

国际法委员会年鉴

2014年

第二卷
第二部分

委员会提交大会的
第六十六届会议
工作报告

联合国



国际法委员会年鉴

2014年

第二卷
第二部分

委员会提交大会的
第六十六届会议
工作报告



说 明

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

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

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷(第一部分)：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷(第二部分)：国际法委员会提交联合国大会的报告。

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

A/CN.4/SER.A/2014/Add.1 (Part 2)

联合国出版物
e-ISBN 978-92-1-047429-0
ISSN 1994-4705 e-ISSN 2412-1231

目 录

	页 次
A/69/10号文件 国际法委员会第六十六届会议工作报告（2014年5月5日至6月6日和7月7日至8月8日）	1
第六十六届会议文件一览表.....	185

A/69/10 号文件*

国际法委员会第六十六届会议工作报告
(2014年5月5日至6月6日和7月7日至8月8日)

目 录

章 节	段 次	页 次
简称.....		7
关于引文的说明.....		8
本卷引用的多边文书.....		9
第一章 本届会议的工作安排.....	1-11	17
A. 委员	2	17
B. 主席团成员和扩大的主席团	3-5	17
C. 起草委员会	6-7	18
D. 工作组和研究组	8-9	18
E. 秘书处.....	10	19
F. 议程	11	19
第二章 委员会第六十六届会议工作概况.....	12-25	20
第三章 委员会特别想听取意见的具体问题.....	26-34	22
A. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践	26	22
B. 保护大气层	27	22
C. 国家官员的外国刑事管辖豁免	28	22
D. 习惯国际法的识别	29-30	22
E. 与武装冲突有关的环境保护.....	31-32	22
F. 条约的暂时适用	33	23
G. 危害人类罪	34	23
第四章 驱逐外国人.....	35-45	24
A. 导言	35-37	24
B. 本届会议对此专题的审议	38-41	24
C. 委员会的建议	42	24
D. 向特别报告员表示感谢	43	25
E. 关于驱逐外国人的条款草案案文.....	44-45	25
1. 条款草案案文.....	44	25
2. 条款草案案文及其评注.....	45	27
驱逐外国人.....		27
总评注.....		27
第一部分 一般规定.....		28

* 起初作为《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》分发。

第1条 范围.....	28
评注	28
第2条 用语.....	29
评注	29
第3条 驱逐权.....	30
评注	30
第4条 符合法律规定的要求.....	31
评注	31
第5条 驱逐的理由.....	32
评注	32
第二部分 禁止驱逐的情况.....	33
第6条 与驱逐难民有关的规则.....	33
评注	34
第7条 与驱逐无国籍人有关的规则.....	35
评注	35
第8条 为驱逐目的剥夺国籍.....	35
评注	36
第9条 禁止集体驱逐.....	36
评注	36
第10条 禁止变相驱逐.....	37
评注	37
第11条 禁止以没收财产为目的驱逐外国人.....	39
评注	39
第12条 禁止为规避正在进行的引渡程序而诉诸驱逐.....	39
评注	39
第三部分 保护拟被驱逐的外国人的权利.....	40
第一章 一般规定.....	40
第13条 尊重拟被驱逐的外国人的尊严和人权的义务.....	40
评注	40
第14条 禁止歧视.....	40
评注	40
第15条 弱势人员.....	41
评注	41
第二章 在驱逐国需要的保护.....	42
第16条 保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务.....	42
评注	42
第17条 禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚.....	42
评注	42
第18条 尊重家庭生活权的义务.....	42
评注	42
第19条 为驱逐目的而对外国人实施的拘留.....	44
评注	44
第20条 保护拟被驱逐的外国人的财产.....	46
评注	46
第三章 与目的地国有关的保护.....	48
第21条 离境前往目的地国.....	48
评注	48

章节	段次	页次
第22条 拟被驱逐的外国人的目的地国.....		49
评注		49
第23条 不将外国人驱逐至其生命会受到威胁的国家的义务.....		50
评注		50
第24条 不将外国人驱逐至其可能遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的国家的义务.....		50
评注		51
第四章 过境国境内的保护.....		53
第25条 在过境国境内保护拟被驱逐的外国人的人权.....		53
评注		53
第四部分 具体程序规则.....		53
第26条 拟被驱逐的外国人的程序权利.....		53
评注		54
第27条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力.....		58
评注		58
第28条 个人申诉国际程序.....		59
评注		59
第五部分 驱逐的法律后果.....		59
第29条 重新准入驱逐国.....		59
评注		59
第30条 国家在非法驱逐情况下的责任.....		60
评注		60
第31条 外交保护.....		63
评注		63
第五章 发生灾害时的人员保护.....	46-56	64
A. 导言	46-47	64
B. 本届会议审议此专题的情况	48-54	64
C. 委员会一读通过的灾害时的人员保护条款草案案文	55-56	65
1. 条款草案案文.....	55	65
2. 条款草案案文及其评注.....	56	67
第1[1]条 范围.....		67
评注		67
第2[2]条 宗旨.....		67
评注		67
第3[3]条 灾害的定义.....		68
评注		68
第4条 用语.....		70
评注		70
第5[7]条 人的尊严.....		72
评注		73
第6[8]条 人权.....		74
评注		74
第7[6]条 人道主义原则.....		74
评注		74
第8[5]条 合作的义务.....		76
评注		76
第9[5之二]条 合作的形式.....		77

章节	段次	页次
评注		77
第10[5之三]条 减少灾害风险的合作.....		79
评注		79
第11[16]条 减少灾害风险的义务.....		79
评注		79
第12[9]条 受灾国的作用.....		83
评注		83
第13[10]条 受灾国寻求外部援助的责任.....		84
评注		84
第14[11]条 受灾国对外部援助的同意.....		86
评注		86
第15[13]条 对提供外部援助规定条件.....		88
评注		88
第16[12]条 提议外部援助.....		89
评注		89
第17[14]条 便利外部援助.....		90
评注		90
第18条 保护救灾人员、设备和物资.....		91
评注		91
第19[15]条 终止外部援助.....		92
评注		92
第20条 与国际法特别规则或其他规则的关系.....		93
评注		93
第21[4]条 与国际人道法的关系.....		94
评注		94
第六章 或引渡或起诉的义务.....	57-65	95
A. 导言	57-60	95
B. 本届会议审议此专题的情况	61-64	95
C. 本专题最后报告	65	96
1. 按照法治原则同有罪不罚现象做斗争的义务		96
2. 或引渡或起诉的义务在国际法委员会工作中的重要性		97
3. 工作概述		97
(a) 多边文书中的条款类型		98
(b) 履行或引渡或起诉的义务		100
(c) 目前公约制度的缺口和“第三种选择”		104
(d) 起诉义务和引渡义务之间的优先顺序, 及起诉义务的范围		105
(e) 或引渡或起诉的义务与普遍适用的义务或强行法规范之间的关系		106
(f) 或引渡或起诉的的义务的习惯国际法地位		107
(g) 2009年总框架中具有持续相关性的其他事项		108
第七章 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践.....	66-76	110
A. 导言	66-69	110
B. 本届会议审议此专题的情况	70-74	110
C. 委员会第六十六届会议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案文.....	75-76	111
1. 结论草案案文.....	75	111
2. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文及其评注	76	112

章节	段次	页次
结论6 嗣后协定和嗣后实践的识别		112
评注		112
结论7 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响		117
评注		117
结论8 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重		125
评注		125
结论9 与条约解释有关的缔约方协定		128
评注		128
结论10 在缔约国大会框架内通过的决定		133
评注		133
第八章 保护大气层	77-122	140
A. 导言	77-78	140
B. 本届会议审议此专题的情况	79-122	140
1. 特别报告员介绍第一次报告	80-84	140
2. 辩论摘要	85-115	141
(a) 一般性意见	85-93	141
(b) 对指南第1条草案(用语)的评论	94-99	142
(c) 对指南第2条草案(指南的范围)的评论	100-103	143
(d) 对指南第3条草案(大气层的法律地位)的评论	104-111	144
(e) 其他考虑	112-115	145
3. 特别报告员的总结	116-122	145
第九章 国家官员的外国刑事管辖豁免	123-132	147
A. 导言	123-125	147
B. 本届会议审议此专题的情况	126-130	147
C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文	131-132	148
1. 条款草案案文	131	148
2. 委员会第六十六届会议暂时通过的条款草案案文及其评注	132	148
第2条 定义		148
评注		148
第5条 享有属事豁免的人员		151
评注		151
第十章 习惯国际法的识别	133-185	153
A. 导言	133-134	153
B. 本届会议审议此专题的情况	135-185	153
1. 特别报告员介绍第二次报告	137-148	153
2. 辩论摘要	149-171	155
(a) 一般评论	149-153	155
(b) 术语的使用	154-155	156
(c) 基本方法	156-158	156
(d) “一般惯例”	159-168	156
(e) “被接受为法律”(“法律确信”)	169-171	157
3. 特别报告员的总结	172-185	158
第十一章 与武装冲突有关的环境保护	186-222	160
A. 导言	186	160
B. 本届会议审议此专题的情况	187-222	160

章节	段次	页次
1. 特别报告员介绍初步报告	188-191	160
2. 辩论摘要	192-213	160
(a) 一般评论	192	160
(b) 范围和方法	193-199	161
(c) 术语的使用	200-203	161
(d) 将参考的资料来源和其他材料	204-205	162
(e) 环境原则与义务	206-209	162
(f) 人权和土著人民权利	210-211	162
(g) 今后的工作方案	212-213	163
3. 特别报告员的总结	214-222	163
第十二章 条约的暂时适用	223-248	164
A. 导言	223-224	164
B. 本届会议审议此专题的情况	225-248	164
1. 特别报告员介绍第二次报告	228-235	164
2. 辩论摘要	236-243	165
3. 特别报告员的总结	244-248	166
第十三章 最惠国条款	249-262	167
A. 导言	249-250	167
B. 本届会议审议此专题的情况	251-262	167
1. 最后报告草稿	254-258	167
2. 研究组的讨论	259-262	168
第十四章 委员会的其他决定和结论	263-312	169
A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件	263-290	169
1. 新专题列入委员会工作方案	266	169
2. 长期工作方案工作组	267-272	169
3. 审议关于国内和国际法治的大会 2013 年 12 月 16 日第 68/116 号决议	273-280	170
4. 酬金	281	170
5. 文件和出版物	282-285	170
6. 处理《国际法委员会年鉴》积压工作问题的信托基金	286	171
7. 编纂司的协助	287	171
8. 《国际法委员会年鉴》	288	171
9. 网站	289	171
10. 联合国国际法视听图书馆	290	171
B. 委员会第六十七届会议的日期和地点	291-292	172
C. 与其他机构的合作	293-297	172
D. 出席大会第六十九届会议的代表	298-299	172
E. 国际法讲习班	300-311	172
F. 纪念国际法讲习班开办五十周年	312	174
附件		
强行法		175

简称

亚非法协 (AALCO)	亚非法律协商组织
东盟 (ASEAN)	东南亚国家联盟
非盟国际法委员会 (AUCIL)	非洲联盟国际法委员会
公法顾委 (CAHDI)	欧洲委员会国际公法法律顾问委员会
国际民航组织 (ICAO)	国际民用航空组织
红十字国际委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
解决投资争端国际中心 (ICSID)	解决投资争端国际中心
红十字与红新月联合会 (IFRC)	红十字与红新月会国际联合会
劳工组织 (ILO)	国际劳工组织
国际捕鲸委员会 (IWC)	国际捕鲸委员会
北美贸协 (NAFTA)	北美自由贸易协定
北约 (NATO)	北大西洋公约组织
非政府组织 (NGO)	非政府组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
非统组织 (OAU)	非洲统一组织
人道协调厅 (OCHA)	联合国人道主义事务协调厅
经合组织 (OECD)	经济合作与发展组织
贸发会议 (UNCTAD)	联合国贸易和发展会议
环境署 (UNEP)	联合国环境规划署
教科文组织 (UNESCO)	联合国教育、科学及文化组织
难民专员办事处 (UNHCR)	联合国难民事务高级专员办事处
减灾办 (UNISDR)	联合国减少灾害风险办公室
世卫组织 (WHO)	世界卫生组织
世贸组织 (WTO)	世界贸易组织

*

* *

《美国国际法季刊》(AJIL)	《美国国际法季刊》(<i>American Journal of International Law</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《英国国际法年鉴》(BYBIL)	《英国国际法年鉴》(<i>The British Yearbook of International Law</i>)
《国际法院汇编》(<i>I.C.J. Reports</i>)	国际法院,《判决、咨询意见和命令汇编》(<i>International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>)
《国际法律资料》(ILM)	《国际法律资料》(<i>International Legal Materials</i>) (哥伦比亚特区华盛顿)
《国际法律汇编》(ILR)	《国际法律汇编》(<i>International Law Reports</i>) (剑桥)
《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA)	联合国,《国际仲裁裁决汇编》(<i>United Nations, Reports of International Arbitral Awards</i>)

*

* *

本卷中,“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或斜体文字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系由秘书处翻译。

*

* *

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

本卷引用的多边文书

来 源

特权与豁免，外交和领事关系等

- 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日，维也纳) 联合国，《条约汇编》，第500卷，第7310号，第795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。
- 《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。

人 权

- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日，巴黎) 联合国，《条约汇编》，第78卷，第1021号，第277页。
- 《保护人权和基本自由公约》(《欧洲人权公约》)(1950年11月4日，罗马) 同上，第213卷，第2889号，第221页。
- 《〈保护人权和基本自由公约〉议定书》(第1号议定书)(1952年3月20日，巴黎) 同上。
- 《确保公约及其第1号议定书中已包含的权利和自由以外的某些权利和自由的〈保护人权和基本自由公约〉第4号议定书》(1963年9月16日，斯特拉斯堡) 同上，第1496卷，第263页。
- 《〈保护人权与基本自由公约〉第7号议定书》(1984年11月22日，斯特拉斯堡) 同上，第1525卷，第195页。
- 《〈保护人权和基本自由公约〉第12号议定书》(2000年11月4日，罗马) 同上，第2465卷，第203页。
- 《〈保护人权和基本自由公约〉关于在任何情况下废除死刑的第13号议定书》(2002年5月3日，维尔纽斯) 同上，第2246卷，第110页。
- 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年12月21日，纽约)(1966年3月7日在纽约开放供签署) 同上，第660卷，第9464号，第195页。
- 《公民及政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约) 同上，第999卷，第14668号，第171页。
- 《〈公民及政治权利国际公约〉第二项任择议定书》(1989年12月15日，纽约) 同上，第1642卷，第414页。
- 《经济社会文化权利国际公约》(1966年12月16日，纽约) 同上，第993卷，第14531号，第3页。
- 《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》(1969年11月22日，圣何塞) 同上，第1144卷，第17955号，第123页。
- 《欧洲移民工人法律地位公约》(1977年11月24日，斯特拉斯堡) 同上，第1496卷，第25700号，第3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。
- 《非洲人权和民族权宪章》(1981年6月27日，内罗毕) 同上，第1520卷，第26363号，第217页。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日，纽约) 同上，第1465卷，第24841号，第85页。
- 《美洲防止和惩治酷刑公约》(1985年12月9日，卡特赫纳) 美洲国家组织，*Treaty Series*, No. 67。
- 《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。
- 《〈儿童权利公约〉关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品的任择议定书》(2000年5月25日，纽约) 同上，第2171号，第227页。

来 源

- 《非洲儿童权利和福利宪章》(1990年7月11日, 亚的斯亚贝巴) 非统组织, 文件 CAB/LEG/24.9/49 (1990); *Human Rights: a Compilation of International Instruments, vol. II, Regional Instruments* (联合国出版物, 出售品编号 E.97.XIV.1), C 节, 第 39 号。
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年12月18日, 纽约) 联合国, 《条约汇编》, 第 2220 卷, 第 39481 号, 第 3 页。
- 《美洲被迫失踪人士公约》(1994年6月9日, 贝伦) ILM, vol. 33, No. 6 (November 1994), 第 1529 页。
- 《残疾人权利公约》(2006年12月13日, 纽约) 联合国, 《条约汇编》, 第 2515 卷, 第 44910 号, 第 3 页。
- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年12月20日, 纽约) 同上, 第 2716 卷, 第 48088 号, 第 3 页。
- 《欧洲联盟基本权利宪章》(2007年12月12日, 斯特拉斯堡) *Official Journal of the European Union*, No. C 83, 30 March 2010, 第 389 页。

难民和无国籍人

- 《关于难民地位的公约》(1951年7月28日, 日内瓦) 联合国, 《条约汇编》, 第 189 卷, 第 2545 号, 第 137 页。
- 《关于难民地位的议定书》(1967年1月31日, 纽约) 同上, 第 606 卷, 第 8791 号, 第 267 页。
- 《关于无国籍人地位的公约》(1954年9月28日, 纽约) 同上, 第 360 卷, 第 5158 号, 第 117 页。
- 《非统组织关于非洲难民问题各方面的公约》(1969年9月10日, 亚的斯亚贝巴) 同上, 第 1001 卷, 第 14691 号, 第 45 页。

麻醉药品和精神药物

- 《1936年取缔非法贩卖危险药品公约》(1936年6月26日, 日内瓦) 国际联盟, 《条约汇编》, 第 198 卷, 第 4648 号, 第 299 页。
- 《1961年麻醉品单一公约》(1961年3月30日, 纽约) 联合国, 《条约汇编》, 第 520 卷, 第 7515 号, 第 151 页。
- 《精神药物公约》(1971年2月21日, 维也纳) 同上, 第 1019 卷, 第 14956 号, 第 175 页。
- 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年12月20日, 维也纳) 同上, 第 1582 卷, 第 27627 号, 第 95 页。

贩卖人口

- 《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》(1950年3月21日在纽约成功湖开放供签署) 联合国, 《条约汇编》, 第 96 卷, 第 1342 号, 第 271 页。

健 康

- 《世界卫生组织烟草控制框架公约》(2003年5月21日, 日内瓦) 联合国, 《条约汇编》, 第 2302 卷, 第 41032 号, 第 166 页。

国际贸易与发展

- 《关税及贸易总协定》(1947年10月30日, 日内瓦) 联合国, 《条约汇编》, 第 55 卷, 第 814 号, 第 187 页。
- 《关于简化和协调海关业务制度的国际公约(修订本)》(1973年5月18日, 京都;《修正议定书》, 1999年6月26日, 布鲁塞尔) 同上, 第 950 卷, 第 13561 号, 第 269 页, 及第 2370 卷, 第 27 页。

来 源

- 《加拿大政府，墨西哥合众国政府和美利坚合众国政府之间的北美自由贸易协定》
(1992年12月17日，渥太华、墨西哥城和哥伦比亚特区华盛顿) 哥伦比亚特区华盛顿，美国政府印刷局，1993年；可获自北美自由贸易协定秘书处：www.nafta-sec-alena.org。
- 《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(1994年4月15日，马拉喀什) 联合国，《条约汇编》，第1867-1869卷，第31874号。
- 《关于争端解决规则与程序的谅解》(附件2)
- 民 航
- 《国际民用航空公约》(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。另见国际民航组织，附件9，可获自www.icao.int。
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970年12月16日，海牙) 同上，第860卷，第12325号，第105页。
- 《〈关于制止非法劫持航空器的公约〉补充议定书》(2010年9月10日，北京) ILM, vol. 50, No. 2 (2011)，第153页。
- 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(1971年9月23日，蒙特利尔) 联合国，《条约汇编》，第974卷，第14118号，第177页。
- 《〈关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约〉的关于制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》(1988年2月24日，蒙特利尔) 同上，第1589号，第474页。
- 《关于制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》(2010年9月10日，北京) ILM, vol. 50, No. 2 (2011)，第144页。
- 航 行
- 《国际海事组织公约》(1948年3月6日，日内瓦) 联合国，《条约汇编》，第289和1276卷，第4214号，分别第3和468页。
- 刑事事项
- 《取缔伪造货币国际公约》(1929年4月20日，日内瓦) 国际联盟，《条约汇编》，第112卷，第2623号，第371页。
- 《引渡公约》(1933年12月26日，蒙得维的亚) 同上，第165卷，第3803号，第45页。
- 《欧洲引渡公约》(1957年12月13日，巴黎) 联合国，《条约汇编》，第359卷，第5146号，第273页。
- 《〈欧洲引渡公约〉附加议定书》(1975年10月15日，斯特拉斯堡) 同上，第1161卷，第450页。
- 《司法合作总公约》(*Convention générale de coopération en matière de justice*) (1961年9月12日，塔那那利佛) *Journal officiel de la République malgache*，第201号(1961年12月23日)，第2242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) 联合国，《条约汇编》，第1035卷，第15410号，第167页。
- 《非洲统一组织消除非洲雇佣军公约》(1977年7月3日，利伯维尔) 同上，第1490卷，第25573号，第89页。
- 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日，纽约) 同上，第1316卷，第21931号，第205页。
- 《美洲引渡公约》(1981年2月25日，加拉加斯) 同上，第1752卷，第30597号，第177页。
- 《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988年3月10日，罗马) 同上，第1678卷，第29004号，第201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。

来 源

- 《西非国家经济共同体引渡公约》(1994年8月6日, 阿布贾)
Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR, vol. 3: Regional Instruments, 日内瓦, 2007年6月, 第1085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。
- 《〈联合国人员和有关人员安全公约〉任择议定书》(2005年12月8日, 纽约)
 同上, 第2689卷, 第59页。
- 《美洲反腐败公约》(1996年3月29日, 加拉加斯)
 E/1996/99, 附件。另见 ILM, vol. 35, No. 3 (May 1996)。
- 《关于打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(及附件)(1997年12月17日, 巴黎)
 联合国, 《条约汇编》, 第2802卷, 第49274号, 第225页。
- 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日, 罗马)
 联合国, 《条约汇编》, 第2187卷, 第38544号, 第3页。
- 《反腐败刑法公约》(1999年1月27日, 斯特拉斯堡)
 同上, 第2216卷, 第39391号, 第225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。
- 《〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》(2000年11月15日, 纽约)
 同上, 第2237卷, 第319页。
- 《〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》(2000年11月15日, 纽约)
 同上, 第2241卷, 第480页。
- 《〈联合国打击跨国有组织犯罪公约〉关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的议定书》(2001年5月31日, 纽约)
 同上, 第2326卷, 第211页。
- 《网络犯罪公约》(2001年11月23日, 布达佩斯)
 同上, 第2296卷, 第40916号, 第167页。
- 《英联邦内的伦敦引渡计划》(2002年11月21日, 金斯敦)
Commonwealth Law Bulletin, vol. 28, No. 2 (2002), 附件B, 第1196页。
- 《非洲联盟预防和打击腐败公约》(2003年7月11日, 马普托)
 ILM, vol. 43 (2004), 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。

打击国际恐怖主义

- 《防止和惩治恐怖主义公约》(1937年11月16日, 日内瓦)
 国际联盟, 《官方公报》, 第19卷, 第1号(文件C.546.M.383.1937.V), 第23页。
- 《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》(1971年2月2日, 哥伦比亚特区华盛顿)
 联合国, 《条约汇编》, 第1438卷, 第24381号, 第191页。
- 《欧洲制止恐怖主义公约》(1977年1月27日, 斯特拉斯堡)
 同上, 第1137卷, 第17828号, 第93页。
- 《南盟制止恐怖主义区域公约》(1987年11月4日, 加德满都)
 《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》(联合国出版物, 出售品编号E.08.V.2), 第174页。
- 《〈南盟制止恐怖主义区域公约〉附加议定书》(2004年1月6日, 伊斯兰堡)
 SAARC/SUMMIT.12/SC.29/27, 附件三(可从南盟网站获得: <http://saarc-sec.org>)。

来 源

- 《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(1997年12月15日, 纽约) 联合国,《条约汇编》,第2149卷,第37517号,第256页。
- 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年12月9日, 纽约) 同上,第2178卷,第38349号,第197页。
- 《制止核恐怖主义行为国际公约》(2005年4月13日, 纽约) 同上,第2445卷,第44004号,第89页。
- 《欧洲委员会防止恐怖主义公约》(2005年5月16日, 华沙) 同上,第2488卷,第44655号,第129页。
- 《东南亚国家联盟(东盟)反恐怖主义公约》(2007年1月13日, 宿务) 《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》(联合国出版物,出售品编号E.08.V.2),第336页。

海洋法

- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥贝) 联合国,《条约汇编》,第1833卷,第31363号,第3页。

条约法

- 《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。
- 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978年8月23日, 维也纳) 同上,第1946卷,第33356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

援 助

- 《核事故或辐射紧急情况援助公约》(1986年9月26日, 维也纳) 联合国,《条约汇编》,第1457卷,第24643号,第133页。
- 《美洲便利灾难援助公约》(1991年6月7日, 圣地亚哥) 美洲国家组织, *Treaty Series, OEA/Ser.A/49*。
- 《黑海经济合作组织(黑海经合组织)参加国政府关于就自然灾害和人为灾害提供紧急援助做出紧急反应的合作协定》(1998年4月15日, 索契) 可获自黑海经济合作组织的网站:
www.bsec-organization.org。
- 《民防援助框架公约》(2000年5月22日, 日内瓦) 联合国,《条约汇编》,第2172卷,第38131号,第213页。
- 《东盟灾害管理与应急响应协议》(2005年7月26日, 万象) 东盟, *Documents Series 2005*, 第157页。

电 信

- 《关于为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(1998年6月18日, 坦佩雷) 联合国,《条约汇编》,第2296卷,第40906号,第5页。

武装冲突中适用的法律

- 《关于改善战地武装部队伤员境遇的1864年8月22日日内瓦公约》(1864年8月22日, 日内瓦) 红十字国际委员会, *International Red Cross Handbook*, 12th ed., Geneva, 1983, 第19页。
- 1899年和1907年海牙公约: 关于敷设自动触发水雷的第八公约(1907年10月18日, 海牙) *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, J. B. Scott (ed.), New York, Oxford University Press, 1915。
- 《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》(1929年7月27日, 日内瓦) 国际联盟,《条约汇编》,第118卷,第2733号,第303页。

来 源

- 保护战争受害者的日内瓦四公约(1949年8月12日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》,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)(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)(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)(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)(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)(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)(1977年6月8日,日内瓦) 同上,第17513号,第609页。
- 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》(1954年5月14日,海牙) 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海牙公约的第二议定书》(1999年3月26日,海牙) 同上,第2253卷,第3511号,第172页。

裁 军

- 《不扩散核武器条约》(1968年7月1日,伦敦、莫斯科和华盛顿) 联合国,《条约汇编》,第729卷,第10485号,第161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,莫斯科和华盛顿) 同上,第1015卷,第14860号,第163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》(带有议定书)(1980年10月10日,日内瓦) 同上,第1342卷,第22495号,第137页。
- 《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(第二议定书)(1996年5月3日,日内瓦) 同上,第2048卷,第93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日在巴黎开放供签署) 同上,第1974卷,第33757号,第45页。
- 《打击非法制造和贩运枪支、弹药、爆炸物及其他有关材料的美洲公约》(1997年11月14日,哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第2029卷,第35005号,第55页。

环 境

- 《国际捕鲸管制公约》(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。
- 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》(1971年2月2日,拉姆萨尔) 同上,第996卷,第14583号,第245页。
- 修正上述公约的议定书(带有附件)(1982年12月3日,巴黎) 同上,第1437卷,第344页。
- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(1972年12月29日,伦敦、墨西哥城、莫斯科和哥伦比亚特区华盛顿) 同上,第1046卷,第15749号,第120页。
- 《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》(1979年11月13日,日内瓦) 同上,第1302卷,第21623号,第217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。

来 源

- 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(1987年9月16日, 蒙特利尔) 同上, 第1522卷, 第26369号, 第3页。
关于哥本哈根修正和北京修正, 分别见同上, 第1785卷, 第517页, 和第2173卷, 第183页。该议定书的合并本转载于环境署, 《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉手册》, 2009年第8版。
- 《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。
- 《工业事故跨界影响公约》(1992年3月17日, 赫尔辛基) 同上, 第2105卷, 第36605号, 第457页。
- 《联合国气候变化框架公约》(1992年5月9日, 纽约) 同上, 第1771卷, 第30822号, 第107页。
- 《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》(1997年12月11日, 京都) 同上, 第2303卷, 第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。
- 《保护东北大西洋海洋环境公约》(奥斯巴公约)(1992年9月22日, 巴黎) 同上, 第2354卷, 第42279号, 第67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。
- 《通过刑法保护环境公约》(1998年9月4日, 斯特拉斯堡) 欧洲委员会, *Treaty Series*, No. 172。
- 杂 项
- 《关于解决未成年人监护的公约》(1902年6月12日, 海牙) 国际联盟, 《条约汇编》, 第88卷, 第99(a)号, 第416页。
- 《阿尔赫西拉斯国际会议总议定书》(1906年4月7日, 阿尔赫西拉斯) *AJIL*, vol. 1, No. 1 (January 1907), 第47-78页。
- 《国际私法公约》(1928年2月20日, 哈瓦那) 国际联盟, 《条约汇编》, 第86卷, 第1950号, 第111页。
- 《关于在缔约方各自领土上的外国人地位公约》(1928年2月20日, 哈瓦那) 同上, 第132卷, 第3045号, 第301页。
- 《关于德国外债的协定》(1953年2月27日, 伦敦) 联合国, 《条约汇编》, 第333卷, 第4764号, 第3页。
- [丹麦、芬兰、挪威和瑞典政府之间]关于豁免这些国家国民在非本国的斯堪的纳维亚国家居住期间持有护照或居留许可证的义务的议定书(1954年5月22日, 哥本哈根); 以及在瑞典和冰岛之间构成有关冰岛参加议定书的协议的往来声明(1955年11月3日, 斯德哥尔摩) 同上, 第199卷和第369卷, 第2675号, 分别第29和458页。
- 《欧洲居留公约》(及其议定书)(1955年12月13日, 巴黎) 同上, 第529卷, 第7660号, 第141页。
- 《建立欧洲经济共同体条约》(1957年3月25日, 罗马) 联合国, 《条约汇编》, 第298卷, 第4300号, 第3页。另见《建立欧洲共同体条约》的合并本, *Official Journal of the European Communities*, No. C 340, 10 November 1997, 第173页。
- 《丹麦、芬兰、挪威和瑞典之间关于放弃在北欧内部边境进行护照管制的公约》(1957年7月12日, 哥本哈根), 冰岛加入(1965年9月24日), 以及关于修正公约的协定(1979年7月27日, 哥本哈根) 联合国, 《条约汇编》, 第322、959和1159卷, 第4660号, 分别第245、840和442页。

来 源

- [比利时王国、卢森堡大公国和荷兰王国之间的]《人员控制权转移到比荷卢经济联盟的外部边界的公约》(1960年4月11日,布鲁塞尔) 同上,第374卷,第5323号,第3页。
- 《便利国际海上运输公约》(1965年4月9日,伦敦)和对公约附件的修改(1977年11月10日,伦敦) 同上,第591和1110卷,第8564号,分别第265和318页。
- 《保护世界文化和自然遗产公约》(1972年11月16日,巴黎) 同上,第1037卷,第15511号,第151页。
- 《核材料实物保护公约》(1979年10月26日,维也纳,1980年3月3日在维也纳和纽约开放供签署) 同上,第1456卷,第24631号,第101页。

第一章

本届会议的工作安排

1. 国际法委员会分别于2014年5月5日至6月6日和2014年7月7日至8月8日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第六十六届会议第一期会议和第二期会议。本届会议由委员会第六十五届会议主席贝恩德·尼豪斯先生主持开幕。

A. 委员

2. 委员会包括下列成员：

穆罕默德·贝洛·阿多克先生(尼日利亚)
阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)
卢修斯·卡弗利施先生(瑞士)
恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)
佩德罗·科米萨里奥·阿丰索先生(莫桑比克)
阿卜杜勒拉齐克·穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生(利比亚)
康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)
马蒂亚斯·福尔托先生(法国)
基里尔·格沃尔吉安先生(俄罗斯联邦)
胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生(墨西哥)
侯赛因·哈苏纳先生(埃及)
马哈茂德·哈穆德先生(约旦)
黄惠康先生(中国)
玛丽·雅各布松女士(瑞典)
莫里斯·卡姆托先生(喀麦隆)
江萨·吉滴猜萨里先生(泰国)
艾哈迈德·拉腊巴先生(阿尔及利亚)
唐纳德·麦克雷先生(加拿大)
村濑信也先生(日本)
肖恩·墨菲先生(美利坚合众国)
贝恩德·尼豪斯先生(哥斯达黎加)
格奥尔格·诺尔特先生(德国)
朴基甲先生(大韩民国)
克里斯·马伊纳·彼得先生(坦桑尼亚联合共

和国)

埃内斯特·彼得里奇先生(斯洛文尼亚)
吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)
纳林德·辛格先生(印度)
帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)
迪雷·特拉迪先生(南非)
爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生(哥伦比亚)
马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生(厄瓜多尔)
阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)
努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生(印度尼西亚)
迈克尔·伍德爵士(大不列颠及北爱尔兰联合王国)

B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 委员会在2014年5月5日举行的第3198次会议上，选出了下列主席团成员：

主席：基里尔·格沃尔吉安先生(俄罗斯联邦)

第一副主席：村濑信也先生(日本)

第二副主席：康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)

起草委员会主席：吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)

报告员：迪雷·特拉迪先生(南非)

4. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席¹和特别报告员²组成。

5. 委员会设立了由下列委员组成的规划组：村濑信也先生(主席)、卢修斯·卡弗利施先生、佩德

¹ 卢修斯·卡弗利施先生、恩里克·坎迪奥蒂先生、莫里斯·卡姆托先生、贝恩德·尼豪斯先生、埃内斯特·彼得里奇先生和努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生。

² 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生、玛丽·雅各布松女士、莫里斯·卡姆托先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、巴伦西亚-奥斯皮纳先生和迈克尔·伍德爵士。

罗·科米萨里奥·阿丰索先生、阿卜杜勒拉齐克·穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、玛丽·雅各布松女士、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、唐纳德·麦克雷先生、肖恩·墨菲先生、贝恩德·尼豪斯先生、格奥尔格·诺尔特先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、纳林德·辛格先生、帕维尔·斯图尔马先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、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、迈克尔·伍德爵士和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

C. 起草委员会

6. 委员会在分别于2014年5月7日、14日、23日和7月11日、18日举行的第3200、3204、3210、3222和3227次会议上,为下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会:

(a) 发生灾害时的人员保护: 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(主席)、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生(特别报告员)、马蒂亚斯·福尔托先生、马哈茂德·哈穆德先生、江萨·吉滴猜萨里先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、纳林德·辛格先生、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、迈克尔·伍德爵士和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

(b) 驱逐外国人: 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(主席)、莫里斯·卡姆托先生(特别报告员)、恩里克·坎迪奥蒂先生、马蒂亚斯·福尔托先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生、马哈茂德·哈穆德先生、江萨·吉滴猜萨里先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、朴基甲先生、纳林德·辛格先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、迈克尔·伍德爵士和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

(c) 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践: 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(主席)、格奥尔格·诺尔特先生(特别报告员)、马哈茂德·哈穆德先生、江萨·吉滴猜萨里先生、肖恩·墨菲先生、朴基甲先生、

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、迈克尔·伍德爵士和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

(d) 国家官员的外国刑事管辖豁免: 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(主席)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(特别报告员)、恩里克·坎迪奥蒂先生、马蒂亚斯·福尔托先生、黄惠康先生、玛丽·雅各布松女士、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、肖恩·墨菲先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、纳林德·辛格先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、迈克尔·伍德爵士和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

(e) 习惯国际法的识别: 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(主席)、迈克尔·伍德爵士(特别报告员)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生、马哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

7. 起草委员会就以上五个专题共举行了31次会议。

D. 工作组和研究组

8. 委员会在2014年5月6日和7月8日举行的第3199和3218次会议上,重新设立了以下工作组和研究组:

(a) 或引渡或起诉的义务问题工作组: 江萨·吉滴猜萨里先生(主席)、阿卜杜勒拉齐克·穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、肖恩·墨菲先生、朴基甲先生、纳林德·辛格先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

(b) 最惠国条款研究组: 唐纳德·麦克雷先生(主席)、卢修斯·卡弗利施先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、马

哈茂德·哈穆德先生、莫里斯·卡姆托先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、朴基甲先生、纳林德·辛格先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

9. 规划组重新设立了以下工作组:

五年期长期工作方案工作组:唐纳德·麦克雷先生(主席)、卢修斯·卡弗利施先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、马蒂亚斯·福尔托先生、基里尔·格沃尔吉安先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、玛丽·雅各布松女士、莫里斯·卡姆托先生、江萨·吉滴猜萨里先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、贝恩德·尼豪斯先生、格奥尔格·诺尔特先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、纳林德·辛格先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、努格罗霍·维斯努穆尔蒂先生、迈克尔·伍德爵士和迪雷·特拉迪先生(当然成员)。

E. 秘书处

10. 副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·塞尔帕·苏亚雷斯先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长乔治·科伦济斯先生担任委员会秘书,并在联合国法律顾问缺席时代表秘书长。高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生和阿诺德·普龙托先生担任高

级助理秘书。法律干事哈娜·德雷菲尔特-莱恩女士和戴维·纳诺波利斯先生以及协理法律干事诺亚·比亚沃斯托茨基先生担任委员会助理秘书。

F. 议程

11. 委员会在2014年5月5日其第3198次会议上通过了第六十六届会议议程,包括下列项目:

1. 会议工作安排。
2. 驱逐外国人。
3. 或引渡或起诉的义务。
4. 发生灾害时的人员保护。
5. 国家官员的外国刑事管辖豁免。
6. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践。
7. 最惠国条款。
8. 条约的暂时适用。
9. 习惯国际法的识别。
10. 与武装冲突有关的环境保护。
11. 保护大气层。
12. 委员会方案、程序和工作方法以及文件。
13. 第六十七届会议的日期和地点。
14. 与其他机构的合作。
15. 其他事项。

第二章

委员会第六十六届会议工作概况

12. 关于“驱逐外国人”专题，委员会二读通过了关于驱逐外国人专题的一套条款草案，共31条，包括评注，根据《章程》第23条，委员会建议大会在决议中注意到关于驱逐外国人的条款草案，将这些条款作为该决议的附件，鼓励尽可能广泛地传播这些条款，并考虑在以后某个阶段以该条款草案为基础拟订一项公约。

13. 关于“发生灾害时的人员保护”专题，委员会收到了特别报告员第七次报告(A/CN.4/668和Add.1)，报告处理了保护救灾人员及其设备和物资以及条款草案与其他规则的关系问题，并提出了一项关于用语的建议。

14. 委员会在本届会议上对该专题进行审议之后，一读通过了关于发生灾害时的人员保护的一套条款草案，共21条，包括评注。委员会根据《章程》第16至21条决定，通过秘书长向各国政府、有关国际组织、红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会(红十字与红新月联合)转发这些条款草案，征求其评论和意见，并要求在2016年1月1日前向秘书长提交。委员会还表示，欢迎联合国，包括其人道主义事务协调厅(人道协调厅)和联合国减少灾害风险办公室(减灾办)也在该日期前对条款草案提出其评论和意见(第五章)。

15. 关于“或引渡或起诉的义务”专题，委员会重新组建了本专题工作组。该工作组继续评估本专题的有关工作，特别是根据大会第六十八届会议期间第六委员会对工作组2013年报告³提出的意见评估有关工作。在工作组工作的基础上，委员会通过了关于本专题的最后报告，并决定结束对本专题的审议(第六章)。

16. 关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题，委员会收到了特别报告员第二次报告(A/CN.4/671)，其中除其他外，载有六项结论草案，分别涉及嗣后协定和嗣后实践的识别、嗣后协定和嗣

后实践可能对解释产生的影响、1969年《维也纳条约法公约》(1969年《维也纳公约》)第三十一条第三款(b)项所指嗣后实践的形式和价值、与条约解释有关的当事国协定、在缔约国大会框架内通过的决定以及嗣后协定和嗣后实践的解释范围。经全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员建议的六项结论草案转交起草委员会。委员会在审议了起草委员会报告后，暂时通过了五项结论草案及其评注(第七章)。

17. 关于“保护大气层”专题，委员会审议了特别报告员第一次报告(A/CN.4/667)。该报告阐述了项目的总体目标，包括阐述围绕本专题开展工作的理由，划定了一般范围，确定了相关基本概念，提出了处理本专题拟采用的观点和处理方法；并就以下三点提出了三条指南草案：(a) “大气层”一词的定义；(b) 指南草案的范围；和(c) 大气层的法律地位。经全体会议辩论之后，应特别报告员的请求，指南草案转交起草委员会一事被推迟到明年(第八章)。

18. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会审议了特别报告员第三次报告(A/CN.4/673)，其中除其他外，提出了关于国家官员定义的第2条(e)项草案和关于享有属事豁免的人员的第5条草案。经全体会议辩论之后，委员会决定将这两项条文草案转交起草委员会。委员会在审议了起草委员会报告后，暂时通过了关于国家官员定义的第2条(e)项草案和关于享有属事豁免的人员的第5条草案及其评注(第九章)。

19. 关于“习惯国际法的识别”专题，委员会收到了特别报告员第二次报告(A/CN.4/672)，其中除其他外，载有十一项结论草案，此前还分析了：本专题的范围和结果；基本方法；以及习惯国际法规则的两个构成要素，即“一般惯例”和“接受为法律”。经全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员建议的十一项结论草案转交起草委员会。委员会注意到起草委员会主席提交的供委员会了解情况的临时报告，报告里含有起草委员会暂时通过的八条结论草案(第十章)。

³ 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件一。

20. 关于“与武装冲突有关的环境保护”专题，委员会收到了特别报告员初步报告(A/CN.4/674)，其中除其他外，综述了各国代表在大会第六委员会中表示的意见、各国家和各国际组织的实践、范围和方法、术语的使用、环境原则以及与人权和土著人民权利有关的问题。全体会议上的辩论涉及范围和方法、术语的使用、环境原则以及人权和土著人民权利等问题及其他问题(第十一章)。

21. 关于“条约的暂时适用”专题，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/675)，报告力求对条约暂时适用的法律效果作出实质性分析。辩论表明，委员们普遍同意这一专题的基本假设：在不违反有关条约特定要求的前提下，决定暂时适用条约或适用条约的一部分的国家，其权利和义务犹如条约已对该国生效一样(第十二章)。

22. 关于“最惠国条款”专题，委员会重新组建了本专题研究组。研究组以其自2009年开始审议以来在工作过程中审议过的工作文件及其他非正式文件为基础，开始审议研究组主席编写的最后报告草稿。研究组准备将修订后的最后报告草稿提交2015年委员会第六十七届会议审议，其中将考虑到研究组个别成员在本届会议期间提出的意见和修正案(第十三章)。

23. 委员会设立了规划组，负责审议其方案、程序和工作方法(第十四章，A节)。委员会决定在其工作方案中列入“危害人类罪”专题，并任命肖恩·墨菲先生为该专题特别报告员(同上，A.1节)。委员会决定将“强行法”专题列入其长期工作方案。委员会赞同审查和更新可能的专题的清单，并以1996年专题示例大纲⁴的清单作为这项工作的出发点。为此，委员会请秘书处根据后来的事态发展重新审视1996年的清单，在本五年期结束前编列出可能的专题(“调研”)，并附有简短的说明。有一项理解是，长期工作方案工作组将继续审议委员们可能提议的任何专题(同上，A.2节)。

24. 委员会继续与国际法院、亚非法律协商组织、美洲法律委员会、欧洲委员会国际公法法律顾问委员会和非洲联盟国际法委员会交流了信息。

25. 委员会决定其第六十七届会议将于2015年5月4日至6月5日和7月6日至8月7日在日内瓦举行(第十四章，B节)。

⁴ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件二。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

A. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

26. 委员会请各国和国际组织在2015年1月31日之前：

(a) 向委员会提供国际组织的实践⁵为条约解释作出贡献的任何实例；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或嗣后实践的任何实例。

B. 保护大气层

27. 委员会请各国在2015年1月31日之前提供关于国内法律和国内法院司法判决的相关资料。

C. 国家官员的外国刑事管辖豁免

28. 委员会请各国在2015年1月31日之前提供资料，针对以下问题说明国内法律和实践，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“公务行为”和“以公务身份实施的行为”；以及

(b) 国家官员外国刑事管辖豁免的任何例外情况。

D. 习惯国际法的识别

29. 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习惯国际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判决。

30. 此外，委员会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。

E. 与武装冲突有关的环境保护

31. 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。

32. 委员会还希望各国提供资料，说明它们是否有旨在武装冲突背景下保护环境的文书。有关这类文书的实例包括但不限于：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，以及涉及与防卫相关活动的环境管理政策。

⁵ 例如，见国际组织的责任条款草案第2条(b)项中“该组织已确立的惯例”，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第87-88段，评注的第(16)-(17)段(委员会第六十三届会议通过的关于国际组织责任的条款，转载于2011年12月9日大会第66/100号决议的附件)；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》第2条第1款(j)项。

F. 条约的暂时适用

33. 委员会再次请各国在2015年1月31日之前提供资料，说明其与条约的暂时适用相关的实践，包括涉及这一问题的国内法律，并特别举例说明以下方面的实践：

- (a) 关于暂时适用条约的决定；
- (b) 此种暂时适用的终止；以及
- (c) 暂时适用的法律效果。

G. 危害人类罪

34. 委员会请各国在2015年1月31日之前提供资料，说明以下方面：

- (a) 国家的国内法律目前是否明确将“危害人类罪”定为犯罪，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；以及
 - (d) 国家的国内法院对危害人类罪作出宣判的判决。

第四章

驱逐外国人

A. 导言

35. 委员会第五十六届会议(2004年)决定在工作方案中纳入“驱逐外国人”这一专题,并任命莫里斯·卡姆托先生为这一专题的特别报告员。⁶大会2004年12月2日第59/41号决议第5段核准了委员会将这一专题纳入委员会议程的决定。

36. 从第五十七届会议(2005年)至第六十四届会议(2012年),委员会收到并审议了特别报告员的八次报告,⁷参照全会的辩论修订和重构的关于保护已受驱逐者或正受驱逐者的人权的新版草案,⁸特别报告员为条款草案的重构而提交的一份新的工作计划草案、⁹秘书处的一份备忘录¹⁰以及各国政府的评论和意见。¹¹

⁶ 《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),第364段。委员会第五十届会议(1998年)注意到规划组的报告,该报告除其他外,明确了将“驱逐外国人”专题纳入委员会长期工作方案的可能性(《1998年……年鉴》,第二卷(第二部分),第554段),并在其第五十二届会议(2000年)上,确认了该决定(《2000年……年鉴》,第二卷(第二部分),第729段)。委员会提交大会的关于该届会议工作的报告的附件包括一个简短的提纲,描述了该专题可能的总体结构和方法(同上,附件,第149-150页)。大会在其2000年12月12日第55/152号决议第8段中注意到将这一专题纳入长期工作方案。

⁷ 《2005年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/554(初步报告);《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/573(第二次报告);《2007年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/581(第三次报告);《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/594(第四次报告);《2009年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/611(第五次报告);《2010年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/625和Add.1-2(第六次报告);《2011年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/642(第七次报告);和《2012年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/651(第八次报告)。

⁸ 《2009年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/617。

⁹ 同上,文件A/CN.4/618。

¹⁰ A/CN.4/565和Corr.1(油印件;可获自委员会网站,第五十八届会议文件)。最终文本将转载于《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分)的增编。

¹¹ 从各国政府收到的评论和意见,见《2009年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/604,以及《2010年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/628和Add.1。

37. 委员会第六十四届会议(2012年)一读通过了一套共32条关于驱逐外国人的条款草案及其评注。¹²它根据委员会《章程》第16至21条决定通过秘书长转交这些条款草案,请各国政府提出评论和意见。

B. 本届会议对此专题的审议

38. 在本届会议上,委员会在其案上有特别报告员的第九次报告(A/CN.4/670),其中载有他关于根据各国政府的评注和意见对一读通过的条款的草案(A/CN.4/669和Add.1)进行重构的建议。在2014年5月6日其第3199次会议以及从2014年5月8日至14日其第3201至3204次会议上,委员会审议了特别报告员的第九次报告,并指示起草委员会根据特别报告员的建议开始对整套条款草案进行二读,其中考虑到各国政府的评论和意见,以及全体会议上对特别报告员的报告进行的辩论情况。

39. 委员会在2014年6月6日其第3216次会议上审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.832),二读通过了关于驱逐外国人的整套条款草案(下文E.1节)。

40. 在2014年8月5日其第3238次会议上,委员会通过了对上述条款草案的评注(下文E.2节)。

41. 根据其《章程》,委员会向大会提交了条款草案以及下述建议。

C. 委员会的建议

42. 在2014年8月5日其第3238次会议上,委员会决定按照其《章程》第23条向大会提出下述建议:

(a) 通过一项决议注意到关于驱逐外国人的条款

¹² 《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第41-42和第45-46段。

草案，将条款草案附在决议之后，并鼓励尽可能广泛地传播条款草案：

(b) 考虑在以后某个阶段在条款草案的基础上制订一项公约。

D. 向特别报告员表示感谢

43. 在2014年8月5日其第3238次会议上，委员会在通过了关于驱逐外国人的条款草案的评注后，以鼓掌通过的方式通过了以下决议：

国际法委员会，

通过了关于驱逐外国人的条款草案，

向特别报告员莫里斯·卡姆托先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草条款草案做出杰出贡献，并使关于驱逐外国人的条款草案的拟订工作取得成果。

E. 关于驱逐外国人的条款草案案文

1. 条款草案案文

44. 委员会第六十六届会议二读通过的条款草案案文载录如下。

驱逐外国人

第一部分 一般规定

第1条 范围

1. 本条款草案适用于一国驱逐在其境内的外国人事宜。
2. 本条款草案不适用于依国际法享有特权和豁免的外国人。

第2条 用语

为本条款草案的目的：

(a) “驱逐”是指可归于一国的使外国人被迫离开该国领土的一项正式行动或行为；它不包括引渡到另一国，移交给一国际刑事法院或法庭，或不允许外国人进入一国；

(b) “外国人”是指不拥有其所在国的国籍的个人。

第3条 驱逐权

一国有权将外国人驱逐出境。驱逐应符合本条款草案，不应影响适用的其他国际法规则，尤其是与人权有关的规则。

第4条 符合法律规定的要求

只有在执行依法作出的决定的情况下才可驱逐外国人。

第5条 驱逐的理由

1. 任何驱逐决定均应说明决定所依据的理由。

2. 国家仅可以法律规定的理由驱逐外国人。

3. 应顾及所有情节，在相关情况下尤其应考虑到事实的严重性、所涉外国人的行为或这些事实所造成的威胁的目前性质，诚信合理地评估驱逐理由。

4. 国家不得以违背其国际法义务的理由驱逐外国人。

第二部分

禁止驱逐的情况

第6条 与驱逐难民有关的规则

本条款草案不影响与难民有关的国际法规则，也不影响关于难民保护的任何更有利的规则或实践，尤其是不影响下列规则：

(a) 除因国家安全或公共秩序理由外，一国不得驱逐合法地在其境内的难民。

(b) 一国不得以任何方式将难民驱逐或遣返（“推回”）至其生命或自由因其种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或因其政治见解而会受到威胁的领土边界，除非有正当理由认为该人危害所在国的安全，或除非该人已被最终判定犯有特别严重罪行，对该国社会构成危险。

第7条 与驱逐无国籍人有关的规则

本条款草案不影响与无国籍人有关的国际法规则，尤其不影响除因国家安全或公共秩序理由外，一国不得驱逐合法地在其境内的无国籍人这一规则。

第8条 为驱逐目的剥夺国籍

一国不得仅为将其国民驱逐的目的，通过剥夺国籍使其国民成为外国人。

第9条 禁止集体驱逐

1. 为本条草案的目的，集体驱逐是指将外国人作为一个群体予以驱逐。

2. 禁止集体驱逐外国人。

3. 一国可同时驱逐某外国人群体的成员，条件是，驱逐是在对该群体的每一名成员的具体情况按照本条款草案进行了评估之后并在评估基础上进行。

4. 本条款草案不影响适用于在涉及驱逐国的武装冲突的情况下驱逐外国人的国际法规则。

第 10 条 禁止变相驱逐

1. 禁止以任何形式变相驱逐外国人。

2. 为本条款草案的目的，变相驱逐是指由于可归于一国的作为或不作为所造成的间接后果，外国人被迫离开该国，包括该国支持或容许其国民或其他人实施意图以非法规定方式促使外国人离境的行为。

第 11 条 禁止以没收财产为目的驱逐外国人

禁止以没收财产为目的驱逐外国人。

第 12 条 禁止为规避正在进行的引渡程序而诉诸驱逐

一国不得为了规避正在进行的引渡程序而诉诸驱逐外国人的做法。

第三部分

保护拟被驱逐的外国人的权利

第一章

一般规定

第 13 条 尊重拟被驱逐的外国人的尊严和人权的义务

1. 在驱逐过程的所有阶段，拟被驱逐的所有外国人均应得到人道的待遇，其固有尊严应得到尊重。

2. 他们有权得到对其人权、包括本条款草案所述人权的尊重。

第 14 条 禁止歧视

驱逐国应尊重拟被驱逐的外国人的权利，不得以种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份为由或以国际法不容许的任何其他理由进行任何歧视。

第 15 条 弱势群体

1. 拟被驱逐的儿童、老年人、残疾人、孕妇和其他弱势群体应按其具体身份予以考虑，并在适当考虑其弱势的情况下予以处理和保护。

2. 尤其是，在所有涉及拟被驱逐的儿童的行动中，应首要考虑儿童的最大利益。

第二章

在驱逐国需要的保护

第 16 条 保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务

驱逐国应保护拟被驱逐的外国人的生命权。

第 17 条 禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚

驱逐国不得使拟被驱逐的外国人遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。

第 18 条 尊重家庭生活权的义务

驱逐国应尊重拟被驱逐的外国人的家庭生活权。驱逐国不得任意或非法干涉此项权利的行使。

第 19 条 为驱逐目的而对外国人实施的拘留

1. (a) 为驱逐目的而对外国人实施的拘留不得是任意性的或惩罚性的。

(b) 为驱逐目的而被拘留的外国人，除非在特殊情况下，应与被判罚剥夺自由的人分开。

2. (a) 拘留期应限定为执行驱逐所需的合理必要时间。禁止所有时间过长的拘留。

(b) 延长拘留期的决定仅可由法院或受制于司法审查的另一主管当局作出。

3. (a) 应在法律规定的具体标准基础上定期审查拟被驱逐的外国人的拘留情况。

(b) 在遵守第 2 款的前提下，为驱逐目的实施的拘留应在驱逐无法执行时终止，除非可将驱逐无法执行的原因归诸有关外国人。

第 20 条 保护拟被驱逐的外国人的财产

驱逐国应采取适当措施，保护拟被驱逐的外国人的财产，并应依法允许外国人自由处置其财产，甚至从国外处置。

第三章

与目的地国有关的保护

第 21 条 离境前往目的地国

1. 驱逐国应采取适当措施，便利拟被驱逐的外国人自愿离境。

2. 在强制执行驱逐决定的情况下，驱逐国应采取必要措施，按照国际法规则，尽可能确保拟被驱逐的外国人安全地前往目的地国。

3. 驱逐国应考虑到所有相关情况，给予拟被驱逐的外国人合理的期限以做离境准备。

第 22 条 拟被驱逐的外国人的目的地国

1. 拟被驱逐的外国人应被驱逐至其国籍国或根据国际法有义务接收该外国人的任何其他国家，或应驱逐国请求或酌情应当事外国人请求同意接收该人的任何国家。

2. 若无法确定国籍国或根据国际法有义务接收该外国人的任何其他国家，且没有任何其他国家愿意接收该外国人，该外国人可被驱逐至其有权入境或居留的任何国家，或酌情驱逐至该外国人从其进入驱逐国的国家。

第 23 条 不将外国人驱逐至其生命会受到威胁的国家 的义务

1. 不得将任何外国人驱逐至其生命可能会因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份等理由或因国际法不容许的任何其他理由而受到威胁的国家。

2. 不适用死刑的国家不得将外国人驱逐至该外国人被判处死刑的国家或该外国人面临被判处死刑的真实危险的国家，除非它已事先获得保证：该人不会被判处死刑，或如已判处死刑，不会执行。

第 24 条 不将外国人驱逐至其可能遭受酷刑或残忍、 不人道或有辱人格待遇或处罚的国家的义务

一国不得将外国人驱逐至有充分理由相信此人会面临遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的危险的国家。

第四章 过境国境内的保护

第 25 条 在过境国境内保护拟被驱逐的外国人的人权

过境国应按照其国际法义务保护拟被驱逐的外国人的
人权。

第四部分 具体程序规则

第 26 条 拟被驱逐的外国人的程序权利

1. 拟被驱逐的外国人享有下列程序权利：

- (a) 收到驱逐决定通知的权利；
- (b) 对驱逐决定提出异议的权利，但出于国家安全方面的强有力理由而须实施的驱逐除外；
- (c) 由一个主管当局听讯的权利；
- (d) 获得有效救济对驱逐决定提出异议的权利；
- (e) 在主管当局面前有人代理的权利；和
- (f) 如果不懂或不讲主管当局所用的语言，有获得免费口译协助的权利。

2. 第 1 款所列权利不影响法律规定的其他程序权利或保障。

3. 拟被驱逐的外国人有权寻求领事协助。驱逐国不得妨碍行使这一权利或妨碍提供领事协助。

4. 本条规定的程序权利不影响驱逐国适用有关驱逐非法在其境内短暂停留的外国人的任何法律。

第 27 条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力

当存在着造成严重的不可挽回损害的真实危险时，在驱逐国境内合法居留的拟被驱逐的外国人，其提出的上诉对驱逐决定具有暂停执行的效力。

第 28 条 个人申诉国际程序

拟被驱逐的外国人应能够诉诸个人向主管国际机构提出申诉的任何现有程序。

第五部分 驱逐的法律后果

第 29 条 重新准入驱逐国

1. 如果一个主管当局确定驱逐非法，被一国驱逐的在该国境内合法居留的外国人有权重新准入驱逐国，除非其返回对国家安全或公共秩序构成威胁，或按照驱逐国的法律该外国人已不再符合入境条件。

2. 在任何情况下，先前的非法驱逐决定不得被用来阻止该外国人重新获准入境。

第 30 条 国家在非法驱逐情况下的责任

违反本条款草案或国际法任何其他规则为驱逐国规定的义务驱逐外国人引起该国的国际责任。

第 31 条 外交保护

拟被驱逐的外国人的国籍国可就该外国人行使外交保护。

2. 条款草案案文及其评注

45. 委员会第六十六届会议二读通过的条款草案案文及其评注载录如下。

驱逐外国人

总评注

(1) 虽然驱逐外国人是国家的主权权利，但它涉及拟被驱逐的人的权利和驱逐国相对于被驱逐者

的目的地国而言的权利。故本专题处理的事项并非处在国际法范围之外。关于驱逐外国人的各个方面的国家实践至少自十九世纪起一直在演变。几项国际条约也载有关于这个专题的不同方面的规定。自十九世纪中叶以来适用的国际判例法已经有一定积累，事实上促进了国际法各个方面的编纂。判例法的这一基础最近因国际法院的一项判决¹³而得到加强，国际法院澄清了各个问题上的有关法律。然而，整个专题领域在习惯国际法中或在普遍性的国际公约的规定中没有基础。在某些方面，实践仍然是有限的，尽管它指向的趋势允许这一领域的国际法规则得到一些稳健的发展。基于上述理由，本条款草案既事关驱逐外国人的基本规则的编纂，也涉及逐渐发展。

(2) 本条款草案分为五部分。第一部分题为“一般规定”，界定了本条款草案的范围，并为本条款草案的目的对“驱逐”和“外国人”下了定义，然后列出了与驱逐权、遵守法律的要求、驱逐理由等有关的若干项一般规则。条款草案第二部分处理各种被禁止的驱逐情形。第三部分处理保护拟被驱逐的外国人的权利问题，首先是从一般角度（第一章），然后更具体地处理在驱逐国必须给予的保护（第二章）、与目的地国有关的保护（第三章）以及在过境国的保护（第四章）。条款草案第四部分涉及具体程序规则，而第五部分列出了驱逐的法律后果。

(3) “拟被驱逐的外国人”这一说法贯穿于整个条款草案，其含义足够宽泛，依各种情况，包括了面临驱逐程序的任何外国人。驱逐过程开始时，通常先是发起一项程序，然后有可能导致通过一项驱逐决定，在某些情况下紧接着是一个司法阶段；驱逐过程最后原则上是实施驱逐决定，无论是涉及有关外国人自愿离境，还是强迫执行这一决定。换句话说，这一措词涉及外国人的各种状况，不仅相对于针对外国人的驱逐决定而言，而且也相对于驱逐过程中在驱逐决定作出之前和之后的各个阶段而言。驱逐过程在某些情况下可能涉及对外国人采取限制性措施，包括可能为了驱逐目的而进行拘留。

¹³ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛（几内亚共和国诉刚果民主共和国），案情，判决，《2010年国际法院汇编》，第639页及其后。

第一部分

一般规定

第1条 范围

1. 本条款草案适用于一国驱逐在其境内的外国人事宜。

2. 本条款草案不适用于依国际法享有特权和豁免的外国人。

评注

(1) 第1条草案的目的是界定本条款草案的范围。第1款界定了一般性范围，而第2款排除了某些类别的根据第1款本应包括在内的个人。

(2) 第1款规定本条款草案适用于国家驱逐在其境内的外国人事宜，这就界定了条款草案的属事范围和属人范围。关于属事范围，这涉及到条款草案所涵盖的措施，这一款简单地提到“一国驱逐”，这涵盖所有驱逐措施；没有作进一步阐述，因为“驱逐”概念在下文第2条(a)项中得到界定。关于属人范围，也就是说关于条款草案涉及哪些人，从第1款中可以看出，条款草案一般适用于驱逐在驱逐国境内的所有外国人，而对所涉外国人的不同类别不加区分，例如不论外国人是合法还是非法地处在该国境内，是流离失所者，还是寻求庇护者、获得庇护者、无国籍人。“外国人”一词在第2条草案(b)项中得到界定。

(3) 条款草案既应包括合法地在驱逐国境内的外国人，也应包括非法在其境内的外国人，正如本条款草案第1款清楚地表示的那样。非法处在驱逐国境内的外国人这一类别既涵盖非法进入境内的外国人，也涵盖主要因违反驱逐国逗留条件的法律，其逗留随后变得不合法的外国人。¹⁴虽然条款草案一般适用于驱逐

¹⁴ 有些条约对有正常身份的外国人和无正常身份的外国人进行了区分，但没有提出“非法在境内的外国人”一词的定义（见《公民及政治权利国际公约》，第13条；《关于难民地位的公约》，第32条；《关于无国籍人地位的公约》，第31条；1955年《欧洲居留公约》等。另见秘书处关于该主题的备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10))，第755段，脚注1760-1763)。在一些国家的国内法可以找到这类外国人的定义要素，但这些法律提及其时所用的词语各有不同。所谓无正常身份的外国人，是指违反该国关于外国人准予入境、逗留或居留的法律在接收国境内逗留的外国人。首先，可根据入境条件确定外国人身份的非法性。因此，违反外国人入境规则而进入驱逐国境内的外国人被视为无正常身份。第二，外国人地位的非正常身份非由入境条件引起，而是由在驱逐国境内的逗留条件引起。在这类情况中，外国人虽然合法进入该国边

目前合法或非法地在驱逐国境内的外国人，但一开始就应指出，条款草案的某些规定确实对两类外国人作了必要的区分，特别是就他们所能享有的权利而言。¹⁵ 另外还应注意的，对条款草案将非法处在驱逐国境内的外国人也包含在内，应结合第2条(a)项中最后一个短语来理解，该短语将不允许一个外国人进入一国境内的问题排除在条款草案范围之外。¹⁶

(4) 第1条草案第2款将某些类别的外国人即按照国际法享有特权和豁免的外国人排除在条款草案范围之外。这一规定的目的是将其强迫离境须受特别国际法规则约束的外国人排除在外，诸如与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员(酌情包括其家庭成员)。换句话说，这些外国人之所以被排除在条款草案范围之外，是因为存在着国际法特别规则，决定着在何种条件下他们才可被强制离开他们被派往履行其职责的国家。¹⁷

(5) 另一方面，按照国际法享受某种特别保护的其他类别的外国人没有被排除在条款草案之外，例如难民、无国籍人和移徙工人及其家庭成员。¹⁸ 然而有一项谅解是，将本条款草案的规定适用于这些类别的外国人不影响可能涉及将他们从一国境内驱逐事宜的某一方面的特别规则的适用。¹⁹ 联合国大会有关决议²⁰所指的各种流离失所者也没有被排除在本条款草案范围之外。

界即被该国合法接纳，但其后不满足接收国法律规定的逗留条件。例如，被合法接纳的外国人超过该国主管当局规定的期限在境内滞留。第三，可同时有前述两项缘由造成外国人在驱逐国境内非法逗留。例如，外国人非法进入接收国边界，其后身份也未获得合法化，这样就既不满足入境条件，也不满足逗留条件。

¹⁵ 见下文第6-7条、第26-27条和第29条草案及其评注。

¹⁶ 见下文第2条草案的评注第(5)段。

¹⁷ 尤其见下列公约载述的规则：1961年《维也纳外交关系公约》，1963年《维也纳领事关系公约》和1969年《特别使团公约》。

¹⁸ 尤其见下列公约载述的规则：1951年《关于难民地位的公约》，1954年《关于无国籍人地位的公约》和1990年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》。

¹⁹ 在这个意义上，见下文第6和第7条草案所包含的涉及难民和无国籍人的“不影响”条款。

²⁰ 如果流离失所者是因外力在其原籍国或国籍国以外的外国领土逗留，则其处境与难民处境相似。不过，即使流离失所者一般有与难民相同的保护需要，但不得等同于难民。区分两种情况的要素在于到国外避难的原因。流离失所者之所以在其原籍国或国籍国之外流离失所，其原因与国际法对难民的定义所述的原因不同。这些人在本国境外逗留是由于自然或人为原因的灾害。这类人的主要构成是遭遇此类灾害者，即通常所讲的“生态难民”或“环境难民”。1977年以来大

第2条 用语

为本条款草案的目的：

(a) “驱逐”是指可归于一国的使外国人被迫离开该国领土的一项正式行动或行为；它不包括引渡到另一国，移交给一国际刑事法院或法庭，或不允许外国人进入一国；

(b) “外国人”是指不拥有其所在国的国籍的个人。

评注

(1) 第2条草案为了本条款草案的目的界定了两个关键用语“驱逐”和“外国人”。

(2) (a)项规定了“驱逐”的定义。这一定义反映了对下述两者的区分：一方面是一国发出命令强迫外国人离开其领土的正式行为(而不论按照国内法这一行为可称作什么)，另一方面是可归于该国的产生相同效果的行为。²¹ 委员会认为，为了本条款草案的目的，应当将两种情况都包括在“驱逐”的定义内。另外还需要澄清的是，第2条草案只是规定了“驱逐”的定义，而没有丝毫预先判断它所指的各种驱逐手段的合法性问题。没有采取正式行动形式的驱逐方式也包含在本条款草案界定的驱逐定义中。这种驱逐方式可置于另一种制度即第10条草案所说的禁止“变相驱逐”制度的约束之下。

(3) 正式行为或构成驱逐的行为必须能归于一国，对这一限定语应参照关于国家对国际不法行为的责任的条款第一部分第二章中的归属标准来理解。²² 因此必须适用在这些条款中所界定的相同归属标准，以便按照国际法确定驱逐是否应被视为一国的行为。

(4) 正式通过决定之外的可能造成驱逐的行为，其形式可能是国家的作为或其不作为。不作为尤其可能包括容忍个人或私人实体针对外国人采取的行为，例如一国未能恰当地保护外国人不受来自于非国

会谈及“难民和流离失所者”时所指的就是这类人。例如，见大会2004年12月20日第59/170号决议，第10段。

²¹ 在大多数国家的国内法中，驱逐是国家采取的形式上为行政行为的法律行为，因为它是行政机关的决定。驱逐是一种正式行为，对这种行为，可向驱逐国的法院提出抗辩，因为驱逐是一个程序性过程。人们还应考虑不通过正式法律行为而发生驱逐的情况，见下文第10条草案的评注里的讨论。

²² 见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第44-61页。委员会第五十三届会议通过的对国际不法行为的责任条款载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件。

家行为者的敌对行为。²³在驱逐定义中似乎起决定作用的要素是，由于可归于一国的一种正式行动或行为——无论是主动的还是消极的，有关外国人被迫离开该国领土。²⁴此外，为了得出结论说这种行为（即没有通过一项正式决定）造成了驱逐，必须能够确定有关国家有意通过该种行为使该外国人离开该国。²⁵

(5) 为了清楚起见，委员会认为有必要在(a)项第二个短语中说明，条款草案所指的驱逐概念并不包括将外国人引渡到另一国、送交一个国际刑事法院或法庭或不允许一个外国人进入一国的情况。对于不准入境问题，应该说明的是，在某些法律制度中，有时使用“遣返(推回)”一词，而不用“不允许进入”。为了一致起见，在涉及拒绝外国人入境的情况时，本条款草案使用了后一说法。不准入境涉及一国当局，通常是负责移民和边防检查的当局拒绝外国人进入该国领土。另一方面，一国迫使已经在其境内，即使是非法在其境内的外国人离开该国，包含在第2条草案(a)项所界定的“驱逐”概念中。²⁶对这种区别应该参照条款草案的属人范围的定义来理解，合法地和非法地在驱逐国境内的外国人都包括在条款草案的属人范围之内。此外，不准入境问题不包括在条款草案范围内，这一点不妨碍与难民有关的国际法规则。这一保留由第6条(b)项作了解释，第6条(b)项提及1951年7月28日《关于难民地位的公约》第三十三条意义上的禁止将难民遣返(推回)规定，因此必然涉及准许入境问题。

(6) 第2条(b)项界定了“外国人”，是指不拥有其所在国的国籍的个人。这一定义既包括拥有另一国国籍的个人，也包括没有任何国家国籍即无国籍的个人。²⁷根据这一定义，可以得出结论认为，拥有所在国国籍的个人不能被视为外国人，即使他拥有其他的国籍，并且即使其他的国籍可以被认为是主要国籍，

²³ 见下文第10条草案及其评注。

²⁴ 驱逐决不会是被驱逐者要求的行动或事件，也不会是被驱逐者同意的行动或事件。驱逐是强迫当事人离开驱逐国领土的一项正式措施或一种不可抗力情况。责令驱逐的正式措施是一种禁令，因此是一种法律约束，而驱逐的执行是一种人身能如此感觉到的约束。这一强制因素是区分驱逐与外国人正常或普通离境的关键。这一因素不仅引起被驱逐者的目的地国对所造成的情况的关注或兴趣，而且引起第三国对此种情况的关注或兴趣，因为国家在行使这一当然权利时影响到了对基本人权的保护。

²⁵ 见下文第10条草案的评注第(3)–(7)段。

²⁶ 见上文第1条草案的评注第(2)和(3)段。

²⁷ 对于无国籍人，见下文第7条草案。

即相对于该个人所在的国家国籍而言，与其他国家有更有效的联系。

(7) 为本条款草案的目的而制订的“外国人”定义不妨碍一国在驱逐方面给予某些类别外国人特别权利，允许他们按照国内法享有与本国国民享有的相似或相同的制度。尽管如此，为本条款草案的目的，在所在国没有拥有其国籍的个人应该视为外国人，而将其从该国领土驱逐应受本条款草案的约束。

第3条 驱逐权

一国有权将外国人驱逐出境。驱逐应符合本条款草案，不应影响适用的其他国际法规则，尤其是与人权有关的规则。

评注

(1) 第3条草案第一句规定了国家有权将外国人从其领土上驱逐。驱逐权无论是在实践中，还是在判例法和著作中都是无可争议的。驱逐权不是由一些外部规则赋予国家的；它是国家源于其主权的一项固有权利。驱逐权尤其是在若干仲裁裁决和索赔委员会决定中²⁸以及在各种区域法院和委员会的决定中得到承认。²⁹而且，大多数国家的国内法也都规定了

²⁸ 例如，见Lacoste诉墨西哥，1875年9月4日的裁决，墨西哥委员会，载于J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. IV, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1898, 第3347–3348页; *Maal*, 荷兰—委内瑞拉混合索赔委员会，1903年6月1日，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷(出售品编号60.V.4)，第731页; *Boffolo*, 意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903年，同上，第528、529、531和532页; *Oliva*, 意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903年，同上，第600–609页，详第608页(仲裁人Ralston); *Paquet*(驱逐)，比利时—委内瑞拉混合索赔委员会，1903年，同上，第九卷(出售品编号1959.V.5)，第323–325页，详第325页(仲裁人Filtz); 和Yeager诉伊朗伊斯兰共和国，1987年11月2日的裁决，伊朗—美国索赔法庭，*Iran—United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17(1987-IV)，第92–113页。

²⁹ 对于欧洲人权法院，尤其见Moustaquim诉比利时，申请号12313/86，1991年2月18日的判决(案情和公正抵偿)，*Series A*, No. 193，第43段。另见Vilvarajah等诉联合王国，申请号13163/87、13164/87、13165/87、13447/87和13448/87，1991年10月30日的判决(案情)，*Series A*, No. 215，第102段; *Chahal*诉联合王国，申请号22414/93，1996年11月15日的判决(案情和公正抵偿)，*Reports of Judgments and Decisions* 1996-V，第73段; *Ahmed*诉奥地利，申请号25964/94，1996年12月17日的判决(案情和公正抵偿)，*Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI，第38段; *Bouchelkia*诉法国，申请号23078/93号，1997年1月29日的判决(案情)，*Reports of Judgments and Decisions* 1997-I，第48段; 和HLR诉法国，申

这一权利。

(2) 第3条草案第二句意在提醒,行使驱逐权要受本条款草案约束,而不妨碍其他适用的国际法规则。提及“其他”适用的国际法规则并不意味着条款草案作为一个整体反映了在条约法意义上的现行国际法。条款草案既是国际法编纂的成果,也是国际法逐渐发展的实际活动。条款草案所载的一些规则由某些条约制度确立,或稳固地立足于习惯国际法之中,尽管其中某些规则构成国际法的逐渐发展。此外,之所以具体提到人权,是因为尊重人权在驱逐所涉及的问题上所具有的重要性,这种重要性也因条款草案中许多规定专门论及拟被驱逐的外国人人权应得到保护而得到强调。另有“其他适用的国际法规则”约束着国家对外国人的驱逐权,但在条款草案中没有具体加以处理,其中特别值得一提的是一些“传统的”限制,这些限制源于禁止任意性、侵犯权利和拒绝司法等规定。其他适用的规则还包括各人权文书中与紧急时期克减权利有关的规则。在这方面应该强调的是,大多数国家按照这些文书所承担的义务不是绝对性的,在某些紧急情况下是有可能予以减损的,例如在出现威胁国家生命的公共紧急情况时。第3条草案因而保留了国家在情况需要时采取减损本条款草案某些规定的措施的可能性,只要这些措施与一国根据国际法而承担的其他义务相一致。

第4条 符合法律规定的要求

只有在执行依法作出的决定的情况下才可驱逐外国人。

评注

(1) 第4条草案列出了国家在行使对外国人的驱逐权时须遵守的一个基本条件。这一条件就是驱逐国必须依法作出了驱逐决定。

请号24573/94,1997年4月29日的判决(案情),*Reports of Judgments and Decisions* 1997-III,第33段。对于非洲人权和民族权委员会,尤其见第159/96号来文,*Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme v. Angola*, Eleventh Annual Activity Report, 1997-1998,第(20)段(R. Murray and M. Evans (eds.), *Documents of the African Commission on Human and People's Rights*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001,第615页及其后,详第617页;也可获自www.achpr.org, *Communications*)。

(2) 要求必须依法作出驱逐决定,这首先产生一个这样的效果,即禁止一国采取意图迫使外国人离开其领土而又不将这方面的决定通知该外国人的做法。禁止任何形式的变相驱逐的规定载于第10条草案第1款。

(3) 要求符合法律逻辑上源于这样的事实,即驱逐须在法律范围内进行。国家在其领土内并在国际法规定的限度内享有调整驱逐条件的特权,这也意味着它有义务遵守它在这方面规定的或承诺遵守的规则。³⁰因此不令人奇怪的是,对于驱逐程序必须符合法律规定这一最低限度要求,许多国家的立法都普遍地一致。³¹此外,这一要求在国际人权法律,不论是世界性还是区域性人权法律中,也都已稳固地确立。在国际一级,这一点载于《公民及政治权利国际公约》第十三条³²(涉及合法地在驱逐国境内的外国人);《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第二十二条第二款;³³《关于难民地位的公约》第三十二条第二款,³⁴以及《关于无国籍人地位的公约》第三十一条第二款。³⁵在区域一级,值得一提的是《非洲人权和民族权宪章》第12条第4款;³⁶《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》第22条第6款;³⁷《〈保障人权和根本自由公约〉第七议定书》第1条第1款;³⁸以及《阿拉伯人权宪章》第26条第2款;³⁹所有这

³⁰ 在这种情况下适用的是两个罗马法格言:对于一国自己的规则而言, *patere legem* 或 *patere regulam quam fecisti* (国家必须遵守自己的规则);对于国际法规则而言, *pacta sunt servanda* (条约必须遵守)。

³¹ 例如,见《捷克共和国基本权利和自由宪章》第14条第(5)款、《匈牙利宪法》第58条第(2)款、《斯洛伐克共和国宪法》第23条第(5)款及《芬兰宪法》第9条。

³² 该规定的部分内容为:“合法处在本公约缔约国领土内的外侨,只有按照依法作出的决定才可以被驱逐出境”。

³³ 该规定的内容为:“只有按照主管当局依法作出的决定,方可将移徙工人及其家庭成员从缔约国境内驱逐出境”。

³⁴ 该规定尤其指出,缔约国驱逐合法在其境内的难民出境“只能以按照合法程序作出的判决为根据”。

³⁵ 该规定所用的措辞基本上与上一脚注所引用的关于难民的措辞相同,仅经过必要的变通。

³⁶ 该规定如下:“合法地进入本宪章各缔约国之内的非本国国民,只有按照依法作出的决定方可被驱逐出境”。

³⁷ 该规定如下:“合法地处在在本公约的一个缔约国领土内的外国人,只有在执行按照法律达成的决定时,才能被驱逐出境”。

³⁸ 该规定如下:“合法地居于本公约的一个缔约国领土内的外国人,只有在执行按照法律达成的决定时,才能被驱逐出境”。

³⁹ 该规定的部分内容为:“除根据法律作出的决定外,任何缔约国不得驱逐没有国籍但合法在其领土内的人”(《阿拉伯人权宪章》,于2004年5月在突尼斯举行的阿拉伯联盟理事

些条款都针对驱逐合法地在驱逐国境内的外国人规定了相同的要求。

(4) 要求遵守法律这一点须适用于任何驱逐决定，不论在驱逐国境内的外国人是否是合法地在那里。然而一项理解是，国内立法可能规定不同的驱逐规则和程序，取决于该外国人是合法还是非法地在该国。⁴⁰

(5) 要求遵守法律也是相当一般性的规定，因为这既适用于驱逐的程序性条件，也适用于驱逐的实质性条件。⁴¹因此，其范围要比关于驱逐理由的第5条第2款所规定的类似要求更宽。

(6) 国际法院在艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案2010年11月30日的判决中，确认了遵守法律这一要求，认为这是使驱逐在国际法下合法的条件。国际法院在这方面提到《公民及政治权利国际公约》第13条和《非洲人权和民族权宪章》第12条第4款，指出：

从上述两项规定的措词可以得出如下结论，参加这些公约的国家如果将合法在其境内的外国人驱逐，只有按依“法”作出的驱逐决定，即按照在这方面适用的本国法律作出的决定，才符合其国际法义务。在一定程度上，遵守国际法取决于遵守国内法。⁴²

(7) 虽然要求遵守法律是采取的任何驱逐措施在国际法下的合法性的条件，但有可能产生这样的问题：在驱逐的问题上国际机构在多大程度上有权审查一国遵守本国国内法律规则。国际机构很可能在这方面保持沉默。例如人们可以提到人权事务委员会对于1977年瑞典将一名涉嫌参与恐怖主义活动的希腊政治难民驱逐出境所采取的立场。该人向人权事务委员会辩称，这一驱逐决定没有“按照法律作出”，因此不符合《公民及政治权利国际公约》第十三条的

规定。人权事务委员会认为，对国内法作出解释基本上是有相关缔约国法院和当局的事情，“评价有关缔约国当局是否在所涉的案件上正确地解释并适用了国内法，这不是委员会的权力或职责范围内的事情，除非委员会能够确定缔约国没有诚实地解释和适用国内法，并且明显地看出缔约国滥用了权利”。⁴³国际法院和欧洲人权法院对自己是否有权评估一国是否在驱逐案件上遵守了国内法，采取了类似的立场。⁴⁴

第5条 驱逐的理由

1. 任何驱逐决定均应说明决定所依据的理由。
2. 国家仅可以法律规定的理由驱逐外国人。
3. 应虑及所有情节，在相关情况下尤其应考虑到事实的严重性、所涉外国人的行为或这些事实所造成的威胁的目前性质，诚信合理地评估驱逐理由。
4. 国家不得以违背其国际法义务的理由驱逐外国人。

评注

(1) 驱逐理由问题包含几个方面，诸如须说明驱逐理由，存在着有效的理由，由有关当局来对理由进行评估等。第5条草案处理的正是这些问题。

(2) 第5条草案第1款规定了在国际法方面的一个基本条件，即必须说明驱逐决定的理由。驱逐国有义务说明驱逐的理由是在国际法中久已确立的做法。人们承认的一点是，虽然外国人在何种条件下进入一个主权国家完全属于其主权范围内的事项，因此该国有处理此事的专属权力，但一国不得随意地剥夺其居住权利。早在1892年，国际法学会就认为，进行驱逐的法律行为必须“*être motivé en fait et en droit*” [在

会第十六届常会首脑会议上通过，并于2008年3月15日生效（见CHR/NONE/2004/40/Rev.1，或*Boston University International Law Journal*, vol. 24, No. 2 (Fall 2006)，第147-164页）。

⁴⁰ 在这个意义上，见下文第26条草案第4款。

⁴¹ 在这个意义上，见欧洲委员会人权委员会指导委员会的意见，该意见就《〈保障人权和根本自由公约〉第七议定书》第1条第1款指出，驱逐决定必须“由主管当局依照实质法规定和有关程序规则作出”（欧洲委员会，关于《〈保障人权和根本自由公约〉第七议定书〉的解释性报告，第11段，可获自<http://conventions.coe.int>）。

⁴² 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛，2010年11月30日的判决（见上文脚注13），第663页，第65段。提及刚果法律给予外国人的旨在保护有关外国人不受任意待遇危险的程序保障，法院的结论是，对迪亚洛先生的驱逐不是“依照法律”决定的（同上，第666页，第73段）。

⁴³ *Anna Maroufidou* 诉瑞典，人权事务委员会，第58/1979号来文，1981年4月9日通过的意见，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第40号》（A/36/40），第199页，第10.1段。

⁴⁴ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛，2010年11月30日的判决（见上文脚注13），第663页，第65段，及*Bozano* 诉法国，申请号9990/82，1986年12月18日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 111，第58段：“当[《欧洲人权公约》]直接提及国内法时，如第5条那样，那么遵守这种法律是缔约国‘承诺’的不可分割部分，法院因而有权在相关时确知法律得到这样的遵守（第19条）；然而其在这方面的任务范围须受到欧洲保护制度的逻辑所固有限制，因为首先是由国家当局，特别是其法院来解释并适用国内法律的（除其他外，例如参照1979年10月24日的*Winterwerp*案判决，*Series A*, No. 33，第10页，第46段）。”

事实和法律上都有根据]。⁴⁵在对艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案案情的判决中,国际法院认为,刚果民主共和国未履行其说明理由的义务,并且在整个程序中,未举出理由,从而为驱逐迪亚洛先生提供一个“具有说服力的根据”;法院因此得出结论认为,为了将迪亚洛先生驱逐而将他逮捕并拘留这是一种任意的行为。在这方面法院只能

得出这样的结论,该驱逐决定本身并没有给出足够精确的理由……而且在整个程序中,[刚果民主共和国]从来没有提供理由,可以构成驱逐迪亚洛先生的具有说服力的根据。……在这种情况下,为了实现驱逐措施而进行的没有任何可辩护理由的逮捕和拘留只能被定性为任意的行为,正如[《公民及政治权利国际公约》]第九条第1款和《非洲[人权和民族权]宪章》第6条所说的。⁴⁶

在大赦国际诉赞比亚案中,非洲人权和民族权委员会认为,赞比亚侵犯了有关个人获得信息的权利,未将驱逐他的理由告诉他。该委员会认为,“Banda和Chinula两人都没有得到针对他们采取行动的理由,这意味着获得信息的权利被剥夺了(第9条第1款)”。⁴⁷

(3) 第5条草案第2款规定了一项基本要求,即驱逐理由必须是法律规定的理由。这里提到的“法律”是指驱逐国的国内法。换句话说,国际法使驱逐决定的合法性取决于以下条件,即该决定必须依据驱逐国法律所规定的理由而做出。委员会认为,这项要求是第4条草案所规定的必须遵守法律这项一般原则所包含的推论。⁴⁸从国际法中搜索出一个适用于一般外国人的有效的驱逐理由清单将是徒劳的;⁴⁹应由每个国家的国内法规定并定义驱逐理由,同时须遵守

⁴⁵ Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers[《关于接纳和驱逐外国人的国际规则》],1892年9月9日国际法学会日内瓦会议通过,第30条,H. Wehberg(ed.), *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Basel, Éditions juridiques et sociologiques, 1957, 第51页及其后, 详第56页。另见 Institute of International Law, *Annuaire*, vol. 12(1892-1894), 第218页及其后(可获自学会的网站www.idi-iii.org)。

⁴⁶ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛,2010年11月30日的判决(见上文脚注13),第669页,第82段。

⁴⁷ 大赦国际诉赞比亚,非洲人权和民族权委员会, *Communication No. 212/98, Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999*, 第32-33段(Murray and Evans(eds.)(上文脚注29),第749页)。

⁴⁸ 见上文第4条草案的评注第(5)段。

⁴⁹ 然而见下文第6条草案(a)项和第7条草案,这两处限制驱逐难民和无国籍人只能以“国家安全或公共秩序的理由”,因而重述了有关条约文书中的规定。

本条草案第4款所述的保留,即驱逐理由不能违背国家根据国际法承担的义务。在这方面,可能发现国内法律规定了相当广泛的驱逐理由。必须指出的是,违反入境和居留方面的国内法(移民法)是最为普通的驱逐理由。这个理由在许多国家的法律所规定的驱逐理由,根据国际法是允许的;换句话说,外国人非法存在于一国境内,这一事实本身就可构成充分的驱逐理由。此外,国家安全和社会秩序也是经常提到的进行驱逐的根据。

(4) 第3款规定了各国对驱逐理由进行评估的一般标准。这种评估应该参照所有情节,本着诚信并且合理地做出。事实的严重性、有关外国人的行为以及这些事实所引起的威胁的目前性质均被提到,是驱逐国在相关的情况下须考虑的因素。句子当中所提到的“威胁的目前性质”这一标准是特别有意义的,尤其是当驱逐理由对国家安全或公共秩序构成威胁时。

(5) 第5条草案第4款的目的简单地说就是提到禁止以违反驱逐国的国际法义务的理由驱逐外国人。例如这种禁止适用于基于下文第14条草案所说的歧视性理由所进行的驱逐。⁵⁰应该说明的是,短语“其国际法义务”不意味着一国可对这种义务进行狭义解释,以避免可对之施用的其他国际法义务。

第二部分

禁止驱逐的情况

第6条 与驱逐难民有关的规则

本条款草案不影响与难民有关的国际法规则,也不影响关于难民保护的任何更有利的规则或实践,尤其是不影响下列规则:

(a) 除因国家安全或公共秩序理由外,一国不得驱逐合法地在其境内的难民。

(b) 一国不得以任何方式将难民驱逐或遣返(“推回”)至其生命或自由因其种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或因其政治见解而会受到威胁的领土边界,除非有正当理由认为该人危害所在国的安全,或除非该人已被最终判定犯有特别严重罪行,对该国社会构成危险。

⁵⁰ 关于国际法中驱逐理由的合法性问题,另见下文第11条草案(禁止以没收财产为目的驱逐外国人)和第12条草案(禁止为规避正在进行的引渡程序而诉诸驱逐)。

评注

(1) 第6条草案处理了驱逐难民的问题，驱逐难民须遵守有关国际法规则所规定的限制性条件。它包含一个“不影响”条款，旨在确保有关驱逐难民的规则以及关于难民保护的任何更有利的规则或实践继续对难民适用。尤其是，第6条草案(a)项和(b)项忆及关于难民驱逐或遣返(推回)的两项特别重要的规则。

(2) 在理解“难民”一词时，不仅应参照1951年7月28日《关于难民地位的公约》第一条所载的一般性定义(经1967年1月31日《关于难民地位的议定书》第一条修订，消除了1951年定义中的地域和时间上的限制)，还应参照后来在此问题上的发展，包括联合国难民事务高级专员公署(难民署)的实践。⁵¹在这方面，1969年9月10日《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》所采用的较宽的“难民”定义，值得特别一提。

(3) 用语“与难民有关的国际法规则”应理解为是指普遍、区域和次区域一级涉及难民的所有条约规则以及相关习惯规则，对这些规则本条款草案均不妨碍。第6条草案尤其事关《关于难民地位的公约》第一条第(六)项中的排除条款，⁵²以及关于适用于驱逐特别是如第三十二条第(二)款所包括的难民⁵³的程序性条件的规则。它同样事关该公约第三十二条第(三)款，⁵⁴该款要求缔约各国应给予难民和无国籍

⁵¹ 见难民署，《Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status》，修订版，2011年，日内瓦(HCR/1P/4/Eng/Rev.3)，其第28段的内容为：“不是对其难民身份的承认使其成为难民，这只是宣布他为难民。他不是因为承认而成为难民，而是因为他是难民而得到承认。”

⁵² 这项规定的案文是：“本公约规定不适用于存在着重大理由足以认为有下列情事的任何人：

(甲) 该人犯了国际文件中已作出规定的破坏和平罪、战争罪、或危害人类罪；

(乙) 该人在以难民身分进入避难国以前，曾在避难国以外犯过严重的非政治性罪行；

(丙) 该人曾有违反联合国宗旨和原则的行为并认为有罪。”

⁵³ 这项规定的案文是：“驱逐难民[即合法地在驱逐国境内的难民]出境只能以按照合法程序作出的判决为根据。除因国家安全的重大理由要求另作考虑外，应准许难民提出有利于其自己的证据，向主管当局或向由主管当局特别指定的人员申诉或者为此目的委托代表向上述当局或人员申诉。”

⁵⁴ 这项规定的案文是：“缔约各国应给予上述难民一个合理的期间，以便取得合法进入另一国家的许可。缔约各国保留在这期间内适用它们所认为必要的内部措施的权利。”

人一个合理的期间，以便取得合法进入另一国家的许可，该款同样赋予缔约各国保留在这期间内适用它们所认为必要的内部措施的权利。

(4) 此外，第6条草案补充说，本条款草案不妨碍对难民的保护更有利的规则或实践。除了国际法规则，在这方面国家的做法是特别重要的，因为它可以是难民权利的重要来源。这尤其是指驱逐国国内法的有关规定，只要这些规定不与该国的国际义务，或驱逐国根据其条约义务作出的声明不符。

(5) 第6条草案(a)项照搬了1951年《关于难民地位的公约》第三十二条第(一)款的措辞。这一款所包含的规则仅适用于合法地在驱逐国境内的难民，对这类难民驱逐的理由限于涉及国家安全或公共秩序的理由。

(6) 禁止以国家安全或公共秩序以外的其他任何理由驱逐合法地在驱逐国境内的难民，这一点也适用于虽然非法处在一国境内但已经申请难民地位的任何难民，只要这一申请正在审理之中。然而，这种保护只能在申请未决的期间内有效。这种保护反映了法律文献中的一个趋势，⁵⁵并在一些国家⁵⁶和难民署⁵⁷的实践中得到支持，构成了对一项原则的偏离，

⁵⁵ 尤其见难民署，《Global Consultations on International Protection/Third Track: Complementary Forms of Protection》，2001年9月4日，EC/GC/01/18，可获自www.refworld.org/docid/3bfa84345.html，第11段(g)项；另见E. Lauterpacht and D. Bethlehem, “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion”，载于E. Feller, V. Türk y F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law—UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, 第87页。

⁵⁶ 在这方面，法国的做法尤其令人感兴趣。《关于难民地位的公约》只是简单地说，缔约国不得以任何方式将难民驱逐或遣返(推回)至“其生命或自由受威胁的领土边界”(第三十三条)，与此不同，根据法国宪法委员会，现行的1958年10月4日宪法所提及的1946年10月27日法国宪法序言部分第四段，总体而言其含义是，申请难民身份的外国人被允许暂时留在法国领土内，直到对他或她的申请作出裁决(宪法委员会，第93-325 DC号决定，1993年8月13日，《Journal officiel》，1993年8月18日，第11722页及其后)。该解决办法的灵感来自法国最高行政法院大会使用的办法，最高行政法院大会曾两次承认，申请难民身份的寻求庇护者应被允许暂时留在法国领土内，直到法国保护难民和无国籍人事务局以及适当时，难民上诉委员会对他或她的申请作出裁决(见R. Abraham, “La reconduite à la frontière des demandeurs d’asile. Conclusions sur Conseil d’État, Assemblée, 13 décembre 1991, 2 espèces: 1) M. Nkodia (Alfonso); 2) Préfet de l’Hérault c/ M. Dakoury”, *Revue française de droit administratif*, vol. 8, No. 1 (1992年1月至2月)，第90-103页)。

⁵⁷ 见上文脚注51。

这项原则是，外国人非法处在一国境内这一事实本身即构成驱逐外国人的理由。只有当申请难民地位的明显意图是阻止很可能针对有关个人下达的驱逐决定时，保护才可能会被搁置一边。这一规定仅涉及下述人员：虽然在有关国家未享有难民地位，但符合《关于难民地位的公约》意义上的“难民”定义，或在某些情况下，符合其他相关文书如1969年《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》中的“难民”定义，因此应视为国际法所指的难民。不符合相关法律文书所指难民的定义的任何个人没有资格享受第6条草案确认的保护，可以(a)项所列理由以外的理由驱逐，包括仅以非法处在驱逐国境内这一理由予以驱逐。在任何情况下，第6条不影响一国有权以(a)项所列理由以外的理由的驱逐其申请难民地位是明显滥用权利的外国人。

(7) 第6条草案(b)项涉及不推回的义务，将《关于难民地位的公约》的第三十三条第(一)款和第(二)款结合了起来。条款草案的其他规定不涉及不准外国人进入到一国领土的情况，⁵⁸但第6条草案(b)项不同的是，它确定条款草案也不妨碍这种情况，正如其开头第一句所说：“一国不得以任何方式将难民驱逐或遣返(‘推回’)”。此外，与(a)项规定的保护不同，(b)项提到的保护适用于所有难民，不管他们在接收国的存在是否合法。还应该强调的是，提及不推回难民的这种特定义务不妨碍对难民适用第23和24条草案所载的禁止驱逐至某些国家的一般规则。

第7条 与驱逐无国籍人有关的规则

本条款草案不影响与无国籍人有关的国际法规则，尤其不影响除因国家安全或公共秩序理由外，一国不得驱逐合法地在其境内的无国籍人这一规则。

评注

(1) 与保护难民一样，无国籍人也按照国际法有关规则得到一项有利制度的保护，这项制度对驱逐规定了限制。1954年9月28日《关于无国籍人地位的公约》第一条给“无国籍人”所下的定义是“指任何国家根据它的法律不认为他为国民的人”。⁵⁹

⁵⁸ 见上文第2条草案(a)项末尾。

⁵⁹ 这条规定全文如下：

“第一条 — ‘无国籍人’的定义

一、本公约所称‘无国籍人’一词是指任何国家根据它的法律不认为是它的国民的人。

(2) 第7条草案包含一个“不影响”条款，旨在确保有关驱逐无国籍人的规则继续适用于无国籍人。这一条草案尤其涉及《关于无国籍人地位的公约》第三十一条第二款所载的适用于驱逐无国籍人的程序性条件的规则。⁶⁰它同样涉及该公约第三十一条第三款的规定，⁶¹该款要求缔约各国应给予无国籍人一个合理的期间，以便取得合法进入另一国家的许可，该款同样赋予缔约各国在这期间内适用它们所认为必要的内部措施的权利。

(3) 与关于难民的第6条草案(a)项相类似，第7条草案参照的是《关于无国籍人地位的公约》第三十一条第一款。在这里，对驱逐理由的限制也仅适用于合法地在驱逐国境内的无国籍人。

(4) 第7条草案不包含与关于难民的第6条草案(b)项相似的规定，(b)项提到了不推回的义务。无国籍人与已被驱逐的其他任何外国人一样，也有权享有下文第23条和第24条草案所承认的保护。这类保护适用于一般外国人。

第8条 为驱逐目的剥夺国籍

一国不得仅为将其国民驱逐的目的，通过剥夺国籍使其国民成为外国人。

二、本公约不适用于：

(一) 目前从联合国难民事务高级专员以外的联合国机关或机构获得保护或援助的人，只要他仍在获得此项保护或援助；

(二) 被其居住地国家主管当局认为具有附着于该国国籍的权利和义务的人；

(三) 存在着重大理由足以认为有下列情事的人：

(甲) 该人犯了国际文件中已作出规定的破坏和平罪、战争罪或危害人类罪；

(乙) 该人在进入居住地国以前，曾在该国以外犯过严重的非政治性罪行；

(丙) 该人曾有违反联合国宗旨和原则的罪行，并经认为有罪。”

⁶⁰ 这项规定的案文是：“驱逐无国籍人[即合法地在驱逐国境内的无国籍人]出境只能以按照合法程序作出的判决为根据。除因国家安全的重大理由要求另作考虑外，应准许无国籍人提出可以为自己辩白的证据，向主管当局或向由主管当局特别指定的人员申诉或者为此目的委托代表向上述当局或人员申诉。”

⁶¹ 这项规定的案文是：“缔约各国应给予上述无国籍人一个合理的期间，以便取得合法进入另一国家的许可。缔约各国保留在这期间内适用它们所认为必要的内部措施的权利。”

评注

(1) 第8条草案涉及一国可能仅为驱逐目的而剥夺国民国籍使其成为外国人的特定情况。由于这种情况下的剥夺国籍只是因为国家想要驱逐有关个人，而没有其他理由，因此属于滥用，实际上构成《世界人权宣言》第十五条第(二)款意义上的任意剥夺。⁶²有鉴于此，第8条草案规定，禁止仅为驱逐目的剥夺国籍。

(2) 无疑可以采用更简单的行文，例如“一国不得仅为驱逐目的剥夺国民的国籍”。但委员会更倾向于当前的措辞，因为“不得通过剥夺国籍使其国民成为外国人”一语除了将条款草案涵盖的特定情况与驱逐外国人这一专题联系起来之外，还具有解释的性质：它说明一国国民如何可能在该国的唯一目的是将其驱逐的情况下，因被剥夺国籍而成为外国人。

(3) 但应当说明的是，第8条草案并不是要限制与授予或丧失国籍有关的立法的正常适用；因此，不应理解为它会影响到一国以其立法中规定的理由剥夺其国民国籍的权利。同样，第8条草案不涉及个人自愿放弃其国籍的情况。

(4) 另外，第8条草案并不涉及一国驱逐本国国民的问题，该问题不属于本条款草案的范围，因为本条款草案只涉及驱逐外国人。

第9条 禁止集体驱逐

1. 为本条款草案的目的，集体驱逐是指将外国人作为一个群体予以驱逐。

2. 禁止集体驱逐外国人。

3. 一国可同时驱逐某外国人群体的成员，条件是，驱逐是在对该群体的每一名成员的具体情况按照本条款草案进行了评估之后并在评估基础上进行。

4. 本条草案不影响适用于在涉及驱逐国的武装冲突的情况下驱逐外国人的国际法规则。

⁶² 大会1948年12月10日第217(III)A号决议。《世界人权宣言》第十五条规定如下：“(一) 人人有权享有国籍。(二) 任何人的国籍不得任意剥夺，亦不得否认其改变国籍的权利。”另见《美洲人权公约：“哥斯达黎加圣何塞公约”》第20条第3款(“任何人的国籍或其改变国籍的权利不得任意剥夺”)，以及《阿拉伯人权宪章》(上文脚注39)第29条第1款：“人人有权享有国籍。任何人的国籍不得任意或非法剥夺。”

评注

(1) 第9条草案第1款给出了本条款草案中集体驱逐的定义。根据这一定义，集体驱逐被理解是指驱逐外国人“群体”。这个标准受欧洲人权法院判例法的启发。⁶³对于这项标准，人权委员会的非公民权利问题特别报告员戴维·魏斯布罗德先生在2003年的最后报告里也表示赞同。⁶⁴此定义只涉及“集体”方面，必须结合第2条草案(a)项中驱逐的一般定义来理解。

⁶³ 见 *Vedran Andric* 诉瑞典，申请号45917/99，1999年2月23日的关于可受理性的决定，第一庭，欧洲人权法院，第1段：“本院认为，集体驱逐应被理解为强迫外国人作为一个群体离开一个国家的任何措施，除非该措施是在对该群体中每个外国人的具体情况进行了合理和客观审查的基础上而采取的。此外，当每一个有关的个人已被给予机会可单独地向主管部门就驱逐决定提出反对意见时……若干外国人收到类似决定这一事实不能导致得出发生了集体驱逐的结论”。另见 *Čonka* 诉比利时，申请号51564/99，2002年2月5日对案情和公正补偿的判决，第三庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2002-I，第59段：“法院重申根据其判例法，[《欧洲人权公约》]第四议定书第4条意义上的集体驱逐，应被理解为强迫外国人作为一个群体离开一个国家的任何措施，除非该措施是在对该群体中每个外国人的具体情况进行了合理和客观审查的基础上而采取的(见本注前面引述的 *Andric* 案)”。另见格鲁吉亚诉俄罗斯(一)，申请号13255/07，2014年7月3日对案情的判决，大审判庭，欧洲人权法院，第167段：“法院重申根据其判例法，‘第四议定书第4条意义上的集体驱逐，应被理解为强迫外国人作为一个群体离开一个国家的任何措施，除非该措施是在对该群体中每个外国人的具体情况进行了合理和客观审查的基础上而采取的’(见前面引述的 *Čonka* 案，第59段)。法院随后又具体说明，‘当每一个有关的个人已被给予机会可单独地向主管部门就驱逐决定提出反对意见时……若干外国人收到类似决定这一事实本身不能导致得出发生了集体驱逐的结论’(除其他权威外，例如可见 *Sultani* [诉法国，申请号45223/05，2007年9月20日的判决，第三庭，欧洲人权法院]，第81段，和 *Hirsi Jamaa* 等 [诉意大利，申请号27765/09，2012年2月23日的判决，大审判庭，欧洲人权法院]，第184段)。然而，这不意味着在对每一个人特定案件进行合理和客观审查之后，‘执行驱逐令的背景对于确定是否遵守了第4号议定书第4条便不再起进一步作用’(见前面引述的 *Čonka* 案，同上)。”

⁶⁴ 特别报告员在该报告中指出：“任何强迫非公民作为一个群体离开一国的措施都遭受禁止，除非此种措施是在对该群体中的每个非公民的具体情况作出合理、客观的审查之后采取”(“非公民权利”特别报告员戴维·魏斯布罗德先生的最后报告，根据小组委员会第2000/103号决定、委员会第2000/104号决定和经济及社会理事会第2000/283号决定(E/CN.4/Sub.2/2003/23[和Add.1-4])提交)，2003年5月26日，第11段(援引欧洲人权法院，*Čonka* 诉比利时)(见上文脚注63)。在其判例法中，欧洲人权法院谈到“合理和客观的审查”。这句话没有用在第9条草案的最终版本里，以维持根据本条款草案确立的关于驱逐的一般法律制度同时驱逐两个以上外国人的可能。

(2) 第2款规定禁止集体驱逐外国人。这项禁止规定明确地载于好几项国际人权条约中。在国际层面,《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》明确禁止集体驱逐移徙工人及其家庭成员,该公约第22条第1款规定,“不得对移徙工人及其家庭成员采取集体驱逐的措施。对每一宗驱逐案件都应逐案审查和决定。”在区域层面,《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》第22条第9款规定,“禁止集体驱逐外国人”。《关于保障〈保障人权和根本自由公约〉及其第一议定书中未规定的权利的第四议定书》第4条规定,“禁止集体驱逐外国人”。同样,《非洲人权和民族权宪章》第12条第5款规定,“禁止大规模驱逐非国民”。该款还将这种驱逐界定为“针对民族、种族、族裔或宗教群体的驱逐”。最后,《阿拉伯人权宪章》第26条第2款在末尾规定,“禁止任何情况下的集体驱逐”。⁶⁵

(3) 《公民及政治权利国际公约》第十三条没有明确禁止集体驱逐。但人权事务委员会认为,这种驱逐违反拟被驱逐的外国人所享有的程序性保障。该委员会在关于《公约》所规定的外侨地位的第15号一般性意见中指出:

第13条直接仅规范驱逐出境的程序,而非实质性理由。但是,由于它规定只有“按照依法作出的决定”才可以被驱逐出境,所以它的宗旨显然是为了防止任意驱逐出境。另一方面,它规定外侨均有权就其自己的案件得到一个判决;因此,第13条就不容许关于集体或成批驱逐出境的法律或判决。*委员会认为,此项理解可由下列的其他规定加以证实,即该条规定了提出反对驱逐出境的理由和使他的案件判决得到主管当局或由该当局所指定的人员进行复审,并为此目的而请人担任代表。外侨必须能够获得有关寻求其反对驱逐出境的补救办法的充分的便利,以期有效行使他的全部诉讼权利。只有在遇有“国家安全的紧迫原因另有要求”的情况下,才可能不适用第13条内有关反对驱逐出境的申诉权利和有关由主管当局进行复审的权利的原则。在适用第13条时,不得区别对待不同类别的外侨。⁶⁶

(4) 本条草案第2款规定的禁止集体驱逐外国人应结合第3款来理解,后者对这种禁止作了阐述,规定了一国同时驱逐某外国人群体成员而不会被认为是本条草案意义范围内的集体驱逐的条件。第3款规定,这样的驱逐是允许的,但条件是驱逐是在对该群体的每一名成员的具体情况按照本条草案案进行了评估之后并在评估基础上进行的。按照本条款

草案这一短语尤其是指第5条草案第3款,其中规定,应虑及所有情节,在相关情况下尤其应考虑到事实的严重性、所涉外国人的行为或这些事实所造成的威胁的目前性质,诚信合理地评估驱逐理由。⁶⁷

(5) 第9条草案第4款是一项“不影响”条款,指武装冲突情况。这一款一般涉及适用于在发生涉及驱逐国的武装冲突的情况下驱逐外国人的国际法规则,其目的是防止本条款草案所规定的一国权利和义务与其根据国际人道法所承担的权利和义务发生不一致。

第10条 禁止变相驱逐

1. 禁止以任何形式变相驱逐外国人。

2. 为本条草案的目的,变相驱逐是指由于可归于一国的作为或不作为所造成的间接后果,外国人被迫离开该国,包括该国支持或容许其国民或其他人实施意图以非法律规定方式促使外国人离境的行为。

评注

(1) 第10条草案意在指出,一国无权利用任何变相或间接手段或方法来取得与作出驱逐决定所能取得的同样结果,即将一外国人驱逐出本国国境。在英文法律文献中,⁶⁸“推定驱逐”一词有时是指除作出驱逐决定以外的其他驱逐方法。但委员会认为,很难在其他语言特别是法语中找到一个令人满意的、与“推定驱逐”相对等的词语,因为该词可能含有不应有的积极含义。因此,委员会在这里选用了“变相驱逐”一词。

(2) 第10条草案第1款规定,禁止以任何形式变相驱逐外国人,从而表明这种行为是国际法所禁止的,而不论其采取何种形式或方法。原因在于,从本质上讲,变相驱逐侵犯了所涉外国人的人权,包括本条款草案第四部分提及的程序权利。

(3) 第10条草案第2款载有变相驱逐的定义,并侧重于其特点。变相驱逐的特点是,驱逐国在未作出正式驱逐决定的情况下,实施了意在产生并且实际

⁶⁵ 见上文脚注39。

⁶⁶ 人权事务委员会,第15号一般性意见(《公约》所规定的外侨地位),1986年4月22日,第10段(《大会正式记录,第四十一届会议,补编第40号》(A/41/40),附件六,第124页)。

⁶⁷ 见上文第5条草案的评注第(4)段。

⁶⁸ 除其他外,见R. L. Cove, “State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals”, *Fordham International Law Journal*, vol. 11, No. 4 (Summer 1988), 第802-838页。

上也产生了相同结果的行为，即外国人被迫离开该国。这种间接性要素是通过因国家行为造成外国人离境的情况予以修饰的“间接”一词来传达的。第2款的最后一句旨在表明，“变相驱逐”的概念只涵盖外国人被迫离开是国家的作为或不作为意图产生的结果这种情况。因此，驱逐的一般定义中所必然包含的国家促使外国人离境的意图仍然是变相驱逐的决定性因素。此外，该条草案第2款仅涉及一国意图以非法律规定方式促使外国人离境的作为或不作为。这项禁止尤其不包括因依法采取的决定或与国际法规定一致的理由而进行驱逐的情况。⁶⁹

(4) 以“强迫”和“意图”等要素为基础的变相驱逐的定义似与伊朗—美国索赔法庭在这方面适用的定义相一致，该法庭受理了许多性质与第10条草案设想的情况相类似的案件。从该法庭的相关裁决中得出的“变相驱逐”概念的两个基本要素被概述如下：

这些案件似乎至少假定：(1) 根据居住国的情况，无法合理地认为外国人可作任何真正选择；(2) 在导致离开的事件或行为背后，有驱逐外国人的意图，而且按照国家责任原则，这些行为属于国家行为。⁷⁰

(5) 厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会采用的办法似乎基于同样的思路。委员会审议了埃塞俄比亚的申诉，埃塞俄比亚称，厄立特里亚应对违反国际法而“间接”或“推定”驱逐埃塞俄比亚人的行为负责。委员会拒绝了某些索赔要求，认定有关埃塞俄比亚人并未遭到厄立特里亚政府的驱逐，或者是因

⁶⁹ 尤其见上文第4和第5条草案，分别涉及符合法律规定的要求和驱逐的理由。

⁷⁰ D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7th ed., London, Sweet and Maxwell, 2010, 第470页(评论伊朗—美国索赔法庭与变相驱逐有关的案件)。关于此判例法，另见G. Gaja, “Expulsion of aliens: some old and new issues in international law”, 载于J. Cardona Llorens (ed.), *Cursos Euro-mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3 (1999), Castellón, Aranzadi, 2000, 第283–314页, 详第289–290页, 其中提到该法庭的以下裁决: Short诉伊朗伊斯兰共和国, 1987年7月14日的裁决, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (1987-III), 第76页及其后, 详第85–86页; *International Technical Products Corporation*诉伊朗伊斯兰共和国, 1985年8月19日的裁决, 同上, vol. 9 (1985-II), 第10页及其后, 详第18页; 及Rankin诉伊朗伊斯兰共和国, 1987年11月3日的裁决, 同上, vol. 17 (1987-IV), 第135页及其后, 详第147–148页。另见P. Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London/New York, Routledge, 1997, 第262页; J. R. Crook, “Applicable law in international arbitration: the Iran–U.S. Claims Tribunal experience”, *AJIL*, vol. 83 (1989), 第278–311页, 详第308–309页; 及Cove(上文脚注68), 第802–838页。

政府政策而被迫离开，他们是由于其他原因，例如经济因素或战争造成的动荡而离开该国的，对这些原因厄立特里亚无须负责。委员会注意到这些情况似乎普遍有自愿同意的特点。⁷¹

在审议随后的驱逐时，厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会着重指出，根据伊朗—美国索赔法庭的判例，对“推定驱逐”的责任规定的法律门槛很高。委员会得出结论认为，埃塞俄比亚未能达到这些索赔的举证方面高法律门槛的要求。理由如下：

126. 埃塞俄比亚又称，在2000年5月至2000年12月之间离开的人，是非法间接驱逐或推定驱逐的受害者。当事双方对这些索赔的适用法律表示了大致相同的理解。双方都引用了伊朗—美国索赔法庭的判例，其中对推定驱逐的赔偿责任规定了较高的门槛。该法庭关于推定驱逐的赔偿判决要求符合如下条件：离开一国的人必须经历极端严峻或具有威胁性的处境，以致除离开外别无任何其他实际可行办法。这些处境必须是由于东道国政府的行动或政策所造成的，或明显可归于该国政府的行为。最后，该国政府必须已采取这些行动，立意要使外国人离开。[……]

127. 证据未能通过这些检验。厄立特里亚战后的经济环境，对埃塞俄比亚人和厄立特里亚人都是非常困难的，但厄立特里亚政府并不是刻意造成普遍经济困难的环境，以赶走埃塞俄比亚人。委员会注意到厄立特里亚政府曾在2000年夏采取一些损害许多埃塞俄比亚人经济利益的行动，同时也有一些反埃塞俄比亚人的舆论和骚扰行为。但是许多在厄立特里亚的埃塞俄比亚人显然有不离开其他办法，他们选择了留下或推迟离开。根据整个记录，委员会得出结论认为，对大规模推定驱逐提出的索赔，在举证方面，不符高法律门槛的要求。⁷²

(6) 可能构成第10条草案意义范围内的变相驱逐的国家行为中应包括国家对私人个人单独或集体实施的行为的支持或容忍。⁷³这些行为的非法性质既涉及国际法，也涉及驱逐国的国内法。一国对私人

⁷¹ 平民索赔—埃塞俄比亚的索赔5，2004年12月17日的部分裁决，厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷(出售品编号B.06.V.7)，第277–278页，第91–95段。

⁷² 同上，第285–286页；省略的脚注提及以下著作：C. N. Brower and J. D. Brueschke, *The Iran–United States Claims Tribunal*, The Hague, Nijhoff, 1998, 第343–365页；及G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran–United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 第464–471页。

⁷³ 在这方面，见国际法协会《关于大规模驱逐的国际法原则宣言》。《宣言》中所载“驱逐”一词的定义也涵盖以国家当局正式决定或命令以外的其他方法强制个人离开的情况。该定义包括如下情况：国家帮助、唆使或容忍其公民从事旨在促使个人离开国境的行为。根据该《宣言》，

“在本宣言的范围内，‘驱逐’的定义可界定为一国旨在实现如下效果的作为或不作为：基于种族、国籍、参加

行为的支持或容忍如果构成“可归于该国的……意图促使外国人离境的作为或不作为”，则可属于禁止变相驱逐的范围。换言之，必须根据第2款最后一句提到的具体意图标准来评估驱逐国的这种支持或容忍。理解是，如果国家对私人行为仅仅是容忍，而并没有采取明确的支持行动，则应为此设定特别高的门槛。将行为归于一国的标准与2001年通过的国家对国际不法行为的责任条款第一部分第二章中的标准相同。⁷⁴

(7) 支持或容忍私人行为的情况可能涉及有关国家的国民或在该国境内居住的外国人所实施的行为。这正是“其国民或其他人”一语的所指，其中不仅包括自然人，也包括法人。

第11条 禁止以没收财产为目的驱逐外国人

禁止以没收财产为目的驱逐外国人。

评注

(1) 第11条草案规定，禁止没收性的驱逐，即以非法剥夺外国人的财产为目的的驱逐。非法剥夺财产很可能是驱逐的非公开目的。“例如，行使驱逐‘权’的动机可能是……为了没收外国人的财产……在这些情况下，权力的行使不可能不受险恶和非法目的的影响。”⁷⁵从现代国际法的角度看，有些国家过去采用的这种驱逐办法是非合法的。⁷⁶这种驱逐除了理由

某一特定社会群组或政治意见的原因，强迫人们非自愿地离开其领土；

“……‘不作为’可包括如下情况：国家当局容忍，乃至帮助和唆使其公民采取旨在把某些群体或类别的人逐出国境的行为；或者，当局制造恐惧气氛，导致惊慌外逃；或者，未能保护这些人或阻碍他们其后回返”。

国际法协会，《关于大规模驱逐的国际法原则宣言》，*Report of the Sixty-second Conference held at Seoul, August 24th to August 30th, 1986*, London, 1987, 第13页。

⁷⁴ 见上文脚注22。

⁷⁵ G. S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 第209页。

⁷⁶ 除其他外，见下列著作中所提到的例子：F. P. Weber, “Expulsion: genèse et pratique d’un contrôle en Allemagne (partie 1)”, *Cultures et conflits*, No. 23 (1996), 第107–153页；A. Bazin, “Les décrets Beneš et l’intégration de la République tchèque dans l’Union européenne”, *Questions d’Europe*, No. 59 (23 September 2002)；及L. B. Sohn and R. R. Baxter, “Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens”, *AJIL*, vol. 55 (1961), 第545–584页，详第566页。

似乎不足外，⁷⁷还必须指出，它们也不符合大会1985年通过的《非居住国公民个人人权宣言》所载的基本原则，该宣言指出：“不得任意剥夺任何外国人合法取得的财产”。⁷⁸

(2) 此外，仅以剥夺所涉外国人的财产为目的进行驱逐涉及各种人权条约所确认的财产权。⁷⁹应该指出，第11条草案所规定的禁止并不涵盖因外国人犯下可处以没收财产惩罚的罪行而依法实施没收财产惩罚的情况。

第12条 禁止为规避正在进行的引渡程序而诉诸驱逐

一国不得为了规避正在进行的引渡程序而诉诸驱逐外国人的做法。

评注

(1) 第12条草案一般性地规定，不得为了规避正在进行的引渡程序而诉诸驱逐。在这方面可以提到“变相驱逐”。⁸⁰第12条草案的措辞明确表明，这种禁止只有当引渡程序正在进行时才适用，换言之，即从该外国人所在国从另一国接到引渡该外国人的请求之时起，到前一国的主管当局就引渡请求作出最后决定并实施为止。这种禁止不涵盖没有提出引渡请求的情况或引渡请求被拒或以其他某种方式得到解决的情况。确实，引渡程序必须“进行中”的条件在是基于这样一个事实，逻辑上，不能在引渡程序启动之前，就假定并责备国家已经绕过尚不存在的引渡程序。如果引渡程序已经用尽，也是同理。

⁷⁷ 见S. Goodwin-Gill(上文脚注75)，第216–217页和第307–308页。

⁷⁸ 大会1985年12月13日第40/144号决议，附件，第9条。

⁷⁹ 另见下文关于保护拟被驱逐的外国人财产的第20条草案。

⁸⁰ 见欧洲人权法院，*Bozano*诉法国，申请号9990/82，1986年12月18日的判决(上文脚注44)，第52–60段，尤其是该法院在判决第60段的结论：“根据案件整体情况并考虑到大量相吻合的材料，法院就此得出结论：1975年10月26日至27日之间那一晚剥夺申诉人的自由，既不符合第5条第1款(f)项下‘合法’的含义，也不符合‘人身安全权利’。以这种方式剥夺Bozano先生的自由，其实无异于变相形式的引渡，目的是为规避1979年5月15日利摩日上诉法院起诉庭的否定裁决，而不是正常的‘为递解出境采取……行动’所需的‘拘留’。法院认为，巴黎大审法院院长的结论(虽是附带之言)和利摩日行政法院的结论(虽然该法院只需确定1979年9月17日命令的合法性)都是极其重要的；它们说明了法国法院表现出的警惕。因此，违反[《欧洲人权公约》]第5条第1款的情况成立。”

(2) 此外，第12条草案所载的禁止规定只涉及驱逐的唯一目的是为了规避引渡程序的情况。“规避”一词的预先假设是驱逐国有意使用驱逐程序，其唯一目的是避免履行在引渡程序方面的义务。在唯一目的不是规避引渡程序的情况下，当驱逐的条件得到满足时，驱逐国依然有权驱逐。

第三部分

保护拟被驱逐的外国人的权利

第一章

一般规定

第13条 尊重拟被驱逐的外国人的尊严和人权的义务

1. 在驱逐过程的所有阶段，拟被驱逐的所有外国人均应得到人道的待遇，其固有尊严应得到尊重。

2. 他们有权得到对其人权、包括本条款草案所述人权的尊重。

评注

(1) 第13条草案第1款规定驱逐国在驱逐过程的所有阶段，有义务对拟被驱逐的所有外国人给予人道和尊重人的固有尊严的待遇。该款的措辞取自《公民及政治权利国际公约》关于被剥夺自由者的处境的第十条。添加“在驱逐过程的所有阶段”一语是为了强调这项义务的一般性质，它涵盖可能会致使作出并执行驱逐决定的整个过程的所有阶段，在有些情况下，还包括采取限制性或关押措施。

(2) 尊重受驱逐的任何外国人的尊严这项一般原则特别重要，因为外国人在被驱逐过程中遭受屈辱性待遇的情况并不少见——虽然这种待遇不一定构成残忍、不人道或有辱人格的待遇，但有伤其作为人的尊严。“人的固有尊严”一语借鉴了《公民及政治权利国际公约》第十条，意在说明本条草案所指的尊严应被理解为每个人所固有的一种属性。

(3) 第13条草案第2款简单地指出，拟被驱逐的所有外国人均有权得到对其人权的尊重。提及本条款草案所述权利的文字之前的“包括”一词旨在说明，本条款草案具体提到某些权利，只是因为它们在驱逐情况下特别相关，而绝不应被理解为暗指尊重

这些权利比尊重条款草案中未提到的其他权利重要。不言而喻，对于拟被驱逐的外国人，驱逐国必须遵守它所承担的与保护人权有关的所有义务，无论是其加入的国际公约所规定的义务，还是一般国际法赋予的义务。尽管如此，在这里应特别提及大会1985年12月13日通过的《非居住国公民个人人权宣言》。⁸¹

第14条 禁止歧视

驱逐国应尊重拟被驱逐的外国人的权利，不得以种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份为由或以国际法不容许的任何其他理由进行任何歧视。

评注

(1) 第14条草案涉及在驱逐外国人方面不歧视地尊重权利的义务。主要的国际和区域人权文书以不同的表述方式规定了不歧视义务。⁸²有关驱逐问题的判例法也确认了这项义务。例如，伊朗—美国索賠法庭在*Rankin*案中笼统地指出：

声称被驱逐的申诉人负有举证责任，证明驱逐国的行为非法，换言之，证明驱逐是任意性的、歧视性的或者违背了驱逐国的条约义务。⁸³

同样值得注意的是毛里求斯妇女案，在该案中，人权事务委员会认为违反《公民及政治权利国际公约》的情况成立，因为有关法律存在基于性别的歧视，只保护毛里求斯籍男子的妻子免遭驱逐，却不为毛里求斯籍妇女的丈夫提供这种保护。⁸⁴

欧洲人权法院在*Abdulaziz, Cabales*和*Balkandali*诉联合王国案1985年5月28日的判决中，与人权事务委员会在上述毛里求斯妇女案中所持的立场相同。⁸⁵该

⁸¹ 见上文脚注78。

⁸² 例如，见《世界人权宣言》第七条（见上文脚注62）、《公民及政治权利国际公约》第二条、《儿童权利公约》第2条，《欧洲保障人权和根本自由公约》第14条及其第12号议定书以及《非洲人权和民族权宪章》第28条。

⁸³ *Rankin*诉伊朗伊斯兰共和国，1987年11月3日的裁决（见上文脚注70），第142页，第22段。

⁸⁴ *Shirin Aumeeruddy-Cziffra*和其他19名毛里求斯妇女诉毛里求斯，人权事务委员会，第R 9/35号来文，1981年4月9日通过的意见，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第40号》(A/36/40)，附件十三，第166–170页，第9.2段。

⁸⁵ *Abdulaziz, Cabales*和*Balkandali*诉联合王国，1985年5月28日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 94；Marc Bossuyt在他关于第14条的评注中回顾了该判决的一些相关部分，其评注载于L.-E. Pettiti, E. Decaux and P.-H. Imbert (eds.),

法院一致认为，存在违反《欧洲人权公约》第14条的情况，因为每个申诉人都受到了基于性别理由的歧视：与在联合王国定居的男性移民不同，这些申诉人在相同情况下，无权为其非国民配偶获得进入该国或在该国定居的许可。法院指出，“努力推进两性平等是欧洲委员会成员国当前的重要目标”，认为“只有在理由十分充足时才可以认为，基于性别的区别对待与公约相符”。⁸⁶法院还强调，第14条的目的是“在可以以不同方式遵守《公约》规定的权利情况下，防止在享受《公约》权利方面出现歧视”。⁸⁷另一方面，法院认为，在此案中，所适用的规则“对白人的影响小于对其他人的影响”，并不能构成认为该规则有种族主义性质的充分理由，因为它“不包含基于种族或族裔出身区别对待个人或群体的条款”。⁸⁸

(2) 第14条草案第1款规定了驱逐国无任何歧视地尊重拟被驱逐的外国人的权利的义务。因这一义务适用于驱逐权的行使，这项规定既涵盖驱逐或不驱逐的决定，也涵盖与作出驱逐决定及其可能的执行有关的程序。

(3) 第14条草案所列的禁止歧视的理由基于《公民及政治权利国际公约》第二条第一款所列理由，并添加了“族裔出身”和“国际法不容许的任何其他理由”。在本条草案中明确提到“族裔出身”是合理的，因为现代国际法对以此为理由的歧视所作的禁止具有不可辩驳性，而且族裔问题与驱逐外国人特别相关。“国际法不容许的任何其他理由”这一提法明确表明，第14条草案所列的禁止歧视的理由并不是穷尽无遗的。

(4) 关于禁止以性取向为由的任何歧视，分歧仍存在，在某些地区，做法也有差异。无论怎么说，在此问题上，存在着国际实践和判例法。应该指出的是，根据人权事务委员会对《公民及政治权利国际公约》第二条第一款和第二十六条中提及的“性别”一词的解释，这一概念包括性取向。⁸⁹

La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, 第482-483页。

⁸⁶ *Abdulaziz, Cabales 和 Balkandali* 诉联合王国 (见上文脚注85), 第78段。

⁸⁷ 同上, 第82段。

⁸⁸ 同上, 第85段。

⁸⁹ *Nicholas Toonen* 诉澳大利亚, 第488/1992号来文, 1994年3月31日通过的意见, 《大会正式记录, 第四十九届会议, 补编第40号》(A/49/40), 第二卷, 第242页及其后, 详第251-252页, 第8.7段。有关欧洲人权法院的判例法, 除其

(5) 本条草案通过提及“国际法不容许的任何其他理由”, 使得有可能考虑到自《公约》通过以来可能在禁止歧视理由方面取得的任何法律进展。另一方面, 它也保留了不以民族出身为由进行歧视的义务的可能例外情形。具体地说, 它保留了各国在彼此之间建立以公民自由迁徙原则为基础的特殊法律制度的可能性, 例如欧洲联盟所实行的那种制度。⁹⁰

第15条 弱势人员

1. 拟被驱逐的儿童、老年人、残疾人、孕妇和其他弱势人员应按其弱势身份予以考虑并给予充分考虑其脆弱性的待遇和保护。

2. 尤其是, 在所有涉及拟被驱逐的儿童的行动中, 应首要考虑儿童的最大利益。

评注

(1) 第15条草案规定了与驱逐弱势群体如儿童、老年人、残疾人和孕妇有关的特殊要求。

(2) 第15条草案第1款在范围上具有一般性。它规定了驱逐国对拟被驱逐的弱势人员给予充分考虑其脆弱性和特殊需要的待遇和保护义务。提出对这些人员“应按其弱势身份予以考虑”的要求, 其用意就在于强调驱逐国对这些人的脆弱性给予充分考虑的重要性, 因为只有承认这一点, 给予他们特殊待遇和保护才有根据。

(3) 很难在一条条款草案中列出驱逐程序中可能需要特殊保护的所有类别的弱势人员。除明确提到的人员类别外, 还可能还有其他人员, 如患有不治之症或所患疾病需要特殊护理(假定目的地国无法或很难提供这种护理)的人员。添加“和其他弱势人员”一语, 明确表明第1款所列清单不是穷尽无遗的。

(4) 第15条草案第2款涉及儿童的特定情形,

他外, 见 *Salgueiro da Silva Mouta* 诉葡萄牙, 申请号33290/96, 1999年12月21日的判决, *Reports of Judgments and Decisions* 1999-IX, 第28段, 及 *E.B.* 诉法国, 2008年1月22日的判决, 申请号43546/02, 第50段。

⁹⁰ 欧洲人权法院在审理从比利时驱逐的一名摩洛哥国民案时处理了这一问题。法院说: “关于对共同体其他成员国给予优惠待遇的问题, 比利时有客观和合理的理由这样做, 因为它连同那些国家一起, 属于一种特殊的法律秩序”(*Moustaquim* 诉比利时, 1991年2月18日的判决(案情和公正抵偿)(见上文脚注29)第49段)。

并照搬了《儿童权利公约》第3条第1款的措辞。⁹¹第2款在不排除考虑其他相关因素的同时,规定在所有涉及拟被驱逐的儿童的决定中,应首要考虑儿童的最大利益。⁹²

第二章 在驱逐国需要的保护

第16条 保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务 驱逐国应保护拟被驱逐的外国人的生命权。

评注

第16条草案指出了驱逐国保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务。根据《公民及政治权利国际公约》第六条第一款,这项权利是“人人”所“固有”的,核心国际人权保护文书,包括全球⁹³和区域⁹⁴一级的文书都在内,都宣布了这项权利,虽然是以各种不同的方式。

第17条 禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚

驱逐国不得使拟被驱逐的外国人遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。

评注

(1) 第17条草案指出了在驱逐情况下对酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的普遍禁止。这是保护人权的各种国际和区域条约文书所载的一项义务。⁹⁵大会第40/144号决议也规定了不得使外国人遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处

罚的义务。⁹⁶国际法院在艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案2010年11月30日的判决中,就一起驱逐案件回顾说,禁止不人道或有辱人格的待遇已经是一般国际法的内容。⁹⁷

(2) 第17条草案只涉及驱逐国本身不得使外国人遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的义务。另一方面,下文第24条草案还规定了不得将外国人驱逐至该人可能遭受此种待遇或惩罚的国家的义务。

(3) 第17条草案没有处理禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚在多大程度上也涵盖如下情况的问题:即这种待遇不是由法律或事实上的国家机构实施,而是由以私人身份行事的个人或群体实施。这一问题留给有关国际监督机构评估,或酌情留给可能被要求就某一人权保护文书产生的义务的确切程度作出裁决的法院解决。⁹⁸

第18条 尊重家庭生活权的义务

驱逐国应尊重拟被驱逐的外国人的家庭生活权。驱逐国不得任意或非法干涉此项权利的行使。

评注

(1) 第18条草案规定,驱逐国有义务尊重拟被驱逐的外国人的家庭生活权。这一权利与驱逐外国人事项特别有关。在家庭成员因各种原因不能随外国人前往目的地的情况下,仅驱逐外国人离境这一事实,就可能损害外国人家庭的团聚。因此,毫不令人惊奇的是,各国的法律和判例法都承认必须考虑到家庭问题,在驱逐外国人方面将其作为一个限制因素。⁹⁹

⁹¹ 第3条第1款如下:“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”

⁹² 尤其见 *Mubilanzila Mayeka* 和 *Keneki Mitunga* 诉比利时,申请号13178/03,2006年10月12日的判决,第一庭,欧洲人权法院, *Reports of Judgments and Decisions* 2006-XI,第55段。

⁹³ 尤其见1948年《世界人权宣言》(上文脚注62)第三条和《公民及政治权利国际公约》第六条。

⁹⁴ 见《欧洲人权公约》第2条;《欧洲联盟基本权利宪章》第2条;《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》第4条;《非洲人权和民族权宪章》第4条;以及《阿拉伯人权宪章》(上文脚注39)第5条。

⁹⁵ 除其他外,见《世界人权宣言》(上文脚注62)第五条、《公民及政治权利国际公约》第七条、《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》序言部分第4段、《非

洲人权和民族权宪章》第5条、《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》第5条第2款及《欧洲人权公约》第3条。

⁹⁶ 《非居住国公民个人人权宣言》(见上文脚注78)第6条。

⁹⁷ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛,2010年11月30日的判决(见上文脚注13),第671页,第87段。另见下文第24条的评注第(1)段。

⁹⁸ 在这方面,见下文第24条的评注第(4)段提出的观点。

⁹⁹ 例如,见捷克共和国关于外国人在捷克共和国境内居留及修订某些法律的1999年11月30日第326/1999号法律(后经2001年4月3日第140号法律和2010年12月21日第427号法律修订),第9(3)条;西班牙关于外国人在西班牙的权利和自由及其社会融合的2000年1月11日第4/2000号基本法,后经2009年12月11日第2/2009号基本法修订,第57.5.b条和第64.2.a条;瑞典《外国人法》(SFS2005:716),第8:15、8:13和8a:2条;以及瑞士2005年12月16日《联邦外国人法》(第

(2) 保护人权的全球性文书和区域公约都包括了家庭生活权。在全球一级,《公民及政治权利国际公约》第十七条规定:

一、任何人的私生活、家庭、*住宅或通信不得加以任意或非法干涉,他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。

二、人人有权享受法律保护,以免受这种干涉或攻击。

同样,根据《非居住国公民个人人权宣言》第5条第1款(b)项,外国人享有“隐私、家庭、住宅或通信受到保护,不受任意或非法干涉的权利”。¹⁰⁰

(3) 在区域一级,《欧洲人权公约》第8条第(1)款规定“每个人的私人及家庭生活有权受到尊重”。《欧洲联盟基本权利宪章》第7条完全照搬了这一规定。根据《欧洲居留公约议定书》第三节(c)项,缔约国在行使驱逐权时,必须特别注意有关人员的家庭纽带以及在其境内的居住期。尽管《非洲人权和民族权宪章》未载有这一权利,但是在其他方面坚定地承诺保护家庭(见第18条)。《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》第11条第2款以和上述《公民及政治权利国际公约》第十七条相同的措辞规定了这一权

142.20号),第3(2)条,以及第7章:家庭团聚(第42-52条);另见 *Re Ratzlaff*, 1959年9月21日,比利时上诉法院, ILR, vol. 47, 第263-264页; *Cazier* 诉比利时国(司法部长), 1953年7月13日,比利时最高行政法院, ILR, vol. 20, 第335-336页; *K.A.* 诉荷兰国, 1979年7月12日,海牙地区法院, ILR, vol. 74, 第444-448页;驱逐到U案, 1972年5月16日,德意志联邦共和国莱茵兰-普法尔茨州高级行政法院, ILR, vol. 73, 第613-617页; *In Re Paul B.*, 1966年3月1日,德意志联邦共和国联邦宪法法院(最高参议院), ILR, vol. 45, 第371-376页;驱逐令案, 1968年11月13日,德意志联邦共和国黑森州最高行政法院, ILR, vol. 61, 第436-443页;驱逐外国人, 1966年1月12日,德意志联邦共和国巴伐利亚州行政上诉法院, ILR, vol. 57, 第313-315页;居住禁令案, (I), 1968年9月24日,德意志联邦共和国明斯特高级行政法院, ILR, vol. 61, 第431-433页;驱逐外国人案(德国), 1956年10月25日,德意志联邦共和国联邦最高行政法院, ILR, vol. 23, 第393-395页;驱逐外国国民案(德国), 1961年5月16日,德意志联邦共和国北莱茵-威斯特法伦州行政上诉法院, ILR, vol. 32, 第255-257页; *In re Barahona*, 第138号案件, 1939年8月10日,哥斯达黎加最高法院, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, 第386-388页; *Louie Yuet Sun* 诉女王, 1960年3月22日,安大略省高等法院, 1960年11月28日,加拿大最高法院, ILR, vol. 32, 第252-255页; *Seyoum Faisa Joseph* 诉美国移民和归化局, 1993年5月20日,美国第四巡回上诉法院, 993 F.2d 1537(4th Cir. 1993); *Fernandes* 诉内政大臣, 1980年11月20日,英格兰上诉法院, ILR, vol. 78, 第371-378页;及 *Harisiades* 诉 *Shaughnessy*, 1952年3月10日, ILR, vol. 19, 第345-350页(尽管有妻子和孩子为公民,但有关的一方仍被驱逐)。另见秘书处关于驱逐外国人的备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10)),第466-467段。

¹⁰⁰ 见上文脚注78。

利。《阿拉伯人权宪章》¹⁰¹第21条也规定了这一权利。

(4) 第18条草案第一句规定了尊重拟被驱逐的外国人家庭生活的义务,但并不是绝对保护外国人不受驱逐。第18条第二句表示驱逐国不得任意或非法干涉这一权利的行使。《公民及政治权利国际公约》第十七条第一款和《阿拉伯人权宪章》第21条第1款都明确规定了这一限制,《欧洲人权公约》第8条第(2)款也给予了强调。¹⁰²

(5) 第18条草案的规定不影响欧洲人权法院确立的关于保护家庭生活的判例法。根据这一判例法,驱逐国只有在法律规定的情况下,并在国家利益与有关外国人的利益取得“公正平衡”的情况下才可干涉家庭生活。“公正平衡”的概念受法院关于《欧洲人权公约》第8条的判例法的启发,更具体地说受对家庭生活的“干涉”必须是如该条第(2)款所说在民主社会中为必要这项要求的启发。在 *Moustaquim* 诉比利时案中,法院的结论是,对 *Moustaquim* 先生的驱逐并没有满足上述要求。¹⁰³考虑到案件的情况,尤其是考虑到 *Moustaquim* 先生已经长期居住在比利时、其近亲属与比利时的联系以及 *Moustaquim* 先生最新违法行为与驱逐令相隔较长时间,法院得出结论认为,这项措施不是“在民主社会中为必要”的,因为“在所涉各方利益之间没有实现恰当的平衡,……因此所使用的手段对于追求的合法目标而言是不相称的”。¹⁰⁴法院曾多次审查所采取的驱逐措施是否符合《欧洲人权公约》第8条,特别是在 *Nasri* 诉法国¹⁰⁵、*Cruz Varas* 等诉瑞典¹⁰⁶以及 *Boultif* 诉瑞士¹⁰⁷等案件中。在审理最后一个案件时,法院规定了为确定因驱逐而对家庭生活造成的干扰是否“在民主社会中为必要”而应适用的一系列标准。¹⁰⁸

¹⁰¹ 见上文脚注39。

¹⁰² 这一要求包含在上文第4条草案的一般规定之中。

¹⁰³ *Moustaquim* 诉比利时, 1991年2月18日的判决(案情和公正抵偿)(见上文脚注29),第41-46段。

¹⁰⁴ 同上。

¹⁰⁵ *Nasri* 诉法国, 申请号19465/92, 1995年7月13日的判决(案情和公正抵偿), *Series A*, No. 320-B, 尤其是第46段。

¹⁰⁶ *Cruz Varas* 等诉瑞典, 申请号15576/89, 1991年3月20日的判决(案情), *Series A*, No. 201, 尤其是第88和89段。

¹⁰⁷ *Boultif* 诉瑞士, 申请号54273/00, 2001年8月2日的判决(案情和公正抵偿), *Reports of Judgments and Decisions* 2001-IX。

¹⁰⁸ 法院在 *Boultif* 诉瑞士案中,更广泛地列出了须运用的标准,以确定因驱逐出境而对家庭生活的干预是否“在民主社会中有必要”的。这些标准包括:申诉人所犯罪行的性质和严

(6) “公正平衡”标准也似乎与人权事务委员会在评估驱逐措施是否符合《公民及政治权利国际公约》第十七条时采用的做法一致。¹⁰⁹

第 19 条 为驱逐目的而对外国人实施的拘留

1. (a) 为驱逐目的而对外国人实施的拘留不得是任意性的或惩罚性的。

(b) 为驱逐目的而被拘留的外国人，除非在特殊情况下，应与被判剥夺自由的人分开。

2. (a) 拘留期应限定为执行驱逐所需的合理必要时间。禁止所有时间过长的拘留。

(b) 延长拘留期的决定仅可由法院或受制于司法审查的另一主管当局作出。

3. (a) 应在法律规定的具体标准基础上定期审查拟被驱逐的外国人的拘留情况。

(b) 在遵守第 2 款的前提下，为驱逐目的实施的拘留应在驱逐无法执行时终止，除非可将驱逐无法执行的原因归诸有关外国人。

评注

(1) 第 19 条草案载列驱逐国为驱逐目的而对外国人实施拘留时的义务。这种义务只涵盖为实施驱逐程序而命令剥夺自由而且这样做的唯一目的是为了驱逐的情况。第 19 条草案包含的规则并不涵盖为了驱逐以外目的而拘留外国人的情况，包括驱逐是由犯罪而引起，这种犯罪既是拘留的理由也是驱逐的理由。

(2) 第 19 条草案第 1 款规定了拟被驱逐的外国人可能面临的拘留的非任意和非惩罚性质。¹¹⁰ (a) 项确立了这种拘留不得具有任意性或惩罚性的一般原则，(b) 项则阐述了这项原则的后果之一。(b) 项规定，除特殊情况外，为驱逐目的而被拘留的外国人应与被判处剥夺自由刑罚的人分开拘留。《公民及政治权利国际公约》第十条第二款(甲)项为被控告但未被判罪的人提供了这种保障。鉴于以驱逐为目的的拘留的非惩罚性，更有理由为遭到这种拘留的外国人提供该公约第十条第二款所规定的保障，这正如人权事务委员会就该公约与驱逐有关的第十三条提出的意见中所表明的那样。委员会指出，如果驱逐程序导致逮捕，则亦可适用该公约有关剥夺自由(第

重性，申诉人在该国境内逗留时间，犯罪的时间以及涉及申诉人家庭关系(包括子女)的许多不同因素：

“有时驱逐出境的主要障碍是配偶难以团聚，尤其是配偶一方和(或)子女难以在另一方原籍国生活；法院在这方面只有为数有限的已裁定案件。因此，需要法院制定指导方针，以便审查所述措施在民主社会中是否有必要。

“在此种案件中评估有关标准时，法院将审议申诉人所犯罪行的性质和严重性；申诉人在其要被逐出的国家的居留时间；实施犯罪已有多久及其间申诉人的表现；各有关个人的国籍；申诉人的家庭状况，如婚龄；下列其他因素：夫妻双方有无真实、实际的家庭生活；配偶在组成家庭关系时是否了解犯罪之事；婚后有无子女，如有，子女年龄。还有一点也很重要，即法院还将审议配偶在申诉人原籍国可能面临的困难的严重性，不过，某人在陪伴配偶时可能面临某些困难这一点本身并不能阻止驱逐出境。”(Boultif 诉瑞士(见上文脚注 107)，第 48 段)。

¹⁰⁹ 委员会认定，“如果在本案情形下提交人与其家庭分离及对他产生的影响与驱逐目标不相称，用驱逐的手段使一个人与其家庭分离可被视为任意干涉家庭并且违反第十七条”(Giosue Canepa 诉加拿大，第 558/1993 号来文，1997 年 4 月 3 日通过的意见，第 11.4 段，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 40 号》(A/52/40)，第二卷)。在一个先前的案件中，委员会认定，“对 Stewart 先生的家庭关系的干扰是他被驱逐出境的必然结果，当驱逐令是为促进一国的正当利益，并在递解出境程序中适当考虑了被遣返者的家庭关系后依法作出时，其不能被视为非法或任意”(Charles E. Stewart 诉加拿大，第 538/1993 号来文，1996 年 11 月 1 日通过的意见，第 12.10 段，同上)。

¹¹⁰ 在这方面，见人权委员会，“特定群体和个人：移徙工人”，特别报告员加布里埃拉·罗德里格斯·皮萨罗女士根据人权委员会第 2002/62 号决议提交的报告(E/CN.4/2003/85[和 Add.1(和 Add.1/Corr.1)和 Add.2-3(和 Add.3/Corr.1)和 Add.4])，2002 年 12 月 30 日，第 43 段：“行政拘留绝不当具有惩罚性质”。

九条¹¹¹和第十条¹¹²)的保障的条款。¹¹³大会1988年12月9日第43/173号决议附件所载“保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则”中的原则8也提出了同样的要求。该原则也涉及以驱逐为目的的拘留,其中规定:“对被拘留人应给予适合其尚未定罪者身分的待遇。因此,在可能情形下,应将他们同被监禁人隔离。”国际法院也同样承认,该公约第九条第一款和第二款规定的范围并不局限于刑事诉讼:“这些规定原则上也适用于为实施行政程序而采取的剥夺个人自由的措施,例如为将外国人强行从本国境内移走而可能必须采取的那些措施。”¹¹⁴

(3) 对可作为不遵守第1款(b)项所载规则理由的“特殊情况”的提及源自《公民及政治权利国际公约》第十条第二款(甲)项。

(4) 第1款(b)项所载规则并不必然要求驱逐国建立专门用于为驱逐目的拘留外国人的设施;可在关押被判处监禁者的设施中拘留外国人,但条件是应将这些外国人放在单独隔开的区域。

(5) 应当说明的是,上述保障措施仅适用于为确保执行驱逐决定而实施的拘留,并不影响拟被驱逐的外国人被判犯有刑事罪的情况,包括作为一种附加处罚或替代监禁的处罚而下令驱逐外国人的情况。

(6) 第19条草案第2款涉及在实践中造成难题

¹¹¹ 《公约》第九条规定:“1. 人人有权享有人身自由和安全。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。2. 任何被逮捕的人,在被逮捕时应被告知逮捕他的理由,并应被迅速告知对他提出的任何指控。3. 任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人,应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员,并有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的人受监禁不应作为一般规则,但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判,并在必要时报到听候执行判决。4. 任何因逮捕或拘禁被剥夺自由的人,有资格向法庭提起诉讼,以便法庭能不拖延地决定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法时命令予以释放。5. 任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者,有得到赔偿的权利。”

¹¹² 《公约》第十条规定:“1. 所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇。2. (甲) 除特殊情况外,被控告的人应与被判罪的人隔离开,并应给予适合于未判罪者身分的分别待遇;(乙) 被控告的少年应与成年人分隔开,并应尽速予以判决。3. 监狱制度应包括以争取囚犯改造和社会复员为基本目的的待遇。少年罪犯应与成年人隔离开,并应给予适合其年龄及法律地位的待遇。”

¹¹³ 人权事务委员会,第15号一般性意见:《公约》所规定的外侨的地位(见上文第66段),第9段。

¹¹⁴ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛,2010年11月30日的判决(见上文脚注13),第668页,第77段。

的拘留期限这一重要问题,这一款包括两项。(a)项在范围上具有一般性,规定为驱逐目的对外国人进行的拘留应当有时间限制。应将拘留期限定为执行驱逐所需的合理必要时间,而不应时间过长。¹¹⁵国际判例法、各国立法和国家法院的大量司法判决也确认了这类要求。¹¹⁶第2款(a)项中的“所需的合理必要”等字旨在为行政机构以及必要时为司法机构评估为驱逐目的拘留外国人的必要性和时间长短提供一个标准。

(7) 第2款(b)项指出,延长拘留期的决定仅可由法院或受制于司法审查的另一主管当局作出。规定由其他主管当局进行司法审查,意在防止行政机构在拘留拟被驱逐的外国人的时限方面滥用权力。第2款(b)项的内容受到欧洲人权法院判例法的启发。¹¹⁷

¹¹⁵ 欧洲人权法院就《欧洲人权公约》第5条确认了禁止过度拘留的规定;尤其见 *Chahal* 诉联合王国案(上文脚注29),第113段:“但是,法院忆及,任何剥夺自由的理由,只有在进行驱逐出境程序的情况下,才在第5条第1款(f)项下是合理的。如果程序没有尽责进行,则根据第5条第1款(f)项,将不再允许拘留……。因此应确定驱逐程序的进程是否过长。”

另见:人权委员会,“特定群体和个人:移徙工人”,特别报告员加布里埃拉·罗德里格斯·皮萨罗女士根据人权委员会第2002/62号决议提交的报告(上文脚注110),第35段(“行政剥夺自由的时间只应为递解出境/驱逐出境付诸实施所必要的时间。绝不应无限期剥夺自由”)和第75段(g)项([建议]“确保法律对遣返之前的拘留作出限制,在任何情况下拘留都不应是无限期的”))。

¹¹⁶ 例如,见: *re de Souza*, 案件号139, 1934年10月29日,巴西联邦最高法院, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, 第333-334页; *Zadydas* 诉 *Davis* 等, 2001年6月28日,美国最高法院, 533. US 678(2001); *In re Flaumembaum*, 案件号94, 1941年6月24日, *Cámara Criminal de la Capital, Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1941-1942*, 第313-315页; 第6号裁定,对于与 *Yahya Dashi Gafur* 的申诉有关的关于“关于外国人在苏联的法律地位”的1981年7月24日的苏联法律的第31条第二部分中的一项规定是否符合宪法的审查, 1998年2月17日,俄罗斯联邦宪法法院; *In re Cantor*, 案件号143, 1938年4月6日,阿根廷联邦最高法院, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, 第392-393页; *In re Hely*, 1941年4月16日,委内瑞拉联邦最高上诉法院,引用于 *ILR, vol. 10*, 第313页; *Re Janoczka*, 案件号154, 1932年8月4日,曼尼托巴上诉法院(加拿大), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1931-1932*, 第291-292页; 和美国代表 *Janivaris* 诉 *Nicolls*, 案件号95, 1942年10月20日,(美国)马萨诸塞联邦地区法院, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1941-1942*, 第316-318页。

¹¹⁷ 尤其见 *Shamsa* 诉波兰, 申请号45355/99和45357/99, 2003年11月27日的判决,第59段。法院提及《欧洲人权公约》第5条第4款所载的“获得人身保护令的权利”,以支持这样的观念:超过第3款所设想的初次拘留期限的延长拘留必须由法院介入,作为对避免任意性的保证。

(8) 第19条草案第3款受到移民工人人权问题特别报告员所提建议的启发。¹¹⁸第3款(a)项提出了应在法律规定的具体标准基础上定期审查为驱逐目的而对外国人实施的拘留的要求。根据第3款(a)项,应当定期审查的是这种拘留,而不是关于实施拘留的初步决定。这些保障源于为驱逐目的对外国人实施的拘留所具有的非惩罚性质。

(9) 第3款(b)项规定了在驱逐无法执行的情况下应终止与驱逐有关的拘留的原则,除非可将驱逐无法执行的原因归诸有关外国人。这一项原则的适用不妨碍驱逐国有权针对拟被驱逐的外国人犯的罪行适用刑法。对整个第3款应结合第2款加以理解,这尤其意味着,根据第2款(a)项,即使不可能执行驱逐决定的情况是由有关外国人造成的,也不能将该外国人拘留过长的时间。

第20条 保护拟被驱逐的外国人的财产

驱逐国应采取适当措施,保护拟被驱逐的外国人的财产,并应依法允许外国人自由处置其财产,甚至从国外处置。

评注

(1) 第20条草案涉及保护拟被驱逐的外国人的财产,规定驱逐国负有义务。第一项是关于采取措施保护当事外国人的财产,第二项是关于外国人对财产的自由处置。

(2) 第20条的措辞足够宽泛,足以涵盖适用的法律文书规定的与保护拟被驱逐的外国人的财产相关的所有保障措施。应该指出的是,《世界人权宣言》第十七条第(二)款¹¹⁹规定:“任何人的财产不得任意剥夺”。具体到驱逐方面,《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条规定:

6. 如被驱逐出境,当事人在离境之前或之后应有合理机会解决任何应得工资和其他应享权利的要求以及任何未决义务。

¹¹⁸ 人权委员会,“特定群体和个人:移民工人”,特别报告员加布里埃拉·罗德里格斯·皮萨罗女士根据人权委员会第2002/62号决议提交的报告(见上文脚注110),第75段(g)项。该建议的一部分指出:“应当根据明确的法律标准对拘留决定作出定期自动审查。因并非移徙者本人的过错而无法执行遣返令时,应当终止拘留”。

¹¹⁹ 见上文脚注62。

……

9. 从就业国被驱逐出境的事实不得损害某一移徙工人或其家庭成员按照该国法律所获的任何权利,包括接受工资及其他应享的权利。

在区域一级,《非洲人权和民族权宪章》第14条规定:

财产权利应受到保障。除非为了公共需要或者为了整个社会的利益并依照适当的法律规定,否则不受侵犯。

《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》在关于财产权的第21条中规定:

1. 人人都有使用和享受财产的权利。法律可以使这种使用和享受服从于社会利益。

2. 不得剥夺任何人的财产,但因公用事业或社会利益等理由以及法律规定的情况和按法律规定的形式,付予正当赔偿的情况除外。

……

同样,《〈欧洲保障人权和根本自由公约〉第一议定书》第1条规定:

每个自然人或法人都被授予和平地享用其财产资格。除非为了公共利益并且符合法律以及国际法一般原则所规定的条件,任何人都不应当被剥夺其财产。

但是,前款规定不应当以任何方式损害一国的如下权利:执行其认为必要的法律以便依据一般利益来控制财产使用,或者保证税收或其他捐税或罚金的支付。

最后,《阿拉伯人权宪章》第31条¹²⁰规定:

保障人人有权拥有财产,而且在任何情况下均不能任意或非法剥夺其全部或部分财产。

(3) 可以认为,保护拟被驱逐的外国人的财产的义务应该涉及允许个人有合理机会保护其在驱逐国可能拥有的财产权和其他利益。不给予外国人这种机会曾引起国际索赔。¹²¹早在1892年,国际法学会

¹²⁰ 见上文脚注39。

¹²¹ 在Hollander案中,美国对危地马拉即决驱逐一名美国公民提出索赔,并指出Hollander先生“简直是被撵出国境,妻子儿女、生意、财产,所有他珍惜的事物和所有依靠他的事物均留在身后。[并声称]危地马拉政府,不论其法律是否准许,都无权根据三年多前的犯罪指控,在和平及国内平静时期未经通知或给予机会对家庭及生意作出安排的情况下将Hollander驱逐出境……”(J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1906, 第107页)。另见D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7th ed., London, Sweet and Maxwell, 2010, 第470页,美国国务院给国会议员的信,1961年12月15日,8 Whiteman 861 (Breger博士案):“对于Breger博士1938年从罗德岛被驱逐一事,可指出的是,按照公认的一般国际法原

便通过了一项决议,其所载条款规定,在驱逐国居住、居留或经商的外国人应有机会处理其事务和利益。

L'expulsion d'étrangers domiciliés, résidents ou ayant un établissement de commerce ne doit être prononcée que de manière à ne pas trahir la confiance qu'ils ont eue dans les lois de l'État. Elle doit leur laisser la liberté d'user, soit directement, si c'est possible, soit par l'entremise de tiers par eux choisis, de toutes les voies légales pour liquider leur situation et leurs intérêts, tant actifs que passifs, sur le territoire. [递解在领土内定居或经商的外国人出境的命令,应以不违背关系外国人对该国法律的信任的方式作出,并应让他们自由地运用(可能时直接运用,或通过他们自己选择的第三方运用)每一可能的法律程序处理他们在领土内的事务和利益,包括资产和负债]¹²²

一个多世纪之后,伊朗—美国索赔法庭在 *Rankin* 诉伊朗伊斯兰共和国案中裁定:如不让当事外国人有合理机会保护其财产利益,驱逐即为非法:

此一政策的执行,一般而言,是违反一国驱逐外国人出境权在程序上和实质上应受的限制,如同《友好[、经济关系和领事权利]条约》和习惯国际法所规定的。……例如,……不让外国人在驱逐前有合理机会保护他的财产利益。¹²³

同样,尤其在移徙工人方面,国际劳工组织大会通过的《1949年移民就业建议书》(修订本)(第86号)第六部分第18段规定如下:

(1) 如果一个就业移民通过正常途径获准在一成员国入境,该成员国就应尽可能不以此人缺乏生计或其在劳务市场的状况为由将此人及其家庭成员遣离其领土,除非有关移出和移入领土主管当局之间就此达成协议。

(2) 任何这种协议均应规定:

……

(c) 该移民须得到合理通知,从而给他时间,特别是有时间处置财产……¹²⁴

则,一国可随时驱逐一外国人,但条件是它不得任意地实施此种驱逐,例如使用不必要的武力实施驱逐或以其他方式不当地对待外国人或不让外国人有合理的机会维护其财产。鉴于 *Breger* 博士说意大利当局命令他在六个月内离开罗德岛,以没有获得足够时间保障其财产的理由来断定意大利政府应负国际赔偿责任,看来是成疑问的。”

¹²² *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* [《关于接纳和驱逐外国人的国际规则》], 日内瓦会议, 1892年9月9日, 第41条[原文是法文], *Wehberg* (ed.) (见上文脚注45)。

¹²³ *Rankin* 诉伊朗伊斯兰共和国, 1987年11月3日的裁决(见上文脚注70), 第147页, 第30 e段。关于1955年8月15日在德黑兰签署的《伊朗与美国友好、经济关系和领事权利条约》, 见《联合国条约汇编》, 第284卷, 第4132号, 第93页。

¹²⁴ 劳工组织, *Compendium of International Labour Conventions and Recommendations*, Geneva, 2015, 第737页; 可获

各国的国内法也顾及了这些考虑,除其他外,可能给予外国人合理机会,在离境前解决关于工资或其他权益的权利要求,或规定采取必要行动,确保外国人在等待递解出境被拘押期间的财产安全。¹²⁵ 更一般地,一些国家的法律也在不同程度上以不同方式考虑到保护拟被驱逐的外国人的财产的需要。¹²⁶

(4) 根据第20条草案,必须保障外国人“依法”自由处置其财产。不应将这一说明阐释为允许驱逐国适用具有任意剥夺或限制自由处置财产效力的法律。然而,它充分考虑到驱逐国可能希望依照本国法律限制或禁止自由处置某些财产,尤其是当事外国人非法获得的财产或者可能源自犯罪活动或其他非法活动的收益。此外,关于应允许外国人“甚至从国外”自由处置其财产这一说明的目的是,在适用情况下解决已经因对其本人的驱逐令离开驱逐国境内的外国人的具体需要。国际法院在2010年艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案的判决中便考虑到这一点,尽管法院最终裁定本案中迪亚洛先生作为合伙人的直接权利没有受到刚果民主共和国的侵犯,因为“没有提出任何证据,说明迪亚洛先生作为经理或者合伙人,无法采取任何行动在海外召集一般性会议”。¹²⁷

(5) 一项理解是,第20条草案的规定不影响任何国家根据适用的国际法规则没收外国人财产或将其收归国有的权力。

(6) 第20条草案没有具体处理武装冲突期间敌侨的财产权问题,因为正如第9条草案评注中所言,委员会选择不处理武装冲突期间驱逐外国人的各方面问题。但应该指出的是,厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会广泛讨论了发生武装冲突时的财产权问题。¹²⁸

自 www.ilo.org, *Labour standards*。

¹²⁵ 另见上文引述过的秘书处备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10)), 第714段。

¹²⁶ 概述见同上, 第481段。

¹²⁷ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛, 2010年11月30日的判决(见上文脚注13), 第681页, 第121段。

¹²⁸ 厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会, 平民索赔, 厄立特里亚的索赔15、16、23和27–32, 2004年12月17日的部分裁决, 第124–129、133、135–136、140、142、144–146和151–152段, 以及埃塞俄比亚的索赔5, 2004年12月17日的部分裁决(见上文脚注71), 第132–135段。《国际仲裁裁决汇编》, 第二十六卷(出售品编号B.06.V.7), 第195–247和249–290页)。

第三章 与目的地国有关的保护

第 21 条 离境前往目的地国

1. 驱逐国应采取适当措施，便利拟被驱逐的外国人自愿离境。

2. 在强制执行驱逐决定的情况下，驱逐国应采取必要措施，按照国际法规则，尽可能确保拟被驱逐的外国人安全地前往目的地国。

3. 驱逐国应考虑到所有相关情况，给予拟被驱逐的外国人合理的期限以做离境准备。

评注

(1) 第 21 条草案涉及驱逐国必须为拟被驱逐的外国人离境前往目的地国而提供的保护。本条草案涵盖了自愿离境和强制执行驱逐决定的两种可能性。

(2) 第 21 条第 1 款规定，驱逐国应采取适当措施，便利拟被驱逐的外国人自愿离境。¹²⁹ 尽管在某种程度上它旨在使外国人自愿离境成为首选解决办法，但是不能将这一规定解释为授权驱逐国对外国人施加不当压力，迫使他选择自愿离境，而非强制执行驱逐决定。这一款的目的是在适当时，便利自愿离境。

(3) 第 2 款涉及到强制执行驱逐决定的情况。它规定，在这种情况下，驱逐国应采取必要措施，根据国际法规则，尽可能确保拟被驱逐的外国人安全地前往目的地国。就此应当说明，“按照国际法规则……安全地前往”的表述不仅要求确保拟被驱逐的外国人的权利，避免对外国人过分使用武力，而且要求在必要情况下必须确保有关外国人之外人员的安全，例如，该外国人所乘前往目的地国的飞机上旅客们的安全。

¹²⁹ 被驱逐外国人若自愿离境，人的尊严能够得到更好的尊重，行政上也更便于管理。如何执行驱逐，由驱逐国和成为驱逐对象的外国人协商确定。2005 年，欧洲委员会部长理事会强调采用自愿离境，指出“东道国应采取鼓励自愿离境的措施，侧重采用自愿离境，而非强制遣返”（欧洲委员会部长理事会关于强制遣返问题的二十项指导原则，第 925 次会议，2005 年 5 月 4 日，部长理事会文件 CM(2005)40 final，2005 年 5 月 9 日，准则 1）。同样，欧洲共同体委员会在 2005 年 9 月 1 日关于遣返问题的指令提案中指出，遣返决定须规定“适当的自愿离境时间，最长不超过四个星期，除非有理由认为当事人可能在此期间潜逃”（欧洲议会和欧盟理事会 2005 年 9 月 1 日关于成员国遣返非法居留的第三国国民的共同标准和程序的指令提案，COM(2005)391 final，第 6 条第 2 款）。

(4) 这一要求也隐含在 *Lacoste* 案的仲裁裁决之中，尽管该案裁定申诉人没有遭受苛刻的待遇：

Lacoste 进一步以他被逮捕、监禁、严酷和残忍对待和驱逐出境为理由，要求赔偿损失……但是，在被驱逐出境时，似乎未曾伴以严酷的待遇，并曾根据申诉人的请求，准许将其规定离开该国的期限延长。¹³⁰

同样，在 *Boffolo* 案中，仲裁人以一般性的措辞指出，“驱逐出境……必须以尽量减少对有关人士伤害的方式进行”。¹³¹ 在 *Maal* 案中，仲裁人强调了人身的神圣性以及驱逐不得伴以非必要的侮辱和困苦这一要求：

如果在遣送申诉人时，未曾附带使其蒙受不必要的侮辱或困苦，仲裁人会认为不得拒绝给予赔偿。

……

从一切证据来看，他以绅士的身份来到此地，在他受审查和递解出境期间也有权被当作绅士对待，无论我们必须把他当作绅士还是常人看待，他对自己人身和对自己不受打扰的权利是自由的一种首要权利，也是自由的一种无比宝贵的特权。仲裁人曾受教导，应将别人的身体视为神圣，非经其同意，不得在愤怒中或无缘无故对其身体有丝毫碰触，如有此种举动，即视为一种攻击，必须按照这种攻击的本意和性质以及被攻击者所代表的男子气概，给予适当的赔偿。¹³²

(5) 当向目的地国运送外国人时，例如以飞机运送时，所参照的国际法规则也包括关于航空运输的规则，特别是在国际民航组织框架中采纳的条例。在这方面，应当特别提及《国际民用航空公约》及其附件九。该附件除其他外规定如下：

5.2.1 ……即将递解出境人士被有关国家官员羁押期间，该官员应维护此种人士的尊严，不采取可能损害此种尊严的行动。

(6) 在第 21 条草案所涉的外国人自愿离境或强制执行驱逐决定两种情况下，第 3 款都要求驱逐国兼顾所有相关情况，给予外国人合理的期限准备离境。有关案件中确定什么似乎是合理期限而应考虑的情况，在性质上各有不同。这可能关系到拟被驱逐的外国人在驱逐国建立的（社会、经济或其他）关系、有关外国人的行为等，并在可适用情况下，包括外国人在境内可能对国家安全和公共秩序造成的威胁的性质，或外国人可能逃脱国家主管当局的命令避免

¹³⁰ *Lacoste* 诉墨西哥，1875 年 9 月 4 日的裁决，墨西哥委员会（见上文脚注 28），第 3347-3348 页。

¹³¹ *Boffolo*，意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年（见上文脚注 28），第 528 页（仲裁人 *Ralston*）。

¹³² *Maal*，荷兰—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年（见上文脚注 28），第 732 页。

驱逐的危险。也必须考虑到需要允许拟被驱逐的外国人适当保护其在驱逐国的财产权和其他利益,以此来理解关于给予合理期限准备离境的要求。¹³³

第22条 拟被驱逐的外国人的目的地国

1. 拟被驱逐的外国人应被驱逐至其国籍国或根据国际法有义务接收该外国人的任何其他国家,或应驱逐国请求或酌情应当事外国人请求同意接收该人的任何国家。

2. 若无法确定国籍国或根据国际法有义务接收该外国人的任何其他国家,且没有任何其他国家愿意接收该外国人,该外国人可被驱逐至其有权入境或居留的任何国家,或酌情驱逐至该外国人从其进入驱逐国的国家。

评注

(1) 第22条草案关系到如何确定拟被驱逐的外国人目的地国问题。在这方面,第1款首先提及外国人的国籍国,因为该国根据国际法接受该外国人的义务是无可争议的。¹³⁴在一个人拥有几个国籍的情况下,“其国籍国”一语是指该个人的每一个国籍国。按照本条款草案第23和第24条的规定,如果受驱逐的外国人有合理的理由担心其生命,或有充分理由相信他或她会面临遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的危险,那么他或她不能被驱逐到这样的国家。第1款也承认还有其他潜在的目的地国,从而在可能有义务根据国际法接收拟被驱逐的外国人的国家与没有义务接收的国家之间做出了区别。就驱逐外国人一事来说,这一区别反映了一项不可争议的原则,即除非一国负有国际法上的义务,否则不能要求其接收外国人入境。尽管这是一个根本性的区别,但在决定一个拟被驱逐的外国人目的地国之时,不一定导致先后秩序的不同;换言之,即使已经确定了国籍国,并且假设来说不存在着将外国人驱逐回该国的法律障碍,也绝不排除有可能将

该外国人驱逐到另一有国际法上的义务接收该外国人的国家或任何其他愿意接受他的国家。在这方面,驱逐国尽管在此事上有判断余地,但是应尽可能考虑到被驱逐的外国人表达的选择,以确定目的地国。¹³⁵

(2) “或根据国际法有义务接收该外国人的任何其他国家”的话旨在涵盖以下情况,即根据某个国际法规则,无论其是对该国有约束力的条约规则还是习惯国际法规则,拟被驱逐的外国人国籍国之外的一个国家被要求接收该人。¹³⁶在这方面,也应当提及人权事务委员会就《公民及政治权利国际公约》第十二条第四款所表达的意见:

“本国”的范围要大于“国籍国”。它不局限于形式上的国籍,即出生时获得的国籍或被授予的国籍;它至少包括因与某国特殊联系和具有的特殊权利而不能被仅仅视为外侨的那些人。例如,被违反国际法剥夺国籍的人和国籍国被并入或转移到另一国家实体的人,就属于此类。第十二条第四款的语言允许做更广义的解释,使之可能包括其他种类的长期居民,包括但不局限于长期居住但被专横地剥夺了获得国籍权利的无国籍人。由于其他因素在某些情况下可使个人和国家之间产生密切的长久的联系,因此缔约国的报告中应包括有关永久性居民返回居住国的权利的情况。¹³⁷

因此,第1款承认受到驱逐的外国人可表示其更倾向于哪一个国家作为目的地国,允许外国人告知他或她有最密切联系的是哪一国,例如先前的居住国、出生地国或与该外国人有特殊家庭或财务联系的国家。第22条草案第1款赋予驱逐国以下权利:它可以评估这些因素,以维护自己的利益及受驱逐的外国人的利益。

(3) 第22条草案第2款阐述关于无法确定国籍

¹³⁵ 尤其见《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条第7款,其规定:“在不影响一宗驱逐判决的执行的情况下,该一判决所涉的某一移徙工人或其一家庭成员可寻求进入非其原籍国的国家”。另见《关于难民地位的公约》第32条第3款。

¹³⁶ 关于第一个假设的事例,见R. Jennings and A. D. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I, Peace, Harlow, Longman, 1992, 第898-899页(除其他外,提及1957年建立欧洲经济共同体的条约;1954年[丹麦、芬兰、挪威和瑞典四国政府之间的]《关于豁免这些国家国民在非本国的斯堪的纳维亚国家居住期间持有护照或居留许可证的义务的议定书》(冰岛于1955年加入);1957年《丹麦、芬兰、挪威和瑞典之间关于在北欧内部边境免除护照管制手续的公约》(冰岛从1965年起成为缔约方),1979年由一项进一步协定修改;1960年[比利时王国、卢森堡大公国和荷兰王国之间的]《人员控制权转移到比荷卢经济联盟的外部边界的公约》。

¹³⁷ 第27号一般性意见:迁徙自由(第十二条),1999年10月18日通过,第20段(《大会正式记录,第五十五届会议,补编第40号》(A/55/40),第一卷,附件六)。

¹³³ 见上文第20条草案的评注的第(3)段。

¹³⁴ 除其他外,尤其见《关于外国人地位的公约》,第六届泛美会议上通过,1928年2月20日在哈瓦那签署,第6条第2款规定:“各国负有义务接收被外国驱逐而寻求入境的国民”。另见国际法学会, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* [《关于接纳和驱逐外国人的国际规则》],日内瓦会议,1892年9月9日,第2条:“原则上,一国不得禁止其臣民或那些失去了该国国籍但尚未取得其他国籍的人进入其领土或在其领土内停留”(Wehberg (ed.) (见上文脚注45),第51页;国际法学会, *Annuaire*, vol. 12 (1892-1894),第219页)。另见《关于难民地位的公约》第32条第3款。

国或任何其他有国际法义务接收外国人的国家的情况。在这种情况下，条款指出，可以将该外国人驱逐到他或她有权入境或停留的任何国家，或者酌情驱逐到他或她从其进入驱逐国的国家。最后几个字（“从其进入驱逐国的国家”）应当首先理解为是指登机国，尽管所选的措辞足以笼统地涵盖外国人以航空之外的载运方式进入驱逐国境内的情况。

(4) “重新接纳协定”在确定被驱逐的外国人目的地国问题上特别有意义。这些协定属于广泛的国际合作的范围，各国根据各种考虑行使主权，但这些考虑绝不可能通过编纂而进行规范性标准化。言虽如此，履行这类协定应依照相关的国际法规则，特别是保护拟被驱逐的外国人人权的国际法规则。

(5) 根据第22条草案确定拟被驱逐的外国人的目的地国，必须遵守第6条草案(b)项(禁止推回)以及第23和第24条草案所载的义务，即禁止将外国人驱逐到一个他或她的生命受到威胁的国家，或者一个该外国人可能遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的国家。

第23条 不将外国人驱逐至其生命会受到威胁的国家的义务

1. 不得将任何外国人驱逐至其生命可能会因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份等理由或因国际法不容许的任何其他理由而受到威胁的国家。

2. 不适用死刑的国家不得将外国人驱逐至该外国人被判处死刑的国家或该外国人面临被判处死刑的真实危险的国家，除非它已事先获得保证：该人不会被判处死刑，或如已判处死刑，不会执行。

评注

(1) 第23条草案就目的地国的状况而阐述关于保护拟被驱逐的外国人生命的问题。第1款禁止将一名外国人驱逐到“其生命会受到威胁的国家”，只要受威胁的原由之一是规定不歧视义务的第14条草案所列举的。“其生命会受到威胁的”国家几个字划定了禁止驱逐的范围，对应于规定了禁止遣返(推回)的1951年7月28日《关于难民地位的公约》第三十三条，而没有将禁止驱逐或遣返(推回)难民至其生命或自由受到威胁的国家这一规定涵盖所有外国人。

(2) 第23条草案重述的第14条草案所禁止的歧视理由是《公民及政治权利国际公约》第二条第一款所载的内容。如果让第23条草案所列的歧视理由比第14条草案的范围更窄，是不合理的。具体而言，《关于难民地位的公约》第三十三条所列理由对于本条草案过于狭隘，本条草案不仅涉及到可被定义为“难民”的人的情况，还涉及一般意义上的外国人，可能出现的情况也更广泛。对于禁止基于性取向的任何歧视问题，国际实践中出现了朝这一方向发展的趋势，但这一禁止并未得到普遍承认。¹³⁸

(3) 第23条草案第2款关注的具体情况是，拟被驱逐的外国人将在目的地国面临被判处或执行死刑的威胁，除非已经事先获得保证：该人不会被判处死刑，或如已判处死刑，不会执行。人权事务委员会采取的立场是，根据《公民及政治权利国际公约》第六条，已经废除死刑的国家有义务不将一人驱逐到他或她已被判处死刑的另一国家，除非已经事先得到死刑不会执行的保证。¹³⁹尽管可以认为，在这些确切的限度之内，这一禁止性规定对应着国际法中的一个明显趋势，但是难以说国际法在这一领域有任何更多的进展。

(4) 因此，第23条草案第2款在两个方面构成国际法的逐渐发展：首先，第2款的禁止性规定不仅涵盖没有死刑或已经废除死刑的国家，而且涵盖仍在立法中保留死刑但实际上不采用的国家：这就是“不适用死刑的国家”几个字的含义；其次，保护的范围已经被扩大，不仅涵盖已经判处死刑的情况，而且涵盖可能判处死刑的情况。

第24条 不将外国人驱逐至其可能遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的国家的义务

一国不得将外国人驱逐至有充分理由相信此人会面临遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的危险的国家。

¹³⁸ 见上文第14条草案的评注第(4)段。

¹³⁹ 在这方面，见*Judge诉加拿大*，人权事务委员会，第829/1998号来文，2003年8月5日通过的意见（《大会正式纪录，第五十八届会议，补编第40号》(A/58/40)，第二卷，第95页，第10.6段)：“鉴于这些原因，委员会认为，加拿大作为一个已废除死刑的缔约国，不论其是否已批准《公约旨在废除死刑的第二号任择议定书》，在未获得不执行死刑的保证的情况下将提交人驱逐到已将其判处死刑的美国，侵犯了提交人根据第六条第一款应享有的生命权。委员会承认，加拿大本身并未判处提交人死刑。但是，将他驱逐到已将其判处死刑的国家，加拿大已为有关因果提供了关键的联系，而这种联系有可能使提交人被处决。”

评注

(1) 第24条草案的措辞要求驱逐国不将一名外国人驱逐至有充分理由相信他或她会面临酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的危险的国家。这一条受到1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第3条的启发。¹⁴⁰该公约第3条将不驱逐的义务限定为只针对酷刑行为。该公约第3条因而没有扩展到涵盖有充分理由相信拟被驱逐的外国人会受到残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的情况。¹⁴¹然而,第24条草案扩大了《公约》这一规定所保护的范 围,因为本条草案的不驱逐义务不仅涵盖存在酷刑的情况,而且涵盖存在其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的情况。在普遍的层面上,并在某些区域制度里,已开始实行这一更广泛的禁止。在普遍的层面上,它体现在人权事务委员会的第20号一般性意见中,其大意是“委员会认为,缔约国不得通过引渡、驱逐或推回的方式使个人回到另一国时有可能遭受酷刑或残忍、不人道或有辱的人格待遇或处罚”。¹⁴²在其2008年7月16日关于Maksudov等诉吉尔吉斯斯坦案的意见中,人权事务委员会忆及载于第20号一般性意见的原则,补充说,“对此项原则,不应以国家安全方面的考虑或个人被指控或怀疑的犯罪行为而加以平衡”。¹⁴³消除种

¹⁴⁰ 该公约第3条规定:

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

2. 为了确定这种理由是否存在,有关当局应考虑到所有有关的因素,包括在适当情况下,考虑到在有关国家境内是否存在一贯严重、公然、大规模侵犯人权的情况。”

¹⁴¹ 除其他外,见S.K.等诉加拿大,禁止酷刑委员会,第49/1996号来文,2001年5月15日,《大会正式记录,第五十六届会议,补编第44号》(A/56/44),附件七;B.S.诉加拿大,禁止酷刑委员会,第166/2000号来文,2001年11月14日,同上,第五十七届会议,补编第44号(A/57/44),附件七,第130页;以及T.M.诉瑞典,禁止酷刑委员会,第228/2003号来文,2003年11月18日,同上,第五十九届会议,补编第44号(A/59/44),附件七,第304页;另见M. Nowak and E. McArthur (eds.), *The United Nations Convention Against Torture: a Commentary*, New York, Oxford University Press, 2008, 第165-166页。

¹⁴² 人权事务委员会,第20(44)号一般性意见(第7条),1992年4月3日(《大会正式记录,第四十七届会议,补编第40号》(A/47/40),第二卷,附件六,第204页),第9段。

¹⁴³ Maksudov等诉吉尔吉斯斯坦,人权事务委员会,第1461/2006号、第1462/2006号、第1476/2006号和第1477/2006号来文,2008年7月16日,《大会正式记录,第六十三届会议,补编第40号》(A/63/40),第二卷,附件五,第256页,第12.4段。

族歧视委员会的一项建议采取了类似的立场。¹⁴⁴在区域一级,这种对酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的全局性的或不加区分的方法也由欧洲人权法院关于《欧洲人权公约》第3条的判例清楚说明。¹⁴⁵美洲人权法院在Lori Berenson-Mejia诉秘鲁案中采取了类似的立场,指出:

酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的惩罚或待遇都是国际人权法严格禁止的。对酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的惩罚或待遇的禁止是绝对的,不可克减的,即使在最困难的情况下,如战争、战争威胁、打击恐怖主义和其他犯罪行为、戒严或状态紧急情况、内乱或冲突、暂停宪法保障、国内政局动荡或其他突发公共事件或灾难等情况下。¹⁴⁶

(2) 对于如何确定第24条草案所指的“充分理由”,应当注意1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第3条第2款。这一款规定:主管当局应考虑到“所有有关的因素,包括在适当情况下,考虑到在有关国家境内是否存在一贯严重、公然、大规模侵犯人权的情况”。根据该公约设立的禁止酷刑委员会也多次解释了这一条款,审议了若干声称向某些国家驱逐外国人违反第3条的来文。¹⁴⁷

¹⁴⁴ 见消除种族歧视委员会给《消除一切形式种族歧视国际公约》缔约国的建议,即“确保非公民不被遣返或移送至有遭受严重践踏人权危险、包括有遭受酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚危险的国家或领土”(第30号一般性建议:对非公民的歧视,《大会正式记录,第五十届会议,补编第18号》(A/59/18),第95页,第27段)。

¹⁴⁵ 尤其见Chahal诉联合王国(上文脚注29),第72-107段。在第80段中,法院指出:“关于禁止虐待的第3条所规定的禁止在驱逐案件上也同样是绝对的。因此,只要有充分理由证明足以相信,如果一个人被转移到另一国将面临遭受违反第3条的待遇的真实危险,该缔约国则在进行驱逐时,有责任防止他或她受这样的待遇……。在这种情况下,有关个人的活动不论多么不受欢迎或具有危险性,都不能是一个重要考虑因素。因此第3条提供的保护比联合国1951年《关于难民地位的公约》第32和第33条提供的保护更宽”。

¹⁴⁶ Lori Berenson-Mejia诉秘鲁,2004年11月25日的判决,美洲人权法院, Series C, No. 119, 第100段。

¹⁴⁷ 除其他外,见Mutombo诉瑞士,禁止酷刑委员会,第13/1993号来文,1994年4月27日,《大会正式记录,第四十九届会议,补编第44号》(A/49/44),附件五, B节,第48页;Khan诉加拿大,禁止酷刑委员会,第15/1994号来文,1994年11月15日,同上,第五十届会议,补编第44号(A/50/44),附件五, A节,第51页;Kisoki诉瑞典,禁止酷刑委员会,第41/1996号来文,1996年5月8日,同上,第五十一届会议,补编第44号(A/51/44),附件五, A节,第86页;Tala诉瑞典,禁止酷刑委员会,第43/1996号来文,1996年11月15日,同上,第五十二届会议,补编第44号(A/52/44),附件五, A节,第69页;Paez诉瑞典,禁止酷刑委员会,第39/1996号来文,1997年4月28日,同上, B节,第100页;Aemei诉瑞士,禁止酷刑委员会,第34/1995号来文,1997年5月9日,同上,

(3) 禁止酷刑委员会在其第1号一般性意见中制定了关于执行第3条的准则。¹⁴⁸这些准则指出了在决定向某国驱逐外国人是否符合第3条时可能相关的信息:

下列资料虽然不是穷尽无遗的,却是相关的:

(a) 是否有证据表明所涉国家是一个一贯严重、公然或大规模侵犯人权的国家(见第3条第2款)?

(b) 撰文是否曾遭受公职人员或以官方身份行事的人施行或煽动或认可或默许的酷刑或虐待?如果是,是否是最近发生的?

(c) 是否有医疗证据或其他独立证据证明撰文关于曾遭受酷刑或虐待的指控?酷刑是否有后遗症?

(d) 以上(a)段所指情况是否已发生变化?境内人权情况是否已发生变化?

(e) 撰文是否在所涉国家境内外从事政治活动或其他活动,使得他(她)如被驱逐、遣返或引渡到该国,特别容易遭受酷刑?

(f) 是否有任何证据证明撰文人是可信的?

(g) 撰文人指控中是否存在与事实不符的情况?如果

存在,是否有重大关系?¹⁴⁹

委员会还指出,有充分理由认为存在着酷刑危险,是要求不能仅仅依据于理论或怀疑。但是不必证明这种危险极有可能发生。¹⁵⁰禁止酷刑委员会做出重要说明的其他因素是:存在着遭受酷刑的个人危险,¹⁵¹存在着这方面现存和可预见的危险,¹⁵²接着驱逐到第三国的问题,¹⁵³以及禁止的绝对性。¹⁵⁴

(4) 如同第17条草案一样,¹⁵⁵委员会不赞成在第24条草案的案文中处理个人或群体以私人身份实施酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的危险问题。就此应当忆及禁止酷刑委员会在其第1号一般性意见中表达的关于这一问题的以下意见:

根据第1条,在第3条第2款中提及的“一贯严重、公然、大规模侵犯人权情况”的标准,仅指由公职人员或以官方身份行事的其他人施行或煽动或认可或默许的侵犯人权情况。¹⁵⁶

¹⁴⁹ 同上,第44页,第8段。

¹⁵⁰ 同上,第44页,第6段:“铭记缔约国和委员会有义务评估是否有充足理由认为撰文如被驱逐、遣返或引渡可能遭受酷刑,在评估遭受酷刑的危险时,绝不能仅仅依据理论或怀疑。但是,不必证明这种危险极有可能发生。”

¹⁵¹ 同上,第1段:“第3条仅适用于有充足理由认为撰文可能遭受《公约》第1条定义的酷刑的案件”。另见 *Mutombo* 诉瑞士,禁止酷刑委员会,第13/1993号来文,1994年4月27日(上文脚注147),第54页,第9.3段。

¹⁵² 例如,见 *A.D.* 诉荷兰,禁止酷刑委员会,第96/1997号来文,1999年11月12日,《大会正式记录,第五十五届会议,补编第44号》(A/55/44),附件八, A 节,第115页;和美国诉芬兰,禁止酷刑委员会,第197/2002号来文,2003年5月1日,同上,第五十八届会议,补编第44号(A/58/44),附件六, A 节,第158页。

¹⁵³ 关于这一点,见禁止酷刑委员会,关于参照《公约》第22条执行第3条的一般性意见(第1号一般性意见)(上文脚注148),第2段:“委员会认为,第3条中的‘另一国家’指所涉个人正在被驱逐、遣返或引渡的国家以及撰文今后可能被驱逐、遣返或引渡的国家。”

¹⁵⁴ 例如,见 *Paez* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第39/1996号来文,1997年4月28日(上文脚注147);以及 *Dadar* 诉加拿大,禁止酷刑委员会,第258/2004号来文,2005年11月23日(上文脚注147)。

¹⁵⁵ 见上文第17条草案的评注第(3)段。

¹⁵⁶ 禁止酷刑委员会,关于参照《公约》第22条执行第3条的一般性意见(第1号一般性意见)(上文脚注148),第3段。另见 *Dadar* 诉加拿大,禁止酷刑委员会,第258/2004号来文,2005年11月23日通过的决定(上文脚注147),第259页,第8.4段; *H.M.H.I.* 诉澳大利亚,第177/2001号来文,2002年5月1日通过的决定,《大会正式记录,第五十七届会议,补编第44号》(A/57/44),附件七, A 节,第143页及其后,详第148页,第6.4段,及 *S.S.* 诉荷兰,第191/2001号来文,2003年5月5日通过的决定,同上,第五十八届会议,补编第44号(A/58/44),附件六, A 节,第117页及其后,详第127页,第6.4段:“缔约国是否有义务不将某个有可能遭受某个非政府实体在没有

第84页; *Ali Falakaflaki* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第89/1997号来文,1998年5月8日,同上,第五十三届会议,补编第44号(A/53/44和Corr.1),附件十, A 节,第80页; *Ayas* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第97/1997号来文,1998年11月12日,同上,第五十四届会议,补编第44号(A/54/44),附件八, A 节,第99页; *Korban* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第88/1997号来文,1998年11月16日,同上,第82页; *Haydin* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第101/1997号来文,1998年11月20日,同上,第114页; *Elmi* 诉澳大利亚,禁止酷刑委员会,第120/1998号来文,1999年5月14日,同上,第172页; *AS* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第149/1999号来文,2000年11月24日,同上,第五十六届会议,补编第44号(A/56/44),附件七, A 节; *Arana* 诉法国,禁止酷刑委员会,第63/1997号来文,1999年11月9日,同上,第五十五届会议,补编第44号(A/55/44),附件八, A 节,第101页; *Karoui* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第185/2001号来文,2002年5月8日,同上,第五十七届会议,补编第44号(A/57/44),附件七, A 节,第171页; *Rios* 诉加拿大,禁止酷刑委员会,第133/1999号来文,2004年11月23日,同上,第六十届会议,补编第44号(A/60/44),附件八, A 节,第103页; *T.A.* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第226/2003号来文,2005年5月6日,同上,第197页; *Agiza* 诉瑞典,禁止酷刑委员会,第233/2003号来文,2005年5月20日,同上,第208页; *Brada* 诉法国,禁止酷刑委员会,第195/2002号来文,2005年5月17日,同上,第130页;及 *Dadar* 诉加拿大,禁止酷刑委员会,第258/2004号来文,2005年11月23日,同上,第六十一届会议,补编第44号(A/61/44),附件八, A 节,第249页。

¹⁴⁸ 禁止酷刑委员会,关于参照《公约》第22条执行第3条的一般性意见(第1号一般性意见),1997年11月21日通过(《大会正式记录,第五十三届会议,补编第44号》(A/53/44和Corr.1),附件九,第44页)。

欧洲人权法院则从《欧洲人权公约》第3条的绝对性中得出结论认为，上述规定所涵盖的情况也可包括危险不是来自目的地国本身，而是来自在目的地国不能适当保护有关个人情况下的“非公职人员的个人或群体”：

得到政府的同意或默许情况下施行的身心伤害行为的人驱逐这一问题，不属于《公约》第3条的范围，除非此种非政府实体占领申诉人将被送回的区域并对该区域行使准政府管辖职能”。

另见 *M.C.M.V.F* 女士诉瑞典，第237/2003号来文，2005年11月14日通过的決定，同上，第六十一届会议，补编第44号(A/61/44)，附件八，A节，第202页及其后，详第208页，第6.4段：

“委员会不相信在2000年和2003年围绕申诉人所发生的事件与申诉人以前的政治活动或她丈夫的政治活动有任何联系，并认为申诉人未能充分证明这些事件可归咎于国家官员，或代表国家官员或在国家官员实际控制下的团体”；

以及 *Sadiq Shek Elmi* 诉澳大利亚，第120/1998号来文，1999年5月14日通过的意见，同上，第五十四届会议，补编第44号(A/54/44)，附件七，A节，第182页及其后，详第194–195页，第6.5–6.8段：

“委员会不同意缔约国的如下看法，即公约不适用于本案，因为据缔约国说，撰文担心他将在索马里遭受的酷刑行为不属于第1条中阐明的酷刑定义范围（即由公职人员或以官方身份行使职权的其他人造成的、或在其唆使同意或默许下造成的伤痛或苦难，在本案中是出于歧视）。委员会注意到，索马里没有中央政府已有多多年。国际社会与交战各方谈判，在摩加迪沙活动的几派建立了准政府机构并正在商谈建立共同管理机构。委员会接着指出，事实上，这些派别行使某些特权，这些特权与通常由合法政府行使的相似。因此，为了公约的适用，这些派别的成员可列入第1条中包含的公职人员或以官方身份行使职权的其他人这一短语内。

“缔约国对索马里存在着严重、公然或大规模侵犯人权这一事实没有异议。此外，人权委员会指定的索马利人权状况独立专家在她最近的报告中描述了这些侵犯情况的严重性、该国的普遍混乱情况、部落身份的重要性和撰文人所属的 *Shikal* 等较小的非武装部落的易受攻击性。

“委员会根据它审理中的资料进一步指出，*Shikal* 部落在摩加迪沙的主要居住地区和撰文人如果抵达摩加迪沙可能居住的地区处在哈维耶部落的有效控制下，该部落建立了准政府机构，并提供一些公共服务。此外，可靠人士强调哈维耶部落与 *Shikal* 部落之间没有公开的或非正式的保护协定，*Shikal* 部落仍然任凭武装派别的支配。

“除了上述情况外，委员会认为有两个因素支持撰文人的这种理由陈述，即他特别易受公约第1条中提到的这类行为的伤害。首先，缔约国不否认撰文人的如下断言的真实性，即过去他的家庭是哈维耶部落的特别攻击目标，结果他的父亲和兄弟被处决，他的姐姐被强奸，其余家人被迫逃离，为了躲藏不断地从该国的一个地方搬到另一个地方。其次，他的案件得到了广泛宣传，因此如果返回索马里，撰文人可能被指控败坏哈维耶部落的声誉。”

鉴于所保障权利的绝对性质，法院没有排除这一可能，即《公约》第3条也可以适用于危险来自于并非公职人员的个人或群体的情况。然而，必须表明危险是真实的，并且接收国当局不能够提供适当保护来避免危险。¹⁵⁷

第四章 过境国境内的保护

第25条 在过境国境内保护拟被驱逐的外国人的 人权

过境国应按照其国际法义务保护拟被驱逐的外国人的人权。

评注

执行驱逐令，通常涉及到外国人抵达目的地国之前在一个或几个国家的过境。¹⁵⁸ 第25条草案规定过境国负有保护拟被驱逐的外国人人权的国际法义务。措辞的选择清楚表明，过境国只须尊重本身所加入的国际公约或一般国际法的义务，而不是依据假设仅拘束驱逐国的义务。

第四部分 具体程序规则

第26条 拟被驱逐的外国人的程序权利

1. 拟被驱逐的外国人享有下列程序权利：

- (a) 收到驱逐决定通知的权利；
- (b) 对驱逐决定提出异议的权利，但出于国家安全方面的强有力理由而须实施的驱逐除外；
- (c) 由一个主管当局听讯的权利；
- (d) 获得有效救济对驱逐决定提出异议的权利；
- (e) 在主管当局面前有人代理的权利；和
- (f) 如果不懂或不讲主管当局所用的语言，有获得免费口译协助的权利。

¹⁵⁷ *H.L.R.* 诉法国，1997年4月29日的判决（案情）（见上文脚注29），第40段。

¹⁵⁸ 一般情况下应优先考虑直接遣返，不在其他国家的港口或机场中转停留。但遣返非法居留者可能需要使用某些国家的机场，转机前往目的地第三国（共同体遣返非法居留者政策的《绿皮书》第3.3.段，欧盟委员会，2002年4月10日，COM(2002) 175 final）。

2. 第1款所列权利不影响法律规定的其他程序权利或保障。

3. 拟被驱逐的外国人有权寻求领事协助。驱逐国不得妨碍行使这一权利或妨碍提供领事协助。

4. 本条规定的程序权利不影响驱逐国适用有关驱逐非法在其境内短暂停留的外国人的任何法律。

评注

(1) 第26条草案第1款规定了任何拟被驱逐的外国人必须享有的程序权利清单，无论该人合法还是非法地处于驱逐国境内。唯一例外的是本条草案第4款所提到的非法短期停留于该国境内的外国人。

(2) 第1款(a)项规定了收到驱逐决定通知的权利。驱逐国尊重这一基本保证，是拟被驱逐的外人行使其所有程序权利的一个基本条件。1990年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条第3款明确体现了这一条件，其规定：驱逐决定“应以他们所了解的语言……传达给他们”。国际法学会在1892年已经表达了以下的观点：“l’acte ordonnant l’expulsion est notifié à l’expulsé”[须将驱逐决定通知被驱逐者]¹⁵⁹并且“si l’expulsé a la faculté de recourir à une haute cour judiciaire ou administrative, il doit être informé, par l’acte même, et de cette circonstance et du délai à observer”[如果被驱逐者有权向高级司法或行政法院上诉，则驱逐令必须指出这一点，并说明提出上诉的限期]。¹⁶⁰一些国家的法律要求必须将驱逐决定通知有关外国人。¹⁶¹

(3) 第1款(b)项规定了对驱逐决定提出异议的权利；这是国际法上久已确立的一项权利。在全球一级，《公民及政治权利国际公约》第十三条规定：面临驱逐的人有权提出反对驱逐的理由，除非“在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下”。它指出，“合法处在本公约缔约国领土内的外侨……除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下，应准予提出反对驱

逐出境的理由*”。¹⁶²同一权利也见于大会1985年12月13日第40/144号决议所附的《非居住国公民个人人权宣言》第7条，即：“对合法在一国境内的外侨……除因国家安全的重大理由必须另行处理外，应准其提出不应被驱逐的理由”。在区域一级，《〈保障人权和根本自由公约〉第七议定书》第1条第1款(a)项规定，允许合法居于一国境内拟被驱逐的外国人“提出反对驱逐出境的理由”。《欧洲居留公约》第3条第2款提供了同样的保障，规定“在缔约一方领土内正常居住达二年以上的任一缔约国国民，除了涉及国家安全的严重理由以外，非经给予机会陈述反对驱逐出境的理由……不得当作驱逐出境措施的对象”。最后，国内法也体现了一名外国人可以对驱逐他或她的决定提出反对意见的权利。¹⁶³

(4) 为了行使第1款(b)项规定的对驱逐决定提出异议的权利，第1款(c)项规定的由主管当局听讯的权利至关重要。尽管《公民及政治权利国际公约》第十三条没有明确赋予外国人得到听讯的权利，但是人权事务委员会认为，未给予外国人听讯的机会就通过驱逐决定，可能引起与该公约第十三条有关的问题：

委员会关注的是，移民委员会和外籍人申诉委员会可能将某些案件的管辖权交给政府，造成了未经过适当的听证，就对有关个人作出驱逐或拒绝移民或拒绝给予庇护地位的决定。委员会认为，这种做法在某些情况下，产生了《公约》第十三条下的问题。¹⁶⁴

好几个国家的本国法在驱逐程序中给予外国人获得听讯的权利，许多国家的法院也是如此。¹⁶⁵鉴于这一领域的国家实践不同，无法认定国际法给予了拟被

¹⁵⁹ Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers[《关于接纳和驱逐外国人的国际规则》]，1892年9月9日，日内瓦会议，第30条[原文为法文]，H. Wehberg(ed.)(上文脚注45)，第56页；Institute of International Law, *Annuaire*, vol. 12(1892-1894)，第225页。

¹⁶⁰ 同上，第31条。

¹⁶¹ 见上文提到的秘书处备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10))，第649段。

¹⁶² 见Pierre Giry诉多米尼加共和国，人权事务委员会，第193/1985号来文，1990年7月20日通过的意见，《大会正式记录，第四十五届会议，补编第40号》(A/45/40)，第二卷，附件九，C节，第41页及其后，详第44页，第5.5段。委员会认为，多米尼加共和国因没有“依照法律”作出决定，并且没有让当事人有机会提出反对驱逐的理由及由主管当局复审其案件，因而违反了《公约》第十三条。

¹⁶³ 例如，见法国《外国人入境和逗留以及庇护权法典》，第L.522-1和第L.522-2条；及瑞典《外国人法》(SFS 2005:716)，第14章。另见上文提到的秘书处备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10))，第618段。

¹⁶⁴ 人权事务委员会的结论性意见，瑞典，1995年11月1日，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第40号》(A/51/40)，第一卷，第88段。

¹⁶⁵ 例如，见法国《外国人入境和逗留以及庇护权法典》，第L.213-2、L.512-1、L.522-1和L.524-1条；及瑞典《外国人法》(SFS 2005:716)，第13.3条。另见上文提到的秘书处备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10))，第618段。

驱逐的外国人当面对主管当局得到听讯的权利。所要求的仅是向外国人提供一个向主管机构解释其处境和提出本人理由的机会。在某些情况下，书面审理就可以满足国际法上的要求。一名学者在评论人权事务委员会关于该公约第十三条和第十四条的案件时认为，“即便作为一条规则，应在口头听讯中主张反对即将执行的驱逐的理由，但第十三条不同于第十四条第三款(丁)项的是，它没有规定亲自出席的权利”。¹⁶⁶

(5) 第1款(d)项规定了获得有效救济对驱逐决定提出异议的权利。尽管《公民及政治权利国际公约》第十三条让在驱逐国合法居住的外国人有权得到对驱逐令的复审，但是未规定应由哪类当局进行这类复审：

合法处在本公约缔约国领土内的外侨，只有按照依法作出的决定才可以被驱逐出境，并且，除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下，应准予……使他的案件得到合格当局或由合格当局特别指定的一人或数人的复审，并为此目的而请人作代表*。¹⁶⁷

人权事务委员会已经提醒各国注意，只有在“国家安全的紧迫原因”所要求的情况下，才可以偏离关于复审的权利以及第十三条提供的其他保障。委员会也强调：被驱逐的外国人得到的救济必须是有效的：

必须给予外国人一切便利，以便他就驱逐问题寻求补救措施，从而使其权利成为一项切实权利，而不论案子情况。第十三条规定的有关就驱逐提出上诉及有权要求合格当局进行复审等原则惟有在“国家安全的紧迫原因”如此要求的情况下才可免于执行。¹⁶⁸

¹⁶⁶ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd ed., Kehl, N.P. Engel, 2005, 第297页(援引了第173/1984号来文, *M.F.诉荷兰*, 《大会正式记录, 第四十届会议, 补编第40号》(A/40/40), 第4段; 第236/1987号来文, *V.M.R.B.诉加拿大*, 同上, 第四十三届会议, 补编第40号(A/43/40), 第306页; 第155/1983号来文, *Eric Hammel诉马达加斯加*, 同上, 第四十二届会议, 补编第40号(A/42/40), 第19.2段和20段; 以及第193/1985号来文, *Pierre Giry诉多米尼加共和国*(见上文脚注162), 第5.5段和第6段)。

¹⁶⁷ 本条被援引于人权事务委员会, *Pierre Giry诉多米尼加共和国*(见上文脚注162), 1990年7月20日通过的意见, 第44页, 第5.5段(委员会认定多米尼加共和国违反了《公约》第十三条, 未向有关个人提供使案件得到主管当局复审的机会)。

¹⁶⁸ 人权事务委员会, 第15号一般性意见(《公约》所规定的外侨地位)(见上文脚注66), 第124页, 第10段。在*Eric Hammel诉马达加斯加*(第155/1983号来文, 1987年4月3日通过的意见(见上文脚注166), 第178-179页, 第19.2段)中, 委员会认为, 申诉人没有得到有效的补救, 以对驱逐他的决

人权事务委员会还认为, 根据《公民及政治权利国际公约》第十三条, 向驱逐国的驻外外交或领事机构提出抗议, 不构成令人满意的解决办法:

委员会认为, 内政部长可在安全和公共利益需要时酌情命令驱逐外侨出境而不给与保障措施的做法, 在公约第十三条方面造成了问题。如果该外侨为合法进入叙利亚领土并已获得居住许可证, 则情况更是如此。被驱逐的外侨在海外向叙利亚外交和领事使团进行抗议, 并不是符合公约的满意的解决办法。¹⁶⁹

《欧洲人权公约》第13条承认, 如果该公约所规定的权利和自由遭到违反, 包括在驱逐的情况下, 则有权得到有效的救济:¹⁷⁰

每个人依据《公约》享有的权利和自由如遭侵犯, 应向国家当局寻求切实有效的补救办法, 即便侵权行为是以官方身份行事者所为。

在审理一项以《欧洲人权公约》第3条为依据的关于驱逐案的申诉时, 欧洲人权法院就第13条所提及的有效救济阐述如下:

在这类案件中, 鉴于虐待的危险如果成为现实则可能造成的损害不可逆转, 以及法院对第3条的重视, 因此按照第13条所规定的有效救济概念, 必须独立地审查关于有充分理由担心存在着待遇违反第3条的真实危险的申诉。必须进行这一审查, 不论当事方因何行为应被驱逐, 也不论其被认为对驱逐国的国家安全有任何威胁。¹⁷¹

《〈保障人权和根本自由公约〉第七议定书》第1条给予被驱逐的外国人要求主管当局进行复审的权利:

1. 合法居住在一国领土内的外国人不得被驱逐出境, 除非是执行依法作出的决定, 而且应允许该外国人:

.....

b. 要求其案件得到审查

.....

定提出异议。另见艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛, 2010年11月30日的判决(见上文脚注13), 第666-667页, 第74段。

¹⁶⁹ 人权事务委员会的结论性意见: 阿拉伯叙利亚共和国, 2001年4月5日, 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第40号》(A/56/40), 第一卷, 第75页, 第81(22)段。

¹⁷⁰ 相反, 在驱逐情况下如何适用《欧洲人权公约》第六条, 较不清楚。“如果不考虑《公约》规定的任何权利, 则惟有涉及一般补救办法的程序保障可以适用。第六条仅提到关于‘公民权利和义务’及‘刑事指控’的补救办法, 但法院将此规定理解为包括纪律惩处。诸如驱逐等对个人影响很大的措施, 也应被视为在该规定涵盖范围内”(Gaja, “Expulsion of aliens...”)(见上文脚注70), 第309-310页)。

¹⁷¹ 欧洲人权法院, *Chahal诉联合王国*(见上文脚注29), 第151段。

2. 出于公共秩序需要或国家安全原因, 可在外国人行使本条第1款a、b和c项所赋权利前将其驱逐出境。

同样, 《欧洲居留公约》第3条第2款规定:

除非国家安全的迫切理由另行要求, 不然, 对于任何缔约方国民在另一缔约方领土内合法居住两年以上者, 在将他驱逐出境前, 首先应允许他提出反对被驱逐的理由, 向主管当局或由主管当局特别指定的一人或数人提出上诉, 并为此目的而委托代表。*

《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第83条、《关于难民地位的公约》第三十二条第(二)款、《关于无国籍人地位的公约》第三十一条第二款、《欧洲移徙工人法律地位公约》第9条第5款以及《阿拉伯人权宪章》第26条第2款¹⁷²也要求有可能对驱逐决定提起上诉。大会第40/144号决议所附的《非居住国公民个人人权宣言》第7条以和《公民及政治权利国际公约》第十三条完全同样的措辞, 也承认了这一获得复审的权利:

对合法在一国境内的外侨, 只能根据依法作出的判决将其驱逐出境, 并且除因国家安全的重大理由必须另行处理外, 应准其提出不应被驱逐的理由, 并将其案件提交主管当局或经主管当局特别指定的人员复审, 并准其委托代表向上述当局或人员陈述理由。*

消除种族歧视委员会在第30号一般性建议中强调, 在驱逐的情况下, 必须提供有效救济, 并且建议《消除一切形式种族歧视公约》缔约国应当“确保非公民有同等机会诉诸有效的补救办法, 包括质疑驱逐令的权利, 并切实允许他们求助于此类补救办法”。¹⁷³

对于非法移民问题, 非洲人权和民族权委员会也强调了应向拟被驱逐的外国人提供复审程序的要求:

委员会无意、也不是在质疑任何国家对非法移民采取法律行动和将他们递解回国籍国的权力, 如果主管法院如此判决的话。但委员会认为, 未给当事方提供机会, 以便他们向主管国家法院提出申辩, 即将他们递解出境, 这是不可接受的, 因为这有违《[非洲人权和民族权]宪章》和国际法的精神和文字。¹⁷⁴

同样, 在另一案件中, 非洲人权和民族权委员会也认为, 赞比亚不允许一人有机会对驱逐令提出异

议, 违反了《非洲人权和民族权宪章》:

36. 赞比亚违反了《宪章》第7条, 因为未准许他诉诸行政措施, 而根据《公民法》, 这些措施是对他开放的……从各方面讲, Banda在赞比亚的居住和身份已被接受。他为该国的政治作出了贡献。赞比亚违反了第12条第4款的规定。

……

38. John Lyson Chinula的处境更糟。他未得到机会抗辩递解出境令。政府当然不能说Chinula于1974年在访问许可逾期后便转入地下了。从各方面讲, Chinula是一个知名的商人和政治人物。如果政府想对他采取行动, 它本可以这么做。政府没这么做, 但这不能成为政府于1994年8月31日任意将他逮捕和递解出境的理由。他有权将其案子提交赞比亚法院审理。赞比亚违反了《宪章》第7条。

……

52. 第7条第1款(a)项规定:

“每个人均有权要求听取申辩……”

(a) 有权对侵犯其被公认和受保障的基本权利的行为向主管国家机关提出上诉……”

53. 赞比亚政府未给Chinula先生对递解出境令提出上诉的机会, 从而剥夺了他得到公正听审的权利, 这有违赞比亚所有国内法律及国际人权法。¹⁷⁵

(6) 第1款(e)项的内容依据的是《公民及政治权利国际公约》第十三条, 该项给予拟被驱逐的外国人请人代表自己与主管当局交涉的权利。从国际法的角度来看, 这一权利不一定包括在驱逐程序中请律师代理的权利。无论如何, 这一项不包含驱逐国支付代理费用的义务。

(7) 外国人如果听不懂或不能说主管当局使用的语言就有权获得免费口译协助, 是第1款(c)项所规定的得到听讯权的一个基本要素; 这是第1款(f)项所规定的, 并且得到了一些国家立法的承认。¹⁷⁶这也有些关系到本条草案第1款(a)和(b)项所述的关于收到驱逐决定通知的权利和对该决定提出异议的权利。在这方面, 应注意儿童权利委员会对“儿童在被强行

¹⁷⁵ 非洲人权和民族权委员会, 第212/98号来文, 大赦国际诉赞比亚(Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999(Murray and Evans (eds.), Documents of the African Commission on Human and People's Rights(上文脚注29), 第750和752页)。

¹⁷⁶ 例如, 见法国《外国人入境和逗留以及庇护权法典》, 第L111-8、L221-4、L512-2和L522-2条; 西班牙关于外国人在西班牙的权利和自由及其社会融合的第4/2000号基本法(2000年1月11日), 后经第2/2009号基本法修订(2009年12月11日), 第63.3条; 及瑞典《行政法》(SFS 1986:223), 第8条和《外国人法》(SFS 2005:716), 第13:11条。另见上文提到的秘书处备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10)), 第645段。

¹⁷² 见上文脚注39。

¹⁷³ 消除种族歧视委员会, 第30号一般性建议(见上文脚注144), 第25段。也见委员会关于法国的结论性意见, 1994年3月1日, 《大会正式记录, 第四十九届会议, 补编第18号》(A/49/18), 第144段(上诉权)。

¹⁷⁴ 非洲人权和民族权委员会, 第159/96号来文, 第(20)段(上文脚注29), 第617页。

逐回国籍国时遭到警察的虐待，有时候他们没有得到……口译就被递解出境”的报道所表达的关切。¹⁷⁷对于有关外国人有效地行使其程序权利，免费口译至关重要。在这方面，外国人必须告知主管当局他或她能懂什么语言。然而，获得免费口译协助的权利不应当解释为包括了可能翻译大量文件，或者为该国内所地区或国际上不普遍使用的一种语言提供口译，但条件是可以这样做而不影响听讯的公正性。第1款(f)项采用了《公民及政治权利国际公约》为刑事案规定这一权利的第十四条第三款(己)项的措辞。

(8) 根据一般国际法，驱逐国必须尊重第26条草案第1款规定的程序权利。而且，第2款规定，第1款所列的程序权利不影响法律所规定的其他程序权利或保障。这首先是指驱逐国法律为外国人提供的权利或保障(例如，也许是免费法律服务的权利)，¹⁷⁸这类权利和保障是该国根据国际法有义务在整个驱逐程序中恪守法律而必须尊重的。¹⁷⁹另外，应将第2款解释为保留了拟被驱逐的外国人根据国际法规则可享有的任何其他程序权利，特别是条约所规定的、并对缔约国有拘束力的权利。

(9) 第26条草案第3款关系到领事协助，目的是保障拟被驱逐外国人的权利得到尊重。这一款称外国人有权寻求领事协助，但是这不等于有权获得这一协助。从国际法的角度来说，外国人的国籍国有决定是否向其提供协助的自由，而本条草案没有论及该国国内法上是否存在获得领事协助的权利的问题。同时，驱逐国按照国际法有义务不妨碍外国人行使其寻求领事协助的权利，和不妨碍派遣国在可能的情况下提供这类协助。一些国家的立法也明确地规定了拟被驱逐的外国人寻求领事协助的权利。¹⁸⁰

¹⁷⁷ 儿童权利委员会的结论性意见：西班牙，2002年6月7日(CRC/C/15/Add.185)，第45(a)段。

¹⁷⁸ 关于被驱逐者获得法律援助的权利，除其他外，见欧洲联盟的相关立法，特别是2003年11月25日关于长期居住的第三国国民地位的第2003/109/EC号理事会指令，其中第12条规定：

“……

“4. 驱离决定下达后，长期居住者应可在有关成员国提出司法申诉。

“5. 应以与居住国国民相同的条件，向缺乏充足资源的长期居住者提供司法援助。”(Official Journal of the European Union, No. L 16, 23 January 2004, 第44-53页)。

¹⁷⁹ 见上文第4条草案及其评注。

¹⁸⁰ 见上文提到的秘书处备忘录(A/CN.4/565和Corr.1(上文脚注10))，第631段。另见特别报告员的第六次报告，

(10) 第26条草案第3款所述的领事协助，包含了拟被驱逐的外国人根据关于领事关系的国际法规则可能从国籍国获得的各种形式协助。这些协助基本上反映在1963年4月24日的《维也纳领事关系公约》中。必须根据这些规则确定外国人寻求领事协助的权利与驱逐国在这方面的义务。尤其应当提到该公约关于领事职务的第五条与关于领事官员与派遣国国民通讯的第三十六条。第三十六条第一款第(一)项以非常一般性的措辞保障通讯自由，意味着这是一个充分适用于驱逐程序的保障。另外，大会第40/144号决议所附的《非居住国公民个人人权宣言》第10条以同样一般性的措辞规定了同样的保障。¹⁸¹《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款第(二)项涉及到有人已经被监禁或拘押候审、或受任何其他方式拘禁的情况，要求接受国在有关个人提出请求的情况下通知领事馆，并且告知该人在这方面的权利。第一款(三)项规定，领事官员有权探访派遣国被拘禁的国民。国际法院在不涉及驱逐外国人问题的案件中适用了《维也纳领事关系公约》第三十六条，例如，在拉格朗案与阿韦纳和其他墨西哥国民案中。¹⁸²法院指出，“第三十六条第一款第(二)项规定了接受国对被拘禁者和派遣国所负的义务”¹⁸³并且“从上下文来看，这些规定的明确性没有任何疑问”。¹⁸⁴在2010年11月30日艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案的判决中，法院就以驱逐出境为目的的拘留事项再次审议了这一问题。根据阿韦纳和其他墨西哥国民案的先例，¹⁸⁵法院指出，实施逮捕的国家当局应

主动告知被捕者，他有权要求通知他的领事；被捕者没有提出这一请求的事实，不仅不能作为逮捕国不履行其应承担的告知义务的理由，而且恰好可以由在同一案件中解释为该人尚未被告知他的这一权利这一事实来解释……。另外，被捕者的国籍国领事当局通过其他渠道了解到逮捕情况，并不使对

《2010年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A.CN.4/625和Add.1-2，第373-378段。

¹⁸¹ 这一款规定：“任何外侨应可在任何时候与他具有国民身分的国家的领事馆或外交使团自由联系，如果没有该国领事馆或外交使团，则可与受托在他所居留国家内保护他具有国民身分的国家的利益的任何其他国家的领事馆或外交使团自由联系。”

¹⁸² 拉格朗(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001年国际法院汇编》，第466页及其后，详第489-498页，第64-91段；和Avena和其他墨西哥国民(墨西哥诉美利坚合众国)，判决，《2004年国际法院汇编》，第12页及其后，详第39-57页，第49-114段。

¹⁸³ 拉格朗(见上文脚注182)，第77段。

¹⁸⁴ 同上。

¹⁸⁵ 阿韦纳(见上文脚注182)，第46页，第76段。

“不延迟地”通知该人权利的义务的任何可能违反行为消除。¹⁸⁶

法院指出，刚果民主共和国没有提供“最起码的证据”以证明它所称的自己曾经口头向迪亚洛先生告知他的权利，认为该国违反了《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款第(二)项。¹⁸⁷

(11) 第4款涉及到非法在驱逐国境内短暂停留的外国人。它采用了“不影响”条款的形式，在这种情况下，争取维护驱逐国所有关于驱逐外国人法律的适用。一些国家的国内法规定了驱逐非法居于境内的外国人的简化程序。在这些程序中，这类外国人通常甚至无权对驱逐提出异议，更不用说第1款中所列的、旨在落实这一权利的程序权利。尽管如此，作为逐渐发展国际法的工作，委员会认为，甚至非法居于驱逐国的外国人，如果住满最低的期限，也应当享有第1款所列的程序权利。根据某些国家的法律，这个期限不得超过六个月。¹⁸⁸

第 27 条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力

当存在着造成严重的不可挽回损害的真实危险时，合法在驱逐国境内的拟被驱逐的外国人提出的上诉对驱逐决定具有暂停执行的效力。

评注

(1) 第27条草案规定，合法居住在驱逐国境内的外国人提起的上诉对驱逐决定具有暂停执行的效力，这一点是国际法的逐渐发展。在这一问题上的国家实践不够统一或一致，在现有法律中还构不成这么一项一般国际法规则的基础，这样的规则是：当拟被驱逐的外国人面对真实的严重的不可挽回的损害危险时，对于驱逐决定提出的上诉具有暂停执行的效力。

(2) 然而在一条草案中规定这一暂停执行的效力还是有必要的。对于暂停执行的效力给予支持的理由之一，当然是在于这一事实：考虑到返回的潜在障碍，包括经济性质的障碍，除非暂停执行驱逐决定，否则一项上诉很可能无效，特别是出于经济原因的

遣返。这些障碍是在中间的阶段必须按驱逐令离开缔约国领土的外国人可能面临的障碍，但驱逐令的非法性只有在其离境后才能确定。

(3) 在这方面，令人感兴趣的是欧洲人权法院关于上诉对执行驱逐决定的效力的立场。尽管法院承认缔约国在这方面享有任意裁量权，但指出，如果有关措施具有潜在的不可逆效果，就不应在本国当局确定其是否符合《欧洲人权公约》之前执行。例如，在 *Čonka* 诉比利时案中，法院认为该公约第13条遭到违反：

法院认为，第13条规定的有效补救措施的概念要求此种补救措施可防止有违《公约》且可能产生不可扭转的影响的措施得以执行……。因此，在国家当局审查此类措施是否符合《公约》规定前便予以执行，这有违第13条，尽管缔约国在以何种方式履行此项规定所述义务方面有一定的酌处权。¹⁸⁹

(4) 也许还可以提及的是，欧洲委员会议会大会建议，从欧洲委员会成员国驱逐出境的外国人应当有权提出具有暂停执行效力的上诉，并且应当在驱逐决定作出之日起三个月之内审理这一上诉：

关于驱逐：

……

2. 把外国人从欧洲委员会成员国领土驱逐出境的任何决定都受具备暂停效力的上诉的制约；

3. 如果对驱逐提出上诉，应在原来的驱逐决定之日起3个月内完成上诉程序。¹⁹⁰

在这方面，令人感兴趣的是，议会大会同样认为，无合法居住权的外国人也有权上诉：

惟有出于除政治或宗教以外的具体法律理由，才能将没有有效居留许可的外国人驱离成员国领土。这样的外国人应有权和有机会在被驱离前向独立的上诉当局提出上诉。应研究他是否还有权再将其案子提交法官审理，或是作为前项的替代选择将其案件提交法官审理。他应被告知其权利。如果他向法院或高级行政当局提出申诉，那么，只要尚未结案，就不得被驱离；

对于持有有效居留许可者，惟有依据法院最终命令，才能将其驱逐出成员国领土。¹⁹¹

¹⁸⁶ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛，2010年11月30日的判决（见上文脚注13），第672页，第95段。

¹⁸⁷ 同上，第673页，第96-97段。

¹⁸⁸ 见特别报告员第六次报告有关这一点的讨论，《2010年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A.CN.4/625和Add.1-2，第293-316段。

¹⁸⁹ *Čonka* 诉比利时（见上文脚注63），第79段。另见A.C.等诉西班牙，申请号6528/11，2014年4月22日的判决，欧洲人权法院，第88段。

¹⁹⁰ 欧洲委员会议会大会，第1624(2003)号建议，关于移民和庇护的共同政策，2003年9月30日，第9段（可获自<http://assembly.coe.int>）。

¹⁹¹ 欧洲委员会议会大会，关于外国人法律地位的第769(1975)号建议的附录，1975年10月3日，附录（可作为欧

委员会没有走这么远。

第 28 条 个人申诉国际程序

拟被驱逐的外国人应能够诉诸个人向主管国际机构提出申诉的任何现有程序。

评注

第 28 条草案的目的是说明，在某些情况下，拟被驱逐的外国人可以向主管国际机构提出个人申诉。有关的个人申诉程序主要是那些根据各种普遍和区域人权文书设立的程序。

第五部分

驱逐的法律后果

第 29 条 重新准入驱逐国

1. 如果一个主管当局确定驱逐非法，被一国驱逐的合法在该国境内的外国人有权重新准入驱逐国，除非其返回对国家安全或公共秩序构成威胁，或按照驱逐国的法律该外国人已不再符合入境条件。

2. 在任何情况下，先前的非法驱逐决定不得被用来阻止该外国人重新获准入境。

评注

(1) 第 29 条草案规定，作为一种逐渐发展的做法，在符合某些条件时，因非法驱逐不得离开一国领土的外国人有权重新进入驱逐国境内。尽管可以在一些国家的立法中¹⁹²，甚至在国际层面¹⁹³发现这种权利（基于各种条件），但是实践似乎不足以证明实在法中存在着重新准入的权利，且将此权利视为

洲委员会成员国统一的关于外国人的法律的依据的原则），第 9-10 段（可获自 [http://assembly.coe.int, Documents](http://assembly.coe.int/Documents)）。

¹⁹² 例如，见法国《外国人入境和逗留以及庇护权法典》，第 L524-4 条。

¹⁹³ 美洲人权委员会在涉及任意驱逐一名外国神父的案件中实际上承认存在此项权利，该委员会的决议说：

“建议危地马拉政府：(a) 如果 Carlos Stetter 神父希望，准许他返回危地马拉，并在该国境内居住；(b) 调查所报行为并惩处应为此种行为负责的人；(c) 在 60 天之内将其为执行上述建议而采取的措施通知委员会”（美洲人权委员会，第 30/81 号决议，案号 7378（危地马拉），1981 年 6 月 25 日，*Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc.9 rev.1, 16 October 1981, 第 63 页）。

被非法驱逐的外国人的一项个人权利。

(2) 即使从逐渐发展的角度来看，委员会对于拟定此类权利也保持谨慎。因此，第 29 条草案仅涉及被一国非法驱逐的合法在该国境内的外国人，而且仅适用于主管当局已经确定驱逐为非法，且驱逐国无法有效援引本条草案中所述理由拒绝准许该外国人重新入境的情形。

(3) 条款草案中限定驱逐的形容词“非法”系指一切违反国际法规则的驱逐，但仍必须根据《公民及政治权利国际公约》第十三条作规定、第 4 条草案又加以重申的原则进行解释，即只有按照依法作出的决定，亦即主要按照依驱逐国国内法作出的决定才可以驱逐外国人。

(4) 根据第 29 条草案，只有在驱逐国当局或一个有此权限的法院或法庭等国际机构在具有约束力的决定中认定驱逐非法的情况下，重新准入的权利才适用。如果在作出之时曾为非法的驱逐决定现为主管当局认定为已经依法修正为合法，则这样的判定便不存在。委员会认为，不宜规定只有在非法驱逐决定已撤销时才承认此项权利，因为原则上只有驱逐国当局才有权撤销这样的决定。第 29 条草案的措辞也涵盖了未通过正式决定，也即通过可归因于驱逐国的行为发生驱逐的情况。¹⁹⁴ 尽管如此，第 29 条草案规定必须先由主管当局认定驱逐为非法才能有重新准入的权利，这样就避免在这种情形下给予外国人自行判断其所受驱逐是否合法的权利。

(5) 不应认为第 29 条草案赋予国际机构的决定超出机构创建文书条款规定的法律效力之外的效力。它仅作为一个逐渐发展的做法而且是在独立的基础之上承认重新准入驱逐国的权利，该权利的存在除其他外，取决于原先作出的具有约束力的关于驱逐为非法的决定。

(6) 本条草案明确指出，若重新准入对国家安全或公共秩序构成威胁，或出于其他任何原因该外国人已不再符合驱逐国法律规定的入境条件，驱逐国保留拒绝被非法驱逐的外国人重新入境的权利。有必要允许重新准入时的这种例外情况，以便在就当事外国人的重新准入做出决定时，在被非法驱逐的外国人的权利和驱逐国依照所执行的法律规定控制外国

¹⁹⁴ 关于这一点，见上文第 10 条草案，其中禁止一切形式的变相驱逐。

人入境的权力之间保持公正的平衡。第29条草案提及最后例外情况的目的是要考虑到某些情况下，向该外国人签发入境签证或居留许可证所依据的情况或事实也许不再存在。然而，国家必须出于善意地行使其评估重新准入条件的权力。例如，驱逐国某些法律规定使得先前存在的但后来显示为非法的单纯驱逐决定成了重新入境的障碍，但驱逐国无权依据这种法律规定拒绝外国人重新入境。这一限制措施体现在第29条草案第2款中，该款规定：“在任何情况下，先前的非法驱逐决定不得被用来阻止该外国人重新获准入境。”这种表述借鉴了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第22条第5款的措辞。¹⁹⁵

(7) 最后，第29条草案所拟订的重新入境权利不影响关于国家对国际不法行为的责任的法律制度，第30条草案提到了这一点。尤其是关于国际不法行为赔偿问题的法律规则在驱逐外国人的情形下仍然适用。

第30条 国家在非法驱逐情况下的责任

违反本条款草案或国际法任何其他规则为驱逐国规定的义务驱逐外国人引起该国的国际责任。

评注

(1) 无可争议的是，违反国际法规则的驱逐引起驱逐国对国际不法行为的国际责任。关于这一点，第30条草案应结合国家对国际不法行为的责任条款第二部分来读。¹⁹⁶第二部分载述了国家国际责任的内容，包括涉及驱逐外国人的内容。¹⁹⁷

(2) 关于国家责任的条款第31条指出了国家对国际不法行为造成的损害提供充分赔偿这一根本原

则，¹⁹⁸而第34条¹⁹⁹规定了各种赔偿方式，即恢复原状（第35条）、补偿（第36条）和抵偿（第37条）。非法驱逐案例中关于赔偿的判例尤为丰富。²⁰⁰

(3) 有时也选择以外国人返回驱逐国的方式恢复原状作为一种赔偿方式。关于这一点，首任国际责任问题特别报告员加西亚·阿马多尔先生指出：“在任意驱逐出境的情况下，所给予的抵偿的形式是撤销驱逐令并让被驱逐者返回。”²⁰¹在这方面，他提及的是 *Lampton* 和 *Wiltbank* 两案（事关1894年被驱逐出尼加拉瓜的两名美国公民）和也被驱逐出尼加拉瓜的四名英国国民的案件。²⁰²美洲人权委员会在涉及任意驱逐一名外国神父的案件中命令让被非法驱逐出境者返回。²⁰³

(4) 补偿是对非法驱逐出境给被驱逐的外国人或国籍国所致损害的一种公认的赔偿手段。无可争议的是，应予赔偿的损害既包括物质损害也包括精

¹⁹⁸ 第31条（赔偿）案文如下：“1. 责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿；2. 损害包括一国国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害或精神损害”（同上，第104页）。

¹⁹⁹ 第34条（赔偿方式）案文如下：“充分赔偿国际不法行为造成的损害，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式”（同上，第109页）。

²⁰⁰ 例如，见 *Paquet*（驱逐），比利时—委内瑞拉混合索赔委员会，1903年（上文脚注28），第323–325页（仲裁人 *Filtz*）；*Oliva*，意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903年（上文脚注28），第600–609页；*Maal*，荷兰—委内瑞拉混合索赔委员会，1903年（上文脚注28），第730–733页；*Daniel Dillon*（美国）诉墨西哥合众国，1928年10月3日的裁决，墨西哥—美国一般索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第368–371页；*Yeager* 诉伊朗伊斯兰共和国，1987年11月2日的裁决（上文脚注28），第92–113页；*Moustaquim* 诉比利时，1991年2月18日的判决（案情和公正抵偿）（上文脚注29）；以及 *Čonka* 诉比利时（上文脚注63）。

²⁰¹ 特别报告员 F. V. 加西亚·阿马多尔关于国家责任的第六次报告（国家对其领土内的外国人或其财产造成损害所须承担的责任——损害赔偿），《1961年……年鉴》[英]，第二卷，文件 A/CN.4/134 和 Add.1，第26页，第99段。

²⁰² 同上，脚注159。Moore 在 *A Digest of International Law*, vol. IV（上文脚注121），第99–101页中也提到这些案件。*Lampton* 和 *Wiltbank* 被尼加拉瓜政府驱逐出境，后来应美国的要求，又获准返回尼加拉瓜。对于四名英国国民，英国要求“无条件撤销驱逐令”，尼加拉瓜答复说“没有必要撤销驱逐令，因为所有参加米斯基托岛叛乱被判有罪的人都已经得到赦免”（同上，第101页）。

²⁰³ “美洲人权委员会决议：……3. 建议危地马拉政府：a) 如果 Carlos Stetter 神父希望，准许他返回危地马拉，并在该国境内居住；b) 调查所报行为并惩处应为此种行为负责的人；c) 在60天之内将其为执行上述建议而采取的措施通知委员会”（第30/81号决议，案号7378（危地马拉）（见上文脚注193））。

¹⁹⁵ 这一条款的规定如下：“已经执行的驱逐判决如其后予以取消，当事人应有权依法要求赔偿，而以前的判决不得被用来阻止当事人再次进入有关国家。”*

¹⁹⁶ 见《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第99–132页。

¹⁹⁷ 见委员会对国家对国际不法行为的责任条款的总评注第(5)段，同上，第36页。

神损害。²⁰⁴美洲人权法院在赔偿权利方面采取了一个新办法,将生活计划被打断纳入人权遭受侵犯的受害者所遭受的损害范畴。²⁰⁵

若干仲裁庭曾经裁定赔偿被非法驱逐出境的外国人的损失。在*Paquet*案中,仲裁人认为,鉴于委内瑞拉政府将*Paquet*先生驱逐出境的任意性,应为驱逐出境对他直接造成的损害,向他提供赔偿:

各国的一般做法是,如经被驱逐者的政府提出要求,应向其提出说明,如果拒绝提出这种说明,像目前审理案件的情况一样,可以将驱逐出境视为任意行为,应给予赔偿,而本案中这种情节尤其严重,因为根据《委内瑞拉宪法》,行政部门的权限不包括禁止政府怀疑足以妨害公共秩序的定居外国人进入国家领土或将其驱逐出国家领土的权力;

此外,索赔的数目似乎并不过分——

兹裁决*Paquet*先生的这项要求可以得到赔偿金4 500法郎。²⁰⁶

在*Oliva*案中,仲裁人也裁定给予赔偿,以弥补终止一项特许权所造成的损失,尽管这些损失只限于与该名外国人为了取得合同而承担的支出和所花时间有关的损失。²⁰⁷委员Agnoli认为,驱逐出境的任意性质本身就是要求赔偿的正当理由:

除了因为上述无理毁约造成的损失可能应该得到的任何数额之外,还应该同意给予至少40 000玻利瓦尔的一笔赔偿金,因为毫无疑问,纵使他没有取得该项特许权,单单将他任意驱逐出境就可以作为要求赔偿的充分理由。²⁰⁸

在其他案件中,引起赔偿的是驱逐出境的非法执行

²⁰⁴ 关于这个问题,例如,见*Emre*诉瑞士,申请号42034/04,2008年5月22日的判决,第一庭,欧洲人权法院,或“*Mapiripán*大屠杀”诉哥伦比亚,2005年9月15日的判决,美洲人权法院, Series C, No. 134; 以及*Pueblo Bello*诉哥伦比亚,2006年11月25日的判决,美洲人权法院, Series C, No. 159。在这方面,另见国际法院于2012年6月19日对艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)(赔偿)的判决,《2012年国际法院汇编》,第324页及其后,下文在本条款草案的评注第(6)段中进行了讨论。

²⁰⁵ 除其他外,见美洲人权法院下述案件的判决:*Loayza Tamayo*诉秘鲁,1998年11月27日的判决(赔偿和费用), Series C, No. 42, 第144–154段; *Cantoral Benavides*(《美洲人权公约》第63.1条),2001年12月3日的判决(赔偿), Series C, No. 88, 第60和80段; 及*Gutiérrez Soler*诉哥伦比亚,2005年9月12日的判决(案情、赔偿和费用), Series C, No. 132, 第87–89段。

²⁰⁶ *Paquet*(驱逐),比利时—委内瑞拉混合索赔委员会,1903年(见上文脚注28),第325页。

²⁰⁷ *Oliva*,意大利—委内瑞拉混合索赔委员会,1903年(见上文脚注28),第607–609页(仲裁人Ralston),其中载有该案计算损失的详细办法。

²⁰⁸ *Oliva*(见上文脚注28),第602页(Agnoli,委员)。

方式(包括在递解出境之前拘留的时间和状况)。在*Maal*案中,仲裁人裁定因为索赔人曾遭受苛刻的待遇,应赔偿他的损失。鉴于执行递解的人员并未受到惩罚,仲裁人认为赔偿的数额必须够多,以便有责任的国家“表示了解”对索赔人施加的“侮辱”:

仲裁人曾受教导,应将别人的身体视为神圣,非经其同意,不得在愤怒中或无缘无故对其身体有丝毫碰触,如有此种举动,即视为一种攻击,必须按照这种攻击的本意和性质以及被攻击者所代表的男子气概,给予适当的赔偿……既然毫无证据或迹象表示负责委内瑞拉政府这个重要职务的人员已经受到训斥,处罚或撤职,该国政府唯一能够对一个自主和友好国家的这个公民表示遗憾并履行责任的方法是以金钱的补偿方式对这件事作出赔偿。这项赔偿必须有足够的数额,以表示它了解对这个公民施加的侮辱并十分希望充分履行这个义务。

仲裁人认为,单单因为这些侮辱,即应判决被告政府支付,并由原告政府为索赔人的利益并代表索赔人接受五百美元,以美利坚合众国的金币支付,或按支付日期当天折换率以等值银币支付;并可据此将判决登录备案。²⁰⁹

在*Daniel Dillon*(美国)诉墨西哥合众国案中,裁决支付赔偿以弥补索赔人因被长期拘留和拘留期间的条件而遭受的虐待:

但是,索赔人被长期拘留并禁止与外界接触,而且未被告知为何目的而被拘禁,委员会认为,这构成与逮捕的目的不相符的一种虐待和痛苦,而且达到如此程度,使墨西哥合众国依国际法必须承担责任。兹裁决应支付一笔赔偿金,其数额可适当定为2 500美元,无利息。²¹⁰

在*Yaeger*诉伊朗伊斯兰共和国案中,伊朗—美国索赔法庭裁定补偿索赔人(a)因为没有足够时间离开该国而不得不舍弃的私人财物的损失;²¹¹(b)在机场被“革命委员会”没收的钱。²¹²

有些案例中,欧洲人权法院判给一笔钱,以补偿非法驱逐出境造成的非金钱损失。在*Moustaquim*诉比利时案中,法院驳回了以违反《欧洲人权公约》第8条的一次驱逐出境造成收入的损失为理由提出的赔偿要求。在这方面,法院指出该项违法行为与声称的收入损失之间没有因果关系。但是,法院根据公平原则,

²⁰⁹ *Maal*,荷兰—委内瑞拉混合索赔委员会,1903年(见上文脚注28),第732–733页(仲裁人Plumley)。

²¹⁰ *Daniel Dillon*(美国)诉墨西哥合众国,1928年10月3日的裁决,墨西哥—美国一般索赔委员会(见上文脚注200),第369页。

²¹¹ *Yeager*诉伊朗伊斯兰共和国,1987年11月2日的裁决(上文脚注28),第107–109页,第51–59段。

²¹² 同上,第110页,第61–63段。

裁定给申诉人10万比利时法郎，以赔偿他必须离开家庭和朋友住在一个举目无亲的国家里所造成的非金钱损失。²¹³在*Čonka*诉比利时案中，欧洲人权法院判给1万欧元，以赔偿一次递解出境造成的非金钱损失，该次递解出境违反《欧洲人权公约》第5条第(1)款和第(4)款(享有自由和安全的权利)，该公约第四议定书第4条(禁止集体驱逐出境)以及该公约第13条(获得有效救济的权利)与第四议定书第4条的连带规定。²¹⁴

(5) 关于国家责任的条款第37条处理了抵偿这种赔偿方式。²¹⁵在非法驱逐出境，尤其是驱逐令尚未执行的情况下，很可能采用这种赔偿方式。这种案例中，欧洲人权法院认为，以一项判决确定驱逐令为非法，是一种适当的抵偿方式，因此避免判罚赔偿非金钱损失。在这方面可以注意*Beldjoudi*诉法国案、²¹⁶*Chahal*诉联合王国案²¹⁷和*Ahmed*诉奥地利案。²¹⁸在这方面，可以回顾委员会自己在关于国家责任的条款第37条的评注中指出：“遇有对国家造成精神或非物质损害的情况，最常用的抵偿方式之一是由主管法院或法庭宣布该行为非法。”²¹⁹关于以抵偿作为赔偿方式，应该再次指出的是，美洲人权法院并不局限于判决为非法驱逐的受害者提供补偿，它认为“国

²¹³ *Moustaquim*诉比利时，1991年2月18日的判决(案情和公正抵偿)(见上文脚注29)，第52-55段。

²¹⁴ *Čonka*诉比利时(见上文脚注63)，第42页及其后。

²¹⁵ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第120-123页。

²¹⁶ *Beldjoudi*诉法国，申请号12083/86，判决(案情和公正抵偿)，1992年3月26日，欧洲人权法院，*Series A*, No. 234，第30页，第86段：“申诉人必定蒙受非金钱的损失，但本判决在这方面给予他们足够的补偿”。法院补充说，“将*Beldjoudi*先生递解出境的决定[如果]执行”，将违反公约第8条(执行部分第1段)。

²¹⁷ *Chahal*诉联合王国(见上文脚注29)，第158段：“本院断定并未发生违反第5条第1款规定的情况……，因此，本院对*Chahal*先生在拘留中度过的那段时间，不给予非金钱损失的赔偿。至于其他的控诉，本院认为，裁决将他递解出境一事，如果执行，将构成违反第3条的行为，并裁决已经发生违反第5条第4款和第13条的情况，这两项裁决构成足够的合理补偿。”

²¹⁸ *Ahmed*诉奥地利，1996年12月17日的判决(见上文脚注29)。法院拒绝收入损失的索赔要求，因为声称的损失与法院有关公约第3条的结论没有关联(第50段)。法院接着说：“本院认为申诉人必定蒙受非金钱的损失，但本判决在这方面给予他足够的补偿”(第51段)。法院最后认为：“只要申诉人面临在索马里遭受违反公约第3条的待遇的实际危险，如果执行将他递解到该国的决定，将违反该条的规定”(执行部分第2段)。

²¹⁹ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第122页，第37条的评注第(6)段。

家必须做出的补偿一定要包括有效调查事实[和]惩处所有责任人”。²²⁰

(6) 国际法院在艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案2010年11月30日的判决中处理了有关驱逐外国人的国际不法行为的赔偿问题：

法院已得出结论，刚果民主共和国违反了其根据《公民及政治权利国际公约》第九条和第十三条、《非洲人权和民族权宪章》第6条和第12条及《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款第(二)项承担的义务……，法院现在要根据[几内亚最后提交的材料]，裁定这些引发……[刚果民主共和国的]国际责任的国际不法行为造成了何种后果。²²¹

回顾关于赔偿的法律制度之后，依据以下两项原则：常设国际法院在霍茹夫工厂案中确立的原则——赔偿必须尽可能“消除非法行为的一切后果并重建该行为若未发生则很可能存在的局面”²²²，和近期乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)中回顾的原则——赔偿可以采用“补偿或抵偿的方式，甚至可同时采用这两种方式”，²²³法院指出：

鉴于本案之情形，特别是被违反的人权义务的根本性质和[几内亚要求]以补偿的方式进行赔偿，法院认为，除就侵犯人权行为得出司法结论之外，必须采用补偿的方式为迪亚洛先生遭受的伤害向几内亚做出赔偿。²²⁴

法院随后于2012年6月19日就刚果民主共和国应向几内亚共和国支付的补偿问题下达了判决。²²⁵法院判定因迪亚洛先生由于可归于刚果民主共和国的非法行为造成的非物质损害，几内亚共和国得到85 000美元的补偿，²²⁶而且在公平考虑的基础上，另判支付10 000美元，补偿迪亚洛先生所称的个人财产损失。²²⁷但是法院因证据不足驳回了迪亚洛先生要求补偿其所称拘留期间和非法驱逐后承受的薪酬损失的

²²⁰ *Bámaca Velásquez*诉危地马拉，2002年2月22日的判决(赔偿和费用)，美洲人权法院，*Series C*, No. 91，第73段；另见第106段。

²²¹ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛，2010年11月30日的判决(见上文脚注13)，第691页，第160段。

²²² 霍茹夫工厂，1928年9月13日的第13号判决(案情)，常设国际法院，A辑，第17号，第47页。

²²³ 乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010年国际法院汇编》，第14页及其后，第103-104页，第273段。

²²⁴ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛，2010年11月30日的判决(见上文脚注13)，第691页，第161段。

²²⁵ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛，补偿，2012年6月19日的判决(见上文脚注204)，第324页。

²²⁶ 同上，第333-335页，第18-25段。

²²⁷ 同上，第335-338页和第343页，第26-36段和第55段。

请求。²²⁸法院在判决中一般性地处理了关于补偿条件和方式的几点问题，包括不法行为和损害之间的因果关系、损害（包括非物质损害）的评估和非物质损害的证据。

第31条 外交保护

拟被驱逐的外国人的国籍国可就该外国人行使外交保护。

评注

(1) 第31条草案涉及外交保护制度，国际法中就此已有久已确立的法律制度。无可争议的是，在

²²⁸ 同上，第338-342页，第37-50段。

符合国际法规则规定的条件的前提下，拟被驱逐的外国人的国籍国能够为其公民行使外交保护。这些规则大部分都体现在委员会2006年通过的关于外交保护的条款中，条款被收入2007年12月6日大会第62/67号决议附件。²²⁹

(2) 国际法院在2007年关于艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛案初步反对意见的判决中重申了在驱逐外国人的情形下行使外交保护的两个基本条件，即存在国籍联系和已然用尽国内补救办法。²³⁰

²²⁹ 关于外交保护的条款草案及其评注，见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第49-50段。

²³⁰ 艾哈迈杜·撒迪奥·迪亚洛（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，详第599页，第40段。

第五章

发生灾害时的人员保护

A. 导言

46. 从第六十届会议(2008年)至第六十五届会议(2013年),委员会根据特别报告员提交的六次报告对本专题进行了审议,²³¹这些报告除其他外,分别处理了所涉及的主要法律问题,本专题的属事理由、属人理由和属时理由范围,在本专题范围内所用的“灾害”的定义,合作的基本义务,发生灾害时人员保护工作所基于的各项原则,受灾国的作用问题,受灾国在灾害超过其国家应对能力时寻求援助的责任,受灾国不得任意拒绝外来援助的义务,国际社会提议援助的权利,对提供援助规定的条件,终止援助的问题,发生灾害时的人员保护所涉及的预防问题(包括减少灾害风险、将预防视为国际法原则、预防方面的国际合作)。委员会还收到了秘书处的一份备忘录,²³²主要侧重自然灾害,概述了适用于灾害预防和救灾援助及在发生灾害时对人员保护各个方面的现有法律文书和案文。委员会还收到了人道协调厅和红十字与红新月联会对委员会2008年向它们提出的问题所提交的书面答复。

47. 在第六十二届会议(2010年)期间,委员会暂时通过了第1条草案(范围)、第2条草案(宗旨)、第3条草案(灾害的定义)、第4条草案(与国际人道法的关系)和第5条草案(合作的义务)。²³³在第六十三届会议(2011年)期间,委员会暂时通过了第

²³¹ 《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/598(初步报告)；《2009年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/615(第二次报告)；《2010年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/629(第三次报告)；《2011年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/643(第四次报告)；《2012年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/652(第五次报告)；和《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/662(第六次报告)。

²³² A/CN.4/590和Add.1-3(油印件；可获自委员会的网站，第六十届会议文件)。最终文本将转载于《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分)的增编。

²³³ 《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第330段。

6条草案(应对灾害的人道主义原则)、第7条草案(人的尊严)、第8条草案(人权)、第9条草案(受灾国的作用)、第10条草案(受灾国寻求援助的责任)和第11条草案(受灾国对外部援助的同意)。²³⁴在第六十五届会议(2013年)期间,委员会暂时通过了第5之二条草案(合作的形式)、第5之三条草案(减少灾害风险的合作)、第12条草案(提议援助)、第13条草案(对提供外部援助规定条件)、第14条草案(便利外部援助)、第15条草案(终止外部援助)和第16条草案(减少灾害风险的义务)。²³⁵

B. 本届会议审议此专题的情况

48. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员的第七次报告(A/CN.4/668和Add.1),报告处理了保护救灾人员及其设备和物资的问题,提出了建议的第14之二条草案(保护救灾人员、设备和物资)。²³⁶报告还考虑了正在拟订的本条款草案与其他规则的关系,提出了下述几条建议的草案:第17条草案(与国际法特别规则的关系)、²³⁷第18条草案(与本条款草案未明文规定的灾害情况有关的事项)²³⁸和第19条草案(与《联合国宪章》的关系)。²³⁹报告还提出了建议的

²³⁴ 《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第289段。

²³⁵ 《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第62段。

²³⁶ 第14之二条草案如下：

“保护救灾人员、设备和物资

“受灾国须采取一切必要措施，确保为提供外部援助目的而在该国领土内的救灾人员、设备和物资得到保护。”

²³⁷ 第17条草案如下：

“与国际法特别规则的关系

“本条款草案若与发生灾害时适用的国际法特别规则不符，则不适用。”

²³⁸ 第18条草案如下：

“与本条款草案未明文规定的灾害情况有关的事项

“关于与灾害情况有关的事项，在本条款草案没有明文规定的情况下，仍应遵守适用的国际法规则。”

²³⁹ 第19条草案如下：

“与《联合国宪章》的关系

“本条款草案不妨碍《联合国宪章》。”

第3之二条草案(用语)。²⁴⁰

49. 委员会在2014年5月5日至8日其第3198至3201次会议上审议了第七次报告。

50. 在其第3201次会议上,委员会将第3之二、14之二、17、18和19条草案转交起草委员会。

51. 在2014年5月30日其第3213次会议上,委员会审议并通过了起草委员会关于第1[1]至第21[4]条草案的报告。委员会因此一读通过了一套共21条的发生灾害时的人员保护条款草案(下文C.1节)。

52. 在2014年8月5日和6日其第3238和第3239次会议上,委员会一读通过了发生灾害时的人员保护条款草案的评注(下文C.2节)。

53. 在2014年8月6日其第3239次会议上,委员会按照其《章程》第16至第21条作出决定,通过秘书长将条款草案(见下文C节)发送给各国政府、主管国际组织、红十字国际委员会和红十字与红新月联合会征求评论和意见,同时请它们将这些评论和意见在2016年1月1日之前提交给秘书长。委员会还表示,欢迎人道协调厅和减灾办在同一日期之前也就条款

²⁴⁰ 第3之二条草案如下:

“用语

“为本条款的目的:

“(a) ‘受影响国’是指境内人员或财产受灾害影响的国家;

“(b) ‘援助国’是指应受影响国请求或为受影响国所接受向该受影响国提供援助的国家;

“(c) ‘其他援助行为体’是指受影响国以外参与减少灾害风险或提供救灾援助的国际组织、非政府组织或任何其他实体或人员;

“(d) ‘外部援助’是指援助国或其他援助行为体为防灾或减轻灾害后果或满足受灾害影响的人的需求向受影响国提供的救灾人员、设备和物资以及服务;

“(e) ‘设备和物资’包括供应品、工具、机器、经过特别训练的动物、食品、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物、床具、车辆以及提供救灾援助所需及受灾者生存和满足基本需要必不可少的其他物件;

“(f) ‘相关非政府组织’是指除国家、政府组织或政府间组织之外的任何组织,包括私有和公司实体,由于其性质、地点或知识专长,以公正的工作方式和纯粹的人道主义动机参与减少灾害风险或提供救灾援助工作;

“(g) ‘救灾人员’是指酌情代表援助国和其他援助行为体参与提供救灾援助工作并掌握必要设备和物资的包括军事人员在内的专业人员;

“(h) ‘灾害风险’是指灾害对人类生命或健康、生计、财产和经济活动可能造成的危害性后果或损失或对环境可能造成的破坏。”

草案提出评论和意见。

54. 在2014年8月6日其第3239次会议上,委员会向特别报告员爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生表示感谢,由于他的杰出贡献,委员会得以圆满结束了对发生灾害时的人员保护条款草案的一读。

C. 委员会一读通过的发生灾害时的人员保护条款草案案文

1. 条款草案案文

55. 委员会一读通过的发生灾害时的人员保护条款草案案文载录如下。

发生灾害时的人员保护

第1[1]²⁴¹条 范围

本条款草案适用于发生灾害时的人员保护。

第2[2]条 宗旨

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

第3[3]条 灾害的定义

“灾害”是指造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、或大规模的物质或环境损害,从而严重扰乱社会运转的一个灾难性事件或一系列事件。

第4条 用语

为本条款草案的目的:

(a) “受灾国”是指在其领土内或在其管辖或控制下人员、财产或环境受到灾害影响的国家;

(b) “援助国”是指应受灾国请求或在得到其同意的情况下向受灾国提供援助的国家;

(c) “其他援助方”是指应受灾国请求或在得到其同意的情况下向受灾国提供援助的主管政府间组织、有关非政府组织或受灾国以外的任何其他实体或个人;

(d) “外部援助”是指援助国或其他援助方为救灾援助或减少灾害风险而向受灾国提供的救灾人员、设备和物资及服务;

(e) “救灾人员”是指援助国或其他援助方为提供救灾援助或减少灾害风险而派遣的民事或军事人员;

²⁴¹ 委员会先前暂时通过的条款草案编号列于方括号内。

(f) “设备和物资”是指为救灾援助或减少灾害风险提供的用品、工具、机器、经过专门训练的动物、食品、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物、铺盖用品、车辆和其他物品。

第 5[7] 条 人的尊严

应对灾害时，各国、主管政府间组织和有关非政府组织应尊重和保护人的固有尊严。

第 6[8] 条 人权

灾民有权得到对其人权的尊重。

第 7[6] 条 人道主义原则

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

第 8[5] 条 合作的义务

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，以及与有关非政府组织合作。

第 9[5 之二] 条 合作的形式

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。

第 10[5 之三] 条 减少灾害风险的合作

合作应扩展至采取旨在减少灾害风险的措施。

第 11[16] 条 减少灾害风险的义务

1. 每一国应通过采取必要和适当的防灾、减灾和备灾措施，包括通过制订法律和规章，减少灾害风险。
2. 减少灾害风险的措施包括开展风险评估、收集和传播风险和以往损失信息、安装和操作预警系统。

第 12[9] 条 受灾国的作用

1. 受灾国由于其主权，有责任在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助。
2. 受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。

第 13[10] 条 受灾国寻求外部援助的责任

如所遭受的灾害超过了国家的应对能力，受灾国有责任酌情从其他国家、联合国、其他主管政府间组织和有关非政府组织寻求援助。

第 14[11] 条 受灾国对外部援助的同意

1. 提供外部援助需要征得受灾国的同意。
2. 受灾国不得任意拒绝外部援助。
3. 对按照本条款草案提出的援助提议，受灾国只要有可能，应告知就该援助提议作出的决定。

第 15[13] 条 对提供外部援助规定条件

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

第 16[12] 条 提议外部援助

在应对灾害时，各国、联合国、其他主管政府间组织有权向受灾国提议援助。有关非政府组织也可向受灾国提议援助。

第 17[14] 条 便利外部援助

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

(a) 对于民事救灾人员和军队救灾人员，在诸如特权和豁免、签证和入境要求、工作许可证、通行自由等方面提供便利；以及

(b) 对于设备和物资，在诸如海关要求和关税、征税、运输以及处置等方面提供便利。

2. 受灾国应确保其有关法律和规章容易查阅，从而便利遵守国内法。

第 18 条 保护救灾人员、设备和物资

受灾国应采取适当措施，确保为提供外部援助目的而在该国境内的救灾人员、设备和物资得到保护。

第 19[15] 条 终止外部援助

受灾国和援助国以及适当时其他援助方，应就终止外部援助和终止的方式进行磋商。希望终止援助的受灾国、援助国或其他援助方应发出适当的通知。

第 20 条 与国际法特别规则或其他规则的关系

本条款草案不影响发生灾害时适用的国际法特别规则或其他规则。

第 21[4] 条 与国际人道法的关系

本条款草案不适用于可适用国际人道法规则的情况。

2. 条款草案案文及其评注

56. 委员会一读通过的灾害时的人员保护条款草案案文及其评注载录如下。这个案文综合了委员会迄今为止通过的评注，包括对先前通过的评注作出的修改和增补及委员会第六十六届会议通过的评注。

发生灾害时的人员保护

第1[1]²⁴²条 范围

本条款草案适用于发生灾害时的人员保护。

评注

(1) 第1[1]条草案确立了本条款草案的范围，并沿用了本专题标题的说法。第1[1]条草案确立本条款草案方向基本上是侧重于生命、福祉和财产受灾害影响的那些人的保护。因此，正如第2[2]条草案所确立的，侧重点是便利对灾害作出应对，以便充分和有效地满足有关人员的基本需要，同时充分尊重他们的权利。

(2) 本条款草案从属事理由出发，涉及了受灾国对其境内或受其管辖或控制的人员（无论其国籍）所具有的权利和义务以及第三国、国际组织和有能力合作的其他实体特别是在提供救灾援助方面的权利和义务。这种权利和义务据理解围绕两个轴线适用：各国相互之间的权利和义务，各国相对于需要保护的人员的权利和义务。虽然侧重点是前者，但条款草案也一般地考虑了国际法所规定的受灾者个人的权利。此外，正如第3[3]条草案所说的，本条款草案不限于任何特定类型的灾害。

(3) 本条款草案出于属人理由而确定的范围局限于受灾害影响的自然人。此外，侧重的主要是国家和国际组织以及在发生灾害时在提供救灾援助方面享有特定国际法律能力的其他实体的活动。非政府组织和其他私人行为者有时统称为“民间社会”行为者，他们的活动也包括在条款草案的范围内，但处于次要地位，作为国家义务（例如第8[5]条草案所规定的各国合作的义务）的直接受益人，或者间接地，即因其受受灾国、第三国、或实体或私人行为者国籍国实施条款草案的国内法律的规范。

²⁴² 同上。

(4) 正如本专题的标题中“发生灾害时”这一短语所表示的，条款草案基于属时理由的范围主要侧重于灾害发生后的立即应对行动以及恢复阶段，包括灾害后的重建阶段。尽管如此，本条款草案，通过第10[5之三]和第11[16]条草案，也酌情涉及了灾害前的阶段，例如与减少灾害风险及灾害预防和减轻活动有关的阶段。

(5) 从属地理由讲，本条款草案不局限于灾害发生地的活动，也包括那些援助国和过境国内的活动。灾害具有跨界性质也不是引起条款草案适用的必要条件。当然，重大的灾害通常具有跨界影响，因而增加了国际合作与协调的必要性。尽管如此，大量的例子也表明，重大的国际救灾活动主要针对发生在一国境内或受一国管辖或控制的领土或地区内的灾害事件。虽然可能会有各种不同的考虑，但在本条款草案里没有作任何这种区分，除非有另外明确规定。换句话说，本条款草案不针对任何具体类型的灾害或情况，而是意在灵活地适用，以满足所有灾害所产生的需要，无论灾害是否具有跨界影响。

第2[2]条 宗旨

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

评注

(1) 第2[2]条草案涉及本条款草案的宗旨。虽然委员会在起草案文时并不总是包括一项概述有关条款草案宗旨的规定，但这样做也并非史无前例。委员会第五十八届会议通过的危险活动引起跨界损害情况下的损失分配原则草案，就包含了关于宗旨的规定（原则3）。²⁴³

(2) 这一条是对第1[1]条（范围）的阐述，就条款草案的目的提出了进一步的指导。提出的主要问题涉及“需要”与“权利”的关系问题。委员会了解到人道主义援助领域进行过这样的辩论，即应该采用“基于权利”的做法，还是应该采用更为传统的“基于需要”的做法。委员会的主流意见认为，两种做法并不一定相互排斥，而最好视为相互补充。委员会最终采用了这样的措词，强调充分和有效地满足受灾害影响的人员“需要”的重要性。在开展这种应对工作时须充分尊重这些人的权利。

²⁴³ 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第85页。

(3) 虽然“充分和有效”不一定是专门用语，但其实际含义是高质量的应对工作，满足受灾害影响的人员的需要。类似的措词也见于其他协定。这包括在2005年《东盟灾害管理和应急响应协定》中出现的“有效和一致”以及“快速和有效”，及1998年《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》使用的“恰当和有效”等词语。鉴于进行此种应对时所在的背景，及时性要素通常暗含于“有效”一词中。应对工作越拖沓，其有效性越打折扣。这一点以及使应对“充分”和“有效”所涉的其他方面是第17[14]条草案的内容。尽管如此，有一项谅解是，虽然有必要采纳高标准，但在发生任何具体灾害时，标准必须建立在“实地”工作现实和可行的基础上。因此，没有提到例如应对必须是“完全”有效。

(4) 委员会在拟定这一项规定时没有采用一般性陈述这样的形式来论述各国确保充分和有效应对的义务，因为委员会觉得那样做不能足够地强调受灾国的具体权利和义务。但这种措词是否足够地区分了不同国家的不同义务，例如受灾国相对于援助国的不同义务，这点并不清楚。因此，在这一条里没有提到各国，所依据的谅解是，对于论述条款草案目的的规定而言，这不是严格必要的。各国的义务在第11[16]、第12[9]、第13[10]、第14[11]、第17[14]和第18条草案里加以考虑。

(5) 短语“应对灾害”需要结合第1[1]条草案中的主旨来读，即条款草案在时间上的适用应作宽泛的理解，在适当时应包括灾害前的风险减少、预防和减轻阶段，并且应与第10[5之三]和第11[16]条草案一起来读。虽然也考虑了论述援助的各个阶段的其他措词，但委员会选用了目前的更为简练的措词，没有打算作使这条规定仅适用于灾害援助活动的应对阶段的狭义解释。

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

(7) 在“需要”之前加上了形容词“基本”，这是为了更清楚地表明，这里所说的需要是在发生灾害之后与生存相关的需要或类似的基本需要。委员会觉得，“基本”明确地带出了这类需要所产生的背景。应结合第7[6]条草案所示的考虑到特别弱势群体需要

的重要性，进一步理解这样的措词。

(8) “有关人员”的意思是指直接受灾害影响的人，而不是那些较间接地受到影响的人。这一用语是为了界定本条款草案的适用范围。这与现有各文书所采取的做法是一致的，它们都侧重于向直接受灾害影响的人提供救济。这不是说，较间接地受到影响的个人，例如那些因灾害而失去家人或因其他地方遭受灾害而遭受经济损失的人便没有办法得到救济。而是说，委员会并不打算在本条款草案里涉及那样的情况。

(9) 对于提到权利的那些词语，委员会的理解是，其中一部分相关权利是经济和社会权利，对于这些权利各国负有义务逐步确保。正由于此，目前的措词“充分尊重”被认为是更加中性的，但仍然含有权利得到“充分”尊重的积极含义，正如第6[8]条草案所确认的。此外，这一短语目的是将这些权利如何实现的问题，留给国际法相关规则本身来处理。委员会的理解是，在适用权利的问题上，往往暗含着一定的灵活余地，视灾害的影响程度而定，同时取决于确认或确定有关权利的相关规则。

(10) 提到“权利”不仅是指人权，而且除其他外也指按照国内法所获得的权利。有人提议拟定一个适用权利清单，但没有获得赞同，理由很简单，不可能考虑到所有适用的权利，另外也担心这样的清单可能导致另一种相反的解释，即没有提到的权利并不适用。尽管如此，委员会考虑到提到的权利将包括诸如《公民及政治权利国际公约》第六条第一款所承认的生命权。²⁴⁴

第3[3]条 灾害的定义

“灾害”是指造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、或大规模的物质或环境损害，从而严重扰乱社会运转的一个灾难性事件或一系列事件。

评注

(1) 第3[3]条草案力图为本条款草案的目的而界定“灾害”。据认为有必要划定定义，以便恰当地反映由第1[1]条草案确定的本条款草案的适用范围，

²⁴⁴ 另见《人权和自然灾害业务准则》，2006年（文件A/HRC/4/38/Add.1，附件）。进一步见第6[8]条草案的评注第(2)和第(3)段。

而不会非出于本意地也去处理也会破坏社会的运转的其他严重事件，例如政治和经济危机。这样的定义界定明显包含着两个特点：(a) 强调发生了导致社会运转被破坏的事件；(b) 包括了一些限定性短语。

(2) 委员会审议了1998年《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》的处理办法，其中灾害的概念是一个事件的后果，即由于该事件社会的运转遭受严重破坏，这有别于事件本身。委员会意识到，这样的处理办法代表了人道主义援助界目前的思维，正如2005年联合国在日本兵库神户举行的世界减灾大会以及最近的条约和其他文书，包括2007年红十字与红新月联合会《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》（“红十字与红新月联合会导则”）所确认的。²⁴⁵ 尽管如此，委员会的主流意见是，委员会完全可以将重点恢复到早先的将“灾害”作为一个具体事件的概念设定，因为委员会正要做的是拟订一项法律文书，要求有更精确和准确的法律定义，而非更多地以政策为导向的定义。

(3) 对一个事件的存在要素进行了几个限定。首先，提到“灾难性”事件，这是通过提到事件的性质而确立一个门槛，即只有极端的事件才包含在内。这一点受国际法学会2003年布鲁日会议通过的关于人道主义援助的决议²⁴⁶中定义的启发，国际法学会有意确立这么高的门槛，以排除其他紧急事件。对于“灾难性”一词的理解应该从两方面来进行，一是应用该条规定其余部分的限定语，即“造成普遍生命损失、巨大人类痛苦和危难、或大规模物质和环境损坏，从而严重扰乱社会运转”；另一方面须牢记条款草案的范围和目的，正如第1[1]和第2[2]条草案所说明的。此外，还提到“事件或一系列事件”，这是为了包含这样类型的事件，其本身可能达不到标准，但合在一起，可能构成本条款草案所说的灾难性事件。这一条里没有包含事件的原因（自然或人为），这是为了承认，灾害往往产生于复杂的原因，可能既包含完全天然的因素，也包含人类活动的因素。

(4) 另有两个因果要求对事件作出限定。首先

²⁴⁵ 红十字与红新月联合会，《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》，日内瓦，2008年。可获自 www.ifrc.org/PageFiles/41203/introduction-guidelines-en.pdf。

²⁴⁶ 国际法学会2003年9月2日在比利时布鲁日举行的会议上通过的决议，第二条，第3段，*Institute of International Law, Yearbook*, vol. 70, Part II, Session of Bruges (2003)，第269页；可获自 www.idi-iil.org/Resolutions。

对于事件或系列事件而言，如果要认定为条款草案所说的“灾难性”，事件须造成三项可能后果中的一个或多个：广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、或大规模的物质或环境损害。因此，像一次严重地震这样的重大事件，如果发生在海洋中间或无人居住地区，并没有造成上面所说的三个结果之一，就不符合第3[3]条草案中的门槛要求。此外，对事件的性质还加了一条限定，即上述三个可能结果中的任何一个或全部使社会运转遭受严重破坏。换句话说，一个事件造成了人员普遍伤亡，但并没有严重扰乱社会的运转，就不符合这一条中的门槛要求。因此，通过加上这些因果要素，定义就保留了现在人们所用的案文中的做法，例如《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》中的做法，即考虑事件的后果，将其视为定义的关键方面，虽然这只是为了确立适用本条款草案的门槛的目的。

(5) “广泛的生命损失”，这一限定语受1995年《国际红十字与红新月运动和非政府组织救灾行为准则》²⁴⁷的启发。规定“广泛的”生命损失，目的是排除造成较少人员伤亡的事件，需要牢记的是，这样的事件可能满足仍其他的因果要求之一。而造成广泛的生命损失的事件，如果使社会运转遭受严重破坏，其本身也能满足因果要求，因而可引起本条款草案的适用。

(6) 之所以加上“巨大的人类痛苦和危难”，是为确认许多重大的灾害伴随着广泛的生命损失，或伴随着巨大的人类痛苦和危难。因此，有时由于有充分的预防和准备工作以及有效的减轻灾害行动，造成的生命损失相对局限于当地，但还是引起了严重混乱，造成巨大的人类痛苦和危难，并严重破坏了社会的运转，这样的情况依然在条款草案范围内。

(7) 委员会将“大规模的物质或环境损害”列入条款，承认重大灾害通常引起大规模物质和环境破坏，以及由于这种损失通常引起人类发展和福祉遭受严重损害，从而使社会的运转遭受破坏。应该理解的是，包含在条款草案范围内的不是环境或财产损失本身，而是这种损失对人类的影响，这就是要避免考虑一般意义上的经济损失。对经济损失加以规定，可能不必要地限制条款草案范围，例如使条款草案无法处理某些活动，这些活动的目的是减轻现有的

²⁴⁷ *International Review of the Red Cross*, No. 310 (January-February 1996)，第119页及其后。

环境破坏可能给未来的人类造成的损失。

(8) 正如已经暗示过的，规定对社会运转造成严重破坏这一点是为了确立较高的门槛，将其他一些类型的危机排除在条款草案适用范围之外，例如严重的政治或经济危机。适用方面的这种差别也表现在第2[2]条草案所确立的条款草案的目的。另外其他类型危机所要求的保护和涉及的权利都可能不同，在不同的程度上受其他国际法规则来调整，正如第20条草案所预计的。

(9) 虽然设想的这三种可能后果在一定程度上说明了什么算是构成对社会运转的严重扰乱，但委员会避免提出进一步的描述性或限定性因素，以便给实践留出一定的酌处余地。

第4条 用语

为本条款草案的目的：

(a) “受灾国”是指在其领土内或在其管辖或控制下人员、财产或环境受到灾害影响的国家；

(b) “援助国”是指应受灾国请求或在得到其同意的情况下向受灾国提供援助的国家；

(c) “其他援助方”是指应受灾国请求或在得到其同意的情况下向受灾国提供援助的主管政府间组织、有关非政府组织或受灾国以外的任何其他实体或个人；

(d) “外部援助”是指援助国或其他援助方为救灾援助或减少灾害风险而向受灾国提供的救灾人员、设备和物资及服务；

(e) “救灾人员”是指援助国或其他援助方为提供救灾援助或减少灾害风险而派遣的民事或军事人员；

(f) “设备和物资”是指为救灾援助或减少灾害风险提供的用品、工具、机器、经过专门训练的动物、食品、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物、铺盖用品、车辆和其他物品。

评注

(1) 正如围绕各种国际法专题已经通过的大多数条款草案所反映的那样，委员会的做法是在条款草案里加上“用语”规定。列入第4条草案里的某些用语会在各条草案的评注里单独提出来，说明为何需要界定。另一些用语之所以列入第4条是由于其在条款草案里的总体出现频率。

(a) 项

(2) (a)项为本条款草案的目的界定了用语“受灾国”，受到红十字与红新月联合会导则所提供的同一用语定义的启发。²⁴⁸ (a)项反映了条款草案主要是针对国家的基本取向。它也预计到了受灾国所发挥的作用的中心地位，正如第12[9]条草案所确立的那样。

(3) 救灾或减少灾害风险的主要特点是国家控制。在大多数情况下，这与其领土内发生灾害的国家行使控制是一致的。因此，第12[9]条草案第1款所设想的受灾国“由于其主权”有义务确保提供保护的情况由(a)项里提及“领土”涵盖。然而，这并不一定排除在其他情况下，一国可以对发生灾害的另一个领土行使法律上的管辖或实际控制。委员会认为，对发生灾害的另一个领土(非自己领土)或另一个地区行使管辖或控制的一国，为本条款草案的目的，也将被视为“受灾国”。此种可能性也隐含在第21[4]条草案中，该条承认，本条款草案也在灾害与武装冲突在同一个领土内发生的所谓“复杂灾害”情况下适用。“在其领土内或在其管辖或控制下”这一短语取自2001年预防危险活动造成的跨界损害的条款草案中的第2条(d)项中“起源国”的定义。²⁴⁹

(4) 委员会认识到，将行使管辖或控制的国家包括在定义里意味着在特殊情况下可能有两个受灾国：在其领土内发生灾害的国家和对同一领土行使管辖或控制的国家。在目前阶段，委员会认为，在这两个国家之间没有特殊协议的情况下，第14[11]条草案(受灾国对外部援助的同意)没有提供一个明确的解决方案，没有说明须征求哪个受灾国的同意。

(5) 定义进一步试图反映本条款草案的重点，即对人的影响，而不是譬如简单地主张在其领土内发生灾害的国家是受灾国。对财产的提及被保留下来，这是许多灾害共同具有的另一个要素，第3[3]条草案的灾害定义中“大规模的物质……损害”也意味着同一个意思；理解是，条款草案只适用于经济损失对人的影响。²⁵⁰ 这项规定也与第3[3]条草案保持一致，以求不仅涵盖受灾害影响的人员和财产，而且

²⁴⁸ 红十字与红新月联合会导则(见上文脚注245)，导言，第2条第8款：“在其领土内人员或财产受到灾害影响的国家”。

²⁴⁹ 《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第172页。委员会第五十三届会议通过的关于预防危险活动的跨界损害问题和此类损害的损失分配问题的条款载于大会2007年12月6日第62/68号决议的附件。

²⁵⁰ 见上文第3[3]条草案评注的第(7)段。

涵盖对环境的破坏。

(6) “受到灾害影响”这一短语的措词反映了当代的观点，即人们关注的重点是灾害对人身和财产的影响，而不是灾害本身。这也符合委员会在确立适用本条款草案的门槛时将事件的后果视为一个关键因素的做法。²⁵¹

(b) 项

(7) (b) 项中的“援助国”定义参照了2000年《民防援助框架公约》中“支援国”的定义，将“受惠国”改为“受灾国”，条款草案采用了这一用语，(a) 项也作了界定。短语“提供援助的国家”提及了(a) 项界定的“外部援助”的概念，提供“外部援助”是基于第8[5] 条草案中的合作义务进行的，应与第9[5之二] 和第10[5之三] 条草案一起来理解。

(8) 一国只有正在提供或已经提供援助之后才可归类为“援助国”。换句话说，直到其援助已被受灾国按照第14[11] 条草案同意前，一个提议提供援助的国家不是“援助国”，不发生由这种分类带来的由本条款草案所规定的各种法律后果。

(9) “应受灾国请求或在得到其同意的情况下”这一短语反映了第13[10]、第14[11] 和第16[12] 条草案之间的相互作用。具体地说，它反映了本条款草案中采取的基本立场，即如所遭受的灾害超过了国家的应对能力，受灾国有责任寻求援助(第13[10] 条草案)。与此同时，它设想了受灾国收到提供外部援助的主动提议的可能性，正如第16[12] 条草案规定的那样，而外部援助的提供须经过受灾国按照第14[11] 条草案作出的同意。

(c) 项

(10) 除了受灾国和援助国，本条款草案也试图对其他援助方的地位作出规定。当代减灾和救灾活动有相当大的比例是由国际组织实施或在国际组织主持下进行的，国际组织包括但不限于联合国，实施或主持这种活动的还可以是非政府组织和其他实体，甚至是个人。本条款草案将这一组行为者统称为“其他援助方”。这不妨碍他们根据国际法所具有的各不相同的法律地位，这在条款草案里已经得到承认，例如在第16[12] 条草案里。²⁵²

²⁵¹ 同上，第(4)段。

²⁵² 见下文第16[12] 条草案的评注第(4)段。

(11) 这项规定部分反映了第19[15] 条草案的评注，第19[15] 条草案确认了这样的理解，即“援助方”主要指第8[5] 条草案所说的“主管政府间组织”和“有关非政府组织”。²⁵³ 短语“或任何其他实体或个人”是从《东盟灾害管理与应急反应协议》中吸取的用法，²⁵⁴ 将其加在定义里是为了确认，并非所有参与救灾工作的行为者都可以归到所提到的这个或那个类别。特别地，这一短语应该理解为是指红十字国际委员会和红十字与红新月联会的专门用语。

(12) 短语“受灾国以外的”反映了也在第15[13] 条草案评注里提到的立场，即本条款草案规范受灾国以外的行为者的活动。²⁵⁵ 因此，例如，国内非政府组织的活动不包括在内，国内行为者也不会因为谋求或试图谋求国外的援助而无意中落入本条款草案的适用范围。

(13) 与(b) 项中“援助国”定义一样，“应受灾国请求或在得到其同意的情况下向受灾国提供援助的”这一短语提示了第13[10]、第14[11] 和第16[12] 条草案之间的相互作用，加上这个短语也是为了承认有关实体在减少灾害风险和提供救灾援助方面通常所开展的活动的广阔范围，而这些活动也是本条款草案所要规范的。

(d) 项

(14) (d) 项的目的是力求界定本条款草案所设想的援助国或其他援助方向受灾国提供的援助的类型，作为第9[5之二] 和第10[5之三] 条草案所预想的合作的形式。

(15) 所用措词受第15[13] 条草案的评注的启发，²⁵⁶ 并以《在救灾中使用外国军事和民防资源的准则》(“《奥斯陆准则》”)²⁵⁷ 和《民防援助框架公约》为基础。²⁵⁸ 《奥斯陆准则》中所提到的“物资”改成了“设备和物资”，这是本条款草案里所用的措词，(f) 项对之作出了界定。

(16) 短语“援助国或其他援助方……而向受灾

²⁵³ 见下文第19[15] 条草案的评注第(4)段。

²⁵⁴ 第1条第(1)款(“援助实体”的定义)。

²⁵⁵ 见下文第15[13] 条草案的评注第(2)段。

²⁵⁶ 同上。

²⁵⁷ 联合国，人道协调厅，《奥斯陆准则：在救灾中使用外国军事和民防资源的准则》，修订版本1.1，2007年11月。

²⁵⁸ 见第1条(d)项(“援助”的定义)。

国提供的”重申了本条款草案所设想的援助国或援助方与受灾国的法律关系的性质。

(17) “为提供救灾援助或减少灾害风险”这一短语旨在澄清提供外部援助应遵循的目的。虽然措词用的是救灾和减少灾害风险方面的技术用语，但理解是这符合载于第2[2]条草案的总体目标，即“便利充分和有效地应对灾害以满足有关人员的基本需求，充分尊重其权利”。

(e) 项

(18) 本项旨在定义由援助国或其他援助方提供的外部援助中的人员部分，这里所用的措词参照了委员会通过的第9[5之二]条草案评注里的措词。²⁵⁹该定义表明，为提供救灾援助或减少灾害风险的目的，通常派遣两类人员，正如第17[14]条草案第1款(a)项所暗指的，即“民事”或“军事”人员。提及军事人员，这是受2000年希腊和俄罗斯联邦之间的双边条约的启发，²⁶⁰旨在承认军事人员作为一个类别的救灾人员在提供救灾援助方面所发挥的重要作用。²⁶¹提及军事人员对于援助国来说更为相关，但“民事”人员一词意在取宽泛定义，以能涵盖援助国和其他援助方所派遣的这类人员。对某些但并非所有的援助实体(包括国家在内)来说，这些是开放性的选择，短语里所用标识可选性的词语(“或”)确认了这一点。

(19) 选择短语“民事或军事人员”是为了与第17[14]条草案所用的措词一致，达成的理解是，这些人员通常是如大会1991年12月19日第46/182号决议附件中所提及的“专业”人员，因为期待人员应具有必要的技能，并具有(f)项所界定的必要的设备和物资，以便履行有关职能。

(20) “而派遣的”这个短语在援助实体(无论是国家还是其他行为者)与有关人员之间建立起了联系。委员会决定不提及“代表……而行事”这样的说法，以避免引起将行为归属于国家或国际组织的国际法规则的适用性问题，²⁶²因为按照第12[9]条草案，

²⁵⁹ 见下文第9[5之二]条草案的评注第(7)段。

²⁶⁰ 《希腊共和国政府与俄罗斯联邦共和国政府关于在预防和应对自然和人为灾害方面开展合作的协定》，2000年2月21日在雅典签署，第1条(“救援队”的定义)。

²⁶¹ 见下文第17[14]条草案的评注第(4)段。

²⁶² 见委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第76段。关于国家对国际不法行为的责任的条款转载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件；尤其见第4-9条。另

援助国或行为者派出的人员会受到受灾国的总体指挥和控制。

(21) “救灾人员”概念传统上是在对灾害刚发生时作出反应的背景下适用。这一点继续反映在“为提供救灾援助”这一短语上，这也反映出第17[14]条草案所设想的要求便利“迅速及有效地提供”的外部援助的类型。尽管如此，与(d)项里定义“外部援助”时一样，“或减少灾害风险”这一短语与第2[2]条草案所确立的条款草案的总体目标保持了一致，从而也预期救灾人员参与如第10[5之三]条草案所设想的减少灾害风险的工作。

(f) 项

(22) 正如(d)项所表明的，“设备”和“物资”是本条款草案所设想的外部援助的重要组成部分。这一措词是从第17[14]条草案的评注²⁶³及国际法学会人道主义援助决议²⁶⁴里吸取的。该清单涵盖了普遍认为有必要提供的救灾援助物质的类型。提及“其他物品”是为了确认该列表并不是穷尽无遗。

(23) 一般来说，设想的是两种材料：救灾人员履行职责所需要的技术“设备”，这里既指他们自己维持生存所需要的设备，也指他们救灾所需要的东西，例如消耗品、工具和机器；以及灾害受害者满足生存和基本需要所需的“物资”，如食品、饮用水、医疗用品、栖身手段、衣物和铺盖用品等。对于“经过专门训练的动物”一语，人们会具体想到搜救犬，这一短语来自《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》的专项附约J。²⁶⁵委员会认为定义具有足够的灵活性，从而也可包括救灾人员可能提供的服务。

第5[7]条 人的尊严

应对灾害时，各国、主管政府间组织和有关非政府组织应尊重和保护人的固有尊严。

见委员会第六十三届会议通过的关于国际组织的责任的条款，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第87段。关于国际组织责任的条款转载于2011年12月9日大会第66/98号决议的附件；尤其见第6-7条。

²⁶³ 见下文第17[14]条草案的评注第(5)段。

²⁶⁴ 见上文脚注246。

²⁶⁵ 1973年5月18日《关于简化和协调海关业务制度的国际公约》(“京都公约”)，经1999年6月26日公约修正案议定书修订(“救济物资”的定义)。

评注

(1) 第5[7]条草案论述的是应对灾害背景下人的尊严原则。委员会认为,人的尊严是指导并支持国际人权法律的核心原则。在发生灾害时的人员保护问题上,人的尊严是一个指导原则,对任何提供救助的行动及应对灾害方面的法律不断发展都是如此。

(2) 人的尊严这一原则维系着国际人权文书,一直以来都将其解读为人权法律最根本的基础。《联合国宪章》的序言中再次肯定了“人格尊严和价值”,同时1948年《世界人权宣言》序言称,“对人类家庭所有成员的固有尊严……的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础”。²⁶⁶下列文书中都肯定了人的尊严这一原则:《公民及政治权利国际公约》、²⁶⁷《经济社会文化权利国际公约》、²⁶⁸《消除一切形式种族歧视国际公约》²⁶⁹、《消除对妇女一切形式歧视公约》、²⁷⁰《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》²⁷¹、《儿童权利公约》²⁷²。该原则在国际人道法领域也处于中心地位。1949年日内瓦四公约共同第三条第一款(丙)项、²⁷³《1949年8月12日日内瓦四公约的附加议定书》(第一议定书)第七十五和八十五条²⁷⁴以及《1949年8月12日日内瓦四公约的附加议定书》(第二议定书)第四条中承认了人的尊严。²⁷⁵

²⁶⁶ 大会1948年12月10日第217A(III)号决议。

²⁶⁷ 序言部分各段,及第10条第1款。

²⁶⁸ 序言部分各段,及第13条第1款。

²⁶⁹ 序言部分各段。

²⁷⁰ 同上。

²⁷¹ 同上。

²⁷² 同上;第23条第1款,第28条第2款,第37条,第39条和第40条。

²⁷³ 《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)、以及《关于战时保护平民之日内瓦公约》(第四公约)(“1949年日内瓦四公约”)的共同第三条第一款(丙)项(注意禁止“损害个人尊严,特别如侮辱与降低身份的待遇”的规定)。

²⁷⁴ 1949年8月12日日内瓦四公约《关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第一议定书),第七十五条第二(二)款(指出禁止“对人身尊严的侵犯,特别是侮辱性和降低身份的待遇,强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”);第八十五条第四(三)款(指出当行为属故意并违反各公约和本议定书时,“以种族歧视为依据侵犯人身尊严的‘种族隔离’和其他不人道和侮辱性办法”应视为严重破坏议定书的行为)。

²⁷⁵ 1949年8月12日日内瓦四公约《关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第二议定书),第四条第二(五)款(指出禁止“对人身尊严的侵犯,特别是侮辱性和降低身份的待遇、强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”)。

(3) 众多关于发生灾害时提供人道主义援助的国际文书也以人的尊严这一概念为核心。红十字与红新月联合会称,“援助方及其人员应……时刻尊重受灾人员的尊严”。²⁷⁶大会1990年12月14日第45/100号决议的前言称,“对自然灾害及类似紧急情况的受害者置之不理且未向其提供人道主义援助,构成威胁人的生命及侵犯人的尊严”。国际法学会也表示,未向受灾人员提供人道主义援助构成“侵犯人的尊严”。²⁷⁷

(4) 第5[7]条草案开头的“应对灾害时”表明了该条适用的实际背景。一般认为该表述主要指应对和恢复阶段,但理解这一表述时应参照第2[2]条草案评注第(5)段。委员会选择“应对……时”这一表述而非更通用的“在它们的应对中”,目的在于传达一层含义,即尊重和保护受灾人员的尊严在整个应对期间是一项持续的义务。委员会采用的该原则的确切表述为“人的固有尊严”,该表述来自《经济社会文化权利国际公约》序言及《公民及政治权利国际公约》第十条第一款。《儿童权利公约》、²⁷⁸《美洲人权公约:“哥斯达黎加圣何塞公约”》²⁷⁹等文书也采用了这一表述。

(5) “各国、主管政府间组织和有关非政府组织”这一短语指出了该条事关哪些行为方。委员会提及“各国”,从而肯定了受灾国和援助国双方在应对灾害的活动中的作用(见第12[9]至第18条草案)。整个短语承认应对灾害领域的许多活动是由政府间组织、非政府组织及红十字与红新月联合会这样的其他非国家实体的机关执行的。²⁸⁰委员会决定,现有表述保持了与第8[5]条草案的一致,而较一般性地提及“其他相关行为方”则不行。

(6) 委员会使用“尊重和保护”这一表述,与现代国际人权法的理论和判例相一致。若干与抗灾救济

²⁷⁶ 红十字与红新月联合会导则(见上文脚注245),第一部分,第4条,第1款

²⁷⁷ 关于人道主义援助的决议,第二条第1款, *Institute of International Law, Yearbook*, vol. 70, Part II(见上文脚注246),第268页。

²⁷⁸ 《儿童权利公约》,第37条(c)项(指出“所有被剥夺自由的儿童应受到人道待遇,其人格固有尊严应受尊重”)。

²⁷⁹ 第5条第2款(除其他外,指出“所有被剥夺自由的人都应受到尊重人类固有尊严的待遇”)。

²⁸⁰ 见《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件三,第28段。

有关的文书采用了这一表述,包括《奥斯陆准则》、²⁸¹《莫洪克标准》、²⁸²《关于境内流离失所问题的指导原则》、²⁸³《人道主义援助权利指导原则》。²⁸⁴“尊重和和保护”并用,意含避免损害人的固有尊严的消极义务,也意含采取行动保护人的尊严的积极义务。例如,保护的义务要求各国通过法律,禁止第三方实施可能违反尊重人的尊严原则的活动。委员会认为,“保护”的义务应与条款中提及的各行为方所承担的法律义务相符。如第12[9]条草案第2款所述,受灾国担负着指导、控制、协调和监督抗灾救济和援助的主要任务,因此保护人的尊严的义务主要应由受灾国承担。

第6[8]条 人权

灾民有权得到对其人权的尊重。

评注

(1) 第6[8]条草案想要体现的是,受灾人员享有人权保护的广泛权利。委员会承认,人权与第5[7]条草案所体现的人的尊严的原则密切相关,两条草案紧挨着,强化了这种关联。

(2) 笼统提及“人权”时,包括了有关国际协定所表述及习惯国际法所反映的人权义务以及不具约束力的文本中主张的人权保护最佳做法。委员会决定不将本条局限于“有关国际协定中规定的”义务。委员会采用的措词指的是人权义务这一广泛领域,并非要指定、增加或限定这些义务。

(3) 委员会认为,提及“人权”,国际人权法律领域存在的实质权利和限制两者都包括在内。本条尤其考虑到了现有国际人权法律承认的受灾国的克减权。

²⁸¹ 《奥斯陆准则》(见上文脚注257),第20段(指出“必须尊重和必须保护所有受害人的尊严和权利”)。

²⁸² J. M. Ebersole, “The Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies”(“莫洪克标准”), *Human Rights Quarterly*, vol. 17, No. 1 (1995), 第196页(指出“必须尊重和必须保护所有受害人的尊严和权利”)。

²⁸³ E/CN.4/1998/53/Add.2, 附件, 原则26(除其他外,指出“应尊重并保护参加人道主义援助的人员及其运输手段和物资”)。

²⁸⁴ 国际人道法研究所理事会1993年4月通过的《人道主义援助权利指导原则》, 原则10(指出“可酌情通过‘人道主义走廊’提供人道主义援助, 有关各方的主管当局应予以尊重和必须保护, 必要时由联合国授权”), *International Review of the Red Cross*, No. 297 (November–December 1993), 第524页。

(4) 第1[1]条草案评注第(3)段中已澄清, 本条款草案的属人范围包括各国、国际组织以及在抗灾救济和援助方面具有特定国际法律能力的其他机构。委员会承认, 对于不同的行为方, 保护受灾人员的人权这一义务的范围和内容差别很大。对委员会采用的中性措词, 应本着以下理解加以解读: 受灾国、援助国及其他各援助行为方各自有不同的义务。

(5) 第6[8]条草案开头提及“灾民”, 再度确认了条款草案适用的背景, 不应理解为意味着未受灾害影响的人员不类似地享有这些权利。

第7[6]条 人道主义原则

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

评注

(1) 第7[6]条草案规定了与应对灾害相关的主要人道主义原则。本条草案的标题已说明委员会认为这些原则是作为抗灾救济和援助工作基础的人道主义原则。委员会基于此认为, 不必确定这些原则是否也是国际法的一般原则, 同时指出, 这些原则不能用于排除国际法的其他相关原则。委员会选择将这些原则以一条草案的形式写入条款, 是为了体现它们对于抗灾救济和援助的重要意义。

(2) 人道、中立和公正这几个核心原则通常被视为人道主义援助的根本原则。²⁸⁵ 这些原则也是抗灾救济工作中适用的法律的根本原则。例如, 大会第46/182号决议指出, “必须按照人道、中立和公正的原则提供人道主义援助”(附件, 第2段)。

(3) 人道原则是国际法中人员保护的基石。它是国际人道法和国际人权法的共同内容, 对制定发生灾害时的人员保护方面的法律有启示。国际人道法领域中, 对该原则最明确的表达是1949年日内瓦四公约共同第三条中给予人道待遇的要求。²⁸⁶ 国际法

²⁸⁵ 见秘书处关于发生灾害时的人员保护的备忘录中的讨论(A/CN.4/590[和Add.1-3])(上文脚注232), 第11段。

²⁸⁶ 例如, 见《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》, 第三条第一款(注意: “不实际参加战事之人员, 包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留或其他原因而失去战斗力之人员在内, 在一切情况下应予以人道待遇, 不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视”)。

院在科孚海峡案(案情)中确认,基本的人道考虑也是国际法律秩序中普遍认可的一般原则,“在和平时期比在战争时期还要严格”。²⁸⁷皮克泰在对红十字原则的评注中指出,人道原则有三个要素:“防止和减轻痛苦、保护生命与健康以及确保对个人的尊重”。²⁸⁸具体到救灾问题,《奥斯陆准则》及《莫洪克标准》确认,根据人道原则的要求,“哪里有人类痛苦,哪里就要有应对”。²⁸⁹

(4) 中立原则源于武装冲突的背景,但委员会决定,该原则对其他领域的法律同样适用。在人道主义援助问题上,中立原则有了更具体的含义,这在第7[6]条草案中有所体现。根据该原则的要求,在人道主义援助问题上,提供援助应与任何特定政治、宗教、族裔或意识形态背景无关。《奥斯陆准则》及《莫洪克标准》都确认,“提供人道主义援助时不得加入敌对行动,或在政治、宗教或意识形态的争议中表示立场”。²⁹⁰这种中立原则表明了灾害应对的非政治性质,并确认,人道主义活动除了应对当前灾害之外不应用于其他目的。该原则确保救灾工作中受灾人员的利益是受灾国及其他相关行为方的首要关切。要促进开展第2[2]条草案所述的适当且有效的救灾行动,遵守中立原则至关重要。因此,可将中立原则视作实现人道理想的运行机制。

(5) 公正原则包含三项原则:不歧视、相称性和公正性本身。鉴于下述原因,委员会阐述不歧视原则时,不仅将其作为第7[6]条草案的内容,也作为应对灾害工作中的一个独立原则。不歧视的目标是去除在人与人之间进行歧视的客观理由,其方式应使受灾人员的需求成为提供援助所遵循的唯一标准。相称性原则规定,应对灾害的行动应与受灾范围及受灾人员的需求相称。该原则也是一个分配机制,使得最迫切的需求能够在实际提供援助时得到关注。公正性本身体现的原则是,应对灾害时不应在人与人之间进行主观区分。1949年8月12日日内瓦四公约的第一附加议定书的《评注》将公正性描述为“响

应号召为遭受苦难者的利益而行动的个人或机构必须具备的道德素质”。²⁹¹例如,《国际人道主义援助行动导则草案》规定,“必须在公正的基础上提供人道主义援助,不对任何迫切需要援助的人员加以不利区别”。²⁹²总的来说,按照公正性原则的要求,救灾应以充分尊重并满足受灾人员的需求为目标,并且将特别弱势群体的需求作为优先事项。

(6) 不歧视原则反映了人人生而平等以及不可对人加以不利的区别。受禁止的歧视理由难以穷尽,族裔出身、性别、国籍、政见、种族和宗教都包括在其中。²⁹³委员会决定,鉴于不歧视对本专题的重要性,应将其作为一个独立的原则。国际法学会关于人道主义援助的2003年决议也采取了这一做法,该决议规定,人道主义援助的提供和分配应“不带有任何出于受禁止的理由的歧视”。²⁹⁴红十字与红新月联合会也规定,为受灾人员提供援助时不应带有“任何不利区别(例如在国籍、种族、族裔、宗教信仰、阶层、残疾与否、年龄、政见等方面)”。²⁹⁵

(7) 委员会指出,不应认为不歧视原则将酌情“积极歧视”的做法排除在外。第7[6]条草案中的“同时考虑到特别弱势者的需要”即体现了这一立场。委员会认为“弱势者”一词涵盖了群体和个人。因此,委员会选择“弱势者”这一中性表达,既可指“弱势群体”也可指“弱势个人”。委员会使用限定词“特别”是因为考虑到受灾人员本身就是弱势者这一事实。“特别弱势者”这一具体措辞来自红十字与红新月联

²⁹¹ C. Pilloud, et al.(eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol I)*, Geneva, ICRC, 1987, 第2800段;该书的第2801段在一个脚注中引用了1965年维也纳第二十届国际红十字会议第八号决议通过的“红十字基本原则宣言(Proclamation of the Fundamental Principles of the Red Cross)”;和Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross ...*(上文脚注288), 第33-51页。

²⁹² P. MacAlister-Smith, *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991, 第4页, 第6(a)段。

²⁹³ 除其他外,见关于保护战争受难者的日内瓦四公约,共同第三条第一款;《世界人权宣言》(上文脚注62),第二条;《公民及政治权利国际公约》,第二条第一款;及《经济社会文化权利国际公约》,第二条第二款。

²⁹⁴ 关于人道主义援助的决议,第二条,第3款, *Institute of International Law, Yearbook*, vol. 70, Part II(见上文脚注246), 第268页。

²⁹⁵ 红十字与红新月联合会导则(见上文脚注245),第一部分,第4条第2(b)款。

²⁸⁷ 科孚海峡,1949年4月9日的判决,《1949年国际法院汇编》,第4页,详第22页。

²⁸⁸ J. Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross Proclaimed by the Twentieth International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965: Commentary*, Geneva, Henry Dunant Institute, 1979, 第21-27页;另可获自www.icrc.org。

²⁸⁹ 《奥斯陆准则》(见上文脚注257),第20段;《莫洪克标准》(见上文脚注282),第196页。

²⁹⁰ 同上。

会导则第一部分第4条第3款(a)项,其中提到“妇女和特别弱势者,包括儿童、流离失所者、老人、残疾人、艾滋病毒感染者及其他重病患者”²⁹⁶的特殊需求。国际法学会通过的关于人道主义援助的决议也使用了该限定词,其中提及了考虑“最弱势者”的需求这一要求。²⁹⁷

第8[5]条 合作的义务

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,以及与有关非政府组织合作。

评注

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

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

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

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

(子) 较高之生活程度,全民就业,及经济与社会进展;

(丑) 国际间经济、社会、卫生及有关问题之解决;国际间文化及教育合作;

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

《联合国宪章》第五十六条规定:

各会员国担允采取共同及个别行动与本组织合作,以达成第五十五条所载之宗旨。

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

²⁹⁶ 同上,第4条第3(a)款。

²⁹⁷ 关于人道主义援助的决议,第二条,第3款, *Institute of International Law, Yearbook*, vol. 70, Part II (见上文脚注246),第268页。

的原则之一:

各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作,以期维持国际和平与安全,并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利及不受此种差异所产生歧视之国际合作。²⁹⁸

(2) 对于国际人权法来说,合作具有特别意义。《经济社会文化权利国际公约》明确地将国际合作称为实现该公约所载权利的一种手段。²⁹⁹经济、社会及文化权利委员会在其关于执行该公约所保障的具体权利的一般性评论中对此给予了重申。³⁰⁰国际合作在2006年《残疾人权利公约》中尤显突出,该公约除其他外也适用于“在危难情况下,包括在发生武装冲突、人道主义紧急情况和自然灾害时”。³⁰¹

(3) 关于在灾害救济和援助时的合作,大会在第46/182号决议中确认:

许多紧急情况的规模和持续的时间可能不是许多受灾国的能力可以应付的。因此进行国际合作以处理紧急情况 and 加强受灾国的应付能力是非常重要的。应根据国际法和各国法律提供这种合作。³⁰²

此外,关于发生灾害时的人员保护问题,已有大量与之具体相关的文书,显示出国际合作对抗击灾害影响的重要性。这些文书不仅本身便是合作的表述,而且普遍反映出在文书所载灾害治理具体方面的合作原则。就双边协议而言,这通常反映在为文书确定的表示合作或(相互)援助的标题中。³⁰³此外,合作义务在绝大多数情况下被列为文书的目标之一或被视为对这些目标产生积极作用。同样,《关于向减

²⁹⁸ 大会1970年10月24日第2625(XXV)号决议,附件。

²⁹⁹ 第11、15、22和23条。

³⁰⁰ 尤其见下列一般性意见:第2号(经济、社会及文化权利委员会的报告,《经济及社会理事会正式记录,补编,1990年第3号》(E/1990/23-E/C.12/1990/3),附件三),第3号(同上,补编,1991年第3号(E/1991/23-E/C.12/1990/8),附件三),第7号(同上,补编,1998年第2号(E/1998/22-E/C.12/1997/10),附件四),第14号(同上,补编,2001年第2号(E/2001/22-E/C.12/2000/21),附件四),和第15号(同上,补编,2003年第2号(E/2003/22-E/C.12/2002/13),附件四)。

³⁰¹ 第11条。

³⁰² 附件,第5段。

³⁰³ 关于发生灾害时的人员保护的秘书处备忘录(A/CN.4/590和Add.1-3)(见上文脚注232)附件二中列出了相关文书的全面清单。为国际救灾反应法目的制订的文书的进一步分类,见H. Fischer, “International disaster response law treaties: trends, patterns, and lacunae”, 载于IFRC, *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Geneva, 2003, 详第24-44页。

灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》在这方面也有重要意义，该公约序言第21段指出，各缔约方期望“促进国际合作以减轻灾害所造成的影响”。而法国与马来西亚之间的一项协定则是非常切合本专题范围的另一实例：

确信有必要在预防严重危害以及保护人口、财产和环境领域发展双方主管机构之间的合作……³⁰⁴

(4) 但是，合作不应解释为削弱主权国家在国际法范围内的基本作用，正如第12[9]条草案第2款所规定的。此外，合作原则应理解为是对下述义务的补充，即受灾国当局有义务照顾受其境内发生的自然灾害和类似紧急情况影响的人（第12[9]条草案第1款）。³⁰⁵

(5) 灾害救济和援助活动的一个重要特点是国际合作，不仅有各国之间的合作，而且有与国际组织和非政府组织的合作。这些组织的作用得到承认已经有一段时间了。在第46/182号决议里，大会确认：

不偏不倚地工作和具有纯粹人道主义动机的政府间和非政府间组织应继续在补充国家努力方面作出重要贡献。³⁰⁶

经济及社会理事会在2008年通过的决议中确认：

承认有关人道主义行为者的参与以及与其协调可提高人道主义应急行动的效力，并鼓励联合国继续努力，加强与国际红十字与红新月运动、有关人道主义非政府组织和机构间常设委员会其他参与机构建立的全球伙伴关系。³⁰⁷

(6) 第8[5]条草案确认，国际合作对于灾害救济和援助活动是具有核心意义的。第8[5]条草案确立了各有关当事方的法律义务。然而需要理解的是，合作义务的性质可能有所区别，取决于行为者和寻求并提供援助的具体情况。根据其性质，合作应是相互的，因此要求一国有义务与国际组织合作，意味着该组织同样也负有这样的义务。委员会发现，试图区分各国之间的合作，与国家与各国际组织（尤其是联合国）及红十字与红新月联合会的合作，以及与

“有关非政府组织”的合作，并不能充分地反映各国与该条规定所提到的各实体的可能关系。合作的法律义务的性质在具体条款里作了处理（因此有“按照本条款草案”的开头语），尤其是在第9[5之二]和第10[5之三]条草案里。委员会加上了“酌情”短语，该短语修饰着整项条文，这样既提及本条草案提到的各个实体之间合作的现存具体规则，这些规则确立了合作义务的性质，也表明在确定合作是否“适当”方面，实地当中有一定灵活余地。

(7) 在“政府间组织”之前加上了限定语“主管”，是为表明，为了本条款草案的目的，仅需要与那些实际参与提供救灾救济和援助的实体进行合作。另外之所以提到红十字国际委员会，是因为在涉及到武装冲突的复杂紧急形势情况下，条款草案也可能适用。³⁰⁸

第9[5之二]条 合作的形式

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。

评注

(1) 第9[5之二]条草案力求说明受灾国、援助国及其他援助方在发生灾害时可为保护人员开展的各种合作的形式。第8[5]条草案在一般意义上将合作作为本专题的指导原则和基本义务，因为合作在救灾行动中发挥核心作用。鉴于合作的重要作用，需要在本条中更加详细地阐述相关合作的形式。因此，本条草案旨在进一步阐述第8[5]条草案的含义，但是不增加任何法律义务。

(2) 第9[5之二]条草案列出的合作形式——人道主义援助、协调国际救灾行动和通信、提供救灾人员、救灾设备和物资以及科学、医学、技术资源——大致基于委员会第六十届会议（2008年）通过的《跨界含水层法》条款第17条第4款第二句，³⁰⁹该条描述了紧急情况下需开展的合作，是对《跨界含水层法》条款草案第7条中规定的一般合作义务的解释。第17条第4款第二句案文如下：

³⁰⁸ 见下文第21[4]条草案的评注第(2)段。

³⁰⁹ 《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分），第25页及其后，第53-54段。跨界含水层法条款转载于大会2008年12月11日第63/124号决议的附件。

³⁰⁴ 《法兰西共和国政府与马来西亚政府关于灾害预防及管理 and 公共安全合作的协定》（1998年5月25日，巴黎），*Journal officiel de la République française*，1998年12月9日，第18519页（序言部分第4段）。

³⁰⁵ 见大会第46/182号决议，附件，第4段。另见2005年《兵库宣言》（2005年1月18-22日在日本兵库县神户市举行的世界减灾会议的报告（A/CONF.206/6和Corr.1）），第一章，决议1，第4段。

³⁰⁶ 附件，第5段。

³⁰⁷ 2008年7月25日第2008/36号决议，第7段。

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。³¹⁰

鉴于上述规定是针对一个有关背景——即发生影响跨界含水层的紧急情况时需要合作——专门起草的, 委员会认为其文字是起草第9[5之二]条草案的有益出发点。不过, 第9[5之二]条草案的案文作了修改, 以便适当反映本专题条款草案的背景和目的, 并确保考虑关于应灾的国际文书中提到的主要合作领域。1976年6月26日《东盟自然灾害互助宣言》载有类似文字, 宣言称“成员国应在各自的能力范围内, 合作改进以下方面的沟通渠道: 灾害预警, 专家和学员交换, 信息和文件交流, 以及医疗物资、服务和救灾援助的分发”。³¹¹ 同样, 在解释联合国应发挥协调作用和鼓励合作的领域时, 大会第46/182号决议呼吁协调“专门人员和技术专家小组, 以及救灾物资、设备和服务”(附件, 第27段)。

(3) 第9[5之二]条草案开首称, “为本条款草案的目的”而列出了合作形式。因此, 应参照其他条款草案一并阅读的第9[5之二]条草案是有关第2[2]条草案所述的整个专题的宗旨, 即“促进充分和有效地应对灾害以满足有关人员的基本需要, 充分尊重其权利”。在本专题范围内, 合作义务的最终目的, 因此也是第9[5之二]条草案提到的任何形式的合作的最终目的, 是保护受灾人员。

(4) 本条草案着重指出了一些具体的合作形式, 不是要列举所有情况, 而是为了说明可能适合具体情况的主要合作领域。使用“包括”一词, 以及其他正式语文中对应的词, 强调了列举并非穷尽无遗。委员会确定, 条款中提到的形式只是可能需要合作的主要领域, 这些形式范围广泛, 足以囊括众多不同的合作活动。因此, 合作可包括但不仅限于条款中提到的活动; 不排除本条草案没有明确提到的其他形式的合作, 例如资金支持、技术转让(包括卫星成像等)、培训、共享信息以及联合模拟演习和规划。

(5) 由于第9[5之二]条草案只是为了说明可采取的合作形式, 其并不是为受灾国或其他援助方规定参加某些活动的额外法律义务。可采取的合作形式将取决于一系列因素, 除其他外包括: 灾害性质、受灾人员的需要、受灾国和其他援助方的能力。与合作原则本身一样, 第9[5之二]条草案所列的合作形

式意在显示一种相互性, 因为合作并非单方面行为, 而是涉及多方的合作行为。³¹² 因此, 本条草案不是为了列举援助国可开展的活动清单, 而是为了说明可通过与受灾国和其他援助方的磋商协调努力的领域。

(6) 此外, 提到的合作领域必须与其他条文草案保持一致。例如, 与第8[5]条草案一样, 第9[5之二]条草案提到的合作形式必须与第12[9]条草案一致, 该条承认受灾国“由于其主权”在救灾和援助中的主要作用。合作还必须满足受灾国对外部援助的同意(第14[11]条草案)要求, 并承认受灾国可对提供外部援助, 特别是就查明的受灾人员的需要和援助的质量规定适当的条件(第15[13]条草案)。合作还与第17[14]条草案有关, 该条承认受灾国对便利迅速及有效地向受灾人员提供援助的作用。这样看来, 并且鉴于第9[5之二]条草案没有规定任何额外的法律义务, 在开展上述形式的合作时, 受灾国、援助国及其他援助方之间的关系将由本条款草案的其他规定来规范。

(7) 第9[5之二]条草案提到的合作形式中, 特意将人道主义援助放在第一位, 这是因为委员会认为这种合作在救灾工作中最重要。第二类合作——协调国际救灾行动和通信——希望尽可能涵盖救灾阶段的大多数合作努力, 可包括后勤协调, 监督和便利救灾人员和设备的活动及通行, 以及分享和交流与灾害有关的信息。虽然强调灾前合作的文书经常提到信息交流是减少灾害风险的预防手段,³¹³ 但是通信和信息对于在救灾过程中监督灾情发展、便利协调各参与方的救援行动也十分重要。许多文书都提到了救灾过程中的通信和信息分享问题。³¹⁴ 提到“提供救灾人员、救灾设备和物资以及科学、医学、技术资源”是指提供救灾行动所需的任何及一切资源。提到“人员”是指可能需要提供医疗小组、搜寻和救援小组、工程师和技术专家、笔译和口译员, 或代表

³¹² 见上文第8[5]条草案的评注第(6)段。

³¹³ 例如, 见《东盟灾害管理和应急响应协定》, 第18条, 第1款。

³¹⁴ 例如, 见《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》, 第3条, 第2款(呼吁“部署地面和卫星电信设备来预测和监测各种自然危险、健康危险或灾害以及提供有关的信息”以及“在缔约国之间以及同其他国家、非国家实体和政府间组织分享关于自然危险、健康危险和灾害的信息, 并将这种信息传播给公众, 特别是传播给面临危险的社区”); 《奥斯陆准则》(见上文脚注257), 第54段。另见关于发生灾害时的人员保护的秘书处备忘录中的讨论(A/CN.4/590[和Add.1-3])(上文脚注232), 第158-173段。

³¹⁰ 《2008年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第48页。

³¹¹ ASEAN Documents Series 1976。

某参与方——受灾国、援助国或其他援助方——参加救援行动的其他人员，并需要他们之间的合作。“资源”一词涵盖科学、技术和医学专长和知识，以及设备、工具、药物或对救援有用的其他物品。

(8) 第9[5之二]条草案列出了救灾过程中或灾后阶段可采取的合作形式。灾前阶段的合作，包括防灾、备灾和缓解等方面的合作，在第10[5之三]条草案里加以处理。

第10[5之三]条 减少灾害风险的合作 合作应扩展至采取旨在减少灾害风险的措施。

评注

(1) 第9[5之二]条草案涉及在灾害周期的救灾或灾后阶段可采取的各种合作形式，而第10[5之三]条草案指出，第8[5]条草案以具有一般性的措词体现的合作义务适用范围在时间上也涵盖灾前阶段。因此，第9[5之二]条草案阐述灾害应对问题，而第10[5之三]条草案阐述减少灾害风险问题。

(2) 这一条款将所指的合作界定为与“采取旨在减少灾害风险的措施”相关的合作。理解这一短语应参照第11[16]条草案的两款，特别是设想了一系列专门用于减少灾害风险的措施的第2款。

(3) 第10[5之三]条草案的通过不妨碍这一条在这套条款草案的最终位置，特别是包括将它与第9[5之二]条草案一起纳入一个新修订的第8[5]条草案。这些问题留给条款草案二读阶段来解决。

第11[16]条 减少灾害风险的义务

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

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

评注

(1) 第11[16]条草案阐述关于减少灾害风险的义务。这条草案由两款组成。第1款规定了采取一定措施减少灾害风险的基本义务，第2款提示性地列举了一些这类措施。

(2) 第11[16]条草案体现的是，承认发生灾害时的人员保护条款草案中不仅需要涵盖灾害应对阶段，而且也需要涵盖国家在灾前的义务。减少灾害风险的概念来源于大会的一些决议，并且通过1994年5月23日至27日在日本横滨举行的减少自然灾害世界会议、³¹⁵2005年《2005-2015年兵库行动框架》³¹⁶以及全球减少灾害风险平台的几届会议而得到进一步发展。

(3) 如2005年《兵库宣言》指出的：“必须在一切层面，从个人到国际一级，培养防灾抗灾的氛围，并推动制定与之相关的、属于必要投资性质的灾前战略。……灾害风险、危害及其影响确实构成威胁，但是，通过适当的应对就可以也必定能够采取行动，减少未来的风险和降低脆弱度”。³¹⁷在2013年全球减少灾害风险平台的第四届会议上，主席在总结概要中提请注意：“越来越多的人认识到：预防和减少灾害风险是一项法律义务，涵盖风险评估、建立预警系统以及获得风险信息”。³¹⁸

(4) 第11[16]条草案体现的规则受到《国际法院规约》第三十八条第一款确认的法律渊源的启发。委员会立足于国家主权和不干涉的基本原则，并且同时吸取了由国际人权法产生的原则，包括各国义务尊重、保护和实现人权，特别是生命权。保护不仅事关实际侵犯人权的行为，而且也对各国施加了采取必要适当措施，防止这类侵权行为出现的积极义务，不管威胁来自何处。这一点得到国际性法庭裁决的确认，特别是欧洲人权法院关于Öneryildiz诉土耳其案³¹⁹和Budayeva等诉俄罗斯案³²⁰的判决。这些裁决确认了采取预防措施的责任。此外，第11[16]条草案

³¹⁵ 减少自然灾害世界会议的报告(A/CONF.172/9)，第一章，决议1，附件一：《建立更安全的世界的横滨战略：预防、防备和减轻自然灾害的指导方针》，其中载有原则、战略和行动计划。

³¹⁶ 2005年《兵库宣言》(A/CONF.206/6)(见上文脚注305)，第1章，决议2：“2005-2015年兵库行动纲领：加强国家和社区的抗灾能力”。

³¹⁷ 同上，决议1。

³¹⁸ 联合国国际减少灾害战略，《议程：减轻灾害风险全球平台第四次会议，瑞士日内瓦，2013年5月19-23日，投资今天共筑更安全的明天》，第13页(可获自www.unisdr.org/we/inform/publications/34330)。

³¹⁹ Öneryildiz诉土耳其，申请号48939/99，2004年11月30日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions 2004-XII*。

³²⁰ Budayeva等诉俄罗斯，申请号15339/02、21166/02、20058/02、11673/02和15343/02，2008年3月20日的判决，第一庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions 2008(extracts)*。

吸取了若干国际环境法原则的内容,包括“尽职”原则的内容。

(5) 第11[16]条草案的重要法律基础是,存在着反映各国承诺减少灾害风险的广泛实践。许多国家签订了有关减少灾害风险的具有约束力的多边、区域和双边协议,其中包括:《东盟灾害管理与应急响应协议》;³²¹ 2005年《亚洲减少灾害风险北京行动计划》;³²² 2007年《亚洲减少灾害风险德里宣言》;³²³ 2008年《亚洲减少灾害风险吉隆坡宣言》;³²⁴ 2010年10月25至28日在仁川(大韩民国)召开的第四届亚洲部长级减灾大会,该届会议产生了2010年《亚太减轻灾害风险仁川区域路线图》,重申了《行动纲领》,提出了考虑到该区域脆弱性的适应气候变化和减少灾害风险的亚洲倡议;³²⁵ 《2004年非洲联盟减少灾害风险区域战略》,及随后的实施该战略的行动方案(原为2005–2010年期间而订,后来延长至2015年);³²⁶ 四届非洲区域减少灾害风险平台会议,最近的一届是在2013年;³²⁷ 《阿拉伯2020减少灾害风险战略》,由2010年12月举行的阿拉伯环境部长理事会通过;³²⁸ 最后,《2011年自墨西哥纳亚里特州新巴亚尔塔发出的关于加强美洲减少灾害风险行动的公报》。³²⁹

(6) 各国对这一承诺的承认也体现在各国将减少灾害风险措施纳入其国家政策和法律框架这一点

³²¹ 该协定是在《2005–2015年兵库行动纲领》获得通过之后制订的第一个关于减少灾害风险的国际条约。

³²² 2005年9月27–29日在北京举行的亚洲减少灾害大会通过。

³²³ 2007年11月7–8日在新德里举行的第二届亚洲部长级减灾大会通过。

³²⁴ 2008年12月2–4日在吉隆坡举行的第三届亚洲部长级减灾大会通过。

³²⁵ 宣言的文本见 www.preventionweb.net/files/16327_final-incheondeclaration1028.pdf。另见 www.unisdr.org/files/20382_summaryof4hamcdr.pdf。

³²⁶ 《减少灾害风险非洲区域战略延长的行动方案(2006–2015)和2010年第二届非洲减少灾害风险部长级会议宣言》,会议于2010年4月14日至16日在内罗毕举行,可获自 www.unisdr.org/files/19613_bookletpoaenglish.pdf。另见 www.unisdr.org/files/4038_africaregionalstrategy1.pdf。

³²⁷ 联合国国际减灾战略,“非洲针对减灾问题寻求统一的立场”,2013年2月13日(可获自 www.unisdr.org/archive/31224)。

³²⁸ 该项战略的文本见 www.unisdr.org/files/18903_17934asdrfinalenglishjanuary20111.pdf。

³²⁹ 公报文本见 www.unisdr.org/files/18603_communi-quenayarit.pdf。

上。通过汇编各国实施《兵库框架》³³⁰ 进展报告可以发现,64个国家或地区报告已经确立了关于减少灾害风险的专门政策,这些国家或地区均匀地分布于各大洲和各个地区,包括了主要的易受灾地点。这些国家或地区是:阿尔及利亚、安圭拉、阿根廷、亚美尼亚、孟加拉国、多民族玻利维亚国、巴西、英属维尔京群岛、佛得角、加拿大、智利、哥伦比亚、库克群岛、哥斯达黎加、科特迪瓦、古巴、多米尼加共和国、斐济、芬兰、格鲁吉亚、德国、加纳、危地马拉、洪都拉斯、印度、印度尼西亚、意大利、日本、肯尼亚、老挝人民民主共和国、黎巴嫩、马达加斯加、马拉维、马来西亚、马尔代夫、马绍尔群岛、毛里求斯、墨西哥、蒙古、摩洛哥、莫桑比克、尼泊尔、新西兰、尼加拉瓜、尼日利亚、挪威、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、波兰、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、萨摩亚、塞内加尔、斯里兰卡、瑞典、瑞士、阿拉伯叙利亚共和国、泰国、前南斯拉夫的马其顿共和国、坦桑尼亚联合共和国、美利坚合众国、瓦努阿图、委内瑞拉玻利瓦尔共和国。更近些时候,联合国国际减少灾害战略查明已经有76个国家建立了国家减灾平台,其定义是“一种协调机制,用于把减少灾害风险纳入发展政策、规划和方案的主流”,以实施减少灾害风险战略。³³¹ 一些国家制订了法律,要么单独、专门处理减少灾害风险问题,要么在更广泛的法律框架内结合灾害应对一并处理灾害风险管理问题。这些国家或地区包括:阿尔及利亚、³³² 喀麦隆、³³³ 中国台湾省、³³⁴ 多米尼加共和国、³³⁵ 萨尔瓦多、³³⁶ 爱沙尼亚、³³⁷ 法国、³³⁸ 危地马拉、³³⁹ 海

³³⁰ 《2005–2015年兵库行动纲领》,优先事项1,核心指标1.1。见 www.preventionweb.net/english/hyogo/progress/。

³³¹ 建立了国家平台的国家名单见 www.unisdr.org/partners/countries。

³³² 阿尔及利亚,2004年12月25日的风险预防和灾难管理法。

³³³ 喀麦隆,2003年3月19日关于建立、组织和运作国家风险观察站的第037/PM号法令。

³³⁴ 中国台湾省,灾害防救法(2000年)。

³³⁵ 多米尼加共和国,第874-09号法令,该法令批准关于风险管理的第147-02号法律实施条例并废除第932-03号法令(2009年)中的第1、2、3、4和5章。

³³⁶ 萨尔瓦多,民防、防灾、减灾法(2005年)。

³³⁷ 爱沙尼亚,应急准备法(2000年)。

³³⁸ 法国,关于预防技术和自然风险和损害赔偿的第2003-699号法律(2003年)。

³³⁹ 危地马拉,第109-96号法令,减轻自然灾害和人为灾害国家协调员法(1996年)。

地、³⁴⁰ 匈牙利、³⁴¹ 印度、³⁴² 印度尼西亚、³⁴³ 意大利、³⁴⁴ 马达加斯加、³⁴⁵ 纳米比亚、³⁴⁶ 新西兰、³⁴⁷ 巴基斯坦、³⁴⁸ 秘鲁、³⁴⁹ 菲律宾、³⁵⁰ 大韩民国、³⁵¹ 斯洛文尼亚、³⁵² 南非、³⁵³ 泰国、³⁵⁴ 美国。³⁵⁵

(7) 第11[16]条草案应与本条款草案中具有普遍适用性的规则——包括那些主要关系到灾害应对的规则——一起解读。

第1款

(8) 第1款以“每一国”开始。该委员会选择这一措词，而不是英文复数的“国”，是为了与先前通过的条款草案保持一致，这些条款草案注意界定负有采取行动的法律责任的“一国或多国”。相比那些直接涉及灾害应对阶段（该阶段受灾一国或受灾多国有别于其他国家）的条文草案，灾前阶段的有关义务问题适用于每一国。此外，从第2款显而易见的是，减少风险的义务意味着主要在国内一级采取措施。第10[5之三]条草案旨在涵盖任何需要国与国或与其他援助方之间互动的这类措施。换言之，这一义务分别适用于每一个国家。因此，委员会决定不使用英文复数的“国”，也是避免暗示任何集体义务。

³⁴⁰ 海地，全国风险和灾害管理计划（2001年）。

³⁴¹ 匈牙利，预防灾害和预防涉及危险物质重大事故的管理和组织的第七十四号法（1999年）。

³⁴² 印度，灾害管理第53号法（2005年）。

³⁴³ 印度尼西亚，2007年关于灾害管理的第24号法律。

³⁴⁴ 意大利，关于建立国家减灾平台的总理令（2008年）。

³⁴⁵ 马达加斯加，第2005-866号法令，该法令规定了实施2003年9月5日关于全国风险和灾害管理的第2003-010号法律的方式（2005年）。

³⁴⁶ 纳米比亚，灾害风险管理法（2012年）。

³⁴⁷ 新西兰，2005年国家民防应急管理计划令（SR 2005/295），第3部分。

³⁴⁸ 巴基斯坦，全国灾害管理法（2010年）。另见巴基斯坦政府在2011年第三届全球减少灾害风险平台会议上的正式声明，可获自 www.preventionweb.net/files/globalplatform/pakistanofficialstate.pdf 下载。

³⁴⁹ 秘鲁，创立全国灾害风险管理系统的第29664号法律（2011年）。

³⁵⁰ 菲律宾，菲律宾灾害风险管理法（2006年）。

³⁵¹ 大韩民国，国家灾害应对法（1995年）、国家灾害管理法（2010年）。

³⁵² 斯洛文尼亚，自然灾害和其他灾害防护法（2006年）。

³⁵³ 南非，2002年第57号灾害管理法。

³⁵⁴ 泰国，预防和减轻灾害法（2007年）。

³⁵⁵ 美国，减轻灾害法（2000年）。

(9) “应”一词表示存在着以这一款所述方式行事的国际法律义务，并且是传达这一法律义务的含义的最简洁方式。这条草案的标题确认了这一点，其提及减少灾害风险的“义务”。虽然每一国都承担同样的义务，但是以“采取必要和适当的措施”这一短语处理了各国之间履行义务的能力水平不同的问题。

(10) 义务是“减少灾害风险”。³⁵⁶ 委员会采纳了本用语，以承认数个主要宣言尤其是在2005年世界减灾会议上发表的《兵库宣言》体现的当代国际社会观点，³⁵⁷ 即重点应是减少一个危险因素造成损害的风险，这有别于防止灾害本身。因此，第1款的重点是减少灾害风险。实现这一点就要采取一定的防灾、减灾和备灾措施。

(11) “采取必要和适当的……措施”一语指出所要求的具体行为。除下文第(13)段对法律和规章的进一步解释外，根据普遍的做法，以“必要”和“适当”这两个词来界定应采取的“措施”。在任何特定情况下，什么可能是“必要和适当”的，将按照应采取措施的既定目标来理解，即“防灾、减灾和备灾”以减少风险。如上文第(9)段指出的，这应在有关国家现有能力和可用资源的更广泛背景下进行评估。尽职的基本要求是“必要和适当”概念所固有的。因此，进一步的理解是，这一措词暗含着措施的成效问题。

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

(13) 限定词“包括”表明，尽管“法律和规章”可能是主要的方法，但还可能还有其他安排，可以据之采取这些措施。选择“包括”一词，以避免解释为始终要求通过和执行具体的法律和规章。这将允许每一国有一定的自由裁量权来决定适用的法律框架，

³⁵⁶ 委员会注意到当联合国正式译文将英语“disaster risk reduction（减少灾害风险）”译为法语“prévention des risques de catastrophe（灾难性风险预防）”时，在语言上存在差异。

³⁵⁷ 见上文脚注305。

而理解是：具有一个预期采取“必要和适当的措施”的法律框架，是减少灾害风险的一个必要条件。因此，在“必要”之前使用英文定冠词“the”，以具体指出：所说的不是任何一般措施，而是专门和具体的防灾、减灾、备灾措施。

(14) “通过制定法律和规章”这一短语意味着需确保在国内法律制度中界定执行机制和针对不执行的问责制。这类问题虽然重要，但不是减少灾害风险领域的法律和规章可处理的唯一内容，因此如在第1款案文中单独列出也许会导致意思不清楚。

(15) “防灾、减灾和备灾”这一短语用于说明国家在灾前阶段应采取的、终极目标是减少其面临灾害风险的“必要和适当”措施的目的。这句话沿循了减少灾害风险主要文书使用的、现在广为接受的措词。委员会认识到的一个事实是：采用不同措词可能会导致对本条草案所设想的活动类别出现意想不到的相反解释。

(16) 为说明防灾、减灾和备灾这三个用语各自的含义，委员会认为应当参照联合国减灾署在2009年编写的《减少灾害风险词汇》，根据这一词汇：

(一) 防灾是

全面防止致灾因子和相关灾害的不利影响。……

预防（即防灾）表达的是通过事先采取行动，完全避免潜在不利影响的概念和意愿。……很多情况下，完全避免损失是不可能的，所以防灾任务转变成了减灾任务。部分是这个原因，有时防灾和减灾用语被不经意地交替使用。³⁵⁸

(二) 减灾是

减轻或限制致灾因子和相关灾害的不利影响。……

致灾因子的不利影响通常无法完全避免，但可以通过各种战略和行动切实地减轻它们的规模或危害程度。……应该注意在气候变化政策里，“减轻(mitigation)”的定义不一样，被定义为减少作为气候变化根源的温室气体排放。³⁵⁹

(三) 备灾是

由政府、专业灾害应对和恢复机构、社区和个人建立的知识

³⁵⁸ 联合国国际减灾战略，《2009年UNISDR减轻灾害风险术语》，第17页（可获自https://www.preventionweb.net/files/7817_UNISDRTerminologyChinese.pdf）。

³⁵⁹ 同上，第19–20页。委员会意识到在联合国正式英文文本中“mitigation”（减轻）和法文本中“atténuation des effets”的对应存在着不一致。

和能力，对可能发生、即将发生或已经发生的危险事件或条件，以及它们的影响进行有效的预见、应对和恢复。……

备灾行动是在整个灾害风险管理的范围内进行的，目的是建立有效管理所有类型突发事件的能力，实现有序地从灾害应对到稳固恢复的过渡。好的备灾基于对灾害风险的良好分析，与预警系统的良好衔接……。[应采取的措施]必须要有一个正规机构、相关法律和预算的支持。³⁶⁰

第2款

(17) 第2款列出三类减少灾害风险的措施，即：“开展风险评估、收集和传播风险和以往损失信息、安装和操作预警系统”。正如在本评注第(3)段指出的，2013年5月举行的减少灾害风险全球平台第四届会议结束时，主席在总结中单独强调了这三个措施。³⁶¹委员会决定明确提及列出的三个实例，以反映最突出类型的当代减少灾害风险努力。“包括”一词表示所列举的并非穷尽无遗。列举这三项措施不影响目前正在或未来可能开展的旨在减少灾害风险的其他活动。

(18) 可采取的实际措施是无数的，并依赖于社会、环境、金融、文化和其他相关情况。公共和私营部门的实践提供了丰富的实例。其中可援引的是：社区一级的备灾和教育、建立体制框架、应急计划、设立监测机制、土地用途控制、建筑标准、生态系统管理、排水系统、资金以及保险。

(19) 第2款所列的三个连续措施具有一个共同特征：都有助于制订和适用许多——即使并非全部——其他措施，例如在公共和私营部门涉及重点确定或投资规划的决策中。

(20) 第一项措施——风险评估——涉及到生成有关危险和脆弱性的知识。因此，这是任何减少灾害风险的明智措施的第一步。如果没有足够确定地了解环绕灾害的情况及其特点，就不能颁布有效的措施。风险评估也迫使各方更仔细了解当地实际情况和要求当地社区参与。

(21) 第二项措施——收集和传播风险和以往损失信息——是下一个步骤。减少灾害风险，需要公私部门和民间社会中所有参与者的行动。收集和传播的结果应是免费提供风险和以往损失信息，这能够推动有效的行动。它使所有利益攸关方能够为自己的行动承担责任，并更好地确定规划重点；它也增强了交易

³⁶⁰ 同上，第21页。

³⁶¹ 见上文脚注318。

透明度以及公众监督和控制。委员会希望强调：需要传播和免费提供风险和以往损失信息，因为这反映了关注公众可获取此类信息的重要性这一流行趋势。委员会虽然认识到这一趋势重要，但认为最好在评注中，而不是在第2款正文中阐述；因为将它作为统一的法律规定，可能实际上让各国负担过重。

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

(23) 如上文第(11)段所解释的，第11[16]条草案事关在国内采取预想的措施。结合第10[5之三]条草案解读的第8[5]条草案中的合作义务将涵盖任何属于国家间的部分。因此，与任何列举和未列举的、为减少灾害风险可能采取的措施有关的国际法律义务的程度，应以每一国与该国有义务与之合作的其他行为者订立的相关具体协议或安排来确定。

第12[9]条 受灾国的作用

1. 受灾国由于其主权，有责任在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助。

2. 受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。

评注

(1) 第12[9]条草案针对的是受灾国在其领土上发生灾害时的人员保护的情况。第1款体现了受灾国遵照国际法保护人员及提供抗灾救济和援助的义务。第2款确认了受灾国在应对其境内或其管辖或控制的领土或地区内的灾害时的主要作用。第12[9]条草案的前提是主权及不干涉原则，这两个原则写入了《联合国宪章》，³⁶²并得到了众多国际文书的承认。³⁶³在抗灾救济问题上，大会第46/182号决议确认，“必须按

³⁶² 《联合国宪章》，第二条第一款（“本组织系基于各会员国主权平等之原则”）；第二条第七款（“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用”）。

³⁶³ 例如，见《关于各国依照联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》（上文脚注298）（除其他外，指出“各国一律享有主权平等。它们均有平等权利与责任，并为国际社会之平等会员国”；使用武力剥夺各民族之民族特性构成侵犯其不可移让之权利及不干涉原则之行为；各国应依照主权平等及不干涉原则处理其在经济、社会、文化、技术及贸易方面之国际关系）。国际法院称，“在各个独立国家间，尊重领

照《联合国宪章》尊重各国的主权、领土完整和国家统一”（附件，第3段）。

(2) 第1款确认，受灾国有责任在其境内确保保护人员并提供抗灾救济和援助，这一责任源自其主权。关于一国的主权与相应的责任之间的联系这一理念，阿尔瓦雷斯法官在科孚海峡案的个别意见中表述：

一国在其境内，排除所有其他国家，在与其他国关系中所具有的一整套权利和属性。主权赋予国家权利，也使其承担义务。³⁶⁴

对于这一概念，委员会考虑了几种措词，如“在行使其主权时”及“在行使其主权和责任时”，最后采用了当前的案文。限定语“由于其主权”强调的是，受灾国受益于不干涉原则，是负有责任保护身处其境内或受其管辖或控制的领土或地区内的人员的一方。委员会决定，“责任”（duty）一词比“责任”（responsibility）更为妥当。委员会认为，用“责任”（responsibility）一词可能导致混淆，因为“责任”（responsibility）是委员会其他工作中的专门用语。

(3) 第2款进一步体现了国家在灾害应对中起着主要作用。这种地位源于国际法中主权和不干涉的核心原则。由于上述原因，委员会决定采用“作用”一词而不用“责任”（responsibility）来表述受灾国的地位。采用“作用”一词受到了大会第46/182号决议的启发，该决议中称，受灾国“在其境内发起、组织、协调和执行人道主义援助方面起主要作用”（附件，第4段）。采用“作用”一词而不用“责任”（responsibility）的另一考虑是在协调灾害应对活动方面给受灾国留出酌处余地。含有国家有义务指挥或控制灾害应对活动之意的措词可能反过来限制一些倾向于在灾害应对的协调中发挥较为有限的作用或资源有限的国家。

(4) 受灾国的主要作用还受到另一启发：国际法早已承认一国政府最能判断紧急情况的严重性并制

土主权是国际关系的一个重要基础”（科孚海峡（见上文脚注287），第35页）。

³⁶⁴ 科孚海峡（同上），第43页。另见仲裁人Max Huber在*Palmas*岛（荷兰诉美国），1928年4月4日的裁决中表达的意见，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号1949.V.1），第829页及其后，详第839页：

“领土主权，正如已经说过的，涉及一国行使国家的活动的专属权。这一权利必然伴随一项责任：有义务保护在该领土内其他国家的权利”。

定适当的应对政策。第2款中称，受灾国起着指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助的主要作用，这一点应与草案第8[5]条草案所述的合作的义务一并解读。在这一背景下，第12[9]条草案第2款肯定了受灾国在与第8[5]条草案中提到的其他相关行为方的合作关系中起着主要作用。

(5) “指挥、控制、协调和监督”抗灾救济和援助的提法来自《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》第4条第8款。³⁶⁵委员会认为，该公约用语在抗灾救济和援助领域日益被广为接受，其措词较为现代。³⁶⁶这种表述体现了国家在以何种方式遵照国际法开展救灾行动方面拥有最终控制权的立场。

(6) 委员会决定本条中在表述受灾国的主要作用时不提及“本国法律”，从而采用了与《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》不同的措词。在该公约中提及本国法律之处表明，妥善的协调要求与受灾国的国内法保持一致。委员会决定在本条中不作提及，因为可能并非所有受灾国的国内法都规范或规定了国家在灾害应对情况下的主要作用。

第13[10]条 受灾国寻求外部援助的责任

如所遭受的灾害超过了国家的应对能力，受灾国有责任酌情从其他国家、联合国、其他主管政府间组织和有关非政府组织寻求援助。

评注

(1) 第13[10]条草案处理了灾害超过国家应对能力的特殊情况。在这种情况下，受影响的国家有责任从其他国家、联合国、其他主管政府间组织和有关非政府组织寻求援助。第13[10]条草案中所阐述的责任是第12[9]和第8[5]条草案的详细说明。第12[9]条草案第1款规定，受灾国由于其主权，有责任在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助。该条草案申明了对在其境内的人员负有的义务

³⁶⁵ 《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》(指出“本公约的任何规定不应干涉缔约国根据本国法律拥有的指导、协调和监督依本公约在其领土上提供的电信援助的权力”)。

³⁶⁶ 例如，见《东盟灾害管理和应急反应协定》，第3条第2款(指出“请求或接受援助的缔约国应全面指导、控制、协调和监督其境内的援助”)；《核事故或辐射紧急情况援助公约》，第3(a)条(除其他外，指出，除另有协定，“请求援助国应在其境内负责援助的全盘指导、控制、协调和监督”)。

的中心地位。合作的责任也构成受灾国在一场灾害超过其国家应对能力时的责任的基础。第8[5]条草案申明，在适宜进行此种合作的情形下，不仅潜在的援助国，而且受灾国都有责任合作。委员会认为，如果灾害超过受灾国应对能力，这种合作既是适当的，也是必须的。在这种情况下，寻求援助还是根据国际人权文书和习惯国际法履行受灾国主要职责的一个要素。委员会大多数委员赞同存在着第13[10]条草案所载述的寻求援助的责任，但另一些委员表示反对，因为在这些委员看来，目前的国际法并没有承认这样的责任。

(2) 本条草案强调，只有在灾害超过受灾国国家应对能力的情况下，才有寻求援助的责任。并非所有的灾害都被视为达到压倒一个国家应对能力的程度。因此，委员会认为，本条草案只适用于第3[3]条草案中所定义的灾害情况的一个子集。

(3) 委员会通过“如所遭受的灾害……”这一短语来澄清一点：受灾国的应对能力很少从概念上说是绝对地够或绝对地不够。可能在救灾行动的一个方面受灾国的国家能力不够，但该国仍然能够进行其他行动。作为一个整体，短语“在并且只在一场灾害超过国家应对能力的情况下”涵盖了灾害可能超过受灾国应对能力的情况。这种灵活和积极的态度符合第2[2]条草案所表达的本条款草案的根本目的。这种方式有利于充分和有效地应对灾害，以满足有关人员的基本需求，充分尊重他们的权利。承认各国在这些情况下的责任反映了委员会对使能够及时和有效提供救灾援助的关注。

(4) 委员会认为，在第13[10]条草案中寻求援助的责任也来源于受灾国根据国际人权文书和习惯国际法承担的义务。诉诸国际社会的支持可能是受灾国在认为自身的资源不足以满足保护需要时对个人履行一个国家的国际义务的必要元素。虽然这种情况在没有灾害时也可能发生，但灾害直接涉及若干人权，其中包括生命权，获得粮食的权利，获得保健和医疗服务的权利，获得供水的权利，获得适当的住房、衣着和环卫的权利，以及不受歧视的权利。³⁶⁷委员会注意到，人权事务委员会认为，一个国家实现生命权的责任超越了仅仅予以尊重，而包括

³⁶⁷ 见特别报告员的初步报告，《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/598，第26段。

了保护和实现实质性权利的责任。³⁶⁸根据《公民及政治权利国际公约》，生命权是不可克减的，即使发生了“危及国本的公共紧急状态”（第四条第一款）——人权事务委员会在其第29号一般性意见中已确认这种状态包括“自然灾害”。³⁶⁹《经济社会文化权利国际公约》第十一条第一款指出，为确保获得粮食的权利：

缔约国将采取适当的步骤以保证实现这一权利，承认为此基于自愿同意而实行国际合作的基本重要性。

经济、社会及文化权利委员会在关于获得适足食物权的第12号一般性意见中指出，如果一个缔约国认为，资源的限制使它不可能对需要的人提供食物：

国家必须证明已尽力作出努力，作为一个优先事项，使用可供其处置的所有资源，去满足这些最低限度的义务。……因此，声称由于无法控制的原因无法履行其义务的国家必须承担举证责任，证明情况的确如此，并且它没有成功地寻求获得国际支持，以确保所需食物的供应和获得。³⁷⁰

因此，委员会指出，一国采取的“适当措施”，包括在国内条件到了无法实现获得粮食的权利的情况下寻求国际援助。如果一国本身断言无法履行其义务，则应当采取这一措施。

(5)《非洲儿童权利和福利宪章》和《残疾人权利公约》具体提到在发生灾害时对权利的保护。根据《非洲儿童权利和福利宪章》第23条，各国应采取“一切适当措施”，以确保寻求或持有难民地位的儿童以及那些由于包括“自然灾害”在内的事件而在国内流离失所的人在享受该宪章和各国缔结的其他国际人权和人道主义文书所载述的权利方面能够“得到适当的保护和人道主义援助”。《残疾人权利公约》第11条提到国家在发生灾害时对残疾人的义务：

缔约国应当依照国际法包括国际人道法和国际人权法规定的义务，采取一切必要措施，确保在危难情况下，包括在发生武装冲突、人道主义紧急情况 and 自然灾害时，残疾人获得保护和安。

³⁶⁸ 人权事务委员会，第十六届会议（1982年），第6号一般性意见（第6条—生命权），第5段（《大会正式记录，第三十七届会议，补编第40号》（A/37/40），附件五，第110页）。

³⁶⁹ 关于第4条的第29号一般性意见（在紧急状态期间克减《公约》条款），2001年7月24日，第5段（《大会正式记录，第五十六届会议，补编第40号》（A/56/40），第一卷，附件六，第208页）。

³⁷⁰ 经济、社会及文化权利委员会，第12号一般性意见（获得适足食物权（《公约》第11条）），1999年5月11日，第17段（《经济及社会理事会正式记录，补编，2000年第2号》（E/2000/22-E/C.12/1999/11），附件五，第107页）。

委员会认为，“一切必要措施”短语可包括当灾害超过受灾国应对能力时使用来自国际社会成员的可能的援助。这种做法符合国际法律体系中所适用的人道指导原则。国际法院在科孚海峡案（案情）中确认，基本的人道考虑被认为是国际法律秩序中一般的和公认的原则，“在和平时期比在战争时期还要严格”。³⁷¹第7[6]条草案确认了人道原则在应对灾害中的核心地位。

(6) 委员会认为，在第13[10]条草案的背景下，有责任“寻求”援助比有责任“请求”援助的措词方式适当。委员会这一提法源自于国际法学会通过的关于人道主义援助的决议中所列出的责任，其中指出：

一旦受灾国无法向在其管辖或实际控制下的受灾者提供足够的人道主义援助时，应当向主管的国际组织和/或第三国寻求援助。³⁷²

同样，红十字与红新月联合会则认为：

如果受灾国确定，灾情超过国家的应对能力，应寻求国际和/或地区的援助，以解决受影响人员的需要。³⁷³

此外，大会第46/182号决议所附的指导原则（第5段）似也支持受灾国在紧急情况超过其应对能力的情形下有隐含的责任参与国际合作：

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

(7)“请求”的另一种提法载于《奥斯陆准则》，其中指出，“如果国际援助是必要的，为了最大限度地发挥其效益，应由受灾国在灾害开始发生时尽快提出请求或予以同意”。³⁷⁴委员会认为，“请求”给予援助意味着在第三国接受该项请求时受灾国同意予以接受。与此相反，委员会认为，有责任“寻求”援

³⁷¹ 科孚海峡（见上文脚注287），第22页（指出“阿尔巴尼亚当局负有的义务包括，为了一般航运目的，通知在阿尔巴尼亚领海有一个雷区，警告接近的英国军舰注意雷区使它们暴露在迫在眉睫的危险之中。这些义务不是根据适用于战争时期的《关于敷设自动触发水雷公约》的海牙第八公约的规定，而是根据某些一般公认的原则，即：基本的人道考虑，在和平时期比在战争时期还要严格”）。

³⁷² 关于人道主义援助的决议，第三条，第3段，Institute of International Law, Yearbook, vol. 70, Part II（见上文脚注246），第270页。

³⁷³ 红十字与红新月联合会（见上文脚注245），第一部分，第3节，第2段。

³⁷⁴ 《奥斯陆准则》（见上文脚注257），第58段。

助意味着对国际援助的提供采取较广义的协商过程。“寻求”一词涉及受灾国采取主动行动开启可能达成协议的过程。因此，第13[10]条草案规定受灾国有责任在灾害超过其国家应对能力时主动采取积极措施寻求援助。

(8) 委员会认为，受灾国政府最能够判断灾情的严重性和其国家应对能力的限制。委员会认为，受灾国必须秉持诚意评估灾害的严重程度。《各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》阐述了诚意原则，其中规定，“每一国均有责任一秉诚意履行其按照联合国宪章”担负的义务、“依公认之国际法原则与规则”所担负的义务以及“在依公认国际法原则与规则系属有效之国际协定下”所担负的义务。³⁷⁵对一个灾害的严重程度的诚意评估是受灾国根据第12[9]条草案第1款由于其主权而担负的在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助的一个要素。

(9) 委员会通过的“酌情”这个短语强调受灾国从各国、联合国、主管政府间组织和有关非政府组织中选择最适合其特定需要的援助的自由裁量权。这个词进一步反映，寻求援助的责任并不意味着一个国家有责任从第13[10]条草案中所列出的每一个来源寻求援助。因此，“酌情”这个短语强调了受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助的提供方面具有第12[9]条草案第2款中所概述的主要作用。

(10) 在灾害超出国家应对能力的情形下存在寻求援助的责任，不应被认为意味着委员会不鼓励受灾国在灾情较小的情况下寻求援助。委员会认为，在灾害救济的各个阶段在援助方面进行合作，对充分和有效应对灾害很重要，并且是团结原则的实际体现。即使受灾国有能力并且愿意提供必要的援助，国际行动者在许多情况下的合作与援助，将确保较为充分、迅速和全面地应对灾害和加强对受灾者的保护。

第14[11]条 受灾国对外部援助的同意

1. 提供外部援助需要征得受灾国的同意。

2. 受灾国不得任意拒绝外部援助。

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

评注

(1) 第14[11]条草案涉及受灾国对提供外部援助的同意。作为一个整体，这条草案为受灾国在救灾行动领域创建一个有限定的同意制度。第1款反映了国际救灾援助的实施需要受灾国同意的核心原则。第2款规定，对外部援助不得被任意拒绝，而第3款规定受灾国有责任在可能时告知其就援助提议作出的决定。

(2) 提供外部援助需要受灾国同意的原则是国际法的基础。因此，大会第46/182号决议附件所载的指导原则第3段指出，“必须在受灾国同意和原则上应受灾国的呼吁的情况下提供人道主义援助”。《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》规定，“依照本公约提供的任何电信援助，未经请求国同意不应提供”（第4条，第5款），而《东盟灾害管理和应急响应协定》则指出，“外部援助或援助的提议应只在受灾国提出请求或同意后予以提供”（第3条，第1款）。第12[9]条草案第2款承认受灾国对在其领土上指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助发挥主要作用，承认外部援助需要国家的同意与其一致。

(3) 第2款中承认受灾国拒绝提议的权利并非是不受限制的，这一点反映了主权同时引起权利和义务的双重性质。这种做法体现在第12[9]条草案第1款，其中申明受灾国“由于其主权，有责任在其领土上确保保护人员和提供抗灾救济和援助”。另一方面，委员会一些委员认为，不得任意拒绝外部援助的义务未得到国际法的承认。

(4) 委员会认为，在灾害发生时受灾国确保保护和援助在其领土上的人的责任，旨在维护受灾害影响的人的生命和尊严，并保证这些人获得所需要的人道主义援助。这个责任是在受灾国领土内确保生命权的核心。³⁷⁶人权事务委员会解释《公民及政治权利国际公约》第六条所载述的生命权，认为它包含国家采取积极措施以确保对这一权利之享受的义务。³⁷⁷因此，提供援助的提议被拒绝在一定条件下有可能构成对生命权的侵犯。大会在其1988年12月8日第43/131号决议和1990年12月14日第45/100号决议中

³⁷⁶ 见《公民及政治权利国际公约》，第六条第一款。

³⁷⁷ 人权事务委员会，第6号一般性意见（第6条—生命权）（见上文脚注368），第5段：“‘固有生命权’一语不能以狭隘的方式加以理解，保护这一权利要求各国采取积极措施。”

³⁷⁵ 见上文脚注298。

重申，“听任自然灾害和类似紧急情况的灾民自生自灭，不给予人道主义援助，不啻是危害生命和伤害人的尊严”（各自序言部分分别第8和第6段）。

(5) 承认受灾国对同意的自由裁量权并非是无限制的，这一点载于《国内流离失所问题的指导原则》。前人权委员会和大会以一致意见通过的决议欢迎这些指导原则，秘书长形容它们是“国内流离失所者”“保护的基本国际规范”，指出：³⁷⁸

有关当局，特别是如果它无能力或不愿意提供必要的人道主义援助，不得任意拒绝[同意人道主义援助提议]。³⁷⁹

国际法学会处理过两次在人道主义援助方面的同意问题。其题为“保护人权和不干涉各国内部事务的原则”的1989年决议第5条草案第2款，在作准的法文本中指出：

Les États sur le territoire desquels de telles situations de détresse[où la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé]existent ne refuseront pas arbitrairement de pareilles offres de secours humanitaires (在其领土上出现这些紧急情况[人民的生命或健康受到严重威胁]的国家不得被任意拒绝此种人道主义救援)。³⁸⁰

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

受灾国有义务不能任意和无理拒绝纯粹为了提供人道主义援助的善意提议或不准接近受害者。特别是，他们不得拒绝援助的提议，也不能不准接近，如果这种不准接近可能危及受害者的基本人权，或将违反不得作为一种作战方法使平民陷于饥饿的禁令。³⁸¹

(6) “拒绝”一词意味着确定任意性的一个时间因素。受灾国拒绝援助和没有按照第14[11]条草案

³⁷⁸ A/59/2005，第210段。

³⁷⁹ E/CN.4/1998/53/Add.2，附件，原则25，第2段。

³⁸⁰ 国际法学会于1989年9月13日在西班牙圣地亚哥德孔波斯特拉举行的会议上通过的决议，第5条第2段 (Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 63, Part II, 第344页；可获自 www.idi-iil.org/Resolutions)。在法文本中包括明确的强制性语言，而英文译本是这样：“States in whose territories these emergency situations exist should not arbitrarily reject such offers of humanitarian assistance (在其领土上存在这些紧急情况的国家不应该任意拒绝此种人道主义援助的提议)”。解释性文字“[où]la population est gravement menacée dans sa vie ou sa santé (人民的生命或健康受到严重威胁)”摘自该决议第5条第1段。

³⁸¹ 关于人道主义援助的决议，第八条第1款，Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 70, Part II (见上文脚注246)，第274页。

第3款草案在一个合理的时间框架内作出决定可能被视为任意的。这种观点反映在大会第43/131号决议³⁸²和第45/100号决议³⁸³，其中包括以下序言段：

关注自然灾害和类似紧急情况的受害者在接受人道主义援助方面可能会遇到的困难，

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

同样，2000年《民防援助框架公约》除了其他原则以外反映：各缔约国承诺在发生灾害时提供援助方面，“对于援助的提议或请求，接收国应在最短的时间进行审查并给予答复”（第三条第(5)项）。

(7) “任意”一词针对受灾国不给予同意的基础。必须在逐案的基础上确定不给予同意是否“任意”，虽然可以举出几个原则作为一般规则。首先，委员会认为，倘若一个国家在自身资源的基础上，能够提供并且愿意提供充分和有效应对灾害的措施，对外部援助不给予同意就不是任意的。其次，倘若受灾国已经接受了来自其他地方的适当和足够的援助，对一个外部来源的援助不给予同意就不是任意的。第三，倘若有关提议不符合本条款草案，不给予同意就不是任意的。尤其是，第7[6]条草案规定，人道主义援助必须根据人道、中立和公正的原则在不歧视的基础上进行。相反，如果援助的提议是按照条款草案提出的，并且没有任何其他的援助来源，将有很强的理由推论不给予同意的决定是任意的。

(8) 受灾国确定援助的最适当的形式的自由裁量权，是它根据第12[9]条草案第2款在指挥、控制、协调和监督抗灾和援助方面发挥主要作用的一个方面。这种自由裁量权必须根据受灾国的国际义务诚意地行使。³⁸⁴但委员会鼓励受灾国说明拒绝同意援助的原因。提供原因对确定受灾国诚意地作出拒绝同意援助的决定至关重要。缺乏原因可能支持这样的推论——不给予同意是任意的。

³⁸² 大会1988年12月8日第43/131号决议，序言部分第九和第十段。

³⁸³ 大会1990年12月14日第45/100号决议，序言部分第八和第九段。

³⁸⁴ 例如，见《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》(上文脚注298)，其中除其他外，指出，“每一国均有责任一秉诚意履行其依联合国宪章所负之义务”“其依公认之国际法原则与规则所负之义务”和“其在依公认国际法原则与规则系属有效之国际协定下所负之义务”。

(9) 在第3款中,委员会选择“告知就该援助提议作出的决定”的说法,给予受灾国在确定如何以最好的方式回应提供援助的提议方面最大的灵活性。人们认识到,对提供援助的每一个提议做出正式回应的刚性责任可能对处于灾害情况下的受灾国造成太大的负担。委员会认为当前的说法涵盖广泛的可能回应方式,包括由受灾国总括公布其对所有援助提议所作的决定。此段同样适用于受灾国同意接受援助和不予同意的情况。

(10) 委员会认为“只要有可能”的说的含义范围非常有限。这个短语提醒注意一国由于缺乏可发挥职能的政府或同等的丧失能力的情况而无法就是否同意形成意见的极端情况。委员会还认为,受灾国倘若没有本段所述特殊情况,就能使用它认为最合适的方式告知其所作的决定。

第15[13]条 对提供外部援助规定条件

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

评注

(1) 第15[13]条草案涉及受灾国对在其领土上提供外部援助规定条件。本条草案肯定了受灾国有权根据本条款草案以及国际和国内法的适用规定,对提供外部援助规定条件。本条草案说明了如何规定这些条件。查明的受灾人员的需要和援助的质量决定了条件的性质。本条还要求受灾国在拟定条件时指明所寻求的援助的范围和种类。

(2) 本条草案进一步体现了第12[9]条草案规定的原则,第12[9]条草案确认受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面发挥主要作用。“可……规定条件”一语符合提供援助的自愿性质,第15[13]条草案使用该语承认受灾国有权对这类援助规定条件,最好在灾害发生前规定条件,也可以在应灾过程中就特定援助方的具体援助形式规定条件。委员会提到“外部”援助是因为本条的范围是第三国或其他援助方例如主管的国际组织提供的援助,但不包括来自国内的例如由国内非政府组织提供的援助。

(3) 本条草案对受灾国规定援助条件的权利施加了限制,即必须依据适用的法律规则施加条件。第二句列出了可据以施加条件的法律框架,包括“本条款草案、适用的国际法规则以及受灾国国内法”。委员会提到“本条款草案”,以强调所有条件都必须符合条款草案所体现的原则,因此无需再次列举其他条款阐述过的人道主义和法律原则,特别是诚信、主权,以及第7[6]条草案中提到的人道主义原则,即人道、中立、公正和不歧视。

(4) 提到国内法,强调了国内法在具体受灾地区的权威。但这并不意味着事先就存在规范发生灾害时受灾国提出的具体条件的国内法(内部法)。虽然不要求在规定的条件之前必须存在专门的国内法,但是规定的条件必须符合受灾国现有的相关国内法律,正如第17[14]条草案所设想的。

(5) 受灾国和援助方都必须遵守受灾国国内法的适用规则。受灾国只可依据这些法律施加条件,援助方在整个援助期间都必须遵守这些法律。本条草案没有明言这种相互性,因为遵守国内法这一更普遍的原则本身就体现了这种相互性。现有国际协定支持援助方必须遵守国内法律的观点。例如,《东盟灾害管理与应急响应协议》第13条第2款规定“援助行动的成员必须尊重并遵守所有国内法律和规章”。其他一些国际协定也要求援助方遵守国内法³⁸⁵或依据受灾国的法律开展活动。³⁸⁶

(6) 援助方遵守国内法的责任意味着有义务要求救援行动成员遵守受灾国的国内法律和规章;³⁸⁷要求救援行动负责人采取一切适当措施确保遵守受灾国的国内法律和规章;³⁸⁸以及要求援助人员与受灾国当局合作。³⁸⁹遵守受灾国国内法并与受灾国当局合作

³⁸⁵ 例如,见1991年《美洲便利灾难援助公约》,第八条和第十一条(d)项;及《核事故或辐射紧急情况援助公约》,第8条第7款。

³⁸⁶ 同上;1998年《黑海经济合作组织(黑海经合组织)参加国政府关于就自然灾害和人为灾害提供紧急援助做出紧急反应的合作协定》,第5条和第9条。

³⁸⁷ 例如,见《工业事故跨界影响公约》,1992年3月17日,附件十,联合国,《条约汇编》,第2105卷,第36605号,第457页,第1段(“参加援助行动的人员需按照求助国家的相关法律开展活动”)。

³⁸⁸ 例如,见《东盟灾害管理和应急响应协定》,第13条第2款(“援助行动负责人应采取一切适当措施,确保遵守国家法律和法规”)。

³⁸⁹ 例如,见MacAlister-Smith(上文脚注292),第22(b)段(“在人道主义援助行动的任何时候,援助人员都应……与受援

的义务与受灾国主权原则这一首要原则和合作原则是一致的。

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

(8) 委员会使用“查明的”一词，以显示规定条件时必须有明显的需要，而且随着实地情况的变化以及更多信息的出现，需要也可能随之变化。这意味着不应任意施加条件，而应当以保护受灾人员为目标拟定条件。“查明的”表示必须存在某些使需要被知晓的程序，可采取需求评估的形式，而且最好与援助方磋商进行。不过，查明需要的程序不是事先设定的，而是由受灾国选择其认为最合适的程序。这是一个灵活的要求，其满足方式视灾害的具体情况和受灾国的能力而定。无论如何，都不应当因查明需要而妨碍或耽误迅速和有效的援助。第三句的规定旨在如第2[2]条草案所述，在发生灾害时“满足有关人员的基本需要”，应视为对受灾人员权利和需要的进一步保护。这两条草案中提到的“需要”范围广泛，足以涵盖妇女、儿童、老人和残疾人以及脆弱或弱势人员和群体的特殊需要。

(9) 使用“质量”一词是为了确保受灾国有权拒绝不必要或可能有害的援助。条件可包括，除其他外，基于安全、安保、营养和文化适当性施加的限制。

(10) 第15[13]条草案提及“寻求的援助的范围和种类”。之前的一些国际协定也载有类似规定。³⁹⁰通过使用“应指明”一词，本条草案规定受灾国在施加援助条件时有责任明确说明寻求的援助种类和范围。同时，这意味着援助的范围和种类一旦确定，将告知可能提供援助的援助方，为磋商提供便利。这将提高援助进程的效率，并确保及时向需要的人提供适当的援助。

(11) 关于使用什么动词修饰“条件”一词，委

国的指定主管部门合作”。

³⁹⁰ 例如，见《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》，第4条第2款（“请求提供电信援助的缔约国应具体说明所需援助的范围和类型”）。

员会考虑了多种可能。委员会决定使用两个不同的词——“规定”和“拟定”是为了避免用词重复，并不表示不同的含义。

第16[12]条 提议外部援助

在应对灾害时，各国、联合国、其他主管政府间组织有权向受灾国提议援助。有关非政府组织也可向受灾国提议援助。

评注

(1) 第16[12]条草案承认国际社会愿意在发生灾害时保护人员，这被视为对第12[9]条草案所载受灾国主要作用的补充。本条草案表达了作为本专题整套条款草案的基础的团结原则，特别是表达了第8[5]、第9[5之二]条和第10[5之三]条草案体现的合作原则。

(2) 第16[12]条草案只涉及“提议”援助，不涉及实际“提供”援助。这类提议，不论是单方面提出还是应要求提出，本质上是自愿性质，不应视为承认存在援助的法律义务，援助提议并不导致受灾国有义务接受该提议。根据贯穿于整套条款草案的基本的主权原则，受灾国可按照第14[11]条草案选择全部或部分接受，或是不接受来自国家或非国家行为方的援助提议。

要求“按照本条款草案”提出援助提议意味着这类提议除其他外，应符合这些条款草案所载的原则，尤其是第7[6]条草案中的原则。

(3) 不得视根据本条款草案提出的援助提议为干涉受灾国内部事务。这一论断符合国际法学会在1989年关于“保护人权和不干涉他国内部事务原则”的决议中的声明：

一国、国家集团、国际组织或红十字国际委员会等公正的人道主义机构向领土内人民生命或健康遭到严重威胁的国家提出提供粮食或医疗物资，不得视为对该国内部事务的非法干涉。³⁹¹

(4) 第16[12]条草案涉及第三方向受灾国提议援助的问题，分别在两句中提到了最有可能在发生灾害后提出这类提议的行为方。第一句提到了国家、联合国及其他主管政府间组织，第二句提到了非政

³⁹¹ Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 63, Part II (见上文脚注380)，第5条，第345页。

府组织。委员会决定在两句中使用不同的措词。第一句选择使用“有权向受灾国提议援助”以示强调。国家、联合国及政府间组织不仅有权，而且被鼓励向受灾国提出援助提议。第二句提到非政府组织时，委员会采用了“也可向受灾国提议援助”的说法，以强调非政府组织与国家及政府间组织在性质和法律地位上的区别。

(5) 第16[12]条草案第二句承认非政府组织发挥的重要作用，它们凭借其性质、位置和专长，能够针对特定灾害提供援助。国际法中也曾经提到非政府组织及其他行为方在开展救援行动方面的地位。关于保护战争受难者的日内瓦四公约已经规定，在武装冲突情况下，

……公正的人道主义团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。³⁹²

同样，《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)规定：

在缔约一方领土内的救济团体，如红十字会(红新月会、红狮与太阳会)组织，得提供服务，对武装冲突受难者执行其传统的职务。平民居民即使在其自己主动下，也得提供收集和照顾伤者、病者和遇船难者的服务。³⁹³

大会1988年12月8日题为“向自然灾害和类似紧急情况的受害者提供人道主义援助”的第43/131号决议强调了纯粹出于人道主义动机工作的非政府组织在救灾工作中的重要贡献，除其他外，大会在决议中请所有受灾国“便利[这类]组织提供人道主义援助的工作，特别是提供粮食、药品和医疗保健，而为此切需能够接近灾民”(第4段)，并呼吁“所有国家支持向自然灾害和类似紧急情况的灾民提供人道主义援助的这些组织”(第5段)。

第17[14]条 便利外部援助

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

(a) 对于民事救灾人员和军队救灾人员，在诸如特权和豁免、签证和入境要求、工作许可证、通行自由等方面提供便利；以及

³⁹² 例如，见《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(第一公约)，第三条第(二)款。

³⁹³ 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第二议定书)，第十八条第一款。

(b) 对于设备和物资，在诸如海关要求和关税、征税、运输以及处置等方面提供便利。

2. 受灾国应确保其有关法律和规章容易查阅，从而便利遵守国内法。

评注

(1) 第17[14]条草案涉及便利外部援助。本条的目的是确保国内法容许提供迅速和有效的援助。为此，该条进一步要求受灾国确保援助方能够容易查阅到其有关法律和规章。

(2) 本条草案规定受灾国“应……采取必要措施”，方便迅速及有效地提供援助。“在其国内法范围内采取必要措施”除其他外可包括立法、执行或行政措施。措施还可以包括根据紧急状态法采取的行动，以及在允许的范围内酌情临时调整或放弃某些国内法律或规章的适用。委员会如此拟订本条草案，是为了鼓励各国允许在发生灾害时暂不适用某些国内法律，并在国内法律中添加适当条款，以免在灾害发生后需要这类紧急条款的关键时期造成任何法律上的不确定。

(3) 本条草案列出了国内法应允许采取临时措施的援助领域的例子。列举前使用的“尤其是”一词表明没有列出所有情况，只是例示了国内法可能需要为迅速及有效的援助提供便利的不同领域。

(4) 本条(a)项涉及救灾人员。本条专门提到民事救灾人员和军队救灾人员，表明委员会承认军队救灾人员在救灾行动中通常发挥重要作用。军队救灾人员指参与提供人道主义援助的人员。(a)项提到的领域就如何更好地为救灾人员提供便利作出了指导。授予援助方特权和豁免是许多国际协定所载鼓励外国救援人员提供帮助的重要措施。³⁹⁴免签证或快速办理签证，以及在入境要求和工作许可证方面免除要求或快速办理，是确保迅速提供援助的关键。³⁹⁵如果没有特殊机制，救援人员可能被拦在边境，或无法在灾害发生后的关键几天合法地开展工作，或为避

³⁹⁴ 例如，见《民防援助框架公约》，第4条第1款第(5)项(“在国家法律的框架内，受援国应提供开展援助所需要的所有特权、豁免和便利”)。

³⁹⁵ 红十字会联盟早就指出，入境要求和签证是一项“耗时的程序，经常耽误派遣这类代表和团队”，因此延误受灾国有义务提供的重要援助(红十字会联盟理事会第三十三届会议通过的决议，1975年10月28日至11月1日，日内瓦)。

免逗留时间超过签证期限而不得不反复出入境。通行自由意味着救援人员能够在灾区自由通行，以充分履行专门商定的职责。³⁹⁶受灾国允许在相关区域内通行自由的同时，可限制进入某些敏感地区。对救援人员的通行自由施加不必要的限制将遏制救援人员灵活提供援助的能力。

(5) 本条(b)项涉及物资和设备，包括任何以及一切物资、工具、机器、食物、药物以及救援行动所需的其他物品。委员会希望将该类别也包括搜救犬，一般视其为设备和物资，而不是为动物单独设一类。设备和物资是为有效援助提供便利的关键，国内法必须灵活应对受灾人员的需要，确保迅速提供设备和物资。应免除或放松海关规定，减免关税和税收，以降低成本，避免耽误物资运输。³⁹⁷设备和物资如果不能及时送到，可能很快就派不上用场了，旨在保护一国经济利益的通常程序可能阻碍能够拯救生命或提供所需援助的救援设备的送达。

(6) 本条草案第2款要求所有有关法律和规章对援助方容易查阅。使用“容易查阅”一词是说这类法律应容易查阅，无需劳动受灾国专门向所有援助方分别以实体方式提供这些信息。

第18条 保护救灾人员、设备和物资

受灾国应采取适当措施，确保为提供外部援助目的而在该国领土内的救灾人员、设备和物资得到保护。

评注

(1) 第18条草案为受灾国规定了义务，它应采取在有关情况下适当的措施，保证参与提供外部援助的救灾人员、设备和物资得到保护。考虑到灾害往往带来的混乱情况，对这些个人和物品安全的担心可能造成一些障碍，妨碍开展旨在向受害者提供支持的活动，从而降低了使受灾者基本需求得到恰当满足的可能性。

³⁹⁶ 见联合国训练研究所，*Model Rules for Disaster Relief Operations, Policy and Efficacy Studies No. 8* (联合国出版物，出售品编号E.82.XV.PE/8)，1982年，附件A，规则16称受灾国必须允许援助“人员自由进入履行其专门商定的职责而必须进入的灾区，并在灾区內自由通行”。

³⁹⁷ 各项国际条约强调了这一点。例如，见《关于向减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》第9条第4款；另见《东盟灾害管理和应急响应协定》，第14条(b)项。

(2) 本条草案因此补充了第17[14]条草案，两者一起为受灾国确立了一套一致的义务，根据这些义务，受灾国应采取一系列必要行动，以保证援助国和其他援助方有可能提供有效和及时的援助。然而，这两项规定在侧重点和做法上有所不同。第17[14]条草案强调受灾国需要建立能够便利外部援助的国内法律秩序，主要是通过采取一系列立法和监管行动。另一方面，救灾人员和他们的设备和物资的保护问题由于其性质和可采取的措施的种类，出于令人信服的政策原因历来是作为单独事项来处理的。正如本条草案所显示的那样，它值得作为单独事项来处理。

(3) 因有关义务受背景驱动这一性质，受灾国应采取的措施可能在内容上有所变化，并可能意味着采取不同形式的国家行为。具体地说，“适当措施”的概念本来就含有灵活性，这就表明，取决于可能给救灾人员、设备和物资构成潜在威胁的行为者的情况，受灾国可能承担不同的义务。

(4) 对受灾国的初步要求是，必须防止本国机关给救援活动造成不利影响。在这种情况下，该义务是一种结果义务，即有明确内容要求受灾国不通过其机关开展的行动给参与外部援助的人员、设备和物资造成损害。

(5) 其次，第18条草案设想了一系列应采取的措施，用以防止非国家行为者进行有害的活动，这种活动的目的例如利用灾害之后可能会出现的不稳定的安全情况，从针对救灾人员、设备和物资的犯罪活动中获得收益。在这方面，本条草案设想了一项行为义务，而非结果义务。不是期望受灾国不管情况如何都要成功防止出现有害行为，而是期望它去努力实现有关义务的目的。具体地说，“适当措施”这一措词给了受灾国一定程度的自由裁量权，让受灾国决定在这方面采取什么行动。它要求国家以合理的谨慎和勤勉态度来行事，力求避免可能由非国家行为者造成的伤害事件。国家在为达到预期的目标而作出最好的努力方面采取何种措施是与当时背景相关的。因此，第18条草案没有列出实现意图结果可用的手段，因为这一义务视情况的变化，可具有动态特性。

(6) 可以参考多种情况来评价在发生灾害的情况下为履行这项义务采取的措施的适当性。这些情况包括一个国家在试图开展其正常活动时，由于这场灾害产生的难以控制的情况，和可能已经受到灾害严重影响的有关国家缺少可支配的资源，而可能会

遇到的困难。同样，这些情况也包括有关行动区域的安全形势和参与救援行动的人道主义行动者的态度和行为，他们可能无视属于地方当局的指挥作用，从而增加他们面临安全风险的可能性。此外，如果有害的行为针对了救灾人员、设备和物资，受灾国应处理这些行为，行使其固有的权力来惩治发生灾害的地区内发生的犯罪行为。

(7) 国际人道主义行动者自己也可以促进实现所追求的目标，应在其作业规划和实施过程中采取一系列旨在降低遭受安全方面威胁的可能的措施。可通过各种措施来做到这一点，例如，通过制定这方面恰当的行为守则，开展培训活动，提供适当的信息，介绍人员开展行动的条件，他们须遵守的行为标准。在任何情况下，采取这样的降低风险的措施不应干扰受灾国自主采取的措施。

(8) 与此同时，必须强调的是，在对安全风险进行评价时应该考虑救灾任务的特点和保证向灾民提供充分和有效的救灾反应的需要。第18条草案不应被错误解释为要求给救灾活动设置不合理和不相称的障碍。正如前面围绕第17[14]条草案已经强调过的，基于安全考虑可能采取的限制救灾人员行动的措施不应导致不必要地限制这些行为者向受灾者提供援助的能力。

(9) 同样，在救灾行动中是否可以使用武装护送人员以消除安全顾虑，这应严格按照由主要人道主义行动者在这方面发展起来的最佳做法进行评估。特别提醒注意2013年机构间常设委员会制订的《关于武装护送人道主义车队不具约束力的导则》，³⁹⁸其目的是协助有关行为者恰当地评估是否采取这种敏感的行动办法。正如该文件中已经解释的，人道主义车队通常不会使用武装护送，除非因有特殊情况存在而必须使用武装护送。为了确认特殊情况，相关行为者应考虑武装护送的后果和可能的替代办法，尤其应考虑到灾害情况下经常出现的安全问题一般都不如其他情况下的安全问题严重。

(10) 第18条草案规定保护“救灾人员、设备和物资”，即为第4条草案(e)项和(f)项所界定的参与提供外部援助的这类人员和物品提供保护。正如本条

³⁹⁸ “IASC Non-Binding Guidelines on the Use of Armed Escorts for Humanitarian Convoys (机构间常设委员会关于为人道主义车队使用武装护送的非常约束性准则)”，2013年2月27日。

款草案中其他一些规定、主要是第12[9]和第14[11]条草案所强调的，外部援助应以受灾国的同意为前提，受灾国在指挥、控制、协调和监督这类活动方面发挥主要作用。因此，一旦受灾国请求援助，或已接受援助国的援助提议，受灾国应努力保障第18条草案所规定的保护。

(11) 这种全面的处理办法对于恰当地履行第18条草案规定的义务是有用的。国内当局最能够确保为救灾活动的实施确立一个适当的安全框架。具体来说，国内当局应该考虑到安全方面的关切，评估国际救灾人员可能面对的安全风险，与他们合作处理安全问题，并协调外部行为者的活动。

(12) 根据第4条草案(e)项，可能从第18条草案中受益的救灾人员，视情况可能属于援助国、主管政府间组织、有关非政府组织或受灾国以外的任何其他实体应受灾国请求或经其同意而向受灾国派遣的提供援助的民事或军事人员。因此，所有这些类别对于适用第18条草案而言都是相关的。提及“外部援助”这一词语反映了第15[13]条草案的评注³⁹⁹里已经确认的立场，即本条款草案只规范受灾国以外的行为者的活动。

(13) 与救灾人员的活动有关的如第4条草案(f)项所界定的设备和物资，同样受益于第18条草案的适用。援助国或其他援助方支配的设备和物资将在第18条的适用范围内，而不论设备和物资来自于哪里。这些物品也可是在受灾国的国内市场上直接购买的。另外，“在该国领土内”这一措词正是为了澄清这个方面。

第19[15]条 终止外部援助

受灾国和援助国以及适当时其他援助方，应就终止外部援助和终止的方式进行磋商。希望终止援助的受灾国、援助国或其他援助方应发出适当的通知。

评注

(1) 第19[15]条草案涉及终止外部援助的问题。这条草案包含两句话。第一句要求受灾国和援助国以及适当时其他援助方就终止外部援助，包括终止的方式进行磋商。第二句要求希望终止援助的一方发出适当的通知。

³⁹⁹ 见上文第15[13]条草案的评注第(2)段。

(2) 受灾国接受援助提议后，保留对援助期限的控制权。第12[9]条草案第2款明确肯定了受灾国在指挥、控制、协调和监督抗灾救济和援助方面应发挥主要作用。第14[11]条草案规定提供外部援助需要征得受灾国的同意，但前提是受灾国不得任意拒绝外来援助。上述规定相结合即意味着受灾国可以撤销同意，从而终止外部援助，并结束提供援助所依据的法律机制。

(3) 第19[15]条草案力求平衡受灾国终止外部援助的权利以及援助方的地位，以期为受灾人员提供充分保护。因此，本条草案不承认唯受灾国拥有单方面终止援助的权利。相反，委员会承认援助国及其他援助方本身也可能需要终止它们的援助活动。因此，第19[15]条草案保留了任何一方终止正在提供的援助的权利，当然需要酌情与其他援助国或援助方磋商后才能终止。

(4) “其他援助方”一词出自现有的文书，⁴⁰⁰用以指提供救灾和援助的国际组织及非政府组织，在关于“用语”的第4条草案中作了界定。第19[15]条草案是从双边角度起草的，但不排除多个援助方提供外部援助的情况。

(5) 磋商要求反映了贯穿于本套条款草案的团结和合作精神，以及第8[5]、第9[5之二]、第10[5之三]条草案所规定的合作原则。委员会预计在提供援助的不同阶段，可能会出于各种原因需要终止援助。救援行动可能会达到受灾国或一个或多个援助方停止救援行动才合理的阶段。导致终止援助的情况可能包括：援助国或其他援助方资源耗尽，或发生其他灾害，必须转移资源。第19[15]条草案没有作硬性规定，允许根据情况调整援助期限，同时意味着各方应秉诚意磋商。无论如何，都应当结合第2[2]条草案所述条款草案的宗旨解读第19[15]条草案；因此，做出终止援助的决定时，应考虑受灾人员的需要，即考虑他们的需要是否及在多大程度上得到了满足。

(6) “方式”指终止援助需遵循的程序。虽然双方同时想终止援助的情况并不总是可行，但是就终止方式进行磋商将有助于有关各方友好、有效地终止援助。

(7) 第二句规定希望终止外部援助的一方应发

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

第20条 与国际法特别规则或其他规则的关系

本条款草案不影响发生灾害时适用的国际法特别规则或其他规则。

评注

(1) 第20条草案处理本条款草案与国际法特别规则或其他规则之间的关系。它旨在澄清本条款草案与某些国际法规则互动的方式，这些国际法规则处理的事项与本条款草案处理的事项相同，或者虽不直接涉及灾害，但仍然在本条款草案所涵盖的情况中适用。

(2) 提及“特别规则”，背后的理由是要澄清与本条款草案相比载有更具体性质的义务的条约或其他国际法规则不受本条款草案影响。这种做法体现了特别法原则，旨在确保关于本条款草案所涉事宜的大量的现存义务的密集网络得以继续适用。

(3) 本条草案意在涵盖各种不同形式的特别规则。特别规则包括其属事范围也在本条款草案范围内的条约（例如关于在发生灾害时相互援助的区域或双边条约）所载的规则，以及那些专注于其他事项但含有处理灾害情况的某些具体规则的条约所载的规则（例如1965年《便利国际海上运输公约》附件第5节F小节）。

(4) 这种做法也符合委员会在第21[4]条草案中围绕本条款草案在武装冲突情况下的适用性问题所采取的立场。虽然接受了在这种情况下，国际人道法规则应优先于本条款草案所载的规则，但如果与武装冲突同时发生在一个地区的灾害引起的一些法律问题不在国际人道法规则的范围内，本条款草案将适用。通过这样做，本条款草案将有助于填补在保护受武装冲突期间发生的灾害影响的人方面可能存在的法律空白。

(5) 提到“其他规则”意在处理本条款草案与不

⁴⁰⁰ 红十字与红新月联合会导则（见上文脚注245），第四部分，第15节，及其注释

直接涉及灾害但在灾害发生时仍可以适用的国际法规则之间的互动。例子有关于条约法的规定，特别是那些涉及意外不能履行和情势根本变更的规定，以及关于国家和国际组织的责任以及个人的责任的规则。这项规定确认，这一类规则也不受本条款的影响，从而补充了本条草案第一部分所述的特别法原则。

(6) 第20条草案中的不影响条款也适用于习惯国际法规则。事实上，本条款草案没有涵盖在发生灾害时可能相关的所有问题。此外，条款草案无意排除习惯国际法规则在这一领域的进一步发展。本条草案受到1969年《维也纳公约》序言部分倒数第2段的启发，它说：“凡未经本公约各条规定之问题，将仍以国际习惯法规则为准”。

(7) 此外，应该铭记的是，不直接涉及灾害的普遍适用的规则也可能载于条约法中。因此，委员会认为，“其他国际法规则”是指明可能与本条款草案发生互动的所有国际法规则的最合适措词，它表达了这样的思想，即第20条草案中的不影响条款适用于所有类别的国际法规则。

第21[4]条 与国际人道法的关系

本条款草案不适用于可适用国际人道法规则的情况。

评注

(1) 第21[4]条草案处理条款草案与国际人道法的关系，因此也处理条款草案在多大程度上涵盖长期武装冲突情况，后者也会对社会的运转产生灾难性影响。这一条规定之所以这样措词，是为了澄清这种关系，突出地表明国际人道法规则在相关的情况下优先适用。

(2) 委员会曾考虑过，加进明确的措词来排除这些条款草案在武装冲突情况下的适用，以之作为“灾害”定义(第3[3]条草案)的另一要素，以避免任何这样的解释：为了条款草案的目的，武装冲突也可被涵盖，只要如第3[3]条草案所述的门槛标准得到满足。委员会没有采用这样的做法，因为明确地排除在外，可能具有不利的后果，特别是在“复杂紧急情况”下，即灾害发生于存在着武装冲突的地区。由于同时存在武装冲突而明确排除条款草案适用，将不利于保护受灾害影响的人，特别是当灾害发生于武装冲突之前时。

(3) 委员会最初考虑过将这一条规定写得更为直接，像第20条草案那样，变成一项“不影响”条款，使两套规则同时适用，因而暗示条款草案在武装冲突情况下适用的程度与现有的国际法规则相同。但委员会最终从本条款草案与国际人道法的关系的角度来处理这个问题。虽然条款草案并不寻求对武装冲突后果加以规范，但仍然可以在武装冲突的情况下适用，特别是当现有的国际法尤其是国际人道法的规则不适用时。

第六章

或引渡或起诉的义务

A. 引言

57. 委员会第五十七届会议(2005年)决定将“或引渡或起诉的义务”专题列入其工作方案,并任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为特别报告员。⁴⁰¹

58. 特别报告员提交了四次报告。委员会分别在第五十八届(2006年)、五十九届(2007年)、六十届(2008年)和六十三届(2011年)会议上收到并审议了其初次、第二次、第三次和第四次报告。⁴⁰²

59. 委员会第六十一届(2009年)会议设立了由阿兰·佩莱先生担任主席的无限成员名额工作组,⁴⁰³经过讨论,产生了关于对本专题进行审议的拟议总框架,具体说明了特别报告员需处理的问题。⁴⁰⁴在第六十二届(2010年)会议上,重新组建了工作组。工作组因其主席缺席,由恩里克·坎迪奥蒂先生代理主席。⁴⁰⁵工作组收到了秘书处编写的与本专题可能有关的多边公约的调查。⁴⁰⁶

⁴⁰¹ 在其2005年8月4日第2865次会议上(《2005年……年鉴》,第二卷(第二部分),第500段)。大会在2005年11月23日第60/22号决议第5段中赞同委员会决定将此专题列入其工作方案。委员会第五十六届会议(2004年)以该年度委员会报告所附的建议为基础,将该专题列入委员会长期工作方案(《2004年……年鉴》,第二卷(第二部分),第362-363段)。

⁴⁰² 初步报告:《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/571;第二次报告:《2007年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/585;第三次报告:《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/603;第四次报告:《2011年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/648。

⁴⁰³ 委员会在第六十届会议期间,在2008年7月31日第2988次会议上,决定建立一个阿兰·佩莱先生为主席的关于本专题的工作组,其任务和成员由第六十一届会议决定(见《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第315段,和《2009年……年鉴》,第二卷(第二部分),第198段)。

⁴⁰⁴ 关于工作组编写的拟议总框架,见《2009年……年鉴》,第二卷(第二部分),第204段。

⁴⁰⁵ 在其2010年7月30日第3071次会议上,委员会注意到由工作组临时主席提出的口头报告(《2010年……年鉴》,第二卷(第二部分),第336-340段)。

⁴⁰⁶ “对可能与国际法委员会就‘或引渡或起诉的义务’专题开展的工作有关的多边文书的调查”,同上,第二卷(第一

60. 在第六十四届(2012)和第六十五届(2013)会议上,委员会设立了由江萨·吉滴猜萨里先生担任主席的或引渡或起诉的义务问题无限成员名额工作组,评估委员会关于本专题工作的进展情况,特别是根据国际法院2012年7月20日就与或起诉或引渡义务有关的问题案所作的判决评估进展情况,⁴⁰⁷并探讨委员会今后可能采用的备选方案。⁴⁰⁸

B. 本届会议审议此专题的情况

61. 在本届会议上,委员会组建了或引渡或起诉的义务问题无限成员名额工作组,由江萨·吉滴猜萨里先生担任主席。工作组继续评估了关于本专题的工作,特别是根据大会第六十八届会议上第六委员会中对工作组2013年报告的评论评估了有关工作。⁴⁰⁹工作组于2014年5月6日至6月4日举行了两次会议

62. 在决定如何处理本专题剩余的工作方面,工作组考虑了委员会的若干备选办法。经过仔细考虑,工作组认为,委员会应加快本专题的工作,并取得对国际社会有实用价值的成果。2013年报告构成工作组最后报告的基础。工作组还讨论了2013年报告部分涵盖或没有涵盖、但第六委员会随后在大会第六十八届会议期间提出的问题,即目前公约制度的缺口;将嫌疑人移送国际性法院或法庭或特别法院或法庭,作为引渡或起诉这两种选择之外的第三种选择;或引渡或起诉的义务与普遍义务或强行法规范的关系;或引渡或起诉的义务的习惯国际法地位;和2009

部分),文件A/CN.4/630。

⁴⁰⁷ 与或起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔),判决,《2012年国际法院汇编》,第422页。

⁴⁰⁸ 在2012年7月30日其第3152次会议上,委员会注意到工作组主席提出的口头报告。(《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第207-221段),在2013年7月31日其第3189次会议上,委员会注意到工作组的报告(《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第149段)。

⁴⁰⁹ 工作组的报告转载于《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件一。

年总框架中具有持续相关性的其他事项。⁴¹⁰工作组对上述问题的审议穷尽了有待分析的与本专题有关的所有剩余问题。

63. 在2014年7月7日其第3217次会议上,委员会注意到工作组的报告(A/CN.4/L.844),报告除其他外建议委员会:(a)通过2013和2014年报告,报告为各国提供了有益的指导;和(b)结束其对“或引渡或起诉的义务”专题的审议。

64. 在2014年8月7日其第3242次会议上,委员会通过了关于本专题“或引渡或起诉的义务”的最后报告(见下文C节),并决定结束对本专题的审议。委员会还向工作组主席江萨·吉滴猜萨里先生表示深切感谢,感谢他十分宝贵的贡献和以高效和迅速方式完成的工作。委员会还怀着谢意回顾了负责此专题的前特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生所做的工作。

C. 本专题最后报告

65. 本报告意在概述并强调委员会就“或引渡或起诉的义务”专题所做工作的各个具体方面,以协助各国处理这一问题。

1. 按照法治原则同有罪不罚现象做斗争的义务

(1) 委员会注意到,各国表示愿意相互之间合作并与有关国际法庭进行合作,与犯罪者有罪不罚现象,特别是引起国际关切的犯罪者有罪不罚现象做斗争,⁴¹¹并在此过程中遵守法治原则。⁴¹²在《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》中,参加2012年9月24日会议的各国元首和政府首脑作出承诺,“对于灭绝种族罪和危害人类罪,对于违反国际人道法行为和严重违反人权法行为,确保绝不容忍有罪不罚,并确保对于此类违法行为要进行适当调查,给予适

当制裁,包括通过国家机制,或根据国际法酌情通过区域或国际机制,将任何罪行的实施者绳之以法”。⁴¹³在同有罪不罚现象做斗争方面开展合作的义务在众多公约中通过或引渡或起诉的义务而得到体现。⁴¹⁴各国广泛地赞同关于或引渡或起诉的义务在同有罪不罚现象做斗争方面起着至关重要的作用的观点。⁴¹⁵这一义务对引起国际社会严重关切的一大系列犯罪行为都适用,并且已经写入1970年以来签订的反对国际恐怖主义的所有部门公约。

(2) 或引渡或起诉的义务在同有罪不罚做斗争的国际合作方面所起的作用已经至少从雨果·格劳秀斯时代起就得到承认,他提出了 *aut dedere aut punire* (或引渡或处罚) 原则:“在接到请求之后,一国应要么给予有罪者以应得的惩罚,要么将他交由请求国处置。”⁴¹⁶现代的说法是将“惩罚”改为“起诉”,以此作为引渡的替代做法,以便考虑到被指称犯罪者有可能被发现是无罪的这种可能性。

⁴¹³ 同上,第22段。

⁴¹⁴ 见下文第3部分。在与或起诉或引渡义务有关的问题案(上文脚注407)中,国际法院指出:“引渡和起诉是根据[1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》]第7条第1款同有罪不罚做斗争的二中选一的方式”(第443页,第50段)。法院补充说,“该公约缔约国鉴于其共同的价值,在确保酷刑行为得到预防及如果发生酷刑行为为行为人不得有罪不罚方面拥有共同利益”(同上,第449页,第68段)。法院重申公约的目标和宗旨是“避免让此种行为的责任者有罪不罚,从而使同酷刑的斗争更为有效”(同上,第451页,第74段;另见第75段)。

在其第四次报告中(《2011年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/648,第26-33段),特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基详细论述了在与有罪不罚做斗争时的合作义务问题。他列举了为合作义务提供了法律根据的下列国际文书:《联合国宪章》第一条第三款,《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》(1970年10月24日大会第2625(XXV)号决议,附件),1998年《国际刑事法院罗马规约》序言,以及2011年3月30日欧洲委员会部长理事会通过的“欧洲委员会部长理事会关于消除对严重侵犯人权行为有罪不罚现象的准则”第十二条(Council of Europe, CM/Del/Dec(2011)1110,4 April 2011)。

⁴¹⁵ 例如,比利时(《2009年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/612,第203页,第20段);丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典(《大会正式记录,第六十六届会议,第六委员会》,第26次会议(A/C.6/66/SR.26),第10段);瑞士(同上,第18段);萨尔瓦多(同上,第24段);意大利(同上,第42段);秘鲁(同上,第64段);白俄罗斯(同上,第27次会议,A/C.6/66/SR.27,第41段);俄罗斯联邦(同上,第64段);以及印度(同上,第81段)。

⁴¹⁶ 雨果·格劳秀斯,《战争与和平法》,第二册,第二十一章,第四节(F. W. Kelsey英译本, *The Law of War and Peace*, Oxford/London, Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925,第527-529页,详第527页)。

⁴¹⁰ 见上文脚注404。

⁴¹¹ 例如,见题为“战争罪犯及危害人类罪犯的惩治问题”的大会1971年12月18日第2840(XXVI)号决议;“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”的大会1973年12月3日第3074(XXVIII)号决议;及题为“法外、任意和即决处决的有效防止和调查”的经济及社会理事会1989年5月24日第1989/65号决议的附件《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》中的原则18。

⁴¹² 大会2012年9月24日第67/1号决议。

2. 或引渡或起诉的义务在国际法委员会工作中的重要性

(3) 可以认为,“或引渡或起诉的义务”这一专题已经包括在1949年委员会第一届会议十四项专题临时清单上的“对于在国家领土以外犯罪的管辖权”专题范围内。⁴¹⁷这一义务也在委员会1996年在其第四十八届会议上通过对《危害人类和平及安全治罪法草案》第8条(管辖权的确定)和第9条(或引渡或起诉的义务)中得到处理。该草案第9条针对下列罪行规定了或引渡或起诉的义务:灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行。⁴¹⁸或引渡或起诉原则据说源于包含了这项义务的“若干多边公约”。⁴¹⁹对该草案历史进行分析后发现,第9条产生的原因是有必要针对所说的核心罪行拥有有效的刑罪化和起诉制度,而不是仅仅依靠实际的国家实践和法律确信。⁴²⁰之所以制订该条,一是考虑到有关罪行的严重性质,二是希望解决犯下这些罪行者的有罪不罚问题。⁴²¹虽然治罪法草案的侧重点是核心罪行,⁴²²但正如上文第(1)段提到的,或引渡或

⁴¹⁷ 《1949年……年鉴》[英],第281页,第16-17段;另见联合国,《国际法委员会的工作》,第8版,第一卷(联合国出版物,出售品编号E.12.V.2),第35-36页。

⁴¹⁸ “在不妨碍国际性刑事法院的管辖权的情形下,在其领土上发现据指控有第17[灭绝种族罪行]、第18[危害人类罪行]、第19[危害联合国人员和有关人员罪行]或第20[战争罪行]条所述罪行之个人的缔约国应或引渡或起诉该个人。”另见委员会对此条的评注,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第32-33页。

⁴¹⁹ 《危害人类和平及安全治罪法草案》,第8条的评注第(3)段(同上,第29-30页)。

⁴²⁰ 《1994年……年鉴》,第二卷(第二部分),第142段。

⁴²¹ 《危害人类和平及安全治罪法草案》,第8条的评注第(3)、(4)和(8)段和第9条的评注第(2)段(《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第29-32页)。

⁴²² 1991年在进行一读时,治罪法草案所涵盖的罪行有下述12项:侵略;侵略的威胁;干涉;殖民统治和其他形式的外国统治;种族灭绝;种族隔离;有计划或大规模侵害人权行为;特别严重的战争罪行;招募、使用、资助和训练雇佣军;国际恐怖主义行为;非法贩运麻醉品;以及故意和严重损害环境行为(见《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第176段)。在1995和1996年会议上,委员会在治罪法草案定稿中将罪行减为四项:侵略罪行;灭绝种族罪行;战争罪行;危害人类罪行。这样做坚守了《纽伦堡宪章》等遗产,并将之作为选定治罪法草案涵盖的罪行的标准(见《1995年……年鉴》,第二卷(第二部分),第37段及其后;和《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第43段及其后)。这样做的主要原因似是24国政府对1991年所提议的12种罪行所持的不赞同意见(见《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/448和Add.1,第68页及其后)。第五种罪行,即危害联合国人员和有关人员罪行,是在最后一刻加上的,这是考虑到其规模、

起诉的义务的属事范围涵盖了引起国际关切的绝大多数罪行。

3. 工作概述

(4) 下文概述了委员会此专题工作的几个方面。过去,委员会一些委员,包括特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基在内,曾怀疑使用拉丁词语“aut dedere aut judicare”的做法,特别是对“judicare”一词的用法有疑问,他们认为这个词不足以精确地反映“起诉”一词的范围。然而特别报告员认为当时专注于处理用语的准确定义问题为时太早,宜将这些用语留在未来关于“用语”的条文草案里处理。⁴²³委员会决定依据如下一项理解来着手工作,即“引渡”的强制性或“起诉”的义务性孰先孰后,取决于特定情况下的背景和适用的法律制度。

(5) 委员会认为范围广泛的材料对其工作有用,尤其是:秘书处编写的就对委员会“或引渡或起诉的义务”专题工作可能有关的多边公约进行的调查⁴²⁴(下称“秘书处2010年的调查”),其中查明了将引渡和起诉作为可二中选一的惩治犯罪者的办法加以规定的普遍性和区域性多边文书;和国际法院2012年7月20日对与或起诉或引渡义务有关的问题案⁴²⁵的判决。

对这类人员的攻击事件的严重性以及这类人员“对维护国际和平与安全所起的中心作用”。

侵略罪行不受治罪法草案第9条规定的约束。委员会认为,由一国国内法院确定另一国是否犯有侵略罪的问题,这有违“平等者之间无管辖权”这一国际法基本原则,另外,由一个国家的国家法院行使管辖,审议另一个国家是否进行了侵略,将会对国际关系和国际和平与安全产生严重影响(《危害人类和平及安全治罪法草案》,第8条的评注第(14)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第31-32页)。

⁴²³ 特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基关于或引渡或起诉有义务的第三次报告(《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/603,第36-37段。在初次报告中,特别报告员讨论了与这一专题有关的各种拉丁语说法,即aut dedere aut punire; judicare aut dedere; aut dedere aut prosequi; aut dedere, aut judicare, aut tergriversari; 及aut dedere aut poenam persequi(《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/571,第5-8段)。关于aut dedere aut punire, aut dedere aut prosequi及aut dedere aut judicare,另见R. van Steenberghe, “The obligation to extradite or prosecute: clarifying its nature”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9 (2011), 第1089-1116页,详第1107-1108页。

⁴²⁴ A/CN.4/630(见上文脚注406)。

⁴²⁵ 见上文脚注407。

(a) 多边文书中的条款类型

(6) 秘书处2010年的调查按照这些规定描述了有关文书的情况并进行了分类,审查了在相关领域起到范本作用的某些重要公约的准备工作。对于某些条款,该研究报告还审查了所作出的任何保留,指出了不同公约中受审查条款之间的异同及其演变情况,提出了一些总体结论,涉及:(a) 相关条款中引渡与起诉之间的关系;(b) 不同公约中适用于引渡的条件;以及(c) 不同公约中适用于起诉的条件。调查将含有此类规定的公约划分为以下四类:(a) 1929年《取缔伪造货币国际公约》以及沿用相同模式的其他公约;(b) 关于引渡的区域性公约;(c) 1949年关于保护战争受难者的日内瓦四公约,和1977年《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);及(d) 1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》以及沿用相同模式的其他公约。

(7) 《取缔伪造货币国际公约》以及沿用相同模式的其他公约⁴²⁶通常:(a) 将相关罪行定为刑事罪,缔约国承诺依据国内法给予惩处;(b) 设立关于起诉和引渡的条款,这些条款顾及各国对引渡国民和行使域外管辖权的不同意见,行使域外管辖权允许选择而非强制;(c) 含有规定了引渡义务和一旦拒绝引渡则应起诉的条款;(d) 确立一项引渡制度,各国据此承诺在某些条件下认定该罪行为可予引渡的罪行;(e) 含有限制条款,使加入公约不影响各国对作为国际法问题的刑事管辖这个一般性问题的态度;以及(f) 含有一项“不妨碍”各国刑事立法和司法的条款。虽然沿用此模式的一部分公约在用词上有编辑性质的差异,但有些则从实质上修改了缔约国承担的义务。

(8) 有众多区域引渡公约和安排载有将引渡与起诉选项相结合的条款,⁴²⁷虽然这些文书通常强调引渡的义务(被详加规定),只将起诉设想为在开展这

⁴²⁶ 例如(a) 1936年《取缔非法贩卖危险药品公约》;(b) 1937年《防止和惩治恐怖主义公约》;(c) 1950年《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》;(d) 1961年《麻醉品单一公约》;以及(e) 1971年《精神药物公约》。

⁴²⁷ 这些文书包括:(a) 1928年《国际私法公约》,另外也称作“布斯塔曼特法典”,见第四卷(国际程序法),第三章(引渡);(b) 1933年《引渡公约》;(c) 1981年《美洲引渡公约》;(d) 1957年《欧洲引渡公约》;(e) 1961年《司法合作总公约》(Convention générale de coopération en matière de justice);(f) 1994年《西非国家经济共同体引渡公约》;以及(g) 2002年《英联邦内伦敦引渡计划》。

一合作时为避免有罪不罚而可采用的备用办法。按照这一模式,引渡是确保刑事管辖的有效性的手段。缔约国负有引渡的一般义务,除非引渡请求恰符合一种条件或例外情形,包括拒绝引渡的强制性理由或自由裁量理由。例如引渡国民可能受到禁止,或须受具体的保障约束。嗣后协定和安排中的规定随着时间的推移经过修订和调整,特别是在条件和例外方面。⁴²⁸

(9) 关于保护战争受难者的1949年日内瓦四公约载有相同的规定,据之,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。然而该国亦可于自愿时,并依其国内立法的规定,将此种人送交另一有关的缔约国审判,但后一缔约国须已确定案件初步成立。⁴²⁹因此,按照这一模式,搜捕并起诉被指称犯罪者的义务不以管辖权考虑为条件,不论另一国是否提出任何引渡请求,这一义务都存在。⁴³⁰尽管如此,引渡是一项可选的做法,受制于起诉国确定案件初步成立这一条件。这一机制以参照方式适用于1977年《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)。⁴³¹

(10) 《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条

⁴²⁸ 还可回顾,大会通过了《引渡示范条约》(1990年12月14日第45/116号决议,附件)和《刑事事件互助示范条约》(1990年12月14日第45/117号决议,附件)。见联合国毒品和犯罪问题办公室编写的《2004年引渡示范法》,可获自www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf。另见《关于引渡示范条约的订正手册和关于刑事事项互助示范条约的订正手册》,可获自www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf。

⁴²⁹ 《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险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);以及《关于战时保护平民之日内瓦公约》(第四公约)分别第49、50、129、146条。这些《日内瓦公约》使用“送交”而不用“引渡”的原因在秘书处2010年的调查(A/CN.4/630(见上文脚注406)第54段里有解释。

根据Claus Kreß(“Reflection on the *Iudicare* limb of the grave breaches regime”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, No. 4 (2009), 第789页),严重破坏公约行为之制度的起诉方面实际上意味着有义务调查以及在必要时起诉并定罪。

⁴³⁰ 见J. S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, Geneva, ICRC, 1958, 第593页。

⁴³¹ 1977年《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第一议定书)第85条第1和第3款,及第88条第2款。

规定：“在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应……将此案件提交其主管当局以便起诉”。这一“海牙套语”是关于保护战争受难者的日内瓦四公约套语的变体，后来成为好几起惩治具体罪行的公约的范本，主要是在反恐斗争中，也涉及许多其他领域（包括酷刑、雇佣军、危害联合国人员和有关人员罪行、跨国罪行、腐败、强迫失踪等）。⁴³²然而，后来这些文书有许多修改了原来的用语，这有时影响到“海牙套语”所载的义务的实质内容。

(11) 在2012年7月20日国际法院针对与或起诉或引渡义务有关的问题案所作的判决所附的个别意见里，优素福法官还论及“含有或引渡或起诉套语的条约”的类型，并将这些条约大致分为两类。⁴³³第一

⁴³² 除其他外，这些公约包括：(a) 1971年《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》；(b) 1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；(c) 1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；(d) 1977年《欧洲制止恐怖主义公约》；(e) 1977年《非洲统一组织消除非洲雇佣军公约》；(f) 1979年《反对劫持人质国际公约》；(g) 1979年《核材料实物保护公约》；(h) 1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》；(i) 1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》；(j) 1987年《南盟[南亚区域合作联盟]制止恐怖主义区域公约》及2004年《〈南盟制止恐怖主义区域公约〉附加议定书》；(k) 1988年《补充〈关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约〉的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》；(l) 1988年《制止危害航海安全的非法行为公约》；(m) 1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；(n) 1989年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》；(o) 1994年《美洲被迫失踪人士公约》；(p) 1994年《联合国人员和有关人员安全公约》及2005年《〈联合国人员和有关人员安全公约〉任择议定书》；(q) 1996年《美洲国家反腐败公约》；(r) 1997年《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他相关材料公约》；(s) 1997年《关于打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》；(t) 1997年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；(u) 1998年《通过刑法保护环境公约》；(v) 1999年《反腐败刑法公约》；(w) 1999年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二号议定书》；(x) 1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；(y) 2000年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》；(z) 2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其诸议定书；(aa) 2001年《网络犯罪公约》；(bb) 2003年《非洲联盟预防和打击腐败公约》；(cc) 2003年《联合国反腐败公约》；(dd) 2005年《制止核恐怖主义行为国际公约》；(ee) 2005年《欧洲委员会防止恐怖主义公约》；(ff) 2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》；(gg) 2007年《东南亚国家联盟反恐恐怖主义公约》；(hh) 2010年《制止非法劫持航空器公约的补充议定书》；及(ii) 2010年《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》。

⁴³³ 优素福法官的个别意见，与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第19–22段，另见秘书处2010年的调查(A/CN.4/630（见上文脚注406）），第126段。另见比利时

类国际公约含有规定了引渡义务的条款，而且只有在拒绝引渡之后起诉才成为义务。这些公约结构有其特点，优先重视引渡到罪行发生地国。这些公约的大多数并不为缔约国规定起诉被指称犯罪者的一般义务，只有在拒绝引渡请求之后，或存在着诸如被指称犯罪者的国籍等因素之后，被指称犯罪者犯罪时所在的国家才有义务进行起诉。第一类公约的例子有《取缔伪造货币国际公约》第9条第22款、《非洲联盟预防和打击腐败公约》第15条、以及《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》第5条。

第二类国际公约含有规定了起诉义务的条款，但引渡是可用的备选做法，也含有规定了起诉义务的条款，但在该国未能将案件提交起诉时引渡变为义务。第二类公约中的这种条款可在例如1949年日内瓦四公约有关条款、《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条以及《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第7条第1款中看到。

(12) 鉴于以上所述，委员会认为各国在起草条约时可自行决定哪一种关于或引渡或起诉的义务的公约套语在特定情况下最适合它们的目的。鉴于公约实践中或引渡或起诉的义务的说法、内容和范围多种多样，委员会将关于或引渡或起诉的义务的各种条约条款加以协调的尝试，将是徒劳的。⁴³⁴

(13) 虽然委员会认为应该逐案审查有关公约中

2009年提交国际法委员会的评论，比利时列出了两类条约：(a) 一类条约含有或引渡或起诉条款，把拒绝对被指控犯罪者的引渡要求作为起诉义务的条件；(b) 另一类条约载有即使没有引渡要求也须起诉(judicare vel dedere)条款，规定各国须对犯有条约规定的罪行的犯罪者行使普遍管辖权，而并不以拒绝满足先前的引渡要求为这项义务的条件（《2009年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/612，第2段），曾被特别报告员加利茨基在其第四次报告（《2011年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/648，第85段和脚注86）中引用。

⁴³⁴ 秘书处2010年的调查的结论是(A/CN.4/630（见上文脚注406）），第153段）：

“对相关公约实践的研究显示，各类公约在规范管理这些问题方面的独特程度大不相同，只有很少几项公约采用同样的惩罚罪犯机制（包括在引渡和起诉之间的联系方面）。与起诉和引渡有关的条款出现差异似乎有几个决定因素，包括：每一项公约商谈时的地域、体制和专题框架……人权或国际刑事司法等相关领域国际法的发展；等等。此外，虽然在相关条款中可以确定一些普遍趋势和共同特点，但对于每一个条款的明确范围，需要考虑该条款的表述形式、所在条约的普遍安排和相关准备工作，逐案作出结论。”

的或引渡或起诉的义务的范围，但也承认，在更近些的含有或引渡或起诉的义务的条款的公约中，可能存在一些一般趋势和共同特征。最相关的一种趋势似乎是将“海牙套语”用作“当代打击特定罪行的大多数公约的范本”。⁴³⁵在1970年或之后起草的公约中，约有四分之三沿用了海牙套语。在这些1970年之后的公约中，有一个共同的趋势是，即羁押国如果不引渡，则应无一例外地将被控犯罪者的案件交给主管当局处理。对此义务还以附加规定加以补充，要求缔约国：(a) 在国内法中规定相关罪行为刑事犯罪；(b) 当与罪行存在着某种联系或被指称犯罪者在本国领土内并且未被引渡时，则确立对罪行的管辖；(c) 规定采取措施羁押罪犯并对事实进行初步调查；(d) 将罪行视为可予引渡。⁴³⁶尤其是，在该项义务的起诉方面，这些公约只是强调案件须提交主管当局以便进行起诉。另一种较小程度的趋势就是，规定羁押国在不予起诉的情况下，必须无一例外地将被指称犯罪者予以引渡。

(14) 委员会注意到，在关于或引渡或起诉的义务的目前公约制度中存在着一些重要缺口，可能需要加以弥补。尤其是相对于大多数危害人类罪、⁴³⁷严重违反公约以外的战争罪以及在非国际武装冲突中的战争罪而言，缺乏含有这一义务的国际公约。⁴³⁸就

⁴³⁵ 同上，第91段。

⁴³⁶ 同上，第109段。

⁴³⁷ 2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》沿用了海牙套语，并提及犯罪的“极端严重性”，当危害人类罪呈普遍或有系统的特点时，便作如此描述。然而除此之外，针对危害人类罪似乎缺乏含有或引渡或起诉的义务的国际公约。

⁴³⁸ 保护战争受难者的日内瓦四公约的基本原则是建立对严重破坏公约行为的普遍管辖。每一项公约都在“或引渡或起诉”规定之后有一条描述什么构成严重破坏公约行为。

在《改善战地武装部队伤者病者境遇日内瓦公约》（第一公约）和《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）中，该条款完全相同（分别为第50条和第51条）：“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。”

《关于战俘待遇之日内瓦公约》（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，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。”

《关于战时保护平民之日内瓦公约》（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

灭绝种族罪而论，应加强国际合作制度，而不是仅仅停留在1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》所规定的那种基本制度水平上。正如国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用（波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山）案中所解释的，该公约第六条只规定了这样的义务：缔约国应确立并行使领土刑事管辖并在特定情况下与“国际刑事法庭”合作。⁴³⁹

(b) 履行或引渡或起诉的义务

(15) 海牙套语。委员会认为国际法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决有助于澄清与履行或引渡或起诉的义务相关的一些问题。这一判决仅限于分析根据《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》消除有罪不罚现象的机制。具体地说，判决侧重于关于建立管辖（第5条）、进行初步调查的义务（第6条）、或起诉或引渡义务（第7条）等各条之间的关系。⁴⁴⁰虽然法院的理由说明涉及与该公约有关的具体履行和适用问题，但由于该公约的有关起诉或引渡规定是以“海牙套语”为范本的，故法院的裁决也有助于阐明《关于制止非法劫持航空器的公约》和沿用相同套语的其他公约中的或起诉或引渡制度的含义。⁴⁴¹由于法院还认为酷刑是强

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。”

1949年日内瓦四公约和1977年的第一附加议定书在严重破坏公约行为范围之外，并没有确立或引渡或起诉的义务。与战争罪有关的其他国际文书也均未规定此种义务。

⁴³⁹ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用（波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山），判决，《2007年国际法院汇编》，第43页，详第226-227页和第229页，第442和449段。第六条的案文是：“凡被诉犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者，应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之。”法院在其判决第442段里没有排除其他基础，指出：“第六条只是规定缔约国有义务确立并行使属地刑事管辖。法院当然不禁止各国在灭绝种族罪事项上依据犯罪发生地（这与国际法是相符的）以外的标准，例如被控告者的国籍，赋予其刑事法院以管辖，但没有规定必须这样做”。

⁴⁴⁰ 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第450-461页，第71-121段。

⁴⁴¹ 法院指出，《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第7条第1款基于《关于制止非法劫持航空器的公约》所载的类似的规定（同上，第454-455页，第90段）。正如多诺霍法官所说：“今天判决中的处置性段落只对当事方有约束力。尽管如此，法院对一项多边条约（或习惯国际法）所作的解释对其他国家也会产生影响。在口头诉讼过

制性规范(强行法)禁止的罪行,⁴⁴²对于规范强制性规范(强行法)涵盖的对例如灭绝种族罪、危害人类罪以及严重战争罪等罪行的禁止,《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》中的或起诉或引渡套语可被用作范本,用于建立新的或起诉或引渡制度。

(16) 法院认定,《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》缔约国有义务将酷刑定为刑事罪,对酷刑罪确立管辖,以拥有对这一犯罪进行起诉的必要法律工具,在犯罪嫌疑人在各自领土出现时立刻对事实展开调查。法院宣称:“这些义务作为一个整体可视为一个单一的公约机制的要素,这一公约机制的目的是防止经证实的嫌疑人逃脱其刑事责任的后果”。⁴⁴³由第7条第1款规定的“将该案提交主管当局以便起诉”的义务,法院称之为“起诉的义务”,认为无论是否先前提出了针对嫌疑人的引渡请求,此项义务都存在。然而应由国家当局决定是否根据已经掌握的证据和有关的刑事诉讼规则提起诉讼。⁴⁴⁴法院尤其裁定,“引渡是由公约提供给国家的一种选择,而起诉是根据公约承担的国际义务,违背此项义务则属于能够导致国家责任的不法行为”。⁴⁴⁵法院还指出,《关于制止非法劫持航空器的公约》和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》都强调“主管当局应根据该国法律,以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定”。⁴⁴⁶

(17) 须纳入国内法律的或引渡或起诉的义务基本要点。有效履行或引渡或起诉的义务,要求采取必要的国内措施,将有关犯罪行为定为刑事罪行,对处在该国领土内的犯罪行为及犯罪者确立管辖,进行调查或初步调查,逮捕嫌疑人,并将案件提交起诉当局(可能会,也可能不会导致提起诉讼)或予以引渡,如果具有必要管辖权和起诉嫌疑人能力的另一国提出了引渡请求。

程中法院法官所提出了大量问题,这正揭示了本案所提出的法律问题的深远意义”(多诺霍法官的声明,与或起诉或引渡义务有关的问题,同上,第590页,第21段)。

⁴⁴² 同上,第457页,第99段。

⁴⁴³ 同上,第455页,第91段。另见第451-452页和第456页,第74-75、78和94段。

⁴⁴⁴ 同上,第454-456页,第90和94段。

⁴⁴⁵ 同上,第456页,第95段。

⁴⁴⁶ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第7条第2款,及《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条,同上,第90段。

(18) 确立必要管辖。确立管辖是履行或引渡或起诉处在一国境内的被指称犯罪者的义务的“符合逻辑的先行步骤”。⁴⁴⁷当罪行据称是在国外犯下并且与法院地国没有关连时,或引渡或起诉的义务必然反映了行使普遍管辖,⁴⁴⁸而普遍管辖是“是针对域外事件而对人确立的属地管辖”⁴⁴⁹,在此,受害者和被指称犯罪者均不是法院地国的国民,据称也没有给法院地国的国家利益造成损害。然而,或引渡或起诉的义务也能反映是在其他基础上行使管辖。所以,如果一国能在其他基础上行使管辖,则在履行或引渡或起诉的义务时不一定援引普遍管辖。

就起诉引起国际关切罪行的被指称犯罪者而言,普遍管辖是至为重要的因素,特别是当被指称犯罪者在犯罪发生地国没有受到起诉时。⁴⁵⁰好几项国际文书,例如得到广泛批准的关于保护战争受难者的日内瓦四公约和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》,都要求对这些文书所涵盖的罪行行使普遍管辖,或者作为不起诉的替代,将被指称犯罪者引渡到另一国以便进行起诉。

(19) 制订法律方面的拖延。根据国际法院在与或起诉或引渡义务有关的问题案中所称,制订为起诉嫌疑人所需的法律出现拖延,会对缔约国履行进行初步调查并将案件提交主管当局进行起诉的义务

⁴⁴⁷ 非盟-欧盟普遍管辖原则特设技术专家组的报告(8672/1/09/Rev.1),附件,第11段。国际法院在与或起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注407)中认为,《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》缔约国履行其确立其法院的普遍管辖的义务是必要的条件,有了此条件,方能进行初步调查并将案件提交主管当局以便进行起诉(第451页,第74段)。

⁴⁴⁸ 一位著述者认为,“当一个国家与指称的犯罪或嫌疑人,除了嫌疑人身在该国领土内这一点以外,没有其他的联结时,或引渡或起诉原则即与普遍管辖相重叠”(M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2005, 第122页)。

⁴⁴⁹ 2000年4月11日的逮捕令(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页及其后;尤其见希金斯法官、科伊曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合个别意见,第75页,第42段。

⁴⁵⁰ 应该回顾的是,1996年危害人类和平及安全治罪法草案第9条所提到的“或引渡或起诉的义务”与该治罪法草案第8条的“确立管辖权”密切相关,这要求每一缔约国都采取必要措施,确立对灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行的普遍管辖,而不论犯罪发生在何地,由谁实施。委员会对第8条的评注也表明,设想了普遍管辖(《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第30-31页,第(7)段)。

产生不利影响。⁴⁵¹国家的义务不止单纯地制订本国法律。国家还必须实际对嫌疑人行使管辖，从确定事实开始。⁴⁵²

(20) 调查的义务。根据法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决，调查的义务包含好几项要素：

一般的规则是，调查的义务必须依适用的条约的目标和宗旨来加以解释，而目标和宗旨便是使同有罪不罚的斗争更为有效；⁴⁵³

这项义务意在证实对有关的人的怀疑。⁴⁵⁴起点是确定有关事实，这是同有罪不罚现象做斗争的必不可少的阶段；⁴⁵⁵

一旦当局有理由怀疑其境内的某人可能对某些行为负有责任，而这些行为在或引渡或起诉的义务的约束范围之内，则必须进行初步调查。初步调查须立即开始。这一点最晚必须在对该人提出首次控诉时做到，⁴⁵⁶在此阶段必须确定事实；⁴⁵⁷

然而，简单地讯问嫌疑人，以查明其身份并告知对他或她的控诉，这不能视为履行了进行初步调查的义务；⁴⁵⁸

初步调查由负责拟订案件文档和负责收集事实和证据（例如文件、证人关于事件经过及嫌疑人可能参与其中的证词）的当局实施。这些当局是指这样的国家的当局：指称的犯罪行为发生在该国境内，或记录了关于案件的申诉的任何其他国家。为了履行进行初步调查的义务，嫌疑人在其境内的国家应寻求前述国家的合作；⁴⁵⁹

依据普遍管辖进行的调查必须遵循与该国因与案件具有联系而行使管辖时相同的证据标准。⁴⁶⁰

(21) 起诉的义务。根据法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决，起诉的义务包含某些要素：

起诉的义务实际上是将案件提交起诉当局的义务；它不涉及提起诉讼的义务。实际上，根据证据的情况，履行这一义务可能会、也可能不会导致提起诉讼。⁴⁶¹主管当局决定是否提起诉讼，这与他们按照本国法律对待据称性质严重的犯罪案件一样；⁴⁶²

与履行起诉的义务有关的程序应毫不拖延地尽快实施，尤其是针对嫌疑人一旦提出了首次申诉之后；⁴⁶³

必须确保起诉及时，以免发生不公正；因此必须在合理的时限内采取必要行动。⁴⁶⁴

(22) 引渡的义务。关于引渡的义务：

只能根据对被指称犯罪者位于其领土上的国家有拘束力的国际法律义务，向因某种身份具有管辖权，能够起诉并审判该人的国家进行引渡。⁴⁶⁵

履行引渡的义务不能用驱逐、非常规引渡或将嫌疑人发送到另一国的其他非正式形式来替代。⁴⁶⁶正式的引渡请求涉及重要的人权保护措施，这些措施在

⁴⁵¹ 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第451-452页，第76-77段。

⁴⁵² 同上，第453页，第84段。

⁴⁵³ 同上，第454页，第86段。

⁴⁵⁴ 同上，第453页，第83段。

⁴⁵⁵ 同上，第453-454页，第85-86段。

⁴⁵⁶ 同上，第454页，第88段。

⁴⁵⁷ 同上，第454页，第86段。

⁴⁵⁸ 同上，第453-454页，第85段。

⁴⁵⁹ 同上，第453页，第83段。

⁴⁶⁰ 同上，第453页，第84段。

⁴⁶¹ 另见 *Chili Komitee Nederland* 诉公共检察官，阿姆斯特丹上诉法院，1995年1月4日，*Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997)，第363-365页，上诉法院认为，荷兰公共检察官在智利前总统皮诺切特访问阿姆斯特丹时拒绝起诉他，这并没有错，因为皮诺切特或许享有不受起诉的豁免，以及为证明任何起诉所需要的证据都会在智利，但荷兰与智利没有关于刑事诉讼程序的合作协议。见 N. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism: Problems and Prospects*, Oxford University Press, 2011，第88页，脚注132。

⁴⁶² 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第454-456页，第90和94段。

⁴⁶³ 同上，第460-461页，第115-117段。

⁴⁶⁴ 同上，第114-115段。见坎卡多·特林达德法官的个别意见，第546-548页，第148、151-153段；同一案中专案法官苏尔的反对意见，详第620页，第50段；以及薛法官的反对意见，详第578页，第28段。

⁴⁶⁵ 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第461页，第120段。

⁴⁶⁶ 见委员会本届会议二读通过的驱逐外国人条款草案第12条草案（见上文脚注36），及欧洲人权法院，*Bozano* 诉法国，1986年12月18日的判决（上文脚注44），第52-60段。在该案中，欧洲人权法院认为，为绕过关于引渡的要求而伪装成驱逐出境的引渡是非法的，与《欧洲人权公约》第5条所保障的人身安全权不符。

诸如将嫌疑人发送到另一国的非正式形式例如非常规引渡中是没有的。按照绝大多数国家的引渡法律，必要的要求包括双重犯罪，一罪不二审，法无明文规定不为罪，特定性，不得将嫌疑人引渡使之因民族出身、宗教、国籍或政治观点等理由而受审判。

(23) 符合目标和宗旨。国家采取的措施必须依有关国际文书或对该国具有约束力的其他国际义务来源的目标和宗旨来加以解释，而目标和宗旨便是使同有罪不罚的斗争更为有效。⁴⁶⁷另外值得回顾的是，借助于反映了习惯国际法的1969年《维也纳公约》第二十七条，条约的一缔约国不得援引其国内法律为理由，为其未履行条约而辩护。⁴⁶⁸此外，国家采取的措施必须符合法治原则。

(24) 如果涉及引起国际关切的严重罪行，或引渡或起诉的义务的宗旨是确保被指称犯罪者不能在任何国家得到庇护，从而逃避惩罚。⁴⁶⁹

(25) 义务的时间范围。依据条约承担的或引渡或起诉的义务仅适用于该条约对有关国家生效之后发生的事实，“除非条约表示不同意思，或另经确定”。⁴⁷⁰在一国成为载有或引渡或起诉的义务的条约的缔约国之后，该国自加入该条约生效之日起，有权请求另一缔约国遵守该条约的所有规定，包括或引渡或起诉的义务在内。⁴⁷¹因此，一国一旦受该条约约束，即应履行其义务，将载有或引渡或起诉的义务的条约所禁止的行为定为刑事罪，并确立必要的管辖。⁴⁷²然而，该国完全可以调查或起诉在该条约对

该国生效之前所发生的行为。⁴⁷³

(26) 不遵守或引渡或起诉的义务的后果。在对与或起诉或引渡义务有关的问题案中，法院认定，违反根据《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》所承担的国际义务是引起国家责任的不法行为。⁴⁷⁴只要尚未采取履行义务所必需的一切措施，该国就处在违反其义务的状态。⁴⁷⁵委员会关于国家对国际不法行为的责任条款规定，实施可归于一国的国际不法行为是有法律后果的，包括停止并不重复（第30条），赔偿（第31、34-39条）以及反措施（第49-54条）。⁴⁷⁶

(27) 该义务与“第三种选择”的关系。随着国际刑事法院和各种特设国际刑事法庭的建立，现在有了这样的可能，即面对或引渡或起诉被指控者义务的一国可求助于第三种选择，即将嫌疑人送交有关国际刑事法庭。⁴⁷⁷2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第11条第1款便载有这样的第三种选择。⁴⁷⁸

(28) 在对于与或起诉或引渡义务有关的问题案发表的反对意见中，薛法官认为，假如塞内加尔已经被指称犯罪者送交由非洲联盟组建的国际法庭进行审判，他们就没有违反《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第7条所规定的起诉的义务，因为这样的法庭就是为满足公约的目的而设立的，公约本身不禁止，国家实践也不禁止。⁴⁷⁹当然，如果“条约表示不同意思，或另经确定”，⁴⁸⁰因而不许将受指控的犯罪者移交国际性刑事法庭，则这样的移交并不免除条约缔约国根据其各自国内法

⁴⁶⁷ 见对与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407）案判决中的理由说明，第453-454页，第85-86段。因此，法院裁定，财政困难并不能成为塞内加尔不履行其根据《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》承担的义务的理由（同上，第460页，第112段）。同样，从非洲联盟寻求指导意见也不能成为塞内加尔拖延履行其根据公约承担的义务的理由（同上）。

⁴⁶⁸ 同上，第113段。

⁴⁶⁹ 同上，第461页，第120段。另见坎卡多·特林达德法官的解释，

“国家的行为应当有助于履行结果义务（在本案，即禁止酷刑）。国家不能声称，尽管其行为良好，但国内法不足或困难致使它无法充分履行其义务（即将酷刑定为非法行为并起诉犯罪者），而法院不能因有关国家据称‘行为良好’而认为案件已结”（同上，第508页，第50段，另见他在第505-508页，第44-51段里详细陈述的理由）。

⁴⁷⁰ 同上，第457-458页，第100-102段，其中援引了反映习惯国际法的1969年《维也纳公约》第二十八条。

⁴⁷¹ 同上，第458页，第103-105段。

⁴⁷² 同上，第451页，第75段。

⁴⁷³ 同上，第458页，第102和105段。

⁴⁷⁴ 同上，第456页，第95段。

⁴⁷⁵ 同上，第460-461页，第117段。

⁴⁷⁶ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76-77段。委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款转载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件。

⁴⁷⁷ 1996年危害人类和平及安全治罪法草案第9条规定，根据该条或引渡或起诉的义务是在不妨碍国际刑事法院的管辖权的前提下（《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页）。

⁴⁷⁸ “缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人，如果不按其国际义务将该人引渡或移交给另一国家，或移交该缔约国承认其管辖的某一国际刑事法庭，则该国的应将案件提交本国的主管机关起诉。”

⁴⁷⁹ 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），薛法官的反对意见，详第582页，第42段（在其他问题上的反对意见）。

⁴⁸⁰ 1969年《维也纳公约》第二十八条。

律制度或引渡或起诉该犯罪者的义务。

(29) 有人提议, 鉴于国际性刑事法庭日益重要, 关于或引渡或起诉的义务的新条约规定, 以及国内法, 应包含这第三种选择。

(30) 补充意见。一国也许愿意同时履行或引渡或起诉的义务的两个方面, 例如起诉、审判犯罪者并予以判决, 然后为使判决得到执行的目的, 将该犯罪者引渡或移交给另一国。⁴⁸¹

(c) 目前公约制度的缺口和“第三种选择”

(31) 如上文第(14)段所指出, 委员会重申, 在目前关于或引渡或起诉的义务的公约制度中存在着一些重大缺口, 尤其是相对于大多数危害人类罪、严重违反公约以外的战争罪以及在非国际武装冲突中的战争罪而言。委员会还指出, 委员会已将“危害人类罪”专题纳入2014年的工作方案, 其中包括使对这些罪行的或引渡或起诉的义务成为新条约的一项内容。⁴⁸²委员会进一步建议, 就灭绝种族罪而论, 应加强国际合作制度, 而不是仅仅停留在1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》所规定的水平上。⁴⁸³

(32) 委员会并未起草一套示范条款, 以弥补目前关于或引渡或起诉的义务的公约制度中的缺口, 而是回顾指出, 1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第9条已经规定了对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等罪行或引渡或起诉的义务, 原文如下:

在不妨碍国际性刑事法院的管辖权的情形下, 在其境内发现据指控有第17[灭绝种族罪行]、第18[危害人类罪行]、第19[危害联合国人员和有关人员罪行]或第20[战争罪行]条所述罪行之个人的缔约国应或引渡或起诉该个人。⁴⁸⁴

⁴⁸¹ 特别报告员加利茨基在其初步报告提到这一可能性, 《2006年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 文件A/CN.4/571, 第49-50段。

⁴⁸² 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 附件二。

⁴⁸³ 同上, 附件一, 第20段。查塔姆研究所的一项研究建议, 委员会今后关于该专题的工作应该重点起草一项就核心国际罪行或引渡或起诉的条约义务, 并效仿《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条规定的、已列入1984年联合国《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》及最近的2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的或引渡或起诉机制。见M. Zgonec-Rožej and J. Foakes, “International criminals: extradite or prosecute?” Chatham House Briefing Paper, IL BP 2013/01, July 2013。

⁴⁸⁴ 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第32页; 另见委员会对该条的评注, 同上, 第32-33页。

(33) 委员会还提到上文第(10)段引用的“海牙套语”, 海牙套语已成为大多数载有或引渡或起诉的义务的当代公约的范本,⁴⁸⁵其中包括《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》; 2013年出席第六委员会的几个代表团曾提出, 这两项公约有可能成为弥补目前公约制度中的缺口的范本。此外, 国际法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决也有助于解释海牙套语。⁴⁸⁶委员会建议各国在着手弥补目前公约制度中的缺口时考虑海牙套语。

(34) 委员会进一步确认, 有些国家⁴⁸⁷已经询问或引渡或起诉的义务与将嫌疑人移交国际性法院或法庭或特别法院或法庭之间有何联系, 而其他国家⁴⁸⁸将这种移交做法与引渡区别对待。如上文第(27)段所指出, 可以通过将被指称犯罪者移交主管国际刑事法庭履行或引渡或起诉的义务。⁴⁸⁹2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十一条第1款中出现了这种意义上的规定, 原文如下:

缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有[灭绝种族罪行/危害人类罪行/战争罪行]的人, 如果不按其国际义务将该人引渡或移交给另一国家, 或移交该缔约国承认其管辖权的某一国际刑事法庭或其他任何法庭, 则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。

(35) 按照这样的规定, 或引渡或起诉的义务可以通过“第三种选择”加以履行, 即该国将被指称犯罪者移交所涉国家承认其管辖权的主管国际刑事法庭或主管法庭。主管法庭或法院可以采取与非洲特别法庭性质类似的形式, 该法庭是在与或起诉或引渡义务有关的问题案判决后, 为审判哈布雷先生, 依据塞内加尔和非洲联盟2012年8月22日签署的协议在塞内加尔法院系统内设立的。⁴⁹⁰在一国法院系统内

⁴⁸⁵ 见《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 附件一, 第16段和所附脚注29。另见上文第(10)段及其脚注432。

⁴⁸⁶ 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 附件一, 第21-22段。另见上文第(15)和(16)段。

⁴⁸⁷ 智利、法国和泰国。

⁴⁸⁸ 加拿大和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

⁴⁸⁹ 另见欧洲委员会, *Extradition, European Standards: Explanatory Notes on the Council of Europe Convention and Protocol and Minimum Standards Protecting Persons subject to Transnational Criminal Proceedings*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006, 其中指出: “在国际性刑事法庭时代, [或引渡或起诉]原则在广义上可以解释为包括国家将个人移交诸如国际刑事法院等国际机关管辖的义务”(第119页, 脚注略)。

⁴⁹⁰ 2012年8月22日在达喀尔签署(见ILM, vol. 52(2013), 第1024页及其后)。非洲特别法庭具有管辖权, 可审判1982年6月7日至1990年12月1日在乍得所犯国际

的这种“国际化”做法并非独此一例。作为一所依据塞内加尔和非洲联盟之间的协议设立，由本国和外国法官组成各庭的法院，非洲特别法庭效仿了柬埔寨法院特别法庭、塞拉利昂问题特别法庭和黎巴嫩问题特别法庭的先例。

(36) 上述例子重点说明了载有或引渡或起诉的义务的条款的基本要素，可帮助各国选择其认为最适合某种具体情况的套语。

(d) 起诉义务和引渡义务之间的优先顺序，及起诉义务的范围

(37) 委员会注意到2013年出席第六委员会的一个代表团⁴⁹¹提出的建议分析该专题上述两方面的建议。它还注意到其他代表团⁴⁹²建议国际法委员会制定一项有关可引渡罪行的总体框架或者关于履行或引渡或起诉的义务的指导原则。委员会希望提请注意秘书处2010年的调查⁴⁹³和述及以上问题的上文第(6)–(13)段。

(38) 简言之，除了基本的共同点，多边公约中载有或引渡或起诉的义务的条款在表述、内容和范围方面大相径庭。在为各国规定的引渡和起诉条件及两种行动方针之间的关系方面尤为不同。尽管引渡义务和起诉义务之间的关系不尽相同，但是相关条款似可分为两大类，即：(a) 规定只有在引渡请求提出后拒绝移交被指称犯罪者才触发起诉义务的条款；(b) 规定一国依照被指称犯罪者在该国领土上这一事实本身负有起诉义务，且可通过准予引渡免除起诉义务的条款。

(39) 载有第一类条款的文书规定，缔约国（至少是与违法行为没有特别关联的缔约国）只有在引渡请求已经提出且未获准许后才负有起诉义务，而不是依照被指称犯罪者在该国领土上这一事实本身负有起诉义务。这些条款承认存在这样的可能性：一国可以依据该文书或国内法律规定的理由，拒绝批准引渡某人的请求。然而，一旦拒绝引渡，该国负有义务起诉该个人。换言之，这些文书主要侧重于引渡

这个选项，并且提供了起诉这个替代办法，作为防止有罪不罚的保障。此外，这类文书可能采用极为不同的罪犯惩罚机制，这可能影响到引渡和起诉之间的相互作用。有些文书详细规定了如何起诉该文书处理的违法行为；其他文书对引渡程序做了更为详细的规定。1929年《取缔伪造货币国际公约》及后来受其启发的各项公约⁴⁹⁵属于第一类。⁴⁹⁶关于引渡的各项多边公约也属于这一类。⁴⁹⁷

(40) 第二类条款规定各国依照事实起诉的义务，因一旦确定被指称犯罪者处于有关国家的领土上，便产生了这项义务，不论是否存在引渡请求。只有在提出引渡请求的情况下，该国才可酌情选择引渡或起诉。⁴⁹⁸此类条款的最显著例子是关于保护战争

⁴⁹⁴ 同上，第132段。实际上，这些公约似乎遵循了雨果·格劳秀斯在提到“或引渡或惩罚 (aut dedere aut punire)”原则时的预想 (格劳秀斯 (上文脚注416)，第527–529页，详第527页)。

⁴⁹⁵ 例如，1936年《取缔非法贩卖危险药品公约》，1937年《防止和惩治恐怖主义公约》，1950年《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》，1961年《麻醉品单一公约》，及1971年《精神药物公约》。另见秘书处2010年的调查 (A/CN.4/630 (上文脚注406))，第29段。

⁴⁹⁶ 这些公约所含罪犯惩罚机制的总体结构其实是基于这样一个思路，即罪行发生地国将请求引渡逃至另一国的罪犯，而这一请求原则上应予满足。但这些公约也确认缔约国在某些情况下可能无法进行引渡 (特别是当事人为本国国民或者已向当事人提供庇护的情况)，因此规定将起诉义务作为备选办法，见秘书处2010年的调查 (A/CN.4/630 (上文脚注406))，其第133段和脚注327引述了 Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Basel/Geneva, Helbing and Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000，他将这一制度定性为优先引渡其次起诉 (primo dedere secundo iudicare)。

⁴⁹⁷ 例如，1981年《美洲引渡公约》；1957年《欧洲引渡公约》，1961年《司法合作总公约》 (Convention générale de coopération en matière de justice)，1994年《西非国家经济共同体引渡公约》，及2002年《英联邦内伦敦引渡计划》。这些公约的基础是，缔约国普遍承诺相互移交正由请求国主管当局进行起诉或者为执行刑期或羁押令而遭到通缉的所有人。但引渡义务也有若干例外，特别是被请求引渡人为被请求国国民的情况。对于引渡请求遭拒，特别是以当事人为被请求国国民为由加以拒绝的情况，这些公约规定了对犯罪人进行起诉的义务，以此作为防止有罪不罚的机制。另见秘书处2010年的调查 (A/CN.4/630 (上文脚注406))，第134段。

⁴⁹⁸ 秘书处2010年的调查 (A/CN.4/630 (上文脚注406))，第127段和脚注262。以被指控者必须处于有关国家境内作为确定普遍管辖的先决条件的人包括希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官 (逮捕令案 (上文脚注449) 中的联合个别意见，第80页，第57段)。另见纪尧姆法官的个别意见，同上，第9段和 G. Guillaume, “Terrorisme et droit international”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 215 (1990)，第368–369页。然而，Henzelin (上文脚注

罪行的最主要责任人。审判庭和上诉庭都分别由两名塞内加尔法官和一名非塞内加尔法官组成，由非塞内加尔法官主持审理。见《非洲特别法庭规约》第3条和第11条，ILM，同上，第1028和第1030–1031页。

⁴⁹¹ 墨西哥。

⁴⁹² 分别是古巴和白俄罗斯。

⁴⁹³ A/CN.4/630 (见上文脚注406)。

受难者的日内瓦四公约相关共同条款，其中规定，各缔约国“应”在各该国本国的法庭“起诉”被控为曾犯或曾命令人犯此种严重破坏这些公约行为的人，不分国籍，但该缔约国“亦得于自愿时”，将此种人送交另一有关缔约国审判。⁴⁹⁹至于海牙套语，其文本没有明确解决起诉义务是依照事实产生，还是仅在提出引渡请求且未获准许时产生的问题。⁵⁰⁰在这方面，关于1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第7条所载一项类似条款，⁵⁰¹禁止酷刑委员会和国际法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的裁定具有启发意义。禁止酷刑委员会曾解释说：

对被指称犯有酷刑行为的罪犯提出起诉的义务并不取决于事先存在对罪犯引渡的请求。只有在引渡请求已提出并促使缔约国不得不选择(a)进行引渡；或(b)将案件提交本国司法当局进行刑事诉讼时，《公约》第7条提供给缔约国的选择才存在，该条款的目的在于防止任何酷刑行为逃避惩罚。⁵⁰²

496, 第354页)认为，一国根据1949年日内瓦四公约相关条款起诉被指称犯罪者并不需要该人处于该国境内。

⁴⁹⁹ 这项规定似乎给予羁押国起诉一定的优先，但也确认羁押国可酌情选择引渡，前提是请求引渡国提出初步证据充分的案件(见秘书处2010年的调查(A/CN.4/630(上文脚注406))，第128段，其引述D. Costello, “International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*”, *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10(1975), 第486页; M. C. Bassiouni and E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: the Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, 第15页; 及C. Maierhofer, “*Aut Dedere – aut judicare*”. *Herkunft, Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, Berlin, Duncker and Humblot, 2006, 第340–350页。强调1949年日内瓦四公约中起诉的优先性的著述包括L. Condorelli, “Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977”, 载于P. Lamberti Zanardi and G. Venturini, eds., *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali: Atti del Convegno, Milano, 15–17 maggio 1997*, Milan, Giuffrè, 1998, 第35–36页; 和Henzelin(上文脚注496), 第353页(他将关于保护战争受难者的日内瓦四公约的模式称为优先起诉其次引渡(*primo prosequi secundo dedere*))。另见《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第一议定书)第88条第(2)款, 该条款要求缔约各国“应对被控罪行发生地国家的请求给予适当的考虑”, 以此暗示由发生地国起诉更为可取。

⁵⁰⁰ 《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第7条规定, “在其境内发现被指称的罪犯的缔约国, 如不将此人引渡, 则[……]应将此案件提交其主管当局以便起诉”。

⁵⁰¹ 第7条第1款规定: “缔约国如在其管辖领土上发现有被控犯有第4条所述任何罪行的人, 在第5条所指的情况下, 如不进行引渡, 则应将该案提交主管当局以便起诉。”

⁵⁰² *Guengueng*等诉塞内加尔(案情), 第181/2001号来文, 禁止酷刑委员会根据《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22条作出的决定, 第36届会

(41) 同样, 在与或起诉或引渡义务有关的问题案中, 国际法院认为《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第7条第1款要求:

有关国家为起诉的目的将案件提交其主管当局, 无论此前有无引渡嫌疑人的请求。这就是为何第6条第2款规定, 自嫌疑人在其境内之时起, 该国必须立即进行初步调查。第7条第1款规定的将案件提交主管当局的义务, 可能会, 也可能不会导致提起诉讼, 这要看当局关于嫌疑人所受指控得到的证据。

然而, 如果嫌疑人所在国已经在《公约》条款中设想的任一情况下收到了引渡请求, 该国可以通过接受此请求免除起诉的义务。⁵⁰³

(42) 由此可见, 该公约规定可以选择引渡或选择交付起诉, 不意味着两种选择分量相当。引渡是该公约提供给国家的一个备选办法, 而起诉是该公约规定的一项义务, 违反这项义务属于不法行为, 国家为此要承担责任。⁵⁰⁴

(43) 委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第9条规定, 在其领土上发现据称犯有这些罪行之个人的缔约国“应引渡或起诉该个人”。第9条的评注阐明, 起诉的义务自行产生, 无关任何引渡请求。⁵⁰⁵

(44) 上文第(21)至(26)段已经详细阐述了起诉义务的范围。

(e) 或引渡或起诉的义务与普遍适用的义务或强行法规范之间的关系

(45) 委员会注意到, 出席2013年第六委员会的一个代表团⁵⁰⁶提出了在关系到禁止酷刑等普遍适用的义务或强行法规范时, 或引渡或起诉原则对国际责任的影响这一事项。该代表团建议分析以下问题: (a) 这项义务对谁存在; (b) 谁能够请求引渡; (c) 谁具有合法利益, 可就一国不履行其“或起诉或引渡义

议, 2006年5月19日, 《大会第六十一届会议, 补编第44号》(A/61/44), 第185–186页, 第9.7段。

⁵⁰³ 与或起诉或引渡义务有关的问题(见上文脚注407), 第456页, 第94–95段。

⁵⁰⁴ 同上, 第95段。

⁵⁰⁵ “羁押国有义务采取行动, 确保此种个人受到该国国家主管部门或以请求引渡表示愿意起诉该案的另一个国家的起诉。”(《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分, 第32页, 第9条的评注第(3)段)。还应提到该草案第8条(其中指出: 每一缔约国“应采取必要措施确定”对治罪法草案所载罪行的“管辖权”, “不论这些罪行的实施地点或实施者为何”)(同上, 第29页)。

⁵⁰⁶ 墨西哥。

务”援引国际责任。

(46) 委员会的几名成员指出，该领域似乎关系到对公约规范的解释。国际法院在与或起诉或引渡义务有关的问题案中就此做出的声明，必须在该案件的具体背景下解读。该案中，法院将《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的目标和宗旨阐释为引起“对所有缔约国普遍适用的义务”，各缔约国从而在遵守此类义务方面享有“共同利益”，而且各缔约国因此有权要求另一缔约国停止被指控的违约行为。⁵⁰⁷ 强行法的问题对于这一点并不重要。按照委员会的理解，法院的意思是，凡是缔结了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的国家，都拥有共同利益，要防止酷刑行为并确保一旦发生这种行为，责任人不能逃脱惩罚。

(47) 其他条约，即便也许不涉及强行法规范，也有可能引起普遍适用的义务。换言之，所有缔约国都可以具有合法利益，就某缔约国不履行“或引渡或起诉的义务”援引该国的国际责任。

(48) 能够请求引渡的国家通常是相关公约的缔约国或与被请求国之间具有相互引渡承诺/安排，拥有对该罪行的管辖权，愿意并且能够起诉被指控的罪犯，并尊重适用的保护被告人权的国际规范。⁵⁰⁸

(f) 或引渡或起诉的义务的习惯国际法地位

(49) 委员会注意到，出席第六委员会的一些代表团认为，习惯国际法中没有或引渡或起诉的义务，而另一些代表团认为，此项义务的习惯国际法地位应得到委员会的进一步审议。⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ 与或起诉或引渡义务有关的问题(见上文脚注407)，第449-450页，第67-70段。另见坎卡多·特林达德法官的个别意见，第527-529页，第104-108段，多诺霍法官的声明，第586-589页，第9-17段。见薛法官的不同意见，第571-577页，第2-23段，和苏尔专案法官的不同意见，第608页和第610-611页，第13和第19-20段。另见斯科特尼科夫法官的个别意见，第482-485页，第9-22段。

⁵⁰⁸ 例如，见欧洲委员会，*Extradition, European Standards* (上文脚注489)，sect. II.I, chap. 4 (Material human rights guarantees as limitations to extradition)，第123页及其后；*Code of Minimum Standards of Protection to Individuals Involved in Transnational Proceedings*，提交给欧洲委员会的欧洲犯罪问题委员会跨国刑事司法问题专家委员会的报告(PC-TJ/Docs 2005/PC-TJ(2005)07 E.Azaría)，Strasbourg, 16 September 2005。

⁵⁰⁹ 秘书处编写的关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/666)，第60段。

(50) 不妨回顾，2011年，时任特别报告员加利茨基在第四次报告中提议了一条关于国际习惯作为或引渡或起诉的义务来源的条款草案。⁵¹⁰

(51) 然而，该条款草案在委员会⁵¹¹和第六委员会⁵¹²均未得到好评。各方普遍不赞同这项结论：可以根据存在禁止特定国际罪行的习惯规则，推断出或引渡或起诉的义务的习惯性质。

(52) 确定或引渡或起诉的义务是否已经成为或正在成为一项习惯国际法规则，或者至少是一项区域习惯法规则，也许有助于表明委员会建议的一条条款草案是对国际法的编纂还是对国际法的逐渐发展。然而，委员会已经决定，委员会关于本专题的工作成果不采用条款草案的形式，因此它认为不必为加利茨基先生建议的那条草案提出其他的形式。

(53) 委员会谨此说明，上述内容不应被理解为意指委员会已经认定，或引渡或起诉的义务尚未成为或仍未形成一项习惯国际法规则，无论是一般性的还是区域性的。

(54) 1996年委员会通过《危害人类和平治罪法草案》时，其中关于或引渡或起诉的义务的规定体现了国际法的逐渐发展，上文第(3)段对此作出了解释。自该草案完成以来，国际法也许得到了反映这方面的国家实践和法律确信的进一步发展。

⁵¹⁰ 《2011年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/648，第95段。该条款草案如下：

“第4条 国际习惯作为或引渡或起诉的义务的来源

“1. 如果或引渡或起诉被指控犯罪人的义务来源于国际法的习惯性规范，则每个国家均负有该义务。

“2. 该义务尤其可能来源于关于[严重违反国际人道法的行为、灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪]的国际法习惯性规范。

“3. 以国际条约或国际习惯形式存在、将第2款所列的任何一种行为定为犯罪且受到国家间国际社会接受和认可的一般国际法的强制性规范(强行法)应导致或引渡或起诉的义务。”

⁵¹¹ 同上，第二卷(第二部分)，第320-326段。

⁵¹² 特别是，一些国家不同意这样的结论，即或引渡或起诉的义务的习惯性质必定可以从存在禁止具体国际罪行的习惯规则中推断出来(见秘书处编写的关于大会第六十六届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/650[和Add.1]) (油印件；可获自委员会网站，第六十四届会议文件)，第48段)。另见阿根廷的立场(《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会，第22次会议》(A/C.6/62/SR.22)，第58段)及俄罗斯联邦的立场(《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/599，第22段)。

(55) 委员会指出, 2012年国际法院在与或起诉或引渡义务有关的问题案中裁定, 法院不具管辖权, 不能受理比利时就塞内加尔据称违反习惯国际法义务提起的申诉, 因为比利时提交申请之日, 比利时与塞内加尔之间的争议不涉及违反习惯国际法义务的行为。⁵¹³ 因此, 该法院仍然没有机会决定或引渡或起诉的义务是否具有习惯国际法地位。⁵¹⁴

(g) 2009年总框架中具有持续相关性的其他事项

(56) 委员会注意到, 2009年总框架⁵¹⁵继续在第

⁵¹³ 与或起诉或引渡义务有关的问题(见上文脚注407), 详第444-445页, 第53-55段, 及第462页, 第122(2)段, 亚伯拉罕法官和苏尔专案法官对此有异议(同上, 亚伯拉罕法官的个别意见, 第471-476页, 第3-20段; 苏尔专案法官的反对意见, 第610页, 第17段)。

⁵¹⁴ 亚伯拉罕法官和苏尔专案法官认为, 假如法院认定其具有管辖权, 就不会支持比利时关于存在或起诉或引渡的习惯国际法义务的主张。亚伯拉罕法官在其个别意见中指出, 根据国家实践和法律确信, 没有充分证据说明各国负有依据普遍管辖权, 向本国法院起诉战争罪或危害人类罪嫌疑人的习惯法义务, 即便是仅限于嫌疑人身处法院所在国领土上的情形(同上, “亚伯拉罕法官的个别意见”, 第476-480页, 第21、24-25和31-39段)。

苏尔专案法官在他的反对意见中指出, 虽然法院保持沉默, 或者说正是由于这种沉默, “似乎显然无法证明在实在法中存在或起诉或引渡的习惯法义务, 或仅仅是起诉的义务”(同上, 苏尔专案法官的反对意见, 第610页, 第18段)。

与此相反, 坎卡多·特林达德法官的个别意见(同上, 坎卡多·特林达德法官的个别意见, 第544页, 第143段)和塞布廷德法官的个别意见(同上, 塞布廷德法官的个别意见, 第604页, 第41-42段)均强调, 根据本案中呈现的事实, 法院只可认定自己不具备管辖权去处理习惯国际法问题的实质内容。

无论如何, 凡提及在与或起诉或引渡义务有关的问题案中是否存在或不存在习惯法义务之处, 所指均系危害人类罪和国内武装冲突中的战争罪案件中的义务。它不涉及灭绝种族罪、国际武装冲突中的战争罪或恐怖主义行为等引起国际关切的其他罪行中的此类义务。

⁵¹⁵ 为便于参考, 现将2009年总框架(见上文脚注404)载录于此。原文如下:

所要处理的问题/事项清单

“(a) 或引渡或起诉的义务的法律依据

“(一) 或引渡或起诉的义务和为打击有罪不罚现象进行合作的责任;

“(二) 现有条约中的或引渡或起诉的义务: 条约规定的类型学; 这些规定的异同及其演变(见关于恐怖主义的公约);

“(三) 或引渡或起诉的义务是否及在何种程度上在习惯国际法中有其依据; *

“(四) 或引渡或起诉的义务是否不可分割地同某些特定的‘习惯的罪行’(如海盗行为)联系在一起; *

“(五) 是否能够查明有关或引渡或起诉的义务的区域性原则。*

“(b) 或引渡或起诉的义务的属事范围

“根据以公约确立的国际法和/或习惯国际法, 查明或引渡或起诉的义务所涵盖的罪行类别(如国际法下的罪行; 危害人类和平与安全罪; 引起国际关注的罪行; 其他严重罪行):

“(一) 承认某一犯罪为一种国际罪行, 是否存在习惯国际法中的或引渡或起诉的义务的充分依据; *

“(二) 如果不是, 什么才是独特的标准? 将某些行为定为犯罪行为的规则的强行法性质的相关性? *

“(三) 这种义务是否、以及在何种程度上也相对于国内法下的罪行而存在?

“(c) 或引渡或起诉的义务的内容

“(一) 两个要素的定义; 起诉义务的含义; 为使起诉被认为是‘充分的’需要采取的步骤; 起诉的及时性问题;

“(二) 两个要素的顺序是否重要;

“(三) 其中一个要素是否优先于另一要素——被请求国有自由裁量权(*pouvoir discrétionnaire*)吗?

“(d) 或引渡或起诉的义务和其他原则之间的关系

“(一) 或引渡或起诉的义务和普遍管辖权原则(有此必定意味着有彼吗?);

“(二) 或引渡或起诉的义务和行使管辖‘权’的一般问题(属地、国籍);

“(三) 或引渡或起诉的义务和法无明文不为罪和法无明文不罚原则; **

“(四) 或引渡或起诉的义务和一罪不二审(一罪不再次追诉)原则; **

“(五) 或引渡或起诉的义务和不引渡国民原则; **

“(六) 互相冲突的原则情况下会发生什么(例如: 不引渡本国国民相对于不在国内法中起诉? 起诉的障碍相对于被告人受到酷刑的危险或设想引渡的目的地国缺乏正当程序?); 宪法上的限制。**

“(e) 触发或引渡或起诉的义务的条件

“(一) 被指控的罪犯在该国领土上;

“(二) 国家对有关罪行的管辖权;

“(三) 存在引渡请求(需要一定程度的形式主义); 与驱逐外国人的权利的关系;

“(四) 先前提出的已被拒绝的引渡请求的存在/后果;

“(五) 举证的标准(在何种程度上必须证实引渡的请求);

“(六) 存在可能会排除义务的履行的情况(如政治犯罪或引渡要求的政治性质, 紧急情况, 豁免)。

“(f) 或引渡或起诉的义务的履行

“(一) 司法和行政部门各自的作用;

“(二) 如何调和或引渡或起诉的义务与检察机关的自由裁量权;

“(三) 证据的可获得性是否影响义务的履行;

“(四) 如何处理多重引渡请求;

“(五) 引渡情况下的保证;

“(六) 是否应当关押被指控的罪犯以等待予以或引渡或起诉的决定; 或有其他限制自由措施的可能性?

“(七) 监督义务的履行;

“(八) 不遵守或引渡或起诉的义务的后果。

六委员会⁵¹⁶被称为与国际法委员会该专题的工作相关。

(57) 2009年总框架提出了一些与或引渡或起诉的义务相关的问题，先前的段落述及其中几个问题，但未述及以下问题：该义务与法无明文不为罪和法无明文不罚原则及一罪不二审（一罪不再次追诉）原则之间的关系；各项原则之间出现冲突的影响（如不引渡本国国民相对于不在国内法中起诉；起诉的障碍相对于被告人受到酷刑的危险或设想引渡的目的地国缺乏正当程序）；宪法上的限制；排除义务的履行的情况（如政治犯罪或引渡要求的政治性质；紧急情况；豁免）；多重引渡请求的问题；引渡情况下的保证；及与一般意义上的引渡相关的其他问题。

(58) 委员会注意到，联合国毒品和犯罪问题办公室已经拟定了2004年《引渡示范法》，这项法律处理了以上大部分问题。⁵¹⁷秘书处2010年的调查也解释说，多边引渡公约通常规定引渡程序的适用条件。⁵¹⁸此类公约几乎全都规定引渡要符合被请求国法律规定的条件。拒绝引渡的理由可以与犯罪有关（例如，诉讼时效到期、不符合双重犯罪要求、特定性、法无

明文不为罪和法无明文者不罚或一罪不二审的要求，或者该罪行在请求国可能被判处死刑），也可以与犯罪无关（例如，当事人的政治庇护申请已获批准或存在拒绝引渡的人道主义原因）。引渡适用条件的特殊程度因各种因素有所不同，如谈判过程中表达的具体关切（例如，不引渡本国国民，适用或不适用政治或财政例外条款）、罪行的特殊性（例如，就某些罪行而言，以罪行的政治性质为由拒绝引渡的风险似乎更为突出）、以及在起草相关条款时为考虑过去或被忽略的问题而作出的某种变化（例如，请求引渡的理由可能微不足道，或者需要保护被指称犯罪者的权利），或考虑到新的发展变化或已经改变的环境。⁵¹⁹

(59) 或引渡或起诉的义务与2009年总框架所列其他原则之间的关系不仅属于国际法，而且属于有关国家的宪法和国内法。无论国内法或有关引渡的条约规定的条件如何，均不得加以恶意适用，对被指控的罪犯产生庇护效果，使之免于在适当刑事管辖区内受起诉或被引渡至适当刑事管辖区。在核心罪行方面，相关国内法和/或适用条约的目标和宗旨是确保此类罪行的实施者不会逃脱惩罚，这意味着此类罪行永远不能被视为政治罪行并免于引渡。⁵²⁰

“(g) 或引渡或起诉的义务和向主管国际刑事法庭交出被指控的罪犯（‘第三种选择’）之间的关系

“(一) ‘第三种’选择在多大程度上影响其他两种选择。

“*[可能需要到稍后阶段，尤其是审慎分析目前条约制度下的或引渡或起诉的义务的范围和内容以后，才能最后确定这些问题。审查关于特定罪行的义务的习惯性质可能也是可取的。]

“**[这个问题的处理可能也需要考虑到或引渡或起诉的义务的履行(f)。]”

⁵¹⁶ 在第六委员会2012年的辩论过程中，奥地利、荷兰和越南认为2009年总框架对国际法委员会的工作做出了宝贵的补充。荷兰认为，委员会最终的工作结果应该是依据总框架提出条款草案。在第六委员会2013年的辩论过程中，奥地利重申了2009年总框架对于目前工作组工作的助益。

⁵¹⁷ 见上文脚注428。另见《关于引渡示范条约的订正手册和关于刑事事项互助示范条约的订正手册》。

⁵¹⁸ 秘书处2010年的调查(A/CN.4/630(上文脚注406))，第139段。

⁵¹⁹ 同上，第142段。

⁵²⁰ 1975年10月15日的《欧洲引渡公约附加议定书》第1条便是一个很好的例子，该条规定：

“为适用[关于政治罪行的]《公约》第三条，政治罪行不应被视为包括以下：

“(a) 联合国大会1948年12月9日通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》中所列危害人类罪行；

“(b) 1949年《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第五十条、1949年《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》第五十一条、1949年《关于战俘待遇之日内瓦公约》第一百三十条和1949年《关于战时保护平民之日内瓦公约》第一百四十七条所列违法行为；

“(c) 任何违反本议定书生效时具有效力的战争法律和存在的战争惯例，在日内瓦四公约上述条款中未做出规定的类似行为。”

第七章

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践

A. 引言

66. 委员会第六十届会议(2008年)决定将“条约随时间演变”专题列入其工作方案,并决定在第六十一届会议上设立一个专题研究组。⁵²¹委员会第六十一届会议(2009年)设立了条约随时间演变专题研究组,由格奥尔格·诺尔特先生担任主席。在该届会议上,研究组的讨论侧重于确定要涵盖的问题、研究组的工作方法和委员会关于该专题的工作可能产生的成果。⁵²²

67. 从第六十二届至第六十四届会议(2010–2012年),委员会都重新设立了研究组,由格奥尔格·诺尔特先生任主席。研究组审查了主席非正式提交的三份报告,这些报告分别讨论了国际法院和具有特别管辖权的仲裁庭的相关判例;⁵²³在特殊制度下与嗣后协定和嗣后实践有关的判例;⁵²⁴以及在司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后实践。⁵²⁵

68. 在第六十四届会议上(2012年),委员会根

⁵²¹ 在2008年8月8日其第2997次会议上(见《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第353段)。有关该专题的提纲,见同上,附件一。大会在2008年12月11日第63/123号决议第6段中注意到该决定。

⁵²² 见《2009年……年鉴》,第二卷(第二部分),第220–226段。

⁵²³ 见《2010年……年鉴》,第二卷(第二部分),第345–354段;和《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第337段。

⁵²⁴ 见《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第338–341段;和《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第230–231段。

⁵²⁵ 见《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第232–234段。在第六十三届会议(2011年)上,研究组主席提交了根据讨论情况重新拟订的九条初步结论(《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第344段)。在第六十四届会议(2012年)上,主席提交了同样根据研究组的讨论情况重新拟订的六条补充初步结论的案文(《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第240段)。研究组还讨论了今后该专题工作应采取的方式和可能的工作成果。主席拟写了若干建议并得到研究组的一致同意(同上,第235–239段)。

据研究组的建议⁵²⁶还决定:(a)按照研究组的建议自第六十五届会议(2013年)起改变本专题的工作方式;(b)任命格奥尔格·诺尔特先生为“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”专题特别报告员。⁵²⁷

69. 在第六十五届会议上(2013年),委员会审议了特别报告员的第一次报告⁵²⁸并暂时通过了五条结论草案。⁵²⁹

B. 本届会议审议此专题的情况

70. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671),并在2014年5月15日至22日其第3205至3209次会议上进行了审议。

71. 特别报告员在第二次报告中考查了本专题的以下四个方面内容:嗣后协定和嗣后实践的识别(第3–19段);嗣后协定和嗣后实践可能对条约的解释产生的影响(第20–41段);第三十一条第三款(b)项所指嗣后实践的形式和价值(第42–48段);当事国就条约解释达成第三十一条第三款所指“协定(agreement)”的条件(第49–75段);缔约国大会框架内通过的决定(第76–111段);嗣后协定和嗣后实践的解釋范围(第112–166段)。报告还介绍了今后工作方案的一些情况(第167段)。特别报告员就所讨论的每个问题分别提议了一条结论草案。⁵³⁰

⁵²⁶ 《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第226–239段。

⁵²⁷ 同上,第227段。

⁵²⁸ 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/660。

⁵²⁹ 同上,第二卷(第二部分),第33–39段。委员会暂时通过了结论1(条约解释通则和资料)、结论2(以嗣后协定和嗣后实践作为作准的解释资料)、结论3(能够随时间演变的条约用语的解释)、结论4(嗣后协定和嗣后实践的定义)和结论5(嗣后实践的归属)的草案

⁵³⁰ 特别报告员提出的六条结论草案如下:

“结论草案6 嗣后协定和嗣后实践的识别

72. 委员会在2014年5月22日其第3209次会议上将特别报告员第二次报告中所载的结论草案6至11移交起草委员会。

73. 委员会在2014年6月5日其第3215次会议上审议了起草委员会的报告，并暂时通过了五条结论草案（见下文C.1）。

“识别第三十一条第三款和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践时需要审慎考虑，特别是要考虑当事国是否通过协定或实践对条约解释采取立场，或是否受到其他考虑的驱动。

“结论草案7 嗣后协定和嗣后实践对条约解释可能产生的影响

“(1) 第三十一条第三款和第三十二条所述嗣后协定和嗣后实践有助于澄清条约的含义，特别是通过缩小或扩大可能的解释范围，或通过指明条约赋予当事国行使酌处权的一定范围澄清含义。

“(2) 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的价值，除其他外，可能取决于其特定性。

“结论草案8 第三十一条第三款(b)项所述嗣后实践的形式和价值

“第三十一条第三款(b)项所述嗣后实践可有各种形式，必须反映当事国对条约解释的共同理解。嗣后实践作为条约解释资料的价值取决于其在多大程度上一致、共同和连贯。

“结论草案9 与条约解释有关的当事国协定

“(1) 第三十一条第三款(a)项和(b)项所述嗣后协定不必以任何特定形式达成，此种协定也不必具有约束力。

“(2) 第三十一条第三款(b)项所述嗣后协定要求就当事国知悉的条约解释达成共同理解。为确定第三十一条第三款(b)项所述协定而必须积极实施嗣后实践的当事国的数目可能各不相同。在有关情形要求作出某种反应时，一个或多个当事国的沉默可以构成对嗣后实践的接受。

“(3) 共同嗣后协定或实践不一定表示当事国之间达成与条约解释有关的协定，而可能表示它们商定暂不适用条约或订立实用安排（临时办法）。

“结论草案10 在缔约国大会框架内通过的决定

“(1) 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机关成员的情况不在此列。

“(2) 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和可适用的议事规则。根据情况，这种决定可体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，或产生第三十一条第三款(b)项或第三十二条所述嗣后实践。

“(3) 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达缔约国之间就条约解释达成的实质性协议，即体现第三十一条第三款项所述嗣后协定或嗣后实践，无论决定获得通过所采取的形式和程序如何。

“结论草案11 嗣后协定和嗣后实践的解释范围

“(1) 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所述作准解释资料的解释范围可以宽泛。

“(2) 推定条约缔约国通过嗣后协定或嗣后实践意在解释条约而非修订条约。缔约国通过嗣后实践修订条约的可能性没有得到普遍承认。”

74. 委员会在2014年8月6日其第3239至第3240次会议上通过了本届会议暂时通过的结论草案的评注（见下文C.2）。

C. 委员会第六十六届会议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案文

1. 结论草案案文

75. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文载录如下。

结论6 嗣后协定和嗣后实践的识别

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

2. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。

3. 为识别第三十二条所指的嗣后实践，尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

结论7 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生的影响

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

2. 第三十二条所指的嗣后实践也可能有助于澄清条约的含义。

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

结论8 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所指的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。

2. 此外，第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践的权重还取决于该实践是否以及如何重复出现。

3. 嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料的权重可取决于第1和第2段所述标准。

结论 9 与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款 (a) 项和 (b) 项所指的协定必须是各缔约方知悉并接受关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑, 但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款 (b) 项所指的协定而必须积极从事嗣后实践的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时, 一个或多个缔约方的沉默可能构成对嗣后实践的接受。

结论 10 在缔约国大会框架内通过的决定

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

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

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

2. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文及其评注

76. 委员会第六十六届会议暂时通过的结论草案案文及其评注载录如下。

结论 6 嗣后协定和嗣后实践的识别

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

2. 第三十一条第三款所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。

3. 为识别第三十二条所指的嗣后实践, 尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。

评注

(1) 结论草案6的目的是要表明, 嗣后协定和嗣

后实践作为解释资料必须加以识别。

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

(3) 第三十一条第三款 (a) 项所指的嗣后协定必须是“关于条约之解释或其规定之适用”的, 第三十一条第三款 (b) 项所指的嗣后实践必须是“在条约适用方面”的, 从而确定了“对条约的解释”的一致 (agreement)。⁵³¹ 在第三十一条第三款中, “解释”和“适用”两个用语之间的关系并非一目了然。“解释”是澄清条约 (包括其中一项或多项条款) 的意义的过程。“适用”包括全部或部分地行使条约权利或履行条约义务的行为。“解释”是指心理过程, 而“适用”侧重于实际的行为 (作为或不作为)。从这个意义上说, 这两个概念是有区别的, 可用于第三十一条第三款之下的不同用途 (见下文第 (4)–(6) 段), 但它们也密切相关, 互以对方为基础。

(4) 虽然有些“解释”问题可能一直与条约的适用无关,⁵³² 但条约的适用几乎必然涉及某种解释因素——即使在有关规则从表面看来一目了然的情况下。⁵³³ 因此, “关于条约之解释”的协定或行为以及

⁵³¹ 见结论草案4及其评注的第(16)–(19)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第四章, C.2节, 第32和第35页)。

⁵³² 根据Haraszti的看法, 解释“将阐明文本的意思视为其目标”, 而适用“意味着说明给缔约各方带来的后果”(G. Haraszti, *Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, 第18页); 不过他承认, “不论以任何形式呈现的法律规则, 除非其内容得到阐明, 否则不可能适用”(同上, 第15页)。

⁵³³ “[Harvard] Draft Convention on the Law of Treaties”, *Supplement to the AJIL*, vol. 29(1935), 第657页及其后, 详第938–939页; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 第372页; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd rev. ed., Manchester University Press, 1984, 第116页; 国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难国际法委员会研究组的报告, 定稿人: 马尔蒂·科斯肯涅米 (A/CN.4/L.682和Corr.1[和Add.1]), 第423段(可获自委员会网站, 第五十八届会议文件; 最终文本将作为《2006年……年鉴》, 第二卷(第一部分)的增编出版); R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, 第27–29页和第213页; M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1976–III*, vol. 151, 第47页; U. Linderfalk, “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not?”

“条约适用方面”的协定或行为都意味着各方就条约的解释采取了立场，或者可将这种立场归于它们。⁵³⁴ 在第三十一条第三款(a)项(第一个选项)“当事国嗣后所订关于条约之解释……协定”的情况下，对条约解释的立场是各方具体并有目的地采取的，而在第三十一条第三款(a)项(第二个选项)“关于条约之适用的嗣后协定”的情况下，这一点不那么容易辨认出来。⁵³⁵ 根据第三十一条第三款(b)项进行的一些单纯的适用行为，即“根据所解释的条约而采取的每一项措施”，也隐含着“通过适用”就解释采取的立场，⁵³⁶ 因此，第三十一条第三款(a)项中的“或”字并不是描述“解释”和“适用”之间的互相排斥关系。

(5) 然而，“适用”条约对于解释条约的目的而言的意义，并不限于识别有关缔约国而就条约的解释采取的立场。事实上，适用条约的方式不仅有助于确定条约的意义，而且有助于识别缔约国所采取的解释在多大程度上是“有根据的”，从而或多或少是稳固确立的。

(6) 应该指出的是，条约的“适用”并不一定反映缔约国有这样的立场，即这种适用是根据条约在

当时情况下在法律上唯一可能的适用(见下文结论草案7, 第1段)。而且，对于非国家行为体的某些行为，条约承认这些行为是可归于缔约方的适用的形式，⁵³⁷ 因而可构成确立缔约方之间的一致实践，“适用”的概念并不排除这些行为。最后，在适用条约时的某一特定行为的法律意义不一定局限于其可能根据第三十一条对解释作出的贡献，其也可能对履行举证责任⁵³⁸ 或满足其他规则的条件⁵³⁹ 作出贡献。

(7) 不受条约义务驱动的嗣后行为，不是第三十一条第三款意义上的“适用条约”的行为或“关于”条约解释的行为。例如，在关于联合国某些经费案的咨询意见中，一些法官怀疑联合国会员国继续缴纳其会费是否等于接受该组织的某些做法。⁵⁴⁰ 菲茨莫里斯法官在这方面提出了一个著名的警告，他说，“从实践中得出的论点，如果走得太远，则会招来问题”。⁵⁴¹ 菲茨莫里斯认为，“从会员国缴费这个单纯的事实推断出它们必然在所有情况下都承认存在着缴费的实在法义务，这几乎是不可能的”。⁵⁴²

(8) 同样，在卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题案中，国际法院认为，1987年协定(关于将争端提交国际法院管辖的协定)的当事方努力缔结一项附加的特别协定(该协定将说明争端所涉的事项)并不意味着当事方实际上将缔结这样的附加协定视为确

Interpreting the rules of interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1 (May 2007), 第141–144页和第147页; G. Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *Annuaire français de droit international*, vol. 40 (1994), 第44页; 及 M. E. Villiger, “The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission”, 载于 E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, 第111页。

⁵³⁴ Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注533), 第235页; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: the Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, 第162页; W. Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1983, 第114和118页; 及 O. Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, 载于 O. Dörr and K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Berlin, Springer, 2012, 第556–557页, 第80和82段。

⁵³⁵ 此第二个选项应巴基斯坦提议而引入，但其范围和目的从未得到讨论或澄清，《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968年3月26日至5月24日，维也纳，全体会议和全体委员会会议的简要记录》(A/CONF.39/11, 联合国出版物，出售品编号E.68.V.7)，全体会议第三十一次会议，1968年4月19日，第168页，第53段。

⁵³⁶ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties ...* (见上文脚注534)，第164–165和167页；另见结论草案1，第4段，和结论草案4，第3段(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第21和32页)。

⁵³⁷ L. Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family-resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, 载于 G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, 2013, 第53页，详第54、56及59–60页。

⁵³⁸ 见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用(格鲁吉亚诉俄罗斯联邦)，初步反对意见，判决，《2011年国际法院汇编》，第70页，详第117页，第105段，国际法院在这里否认某些行为(声明)满足了举证责任，能证明俄罗斯联邦在1999年至2008年7月期间履行了其按照《消除一切形式种族歧视国际公约》所承担的义务，这特别是因为有关行为不是专门与《公约》相关。根据辛马法官的意见，举证责任已经在一定程度上得到履行，见辛马法官的个别意见，同上，第199–223页，第23–57段。

⁵³⁹ 卡西基利/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院汇编》，第1045页，国际法院不仅从条约的解释角度而且从取得时效的角度分析了嗣后实践(见第1092–1093页，第71段，第1096页，第79段，及第1105页，第97段)。

⁵⁴⁰ 联合国某些经费(《宪章》第十七条第二项)，1962年7月20日的咨询意见，《1962年国际法院汇编》，第151页，详第201–202页(菲茨莫里斯法官的个别意见)及第189–195页(斯彭德法官的个别意见)。

⁵⁴¹ 同上，第201页。

⁵⁴² 同上。

立国际法院管辖权的必要条件。⁵⁴³

(9) 另有一个自愿性实践的例子，其本意不是“在适用条约”或“关于解释条约”，它涉及难民法方面的“补充保护”问题。未获《关于难民地位的公约》所规定的难民地位者往往会获得相当于《公约》中难民地位的“补充保护”。然而给予补充保护的国家并不认为自己的行为是在“适用”该公约或其行为是“关于条约的解释”。⁵⁴⁴

(10) 有时很难将第三十一条第三款(a)项和(b)项涉及条约的解释或适用的有关嗣后协定或实践，与条约更大范围内的其他行为或发展(其中包括在条约主题事项领域的“同时代发展”)加以区分。然而这样的区分是重要的，因为唯有缔约方就解释作出的行为才能将在解释的过程中有特定的权威。一般的规则似乎是，协定或实践与条约的关联越具体，它根据第三十一条第三款(a)项和(b)项获得的解释性权重就越多。⁵⁴⁵

(11) 将第三十一条第三款(a)项和(b)项下的嗣后协定或嗣后实践定性为就条约的解释采取了立场，往往需要谨慎的事实分析和法律分析。从司法实践和国家实践中摘取的例子可以说明这一点。

(12) 国际法院的案例提供了若干例子。一方面，法院不认为两国“部长级联合公报”包括在“自由航行权传统的基础”之内，因为“他们设立的合作模式很可能得到修改以适合双方”。⁵⁴⁶但是法院还认为，如果对条约的解释中无某些特定主张，或条约的适

⁵⁴³ 卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题，管辖权和可受理性，判决，《1995年国际法院汇编》，第6页，详第76页，第28段。

⁵⁴⁴ 见A. Skordas, “General provisions: article 5”, 载于A. Zimmermann(ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, Oxford University Press, 2011, 第682页，第30段；及J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press, 2007), 第21页。

⁵⁴⁵ 关于协定或实践作为解释资料的“权重”，见结论草案8；区别当事方在解释条约方面的具体行为与一般性发展的必要性和困难性的实例见海洋争端(秘鲁诉智利)，判决，《2014年国际法院汇编》，第3页及其后，详第41-58页，第103、104-117和118-151段；另见上文脚注533。

⁵⁴⁶ 关于航行权和相关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2009年国际法院汇编》，第213页及其后，详第234-235页，第40段；另见卡西基利/塞杜杜岛(博茨瓦纳/纳米比亚)(上文脚注539)，详第1091页，第68段，法院在这里暗示，当事一方不认为某些形式的实际合作对所涉边界问题具有法律意义，因此不同意另一当事方的相反立场。

用无某些特定形式，这本身就构成一种实践，表明了缔约方的一种法律立场，根据这种立场，关于有毒武器的各项条约是不禁止核武器的。⁵⁴⁷无论如何，只能通过认真考虑缔约方集体意见之表达是否以及在何种程度上意在涉及“条约的解释”，才能确定这一表达所具有的确切意义。因此，法院在**南极捕鲸案**中认为，缔约国以协商一致方式核可的[国际捕鲸委员会]的有关决议和准则要求缔约国考虑能否通过使用非致命性研究方法实际和科学地实现研究目标，但它们并不是确立一项要求，规定只有当其他方法不可用时才能使用致命的方法。⁵⁴⁸

(13) 伊朗—美国索赔法庭曾面对过这样的问题：《索赔解决声明》是否要求美国将军事财产归还伊朗。法庭提及缔约方的实践，认定这一条约隐含着在不归还的情况下给予补偿的义务：

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

……

68. 此外，法庭注意到，载于上文第66段的解释与缔约方适用《阿尔及尔协定》的嗣后实践，特别是与美国的行为是一致的。这样的实践，根据《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项，在解释条约时也应考虑到。美国在1981年3月26日致函伊朗，告知它国防物品的出口将不予批准时，明确表示，“对伊朗在设备方面的成本将尽可能给以偿还”。⁵⁴⁹

霍尔茨曼法官在反对意见中批评了这一立场：

缔约国的嗣后行为只有在显然受条约驱动时，才能成为解释条约的适当基础。这里没有证据表明，甚至没有人辩称，美国对伊朗财产予以赔偿的意愿依据的是据信第9段所规定的义务。这种行为就相当于承认合同中的付费义务。如果没有

⁵⁴⁷ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页及其后，详第248页，第55-56段；另见石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，1996年12月12日的判决，《1996年国际法院汇编》，第803页及其后，详第815页，第30段；及Gardiner, *Treaty Interpretation*(上文脚注533)，第232-235页。

⁵⁴⁸ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本；新西兰参与诉讼)，判决，《2014年国际法院汇编》，第226页及其后，详第257页，第83段。

⁵⁴⁹ 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，1988年8月31日的第382-BI-FT号部分裁决，伊朗—美国索赔法庭，*Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 19(1988-II)，第273页及其后，详第294-295页。关于《阿尔及尔协定》，特别是1981年1月19日阿尔及利亚民主人民共和国关于美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府索赔解决的声明，见ILM, vol. 20, No. 1(1981)，第230页及其后。

迹象表明行为受条约驱动，就不应当用该行为来解释条约。⁵⁵⁰

多数意见和反对意见结合起来表明，必须认真分析缔约方是否通过协定或行为“就条约的解释”采取了立场。

(14) 有时也可从条约或某一具体规定的性质推断出缔约国就条约的解释采取了立场这一事实。⁵⁵¹ 适用条约方面的嗣后实践往往包括国家不同机关(行政、立法、司法或其他机关)在不同层面(国内和国际)有意识地适用条约的行为，而例如欧洲人权法院等机构，在大多数情况下不明确处理特定实践的的实施是否涉及“解释”《欧洲人权公约》这一问题。⁵⁵² 因此，在说明成员国国内法律状况时，法院很少问某一种特定的法律状况是否是对公约的可能要求进行讨论的立法程序的结果。法院实际上假定，成员国在进行立法或以其他特定方式行事时意识到其在公约下的义务，而且它们的行事方式反映出它们对自己义务的理解。⁵⁵³ 美洲人权法院有时也使用立法实践作为一种解释资料。⁵⁵⁴ 与国际法院一样，欧洲人权法院偶尔甚至认为，缔约方对该公约的某一特定解释“缺乏任何理解”可表示它们就条约的解释采取了一种立场。⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ 霍尔茨曼法官的个别意见，部分赞同、部分反对，伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，第382-BI-FT号部分裁决(见上文脚注549)，第304页。

⁵⁵¹ 见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671)，第15段。

⁵⁵² 例如，见 *Soering* 诉联合王国，申请号14038/88，1989年7月7日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 161，第103段；*Dudgeon* 诉联合王国，申请号7275/76，1981年10月22日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 45，第60段；*Demir* 和 *Baykara* 诉土耳其，申请号34503/97，2008年11月12日的判决(关于案情和公正抵偿)，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2008，第48段；而与之形成对比的是，*Mamatkulov* 和 *Askarov* 诉土耳其，申请号46827/99和46951/99，2005年2月4日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2005-I，第146段；及 *Cruz Varas* 等诉瑞典(见上文脚注106)，第100段。

⁵⁵³ 见上文脚注552；进一步见 *Marckx* 诉比利时，申请号6833/74，1979年6月13日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 31，第41段；*Jorgic* 诉德国，申请号74613/01，2007年7月12日的判决，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2007-III，第69段；及 *Mazurek* 诉法国，申请号34406/97，2000年2月1日的判决，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2000-II，第52段。

⁵⁵⁴ 例如，见 *Hilaire, Constantine* 和 *Benjamin* 等诉特里尼达和多巴哥，2002年6月21日的判决(案情，赔偿和费用，判决)，美洲人权法院，*Series C*, No. 94，第12段。

⁵⁵⁵ *Banković* 等诉比利时等，申请号52207/99，关于可受理性的决定，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2001-XII，第62段。

(15) 1949年《关于战俘待遇之日内瓦公约》(第三公约)第一一八条规定：“实际战事停止后，战俘应即予释放并遣返，不得迟延”。为防止有些国家滥引战俘意愿拖延遣返，缔约国刻意没有宣布战俘不想被遣返的意愿具有相关性。⁵⁵⁶ 然而红十字国际委员会始终坚持将战俘不被遣返的意愿得到各国尊重作为其参与的条件。⁵⁵⁷ 这种做法已经反映在缔约国的实践之中，然而这并不一定意味着第一一八条应解释为要求不得违反战俘意愿遣返他们。红十字国际委员会在对习惯国际人道法所作的研究中在对第128 A条规则的评注里审慎指出：

根据《日内瓦第四公约》，不得将任何被保护人移送至“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由”的国家[《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)第四十五条第四款]。《日内瓦第三公约》不包含类似的条款，但自1949年以来的实践已发展到这样的程度，即在红十字国际委员会发挥中立调解人作用的每一次遣返行动中，无论是国际还是非国际冲突，冲突各方接受了红十字国际委员会的参与条件，这包括红十字国际委员会能够在遣返(非国际性武装冲突时则为释放)之前，通过私下与有关人员面谈，查验他们是否愿意被遣返(或释放)。⁵⁵⁸

(16) 这一措辞表明，尊重战俘意愿这一国家实践仅存在于红十字国际委员会参与且该组织提出了尊重战俘意愿这一条件的情况下。各国从这一实践中得出了不同结论。⁵⁵⁹ 2004年《联合国武装冲突手册》规定：

较有争议的问题是，是否即便违背战俘本人的意愿，也必须将其遣送回国。最近的国家实践表明，不应这么做。联合王国的政策是，不应违背战俘意愿将其遣送回国。⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ 见 C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich, Schulthess, 1977, 第145-156页和第171-175页；泛论遣返义务，见 S. Krähenmann, “Protection of prisoners in armed conflict”, 载于 D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013, 第409-410页。

⁵⁵⁷ 因此，红十字国际委员会通过其介入，力求调和快速遣返与尊重战俘意愿这两种利益(见 Krähenmann(上文脚注556)，第409-410页)。

⁵⁵⁸ J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I, *Rules*, Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005, 第455页。

⁵⁵⁹ J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice*, Cambridge, ICRC and Cambridge University Press, 2005, 第2893-2894页，第844-855段，以及对澳大利亚、以色列、荷兰和西班牙的在线更新，可获自 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rule128_sectionD。

⁵⁶⁰ 大不列颠及北爱尔兰联合王国，国防部，*The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004, 第

(17) 专门将“必须”和“应”二词同时使用，说明联合王国同其他国家一样，并不认为嗣后实践反映了必须始终尊重战俘公开宣称的意愿这种条约解释。⁵⁶¹

(18) 源自判例和国家实践的上述例子证明，有必要审慎识别和解释嗣后协定和嗣后实践，特别是要问清，缔约方是否通过协定或实践就条约的解释采取了立场，或者是否出于其他考虑。⁵⁶²

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

(20) 缔约方拥有共同嗣后实践不一定表明缔约方就条约的解释达成了协议，也可能意味着缔约方商定暂不适用条约，⁵⁶³或商定确立一种实际安排(临时协议)。⁵⁶⁴以下例子起说明作用。

(21) 《关于改善战地武装部队伤员境遇的1864年8月22日日内瓦公约》第七条规定，“医院、救护车和疏散队应采用特殊的统一旗帜。……[这一]……旗帜应绘以白底红十字”。⁵⁶⁵1877-1878年俄土战争期间，奥斯曼帝国宣布，未来将以白底红新月作为救护车标志，同时尊重保护敌方救护车的红十字标志，

205页，第8.170段。

⁵⁶¹ 美国的手册只提到患病或受伤的战俘的意愿，见Henckaerts和Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (上文脚注559)，第2893-2894页，第844-855段；但美国在第二次海湾战争之后的做法是由红十字国际委员会来确定战俘的意愿并采取相应行动(美利坚合众国，国防部，*Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress*, United States Government Printing Office, 1992，第707-708页)。

⁵⁶² 见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671)，第11-18段。另见L. Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”，载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (上文脚注537)，第25-26页。

⁵⁶³ 见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671)，第71段。

⁵⁶⁴ 见关于航行权和相关权利的争端(上文脚注546)，详第243-235页，第40段；乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)，2010年4月20日的判决，《2010年国际法院汇编》，第14页及其后，详第65-66页，第138-140段；J. Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”，载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (上文脚注537)，第32页；另一个例子见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671)，第72段；及J. R. Crook(ed.), “Contemporary practice of the United States relating to international law”，AJIL, vol. 105, No. 4 (2011)，第809-812页。

⁵⁶⁵ 《关于改善战地武装部队伤员境遇的1864年8月22日日内瓦公约》(1864年8月22日通过，1865年6月22日生效)。

并表示《公约》的特殊标志“迄今一直让[土耳其]无法行使《公约》规定的权利，因为这一标志冒犯了穆斯林士兵”。⁵⁶⁶因为这一声明，奥斯曼帝国、瑞士(作为保存国)和其他缔约方经通信商定，接受红新月标志，但仅限冲突期间。⁵⁶⁷在1899年和1907年海牙和平会议上以及1906年日内瓦修约会议期间，奥斯曼帝国、波斯和暹罗要求将红新月、红狮与日以及红焰标志加入《公约》未果。⁵⁶⁸不过在1906年，奥斯曼帝国和波斯至少让两国为此提出的“保留”得到了接受。⁵⁶⁹但是，1906年奥斯曼帝国和波斯的保留获得接受，并不意味着各缔约方认可在1906年之前通过未受异议的嗣后实践以特定方式解释了《关于改善战地武装部队伤员境遇的1864年8月22日日内瓦公约》。至少到1906年，奥斯曼帝国和波斯的实践都不被视为1864年《日内瓦公约》的内容，只是将其作为不改变一般条约义务的暂行特例措施予以接受。

(22) 结论草案6第2段的目的在于，承认第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践可能具有各种形式。委员会已承认第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践包括适用条约过程中任何可能有助于确定对该条约解释的一致(agreement)的“行为”，包括某些情况下的不作为。⁵⁷⁰根据所涉条约的情况，这不仅包括对外行为，例如国际一级的正式行动、声明和投票，还包括国内的立法、行政和司法行为，甚至可能包括非国家行为者的可归属于一个或多个缔约方并在该条约认为属于其适用形式范围内的行为。⁵⁷¹因此，可能催生第三十一条第

⁵⁶⁶ *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, No. 29, 1877年1月，第35-37页，引用于F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross: a Brief History*, Geneva, ICRC, 1977，第15-16页。

⁵⁶⁷ *Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*, No. 31, 1877年7月，第89页，引用于Bugnion(见上文脚注566)，第18页。

⁵⁶⁸ Bugnion, 同上，第19-31页。

⁵⁶⁹ 1923年埃及通过继承而加入，见Bugnion, 同上，第23-26页。1929年修订各项日内瓦公约时，土耳其、波斯和埃及声称，使用其他标志已成为既成事实，且这些标志已在实践中使用而未致任何异议，红新月和红狮与日这才最终被《改善战地武装部队伤员病者境遇之日内瓦公约》(1929年)第十九条承认为特殊标志。

⁵⁷⁰ 结论草案4的评注第(16)-(19)段(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，第35页)。

⁵⁷¹ 例如，见结论草案5的评注，同上，第38-42页；Boisson de Chazournes, “Subsequent practice …”(上文脚注537)，第54、56和59-60页；及Gardiner, *Treaty Interpretation* (上文脚注533)，第228-230页。另见海洋争端(秘鲁诉智利)(上文脚注545)，第41-45页，第103-111段和第48-49页，

三款(b)项所指的嗣后实践的单个行为无需满足任何特定形式标准。⁵⁷²

(23) 国际一级的嗣后实践不一定必须是联合行为。⁵⁷³只要行为并行发生即可。至于并行活动是否在实际上表达了某特定案件中对某项条约解释的共同理解(agreement),则是另一项单独的问题(见下文结论草案9第1段)。⁵⁷⁴嗣后协定既见于有法律约束力的条约,亦见于谅解备忘录等没有约束力的文书。⁵⁷⁵嗣后协定还见于缔约国大会的某些决定(见下文结论草案10第1、第2和第3段)。

(24) 本条结论草案第3段规定,识别第三十二条所指的嗣后实践时,解释者尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否是在适用条约。⁵⁷⁶委员会决定在单独的一段中论述第三十二条所指的“其他嗣后实践”(见结论草案4第3段)⁵⁷⁷,是为了分析上清晰起见(见下文结论草案7第2段和结论草案8第3段),但并不因此对解释过程的整体性提出质疑。有关识别第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践的考虑因素亦比照适用于识别第三十二条所指的“其他嗣后实践”。因此,某条约非全体缔约方之间就该条约的解释或适用达成的协定是第三十二条所指的嗣后实践的一种形式。

(25) 一个实际安排的例子是美利坚合众国运输部与墨西哥合众国通信和运输部2011年7月6日签订

的《关于国际跨境卡车货运服务的谅解备忘录》。⁵⁷⁸该谅解备忘录并未提及《北美自由贸易协定》的第三方加拿大,而是指出,备忘录“不影响美国和墨西哥在《北美自由贸易协定》下的权利和义务”。这些情况表明,该谅解备忘录不声称构成第三十一条第三款(a)或(b)项所指的对《北美自由贸易协定》的解释的协定,而是仅限于作为有限数目的当事方之间的实际安排,其他当事方或司法及准司法机构是可以对这一安排提出质疑的。

结论7 嗣后协定和嗣后实践可能对解释产生影响

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

2. 第三十二条所指的嗣后实践也可能有助于澄清条约的含义。

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

评注

(1) 结论草案7涉及嗣后协定和嗣后实践可能对条约解释产生的影响,旨在说明嗣后协定和嗣后实践可以如何有助于澄清条约的含义。第1段强调嗣后协定和嗣后实践必须与其他解释资料互动(见结论草案1,第5段)。⁵⁷⁹因此,它们本身未必具有决定性。

(2) 嗣后协定和嗣后实践与所有解释资料一样,可能对条约解释这一互动过程产生各种影响,这一过程包括在任何具体案件中,对“单一的综合行动”中的各种解释资料各给予适当强调。⁵⁸⁰因此,考虑第三十一条第三款和第三十二条所指的嗣后协定和嗣

第119-122段, 和 第50页, 第126段; 及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(上文脚注534), 第555-556页, 第78段。

⁵⁷² Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注533), 第226-227页。

⁵⁷³ 柏威夏寺(柬埔寨诉泰国), 案情, 1962年6月15日的判决, 《1962年国际法院汇编》, 第6页及其后, 详第32页; 及卡西基利/塞杜杜岛(见上文脚注539), 第1213页, 第17段(帕拉-阿朗古伦法官的反对意见)。

⁵⁷⁴ 尼加拉瓜和洪都拉斯间在加勒比海的领土和海洋争端(尼加拉瓜诉洪都拉斯), 判决, 《2007年国际法院汇编》, 第659页及其后, 详第737页, 第258段; 但是, 见大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国), 判决, 《1982年国际法院汇编》, 第18页及其后, 详第84页, 第117段, 其中, 法院将争议双方授予的特许权视为双方默示协定的证据; 另见海洋争端(秘鲁诉智利)(上文脚注545)。

⁵⁷⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注533), 第244和250页。

⁵⁷⁶ 见上文, 本评注第(1)至(4)段; 另见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671), 第3-5段。

⁵⁷⁷ 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第20页及其后。

⁵⁷⁸ Crook (ed.), “Contemporary practice of the United States ...”(见上文脚注564), 第809-812页; 另见: Mexico, *Diario Oficial de la Federación* (2011年7月7日)。

⁵⁷⁹ 对结论草案1第5段的评注, 即对结论草案1的评注第(12)-(15)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第24-25页)。

⁵⁸⁰ 同上。

后实践可以通过缩小(具体说明)某个用语或条款的可能含义,或整个条约的范围(见下文第(4)、(6)–(7)、(10)和(11)段),帮助澄清条约的含义。⁵⁸¹另一方面,这种考虑也可以通过证实更广义的解释,帮助澄清条约的含义。最后,它有助于理解缔约方可作出的可能解释的范围,包括缔约方根据条约行使酌处权的范围(见下文第(12)–(15)段)。

(3) 国际性法院和法庭通常在具体案件的论证过程中首先确定条约用语的“通常含义”。⁵⁸²法院大多在审理的稍后阶段,即考虑某项行为是证实还是更改了通过最初对通常含义的解释(或通过其他解释资料)得出的结果时,才考虑嗣后协定和嗣后实践。⁵⁸³如果缔约方不想表达用语的通常含义,而想表达第三十一条第四款意义下的特殊含义,那么嗣后协定和嗣后实践可能有利于说明该特殊含义。以下例子⁵⁸⁴显示了嗣后协定和嗣后实践作为解释资料,如何可在解释过程中通过与其他资料的互动,协助澄清条约的含义。

(4) 嗣后协定和嗣后实践可以通过从某个用语的多重含义中确认一个狭义的解释,来帮助确定该用语的“通常含义”。例如,⁵⁸⁵国际法院在关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中确认,短语“毒药或有毒武器”:

⁵⁸¹ 术语遵循委员会在其第六十三届会议通过的《对条约的保留实践指南》指南1.2(解释性声明的定义):“‘解释性声明’是指[一国或国际组织]为了阐明或澄清条约或其中某些规定的含义或范围而作出的单方面声明……”(《2011年……年鉴》,第二卷(第三部分,第54页);另见同上,第57–58页,准则1.2的评注第(18)段。

⁵⁸² 结论草案1的评注第(14)段(《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第24页);大会接纳国家加入联合国的权限,咨询意见,《1950年国际法院汇编》,第4页及其后,详第8页。

⁵⁸³ 例如,见吉利丹岛和西巴丹岛的主权归属(印度尼西亚/马来西亚),判决,《2002年国际法院汇编》,第625页及其后,详第656页,第59–61段,和第665页,第80段;领土争端(阿拉伯利比亚民众国/乍得),判决,《1994年国际法院汇编》,第6页及其后,详第34–37页,第66–71段;关于航海权和相关权利的争端(上文脚注546),第290页(纪尧姆专案法官的声明)。

⁵⁸⁴ 更多例子,见G. Nolte, “Jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice: second report for the ILC Study Group on treaties over time”, 载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice*(上文脚注537),第210–306页。

⁵⁸⁵ 另见石油平台,初步反对意见,1996年12月12日的判决(上文脚注547),第815页,第30段;喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界,初步反对意见,判决,《1998年国际法院汇编》,第275页及其后,详第306–307页,第67段;及大会接纳国家加入联合国的权限(上文脚注582),第9页。

在国家实践中通常被理解为主要、甚至唯一作用是使人中毒或窒息的武器。这个做法十分明确,相关文书的缔约方并没有将该词理解为指核武器。⁵⁸⁶

(5) 另一方面,嗣后实践也可以防止将一般用语限定为只有某个特定含义,而否认其他可能的含义。⁵⁸⁷例如,国际法院在摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案中称:

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

在这种情况下,法院认为[阿尔赫西拉斯国际会议总议定书]第95条没有对争议问题订立严格规则。该条需要一个比本案中当事双方各自的主张更为灵活的解释。⁵⁸⁸

(6) 不同形式的实践可能导致对同一条约中的某些用语作出狭义的解释,而对另一些用语作出广义的解释。⁵⁸⁹

(7) 条约应依其用语在“上下文”中具有通常含义加以解释(第三十一条第一款)。嗣后协定和嗣后实践通过与这一具体解释资料的互动,也可以有助于对条约中的用语作出较狭义或较广义的解释。⁵⁹⁰例如,在关于政府间海事协商组织的咨询意见中,国际法院不得不确定《国际海事组织公约》第28(a)条下“八个……最大船主国”一词的含义。鉴于“最大船主国”的概念可以有不同解释(例如按“登记吨位”或“国民财产”计算),且该组织及其成员没有第28(a)条下的相关实践,法院转而参照公约其他条款下的实践,提出:

鉴于执行《公约》的各项条款都是基于登记吨位……法院因此认为,在起草[第28(a)条]并将之纳入《公约》时,不太可能考虑以登记吨位以外的其他标准来确定最大船主国。⁵⁹¹

⁵⁸⁶ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(上文脚注547),第248页,第55段。

⁵⁸⁷ 对《灭绝种族罪公约》的保留,咨询意见,《1951年国际法院汇编》,第15页,详第25页。

⁵⁸⁸ 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利,1952年8月27日的判决,《1952年国际法院汇编》,第176页及其后,详第211页。

⁵⁸⁹ 比照参见联合国某些经费(上文脚注540),第151页,国际法院参照联合国相关的嗣后实践,对“经费”一词作出了广义的解释,而对“行动”一词作出了狭义的解释,详第158–161页(“经费”)和第164–165页(“行动”)。

⁵⁹⁰ 例如,见边界和跨界武装行动(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页及其后,详第87页,第40段。

⁵⁹¹ 政府间海事协商组织海事安全委员会的组成,1960年6月8日的咨询意见,《1960年国际法院汇编》,第150页及其

(8) 除用语和上下文外,第三十一条第一款还强调“目的及宗旨”对条约解释的重要性。⁵⁹²嗣后协定和嗣后实践也可有助于澄清条约的目的及宗旨,⁵⁹³或协调条约的“目的及宗旨”与其他解释资料的运用。

(9) 例如,在格陵兰和扬马延间区域海洋划界案⁵⁹⁴和石油平台案⁵⁹⁵中,国际法院通过提到缔约方的嗣后实践,澄清了双边条约的目的及宗旨。在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中,国际法院主张:

从条约文本和上文第64和65段分析的实践来看,乍得湖流域委员会是一个在特定地理区域内行使职权的国际组织;但是其宗旨不是在区域一级处理与维持国际和平及安全有关的事务,因此不属于《宪章》第八章规定的情况。⁵⁹⁶

(10) 司法环境或准司法环境以外的国家实践证明,嗣后协定和嗣后实践不仅有助于通过缩小条约下权利和义务的可能含义的范围,来具体说明一个用语的含义,也可表明一个更大的可接受的解释范围,或表明条约赋予各国的自由裁量权的特定范围。⁵⁹⁷

后,详第169页;另见第167-169页;另见根据《保护北大西洋海洋环境公约》进行的诉讼(爱尔兰-联合王国),爱尔兰与大不列颠及北爱尔兰联合王国之间关于根据《保护北大西洋海洋环境公约》第8条获得信息的争端,最终裁决,2003年7月2日的决定,《国际仲裁裁决汇编》,第二十三卷(出售品编号E/F.04.V.15),第59页,详第99页,第141段。

⁵⁹² Gardiner, *Treaty Interpretation* (见上文脚注533), 第190和198页。

⁵⁹³ 同上,第191-194页;另见南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果,咨询意见,《1971年国际法院汇编》,第16页及其后,详第31页,第53段;在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果,咨询意见,《2004年国际法院汇编》,第136页及其后,详第179页,第109段;R. Higgins, “Some observations on the inter-temporal rule in international law”, 载于J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague, Kluwer, 1996, 第180页; Distefano (上文脚注533), 第52-54页;及Crema (上文脚注562), 第21页。

⁵⁹⁴ 格陵兰和扬马延间区域海洋划界, 判决,《1993年国际法院汇编》,第38页及其后,详第50-51页,第27段。

⁵⁹⁵ 石油平台, 初步反对意见, 1996年12月12日的判决(上文脚注547), 第813页, 第27段, 和第815页, 第30段。

⁵⁹⁶ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界, 初步反对意见, 判决(上文脚注585), 第306页, 第67段。

⁵⁹⁷ 这并不是说根本上可存在对条约的不同解释,而是说条约可让缔约方有可能在一段被允许的行为谱段中作出选择,见Gardiner, *Treaty Interpretation* (上文脚注533), 第30-31页和第111页,其中引用上议院在R诉内政大臣, Adan缺席[2001]2 AC 477中发表的意见:“需要确定有关条约规定的自主含义。……由此可见,与对其他多边条约一样,必须赋予《关于难民地位的公约》可从[1969年《维也纳公约》]第三十一条和第三十二条提及的来源中得出的独立含义,而不是随便借鉴某个缔约国法律体系的特点得出含义。因此,原则上,条

(11) 例如,虽然按照1944年《国际民用航空公约》第5条用语的通常含义,似乎没有要求包机必须获得许可才能在飞行途中降落,但长期以来的国家实践都要求这类许可,因此该条被普遍理解为要求许可。⁵⁹⁸另一个案例是《维也纳外交关系公约》第二十二条第三款,其中规定使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。虽然警方对外交财产实施的强制行为通常会遭到国家的抗议,⁵⁹⁹但是将违反当地交通和停车法规的外交车辆拖走这一做法,在实践中基本上被认为是允许的。⁶⁰⁰这种实践显示,虽然禁止对外交车辆采取处罚措施,但是如果发现外交车辆对交通和/或公共安全构成直接危险或障碍,则可以拦下或拖走。⁶⁰¹从这个意义上来看,缔约方的嗣后实践明确说明了“强制执行”一词的含义,并进而明确了交通工具受保护的範圍。

(12) 另一个可能的例子是《1949年8月12日内瓦四公约的1977年附加议定书》(第二议定书)第十二条,其中规定:

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

约只能有一个真正的解释……在实践中,面对解释问题上的重大分歧,由各国法院做出决定。不过,做决定时,法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚,探索条约真正的自主含义。而真正的含义只有一个”,详第515-517页(Steyn勋爵)。

⁵⁹⁸ S. D. Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, 载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (见上文脚注537), 第85页;及A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2013, 第215页。

⁵⁹⁹ E. Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed., Oxford University Press, 2008, 第160-161页;J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique* (Brussels, Bruylant, 1994), 第207-208页, 第315段。

⁶⁰⁰ 例如,见澳大利亚, Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (<http://dfat.gov.au/about-us/publications/corporate/protocol-guidelines/Documents/A21.pdf>); 冰岛, Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook*, 第14页 (https://www.government.is/media/utanrikisraduneyti-media/media/PDF/Diplomatic_Handbook_March2010.pdf); 联合王国, the statement of the Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office (Lord Elton) in the House of Lords, HL Deb, 12 December 1983, vol. 446 cc3-8; 美国, M. Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, AJIL, vol. 88, No. 2 (April 1994), 第312-313页。

⁶⁰¹ Denza (见上文脚注599), 第160页;及M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos, 2010, 第70页。

志不应用于不正当的用途。

虽然“应”字表示国家在任何情况下都有义务使用特殊标志来标识医务人员和医务运输工具，但嗣后实践表明国家在适用该条时可拥有一定的自由裁量权。⁶⁰²鉴于武装团体近年来专门袭击因有保护标志而特别容易辨认的医疗车队，国家在某些情况下不再对这类车队做特殊标记。德国政府在回答议会关于其在阿富汗的做法的提问时指出：

与国际安全援助部队的其他分队一样，德国联邦国防军也经历过医疗车队遭到袭击的情况。这些医疗单位和车队因其保护标志而容易辨认，偶尔甚至成为偏好的袭击对象。因此，德国联邦国防军在国际安全援助部队内部与比利时、法国、联合王国、加拿大及美国共同决定遮住医疗车队上的保护标志。⁶⁰³

(13) 这种国家实践证实了对第十二条的解释，即使用保护标志的义务⁶⁰⁴在例外情况下容许缔约方有一定的自由裁量权。

(14) 赋予国家明显不带条件的权利的条约规定可能会引起此自由裁量权是否受到该条规定的宗旨的限制的问题。例如，根据《维也纳外交关系公约》第九条，接受国可通知派遣国某使馆人员为不受欢迎人员而不必说明理由。各国一般在发现或怀疑使馆人员从事间谍活动，或实施其他严重违反接受国法律的行为或造成严重政治不安的情况下发出这类通知。⁶⁰⁵不过，各国也在其他情况下发出过这类通知，例如使节对第三方造成严重伤害⁶⁰⁶或是屡次违法，⁶⁰⁷

⁶⁰² S.-S. Junod, et al.(eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol II)*, Geneva, ICRC, 1987, 第1440页, 第4742–4744段; 及H. Spieker, “Medical transportation”, 载于R. Wolfrum(ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford University Press, 2012, 第54–55页, 第7–12段(可获自<http://opil.ouplaw.com/home/MPIL>)。另见法文版使用的没有这么严格的将来时“sera arboré”。

⁶⁰³ Deutscher Bundestag(德国联邦议院), “Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”, 2010年4月9日, *Bundestagsdrucksache 17/1338*, 第2页。

⁶⁰⁴ Spieker(见上文脚注602), 第55页, 第12段。

⁶⁰⁵ 见Denza(上文脚注599), 第77–88页, 其进一步提及了关于间谍活动的声明; 另见Salmon(上文脚注599), 第483–484页, 第630段; 和Richtsteig(上文脚注601), 第30页。

⁶⁰⁶ 荷兰, 外交部礼宾司, *Protocol Guide for Diplomatic Missions and Consular Posts*, 可获自www.government.nl/documents。

⁶⁰⁷ 法国, Ministère des affaires étrangères et du développement, *Guide for Foreign Diplomats Serving in France: Immunities—Respect for Local Laws and Regulations* (www.diplomatie。

甚至为了执行关于酒后驾车的法律发出这类通知。⁶⁰⁸甚至可以想象没有给出明确理由, 纯粹出于政治动机而发出这类通知。其他国家似乎不认为这种做法构成对宣布使馆人员为不受欢迎的人的权力的滥用。因此, 这类实践表明, 第九条规定了无条件的权利。⁶⁰⁹

(15) 结论草案7第2段涉及第三十二条所指的“其他嗣后实践”的可能影响(见结论草案4, 第3段),⁶¹⁰这类嗣后实践不反映所有缔约方就条约解释达成的协定。这类实践, 作为解释的补充资料, 可证实适用第三十一条所作之解释, 或在依第三十一条所作解释意义不明或难解, 或所获结果显然荒谬或不合理时, 确定其含义。因此, 第三十二条区分了利用准备工作或“其他嗣后实践”证实根据第三十一条得出的含义与利用它们来“确定”含义这两种情况。因此, 可以利用第三十二条所指的“其他嗣后实践”, 这不仅是为了确定某些情况下条约的含义, 而且也用来——并且总是可以用来——证实适用第三十一条得出的含义。⁶¹¹

gouv.fr/en/the-ministry-and-its-network/protocol/immunities/article/respect-for-local-laws-and); 土耳其, 外交部, *Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552* (6 April 2005) (www.mfa.gov.tr/06_04_2005--63552-traffic-regulations.en.mfa); 及联合王国, Foreign and Commonwealth Office, *Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London*, 又刊印于G. Marston(ed.), “United Kingdom materials on international law 1985”, *BYBIL 1985*, vol. 56, 第437页。

⁶⁰⁸ 见加拿大, Foreign Affairs, Trade and Development, *Revised Impaired Driving Policy* (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna_convention_idp-convention_vienne_vfa.aspx?lang=eng); 及美国, Department of State, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 September 2010) (www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/149985.pdf), 第8–9页。

⁶⁰⁹ 见G. Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, 载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice*(上文脚注537), 第112页, 其中载有《维也纳外交关系公约》第九条下一个影响更加深远的案例。

⁶¹⁰ 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第32页。

⁶¹¹ 世贸组织, 世贸组织上诉机构的报告, 中国—影响某些出版物和娱乐视听产品贸易权和分销服务的措施, *AB-2009-3(WT/DS363/AB/R)*, 2010年1月19日, 第403段: “虽然专家组将《维也纳公约》第三十一条适用于解释‘录音制品分销服务’, 导致其就该词的含义得出了‘初步结论’, 专家组还是决定使用补充的解释资料确认该含义。关于这一点, 我们注意到, 中国的上诉论点似乎假定, 假如委员会发现运用第三十一条导致‘录音制品分销服务’一词的含义不明或难解, 故而适用第三十二条来确定, 而不是确认该词的含义, 那么专家组根据《维也纳公约》第三十二条所作的分析必然将得出不同的结果。我们不同意这种论点。第三十二条下考察的要素与第三十一条下分析的要素不同, 但是无论根据第三十一条分析的结果如何, 第三十二条下考察的都是同样的

(16) 当条约的“目的及宗旨”似乎与其某些规定的具体宗旨不符时,第三十二条所指的嗣后实践可有助于减少可能的冲突。⁶¹²在卡西基利/塞杜杜岛案中,国际法院强调,1890年条约的缔约方“既努力确保各自在河上的通航自由,又尽可能精确地划定各自的势力范围。”⁶¹³缔约方通过考虑其中仅一方的某项嗣后实践作为(第三十二条所指的)补充解释资料,化解了可能的紧张局势。⁶¹⁴

(17) 第三十二条所指的“其他嗣后实践”的另一个例子涉及《1949年8月12日内瓦四公约的1977年附加议定书》(第一议定书)第五十七条第二款第(一)项第2小项下的“可行的预防措施”一词。1980年10月10日《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(第二议定书)第3条第4款使用了该用语,其中规定:“可行的预防措施是指顾及当时存在的一切情况,包括人道和军事考虑以后所采取的实际可行或实际可能的预防措施”。这一定义逐渐通过嗣后实践被接受,作为1977年第一议定书第五十七条第二款第(一)项第2小项下“可行的预防措施”的一般定义,而出现在许多军事手册中。⁶¹⁵

(18) 结论草案7第3段讨论了为了不超出第三十一条第三款(a)项和(b)项意义下的解释的范围,嗣后协定和嗣后实践影响条约解释的限度。第3段提

要素。运用第三十一条的结果可能影响的,是赋予第三十二条下考察的各要素的权重”。另见M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, 第447页,第11段。

⁶¹² 见世贸组织,世贸组织上诉机构的报告,美国一禁止进口某些虾类和虾制品, AB-1998-4(WT/DS58/AB/R), 1998年11月6日,第17段(“大多数条约的目的和宗旨不是单一、纯粹的,而是具有各种不同,可能是冲突的目的和宗旨”);及Gardiner, *Treaty Interpretation* (上文脚注533), 第195页。

⁶¹³ 卡西基利/塞杜杜岛(见上文脚注539), 第1074页,第45段。关于1890年7月1日在柏林签署的《大不列颠与德国关于桑给巴尔、黑尔戈兰岛和两国在非洲的势力范围的协定》,见*British and Foreign State Papers, 1889-1890*, vol. 82, 第35页。

⁶¹⁴ 卡西基利/塞杜杜岛(见上文脚注539), 第1077-1078页,第55段,第1096页,第80段。

⁶¹⁵ 关于阿根廷(1989年)、加拿大(2001年)和联合国(2004年)的军事手册,见Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, *Practice* (上文脚注559), 第359-360页,第160-164段;另见澳大利亚军事手册(2006年)的在线更新(www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc);另见Pilloud, et al.(eds.), *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)* (上文脚注291), 第683页,第2202段。

醒解释者,嗣后达成的协定可能可以修正或修改条约,但是这类嗣后协定是《维也纳公约》第三十九条所指的协定,应当与第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定加以区分。第二句承认判例中可能存在反例,文献中可能有不同意见,但指出缔约方通过嗣后实践修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。

(19) 1969年《维也纳公约》第三十九条规定:“条约得以当事国之协议修正之”。另一方面,第三十一条第三款(a)项提到“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”,似乎不涉及修正或修改条约的问题。正如世贸组织上诉机构所称:

[……]第三十一条第三款(a)项下的“适用”一词涉及协定具体规定如何“适用”当前规则或义务的情况;该词不包含创造新义务或是延长受时间限制的当前义务的意思……⁶¹⁶

(20) 第三十一条第三款(a)项和第三十九条一并解读表明,缔约方在条约缔结后达成的协定可解释、修正或修改条约。⁶¹⁷第三十九条所指的协定不必采取与其修正的条约同样的形式。⁶¹⁸正如国际法院在乌拉圭河纸浆厂案中指出的:

不论具体名称是什么,也不论记录于什么文书(乌拉圭河行政委员会会议记录),这种“谅解”只要是双方同意的,即对缔约方具有约束力,缔约方必须本着诚信遵守。根据适当的双边协定,对于给定的具体项目,它们有权不遵守1975年规约规定的程序。⁶¹⁹

⁶¹⁶ 欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度,厄瓜多尔第二次诉诸争端解决谅解第21.5条, AB-2008-8, 世贸组织,世贸组织上诉机构报告(WT/DS27/AB/RW2/ECU和Corr.1), 2008年12月11日通过;和欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度,美国第二次诉诸争端解决谅解第21.5条, AB-2008-9(WT/DS27/AB/RW/USA和Corr.1), 2008年12月22日通过,第391-393段。

⁶¹⁷ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …”(见上文脚注598), 第88页。

⁶¹⁸ Sinclair(上文脚注533), 第107页,其中提到Waldock, 《联合国条约法会议正式记录,第一届会议……》(A/CONF.39/11)(上文脚注535), 全体委员会第37次会议, 1968年4月24日, 第204页, 第15段; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...* (上文脚注611), 第513-515页, 第7、9和11段;及K. Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, 载于Dörr and Schmalenbach (eds.) (上文脚注534), 第706页, 详第16段。

⁶¹⁹ 乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭), 判决(见上文脚注564), 第62页, 第128段;另见第63页, 第131段;法院继而得出结论,该案不满足这些条件, 详第62-66页, 第128-142段。关于1975年2月26日在萨尔托(乌拉圭)签署的《乌拉圭河规约》, 见联合国, 《条约汇编》, 第1295卷, 第I-21425号, 第331页。

(21) 有时很难区分缔约方根据条约赋予嗣后协定约束力的具体规定达成的协定、第三十一条第三款(a)项所指的不具有约束力的单纯的嗣后协定、第三十九至四十一条所指的修正或修改条约的协定。⁶²⁰ 国际判例法和国家实践表明,⁶²¹对克减条约义务的非正式协定应当作出狭义的解释。除适用条约本身可能作出的规定外,似乎没有第三十九条(如果适用的话)以外的任何区分不同形式嗣后协定的正式标准。不过,各国和国际性法院基本都愿意给予缔约国相当大的通过嗣后协定解释条约的空间。这种空间甚至可以超出条约用语的通常含义。国家和法院认可条约的解释空间,却不太愿意认可协定实际具有修正或修改条约的效果。⁶²²因此,不排除协定对条约的修改,但也不假定具有这种效果。⁶²³

(22) 关于缔约方是否可以通过共同的嗣后实践

⁶²⁰ 在司法实践中,有时不需要确定一项协定是具有解释还是修改条约的效果,见领土争端(阿拉伯利比亚民众国/乍得)(上文脚注583),第31页,第60段(“法院认为,为本判决之目的,没有必要划分其是对[完成1898年6月14日的大不列颠和法国之间的公约的1899年3月21日的]声明的证实,还是对其的修改”);第三十一条第三款(a)项所指协定有时也被认为也可以具有修改条约的效果,例子见Aust, *Modern Treaty Law and Practice*(见上文脚注598),第212–214页。关于1898年6月14日在巴黎签署的《大不列颠和法国之间关于划定其各自在尼日尔河以西的财产以及在该河以东的各自财产和势力范围的划界的公约》,及1899年3月21日在伦敦签署的完成上述1898年6月14日公约的宣言,见*British and Foreign State Papers, 1898–1899*, vol. 91, 分别第38和55页。

⁶²¹ 乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭),判决(见上文脚注564),第63页,第131段,和第66页,第140段;Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3)…”(上文脚注564),第32页;伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国,第ITL 83-BI-FT号中间裁决(反诉),伊朗—美国索赔法庭, *Iran–United States Claims Tribunal Reports*, vol. 38 (2004–2009), 第77页及其后,详第125–126页,第132段;ADF集团公司诉美利坚合众国,案号ARB (AF)/00/1,关于《北美自由贸易协定》第十一章项下仲裁事项,2003年1月9日, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), 第470页及其后;尤其见第526–527页,第177段(可获自<https://2009-2017.state.gov/documents/organization/16586.pdf>);Methanex公司诉美利坚合众国,联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)对《北美自由贸易协定》第十一章项下仲裁事项的仲裁,仲裁庭关于管辖权和案情的最终裁决,2005年8月3日(<https://2009-2017.state.gov/documents/organization/51052.pdf>),第四部分, C章,第20–21段;及特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671),第146–165段。

⁶²² 在法庭诉讼外的外交环境中,国家可能比较愿意公开承认某项协定或共同的实践构成对条约的修改,见Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice…”(上文脚注598),第83页。

⁶²³ 乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭),判决(见上文脚注564),第66页,第140段;及Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3)…”(上文脚注564),第32页。

修正或修改条约,委员会最初在《条约法条款草案》中提议将以下条款纳入《维也纳公约》,这将明确认可通过嗣后实践修改条约的可能性:

第38条草案 通过嗣后实践修改条约

在条约适用方面确定各当事国对修改条约规定达成一致(agreement)的嗣后实践可修改条约。⁶²⁴

(23) 该条款草案在联合国条约法会议上引起了激烈争论。⁶²⁵删除第三十八条草案的修正案付诸表决,以53票赞成、15票反对、26票弃权通过。该会议后,讨论了这一问题:该会议否决第三十八条草案是否意味着排除了缔约方通过嗣后实践修改条约的可能性。许多著述者得出结论称,谈判国只是不想在《公约》中讨论该问题,而按照习惯法的一般规则,确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后实践的确可以修改条约。⁶²⁶不过,自1969年《维也纳公约》通过以来,国际性法院和法庭通常避免承认这种可能性。

(24) 在关于航行权和相关权利的争端案中,国际法院主张:“《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项意义上的缔约方嗣后实践可能导致违背基于默认

⁶²⁴ 《1966年……年鉴》[英],第二卷,文件A/6309/Rev.1,第二部分,第236页。

⁶²⁵ 《联合国条约法会议正式记录,第一届会议……》(A/CONF.39/11)(上文脚注535),全体委员会第37次会议,1968年4月24日,第207–215页;特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671),第119–121段;及Distefano(上文脚注533),第55–61页。

⁶²⁶ Sinclair(见上文脚注533),第138页;Gardiner, *Treaty Interpretation*(上文脚注533),第243–245页;Yasseen(上文脚注538),第51–52页;M. Kamto, “La Volonté de l’État en droit international”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2004*, vol. 310, 第134–141页,详第134页;Aust, *Modern Treaty Law and Practice*(见上文脚注598),第213页;Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention …*(上文脚注611),第432页,第23段;Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(上文脚注534),第554–555页,第76段(又见Odendahl(上文脚注618),第702–704页,第10–11段);Distefano(上文脚注533),第62–67页;H. Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960–1989: supplement, 2006 – part three”, *BYBIL 2006*, vol. 77, 第65页;M. N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, 第934页;I. Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, 载于M. J. Bowman and D. Kritsiotis (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press (forthcoming), 详注65,其中提到了更多的参考资料;反对这种观点,强调相对于实践的非正式性,缔结条约具有庄重性,见Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …”(见上文脚注598),第89–90页;另见Hafner(上文脚注609),第115–117页(区分法院和国家的角度,并强调在这方面关于修订的条款的重要性)。

同意的初始意图”。⁶²⁷不是很清楚国际法院这样说是想承认第三十一条第三款(b)项所指的嗣后协定也可以具有修正或修改条约的效果,还是只是就条约解释发表意见,因为缔约方的“初始”意图未必对条约解释具有决定性。事实上,委员会暂时通过的结论草案3中确认,嗣后协定和嗣后实践与其他解释资料一样,“可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义”。⁶²⁸因此,“解释”的范围未必由固定的“初始意图”确定,而必须考虑到广泛的因素,包括某些后来的发展。国际法院这一较含糊的附带意见提出了第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践可以在多大程度上有助于“解释”,以及嗣后实践可否具有修正或修改条约的效果的问题。事实上,在实践中,条约的解释与条约的修正或修改之间的界线有时“很难确定,即便有可能确定”。⁶²⁹

(25) 除了在关于航海权和相关权利的争端案中的附带意见外,⁶³⁰国际法院再没有明确确认某项嗣后实践具有修改条约的效果。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)

⁶²⁷ 关于航行权和相关权利的争端(见上文脚注546),第242页,第64段;另见向居住在法国的教科文组织退休职员支付的退休金的税收制度问题,2003年1月14日的决定,《国际仲裁裁决汇编》,第二十五卷(出售品编号E/F.05.V5),第231页,详第256页,第62段;Yasseen(上文脚注533),第51页;Kamto,“La volonté de l'État...”(上文脚注626),第134-141页;及R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Cologne/Berlin, Heymanns, 1963, 第132页。

⁶²⁸ 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第28-32页,结论草案3及其评注。

⁶²⁹ Sinclair(见上文脚注533),第138页;另见Gardiner, *Treaty Interpretation*(上文脚注533),第243页;M Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice...”(上文脚注598),第90页;B. Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, 载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice*(上文脚注537),第46页;Karl(上文脚注534),第42-43页;J.-M. Sorel and V. Boré Eveno, “Article 31: Convention of 1969”, 载于O. Corten and P. Klein(eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: a Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011, 第825-826页,第42段;Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(见上文脚注534),第554-555页,第76段;即使理论上二者被视为“在法律上有明显区别”,也难以划分界限,见帕拉-阿朗古伦法官在卡西基利/塞杜杜岛案(上文脚注539)中的反对意见,第1212-1213页,第16段;类似地, Hafner(上文脚注609),第114页;及Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties...*(见上文脚注534),第168页。

⁶³⁰ 关于航海权和相关权利的争端(见上文脚注546),第242页,第64段。

对各国的法律后果案⁶³¹的咨询意见和在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案⁶³²的咨询意见中尤为如此,法院在意见中承认嗣后实践对确定条约的含义有重要影响,但是没有明确承认这类实践导致了条约的修正或修改。⁶³³鉴于这些意见涉及设立国际组织的条约,似乎很难从中得出条约法的一般规则。与国际组织有关的嗣后协定和嗣后实践问题将在今后的报告中阐述。⁶³⁴

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

喀麦隆在该领土内的行为只牵涉到它是否默认对条约权利的修改的问题,后者作为法律上的可能性不能被完全排除。⁶³⁵

(27) 国际法院在柏威夏寺案中认定存在这种默认,强调一方(法国)明确声称主权,因此另一方(泰国)需要作出反应。⁶³⁶不过,该判决是在《维也纳公约》通过前作出的,因此至少可以推测联合国条约法会议上的辩论考虑过该判决。⁶³⁷该判决也没有明确承认嗣后实践对条约的修改,因为关于法国人地图上的分界线与两国最初的边界条约商定的分水岭是否一致这个问题,虽然通常认为是不一致的,但国际法院没有下定论。⁶³⁸

(28) 因此,虽然国际法院留下了缔约方通过嗣

⁶³¹ 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(见上文脚注593)。

⁶³² 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注593)。

⁶³³ Thirlway(见上文脚注626),第64页。

⁶³⁴ 见《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第238段,及《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件一,第42段。

⁶³⁵ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界(喀麦隆诉尼日利亚:赤道几内亚参与诉讼),判决,《2002年国际法院汇编》,第303页及其后,详第353页,第68段。

⁶³⁶ 柏威夏寺(见上文脚注573),第23页:“毫无疑问,以非常确定的方式通过行为做出了认定……这种情况下显然需要作出反应”;“几乎无法想象还能以更加明确的方式主张法属印度支那的所有权了”,因此“要求作出反应”(同上,第30页)。

⁶³⁷ M. G. Kohen, “*Utī possidetis*, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), 第272页。

⁶³⁸ 柏威夏寺(见上文脚注573),第26页:“这一事实,如果属实,在1908年一定更加明显”。帕拉-阿朗古伦法官认为柏威夏寺案表明“那种情况下的嗣后实践起到了修改条约的作用”,卡西基利/塞杜杜岛(见上文脚注539),详第1212-1213页,第16段(帕拉-阿朗古伦法官的反对意见);及Buga(见上文脚注626),详注释113。

后实践修改条约的可能性，但是迄今没有明确确认在具体案例中实际产生过这种效果。确切地说，该法院得出了与条约文本的通常含义不太一致，但是与确认的缔约方实践一致的解释。⁶³⁹ 仲裁庭相反的裁决或是被视为“个别特例”⁶⁴⁰，或是在联合国条约法会议之前作出而已被该会议作为重要参考。⁶⁴¹

(29) 世贸组织上诉机构明确表示不接受导致修改条约义务的解释，因为这不是“适用”现有的条约规定。⁶⁴² 上诉机构的立场可能受到《关于争端解决规则与程序的谅解》第3条第2款的影响，其中规定“[争端解决机构]的建议和裁决不得增加或减少所涉协定规定的权利和义务”。

(30) 欧洲人权法院偶尔承认缔约方的嗣后实践是修改公约的可能来源。在1989年 *Öcalan* 诉土耳其案附带意见中提及 *Soering* 诉联合王国案时，法院主张：

⁶³⁹ 特别是，关于纳米比亚的咨询意见（南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果（见上文脚注593）被解读为意味着嗣后实践修改了《联合国宪章》第二十七条第三款（见A. Pellet, “Article 38”, 载于A. Zimmermann et al.(eds.), *The Statute of the International Court of Justice — a Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, 第844页, 第279段）；见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671), 第124–126段。

⁶⁴⁰ M. G. Kohen, “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, 载于Nolte(ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (上文脚注537), 第42页, 关于关于划定厄立特里亚和埃塞俄比亚边界的决定, 2002年4月13日的决定, 见《国际仲裁裁决汇编》, 第二十五卷(出售品编号E/F.05.V.5), 第83页及其后, 详第110–111页, 第3.6–3.10段；另见埃及和以色列间塔巴界桩位置, 1988年9月29日的决定, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十卷(出售品编号E/F.93.V.3), 第1页及其后, 详第56–57页, 第209–210段, 仲裁庭在附带意见中称：“划定的界线与[1906年10月1日]《协定》不符时, 以划定的界线为准”（第57页）；另见R. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 14 (2004)。1906年10月1日在拉法签署的《协定》转载于《国际仲裁裁决汇编》, 第二十卷, 埃及和以色列间塔巴界桩位置, 附录B, 第114–116页。

⁶⁴¹ 对美利坚合众国与法国航空运输协定的解释, 1963年12月22日的决定, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十六卷(出售品编号69.V.1), 第5页及其后, 详第62–63页；《联合国条约法会议正式记录, 第一届会议……》(A/CONF.39/11) (上文脚注535), 全体委员会第37次会议, 1968年4月24日, 第208页, 第58段(日本)；及Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice …” (见上文脚注598), 第89页。

⁶⁴² 欧洲共同体—香蕉的进口、销售和分配制度, 厄瓜多尔第二次诉诸争端解决谅解第21.5条……世贸组织上诉机构报告(WT/DS27/AB/RW2/ECU和Corr.1)/美国第二次诉诸争端解决谅解第21.5条……(WT/DS27/AB/RW/USA和Corr.1) (见上文脚注616), 第391–393段。

成员国既定的实践可能导致修正《公约》。在该案中，法院认为，国家刑法政策中普遍废除死刑的嗣后实践可以视为确认缔约国就废除第2条第1款规定的例外情况达成了一致，因此取消了对第3条的演进性解释范围的文本性限制[见 *Soering* 诉联合王国, 申请号14038/88, 1989年7月7日, A辑, 第161号, 第103段]。⁶⁴³

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

只有两个成员国尚未签署[欧洲人权公约]第13号议定书，所有签署国中只有三个国家尚未批准。这些数字，再加上一贯的暂停执行死刑的国家实践，明确显示第2条已被修正，以禁止在任何情况下执行死刑。在这种背景下，法院认为[该公约]第2条第1款第二句的措词不再阻碍其将第3条下的“不人道或有辱人格的待遇或处罚”一词解释为包括死刑（比照 *Soering* 诉联合王国, 第102–104段）。⁶⁴⁴

(32) 从国际性法院和法庭的判例中可以得出以下结论：世贸组织的情况显示，条约本身可阻止缔约方的嗣后实践具有修改作用。因此，首先是条约本身规范这一问题。相反，欧洲人权法院的案件显示，条约可以允许缔约方的嗣后实践具有修改作用。因此，最终在很大程度上取决于条约或相关条约规定。⁶⁴⁵

(33) 如果条约中没有这类表示，则情况更加复杂。国际法院的判例中不太能找到针对这种情况的明确的补充规则。不过，可以得出这一结论：国际法院虽然认定“法律中不能完全排除”缔约方通过嗣后实践修改条约的可能性，⁶⁴⁶ 但是认为只要有可能，就应避免这类修改。相反，法院倾向于接受可能扩大条约用语的通常含义的宽泛解释。

(34) 从国际法院的判例中得出的这一结论符合各国在关于《维也纳公约》第38条草案的辩论中阐述

⁶⁴³ *Öcalan* 诉土耳其, 申请号46221/99, 2003年3月12日的判决, 第一庭, 欧洲人权法院, 第191段；另见 *Al-Saadoon* 和 *Mufdhi* 诉联合王国, 申请号61498/08, 2010年3月2日的判决, 欧洲人权法院, *European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions* 2010-II, 第119段, 涉及 *Öcalan* 诉土耳其, 申请号46221/99, 2005年5月12日的判决, 大审判庭, 欧洲人权法院, *European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions* 2005-IV, 第163段。

⁶⁴⁴ *Al-Saadoon* 和 *Mufdhi* 诉联合王国 (见上文脚注643), 第120段；另见B. Malkani, “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3 (July 2013), 第523页。

⁶⁴⁵ Buga (见上文脚注626), 详注释126–132。

⁶⁴⁶ 见喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界(喀麦隆诉尼日利亚: 赤道几内亚参与诉讼), 判决(见上文脚注635), 第353页, 第68段。

的一些考虑因素。⁶⁴⁷如今,虽然普遍认为国际法不像国内法那样死板(的确如此),但是不应以非正式途径规避条约中规定的修正程序这种观点似乎越来越得到认同。⁶⁴⁸许多国家在联合国条约法会议上提出的关切,即嗣后实践修改条约的可能性可能给国内宪法造成问题,也越来越受到重视。⁶⁴⁹虽然条约必须遵守原则并没有因确立了所有缔约方的一致的嗣后实践对条约的修正或修改而正式受到质疑,但是如果像嗣后实践这样的非正式方式能够轻易修改一项条约,那么的确可能对条约关系的稳定性造成问题。⁶⁵⁰

(35) 总之,对于只要条约中没有相反表示,则理论上缔约方达成一致的嗣后实践就可以修改条约的观点,虽然国际判例法中有一些支持,但是不应假定实际出现了这种效果。相反,国家和法院倾向于尽量将缔约方达成一致的嗣后实践视为以特定方式解释条约的努力。通过嗣后实践对条约作出广义的解释是有可能的,因为《维也纳公约》第三十一条并没有赋予特定的解释资料优先地位,而是要求解释者酌情考虑所有解释资料。⁶⁵¹有鉴于此,一个重要问题就是可以在多大程度上对所涉条约规定作出

⁶⁴⁷ 特别报告员的第二次报告(A/CN.4/671),第119–121段。

⁶⁴⁸ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice ...”(见上文脚注598),第89页; Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”(上文脚注629),第47页; Hafner(上文脚注609),第115–117页;及J. E. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”,载于Nolte(ed.)*Treaties and Subsequent Practice*(上文脚注537),第130页。

⁶⁴⁹ 见北约战略概念案,申请号BvE 6/99,2001年11月22日的判决,德国联邦宪法法院(英文译文可获自https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html),第19–21段;S. Kadelbach, “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”,第145–148页;Alvarez(上文脚注648),第130页;I. Wuerth, “Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”,第154–159页;及H. Ruiz Fabri, “Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”,第165–166页,均载于Nolte(ed.),*Treaties and Subsequent Practice*(上文脚注537)。

⁶⁵⁰ 例如,见Kohen, “*Utī possidetis, prescription et pratique ...*”(上文脚注637),第274页(特别是关于边界条约)。

⁶⁵¹ 结论草案1第5段及其评注(《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第24–25页);Hafner(上文脚注609),第117页;一些著述者认为,相对于其他解释资料的情形,包括法院或仲裁庭的演进式解释,第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践情形下,可以想像“解释”的范围要宽,例如,见Gardiner, *Treaty Interpretatio*(见上文脚注533),第243页;及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(上文脚注534),第554–555页,第76段。

演进性解释。⁶⁵²

结论 8 嗣后协定和嗣后实践作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后实践作为第三十一条第三款所指的解释资料的权重,除其他外,取决于其清晰性和特定性。

2. 此外,第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践的权重还取决于该实践是否以及如何重复出现。

3. 嗣后实践作为第三十二条所指的补充的解释资料的权重可取决于第1和第2段所述标准。

评注

(1) 结论草案8列出了一些标准,可能有助于确定在具体情况下进行解释时对某一特定嗣后协定或嗣后实践作为解释资料给予多少权重。当然,对嗣后协定或嗣后实践给予的权重也必须取决于其他解释资料(见结论草案1,第5段)。⁶⁵³

(2) 第1段讨论第三十一条第三款下的嗣后协定或嗣后实践的权重,因此是从总体上同时涉及(a)项和(b)项。第1段明确指出,嗣后协定或嗣后实践作为解释资料的权重,除其他外,取决于其清晰性和特定性。使用“除其他外”一语,就表明不应将这些标准视为唯一的。其他标准可能涉及到协定或实践发生的时间、⁶⁵⁴缔约方对特定协定或实践的重视或者适用的举证责任。

(3) 相对于其他解释资料而言,嗣后协定或实践作为解释资料的权重常常取决于其对于有关条约的特定性。⁶⁵⁵例如,国际法院的裁决、世界贸易组织(世贸组织)的专家组及上诉机构的仲裁裁决和报告都表明了这一点⁶⁵⁶。解决投资争端国际中心的仲裁庭

⁶⁵² 例如,在关于航海权和相关权利的争端案中,国际法院可以不对缔约方的嗣后实践是否修改了“comercio”一词的含义,因为法院已判定可以对其作出演进式解释(关于航海权和相关权利的争端(见上文脚注546),第242–243页,第64–66段)。

⁶⁵³ 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第21页。

⁶⁵⁴ 在海洋争端(秘鲁诉智利)案中,法院优先采纳更接近生效日期的实践(海洋争端(秘鲁诉智利)(见上文脚注545),第50页,第126段)。

⁶⁵⁵ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice ...”(见上文脚注598),第91页。

⁶⁵⁶ 例如,见格陵兰和扬马延间区域海洋划界(见上文脚注594),第55–56页,第38段;向居住在法国的教科文组织

对 *Plama* 诉保加利亚案的裁决具有启示意义：

确实，为了澄清条约文本在其生效时的含义，可以考虑一个缔约国与第三国之间的条约。原告对于保加利亚在1987年缔结保加利亚—塞浦路斯[双边投资条约]之后缔结投资条约的实践做了非常清楚和深入的介绍。1990年代保加利亚的共产主义制度改变之后，该国缔结的[双边投资条约]采用了大为开放的争端解决条款，包括诉诸解决投资争端国际中心进行仲裁。但是，这一实践对本案并没有很大的相关性，因为保加利亚和塞浦路斯嗣后的谈判表明，缔约国并不想要[最惠国待遇]条款具有可通过保加利亚嗣后条约实践而引申出来的含义。保加利亚和塞浦路斯于1998年谈判修订[双边投资条约]。谈判没有成功，但专门考虑到了修订争端解决条款……。从这些谈判中也可以得出结论，即[双边投资条约]的缔约国本身并未考虑将[最惠国待遇]条款扩大至其他[双边投资条约]中的争端解决条款。⁶⁵⁷

(4) 尽管国际法院和各个仲裁庭倾向于对特定性较强的国家嗣后实践作为解释资料给予更多权重，但欧洲人权法院常常依靠对国内法律或国家采取的国际立场作出广泛的比较性评估。⁶⁵⁸ 对于后一种情况，应当铭记，人权公约下规定的权利和义务必须在留出一定判断余地的前提下，正确地转化为有关国家的法律、行政机构实践和国际安排。为此，其缔约国国内法律之间如果存在足够强的共同点，可有助于确定一项人权的范围或限制这项人权的必要性。此外，鉴于某些权利或义务的特点，有时宜将特定性不那么强的实践纳入考虑。例如，在 *Rantsev* 诉塞浦路斯和俄罗斯案中，该法院认为：

退休职员支付的退休金的税收制度问题(上文脚注627)，详第259页，第74段；美国—归零方法的继续存在和应用，世贸组织专家组的报告(WT/DS350/R)，2009年2月19日通过，由 *AB-2008-11*，世贸组织上诉机构的报告(WT/DS350/AB/R)修改；和美国一对陆地棉的补贴，世贸组织专家组的报告(WT/DS267/R和Add.1-3和Corr.1)，于2005年3月21日通过，并由 *AB-2004-5*，世贸组织上诉机构的报告(WT/DS267/AB/R)修改，第625段。

⁶⁵⁷ *Plama Consortium Limited* 诉保加利亚共和国，案号ARB/03/24，2005年2月8日关于管辖权的决定，解决国际投资争端中心，*ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (Spring 2005)，第262页及其后，详第323–324页，第195段。关于保加利亚与塞浦路斯于1987年11月12日在尼科西亚签署的关于促进和相互保护投资的双边条约，*Republic of Cyprus Official Gazette* S.VII 2314, 31 March 1988，第19页，也可获自 <http://investmentpolicyhub.unctad.org>, *Investment Dispute Settlement Navigator*。

⁶⁵⁸ 例如，见 *Cossey* 诉联合王国，申请号10843/84，1990年9月27日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 184，第40段；*Tyrer* 诉联合王国，申请号5856/72，1978年4月25日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 26，第31段；*Norris* 诉爱尔兰，申请号10581/83，1988年10月26日的判决，欧洲人权法院，*Series A*, No. 142，第46段。

这两份[国际]文书的条款清楚表明，缔约国……形成的观点是，只有将涉及所有三个方面的举措结合起来，才能有效打击贩运人口活动……因此，惩罚和起诉贩运人口活动只是成员国打击贩运人口活动总体事业的一个方面。对第4条[禁止强迫劳动]下产生的积极义务的范围必须放到这个广义的背景下加以考虑。⁶⁵⁹

(5) 另一方面，在 *Chapman* 诉联合王国案中，该法院指出，“或许可以说，欧洲委员会缔约国之间正在形成国际共识，承认少数群体的特殊需要及保护其安全、身份认同和生活方式的义务”，⁶⁶⁰ 但最后又指出，其“并不认为该共识已足够具体，使本院能够得出任何指导意见，来确定缔约国在任一特定情况下视为可取的行为或标准”。⁶⁶¹

(6) 结论草案8第2段仅涉及第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践，并明确规定，嗣后实践的权重还取决于该实践是否以及如何重复出现。“是否以及如何”这一表述引入了时间和重复的性质这两个因素。它表明，举例来说，如果有关实践的重复不仅仅是技术性的或者无意的，则可能会增加其在第三十一条第三款(b)项范围下的解释性价值——具体视所涉条约而定。时间因素和重复的性质因素也有助于表明缔约方对条约解释所持特定立场的“根据”。此外，嗣后协定未得到执行也可能说明其作为第三十一条第三款(a)项下解释资料缺乏权重。⁶⁶²

(7) 关于第三十一条第三款(b)项中“嗣后实践”⁶⁶³ 是否要求条约不仅是一次性适用的问题，世贸组织上诉机构在日本—酒精饮料二案中进行了讨论：“用于解释条约的嗣后实践，公认应当是‘协调、共同和一致’的系列行为或声明，足以确立一种清晰可辨的模式，表明缔约方对条约解释的一致”。⁶⁶⁴

(8) 这一定义表明，第三十一条第三款(b)项下

⁶⁵⁹ *Rantsev* 诉塞浦路斯和俄罗斯，申请号25965/04，2010年1月7日的判决，第一庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2010-I，第285段；另见第273–274段。

⁶⁶⁰ *Chapman* 诉联合王国，申请号27238/95号，2001年1月18日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2001-I，第93段。

⁶⁶¹ 同上，第94段。

⁶⁶² 乌拉圭纸业浆厂(阿根廷诉乌拉圭)，判决(见上文脚注564)，第63页，第131段。

⁶⁶³ 结论草案4，第2段(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32页)。

⁶⁶⁴ 日本—酒精饮料二，*AB-1996-2*，世贸组织上诉机构报告(WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R)，1996年11月1日通过，E节，第12–13页。

的嗣后实践所要求的不是仅仅就条约的解释作出一“行为或声明”，而是此种行动的次数和统一性达到一定程度，使人们可以认定缔约方已就条约的解释达成了稳定的一致。这一门槛就意味着，第三十一条第三款(b)项下的嗣后实践要求存在基础广泛、稳定和合格的集体实践，才能确认缔约方就解释达成了一致。

(9) 另一方面，国际法院则较为灵活地适用了第三十一条第三款(b)项，而没有增加进一步条件，特别是在卡西基利/塞杜杜岛案的判决中。⁶⁶⁵其他国际性法院大多遵循国际法院的办法。伊朗—美国索赔法庭⁶⁶⁶和欧洲人权法院⁶⁶⁷都是如此。

(10) 但实际上，世贸组织上诉机构制订的标准与国际法院采取的办法之间的区别并没有表面看起来那么大。世贸组织上诉机构采用的“协调、共同和一致”的表述似乎来自一部出版物⁶⁶⁸，这本书称，“嗣后实践的价值自然取决于它协调、共同和一致的程度”⁶⁶⁹。因此，“协调、共同和一致”的表述是要指出在哪些情况下，第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践在解释过程中作为解释资料具有较多或较少的权重，而不是要提出实践中具体的次数要求。⁶⁷⁰世贸

组织上诉机构自己有时也曾采取这种细致区分的态度。⁶⁷¹

(11) 委员会认为“协调、共同和一致”的表述可能有助于确定嗣后实践在某一具体情况下的权重，同时也认为这一规定并没有得到充分确立，不足以构成适用第三十一条第三款(b)项的一个最低门槛，并有可能被错误地认为规定性过强。最终，委员会仍然认为，“嗣后实践的价值取决于其在多大程度上体现了缔约方对用语含义的共同理解。”⁶⁷²这就意味着，缔约方就解释达成协定的一次性实践也需要在第三十一条第三款(b)项下考虑进来。⁶⁷³

(12) 结论草案8第3段针对第三十二条所指的“其他嗣后实践”的权重(见结论草案4第3段⁶⁷⁴)。该段并不涉及在什么时候和哪些情况下可考虑这种实

F.95.V.2), 第53页及其后, 详第187页, 第169段; J.-P. Cot, “La conduite subséquente des parties à un traité”, *Revue générale de droit international public*, vol. 70, No. 3 (1966), 第644–647页(证明价值); Distefano (上文脚注533), 第46页; Dörr, “Article 31. General rule of interpretation” (上文脚注534), 第556页, 第79段; 又见在海洋争端案(秘鲁诉智利)中在国际法院的口头辩论, CR 2012/33, 第32–36页, 第7–19段(Wood), 可获自www.icj-cij.org/files/case-related/137/137-20121211-ORA-01-00-BI.pdf, 和CR 2012/36, 第13–18页, 第6–21段(Wordsworth), 可获自www.icj-cij.org/en/case/137.

⁶⁷¹ 欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类, AB-1998-2, 世贸组织上诉机构报告(WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R), 1998年6月22日通过, 第93段。

⁶⁷² 《1966年……年鉴》[英], 第一卷, 文件A/6309/Rev.1, 第二部分, 第221–222页, 第(15)段; Cot(上文脚注670), 第652页。

⁶⁷³ 在实践中, 常常不足以凭一次性的做法确定缔约国就条约解释达成一致; 但是, 作为一般性规则, 第三十一条第三款(b)项所述的嗣后实践没有要求任何重复, 只是要求就解释达成一致。因此, 一次性实践确立一致的可能性就取决于有关的行为及条约, 见E. Lauterpacht, “The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1976, vol. 152, 第377页及其后, 详第457页; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties ...* (上文脚注534), 第166页; C. F. Amerasinghe, “Interpretation of texts in open international organizations”, *BYBIL* 1994, vol. 65, 第175页及其后, 详第199页; Villiger支持要有一定的次数要求, 但也强调, 最重要的一点是确立一致, Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...* (上文脚注611), 第431–432页, 第22段。Yasseen和Sinclair写道, “通常”一次性的行为不能够构成实践, Yasseen(上文脚注533), 第47页; Sinclair(上文脚注533), 第137页; 相似的说法见G. Nolte, “Third report for the ILC Study Group on treaties over time”, 载于Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (上文脚注537), 第307页及其后, 详第310页。

⁶⁷⁴ 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第32页。

⁶⁶⁵ 卡西基利/塞杜杜岛(见上文脚注539), 第1075–1076页, 第47–50段, 和第1087页, 第63段; 及领土争端(阿拉伯利比亚民众国/乍得)(见上文脚注583), 第34–37页, 第66–71段。

⁶⁶⁶ 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国, 第ITL 83-BI-FT号中间裁决(反诉)(见上文脚注621), 第116–126页, 第109–133段。

⁶⁶⁷ *Soering*诉联合王国(见上文脚注552), 第103段; *Loizidou*诉土耳其, 申请号15318/89, 1995年3月23日对初步反对意见的判决, 欧洲人权法院, *Series A*, No. 310, 第73段和第79–82段; *Banković*等诉比利时等(见上文脚注555), 第56和62段; 关于解决投资争端国际中心的判例, 见O. K. Fauchald, “The legal reasoning of ICSID tribunals — an empirical analysis”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, No. 2 (2008), 第345页; 另见A. Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, *AJIL*, vol. 104, No. 2 (2010), 第207–215页。

⁶⁶⁸ Sinclair(上文脚注533), 第137页; 另见Yasseen(上文脚注533), 第48–49页; “共同的”一词来自国际法委员会的工作, 而“一致的”和“协调的”则是Yasseen进一步论述得出的条件; 见《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 文件A/CN.4/486和Add.1–7, 第98–99页, 第17–18段, 及文件A/6309/Rev.1, 第二部分, 第221–222页, 第(15)段。

⁶⁶⁹ Sinclair(上文脚注533), 第137页; 另见伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国, 第ITL 83-BI-FT号中间裁决(反诉)(见上文脚注621), 第118页, 第114段。

⁶⁷⁰ 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端, 1977年2月18日的裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十一卷(出售品编号E/

实践的问题。世贸组织上诉机构在面对相似情况时曾强调指出，对这两个问题必须加以区别：

……我们认为，就第三十二条所指的解释而言，哪些情况才能算作缔结条约的“背景情况”属于先决问题，至于确定特定背景情况的相关程度的高低，则是另一个问题，而欧洲共同体将这两个问题混为了一谈。⁶⁷⁵

上诉机构还认为，

首先，专家组并未将欧洲共同体在乌拉圭回合谈判期间的分类实践作为《维也纳公约》第三十二条意义上的补充解释资料予以审查；第二，该分类实践作为补充解释材料的价值受到一些限定。⁶⁷⁶

为了确定这类嗣后实践的“相关性”，上诉机构提到了“客观因素”：

这些因素包括有关事件、文件或文书的类型及其法律性质；背景情况与缔结条约的时间联系；确实了解还是只能查阅某项出版的法案或文书；涉及待解释条约条款的文件、文书或事件的主题；以及这项文件、文书或事件是否或如何在条约谈判中得到了使用或发生了影响。⁶⁷⁷

(13) 上诉机构虽然并未使用“特定性”一词，但提到了上文所述的标准。上诉机构没有提到清晰性，而是使用了“一致性”的说法，并称不应将一致性作为基准，而是应将之用于确定有关实践的相关程度。“（在解释关税减让的含义时）过往的一致的分类实践常常可能具有重要意义。不一致的分类实践则不可能具有相关性”。⁶⁷⁸

(14) 另一个有助于确定第三十二条下相关性的因素或许是参与这一实践的受影响国家的数目。上诉机构指出：

为确立这种意向，仅仅一个缔约方的过往实践可能也具有相关性，但相对于全体缔约方的实践而言，其价值显然大打折扣。具体到对减让表中某项关税减让的解释，进口成员的分类实践实际上可能非常重要。⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ 欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类，AB-2005-5，世贸组织上诉机构报告(WT/DS269/AB/R和Corr.1，WT/DS286/AB/R和Corr.1)，2005年9月27日通过，第297段。

⁶⁷⁶ 欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类（见上文脚注671），第92段（脚注省略）。

⁶⁷⁷ 欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类（见上文脚注675），第291段（脚注省略）。

⁶⁷⁸ 同上，第307段（引用的文本来自欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类（见上文脚注671），第95段）。

⁶⁷⁹ 欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类（见上文脚注671），第93段。

结论 9 与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的协定必须是各缔约方知悉并接受关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑，但不必具有法律约束力。

2. 为确立第三十一条第三款(b)项所指的协定而必须积极从事嗣后实践的缔约方数目可能不尽相同。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可能构成对嗣后实践的接受。

评注

(1) 第1段第一句提出了一项原则，即第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的“协定(agreement)”必须是缔约方关于条约解释的共同理解。要使共同理解具有第三十一条第三款规定的效力，缔约方必须知悉并接受其中包含的解释。在结论草案4及其评注⁶⁸⁰中已经说明了(a)项和(b)项所指“协定”形式的不同，而结论草案9第1段旨在找出这两项的共同之处，即缔约方就条约解释在实质上达成的协定。

(2) 区分作为第三十一条第三款(a)项和(b)项所指作为作准解释资料的嗣后协定和嗣后实践与第三十二条所指作为补充解释资料的嗣后实践⁶⁸¹的一个要素是缔约方就条约解释达成的“协定”。正是缔约方的这种协定使第三十一条第三款所指的解释资料⁶⁸²对于第三十一条下解释通则的互动解释进程具备了特定的功能和权重。⁶⁸³

(3) 不同缔约方表达的相互冲突的立场，会排除协定的存在。除其他外，仲裁庭在德国外债案中的裁决就确认了这一点，仲裁庭认为，无法从管理机构的一系列函件中得出“默认的嗣后理解”，因为其中一家机构即英格兰银行表达了不一样的立

⁶⁸⁰ 见结论草案4的评注第(10)段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第34页）。

⁶⁸¹ 见结论草案2和结论草案4，第3段（同上，第25和32页）。

⁶⁸² 见Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3)...”（上文脚注564），第30页：“没有理由认为(b)项中的‘协定(agreement)’一词与(a)项中的协定(agreement)一词的含义有任何的不同”。

⁶⁸³ 见结论草案1评注的第(12)–(15)段（《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24–25页）；对第三十一条必须作“整体理解”，它将解释进程视为“一个综合的行动”，该条并未“确立一个解释条约的法律等级制度”，《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第219–220页，第(8)–(9)段。

场。⁶⁸⁴

(4) 但是, 仅在缔约方的立场相互冲突的范围内, 仅在缔约方立场冲突持续的期间内, 协定才不存在。从缔约方以不同方式适用条约这一事实本身, 并不能得出在条约解释方面存在相互冲突的立场这一结论。这种不同可能说明对一个正确的解释存在不同意见, 但也可能仅仅反映出一种共同理解, 即条约允许在适用时行使一定范围的自由裁量权(见上文结论草案7的评注第(12)至(15)段)。以考虑全人类的或其他总体人群利益为特点的条约, 如关于人权或难民的条约, 往往意在有一个统一的解释, 但也会为各国行使自由裁量权留出斟酌空间。

(5) 一个或多个缔约方模棱两可的行为通常使人无法确认存在协定⁶⁸⁵, 但是, 并不是一国行为中不符合总体情况的每个要素都必然导致该国行为具有模糊性, 以至于无法认定存在协定。例如, 仲裁法院在比格尔海峡案中认为, 尽管缔约方曾经对条约的解释有过不同意见, 但这一事实并不必然意味着不存在协定的状况是永久性的:

同样, 未能取得[解决办法]的为解决争端而进行的谈判, 不太可能造成任何永久的影响。其最多只是可能暂时性地使缔约方的行为失去了支持其各自对[1881年边界条约]的证据价值, 只要这些行为是在谈判过程中进行的, 最多也就是这样了。⁶⁸⁶

(6) 与此相似, 在 *Loizidou* 诉土耳其案中, 欧洲人权法院认为, “缔约方的嗣后实践确认了” 缔约方可以接受委员会和法院职能作出限制的范围, 即“有证据显示一种实践, 表明缔约方基本普遍同意《公

约》……第25和第46条不允许作出领土或实质性的限制”。⁶⁸⁷ 该法院在适用第三十一条第三款(b)项时将“这种国家实践”称为“统一和一贯的”, 但同时也指出有两个国家可能属于例外。⁶⁸⁸ 这一裁决表明, 至少在《欧洲人权公约》下, 解释者在评估缔约方就某项特定解释是否达成一致时有一定的斟酌余地。⁶⁸⁹

(7) 《维也纳公约》中的“协定”一词⁶⁹⁰并不意味着任何具体的形式要求,⁶⁹¹ 包括第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的“协定”。⁶⁹² 但是, 委员会注意到, 为了区分第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定和第三十一条第三款(b)项所指的“确定……一致”的嗣后实践, 前者预先假定有“一次共同的行动”。⁶⁹³ 没有要求说第三十一条第三款(a)项所指的协定要公布

⁶⁸⁷ *Loizidou* 诉土耳其(见上文脚注667), 第79–80段。

⁶⁸⁸ 同上, 第80和82段。该案不涉及对具体人权的解释, 而与一个国家到底是否受《欧洲人权公约》约束有关。

⁶⁸⁹ 世贸组织争端解决机构较限制性的判例认为, 不同的解释者可能对问题作出不同的评价, 见美国—计算倾销差额(“归零”)的法律、条例和方法, 世贸组织专家组的报告(WT/DS294/R), 经AB-2006-2, 世贸组织上诉机构报告(WT/DS294/AB/R)修改, 2006年5月9日通过, 第7.218段: “即使已经确凿地确认, 欧洲共同体所指全部76个成员国都采取了一种[特定的]做法……, 这也只能意味着有不少世贸组织成员国采取了与美国不同的办法。……我们注意到, 在本诉讼中, 有一个第三方提交了论述, 反驳欧洲共同体的观点。”

⁶⁹⁰ 见第2条第1款(a)项, 第3条, 第24条第2款和第39–41、58和60条。

⁶⁹¹ 结论草案4的评注第(5)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第32–33页); 常设仲裁法院在孟加拉湾海洋边界仲裁(孟加拉国诉印度), 2014年7月7日的裁决中确认了这一点, 可获自www.pca-cpa.org/en/cases/18, 第47页, 第165段; Yasseen(上文脚注533), 第45页; 及Distefano(上文脚注533), 第47页。

⁶⁹² 结论草案4的评注第(5)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第32–33页); Gardiner, *Treaty Interpretation*(上文脚注533), 第208–209页和第216–220页; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*(见上文脚注598), 第213页; Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(上文脚注534), 第554页, 第75段; 和R. Gardiner, “The Vienna Convention rules on treaty interpretation”, 载于D. B. Hollis(ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012), 第475和483页。

⁶⁹³ 结论草案4的评注第(10)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第34页); “一次共同的行动”也可能包括交换信件, 见欧洲分子生物实验室仲裁(欧洲分子生物实验室诉德国), 1990年6月29日的决定, ILR, vol. 105(1997), 第1页, 第54–56页; H. Fox, “Article 31 (3) (a) and (b) of the Vienna Convention and the *Kasikili/Sedudu Island* case”, 载于M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris, eds., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years on*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010, 第63页; 及Gardiner, *Treaty Interpretation*(上文脚注533), 第220–221页。

⁶⁸⁴ 关于1961年和1969年德国马克重新定值是否构成适用1953年以比利时、法国、瑞士、大不列颠和北爱尔兰联合王国和美利坚合众国为一方与德意志联邦共和国为另一方的关于德国外债的协定的附件IA第2条(e)项的情形的问题, 1980年5月16日的决定, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十九卷(出售品编号E/F.90.V.7), 第67页及其后, 详第103–104页, 第31段(另见ILR, vol. 59(1980), 第494页, 详第540页); 另见欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类(上文脚注671), 第95段; 及几内亚与几内亚比绍之间海洋边界划定, 1985年2月14日的决定, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十九卷, 第149页, 详第175页, 第66段。

⁶⁸⁵ 向居住在法国的教科文组织退休职员支付的退休金的税收制度问题(上文脚注627), 详第258页, 第70段; 及Kolb, “La modification d’un traité …”(上文脚注640), 第16页。

⁶⁸⁶ 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端(见上文脚注670), 第188页, 第171段。关于1881年7月23日在布宜诺斯艾利斯签署的《阿根廷共和国与智利共和国之间的边界条约》, 见联合国, 《条约汇编》, 第2384卷, 第1295号, 第205页。

或按《联合国宪章》第一百零二条的规定进行登记。⁶⁹⁴

(8) 就第三十一条第三款所指的协定而言, 缔约方就条约解释的立场恰好重合还不够, 缔约方必须知悉并接受这些立场是共同的。因此, 国际法院在卡西基利/塞杜杜岛案中要求, 只有“当局充分意识并接受它, 作为对条约边界的认可”, 实践才属于第三十一条第三款(b)项所规定的范围。⁶⁹⁵事实上, 只有知悉并接受其他缔约方关于条约解释的立场, 才能有合理的理由将第三十一条第三款(a)项或(b)项所指的协定定义为“作准的”解释资料。⁶⁹⁶在有些情况下, 可以推定已知悉并接受其他缔约方的立场, 尤其是对于在国家层面实施的条约而言。

(9) 第1段第二句的目的是重申就第三十一条第三款而言, “协定”本身无需具有法律约束力,⁶⁹⁷这与《维也纳公约》其他条款相反, 在其他条款中, “在有法律约束力的文书的意义上使用协定一语”。⁶⁹⁸

(10) 这一点也得到委员会的确认, 委员会在条约法条款的最后草案中使用了“确立缔约方……谅解*的任何嗣后实践”这一说法。⁶⁹⁹“谅解”一词是说, 第三十一条第三款所指的“协定”并不要求缔约方由此承担或创造任何在条约之上或独立于条约之外的法

⁶⁹⁴ A. Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (October 1986), 第789–790页。

⁶⁹⁵ 卡西基利/塞杜杜岛(见上文脚注539), 第1094页, 第74段(“马苏比亚对岛屿的占领”)和第1077–1078页, 第55段(“似乎从未为德国所知的Eason报告”);及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(上文脚注534), 第560页, 第88段。

⁶⁹⁶ 在这方面, 确定第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践可能比习惯国际法的要求更严格, 但是见Boisson de Chazournes, “Subsequent practice ...”(上文脚注537), 第53–55页。

⁶⁹⁷ 结论草案4的评注第(6)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第33页); P. Gautier, “Non-binding agreements”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 在线版本可获自<http://opil.ouplaw.com/home/epil>, 第14段; M. Benatar, “From probative value to authentic interpretation: the legal effect of interpretative declarations”, *Revue belge de droit international*, vol. 44 (2011), 第170页, 详第194–195页; Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (见上文脚注598), 第213页; 及Gardiner, *Treaty Interpretation* (上文脚注533), 第217页; 另见Nolte, “Third report for the ILC Study Group on treaties over time”(上文脚注673), 第307页, 详第375页。

⁶⁹⁸ 见第2条第1款(a)项, 第3条, 第24条第2款和第39–41、58和60条。

⁶⁹⁹ 《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 文件A/6309/Rev.1, 第二部分, 第221–222页, 第(15)段。

律义务。⁷⁰⁰联合国条约法会议以“协定”一词取代“谅解”, 并没有实质性的原因, 而“仅仅涉及措辞问题”, 用以强调缔约方的谅解是他们的“共同”理解。⁷⁰¹第三十一条第三款(a)项所指的“协定”与第三十一条第三款(b)项所指的协定的区别仅仅在于形式而不是内容, 同样不需要具有法律约束力。⁷⁰²

(11) 因此, 缔约国通过第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践对条约赋予一定含义⁷⁰³, 或者换句话说, 对条约采取一种特定的“谅解”⁷⁰⁴就足够了。第三十一条第三款(a)项和(b)项所指的嗣后协定和嗣后实践即使本身不具有法律约束力, 但作为解释资料, 它们仍然可以根据第三十一条的规定, 作为解释过程的组成部分, 产生法律影响。⁷⁰⁵据此, 国

⁷⁰⁰ 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端(见上文脚注670), 第187页, 第169段; 关于1961年和1969年德国马克重新定值是否构成适用1953年关于德国外债的协定的附件IA第2条(e)项的情形的脚注(见上文脚注684), 第31段; Karl(上文脚注534), 第190–195页; Kolb, “La modification d’un traité ...”(上文脚注640), 第25–26页; 及Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties ...* (上文脚注534), 第169–171页。

⁷⁰¹ 《联合国条约法会议正式记录, 第一届会议……》(A/CONF.39/11) (上文脚注535), 第169页, 详第60段; P. Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, 载于N. Angelet et al., eds., *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Brussels, Bruylant, 2007, 第425页及其后, 详第431页; La lettre a) du paragraphe 3 fait référence à un accord interprétatif et l’on peut supposer que le terme “accord” est ici utilisé dans un sens générique, qui ne correspond pas nécessairement au “traité” défini à l’article 2 de la[C]onvention de Vienne. Ainsi, l’accord interprétatif ultérieur pourrait être un accord verbal, voire un accord politique(第3款(a)项所述系指解释性的协定, 此处使用“协定”是取其广义的意义, 不一定与《维也纳公约》第二条定义的“条约”相符。因此, 解释性协定最终有可能是一个口头协定甚至是政治协定)(脚注省略)。

⁷⁰² Gautier, “Non-binding agreements”(见上文脚注697), 第14段; 及Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (见上文脚注598), 第211和213页。

⁷⁰³ 这一词汇遵循了委员会在其第六十三届会议通过的《对条约的保留实践指南》中准则1.2(解释性声明的定义)的评注(《2011年……年鉴》, 第二卷(第三部分), 第58–59页, 第(18)–(19)段)。

⁷⁰⁴ 《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 文件A/6309/Rev.1, 第二部分, 第221–222页, 第(15)–(16)段(在日后成为第三十一条第三款(a)项和第三十一条第三款(b)项的文字中均使用了“谅解(understanding)”一语)。

⁷⁰⁵ 美国—联合王国有关希思罗机场使用费的仲裁, 关于第一个问题的裁决, 1992年11月30日的决定, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十四卷(出售品编号E/F.04.V.18), 第3页, 详第131页, 第6.8段; Aust, “The theory and practice of informal international instruments”(见上文脚注694), 第787和807页; Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties ...* (上文脚注534), 第173页; Hafner(上文脚注609), 第110–113页; 及Gautier,

实际法院和法庭不要求第三十一条第三款所指的“协定”反映缔约方有创立新的或另外的具有法律约束力的承诺的意向。⁷⁰⁶与此相似,有时谅解备忘录被承认为“有可能非常有助于解释”,但“不是独立的法律权利和来源”。⁷⁰⁷

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

(13) 第2段第一句确认了一项原则,即并非所有缔约方都必须参与某一特定实践,才能形成第三十一条第三款(b)项所指的协定。第二句澄清了,在特定情况下,未参与这一实践的缔约方的沉默或不作为可构成对这一实践的接受。

(14) 从一开始,委员会就承认,通过第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践形成的“协定(agreement)”可部分地源于一个或多个缔约方的沉默或不作为。委员会在解释为何在条约法草案第27条第3款(b)项中使用“缔约方的谅解”一语(后来成为第三十一条第三款(b)项中的“协定”)(见上文第(10)段)而没有使用“所有缔约方的谅解”的说法时,指出:

它认为,“缔约方的谅解”一语自然是指“全体缔约方”。不加上“全体”一词只是为了防止被误解为每个缔约方都必须各自参与这种实践,其实只要每个缔约方接受有关实践就足

“Les accords informels et la Convention de Vienne ...”(上文脚注701),第434页。

⁷⁰⁶ 例如,“意味缔约方就解释达成协定的模式”(日本—酒精饮料二(见上文脚注664),第16页);或者“模式……必须意味就相关条款的解释达成一致”,欧洲共同体及其成员国—某些信息技术产品的关税待遇,世贸组织专家组报告(WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R),2010年9月21日通过,第7.558段;或“体现就解释达成协定的实践”(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国,第ITL 83-B1-FT号中间裁决(反诉)(上文脚注621),第119页,第116段);或“国家实践”“表明缔约国缺乏任何理解”(Banković等诉比利时等(见上文脚注555),第62段)。

⁷⁰⁷ 美国—联合王国有关希罗机场使用费的仲裁(见上文脚注705),第131页,第6.8段;另见关于比利时王国与荷兰王国之间的铁莱茵(“Ijzeren Rijn”)铁路的仲裁裁决,2005年5月24日的决定,《国际仲裁裁决汇编》,第二十七卷(出售品编号06.V.8),第35页,第98页,第157段。

够了。⁷⁰⁸

(15) 国际法院也承认有可能经由沉默或不作为表示对解释的同意,该法院在柏威夏寺案中称,一国在面对另一方某种嗣后行为的情况下,“如果显然当时情况要求在合理期限内作出某种反应”,则“必须认定该国已经默认了”。⁷⁰⁹国际法院关于在通过嗣后实践确立有关条约解释的协定方面沉默的作用的这一总体立场在后来的裁决中也得到了确认⁷¹⁰,并得到著述者的普遍支持。⁷¹¹“要求作出某种反应”的“情况”包括缔约方就条约进行互动的具体背景。⁷¹²

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

《维也纳公约》中并未明确“协定”可以采取的表现形式。在本案中,管辖的行为不是为了确立独立于条约规定之外的所有权来源;也不能认为它们与智利对这些规定的理解相抵触。证据支持的观点是,这些行为是公开的,为阿根廷所熟知,它们只能来自于条约。在这种情况下,阿根廷的沉默就允许

⁷⁰⁸ 《1966年……年鉴》[英],第二卷,文件A/6309/Rev.1,第二部分,第221–222页,第(15)段。

⁷⁰⁹ 柏威夏寺(见上文脚注573),第23页。

⁷¹⁰ 石油平台,初步反对意见,1996年12月12日的判决(上文脚注547),第815页,第30段;尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(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,第410页,第39段;检察官诉Anto Furundžija,案号IT-95-17/1-T,1998年12月10日的判决,审判分庭,前南斯拉夫问题国际法庭,《Judicial Reports 1998, vol. 1》,第466页,第591页,第179段;Rantsev诉塞浦路斯和俄罗斯(见上文脚注659),第285段;谨慎参见:欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类(见上文脚注675),第272段;意义有限的判决,另见,RayGo Wagner Equipment Company诉Iran Express Terminal Corporation,案件号16,1983年3月18日的第30-16-3号裁决,伊朗—美国索赔法庭,《Iran—United States Claims Tribunal Reports, vol. 2(1983-1)》,第141页,第144页;及关于1961年和1969年德国马克重新定值是否构成适用1953年关于德国外债的协定的附件IA第2条(e)项的情形的问题(见上文脚注684),第31段。

⁷¹¹ Kamto, “La volonté de l’État ...”(见上文脚注626),第134–141页;Yasseen(上文脚注533),第49页;Gardiner, *Treaty Interpretation*(见上文脚注533),第236页;Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention ...*(上文脚注611),第431–432页,第22段;及Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”(上文脚注534),第557–559页,第83和86段。

⁷¹² 例如,当在国际组织的框架内行动时,见1995年9月13日《临时协定》的适用(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊),2011年12月5日的判决,《2011年国际法院汇编》,第644页,第675–676页,第99–101段;及Kamto, “La volonté de l’État ...”(上文脚注626),第136页。

推断这些行为倾向于确认独立于管辖行为本身之外的对条约含义的解释。⁷¹³

在同一案件中，仲裁法院认为：

（如本院业已表明的那样），仅仅是印制一些地位和价值极其令人怀疑的地图（尽管其确实代表阿根廷的官方观点）不能够排除或阻止智利采取一些行动，显示该国对自身根据[1881年边界条约]所具有权利的观点，如果阿根廷认为这些行动违反条约的话，仅靠出版地图本身也不能免除阿根廷就智利的行动作出反应的必要性。⁷¹⁴

（17）沉默的作用的大小也取决于另一方的嗣后实践所涉及的法律情形以及由此表达的主张。因此，在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中，国际法院认为：

其中有些活动——开展公共保健和教育、治安、司法——通常可视为“主权”行为。但是，本院注意到，因喀麦隆在本地区有事先存在的所有权，相关的法律标准是是否有证据显示喀麦隆默认将所有权移交给尼日利亚。⁷¹⁵

（18）这一判决表明，在涉及边界划定条约的案例中，只有在非常特殊的情况下才要求针对违反边界划定的行为作出反应。在这种情况下，似乎有一种强有力的推定，即沉默或不作为不构成对实践的接受。⁷¹⁶

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

（20）例如，国际性法院和法庭不太愿意接受以下观点，即议会程序或国内法庭判决应被视为第三十一条第三款（b）项所指的嗣后实践，条约其他缔约方需要对此作出反应，即使是此类程序或判决是经由其他渠道包括通过本国的外交部门引起其注意

⁷¹³ 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端（见上文脚注670），第187页，第169（a）段。

⁷¹⁴ 同上，第188页，第171段。

⁷¹⁵ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界（喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼），判决（见上文脚注635），第352-353页，第67段。

⁷¹⁶ 同上，第351页，第64段：“但是，法院指出，鉴于法院已经认定，乍得湖的边界已经划定……必然地，尼日利亚的任何有效控制，的确都应被当作违反法律的行为，来对其法律后果进行评价”；另见边界争端，判决，《1986年国际法院汇编》，第554页，详第586页，第63段；几内亚与几内亚比绍之间海洋边界划定，1989年7月31日的决定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷（出售品编号E/F.93.V.3），第119页，详第181页，第70段（Bedjaoui法官的反对意见）（原文为法文；英文译本载于同上，几内亚比绍共和国政府申请书提要附件）。

的情况。⁷¹⁷

（21）此外，即使当一方通过行动就条约解释对另一方（或几方）表达特定立场时，这也不一定要另外一方或几方作出反应。在卡西基利/塞杜杜岛案中，国际法院认为，对于接受各方委任就某一争端事项确定特定事实情况的联合专家委员会的结论，如果一国没有对其作出反应，并不能由此作为依据，认定有关方面已就争端达成协定。⁷¹⁸法院认为，当事方认为专家的工作仅仅是一个准备阶段，以便今后在政治层面上另外作出决定。就更一般的情况而言，世贸组织上诉机构认为：

在特定情况下，根据当时的具体情形，对条约特定缔约方的“没有反应”或沉默可以理解为接受了条约其他缔约方的实践。当没有参与一项实践的缔约方主动或被动地知悉其他缔约方的实践（如经过通知或参加讨论实践的一个论坛）而没有对此作出反应时，就可以视为上述的一种情况。⁷¹⁹

国际海洋法法庭确认了上述办法。该法庭考虑到各国在解释《联合国海洋法公约》第五十六、五十八和七十三条上的实践，称：

本庭承认，不仅在西非地区，还有世界其他一些地区，有些国家的国内法对在本国专属经济区捕鱼的外国船只的装载量作出了规定，与几内亚比绍相似。本庭还注意到，对于此类法律并没有明示的反对意见，而且这些法律一般都得到遵守。⁷²⁰

（22）面对条约某一缔约方的某项嗣后实践保持沉默或不作为，在法律上可能产生重要的意义，不仅可能导致一项潜在的共同协定，还可能导致多项非基于同意的规则发挥作用，如禁止反言规则、排除规则或时效规则。⁷²¹

（23）第三十一条第三款（a）项和（b）项所指的缔约方之间的协定在确立后，后来也可能终止。缔约方可用另一个具有不同范围或内容的第三十一条第

⁷¹⁷ 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属（见上文脚注583），第650-651页，第48段；及欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类（见上文脚注675），第334段（“仅是能够查阅一个公布的判决不能等同于接受”）。

⁷¹⁸ 卡西基利/塞杜杜岛（见上文脚注539），第1089-1091页，第65-68段。

⁷¹⁹ 欧洲共同体—冷冻无骨鸡块的海关分类（见上文脚注675），第272段（脚注省略）。

⁷²⁰ “弗吉尼亚G”号轮（巴拿马/几内亚比绍），案号19，2014年4月14日的判决，《2014年国际海洋法法庭汇编》，第4页及其后，详第64页，第218段。

⁷²¹ 联合国某些经费（见上文脚注540），第182页及其后（斯彭德法官的反对意见）。

三款所指的协定加以取代。在这种情况下,新协定自达成之日起取代旧协定成为作准的解释资料,至少对未来有效。⁷²²但是,不应轻易认定存在这种情况,因为国家通常不会出于短期考虑因素而改变其对条约的解释。

(24) 缔约国就条约解释达成嗣后协定后,也有可能出现不同意见。但是,这种不同意见通常不能取代前述嗣后协定,因为诚意原则使缔约方不能简单地不承认通过共同解释所产生的正当预期。⁷²³另一方面,一个缔约方如果明确表示不承认以前由共同实践产生的谅解,“确实会在很大程度上削弱此后……有关实践的重要性”,但不会削弱以前的共同实践的重要性。⁷²⁴

结论 10 在缔约国大会框架内通过的决定

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

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

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

评注

(1) 结论草案10述及国家采取的行动的一种具体形式,即在缔约国大会⁷²⁵框架内通过的决定,它可能成为第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后实践,或第三十二条所指的嗣后实践。

⁷²² Hafner(见上文脚注609),第118页;这意味着,如Yasseen(上文脚注533,第47页)所主张的,第三十一条第三款所指的协定的解释性效力并不一定追溯到条约生效之日。

⁷²³ Karl(见上文脚注534),第151页。

⁷²⁴ 海洋争端(秘鲁诉智利)(见上文脚注545),第56页,第142段。可获自www.icj-cij.org/en/case/137。

⁷²⁵ 其他说法包括:缔约方会议或缔约国大会(Assemblies of the States Parties)。

(2) 各国通常利用缔约国大会作为多边条约审查和实施持续进程的一种行动方式。⁷²⁶这种大会可粗略地分为两个基本类别。第一,有些大会事实上是国际组织的一个机关,缔约国在大会中以机关成员的身份采取行动(如世界贸易组织、禁止化学武器组织或国际民用航空组织的缔约方会议)。⁷²⁷此类大会不属于结论草案10的范围,该条草案不涉及国际组织的和国际组织内的嗣后实践。⁷²⁸第二,其他缔约国大会是依照有关条约召集的,这些条约没有规定设立国际组织,而是仅仅规定或允许缔约国较为定期地举行会议,以便开展审查和执行工作。此类审查会议是缔约国就条约进行合作和开展嗣后行动的框架。这两种缔约国大会都可能具有修正和/或调整条约的特定权力。例如,1972年《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》审查会议进程⁷²⁹、1968年《不扩散核武器条约》第八条第3款规定的审查会议⁷³⁰和国际环境条约所设立的缔约方大会。⁷³¹依照1946年《国际捕鲸管制公约》成立

⁷²⁶ 见V. Röben, “Conference (Meeting) of States Parties”, 载于R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, Oxford University Press, 2012, 第605页(可获自<http://opil.ouplaw.com/home/epil>); R. R. Churchill and G. Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, *AJIL*, vol. 94, No. 4 (October 2000), 第623页; J. Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2002), 第1页; A. Wiersema, “The new international law-makers? Conferences of the Parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, No. 1 (Fall 2009), 第231页; 及L. Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6 (2009), 第293页。

⁷²⁷ 1994年《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》; 1993年《关于禁止发展, 生产, 储存和使用化学武器及销毁化学武器的公约》; 及1944年《国际民用航空公约》。

⁷²⁸ 建立国际组织的条约的嗣后协定和嗣后实践将是另一份报告的主题。

⁷²⁹ 见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》, 第十一条。按照这个机制, 缔约国在审查会议上应“……审查本公约的实施情况, 以保证本公约序言的宗旨和各项条款……正在得到实现。此项审查应考虑到任何与本公约有关的科学和技术的新发展”(第十二条)。

⁷³⁰ 第八条第3款规定, 在条约生效后五年, 应举行审查会议, 此后, 如有此决定, 应每隔五年另行召集这种会议, “……审查本条约的实施情况, 以保证本条约序言的宗旨和本条约的各项条款正在得到实现”。通过这种决定, 缔约国逐条审查《不扩散核武器条约》的实施情况, 并就后续行动拟订结论和建议。

⁷³¹ 例子包括1992年《联合国气候变化框架公约》缔约方大会; 作为《联合国气候变化框架公约[1997年]京都议定书》

的国际捕鲸委员会⁷³²是界于上述两个基本类别之间的缔约国大会的一个例子，国际法院在南极捕鲸案的判决中考虑了该委员会的嗣后实践。⁷³³

(3) 缔约国大会通常由条约设立，因此在某种意义上属于“条约机构”。但是，不应将缔约国大会与由独立专家组成的机构或成员数量有限的机构混为一谈。缔约国大会是向有关条约的全体缔约方开放、较为定期举行的会议。

(4) 为了承认缔约国大会及其运作规则的广泛多样性，第1段为本结论草案的目的，对“缔约国大会”这一用语作了宽泛的定义，仅将缔约国作为国际组织机关成员行事的情况排除在外（这是后面另一条结论草案的主题）。

(5) 第2段第一句承认，缔约国大会采取的任何行动的法律意义首先取决于规范缔约国大会的规则，最主要的是组成条约和任何适用的程序规则。缔约国大会开展各种行动，包括审查条约的执行情况，审查条约本身，及根据修正程序作出决定。⁷³⁴

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

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

缔约方会议的缔约方大会；及1971年《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》缔约方会议。

⁷³² 人们常称该公约设立了一个国际组织，但该公约并未明确地这样做，而是赋予了国际捕鲸委员会一些特点，这些特点符合本文对缔约国大会的定义。

⁷³³ 南极捕鲸（见上文脚注548）。

⁷³⁴ 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》，关于审查职能的第6条第1款和关于修正的第10之二条（关于修正上述公约的1982年议定书，第1条）；《联合国气候变化框架公约》，关于审评权力的第七条第2款和关于修正第十五条；《联合国气候变化框架公约京都议定书》，关于作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方大会审评权力的第十三条第4款，和关于修正程序的第二十条；《濒危野生动植物国际贸易公约》，关于缔约国审查会议的第一十一条，和关于修正程序的第十七条；《不扩散核武器条约》；《世界卫生组织烟草控制框架公约》，第23条第5款（审查权力）、第28条（修正）和第33条（议定书）。

(7) 不同条约中所载具体条款请缔约国大会提出实施条约具体条款的“准则”⁷³⁵或确定条约机制“相关的原则、方式、规则和指南”。⁷³⁶

(8) （广义的）修正程序包括条约主要文本的修正程序（修正结果大多要求缔约国按照组织程序加以批准）以及默认接受和选择退出程序⁷³⁷，后两者通常适用于附件，其中载有需定期更新的物质、物种或其他要素清单。⁷³⁸

(9) 首先，第2段规定，在缔约国大会框架内通过的決定所具有的法律效力主要取决于有关条约和任何可适用的议事规则。“主要”一词为辅助规则“除条约另有规定外”（例见《维也纳条约法公约》第十六条、第二十条、第二十二第一款、第二十四条、第七十条第一款和第七十二条第一款）留出了余地。“任何”一词是澄清说明，缔约国大会如有议事规则的话也将适用，因为可能有缔约国大会在没有专门通过的议事规则的情况下运作。⁷³⁹

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

(11) 缔约国大会的決定除其他外，可构成或体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，缔约国通过这些协定来解释基本的条约。例如，《生物武器公约》审查会议定期就该公约的规定的解释通过“进一步谅解和协议”。这些协议由缔约国在审查会议框架内经协商一致通过，“从条约的所有条款发展出来，解决可能出现的具体问题”。⁷⁴⁰通过这些谅解，缔约

⁷³⁵ 《世界卫生组织烟草控制框架公约》第7条和第9条。

⁷³⁶ 《联合国气候变化框架公约京都议定书》关于排放贸易的第十七条提供了一个例子，见Churchill and Ulfstein（上文脚注726），第639页；及J. Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, 载于R. Wolfrum and V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, Springer, 2005, 第110–115页。

⁷³⁷ 见J. Brunnée, “Treaty amendments”, 载于D.B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, 第354–360页。

⁷³⁸ 同上。

⁷³⁹ 例如，《联合国气候变化框架公约》就是这样。

⁷⁴⁰ 见P. Millett, “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, *Journal of Conflict and*

国界定、具体说明或阐述《公约》规定的含义和范围，以此来解释这些规定，此外还会通过关于执行这些规定的准则。《生物武器公约》执行支助股⁷⁴¹将“进一步谅解和协议”定义为这样的谅解和协议：

(a) 解释、界定或阐述《公约》某一规定的含义或范围的；或

(b) 就如何执行某一规定提供指示、准则或建议的。⁷⁴²

(12) 与此相似，《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》之下的缔约国会议也通过了多项解释该公约的决议。国际海事组织法律事务处应管理机构的请求，就《伦敦公约》之下缔约国会议的“解释性决议”提出了以下意见：

根据1969年《维也纳条约法公约》（《维也纳公约》）第三十一条第三款(a)项，在解释条约时应考虑缔约方之间的嗣后协定。该条没有规定包含有这种解释的嗣后协定的特定形式。这似乎是说，只要意向是明确的，解释可采取各种形式，包括在某次缔约方会议上通过的决议，甚至是在某次缔约方会议的简要记录中记录下来的一项决定。⁷⁴³

(13) 同样，世界卫生组织（世卫组织）法律顾问在一般意义上指出：

缔约方会议是由[《烟草控制框架公约》]所有缔约方构成的最高机构，其作出的决定无疑是《维也纳公约》第三十一条所述的“当事国嗣后所订关于条约之解释之协定”。⁷⁴⁴

(14) 也有评论者认为缔约国大会的决定能够体

现嗣后协定⁷⁴⁵，并指出：

此类声明本身不具有法律约束力，但可以具有法律上的重要意义，特别是作为条约的作准解释来源。⁷⁴⁶

(15) 国际法院就《国际捕鲸管制公约》设立的国际捕鲸委员会的作用指出：

《公约》第六条写道，“委员会可不定期地就涉及鲸或捕鲸以及本公约目标和宗旨的任何事项向任何或全体缔约国政府提出建议”。这些建议采取决议的形式，不具有约束力。但是，如果它们经由协商一致或一致投票而获得通过，则对于解释《公约》或其《附录》可能具有相关性。⁷⁴⁷

(16) 以下来自缔约国大会实践的实例支持了这样的主张，即此类大会的决定可能体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定。

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

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

(18) 缔约国在第三次审查会议(1991年)上明确指出，上述条款规定的禁令涉及“对植物和动物以及人类有害的微生物剂或其他生物剂或毒素”。⁷⁴⁸

(19) 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第4条第9款引发了关于“非本议定书缔约方的国家”定义的一场辩论。根据第4条第9款：

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

(20) 关于氟氯烃(或称HCFCs)，两项相关的修正即《哥本哈根修正》和《北京修正》规定了义务，从而引发了一国是否必须没有加入这两项修正案中的

Security Law, vol. 15, No. 1 (2010), 第33页。

⁷⁴¹ 执行支助股由缔约国会议创立，以便为会议提供行政支助，并加强缔约国之间的建立信任措施(见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第六次审查会议最后文件(BWC/CONF.VI/6)，第三部分(决定和建议)，第19-20页)。

⁷⁴² 执行支助股提交的背景资料文件，该文件为《公约》缔约国第七次审查会议编写，题为“以往各次审查会议就《公约》每一条款达成的进一步谅解和协议”(BWC/CONF.VII/INF.5)，第1段。

⁷⁴³ 议程项目4(海洋肥化)，秘书处提交，关于解释性决定的有关程序性规定：海事组织法律事务处的意见(海事组织，文件LC 33/J/6，第3段)。

⁷⁴⁴ 《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方会议，关于烟草制品非法贸易议定书的政府间谈判机构，“主席关于烟草制品非法贸易议定书的修正文本和一般性辩论：关于议定书范围的法律咨询意见”，卫生组织法律顾问关于烟草制品非法贸易议定书范围的说明(世卫组织，文件FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6，附件，第8段)；及见S. F. Halabi, “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, No. 1 (2010), 第135-136页。

⁷⁴⁵ D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford University Press, 2011, 第83页(关于不扩散核武器条约)；及Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (见上文脚注598)，第213-214页。

⁷⁴⁶ B. M. Carnahan, “Treaty review conferences”, *AJIL*, vol. 81, No. 1 (January 1987), 第229页。

⁷⁴⁷ 南极捕鲸(见上文脚注548)，第248页，第46段。

⁷⁴⁸ 《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第三次审查会议最后文件(BWC/CONF.III/23)，第二部分，最后宣言，第11页。

任何一个，才是“非本议定书缔约方的国家”的问题。缔约方会议决定

“非本议定书缔约方的国家”包括所有尚未同意受《哥本哈根修正》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织。”⁷⁴⁹

(21) 默认接受程序导致的行为(见上文第(8)段)本身虽然不是第三十一条第三款(a)项所指缔约方的嗣后协定，但它们除了条约规定的主要效力外，在有些情况下可以暗示存在这样一种嗣后协定。有一个例子涉及1972年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》缔约方会议的某些决定。在1993年举行的第十六次会议上，缔约方磋商会议以《公约》规定的默认接受程序通过对附件一的三项修正。⁷⁵⁰这样的话，这些修正并非嗣后协定。但是，它们确实包含了对基本条约本身的广泛的解释。⁷⁵¹有关修正提到并立足于一项三年前举行的磋商会议所通过的决议，其中确立了缔约方的以下协定：“《伦敦倾倒公约》是

⁷⁴⁹ 关于《北京修正》各缔约方依照《蒙特利尔议定书》第4条针对氟氯烃所承担的义务的第XV/3号决定；定义本身如下：“1. ……(a)第4条第9款中的‘非本议定书缔约方的国家’一语于2016年1月1日之前不适用于那些按《议定书》第5(1)条行事的缔约方，届时依照《哥本哈根修正》和《北京修正》的相关规定，氟氯烃的生产和消费控制措施将开始对这些按《议定书》第5条第1款行事的国家生效；(b)‘非本议定书缔约方的国家’一语包括所有尚未同意受《哥本哈根修正》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织；(c)但同时还认识到，鉴于在采用对‘非本议定书缔约方的国家’一语的上述解释时在时间上涉及的实际困难，决定只要所涉国家已于2004年3月31日之前采取了下列各项措施，则以上第1(b)段便将不对之适用：(一)通知秘书处它打算尽快批准、加入或接受《北京修正》；(二)提供证明，确认它已完全遵守经《哥本哈根修正》修正的《议定书》第2条、第2A-2G条和第4条的相关规定；(三)向秘书处提交了第(i)和(ii)项中所述数据，并计划于2005年3月31日予以增订；如系此种情形，则在缔约方第七次会议结束之前便可暂不把此种国家归入‘非本议定书缔约方的国家’的定义范围”(UNEP/OzL.Pro.15/9, 第十八章A)。

⁷⁵⁰ 见缔约方第十六次协商会议通过的1993年11月12日的LC.49(16), LC.50(16)号决议和LC.51(16)号决议，联合国，《条约汇编》，第1775卷，第395页。首先，会议决定在1995年12月31日以前修正逐步退出倾倒工业废物的规定；其次，禁止向海洋倾倒工业废物和下水管道废弃物的焚化物。最后，决定取代附件一第6段，禁止倾倒放射性垃圾或其他放射性物质；另见“Dumping at sea: the evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972”, *Focus on IMO* (IMO, July 1997) [“向海洋倾倒：《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》的发展(LC), 1972年”，《聚焦国际海事组织》(国际海事组织，1997年7月)]。

⁷⁵¹ 有人主张，对《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》附件一的这些修正“是公约的重大变化”(Churchill and Ulfstein, 上文脚注726, 第638页)。

处理向通过海洋进入的海床下处置库倾倒低放射性废物问题的适当机构”。⁷⁵²该决议被称为“实际扩展了《公约》下‘倾倒’的定义，决定该词涵盖从海上而不是通过管道从陆地向海床中或海床下倾倒废物的做法”。⁷⁵³如此，有关修正证实，该项解释性决议包含了一项关于条约解释的嗣后协定。

(22) 《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》第17条第5款规定，“修正(……)应于保存人接得至少四分之三接受[修正]的缔约国的批准、核准、正式确认或接受文书之后第九十天(……)开始生效”。缔约方会议参考印度尼西亚—瑞士的一项倡议，决定澄清要求修正得到四分之三缔约方接受的规定，商定：

在不影响任何其他多边环境协定的前提下，《巴塞尔公约》第17条第5款的含义应被解释为指修正只有得到其通过时四分之三的缔约方接受才能生效，同时指出对第17条第5款的这一解释不要求任何缔约方批准《关于禁令的修正》。⁷⁵⁴

缔约方以协商一致方式通过了这项关于第17条第5款的解释的决定，当时许多缔约国强调指出，任何公约的缔约国大会是“关于公约解释的最高机构”。⁷⁵⁵虽然这意味着此项决定体现了第三十一条第三款(a)项所指的缔约方嗣后协定，但在作出这一决定前也进行了辩论，即是否必须对《公约》作出正式修正才能达成这一结果。⁷⁵⁶还应指出，日本要求将这一立场写入会议报告，称该国代表团“在解释《公约》关于修正生效的规定的的问题上，支持按照保存人联合国法律事务厅的法律咨询意见所述，采取现时办法⁷⁵⁷，并且仅在此次具体情况下接受关于印度尼西亚—瑞士

⁷⁵² 国际海事组织，决议LDC.41(13)，第1段(海事组织，文件LDC 13/15(1990)，附件7)。

⁷⁵³ Churchill and Ulfstein, 上文脚注726, 第641页。

⁷⁵⁴ BC-10/3：印度尼西亚—瑞士国家牵头的旨在提高《巴塞尔公约》成效的倡议，载于《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约方大会第十次会议报告(卡塔赫纳(哥伦比亚)，2011年10月17-21日)，UNEP/CHW.10/28, 第32页。

⁷⁵⁵ 同上，第10页，第65段。

⁷⁵⁶ G. Handl, “International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”, 载于 Wolfrum and Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (上文脚注736), 第127页，详第132页。

⁷⁵⁷ 联合国法律顾问所赞成的“当前时段的办法”规定，“当条约对此事项未作规定或比较模糊时，秘书长的惯例是以交存对修正的每份接受文书时条约缔约方的数目来计算接受国的数目”。见联合国法律事务厅2004年3月8日备忘录的摘要，可获自 www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx。

国家牵头倡议的决定中阐述的定时办法*”。⁷⁵⁸

(23) 前述例子表明，缔约国大会的决定在特定情形下可能体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，可能产生第三十一条第三款(b)项下所述的嗣后实践，如果不反映缔约方的协定，也可能产生第三十二条所指的其他嗣后实践。一项缔约国大会决定到底具有哪种性质，必须始终予以仔细确定。为此目的，应结合缔约国大会决定的总体文本、其目的和宗旨及适用方式来考虑所选择用语的特定性和明确性。缔约方通常不希望此类决定具有任何特定的法律意义。

(24) 结论草案10第2段最后一句提醒解释者，缔约国大会通过的决定通常为执行条约提供一系列可行的选择，但不一定体现为满足条约解释目的的嗣后协定和嗣后实践。事实上，缔约国大会常常并不明确地以解决或处理条约解释问题为目的。

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

- (a) 指定的烟草税；
- (b) 烟草生产和/或进口许可费；
- (c) 烟草产品登记费；
- (d) 烟草批发商和/或零售商许可证制度；
- (e) 对烟草行业和零售商征收的违规罚款；和
- (f) 每年的烟草管理费(烟草业和零售商)。⁷⁵⁹

该决定提供了执行《公约》第9条和第10条的一系列可行选择，并非穷尽无遗。但是，缔约方据此默示商定，所述的“选择”是与《公约》相符的。

(26) 因此，缔约国大会的决定可以具有不同的

⁷⁵⁸ 《巴塞尔公约》缔约方大会的报告，UNEP/CHW.10/28(见上文脚注754)，第10页，第68段。

⁷⁵⁹ FCTC/COP4(10)：《世界卫生组织烟草控制框架公约》第9条和第10条(烟草制品成分管制和烟草制品披露的规定)实施准则部分案文，附件，《世界卫生组织烟草控制框架公约》第四届缔约方会议通过(埃斯特角城(乌拉圭)，2010年11月15日-20日)，FCTC/COP4/DIV/6，第52页，准则2.3。

法律效力。此类决定并不是意图成为关于条约解释的声明，因而其本身往往并不意图体现第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定。在另外一些案例中，缔约方足够明确地指出，缔约国大会的决定体现了缔约方就条约解释达成的协定。还有一些情况，这些决定可能产生一种法律效力，结合缔约方根据条约规定进行合作的一般性义务，“就使缔约方有义务”对此类决定“给予应有的注意”。⁷⁶⁰无论是何种情况，都不能简单地认为，由于条约没有赋予缔约国大会作出有法律约束力的决定的职能，其决定就一定不具有法律意义，只能构成政治承诺。⁷⁶¹

(27) 归根结底，缔约国大会决定的效力取决于每个具体案例的具体情况，对这些决定也需要加以正确的解释。缔约国是否一致或无人质疑地按照缔约国大会决定的解释来适用条约，可能是相关的考虑因素之一。如果在缔约国大会作出决定之后仍然出现做法不一致的情况，则可能说明各国并没有认为有关决定属于第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定(见上文结论草案9的评注第(22)-(23)段)。但是，不构成第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所指嗣后实践的那些缔约国大会的决定仍有可能构成第三十二条所述的补充的解释资料。⁷⁶²

(28) 第3段列出了一项原则，即第三十一条第三款所述关于条约解释的协定必须涉及条约的内容。因此，重点在于缔约国大会的决定所体现的协定的内容，而非达成这一决定的形式或程序。源自缔约国大会的行为可能具有不同的形式和名称，并且可能由不同的程序产生。缔约国大会甚至可能在没有正式通过的议事规则的情况下开展工作。⁷⁶³缔约国大

⁷⁶⁰ 南极捕鲸(见上文脚注548)，第257页和269-270页，第83和第137段。

⁷⁶¹ 同上，第248页，第46段。

⁷⁶² 同上(专案法官Charlesworth的个别意见，第453-454页，第4段：“我注意到，[国际捕鲸委员会]投票通过的决议具有一定的后果，但不属于《维也纳公约》第三十一条第三款的规定范围”)。

⁷⁶³ 《联合国气候变化框架公约》缔约方会议暂时适用FCCC/CP/1996/2号文件所载的议事规则草案，但“表决”一节中的规则草案第42条除外，因为缔约方迄今为止尚未就其中列出的两种表决替代办法之一达成协议，见1995年3月28日至4月7日在柏林举行的缔约方会议第一届会议的报告(FCCC/CP/1995/7)，第6页，第10段；及2013年11月11日至23日在华沙举行的缔约方会议第十九届会议的报告(FCCC/CP/2013/10)，第7页，第4段；同样，《生物多样性公约》缔约方大会没有通过《议事规则》第40条第1款(关于表决)，“原

会的决定如果是全体缔约方一致投票得出的，则可能明确体现第三十一条第三款(a)项所指的“嗣后协定”，前提是这是一项“关于条约之解释”的决定。

(29) 但是，缔约国大会有关审查和执行职能的决定通常会以协商一致的方式通过。这种做法源于议事规则，议事规则通常要求缔约国尽一切努力就实质性事项达成协商一致。早期的一个例子见《生物武器公约》缔约方会议审查会议的暂行议事规则。规则28第2段规定：

审查会议的任务是审查《公约》的实施情况，以期确保《公约》序言和条款的宗旨得到实现。因此，为加强《公约》的效力，应尽一切努力以协商一致的办法就实质性事项达成一致意见。除非为取得协商一致已经用尽一切努力，否则不应在这种事项上采取投票的办法。⁷⁶⁴

这种表述业已成为关于缔约国大会实质性决策程序的标准表述，各种表述只有细微的差异。

(30) 为解决对于以协商一致方式通过决定的关切，在第3段的中间加入了“包括经协商一致通过”一语，以消除一种观念，即协商一致的决定必然等同于实质性的一致意见。事实上，协商一致这一概念并不必然表明就实质事项达成任何程度上的协定。按照联合国秘书处法律事务厅依照联合国大会第60/286号决议发布的“关于某些程序性问题的评论”：⁷⁶⁵

协商一致通常被理解为一个决策进程，以没有正式反对意见也不通过正式投票的方式作出决定。但是，协商一致并不一定反映实质性事项上意见的“完全统一”。协商一致是用来说明一种做法，即为取得总体一致意见而尽一切努力，并且没有代表团明确反对所记录下来的协商一致意见。⁷⁶⁶

因是各缔约方对就实质性问题作出决定所需的多数尚未达成协商一致意见”，见《生物多样性公约》缔约方大会第十一届会议(2012年10月8日至19日)报告(UNEP/CBD/COP/11/35)，第21页，第65段。

⁷⁶⁴ 见1980年3月3日至21日在日内瓦举行的《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国审查会议临时议事规则中规则28第2款(BWC/CONF.I/2，第8页)。

⁷⁶⁵ 见大会2006年9月8日关于振兴大会的第60/286号决议，该决议要求联合国秘书处“提供有关本组织政府间机构规则和做法的先例和实践，供公众查询”(附件，第24段)。

⁷⁶⁶ 关于一些程序性问题的评论：“联合国实践中的协商一致：概论”，秘书处编写的文件，可获自www.un.org/en/ga/about/ropga (http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf)；另见R. Wolfrum and J. Pichon, “Consensus”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (可获自available from <http://opil.ouplaw.com/home/epil>)，第3-4段和第24段。

(31) 因此，经协商一致通过并非第三十一条第三款(b)项所指协定的充分条件。缔约国大会议事规则通常并不表明决议作为第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所指嗣后实践的可能的法律效力。这种议事规则只能决定缔约国大会应如何通过其决定，而不能确定这些决定作为第三十一条第三款所指嗣后协定可能具有的法律效力。尽管第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定本身并不需要具备约束力，但《维也纳公约》规定，这种嗣后协定可以具有第三十一条下的法律效力，前提是缔约方必须就条约解释达成了实质性协定。国际法院已经确认，在这种情况下，集体性决定的形式与关于实质问题的一致意见之间的区别是有关系的。⁷⁶⁷

(32) 有些决定虽然是被宣布为经协商一致通过的，但不能作为第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定，尤其是在有一个或多个缔约方反对这种协商一致的情况下。

(33) 例如，在2002年举行的《生物多样性公约》缔约国大会第六次会议上，着手拟订了《关于对生态系统、生境或物种构成威胁的外来物种的预防、引进和减轻其影响问题的指导原则》。⁷⁶⁸ 几次争取达成一致意见未果后，缔约国大会主席建议通过决定，在会议最后报告中记录澳大利亚提出的保留。但是，澳大利亚的代表重申，无法接受指导原则，“因此坚持其正式的反对意见”。⁷⁶⁹ 主席宣布辩论结束，并“根据既定做法”，宣布该项决定未经投票获得通过，并澄清说将把持异议的国家的反对意见反映在会议最后报告中。在决定得到通过后，澳大利亚重申其观点，即“协商一致是指在没有正式反对意见的情况下通过”，并对通过该决定草案的合法性表示关切。因此，第VI/23号决定的一个脚注指出“有一名代表在本决定通过过程中提出了正式反对意见，并强调指出，他并不认为缔约方大会可以合法地在有正式反对意见的情况通过一项动议或文本”。⁷⁷⁰

(34) 在这种情况下，《生物多样性公约》执行秘

⁷⁶⁷ 南极捕鲸(见上文脚注548)，第257页，第83段。

⁷⁶⁸ 《生物多样性公约》缔约方大会第六届会议的报告(UNEP/CBD/COP/6/20)，附件一，第VI/23号决定。

⁷⁶⁹ 同上，第313段。

⁷⁷⁰ 同上，第316、318和321段；有关讨论，见第294-324段。缔约方大会的所有决定可获自www.cbd.int/decisions/。

书请联合国法律顾问提供法律意见。⁷⁷¹ 法律顾问⁷⁷² 表达了这样一种观点, 即一个缔约方可以“不参与文件的实质或文本; 表示其加入协商一致并不等于接受文件部分内容的实质或文本; 和/或对该国政府关于文件实质或文本的立场提出任何其他限制”。⁷⁷³ 因此显然, 即便有一个或多个缔约国反对决定的实质内容, 决定仍然可能经协商一致通过。

(35) 在《生物多样性公约》下作出的决定和2010年《联合国气候变化框架公约京都议定书》缔约方会议在坎昆达成的一项类似决定(尽管有玻利维亚的反对意见),⁷⁷⁴ 提出了“协商一致”是指什么的重要问题。⁷⁷⁵ 但是, 必须将这个不属于本专题讨论范围的问题, 与条约全体缔约方是否就第三十一条第三款(a)项和(b)项所述条约解释的事项达成实质性一致意见的问题区分开来。凡是不体现缔约国大会全体缔约方就实质问题达成一致意见的决定, 不能作为第三十一条第三款所指的协定, 但也许可以成为第三十二条所指“其他嗣后实践”的一种形式(见结论草案4第3段)。⁷⁷⁶

(36) 另一个不同的问题是, 缔约国大会的决定如果符合条件, 属于第三十一条第三款下所指的协定, 那么具有什么样的法律效力? 2011年, 海事组织法律事务处被要求“向理事机构[……]提供咨询意见, 以说明就某项解释性决议作出决定的程序性要

求, 具体而言, 是要说明作出这样的决定是否需要协商一致”。⁷⁷⁷ 海事组织法律事务处在答复中确认缔约国大会的决议原则上可以构成第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定, 同时告知理事机构, 即便缔约方大会经协商一致通过一项决定, 也不意味着有关决定对全体缔约方有约束力。⁷⁷⁸

(37) 尽管海事组织法律事务处的意见源自一个错误的假设, 即第三十一条第三款(a)项所指“嗣后协定”仅在“作为一项条约或其修正案”时有约束力⁷⁷⁹, 但其得出的结论是正确的: 即便缔约国大会协商一致的决定体现了关于解释的实质性协定, 也不(必然)对全体缔约方有约束力(见上文结论草案9的评注第(9)–(11)段)。相反, 正如委员会指出的那样, 第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定只是在解释过程中可以考虑的不同的解释资料中的一项。⁷⁸⁰

(38) 因此, 缔约国大会经协商一致通过的解释性决议即便本身不具有约束力, 仍可成为第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所指的嗣后实践, 条件是有充分的情况表明这是缔约方在通过决定时的意向, 或缔约方的嗣后实践确立了一项关于条约解释的协定。⁷⁸¹ 对于第三十一条第三款(a)项下的这种解释性决议, 解释者必须给予适当的权重, 但不一定要将之视为有法律约束力。⁷⁸²

⁷⁷¹ 该请求载于《生物多样性公约》秘书处的文件SCBD/SEL/DBO/30219(2002年6月6日)。

⁷⁷² 2002年6月17日的信函, 通过传真发送。

⁷⁷³ 同上。

⁷⁷⁴ 见第1/CMP.6号决定: 坎昆协议: 附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组第十五届会议的工作结果, 和第2/CMP.6号决定: 坎昆协议: 土地利用、土地利用的变化和林业(FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1); 以及作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议议事录(FCCC/KP/CMP/2010/12), 第29段。

⁷⁷⁵ 见 Nolte, “Third report for the ILC Study Group on treaties over time”(上文脚注673), 第307页及其后, 详第372–377页。

⁷⁷⁶ 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第32页。

⁷⁷⁷ 海事组织, 文件LC 33/4, 第4.15.2段。

⁷⁷⁸ 海事组织, 文件LC 33/J/6(见上文脚注743), 第3段。

⁷⁷⁹ 同上, 第8段。

⁷⁸⁰ 结论草案2的评注第(4)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第26页)。

⁷⁸¹ 南极捕鲸(上文脚注548)(Greenwood法官的个别意见, 第407–408页, 第6段, 和专案法官Charlesworth的个别意见, 第453–454页, 第4段)。

⁷⁸² 结论草案2的评注第(4)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第26页)。

第八章 保护大气层

A. 导言

77. 委员会在其第六十三届会议(2011年)决定将“保护大气层”专题列入其长期工作方案⁷⁸³。这是委员会根据该届会议工作报告附件二所载录的建议⁷⁸⁴作出的决定。大会在其2011年12月9日第66/98号决议第7段注意到委员会将此专题列入其长期工作方案。

78. 在2013年8月9日其第3197次会议上,委员会决定将“保护大气层”专题连同一项谅解⁷⁸⁵列入其工作方案,并任命村濑信也先生为该专题特别报告员。

B. 本届会议审议此专题的情况

79. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/667)。委员会在2014年5月22、23、27、28和30日以及6月3日举行的第3209至3214次会议上审议了该报告。

1. 特别报告员介绍第一次报告

80. 本报告旨在处理该项目的总体目标,包括说明就此专题开展工作的理由,划定一般范围,查明

⁷⁸³ 《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第365–367段。

⁷⁸⁴ 同上,第193–202页。

⁷⁸⁵ 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第168段。委员会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、臭氧层消耗、长途跨界空气污染进行的政治谈判。此专题不会处理,也不会妨碍诸如下述问题:国家及其国民的赔偿责任、污染者付费原则、防范原则、共同但有差别责任、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。”

有关基本概念,提出处理此专题拟采用的观点和方法。为此,本报告概述了与保护大气层有关的国际法的演变,讨论了有关的法律渊源,包括习惯国际法、条约实践、判例,分析了专题所涉及的定义的各方面、与划定专题范围有关的要点以及大气层的法律地位问题,同时提出了相应的指南草案。

81. 特别报告员在介绍报告时回顾了委员会将此专题列入议程的背景和大会第六委员会进行的辩论,强调说,鉴于专题的技术性,他认真地对待了关于专题可行性的批评意见以及这一领域基于条约的规则。他将与委员会一起努力向这一领域的专家征求科学技术咨询意见,因为了解大气层退化问题的科学技术方面对于处理保护大气层问题是十分必要的。此外,他强调该报告完全符合2013年谅解,并向委员会特别保证说,他既无意干预有关的政治谈判,也无意处理特定的污染物质。同时,他指出,由于谅解是“不妨碍”,委员会在专题的研究中提到谅解(a)段中提到的一些问题并非不可。委员会的主要任务是查明与专题有关的习惯,无论是已经确立的还是正出现的习惯;查明现有的条约制度中是否存在任何空白,但不是填补这种空白;同时也力求探索可能的国际合作机制。

82. 特别报告员提到,大气层状况的恶化已经使保护大气层问题成了国际社会的一项紧迫的关切,指出该专题提供了一个机会,可以让委员会从一般国际法的角度来处理与特别制度有关的问题,这也是委员会完全能够履行的一项职责。他认为存在着大量的国家实践证据,包括条约、司法判例及其他规范性文件,将使委员会能够从根本上将这一专题作为一个法律问题,而不是一个政治问题加以处理。特别报告员还概括地叙述了与大气层有关的国际法发展历史,从公元6世纪到这一领域现代国际法开始发展的18世纪,一直到1941年关于跨界空气污染的特雷耳冶炼厂案仲裁⁷⁸⁶的经典案例,最后到现代环境

⁷⁸⁶ 特雷耳冶炼厂,《国际仲裁裁决汇编》,第三卷(出售品编号1949.V.2),第1905页。

法作为专门研究领域在随后一些年具体成形的过程，包括20世纪70年代《联合国人类环境会议宣言》（“斯德哥尔摩宣言”）的通过。⁷⁸⁷他主张根据与这一问题有关的各种国际法渊源来对此专题进行详细和批判性研究。

83. 特别报告员强调指出，大气层面对的当代挑战涉及三个领域，即(a) 对流层跨界空气污染，(b) 平流层臭氧消耗及(c) 气候变化，同时也指出，在这方面，没有一个条约制度涵盖大气层问题的所有领域，也没有一个条约制度将大气层作为一个全球性的单一单元来对待，尽管针对每一个领域进行了制定条约的活动。

84. 特别报告员提供了关于大气层物理特性的有关信息，可作为本指南草案的目的拟订“大气层”定义的基础；粗略地概述了构成本项目范围的各个要素，以确定所要涵盖的主要法律问题；分析了大气层的法律地位问题，他认为这是委员会审议该专题的先决条件。他尤其赞成用“人类的共同关切”这个概念来描述大气层的法律地位，而不是用共有物或人类共同遗产的概念。在这方面，他还介绍了其第一次报告所提议的三条一般性指南草案，分别涉及：(a) “大气层”这一用语的定义，既涉及其实质内含，即气层，又涉及它的功能方面，即气载物质在其中得到输送和扩散的介质；⁷⁸⁸(b) 指南草案的范围，⁷⁸⁹这将包括处理涉及将有害物质引入大气层和改变其构成的人类活动引起的大气退化，力求既保护自然环境又保护人文环境，论述了大气层与其他领域如海洋、生物多样性（林业、荒漠化、湿地）以及人类活动其他方面和管理此类活动的法律之间的相互联系；及(c) 大气层

⁷⁸⁷ 《1972年6月5日至16日在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议报告书》（联合国出版物，出售品编号E.73.II.A.14），第一部分，第一章，第3页。

⁷⁸⁸ 特别报告员提议的指南第1条草案案文如下：

“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。”

⁷⁸⁹ 特别报告员提议的指南第2条草案案文如下：

“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有害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。”

的法律地位，⁷⁹⁰将大气层视为一种自然资源，这与“空气空间”有所不同，后者法律地位不受影响，并提出保护大气层是人类共同关切这一命题。

2. 辩论摘要

(a) 一般性意见

85. 委员会的成员们承认保护大气层对于人类来说极为重要，同时回应得到科学数据支持的对大气层的关切，特别是由空气污染、臭氧消耗及气候变化引起的关切。有人说，这一专题从法律、政治、技术和科学上讲很复杂，但涉及一个真正的紧迫问题，对人们的日常生活已经产生可见的不良影响，例如，自然灾害在全球许多地方肆虐，污染导致许多人过早地死亡并引发重大的健康问题。与此同时，委员们也充分了解围绕这一专题所存在的并出现在各国讨论中的那些棘手的困难，同时也认识到，委员会面临的挑战是查明委员会能起到什么样的作用，以便为保护环境的全球总体努力作出适当的贡献。

86. 对于一些委员来说，考虑到该专题列入委员会议程的背景及2012年和2013年第六委员会里发表的多种意见，委员会采取更稳重和谨慎的态度尤其更为重要。在这方面，对2013年谅解及其对委员会工作的影响进行了详细的讨论。一些委员认为，谅解需要认真对待，不管是否喜欢它的内容。这是委员会就此专题开始工作的一个必要条件。此外，一些委员表示关切的是，特别报告员在编写和介绍他的报告时并未完全遵守谅解的规定；另一些委员发现有一点令人不安的是，他似乎淡化谅解的重要性，寻求逃避谅解中的明确规定，或使项目的方向偏离谅解的文字或精神。有人特别指出，拟订新的规则，或填补法律的空白，这都将与谅解发生矛盾。此外，有人表示担心，特别报告员关于侧重于空气污染、臭氧消耗及气候变化的提议，会干扰围绕这些专题进行的政治谈判，这是可以想象到的。

87. 另一种观点认为，通过2013年的谅解，委

⁷⁹⁰ 特别报告员提议的指南第3条草案案文如下：

“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。”

员会已经把特别报告员置于一个无法立足的位置上，在超出谅解的参数范围之外取得任何可能的进展，都取决于对谅解的解释是严格的，还是灵活的。有人进一步指出，谅解存在着一个根本问题：特别报告员面对着一个两难境地，这实际上意味着，报告所基于的几乎所有条约实践都可能归入到根据谅解不得处理的那些问题当中。一些委员认为谅解是不寻常的，给委员会开了一个坏的先例。因此，有人提出，委员会可重新考虑谅解或就谅解的适用达成一项灵活的方法。

88. 另一些委员说，2013年谅解含有足够的灵活性，容许特别报告员追求一个适度的目标，即查明现有的国际环境法一般原则，不论是基于习惯法的或是基于一般法律原则的，并宣布这些原则适用于保护大气层。

89. 几位委员认为整个任务不是不可完成的，强调委员会工作的合议性质和集体性质，并强调采取适度和合理的处理办法的重要性，像特别报告员所提议的那样，在留意谅解的规定的同时，也给予他一些灵活余地。必须承认，关于保护大气层的最重要的决定是在政治层面作出的，不能指望委员会在其工作中为政治层面的具体决定和行动开出处方或取而代之。

90. 尽管特别报告员曾在他的报告里表示，他希望在五年期余下的两年(2015年和2016年)审议与保护大气层有关的基本原则问题，包括各国保护大气层的一般义务，使用自己的财产时不得损害他人财产原则，以及公平、可持续发展和诚信原则，并在下一个五年(2017-2021)，完成其他相关事宜的审议，如国际合作、遵守国际规范、争端解决和相互关系等，但一些委员表示这样的担心：整个画面仍然不是清晰可辨的，所提供的信息不足以让人对专题有一个总的方向感。他们寻求一个路线图或工作计划，其中制定出该项目的总体目标，并确定存在的主要问题，包括应该或可能适用的基本原则及如何实施这些原则，并提出应该由委员会给予优先考虑的问题。有人提出，这样的路线图可详细说明如何设想委员会的工作将不同于在其他地方做过的类似工作，例如国际法协会就有关气候变化的法律原则所做的工作。

91. 一些委员也就特别报告员处理专题的方式方法表示他们的不同看法。有人提出，与其像特别报告员在其报告里所喜欢的那样，将大气层视为一个全球

性单一单元来关注并聚焦于其保护问题，不如注意如何规范国家和非国家行为者对大气层直接或间接产生影响的活动。这种替代方法所关注的不是大气层本身，而是国家和非国家行为者在这一领域的“权利和义务”；这被看作是保护和养护大气层的最佳保证，与国家实践和实际现实也更加一致。有人比照海洋法，提到海洋法根据沿海国行使主权或控制的程度将海洋分为不同的区，建议考虑将大气层分为不同的部分，分别受或不受国家的主权或控制权制约。另一方面，特别报告员采取的做法并非完全没有人支持，因为另一些委员认为，考虑到大气层面对的威胁，将其作为一个单元处理最能保证大气层得到保护以为人类造福。

92. 另一个涉及方法问题的关切，是特别报告员对其认为与专题的审议有关的各种法律渊源的处理及其对这些渊源的依赖，但有委员指出，有时候，特别报告员几乎完全信赖非政府行为者和学者的意见，而没有提及国家实践，即使援引了国家实践，也没有清楚地分析作为确定法律确信的来源的不具约束力的文书。另外对于一些委员来说，报告里所援引的条约实践和判例法与专题的关系，及其如何对特别报告员想要解决的问题具有相关性，均不够清楚。此外，在某些情况下，有一种感觉是，报告里显示一些政策偏好，并被认为是适当的，但这些偏好没有建立在任何稳固的法律基础上，或满足在识别法律时应遵循的严格要求。

93. 在专题的发展过程中有可能征求科学技术专家的意见，委员会们对此项可能性表示支持。

(b) 对指南第1条草案(用语)的评论

94. 一些委员同意特别报告员的意见，也认为需要为指南草案的目的拟订一个定义，该定义与大气层的科学定义相对应。他们指出，这样的定义将有助于委员会的工作。但鉴于该专题的科学性，另一些委员建议制定一个拟使用的科学术语的词汇表可能更为有用。另有委员指出，在这个阶段考虑定义可能过早；经过一段时间，将有机会接触科学界，这样实际上委员会才能够拟订一个在法律上和科学上都可靠的定义。有人还提出，定义应该具有综合性，而不必提到“对流层”和“平流层”这样的用语。

95. 另一种观点认为，定义的必要性是值得怀疑的。有人特别指出，直接涉及远距离跨界污染、臭

氧消耗和气候变化等大气层问题的各项条约并没有界定“大气层”。同样,《联合国海洋法公约》并没有定义海洋。

96. 一些委员还指出,拟议的定义的内容是有问题的。拟议的定义似乎没有任何国家实践、判例法或著作方面的依据。此外,有人指出,拟议的定义包括对流层和平流层,但有些任意且没有任何明显理由地排除了中间层、热层和外大气层,这些也是大气层的一部分。即使接受科学上已知的事实,即影响大气层的当代三大问题——空气污染、臭氧消耗及气候变化——只影响对流层和平流层,但一些委员基于谨慎原则,告诫说将大气层中出某些部分分隔出来,是不明智的做法。例如有委员提醒注意澳大利亚政府的南极计划对中间层进行的研究,结果发现在平流层和中间层有大气温室效应(强化冷却)现象。⁷⁹¹还有一点意见认为,射入外层空间的卫星可给高层大气环境造成损害。因此,给大气层一个更广泛的定义,对应着科学上对大气层的确定,即由对流层、平流层、中间层和热层构成,或涉及大气层对人类生存和环境的影响的定义,被认为是理想的定义。

97. 一些委员还指出,将大气层定义为“围绕地球的对流层和平流层的气体层”,这可能隐含地施加了一个上限,从而触及与“外层空间”有关的问题,包括触及其划界问题,而2013年谅解的规定是将此排除在考虑之外的。另一些委员更倾向于用政府间气候变化专门委员会(气专委)使用的“环绕地球的气层”的概念来描述大气层,而不用“气层”。一些委员也质疑“气载物质”概念是否可以单独恰当地用来描述大气层。另一种意见认为,至关重要的一点是,应在大气层定义中嵌入大气层的自然特性,即大气环流概念。

98. 也有人指出,虽然指南草案并没有意图影响适用的国际法下空气空间的法律地位,但提议的定义因为包括了大气层的物理特性,即隐含表示了空气空间的上限。

99. 还有人提议,在注意2013年谅解的同时,为指南草案目的定义“空气污染”“臭氧消耗”和“气候变化”,以及定义“保护”。

(c) 对指南第2条草案(指南的范围)的评论

100. 一些委员认为指南第2条草案是令人满意的,但另一些委员指出需要从“因果”的角度解决涉及指南草案范围的问题,因为污染的来源地与发生不利后果的地方往往并非同一地方。对此,有人建议,制定指南草案的适用范围时,应铭记可能的覆盖范围的三个空间维度,即领土、跨界和全球性,侧重点应在后两个方面。因为对于大气层退化问题,并非总能查明原因和来源,所以有人提出,宜于从寻求限制有害物质的角度来处理保护问题,而这正是现有文书采用的做法。

101. 关于(a)分段,一些委员同意其实质内容,尤其是它提到对人与自然的对环境的影响,但另有人表示,这一项同时过于宽泛和过于狭窄,因为它似乎覆盖了各种可以想象的人类活动,而同时在这一分段的后半部分里确立了一个很高的门槛。一些委员认为,列入“能量”一词,以此涵盖放射性/核污染问题,也是有问题的,因为和平利用核能问题是由特别制度来规范的。另一种意见认为,(a)分段因使用“有害物质”或“重大有害影响”等用语,有误导性,因为它也似乎深入到了关于实质的问题。为了纠正这种缺陷,有人建议重写该条指南草案,使之更为宽泛,涵盖影响大气层的所有人类活动,以确保大气层得到保护,或者完全删除这一分段。

102. 关于(b)分段,一些委员指出,提到“与保护大气层有关的基本原则”有可能使指南草案的范围与2013年达成的谅解发生冲突。还有人指出,这一分段似乎更多地涉及到这项工作的性质,而不是范围。有人建议,我们的目标应该是拟订非规范性质的指南,各国在努力解决与大气层有关的问题时可借助于这些指南。另一些委员支持(b)分段的提法,因为它也是对目标的宣示。

103. 一些委员认为提及“基本原则”具有限制性,提及“及各项原则之间的相互关系”相对于整个指南草案来说意思不明确和不确定。另一些委员甚至质疑拟订关于范围的指南是否实用,在时间上是否合适。有人指出在这方面,应该牢记2013年谅解的规定。谅解曾告诫不处理也不妨碍污染者付费原则、防范原则、共同但有差别的问题等,因此有人提出,应该有一个保留条款,以反映该委员会以下意思:不处理这些原则不妨碍这些原则在国际法中的地位。

⁷⁹¹ 见 www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere。

(d) 对指南第3条草案(大气层的法律地位)的评论

104. 指南第3条草案引起了委员们的各种评论,既针对特别报告员采取的做法,又针对该条指南草案的实质内容。主要的意见是,一些委员怀疑将大气层的法律地位建立在作为法律概念的人类共同关切这一概念的基础上这一做法。他们特别指出,其在国际法中的现有地位很有可能被高估了。按目前的措词,该条指南草案被视为内容宽泛且会有深远影响。

105. 委员们普遍觉得,为使特别报告员在该条指南草案里提出的主张和政策选择有充分理由,需要做更多的工作。特别是就方法来说,认为特别报告员应从国家的权利和义务角度拟订指南草案的那些委员认为,这条草案从与各国的权利和义务相关的角度将大气层视作一体的或统一的,这与实践不符。从海洋法及判例法(如特雷耳冶炼厂案仲裁)⁷⁹²来看,这些委员认为,须从主权和控制的角来看待这些权利和义务,这一点很重要,这将意味着,例如,应从主权的角度来处理一个国家正上方的大气层。从报告中,看不出来为什么特别报告员要偏离实践中已经确立的做法,即把仍为局部性的损害归于损害发生所在地国家,或对于发生跨界损害的情形援引使用自己的财产时不得损害他人财产原则。在这方面,有人想知道使用自己的财产时不得损害他人财产原则如何适用于“保护大气层”。另一方面,一些委员与特别报告员意见一致,指出,《联合国海洋法公约》按区域保护海洋环境的做法不能简单地应用于保护大气层,因为这种做法是不恰当的,不切实际的,指出针对大气层的任何部分确立国家管辖权是有困难的。此外,他们还指出,即使海洋法被作为模式而采用,但在该领域仍然出了问题,尤其是涉及到国家管辖范围以外的区域,而对于这些区域,缔约国继续就共有海洋资源的管理问题进行讨论和谈判。

106. 就实质内容而言,一些委员欢迎在报告中主张大气层是一种自然资源;但他们怀疑是否有实践证明,可以将大气层描述为共有或共享的资源。一些委员指出,该条指南草案的语言在国家或条约实践或在任何判例法中找不到任何依据。此外,该条指南草案似乎与大气层的法律地位没有任何关系,除非有人将保护大气层是“人类的共同关切”这一说法赋予意义。这个概念的规范内容还不清楚;它不仅是有争议的,而且是模糊的,因为它有多种解释,其中

包括有可能为个人和子孙后代创设权利。此外,其适用于大气层似乎并没有在各国的实践中得到支持。

107. 鉴于缺乏实践,特别报告员在报告中对这一概念的处理既不充分也不全面。它过早地提出了一项文本,但没有从法律角度全面分析所提出的概念及其影响。例如报告没有充分探讨“人类的共同关切”引起什么样的法律后果。一些问题产生了:是否存在着预防损害的法律责任?这项法律责任落在所有国家身上吗?它是否创设普遍义务并因此牵涉国家的责任?它是否为整个社会和社会的每一个成员创设义务?它是否确立起诉资格,包括公益之诉的资格?它是否创设国际环保团结义务?该条指南草案是否会并非无意地削弱使用自己的财产时不得损害他人财产原则的重要性?虽然特别报告员在报告中提示,这一概念将导致为所有国家创设保护全球大气层的可强制执行的普遍适用的实质性法律义务,但他在这样做时没有提供全面的分析。好几位委员还强调,不是大气层本身,而是它的保护是人类的共同关切。然而有一点意见是,大气层状况的退化应该是这样的关切的例子。

108. 另一些委员指出,这一概念值得给予积极的考虑,并指出,委员会在阐述及说明保护大气层问题的范围方面可以发挥作用。也有人说,将这一概念理解成意味着需要在保护大气层方面进行国际合作,意味着相应地有预防与合作的义务,这样有其好处。另据认为,与其专注于大气层的法律地位,不如专注于作为人类共同关切的保护大气层问题,而“共同关切”的概念既应是一条单独指南的基础,也应是说明与保护大气层有关的基本原则的另一条指南的基础。

109. 另一种观点认为,这个概念太弱,不能应用到大气层的保护上。尽管一些委员倾向于赞同反映这一概念适用于保护大气层的可能性,但仍然指出,在报告中用于支持这一偏好的法律推理很少。目前尚不清楚,例如,为什么在没有“有深远影响的体制制度,用于控制开采权和收益的分配”时,“人类共同遗产”概念不理想,这一点似乎促使特别报告员放弃了这一概念。在这方面,有人提请注意1972年《保护世界文化和自然遗产公约》和1997年《世界人类基因组与人权宣言》⁷⁹³,两者均提到“人类共同遗产”,而未具备复杂的体制结构。实际上,另一些委员责怪特

⁷⁹² 见上文脚注786。

⁷⁹³ 教科文组织,《大会记录,第二十九届会议》,第一卷,《决议》,第16号决议,由1998年12月9日大会第53/152号决议通过。

别报告员相当快地且没有提供令人信服的理由就排除将“人类共同遗产”概念应用到大气状况的可能性。

110. 关于 (a) 分段, 有人提出, 提及“水生和陆地生态系统”的措词可以简化。

111. 至于 (b) 分段, 有一项意见认为, 这一分段没有必要。据进一步的看法, 即使空气空间在适用的国际法下具有的法律地位不会受到该条指南草案的影响, 这并不意味着在空气空间进行的活动不会被本项目涵盖。

(e) 其他考虑

112. 好几位委员欢迎特别报告员表示, 为解决共同关切的问题, 他将侧重于合作机制, 并敦促特别报告员给予这方面以优先考虑。一些委员认为, 也应该考虑一下各国不仅保存而且养护大气层的义务, 以及已经确立的习惯国际环境法规则与大气层监管之间的关系, 包括无害原则和预防原则及可持续发展原则。

113. 鉴于国际法院在乌拉圭河纸浆厂案⁷⁹⁴指出, 只要提议的活动有可能在跨界背景下产生较大不利影响时, 都要进行环境影响评估, 这应视作一般国际法的要求, 委员会也可以除其他外, 处理与此专题所涉义务内容有关的各个方面, 从而做出有意义的贡献。

114. 有人还建议, 委员会在处理与公平有关的

考虑时, 可以借鉴原则6⁷⁹⁵、9⁷⁹⁶和11⁷⁹⁷(《斯德哥尔摩宣言》⁷⁹⁸)来处理本专题。

115. 一些委员表示倾向于采用另一种处理办法, 设法查明具体的以国家实践为基础的“实践指针”, 这可能对政策制定者们处理与大气层有关的问题有用。按照这种方法, 指南草案可以侧重于各国在全球、区域和双边各个层面的合作等问题, 以及各国为加强合作安排而采用的各种方法、框架和技术等。

3. 特别报告员的总结

116. 特别报告员欢迎委员们提出的有益的意见、建议和建设性批评。他重申委员会以谦虚、理智的态度处理这一专题是重要的, 同时也同意这样的感觉, 即与科学界磋商将使委员会在工作中受益。为此, 他表示他打算探索在2015年举办一次简报会的可能性。他还指出, 他倾向于推迟到明年再将指南草案移交起草委员会, 这样他会有机会参照所提出的意见重新拟订部分内容。

117. 特别报告员承认委员们对于2013年谅解持有各种各样的看法。他特别强调, 他想像不出他对专题的处理, 特别是专注于空气污染、臭氧消耗及气候变化, 与政治谈判有任何冲突。他主张采取中庸的做法, 并指出没有必要放弃谅解, 因为谅解是委员会去年决定处理此专题时所依赖的基础。与此同时, 他表示希望给予特别报告员灵活性, 使他能够查明与本专题有关的问题, 从而协助委员会在审议专题方面取得进展。

⁷⁹⁵ 原则6案文如下:

“含毒物质或其他物质和热的排出, 其数量或浓度超过环境所能将其化为无害的能力时, 必须加以阻止, 以确保生态系统不致受严重的或无法补救的损害。对于各国人民进行的反污染的正当斗争, 应该予以支持。”

⁷⁹⁶ 原则9案文如下:

“发展落后情况和自然灾害所造成的环境缺陷, 引起了严重的问题, 补救的办法, 最好是向发展中国家大量提供财政和技术协助, 以补充这些国家的国内努力, 而加速推进发展工作, 并及时提供可能需要的协助。”

⁷⁹⁷ 原则11案文如下:

“一切国家的环境政策, 都应增进发展中国家现在和将来的发展潜能, 而不应对它有不利的影 响, 也不妨碍全体人类获致更优良的生活条件, 因此各国和各国际组织都应该采取适当步骤, 就如何处理因实施环境措施而可能引起的国家和国际经济后果的问题达成协议。”

⁷⁹⁸ 见上文脚注787。

⁷⁹⁴ 乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭), 判决, 《2012年国际法院汇编》, 第82-83页, 第204段。另见根据巴基斯坦伊斯兰共和国和印度共和国1960年9月19日签署的1960年印度政府和巴基斯坦政府之间的《印度河水域条约》组成的仲裁庭, 关于印度河水域吉申甘加河的仲裁事项, 2013年2月18日的部分裁决, 常设仲裁法院, ILR, vol. 154, 第1页; 常设仲裁法院的裁决可获自www.pca-cpa.org。关于1960年9月19日在卡拉奇签署的1960年《印度河水域条约》, 见联合国, 《条约汇编》, 第419卷, 第6032号, 第125页。

118. 特别报告员还指出, 在他的报告第92段, 他提供了一个开展该专题工作的完整工作计划, 并承认国际合作作为大气层保护的关键要素的重要性。在他的第二次报告中, 他有意处理大气层保护方面的国家责任的实质内容。

119. 关于指南第1条草案, 特别报告员强调, 有意将第1条拟订成一个为条款草案的目的的工作定义, 这是出于实际需要而提出来的, 因为现有的文书没有定义大气层。他指出, 他在定义中侧重对流层和平流层, 这样做不是任意的。由于高层大气层在大气层的总质量中只占0.0002%, 他认为这一部分极小, 可排除在外。此外, 没有任何有意义的证据表明, 气候变化对改变中间层或热层的状况起了作用或应为之负责。澳大利亚政府的南极计划进行的在中间层的“气候变化”研究涉及“太阳通量”, 这是测量太阳在相同时间内的活动的指标, 他表示怀疑该研究在其检测到的变化与“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”(《联合国气候变化框架公约》所采用的气候变化定义)之间建立了具体联系。此外, 特别报告员承认, 由于缺乏科学的数据, 人们对高层大气层的变化了解有限。也因此, 他认为, 针对这一领域制定保护制度将过于雄心勃勃。关于卫星的潜在危害, 特别报告员回忆说, 外层空间的环境保护, 包括空间碎片的问题, 是在和平利用外层空间委员会(外空委)的职权范围内的问题。特别报告员还强调, 依照国际法, 空气空间和大气层是两个完全不同的概念。因此, 确定大气层的界限并不影响各国空气空间的边界或外层空间的边界。尽管如此, 他表示愿意从指南第1条草案的定义中删除提及对流层和平流层的词语, 但条件是任何评注将进一步澄清大气层与外层空间的关系。

120. 关于指南第2条草案, 特别报告员证实, 该项目的重点将是具有跨界或全球性影响的损害。他说, 使用诸如“产生重大有害影响或可能产生这种影响”的“有害物质”等短语, 意在适当地限制指南草案关注的人类活动和有害物质的范围。特别报告员回忆说, 委员会在定义类的规定里使用过实质性概念, 在先前的工作里使用过“重大”一词。例如在关于预

防危险活动的跨界损害的条款草案中这样用过。⁷⁹⁹委员会指出, “重大”是一个事实和客观性认定, 涉及依赖于特定案件具体情况的价值认定; 这意味着超出了“可检测到的”, 但不一定达到“严重”或“实质性”的水平。特别报告员还指出, 在拟议的定义里列入“能量”一词对应着《远距离跨界空气污染公约》和《联合国海洋法公约》中的定义。在此写进这个词无意干涉各国在核能及其利用方面的政策。

121. 对于指南第3条草案, 特别报告员确认, 大气层本身不是一项共同关切, 但保护大气层是。其范围有意保持狭窄, 用于建立保护大气层的合作框架, 而不是建立对大气层的共同拥有或管理。除了那些已经被习惯国际法承认的义务以外, 它创设了环境保护的实质性义务。他证实了他的信念, 即相信普遍义务及其执行与“共同关切”概念之间有密切联系, 共同关切的各个方面, 包括有关的公益之诉概念, 将在今后的报告里进一步探讨。他认为, 造法过程既是归纳性的, 又是演绎性的。委员会的任务是探索可能包含在并不缺乏规范性内含的“共同关切”概念里的法律义务, 并阐明这些义务, 将之作为指南草案的一部分。他同意一部分委员的说法, 即“共同关切”的概念隐含了合作义务, 以确保为了子孙后代而保护大气层。另外他没有看到将使用自己的财产时不得损害他人财产原则适用于保护大气层会有任何障碍, 因为这一原则的适用不仅限于双边跨界损害; 《联合国气候变化框架公约》(序言部分第八段)和《保护臭氧层维也纳公约》(第2条第2款(b)项)都承认了这一原则。特别报告员还指出, 如果委员会选择在本项目里使用“共同遗产”概念, 他并不从根本上反对将这一概念用于保护大气层。

122. 特别报告员还强调, 应将大气层视为一个综合的单一单元, 不应沿国家界线加以划分, 这一点很重要。大气层是动态的流体, 将大气层划分, 称这一部分空气受一国的领土管辖和控制, 有别于这一管辖范围外的空气, 这对于本项目来说, 即使不是不可能, 至少是不切实际的。

⁷⁹⁹ 《2001年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第97-98段。委员会第五十三届会议通过的关于预防危险活动造成的跨界损害以及此类损害的损失分配的条款载于大会2007年12月6日第62/68号决议的附件。

第九章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 引言

123. 委员会在其第五十九届会议(2007年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案,并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。⁸⁰⁰同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于此专题的背景研究报告,该研究报告提交给了委员会第六十届会议。⁸⁰¹

124. 特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008年)收到并审议了初步报告,第六十三届会议(2011年)收到并审议了第二次和第三次报告。⁸⁰²委员会第六十一届(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议本专题。⁸⁰³

125. 委员会第六十四届会议(2012年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替科洛德金先生担任特别报告员,科洛德金先生不再担任委员会委员。委员会同届会议(2012年)收到并审议了特别报告员提交的初步报告,第六十五届会议(2013年)收到了她的第二次报告。⁸⁰⁴根据特别报告员在第二次报告里提出的条款草案,委员会在同一届会议

⁸⁰⁰ 这是在2007年7月20日其第2940次会议(见《2007年……年鉴》,第二卷(第二部分),第376段)。大会在其2007年12月6日第62/66号决议第7段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议上(2006年),委员会已根据其报告附件一中所载建议将本专题列入其长期工作方案(《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第215-216页,第257段,和第221-234页)。

⁸⁰¹ 《2007年……年鉴》,第二卷(第二部分),第386段。秘书处就该主题编写的备忘录转载于文件A/CN.4/596和Corr.1(油印件;可获自委员会网站,第六十届会议文件)。

⁸⁰² 《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/601(初步报告);《2010年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/631(第二次报告);及《2011年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/646(第三次报告)。

⁸⁰³ 见《2009年……年鉴》,第二卷(第二部分),第207段;及《2010年……年鉴》,第二卷(第二部分),第343段。

⁸⁰⁴ 《2012年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/654(初步报告);及《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/661(第二次报告)。

上暂时通过了三条草案及其评注。⁸⁰⁵

B. 本届会议审议此专题的情况

126. 委员会收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/673)。委员会在2014年7月7日至11日举行的第3217至3222次会议上审议了该报告。

127. 在第三次报告里,特别报告员先是分析了属事豁免的规范性要素,着重分析了与主体要素有关的各个方面。在这方面,正如在委员会上届会议上宣布的,报告探讨了“国家官员”的一般概念,考虑了用来识别这类人员的实质性标准,特别是涉及对外国刑事管辖可享有属事豁免的那些人员的实质性标准。报告还鉴于各语文中“官员”及其对应词语所造成的用语困难,处理了在语言上如何选择最适合的词语来指称那些享受豁免的人员的问题,并建议使用“机关”一词。在对有关的国家和国际司法实践、条约实践及委员会的先前工作进行分析之后,特别报告员为本条款草案的目的,提出了关于“官员”的一般概念和属事豁免的主体范围的两项条款的草案。按照设想,属事豁免的属事范围和时间范围问题将在特别报告员下一次报告里处理。

128. 在对特别报告员第三次报告进行辩论之后,委员会在2014年7月11日其第3222次会议上决定将这两项条款草案转给起草委员会。

129. 在2014年7月25日其第3231次会议上,委员会收到起草委员会的报告并暂时通过了第2条(e)项和第5条草案(见下文C.1节)。

130. 在2014年8月6日和7日其第3240至3242次会议上,委员会通过了本届会议暂时通过的

⁸⁰⁵ 《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第44页及其后,第48-49段。在2013年6月7日其第3174次会议上,委员会收到起草委员会的报告并暂时通过了三条草案,在2013年8月6日和7日第3193至3196次会议上通过了评注。

条款草案的评注(见下文C.2节)。

第三部分

属事豁免

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国 刑事管辖豁免条款草案案文

1. 条款草案案文

131. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。⁸⁰⁶

第一部分

引言

第1条 本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员对另一国刑事管辖享有的豁免。

2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免,特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

第2条 定义

为本条款草案的目的:

……

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人。

第二部分

属人豁免

第3条 享有属人豁免的人员

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

第4条 属人豁免的范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。

2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职之前或任职期间的所有行为,无论是私人行为还是公务行为。

3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

⁸⁰⁶ 第1、第3和第4条草案的评注,见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第44页及其后,第49段。

第5条 享有属事豁免的人员

国家官员在以此种身份行事时,对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

2. 委员会第六十六届会议暂时通过的条款草案案文 及其评注

132. 委员会第六十六届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第2条 定义

为本条款草案的目的:

……

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人。

评注

(1) 第2条草案(e)项的目的是为了界定享有外国刑事管辖豁免的个人,即“国家官员”。对国家官员作出界定有助于理解豁免的规范性要素之一:享受豁免的个人。委员会多数委员认为,为了本条款草案的目的,应当有一个国家官员的定义,因为外国刑事管辖豁免适用于个人。个人构成豁免的主体要素。委员会几位委员对是否需要列入这一定义表示怀疑。

(2) 第2条草案(e)项所载“国家官员”概念的定义具有一般性,适用于任何根据本条款草案享有外国刑事管辖豁免的人,无论是属人豁免还是属事豁免。因此,第2条草案(e)项的性质和目的不应与界定谁享有每一类豁免的第3条和第5条草案的性质和目的相混淆。⁸⁰⁷享有属人豁免和属事豁免的人员都在“国家官员”的定义范围之内,定义对两类人员都适用。

(3) 国际法中并没有“国家官员”或“官员”概念的一般定义,尽管在某些国际条约和文书中,这两

⁸⁰⁷ 第3条草案指出,“国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免”(同上,第44页,第48段)。第5条草案指出,“国家官员在以此种身份行事时,对外国行使的刑事管辖享有属事豁免”(A/CN.4/L.850)。

个词都可以看到。⁸⁰⁸“国家官员”或单纯“官员”的概念在不同的国内法律制度中，所指可能不同。因此，本评注中提到的“国家官员”的定义是自主性的，必须理解为是为本条款草案的目的而拟订的。

(4) “国家官员”定义中使用“个人”一词是为了表明本条款草案仅涉及自然人。本条款草案不妨碍适用于法人的规则。

(5) 如前所述，“国家官员”必须理解为包括享有属人豁免的人员和享有属事豁免的人员。在这点上，必须指出的是，委员会用来确定享有属人豁免的人员的办法是在第3条草案里明确地列出此类个人，即国家元首、政府首脑和外交部长。但委员会决定不在第2条草案(e)项中明确提及这些人，因为他们本身被视为本条款草案所指的“国家官员”；因此，为定义的目的，他们不必区别于其他国家官员。

(6) 关于属事豁免适用的“国家官员”，委员会认为无法使用明确列举的办法来确定。鉴于豁免可以适用的个人的职务多种多样，确定哪些人是其官员的国家法律制度也各不相同，委员会认为无法拟订一个穷尽无遗的名单，包含属事豁免涵盖的所有个人。出于同样的原因，委员会认为在一条草案里拟订这种豁免所适用个人职务的指示性名单也是不可能和不合适的。在这两种情况下，名单必然都是不完整的，因为无法编制国内法律制度包含的所有国家官员的职务目录，名单必须不断更新，并且可能给负责适用外国刑事管辖豁免的政府机构造成困惑。因此，为属事豁免目的可被称为“国家官员”的个人必须根据定义中所包含的表明国家与官员之间具体关系（即代表国家或行使国家职能）的标准逐案确定。

(7) 不过，作为例子，下述“国家官员”出现在与管辖豁免有关的国内和国际判例法中：前国家元首；国防部长和前国防部长；副总统兼林业部长；内务部长；司法部长和总检察长；国家安全机构首长；前情报局局长；海事局局长；联邦州的总检察长及各

种低级别官员（检察官及其法律助手、州总检察长公署的侦探以及州机构律师）；各种级别的军官，及政府治安力量和机构的各种成员，包括苏格兰场（伦敦警察厅）厅长；边防警察；监狱的副监狱长；国家档案馆馆长。⁸⁰⁹

⁸⁰⁹ 见：“FENVAC SOS灾难”事故受害者全国联合会，Joola受害者家属协会等，案号9，2010年1月19日的判决(09-84.818)，最高上诉法院刑事庭(法国)(见*Bulletin des Arrêts*, No. 1(2010年1月)，第41页及其后)；琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部，2006年6月14日的判决，上议院(联合王国)，[2006]UKHL 26(见ILR, vol. 129(2007)，第744页及其后)；国库司法代表诉马耳他海事当局和Carmel X，2004年11月23日的判决，最高上诉法院刑事庭(法国)(见*Bulletin criminel* 2004, No. 292，第1096页)；Norbert Schmidt诉联合王国政府内政大臣，1997年4月24日的判决，最高法院(爱尔兰)，[1997]2 IR 121；山达基教会，1978年9月26日的判决，联邦最高法院(德国)(见ILR, vol. 65，第193页及其后)；Teodoro Nguema Obiang Mangue等，案号2012/07413，2013年6月13日的判决，巴黎上诉法院，第二预审厅(法国)，A.诉瑞士总检察长办公室，2012年7月25日的判决，联邦刑事法院(瑞士)(BB.2011.140)；Regina诉Bartle和市警察局长等，皮诺切特缺席，1999年3月24日的判决，上议院(联合王国)(见ILM, vol. 38(1999)，第581页及其后)；Khurts Bat诉德国联邦法院调查法官，案号CO/3672/2011和CO/1655/2011，2011年7月29日的决定([2011]EWHC 2029(Admin))，英格兰和威尔士高等法院行政法庭(见ILR, vol. 147(2012)，第633页及其后)；米兰法庭的公共检察官诉Adler等，2010年2月1日的判决，一审法院(意大利)米兰法庭(可获自<http://opil.oupilaw.com>, International Law in Domestic Courts)[ILDC 1492(IT 2010)]；美利坚合众国诉Noriega，1997年7月7日的判决，第十一巡回区上诉法院(美利坚合众国)(见ILR, vol. 121，第591页及其后)；起诉边防警卫案，案号5 StR 370/92，1992年11月3日的判决，联邦最高法院(德国)(见ILR, vol. 100，第364页及其后)；In re Doe，1988年10月19日的判决，第二巡回区上诉法院(美利坚合众国)，860 F.2d 40(1988)(见ILR, vol. 121，第567页及其后)；R.诉Lambeth Justices, Yusufu缺席，1985年2月8日的判决，高等法院王座分庭(联合王国)(见ILR, vol. 88，第323页及其后)；已故Zahra (Ziba) Kazemi和Stephan (Salman) Hashemi诉伊朗伊斯兰共和国、赛义德阿里·哈梅内伊、Saeed Mortazavi和Mohammad Bakhshi，2011年1月25日的判决，高等法院商事分庭(加拿大)；Belhas等诉Ya'alon，2008年2月15日的判决，哥伦比亚特区巡回区上诉法院(美利坚合众国)(见ILM, vol. 47(2008)，第141页及其后)；Ra'ed Mohamad Ibrahim Matar等诉Avraham Dichter，2007年5月2日的判决，纽约南区地区法院(美利坚合众国)；Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F和处境类似的其他人诉江泽民和处理法轮功问题办公室(610办公室)，2004年9月8日的判决，第七巡回区上诉法院(美利坚合众国)，383 F.3d 620；Jaffe诉Miller等，1993年6月17日的判决，安大略州上诉法院(加拿大)(见ILR, vol. 95，第446页及其后)；Rukmini S. Kline等诉Yasuyuki Kaneko等，1988年10月31日的判决，纽约县最高法院(美利坚合众国)；刑事事项互助的若干问题(吉布提诉法国)，判决，《2008年国际法院汇编》，第177页及其后；Jones等诉联合王国，申请号34356/06和40528/06，2014年1月14日的判决，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2014；及检察官诉Blaškić，案号IT-95-14-AR108bis，1997年10月29日对克罗地亚共和国对第二审判分庭1997年

⁸⁰⁸ 下列多边条约使用了这些词语：《维也纳外交关系公约》《维也纳领事关系公约》《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》《防止及惩治灭绝种族罪公约》《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》《联合国反腐败公约》《反腐败刑法公约(欧洲委员会)》《美洲反腐败公约》及《非洲联盟预防和打击腐败公约》。为界定“国家官员”的目的而对这些文书所作的分析，见特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第三次报告，A/CN.4/673，第51-97段。

(8) 必须注意的是, 国家元首、政府首脑和外交部长可按照本条款草案享有属人和属事两种豁免。委员会第六十五届会议暂时通过的第3条草案特别对第一种假设作出了规定。第二种假设反映在委员会同届会议暂时通过的第4条草案第3款中, 该款规定, “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”。⁸¹⁰ 国家元首、政府首脑和外交部长享有属人豁免或属事豁免的条件将取决于本条款草案的其他规定所载的适用于每一类豁免的规则。⁸¹¹

(9) 必须指出的是, “国家官员”的定义仅指享有豁免的人, 并不预先判断外国刑事管辖豁免涵盖哪些行为的问题或暗含对这一问题的任何表述。从这个角度来看, 为本条款草案的目的, 在确定个人为国家官员时应当考虑的基本要素是该人与国家之间存在某种联系。这种联系反映在第2条草案(e)项中, 其中提到有关个人“代表国家或行使国家职能”。这是关于确定什么是官员的标准的简单明了的说法,⁸¹² 并重申了委员会2013年接受的建议, 即本条款草案与“代表一国或为一国利益行事的人员可享有的外国刑事管辖豁免”有关。⁸¹³ 最后, 应当注意的是, 国家官员可能满足这两个要求或只满足其中一个要求。

(10) “代表……的人”一语必须从广义上理解为包括任何履行代表职能的“国家官员”。提及代表对于国家元首、政府首脑和外交部长特别重要, 因为——如第3条草案的评注所述——“任这些职位的人员仅凭其职务就可在国际关系中直接代表国家而无需国家专门授权其这样做”。⁸¹⁴ 不过, 这里提到的代表国家根据国家制度本身的规则或法律, 还可适用于除所谓三人组以外的国家官员。因此, 官员是否代表国家须逐案确定。最后, 必须指出的是, 单独提到

7月18日的决定的复申请求的判决, ILR, vol. 110(1998), 第688页及其后。

⁸¹⁰ 《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第44页。

⁸¹¹ 在这方面, 应当忆及, 第4条草案的评注第(7)段指出: “委员会认为该‘不妨碍’条款只是不排除这种可能性, 即在符合关于属事豁免的规定时, 可以对前国家元首、政府首脑或外交部长在任期间以公务身份实施的行为适用属事豁免。第3款没有预先判断属事豁免机制的内容, 这将在条款草案第三部分制定。”(同上, 第54页)

⁸¹² 见特别报告员的第三次报告(A/CN.4/673), 第111段, 和特别报告员最初提出的条款草案(同上, 第143段)。

⁸¹³ 见委员会第六十五届会议暂时通过的第1条草案的评注第(4)段(《2013年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第45-46页)。

⁸¹⁴ 见委员会第六十五届会议暂时通过的第3条草案的评注第(2)段(同上, 第48页)。

代表国家作为确定与国家之间联系的一个标准, 可将某些类别的个人涵盖进来, 诸如通常不履行狭义的国家职能, 但确实是代表国家的国家元首。

(11) “国家职能”必须从广义上理解为是指国家开展的活动, 该词包括国家履行的立法、司法、行政或其他职能。因此, “国家官员”是能够履行这些国家职能的个人。提到行使国家职能, 就更准确地界定了官员与国家之间的必要联系, 这就可以充分地考虑到授予个人豁免是为了国家利益。虽然为反映这一想法提出了各种词语, 如“公共权力的特权”“公共职能”“主权权力”“政府权力”“国家固有职能”等, 但委员会选择了最适合本阶段工作的“国家职能”一词。这种选择有两个原因: 一是它充分反映了国家与官员之间的联系, 这种联系与后者的职责有关; 二是使用“职能”一词, 而不是“以国家名义实施的行为”, 避免了豁免的主体要素(官员)与客体要素(行为)之间可能的混淆。无论如何, 在委员会工作的现行阶段, 应在尽量最宽泛的意义上理解这些词语, 同时铭记“国家职能”的确切内容可能在很大程度上取决于国家的法律和组织能力。但有些委员会委员认为所选择的词语不当。

(12) 须指出的是, 本条草案中使用的“代表”和“行使”两词不得被解释为对豁免的时间范围作了任何表述。使用这两个词是为了一般性地确定国家与官员之间的联系, 与国家官员在请求豁免时是否必须仍为官员无关。属人豁免和属事豁免的时间范围是其他条文草案讨论的问题。

(13) 对界定“国家官员”的目的而言, 重要的是个人与国家的联系, 这种联系的形式则无关紧要。委员会认为这种联系可有许多形式, 具体取决于每个国家的国家立法和实践。但大多数委员会委员认为, 对这种关系的解释不能太宽, 而将所有事实上的官员都包括在内。“事实上的官员”一词用于指许多可能的情况, 个人可否为本条款草案的目的被视为国家官员, 取决于每个具体情况。无论怎样, 结合“以公务身份实施的行为”的定义处理与事实上的官员有关的问题, 可能更为恰当。

(14) 鉴于“国家官员”的概念完全基于有关个人代表国家或行使国家职能这一点, 因此, 其职位高低与定义的单纯目的无关。尽管实践表明在多数情况下, 为豁免目的被视为国家官员的个人担任高级或中级职位, 但也可找到这类人员职位较低的例子。

因此，职位的高低虽可为确定某一人员是否是本条款草案规定的官员提供某些提示，但它不是国家官员定义的一个组成部分。

(15) 最后，必须铭记的是，“国家官员”的定义与豁免涵盖的行为种类毫无关系。因此，“代表”和“行使国家职能”不能被解释为以任何方式界定豁免的属事范围。同样，“国家官员”的定义也不能被解释为包含对豁免例外情况的说明。这两个问题将在晚些时候讨论。

(16) 关于用语问题，在国家官员的外国刑事管辖豁免工作的现阶段，委员会认为没必要改变用来指称享有豁免权的人员的词语。因此，继续在英文中使用“state official”，在法文中使用“représentant de l'Etat”，在西班牙文中使用“funcionario del Estado”，在阿拉伯文中使用“مسؤول الدولة”，在中文中使用“国家官员”，在俄文中使用“должностное лицо государства”。虽然委员会认识到这些词语的所指并不一定相同，而且不能互换，但仍倾向于使用这些词语，尤其是因为实践中广泛使用的英文“state official”一词适于指本条款草案提到的所有类别人员。因此，各语文本中使用不同词语此事实并无任何语义方面的重要意义。相反，为了本条款草案的目的，每个语文本中使用的各词语含义相同，而与其在国内法律制度中的含义无关。委员会将在适当时候决定是否作出修改或就这些词语在国内法或国际文书中的使用添加一个保留条款，以确保负责在国家层面实施豁免的机构对本条款草案使用的用语“国家官员”作出正确的解释。

第5条 享有属事豁免的人员

国家官员在以此种身份行事时，对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

评注

(1) 第5条草案是关于属事豁免的第一条草案，意在界定这类外国刑事管辖豁免的主体范围。因此，本条草案与关于享有属人豁免的人员的第3条草案平行。它具有相同的结构，比照采用了委员会已就第3条草案达成一致的同样措词和用语。没有列出实际享有豁免的人员；而是在属事豁免情况下，指称其为“以此种身份行事”的“国家官员”。

(2) 本条草案中使用的“国家官员”一词应从第2条草案(e)项赋予它的意义上来理解，即“代表国家或行使国家职能的任何个人”。与享有属人豁免的人员情况相反，委员会认为不可能在本条款草案里拟订享有属事豁免的人员名单。实际上，这类人员必须适用第2条草案(e)项规定的标准逐案确定，这些标准强调了官员与国家之间的关系。为本条草案的目的，必须适当谨记第2条草案(e)项的评注。⁸¹⁵

(3) “以此种身份行事”指的是官员实施的行为的公务性质，强调了属事豁免的职能性，并确立了与属人豁免的区别。鉴于属事豁免的职能性，有些委员会委员对是否需要界定享有这种豁免的人员表示怀疑，因为在他们看来，属事豁免的本质是所实施的行为的性质，而非实施这些行为的个人。不过，委员会多数委员认为，应当确定享有这种豁免的个人，因为外国刑事管辖豁免适用于这些人。提到享有属事豁免的“国家官员”必须是“以此种身份”行事的人，这丝毫没有提示这类豁免可能涵盖的行为，这些行为将在单独的一条草案中讨论。出于同样的原因，也没有使用“以公务身份行事”一语，以避免与“以公务身份实施的行为”的概念相混淆。

(4) 根据委员会2013年暂时通过的第4条草案第3款，⁸¹⁶属事豁免也适用于“以国家官员身份行事”的前国家元首、政府首脑和外交部长。不过，委员会认为没有必要在本条草案中明确提及这些官员，因为属事豁免之所以对其适用，并非是因为他们的身份，而是因为他们任期间是以国家官员此种身份行事。尽管委员会认为国家元首、政府首脑和外交部长只在离任后才享有严格意义上的属事豁免，但没有必要在第5条草案中提到这一点。将在今后一条关于属事豁免的属事范围和时间范围的草案中对这一问题予以更全面的讨论，该条草案将仿照第4条草案拟订。

(5) 第5条草案不妨碍属事豁免的例外情形，这些例外也将在晚些时候讨论。

(6) 最后，必须注意的是，第5条草案与第3条草案一样，使用“对外国行使的刑事管辖”一语来指享有属事豁免的个人。这种表达说明了豁免与外国

⁸¹⁵ 见上文第2条草案(e)项的评注第(1)–(16)段。

⁸¹⁶ 这项规定为：“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”(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第44页)。关于这一“不妨碍”条款的范围，见第4条草案的评注第(7)段(同上，第54页)。

刑事管辖的关系，并强调了对具体行为行使外国刑事管辖时发挥作用的豁免本质上的程序性质。⁸¹⁷

⁸¹⁷ 见第3条草案的评注第(13)段(同上, 第52页)。

第十章

习惯国际法的识别

A. 导言

133. 委员会第六十四届会议(2012年)决定将“习惯国际法的形成与证据”的专题列入工作方案,并任命迈克尔·伍德爵士为特别报告员。⁸¹⁸在该届会议上,委员会收到特别报告员的说明。⁸¹⁹在同届会议上,委员会还请秘书处编写一份备忘录,说明委员会此前的工作中可能与此专题尤为相关的要素。⁸²⁰

134. 委员会第六十五届会议(2013年)审议了特别报告员的第一次报告以及秘书处关于本专题的一份备忘录。⁸²¹在该届会议上,委员会决定将本专题的标题改为“习惯国际法的识别”。

B. 本届会议审议此专题的情况

135. 委员会本届会议收到特别报告员的第二次报告(A/CN.4/672)。委员会在2014年7月11日至18日其第3222至第3227次会议上审议了该报告。

136. 在2014年7月18日其第3227次会议上,委员会决定将载于特别报告员第二次报告的结论草案1至11转交起草委员会。在2014年8月7日其第3242次会议上,起草委员会主席介绍了起草委员会关于“习惯国际法的识别”的临时报告,报告里含有起草委员会在第六十六届会议期间暂时通过的八条结论

⁸¹⁸ 这是在2012年5月22日第3132次会议上(见《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第157段)。大会在其2012年12月14日第67/92号决议第7段中赞赏地注意到委员会决定将该专题列入其工作方案。该专题在委员会第六十三届会议(2011年)上已依据委员会报告附件一所载的提议(见《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第365-367段,及附件一,第186-192页)。

⁸¹⁹ 《2012年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/653。另见同上,第二卷(第二部分),第157-202段。

⁸²⁰ 同上,第二卷(第二部分),第159段。

⁸²¹ 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/663(第一次报告);同上,文件A/CN.4/659(秘书处的备忘录);另见同上,第二卷(第二部分),第64段。

草案及其评注。这份报告连同结论草案在目前阶段只是作为资料提交给委员会,可在委员会网站上查阅。⁸²²

1. 特别报告员介绍第二次报告

137. 第二次报告着重论述了习惯国际法规则的两个组成要素:“一般惯例”和“被接受为法律”。报告提出了十一项结论草案,分为四个部分(“导言”“两个构成要素”“一般惯例”和“被接受为法律”)。

138. 报告第一部分首先回顾了本专题的历史,然后介绍工作范围及其计划成果。结论草案范围的广度和限度是结论草案1的主题,⁸²³有些用语对工作目的而言或许应该界定,它们载于结论草案2。报告第二部分接着直达专题的核心,即识别习惯国际法的基本方法。⁸²⁴结论草案3明确阐述了两要素法,⁸²⁵结论草案4是关于为此目的而进行证据评估的一般性规定。⁸²⁶后两个部分分别对这两个要素进行论述。第三

⁸²² 网址是<http://legal.un.org/ilc/>。

⁸²³ 结论草案1案文如下:

“范围

“1. 本结论草案的主题是用以确定习惯国际法规则是否存在及其内容的方法。

“2. 本结论草案不妨碍有关其他国际法渊源及强制性国际法规范(强行法)所涉问题的方法。”

⁸²⁴ 结论草案2案文如下:

“术语的使用

“为本结论草案的目的:

“(a) ‘习惯国际法’是指产生于并体现了被接受为法律的一般惯例的国际法规则;

“(b) ‘国际组织’是指政府间组织;

“(c) ……”

⁸²⁵ 结论草案3案文如下:

“基本方法

“为确定习惯国际法规则是否存在及其内容,必须查明是否存在被接受为法律的一般惯例。”

⁸²⁶ 结论草案4案文如下:

“证据评估

“在评估被接受为法律的一般惯例的证据时,必须考虑到有关背景,包括周围情况。”

部分载有关于“一般惯例”的性质和证据的五个结论草案，即实践的作用（结论草案5）、行为归属（结论草案6）、实践的形式（结论草案7）、权衡与实践有关的证据（结论草案8）和惯例必须具备普遍性和一贯性（结论草案9）。⁸²⁷然后在第四部分由关于接受为法律的作用和证据的两个结论草案（分别为结论草案10和结论草案11）阐述两要素的第二个要素，即“被接受为法律”。⁸²⁸

⁸²⁷ 第三部分（结论草案5至9）案文如下：

“一般惯例

“结论草案5

“惯例的作用

“作为习惯国际法的一个要素，必须存在着一般惯例，这一要求意味着首先是国家实践促进了习惯国际法规则的创立或表述。

“结论草案6

“行为归属

“国家实践包括可归于一国的行为，不论此行为是行使行政、立法、司法还是任何其他职能。

“结论草案7

“实践的形式

“1. 实践可具有多种形式。实践既包括实际行动，也包括言语行动。

“2. 实践的表现形式除其他外包括：国家的‘实地’行为、外交行为和信函、立法行为、国家法院的判决、国际法领域的官方出版物、代表国家就编纂工作发表的声明、与条约有关的实践以及与国际组织的机关和会议的决议有关的行为。

“3. 不作为也可用作实践。

“4. 国际组织的行为（包括不作为）也可用作实践。

“结论草案8

“权衡与实践有关的证据

“1. 实践的各种不同形式之间没有预先确定的等级。

“2. 应考虑某一特定国家的所有现有实践。如果国家各机关不用一个声音讲话，应赋予其实践较低的权重。

“结论草案9

“惯例必须具有一般性和一贯性

“1. 要确立一项习惯国际法规则，有关惯例必须具有一般性，就是说必须足够广泛和有代表性。该惯例不必是普遍性的。

“2. 惯例必须大体上是一贯的。

“3. 只要惯例具有足够一般性和一贯性，就无须要求特定存续时间。

“4. 在评估惯例时，须对利益特别受到影响的国家的惯例予以应有考虑。”

⁸²⁸ 第四部分（结论草案10至11）案文如下：

“接受为法律

“结论草案10

“接受为法律”的作用

“1. 作为习惯国际法的一个要素，一般惯例必须被接受为法律，这一要求意味着所涉惯例必须伴有一种法律义务感。

139. 特别报告员在导言中回顾了委员会第2013届会议对本专题的范围和结果进行讨论的一些情况。他特别指出，按目前的设想，本专题的结果是附有评注的“结论”，这一结果受到委员会和第六委员会的广泛支持。尽管如此，最后的形式可以随着本专题工作的进展而予以随时审查。特别报告员还指出，他不打算在本专题范围内处理法律的一般原则或者强行法的问题。

140. 特别报告员回顾，本专题的目标如报告第一部分指出的那样，不是要确定习惯国际法规则的实质，而是要解决识别习惯国际法规则的存在和内容方面的方法问题。

141. 第二次报告的核心是识别习惯国际法规则的两要素方法。特别报告员指出，该方法在国家实践中，以及在国际性法院和法庭包括国际法院的决定中广为采用，受到第六委员会的欢迎。这种方法还得到文献的普遍赞同。他还回顾了关于国际法某些领域如国际人权法和国际人道法方面的意见：一个要素，即法律确信，足以确立习惯国际法的规则，他强调，这个意见没有得到国家实践或国际法院判例法的佐证。但是，特别报告员指出，在不同领域或者针对不同类型的规则实施两要素方法，可能会有区别。

142. 报告在讨论了两要素方法的基本方面之后，接着更详细地逐一讨论这两个要素。从第一个要素“一般惯例”开始，特别报告员表示，该用语比“国家实践”更好，因为它反映了《国际法院规约》第三十八条第一款（丑）项的用语，并考虑到了国际组织的实践也可能相关。他还指出，关于惯例的作用的结论草案部分借鉴国际法院判例法的用语，提出了促成习惯国际法规则的创建或表述的主要是国家实践。

“2. ‘接受为法律’是区别习惯国际法规则与单纯习惯或常例的分水岭。

“结论草案11

“接受为法律”的证据

“1. 接受一般惯例为法律的证据可具有多种形式。这些形式可能依规则的性质和应适用规则的情况而不同。

“2. 证据的形式包括但不限于各国表明什么是或不是习惯国际法规则的声明、外交信函、国家法院的判例、政府法律顾问的意见、国际法领域的正式出版物、条约实践以及与国际组织机构和国际会议的决议有关的行动。

“3. 不作为也可用作‘接受为法律’的证据。

“4. 在国家通过一项行为（包括不作为）来确立用以识别习惯国际法规则的惯例时，这一事实并不妨碍该行为成为所涉惯例被接受为法律的证据。”

报告提出的关于归属问题的结论草案在很大程度上以国家对国际不法行为的责任条款为基础。⁸²⁹

143. 报告还以较多的篇幅论述了所谓的“实践的表现形式”，即可能与确定“某一般惯例”有关的作为或不作为。特别报告员提请注意与报告这一部分有关的六点。第一，实践即可包括言语行为，也可包括实际行为。第二，实践形式的指示性清单很有用，特别是鉴于本专题的总体目标，但这种清单不可能毫无遗漏地罗列所有实践的形式。第三，列出的许多实践形式也可以作为接受为法律的证据。第四，条约实践和国际组织的机关的决议构成两个重要的实践形式，下次报告将更详细地论述。第五，不作为或者沉默的实际重要性不应被忽略。最后，某些国际组织的实践的重要性可能在日益提高，但应该小心予以评估。

144. 特别报告员说，在各种形式的实践之间没有预先确定的等级，应该注意某一国家的所有现有实践。此外，实践必须具有一般性和一贯性。要有一般性，实践必须有充分广的范围，并具有代表性，尽管不必完全一样。如果能满足这些条件，就不需要规定具体的最短期限。此外，应该适当注意利益受到特别影响的国家的实践。

145. 谈到两要素的第二个要素，即“被接受为法律”，特别报告员强调说，与该要素通常相关的许多困难并不是实践中的困难，而是理论上的困难。使一个一般惯例被接受为法律，意味着该惯例必须伴随有法律义务的意义。习惯国际法规则与单纯习惯或常例的区别之处就在这一点上。特别报告员还表明，使用从《国际法院规约》的用语中借来的“被接受为法律”一词，比司法判例中使用的法律确信一词或者其他词语更受欢迎，因为它比通常使用的其他表达形式能更好地描述实际发生的情况。使用“被接受为法律”还可避免对拉丁语“*opinio juris sive necessitatis*”（法律必要确信）一词的解释，因为对该拉丁语表述现在仍有争议。

146. 报告接着论述如何就是否接受为法律提出证据的关键问题。它的结论是，这种接受可以有惯例表明，或者通过惯例来推导出，但要强调的是，不管怎样，主观性要素是不同于“一般惯例”的一项要求，

必须在每个案件中予以分别确定。特别报告员表明，需要编制另外一条结论草案，以进一步澄清这一点。关于“惯例”，报告还指出，“接受为法律”的证据可采取各种各样的形式，报告就这种形式提供了一个提示性的非穷尽的清单。

147. 特别报告员表示，他深为感谢在编写第二次报告时得到的建议和支持，以及若干国家的政府就本专题提供的书面材料。特别报告员指出，在本专题上增加的某些内容可以在明年的第三次报告中更详细地考虑，在这方面，他表明，随着在本专题上的工作的进展，他继续欢迎提出意见和建议。除了两个要素相互作用的问题以外，特别报告员请求就非国家行为者的实践的作用、国际组织和会议的决议的作用、条约的作用以及与条约的关系、评估证明实践和接受为法律的证据的任务、应对评估国家实践及其证据的挑战的各种方式等等提出意见。

148. 特别报告员还表示，他将在2015年的第三次报告中涵盖第六委员会2013年提出的“特殊”或“地区”习惯国际法，包括“双边习惯”的问题。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

149. 特别报告员的总体方向和方法得到了广泛的支持。两要素方法受到普遍欢迎。广泛认为，工作成果应该是一个实用的工具，对不是国际法专家的实践者来说，要有特别的价值。在这方面，建议结论草案要明确清晰，应反映必要的细微差别和限定。还普遍同意，结论草案不应有过度的规定性，而应反映习惯国际法固有的灵活性。

150. 但是，关于本专题的范围方面提出了问题。除了考虑习惯国际法的证据以外，委员会有些委员要求更直接地提及习惯国际法规则的形成过程。一些委员还对没有详细考察习惯国际法与国际法其他渊源特别是一般法律原则之间的关系表示关注。还建议应考虑与常例与礼让的关系。

151. 特别报告员利用世界各地的实践的努力受到了赞扬，虽然若干委员强调确定这一领域的国家实践有其难度，鉴于使实践做法更加易于获知和可供利用至关重要，会议认为应该再次请各国提交关于它们在国际法的识别方面的实践的信息，以及关于

⁸²⁹ 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76-77段。委员会在其第五十三届会议通过的对国际不法行为的责任条款载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件。

载有相关国家实践的摘要和其他出版物的信息。尽管在弄清国家实践方面有困难，但一些委员仍提醒不要仅仅依赖国际法院的判例，而忽视其他比较专门的国际性法院和法庭的判例。

152. 在与此有关的谁对习惯国际法规则的存在有举证责任的问题上，会议也交流了意见。委员会有些委员讨论了以下问题：在某一规则是否存在的争议中，举证责任是由肯定这项规则存在还是由否定其的一方来承担？以及法官是否应该对证据的认定采取肯定性步骤？

153. 特别报告员提议的未来工作方案得到了总体上的支持。若干委员欢迎关于研究习惯国际法两要素之间的相互作用的建议，若干委员呼吁特别考虑互动的方面问题。会议还欢迎进一步审议国际组织的作用、区域和双边习惯以及“一贯反对者”的概念。但是，有些委员对特别报告员提出的大胆的工作速度提出保留，指出本专题含有许多难题，需要小心谨慎地予以考虑。

(b) 术语的使用

154. 对于是否应列入关于术语的使用的结论草案提议的对“习惯国际法”和“国际组织”的定义，会议交换了意见。若干委员怀疑这些定义是否有必要或适当，还有一些委员则认为这些定义有用，并建议还可以界定其他的术语，包括习惯国际法的两要素。

155. 关于特别报告员在结论草案2中提议的习惯国际法定义，在两个问题上进行了广泛的辩论。就这种定义是否应以《国际法院规约》第三十八条第一款(丑)项的措词为基础，以及是否采用“法律确信”的表述，有不同的意见。若干委员支持该定义以《规约》的术语为基础，而有些委员则指出，这一定义在著作中受到广泛的批评。有些委员指出，“法律确信”是判例法和著作中最常用的表述，他们呼吁用“法律确信”替代“被接受为法律”的术语，还有一些委员建议，同时列入这两种术语。委员会多位委员认为，习惯的主观要素(“法律确信”)不是国家的“同意”或愿望的同义词，而是意味着其相信，其之所以沿循一项特定实践，是因为正在按照国际法行使一项权利或遵守一项义务。

(c) 基本方法

156. 普遍同意对习惯国际法规则的识别采取基

本的两要素方法。特别是委员会大多数委员支持关于这种基本方法在国际法各领域中没有不同的意见。但是有些委员表示，在不同的领域似乎有不同的识别方法，但也承认，此种不同可能是在两要素方法运用方面的差别，而不是方法的截然不同。

157. 因特别报告员下次报告将审议这两个要素之间的相互作用，有些委员预先对两要素方法的时间方面提出评论。他们表示关注，结论草案3所述的方法似乎意味着“一项一般惯例”必须永远出现在“接受为法律”之前。有些委员表示，至关重要的是两要素都存在，而不是时间顺序。

158. 关于对一般惯例被接受为法律的证据的评估问题，对结论草案4提出的“必须考虑到有关背景，包括周围情况”等语句存在着不同的意见。有些委员欢迎提到背景，因为它表明这一过程具备固有的灵活性；而另一些委员则提出制定更加明确和独立的标准。在关于提议的识别方法是否反映国际实践的现实方面也提出了一个问题，会议指出，对国家实践和法律确信进行无一遗漏的审查是一种例外，因为一个规则的证据存在与否，首先是在国际法院的裁定、国际法委员会的工作或者大会决议以及条约中寻找的。

(d) “一般惯例”

159. 对于结论草案5中的用语，即它的有关部分提出的“……一般惯例……意味着，首先是国家实践促进了习惯国际法规则的创建……”，存在着一系列的不同意见。会议建议澄清这种用语，以确切表明谁的实践对于确定是否存在“一般惯例”是相关的，但所提出的澄清方式也有差异，委员会有些委员认为，使用“首先”一词是受到了误导，因为它表示与此相关的可能是非国家的实体的实践。这些委员认为，在识别习惯国际法规则的过程中，不应考虑国际组织的实践。还有的委员认为，国际组织的实践只是在它反映了国家实践的时候才相关。但是，还有的委员同意特别报告员的意见：国际组织的实践本身可能与习惯规则的建立有关，特别是在这些组织授权范围内的某些活动领域方面。这些委员提请注意特权和豁免、国际组织的责任和条约的保存职能等领域，因为在这些领域中，国际组织的实践特别相关。

160. 委员们支持特别报告员关于在第三次报告中进一步论述国际组织在识别习惯国际法的规则中

的作用的建议。如果国际组织的实践可能是相关的,有些委员要求审议这种实践可能会采取哪种确切的形式。有些委员还认为,非国家行为者的实践的作用(如果有的话)也值得研究。

161. 关于行为的归属问题,若干委员建议修订提议的结论草案6中的用语,它严重依赖于国家对国际不法行为的责任条款。这些委员认为,在这里,应该对归属问题进行不同的构思,因为就习惯国际法而言,有关的实践必须得到国家的许可。也有委员提问,如果一个机构越权行事,这种行为是否应该被看作是国家实践。在这方面也提出了以国家名义行事而非国家行为者的行为是否构成相关的实践的问题。

162. 会议广泛支持提议的关于可构成“一般惯例”的国家行为的形式。特别是,若干委员欢迎将言语行为与实际行为一起列入,虽然有些委员要求对有关的言语行为作澄清。关于是否言语行为本身就可以产生“一般惯例”,以及是否言语行为必须用文字转录或重复,这两个问题都没有确定。与会者建议结论草案专门论述其他形式的言语行为,如外交上的承认和抗议行为。还有委员建议明确提及行政行为。最后就在国际性法院和法庭的诉状是否作为国家实践而相关的问题进行了讨论。

163. 关于将“不作为”作为一种实践列入的问题,一般认为,这个问题需要进一步探讨和澄清。若干委员认为应该研究使不作为有影响的具体条件,他们表明,沉默或不作为只有当情况需要作出某种反应的时候才可能相关。有的委员还认为,取决于不作为是否涉及某项限制性规则或国家自身没有介入的他方的实践,不作为或沉默可能会有不同的重要性。

164. 关于实践证据的权重问题,就结论草案8中的一句话,即“各种不同形式的实践没有预先确定的等级”的确切含义提出了问题。若干委员表示,一国某些机关的实践比其他机关的更重要,还有的委员指出,对不同的机关反映国家的国际立场的授权有大有小。建议在评估一个机构的实践时,应该考虑其授权是否直接涉及所涉规则的内容以及它是否在国际一级代表国家行事等问题。还有的委员认为在这方面应该谨慎对待国内法院的实践。

165. 关于一国国内实践的不一致是否应导致减少对该国实践的重视程度这一相关问题,有些委员认为,这种不一致有实质性意义,而另有若干委员认为,

低级机构之间或者其自身的实践有冲突,这不应该影响国家实践整体上的证据价值。会议还表示关注,结论草案8提议的关于这种内部不一致的提法,其规定性太强,妨碍识别进程的灵活性。

166. 还有建议认为在确定实践的体现形式是否对于识别习惯国际法规则的目的有效时,应考虑其他标准。例如,认为有效的实践应该是公共性质的,符合国内法的,而且与所涉规则的内容有某种特定的联系。

167. 也有委员认为,实践必须是一般性的和一贯性的,才能确立习惯国际法规则,这种观点得到普遍支持,但若干委员就提议的结论草案9所使用的具体术语表示关注。一些委员认为,“有代表性”和“足够广泛”等词语需要作进一步阐述和澄清。一些委员还认为,结论中应引入“统一”或“基本统一”等词语,以及实践的频率或重复。最后,对于何时应将异常实践作为违反现有规则的不相关情况或者作为形成过程中的一个例外而搁置的问题,表示可能需要作进一步的阐述。

168. 结论草案9第4段所述“特别受到影响的国家”的概念受到相当大的争论。若干委员认为,这一概念与国家主权平等不相容,不应列入结论草案。他们说,对各个领域一般国际法的内容和范围以及形成和发展,所有国家都感兴趣;因此,所有国家的实践,无论是作为或不作为,也同样重要。国际法院在这个问题上有限的判例被提请注意,而有些委员则指出,国际法院没有将这一概念变成一个一般适用的概念,而只是认定,特别受到影响的国家的实践应该在某一案件的具体背景中予以研究。不反对将这概念列入结论草案的另一些委员强调说,这并不是给强国以更大权重的个办法,也不是确定实践是否足够广泛的一个办法。最后,建议应该澄清特别受到影响的国家的作用(如果有的话),以及这一概念在区域或双边规则等背景中可能有的任何作用。

(e) “被接受为法律”(“法律确信”)

169. 委员会委员普遍同意“接受为法律”在确定是否存在习惯国际法规则中的作用。但是,有些委员表示关注,“法律义务感”的提法没有充分说明主观要素的运作情况。在这方面,有人表示,应该讨论当一个国家想改变现有规则时异常实践的作用。

170. 关于接受为法律的证据问题，会议讨论了作为（包括不作为）既可证明惯例，也可证明接受为法律这一观念。某些委员认为，通常情况，接受某惯例具有法律的强制性，不能仅仅通过提到该惯例本身的证据而予以证明。另一方面，若干委员不反对所谓的“双重计入”，他们指出，两要素的证据可以根据对同一行为的审查情况予以识别。建议在研究两要素之间相互作用时进一步探讨这个问题。

171. 对接受为法律提出了一些额外的评论。有些委员认为（但另一些委员不以为如此），这种接受需要近乎于普遍，才能确立一项规则。还有的委员建议探讨国际组织决议作为法律确信的潜在证据的作用。还有的委员要求就若干问题作澄清。例如，他们认为，除了结论草案11所规定的证据形式以外，还需要就认定法律确信所使用的方法问题进行阐述。鉴于工作的实际目的，应该进一步澄清如何将表明接受为法律的惯例与其他行为相区别。最后，对于红十字国际委员会还有专业组织和法学家在评估主观要素方面的作用，建议应给予一定的注意。

3. 特别报告员的总结

172. 特别报告员认为，委员会委员对“两要素方法”继续有广泛的支持，指出对于两要素的时间方面的问题及其相互关系应该予以进一步的审议。他还指出，委员会普遍同意，对于这个专题，以国际性法院和法庭的裁定作为寻求指导意见的主要材料。关于本专题的成果问题，委员会委员还是同意这样的观点，即对本专题所开展的工作，其结果应该是通过一个实用的指南，以协助实践者履行识别习惯国际法的任务，其将在指引与灵活性之间达成一种平衡。关于是否有必要明确包含习惯国际法规则的形成问题，特别报告员认为仍然有不确定性。

173. 特别报告员表明，这种实用的指南应该采取一套稳健而又全面的简明的结论草案的形式，结论草案应该与所附的评注一起解读。评注是结论草案不可或缺的一个补充，其篇幅应该较短，只提及关键的惯例、案件和文献，像国家对国际不法行为的责任条款或国际组织的责任条款那样。

174. 会议再次强调国家提交关于与习惯国际法有关的实践的材料以及关于国家摘要和有关出版物方面的信息的重要性。特别报告员表示委员会向国家提出这方面的请求是有益的。

175. 关于谁的实践应计入的一般性问题，特别报告员承认，本应更明确地表示结论草案首先以及主要的是讲的国家实践。另一方面，他强调说，至少某些国际组织在某些领域，如与条约有关的领域、特权和豁免领域、或者国际组织的内部法律领域等的实践，是不可以不予以考虑的。

176. 关于决议草案1所用的术语问题，特别报告员承认，“方法”一词造成困难，但他指出，辩论期间提出的其他提案并不一定能克服这些困难。他强调说，该结论的行文应表明，其目的是说明结论草案不是要识别习惯国际法的实质性规则，而是要确定识别这种规则的方法。特别报告员还重申他怀疑有必要将提议的定义保留在结论草案2中而不是在评注中。

177. 特别报告员强调，结论草案3所列的基本办法至关重要，他倾向于保留《国际法院规约》的措词。他表示，这种讲法很可能比其他常见的表述更适合，因为它为除了国家实践以外的实践和主观要素的宽泛概念留出了余地。但是，鉴于对“被接受为法律”一语有争议，特别报告员建议用法律确信这一常用语来予以补充。他还指出，普遍的意见是，在国际法不同领域，识别习惯国际法规则的方法没有不同，但他也承认对不同类型的规则，可以以不同的方式运用基本方法。

178. 关于结论草案5中“首先”一词的使用问题，特别报告员澄清说，该用语的使用是为了强调国家实践的突出作用，同时为考虑国际组织的实践留出余地。

179. 特别报告员认识到必须进一步研究为国家责任而采用的关于归属的规则是否也适用于目前的情况。他还表示有必要进一步思考关于某项惯例是否合法的问题。

180. 特别报告员欢迎结论草案7第1和第2段所受到的广泛支持，特别是在同时列入言语行动和实际行动方面。但是，特别报告员承认，第3和第4段提出的关于不作为的问题需要在他的下次报告中予以阐述。

181. 关于一个国家内实践的不同形式和相互冲突的实践可能有等级之分的问题，特别报告员明确，重点是没有“预先确定的”等级，但他肯定不会建议

下级机关的行为与较高级机关的实践具有同等的权重。

182. 特别报告员欢迎结论草案9受到的广泛支持，但他也承认“特别受到影响的国家”的提法引起了辩论。他解释说，这一段的行文小心谨慎，他的用意不是建议将某些强国的实践看作是习惯国际法规则形成的基本要素。不同的规则所涉的国家可能不同，这一表述所指的并非任何特定的国家。

183. 特别报告员认为，关于“被接受为法律”的问题的两项结论草案的行文应该与关于“一般惯例”的结论草案更加一致。他还表示，因为委员会委员表达了不同的意见，将进一步研究同一行为作为惯例的证据和法律确信的证据被所谓“双重计入”的问题。

184. 关于本专题将来的工作方案，特别报告员表示，第三次报告将特别处理与国际组织有关的各方面，及习惯国际法和条约以及国际组织的决议之间的关系。第三次报告还将论述“一贯反对者”以及区域、地方和双边习惯的问题。特别报告员还强调了进一步审议证据问题以及相关的举证责任问题的必要性。

185. 特别报告员承认，他计划在2016年提交最后报告，包含修订的结论草案和评注，这个计划可能显得很快，但他向委员会委员保证他不会为了进度而牺牲质量。他还表示，起草委员会在本届会议临时通过的结论草案，将在本阶段提交全体会议参考，并在2015年的全体会议上正式审议。

第十一章

与武装冲突有关的环境保护

A. 引言

186. 委员会在其第六十五届会议(2013年)决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入工作方案,并决定任命玛丽·雅各布松女士为该专题特别报告员。⁸³⁰

B. 本届会议审议此专题的情况

187. 委员会在本届会议上收到特别报告员的初步报告(A/CN.4/674),委员会在2014年7月18至25日其第3227至3231次会议上审议了该报告。

1. 特别报告员介绍初步报告

188. 初步报告介绍性概括了专题的第一阶段,即适用于潜在武装冲突的环境规则和原则(“和平时期的义务”)。报告没有直接讨论在武装冲突期间或冲突之后(分别为第二阶段和第三阶段)应采取的措施。特别报告员在确定报告框架时考虑了委员会在2013年进行非正式磋商期间表达的意见、各国在大会第六委员会表达的意见、以及各国应委员会在其2013年报告中的要求提交的书面材料。

189. 特别报告员指出,该报告审查了一些与范围和方法相关的方面,然后着手查明国际环境法之下现有的义务和原则,这些义务和原则可为在和平时期采取措施以减少武装冲突的负面环境影响提供指导。特别报告员认为,试图对任何和平时期的义务在武装冲突期间或之后继续适用的程度问题进行评估,为时尚早。报告指出,对于防范原则和进行环境影响评估等义务,在国际人道法中存在相似义务,但这些规则远远不同于和平时期的义务。下一次报

告将详细审查第二阶段的义务。

190. 报告还讨论了使用某些术语的使用问题以及国际人权法与本专题的相关性。特别报告员指出,提出“武装冲突”和“环境”等术语的定义草案旨在为讨论提供便利,但并未打算在本届会议上向起草委员会提交这些定义。

191. 特别报告员最后介绍了提议的今后工作方案,并指出,该工作设想的时间框架为三年。下一年的报告将讨论在国际和非国际武装冲突期间适用的法律,该报告包括对涉及本专题的现有武装冲突规则及这些规则与和平时期的义务之间的关系的关系的分析。该报告还将包括提议的准则、结论或建议,涉及一般性原则、预防措施以及有可能在武装冲突期间继续适用的国际法规则实例等。2016年的后续报告将侧重冲突后的措施,还有可能包括数量有限的准则、结论或建议,涉及合作、共享信息和最佳做法以及赔偿措施等。特别报告员指出,由各国提交的重点介绍相关国家法律的资料,以及与其他国际和区域实体的持续磋商,仍将会有帮助。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

192. 专题的重要性及其总体目标获得广泛认可。委员会的委员们普遍认为工作应侧重于澄清适用于武装冲突的国际环境法规则与原则。好几位委员赞同特别报告员的意见,即委员会不应修改武装冲突法。但另外一些委员认为,因为武装冲突法律中有关环境的内容极少,所以可能需要进一步阐明与武装冲突相关的环境义务。有人提出,在此专题下须加以保护的实体就是环境本身,这一专题的工作应努力将适用于所有三个阶段的规范加以系统化。还有人强调,委员会不应将涉及国际环境法或国际人权法的基本问题作为专题的一部分来讨论。

⁸³⁰ 决定是在2013年5月28日委员会第3171次会议上作出的(《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第167段)。该专题的提纲,见《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),附件五。

(b) 范围和方法

193. 特别报告员采用按时间划分的三阶段方式得到普遍支持，一些委员认为该方式可为工作提供便利。有委员认为，按时间进行划分使委员会能够在第一阶段侧重准备和预防措施，在第三阶段侧重赔偿和重建措施。但另一些委员对过于严格地遵守时间方针表示关切，并指出特别报告员自己也曾曾在报告中明确表示不同阶段之间不可能有严格的分界线。一些委员指出，首先不同的时间阶段将如何体现在一项连贯的最后成果中就不清楚。一些委员指出，在制定准则或提出结论时保持不同阶段之间的严格分界线很难，也是不可取的，因为许多相关规则适用于所有三个阶段。

194. 一些委员认为，这一工作采用主题方针而非严格的时间方针可能是有益的。他们建议审议本专题时审查以下问题：(a) 一般国际法或国际环境法中是否存在适用于武装冲突背景下保护环境的原则和规则；(b) 哪些规则和原则（如果有的话）可针对与武装冲突相关的环境保护问题进行调整；(c) 因环境在武装冲突中遭受严重打击所致伤害可能导致哪些法律后果？

195. 第二阶段的内容是武装冲突期间与保护环境相关的义务，应给予第二阶段多大的权重成为引起大量辩论的问题。一些委员认为第二阶段应作为项目的核心，因为另外两个阶段的审议工作都与武装冲突期间产生的义务有内在联系。这些委员认为，与保护环境相关的武装冲突法律非常有限，不能反映当今武装冲突问题的现实及其对环境造成的风险。另一些委员强调，正如特别报告员所建议的那样，委员会不应将工作重点置于第二阶段，因为武装冲突法律是特别法，载有与保护环境相关的规则。

196. 还进行了有关范围限制的大量讨论。一些委员认为，应根据特别报告员的建议，不将武器问题纳入本专题，而另一些委员则认为，若要全面处理本专题，就必然要纳入对武器问题的审议。一些委员认为如必要则讨论一般的武器类别或类型，有人建议明确声明有关本专题的工作不影响针对特定武器的现行规则。

197. 一些委员同意应谨慎对待与国内流离失所者和难民相关的问题。有人强调，不应完全忽略这些问题，特别是在将人权维度纳入工作的情况下。另

一观点认为，这些问题是否与本专题直接相关值得怀疑。一些委员还同意将文化遗产因素排除在外的建议，但另一些委员认为该问题与环境问题有着密切联系，现有法律中存在需要处理的缺陷和空白。

198. 关于环境压力成为武装冲突原因之一的问题，一些委员认为不应纳入这一话题，但另一意见认为这是一个极具重要性和相关性的问题，因此不应忽视。

199. 最后就有关审议非国际性武装冲突的建议提出了一些问题。虽然处理这类冲突的建议获得广泛赞同，但一些委员指出，纳入这一问题将使得有必要开展研究，以确定非国家行为者是否受到武装冲突法律的约束，或受到所查明的第一和第三阶段的义务的约束。

(c) 术语的使用

200. 为指导讨论制定工作用定义的建议得到广泛支持。在此背景下，就报告中的“武装冲突”和“环境”这些术语的可能定义广泛交流了意见。是否最终在工作成果中纳入这些术语的定义还是一个未决问题。

201. 讨论中与武装冲突的定义相关的主要问题涉及纳入“有组织武装团体之间或一国之内这类团体之间”的冲突的建议。⁸³¹一些委员表示支持该建议，另一些委员则认为，该定义应规定武装冲突各方之间紧张程度和组织情况最低标准，有人建议该定义澄清，“内部动乱和紧张局势，如暴动，孤立和零星的暴力行为”不包括在内。⁸³²而另一些委员则认为，仅将显示出组织程度高于最低要求的武装团体之间的冲突定为武装冲突，此限制过于严格。还提出了有关非国家行为者之间冲突导致环境损害的法律后果的问题。

202. 为了确定“环境”的工作用定义，讨论建议委员会首先确定环境是否具有法律性质。一些委员

⁸³¹ 检察官诉 *Duško Tadić* 又名“Dule”，案号 IT-94-1-AR72，对辩方就管辖权问题提出中间上诉的辩护动议的决定，1995年10月2日的决定，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭，*Judicial Reports* 1994-1995, vol. I, 第352页，详第429页，第70段。

⁸³² 1998年7月17日的《国际刑事法院罗马规约》，第八条第(二)款(f)项；及1977年6月8日的1949年8月12日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书(第二议定书)，第一条第二款。

回顾了报告中对这一术语的定义——例如委员会在关于危险活动所致跨界损害的损失分配原则草案中采纳的定义⁸³³——并非国际接受的定义。一些委员认为，工作用定义应依照武装冲突中的环境保护问题这一具体工作目标来具体确定。

203. 讨论还要求对报告中“原则”和“概念”等术语的使用予以澄清。有人建议，如果“原则”的确是一项法律规则，应声明这一点，还应声明“概念”一词并非法律规则，而是一项以政策为导向的建议。

(d) 将参考的资料来源和其他材料

204. 报告中关于国家实践、国际组织实践和委员会此前工作的信息受到欢迎。一些委员指出，各国进一步提供信息和材料对该专题的工作至关重要。讨论认为，尤其是近来卷入武装冲突或受武装冲突影响的国家的做法具有特别价值。一些委员与特别报告员的意见一致，认为报告中介绍的一些国家的做法虽重要和有用，但不一定能够广泛代表全球各国的做法。有人表示，虽然一些国家可能具备尽可能保护环境的政策，但许多其他国家的军队在武装冲突中是否受国家环境法的规范尚存在疑问，因为除其他外，存在大量出于国家安全原因的豁免情况。

205. 委员们还一致要求提供补充信息，说明国际和区域组织在这一领域的做法，尤其是与维和行动和保护平民有关的。同样，讨论认为，了解从事该领域工作的国际实体如红十字国际委员会的最佳做法可能是有益的。因此，特别报告员与这类实体持续磋商的做法反响良好。

(e) 环境原则与义务

206. 报告中关于环境原则的信息受到欢迎，但委员们的普遍立场认为，还需对这些原则与武装冲突之间的具体关系作进一步分析。一些委员强调，委员会不应作为专题的一部分，试图决定“可持续发展”或“预防原则”是否是国际法一般原则或规则。相反之，普遍的意见是本专题应完全侧重这些原则对武装冲突的适用性。

207. 一些委员认为应对国际环境条约开展进一步研究。因为大多数这类条约没有提及是否适用

于武装冲突，一些条约甚至明确声明其不适用于武装冲突，因此需要对武装冲突背景下环境原则的运用作进一步审查。一些委员还就此回顾指出，委员会在其第六十三届会议通过的《关于武装冲突对条约的影响条款草案》⁸³⁴并未假设环境条约持续适用，而是在结论中指出，某些条约不因武装冲突而当然中止或终止。还有人回顾指出，上述《条款》的第10条规定，条约的终止或中止并不影响载于条约但也独立于条约适用的义务。

208. 一般性讨论涉及查明与武装冲突相关的和平时期的义务的必要性，除此以外，还讨论了报告中介绍的具体的环境原则。一些委员要求进一步澄清与武装冲突相关的防范原则的内容及其运用情况。另一意见认为，如果一般国际法之下存在防范原则，则在武装冲突背景下运用该原则时，就要求决策者力求避开平民目标，在使用战争手段和方法时适当考虑保护和维持自然环境。一些委员的立场是，武装冲突法律是特别法，因此，与防范相关的义务是该法下产生的义务。

209. 讨论对报告中确认的某些其他原则对武装冲突的相关性提出质疑。一些委员不认为可持续发展与该专题相关。类似疑问还针对“污染者付费”原则及开展环境影响评估的义务。但也有一些委员赞同进一步审议环境影响评估的问题。有人支持制定准则，施加义务要求各国作为军事规划的一部分编制环境影响评估。有人指出，国际法院认定，一般国际法要求在跨界背景下对工业活动开展这类评估。⁸³⁵

(f) 人权和土著人民权利

210. 委员们就人权是否构成本专题组成部分的问题表示了不同意见。数个委员认为，国际人权法对本专题的用途有限，因其特征与国际环境法大不相同。另一些委员建议继续将人权作为该工作的一部分。具体而言，这些委员提请注意，一些区域人权判例认为人权适用于武装冲突时期，还有判例涉及1981年《非洲人权和民族权宪章》中规定的享有总体令人满意的环境的集体权利。⁸³⁶有人建议开展一项

⁸³⁴ 《2011年……年鉴》，第二卷（第二部分），第100-101段。委员会第六十三届会议通过的关于武装冲突对条约的影响的条款转载于大会2011年12月9日第66/99号决议的附件。

⁸³⁵ 见乌拉圭河纸浆厂（阿根廷诉乌拉圭），判决，《2010年国际法院汇编》，第14页，详第82-83页，第204段。

⁸³⁶ 第24条。

⁸³³ 《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第66-67段，原则2(b)。

实质性分析，以确切了解哪些人权与环境相关，以及武装冲突背景下适用哪些人权。

211. 关于是否适于建议作为专题的组成部分单独处理土著人民权利的问题，存在意见分歧。一些委员有所保留，而另一些委员支持这一想法，他们指出，土著人民与环境之间享有特殊关系。

(g) 今后的工作方案

212. 特别报告员提议在第二次报告中进一步审查第一阶段的一些方面，并讨论第二阶段的问题，包括分析具体的环境原则在多大程度上在武装冲突背景下适用，这一提议得到广泛支持。

213. 关于工作成果的问题，一些委员支持制定实用和没有约束力的准则，但在2016年之前完成这项工作可能存在困难。另一些委员认为还需进一步讨论工作成果应是什么样的。

3. 特别报告员的总结

214. 特别报告员指出，初步报告的目的在于征求有关和平时期的义务，尤其是有关环境法和人权法义务的意见，然后再着手编写第二次报告，以及就第一阶段和第二阶段编写准则、结论或建议。

215. 关于范围和方法的问题，委员们对工作范围表示出一定程度的灵活性，但对提议的范围限制进行了大量讨论。因为一些委员不愿将涉及武器的一般性问题排除在外，特别报告员重申，因为有关武装冲突的法律以相同的法律基础处理所有武器的问题，所以不应将特定武器的影响作为一项单独问题讨论。她欢迎制定一项“不妨碍”条款的可能。

216. 对文化遗产的处理问题，讨论中出现了意见分歧。特别报告员重申，环境和文化遗产之间存在错综复杂的关系，尤其是在景观的美学和特征方面。她还指出，在武装冲突背景下保护文化财产和文化遗产方面存在空白，需要填补。鉴于这些问题的复杂性，将在第二次报告中对相关问题进行更加详细的分析。

217. 明显多数委员表示支持按时间划分的三阶段的方式。一些委员建议采用主题方针，但特别报告员回顾，联合国环境规划署专门讨论此问题的2009

年报告曾采用主题方针。⁸³⁷ 后来发现以这一方针作为本专题工作方法过于复杂，可能会使拟订执行准则变得尤为困难。

218. 特别报告员澄清，她对委员会不应对武装冲突方面的现有法律进行修订的坚持不应被解释为有意忽视第二阶段。她重申，第二次报告将处理在武装冲突期间保护环境的问题，包括武装冲突法中可为武装冲突期间保护环境的目的发挥作用的规则，以及可能在武装冲突之前产生义务的规则。

219. 委员们就“武装冲突”和“环境”等术语进行了有益讨论，但是，普遍的理解似乎是并不急需处理术语的使用问题。

220. 关于国家实践证据的可或性，特别报告员再次强调，有必要明确了解各国是否具备生效的旨在武装冲突背景下保护环境的法律和规章。在这方面，特别报告员重申，委员会应再次请各国提供在国际或非国际性武装冲突时期，包括区域和双边条约在内的国际环境法继续适用的实例。

221. 特别报告员完全赞同一些委员的意见，他们认为有必要应进一步审查环境原则、人权法和武装冲突之间的联系。特别报告员还同意可持续发展与本专题几乎不相关的看法，但她回顾指出，一些委员上一年曾促请将可持续发展纳入讨论。她还指出，正如《关于环境与发展的里约宣言》中的原则24表明，在战争和可持续发展之间长期存在政治联系。⁸³⁸ 她还提请委员会注意联合国人权和环境问题独立专家开展的广泛工作。⁸³⁹

222. 关于工作的成果，对准则、结论或建议应涵盖哪些行为者存在关切。如讨论中所指出，深入探讨这一问题为时尚早，但特别报告员承认，保护的以及工作针对的行为者可能会因阶段而不同。

⁸³⁷ 联合国环境规划署，*Protecting the Environment during Armed Conflict: an Inventory and Analysis* (在武装冲突期间保护环境：盘点和分析)，2009年11月，可获自https://ceobs.org/wp-content/uploads/2018/03/int_law.pdf。

⁸³⁸ 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3-14日，里约热内卢》(联合国出版物，出售品编号E.93.I.8和更正)，第一卷：会议通过的决议，决议一，附件一。

⁸³⁹ 可获自<https://www.ohchr.org/CH/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx>。

第十二章

条约的暂时适用

A. 导言

223. 在其第六十四届会议(2012年)上,委员会决定将“条约的暂时适用”专题列入工作方案,并任命胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生为专题特别报告员。⁸⁴⁰在同一届会议上,委员会注意到特别报告员就他主持进行的关于这一专题的非正式磋商的情况所作的口头报告。委员会还决定请秘书处编写一份备忘录,说明委员会以前在有关条约法的工作中就此专题所做的工作以及1969年《维也纳公约》相关条款的准备工作情况。大会后来在2012年12月14日第67/92号决议中赞赏地注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。

224. 在第六十五届会议(2013年)上,委员会收到了特别报告员的第一次报告,⁸⁴¹该报告旨在通过探讨如何从理论角度处理这一专题,以及简要回顾现有的国家实践,设法从总体上确定在条约的暂时适用方面出现的主要法律问题。委员会还收到了秘书处编写的一份备忘录,⁸⁴²其中叙述了当初在委员会和在1968-1969年联合国条约法会议上对1969年《维也纳公约》第二十五条的谈判情况,并简要分析了审议期间提出的一些实质性问题。

B. 本届会议审议此专题的情况

225. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/675),该报告试图对条约暂时适用的法律效果进行实质性分析。

⁸⁴⁰ 这是在其2012年5月22日第3132次会议上(见《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第267段)。在委员会第六十三届会议(2011年)上,依据该届会议工作报告附件三中的提议,该专题列入委员会长期工作方案(《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第365-367段,及附件三,第203-206页)。

⁸⁴¹ 《2013年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/664。

⁸⁴² 同上,文件A/CN.4/658。

226. 委员会在2014年7月25至31日召开的其第3231至3234次会议上审议了第二次报告。

227. 在2014年8月8日其第3243次会议上,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《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》有关条款的准备工作中就此问题开展的工作。

1. 特别报告员介绍第二次报告

228. 特别报告员在介绍第二次报告时,概述了迄今为止对该专题的审议情况。他指出,已收到10个国家应要求提供的关于其实践的资料。不过,他认为根据收到的提交材料,尚不能从国家实践中得出结论,他请委员会再次要求各国提交关于其实践的资料。

229. 特别报告员指出,第二次报告的目的是对条约暂时适用的法律效果进行实质性分析。他指出,虽然不打算详尽分析各国的国内宪法性法律,但是鉴于国家在解释其实践时往往结合国内实践,因此对条约暂时适用的法律效果的分析必然是依据国内实践进行的。

230. 条约暂时适用的法律效果问题是特别报告员第二次报告的核心,也是委员会探讨条约暂时适用问题的关键。不考虑条约暂时适用对其他缔约方或第三国的法律后果,则任何分析都不可能真正有助于理解条约的暂时适用问题。他指出,各国在第六委员会的发言以及以书面形式做出的评论都表明,条约的暂时适用的确具有国际和国内法律效果。他还忆及,国际性法庭曾审理过一些案件,其争论点正是条约暂时适用的法律范围。

231. 特别报告员表示,所涉法律义务的来源可以是条约中的条款,也可以是与主要条约平行通过的单独协定。鉴于暂时适用条约的决定可以是明示的或默示的,这些义务的法律性质及其法律效果的

范围取决于条约中的规定。特别报告员在报告中提出了可能体现1969年《维也纳公约》第二十五条第一款的四种情况：*(a)* 条约规定，条约一旦获得通过，就应暂时适用；*(b)* 条约规定，签署国将暂时适用条约；*(c)* 条约让每个国家都有机会可以决定是否从条约通过之时起就暂时适用条约；*(d)* 条约只字不提暂时适用问题，各国适用第二十五条第一款。换言之，暂时适用条约产生的义务可来源于协议，也可来源于一个或多个单方面行为。如此看来，从法律上分析单方面行为的效果也有助于研究暂时适用条约产生的义务的来源。

232. 特别报告员进一步指出，暂时适用条约确立的权利是否为可执行权利也将取决于条约对暂时适用的规定或关于暂时适用的约定。因此，在条约明确规定自通过或签署之时起暂时适用的情况下，权利的范围更加明确。在这种情况下，缔约方是已知的，国家知道相对于其他缔约国其可执行权利的具体范围。特别报告员注意到，这种安排在暂时适用双边条约的情况下很普遍。

233. 当一国单方面决定暂时适用条约时，对义务范围的分析就变得更复杂。原则上，暂时适用条约产生的义务不能超出条约规定的义务范围。在作出单方面声明的情况下，作出声明的国家不得改变或修改条约暂时适用所涵盖的范围和内容。必须区分条约暂时适用产生的国内法义务与条约暂时适用在国际上产生的义务。讨论第三国权利的可执行性时，也应作出这种区分。

234. 特别报告员进一步坚持认为，终止暂时适用的机制应当比照适用终止条约的机制。他注意到，一些国家按照终止条约本身的方式，在逐步终止条约暂时适用的过渡期内履行约定义务，这证明这些国家认为终止条约的暂时适用与终止条约本身具有同样的法律效果。

235. 关于违反暂时适用之条约的法律后果，特别报告员只限于重申可适用2001年关于国家对国际不法行为的责任条款中规定的国家责任的现行机制。⁸⁴³

⁸⁴³ 见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页及其后，第76-77段。委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任条款转载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件。

2. 辩论摘要

236. 在关于第二次报告的辩论中，委员们普遍表示同意特别报告员的这一观点：条约的暂时适用虽然在司法上有别于条约生效，但是的确产生了法律效果，而且能够产生法律义务，且产生的效果和义务等同于如同条约对该国生效；这一结论得到了判例法和国家实践的支持。不过，有人表示，条约的暂时适用是否具有超越了1969年《维也纳公约》第十八条规定的法律效果，这一点没有得到澄清。还有一种意见认为，严格来讲，法律效果与其说来源于暂时适用条约这一行为，不如说来源于允许暂时适用的条约的条款中反映的基础的国家间协定。

237. 还有一些委员就条约暂时适用的法律后果发表了一般性意见。他们表示，条约的暂时适用不得导致修改条约内容，未参加条约谈判的国家(或国际组织)不得暂时适用条约，且条约的暂时适用不得导致与条约不同的法律制度。此外，暂时适用赋予国家的权利不得超出各国接受且条约规定的权利范围。

238. 一些委员赞成特别报告员做出的不对与条约暂时适用有关的国内规定作比较研究的决定。另一些委员则认为，这种比较分析，作为关于国家实践的更广泛的研究的一部分，不仅可行，而且是适当审议该专题所必需的，因为能否暂时适用条约也取决于所涉国家内部的立场。他们指出，一国诉诸允许暂时适用的条款不仅涉及国际法，而且需要依照适用的国内法来确定。他们还指出，关于国家实践的任何研究都必须包括国家的立法、宪法及其他有关方面的实践。另一方面，一些委员认为，虽然条约的暂时适用可能在国内法律体系产生效果，但是这与委员会对本专题的审议无关。还有一种意见是，可以研究条约保存人的实践。

239. 对于特别报告员将暂时适用条约的决定视为单方面行为，委员们意见不一。有人指出，这种观点不符合1969年《维也纳公约》第二十五条，其中明确将暂时适用视为基于国家间的协议，并视为国家自由意愿的行使。暂时适用条约的声明产生的义务，其来源是条约本身，而不是声明，条约的暂时适用涉及基于条约的关系，在这种关系中，国家行为不是单方面的。还有人指出，国家可单方面地声明暂时适用条约的意向(作为可能的例子，提到了阿拉伯叙利亚共和国声称暂时适用《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》)。

240. 一些委员赞成暂时适用的终止比照适用1969年《维也纳公约》关于条约终止的第七十条。另一些委员指出, 虽然终止条约和终止暂时适用的法律地位有重叠之处, 这并不意味着它们适用同样的规则, 即使是比照适用也不行。他们还认为, 条约中关于终止的规定与终止暂时适用不相关。还有一种意见认为, 如果确定第七十条的确适用, 那么必须阐明这是否意味着现行的国内层面终止条约的规则和程序同样也适用于终止其暂时适用。关于适用于国家单方面行为的规则⁸⁴⁴能否适用于终止暂时适用, 以及关于不得任意终止暂时适用的论断, 委员们意见不一。一些委员认为, 原则上应当限制单方面终止暂时适用的可能性, 以确保条约关系的稳定, 并且在终止暂时适用后, 继续适用条约必须遵守原则。另一些委员则认为, 第二十五条第二款设想的是(在满足通知要求的情况下)随意终止。

241. 关于违反暂时适用之条约的后果, 委员们表示支持适用1969年《维也纳公约》第七十三条规定的对国际不法行为的责任规则。委员们还指出, 2001年条款第12条提到了“不论该义务的起源或特性为何”的义务, 可涵盖暂时适用条约产生的义务。另一种意见是, 需要进一步思考该问题, 特别是有可能需要针对条约暂时适用的情况, 对2001年的国家对国际不法行为的责任规则做出某些修改。

242. 建议进一步审议的问题包括: 暂时适用是涵盖整个条约, 还是可以只暂时适用条约的部分内容, 或是只可能暂时适用部分内容; 进一步分析条约的暂时适用与条约生效的关系; 分析终止暂时适用的模式; 审议关于条约暂时适用的习惯国际法规则是否与《维也纳公约》一致; 以及研究可否适用条约保留机制。委员们还建议特别报告员继续审议双边条约与多边条约的暂时适用产生的不同后果。特别报告员打算探讨国际组织对条约的暂时适用问题, 委员们也表示支持。

243. 虽然特别报告员关于拟订准则或结论草案的打算得到了支持, 但是也有人认为, 委员会不应排除制定条款草案的可能性, 就像委员会在关于武装冲突对条约的影响的工作中所做的那样。

⁸⁴⁴ 见《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》, 委员会第五十八届会议通过, 《2006年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第176-177段。

3. 特别报告员的总结

244. 特别报告员在总结关于第二次报告的辩论时表示, 除其他外, 委员们普遍认为该专题的基本前提是: 取决于所涉条约的具体规定, 国家决定暂时适用条约或条约的一部分对其产生的权利和义务与如同条约生效对其产生的权利和义务相同。因此, 委员会一致认为, 原则上, 违反暂时适用条约产生的义务构成国际不法行为, 将引发适用国家对国际不法行为的责任的规则。

245. 他忆及, 在报告中提到的暂时适用的不同表现形式只是为了举例说明, 不排除还有其他例子的可能性。他列举了实践中较常见的类型, 以便使关于条约暂时适用的规则更加系统化, 就1969年《维也纳公约》第二十五条进行谈判时尚未这样做。他还注意到关于如何就该专题开展工作的各项建议, 包括进一步采用归纳法, 以及不仅考虑国家实践, 而且考虑判例和学术意见。

246. 特别报告员确认, 他也注意到委员们对他在分析中提到适用关于国家单方面行为的规则表示关切。他解释道, 他原本是想强调, 通常由谈判国或缔约国单方面决定是否暂时适用条约。因此, 国家的法律义务不是在条约(其中载有允许暂时适用的条款)缔结时产生, 而是在国家单方面决定暂时适用时产生。他解释道, 他因此故意不将所涉单方面声明称为法律义务的“来源”, 而是称为时间意义上的“起源”, 即引发暂时适用的行为。

247. 特别报告员进一步指出, 他注意到委员们就今后报告进一步审议的具体问题提出的建议, 例如缔约国默认第三国暂时适用即使未明文规定暂时适用的条约的可能性; 以及研究条约保存人的实践。他注意到, 关于就国内法进行比较研究的必要性, 委员会内部意见不一, 但是他还忆及, 有人建议审议1969年《维也纳公约》第二十七条和第四十六条第一款的适用问题。他表示, 这将在对1969年《维也纳公约》所有条款的广泛研究中进行, 该研究可能与条约的暂时适用相关(不仅限于条约的终止)。

248. 特别报告员还表示, 希望在下次报告中完成对国家提交的关于其实践的资料的分析。他还打算考虑适用于国家与国际组织间条约以及国际组织相互间条约的法律机制, 并表示将拟订准则或结论草案, 供委员会下届会议审议。

第十三章

最惠国条款

A. 引言

249. 委员会第六十届会议(2008年)决定将“最惠国条款”专题列入其工作方案,并在第六十一届会议上设立了一个有关此专题的研究组。⁸⁴⁵

250. 在第六十一届会议(2009年)上,委员会设立了由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的研究组,⁸⁴⁶在第六十二届会议(2010年)和第六十三届会议(2011年)上重新设立了研究组,仍由上述两人担任联合主席。⁸⁴⁷在第六十四届会议(2012年)和第六十五届会议(2013年)上,委员会重新设立了研究组,由唐纳德·麦克雷先生任主席。⁸⁴⁸麦克雷先生在2013年会议期间缺席时,由马蒂亚斯·福尔托先生任主席。

⁸⁴⁵ 这是在2008年8月8日其第2997次会议上(见《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第354段)。专题提纲见同上,附件二。大会2008年12月11日第63/123号决议第6段中注意到这一决定。

⁸⁴⁶ 在2009年7月31日其第3029次会议上,委员会注意到最惠国条款研究组联合主席的口头报告(见《2009年……年鉴》,第二卷(第二部分),第211–216段)。研究组除其他外审议了作为今后工作路线图的框架,并商定了涉及文件编写的工作时间表,这些文件拟用于进一步澄清一些问题,特别是有关最惠国条款的范围及其解释和适用的问题。

⁸⁴⁷ 在2010年7月30日其第3071次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告(见《2010年……年鉴》,第二卷(第二部分),第359–373段)。研究组审议和审查了根据拟作为未来工作路线图的2009年框架编写的各种文件,并商定了2010年工作方案。在2011年8月8日其第3119次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告(《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第348–362段)。研究组审议并审查了根据2009年框架编写的其他文件。

⁸⁴⁸ 在2012年7月27日其第3151次会议上,委员会注意到研究组主席的口头报告(《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第244–265段)。研究组审议并审查了根据2009年框架编写的其他文件。在2013年7月31日其第3189次会议上,委员会注意到研究组的报告(《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分),第154–164段)。研究组继续审议并审查了其他文件。它还讨论了与最惠国条款的解释相关的当代实践和判例。

B. 本届会议审议此专题的情况

251. 在本届会议上,委员会在2014年7月8日其第3218次会议上重新组建了最惠国条款研究组,由唐纳德·麦克雷先生担任主席。麦克雷先生缺席时,由马蒂亚斯·福尔托先生担任主席。

252. 研究组于2014年7月9日、10日和18日举行了三次会议。

253. 在2014年7月25日其第3231次会议上,委员会注意到研究组的口头工作报告。

1. 最后报告草稿

254. 研究组收到由唐纳德·麦克雷先生编写的有关研究组总体工作的最后报告草稿。最后报告草稿采用研究组非正式工作文件的形式,以研究组2009年启动讨论以来在工作过程中审议的工作文件和其他非正式文件为基础编写。⁸⁴⁹

⁸⁴⁹ 研究组审议的工作文件事关:(a) 对1978年最惠国条款草案的审查(村濑先生)(关于委员会1978年通过的条款草案,见《1978年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第74段);(b) 关贸总协定和世贸组织的最惠国待遇(麦克雷先生);(c) 最惠国条款与马菲基尼案(佩雷拉先生)(马菲基尼诉西班牙王国,解决投资争端国际中心案号ARB/97/7,可获自<http://icsid.worldbank.org>);(d) 经合组织关于最惠国待遇问题的研究(哈穆德先生);(e) 贸发会议关于最惠国待遇问题的研究(瓦钱尼先生);(f) 投资协定中的最惠国条款的解释和适用(麦克雷先生);(g) 投资仲裁庭对最惠国条款的解释(麦克雷先生)(该工作文件是题为“投资协定中的最惠国条款的解释和适用”的工作文件的重新编排本);(h) 投资仲裁庭的混合性质对最惠国条款适用于程序规定的影响(福尔托先生);(i) 混合法庭上的双边投资协定:投资争端解决的法律特性(村濑先生);(j) 最惠国条款用语调查及与马菲基尼案有关的判例(哈穆德先生)。研究组还收到以下文件:(a) 最惠国条款规定目录(麦克雷先生和佩雷拉先生编写);(b) 一份表格形式的非正式文件,其中指出了涉及最惠国条款的投资案例中的仲裁员和律师,以及所解释的最惠国条款类型;(c) 一份关于马菲基尼案之后最惠国条款范本的非正式工作文件,分析各国是如何对马菲基尼案裁决作出反应;(d) 一份非正式文件,该文件概述了总部协定中类似于最惠国条款的语言,这种协议赋予各国驻某一组织代表与驻东道国的外交

255. 最后报告草稿分为三部分。第一部分提供背景资料，包括研究组工作的起源和目的，委员会之前就1978年最惠国条款的条款草案所作的工作，⁸⁵⁰以及1978年条款草案完成后的发展，尤其是在投资领域的发展。研究组的总体导向并非重新审查那些条款草案。

256. 报告草稿还在第二部分当中讨论了最惠国条款的当代意义及相关问题，包括在关税及贸易总协定（关贸总协定）和世界贸易组织（世贸组织）、其他贸易协议和投资条约背景下的问题。报告还基于对经济合作与发展组织（经合组织）及联合国贸易和发展会议（贸发会议）等其他机构对最惠国条款处理的背景的分析，重点讨论了与双边投资条约中最惠国条款相关的解释性问题。

257. 第二部分随后考察了判例法对投资协议中最惠国条款的解释采用的不同方针，尤其处理了以下问题：(a) 受益于此种条款的权利；(b) 什么构成“不低于”的待遇；(c) 根据最惠国条款规定提供的待遇的范围问题，重点关注马菲基尼案、⁸⁵¹其局限性以及马菲基尼案之后对这些条款的解释。在此背景下，报告草稿试图查明看来影响了投资仲裁庭对最惠国条款的解释的某些因素，并查明趋势。

258. 第三部分分析以下问题：(a) 投资中与解释投资协议相关的政策考虑因素；(b) 解决投资争端仲裁作为“混合仲裁”的影响；(c) 1978年条款草案在当代对解释最惠国条款规定的意义；以及(d) 对这些条款的解释，包括讨论了在确定双边投资协定中的最惠国条款是否适用于援引争端解决条款的条件时，与解释过程相关的因素。这一部分还审查了各国在条约实践中对马菲基尼案作出的不同反应，包括：明确声明最惠国条款不适用于争端解决规定；明确声明

最惠国条款适用于争端解决规定；或明确列出适用最惠国条款的领域。

2. 研究组的讨论

259. 研究组对最后报告草稿进行了实质性审查和技术性审查，旨在为下一年编写一份新的草稿，供研究组议定。研究组对麦克雷先生所作的实质性工作表示赞赏，他把涉及这一专题的不同方面的问题纳入了一份综合报告草稿。研究组注意到，最后报告草稿系统地分析了自研究组成立以来探讨的不同问题，研究组参照自1978年条款草案通过以来发生的变化，在一般国际法的更广泛框架内审议了最惠国条款。

260. 研究组认识到，有必要像作者在序言中所述，努力缩短报告篇幅，并参照更近期的案例，对报告草稿中的某些要点予以更新。⁸⁵²

261. 研究组再次强调以1969年《维也纳公约》作为起点解释投资条约的重要性和相关性。因此，重点在于分析判例法，说明其来龙去脉，并提请注意已出现的问题和实践中的趋势。研究组还强调，考虑委员会先前就“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”所作的工作以及当前就“与条约解释有关的嗣后协定和嗣后实践”所作的工作，这一点具有重要意义。委员会还强调，有必要做出一份对于从事投资领域工作的人和政策制定者具有实际用处的成果。

262. 最后，研究组认识到，有关提交一份经修订的最后报告草稿以供委员会2015年第六十七届会议审议的时间表是可行的，该报告应考虑到各个研究组成员在本届会议期间提出的评论和修订建议。

官相同的特权和豁免；及(e) 一份关于“双边税务条约和最惠国条款”的非正式工作文件。

⁸⁵⁰ 《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第74段。

⁸⁵¹ 马菲基尼诉西班牙王国（见上文脚注849）。

⁸⁵² 例如，见 *Daimler Financial Services AG* 诉阿根廷共和国，解决投资争端国际中心案号 ARB/05/1，2012年8月22日发送给当事方（可在线获自 <http://icsid.worldbank.org>, Cases); *Urbaser S.A.* 等诉阿根廷共和国，解决投资争端国际中心案号 ARB/07/26，2012年12月19日发送给当事方（同上）；*Teinver S.A.* 等诉阿根廷共和国，解决投资争端国际中心案号 ARB/09/1，2012年12月21日发送给当事方（同上）；*Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* 诉土库曼斯坦，解决投资争端国际中心案号 ARB/10/1，2013年7月2日发送给当事方（同上）；及 *Garanti Koza LLP* 诉土库曼斯坦，解决投资争端国际中心案号 ARB/11/20，2013年7月3日发送给当事方（同上）。

第十四章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件

263. 在2014年5月6日其第3199次会议上，委员会为本届会议设立了规划组。⁸⁵³

264. 规划组举行了三次会议。它收到了题为“委员会的其他决定和结论”的大会第六委员会在大会第六十八届会议期间讨论情况专题摘要(A/CN.4/666)的I节；大会2013年12月16日关于国际法委员会第六十五届会议工作报告的第68/112号决议；大会2013年12月16日关于国内和国际法治的第68/116号决议；以及2016–2017年期间拟议战略框架，包括“方案6：法律事务”。⁸⁵⁴

265. 委员会注意到2016–2017年期间拟议战略框架，包括“方案6：法律事务，次级方案3：国际法的逐渐发展与编纂”。

1. 新专题列入委员会工作方案

266. 在2014年7月18日其第3227次会议上，委员会决定将“危害人类罪”专题列入工作方案并任命肖恩·墨菲先生为该专题特别报告员。

2. 长期工作方案工作组

267. 在2014年5月7日其第一次会议上，规划组决定为本届会议重新设立长期工作方案工作组。在工作组主席唐纳德·麦克雷先生缺席时，工作组由马哈茂德·哈穆德先生和马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生主持。

巴斯克斯-贝穆德斯先生在2014年7月28日规划组第三次会议上作了口头报告。

268. 工作组根据迪雷·特拉迪先生拟定的提议，建议在委员会长期工作方案中加上“强行法”专题。

269. 工作组遵守了委员会第五十届会议(1998年)关于选择专题的标准的建议，即：

(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；

(b) 专题在国家实践方面应足够成熟，从而允许逐渐发展和编纂；

(c) 专题为逐渐发展的目的应当是具体和可行的。

委员会还商定，委员会不应仅限于传统的专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切的专题。⁸⁵⁵

270. 委员会赞同关于将该专题列入长期工作方案的建议。委员会在本届会议列入其长期工作方案的专题的提纲载于本报告附件。

271. 长期工作方案工作组还审议了工作方法。工作组确定，需要对委员会的工作进行系统审查并调查今后可能审议的专题。工作组特别回顾，自1996年对工作进行系统审查和编制了说明性专题总方案⁸⁵⁶之后，这些年没有开展类似工作。因此工作组商定，以1996年清单为基础，审查和更新可能审议的专题清单。为此，工作组决定，建议委员会请秘书处在本五年期结束前，根据后来的发展动态审查1996年清单，编写一份委员会可能审议的专题清单，并附以简短的解释性说明(“调查”)。工作组还决定，建议待工作组确定最终专题清单后，也许是2016年，

⁸⁵³ 规划组由下列委员组成：村濑先生；卡弗利施先生、科米萨里奥·阿丰索先生、穆尔塔迪·苏莱曼·古伊德尔先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、福尔托先生、哈苏纳先生、哈穆德先生、雅各布松女士、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、拉腊巴先生、麦克雷先生、墨菲先生、尼豪斯先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、萨博亚先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴伦西亚-奥斯皮纳先生、巴斯克斯-贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、迈克尔·伍德爵士，和特拉迪先生(当然成员)。

⁸⁵⁴ A/69/6(方案6)。

⁸⁵⁵ 《1998年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第553段。

⁸⁵⁶ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件二。

再拟定由秘书处编写的专题清单的全面提纲。在此期间，工作组将继续审议委员可能提出的任何专题。

272. 委员会赞同该建议，因而请秘书处在本五年期结束前，根据后来的发展动态审查1996年清单，编写一份委员会可能审议的专题清单（“调查”），并附以简短的解释性说明。

3. 审议关于国内和国际法治的大会 2013 年 12 月 16 日第 68/116 号决议

273. 大会在关于国内和国际法治的2013年12月16日第68/116号决议中特别重申，请委员会在提交大会的报告中就其在促进法治方面的作用作出评论。自第六十届会议（2008年）以来，委员会每年均对其在促进法治方面的作用作出评论。委员会指出，2008年报告第341至346段⁸⁵⁷的全面评论的实质内容依然适用，并重申了2009年报告第231段⁸⁵⁸、2010年报告第389至393段⁸⁵⁹、2011年报告第392至398段⁸⁶⁰、2012年报告第274至279段⁸⁶¹和2013年报告（A/68/10）第171至180段⁸⁶²中的评论。

274. 委员会回顾，法治是委员会的精髓。委员会《章程》第1条中载明，委员会以促进国际法的逐渐发展和编纂为宗旨。

275. 委员会铭记其所有工作都基于法治原则，充分认识到在国家层面执行国际法的重要性，并致力于促进法治在国际层面得到尊重。

276. 在履行其逐渐发展和编纂国际法的任务时，委员会将继续酌情考虑到法治与人权，正如《联合国宪章》序言和第十三条及《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》⁸⁶³所揭示的，法治是一项治理原则，人权则对法治的实现不可或缺。

277. 委员会当前的工作认识到了法治与联合国

⁸⁵⁷ 《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分），第164–165页。

⁸⁵⁸ 《2009年……年鉴》，第二卷（第二部分），第156页。

⁸⁵⁹ 《2010年……年鉴》，第二卷（第二部分），第202–203页。

⁸⁶⁰ 《2011年……年鉴》，第二卷（第二部分），第180–181页。

⁸⁶¹ 《2012年……年鉴》，第二卷（第二部分），第87页。

⁸⁶² 《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第83页。

⁸⁶³ 大会2012年9月24日第67/1号决议，第41段。

的三个主要支柱（和平与安全、人权、发展）之间的相互关系⁸⁶⁴，并未有所偏废。在履行其逐渐发展和编纂国际法的任务时，委员会意识到法治目前面临的挑战。

278. 本届会议期间，委员会继续致力于促进法治，包括：通过了关于“驱逐外国人”的最后条款草案；一读通过了关于“发生灾害时的人员保护”的一套条款草案；和通过了关于“或引渡或起诉的义务”专题的最后报告。

279. 委员会还继续就关系到法治的其他专题开展工作，这些专题包括“国家官员的外国刑事管辖豁免”“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”“保护大气层”“与武装冲突有关的环境保护”“习惯国际法的识别”“条约的暂时适用”“最惠国条款”等，并任命了“危害人类罪”专题特别报告员。

280. 委员会重申在其所有活动中都致力于促进法治。

4. 酬金

281. 委员会重申了对大会通过2002年3月27日第56/272号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告表明了这些意见。⁸⁶⁵委员会强调，上述决议尤其影响到特别报告员，因为该决议缩减了对他们研究工作的支持。

5. 文件和出版物

282. 委员会重申秘书处编写的法律出版物对其工作特别有用并很有价值。⁸⁶⁶委员会赞赏地注意到，十多年来，编纂司通过非常成功的桌面出版计划，得

⁸⁶⁴ 秘书长关于衡量联合国系统在冲突中和冲突后支持促进法治的效力的报告（S/2013/341），第70段。

⁸⁶⁵ 见《2002年……年鉴》，第二卷（第二部分），第525–531段；《2003年……年鉴》，第二卷（第二部分），第447段；《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第369段；《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第501段；《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第269段；《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第379段；《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分），第358段；《2009年……年鉴》，第二卷（第二部分），第240段；《2010年……年鉴》，第二卷（第二部分），第396段；《2011年……年鉴》，第二卷（第二部分），第399段；《2012年……年鉴》，第二卷（第二部分），第280段；及《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），第181段。

⁸⁶⁶ 见《2007年……年鉴》，第二卷（第二部分），第387–395段。

以大幅度加快出版物的发布，极大地提高了这些出版物的及时性和对委员会工作的作用。委员会遗憾地注意到，该计划因资源不足受到缩减而且有可能终止，本届会议因此没有分发任何新的法律出版物。委员会认为，继续执行该计划对于确保及时发布这些出版物，特别是发布《国际法委员会的工作》，十分关键。委员会重申编纂司编写的法律出版物对其工作特别有用并很有价值，再次请编纂司继续为其提供这些出版物。

283. 委员会再次满意地指出，作为国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作，委员会的简要记录将不受任意的篇幅限制。委员会满意地注意到，上届会议开始实行简化委员会简要记录处理程序的试验性措施，使得临时记录可以更快地发给委员会委员作及时更正，而且最后文本得到及时印发。委员会对于新工作方法能更合理地利用资源表示欢迎，还要求秘书处继续努力，方便各语文简要记录定本的编制，且不损害其完整性。

284. 委员会感谢日内瓦和纽约参与文件处理的各个部门经常在时间紧迫的情况下及时和高效地处理委员会的文件，为委员会工作的顺利进行作出了贡献。

285. 联合国日内瓦办事处图书馆以十分高效和专业的方式向委员们提供了协助，委员会对此表示赞赏。

6. 处理《国际法委员会年鉴》积压工作问题的信托基金

286. 委员会重申，《国际法委员会年鉴》对于了解委员会在逐渐发展和编纂国际法以及加强国际关系中法治方面的工作具有关键意义。委员会注意到大会2012年12月14日第67/92号决议赞赏有关国家政府为处理《国际法委员会年鉴》积压工作问题的信托基金自愿捐款，并鼓励各方进一步为该基金捐款。

7. 编纂司的协助

287. 委员会感谢秘书处编纂司在为委员会提供实质服务方面提供宝贵协助，并参与关于委员会工作的研究项目。

8. 《国际法委员会年鉴》

288. 委员会建议大会：对过去几年中在减少《国际法委员会年鉴》所有六种语文本的积压问题方面取得的显著进展表示满意，并欢迎会议管理司所作的努力，特别是联合国日内瓦办事处编辑科有效地执行大会呼吁减少积压的有关决议；鼓励会议管理司向编辑科持续提供必要支持，以推进《年鉴》的出版工作；并要求定期向委员会提供这方面的最新进展情况。

9. 网站

289. 委员会再次表示赞赏秘书处不断更新和管理国际法委员会网站所取得的成果。⁸⁶⁷委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站⁸⁶⁸是委员会和研究委员会工作的更广大社会的学者的宝贵资源，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播以及对国际法的广泛理解。委员会感到欣喜的是，关于委员会工作的网站还介绍了委员会议程上各个专题的现状并收录了经过编辑的委员会简要记录预先版本。委员会还感谢秘书处圆满完成了委员会全部西班牙语文件的数字化及网上发布工作，并增添了全文检索功能。

10. 联合国国际法视听图书馆

290. 委员会赞赏地指出，联合国国际法视听图书馆⁸⁶⁹对于增进对国际法的了解，增进对联合国在该领域的工作包括国际法委员会工作的了解，具有极大价值。⁸⁷⁰委员会深为关切地指出，目前的财务状况

⁸⁶⁷ 位于 <http://legal.un.org/ilc/>。

⁸⁶⁸ 通常可通过 <http://legal.un.org/ola/> 访问。

⁸⁶⁹ 位于 <http://legal.un.org/avl/>。

⁸⁷⁰ 例如，见历史档案：《国际法委员会章程》，迈克尔·伍德爵士作介绍性说明；1961年《维也纳外交关系公约》，艾琳·登扎作介绍性说明；1963年《维也纳领事关系公约》，胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多作介绍性说明；1969年《维也纳条约法公约》，卡尔·泽马奈克作介绍性说明；1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》，安东尼·奥斯特特作介绍性说明；1997年《国际水道非航行使用法公约》，斯特芬·麦卡弗里作介绍性说明；2001年《国家对国际不法行为的责任条款》，詹姆斯·克劳福德作介绍性说明；2006年《外交保护条款》，约翰·杜加尔德作介绍性说明；及2011年《国际组织的责任条款》，乔治·加亚作介绍性说明。另见，例如，讲座从编中的：《联合国国家及其财产管辖豁免公约》中的国家豁免，格哈德·哈夫纳；国际法中的责任——介绍，阿兰·佩莱；国际法委员会关于“最惠国”条款的工作，唐纳德·麦克雷；保护大气层与国际法的编纂和逐渐发展，村濑信也；危险活动造成的跨界损害的国际责任；损失分

威胁到这个惠及所有会员国的独特教育资源的存续和进一步发展，并敦促大会处理这种情况。

B. 委员会第六十七届会议的日期和地点

291. 委员会建议，委员会第六十七届会议于2015年5月4日至6月5日和7月6日至8月7日在日内瓦举行。

292. 委员会审议了未来在纽约举行部分届会的可能性，并准备在今后几届会议上回头审议这个问题。

C. 与其他机构的合作

293. 国际法院院长彼得·通卡法官在委员会2014年7月22日的第3228次会议上发言，通报了国际法院最近的司法活动。⁸⁷¹随后交换了意见。

294. 亚非法律协商组织（亚非法协）秘书长拉赫马特·穆罕默德先生代表该组织出席委员会本届会议，并在2014年7月8日的第3218次会议上发了言。⁸⁷²他向委员会通报了亚非法协目前的活动，概述了该组织对委员会工作方案所列“国家官员的外国刑事管辖豁免”“发生灾害时的人员保护”“习惯国际法的识别”和“保护大气层”这四个专题的审议情况。随后交换了意见。

295. 美洲法律委员会副主席法比安·诺瓦克先生代表该组织出席委员会本届会议，并在2014年7月15日其第3223次会议上发了言。⁸⁷³他概述了该委员会2013年就影响到美洲的种种法律问题开展的活动。随后交换了意见。

296. 国际公法法律顧問委员会（公法顾委）主席Liesbeth Lijnzaad女士和欧洲委员会国际公法司司长及条约办公室主任兼公法顾委秘书Marta Requena女士代表欧洲委员会的国际公法法律顧問委员会出席委员会本届会议，并都在2014年7月16日的第3224

次会议上发了言。⁸⁷⁴她们着重介绍了公法顾委目前在国际公法领域开展的工作，也介绍了欧洲委员会目前的活动。随后交换了意见。

297. 非洲联盟国际法委员会（非盟国际法委员会）委员Cheikh Tidiane Thiam大使在非洲联盟国际法委员会法律顧問办公室法律干事Adewale Iyanda先生的陪同下代表非洲联盟国际法委员会出席委员会本届会议。Thiam先生在2014年7月24日的第3230次会议上发了言。⁸⁷⁵他概述了非洲联盟国际法委员会的活动。随后交换了意见。

D. 出席大会第六十九届会议的代表

298. 委员会决定由主席基里尔·格沃尔吉安先生代表委员会出席大会第六十九届会议。

299. 在2014年8月8日其第3243次会议上，委员会请“发生灾害时的人员保护”专题特别报告员爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生在能够获得资金的前提下，根据大会1989年12月4日第44/35号决议第5段的规定出席大会第六十九届会议。

E. 国际法讲习班

300. 依照大会第68/112号决议，在国际法委员会本届会议期间，第五十届国际法讲习班于2014年7月7日至25日在万国宫举行。讲习班的对象是专攻国际法的年轻法学家，包括致力于学术或外交工作的年轻教师或在其本国公务员系统任职的政府官员。

301. 来自世界各个地区分属不同国籍的24名学员参加了这届讲习班。⁸⁷⁶学员们列席了委员会的全体

⁸⁷⁴ 同上。

⁸⁷⁵ 同上。

⁸⁷⁶ 下列人员参加了第五十届讲习班：Sattar Azizi先生（伊朗伊斯兰共和国）、Diana Cucos女士（摩尔多瓦共和国）、Tommaso Di Ruzza先生（罗马教廷）、Christian Djeflal先生（德国）、Marie Françoise Fernandez女士（法国）、Harouna Garba Hamani先生（尼日尔）、Daniela Gauci女士（马耳他）、Lusine Hakobyan女士（亚美尼亚）、Ritta Raundjua Hengari女士（纳米比亚）、Ata Hindi先生（巴勒斯坦国）、Michael Khetlha Kabai先生（南非）、Hermine Kembo Takam Gatsing女士（喀麦隆）、Piotr Kobielski先生（波兰）、Senthil Kumar先生（印度）、Suzgo Lungu先生（马拉维）、Pablo Andrés Moscoso De La Cuba先生（秘鲁）、Luis Xavier Oña Garcés先生（厄瓜多尔）、Mohamed Hassam Negm先生（埃及）、Alberto Manuel

配原则，彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥；及联合国对跨界含水层（地下水）法律的编纂，山田中正。

⁸⁷¹ 这一发言载于该次会议的简要记录。

⁸⁷² 同上。

⁸⁷³ 同上。

会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

302. 讲习班由委员会主席基里尔·格沃尔吉安先生主持开幕，联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和活动的进行。日内瓦大学负责保证讲习班的科学协调。日内瓦大学国际法专家维托利奥·曼内蒂先生担任协调员，法律助理Yusra Suedi女士和联合国日内瓦办事处法律联络处实习生Morgan Crump先生从旁协助。

303. 委员会委员作了以下演讲：埃内斯特·彼得里奇先生：“国际法委员会的工作”；玛丽·雅各布松女士：“与武装冲突有关的环境保护”；肖恩·墨菲先生：“危害人类罪”；村濑信也先生：“保护大气层”；马哈茂德·哈穆德先生：“防止恐怖主义”；爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生：“发生灾害时的人员保护”；迪雷·特拉迪先生：“强行法”；和胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生：“条约的暂时适用”。

304. 国际劳工组织法律事务高级干事Jordi Agustí-Panareda先生也作了演讲：“自由贸易协定中劳工条款的扩散及它们与劳工组织标准制度的互动”。

305. 讲习班学员参加了四场外部会议。在日内瓦国际和发展研究院举行了一次关于“习惯国际法的识别”的研讨会，该专题特别报告员迈克尔·伍德爵士也在场，由Andrea Bianchi先生（国际和发展研究院）主持。在日内瓦国际人道法和人权学院举行了一次专门关于“豁免与国际罪行”的会议，由国家官员的外国刑事管辖豁免专题特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士主讲，Paola Gaeta女士（日内瓦大学）主持，出席的还有委员会其他委员。讲习班学员还参加了日内瓦大学与*The Law and Practice of International Courts and Tribunals*杂志合作举办的一次会议，主题是“国际法委员会与国际性法院和法庭：富有成果的对话？”。下列人士在会上演讲：爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生（委员会委员和杂志主编）；村濑信也先生（委员会委员）；Attila Tanzi先

Poletti Adorno先生（巴拉圭）、Lucia Raffin女士（阿根廷）、Silvana Schimanski女士（巴西）、Ryoko Shinohara女士（日本）、Benjamin Santorlino Kuron Tombe先生（南苏丹）及Fajar Yusuf先生（印度尼西亚）。由日内瓦大学国际法教授劳伦斯·布瓦松·德沙祖尔内女士担任主席的甄选委员会于2014年4月3日举行会议，从143名申请人中录取了25人参加本届讲习班。1名被录取的候选人最后未能参加讲习班。

生（意大利博洛尼亚大学）；Pierre Bodeau-Livinec先生（巴黎第八大学—法国文森圣丹尼）；马蒂亚斯·福尔托先生（委员会委员）；迪雷·特拉迪先生（委员会委员）；Robert Kolb先生（日内瓦大学）；迈克尔·伍德爵士（委员会委员）；Makane Mbengue先生（日内瓦大学）和劳伦斯·布瓦松·德沙祖尔内女士（日内瓦大学）。最后，在世界卫生组织举行了一次关于国际卫生法的会议。世卫组织法律顾问Gian Luca Burci先生、特等法律干事Steven A. Solomon先生和协理法律干事Jakob Quirin先生作了介绍。

306. 围绕“保护大气层”和“国家官员的外国刑事管辖豁免”组织了两个讲习班工作组。每名参加讲习班的学员都被分配到其中一个工作组。两位国际法委员会委员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士和村濑信也先生为工作组提供了督导和专家指导。每个工作组写了一份报告，并在讲习班最后一次工作会议上介绍了成果。报告已编辑成册，发给所有学员和委员会委员。

307. 日内瓦共和国和州政府一如既往在日内瓦市政厅热情接待了讲习班学员，学员们在那里参观了阿拉巴马厅，并参加了鸡尾酒招待会。

308. 讲习班闭幕式上，国际法委员会主席基里尔·格沃尔吉安先生、国际法讲习班主任马库斯·施密特先生和讲习班学员代表Michael Khetlha Kabai先生向委员会致辞。每名学员都获颁一份参加了讲习班的证书。

309. 委员会特别感谢地指出，自2011年以来，阿根廷、奥地利、中国、捷克共和国、芬兰、印度、爱尔兰、墨西哥、瑞典、瑞士和联合王国等国政府向联合国国际法讲习班信托基金提供了自愿捐款。尽管捐款额受到近年金融危机的影响，基金的财务状况使它还可以提供足够份数的研究金，使特别是发展中国家的应该得到机会的学员得以参加，从而实现了学员的适当地域分布。今年，向14名学员颁发了研究金（6名获得旅费和生活津贴，7名只获得生活津贴，1名只获得旅费津贴）。

310. 自1965年以来，分属171个不同国籍的1139名学员参加了讲习班，其中699人获得了研究金。

311. 委员会强调，它十分重视讲习班。讲习班

使年轻法律工作者特别是发展中国家的年轻法律工作者能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的众多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请它们提供自愿捐款，以保证在2015年能够继续举办讲习班，并让尽可能多的学员参加。

F. 纪念国际法讲习班开办五十周年

312. 委员会于2014年7月22日举行会议，以纪念国际法讲习班开办五十周年。国际法院院长彼得·通卡法官恰好来访。会议主题是“以国际法为专

业”。委员会主席、国际法院院长⁸⁷⁷、曾为讲习班学员的几位委员会委员⁸⁷⁸、开办之时曾参与讲习班工作的一位委员会委员⁸⁷⁹、讲习班主任⁸⁸⁰以及2013年和2014年讲习班学员代表⁸⁸¹在会上致辞。

⁸⁷⁷ 1982年学员。

⁸⁷⁸ 坎迪奥蒂先生(1970年)、村濑先生(1975年)、辛格先生(1980年)、彼得先生(1984年)和斯图尔马先生(1989年)。

⁸⁷⁹ 巴伦西亚-奥斯皮纳先生。

⁸⁸⁰ 联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生。

⁸⁸¹ Carolina Abreu女士(2013年)和Christian Djéfal先生(2014年)。

附件

强行法

(迪雷·特拉迪先生)*

A. 导言

1. 多年来,委员会就国际法的渊源,特别是在条约法领域开展了大量工作。1969年《维也纳公约》的基础——1966年《条约法条款草案》是委员会就国际法渊源开展工作的首要例子。¹委员会目前的工作方案包括以下与渊源有关的专题:与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践、习惯国际法的识别、条约的暂时适用。委员会理应重视渊源问题,因为渊源是国际法的传统专题,有关渊源的问题是国际法的核心。²

2. 有鉴于此,建议委员会研究另一个与渊源有关的专题,即“强行法”。研究题目范围应当宽一些,以便委员会能够处理所有有关方面,不过委员会需要尽早仔细确定该专题的范围和界限。

B. 委员会以前对强行法问题的审议

3. 虽然强行法的概念比委员会的历史还要悠

久,³但是强行法得到接受和发展,委员会功不可没。委员会在1966年《条约法条款草案》中纳入了三条关于强行法的条款草案,即第50、61和67条草案。1969年《维也纳公约》在第五十三条和第六十四条中保留了这些条款,虽对其加以修改。⁴强行法虽被列入《维也纳公约》,但是其范围和法律效力至今没有明确定义,存在争议。事实上,虽然许多案件都援引了强行法,但是迄今为止,只有极少数判例法援引强行法对条约的有效性提出异议。因此,虽然目前对于强行法是当代国际法的组成部分这一点,基本没有争议,⁵但是强行法的确切性质,什么样的规范可以算作强行法,以及强行法在国际法中的后果,都仍然不清楚。正是在这种背景下,委员会委员安德里亚斯·雅乔维德斯于1993年向规划组的一个工作组提交了一份关于将强行法作为委员会备选专题的文章。雅乔维德斯先生在文章中作出以下评论,其精髓在今天仍然适用:

自《公约》通过近四分之一世纪以来,尚未出现确定强行法的确切法律内容或是确定国际法律规范达到强制地位的过程的权威标准。⁶

*研究得到了以下实习生的协助: Chad Remus(纽约大学, 2013年实习生)、Eric Brandon(纽约大学, 2014年实习生)和Duy-Lam Nguy n(日内瓦国际关系及发展高等学院, 2014年实习生)。同时也感谢Marija Đorđeska(乔治·华盛顿大学法律科学博士候选人)的协助。

¹ 《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 文件A/6309/Rev.1, 第二部分, 第191页及其后。委员会关于条约法的近期成果包括委员会在其2011年第六十三届会议上通过的《对条约的保留的实践指南》(《2011年……年鉴》, 第二卷(第三部分), 第27页及其后)。委员会在同一届会议上通过的《武装冲突对条约的影响条款》(同上, 第二卷(第二部分), 第108页及其后)。大会2013年12月16日第68/111号决议附件转载了《对条约的保留的实践指南》, 大会2011年12月9日第66/99号决议附件转载了《武装冲突对条约的影响条款》。

² 见委员会就其第六十三届会议的工作向大会提交的报告(《2011年……年鉴》, 第二卷(第二部分)), 第186页, 附件一, 第1段。

³ 关于强行法的历史发展, 见A. Gómez Robledo, *El ius cogens internacional (Estudio histórico-crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, 第9–68页。

⁴ 条约法特别报告员G. G. Fitzmaurice的第三次报告首次在“目的的合法性”标题下将强行法纳入委员会的工作(《1958年……年鉴》[英], 第二卷, 文件A/CN.4/115, 第26–28页)。

⁵ 委员会在1966年条款草案中就已经指出, “不存在国家不得自由退出的国际法规则……的观点已变得越来越难以维持”(《1966年……年鉴》[英], 第二卷, 文件A/6309/Rev.1, 第二部分, 第247页, 第50条草案的评注第(1)段)。

⁶ 《1993年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 文件A/CN.4/454, 第2段。类似地, 委员会研究组2006年关于“国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难”的报告指出: “关于[强行法的]理论基础、适用范围和内容的分歧与过去一样深”(A/CN.4/L.682和Corr.1[和Add.1], 第363段; 可获自委员会网站, 第五十八届会议文件; 最终文本将作为《2006年……年鉴》(第二卷, 第一部分)的增编出版)。

4. 虽然雅乔维德斯先生有此主张,委员会依然决定不将该专题纳入委员会的工作方案。工作组主席鲍威特先生在审议该建议,解释为何不适合纳入该专题时,对委员会审议强行法专题“在现阶段是否有任何有用之处”提出了质疑。他总结道,因为关于强行法的实践“尚不存在”,所以“[委员会]开展这类研究为时过早”。这一论证与委员会在对1966年《条约法条款草案》第50条草案的评注中提出的理由相似。委员会在评注第3段中指出:

国际法正在迅速发展,而具有强行法特征的规则最近才出现。委员会认为正确的做法是笼统地规定违反强行法规则的条约无效,而将规则的全面内容留给国家实践和国际法庭的判例逐步补充完整。⁷

5. 由委员会之前不具体规定强行法的完整内容和运作的决定,可以看出两点。第一,鲍威特先生的评论和委员会对第50条草案的评注都说明委员会认为强行法还有进一步发展的空间。⁸第二,显然鲍威特先生的评论和委员会的评注都认为,只有在出现更多相关实践后,才能对强行法作出详细规定。综上,对第50条草案的评注和鲍威特先生的评论都表明,如果有充分的实践作为委员会工作的基础,便有可能(或许应该)进一步阐述与强行法有关的规则。

6. 自1966年《条款草案》和雅乔维德斯先生1993年提出建议以来,相关实践迅速发展。特别是,国内和国际性法院经常提到强行法,由此提供了关于其形成、运作、内容和后果或效力的一些复杂问题的见解。⁹国家有时为了证明它们主张的立场也提

⁷ 《1966年……年鉴》[英],第二卷,文件A/6309/Rev.1,第二部分,第248页。

⁸ 委员会在对第50条草案的评注第(3)段中指出,现阶段不妨对规则作出笼统的规定,而“将规则的全面内容留给国家实践和国际法庭的判例逐步补充”(同上)。

⁹ 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(尼加拉瓜诉美利坚合众国),案情,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页及其后;2000年4月11日的逮捕令(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页及其后;刚果领土上的武装活动(2002年新申诉: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页及其后;及国家的管辖豁免(德国诉意大利:希腊参与诉讼),《2012年国际法院汇编》,第99页及其后。尤其见国家的管辖豁免案中坎卡多·特林达德法官的反对意见(第179页及其后),及2000年4月11日的逮捕令案中希金斯法官、库伊曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合个别意见(第63页及其后),和小田法官(第46页及其后)、哈苏奈法官(第95页及其后)、范登·韦恩加尔特专案法官(第137页及其后)的反对意见。另见*Al-Adsani*诉联合王国,申请号35763/97,2001年11月21日的判决,大审判庭,欧洲人权法院, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-XI, 第79页及其后。另见《防

到强行法。¹⁰委员会在审议其他专题时,也为这一发展作出了积极贡献。例如,关于国家责任的条款草案第26条规定,解除行为不法性的情况不得用来为违反强行法的行为辩护。该条的评注列有强行法规范的不完全清单。¹¹2006年委员会的国际法不成体系问题研究组的报告除了重复第26条的评注所载清单外,还列出了“最常被引述的”具有强行法地位的备选规范。¹²委员会2011年通过的《对条约的保留实践指南》也详细分析了强行法对保留的可允许性及后果的影响。¹³

止及惩治灭绝种族罪公约》的适用,临时措施,1993年9月13日的命令,劳特帕赫特专案法官的个别意见,《1993年国际法院汇编》,第325页及其后,详第440-441页,第100-104段;及*Regina*诉鲍街大都市领薪治安官,皮诺切特·乌加尔特缺席(第3号),1999年3月24日的判决,联合王国上议院, *ILR*, vol. 119 (2002), 第135页及其后。

¹⁰ 例如,见比利时的律师的声明,与或起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔),口头程序,2012年3月13日(CR 2012/3),第3段,以及同一案件中塞内加尔律师的声明,口头程序,2012年3月15日(CR 2012/4),第39段。另见该案中塞内加尔的辩诉状,第51段(可获自 [www.icj-cij.org, Cases](http://www.icj-cij.org/Cases))。类似地,虽然德国在管辖豁免案中极力限制强行法的效力,但是其本身的声明不仅没有对强行法的存在提出异议,而且还肯定了某些规范作为强行法的性质。例如,见国家的管辖豁免案中德意志联邦共和国的诉状,2009年6月12日,第86段,德国在其中写道:“例如,强行法无疑禁止种族灭绝行为”(可获自 www.icj-cij.org, Cases)。另见2009年10月26日南非关于委员会第六十一届会议的工作报告(见《2009年……年鉴》,第二卷(第二部分))的声明(《大会正式记录,第六十四届会议,第六委员会,第15次会议》(A/C.6/64/SR.15),第69-70段),被引用于国家官员的外国刑事管辖豁免问题特别报告员罗曼·克洛德金先生的第二次报告(《2010年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/631,第9段,尤其是脚注13)。2013年10月28日,第六委员会审议国际法委员会第六十五届会议的工作报告(见《2013年……年鉴》,第二卷(第二部分))期间,葡萄牙强调强行法“极为重要”(《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88段)。

¹¹ 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第97-98页。委员会第五十三届会议通过的对国际不法行为的责任条款转载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件中。见对第26条草案的评注第(5)段,委员会在其中相当含糊地指出:“已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止实行侵略、灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪行和酷刑,还有自决权”(《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第98页)。

¹² A/CN.4/L.682和Corr.1[和Add.1](见上文本附件脚注6),第374段。另见研究组关于“国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难”的报告的结论(33)(《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第211页)。

¹³ 例如,见对委员会第六十三届会议通过的《对条约的保留的实践指南》的准则草案3.1.5.4和4.4.3的评注(《2011年……年鉴》,第二卷(第三部分),分别第229-231页和第297-298页)。另见刚果境内的武装活动(2002年新申诉:刚果民主共和国诉卢旺达)(见上文本附件脚注9), *Dugard*专案法

C. 司法判决中的强行法内容

7. 虽然委员会的工作推动了对强行法的理解，但是关于强行法的任何研究的出发点仍然是1969年《维也纳公约》。《维也纳公约》阐述了强行法的性质、要求和效力的基本要素。根据《维也纳公约》，强行法(a)是规范，(b)被国家之国际社会全体接受并公认，(c)不许损抑。¹⁴规范获得强行法地位的后果是，与之抵触的条约无效。¹⁵

8. 以上表述回答了在《维也纳公约》之前可能不清楚的一些重要问题。例如，这一表述回答了与强行法性质有关的一个重要问题。在最初的构想中，强行法被视为非基于合意性的源于自然法的法律渊源。¹⁶1966年《条款草案》第50条只是将强行法定义为“不许损抑之一般国际法强制规范”，¹⁷可能未下定论，而1969年《维也纳公约》第五十三条加上了“国家之国际社会全体接受并公认”这一限制条件，表明国家全体接受是强行法的一个前提。

9. 《维也纳公约》第五十三条没有明确规定一般国际法的规则达到强制地位的过程，也没有规定如何识别这类规则。这方面出现的问题包括“国家之国际社会全体接受并公认”的含义和后果。例如，2006年，国际法委员会的国际法不成体系问题研究组问：“如果强行法的要点是限制各国可以合法商定的东西，那么可以同时使其内容依赖于国家之间商定的内容吗？”¹⁸此外，虽然上述措词涉及对条约的产生的后果这一基本问题，但是，没有讨论其他一些有关后果的问题，包括对条约未载的其他规则产生的后果。¹⁹这不仅包括强行法与国际法其他规则，例如联合国安全理事会根据《宪章》第七章通过的决议的

官的个别意见（讨论违反强行法的保留的效力），第9段。另见《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》第8条及其评注，《2006年……年鉴》，第二卷，第二部分，第190页。

¹⁴ 1969年《维也纳公约》第五十三条。

¹⁵ 1969年《维也纳公约》第五十三条和第六十四条。

¹⁶ 例如，见A. von Verdross, “Forbidden treaties in international law: comments on Professor Garner’s report on ‘The Law of Treaties’”, AJIL, vol. 31, No. 4 (1937), 第571页。

¹⁷ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第247页。

¹⁸ A/CN.4/L.682和Corr.1[和Add.1]（见上文本附件脚注6），第375段。

¹⁹ 同上，第367段。

关系，也包括违反强行法规范的后果。²⁰委员会先前的工作，包括关于国家对国际不法行为的责任条款，可为其中某些问题提供有用的见解。²¹例如，第26条规定，条款中解除行为不法性的理由不得用来为不符合强制规范规定的义务的行为辩护。²²

10. 上文提到，常设国际法院和国际法院的许多判决以及众多法官的反对意见和个别意见中都曾提到强行法。²³然而，在早期的案件中，国际法院只是提到强行法，并没有试图明确强行法的性质、要求、内容或后果。这方面的一个典型事例是国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中关于禁止使用武力的意见。²⁴法院提到，禁止使

²⁰ 同上。

²¹ 例如，关于国家责任的次要规则（特别是解除行为不法性的理由）与国际法强制规范的潜在冲突，见国家对国际不法行为的责任条款草案第26条及其评注，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97–98页。

²² 尤其见国家对国际不法行为的责任条款草案第26条的评注第(3)段和第(4)段，同上，第97–98页。

²³ 研究组在关于国际法不成体系问题的报告(A/CN.4/L.682和Corr.1[和Add.1]（见上文本附件脚注6））中列举了处理强行法问题的法官的意见，包括：Oscar Chinn, 1934, 常设国际法院, A/B辑, 第63号(Schücking法官的个别意见, 第149页)；《1902年未成年人监护权公约》的适用案(荷兰诉瑞典), 1958年11月28日的判决，《1958年国际法院汇编》，第55页及其后(Moreno Quintana法官的个别意见, 第106页及其后)；北海大陆架(德意志联邦共和国/丹麦；德意志联邦共和国/荷兰)，判决，《1969年国际法院汇编》，第3页及其后(Padilla Nervo法官的个别意见和Sørensen法官的反对意见, 第97和248页，及Tanaka法官的反对意见, 第182页)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决，《1970年国际法院汇编》，第3页及其后(Ammoun法官的个别意见, 第304页)；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决（见上文本附件脚注9）(Nagendra Singh院长的个别意见, 同上, 第199页及其后，以及Sette-Camara法官的个别意见, 第199页及其后)；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用，临时措施，1993年9月13日的命令（见上文本附件脚注9）(劳特帕赫特专案法官的个别意见, 第440页)；使用武力的合法性(南斯拉夫诉美利坚合众国)，临时措施，1999年6月2日的命令，《1999年国际法院汇编》，第916页及其后(专案法官Kreća的反对意见, 第965–973页, 第10–17段)；逮捕令（见上文本附件脚注9）(哈苏奈法官的反对意见, 第96页, 第3段)；及石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，判决，《2003年国际法院汇编》，第161页及其后(比尔根塔尔法官的个别意见, 第279页, 第23段)。另见科威特政府诉美国独立石油公司(Aminoil)的仲裁裁决, ILM, vol. 21, No. 5 (1982), 第976页及其后, 第1021页, 第90段。另见阿扎尼亚人民组织(AZAPO)等诉真相与和解委员会等, The South African Law Reports 1996(4), 第562页及其后, 第574.B页[1996(4)SA 562(C), 574B]。

²⁴ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决（见上文本附件脚注9），第100页，第190段。

用武力经常被国家称为“[习惯国际]法的基本或核心原则”，国际法委员会将《宪章》关于禁止使用武力的法律称为“国际法中具有强行法性质的规则的明显例子”，且争端双方都提到了其强行法地位。²⁵ 不过，法院本身并没有明确表示将禁止使用武力视为强行法规范。

11. 然而，在近期的案件中，国际法院更加愿意将某些规范描述为强行法，并进一步研究强行法的复杂问题。例如，在与或引渡或起诉的义务有关的问题案中，法院称“禁止酷刑是习惯国际法的一部分，已成为一项强制规范（强行法）”。²⁶ 法院进一步指出，禁止酷刑“根植于广泛的国际实践和国家的法律确信中”，出现在“大量普遍适用的国际文书中”，“已被引入几乎所有国家的国内法”，且“酷刑行为经常遭到国内和国际社会的谴责。”²⁷

12. 在国家的管辖豁免案中，国际法院审议了强行法的诸多方面，包括强行法与主权的管辖豁免的关系。法院主张，鉴于豁免规则与武装冲突法可能的强行法规范“涉及不同问题”，二者不存在冲突。²⁸ 法院认为，豁免本质上是程序性的，其规范国家对特定行为的管辖权的行使，而不涉及强行法所禁止行为的合法性。因此，豁免与强行法不可能存在冲突。²⁹ 法院严格区分构成强行法的、对国家行为的实

²⁵ 同上。

²⁶ 与或起诉或引渡义务有关的问题（比利时诉塞内加尔），判决，《2012年国际法院汇编》，第422页及其后，详第457页，第99段。

²⁷ 同上。

²⁸ 国家的管辖豁免（见上文本附件脚注9），第2段。第92、95和97段。关于强行法对管辖权的后果，另见刚果境内的武装活动（2002年新申请：刚果民主共和国诉卢旺达）（见上文本附件脚注9），第64段，以及欧洲人权法院对 *Al-Adsani* 诉联合王国案（见上文本附件脚注9）的判决，第64段。另见 *Jones* 等诉联合王国，申请号34356/06和40528/06，2014年1月14日的判决，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2014，第198段（判定“截至2012年2月，尚未因强行法而出现对国家豁免的任何例外”）。

²⁹ 国家的管辖豁免（见上文本附件脚注9），第93段。相反的立场见同案中坎卡多·特林达德法官的反对意见，逮捕令案中希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见，以及逮捕令案中田法官、哈苏奈法官及范登·韦恩加尔特专案法官的反对意见。关于国内法院的裁决，国际法院在国家的管辖豁免案中援引了加拿大、希腊、新西兰、波兰、斯洛文尼亚和联合王国的裁决，这些国家即使在面对违反强行法的指控时也承认国家豁免（国家的管辖豁免，第96段）。对于美国而言，中层法院在外国被指控违反强行法规范的案件中拒绝将违反强行法作为主权豁免的隐含例外。见 *Siderman de Blake* 诉阿根廷，965 F.2d 699 (9th Cir. 1992)；*Princz* 诉德国，26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994)；*Smith* 诉利比亚，101 F.3d

质禁止与国家享受的程序性的管辖豁免，主张二者在不同的平面上运作，即使是在“执行强行法规则的途径可能因此而不存在”的情况下，它们也不可能存在冲突。³⁰ 除了豁免与强行法的关系外，法院判决还表明，禁止危害人类罪构成强行法。³¹ 国际法院在刚果境内的武装活动案（刚果民主共和国诉卢旺达）中，对强行法与程序性规则的关系持类似观点，法院判定，与强行法规范有关的事项——在该案中为禁止种族灭绝——“本身无法为法院处理该争端的管辖权提供基础”。³² 国际法院在这些案件中的推理可理解为，与所涉行为合法性无关的国际规则不因强行法禁止该行为而受到影响。无论如何，近期这些案件对强行法与国际法其他规则关系的处理有助于国际法委员会系统分析这方面的国际法规则。

D. 有待研究的法律问题

13. 委员会可以通过分析强行法方面的国际法的现状，对强行法的性质、判定规范具有强行法性质的条件、以及强行法的后果或效力作出权威说明，而对国际法的逐渐发展和编纂作出有益的贡献。委员会还可以说明性地列举现有的强行法规范。因此，委员会对该专题的审议可侧重以下要点：

- (a) 强行法的性质；
- (b) 确认某一规范为强行法的条件；
- (c) 说明性地列举已具有强行法地位的规范；
- (d) 强行法的后果或效力。

14. 关于强行法的性质，1969年《维也纳公约》将强行法视为基于同意的实在法规范。国际法院的判决，包括与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决也证明了这一点，其中，法院在证明禁止酷刑是

239 (2d Cir. 1997)，及 *Sampson* 诉德国，250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001)。关于官员的豁免，以 *Ye* 诉 *Zemin*，383 F.3d 620, 625-627 (7th Cir. 2004)；*Matar* 诉 *Dichter*，563 F.3d 9, 14-15 (2d Cir. 2009)；*Giraldo* 诉 *Drummond Co.*，493 Fed. Appx. 106 (D.C. Cir. 2012)（尽管有违反强行法的指控，对外国官员予以豁免）对比 *Yousuf* 诉 *Samantar*，699 F.3d 763, 776-777 (4th Cir. 2012)（不予豁免）。

³⁰ 国家的管辖豁免（见上文本附件脚注9），第95段。

³¹ 同上，参考其在逮捕令案中的判决。

³² 刚果境内的武装活动（2002年新申请：刚果民主共和国诉卢旺达）（见上文本附件脚注9），第32页，第64段。

强行法规范这一结论时指出，禁止酷刑根植于“广泛的国际实践和国家的法律确信中”，进一步指出其“出现在大量普遍适用的国际文书中”，且“已被引入几乎所有国家的国内法。”³³法院还补充道，酷刑行为“经常遭到国内和国际社会的谴责。”³⁴将强行法置于基于国家同意的实在法范畴内，可能有别于先前根植于自然法的理解。³⁵通过研究强行法的性质，委员会还可以审议已具有强行法地位的规范的类型，以确定强行法规范是否有共同特征。对强行法性质的研究还可以涉及，例如强行法与习惯国际法的关系，以及强行法与例如国际人权条约中的不可克减权利和普遍义务等其他有关概念的区别。³⁶

15. 1969年《维也纳公约》第五十三条阐述了一项规范达到强行法地位的条件。不过，委员会还可以提供用于显示某规范超出一般国际法的规范，已达到强行法地位的要素。研究法院或仲裁庭认定存在强行法的案例可帮助委员会确定强行法规范的形成模式，以及认定强行法规范的标准。例如，国际法院在与或起诉或引渡义务有关的问题案中提出的将禁止酷刑视为强行法的理由可为探索认定强行法的具体条件提供有用的指导。³⁷国家的相关声明，只要不是仅简单地某项规范是或者不是强行法规范，都有助于委员会在这方面的的工作。一个相关问题涉及《维也纳公约》第五十三条所说的强行法规范被以后的强行法规范取代的过程。

16. 建议还包括说明性地列举目前符合强行法条

³³ 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文本附件脚注26），第457页，第99段。

³⁴ 同上。

³⁵ 例如，见A. Jacovides, *International Law and Diplomacy: Selected Writings*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011, 第18页。另见几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界，1989年7月31日的决定，《国际仲裁裁决汇编》第二十卷（出售品编号E/F.93.V.3），第119页及其后，详第136页，第44段（表明强行法规范既可以作为习惯发展，也可以通过形成一般法律原则发展）（法文；英文译本转载于同上，*Application Instituting Proceedings of the Government of the Republic of Guinea-Bissau*的附件）。另见Siderman de Blake诉阿根廷（上文本附件脚注29），第715页（主张强行法源于国际社会的基本价值观，而不是国家的选择）。

³⁶ 例如，条约法条款草案第50条的评注明确指出，“只是因为缔约方规定某条款不允许任何克减，以至与该条款冲突的其他条约无效，就说条约中的这项条款具有强行法性质也是不对的”（《1966年……年鉴》[英]，第二卷，文件A/6309/Rev.1，第二部分，第248页，第(2)段）。

³⁷ 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文本附件脚注26），第457页，第99段。

件的规范。这样一份清单将基于对国际法院及其他法院和仲裁庭裁决的研究，以及委员会之前的工作，特别是1966年《条约法条款草案》第50条草案的评注、国家对国际不法行为的责任条款第26条的评注、以及《对条约的保留实践指南》指南3.1.5.4的评注。委员会提供的任何清单都应当说明清单具有开放性。人们可能担心，即使起草得再仔细，也不能保证清单穷尽无遗。这确实总有可能，但是不应夸大这种担忧。这种担忧只突显不仅应当认真起草该说明性清单，而且评注也应当足够清楚，以避免误解。

17. 最后，研究还应当涉及强行法的效力和后果。这包括强行法对国际法其他规则的法律效力。第五十三条和第六十四条阐述了强行法对条约有效性产生的后果，但是没有涉及强行法对其他规则的法律效力。国际法院近期的判决，特别是国家的管辖豁免案和刚果境内的武装活动案的判决处理了强行法与国际法的程序性规则和次要规则的关系。³⁸除国家和官员的豁免外，国际性法庭还处理了其他可能后果，例如，国际组织的豁免、与安全理事会决议的关系、对法定时效的影响以及对引渡条约的影响。³⁹委员会先前的工作，特别是对国家对国际不法行为的责任条款第26条的评注，以及国际法不成体系问题研究组的报告第324–409段也为研究强行法对国际法其他规则产生的影响提供了相关的见解。审议强行法的效力和后果很可能是这项研究中最具挑战的部分，将需要认真分析国际和国内法院的判例。

³⁸ 见国家的管辖豁免（上文本附件脚注9），第140–141页，第94段，和刚果境内的武装活动（2002年新申诉：刚果民主共和国诉卢旺达）（见上文本附件脚注9），第31–32页，第64段。另见，泛论，E. de Wet, “Jus cogens and obligations erga omnes”，载于D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, 第541–561页。

³⁹ 斯雷布雷尼察母亲基金会等诉荷兰，申请号65542/12，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2013 (extracts)（认为强行法并没有超越国际组织的豁免权）。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用，临时措施，1993年9月13日的命令（见上文本附件脚注9），第440–441页，第100–104段。另见检察官诉Anto Furundžija，案号IT-95-17/1-T，1998年12月10日的判决，审判庭，前南斯拉夫问题国际法庭，*Judicial Reports* 1998，第466页及其后，详第573页，第157段（提到对于违反禁止酷刑的强行法的情况，引渡条约无法定时效限制，也不适用允许政治犯例外，作为违反强行法的两项可能后果）。

E. 本专题符合选择新专题的标准

18. 本专题符合委员会设定的选择新专题的标准，即新专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要，在国家实践方面应足够成熟，从而允许逐渐发展和编纂，以及专题应当具体和可行。⁴⁰

19. 本专题对国家至关重要，有助于进一步阐明强行法、其形成及效力。近期的一些国家间争端牵涉到强行法或潜在的强行法规范。⁴¹各国对构成强行法规范的具体规范通常没有异议，争论点集中在强行法规范对其他国际法规则的效力。澄清强行法的某些法律问题有助于解决国际争端。⁴²与习惯国际法专

⁴⁰ 《1998年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第553段。

⁴¹ 这方面的例子包括与或起诉或引渡义务有关的问题(见上文本附件脚注26)，国家的管辖豁免(见上文本附件脚注9)，及刚果境内的武装活动(2002年新申诉：刚果民主共和国诉卢旺达)(见上文本附件脚注9)。

⁴² 大会2013年届会期间第六委员会审议国际法委员会报告时，一些代表对审议强行法专题表示支持。例如，葡萄牙强调该专题“极为重要”。见2013年10月28日第六委员会第17次会议简要记录(A/C.6/68/SR.17)(上文本附件脚注10)，第88段。同样，伊朗伊斯兰共和国表示也对审议本专题表示支持，见2013年11月5日第六委员会第26次会议简要记录

题一样，澄清关于强行法的规则对国内法官及非国际法领域的法律工作者尤为重要，因为他们也可能需要适用国际法，包括强行法。特别是，这项研究可为国家法院识别强行法规范、了解这类规范与其他国际法规则的关系提供有用的指导。从上文所述的近期实践可以看出，本专题在国家实践方面足够成熟，从而允许逐渐发展和编纂，而且是具体和可行的。

F. 结论

20. 关于强行法是当代国际法的一部分这一点，基本没有争议。不过，强行法的确切范围、内容和效力仍然存在争议。委员会可以通过处理上述问题，为国际法的编纂和逐渐发展做出有意义的贡献。

21. 委员会关于本专题的工作结果可有多种形式。不过，附带评注的结论草案似乎是现阶段看来最适合的形式。结论包含的规范性内容虽然很少，但是起草结论时亦需谨慎，以求不遏制强行法的发展或“削弱”其规范效力。

(《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会，第26次会议》，A/C.6/68/SR.26)，第4段。

部分阅读清单

A. 国际法委员会文件

委员会第十八届会议(1966年)通过的条约法条款草案及其评注,《1966年……年鉴》[英],第二卷,文件A/6309/Rev.1,第二部分,第177页及其后。

委员会成员就国际法某些专题编写的提纲:强行法,安德里亚斯·雅乔维德斯先生,《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/454,第228-236页。

委员会第五十三届会议(2001年)通过的国家对国际不法行为的责任条款及其评注,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分),第76-77段。国家对国际不法行为的责任条款转载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件。

“国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难”研究组工作的结论,《2006年……年鉴》,第二卷(第二部分),第204-213页。

“国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难”,马蒂·科斯肯涅米定稿的研究组报告(A/CN.4/L.682和Corr.1和Add.1),可获自委员会网站,第五十八届会议文件(最后文本将作为《2006年……年鉴》,第二卷(第一部分)的增编出版)。

委员会第六十三届会议(2011年)通过的《对条约的保留实践指南》及其评注,《2011年……年鉴》,第二卷(第三部分)。

B. 部分案例

1. 国际法院

刚果境内的武装活动(2002年的新申诉: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页及其后。

2000年4月11日的逮捕令(刚果民主共和国诉比利时),判决,《2002年国际法院汇编》,第3页及其后。

巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司,《1970年国

际法院汇编》,第3页及其后。

国家的管辖豁免(德国诉意大利:希腊参与诉讼),判决,《2012年国际法院汇编》,第99页及其后。

尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国),案情,判决,《1986年国际法院汇编》,第14页及其后。

与或起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔),判决,《2012年国际法院汇编》,第422页及其后。

2. 其他法院和仲裁庭

Al-Adsani 诉联合王国,申请号35763/97,2001年11月21日的判决,大审判庭,欧洲人权法院, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-XI。

Aloboetoe 等诉苏里南,1993年9月10日的判决(赔偿和费用),美洲人权法院, Series C, No. 15。

阿扎尼亚人民组织等诉真相与和解委员会等, *The South African Law Reports* 1996(4),第562页及其后[1996(4)SA 562(C)]。

Blake 诉危地马拉,1998年1月24日的判决,美洲人权法院, Series C, No. 36。

几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界,1989年7月31日的决定,《国际仲裁裁决汇编》,第二十卷(联合国出版物,出售品编号E/F.93.V.3),第119页及其后。

Giraldo 诉 *Drummond Co.*, 493 Fed. Appx. 106(D.C. Cir. 2012)(美国)

科威特国政府诉美国独立石油公司(*Aminoil*), ILM, vol. 21, No. 5(1982),第976页及其后。

Matar 诉 *Dichter*, 563 F.3d 9(2d Cir. 2009)(美国)

检察官诉 *Anto Furundžija*, 案号IT-95-17/1-T, 1998年12月10日的判决,审判分庭,前南斯拉夫问题国际法庭, *Judicial Reports* 1998, vol. 1,第466页及其后。

南非诉讼中心及另一原告诉国家总检察长等,案号77150/09,2012年5月8日的判决,南非高等

法院（未报道）（南非）。

斯雷布雷尼察母亲基金会等诉荷兰，申请号 65542/12，欧洲人权法院，*Reports of Judgments and Decisions* 2013 (extracts)。

Ye 诉 Zemin, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004) (美国)。

Yousuf 诉 Samantar, 699 F.3d 763 (4th Cir. 2012) (美国)。

C. 部分参考文献

BASSIOUNI, M. Cherif: “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, No. 4 (Autumn 1996), pp. 63–74.

BENNEH, E. Y.: “Sovereign immunity and international crimes”, *University of Ghana Law Journal*, vol. 22 (2002–2004), pp. 112–160.

BIANCHI, A.: “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, No. 3 (2008), pp. 491–508.

BRUNNÉE, J.: “The prohibition on torture: driving *jus cogens* home?”, *Proceedings of the 104th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 24–27, 2010, Washington, D.C.*, pp. 454–457.

BYERS, M.: “Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 66 (1997), pp. 211–239.

CANÇADO TRINDADE, A.: “*Jus cogens* in contemporary international law”, United Nations Audiovisual Library (www.un.org/law/avl).

CASSESE, A.: “For an enhanced role of *jus cogens*” in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 158–171.

CHARLESWORTH, H.: “Law-making and sources”, in J. CRAWFORD and M. KOSKENNIEMI (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 187–202.

CHINKIN, C.: “*Jus cogens*, Article 103 of the UN Charter and other hierarchical techniques of conflict solution”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), pp. 63–82.

CZAPLIŃSKI, W.: “Concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* in international law in the light of recent developments”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 23 (1997–1998), pp. 87–97.

DANILENKO, G. M.: “International *jus cogens*: issues of law-making”, *European Journal of International Law*, vol. 2 (1991), pp. 42–65.

D’AMATO, A.: “It’s a bird, it’s a plane, it’s *jus cogens*!”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, No. 1 (Fall 1990), pp. 1–6.

DE HOOGH, A. J. J.: “The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: peremptory norms in perspective”, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 42 (1991), pp. 183–214.

DE WET, E. “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, in D. SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 541–561.

——— and J. VIDMAR (eds.): *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012.

DUPUY, P.-M.: “Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values: a response to Martti Koskeniemi”, *The European Journal of International Law*, vol. 16, No. 1 (2005), pp. 131–137.

FOCARELLI, C.: “Promotional *jus cogens*: a critical appraisal of *jus cogens*’ legal effects”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), pp. 429–459.

GLENNON, M. J.: “De l’absurdité du droit impératif (*jus cogens*)”, *Revue générale de droit international public*, vol. 110, No. 3 (October 2006), pp. 529–536.

GÓMEZ ROBLEDO, A.: *El ius cogens internacional (Estudio histórico-crítico)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 9–68.

———, “Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1982), pp. 9–36.

HANNIKAINEN, L.: *Peremptory Norms (Jus cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing Company, 1988.

JACOVIDES, A.: *International Law and Diplomacy: Selected Writings*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011.

JANIS, M. W.: “The nature of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, No. 2 (Spring 1988), pp. 359–363.

KAWASAKI, K.: “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), pp. 27–43.

- KOLB, R.: *Théorie du ius cogens international: essai de relecture du concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.
- , “*Jus cogens*, intangibilité, intransgressibilité, dérogation ‘positive’ et ‘négative’”, *Revue générale de droit international public*, vol. 109 (2005), pp. 305–330.
- , “Observations sur l’évolution du concept de *jus cogens*”, *Revue générale de droit international public*, vol. 113 (2009), p. 837.
- KORNICKER UHLMANN, E. M.: “State community interests, *jus cogens* and protection of the global environment: developing criteria for peremptory norms”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11, No. 1 (1998), p. 101.
- MERON, T.: “On a hierarchy of international human rights”, *AJIL*, vol. 80 (1986), pp. 1–23.
- NIETO-NAVIA, R.: “International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law”, in L. C. VOHRAH *et al.* (eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp. 595–640.
- O’CONNELL, M. E.: “*Jus cogens*: international law’s higher ethical norms”, in D. E. CHILDRESS III (ed.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 78–98.
- ORAKHELASHVILI, A.: *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, 2006.
- PAUST, J.: “The reality of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, No. 1 (1991), pp. 81–85.
- PELLET, A.: “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), pp. 83–90.
- SAUL, M.: “Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges”, *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2015), pp. 26–54.
- SHELTON, D.: “Normative hierarchy in international law”, *AJIL*, vol. 100, No. 2 (2006), pp. 291–323.
- SUY, E.: “1969 Vienna Convention. Article 53: treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)”, in O. CORTEN and P. KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1224–1233.
- TOMUSCHAT, C. and J.-M. THOUVENIN (eds.): *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2006.
- VERDROSS, A. von: “Forbidden treaties in international law: comments on Professor Garner’s report on ‘The Law of Treaties’”, *AJIL*, vol. 31, No. 4 (1937), pp. 571–577.
- , “*Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law”, *AJIL*, vol. 60, No. 1 (1966), pp. 55–63.
- VERHOEVEN, J.: “Sur les ‘bons’ et les ‘mauvais’ emplois du *jus cogens*”, *Brazilian Yearbook of International Law*, vol. 1 (2008), pp. 133–160.
- VIDMAR, J.: “Rethinking *jus cogens* after *Germany v. Italy*: back to article 53?”, *Netherlands International Law Review*, vol. 60, No. 1 (2013), pp. 1–25.
- VIRALLY, M.: “Réflexions sur le *jus cogens*”, *Annuaire français de droit international*, vol. 12 (1966), pp. 5–29.
- WEIL, P.: “Towards relative normativity in international law”, *AJIL*, vol. 77 (1983), pp. 413–442.
- WHITEMAN, M. M.: “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2 (1977), pp. 609–626.
- YEE, S.: “*Jus cogens* at the International Court of Justice”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2012 (forthcoming).

第六十六届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/665	第六十六届会议临时议程	油印件。通过的议程见上文第19页。
A/CN.4/666	秘书处编写的关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要	油印件。
A/CN.4/667	特别报告员村濑信也先生关于保护大气层专题的第一次报告	转载于《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)。
A/CN.4/668[和Corr.1]和Add.1	特别报告员爱德华德·巴伦西亚—奥斯皮纳先生关于发生灾害时的人员保护问题的第七次报告	同上。
A/CN.4/669和Add.1	驱逐外国人：从各国政府收到的评论和意见	同上。
—	从欧盟获得的其他信息(仅英文)，未包含在文件A/CN.4/669和Add.1中	油印件。
A/CN.4/670	特别报告员莫里斯·卡姆托先生关于驱逐外国人问题的第九次报告	转载于《2014年……年鉴》，第二卷(第一部分)。
A/CN.4/671	特别报告员格奥尔格·诺尔特先生关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的第二次报告	同上。
A/CN.4/672	特别报告员迈克尔·伍德爵士关于习惯国际法的形成与证据的第二次报告	同上。
A/CN.4/673[和Corr.1]	特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第三次报告	同上。
A/CN.4/674[和Corr.1]	特别报告员玛丽·雅各布松女士关于与武装冲突有关的环境保护的初步报告	同上。
A/CN.4/675	特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生关于条约的暂时适用的第二次报告	同上。
A/CN.4/L.831	发生灾害时的人员保护：起草委员会一读通过的条款草案的文本和标题	油印件。
A/CN.4/L.832	驱逐外国人：起草委员会二读通过的条款草案文本和标题	同上。
A/CN.4/L.833	与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践：起草委员会在委员会第六十六届会议上暂时通过的结论草案6至10的文本和标题	同上。
A/CN.4/L.834	国际法委员会第六十六届会议工作报告草稿，第一章(本届会议的工作安排)	同上。通过的文本见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)。最终文本载于上文第17页。
A/CN.4/L.835	同上，第二章(委员会第六十六届会议工作概况)	同上，上文第20页。

A/CN.4/L.836	同上, 第三章(委员会特别想听取意见的具体问题)	同上, 上文第22页。
A/CN.4/L.837和Add.1/ Rev.1	同上, 第四章(驱逐外国人)	同上, 上文第24页。
A/CN.4/L.838和Add.1	同上, 第五章(发生灾害时的人员保护)	同上, 上文第64页。
A/CN.4/L.839	同上, 第六章(引渡或起诉的义务)	同上, 上文第95页。
A/CN.4/L.840和Add.1-3	同上, 第七章(与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践)	同上, 上文第110页。
A/CN.4/L.841	同上, 第八章(保护大气层)	同上, 上文第140页。
A/CN.4/L.842和Add.1	同上, 第九章(国家官员的外国刑事管辖豁免)	同上, 上文第147页。
A/CN.4/L.843	同上, 第十章(习惯国际法的识别)	同上, 上文第153页。
A/CN.4/L.844	或引渡或起诉的义务工作组——最后报告	油印件。
A/CN.4/L.845	国际法委员会第六十六届会议工作报告草稿, 第十一章(与武装冲突有关的环境保护)	同上。通过的文本见《大会正式记录, 第六十九届会议, 补编第10号》(A/69/10)。最终文本载于上文第160页。
A/CN.4/L.846	同上, 第十二章(条约的临时适用)	同上, 上文第164页。
A/CN.4/L.847	同上, 第十三章(最惠国条款)	同上, 上文第167页。
A/CN.4/L.848	同上, 第十四章(委员会的其他决定和结论)	同上, 上文第169页。
A/CN.4/L.849	规划组的报告	油印件。
A/CN.4/L.850	国家官员的外国刑事管辖豁免: 起草委员会2014年7月15日暂时通过的第2条(c)项和第5条草案的文本	同上。
A/CN.4/SR.3198 - A/CN.4/SR.3243	第3198至3243次会议的临时简要记录	同上。最终文本载于《2014年……年鉴》, 第一卷。

**Yearbook of the International Law Commission 2014
Volume II (Part Two)**