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第87页(“必须铭记的是,对于批准编纂性条约的重要性进行的任何评估,都必须十分谨慎,正如对不批准条约进行评估时所做的那样”)

<sup>111</sup> 委员会《对条约的保留实践指南》(2011年)准则第3.1.5.3条指出:“一项条约规定反映了一项习惯国际法规则,这一事实本身并不妨碍对该项规定可提出保留”。正如委员会在该条准则的评注中所解释的那样,国际法院在北海大陆架案中对于排除某些保留的推理非常谨慎(评注第(4)段)。委员会指出,法院并没有确认不容许对反映习惯法的条约规定提出保留(评注第(5)段),《2011年……年鉴》,第二卷(第三部分)。



习惯国际法规则而援引书面文本时，这些决议颇受重视。

46. 在这方面，各法院和学者们特别重视大会的决议，大会这个平台的参与程度几乎是普遍的，而本节将用很多篇幅专门对这些决议进行讨论。这些决议作为习惯国际法的证据或驱动力可能具有特别的相关性。<sup>112</sup> 不过，各国的其他会议也可能很重要。<sup>113</sup> 成员数目较为有限的国际组织机关<sup>114</sup> 和国际会议可以发挥类似职能，但在证明一般习惯国际法方面的权重通常较低；然而，它们可在特定习惯的形成和识别方面发挥着核心作用（详见下文第五章）。

47. 虽然这类决议本身不能创立习惯国际法，但在提供关于现有或正在出现的新法律证据方面，“有时可能具有规范价值”。<sup>115</sup> 然而，需要谨慎确定某

<sup>112</sup> Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*, 包含关于国际组织决议和国际组织在习惯国际法中作用的各个方面的丰富内容。另见 Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*; Castañeda, “Valeur juridique des résolutions des Nations Unies”; Forteau, “Organisations internationales et sources du droit”; Cassese, *International Law in a Divided World*, 第 193 页（“有理由认为，[联合国] 为国际社会几乎所有成员提供在一起交流意见的独特机会，这一点必然对习惯规则的出现或调整产生了重大影响”）。

<sup>113</sup> 例如，国际法院曾提到《欧洲安全和合作会议最后文件》（1975 年 8 月 1 日，赫尔辛基，Lausanne, *Imprimeries Réunies*）：尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（上文脚注 18），详见第 107 页，第 204 段（“可以推断案文证明了……存在普遍适用的[不干预]的习惯原则”）。

<sup>114</sup> 例如，安全理事会：见 Corten, “La participation du Conseil de sécurité à l’élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières”；科索沃单方面宣布独立是否符合国际法案，咨询意见，《2010 年国际法院汇编》，第 403 页起，详见第 437–438 页，第 81 段；塔迪奇案（见上文脚注 90），第 133 段（“安全理事会一致通过的某些决议对于形成以下法律确信非常重要，即实施或命令实施违反关于内部武装冲突的一般国际人道法的人员应被追究刑事责任”）。安全理事会关于索马里问题的第 2125 (2013) 号决议在第 13 段中强调“不得将本决议视作确立习惯国际法”；另见关于同一问题的安全理事会第 1838 (2008) 号决议第 8 段。

<sup>115</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 23），详见第 254–255 页，第 70 段（“法院指出，大会的决议即使没有约束力，有时也可能有规范价值。在某些情况下，决议可为确定存在一项规则或出现一个法律确信提供重要证据”）。以协商一致方式获得通过的 1974 年 11 月 12 日大会第 3232 (XXIX) 号决议载有如下规定：“认识到国际法的发展，除透过其他途径外，可能反映于大会的宣言和决议，国际法院也应在这个范围内加以考虑”。另见对各国的法律后果案（上文脚注 40），详见第 31 页，以及西撒哈拉案，咨询意见，《1975 年国际法院汇编》，第 12 页起，详见第 31–33 页（提到《给予殖民地国家和人民独立宣言》（1960 年 12 月 14 日大会第 1514 (XV) 号决议）是有关非自治领土国际法发展的“新的重要阶段”；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（上文脚注 18），详见第 103 页，第

项决议是否的确有此作用：“在每一种情况下都须进行阐述、评价和评估”。<sup>116</sup> 重要的是，“与国家的任何声明一样，始终需要考虑各国在国际论坛上投票支持

195 段（“可用大会第 3314 (XXIX) 号决议所附侵略定义所载描述……反映习惯国际法”）；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，《国际法汇编》，第 62 卷（1982 年），第 189 页（“……所述决议，即便不是获得一致赞同的法律渊源，也是国际观念的近期主导趋势的证据……”）；第十三委员会关于拟定具有规范性功能或目标的一般多边公约和非合同文书的决议和结论，国际法学会，《年鉴》，第 62 卷（1987 年），开罗会议（1987 年），第二部分，第 66 页，结论 1（“虽然《联合国宪章》没有赋予大会制定约束各国彼此之间关系的规则的权力，但大会可提出以建议，促进国际法的逐渐发展和编纂。可以通过各种决议实现这一权力”）；Abi-Saab, “La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté”，第 53 和第 56 页（“à l’heure actuelle la très grande majorité de la doctrine est d’avis que les résolutions normatives de l’Assemblée générale peuvent susciter les mêmes modes d’interaction avec la coutume que ceux que la Cour a identifié par rapport aux traités de codification, c’est-à-dire qu’elles peuvent produire les mêmes effets potentiels que ceux-ci, déclaratoires, cristallisants ou générateurs de règles coutumières”）[“目前，绝大多数理论认为大会的规范性决议与习惯之间的互动方式类似于法院所确定的与编纂性条约间的互动方式，即这些决议可以如后者那样，产生宣告、确定和创立习惯规则的潜在效力”]；Barberis, “Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens”，第 22–23 页（“l’Assemblée générale de l’O.N.U. est dépourvue, en général, du pouvoir de formuler des résolutions liant juridiquement les Etats [M]embres selon la Charte, et … elle n’a pas pu davantage acquérir cette faculté par la voie coutumière. Néanmoins, il est indubitable que les résolutions de l’Assemblée générale constituent un facteur important dans la formation de la coutume.”）[“根据《联合国宪章》，联合国大会通常无权制定对会员国具有法律约束力的决议，而且……不能通过习惯途径获取这种权力。然而毫无疑问的是，大会决议是形成习惯的一个重要因素。”]；Rosenne, *Practice and Methods of International Law, 1920–2005*, 第 111 页（“政府间组织机构通过的决议当前已被存入通用的国际素材库……律师们必须加以考量”）；Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第 44 页（“毫无疑问，此类[大会的宣示性]决议确实对国际法发展有着重要贡献……但这并未使其具有立法性质”）；Tomuschat, “The concluding documents of world order conferences”，第 563 和第 567–568 页（“国际会议没有成为立法机构的资格。当各国政府起草总结会议成果的案文时，其行动通常不带有创立有约束力的法律的意图。相反，其目的是说明今后要采取的政治行动方案……即便在最后文件中达成协议，能否产生有约束力的法律效力仍完全取决于有关各方有无此意愿。事实上，如果各国政府有意作出法律承诺，它们始终可以选择明确的条约文书……虽然纯粹政治言论无法产生法律效力，以致上述会议尚未形成传统意义上具有约束力的法律文书，但忽视其成果是短视的”（另见第 568 至第 580 页关于“免责声明和保留意见”的陈述）；Weil, “Towards relative normativity in international law?”，第 417 页（“作为趋势、意图、愿望的社会和政治表述，决议本身完全可以构成拟订国际规范进程的一个重要阶段；然而，决议并不构成新规范的正式渊源”）。

<sup>116</sup> Crawford, “Chance, order, change: the course of international law”，第 90 和第 112 页。另见 Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, 第 225 页（“国际组织的决议以及各国的多边宣言也会影响习惯国际法。[它们]是否

或反对某些决议的真实用意”。<sup>117</sup> 正如各国自己经常强调指出的那样，大会是一个政治机构，各国在其中的行为是否具有法律意义通常很不明确。<sup>118</sup> 因此，需要本着“所有应有的谨慎”来确定某项决议是否具有此类规范价值。<sup>119</sup> 正如国际法院所解释的那样：

需要审视其内容和通过的条件；还须研究对其规范性质的存在法律确信。有时一系列决议可能体现出确立一项新规则所需法律确信的逐渐演变。<sup>120</sup>

[有此效力]……取决于必须逐案评估的各种因素”；Trevés, “Customary international law”, 详见第44-46段。

<sup>117</sup> Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, 第88页。另见 Shaw, *International Law*, 第63页。

<sup>118</sup> 另见 Divac Öberg, “The legal effects of resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the jurisprudence of the ICJ”, 第902页(“[大会]的吸引力在于非常广泛地代表现有国家, 并且拥有集中和非常便利的手段, 可同时确定所有出席的会员国关于某议题的观点。然而, [大会]也是一个政治机构, 令其无法成为创建法律的理想论坛。各国的投票选择的确可能出于道义、政治或务实等法律以外的原因(例如, 经讨价还价达成的协定)。此外, 国家投票反对某项决议的原因可能是认为决议力度太大或不足。另外, 当‘国家根据通常影响其表决之法律意义的某些规则和机制采取行动’以及当决议并非归因于会员个体而是归因于通过机构和组织时, 强迫一国投出赞成票也很难说是公正的。最后, 参加大会投票的各国代表通常无权为各自国家做出法律承诺”); Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 第434-435页(“我们是否有权假定一张赞成票反映了国家对法律的观点? 这是非常不确定的。投票可能是一种政治姿态(例如确认其属于某一联盟), 而与该国认可的习惯毫无关联。投票还可能是出于某强国施加的压力或旨在羞辱该国的敌人。上述情况均未‘反映’有关国家的任何法律确信。此外……根据这种假定将[联合国的]决策解释为没有约束性是可能(经常发生)的——各国代表不具有全权证明了这一点”); Kirchner, “Thoughts about a methodology of customary international law”, 第235页(“我们必须铭记, 就其性质而言, 决议通常不产生法律义务。可以推定的是, 各国不采用条约形式, 是不愿受到任何约束”))。

<sup>119</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18), 详见第99-100页, 第188段。

<sup>120</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注23), 详见第255页, 第70段。另见 Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 第28页(“与国际法的许多内容一样, 下面的问题没有简单答案: 国际组织的决议在创立国际体系规范进程中发挥什么作用? 为了回答这个问题, 我们需要审视所述决议的题材, 审视决议是具有约束力还是建议性质, 审视支持通过决议的是什么样的多数, 审视与决议有关的重复实践, 并审视法律确信的证据。当我们摇动万花筒, 看到相关的模式以某种方式呈现时, 它们无疑在创建规范方面发挥了重要作用”); Sloan, “General Assembly resolutions revisited (forty years later)”, 第138页(“在审议某项决议的各种效力或应有权重时, 可考虑适当揉合在各项决议中的许多或所有上述因素。在有效性、作为一种解释的普遍可接受性、宣示效力或约束力的不同效果方面, 这些因素的相关性和重要性可能不尽相同。这种重要性可能因决议而异”); Brownlie, “Presentation”, 第69页(“某些大会决议, 即并非泛指的大会决议, 而是特指某些大会决议, 是一般国际法状态的重要证

48. 在此类评估中, 某项决议使用的具体措辞至关重要: “与国家实践一样, 在分配法律权重前, 必须审查具体决定的内容以及其在何种程度上考虑了法律事项。”<sup>121</sup> “以规范性语言”<sup>122</sup> 起草的决议是可能具有相关性的决议, 具体措辞的选择(或规避)可能至关重要。决议所用的语言性质“据称可以说明会员国在决议法律重要性方面的意图”。<sup>123</sup>

据。决议的案文、决议通过前的辩论以及各代表团对投票的解释都是国际法状态的证据, 但仅此而已。当我提到证据, 指的不一定是有利或积极的证据。因此, 上述证据可能显示对决议各个方面存在如此之多的意见分歧, 以致于就习惯国际法标准而言, 表明我们在某一议题上离形成习惯国际法仍有一定距离”); Economidès, “Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international”, 第144页(“si les conditions précitées sont réunies (contenu normatif, grande majorité etc.), ces résolutions peuvent évoluer en règles coutumières, à condition toutefois que les Etats les appliquent réellement dans les faits, ce qui est toujours indispensable à la création d’une coutume” [“若满足上述条件(具有规范性内容、获得大多数支持等), 则上述决议可演变为习惯规则, 但条件是各国的确将其付诸实践, 对创建习惯而言, 这一点始终是至关重要的。”]); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第65页(“必须考虑各种可能的决议类型, 如果不是每项决议的实质内容, 因为决议本身以及会员国立场的相对权重将因有关决议的形式和题材而有所不同”))。

<sup>121</sup> Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 第194-195页。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(上文脚注18), 详见第102至第103页, 第193段; 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注23), 详见第255页, 第72段。另见 Barberis, “Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens”, 第34页(“[N]’ont pas de caractère prescriptif les résolutions qui formulent des recommandations, émettent des vœux, incitent à adopter une conduite déterminée, sollicitent une collaboration, invitent à prendre certaines mesures ou emploient des expressions semblables. Les résolutions qui utilisent ce vocabulaire ne confèrent aucun droit et n’imposent aucune obligation sur le plan juridique; elles se bornent à contenir une recommandation ou une invitation, ce qui n’entre pas dans la sphère normative” [“提出建议、表达意愿、鼓励采取特定行动、寻求协作、邀请采取某些措施或使用类似表述的决议不具有规范性。从法律上讲, 使用这类词汇的决议不赋予任何权利, 也不施加任何义务; 此类决议只列有建议或邀请, 而不属于规范范畴。”])。

<sup>122</sup> Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第198页。另见第十三委员会关于拟定具有规范性功能或目标的一般多边公约和非合同文书的决议和结论, 国际法学会(上文脚注115), 第68页, 结论10(“决议语言和背景有助于确定其规范意图。提及国际法或等同用语, 或故意略去此类措辞……有相关性, 但其本身并不是决定性的”); Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, 第225页(“造法性决议或宣言不一定需要将权利或原则宣布为法律, 但与条约一样, 其措辞必须具有‘根本的规范制定性’, 并因此可被视为形成一般法律规则的依据”(引自北海大陆架案))。

<sup>123</sup> Prost and Clark, “Unity, diversity and the fragmentation of international law: how much does the multiplication of international organizations really matter?”, 第362页。

49. 在这方面,通过所述决议的背景情况同样重要。这尤其包括通过决议时所采用的方法;投票数字(如适用);各国就其所持立场(例如,在就决议进行谈判时或在立场说明、投票解释或其他声明之中)提供的理由。显然

支持程度是重要的。对于以协商一致或一致表决方式通过的决议,其权重必然高于仅有三分之二多数国家支持的决议。即使只有少数国家反对决议,如果这些国家是受到最直接影响的国家,则该决议的效力微乎其微。<sup>124</sup>

#### 50. 无论如何,正如希金斯所说:

必须注意不要将大会决议作为确定关于某事项的全部国际实践的捷径——更广泛的世界舞台上的实践仍是具有相关性的油画布,尽管[联合国]决议是图画的组成部分。决议不能代替对习惯进行确定;这项任务仍将要求审查关于国家实践的其他证据以及大会决议所体现的集体行为。<sup>125</sup>

51. 如果一项决议旨在宣布法律(而不是旨在推行一条新规则——尽管在实践中难以对二者进行区分<sup>126</sup>),此类决议(即便被称为“宣言”<sup>127</sup>)并不构成确

<sup>124</sup> Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, 第226页(补充道“即使以协商一致方式通过的决议,如果附有对共识加以严重限定的声明,或只是以共识掩盖分歧而不将事项付诸表决,那么该决议就不如初看上去那么重要”)。另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注23),详见第255页,第71段(“在本案中审议的若干决议在获得通过时有大量的反对票或弃权票;因此,尽管这些决议明确表明了对核武器问题的深切关注,但是它们仍不足以确定存在对使用此类武器非法性的法律确信”); Divac Öberg, “The legal effects of resolutions”, 第900–901页(“因此获得绝大多数的支持是至关重要的……而[同样]合理的是,实际参与某项活动的国家对如何管制该活动拥有很大发言权……决议通过的方式[也具有相关性]”); Akhurst, “Custom as a source of international law”, 第6–7页。

<sup>125</sup> Higgins, *Problems and Process*, 第28页。

<sup>126</sup> 另见 Divac Öberg, “The legal effects of resolutions”, 第896页(“即便如此,在实践中也可能很难区分哪些只是解释性或宣示性的,而哪些是真正创造性的”)。

<sup>127</sup> 另见法律事务厅的备忘录, E/CN.4/L.610号文件,第4段(“联合国机构以决议形式通过‘宣言’或‘建议’。因此,仅凭称之为‘宣言’而非‘建议’,并不能像条约或公约对当事方所具有的约束力那样,对会员国产生约束力。但是鉴于‘宣言’更庄重和更重要,可认为其透露了通过这一宣言的机构非常期待国际社会成员将予以遵守。因此,只要这一期待逐渐被国家实践所证明,则有关宣言可依习惯被视为制定了对各国具有约束力的规则”); Suy, “Innovation in international law-making processes”, 第190页(“大会的权力仅限于通过决议。这些决议仅仅是对会员国不具法律约束力的建议。无论是一致通过还是经协商一致通过的庄严宣言,其地位并无不同,尽管其道义和政治影响将成为指导国家政策的一个重要因素。宣言中常常会提及现有的国际法规则。宣言并不创造,而只是重申和认可这些规则。此类宣言中所载的其他原则可能看起来是新的法律规则的表述。但仅凭它们获得通过这一点,并不赋予其任何具体的和自动的权

凿证据而且必须予以仔细评估。首先,如上文所建议的那样,只有在某些情况下,国家对案文的同意才可以“被理解为接受决议所宣布的一条或一套规则的有效性”。<sup>128</sup> 第二,在国家实践中,有关规则也须得到遵守。<sup>129</sup>

力……因此,大会通过其庄严的宣言,能够为新规则的出现提供重要动力,尽管通过宣言本身并不能使其具备有约束力的规范性质); 康克由又名“杜奇”案,第001/18-07-2007-ECCC/SC号案,上诉判决(上文脚注65),第194段(“1975年《酷刑宣言》是一项不具约束力的大会决议,因而需要有进一步的证据,才能确定其中对酷刑的定义反映了相关时期的习惯国际法”)。

<sup>128</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18),详见第100页,第188段(“对此类决议案文表示同意所具有的效力不能被理解为仅仅是‘重申和阐明’《宪章》中的条约承诺。相反,它可被理解为接受其自身决议所宣布的一条或一套规则的有效性”)。另见第184页,阿戈法官的个别意见(“我感到有必要……表达对这一想法的疑虑……即接受在联合国或美洲国家组织框架内以及在其他情况下起草的某些决议或宣言可被视为确凿的证据,表明在有关国家之间存在一致的法律确信,这一确信具有一条习惯国际法规则的所有约束力”); Detter, “The effect of resolutions of international organizations”, 第387页(“大会压倒性的表决结果可能表明存在一条法律规则,但不能成为确凿证据:对每一次情况的本身实质都须予以审查。如果在这些情况下这些建议反映了现有法律,那么自然在这些情况下具有约束力的并不是这些建议本身:它们具有约束力是因为依据了条约或习惯法中的义务渊源”); Schachter, “Entangled treaty and custom”, 730页(“对于在[联合国]大会中宣告法律之决议的支持将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。还可能涉及其他因素”); Gaja, “The protection of general interests in the international community”, 第40页(“一项宣布存在某条国际法原则或规则的决议,可被视为表达了几乎所有那些投票赞成或以协商一致方式接受该决议的国家的一种法律确信。然而,在对这一决议赋予表达了法律确信的权重时,令人犹豫的原因之一,决议之所以被接受,往往是因为‘仅表述了政治意愿,而非制定了法律’,正如美国政府在解释就关于不干涉的决议投了赞成票时所解释的那样”); *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, 第103(c)段(“国际组织一般没有制定法律的权力,其对法律的认定通常不具有特别的权重,但其宣告性质的声明提供了一些证据,表明那些投赞成票的国家所认为的法律是什么。此类决议的证据价值各不相同。世界国际组织的决议,如不存在争议且若以协商一致或几乎全体一致的方式通过,则被赋予相当大的权重”)。

<sup>129</sup> 另见 Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, 267页(“必须承认的是,若实际做法与之不符,则口头宣言不能创建习惯规则”); Schwebel, “United Nations resolutions, recent arbitral awards and customary international law”, 第210页(“具有宣告性,即反映了整个国际社会的观念和实践;如果这面镜子破了,那么其中的映象也不可能完整无缺。要使所宣称的现有法律成为实际情况的准确反映,不仅需要所有群体几乎一致同意或(最起码)意图明确的支持;而且还需要与各国的实践相符。不拥有立法权力的大会不可能仅仅通过就此发表言论(即使是一致并一再重复的言论)来制定或废除法律。在大会中汇聚一堂的国家只有在其特别有此意图且行事时与其法律所依据的国家实践相符时,才能宣告法律”)。

52. 决议也可能“对习惯国际法的发展产生强有力的影响”。<sup>130</sup> 当一决议推动了一项与其案文相符、被接受为法律的一般惯例的发展时,便属这种情况;换言之,“决议可提供让各国采取一致立场的案文,从而产生劝告效应,起到影响国家行为的作用”。<sup>131</sup> 同样,一项决议可巩固一条正在出现的习惯国际法规则。<sup>132</sup>

53. 大会有建议权,但依此通过的决议不具有约束力。<sup>133</sup> 如上文所述,这些决议很可能在习惯国

<sup>130</sup> Danilenko, “The theory of international customary law”, 第25页。

<sup>131</sup> Sloan, “General Assembly resolutions revisited (forty years later)”, 第70页。另见萨尔瓦多最高法院,第26-2006号案(2007年3月12日),第14-15页(“国际宣言发挥着间接的规范性职能,即提出一个不具约束力,但可取的行为建议。……宣言预告了一个各国必须遵守的法律确信(一种义务感),以期在中长期内成型一国际习惯……国际宣言,即使不具有约束力,也大大有助于形成具有约束力的国际法渊源,无论是通过预告某种国家实践的约束性,还是通过促进缔结基于[此类宣言中所含的]某些建议的一项条约,均有帮助”);德国宪法法院,2007年5月8日第二合议庭的命令,2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, 第39段(“联合国大会于2001年12月12日接受了该文件[委员会关于国家对国际不法行为的责任条款草案]。然而,这本身既不会导致因而适用习惯法,也不会导致出于另一原因而进行具有法律约束力的适用,而是可表明存在一项形成习惯法所必需的法律认识”);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406页,法官杰弗里·帕尔默爵士的反对意见(“可以肯定地说,《联合国人类环境会议》宣言)(《斯德哥尔摩宣言》)所述的一些原则在国家实践中获得了广泛支持,且各国感到这些原则具有法律约束力,因而使得这些原则现在已经被纳入习惯国际法的框架之中”);第十三委员会关于拟定具有规范性功能或目标的一般多边公约和非合同文书的决议和结论,国际法学会(上文脚注115),第66和第70页,结论1和结论23(“决议中宣布的原则和规则可引发、影响或确定国家实践,这种事件是新的习惯法的一部分。一项决议可有助于巩固国家实践……[或]形成共同法律确信”。

<sup>132</sup> 另见Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第70页(“当然可以接受的是:一项大会决议可能有助于定型的过程,而且存在这样一项宣布或意图宣布法律的决议将只需要相对较小的实际实践证据来支持一个结论,即相关的规则已成为一般习惯法。然而,必须强调的是,大会无法改变法律或创建新的法律……认为大会决议创建了法律的看法是……不恰当的,除非在某些有限的、与《宪章》相关的领域”);第十三委员会关于拟定具有规范性功能或目标的一般多边公约和非合同文书的决议和结论,国际法学会(上文脚注115),第69页,结论14(“如果一项习惯法规则正通过国家实践开始出现或者对于一项规范——尽管一机构或一些国家已予以适用——是否构成法律仍有怀疑,那么一项以全体一致方式通过的决议,可以巩固一个习惯或消除可能存在的疑虑”。

<sup>133</sup> 联合国内部的预算和其他事项除外。另见,例如,Schwebel, “The effect of resolutions of the U.N. General Assembly on customary international law”, 第301页(“虽是陈词滥调但同样真实的是,联合国大会没有立法权。其决议一般

际法规则的形成和识别过程中发挥重要作用;<sup>134</sup> 然而,这些决议自身不能因其存在的事实创建习惯国际法。这不仅反映了《联合国宪章》的内容,而且也反映了为出现(或确认)一条习惯国际法规则,对(被接受为法律的)一般惯例的基本要求:

[对大会决议]可以说最多的是,以压倒性多数(甚至是全体一致)方式进行的核准表明存在法律必要确信;但在没有任何伴随的实践的情况下,这并不产生法律,而且在各国修订其国家政策和法律前,这样的实践是不会产生的。<sup>135</sup>

来说对联合国成员国不具有约束力,在整个国际法领域也不具约束力。基本上也只能如此。我们有的不是一个世界议会……《宪章》中无任何字句表明大会有权通过或改变国际法”。

<sup>134</sup> 但是,见西撒哈拉案(上文脚注115),详见第99页,阿蒙副院长的个别意见(“大会至少已在四项决议中确认了这一斗争[争取摆脱外国占领]的合法性……而这些决议已共同构成了一项习惯”); Cheng, “United Nations resolutions on outer space: ‘instant’ international customary law?”, 第37页(“没有理由认为共同法律确信不能在很短的时间内在联合国所有或一些会员国中发展成熟,并导致在这些国家中形成一条新的习惯国际法规则。也没有理由认为会员国不能利用大会决议来‘确认’其新的共同的法律确信”);《伦敦原则声明》(上文脚注84),第772页(“在非常例外的情况下,获得一致或几乎一致接受、且表明其支持者有明确意图要制定一项国际法规则的决议,仅凭其获得通过这一事实便能够创建一般习惯法”); Lockwood, “Report on the trial of mercenaries: Luganda, Angola”, 第195-197页; Wolfrum, “Sources of international law”, 第43页(“连续多次经协商一致通过或全体一致通过的大会决议可被视为国家实践,从而确立新的习惯国际法”。

<sup>135</sup> Suy, “Innovation in international law-making processes”, 第190页。另见西南非洲案,第二阶段(上文脚注55),详见第169-170页,范·怀克法官的个别意见(“诉请者们没有试图适用习惯法形成方面的传统规则。相反,诉请者的论点提出了一个新颖的主张,即联合国的机构拥有某种形式的立法职权,可对持反对意见的少数群体具有约束力。很明显从《宪章》的有关规定可以看出并不存在任何此种职权,我认为,对本法院《规约》第38(1)(b)条进行一种标新立异但站不住脚的解解释,借以暗示存在这一职权,是完全错误的”); Buergenthal and Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 第36页(“各国如何投票以及他们在国际组织中作何表态是一种国家实践的形式。其在造法过程中的重要性取决于该国实践在何种程度上与各国在其他场合的同时期行为及所作声明相一致”); Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第211页(“决议自身没有任何法律效力,必须考虑各国是否确实普遍认为该决议表达了具有约束力的国际法规则,并由此认为国家依这一规则采取的做法可说是由这一规则驱动的”); Divac Öberg, “The legal effects of resolutions”, 第904页(“由于这些决议只告知了法律确信,而习惯法的惯例要素在当前国际法院的判例中是非必要的,因此这些决议没有任何实际和自动的实质性效力。可以说,其效力是预实质性的,为在缺失的要素具备后产生真正的实质效力奠定基础”); De Visscher, “Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l’Assemblée générale de l’Organisation des Nations Unies”, 第182页(“Certes, les votes, même unanimes et répétés, de telles résolutions ne constitueront jamais la pratique interétatique qui est l’élément premier de toute coutume. Ces votes peuvent toutefois, quant à la genèse même d’une coutume, en constituer l’élément subjectif c’est-à-dire l’opinio juris ou la conviction de la juridicité de la norme. C’est ce que l’on désigne habituellement en parlant

换言之，

决议自身没有任何法律效力，必须考虑各国是否确实普遍认为该决议表达了具有约束力的国际法规则，并由此认为国家依这一规则而采取的做法可说是由这一规则驱动的。<sup>136</sup>

*de consolidation ou de cristallisation d'une coutume en voie de formation. En outre, de tels votes fournissent un élément de preuve persuasif de l'existence d'une coutume contestée* [“可以确定的是，这些决议的表决(即便是全体一致或连续多次通过)也永远不能构成作为习惯的首要要素的国家间实践。然而，在一项习惯的起源方面，这些表决可构成主观要素，即法律确信或对有关规范的法律性质的确信。这是在讨论一项正在形成过程中的新习惯的巩固与成型时，经常会提及的一点。此外，这样的表决也提供了一条具有说服力的证据，表明存在一项有争议的习惯”]；Weisburd, “The International Court of Justice and the concept of State practice”, 第363页(“除国家及其代表知道大会决议不具有任何法律效力这一点外，还有一个问题——一个逻辑问题……要使得投票赞成一项决议可以表明法律确信，则该决议必须要求投票的国家承诺接受一点，即该决议提出的规定具有法律约束力。但如果投票不具约束力，便不清楚如何让该国家做出任何承诺”)；Mendelson, “The International Court of Justice and the sources of international law”, 第87页(“虽然主张认为在大会中作出声明或投票表决是一种(较弱)形式的实践绝非毫无道理，但如已指出的那样，把同一行动既当作实践又当作法律确信，似乎是一种双重计数，是不能允许的，这不仅是因为其与法院所确定的习惯法的两个独立要素这一点不符，而且也因为其结果将是产生‘即时(习惯)法’。这不是《宪章》起草者们的初衷，而且即使如今，各国一般也没有表现出对此欢迎的任何迹象”)。

<sup>136</sup> Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, 第211页(补充说“归根结底，只有‘被接受为法律的一般惯例’才能构成习惯的渊源，但若能认定一国接受大会某一决议为规范，则将是重要的证据，暗示一致的实践已被接受为法律”)。另见MacGibbon, “Means for the identification of international law”, 第22页(“决议的作用……仅是间接的。可以促发未来的实践；可以澄清或证实过去或目前的实践；是造法过程的一部分，但其本身不创建法律。造法或约束力源自相关实践和法律确信的结合”)；Dupuy, “Théorie des sources et coutume en droit international contemporain”, 第67-68页(“*l'assentiment étatique au caractère juridiquement liant de ces règles [des déclarations de l'Assemblée générale] sera toujours nécessaire sous une forme ou*

连续多项决议重复做出的声明在这方面并无不同。<sup>137</sup>

54. 拟议了下列结论草案，供纳入新的第五部分：

“结论草案13 国际组织和会议的决议

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

*sous une autre, qu'il s'agisse d'une déclaration formelle en sa faveur, d'une pratique effective attestant la conviction de son auteur, ou d'un silence tôt ou tard considéré comme approbateur*”[“国家以某种方式对这些规则[大会宣言]的法律约束性表示同意，始终是必要的，可以是一项表示支持的正式声明，一个可证明拟订者确信的实践，也可以是最终将被视作赞同的沉默”]。

<sup>137</sup> 另见MacGibbon, “Means for the identification of international law”, 第17页(“确实，由于没有任何新的协约或习惯国际法规则赋予大会其目前所缺乏的立法职权，因此若试图赋予大会一项决议本身或一系列或连续多项此类决议——无论其数量多到何种程度——法律约束力，则注定会失败。一项建议并不因其得到重申或重提(无论多少次)便转化为法律义务……仅凭重复不会导致一项决议的法律性质发生神奇的变化”)；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注23)，详见第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即大会的宣言本身或许不构成法律，但若在一系列决议中经常且明确地……得到重复，则会对……习惯国际法项下[某一规定是否合法的观点]……起到重要的强化作用”)；核试验案(澳大利亚诉法国)(上文脚注69)，详见第435-436页，巴威克法官的反对意见(“也许……联合国的决议和国际舆论的其他表现形式，无论如何频繁，数量如何众多和如何强烈，都不足以保证当前的习惯法赞同禁止核武器试验”)。但是，见西南非洲案，第二阶段(上文脚注55)，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、判决和决定等等对该组织的成员具有约束力。习惯国际法所需的条件是同样的实践反复发生；因此，在这种情况下，关于同一问题的决议、宣言等等在同一组织或在不同组织中必须反复出现”)。

## 第四章

### 司法裁决和论著

55. 司法裁决和公法学家的学说(论著)是识别国际法规则的辅助手段(《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款)。因此，它们可能在国际法的所有正式渊源方面具有相关性，对于习惯国际法来说，尤其如此。<sup>138</sup>

<sup>138</sup> 以及《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款意义下的一般法律原则。这些是与习惯国际法不同的法律渊源，因而超出了本专题范围。当伴有实践和法律确信时，它们可能定型为习惯国际法规则(沃尔多克：“往往会有这样的倾向，即国际法中承认的国内法一般原则被定型为习惯法”(“General course on public international law”, 第62页))。因此它们可以被看作“过渡

56. 《国际法院规约》的第三十八条第一项(卯)款规定：

一、法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

……

(卯) 在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为识别法律原则之补助资料者。

性的”渊源，即它们在国际一级一再得到使用，可能使其转化为习惯国际法规则；Pellet, “L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale”, 第26页。

57. 秘书处的备忘录中强调了司法声明和公法专家论著对于识别习惯国际法规则的实际重要性, 其中指出“委员会在分析习惯国际法时多次审议了司法声明和公法专家的论著”。<sup>139</sup> 备忘录包括五条涉及这些事项的“观察”, 并举例说明。<sup>140</sup>

### A. 司法决定<sup>141</sup>

58. 国家法院的裁决<sup>142</sup> 可对习惯国际法发挥双重作用: 不仅作为国家实践,<sup>143</sup> 也作为识别习惯国际

法规则的手段。<sup>144</sup> 必须特别慎重对待后者, 因为“国家法院看待国际法的方式不同于国际性法院”。<sup>145</sup>

59. 虽然国际性法院和法庭关于习惯国际法规则的存在及其内容的裁决不是“实践”, 但这些裁决“作为确定法律规则的辅助手段”确实发挥着重要作用。<sup>146</sup>

<sup>139</sup> 《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/659号文件, 第30段。

<sup>140</sup> 同上, 第12段和第30–33段。观察1和观察15–18读作:

“观察1

“为确认某项习惯国际法规则的存在, 委员会往往结合国际性法院及法庭的裁决和法学家的论著, 对国家一般实践的所有可用证据, 以及各国的态度或立场展开调查。

“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。

“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。

“观察18

“委员会在识别习惯国际法规则时经常考虑到法学家的论著和意见。”

<sup>141</sup> 见 Lauterpacht, “Decisions of municipal courts as a source of international law”, 第65页; Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*; Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, 第91–103页; Jennings, “The judiciary, national and international, and the development of international law”, 第9–13页; Jennings, “Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law”; Jennings and Watts, *Oppenheim’s International Law*, 第41–42页; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 第1552–1558页; Daillier, Forteau, and Pellet, *Droit international public*, 第259–260段; Pellet, “Article 38”, 第854–868页, 第306–334段; Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 第37–42页; Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 第247–252页 和 第1206–1210页; Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, 第127–131页; Shaw, *International Law*, 第78–80页。

<sup>142</sup> 在这一背景下, “裁决”这一术语包括附带程序中的咨询意见和命令。虽然国际性法院和法庭往往是国际组织的附属机关, 但其裁决更宜被视为确定法律规则的辅助手段, 而不是该组织贡献的“实践”。

<sup>143</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/672号文件, 第41(e)段。另见 Gattini, “Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale”。

<sup>144</sup> 虽然这一点有时受到质疑, 但很难理解为什么经常出现国际法问题的国家法院的裁决应当被排除在第三十八条第一项(卯)款所指的“司法判例”一词之外。没有理由假定这一结果是《规约》起草者们的原意。

<sup>145</sup> Christopher Greenwood, “The contribution of national courts to the development of international law”, Annual Grotius Lecture, London, 4 February 2014, 其摘要可在下列网址查阅: [www.biiicl.org/documents/159\\_annual\\_grotius\\_lecture\\_2014\\_summary.pdf](http://www.biiicl.org/documents/159_annual_grotius_lecture_2014_summary.pdf)。关于国家法院的两个最近研究, 见 Reinisch and Bachmayer, “Customary international law in Austrian courts”; 和 Pellet and Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*。

<sup>146</sup> 《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/672号文件, 第46段; 但是, 见 Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, 第270页(“众所周知, 《国际法院规约》第三十八条中提到司法裁决是国际法的渊源之一, 但仅仅是‘作为确定法律原则之补助资料者’。这一公式低估了国际性法院的裁决在确立规范进程中的作用。以令人信服的方式阐述的判决往往对规范的形成进程具有一种最为重要的影响力, 即便理论上法院是适用现行法律而不创造新的法律”)。无论如何, 国际性法院和法庭的裁决和论著也可作为识别国家实践的次要材料: 见《2013年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/659号文件, 观察17和第33段。另见 Barberis, “Réflexions sur la coutume internationale”, 第34页(“*Le droit coutumier peut également être créé par le biais des décisions des tribunaux internationaux. Ainsi, on a considéré que la règle selon laquelle une Partie ne peut opposer à une autre le fait de n’avoir pas rempli une obligation ou de ne pas s’être servie d’un recours judiciaire si la première, par un acte contraire au droit, a empêché cette dernière de remplir l’obligation ou d’avoir recours à la juridiction, est «un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale». Les règles principales qui constituent les bases de la procédure arbitrale ont été établies par la pratique des tribunaux arbitraux. Dans ce sens, on peut citer en premier lieu la norme selon laquelle tout juge est juge de sa propre compétence. Cette norme, connue généralement sous le nom de «règle de la compétence de la compétence», tire son origine des sentences arbitrales ... La norme qui accorde à un tribunal la faculté d’édicter des mesures conservatoires relève aujourd’hui du droit coutumier et a été créée par la jurisprudence internationale. De même, certaines règles d’interprétation ont la même origine et, à titre d’exemple, on peut mentionner la règle de l’effet utile” [“习惯法也可通过国际法庭的裁决而创立。例如, 有一条规则被认为是‘国际仲裁判例普遍承认的原则’, 即若一方以违法行为阻止另一方履行义务或诉诸司法救济, 则前一方不得以后者无法履行义务或诉诸司法救济为依据。仲裁程序依据的主要规则是由仲裁法庭的实践所确立的。从这个意义上讲, 人们可首要援引的规范是每名法官都是其自身管辖权的裁判。这一规范通常被称为‘管辖权的管辖权规则’, 其源头便是仲裁裁决……规定法庭有权颁布保护措施规范是由国际判例确立的, 现已*

60. 在国际法中没有服从前例的原则。<sup>147</sup> 国际性法院和法庭所作裁决不能说是识别习惯国际法规则的金科玉律。其权重因论证质量、法院或法庭的组成,以及这些裁决获多大的多数通过而异。此外,必须铭记的是,自特定裁决做出之日以来,习惯国际法可能已经有了发展。<sup>148</sup> 尽管如此,司法公告、特别是国际法院和诸如国际海洋法法庭等特别法庭的司法公告,往往被视为权威。<sup>149</sup> 某些仲裁裁决亦是如此。<sup>150</sup>

61. 依赖司法裁决识别习惯国际法规则的例子比比皆是。国际法院经常依据自身或其前身——常设国际法院——的过往裁决。事实上,它似乎很不愿意背离其先前的裁决。

## B. 论著<sup>151</sup>

62. 人们有时提出,论著对于过去几个世纪国际法的系统化甚至发展具有特别重要的意义。<sup>152</sup> 其

属于习惯法一部分。同样,某些解释规则也有同样的渊源,例如,有效规则便是如此”]。

<sup>147</sup> 见 *Acquaviva and Pocar*, “*Stare decicis*”。

<sup>148</sup> 另见 *Green*, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law*, 第 25 页 (“存在这样一种危险,即国家和学者将[国际性法院和法庭的]判决视为国际法的一种表达,而实际上任何判决至多不过代表了该法的一个‘定格’”)。

<sup>149</sup> 另见 *Crawford*, “The identification and development of customary international law”, 主旨演讲,国际法协会春季会议,英国分会,2014年5月23日(即使法院的判决仅对当事各方具有约束力,并仅仅是“确定法律规则的辅助手段”,但在实践中它们却被视为“国际法现状的权威性声明”。这一点明显体现在国家实践对法院就习惯国际法所做裁决的回应中。在尼加拉瓜案之后,1949年日内瓦四公约的共同第1条和第3条的习惯法性质“现在被视为理所当然,几乎从未受到质疑”。从法院对其他国际性法院和法庭施加的影响中,这一点也清晰可见)。

<sup>150</sup> 有各种仲裁裁决的合集,尤其是联合国的重要出版物《国际仲裁裁决汇编》。

<sup>151</sup> 见 *Schwarzenberger*, “The province of doctrine of international law”; *François*, “L’influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international”; *Parry*, *The Sources and Evidences of International Law*, 第 103–108 页; *Münch*, “Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht”; *Lachs*, “Teachings and teaching of international law”; *Oraison*, “Réflexions sur ‘la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations’”; *Rosenne*, *The Law and Practice of the International Court*, 第 1558–1560 页; *Pellet*, “Article 38”, 第 868–870 页, 详见第 335–339 段; *Wood*, “Teachings of the most highly qualified publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”; *Daillier, Forteau and Pellet*, *Droit international public*, 第 256–258 段; *Díez de Velasco Vallejo*, *Instituciones de derecho internacional público*, 第 131 页; *Thirlway*, *The Sources of International Law*, 第 126–128 页; *Shaw*, *International Law*, 第 80–81 页。

<sup>152</sup> *Greig* 提出“在丰富的国家实践和司法先例存在之前,国际法领域的作者占据了首要地位”, *Greig*, *International Law*, 第 40 页。

作用现在或许不再那么突出,但是,大体依其质量而定,论著仍然是识别习惯国际法规则的一个有用的资料和分析来源。

63. “各国权威最高之公法学家学说”<sup>153</sup> 作为识别法律原则之补助资料的作用在格雷法官先生就帕克特·哈瓦那号案被广为引用的言语中得到了很好的体现:“司法法庭求助于这些著作,不是为了其作者关于法律应当是什么的揣测,而是为了求得关于法律实际上是什么的可靠证据。”<sup>154</sup>

64. 必须考虑著述者的意见,同时铭记各种因素,例如他们在何种程度上力求反映特定国家或国家集团的立场,他们采取了哪种方法来识别习惯国际法,以及他们是否试图宣扬一种观点或试图就新的法律规则提出建议。<sup>155</sup>

65. 在各种论著中,集体著作可能特别受到重视,尤其是委员会的工作产生的案文和评注,<sup>156</sup> 以及国际法学会和国际法协会等私人机构的论著。然而,如同所有论著一样,必须区分那些旨在反映现行法律(已编纂的法律,或现行法)的著作以及那些提出

<sup>153</sup> 常被简称为“论著”或“文献”(法文称 *doctrine*)。

<sup>154</sup> 帕克特·哈瓦那号和劳拉号案,美国最高法院[1900年1月8日], 175 U.S. 677, 详见第 700 页。首席法官富勒表示异议,在提及法学论著的作者时提醒说“他们的著作或许很有说服力,但却没有权威性”(详见第 720 页)。

<sup>155</sup> *Jennings*, “Reflections on the subsidiary means for the determination of rules of law”, 第 328–329 页 (“学说的这些渊源和其他渊源在特定案例中或许可以,也或许不可以,澄清它们是否正在处理现行法还是拟议法……创立这些学说的压力集团通常会认为,模糊二者的区别并将其建议乔装打扮成现行法律对其有利……”)。另见 *Kammerhofer*, “Law-making by scholars”。

<sup>156</sup> 实例包括:军事和准军事活动案在强行法方面提及了委员会关于条约法的工作(尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 18), 第 100–101 页, 第 190 段); 在加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)中依据了关于国家对国际不法行为的责任条款草案的一读(判决,《1997年国际法院汇编》, 第 7 页起, 详见第 39–40 页, 第 50 段); 委员会一读暂时通过的条款草案及其相关评注转载于《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 61–76 页; 二读通过的条款草案及其相关评注转载于《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 76–77 段)。最近,国际法院多次提到了国家责任条款的最终草案,例如在其 2005 年 12 月 19 日关于刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)的判决(《2005年国际法院汇编》, 第 168 页起, 详见第 226 页, 第 160 段)中,法院提到了国家责任条款的第 4、第 5 和第 8 条。在《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)中,法院大量援引了委员会关于国家责任的条款。另见 *Tomka*, “Custom and the International Court of Justice”, 第 202 页 (“国际法委员会的编纂已被证明[对于法院确定一条习惯国际法规则是否存在而言]非常宝贵,主要原因是[委员会]使用的程序十分周密……”)。

逐渐发展(拟议法)的著作——尽管这样做有时并非易事。正如有人在论及委员会关于国际组织的责任条款时所说的那样:<sup>157</sup>“法院和其他人在对待这些条款时应……考虑周全。他们在确定草案内特定条款的地位时应……权衡证据。”<sup>158</sup>

66. 在国际法院判例法中,明确依赖个别作者著作(而不是委员会和某些其他集体著作)的例子仍非常罕见。<sup>159</sup>这并不一定意味着此类著作不重要,而事实上,它们也常常出现在个别意见或反对意见中,以及其他国际性法院和法庭以及国家法院的裁决中。<sup>160</sup>

<sup>157</sup> 2011年12月9日大会第66/100号决议,附件。委员会通过的条款草案及相关评注转载于《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第87-88段。

<sup>158</sup> Wood, “Weighing the articles on responsibility of international organizations”, 第66页。

<sup>159</sup> Peil, “Scholarly writings as a source of law: a survey of the use of doctrine by the International Court of Justice”。

<sup>160</sup> 例如,见杨伟光诉检察官案, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20, 新加坡最高法院,上诉法庭,2010年5月14日,第95和第98段;德国宪法法院,2007年5月8日第二合议庭的命令, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, 第64-65段;卡翁达等人诉南非共

67. 拟议了下列结论草案,供列入新的第五部分:

“结论草案14 司法裁决和论著

“司法裁决和论著可用作识别习惯国际法规则的辅助手段。”

和国总统和其他人案,南非宪法法院的判决(2004年8月4日),第25-29段;检察官诉伊利沙凡·恩塔基鲁蒂马纳和杰拉德·恩塔基鲁蒂马纳案,第ICTR-96-10-A和ICTR-96-17-A号案,判决,上诉分庭,卢旺达问题国际刑事法庭,2004年12月13日,第518段;柬埔寨法院特别法庭预审分庭,第002/19-09-2007-EEEC/OICJ (PTC38)号刑事案,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(上文脚注23),第61段(在这一问题上,也提及前南斯拉夫问题国际法庭此前审理的一起案件);德拉利奇案,第IT-96-21-T号案,判决(上文脚注90),第342段;康克由又名“杜奇”案,第001/18-07-2007-ECCC/SC号案,上诉判决(上文脚注65),第114-116段;检察官诉尼古拉·沙伊诺维奇等人案,第IT-05-87-A号案,判决,前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭,2014年1月23日,第1647段(及其中的援引);2003年11月5日第二合议庭的命令,2 BvR 1506/03,德国联邦宪法法院,第47段;国家关于区域内活动的责任和义务案,咨询意见,2011年2月1日,国际海洋法法庭(上文脚注90),第169段。

## 第五章

### 国际组织的相关性

68. 第二次报告指出国际组织的实践也可能与识别习惯国际法相关。<sup>161</sup>委员会内部多半支持这一点,<sup>162</sup>但是这一作用的特殊性引起了各种问题。<sup>163</sup>起

<sup>161</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/672号文件,第43-44段。第二次报告建议(为结论草案目的),将“国际组织”一词界定为“政府间组织”。但是,2014年,起草委员会认为,在审议本报告之前,在各种可能的定义中作出选择可能为时尚早。特别报告员的想法是,结论草案中的“国际组织”一词应指具有国际法律人格、其成员主要是国家或其他国际组织的那些组织。特别报告员认为目前没有必要在结论草案中作出定义,但前提是在评注中加以解释。起草委员会不妨进一步审议这一事项。

<sup>162</sup> 委员会已于1950年确认“国际组织积累的实践记录可被视为国家与组织关系方面习惯国际法的证据”(《1950年……年鉴》[英],第二卷,第A/1316号文件,第372页,第78段);另见《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/659号文件,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”)。

<sup>163</sup> 例如,见墨菲先生的发言,《2014年……年鉴》,第一卷,第3224次会议。关于对所提出的一些问题的后续思考,见Wood, “International organizations and customary international law”。

草委员会2014年暂时通过的结论草案第4 [5]条第2款规定:

在某些情况下,国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表述。

起草委员会主席报告中的一处脚注指出,将在委员会第六十七届会议期间,考虑到本次报告对国际组织实践问题的分析,再次审议结论草案第4 [5]条。同样,结论草案第6 [7]条第3款的一处脚注也指出“将在今后审查国际组织实践的形式”。<sup>164</sup>

69. 委员会最近曾提及国家与国际组织之间的区别。在关于国际组织的责任条款的总评注中,委员会指出:

国际组织与国家相当不同,此外国际组织相互之间也有很大的差别。与国家相对的是,国际组织不具有一般性职能,其建立是为了行使专门的职能(“专门性原则”)。各国际组织在其权力和职能、成员国数目、该组织与成员的关系、辩论

<sup>164</sup> 另见起草委员会主席的临时报告,2014年8月7日(上文脚注10),第9-10页。



程序、结构和设施以及国际组织受其约束的主要规则包括条约义务等方面有着显著不同。<sup>165</sup>

70. 国家仍是国际法的首要主体，而且如特别报告员第二次报告所述，促进习惯国际法规则的形成和表达的主要是国家实践。<sup>166</sup>（大多数情况下）设立并控制国际组织并赋予其权能，以便使其以独立国际法人资格为实现成员的某些共同目标在国际上履行各种职能的也是国家。<sup>167</sup>因此，一般而言，“将[一些国际组织可能拥有]的此种规范性权力等同于真正的自主造法权，似乎为时过早”；<sup>168</sup>与此同时，铭记

<sup>165</sup> 国际组织的责任条款草案总评注第(7)段，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第87–88段。条款的案文载于2011年12月9日大会第66/100号决议，附件。

<sup>166</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/672号文件，第43段。

<sup>167</sup> 另见Hannikainen, “The collective factor as a promoter of customary international law”, 第130页(“国际组织的重要性日益增加，并不意味着它们已超越国家或构成对国家主权的重大挑战。国家依然是国际舞台上的主要行为体；作为国际组织的创立者和成员，国家能够控制由其创建的这些机构——甚至解散这些机构。同时，应牢记的是，各国有意赋予国际组织各种权力，甚至赋予某些国际组织超国家的权力”)；Roberts and Sivakumaran, “Lawmaking by nonstate actors: engaging armed groups in the creation of international humanitarian law”, 第117–118页(“从规范角度而言，国家赋予权力的机构是由国家创建并赋予权力的，因此有理由说，这些机构行使的任何造法权都源于国家的同意。此外，在最初下放造法权之后，国家保留了各种正式和非正式的权力，以便国家赋予权力的机构在立法工作中有越权行为时对其进行制裁……因此，国家赋予权力的机构在造法方面发挥的任何作用均取决于国家最初的同意，而且至少在一定程度上也需要继续获得国家的同意”)；Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, 第8–9页(“如果说在国际组织的运作中可以发现国际立法成分的话，那么热衷于此架构的人最好记住，这些组织创建的理论基础是国家授权”)。国家(既包括各组织的成员，也包括其非成员)也可反对国际组织的行为：例如，见Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, 第116页(“一国可能希望以一贯的方式反对在一组织之内行使该组织所获授权的方式，恰恰是为了借此防止该组织的行为可能在今后产生约束国家的习惯规则，从而限制该国在该组织之外单方面行使权力”)；Alvarez, *International Organization as Law-Makers*, 第593页。

<sup>168</sup> Prost and Clark, “Unity, diversity and the fragmentation of international law”, 第354和第367–368页(补充说，“就本次讨论的问题而言，决定性因素是该组织是否能够表达真正自主的意愿，即不止是其成员意愿的总和，以及这种独立意愿是否对其成员国有约束力……在这个问题上，仍然存在……广泛的争论……[国际组织]在国际法律界发展的现阶段，在很大程度上仍然无法建立真正脱离主权国家的权力。事实上，机构逻辑从未遮挡国家逻辑。相反，机构是预先假定、反映并在某种程度上放大了民族-国家体系”(同上，第354和第367页))。另见Klabbers, “International organizations in the formation of customary international”, 第183页(“为了有意义地说明国际组织在形成习惯国际法方面的作用，需要了解组织及其成员之间的关系。一方面，那些认为各组织仅是其成员国工具的人基本可以接受[国际组织的]机构行为在某种程度上可被视为国家行为的想

实际上“任何法律制度中的法律主体就其性质或其权利的范围而言未必相同，而其性质取决于其所属共同体的需要”，<sup>169</sup>因此，国际组织行使职能当然可与识别习惯国际法具有相关性。在2014年第六委员会辩论期间，这一总体认识获得了极大的支持。<sup>170</sup>

71. 首先，应作两种区分。第一，而且至关重要的是，我们必须区分国际组织内国家的实践与国际组织自身的实践。虽然此种区分可能并非总是易事(某组织的相关机构由国家组成时尤其如此)，<sup>171</sup>且

法。另一方面，那些坚持组织独立身份的人可能不太容易倾向于认为组织行为即是国家行为”。

<sup>169</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>170</sup> 例如，见下列国家代表的发言：奥地利，《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第25次会议(A/C.6/69/SR.25)，第106段；法国，同上，第22次会议(A/C.6/69/SR.22)，第30–31段；希腊，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第31段；伊朗伊斯兰共和国(“国际组织‘在其反映国家实践的情况下’对识别习惯国际法具有相关性”)，同上，第27次会议(A/C.6/69/SR.27)，第9段；牙买加，同上，第37段；大韩民国，同上，第27次会议(A/C.6/69/SR.27)，第70段；荷兰，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)；挪威(代表北欧国家)，同上，第25次会议(A/C.6/69/SR.25)，第130段；波兰，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第57段；葡萄牙，同上，第3段；罗马尼亚，同上，第89段；斯洛伐克，同上，第23次会议(A/C.6/69/SR.23)，第88段；斯洛文尼亚，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第41–42段；南非，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第93段；西班牙，同上，第102段；特立尼达和多巴哥，同上，第117段和美国(“在某些特定情况下”)，同上，第27次会议(A/C.6/69/SR.27)，第15段(这些发言亦于编纂司存档)。

<sup>171</sup> 正如雅各布松女士所指出的那样，“有时，可能[……]在其参与方面难以区分[国家和国际组织]”(见《2014年……年鉴》，第一卷，第3226次会议；另见2014年7月17日的发言)。另见Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第11页(“……国际组织的实践也可创建习惯法规则。的确，大多数国际组织的大多数机构由国家代表组成，最好将其实践视为国家的实践。但是，非由国家代表组成的机构，例如联合国秘书处的实践，也可以创建习惯法规则……人们也不应忽视联合国秘书处的法律意见”)；Wessel and Blockmans, “The legal status and influence of decisions of international organizations and other bodies in the European Union”, 第6页(“国际组织的一个重要职能是揭示国家实践(以及法律确信)，从而使习惯法得以迅速创建，但人们需要始终意识到国家实践和国际组织实践之间的区别”)；DeBartolo, “Identifying international organizations’ contributions to custom”(“尽管此种[例如，与国际组织决议有关的]行为发生在[国际组织]这样一个论坛，但是此种行为是由国家官员(通常是国家代表团或常驻国际组织使团的成员)实施的国家行为，因此，其构成的是国家实践，而非国际组织实践”)；Alvarez, “International organizations: then and now”, 第333页(“尽管有些人可能更喜欢将之描述为仅仅是造法行动的‘场所’，[国际组织]……就一切实用目的而言，是一种新的造法行为体，在一定程度上独立于设立这些组织的国家”)；Johnstone, “Law-making through the operational activities of international organizations”, 第87页(“鉴于国际组织在开

文献中通常没有明确表述,但原则上不应该把作为独立国际法人的国际组织的实践当作国家本身(“成员代表,即获得各自政府授权,接受政府指令并履行政府责任者”)的实践。<sup>172</sup>与特别报告员的第二次报告一样,本报告论述的基础是,认定国际组织内国家的实践将酌情归于国家自身。<sup>173</sup>

72. 第二,应该区分以下两个方面:即涉及组织内部运作的组织行为(通常称为“组织的实践”,或“组织的惯例”——见1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下简称“1986年《维也纳公约》”)以及国际组织责任的条款中关于“组织的规则”的定义——和涉及该组织与各国、国际组织和其他方面关系的行为(外部实践)。在某些情况下,前者可能产生“一种由该组织形成且仅适用于该组织的组织习惯法”,<sup>174</sup>但原则上,与形成和识别习惯国际法有相关性的可能是后一种情况。<sup>175</sup>

展[]实践方面自主行事,其造法程序是一个脱离国家同意的步骤”); Wouters and De Man, “International organizations as law-makers”, 第208页。

<sup>172</sup> 引自《洛桑条约》第3条第2款案,咨询意见,《常设国际法院汇编》,B辑,第12号,1925年,第29页(在不同背景下,讨论国际联盟理事会的组成问题)。

<sup>173</sup> 另见 Treves, “Customary international law”, 第50段(“作为国际法主体,政府间组织参与习惯程序的方式与国家相同。但是,认定和评估这种参与及其相关性必须特别谨慎:第一,因为组织职权的范围有限;第二,因为可能更宜将这种实践的许多表现形式,如大会的决议,视为所涉国家的实践而不是组织的实践”)。

<sup>174</sup> Peters, “Subsequent practice and established practice of international organizations: two sides of the same coin?”, 第630–631页(但补充说,“然而并非完全那样简单,因为与此同时,惯例具有因其源自组织的一个特点:它在很大程度上以组织的次级法律、组织机构具有约束力的决议和决定为依据”)。这种习惯法将包括“主要涉及组织各机构之间关系以及组织与其工作人员之间关系的规则”(Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第80页)。此种“习惯”超出了本专题的范围。

<sup>175</sup> 例如,另见 Pellet, “Article 38”, 第816–817页(“……[国际]组织自身的实践也可以在确定属事要素的存在方面发挥至关重要的作用。但是,在这方面,必须区分两种情况:一种是组织内部且纯机构性的实践,在相关组织‘自体法’内产生的习惯规则,第二种是组织对形成适用于组织框架之外其它实体的习惯法一般规则的贡献”); Barberis, “Réflexions sur la coutume internationale”, 第33页(“S’agissant de la pratique des organisations internationales, il est nécessaire de distinguer entre l’activité que leurs organes déploient en leur sein et qui a trait à l’ordre juridique interne de l’organisation, et l’activité qu’ils déploient sur le plan international. L’activité déployée au sein de l’organisation peut donner naissance à des règles coutumières relevant de l’ordre juridique interne de cette organisation. … Toutefois, la pratique d’une organisation sur le plan international peut créer des normes coutumières internationales.”) [“关于国际组织的实

73. 由于存在各种不同的国际组织,在评估各组织的实践及其应有权重时应特别谨慎。<sup>176</sup>例如,一个组织的成员国越多,<sup>177</sup>或者该组织的实践(以某种方式)得到成员国明确认可的程度越高,该实践的权重可能就越大。这些因素反映了国家在习惯程序中的核心地位。

74. 与国际组织有关的实践可能会以各种不同方式出现,尽管有时可能难以明确区分。首先,国际组织的行为可能反映其成员国的实践和确信<sup>178</sup>。如

实践,必须区分其机构在内部进行的、与该组织内部法律秩序有关的活动以及机构在国际上开展的活动。在组织内部进行的活动可产生与该组织内部法律秩序有关的习惯规则……但是,一组织在国际上的实践可产生习惯国际规则”。另有一种不同的概念方式认为,目前“国际组织的大多数决定产生内部和外部的规范性影响……[而且]内部和外部造法之间的界限正在消失”,见 Wouters and De Man, “International organizations as law-makers”, 第194页。秘书处 在备忘录中指出“委员会有时提到某个国际组织的实践发展成为该组织特有的习惯的可能性。这类习惯可能与该组织的职能或活动的各个方面相关,如一国际组织的缔约能力或该组织内通过的条约的适用规则”(《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/659号文件,观察14)。

<sup>176</sup> 在2014年第六委员会的辩论中,马来西亚提出“由于国际组织的成员情况和结构不同,不应假定任何国际组织的作为或不作为均可代表成员国的一般惯例,成为确立习惯国际法的依据”(《大会正式记录,第六十九届会议,第六委员会》,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第44段);新加坡也指出“在评估国际组织作为或不作为的相关性时需要相当谨慎。国际组织的结构、任务、决策机构的组成和决策程序有很大差异,所有这些因素都影响到国际组织在习惯国际法形成方面或有的作用”(同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第65段)。另见 Wouters and De Man, “International organizations as law-makers”, 第208页(“国际组织的行动是否可归属于整个国家群体,这是一个复杂的问题,答案取决于各种不同因素,例如,除其他外,组织的性质(是政治性还是技术性)、成员资格的包容性(是全世界普遍范围还是区域有限范围)、通过某项措施的相关机构的组成(是全体还是部分)以及所采取的决策方法(是全体协商一致还是多数方式)”)。

<sup>177</sup> 对各方面的全面论述,见 Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*。另见 Skubiszewski, “Forms of participation of international organizations in the lawmaking processes”, 第791页(“国际习惯因国家和国际组织特别是全球性国际组织的实践而变化和发展”); Gunning, “Modernizing customary international law: the challenge of human rights”, 第225页(“国家的数目越多,支持该机构并向其授权的国家代表性越广泛,就越有理由认为该机构的行动产生习惯法”); Alexandrowicz, *The Law-making Functions of the Specialised Agencies of the United Nations*, 第98页(“[联合国]各[专门]机构大多数为全球性质,因此是产生为全世界所接受的习惯规则的适当论坛”)。

<sup>178</sup> 克劳福德写道:“国际组织的活动并未被列为《国际法院规约》第三十八条所载的国际法渊源。但这些活动完全可以促进国际法的发展。这主要是因为国际组织有能力对成员国的实践作出集体表述”(Crawford, *Brownlie’s Principles of Public*

上文第三章所述，由国家组成的机构所通过的决议反映该机构成员国所表达的观点及其表决结果，因此，这些决议可能构成国家实践或法律确信的证据。<sup>179</sup> 同样，国际组织通过的政策和采取的行动往往经过了成员国的缜密考虑和(或)认可。

75. 第二，国际组织的行为可起到催生国家实践的作用。从本质上看，国际组织在国际层面的工作可能会促使国家作出反应，这种反应可能构成实践或证明其法律意见。<sup>180</sup> 例如，国际组织提出草案供国家辩论，或开展活动由国家作出反应，就属于这种情况。同样，国际组织机关编写或核可的报告或以其名义所作的声明常常引起各国的反应。呼吁

*International Law*, 第192页)。另见Gunning, “Modernizing customary international law”, 第222页(“关于国际组织应该影响习惯的论点是国际组织的实践……构成集体国家行动为前提的”)。

<sup>179</sup> 另见Prost and Clark, “Unity, diversity and the fragmentation of international law”, 第360页(“无论决议在当代习惯进程中有多重要，[国际组织]是否真正具有法律权威仍值得怀疑。在习惯的‘迅速’萌芽及其宣告与成型过程中，[国际组织]的自主性其实主要是形式上的，而造法的权力——真正的实质性法律权威——往往仍在会员国手中。同样，这绝非否认[国际组织]在引导和示范国家权力方面发挥的作用。然而，当这些决议被视为全部或部分构成习惯法时，其中仍然基本上保留了国家间的互动，而[国际组织]的自主性一般受到其背后成员国的永久作用的限制”)；Klabbers, “International organizations in the formation of customary international law”, 第188页(“在习惯国际法的形成和国际法禁止使用武力方面，可能便于援引的主要案例是尼加拉瓜案，[国际法院]在该案中坚持认为，国际组织的活动和国际会议的成果归根结底是国家所为”)。

<sup>180</sup> 例如，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注23)，详见第258页，第81段(“安全理事会一致批准”联合国秘书长的报告)。另见Cassese, *International Law in a Divided World*, 第193页(“[联合国]鼓励各国就其经常被要求评论的问题提出自己的看法。这也可确保收集各种不易通过其他途径获得的意见”)；Charney, “Universal international law”, 第543–544页；Vignes, “The impact of international organizations on the development and application of public international law”, 第829页；Hannikainen, “The collective factor as a promoter of customary international law”, 第140页(“决议并不是国际组织建立习惯规范的唯一重要活动形式。很多国际机构与国家进行对话，目的是说服国家采取某些良好做法或行为方式。强大的国际机构可能不仅限于说服，还会采取对成员国施压的形式”)；Chen, *An Introduction to Contemporary International Law*, 第346页(“一种久未消除的迷思认为这些[国际政府性]组织很少享有直接的指令性职权，但恰恰相反的是，这些组织作为开展明确交流与合作行动的论坛，建立起民众对权威性群体政策的期望，它们在这方面发挥的作用越来越重要。联合国及其附属机构尤其如此”)。

国家采取行动的决议——例如通过国家立法或采取其他国内措施——也可能导致国家实践。

76. 第三，国际组织有关自身或一般国际组织的国际行为的实践可以作为在习惯国际法的形成和识别方面具有相关性的实践。<sup>181</sup> 在很大程度上，这

<sup>181</sup> 另见2003年11月5日第二合议庭的命令，2 BvR 1506/03，德国联邦宪法法院，第52段(“近期在国际一级上的发展特点是得到承认的国际法主体之间的区分日趋加大，其数目也日益增多，而在认定国家实践时应该考虑到这些发展情况。国际组织机构的行为……因此应该得到特别关注”)；Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law*, 第47页(“国际组织本身即为国际法人。《国际法院规约》第三十八条并未规定国际习惯仅限于国家的实践，国际组织本身可产生到一定时候可能会具有习惯法特点或促进习惯法发展的实践。但是，国际组织的国际人格……限制了可受国际组织实践直接影响的国际法领域”)；Higgins, *Problems and Process*, 第25页(“[联合国]机构在解释条约方面的反复实践可能会建立一种实践，如果条约处理的是一般国际法问题，则这种实践最终可能会固定为习惯。尽管机构的实践不一定证明原始缔约国的意图，但它有习惯法的证明价值。在这种情况下，联合国是国际法律程序的参与者”)；Skubiszewski, “Forms of participation of international organizations in the lawmaking processes”, 第791页(“习惯国际法由组织机关予以适用或其组织机关中的适用，很可能导致新规则的发展”)；Boisson de Chazournes, “Qu'est-ce que la pratique en droit international?”, 第38页(“*De manière générale, en tant que sujets de droit international, les organisations internationales contribuent au façonnement du droit international. Cette contribution revêt différents visages, montrant là encore le caractère pluriel de la pratique. ... Ainsi une organisation internationale peut être véhicule de pratique pour ses États membres. Elle peut avoir sa propre pratique externe par l'intermédiaire de ses organes politiques et intégrés. Elle peut également développer des pratiques qui lui sont propres dans son ordre interne.*”[“一般而言，作为国际法的主体，国际组织可促进国际法的形成。这种促进是多方面的，这也表明实践的多面性。……因此，国际组织可以是成员国建立实践的载体。国际组织可以通过自己的综合政治机构建立外部实践，也可以在内部秩序中建立自己的实践。”])；Danilenko, “The theory of international customary law”, 第20页(“无可争辩的是，国家实践对习惯的形成起到决定性作用。同时，国际组织的实践也可促成其管辖范围内的习惯规则，这一点已经得到公认”)；Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, 第41页(“国际组织具有国际法律人格，并可以独立于其成员国，以自己的身份参与国际关系。就此而言，国际组织的实践可促进习惯国际法的形成”)；Lowe, “Can the European Community bind the member States on questions of customary international law?”, 第158页(“我也不是在问这些[欧洲]共同体的声明是否可以构成《[国际]法院规约》第三十八条第一项(丑)款中所述的国家实践。显然，只要它们是国际法人的行为就可以”)；Akehurst, “The hierarchy of the sources of international law”, 第281页(“国际组织的很多行为本身并不是国际法的渊源，这或者是因为这些行为只是习惯国际法据以发展的实践的一部分，或者是因为它们仅仅记录了国家之间的协定(或国家的承诺)”\*)；Mendelson, “The formation of

方面“最好的例证可能是行政或业务机构的行为”，<sup>182</sup>并涉及国际组织开展的与国家所开展活动类似的“业务活动”，即一位作者将之定义为“国际组织为履行总体使命或执行具体任务而开展的方案工作”。<sup>183</sup>这类活动极为广泛，取决于归属国际组织的职能和权力，可以包括联合国的强制措施以及秘书处的条约保存职能等等。而除在这些领域外，秘书处的行为和观点则不太可能构成实践。<sup>184</sup>

77. 对于习惯国际法规则的形成和识别，国际组织本身即有促进作用，最明确的情况则是国家向这些组织赋予了国家管辖权：“如在[欧洲联盟]这种情况下，当国际组织全部或部分代替其成员国处理

customary international law”，第201页（“传统上为了方便而称之为国家实践的……，更确切地讲，就是国际法主体的实践”）；《伦敦原则声明》（上文脚注84），第730页（“政府间组织本身的实践即为‘国家实践’的一种形式”）。

<sup>182</sup> Sloan, “General Assembly resolutions revisited (forty years later)”，第74页（指出“由于国际组织是国际法的主体，组织的实践对习惯的形成也具有相关性”）。另见Schachter, “The development of international law through the legal opinions of the United Nations Secretariat”，第93页（提到秘书长对很多重大政治争议的干预，这种干预“几乎都是为了提出法律声明”）。

<sup>183</sup> Johnstone, “Law-making through the operational activities of international organizations”，第94页（但在略为不同的背景下讨论这类活动，将这类活动与“国际组织更明确的规范职能，例如政府间机构制定条约或通过决议、宣言和条例”加以区分）。另见Schmalenbach, “International organizations or institutions, general aspects”，第78段（“一些组织与国家在相同领域或以相同方式运作。在这种情况下，组织和国家的实践与法律确信都可以促进同一习惯法规则的形成，前提是无需因国际组织的特有性质而对规则进行修订”）；Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 第195页（“组织可以同成员国和非成员国以及其他组织订立协定，也可以就对其有影响的问题提出国际主张并作出正式声明。前文提到，在评价政治机构的行为时需要谨慎，在谨慎的前提下，组织的实践可作为法律的证据。此外，国际组织的‘实地’行为可能影响关于国际法的论述，从而间接影响习惯的形成”）。

<sup>184</sup> Corten, *Méthodologie du droit international public*, 第173页（“*Il arrive régulièrement que le secrétaire général des Nations unies exprime sa position au sujet de la licéité d'une operation militaire ... De telles prises de position ne manquent pas d'intérêt, dans la mesure où elles peuvent susciter des réactions officielles de la part des États membres de l'ONU. En tant que telle, cependant, une déclaration du secrétaire général n'est pas de nature à engager juridiquement les Nations unies en tant qu'organisation internationale, ni a fortiori les États membres de l'organisation*”[“联合国秘书长经常对军事行动的合法性问题表明联合国的立场……这些立场之采取并非没有意义，因为它们可以引起联合国会员国的官方反应。但是，秘书长的声明本身并不等于联合国作为一个国际组织作出的法律承诺。更加不是成员国所作的承诺”]）。

国际关系时，其实践[较之仅与其参与国际关系直接相关的法律问题]可能在更广泛的领域具有相关性。”<sup>185</sup>这类实践在本质上可以等同于国家实践。正如特别报告员的第二次报告中所述，如果这类国际组织的实践不能等同于国家实践，则意味着不仅组织的实践不在考虑之内，其成员国对国家实践的促成能力也会丧失或减小。<sup>186</sup>

78. 此外，在国际组织的实践具有相关性之处，本报告和先前各报告以及结论草案中提出的适用于国家实践的考虑因素也可比照适用于国际组织的实践。<sup>187</sup>

79. 鉴于上述情况，对起草委员会2014年暂时通过的结论草案第4[5]条第2款（内容为：“在某些情况下，国际组织的实践也有助于促进习惯国际法规则的形成或表述”）不做修改。但是，为了澄清委员会第六十六届会议辩论期间反映的非国家行为体的地位问题，建议删除（起草委员会暂时通过的）结论草案第4[5]条第1款中的“首先是”一语，并增加新的第3款：

“结论草案4[5] 实践要求

“……

“3. 其他非国家行为体的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的实践。”

<sup>185</sup> Treves, “Customary international law”，第52段。例如，见塔迪奇案（上文脚注90），第115段（提及欧洲联盟理事会的声明）。

<sup>186</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/672号文件，第44段。在2014年第六委员会的辩论中，欧洲联盟代表强调：“在根据欧洲联盟条约规则，在只有联盟可以采取行动的领域，关于习惯国际法的形成应该考虑到的是联盟的实践，以及成员国对欧洲联盟立法的执行情况”（见《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第25次会议（A/C.6/69/SR.25），第79段；关于该发言，亦可查阅www.un.org/en/ga/sixth）。另见Vanhamme, “Formation and enforcement of customary international law: the European Union's contribution”，第130页（“可以肯定地说，以[《建立欧洲共同体条约》]为基础的[欧洲联盟]对外关系可被视为国际法项下的相关实践”）；Hoffmeister, “The contribution of EU practice to international law”。欧洲联盟的创始条约规定联盟“应促进……确保国际法得到严格遵守和发展”（《欧洲联盟条约》合订本，第3条第5款）。

<sup>187</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/672号文件，第43段。

## 第六章

### 特别习惯

80. 关于本专题的审议迄今为止一直倾向于“一般”习惯国际法，即“普遍适用、对所有国家有效的”习惯国际法规则。<sup>188</sup> 然而，有的习惯国际法规则可能只对某些国家具有约束力。这一点已得到国际法院<sup>189</sup> 及其法官个人<sup>190</sup> 以及国家法院、<sup>191</sup> 政府<sup>192</sup> 和

专著作者<sup>193</sup> 的确认。这些属于“特别”习惯规则，也称“特殊”习惯规则，大多表现为区域或地方(双边)习惯。<sup>194</sup>

81. 虽然特别习惯规则往往对某一地理区域的国家或组成一利益共同体的国家具有约束力，<sup>195</sup> 但这

<sup>188</sup> 缅甸湾区域海洋边界划界案(上文脚注45)，详见第292–293页，第90段(“已由国际习惯法明确确认、因此无疑具有普遍适用性的原则对所有国家都有效”)。

<sup>189</sup> 见哥伦比亚-秘鲁庇护案(上文脚注110)，详见第276页(法院将哥伦比亚的辩词当作“据称拉美国家所特有的区域或地方习惯”)；摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案(上文脚注40)，详见第200页(“一种地方习惯”)；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39页(“一种地方习惯”)；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18)，详见第105页，第199段(“习惯国际法，无论是一般性的，还是特别适用于美洲国家法系的”)；边界争端案，判决，《1986年国际法院汇编》，第554页起，详见第565页，第21段(“不仅仅是一种促进某个习惯国际法原则逐渐形成、其影响仅限于非洲大陆——正如其以前仅限于西属美洲那样——的实践”)；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233页，第34和第36段(“习惯国际法……不管是全球性的还是区域性的……全球或区域习惯”)。

<sup>190</sup> 例如，见渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)(上文脚注84)，详见第79和第94页，德·卡斯特罗法官的个别意见(“区域习惯或实践以及特别习惯”)；北海大陆架案(上文脚注18)，详见第62页，布斯塔曼特·里韦罗院长的个别意见(“一种区域习惯法”)；巴塞罗那电车公司案(上文脚注40)，详见第290–291页，阿蒙法官的个别意见。

<sup>191</sup> 例如，见恩孔多诉南非警察部长和其他人案，南非最高法院(奥兰治自由省法院)，1980年3月7日，《国际法汇编》，第82(1990)卷，第358和第368–375页(Smuts法官裁定，没有证据证明南非共和国与莱索托之间长期存在的实践已经定型为不受移民手续限制的地方习惯过境权)；在刑事诉讼中的传票服务案，奥地利最高法院，1961年2月21日，《国际法汇编》，第38(1969)卷，第133和第135页(提到“适用于欧洲大陆的一般国际法规则”)。

<sup>192</sup> 例如，见1993年12月15日瑞士联邦外交部关于不驱回原则已发展成为欧洲区域习惯国际法规则的意见(Cafisch, “Pratique suisse en matière de droit international public 1993”，第601–603页)；与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，比利时对法官格林伍德在2012年3月16日举行的听证结束时向其提出的讯问所作的补充答复，第21和第37–38段(可查阅www.icj-cij.org/)。

<sup>193</sup> 例如，见Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague court”，第830页(“[实践的]一般性并不等同于世界普遍性，这里的‘一般[通用][《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款]’一词是相对的。在国家外部活动的不同领域，该词可涵盖或小或大的国家集团”)；Thirlway, *The Sources of International Law*，第88–89页(“如果实践和法律确信不具一般性，而只限于属于一个可识别或出于共同利益相联结的集团的国家，习惯仍可能产生，但将只适用于该集团的成员之间，而不能被强加于其他国家或在与其的关系中作为依据”)；Mendelson, “The formation of customary international law”，第191页；*Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*，第102条，(b)项和(e)项(提到“特别习惯法”以及“一般和特殊习惯”)。习惯国际法一般规则与特别规则之间的等级问题超出了本专题的范围。

<sup>194</sup> Basdevant提到“相对”习惯(Basdevant, “Règles générales du droit de la paix”，第486页)；Cohen-Jonathan提到“当地”习惯(Cohen-Jonathan, “La coutume locale”，第120页)；MacGibbon提到“特殊或例外习惯”(MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”，第116–117页)。Akehurst提议“用‘特殊习惯’一词涵盖有限的国家集团所遵循的区域习惯和所有其他习惯”(Akehurst, “Custom as a source of international law”，第29页)；Wolfke提到“例外习惯规则”(Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”，第13页)。另见Degan, *Sources of International Law*，第243–244页(“似宜将这类用语加以排序，因为并非所有这类习惯规则都相同……然而，所有这类习惯规则都具有国际法的一些共同特点，因此应该归在‘特别习惯’这一通用名称下，以示其有别于一般习惯法”)。但见Gamio, “Costumbre universal y particular”(认为特别习惯的说法是错误的，因为其与一般习惯的差异很大，实际上是一种不同的法律渊源，更多地涉及法律的一般原则或条约而不是习惯)。

<sup>195</sup> 另见Koroma, “The application of international law by the International Court of Justice”，第106页(“特别习惯表现为在两个国家之间、一组国家当中或某个区域出现的习惯规则”)；Wolfke, *Custom in Present International Law*，第90页(“习惯国际法特别规则的划分当然还可能根据各种除地域以外的其他标准，例如政治、族裔、经济、宗教、组织成员资格等”)；Villiger, *Customary International Law and Treaties*，第56页(“非区域性的特别习惯法是可以想象的，例如，存在于共享社会经济利益的国家之间，或者归根到底，对该习惯规则有共同兴趣的国家之间”)；Elias, “The relationship between general and

些规则也可能是双边的。正如国际法院在通行权案中所述,“很难理解为什么彼此间根据长期实践确立地方习惯的国家数目必须大于两个”。<sup>196</sup> 因此,一般和特别习惯国际法之间的区别“在概念上很简单……一般习惯法适用于所有国家,而特别习惯则涉及一组数量较少的国家之间的关系”。<sup>197</sup>

82. 特别习惯规则由数量有限的国家之间被接受为法律的实践演变而来,因此对于没有参与这一实践或者未以某种形式表示同意接受该实践约束的第三国不具有约束力。<sup>198</sup> 这些规则可能“自主发展,或者由一条一般习惯规则甚至一项协定规则分解而产生”,<sup>199</sup> 因而能够“在创建或改变有限地域范围的规则时,考虑到相关[国家]所特有的地理、历史和政治环境”。<sup>200</sup> 不排除这类规则有演变成一般习惯国际法规则的可能性。<sup>201</sup>

particular customary international law”,第72页(“一国的实践要具有相关性,除对一个特别主题事项的兴趣外别无所需,而这种兴趣的原因与地理可能有关,也可能无关”); Rosenne, *Practice and Methods of International Law*, 第68页。

<sup>196</sup> 印度领土通行权案(上文脚注189), 详见第39页(补充说“法院认为两国之间长期持续的、被其接受用于规范相互关系的实践没有理由不应成为这两个国家之间相互权利和义务的依据”)。另见关于航行权和相关权利的争端案(上文脚注189), 详见第265–266页, 第140–144段。

<sup>197</sup> D'Amato, “The concept of special custom in international law”, 第212页。另见 McDougal and Lasswell, “The identification and appraisal of diverse systems of public order”, 第178页(“有些规定涵盖全球; 其他规范则承认较小单位的自主性”)。不过, Thirlway 曾指出“在地方习惯法的问题上, 一般而言, 可能往往难以确定所涉习惯将被适用于的‘共同体’的界限是什么”, Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 第135页。

<sup>198</sup> 另见 Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 第1198–1200页; MacGibbon, “Customary international law and acquiescence”, 第117页(“就各类习惯规则而言, 形成过程是相似的, 即一方面是主张一项权利, 另一方面是同意或默认这一主张”)。

<sup>199</sup> Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第56页。

<sup>200</sup> 哥伦比亚-秘鲁庇护案(上文脚注110), 详见第333页, 阿泽维多法官的反对意见, 他这里指的是拉丁美洲的外交庇护。Dupuy 在这方面提到了“pluralisme coutumier [习惯多元化]”的优势(Dupuy, “Coutume sage et coutume sauvage”, 第82页)。

<sup>201</sup> 另见 Barboza, “The customary rule”, 第14页(“一项特殊习惯, 即由于特定原因对一定数量的国家具有约束力的习惯, 可能保持这种特殊性, 也可能扩展成为一项普遍习惯。一项区域习惯可能永远保持这种区域性, 也可能废止不用, 在这两种情况下, 同意都将是关键因素。该习惯也可能变成一项普遍习惯”)。

83. 在确定是否存在特别习惯国际法规则时, 国际法院适用了《规约》第三十八条第一项(丑)款。<sup>202</sup> 不过, 考虑到特别习惯仅对数量有限的国家具有约束力的性质, 有必要明确指出哪些国家参与了该实践并将其接受为法律。<sup>203</sup> 因此应适用严格的标准。<sup>204</sup>

<sup>202</sup> 哥伦比亚-秘鲁庇护案(上文脚注110), 详见第276–277页(“依据此种习惯的当事方必须证明, 这一习惯建立的方式使其对于另一当事方也已具有约束力。[该当事方]必须证明其援引的规则符合有关国家采用的恒定与统一的常例, 并且这种常例体现了一项权利[或义务]……这源于《国际法院规约》第三十八条, 其中称国际习惯为‘作为通例之证明而经接受为法律者’)。另见 Crema, “The ‘right mix’ and ‘ambiguities’ in particular customs: a few remarks on the *Navigational and Related Rights* case”, 第66页; Elias, “The relationship between general and particular customary international law”, 第75–76页。但见北海大陆架案(上文脚注18), 详见第130–131页, 阿蒙法官的个别意见; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 第249–250页。

<sup>203</sup> 哥伦比亚-秘鲁庇护案(上文脚注110), 详见第276页。另见摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案(上文脚注40), 详见第200页; 北海大陆架案(上文脚注18), 详见第130–131页, 阿蒙法官的个别意见(“虽然一般习惯法规则不需要征得所有国家同意——从[《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的]明确规定就可以看出这一点……区域习惯规则却并非如此, 因为其计划适用的国家数量较少, 而且这些国家可对其表示同意。在没有明示或默示同意的情况下, 一项区域习惯不能被强加给一个拒绝接受它的国家”); 关于航行权和相关权利的争端案(上文脚注189), 详见第279页, 第24段, 塞普尔韦达-阿莫尔法官的个别意见; Waldock, “General course on public international law”, 第50页(“当针对一国援引一项[一般]习惯时, 不必具体表明该国已接受该项习惯为法律; 而是将假定其已接受该习惯并因此受到约束, 除非该国可以举出证据证明其实际反对所涉做法。法院在适用一般习惯时很可能援引各诉讼当事方涉及该习惯的实践——如有; 但法院从未将诉讼当事方接受该实践的证据视为对其适用该习惯的必要条件。当然, 关于两三个国家之间的特别习惯, 如在通行权案中的情况, 立场就非常不同了, 因为这一特别习惯是对一般法的减损, 各诉讼当事方本身对该习惯的接受即是这一例外规则的全部依据”); Pellet, “Article 38”, 第830–831页。

<sup>204</sup> 另见 Forteau, “Regional international law”, 第20页(“有一种备选方案: 或者所主张的习惯是一般性质的, 主张者必须证明存在一项被大多数国家接受为法律的一般惯例; 或者该习惯被视为具有区域、地方或双边性质, 主张者必须满足一种相当严格的标准。在这些情况下, 习惯具有合意性质, 必须证明‘所援引的规则……符合[所有]相关国家采用的恒定与统一的常例(庇护权案, 第276页)’”); Crawford, “Chance, order, change: the course of international law”, 第246–247页(“法院将[庇护案中]这一‘据称拉美国家所特有的区域或地方习惯’的存在视为一个实际上的双边问题……显然, 尽管法院援引了《规约》第三十八条第一项(丑)款, 却在适用一种比其对‘普世’一般国际法规则所适用的更加严格的证据标准……这并不意味着永远不能依据区域或地方习惯, 而只是必须证明该习惯存

在于特定的争端当事方国家之间；该习惯存在的‘区域’包括两个还是二十二个国家都无关紧要……这一点在通行权案中得到了很好的说明”）；Combacau and Sur, *Droit international public*, 第72页(“[P]uisque ces règles sont propres à certains États, il faut définir positivement le cercle des sujets concernés, ce qui ne peut être fait qu’en établissant leur participation directe. De l’autre et surtout, ces coutumes sont virtuellement en conflit, ou dérogoires par rapport à des coutumes générales également obligatoires. Dès lors il faut établir que les États en cause se sont expressément affranchis dans leurs rapports mutuels, et seulement dans ces rapports, de la règle générale” [“由于这些规则针对某些特定国家，必须明确界定所涉主体的范围，而这只能通过其直接参与来确定。另外且最重要的是，较之同样具有约束力的一般习惯，这些习惯实际上与之存在矛盾或者是对前者的减损。因此，必须确定，有关国家在其相互关系且仅在其相互关系中已从一般规则中解脱了出来”]）；Shaw, *International Law*, 第65–66页(“在这种[区域或地方习惯的]情况下，所需的证据标准，特别是关于对之适用该地方习惯的当事方所接受义务的证据标准，高于援引普通或一般习惯的情况……地方习惯要求当事双方(或各方)都明确接受该规则。这是因为地方习惯都是对一般性质和习惯法的例外——后者对所有国家一起造法采取相当灵活的态度——且实际上是有些类似于早前的同意理论，即各国仅受到其同意的规则约束。例外可证明规则，但需用比规则更有力的证据来确立自己”）；Degan, *Sources of International Law*, 第245页(“对于那些国家或其他一些主体来说——他们在造法实践方面是被动的、没有表现出任何兴趣，而且无法证明其存在法律确信——特别习惯规则是他国之间的行为，正如条约

84. 拟议了下列结论草案，供列入新的第六部分，题为“习惯国际法规则的普遍适用的例外”：

#### “结论草案15 特别习惯

“1. 特别习惯是只能由并针对某些国家援引的习惯国际法规则。

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

对于第三国那样。正是出于这些原因，特别习惯规则的举证责任与一般习惯相比有重大区别”）；Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第56页(“其含义是，特殊规则与一般规则的差别仅在于特殊规则的形成需要遵守该规则的国家明示(或默示)的承认，国家偶尔还就其承担举证责任”(提及庇护案的判决时)。但见哥伦比亚-秘鲁庇护案(上文脚注110)，详见第294页，阿尔瓦雷斯法官的反对意见：“一个原则、习惯、理论等，无需被所有新世界国家接受方可被视为[对所有新世界国家具有约束力的]美洲国际法的一部分。在这种情况下存在的情形与在全世界普遍国际法情况下相同”。德·卡斯特罗法官曾说过：“法院必须依职适用[一般习惯国际法]；它有责任知晓这一法律问题：法院知法。只有区域习惯或实践以及特殊习惯才必须得到证明”：渔业管辖权(联合王国诉冰岛)(上文脚注84)，详见第79页，德·卡斯特罗法官的个别意见。

## 第七章

### 一贯反对者

85. 尽管(一般)习惯国际法规则“就其性质而言，必须对国际社会所有成员具有同等效力，因此其中任何成员不得为本国之利而对这种规则单方面行使排除权”，<sup>205</sup> 但普遍持有的观点是，一国若坚持反对正在出现的习惯国际法规则，并在该规则定型后继续反对，则不受其约束。<sup>206</sup> 这被称为“一贯反对者规则”。<sup>207</sup>

<sup>205</sup> 北海大陆架案(上文脚注18)，详见第38–39页，第63段。

<sup>206</sup> 在国际法强制性规范(强行法)背景下适用一贯反对者规则问题超出了本专题的范围。

<sup>207</sup> 这当然有别于新出现的规则遭到反对、从而使其无法成为一条具有约束力的(一般)规则的情况。用阿蒙法官的话来说，“众所周知以至于不需要反复强调的一点是，对一项习惯的成长而言，被认为并不需要很大规模的反对会为其带来何种后果”(巴塞罗那电车公司案(上文脚注40)，详见第308页，阿蒙法官的个别意见。另见南非，卡翁达等人诉南非共和国总统和其他人案，宪法法院的判决(2004年8月4日)，第148段，Ngcobo法官的个别意见(“习惯国际法最具讽刺意味的一点是，对习惯国际法的承认取决于各国表明习惯国际法的实践。

86. 国际和国内法院及法庭的裁决都曾参照过该规则，正如国际法协会《伦敦声明》所强调的那样，没有出现质疑该规则的裁决。<sup>208</sup> 在庇护案中，国际法院认定其不能“判定哥伦比亚政府已经证明存在这一习惯。但即使可以假定仅在某些拉丁美洲国家之间存在这一习惯，也不能对秘鲁援引该习惯，因为后者非但没有遵守该习惯的态度，反而还通过不批准首批含有[所涉规则]的1933年和1939年《蒙得维的亚公约》，拒绝接受该规则”。<sup>209</sup> 在渔业案中，法院同样认为：“十英里规则没有获得一般国际法规则的权威。无论如何，十英里规则似乎对挪威不适用，因

然而，有时国家拒绝承认某项习惯国际法规则的存在，理由是国家实践不足以使某一具体做法成熟为一条习惯国际法规则。这样，国家便否认这一实践成熟为一条习惯国际法规则”。

<sup>208</sup> 《伦敦原则声明》(上文脚注84)，第738页。

<sup>209</sup> 哥伦比亚-秘鲁庇护案(上文脚注110)，详见第277–278页。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注18)，详见第107页，第203段。

为挪威一直反对任何将这一规则适用于挪威海岸的企图”。<sup>210</sup> 在其他案件中也有个人意见提及该规则。<sup>211</sup>

87. 虽然有人表示一贯反对者规则“在实际国家法律讨论中发挥的作用之有限令人吃惊”，<sup>212</sup> 但尤其是在司法程序中还是出现了若干次国家试图依据该规则(且法院和法庭承认其存在)的情况。<sup>213</sup>

<sup>210</sup> 渔业案(上文脚注53), 详见第131页。有些作者质疑在渔业案和庇护案的判决中, 某些段落支持存在一贯反对者规则方面的意义: 例如, 见 Tomuschat, “Obligations arising for States without or against their will”, 第284–287页; Charney, “The persistent objector rule and the development of customary international law”, 第9–11页; Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 第62页, 脚注79(就庇护案写道, “该案涉及一项地方习惯的存在。地方习惯不产生普遍影响, 主张国必须提供证据表明反对国已经同意该规则。因此, 在严格意义上讲, 地方习惯并不会真正出现一贯反对者问题”)。但见 Mendelson 的回复, “The formation of customary international law”, 第228–232页; Kritsiotis, “On the possibilities of and for persistent objection”, 第129页(“对法院而言……这两起案件[1950年底护案和1951年渔业案]都涉及在实践中实现的一贯反对”); Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第24–25页。另见 Charlesworth, “Customary international law and the Nicaragua case”, 第30页(“在讨论是否存在一项关于不干预的习惯规范时, 法院承认了一贯反对者不受习惯国际法规则约束的可能性”)。

<sup>211</sup> 见北海大陆架案(上文脚注18), 详见第97页, 帕迪亚·内尔沃法官的个别意见, 以及第229页, 拉克斯法官的反对意见; 西南非洲案, 第二阶段(上文脚注55), 详见第291页, 田中法官的反对意见; 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注23), 详见第312页, 施韦贝尔法官的反对意见。

<sup>212</sup> Stein, “The approach of the different drummer: the principle of the persistent objector in international law”, 第463页。另见, 例如 Dupuy, “À propos de l’opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l’objecteur persistant”, 第266页(“*Peu ou pas invoqué dans la pratique étatique, désertant les arrêts de la Cour, l’objecteur persistant semble décidément bien évanescant*” [“罕见于法院之判决, 一贯反对者规则在国家实践中很少, 甚至不被援引, 看起来显然日渐式微”])。

<sup>213</sup> 例如, 见联合国和挪威在渔业案中的书状(《国际法院书状》, 第一卷, 挪威的辩诉状, 第381–383页, 第256–260段; 第二卷, 联合王国的答辩状, 第428–429页, 第162–164段; 第三卷, 挪威的复辩状, 第291–296页, 第346–353段); 中国香港, 刚果民主共和国诉FG Hemisphere 联合公司案, 香港终审法院, FACV Nos, 5, 6 & 7 of 2010 (2011), 第121段(“因为我不是、而且也不能阐述大陆的立场, 因此我无须说明自己是否认为限制性豁免是一条习惯国际法规则。我也无须决定一贯反对是否起作用。假如真有必要这么做, 那么我会认同中国一直是限制性豁免的一贯反对者”); 德国, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* [联邦宪法法院的裁决], 德国联邦宪法法院, 第46卷, 1977年12月13日的裁决(2 BvM 1/76), 第32号案(1978年, 图宾根), 第388–389页, 第6段(“这不仅涉及一国从一开始就能够成功地坚持采取行动, 以持续申明权利的方式(如国际法院就挪威渔业案的裁定所述的那样, 《1951年

此外, 其他方面的国家实践也表现出对该条规则的支持”。<sup>214</sup>

国际法院汇编》, 第131页)反对适用一条现有的国际法一般规则; 实际上, 目前尚不能断言存在相关的国际法一般规则”); 中国香港, C 诉入境事务处处长案, 香港上诉法院, [2010] HKCA 159 (2011), 第68段(“一贯反对者”概念是一条国际公法原则, 即“一国……在一条新的习惯国际法规则形成过程中, 背离该过程, 宣布本国不受该规则约束, 并且保持这种态度”(Fitzmaurice, 第99–100页)。反对的证据必须明确”); 毛里求斯共和国诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案(根据1982年《联合国海洋法公约》附件七进行的仲裁), 第一卷, 毛里求斯的答辩状, 2013年11月18日, 第124页, 第5.11段(“一贯反对者规则要求一国在所涉规范形成期间表现出一贯反对”); 罗奇诉美国案, 第9647号案, 第3/87号汇编, 美洲人权委员会, 1987年, 第52段(“习惯国际法规则的证据要求有广泛国家实践的证明。《国际法院规约》第三十八条……将‘国际习惯’界定为‘作为通例之证明而经接受为法律者’。然而, 习惯规则不约束反对该规范的国家”); 多明戈斯诉美国案, 美洲人权委员会(上文脚注90), 第48–49段(“国际习惯法规范一旦确立, 将约束所有国家, 只有那些在实践中成为法律之前一贯反对该实践的国家例外。虽然某种实践不需要被全世界普遍接受才能成为习惯国际法规范, 但对于一贯反对该规范所依据实践的国家而言, 被大多数国家所接受的规范对其没有约束力……因为习惯国际法所基于的是国家的同意, 一贯反对一条习惯国际法规则的国家不受该规范约束”); 英国天然气集团公司诉阿根廷共和国案, 最终裁决, 2007年12月24日, 贸易法委员会仲裁法庭, 第410段, 脚注328; 美国, 西代曼·德布莱克诉阿根廷共和国案, 美国第九巡回上诉法庭, 965 F.2d (1992), 第699页起, 详见第715页, 第54段: “一贯反对一条为他国家所接受的习惯国际法规则的国家不受该规范约束”; 萨巴赫莱尔诉法国案[大法庭], 34869/05号, 欧洲人权法院, 2011年6月29日, 第54段(回顾条约条款也可以作为习惯国际法约束非缔约国, “前提是该国没有反对过该规则”)。另见 Guillaume, “Avis d’amicus curiae”, 第20页, 第11段(在应法国最高行政法院要求出具的法庭之友意见书中辩称, 如果1969年《维也纳公约》第五十三条的规则(强行法)是习惯国际法, 则一国可以是一贯反对者; 最高行政法院的判决并未处理强行法问题(见第303678号判决, 2011年12月31日))。

<sup>214</sup> 例如, 见土耳其在第三次联合国海洋法会议的一次全体会议上的发言, 当时该国代表辩称, “在会议筹备阶段和会议期间, [土耳其]一直是12海里界限的一贯反对者。就半封闭海而言, 土耳其代表团提交的修正案和所作声明表明土耳其一直明确拒绝接受在此类海域适用12海里界限。鉴于上述考虑, 不能针对土耳其主张12海里界限”(《第三次联合国海洋法会议, 第十一次届会的最终部分和大会的结论, 1982年12月6–10日, 蒙特哥湾》, 第十七卷, 简要记录, 第189次会议, 第76页, 第150段); Bellinger and Haynes, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, 第457页, 脚注43(“美国政府认为[一贯反对者]理论仍然有效”)。另见 Danilenko, *Law-Making in the International Community*, 第112页(“有效保留一贯反对者地位的可能性不应与法律承认的不赞同新习惯规则的权利相混淆”)。



88. 一贯反对者规则的存在得到文献的广泛认可,<sup>215</sup> 尽管偶尔也被某些作者所质疑。<sup>216</sup> 如沃尔多克所言,“多数国际法学者认为,当符合第三十八条定义的习惯确立之时,该习惯就成为适用于每个国家的一般国际法规则,但受限于一保留。这种保留是指当习惯还在形成过程中时,一个国家明确且一

<sup>215</sup> 例如,见Murphy, *Principles of International Law*, 第95–96页; Lauterpacht, “International law—the general part”, 第66页(“虽然没有必要证明每个国家都同意,但在习惯规则形成阶段明确表示异议,将至少对于异议国而言,否定了该习惯的存在”); Skubiszewski, “Elements of custom and the Hague court”, 第846页(“习惯一旦确立,将约束各国,除非这些国家在习惯形成阶段曾发声反对”); Armstrong, Farrell and Lambert, *International Law and International Relations*, 第180页(“一国有可能通过一贯反对而不受新出现的习惯法规则约束(对于已经确立的习惯规则而言,不存在这种可能性)”; Dailier, Pellet and Forteau, *Droit international public*, 第231页; Díez de Valesco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 第140页; Santulli, *Introduction au droit international*, 第54–55页; Danilenko, “The theory of international customary law”, 第41页(“根据现行国际法,如果一个国家一贯反对一项正在出现中的规则,那么即使存在广泛实践和相关的法律确信,该国也不受这项习惯规则的约束”); Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, 第60–65页; Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law*。另见 *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, 第102(d)条(“尽管习惯法可以通过国家的默认或行动来确立……并获得对所有国家的普遍约束力,但原则上在法律仍在发展过程中就表示不同意一项实践的国家不受该规则约束,即便在该规则成熟之后也不受其约束”); Green, “Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings”; Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 第443页(“尽管一贯反对者方面的案例法还很单薄,但法律学说却压倒性地推断该原则成立”)。

<sup>216</sup> 例如,见Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, 第180–182页; Charney, “The persistent objector rule and the development of customary international law”; Cassese, *International Law*, 第162–163页; Dumberry, “Incoherent and ineffective: the concept of persistent objector revisited”; Lau, “Rethinking the persistent objector doctrine in international human rights law”(提出在国际法中同意具有非绝对和不断减弱的作用,而一贯反对者学说尤其在人权案件中应当受到限制)。Lowe回应如下:“一些作者质疑一贯反对原则的有效性,认为它是十九世纪国际法合意主义观点不合时宜的存续。然而一旦理解了这一原则的有限范围以及其在实践中极其有限的援引,便很难明白为什么会存在这样的疑问。国家不受其未缔结的条约所规定义务的约束,这显然是对的。那么,如果在(且只在)一国一贯宣布其反对一项规则的情况下,为什么其他国家能够宣称其实践创设了一条习惯国际法规则并以之约束这个国家呢?”(Lowe, *International Law*, 第58页)。

贯地表示反对将该种实践确认为法律。”<sup>217</sup> 科罗马同样指出,“该原则在国际法中得到确立与接受”。<sup>218</sup>

89. 委员会在其最近发布的《对条约的保留实践指南》中提到一贯反对者规则,指出“保留可能是‘一贯[执意]反对者’表示执意反对的一种手段;该反对者肯定可以通过条约拒绝适用某项规则,这样,其他国家便无法依一般国际法援引该规则来指控它了。”<sup>219</sup>

90. 一贯反对者规则被视为一种保障,可借以避免习惯国际法演变成“强势者的专权”,<sup>220</sup> 该规则之所以特别具有吸引力,是因为对既定规则是无法表示异议的。此外,该规则“通常被认为是习惯国际法根本合意性质的必然结果——若非是其体现”。<sup>221</sup> —

<sup>217</sup> Waldock, “General course on public international law”, 第49页。

<sup>218</sup> Koroma, “The application of international law by the International Court of Justice”, 第113–114页。

<sup>219</sup> 《对条约的保留实践指南》指南3.1.5.3的评注第(7)条,《2011年……年鉴》,第二卷(第三部分)。

<sup>220</sup> Mendelson, “The formation of customary international law”, 第227页。另见Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第26页(“如果单个国家的反对意见能够阻止创建一条新规则,那么很难再创建任何新的[习惯]规则。如果可以违背持异议国家的意愿对其进行约束,那么习惯法实际上可以通过多数表决制来创建;但就所需多数的规模、以及是否(和如何)为不同国家的‘表决’设置权重等问题达成共识是不可能的。此外,自信属于多数的国家会对少数派国家采取毫不妥协的态度”); Elias, “Persistent objector”, 第2段(“一贯反对者原则为非同意国提供了摆脱多数主义倾向的路径——自二十世纪中叶以来,多数主义倾向已经成为习惯国际法创建进程的特点”); Stein, “The approach of the different drummer”, 第457–482页(辩称在当代高度自觉的习惯法创建过程中,一贯反对者规则的角色越来越重要);《伦敦原则声明》(上文脚注84),第739页(“作为政策事项,一贯反对者规则可以被视为一种有益的妥协。这项规则尊重国家主权,保护国家不会在违反其意愿的情况下被多数制强行施加新的法律;但与此同时,如果新规则得到足够广泛的支持,则逐渐发展的法律船队可以向前行进,而无须等待最慢的那条船只”)。

<sup>221</sup> Elias, “Persistent objector”, 第2段。另见Weil, “Towards relative normativity in international law?”, 第433–434页(将单个国家有能力选择不参与新出现的习惯国际法规则描述为在国际法渊源正统理论范围内“对习惯的唯意志性的严峻考验”); Murphy, *Principles of International Law*, 第95页(“此‘一贯反对者’规则是对国家同意在国际法中核心重要性的首肯”); Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 第17页(“考虑到国家集团的架构,一贯反对概念是至关重要的。如果国家是国际法中的造法主体,那么他们有可能出于自身原因,在一些情况下为其自身利益而选择退出造法进程”); Colson, “How

一贯反对者规则存在的其他原因可追溯到“重要的国家自主权和多样中求统一的根本性道德原则”以及各国本身已承认这一规则具有效力的断言。<sup>222</sup> 人们发现, 该规则“在习惯法体系中发挥了若干重要作用”, 包括通过“在短期内”给予反对国“便利, 以便其适应必须面对的新现实”, 同时促使“对新规则进行修订, 以期调和服从新规则的国家与一个或更多反对国的观点”,<sup>223</sup> 并且提供了“国家可借以在不采用对抗行动情况下保护自身合法权益的手段”,<sup>224</sup> 还降低了因国家不遵守国际法律体系而给该体系造成的成本(也有助于通过使反对国避免违反国际法, 而降低对其自身造成的成本)。<sup>225</sup>

91. 用菲茨莫里斯的话来说:“这一事项的本质是在规则形成过程中, 在其定型为确定的、得到普遍认可的法律规则之前, 对其表示异议”。<sup>226</sup> 反对与违反之间的界线有时并不容易划定,<sup>227</sup> 但显然, 一旦一条习惯法规则已经定型, 则国家不得重新开始援引

persistent must the persistent objector be?”, 第957-958页(“一贯反对者原则是国际法形成所具有的合意性质的必然结果”); Reisman 等人, *International Law in Contemporary Perspective*, 第15页(“依照国际法合意性质的传统理念, 一贯反对正在出现的习惯法对其行动自由设置新限制的国家, 有可能成功避免受该习惯法的约束”)。

<sup>222</sup> Lopard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, 第229页; Fidler, “Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law”, 第209页。

<sup>223</sup> Elias, “Persistent objector”, 第6段。

<sup>224</sup> Colson, “How persistent must the persistent objector be?”, 第964页。

<sup>225</sup> 见 Guzman, “Saving customary international law”, 第169页(表明习惯国际法的理性选择理论支持一贯反对者原理)。但是, 见 Kelly, “The twilight of customary international law”, 第523-526页; Verdier and Voeten, “Precedent, compliance, and change in customary international law”, 第427-429页(辩称该原理的实际意义有限)。

<sup>226</sup> Fitzmaurice, “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-54”, 第26页。

<sup>227</sup> 另见 Colson, “How persistent must the persistent objector be?”, 第958页(“这两种情况[国家反对国际法律实践中的新趋势和国家反对已经定型为法律的趋势]之间的界限从来都不清晰, 也许只有在回顾时才能看清”); Elias, “Some remarks on the persistent objector rule in customary international law”, 第38页(“很有可能出现难以区分一贯反对与嗣后反对者情形, 但原则上区分二者不是问题”)。

一贯反对者规则。<sup>228</sup> 不能允许“嗣后反对者”。<sup>229</sup> 一国应当尽早反对一条正在发展的规则。<sup>230</sup>

92. 要使一贯反对有效, 就必须明确表达反对。<sup>231</sup> 但是, “并不要求以特定的形式或口吻做出一

<sup>228</sup> 例如, 见哥伦比亚-秘鲁庇护案(上文脚注110), 详见第336段, 阿泽维多法官的反对意见(“这些偶尔拒绝的情形构成对已确立规则的违反, 因为一国不能反对之前已经接受的习惯”); McClane, “How late in the emergence of a norm of customary international law may a persistent objector object?”, 第7页(“根据定义, 在规范生成之后加以反对是嗣后反对, 因此无效”); Akehurst, “Custom as a source of international law”, 第24页(“在规则已经牢固确立之后才初次表示反对太迟了, 无法让该国免受约束”); Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 关于地方习惯法, 第110页(“如果实践被普遍接受为‘法律’, 并且异议国直到规则已经定型并牢固确立之后才公开宣布其意见, 那么该规则将约束包括异议国在内的所有国家”); Mendelson, “The formation of customary international law”, 第244页(“一贯反对者规则……只适用于那些在一般规则新出现之时表示反对的国家: 不存在‘嗣后反对者’规则”); Barberis, “Réflexions sur la coutume internationale”, 第39页(“*Un Etat ne peut se dégager des liens d'une norme coutumière que s'il s'y est opposé d'une manière claire et réitérée dès le moment de sa formation. ... L'opposition claire et réitérée a un effet lorsqu'elle a commencé dès le moment de la formation de la norme coutumière mais devient inefficace si l'opposition se manifeste alors que la norme coutumière a déjà pris naissance*” [“一国只有自习惯规范形成之时起便明确且反复表示反对, 才能不受该习惯规范的约束。……自习惯规范形成时起便开始明确和反复表示的反对有效, 而习惯规范已经形成之后才表示反对则无效”])。

<sup>229</sup> 关于在特定情况下应允许嗣后反对的提议, 见 Bradley and Gulati, “Withdrawing from international custom”; Guzman, “Saving customary international law”, 第169-171页; 对这种提议的反应, 见 Estreicher, “A post-formation right of withdrawal from customary international law?: Some cautionary notes”。

<sup>230</sup> 见 Elias, “Persistent objector”, 第15段(“有关国家必须尽早表达其反对意见”); Kaczorowska, *Public International Law*, 第41页(“一国应当尽早提出反对并对不受其欢迎的事态发展作出反应, 不仅应在新事态所涉事项将直接影响其利益时这样做, 而且当这些事态在近期与该国相关性不大时也要这样做”)。

<sup>231</sup> 例如, 见 Steinfeld, “Nuclear objections: the persistent objector and the legality of the use of nuclear weapons”, 第1652页(“持反对意见的国家, 若其计划在现行国际法项下保留一定的法律权利, 则应对公开宣布的法律政策予以公开反对”); Bederman, “Acquiescence, objection and the death of customary international law”, 第35页(“若希望避免受一种正在出现的全球习惯规范的约束, 则各国义务大声且频繁地表示抗议”); Mendelson, “The formation of customary international law”, 第240-241页(“首先, 显然必须表达出反对: 政府官员和部长仅在内部表示怀疑但未向外部世界传达是无用的。若受一实践直接影响的国家不表示反对, 则在许多情况下可合理地被认为予以了默认或以其他方式被剥夺了反对这一规则的权利”); MacGibbon, “Some observations on the part of protest in

项立场声明”。<sup>232</sup> 具体而言，口头反对(即相对于采取实际行动的要求)足以维持反对国的法律立场。<sup>233</sup> 在实践中，一国可否认一正在出现的新规则已成为一条习惯国际法规则，也可反对该规则对该国的适用性，或同时反对两者。<sup>234</sup>

international law”，第318页(一国必须“强烈且明确地”抗议)；Stern, “Custom at the heart of international law”，第108页。另见毛里求斯共和国诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案(根据1982年《联合国海洋法公约》附件七进行的仲裁)，第一卷，毛里求斯共和国的答辩状(上文脚注213)，第124页，第5.11段(“必须表示反对：政府官员自己在内部表示反对，但未向其本国工作环境之外传达，是不够的”)。

<sup>232</sup> Colson, “How persistent must the persistent objector be?”，第969页。另见Lepard, *Customary International Law*, 第238页(“简言之，无法断言在每种情况下反对必须采取的特定形式或表达的特定强度”)；Wolfke, *Custom in Present International Law*, 第67页(“对一个正在出现的习惯有效地表达异议的方式可能是多样和明示的，或间接，即隐性的。最有效的当然是对一种做法、对其被接受为法律这一点或对成熟的习惯规则毫不含糊地明确表示抗议，因为仅从行为中推断异议，其确凿性要小得多，且难以证明”)。有人主张反对必须是有原则的(“有良心的背叛”)，但请参见Postema, “Custom in international law: a normative practice account”，第299页；Lepard, *Customary International Law*, 第230–232页。Stein认为“无论是在原则上或作为权宜之计”，都应当允许一贯反对，但表示要求反对意见“须具有实质一贯性”可能是有益的(Stein, “The approach of the different drummer”，第476页)。

<sup>233</sup> 另见《伦敦原则声明》(上文脚注84)，第739页(“口头抗议就够了：没有规定要求各国必须采取行动维护其权利”)；Guldahl, “The role of persistent objection in international humanitarian law”，第55页(“尽管既定的做法是，在国际习惯法下，国家实践的证据一般可包括口头和实际行为，但[为使一贯反对者切实行使其所主张的权利]，这一要求将能确保这一对习惯国际法普遍适用的例外在现实中仅会在特殊情况下，被真正奉行其立场的国家所援用。它还将使一国的法律立场更加明确。然而，它可能产生不利、甚至灾难性后果，例如，在禁止使用核武器的情况下，或者举个不那么极端的例子，在交战国报复被用来对付平民的情况下，便会如此。显然，这种要求是不可取的，且被认为是不必要的”)；Mendelson, “The formation of customary international law”，第241页(“只是口头上反对，不伴随实际行动来支持这一反对意见，似乎已经足够了。实际上，如果不这样，便会破坏世界和平，也不利于缺乏适当军事资源或技术人员的国家采取这种行动”)；Colson, “How persistent must the persistent objector be?”，第963–965页(“一项表达反对意见的声明可采用多种方式，也可通过各种手段作出。国家的立场可能不需要通过行为表达出来，才能构成一项有效的法律上的反对意见。在国际法上，明确但温和的措辞便足以保护一贯反对者的立场”)；Lepard, *Customary International Law*, 详见第239页(“当然，即使是在难以作出一贯反对的情况下，不使用武力等基本伦理原则也意味着，明确的抗议并不需要采取非口头的行动(特别是军事行动)来强制实施规则。仅仅口头抗议应该就够了”)。

<sup>234</sup> 另见Elias and Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*, 第106页；Elias, “Persistent objector”，第17段(“反对国是表示反对或不同意存在或形成一项规则，还是表示反对有关规则对自己的适用性，也似乎并不重要”)。

93. 一国必须一贯和持续地坚持其反对意见，以免被视为已默认。<sup>235</sup> 有人说，只要所处的情形有此要求，就“必须重复表示反对(否则就不是‘一贯的)’”，<sup>236</sup> 尽管要求绝对的持续性可能不现实。<sup>237</sup> 当然，国家可以在任何时间放弃其反对。

94. 反对国须负责证明其有权受益于一贯反对者规则，即必须能够反驳有关习惯国际法规则对其具有约束力的推定。<sup>238</sup>

95. 拟议了下列结论草案，供纳入第六部分：

#### “结论草案 16 一贯反对者

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

<sup>235</sup> 另见Gaja, “The protection of general interests in the international community”，第43页(“法院[在渔业案(联合王国诉挪威)中]认为具有相关性的反对意见不止是对一条规则持有的简单否定态度。而是反对‘任何企图适用’这一规则的行动，并表示这些企图都已告失败。因此，对于异议国而言，一条规则对该国是否也有效的问题似乎具有相关性”)；Crawford, “Chance, order, change: the course of international law”，第247页(“一贯反对……但必须前后一致且清楚，而不是仅仅表现为未批准一项条约”)；Elias, “Persistent objector”，第16段(“若一国不坚持其反对意见，即可视其为已默认”)；Kritsiotis, “On the possibilities of and for persistent objection”，第129–130页(“因此，反对的时间必须妥善恰当，而且在某种意义上须是一贯的；我们可以有把握地假定，零星或孤立的反对是不行的”)；Mendelson, “The formation of customary international law”，第241页(“必须维持抗议。这的确是‘一贯’一词的隐含之义……若该国曾表示一次反对，但未能重申反对，则可能有理由(视情况而定)假定它放弃了原先的反对”)。

<sup>236</sup> 《伦敦原则声明》(上文脚注84)，第739页。另见Elias, “Persistent objector”，第16段(“实践越普遍，越为人熟知，反对国必须提供的反对证据就越多，因为面对被视为具有足够的一般性、能够导致一条新规则的实践，若没有反对，则可能相当于默认”)；Steinfeld, “Nuclear objections: the persistent objector and the legality of the use of nuclear weapons”，第1652页(“须由习惯自身的性质来决定要求作出的反对的性质”)。

<sup>237</sup> 见渔业案(上文脚注53)，详见第138页(“法院认为不必过分重视联合王国政府声称在挪威实践中发现的少数不确定或矛盾之处，不论这些是实际的还是表面的”)；Colson, “How persistent must the persistent objector be?”，第957页(“在回答‘一贯反对者必须一贯到何种程度’问题时，必须考虑到是在何种情况下适用该原则的”)。

<sup>238</sup> 另见Crawford, “Chance, order, change: the course of international law”，第57页(“重要的是，自始至终，都有一项可反驳的关于规范已被接受的推定”)；Dupuy, “Coutume sage et coutume sauvage”，第78页(“son inopposabilité [de la coutume] est subordonnée à la preuve, par l’État qui s’en prévaut, de protestations, déclarations manifestant clairement qu’il ne fait pas partie de la communauté juridique servant d’assise à la coutume” [“其[习惯的]不可施用性需要举证，由提出不可施用的国家，通过抗议和声明明确表示不接受作为该习惯依据的法律共识做出”])。

## 第八章

### 今后的工作方案

96. 如导言所述,本报告试图完成由特别报告员拟议的一套结论草案。<sup>239</sup>今后的工作方案取决于委员会在2015年届会期间取得的进展。如果委员会能够在2015年暂时通过一套附带评注的结论草案,则在其2016年提交的下一次报告中,特别报告员将根据第六委员会2015年的辩论情况以及从各国政府和其他方面收到的书面意见,提出对结论和评注可能进行的改动。其目标仍然是在委员会2016年届会议期间,先对2015年通过的结论草案和评注案文进行详细和深入审查与修订,然后尽可能在2016年届会期间结束关于这一专题的工作。<sup>240</sup>然而,若觉

<sup>239</sup> 见上文第8段。

<sup>240</sup> 回顾《对条约的保留实践指南》曾采用了类似的程序,委员会于2010年暂时通过了该《指南》的全文,并在一年之后,即2011年通过了其最终版本(见《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第54-64段)。回顾在第六十三届会议上,一个(由巴斯克斯-贝穆德斯先生担任主席的)工作组详细审议了这些准则草案。

得需要更多的时间,则必须避免在向前推进时过于仓促。<sup>241</sup>

97. 在第四次报告中,除结论草案和评注之外,特别报告员还打算审议如何切实加强有关材料(这些材料是确定一般惯例及其已被接受为法律的依据)的可获取性。<sup>242</sup>

98. 特别报告员还打算编写并分发一份有关这一专题的参考书目,供委员会的委员们审查。

<sup>241</sup> 在第六十六届会议辩论期间,福尔托先生曾引用一句格言:欲速则不达(见《2014年……年鉴》,第一卷,第3226次会议;另见2014年7月17日的发言)。

<sup>242</sup> 另见同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/672号文件,第35段(“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”)。

## 附 件

### 进一步拟议的结论草案

结论草案3 [4] 评估两要素的证据

.....

2. 对每一要素都必须单独予以确定。这一般需要评估每一要素的具体证据。

结论草案4 [5] 实践要求

.....

3. 其他非国家行为体的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的实践。

结论草案11 接受为法律的证据

.....

3. 不作为也可成为接受为法律的证据，条件是相关情况要求做出某种反应。

#### 第五部分

#### 特定形式的实践和证据

结论草案12 条约

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

- (a) 在订立条约时编纂了现有的习惯国际法规则；
- (b) 导致正在出现的新习惯国际法规则定型；或

(c) 导致被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。

结论草案13 国际组织和会议的决议

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

结论草案14 司法裁决和论著

司法裁决和论著可用作识别习惯国际法规则的辅助手段。

#### 第六部分

#### 习惯国际法规则的普遍适用的例外

结论草案15 特别习惯

1. 特别习惯是只能由并针对某些国家援引的习惯国际法规则。

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

结论草案16 一贯反对者

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

# 与武装冲突有关的环境保护

[议程项目 8]

A/CN.4/685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的第二次报告

[原文：英文]

[2015年5月28日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	135
本报告引用的著作.....	139
	段 次
导言.....	1-3 141
章 次	
一、 本报告的宗旨.....	4-15 141
方法和来源.....	7-15 141
二、 委员会第六十六届会议上的协商.....	16-21 142
三、 大会第六委员会在第六十九届会议上的辩论.....	22-28 144
四、 对委员会特别想听取意见的具体问题的答复.....	29-60 146
五、 国家和国际组织的实践.....	61-91 149
A. 关于国家实践的补充资料.....	68-76 150
B. 秘书长关于联合国部队遵守国际人道法的公告.....	77-78 151
C. 安全理事会的各项决议.....	79-87 152
D. 其他组织.....	88-90 153
E. 结论.....	91 154
六、 法律案例和判决.....	92-119 154
A. 法院或法庭适用国际人道主义条约法中对武装冲突期间环境进行直接或间接保护的条款的案例.....	101-108 155
B. 法院或法庭明示或默示地认为武装冲突与保护环境有联系的案件.....	109 156
C. 法院或法庭处理人民和平民居民状况的案件.....	110-119 156
七、 武装冲突期间适用的法律.....	120-209 158
A. 保护环境的条约规定和武装冲突法.....	120-145 158
B. 原则.....	146-165 164
C. 红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究报告.....	166-179 168
D. 适用于武装冲突的国际法手册.....	180-207 169
E. 结论.....	208-209 173
八、 保护区.....	210-229 173
A. 非军事区.....	210-218 173
B. 无核武器区.....	219-223 175
C. 自然遗产区和重大生态意义地区.....	224-229 176
九、 今后的工作方案.....	230-232 177

## 附件

一、与武装冲突有关的环境保护：拟议的原则草案 .....	178
二、参考书目选编 .....	179

## 本报告引用的多边文书

## 来源

关于陆战法规和习惯的海牙公约 [法] (1907年10月18日, 海牙):	<i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , J. B. Scott, ed., 3rd ed. New York, Oxford University Press, 1915, 第100页。
《限制使用武力索偿契约债务的(第二)公约》(《海牙第二公约》); 《关于战争开始的(第三)公约》(《海牙第三公约》); 《关于陆战法规和习惯的(第四)公约》(《海牙第四公约》); 《关于中立国在陆战中的权利和义务的(第五)公约》(《海牙第五公约》); 《关于战争开始时敌国商船地位的(第六)公约》(《海牙第六公约》); 《关于商船改装为军舰的(第七)公约》(《海牙第七公约》); 《关于敷设自动触发水雷的(第八)公约》(《海牙第八公约》); 《关于战时海军轰击的(第九)公约》(《海牙第九公约》); 《关于海战中限制行使捕获权的(第十一)公约》(《海牙第十一公约》); 《关于中立国在海战中的权利和义务的(第十三)公约》(《海牙第十三公约》); 《禁止从气球上投掷投射物和爆炸物宣言》	
《关于陆战法规和习惯的章程》[法](1899年和1907年《海牙第二公约》和《海牙第四公约》附件)	同上, 第107页。
《禁止使用扩张弹头宣言(四, 3)》[法](1899年7月29日)	同上, 第227页。
《关于战时医院船免向国家缴纳所征税费的公约》[法](1904年12月21日, 海牙)	<i>U.S. Statutes at Large</i> , vol. 35, Part 2, 第1854页。
《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》[英](1925年6月17日, 日内瓦)	国际联盟, 《条约汇编》, 第九十四卷, 第2138号, 第65页。
《海上中立公约》[西](1928年2月20日, 哈瓦那)	同上, 第一百三十五卷, 第3111号, 第187页。
《限制和裁减海军军备条约》[英](1930年4月22日, 伦敦)	同上, 第一百一十二卷, 第2608号, 第65页。
《保护艺术和科学机构及历史古迹条约》[英](《罗里奇公约》)(1935年4月15日, 哥伦比亚特区华盛顿)	同上, 第一百六十七卷, 第3874号, 第289页。
《关于1930年4月22日伦敦条约第四部分所述潜艇作战规则的会议记录》[英](1936年11月6日, 伦敦)	同上, 第一百七十三卷, 第4025号, 第353页。
《关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》[英](1945年8月8日, 伦敦)	联合国, 《条约汇编》, 第82卷, 第251号, 第279页。
《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日, 巴黎)	同上, 第78卷, 第1021号, 第278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]	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]	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]	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]	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1125卷, 第17513号, 第609页。

## 来源

- 《1949年8月12日日内瓦四公约关于采纳一个新增特殊标志的附加议定书》(《第三议定书》)(2005年12月8日,日内瓦) 同上,第2404卷,第43425号,第261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1954年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。
- 《南极条约》[英](1959年12月1日,哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第402卷,第5778号,第71页。
- 《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》[英](1963年8月5日,莫斯科) 同上,第480卷,第6964号,第43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,纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171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。
- 《拉丁美洲和加勒比禁止核武器条约》(《特拉特洛科条约》)(包括第一和第二附加议定书)[英](1967年2月14日,墨西哥城) 同上,分别位于第634卷,第9068号,第281页和第1894卷,第9068号,第335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。
- 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》[英](1968年11月26日,纽约) 同上,第754卷,第10823号,第73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。
- 《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。
- 《禁止在海床、洋底及其下层土壤放置核武器及其他大规模毁灭武器条约》(1971年2月11日,伦敦、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第955卷,第13678号,第1150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。
- 《保护世界文化和自然遗产公约》(《世界遗产公约》)[英](1972年11月16日,巴黎) 同上,第1037卷,第15511号,第151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。
- 《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》[英](1974年1月25日,斯特拉斯堡) 欧洲委员会,《条约汇编》,第82号。
- 《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。
- 《非洲统一组织消除非洲雇佣军制度公约》[英](1977年7月3日,利伯维尔) 同上,第1490卷,第25573号,第89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。
- 《关于无法检测的碎片的议定书》(《第一议定书》) 同上。
- 《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(《第二议定书》)[及技术附件] 同上,经1996年5月3日修正(1996年5月3日,日内瓦;同上,第2048卷,第22495号,第93页)。
- 《禁止或限制使用燃烧武器议定书》(《第三议定书》) 同上。



## 来源

- 《关于激光致盲武器的议定书》(《第四议定书》)(1995年10月13日, 维也纳) 同上, 第2048卷, 第22495号, 第92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修正案》(2001年12月21日, 日内瓦) 同上, 第2260卷, 第22495号, 第82页。
- 《战争遗留爆炸物议定书》(《第五议定书》)[及技术附件](2003年11月28日, 日内瓦) 同上, 第2399卷, 第22495号, 第100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28页。
- 《南太平洋无核区条约》[英](《拉罗通加条约》)(1985年8月6日, 拉罗通加) 同上, 第1445卷, 第24592号, 第177页。
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989年3月22日, 巴塞尔) 同上, 第1673卷, 第28911号, 第57页。
- 《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。
- 《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989年12月4日, 纽约) 同上, 第2163卷, 第37789号, 第75页。
- 《联合国气候变化框架公约》(1992年5月9日, 纽约) 同上, 第1771卷, 第30822号, 第107页。
- 《生物多样性公约》(1992年6月5日, 里约热内卢) 同上, 第1760卷, 第30619号, 第79页。
- 《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。
- 《东南亚无核武器区条约》[英](1995年12月15日, 曼谷) 同上, 第1981卷, 第33873号, 第129页。
- 《非洲无核武器区条约》(《佩林达巴条约》)[英](1996年4月11日, 开罗) 《国际法律资料》, 第35卷(1996年), 第705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; 以及1996年9月10日大会第50/245号决议。
- 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997年9月18日, 奥斯陆) 联合国, 《条约汇编》, 第2056卷, 第35597号, 第211页。
- 《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。
- 《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》(2000年5月25日, 纽约) 同上, 第2173卷, 第27531号, 第222页。
- 《中亚无核武器区条约》[英](2006年9月8日, 塞米巴拉金斯克(塞梅伊)) 《联合国裁军年鉴》, 第31卷(联合国出版物, 出售品编号: C.07.IX.1), 2006年, 附录二, 第323页。
- 《集束弹药公约》(2008年5月30日, 都柏林) 联合国, 《条约汇编》, 第2688卷, 第47713号, 第39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

- AHLSTRÖM, Christer  
*Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa*. Mariehamn, Åland Peace Institute, 1995.
- BETHLEHEM, Daniel  
“The methodological framework of the study”, in Elizabeth Wilms-hurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 3–14.
- BJÖRKHOLM, Mikaela and Allan ROSAS  
Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering. Åbo, Åbo Academi University Press, 1990.
- BLACK, Cyril E., et al.  
*Neutralization and World Politics*. Princeton, Princeton University Press, 1968.
- BOTHE, Michael, et al.  
*Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*. Report to the Commission of the European Communities, SJ/110/85. 1985.
- CHURCHILL, R.R., and A.V. LOWE  
*The Law of the Sea*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1988.
- DELBRÜCK, Jost  
“Demilitarization”, in Rudolf Bernhardt and Peter Macalister-Smith, eds., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam: North-Holland, 1982, pp. 150–152.
- DINSTEIN, Yoram  
*War, Aggression and Self-Defence*, 5th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- DIVISION FOR OCEAN AFFAIRS AND THE LAW OF THE SEA, OFFICE OF LEGAL AFFAIRS, UNITED NATIONS  
*The Law of the Sea: Declarations and statements with respect to the United Nations Convention on the Law of the Sea and to the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of December 10 1982* (United Nations publication, Sales No. E.97.V.3, 1997).
- DOSWALD-BECK, Louise  
*Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DOSWALD-BECK, Louise, ed.  
*San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*. Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- 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.
- FISCHHABER, Hans-Bjoern  
“Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led operations: real commitments or another ‘paper tiger’?”, *Energy Security Highlights*, vol. 10 (2012), pp. 22–24.
- GREENWOOD, Christopher  
“The twilight of the law of belligerent reprisals”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 20 (1989), pp. 35–69.
- HAMPSON, Françoise  
“Other areas on international law in relation to the study”, in Elizabeth Wilms-hurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 50–74.
- HANNIKAINEN, Lauri  
“The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 54 (1994), pp. 614–651.
- 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  
“Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, No. 857, 2005, pp. 175–212.
- HENCKAERTS, Jean-Marie, and Louise DOSWALDBECK, 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.
- HULME, Karen  
*War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.  
“Natural environment”, in Elizabeth Wilms-hurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 204–237.
- ICHIM, Octavian  
*Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- INTERNATIONAL LAW AND POLICY INSTITUTE  
“Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study”, report 12/2014. Oslo, International Law and Policy Institute, 2014.
- JENSEN, David, and Silja HALLE, eds.  
*Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations*. Nairobi, UNEP, 2012.
- KALSHOVEN, Frits  
“Belligerent reprisals revisited”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21 (1990), pp. 43–80.  
*Belligerent Reprisals*, 2nd ed. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.  
*Reflections on the Law of War: Collected Essays*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
- KRESS, Claus  
“The International Court of Justice and the law of armed conflicts”, in Christian J. Tams and James Sloan, eds., *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 263–300.
- MANOHARAN, N.  
“Tigers with fins: naval wing of the LTTE”, *Institute of Peace and Conflict Studies*, 1 June 2005, available from [http://ipcs.org/comm\\_select.php?articleNo=1757](http://ipcs.org/comm_select.php?articleNo=1757).
- MCCORMACK, Timothy L.H.  
“An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study”, in Anthony M. Helm, ed., *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*. Naval War College, Newport, Rhode Island, 2006, pp. 81–98.
- MONETA, Carlos J.  
*La Antártida en el sistema internacional del futuro*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

- MURPHY, Sean D., Won KIDANE, and Thomas R. SNIDER  
*Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea–Ethiopia Claims Commission*. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- PEJIĆ, Jelena  
“Status of armed conflict” in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 77–100.
- PERNA, Laura  
*The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- PILLOUD, Claude, and Jean PICTET  
“Article 51: Protection of the civilian population” in Yvez Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949*. Geneva, ICRC and Martinus Nijhoff, 1987, pp. 613–628.  
“Article 55: Protection of the natural environment”, in Yvez Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949*. Geneva, ICRC and Martinus Nijhoff, 1987, pp. 661–664.
- PINTO, Christopher  
“Maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea” in Jozef Goldblat, ed., *Maritime Security: The Building of Confidence* (UNIDIR/92/89, United Nations publication, Sales No. GV.E.92.0.31), pp. 9–54.
- PRAWITZ, Jan  
“The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia”, paper presented at the 45th Pugwash Conference on Science and World Affairs “Towards a Nuclear-Weapon-Free World”, Hiroshima, Japan, July 1995, in Joseph Rotblat and Michiji Konuma, eds., *Proceedings of the Forty-fifth Pugwash Conference on Science and World Affairs, Hiroshima, Japan, 23–29 July 1995: Towards a Nuclear-Weapon-Free World*. Singapore, World Scientific, 1997, pp. 651–669.
- PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH, HARVARD UNIVERSITY  
*Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- ROGERS, A.P.V.  
*Law on the Battlefield*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 2004.
- ROSELLI, Carina  
“At the intersection of human rights and the environment in Iraq’s southern marshes”, doctor juris thesis, Vermont Law School, 2014. The thesis is on file with the Special Rapporteur.
- SANCIN, Vasilka  
“Peace operations and the protection of the environment”, in Vasilka Sancin, ed., *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges*. Ljubljana, GV Založba, 2012, pp. 187–208.
- SCHINDLER, Dietrich, and Jiří TOMAN  
*The Laws of Armed Conflicts*, 3rd. ed. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- SCHMITT, Michael N.  
“Humanitarian law and the environment”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 28, No. 3 (2000), pp. 265–323.  
*The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- SCHMITT, Michael N., Charles H. B. GARRAWAY and Yoram DINSTEIN  
*The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*. San Remo, International Institute of Humanitarian Law, 2006.
- SHRAGA, Daphna  
“The Secretary-General’s bulletin on the observance by the United Nations forces of international humanitarian law: a decade later”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39 (2009), pp. 357–377.
- SCOBIE, Iain  
“The approach to customary law in the study” in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 15–49.
- SOONS, Alfred H. A.  
*Marine Scientific Research and the Law of the Sea*. The Hague, T.M.C. Asser, 1982.
- SUBEDI, Surya P.  
*Land and Maritime Zones of Peace in International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1996.
- TAMS, Christian J.  
“The contentious jurisdiction of the Permanent Court”, in Christian J. Tams and Malgosia Fitzmaurice, eds., *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 9–39.
- UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION  
*History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*. London, His Majesty’s Stationery Office, 1948.
- WALKER, George K., ed.  
*Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- WILMSHURST, Elizabeth, ed.  
*International Law and the Classification of Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ZIMMERMANN, Bruno  
“Part V, Section II—Repression of breaches of the Conventions and of this Protocol”, in Yvez Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949*. Geneva, ICRC and Martinus Nijhoff, 1987, pp. 973–988.

## 导言\*

1. 在2013年第六十五届会议上，国际法委员会决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入其工作方案，并任命玛丽·雅各布松女士为该专题的特别报告员。<sup>1</sup>

\* 特别报告员由衷感谢Cyrus R. Vance国际司法中心以及环境方案主任Susan M. Kath给予的支持。她特别感谢Cleary Gottlieb Steen and Hamilton LLP公司以及环境法研究所在本报告研究工作中提供的宝贵协助。Cleary Gottlieb公司希望将其对本报告的贡献归功于其非合伙人律师Mayar Dahabieh，若没有她的努力，其研究将不可能进行。此外，特别报告员对Stavros Pantazopoulos所做的宝贵研究表示感激。特别报告员还希望感谢Angela Barisic、Amanda Kron、Abby Zeith和Jonathan Österlund为编写本报告提供的有益协助。还要特别感谢Britta Sjöstedt和Karen Hulme教授、以及Anne Dienelt、Shirin Shua和Kitty Zheng。特别报告员非常感谢新泽西州立大学、罗格斯大学教授Cymie R. Paine和环境法研究所共同主任Carl Bruch，后者是2014年10月24日纽约关于这一专题的国际研讨会安排的主要负责人。特别报告员也非常赞赏环境法研究所和国际可持续发展法中心的同事们贡献的研究成果。还要感谢该研讨会的参加者、随后的非正式智囊团参加者分享其知识和思想，感谢瑞典外交部和纽约瑞典常驻联合国代表团各自的贡献，并感谢来自北欧国家的同事们的贡献。最后但特别重要的是，特别报告员要感谢几位图书管理员。没有他们，这项工作就无法进行，他们是日内瓦万国宫图书馆的Irina Gerassimova和斯德哥尔摩政府机构图书馆的工作人员。

2. 本专题于2011年首次列入长期工作方案。专题的审议始于2012年第六十四届会议期间的非正式协商，并在2013年第六十五届会议上继续进行，其间委员会举行了更多的实质性非正式协商。这些初步协商为委员会的委员们提供了一个就今后方向进行思考和评论的机会。所讨论的工作内容包括范围和总体方法、其中包括分阶段工作的方式以及今后工作时间表。在2014年委员会第六十六届会议上，特别报告员提交了初步报告，<sup>2</sup>在该报告基础上，委员会举行了一次一般性辩论。<sup>3</sup>

3. 本报告摘要概述了2014年在委员会以及在大会第六十九届会议期间第六委员会中进行的辩论。报告还概述了各国对委员会所列特别感兴趣的具体问题的答复。

<sup>1</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第131段。

<sup>2</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件。

<sup>3</sup> 同上，第二卷(第二部分)，第192–213段。关于这次辩论的更全面介绍，见同上，第一卷，第3227至第3231次会议。

## 第一章

### 本报告的宗旨

4. 本报告的重点是就与武装冲突有关的环境保护问题找出与之直接相关的现有武装冲突规则。因此，报告对这些规则进行了研究，并载有原则草案。

5. 对武装冲突法的解释必须考虑到现代武装冲突的现实。武装冲突的性质种类繁多。除了传统的国家间战争，世界还面临非国际性武装冲突、被国际化的武装冲突及代理人战争。关于武装冲突的其他描述也开始出现，如“网络战争”和“非对称战争”。而对于任何特定情形，首先要进行的测试是确定到底是否存在武装冲突。<sup>4</sup>

6. 武装冲突的性质多种多样，这一点尤其具有挑战性，因为凡要适用武装冲突法，就必须首先对有

关冲突进行归类。<sup>5</sup> 若不能进行归类，则或多或少无法理解须适用何种规则。并非所有适用于国际武装冲突的规则均被视为适用于非国际性武装冲突。与此同时，一些基本原则，如区分原则、人道原则(公众良知要求)显然反映了习惯法，适用于所有类型的武装冲突。此外，许多国际条约的规定反映了具有习惯法性质的规则，因而可适用于所有类型的武装冲突。<sup>6</sup>

### 方法和来源

7. 本报告载有依据从各国直接收到的资料而编写的有关国家实践信息。各国通过对委员会所提问

<sup>5</sup> 关于对冲突进行归类的法律必要性概述，见Pejić，“Status of armed conflict”。有关全面讨论，见下列出版物中的若干文章：Wilmshurst(编)，*International Law and the Classification of Conflicts*。

<sup>6</sup> 进行此种分析，有两个步骤：第一，需要确定该规定体现了习惯法，以及第二，规则的内容清楚表明了该规则所具有的习惯法地位是否涵盖这两种类型的冲突。

<sup>4</sup> 就关于“武装冲突”的可能定义进行的讨论，见特别报告员的初步报告，《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第69–78段。

题的回应，或在大会第六委员会辩论中就本专题所作发言，提供了上述资料。此外，还通过各国和有关组织的官方网站获取了资料。这些资料被定性为首要来源。与委员会审议其他专题时一样，上述资料并非全面的。在使用何种方法确定适用的习惯法规则方面遇到了挑战。红十字国际委员会(红十字委员会)在这方面作出了巨大努力。经过约十年的材料汇编和分析工作，其关于习惯国际人道法的重大研究报告(以下简称“红十字委员会习惯法研究报告”)已于2005年出版。<sup>7</sup>红十字委员会习惯法研究报告是史无前例的。该研究共分两卷，长达5 000页，包括161条规则和评注及辅助材料，借用一位作者的话来说，这是“一项了不起的成就”。<sup>8</sup>但该研究因在方法和可靠性方面的缺陷受到了批评。<sup>9</sup>此外，应强调指出的是，这一研究本身是对特定时间可适用法律的定格描述。为了弥补时间方面的欠缺，红十字委员会在其习惯法网页上不断发布补充材料。<sup>10</sup>特别报告员认为，红十字委员会的这项工作是非常宝贵的，不容忽视甚或低估。这一研究是对该领域现有法律、规章措施及法律确信表述最全面的汇编。在本报告中凡提到红十字委员会习惯法研究报告，均基于上文所述的几项前提。

8. 显而易见，要获取关于非国际性武装冲突方面的国家实践资料要困难得多。而关于非国家行为体实践的资料则更难获得。这些资料即使不构成法律意义上的国家实践，也是具有一定参考价值的。委员会2014年关于“习惯国际法的识别”专题的讨论呈现了委员会内部的一个明显倾向，即不把非国家行为体的实践列为习惯国际法概念的一部分。因此，该专题的特别报告员提出了一项加以澄清的规则，规定其他非国家行为体(国际组织可能例外)的行为不被视为该专题意义上的“实践”。<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Henckaerts and Doswald-Beck (编), *Customary International Humanitarian Law*, vols. 1 and 2.

<sup>8</sup> Bethlehem, “The methodological framework of the study”, 第3页。

<sup>9</sup> 例如，见 Bethlehem, “The methodological framework of the study”; Scobbie, “The approach to customary law in the Study”; 以及 Hampson, “Other areas on international law in relation to the study”。另见 McCormack, “An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study”。

<sup>10</sup> 最近一次更新是在2014年11月6日，增加了丹麦、吉布提、波兰、索马里和塔吉克斯坦的国内法律([www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home))。

<sup>11</sup> 特别报告员建议在结论草案4 [5] (实践要求)中增加新的第3款，读作“其他非国家行为者的行为不是习惯国际法的

9. 武装冲突各方必须遵守国际人道法规则。撇开非国家行为体是否有资格创造或有助于形成习惯国际法这一问题，出于实际工作的原因，特别报告员一直未能审查非国家武装团体的实践。<sup>12</sup>在编写本报告过程中，特别报告员觉得应该回顾红十字委员会和非政府组织在向此类武装团体传播人道法方面开展的工作。<sup>13</sup>非政府组织“日内瓦呼吁”的宗旨是促进非国家武装行为者在武装冲突和其他暴力局势中遵守国际人道主义准则，并建立了一个非国家武装行为者人道主义承诺目录，在这一数据库中可查阅此类行为者与国家之间的协定。<sup>14</sup>然而，一般而言，这种资料大多不公开提供。出于这些理由，特别报告员一直未能审查非国家武装团体的实践。这有点令人遗憾，因为恰恰是在国家与非国家武装团体的互动中才可能识别国家实践的证据。

10. 本报告的基础是对相关战争法条约以及有关裁军条约的审查。有时很难确定应将条约归类为人道法条约还是裁军条约。本报告载有一份对特别管制区、如无核武器区和自然遗产区的简要研究。这是直接应委员会委员和各国的建议进行的。为了对这些类型的条约制度有一个总体了解，我们认为应在同一份报告予以述及。

11. 此外，本报告还载有关于相关判例法的一节。鉴于存在大量有可能与本专题具有相关性的判例法，报告认真挑选出了最具相关性的案件。

12. 几乎武装冲突法的每一个方面都有着大量文献。为使报告兼具可读性和实用性，严格限制了在脚注中直接援引文献的情况。更完整的参考书目清单见本报告附件二。报告中已附有大量脚注。在适当的情况下，可在今后关于原则草案的评注中进

形成或识别方面的实践”(见A/CN.4/682号文件，附件，载于本卷)。

<sup>12</sup> 在非国际性武装冲突方面，有些非国家武装团体可能组织严密、装备精良，而其他的则可能装备不良，教育程度低下。很少有非国家武装团体在非国际性武装冲突中使用空战和导弹战。然而，有迹象表明这可能会发生变化，因为非国家武装团体已经拥有无人驾驶飞机或导弹。有迹象表明，一些非国家武装团体已拥有自己的空军。关于海战，应注意到的是，泰米尔伊拉姆猛虎解放组织(猛虎组织)的海上分支(海上猛虎)在斯里兰卡内战中扮演了重要角色。据报，猛虎组织的各种船只包括全副武装的炮舰、运兵船及海上供应船，而且拥有能躲避雷达的隐形船以及先进的通讯系统。另据称，海上猛虎拥有一支潜水队，负责渗透入港口埋设水雷。见 Manoharan, “Tigers with fins: naval wing of the LTTE”。

<sup>13</sup> 见 [www.genevacall.org](http://www.genevacall.org)。

<sup>14</sup> 可查阅 <http://theirwords.org/pages/home>。

一步阐述本报告所援引的那些曾为有关学说作出过贡献的作者的评论与分析。

13. 本报告谈到了作为战争手段的一部分而使用武器的问题，因为在武装冲突中使用的所有武器都须遵守武装冲突法。一些诸如攻击中采取谨慎防范措施、区分、相称、军事必要性和人道主义的规则和原则平等适用。除地雷等少数例外情况之外，武装冲突法(战时法)中没有关于具体武器的特定规则。本报告没有讨论国际条约所禁止使用的武器(如化学或生物武器)问题。

14. 本报告也不涉及占领的情况。原因是占领往往超出了积极军事敌对行动停止之时。此外，因违反占领法而进行的赔偿可能与因违反诉诸战争权规

则而进行的赔偿和因违反占领国义务规则而进行的赔偿两者有关。这与私有财产权有着密切的联系。因此特别报告员将在随后的第三次报告中论述有关占领的问题。

15. 对自然资源和自然环境的法律保护之间的联系可能需进一步审查。各国在第六委员会发言中，以及据报在其国内法律和规章条例中均强调了二者的联系。安全理事会在许多决议中也提及了武装冲突与自然资源之间的联系，联合国环境规划署(环境署)的大部分工作也着重于同一问题。这种联系与这项工作所涵盖的所有三个时间段——预防措施、敌对行为和赔偿措施——都具有相关性。然而，必须划出一条界线；即对自然资源作为冲突的原因这一问题本身不会加以论述。

## 第二章

### 委员会第六十六届会议上的协商

16. 在2014年第六十六届会议上，委员会在特别报告员提交的初步报告基础上举行了一般性辩论。<sup>15</sup>

17. 与会者普遍肯定了本专题及其总体宗旨的重要性。委员们普遍同意，工作重点应是明确适用于武装冲突的国际环境法规则和原则。几位委员赞同特别报告员的看法，即委员会不应修改武装冲突法。另一方面，一些委员认为，鉴于武装冲突法中极少涉及环境问题，可能有必要进一步阐述武装冲突中的环境义务。

18. 与会者普遍支持特别报告员所采用的按时间分三阶段的办法，一些委员指出这一办法将会促进工作的进行。有委员表示，这种时间分段法将使委员会能够在第一阶段中侧重于准备和预防措施，并在第三阶段中侧重于赔偿和重建措施。不过，其他一些委员对过于严格地遵照时间分段提出了关切，指出特别报告员本人曾经在其报告中明确表示不可能严格地划分阶段。在拟定准则或结论的过程中，几位委员表示，保持对阶段的严格区分很难，

也不宜这样做，因为许多相关规则适用于所有三个阶段。

19. 对于第二阶段，即在武装冲突期间保护环境的义务，与会者就应给予该阶段多大的权重进行了大量辩论。一些委员认为第二阶段应是这一项目的核心，因为其他两个阶段的审议与武装冲突期间所产生的义务之间有着内在联系。这些委员认为，与环境保护有关的武装冲突法有限且不曾反映出当今武装冲突的现实及其对环境构成的风险。另有几位委员则强调，根据特别报告员的建议，委员会不应把工作重点放在第二阶段，因为武装冲突法是特别法，其中含有涉及环境保护的规则。

20. 还就本专题范围的限制进行了大量讨论。几位委员认为，如特别报告员所建议的那样，武器问题应被排除在本专题之外，而另一些委员则认为，要全面处理本专题，就必须包括对武器的审议。有委员建议澄清关于本专题的工作并不妨碍关于具体武器的现有规则。

21. 最后，有委员就审议非国际性武装冲突的提议提出了问题。虽然与会者普遍赞同审议此类冲突的提议，但也有一些委员指出，若将此类冲突列为审议内容，则必须进行一项研究，即非国家行为体是受武装冲突法的约束，还是受在第一和第三阶段所确认产生的义务约束？

<sup>15</sup> 见《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第192-213段。关于这次辩论更全面的介绍，见同上，第一卷，第3227至第3231次会议。关于特别报告员所概述的有关工作阶段的信息，见《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第135-136段。

## 第三章

## 大会第六委员会在第六十九届会议上的辩论

22. 在大会第六委员会第六十九届会议期间, 约有32个国家在委员会第六十六届会议工作报告的基础上谈及了本专题。<sup>16</sup> 许多国家指出了专题的重要性,<sup>17</sup> 几个国家作了实质性发言。三国代表团对本专题的可行性表达了关切。<sup>18</sup>

23. 许多代表团欢迎特别报告员采取的时间办法,<sup>19</sup> 并同意不可能严格划分三个阶段(即武装冲突之

前、期间和之后)之间的界线。<sup>20</sup> 有几个代表团重申其对时间分段法可行性的疑虑,<sup>21</sup> 其中一个代表团指出可考虑改用分专题的办法。<sup>22</sup> 有三个国家评论指出, 若认为现有保护制度不足, 委员会应考虑开始渐进的发展工作。<sup>23</sup>

24. 对特别报告员界定和限制本专题范围的办法,<sup>24</sup> 一些代表团表示了欢迎, 而另一些代表团则认为对本专题不应加以不合理的限制。<sup>25</sup> 许多代表团提出了是否将文化和自然遗产保护作为本专题一部分的问题。<sup>26</sup> 此外, 与会者就专题的确切范围提出了不同观点, 包括是否应审议与人权、<sup>27</sup> 土著人民、<sup>28</sup> 难

<sup>16</sup> 奥地利,《大会正式记录,第六十九届会议,第六委员会》,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第109-111段;白俄罗斯,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第26-28段;捷克共和国,同上,第41段;挪威(代表北欧国家:丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典),同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第131-134段;法国,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第33段;希腊,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第32-34段;匈牙利,同上,第24次会议(A/C.6/69/SR.24),第38段;印度,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第110段;印度尼西亚,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第67-68段;伊朗伊斯兰共和国,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第11-13段;以色列,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第86-87段;意大利,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第53段;日本,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第77段;大韩民国,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第73-74段;马来西亚,同上,第47-49段;荷兰,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第52段;新西兰,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第2-4段;秘鲁,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第122-126段;波兰,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第61段;葡萄牙,同上,第6-9段;罗马尼亚,同上,第86-87段;俄罗斯联邦,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第99-102段;新加坡,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第66-67段;南非,同上,第96段;西班牙,同上,第104段;瑞士,同上,第44-45段;大不列颠及北爱尔兰联合王国,同上,第15-16段;以及美利坚合众国,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第24-25段。这些发言亦存档于编纂司。

<sup>17</sup> 挪威(代表北欧国家),同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第131段;捷克共和国,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第41段;南非,同上,第96段;印度,同上,第110段;新西兰,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第2-4段;大韩民国,同上,第73-74段,及其在编纂司存档的声明;以及波兰,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第61段,及其在编纂司存档的声明。

<sup>18</sup> 法国,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第33段;俄罗斯联邦,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第99段;以及西班牙,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第104段。

<sup>19</sup> 挪威(代表北欧国家),同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第133段;葡萄牙,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第6段;白俄罗斯,同上,第27段;希腊,同上,第32段;捷克共和国,同上,第41段;新加坡,同上,第66段;印度,同上,第110段;新西兰,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第3段;以及印度尼西亚,同上,第67段。

<sup>20</sup> 挪威(代表北欧国家),同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第133段;葡萄牙,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第6段;新加坡,同上,第66段;新西兰,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第3段;以及印度尼西亚,同上,第67段。

<sup>21</sup> 意大利,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第53段;俄罗斯联邦,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第101段;西班牙,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第104段;以及大韩民国,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第73段。

<sup>22</sup> 意大利,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第53段。

<sup>23</sup> 葡萄牙,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第7段;伊朗伊斯兰共和国,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第11段;以及新西兰,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第2-4段,及其在编纂司存档的声明。

<sup>24</sup> 以色列,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第87段;俄罗斯联邦,同上,第102段;挪威(代表北欧国家),同上,第133段;联合王国,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第16段;以及和荷兰,同上,第52段。

<sup>25</sup> 意大利,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第53段;以及秘鲁,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第124段。

<sup>26</sup> 意大利,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第53段;以色列,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第87段;俄罗斯联邦,同上,第102段;奥地利,同上,第110段;联合王国,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第16段;希腊,同上,第32段;捷克共和国,同上,第41段;罗马尼亚,同上,第87段;马来西亚,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第47段;以及印度尼西亚,同上,第68段。

<sup>27</sup> 意大利,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第53段;以色列,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第87段;联合王国,同上,第26次会议(A/C.6/69/SR.26),第16段;希腊,同上,第34段;瑞士,同上,第45段;南非,同上,第96段;印度,同上,第110段;以及马来西亚,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第47段。

<sup>28</sup> 以色列,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第87段;俄罗斯联邦,同上,第102段;联合王国,同上,第26次会议(A/

民、<sup>29</sup> 境内流离失所者、<sup>30</sup> 以及武器对环境的影响<sup>31</sup> 相关的问题。

25. 对特别报告员在初步报告中确定的环境原则，一些代表团强调这些原则对在本专题方面继续进行的工作具有相关性。<sup>32</sup> 不过，另一代表团对是否适宜在目前的背景下审议其中一些原则提出了质疑。<sup>33</sup> 在此方面，一些代表团特别提请注意是否应包括可持续发展原则和作为军事规划一部分的环境影响评估的问题。<sup>34</sup> 关于后者，有代表团表示欢迎对这一问题进行分析。<sup>35</sup> 一些代表团敦促委员会进一步审议报告列出的环境原则及其特点，以确定其在本专题背景下的适用性。<sup>36</sup>

26. 尽管有一些代表团对拟定“环境”和“武装冲突”这两个术语定义的必要性提出了质疑，<sup>37</sup> 但其他代表团认为，这样的定义将会有用。有代表团表示委员会应拟订广泛的工作定义，以避免过早地限制其对本专题的审议。<sup>38</sup> 一些代表团支持委员会在危险

活动引起跨界损害情况下的损失分配原则中所采用的“环境”定义，认为这是一个适当的起点。<sup>39</sup> 关于“武装冲突”一词，一些代表团认为应保留在国际人道法中所载的定义。<sup>40</sup> 还有代表团提到了塔迪奇案提供的定义，<sup>41</sup> 以及在委员会在武装冲突对条约的影响工作成果中所载的定义。<sup>42</sup> 尽管一些代表团质疑是否适宜处理非国际性武装冲突以及有组织的武装团体之间或一国内部这类团体之间的冲突情况，<sup>43</sup> 但其他一些代表团认为应当对这类情况将进行处理。<sup>44</sup> 一些代表团表示，敌对程度有限的情况不应该属于本专题的范围。<sup>45</sup>

27. 关于委员会在本专题方面的工作成果的最终形式问题，一些代表团指出现在采取立场为时尚早。<sup>46</sup> 然而，一些代表团表示倾向于不具约束力的准则<sup>47</sup> 或手册。<sup>48</sup>

C.6/69/SR.26), 第16段; 以及美国, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第24段。

<sup>29</sup> 以色列, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第87段; 俄罗斯联邦, 同上, 第102段; 印度, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第110段; 伊朗伊斯兰共和国, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第13段; 以及马来西亚, 同上, 第47段。

<sup>30</sup> 俄罗斯联邦, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第102段; 秘鲁, 同上, 第124段; 以及马来西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第47段。

<sup>31</sup> 以色列, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第87段; 俄罗斯联邦, 同上, 第100段; 秘鲁, 同上, 第124段; 葡萄牙, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第7段; 联合王国, 同上, 第16段; 新加坡, 同上, 第66段; 以及罗马尼亚, 同上, 第87段。

<sup>32</sup> 秘鲁, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第123–126段; 白俄罗斯, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第28段; 希腊, 同上, 第33段; 马来西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第48段; 印度尼西亚, 同上, 第68段; 以及捷克共和国, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第41段。

<sup>33</sup> 美国, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第24段。

<sup>34</sup> 希腊, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第33段; 西班牙, 同上, 第104段; 联合王国, 同上, 第16段; 以及美国, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第24段。

<sup>35</sup> 罗马尼亚, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第87段。

<sup>36</sup> 新加坡, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第66–67段; 印度尼西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第68段; 以及美国, 同上, 第24段。

<sup>37</sup> 法国, 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第33段; 罗马尼亚, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第86段; 以及荷兰, 同上, 第52段, 及其在编纂司存档的声明。

<sup>38</sup> 大韩民国, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第74页, 及其在编纂司存档的声明; 新西兰, 同上, 第4段; 马来西亚,

同上, 第48段; 瑞士, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第44段, 及其在编纂司存档的声明; 以及奥地利, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第110段, 及其在编纂司存档的声明。

<sup>39</sup> 奥地利, 同上, 第110段; 以及新西兰, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第4段。

<sup>40</sup> 奥地利, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第110段; 白俄罗斯, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第27段; 荷兰, 同上, 第52段; 以及法国, 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第33段, 及其在编纂司存档的声明。

<sup>41</sup> 检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”案, 判决, 第IT-94-1-A72号案, 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日的裁决, 前南斯拉夫问题国际法庭, 《1994–1995年司法汇编》, 第一卷, 第353页起, 详见第70段。见瑞士的发言(《大会正式记录, 第六十九届会议, 第六委员会》, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第44段)。

<sup>42</sup> 大韩民国, 《大会正式记录, 第六十九届会议, 第六委员会》, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第73段。

<sup>43</sup> 白俄罗斯, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第28段; 伊朗伊斯兰共和国, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第13段; 西班牙, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第104段, 及其在编纂司存档的声明; 以及法国, 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第33段, 及其在编纂司存档的声明。

<sup>44</sup> 奥地利, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第110段; 葡萄牙, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第8段; 瑞士, 同上, 第44段; 印度尼西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第68段; 以及大韩民国, 同上, 第73段。

<sup>45</sup> 奥地利, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第110段; 葡萄牙, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第8段; 以及联合王国, 同上, 第16段。

<sup>46</sup> 葡萄牙, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第9段; 以及南非, 同上, 第96段。

<sup>47</sup> 以色列, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第86段; 联合王国, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第16段; 新加坡, 同上, 第67段; 以及大韩民国, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第74段, 及其在编纂司存档的声明。

<sup>48</sup> 意大利, 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第53段。



28. 在辩论期间，一些国家举例说明了以法律、判例法、军事手册等形式出现的国家和区域实践。特别报告员一如既往感谢这些有益的评论，并鼓励更

多国家提供此类国家实践的实例，以便委员会开展在本专题方面的工作。

#### 第四章

### 对委员会特别想听取意见的具体问题的答复

29. 在第六十六届会议的工作报告中，委员会按惯例就其特别想听取意见的具体问题征求意见。<sup>49</sup>这一要求部分重复了委员会在第六十五届会议上所提的要求。<sup>50</sup>不过，委员会对这一要求作了进一步澄清，希望“各国提供资料，说明其是否有旨在在武装冲突背景下保护环境的文书”。这些文书包括但不限于“国家法律和规章；在国际行动期间适用的军事手册、标准操作程序、接战规则或部队地位协定；以及涉及防卫相关活动的环境管理政策”。<sup>51</sup>

30. 以下国家对委员会的要求作了回应：奥地利、比利时、古巴、捷克共和国、芬兰、德国、秘鲁、大韩民国、西班牙和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

31. 奥地利评论说该国加入了《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》以及1949年8月12日日内瓦四公约关于保护武装冲突受害者的两项附加议定书。奥地利指出，二者均载有关于在武装冲突中保护环境的条款。<sup>52</sup>

32. 奥地利还报告说，该国《刑法》的若干近期修正案规定在明知会对自然环境造成广泛、长期和严重损害的情况下，在武装冲突期间发动攻击构成犯罪。相关部委制定的规章条例中还包括了武装部队在保护环境方面的内部规则。这些规章条例包括

<sup>49</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第31段。

<sup>50</sup> 同上，“委员会请各国在2015年1月31日之前提供资料，说明在它们的实践中，在涉及国际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事项的例子：

(a) 条约，包括相关的区域或双边条约；

(b) 与本专题有关的国内法律，包括执行区域或双边条约的国内法律；

(c) 对涉及武装冲突的争端适用国际或国内环境法的判例法。”

<sup>51</sup> 同上，第32段。

<sup>52</sup> 2015年3月11日奥地利常驻联合国代表团致秘书处的照会。奥地利亦提到了该国于2013和2014年在大会第六委员会上的发言(两者均作为附件附于照会之后)。

下列方面的导则：在奥地利境内外多国行动和演习期间保护环境；在境外多国行动和演习期间实施环境保护规则；以及在境外行动期间在环境保护领域实施勘探和交还规则。此外，奥地利还颁布了武装部队注意保护环境的义务。环境保护已被纳入军队战术和行动过程的义务条例。

33. 比利时报告称，其《刑法》规定1949年日内瓦四公约及其1977年的第一和第二附加议定书以及1998年《国际刑事法院罗马规约》第八条第(二)款第6项所述战争罪行构成国际法下的罪行，应根据《刑法》有关规定予以处罚。<sup>53</sup>明知其攻击会对自然环境造成广泛、长期和严重损害且就预期的具体和直接军事收益而言是过度的，但仍发动蓄意攻击，也属此类犯罪。<sup>54</sup>比利时还告知，其为军事部队的所有行动制定了一份行动手册，不久将予颁行。

34. 古巴报告说，该国《国防法》规定，国家的国防准备状况应与环境保护相符。这包括协调经济发展与环境保护的义务。<sup>55</sup>

35. 捷克共和国答复说，该国没有与禁止会对环境造成广泛、长期和严重损害的作战方法和手段有关的单独的、关于环境保护的国内法律或规章条例。<sup>56</sup>然而，源于国际条约(包括《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》)的义务构成捷克共和国法律秩序的一部分，可依据该国《宪法》直接适用。

36. 《捷克共和国职业军人法》要求士兵遵守关于战争的国际规则和国际人道法以及国内法。《捷克共和国军队陆军野战条例》基本上重申了这些义务，

<sup>53</sup> 2015年4月28日比利时常驻联合国代表团致秘书处的照会。

<sup>54</sup> 比利时，《刑法典》，第136条之四，第1款第(22)项。

<sup>55</sup> 2015年2月3日古巴常驻联合国代表团致秘书长办公厅的照会。

<sup>56</sup> 2015年2月13日捷克共和国常驻联合国代表团致国际法委员会秘书的照会。

但也载有非常具体的与该国内武装冲突法范畴内环境保护义务直接相关的条款。第49条载有一条一般规则，大意是在武装部队的所有活动中，必须铭记需要尊重国际人道法，并保护民众、环境、文化遗产等。第57条宣布，为武装部队免受自身武器和其他设备不良影响而采取的措施包括环境保护措施。这些措施的依据是已通过的禁止在军事或任何其他方面使用改变环境手段的公约。此外，指挥官应在必要时限制使用对环境具有广泛、长期或严重影响的战争手段和方法。

37. 此外，《捷克共和国武装部队基本条例》提到了环境保护义务，尽管这是一条一般性条款，与武装冲突法没有任何直接关系。

38. 德国提交了一份材料，简要介绍了该国的《联邦武装部队在武装冲突中保护环境的条例》。<sup>57</sup> 武装部队在执行任务时采取的环境保护措施包括：地面和水资源保护、排放控制、医疗废物安全处置、封闭式循环资源管理和废物管理措施。德国还告知，为履行其看护义务，联邦武装部队保护其成员及其他雇员的生命和健康，包括在他们被派执行任务期间予以保护。在国外执行任务期间，德国环境法为努力保护自然和环境提供了依据。在执行任务时适用的原则是，在尽可能限制损害的同时为相关工作人员提供尽可能最好的保护。

39. 德国报告说，该国国内法原则上仅适用于该国领土以及联邦武装部队船只和飞机。然而，作为一条一般规则，德国的国内法律和标准适用于德国在境外执行的任务，即该国环境法为在这些任务中保护自然及环境提供了依据，前提是国际法及政府间条约或适用的当地法律未有不同规定。此外，每一项任务的指示中均纳入了关于保护环境的法律安排。

40. 德国表示，在北大西洋公约组织(北约)牵头的任务和演习期间，必须遵循《北约环境保护军事原则和政策》<sup>58</sup>及其《标准化协定》的规定。

41. 德国指出，保护环境是各级领导层面的一项持续职责，是所有行动规划和实施阶段的一部分，

<sup>57</sup> 2015年2月4日德国常驻联合国代表团致秘书处法律事务厅的照会。德国还提到了该国第475/2013号照会(见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第22段)。

<sup>58</sup> NATO Military Principles and Policies for Environmental Protection, 第MC 469/1号文件，2011年10月13日。

并在每一项任务的指示中均纳入了关于保护环境的法律安排。德国报告称，在各国任务期间，由指定牵头的国家负责基本环境保护条例。除此之外，德国有责任按照适用的国际法对联邦武装部队造成的环境损害进行补救。

42. 德国特别提到了地面和水资源保护。例如，对造成或可能造成环境损害，特别是涉及野外储罐装置的地面或水污染事故和事件，都将在环境状况报告中予以记录。

43. 芬兰报告说，芬兰环境法总体上在芬兰境外几乎没有约束力，但在特定情况下芬兰公民在出国旅行时，仍可能受芬兰刑法制约。<sup>59</sup> 根据芬兰武装部队的环境政策，芬兰国防军力求在军事危机管理中做到与其在芬兰境内行动时同等水平的环境保护。<sup>60</sup> 此外，对东道国的环境法予以尊重。芬兰解释说，“尊重”一词是精心选用的，因为尊重并不意味着在任何时候都应遵循当地法律。其采取的原则是行动优先，即若条件困难，则有时有理由降低环境保护水平。芬兰认为，这一解释依据了北约的有关准则，如美利坚合众国部队就是采用了这一解释。

44. 芬兰从未采取芬兰环境法应适用于其部署部队的立场，但期望尽可能地采取同等的参与程度。芬兰指出这在实践中可能难以做到，因为芬兰的规管在很大程度上基于许可制度。

45. 在回答委员会提出的第二个问题时，芬兰表示有大量文件帮助在武装冲突期间进行环境保护。芬兰提到了北约有关准则和《标准化协定》关于如何将环境问题纳入行动规划的规定，以及北约学校课程的教学内容。<sup>61</sup>

46. 芬兰、瑞典和美国一起编写了一份军事行动环境政策手册(联合指南)。<sup>62</sup> 芬兰还主办过一次一年两度的国防与环境问题会议。

<sup>59</sup> 2015年1月30日芬兰常驻联合国代表团致秘书处法律事务厅的照会。

<sup>60</sup> 国际标准化组织(标准化组织)第14001号标准。另见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第31-33段。关于标准化组织有关环境保护标准的更多信息，见标准化组织，“环境管理：ISO 14000国际标准体系”。可查阅[www.iso.org/iso/theiso14000family\\_2009.pdf](http://www.iso.org/iso/theiso14000family_2009.pdf)。

<sup>61</sup> 见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第45-46段。

<sup>62</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)。

47. 秘鲁报告称, 该国没有就与武装冲突有关的环境保护问题作出明确规定的国内法律。<sup>63</sup> 秘鲁既未加入任何明确处理这一专题的国际公约, 也没有卷入任何与此专题有关的国际争端。

48. 秘鲁提到了2001年11月5日大会第56/4号决议——其中宣布将每年11月6日定为防止在战争和武装冲突中破坏环境国际日, 并指出该国受到其中原则的启发, 即环境在武装冲突中受到的破坏会危害生态系统和自然资源, 并往往在冲突过后很长一段时间内仍会如此, 因此应予以保护。这种破坏将有损于秘鲁作为当事国的国际文书所主张的可持续性, 如《濒危野生动植物种国际贸易公约》、《保护世界文化和自然遗产公约》(《世界遗产公约》)、《生物多样性公约》、《保护臭氧层维也纳公约》、《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》以及《联合国气候变化框架公约》。

49. 鉴于在和平时期尊重环境的义务框架已很成熟, 秘鲁建议根据国家和国际尊重环境框架, 通过分析日内瓦四公约对环境保护专题进行研究。应审议战时军火贸易条约及其对前述文书的影响、以及其对人类、环境、生态系统、公共健康和可持续性的直接影响。

50. 在分析对环境造成的后果时, 秘鲁认为需要对所有负面影响进行评估, 其中包括轰炸触发的燃料和化学品泄漏造成的污染; 武装特遣队肆意掠夺自然资源的行为; 地雷对土地、住房和生活造成的危险; 未爆弹药和其它战争遗留物; 以及大规模人口流动对水、生物多样性和生态系统的负面影响; 秘鲁指出冲突地区人民大规模流离失所会导致大型流离失所者营地附近发生严重的毁林、土壤退化和地下水资源过度开采现象。

51. 新技术对环境构成未知的威胁, 对此也需要加以考虑; 秘鲁强调敌对行动各方有责任遵守诸如日内瓦四公约等对战争行为作出规定的有关国际规则和协定。其中一些规则, 如禁止蓄意毁坏农田, 对环境而言很重要。

52. 秘鲁强调该国奉行特别报告员的建议, 即在发生武装冲突时实施预防和防范原则。这些原则不仅为《联合国人类环境会议宣言》<sup>64</sup> 和《关于环境与发展的里约宣言》(以下简称“《里约宣言》”)<sup>65</sup> 所承认, 而且也为该国的1993年《宪法》(目前生效)所承认, 后者在其旨在管理自然资源的国内环境政策以及国家环境保护方案所体现的特定环境法律中, 确认了可持续性原则、尊重享受平衡和适当环境的权利、以及对生物多样性的保护。

53. 秘鲁在提交的资料中提供了一份对特别报告员工作可能产生影响的规章条例的不完全清单。该清单涵盖了以下内容: 国内法律(《危险材料和废物地面运输管制法》及《危险材料和废物地面运输(包括武器运输)国家条例》); 区域条约(《拉丁美洲和加勒比禁止核武器条约》(《特拉特洛科条约》)); 和多边协定(其中包括《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》、《不扩散核武器条约》、《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》、《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》以及《全面禁止核试验条约》)。

54. 大韩民国提交了关于其国内法律及其参加的相关国际协定的资料。<sup>66</sup> 《国防和军事设施项目法》规定必须按照《清洁空气养护法》和《森林保护法》获得许可并进行报告。根据《环境影响评估法》, 国防和军事设施安装项目须接受环境评估(战略环境评估)。

55. 大韩民国和美国之间最初于1966年签署了部队地位协定, 其中没有任何涉及环境保护的规定。<sup>67</sup> 然而, 两国在2001年的次级协定中增补了环境条款。这反映了对环境、特别是对于美国军事基地所带来的环境污染问题日益受到关注。同一年, 两国通过了关于环境保护的特别谅解备忘录。该备忘录明确规定一项政策, 就对人类健康构成已知重大和紧迫危险的污染进行补救。

<sup>64</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>65</sup> 同上, 《……1992年6月3日至14日, 里约热内卢》(联合国出版物, 出售品编号: C.93.I.8及更正), 第一卷: 会议通过的决议, 决议1, 附件一。

<sup>66</sup> 2015年2月19日大韩民国常驻联合国代表团致秘书处的照会。

<sup>67</sup> 美利坚合众国和大韩民国间的协定(1966年7月9日, 汉城), 可查阅 [www.usfk.mil/About/SOFA/](http://www.usfk.mil/About/SOFA/)。

另见《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/674号文件, 第40段。

<sup>63</sup> 2015年2月24日秘鲁常驻联合国代表团致秘书处的照会。

56. 此外,大韩民国报告说,其军事人员服役规则规定军事人员有义务保护自然生态系统和环境,并制订措施,在履行职责时防止环境污染。按照该规则,指挥官有义务指导军事人员保护环境。大韩民国最后提到该国《宪法》,其中规定公认的国际法规则具有与国内法相同的效力。因此《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一附加议定书》)第35条第3款和第55条适用。

57. 西班牙在答复<sup>68</sup>中称,该国没有任何法律文书就委员会感兴趣的问题作出具体规定,西班牙没有加入任何关于该主题的国际条约。

58. 西班牙指出,西班牙环境法律中唯一提及武装冲突的是2007年10月23日关于环境赔偿责任的第26/2007号法。<sup>69</sup>该法根据《宪法》、预防原则和谁污染谁付费的原则,规定了作业者有责任预防、避免和补救环境损害。该法明确排除武装冲突造成的环境损害,但没有具体说明所指冲突是国际性的还是非国际性的。主要目的是国防或国家安全的活动、以及其唯一目的是保护免遭自然灾害的活动也被排除在外。

59. 西班牙报告称,该国《刑法》将一系列行为定为破坏自然资源和环境的罪行和涉及动植物保护

<sup>68</sup> 2015年3月17日西班牙常驻联合国代表团致秘书处的照会。

<sup>69</sup> 西班牙, *Official Gazette*, 第255号, 2007年10月24日, 第43229页。

的罪行。关于在发生武装冲突时侵犯受保护的人身和财产罪的一节规定,任何人在武装冲突情况下,若使用或命令使用违禁的或旨在造成不必要痛苦或过度伤害或者旨在或可合理地预期会造成对自然环境过度、持久和严重损害从而影响到民众健康和生存的作战方法或手段,或若命令毫不留情的,将被判处10至15年监禁,且这不妨碍因其造成的损害而施以处罚。西班牙还报告说,这一项法律尚未产生对本专题具有相关性的国家判例法。

60. 在其答复<sup>70</sup>中,联合王国提到了就北约环境保护准则做出规定的若干标准化协定。其中两个例子是关于北约行动中军事设施环境保护标准和规范以及北约行动中北约营地环境保护标准和最佳做法的第2581号标准化协定、<sup>71</sup>以及关于旨在促进军事训练区可持续性的最佳环保做法的第2594号标准化协定。<sup>72</sup>联合王国还提到了该国的军事准则以及国防部印发的《武装冲突法手册》。<sup>73</sup>

<sup>70</sup> 2015年2月18日联合王国常驻联合国代表团致秘书长的照会。

<sup>71</sup> 北约,关于北约行动中军事设施环境保护标准和规范以及北约行动中北约营地环境保护标准和最佳做法的第2581号标准化协定,2010年7月14日,NSA(JOINT)0769(2010)EP/25/81号文件。

<sup>72</sup> 北约,关于旨在促进军事训练区可持续性的最佳环保做法的第2594号标准化协定,2014年3月31日,NSA(JOINT)0413(2014)EP/2594号文件。

<sup>73</sup> 关于联合准则出版物以及《武装冲突法联合服务手册》(第383号联合服务出版物,2004年版),可查阅[www.gov.uk/government/collections](http://www.gov.uk/government/collections)。

## 第五章

### 国家和国际组织的实践

61. 在第六委员会辩论期间,一些国家提到了与武装冲突有关的国内法律、法规和判例法以及环境政策考虑因素。例如,新西兰指出该国目前正在编写一份武装冲突法手册草案,其中规定了环境保护与武装冲突之间的关系,该手册将取代1992年的新西兰《军事手册》。后者已包含了关于保护环境免受长期、严重和广泛损害的规定。根据1990年《国防法》,经订正的手册定稿之后,其规定将构成国防军司令发布的命令。<sup>74</sup>

<sup>74</sup> 新西兰,《大会正式记录,第六十九届会议,第六委员会》,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第2段。

62. 秘鲁在第六委员会的发言中表示,该国《宪法》承认防范原则和预防原则,并认同可持续发展和享受平衡环境以及保护生物多样性的权利。<sup>75</sup>

63. 马来西亚在第六委员会的发言中强调,在马来西亚武装部队的行政和行动范围内保护和保全环境的措施通常依据国家立法,主要是1974年《环境质量法》,以及1984年《国家林业法》和2010年《野生生物保护法》等授权法。此外,马来西亚武装部队目前正在审查一些接战规则,并正在采取步骤以列入环境保护规定,例如有关汽油、机油和润滑油储存与处置程序、

<sup>75</sup> 秘鲁,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第126段。

战地废物处置程序、禁止在行动区狩猎野生动物程序以及旨在抑制环境退化的军用土地适当管理程序。<sup>76</sup>

64. 波兰提供了已制定的国家法律的资料，例如《关于确定承担环境保护监督职责的机构的国防部长法令》。关于波兰武装部队组织单位执行上述要求情况的报告是每年编制的。<sup>77</sup>

65. 匈牙利表示，除加入多部直接或间接确保在武装冲突期间保护环境的国际条约，如《日内瓦四公约第一附加议定书》、《世界遗产公约》、《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》以及《罗马规约》外，匈牙利还将相关北约标准视为主要的适用法律。为遵守这些文书确立的原则和要求，国防部根据国内和欧洲联盟的法律以及北约标准制定了环境保护准则，其中确定了与环境保护有关的一整套任务。<sup>78</sup>

66. 罗马尼亚指出《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》履约和履约促进机制管理委员会或许会有助于获取更多关于各国和国际组织实践的资料。<sup>79</sup>

67. 除了一些国家应委员会邀请直接提供、以及在第六委员会辩论期间提供的国家实践资料之外，委员会和特别报告员在2014年编写初步报告时也收到了一些信息。<sup>80</sup> 特别报告员因此更坚信，许多国家已经就与武装冲突有关的环境保护拥有了法律或法规。<sup>81</sup> 特别报告员对已提供的有益资料始终非常感激，并希望有更多国家随后提供此类国家实践的实例。

#### A. 关于国家实践的补充资料

68. 除了各国在第六委员会的发言以及应委员会年度报告要求所提供的资料外，关于国家实践的资料还可通过红十字委员会的网页获得。红十字委员会习惯国际人道法网页载列了丰富的资料，介绍各国在编纂、解释和适用国际人道法方面的情况。

<sup>76</sup> 马来西亚，同上，第27次会议(A/C.6/69/SR.27)，第49段，以及存档于编纂司的声明。

<sup>77</sup> 波兰，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第61段，以及存档于编纂司的声明。

<sup>78</sup> 匈牙利，同上，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第38段。

<sup>79</sup> 罗马尼亚，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第86段。

<sup>80</sup> 包括近10个国家的实践和北约等区域组织的其他实践，见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第三和第四章。

<sup>81</sup> 另见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第24段。

这些是间接资料，且为本报告之目的，将这些资料视为间接的原因，是因为特别报告员并无资格评估各国向红十字委员会提供的原始资料。红十字委员会自身也提供了一份审慎免责声明，尽管该声明更多的是针对资料的全面性而非资料的内容。<sup>82</sup> 与此同时，该网页的资料极其重要，不容忽视。就本报告而言，似乎仅需侧重于红十字委员会习惯法研究报告中用以确定三条环境保护规则(即规则43至45)的国家实践。<sup>83</sup>

69. 最丰富的实践与避免造成广泛、长期和严重损害的义务以及《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》有关。与对自然环境适用关于敌对行为的一般原则(规则43)相关的实践则较为有限；据报仅有10个国家将此类指令列入了军事手册。<sup>84</sup> 国内法律则更为普遍；据报约有23个国家确立了此类立法。<sup>85</sup>

70. 就在军事行动中适当顾及自然环境(规则44)的相关实践而言，已有9个国家在军事手册纳入了此类指令。<sup>86</sup> 仅有1个国家就此问题通过了国内法律。<sup>87</sup>

71. 与规则45(对自然环境造成严重损害)有关的所报实践较为丰富。这类资料被分为两部分。第一部分涉及广泛、长期和严重损害，第二部分涉及改变环境的技术，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》。根据收到的资料，至少已有26个国家在军事手册中就针对广泛、长期和

<sup>82</sup> 红十字委员会提出免责声明，称国家执行情况数据库、立法和判例法的内容来自咨询服务处收集、以及各国向其提供的资料。“监管数据库的内容不一定详尽，但全面概述了所有国家在执行[国际人道法]方面采取的措施”(www.icrc.org/ihl-nat)。特别报告员还注意到提供资料的方式存在某些不一致之处。

<sup>83</sup> 关于这些规则的案文，见Henckaerts，“Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”，第202页。

<sup>84</sup> 澳大利亚、比利时、布隆迪、乍得、科特迪瓦、意大利、墨西哥、荷兰、联合王国和美国。

<sup>85</sup> 澳大利亚、比利时、布隆迪、加拿大、刚果、捷克共和国、刚果民主共和国、丹麦、芬兰、法国、格鲁吉亚、德国、伊拉克、爱尔兰、荷兰、新西兰、尼加拉瓜、挪威、塞内加尔、斯洛伐克、南非、西班牙和联合王国。

<sup>86</sup> 澳大利亚、布隆迪、喀麦隆、科特迪瓦、荷兰、大韩民国、乌克兰、联合王国和美国。

<sup>87</sup> 丹麦。

严重损害的环境保护问题作出了规定,<sup>88</sup>约有36个国家通过了相关国内法律。<sup>89</sup>

72. 关于规则的第二部分(《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》),已有15个国家在军事手册纳入了此类指令,<sup>90</sup>有3个国家已通过相关国内法律。<sup>91</sup>

73. 仅报告了1例国家判例法,即美国的所谓橘剂案。<sup>92</sup>

74. 红十字委员会习惯国际人道法网页还载列了与其习惯法研究报告所载其他规则有关的相关国家实践。<sup>93</sup>该网页列举了国家实践的实例,而非提供全面综述。特别值得注意的是所报与攻击行动时采取谨慎预防措施原则及相称原则有关的国家实践。美国指出上述两项原则均有助于保护自然资源免受附带损害。<sup>94</sup>几个国家的军事手册似乎要求收集自然环

<sup>88</sup> 阿根廷、澳大利亚、比利时、贝宁、布隆迪、加拿大、中非共和国、乍得、哥伦比亚、科特迪瓦、法国、德国、意大利、肯尼亚、荷兰、新西兰、秘鲁、俄罗斯联邦、南非、西班牙、瑞典、瑞士、多哥、乌克兰、联合王国和美国。特别报告员删去了前南斯拉夫社会主义联邦共和国。

<sup>89</sup> 亚美尼亚、澳大利亚、阿塞拜疆、白俄罗斯、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、布隆迪、加拿大、哥伦比亚、刚果、克罗地亚、丹麦、爱沙尼亚、埃塞俄比亚、格鲁吉亚、德国、爱尔兰、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、马里、荷兰、新西兰、挪威、秘鲁、大韩民国、摩尔多瓦共和国、俄罗斯联邦、塞尔维亚、斯洛文尼亚、南非、西班牙、塔吉克斯坦、乌克兰、联合王国、乌拉圭和越南。特别报告员删去了前南斯拉夫社会主义联邦共和国。

<sup>90</sup> 澳大利亚、布隆迪、加拿大、乍得、法国、德国、印度尼西亚、以色列、荷兰、新西兰、大韩民国、俄罗斯联邦、塞拉利昂、南非和西班牙。

<sup>91</sup> 丹麦、塞内加尔和乌拉圭。

<sup>92</sup> 越南橘剂/二恶英受害者协会等诉陶氏化学公司等案(纽约东区地区法院),2005年3月28日的备忘录、命令和判决,373 F Supp. 2d 7(2005),后由第二巡回上诉法院2008年2月22日的裁决确认,517 F. 3d 76(2008)。

<sup>93</sup> 这些资料涉及规则8(军事目标的定义)、规则12(无差别攻击的定义)、规则14(攻击的相称性)、规则15(攻击中的谨慎预防措施原则)、规则17(作战手段和方法的选择)、规则42(含有危险力量的工程和装置)、规则50(摧毁和没收敌方财产)、规则51(被占领土上的公共和私人财产)、规则54(攻击对平民居民生存而言不可缺少的物)、规则70(具有造成过分伤害或不必要痛苦性质的武器)、规则71(具有无差别性质的武器)、规则74(化学武器)、规则75(镇暴剂)、规则76(除草剂)、规则84(保护平民和民用物体免受燃烧武器的影响)、规则147(对受保护物体的报复)。关于有关国家实践,可查阅www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2。

<sup>94</sup> 美国,国防部,提交给国会的关于在战争时期保护自然和文化资源的国际政策和程序的报告,1993年1月19日,第202页。

境情报,并将此作为攻击行动时采取谨慎预防措施原则的一部分。<sup>95</sup>已有至少两个国家将保护含有危险力量的工程和装置与保护环境联系起来。<sup>96</sup>美国认为自然资源享有与民用物体同等的保护,因而不应当遭受蓄意攻击,但美国也将可能对敌人具有价值的自然资源定性为合理目标。<sup>97</sup>针对占领局势,联合王国的军事手册明文禁止并非出于合理军事需要而大肆毁坏自然环境。<sup>98</sup>

75. 已有至少五个国家<sup>99</sup>在军事手册中使用了非常类似于《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》(以下简称“《常规武器公约》”)附件《禁止或限制使用燃烧武器议定书》(《第三议定书》)第2条第4款规定的措辞,而喀麦隆的手册则更进一步,明文规定不得使用有害环境的燃烧武器。

76. 一些国家的军事手册明文禁止针对自然环境的报复行动,如澳大利亚、加拿大、乍得、科特迪瓦、克罗地亚、德国、匈牙利、意大利、荷兰、新西兰、秘鲁、西班牙、乌克兰和联合王国。

## B. 秘书长关于联合国部队遵守国际人道法的公告

77. 1999年,秘书长颁布了关于联合国部队遵守国际人道法的公告。<sup>100</sup>其中一处提及保护环境,并重复了《第一附加议定书》第35条第3款的措辞。<sup>101</sup>一名学者认为在公告颁布之时,保护环境规则的习惯法性质“尚待商榷”,但指出十年之后,这些规则“已经或正在成为习惯国际法”。<sup>102</sup>这名学者指出,禁止

<sup>95</sup> 澳大利亚、贝宁、中非共和国、秘鲁和多哥。肯尼亚手册中载有在评估武器和弹药影响时的一项类似要求。

<sup>96</sup> 以色列的《战争规则手册》(2006年)将“如果会损害环境,则禁止对设施发动攻击”视为习惯法,而根据经1998年修正的立陶宛《刑法》(1961年),“明知会造成极为严重的后果,仍对严重威胁环境和民众的物体(核电厂、水坝、危险物质储存设施或其他物体)进行军事攻击是一种战争罪行”。

<sup>97</sup> 美国,国防部,提交国会的报告(见上文脚注94),第202和第204页。

<sup>98</sup> 联合国,国防部,《武装冲突法手册》(见上文脚注73),第11.91段。

<sup>99</sup> 澳大利亚、加拿大、科特迪瓦、德国和俄罗斯联邦。

<sup>100</sup> 1999年8月6日ST/SGB/1999/13号文件。

<sup>101</sup> 唯一的区别是公告删去了“战争手段”一词。第6.3节读作:“禁止联合国部队采用可能造成过分伤害或不必要痛苦的战争方法,或采用有意或预计针对自然环境造成广泛、长期和严重损害的战争方法。”

<sup>102</sup> Shraga, “The Secretary-General’s bulletin on the observance by the United Nations forces of international humanitarian law: a

采用蓄意或预期对自然环境造成长期、广泛和严重损害的作战方法、禁止破坏对平民居民生存而言不可缺少的物体以及禁止攻击含有危险力量的装置以免导致其释放并随之造成平民居民的惨重损失，在其被日内瓦四公约1977年附加议定书采纳之时是创新之举，而且在其被列入公告之时仍是如此。她强调，鉴于其对人类生存的重要性，以及违反行为对整个自然环境和平民居民所可能造成的灾难性后果，这三项禁令最终被列入公告，回避了其低于习惯国际法地位的性质，并说明联合国承诺在开展军事行动时遵守国际人道法的最高标准。<sup>103</sup>

78. 近十年之后，联合国通过外地特派团环境政策(2009年6月)为其和平行动制定了环境政策。数年后的2012年，环境署、维持和平行动部和外勤支助部提出了一份共同报告——《绿动蓝盔》。<sup>104</sup> 报告的基调是联合国维持和平行动应以身作则。因此，报告确定了良好做法和行为，并说明了维持和平行动如何能够帮助支持和建设在加强环境管理方面的国家能力。<sup>105</sup> 鉴于本报告的重点是武装冲突法，因此这里仅需提及联合国在维持和平行动背景下更广泛的工作。将在下一份报告中<sup>106</sup>讨论上述这项工作。

### C. 安全理事会的各项决议

79. 安全理事会的许多决议均述及与武装冲突有关的环境和自然资源保护。截至2014年12月31日，安理会通过了2 195项决议，其中242项(即11%)以某种方式谈到了自然资源。<sup>107</sup> 这清楚地表明了国际和平与安全所受威胁与环境与自然资源保护之间的联系。

decade later”，第368页。作者是联合国法律事务厅前首席法律顾问。

<sup>103</sup> 同上，第371页。秘书长的公告并未述及占领法的适用性，同上，第375页。

<sup>104</sup> *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations* (环境署，2012年)。关于联合国工作的资料，可查阅[www.un.org/en/peacekeeping/issues/environment/approach.shtml](http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/environment/approach.shtml)。其中的一份基本文件是*Environmental Guidebook for Military Operations* (见上文脚注62)。这是一份不具约束力的指南，目的是向行动规划者提供“必要工具，以便在整个行动周期中考虑到环境因素”。

<sup>105</sup> 同上，第5页。另一个关键主题涉及“维持和平行动在帮助其自然资源为暴力冲突供资的国家实现稳定方面发挥的作用”。

<sup>106</sup> 关于联合国的工作要点概述，例如，见Sancin, “Peace operations and the protection of the environment”。

<sup>107</sup> 在这些决议之外，许多其他决议述及了冲突后自然资源问题；由于本报告的主要重点是战时行动，因此没有引述这些决议。

80. 在上述242项决议中，明文述及战时污染或环境掠夺的较少。明文述及这些内容的决议包括关于在伊朗-伊拉克战争期间避免损害海洋环境义务的第540(1983)号决议，以及关于伊拉克非法入侵和非法占领科威特引发的环境损害推定责任的第687(1991)号决议。在这方面还应提及第661(1990)号决议。

81. 随着根据安全理事会第687(1991)和第692(1991)号决议设立联合国赔偿委员会以裁决包括环境索赔在内的各种索赔，一些间接相关的其他决议获得通过，即第986(1995)号、第1153(1998)号、第1483(2003)号和第1546(2004)号决议，因为这些决议均涉及赔偿委员会的总体业务。关于冲突后阶段的下一份报告将讨论对决议进行讨论。

82. 安全理事会已数次谴责对石油装置、管道和其他设施的袭击。<sup>108</sup> 在一些决议中，安理会提及需要保护石油设施，但未直接提及保护环境。<sup>109</sup>

83. 安全理事会在许多决议中谈到了利用自然资源(黄金、钻石、矿物、木炭、罂粟等)资助武装冲突问题。阿富汗作为一个具体案例尤其突出。虽然许多决议的背景是恐怖主义和暴力，<sup>110</sup> 但它们表明了自然资源在资助恐怖主义和(或)武装冲突方面发挥的作用。

84. 安全理事会曾多次述及中非共和国与刚果民主共和国冲突中的自然遗产和自然资源问题。在第2121(2013)号决议的序言中，安理会谴责毁坏自然遗产行为，并注意到偷猎和贩卖野生动物是助长中非共和国危机的因素之一。在几个月后通过的第2127(2013)号决议中，安理会谴责非法开采中非共和国自然资源的行为，因为它助长了冲突的长期化(第16段)。此外，第2134(2014)号决议载有规定，对在中非共和国以非法开采自然资源，包括开采钻石和野生动物及野生动物产品的方式，为武装团体或犯罪网

<sup>108</sup> 安全理事会第2046(2012)号、第2051(2012)号和第2155(2014)号决议。

<sup>109</sup> 安全理事会第2046(2012)号、第2075(2012)号和第2156(2014)号决议。

<sup>110</sup> 安全理事会第1746(2007)号、第1806(2008)号、第1817(2008)号、第1917(2010)号、第1974(2011)号、第2041(2012)号、第2069(2012)号、第2096(2013)号和第2160(2014)号决议。此前的决议，包括第1659(2006)号、第1662(2006)号和第1868(2009)号决议，并未明确述及罂粟在资助塔利班和基地组织方面的作用。还应当指出的是，此处提及的决议只是关于阿富汗问题的部分相关决议。

络提供支助的个人进行制裁(第37(d)段)。最后,在第2149(2014)号决议中,安理会得出结论认为,联合国中非共和国多层次综合稳定团任务范畴内的一项优先任务应是就努力阻止武装团体开采自然资源一事向过渡当局提供咨询(第31(d)段)。

85. 关于刚果民主共和国,通过了一些与自然资源和环境有关的决议。例如,安全理事会第1291(2000)号、第1304(2000)号、第1323(2000)号、第1332(2000)号、第1376(2001)号、第1991(2011)号、第2021(2011)号和第2053(2012)号决议均涉及该国的自然资源,并表达了安理会对其开采情况的关切。自2001年2月起,关于刚果民主共和国的决议基调发生了转变,侧重于在武装冲突期间掠夺(或抢掠)自然资源的行为。<sup>111</sup>

86. 安全理事会关于利比里亚、<sup>112</sup> 利比亚、<sup>113</sup> 塞拉利昂<sup>114</sup> 和索马里<sup>115</sup> 的决议也强调了自然资源与武装冲突之间的关联。就具体议题而言,关于金伯利进程<sup>116</sup> 以及关于非法开采自然资源与军火扩散和贩运之间关系的决议<sup>117</sup> 特别指出了武装冲突期间自然资源和保护自然环境的重要性。

87. 最后,虽然许多决议所涉领域超出了本专题范围,而且一些相关决议主要涉及特别报告员下一份报告将论述的冲突后阶段,但决议数量之多,足以证明安全理事会对武装冲突时期的环境保护问题的重视。

<sup>111</sup> 例如,见安全理事会第1341(2001)号、第1457(2003)号、第1499(2003)号、第1533(2004)号、第1565(2004)号和第1592(2005)号决议。在这方面,应当指出的是,虽然安全理事会未在决议中具体指出,但此类抢掠和掠夺行为是一种战争罪行;例如,见《国际军事法庭宪章》(《纽伦堡宪章》),第6条(b)款;《前南斯拉夫问题国际法庭规约》,1993年5月25日安全理事会第827(1993)号决议,附件,第3条(e)款;以及《日内瓦第四公约》,第33条。

<sup>112</sup> 安全理事会第1343(2001)号(关于塞拉利昂的决议,提及利比里亚)、第1408(2002)号和第1478(2003)号决议。

<sup>113</sup> 见安全理事会关于禁止非法原油出口和保护国家资源的第2146(2014)号决议、以及关于对以非法开采原油或任何其他自然资源的方式为武装团体提供支助的个人和实体进行制裁的第2174(2014)号决议。

<sup>114</sup> 安全理事会第1306(2000)号决议。

<sup>115</sup> 安全理事会第2036(2012)号、第2060(2012)号、第2111(2013)号和第2124(2013)号决议。

<sup>116</sup> 安全理事会第1459(2003)号决议,其中指出钻石助长了冲突。

<sup>117</sup> 安全理事会第2117(2013)号决议。

## D. 其他组织

88. 如初步报告所述,北约的广泛目标是在其行动规划和履行特派任务过程中顾及环境保护。<sup>118</sup> 成员国必须遵守《北约标准化协定》。所谓伙伴国通常也遵守同样标准,这一方面是政策要求,另一方面也是为了符合相互操作性。一些北约成员国和伙伴国在向第六委员会发言和作出答复时提到了这一点。<sup>119</sup>

89. 欧洲联盟还通过了旨在绿化军事行动的标准和规则。2012年,欧洲联盟成员国首次商定了“关于欧洲联盟领导的军事行动实行环境保护和能源效率的欧洲联盟军事概念”,<sup>120</sup> 目的是制定原则和责任,以满足在这类军事行动期间符合环境保护的要求。这一军事概念旨在为确保在欧洲联盟领导的军事行动所有阶段均考虑到环境保护而提供战略指导。该军事概念还延伸到了文化财产的保护。<sup>121</sup> 另外还通过了2014年12月19日由欧洲联盟军事委员会商定的“欧洲联盟领导的军事行动和特派任务概念”,<sup>122</sup> 根据这一概念,在欧洲联盟领导的军事行动和特派任务所有各阶段以及在部署前培训时,均应考虑到环境问题。

90. 特别报告员未能从其他区域组织,如非洲联盟处获得资料,因此特别报告员欢迎这些组织提交补充资料。

<sup>118</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/674号文件,第45-46段。

<sup>119</sup> 见同上,芬兰(第32段)、德国(第22段)、丹麦(第30段)和北约(第45和第46段)。另见本报告,以下国家的答复:德国(上文第40段)、芬兰(上文第45段)和联合王国(上文第60段)。匈牙利在第六十九届会议第六委员会上发言时,也提到了北约《北约标准化协定》和其他相关文件,《大会正式记录,第六十九届会议,第六委员会》,第24次会议(A/C.6/69/SR.24),第38段(见上文第65段)。

<sup>120</sup> 关于欧洲联盟领导的军事行动实行环境保护和能源效率的欧洲联盟军事概念(EEAS 13758/12号文件,2012年9月14日)。欧洲共同体对这一问题的处理可追溯到欧洲联盟(当时为欧洲共同体)还没有军事部门的时候。例如,见Bothe等人,《Protection of the Environment in Times of Armed Conflict》。

<sup>121</sup> 关于这一概念的讨论,见Fischhaber,“Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led operations ...”。

<sup>122</sup> 欧洲对外行动署文件,EEAS 00990/6/14 Rev.6号文件。



## E. 结论

91. 如上所述,相当多的国家已有旨在在武装冲突背景下保护环境的现行法律或条例。越来越多的国家和国际组织已采取措施,确保在军事行动期间保护环境。这些措施种类很多,有政策,也有具有法律约束力的条例。也可能得出的一个结论是,就军事行动和冲突后行动规划采取相关措施的情况越来越常见。在很多情况下,这些措施的制定比武装冲突期间适用的相应国内规则更为严格。在后一种情况下,国家依据的是对其有约束力的国际条约(如日内瓦四公约的附加议定书和《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》),包括既定的国际人道法原则。<sup>123</sup> 只有一个国家——芬兰——表示行动优先,即“若条件困难,则有时有理由降低环境保护水平”。芬兰认为这一解释依据的是北约有关准则,且有些部队,如美国部队就采用了这一解释。除此之外,各国没有讨论环境条约在武装冲突期间是否停止适用的问题。一些国家(主要是拉丁美洲和加勒比国家)表示,其国内法律(包括宪法)中旨在保护环境和促进可持续发展的条款在发生武装冲突时仍然适用。

<sup>123</sup> 另见《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/674号文件,第24段。

## 第六章

### 法律案例和判决

92. 与武装冲突有关的环境保护方面的国际判例不算很多,但确实存在。

93. 为找出这类案例,特别报告员审查了国际和区域法院及法庭的判例。

94. 具体而言,所作分析力求找出符合下列条件的现有判例法:(一)适用了国际人道条约法中直接或间接规定在武装冲突期间保护环境的条款;(二)明示或默示地认为武装冲突与保护环境之间存在联系。此外还审查了涉及人民和平民居民处境的案件。

95. 所作分析主要包括对下列国际性法院和法庭的判决和咨询意见进行透彻审查:国际法院、常设国际法院、国际刑事法院、前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际法庭、柬埔寨法院特别法庭和塞拉利昂问题特别法庭。另外还研究了三家区域法院,即非洲人权和民族权法院、美洲人权法院和欧洲人权法院的判例。欧洲人权法院所作判决约有17 000项之多,<sup>124</sup>因此有必要将审查范围限制在最具相关性的案件。<sup>125</sup>除了上述各法院判例的之外,审查范围还包括纽伦堡军事法庭、联合国战争罪行委员会和国际海洋法庭的相关判例。<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, 第1页。

<sup>125</sup> 例如,见欧洲人权法院发布的《武装冲突状况简报》,2014年11月。

<sup>126</sup> 常设国际法院和非洲人权和民族权法院未曾发布过符合上述标准的判决和咨询意见。这方面值得注意的是,“常设国际法院未在任何裁决中处理战争法问题”(Kress, “The

96. 从严格意义上讲,对保护环境本身与保护自然环境中的自然物体和自然资源必须加以区分。<sup>127</sup>这方面并非没有问题。武装冲突期间适用的占领法中含有关于保护财产和自然资源的规则,这些规则与关于保护自然环境本身的讨论具有相关性。本报告将这类案例中的一些纳入了报告审查范围,一是因为它们具有直接相关性,二是为了举例说明。

97. 人权与国际人道法之间可能也有密切联系。<sup>128</sup>在这方面,不妨考虑国际法院一再重复的下列声明:

除类似《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>129</sup>

*International Court of Justice and the law of armed conflicts*”,第263页)。实际上,“由于各种原因,各国选择……不通过[常设]国际法院解决(或施压以求解决)有高度争议的争端”(Tams, “The contentious jurisdiction of the Permanent Court”,第28页)。未包括联合国赔偿委员会的案件,因为这些案件大多侧重于赔偿问题。将在特别报告员的下一次报告中讨论这些案件。

<sup>127</sup> 见本报告下文关于武装冲突期间适用的法律的第七章。

<sup>128</sup> 关于这一问题的综述,见 Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*。

<sup>129</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,

98. 这不是国际法院第一次处理人权和人道主义问题。法院曾在科孚海峡案,<sup>130</sup>特别是后来的尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中处理这类问题。<sup>131</sup>这一观点也已得到其它法院,如卢旺达问题国际法庭的确认。<sup>132</sup>

99. 鉴于保护财产与保护生计之间的联系,人权问题被纳入分析范围。有大量判例法处理这类问题。虽然保护财产和生计与保护环境起源不同而且早得多,但其判例法值得研究,因为保护自然及其自然资源的思想与后来产生的保护环境的目标有关联。

100. 美洲人权法院也处理过与保护土著人民的土地和自然资源权利有关的问题。

#### A. 法院或法庭适用国际人道主义条约法中对武装冲突期间环境进行直接或间接保护的条款的案例

101. 国际法院在若干项裁决中适用了国际人道主义条约法来处理武装冲突期间保护环境的必要性问题。

102. 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指出“在就谋求合法军事

第106段。法院在刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)中引用了这段话,判决,《2005年国际法院汇编》,第168页起,详见第242-243页,第216段,其中指出“人权公约提供的保护在武装冲突情况下并不停止,除非是因为适用类似《公民及政治权利国际公约》第四条所述的克减条款”。

<sup>130</sup> 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22页。法院指出阿尔巴尼亚当局有义务告知阿尔巴尼亚境内存在雷区,这一义务“不是根据战时适用的1907年《海牙第八公约》,而是根据某些一般和公认的原则,即在和平时期需比战时更加小心的基本人道考虑;海上通信自由的原则;各国义务不故意允许其领土被用于有悖其他国家权利的行为”。

<sup>131</sup> “1949年8月12日日内瓦四公约的共同第3条界定了在非国际性武装冲突中适用的某些规则。毫无疑问,在发生国际武装冲突时,这些规则同样构成最低标准,此外还有更详细的适用于国际冲突的规则;法院认为,这些规则反映了国际法院1949年所称的‘基本人道考虑’(科孚海峡案……)”。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113-114页,第218段。

<sup>132</sup> “在这方面,必须回顾最近的[红十字国际委员会]声明,其中指出‘应当强调,在战争期间,国际人道法与人权法并存,其某些规定不得克减。保护面对敌人的个人(不同于保护面对本国当局的个人)是武装冲突法的一个特点。处于战争状态的国家不得用冲突作为无视该法各项规定的借口……’”。检察官诉克芒芒·卡伊伊马和奥贝德·鲁津达纳案,第ICTR-95-1-T号案,审判分庭,卢旺达问题国际法庭,1999年5月21日的判决,第622段。

目标的必要和相称性进行评估时,国家必须考虑到环境因素”,<sup>133</sup>并提及《里约宣言》原则24的规定来支持这一态度。法院指出《第一附加议定书》第35条第3款和第55条规定了对环境的进一步保护。法院的结论是

总的来说,这些规定体现了保护自然环境使其免遭广泛、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。<sup>134</sup>

103. 法院未在咨询意见的执行部分提到环境,但作出了一项一般结论:“根据上述规定,以核武器进行威胁或使用核武器一般都违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道法的原则和规则”。<sup>135</sup>

104. 法院显然在分析中接受了有关保护环境的规则。同时,其措辞相当笼统,很难与人道法的一项具体规则联系起来。这种笼统的表述可能是因为法院并未达成全体一致的咨询意见(意见是由院长决定票通过的),一些持反对意见的法官对此提出了批评。<sup>136</sup>

105. 厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会也触及了将人道法直接适用于环境保护的问题。由于两国之间长达两年的战争造成广泛的环境损害,埃塞俄比亚就厄立特里亚部队对阿拉伯树胶和树脂厂的破坏、树木和树苗损失以及梯田所受损害提出赔偿。<sup>137</sup>埃塞俄比亚主要提出,这些损害是厄立特里亚违反战时法所致,有时也声称这是违反诉诸战争权的结果。但委员会对这两种说法均予以否定,因为缺乏证据,并指出破坏环境资源的指控和证据远远低于

<sup>133</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242页,第30段。向法院提出的问题是:“根据国际法,是否有任何情况允许以核武器进行威胁或使用核武器?”该问题同时包括诉诸战争权和战时法因素。

<sup>134</sup> 同上,第31段。

<sup>135</sup> 同上,第265-266页,第105段,第(2)小段,E节。为本报告的目的,无需分析咨询意见执行部分的第二部分:“但是,鉴于国际法现状以及法院所掌握的事实要素,法院不能断定在一种极端的自卫情形下,即在国家生存处于危险的情况下,以核武器进行威胁或使用核武器是合法还是非法”。这一点遭到批评,特别是因为它将诉诸战争权和战时法混为一谈,而且给国际人道法的适用制造了一个例外。例如,见Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 第173页。

<sup>136</sup> 特别见希金斯法官的反对意见,以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注133),详见第583-584页,第2、7、9和第10段。

<sup>137</sup> 埃塞俄比亚/厄立特里亚案,厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会,终局裁决:埃塞俄比亚的损害索偿,2009年8月17日,《联合国国际仲裁裁决汇编》,第二十六卷(出售品编号:B.06.V.7),第631页起,详见第754页,第422段。

国际人道法规定的广泛和长期环境损害赔偿赔偿责任。<sup>138</sup>

106. 在刚果境内的武装活动案中，国际法院认为，根据充分、可信、有说服力的证据，可以得出结论认为乌干达人民国防军官兵参与了对刚果民主共和国自然资源的掠夺、抢占和盗采，而军事当局未采取任何措施制止这些行为。法院的结论认为乌干达人民国防军成员只要参与掠夺、抢占和盗采刚果民主共和国境内自然资源，其行为即违反战时法，该法禁止外国军队在其所在领土上实施这种行为。<sup>139</sup>

107. 法院认定乌干达对掠夺、抢占和盗采刚果民主共和国自然资源的行为、对其违反警惕这些行为的义务、并对其作为占领国未遵守《关于陆战法规和习惯的章程》第43条规定的义务负有责任。<sup>140</sup>

108. 同样值得注意的是，早在1948年，联合国战争罪行委员会曾在波兰林业案中指出，德国人故意砍伐波兰森林，完全无视林业基本原则，因此犯有一项战争罪。<sup>141</sup>

## B. 法院或法庭明示或默示地认为武装冲突与保护环境有联系的案件

109. 除上文讨论的案例之外，国际法院还在三次不同情况下明示或默示地认为武装冲突与保护环境具有联系。第一次，在1986年尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中，法院指出保护人权这一严格意义上的人道主义目标不容进行港口布雷和破坏石油设施等行为。<sup>142</sup> 第二次，在1995

<sup>138</sup> 同上，部分裁决：中部前线索偿——埃塞俄比亚的索偿二，2004年4月28日，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷，第155页起，详见第187页，第100段；另见同上，终局裁决：埃塞俄比亚的损害索偿（见上注），详见第754页，第425段。关于该案的全面叙述，见Murphy, Kidane and Snider, *Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*。

<sup>139</sup> 刚果境内的武装活动案（见上文脚注129），第251–252页，第242和第245段。

<sup>140</sup> 同上，详见第253页，第250段。《章程》第43条读作：“合法政权的权力实际上既已落入占领者之手，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序与安全并且除非万不得已，应尊重当地现行的法律。”

<sup>141</sup> 见联合国战争罪行委员会，波兰林业案，第7150号案，*History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*，第496页。

<sup>142</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（见上文脚注131），第134–135页，第268段。

年请求根据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段审查情势案的判决中，法院驳回了请求，但在裁决中指出该裁决“不妨碍各国尊重和保护环境义务”。<sup>143</sup> 第三次，在2000年请求就刚果境内的武装活动案指示临时措施有关的命令中，法院指出“在刚果境内特别是冲突地区的资源仍然极为脆弱，此案所涉的权利很有可能……遭受不可弥补的损害。”<sup>144</sup>

## C. 法院或法庭处理人民和平民居民状况的案件

110. 国际法院曾在在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案中处理人民状况问题。法院指出修建隔离墙“严重影响到农业生产”，<sup>145</sup> 以色列有义务对征用和毁坏农业财产造成的损害做出赔偿。<sup>146</sup>

111. 国际刑事法院也在审判两名被控在2003年1月至3月袭击博戈罗村期间犯下战争罪和危害人类罪的刚果民兵头目时，处理了人民状况的问题。袭击者抢劫并破坏了牲畜、宗教建筑和博戈罗村民拥有及居住的房屋。<sup>147</sup> 法院指出，被毁坏和抢劫的属于博戈罗村平民居民的财产是他们日常生活必需品，是他们赖以生存之物。<sup>148</sup>

112. 前南斯拉夫问题国际法庭曾在数起案件中处理陷于肆意破坏城市、城镇或村庄或进行无军事必要破坏情况中的人民状况。<sup>149</sup> 法庭还谈到如何

<sup>143</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>144</sup> 刚果境内的武装活动案（刚果民主共和国诉乌干达），临时措施，2000年7月1日的命令，《2000年国际法院汇编》，第111页起，详见第128页，第43段。

<sup>145</sup> 修建隔离墙的法律后果案（见上文脚注129），详见第189–190页，第133段。

<sup>146</sup> 同上，详见第198页，第152段。

<sup>147</sup> 检察官诉热尔曼加丹加案，依照《规约》第七十四条进行的判决，第ICC-01/04-01/07号案，审判分庭，2014年3月7日，第924和第932段；检察官诉马蒂厄恩乔洛案，依照《规约》第七十四条进行的判决，第ICC-01/04-02/12号案，审判分庭，2012年12月18日，第334和第338段。关于国际刑事法院的裁决，可查阅法院网站www.icc-cpi.int/。

<sup>148</sup> 加丹加案，依照《规约》第七十四条进行的判决（见上注），第952–953段以及第1659段；另见检察官诉热尔曼加丹加案，依照《规约》第七十六条进行的判决，第ICC-01/04-01/07号案，审判分庭，2014年5月23日，第44段和第51–52段。

<sup>149</sup> 检察官诉米洛米尔·斯塔基奇案，判决，第IT-97-24-T号案，审判分庭，2003年7月31日，第761–762段；另见检察官诉姆拉登·纳雷蒂奇，又名“图塔”和温科·马蒂诺维

认定某些财产或经济权利是足够根本的权利，若剥夺这样的权利即构成迫害的问题，例如，完全破坏房屋和财产构成破坏某一人口群体的生计即是这种情况。<sup>150</sup>

113. 卢旺达问题国际法庭也处理过这些问题，但值得注意的是，与《前南斯拉夫问题国际法庭规约》和《国际刑事法院规约》不同，其《规约》没有赋予该法庭因侵犯财产行为而起诉个人的权力。<sup>151</sup> 不过，卢旺达问题国际法庭曾在数起案件中谈到破坏财产问题，法庭虽然没有处理其合法性问题本身，但为确立灭绝种族罪的目的而审议了这一问题。<sup>152</sup> 大多

奇，又名“斯特拉”案，判决，第IT-98-34-T号案，审判分庭，2003年3月31日，第578段；检察官诉拉多斯拉夫·布尔达宁案，判决，第IT-99-36-T号案，审判分庭，2004年9月1日，第600段和第636-639段；检察官诉拉多斯拉夫·布尔达宁案，判决，第IT-99-36-A号案，上诉分庭，2007年4月3日，第337段和第340-342段；检察官诉帕夫莱·斯特鲁加尔案，判决，第IT-01-42-T号案，审判分庭，2005年1月31日，第283和第297段；检察官诉恩维尔·哈吉哈萨诺维奇和阿米尔·库布拉案，判决，第IT-01-47-T号案，审判分庭，2006年3月15日，第39和第48段；检察官诉纳赛尔·奥里克案，判决，第IT-03-68-T号案，2006年6月30日，第583段、第585段和第587段；检察官诉米兰·马尔蒂奇案，判决，第IT-95-11-T号案，审判分庭，2007年6月12日，第92-93段、第355段、第360段和第374段；检察官诉柳贝·波斯科斯基和约翰·塔尔库洛夫斯基案，判决，第IT-04-82-T号案，审判分庭，2008年7月10日，第351和第380段；检察官诉安特·格托维纳等人案，判决(两卷之第二卷)，第IT-06-90-T号案，审判分庭，2011年4月15日，第1765-1766段。

<sup>150</sup> 检察官诉佐兰·库普雷斯基奇等人案，判决，第IT-95-16-T号案，审判分庭，2000年1月14日，《2000年司法汇编》，第二卷，详见第630-631段；另见，检察官诉蒂霍米尔·布拉什基奇案，判决，第IT-95-14-A号案，上诉分庭，2004年7月29日，第146-148段；检察官诉达里奥·科尔迪奇和马里奥·切尔凯兹案，判决，第IT-95-14/2-T号案，审判分庭，2001年2月26日，第203段和第205-207段；斯塔基奇案(见上注)，第763-768段；检察官诉布拉戈西米奇等人案，判决，第IT-95-9-T号案，审判分庭，2003年10月17日，第98-103段；检察官诉米罗斯拉夫·德龙尼奇案，量刑判决，第IT-02-61-S号案，审判分庭，2004年3月30日，第121-122段；检察官诉莫姆契洛·克拉伊尼克案，判决，第IT-00-39-T号案，审判分庭，2006年9月27日，第778和第783段；检察官诉米兰·米卢蒂诺维奇等人案，判决(四卷之第一卷)，第IT-05-87-T案，审判分庭，2009年2月26日，第207段；检察官诉武亚丁·波波维奇等人案，判决，第IT-05-88-T号案，审判分庭，2010年6月10日，第986-987段；检察官诉弗拉斯蒂米尔·多尔德维奇案，判决(两卷之第一卷)，第IT-05-87/1-T号案，审判分庭，2011年2月23日，第1597-1598段。

<sup>151</sup> 《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(见上文脚注111)，第2-3条；《罗马规约》，第八条第(二)款第2项第(4)目。

<sup>152</sup> 检察官诉让·保罗·阿卡耶苏案，判决，第ICTR-96-4-T号案，审判分庭，1998年9月2日，《1998年命令、裁决和判决汇编》，第一卷，第44页起，详见第714-715段；检察官诉伊利沙凡和杰拉德·恩塔基普蒂马纳案，判决和

数案件涉及焚烧和破坏房屋和教会，但在检察官诉埃曼努埃尔·鲁昆多案中，所涉行动也包括屠杀牛群和大肆毁坏香蕉种植园。<sup>153</sup>

114. 柬埔寨法院特别法庭在检察官诉农和乔案中，认定某些红色高棉官兵“因强行迁移人口等其他不人道行为”而犯下危害人类罪，因为他们曾，除其他外，“试图通过切断供水，逼出那些躲藏起来的人”。<sup>154</sup>

115. 塞拉利昂问题特别法庭曾经在数起案件中处理与《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附加议定书》(《第二附加议定书》)第4条第2款(d)项规定的恐怖主义行为犯罪有关的人民状况的问题。在阿利克斯·坦巴·布里马等人案中，审判分庭认定针对恐怖主义行为的保护不包括此类财产本身，但“破坏人们的家园或谋生手段以及……他们的生存手段”构成恐怖主义行为。<sup>155</sup>

116. 美洲人权法院已多次处理发生武装冲突时土著人民的状况及其财产权问题。法院在数起案件中审查了土著人民的社区、房屋、牲畜、收获作物以及其他生存手段遭到破坏的情况，并认定发生了各种侵犯人权、尤其是人道待遇权和财产权的行为。<sup>156</sup> 应该指出的是，虽然其中一些案件没有达

量刑，第ICTR-96-10和第ICTR-96-17-T号案，审判分庭，2003年2月21日，第828-831段；检察官诉阿塔纳塞·塞龙巴案，判决，第ICTR-01-66-T号案，审判分庭，2006年12月13日，第334和第365段；检察官诉弗朗索瓦·卡雷拉案，判决和量刑，第ICTR-01-74-T号案，审判分庭，2007年12月7日，第168和第539段；检察官诉西梅翁·恩查米希戈案，判决和量刑，第ICTR-01-63-T号案，审判分庭，2008年11月12日，第284段。

<sup>153</sup> 检察官诉埃曼努埃尔·鲁昆多案，判决，第ICTR-2001-70-T号案，审判分庭，2009年2月27日，第106、108和第566段。

<sup>154</sup> 检察官诉农谢和乔森潘案，判决，第002/01号案，审判分庭，2014年8月7日，第510、551和第552段。

<sup>155</sup> 检察官诉阿利克斯·坦巴·布里马等人案，判决，SCSL-04-16-T，审判分庭，2007年6月20日，《塞拉利昂问题特别法庭法律汇编》，第一卷，第一册，第670段；另见检察官诉莫瓦尼那·福法纳和阿利厄·孔德瓦案，判决，SCSL-04-14-T，审判分庭，2007年8月2日，第172-173段；检察官诉伊萨·哈桑·塞萨伊等人案，判决，SCSL-04-15-T，审判分庭，2009年3月2日，第115段；检察官诉查尔斯·甘凯泰勒案，判决，SCSL-03-01-T，审判分庭，2012年5月18日，第2006和第2192段。

<sup>156</sup> 布兰德桑切斯大屠杀诉危地马拉案，判决(案情实质)，《C辑》，第105号案，2004年4月29日，第42(7)段和第47段；布兰德桑切斯大屠杀诉危地马拉案，判决(赔偿)，《C辑》，第116号案，2004年11月19日，第73段；伊图安戈大屠杀诉哥伦比亚案，判决(初步反对意见、案情实质、赔偿和费用)，《C

到武装冲突的标准(称“暴力行为”),但法院关于土著人民与土地之间联系的推理具有相关性。马亚格纳(苏莫)阿瓦斯廷格尼社区诉尼加拉瓜案是一起标志性案件,其中法院详细讨论了土著人民对其财产的权利。这起案件虽然不具体涉及武装冲突领域,但该案详细讨论了因文化和农业历史及使用而产生的对土地的普通法权利。当土地所有权成为武装冲突中的一个问题时,这样的文字材料可能有助于理解土著人民或其他人民同相关土地的法律关系。这起案件还讨论了对环境不利的活动可能对一个地方人民产生的危害。<sup>157</sup>

117. 一些美洲人权法院的案件表明不必非得对土地拥有所有权才能获得保护。法院尤其参考了《美洲人权公约》第21条——该条保护土著人民与他们的土地之间的密切关系,保护他们同祖先领土上的自然资源和由此产生的无形要素的密切关系,<sup>158</sup>以及国际劳工组织《关于独立国家土著和部落人民的(第169号)公约》。<sup>159</sup>在里奥内格罗大屠杀诉危地马拉案中,法院讨论了破坏土著社区自然资源对其的影响,并认定

土著社区成员的文化符合他们在世界中特有的存在、观察和行动方式,并且是在他们同其传统土地和自然资源的密切关系基础上构成的,不仅因为传统土地和自然资源是他们主要的生存手段,而且因为这些土地和自然资源是他们的世界观和宗教信仰的组成部分,因此,也是他们的文化特性的组成部分。<sup>160</sup>

辑》,第148号案,2006年7月1日,第182-183段;莫苏迪村及附近地区大屠杀诉萨尔瓦多案,判决(案情实质、赔偿和费用),《C辑》,第252号案,2012年10月25日,第136和第180段;圣多明哥大屠杀诉哥伦比亚案,判决(初步反对意见、案情实质和赔偿),《C辑》,第259号,2012年11月30日,第228-229以及第279段;从卡卡里卡河流域流离失所的非裔社区(创世纪行动)诉哥伦比亚案,判决(初步反对意见、案情实质、赔偿和费用),《C辑》,第270号案,2013年11月20日,第346、352、354、356和第459段。

<sup>157</sup> 马亚格纳(苏莫)阿瓦斯廷格尼社区诉尼加拉瓜案,判决(案情实质、赔偿和费用),《C辑》,第79号案,2001年8月31日,第151和第164段。关于土著财产权利的讨论,见第140段及其后几段。

<sup>158</sup> 萨拉雅库克奇瓦土著民诉厄瓜多尔案,判决(案情实质和赔偿),《C辑》,第245号案,2012年6月27日,第145和第156段。

<sup>159</sup> 同上,第163段。

<sup>160</sup> 里奥内格罗大屠杀诉危地马拉案,判决(初步反对意见、案情实质、赔偿和费用),《C辑》,第250号案,2012年9月4日,第177段,脚注266。法院交叉援引了雅基·阿克萨土著社区诉巴拉圭案,判决(案情实质、赔偿和费用),《C辑》,第125号案,2005年6月17日,第135段,以及奇泰·内克等人诉危地

118. 欧洲人权法院主要从私有财产权利角度处理人民状况的问题,并没有触及保护环境本身的问题。<sup>161</sup>欧洲人权法院采取同美洲人权法院类似的方式,将毁坏房屋和其他财产定性为违反禁止不人道和有辱人格待遇,<sup>162</sup>侵犯财产权<sup>163</sup>以及私人和家庭生活及住宅受尊重权利的行为。<sup>164</sup>

119. 同样值得一提的是,在纽伦堡审判期间,诸如掠夺、抢劫和毁坏村庄、城镇和居住区的行为被视为战争罪。<sup>165</sup>其中若干裁决涉及军事占领的状况,并讨论了武装冲突法(特别是军事占领法)如何适用于为经济目的开采自然资源进行的行为以及掠夺和抢掠。<sup>166</sup>值得注意的是,这一判例法证实对被占领国自然资源的许可利用是有限的。<sup>167</sup>

马拉案,判决,《C辑》,第212号案,2010年5月25日,第147段。另见非裔社区案(见上文脚注156),第346、352、354、356和第459段。在后一案件中也提到了第21条提供的保护,见同上,第346段。

<sup>161</sup> 例如,见门泰什等人诉土耳其案,1997年11月28日,《判决和裁决汇编》,1997-VIII,第13、21、23和第76段;奥尔汗诉土耳其案,第25656/94号,2002年6月18日,第379-380段;伊萨耶娃等人诉俄罗斯案,第57947/00号及其他两起诉请,2005年2月24日,第171段和第230-233段;埃斯穆罕别托夫等人诉俄罗斯案,第23445/03号,2011年3月29日,第150段和第174-179段;奇拉戈夫等人诉亚美尼亚案[大法庭],第13216/05号,ECHR 2015,第103段;本泽等人诉土耳其案,第23502/06号,2013年11月12日,第133、184和第207段以及第212-213段。

<sup>162</sup> 门泰什案(见上注),第76段;本泽案(见上注),第207段和第212-213段。

<sup>163</sup> 奥尔汗案(见上文脚注161),第379和第380段;埃斯穆罕别托夫案(见上文脚注161),第174-179段。

<sup>164</sup> 奥尔汗案(见上文脚注161),第379-380段。

<sup>165</sup> *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I (Nuremberg, 1947), 第240-241、296-297和第324-325页; *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII (London, His Majesty's Stationery Office, 1949), 第31页; *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. XI/2 (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1950), 第1253-1254页;同上, vol. IV (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1950), 第455页;同上, vol. VII (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1953), 第179页;同上, vol. XIV (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1952), 第698-699和第746-747页。

<sup>166</sup> *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I (见上注), 第240-241、296-297和第324-325页。

<sup>167</sup> *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. VII (见上文脚注165), 第179页;同上, vol. XIV (见上文脚注165), 第698-699和第746-747页。

## 第七章

## 武装冲突期间适用的法律

## A. 保护环境的条约规定和武装冲突法

120. 在武装冲突期间保护环境的必要性可追溯到古代。<sup>168</sup> 这些早期规则与个人需要获取生存必需的自然资源(如清洁水)密切相关。鉴于当时发动战争的条件以及使用的手段和方法,对环境造成大规模破坏的风险有限。然而,这种风险随着第二次世界大战后军事技术的快速发展变得越来越大。然而,直到1976年,才有一份明确适用于武装冲突的条约提到在武装冲突中保护环境的问题。更早期的条约没有提到环境,保护环境的唯一手段是保护产权和自然资源。<sup>169</sup>

121. 因此,关于与武装冲突有关的环境保护的讨论开始于近现代,学者们就这一专题撰写了大量论著。<sup>170</sup> 红十字委员会也深入参与了这一专题。<sup>171</sup> 然而,各国都采取了审慎态度,试图编纂新规则的

<sup>168</sup> 关于简要历史背景,见Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, 第3-4页。另见《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件五,第3段。

<sup>169</sup> 下列条约和宣言均未提及在武装冲突中保护环境的问题:《禁止使用扩张弹头宣言(四,3)》;《海牙第二公约》以及《关于陆战法规和习惯的章程》;《关于战时医院船免向国家缴纳所征税费的公约》;《海牙第三公约》;《海牙第四公约》;《海牙第五公约》;《海牙第六公约》;《海牙第七公约》;《海牙第八公约》;《海牙第九公约》;《海牙第十一公约》;《海牙第十三公约》;《禁止从气球上投掷投射物和爆炸物宣言》;《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》;《海上中立公约》;《限制和裁减海军军备条约》(第四部分,第二十二条,关于潜艇作战);《保护艺术和科学机构及历史古迹条约》(《罗里奇公约》);《关于1930年4月22日伦敦条约第四部分所述潜艇作战规则的会议记录》;《关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》及《纽伦堡宪章》;关于确认纽伦堡法庭组织法所认定之国际法原则的大会1946年12月11日第95(I)号决议;以及《防止及惩治灭绝种族罪公约》。

<sup>170</sup> 有关这一专题广泛文献的示例,见《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件五,附录二;《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/674号文件,附件;以及本报告附件二中选编关于这一专题的文献。

<sup>171</sup> 例如,通过制订《关于武装冲突中的环境保护的军事手册和指南准则》(A/49/323号文件,附件),在红十字委员会习惯法研究报告项下进行了重大且实质性的工作。另见红十字委员会,关于加强武装冲突受害者的法律保护的报告,为

努力普遍没有获得接受。应当在相关背景下看待这种谨慎的做法,因为各国对武装冲突法其他方面的发展同样谨慎。此外,这一专题可能同使用核武器的问题联系在一起,这也引发了关切。

122. 关于武装冲突法的法律文书数量可观。大多数文书规范的是国际武装冲突中的敌对行为和平民保护,只有少数文书涉及非国际性武装冲突。然而,在过去二十年中出现了一项重大进展,若干条约也在其适用领域中纳入了非国际性武装冲突。<sup>172</sup> 最为显著的进展就是为《常规武器公约》通过了一个修正案,使《公约》也能适用于非国际性武装冲突。

123. 尽管如此,当试图规范非国际性武装冲突中的敌对行动时,依然会遇到许多法律和政治挑战。因此,这一法律领域的一些发展发生在多边条约谈判领域之外(如通过法院和国家立法),也在预料之中。国际和区域法院也倾向于透过人权的视角看待这一问题。<sup>173</sup>

1. 基本条约条款:《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》、《第一附加议定书》以及《罗马规约》

124. 在《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》、《第一附加议定书》以及《罗马规约》中可找到最知名的同环境保护关系密切的规定。这三部条约获得了广泛批准。截至2015年2月12日,《第一附加议定书》拥有174个当事国,《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》拥有76个当事国,《罗马规约》拥有123个

2011年10月在日内瓦召开的第三十一届红十字与红新月国际大会编写的第31IC/11/5.1.1号文件。

<sup>172</sup> 其中包括《常规武器公约第二议定书》;《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》;《1954年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》;以及《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》。关于就这一发展进行的研究,见Perna, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*。

<sup>173</sup> 见上文本报告关于法律案例和判决的第六章。

当事国。<sup>174</sup> 有必要回顾一下这些文书的关键条款，作为讨论的基础。

125. 《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》最具相关性的规定是第一条第1款，读作：

本公约各缔约国保证不为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、持久或严重影响的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害任何一个缔约国的手段。

126. “改变环境的技术”指的是“通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物群、岩石圈、地水层和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术”(第二条)。这意味着，《公约》涵盖非常狭义的改变环境的技术。此外，使用这种技术需要是故意的。本质上，如一位评论者所说的那样，“[《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》的]实际范围相当狭窄”。<sup>175</sup> 各国还对《公约》的审查表现出相当怀疑的态度。在1984年和1992年分别举行了两次审查会议。举行第三次会议的努力没有获得成功。<sup>176</sup>

127. 在《日内瓦四公约第一附加议定书》中，最具相关性的条款是第三十五和第五十五条，读作：

<sup>174</sup> 此外，《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》另有16个签署国，《第一附加议定书》另有3个签署国，《罗马规约》还有31个签署国。虽然签署国不受条约约束，但值得回顾的是，已签署条约的国家“(……)但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思”(《维也纳条约法公约》第18条(甲)款)，则有义务避免实施违背条约目的与宗旨的行为。美国曾就《罗马规约》采取这种做法。美国于2000年12月31日签署了《罗马规约》。2002年5月6日，美国政府通知保存人(联合国秘书长)称其不打算成为条约的当事方，“因此，美国在2000年12月31日的签署不产生法律义务”。以色列(2002年8月28日)和苏丹(2008年8月26日)亦通知保存人不打算成为条约的当事方，因此，它们的签署不产生法律义务。《交由秘书长保存的多边条约》(可查阅<http://treaties.un.org>)，第十八章，第10节。

<sup>175</sup> 见Schmitt, “Humanitarian law and the environment”, 第280页。

<sup>176</sup> 2013年，秘书长邀请缔约国就举行第三次审查会议表达意见，但收到的肯定答复数量没有达到赞成开会所需的最低标准。2014年1月27日秘书长给成员国的信(检索号为ODA/63-2013/ENMOD)，可查阅[www.unog.ch](http://www.unog.ch)。

### 第三十五条 基本原则

一、在任何武装冲突中，冲突各方选择作战方法或手段的权利不是无限制的。

二、禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射体和物质及作战方法。

三、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。

### 第五十五条 对自然环境的保护

一、在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段。

二、作为报复对自然环境的攻击是禁止的。

128. 在《议定书》中，第三十五条位于关于作战方法和手段的第三部第一编。第五十五条位于第四部(平民居民)第一编(防止敌对行动影响的一般保护)第三章(民用物体)。这些条款的位置具有相关性。第三十五条第三款像该条其他禁止性规则一样，是绝对的禁止。第五十五条是一项注意义务，规定该义务包括绝对禁止“使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段”。

129. 一些国家已就第三十五和第五十五条做出了声明。法国和联合王国已经就如何评估环境损害的风险表达了类似理解，即应当客观并基于当时可获得的资料进行评估。<sup>177</sup>

<sup>177</sup> 法国，批准时的解释性声明，2001年4月11日：“Le gouvernement de la République française considère que le risque de dommage à l’environnement naturel résultant de l’utilisation des méthodes ou moyens de guerre, tel qu’il découle des dispositions des paragraphes 2 et 3 de l’article 35 et de celles de l’article 55, doit être analysé objectivement sur la base de l’information disponible au moment où il est apprécié” [“法兰西共和国政府认为必须依据在评估时可获得的信息，客观衡量第三十五条第二和第三款以及第五十五条各款规定的因使用作战方法或手段而造成的自然环境损害风险”]。大不列颠及北爱尔兰联合王国，2002年7月2日有关第三十五条第三款和第五十五条的保留：“联合王国的理解是，这两项规定都涵盖使用作战方法和手段，属于这些规定范围内的因使用作战方法和手段而产生的环境破坏风险要依据当时可获得的信息进行客观的评估。”可查阅红十字委员会的网站：<https://ihl-databases.icrc.org/>。

130. 数个国家,即比利时、<sup>178</sup> 加拿大、<sup>179</sup> 法国、<sup>180</sup> 德国、<sup>181</sup> 意大利、<sup>182</sup> 荷兰、<sup>183</sup> 西班牙、<sup>184</sup> 和联合王国<sup>185</sup> 已做出声明,说明《第一附加议定书》仅适用于常规

<sup>178</sup> 比利时,批准时的解释性声明,1986年5月20日:“鉴于特此批准的国际文书的准备工作资料,比利时政府谨强调制订《议定书》是为了扩大人道法提供的保护,但仅限于在武装冲突中使用常规武器的情形,不妨碍关于使用其他类型武器的国际法规定。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>179</sup> 加拿大,批准时的谅解声明,1990年11月20日:“加拿大政府的理解是,《第一议定书》提出的规则旨在专门适用于常规武器。特别是这样提出的规则对核武器的使用不具有任何效力,也不做出规范或禁止。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>180</sup> 法国(见上文脚注177):“*Se référant au projet de protocole rédigé par le comité international de la Croix-Rouge qui a constitué la base des travaux de la conférence diplomatique de 1974-1977, le gouvernement de la République française continue de considérer que les dispositions du protocole concernent exclusivement les armes classiques, et qu'elles ne sauraient ni réglementer ni interdire le recours à l'arme nucléaire, ni porter préjudice aux autres règles du droit international applicables à d'autres activités, nécessaires à l'exercice par la France de son droit naturel de légitime défense*”[“关于红十字国际委员会起草并成为1974年至1977年外交会议工作基础的议定书草案,法兰西共和国政府依然认为,议定书的条款仅适用于常规武器,不能规范或禁止核武器的使用,也不妨碍适用于法国为其行使固有自卫权利而需进行的其他活动的国际法规则”]。

<sup>181</sup> 德意志联邦共和国,批准时的声明,1991年2月14日:“德意志联邦共和国的理解是,《第一附加议定书》提出的关于使用武器的规则旨在专门适用于常规武器,不妨碍其他任何适用于其他类型武器的国际法规则。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>182</sup> 意大利,批准时的声明,1986年2月27日:“意大利政府的理解是,《第一附加议定书》提出的关于使用武器的规则旨在专门适用于常规武器。这些规则不妨碍其他任何适用于其他类型武器的国际法规则。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>183</sup> 荷兰,批准时的声明(针对王国在欧洲境内的领土以及荷属安的列斯和阿鲁巴),1987年6月26日:“荷兰王国政府的理解是,《第一议定书》就使用武器提出的规则旨在适用于并因此仅适用于常规武器,不妨碍其他任何适用于其他类型武器的国际法规则。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>184</sup> 西班牙,批准时的解释性声明,1989年4月21日:“[西班牙政府的]理解是,《议定书》在其仅适用于常规武器的特定范围内,不妨碍适用于其他类型武器的国际法规则。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>185</sup> 联合王国,批准时的保留(见上文脚注177),1998年1月28日:“联合王国的理解仍然是,《议定书》提出的规则只适用于常规武器,不妨碍其他任何适用于其他类型武器的国际法规则。特别是,这样提出的规则对核武器的使用不具有任何效力,也不做出规范或禁止。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

武器,或其不适用于核武器的使用。爱尔兰<sup>186</sup>提到了国际法院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,<sup>187</sup> 罗马教廷对《附加议定书》在核战争的毁灭性破坏面前的不足之处表示关切。<sup>188</sup> 其中一些声明和保留是在法院给出咨询意见之后做出的。在法院的诉讼中,不少国家提交了书面声明或评论意见,在其中一些声明或意见中,各国还依据为环境提供保护的规则,对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性进行了评估。<sup>189</sup> 应该指出的是,许多声明和评论意见还对其他国际公约进行了分析。

131. 载有与武装冲突期间的环境保护直接相关条款的第三部条约是《罗马规约》。其第八条第(二)款第2项第(4)目将以下行为列为严重违反国际法既定范围内适用于国际武装冲突的法规和习惯的行为:

故意发动攻击,明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体或致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏,其程度与预期得到的具体和直接的整体军事利益相比显然是过分的。<sup>190</sup>

<sup>186</sup> 爱尔兰,关于《第一附加议定书》的声明和保留,1999年5月19日:“鉴于核武器的潜在破坏性影响,爱尔兰声明,核武器即便不直接受《第一附加议定书》管辖,也依然受1996年国际法院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确认的现有国际法规则的制约。”关于第五十五条,爱尔兰声明“为确保在作战中应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害,并考虑到应禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段,爱尔兰声明核武器即便不直接受《第一附加议定书》管辖,也依然受1996年国际法院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确认的现有国际法规则的制约。爱尔兰将本着能为平民居民提供最好保护的精神来解释并适用该条款。”可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>187</sup> 见上文脚注133。

<sup>188</sup> 罗马教廷,批准时的声明,1985年11月21日。可查阅红十字委员会的网站: <https://ihl-databases.icrc.org/>。

<sup>189</sup> 深入分析了提供环境保护的规则,但仍认为使用或威胁使用武力不在所有情况下均构成非法的有法国、联合王国和美国等国家。埃及、伊朗伊斯兰共和国、马绍尔群岛、瑙鲁和索罗门群岛等国家则持相反意见。关于有关书面声明和评论意见,可查阅 [www.icj-cij.org/en/case/95/written-proceedings](http://www.icj-cij.org/en/case/95/written-proceedings)。

<sup>190</sup> 就这一规定(和《罗马规约》中其他几条规定)需要说明的是,为了确保追究战争罪行(如严重违反行为)的责任,《规约》引入了比传统上理解的国际人道法要求高得多的军事必要性标准。此外,“显然是过分的”和“整体军事利益”的提法并不是国际人道法中规定的标准,而是在联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议上达成的妥协,目的是确保法院的法官们不过于严格地适用这一标准,并将自己置于事后军事指挥官的位置。



132. 只有一个国家——即法国——在批准《罗马规约》时做出声明，直接提到与武装冲突有关的环境保护。<sup>191</sup> 该声明明确阐述了保护环境与使用核武器之间的联系。新西兰、<sup>192</sup> 埃及<sup>193</sup> 和瑞典<sup>194</sup> 提出了《罗马规约》对使用核武器的适用性问题，而联合国则明确提到其在批准《第一附加议定书》时所作的声明。<sup>195</sup>

#### (a) 交战报复

133. 虽被严加限制，但交战报复在某些情况下仍然是武装冲突期间的一种合法工具，可以作为冲突一方对另一方的报复行动。对交战报复的概念没有法律定义，但其含义是较为明确的。

<sup>191</sup> 法国声明“必须根据评估之时可获得的资料客观衡量使用第八条第(二)款第2项第(4)目所述作战方法和手段对自然环境造成损害的危险”。法国还指出：“《规约》第八条、特别是其中第(二)款第2项的规定只涉及常规武器，既不能限制也不能禁止可能使用核武器，也不减损对法国为行使其固有自卫权而需使用的其他武器适用的其他国际法规则，除非核武器或此处提到的其他武器将来受到全面禁止，并在依照第一百二十一和一百二十三条规定通过的附于《规约》的修正案中对此加以明确规定。”法国，批准时的解释性声明，2000年6月9日，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第614-616页。

<sup>192</sup> 新西兰在声明中指出“意图将第八条、尤其是第八条第(二)款第2项的适用范围仅限于涉及常规武器的事件，不符合国际人道法的原则”(第1段)。新西兰认为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表的咨询意见(咨询意见，《1966年国际法院汇编》，第226页，第2和第3段)支持这一观点。新西兰，批准时的解释性声明，2000年9月7日，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第622-623页。

<sup>193</sup> 埃及在签署时声明其对第八条的理解如下：“对违反国际人道法的行为，无论所用手段或所用武器类型为何，包括滥杀滥伤性质且造成不必要损害的核武器，《规约》关于第八条、特别是第八条第(二)款第2项所述的战争罪规定均适用。”埃及还指出“《规约》第八条第(二)款第2项第(17)和第(18)目适用于有滥杀滥伤效果的所有类型的排放以及用于执行排放的武器，其中包括使用核武器导致的排放”。埃及，签署时的声明，2000年12月26日，《交由秘书长保存的多边条约》(可查阅<http://treaties.un.org>)，第十八章第10节。

<sup>194</sup> 瑞典就《规约》第八条所述的战争罪发表了一份与作战方法有关的一般性说明，其中回顾了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表的咨询意见(见上文脚注133)，“特别是其第85至第87段，其中法院认为，毫无疑问的是，人道法适用于核武器”。瑞典，批准时的声明，2001年6月28日，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第631页。

<sup>195</sup> 联合国声明“联合王国的理解是，第八条第(二)款第2和第5项中使用的‘国际法既定范围’一词包括国家实践和法律确信所确立的习惯国际法。在这方面，联合国确认并提请法院注意该国，除其他外，在批准有关国际法文书时所作声明中表达的观点，其中包括1977年6月8日《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》)”。联合国，批准时的声明，2001年10月4日，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第633页。

134. 红十字委员会习惯法研究报告将交战报复描述为“在其他情况下是非法的，但在特殊情况下作为针对敌方非法行为而采取的执法措施被国际法视为一种合法的行为”。<sup>196</sup> 亦有人采用不同的措辞对这一概念进行了描述。<sup>197</sup>

135. 委员会在关于国家责任的工作中讨论过“报复”一词，当时委员会必须确定反措施与报复之

<sup>196</sup> 红十字委员会习惯法研究报告，第一卷，第513页。

<sup>197</sup> 例如，见：

“构成交战报复的行为，如果没有被界定为报复的合理理由，将会构成违反关于战争或武装冲突行为的法律……一个更为妥善的观点认为……只有为了应对发生在前的违反武装冲突法的行为，而不是为了报复非法诉诸武力的行为时，才可合法进行交战报复”。Greenwood, “The twilight of the law of belligerent reprisals”, 第40-42页。

“因为报复是对发生在前的严重违反国际人道法行为的反应，因此‘预先’报复或‘反报复’行为是不允许的，交战报复也不可以是针对违反另一种法律的行为而实施的。此外，报复的目的是促使对手遵守法律，因此不得为了复仇或惩罚的目的而实施报复”。红十字委员会习惯法研究报告，第一卷，第515页。

“报复是一国针对另一国采取的严厉措施，目的是制止导致其受害的违法行为，或是就违法行为获得赔偿。虽然这些措施原则上是违法的，但对那些在特殊情况下，即为了应对敌方违法行为而采取这些措施的行为体而言，则认为是合法的。

“在这一具体背景下，我们不打算讨论报复的总体问题，而仅讨论在武装冲突法、即战时法范畴内的报复问题。在武装冲突法中，可将交战方实施的报复定义为一个交战方继另一交战方实施了对其不利的不法行为后采取的强制性措施，意在通过伤害后者而迫使其遵守法律。这种强制性措施不受武装冲突法普通规则的约束”。Zimmermann, “Part V, Section II—Repression of breaches of the Conventions and of this Protocol”, 第3426-3427段。

“一方的非法报复，并不使其敌方所采取的、即便作为报复也是被禁止的反报复变得合法。

“对报复的禁止不能因为严重违反人道法条约而中止。这可能直接源于报复的定义，即上述具体禁止的存在理由。1969年5月29日的《维也纳公约》第六十条规定，在有重大违约情事时，条约终止或停止施行。任何就这一条款可能带来的疑问在该条款的规定中已经释除。实际上该条款指出，其中各项不妨碍条约内适用于违约情事之任何规定(第四项)，尤其是各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，包括关于禁止报复的规定(第五项)”。同上，第3458-3459段。

“现在可以想见到的是，这些措施[报复]最多体现在针对军事目标的武器和作战方法的选择上”。Pilloud and Pictet, “Art. 51: Protection of the civilian population”, 第1985段。

在1947和1948年间的李斯特等人案(人质审判)中，纽伦堡美国军事法庭认为：“报复是针对敌人违反战争法的行为而实施的，否则自己一方就违反了法律”。纽伦堡美国军事法庭，人质案的审判，1948年2月9日的判决，载于 *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Volume XI/2* (见上文脚注165)，第1248页。

间的界限。委员会指出近年来“报复”一词已限于指国际武装冲突时采取的行动：

最近，“报复”一词已限于国际武装冲突时采取的行动，即用作交战报复的同意语。“反措施”这一术语涵盖的是报复问题中与武装冲突无关的部分，根据现代实践及司法裁决，本章以这一意思使用该术语。<sup>198</sup>

136. 尽管在武装冲突期间并不严格禁止报复，但国际法严重限制其使用。首先，在任何情况下绝对禁止对被保护人实施报复。对被保护平民的集体报复也是如此。也禁止对受保护物体进行报复。<sup>199</sup>《第一附加议定书》和《常规武器公约》列有禁止报复的目标，包括历史古迹、艺术品或礼拜场所、对平民居民生存不可缺少的物体、并禁止以报复方式攻击自然环境、含有危险力量的工程或装置(即水坝、堤坝和核电站)，即使它们是军事目标。<sup>200</sup>目前还没有与作战手段和方法本身有关的基于条约的(常规)禁止或限制使用报复行为的规定。<sup>201</sup>

137. 《第一附加议定书》第五十五条第二款明确规定，禁止作为报复对自然环境进行攻击。如前文所述，第五十五条被放在第四部分(平民居民)中关于防止敌对行动影响的一般保护的第一编中，更具体地说是放在题为“民用物体”的第三章中。这意味着环境被视为民用物体。<sup>202</sup>

#### (b) 适用范围

138. 《第一附加议定书》的规定适用于1949年日内瓦四公约共同第2条所述的国际武装冲突。这种冲突也包括“各国人民在行使……自决权中，对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突”。<sup>203</sup>由此产生了两个问题：是否存在与此内容相

<sup>198</sup> 国家对国际不法行为的责任条款草案第三部分第二章(反措施)的评注第(3)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第77段，详见第146-147页。

<sup>199</sup> Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, 第321-322页，以及 *Reflections on the Law of War: Collected Essays*。在另一著作第767页，作者写道：“1949年日内瓦四公约明确禁止在国际性武装冲突局势中对受保护人员和物体实施报复。”(最初发表于Kalshoven, “Belligerent reprisals revisited”)

<sup>200</sup> 《第一附加议定书》，第五十四条第四款、第五十五条第二款和第五十六条第四款。

<sup>201</sup> Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, 第323页。

<sup>202</sup> 见红十字委员会习惯法研究报告，第一卷，第525页。

<sup>203</sup> 《第一附加议定书》，第一条第三和第四款。

同的也适用于非《议定书》缔约方的相应习惯规则？这种相应的习惯规则的内容是否也适用于非国际性武装冲突？

139. 《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》没有明确述及其是否适用于国际和(或)非国际性武装冲突。《公约》规定缔约国“保证不为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、持久或严重影响的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害任何一个缔约国的手段”(第1条第1款)。这是一项国家间义务，显然涵盖两个国家参与武装冲突的情形。《公约》只字未提当一国参与在本国领土上的非国际性武装冲突时的平行义务，也未提及一国家联盟经另一国同意介入在其领土上的冲突行动时，《公约》是否适用。

140. 《罗马规约》既涵盖国际性武装冲突，也涵盖非国际性武装冲突，但对在国际性武装冲突中犯下的罪行和在非国际性武装冲突中犯下的罪行做出了明确区分(第八条)。上文所述的第八条第(二)款第2项第(4)目适用于国际性武装冲突。没有适用于非国际性武装冲突的相应规定(第八条第(二)款第3项)。国际刑事法院对在非国际性武装冲突中“对自然环境造成的广泛、长期和严重损害”没有管辖权，这一事实并不一定意味着造成这种损害是合法的。《规约》仅涉及属于法院管辖范围的罪行。因此，不能自动得出相反的结论。

#### 2. 其他提及与武装冲突有关的环境保护的条约

141. 除上述条约之外，其他关于武装冲突法的条约也提到了环境保护问题。《常规武器公约》序言部分第四段具有相关性。<sup>204</sup>该段重复了《第一附加议定书》第三十五条第三款的措辞，即禁止使用旨在或可能对自然环境造成广泛、长期和严重损害的作战方法或手段。关于使用燃烧武器的《常规武器公约》第三议定书规定“禁止以森林或其他种类的植被作为燃烧武器的攻击目标，但当这种自然环境被用来掩蔽、隐藏或伪装战斗人员或其他军事目标，或它们本身即是军事目标时，则不在此限”。没有国家发表任何声明具体提及在使用燃烧武器背景下的环境。<sup>205</sup>

<sup>204</sup> 序言部分第四段的案文是：“又回顾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。”

<sup>205</sup> 值得注意的是，在该议定书之前，于1974年通过了关于凝固汽油弹和其他燃烧武器及其可能使用所涉各方面问题的决议，其中大会“谴责在可能影响到人类或损及环境和

142. 《常规武器公约》关于地雷、诱杀装置和其他装置的《第二议定书》的技术附件要求，地雷标识“应尽可能可看见、可判读、耐久和耐受环境作用的影响”（第1(d)条），从而防止武器受到环境的影响，而不是防止环境受到武器的影响。

143. 《常规武器公约第五议定书》的技术附件也有类似规定（第2(i)条）。此外，各国必须实施适当的爆炸性弹药记录、追踪和试验程序，记录的资料应包括“……爆炸物的先前储存地点、储存条件和环境因素”（第3(b)(五)条）。

144. 值得注意的是，具有裁军条约性质的条约都表明，人们日益认识到在处理和销毁过程中需要考虑到环境因素。《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)要求每个缔约国在履行《公约》第一条的规定，即销毁一切物剂、毒素、武器、设备和运载工具或将之转用于和平目的时，应遵守一切必要的安全预防措施以保护居民和环境(第二条)。《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)载有在整个销毁过程中的一系列环境保护要求。<sup>206</sup>《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997年)规定，如果一个缔约国认为自己无法销毁或确保销毁其承诺销毁的所有杀伤人员地雷，则可以请求延长完成销毁的期限。这种请求应载有资料，说明“延长期限所涉及的人道主义、社会、经济和环境的影响”（第5条第4款(c)项）。此外，出于透明的考虑，各缔约国应向联合国秘书长报告在销毁地雷时所遵守的环境标准(第7条第1款(f)项)。《集束弹药公约》(2008年)也规定，各国义务确保销毁方法符合关于保护公共健康和环境的适用国际标准(第3条第2款)，标牌和其他危险区边界标志应尽可能醒目、清楚、耐用和耐受环境作用的影响(第4条第2款(c)项)。关于延长销毁时限的任何请求均应包含对提议延期的环境影响评估(第4条第6款(h)项)。此外，出于透明的考虑，各国义务报告其在销毁计划中采用的环境标准(第7条第1款(e)和(f)项)。

(或)自然资源的情况下在武装冲突中使用凝固汽油弹和其他燃烧武器”。1974年12月9日大会第3255 B (XXIX)号决议，第1段。

<sup>206</sup> 见第四条第10款、第五条、第七条3款和关于执行和核查的附件，特别是第四部分(A)节第32段、第六部分第7段和第十部分第50段。

145. 综上所述，武装冲突法中与武装冲突期间的环境保护直接相关的条约规定数量有限。许许多多的条约和决议都根本未提及环境保护。<sup>207</sup> 同时应当指出的是，虽然在早期条约中，规定的主要目的可能是保护平民财产，但也会非常有助于保护环境。

## B. 原则

146. 武装冲突法的最基本原则是区分、相称、攻击中采取谨慎预防措施等原则以及军事必要性规则。<sup>208</sup> 关于武装冲突法的条约对上述各项都作出了具体规定。特别报告员将在下一次报告中阐述马顿斯条款，即人道原则，原因是这一原则的涵盖面很广，因此与冲突前和冲突后两阶段的分析也具有特别的相关性。

<sup>207</sup> 《日内瓦第一公约》；《日内瓦第二公约》；《日内瓦第三公约》；《日内瓦第四公约》；外交会议的决议，《1949年日内瓦外交会议最后文件》，第一卷(联邦政治部，1950年，伯尔尼)，第361-362页；《第二附加议定书》；《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》；1968年5月12日国际人权会议通过的关于武装冲突中的人权的第XXIII号决议，《国际人权会议的最后文件》，1968年4月22日至5月13日，德黑兰，A/CONF.32/41号文件；《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》；国际法学会1969年9月9日通过的“关于一般情况下、特别是与大规模毁灭性武器相关问题上区分军事目标与非军事目标”的决议，《年鉴》，第53(1969)卷，爱丁堡届会(1969年)，第二部分，第375页(可查阅www.idi-iil.org, “Publications and works/Resolutions”项下)，以及Schinder and Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, 第265-266页；《欧洲关于战争罪及危害人类罪不适用法定时效的公约》；《日内瓦四公约第一附加议定书》附件一：经1993年11月30日修正的《识别章程》；《消除非洲雇佣军制度公约》；联合国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会议于1979年9月28日通过的关于小口径武器系统的决议，A/CONF.95/15号文件；联合国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会议的最后报告，1980年10月10日，A/CONF.95/15号文件，附件一；《特定常规武器公约》及其经修正的第1条，以及其第一、第二、第三和第四号《议定书》；《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》；《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(见上文脚注111)；《前卢旺达问题国际法庭规约》，安全理事会第955(1994)号决议；《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》；《日内瓦四公约第三附加议定书》；《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定》(2002年1月16日，弗里敦)，联合国，《条约汇编》，第2178卷，第38342号，第138页；以及《武器贸易条约》。

<sup>208</sup> 本报告对使用可造成过度伤害或不必要痛苦的武器、射弹、材料和作战方法的问题未加阐述，因为这项规则的目的是保护战斗人员免受某些战争方法或手段带来的恶果，与保护平民和民用物体无关。

## 1. 区分原则

147. 区分原则是武装冲突法的一项基本原则，其目的是尊重和保护的平民居民和民用物体。与此同时，它还明确列出在武装冲突中可以合法袭击的目标。因此，这一规则含有禁止和许可的双重性质。

148. 区分原则是《第一附加议定书》第四十八条中编纂的一条基本规则，要求冲突方的行动仅针对军事目标。<sup>209</sup> 这一原则得到了《第一附加议定书》第五十一和第五十二条的支持，其中第五十一条规定对平民居民多加保护，<sup>210</sup> 第五十二条明确指出民用物体不可成为攻击或报复的对象。这一原则在国际和非国际性武装冲突中均被视为一条习惯法规则——尽管曾遭到不断违反。<sup>211</sup> 这一原则兼及作战手段和方法，得到了国际判例法的确认，<sup>212</sup> 也被写进各种军事指南和手册中。<sup>213</sup>

149. 《第一附加议定书》第五十二条第一款专门指出民用物体不应成为攻击或报复的对象，且“民用物体是指所有不是第二款所规定的军事目标的物体”。<sup>214</sup> 该条款规定，

<sup>209</sup> 第四十八条(基本规则)这样写道：“为了保证对平民居民和民用物体的尊重和保护，冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间和在民用物体和军事目标之间加以区别，因此，冲突一方的军事行动仅应以军事目标为对象。”

在《第一附加议定书》对区分原则作出正式规定之前，该原则在法制史上已长期存在，不过本报告对这一历史背景不作讨论。在《第一附加议定书》通过之前，“军事目标”一语不曾被界定过。

<sup>210</sup> 第五十一条明确规定平民居民或平民个人不应成为攻击对象，禁止不分皂白的攻击(见第二和第四款)。

<sup>211</sup> 红十字委员会习惯法研究报告正确地指出，违反该原则往往会受到安全理事会的谴责，第一卷，见第7页。

<sup>212</sup> 例如，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注133)，第257页以及埃塞俄比亚/厄立特里亚案，厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会，部分裁决：西线，空袭及相关索偿，厄立特里亚的索偿，1、3、5、9-13、14、21、25和26，2005年12月19日的裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷(出售品编号：B.06.V.7)，第291-349页。

<sup>213</sup> 见红十字委员会习惯法研究报告中的例子，第一卷，第4页，注9。

<sup>214</sup> 第五十二条(对民用物体的一般保护)读作：“一、民用物体不应成为攻击或报复的对象。民用物体是指所有不是第二款所规定的军事目标的物体。

“二、攻击应严格限于军事目标。就物体而言，军事目标只限于由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体。

就物体而言，军事目标只限于由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体。

第五十二条第二款的表述显示，民用物体是一件“东西”，而不是抽象的构造。同时，私有土地、作物和自然资源也很有理由被视为民用物体。有时，在我们所说的保护环境与保护自然物体和自然资源之间很难加以区分。举例来说，假设一名渔民对一片海湾或特定海域的水产资源有专属捕鱼权，某交战方违反武装冲突法，将长效危险化学品倾倒入这片海区，不过这一行动并无明确的军事目的。那么这种做法是仅仅侵犯了渔民的私有(经济)权利呢，还是同时违反了注意保护自然环境免受广泛、长期、严重损害的义务？<sup>215</sup>

150. 诸如《常规武器公约》关于使用地雷、诱杀装置和其他装置的《第二议定书》等其他条约也谈到了禁止袭击民用物体、平民居民和平民个人。

151. 有可能得出的一个结论是，自然环境属民用性质，因此本身并非军事目标。如同其他民用物体一样，如果它转化为军事目标，则可以被攻击。因此建议下列原则草案：

### “原则草案1

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

## 2. 攻击中采取谨慎预防措施的原则

152. 《第一附加议定书》中规定的在攻击中采取谨慎预防措施的义务不得与环境条约中常常提到的防范原则或办法相混淆。这是两个不同的法律概念，渊源不同，适用的情况也不同。防范原则要求采取行动，哪怕在科学上不能确定会造成任何损害时也要这样做。与此形成对照的是环境法的另一项原则，即预防原则。后者的重点在于根据实际或推定知识判

“三、对通常用于民用目的的物体，如礼拜场所、房屋或其他住处或学校，是否用于对军事行动作出有效贡献的问题有怀疑时，该物体应推定为未被这样利用。”

<sup>215</sup> 《第一附件议定书》，第五十五条。

断会造成的损害。<sup>216</sup> 2014年的初步报告中阐述了这两项原则。<sup>217</sup> 这些原则在武装冲突局势以外的情况下的适用性是毫无疑问的,判例法也证明了这一点。<sup>218</sup> 其适用程度取决于其适用性的法律依据和面临的实际情形。现在的一个问题是,这些原则在武装冲突期间是否同样适用? 将必须区分这些原则在武装冲突局势以外的情境中的适用性与其在敌对行为中的可能适用性。

153. 尽管不能排除这些原则的一般适用性,但没有什么迹象表明其将在敌对行动期间可适用,至少不能按照和平时环境法背景下的理解来适用这些原则。

154. 与此同时,必须牢记的是,武装冲突法的一个关键要素是要求采取谨慎预防措施,使平民居民、平民个人和民用物体免受攻击。<sup>219</sup> 采取谨慎预防措施使之免遭攻击后果的义务是一个比较新的概念,其目的是保护平民居民免遭攻击后果。<sup>220</sup> 多种论坛都确认了这条规则的习惯法地位。<sup>221</sup> 《第一附加

<sup>216</sup> 见《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/674号文件,第137段。

<sup>217</sup> 同上,第133-147段。

<sup>218</sup> 同上。

<sup>219</sup> Rogers, *Law on the Battlefield*, 第120-121页。

<sup>220</sup> 埃塞俄比亚/厄立特里亚案,厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会,部分裁决(见上文脚注212),第330页。

<sup>221</sup> 第五十七条(攻击时预防措施)读作:

“一、在进行军事行动时,应经常注意不损害平民居民、平民和民用物体。

“二、对于攻击,应采取下列预防措施:

“(一) 计划或决定攻击的人应:

“1. 尽可能查明将予攻击的目标既非平民也非民用物体,而且不受特殊保护,而是第五十二条的意义内的军事目标,并查明对该目标的攻击不是本议定书的规定所禁止的;

“2. 在选择攻击手段和方法时,采取一切可能的预防措施,以期避免,并无论如何,减少平民生命附带受损失、平民受伤害和民用物体受损害;

“3. 不决定发动任何可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击;

“(二) 如果发现目标不是军事目标或是受特殊保护的,或者发现攻击可能附带造成与预期的具体和直接军事利益相比过分的平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害,或三种情形均有,该攻击应予取消或停止;

“(三) 除为情况所不许外,应就可能影响平民居民的攻击发出有效的事先警告。

“三、为了取得同样的军事利益有可能在几个军事目标之间进行选择时,选定的目标应是预计对平民生命和民用物体造成危险最小的目标。

议定书》第五十七条第二款详细罗列了在计划、决定或实施攻击时需要采取的这类谨慎预防措施。该条款没有提到环境问题,但若环境被视为民用物体,则适用于此类物体的谨慎预防措施将相应地涵盖环境问题。

155. “攻击中采取谨慎预防措施”作为一条经常被提及的规则不具有独立意义。上述附加议定书中没有给出“可能的预防措施(*feasible precautions*)”的确切含义。适用这一规则时必须联系到其他的法律规则。这与防范不同,后者是一项独立原则(有人称之为独立办法)。

156. 《常规武器公约》经修正的《第二议定书》第3条第10款界定了“可行的预防措施(*feasible precautions*)”的含义,即“考虑到当时存在的一切情况、包括从人道和军事角度考虑后所采取的实际可行的或实际可能的预防措施”。<sup>222</sup> 尽管采取可行的预防措施的要求体现了习惯法,但第3条所反映的精确性却未必反映了对该规则普遍适用的解释。<sup>223</sup> 值得注意的是,各国在批准《第一附加议定书》时表述了它们各自对“可行的预防措施”一语的解释。<sup>224</sup>

“四、在进行海上或空中军事行动时,冲突每一方应依照其依据适用于武装冲突的国际法规则所享受和承担的权利和义务,采取一切合理的预防措施,以避免平民生命受损失和民用物体受损害。

“五、本条的任何规定均不得解释为准许对平民居民、平民或民用物体进行任何攻击。”

<sup>222</sup> 另见《特定常规武器公约第三议定书》第1条第5款,读作“‘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所采取的实际可行或实际可能的预防措施。”

<sup>223</sup> 经修正的《第二议定书》第3条的标题表明其规定了“对使用地雷、诱杀装置和其他装置的总的限制”,这一措辞与原来的《常规武器公约》第二议定书中的案文相同。

<sup>224</sup> 例如,西班牙在批准《第一附加议定书》时,将“可能(*feasible*)”一语的意思解释为“在计及当时所有主要状况包括人道和军事方面后,所考虑的措施在操作上是实际可行或实际可能的”。比利时声明:“鉴于准备工作资料,必须对第四十一条中‘可能的预防措施’一语和第五十七及第五十八条中提到的‘可能的预防措施’给以同样的解释,即在当时主要情形下(同等计及军事和人道方面)所能采取的措施。”荷兰声明:“应将‘可能’这个词理解为在计及当时所有主要情形包括人道和军事考虑的情况下是实际可行或实际可能的。”阿尔及利亚表示:“可能的预防措施(*feasible precautions*)”(第四十一条第三款)、“一切可能的措施(*everything feasible*)”(第五十七条第二款)和“最大可能范围(*to the maximum extent feasible*)”(第五十八条)等表述方式应解释为在考虑到当时情形及所掌握的信息和手段的情况下可能的预防措施和办法”,阿尔及利亚,1989年8月16日加入议定书时的解释性声明,第1段。加拿大表示:“‘可能’一词意味着在计及当时所有主要情形包括

157. 不过，在这两个概念背后有一个基本的常识性理由，即每个行动都需要一些规划和节制。同时，可能需要根据可掌握的情况予以实施。

158. 如上所述，在攻击中采取谨慎预防措施义务的目的是加强对平民居民、平民个人和民用物体的保护，以免其意外丧生、受伤或遭受损害。可以说，这一原则强化了“仅可攻击军事目标”的规则。

159. 这一规则反映了战争期间平民和民用物体无法完全受到保护这一现实。意外的损失和损害难免会发生。

160. 拟议的原则草案如下：

#### “原则草案2

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

### 3. 相称原则

161. 与本报告具有相关性的第三条基本原则是相称原则。这是一条习惯国际法规则。该原则体现在《第一附加议定书》第五十一条第五款第(二)项，并在该《议定书》第五十七条中再次得到体现。此外，《罗马规约》规定，在国际法既定范围内，战争罪指的是“故意发动攻击，明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体……，其程度与预期得到的具体和直

接的整体军事利益相比显然是过分的”（第八条第(二)款第2项第(4)目）。<sup>225</sup>当然，至于何谓“具体和直接的整体军事利益”的辩论仍在继续。各国普遍接受此项原则，但避免提供关于其确切适用的资料。同时，各国强调指出，应在考虑到善意结果的情况下来解释此原则。特别报告员认为委员会的任务不是试图确定该原则的适用参数，关于其所牵涉内容的辩论可能一直会在法律和军事界内外继续下去。此外，有关什么是“相称”的评估很可能随着时间推移而发展。这种发展既可能受到科学知识的增加以及战略和战术军事思想进步的影响，也可能受技术发展的影响。此外，社会价值观随时间而发生改变，也可能影响对这一概念的理解。因此，只提及存在这样一个原则就够了。

162. 国际法院强调了该原则在保护环境方面的重要性。在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案中，法院不认为“所涉[关于国际人道法的]条约原本打算基于一国有保护环境义务的原因而剥夺其根据国际法进行自卫的权利”，并接着指出：

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，必须将环境因素考虑在内。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>226</sup>

163. 有趣的是，为支持这一结论，法院提到了《里约宣言》原则24。原则24读作：“战争本来就会破坏可持续发展。因此各国应遵守国际法关于在武装冲突期间保护环境的规定，并于必要时合作促进其进一步发展。”

164. 因此，拟议的原则草案如下：

#### “原则草案3

“在评估对于实现合法军事目标而言何为必要和相称时，必须考虑到环境因素。”

165. 此外，除上文援引的条约规定和国际人道法原则之外，特别报告员将在下文讨论红十字委员会习惯法研究报告以及一些关于武装冲突法的国际手册中的相关规则。

人道和军事考虑的情况下是实际可行或实际可能的。”德国表示它理解“可能”一词的含义是“在计及当时所有主要情形包括人道和军事考虑的情况下是实际可行或实际可能的”。联合国表示，它理解该《议定书》中使用的“可能”一词的含义是“在计及当时所有主要情形包括人道和军事考虑的情况下是实际可行或实际可能的”。联合国进一步表示，1977年《第一附加议定书》第五十七条第二款第(二)项中提到的义务仅适用于“那些有权力并有实际可能性取消或停止攻击的人”。法国表示它认为该《议定书》中使用的“可能”一词的含义是“*ce qui est réalisable ou ce qui est possible en pratique, compte tenu des circonstances du moment, y compris les considérations d'ordre humanitaire et militaire* [在计及当时所有主要情形包括人道和军事考虑的情况下是实际可行或实际可能的]”。关于与《第一附加议定书》相关的声明和理解，可查阅红十字委员会的网站：<http://ihl-databases.icrc.org>。

<sup>225</sup> 另见上文脚注190中的评论。

<sup>226</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133），第242页，第30段。

### C. 红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究报告

166. 如本报告引言部分所述,在开展了大约十年的材料汇编和分析工作之后,红十字委员会于2005年出版了关于习惯国际人道法的重大研究报告。<sup>227</sup> 这项研究是史无前例的。除了研究中提供的关于国家实践的文件之外,红十字委员会还就所审查的法律之地位得出了结论。因此,研究报告中载有涉及环境保护的三条规则。这些规则被列入第二部分“受特别保护的人与物体”。首先是规则43,其中规定有关敌对行动的基本原则适用于自然环境。红十字委员会得出结论认为“国家实践将此规则确立为一条适用于国际与非国际性武装冲突的习惯国际法规范”。<sup>228</sup>

167. 规则43的依据是区分原则、禁止为非军事必要的理由破坏财产的规定、相称原则以及其他保护自然环境的规则。

168. 第二条规则,即规则44,涉及在军事行动中适当顾及自然环境的义务。其内容如下:

作战方法和手段的使用必须适当考虑对自然环境的保护和维护。在进行军事行动时,须采取一切可能的谨慎预防措施,以避免,并无论如何,减少环境所受附带损害。尽管某些军事行动对环境的影响尚缺乏科学上的确定性,但这并不足以免除冲突当事方采取谨慎预防措施的义务。<sup>229</sup>

169. 红十字国际委员会认为,国家实践也将这项规则确立为“适用于国际武装冲突的习惯国际法规范,而且可以说也适用于非国际性的武装冲突”。<sup>230</sup>

170. 规则44的依据是采取一切可行的谨慎预防措施来避免或减少对环境的损害的义务、防范原则以及在武装冲突期间(国际)环境法的继续适用。

171. 第三条规则,即规则45,提及有可能严重损害自然环境的情况。读作:

禁止使用旨在或可能对自然环境造成广泛、长期和严重损害的作战方法或手段。禁止将毁坏自然环境作为武器使用。<sup>231</sup>

172. 红十字委员会得出结论认为,这一规则也反映了适用于国际武装冲突的习惯国际法,而且可以说也适用于非国际性的武装冲突。规则45所附评注称,

看来,美国是这一规则第一部分的“一贯反对者”。另外,法国、联合王国和美国在这一规则第一部分适用于核武器的使用问题上也是“一贯反对者”。<sup>232</sup>

173. 规则45的依据是《第一附加议定书》第三十五条第三款(其中禁止使用“旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段”)以及禁止将故意破坏资源环境当作一种武器形式的大量国家实践。

174. 还有另外一条直接相关的规则,即规则42,涉及含有危险力量的工程和装置。读作:

如果含有危险力量的工程或装置(如堤坝与核电站以及在这类工程或装置的位置上或在其附近的其它装置)受到攻击,则须给予特别注意,以避免引起危险力量的释放,从而在平民居民中造成严重的损失。<sup>233</sup>

175. 红十字委员会认为,国家实践将此规则确立为一条适用于国际与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。<sup>234</sup>

176. 规则42的依据是《第一附加议定书》第五十六条以及《第二附加议定书》第十五条所载详细规则。这两条规定的第一句相同:

含有危险力量的工程或装置,如堤坝和核电站,即使这类物体是军事目标,也不应成为攻击的对象,如果这种攻击可能引起危险力量的释放,从而在平民居民中造成严重的损失。

177. 应当指出的是,《第一附加议定书》载有对这一明确禁止的若干例外情况,其中规定,若所列物体变成用以使军事行动得到经常、重要和直接支持的军事目标,则应停止第五十六条第一款所规定的免受攻击的特别保护。《第二附加议定书》没有规定类似的例外情况。

178. 规则42载有一项特别注意义务,其在某方面超越了《第一附加议定书》第五十六条和《第二附加议定书》第十五条中的规定,因为该规则还包括位于含有危险力量的工程和装置位置上或在其附近

<sup>227</sup> 红十字委员会习惯法研究报告,第一卷。

<sup>228</sup> 同上,第143页。

<sup>229</sup> 同上,第147页。

<sup>230</sup> 同上。

<sup>231</sup> 同上,第151页。

<sup>232</sup> 同上。

<sup>233</sup> 同上,第139页。

<sup>234</sup> 同上。

的其他装置。红十字委员会认为该规则应同样适用于化工厂和炼油厂等其他设施，并解释说：

攻击此类装置会导致对平民居民和自然环境的严重损害。这意味着，如果这类工程和装置成为军事目标，决定攻击这种装置时，需要在攻击时采取一切必要的谨慎预防措施。<sup>235</sup>

179. 不可否认的是，红十字委员会的结论不只是有所依据的猜测。它们建立在广泛和普遍的国家实践基础上，代表着所有地理区域和所有主要法律体系。然而，如上所述，该项研究的方法和结论仍受到批评。<sup>236</sup>

#### D. 适用于武装冲突的国际法手册

180. 法律、军事和技术专家分析并拟定关于识别和发展适用于武装冲突的国际法建议，这种做法并不罕见。这一传统可追溯至十九世纪。出于显而易见的原因，由此产生的军事手册（最初是国家性的，后被拟订为国际手册）对各国或武装冲突的任何其他方不具约束力。但是，它们在习惯国际人道法的发展方面发挥了显著作用。这些手册往往是行动需要与现实的体现，因此往往成为国家实践的基础或者为拟订国家或国际一级的接战规则提供了灵感。鉴于各国越来越不愿意在国际人道法方面订立新的具有约束力的条约协定，但同时又需要调整其行动政策，因此这种手册可能是一种发展趋势——即可能从“软法”向国家实践转变——的体现。手册规则往往反映了现有的实践（虽然不一定伴有法律确信，而且可能（或不可能）发展成习惯国际法）。由于国际专家经常与红十字委员会专家一同起草手册，这些手册往往反映不同的关切问题，而且经常体现了现有国家手册和接战规则。因此，最终文本总是妥协的结果。出于这个原因，一些最著名的手册在与武装冲突有关的环境保护方面的看法值得考虑，它们是1994年《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》（以下简称“《圣雷莫手册》”）、<sup>237</sup> 2006年《非国际性武装冲突法手册》（以下简称“《非国际性武装冲突法手册》”）、<sup>238</sup>

<sup>235</sup> 同上，第142页。

<sup>236</sup> 见上文本报告第一章。关于保护自然环境的相关规则，可查阅Hulme, “Natural environment”。

<sup>237</sup> Doswald-Beck (编), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea* (以下简称“《圣雷莫手册》”)。案文通过于1994年。一些参加了《圣雷莫手册》编写工作的专家们也参与了《空战和导弹战国际法手册》的编写工作。

<sup>238</sup> Schmitt等人, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*。该《手册》反映了国际法国

2009年《适用于空战和导弹战的国际法手册》（以下简称“《空战和导弹战国际法手册》”）<sup>239</sup> 以及2012年《适用于网络战的国际法塔林手册》（以下简称“《塔林手册》”）。<sup>240</sup>

#### 1. 《圣雷莫手册》

181. 《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》数次提到了保护环境。<sup>241</sup> 可以说，在所有手册中，该手册就武装冲突期间的环境保护而言思路是最开阔的。应结合海洋法拟订工作——最终导致通过《联合国海洋法公约》——这一背景来考虑这一点，该《公约》中引入了新管辖区（专属经济区和群岛海域），还承认宽度不超过十二海里界限的领海，并界定了新的大陆架定义。对于参与武装冲突的国家而言，这些改变了重要行动区的法律性质。此前，海洋空间被划分为狭义的海域（内水和领海）或公海，这种划分被海洋水体的三级划分取代：即主权水域；沿海国拥有明确界定的主权权利和明确规定的管辖权的水域，以及毫无进一步限制、适用公海自由原则的水域。<sup>242</sup> 专属经济区被定性为具有独特的法律地位。<sup>243</sup> 正是在这些独特的区域，沿海国享有保护环境方面的专属管辖权——军舰和其他用于非商业目的的政府船舶的豁免除外。

182. 应提及的是，在拟订《圣雷莫手册》时，许多人对伊朗-伊拉克战争和伊拉克/科威特战争仍然记忆犹新。此外，武装冲突期间的环境保护也备受联合国的关注。<sup>244</sup>

际研究所在Dieter Fleck领导下启动的一个重大项目的成果。其前言指出该项目并未全部完成，同上，第ii页。尽管在阅读该《手册》时应保持谨慎，但在本专题范围内似乎应当提及这一《手册》。

<sup>239</sup> 哈佛公共卫生学院，人道主义政策和冲突研究方案，*Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*。终稿于2009年通过。

<sup>240</sup> Schmitt (编), *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*。于2012年定稿。

<sup>241</sup> 关于海洋环境保护方面发展的讨论，见Heintschel von Heinegg and Donner, “New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts”。

<sup>242</sup> 若各国扩大其领海，则空域的行动区会受影响。而由于对大陆架规则的修订，某些海底行动区域也受到新法律制度的制约。

<sup>243</sup> 关于《联合国海洋法公约》第七部分公海规定的适用，见《公约》第6和第58条。

<sup>244</sup> 见《2011年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件五，第10-16段。



183. 《圣雷莫手册》在其附带伤亡或附带损害的定义中列入了“对自然环境的损坏或破坏”。<sup>245</sup> 这是在“附带损害”的定义中首次列入“自然环境”。其评注明确指出这是有意为之，以确保“附带损害”也适用于自然环境。将使用不同标准来评估攻击是否会造成过分的附带损害；<sup>246</sup> 在审议时，与对环境的附带损害相比，将更仔细地考虑对平民生命可能造成的附带损害。

184. 《圣雷莫手册》还将适用适当顾及原则<sup>247</sup>引入海战范畴。这使得各交战国除了有义务遵守海上武装冲突法之外，还需“适当顾及沿岸国的权利与义务，特别是要顾及在专属经济区和大陆架的经济资源勘探与开采，以及对海洋环境的保护与维护。”<sup>248</sup>

185. 此外，《圣雷莫手册》引入了交战国的通知义务，即如果交战国认为有必要在中立国的专属经济区或大陆架内布设水雷，则该交战国须通知该沿海国。<sup>249</sup>

186. 《圣雷莫手册》还在基本规则和目标识别一节中谈到了保护环境问题。规则第44条规定：“使用的作战方法和手段须根据国际法有关规定适当顾及自然环境。禁止对自然环境进行无军事必要性的肆无忌惮的破坏和摧毁。”这是任何现有条约措辞中没有反映的普遍义务。与之最接近的措辞载于《第一附

<sup>245</sup> 规则13(c)规定：“‘附带伤亡’或‘附带破坏’是指平民居民或其他受保护人员遭受的伤亡，以及自然环境或非军事目标遭受的损害与破坏。”

<sup>246</sup> 《圣雷莫手册》，对规则13的解释，第13.10段。

<sup>247</sup> 关于海洋法中适当顾及原则的讨论，例如，见Soons, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, 以及Walker, *Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention*。

<sup>248</sup> 规则34读作：“如果在中立国专属经济区或大陆架上遂行敌对行动，各交战国除了要遵守其他可适用的海上武装冲突法规则之外，还需适当顾及沿岸国的权利与义务，特别是要顾及在专属经济区和大陆架的经济资源勘探与开采，以及对海洋环境的保护与维护。各交战国尤其要适当顾及中立国在专属经济区内和大陆架上建立的人工岛屿、设施、建筑物和安全区。”应该指出的是，《圣雷莫手册》规则13(d)对“中立”的定义是“任何一个不参与冲突的国家”。该定义及其含义是有争议的，见规则13的附带解释第13.11至第13.14条。

<sup>249</sup> 规则35读作：“如果交战国认为有必要在中立国的专属经济区或大陆架内布设水雷，该交战国须通知该中立国，要确保雷区范围和使用的雷种不危及人工岛屿、设施和建筑物，不干扰进出该区域内的通道，要尽量避免干扰中立国对该区域的勘探与开采，同时还要适当考虑对海洋环境的保护与维护。”

加议定书》第五十五条。<sup>250</sup> 该条反映了作战方法和手段的选择并非无限制的普遍观点。《第一附加议定书》通过十七年之后，《圣雷莫手册》将此又推进了一步。规则44是漫长讨论的结果。不作任何限定地援引“适当顾及办法”未被接受，这主要是由于缺乏“硬法”规则对其的支持。<sup>251</sup>

187. 最后，专用于或专门改装用于应对海洋环境污染事件的敌方船舶和飞机免遭攻击。<sup>252</sup> 这些船只还免遭拿捕。<sup>253</sup> 这两条规则都是创新规则。<sup>254</sup>

## 2. 《非国际性武装冲突法手册》

188. 《非国际性武装冲突法手册》仅载有一条自然环境保护规则，即“军事行动期间对自然环境的损害不能大于预期从军事行动中获得的军事优势”。<sup>255</sup> 《非国际性武装冲突法手册》的作者们声称，涉及国际武装冲突中对自然环境“广泛、长期和严重损害”的《第一附加议定书》第三十五条第三款和第五十五条所载规则，无论在国际还是非国际性武装冲突中均未被接受为习惯国际法。

189. 同时，其中还规定“自然环境是民用物体”，因此，在这个意义上而言，环境的各部分受益于关于保护民用物体的所有规则。其中指出，像其他民用物体一样，环境“可能因其性质、位置、目的或用途成为军事目标”。<sup>256</sup> 《非国际性武装冲突法手册》还指出，《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》规定，禁止作为作战手段“改变”环境——如果这样做会对环境造成广泛、持久或严重的影响。<sup>257</sup>

<sup>250</sup> 该条款的位置在第四部(平民居民)第一编(防止敌对行动影响的一般保护)第三章(民用物体)，这对本专题而言具有相关性。

<sup>251</sup> 《圣雷莫手册》，对规则44的解释，第44.1—44.10段。

<sup>252</sup> 该《手册》规则47的相关部分读作：“下述敌方船舶免遭攻击：……8.专用于或专门改装用于[应]对海洋环境污染[事件]的船只”；《空战和导弹战国际法手册》中没有类似的规则；见有关民用飞机一般性保护的规则47。

<sup>253</sup> 规则136的相关部分读作：“下述船只免遭拿捕：……7.专门为[应对]海洋环境污染[事件]而设计或改装，并且正在从事此类活动的船只。”《空战和导弹战国际法手册》没有类似的规则；参见关于获准安全通行的飞机免遭被作为战利品拿捕的规则67。

<sup>254</sup> 《圣雷莫手册》，对规则47的解释，第47.52(h)段，和对规则136的解释，第136.1段。

<sup>255</sup> 《非国际性武装冲突法手册》，规则4.2.4。

<sup>256</sup> 同上，规则4.2.4的评注，第1段。

<sup>257</sup> 同上，规则4.2.4的评注，第2段。

这表明作者们认为该《公约》也适用于非国际性武装冲突。

### 3. 《空战和导弹战国际法手册》

190. 《空战和导弹战国际法手册》载有环境保护方面最具限制性的表述。该手册在关于“自然环境具体保护”的第M节的两条规则中明确阐述了环境问题。上述规则值得全文引述。其中第一条(规则88)是一般规则,规定“禁止恣意破坏自然环境”。第二条(规则89)涉及空中或导弹行动的具体情况;其内容如下:“在规划和开展空中或导弹行动时,应适当顾及自然环境。”

191. 上述两条规则是编写《空战和导弹战国际法手册》的专家们进行激烈辩论的结果。<sup>258</sup>《空战和导弹战国际法手册》先前的草案载有关于保护环境的更多规则。只有上文引述的规则88和规则89得以保留。这两条规则是就此问题达成的最低共识。但是,这并不意味环境保护的规则和原则弱于规则88和89所体现的最低限度标准。首先,一些国家受到条约规则的约束,其义务超出规则88和89所载的义务。其次,各国可以在国家一级——例如通过国内法律或条例、接战规则和国家环境政策——限制其军事选择,从而加强环境保护。<sup>259</sup>

192. 在编写《空战和导弹战国际法手册》期间,提及《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》标准的内容被删除,部分原因是人们认为这些内容不反映习惯法。这包括《公约》第一条第1款中载有的“广泛、持久或严重”这一措辞。这是可以理解的,因为像《第一附加议定书》那样,使用“或”而非“且”的做法一直受到抵制和批评,因此这一措辞几乎无法要求获得习惯法地位。略微更加棘手的是,专家组不能就是否纳入《第一附加议定书》第三十五和第五十五条中的措辞达成一致。目前,该《议定书》有174个当事国。其中包括安全理事会五个常任理事国中的四个。第五个常任理事国——美国——仅签署了该《议定书》。上述174个国家几乎均未就第三十五和第五十五条提交声明和(或)保留。最重要

的声明和保留涉及该《议定书》对非常规武器(如使用核武器)的不可适用性。<sup>260</sup>

193. 如上文所述,《圣雷莫手册》将“自然环境遭受的损害和破坏”列入“附带伤亡或附带损害”的定义。相比之下,《空战和导弹战国际法手册》中有关附带损害的定义并未明确包括自然环境。其定义读作:“‘附带损害’是指对合法目标的攻击附带造成平民死亡、平民受伤、民用物体或其他受保护物体受损或兼而有之。”<sup>261</sup>

194. 然而,这并不意味自然环境不会遭受“附带”损害。只要自然环境被视为民用物体或其他受保护物体,或兼而有之,则的确会遭受此类损害。评注中未解释提及自然环境的部分因何被删除了。<sup>262</sup>

195. 《圣雷莫手册》和《空战和导弹战国际法手册》之间还有另外两项重大差异。第一项涉及行动区。这一点很合乎逻辑。虽然武装冲突法适用于所有发生武装冲突的情况,但是应对在交战国领土上的行动和非交战(中立)国领土上的行动加以区分。<sup>263</sup>显然,不能不考虑非交战国的主权及其对专属经济区的规定管辖权,便开展海军行动。然而,这并不意味着不能在非交战(中立)国的专属经济区内开展军事行动。<sup>264</sup>这仅仅意味着,与发生在公海上的行动相比,(依据适当顾及原则)对合理与否的测试结果可能有所不同。这一点在《圣雷莫手册》中有所体现,但在《空战和导弹战国际法手册》中无需作类似区分,因为空域不存在专属经济区这一类的问题。

196. 第二项明显差异是有关基本规则与目标识别一节(《圣雷莫手册》规则44)与《空战和导弹战国际法手册》的两条规则之间的差异。

197. 在其他军事行动之外单独实施现代海军行动的情况不太可能发生。相反,海军行动可能与空军行动联合展开。假定一个国家希望将《圣雷莫手册》和《空战和导弹战国际法手册》均纳入其军事手册,那么应该如何调和两个手册之间的差异呢?专

<sup>258</sup> 该项目由哈佛大学人道主义政策和冲突研究方案于2003年启动,目的是重申适用于空战和导弹战的现有国际法。

<sup>259</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/674号文件,第23-47段。

<sup>260</sup> 见上文第126段。

<sup>261</sup> 《空战和导弹战国际法手册》,规则1,(I)项。

<sup>262</sup> 同上,“附带损害”定义的评注,第33页,第2段。

<sup>263</sup> 没有理由为本报告之目的而论及这些规则。

<sup>264</sup> 请注意专属经济区和公海被视为国际水域。

家们的确讨论了空战与海战之间的关系。<sup>265</sup> 其中包括讨论《圣雷莫手册》中规定的保护环境问题。尽管一些专家提出了意见，但是《圣雷莫手册》规则44的措辞与《空战和导弹战国际法手册》的措辞有所不同，更具体而言，有三项重大差异。首先，《圣雷莫手册》规定使用的作战方法和手段“须(*should*)……适当顾及自然环境”，相比之下，《空战和导弹战国际法手册》规则89是“应(*ought*)给予适当顾及”。其次，《空战和导弹战国际法手册》未提及应考虑“国际法有关规则”理念。第三，《空战和导弹战国际法手册》中未提及“军事必要性”。

198. 两份文件中均提及了“适当顾及”。<sup>266</sup> 尚不完全清楚该用语在此背景下的含义。正如有人指出的那样，“适当顾及”源自海洋法；自荷兰法律学者和哲学家胡果·格劳秀斯以来，它已成为保障公海自由的一项基本原则。《圣雷莫手册》引入这一概念是为了阐明卷入武装冲突和未卷入武装冲突各方的权利与义务之间的平衡。这一原则也比照适用于专属经济区。<sup>267</sup>

199. 最后，应当提及的是，《空战和导弹战国际法手册》有意没有涉及报复问题，因为参与编制该手册的专家们决定其“拟订目标是敌对行动中的实际使用(战时法)”，而非“执行和落实国家间关系法”。<sup>268</sup>

#### 4. 《塔林手册》

200. 《塔林手册》中有关武装冲突期间保护环境的内容具有重要意义。值得一提的是，网络战争须遵守适用于任何其他类型战争的相同规则。<sup>269</sup>

<sup>265</sup> 讨论依据的是其中一名专家、Wolff Heintschel von Heinegg教授做出的重要分析。他早前也曾参与拟订《圣雷莫手册》的工作。

<sup>266</sup> 该表述方式不时出现在一些条约中，例如《第一附加议定书》第六十四条第一款、《日内瓦第三公约》附件一第二节第(一)条和《日内瓦第四公约》第九十五条。

<sup>267</sup> 《联合国海洋法公约》，第八十七和第五十八条。

<sup>268</sup> 《空战和导弹战国际法手册》，导言，D节。其他一些主题也被排除在外，其中两个讨论个人刑事责任和人权，同与武装冲突有关的环境保护具有相关性。

<sup>269</sup> 起草《塔林手册》的专家组得出结论认为国际法的一般原则适用于网络空间(见《塔林手册》，第13页)。大会设立的从国际安全角度看信息和电信领域发展政府专家组得出了同样的结论。专家组所提建议依据的前提是国际法适用于信息和通信技术，见A/68/98号文件，尤其是第11、16、19和第23段。联合国秘书长对“报告强调《联合国宪章》和国际法的中心地位以及各国履行责任的重要性”(同上，前言)表示赞赏。

201. 《塔林手册》数次提及环境保护问题。最重要的是，它专门载有关于自然环境的一节。规则83明确指出“自然环境是民用物体，因此享有免受网络攻击及其影响的一般性保护”。所附评注解释说，该条规则充分体现了国际武装冲突中的习惯法，原因是“其依据的是区分原则以及禁止攻击民用物体的规定”。<sup>270</sup>

202. 规则83还规定：“禁止《第一附加议定书》缔约国使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的网络作战方法或手段。”

203. 这种表述方式显示，参与编制手册的专家们在关于《第一附加议定书》第三十五条第三款和第五十五条第一款中规定的禁止是否体现习惯国际法方面存在分歧。他们决定起草仅适用于《议定书》缔约国的相关规则，以此来克服意见上的分歧。<sup>271</sup>

204. 《塔林手册》中没有关于明确禁止恣意破坏环境的规定。然而，评注明确显示专家们假定情况应该如此。《手册》解释“恣意”是指“破坏是恶意采取蓄意行动的结果，即该行动无法以军事必要性来辩解”，<sup>272</sup>并表示“仅为导致环境损害而使用网络手段令石油进入水道是不法行为”。<sup>273</sup>

205. 尽管《第一附加议定书》不适用于非国际性武装冲突，但一些专家认为其有关环境的规定在此种冲突中作为习惯法适用。

206. 《塔林手册》重申了《第一附加议定书》所述的禁止报复行为，指出不能为了报复而将自然环境、堤坝和核电站当作网络攻击对象。<sup>274</sup>

207. 根据国家实践、相关公约和法律原理，拟议的原则草案如下：

#### “原则草案4

“禁止作为报复而对自然环境进行攻击。”

<sup>270</sup> 《塔林手册》，规则83的评注，第1段。就环境是民用物体，在其成为军事目标之前应作为民用物体予以保护这一点达成了一致。

<sup>271</sup> 该方法多次被用来克服有关某具体规定是否反映习惯国际法问题的意见分歧。

<sup>272</sup> 《塔林手册》，规则83的评注，第5段。

<sup>273</sup> 同上。

<sup>274</sup> 同上，规则47。其中正确指出非国际性武装冲突中不存在报复这一概念，同上，规则47的评注3，第3段。

## E. 结论

208. 在条约法领域，与武装冲突有关的环境保护问题未获得发展。只有三部条约直接涉及该问题：《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》、《第一附加议定书》和《罗马规约》，虽然《罗马规约》的处理方式与前二者有所不同。考虑到上述条约的当事国数目，似乎可断定上述条约的相关规定起到了制定标准的作用。这是红十字委员会习

惯法研究报告得出的结论。同时，一些国家对上述规定做出了保留、解释性声明或说明。所涉内容一般分为两类：一类涉及核武器的使用，另一类涉及目标选定过程。这意味着各国将继续对上述规定的确切含义持不同意见，例如对规定的环境损害最低标准，便是如此。

209. 同时，其他条约也展示出越来越大的保护环境的愿望。

## 第八章 保护区

### A. 非军事区

210. 赋予地理区域特殊的法律地位，以此来保护和保全该区域，这种做法并不罕见。可以通过国际协定或国家立法来达到上述目的。在某些条件下，这些区域不仅在和平时期受保护，在武装冲突期间也免受攻击。只要关于该区域的禁令得到遵守，就不会发生因武装活动而损害该区环境的情况。

211. 首先想到的一类是非军事区。“非军事区”一词在武装冲突法范畴内具有特殊含义。这类区域是冲突各方建立的，这意味着，若将其军事行动扩展至该地带会违反协定规定，则这种扩展便是禁止的。<sup>275</sup> 红十字委员会习惯法研究报告认为，该规则体现了国际和非国际性武装冲突中的一条习惯法规范。<sup>276</sup> 通常设立非军事区的原因各有不同(军事、人道主义和政治)，例如，作为防止冲突恶化的措施或为缔结和平条约。安全理事会对合法划定的非军事区的重视证明了此类区域的政治意义。安全理事会经常就违反非军事区协定的行为提出批评，并呼吁各方遵守协定。

212. 还有其他类别的非军事区。这类区域可能是和平时期建立的，并可能与持续的武装冲突无关。它们可能被称为非军事区、和平区、和平目的区、无核武器区和无核区等等。一些委员会委员在本专题的讨论期间提到这些区域的相关性，并正是在这一背景下作出以下评论。

213. 在国际公法中，“非军事化”的概念没有明确的权威定义。但无论在法律界内或法律界外，它都是一个业已确立的概念。至于所用术语问题，显然国际法不要求相关区域必须先形式上军事化，然后才能获得非军事化地位。<sup>277</sup>

214. 非军事化往往被界定为一国在其领土的特定区域内不驻扎军队或者不维持军事设施的义务。经常有人主张非军事化意味着在非军事区内解除武装和/或禁止武装行为的责任，因此有损一国领土主权。上述观点认为，不应将非军事化解释为阻止一国使用其保护领土不受外部威胁的权利。<sup>278</sup> 然而，历史上和当今世界上许多有关非军事区的例子<sup>279</sup> 显然表明它们不是、也不能被视为等同的情况。似乎较恰当的办法是，根据适用非军事化制度的领土法律地位对

<sup>277</sup> 毫无疑问，“和平目的”与“非军事化”并不是同义词。因此，规定某区域用于“和平目的”不足以使所涉区域自动成为“非军事”区。此外，虽然对“和平区”的存在及内容作了充分研究，但对它的定义尚不一致(例如，见Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*)。

<sup>278</sup> 例如，见下列出版物中关于“非军事化”的定义：Delbrück, “Demilitarization”，第150页。关于类似的定义，见Björklund and Rosas, *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering* (瑞典文)。奥兰群岛既是非军事区，也是中立区。Björklund和Rosas所列的其他既是非军事区也是中立区的例子包括施皮茨贝尔根、南极洲和麦哲伦海峡，同上，第17页。见Hannikainen, “The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands”，第616页。

<sup>279</sup> 例如，见Delbrück, “Demilitarization”，第150-152页。关于欧洲的非军事区，见Ahlström, *Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa* [Demilitarized and Neutralized areas in Europe] (瑞典文)。

<sup>275</sup> 《第一附加议定书》，第六十条，第一款。

<sup>276</sup> 红十字委员会习惯法研究报告，第一卷，第120-121页。使非军事区成为攻击对象属于严重违反《第一附加议定书》的行为。见《第一附加议定书》，第八十五条第三款第(四)项。

非军事区进行分类,<sup>280</sup>有可能确定三个主要类别。第一类包括受一国主权管辖的非军事区,如奥兰群岛制度或斯瓦尔巴群岛。第二类非军事区是交给少数国家团体或国际机构控制的区域,例如朝鲜民主主义人民共和国与大韩民国之间的非军事区。第三类是国家管辖范围之外的非军事区,例如国际海底区域和外层空间。<sup>281</sup>

215. “和平区”可能从概念而言有别于非军事区,但随着近来在将“和平区”转变为具有法律约束力的条约方面的进展,两者在概念上的差异已经有些模糊。因此,存在灰色区域。<sup>282</sup>“和平目的”是另一个缺乏法律定义的概念。从《南极条约》<sup>283</sup>等一些条约中可以看出,这些条约认为“和平目的”是一个政策概念而非法律概念。其本身不附带特定的法律义务。但是,这一概念是条约目的和宗旨的表现。<sup>284</sup>

216. 《联合国海洋法公约》首开“和平使用”及“和平目的”概念在海洋法背景中适用的先河。先前关于海洋法的条约中则未见类似条款。《公约》规定“公海应只用于和平目的”(第八十八条)。和平目的观念的推出并不意味着在公海和其他海洋或海底区

<sup>280</sup> 关于不同的分类方式,见Black等人, *Neutralization and World Politics*, 第11页。

<sup>281</sup> 见《联合国海洋法公约》,第一四一条;《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》(截至2015年1月1日,该《条约》有103个当事方,其中包括所有核武器国家);以及《禁止在海床、洋底及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器条约》。

<sup>282</sup> 例如,见Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, 以及Prawitz, “The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia”, 第651页。根据Subedi的描述,“和平区”是企图“使其内部区域免受军事化和免受几乎是公开侵略的外部干涉”,见第四十一页。

<sup>283</sup> 第一条。南极洲无疑是非军事化的。之所以未将其列入三个类别之中的任一类,是因为各国对其地位存有意见分歧。

<sup>284</sup> 其中包括“军事性措施”,但不限于或等同于此类措施。例如,见秘书长的报告,关于海军军备竞赛的研究,A/40/535号文件,第186-188段(提到了《联合国海洋法公约》第八十八条,第二四二条第1款以及第二四六条第3款)。注意“军事目的”这一概念不仅出现在《国际原子能机构规约》第三条(A)款第5项,而且也出现在其他机构的规约中(见Pinto, “Maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, 第32页和脚注94-95),其中对这一概念同样未做界定。正如Subedi所证明的那样,界定“和平目的”并非易事。如果说国际法整体而言对解释“和平目的”并无太多贡献,《南极条约》则提供了更多帮助,而且实际上Subedi也因为没有在其他地方找到具体定义而又回到了《南极条约》。Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, 第59页。

域禁止军事活动。<sup>285</sup>《公约》的争端解决程序可以证明这一点。强制性争端解决机制适用于这类活动,除非一国书面声明它不接受《公约》所规定的其强制性程序会产生具约束力的决定(第二九八条第1款(b)项)。大多数国际法专家一致认为第八十八条并不禁止军事活动。<sup>286</sup>根据这一结论,可以认为海上军事活动并不一定违反和平目的之目标。因此,一军事活动可被认为符合和平目的之目标,并因而可能被认为是一项合法活动。

217. 在此背景中具有相关性的传统公海自由即是对公海的和平军事使用权。这一权利在第二次世界大战后的法律秩序中强有力地延续了下来。很少有法律专家、而且更鲜有国家实践会认为军事巡逻、军事演习乃至武器试验违反了公海自由,更不用说违反《联合国海洋法公约》第八十八条中的和平目的之目标了。《公约》其他规定加强了这样一种解释,即对公海的和平军事使用受到了高度保障。虽说如此,但应回顾指出的是,对公海的任何利用都须服从第八十七条第2款所规定的适当顾及原则。关于适当顾及原则的适用,其对专属经济区的适用比其对公海区域的适用更为复杂。有些国家声称在其专属经济区内禁止外国军事演习。<sup>287</sup>为找到禁止某种对公海的军事使用的规定,就必须诉诸另一规则系统:主要是规定了不允许侵略行为的《联合国宪章》,以及诸如环境和裁军方面的条约。第八十八条并未打算将公海非

<sup>285</sup> 第五十八条第2款规定第八十八条只要与《公约》处理专属经济区的本部分(即第五部分)不相抵触,均适用。应当指出的是,处理与“区域”有关的和平目的之目标的第一四一条措辞有所不同,规定“区域”应开放专为和平目的利用。值得注意的是,《公约》规定审议大会义务确保“区域”专用于和平目的(第一四七条第2款)。

<sup>286</sup> Pinto, “Maritime security and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, 第35页。

<sup>287</sup> 例如,巴西在1988年批准《公约》时说明,巴西政府理解是,《联合国海洋法公约》规定“在未获沿海国同意时,不允许其他国家开展军事演习或活动,特别是涉及使用武器和爆炸物的演习或活动”(引自联合国法律事务厅海洋事务和海洋法司,《海洋法:就〈联合国海洋法公约〉和〈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〉作出的声明和说明》,联合国出版物,出售品编号:E.97.V.3,第22页)。在签署《联合国海洋法公约》时也作出了类似的说明(同上,第4页)。印度在1995年批准《公约》时发表了与巴西几乎完全相同的说明,并补充说印度还将大陆架包括在内(同上,第31页)。德国与巴西的看法相反,该国于1994年表示沿海国在专属经济区的权利和管辖权“不包括得到关于军事演习或活动的通知或予以授权的权利(原文如此)”(同上,第29页)。意大利在1995年做出了同样的声明(同上,第31页)。一些将公海自由原则和《海洋法公约》第八十八条关于公海应只用于“和平目的”的措辞作为出发点的作者倾向于支持巴西的解释。

军事化。可突出证明此点的事实是试图通过与公海应只用于和平目的的既定基本规则平行的一些特别协定,将印度洋等一些具体海域非军事化。<sup>288</sup>《公约》第三零一条也处理了海洋的和平使用问题,尽管这些字眼只在标题中提及而且仅指不使用武力的义务。

218. 鉴于专属经济区的特殊地位,作为非军事或无核武器区一部分的海域构成了特定的法律挑战。虽然有可能把专属经济区归类为自成一体的类别,但出于航行和军事活动目的,它们被视为国际水域。<sup>289</sup>其法律后果是,国家不能以对第三国具约束力的方式管制其主权或管辖授权以外的区域。

## B. 无核武器区

219. 1975年,大会通过了“无核武器区”的定义。这需要一部条约或公约为依据。<sup>290</sup>在涉及建立一个无核武器区时,现在情况可能仍然如此,但是这一定义却未描述建立和平区方面的当今现实。固然,“和平区”也可以其他理由建立,但其法律影响将是有限的。因此,可将“和平区”视为一个较轻的概念,如一区域成为具有法律约束力的无核武器区或非军事区之前的阶段。陆地和海上和平区和无核或无核武器区是——或意图成为——区域建立信任和裁军的措施。对其价值存在争论,而且往往要么获得热情接受,要么遭到强烈批评。<sup>291</sup>然而,它们的数量不仅在不断增加,而且还往往被转型为或其依据被重新措辞为具有法律约束力的条约。《特拉特洛尔科条约》和《拉罗通加条约》就属于最早的实例。自1996

年以来,已建立了数个无核武器区和和平区。<sup>292</sup>据称国际社会鼓励建立这种区域。<sup>293</sup>这些区域有的适用于缔约方的主权领土,例如《非洲无核武器区条约》(《佩林达巴条约》)、《中亚无核武器区条约》(《塞米巴拉金斯克条约》)和《东南亚无核武器区条约》(《曼谷条约》)。

220. 上述条约都是具有法律约束力的,有些还规定位于条约适用地区以外的国家也可加入。<sup>294</sup>地理上位于适用地区以外的核大国加入所谓的“保障议定书”被认为至关重要。值得注意的是,没有任何条约宣称要建立普遍适用的客观有效制度,因为所有条约都载有加入、退出和审查条款。

221. 就和平区条约进行谈判时最敏感的问题之一永远是其适用领域。《曼谷条约》列入了条约缔约方的专属经济区和大陆架之上的空域(第1条(a)项和(b)项)。与此同时,该《条约》规定其任何规定都不得妨碍任何其他国家在《联合国海洋法公约》条款下的权利或这些权利的行使(《公约》第2条)。该《条约》还明确提到了公海自由和通行权利。《佩林达巴条约》亦载有在海洋自由原则下的权利或行使该权利方面的“不妨碍”条款(第2条第2款)。这两个条约也都有履约机制,并对缔约方规定了与国际原子能机构合作的义务。

222. 此外,大会数次通过决议,在海洋区域、例如在印度洋和南半球(如南大西洋)以及毗连区中建立和平区或无核武器区。<sup>295</sup>显然,大会决议不具

<sup>288</sup> Churchill and Lowe, *The Law of the Sea*, 第313-314页。见关于海底的相关条款,其中的表述是“专为和平目的”。关于印度洋作为一个和平区与《南极条约》之间的关联,例如,见 Moneta, *La Antartida en el sistema internacional del futuro* (西), 第22-23页。

<sup>289</sup> 群岛水域是一单独类别,将不在此处论及。

<sup>290</sup> 该定义见于1975年12月11日大会题为“对无核武器区问题所有方面通盘研究”的第3472(XXX)B号决议。关于“核武器国家”的有限定义,见《不扩散核武器条约》,第九条,第3款。Subedi指出“和平区”的概念首次出现在1970年代的国际法中,Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, 第42页。

<sup>291</sup> 虽然Subedi并未在其结论中给出任何参考,但特别报告员同意他的描述,即在此背景中有两派思想,一些人认为在区域内建区没有必要,因为“[联合国]正在争取实现世界和平”,而另一些人则认为“划区以实现和平办法与普遍实现和平办法之间并无对立关系。划区办法对普遍办法而言既有补充作用又有追加作用”,Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, 第44页。不过,还有一个涉及控制的层面(特别是主要强国的控制)。

<sup>292</sup> 大会就这一事项通过了多个的决议,例如,见关于无核武器的南半球和邻近地区的第60/58号决议。关于这一主题的著述举例,见Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, 以及Prawitz, “The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia”。

<sup>293</sup> Prawitz, “The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia”, 第661页和注46,其中援引了不扩散核武器条约缔约国审议和延期大会通过的核不扩散和裁军的原则和目标,载于NPT/CONF.1995/32/DEC.2号文件,不扩散核武器条约缔约国1995年审议和延期大会最后文件(NPT/CONF.1995/32 (Part I), 第一部分,大会的组织和附件,附件。

<sup>294</sup> 还有人提议在中东和东北亚等其他地区建立无核武器区。Prawitz, “The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia”, 第668-669页,以及Subedi, *Land and Maritime Zones of Peace in International Law*, 第115-134页。

<sup>295</sup> 1995年12月12日大会关于《宣布印度洋为和平区宣言》的执行情况的第50/76号决议,其中回顾了一系列其他决议,如1971年12月16日第2832(XXVI)号决议、1994年12月15日第49/82号决议和1995年12月7日关于南大西洋和平与合作区的第50/18号决议。

有法律约束力，但它们却传递了政治愿望。最初，作为安全理事会常任理事国的五个核武器国家无一对建立这种海域和平区感到高兴。它们的观点实际上反映了看待海洋法的角度差异。尽管如此，这些最初讨厌和平区的国家却总是会在后来阶段决定参加关于建立这种区的讨论。

223. 综上所述，不可能得出结论认为非军事区或无核武器区将自动继续使有关区域免于一切军事活动，从而间接地使环境免遭破坏。每部条约都需要根据其自身措辞、目标和宗旨加以分析。但是，如果一个非军事区的建立是依据一部“声明、确立或规定永久制度或地位或有关永久权利”的条约而进行，例如是依据一部“使一国部分领土中立化”的条约而进行的，则可以根据关于武装冲突对条约的影响条款草案，将之视为在武装冲突期间继续运行的一部条约。<sup>296</sup>

### C. 自然遗产区和重大生态意义地区

224. 2014年，一些委员会委员建议将文化遗产列入本报告，因为不这样做会导致产生不一致的情况。不过，大多数发言者仍然认为应将文化遗产排除在外。在对辩论进行总结时，特别报告员强调指出，与文化财产、文化遗产和自然景观相关的问题很复杂。环境与文化遗产之间存在着错综复杂的关系，尤其是在论及景观的美学方面或特色方面时就更是如此。这还涉及土著人民把他们的环境视为文化和自然资源的权利。<sup>297</sup> 在同武装冲突有关的文化财产保护与文化遗产保护之间存在着差距。导致这种差距的原因是联合国教育、科学及文化组织的《保护世界文化和自然遗产公约》在“文化遗产”的定义(第1条)中纳入“人类工程或自然与人联合工程”(如景观的审美方面等)，从而(在这方面)提供了一个比《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》<sup>298</sup> 以及

<sup>296</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100段，第7条和附件(第7条所指条约的指示性清单)，(b)小段。

<sup>297</sup> 在萨达姆·侯赛因的复兴党于1980年代伊朗-伊拉克战争期间开始的排水计划实施之后，沼泽阿拉伯人社区的处境悲惨，这一情况提供了一个悲剧性的例子，说明在武装冲突期间缺乏环境保护可给依赖于这片土地生存的人民带来极具破坏性的后果。见Roselli, “At the intersection of human rights and the environment in Iraq’s Southern Marshes”。另见International Law and Policy Institute, “Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study”, 第21–23页。

<sup>298</sup> 《公约》明确指出，由于对民族文化遗产的重大意义，某些动产或不动产不同于其他财产。因此，《公约》把“文化财产”从平民财产的整体中分离了出来。《公约》继而在文化财产范

《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》所定术语“文化财产”都要宽泛的定义。在这种情况下，值得回顾的是，委员会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“景观的美学方面等非服务价值”纳入了环境的定义。这包括享受大自然的天然美景和休闲特征以及与之相关的机会。<sup>299</sup>

225. 在这一背景下，应特别着重考虑对具有重大生态意义、极易遭受敌对行动之不良后果的地区进行保护。<sup>300</sup> 在起草日内瓦四公约附加议定书时有人提议对具有重大生态意义的地区给予特别保护，当时会议工作组提交的提案规定“向敌对方宣布了的具有适当标记和界线的公认自然保护区应受保护和尊重，除非这种保护区被专门用于军事目的”。<sup>301</sup> 在国际环境法尚处于起步阶段拟订的这一提案未获通过。

226. 应参照在文化财产方面现有的可比特别保护区制度看待该提案。1954年《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》建立了一个所谓的“加强保护”制度，其中规定把对人类具有特殊意义的文化财产列入一份目录，且《议定书》的缔约方承诺绝不将其用于支撑军事行动(第10条)。《世界遗产公约》中也有类似的地点列名制度，其中要求各国“不得故意采取任何可能直接或间接损害[……]文化和自然遗产的措施”(第6条第3款)。它还把“武装冲突的爆发或威胁”(第11条第4款)危及的任何世界遗产列入《濒危世界遗产名录》作出了规定。

227. 此外，《世界遗产公约》还强制规定了缔约国在自然遗产财产方面的义务。根据该文书，世界遗产委员会建立和更新了一份具有突出普遍价值的文化遗产和自然遗产财产目录(《世界遗产名录》)。在目录中列名需要有关国家的同意。此外，该委员会负责维持一份《濒危世界遗产名录》，其中包括必须采取重大行动加以保护而且已根据《世界遗产公约》

畴内区分了具有非常重大意义的不动产。不过，这后一类具有非常重大意义的财产并不完全对应于“文化遗产”的概念。

<sup>299</sup> 危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案第2条(用语)的评注第(20)段，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第82页。另见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第79–80段。

<sup>300</sup> Droege and Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict—existing rules and need for further legal protection”, 第43页。

<sup>301</sup> 见Pilloud and Pictet, “Article 55: Protection of the natural environment”, 第664页，第2138–2139段。关于条款草案第48条之三的提案来自第三委员会工作组。

为其请求了援助的地点。<sup>302</sup> 第11条第4款明确规定，构成文化和自然遗产一部分的一项财产，只有在受到武装冲突的爆发等“严重的特殊危险威胁”时，才被列入目录(见第2条)。

<sup>302</sup> 根据第2条，自然遗产被定义和划分为三大类：自然面貌、地质和自然地理结构以及天然名胜。第2条规定如下：

在本《公约》中，以下各项为“自然遗产”：

— 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。

228. 目前，有197项构成自然遗产一部分的财产被列入《世界遗产名录》。<sup>303</sup> 其中有些根据《世界遗产公约》第11条第4款被列入了《濒危世界遗产目录》。

229. 拟议的原则草案如下：

“原则草案5

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

<sup>303</sup> 关于《世界遗产名录》所列的财产，见<http://whc.unesco.org/>。

## 第九章

### 今后的工作方案

230. 特别报告员的第三次报告将包括关于冲突后措施的提案，其中包括合作、信息分享和最佳做法以及修复措施。

231. 第三次报告将力争完成对所有三个时间段的完整覆盖，并将由三个部分组成。第一部分将聚焦于武装冲突后适用的法律。第二部分将处理占领等尚未讨论过的问题。第三部分将载有一份对所有三个阶段的概括分析。希望这将有助于委员会决定如何继续处理这一专题。特别报告员希望重申，如果由于已经开展工作而需要继续加强逐渐发展或编纂，则委员会或各国需要在下一阶段作出决定。这是完

全属于委员会《章程》第1条范围之内的事项，即委员会“以促进国际法的逐渐发展和编纂为宗旨”。

232. 特别报告员将继续与红十字委员会、联合国教育、科学及文化组织和环境署等其他实体以及区域组织进行协商。若委员会再次请求各国提供实例，说明包括区域和双边条约在内的国际环境法规则在国际性或非国际性武装冲突期间以及武装冲突后继续适用，将会具有极大价值。此外，如各国能继续提供实例说明对此专题具有相关性的国内法律以及表明国际或国内环境法得到适用的判例法，也会有所帮助。



## 附件一

## 与武装冲突有关的环境保护：拟议的原则草案

## 序言

## 原则的范围

本文所述各项原则适用于与武装冲突有关的环境保护。

## 宗旨

这些原则旨在通过防止和恢复措施加强与武装冲突有关的环境保护。

这些原则还旨在最大限度地减少武装冲突期间对环境的附带损害。

用语<sup>304</sup>

就本文所述各项原则而言，

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

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

## 原则草案

## 原则1

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

## 原则2

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

## 原则3

在评估对于实现合法军事目标而言何为必要和相称时，必须考虑到环境因素。

## 原则4

禁止作为报复而对自然环境进行攻击。

## 原则5

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

<sup>304</sup> 提交于初步报告，《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/674号文件，第七章。

## 附件二

## 参考书目选编

- ACCONCI, Pia, *et al.*, eds.  
*International Law and the Protection of Humanity: Essays in Honor of Judge Flavia Lattanzi*. Leiden/Boston, Brill/Nijhoff (forthcoming in 2016).
- AHLSTRÖM, Christer  
*Demilitariserade och Neutraliserade Områden i Europa*. Mariehamn, Åland Islands Peace Institute, 1995.
- 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, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 75–94.
- 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’”, *EJIL*, vol. 19, No. 1 (2008), pp. 183–209.
- ANDERSON, Terry L., and J. Bishop GREWELL  
“The greening of foreign policy”, *PERC Policy Series*, vol. 20 (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 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*. 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: Country Studies of External Experts*. Chur-Zürich, Rüegger, 1996.
- BAKER, Betsy  
Legal protections for the environment in times of armed conflict. *Virginia Journal of International Law*, vol. 33 (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.
- BANNELIER-CHRISTAKIS, Karine  
“L’utopie de la ‘guerre verte’ : insuffisances et lacunes du régime de protection de l’environnement en temps de guerre”, in Vincent Chetail, ed., *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, Brussels, Bruylant, 2013, pp. 384–412.
- BARBOZA, Julio  
*The Environment, Risk and Liability in International Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- BARNES, 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.
- BETHLEHEM, Daniel  
“The methodological framework of the study”, in Elizabeth Wilms-hurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 3–14.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE, and Catherine REDGEWELL  
*International Law and the Environment*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BJÖRKHOLM, Mikaela and Allan ROSAS  
*Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering*. Åbo, Åbo Academi University Press, 1990.
- BLACK, Cyril E., *et al.*  
*Neutralization and World Politics*. Princeton, Princeton University Press, 1968.
- 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 (1989), pp. 29–45.
- BLOM, Esther, *et al.*, eds.  
*Nature in War: Biodiversity Conservation during Conflict*. 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  
*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, Rhode Island, Naval War College, 2000.

BOOLEY, Ashraf, and Letetia VAN DER POLL

“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.

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.

“The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict”, in Rosemary Rayfuse, ed., *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*. Leiden, Brill, 2014, pp. 91–108.

BOTHE, Michael, et al.

*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. SOLF

*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.

BROWN WEISS, Edith

*International Law for a Water-Scarce World*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

BRUCH, Carl, et al.

*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, No. 1 (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.

CARNAHAN, Burris M.

“The law of land mine warfare: Protocol II to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons”, *Military Law Review*, vol. 105 (1984), pp. 73–95.

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.

CHURCHILL, R. R. and A. V. LOWE

*The Law of the Sea*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1988.

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 Encyclopaedia 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. 155–178.

DAS, Onita

*Environmental Protection, Security and Armed Conflict: A Sustainable Development Perspective*. Cheltenham, Edward Elgar, 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.

DELBRÜCK, Jost

“Demilitarization”, in Rudolf Bernhardt and Peter Macalister-Smith, eds., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam: North-Holland, 1982, pp. 150–152.

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.

DIENELT, Anne

“After the war is before the war: the environment, preventive IHL measures and their post-conflict impact”. PhD thesis, University of Göttingen, 2014.

- DINSTEIN, Yoram  
 “Protection of the environment in international armed conflict”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), pp. 523–549.  
*War, Aggression and Self-Defence*, 5th ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- 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, et al.  
 “Conference notes on protection of the environment in armed conflict: testing the adequacy of international law”. 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).
- DOSWALD-BECK, Louise  
*Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DOSWALD-BECK, Louise, ed.  
*San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*. Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- DOUHAN, Alena  
 “Liability for environmental damage” in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia 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, 2010, pp. 227–242.
- ENIANG, Edem, 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.
- FISCHHABER, Hans-Bjoern  
 “Military concept on environmental protection and energy efficiency for EU-led operations: real commitments or another ‘paper tiger’?”, *Energy Security Highlights*, vol. 10 (2012), pp. 22–24.
- FITZMAURICE, Malgosia, David M. ONG, and Panos MERKOURIS, eds.  
*Research Handbook on International Environmental Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 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, 2010, pp. 51–68.
- FRIGO, Manilio  
 “Cultural property v. cultural heritage: a ‘battle of concepts’ in international law?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 86, No. 854 (2004), pp. 367–378.
- 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”, *American Journal of International Law*, 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.
- GERMAN RED CROSS AND INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW OF PEACE AND ARMED CONFLICT  
 “Informationsschriften”, *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, vol. 26 (2013), pp. 111–160.
- GILLESPIE, Alexander  
*Conservation, Biodiversity and International Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2011.
- GOLDBLAT, Jozef  
 “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.  
 “Legal protection of the environment against the effects of military activities”, *Bulletin of Peace Proposals*, vol. 22, No. 4 (1991), pp. 399–406.  
 “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  
 “The twilight of the law of belligerent reprisals”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 20 (1989), pp. 35–69.  
 “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, Rhode Island, 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.
- HAMPSON, Françoise  
 “Other areas on international law in relation to the study”, in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 50–74.
- HANNIKAINEN, Lauri  
 “The continued validity of the demilitarised and neutralised status of the Åland Islands”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 54 (1994), pp. 614–651.
- 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*. Abingdon, Oxon, Earthscan, 2016.
- 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  
 “Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, No. 857 (2005), pp. 175–212.  
 “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.
- 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.
- 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.
- 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.
- HOURLCLE, Laurent R.  
 “Environmental law of war”, *Vermont Law Review*, vol. 25, No. 3 (2001), pp. 653–681.
- HULME, Karen  
*War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.  
 “Natural environment”, in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 204–237.  
 “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.
- ICHIM, Octavian  
*Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- JENSEN, David  
 “Evaluating the impact of UNEP’s post-conflict environmental assessments”, in David Jensen and Steve Loneran, 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 (1992), pp. 29–62.
- JUSTE RUIZ, José  
 “Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente”, in Zlata Drnas de Clément, ed., *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 2. Córdoba, Marcos Lerner, 2002, pp. 1011–1039; and in Juan Soroeta Licerias, ed., *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3. San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 83–110.
- KABAL, Michael  
 “An international call for moratorium on the use of depleted uranium in military weapons”, *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, vol. 26, No. 3 (2013), pp. 137–141.
- KALSHOVEN, Frits  
*Belligerent Reprisals*, 2nd ed. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.  
*Reflections on the Law of War: Collected Essays*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2007.
- 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*. Abingdon, Oxon, Earthscan, 2016.

- 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, Andrée  
 “Environmental protection in time of armed conflict”, *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 9 (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.
- KNIGHT, Danielle  
 “Conflict-environment: questions over accountability in Kosovo”, Inter Press Service, 12 November 1999.
- 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, 2008.
- KOROMA, Abdul G.  
 “Law of sustainable development in the jurisprudence of the International Court of Justice”, in Jonas Ebbesson et al., eds., *International Law and Changing Perceptions of Security. Liber Amicorum Said Mahmoudi*. Leiden, Brill, 2014, pp. 189–201.
- KRESS, Claus  
 “The International Court of Justice and the law of armed conflicts”, in Christian J. Tams and James Sloan, eds., *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 263–300.
- 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.
- LAVAUX, Stéphanie  
*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, Oxon, 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.
- MAHFOUDH, Haykel Ben  
*L’environnement, l’humanitaire et le droit international*. Manouba, Tunisia, Centre de publication universitaire, 2010.
- MAHMOUDI, Said  
 “Foreign military activities in the Swedish economic zone”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 11, No. 3 (1996), pp. 365–386.
- MAINETTI, Vittorio  
 “L’intérêt culturel internationalement protégé : contribution à l’étude du droit international de la culture”. PhD thesis No. 881, Geneva, Graduate Institute of International and Development Studies, 2011, pp. 71–136.
- 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 (2001), pp. 72–93.
- MARAUHN, Thilo, Georg NOLTE, and Andreas PAULUS  
 “Trends in international humanitarian law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 29 (2008), pp. 216–226.
- MARAUHN, Thilo, and Zacharie F. NTOUBANDI  
 “Armed conflict, non-international”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 626–636.
- 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.
- MCCORMACK, Timothy L.H.  
 “An Australian perspective on the ICRC customary international humanitarian law study”, in Anthony M. Helm, ed., *The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force*. Newport, Rhode Island, Naval War College, 2006, pp. 81–97.

- 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*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 39–60.
- MENSAH, Thomas A.  
 “United Nations Compensation Commission (UNCC)”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopaedia 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 penal”, *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”, *AFDI*, vol. 37 (1991), pp. 203–219.
- MONETA, Carlos J.,  
*La Antártida en el Sistema Internacional del Futuro*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- MURPHY, Sean D., Won KIDANE, and Thomas R. SNIDER  
*Litigating War: Arbitration of Civil Injury by the Eritrea–Ethiopia Claims Commission*. Oxford, 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.
- NYSTUEN, Gro, Stuart CASEY-MASLEN, and Annie GOLDEN BERSAGEL, eds.  
*Nuclear Weapons under International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- OKORODUDU-FUBARA, Margaret T.  
 “Oil in the Persian Gulf War: legal appraisal of an environmental warfare”, *St. Mary’s Law Journal*, vol. 23 (1991), 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, 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.  
 “Sovereignty contests and the protection of natural resources in conflict zones”, *Current Legal Problems*, vol. 66 (2013), pp. 33–73.
- 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.
- OXMAN, Bernard H.  
 “Comment: developing the environmental law of armed conflict”, in Richard J. Grunawalt, John E. King and Ronald S. McClain, eds., *Protection of the Environment during Armed Conflict*, Newport, Rhode Island, Naval War College, 1996, pp. 576–581.
- ÖZERDEM, Alpaslan, and Rebecca ROBERTS, eds.  
*Challenging Post-conflict Environments: Sustainable Agriculture*. Burlington, Vermont, Ashgate, 2012.
- PANTAZOPOULOS, Stavros-Evdokimos  
 “Towards a coherent framework of transnational corporations’ responsibility in international environmental law”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 24, No. 1 (2014), pp. 131–165.
- 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.  
 “Defining the environment: environmental integrity”, in Carsten Stahn, Jens Iverson and Jennifer S. Easterday, *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles and Practices*. Oxford, Oxford University Press (forthcoming in 2017).
- PAYNE, Cymie R., and Peter H. SAND, eds.  
*Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PEJIĆ, Jelena  
 “Status of armed conflict”, in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 77–100.
- PERNA, Laura  
*The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- PERTILE, Marco  
*La relazione tra risorse naturali e conflitti armati nel diritto internazionale*. Padua, CEDAM, 2012.
- 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.

- PRAWITZ, Jan  
 “The concept of nuclear-weapon-free zones, with special reference to East Asia”, paper presented at the 45th Pugwash Conference on Science and World Affairs “Towards a Nuclear-Weapon-Free World”, Hiroshima, Japan, July 1995, in Joseph Rotblat and Michiji Konuma, eds., *Proceedings of the Forty-fifth Pugwash Conference on Science and World Affairs, Hiroshima, Japan, 23–29 July 1995: Towards a Nuclear-Weapon-Free World*. Singapore, World Scientific, 1997, pp. 651–669.
- 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.
- PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH, HARVARD UNIVERSITY  
*Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- QUÉNIVET, Noëlle, and Shilan SHAH-DAVIS, eds.  
*International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*. The Hague, T.M.C. Asser, 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. 159–170.
- 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 (1991), pp. 216–220.
- ROGERS, A.P.V.  
*Law on the Battlefield*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 2004.
- 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.
- ROSELLI, Carina  
 “Restoring Iraq’s southern marshes: uncertainty in post-conflict Mesopotamia”, dissertation, Vermont Law School, 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.  
 “At the intersection of human rights and the environment in Iraq’s southern marshes”, doctor juris thesis, Vermont Law School, 2014. The thesis 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.
- SANCIN, Vasilka  
 “Peace operations and the protection of the environment”, in Vasilka Sancin, ed., *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges*. Ljubljana, GV Založba, 2012, pp. 187–208.
- 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.
- SANDOZ, Yvez, Christophe SWINARSKI and Bruno ZIMMERMANN  
*Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August of 1949*. Geneva, ICRC and Martinus Nijhoff, 1987.
- SANDS, Philippe  
 “Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: introductory note” in Alexandre Timoshenko, ed., *Liability and Compensation for Environmental Damage: Compilation of Documents*. Nairobi, UNEP, 1998, pp. 1–22.
- SANDS, Philippe, and Jacqueline PEEL  
*Principles of International Environmental Law*. 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- SANDS, Philippe, et al.  
 “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 reevaluate 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 de Salvador, 2006.
- 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.



- SCHMITT, Michael N., ed.  
*The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- SCHMITT, Michael N., Charles H.B. GARRAWAY and Yoram DINSTEIN  
*The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary*. San Remo, International Institute of Humanitarian Law, 2006.
- 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.
- SCOBIE, Iain  
“The approach to customary law in the study”, in Elizabeth Wilms-hurst and Susan Breau, eds., *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 15–49.
- 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.
- SHELTON, Dinah L., and Alexandre Charles KISS  
*International Environmental Law*. 3rd ed. New York: Transnational Publishers, 2004.
- SHRAGA, Daphna  
“The Secretary-General’s bulletin on the observance by the United Nations forces of international humanitarian law: a decade later”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39 (2009), pp. 357–377.
- 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.
- SIÖSTEDT, 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.
- SOONS, Alfred H.A.  
*Marine Scientific Research and the Law of the Sea*. The Hague, T.M.C. Asser, 1982.
- 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, et al., 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.
- SUBEDI, Surya P.  
*Land and Maritime Zones of Peace in International Law*. Oxford, Clarendon Press, 1996.
- TAMS, Christian J.  
“The contentious jurisdiction of the Permanent Court”, in Christian J. Tams and Malgosia Fitzmaurice, eds., *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 9–39.
- 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. 83–103.
- 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*. 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 Budislav Vukas and Trpimir M. Šošić, eds., *International Law: New Actors, New Concepts—Continuing Dilemmas: Liber Amicorum Boidžar Bakotić*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- TOMAN, Jiří  
*Cultural Property in War: Improvement in Protection—Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*. Paris, UNESCO Publishing, 2009.  
*The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, Signed on 14th May 1954 in The Hague, and on Other Instruments of International Law concerning such Protection*. Aldershot, UNESCO Publishing, 1996.

- TROUWBORST, Arie  
*Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*. 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 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 Guttry, Marco Gestri and Gabriella Venturini, eds., *International Disaster Response Law*, The Hague, T.M.C. Asser, 2012, pp. 251–266.  
“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, 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, No. 1 (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, et al.  
“Peace through justice: international tribunals and accountability for wartime environmental damage”, in Carl Bruch, Carroll Muffet and Sandra S. Nichols, eds., *Governance, Natural Resources, and Post-conflict Peacebuilding*. Abingdon, Oxon, Earthscan, 2016, pp. 665–718.
- VIHKARI, Lotta  
*The Environmental Element in Space Law: Assessing the Present and Charting the Future*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- VIÑUALES, Jorge E.  
“Cartographies imaginaires: observations sur la portée juridique du concept de ‘régime special’ 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, Silja  
“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.
- WALKER, George K., ed.  
*Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- WARNER, Frederick  
“The environmental consequences of the Gulf War”, *Environment*, vol. 33, No. 5 (1991), pp. 7–26.
- 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 H., 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.
- WILMSHURST, Elizabeth, ed.  
*International Law and the Classification of Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- WILMSHURST, Elizabeth, and Susan BREAU, eds.  
*Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- 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 9]

A/CN.4/681 号文件

## 特别报告员村濑信也先生关于保护大气层的第二次报告\*

[原文：英文]

[2015 年 3 月 2 日]

### 目 录

	页 次
本报告引用的多边文书.....	190
本报告引用的著作.....	191
	段 次
导言.....	1-7 194
章 次	
一、 一般指南：特别报告员根据委员会第六十六届会议辩论拟议的提案.....	8-23 196
A. 定义.....	9-17 196
1. 大气层.....	9-11 196
2. 空气污染.....	12-13 197
3. 大气层退化.....	14-17 198
B. 范围.....	18-23 200
二、 关于保护大气层的基本原则.....	24-25 201
A. 原则的地位.....	24 201
B. 本指南草案阐述的原则.....	25 202
三、 大气状况退化是人类共同关切.....	26-40 202
A. 委员会第六十六届会议和第六委员会在第六十九届会议期间举行的辩论.....	26-29 202
B. 条约实践中的“人类的共同关切”概念.....	30-40 204
四、 各国保护大气层的一般义务.....	41-59 206
A. 普遍义务.....	42-51 206
B. 使用自己财产时不得损害他人财产原则.....	52-59 210

\* 特别报告员感谢中国人民大学法学院助教、中国国立台湾大学法学院客座助教、美利坚合众国哈佛法学院 2012 年联合学位获得者 Charles Wharton 提供的帮助，并表示感激以下人士提供的宝贵协助：日本东京早稻田大学比较法研究所研究助理广见正行、美国纽约大学法学院 Megan E. Henry、以及荷兰莱顿大学博士候选人 Nadia Sanchez。

特别报告员还对中国北京大学法学院宋英教授和陈一峰教授共同主持的保护大气层研究小组表示诚挚感谢，并感谢该研究小组的研究人员和研究生们所给予的宝贵合作。北京青年政治学院法学院的秦一禾教授和陈晓华教授及研究生，以及中国人民大学法学院的朱文奇教授亦为在北京进行的此项研究提供了大力协助，在此深表感激。

最后，特别报告员希望诚挚感谢德国慕尼黑大学的 Peter H. Sand 教授为这个项目所提供的一贯支持。

章 次	段 次	页 次
五、 国际合作 .....	60-77	212
A. 国际法中合作原则的发展 .....	60-63	212
B. 条约及其他文书 .....	64-67	214
1. 全球性条约 .....	64-65	214
2. 区域协定 .....	66-67	214
C. 委员会以往的工作 .....	68-71	215
D. 司法决定 .....	72-73	216
E. 诚信原则 .....	74-77	217
六. 结论 .....	91-92	218
附件 指南草案 .....		219

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

《协议及参战各国对德合约》(《凡尔赛和约》)[英](1919年6月28日, 凡尔赛)	<i>British and Foreign State Papers</i> , 1919年, 第一百一十二卷, 伦敦, 皇家印务局, 1922年, 第1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)	联合国, 《条约汇编》, 第161卷, 第 2124号, 第72页。
《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日, 巴黎)	同上, 第78卷, 第1021号, 第277页。
《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》[英](1963年8月5日, 莫斯科)	同上, 第480卷, 第6964号, 第43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。
《保护世界文化和自然遗产公约》(《世界遗产公约》)[英](1972年11月16日, 巴黎)	同上, 第1037卷, 第15511号, 第151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。
《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。
《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》(1979年12月5日, 纽约)	同上, 第1363卷, 第23002号, 第3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。
《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。
《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。
《东盟保护自然和自然资源协定》[英](1985年7月9日, 吉隆坡)	环境署, <i>Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment</i> , vol. 2, Cambridge, Grotius, 1991, 第343页。
《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。
《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。

## 来源

- 《减少酸化、富营养化和地面臭氧议定书》[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。
- 《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》(2000年1月29日,蒙特利尔) 同上,第2226卷,第30619号,第208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。
- 《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) 联合国,《条约汇编》,第2256卷,第40214号,第119页。
- 《东非空气污染区域框架协定》[英](2008年10月23日,内罗毕) 可查阅 [https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban\\_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf](https://web.archive.org/web/20111226174901/http://www.unep.org/urban_environment/PDFs/EABAQ2008-AirPollutionAgreement.pdf)。
- 《西部和中部非洲空气污染区域框架协定》[英](2009年7月22日,阿比让) 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)。
- 《关于汞的水俣公约》(2013年10月10日,日本熊本) 联合国,《条约汇编》,第3202卷,第54669号。

## 本报告引用的著作

- ANNACKER, Claudia  
“The legal régime of *erga omnes* obligations in international law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46, (1993/94), pp. 131–166.
- ARNFIELD, A. John  
“Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island”, *International Journal of Climatology*, vol. 23 (2003), pp. 1–26.
- 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.
- BABOVIĆ, Bogdan  
“The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter”, in Milan Šahović, ed., *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*. New York, Oceana, 1972, pp. 277–322.
- BARBOZA, Julio  
“International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994-III*, vol. 247 (1994), pp. 291–405.
- BASHIRI, Fereshteh, and Che Rosmani CHE HASSAN  
“Light pollution and its effects on the environment”, *International Journal of Fundamental Physical Sciences*, vol. 4 (2014), pp. 8–12.
- BEYERLIN, Ulrich  
“Different types of norms in international environmental law: policies, principles, and rules”, in Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Ellen Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 425–448.
- BEYERLIN, Ulrich, Peter-Tobias STOLL and Rüdiger WOLFRUM, eds.  
*Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue Between Practitioners and Academia*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- BIRNIE, Patricia, Alan BOYLE and Catherine REDGWELL, eds.  
*International Law and the Environment*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BOWMAN, Michael  
“Environmental protection and the concept of common concern of mankind”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris, eds., *Research Handbook on International*

- Environmental Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 493–518.
- 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, 1991, pp. 7–20.  
 “The principle of co-operation: the environment”, in Vaughan Lowe and Colin Warbrick, eds., *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst*. London, Routledge, 1994.  
 “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), pp. 901–912.
- BRUNNÉE, Jutta  
 “Common areas, common heritage, and common concern”, in Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Ellen Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 550–573.  
 “Sic utere tuo ut alienum non laedas”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX. Oxford, Oxford University Press, 2012. Available from <http://opil.ouplaw.com>.
- CANÇADO-TRINDADE, A. A., and D. J. ATTARD  
 “The implication of the ‘common concern of mankind’ concept on global environmental issues”, in Toru Iwama, ed., *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*. Tokyo, Environmental Research Center, 1991, pp. 7–14.
- CINZANO, Pierantonio, and Fabio FALCHI  
 “The propagation of light pollution in the atmosphere”, *Monthly Notices of the Royal Astronomic Society*, vol. 427 (2012), pp. 3337–3357.
- CRAWFORD, James  
*The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.  
 “Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILC articles on responsibility of States for internationally wrongful acts”, in Ulrich Fastenrath, et al., eds., *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 224–240.
- D’AMATO, Anthony  
 “Legal aspects of the French nuclear tests”, *AJIL*, vol. 61 (1967), pp. 66–77.
- DELBRÜCK, Jost  
 “The international obligation to cooperate—an empty shell or a hard law principle of international law?—A critical look at a much debated paradigm of modern international law”, in Holger P. Hestermeyer, et al., eds., *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 1. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 3–16.
- DWORKIN, Ronald  
*Taking Rights Seriously*. London, Duckworth, 1977.
- ETO, Junichi  
 “Significance of principles in international adjudication”, in Junichi Eto, ed., *Aspects of International Law Studies. Festschrift for Shinya Murase*. Tokyo, Shinzansha, 2015, pp. 729–754.
- FITZMAURICE, Malgosia  
 “Responsibility and climate change”, *German Yearbook of International Law*, vol. 53 (2010). Duncker and Humblot, Berlin.  
 “The International Court of Justice and international environmental law”, in Christian J. Tams and James Sloan, eds., *The Development of International Law by International Court of Justice*. Oxford, Oxford University Press, 2013.
- FLINTERMAN, Cees, Barbara KWIATKOWSKA and Johan G. LAMMERS, eds.  
*Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.
- FRANCK, Thomas M.  
 “Word made law: the decision of the ICJ in the *Nuclear Test cases*”, *AJIL*, vol. 69 (1975), pp. 612–620.
- FRENCH, Duncan  
 “Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?”, in Michael Bowman, Peter Davies and Edward-Goodwin, eds., *Research Handbook on Biodiversity and Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 334–360.
- FRIEDMANN, Wolfgang  
*The Changing Structure of International Law*. London, Stevens and Sons, 1964.
- FUGLESVEDT J. S., et al.  
 “Transport impacts on atmosphere and climate: metrics”, *Atmospheric Environment*, vol. 44 (2010), pp. 4648–4677.
- GAJA, Giorgio  
 “States having an interest in compliance with the obligation breached”, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, eds., *The Law of International Responsibility*. Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 957–964.  
 “The concept of an injured State”, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, eds., *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 947–948.
- GALIZZI, Paolo  
 “Air, atmosphere and climate change”, in Shawkat Alam, et al., eds., *Routledge Handbook of International Environmental Law*. London, Routledge, 2013, pp. 333–348.
- GARDINER, Richard K.  
*Treaty Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GARTLAND, Lisa  
*Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas*. London, Earthscan, 2008.
- GOTTLIEB, Yaron  
 “Combating maritime piracy: inter-disciplinary cooperation and information sharing”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 46 (2013), pp. 303–333.
- GROTIUS, Hugo  
*De Jure Belli ac Pacis, Book III*, vol. 2 (translation into English by Francis W. Kelsey, *The Law of War and Peace*, Oxford/London, Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925).
- HOUBEN, Piet-Hein  
 “Principles of international law concerning friendly relations and cooperation among States”, *AJIL*, vol. 61 (1967), pp. 703–736.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION  
 “First report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change”, *Report of the Seventy-Fourth Conference, The Hague, 15–19 August 2010*, London, 2010, pp. 346–401.  
 “Second report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change”, *Report of the Seventy-Fifth Conference, Sofia, August 2012*, London, 2012, pp. 432–489.
- KAWANO, Mariko  
 “Standing of a State in the contentious proceedings of the International Court of Justice: judicial procedure on the basis of the consent of the Parties and the development of international

legal rules to protect the common interests of the international community as a whole or as established by a treaty”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 55 (2012), pp. 208–236.

KEITH, David W.

“Photophoretic levitation of engineered aerosols for geoengineering”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 107, No. 38 (2010), pp. 16428–16431.

KISS, Alexandre

“Air pollution”, Rudolf Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, pp. 72–74.

“The common concern of mankind”, *Environmental Policy and Law*, vol. 27 (1997), pp. 244–247.

KOLB, Robert

*La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*. Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

“Principles as sources of international law (with special reference to good faith)”, *Netherlands International Law Review*, vol. 53 (2006), pp. 1–36.

KOIVUROVA, Timo, Paula KANKAANPÄÄ and Adam STĘPIEŃ,

“Innovative environmental protection: lessons from the Arctic”, *Journal of Environmental Law*, vol. 27 (2015), pp. 285–311.

KHOSRAVI, Rashid, et al.

“Response of the mesosphere to human-induced perturbations and solar variability calculated by a 2-D model”, *Journal of Geophysical Research* (2002), vol. 107, No. D18, p. 4358.

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.

LEBEN, Charles

“The changing structure of international law revisited: by way of introduction”, *EJIL*, vol. 8 (1997), pp. 399–408.

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.

LIN, Jin Tai, Donald. J. WUEBBLES, and Xin-Zhong LIANG

“Effects of intercontinental transport on surface ozone over the United States: present and future assessment with a global model”, *Geophysical Research Letters*, vol. 35 (2008).

MACDONALD, Ronald St. J., and Barbara HOUGH

“The *Nuclear Tests* case revisited”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), pp. 337–335.

MCWHINNEY, Edward

“The ‘new’ countries and the ‘new’ international law: the United Nations’ Special Conference on Friendly Relations and Cooperation among States”, *AJIL*, vol. 60 (1966), pp. 1–33.

“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.

NORDQUIST, Myron H., et al., eds.

*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. IV, Articles 192 to 278, Final Act, Annex VI. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

MISCHE, Patricia M.

“Ecological security and the need to reconceptualize sovereignty”, *Alternatives: Global, Local, Political*, vol. 14 (1989), pp. 389–427.

MURASE, Shinya

*International Lawmaking: Sources of International Law*. Tokyo. Toshindo, 2002 (in Japanese).

*International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*. Tokyo, Sophia University Press, 2011.

“Legal aspects of international environmental regimes: ensuring compliance with treaty obligations”, in Shinya Murase, *International Lawmaking: Sources of International Law*. Tokyo. Toshindo, 2002, pp. 343–364 (in Japanese). Also translated by Yihe Qin. Beijing, Chinese People’s Public Safety University Press, 2012, pp. 172–182 (in Chinese).

“Function of the principle of good faith in international disputes: States parties claims under international regimes”, in Shinya Murase, *International Lawmaking: Sources of International Law*. Tokyo. Toshindo, 2002, pp. 569–595 (in Japanese); Also translated by Yihe Qin. Beijing, Chinese People’s Public Safety University Press, 2012, pp. 267–279 (in Chinese).

O’CONNOR, J. F.

*Good Faith in International Law*. Aldershot, United Kingdom, Dartmouth Publishing, 1991.

O’KEEFE, Constance

“Transboundary pollution and strict liability issue: the work of the International Law Commission on the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 18 (1989/90), pp. 145–208.

OKUWAKI, Naoya

“On compliance with the obligation to cooperate: new developments of ‘international law for cooperation’”, in Junichi Eto, ed., *Aspects of International Law Studies: Festschrift for Shinya Murase*. Tokyo, Shinzansha, 2015, pp. 5–46.

PETERSEN, Niels

“Customary law without custom? Rules, principles, and the role of State practice in international norm creation”, *American University International Law Review*, vol. 23 (2008), pp. 275–310.

RICH, Catherine, and Travis LONGCORE, eds.

*Ecological Consequences of Artificial Night Lighting*. Washington, D.C., Island Press, 2006.

ROSENNE, Shabtai

*Developments in the Law of Treaties 1945–1986*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

SANDS, Philippe

“Pleadings and the pursuit of international law: *Nuclear Tests II (New Zealand v. France)*”, in Antony Anghie and Garry Sturgess, eds., *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*. The Hague, Kluwer Law International, 1998.

SANDS, Philippe, and Jacqueline PEEL

*Principles of International Environmental Law*, 3rd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

SCHWARZENBERGER, Georg

*The Dynamics of International Law*. Abingdon, United Kingdom, Professional Books, 1976.

SHELTON, Dinah

“Common concern of humanity”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39 (2009), pp. 83–86.

“Equitable utilization of the atmosphere: a rights-based approach to climate change?”, in Stephen Humphreys, ed., *Human Rights and Climate Change*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 91–125.

SHEN, Z., et al.

“Analysis of transpacific transport of black carbon during HIP-PO-3: implications for black carbon aging”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 14 (2014), pp. 6315–6327.



- SIMMA, Bruno  
“From bilateralism to community interest in international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1994-VI*, vol. 250 (1994), pp. 217–384.
- SIMON, David, and Hayley LECK, eds.,  
“Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning”, *Urban Climate*, vol. 7 (2014), pp. 1–134.
- SINCLAIR, Ian  
*The Vienna Convention of the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SMITH, Anne K., et al.  
“Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole”, *Geophysical Research Letters* (2010), vol. 37, No. 22.
- STEC, Stephen  
“Humanitarian limits to sovereignty: common concern and common heritage approaches to natural resources and environment”, *International Community Law Review*, vol. 12 (2010), pp. 361–389.
- STOLL, Tobias  
“Article 55 (a) and (b)”, in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte and Andreas Paulus, eds., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1535–1564.  
“Article 56”, in *ibid.*, pp. 1603–1610.
- STONE, Brian, Jr.  
*The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- SUR, Serge  
“Les affaires des essais nucléaires devant la C.I.J.”, *Revue générale de droit international public*, vol. 80 (1975), pp. 972–1027.
- THIERRY, Hubert  
“Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice”, *AFDI*, vol. 20 (1974), pp. 286–298.
- THIRLWAY, Hugh  
*The Sources of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2014.
- TIEWUL, S. Azadon  
“International law and nuclear test explosions on the high seas”, *Cornell International Law Journal*, vol. 8 (1974–1975), pp. 45–70.
- TOMUSCHAT, Christian  
“International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 281 (1999), pp. 9–438.
- VERDROSS, Alfred  
*Völkerrecht*. Vienna, Springer-Verlag, 1964.
- VERDROSS, Alfred, and Bruno SIMMA  
*Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3rd ed. Berlin, Duncker and Humblot, 1984.
- WEIL, Prosper  
“Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 237 (1992), pp. 9–370.
- WOLFRUM, Rüdiger  
“Article 56”, in Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed., vol. 2. Oxford, Oxford University Press, 2002.  
“General international law (principles, rules and standards)”, Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 344–368.
- WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION/INTERNATIONAL GLOBAL ATMOSPHERIC CHEMISTRY  
*Impact of Megacities on Air Pollution and Climate. Global Atmosphere Watch Report No. 205*. Geneva, World Meteorological Organization, 2012.
- WUEBBLES, Donald J., Hang LEI and Jin Tai LIN  
“Intercontinental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences”, *Environmental Pollution*, vol. 150 (2007), pp. 65–84.
- 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*. The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- ZASLOFF, Jonathan  
“Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 127 S. Ct. 1438”, *AJIL*, vol. 102 (2008), pp. 134–143.

## 导 言

1. 本报告是关于同一专题的第一次报告<sup>1</sup>之延续，该报告由特别报告员于2014年2月提交，供国际法委员会第六十六届会议审议。此前，委员会在2013年举行的第六十五届会议<sup>2</sup>上决定将这一专题纳入其当前工作方案。

<sup>1</sup>《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/667号文件。

<sup>2</sup>《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第168段。在将此专题列入工作方案时有以下谅解：(a) 此专题工作的进行方式不会影响有关的政治谈判，包括就气候变化、臭氧消耗、远距离跨境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

2. 第一次报告讨论了开展本项目的理由以及处理本专题的基本方法，<sup>3</sup>随后简要分析了关于保护大

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。这一专题不会试图“填补”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>3</sup>《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/667号文件，第10–19段。

气层问题的国际法演变史。<sup>4</sup> 该报告随后全面(但未必穷尽)列举了各项主要法律渊源, 其中包括条约实践、国际性法院和法庭的判例、习惯国际法、非约束性文书、国内法律和国家法院的案例。<sup>5</sup> 特别报告员最终拟议了三条指南草案: 关于大气层定义的指南草案1、关于指南范围的指南草案2和关于大气层法律地位的指南草案3。

3. 在第六十六届会议上, 委员会在2014年5月和6月举行的第3209至第3214次会议期间审议了第一次报告。<sup>6</sup> 委员们确认, 保护大气层是人类的一项极其重要和紧迫的工作, 要在科学数据的支持下提高人们的关注, 认识到空气污染、臭氧消耗和气候变化对大气层构成威胁。一些委员批评特别报告员对委员会2013年谅解所载条件的宽松解释, 另一些委员则在回应时提出了完全不同的建议, 即全部废除该谅解, 并采用一个不受限制的方法来实施这个项目。特别报告员对谅解的相对宽松的解释<sup>7</sup>看来介于两个截然不同的观点之间: 其中一个观点试图根据对谅解的硬性和限制性解释来约束关于本专题的工作, 另一个观点则要求放弃该谅解。特别报告员的折中之法是采用宽松的解释, 同时以谅解的框架为限, 得到了很多委员的支持。特别报告员在本报告、即第二次报告中沿用了这种办法, 同时顾及了在第六十六届会议上表达的多种其他观点。<sup>8</sup>

4. 如上所述, 特别报告员在第一次报告中拟议了三条指南草案。虽然大多数委员赞成把这些指南递交起草委员会, 但特别报告员决定不在第六十六届会议期间请委员会这样做。特别报告员之所以决定这样做, 是因为希望重新审视委员们提出的各种问题, 然后在2015年第六十七届会议上向委员会提交

经过修订的指南草案。本报告在第17、22、39、59和第77段以及附件中载有特别报告员拟议的新的指南草案。

5. 在2014年10月和11月大会第六十九届会议期间, 第六委员会审议了委员会关于该专题的讨论情况, 这些情况载于委员会提交大会的第六十六届会议工作报告第八章。<sup>9</sup> 超过28个国家发表了意见。很多代表团同意特别报告员关于本项目重要性和及时性的看法,<sup>10</sup> 也有几个代表团对这个专题是否适当表

<sup>9</sup> 同上, 第二卷(第二部分), 第八章。

<sup>10</sup> 《大会正式记录, 第六十九届会议, 第六委员会》, 汤加(代表12个太平洋小岛屿发展中国家), 第20次会议(A/C.6/69/SR.20), 第7段; 丹麦(代表北欧国家), 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第13段; 奥地利, 同上, 第20段; 密克罗尼西亚联邦, 同上, 第24段; 罗马尼亚, 同上, 第45段; 意大利, 同上, 第52段; 德国, 同上, 第23次会议(A/C.6/69/SR.23), 第40段; 日本, 同上, 第73段; 古巴, 同上, 第79段; 以色列, 同上, 第82段; 萨尔瓦多, 同上, 第92段; 马来西亚, 同上, 第24次会议(A/C.6/69/SR.24), 第31段; 帕劳, 同上, 第40–42段; 葡萄牙, 同上, 第75段; 伊朗伊斯兰共和国, 同上, 第82–83段; 阿尔及利亚, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第3段; 越南, 同上, 第16–18段; 印度, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第112段; 印度尼西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第60–62段。密克罗尼西亚联邦对这一专题表示了热情支持, 鼓励委员会尽快制定和通过关于保护大气层的指南草案, 并为一个包容各方的国际机制奠定基础(同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第27段)。帕劳也表达了强力支持, 表示该国作为一个小岛屿国家, 致力于找到缓解大气层进一步退化的办法, 并提到该国参议院已通过一项决议, 促请帕劳总统对委员会的工作表示强力支持(同上, 第24次会议(A/C.6/69/SR.24), 第40段)。德国表示, 保护大气层对于全人类而言是一个至关重要的专题, 希望委员会关于本专题的工作将超越单个环境体制, 通过横向分析和跨领域方法, 遏制国际环境法方面日益严重的不成体系问题(同上, 第23次会议(A/C.6/69/SR.23), 第39段)。奥地利说, 尽管一个包罗一切的保护大气层制度就避免法律不成体系而言是有利的, 但如果可以从现有适用于保护大气层的法律原则和规则中, 识别出从中引申而来的国家权利和义务, 将会有所帮助(同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第20段)。伊朗伊斯兰共和国指出, 虽然分配给特别报告员的任务充满困难, 但这并不意味着应该淡化围绕这一专题的法律问题的重要性, 而且处理该专题的方法应该允许足够的灵活性, 以便识别关于这个专题的习惯以及现有条约制度中的空白(同上, 第24次会议(A/C.6/69/SR.24), 第82段)。意大利和日本强调了关于该专题的共识, 即这是一个对人类而言至关重要的专题, 应将这一共识作为委员会工作的基础, 尽管委员之间在方法上存在分歧, 但这项工作应该以合作和建设性的方式进行(同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第51段, 以及第23次会议(A/C.6/69/SR.23), 第73段)。印度尼西亚表示委员会关于该专题的工作将使国际社会能够通过保护和养护大气层——一项有限的自然资源——来防止环境退化, 并同时支持更加详细地审议利用大气层的模式的建议(同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第60段)。很多代表表示, 虽然特别报告员和委员会应该根据2013年的谅解小心审慎地开展关于本专题的工作, 但对该谅解的解释和适用应有足够的灵活性。

<sup>4</sup> 同上, 第20–28段。

<sup>5</sup> 同上, 第29–63段。

<sup>6</sup> 同上, 第一卷, 第3209至第3214次会议。另见同上, 第二卷(第二部分), 第79段。

<sup>7</sup> 特别报告员在其第一次报告中指出其对谅解的解释如下: “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。虽然该专题将‘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‘填补’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。”(同上, 第二卷(第一部分), A/CN.4/667号文件, 脚注13)。

<sup>8</sup> 同上, 第3209至第3214次会议。

示出疑问。<sup>11</sup> 另有一些代表团指出了这个专题特有的复杂性,认为委员会应该对其予以特别注意和处理。<sup>12</sup>

<sup>11</sup> 俄罗斯联邦,同上,第21次会议(A/C.6/69/SR.21),第135段;法国,同上,第22次会议(A/C.6/69/SR.22),第34–35段;大不列颠及北爱尔兰联合王国,同上,第23次会议(A/C.6/69/SR.23),第32段;美国,同上,第24次会议(A/C.6/69/SR.24),第65–66段。这些成员国对专题的可行性表示怀疑,认为它具有高度的技术性,超出了委员会的任务范围。这些国家强调,必须严格遵守2013年的谅解,以确保委员会的工作可为各国带来一些价值,同时尽量减少风险,避免妨碍当前和今后就关系到全球的问题所进行的谈判和使其复杂化(例如,见美利坚合众国,同上,第66段)。

<sup>12</sup> 中国,同上,第23次会议(A/C.6/69/SR.23),第54–55段;西班牙,同上,第24次会议(A/C.6/69/SR.24),第23–24段;大韩民国,同上,第25次会议(A/C.6/69/SR.25),第28–29段。中国指出,委员会应以谨慎和严格的方式开展工作,并以为各种相关机制以及正在进行的政治和法律谈判提供建设性补充为方针,希望委员会继续严格加强关于有关理论和实践的研究,避免使用含混不清的概念并逐步澄清有关指南(同上,第23次会议(A/C.6/69/SR.23),第54–55段)。

一些代表还就拟议的指南发表了评论,本报告在有关段落中提到了这些评论。<sup>13</sup>

6. 在其第六十六届会议工作报告中,委员会指出欢迎任何与保护大气层方面的国家实践有关的信息。<sup>14</sup> 2015年1月13日至2月19日,委员会收到了来自下列国家的答复:古巴、芬兰、密克罗尼西亚联邦、大韩民国和美利坚合众国。

7. 在委员会2014年第六十六届会议期间和之后,特别报告员与感兴趣的政府组织和非政府组织代表保持了接触。经商定决定在2015年5月委员会的一次非正式会议上,为委员会的委员们与联合国环境规划署(环境署)、世界气象组织(气象组织)和欧洲经济委员会(欧洲经委会)的科学家和专家们举行一次互动式对话。

<sup>13</sup> 见下文第9、21和第28段。

<sup>14</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第27段。

## 第一章

### 一般指南:特别报告员根据委员会第六十六届会议辩论拟议的提案

8. 如前所述,特别报告员在第一次报告中拟议了三条指南草案:关于术语“大气层”使用方法的第1条、关于草案范围的第2条和关于大气层法律地位的第3条。<sup>15</sup> 考虑到在委员会第六十六届会议期间进行的讨论以及与科研有关的补充反馈意见,特别报告

员在本报告中提交了一套新的指南草案,其中对第一次报告提出的原草案进行了某些改动。希望第二套草案适当地回应了委员会委员们于第六十六届会议期间提出的见解深刻的建议。

#### A. 定义

##### 1. 大气层

9. 特别报告员在第一次报告指南草案1中为大气层拟议了一个法律定义。该定义应该合理符合并反映了科学文献中所指明的大气层特征。第一次报告中拟议的定义是打算作为工作定义供本项目之用。虽然一些委员会委员认为没有必要提出大气层的定义,但大多数委员普遍同意特别报告员的看法,认为提出这样一个定义既是必要的,也是有益的。2014年第六十九届会议期间,在第六委员会会议上谈到这一问题的代表们普遍支持列入一条定义。<sup>16</sup> 特别报

<sup>15</sup> 特别报告员在第一次报告中拟议的指南草案原文(同上,第二卷(第一部分),分别位于第70、78和第90段)如下:

“指南草案1 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。

“指南草案2 指南的范围

“(a) 本指南草案处理直接或间接将有害物质或能量引入大气层或改变大气层的组成,并且对人的生命和健康及地球的自然环境产生重大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。

“指南草案3 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。”

<sup>16</sup> 有人表示,使用技术术语看来是不可避免的,因为在界定大气层的界限时,势必会涉及技术细节,可以把拟议的定义视为一个初步定义,有待于拟订一个由技术性评注作为补充的法律定义(伊朗伊斯兰共和国,《大会正式记录,第六十九届会议,第六委员会》,第24次会议(A/C.6/69/SR.24),第83段)。关

告员相信,为本专题的目的,一个关于大气层的工作定义从实用角度来看是必要的。任何为保护大气层制定指南的努力,都将得益于就指南打算覆盖的范围所确立的共同理解。

10. 如第一次报告所述,80%的空气位于对流层,20%位于平流层。人们因此认为将本专题范围限定在这两个圈层内是很自然的,空气污染、臭氧消耗和气候变化的威胁主要出现在那里,而且就它们所确立的科研成果或多或少比较完备。然而,一些委员提到是否把上部气层(包括中间层和热层)纳入指南草案1拟议的大气层定义的问题。<sup>17</sup> 应该指出的是,高层大气层仅占全部大气层质量的0.0002%,在拟议的指南所打算保护的区域中所占比重相对无足轻重。然而,正如一名委员所指出的那样,<sup>18</sup> 根据某些科研成果(虽然未成定论),可以发现气候变化对中间层(距离地面85-95公里)<sup>19</sup> 产生了附加影响——尽管这些影响有限。<sup>20</sup> 因此,有委员建议不在第一次报告最初拟议的指南草案1中专门提及对流层和平流层。此外,“圈层(envelope)”一词也许比“气层(layer)”要好,可以消除

于为大气层定义的技术性质,以下意见得到一定程度的赞同,即需要征求科学专家关于大气层的意见和其他技术信息(日本,同上,第23次会议(A/C.6/69/SR.23),第74段)。有一个代表说,应该把大气循环的自然特征列为定义的一个组成部分(印度尼西亚,同上,第27次会议(A/C.6/69/SR.27),第61段)。

<sup>17</sup> 见肖恩·墨菲先生、侯赛因·哈苏纳先生、埃内斯特·彼得里奇先生、马蒂亚斯·福尔托先生(《2014年……年鉴》,第一卷,第3211次会议)和朴基甲先生(同上,第3210次会议)。

<sup>18</sup> 见江萨·吉滴猜萨里先生(《2014年……年鉴》,第一卷,第3210次会议)。

<sup>19</sup> 见Smith等人,“Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole”。

<sup>20</sup> 根据澳大利亚环境和能源部南极洲司的调查结果,据报在中间层发现了一些温室效应,尽管这些结果尚未成定论(见<http://www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere>, “Hydroxyl airglow temperature observations – climate change in the mesosphere”)。Rashid Khosravi等人进行的另一项研究显示,高度混合的温室气体的长期增加大大改变了中间层的热结构和化学成分(Khosravi等人,“Response of the mesosphere to human-induced perturbations and solar variability calculated by a 2-D model”)。此外,上文所提及的Smith等人进行的研究显示,南极洲上方平流层的臭氧空洞可以影响中间层的环流形态(Smith等人,“Simulations of the response of mesospheric circulation and temperature to the Antarctic ozone hole”)。科学家们现正考虑有无可能在中间层中注入某些粒子,以控制气候(例如,见Keith,“Photophoretic levitation of engineered aerosols for geoengineering”)。因此,今后可能把中间层列入直接人类活动的覆盖范围,但在目前,这些活动仍处于假设状态(特别报告员对中国北京大学法学院周游(该院科学系毕业生)提供的这些资料和其他科学资料表示感谢)。

与大气层中具体气层的混淆。<sup>21</sup> 最后,由于科学家使用“气载物质”一词来指那些与健康危害和风险特别有关的物质,在这一条经订正的定性指南草案中选择使用了一个更广义的术语,即“引起退化的物质”。<sup>22</sup>

11. 人们认识到,污染物质的跨大陆输送是当今大气环境面临的主要问题之一,<sup>23</sup> 北极圈作为有毒污染物的沉降地,成为受这些污染物在全世界扩散影响最严重的地区。<sup>24</sup> 因此,正如第一次报告<sup>25</sup> 以及下文第17段所载指南草案第1条(a)项所提出的那样,大气层的定义需要既处理大气层作为一个气圈的实质性一面,又要处理其作为引起退化的物质的输送和扩散媒介的功能性一面。

## 2. 空气污染

12. 为了适当处理这一专题,需要为“空气污染”一词提供定义。《远距离越境空气污染公约》第一条载有“空气污染”的定义,规定

为本《公约》之目的:(a)“空气污染”系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他对环境的合理使用。“空气污染物”的定义应由此引申。

有关文献广泛采纳了这个定义。<sup>26</sup> 还可以指出的是,《联合国海洋法公约》第一条第1款第(4)项将“污

<sup>21</sup> 见《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/667号文件,第69段。《政府间气候变化专门委员会第五次评估报告》,第三工作组,附件一,术语表,其中将“大气层”定义为“环绕地球的气体包层”。政府间气候变化专门委员会,《2014年气候变化》,www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ipcc\_wg3\_ar5\_annex-i.pdf。

<sup>22</sup> 指南草案第1条(c)款将载有“大气层退化”一词的定义。

<sup>23</sup> 见Fuglesvedt等人,“Transport impacts on atmosphere and climate: metrics”; Shen等人,“Analysis of transpacific transport of black carbon during HIPPO-3: implications for black carbon aging”; Wuebbles, Lei and Lin, “Intercontinental transport of aerosols and photochemical oxidants from Asia and its consequences”; Lin, Wuebbles and Liang, “Effects of intercontinental transport on surface ozone over the United States: present and future assessment with a global model”。

<sup>24</sup> 已经识别出了若干对北极环境形成污染的威胁,如持久性有机污染物和汞,它们主要产生于该地区以外的来源。这些污染物来自南部的欧洲和其他大陆的工业区,主要通过盛行的北向风和海洋环流最后落脚至北极圈。见Koivurova, Kankaanpää and Stepien, “Innovative environmental protection: lessons from the Arctic”,第297页。

<sup>25</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/667号文件,第70段。

<sup>26</sup> 见Kiss, “Air Pollution”,第72页。

染”一词界定为“损害\*生物资源和海洋生物、危害人类健康……等有害\*影响”。<sup>27</sup> 尽管有时“空气污染”一词被用于泛指诸如臭氧消耗和气候变化这样的全球性大气状况恶化的现象，但此处根据上述条约实践，使用的是这一术语的狭义含义，也就是说，把全球性问题排除在空气污染的定義之外。在本报告中，使用“大气层退化”一词来讨论更广泛的问题被认为是恰当的。如下文所述，大气层退化包括(狭义上的)空气污染、臭氧消耗以及气候变化(见下文第14–16段)。

13. 在委员会第六十六届会议上，一些委员<sup>28</sup>提议，应该删除涉及把污染物引入大气层的“能量”一词，或对其加以限制，以便把放射性排放和核排放排除在外。特别报告员认为保留“能量”一词对委员会关于保护大气层的工作很重要。《远距离越境空气污染公约》<sup>29</sup> 和《联合国海洋法公约》<sup>30</sup> 在界定“污染”一词时都使用了这一术语。还应指出的是，大城市释放至大气层的热和光已经被确认为一个国际社会关注的问题。<sup>31</sup> 此外，委员会不应忽视严重的核排放问题，尤其是考虑到2011年的福岛核灾难，<sup>32</sup> 该次

<sup>27</sup> 该《公约》第二一二条规定了防止海洋受到气载污染的义务。就此而言，该《公约》关于“污染”的定义涉及空气污染。

<sup>28</sup> 见帕维尔·斯图尔马先生(《2014年……年鉴》，第一卷，第3212次会议)和朴基甲先生(同上，第3210次会议)。关于“能量”一词的讨论是针对第一次报告中关于范围问题的原指南草案2进行的。

<sup>29</sup> 第一条(a)项。

<sup>30</sup> 第一条第1款第(4)项载有“……把物质或能量引入海洋环境”。见《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/667号文件，脚注205。

<sup>31</sup> WMO/International Global Atmospheric Chemistry, “Impact of Megacities on Air Pollution and Climate”; Simon and Leck, “Urban adaptation to climate/environmental change: governance, policy and planning”; Arnfield, “Two decades of urban climate research: a review of turbulence, exchanges of energy and water, and the urban heat island”; Gartland, *Heat Islands: Understanding and Mitigating Heat in Urban Areas*. 关于一般情况，见 Stone, *The City and the Coming Climate: Climate Change in the Places We Live* (特别报告员感谢世界气象组织大气研究和环境处处长 Terblanche Deon 提供上述资料)。另见 Rich and Longcore (编), *Ecological Consequences of Artificial Night Lighting*; Cinzano and Falchi, “The propagation of light pollution in the atmosphere”; Bashiri and Hassan, “Light pollution and its effects on the environment” (特别报告员感谢 Peter H. Sand 提供这些资料和其他宝贵资料)。

<sup>32</sup> 福岛核设施的排放量相当于切尔诺贝利核电厂灾难的7%至23%，远远少于各核武器国家在1950和1960年代进行的大气层核试验的排放量。对于主要的核素之一铯137，其生命期为30年，福岛的铯总排放量估计为6–20拍它贝可(PBq)，相形之下，切尔诺贝利的排放量为85 PBq。在1950和1960年

灾难有力地提醒人们，在一个拥有500多座核电站的世界上，核污染和放射性污染具有多大的潜在危险。虽然委员会不需要在指南草案中明确地提到放射性物质，但必须至少提到广义的“能量”污染问题。然而，纳入这些措辞并不意味着指南草案将以任何方式干涉各国的核能政策，这些政策无疑包括的是属于各国内部事务的问题。能量一词作为一个一般性概念纳入指南草案1，是为了起到有效且灵活的作用：纳入这一概念涉及沿循之前的条约实践，并且准确地处理保护大气层问题，同时按照2013年谅解，明确地避免提及放射性物质或其他具体物质。下文第17段载有拟议的关于“空气污染”的指南草案第1条(b)项。

### 3. 大气层退化

14. 可以指出的是，作为国际法的非条约来源，有一家主要学术机构以及一些国家法院的重大裁决为了涵盖诸如平流层臭氧消耗和气候变化等问题，从广义而非狭义上使用了“空气污染”或“污染”一词。国际法学会1987年关于越境空气污染的决议在第1条第1款中规定

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影响的现象。<sup>33</sup>

15. 关于国家法院背景下的“空气污染”概念，美国最高法院在2007年马萨诸塞州诉环境保护局案<sup>34</sup>中部分讨论了《清洁空气法》第二编第202(a)(1)节所述有关“空气污染物”的含义，根据讨论，“空气污染物”一词系指“任何大气污染因子或此类因子的结合，

代，核武器试验的铯137排放量总共大约超过切尔诺贝利10倍。见联合国原子辐射影响问题科学委员会，2013年提交大会的报告(带科学附件)，*Sources, effects and risk of ionizing radiation*，第一卷，科学附件A，“Levels and effects of radiation exposure due to the nuclear accident after the 2011 great east-Japan earthquake and tsunami”(联合国出版物，出售品编号：E.14.IX.1)，第B12段。该委员会的报告(不带附件)载于《大会正式记录，第六十八届会议，补编第46号》及更正(A/68/46和Corr.1)(特别报告员感谢奥地利维也纳中央气象学和地球动力学研究所 Gerhard Wotawa 提供的上述科学资料)。

<sup>33</sup> 国际法学会1987年9月20日通过的关于“越境空气污染”的决议，国际法学会，《年鉴》，第62卷(1988)，开罗会议(1987年)，第二部分，第296页(可查阅www.idi-iil.org, “Resolutions”项下)。

<sup>34</sup> 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 (2007)。另见 Zasloff, “Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 127 S. Ct. 1438”。

包括任何物理、化学、生物、放射性……物质，或以排放方式或其他方式进入周边空气的物质”。<sup>35</sup> 在诉讼过程中，美国环境保护局声称，该法第二编第202(a)(1)节<sup>36</sup>并未授权环保局管制温室气体，因为这些气体不是传统意义上的空气污染因子，因此不能被列为该法定义的空气污染物。但法院认为该法是从非常宽泛的意义上对“空气污染物”进行定义的，涵盖“任何类型的气载化合物”。<sup>37</sup> 因此，法院得出结论认为“因为温室气体非常符合《清洁空气法》有关‘空气污染物’的宽泛定义，……[环保局]有法定权力对新机动车辆排放的此类气体加以管制”。<sup>38</sup> 环保局按照法院的这一裁决，确定新机动车辆排放的这些温室气体须依照该法第五章以及有关防止空气质量重大恶化的规定进行处理。然而，在2014年通用空气监管组织诉环境保护局案中，最高法院宣布“对于该法的执行条款[如防止重大恶化的规定和第五章]中出现的‘空气污染物’一词，环保局通常都是作出较为狭义、符合具体情况的解释”。<sup>39</sup> 鉴于美国国会广泛使用“空气污染物”一词，法院得出结论认为，在解释防止重大恶化和第五章有关颁发许可的规定时，该术语的含义比法院根据第二编在马萨诸塞州诉环境保护局案中所认定的广义定义要窄一些。<sup>40</sup>

<sup>35</sup> 《美国联邦法典》，第四十二编，第7602(g)节。有关美国的国内法，另见美国提供给委员会的书面评论，2015年2月10日(见上文第6段)，第2-5页。

<sup>36</sup> 《清洁空气法》第202(a)(1)节规定环境保护局有权按规章规定新机动车辆排放的任何空气污染物，其中规定“局长如果根据自己的判断，认为任何类型新机动车辆或新机动车辆发动机所排放的空气污染物导致或助长根据合理预期，会危及公众健康或福祉的空气污染，则应根据本节的规定，通过条例制定(并不时修订)适用于这些污染物的标准”，《美国联邦法典》，第四十二编，第7521(a)(1)节。

<sup>37</sup> 马萨诸塞州诉环境保护局案(见上文脚注34)，第529页。

<sup>38</sup> 同上，第532页。

<sup>39</sup> 美国，通用空气监管组织诉环境保护局案，美国最高法院2014年6月23日的裁决，134 S. Ct. 2427(2014)。

<sup>40</sup> 可以指出的是，该法院在通用空气监管组织诉环境保护局案中首先重申了法院在马萨诸塞州诉环境保护局案中宣布的有关“空气污染物”一词在“整个《清洁空气法》”中的广义解释，但随即裁定在《清洁空气法》的某些执行条款中，环保局对“空气污染”一词的解释应具有较为狭窄的含义。具体而言，关于防止重大恶化的条款和第五编(主要来源)，法院裁定，关于温室气体问题，对“空气污染物”一词的解释应只包括被大量排放、以致于须对其“进行合理管制”的空气污染物(包括温室气体)。因此，执行条款中“空气污染”一词可从数量意义上加以解释。但从质量上来说，该法整体上的宽泛定义仍然成立。即使根据法院的裁决，环保局可自行管制美国全国83%静止污染源的温室气体排放(特别报告员感谢美国西雅图华盛顿大学Thomas J. Schoenbaum就美国最高法院的这些案件所做出的富有见地的评论)。

16. 各国国内法对“污染物”的定义各不相同。<sup>41</sup> 狭义或广义地把空气污染一词用于国内法或交由国内法院解释的事宜都没有问题。<sup>42</sup> 然而，在国际法背景下，该词应严格按照条约的定义使用。不管臭氧消耗和气候变化会造成何种损害，都应将其与越境空气污染造成的损害进行明确区分。因此，有人提议如指南草案第1条(c)项所建议的那样，在本专题工作中使用“引起退化的物质”一词，以便涵盖范围宽泛的大气层问题，其中包括越境空气污染、平流层臭氧消耗、<sup>43</sup> 气候变化<sup>44</sup>以及对人类生命和健康以及地球自然环境造成有害影响的任何其他大气层状况的变化。

17. 因此，拟议的指南草案1案文如下：

“指南草案1 用语

“为了本指南草案的目的，

“(a) ‘大气层’是指环绕地球、引起退化的物质在其中得到输送和扩散的气圈；

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

<sup>41</sup> 例如，密克罗尼西亚联邦的《环境保护法》对“污染物”作出了一个宽泛的定义，使政府机构得以有相当广泛的监管权力来遏制将可能威胁人类健康、福祉或安全的物质引入大气层(密克罗尼西亚联邦的书面评论，2015年1月31日(见上文第6段)，第3页)。古巴《环境法》第六编第七章就保护大气层做出规定。该法除其他外规定“减少或控制从静止或移动的人为或自然来源释放到大气层的污染物，以确保空气质量符合管制标准，从而保护环境，特别是保护人类健康，并履行国家的国际承诺”(第118条，b款)(2015年2月3日古巴提供给委员会的书面评论(同上)，第3页)。此外，大韩民国1990年的《清洁空气养护法》规定监管“空气污染和改变气候/生态系统的物质”以及就这些物质与其他国家合作(2015年2月19日大韩民国提供给委员会的书面评论(同上)，第1页)。

<sup>42</sup> 事实上，虽然美国“在保护大气层的各领域中有复杂且详细的法律和规章制度”，但必须指出的是“这些[美国的国内]制度的目的是以独特方式解决其独特的问题，[并且]不受一般规则的制约……”(美国提供给委员会的书面评论，2015年2月10日(同上)，第2页)。

<sup>43</sup> 《保护臭氧层维也纳公约》第2条规定“各缔约国应采取适当措施……，以保护人类健康和环境，使其免受足以改变或可能改变\*臭氧层的人类活动所造成的或可能造成的不利影响”。

<sup>44</sup> 按照《联合国气候变化框架公约》第1条第2款的定义，“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”。

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

[将在稍后的阶段拟议其他术语的定义。]

## B. 范围

18. 特别报告员第一次报告中拟议的第二条指南草案目的是明确指明该专题的范围。因此，指南草案2在(a)项中指出，该专题只涉及“人类活动造成的”环境退化，其表现形式可以是“有害物质或能量”引入大气层或改变其“组成”，对人类和自然环境产生或有可能产生“重大不利影响”。(b)项明确指出，指南草案参考了国际环境法的基本原则，并强调这些原则在保护大气层方面的相互关系。指南草案2在委员会第六十六届会议的审议过程中引起的争议少于其他指南草案。虽有几名委员提出了该专题是否包括国内和地方污染的问题，<sup>45</sup>但特别报告员向委员会保证，该套指南草案定将如第一次报告所表明的那样，仅限于“越境”的大气层损害。

19. 几名委员会委员对指南草案2中“有害物质”这一说法<sup>46</sup>提出一些具体关切，认为该说法过于宽泛，可能涵盖一系列仅带来少量大气影响的活动。但如果结合指南草案第2条(a)项的第二个分句正确解读“有害物质”的说法，则该术语显然受到“产生重大不利影响或可能产生这种影响”这一短语的限定。因此，指南草案2的措辞恰当地将项目范围限于某些人类活动和带来重大不利影响的有害物质。其他委员<sup>47</sup>表示反对第二个分句的措辞，表示应对“重大”一词进行更明确的阐述。关于这一点，特别报告员指出，委员会在其工作中经常使用“重大”一词，<sup>48</sup>其中包括2001年关于预防危险活动的跨界损害的条款草案。<sup>49</sup>在该种情况下，委员会选择了不对该词进行界

定，确认对有关“重大”一词的问题需要作事实判定，而不是法律判定。<sup>50</sup>

20. 一名委员指出指南草案第2条(a)项载有包含若干实质性概念的术语，如“有害物质”和“重大不利影响”，认为应当删除这类实质性术语，并将这些术语与一般原则——它们在其制订过程中曾发挥过作用——放在一起讨论。<sup>51</sup>但是，将实质性用语纳入阐述专题范围的条款草案或指南草案是与委员会近期的工作做法一致的。关于预防危险活动的跨界损害的条款草案第1条规定：“本条款适用于国际法不加禁止的、其有形后果造成重大跨界损害的危險活动。”在此，有关跨界[越境]损害的重要实质性概念如“危險”、“损害”和“重大损害”被纳入有关范围的条款。按照这一成功模式，指南草案2是以包含尽量少的实质性概念的形式拟议而来的。

21. 在大会第六十九届会议期间第六委员会的辩论中，有人指出虽然用来阐述工作范围的术语足够明确，<sup>52</sup>但对“人类活动”、“有害物质”、“能量”、<sup>53</sup>特

<sup>50</sup> 见第2条草案的评注第(4)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第98段，详见第173页，其中指出“‘重大’的程度超过‘察觉’，但不必达到‘严重’或‘显著’的程度。\* 损害必须……造成实际有害影响。[而且]这些有害影响必须能以实际和客观标准衡量”；以及第2条草案的评注第(7)段，同上，其中说明“根据事实和客观标准确定的‘重大’一词也涉及价值的确定，这将取决于具体案件情况以及进行确定的时期。例如，某一具体损失在某一特定时期可能不被认为是‘重大’，因为在那一时期，科学知识或人对某一具体资源的认识还没有达到能赋予该资源很大价值的程度”。

在条约和其他文书的规定中使用“重大”一词的例子包括：

(a) 国际法委员会通过的条款：

(一) 关于预防危险活动的跨界损害的条款草案第1条；

(二) 《国际水道非航行使用法公约》第7条；

(三) 跨界含水层法条款草案第6条(委员会通过的该套条款草案及其相关评注转载于《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第53-54段；另见2008年12月11日大会第63/124号决议，附件)。

(b) 其他条约规定：

(一) 《越境环境影响评估公约》第2条第1和第2款；

(二) 《美国和加拿大关于越境空气污染的意向备忘录》(1980年8月5日；联合国，《条约汇编》，第1274卷，第21009号，第235页)。

<sup>51</sup> 见格奥尔格·诺尔特先生(《2014年……年鉴》，第一卷，第3213次会议)。

<sup>52</sup> 有人进一步指出，提及大气层成分组成的改变和重大不利影响可能提供一个适当的出发点，提及国际环境法的基本原则将是不可避免的，因为如果不阐述相关原则，就无法讨论各国的权利和义务(伊朗伊斯兰共和国，《大会正式记录》，第六十九届会议，第六委员会，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第83段)。

<sup>53</sup> 马来西亚，同上，第31段。

<sup>45</sup> 见肖恩·墨菲先生(《2014年……年鉴》，第一卷，第3211次会议)和迈克尔·伍德爵士(同上，第3212次会议)。

<sup>46</sup> 见肖恩·墨菲先生和侯赛因·哈苏纳先生(同上，第3211次会议)。

<sup>47</sup> 见江萨·吉滴猜萨里先生(同上，第3210次会议)和侯赛因·哈苏纳先生(同上，第3211次会议)。

<sup>48</sup> 见特别报告员的辩论总结(同上，第3214次会议)。

<sup>49</sup> 该套条款草案及其相关评注转载于《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第97-98段。另见2006年12月6日大会第62/68号决议，附件。

别是“相互关系”等术语需作出一些说明。<sup>54</sup> 特别报告员设法在本报告中尽可能地回应了这些关切。就“大气层”与“空气空间”的区分必须保留<sup>55</sup> 达成了一致。

22. 如特别报告员在第一次报告中所强调的, 区分大气层概念与空气空间概念至关重要。在国际法范畴内, 这是两个完全不同的概念。空气空间是一个静态的、以区域为基础的设定, 国家对其具有“完全和排他的主权”, 而大气层是动态和波动的物质, 不断环绕地球并跨越国境移动。由于大气层是看不见、无形状和不可分的, 因此不能将其列入国家主权、管辖区域或控制范围。<sup>56</sup> 特别报告员最初拟议了指南

<sup>54</sup> 印度尼西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第62段。为明确起见, 特别报告员在本次报告中添加了“与国际法其他相关领域”的措辞。

<sup>55</sup> 丹麦代表北欧国家, 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第13段。

<sup>56</sup> 事实上, 如两部规范各种不同类型水资源的相关文书所示, 委员会对未被明确视为局限于一国境内的环境资源是否适用国家管辖和控制概念一直犹豫不决。在2008年关于跨界含水层法的条款草案中, 有关含水层国主权的第3条草案规定“每一含水层国对位于其领土范围内跨界含水层或含水层系统之部分拥有主权。含水层国应按照国际法和本条款行使主权”(《2008年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第25页, 第53段)。重要的是, 在《国际水道非航行使用法公约》中没有类似的条款。这可能是因为含水层是封存于蓄水系统中的封闭水体, 含水层国可以对其行使主权。与之相反, 《水道公约》规范的是非封闭的流水, 水道国无法对其行使主权。在这方面, 大气层更类似于国际水道, 而非含水层, 尤其是因为大气的流动甚至快于水道, 通常每小时超过几百公里, 因此不适合受控于国家

草案第3条(b)项, 将其作为有关“空气空间”这一法律概念的保障条款。然而, 他现在认为将这一保障条款纳入关于范围的指南草案2更为合适。因此, 指南草案2的内容将读作:

“指南草案2 指南的范围

“(a) 本指南草案处理直接或间接将有害物质或能量引入大气层或改变大气层的组成, 并且对人的生命和健康及地球的自然环境产生重大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其与国际法其他相关领域的相互关系。

“(c) 本指南草案中无任何内容意在影响空气空间在适用国际法之下的法律地位。”

23. 正如特别报告员在第一次报告中所拟议的那样, 关于大气层法律地位的指南草案3将保护大气层称之为“人类的共同关切”。许多委员会委员对使用这一表述以及这一概念的具体法律内容表示关切。正如所讨论的那样, 拟议的指南中所载的某些规范性内容可能无法用“一般指南”这一标题来准确说明, 特别报告员已将原指南草案3纳入“基本原则”的标题之下。因此, 本报告在第三章中概述了委员会在第六十六届会议上的辩论(见下文第26至第27段)。

的主权、管辖或控制。见特别报告员的辩论总结(《2014年……年鉴》, 第一卷, 第3214次会议)。

## 第二章

### 关于保护大气层的基本原则

#### A. 原则的地位

24. 本报告讨论了关于保护大气层的基本原则, 并在这方面拟议了反映这些原则的相关指南草案。因此, 首先说明基本原则的作用也许是适当做法。虽然法律专家们在原则的定义、性质、地位和作用以及功能和效果方面存在一些意见分歧,<sup>57</sup> 但总体看来“原

<sup>57</sup> 一般参见Eto, “Significance of principles in international adjudication”(日); Wolfrum, “General international law (principles, rules and standards)”; Petersen, “Customary law without custom? ...”; Kolb, “Principles as sources of international law ...”, 第1-36页。另见Beyerlin, “Different types of norms in international environmental law: policies, principles, and rules”; 国际法协会, “First report of the Committee on Legal Principles relating to Climate Change”, 第355-357页, 以及“Second report of the Committee on Legal Principles relating to Climate Change”, 第439-442页。

则”一词意味着具有高度的法律权威。<sup>58</sup> 人们普遍的理解是, 原则并非只是理想, 而是具有一定的法律意义。最重要的是“当我们说某一特定原则是一项法律原则时, 我们是指如果该原则是一个相关考虑因素, 官员必须将其考虑在内”。<sup>59</sup> 因此, 原则包含着决策者必须考虑的关键因素。换言之, 原则可以“设定限制, 或提供指导, 或决定在与其他规则和原则发生冲突时

<sup>58</sup> 大多数作者似乎持有同样的看法, 认为“规则”与“原则”的不同只涉及一项规范的一般性和重要性(例如, 见Weil, “Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public”, 第150页), 也有人从质的不同来看待这一问题(Eto, “Significance of principles in international adjudication”, 第734页)。

<sup>59</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 第24-27页, 特别是第26页。



将如何解决这些冲突”。<sup>60</sup> 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中提到了这一点，在讨论可持续发展原则时，法院指出“已经制订了新的规范和标准，载于过去20年间的大量文书”，而且“必须对这些新的规范进行考虑，并对这些新标准给予适当的重视”。<sup>61</sup> 同样，委员会在危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案的总评注第(5)段中指出

……本原则草案的目的是促进这一领域国际法的进一步发展：本原则草案就不在具体协定范围内的危险活动向各国提供了适当指导，同时指明了这类协定应处理的事项。<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Boyle, “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”, 第907页。

<sup>61</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>62</sup> 该套原则草案及其相关评注转载于《2006年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第66–67段。另见2006年12月4日大会第61/36号决议, 附件。

## B. 本指南草案阐述的原则

25. 原则可以产生于条约实践、国际性法院和法庭的判例、不具法律约束力的国际文书、国内立法和国家法院的判例以及其他国家实践, 并可发展成习惯国际法规则。<sup>63</sup> 由于委员会的任务包括国际法的编纂和逐渐发展, 只有已经确立或正在形成的习惯国际法原则才能成为本项目中适用于大气层保护的原则。<sup>64</sup> 本报告重点阐述与保护大气层有关的基本原则, 其中包括人类的共同关切、国家的一般义务、国际合作、使用自己财产时不得损害他人财产、可持续发展、公平、预防和防范原则, 以及与国际法其他相关领域之间的相互联系原则。本报告从大气状况退化是人类的共同关切入手, 对前三条原则进行了审议。

<sup>63</sup> 见《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/667号文件, 第29–63段。

<sup>64</sup> 关于“正在形成的习惯国际法规则”概念, 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。

## 第三章

### 大气状况退化是人类的共同关切

#### A. 委员会第六十六届会议和第六委员会在第六十九届会议期间举行的辩论

26. 特别报告员在第一次报告中指出, 大气层是维持地球上的生命和保持生态系统完整性必不可少的自然资源, 因此, 保护大气层是“人类的共同关切”。依照1988年12月6日大会第43/53号决议和《联合国气候变化框架公约》序言第一段, 特别报告员表示, 对这种保护的性质最为适当的定性是共同关切, 而不是共同财产或共同遗产。鉴于人们日益认识到越境空气污染和全球气候变化之间的联系, 第一次报告将共同关切这个概念用于作为整体的大气层问题。“共同关切”意味着各国可以在对所有国家具有类似重要性的事项上开展合作, 并且为这种合作提供了基础。<sup>65</sup>

27. 在委员会第六十六届会议辩论期间, 数名委员表示赞同特别报告员的观点, 认为保护大气层的确是人类的共同关切, 他们同时强调需要进一步

阐述这个问题。<sup>66</sup> 也有委员就第一次报告中将保护大气层定性为人类的共同关切提出了一些问题。首先, 有委员指出, 共同关切的观念在国际法中可能仍不明确或确立, 并且缺乏充分的国家实践支持。第二, 虽然臭氧消耗和气候变化等全球性问题可能被冠以共同关切的标签, 但有委员对仅在国家间的双边关系中具有有限影响的越境空气污染是否可以贴上同样的标签表示怀疑。第三, 有委员认为需要进一步澄清共同关切概念与普遍义务之间的联系。第四, 有委员质疑在指南草案规定各国具体义务之前采用共同关切的观念是否适当。第五, 有委员指出在法律政策方面, 对保护大气层而言, 共同关切的观念过于微弱, 应使用共同遗产的概念。特别报告员在委员会第六十六届会议辩论结束时所作的总结中曾试图回答所有这些问题,<sup>67</sup> 并希望在以下各节中提供进一步依据和澄清。

<sup>65</sup> 见《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/667号文件, 第86–90段。

<sup>66</sup> 见迪雷·特拉迪先生、侯赛因·哈苏纳先生、贝恩德·尼豪斯先生、埃内斯特·彼得里奇先生(同上, 第一卷, 第3211次会议), 马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生(同上, 第3212次会议), 以及爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生(同上, 第3213次会议)。

<sup>67</sup> 同上, 第3214次会议。

28. 在第六十九届会议第六委员会辩论期间, 各国代表团对共同关切概念的态度在很大程度上类似于在委员会第六十六届会议辩论期间中对这一概念所持的态度。多个国家表示支持特别报告员提出的共同关切概念,<sup>68</sup> 同时作出澄清, 进一步指出构成“人类共同关切”的不是保护大气层, 而是大气层条件的不断恶化。<sup>69</sup> 一些代表团反对在这一专题框架下使用该术语: 他们认为这一概念含糊不清且存在争议, 其内容不仅难以界定, 而且还可能有各种不同解释。<sup>70</sup> 将大气层定性为一种自然资源, 规定保护这一自然资源是“人类的共同关切”, 仍未回答由此产生了何种具体义务的问题。<sup>71</sup> 然而, 有人认为, 这样宣称并不一定意味着引出了实质性法律规范来直接规定国家间的法律关系, 而是承认了保护大气层问题不纯粹是国内事务。<sup>72</sup> 虽然有些代表团原则上不反对这样的定性, 但建议这个问题需要委员会在其今后工作中进一步审议, 包括审议该问题与其他环境原则和概念的关系。<sup>73</sup> 有些代表团从法律角度强调, 需要采取统筹办法处理这个专题, 将大气层作为单一的全球性单位来对待, 因为大气是活跃和流动的物质, 不停地跨国境移动。<sup>74</sup>

29. 一个适当的作法是, 首先审议关于采用“共同遗产”概念而非“人类的共同关切”概念的建议, 然后再讨论具体涉及共同关切概念的其他问题。几位委员会委员在第六十六届会议上认为, 共同关切的

<sup>68</sup> 密克罗尼西亚联邦, 《大会正式记录, 第六十九届会议, 第六委员会》, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第24段; 日本, 同上, 第23次会议(A/C.6/69/SR.23), 第74段; 古巴, 同上, 第79段; 萨尔瓦多, 同上, 第92段; 帕劳, 同上, 第24次会议(A/C.6/69/SR.24), 第42段; 伊朗伊斯兰共和国, 同上, 第83段; 以及印度尼西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第60段。

<sup>69</sup> 印度尼西亚, 同上。

<sup>70</sup> 法国, 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第35段; 联合王国, 同上, 第23次会议(A/C.6/69/SR.23), 第32段; 中国, 同上, 第55段; 波兰, 同上, 第62段; 西班牙, 同上, 第24次会议(A/C.6/69/SR.24), 第24段; 越南, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第18段; 以及印度, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第112段。

<sup>71</sup> 奥地利, 同上, 第22次会议(A/C.6/69/SR.22), 第21段。

<sup>72</sup> 日本, 同上, 第23次会议(A/C.6/69/SR.23), 第74段; 印度尼西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第60段。

<sup>73</sup> 古巴, 同上, 第23次会议(A/C.6/69/SR.23), 第79段; 西班牙, 同上, 第24次会议(A/C.6/69/SR.24), 第24段; 伊朗伊斯兰共和国, 同上, 第83段; 印度, 同上, 第26次会议(A/C.6/69/SR.26), 第112段; 以及印度尼西亚, 同上, 第27次会议(A/C.6/69/SR.27), 第60段。

<sup>74</sup> 帕劳, 同上, 第24次会议(A/C.6/69/SR.24), 第42段; 越南, 同上, 第25次会议(A/C.6/69/SR.25), 第18段。

概念对于保护大气层这样一个重要问题来说过于微弱, 无法提供有效的法律制度, 应转而使用更强有力的“共同遗产”概念框架。<sup>75</sup> 有委员指出, 虽然《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》给月球及其自然资源贴上了“人类共同遗产”的标签(第11条, 第1款), 但关于月球的共同遗产制度从未充分生效。还应注意的, 在1970年代《联合国海洋法公约》的谈判过程中, “共同遗产”概念似乎被赋予了新的含义。自那时起, 这一概念被理解为要求具备一个有深远影响的体制制度, 用于执行类似于《公约》第十一部分规定的保护机制——尽管如此, 该机制在1994年《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》订立之后, 仍需经历根本性的变化。因此, 除了在《公约》规定的深海海底制度内取得相当有限的成功之外, 共同遗产的概念未曾获得认同。除上述困难之外, 关于植物遗传资源是共同遗产组成部分的最初构想几乎立即被撤回,<sup>76</sup> 考虑将气候变化和生物多样性作为共同遗产组成部分的类似意见也没有在《联合国气候变化框架公约》和《生物多样性公约》(以下简称“1992年《里约公约》”)的最终草案中得到支持。尽管1972年《保护世界文化和自然遗产公约》在序言中提出这样的观念, 即“部分文化或自然遗产具有突出的重要性, 因而需作为全人类世界遗产的一部分加以保护”, 但有人认为“从调子和后果来看, 这更像是‘共同关切’而不是‘共同遗产’, 在[《联合国海洋法公约》的]制度背景下的理解无疑如此”。<sup>77</sup> 因此, 在保护大气层问题上使用“共同关切”一词更好, 1992年《里约公约》时的情况也是这样。<sup>78</sup> 它传达了适当强烈的使命感, 同时又不可能像对《联

<sup>75</sup> 见克里斯·马伊纳·彼得先生(《2014年……年鉴》, 第一卷, 第3212次会议)和阿莫斯·瓦科先生(同上, 第3213次会议)。

<sup>76</sup> Bowman, “Environmental protection and the concept of common concern of mankind”, 第501页。

<sup>77</sup> French, “Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts: rhetorical devices, legal principles or a fundamental challenge?”, 第349页; Brunnée, “Common areas, common heritage, and common concern”, 第565页; Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment*, 第128–130页; Shelton, “Common concern of humanity”; Shelton, “Equitable utilization of the atmosphere...”; Stec, “Humanitarian limits to sovereignty: common concern and common heritage approaches to natural resources and environment”。

<sup>78</sup> 见《2014年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/667号文件, 第87–88段。可以指出的是, 与注重特定资源从而受到固有限制的共同遗产概念相比, 共同关切“在概念上更为开放”。还应指出“[共同遗产]概念更狭义地指向具体环境进程或保护行动”。Brunnée, “Common areas, common heritage, and common concern”, 第564页。

联合国海洋法公约》那样创设负担沉重的执行要求或造成是否越权的分歧，而这在以往试图执行“共同遗产”标准时一直是个问题。

## B. 条约实践中的“人类的共同关切”概念

30. 在国家实践和相关文献中，已经明确并且完全确立了“人类的共同关切”概念。《联合国气候变化框架公约》广为人知的序言第一段承认“地球气候的变化及其不利影响是人类共同关心\*的问题”。同样，《生物多样性公约》在序言中宣称公约缔约国“意识到生物多样性对进化和保持生物圈的生命维持系统的重要性”，并申明“确认保护生物多样性是全人类共同关切\*事项”。<sup>79</sup> 1994年通过的《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》在序言中提到防治荒漠化和干旱时使用了类似“共同关切”的词语，包括“受关注的中心”、“国际社会迫切关注”和“全球范围问题”等用语。<sup>80</sup> 应当指出的是，在这些得到普遍接受的公约中，<sup>81</sup> 几乎所有国家都一致认为，非常需要国际社会作出集体承诺来解决这些全球性问题。<sup>82</sup> 在这方面，在之前的相关环境条约实践中使用“共同关切”一词的主要好处是鼓励参与、协作和行动而不是分歧，特别报告员认为这一点对于正在讨论的专题来说尤为重要。

<sup>79</sup> 《生物多样性公约》的适用范围明确包括大气层。见关于用语的第2条第1款，其中规定“生物多样性”是指“所有来源的形形色色的生物体，这些来源除其他外包括陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体\*”，以及关于管辖范围的第4条(b)项，其中规定《公约》适用于“在该国管辖或控制下开展的过程和活动，不论其影响发生在何处，此种过程和活动可位于该国管辖区内也可在国家管辖区外\*”。“生物圈”一词指的是“生命圈”或“存在或可能存在生命的空间”。它是由“地球上的大气层、岩石圈和水圈，或空气、土壤、岩石、矿物和水组成的自然系统，其中一切都供养生物机体”。Mische, “Ecological security and the need to re-conceptualize sovereignty”。

<sup>80</sup> 不言而喻，荒漠化和干旱与大气状况有很多关联。

<sup>81</sup> 截至2015年2月15日，《联合国气候变化框架公约》有196个缔约方，《生物多样性公约》和《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》各有195个缔约方。

<sup>82</sup> 应该指出的是，尽管拥有197个当事方的《保护臭氧层维也纳公约》没有采用“共同关切”一词，但仍在序言中表达了相似的基本想法，认为“保护臭氧层……的措施需要国际间的合作和行动”。《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(亦有197个当事方)在序言中提示注意“这些[消耗臭氧层的]物质的排放对气候的可能影响”。

31. 特别报告员认为，根据当代条约实践，在越境情况下使用“人类的共同关切”一词是合理的。《关于汞的水俣公约》在序言中认识到“汞可在大气中作远距离迁移，……此种化学品已成为全球性关注\*问题”。<sup>83</sup> 处于引领地位的研究人员在近期著作<sup>84</sup>中将《关于汞的水俣公约》定性为识别并试图解决一种特定威胁的公约。在这一点上，它效法了《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，后者采取了更为描述性的办法，在序言中指出“持久性有机污染物……通过空气\*、水和迁徙物种作跨越国际边界的迁移并沉积在远离其排放地点的地区\*，随后在那里的陆地生态系统和水域生态系统中蓄积起来”。保护大气层的指南草案效仿这两部公约的模式，即申明需要采取集体措施应对全球性环境风险所造成的威胁，即便相关损害在其源头仅具有越境性质。

32. 此外，应当指出的是，1999年《减少酸化、富营养化和地面臭氧议定书》经2012年5月4日修正后，将对越境空气污染和气候变化造成某些不利影响的黑碳和对流层臭氧纳入议定书。<sup>85</sup> 修正后的1999年《议定书》序言部分包含如下内容：

又关切[化学物质的]排放在大气层中作远距离迁移并会造成不利的越境影响，

认识到联合国环境规划署等国际组织以及北极理事会减少对黑碳和地面臭氧……对人体健康和气候带来共同效益的科学知识所作的评估，

……

又意识到各方在《联合国气候变化框架公约》项下作出的承诺。

还应注意经修正的《议定书》第2条第1款陈述的目标：

本《议定书》的目的是要控制和减少人类活动造成的[化学物质]排放，这些[化学物质]因在大气层中远距离越境迁移而形成酸化、富营养化、微粒物质或地面臭氧，从而有可能对人体健康和环境、自然生态系统、材料、作物和气候\*造成短期和长期不利影响；并且，尽可能确保通过长期采取循序渐进办法并考虑到科学知识的进步，使得大气沉降污染物或浓度不超过[附件一等处所述的临界水平]。

<sup>83</sup> 截至2015年2月15日，该《公约》共有128个签署方和10个缔约方(根据其第三十一条，《公约》应自第50份批准、接受、核准或加入文书交存之日后第90天起生效)。

<sup>84</sup> French, “Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts …”, 第348页。

<sup>85</sup> 见欧洲经济委员会，ECE/EB.AIR/114号文件。对《议定书》附件一所作的修正于2013年6月5日对所有《议定书》缔约方生效，但对正文及附件二至附件九的修正，以及新增的附件十和十一尚未生效。

因此,应对越境空气污染与气候变化之间联系的重要条约实践确实存在。在这种内在联系日益得到确认的背景下,应当认为在涉及全球范围大气层问题的情况下,将“共同关切”的概念适用于跨越国境的问题是适当的。

33. 就本专题所开展工作的努力方向是建立保护大气层的合作框架,既不寻求确立共同所有权或管理机制,也不寻求形成一个保护大气层的责任制度。狭义适用“共同关切”概念符合上文所述的国际环境法中这一概念的现有适用情况,也体现了这样一种认识:即共同的并不是特定的资源,而是对该资源的威胁成为了共同关切,因为各国一起造成了这个问题并共同承担其后果。只要越境空气污染是一个全球现象,就可以适用“人类的共同关切”概念,因为“跨国界或区域的环境问题如无法得到国家或区域的有效管理,则会导致共同关切”。<sup>86</sup>此外,使用自己财产时不得损害他人财产原则已通过多种渠道被引入全球大气层保护的构想。国际法院的判例已经确认这项原则现在已经不局限于双边跨国界损害这一狭窄范围。此外,《联合国气候变化框架公约》序言部分第八段以及《保护臭氧层维也纳公约》第二条第2款(b)项都确认了该原则。将使用自己财产时不得损害他人财产原则引入全球性国际环境法问题,表明在越境损害和围绕大气层保护的全球问题之间存在法律联系。因此,扩大这项原则的适用范围已得到司法先例、条约实践和文献的承认,下文第五章B节将继续讨论这个问题。

34. 委员会在国际法编纂和逐渐发展方面的工作要求使用归纳和演绎这两种方法。即使对于普遍认为应当记述现有习惯国际法规则的编纂工作,虽然通常以归纳法为特点,但也包含“更精确地制订并系统整理”工作(委员会章程第15条)。在制订和系统整理过程中,不可避免地会有一些演绎成分。国际法逐渐发展方面的工作在处理“国际法尚未订立规章或各国惯例尚未充分发展成法律”(同上)的问题上就更是如此。虽然“人类的共同关切”概念看起来在国家实践中得到了广泛接受,但它在某种程度上可能仍被视为一个正在发展的概念,在这种情况下采用演绎法也许是合理的,只要它符合正在形成的习惯国际法原则和规则。<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Kiss, “The common concern of mankind”, 第246页。

<sup>87</sup> 在委员会第六十六届会议辩论期间,一些委员批评特别报告员本末倒置,“将车和马的位置搞反了”(见《2014年……年鉴》,第一卷,第3211和第3213次会议),特别报告员在辩论

35. 如特别报告员的第一次报告所述,<sup>88</sup>根据共同关切概念的法律含义,所涉事项因其全球重要性以及对所有人产生的影响,故而并非仅属于国家的国内管辖范围。<sup>89</sup>保护大气层和保护整个环境的重要性可能还不是一国或一些国家眼下关心的问题,但可能反映更遥远和更普遍的关切,是所有国家都接受基本和普遍义务并开展国际合作才能获得的全人类惠益(或防止对全人类的伤害),即便没有立竿见影的收益或回报。<sup>90</sup>

36. 应该指出的是,《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》和《联合国气候变化框架公约》没有将气候和生物多样性本身确定为共同关切。关于共同关切的强调被放在了国际合作的必要性,而非资源本身上。人们因此认为,共同关切的存在理由是采取行动的集体责任。<sup>91</sup>换言之,共同关切反映出国际社会有意愿采取集体行动保护生物圈和大气层完好无损,为此让所有国家(甚至要求所有国家)都有权在国际一级开展合作解决这一关切。<sup>92</sup>由于上述种种原因,特别报告员认为,共同关切为开展国际合作保护大气层奠定了最为坚实的基础。

37. 共同关切概念可以广义解释,也可以狭义解释。广义的解释将在强制执行保护大气层规则方面,给予所有国家享有合法利益或地位的法律效力。

总结中就其答复时说,对这个问题更好的比喻也许是孩子对父母的关系:“人类的共同关切”概念可能仍然处于孩童阶段,但是老一代人有责任去为未来鼓励其发展(同上,第3214次会议,第16段)。

<sup>88</sup> 同上,第二卷(第一部分),A/CN.4/667号文件,第89段。

<sup>89</sup> Kiss, “The common concern of mankind”, 第247页。

<sup>90</sup> 同上,第245页。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’概念至少涉及空间和时间两个重要方面。空间方面指共同关切意味着所有国家就一些事项开展合作对所有国家、对整个国际社会几乎同等重要。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。另见Cançado-Trindade and Attard, “The implication of the ‘common concern of mankind’ concept on global environmental issues”。

<sup>91</sup> French, “Common concern, common heritage and other global(-ising) concepts ...”, 第348页。

<sup>92</sup> Brunnee, “Common areas, common heritage, and common concern”, 第566页。另见Kreuter-Kirchhof, “Atmosphere, international protection”, D节, “The atmosphere as a ‘common concern of mankind’”。

但正如关于国家一般义务的下一章所讨论的那样，由于国际法尚未建立可以进行公益之诉的适当程序，这种宽泛解释站不住脚。<sup>93</sup> 根据另一种可能的解释，共同关切概念为个人和后代创造了权利。但这种解释目前也缺乏坚实的法律基础：保护大气层的现代国际法并未提及个人权利。《联合国气候变化框架公约》在序言中的确提到了后代的利益，但只作为关切对象而已，而且也没有建立可以代表后代或赋予其权利的机制或程序。<sup>94</sup> 根据第三种解释，共同关切创建了保护大气层的实质性义务。<sup>95</sup> 由于共同关切这一概念并未隐含国家行为的具体规范，<sup>96</sup> 因此很难设想该概念本身如何能最终对国家产生具体的实质性义务。<sup>97</sup> 但该概念肯定能够配合创建国家的两种一般性义务，即保护大气层（见下文第四章的讨论）和彼此合作保护大气层（见下文第五章的讨论）。

38. 明确阐述与大气层有关的共同关切概念的方式之一，是主动规定保护大气层是一种共同关切。这是特别报告员在第一次报告中采取的做法，类似于

<sup>93</sup> Boyle, “International law and the protection of the global atmosphere: concepts, categories and principles”, 第11–12页。

<sup>94</sup> 同上，第12–13页。

<sup>95</sup> 同上，第13页。

<sup>96</sup> Brunnée, “Common areas, common heritage, and common concern”, 第566页。

<sup>97</sup> “共同关切……是一个一般性概念，它没有具体规则和义务的含义，而是为感到关切的团体采取行动确立一般基础。” Kiss, “The common concern of mankind”, 第246页。

《生物多样性公约》在序言第三段中反映的做法，其中规定“生物多样性的保护\*是全人类的共同关切事项”。另一种阐述共同关切的方式是较为被动地承认大气状况恶化是一个共同关切事项。这与《联合国气候变化框架公约》序言第一段相符，其中承认“地球气候的变化及其不利影响\*是人类共同关心的问题”。鉴于需要审慎地进行本专题，因此对本指南草案而言，后一种做法也许更容易被接受。指南草案3的措辞因此进行了相应改动。

39. 下文指南草案3使用其他概念的理由和科学依据——如“大气层是一种自然资源”——已在特别报告员的第一次报告<sup>98</sup>中经过充分讨论，在此不再重复。综上所述，指南草案3的措辞如下：

#### “指南草案3 人类的共同关切

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

40. 如上所述，适用“人类的共同关切”概念对保护大气层而言具有两个重要的必然结果（在下文中审议）：各国保护大气层的一般义务和为保护大气层开展国际合作。

<sup>98</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/667号文件，第64–90段。

## 第四章

### 各国保护大气层的一般义务

41. 《联合国海洋法公约》第一九二条规定了各国“保护和保全海洋环境”的一般义务，也可以说是普遍义务。本报告认为这种一般义务适用于保护大气层。为了证明这一点，首先必须讨论“普遍义务”一词的含义和作用。

#### A. 普遍义务

42. 众所周知，国际法院是在巴塞罗那电车公司案判决的著名附带意见中援引普遍义务概念的，其中提到“一国对整个国际社会的义务”，即义务的“性质本身……是所有国家的关切”。<sup>99</sup> 于是，法院将对整

个国际社会的义务与对所有国家的义务这两个概念等同了起来。两者都具有相应的“权利”，不同于双边关系中一国对另一国承担“对等义务”的传统概念。在那种概念中，只有后一国才有相应的权利。法院继续表示“鉴于所涉权利的重要性，可认为保护这些权利关系到所有国家的合法利益；它们是普遍义务”。<sup>100</sup>

43. 随着国际法律秩序结构的改变，学者们越来越强调保护集体利益的重要性。国际法院在推动这一进程方面发挥了重要作用。<sup>101</sup> 例如，法院在1995年东帝汶案（葡萄牙诉澳大利亚）和2004年在巴勒斯

<sup>100</sup> 同上。

<sup>101</sup> 见Annacker, “The legal regime of *erga omnes* obligations in international law”; Simma, “From bilateralism to community

<sup>99</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32页，第33段。

坦被占领土修建隔离墙的法律后果案中都认为,<sup>102</sup> 尊重自决权是一项普遍权利和义务。<sup>103</sup> 在最后一案件中, 法院认为, 普遍义务的性质本身决定其“是所有国家的关切”, 而且“鉴于所涉权利的重要性, 可认为保护这些权利关系到所有国家的合法利益”。<sup>104</sup> 此外还可回顾的是, 法院在《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)<sup>105</sup> 和刚果境内的武装活动案<sup>106</sup> 这两起案件中, 讨论了《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定的义务性质, 并在最近关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)的2015年判决中, 又复述了这一讨论。<sup>107</sup>

#### 44. 之前, 澳大利亚在核试验案的诉请中请法院

裁定并宣告, ……在南太平洋开展进一步的大气层核武器试验不符合适用的国际法规则, 并下令法兰西共和国不得再进行这种试验。<sup>108</sup>

法院虽曾于1973年6月22日指示采取临时措施, 但于1974年12月20日作出最后判决, 认为由于法国宣布不再继续大气层试验, 诉请者停止核试验的目的已经达到, 因此, 法院无需就诉请者提出的要求作出裁决。<sup>109</sup> 可以指出的是, 澳大利亚提起此项诉

interest in international law”; Tomuschat, “International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century”。

<sup>102</sup> 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102页, 第29段。

<sup>103</sup> 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案《2004年国际法院汇编》, 第136页起, 详见第172页, 第88段, 以及第199页, 第155段。

<sup>104</sup> 同上, 第199页, 第155段, 引用了巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(见上文脚注99), 第32页, 第33段。

<sup>105</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案, 初步反对意见, 判决, 《1996年国际法院汇编》, 第595页起, 详见第616页, 第31段。

<sup>106</sup> 刚果境内的武装活动案(新诉请: 2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达), 管辖权和可受理性, 判决, 《2006年国际法院汇编》, 第6页起, 详见第31-32页, 第64段。

<sup>107</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚), 判决, 《2015年国际法院汇编》, 第3页起, 详见第46-48页, 第87-88段。

<sup>108</sup> 澳大利亚提交的书状, 诉状, 《1973年国际法院汇编》, 第338-343页, 第462-485段。

<sup>109</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; 核试验案(澳大利亚诉法国), 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; 核试验案(新西兰诉法国), 判决, 《1974年国际法院汇编》, 第457页。见Thierry,

讼的理由不仅是保护自身的合法利益, 而且是保护其他国家的利益, 因为澳大利亚认为法国的核试验侵犯了公海自由。澳大利亚的诉状, 除其他外, 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>110</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>111</sup>

因此, 共同反对意见还是没有确定实体法中的普遍义务可能在程序法方面产生的最终影响。实体法与程序法之间的这种明显“脱节”是普遍义务概念固有的一大难点。

#### 45. 国际法学会在2005年通过题为“国际法中的普遍义务”的决议时确认了这一法律境况。第1条

“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”; McWhinney, “International law-making and the judicial process: the World Court and the French Nuclear Tests case”; Sur, “Les affaires des essais nucléaires devant la C.I.J.”; MacDonald and Hough, “The Nuclear Tests case revisited”。

法院表示, “法国当局……在法院外公开对所有人发表的单方面声明”意味着法国对所有国家的义务。核试验案(澳大利亚诉法国), 判决, 同上, 第269页及其后几页, 第50段其后几段。但这段话只是与解释单方面声明的法律效力相关, 与此处讨论的义务之法律性质并不那么相关。

<sup>110</sup> 澳大利亚政府提交的有关管辖权与可受理性的诉状, 《国际法院书状》, 核试验案, 第1卷, 第248-380页起, 详见第337页, 第459段。

<sup>111</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国), 判决(见上文脚注109), 第369-370页, 第117段。可以回顾的是, 在1966年西南非洲案的判决中, 法院表示“[诉请者埃塞俄比亚和利比里亚的]论点等于要法院认可与‘公益之诉’相当的行为之请求, ……但这种权利却不见诸当前的国际法”。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47页, 第88段。

(a)项对普遍义务的定义是“一国在任何给定情况下,根据一般国际法对国际社会承担的一种义务,鉴于其共同价值及对履约之关切,因此违反该义务使所有国家都能采取行动”。第1条(b)项将“对所有方的普遍(*erga omnes partes*)”义务(虽然该决议并没有采用这一术语,而只简单地将“普遍”一词用于两种情况)定义为“条约当事方在任何给定情况下,根据多边条约对其他当事方承担的一种义务,鉴于其共同价值及对履约之关切,因此违反该义务使所有这些国家都能采取行动”。关于使这些义务生效的程序要求,该决议表示“在据称违反普遍义务的国家与该义务的对象国之间应该有某种司法联系”,使后者具备“向国际法院或其他国际司法机构就有关遵守该义务的争端提出索赔的资格”(第3条)。对参与向法院或司法机构提起诉讼的国家,“应该有规范这种参与的具体规则”(第4条),否则任何参与都不可能。<sup>112</sup>不过,国际法学会明确肯定了普遍义务在现有国际法中的存在和作用,这一点是意义重大的。<sup>113</sup>

46. 应该回顾的是,委员会在2001年关于国家对国际不法行为的责任条款中处理了关于“受害国以外的国家援引责任”的第48条草案所涉及的普遍义务问题。第48条草案第1款规定

受害国以外的任何国家有权……在下列情况下援引另一国的责任:(a)被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务;或(b)被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。<sup>114</sup>

(a)项指的是对一国家集团承担的对所有方的普遍义务,而(b)项指的是对整个国际社会承担的普遍义务。<sup>115</sup>关于非受害国的资格问题,对于是否存在

<sup>112</sup> 国际法学会在2005年8月27日就“国际法中的普遍义务”通过的决议,国际法学会,《年鉴》,第71卷(2005),克拉科夫会议(2005年),第二部分,第287页(可查阅www.idi-iil.org,“Resolutions”项下),吉奥尔吉奥·加亚先生为报告员;另见报告员的第一次报告(2002年),同上,第一部分,第119-151页;第二次报告(2004年),同上,第189-202页;委员会委员对第一次报告的答复和意见,同上,第153-187页。

<sup>113</sup> Fitzmaurice, “The International Court of Justice and international environmental law”, 第358页。

<sup>114</sup> 2001年12月12日大会第56/83号决议,附件。委员会通过的条款草案及其相关评注转载于《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第76-77段。

<sup>115</sup> 同上。另见Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 第277页,第(6)段,以及第278页,第(9)段。书中评注解释说(a)项下“保护集团集体利益的义务”有时被称为“对所有方的普遍义务”(《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第144页,第48条的评注第(6)段)。关于(b)项,条款避免

集团的集体利益以及多边条约规定的义务是否具有法律性质,委员会的立场似乎比较中立。只有通过有关条约的解释,才能给出答案。<sup>116</sup>

47. 诉请方是否有资格依据多边条约列明的共同利益向国际性法院起诉的问题已存在多年,可追溯到1923年常设国际法院的“温布尔登”号轮船案。<sup>117</sup>法院在该案中认定《凡尔赛和约》关于基尔运河自由通行的第380条为一般和强制性质的规定,四个诉请方根据《和约》享有法定利益,因此有资格起诉。<sup>118</sup>在1966年的西南非洲案判决中,国际法院以微弱多数驳回了埃塞俄比亚和利比里亚“与案情实质有关”<sup>119</sup>的资格主张。埃塞俄比亚和利比里亚主张,作为国际联盟的成员,其拥有相关委任项下的资格,该委任的目的是确保作为联盟成员共同利益的“神圣信托”得到妥善执行。然而,在1966年的判决中,法院对委任书中关于“行为”和“特殊利益”的规定进行了区分,认为仅凭国际联盟成员的地位不足以产生就适当执行委任提起诉讼的权利。因此,法院判定,诉请方作为单个国家,没有“在联盟开展集体和体制活动的权利之外,为要求适当执行委任、以履行‘神圣信托’而独立或另外主张的任何自成一体单独权利”。<sup>120</sup>与之形成对照的是,在最近的引渡或起诉的

使用“普遍义务”一词,因为该词“不能表达法院所指的全部含义……而且有时与对所有条约当事方承担的义务相混淆”(同上,第127页,评注第(9)段)。另见Crawford, “Responsibility for breaches of communitarian norms: an appraisal of article 48 of the ILA articles on responsibility of States for internationally wrongful acts”。

<sup>116</sup> Gaja, “States having an interest in compliance with the obligation breached”, 第959页。

<sup>117</sup> “温布尔登”号轮船案(法国、意大利、日本和英国诉德国),判决,《1923年常设国际法院汇编》,A辑,第1号,第16-20页。

<sup>118</sup> 见Crawford, “Responsibility for breaches of communitarian norms …”。另见Kawano, “Standing of a State in the contentious proceedings of the International Court of Justice …”, 第221-223页。

<sup>119</sup> 法院1962年的判决曾申明了法院对该案的管辖权以及诉请方根据1920年12月17日《委任书》第7条第2款就德属西南非洲所具有的起诉资格(西南非洲案(埃塞俄比亚诉南非;利比里亚诉南非),初步反对意见,1962年12月21日的判决,《1969年国际法院汇编》,第319页起,详见第335-342页)。然而,1966年的判决认为,诉请方在该事项上的起诉资格无法被确认为“与案情实质有关的问题”(西南非洲案,第二阶段,判决(见上文脚注111),第18页,第4段)。

<sup>120</sup> 西南非洲案,第二阶段,判决(见上文脚注111),第28-29页,第32-33段。见Kawano, “Standing of a State in the contentious proceedings of the International Court of Justice”, 第223-224页。

义务案(比利时诉塞内加尔)中,<sup>121</sup>对于诉请方是否有资格根据多边条约《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》所规定的对所有方的普遍义务提起诉讼,国际法院接受了更为宽松的观点。关于比利时在该案中的起诉资格,法院承认,所有缔约国都在遵守防止酷刑和采取措施进行起诉的义务方面享有共同利益,“这一共同利益意味着相关《公约》的任何一个缔约国都对该《公约》的所有其他缔约国承担义务”。因此,法院认为“所有缔约国都在保护所涉权利方面享有‘合法利益’”,且“这些义务可被定义为‘对所有方的普遍义务’,即在任何给定的案件中,对这些义务的遵守情况均涉及每个缔约国的利益”。<sup>122</sup>法院判定“《公约》的任何一个缔约国均可援引另一国的责任,以确定据称未遵守诸如《公约》第6条第2款和第7条第1款的对所有方的普遍义务的情况,并加以制止”;以及为此目的,不需要援引“特殊利益”。<sup>123</sup>因此,法院的判例证明,是否确认涉及对所有方的普遍义务的起诉资格,取决于对相关多边条约的解释。<sup>124</sup>相形之下,在一般国际法中没有任何关于对整个国际社会承担的对所有方的普遍义务的程序性规则,因此很难设想任何一个国家能够基于类似的资格向国际性法院和法庭提起诉讼。<sup>125</sup>

48. 如前所述,《联合国海洋法公约》第一九二条规定了一条一般义务,也可以说是普遍义务,即“各国有保护和保全海洋环境的义务”。这条规定是该《公约》第十二部分所采用的全面保护和保全海洋环境方法的一个基本要素。<sup>126</sup>虽然《联合国海洋法公约》的基本结构是按照海洋区域划分(如领水、毗连区、专

属经济区和公海)来分配保护海洋环境的负担,但《公约》用这一伞式条款规定了国家保护海洋环境的一般义务,这一点非常重要。还应指出的是,委员会在早前的工作中规定了保护某些自然资源的一般义务,例如《国际水道非航行使用法公约》第20条以及跨界含水层法条款第10条。<sup>127</sup>这些规定是以《联合国海洋法公约》第一九二条为范本的。<sup>128</sup>国际水道非航行使用法条款草案在评注中指出“鉴于本条所载义务的一般性质,委员会认为应置于……其他较为具体的条款之前”。<sup>129</sup>考虑到委员会工作中的这些先例,并根据下列国家实践和判例,特别报告员认为在关于保护大气层的指南草案中应列明同样的一般义务。

49. 《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》规定各缔约国“希望使人类环境不再受放射性物质污染”(序言),承诺“禁止、防止并且……不在大气层进行任何核武器试验爆炸或任何其他核爆炸”(第1条)。尽管自1974年法国表示打算终止大气层核试验后,该《条约》的缔约国数目仍为124个(截至2015年2月),但是很难想象当今会有任何国家胆敢挑战《条约》就部分禁止核武器试验所达成的这一成果,因此,这项义务已在习惯国际法基础上适用于所有国家。<sup>130</sup>

50. 在国际法院关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询程序中,<sup>131</sup>对使用核武器是否会给环境,包括全球大气层环境造成危害问题进行了审查。法院确认

<sup>121</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔),《2012年国际法院汇编》,第422页起,详见第426页,第1段。

<sup>122</sup> 同上,第449页,第68段。

<sup>123</sup> 同上,第450页,第69段。

<sup>124</sup> 在就南极捕鲸案(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)对日本提起诉讼的诉请书中,澳大利亚援引了根据《国际捕鲸管制公约》对所有缔约国承担的普遍义务(见Crawford, “Responsibility for breaches of communitarian norms”, 第235-236页)。日本未就这一主张提出质疑,因此法院在判决中亦未谈到这一点。或许难以想象,法院会在2012年就引渡或起诉的义务案(比利时诉塞内加尔)作出判决之后,改变其在对所有方的普遍义务问题上的立场。然而,或许本可以提出的一种观点是,除非采用一种演变式的解释(已被法院驳回),并采用与《禁止酷刑公约》完全不同的程序设置,否则难以设想早在1946年《国际捕鲸管制公约》可以给予非受害方起诉资格。

<sup>125</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, 第143-153页。

<sup>126</sup> Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary ...*, 第36页。

<sup>127</sup> 2008年12月11日大会第63/124号决议,附件。委员会通过的条款草案及其相关评注转载于《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第53-54段。

<sup>128</sup> 国际水道非航行使用法条款草案第20条的评注第(2)段,《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第222段,详见第119页;跨界含水层法条款草案第10条的评注第(1)段,《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第54段,详见第40页。

<sup>129</sup> 国际水道非航行使用法条款草案第20条的评注第(1)段,《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第222段,详见第119页。

<sup>130</sup> 由于国际法院宣布该案已无意义,因此未就在就核试验案(澳大利亚诉法国)(判决,《1974年国际法院汇编》,第253页)做出的判决中考虑该《条约》的习惯法地位,但有人指出本应对这一问题进行考虑。奥尼耶亚马、迪拉德、希门尼斯·德阿雷查加和沃尔多克法官的共同反对意见,第368页。见D'Amato, “Legal aspects of the French nuclear tests”, 第66-67页; Tiewul, “International law and nuclear test explosions on the high seas”, 第56页。

<sup>131</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241页。该意见是应大会的要求做出的。



环境面临日益威胁,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。<sup>132</sup>

### 法院宣布

各国确保在其管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一般义务\*,这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。<sup>133</sup>

51. 不言自明的是,保护大气层与臭氧消耗和气候变化等全球性问题相关,显然属于各国的一般义务。<sup>134</sup>关于双边或区域越境空气污染问题是否属于保护大气层的一般义务,上一次报告和本报告都已指出,越境空气污染与臭氧消耗和气候变化等全球性问题存在密切关联,如果后者属于一般义务,那么前者也应被视为相同义务的客体。这体现在使用自己财产时不得损害他人财产原则的转化上:该原则的适用范围已经从相邻国家之间扩展到更广泛的整个国际社会,下文将对此进行更加详细的讨论。特别报告员打算在2016年第三次报告中提及使用自己财产时不得损害他人财产原则,将其列为保护大气层所依据的基本原则之一。下文的说明是为了初步阐述这项原则作为各国一般义务在适用过程中的某些变化。

### B. 使用自己财产时不得损害他人财产原则

52. 使用自己财产时不得损害他人财产(*sic utere tuo ut alienum non laedas*)原则的最初意图是适用于拥有共同边界的“相邻国家”间关系。该原则是国家领土主权和各国平等原则的必然结果,根据该原则,一国可对其境内的活动行使其专有管辖权或控制权,<sup>135</sup>同时也承认帕尔马斯岛案中休伯法官的意见,即领土主权所涉“专有权利”“必然产生一项责任,即在本国境内保护其他国家权利的义务”。<sup>136</sup>这一原

<sup>132</sup> 同上,第241–242页,第29段。

<sup>133</sup> 同上。

<sup>134</sup> 《保护臭氧层维也纳公约》第2条(一般义务)第1款规定“各缔约国应……采取适当措施,以保护人类健康和环境,使免受足以改变或可能改变臭氧层的……不利影响”;《联合国气候变化框架公约》第3条(原则)第1款规定“各缔约方……应为人类当代和后代的利益保护气候系统……”,这是大体适用于发达国家和发展中国家的一项原则。引述的语句受到“根据共同但有区别的责任和各自的能力”一语限定。“共同责任”一词规定所有国家都有保护气候系统的一般义务,而“责任”的程度应根据各国“各自的能力”而“有区别”。

<sup>135</sup> Brunnée, “*Sic utere tuo ut alienum non laedas*”,第5–6段。

<sup>136</sup> 帕尔马斯岛案(荷兰/美利坚合众国),1928年4月4日的裁决,常设仲裁法院,《国际仲裁裁决汇编》,第二卷(联合国出版物,出售品编号:1949.V.1),第829–872页,详见第839页。

则最初适用于传统双边类型的越境空气污染,例如特雷耳冶炼厂案。该案仲裁法庭指出“根据国际法原则……,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>137</sup> 该案很自然地就相邻国家关系援引了使用自己财产时不得损害他人财产原则。

53. 应该回顾的是,在科孚海峡案中,国际法院提到了“某些一般和公认的原则”,重申“每个国家都有义务不允许其领土被蓄意地用于损害其他国家权利的行为”。<sup>138</sup> 核试验案的一系列命令和判决成为使用自己财产时不得损害他人财产原则习惯法地位的试金石,证明这一原则的适用不限于相邻国家的越境大气污染。在就该案指示临时措施时,法院在命令中表明“法国政府应避免进行对澳大利亚领土[以及新西兰领土]造成放射性微粒沉降的核试验”,<sup>139</sup> 包括了多个地区。由于临时措施的目的是保护缔约国的权利,从法院的命令可以看出,法院在承认申诉方权利时,其裁决依据是使用自己财产时不得损害他人财产原则。<sup>140</sup>

54. 国际法院在1974年12月20日(核试验一号案)的判决中指出,法国已声明不打算继续进行大气层核试验,因此澳大利亚和新西兰提出的争议已不复存在。然而,这并不意味着法院没有考虑使用自己财产时不得损害他人财产原则,实际上,正如彼得伦法官在个别意见中所述:

由于澳大利亚与法国在核试验问题上没有任何条约联系,诉请的前提是存在一条习惯国际法规则,禁止各国通过大气

<sup>137</sup> 特雷耳冶炼厂案(美利坚合众国/加拿大),1941年3月1日的裁决,常设仲裁法院,《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1938–1982页,详见第1965页。

<sup>138</sup> 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22页。

<sup>139</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(见上文脚注109),第106页;核试验案(新西兰诉法国),临时保护,1973年6月22日的命令(见上文脚注109),第142页。

<sup>140</sup> 诉请方对潜在损害的指控不限于“澳大利亚领土”,而且包括“南半球的其他地方”。但是,法院只指示了“针对该国领土\*上的放射性微粒沉降”的临时措施,未指示“涉及其他权利”的措施。核试验案(澳大利亚诉法国),临时保护,1973年6月22日的命令(见上文脚注109),第104–105页,第27–31段。

层核试验对其他国家领土造成放射性微粒沉降。因此必须确定是否存在这样一条习惯规则。<sup>141</sup>

德卡斯特罗法官在反对意见中对该问题给予肯定答复,指出“使用自己财产时不得损害他人财产原则是古今法律皆有的特点”,以及“在国际法中可提及各国有义务不使用本国领土从事损害其他国家权利的行为”。<sup>142</sup> 奥尼耶亚马、迪拉德、希门尼斯·德阿雷查加和沃尔多克法官的共同反对意见也推断这一习惯规则的存在,认为“我们不可能看不到……诉请方提起该案的依据也是确立已久的基本权利,而这些权利无疑具有现行法的特点”。<sup>143</sup> 与之形成对照,格罗斯法官在其个别意见中认为“由于没有任何可施用于法国政府的规则可使法院宣布禁止法国试验而且只禁止法国试验,整起案件必然无法成立”。<sup>144</sup> 彼得伦法官也指出“有人问,核大国进行大气层试验产生的放射性微粒已经并持续沉降在很多国家领土上,这些国家是什么态度?”他询问“这些国家是否向核大国提出了抗议,指控这些试验违反了习惯国际法?”他的结论是他“没有观察到这种抗议”。<sup>145</sup> 对于是否存在有关不得损害其他国家的习惯国际法,由于意见不一,可以说“在1974年的诉讼结束以前,很难认定这项规则在国际法中的地位……已被广泛接受”。<sup>146</sup>

55. 然而,二十年后,该原则的习惯法地位在1995年的核试验二号案中得到了明确承认。尽管新西兰抗议地下核试验而提出的要求被驳回,但法院指出“本命令不影响各国尊重和保护自然环境的义务\*,对这些义务,新西兰和法国在本案中均已重申其承诺”。<sup>147</sup> 虽然法院并未详细阐明该义务的范围,但威拉曼特里法官在其反对意见中表示,不得对其他国家造成损害的原则是“现代环境法的一项基本原则,……在国际法中有着坚实的基础”,并且作为“一项源远流长的原则,其基础建立在常识、判例法、国际公约和习惯国际法之上。”<sup>148</sup> 尽管比较含蓄,但科罗马法

官在其反对意见中也认为“根据当代国际法,很可能存在这样一个义务,即不造成本可合理避免的严重损害,同时也有义务不释放危险物质。”<sup>149</sup> 此外,帕尔默法官援引核试验一号案、科孚海峡案、特雷耳冶炼厂案和拉努湖案,<sup>150</sup> 称它们为“通过习惯国际法为环境提供某种保护的案件四重奏”,并得出结论认为使用自己财产时不得损害他人财产原则“包含这些案件所确立的原则”。<sup>151</sup> 因此,鉴于这些意见,可以得出结论认为多数命令中的“各国尊重和保护自然环境的义务”包含作为习惯国际法的使用自己财产时不得损害他人财产原则。<sup>152</sup> 另外,国际法院在最近的纸浆厂案中重申了在科孚海峡案中所述关键原则,指出“预防原则作为一项习惯规则,源于一国须在其领土内尽责的原则”。<sup>153</sup> 这些案件确认了不对其他国家——不仅限于相邻的国家——大气环境造成重大损害的原则是一条业已确立的习惯国际法原则。

56. 传统原则只狭义地涉及给其他国家造成的越境损害,但该原则的发展已使其地域范围得到扩大,也适用于直接讨论全球公域本身这一主题。<sup>154</sup> 《联合国人类环境会议宣言》(以下简称“《斯德哥尔摩宣言》”)<sup>155</sup> 原则二十一重新阐述了这项原则,规定“各国……有责任[devoir]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”。该原则的这一部分在《关于环境与发展的里约宣言》原则2中得到了重申。<sup>156</sup> 不在任何国家主权或管辖权之内的地区通常称为“全球公域”,一般认为包括公海、外层空间和全球大气层。虽然大气层这一概念不以地域为基础,不符合“国家管辖范围以外的地区”,但很明显,在这些地区上空的

<sup>149</sup> 同上,详见第378页。

<sup>150</sup> 拉努湖案(西班牙,法国),1957年11月16日,《国际仲裁裁决汇编》,第十二卷(联合国出版物,出售品编号:63.V.3),第281-317页。

<sup>151</sup> 核试验二号案(见上文脚注147),详见第408页。

<sup>152</sup> Sands, “Pleadings and the pursuit of international law”, 第616页。

<sup>153</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55页,第101段。

<sup>154</sup> Xue, *Transboundary Damage in International Law*, 第191页。

<sup>155</sup> 《一九七二年六月五日至十六日在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议报告书》(A/CONF.48/14/Rev.1; 联合国出版物,出售品编号: E.73.II.A.14),第一章,第3页。

<sup>156</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,第一卷:环发会议通过的决议》(A/CONF.151/26/Rev.1和Corr.1; 联合国出版物,出售品编号: C.93.I.8),决议1,附件一,第3页。

<sup>141</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国),判决(见上文脚注109),第304页。

<sup>142</sup> 同上,第388页,第4段。

<sup>143</sup> 同上,第367页,第113段。

<sup>144</sup> 同上,第288页,第21段。

<sup>145</sup> 同上,第306页。

<sup>146</sup> Sands, “Pleadings and the pursuit of international law: *Nuclear Tests II (New Zealand v. France)*”, 第615页。

<sup>147</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(“核试验二号案”),《1995年国际法院汇编》,第288页起,详见第306页,第64段。

<sup>148</sup> 同上,详见第346-347页。

大气现在属于《斯德哥尔摩宣言》原则二十一涵盖的范围。<sup>157</sup>

57. 值得注意的是,使用自己财产时不得损害他人财产原则在应用于远距离跨大陆空气污染、臭氧消耗和气候变化等全球性现象时,一直面临着某些困难。在这样的情况下,很难确定因果链,如原因(活动)和后果(损害)之间的实际联系,因为这些后果都是广泛、长期和累积性的。这些不利后果由于其复杂和多因共成的性质,产生于多个来源,因而不能归咎于任何一种单项活动。在全球背景下,几乎所有国家都有可能既是肇事国也是受害国。因此,即使发生了实际损害,也难以确定、甚至不可能确定一个单一的责任起源国。<sup>158</sup> 确定不法行为和所受损害之间因果关系的困难在《远距离越境空气污染公约》中已得到承认。该《公约》第1条(b)项将“远距离越境空气污染”界定为“距离如此之远,以至一般无法区分单个或多个排放源”的污染。尽管有这一定义,该《公约》还是在其序言部分第五段提及了《斯德哥尔摩宣言》原则二十一,认为这一原则表达了一个“共同信念”。《保护臭氧层维也纳公约》和《联合国气候变化框架公约》也承认了上述困难。但也在其序言中明确纳入了《斯德哥尔摩宣言》原则二十一

<sup>157</sup> Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment*, 第339页。

<sup>158</sup> 与之对照,即使在这种情况下,为国家责任法的目的,“受害国”还是可以确定的。根据国家国际不法行为的责任条款第42条(b)项(二)目,当违背的义务是对整个国际社会承担的义务时,特别受影响的国家就视为受害国。根据相关评注,“即便是在一国际不法行为的法律效果波及……整个国际社会的情况下,该不法行为也可能对某一国家或少数国家产生特定的不利影响”,条款第42条的评注第(12)段,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第76-77段,详见第135-136页。评注给出的一个例子是公海污染,当这类污染尤其影响到某一国的领海时,就违反了一条习惯规则。在这种情况下,“违背义务的行为影响到所有其他国家,但在这些国家中,尤其受到污染影响的沿海国应被视为‘特别’受影响”。Gaja, “The concept of an injured State”, 第947页。同样的推理也适用于,例如,越境空气污染或臭氧空洞所造成的酸雨。

的内容,因而支持将其视为国际法完整组成部分的论证。<sup>159</sup>

58. 事实上,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证实,《斯德哥尔摩宣言》原则二十一和《里约宣言》原则2的规定“现在是与环境有关的国际法体系的一部分”。<sup>160</sup> 在加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)中,法院重申了这一说法,进一步承认“法院最近曾有机会强调……法院认为尊重环境意义十分重大,这不仅是为了国家,也是为了全人类\*”。<sup>161</sup> 法院还在纸浆厂案的判决中援引了这一表述。<sup>162</sup> 此外,在莱茵铁铁路案中,法庭指出:“环境法……规定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。这一义务……现已成为一项一般国际法原则。”<sup>163</sup>

59. 因此,拟议了下列指南草案:

“指南草案4 各国保护大气层的一般义务  
“各国保护大气层的义务。”

<sup>159</sup> Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, 第62-67页; Fitzmaurice, “Responsibility and climate change”, 第117-118页。

<sup>160</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131),第241-242页,第29段。

<sup>161</sup> 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注61),第41页,第53段。

<sup>162</sup> 纸浆厂案(见上文脚注153),第78页,第193段。

<sup>163</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,常设仲裁法院,《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33-125页起,详见第66-67页,第59段。

说原则二十一只是个起点,并且该原则在1972年《斯德哥尔摩宣言》通过时尚未成为习惯国际法,这本可能言之过早。然而,嗣后的判例发展,如1995年的核试验二号案(见上文脚注147)、1996年的核武器案(见上文脚注131)、1997年的加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注61)和2010年的纸浆厂案(见上文脚注153),均证实了该原则的习惯法地位,国家实践和法律确信也巩固了这一点;见 Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment*, 第339页; Galizzi, “Air, atmosphere and climate change”, 第337页。

## 第五章

### 国际合作

#### A. 国际法中合作原则的发展

60. 现代国际法常常被形容为“合作法”,而不是传统国际法的“共存法”(一种对等待遇法和(或)

协调法)。<sup>164</sup> 这在很大程度上反映了当今世界的结构

<sup>164</sup> Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, 第60-71页; Leben, “The changing structure of international law revisited: by way of introduction”。另见 Delbrück, “The inter-

性变化,合作原则已经成为一项法律义务,而不仅仅是道义责任。许多当代多边条约都规定了不同内容和法律性质的国际合作。这些条约规定的国际合作往往以具体义务为前提,旨在促成对条约的遵守。<sup>165</sup>事实上,国际合作概念目前在很大程度上建立在“整个国际大家庭”的“共同利益”理念上,而不是传统“国际社会”中双边协作关系的“算术总和”上。<sup>166</sup>

61. 根据《联合国宪章》第一条第三项,联合国的主要宗旨之一是“促成国际合作,以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题”。此外,第十三条第一项(丑)款规定,大会“应发动研究,并作成建议,促进经济、社会、文化、教育及卫生各部门之国际合作”。《宪章》题为“国际经济及社会合作”的第九章第五十六条规定“各会员国担允采取共同及个别行动与本组织合作”。尽管《宪章》规定了合作义务,这一点很重要,但这只是各会员国“担允”,而且仅限于“采取行动与本组织合作”。义务的性质含糊不清:这是一项法律义务抑或仅仅是道义责任?此外,这一义务只是由联合国会员国承担,而不是所有国家。其重点专注于会员国“与本组织合作”,而不是与其他国家在相互关系中的合作。<sup>167</sup>将合作范围扩大到所有国家及其相互关系的,是大会于1970年批准的《关于各国依联合国宪章建立友好关

national obligation to cooperate—an empty shell or a hard law principle of international law?—A critical look at a much debated paradigm of modern international law”。

<sup>165</sup> Beyerlin等人将与多边环境协定有关的条约分为两类:一类是“以结果为导向的条约”,另一类是“以行动为导向的条约”。前者包括《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》和《联合国气候变化框架公约》京都议定书,而后者包括《国际捕鲸管制公约》、《濒危野生动植物种国际贸易公约》、《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》、《生物多样性公约》和《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》。有人指出,后一类文书对于实现其目标的方法只有较为模糊的规定,往往难以评估既定目标在多大程度上得到了实现(Beyerlin, Stoll and Wolfrum, *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements ...*, 第361–362页)。《联合国海洋法公约》第一百条规定了行为义务而不是结果义务,关于该条规定的合作义务,例如,见Gottlieb, “Combating maritime piracy: interdisciplinary cooperation and information sharing”, 第312页。

<sup>166</sup> Okuwaki, “On compliance with the obligation to cooperate: new developments of ‘International Law for Cooperation’”, 第16–17页(日文)。

<sup>167</sup> Wolfrum, “Article 56”, 第942页,第3段,以及第943页,第7段。该条的评注强调“就会员国义务而言,第五十六条局限性”的缺点。根据该评注,“第五十六条不仅要求各会员国之间开展合作,还要求各会员国与联合国开展合作”。另见Stoll, “Article 56”, 第1604页,第3段,以及第1605页,第10段。关于《宪章》第55条,见Stoll, “Article 55 (a) and (b)”, 第1551–1554页,第63–74段。

系及合作之国际法原则之宣言》,该《宣言》第四条原则规定各国有义务“依照《宪章》彼此合作”。<sup>168</sup>

62. 《联合国宪章》没有任何关于环境保护的具体规定,《各国建立友好关系及合作的国际法原则宣言》也没有提及任何环境保护方面的合作。<sup>169</sup>但是,上文所援引的《宪章》第一条第三项确实为联合国处理环境保护问题的管辖权提供了依据。联合国只是在1960年代后期,通过将第一条第三项列举的联合国宗旨解释为包含促成国际合作以保护环境,才开始处理环境问题的。<sup>170</sup>因此,“《友好关系原则宣言》没有明确提到环境问题不应被视为暗示它所规定的……合作原则在环境方面不重要”。<sup>171</sup>

63. 1968年12月3日大会第2398 (XXIII)号决议决定在1972年召开联合国人类环境会议,该会议于1972年6月16日宣布了《斯德哥尔摩宣言》。《宣言》在原则二十四中宣告:

关于保护和改善环境的国际问题,应由所有各国,不论大小,以平等地位本着合作精神来处理。通过多边和双边安排或其他适当办法的合作,是对各种领域内进行活动所引起的不良环境影响,加以有效控制、预防、减少或消除的必要条件,唯须妥善顾及所有国家的主权和利益。

尽管原则二十四并未详尽阐述关于国际合作的详细规定,但大会在1972年12月15日题为“各国在环境方面的合作”的第2995 (XXVII)号决议中确认,各国如能有效交换资料,当能有效达成各国在环境方面的合作。<sup>172</sup>二十年后的1992年6月,联合国环

<sup>168</sup> 《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》,1970年10月24日大会第2625 (XXV)号决议,序言。见Babović, “The duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter”; Houben, “Principles of international law concerning friendly relations and cooperation among States”, 第720–723页; McWhinney, “The ‘new’ countries and the ‘new’ international law: the United Nations’ Special Conference on Friendly Relations and Co-operation among States”。

<sup>169</sup> 有人指出:“《宣言》对经济主权和促进经济增长的强调表明,环境问题不是本决议起草者优先关注的问题”。Boyle, “The principle of co-operation: the environment”, 第120页。

<sup>170</sup> Sands and Peel, *Principles of International Environmental Law*, 第27页起,详见56–57页。

<sup>171</sup> Boyle, “The principle of co-operation: the environment”, 第121页。

<sup>172</sup> 该决议第2段“确认各国如能把关于在本国管辖范围内所进行工作的技术资料,使官方和民众知道,以避免邻接地区的环境发生重大损害,当能有效达成各国在环境方面的合作,包括对‘联合国人类环境会议宣言’的原则21和22的执行方面的合作”。因此,纸浆厂案的判决(见纸浆厂案(上文脚注153),第43页,第58段)所确认的提供资料的义务、各方开展

境与发展会议颁布了《关于环境与发展的里约宣言》。《里约宣言》原则27强调“所有国家和人民均[应]诚意地一本伙伴精神，合作实现本宣言所体现的各项原则，合作推动可持续发展方面国际法的进一步发展”。在随后的各项条约中，该《宣言》的各项原则已演变成更加详细的规定。

## B. 条约及其他文书

### 1. 全球性条约

64. 国际合作是全球性环境条约的主要规定之一。《保护臭氧层维也纳公约》在前言中表示，公约各缔约方“意识到保护臭氧层使之不会因人类活动而发生变化的措施需要国际间的合作和行动，并应依据有关的科学和技术考虑”。《公约》关于法律、科学和技术方面的合作的第4条第1款规定“各缔约方应促进和鼓励附件二里详细说明了、与本公约有关的科学、技术、社经、商业和法律资料的交换。这种资料应提供给各缔约方同意的各组织”。《公约》附件二详细列出了各类应当交换的资料，对本指南当有益处。<sup>173</sup>

合作的义务以及预防义务之间的联系，在1970年代就已得到大会确认。

<sup>173</sup>《保护臭氧层维也纳公约》附件二(资料交换)的规定如下：

“1. 本公约各缔约方认识到收集和共同利用资料是实现本公约各项目标及保证所采取的一切行动确属适当和公允的一个重要途径。因此，各缔约方应致力于科学、技术、社经、商业和法律资料的交换。

“2. 本公约各缔约方于决定收集和交换何种资料时，应考虑资料效用及收集时所需的费用。各缔约方还认识到依照本附件进行的合作应符合关于专利权、贸易机密、保护机密资料和所有权资料的国家法律、条例和惯例。

#### “3. 科学资料

“包括下列资料：

“(a) 政府方面和私人方面已规划好的和进行中的研究工作，以促进研究方案的协调、使国家和国际间的可用资源获得最有效的利用；

“(b) 研究工作所需的排放资料；”

“(c) 刊载于经同行审阅的文献内的关于了解地球大气物理和化学及其易变性的科学研究结果，特别是关于臭氧层状况及臭氧柱总量垂直分布时标变化对于人类健康、环境和气候的影响的科学研究结果；

“(d) 研究结果的评价及关于未来研究工作的建议。

#### “4. 技术资料

包括下列资料：

“(a) 利用化学代用品或备选技术来减少可以引起臭氧变化的物质排放以及有关已计划和进行中的研究工作的可行性和费用；

《公约》第4条第2款就技术领域合作(例如考虑到发展中国家的需要，采取技术转让的方式合作)做出了规定。

65. 《联合国气候变化框架公约》在序言中承认“气候变化的全球性要求所有国家……尽可能开展最广泛的合作，并参与有效和适当的国际应对行动”，并重申“在应付气候变化的国际合作中的国家主权原则”。第4条(承诺)第1款规定，所有缔约方应：

(e) 合作为适应气候变化的影响做好准备；……

……

(g) 促进和合作进行关于气候系统的科学、技术、工艺、社会经济和其他研究、系统观测及开发数据档案，目的是增进对气候变化的起因、影响、规模和发生时间以及各种应对战略所带来的经济和社会后果的认识，和减少或消除在这些方面尚存的不确定性；

(h) 促进和合作进行关于气候系统和气候变化以及关于各种应对战略所带来的经济和社会后果的科学、技术、工艺、社会经济和法律方面的有关信息的充分、公开和迅速的交流。<sup>174</sup>

### 2. 区域协定

66. 下列关于越境空气污染问题的区域文书也规定开展国际合作：(a)《欧洲安全和合作会议最后文件》<sup>175</sup>表示“与会各国决心特别通过……交换科学技术资料、文件和研究成果开展环境领域的合作”；(b)《远

“ (b) 应用化学或其他代用品和备选技术的局限性和危险性。

“5. 关于附件一内所提各种物质的社经和商业资料

“包括下列资料：

“(a) 生产和生产能力；

“(b) 使用和使用方式；

“(c) 输入/输出；

“(d) 可能间接改变臭氧层的人类活动以及[已采取或正在考虑采取的]控制此种活动的管理行动的代价、危险和利益。

#### “6. 法律资料

“包括下列资料：

“(a) 与保护臭氧层有关的国家法律、行政措施和法律研究；

“(b) 与保护臭氧层有关的国际协定，包括双边协定；

“(c) 与保护臭氧层有关的执照签发办法和条件以及有无专利。”

<sup>174</sup> (c) 项还对技术转让方面的合作作出了规定。

<sup>175</sup>《欧洲安全和合作会议最后文件》，1975年8月1日签署于赫尔辛基(Lausanne, Imprimeries Réunies)。

《距离越境空气污染公约》缔约国在序言中回顾了《欧洲安全和合作会议最后文件》，表示认识到

《欧洲安全和合作会议最后文件》关于环境的一章的内容，其中呼吁合作控制空气污染及其后果，包括空气污染物的长途迁移，并通过国际合作，制定监测和评价空气污染物远距离迁移的大范围方案……[申明]它们愿意积极加强国际合作，制定适当的国家政策，并通过交换资料、咨询、研究和监测等办法协调国家行动，抵御空气污染包括远距离越境空气污染。

#### 《公约》第4条规定

缔约国应审查其旨在尽可能防止排放会产生不利后果的空气污染物的政策、科学活动和技术措施，并就此交换资料，由此为减少空气污染，包括远距离越境空气污染做出贡献。<sup>176</sup>

67. 《东非空气污染区域框架协定》(《内罗毕协定》)<sup>177</sup>和《中西部非洲空气污染区域框架协定》(《阿比让协定》)<sup>178</sup>就国际合作做出了相同的规定。它们商定以下列各项行动作为开展区域合作的方式：

1.2 考虑采取联合措施防止空气污染物及温室气体排放的增效作用和共同益处；

……

1.4 促进关于空气质量管理的教育与研究资料交换；

1.5 促进区域合作以加强监管机构……

《东南亚国家联盟(东盟)保护自然和自然资源协定》<sup>179</sup>第9条(空气)规定“鉴于空气在自然生态系统运行中发挥的作用，缔约方将努力采取一切适当措施，以符合可持续发展的方式管理空气质量”。其第18条(合作活动)规定：

1. 缔约方将一道合作，并与有关国际组织合作，以期协调在保护自然和管理自然资源方面的活动，并相互协助，实现《协定》所规定的义务。

<sup>176</sup> 见Flinterman, Kwiatkowska and Lammers, *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States*.

<sup>177</sup> 十一个国家——布隆迪、刚果民主共和国、吉布提、厄立特里亚、埃塞俄比亚、肯尼亚、卢旺达、索马里、苏丹、乌干达和坦桑尼亚联合共和国——赞同这项框架协定。

<sup>178</sup> 该协定记载了中西部非洲改善空气质量次区域讲习班上提出的建议。二十一个国家——安哥拉、贝宁、布基纳法索、喀麦隆、佛得角、乍得、刚果、科特迪瓦、刚果民主共和国、赤道几内亚、冈比亚、加纳、几内亚、几内亚比绍、利比里亚、马里、尼日尔、尼日利亚、塞内加尔、塞拉利昂和多哥赞同这一建议。

<sup>179</sup> 尚未生效。该协定将在第六份批准书交存后生效。文莱达鲁萨兰国、印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国于1985年签署了该项协定，缅甸于1997年加入该协定。

2. 为此，它们将努力：

……

(b) 尽可能协调研究活动；

……

(d) 定期交换适当的科学技术数据、资料和经验。

……

3. 在应用上述合作与协调原则时，缔约方将向秘书处提交：

……

(b) 资料，包括科学、管理或法律性质的报告和出版物，特别是：

— 缔约方按照本《协定》规定所采取措施方面的资料。

……

### C. 委员会以往的工作

68. 还应当指出委员会以往的工作中就国际合作做出的规定。《国际水道非航行使用法公约》第8条(一般合作义务)规定“水道国应在主权平等、领土完整、互利和善意的基础上进行合作，使国际水道得到最佳利用和充分保护”。第9条(经常地交换数据和资料)规定：

1. 依照第8条，水道国应经常地交换关于水道状况，特别是属于水文、气象、水文地质和生态性质的和与水质有关的便捷可得的数据和资料以及有关的预报。

2. 如果一个水道国请求另一个水道国提供不是便捷可得的数据或资料，后者应尽力满足请求，但可附有条件，即要求请求国支付收集和在适当情况下处理这些数据或资料的合理费用。

3. 水道国应尽力以便于获得数据和资料的其他水道国利用的方式收集和在适当情况下处理这种数据和资料。

69. 关于预防危险活动的跨界损害的条款在第4条“合作”中规定“当事国应真诚合作，并于必要时要求一个或多个有关国际组织提供协助，以预防重大跨界损害或随时尽量减少这种危险”。该条评注阐明“各国必须遵守合作原则，拟订并执行有效政策，以预防或随时尽量减少重大跨界损害危险”，且“《斯德哥尔摩宣言》原则二十四和《里约宣言》原则7，都确认合作是任何有效环境保护规划的必要组成部分”。<sup>180</sup>

<sup>180</sup> 第4条草案的评注第(1)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第98段，详见第176页。在关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题上，1978年任命的第一位特别报告员罗伯特昆廷-巴克斯特先生的最初用意是，在“合法性”领域内确立一个国家的“赔偿责任(liability)”

70. 跨界含水层法条款<sup>181</sup>在第7条(一般合作义务)中规定:

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

2. 为了第1款的目的,含水层国应当设立联合合作机制。

第17条草案(紧急情况)第4款第2句读作“合作可包括协调处理紧急情况的国际行动和通信,提供应急人员、应急设备和物资、科技专业知识和人道主义援助”。

71. 关于发生灾害时的人员保护条款草案(2014年一读暂时通过)<sup>182</sup>在第8条(合作的义务)中规定

按照本条款草案,各国应酌情相互合作,并与联合国和其他主管的政府间组织、红十字会与红新月会国际联合会和红十字国际委员会,以及与有关的非政府组织合作。

关于合作的形式,第9条草案规定“为本条款草案的目的,合作包括提供人道主义援助,协调国际救灾行动和通信,提供救灾人员、救灾设备和物资以及科学、医学、技术资源”。另外,第10条草案(减少灾害风险的合作)规定“合作应扩展至采取旨在减少灾害风险的措施”。

#### D. 司法决定

72. 在此也许可以简要回顾一下国际法院在最近的案例中是如何看待国际合作义务的。在2010年纸浆厂案的判决中,法院强调了向乌拉圭河行政委员会(一个国际组织)通报信息的义务、各方合作以及预防义务之间的联系。法院指出“有关国家通过合作,才能共同应对环境被损害的风险……从而预防这种损害”。<sup>183</sup>在讨论到各方合作义务的准确内容时,法院谈到向乌拉圭河行政委员会通报信息的义务,称该

机制,而不是在“不法性”领域内确立一个国家的“责任(*responsibility*)”机制。然而,随着胡里奥·巴博萨先生于1985年继任特别报告员——其后彭马拉朱·弗雷尼瓦萨·拉奥先生于1997年继任此职——项目的重点逐渐转向“预防”跨界损害和就预防进行“合作”。见O'Keefe, “Transboundary pollution and strict liability issue ...”, 第178页及其后几页; Barboza, “International liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment”。

<sup>181</sup> 2008年12月11日大会第63/124号决议,附件。委员会通过的条款草案及其相关评注转载于《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第53-54段。

<sup>182</sup> 《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第55-56段。

<sup>183</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(见上文脚注153),第49页,第77段。

义务“使各方之间能启动合作,这对履行预防义务是必不可少的”。<sup>184</sup>此外,法院还表示“在处理共享的资源问题时,这些义务(即告知、通知和谈判等程序性义务)尤为重要,因为只有通过沿岸各国之间的密切持续合作,上述资源才能得到保护”。<sup>185</sup>法院表示,“通知义务意在为各方之间的成功合作创造条件,使之能依据尽可能充分的资料,评估计划对河流造成的影响,并在必要情况下就需要做出的调整进行谈判,以避免给河流带来的可能损害”。<sup>186</sup>

73. 与纸浆厂案相比,南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与)中围绕合作义务产生的问题更加复杂。<sup>187</sup>其中涉及的是缔约国(在此案中是日本)与国际捕鲸委员会合作的义务问题。新西兰在书面意见中提出了一些日本有义务与国际捕鲸委员会及科学委员会合作的依据,辩称可以从《联合国海洋法公约》第六十五条、<sup>188</sup>对《国际捕鲸管制公约》附文第30段的解释<sup>189</sup>或国际法院就1980年世卫组织与埃及间关于1951年3月25日协议的解释案出具的咨询意见<sup>190</sup>中推论出上述义务。法院谈到“与[国际捕鲸委员会]及科学委员会合作的义务”<sup>191</sup>以及由此产生的“对[国际捕鲸委员会的]建议给予应有考虑的义务”,<sup>192</sup>但在分析有关问题时并未详细阐述这些论点。法院似乎只是从缔约国与条约机构合作的一般义务中简单推论出上述合作义务。<sup>193</sup>为了实质性地理解其立场,可以认为法院之所以持有这种观点,至少是心照不宣地依循着与上述世卫组织与埃及间关于1951年3月25日协议的解释案咨询意见中相同的论证思路,根据该项咨询意见,创设“相互权利与义务的特别法律机制”的依据是“埃及与该组织之间的法律关系……这

<sup>184</sup> 同上,第56页,第102段。

<sup>185</sup> 同上,第51页,第81段。

<sup>186</sup> 同上,第58页,第113段。

<sup>187</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与)(见上文脚注124),第226页。

<sup>188</sup> 新西兰的书面意见,第94-97段。不过,需要指出的是,《联合国海洋法公约》第六十五条规定各国有义务“通过国际组织”相互合作,而不是与国际组织合作。

<sup>189</sup> 新西兰的书面意见,第95段;另见南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与)(见上文脚注124),第226页,查尔斯沃思专案法官的个别意见,详见第457-458页,第13和第14段。

<sup>190</sup> 世卫组织与埃及间关于1951年3月25日协议的解释案,咨询意见,《1980年国际法院汇编》,第73页。

<sup>191</sup> 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与)(见上文脚注124),第257和第297页,第83和第240段。

<sup>192</sup> 同上,详见第257和第269页,第83和第137段。

<sup>193</sup> 同上,详见第257页,第83段。

种关系的根本核心是一系列彼此合作、秉持诚意的义务”。<sup>194</sup> 可以认为法院的这种立场符合发展国际法的“潮流”，<sup>195</sup> 不过，能否将1946年的《国际捕鲸管制公约》当作一部不断演化的文书，从而为这样的立场提供理由，自然就是另一个问题了。<sup>196</sup>

### E. 诚信原则

74. 在结束关于各国合作义务的本章内容之前，有必要明确在国际合作法中具有核心地位的“诚信”原则的性质。<sup>197</sup> 今天，诚信已不再是一个单纯抽象的原则或完全道德性质的原则。<sup>198</sup> 众所周知，在1973年的核试验案中，国际法院确认“创设和履行法律义务所遵循的基本原则之一是诚信原则，不论这些义务的来源如何”，并且“信任和信心是国际合作的固有内容，在许多领域中的国际合作越来越不可或缺的时代尤其如此”。<sup>199</sup> 法院在纸浆厂案中重申了这一点，指出“国家间的合作机制应遵循诚信原则”。<sup>200</sup> 在执行国际规则层面，法院明确规定《维也纳条约法公约》第二十六条所体现的习惯国际法，即条约必须遵守原则，“适用于条约确立的所有义务，包括对国家间合作必不可少的程序性义务”。<sup>201</sup>

<sup>194</sup> 世卫组织与埃及间关于1951年3月25日协议的解释案(见上文脚注190)，第92-93页，第43段。

<sup>195</sup> 见Murase, “Legal aspects of international environmental regimes: ensuring compliance with treaty obligations”。

<sup>196</sup> 虽然法院明确拒绝以嗣后协定或嗣后实践进行解释的主张(南极捕鲸案(澳大利亚诉日本:新西兰参与)(见上文脚注124)，第257页，第83段)，更不用说对《公约》进行“不断演化的解释”了，然而，法院似乎自相矛盾地提出了“不断演化的文书”的观点，这用薛捍勤法官的话说，给其造成了“潜变效应”(同上，薛捍勤法官的个别意见，第423页，第11段)。

<sup>197</sup> 胡果·格劳秀斯指出“不仅每个国家靠诚信维系，[……]而且由国家组成的更广大社会也是如此。亚里士多德确实说过，如果去掉诚信，‘人们之间的全部交往将不再存在’”。Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, vol. 2, 第860页。另见O'Connor, *Good Faith in International Law*, 第56页及其后几页，详见第81-106页；Murase, “Function of the principle of good faith in international disputes ...”，第569-595页(日文)；同上(秦一禾译)，第267-279页(中文)。

<sup>198</sup> 见Verdross, *Völkerrecht*, 第131-132页；Verdross and Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 第46-48页。

<sup>199</sup> 核试验案(澳大利亚诉法国)，判决(见上文脚注109)，第268页，第46段，以及核试验案(新西兰诉法国)，判决(见上文脚注109)，第473页，第49段。另见边界和跨界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和可受理性，判决，《1988年国际法院汇编》，第69页起，详见第105页，第94段。

<sup>200</sup> 纸浆厂案(见上文脚注153)，第67页，第145段。

<sup>201</sup> 同上。

75. 在相关国家实践及国际性法院和法庭判例的积累过程中，诚信概念吸收了具体的法律内容，在国际法生命周期的每个阶段，<sup>202</sup> ——首先是在创设国际权利和义务阶段，<sup>203</sup> 其次是在解释和适用国际规则层面，<sup>204</sup> 然后是在各国执行国际规则过程中<sup>205</sup> ——都显示出重要作用。因此，诚信原则将有助于确保由价值观不同且利益相互冲突的国家所组成的国际社会维持“一致和统一”的法律秩序。<sup>206</sup>

76. 随着国际社会在功能上日益一体化，在为实现具体目标而建立国际制度方面，要求条约缔约国本着诚意履行与其他缔约国和相关国际组织合作的义务。具体而言，早在1980年，诚信义务就已经成为考虑因素，当时国际法院就世卫组织与埃及间关于1951年3月25日协议的解释案出具了咨询意见，指出“每个案件中的首要考虑因素……必须是为促进[制度的]目标和宗旨本着诚意进行合作的明确义务”。<sup>207</sup>

<sup>202</sup> 见Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, 第68页起，第112-113页。

<sup>203</sup> 见核试验案(新西兰诉法国)，判决，《1974年国际法院汇编》，第457页起，详见第473页，第49段，以及核试验案(澳大利亚诉法国)，判决(见上文脚注109)，第268页，第46段。指出“正如条约法中的条约必须遵守规则本身即以诚信为基础那样，通过单方面声明承担的国际义务具有约束性也是基于诚信”。

<sup>204</sup> 《维也纳条约法公约》第三十一条第一项规定的诚信原则在解释和适用方面的作用广为人知。详见Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, 第137页及其后几页；Sinclair, *The Vienna Convention of the Law of Treaties*, 第119-120页；Gardiner, *Treaty Interpretation*, 第147-161页。

<sup>205</sup> 在执行层面，一个诚信条款的典型例子是《联合国海洋法公约》第三百条。有三个层面应当考虑：(a) 本着诚意谈判和协商(例如，北海大陆架案(见上文脚注64)第46和第47页，第85段；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33页，第78段；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202页，第70段；缅甸湾区域海洋边界划界案，判决，《1984年国际法院汇编》，第46页起，详见第299页，第112段)；(b) 排除权利滥用(参见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)；以及(c) 出于诚意来维持一种制度(例如，世卫组织与埃及间关于1951年3月25日协议的解释案(见上文脚注190)，第96页，第49段)。

<sup>206</sup> Kolb, *La bonne foi en droit international public...*, 第685-686页。Schwarzenberger在*The Dynamics of International Law*中说道“关于诚信的规则发挥相对性作用。它们将绝对的法律权利转换为法律和规范逻辑面目背后的相对权利，锻炼司法裁量权的行使并促进国际法规则的有机生长。条约解释和国际责任方面的规则比任何其他规则都更明确地见证了诚信原则在国际法律制度中的这种充满活力的作用”(第71页)。

<sup>207</sup> 世卫组织与埃及间关于1951年3月25日协议的解释案(见上文脚注190)，第96页，第49段。



虽然在保护大气层领域设想建立一个强有力的国际制度并要求缔约国履行其作为该制度“代理人”的义务还为时太早，但看起来国际社会正在这一领域和其他领域中逐步朝着实现诚信的方向迈进。<sup>208</sup> 基于对上述所有因素的考虑，可以得出的结论是，诚信原则被视为现代国际法的基本原则之一，且其作为国际合作基础的固有和根本价值是必不可少的。

<sup>208</sup> Murase, *International Lawmaking* (日文), 第575页; 同上(中文), 第272页。

## 第六章 结 论

78. 在第二次报告中，特别报告员的目标是介绍关于项目定义与范围的一般指南草案以及三条关于保护大气层问题基本原则的指南草案(三条指南草案全部转载于下文附件)。这三条基本原则，即人类的共同关切原则、国家的一般义务原则和国际合作原则，从根本上是相互关联的，组成三位一体来保护大气层。此外，它们都是在国家实践中得到确立的原则。正如特别报告员在第一次报告中着重指出以及委员会的委员们所强调的那样，委员会的基本作用是从一般国际法的角度分析国际环境法等特殊制度的问题。<sup>209</sup> 特别报告员将在2016年第三次报告中使用同样的方法，继续研究其余的基本原则，包括使用自己财产时不得损害他人财产原则、可持续发展原则和公平原则。

79. 关于未来的工作计划，特别报告员最初是在第一次报告中指出了工作计划的内容。<sup>210</sup> 考虑到委员会的委员们曾表示希望看到一个关于本五年期及之后工作的更详细计划，现将2016年后的详细计划载列如下。希望这个专题的有关工作能在2020年之前完成。

### 第三次报告(2016年)

#### 第三部分 基本原则(续)

指南草案6：使用自己财产时不得损害他人财产原则

<sup>209</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/667号文件，第17-18段。

<sup>210</sup> 同上，第92段。

77. 鉴于以上所述，拟议的指南草案如下：

#### “指南草案5 国际合作

“(a) 各国义务本着诚意为了保护大气层而彼此合作并与有关国际组织合作。

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

指南草案7：可持续发展原则(利用大气层和环境  
影响评估)

指南草案8：公平原则

指南草案9：特殊情形和脆弱性

#### 第四次报告(2017年)

#### 第四部分 预防和防范

指南草案10：预防

指南草案11：应尽义务

指南草案12：防范

#### 第五次报告(2018年)

#### 第五部分 与国际法其他相关领域的相互关系

指南草案13：指导相互关系的原则

指南草案14：海洋法

指南草案15：国际贸易法

指南草案16：国际人权法

#### 第六次报告(2019年)

#### 第六部分 遵守和争端解决

指南草案17：遵守和执行

指南草案18：争端解决

序言草案

完成对指南草案的一读

#### 第七次报告(2020年)

对指南草案的二读

## 附件

## 指南草案

## 第一部分：一般指南

## 指南草案1 用语

为了本指南草案的目的，

(a) “大气层”是指环绕地球、引起退化的物质在其中得到输送和扩散的气圈。

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

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

[将在稍后的阶段拟议其他术语的定义。]

## 指南草案2 指南的范围

(a) 本指南草案处理直接或间接将有害物质或能量引入大气层或改变大气层的组成，并且对人的生命和健康及地球的自然环境产生重大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其与国际法其他相关领域的相互关系。

(c) 本指南草案中无任何内容意在影响空气空间在适用国际法之下的法律地位。

## 第二部分 基本原则

## 指南草案3 人类的共同关切

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

## 指南草案4 各国

## 保护大气层的一般义务

各国有保护大气层的义务。

## 指南草案5 国际合作

(a) 各国有义务本着诚意为保护大气层而彼此合作并与有关国际组织合作。

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



# 危害人类罪

[议程项目 10]

A/CN.4/680 号文件\*

## 特别报告员肖恩·墨菲先生关于危害人类罪的第一次报告\*\*

[原文：英文]  
[2015年2月17日]

### 目 录

	页 次	
本报告引用的多边文书.....	222	
本报告引用的著作.....	224	
		段 次
导言.....	1-9	230
A. 专题列入委员会工作方案 .....	1	230
B. 本报告的目的与结构 .....	2-9	230
章 次		
一、 为何需要危害人类罪公约？ .....	10-26	231
A. 危害人类罪公约的目标 .....	10-15	231
B. 各国的反应 .....	16-19	232
C. 危害人类罪公约与包括《罗马规约》在内的其他条约的关系 .....	20-26	233
二、 危害人类罪的背景 .....	27-64	234
A. 危害人类罪的概念 .....	27-28	234
B. 禁止危害人类罪的规定历史 .....	29-39	235
C. 当代国际和特别法院及法庭审理的危害人类罪 .....	40-51	238
D. 国内法中的危害人类罪 .....	52-64	242
三、 促进防止各种罪行、将其定为刑事罪行以及为此进行国家间合作的现有多边公约 .....	65-77	245
A. 1948年《灭绝种族罪公约》 .....	66-68	246
B. 1949年日内瓦四公约及其《第一附加议定书》 .....	69-72	246
C. 其他可能相关的公约 .....	73-77	247
四、 防止及惩治危害人类罪 .....	78-120	248
A. 防止危害人类罪义务 .....	85-110	249
1. 条约 .....	85-88	249
2. 条约机构的评论 .....	89-93	251
3. 联合国决议 .....	94	252

\* 已纳入 A/CN.4/680/Corr.1 号文件的内容。

\*\* 特别报告员感谢 Daniel Aum, Jennifer Babaie, Gwendelynn Bills, Arturo Carrillo, Túlio Di Giacomo Toledo, Anne Dienelt, Joshua Doherty, Sarah Freuden, Beatrice Gatti, Caitlin Johnson, Larry Johnson, Annalise Nelson, Darryl Robinson, Leila Sadat, Elizabeth Santalla, Herb Somers, Jennifer Summerville, Larissa van den Herik, Beth Van Schaack, Laura Withers 以及乔治·华盛顿大学人权研究所为编写本报告提供的宝贵协助。

章 次	段 次	页 次
4. 判例法.....	95-105	252
5. 国际法学家.....	106-110	254
B. 防止及惩治危害人类罪的义务.....	111-119	255
1. 防止及惩治的一般义务.....	112-113	255
2. 防止的具体措施.....	114-117	256
3. 不容克减的规定.....	118-119	257
C. 第1条草案: 防止及惩治危害人类罪.....	120	257
五、 危害人类罪的定义.....	121-177	257
A. “广泛或有系统的”攻击.....	125-132	259
B. “针对任何平民人口”.....	133-144	261
C. 非国家行为体.....	145-150	264
D. “明知这一攻击”.....	151-152	266
E. 被禁止的行为类型.....	153-175	267
F. 第2条草案: 危害人类罪的定义.....	176-177	272
六、 今后的工作方案.....	178-182	273
附件 拟议的条款草案.....		274

### 本报告引用的多边文书

#### 来 源

关于陆战法规和惯例的海牙公约:《第二公约》[英](1899年7月29日,海牙)和《第四公约》[英](1907年10月18日,海牙)	J. B. Scott (编), <i>The Hague Conventions and Conventions of 1899 and 1907</i> , 3rd ed. New York, Oxford University Press, 1918年, 第100页。
《协议及参战各国对德合约》(《凡尔赛和约》)[英](1919年6月28日,凡尔赛)	<i>British and Foreign State Papers</i> , 1919年, 第一百一十二卷, 伦敦, 皇家印务局, 1922年, 第1页。
《协议及参战各国对奥地利合约》(《圣日耳曼昂莱和约》)[英](1919年9月10日, 圣日耳曼昂莱)	同上, 第317页。
《协议及参战各国对保加利亚合约》(《塞纳河畔讷伊和约》)[英](1919年11月27日, 塞纳河畔讷伊)	同上, 第781页。
《协议及参战各国对匈牙利合约》(《特里亚农和约》)[英](1920年6月4日, 特里亚农)	同上, 1920年, 第一百一十三卷, 伦敦, 皇家印务局, 1923年, 第486页。
《[大英帝国、法国、意大利、日本、希腊、罗马尼亚和塞尔维亚-克罗地亚-斯洛文尼亚国对土耳其]和约》(《洛桑条约》)[英](1923年7月24日, 洛桑)	国际联盟,《条约汇编》,第二十八卷, 第11页。
《关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》[英](1945年8月8日, 伦敦)和《纠正宪章案文偏差议定书》[英](1945年10月6日, 柏林)	联合国,《条约汇编》,第82卷, 第251号, 第279页。另见《柏林议定书》的全文, <i>Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal</i> , vol. 1 (1947), 第17-18页。
《远东国际军事法庭宪章》(1946年1月19日, 东京)	转载于 <i>Documents on American Foreign Relations</i> , vol. VIII, Princeton University Press, 1948年, 第355页。

## 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。
- 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] 同上,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] 同上,第85页。
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《第三公约》)[英] 同上,第135页。
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《第四公约》)[英] 同上,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1125卷,第17513号,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。
- 《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制之制度与习俗补充公约》(1956年9月7日, 日内瓦) 同上,第266卷,第3822号,第3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》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月16日, 纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171页。
- 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》[英](1968年11月26日, 纽约) 同上,第754卷,第10823号,第73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。
- 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》[英](1971年9月23日, 蒙特利尔) 同上,第974卷,第14118号,第177页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日, 纽约) 同上,第1015卷,第1486号,第243页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日, 纽约) 同上,第1035卷,第15410号,第167页。
- 《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》[英](1974年1月25日, 斯特拉斯堡) 欧洲委员会,《欧洲条约汇编》,第82号。
- 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日, 纽约) 联合国,《条约汇编》,第1316卷,第21931号,第205页。
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979年12月18日, 纽约) 同上,第1249卷,第20378号,第13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。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》(2002年12月18日, 纽约) 同上,第2375卷,第24841号,第237页。
- 《美洲防止和惩处酷刑公约》[英](1985年12月9日, 卡特赫纳德印第亚斯) 美洲组织,《条约汇编》,第67号。
- 《儿童权利公约》(1989年11月20日, 纽约) 联合国,《条约汇编》,第1577卷,第27531号,第3页。
- 《美洲被强迫失踪人员公约》[英](1994年6月9日, 贝伦) 美洲组织, *Official documents, OEA/Ser.A/55 (SEPF)*号文件。另见《国际法律资料》,第33卷,第6号,1994年,第1529页。
- 《联合国人员和有关人员安全公约》(1994年12月9日, 纽约) 联合国,《条约汇编》,第2051卷,第35457号,第363页。
- 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》(1997年12月15日, 纽约) 同上,第2149卷,第37517号,第256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。
- 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000年11月15日, 纽约) 同上,第2225卷,第39574号,第209页。

- 《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》(2000年11月15日, 纽约)
- 《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视的议定书》[英](2006年11月29日, 内罗毕)
- 《大湖区安全、稳定和发展公约》[英](2006年12月15日, 内罗毕)
- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年12月20日, 纽约)
- 《欧洲委员会预防和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》(2011年5月11日, 伊斯坦布尔)
- 《〈非洲司法和人权法院规约议定书〉修正议定书》(《马拉博议定书》)[英](2014年6月27日, 马拉博)
- 同上, 第2237卷, 第39574号, 第319页。
- 可查阅 [www.icglr.org/index.php/en/the-pact](http://www.icglr.org/index.php/en/the-pact)。
- 《国际法律资料》, 第46卷(2007年), 第175页。关于经2012年修正的案文, 可查阅 [www.icglr.org/index.php/en/the-pact](http://www.icglr.org/index.php/en/the-pact)。
- 联合国, 《条约汇编》, 第2716卷, 第48088号, 第3页。
- 欧洲委员会, 《欧洲条约汇编》, 第210号。
- 可查阅 [www.au.int/en/treaties](http://www.au.int/en/treaties)。

### 本报告引用的著作

- ACQUAVIVA, Guido, and Fausto POCAR  
“Crimes against humanity”, in Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II. Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 855.
- ADAMS, Sandra  
*Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht*. Berlin, Duncker and Humblot, 2013.
- AKHAVAN, Payam  
“The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions: the need for a treaty-based obligation to prosecute”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 28–42.
- ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana  
*La persecución como crimen contra la humanidad*. BARCELONA, UNIVERSITAT DE BARCELONA, 2011.
- ALVAREZ, Alejandro E.  
“The implementation of the ICC Statute in Argentina”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), pp. 480–492.
- AMATI, Enrico  
“I crimini contro l’umanità”, in Enrico Amati et al., eds., *Introduzione al Diritto Penale Internazionale*, 2nd ed. Milan, Giuffrè, 2010, pp. 411 et seq.
- AMBOS, Kai  
*Estudios de derecho penal internacional*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- AMBOS, Kai, and Steffen WIRTH  
“The current law of crimes against humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), pp. 1–90.  
“El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad”, in Kai Ambos, ed., *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 167 et seq.
- AMNESTY INTERNATIONAL  
*Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World*. 2011.
- ARENDRT, Hannah  
*Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, rev. ed. New York, Penguin, 1994.
- ARONÉANU, Eugène  
*Le crime contre l’humanité*. Toulouse, Dalloz, 1961.
- BADAR, Mohamed Elewa  
“From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity”, *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), pp. 73–144.
- BAADE, Hans W.  
“The Eichmann trial: some legal aspects”, *Duke Law Journal*, vol. 10 (1961), pp. 400–420.
- BASSIOUNI, M. Cherif  
“‘Crimes against humanity’: The need for a specialized convention”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31 (1994), pp. 457–494.  
*Crimes against Humanity in International Law*, 2nd rev. ed. The Hague, Kluwer Law International, 1999.  
“World War I: ‘The war to end all wars’ and the birth of a handicapped international criminal justice system”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30 (2002), pp. 244–291.  
“Crimes against humanity: the case for a specialized convention”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9 (2010), pp. 575–594.  
*Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.  
“Revisiting the architecture of crimes against humanity: almost a century in the making, with gaps and ambiguities remaining—the need for a specialized convention”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 43–58.
- BAXTER, R. R.  
“Multilateral treaties as evidence of customary international law”, *BYBIL* 1965–1966, vol. 41, pp. 275–300.
- BAZELAIRE, Jean-Paul, and Thierry CRETIN  
*La justice pénale internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye*. Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- BECKER, Astrid  
*Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit—Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts*. Berlin, Duncker and Humblot, 1996.

- BEN-NAFTALI, Orit  
 “The obligation to prevent and punish genocide”, in Paolo Gaeta, *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 27–57.
- BERGSMO, Morten, Mads HARLEM and Nuobo HAYASHI, eds.  
*Importing Core International Crimes into National Law*, 2nd ed. Oslo, Tokel Opsahl, 2010.
- BERGSMO, Morten, and SONG, Tianying, eds.  
*On the Proposed Crimes against Humanity Convention*. Brussels, Torkel Opsahl, 2014.
- BETTATI, Mario  
 “Le crime contre l’humanité”, in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux and Alain Pellet, eds., *Droit international penal*, 2nd rev. ed. Paris, Pedone, 2012, pp. 103–124.
- BOISTER, Neil, and Robert CRYER  
*The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- BOSLY, Henri D., and Damien VANDERMEERSCH  
*Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice: les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*. 2nd ed. Brussels, Bruylant, 2012.
- BRAND, James T.  
 “Crimes against humanity and the Nürnberg trials”, *Oregon Law Review*, vol. 28 (1949), pp. 93–119.
- BURGERS, J. Herman, and Hans DANIELIUS  
*The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida  
*La Tipificación Internacional de los Crímenes Contra la Humanidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CAPUS, Nadja  
 “Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht”, *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis*, vol. 24 (2006), pp. 247–254.
- CASSESE, Antonio  
 “Crimes against humanity”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones, eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 353–378.  
*International Criminal Law*, 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, Antonio, and Mireille DELMAS-MARTY, eds.  
*Juridictions nationales et crimes internationaux*. Paris, Presses Universitaires de France, 2002.
- CERONE, John  
 “The jurisprudential contributions of the ICTR to the legal definition of crimes against humanity—The evolution of the nexus requirement”, *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 14 (2008), pp. 191–202.
- CHALANDON, Sorj, and Pascale NIVELLE  
*Crimes contre l’humanité—Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*. Paris, Plon, 1998.
- CHESTERMAN, Simon  
 “An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 10 (2000), pp. 307–344.
- CLARK, Roger S.  
 “Crimes against humanity at Nuremberg”, in George Ginsburgs and V.N. Kudriavtsev, eds., *The Nuremberg Trial and International Law*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 177–198.  
 “Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court”, in Roger S. Clark, Ferdinand Feldbrugge and Stanislaw Pomorski, eds., *International and National Law in Russia and Eastern Europe: Essays in Honor of George Ginsburgs*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 139–156.  
 “History of efforts to codify crimes against humanity”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 8–27.
- CURRAT, Philippe  
*Les crimes contre l’humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*. Brussels, Bruylant, 2006.
- CURRIE, Robert J., and Joseph RIKHOF  
*International and Transnational Criminal Law*, 2nd ed. Toronto, Irwin Law, 2014.
- DAUTRICOURT, Joseph Y.  
 “Crime against humanity: European views on its conception and its future”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 40 (1949–1950), pp. 170–380.
- DEGUZMAN, Margaret M.  
 “The road from Rome: the developing law of crimes against humanity”, *Human Rights Quarterly*, vol. 22 (2000), pp. 335–403.  
 “Crimes against humanity”, in Bartram S. Brown, ed., *Research Handbook on International Criminal Law*. Cheltenham, Edgar Elgar, 2011, pp. 62–83.
- DELMAS-MARTY, Mireille  
 “Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme et l’irréductible humain”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 11 (1994), pp. 477–490.
- DELMAS-MARTY, Mireille, et al.  
*Le crime contre l’humanité*. Paris, Presses Universitaires de France, 2009.
- DHENA, Pétillon Muyambi  
*Droit d’ingérence humanitaire et normes internationales impératives: Essai sur les crimes de guerre, crimes contre l’humanité et crime de génocide*. Paris, l’Harmattan, 2012.
- DINSTEIN, Yoram  
 “Crimes against humanity”, in Jerzy Makarczyk, ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski*. The Hague, Kluwer, 1996, pp. 891–908.
- DONAT-CATTIN, David  
 “A general definition of crimes against humanity under international law”, *Revue de droit penal et des droits de l’homme*, vol. 8 (1999), pp. 83 et seq.
- DONDÉ MATUTE, Javier  
 “Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in Christian Steffen, ed., *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, vol. II, pp. 205–228. Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.  
*Tipos Penales en el Ámbito Internacional*, 2nd ed. Mexico City, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012.
- DORIA, José  
 “Whether crimes against humanity are backdoor war crimes”, in José Doria, Hans-Peter Gasser and M. Cherif Bassiouni, eds., *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 645–660.



- DU PLESSIS, Max  
 “South Africa’s implementation of the ICC Statute—an African example”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), pp. 460–479.
- EBOE-OSUJI, Chile  
 “Crimes against humanity: directing attacks against a civilian population”, *African Journal of Legal Studies*, vol. 2 (2008), pp. 118–129.
- ECONOMIDES, Constantin P.  
 “Content of the obligation: obligations of means and obligations of result”, in James Crawford *et al.*, *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 371–382.
- EL ZEIDY, Mohamed M.  
*The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- ESER, Albin *et al.*, eds.  
*National Prosecution of International Crimes*, 6 vols. Freiburg, Max Planck Institute, 2003–2006.
- FAWCETT, J. E. S.  
 “The *Eichmann* case”, *BYBIL*, vol. 38 (1962), pp. 181–215.
- FERSTMAN, Carla J.  
 “Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 9 (1997), pp. 857–877.
- FOCARELLI, Carlo  
*Diritto Internazionale*, vol. I: *Il sistema degli Stati e i valori comuni dell’umanità*, 2nd ed., Padua, CEDAM, 2012.
- FOURNET, Caroline  
*Genocide and Crimes against Humanity—Misconceptions and Confusion in French Law and Practice*. Oxford, Hart, 2013.
- GAETA, Paolo  
 “On what conditions can a State be held responsible for genocide?”, *EJIL*, vol. 18 (2007), pp. 631–648.
- GAETA, Paolo, ed.  
*The UN Genocide Convention: A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro  
 “The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States”, *International Criminal Law Review*, vol. 10 (2010), pp. 453–459.
- GERAS, Norman  
*Crimes against Humanity: Birth of a Concept*. Manchester, Manchester University Press, 2011.
- GARIBIAN, Sévane  
*Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs de l’État moderne: Naissance et consécration d’un concept*. Geneva, Schulthess, 2009.
- GIL GIL, Alicia  
*El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales*. Valencia, UNED, 1999.  
 “Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 112 (2000), pp. 381–397.  
 “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘los elementos de los crímenes’”, in Kai Ambos, ed., *La Nueva Justicia Penal Supra-*  
*nacional: Desarrollos Post-Roma*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 65–104.
- GRAVEN, Jean  
 “Les crimes contre l’humanité”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1950-I*, vol. 76 (1950), pp. 433–605.
- GREPPI, Edoardo  
*I crimini di guerra e contro l’umanità nel diritto internazionale*. Turin, UTET, 2001.
- HALL, Christopher K., *et al.*  
 “Article 7: Crimes against humanity”, in Otto Triffterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, 2nd ed. Munich, C.H. Beck, 2008, pp. 159–274.
- HALLING, Matt  
 “Push the envelope—watch it bend: removing the policy requirement and extending crimes against humanity”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), pp. 827–845.
- HANSEN, Thomas Obel  
 “The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya”, *The George Washington University International Law Review*, vol. 43 (2011), pp. 1–42.
- HELLER, Kevin Jon  
*The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- HWANG, Phyllis  
 “Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Fordham International Law Journal*, vol. 22 (1998), pp. 457–504.
- HUNEEUS, Alexandra  
 “International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights bodies”, *AJIL*, vol. 107 (2013), pp. 1–44.
- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW CLINIC, GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY LAW SCHOOL  
 “Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction”. 2013. Updated and reprinted in part in Arturo J. Carrillo and Annalise K. Nelson, “Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction”, *George Washington International Law Review*, vol. 46 (2014), pp. 481–530.
- JALLOH, Charles Chernor  
 “Case report: situation in the Republic of Kenya”, *AJIL*, vol. 105 (2011), pp. 540–546.  
 “What makes a crime against humanity a crime against humanity”, *American University International Law Review*, vol. 28 (2013), pp. 381–442.
- JALLOH, Charles Chernor, and Simon M. MEISENBERG, eds.  
*The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2012.
- JOHNSON, D. H. N.  
 “The draft code of offences against the peace and security of mankind”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 4 (1955), pp. 445–468.
- JUROVICS, Yann  
*Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité*. Paris, LGDJ, 2002.
- KIRSCH, Stefan  
*Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*. Frankfurt, Peter Lang, 2009.

- “Two kinds of wrong: on the context element of crimes against humanity”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 22 (2009), pp. 525–541.
- KITTICHAISAREE, Kriangsak  
*International Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- KLEFFNER, Jann K.  
“The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), pp. 86–103.  
*Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- KOLB, Robert  
“The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes”, *BYBIL*, vol. 71 (2000), pp. 259–315.  
“The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2000–2004)”, *BYBIL*, vol. 75 (2004), pp. 269–335.  
“The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2004–2013)”, *BYBIL*, vol. 84 (2014), pp. 131–186.
- KRESS, Claus  
“On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflections on the March 2010 ICC *Kenya* decision”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), pp. 855–873.
- KRIEBAUM, Ursula  
“Prevention of human rights violations”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2 (1997), pp. 155–190.
- KUSCHNIK, Bernhard  
“The legal findings of crimes against humanity in the *Al-Dujail* judgments of the Iraqi High Tribunal: a forerunner for the ICC?”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 7 (2008), pp. 459–484.  
*Der Gesamtatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit: Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen*. Berlin, Duncker and Humblot, 2009.
- LAFONTAINE, Fannie  
“Parties to offences under the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act: an analysis of principal liability and complicity”, *Les Cahiers de Droit*, vol. 50 (2009), pp. 967–1014.
- LATTIMER, Mark, and Philippe SANDS, eds.  
*Justice for Crimes against Humanity*. Oxford, Hart, 2003.
- LAUTERPACHT, Elihu  
*The Life of Hersch Lauterpacht*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LEE, Roy S. K., et al., eds.  
*The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley, New York, Transnational, 2001.
- LIPPMAN, Matthew  
“Crimes against humanity”, *Boston College Third World Law Journal*, vol. 17 (1997), pp. 171–274.
- LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar A.  
*Derecho Internacional y Crímenes Contra la Humanidad*, 3rd ed. Montevideo, Asociación Americana de Juristas, 2006.
- LUBAN, David  
“A theory of crimes against humanity”, *Yale Journal of International Law*, vol. 29 (2004), pp. 85–168.
- MACLEOD, Christopher  
“Towards a philosophical account of crimes against humanity”, *EJIL*, vol. 21 (2010), pp. 281–302.
- MANSFIELD, Leslie  
“Crimes against humanity: reflections on the fiftieth anniversary of Nuremberg and a forgotten legacy”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 64 (1995), pp. 293–342.
- MANSKE, Gisela  
*Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*. Berlin, Duncker and Humblot, 2003.
- MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen  
*El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo de los Crímenes Contra La Humanidad*. Seville, Universidad de Sevilla, 2008.
- MAY, Larry  
*Crimes against Humanity: A Normative Account*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MCCORMACK, Timothy L. H.  
“Crimes against humanity”, in Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly, eds., *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*. Oxford, Hart, 2004, pp. 179–202.
- MERON, Theodor  
“The Martens clause, principles of humanity, and dictates of public conscience”, *AJIL*, vol. 94 (2000), pp. 78–89.
- MESEKE, Stephan  
“La contribution de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l’incrimination du crime contre l’humanité”, in Mario Chiavario, ed., *La justice pénale internationale entre passé et avenir*. Milan, Giuffrè Editore, 2003, pp. 173–222.  
*Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes: Eine völkerstrafrechtliche Analyse*. Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- METTRAUX, Guénaël  
“Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda”, *Harvard International Law Journal*, vol. 43 (2002), pp. 237–316.  
“The definition of crimes against humanity and the question of a ‘policy’ element”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 142–176.
- MILLER, Robert H.  
“The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity”, *AJIL*, vol. 65 (1971), pp. 476–501.
- MOIR, Lindsay  
“Crimes against humanity in historical perspective”, *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 3 (2006), pp. 101–130.
- MORLACHETTI, Alejandro  
“Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, in Horacio J. Romero Villanueva, *La Prescripción Penal*. Gerli, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 137–196.
- NOWAK, Manfred, and Elizabeth McARTHUR  
*The United Nations Convention against Torture: A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

- OLSON, Laura M.  
 “Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity: inter-State cooperation, mutual legal assistance, and the *aut dedere aut judicare* obligation”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 323–344.
- OOSTERVELD, Valerie L.  
 “The making of a gender-sensitive International Criminal Court”, *International Law Forum du Droit International*, vol. 1, No. 1 (1999), pp. 38–41.  
 “Gender-based crimes against humanity”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 78–101.
- PALOMBINO, Fulvio Maria  
 “The overlapping between war crimes and crimes against humanity in international criminal law”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 12 (2002), pp. 123–148.
- PARENTI, Pablo F., Leonardo FILIPPINI and Hernán L. FOLGUEIRO, eds.  
*Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: origen y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- PICTET, Jean, ed.  
*The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV. Geneva, ICRC, 1958.
- PIQUÉ, Maria Luisa  
 “Beyond territory, jurisdiction, and control: towards a comprehensive obligation to prevent crimes against humanity”, in Morten Bergsmo and Tianying Song, eds., *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*. Brussels, Torkel Opsahl, 2014, pp. 135–172.
- RAMCHARAN, Bertrand  
*The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.
- RAMELLA, Pablo A.  
*Crímenes contra la humanidad*. Buenos Aires, Depalma, 1986.  
*Crimes contra a humanidade*, Fernando Pinto, transl. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- REIGER, Caitlin, and Marieke WIERDA  
 “The serious crimes process in Timor-Leste: in retrospect”. New York, International Center for Transitional Justice, 2006.
- ROBERGE, Marie-Claude  
 “Jurisdiction of the *ad hoc* Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide”, *International Review of the Red Cross*, vol. 321 (1997), pp. 651 *et seq.*
- ROBINSON, Darryl  
 “Defining ‘crimes against humanity’ at the Rome Conference”, *AJIL*, vol. 93 (1999), pp. 43–56.  
 “The draft convention on crimes against humanity: what to do with the definition?”, in Morten Bergsmo and Tianying Song, eds., *On the Proposed Crimes Against Humanity Convention*. Brussels, Torkel Opsahl, 2014, pp. 103–134.  
 “The elements of crimes against humanity”, in Roy S. Lee, eds., *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley, Transnational, 2001, pp. 57–79.  
 “Crimes against humanity: a better policy on ‘policy’”, in Carsten Stahn, ed., *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 705–731.
- ROMERO MENDOZA, Alfredo, ed.  
*Crímenes de Lesa Humanidad: Un Enfoque Venezolano*. Caracas, El Nacional, 2004.
- ROSCINI, Marco  
 “Great expectations—the implementation of the Rome Statute in Italy”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), pp. 493–512.
- RICCI, Benjamin  
*Crimes against Humanity: A Historical Perspective*. New York, iUniverse, 2004.
- RICHARD, Guy, ed.,  
*L’histoire inhumaine : massacres et génocides des origines à nos jours*. Paris, Armand Colin, 1992.
- SADAT, Leila  
 “The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: from Touvier to Barbie and back again”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 32 (1994), pp. 289–380.  
 “Crimes against humanity in the modern age”, *AJIL*, vol. 107 (2013), pp. 334–377.
- SADAT, Leila, ed.  
*Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- SALMON, Jean  
 “Duration of the breach”, in JAMES CRAWFORD *et al.*, *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 383–396.
- SCHABAS, William A.  
*The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.  
 “State policy as an element of international crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98 (2008), pp. 953–982.  
*Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.  
 “Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: closing the loopholes”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), p. 847–853.  
*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SCHARF, Michael P.  
 “The Iraqi High Tribunal: a viable experiment in international justice?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 (2007), pp. 258–263.
- SCHWARZENBERGER, Georg  
 “The Eichmann judgment”, *Current Legal Problems*, vol. 15 (1962), pp. 248–266.
- SCHWELB, Egon  
 “Crimes against humanity”, *BYBIL*, vol. 23 (1946), pp. 178–226.
- SEIBERT-FOHR, Anja  
 “The ICJ judgment in the Bosnian Genocide case and beyond: a need to reconceptualize?”, in Christoph Safferling and Eckart Conze, eds., *The Genocide Convention Sixty Years after its Adoption*, The Hague, T.M.C. Asser, pp. 245–258.
- SHELTON, Dinah L., ed.,  
*Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*. Farmington Hills, Michigan, Macmillan Reference, 2005.
- SIMMA, Bruno  
 “Genocide and the International Court of Justice”, in Christoph Safferling and Eckart Conze, eds., *The Genocide Conven-*

- tion *Sixty Years after its Adoption*. The Hague, T.M.C. Asser, 2010, pp. 259–274.
- SLUITER, Göran  
 “‘Chapeau elements’ of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc tribunals”, in Leila Nadya Sadat, ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 102–141.
- SLYE, Ronald C.  
 “Refugee jurisprudence, crimes against humanity, and customary international law”, in Anne F. Bayefsky, ed., *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers: Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 249–268.
- ŠTURMA, Pavel  
 “K návrhu Kodexu zločinů proti míru a bezpečnosti lidstva”, *Pravník*, vol. 128 (1989), pp. 879–892.
- TAMS, Christian  
 “Article I”, in Christian Tams, Lars Berster and Björn Schiffbauer, eds., *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*. Munich, C.H. Beck, 2014, pp. 33–78.
- TAMS, Christian, Lars BERSTER and Björn SCHIFFBAUER, eds.  
*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*. Munich, C.H. Beck, 2014.
- TAYLOR, Telford  
*Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10*. Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1949.
- UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION  
*History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*. London, Her Majesty’s Stationery Office, 1948.
- VALENCIA VILLA, Alejandro  
 “Los crímenes de lesa humanidad: su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso colombiano”, in Hector Olásolo Alonso and Salvador Cuenca Curbelo, eds., *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, vol. 1, pp. 119–126.
- VAN DEN HERIK, Larissa  
*The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.  
 “The Dutch engagement with the project of international criminal justice”, *Netherlands International Law Review*, vol. 55 (2010), pp. 303–322.  
 “Using custom to reconceptualize crimes against humanity”, in Shane Darcy and Joseph Powderly, eds., *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 80.
- VAN DER WOLF, Willem-Jan, ed.  
*Crimes against Humanity and International Law*. The Hague, International Courts Association, 2011.  
*Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts*. The Hague, International Courts Association, 2011.
- VAN DER WOLF, R. W. F., ed.,  
*The Case Against Charles Taylor*. The Hague, International Courts Association, 2013.
- VAN HEUGTEN, Ellen and P. A. VAN LAAR, eds.  
*The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity: The Dujail Case*. Nijmegen, International Courts Association, 2011.
- VAN SCHAACK, Beth  
 “The definition of crimes against humanity: resolving the incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37 (1999), pp. 787–850.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo  
 “El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional”, in *Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights, 1998, vol. II, pp. 1523–1532.
- VERMEULEN, Marthe Lot  
*Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Cambridge, Intersentia, 2012.
- VERNON, Richard  
 “What is crime against humanity?”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 10 (2002), pp. 231–364.
- VON HEBEL, Herman  
 “Crimes against humanity under the Rome Statute”, in Peter J. van Krieken, ed., *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 1999, pp. 105–118.
- VON HEBEL, Herman, and Darryl ROBINSON  
 “Crimes within the jurisdiction of the Court”, in Roy S. Lee, ed., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*. Leiden, Kluwer Law International, 1999, pp. 79–126.
- VULTEJUS, Ulrich  
 “Verbrechen gegen die Menschlichkeit”, *Strafverteidiger*, vol. 12 (1992), pp. 602–607.
- WEBER, Travis  
 “The obligation to prevent in the proposed convention examined in light of the obligation to prevent in the Genocide Convention”, in Morten Bergsmo and Tianying Song (eds.), *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*, Brussels, Torkel Opsahl, 2014, pp. 173–200.
- WEISS, Norman  
 “Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid: Wie beurteilen sich diese Vorfälle aus der Perspektive der Kinder, die gewaltsam gezeugt wurden?”, *MenschenRechtsMagazin*, vol. 6 (2001), pp. 132–142.
- WERLE, Gerhard and Boris BURGHARDT  
 “Do crimes against humanity require the participation of a State or a ‘State-like’ organization?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10 (2012), pp. 1151–1170.
- WERLE, Gerhard and Florian JESSBERGER  
 “International criminal justice is coming home: the new German Code of Crimes against International Law”, *Criminal Law Forum*, vol. 13 (2002), pp. 191–223.
- YAP, James  
 “Aut deportare aut judicare: current topics in international humanitarian law in Canada”, in Derek Jinks, Jackson N. Maogoto and Solon Solomon, eds., *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*. The Hague, T.M.C. Asser Press, 2014, pp. 355–387.

## 导 言

### A. 专题列入委员会工作方案

1. 在2013年第六十五届会议上,国际法委员会决定将“危害人类罪”专题列入长期工作方案。<sup>1</sup> 2013年第六委员会辩论之后,<sup>2</sup>大会表示注意到这一情况。<sup>3</sup> 在2014年第六十六届会议上,委员会决定将该专题列入其当前工作方案,并任命了一名特别报告员。经2014年第六委员会辩论之后,大会表示也注意到了这一步骤。<sup>4</sup>

### B. 本报告的目的与结构

2. 本报告的目的是探讨拟订可成为一部危害人类罪国际公约基础的条款草案可能带来的好处。此外,报告还就危害人类罪概念——作为国际法的一个方面——的出现、国际性法院和法庭适用这一概念的情况以及其纳入一些国家国内法的情况提供了总体背景。最后,报告拟议了两条条款草案:一条关于防止及惩治危害人类罪,另一条关于这种罪行的定义。

3. 本报告在第一章中评估了一部危害人类罪公约——若得到各国的遵守——可能带来的好处,其中包括促进各国通过载有广为接受的关于此类罪行定义的国内法,并在行为人位于当事国管辖领土内时允许行使广泛的管辖权。这样一部公约还可以载列条款规定当事国有义务防止危害人类罪,为国家法院调查和起诉这类罪行提供法律互助合作,并引渡或起诉被指控的行为人。该章注意到了2013和2014年各国对委员会选择这一专题的反应,其中大多是积极的,但在一些情况下也对这样一部公约与其他条约制度之间的关系提出了质疑。

4. 为此,第一章还审议了这一公约与其他条约制度的关系,特别是与《国际刑事法院罗马规约》(以下简称“《罗马规约》”)的关系。国际刑事法院在处理灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪方面处于中心地位,是国际法领域的突出成就之一。截至2015年1月,《罗

<sup>1</sup> 见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第170段和附件二。

<sup>2</sup> 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72段;另见下文第一章,B节。

<sup>3</sup> 见2013年12月16日大会第68/112号决议,第8段。

<sup>4</sup> 见《2014年……年鉴》,第二卷(第二部分),第266段;以及2014年12月10日大会第69/118号决议,第7段。关于第六委员会的辩论情况,见下文第一章,B节。

马规约》已有122个当事国,为在国际层面调查和起诉这些罪行提供了关键手段。一部关于危害人类罪的公约可帮助促进在国家层面上对此类罪行的调查与起诉,从而加强国际刑事法院所赖以构建的互补制度,并促进《罗马规约》所不曾涉及的国家间合作。

5. 本报告第二章还就危害人类罪作为一国际法概念的出现提供了总体背景,其中包括这一概念从与国际武装冲突有关的罪行发展成以某种令人发指的行为广泛或有系统地攻击平民人口的罪行的过程。第二章提到了包括国际刑事法院在内的当代国际性刑事法庭处理危害人类罪的情况。如上文所述,国际刑事法院是以互补原则为基础设立的,如果国家当局有能力且愿意调查并起诉有关罪行,则该罪行首先应由国家法院起诉。考虑到这一点,第二章还审议了如下内容:各国是否已经通过关于危害人类罪的国内法;这些法律是否与《罗马规约》第七条中关于这些罪行的定义相符;以及这些法律是否为有关国家提供了手段,使其能够对在其境内发生的罪行、由其国民实施的罪行、伤害其国民的罪行和(或)由非国民对非国民实施、但行为人身处其境内的罪行行使管辖权。

6. 第三章指出,为订立一部危害人类罪公约,现有一系列多边文书,包括那些推动关于跨国犯罪的预防、定罪以及国家间合作的文书,可作为潜在的模本。这些公约涉及灭绝种族罪、战争罪、国家支持的酷刑、强迫失踪、跨国腐败和有组织犯罪、侵害应受国际保护人员罪、以及与恐怖主义有关的罪行等。同样,关于引渡、法律互助和时效法的多边公约在这些问题上也能提供重要的指导。

7. 第四章评估了各国防止及惩治犯罪行为的各类条约制度中现存的一般义务。由于惩治的义务将会在之后的条款草案中得到更为详细的叙述,这一部分将重点阐述现存于诸多多边条约中的防止义务,并就条约机构评论、联合国决议、判例法以及公法专家论著中对这一义务概况的讨论进行了审议。根据这些信息,第四章拟议了一条初步条款草案,广泛地处理了“防止及惩治危害人类罪”问题。

8. 第五章为本条款草案的目的处理了危害人类罪的定义问题。《罗马规约》第七条是危害人类罪概念近100年来发展的结晶,其中列出了这一罪行的核

心要件。具体而言，这一罪行涉及“广泛或有系统的攻击”；“针对任何平民人口进行的”攻击，即“根据国家或组织……的政策，或为了推行这种政策”实施的行为过程；行为人“明知这一攻击”；以及通过多次实施诸如谋杀、酷刑或强奸等某些特定行为的攻击。国际刑事法院的当代判例法在一定程度上依赖早前各法庭的判例，进一步完善并明确了这些术语的含义。考虑到《罗马规约》第七条所载定义现已得到各国的

广泛接受，并为了促进各国和国际社会应对这一罪行的协作，拟议的条款草案采用了第七条中“危害人类罪”定义的措辞，仅作了三处非实质性的改动。这些改动之所以有必要，是因为使用定义的背景不同（例如在提及《规约》之处均以“本条款草案”代替）。

9. 最后，第六章简要叙述了关于本专题的今后工作方案。

## 第一章

### 为何需要危害人类罪公约？

#### A. 危害人类罪公约的目标

10. 如委员会在2013年第六十五届会议上通过的专题建议<sup>5</sup>所述，在国际法领域由国际性刑事法庭管辖的通常有三类核心罪行：战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪。在这些罪行中，只有两类（战争罪和灭绝种族罪）成为全球性条约的主题，要求各国防止及惩治这类行为，并为此目的开展相互合作。与之形成对照的是，目前没有专门处理防止及惩治危害人类罪问题的条约。

11. 然而，危害人类罪可能比灭绝种族罪或战争罪更为普遍。这种罪行可能会发生在不涉及武装冲突情况下，并且不需要确立灭绝种族罪所需的特别意图。<sup>6</sup>此外，对于许多严重程度轻得多的违法行为，如腐败、贿赂或有组织犯罪，已经有了关于预防、惩治及国家间合作的条约。尽管一些条约处理诸如国家支持的酷刑或强迫人员失踪——这些行为在某些条件下也可能构成危害人类罪——之类的违法行为，但这些条约没有直接处理危害人类罪问题。

12. 因此，一部关于防止和惩治危害人类罪以及在这方面开展国家间合作的全球性公约似乎是当前国际法框架的一个关键缺口，对于国际人道法、国际刑法及国际人权法而言尤其如此。这样一部公约

有助于令这类恶行臭名昭著，使大家更加注意防止及惩治这种行为的必要性，并可以帮助国家通过和协调关于这种行为的国家法律，从而为就这一罪行的预防、调查、起诉及引渡开展更加有效的国家间合作开辟途径。在建立合作网络——就像为应对其他违法行为时所做的那样——的过程中，犯罪行为将不再拥有庇护所，希望此举将从源头上震慑此种行为，并确保事后的追责可能。<sup>7</sup>

13. 因此，本专题的总体目标是拟订可用于防止及惩治危害人类罪公约（下称“危害人类罪公约”或“公约”）的条款草案。公约利用《罗马规约》关于危害人类罪的定义，可要求所有当事国在其管辖领土上采取有效措施防止危害人类罪。措施之一是由当事国在其国内法中把这种行为整体定为犯罪——这是目前多数国家尚未采取的步骤。此外，公约可要求每一当事国不仅对本国境内发生或由本国国民实施的行为行使管辖权，而且也对外来位于当事国管辖领土内的非国民在国外实施的行为行使管辖权。

14. 此外，公约可要求各方通过法律互助和引渡等途径，开展强有力的国家间合作，以调查、起诉和处罚这种犯罪行为。如果所称行为人身处一当事国管辖的领土内，则公约也可强制规定引渡或起诉的义务。公约亦可载列其他相关义务，如在公约的解释或适用有争议时国家间强制解决争端的义务。

<sup>5</sup> 《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件二。

<sup>6</sup> 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（克罗地亚诉塞尔维亚），判决，《2015年国际法院汇编》，第3页起，详见第64页，第139段（“法院回顾说，法院于2007年认定摧毁一国、一族裔、种族或宗教群体的意向是灭绝种族的特定要件，使其有别于其他诸如危害人类罪、迫害等有关犯罪行为。”）（引自《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121–122页，第187–188段）。

<sup>7</sup> 关于学术界对于这一公约的呼吁，见Bassiouni, “Crimes against humanity: the need for a specialized convention”; Bassiouni, “Crimes against humanity: the case for a specialized convention”; Sadat, *Forging a Convention for Crimes against Humanity*; Bergsmo and Song, *On the Proposed Crimes against Humanity Convention*。

15. 公约将不处理其他严重罪行，如灭绝种族罪或战争罪，原因是关于预防和惩治这些罪行，现已订立了得到广泛遵守的全球性条约。可以指出的一点是，现有关于灭绝种族罪和战争罪的全局性条约或可通过一项新文书加以更新，一些国家<sup>8</sup>和非国家行为体<sup>9</sup>对支持扩大这方面工作的倡议表示支持。考虑到多个国家建议关于本专题的工作应该对现有法律制度形成补充，而不是与之重叠，<sup>10</sup>本专题将专注于这些制度中最为明显的缺口——这似乎是最为需要一部新文书之处。当然，委员会在开始本专题工作时，将继续听取各国和其他方面的意见，而且最终要由各国来决定何为委员会的最佳工作范围。

## B. 各国的反应

16. 在2013年第六委员会的辩论过程中，多个代表团表示支持将危害人类罪专题纳入委员会的议程，<sup>11</sup>并表明了订立这样一部公约的价值。例如，北欧国家指出

无论被控行为人的国籍为何，为调查、起诉和处罚此类犯罪而开展强有力的国家间合作至关重要，在起诉或引渡被控行为人的义务方面同样如此。因此，委员会关于危害人类罪的工作必须从法律角度分析引渡或起诉的义务。此外，同样重要的是，关于后者的明确原则也必须予以确定。进一步澄清

<sup>8</sup> 见阿根廷、比利时、荷兰和斯洛文尼亚2013年11月在第六委员会分发的一份非正式文件，题为“订立涉及最严重的国际犯罪行为的法律互助和引渡交由本国起诉问题的一项多边条约”。一项关于这一举措的决议草案曾在联合国预防犯罪和刑事司法委员会上提出，但经过全体委员会广泛辩论后被撤回，在全体委员会上数个代表团对预防犯罪和刑事司法委员会在这一问题上的权限提出了“严重关切”。见预防犯罪和刑事司法委员会，第二十二届会议报告，《2013年经济及社会理事会正式记录，补编第10号》(E/2013/30)，第64—66段。

<sup>9</sup> 见 Zgonec-Rozej and J. Foakes, “*International criminals: extradite or prosecute?*”, Chatham House Briefing Paper, No. IL BP 2013/01 (July 2013), 第16页。

<sup>10</sup> 例如，见 A/CN.4/666 号文件(上文脚注2)，第72段。

<sup>11</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74段；捷克共和国，同上，第18次会议(A/C.6/68/SR.18)，第102段；意大利，同上，第19次会议(A/C.6/68/SR.19)，第10段；日本在第六委员会上的发言(存档于编纂司；另见同上，第17次会议(A/C.6/68/SR.17)，第79—85段)；蒙古，《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79段；挪威(代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典))，同上，第17次会议(A/C.6/68/SR.17)，第36段；秘鲁，同上，第18次会议(A/C.6/68/SR.18)，第28段；以及美利坚合众国，同上，第17次会议(A/C.6/68/SR.17)，第51段。

这项义务的适用范围将有助于确保最佳效果，确保现有规则得到遵守。<sup>12</sup>

17. 同时，其他代表团告诫说，必须谨慎对待起草这样一部公约，<sup>13</sup>特别强调应避免与包括国际刑事法院在内的现有制度的冲突。<sup>14</sup>一些代表团对是否真正需要拟订关于本专题的公约表示怀疑，<sup>15</sup>而一些其他代表团则支持起草比危害人类罪范围更广的新公约。<sup>16</sup>

18. 在2014年第六委员会上提到这个问题的23个国家中，多数对将本专题列入委员会当前的工作方案一事表示欢迎。<sup>17</sup>三个国家没有明确支持本专题，

<sup>12</sup> 挪威(代表北欧国家)在第六委员会的发言，同上，第17次会议(A/C.6/68/SR.17)，第38段。

<sup>13</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61段；印度，同上，第21段；马来西亚，同上，第33段；罗马尼亚，同上，第18次会议(A/C.6/68/SR.18)，第116段；西班牙，同上，第17次会议(A/C.6/68/SR.17)，第133段；以及大不列颠及北爱尔兰联合王国，同上，第18次会议(A/C.6/68/SR.18)，第22段。

<sup>14</sup> 例如，见马来西亚，同上，第19次会议(A/C.6/68/SR.19)，第33段(马来西亚认为，这项研究“不应损害《罗马规约》要实现的普遍性，也不应与现有制度重叠，而是应设法予以补充”)；联合王国，同上，第18次会议(A/C.6/68/SR.18)，第22段(强调“这一领域的新公约必须符合且补充《[罗马]规约》”)；西班牙，同上，第17次会议(A/C.6/68/SR.17)，第133段(如果开展本专题的工作，则“需要对将纳入一项公约中的定义的具体要素及其与《罗马规约》和国际刑事法院之间的确切关系进行仔细分析，同时不超出其条款的范围”)；挪威(代表北欧国家)，同上，第39段(“欢迎确认防止这种犯罪的责任或国家间合作的义务，但不得被误解，以致于限制关于其他犯罪的现有类似义务或此领域内现有的法律义务”)。

<sup>15</sup> 法国，《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106段；伊朗伊斯兰共和国在第六委员会上的发言(存档于编纂司；另见同上，第19次会议(A/C.6/68/SR.19)，第79段)；俄罗斯联邦，《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56段；以及南非，同上，第18次会议(A/C.6/68/SR.18)，第51—58段。

<sup>16</sup> 荷兰，同上，第18次会议(A/C.6/68/SR.18)，第37段；斯洛文尼亚，同上，第21次会议(A/C.6/68/SR.21)，第56段。

<sup>17</sup> 奥地利，同上，《……第六十九届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第111段；克罗地亚，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第92—93段；捷克共和国，同上，第10段；萨尔瓦多，同上，第91段；芬兰(代表北欧国家)，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第81段；以色列，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第67段；牙买加，同上，第27次会议(A/C.6/69/SR.27)，第33段；日本，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第49段；大韩民国，同上，第21次会议(A/C.6/69/SR.21)，第45段；蒙古，同上，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第94段；新西兰，同上，第21次会议(A/C.6/69/SR.21)，第33段；波兰，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第36段；西班牙，同上，第21次会议(A/C.6/69/SR.21)，第42段；特立尼达和多巴

但承认现有关于危害人类罪的条约制度存在缺口，值得进一步研究，<sup>18</sup> 另一个国家认为应“十分谨慎地”对待本专题。<sup>19</sup> 然而，有四个国家认为，鉴于已有《罗马规约》，现有国际法框架在危害人类罪方面并无缺口。<sup>20</sup> 最后，有两个国家赞成筹备一部新公约，但应在另一论坛进行，并采用另一种方式，强调涵盖更广泛的犯罪行为，但使目标更窄，仅限于引渡和法律互助。<sup>21</sup>

19. 提出正面意见的国家指出，本专题的工作将有助于发展国际刑法，<sup>22</sup> 并将在委员会先前的工作基础上再接再厉，<sup>23</sup> 例如审议引渡或起诉制度对于危害人类罪如何运作的问题。<sup>24</sup> 同时，数个国家认为，本专题的工作必须避免与现有法律文书的冲突，特别是与《罗马规约》的冲突。<sup>25</sup> 总的来说，各国政府目前的意见似乎是拟订新公约是有价值的，但必须谨慎行事，特别是要注意到新公约与现有国际制度、尤其是《罗马规约》的关系。

### C. 危害人类罪公约与包括《罗马规约》在内的其他条约的关系

20. 危害人类罪公约与其他条约的关系是指导委员会工作的一个极为重要的问题。许多属于危害人类罪范畴的行为(作为广泛或有系统地针对平民人

哥，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第118段；以及美国，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第121段。

<sup>18</sup> 智利，同上，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第52段；意大利，同上，第22次会议(A/C.6/69/SR.22)，第54段；以及联合王国，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第160段。

<sup>19</sup> 罗马尼亚，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第147段。

<sup>20</sup> 法国，同上，第22次会议(A/C.6/69/SR.22)，第38段；马来西亚，同上，第27次会议(A/C.6/69/SR.27)，第54段；荷兰，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第15-16段；以及南非，同上，第114段。

<sup>21</sup> 荷兰，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第15-17段；爱尔兰，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第177段。

<sup>22</sup> 克罗地亚，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第94段；日本，同上，第49段。

<sup>23</sup> 克罗地亚，同上，第94-97段；捷克共和国，同上，第10段。

<sup>24</sup> 智利，同上，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第52段；芬兰(代表北欧国家)，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第82段；以及联合王国，同上，第159段。

<sup>25</sup> 智利，同上，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第52段；意大利，同上，第22次会议(A/C.6/69/SR.22)，第54段；蒙古，同上，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第94-95段；罗马尼亚，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第147段；特立尼达和多巴哥，同上，第26次会议(A/C.6/69/SR.26)，第118段；以及联合王国，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第160段。

口攻击的一部分行动实施时)也属于诸如《防止及惩治灭绝种族罪公约》(以下简称“《灭绝种族罪公约》”)、《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》(以下简称“《禁止酷刑公约》”)等现有条约制度处理的行为。危害人类罪公约应以现有相关条约制度的案文和技术手段为基础拟订，但应避免与这些制度相冲突。

21. 危害人类罪公约尤其应避免与《罗马规约》相冲突。毫无疑问，起草一部新公约时，凡在适用之处，均应借鉴《罗马规约》以及相关文书和判例的用语。但鉴于为数众多的国家已经成为《罗马规约》的当事国，新公约应避免与《罗马规约》有任何冲突。例如，如果《罗马规约》当事国接到国际刑事法院关于移交某人的请求，并另外接到其他国家根据拟议的公约提出的引渡同一人的请求，《罗马规约》第九十条已规定了解决竞合请求的程序。起草条款草案时应确保《罗马规约》当事国即使在加入危害人类罪公约之后也能遵循这一程序。此外，通过一部公约能在若干方面推进一些《罗马规约》未曾处理的理想目标，并同时支持国际刑事法院的任务。

22. 第一，《罗马规约》规定了当事国与国际刑事法院的关系，但没有规定当事国之间的事项(亦不曾涉及当事国与非当事国之间的事项)。换言之，《罗马规约》关注的是国家与国际刑事法院间的“纵向”关系，而不是国家间合作的“横向”关系。《罗马规约》关于“国际合作和司法协助”的第九编默示承认在处理国际刑事法院管辖范围内的罪行问题上，国家间的合作应继续在《罗马规约》范围之外进行，但没有对这种合作作出规定。一部危害人类罪公约可明示提及在国内法律系统中对实施危害人类罪者进行调查、逮捕、起诉和处罚的国家间合作问题。<sup>26</sup> 这一目标完全符合《罗马规约》的目标和宗旨。

23. 第二，国际刑事法院所关注的是对实施其管辖范围内罪行的人进行处罚，而不是各国为防止这类犯罪发生所应采取的措施。如下文第四章所详述，一部新的关于危害人类罪的公约可借鉴《灭绝种族罪公约》以及《禁止酷刑公约》等其他条约中可资比较的义务，纳入与防止有关的义务。因此，危害

<sup>26</sup> 见Olson, “Re-enforcing enforcement in a specialized convention on crimes against humanity ...”。



人类罪公约可明确提出国家防止危害人类罪的义务，并为追究国家在这方面的责任奠定基础。

24. 第三，尽管国际刑事法院是起诉实施这类罪行的高层人士的一个关键国际机构，但法院不是为起诉所有犯有危害人类罪者所设计的（亦没有这方面的资源）。实际上，国际刑事法院所依据的概念是，如果适当的国家法律已经到位，起诉犯罪首先属于国家管辖范围（即补充原则）。<sup>27</sup> 再者，在一些情况下，国际刑事法院可能希望将其监管的嫌疑人移交给国家管辖，但有可能无法这样做，原因是相关国家司法管辖机构没有能力以危害人类罪起诉嫌疑人。<sup>28</sup> 鉴于国际刑事法院没有能力起诉所有犯有危害人类罪的责任人，也无法在这方面加强国家法律系统，那么一部新的公约可以帮助在国家层面发展防止及惩治这类罪行的能力，从而加强国际刑事法院。<sup>29</sup>

<sup>27</sup> El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law ...*; Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*.

<sup>28</sup> 例如，卢旺达问题国际法庭在巴加拉加扎案中曾遇到这种情形。见检察官诉巴加拉加扎案，第ICTR-05-86-AR11bis号案，关于就规则11之二上诉的裁决，上诉分庭，卢旺达问题国际法庭，2006年8月30日，《2006年命令、裁决和判决汇编》，第471段（“上诉分庭不能核准将案件移交至一个不能将此行为作为严重违反国际人道法行为指控的司法当局审判”）。

<sup>29</sup> 见2013年10月28日奥地利在第六委员会上的发言（“《国际刑事法院罗马规约》显然不是起诉这类犯罪行为和对打

25. 第四，与前文所述相关的是，危害人类罪公约将要求颁布国内法，把危害人类罪定为犯罪行为。如上文第一章所述，目前许多国家，包括《罗马规约》的许多当事国，都未曾这样做。新公约尤其可要求各国对身处其境内的违法者行使管辖权，即使其并非本国国民、且罪行是在该国之外实施的。<sup>30</sup> 在加入公约之后，没有这类法律的国家将有颁布这类法律的明确义务。已有这类法律的国家将有义务对这些法律进行审查，以确定这些法律是否包含公约所涵盖的恶行的所有方面的内容，并允许对违法者行使管辖权。

26. 因此，经周全考量的危害人类罪公约不仅不会与其他条约制度冲突，而且将有助于弥补<sup>31</sup> 现有条约制度的缺口，并在这样做的同时加强现有制度。

击有罪不罚现象之努力的最后步骤。法院只能处理少数主要行为人为人，但这不应免除各国起诉危害人类罪的主要责任。”）。

<sup>30</sup> 见Akhavan, “The universal repression of crimes against humanity before national jurisdictions”, 第31页（其中指出，“无论是否可认为[《罗马规约》]中包含了某种默示的起诉责任，这种规定均不涵盖普遍管辖权”，以及截至2009年，仅有11个欧洲联盟成员国和8个非洲联盟成员国颁布了允许对危害人类罪行使管辖权的法律）。

<sup>31</sup> 例如，见2013年10月30日斯洛文尼亚在第六委员会的发言（“国际法的这一法律缺口得到人们承认已有一段时间。在国家合作领域、包括在法律互助和引渡方面，这一缺口尤其明显。我们认为应尽一切努力弥补这一缺口。”）。

## 第二章

### 危害人类罪的背景

#### A. 危害人类罪的概念

27. 通常认为“危害人类罪”的概念具备两个普遍特征。首先，这种罪行令人发指，被视为对人类根本属性的攻击。<sup>32</sup> 其次，这种罪行如此令人发指，以致于其不仅是对直接受害者的攻击，还是对全人类的攻击，因此整个人类社会都希望予以惩罚。有人指出

禁止战争罪的规则处理的是行为人对受保护的直接对象实施的犯罪行为，而禁止危害人类罪的规则所处理的行为人行为不仅针对直接受害者，还针对全体人类……这些行为令人发指且规模庞大，因此构成对人类尊严和人性根本理念的骇人听

<sup>32</sup> Arendt将大屠杀定性为一种“新的罪行，危害人类罪，即‘针对人类地位’，或针对根本人性的罪行”。Arendt, *Eichmann in Jerusalem ...*, 第268页。

闻的攻击。它们因而影响或可能影响到每个人类成员，不论其国籍、族裔群体和地点为何。<sup>33</sup>

28. 如下文所述，“危害人类罪”的概念在过去一个世纪中经历了发展演变，在《国际军事法庭宪章》（《纽伦堡宪章》）和《远东国际军事法庭宪章》（《东

<sup>33</sup> 检察官诉埃尔代莫维奇案，第IT-96-22-A号案，判决，上诉分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，1997年10月7日，《1997年司法汇编》，第21段（McDonald法官和Vohrah法官的联合个别意见）；见Luban, “A theory of crimes against humanity”, 第85页，第90段（“我们是本性生活社会中的生物，但这样就离不开人为的政治组织，而这种组织不可避免地会对我们的福祉造成威胁，并在最坏的情形下，威胁到我们的生存。危害人类罪就是这些威胁中最为严重的一种；它们是为数不多的政治沦为毒瘤的实例。”）；另见Vernon, “What is crime against humanity?”, 和Macleod, “Towards a philosophical account of crimes against humanity”。

京宪章》)中有了分水岭式的发展,<sup>34</sup>并在国际刑事法院等当代国际性刑事法庭的规约和判例法中经历了重大完善。<sup>35</sup>虽然这一罪行的编纂和适用引发了一些理论分歧,但这一概念包含了若干基本要素,是所有关于该罪行的表述所共有的。这一罪行是一种国际罪行——无论发生该行为的所在国法律是否将这种行为定为犯罪行为。此类罪行是针对平民实施的,因此具有一定规模或系统性,通常超出纯粹出于个人目的实施的孤立暴力事件或罪行。这种罪行可在一国境内实施,亦可跨越国界实施。最后,此类罪行涉及人类所知的最令人发指的暴力和迫害行为。众多学术著作对上述各种要素进行了分析。<sup>36</sup>

<sup>34</sup>《远东国际军事法庭宪章》,1946年1月19日,转载于 *Documents on American Foreign Relations*, vol. VIII, Princeton University Press, 1948年,第355页。

<sup>35</sup> 一般参见 Ricci, *Crimes against Humanity: A Historical Perspective*; López Goldaracena, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*; Parenti, *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional ...*; Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*; Geras, *Crimes against Humanity: Birth of a Concept*。

<sup>36</sup> Schwelb, “Crimes against humanity”, 第181页; Dautricourt, “Crime against humanity: European views on its conception and its future”; Graven, “Les crimes contre l’humanité”; Aronéanu, *Le crime contre l’humanité*; Ramella, *Crímenes contra la humanidad*; Ramella, *Crimes contra a humanidade*; Sturma, “K návrhu Kodexu zločinů proti míru a bezpečnosti lidstva”; Richard, *L’histoire inhumaine: massacres et génocides des origines à nos jours*; Delmas-Marty 等人, “Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme et l’irréductible humain”; Becker, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit*; Dinstein, “Crimes against humanity”; Lippman, “Crimes against humanity”; Chalandon and Nivelle, *Crimes contre l’humanité—Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*; Van Schaack, “The definition of crimes against humanity: resolving the incoherence”; Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Law*; Bazelaire and Cretin, *La justice internationale, son évolution, son avenir, de Nuremberg à La Haye*; Gil Gil, “Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs”; Greppi, *I crimini di guerra e contro l’umanità nel diritto internazionale*; Kittichaisaree, *International Criminal Law*, 第85页; Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l’humanité*; Palombino, “The overlapping between war crimes and crimes against humanity in international criminal law”; Cassese, “Crimes against humanity”, 第375页; Lattimer and Sands, *Justice for Crimes against Humanity*; Manske, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*; Romero Mendoza, *Crímenes de Lesa Humanidad: Un Enfoque Venezolano*; Meseke, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*; Ambos, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, 第303页; Shelton, *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*; May, *Crimes against Humanity: A Normative Account*; Capellà i Roig, *La Tipificación*

## B. 禁止危害人类罪的规定历史

29. “危害人类罪”概念的一个重要先驱是《陆战法规和惯例公约》和《关于陆战法规和惯例的公约》(1899年和1907年海牙各公约)的“马顿斯条款”,后者在编制战时人员保护时提到“人道法则和公众良知的要求”。<sup>37</sup>通常将该条款理解为,在出现战争法的全面编纂之前,根据“人道”原则提供剩余保护。<sup>38</sup>

30. 海牙各公约处理了在国家间武装冲突中发生的行为,而非一国政府对其人民的暴力行为。在第一次世界大战后,进一步考虑了国际法是否应约束一国政府在国内实施的暴行问题。1919年,战争策动者责任和执行处罚委员会向第一次世界大战后的巴黎和平会议提交了一份报告,其中参照马顿斯条款确定了可就战争期间行为对人员提出起诉的各

*Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*; Moir, “Crimes against humanity in historical perspective”; Ambos and Wirth, “El Derecho Actual sobre Crímenes en Contra de la Humanidad”, 第167页; Slye, “Refugee jurisprudence, crimes against humanity, and customary international law”; Cassese, *International Criminal Law*, 第98页; Márquez Carrasco, *El Proceso de Codificación y Desarrollo Progresivo de los Crímenes Contra la Humanidad*; Eboe-Osuji, “Crimes against humanity: directing attacks against a civilian population”; Morlachetti, “Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”; Delmas-Marty 等人, *Le crime contre l’humanité*; Doria, “Whether crimes against humanity are backdoor war crimes”; Kirsch, *Der Begehungszusammenhang der Verbrechen gegen die Menschlichkeit*; Kirsch, “Two kinds of wrong: on the context element of crimes against humanity”; Kuschnik, *Der Gesamtatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit: Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen*; Garibian, *Le crime contre l’humanité au regard des principes fondateurs de l’Etat moderne: Naissance et consécration d’un concept*; Amati, “I crimini contro l’umanità”; Van der Wolf, *Crimes against Humanity and International Law*; Van den Herik, “Using custom to reconceptualize crimes against humanity”; DeGuzman, “Crimes against humanity”; Acquaviva and Pocar, “Crimes against humanity”; Dondé Matute, *Tipos Penales en el Ámbito Internacional*, 第97页起; Bettati, “Le crime contre l’humanité”; Bosly and Vandermeersch, *Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice*; Dhena, *Droit d’ingérence humanitaire et normes internationales impératives*; Focarelli, *Diritto Internazionale*, vol. I, 第485页起; Valencia Villa, “Los crímenes de lesa humanidad: su calificación en América Latina y algunos comentarios en el caso colombiano”; Sadat, “Crimes against humanity in the modern age”。

<sup>37</sup> 1907年《海牙公约》,序言。该条款的1907年版本规定:

“在颁布更完整的战争法规之前,缔约各国认为有必要声明,凡属他们通过的规章中所没有包括的情况,居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖,因为这些原则是来源于文明国家间制定的惯例、人道法规和公众良知的要求。”

<sup>38</sup> 见 Meron, “The Martens clause, principles of humanity, and dictates of public conscience”。

种罪行。<sup>39</sup> 委员会倡议将一国政府对其人民实施的暴行列入随后推出的《凡尔赛和约》范畴，以便在国际和国家法庭上起诉违反“既定战争法规和惯例”和“基本人道法则”的罪行。<sup>40</sup> 委员会因而呼吁设立一个负责起诉高级领导人的国际委员会，其适用法律为“自文明人民间确立的常例、人道法及公众良知要求而来的万国法原则”。<sup>41</sup>

31. 然而，《凡尔赛和约》第228和第229条最终并未列入“危害人类罪”；那些条款仅涉及战争罪。因此，没有就与第一次世界大战有关的危害人类罪提出起诉，<sup>42</sup> 但这为第二次世界大战后提出此类起诉播下了种子。<sup>43</sup> 在经《柏林议定书》修正、载于《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》附件的《纽伦堡宪章》中，<sup>44</sup> “危害人类罪”被列为法庭管辖范围的构成部分。《纽伦堡宪章》第6条(c)项将此类罪行界定为

在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施本法庭管辖范围内任何罪行而起或与之有关者，不论是否违反实施行为所在国的国内法律。

32. 危害人类罪的这一定义与国际性武装冲突之存在联系起来；只有“随实施法庭管辖范围内任何罪行”而起或与之有关的行为才构成国际法所述的罪行，即危害和平罪或战争罪。因此，对传统上属于一国国家管辖范围内的事项进行干预的理由依据是罪行与国家间冲突有关。这种关联指的是发生

<sup>39</sup> 战争策动者责任和执行处罚委员会向初步和平会议提交的报告，1919年3月29日，卡内基国际和平基金会，国际法司第32(1919)号刊，部分重印于AJIL, vol. 14 (1920), 第95页。

<sup>40</sup> 同上，第115页。

<sup>41</sup> 同上，第122页；见Bassiouni, “World War I: ‘The War to End All Wars’ and the birth of a handicapped international criminal justice system”。

<sup>42</sup> 多个其它战后条约，如1919年的《圣日耳曼昂莱和约》，1919年的《塞纳河畔讷伊和约》，1920年的《特里亚农和约》以及1923年的《洛桑条约》均未提及危害人类罪。

<sup>43</sup> 见Clark, “History of efforts to codify crimes against humanity”, 关于赫什·劳特帕赫特爵士在将危害人类罪确定为纽伦堡审判的一项起诉条目方面的作用，见Lauterpacht, *The Life of Sir Hersch Lauterpacht*, 第272页，以及施韦贝尔在《英国国际法年鉴》中的审查意见，第83(2013)卷，第143页。

<sup>44</sup> 《纠正宪章案文偏差的议定书》。《柏林议定书》将[英文本中]“战时”之后的分号替换为逗号，以便使英文和法文的案文与俄文案文相互统一。这种做法的效果是将条款上半部分与其下半部分(“随……本法庭管辖范围内任何罪行……与之有关者”)连接起来，从而与国际性武装冲突联系起来。

大规模的令人发指的罪行，并可能是作为一种行为模式的组成部分发生。<sup>45</sup> 负责审判第三帝国高级政治和军事领导人的国际军事法庭认定若干被告在战争期间犯有危害人类罪，<sup>46</sup> 尽管在一些案件中，这些罪行与军事法庭管辖范围内其他罪行之间的关系薄弱。<sup>47</sup>

33. 在对德国高级领导人进行首轮审判后，<sup>48</sup> 占领当局继续根据管制委员会第10号法律进行审判，其间有更多人员被判犯有危害人类罪。<sup>49</sup> 例如，美利坚合众国占领当局随后进行的所有12次审判中均涉及危害人类罪。<sup>50</sup> 管制委员会第10号法律并未明确规定危害人类罪必须与危害和平罪或战争罪有关；虽然有些审判维持这种关联，但另一些审判并非如此。<sup>51</sup> 正义案没有维持这种关联，但确定危害人类罪超出了孤立的暴行或迫害案件，并需要“证明有意识地参

<sup>45</sup> 见联合国战争罪行委员会，*History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, 第179页(“只有当罪行的规模、野蛮程度、数量或在不同时期和地点采用的类似模式危及到国际社会或震撼人类良知时，发生上述罪行所在国或国民沦为受害者的国家以外的国家才有理由进行干预。”)。

<sup>46</sup> 见Clark, “Crimes against humanity at Nuremberg”; Mansfield, “Crimes against humanity: reflections on the fiftieth anniversary of Nuremberg and a forgotten legacy”。

<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，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2000年1月14日，《2000年司法汇编》，第576段(其中指出Baldur von Schirach所犯危害人类罪与国际军事法庭管辖范围内其他罪行之间的关系薄弱)(以下简称“2000年库比莱斯基奇案”)。

<sup>48</sup> 危害人类罪也属于远东国际军事法庭的管辖范围。见《东京宪章》，第5条(c)项。然而，该法庭未宣判任何人犯有此罪；实际上，宣判均涉及的是在日本之外对非日本国民犯下的战争罪。见Boister and Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal*, 第32、194和第328-330页。

<sup>49</sup> 管制委员会关于惩处犯有战争罪、危害和平罪和危害人类罪者的第10号法律，1945年12月20日，载于*Official Gazette of the Control Council for Germany*, No. 3 (1946), 第50页。管制委员会第10号法律将危害人类罪确认为“下列暴行和罪行，包括但不限于对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐、拘禁、酷刑、强奸及其他非人道行径，或基于政治、种族或宗教原因之迫害，不论是否违反实施行为所在国的国内法。”同上，第二条第1款(c)项。

<sup>50</sup> Taylor, *Final Report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10*, 第69、92和第118-119页；见Brand, “Crimes against humanity and the Nürnberg trials”; Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, 第85页。

<sup>51</sup> 例如，见美利坚合众国诉弗利克等人案，*Law Reports of Trials of War Criminals* (London, HM Stationery Office, 1947), vol. III, 第1212-1214页。

与政府系统性组织或核准的程序。”<sup>52</sup> 德国国家法院在数百起案件中也适用了管制委员会第10号法律，而且并未要求与战争罪或危害和平罪有关。<sup>53</sup>

34. 1945至1946年，大会指出并重申了《纽伦堡宪章》确认的国际法原则，<sup>54</sup> 指示委员会“编订”这些原则并编写一份治罪法草案。<sup>55</sup> 委员会随后于1950年对这些原则进行了研究，并将其提炼为“《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决所确认的国际法原则(以下简称‘纽伦堡原则’)”，其中在原则六(c)项中将危害人类罪定义为

对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他非人道行径，或基于政治、种族或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施系随实施任何危害和平罪或任何战争罪而起或与之有关。<sup>56</sup>

在对这一原则的评注中，委员会强调罪行无须在战争期间实施，但表示战前罪行必须与危害和平罪有关。<sup>57</sup> 与此同时，委员会表示“即便是犯罪者对自己民众实施的行为也可构成危害人类罪”。<sup>58</sup>

35. 虽然委员会的纽伦堡原则仍要求危害人类罪与战争罪或危害和平罪存在关联，但委员会在1954年危害人类和平及安全治罪法草案中并未提及这种关联。该草案将危害人类和平及安全的罪行确认为：

一国当局或受其教唆或纵容之个人因社会、政治、种族、宗教或文化关系，谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害任何一地平民之非人道行为。<sup>59</sup>

委员会在解释关于这一罪行的最后定语时，这样说

<sup>52</sup> 例如，见美利坚合众国诉阿尔特施托艾特等人案。（“正义案”），同上，第974和第982页。

<sup>53</sup> 见 Vultejus, “Verbrechen gegen die Menschlichkeit”。

<sup>54</sup> 见大会1946年2月13日关于引渡和惩处战争罪犯的第3(I)号决议，以及大会1946年12月11日关于申明《纽伦堡法庭宪章》确认的国际法原则的第95(I)号决议。

<sup>55</sup> 大会1947年11月21日第177(II)号决议。

<sup>56</sup> 《1950年……年鉴》[英]，第二卷，A/1316号文件，第95-127段，第374-378页，详见第377页。

<sup>57</sup> 同上，第123段。

<sup>58</sup> 同上，第124段。

<sup>59</sup> 《1954年……年鉴》[英]，第二卷，A/2693号文件，第三章，第二条，第11款；见 Johnson, “The draft code of offences against the peace and security of mankind”。

为避免将个人所实施之非人道行为一律定为国际罪行起见，委员会认为必须规定，关于此种行为，唯有个人受一国当局教唆或在其纵容下所实施者，始构成国际罪行。<sup>60</sup>

36. 有代表团希望在1950年代设立一个常设国际刑事法院，但大会推迟了就委员会1954年治罪法草案采取行动，提出应首先界定侵略罪。<sup>61</sup> 其后的一些关注集中在就上述罪行制定国家法律。在这方面，1968年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》呼吁各国在国家一级将“危害人类罪”定为刑事犯罪，并撤销起诉这一罪行的法定时效。<sup>62</sup> 作为由数个国家起草并遵守的多边公约中首次出现的危害人类罪定义，需要注意到的是，该《公约》在第1条(b)项的定义中提到了

《[纽伦堡]宪章》确定并经联合国大会1946年2月13日第3(I)号决议和1946年12月11日第95(I)号决议确认的、在战时或和平时期实施的危害人类罪……

37. 1968年的这一《公约》仅载有四条实质性条款，其关注的仅仅是法定时效；尽管《公约》呼吁各当事国采取步骤“以期能够”引渡该罪行的行为人，但并未明确授权当事国就危害人类罪使管辖权。截至2015年1月，已有55个国家加入了该《公约》。

38. 1981年，大会请委员会继续就治罪法草案开展工作。<sup>63</sup> 1991年，委员会完成了危害人类和平及安全治罪法草案的一读。<sup>64</sup> 大会随后请委员会在治罪法草案框架内进一步审议设立处理此类罪行的国际刑事管辖机构问题，包括设立一个常设国际刑事法院的提案。<sup>65</sup> 随着前南斯拉夫问题和卢旺达问题特设国际性刑事法庭(下文将讨论)的设立，对常设国际刑事法院的支持度也有了提高，完成上述项目变得特别重要。1996年，委员会完成了治罪法草案二读。<sup>66</sup>

<sup>60</sup> 《1954年……年鉴》[英]，第二卷，第150页，第二条第11款的评注。

<sup>61</sup> 1954年12月14日大会第898(IX)号决议；1957年12月11日大会第1187(XII)号决议。

<sup>62</sup> 见 Miller, “The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity”。关于类似性质的区域性公约，见《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》。截至2015年1月，该公约已有7个当事国。

<sup>63</sup> 1981年12月10日大会第36/106号决议。

<sup>64</sup> 《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，D节。1991年治罪法草案载有26个罪行类别。

<sup>65</sup> 1991年12月9日大会第46/54号决议。

<sup>66</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段。1996年治罪法草案载有5个罪行类别。见 Vargas Carreño, “El

1966年《危害人类和平及安全治罪法草案》在第18条中列出了构成危害人类罪的一系列行为，前提是“有计划或大规模实行，由一政府或任何组织或团体唆使或指挥”。<sup>67</sup> 在解释开头语时，委员会评论说：

(3) 这一定义的起始句确定了将一被禁止行为定性为本治罪法涵盖的危害人类罪所必须符合的两项一般条件。第一项条件要求，这一行为是“有计划或大规模实行的”。在这第一项条件中，含有两项互替性要求。第一项替代性要求是，不人道行为是以“有计划的方式进行的”，即按照一项预谋计划或政策进行。这种计划或政策的实施可引起不人道行为的一再或连续进行。这项要求的主旨是将并非作为一项较大计划或政策之一部分进行的偶发行为排除在外。《纽伦堡法庭宪章》中没有这样的规定。但是，纽伦堡法庭在考虑此种行为是否构成危害人类罪行时强调，不人道行为是作为恐怖政策的一部分进行的，“在许多情况下是……有组织和有计划的”。

(4) 第二项替代性要求是，不人道行为必须是“大规模”实行的，亦即是针对许多受害者进行的。这项要求排除了犯罪者自行和对单一受害者实行的孤立的不人道行为。《纽伦堡法庭宪章》中也没有载列这个第二项要求。但是，纽伦堡法庭在考虑此种罪行是否可能构成危害人类罪行时进一步强调，恐怖政策“的确是大规模实行的”。一读通过的条约草案案文中使用“mass scale”一词来表明多名受害者的条件。用“large scale”取代了这一用语。后者的范围足以涵盖涉及多名受害者的各种情况，例如，因一连串非人道行为的累积效应产生的结果，或因规模特大的某一非人道行为的单一效应产生的结果。第一项条件是采用两种互替性标准拟订的。因此，如果某一行为合乎其中任一条件，即构成危害人类罪行。

(5) 第二项条件要求，此种行为是“由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥”。作为必要条件的唆使或指挥可能来自某一政府或某一组织或团体。规定这一替代性条件的用意是，排除某一个人按其自己的犯罪计划，出于个人自己的动机，在没有任何政府或团体或组织的任何鼓励的情况下犯有非人道行为的情况。某一个别人的这种孤立的罪行不构成危害人类罪行。个人单凭自己极难进行第18条所指的非人道行为。政府或可能附属于政府或不附属于政府的任何组织或团体的唆使或指挥，使此种行为具有其重大份量，并使这种行为变成可归于个人或国家代理人员的危害人类罪行。

(6) 同《纽伦堡法庭宪章》一样，第18条所载危害人类罪行的定义不包括在战时实行或与危害和平罪或战争罪相关所从事的行为这样一项条件。不含本项条件的此后法律文书承认危害人类罪的自主性……前南斯拉夫问题国际法庭也确认，不要求以国际武装冲突作为危害人类罪行的前提：“危害人类罪并不需要与国际武装冲突相关联，现在这已经成为习惯国际法的一条既定规则”。<sup>68</sup>

proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la comisión de derecho internacional”。

<sup>67</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见第48页。

<sup>68</sup> 同上，第50段，详见第48-49页，第18条草案的评注第(3)-(6)段。

39. 自1996年以来，委员会曾论述过危害人类罪。2001年，委员会表示禁止危害人类罪“被明确接受并确认”为国际法强制性规范。<sup>69</sup> 国际法院也表示，禁止国家支持的酷刑等特定行为具有强行法性质，<sup>70</sup> 这更有理由表明，禁止广泛或系统地实施上述行为也将具有强行法性质。

### C. 当代国际和特别法院及法庭审理的危害人类罪

40. 安全理事会通过第827(1993)号决议设立了起诉应对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(前南斯拉夫问题国际法庭)，并通过了法庭规约。该规约第5条将“危害人类罪”纳入了前南斯拉夫问题国际法庭的管辖范围。<sup>71</sup> 第5条的内容如下：

#### 第5条 危害人类罪

国际法庭应有权对国际或国内武装冲突中犯下下列针对平民的罪行负有责任的人予以起诉：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境；

<sup>69</sup> 关于国家对国际不法行为的责任条款草案第26条的评注第(5)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第76-77段，详见第98页(另见2001年12月12日大会第56/83号决议，附件)(表示“被明确接受和承认的强制性规范包括禁止……危害人类罪”)；另见《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》，由马尔蒂·科斯肯涅米先生定稿的国际法委员会研究组报告(A/CN.4/L.682和Corr.1及Add.1号文件)(可查阅委员会的网站，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374段(将危害人类罪确定为“最经常提到的应具有强行法地位的候选之一”)；另见国家的管辖豁免案(德国诉意大利；希腊参与)，《2012年国际法院汇编》，第99页，详见第95段(表示逮捕证案所涉危害人类罪“无疑具有强行法性质”)；阿尔莫纳西德·阿雷拉诺等人诉智利案，2006年9月26日的判决，美洲人权法院，《C辑》，第154号，第96段(承认危害人类罪的强行法地位)。

<sup>70</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，《2012年国际法院汇编》，第422页，详见第99段；另见检察官诉安托·富伦基亚案，案件编号：IT-95-17/1，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，1998年12月10日，《1998年司法汇编》，第153段；阿德萨尼诉联合王国案[大法庭]，第35763/97号，欧洲人权法院，ECHR 2001-XI，第61段。

<sup>71</sup> 《前南斯拉夫问题国际法庭规约》，原载于S/25704和Add.1号文件，附件，经1993年5月25日安全理事会第827(1993)号决议批准，并由1998年5月13日安理会第1166(1998)号决议以及2000年11月30日安全理事会第1329(2000)号决议第5条修正。

- (e) 监禁;
- (f) 酷刑;
- (g) 强奸;
- (h) 基于政治、种族、宗教原因而进行迫害;
- (i) 其他不人道行为。

虽然提出第5条的秘书长报告指出危害人类罪是指“非常严重的不人道行为……在大规模或有计划的攻击平民中……”，<sup>72</sup>但是这一提法并没有写入第5条的案文。第5条中采用的措辞保留了与武装冲突的联系，把“国际或国内武装冲突中犯下针对平民的”一些具体行为定为犯罪。这一措辞拟订于1993年，结合其出台的背景很容易理解，当时的看法是前南斯拉夫确实存在武装冲突（这导致安全理事会行使第七章的强制行动权），提出这一措辞的主要目的是消除危害人类罪必须与国际武装冲突相联系的概念。鉴于这一措辞可能被理解为暗示习惯国际法要求这一行为需与武装冲突有联系，法庭上诉分庭后来澄清说，保留与武装冲突的联系“没有逻辑或法律基础”，因为在纽伦堡之后的国家实践中“已经放弃”这种联系。上诉分庭还指出，“关于种族灭绝和种族隔离的国际公约显示，这一联系要求已经过时，这两部公约都禁止某些种类的危害人类罪——而不论是否与武装冲突有联系”。<sup>73</sup>的确，上诉分庭后来坚持认为，法庭规约中的这种联系仅仅是为了限定法庭的管辖范围，而不是为了编纂习惯国际法。<sup>74</sup>法庭还通过判例发展了关于起诉危害人类罪行为人必须证明的要件的重要指导原则。<sup>75</sup>此后，法庭判决多名被告犯有危害人类罪。<sup>76</sup>

<sup>72</sup> S/25704号文件，第48段。

<sup>73</sup> 检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”案，案件编号：IT-94-1-AR72，关于辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议的裁决，上诉分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，1995年10月2日，《1994-1995年司法汇编》，第140段（以下简称“1995年塔迪奇案”）。

<sup>74</sup> 例如，见检察官诉杜什科·塔迪奇案，案件编号：IT-94-1-A，判决，上诉分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，1999年7月15日，《1999年司法汇编》，第249-251段（以下简称“1999年塔迪奇案”）（“存在过武装冲突的证据满足了关于武装冲突的要求；这是《规约》的全部要求，这一要求超过了习惯国际法”）；另见检察官诉达里奥·科尔迪奇和马里奥·切尔凯兹案，案件编号：IT-95-14/2-T，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2001年2月26日，第33段（以下简称“2001年科尔迪奇案”）。

<sup>75</sup> 例如，见1999年塔迪奇案（见上注），第227-229段。

<sup>76</sup> 例如，见Roberge，“Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against

41. 安全理事会通过第955(1994)号决议设立了卢旺达问题国际法庭并通过了法庭规约。该规约第3条将“危害人类罪”列入了卢旺达问题国际法庭的管辖范围。<sup>77</sup>虽然第3条保留了同样的行为清单（谋杀、灭绝等），但其开首语并未提及武装冲突，而是使用了1993年秘书长报告<sup>78</sup>中“基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有计划的攻击平民中犯下的罪行”的措辞。据此，规约明确规定，要确立此种犯罪，必须要有歧视性动机。<sup>79</sup>和前南斯拉夫问题国际法庭一样，卢旺达问题国际法庭的判例也进一步发展了起诉危害人类罪行为人必须证明的关键要件。同样，该法庭也判决多名被告犯有危害人类罪。<sup>80</sup>

42. 同样，委员会在1994年完成了常设国际刑事法院的规约起草工作，将危害人类罪作为拟设法院的部分管辖范围写入了第20条(d)项。委员会在该条的评注中指出

根据委员会的理解，危害人类罪的定义包括针对全体或部分平民人口普遍或有计划地施加暴行的、性质非常严重的不人道行为。这种罪行的特点在于其大规模或有计划的性质。不法行为的具体形式（谋杀、奴役、驱逐出境、酷刑、强奸、

humanity and genocide”；Mettraux，“Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda”；Meseke，“La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yugoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité”；Sadat，“Crimes against humanity in the modern age”，第342-346页。

<sup>77</sup> 《卢旺达问题国际法庭规约》，安全理事会第955号决议，附件，第3条；一般参见Van den Herik，《The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law》。

<sup>78</sup> S/25704号文件，第48段。

<sup>79</sup> 例如，见检察官诉让·保罗·阿卡耶苏案，案件编号：ICTR-96-4-T，判决，审判分庭，卢旺达问题国际法庭，1998年9月2日，《1998年命令、裁决和判决汇编》，第578-598段；另见Van den Herik，《The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law》，第160-196页；Kolb，“The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes”，第291-300页；Kolb，“The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2000-2004)”，第310-326页；Kolb，“The jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their jurisdiction and on international crimes (2004-2013)”，第163-172页。

<sup>80</sup> 例如，见阿卡耶苏案（见上注），第23段；另见Van den Herik，《The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law》，第151-198页和第270-273页；Cerone，“The jurisprudential contributions of the ICTR to the legal definition of crimes against humanity—The evolution of the nexus requirement”；Sadat，“Crimes against humanity in the modern age”，第346-349页。

监禁等)同行为的规模和蓄意的政策以及针对全体或部分平民人口等因素相比,对于下定义不是最重要。这种想法本拟在[前南斯拉夫问题]国际法庭规约第5条“针对平民”一语中反映出来,但在治罪法草案[第18条]<sup>81</sup>中表述得更加明确。“针对平民”一语应理解为指基于国家、政治、民族、种族或宗教原因进行普遍和有计划攻击平民人口行为的一部分。定义中提到的特别行为指作为这种攻击一部分的蓄意做出的行为。<sup>82</sup>

43. 此后,大会决定设立一个特设委员会,审查委员会起草的规约产生的重大实质和行政问题,并考虑为召开国际全权代表会议作出安排。<sup>83</sup>为此,又成立了筹备委员会进一步讨论委员会起草的规约产生的重大问题,以期编写出能够得到普遍接受的综合案文。<sup>84</sup>该案文在一次外交会议上得到了进一步审议和修改。<sup>85</sup>1998年7月17日,该次外交会议通过了《罗马规约》。截至2015年1月,已有122个国家成为《罗马规约》的当事国。

44. 《罗马规约》第五条第(一)款第2项将危害人类罪纳入了国际刑事法院的管辖范围。第七条第(一)款确定危害人类罪是指“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中,在明知这一攻击的情况下,作为攻击的一部分而实施的”一系列行为。<sup>86</sup>第七条第(二)款进一步明确指出,这种攻击“是指根据国家或组织攻击平民人口的政策,或为了推行这种政策,针

<sup>81</sup> 在此评注发表之时,相关的条款草案在一读通过时为第21条,二读时改为第18条。

<sup>82</sup> 第21条草案的评注第(14)段,《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第91段,详见第41页。

<sup>83</sup> 1994年12月9日大会第49/53号决议,第2段。

<sup>84</sup> 1995年12月11日大会第50/46号决议,第2段。

<sup>85</sup> 1996年12月17日大会第51/207号决议,第5段。

<sup>86</sup> 关于“在明知这一攻击的情况下”这一新措辞的讨论,见下文第五章,D节。关于第7条通过时的一般性评论,见Hwang, “Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, 第497-501页; Robinson, “Defining ‘crimes against humanity’ at the Rome Conference”; Von Hebel, “Crimes against humanity under the Rome Statute”; Donat-Cattin, “A general definition of crimes against humanity under international law”; Von Hebel and Robinson, “Crimes within the jurisdiction of the Court”; Clark, “Crimes against humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court”; Robinson, “The elements for crimes against humanity”; Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘los elementos de los crímenes’”; 第68-94和第104页; McCormack, “Crimes against humanity”; Currat, *Les crimes contre l’humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*; Hall 等人, “Article 7: Crimes against humanity”; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 第137-187页; Sadat, “Crimes against humanity in the modern age”, 第350-355页。

对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程”。第七条(将在下文第五章中详述)既没有保留作为前南斯拉夫问题国际法庭规约特点的与武装冲突的联系,也没有保留作为卢旺达问题国际法庭规约特点的歧视性动机的要求(迫害行为除外)。

45. 在《罗马规约》的生效筹备过程中,会员国拟订了题为《犯罪要件》的文件,就起诉危害人类罪行为时必须证明的要件提供了重要指导。<sup>87</sup>自2002年7月《罗马规约》生效以来,国际刑事法院已经对数名被告人提起危害人类罪的起诉,其中一些已被定罪。<sup>88</sup>例如,国际刑事法院第二审判分庭于2014年3月作出判决,认定在2003年2月对刚果民主共和国博戈罗村的袭击中,热尔曼加丹加通过他人实施谋杀,犯有危害人类罪。<sup>89</sup>

46. 危害人类罪还被列入了同时适用国际法和国内法的“混合”法庭的管辖范围。根据塞拉利昂和联合国的协定于2002年设立的塞拉利昂问题特别法庭将危害人类罪列入了特别法庭的管辖范围。<sup>90</sup>法庭规约第2条规定“特别法庭有权起诉在广泛或有系

<sup>87</sup> 见国际刑事法院,《犯罪要件》,《国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录,第一届会议,2002年9月3日至10日,纽约》(联合国出版物,出售品编号:C.03.V.2及更正),第二部分,B节,以及《〈国际刑事法院罗马规约〉审查会议正式记录,2010年5月31日至6月11日,坎帕拉》(国际刑事法院出版物,RC/9/11号文件,第RC/Res.5号决议)。《罗马规约》第九条第一款规定:“本法院在解释和适用……[第七条]时,应由《犯罪要件》辅助。”关于总体情况,见Chesterman, “An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity”; Lee等人, *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*; Badar, “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: defining the elements of crimes against humanity”。根据第七条,确立涉及多种被禁行为的危害人类罪必须具有两个要件:(a)在广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击中实施的行为;(b)行为人知道其行为是或有意把其行为作为广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分。2010年,国际刑事法院审查会议对《犯罪要件》进行了修正,以考虑到更多要件。见《犯罪要件》,ICC-PIDS-LT-03-002/11(2011)号文件。

<sup>88</sup> 检察官诉托马斯·鲁邦加·迪伊洛案,依照《规约》第七十四条进行的判决,第ICC-01/04-01/06-2842号案,判决,第一审判分庭,2012年3月14日;检察官诉热尔曼加丹加案,依照《规约》第七十四条进行的判决,第ICC-01/04-01/07号案,第二审判分庭,2014年3月7日(以下简称“2014年加丹加案”); Sadat, “Crimes against humanity in the modern age”, 第355-368页。

<sup>89</sup> 2014年加丹加案(见上注),第1691段。鉴于所有上诉都已中止,该判决为终审判决。

<sup>90</sup> 《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定》(2002年1月16日,弗里敦),联合国,《条约汇编》,第2178卷,第38342号,第137页,详见第2条。

统地针对任何平民人口的攻击中，作为攻击的一部分而实施下列犯罪的人”，并列举了九类行为。特别法庭以危害人类罪对一些被告提出了起诉，其中一些人已被定罪，包括利比里亚前总统查尔斯·泰勒。<sup>91</sup>

47. 与之对照，安全理事会于2007年设立的黎巴嫩问题特别法庭并未将危害人类罪列入法庭管辖范围，并负责适用黎巴嫩法律而非国际法。<sup>92</sup> 秘书长认为法庭所审理的恐怖袭击模式“可能符合国际性刑事法庭判例中发展起来的关于这种罪行的初步定义”。<sup>93</sup> 但是，将危害人类罪列入法庭的管辖范围的设想在安全理事会没有得到足够支持。<sup>94</sup>

48. 在一些国家法律体系内设立了几个特别法庭(有时有国际法官参与审判)，其中一些法庭对危害人类罪行使了管辖权。2000年设立的重罪特别审判小组对1999年1月1日至10月25日期间在东帝汶境内犯下的危害人类罪拥有管辖权。有关措辞与《罗马规约》第七条几乎一字不差，<sup>95</sup> 特别审判小组判决

数名被告罪名成立。<sup>96</sup> 同样，柬埔寨于2001年设立

<sup>96</sup> 东帝汶重罪特别审判小组，检察官诉约尼·马克斯等人案，案件编号：9/2000，判决，2001年12月11日，*Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals* (ALC), vol. XIII, 第257页；副检察长诉佩德罗案，案件编号：1/2001，判决，2005年4月14日，ALC, vol. XVI, 第721页；检察官诉萨比诺·戈维亚·莱特案，案件编号：04b/2001，判决，2002年12月7日，ALC, vol. XIII, 第637页；检察官诉何塞·卡多佐案，案件编号：04c/2001，判决，2003年4月5日；检察官诉利诺·德卡瓦略案，案件编号：10/2001，判决，2004年3月18日，ALC, vol. XVI, 第467页；检察官诉阿纳斯塔西奥·马丁斯和多多明格斯·贡克拉夫案，案件编号：11/2001，判决，2003年11月13日，ALC, vol. XVI, 第339页；检察官诉阿曼多·桑多斯案，案件编号：16/2001，判决，2002年9月9日，ALC, vol. XIII, 第541页；检察官诉本杰明·萨尔门托和罗梅罗·蒂尔曼等人案，案件编号：18/2001，判决，2003年7月16日，ALC, vol. XVI, 第269页；检察官诉若昂·萨尔门托案，案件编号：18a/2001，判决，2003年8月12日，ALC, vol. XVI, 第293页；检察官诉多多明格斯·门东萨案，案件编号：18b/2001，判决，2003年10月13日，ALC, vol. XVI, 第309页；检察官诉阿比利奥·门德斯·科雷亚案，案件编号：19/2001，判决，2004年3月29日，ALC, vol. XVI, 第457页；检察官诉弗洛伦西奥·塔卡基案，案件编号：20/2001，判决，2004年12月9日，ALC, vol. XVI, 第643页；检察官诉马尔库利诺·苏亚雷斯案，案件编号：2b/2002，判决，2004年12月1日，ALC, vol. XVI, 第545页；检察官诉翁贝托斯·埃纳和卡洛斯·埃纳案，案件编号：5/2002，判决，2004年3月23日，ALC, vol. XVI, 第477页；检察官诉萨尔瓦多·苏亚雷斯案，案件编号：7a/2002，判决，2003年12月9日，ALC, vol. XVI, 第365页；检察官诉伊纳齐奥·奥利韦拉·吉尔贝托·费尔南德斯和何塞达科斯塔案，案件编号：12/2002，判决，2004年2月23日，ALC, vol. XVI, 第425页；检察官诉达米奥·达科斯塔·努内斯案，案件编号：1/2003，判决，2003年12月10日，ALC, vol. XVI, 403页；检察官诉奥古斯蒂尼·奥阿托兰又名克洛·毛诺案，案件编号：3/2003，判决，2003年6月9日，ALC, vol. XIII, 755页；检察官诉奥古斯蒂尼奥·克洛等人案，案件编号：4/2003号，判决，2004年11月16日，ALC, vol. XVI, 587页；检察官诉安东·勒朗·苏法案，案件编号：4a/2003，判决，2004年11月25日，ALC, vol. XVI, 595页；检察官诉利诺·贝诺案，案件编号：4b/2003，判决，2004年11月16日，ALC, vol. XVI, 579页；检察官诉多多明格斯·梅坦案，案件编号：4c/2003，判决，2004年11月16日，ALC, vol. XVI, 573页；检察官诉古斯芒案，案件编号：7/2003，判决，2003年2月28日；检察官诉米盖尔·马乌案，案件编号：8/2003，同上，判决，2004年2月23日；检察官诉马特乌斯劳又名埃纳波托案，案件编号：10/2003，判决，2004年12月3日，ALC, vol. XVI, 605页；检察官诉马塞利诺苏亚雷斯案，案件编号：11/2003，判决，2003年12月11日，ALC, vol. XVI, 415页；检察官诉贝尼·卢德尼和何塞·古斯芒案，案件编号：16/2003，判决，2004年5月19日，ALC, vol. XVI, 505页；检察官诉阿帕里西奥·古特雷斯又名马乌·布蒂案，案件编号：18a/2003，判决，2005年2月28日，ALC, vol. XVI, 683页；检察官诉哈努阿里奥·达科斯塔和卡特乌斯·帕内夫案，案件编号：22/2003，判决，2005年4月25日，ALC, vol. XVI, 765页；检察官诉鲁斯丁·毛贝雷案，案件编号：23/2003，判决，2004年7月5日，ALC, vol. XVI, 523页；检察官诉胡利奥·费尔南德斯案，案件编号：25/2003，判决，2005年4月19日，ALC, vol. XVI, 729页；检察官诉鲁道福·阿尔维斯·科雷亚又名“阿道弗”案，案件编号：27/2003，判决，2005年4月25日，ALC, vol. XVI, 745页；检察官诉阿拉里科·梅

<sup>91</sup> 例如，见检察官诉查尔斯·甘凯泰勒案，案件编号：SCSL-03-01-T，第二审判分庭，判决，2012年5月18日；检察官诉查尔斯·甘凯泰勒案，案件编号：SCSL-03-01-PT，上诉分庭，判决，2013年9月26日；另见检察官诉莫瓦尼那·福法纳和阿利厄·孔德瓦案，案件编号：SCSL-04-14-A，上诉分庭，判决，2008年5月28日；检察官诉阿利克斯·坦巴·布里马、布里马·巴兹卡·卡马拉和桑蒂吉埃·博博尔·卡努案，案件编号：SCSL-04-16-A，上诉分庭，判决，2008年2月22日(关于特别法庭的判决，可查阅www.rscsl.org)；关于总体情况，见Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*, 第40页；Jalloh and Meisenberg, *The Law Reports of the Special Court for Sierra Leone*; Van der Wolf, *The Case Against Charles Taylor: Sadat, "Crimes against humanity in the modern age"*, 第349-350页。

<sup>92</sup> 《联合国和黎巴嫩共和国关于设立黎巴嫩问题特别法庭的协定》(2007年1月22日，贝鲁特，以及2007年2月6日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2461卷，第44232号，第257页，并附于2007年5月30日安全理事会第1757(2007)号决议。

<sup>93</sup> 秘书长关于设立黎巴嫩问题特别法庭的报告，S/2006/893号文件，第24段。

<sup>94</sup> 见同上，第25段；主管法律事务副秘书长兼法律顾问尼古拉斯·米歇尔先生在2006年11月20日安全理事会非正式磋商期间的发言，S/2006/893/Add.1号文件，第2页(“规约的案文、报告的字里行间以及到目前为止的谈判均清楚地表明：法庭没有资格将袭击行为定为危害人类罪。”)。

<sup>95</sup> 见联合国东帝汶过渡行政当局，关于设立具有重大刑事罪专属管辖权的特别审判小组的第2000/15号条例(UNTAET/REG/2000/15)，第5节；另见Ambos和Wirth, “The current law of crimes against humanity: an analysis of UNTAET Regulation 15/2000”，第2页。



的柬埔寨法院特别法庭<sup>97</sup>——2003年柬埔寨和联合国之间协定的主题<sup>98</sup>——在规约第5条中规定了“对所有犯有危害人类罪的被告进行审判的权力”。<sup>99</sup> 该法院已经进行了这样的审判。<sup>100</sup> 2003年伊拉克管理委员会设立的伊拉克最高刑事法庭也将危害人类罪列入了管辖范围。<sup>101</sup> 同样，与《纽伦堡宪章》不同，规定由这些法庭审理的犯罪行为不需要与武装冲突有联系。<sup>102</sup>

49. 根据塞内加尔和非洲联盟之间的协定于2012–2013年在塞内加尔司法系统内设立的非洲特别法庭有权审判“1982年6月7日至1990年12月1日在乍得犯罪以及严重违反国际法、国际人道法和惯例以及乍得和塞内加尔批准的国际公约”的责任人。<sup>103</sup> 法庭规约第4(b)条规定其有权管辖危害人类罪，第6

斯基塔等人案，案件编号：28/2003，判决，2004年12月6日，ALC, vol. XVI, 第611页；检察官诉弗朗西斯科·佩雷拉案，案件编号：34/2003，判决，2005年4月27日，ALC, vol. XVI, 第781页；检察官诉多明格斯·德乌斯案，案件编号：2a/2004，判决，2005年4月12日，ALC, vol. XVI, 第709页；另见审查1999年东帝汶境内严重侵犯人权行为起诉情况专家委员会给秘书长的报告，载于S/2005/458号文件，附件二；Reiger and Wierda, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*.

<sup>97</sup> 见2003年5月13日大会第57/228 B号决议。

<sup>98</sup> 《联合国和柬埔寨王国政府关于按照柬埔寨法律起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的协定》(2003年6月6日，金边)，联合国，《条约汇编》，第2329卷，第41723号，第117页。

<sup>99</sup> 2004年10月27日《关于设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》，载有2004年10月27日颁布的修正(NS/RKM/1004/006)，第5条，可查阅www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended。

<sup>100</sup> 检察官诉康克由又名“杜奇”案，案件编号：001/18-07-2007/ECCC/TC，判决，审判分庭，柬埔寨法院特别法庭，2010年7月26日；检察官诉农谢等人案，案件编号：002/19-09-2007-ECCC-OCIJ，共同调查法官办公室，柬埔寨法院特别法庭，结案令，2010年9月15日。

<sup>101</sup> 《伊拉克特别法庭规约》(2003年12月10日)，第10(b)条，《国际法律资料》，第43卷(2004年)，第231页。2005年，伊拉克临时政府在原规约的基础上颁布了新的规约，将法庭更名为“伊拉克最高刑事法庭”。见Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal, Law No. 10, *Official Gazette of the Republic of Iraq*, vol. 47, No. 4006 (2005年10月18日)；另见Scharf, “The Iraqi High Tribunal: a viable experiment in international justice?”; Kuschnik, “The legal findings of crimes against humanity in the *Al-Dujail* judgments of the Iraqi High Tribunal: a forerunner for the ICC?”; Van Heugten and Van Laar, *The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity: The Dujail Case*.

<sup>102</sup> 例如，见杜奇案(上文脚注100)，第291段(“武装冲突的概念也没有纳入当今危害人类罪的习惯定义”)。

<sup>103</sup> 2012年8月22日《塞内加尔与非洲联盟关于在塞内加尔司法系统内设立非洲特别法庭的协定》，《国际法律资料》，第52卷(2013年)，第1024页。

条界定了危害人类罪，该定义借鉴但未重复《罗马规约》第七条。<sup>104</sup>

50. 最后，危害人类罪有时还出现在区域人权法院和法庭的判例中，<sup>105</sup> 如美洲人权法院<sup>106</sup>和欧洲人权法院的判例。例如，欧洲法院大审判庭在2008年分析了“危害人类罪”概念在1956年的含义，认定即使在当时，危害人类罪的习惯定义最初包含的与武装冲突的联系就可能已经消失。<sup>107</sup>

51. 鉴于这些发展，现在公认，国际法中的刑事责任包含个人犯下的危害人类罪。正如塔迪奇案的审判分庭所指出的，“自《纽伦堡宪章》以后，禁止危害人类罪和追究犯罪者的个人刑事责任的习惯法地位不曾受到过严重质疑”。<sup>108</sup>

#### D. 国内法中的危害人类罪

52. 在第六十六届会议的年度报告中，<sup>109</sup> 委员会请各国提供以下资料：(a) 国家的国内法律是否明确将“危害人类罪”定为刑事犯罪，如果将其定为犯罪，则：(b) 提供相关刑事法规的文本；(c) 说明国家在哪些条件下(例如，这类罪行在国家领土内发生或由该国国民或居民犯下)能够对据称犯下危害人类罪者行使管辖权；以及(d) 国家的国内法院对危害人类罪作出宣判的判决。截至2015年2月初，委员会已收到四个国家的答复。本报告已纳入了这些答复中的信息。

<sup>104</sup> 载于2013年1月30日《塞内加尔与非洲联盟关于在塞内加尔司法系统内设立非洲特别法庭的协定》，同上，第1028页。

<sup>105</sup> 见Huneeus, “International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights bodies”。

<sup>106</sup> 例如，见Dondé Matute, “Los Elementos Contextuales de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”。

<sup>107</sup> 科尔贝利诉匈牙利案[大法庭]，第9174/02号案，欧洲人权法院，ECHR 2008，第82段。国际判例也可能出现在非洲司法和人权法院。见非洲司法和人权法院规约议定书修正议定书草案第28 A条(前提是该法院的国际刑法部有权对个人犯下的危害人类罪进行审判)。然而，截至2015年1月，该议定书及修正尚未生效。

<sup>108</sup> 检察官诉杜什科·塔迪奇又名“杜莱”案，案件编号：IT-94-1-T，意见与判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，1997年5月7日，《1997年司法汇编》，第623段(以下简称1997年“塔迪奇案”)；另见检察官诉伊萨·哈桑·塞萨伊、莫里斯·卡伦和奥古斯丁·巴奥案(革命联合阵线案)，案件编号：SCSL-04-15-T，判决，第一审判分庭，塞拉利昂特别法庭，2009年3月2日，第58段。

<sup>109</sup> 见《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第34段。

53. 一些国家的国内法以某种方式处理危害人类罪,因此允许在这些法律的范围之内进行国家起诉工作。<sup>110</sup>例如,《芬兰刑法典》第11章就危害人类罪(以及灭绝种族罪和战争罪)进行了编纂。<sup>111</sup>该章第3节界定了这项罪行,第4节则指出了应加重处罚该罪行的情况。总的来说,芬兰刑法只适用于:在芬兰境内犯下的罪行;芬兰国民或居民或在芬兰被捕的丹麦、冰岛、挪威或瑞典国民或永久居民在另一国境内犯下的罪行;以及在另一国境内犯下的针对芬兰国民、并且可判处6个月以上监禁的罪行。不过,这条一般规则存在例外情况。因此,根据《刑法典》第1章第7节第1条,“在芬兰境外实施的犯罪行为,无论其发生地的法律如何,若对该行为的处罚依据是对芬兰有约束力的国际协定或对芬兰有国际约束力的其他法规和条例(国际犯罪),则芬兰的法律适用于这一犯罪行为”。危害人类罪被视为这类犯罪。

54. 同样,《瑞士刑法典》<sup>112</sup>第12章之二就灭绝种族罪和危害人类罪进行了编纂,其中第264条a项界定了危害人类罪的定义。瑞士法律适用于在瑞士境内犯下的罪行(第3条),以及在瑞士境外犯下的以下罪行:针对瑞士国家的罪行(第4条)、针对未成年人的罪行(第5条)、瑞士根据一项国际协定承诺起诉的罪行(第6条)或其他涉及一项在犯罪发生地国应受处罚的行为——若行为人身处瑞士且根据瑞士法律规定,该行为可能导致引渡但行为人未被引渡(如果行为人并非瑞士国民,且罪行所针对的并非瑞士国民,那么只有当引渡请求因行为性质以外的原因被拒或行为人实施了国际社会所禁止的特别严重的罪行时,才可能进行起诉)(第7条)。

55. 相比之下,其他国家的国内法没有明确将“危害人类罪”定为刑事犯罪,不过它们可能有相关

的法规,允许在某些情况下起诉构成危害人类罪的行为。例如,美国没有关于危害人类罪的国内法律。尽管该国有禁止酷刑、战争罪和灭绝种族罪的刑事法规,<sup>113</sup>但这些法规没有将所有可能构成危害人类罪的行为都定为刑事犯罪,且某些国际文书中规定的构成危害人类罪的行为并未出现在美国国内法中。同时,在某些情况下,其他域外适用法规可能适用,如针对恐怖主义罪行或暴力罪行的法规。古巴也没有将“危害人类罪”定为刑事犯罪,但该国法律将危害人类罪作为搁置原本可能应该适用的国内法限制的依据。<sup>114</sup>

56. 在《纽伦堡宪章》通过后的数十年中,出现了多起国家起诉案件,例如以色列的艾希曼案和德姆詹朱克案、<sup>115</sup>荷兰的门腾案、<sup>116</sup>法国的芭比案和图维耶案<sup>117</sup>以及加拿大的芬塔案、穆加沙拉案和穆尼雅内扎案。<sup>118</sup>这类案件可能在豁免、追诉时效法和国内大赦法的效果等方面引起棘手的问题。以巴西正在起诉的鲁本斯派瓦案为例,尽管巴西曾在1979年颁布了大赦法,但下级法院对被控犯有危害人类罪的前军警人员进行了起诉。<sup>119</sup>在某些情况下,危

<sup>113</sup> 见《美国联邦法典》,第18章,第2340A(2012)节(禁止酷刑);同上,第2441(2012)节(禁止战争罪);以及同上,第1091(2012)节(禁止灭绝种族罪)。

<sup>114</sup> 见《古巴刑法典》,第62号法律,第5条,第3款和第18条,第4款。可查阅 [www.parlamentocubano.cu/index.php/documento/codigo-penal/](http://www.parlamentocubano.cu/index.php/documento/codigo-penal/) (仅有西班牙文本)。

<sup>115</sup> 以色列政府总检察长诉艾希曼案, ILR, vol. 36, 第5页(耶路撒冷区)起,详见第277页,以色列最高法院(1962年);以色列政府总检察长诉德姆詹朱克案,1988年4月18日,审判判决,以色列区法院;德姆詹朱克诉以色列国案, Isr. S.C. 221 (1993), 以色列最高法院;见 Baade, “The Eichmann trial: some legal aspects”; Fawcett, “The Eichmann case”; Schwarzenberger, “The Eichmann judgment”。

<sup>116</sup> 门腾案, ILR, vol. 75 (1981), 第331页(荷兰最高法院)。

<sup>117</sup> 芭比案,同上, vol. 78 (1985), 第124页;同上, vol. 100 (1988), 第330页(法国最高法院);图维耶案,同上, vol. 100 (1992), 第337页(法国最高法院);见 Sadat, “The interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and back again”; Chalandon and Nivelle, *Crimes contre l'humanité—Barbie, Touvier, Bousquet, Papon*。

<sup>118</sup> 英女王诉芬塔案, [1994] 1 S.C.R. 701, [1997], ILR, vol. 104 (1997), 第284页(加拿大最高法院);穆加沙拉诉英女王案, 2014 QCCA 906 (魁北克上诉法院)。

<sup>119</sup> 关于联邦上诉法院同意初审法院搁置大赦法的裁决,见巴西,联邦第二区地区法院,第二特别分庭。第0104222-36.2014.4.02.0000号人身保护令。罗德里戈·恩里克·罗卡·皮雷斯与另一人诉联邦第四刑事法院案,里约热内卢司法部,2014年8月26日。不过,联邦最高法院在就大赦法的适用性做出决定之前,中止了该案的诉讼程序。见巴西,联邦最高法院, Rcl 18686 MC/RJ, 报告员: Min. Teori Zavascki, 2014年9月29日的裁决,2014年10月1日以电子形式出版于 DJe-191, 可查阅 [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)。

<sup>110</sup> 一般参见 Eser 等人, *National Prosecution of International Crimes*; Bergsmo, Harlem and Hayashi, *Importing Core International Crimes into National Law*; García Falconi, “The codification of crimes against humanity in the domestic legislation of Latin American States”; Van der Wolf, *Prosecution and Punishment of International Crimes by National Courts*。关于国别研究,见例如 Ferstman, “Domestic trials for genocide and crimes against humanity: the example of Rwanda”; Van den Herik, “The Dutch engagement with the project of international criminal justice”。

<sup>111</sup> 《芬兰刑法典》,第39/1889号法律(经2012年修正),可查阅 [www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf](http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf) (非正式英译文)。

<sup>112</sup> 《瑞士刑法典》,第311.0号法律(经2015年修正),可查阅 [www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html](http://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html) (非正式英译文)。

害人类罪问题出现在起诉以外的国家程序——如引渡<sup>120</sup>或移民<sup>121</sup>程序——中。由于受到《罗马规约》的影响，<sup>122</sup>近年来许多国家通过或修正了国内法，将危害人类罪及其他罪行定为刑事犯罪。<sup>123</sup>

57. 各类研究不仅试图汇编一份关于危害人类罪的现有国内法清单，而且还试图分析这些法律的范围，包括实质性罪行以及在何种情况下可以行使对这种罪行的管辖权问题。<sup>124</sup>在评估这些法律时要考虑的重要因素有：(a) 是否有关于“危害人类罪”的具体法律（相对于处罚暴力行为或迫害的普通刑法）；

<sup>120</sup> 例如，见德姆詹朱克诉彼得罗夫斯基案，776 F. 2d 571 (6th Cir. 1985)，调取案件复审令被拒，475 U.S. 1016 (1986)。

<sup>121</sup> 例如，见穆加沙拉诉加拿大案，[2005] 2 SCR 100 (加拿大最高法院)。关于加拿大依靠移民程序应对危害人类罪的分析（分析发现这种补救措施是不完善的），见Yap, “Aut Deportare Aut Judicare: current topics in international humanitarian law in Canada”。

<sup>122</sup> 关于《罗马规约》下的互补性如何促进通过国内立法，以及评估在《罗马规约》中找到通过国内立法义务的正反两方面论据的分析，见Kleffner, “The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law”，第91页（“《规约》未就这一问题提供明确信息，各国和学术作者们对此意见不一”）。

<sup>123</sup> 例如，见Alvarez, “The implementation of the ICC Statute in Argentina”；加拿大，《危害人类罪和战争罪法案》，S.C. 2000, c. 24；Lafontaine, “Parties to offences under the Canadian Crimes against Humanity and War Crimes Act: an analysis of principal liability and complicity”；Currie and Rikhof, *International and Transnational Criminal Law*（调查加拿大法律对国际犯罪的处理）；德国，《危害国际法罪法典》，*Bundesgesetzblatt*, sect. 7, I, 第2254页(2002)，可查阅<http://www.bmfv.de>；Capus, “Die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit nach schweizerischem und nach internationalem Recht”；Werle and Jessberger, “International criminal justice is coming home: the new German Code of Crimes against International Law”；Roscini, “Great expectations—the implementation of the Rome Statute in Italy”；南非，《实施国际刑事法院罗马规约》，2002年第27号法律，*Government Gazette of the Republic of South Africa*, vol. 445, 第23642号，2002年7月18日；Fournet, *Genocide and Crimes against Humanity—Misconceptions and Confusion in French Law and Practice*；Du Plessis, “South Africa’s implementation of the ICC Statute—an African example”。关于南非法规的域外适用，见南非警察总署署长诉南非人权诉讼中心案(485/2012) [2013]，南非最高上诉法院，168，2013年11月27日。

<sup>124</sup> 见大赦国际，*Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World* (2011)；Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*（特别是第九章，关于“对危害人类罪的国家立法和起诉调查”）；红十字国际委员会，*International Humanitarian Law National Implementation Database*（定期更新），可查阅[www.icrc.org/ihl-nat.nsf](http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf)；乔治·华盛顿大学法学院国际人权法研究所，“Comparative law study and analysis of national legislation relating to crimes against humanity and extraterritorial jurisdiction”。

(b) 如果有关于“危害人类罪”的具体法律，该法律是否包括该罪行的当代最相关定义——即《罗马规约》第七条——的所有组成部分；(c) 如果有关于“危害人类罪”的具体法律，该法律是否只适用于发生在该国境内的行为，还是也适用于本国国民在国外的行为或在国外发生的针对本国国民的行为，或甚至适用于非本国国民在国外实施的针对非本国国民的行为。<sup>125</sup>

58. 在2013年7月完成的一项相关研究提出了若干结论。首先，这项研究发现，以前各项研究的综合结果显示，只有54%的联合国成员国(193个中的104个)有某种形式的与危害人类罪有关的国内法。<sup>126</sup>其余成员国(193个中的89个)似乎没有与危害人类罪有关的国内法。此外，2013年的研究还发现，以前各项研究的综合结果还显示，最多只有66%的《罗马规约》当事国(121个中的80个)有某种形式的与危害人类罪有关的国内法，其余34%的《罗马规约》当事国(121个中的41个)没有任何此类法律。<sup>127</sup>

59. 其次，2013年研究对83个抽样国家(按英文字母顺序从A至I排列的联合国成员国)的国内法进行了深入的定性审查。由于以前的研究认为其中的12个国家没有与危害人类罪有关的法律，因此定性审查重点评估了其余71个国家的法律。审查的结论是，事实上只有41%的抽样国家(83个中的34个)<sup>128</sup>实际拥有专门针对“危害人类罪”的国内法。83个抽样国家中有58个《罗马规约》当事国，审查表明，其中48%的国家(58个中的28个)<sup>129</sup>拥有专门针对“危害人类罪”的国内法。

60. 第三，34个国家拥有专门针对“危害人类罪”的国内法，2013年的研究仔细分析了这些法律的规定。这些国家中，只有29%的国家(34个中的10个)

<sup>125</sup> 关于国家对国际犯罪管辖权的一般性讨论，一般参见Cassese and Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*。

<sup>126</sup> 国际人权法研究所，“Comparative law study ...”，第487-488页。

<sup>127</sup> 同上，第488页。

<sup>128</sup> 同上，第493页。相比之下，20%的抽样国家没有实际针对“危害人类罪”的法律，但可以说这些法律提到了一些与该罪行共有的特点，如禁止《罗马规约》第七条第一款第1至第11项所列出的一种或多种被禁止的行为(83个中的17个)。在这一类国家中，有些国家的法律标有“危害人类罪”，但实际上只涉及战争罪和灭绝种族罪。同上，第490-491页。其余39%的抽样国家没有与危害人类罪明确相关的法律(83个中的32个)。同上，第490页，脚注19。

<sup>129</sup> 同上，第493页。

逐字采纳了《罗马规约》第七条的罪行定义案文。<sup>130</sup> 因此,在83个抽样国家中,只有大约12%(83个中的10个)采纳了《罗马规约》第七条的全部内容。然而,在拥有专门针对“危害人类罪”的国内法的34个国家中,大部分偏离了第七条的组成要素,例如:省略第七条第一款的起首部分;省略第七条第一款第1至第11项禁止的一些行为;省略第七条第二或第三款,包括与推动“一个国家或组织的政策”有关的部分。总的来说,在拥有专门针对“危害人类罪”的国内法的34个国家中,71%(34个中的24个)的国内法缺乏第七条定义的关键要素,存在一系列或大或小的实质性差异。<sup>131</sup>

61. 最后,2013年的研究分析了拥有专门针对“危害人类罪”的国内法的34个国家能否对在国家之外针对非本国国民犯下罪行的非本国国民行使管辖权。研究结论是,近62%的国家(34个中的21个)可以行使这种管辖权。然而,这意味着只有25%的抽样国家(83个中的21个)能就“危害人类罪”行使这种管辖权。此外,在58个《罗马规约》当事国中,33%的国家(58个中的19个)拥有专门针对“危害人类罪”的国内法并能够行使这种管辖权。<sup>132</sup>

62. 一些国家已在法律系统内设立了专门的检察机关或程序,以调查和起诉危害人类罪和其他国际罪行。<sup>133</sup> 这些机构已经开始建立合作网络,例如针对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪责任人的欧洲联络点网络。<sup>134</sup> 国际刑事警察组织(国际刑警组织)

<sup>130</sup> 同上,第492页。

<sup>131</sup> 同上,第483页,第493-495页以及第497-503页。

<sup>132</sup> 同上,第505-513页。

<sup>133</sup> 例如,见加拿大,危害人类罪和战争罪方案,可查阅 [www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/wc-cdg/index.html](http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/wc-cdg/index.html)。

<sup>134</sup> 该网络是根据欧洲理事会2002年6月13日关于建立灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪责任人的欧洲联络点网络的第2002/494/JHA号决定(《欧洲共同体公报》,第45卷,

设立了逃犯调查支助分局,专门协助逮捕和引渡被控犯有此类罪行的人。<sup>135</sup>

63. 除了刑事起诉危害人类罪的法规以外,一些国家还在移民规则中规定禁止危害人类罪。<sup>136</sup> 这些规定表明,被控犯下危害人类罪者可能被禁止进入这些国家,可能被移送出境和(或)遣返,也可能在入境时因欺诈行为受到起诉。

64. 在通过与危害人类罪有关的国内法方面的不均衡对国家间惩处罪行的合作产生了附带后果。现有关于法律互助和引渡的双边和多边协定通常要求所涉违法行为在请求国和被请求国的管辖权内均被定为刑事犯罪(称为“double(双重)”或“dual(双重)”犯罪);如果两国各自的国内法没有可比性,则通常不需要进行合作。由于许多国家没有关于危害人类罪的国内法,而将该种违法行为定为刑事犯罪的国家国内法存在重大差异,因此国家间的合作目前面临很大的障碍。此外,大多数国家的国内法无法对非本国国民在国外犯下的针对非本国国民的危害人类罪行使管辖权,这意味着行为人常常只需搬到非犯罪发生地国就可以逍遥法外。即使有些国家已经通过了一致的、关于危害人类罪的国内法,但国家间可能没有为应对该罪行开展合作的义务,包括引渡或起诉被指控行为人的义务。

第L 167号,2002年6月26日,第1-2页)设立的,理事会2003年5月8日关于调查和起诉灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的第2003/335/JHA号决定(《欧洲联盟公报》,第46卷,第L 118号,2003年5月14日,第12-14页)对其进行了重述。

<sup>135</sup> 见国际刑警组织的战争罪方案,可查阅 [www.interpol.int/Crimes/War-crimes](http://www.interpol.int/Crimes/War-crimes)。

<sup>136</sup> 例如,见加拿大,《移民和难民保护法》(经2014年12月16日修正),S.C. 2001, C.27;2011年8月4日第8674号美国总统公告——中止参与严重侵犯人权和人道法以及其他侵权行为的移民和非移民者入境,《联邦公报》,第76(2011)卷,第49277页。

### 第三章

#### 促进防止各种罪行、将其定为刑事罪行以及为此进行国家间合作的现有多边公约

65. 为了实现上文第一章提出的目标,委员会不妨以促进预防跨国犯罪、将其定为刑事罪行以及为此进行国家间合作的现有多边公约为指导。委员会此前曾帮助起草过一部这种性质的公约:《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>137</sup> 特别重要的是有关种族灭绝和战争罪

<sup>137</sup> 委员会在1972年第二十四届会议上编写了草案(《1972年……年鉴》[英],第二卷,第201页);该《公约》后来由大会于1973年谈判通过,并于1977年生效,截至2015年1月共有178个当事国。

行的公约，以及旨在全面处理特定罪行的其它条约，诸如涉及国家支持的酷刑、强迫失踪、跨国腐败和有组织犯罪以及恐怖分子相关罪行的公约。同样，关于引渡、司法互助以及时效法的多边公约在这些问题上也能提供重要的指导。下面的讨论简要探讨了这些条约的某些方面。

#### A. 1948年《灭绝种族罪公约》

66. 1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》<sup>138</sup> 第一条规定，各缔约国“确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之”。第二条随后界定了该罪行，所用术语后来逐字得到采用，成为《罗马规约》第六条。第三条确定灭绝种族行为本身应予惩治，但预谋、煽动及意图实施该行为以及共谋灭绝种族行为亦应予以惩治。第四条规定犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一(如共谋种族灭绝)者应受到惩罚，“无论其为依宪法负责的统治者、公务员或私人”。

#### 67. 第五条规定：

缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。

第六条规定，凡被诉犯灭绝种族罪者，应交由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理。第七条处理引渡问题，指出不得将灭绝种族罪视为“政治罪行”，并且缔约国“承诺遇有此类案件时，各依照其本国法律及现行条约，予以引渡”。第八条回顾道，任何缔约国得提请联合国的主管机关采取行动，以防止及惩治灭绝种族的行为。第九条规定关于该《公约》的争端，经争端一方的请求，应提交国际法院。

68. 同危害人类罪一样，灭绝种族罪已被列入国际性刑事法庭的规约，并在这些法庭的判例中得到发展。此外，《灭绝种族罪公约》已经出现在一些国际性法院有关该公约解释的裁决中。<sup>139</sup>

<sup>138</sup> 另见 Gil Gil, *El genocidio y otros crímenes internacionales*; Gaeta, *The UN Genocide Convention: A Commentary*; Tams, Berster and Schiffbauer, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*.

<sup>139</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；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，初步反对意见，判决，《1996年国际法院汇编》，第595页；

#### B. 1949年日内瓦四公约及其《第一附加议定书》<sup>140</sup>

69. 1949年日内瓦四公约拥有一条共同条款，<sup>141</sup> 为起诉被控犯有“严重破坏”<sup>142</sup> 公约者规定了相同的机制。根据该共同条款的第1款，各缔约国应“担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁。”共同条款第2款明确规定：

各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送

《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)(见上文脚注6)；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，初步反对意见，判决，《2008年国际法院汇编》，第412页；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)(见上文脚注6)。

<sup>140</sup> 该节中的分析摘自秘书处关于对国际法委员会就“引渡或起诉的义务”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查，《2010年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/630号文件，第44-48段和第59-60段。日内瓦四公约及其附加议定书指的是：《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《第一公约》)；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《第二公约》)；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《第三公约》)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《第四公约》)；以及《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》)。

<sup>141</sup> 《日内瓦第一公约》第49条；《日内瓦第二公约》第50条；《日内瓦第三公约》第129条；以及《日内瓦第四公约》第146条。

<sup>142</sup> 每部公约中均都有一条规定，描述什么样的行为构成“严重破坏”该特定公约的行为。《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》的规定(分别为第50条和第51条)完全相同：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

《日内瓦第三公约》第130条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫战俘在敌国军队中服务，或故意剥夺战俘依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利。”

《日内瓦第四公约》第147条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利，以人为质，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

交另一有关之缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。

70. 对被指控的行为人采取措施的义务不以行为人在当事国对行为人的管辖权关系为条件。该义务是一种起诉义务，作为备选方案有将被指控者进行引渡的可能性。此外，不论是否有另一当事国提出移管请求，搜捕和起诉被指控行为人的义务都是存在的。<sup>143</sup>

71. 虽然上述义务仅限于严重破坏公约的行为，但该共同条款在第3款中进一步规定，当事国应采取的措施，制止除严重破坏公约行为之外的所有违反公约行为。最后，共同条款第4款规定，被指控者在所有情况下都“享有适当的审讯及辩护之保障”，且此种保障“不得次于《日内瓦第三公约》第105条及其以下各条所规定者”。其他条款简要阐述了缔约国对于破坏公约的责任以及就据称破坏公约行为制定一个调查程序的可能性。<sup>144</sup>

72. 在1949年日内瓦四公约共同条款中关于惩罚行为人的规定基础上，《第一议定书》做出了进一步规定。本质上，共同条款被以索引方式适用于《第一议定书》。《第一议定书》第85条第1款规定，“各公约关于取缔破坏行为和严重破坏行为的规定，经本编加以补充，应适用于破坏和严重破坏本议定书的行为的取缔。”<sup>145</sup>《第一议定书》还以日内瓦四公约为基础通过一系列条款来帮助打击破坏行为：第86条涉及国家的不作为；第87条涉及司令官的职责；第88条涉及刑事事项互助；<sup>146</sup>第89条事关在日内瓦四公约或《第一议定书》遭到严重违反的情况下的国家间合作；第90条规定应成立一个国际实况调查委员会，负责调查据称的严重破坏行为；第91条涉及当事国因违反日内瓦四公约或《第一议定书》的行为而支付赔偿的责任。

<sup>143</sup> 见 Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, 第593页。

<sup>144</sup> 例如，见《日内瓦第三公约》，第131-132条。

<sup>145</sup> 《第一议定书》第11条以及第85条第2-4款确定了“严重破坏”《第一议定书》的行为。

<sup>146</sup> 第88条第1款规定，缔约各方“应在对严重破坏各公约或本议定书的行为提出刑事诉讼方面，彼此提供最大限度的协助”。第88条第2款规定，在情况许可下，《第一议定书》缔约各方应在引渡事项上合作，包括对所指控罪行发生地国家的请求应给予适当的考虑。第88条第3款规定，被请求国的法律在任何情况下均适用，并且上述各款不应“影响对刑事事项上互助的全部或部分问题加以规定或将加以规定的属于双边或多边性质的条约的规定所产生的义务”。

### C. 其他可能相关的公约

73. 危害人类罪的当代定义涵盖“酷刑”、“奴役”和“强迫人员失踪”等行为，如果对平民大规模或有系统地实施此类行为，可构成危害人类罪。这样，在起草危害人类罪公约时，应考虑到处理这类行为的各项公约。

74. 例如，《禁止酷刑公约》规定了一系列界定这种罪行的条款，要求各当事国防止这种罪行，将该行为定为刑事犯罪，确立对该行为的管辖权，并规定如果行为人出现在当事国的领土上，则该国有义务进行引渡或起诉。其他许多规定涉及当事国义务的其他方面，以及国家间合作和争端解决。截至2015年1月，该《公约》共有156个当事国。国际法院最近比较详细地探讨了该《公约》所载列的引渡或起诉义务。<sup>147</sup> 2014年，委员会的一份报告讨论了这一义务。<sup>148</sup>

75. 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》<sup>149</sup> 有一份《联合国关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的议定书》。该《议定书》为贩运人口罪提供了定义，要求当事国把该罪行纳入本国法律，并要求它们采取预防措施。该《公约》的规定经必要更改后适用于该《议定书》，规定了有关起诉、管辖、裁决和制裁以及引渡、司法互助及其他事项的各种义务。截至2015年1月，有166个国家成为该《议定书》的当事国。

76. 同样，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》<sup>150</sup> 载有关于该罪行定义、在国家法律中把该行为定为刑事犯罪或引渡或起诉、司法互助以及引渡的条款。值得注意的是，该《公约》在第五条中规定：“大规模或有组织的强迫失踪行为，构成相关国际法所界定的危害人类罪，应招致相关国际法所规定的后果。”<sup>151</sup> 截至2015年1月，有44个国家成为该《公约》的当事国。

77. 当然，还有许多其他全球性条约涉及预防危害人类罪、在国家法律中将其定为刑事犯罪或引

<sup>147</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注70)。

<sup>148</sup> 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第65段。

<sup>149</sup> 截至2015年1月，有179个国家成为该《公约》的当事国。

<sup>150</sup> 截至2015年1月，有44个国家成为该《公约》的当事国。

<sup>151</sup> 见 Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, 第60-62页。

渡或起诉、司法互助、引渡、争端解决以及其它可能与危害人类罪公约相关的问题。此外，也有一些诸如《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视的议定书》等在区域或次区域层面发挥作用的相关条约。<sup>152</sup> 鉴于必须根据具体情况评估

<sup>152</sup> 《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和一切形式歧视的议定书》(签署于2006年11月29日大湖区问题国际

具体条款的价值和有效性，委员会在工作过程中应该考虑到所有这些条约。

会议，并于2008年生效)。编写该议定书的大湖区问题国际会议组成国家有：安哥拉、布隆迪、中非共和国、刚果、刚果民主共和国、肯尼亚、卢旺达、南苏丹、苏丹、乌干达、坦桑尼亚联合共和国和赞比亚。该文书是《大湖区安全、稳定和发展公约》的议定书。

## 第四章

### 防止及惩治危害人类罪

78. 处理定罪问题的条约大多将侧重点放在犯罪行为实施后对犯罪人的惩罚上，但很多条约也载有某种类型的义务，规定当事国也有防止该种犯罪行为发生的义务。这类义务可以在泛泛谈及防止问题的单一条款中提出，也可被纳入秉持同一目标的数个条款中。

79. 在最一般的层面上，这类义务仅仅要求当事国承诺防止(及惩治)有关行为。例如，《灭绝种族罪公约》在第一条中规定：“缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之。”《公约》的其它内容随后大多侧重于对个人进行惩治的具体措施——尽管有些条款也涉及防止问题。<sup>153</sup>

80. 这种关于防止的一般义务体现在两个方面。首先，当事国有义务不“通过本国的机关或者本国能够稳固控制、因而根据国际法其行为可归属于相关国家的人，实施此类行为”。<sup>154</sup> 第二，当事国有义务“采取能够动用的各种手段，……防止不属于本国直接管辖的人或团体实施”此类行为。<sup>155</sup> 后一种义务仅期望当事国在“有能力对很可能实施或者已经在实施灭绝种族行为的人的行动产生有效影响的情况下”尽最大努力(尽责标准)，而这种能力反过来又取决于当事

<sup>153</sup> 第五条规定：“缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。”第八条规定：“任何缔约国得提请联合国的主管机关遵照联合国宪章，采取其认为适当的行动，以防止及惩治灭绝种族的的行为或第三条所列任何其他行为。”

<sup>154</sup> 《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)(见上文脚注6)，第166段。

<sup>155</sup> 同上，第166段；另见Simma, “Genocide and the International Court of Justice”，第262页。

国同所涉个人或团体的地域、政治和其它联系。此外，当事国仅仅有采取符合国际法的措施的义务。<sup>156</sup>

81. 违反这种一般性义务意味着国家要承担责任——如果所涉行为(无论是实施被禁止的行为，还是没有采取必要、适当及合法措施防止另外一个国家实施被禁止的行为)根据国家责任规则归属于国家。实际上，就《灭绝种族罪公约》项下可能出现的争端而言，第九条提到了，除其他外，“与一国对灭绝种族罪的责任”有关的争端等事项。虽然《灭绝种族罪公约》的主要重点是起诉犯有灭绝种族罪的行为人，但国际法院强调违反防止义务不是国家实施的犯罪行为，而是一种涉及传统国家责任的违反国际法的行为。<sup>157</sup> 法院的做法同委员会曾经表达过的意见、<sup>158</sup> 包括在对2001年关于国家对国际不法行为的责任的评注中表达的意见，是一致的：“如国家官员犯下违反国际法罪行，经常都是国家对此行为负责或对未能防止或惩罚他们负责。”<sup>159</sup>

<sup>156</sup> 《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)(见上文脚注6)，第430段(其中裁定“每一个国家显然只能在国际法允许的限度内采取行动”)；见Tams, “Article I”，第51页(“防止的义务可能要求当事国利用现有选项，但没有创造新的干预权利——因此，举例而言，承认防止义务对关于在所谓‘人道主义干预’中单方使用武力制止灭绝种族行为的辩论没有什么补充。”)。

<sup>157</sup> 《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)(见上文脚注6)，第167段(其中裁定国际责任“在性质上同刑事责任非常不同”)。

<sup>158</sup> 见《1998年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第249段(其中裁定《灭绝种族罪公约》“并未在其关于国家责任的第九条中设想国家罪行或国家的刑事责任”)。

<sup>159</sup> 国家对国际不法行为的责任条款草案第58条评注第(3)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第77段，详见第163页。

82. 许多公约也载有不同类型的“防止”义务，即采取具体措施，旨在帮助防止违法行为发生的义务，诸如责成当事国采取有效的立法、执行、行政、司法或其他措施，以防止行为在其管辖的任何领土内发生。根据所涉的特定罪行以及当事国开展活动的情形，可以通过各种方式采取此类措施。可以期望当事国采取举措，就相关条约制度下的国家义务对政府官员进行教育。可能需要为警察、军队、民兵和其他人员制定培训方案，以帮助防止被禁止的行为。很可能需要制定国家法律和政策，培养人们对此类行为犯罪性质的认识，促使及时发现此类行为发生的风险。无疑，一旦被禁止的行为发生，这一义务会强化条约中的其它义务，即要求当事国调查并起诉或引渡行为人，因为这样做将部分地有助于遏制其他人今后的行为。同样，在这种情况下，如果当事国未视需要和情况尽最大努力动用政府机器尽量减少被禁止行为发生的可能性，也会产生国家的国际责任。

83. 至于极其严重的违法行为，此类条款经常伴随另外一个条款，规定不得援引特殊情形(诸如存在武装冲突或突发公共紧急事件)为此类违法行为开脱。这样的一般性声明有时被放在条约的开头，强调不实施违法行为的义务不可减损。

84. 下文讨论的重点是在与危害人类罪相关的一系列条约中、设法解释这种义务的条约监测机构的评论中、大会决议中、国际判例法中以及国际法学家的著述中，是如何处理“防止的义务”问题的。本章在最后拟议了一条由三款组成的条款草案，题为“防止及惩治危害人类罪”。

## A. 防止危害人类罪的义务

### 1. 条约

85. 如上文所述以及本报告第三章A节所指出的那样，《灭绝种族罪公约》在其标题全文(《防止及惩治灭绝种族罪公约》)中含有下述概念，即当事国不仅有义务惩治犯有灭绝种族罪者，还有义务采取措施防止犯下该种罪行。如上文本报告第三章B节所述，1949年日内瓦四公约确定了某些行为属于严重违约行为，并规定：“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁。”<sup>160</sup> 四公约

还规定：“各缔约国应采取必要之措施，以制止下条所列严重破坏本公约之行为以外之一切违反本公约之规定之行为。”<sup>161</sup>

86. 自1960年代以来，大多数关于跨国犯罪的多边条约均列出了这些防止和制止犯罪的义务。例如：

(a) 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(第十条第1款：“缔约各国应根据国际法和本国法，努力采取一切可能的措施，以防止发生第一条所指的罪行”);

(b) 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第四条(a)项：“各缔约国应特别以下列方式进行合作，以防止第二条所列举的罪行：……采取一切切实可行的措施，以防止在各该领土内策划在其领土以内或以外实施这些罪行”);

(c) 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(第四条(a)项：“本公约缔约国承诺：……采用必要的立法或其他措施来禁止并预防对于种族隔离和类似的分隔主义政策或其表现的鼓励，并惩处触犯此种罪行的人”);

(d) 《反对劫持人质国际公约》(第四条(a)项：“各缔约国应合作防止第一条所称罪行，特别是：……采取一切切实可行的措施，以防止为……进行此等犯罪行为而在其领土内所作的准备，包括禁止鼓励、煽动、策划或参与劫持人质行为的个人、团体和组织在其领土内从事非法活动的措施”);

(e) 《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2条第1款：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的领土内出现酷刑的行为”);

(f) 《美洲防止和惩处酷刑公约》(第1条：“缔约国承诺按照本公约的规定防止和惩治酷刑”;第6条：“缔约国还应采取有效措施，在其管辖范围内防止和惩罚其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”);

(g) 《美洲被强迫失踪人员公约》(第一条(c)项和(d)项：“本公约缔约国承诺……相互合作，以协助预防、惩治和消除强迫失踪现象;采取立法、行政、司法和其他必要措施，遵守在本公约中作出的承诺”);

<sup>160</sup> 《日内瓦第一公约》第49条;《日内瓦第二公约》第50条;《日内瓦第三公约》第129条;以及《日内瓦第四公约》

第146条。

<sup>161</sup> 同上。



(h) 《联合国人员和有关人员安全公约》(第11条:“缔约国应合作防止第9条所列举的罪行,尤其应:(a) 采取一切切实可行的措施,以防止在其各自境内策划在其境内或境外犯下此种罪行;(b) 按照本国法的规定交换情报,酌情协调采取行政的或其它方面的措施,以防止发生此种罪行”);

(i) 《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第十五条(a)项:“缔约国应……在防止第2条所述的罪行方面进行合作……”);

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

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

(l) 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》(序言:“忆及有效防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚要求的教育并综合采取立法、行政、司法和其他措施”;第3条:“每一缔约国应在国内一级设立、指定或保持一个或多个预防酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的查访机构”);

(m) 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(序言:“决心防止强迫失踪,制止犯有强迫失踪罪而不受惩罚的现象”;第二十三条:“1. 各缔约国应确保,对执法人员、文职或军事人员、医务人员、国家官员和其他可能参与监押或处置任何被剥夺自由者的人的培训,应包括对本公约相关规定的必要教育和

信息,以便:(a) 防止这类官员卷入强迫失踪案件;(b) 强调防止和调查强迫失踪案件的重要性;(c) 确保认识到解决强迫失踪案件的迫切性。2. 各缔约国应确保禁止发布任何命令和指示,指令、授权或鼓励制造强迫失踪。各国应保证,拒绝遵守这类命令的人不得受到惩罚。3. 各缔约国应采取必要措施,确保当本条第一款所指的人有理由相信强迫失踪案件已经发生或正在计划之中时,应向上级报告,并在必要时报告拥有审查权或补救权的有关当局或机关”);<sup>162</sup>

(n) 《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪以及一切形式歧视的议定书》(第8条第1款:“各成员国认识到种族灭绝罪、战争罪和危害人类罪是违反国际法的罪行,也是危害人民权利的罪行,因此承诺防止和惩治此类罪行”);

87. 一些多边人权条约虽然不侧重于防止和惩治此类罪行,但载有与防止和制止严重侵犯人权行为相关的义务。例如:

(a) 《消除一切形式种族歧视国际公约》(第三条:“缔约国特别谴责种族分离及种族隔离并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除这种性质的一切习例”);

(b) 《消除对妇女一切形式歧视公约》(第二条:“缔约各国谴责对妇女一切形式的歧视,协议立即用一切适当办法,推行政策,消除对妇女歧视”;第三条:“缔约各国应承担在所有领域,特别是在政治、社会、经济、文化领域,采取一切适当措施,包括制定法律,保证妇女得到充分发展和进步,其目的是确保她们能在与男子平等的基础上,行使和享有人权和基本自由”);

(c) 《欧洲委员会预防和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》(第4条第2款:“缔约国谴责对妇女一切形式歧视,并毫不拖延地采取必要立法措施和其他措施防止此种行为,尤其是在国家宪法或其他适当立法中体现男女平等原则并确保切实实现这项原则;禁止对妇女的歧视,包括为此酌情使用制裁措施;废除歧视妇女的法律和做法”);

一些条约未明确提及“防止”或“消除”该行为,而是侧重于采取适当的立法、行政和其他措施,“落

<sup>162</sup> 见 Vermeulen, *Enforced Disappearance ...*, 第66-76页。

实”或“执行”条约的义务，这可被视为包含采取必要或适当的措施防止该行为。<sup>163</sup> 例如：

(a) 《公民及政治权利国际公约》(第二条第2款：“凡未经现行立法或其他措施予以规定者，本公约每一缔约国承担按照其宪法程序和本公约的规定采取必要步骤，以采纳为实施本公约所承认的权利所需的立法或其他措施”)

(b) 《儿童权利公约》(第四条：“缔约国应采取一切适当的立法、行政和其他措施以实现本公约所确认的权利”)

88. 因此，在涉及危害人类罪定义所列举犯罪类型(如酷刑或种族隔离)的条约中，在涉及跨国犯罪(如跨国有组织犯罪)的条约中，以及在人权条约中，通常都包括防止此类行为的义务。关于该义务的陈述可能采取笼统形式，也可能在一定程度上具体规定当事国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止被禁止的行为。

## 2. 条约机构的评论

89. 在某些情况下，此类条约设立的委员会阐述了相关条约所规定的防止罪行义务的含义。例如，禁止酷刑委员会在其第2号一般性意见中提出了当事国有义务防止《禁止酷刑公约》第二条所规定的有国家支持的酷刑。委员会提出的意见包括：<sup>164</sup>

2. 根据第2条第1款，每一缔约国都有义务采取行动，包括立法、行政、司法或其他行动，以加强禁止酷刑的规定，而这些行动必须最后能够有效地防止酷刑。为了保证确实采取了公认能够防止或惩罚任何酷刑行为的措施，《公约》在其后各条中载明缔约国有义务采取其中具体规定的各项措施。

3. 第2条中规定的防止酷刑的义务范围十分广泛……

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

的形式不幸地一直在翻新，委员会对有效措施的理解和建议也一直在与时俱进。<sup>165</sup>

90. 消除种族歧视委员会在第三十一号一般性建议中提出了缔约国防止种族歧视的义务。在该建议中，消除种族歧视委员会就各国可采用何种方法履行防止歧视的义务提供了指导，其中包括执行国家战略或执行“消除结构性种族歧视的行动计划”，<sup>166</sup> 废除针对特定群体的法律，<sup>167</sup> “通过适当的教育课程对法官官员进行培训，促进其尊重人权，增进各种族或族裔群体之间的相互容忍和友好共处，提高对不同文化间关系的认识”。<sup>168</sup>

91. 同样，消除对妇女歧视委员会也提出了——主要在第6、15和第19号一般性建议中——缔约国防止违反《消除对妇女一切形式歧视公约》行为的义务。在第6号一般性建议中，委员会建议缔约国“在政府的较高级别建立和(或)加强有效的国家机制、机构和程序，给予足够的资源、承诺和授权：……监测妇女的状况；帮助拟定新政策和有效执行消除歧视的战略和措施”，并“采取适当的措施，确保……传播《公约》”。<sup>169</sup> 在第15号一般性建议中，委员会建议缔约国报告其如何努力防止歧视感染艾滋病的妇女。<sup>170</sup> 在第19号一般性建议中，委员会强调

《公约》第2条(e)款呼吁缔约国采取一切适当措施，以消除任何个人、组织或企业对妇女的歧视。根据一般国际法和具体的人权盟约规定，缔约国如果没有尽力防止侵犯权利或调查暴力行为并施以惩罚及提供赔偿，也可能为私人行为承担责任。<sup>171</sup>

<sup>165</sup> 见禁止酷刑委员会，关于缔约国实施第2条的第2号(2007)一般性意见，《禁止酷刑委员会的报告，大会正式记录，第六十三届会议，补编第44号》(A/63/44)，附件六，第2-4段。关于对禁止酷刑委员会有关第2条做法的评估，见Nowak and McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, 详见第94-107页。

<sup>166</sup> 消除种族歧视委员会，关于在刑事司法制度的管理和运作中预防种族歧视的第三十一号(2005)一般性建议，消除种族歧视委员会的报告，《大会正式记录，第六十届会议，补编第18号》(A/60/18)，第九章，第5(i)段。

<sup>167</sup> 同上，第5(a)段。

<sup>168</sup> 同上，第5(b)段。

<sup>169</sup> 消除对妇女歧视委员会，关于有效的国家机制和宣传的第6号(1988)一般性建议，第1-2段，《消除对妇女歧视委员会的报告，同上，第四十三届会议，补编第38号》(A/43/38)，第五章。

<sup>170</sup> 消除对妇女歧视委员会，关于在各国防治后天免疫机能丧失综合症(艾滋病)战略中避免对妇女的歧视的第15号(1990)一般性建议，(d)小段，《消除对妇女歧视委员会的报告，同上，第四十五届会议，补编第38号》(A/45/38)，第四章。

<sup>171</sup> 消除对妇女歧视委员会，关于对妇女的暴力的第19号(1992)一般性建议，第9段，《消除对妇女歧视委员会的报告，

<sup>163</sup> 例如，见Kriebaum, “Prevention of human rights violations”, 第156页(认为《公民及政治权利国际公约》第二条第2款意味着“采取预防措施，以确保拥有不受阻碍地享有该《公约》所定权利的必要条件”)。

<sup>164</sup> 见Ramcharan, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, 详见第100-104页。

92. 美洲人权委员会在其关于“公民安全和人权”的报告中指出，一国在维护人权方面的主要义务

涉及在司法上澄清有关的犯罪行为，以消除有罪不罚现象和防止暴力重现……毫无疑问，司法机关适当和有效的司法行动……在降低风险和暴力程度方面发挥根本性作用，纪律单位的工作在一定程度上也发挥这种作用。<sup>172</sup>

93. 一些条约将重点放在缔约国采取适当的立法、行政和其他措施，“落实”或“执行”条约的义务上。对此，相关条约机构也发表了意见。因此，人权事务委员会在其第3号一般性意见中强调

所有行政和司法当局均应意识到缔约国根据《公约》规定所承担的义务。为此目的，应以缔约国的一切正式语文来宣传《公约》，并应采取步骤使各有关当局熟悉《公约》内容，以此作为其训练的一部分。<sup>173</sup>

儿童权利委员会在第5号一般性意见中力求澄清“一般执行措施”的含义，并确定此类措施

目的是通过以下手段促进所有儿童充分享有《公约》载列的所有权利，这些手段可以是立法、建立……协调和监测机构、综合性数据收集、提高认识和开展培训，并制定和实施适当的政策、服务和方案。<sup>174</sup>

在第6号一般性意见中，委员会提出的指导意见涉及如何采取各种措施防止虐待位于原籍国之外的孤身离散儿童，包括防止对其进行贩卖和性剥削，防止其被招募入伍，以及防止其被羁押。<sup>175</sup>

### 3. 联合国决议

94. 大会时常指出各国有义务防止危害人类罪。例如，大会在1973年《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》中确认了就防止战争罪和危害人类罪开展国家间合作和国内行动的一般义务。除其他外，大会宣布“各国应在双

同上，第四十七届会议，补编第38号》(A/47/38)，第一章。

<sup>172</sup> 美洲人权委员会，关于公民安全和人权的报告，OEA/Ser.L/V/II，第57(2009)号文件，第36段。

<sup>173</sup> 人权事务委员会，关于在国家一级执行(第2条)的第3号(1981)一般性意见，第2段，《人权事务委员会的报告，大会正式记录，第三十六届会议，补编第40号》(A/36/40)，附件七。

<sup>174</sup> 儿童权利委员会，关于执行《儿童权利公约》的一般性措施的第5号(2003)一般性意见，第9段，《儿童权利委员会的报告，同上，第五十九届会议，补编第41号》(A/59/41)，附件十一。

<sup>175</sup> 儿童权利委员会，关于远离原籍国的孤身离散儿童待遇的第6号(2005)一般性意见，第50-63段，同上，《第六十一届会议，补编第41号》(A/61/41)，附件二。

边和多边基础上相互合作，以期制止并防止战争罪和危害人类罪，并为此目的，采取必要的国内和国际措施。”<sup>176</sup> 大会在2005年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》中指出：“[各国有义务]尊重、确保尊重和实施国际人权法和国际人道法的义务，除其他外，包括下列义务……采取适当的立法和行政措施及其他适当措施，防止违法行为发生。”<sup>177</sup>

### 4. 判例法

95. 在《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)中，国际法院分析了《灭绝种族罪公约》第一条所载的“设法防止(*undertake to prevent*)”的含义。在临时措施阶段，法院裁定第一条中的承诺规定双方拥有“尽一切所能防止在今后实施任何此类行为”的“明确义务”。<sup>178</sup> 在案情实质阶段，法院将这一承诺称为“正式的许诺……而不是仅仅是劝告性或目的性的。……而且不应被理解为仅仅为了引入后来所明确提及的法律、起诉和引渡”。<sup>179</sup>

96. 法院随后说明了与第一条有关的两类义务，首先是一国自身不实施灭绝种族的义务：

根据第一条，各当事国有义务防止此类行为，该条将此类行为称为“国际法认定的犯罪行为”。该条没有明文要求国家本身不要实施灭绝种族的行为。不过，法院认为，考虑到该《公约》的既定目的，第一条的效果是要禁止国家自身实施灭绝种族的行为。推定这一禁止含义的第一个依据是，该条将灭绝种族归为“国际法认定的罪行”：若当事国同意这一归类，则在逻辑上就必须承诺不实施所述行为。第二个依据源自对防止实施灭绝种族行为义务的明确规定。这一义务要求当事国，除其他外，在该判决书后文具体说明的情况下，利用所掌握的手段，防止不直接受其权力支配的个人或群体实施灭绝种族行为或第三条所述的任何其他行为。因此，如果说一方面规定国家有义务在其权力范围内防止它们能施加一定影响力的个人实施灭绝种族行为，另一方面却又不禁止各国通过自身的机关或通过受其严密控制因而根据国际法其行为被归为国家行为的个人实施此类行为，那将是自相矛盾

<sup>176</sup> 1973年12月3日大会第3074(XXVIII)号决议，第3段。

<sup>177</sup> 2005年12月16日大会第60/147号决议，附件，第3(a)段。

<sup>178</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，临时措施，1993年4月8日的命令，《1993年国际法院汇编》，第3页起，详见第22页。

<sup>179</sup> 《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)(见上文脚注6)，第162段。

的。简而言之，防止灭绝种族行为的义务必然意味着禁止实施灭绝种族行为。<sup>180</sup>

97. 法院还裁定第一条中反映的实质性义务表面上并不受地域限制，而是适用于“可能正在或也许能以与履行有关义务相适合的方式行事的国家”。<sup>181</sup> 法院之后在判决中更加深入地谈到了缔约国利用其所掌握的手段防止不受其权力支配的个人或群体犯下灭绝种族行为的义务。法院指出：

显然，有关义务是行为义务，而不是结果义务，意即无论情况如何，一国在防止实施灭绝种族的行为方面，没有成功的义务：实际上当事国的义务是采取一切合理掌握的手段，尽可能地防止实施灭绝种族的行为。一国并不仅仅因为所希望的结果没有实现而承担责任；不过，如一国明显未能采取其权力范围内的一切或可有助于防止灭绝种族的措施来防止灭绝种族，则该国就要承担责任。在这一方面，“尽责”概念——须对其进行具体评估——至关重要。在评估一国是否已尽责地履行相关义务时要考虑到多种参数。第一种显然是有效影响有可能实施或正在实施灭绝种族行为的个人行动的能力，这一点在国与国之间的差别很大。该能力本身取决于，除其他外，有关国家机关至事发现场的地理距离、该国当局与事件中的主要行为体之间的政治联系和所有其他联系的力度等等。还必须以法律标准来评估国家施加影响的能力，因为很明显每个国家仅可在国际法允许的限度内采取行动。这样看来，一国施加影响的能力，可能因其对面临灭绝种族危险的境况和个人或灭绝种族的现实情况所持的具体法律立场而有所不同。另一方面，涉及这种责任的国家会称，即便它采用了合理掌握的一切手段，也不足以防止灭绝种族罪的实施，但作出这种声称、甚至佐以证明，都是不相干的。这一点除了通常难以证明外，对是否违反有关的行为义务来说是无关紧要的，特别是如果若干国家联合作出努力，每个国家都履行其防止的义务，就可能达到仅凭一国之力难以产生的效果，也就是避免灭绝种族行为的发生。<sup>182</sup>

98. 法院接着指出，在这种情况下，

一国防止的义务，以及采取行动的相应责任，从该国获悉或通常应当获悉发生灭绝种族的重大风险的存在那一刻即已产生。从那一刻起，如果该国拥有有可能对准备实施灭绝种族的嫌疑人或被合理怀疑怀有特别意图(*dolus specialis*)者产生威慑作用的手段，它就有义务在情况允许时使用这些手段。<sup>183</sup>

99. 法院强调对这类义务的违反“仅仅源自未能采取和执行适当措施来防止实施灭绝种族行为。换言之，……违反防止义务源自不作为”，按此，“防止的职责使各国负有尽最大努力确保这些行为不会发

生的积极义务”。<sup>184</sup> “国家知悉，或通常应当已经知悉，发生灭绝种族行为的重大危险存在便足以”引起责任。<sup>185</sup> 同时，法院认为“只有灭绝种族实际发生时，才能追究有关国家违反防止灭绝种族义务的责任”。<sup>186</sup>

100. 法院还讨论了防止与惩治之间的区别。尽管“总的来说，防止发生犯罪行为的最有效方式之一，就是规定对此类行为的实施者加以惩治，而有效惩治这种行为的实施者，就是防止这种行为”，<sup>187</sup> 但法院认为“防止灭绝种族的义务与惩治其实施者的义务……是……两种不同但相互关联的义务”。<sup>188</sup> 事实上，“每个缔约国负有的防止灭绝种族的义务既是规范性的，也是强制性的。这种义务未被并入惩治义务，也不能被视为仅仅是该项职责的一部分”。<sup>189</sup>

101. 法院告诫说“关于防止的职责，按有关条款的措辞不同，取决于要防止的行为性质，其内容在不同文书中有所不同”，因此法院的裁决并非“意图确立一种具有普遍性的判例，以适用于所有含有国家防止某些行为义务的条约文书或其他具有约束力的法律规范的情形”。<sup>190</sup>

102. 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)未就“防止”违反该《公约》的行为规定明确的义务，但欧洲人权法院将具体条款解释为含有这样一项义务。因此，在基里奇诉土耳其案中，法院裁定该《公约》关于生命权的第2条第1款规定当事国不仅有避免故意和非法剥夺生命的义务，而且还要在其国内法律制度内采取适当措施，保护其管辖范围内的人的生命。<sup>191</sup> 法院在马卡拉齐斯诉希腊案中对同一条款作出解释时，认定这“涉及国家保障生命权的首要职责，国家应订立适当的法律和行政框架

<sup>184</sup> 同上，第432段。

<sup>185</sup> 同上。

<sup>186</sup> 同上，第431段。见国家对国际不法行为的责任条款草案，第14条，第3款，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第76-77段，第31页(认为“一国违背要求它防止某一特定事件之国际义务的行为开始于该事件发生的时刻”)；Salmon, “Duration of the Breach”；Economides, “Content of the obligation: obligations of means and obligations of result”。

<sup>187</sup> 《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)(见上文脚注6)，第426段。

<sup>188</sup> 同上，第425段。

<sup>189</sup> 同上，第427段。

<sup>190</sup> 同上，第429段。

<sup>191</sup> 基里奇诉土耳其案，第22492/93号，欧洲人权法院，ECHR 2000-III，第62段。

<sup>180</sup> 同上，第166段。

<sup>181</sup> 同上，第183段。

<sup>182</sup> 同上，第430段。

<sup>183</sup> 同上，第431段。

来阻遏危害人身的罪行的发生,通过执法机关预防、打击及处罚违反此类条款的行为”。<sup>192</sup>

103. 同时,法院确认当事国在这方面的义务是有限的。在马哈茂德·卡亚诉土耳其案中,法院裁定:

考虑到维持现代社会治安方面的困难、预测人的行为的难度以及在优先事项和资源方面必须作出的实际选择,对[第2条第1款]积极义务的解释,不得给有关当局强加不可能或不成比例的负担。因此,并非每一次有人声称生命面临威胁时,都要求当局按《公约》要求采取实际措施来防止威胁成真。一项积极的义务若要产生,就必须确定有关当局已经知道或理应知道已确认的一人或数人的生命面临第三方犯罪行为造成的迫在眉睫的真实威胁,且有关当局未在其权力范围内采取经合理判断可能避免该种威胁的措施。<sup>193</sup>

104. 《美洲人权公约》也未载有“防止”违反该《公约》行为的明确义务。即便如此,在解释当事国“确保”自由、充分行使该《公约》所确认权利的义务时,<sup>194</sup>美洲人权法院认为这一义务意味着当事国有“防止的职责”,而这又要求当事国采取某些步骤。具体而言,法院在贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案中裁定:

166. ……这项义务意味着当事国有责任对政府机构以及在一般情况下通过其行使公共权力的所有机构作出安排,使它们能在司法上确保人民自由充分地享有人权。由于这一义务,各国必须防止、调查并惩处任何侵犯《公约》所确认权利的行为,此外,如果有可能,还应努力恢复遭到侵犯的权利,并就侵犯所产生的损害提供必要的补偿。

174. 国家在法律上有责任采取合理步骤防止人权受到侵犯,并运用它所掌握的手段,对其管辖范围内的侵犯事件进行认真调查,以查明责任人,给予适当处罚,并确保受害者得到适当的补偿。

175. 这一防止的职责包括采取一切法律、政治、行政和文化手段,促进保护人权,确保任何侵权行为均被视为非法行为,并当作非法行为来处理,因而可能导致对责任人的处罚,并产生对受损者提供补偿的义务。不可能全部详细列出此类措施,因为它们因每个当事国的法律和情况的不同而存在差异。当然,尽管国家有防止侵犯人权行为的义务,某一具体的侵犯行为存在本身并不能证明国家没有采取防止措施。另一方面,将一人交于肆无忌惮施行酷刑与谋杀的官方镇压机

<sup>192</sup> 马卡拉齐斯诉希腊案[大法庭],第50385/99号,欧洲人权法院,ECHR 2004-XI,第57段。

<sup>193</sup> 马哈茂德·卡亚诉土耳其案,第22535/93号,欧洲人权法院,ECHR 2000-III,第86段;另见奥斯曼诉联合王国案,欧洲人权法院,《判决和裁决汇编》,1998-VIII,1998年10月28日,第116段;克里莫娃等人诉俄罗斯案,17170/04等五个案件号,欧洲人权法院,2011年5月3日,第246页。

<sup>194</sup> 第1条第1款规定:“本公约各缔约国承诺尊重本公约确认的权利和自由,并确保受其管辖的所有人能自由和充分地行使这些权利和自由,不得有任何歧视……”

构之手,这种行为本身便违反了防止侵犯生命权和人身安全的义务,即便有关人员并未遭受酷刑或被杀害,或在具体案件中这些情形无从证明。<sup>195</sup>

105. 法院依据类似推理对《美洲防止和惩处酷刑公约》第6条作出了解释。例如,在提比诉厄瓜多尔案中,法院裁定厄瓜多尔违反了第6条,因其在关于虐待囚犯的投诉提出后,没有展开正式调查。<sup>196</sup>

## 5. 国际法学家

106. 国际法学家们也分析了此类与防止有关的条约义务。关于防止的一般义务,近期学术研究的一个核心关注重点一直是国际法院2007年就《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)做出的判决。<sup>197</sup> 由于《灭绝种族罪公约》中并未明示指出当事国不得实施灭绝种族行为,有些学者对法院认为该项义务隐含于有关“防止”的义务之内是否正确进行了辩论。<sup>198</sup> 不过,前法官布鲁诺·西马在回忆他参与的一项判决时表示:“在2007年的判决中,一个最终得以解决的有趣问题涉及《公约》当事国自身是否有义务不实施灭绝种族的行。法院的答案是‘是的’。”<sup>199</sup>

107. 关于采取具体防止措施的义务,国际法学家们往往认为该义务是一种采取行为或手段的义务。例如,

<sup>195</sup> 贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案,判决,《C辑》,第4号,美洲人权法院,1988年7月29日,第166段和第174-175段;另见胡安·翁贝托·桑切斯诉洪都拉斯案,判决,《C辑》,第99号,美洲人权法院,2003年6月7日,第137和第142段;另见戈麦斯-帕基亚乌里兄弟诉秘鲁案,判决,《C辑》,第110号,美洲人权法院,2004年7月8日,第155段(认定该国未能有效调查酷刑指控并使行为未受惩罚,这意味着该国没有采取有效措施来防止此类行为的发生,因而违反了《美洲酷刑公约》第6条中规定的义务)。

<sup>196</sup> 提比诉厄瓜多尔案,判决,《C辑》,第114号,美洲人权法院,2004年9月7日,第159段;另见戈麦斯-帕基亚乌里案(见上注),第155段。

<sup>197</sup> 见上文脚注6。例如,见Piqué,“Beyond territory, jurisdiction, and control: towards a comprehensive obligation to prevent crimes against humanity”; Weber,“The obligation to prevent in the proposed convention examined in light of the obligation to prevent in the Genocide Convention”。

<sup>198</sup> 可以比较Gaeta,“On what conditions can a State be held responsible for genocide?”以及Tams,“Article I”,第56-60页;Seibert-Fohr,“The ICJ judgment in the ‘Bosnian Genocide’ case and beyond: a need to reconceptualise?”。

<sup>199</sup> Simma,“Genocide and the International Court of Justice”,第264页。

就采取手段的义务而言，国家可能必须采取积极的防止或保护措施，以达到某一具体目标。……所使用的表达方式因条约而异（“采取一切措施”、“一切适当的保护措施”、“必要措施”、“有效措施”、“适当措施”、“尽一切所能”、“在其权力范围内竭尽全力”、“恪尽职守”），但它们的共同特点是措辞较为笼统，没有确切规定达到特定结果的手段。<sup>200</sup>

108. 其他国际法学家们将重点放在特定条约规定的防止义务上，如《灭绝种族罪公约》第一条<sup>201</sup>或《禁止酷刑公约》第2条第1款。例如，参与起草《禁止酷刑公约》第2条第1款的两名法学家对其作出了如下分析：

根据该条第1款，……每一缔约国均应采取有效措施防止酷刑。这些措施的性质由有关国家酌情决定。仅指出有关措施可以是立法措施、行政措施、司法措施或其他一些类别的措施，但无论如何它们必须是有效的。该款还应与《公约》第4条相对照，后者具体要求采取立法措施，以使所有酷刑行为成为刑事罪行，应当根据其严重程度，进行适当惩罚。

第2条规定的义务不仅是要禁止酷刑行为，而且是要防止酷刑行为。这进一步强调有关措施必须有效：仅仅正式禁止是不够的，实际上应当防止酷刑行为。

当然，这并不意味着一国可以保证在其境内不出现任何酷刑行为。国家做到人们合理期望它为防止此类行为发生所应做的事就够了。但如果发生此类行为，则《公约》规定的其他义务就适用，根据第2条第1款，国家就有义务采取进一步的有效措施，以防止其再次发生。这类措施可包括更换有关单位的人员、实行更严格的监督、发布新的指示问题等等。<sup>202</sup>

109. 还有另外一些国际法学家对判例法中所表述的防止义务进行了分析。例如，对贝拉斯克斯·罗德里格斯案<sup>203</sup>的一种分析认为：

这一防止……的职责包括采取一切法律、政治、行政和文化手段，促进保护人权，确保任何侵犯行为均被视为非法行为，并当作非法行为来处理，因而可能导致对责任人的处罚，并产生对受损者提供补偿的义务。不过，法院澄清说，尽管国家有防止侵犯人权行为的义务，某一具体的侵犯行为存在本身并不能证明国家没有采取防止措施。另一方面，将一人交

<sup>200</sup> Economides, “Content of the obligation: obligations of means and obligations of result”, 第378页。

<sup>201</sup> 例如，见 Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 详见第520–525页；Tams, “Article I”, 第45–54页；Ben-Naftali, “The obligation to prevent and punish genocide”, 第33–44页。

<sup>202</sup> Burgers and Danelius, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 第123页(Burgers为参加人权委员会的荷兰代表团成员，曾任负责起草《公约》初稿的工作组主席；Danelius为瑞典代表团成员，曾任上述工作组成员，并编写了初稿)。

<sup>203</sup> 贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案(见上文脚注195)。

于肆无忌惮施行酷刑与谋杀的官方镇压机构之手，这种行为本身便违反了防止侵犯生命权和人身安全的义务，即便有关人员并未遭受酷刑或被杀害，或在具体案件中这些情形无从证明。<sup>204</sup>

110. 国际法学家们似乎承认，采取具体防止措施的义务实际上并未硬性规定必须采取哪些具体步骤，而是接受此类步骤可根据所涉行为性质以及当事国的运作环境而有所不同。例如，一名国际法学家分析了判例法和其他来源中条约监督机构所表述的防止义务，以便大体说明《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》缔约国应采取的具体措施。这些措施包括：(a) 采取保护措施防止未被羁押的人被迫失踪；(b) 对逮捕和羁押采取保障措施，以防止随后发生强迫失踪事件；以及(c) 在发生强迫失踪事件后采取措施防止其再次发生。<sup>205</sup>

## B. 防止及惩治危害人类罪的义务

111. 鉴于上述内容，似乎应将三个重要因素列入危害人类罪公约的初步条款草案。首先，可以在该条草案开头笼统地提到缔约国有防止及惩治危害人类罪的义务。这一规定将在一开始就表明缔约国在危害人类罪这一特定罪行方面所承担的广泛义务。其次，可以在该条草案中进一步规定，缔约国有义务以适当的立法、行政、司法或其他措施形式采取具体的防止措施。与之前的条约一样，该条款将只涉及防止问题，因为危害人类罪公约的其余大部分内容将更加详细地列出各缔约国为惩治危害人类罪所必须采取的具体措施，包括将危害人类罪纳入国内法以及对被控行为人行使国家管辖权的义务。最后，该条款草案还应提到禁止危害人类罪的规定具有不容克减的性质，在公约伊始便提到这一要点，突出这一罪行的严重性。下文将逐一讨论这些要素。

### 1. 防止及惩治的一般义务

112. 根据上文提到的先前条约做法，可以通过各种方式在危害人类罪公约中表述防止及惩治的一般义务。《灭绝种族罪公约》和1949年日内瓦四公约中的条款内容是早期为确定此类义务而做的努

<sup>204</sup> Ramcharan, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, 第99页。关于欧洲法院和美洲法院所述标准“合理性”的分析，见 Vermeulen, *Enforced Disappearance ...*, 第265–268页。

<sup>205</sup> Vermeulen, *Enforced Disappearance ...*, 第268–312页。

力。即便如此,《灭绝种族罪公约》第一条所采用的方法——“确认”灭绝种族行为是国际法范畴内的一种罪行,并呼吁缔约国采取步骤,防止并惩治这种行为——仍是在一部防止危害人类罪公约中表述一般义务时可以采用的有用模式。该种措辞方式是:“缔约国确认灭绝种族行为,不论发生于平时或战时,均系国际法上的一种罪行,承允防止并惩治之。”适用这种措辞将“确认”危害人类罪目前违反了习惯国际法;将明确确认,不管是在平时或战时,这种罪行历来都属于犯罪行为;并将通常预示着在之后的条款中呼吁缔约国采取具体步骤——例如通过任何必要的国内刑法。此外,这一措辞将有助于使本条款草案与得到广泛遵守的、关于国际法另一核心罪行的公约(截至2015年1月,有146个国家成为《灭绝种族罪公约》的当事国)相一致。

113. “承允”一词仍然适用,因为国际法院分析认为,“‘承允’一词的通常含义是作出正式许诺,约束自己或令自身作出保证或许诺,同意和接受一项义务。”<sup>206</sup> 如上所述,这项义务包括两种义务:(a) 国家有义务承诺不通过其机构或通过受其控制因而根据国际法其行为被归为国家行为的个人实施此类行为;(b) 国家有义务在必要时通过已有的合理、适当、合法手段,防止不属于其直接管辖下的其他人实施此种行为。<sup>207</sup> 《灭绝种族罪公约》第一条的措辞根据其用语不受地理范围的限制。因此,该《公约》禁止当事国在其管辖领土之外实施种族灭绝,并规定各国在其领土之外对其他行为方采取行动,但以上文讨论的重要参数为限。

## 2. 防止的具体措施

114. 与此同时,如上文所述,多个条约都规定缔约国有为防止该罪行采取特定类型措施的义务。《禁止酷刑公约》第2条第1款中有已得到广泛接受的措辞(截至2015年1月,已有156个国家加入该《公约》)。该款规定:“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施,防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为。”<sup>208</sup>

<sup>206</sup> 《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)(见上文脚注6),第162段。

<sup>207</sup> 同上,第166段。

<sup>208</sup> 第2条第3款规定:“上级官员或政府当局的命令不得援引为施行酷刑的理由。”特别报告员将在今后的报告中关于缔约国义务方面论述该条款涉及的问题,确保危害人类罪构成当事国刑法项下的犯罪行为。

115. 起草《禁止酷刑公约》时,对这一措辞的理解是使各缔约国在待采取的措施性质方面具有灵活性和酌处权,前提是这些措施能推进条约的基本目标。<sup>209</sup> 在提及“其管辖的任何领土内”的行为时,使用的措辞比仅提及在国家“境内”发生的行为更加宽泛,<sup>210</sup> 但却比各国义务制定立法、行政、司法或其他措施,防止世界各地的任何行为的措辞更加狭窄。“其管辖的领土”包括主权领土、属于该国国籍的船只和飞行器以及该国管辖下的被占领土和其他领土。<sup>211</sup> 除《禁止酷刑公约》之外,当代许多条约通过规定各国应采取具体措施,防止“其管辖领土内”的行为的义务,似乎都支持这一地理措辞;<sup>212</sup> 该措辞将义务侧重在各国有日常能力采取行动的领域,而不是提出更多无限制、因此可能在采取具体措施方面不那么明确的义务。

116. 如上文所述,必须采取的具体措施一部分取决于特定缔约国的国情和面临的风险。但这一义务通常要求缔约国:(a) 通过必要的国家法律、设立机制并制订政策,以便意识到该行为的刑罪性质,帮助及早发现发生该行为的风险;(b) 不断审查这些法律和政策,并在必要时加以改进;(c) 采取各项举措,教育政府官员,让他们了解《公约》规定的缔约国义务;(d) 为警察、军队、民兵和其他相关人员制定必要的培训方案,帮助防止危害人类罪的发生;(e) 一旦违禁行为发生,即本着诚意履行《公约》要求缔约国调查并起诉或引渡行为人的其他义务,因为这样做在一定程度上可以遏制他人今后的行为。当然,大多数国家可能已经制订了这些措施,因为大多数国家的法律体系中已经禁止与危害人类罪有关的不法行为(谋杀、酷刑等)。

117. 根据上文引述的案文制订的防止危害人类罪的具体一般义务将借鉴已有的防止发生有关不法行为(甚至包括孤立发生的行为)的义务。将这些内

<sup>209</sup> 见同上。

<sup>210</sup> 例如,见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》,第4条第(a)项(责成各国采取“一切切实可行的措施,以防止……在该国领土内……实施”罪行);《反对劫持人质国际公约》,第4条(a)项(相同);《联合国人员和有关人员安全公约》,第11条(a)项(相同)。

<sup>211</sup> Nowak and McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, 第116–117页。

<sup>212</sup> 例如,见《消除一切形式种族歧视国际公约》,第三条(责成各国“在其所辖领土内防止……此种性质之一切习例”);《美洲防止和惩处酷刑公约》,第6条(责成各国“采取有效措施,防止……其管辖范围内发生酷刑”)。

容合并为一条条款草案时，应在文本中统一称“缔约各国 (*Each State Party*)”（《禁止酷刑公约》中的用法）而不是“缔约国 (*The Contracting Parties*)”（《灭绝种族罪公约》中的用法）。

### 3. 不容克减的规定

118. 如前所述，一般和具体的防止义务往往同时还伴随着进一步的规定，指明不可援引任何特殊情况（例如存在武装冲突或社会紧急状态）作为实施罪行的理由。这种一般性措辞通常放在涉及严重罪行的条约起首部分，好处是强调不实施这类罪行的义务具有不容克减的性质。

119. 例如，《禁止酷刑公约》第2条第2款明确规定，不得将任何特殊情况援引为施行酷刑行为的理由；因此，所规定的义务具有不容克减的性质。<sup>213</sup> 具体而言，该款规定：“任何特殊情况，不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态，均不得援引为施行酷刑的理由。”<sup>214</sup> 在全球或区域一级关于严重罪行的其他条约中也会看到类似的措辞。

<sup>213</sup> 见 Burgers and Danelius, *The United Nations Convention against Torture...*, 第124页; Nowak and McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, 详见第116–117页。

<sup>214</sup> 《禁止酷刑公约》第2条第3款规定：“上级官员或政府当局的命令不得援引为施行酷刑的理由。”特别报告员将在今

例如，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的第1条第2款中载有同样的措辞，《美洲防止和惩处酷刑公约》第5条中也有类似措辞。在危害人类罪方面采用这一表述的好处是，按此方式起草的案文既可以指国家行为方的行为，也可以指非国家行为方的行为。

### C. 第1条草案：防止及惩治危害人类罪

120. 铭记上述考量，特别报告员拟议了下列条款草案：

“第1条草案：防止及惩治危害人类罪

“1. 每一缔约国确认危害人类罪，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，允防止并惩治之。

“2. 每一缔约国均应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现危害人类罪。

“3. 任何特殊情况，不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态，均不得援引为施行危害人类罪的理由。”

后的报告中关于缔约国义务方面论述该条款涉及的问题，确保危害人类罪构成当事国刑法项下的犯罪行为。”

## 第五章

### 危害人类罪的定义

121. 如上文第二章所述，过去一个世纪以来，对危害人类罪的定义有着不同的表述。但最为普遍接受的提法是《罗马规约》第七条的表述，其中借鉴了《纽伦堡宪章》和《东京宪章》、纽伦堡原则、1954年危害人类和平及安全治罪法草案、《前南斯拉夫问题国际法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、委员会1994年国际刑事法院规约草案<sup>215</sup>以及委员会1966年危害人类和平及安全治罪法草案中的措辞。《罗马规约》第七条反映了截至2015年1月为止已经批准或加入该《规约》的123个国家所达成的一致意见。

122. 尽管不时有人表达观点认为第七条有改进的余地，而且在第七条是否反映了习惯国际法<sup>216</sup>或对第七条某些方面的最佳解释是什么<sup>217</sup>问题上可

<sup>216</sup> 例如，见 Cassese, “Crimes against humanity”, 第375页。例如，虽然第七条中出现了“政策”因素，但前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭2002年在库纳拉茨案中认为，习惯国际法中没有任何规定要求有一项政策要素，实际上，“压倒多数的”案例反对这一点。检察官诉库纳拉茨案，案件编号：IT-96-23，判决，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭，2002年6月12日，《2002年司法汇编》（以下简称“2002年库纳拉茨案”），第98段；另见 Mettraux, “Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda”, 第270–282页。然而，随着时间的推移以及许多国家遵守《罗马规约》，第七条似乎正在产生明确习惯国际法的效果。一般参见 Baxter, “Multilateral treaties as evidence of customary international law”。

<sup>217</sup> 例如，见 Robinson, “The draft convention on crimes against humanity: what to do with the definition?”, 第105页（但最终指

<sup>215</sup> 《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第91段。



能存在分歧，但毫无疑问，作为危害人类罪的定义，第七条得到了国家的广泛支持。事实上，2014年在第六委员会上谈到这一问题的每个国家都认为，委员会不应为新公约通过一个与《罗马规约》第七条不同的“危害人类罪”定义。<sup>218</sup>此外，任何一部公约，只要其部分目的是推进《罗马规约》的互补制度，都应使用第七条的定义，以便促进与《罗马规约》保持一致的国内法律。更广泛地说，使用第七条的定义将有助于尽量减少国际刑法领域不可取的不成体系状况。

### 123. 《罗马规约》第七条规定：

#### 第七条 危害人类罪

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

1. 谋杀；
2. 灭绝；
3. 奴役；
4. 驱逐出境或强行迁移人口；
5. 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
6. 酷刑；
7. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
8. 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别，或根据公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的团体或集体进行迫害，而且与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生；
9. 强迫人员失踪；
10. 种族隔离罪；

出“大家普遍认为利用《罗马规约》第七条既定定义的好处多于起草新定义的好处”。

<sup>218</sup> 见奥地利，《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第111段；克罗地亚，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第94段；芬兰(代表北欧国家)，同上，第19次会议(A/C.6/69/SR.19)，第81段；意大利，同上，第22次会议(A/C.6/69/SR.22)，第53段；波兰，同上，第20次会议(A/C.6/69/SR.20)，第36段；新西兰，同上，第21次会议(A/C.6/69/SR.21)，第33段；大韩民国，同上，第45段；以及蒙古，同上，第24次会议(A/C.6/69/SR.24)，第94段。2013年，各国就这个问题的发言也表达了类似观点。例如，见挪威(代表北欧国家)，同上，《……第六十八届会议，第六委员会》，第17次会议(A/C.6/68/SR.17)，第38段(“不能再重新审议《罗马规约》中商定的措辞；必须保留第七条中危害人类罪的定义，以之作作为就这一议题进行任何进一步工作的资料基础。”)。

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

(二) 为了第一款的目的：

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

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

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

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

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

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

7. “迫害”是指违反国际法规定，针对某一团体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

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

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

(三) 为了本规约的目的，“性别”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

124. 如上文第二章所述，危害人类罪的早期定义要求基本行为必须是在武装冲突中完成的，一部分可能是为了解决该罪行在国际法中是否得到公认的关注，亦有部分是为了将国际罪行与大规模国内暴力犯罪区别开来。<sup>219</sup>前南斯拉夫问题国际法庭规约中载有与武装冲突相关的规定，因为该规约正是在这种冲突的背景下制定的；但自1993年以来，国际性刑事法庭规约，包括《罗马规约》，已没有这种相关性的规定。<sup>220</sup>取而代之的是“总括性”要求，即该

<sup>219</sup> Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, 第21页。

<sup>220</sup> Ambos and Wirth, “The current law of crimes against humanity ...”, 第3-13页。

罪行必须是为推行国家或组织攻击平民人口的政策，在广泛或有系统的针对平民人口的攻击中实施的。

### A. “广泛或有系统的”攻击

125. 有关“广泛或有系统的攻击”的要求最早出现在卢旺达问题国际法庭规约中，<sup>221</sup> 尽管前南斯拉夫问题国际法庭的一些裁决认为这一要求已隐含在该法庭的规约中，因为在秘书长拟议该规约的报告中已经列入了此类措辞。<sup>222</sup> 两法庭的判例都认定，“广泛”和“有系统”这两个条件是析取式、而非合取式要求；满足其中之一便可认定存在该罪行。<sup>223</sup> 例如，卢旺达问题国际法庭审判分庭在检察官诉阿卡耶苏案中认为：“该行为可以是广泛或有系统的攻击的一部分，而不必同时是两项条件的一部分。”<sup>224</sup> 这一对“广泛/系统性”要求的解读也反映在委员会对1996年危害人类和平及安全治罪法草案的评注中，其中指出“如果某一行为合乎其中[系统性或规模]任一条件，即构成危害人类罪”。<sup>225</sup>

<sup>221</sup> 见上文第二章。卢旺达问题国际法庭规约第3条的法文本与英文本有所不同，在法文本中使用的是并合性措辞（“*généralisée et systématique* [普遍和有计划]”）。在阿卡耶苏案中，审判分庭指出：“在《规约》的原始法文本中，这些要求是以累加形式措辞的……，这大大增加了该条款的适用门槛。由于习惯国际法只要求攻击是广泛的或者是有系统的，有充分理由推定法文本是在翻译中出现了错误。”阿卡耶苏案（见上文脚注79），第579段，脚注149。

<sup>222</sup> 1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第646段；检察官诉蒂霍米尔·布拉什基奇案，案件编号：IT-95-14-T，判决，前南斯拉夫问题国际法庭，2000年3月3日，《2000年司法汇编》，第202段；见Sluiter，“‘Chapeau elements’ of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc tribunals”。

<sup>223</sup> 例如，见阿卡耶苏案（见上文脚注79），第579段；检察官诉克萊芒·卡伊谢马和奥贝德·鲁津达纳案，案件编号：ICTR-95-1，判决，审判分庭，卢旺达问题国际法庭，1999年5月21日，《1999年命令、裁决和判决汇编》，第123段（“攻击必须包含广泛或系统性这两个选择条件之一”）；检察官诉米莱·姆尔克希奇、米罗斯拉夫·拉迪奇和韦塞林·什利万查宁案，案件编号：IT-95-13/1，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2007年9月27日，第437段（“攻击必须是广泛或有系统的，该要求是选择性，而非并合性的”）；1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第648段（“认定广泛性……或系统性……两者之一即可满足这项要求”）。

<sup>224</sup> 阿卡耶苏案（见上文脚注79），第579段。

<sup>225</sup> 治罪法草案第18条的评注第(4)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第49页，第50段。另见特设委员会关于建立常设国际刑事法院的报告，《大会正式记录，第五十届会议，补编第22号》(A/50/22)，第78段（“关于危害人类罪定义中所应反映成分……的建议如下：……罪行通常涉及广泛或\*有系统的……攻击”）；《1995年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第90段（“‘系统性’和‘大规模’侵害等概念是有关罪行的补充要素”）；国际刑事法院规约草案第20条条款草案的评注第

126. 在为拟订《罗马规约》审议这一标准时，一些国家认为“广泛”和“有系统”这两个条件应该是合取式要求，两者必须同时存在才能认定存在该罪行，否则该标准的包含范围将过于宽泛。<sup>226</sup> 事实上，这些国家认为，如果“广泛”实施行为这一条件本身便已充分，那么自发出现的一波又一波大规模、但相互无关联的罪行就可构成危害人类罪。<sup>227</sup> 出于这种关切，做了折中处理，即在第七条第(三)款第1项中纳入了一项关于“攻击”的定义，其中如下文所述，包含一项政策要素。<sup>228</sup>

127. 国际刑事法院的判例法确认，“广泛”和“有系统”这两个条件是析取式的。例如，在肯尼亚授权裁决案中，法院第二预审分庭指出“[广泛或有系统的]这一关联要素的适用是选择性的，即要将指控的行为归类为危害人类罪，这种行为必须要么是广泛的，要么是有系统的”。<sup>229</sup>

128. 第一个条件要求攻击是“广泛的”。前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭在库纳拉茨案中认为，

(14)段，《1994年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第41页，第91段（“危害人类罪的定义包括……广泛或\*系统性地(该卷中文本译为‘普遍或有计划地’)施加暴行的、性质非常严重的、不人道行为”）；一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案第21条的评注第(3)段，《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，D节，详见第108页（“实现本条所列举的任何一项行[为]，无论是有系统还是大规模，只要具有其中一方面，就足以构成侵害行为”）。

<sup>226</sup> 见《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议，1998年6月15日至7月17日，罗马，正式记录》，第二卷(A/CONF.183/13 (Vol. II))，第3次会议简要记录，A/CONF.183/C.1/SR.3号文件，第45段(印度)，第90段(大不列颠及北爱尔兰联合王国)，第96段(法国)，第108段(泰国)，第120段(埃及)，第136段(伊朗伊斯兰共和国)，第172段(土耳其)；以及第4次会议简要记录，A/CONF.183/C.1/SR.4号文件，第5段(俄罗斯联邦)，第17段(日本)；Van Schaack，“The definition of crimes against humanity”，第844页。

<sup>227</sup> Robinson，“Defining crimes against humanity at the Rome Conference”，第47页。

<sup>228</sup> Hwang，“Defining crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court”，第497页；DeGuzman，“The Road from Rome: the developing law of crimes against humanity”，第372页(引用了作者的辩论笔记(1998年6月17日，全体委员会)，当时作者是塞内加尔赴罗马会议代表团的一名法律顾问)；Van Schaack，“The definition of crimes against humanity...”，第844-845页。

<sup>229</sup> 见关于根据《罗马规约》第十五条授权调查肯尼亚共和国状况的裁决案，案件编号：ICC-01/09，预审分庭，国际刑事法院，2010年3月31日，第94段；另见检察官诉让-皮埃尔·本巴·贡博案，案件编号：ICC-01/05-01/08，根据《罗马规约》关于指控的第六十一条第(四)款第1和第2项所做的裁决，第二预审分庭，国际刑事法院，2009年6月15日，第82段。

“形容词‘广泛的’意指攻击是大规模性质的，而且针对的人数众多”。<sup>230</sup> 因此，这一要求系指“受害者众多”，<sup>231</sup> 排除孤立的暴力行为，<sup>232</sup> 比如出于个人意志而不是为实施更广泛的举措而谋杀个体受害者。与此同时，单个肇事者实施的单一行为如果在更广泛的运动中发生，则可能构成危害人类罪。<sup>233</sup> 对于攻击行为的受害者必须达到多少人才被视为“广泛的”，没有一个具体数字门槛值，而是取决于据称受到攻击的平民人口的规模。<sup>234</sup> 例如，在检察官诉库纳拉茨案中，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭就确定攻击是否具有广泛性规定了以下检验标准：

因此，审判分庭必须“首先查明攻击所针对的目标人口，并根据对人口实施攻击所采用的手段、方法、资源以及攻击行为的结果，确定攻击是否确实是广泛的……”。为确定对平民人口的攻击是否同时满足“广泛”或“有系统的”这两项要求

<sup>230</sup> 检察官诉德拉戈留布·库纳拉茨、拉多米尔·科瓦奇和佐兰·武科维奇案，案件编号：IT-96-23，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2001年2月22日，第428段（以下简称“2001年库纳拉茨案”）；见检察官诉加丹加和马修·恩乔洛·楚伊案，案件编号：ICC-01/04-01/07，关于确认指控的裁决，预审分庭，国际刑事法院，2008年9月30日，第394段（以下简称“2008年加丹加案”）；另见检察官诉达里奥·科尔迪奇和马里奥·切尔凯兹案，案件编号：IT-95-14/2-A，判决，上诉分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2004年12月17日，第94段（以下简称“2004年科尔迪奇案”）；检察官诉维多耶·布拉戈耶维奇和德拉甘·约基奇案，案件编号：IT-02-60-T，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2005年1月17日，第545-546段。

<sup>231</sup> 本巴案（上文脚注229），第83段；危害人类和平及安全治罪法草案第18条及其评注，《1996年……年鉴》，第一卷（第二部分），第50段，详见第49页（所用短语为“大规模的”而不是广泛的）；阿卡耶苏案（见上文脚注79），第580段；卡伊谢马案（见上文脚注223），第123段；另见姆尔克希奇案，第437段（“广泛是指攻击具有大规模性质且受害者人数众多”）。

<sup>232</sup> 见检察官诉博斯科·恩塔甘达案，案件编号：ICC-01/04-02/06，就检察官在第五十八条规定项下的申请所做的裁决，第二预审分庭，国际刑事法院，2012年7月13日，第19段；检察官诉艾哈迈德·默罕默德·哈伦（“艾哈迈德·哈伦”）和阿里·默罕默德·阿卜杜勒-拉赫曼（“库沙卜”）案，案件编号：ICC-02/05/01//07，就检察官在《规约》第五十八条第七款项下的申请所做的裁决，第一预审分庭，国际刑事法院，2007年4月27日，第62段；另见检察官诉乔治·安德森·恩德如邦威·鲁塔甘达案，案件编号：ICTR-96-3-T，判决，审判分庭，卢旺达问题国际法庭，1999年12月6日，第67-69段；卡伊谢马案（上文脚注223），第122-123段；危害人类和平及安全治罪法草案第18条及其评注，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第50段，详见第49页；一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案第21条及其评注，《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第四章，D节，详见第108页。

<sup>233</sup> 2000年库比莱斯基奇案（见上文脚注47），第550段；1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第649段。

<sup>234</sup> 见2002年库纳拉茨案（见上文脚注216），第95段。

或其中之一，可考虑攻击目标人口所产生的后果、受害者人数、行为的性质……。<sup>235</sup>

129. “广泛”也可包含地域层面，即攻击发生在不同地点。<sup>236</sup> 因此，在本巴案中，国际刑事法院第二预审分庭裁定有充分证据证明攻击是“广泛的”，依据是报告称攻击发生在广大地理区域内的不同地点，包括数千次强奸、乱葬坑和大量受害者的证据。<sup>237</sup> 但很大的地理区域并不是必要的；前南斯拉夫问题国际法庭认为攻击可以是在一个小的地理区域内针对大批平民实施的。<sup>238</sup>

130. 在肯尼亚授权裁决赛中，国际刑事法院第二预审分庭指出“评估既不完全取决于数量，也不完全取决于地理区域，而是必须依据具体事实来进行”。<sup>239</sup> 多种不人道行为产生的累积效应或者严重的单一不人道行为产生的结果均可能使攻击具有广泛性。<sup>240</sup>

131. 第二个选择条件要求攻击是“有系统的”。委员会在对1996年危害人类和平及安全治罪法草案的评注中指出，“有系统的”这一要求意味着不人道行为是按照“一项预谋计划或政策”进行的，而且“这种计划或政策的实施可引起不人道行为的一再或连续进行”。<sup>241</sup> 与“广泛的”要求一样，“有系统的”一词排除孤立或无关联的暴力行为，<sup>242</sup> 前南斯拉夫问题国

<sup>235</sup> 同上。

<sup>236</sup> 例如，见恩塔甘达案（上文脚注232），第30段；检察官诉威廉·沙莫伊·鲁托、基普罗诺克斯盖和乔舒亚阿拉普桑案，案件编号：ICC-01/09-01/11，关于根据《罗马规约》第六十一条第(b)款第1和第2项确认指控的裁决，第二预审分庭，国际刑事法院，2012年1月23日，第177段。

<sup>237</sup> 本巴案（见上文脚注229），第117-124段。

<sup>238</sup> 布拉什基奇案（见上文脚注222），第206段；2004年科尔迪奇案（见上文脚注230），第94段。

<sup>239</sup> 肯尼亚授权裁决赛（见上文脚注229），第95段。

<sup>240</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(4)段，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第50段，详见第49页；另见本巴案（见上文脚注229），第83段（认为广泛性“意味着攻击是在广大地理区域内发生，或者在小的地理区域内针对大批平民实施的”）。

<sup>241</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(3)段，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第50段，详见第49页；另见一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案第21条及其评注，《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第四章，D节，详见第108页（“系统性指一贯的做法有步骤地筹划进行这些侵害行为”）。

<sup>242</sup> 见危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第50段，详见第49页；一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案第21条及其评注，

际法庭、卢旺达问题国际法庭和国际刑事法院的判例体现出对该词含义的相似理解。前南斯拉夫问题国际法庭将“有系统的”定义为“暴力行为具有组织性且不可能随机发生”，<sup>243</sup> 并认为，如有证据表明存在某种模式或严密计划，即可认定攻击是有系统的。<sup>244</sup> 因此，上诉分庭在库纳拉茨案中确认“存在犯罪模式，即非偶然性的经常重复发生类似的犯罪行为，是这种有系统行为的共有表现”。<sup>245</sup> 审判分庭在库纳拉茨案中认定对穆斯林平民人口进行了有系统的攻击，依据是有证据表明存在一贯的模式，即一旦塞族部队控制了一个城镇或村庄，他们就搜查或烧毁穆斯林公寓或房屋；之后包围或抓捕穆斯林村民，在此过程中这些村民有时遭到殴打或杀害；男女村民被隔离并投入不同的羁押中心或监狱。<sup>246</sup> 同样，卢旺达问题国际法庭将“有系统的”定义为遵循一贯模式或根据一项政策或计划实施的有组织行为。<sup>247</sup>

132. 与前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的判例一样，国际刑事法院第一预审分庭在哈伦案中认为“‘有系统的’是指‘暴力行为具有组织性且不可能随机发生’”。<sup>248</sup> 国际刑事法院第一预审分庭在加丹加案中认为，对这一用语的理解是

为推行一项共同政策而执行的有组织的计划，遵循一种经常模式，导致不断实施行为；或理解是指“犯罪模式”，即罪行构成“非偶然性的经常重复发生类似的犯罪行为”。<sup>249</sup>

第二预审分庭在恩塔甘达案中适用了这一标准，裁定攻击是系统性的，因为

犯罪人采用相似的手段和方法攻击不同地点：他们人数众多，从不同方向同时接近攻击目标，他们使用重型武器攻击村庄，

《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，D节，详见第108页。

<sup>243</sup> 姆尔克希奇案(见上文脚注223)，第437段；2001年库纳拉茨案(见上文脚注230)，第429段。

<sup>244</sup> 例如，见1997年塔迪奇案(见上文脚注108)，第648段。

<sup>245</sup> 2002年库纳拉茨案(见上文脚注216)，第94段。

<sup>246</sup> 2001年库纳拉茨案(见上文脚注230)，第573和第578段。

<sup>247</sup> 阿卡耶苏案(见上文脚注79)，第580段(“‘系统性’可以定义为根据一项共同政策进行严密组织并遵循正规模式”)；卡伊谢马案(见上文脚注223)，第123段(“有系统的攻击意指攻击是根据预定政策或计划实施的”)。

<sup>248</sup> 哈伦案(见上文脚注232)，第62段(援引2004年塔迪奇案(见上文脚注230)，第94段，后者又援引了2001年库纳拉茨案(见上文脚注230)，第429段)；另见肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229)，第96段；鲁托案(见上文脚注236)，第179段；2008年加丹加案(见上文脚注230)，第394段。

<sup>249</sup> 2008年加丹加案(见上文脚注230)，第397段。

采用相似方法系统性地追逐平民，逐户搜查并搜索丛林，烧毁所有财产并实施抢劫。<sup>250</sup>

## B. “针对任何平民人口”

133. 《罗马规约》第七条中的第(一)款一般要求是，行为必须是“针对任何平民人口”实施的攻击的一部分。《罗马规约》第七条第(一)款第1项规定，为了第(一)款的目的，“‘针对任何平民人口进行的攻击’是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第(一)款所述行为的行为过程。”<sup>251</sup> 此外，前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际法庭和国际刑事法院的判例对“针对”、“任何”、“平民”和“人口”等词的含义逐一做了解释。

134. 前南斯拉夫问题国际法庭裁定，“针对”一词要求预定的主要攻击目标是平民人口而不是偶然的受害者。<sup>252</sup> 国际刑事法院第二预审分庭嗣后在本巴案和肯尼亚授权裁决案中采用了这一解释。<sup>253</sup> 在本巴案中，该分庭认定有足够证据表明攻击是“针对”中非共和国平民人口实施的。<sup>254</sup> 该分庭认为刚果解放运动(刚果解运)的士兵们知道他们行动的受害者是平民，因为有直接证据表明平民在自家房屋或庭院中遭到攻击。<sup>255</sup> 分庭还认定刚果解运士兵主要针对平民人口发动攻击，证据是他们曾攻击一个地点，但在那里却没有发现任何他们声称正在追踪的反叛部队。<sup>256</sup> “针对”一词重点强调的是发动攻击的意图而不是攻击的实际结果。<sup>257</sup> “针对”目标人口实施的必须是攻击、而非个别肇事者的行为。<sup>258</sup>

<sup>250</sup> 恩塔甘达案(见上文脚注232)，第31段；另见2012年鲁托案(见上文脚注236)，第179段。

<sup>251</sup> 另见国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第5页。

<sup>252</sup> 例如，见2001年库纳拉茨案(见上文脚注230)，第421段(“‘针对’这一用语意指在实施危害人类罪时，平民是主要攻击目标。”)。

<sup>253</sup> 本巴案(见上文脚注229)，第76段；肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229)，第82段。

<sup>254</sup> 本巴案(见上文脚注229)，第94段；另见恩塔甘达案(见上文脚注232)，第20-21段。

<sup>255</sup> 本巴案(见上文脚注229)，第94段。

<sup>256</sup> 同上，第95-98段。预审分庭的裁决还基于有证据表明，当刚果解运士兵抵达当地时，反叛部队业已撤离。同上，第98段。

<sup>257</sup> 例如，见布拉什基奇案(见上文脚注222)，脚注401。

<sup>258</sup> 2002年库纳拉茨案(见上文脚注216)，第103段。

135. “任何”一词表明“平民人口”的定义宽泛，应从广义的角度来解释。<sup>259</sup> 攻击可以是针对任何平民人口实施的，“不论其国籍和族裔如何，或具有任何其他明显特征”，<sup>260</sup> 攻击可以是针对本国居民或外国居民实施的。<sup>261</sup> 攻击的目标可“包括由其(被认为所属的)政治派别定义的人群”。<sup>262</sup> 要符合武装冲突时的平民人口的定义，攻击所针对的目标人口必须“主要”是平民性质；<sup>263</sup> 平民中存在某些战斗人员并不改变其性质。<sup>264</sup> 这一办法符合源自国际人道法项下的其他规则。例如，日内瓦四公约第一附加议定书指出：“在平民人口中存在有不属于平民定义范围内的人，并不使该平民人口失去其平民的性质”（第50条第3款）。在和平时期，“平民”应包括除有义务维持公共秩序且为此目的在受到攻击时有合法手段行使武力的人以外的所有人。<sup>265</sup> 对任何特定受害者的身份评估必须是基于其在犯罪行为实施时的身份；<sup>266</sup> 如对某人的身份存有疑问，应将其视为平民。<sup>267</sup>

<sup>259</sup> 例如，见姆尔克希奇案（见上文脚注223），第442段；1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第643段；2000年库比莱斯基奇案（见上文脚注47），第547段（“意在为‘平民’和‘人口’做一个宽泛定义。这首先是由人道法的一般原则与规则——特别是禁止危害人类罪的规则——的目标和宗旨决定的”）；卡伊谢马案（见上文脚注223），第127段。

<sup>260</sup> 2008年加丹加案（见上文脚注230），第399段（引述了1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第635段）。

<sup>261</sup> 例如，见2001年库纳拉茨案（见上文脚注230），第423段。

<sup>262</sup> 鲁托案（见上文脚注236），第164段。

<sup>263</sup> 例如，见姆尔克希奇案（见上文脚注223），第442段；1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第638段；2001年库纳拉茨案（见上文脚注230），第425段；2001年科尔迪奇案（见上文脚注74），第180段；卡伊谢马案（见上文脚注223），第128段。

<sup>264</sup> 例如，见姆尔克希奇案（见上文脚注223），第442段；1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第638段；2001年库纳拉茨案（见上文脚注230），第425段（“在其中存在某些非平民并不改变其平民人口的性质”）；布拉什基奇案（见上文脚注222），第214段（“在蓄意攻击的平民中存在士兵并不改变人口的平民性质”）；2000年库比莱斯基奇案（见上文脚注47），第549段（“存在积极参与冲突的人员不应妨碍将人口定性为平民”）；2001年科尔迪奇案（见上文脚注74），第180段；阿卡耶苏案（见上文脚注79），第582段（“在平民人口中存在不属于平民定义范围内的人，并不使该平民人口失去其平民的性质”）；卡伊谢马案（见上文脚注223），第128段。

<sup>265</sup> 卡伊谢马案（见上文脚注223），第127段。

<sup>266</sup> 2000年布拉什基奇案（见上文脚注222），第214段（“在认定受害者为平民身份时，必须考虑到其在罪行发生时的具体情况而不是其身份”）；另见2001年科尔迪奇案（见上文脚注74），第180段（“在某一时刻曾实施抵抗行为的人在某些情况下可能是危害人类罪的受害者”）；1998年阿卡耶苏案（见上文脚注79），第582段（认为平民人口包括“放下武器的武装部队成员和失去战斗力的人员”）。

<sup>267</sup> 2001年库纳拉茨案（见上文脚注230），第426段。

136. “人口”一词并不意味着必须是某一地理位置的全部人口受到攻击；<sup>268</sup> 相反，该词意指罪行的集体性质，即对多名受害者发动的攻击。<sup>269</sup> 对任何特定受害者的攻击绝不应是因其个人特点，而是因为其属于攻击所针对的平民人口。<sup>270</sup> 国际刑事法院就本巴案和肯尼亚授权裁决案做出的裁决使用了与之类似的办法，申明检察官必须证明攻击是针对平民人口而不是人数有限的一组个体实施的。<sup>271</sup>

137. 《罗马规约》第七条第(一)款第1项为了第(一)款的目的，界定了“针对任何平民人口进行的攻击”。该定义的第一部分提到“针对任何平民人口多次实施第(一)款所述行为的行为过程”。尽管前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭在关于危害人类罪的规约定义并未使用这一表述，但两家法庭的判例中都体现了这一措辞。<sup>272</sup> 国际刑事法院的《犯罪要件》规定，第七条第(一)款第1项所指的“行为”“不必构成军事攻击”。<sup>273</sup>

138. 该定义的第二部分要求攻击是“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策”。<sup>274</sup> 在通过《罗马规约》之前，政策要素并没有作

<sup>268</sup> 见肯尼亚授权裁决案（见上文脚注229），第82段；本巴案（见上文脚注229），第77段；2001年库纳拉茨案（见上文脚注230），第424段；1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第644段；另见国际刑事法院规约草案第20条条款的评注第(14)段，《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第91段，详见第41页（将危害人类罪定义为“针对全体或部分\*平民人口普遍或有计划地施加暴行的、性质非常严重的不人道行为”）。

<sup>269</sup> 见1997年塔迪奇案（见上文脚注108），第644段。

<sup>270</sup> 同上；另见2001年库纳拉茨案（见上文脚注230），第90段；检察官诉安特·格托维纳、伊万·塞马克和姆拉登·马尔卡奇案，案件编号：IT-06-90，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2011年4月15日，第1704段（认为攻击必须是针对平民“而不是针对人数有限和随意选定的一些个人实施的”）。

<sup>271</sup> 本巴案（见上文脚注229），第77段；肯尼亚授权裁决案（见上文脚注229），第81段。

<sup>272</sup> 例如，见2001年库纳拉茨案（见上文脚注230），第415段（将攻击定义为“实施暴力行为的一个行为过程”）；卡伊谢马案（见上文脚注223），第122段（将攻击定义为“所列罪行必须属于其中一部分的活动”）；阿卡耶苏案（见上文脚注79），第581段（“攻击”的概念可以定义为属于[规约]所列举类型的非法行为。攻击也可能是非暴力性的，比如实行种族隔离制度……或者是给平民施压，迫使其以某种方式行事”）。

<sup>273</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》（见上文脚注87），第5页，第7条导言第3(i)段。

<sup>274</sup> 《纽伦堡宪章》第6条(c)项没有明确提及计划或政策。然而，纽伦堡判决在“攻击”概念的总体范围内讨论第6条(c)项时，的确使用了“政策”这一描述语。见国际军事法庭的判决，1946年10月1日，载于*The Trial of German Major War*

为一项要求被纳入国际法庭规约关于危害人类罪的定义。<sup>275</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭规约和卢旺达问题国际刑事法庭规约对危害人类罪的定义不包含对政策要素的要求,<sup>276</sup> 但一些早期的判例对此作出过要求。<sup>277</sup> 然而, 后来的判例淡化了政策要素, 认为只要证明存在广泛或有系统的攻击就已充分。

139. 在《罗马规约》之前, 委员会在制定治罪法草案的工作中倾向于要求一项政策要素。委员会1954年的危害人类和平及安全治罪法草案对危害人类罪的定义是: “国家当局或个人在国家当局煽动和容忍下\*, 藉社会、政治、种族或文化的理由对平民所犯的非人道行为, 如暗杀、灭绝、奴役、驱逐出境或迫害等行为。”<sup>278</sup> 委员会决定列入国家煽动或容忍的要求, 目的是排除个人在没有任何国家参与的情况下自行实施的非人道行为。<sup>279</sup> 与此同时, 1954年危害人类和平及安全治罪法草案关于危害人类罪的定义没有包括任何对规模(“广泛”)或系统性的要求。

140. 委员会负责拟定的1994年国际刑事法院规约草案未包含关于危害人类罪的定义。实际上,

*Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nürnberg, Germany, Part 22, 第498页(1946年8月27日至1946年10月1日)* (“恐怖政策无疑得到了大规模推行, 而且在许多情况下是有组织和有系统的。在1939年战争之前, 在德国对可能敌视政府的平民所采取的迫害、镇压和屠杀政策, 是以最为冷酷无情的方式实施的。”)。管制委员会第10号法律第二条第1款(c)项在危害人类罪的定义中也没有提及一项计划或政策。一般参见Mettraux, “The definition of crimes against humanity and the question of a ‘policy’ element”。

<sup>275</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭认定在习惯国际法中没有对危害人类罪作出任何政策要素的规定, 见2002年库纳拉茨案(见上文脚注216), 第98段(“在被指控的行为发生时, 《规约》和习惯国际法并没有作出任何规定, 要求证明存在一项实施这些罪行的计划或政策”), 不过, 有人撰文对这一立场提出了批评。例如, 见Schabas, “State policy as an element of international crimes”, 第954页。

<sup>276</sup> 1997年塔迪奇案(见上文脚注108), 第626段, 以及第644和第653-655段(“‘针对平民人口’……要求行为的实施具有广泛性或系统性并且\*是为了推行一项政策”)。

<sup>277</sup> 例如, 见2001年科尔迪奇案(见上文脚注74), 第182段, (认定“一项计划或政策的存在应最好被视为作为危害人类罪被起诉的罪行具有系统性的指标”); 2002年库纳拉茨案(见上文脚注216), 第98段; 阿卡耶苏案(见上文脚注79), 第580段; 卡伊谢马案(见上文脚注223), 第124段(“大规模伤害行为若要构成危害人类罪, 必须包括一项政策要素。对广泛性或系统性的规定两者之一足以排除那些并非作为一项更广泛的政策或计划的一部分实施的行为。”)。

<sup>278</sup> 治罪法草案第2条第11款, 《1954年……年鉴》[英], 第二卷, 详见第150页。

<sup>279</sup> 第2条第11款的评注, 同上, 第150页。

规约草案提到了《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第5条和1991年一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案第21条中的定义, 两者均未提出对国家政策要素的要求。<sup>280</sup> 即便如此, 委员会的确提到了政策问题, 指出: “不法行为的具体形式……同行为的规模和蓄意的政策以及针对全体或部分平民人口等因素相比, 对于下定义不是最重要。”<sup>281</sup> 委员会1996年的危害人类和平及安全治罪法草案也承认应对政策要素作出规定, 将危害人类罪界定为“有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥\*的任何下列行为”。<sup>282</sup> 委员会纳入这一要求的目的是排除个人“按其自己的犯罪计划, 出于个人自己的动机”而实施的非人道行为。<sup>283</sup> 换言之, 这一政策要素试图排除个人自行行事、而且与一个国家和或组织没有任何关联的“常规”犯罪。<sup>284</sup>

141. 《罗马规约》第七条第(一)款第1项在“针对任何平民人口的袭击”的定义中使用了“政策”要素。国际刑事法院《犯罪要件》进一步规定“攻击平民人口的政策”是指“国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为”。<sup>285</sup> 《犯罪要件》在一条脚注中规定“在特殊情况下, 这种政策的实施方式可以是故意不采取行动, 刻意以此助长这种攻击”。<sup>286</sup> 其他先例也强调故意不采取行动可以满足对政策要素的要求。<sup>287</sup>

142. 国际刑事法院已在若干案件中论及这一“政策”要素。<sup>288</sup> 例如, 法院第二预审分庭在肯尼亚

<sup>280</sup> 国际刑事法院规约草案第20条的评注第(14)段, 《1994年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第91段, 详见第41页。

<sup>281</sup> 同上。

<sup>282</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条, 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第50段, 详见第48页。

<sup>283</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条的评注第(5)段, 同上, 第49页。委员会在解释纳入政策要求这一做法时指出“个人单凭一己之力极难实施第18条所指的非人道行为”。

<sup>284</sup> 见Bassiouni, “Revisiting the architecture of crimes against humanity Eichmann in Jerusalem ...”, 第54-55页。

<sup>285</sup> 国际刑事法院, 《犯罪要件》(见上文脚注87), 第5页。

<sup>286</sup> 同上。

<sup>287</sup> 2000年库比莱斯基奇案(见上文脚注47), 第551-555段(“准许”, “宽恕”, “明示或暗示准许”); 1954年治罪法草案(“容忍”)(见上文脚注278); 安全理事会第780(1992)号决议所设专家委员会的报告, S/1994/674号文件, 第85段; Ambos and Wirth, “The current law of crimes against humanity ...”, 第31-34页。

<sup>288</sup> 例如, 见检察官诉博斯科·恩塔甘达案(见上文脚注232), 第24段; 2008年加丹加案(见上文脚注230), 第396段; 本巴案(见上文脚注229), 第81段。

授权裁决案中指出，第七条第(一)款第1项中“国家”的含义“不言自明”。<sup>289</sup>分庭接着指出国家的地区或地方机构所采取的政策可以满足对国家政策要素的要求。<sup>290</sup>汉斯-彼得·考尔法官在其反对意见中认为，尽管地区或地方机关的行为可归咎于国家，但是“对责任归属问题的考虑不能回答谁能够制定国家政策这一问题”。<sup>291</sup>即便如此，他认为“考虑到案件的具体情况，一项政策也可以是由一机关采取的，该机关尽管属于地区一级——如一省的最高官员或地区政府——有办法在其行动领域范围内制定一项政策”。<sup>292</sup>

143. 国际刑事法院第二审判分庭2014年就加丹加案做出裁决认为，这种政策不需要在实施攻击之前正式制定或颁布，可以从屡犯、筹备活动或集体动员加以推断。<sup>293</sup>此外，这种政策不必是具体或确切的，可能会随着情况的发展逐步变化。<sup>294</sup>审判分庭强调，不应把对这种政策的要求等同于“有系统的”，因为这样做违反了第七条中对“广泛的”和“有系统的”攻击提出的析取式要求。<sup>295</sup>相反，尽管“有系统的”是指具有类似特征的重复行为计划，但对“政策”的要求更多地是指以集体攻击平民人口为目标而采取的这种行为。<sup>296</sup>

144. 国际刑事法院第一预审分庭在其确认起诉洛朗·巴博的裁决中认为：

为了《规约》的目的，必须把“政策”理解为国家或组织积极推动或鼓励一项针对平民人口的攻击行为。分庭指出，无论是《规约》还是《犯罪要件》都没有把这种政策的某种理据或动机作为定义的必要内容。然而，证实潜在的动机可能对于发现

<sup>289</sup> 肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229)，第89段。

<sup>290</sup> 同上。

<sup>291</sup> 肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229)，汉斯-彼得考尔法官的反对意见，第43段。

<sup>292</sup> 同上。

<sup>293</sup> 2014年加丹加案(见上文脚注88)，第1109段；另见检察官诉巴博案，关于确认起诉洛朗·巴博的裁决，案件编号：ICC-02/11-01/11，第一预审分庭，国际刑事法院，第211–212和第215段。

<sup>294</sup> 2014年加丹加案(见上文脚注88)，第1110段。

<sup>295</sup> 同上，第1112段；另见同上，第1101段；巴博案(见上文脚注293)，第208段。

<sup>296</sup> 2014年加丹加案(见上文脚注88)，第1113段(“为确定一项‘政策’，只需证明国家或组织打算发动针对平民人口的攻击即可”)；巴博案(见上文脚注293)，第216段(“国家或组织参与规划、组织或指挥的证据可以用来证明这项政策和攻击的系统性，但不应把这两个概念混为一谈，认为它们有不同的用途并暗示《规约》第七条第(一)款和第(二)款第1项规定了不同的门槛”)。

各种行为的共同特征和相互关联是有益的。此外，依照《规约》和《犯罪要件》，只需证明有关人士总体上对这一攻击知情即可。事实上，《犯罪要件》明确指出，对知情的要求“不应被解释为要求提供证据，证明实施者对攻击的所有特征或者对国家或组织的计划或政策的准确细节知情”。<sup>297</sup>

在本巴案中，国际刑事法院第二预审分庭认定这次袭击是根据一项组织政策实施的，因为有证据证明刚果解放运动部队“实施了相同模式的攻击”。<sup>298</sup>学术文献正在对这些裁决作出审慎的分析。<sup>299</sup>

### C. 非国家行为体

145. 1991年，委员会在就后来纳入1996年治罪法草案的危害人类罪条款草案发表评论时指出“条文草案没有把可能犯此种罪行的人仅仅局限于政府官员或代表”，而且该条“没有排除这样的可能性：具有实际权力或者加入犯罪团伙或集团的个人也能够犯下本条规定的那种有计划或大规模侵害人权的行爲，遇此情况，他们的行爲即属治罪法草案的范围”。<sup>300</sup>即便如此，委员会对这一议题进行过一次辩论。1995年委员会的报告论及这次辩论，一些委员们的立场是治罪法只适用于国家行为体，而其他委员则赞成把作为非国家行为体的犯罪人包括在内。<sup>301</sup>如前文

<sup>297</sup> 巴博案(见上文脚注293)，第214段。

<sup>298</sup> 本巴案(见上文脚注229)，第115段。

<sup>299</sup> 例如，见Halling, “Push the envelope—watch it bend: removing the policy requirement and extending crimes against humanity”; Schabas, “Prosecuting Dr. Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: closing the loopholes”; Kress, “On the outer limits of crimes against humanity: the concept of organization within the policy requirement: some reflections on the March 2010 ICC Kenya decision”; Mettraux, “The definition of crimes against humanity and the question of a ‘policy’ element”; Jalloh, “Case report: Situation in the Republic of Kenya”; Hansen, “The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya”; Werle and Burghardt, “Do crimes against humanity require the participation of a State or a ‘State-like’ organization?”; Sadat, “Crimes against humanity in the modern age”, 第335–336页和第368–374页；Jalloh, “What makes a crime against humanity a crime against humanity?”; Robinson, “The draft convention on crimes against humanity: what to do with the definition?”; Robinson, “Crimes against humanity: a better policy on ‘policy’”。

<sup>300</sup> 一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案第21条草案的评注第(5)段，《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，D节，详见第108页。

<sup>301</sup> 《1995年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第89段(“某些委员认为，治罪法应该只载述国家代理人或代表或在国家授权、支持和纵容之下行事的个人所犯下的罪行，而另一些委员则主张把与国家没有联系的个人的行为也包括在内。”)。

所述, 1996年治罪法草案补充了一项要求, 即若要构成危害人类罪, 不人道行为必须是“由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥”实施的。<sup>302</sup> 委员会在关于这一要求的评注中指出:

政府以及可能附属于或不附属于政府的任何组织或团体的唆使或指挥, 使此种行为具有其重大份量, 并使这种行为变成可归于个人和国家代理人员的危害人类罪行。<sup>303</sup>

146. 前南斯拉夫问题国际法庭的判例接受了以危害人类罪对非国家行为体提出起诉的可能性。例如, 前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭在塔迪奇案中指出“有关危害人类罪的法律已取得发展, 在考量中纳入了那些虽然不隶属于合法政府, 但对特定领土拥有事实上的控制或能够在该领土内自由行动的势力”。<sup>304</sup> 这一结论在利马吉案中得到了应和, 审判分庭在该案中认为, 可以危害人类罪对科索沃解放军成员中的被告提出起诉。除其他外, 审判分庭还指出:

存在一项政策或计划的证据虽然不是[《前南斯拉夫问题国际法庭规约》]第5条的一项法律要素, 但这是一个重要标志, 表明有关行为并非只是个人根据偶然、个别的谋划行事, 而是在组织协调和得到的支持方面达到相当的水平 and 规模, 足以将这些行为提升到危害人类罪的高度。有理由认为, 如果所涉行为是在重大的国家行动背景下实施的, 并且可以发现正式的指挥渠道, 那么, 针对平民人口的攻击通常表明存在着政策要素……。然而, 在考虑一个次国家部门或武装反对集团(不论其是否具有反叛或跨境性质)是否显示已制定发动直接攻击的政策时, 会出现某些特殊问题。对领土拥有一定程度的实际控制, 是证明这样一个组织单位有足够能力制订一项政策的必要条件。<sup>305</sup>

最终, 审判分庭认定, 虽然“科索沃解放军的一项政策是把涉嫌与塞尔维亚当局合作的科索沃阿族人作为攻击目标, ……但并没有针对平民人口进行攻击, 无论是塞族或是阿族”。<sup>306</sup>

147. 《罗马规约》第七条第(二)款第1项规定, 攻击必须“根据国家或组织\* 攻击平民人口的政策”, 或为了推行这种政策”, 因此, 第七条明确考虑到非国家行为体实施的危害人类罪。国际刑事法院的判例

<sup>302</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条, 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第50段, 详见第48页。

<sup>303</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条的评注第(5)段, 同上。

<sup>304</sup> 1997年塔迪奇案(见上文脚注108), 第654段。关于对非国家犯罪行为人的进一步讨论, 见同上, 第655段。

<sup>305</sup> 检察官诉法特米尔·利马吉、哈拉丁·巴拉和伊萨克·穆斯柳案, 案件编号: IT-03-66-T, 判决, 前南斯拉夫问题国际法庭第二审判分庭, 2005年11月30日, 第212-213段。

<sup>306</sup> 同上, 第228段。

表明, “组织”包括有能力和资源来计划和实施一项大规模或蓄意攻击的任何组织或团体。例如, 第一预审分庭在加丹加案中指出“这一政策可由管辖一具体领土的团体制定, 或由任何有能力对平民人口实施广泛或有系统攻击的组织制定”。<sup>307</sup>

148. 国际刑事法院第二预审分庭在肯尼亚授权裁决案中采取了类似做法, 指出

一个团体的正式性质及其组织程度不应作为界定标准。相反, 如其他人已令人信服地指出的那样, 应当根据某一团体是否有能力实施侵犯基本人类价值的行为作出区分。<sup>308</sup>

预审分庭在2012年指出, 在确定某一团体是否可以作为《罗马规约》第七条所述的“组织”时,

分庭可考虑多个因素, 例如: (一) 该团体是否接受负责人的指挥, 或拥有固定的上下级架构; (二) 该团体是否在事实上拥有广泛或有计划地攻击平民人口的手段; (三) 该团体是否对一国的部分领土实施控制; (四) 该团体是否把针对平民人口的犯罪活动作为一个主要目的; (五) 该团体是否明示或暗示地表示有意攻击平民人口; (六) 该团体是否是一个符合上述某些或所有标准的一个更大团体的一部分。<sup>309</sup>

149. 在2010年的裁决中, 多数法官明确反对认为“只有类似于国家的组织才能被视为”第七条第(二)款第1项中所述组织的观点。<sup>310</sup> 考尔法官在反对意见中认为“可以得出结论认为‘组织’可能是私营实体(非国家行为体), 而不是国家机关或代表国家行事”, 但他指出“这些‘组织’应具备国家的一些特征”。<sup>311</sup>

150. 在恩塔甘达案中, 确认了对被告的指控——该被告与刚果民主共和国的刚果爱国者联盟

<sup>307</sup> 2008年加丹加案(见上文脚注230), 第396段(引用了该和卢旺达问题国际法庭的判例法, 以及委员会1991年的治罪法草案; 另见本巴案(见上文脚注229), 第81段。

<sup>308</sup> 肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229), 第90段。

<sup>309</sup> 鲁托案(见上文脚注236), 第185段; 另见肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229), 第93段; 关于根据《罗马规约》第十五条授权调查科特迪瓦共和国状况的裁决案, 更正, 第ICC-02/11-14-Corr. 号, 2011年10月3日, 第45-46段。

<sup>310</sup> 肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229), 第90段; 另见Werle and Burghardt, “Do crimes against humanity require the participation of a State or a ‘State-like’ organization?”。

<sup>311</sup> 肯尼亚授权裁决案(见上文脚注229), 汉斯-彼得考尔法官的反对意见, 第45和第51段。考尔法官提出的特征包括: (a) 由人组成的集体; (b) 为了一个共同的目标建立组织并采取行动; (c) 持续很长一段时间; (d) 拥有负责的统领或采取了一定程度的等级结构, 至少包括某种政策层面的结构; (e) 有能力向其成员强加政策并施以处罚; (f) 有能力和手段对任何平民人口发动大规模攻击。



和刚果解放爱国力量这两个准军事团体有所关联。在该案中，检察官认为“刚果爱国者联盟/刚果解放爱国力量是严密而有序的政治军事组织，类似于国家政府，恩塔甘达先生利用该组织犯下了危害人类罪”。<sup>312</sup> 同样，在卡利克斯特·姆巴鲁希马纳案中，检察官起诉了与解放卢旺达民主力量有关联的被告，并将该团体描述为“试图‘收回和捍卫(卢旺达)国家主权’的武装团体”。<sup>313</sup> 尽管在该案中，多数意见和反对意见对于解放卢旺达民主力量是否具有攻击平民人口的政策意见不一，但大家似乎都认同，可以将解放卢旺达民主力量这一团体纳入第七条所述的范围。在就乌干达局势起诉约瑟夫·科尼的案件中，被告被控与上帝抵抗军有关联，该组织是“反叛乌干达政府与乌干达军队的武装团体”，<sup>314</sup> “具有军队等级结构并实行军队化运作”。<sup>315</sup> 关于肯尼亚的状况，第二预审分庭确认了对被告的危害人类罪指控，因为他们与由“橘子民主运动的知名政治代表、媒体代表、肯尼亚前警察和军队成员、卡伦金族长老和当地领袖”组成的行为人“网络”有关联。<sup>316</sup> 同样，对其他被告的指控也得到了确认，他们与“孟吉齐和亲民族团结党的青年在纳库鲁和奈瓦沙各地发动的协同攻击”有关联，攻击“针对被视为[橘子民主运动的]支持者，采用了名单、身体特征、路障、语言等各种识别手段”。<sup>317</sup>

#### D. “明知这一攻击”

151. 第三项一般要求是，行为人必须在“明知这一攻击”的情况下实施该行为。根据前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的判例，犯罪行为必须明知这是针对平民人口的攻击，而且明知其行为是攻击的一部分。<sup>318</sup> 这一方法包含两部分内容，

体现在国际刑事法院的《犯罪要件》中，其中规定每项禁止行为的最后一项要件都是：“行为人知道或有意使该行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分”。尽管如此，

最后一项要件不应被解释为必须证明犯罪行为人知道攻击的所有特性，或国家或组织的计划或政策的详情。如果广泛或有系统地针对平民人口进行攻击为新出现的情况，最后一项要件的故意要素是指，犯罪行为人如果有意推行这种攻击，即具备这一心理要件的该当性。<sup>319</sup>

不必证明犯罪行为人知道攻击的具体细节；<sup>320</sup> 而是可以通过间接证据来推断犯罪行为人了解这些情况。<sup>321</sup> 因此，国际刑事法院第二预审分庭在本巴案中认定刚果解运部队明知这一攻击时指出，可以从“他们使用的攻击方法来推断”部队了解这一情况，这体现了一种明确的模式。<sup>322</sup> 在加丹加案中，法院的第一预审分庭认定

可以从以下间接证据来推断犯罪行为人明知这一攻击而且知道其行为是这种攻击的一部分：被告在军队中的职位；被告在更广泛的犯罪活动中发挥重要作用；被告出现在犯罪现场；被告提到其所在团体相对于敌对团体的优势；以及行为发生的总体历史和政治环境。<sup>323</sup>

152. 此外，犯罪行为人参加攻击的个人动机无关紧要；行为人不需提出更广泛攻击的宗旨或目标。<sup>324</sup> 在库纳拉茨案中，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭认定，关于犯罪行为人因个人原因实施被禁止的行为的证据最多可以“表明他不知道其行为是攻击的一部分这一——可予以反驳的——假设”。<sup>325</sup> 行为人知道其行为是攻击的一部分或故意这么做才与满足这一要求有关。此外，如果能证明实施的违法行为直接利用了更广泛的攻击或导致更广泛的攻

<sup>312</sup> 恩塔甘达案(见上文脚注232)，第22段。

<sup>313</sup> 检察官诉卡利克斯特·姆巴鲁希马纳案，案件编号：ICC-01/04-01/10，关于确认指控的裁决，第一预审分庭，国际刑事法院，2011年12月16日，第2段。

<sup>314</sup> 对约瑟夫·科尼的逮捕令于2005年7月8日签发并于2005年9月27日修正，ICC-02/04-01/05号，国际刑事法院，2005年9月27日，第5段。

<sup>315</sup> 同上，第7段。

<sup>316</sup> 鲁托案(见上文脚注236)，第182段。

<sup>317</sup> 检察官诉弗朗西斯·基里米·穆索乌拉、乌胡鲁·穆伊盖·肯雅塔和默罕默德·侯赛因·阿里案，案件编号：ICC-01/09-02/11，关于根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第1和第2项确认指控的裁决，第二预审分庭，2012年12月23日，第102段。

<sup>318</sup> 例如，见2001年库纳拉茨案(见上文脚注230)，第418段；卡伊谢马案(见上文脚注223)，第133段。

<sup>319</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第5页，第七条导言第3段结尾处。

<sup>320</sup> 2001年库纳拉茨案(见上文脚注230)，第434段(认定了解情况的要求“不包括知道攻击的细节”)。

<sup>321</sup> 见1997年塔迪奇案(见上文脚注108)，第657段(“因此尽管需要了解情况，但应进行客观审查，可以从情况来推断事实。”)；另见卡伊谢马案(见上文脚注223)，第134段(认定“实际或推定知悉攻击的更广泛背景”即可)；布拉什基奇案(见上文脚注222)，第259段(认定可以从一系列事实，包括“所犯罪行的性质以及该罪行在多大程度上属于常识”来推测对攻击更广泛背景的了解情况)。

<sup>322</sup> 本巴案(见上文脚注229)，第126段。

<sup>323</sup> 2008年加丹加案(见上文脚注230)，第402段。

<sup>324</sup> 例如，见2002年库纳拉茨案(见上文脚注216)，第103段；2000年库比莱斯奇案(见上文脚注47)，第558段。

<sup>325</sup> 2002年库纳拉茨案(见上文脚注216)，第103段。

击长期持续，这项要件的要求便得到了满足。<sup>326</sup> 例如，在库纳拉茨案中，犯罪行为人被控对穆斯林妇女和女童犯下了各种形式的性暴力、酷刑和奴役行为。法院的审判分庭认定，被告了解必要的情况，因为他们不仅知道对穆斯林平民的攻击，还“通过直接利用所造成的局面”和“完全接受基于族裔的侵略”导致攻击长期持续。<sup>327</sup>

### E. 被禁止的行为类型

153. 《罗马规约》第七条第(一)款第1至第11项列出了被禁止的关于危害人类罪的基本行为。委员会1996年危害人类和平及安全治罪法草案第18条中的危害人类罪定义也提到了这些被禁止的行为——尽管措辞略有不同。第七条第(一)款第2至第9项提供了这些被禁行为的进一步定义。实施其中某项行为的个人可能犯有危害人类罪；此人无需实施多种行为，但其行为必须属于广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击的“一部分”。<sup>328</sup> 为满足这项要求，该种违法行为不必发生在激烈攻击平民人口之时；如果违法行为与攻击有充分联系，即可算作攻击的一部分。<sup>329</sup>

154. 谋杀。《罗马规约》第七条第(一)款第1项将谋杀列为被禁止的行为。根据国际刑事法院的《犯罪要件》，谋杀行为是指“犯罪行为人杀害一人或多人”。<sup>330</sup> “杀害”一词可以与“致死”通用。<sup>331</sup> 《纽伦堡宪章》第6条(c)项、管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的规约、以及委员会1954年危害人类和平及安全治罪法草案和1996年危害人类和平及安全治罪法草案都将谋杀列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>332</sup>

155. 灭绝。《罗马规约》第七条第(一)款第2项将灭绝列为被禁止的行为。第七条第(一)款第2项规定，灭绝“包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口”。根据国际刑事法院的《犯罪要件》，为实施灭绝行为，行为人必须“杀害一人或多人，包括施加某种生活状况，毁灭部分的人口”。<sup>333</sup> 这些条件“可以包括断绝粮食和药品来源”。<sup>334</sup> 灭绝行为中的杀害可以是直接或间接的，可以采取各种形式。<sup>335</sup> 行为还必须“构成大规模杀害平民人口的成员，或作为这种杀害的一部分发生”。<sup>336</sup> 虽然灭绝与灭绝种族类似，都涉及大规模毁灭的要件，但不同于灭绝种族罪的是，灭绝还包括一群没有任何共同特征的人被杀害的情况，以及群体中的某些成员被杀害而另一些则幸免于难的情况。<sup>337</sup> 《纽伦堡宪章》第6条(c)项、管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及委员会的治罪法草案都将灭绝列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>338</sup>

156. 奴役。《罗马规约》第七条第(一)款第3项将奴役列为被禁止的行为。第七条第(一)款第3项规定，奴役是指“对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力”。国际刑事法院的《犯罪要件》规定，行使这种权力包括“买卖、出租或交换这些人，或以类似方式剥夺其自由”。<sup>339</sup> 《犯罪要件》还指出

这种剥夺自由在某些情况下，可能包括强迫劳动或使一人沦为《1956年废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》所界定的奴役地位。<sup>340</sup>

《纽伦堡宪章》第6条(c)项、管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及委员会的治罪法草案都将奴役列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>341</sup> 《联合国打击跨国有

<sup>326</sup> 例如，见2001年库纳拉茨案(见上文脚注230)，第592段。

<sup>327</sup> 同上。

<sup>328</sup> 例如，见1997年塔迪奇案(见上文脚注108)，第649段；2002年库纳拉茨案(见上文脚注216)，第100段。

<sup>329</sup> 例如，见2007年姆尔克希奇案(上文脚注223)，第438段；1999年塔迪奇案(见上文脚注74)，第248段；检察官诉姆拉登·纳雷蒂里奇，又名“图塔”和温科·马蒂诺维奇，又名“斯特拉”案，案件编号：IT-98-34-T，判决，审判分庭，前南斯拉夫问题国际法庭，2003年3月31日，第234段。

<sup>330</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第5页，要件1。

<sup>331</sup> 同上，脚注7。

<sup>332</sup> 见危害人类和平及安全治罪法草案第18条以及其评注第(7)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见第49页。

<sup>333</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第6页，要件1。

<sup>334</sup> 同上，脚注9。

<sup>335</sup> 同上，脚注8。

<sup>336</sup> 同上，第6页。

<sup>337</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(8)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见第50页。

<sup>338</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条，同上。

<sup>339</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第6页，第七条第(一)款第3项，要件1。

<sup>340</sup> 同上，脚注11。

<sup>341</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条以及其评注第(10)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详

组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》第3条(a)项规定,“人口贩运”是指

为剥削目的而通过暴力威胁或使用暴力手段,或通过其他形式的胁迫,通过诱拐、欺诈、欺骗、滥用权力或滥用脆弱境况,或通过授受酬金或利益取得对另一人有控制权的某人的同意等手段招募、运送、转移、窝藏或接收人员。

157. 驱逐出境或强行迁移人口。《罗马规约》第七条第(-)款第4项将强行迁移人口列为被禁止的行为。第七条第(-)款第4项规定,驱逐出境或强行迁移人口是指“在缺乏国际法容许的理由的情况下,以驱逐或其他胁迫行为,强迫有关的人迁离其合法留在的地区”。国际刑事法院的《犯罪要件》指出,“强行”一词不限于针对人身的武力,也可以包括武力威胁或威逼,“例如以暴力威吓、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成威逼的情况,或利用威逼环境”。<sup>342</sup>根据《犯罪要件》,犯罪行为人还必须知道确定这些人合法留在被迁离地区的事实情况。<sup>343</sup>《犯罪要件》还指出“驱逐出境或强行迁移”可以与“强迫迁离”通用。<sup>344</sup>“国际法容许的理由”可以包括公共卫生或福利等合法的迁移理由。<sup>345</sup>《纽伦堡宪章》第6条(c)项、管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及委员会的《治罪法草案》都将驱逐出境列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>346</sup>

158. 监禁或以其他方式严重剥夺人身自由。《罗马规约》第七条第(-)款第5项将监禁或以其他方式严重剥夺人身自由列为被禁止的行为。为实施《罗马规约》禁止的这项行为,行为人必须“监禁一人或多人或严重剥夺一人或多人的人身自由”。<sup>347</sup>此外,该行为必须“违反国际法基本规则”。<sup>348</sup>任意监禁侵犯了《世界人权宣言》<sup>349</sup>第9条和《公民及政治权利国际公

见第50页。

<sup>342</sup> 国际刑事法院,《犯罪要件》(见上文脚注87),第6页,脚注12。

<sup>343</sup> 同上,第7页。

<sup>344</sup> 同上,第6页,脚注13。

<sup>345</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(14)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50段,详见第51页。

<sup>346</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条,同上。

<sup>347</sup> 国际刑事法院,《犯罪要件》(见上文脚注87),第7页,第七条第(-)款第5项,要件1。

<sup>348</sup> 同上,要件2。

<sup>349</sup> 1948年12月10日大会第217 A (III)号决议。

约》第9条规定的个人人权。<sup>350</sup>第5项还包括大规模或有系统的监禁情况,如集中营。<sup>351</sup>根据国际刑事法院的《犯罪要件》,犯罪行为人还必须“知道确定行为严重程度的事实情况”。<sup>352</sup>管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的规约以及委员会1996年治罪法草案都将监禁列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>353</sup>

159. 酷刑。《罗马规约》第七条第(-)款第6项将酷刑列为被禁止的行为。第七条第(-)款第5项规定,酷刑是指“故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦;但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的,或这种制裁所固有或附带的痛苦”。国际刑事法院的《犯罪要件》规定“无需就此罪证明特定目的”。<sup>354</sup>这项关于酷刑的定义与《禁止酷刑公约》第1条第1款类似,但取消了特定目的要求。<sup>355</sup>管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约以及委员会1996年治罪法草案都将酷刑列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>356</sup>

160. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力。《罗马规约》第七条第(-)款第7项将强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任

<sup>350</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(14)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50段,详见第51页。《公民及政治权利国际公约》第9条规定:“人人有权享有人身自由及人身安全。任何人不得无理予以逮捕或拘禁。非法定理由及程序,不得剥夺任何人之自由。”

<sup>351</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(14)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50段,详见第51页。

<sup>352</sup> 国际刑事法院,《犯罪要件》(见上文脚注87),第七条第(-)款第5项,要件3。

<sup>353</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条及其评注第(14)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50段,详见第51页。

<sup>354</sup> 国际刑事法院,《犯罪要件》(见上文脚注87),第7页,脚注14。

<sup>355</sup> 《禁止酷刑公约》第1条第1款规定:“‘酷刑’是指为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦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。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。”

<sup>356</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条及其评注第(9)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50段,详见第50页。

何其他形式的性暴力列为被禁止的行为。下文将逐一讨论这些行为。

161. 强奸。管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭的规约以及委员会1996年治罪法草案都将强奸列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>357</sup> 由于据报在前南斯拉夫存在以广泛或有系统的方式实施的强奸行为，大会在1995年一致重申，当满足罪行的其他要件时，强奸属于危害人类罪的范围。<sup>358</sup>

162. 国际刑事法院的《犯罪要件》规定，强奸行为是指“行为人侵入某人身体，其行为导致以性器官不论如何轻微地进入被害人或犯罪行为人身体任一部位，或以任何物体或身体其他任何部位进入被害人的肛门或生殖器孔口”的行为。<sup>359</sup> 侵入必须“以武力实施，或以针对该人或另一人实行武力威胁或威逼，例如以暴力威吓、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成威逼情况的方式实施，或利用威逼环境实施，或者是针对无能力给予真正同意的人实施的”。<sup>360</sup> 《犯罪要件》指出，有关的人能因“自然、诱发或与年龄有关的因素而无能力”等原因，无法给予真正的同意。<sup>361</sup> 《犯罪要件》还指出，《罗马规约》中危害人类罪项下的强奸行为概念不分性别。<sup>362</sup> 第二审判分庭在加丹加案和恩乔洛·楚伊案中首次深入阐述了这些要件。<sup>363</sup>

163. 性奴役。《罗马规约》第七条第(一)款第7项将性奴役列为一项单独的被禁止的行为，而非第七条第(一)款第3项所述的一种奴役形式。国际刑事法院的《犯罪要件》将性奴役界定为符合以下情况的行为：

<sup>357</sup> 见 Weiss, “Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid”; Adams, *Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht*.

<sup>358</sup> 1995年12月22日大会第50/192号决议。

<sup>359</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第8页，要件1。

<sup>360</sup> 同上，要件2。

<sup>361</sup> 同上，脚注16。

<sup>362</sup> 同上，脚注15。

<sup>363</sup> 2014年加丹加案(见上文脚注88)，第963–972段。审判分庭认定，在2003年2月攻击博戈罗村时，民兵营地的恩吉蒂族战斗人员实施了强奸，这属于战争罪和危害人类罪。然而，两名被告在法庭中被宣判为这些强奸(以及此后的性奴役)的从犯。除其他外，审判分庭还认定没有证据证实这些具体罪行属于攻击共同目标的一部分。另见2008年加丹加案(见上文脚注230)。

“犯罪行为人一人或多人行使附属于所有权的任何或一切权力，如买卖、借出或交换一人或多人，或以类似方式剥夺其自由。”<sup>364</sup> 这种剥夺自由的行为可包括“强迫劳动或使一个人沦为《1956年废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》所界定的奴役地位”。<sup>365</sup> 此外，犯罪行为人必须已经“使一人或多人进行一项或多项性行为”。<sup>366</sup> 《犯罪要件》还指出，基于“此罪行的复杂性，认识到实施犯罪的可能不止一个犯罪行为人，犯罪行为可能是一个共同犯罪目的的一部分”。<sup>367</sup> 第二审判分庭在加丹加案和恩乔洛·楚伊案中也首次对这些要件作了比较深入的阐释。<sup>368</sup>

164. 强迫卖淫。曾有人表示，在《罗马规约》中列入“强迫卖淫”罪是为了“包含那些尚未达到类似奴役的案情”。<sup>369</sup> 国际刑事法院的《犯罪要件》对强迫卖淫定义如下：

犯罪行为人迫使一人或多人进行一项或多项猥亵行为，并为此采用武力，或针对这些人或另一人实行武力威胁或威逼，例如以暴力威吓、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成威逼，或利用威逼环境或这些人无能力给予真正同意的情况。<sup>370</sup>

《犯罪要件》还确定了另一个要件：“犯罪行为人或另一人实际上或预期以这种猥亵行为换取，或因这种猥亵行为取得金钱或其他利益。”<sup>371</sup> 在委员会1996年危害人类和平及安全治罪法草案中，强迫卖淫被列为危害人类罪范畴内的行为。<sup>372</sup>

165. 强迫怀孕。《罗马规约》第七条第(一)款第6项对“强迫怀孕”的定义是“以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的

<sup>364</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第8页，第七条第(一)款第3项，要件1。

<sup>365</sup> 同上，脚注18。

<sup>366</sup> 同上，第8页，第七条第(一)款第7–3项，要件1。

<sup>367</sup> 同上，脚注17。

<sup>368</sup> 2014年加丹加案(见上文脚注88)，第975–984段。另见2008年加丹加案(见上文脚注230)。

<sup>369</sup> Hall等人，“Article 7: Crimes against humanity”，第212–213页。

<sup>370</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第9页，第七条第(一)款第7项–3，要件1。

<sup>371</sup> 同上。

<sup>372</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条以及其评注第(16)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见第51–52页。

目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。<sup>373</sup> 本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律”。<sup>374</sup>

166. 强迫绝育。第二次世界大战之后，几名被告因在集中营里从事包括绝育手术在内的医学实验而被认定犯有战争罪和危害人类罪。<sup>375</sup> 强迫绝育如果含有摧毁某一群体整体或一部分的这一必要的意图，作为《罗马规约》第六条第4项所述的一种“强制施行办法，意图防止该团体内的生育”，则也构成灭绝种族罪。国际刑事法院《犯罪要件》将强迫绝育界定为“犯罪行为人剥夺一人或多人的自然生殖能力”的行为。<sup>376</sup> 此外，《犯罪要件》规定，这种行为必须“缺乏医学或住院治疗这些人的理由，而且未得到本人的真正同意”。<sup>377</sup> 《犯罪要件》包含对第一要件脚注，指出“剥夺行为不包括实际上不具有长期作用的节育措施。”<sup>378</sup>

167. 严重程度相当的任何其他形式的性暴力。在卢旺达问题国际法庭审理的阿卡耶苏案中，起诉被告的罪名是危害人类罪的性暴力，依据是这种暴力行为属于“其他不人道行为”。<sup>379</sup> 审理阿卡耶苏案的审判分庭在界定危害人类罪项下的“性暴力”时说：

法庭认为包括强奸在内的性暴力是在胁迫情况下对人实施的任何性行为。性暴力不限于对人体的有形侵入，而且也可包括不涉及侵入人体的行为或甚至无身体接触的行为。<sup>380</sup>

法庭认为，强迫妇女在一群人面前脱掉衣服和表演体操构成了等同于不人道行为的性暴力。<sup>381</sup> 法庭还指出，在这情况下，要表明有胁迫的情形，无需实际使用武力的证据。<sup>382</sup> 1996年危害人类和平及安全治罪法草案也在危害人类罪的定义中将“其他形式

的性虐待”列为被禁止的行为。<sup>383</sup> 国际刑事法院的《犯罪要件》对这一被禁止的行为界定如下：“犯罪行为人一人或多人实施一项猥亵行为，或迫使这些人进行一项猥亵行为，并为此采用武力，或针对这些人或另一人实施武力威胁或威逼，例如以暴力威吓、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力造成威逼，或利用威逼环境或这些人无能力给予真正同意的情况”。<sup>384</sup> 这一要件似乎与审判分庭对阿卡耶苏案的做法是一致的，并采纳了同样范围宽泛的定义。此外，该行为的严重程度必须相当于《罗马规约》第七条第(一)款第7项列举的其他罪行。<sup>385</sup> 《犯罪要件》还规定，行为人必须“知道确定行为严重程度的事实情况”。<sup>386</sup>

168. 对任何可以识别的团体或集体进行迫害。《罗马规约》第七条第(一)款第8项认为以下行为是被禁止的：“基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别，或依据公认为国际法不容的其他理由，对任何可识别的团体或集体进行迫害，而且与”第(一)款整体提及或与灭绝种族罪和战争罪相关的“任何一种行为”。第七条第(二)款第7项对“迫害”的定义是“违反国际法规定，针对某一团体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利”。国际刑事法院《犯罪要件》澄清说，迫害罪涵盖的行为包括因某人属于某一群体或集体而以这些人为目标，或以整个群体或集体为目标。<sup>387</sup> 迫害可采取许多形式，其核心特征是剥夺人人有权不加区别地享有的基本人权。<sup>388</sup> 这一概念的重要性见《联合国宪章》第一条第三项，其中规定“对于全体人类之人权及基本自由之尊重”“不分种族、性别、语言或宗教”，亦可参见《公民及政治权利国际公约》第二条。<sup>389</sup> 《罗马规约》第七条第(一)

<sup>373</sup> Weiss, “Vergewaltigung und erzwungene Mutterschaft als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Genozid”。

<sup>374</sup> 《犯罪要件》未就这一定义作进一步阐述。

<sup>375</sup> Hall等人, “Article 7: Crimes against humanity”, 第213–214页, 脚注255。

<sup>376</sup> 国际刑事法院, 《犯罪要件》(见上文脚注87), 第9页, 第七条第(一)款第7项–6, 要件1。

<sup>377</sup> 同上, 要件2。

<sup>378</sup> 同上, 脚注19。

<sup>379</sup> 阿卡耶苏案(见上文脚注79), 第688段。

<sup>380</sup> 同上。

<sup>381</sup> 同上。

<sup>382</sup> 同上(“利用恐惧或绝望心理进行威胁、恐吓、勒索以及其他形式的逼迫可能构成胁迫, 而某些情形本身就可能含有胁迫的成分, 例如武装冲突或在社区中心图西族难民妇女中有联攻派民兵的情况。”); 另见布里马案(见上文脚注91)。

<sup>383</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条(j)项及其评注第(16)段, 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第50段, 详见第48和第51–52页。

<sup>384</sup> 国际刑事法院, 《犯罪要件》(见上文脚注87), 第10页, 第七条第(一)款第7项–6, 要件1。

<sup>385</sup> 同上。

<sup>386</sup> 同上, 要件3。关于国际刑事法院检察官处理这类罪行方式的最近一份说明, 见国际刑事法院, 检察官办公室, *Policy paper on sexual and gender-based crimes* (2014), 可查阅www.icc-cpi.int。

<sup>387</sup> 国际刑事法院, 《犯罪要件》(见上文脚注87), 第10页(“1. 犯罪行为人违反国际法规定, 严重剥夺一人或多人\*的基本权利。2. 犯罪行为人因某一团体或集体的特性而以这些人, \*或以该团体或集体为目标\*。”)。

<sup>388</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(11)段, 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第50段, 详见50页。

<sup>389</sup> 《公民及政治权利国际公约》, 第2条(“本公约缔约国承允尊重并确保所有境内受其管辖之人; 无分种族、肤色、性

款第8项适用于不存在构成灭绝种族罪的必要具体意图的迫害行为。<sup>390</sup> 基于政治、种族或宗教原因的迫害在下列文书中被列为属于危害人类罪范畴的行为：《纽伦堡宪章》第6条(c)项、管制委员会第10号法律、前南斯拉夫问题国际法庭规约、卢旺达问题国际法庭规约及国际法委员会的治罪法草案。<sup>391</sup>

169. 《罗马规约》第七条第(一)款第8项禁止对任何可识别的群体或集体，包括根据性别可予识别的群体，进行迫害。《罗马规约》是第一部明确将性迫害列为罪行的国际法律文书。<sup>392</sup> 第七条第(三)款将性别界定为“社会上的男女两性。‘性别’一词仅反映上述意思”。在联合国的常例中，“‘性’一词被用于指妇女和男子的自然生物特性，而‘性别’是指对基于社会角色分配而观察到的男女区别的解釋”。<sup>393</sup> 据此，第3款中“社会上的”一语可诠释为系指分配给两性的、由社会确定的作用以及差异。<sup>394</sup> 因此，《规约》中使用“性别”，而不是“性”，涵盖范围更广一些。<sup>395</sup>

170. 强迫人员失踪。《罗马规约》第七条第(一)款第9项将强迫人员失踪定为一种被禁止的行为。第七条第(三)款第9项对“强迫人员失踪”的定义是

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

1992年，大会通过了《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，指出“被强迫失踪损害了一切尊重法治、人权和基本自由的社会的最重要价值观念，而且此类有计划有组织的行为是一种危害人类的罪行\*”。<sup>396</sup>

别、语言、宗教、政见或其他主张民族本源或社会阶级、财产、出生或其他身分等等，一律享受本公约所确认之权利。”。

<sup>390</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(11)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见50页。

<sup>391</sup> 同上；另见 Alija Fernández, *La persecución como crimen contra la humanidad*。

<sup>392</sup> Oosterveld, “The making of a gender-sensitive International Criminal Court”, 第40页；另见 Oosterveld, “Gender-based crimes against humanity”。

<sup>393</sup> 第四次妇女问题世界会议成果的执行情况，秘书长的报告，A/51/322号文件，第9段。

<sup>394</sup> 见 Hall 等人, “Article 7: Crimes against humanity”, 第273页。

<sup>395</sup> Oosterveld, “The making of a gender-sensitive International Criminal Court”, 第40页。

<sup>396</sup> 1992年12月18日大会第47/133号决议，第四序言段。

《罗马规约》第七条第(三)款第9项中关于强迫失踪定义的使用了与1992年《宣言》几乎相同的语言。<sup>397</sup>

171. 1996年危害人类和平及安全治罪法草案将强迫失踪纳入危害人类罪的范畴。该草案评注中提到了《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》以及《美洲被强迫失踪人员公约》。<sup>398</sup> 委员会在评注中指出，强迫失踪“由于其极端的残忍性和严重性”被列为属于危害人类罪范畴的行为。<sup>399</sup> 如上文第86段所指出的，大会于2006年通过了《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。该《公约》第五条规定：“大规模或有组织的强迫失踪行为，构成相关国际法所界定的危害人类罪，应招致相关国际法所规定的后果。”<sup>400</sup>

172. 国际刑事法院的《犯罪要件》未单独列出行为人为参与剥夺自由行为的要件以及行为人为参与拒绝或否认行为的要件，而是将这两种行为合并处理。根据要件1，犯罪行为人必须已经“逮捕、羁押或绑架一人或多人”或“拒绝承认这种逮捕、羁押或绑架行为，或透露有关的人的有关命运或下落”。<sup>401</sup> 脚注解释说，“羁押”一词包括行为人为维持现有羁押状况的行为，而且“在某些情况下，逮捕或羁押可能是合法的”。<sup>402</sup> 要件2要求在逮捕、羁押或绑架期间或在其后，拒绝承认这种行为，或透露有关信息，或者“上述拒绝承认或透露的行为，在剥夺自由期间或在其后发生”。<sup>403</sup> 要件3要求犯罪行为人知道“在一般情况下，逮捕、羁押或绑架后，将拒绝承认这种剥夺自由的行为”或“上述拒绝承认或透露的行为，在剥夺自由期间或在其后发生”。<sup>404</sup> 要件4要求“这种逮捕、羁押或绑架是国家或政治组织进行的，或是在其同意、

<sup>397</sup> 《宣言》将强迫失踪界定为以下的情形：“政府不同部门或不同级别的官员，或一些代表政府行事或得到政府直接或间接支持、同意或默许的有组织团体或个人，违反本人的意愿而予以逮捕、拘留或绑架，或剥夺他们的自由，随后又拒绝透露有关人员的命运或下落，或拒绝承认剥夺了他们的自由，结果将这些人置于法律保护之外。”同上，第三序言段。

<sup>398</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(15)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见51页。

<sup>399</sup> 同上。

<sup>400</sup> 另见被强迫或非自愿失踪问题工作组关于强迫失踪作为危害人类罪的一般性意见，载于被强迫或非自愿失踪问题工作组的报告，A/HRC/13/31号文件，第39段。

<sup>401</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注87)，第11页，第七条第(一)款第9项，要件2(b)。

<sup>402</sup> 同上，脚注25-26。

<sup>403</sup> 同上，第11页。

<sup>404</sup> 同上。

支持或默许下进行的”。要件5要求这种拒绝“是上述国家或政治组织”“同意或支持下进行的”。<sup>405</sup> 要件6要求“犯罪行为人打算将有关的人长期置于法律保护之外”。<sup>406</sup> 一处脚注说明：“基于本罪的复杂性，认识到实施此犯罪的可能不止一个犯罪行为人，犯罪行为可能是一个共同犯罪目的的一部分。”<sup>407</sup>

173. 种族隔离罪。《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第1条规定：“本公约缔约国宣布种族隔离是危害人类的罪行。”1996年的治罪法草案<sup>408</sup>将基于种族、族裔或宗教原因的制度化歧视定为危害人类罪，纳入了委员会所说的“以更笼统方式谓之种族隔离罪”（中文本原译为“按比较一般性的类别看，这是种族隔离罪行”）。

174. 《罗马规约》第七条第(一)款第10项明确将种族隔离罪界定为一种被禁止的行为。第七条第(二)款第8项将“种族隔离罪”界定为“一个种族团体对任何其他一个或多个种族团体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在”。

175. 其他不人道行为。《罗马规约》第七条第(一)款第11项认为，故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为，是被禁止的行为。在1996年治罪法草案的评注中，委员会解释了列入其他不人道行为的理由，承认“对于可能构成危害人类罪行的不人道行为，不可能制定出一份详尽无遗清单”。<sup>409</sup> 1996年治罪法草案中有可列为危害人类罪的“其他不人道行为”的两类行为的例子：截肢和严重身体损害。<sup>410</sup> 《纽伦堡宪章》第6条(c)项、管制委员会第10号法律和前南斯拉夫问题国际法庭规约和包括卢旺达问题国际法庭规约在关于危害人类罪的定义中包括了“其他不人道行为”。<sup>411</sup>

<sup>405</sup> 同上。

<sup>406</sup> 同上。

<sup>407</sup> 同上，第11页，脚注23。

<sup>408</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(12)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见50页。具体而言，1996年的治罪法草案规定“基于种族、族裔或宗教原因进行侵犯人类的基本权利和自由、致使全体居民中的一部分处于严重不利于地位的制度化歧视”乃是危害人类罪。同上。

<sup>409</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第18条评注第(17)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，详见52页。

<sup>410</sup> 同上。

<sup>411</sup> 同上。

## F. 第2条草案 危害人类罪的定义

176. 《罗马规约》第七条中的危害人类罪定义是广为接受的既定国际法定义。<sup>412</sup> 因此，本条款草案应逐字采用，但三个非实质性改动除外，这是因为采用定义的情况不同，因而有必要予以改动。首先，第一款开头应改为“为本条款草案目的”，而非“为本规约目的”。其次，有必要在第三款的开头做出同样改动。第三，《罗马规约》第七条第(一)款第8项规定，“与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生”所实施的迫害行为是刑事犯罪。为适合不同情况，这一表述也应改为“与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关”。<sup>413</sup>

177. 鉴于这些考虑因素，特别报告员拟议了下列条款草案：

### “第2条草案 危害人类罪的定义

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

“(a) 谋杀；

“(b) 灭绝；

“(c) 奴役；

“(d) 驱逐出境或强行迁移人口；

“(e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；

“(f) 酷刑；

“(g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；

“(h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第3款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进

<sup>412</sup> 例如，见朝鲜民主主义人民共和国人权状况调查委员会的报告，A/HRC/25/63号文件，第21段（“对与危害人类罪有关的问题，是根据习惯国际法和《国际刑事法院罗马规约》的定义评估的”）。

<sup>413</sup> 在适当时候，侵略罪可被纳入国际刑事法院的管辖范围，在这种情况下，委员会可重新审议这一措辞。至少可将这一问题标注在委员会的评注中，供各国在谈判和通过一部危害人类罪公约时审议。

行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关；

“(i) 强迫人员失踪；

“(j) 种族隔离罪；

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

“2. 为了第1款的目的：

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

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

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

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

“(e) ‘酷刑’是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑

不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

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

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

“(h) ‘种族隔离罪’是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第1款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

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

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

## 第六章

### 今后的工作方案

178. 为完成本专题工作而制订的暂定路线图如下。

179. 将于2016年提交的第二次报告有可能会探讨的问题如下：缔约国采取一切必要措施，确保在国内法中规定危害人类罪构成一项犯罪的义务；缔约国采取一切必要措施，确立其对该罪行行使管辖权权限的义务；每一缔约国都有羁押其所管辖领土上的被控行为人并调查所指控罪行的义务；缔约国将案件提交主管当局起诉的义务——除非行为人被引渡到另一个国家或被移交给一家国际性法院或法庭；以及被控行为人获得公平待遇，包括得到公正审判的权利。

180. 本专题今后的工作方案将由2017–2021五年期当选的委员会委员们确定。一个可能的时间表是在2017年提交第三次报告，讨论缔约国在被控行为人为人缺席情况下调查被指控罪行的义务、适用于被指控行为人为人引渡的权利和义务，以及针对被控危害人类罪提起刑事诉讼时适用于司法互助的权利和义务。

181. 将于2018年提交第四次报告，可在其中探讨所有其他事项，如争端的解决以及公约序言和最后条款。

182. 若该时间表得以维持，则预计到2018年可以完成全部条款草案的一读，到2020年可完成二读。



## 附 件

### 拟议的条款草案

#### 第1条草案 防止及惩治危害人类罪

1. 每一缔约国确认，危害人类罪，不论发生于平时或战时，均系国际法上的罪行，承允防止并惩治之。

2. 每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现危害人类罪。

3. 任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为危害人类罪的辩护理由。

#### 第2条草案 危害人类罪的定义

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

(a) 谋杀；

(b) 灭绝；

(c) 奴役；

(d) 驱逐出境或强行迁移人口；

(e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；

(f) 酷刑；

(g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；

(h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别或公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪行为有关；

(i) 强迫人员失踪；

(j) 种族隔离罪；

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

2. 为了第1款的目的：

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 第六十七届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/676	条约的暂时适用: 秘书处的备忘录	转载于本卷。
A/CN.4/677	第六十七届会议临时议程	油印件。关于通过的议程, 见《2015年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/678	秘书处编写的关于大会第六十九届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要	油印件。
[A/CN.4/679 和 Add.1]	长期工作方案: 根据嗣后情况发展审查 1996 年编订的专题清单——秘书处编写的工作文件	[将转载于《2016 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)]。
A/CN.4/680 [和 Corr.1]	特别报告员肖恩·墨菲先生关于危害人类罪的第一次报告	转载于本卷。
A/CN.4/681	特别报告员村濑信也先生关于保护大气层的第二次报告	同上。
A/CN.4/682	特别报告员迈克尔·伍德爵士关于习惯国际法的识别的第三次报告	同上。
A/CN.4/683	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三次报告	同上。
A/CN.4/684 和 Add.1	填补委员会临时空缺: 秘书处的说明	A/CN.4/684 号文件, 转载于本卷, A/CN.4/684/Add.1 号文件, 油印件。
A/CN.4/685	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第二次报告	转载于本卷。
A/CN.4/686	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四次报告	同上。
A/CN.4/687	特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多关于条约的暂时适用的第三次报告	同上。
A/CN.4/L.851	保护大气层: 起草委员会 2015 年 5 月 13、18、19 和 20 日暂时通过的结论草案 1、2 和 5 的案文和标题, 以及序言部分	油印件。
A/CN.4/L.852	最惠国条款研究组的最后报告	同上。
A/CN.4/L.853	危害人类罪: 起草委员会于 2015 年 5 月 28 日和 29 日以及 6 月 1 日和 2 日暂时通过的第 1、第 2、第 3 和第 4 条草案案文	同上。
A/CN.4/L.854	与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例: 起草委员会 2015 年 6 月 4 日暂时通过的结论草案 11 的案文和标题	同上。
A/CN.4/L.855	国际法委员会第六十七届会议工作报告草稿, 第一章(导言)	同上。关于通过的文本, 见《大会正式记录, 第七十届会议, 补编第 10 号》(A/70/10)。最终文本见《2015 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.856	同上, 第二章(委员会第六十七届会议工作概况)	同上。
A/CN.4/L.857	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.858 和 Add.1	同上, 第[五]章(保护大气层)	同上。
A/CN.4/L.859	同上, 第[六]章(习惯国际法的识别)	同上。
A/CN.4/L.860 和 Add.1	同上, 第[七]章(危害人类罪)	同上。

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/L.861和Add.1	同上, 第[八]章(与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例)	同上。
A/CN.4/L.862	同上, 第[九]章(与武装冲突有关的环境保护)	同上。
A/CN.4/L.863和Add.1	同上, 第[十]章(国家官员的外国刑事管辖豁免)	同上。
A/CN.4/L.864	同上, 第[十一]章(条约的暂时适用)	同上。
A/CN.4/L.865	国家官员的外国刑事管辖豁免: 起草委员会在第六十七届会议上暂时通过的条款草案案文	油印件。
A/CN.4/L.866	国际法委员会第六十七届会议工作报告草稿, 第四章(最惠国条款)	同上。关于通过的文本, 见《大会正式记录, 第七十届会议, 补编第10号》(A/70/10)。最终文本见《2015年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.867和Add.1	同上, 第[十二]章(委员会的其他决定和结论)	同上。
A/CN.4/L.868	规划组的报告	油印件。
A/CN.4/L.869	习惯国际法的识别: 起草委员会暂时通过的结论草案案文	同上。
A/CN.4/L.870	与武装冲突有关的环境保护: 起草委员会在2015年暂时通过的序言条款草案和原则草案案文	同上。
A/CN.4/SR.3244- A/CN.4/SR.3290	第3244至第3290次会议临时简要记录	同上。最终文本见《2015年……年鉴》, 第一卷。

---

**Yearbook of the International Law Commission 2015**  
**Volume II (Part One)**