



联 合 国

国际法委员会报告

第六十六届会议

(2014 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日)

大 会

正式记录

第六十九届会议

补编第 10 号(A/69/10)

大 会

正式记录

第六十九届会议

补编第 10 号(A/69/10)

国际法委员会报告

第六十六届会议

(2014 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日)



联合国·纽约，2014

说明

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

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

委员会报告的排版本将载入《2014 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

ISSN 0251-822X

简要目录

章次	段次	页次
一. 导言	1-11	1
二. 委员会第六十六届会议工作概况	12-25	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题	26-34	9
四. 驱逐外国人	35-45	11
五. 发生灾害时的人员保护	46-56	84
六. 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>).....	57-65	137
七. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例.....	66-76	162
八. 保护大气层	77-122	213
九. 国家官员的外国刑事管辖豁免	123-132	224
十. 习惯国际法的识别	133-185	233
十一. 与武装冲突有关的环境保护	186-222	243
十二. 条约的暂时适用	223-248	250
十三. 最惠国条款	249-262	255
十四. 委员会的其他决定和结论	263-312	258
附件 强制法		267

目录

章次	段次	页次
一. 导言	1-11	1
A. 委员	2	1
B. 主席团成员和扩大的主席团	3-5	2
C. 起草委员会	6-7	3
D. 工作组和研究组	8-9	3
E. 秘书处	10	4
F. 议程	11	4
二. 委员会第六十六届会议工作概况	12-25	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题	26-34	9
A. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例	26	9
B. 保护大气层	27	9
C. 国家官员的外国刑事管辖豁免	28	9
D. 习惯国际法的识别	29-30	9
E. 与武装冲突有关的环境保护	31-32	10
F. 条约的暂时适用	33	10
G. 危害人类罪	34	10
四. 驱逐外国人	35-45	11
A. 导言	35-37	11
B. 本届会议对此专题的审议	38-41	11
C. 委员会的建议	42	12
D. 向特别报告员表示感谢	43	12
E. 关于驱逐外国人的条款草案案文	44-45	12
1. 条款草案案文	44	12
2. 条款草案案文及其评注	45	19
驱逐外国人		
总评注		19
第一部分 一般规定		20
第 1 条 范围		20
评注		20
第 2 条 用语		22
评注		22

第 3 条	驱逐权.....	24
	评注.....	24
第 4 条	符合法律规定的要求.....	25
	评注.....	25
第 5 条	驱逐的理由.....	28
	评注.....	28
第二部分	禁止驱逐的情况.....	29
第 6 条	与驱逐难民有关的规则.....	29
	评注.....	30
第 7 条	与驱逐无国籍人有关的规则.....	32
	评注.....	32
第 8 条	为驱逐的目的剥夺国籍.....	33
	评注.....	33
第 9 条	禁止集体驱逐.....	34
	评注.....	34
第 10 条	禁止变相驱逐.....	36
	评注.....	36
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.....	40
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.....	41
	评注.....	41
第 15 条	弱势人员.....	43
	评注.....	43
第二章	在驱逐国所要求的保护.....	44
第 16 条	保护拟被驱逐的外国人的生命权的义务.....	44
	评注.....	44
第 17 条	禁止酷刑或残忍、不人道或有辱人格的 待遇或处罚.....	44

评注.....	45
第 18 条 尊重家庭生活权的义务.....	45
评注.....	45
第 19 条 为驱逐目的而对外国人实施的拘留.....	48
评注.....	49
第 20 条 保护拟被驱逐的外国人的财产.....	51
评注.....	51
第三章 与目的地国有关的保护.....	55
第 21 条 离境前往目的地国.....	55
评注.....	55
第 22 条 拟被驱逐的外国人的目的地国.....	57
评注.....	57
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.....	59
评注.....	59
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.....	60
评注.....	60
第四章 过境国境内的保护.....	65
第 25 条 在过境国境内保护拟被驱逐的外国人的人权.....	65
评注.....	65
第四部分 具体程序规则.....	65
第 26 条 拟被驱逐的外国人的程序权利.....	65
评注.....	66
第 27 条 针对驱逐决定的上诉的暂停效力.....	74
评注.....	74
第 28 条 个人申诉国际程序.....	75
评注.....	75
第五部分 驱逐的法律后果.....	75
第 29 条 重新准入驱逐国.....	75
评注.....	75
第 30 条 国家在非法驱逐情况下的责任.....	77
评注.....	77

第 31 条 外交保护	82
评注	82
五. 发生灾害时的人员保护	46-56 84
A. 导言	46-47 84
B. 本届会议审议此专题的情况	48-54 85
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	55-56 86
1. 条款草案案文	55 86
2. 条款草案案文及其评注	56 90
第 1[1]条 范围	90
评注	90
第 2[2]条 宗旨	91
评注	91
第 3[3]条 灾害的定义	93
评注	93
第 4 条 用语	95
评注	95
第 5[7]条 人的尊严	100
评注	100
第 6[8]条 人权	102
评注	102
第 7[6]条 人道主义原则	103
评注	103
第 8[5]条 合作的义务	105
评注	106
第 9[5 之二]条 合作的形式	108
评注	108
第 10[5 之三]条 减少灾害风险的合作	111
评注	111
第 11[16]条 减少灾害风险的义务	111
评注	111
第 12[9]条 受灾国的作用	117
评注	117
第 13[10]条 受灾国寻求外部援助的责任	119
评注	119

第 14[11]条	受灾国对外部援助的同意	123
	评注	123
第 15[13]条	对提供外部援助规定条件	126
	评注	126
第 16[12]条	提议外部援助	128
	评注	128
第 17[14]条	便利外部援助	130
	评注	130
第 18 条	保护救灾人员、设备和物资	131
	评注	131
第 19[15]条	终止外部援助	134
	评注	134
第 20 条	与国际法特别规则或其他规则的关系	135
	评注	135
第 21[4]条	与国际人道主义法的关系	136
	评注	136
六. 引渡或起诉的义务(<i>aut dedere aut judicare</i>)	57-65	137
A. 导言	57-60	137
B. 本届会议审议此专题的情况	61-64	138
C. 本专题最后报告	65	138
1. 按照法治原则同有罪不罚现象做斗争的义务		139
2. 引渡或起诉的义务在国际法委员会工作中的重要性		140
3. 工作概述		141
(a) 多边文书中的条款类型		141
(b) 履行引渡或起诉的义务		145
(c) 目前公约制度的缺陷和“第三种选择”		151
(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		153
(e) 引渡或起诉的义务与普遍适用的义务或强制法规范之间的关系		156
(f) 引渡或起诉的义务的习惯国际法地位		157
(g) 2009 年总框架中具有持续相关性的其他事项		159
七. 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例	66-76	162
A. 导言	66-69	162
B. 本届会议审议此专题的情况	70-74	163

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 嗣后协定和嗣后惯例的结论草案案文	75-76	164
1.	结论草案案文	75	164
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	166
结论 6	嗣后协定和嗣后惯例的识别		166
	评注		166
结论 7	嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响		175
	评注		175
结论 8	嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的权重		188
	评注		188
结论 9	与条约解释有关的缔约方协定		193
	评注		193
结论 10	在缔约国大会框架内通过的决定		201
	评注		201
八.	保护大气层	77-122	213
A.	导言	77-78	213
B.	本届会议审议此专题的情况	79-122	213
1.	特别报告员介绍第一次报告	80-84	213
2.	辩论摘要	85-115	215
(a)	一般评论	85-93	215
(b)	对指南第 1 条草案“用语”的评论	94-99	217
(c)	对指南第 2 条草案“指南的范 围”的评论	100-103	218
(d)	对指南第 3 条草案“大气层的法 律地位”的评论	104-111	219
(e)	其他考虑	112-115	220
3.	特别报告员的总结	116-122	221
九.	国家官员的外国刑事管辖豁免	123-132	224
A.	导言	123-125	224
B.	本届会议审议此专题的情况	126-130	224
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	225
1.	条款草案案文	131	225

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	226
第2条 定义		226
评注		227
第5条 享有属事豁免的人员		231
评注		231
十. 习惯国际法的识别	133-185	233
A. 导言	133-134	233
B. 本届会议审议此专题的情况	135-185	233
1. 特别报告员介绍第二次报告	137-148	233
2. 辩论摘要	149-171	237
(a) 一般评论	149-153	237
(b) 术语的使用	154-155	238
(c) 基本方法	156-158	238
(d) “一般惯例”	159-168	239
(e) “被接受为法律”(“法律确信”)	169-171	240
3. 特别报告员的总结	172-185	241
十一. 与武装冲突有关的环境保护	186-222	243
A. 导言	186	243
B. 本届会议审议此专题的情况	187-222	243
1. 特别报告员介绍初步报告	188-191	243
2. 辩论摘要	192-213	244
(a) 一般评论	192	244
(b) 范围和方法	193-199	244
(c) 术语的使用	200-203	245
(d) 将参考的资料来源和其他材料	204-205	246
(e) 环境原则与义务	206-209	246
(f) 人权和土著人民权利	210-211	247
(g) 今后的工作方案	212-213	247
3. 特别报告员的总结	214-222	247
十二. 条约的暂时适用	223-248	250
A. 导言	223-224	250
B. 本届会议审议此专题的情况	225-248	250
1. 特别报告员介绍第二次报告	228-235	251

2. 辩论摘要	236-243	252
3. 特别报告员的总结	244-248	253
十三. 最惠国条款	249-262	255
A. 导言	249-250	255
B. 本届会议审议此专题的情况	251-262	255
1. 最后报告草稿	254-258	256
2. 研究组的讨论	259-262	257
十四. 委员会的其他决定和结论	263-312	258
A. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件	263-290	258
1. 新专题列入委员会工作方案	266	258
2. 长期工作方案工作组	267-272	258
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	259
4. 酬金	281	260
5. 文件和出版物	282-285	260
6. 处理《国际法委员会年鉴》积压工作 问题的信托基金	286	261
7. 编纂司的协助	287	261
8. 《国际法委员会年鉴》	288	261
9. 网站	289	261
10. 联合国国际法视听图书馆	290	262
B. 委员会第六十七届会议的日期和地点	291-292	262
C. 与其他机构的合作	293-297	262
D. 出席大会第六十九届会议的代表	298-299	263
E. 国际法讲习班	300-311	263
F. 纪念国际法讲习班开办 50 周年	312	266
附件		
强制法		267

第一章 导言

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·伍德先生(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：村濑先生(主席)、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

¹ 卡弗利施先生、坎迪奥蒂先生、卡姆托先生、尼豪斯先生、彼得里奇先生和维斯努穆尔蒂先生。

² 埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、戈麦斯—罗夫莱多先生、雅各布松女士、卡姆托先生、村濑先生、墨菲先生、诺尔特先生、巴伦西亚—奥斯皮纳先生和伍德先生。

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、伍德先生和特拉迪先生(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: 萨博亚先生(主席)、巴伦西亚—奥斯皮纳先生(特别报告员)、福尔托先生、哈穆德先生、吉滴猜萨里先生、村濑先生、墨菲先生、朴先生、彼得里奇先生、辛格先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和特拉迪先生(当然成员)。

(b) 驱逐外国人: 萨博亚先生(主席)、卡姆托先生(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、福尔托先生、戈麦斯—罗夫莱多先生、哈穆德先生、吉滴猜萨里先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、瓦科先生、伍德先生和特拉迪先生(当然成员)。

(c) 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例: 萨博亚先生(主席)、诺尔特先生(特别报告员)、哈穆德先生、吉滴猜萨里先生、墨菲先生、朴先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和特拉迪先生(当然成员)。

(d) 国家官员的外国刑事管辖豁免: 萨博亚先生(主席)、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(特别报告员)、坎迪奥蒂先生、福尔托先生、黄先生、雅各布松女士、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、墨菲先生、朴先生、彼得里奇先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、瓦科先生伍德先生和特拉迪先生(当然成员)。

(e) 习惯国际法的识别: 萨博亚先生(主席)、伍德先生(特别报告员)、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、福尔托先生、戈麦斯—罗夫莱多先生、哈穆德先生、卡姆托先生、吉滴猜萨里先生、村濑先生、墨菲先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生和特拉迪先生(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) 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)问题工作组: 吉滴猜萨里先生(主席)、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、拉腊巴先生、墨菲先生、朴先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生和特拉迪先生(当然成员)。

(b) 最惠国条款研究组：麦克雷先生(主席)、卡弗利施先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、福尔托先生、哈穆德先生、卡姆托先生、村濑先生、墨菲先生、朴先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、伍德先生和特拉迪先生(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：麦克雷先生(主席)、卡弗利施先生、埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、福尔托先生、格沃尔吉安先生、戈麦斯—罗夫莱多先生、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、村濑先生、墨菲先生、尼豪斯先生、诺尔特先生、朴先生、彼得里奇先生、辛格先生、斯图尔马先生、巴斯克斯—贝穆德斯先生、瓦科先生、维斯努穆尔蒂先生、伍德先生和特拉迪先生(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. 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)。
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惯例。
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，并根据《章程》第 23 条建议大会通过一项决议注意到该条款草案并将该条款草案附在该决议之后，并考虑在以后某个阶段根据该条款草案拟订一项公约(第四章)。

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 Corr.1 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和联合国减少灾害风险办公室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“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”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惯例”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惯例的识别、嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响、1969 年《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的形式和价值、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惯例的解释范围。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)。该报告阐述了这个项目的总体目标，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)。

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 和 Corr.1)，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，其权利和义务是相同的，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(第十四章 A.1 节)。委员会决定将“强制法”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³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(第十四章 A.2 节)。

³ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件二。

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(第十四章 B 节)。

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惯例

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惯例⁴ 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判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惯例的任何实例。

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惯例，尤其是司法惯例：

- (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。

⁴ 例如见：《关于国际组织的责任条款草案》第 2 条(b)中“组织确立的惯例”，《大会正式纪录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 78 页上的评注，第(16)和(17)段；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，A/CONF.129/15。

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材料：

- (a) 条约，包括有关的区域或双边条约；
- (b) 与本专题有关的国内法律，包括执行区域或双边条约的国内法律；
- (c) 对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。

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，说明其关于暂时适用条约的实践，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) 暂时适用的法律效力。

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案文；
 - (c) 说明国家在哪些条件下能够对据称犯下危害人类罪行者行使管辖权(例如：在国家领土内发生这类罪行的情况，或由该国国民或居民犯下此类罪行的情况)；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. 引言

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。⁵ 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份报告、⁶ 参照全会的辩论修订和重组的关于保护遭受驱逐者或正在遭受驱逐者的人权的新案文、⁷ 特别报告员为条款草案的重组而提交的一份新的工作计划草案、⁸ 秘书处的一份备忘录⁹以及各国政府提出的评论和意见。¹⁰

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。¹¹ 它根据《规约》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，委员会备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)进行重组的建议。在 2014 年 5 月 6 日的第 3199 次会议以及从 2014 年 5 月 8 日至 14 日的第 3201 次至第 3204 次会议上，委员会审议了特别报告员的第

⁵ 《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，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”这一专题纳入委员会长期工作方案的可能性(同上，《第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 554 段)。委员会第五十二届会议(2000 年)确认了这一决定(同上，《第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 729 段)。有关这一专题的可能总体框架和处理方针的简要提纲列入了委员会当年报告的附件(同上，附件)。大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 8 段注意到该专题已纳入长期工作方案。

⁶ A/CN.4/554(初步报告)、A/CN.4/573 和 Corr.1(第二次报告)、A/CN.4/581(第三次报告)、A/CN.4/594(第四次报告)、A/CN.4/611 和 Corr.1(第五次报告)、A/CN.4/625、A/CN.4/625/Add.1 和 A/CN.4/625/Add.2(第六次报告)、A/CN.4/642(第七次报告)以及 A/CN.4/651(第八次报告)。

⁷ A/CN.4/617。

⁸ A/CN.4/618。

⁹ A/CN.4/565 和 Corr.1(秘书处的备忘录)。

¹⁰ 关于各国政府提出的评述和意见，见 A/CN.4/604 和 A/CN.4/628。

¹¹ 《大会正式记录，第六十七届会议，补充第 10 号》(A/67/10)，第 41 至 43 段。

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，同时考虑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 日的第 3217 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 日的第 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《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 日第 3238 次会议上，委员会决定按照《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 日的第 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，以唱名表决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。

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惯例，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

为驱逐的目的剥夺国籍

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。

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

弱势者

1. 拟被驱逐的儿童、老年人、残疾人、孕妇和其他弱势者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

当存在不可挽回的严重损害的危险时，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。好几项国际条约也载有关于这个专题的这一个或那一个方面的规定。自十九世纪中叶以来适用的国际案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。案例法的这一基础最近因国际法院的一项判决¹²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，本条款草案事关驱逐外国人的基本规则的编纂和逐渐发展。

¹² 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页。

(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受禁止的各种驱逐情况。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，还包括为了驱逐目的而可能进行拘留。

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个人，这些类别通常根据第 1 款应包括在内。

(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，而对所涉外国人的所有类别不加区分，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，因而其逗留随后变得不合法的外国人。¹³ 虽然条款草案一般适用于驱逐目前合法或非法地在驱逐国境内的外国人，但必须一开始就应该指出的是，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。¹⁴ 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。¹⁵

(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。¹⁶

(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。¹⁷ 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

¹³ 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。(尤其是见《公民及政治权利国际公约》(第 13 条)，联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号；《关于难民地位的公约》(第 32 条)，联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号；《关于无国籍人地位的公约》(第 31 条)，联合国，《条约汇编》，第 360 卷，第 117 页；1955 年《欧洲居留公约》。另见 A/CN.4/565，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，但这些法律提及法外国人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容留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界即被该国合法接纳，但其后不满足容留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，造成外国人在驱逐国境内非法逗留的可同时有两项缘由。例如，外国人非法进入容留国边界，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。

¹⁴ 见下文第 6-7 条、第 26-27 条和第 29 条草案及其评注。

¹⁵ 见下文第 2 条草案的评注第(5)段。

¹⁶ 尤其见下列公约载述的规则：《维也纳外交关系公约》(维也纳，1961 年 4 月 18 日，联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页)、1963 年《维也纳领事关系公约》(维也纳，1963 年 4 月 24 日，联合国，《条约汇编》，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页)和《特别使团公约》(纽约，1969 年 12 月 8 日，联合国，《条约汇编》，第 1400 卷，第 23431 号，第 235 页)。

¹⁷ 尤其见下列公约载述的规则：1951 年《关于难民地位的关系》，(日内瓦，1951 年 7 月 28 日，联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，第 150 页)，《关于无国籍人地位的公约》(纽约，1954 年 9 月 28 日，联合国，《条约汇编》，第 360 卷，第 5158 号，第 117 页)和《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(纽约，1990 年 12 月 18 日，联合国，《条约汇编》，第 2220 卷，第 39481 号，第 3 页)。

从一国境内驱逐事宜的某一方面的特别规则的适用。¹⁸ 联合国大会有关决议¹⁹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。

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) 为了本条款草案的目的，第 2 条草案界定了两个关键术语“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。²⁰ 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。没有采取正式行为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。²¹ 因此

¹⁸ 在这个意义上，参见下文第 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。

¹⁹ 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引起的灾害。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。

²⁰ 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。

²¹ 参见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 38-54 页。

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) 可能造成驱逐的正式决定之外的行为，其形式要么是国家的作为，要么是不作为。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家行为者的敌对行为。²² 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为或一种主动的或消极的行为，有关外国人被迫离开该国领土。²³ 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通过该种行为有意使该外国人离开该国。²⁴

(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。²⁵ 对这种区别应该参照条款草案的属事范围的定义来理解，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事范围之内。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》²⁶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，

²² 见下文第 10 条草案及其评注。

²³ 驱逐决不会是被驱逐者要求的行为或事件，也不会是被驱逐者同意的行为或事件。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。

²⁴ 见下文第 10 条草案的评注第(3)至(7)段。

²⁵ 见上文第 1 条草案的评注第(2)和第(3)段。

²⁶ 《关于难民地位的公约》，日内瓦，1951 年 7 月 28 日，联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，第 150 页。

²⁷ 对于无国籍人，参见下文第 7 条草案。

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，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。这一权利无论是在实践中，还是在案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

²⁸ 例如参见 *Lacoste* 诉墨西哥(墨西哥委员会)，1875 年 9 月 4 日的裁决，见于 John Bassett Moore, 《美利坚合众国曾作为当事方的国际仲裁历史和摘要》，第四卷，第 3347-3348 页；*Maal* 案，荷兰—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年 6 月 1 日，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 731 页；*Boffolo* 案，意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 528、529、531 和 532 页；*Oliva* 案，意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 608 页(仲裁人 Ralston)；*Paquet* 案，比利时—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 325 页(仲裁人 Filtz)；以及 *Yeager* 诉伊朗伊斯兰共和国，伊朗伊斯兰共和国—美利坚合众国索赔法庭，1987 年 11 月 2 日的裁决，《伊朗伊斯兰共和国—美利坚合众国索赔法庭裁决汇编》，第 17 卷，第 92-113 页。

²⁹ 对于欧洲人权法院，尤其参见 *Moustaquim* 诉比利时，判决(案情实质和公正抵偿)，1991 年 2 月 18 日，第 12313/86 号申诉，第 43 段。另参见 *Vilvarajah* 等人诉大不列颠及北爱尔兰联合王国，判决(案情实质)，1991 年 10 月 30 日，第 13163/87、13164/87、13165/87 和 13448/87 号申诉，第 102 段；*Chahal* 诉大不列颠及北爱尔兰联合王国，判决(案情实质和公正抵偿)，1996 年 11 月 15 日，第 22414/93 号申诉，第 73 段；*Ahmed* 诉奥地利，判决(案情实质和公正抵偿)，1996 年 12 月 17 日，第 25964/94 号申诉，第 38 段；*Bouchelkia* 诉法国，判决(案情实质)，1997 年 1 月 29 日，第 23078/93 号申诉，第 48 段；以及 *H.L.R.* 诉法国，判决(案情实质)，1997 年 4 月 29 日，第 24573/94 号申诉，第 33 段。关于非洲人权和人民权利委员会，尤其参见第 No.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* 诉安哥拉，第十一次年度活动报告，1997-1998 年，第 20 段。

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的编纂成果，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”约束着国家驱逐外国人的权利，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驱逐外国人权利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。

(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必将这方面的决定通知外国人的做法。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，这一要求也在国际人权法律，不论是世界性还是区域性人权法律中，都已稳定地确立。在国际一级，这一点载于《公民权利和政治权利国际公约》第十三

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 legum* 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节。

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》第二十二条款;³³ 《难民地位公约》第三十二条款,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《非洲人权和人民权利宪章》第 12 条第 4 款;³⁶ 《美洲人权公约》(《圣何塞公约》)第 22 条第 6 款;³⁷ 《欧洲人权公约第 7 号议定书》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合法地在那里还是非法地在那里。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

³² 这一条规定读作: “合法处在本盟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……”(《公民权利和政治权利国际公约》, 纽约, 1966 年 12 月 16 日, 联合国, 《条约汇编》, 第 999 卷, 第 14668 号, 第 171 页)。

³³ 这一款读作: “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”(《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》, 纽约, 1990 年 12 月 18 日, 联合国, 《条约汇编》, 第 2220 卷, 第 39481 号, 第 3 页)。

³⁴ 这一款尤其规定, 缔约国驱逐难民[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……”(《关于难民地位的公约》, 日内瓦, 1951 年 7 月 28 日, 联合国, 《条约汇编》, 第 189 卷, 第 2545 号, 第 150 页)。

³⁵ 这一款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(《关于无国籍人地位的公约》, 纽约, 1954 年 9 月 28 日, 联合国, 《条约汇编》, 第 360 卷, 第 5158 号, 第 117 页)。

³⁶ 这一款读作: “合法地处于本宪章各缔约国之内的非本国国民, 惟按照依法作出的决定方可被驱逐出境”(《非洲人权和人民权利宪章》, 内罗毕, 1981 年 6 月 27 日, 联合国, 《条约汇编》, 第 1520 卷, 第 26363 号, 第 217 页)。

³⁷ 这一款读作: “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”(《美洲人权公约》(《圣何塞公约》), 圣何塞, 哥斯达黎加, 1969 年 11 月 22 日, 联合国, 《条约汇编》, 第 1144 卷, 第 17955 号, 第 143 页)。

³⁸ 这一款读作: “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……”(《保护人权和基本自由公约第 7 号议定书》, 斯特拉斯堡, 1984 年 11 月 22 日, 《欧洲条约汇编》, 第 117 号)。

³⁹ 这一款读作: “对于虽未持有其护照但合法地处在在其境内的外国人, 任何缔约国只有在执行按照法律达成的决定时, 才可将其驱逐出境……”(阿拉伯国家联盟第十六届会议通过的宪章(突尼斯, 2004 年 5 月); 2008 年 3 月 15 日生效; 英文译文来自联合国人权事务高级专员办事处; 英文本可在下列网址上查阅: <http://www.unicef.org/tdad/arabcharterhumanrights.doc>)。

⁴⁰ 在这个意义上, 参见下文第 26 条草案第 4 款。

(5) 要求遵守法律也是相当普遍的规定，因为这既适用于正式的驱逐条件，也适用于实质性的驱逐条件。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) 在其 2010 年 11 月 30 日关于艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)的案件中，国际法院确认了遵守法律这一要求，认为这是依照国际法使驱逐达到合法的条件。国际法院在这方面提到《公民权利和政治权利国际公约》第 13 条和《非洲人权和人民权利宪章》第 12 条第 4 款并指出：

“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按照国际法取得合法性的条件，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。该人在人权事务委员会里声称，这一驱逐决定没有“按照法律作出”，因此不符合公约第 13 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，这不是委员会的权利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

⁴¹ 在这个意义上，参见欧洲人权委员会指导委员会的意见，该意见就《欧洲人权公约第 7 号议定书》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《保护人权和基本自由公约第 7 号议定书》的解释性报告，第 11 段)。

⁴² 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 663 页，第 65 段。对于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 Diallo 先生的驱逐不是“依照法律”决定的(同上，第 666 页，第 73 段)。

⁴³ 人权事务委员会，第 58/1979 号来文，Anna Soufidou 诉瑞典，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 165 页，第 10.1 段。

⁴⁴ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页，及 Bozano 诉法国，1986 年 12 月 18 日的判决，第 9990/82 号申诉，第 58 段：“如果《公约》直接提及国内法，像第 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 判决，A 辑，第 33 号，p.10,§ 46)。”

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) 驱逐理由问题包含好几个方面，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*” [在事实和法律上都有根据]。⁴⁵ 在对迪亚洛案件实质作出判决时，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准确的理由，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逮捕和拘留在没有任何辩护理由的情况下只能说成是任意的行为，正如《公约》第九条第 1 款和《非洲宪章》第 6 条所说的”。⁴⁶

在大赦国际诉赞比亚案件中，非洲人权和民族权利委员会认为，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(第九条第 1 款)”。⁴⁷

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。

⁴⁶ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 669 页，第 81 段。

⁴⁷ 非洲人权和人民权利委员会第 212/98 号来文，大赦国际诉赞比亚，第十二次年度活动报告，1998-1999 年，第 32 和 33 段。

(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。这个理由是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况，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”这一标准是特别具有意义的，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 款的目的是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惯例，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。

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，这两处案文限制以“国家安全或公共秩序的理由”来驱逐难民和无国籍人，因而重述了有关条约文书中的规定。

⁵⁰ 关于国际法中驱逐理由的合法性问题，另参见下文第 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)。

(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。

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惯例继续对难民适用。具体来说,第 6 条草案(a)项和(b)提及关于难民驱逐或遣返(推回)的两项特别重要规则。

(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,⁵¹ 以及 1967 年 1 月 31 日《关于难民地位的议定书》第一条所作的修订,⁵² 这一修订消除了 1951 年定义中具有的地域和时间上的限制,同时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办事处(难民署)的实践。⁵³ 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“难民”定义更为宽泛,值得特别一提。⁵⁴

(3) 术语“与难民有关的国际法规则”应理解是指普遍、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 条草案尤其提及《关于难民地位的公约》第一条第(六)项中的排除条款,并申请难民的驱逐程序性条件规则的公约,特别是第 32 条第 2 款第 1 楼的排除条款,⁵⁵ 和尤其是该公约第三十二条第 2 款所载的适用于驱逐难民的程序性条件规

⁵¹ 《关于难民地位的公约》,日内瓦,1951 年 7 月 28 日,联合国,《条约汇编》,第 189 卷,第 2545 号,第 150 页,第一条。

⁵² 《关于难民地位的议定书》,纽约,1967 年 1 月 31 日,联合国,《条约汇编》,第 606 卷,第 8791 号,第 267 页,第一条。

⁵³ 见难民署,《确定难民身份的程序手册》,日内瓦,难民署,1979 年,其中第 28 段内容如下:“因此,对其难民身份的承认不能使其成为难民,而只是宣称他为难民。他不会因承认而成为难民,他因是难民而得到承认。”

⁵⁴ 《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》,亚的斯亚贝巴,1969 年 9 月 10 日,联合国,《条约汇编》,第 1001 卷,第 14691 号,第 45 页。

⁵⁵ 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经过认为有罪。”

则。⁵⁶ 它同样涉及 1951 年公约第 32 条第 3 款，⁵⁷ 该款要求缔约各国应给予难民和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惯例。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)项采用了 1951 年 7 月 28 日《关于难民地位的公约》第 32 条第 1 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受审理的期间内有效。这种保护反映了法律文献中的一个趋势，⁵⁸ 并在一些国家⁵⁹和难民署⁶⁰的实践中得到支持，构成了对一项原则的偏离，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 1951 年公约意义上的“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

⁵⁶ 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。”

⁵⁷ 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。”

⁵⁸ 尤其见 Elihu Lauterpacht 和 Daniel Bethlehem, “补充保护形式”，《关于国际保护的全球磋商》，难民署文件 EC/GC/01/18, 2001 年 9 月 4 日，第 11(g)段。

⁵⁹ 在这方面，法国的做法尤其令感兴趣。1951 年公约只是说，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，”而与此不同的是，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，1993 年年 8 月 13 日第 93-325 DC 号决定，政府公报，1993 年 8 月 18 日，第 11722 页起)。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(最高行政法院大会，1991 年 12 月 13 日，*M. Nkodia and Prefect of Hérault v. Dakoury*, *Revue française de droit administratif*, 1992 年 1-2 月，第 90-103 页)。

⁶⁰ 见上文注 53。

草案确认的保护，可以(a)项所列理由以外的理由驱逐，包括仅仅以非法处在驱逐国境内这一唯一理由而予以驱逐。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 1951 年公约的第 33 条第 1 和第 2 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，⁶¹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，不管他们在接受国的存在是否合法还是不合法。还应该强调的是，提及不驱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《关于难民地位的公约》第一条⁶²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”。⁶³

(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 1954 年公约第 31 条第 2 款所载的适

⁶¹ 见上文第 2 条草案(a)项末尾。

⁶² 《关于无国籍人地位的公约》，纽约，1954 年 9 月 28 日，联合国，《条约汇编》，第 360 卷，第 5158 号，第 117 页。

⁶³ 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它的国民的人。
- 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，并认为有罪。”

用于无国籍人的驱逐的程序性条件规则。⁶⁴ 它同样涉及 1954 年公约第 31 条第 3 款的规定，⁶⁵ 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 31 条第 1 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 为驱逐的目的剥夺国籍

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。

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，因此属于滥用权力，实际上构成《世界人权宣言》第十五条第(二)款意义范围内的任意剥夺。⁶⁶ 有鉴于此，第 8 条草案规定，禁止仅为驱逐的目的剥夺国籍。

(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。

⁶⁴ 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。”

⁶⁵ 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。”

⁶⁶ 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》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》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”)。

(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。

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案例法的启发。⁶⁷ 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

⁶⁷ 见韦德兰·安德里奇诉瑞典，关于第 45917/99 号申诉是否可受理的决定，1999 年 2 月 23 日，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 诉比利时案，判决(案情实质和公正抵偿)，2002 年 2 月 5 日，第 51564/99 号申诉，第 59 段：“法院重申其判例法，据此，第 4 号议定书第 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。”(见本注前面引述的安德里奇案)。另见格鲁吉亚诉俄罗斯案(一)，判决(案情实质)，2014 年 7 月 3 日，第 13255/07 号申诉，第 167 段：“法院重申其判例法，据此，第 4 号议定书第 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 Čonka 案，§ 59)。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。’(除其他判决外，例如可参见 Sultani [诉法国，判决，2007 年 9 月 20 日，第 45223/05 号申诉] § 81，和 Hirsi Jamaa 等人[诉意大利，判决，2012 年 2 月 23 日，第 27765/09 号申诉]，§184)。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)。”

布罗德先生在 2003 年的最后报告里也表示赞同。⁶⁸ 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。

(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》第 22 条第 9 款规定，“禁止集体驱逐外国人。”《欧洲人权公约第 4 号议定书》⁶⁹ 第 4 条规定，“禁止集体驱逐外国人。”同样，《非洲人权和人民权利宪章》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”。

(3) 《公民权利和政治权利国际公约》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。委员会在关于《公约》规定的外侨地位的第 15 号一般性意见中指出：

“第 13 条仅仅直接规定驱逐出境的程序，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。另外一方面，它规定外侨均有权就其案件得到一种判决；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，此项了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。”⁷⁰ (强调是后加的)。

⁶⁸ 在报告里，特别报告员发表了以下意见：“迫使非公民作为一个群体离开一个国家的任何措施是受禁止的，除非这样的措施是在对该群体里每一个非公民的具体情况进行了合理和客观审查的基础上而采取的。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 号和经济及社会理事会第 2000/283 号决定(E/CN.4/Sub.2/2003/23)提交，2003 年 5 月 26 日，第 11 段(援引欧洲人权法院，Čonka 诉比利时，同前)。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。

⁶⁹ 《欧洲保护人权与基本自由公约第 4 号议定书》，《欧洲条约汇编》，第 46 号。

⁷⁰ 人权事务委员会，第 15 号一般性意见：“《公约》规定的外侨的地位”，1986 年 4 月 11 日，第 10 段。

(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款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款草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。⁷¹

(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主义法律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，⁷² “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。这种间接性是通过因国家行为

⁷¹ 见上文第 5 条草案的评注第(4)段。

⁷² 除其他外，见 Ruth L. Cove，“对外国国民的推断性不法驱逐所引起的国家责任”，《福德姆国际法杂志》，第 11 卷，1987-1988 年，第 802-838 页。

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。⁷³

(4) 以“驱逐”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。”⁷⁴

(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有自愿同意的特点。⁷⁵

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，埃塞俄比亚在这些索赔的举证方面，未能达到高法律门槛的要求。理由如下：

⁷³ 具体见上文第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。

⁷⁴ D.J. Harris, 《国际法案件和材料》，第7版(伦敦, Sweet & Maxwell, 2010年), 第470页(评论伊朗—美国索赔法庭关于变相驱逐的案件)。关于这种判例，另见乔治·加亚“驱逐外国人：国际法中的一些老问题和新问题”，*Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 第3卷, 1999年, 第283-314页，尤其是第289至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，《伊朗—美国索赔法庭报告》，第16卷(1987-III), 第85至86页；国际技术产品公司诉伊朗伊斯兰共和国, 1985年8月19日的裁决，《伊朗—美国索赔法庭报告》，第9卷(1985-II), 第18页；以及 Rankin 诉伊朗伊斯兰共和国, 1987年11月3日的裁决，《伊朗—美国索赔法庭报告》，第17卷(1987-IV), 第147至148页。另见 Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 第7修订版(伦敦/纽约, Routledge, 1997年), 第262页；John R. Crook, “国际仲裁中适用的法律：伊朗伊斯兰共和国—美国索赔法庭的经验”，《美国国际法杂志》，第83卷, 1989年, 第278-311页，见第308和309页；及 R. Cove, 同前, 第802-838页。

⁷⁵ 部分裁决，平民索赔，埃塞俄比亚的申诉5，厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会，海牙，2004年12月17日，第91至95段，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷，第277至278页。

“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了解。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或其他办法，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。”⁷⁶

(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个人单独或集体实施的行的支持或容忍。⁷⁷ 一国对个人行的支持或容忍如果构成“意图促使外国人离境的可归于该国的作为或不作为，”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。不言而喻的是，如果仅仅是容忍的问题，国家并没有对个

⁷⁶ 同上，第 285 至 286 段[引述 Charles N. Brower & Jason D. Brueschke, 《伊朗—美国索赔法庭》，第 343-365 页(1998 年); George H. Aldrich, 《伊朗—美国索赔法庭的判例》，第 464-471 页(1996 年)]。

⁷⁷ 在这方面，参见国际法协会《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。该《宣言》指出：

“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，不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》，国际法协会第 62 届大会，1986 年 8 月 24 日至 30 日，首尔，《1986 年大会报告》，第 13 页。

人行为采取决定性的支持行动，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二章中的标准相同。⁷⁸

(7) 支持或容忍个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。”⁷⁹ 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法的。⁸⁰ 这种驱逐除了理由似乎不足外，⁸¹ 还必须指出，它们也不符合大会 1985 年通过的《非居住国国民个人人权宣言》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”。⁸²

(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。⁸³ 应该指出，第 11 条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。

⁷⁸ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)。案文原载于大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议附件，后经 A/56/49 (Vol. I)/Corr.4 号文件更正。

⁷⁹ Guy S. Goodwin-Gill, 《国际法与各国之间人员的流动》(牛津，克拉伦登出版社，1978 年)，第 209 页。

⁸⁰ 除其他外，参阅下列著作中所提到的实例：Franck Paul Weber, “Expulsion: genèse et pratique d’un contrôle en Allemagne”, 《文化与冲突》，第 23 号(1996 年)，第 107-153 页；Anne Bazin, “Les décrets Beneš et l’intégration de la République tchèque dans l’Union européenne”, Questions d’Europe, 第 59 号，2002 年 9 月 22 日；以及 Louis B. Sohn 和 Richard R. Baxter, “国家对外国人经济利益所受损害的责任”，《美国国际法杂志》，第 55 卷，1961 年，第 566 页。

⁸¹ 见 S. Goodwin-Gill, 同前，上文注 79，第 216-217 页和第 307-308 页。

⁸² 第 40/144 号决议，《非居住国国民个人人权宣言》，1985 年 12 月 13 日，附件，第 9 条。

⁸³ 另见下文关于保护拟被驱逐的外国人财产的第 20 条草案。

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”。⁸⁴ 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。

(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《公民权利和政治权利国际公约》关于被剥夺自由者的处境的第十条。添加“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。

⁸⁴ 见欧洲人权法院，第 9990/82 号申诉，1986 年 12 月 18 日的判决，*Bozano* 诉法国，第 52 至 60 段，尤其是该法院在判决第 60 段得出的结论：“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 日夜剥夺申诉人的自由，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’。以这种方式剥夺博萨诺先生的自由，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，巴黎大审法庭庭长的结论(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，违反公约第 5 条第(1)款的情况成立。”

(2) 鉴于外国人在被驱逐过程中遭受屈辱性待遇的情况并不少见——这有伤其作为人的尊严，虽然这种待遇不一定构成残忍、不人道或有辱人格的待遇，故尊重受驱逐的任何外国人的尊严这项一般原则特别重要。“人的固有尊严”一语借鉴了《公民权利和政治权利国际公约》第十条，意在说明本条草案中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》。⁸⁵

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尊重权利而不歧视的义务。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。⁸⁶ 有关驱逐问题的案例法也确认了这项义务。例如，伊朗—美国索赔法庭在 *Rankin* 的案件中笼统地指出：

“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。”⁸⁷

同样值得注意的是毛里求斯妇女案件，在该案中，人权事务委员会认为违反《公民权利和政治权利国际公约》的情况成立，因为有关法律存在基于性别的歧

⁸⁵ 大会第 40/144 号决议，《非居住国国民个人人权宣言》，1985 年 12 月 13 日，附件。

⁸⁶ 例如见《世界人权宣言》第 7 条、《国际公民权利和政治权利国际公约》第 2 条、《儿童权利公约》第 2 条，《欧洲人权公约》第 14 条及其第 12 号议定书以及《非洲人权和人民权利宪章》第 28 条。

⁸⁷ *Rankin* 诉伊朗伊斯兰共和国，伊朗—美国索赔法庭，1987 年 11 月 3 日的裁决，《伊朗—美国索赔法庭报告》，第 17 卷，第 142 页，第 22 段。

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。⁸⁸

欧洲人权法院在 1985 年 5 月 28 日就 *Abdulaziz, Cabales 和 Balkandali* 案作出的判决中，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。⁸⁹ 该法院一致认为，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，“实现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”。⁹⁰ 法院还强调，第 14 条的目的是“在可以不同方式遵守《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”。⁹¹ 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”。⁹²

(2) 第 14 条草案第 1 款规定了驱逐国在无任何歧视的基础上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《公民权利和政治权利国际公约》第二条第 1 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详尽无遗的。

⁸⁸ 第 R 9/35 号来文，*Shirin Aumeeruddy-Cziffra 和另外 19 名毛里求斯妇女诉毛里求斯*，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 139 至 142 页，第 9.2 段。

⁸⁹ 欧洲人权法院，*Abdulaziz, Cabales 和 Balkandali 诉联合王国*，1985 年 5 月 28 日的判决，A 辑，第 94 号；马克·博叙伊在他关于第 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 和 P.-H. Imbert (编)，*La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (巴黎，Economica，1999 年)，第 482-483 页。

⁹⁰ 同上，第 78 段。

⁹¹ 同上，第 82 段。

⁹² 同上，第 85 段。

(4) 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，在此问题问题上，存在着国际实践和案例法。应该指出的是，根据人权事务委员会对《公民权利和政治权利国际公约》第二条第 1 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。⁹³

(5) 本条草案通过提及“国际法不容许的任何其他理由”，就有可能考虑到自《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。⁹⁴

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。

⁹³ 第 488/1992 号来文，Nicholas Toonen 诉澳大利亚，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 235 页，第 8.7 段。对于欧洲人权法院的判例法，除其他外，Salgueiro Da Silva Mouta 诉葡萄牙，1999 年 12 月 21 日的判决，第 33290/96 号申诉，第 28 段，以及 E.B. 诉法国，2008 年 2 月 22 日的判决，第 43546/02 号申诉，第 50 段。

⁹⁴ 欧洲人权法院在审理从比利时驱逐的摩洛哥国民一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，判决(案情实质和公正抵偿)，1991 年 2 月 18 日，第 12313/86 号申诉，第 49 段)。

(3) 很难在一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 款所列清单不是详尽无遗的。

(4) 第 15 条草案第 2 款涉及儿童的特定情形，并照搬了《儿童权利公约》第 3 条第 1 款的措辞。⁹⁵ 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。⁹⁶

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《公民权利和政治权利国际公约》第六条第 1 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⁹⁷和区域一级的文书⁹⁸都在内，以各种方式宣布了这项权利。

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。

⁹⁵ 《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。第 3 条规定如下：“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。”

⁹⁶ 具体见欧洲人权法院，*Mubilanzila Mayeka 和 Keniki Mitunga 诉比利时案*，判决，2006 年 10 月 12 日，第 13178/03 号申诉，第 55 段。

⁹⁷ 具体见 1948 年《世界人权宣言》第三条和《公民权利和政治权利国际公约》第六条。

⁹⁸ 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》第 3 条；《非洲人权和人民权利宪章》第 4 条；以及《阿拉伯人权宪章》第 5 条。

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。⁹⁹ 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。¹⁰⁰ 国际法院在 2010 年 11 月 20 日对艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案作出的判决中，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。¹⁰¹

(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。¹⁰²

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国的情况下，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。

⁹⁹ 尤其见《世界人权宣言》第五条、《公约权利和政治权利国际公约》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》序言第 4 段、《非洲人权和人民权利宪章》第五条、《美洲人权公约》第五条第 2 款以及《欧洲人权公约》第三条。

¹⁰⁰ 大会 1985 年 12 月 13 日第 40/144 号决议，附件，第 6 条。

¹⁰¹ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 671 页，第 87 段。另见下文第 24 条评注第(1)段。

¹⁰² 在这方面，见下文第 24 条评注第(4)段提出的观点。

因此，毫不令人惊奇的是，各国的法律和案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。¹⁰³

(2) 保护人权的全球性文书和区域公约都规定了家庭生活权。在全球一级，《公民权利和政治权利国际公约》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》第五条第 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”。¹⁰⁴

(3) 在区域一级，《欧洲人权公约》第八条第 1 款规定“人人有权使他的私人及家庭生活……受到尊重”。《欧洲联盟基本权利宪章》第七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，¹⁰⁵ 缔约国在行使驱逐权时，

¹⁰³ 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 号法律(后经 2001 年 4 月 3 日第 140 Sb.号法律和 2010 年 12 月 21 日第 427 号法律修订)，第 9 条第 3 款；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(2009 年 12 月 11 日)基本法修订，第 57 条第 5 款(b)项和第 64 条第 2 款(a)项；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 142.20 号)，第 3 条第 2 款，以及第 7 章；家族团聚(第 42-52 条)；另见 *Re Ratzlaff*，比利时国，上诉法院，1959 年 9 月 21 日，《国际法案例汇编》，第 47 卷，1974 年，E. Lauterpacht(编)，第 263-264 页；*Cazier 诉 Belgian State (Minister of Justice)*，Conseil d'État，1953 年 7 月 13 日，《国际法案例汇编》，1953 年，H. Lauterpacht (编)，第 335-336 页；*K.A. 诉荷兰国*，海牙地区法院，1979 年 7 月 12 日，《国际法案例汇编》，第 74 卷，E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (编)，第 444-448 页；*Deportation to U. Case*，同上，第 613-617 页；*In Re Paul B.*，德意志联邦共和国联邦宪法法院(最高参议院)，1966 年 3 月 1 日，《国际法案例汇编》，第 45 卷，E. Lauterpacht(编)，第 371-376 页；驱逐令案，同上，第 436-443 页；驱逐外国人案，德意志联邦共和国巴伐利亚行政上诉法院，1966 年 1 月 12 日，《国际法案例汇编》，第 57 卷，E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (编)，第 313-315 页；禁止居住令案(1)，同上，第 431-433 页；驱逐外国人(德国)案，德意志联邦共和国联邦最高行政法院，1956 年 10 月 25 日，《国际法律报告》，1956 年，H. Lauterpacht (编)，第 393-395 页；驱逐外国国民(德国)案，德意志联邦共和国北莱茵-威斯特法伦州行政上诉法院，1961 年 5 月 16 日，《国际法案例汇编》，第 32 卷，E. Lauterpacht (编)，第 255-257 页；*In re Barahona*，哥斯达黎加最高法院，1939 年 8 月 10 日，《国际公法案件年度摘要和报告》，1938-1940 年，H. Lauterpacht (编)，第 138 号案件，第 386-388 页；*Louie Yuet Sun 诉女王*，安大略高等法院，1960 年 3 月 22 日，最高法院，1960 年 11 月 28 日，《国际法案例汇编》，第 32 卷，E. Lauterpacht (编)，第 252-255 页；*Seyoum Faisa Joseph 诉美国移民归化局*，同上；*Fernandes 诉内务部国务秘书*，英格兰上诉法院，1980 年 11 月 20 日，《国际法案例汇编》，第 78 卷，E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (编)，第 371-378 页；*Harisiades 诉 Shaughnessy*，同上，第 345-350 页(尽管其妻子及子女为公民，仍被驱逐)。另见秘书处关于驱逐外国人问题的备忘录 (A/CN.4/565)，第 466-467 段。

¹⁰⁴ 大会 1985 年 12 月 13 日第 40/144 号决议，附件。

¹⁰⁵ 《欧洲居留公约》(附议定书)，巴黎，1955 年 12 月 13 日，联合国，《条约汇编》，第 529 卷，第 7660 号，第 141 页。

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《非洲人权和人民权利宪章》未载有这一权利，但是在其他方面坚定地承诺保护家庭(见第十八条)。《美洲人权公约》第十一条第 2 款以相同于上述《公民权利和政治权利国际公约》第十七条的措辞规定了这一权利。《阿拉伯人权宪章》第二十一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。《公民权利和政治权利国际公约》第十七条第 1 款和《阿拉伯人权宪章》第二十一条第 1 款都明确规定了这一限制，《欧洲人权公约》第八条第 2 款也给予了强调。¹⁰⁶

(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。¹⁰⁷ 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。”¹⁰⁸ 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 *纳斯里诉法国*¹⁰⁹、*克鲁兹·巴拉斯等人诉瑞典*¹¹⁰ 以及 *布尔提夫诉瑞士*¹¹¹ 等案件中。在审理最后一个案件时，法院规定

¹⁰⁶ 这一要求包含在上文第 4 条草案的一般规定之中。

¹⁰⁷ *Moustaquim* 诉比利时，判决(案情实质和公正抵偿)，欧洲人权法院，1991 年 2 月 18 日，第 12313/86 号申诉，第 41 至 46 段。

¹⁰⁸ 同上，第 46 段。

¹⁰⁹ *纳斯里诉法国*，判决(案情实质和公正抵偿)，1995 年 7 月 13 日，第 19465/92 号申诉，尤其是第 46 段。

¹¹⁰ *克鲁兹·巴拉斯等人诉瑞典*，判决(案情实质)，1991 年 3 月 20 日，第 15576/89 号申诉，特别是第 88 段。

¹¹¹ *布尔提夫诉瑞士*，判决(案情实质和公正抵偿)，2001 年 8 月 2 日，第 54273/00 号申诉。

待适用的一系列标准，以确定因驱逐而对家庭生活造成的干扰是否是“在民主社会中为必要”。¹¹²

(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《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条时采用的做法一致。¹¹³

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。

¹¹² 法院在布尔提夫诉瑞士案中，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：申诉人所犯罪行性质和严重性，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。”(欧洲人权法院，布尔提夫诉瑞士案，同前，第 48 段)。

¹¹³ 委员会认为，“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”。(第 558/1993 号来文，1997 年 4 月 3 日通过的意见，国际人权报告，第 5 卷(1998 年)，第 76 页，第 11.4 段)。在以往的案件中，委员会发现，“与 Stewart 先生的家庭关系的干扰，这将是他被驱逐出境的必然结果不能被视为任何非法或任意时驱逐令依法为促进一国的正当利益为并适当考虑是在递解出境程序给予被遣返的家庭关系“(第 1993 分之 538 号来文，通过观看 1996 年年 11 月 1 日，国际人权报告，第 4 卷(1997)，第 429 页，上文第 12.3 至 12.5)在一个先前的案件中，委员会认为：“干涉 Stewart 先生的家庭关系将是其递解出境的不可避免的结果。但是递解出境是依法作出的，为的是促进正当的国家利益，且在递解出境诉讼中对被递解出境人的家庭联系给予了应有的考虑，所以递解出境不应视为非法或任意”(第 538/1993 号来文，1996 年 11 月 1 日通过的意见，国际人权报告，第 4 卷(1997 年)，第 429 页，第 12.10 段)。

(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的情况而且这样做的唯一目的是为了驱逐。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。¹¹⁴ (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。《公民权利和政治权利国际公约》第十条第 2 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《公约》第十条第 2 款所规定的保障，这正如人权事务委员会就《公约》与驱逐有关的第十三条提出的意见中所表明的立场那样。委员会指出，如果驱逐程序导致逮捕，则亦可适用《公约》中有关剥夺自由(第 9 条¹¹⁵和第 10 条¹¹⁶)的保障条款。¹¹⁷ 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。”国际法院法院也同样承认，《公约》第 9 条第 1 和第 2 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

¹¹⁴ 关于这一点，见人权委员会，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)，2002 年 12 月 30 日，第 43 段：“行政拘留绝不应当具有惩罚性质。”

¹¹⁵ 《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。”

¹¹⁶ 《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，并应尽快予以判决。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。”

¹¹⁷ 人权事务委员会，第 15 号一般性意见：《公约》规定的外侨的地位，1986 年 4 月 11 日，第 9 段。

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。”¹¹⁸

(3) 可作为不遵守第 1 款(b)项所载规则理由的“特殊情况”一语源自《公民权利和政治权利国际公约》第十条第 2 款(甲)项。

(4) 第 1 款(b)项所载规则并不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隔离。

(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非监禁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的拘留期限这一重要问题，这一款包括两个分项。(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。¹¹⁹ 国际案例法、各国立法和国内法院的大量司法判决也确定了这类要求。¹²⁰ 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。

¹¹⁸ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 668 页，第 77 段。

¹¹⁹ 欧洲人权法院在关于《欧洲人权公约》第 5 条的判决中确认，禁止时间过长的拘留；尤其见 *Chahal* 诉联合王国，判决(案情和合理补偿)，1996 年 11 月 15 日，第 22414/93 号申诉，第 113 段：“但法院指出，只有驱逐程序的进行，可根据第 5 条第 1 款(f)项使剥夺自由有理由。如果程序没有按必要认真进行，拘留在第 5 条第 1 款(f)项上不再有理由。应即决定驱逐程序的进程是否过长。”

另见：人权委员会，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)，2002 年 12 月 30 日，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(g)段[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”)。

¹²⁰ 例如见巴西，联邦最高法院，1934 年 10 月 29 日，《国际公法案件年度摘要和报告》，1933-1934，H. Lauterpacht (编)，第 139 号案件，第 333-334 页；请愿人 *Kestutis Zadvydas* 诉 *Christine G. Davis*，美利坚合众国最高法院，533 U.S. 678，2001 年 6 月 28 日；*In re Flaumembaum*, *Cámara Criminal de la Capital*, 1941 年 6 月 24 日，《国际公法案件年度摘要和报告》，1941-1942，H. Lauterpacht (编)，第 94 号案件，第 313-315 页；俄罗斯联邦宪法法院，第 6 号裁决，审查 1981 年 7 月 24 日法律第 31 条第二部分规定是否符合宪法案件，与 *Yahya Dashti Gafur* 申诉相关的“外国人在苏联境内的法律地位问题”，1998 年 2 月 17 日；*In re Cantor*，联邦最高法院(阿根廷)，1938 年 4 月 6 日，《国际公法案件年度摘要和报告》，1938-1940，H. Lauterpacht (编)，第 143 号案件，第 392-393 页；*In re Hely*，委内瑞拉联邦上诉法院，1941 年 4 月 16 日(Per ILR, 1941-42, 第 313 页)；*Re Janoczka*，马尼托巴上诉法院(加拿大)，1932 年 8 月 4 日，《国际公法案件年度摘要》，1931-1932，H. Lauterpacht (编)，第 154 号案件，第 291-292 页；美利坚合众国 *Ex Rel. Ivaris* 诉 *Nicolls*，美利坚合众国，地区法院，马萨诸塞地区，1942 年 10 月 20 日，《国际公法案件年度摘要和报告》，1941-1942，H. Lauterpacht (编)，第 95 号案件，第 316-318 页。

(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。规定对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)项的内容受欧洲人权法院案例法的启发。¹²¹

(8) 第 19 条草案第 3 款受到移民人权问题特别报告员所提建议的启发。¹²² 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而适用刑法。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, 规定驱逐国负有两项义务。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 2 款称: “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:

¹²¹ 尤其见 Shamsa 诉波兰, 2003 年 11 月 27 日的判决, 第 45355/99 和第 45357/99 号申诉, 第 59 段。法院提到《公约》第 5 条第 4 款所载的“获得人身保护令的权利”, 以“支持这样的概念: 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, 以避免任意性。”

¹²² 人权委员会, 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), 2002 年 12 月 30 日, 第 75(g)段。该项建议指出:

“(g) ……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。”

“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。

.....

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一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，《非洲人权和人民权利宪章》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，《欧洲保护人权与基本自由公约第 1 号议定书》¹²³ 第 1 条规定：

“每个自然人或法人均享有和平保有其财产之权利。不得剥夺任何人的财产，但符合公共利益或按照法律或一般国际法原则规定的条件的情况除外。

但是上述规定不应以任何方式妨碍一国有权利执行其认为必要的法律，按照普遍利益控制财产的使用或确保支付税金或其他税赋及罚金。”

最后，《阿拉伯人权宪章》第 31 条规定：

“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之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

¹²³ 1950 年 11 月 4 日《欧洲保护人权与基本自由公约第 1 号议定书》，巴黎，1952 年 3 月 20 日，联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号，第 1 条，第 262 页。

起国际索赔。¹²⁴ 早在 1892 年，国际法学会便通过了一项决议，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]¹²⁵

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一案中裁定：驱逐如不让当事外国人有合理机会保护其财产利益，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利在程序和实质上应受的限制，如同友好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。”¹²⁶

同样，在移徙工人方面，国际劳工组织大会 1949 年 7 月 1 日通过的《移民就业建议》(经修订)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。

.....

¹²⁴ 在 Hollander 一案中，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“……简直是被掷出境外，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犯罪的指控，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……”(John Bassett Moore, 《美利坚合众国曾作为当事方的国际仲裁历史和摘要》，第四卷，第 107 页)。另见 D.J. Harris, 《国际法案件和材料》，第 7 版，(伦敦，Sweet & Maxwell, 2010 年)，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。”

¹²⁵ Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers[《接纳和驱逐外国人国际条例》]，日内瓦会议，1892 年，1892 年 9 月 9 日的决议，第 41 条。

¹²⁶ Rankin 诉伊朗伊斯兰共和国，1987 年 11 月 3 日的判决，《伊朗—美国索赔法庭报告》，第 17 卷，第 147 页，第 30 e 段。

(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” (强调是后加的)。

各国的国内法也顾及这些考虑，特别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索赔，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。¹²⁷ 更笼统而言，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。¹²⁸

(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所得财产或者可能源自犯罪活动或其他非法活动的收益。此外，关于应允许外国人自由处置其财产“甚至从国外处置”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 *Diallo* 案的裁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”。¹²⁹

(5) 一项理解是，第 30 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利。

(6) 第 30 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 10 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。¹³⁰

¹²⁷ 另见上文引述过的秘书处备忘录(A/CN.4/565)，第 714 段。

¹²⁸ 关于概述，同上，第 481 段。

¹²⁹ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 681 页，第 121 段。

¹³⁰ 厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会，部分裁决，民事索赔，厄立特里亚第 15、16、23 和 27 至 32 例索赔，2004 年 12 月 17 日的决定，第 124 至 129、133、135-136、140、142、144 至 146 和 151 至 152 段，及同上，埃塞俄比亚第 5 例索赔，2004 年 12 月 17 日的决定，第 132 至 135 段；联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷，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。¹³¹ 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。

(4) 这一要求也包括在 *Lacoste* 案的仲裁决定之中，尽管该案裁定申诉人没有遭受苛刻的待遇：

¹³¹ 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)。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”。(欧洲议会和欧洲理事会 2005 年 9 月 1 日关于成员国对非正常居留的第三国国民遣回适用的共同规范和程序的指令提案，COM(2005)391 final)。

“*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”。¹³²

同样，在 *Boffolo* 案中，仲裁员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……”。¹³³

在 *Maal* 案中，仲裁员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，首席仲裁员则认为不得不拒绝给予赔偿。

……

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心绪安宁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。首席仲裁员曾被告知，应把别人的身体视为神圣之物，未经其同意，不得出于愤怒或无缘无故地加以丝毫碰触，如有此种举动，则视为侵犯人身，必须按照这项侵犯行为的本意和性质以及受此种侵犯的个人所代表的男人人格，给予相应的赔偿”。¹³⁴

(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《国际民航公约》及其附件九。¹³⁵ 该附件规定如下：

“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 4 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，并且在可适用情况下，包括外国人在境内可能对国家安全和公共秩序造成的

¹³² *Lacoste* 诉墨西哥(墨西哥仲裁委员会)，1875 年 9 月 4 日的裁定，见 John Bassett Moore,《美利坚合众国曾作为当事方的国际仲裁历史和摘要》，第四卷，第 3347-3348 页。

¹³³ *Boffolo* 案，意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 528 页(仲裁人 Ralston)。

¹³⁴ *Maal* 案，荷兰—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年 6 月 1 日，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 732 页。

¹³⁵ 《国际民航公约》，芝加哥，1944 年 12 月 7 日，联合国，《条约汇编》，第十五卷，第 102 号，第 295 页，以及附件九，简化手续；案文还可见 ICAO 网站：<http://www.icao.int>。

威胁性质、或外国人可能逃脱国家主管当局的命令避免驱逐的危险。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准备离境合理期限的要求。¹³⁶

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不可争议的。¹³⁷ 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义务接收该外国人的国家、或任何其他愿

¹³⁶ 见上文第 20 条草案的评注的第(3)段。

¹³⁷ 除其他外，尤其参见《关于外国人地位的公约》，第六届美洲国际会议上通过，1928 年 2 月 20 日在哈瓦那签署，国际联盟，《条约汇编》，第一百三十二卷，1932-1933 年，第 3045 号，第 306 页。第 6 条第 2 款规定：“各国义务接收被外国驱逐而寻求入境的国民。”另参见国际法学会，*Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*，日内瓦会议，1892 年 9 月 9 日，*Annuaire de l'Institut de droit international*，第十二卷，1892-1894 年，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逗留。”另见《难民公约》第 32 条第 3 款。

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。¹³⁸

(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，即拟被驱逐的外国人国籍国之外的一个国家必须根据国际法规则接收该人，无论是根据对该国有约束力的条约规则还是根据习惯国际法规则。¹³⁹在这方面，也应当提及人权事务委员会就《公民权利和政治权利国际公约》第十二条第4款所表达的意见：

“‘本国’的范围要大于‘原籍国’。它不局限于形式上的国籍，即出生时获得或被授予的国籍；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原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4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。”¹⁴⁰

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金融联系的国家。草案第22条第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

¹³⁸ 具体见《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(联合国，《条约汇编》，第2220卷，第39481号，第3页)第22条第7款规定：“在不影响一宗驱逐判决的执行的条件下，该一判决所涉的某一移徙工人或其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(日内瓦，1951年7月28日，联合国，《条约汇编》，第189卷，第2545号)。

¹³⁹ 关于第一个假设的事例，见 Robert Jennings 和 A. Watts，同前，第898-899页(除其他外，提及1957年设立欧共体的条约；《丹麦、芬兰、挪威和瑞典四国政府之间关于豁免这些国家国民在非本国的一个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》(联合国，《条约汇编》，第199卷，第29页)[1954年5月22日缔结](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》(联合国，《条约汇编》，第322卷，第245页)(冰岛从1966年起成为缔约方)，1979年由一项进一步协定修改：RG, 84(1980年)，第376页；1960年《比利时王国、卢森堡大公国同荷兰王国之间关于移交对前往比、荷、卢三国外部边界人员的管制的公约》(联合国，《条约汇编》，第374卷，第3页))。

¹⁴⁰ 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。

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。这些协定涉及广泛的国际合作范围,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成为标准性规范。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《公民权利和政治权利国际公约》第二条第 1 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,1951 年《公约》第三十三条所列理由对于本条款草案过于狭隘,仅涉及到一个人可能被定义为“难民”的情况,而不是一般意义上的外国人以及可能出现的更广泛情况。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。¹⁴¹

¹⁴¹ 见上文第 14 条草案的评注第(4)段。

(3) 第 23 条草案第 2 款审议的具体情况是，除非已经事先得到不会判处死刑、或者如果已经判处但不会执行死刑的保证，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。人权事务委员会采取的立场是，根据《公约》第六条，已经废除死刑的国家除非已经事先得到死刑不会执行的保证，有义务不将一人驱逐到他或她已被判处死刑的另一国家。¹⁴² 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”几字的含义；其次，保护的範圍已经扩大，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。

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之危险的国家。这一条受 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。¹⁴³ 该公约第 3 条将不驱逐的义务限定为只针对酷刑行为。该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

¹⁴² 在这方面，见人权事务委员会，第 829/1998 号来文，法官诉加拿大，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》，第二卷(A/58/40(Vol. II))，第 93 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。”

¹⁴³ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇》，纽约，1984 年 12 月 10 日，联合国，《条约汇编》，第 1465 卷，第 24841 号，第 85 页。《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。”

的待遇或处罚的情况。¹⁴⁴ 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。在普遍的范围里，并在某些区域
制度里，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、不人道或有辱人格待遇
或处罚”。¹⁴⁵ 在其 2008 年 7 月 31 日关于 Maksudov 等人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。”¹⁴⁶ 消除种族歧视委员会的一项建议采取了类似的立场。¹⁴⁷ 在区域一级，
以这种全球性的或不加区分的方法来处理酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的
待遇或处罚的做法也明显见于欧洲人权法院关于《欧洲人权公约》第 3 条的判例
中。¹⁴⁸ 美洲人权法院在洛瑞·贝伦森-梅西亚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

¹⁴⁴ 除其他外，参见 S.V. 等人诉加拿大，禁止酷刑委员会，第 49/1996 号来文，2001 年 5 月 15 日，联合国文件 CAT/C/26/D/49/1996；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，联合国文件 CAT/C/27/D/166/2000；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，联合国文件 CAT/C/31/D/228/2003；另见 Manfred Nowak、Elizabeth McArthur(编)，《联合国禁止酷刑公约：评注》，纽约，O.U.P.，2008 年，第 165-166 页。

¹⁴⁵ 人权事务委员会，第四十二届会议，1992 年，《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，联合国文件 HRI/GEN/1/Rev.6，第 20 号一般性意见，第 9 段。

¹⁴⁶ Maksudov 等人诉吉尔吉斯斯坦，人权事务委员会，第 1461/2006、1462/2006、1476/2006 和 1477/2006 号来文，2006 年 7 月 31 日，联合国文件 CCPR/C/93/D/1461、1462、1476 和 1477/2006，第 12.4 段。

¹⁴⁷ 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(纽约，1965 年 12 月 21 日，联合国，《条约汇编》，第 660 卷，第 9464 号，第 212 页)，即“确保非公民不被送回或转移到他们可能遭受严重人权侵犯，包括酷刑和残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚的国家或领土”(第 30 号一般性建议：对非公民的歧视，第 64 届会议，2004 年 2 月 23 日至 3 月 12 日，CERD/C/64/Misc.11/Rev.3，第 27 段)。

¹⁴⁸ 具体见 Chahal 诉大不列颠及北爱尔兰联合王国，判决(案情实质和公正抵偿)，1996 年 11 月 15 日，第 22414/93 号申诉，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，一个人如果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……”。

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。”¹⁴⁹

(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《公约》设立的禁止酷刑委员会也多次解释了这一条款，审议了若干指称向某些国家驱逐外国人违反第 3 条的来文。¹⁵⁰

(3) 禁止酷刑委员会在第 1 号一般性意见中制定了关于执行第 3 条的准则。¹⁵¹ 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：

“下列资料虽然不是详尽无遗的，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)？

¹⁴⁹ 洛瑞·贝伦森-梅西亚诉秘鲁，美洲人权法院，2004 年 11 月 25 日的判决，C 辑，第 119 号，第 100 段（脚注略）。

¹⁵⁰ 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，联合国文件 CAT/C/12/D/13/1993；Khan 诉加拿大，禁止酷刑委员会，第 15/1994 号来文，1994 年 11 月 15 日，联合国文件 A/50/44；Kisoki 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 41/1996 号来文，1996 年 5 月 8 日，联合国文件 CAT/C/16/D/41/1996；Tala 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 43/1996 号来文，1996 年 11 月 15 日，联合国文件 CAT/C/17/D/43/1996；Paez 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 39/1996 号来文，1997 年 4 月 28 日，联合国文件 CAT/C/18/D/39/1996；Aemei 诉瑞士，禁止酷刑委员会，第 34/1995 号来文，1997 年 5 月 9 日，联合国文件 CAT/C/18/D/34/1995；A.F. 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 89/1997 号来文，1997 年 9 月 3 日，联合国文件 CAT/C/20/D/89/1997；Ayas 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 97/1997 号来文，1998 年 11 月 12 日，联合国文件 CAT/C/21/D/97/1997；Korban 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 88/1997 号来文，1998 年 11 月 16 日，联合国文件 CAT/C/21/D/88/1997；Haydin 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 101/1997 号来文，1998 年 11 月 20 日，联合国文件 CAT/C/21/D/101/1997；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，联合国文件 CAT/C/22/D/120/1998；A.S. 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 149/1999 号来文，1999 年 11 月 6 日，联合国文件 CAT/C/25/D/149/1999；Arana 诉法国，禁止酷刑委员会，第 63/1997 号来文，1999 年 11 月 9 日，联合国文件 CAT/C/23/D/63/1997；Karoui 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 185/2001 号来文，2002 年 5 月 8 日，联合国文件 1/57/44；Rios 诉加拿大，禁止酷刑委员会，第 133/1999 号来文，2004 年 12 月 17 日，联合国文件 CAT/C/33/D/133/1999；T.A. 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 226/2003 号来文，2005 年 5 月 27 日，联合国文件 CAT/C/34/D/226/2003；Agiza 诉瑞典，禁止酷刑委员会，第 233/2003 号来文，2005 年 5 月 24 日，联合国文件 CAT/C/34/D/233/2003；Brada 诉法国，禁止酷刑委员会，第 195/2002 号来文，2005 年 5 月 24 日，联合国文件 CAT/C/34/D/195/2002；Dadar 诉加拿大，禁止酷刑委员会，第 258/2004 号来文，2005 年 12 月 5 日，联合国文件 CAT/C/35/D/258/2004。

¹⁵¹ 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。

(b) 撰文人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人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) 撰文人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) 撰文人的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？”¹⁵²

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。¹⁵³ 禁止酷刑委员会就此做出重要说明的其他因素是：存在着遭受酷刑的个人危险、¹⁵⁴ 存在着这方面现存和可预见的危险、¹⁵⁵ 接着驱逐到第三国的问题、¹⁵⁶ 以及禁止的绝对性。¹⁵⁷

(4) 如同第 17 条草案一样，¹⁵⁸ 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第 1 号一般性意见中表达的关于这一问题的以下意见：

¹⁵² 同上，第 8 段。

¹⁵³ 同上，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人如被驱逐、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。”

¹⁵⁴ 同上，第 1 段：“第 3 条仅适用于有充足理由认为撰文人可能遭受《公约》第 1 条定义的酷刑的案件”。也见：禁止酷刑委员会，第 13/1993 号来文，Mutombo 诉瑞士，1994 年 4 月 27 日通过的意见，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 44 号》(A/49/44)，第 52 页，第 9.3 段。

¹⁵⁵ 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，联合国文件 CAT/C/23/D/96/1997；美国诉芬兰，禁止酷刑委员会，第 197/2002 号来文，联合国文件 CAT/C/30/D/197/2002。

¹⁵⁶ 关于这一点，见上文引述的禁止酷刑委员会第 1 号一般性意见，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人今后可能被驱逐、遣返或引渡的国家”。

¹⁵⁷ 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，联合国文件 CAT/C/18/D/39/1996 以及 Dadar 诉加拿大，禁止酷刑委员会，第 258/2004 号来文，2005 年 12 月 5 日，联合国文件 CAT/C/35/D/258/2004。

¹⁵⁸ 见上文第 17 条草案的评注第(3)段。

“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。”¹⁵⁹

¹⁵⁹ 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)(A/53/44)附件九，1997 年 11 月 21 日，第 3 段。也见酷刑委员会，第 258/2004 号来文，Mostafa Dadar 诉加拿大，2005 年 11 月 23 日通过的决定，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 44 号》(A/61/44)，第 241 页，第 8.4 段；第 177/2001 号来文，H.M.H.I.诉澳大利亚，2002 年 5 月 1 日通过的决定，同上，《第五十七届会议，补编第 44 号》(A/57/44)，第 171 页，第 6.4 段，以及第 191/2001 号来文，S.S.诉荷兰，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)，第 123 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”。

也见第 237/2003 号来文，M.C.M.V.F.女士诉瑞典，2005 年 11 月 14 日通过的决定，同上，《第六十一届会议，补编第 44 号》(A/61/44)，第 194 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”；

以及第 120/1998 号来文，S.S. Elmi 诉澳大利亚，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)，第 119-120 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里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 部落主要居住摩加迪沙地区的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。”

欧洲人权法院就此从《欧洲人权公约》第三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”。

“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》第三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。”¹⁶⁰

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。¹⁶¹ 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；

¹⁶⁰ H.L.R.诉法国，判决(案情实质)，1997 年 4 月 29 日，第 24573/94 号申诉，第 40 段。

¹⁶¹ 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，欧洲联盟委员会，2002 年 4 月 10 日，COM(2002)175 final)。

- (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。

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，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：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]¹⁶² 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]。¹⁶³ 好几个国家的法律要求必须将驱逐决定通知有关外国人。¹⁶⁴

(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，《公民权利和政治权利国际公约》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”¹⁶⁵ (强调是后

¹⁶² Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers, [关于接收和驱逐外国人的国际条例], 1892 年 9 月 9 日通过，国际法学会日内瓦会议，第 30 条。[原文为法文]

¹⁶³ 同上，第 31 条。

¹⁶⁴ 见上文提到的秘书处备忘录(A/CN.4/565)，第 649 段。

¹⁶⁵ 见人权理事会，第 193/1985 号来文，Pierre Giry 诉多米尼加共和国，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，第二卷》(A/45/40(第二卷))，第 40-41 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案件，因而违反了《公约》第十三条。

加的)。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》第七条，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，《保护人权和基本自由公约》第七号议定书第一条第 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》第三条第 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。¹⁶⁶

(4) 对于作为第 1 款(b)项主要内容的、对驱逐决定提出异议的权利来说，第 1 款(c)项规定的由主管当局听讯的权利至关重要。尽管《公民权利和政治权利国际公约》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《公约》第十三条有关的问题：

“委员会还关注的是，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》第十三条所列的问题。”¹⁶⁷

好几个国家的本国法都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。¹⁶⁸ 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驱逐的外国人当面在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《公约》第十三条和第十四条的案件时认为，“即便口头听讯通常都包含提出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 3 款(丁)项的是，它没有规定亲自出席的权利。”¹⁶⁹

¹⁶⁶ 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)，第 618 段。

¹⁶⁷ 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》，第一卷(A/5140 (Vol. I))，第 88 段。

¹⁶⁸ 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)，第 618 段。

¹⁶⁹ Manfred Nowak, 《对联合国〈公民权利和政治权利国际公约〉的评注》，第 2 次修订版(Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 2005)，第 297 页(援引了第 173/1984 号来文, M.F.诉荷兰，第 4 段；第 236/1987 号来文, V.M.R.B.诉加拿大；第 155/1983 号来文, Eric Hammel 诉马达加斯加，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，第 5.5 段和第 6 段)。

(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《公民权利和政治权利国际公约》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”¹⁷⁰ (强调是后加的)。

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，才可以违反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。”¹⁷¹

人权事务委员会还认为，根据《公民权利和政治权利国际公约》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。”¹⁷²

¹⁷⁰ 人权事务委员会，第 193/1985 号来文，Pierre Giry 诉多米尼加共和国，1990 年 7 月 20 日通过的意见，第 5.5 段(委员会认为多米尼加共和国违反了《公约》第十三条，未向有关个人提供机会，以使案件得到主管当局的复审)。

¹⁷¹ 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 11 日，第 10 段。在 Eric Hammel 诉马达加斯加案(第 155/1983 号来文，1987 年 4 月 3 日通过的意见，《大会正式记录，第四十二届会议，补编第 40 号》(A/42/40)，第 138 页，第 19.2 段)中，委员会认为，申诉人没有得到有效的补救，以对驱逐他的决定提出异议。另参见艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 666-667 页，第 74 段。

¹⁷² 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》，第一卷(A/56/40 (Vol. I))，第 82(22)段，第 75 页。

《欧洲人权公约》第十三条承认，如果《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：¹⁷³

“每个人依据《公约》享有的权利和自由如遭侵犯，应可向国家当局寻求切实有效的补救办法，即便侵犯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》第三条为依据的关于驱逐案的申诉时，欧洲人权法院就第十三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，以及法院对十三条的重视，因此按照第十三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三条的真实危险的申诉。必须进行这一审查，不论当事方有何行为，以致被驱逐或视为对驱逐国的国家安全有任何威胁。”¹⁷⁴

《欧洲人权公约第7号议定书》第一条给予被驱逐的外国人要求主管当局进行复审的权利：

“第一条——有关驱逐外国人问题的程序保障

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. 要求其案件得到复审

.....

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》第三条第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”（强调是后加的）。

¹⁷³ 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”（乔治·加亚，“驱逐外国人：国际法中的一些老问题和新问题”，*Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*，第3卷，1999年，第309-310页）。

¹⁷⁴ 欧洲人权法院，*Chahal* 诉联合王国，判决(案情实质和公正抵偿)，1996年11月15日，第22414/93号申诉，第151段。

《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》第九条第 5 款、¹⁷⁵ 以及《阿拉伯人权宪章》第二十六条第 2 款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》第七条以《公民权利和政治权利国际公约》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。”(强调是后加的)。

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。”¹⁷⁶

对于非法移民问题，非洲人权和人民权利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原籍国的权利，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《宪章》和国际法的精神和文字。”¹⁷⁷

同样，在另一案件中，非洲人权和人民权利委员会也认为，赞比亚不允许一人有机会对驱逐令提出异议，违反了《非洲人权和人民权利宪章》：

“36. 赞比亚违反了《宪章》第七条，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。赞比亚违反了第十二条第 4 款的规定。

.....

¹⁷⁵ 《欧洲移徙工人法律地位公约》，斯特拉斯堡，1977 年 11 月 24 日，联合国，《条约汇编》，第 1496 卷，第 25700 号，第 7 页。

¹⁷⁶ 消除种族歧视委员会，第 30 号一般性建议，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)。

¹⁷⁷ 非洲人权和人民权利委员会，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 and Association Malienne des Droits de l'Homme* 诉安哥拉，《第十一次年度活动报告》，1997-1998 年，第 20 段。

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》第七条。

.....

52. 第七条第 1 款规定:

‘每个人均有权提出申辩.....’

(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。”¹⁷⁸

(6) 第 1 款(e)项的内容依据的是《公民权利和政治权利国际公约》第十三条, 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。¹⁷⁹ 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“儿童在被强行逐回原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。¹⁸⁰ 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, 或者为该处所地区或国际上不普遍使用的一种语言提供口译, 但条件是在不影响听讯的公正性的前提下能够这样做。第 1 款(f)项采

¹⁷⁸ 非洲人权和人民权利委员会, 第 212/98 号来文, 大赦国际诉赞比亚, 《第十二次年度活动报告》, 1998-1999 年。

¹⁷⁹ 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、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), 第 645 段。

¹⁸⁰ 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。

用了《公民权利和政治权利国际公约》为刑事案规定这一权利的第十四条第 1 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得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¹⁸¹);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。¹⁸² 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,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,外国人的国籍国有自由决定是否向其提供协助,而本条草案没有论及该国国内法上是否存在着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,或者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。¹⁸³

(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。¹⁸⁴ 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《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)项以非常笼统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》第十条以同样笼统的措辞规定了同样的保障。¹⁸⁵ 《维也纳领事关系公

¹⁸¹ 关于被驱逐者获得法律援助的权利,可参考欧洲联盟的相关立法,特别是欧洲理事会 2003 年 11 月 25 日关于长期居住第三国国民地位的第 2003/109/EC 号指令,其中第 12 条规定:

“4. 驱离决定下达后,长期居住者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。”
(欧洲联盟 2003 年 11 月 25 日关于长期居住第三国国民地位的第 2003/109/EC 号指令,《官方报告》L 16,第 44-53 页)。

¹⁸² 见上文第 4 条草案及其评注。

¹⁸³ 见上文提到的秘书处备忘录(A/CN.4/565),第 631 段。另见特别报告员第六次报告的第一份增编(A/CN.4/625/Add.1),第 97-102 段。

¹⁸⁴ 《维也纳条约法公约》,1963 年 4 月 24 日,联合国,《条约汇编》,第 596 卷,第 8638 号,第 261 页。

¹⁸⁵ 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。”

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，在关于拉格朗案与阿韦纳和其他墨西哥国民案中。¹⁸⁶ 法院指出，“第三十六条第一款第(二)项规定了接收国对被拘禁者和派遣国所负的义务”¹⁸⁷ 并且“从上下文来看，这些规定的明确性没有任何疑问。”¹⁸⁸ 在 2010 年 11 月 30 日艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)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，¹⁸⁹ 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；但是如果没有提出这一请求，不仅不能作为逮捕国不履行通知义务的理由，而且可以在同一案件中解释为该人尚未被告知他的这一权利……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，并不解除对‘不延迟地’通知该人权利的义务的任何可能违反行为。”¹⁹⁰

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。¹⁹¹

(11) 第 4 款涉及到非法在驱逐国境内短期停留的外国人。它采用了“不影响”条款的形式，并且在这种情况下，争取维护驱逐国所有关于驱逐外国人法律的适用。好几个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。¹⁹²

¹⁸⁶ 拉格朗案(德国诉美国)，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页起，见第 489-498 页，第 64-91 段；阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美国)，判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页起，见第 39-57 页，第 49-114 段。

¹⁸⁷ 拉格朗案(德国诉美国)，2001 年 6 月 27 日的判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 77 段。

¹⁸⁸ 同上。

¹⁸⁹ 判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页起，见第 46 页，第 76 段。

¹⁹⁰ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 672 页，第 95 段。

¹⁹¹ 同上，第 673 页，第 96 和 97 段。

¹⁹² 见特别报告员第六次报告第一份增编中进行的讨论(A.CN.4/625/Add.1)，第 17-40 段。

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的损害危险时，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：除非暂停执行驱逐决定，否则一项上诉很可能无法潜在地阻止遣返，特别是出于经济原因的遣返。这种遣返是在干预阶段必须按驱逐令离开缔约国领土的外国人可能面临的情况，但驱逐令的不合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《公约》之前执行。例如，在 *Čonka* 诉比利时一案中，法院认为《公约》第十三条遭到违反：

“法院认为，第十三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，这有违第十三条，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”。¹⁹³

(4) 也许还可以提及的是，欧洲委员会建议，从欧洲委员会一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：二. 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暂停驱逐上诉权的制约；三. 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。”¹⁹⁴

¹⁹³ 欧洲人权法院，*Čonka* 诉比利时，判决(案情实质和公正抵偿)，2002 年 2 月 5 日，第 51564/99 号申诉，第 79 段。另见欧洲人权法院，*A.C.* 等人诉西班牙，判决，2014 年 4 月 22 日，第 6528/11 号申诉，第 88 段。

¹⁹⁴ 欧洲委员会建议，第 1624 号建议(2003 年)，关于移徙和庇护的共同政策，2003 年 9 月 30 日，第 9 段。

在这方面，令人感兴趣的是，议会同样认为，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或是有权选择将其案子提交法官审理。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，只要案子尚未结案，就不得被驱离；

对于持有有效居留证者，惟有依据法院最终命令，才能将其驱逐出成员国领土。”¹⁹⁵

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

¹⁹⁵ 欧洲委员会议会，第 769 号建议附录(1975 年)，关于外国人的法律地位，1975 年 10 月 3 日，第 9-10 段。

家的立法中¹⁹⁶，甚至在国际层面¹⁹⁷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而且将此权利视为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条款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《公民权利和政治权利国际公约》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，即通过可归因于驱逐国的行为便发生驱逐的情况。¹⁹⁸ 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

¹⁹⁶ 例如见法国《外国人入境和逗留以及庇护权法典》，第 L524-4 条。

¹⁹⁷ 美洲人权委员会在涉及非法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，第 73/78 号案(危地马拉)，1981 年 6 月 25 日，《1980-1981 年美洲人权委员会年度报告》，OEA/Ser.L/V/II.54，第 9 rev.1 号文件，1981 年 10 月 16 日)。

¹⁹⁸ 关于这一点，见上文第 10 条草案，该条草案禁止任何形式的变相驱逐。

逐国依照所执行的法律规定外国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。¹⁹⁹

(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。²⁰⁰ 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。²⁰¹

(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，²⁰² 而第 34 条²⁰³ 规定了各种赔偿方式，即恢复原状(第 35

¹⁹⁹ 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”(强调是后加的)。

²⁰⁰ 参见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 86-116 页。

²⁰¹ 参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：《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页。

²⁰² 第 31 条案文如下：“第 31 条—赔偿：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，无论是物质损害还是精神损害。”

²⁰³ 第 34 条案文如下：“第 34 条—赔偿方式：对国际不法行为造成的损害的充分赔偿，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。”

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。²⁰⁴

(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。”²⁰⁵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。²⁰⁶ 美洲人权委员会在涉及非法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。²⁰⁷

(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神损害。²⁰⁸

²⁰⁴ 例如见 *Paquet* 案(驱逐),比利时-委内瑞拉混合索赔委员会,1903 年,联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第九卷,第 323-325 页,见第 325 页(仲裁人 Filtz); *Oliva* 案,意大利-委内瑞拉混合索赔委员会,1903 年,联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第十卷,第 600-609 页; *Maal* 案,荷兰-委内瑞拉混合索赔委员会,1903 年 6 月 1 日,联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第十卷,第 730-733 页; *Daniel Dillon* (美国)诉墨西哥合众国,墨西哥-美国一般索赔委员会,1928 年 10 月 3 日的裁决,联合国,《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,伊朗-美国索赔法庭,1987 年 11 月 2 日的裁决,《伊朗-美国索赔法庭报告》,第 17 卷,第 92-113 页; *Moustaquim* 诉比利时案,判决(案情实质和公正抵偿),欧洲人权法院,1991 年 2 月 18 日,第 12313/86 号申诉; *Conka* 诉比利时案,判决(案情实质和公正抵偿),欧洲人权法院,2002 年 2 月 5 日,第 51564/99 号申诉。

²⁰⁵ 国际责任:特别报告员 F.V. 加西亚·阿马多尔的第六次报告(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》,第二卷, A/CN.4/134 和增编一,第 99 段。

²⁰⁶ 同上,第 99 段,脚注 159。John Basset Moore 在《国际法文摘》,华盛顿,政府印刷局,第四卷,1906 年,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”。

²⁰⁷ “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。”(美洲人权委员会,第 30/81 号决议,第 7378 号案(危地马拉),1981 年 6 月 25 日,《1980-1981 年美洲人权委员会年度报告》, OEA/Ser.L/V/II.54, 第 9 rev.1 号文件,1981 年 10 月 16 日)。

²⁰⁸ 关于这个问题,例如见 *Emre* 诉瑞士案,第 5056/10 号申诉,欧洲人权法院,2008 年 5 月 22 日,或“*Mapiripán* 屠杀”案,美洲人权法院, C 辑,第 134 号,2005 年 3 月 7 日,以及 *Pueblo Bello*。还见以下第(6)段讨论的 2012 年 6 月 19 日国际法庭对艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案做出的判决。

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。²⁰⁹

若干仲裁法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，首席仲裁人认为，鉴于委内瑞拉政府任意将 *Paquet* 先生强行驱逐出境，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。”²¹⁰

在 *Oliva* 案中，首席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。²¹¹ 委员 *Agnoli* 曾经认为，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任何数额之外，还应该同意给予至少 40,000 博利瓦的一笔赔偿金，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。”²¹²

在其他案件中，引起赔偿的是驱逐出境的非法执行方式(包括在递解出境之前拘留的时间和状况)。在 *Maal* 案中，首席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，首席仲裁人认为赔偿的数额必须够多，以便责任国“表示了解”对索赔人施加的“侮辱”：

“首席仲裁人曾受教导，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

²⁰⁹ 除其他外，参见下述案件的判决：*Loayza Tamayo* 诉秘鲁，1998 年 11 月 27 日的判决(赔偿和费用)，C 辑，第 42 号，第 144 至 154 段；*Cantoral Benavides*，2001 年 12 月 3 日的判决(赔偿和费用)，C 辑，第 88 号，第 60 和 80 段；*Gutiérrez Soler* 诉哥伦比亚，2005 年 9 月 12 日的判决，(实质问题、赔偿和费用)，C 辑，第 132 号，第 87 至 89 段。

²¹⁰ *Paquet* 案，比利时—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 325 页。

²¹¹ *Oliva* 案，意大利—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 607 至 609 页(仲裁人 *Ralston*)，其中载有该案计算损失的详细办法。

²¹² *Oliva* 案，同上，第 602 页(仲裁人 *Agnoli*)。

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。首席仲裁人认为，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。”²¹³

在 *Daniel Dillon* 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，而且不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。”²¹⁴

在 *Yaeger* 案中，伊朗—美国索赔法庭裁定补偿索赔人(1) 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；²¹⁵ (2) 在机场被“革命委员会”没收的钱。²¹⁶

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，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。²¹⁷ 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 4 号议

²¹³ *Maal* 案，荷兰—委内瑞拉混合索赔委员会，1903 年 6 月 1 日，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 732 至 733 页(仲裁人 Plumley)。

²¹⁴ *Daniel Dillon* (美国)诉墨西哥合众国，墨西哥—美国一般索赔委员会，1928 年 10 月 3 日的裁决，联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 369 页。

²¹⁵ *Yeager* 诉伊朗伊斯兰共和国，伊朗—美国索赔法庭，1987 年 11 月 2 日的裁决，《伊朗—美国索赔法庭报告》，第 17 卷，第 107 至 109 页，第 51 至 59 段。

²¹⁶ 同上，第 110 页，第 61 至 63 段。

²¹⁷ *Moustaquim* 诉比利时，1991 年 2 月 18 日的判决(案情实质和公正抵偿)，第 12313/86 号申诉，第 52 至 55 段。

定书》第 4 条(禁止集体驱逐出境)以及该《公约》第 13 条(获得有效补救的权利)与《第 4 号议定书》第 4 条的连带规定。²¹⁸

(5) 关于国家责任的条款第 37 条处理了抵偿这种赔偿方式。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、²¹⁹ Chahal 诉联合王国案²²⁰ 和 Ahmed 诉奥地利案。²²¹ 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。”²²² 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”。²²³

(6) 国际法院在艾哈迈杜·萨迪奥·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《公民权利和政治权利国际公约》第九条和第十三条、《非洲人权和人民权利宪章》第 6 条和第 12 条及《维也纳领事关系公约》第 36 条第 1(b)款承担的义务(见以上第 73、74、85 和 97 段),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。”²²⁴

²¹⁸ Čonka 诉比利时, 2002 年 2 月 5 日的判决(案情实质和公正抵偿), 第 51564/99 号申诉, 第 42 段。

²¹⁹ Beldjoudi 诉法国案, 1992 年 3 月 26 日的判决(案情实质和公正抵偿), 第 12083/86 号申诉, 第 86 段:“申诉人必定蒙受非金钱的损失, 但本判决书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)。

²²⁰ Chahal 诉联合王国案, 1996 年 11 月 15 日的判决(案情实质和公正抵偿), 第 22414/93 号申诉, 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。”

²²¹ Ahmed 诉奥地利案, 1996 年 12 月 17 日的判决(案情实质和公正抵偿), 第 25964/94 号申诉。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, 但本判决书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)。

²²² 第 37 条的评注第(6)段;《2001 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 106-107 页。

²²³ Bámaca-Velásquez 诉危地马拉, 2002 年 2 月 22 日的判决, (赔偿), 第 73 和 106 段。

²²⁴ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国), 案情实质, 判决,《2010 年国际法院案例汇编》, 第 639 页起, 见第 691 页, 第 160 段。

回顾关于赔偿的法律制度之后，依据以下两项原则的区别：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”²²⁵，和近期乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)案中回顾的原则——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”，²²⁶ 法院指出：

“鉴于本案之情形，特别是所违反人权义务的根本特点和几内亚提出的以补偿的方式进行赔偿的要求，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。”²²⁷

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。²²⁸ 法院判定因迪亚洛先生由于可归于刚果民主共和国的不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，²²⁹ 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。²³⁰ 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请求。²³¹ 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，国际法中已就此建立了良好的法律制度。无可争议的是，在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代表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

²²⁵ 1928 年第 13 号判决(案情实质)，《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 17 号，第 47 页。

²²⁶ 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 103-104 页，第 273 段。

²²⁷ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 691 页，第 161 段。

²²⁸ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，关于补偿的判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 324 页。

²²⁹ 同上，第 333-335 页，第 18 至 25 段。

²³⁰ 同上，第 335-338 页和第 343 页，第 26 至 36 和 55 段。

²³¹ 同上，第 338-342 页，第 37 至 50 段。

过的关于外交保护的条款中，条款案文被收入 2007 年 12 月 6 日大会第 62/67 号决议附件。²³²

(2) 国际法院在 2007 年关于 *Diallo* 案先决反对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。²³³

²³² 关于外交保护的条款案文及其评注，见国际法委员会第五十八届会议工作报告(2006 年)，《大会正式纪录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 50 段。

²³³ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，初步反对意见，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 582 页起，见第 599 页，第 40 段。

第五章

发生灾害时的人员保护

A. 引言

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,²³⁴ 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”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等。委员会还收到了秘书处的一份备忘录, 主要侧重自然灾害(A/CN.4/590 和 Add.1 至 3), 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。委员会还收到了联合国秘书处人道主义事务协调厅和红十字会与红新月会国际联合会对委员会 2008 年向它们提出的问题所提交的书面答复。

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(与国际人道主义法的关系)和第 5 条草案(合作的义务)。²³⁵ 在第六十三届会议(2011 年)期间, 委员会暂时通过了第 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)。²³⁶ 在第六十五届会议(2013 年)期间, 委员会暂时通过了第 5 条草案之二(合作的形式)、第 5 条草案之三(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)。²³⁷

²³⁴ 见 A/CN.4/598、A/CN.4/645 和 Corr.1、A/CN.4/629、A/CN.4/643 和 Corr.1、A/CN.4/652 以及 A/CN.4/662。

²³⁵ 《大会正式记录, 第六十五届会议, 补编第 10 号》(A/65/10), 第 330 段。

²³⁶ 同上, 《第六十六届会议, 补编第 10 号》(A/66/10), 第 228 段。

²³⁷ 同上, 《第六十八届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 第 61 段。

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 Corr.1 和 Add.1)，报告处理了保护救灾人员及其设备和物资的问题，提出了第 14 条草案之二的案文建议(保护救灾人员、设备和物资)。²³⁸ 报告还考虑了正在拟订的本条款草案与其他规则的关系，提出了下述几条案文草案建议：第 17 条草案(与国际法特别规则的关系)、²³⁹ 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)²⁴⁰ 和第 19 条草案(与《联合国宪章》的关系)。²⁴¹ 报告还提出了第 3 条草案之二(用语)的案文建议。²⁴²

²³⁸ 第 14 条草案之二案文如下：

保护救灾人员、设备和物资

受灾国须采取一切必要措施，确保对进入本国境内以便提供外部援助的救灾人员、设备和物资提供保护。

²³⁹ 第 17 条草案案文如下：

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。

²⁴⁰ 第 18 条草案案文如下：

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。

²⁴¹ 第 19 条草案案文如下：

与《联合国宪章》的关系

本条款草案不妨碍《联合国宪章》。

²⁴² 第 3 条草案之二案文如下：

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。

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

50. 在 2014 年 5 月 8 日第 3201 次会议上，委员会将第 3 条草案之二、第 14 条草案之二、第 17、第 18 和第 19 条草案转交起草委员会。

51. 在 2014 年 5 月 30 日第 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会与红新月会国际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，欢迎联合国人道主义事务协调厅和联合国减少灾害风险办公室在同一日期之前也就条款草案提出评论和意见。

54. 在 2014 年 8 月 6 日第 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]²⁴³ 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。

²⁴³ 委员会先前暂时通过的条款草案编号列于方括号内。

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；

(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 与国际人道主义法的关系

本条款草案不适用于可适用国际人道主义法规则的情况。

2. 条款草案案文及其评注

56. 委员会一读通过的发生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]²⁴⁴ 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、福利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(无论其国籍)或受其管辖或控制的人员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方向适用：各国相互之间的权利和义务，各国相对于需要保护的人员的权利和义务。虽然侧重点是前者，但条款草案也笼统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

²⁴⁴ 委员会先前暂时通过的条款草案编号列于方括号内。

位，或作为国家义务(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，或根据受灾国、第三国或实体或私人行为者国籍国的国内法律，间接地实施条款草案。

(4) 正如本专题的标题中“发生灾害时”这一短语所表示的，条款草案的范围依据属时理由，主要侧重于灾害发生后的立即应对行动以及恢复阶段，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、灾害预防和减轻损害活动有关的阶段。

(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案文，但这样做也并非史无前例。2006 年有害活动引起跨界损害时的损失分配原则草案，就包含了关于宗旨(目的)的规定(第 3[3]条草案)。

(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人们进行过这样的辩论，即应该采用“基于权利”的做法，还是应该采用更为传统的“基于需要”的做法。委员会的主流意见认为，两种做法并不一定相互排斥，而最好视为相互补充。委员会最终采用了这样的措词，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。

(3) “充分和有效”不一定是专门术语，其实际含义是高质量的应对工作，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中。这包括在东南亚国家联盟 2006 年《灾害管理和紧急应对协定》中出现的“有效和一致”以及“快速和有效”等词语，在 1998 年《关于为减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷

公约》中，曾使用过“恰当和有效”等词语。鉴于进行各种应对时所存在的背景，及时性要素通常暗含于“有效”一词中。应对工作越是拖沓，其有效性越打折扣。这一点，以及使应对“充分”和“有效”所涉的其他方面是第 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，在案文里没有提到应对必须是“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，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害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轻、预防和缓解阶段，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，但委员会还是采用了目前的更为简练的措词，并没有打算作狭义的解释，从而使这条规定仅适用于灾害援助活动的应对阶段。

(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者需要的重要性，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，而不是那些更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，更多地受到间接影响的个人，例如那些因灾害而失去家人或因其他地方遭受灾害而遭受经济损失的人便没有办法得到救济。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，留给有关的国际法规定本身来处理。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《公民权利和政治权利国际公约》第六条第1款所承认的生命权。²⁴⁵

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]条草案力图条款草案的目的而界定“灾害”。据认为有必要确定定义，以便恰当地确定本条款草案的适用范围，正如第1[1]条草案所说的，而与此同时又不会无意地处理其他严重事件，例如政治和经济危机，这些危机也可能破坏社会的运转。这样的定义界定包含着两个特点：(1) 强调发生了导致社会运转被破坏的事件；(2) 包括了一些限定性短语。

(2) 委员会审议了1998年《关于为减灾和救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》中的处理办法，该公约将灾害设想为一个事件的后果，即由于该事件而社会的运转遭受严重破坏，这有别于事件本身。委员会意识到，这样的处理办法代表了人道主义援助界目前所存在的思维，这正如2005年联合国在日本兵库举行的世界减灾大会所确认的，以及最近的条约和其他文书所确认的，包括2007年红十字会与红新月会国际联合会《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》。²⁴⁶ 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“灾害”概念中，即灾害是一个具体事件，因为委员会正在做的是拟订一项法律文书，要求有更精确和准确的法律定义，不同于更多地以政策为导向的那种定义。

(3) 对存在的一项事件的要素进行了几种限定。首先，提到“灾难性”事件，这是通过提到事件的性质而确立一个门槛，即只有极端的事件才包含在内。这一

²⁴⁵ 联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号，第171页和第1057卷，第407页。另见机构间常设委员会《人权和自然灾害业务准则》，2006年。另见第6[8]条草案的评注第(2)和第(3)段。

²⁴⁶ 红十字会与红新月会国际联合会，《国内便利和管理国际救灾和初期恢复援助工作导则》(“红十字与红新月会《导则》”)，2007年。

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²⁴⁷ 中定义的启发，国际法学会有意确立这么高的门槛，以排除其他紧急事件。对于“灾难性”一词的理解应该从两方面来进行，一是适用该条规定后部分的限定语，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，不论是人为还是自然原因，这是为了承认，灾害往往产生于复杂的原因，可能既包含完全天然的因素，也包含人类活动的因素。

(4) 另有两个因果要求对事件作出限定。首先对于事件或系列事件而言，如果要认定为条款草案所说的“灾难性”，事件须造成三项可能后果中的一个或更多：普遍生命损失、巨大的人类痛苦和危难，或大规模物质和环境损害。因此，像一次严重地震这样的重大事件，如果发生在海洋中间或无人居住地区，并没有造成上面所说的三个结果之一，就不符合第 3[3]条草案所说的标准。此外，事件的性质还加了一条限定，即上述三个可能结果其中的任何一个或全部结果都会造成社会运转遭受了严重破坏。换句话说，有一个事件造成了人员普遍伤亡，但并没有严重扰乱社会的运转，这就不符合这一条中的要求。因此，通过加上这些因果要素，定义就保留了现在人们所用的案文中的做法，例如《坦佩雷公约》中的做法，即考虑事件的后果，将其视为定义的关键方面，虽然这只是为了确立适用本条款的门槛的目的。

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

(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，当地造成的生命损失有限，但还是引起了巨大的人类痛苦和危难，并严重破坏了社会的运转，这样的情况依然在条款草案范围内。

(7) 委员会将“大规模的物质或环境损害”列入条款，是为了确认重大灾害通常引起的大规模物质和环境破坏，以及由于这种损失通常引起人类发展和福利遭受严重损害而使社会的运转遭受破坏。应该理解的是，环境或财产损失本身没有包含在条款草案范围内，而是这种损失对人类的影响，从而避免对经济损失的一

²⁴⁷ 国际法学会通过的关于人道主义援助的决议，2003 年 9 月 2 日，比利时布鲁日（“关于人道主义援助的决议”）。

般考虑。对经济损失加以规定，可能不必要地限制条款草案范围，例如使条款草案无法处理某些活动，这些活动的目的是减轻现有的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条款草案的目的上，正如第 2[2]条草案所确立的。另外其他类型危机所涉及的保护以及权利都可能不同，在不同的程度上受其他国际法规则来调整，正如第 20 条草案所设想的。

(9) 虽然设想的这三种可能后果在一定程度上说明了什么可能构成严重扰乱社会的运转，但委员会没有提出进一步的描述性或限定性因素，以便给实践留出一定的酌定余地。

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 条草案里的某些术语会在各项条文草案的评注里单独提出来，说明为何需要界定。另一些术语之所以列入第 4 条是由于其在条款草案里的总体出现频率。

(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——涉及到培养有关危险和脆弱性的知识。因此，这是任何减少灾害风险的第一步明智措施。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，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获取此类信息的重要性这一流行趋势。委员会尽管认识到这一趋势重要，但认为最好在评注中，而不是在第 2 款本文中阐述；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；它同时有助于启动和实施应急计划，从而限制危险的出现；正因为如此，这是有效备灾和应对的一个先决条件。

(23) 如上文第(11)段所解释的，第 11[16] 条草案事关在国内采取预想的措施。与第 10[5 之三]条草案共同阅读，第 9[5]条草案的合作义务将涵盖任何属于国家间的措施。因此，有关任何列举和未列举的、为减少灾害风险可能采取的措施的国际法律义务的程度，应以每一国与其他的、该国有义务与之合作的行为者订立的相关具体协议或安排来确定。

第 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保护人员的情况。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

(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责任一并解读。这样看来，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《为减灾救灾行动提供电信资源的坦佩雷公约》第 4 条第 8 款。³⁶⁰ 委员会认为，《坦佩雷公约》在抗灾救济和援助领域日益广被接受，其措词较为现代。³⁶¹ 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) 委员会采用了与《坦佩雷公约》有所不同的措词，决定本条中在表述受灾国的主要作用时不提及“本国法律”。《坦佩雷公约》中，提及本国法律之处表明，妥善的合作应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]条草案中所阐述的义务是第 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实保护人员和提供抗灾救济及援助。该条款草案申明国家对在其境内的人员负有义务的首要立场。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之责任的基础。第 8[5]条草案申明，在适宜进行此种合作的情形下，潜在的协助国和受灾国都有责任承担合作的义务。委员会认为，在并且只在灾害超过受灾国应对能力之程度的情形下，这种合作才是适当和需要的。在这种情况下，寻求援助是受灾国根据国际人权文书和习惯国际法履行主要职责的另外一个因素。委员会大

³⁶⁰ 《坦佩雷公约》(注意：“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”)。

³⁶¹ 例如见《东盟协定》，第 3 条第 2 款(注意：“请求或接受援助的缔约国应全面指导、控制、协调和监督其境内的援助”)；《核事故或辐射紧急情况援助公约》，联合国，《条约汇编》，第 1457 卷，第 24643 号，第 133 页，第 3(a)条(注意：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”)。

多数委员赞同存在着第 13[10]条草案所载述的寻求援助的义务，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义务。

(2) 本条草案强调，寻求援助的责任来源于超过受灾国国家应对能力之程度的情况。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]条草案中所定义的特定灾害情况。

(3) 委员会通过了“如所遭受的灾害……”这一条件语，以澄清这么一点：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。受灾国的国家能力可能会在救灾行动的一个方面被超过，虽然该国仍然能够进行其他行动。作为一个整体，“在并且只在一场灾害超过国家应对能力的情况下”的短语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]条草案中所表达的根本目的。这种着手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。确认各国在这些情况下的责任反映了委员会对及时和有效提供救灾援助的关注。

(4) 委员会认为，在第 13[10]条草案中寻求协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、保健和医疗服务的权利、供水的权利、获得适当的住房、服装和卫生的权利，以及不受歧视的权利。³⁶² 委员会注意到，人权事务委员会认为，一个国家履行生命权的职责超越了仅仅予以尊重的范围、而延伸到包括保护和履行实质性权利之责任的程度。³⁶³ 根据“公民权利和政治权利国际公约”，生命权是不可克减的，即使是在“威胁到一个民族的生命的公共紧急状态”³⁶⁴——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”。³⁶⁵ 经济、社会及文化权利国际公约指出，依据获得粮食的权利：

“缔约国将采取适当的步骤以保证实现这一权利，承认为此基于自愿同意而实行国际合作的基本重要性。”³⁶⁶

经济、社会及文化权利委员会在第 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

³⁶² 见 A/CN.4/598 号文件里(第 26 段)所列的例子。

³⁶³ 参阅人权事务委员会，第 6 号一般性意见(生命权)，1982 年 4 月 30 日，第 5 段。

³⁶⁴ 《公民权利和政治权利国际公约》，1966 年，第 6 条第 1 款。

³⁶⁵ 人权事务委员会，第 29 号一般性意见(紧急状态(第 4 条))，2001 年 7 月 24 日，第 5 段。

³⁶⁶ 《经济、社会、文化权利国际公约》，1966 年，第 11 条。

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”。³⁶⁷

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

(5) 《非洲儿童权利和福利宪章》³⁶⁸ 和《残疾人权利公约》具体提到在发生灾害时对权利的保护。³⁶⁹ 根据《非洲儿童权利和福利宪章》第 23 条，各国应采取“一切适当措施”，以确保寻求或持有难民地位的儿童以及那些由于包括“自然灾害”在内的事件而在国内流离失所的人在享受本“宪章”和各国参与缔结的其他国际人权和人道主义文书所载述的权利方面能够“得到适当的保护和人道主义援助”。《残疾人权利公约》提到国家在发生灾害时对残疾人的义务：

“按照国际法，包括国际人道主义法和国际人权法规定的义务，缔约国应采取一切必要措施，在风险情况，包括发生武装冲突、人道主义突发事件和自然灾害的情况下，落实对残疾人的保护及其安全。”³⁷⁰

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的程度时使用可能来自国际社会成员的援助。这种做法符合国际法律体系中所适用的人性化的指导原则。国际法院在科孚海峡案(案情实质)中申明，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，“它在和平时期的要求甚至比战争时期还要严格”。³⁷¹ 第 7[6]条草案确认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]条草案的范围内，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：

“当受灾国无法向在其管辖或实际控制下的受害者提供足够的人道主义援助时，应当向主管的国际组织和/或第三国寻求援助。”³⁷²

³⁶⁷ 经济、社会、文化权利委员会，第 12 号一般性意见(充足食物权(第 11 条))，1999 年，第 17 段。

³⁶⁸ 《非洲儿童权利和福利宪章》，1990 年，非统组织文件。CAB/LEG/24.9/49(1990)。

³⁶⁹ 《联合国残疾人权利公约》，大会 2006 年 12 月 13 日第 61/106 号决议，附件一。

³⁷⁰ 同上，第 11 条。

³⁷¹ 科孚海峡案科孚海峡案(大不列颠及北爱尔兰联合王国诉阿尔巴尼亚)，判决，案情实质，《1949 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 22 页(请注意，“阿尔巴尼亚当局义不容辞的义务包括为了一般航行，通知在阿尔巴尼亚领海有一个雷区和警告接近的英国军舰注意雷区使它们暴露在迫在眉睫的危险之中。这些义务不是根据适用于战争时期的《1907 年第八号海牙公约》的规定，而是根据某些一般公认的原则，即：基本的人道考虑，在和平时比战争时期还要严格……”)。

³⁷² 关于人道主义援助的决议，第 3 条，第 3 段。

同样，红十字与红新月联合会《导则》认为：

“如果受灾国决定，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似乎也意味着受灾国在紧急情况下超过其应对能力的情形下有责任参与国际合作：

“许多紧急情况的严重性和持续时间可能超出了许多受灾国的应对能力。因此，进行国际合作以处理紧急情况和加强受灾国的应对能力是非常重要的。这种合作应按照国家法和国内法提供。”³⁷⁴

(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，应由受灾国在灾害开始发生为了最大限度地发挥救灾的效益而尽快提出要求或予以同意”。³⁷⁵ 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”援助意味着对国际援助的提供展开更广泛的协商。“寻求”一词涉及受灾国采取可能达成协议的主动行动的过程。因此，第 13[10]条草案责成受灾国在灾害超过其国家应对能力时积极寻求援助。

(8) 委员会认为，受灾国政府最能够判断灾情的严重性和国家应对能力的限制。委员会认为，受灾国必须真诚评估灾害的严重程度。《各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》阐述了诚意原则，³⁷⁶ 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、³⁷⁷ “依公认之国际法原则与规则”所担负的义务³⁷⁸ 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。³⁷⁹ 对一个灾害的严重程度的真诚评估是受灾国由于其主权负责根据第 12[9]条草案第 1 款在其领土上确实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之援助的自由裁量权。这个词进一步反映，寻求协助的责任并不意味着，国家一方有责任从第 13[10]条草案中所列出的每一个来源寻求援助。因此，“酌情”这个短语强调了其实受灾国在指

³⁷³ 红十字与红新月联合会《导则》，导则 3(2)。

³⁷⁴ 大会 1991 年 12 月 19 日第 46/182 号决议，附件，第 5 段。

³⁷⁵ 《奥斯陆准则》，第 58 段。

³⁷⁶ 大会 1970 年 12 月 24 日第 2625(XXV)号决议，附件。

³⁷⁷ 同上。

³⁷⁸ 同上。

³⁷⁹ 同上。

挥、控制、协调和监督救灾援助方面具有第 12[9]条草案第 2 款中所概述的主要作用。

(10) 不应该认为，在灾害超出国家应对能力之程度的情形下，寻求援助之责任的存在意味着，委员会并不鼓励受灾国在灾情较小的情况下寻求协助。委员会认为，在提供抗灾援助的各个阶段进行合作，对充分和有效应对灾害具有主要作用，并且是团结原则的实际体现。即使受灾国有能力、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协助，将确保较为充分、迅速和广泛地应对灾害和加强保护受影响的人。

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合格的同意制度。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，对外部援助的同意不得被任意拒绝，而第 3 款正式责成受灾国在可能时告知其就已知的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 号决议所附载的指导原则第 3 段指出，“人道主义援助应获得受灾国的同意，并原则上根据受灾国的呼吁予以提供”。³⁸⁰《坦佩雷公约》规定，没有提出请求的缔约国同意，不应该根据本公约提供电信援助”，³⁸¹而东盟的灾害管理协定则指出，“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”。³⁸²承认国家对外部援助的同意符合第 12[9]条草案第 2 款的规定所确认的：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具有主要作用。

(3) 第 2 款中承认受灾国拒绝提议的权利并非是有限的，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实包含人员并提供抗灾救济和援

³⁸⁰ 大会 1991 年 12 月 19 日第 46/182 号决议，附件，第 3 段。

³⁸¹ 《坦佩雷公约》，第 4 条第 5 款。

³⁸² 《东盟协定》，第 3 条第 1 款。

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，受灾国在灾害发生时有责任在其领土上确实保护和协助那些人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。³⁸³ 人权事务委员会解释《公民权利和政治权利国际公约》第 6 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。³⁸⁴ 因此，拒绝提供援助的提议在一定条件下有可能构成对生命权的侵犯。大会重申第 43/131 和第 45/100 号决议，“遗弃自然灾害和类似紧急情况的受害者而不给予人道主义援助构成了威胁人类生命和侵犯人类尊严的罪行。”³⁸⁵

(5) 承认受灾国对同意的自由裁量权并非是有限的，这一点载于对国内流离失所问题的指导原则。³⁸⁶ 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，秘书长形容它们是使在国内流离失所者获得“保护的基本国际规范”，指出：³⁸⁷

“[对提供人道主义援助的同意]不得被任意拒绝，特别是当有关当局不能或不愿提供必要的人道主义援助的时候。”³⁸⁸

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 8[5]条草案第 2 款，在可靠的法文本中指出：

“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

³⁸³ 参阅《公民权利和政治权利国际公约》，第 6 条第 1 款。

³⁸⁴ 人权事务委员会，第 6 号一般性意见(生命权)，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。”

³⁸⁵ 大会 1988 年 12 月 8 日第 43/131 号决议，第 8 序言段；大会 1990 年 12 月 14 日第 45/100 号决议，第 6 序言段。

³⁸⁶ E/CN.4/1998/53/Add.2。

³⁸⁷ A/59/2005, 第 210 段。

³⁸⁸ E/CN.4/1998/53/Add.2, 原则 25, 第 2 段。

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)。”³⁸⁹

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

“受灾国有义务不能任意和无理拒绝纯粹为了提供人道主义援助的善意提议或拒绝救援受害者。特别是，他们不得拒绝援助的提议，也不能拒绝救援，如果这种拒绝可能危及受害者的基本人权，或将违反不得作为一种作战方法使平民陷于饥饿的禁令。”³⁹⁰

(6) “拒绝”一词意味着确定随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³⁹¹ 和第 45/100 号决议³⁹²，其中包括以下序言段：

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

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

同样，2000 年《民防援助框架公约》除了其他原则以外反映：各缔约国承诺在发生灾害时提供援助方面，“受援国必须审查援助的提议或请求并在最短期间内提出答复”。³⁹³

(7) “任意”一词针对受灾国决定不予同意的基础。确定对同意的置之不理是否“任意”，必须在逐案的基础上予以确定，虽然作为一般规则，可以举出几个原则。首先，委员会认为，对外部援助不予同意不是任意，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。其次，对一个外部来源的援助不予同意不是任意的，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。再次，不予以同意不是任意的，倘若有关提议不按照本条款草案提供。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

³⁸⁹ 国际法学会，关于保护人权和不干涉各国内部事务的决议，1989 年 9 月 13 日，圣地亚哥·德·孔波斯特拉，第 5 条第 2 段。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。

³⁹⁰ 关于人道主义援助的决议，第八条第 1 款。

³⁹¹ 大会 1988 年 12 月 8 日第 43/131 号决议，第 9 和第 10 序言段。

³⁹² 大会 1990 年 12 月 14 日第 45/100 号决议，第 8 和第 9 序言段。

³⁹³ 《民防援助框架公约》，第 3 条(e)项。

公正的原则在不歧视的基础上进行。相反，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，将有很强的推理空间，认为不予同意的决定是任意作出的。

(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 款指挥、控制、协调和监督抗灾和援助的主要作用的一个方面。这种自由裁量权必须根据受灾国的国际义务真诚地行使。³⁹⁴ 尽管如此，委员会鼓励受灾国说明拒绝同意援助的原因。原因的提供对确定受灾国拒绝同意援助的决定之善意最为重要。原因的缺乏可能形成一个推论空间，而被认为不同意援助是任意作出的决定。

(9) 在第 3 款中，委员会选择“告知其就已知的提议作出的决定”的短语，使受灾国在确定如何以最好的方式应对提供援助的提议方面有最大的灵活性。人们认识到，对提供援助的每一个提议做出正式反应的刚性责任可能对处于在灾害情况下的受灾国造成太大的负担。委员会认为当前的短语，涵盖广泛的响应方式，包括由受灾国公布对所有援助提议作出决定的一般手段。此段同样适用于受灾国同意接受援助和不同意援助的情况。

(10) 委员会认为“只要有可能”的含义范围非常有限。这个短语提醒注意一国由于缺乏有效的政府或同等的丧失工作能力情况而无法就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。

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现有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需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应发挥主要作用。通过采用

³⁹⁴ 例如见大会 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议，附件，第 1 段(尤其注意：“每一国家有义务诚意履行”、“按照联合国宪章”承担的义务、“普遍承认的国际法原则和规则下的义务”和“根据普遍承认的国际法原则和规则缔结的有效国际协定所规定的义务”)。

“可……规定条件”的说法——这符合提供援助的自愿性质，第 15[13]条草案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，不过也可以在救灾过程中就已知援助方的具体援助形式规定条件。委员会提到“外部”援助是因为本条的范围是第三国或其他援助方，例如主管的国际组织提供的援助，但不包括来自国内的援助，例如国内非政府组织提供的援助。

(3) 本条草案对受灾国规定援助条件的权利施加了限制，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，这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专门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。受灾国只可依据这类法律施加条件，援助方在整个援助期间都必须遵守这类法律。本条草案没有明确说明这种相互性，因为遵守国内法这一普遍原则本身就体现了这种相互性。当前国际协定支持援助方必须遵守国内法律的观点。例如，东盟协定第 13 条第(2)款规定“援助行动的成员必须尊重并遵守所有国内法律和规章”。其他一些国际协定也要求援助方遵守国内法³⁹⁵或依据受灾国的法律开展活动。³⁹⁶

(6) 援助方遵守国内法的义务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，³⁹⁷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，³⁹⁸援助人员与受灾国当局合作。³⁹⁹遵守受灾国国内法并与受灾国当局合作的义务与受灾国主权至上的原则和合作原则是一致的。

³⁹⁵ 例如见《美洲便利灾难援助公约》，1991 年，第八条和第十一条(d)项；《核事故或辐射紧急情况援助公约》，1986 年，第 8 条第 7 款。

³⁹⁶ 同上；《黑海经济合作组织(黑海经合组织)参加国政府关于就自然灾害和人为灾害提供紧急援助做出紧急反应的合作协定》，1998 年，第 5 条和第 9 条。

³⁹⁷ 例如见《关于工业事故越界影响的公约》，1992 年 3 月 17 日，联合国，《条约汇编》，第 2105 卷，第 457 页，附件十(1)：“参加援助行动的人员需依据求助国家的相关法律开展活动。”

³⁹⁸ 例如见《东盟协定》，第 13 条第(2)款：“援助行动负责人应采取一切适当措施，确保遵守国内法律和规章。”

³⁹⁹ 例如见 Peter MacAlister-Smith, 人道主义援助行动国际指南草案，第 22(b)段：“在人道主义援助行动的任何时候，援助人员都应……与受援国的指定主管部门合作。”

(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”表示必须存在某些了解需要的程序，可采取需求评估的形式，而且最好与援助方磋商进行。不过，查明需要的程序不是事先设定的，而是由受灾国选择其认为最合适的程序。没有硬性规定，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。⁴⁰⁰ 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。本条草案表达了属于本专题整套条款草案的基础的团结一致原则，特别是表达了第 8[5]、第 9[5 之二]条和第 10[5 之三]条草案所载的合作原则。

⁴⁰⁰ 例如见《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。”)。

(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) 根据现有条款草案提出的援助提议本身不得视为干涉受灾国内部事务。这一论断符合国际法学会在 1989 年关于“保护人权和不干涉他国内部事务原则”的决议中的声明：

“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。[……]”⁴⁰¹

(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，而且鼓励它们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。1949 年日内瓦四公约已经规定，在武装冲突情况下：

“[……]公正的人道主义团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。”⁴⁰²

同样，日内瓦四公约第二附加议定书规定：

在缔约一方领土内的救济团体，如红十字会(红新月会、红狮与太阳会)组织，得提供服务，对武装冲突受难者执行其传统的职务。平民居民即使在其自己主动下，也得提供收集和照顾伤者、病者和遇船难者的服务。⁴⁰³

⁴⁰¹ 第 5 条。

⁴⁰² 例如见 1949 年《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，第三条第(二)款。

⁴⁰³ 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第二议定书)，1977 年，第十八条第一款。

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，而这些援助切需到达灾民手中”，并呼吁“所有国家支持向自然灾害和类似紧急情况的灾民提供人道主义援助的[那些]组织”。⁴⁰⁴

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。

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有利于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”可包括立法、管理或行政等措施。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。列举前使用的“尤其是”一词表明没有列出所有情况，只是显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

⁴⁰⁴ 见大会 1988 年 12 月 8 日第 43/131 号决议，第 4-5 段。

供帮助的重要措施。⁴⁰⁵ 免签证或快速办理签证，以及在入境要求和工作许可证方面提供便利是确保迅速提供援助的关键。⁴⁰⁶ 如果没有特殊机制，救援人员可能被拦在边境，或无法在灾害发生后的关键几天合法地开展工作，或为避免逗留时间超过签证期限而不得不反复出入境。通行自由意味着救援人员能够在灾区自由通行，以充分履行专门商定的职责。⁴⁰⁷ 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。应取消或放松海关规定，减免关税和税收，以降低成本，避免耽误物资运输。⁴⁰⁸ 设备和物资如果不能及时送到，可能很快就派不上用场了，通常的程序旨在保护一国经济利益，但是可能阻碍拯救生命或提供所需援助的救援设备的送达。

(6) 本条草案第 2 款要求所有有关法律和规章对援助方而言，容易查阅。使用“容易查阅”一词是说这类法律必须容易查阅，无需受灾国专门向每个援助方分别提供这些信息。

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，它应采取在当时情况下适当的措施，保证参与提供外部援助的救灾人员、设备和物资得到保护。考虑到灾害往往带来的混乱情况，对这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。

⁴⁰⁵ 例如见《民防援助框架公约》，第 4 条第 5 款(“受援国应在其国内法律框架内提供开展援助所需要的所有特权、豁免和便利。”)。

⁴⁰⁶ 红十字会协会早就指出，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。红十字会协会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。

⁴⁰⁷ 见《救灾行动示范规则》，1982 年，联合国训练研究所，政策和效能研究丛书第 8 号(销售编号 E.82.XV.PE/8)，附件 A，规则 16 称受灾国必须允许援助“人员自由进入履行其专门商定的职责而必须进入的灾区，并在灾区内自由通行。”

⁴⁰⁸ 各项国际条约强调了这一点。例如见《坦佩雷公约》第 9 条第 4 款；另见《东盟协定》，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，受灾国应开展一系列必要活动，以保证援助国和其他援助方有可能提供有效和及时的援助。然而，这两项规定在侧重点和做法上有所不同。第 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) 因有关义务特别易受背景影响这一性质，受灾国采取的措施可能在内容上有所变化，并可能意味着采取不同形式的国家行为。具体地说，“适当措施”的概念本来就具有灵活性含义，这就表明，受灾国可能承担不同的义务，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。

(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可采纳的措施，用以防止非国家行为者进行有害的活动，例如这种活动的目的是利用灾害之后可能会出现的不稳定的安全情况，从针对救灾人员、设备和物资的犯罪活动中获得收益。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这一结果可用的手段，因为这一义务依据变化中的情况，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，行使其固有的管辖能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的措施，专门用于降低遭受安全方面威胁的可能。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，介绍在什么样的条件下人员开展行动，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铭记救灾任务的特点和保证向灾民提供充分和有效的救灾反应的需要。第 18 条草案不应被误解为将会导致给救灾活动设置不合理和不相称的障碍。正如前面围绕第 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“武装护送人道主义车队非约束性指南”，⁴⁰⁹ 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，除非有特殊情况存在，必须使用武装护送。为了确认特殊情况，相关行为者应考虑武装护送的后果和可能的替代办法，尤其应考虑到灾害情况下出现的主要安全问题一般都远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，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(视情况而定)。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⁴¹⁰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。

⁴⁰⁹ 2013 年 2 月 27 日。

⁴¹⁰ 见下文第 15[13]条草案的评注第(2)段。

(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。受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。这些物品也可以在受灾国的国内市场上直接购买。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。

(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，⁴¹¹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]条草案所载的合作精神。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，同时暗示各方应真诚磋商。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，

⁴¹¹ 红十字与红新月联合会《导则》，2007 年，第 12 条，及有关说明。

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会发生，但是就终止方式进行磋商将有助于有关各方友好、有效地终止援助。

(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发生互动的方式，这些国际法规则处理的事项与本条款草案处理的事项相同，或者虽不直接涉及灾害，但仍然会适用于本条款草案所涵盖的情况。

(2) 提及“特别规则”这样做背后的理念是要澄清，与本条款草案相比载有更高专属性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存在的现有义务得以继续适用。

(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。虽然被接受的是，在这种情况下，国际人道主义法规则应优先于本条款草案所载的规则，但本条款草案将继续“在下述情况下”适用：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主义法规则的范围内。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，特别是那些涉及因意外不可能履行和情况的根本改变的规定，以及关于国家和国际组织的责任

以及个人的责任的规则。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《维也纳条约法公约》序言段的启发，该序言段说：“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

与国际人道主义法的关系

本条款草案不适用于可适用国际人道主义法规则的情况。

评注

(1) 第 21[4]条草案处理条款草案与国际人道主义法的关系，因此与处理在多大程度上条款草案设想的长期武装冲突情况，因为武装冲突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主义法规则在相关的情况下优先适用。

(2) 委员会曾考虑过，加进明确的措词排除这些条款草案适用于武装冲突情况，以此作为“灾害”(第 3[3]条草案)定义的另一要素，以避免任何这样的解释，即为了条款草案的目的，将武装冲突包括在内，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，与现有的国际法规则相同。但委员会最终采用了这样的做法，探讨本条款草案与国际人道主义法的关系。虽然条款草案并不力图对武装冲突后果加以规定，但仍然可以适用于武装冲突的情况，特别是当现有的国际法规则，尤其是那些国际人道主义法不适用时。

第六章

引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)

A. 引言

57. 委员会第五十七届会议(2005 年)决定将“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”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。⁴¹²

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。⁴¹³

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不限成员名额工作组,⁴¹⁴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。⁴¹⁵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。⁴¹⁶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(A/CN.4/630)。

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引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)问题不限成员名额工作组,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 日就与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)所作的判决评估进展情况,⁴¹⁷并探讨委员会今后可能采用的备选方案。⁴¹⁸

⁴¹² 2005 年 8 月 4 日第 2865 次会议(《大会正式记录,第六十届会议,补编第 10 号》(A/60/10),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(《大会正式记录,第五十九届会议,补编第 10 号》(A/59/10),第 362 至 363 段)。

⁴¹³ A/CN.4/571(初次报告);A/CN.4/585 和 Corr.1(第二次报告);A/CN.4/603(第三次报告);及 A/CN.4/648(第四次报告)。

⁴¹⁴ 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,决定在阿兰·佩莱先生的主持下建立一个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(《大会正式记录,第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 315 段)。

⁴¹⁵ 工作组编写的拟议总框架,见同上,《第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 204 段。

⁴¹⁶ 在 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。(同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 337 至 340 段)。

⁴¹⁷ 与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔),《2012 年国际法院判决汇编》,第 422 页。

⁴¹⁸ 在 2012 年 7 月 30 日第 3152 次会议上,委员会注意到工作组主席提出的口头报告。(《大会正式记录,第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 208 至 221 段),在 2013 年 7 月 31 日第 3189 次会议上,委员会注意到工作组的报告(《大会正式记录,第六十八届会议,补编第 10 号》(A/68/10),第 149 段)。

B. 本届会议审议此专题的情况

61. 在本届会议上，委员会组建了引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)问题不限成员名额工作组，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，特别是根据第六委员会在大会第六十八届会议上对工作组 2013 年报告的评论评估了有关工作。⁴¹⁹ 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陷；将嫌疑人移送国际法院或特别法院，作为引渡或起诉的一种可能的第三种选择；引渡或起诉的义务与普遍义务或强制法规范的关系；引渡或起诉的义务的习惯国际法地位；和 2009 年总框架中具有持续相关性的其他事项。工作组对上述问题的审议详尽研究了本专题有待分析的所有剩余问题。

63. 在 2014 年 7 月 7 日第 3217 次会议上，委员会注意到工作组的报告(A/CN.4/L.844)，报告除其他外载有委员会的建议：(a) 通过 2013 和 2014 年报告，报告为各国提供了有益的指导；和(b) 结束对“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题的审议。

64. 在 2014 年 8 月 7 日第 3242 次会议上，委员会通过了关于本专题“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”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“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题所做工作的各个具体方面，以协助各国处理这一问题。

⁴¹⁹ 同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，附件 A。

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，⁴²⁰ 并在此过程中遵守法治原则。⁴²¹ 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，对于违反国际人道主义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。……”⁴²² 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引渡或起诉的义务而得到体现。⁴²³ 各国广泛地赞同关于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。⁴²⁴ 这一义务对引起国际社会严重关切的一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) 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·格老秀斯时代起就得到承认，他提出了 *aut dedere aut punire* 原则(即或引渡或处罚原则)：在接到请求之后，一国要么应给予有罪者以应得的惩罚，

⁴²⁰ 例如参阅题为“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)号决议以及题为“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 号决议中的原则 18。

⁴²¹ 大会 2012 年 9 月 24 日第 67/1 号决议。

⁴²² 同上，第 22 段。

⁴²³ 见下文第 3 部分。在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中，国际法院指出：“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两种交互使用的方式……”(与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 443 页，第 50 段)。法院补充说，《禁止酷刑公约》缔约国“鉴于其共同的价值，在确保酷刑行为得到预防、在发生时使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，另参阅第 75 段)。

特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基的第四次报告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》，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，A/CN.4/648，第 26-33 段。

⁴²⁴ 例如比利时(A/CN.4/612，第 33 段)；丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典(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(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)。

要么将他交由请求国处置。⁴²⁵ 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。

2. 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，“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”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。⁴²⁶ 这一义务也在 1996 年《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(引渡或起诉的义务)中得到处理。治罪法草案第 9 条针对下列罪行规定了引渡或起诉的义务：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。⁴²⁷ *aut dedere aut judicare* 原则据说源于包含了这项义务的“若干多边公约”。⁴²⁸ 对治罪法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一有效的刑罪化和起诉制度，而不是仅仅依靠实际国家惯例和法律确念。⁴²⁹ 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。⁴³⁰ 虽然治罪法草案的侧重点是核心罪行，⁴³¹ 但正如上文第(1)段提到的，引渡或起诉义务的实质范围涵盖了引起国际关切的绝大多数罪行。

⁴²⁵ 雨果·格劳秀斯，《战争与和平法》第二册，第二十一章第四节(Francis W.Kelsey 英译本，(牛津—伦敦，Clarendon Press-Humphrey Milford, 1925 年)，第 527-529 页，见第 527 页)。

⁴²⁶ 联合国，《国际法委员会的工作》，第八版(纽约：联合国 2012)，第 1 卷，第 37 页。

⁴²⁷ “在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第 17[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 条[战争罪行]所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。”另见委员会对此条的评注(《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第二章)。

⁴²⁸ 《危害人类和平及安全治罪法草案》，第 8 条，第(3)段(同上)。

⁴²⁹ 《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第 80 页，第 142 段。

⁴³⁰ 《危害人类和平及安全治罪法草案》，第 8 条，第(3)、(4)和(8)段以及第 9 条第(2)段(同上，《第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10))。

⁴³¹ 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。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。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。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、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”(A/CN.4/448 和 Add.1)。

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。”一国国内法院行使管辖权从而导致认为另一国犯有侵略罪，这将对国际关系与国际和平与安全产生严重的影响。”(《危害人类和平及安全治罪法草案》，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 30 页，第 14 段)。

3. 工作概述

(4) 下文概述了委员会此专题工作的好几个重要方面。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术语的准确定义问题为时太早，宜将这些术语留在未来关于“用语”的条文草案里处理。⁴³² 委员会决定依据如下一项谅解来进行，即“引渡”的强制性或“起诉”的强制性孰先孰后，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：秘书处就对委员会“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题工作可能有关的多边公约进行的调查⁴³³ (下称“秘书处的调查(2010年)”)，其中查明将引渡和起诉作为惩治犯罪者的相互替代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 日对与引渡或起诉义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决对其工作有用。

(a) 多边文书中的条款类型

(6) 秘书处的调查(2010年)以这些条款为依据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差异及其演变情况，提出了一些全面性结论，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《日内瓦四公约》及 1977 年《第一附加议定书》；和(d) 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》以及沿用相同模式的其他公约。

(7) 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⁴³⁴ 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) 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

⁴³² A/CN.4/603, 第 36-37 段。在初次报告里，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 prosecute*; *aut dedere, aut judicare, aut tergiversari*; 以及 *aut dedere aut poenam persequi* (A/CN.4/571, 第 5-8 段)。另见 *Raphäel van Steenberghe*, “引渡或起诉的义务：澄清其性质”(《国际刑事司法杂志》，第 9 卷(2011 年)，第 1089 页起，见第 1107-8 页，该文论及 *aut dedere aut punire*、*aut dedere aut prosecute*、*aut dedere aut judicare* 等说法。

⁴³³ A/CN.4/630。

⁴³⁴ 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》。

域外管辖权允许选择而非强制；(c) 含有规定了引渡义务的条款，一旦拒绝引渡则应起诉；(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以引渡的罪行；(e) 含有限制条款，使公约不影响各国按国际法问题处理刑事管辖权问题的方法；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，⁴³⁵ 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权得到有效执行的手段。缔约国负有引渡的一般义务，除非引渡请求恰遇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。此种协议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。⁴³⁶

(9) 1949 年日内瓦四公约载有相同的规定，据此，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，并应将此种人，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。⁴³⁷ 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。⁴³⁸ 尽管如此，引渡是一项备选的做法，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《第一附加议定书》。⁴³⁹

⁴³⁵ 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)《英联邦内伦敦引渡计划》。

⁴³⁶ 还可回顾，大会通过了《引渡示范条约》(第 45/116 号决议，附件)和《刑事事件互助示范条约》(第 45/117 号决议)。参见 2004 年联合国毒品和犯罪问题办公室拟订的《引渡示范法》，可查阅 http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf。参见《引渡示范条约》手册(修订)和《刑事事件互助示范条约》，可查阅：http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf。(2014 年 6 月 3 日访问)。

⁴³⁷ 分别是第一、第二、第三、第四《日内瓦公约》第 49、50、129、146 条。这些《日内瓦公约》使用“送交”而不用“引渡”的原因在在秘书处的调查(2010 年)里有解释，见第 54 段。

根据 Claus Krefz(“对严重破坏公约行为之制度的审判方面的思考”，《国际刑事司法杂志》，第 7 卷(2009 年)，第 789 页)，严重破坏公约行为之制度的审判方面实际上意味着有义务调查以及在必要时起诉并定罪。

⁴³⁸ 见 Jean S. Pictet(编)《对 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约的评论》，第四卷，(日内瓦，红十字国际委员会，1958 年)，第 593 页。

⁴³⁹ 1977 年《第一附加议定书》第 85 条第(1)和第(3)款，以及第 88 条第(2)款。

(10) 1970 年《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《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)。⁴⁴⁰ 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 日国际法院针对与引渡或起诉义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)所作的判决所附的个别意见里，优素福法官还论及“含有 *aut dedere aut judicare* 套语的条约”的类型，并将这些条约大致分为两类。⁴⁴¹ 第一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

⁴⁴⁰ 除其他外，这些公约包括：(a) 1971 年《美洲国家组织防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》；(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《消除非洲雇佣军制度公约》；(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《南亚区域合作联盟制止恐怖主义区域公约》及其 2004 年附加议定书；(k) 1988 年《制止在用于国际民用航空的机场发生的非法暴力行为以补充〈制止危害民用航空安全的非法行为的公约〉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》及其 2005 年任择议定书；(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《经济合作与发展组织禁止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》及其议定书；(aa) 2001 年《欧洲委员会打击网络犯罪公约》；(bb) 2003 年《非洲联盟防治腐败公约》；(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》；以及(ii) 2010 年《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》。

⁴⁴¹ 优素福法官的个别意见，与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 567-568 页，第 19-22 段，另见秘书处的调查(2010 年)，第 126 段。另参阅比利时 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 *aut dedere aut judicare* 条款，把不接受对被指控犯罪者的引渡要求作为起诉义务的条件；(b) 另一类条约载有未求引渡也须起诉条款，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，而这项义务并不以拒绝满足先前的引渡要求为条件(A/CN.4/612, 第 15 段)，特别报告员加利茨基在其第四次报告中曾引用(A/CN.4/648, 第 85 段和脚注 56)。

诸如被指称犯罪者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。这第一类公约的例子有 1929 年《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，但引渡只是可用的备选做法，或含有规定了起诉义务的条款，但只有在该国未能将案件提交起诉时引渡才变为义务。这第二类公约中的这种条款例如可在 1949 年日内瓦四公约有关条款、1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 7 条第 1 款以及《禁止酷刑公约》第 7 条第 1 款中看到。

(12) 鉴于以上所述，委员会认为各国可自行决定哪一种关于引渡或起诉义务的公约套语在特定情况下最适合它们的目的。鉴于公约实践中引渡或起诉义务的说法、内容和范围多种多样，委员会将关于引渡或起诉的义务的各种条约条款加以协调，将是有益的。⁴⁴²

(13) 虽然委员会认为应该逐案审查有关公约中的引渡或起诉义务的范围，但工作组也承认，在更近些的含有引渡或起诉义务的条款的公约中，可能存在着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”。⁴⁴³ 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，则无一例外地将被告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权；(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。⁴⁴⁴ 尤其是，按照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。在较小的程度上，另一种趋势是规定在羁押国不予起诉的情况下，必须无一例外地将被告犯罪者予以引渡。

⁴⁴² 秘书处的调查(2010 年)的结论是(A/CN.4/630, 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。”

⁴⁴³ 同上，第 91 段。

⁴⁴⁴ 同上，第 109 段。

(14) 委员会注意到，在关于引渡或起诉义务的目前公约制度中存在着一些重要缺陷，可能需要加以弥补。尤其是相对于大多数危害人类罪、⁴⁴⁵ 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。⁴⁴⁶ 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，根据《灭绝种族罪公约》第六条承担的义务是，该条只是规定缔约国有义务确立并行使属地刑事管辖权并在特定情况下与国际刑事法庭合作。⁴⁴⁷

(b) 履行引渡或起诉的义务

(15) 海牙套语。委员会认为国际法院对与引渡或起诉义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决有助于澄清与履行引渡或起诉义务相关的一些问题。这一判决仅限于分析根据《禁止酷刑公约》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权(第 5 条)、进行初步调查的义务(第 6 条)、起诉或引渡的

⁴⁴⁵ 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引渡或起诉的义务的国际公约。

⁴⁴⁶ 1949 年《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权。每一项公约都在“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《日内瓦第一和第二公约》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。”

《日内瓦第三公约》第 130 条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，强迫战俘在敌国军队中服务，或故意剥夺战俘依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利。”

《日内瓦第四公约》第 147 条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利，以人为质，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

《日内瓦四公约》和 1977 年《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。

⁴⁴⁷ 《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页起，见第 226-227 页和第 229 页，第 442、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，应交由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理之。”法院在第 442 段里没有排除其他基础，法院指出：“《灭绝种族公约》第六条只是规定缔约国有义务确立并行使属地刑事管辖权。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，赋予刑事法院以管辖权，但没有规定必须这样做。”

义务(第 7 条)等各条之间的关系。⁴⁴⁸ 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《禁止酷刑公约》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 1970 年《海牙公约》和沿用相同套语的其他公约中的起诉或引渡制度的含义。⁴⁴⁹ 由于法院还认为酷刑是强制法禁止的罪行,⁴⁵⁰《禁止酷刑公约》所用的起诉或引渡套语可用作强制法禁止的其他核心罪行例如灭绝种族罪、危害人类罪以及严重战争罪的起诉或引渡制度的范本。

(16) 法院认定,《禁止酷刑公约》缔约国有义务将酷刑定为刑事罪,对酷刑罪确立管辖权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时即对事实展开调查。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”。⁴⁵¹ 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。⁴⁵² 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”。⁴⁵³ 法院还指出,1970 年《海牙公约》和《禁止酷刑公约》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”。⁴⁵⁴

(17) 须纳入国内法律的引渡或起诉义务基本要点。有效履行引渡或起诉的义务,这就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权,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。

⁴⁴⁸ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔),判决,《2012 年国际法院案例汇编》,第 422 页起,见第 450-461 页,第 71-121 段。

⁴⁴⁹ 法院指出,《禁止酷刑公约》第 7 条第 1 款基于 1970 年《海牙公约》所载的类似的规定(同上,第 90 段)。正如多诺霍法官所说:“今天判决书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。……。”(多诺霍法官发表的声明,与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔),判决,《2012 年国际法院案例汇编》,第 422 页起,见第 590 页,第 21 段。)

⁴⁵⁰ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔),判决,《2012 年国际法院案例汇编》,第 422 页起,见第 457 页,第 99 段。

⁴⁵¹ 同上,第 455 页,第 91 段。另见第 451-452 页和第 456 页,第 74-75、78、94 段。

⁴⁵² 同上,第 454-456 页,第 90、94 段。

⁴⁵³ 同上,第 456 页,第 95 段。

⁴⁵⁴ 《禁止酷刑公约》第 7 条第 2 款和 1970 年《海牙公约》第 7 条,同上,第 90 段。

(18) 确立必要管辖权。确立管辖权是履行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”。⁴⁵⁵ 当罪行据称是在国外犯下并且与法院地国没有关连时，引渡或起诉的义务必然反映是行使普遍管辖权，⁴⁵⁶ 而普遍管辖权是“是针对域外事件而对人确立的属地管辖权”⁴⁵⁷，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，引渡或起诉的义务也能反映出是在其他基础上行使管辖权。所以，如果一国能在其他基础上行使管辖权，则在履行引渡或起诉的义务时不一定援引普遍管辖权。

就起诉引起国际关切罪行的被指称犯罪者而言，普遍管辖权是至为重要的因素，特别是当被指称犯罪者在犯罪发生地国没有受到起诉时。⁴⁵⁸ 好几项国际文书，例如得到广泛批准的 1949 年日内瓦四公约和《禁止酷刑公约》，都要求对这些文书所涵盖的罪行行使普遍管辖权，或者如不起诉，则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。根据国际法院对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决，制订必要法律以起诉嫌疑人如果出现拖延，则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产生不利影响。⁴⁵⁹ 国家的义务远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权，从确定事实开始。⁴⁶⁰

(20) 调查的义务。根据法院对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决，调查的义务包含好几项要素：

⁴⁵⁵ 非盟—欧盟普遍管辖权原则特设技术专家组的报告(8672/1/09/Rev.1)，附件，第 11 段。国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决中认为，《禁止酷刑公约》缔约国履行其确立其法院的普遍管辖权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。(与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 451 页，第 74 段)。

⁴⁵⁶ 一位学者认为，“除了嫌疑人身在一国境内这一点以外，当该国与指称的犯罪或嫌疑人没有联结时，*aut dedere aut judicare* 原则即与普遍管辖权相重叠。”(Mitsue Inazumi, 现代国际法中的普遍管辖权：为了依国际法对严重罪行进行起诉而将国家管辖权扩大(Intersentia 2005)，第 122 页。)

⁴⁵⁷ 2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)案，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页，法官希金斯、科艾曼斯、比尔根塔尔的联合个别意见，第 75 页，第 42 段。

⁴⁵⁸ 应该回顾的是，1996 年治罪法草案第 9 条所提到的“引渡或起诉的义务”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权，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，考虑到了普遍管辖权(《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》，(A/51/10)，第 7 段)。

⁴⁵⁹ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 451-452 页，第 76、77 段。

⁴⁶⁰ 同上，第 453 页，第 84 段。

一般来说，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。⁴⁶¹

这项义务意在证实对有关的人的怀疑。⁴⁶² 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。⁴⁶³

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，而这些行为在引渡或起诉义务的约束范围之内，则必须进行调查。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，⁴⁶⁴ 在此阶段必须确定事实。⁴⁶⁵

然而，简单地讯问嫌疑人，以查明其身份并告知他或她控诉的罪名，这不能视为履行了进行初步调查的义务。⁴⁶⁶

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。⁴⁶⁷

依据普遍管辖权进行的调查必须遵循相同的证据标准，就如该国因与案件具有联系而行使管辖权时一样。⁴⁶⁸

(21) 起诉的义务。根据法院对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决，起诉的义务包含好几项要素：

起诉的义务实际上是将案件提交起诉当局的义务，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。⁴⁶⁹

⁴⁶¹ 同上，第 454 页，第 86 段。

⁴⁶² 同上，第 453 页，第 83 段。

⁴⁶³ 同上，第 453-454 页，第 85-86 段。

⁴⁶⁴ 同上，第 454 页，第 88 段。

⁴⁶⁵ 同上，第 454 页，第 86 段。

⁴⁶⁶ 同上，第 453-454 页，第 85 段。

⁴⁶⁷ 同上，第 453 页，第 83 段。

⁴⁶⁸ 同上，第 453 页，第 84 段。

⁴⁶⁹ 另参见 *Chili Komitee Nederland* 诉皮诺切特，阿姆斯特丹上诉法院，1995 年 1 月 4 日《荷兰国际法年鉴》，第 28 卷(1997 年)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，因为皮诺切特或许有权享有不受起诉的豁免权，而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 Kimberley N. Trapp, 国际恐怖主义的国家责任(牛津：牛津大学出版社 2011 年)，第 88 页，脚注 132。

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。⁴⁷⁰

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。⁴⁷¹

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。⁴⁷²

(22) 引渡的义务。关于引渡的义务：

引渡的目的地国只能是具有一定管辖权，能够依照对其具有约束力的国际法律义务起诉并审判被指称犯罪者、且被指称犯罪者所在的国家。⁴⁷³

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。⁴⁷⁴ 正式的引渡请求涉及重要的人权保护措施，这些措施在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。⁴⁷⁵ 另外值得回顾的是，借助于反映了习惯国际法的《维也纳条约法公约》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。⁴⁷⁶ 此外，国家采取的措施必须符合法治原则。

⁴⁷⁰ 比利时诉塞内加尔案，第 90、94 段。

⁴⁷¹ 同上，第 115、117 段。

⁴⁷² 同上，第 114、115 段。参见坎萨多·特林达德法官对于此案发表的个别意见，第 148、151-153 段；专案法官苏尔对于此案发表的不同意见，见第 50 段；以及薛法官的不同意见，见第 28 段。

⁴⁷³ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 461 页，第 120 段。

⁴⁷⁴ 参阅委员会 2014 年二读通过的驱逐外国人条款草案第 12 条草案，见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第四章，以及欧洲人权法院，*Bonzano 诉法国*，1986 年 12 月 18 日的判决，第 9990/82 号请求书，第 52-60 段。欧洲人权法院认为，为了避开引渡方面的要求而以驱逐为幌子的引渡是非法的，与《欧洲人权公约》第 5 条所保障的人身安全权不符。

⁴⁷⁵ 见对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔) 判决中的理由说明，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 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《禁止酷刑公约》承担的义务的理由(同上，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)。

⁴⁷⁶ 同上，第 113 段。

(24) 如果涉及引起国际关切的严重罪行，引渡或起诉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。⁴⁷⁷

(25) 义务的时间范围。依据条约承担的引渡或起诉义务仅适用于该条约对有关国家生效之后发生的事实，“条约表示不同意思，或另经确定”。⁴⁷⁸ 在一国成为载有引渡或起诉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，包括引渡或起诉的义务在内。⁴⁷⁹ 因此，一国一旦受该条约约束，即应履行其义务，将载有引渡或起诉义务的条约所禁止的行为定为刑事罪，并确立必要的管辖权。⁴⁸⁰ 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。⁴⁸¹

(26) 不遵守引渡或起诉义务的后果。在对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决中，法院认定，违反根据《禁止酷刑公约》所承担的国际义务是引起国家责任的不法行为。⁴⁸² 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。⁴⁸³ 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，包括停止并不重犯该行为(第 30 条)，赔偿(第 31、34-39 条)以及反措施(第 49-54 条)。

(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，即面对引渡或起诉被指控者义务的一国可求

⁴⁷⁷ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 461 页，第 120 段。另见坎萨多·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。”(坎萨多·特林达德法官的个别意见，与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 508 页，第 50 段，另见他在第 505-508 页，第 43-51 段里详细陈述的理由。)

⁴⁷⁸ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 457-458 页，第 100-102 段，其中援引了反映习惯国际法的《维也纳条约法公约》第二十八条。

⁴⁷⁹ 同上，第 458 页，第 103-105 段。

⁴⁸⁰ 同上，第 451 页，第 75 段。

⁴⁸¹ 同上，第 458 页，第 102、105 段。

⁴⁸² 同上，第 456 页，第 95 段。

⁴⁸³ 同上，第 460-461 页，第 117 段。

助于第三种选择，即将嫌疑人送交有关国际刑事法庭。⁴⁸⁴ 2006 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。⁴⁸⁵

(28) 在对于与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)发表的不同意见中，薛法官认为，假如塞内加尔已经将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，国家惯例也不禁止。⁴⁸⁶ 当然，如果“条约表示不同意思，或另经确定”，⁴⁸⁷ 因而不许将受指控的犯罪者移交国际刑事法庭，则这样的移交并不免除条约缔约国根据其各自国内法律制度引渡或起诉该犯罪者的义务。

(29) 有人提议，鉴于国际刑事法庭日益重要，关于引渡或起诉义务的新条约规定与国内法一样，应包含这第三种选择。

(30) 补充意见。一国也许愿意同时履行引渡或起诉义务的两个方面，例如起诉、审判犯罪者并予判刑，然后将该犯罪者引渡或移交给另一国，以便使判决得到执行。⁴⁸⁸

(c) 目前公约制度的缺陷和“第三种选择”

(31) 如上文第(14)段所指出，委员会重申，在目前关于引渡或起诉义务的公约制度中存在着一些重大缺陷，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，其中包括使就这些罪行引渡或起诉的义务成为新条约的一项内容。⁴⁸⁹ 工作组进一步建议，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。⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ 1996 年危害人类和平治罪法草案第 9 条规定，该条所规定的引渡或起诉的义务“不妨碍国际刑事法院的管辖权”。

⁴⁸⁵ “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司法权的某一国际刑事法庭，则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。”

⁴⁸⁶ 薛法官的不同意见，见第 582 页，第 42 段(在其他问题上的不同意见)。

⁴⁸⁷ 《维也纳条约法公约》第二十八条。

⁴⁸⁸ 特别报告员加利茨基在其初次报告(A/CN.4/571)里提到这一可能性，第 49-50 段。

⁴⁸⁹ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，(A/68/10)，附件 B。

⁴⁹⁰ 同上，附件 A，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引渡或起诉的条约义务，并效仿 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》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》的引渡或起诉机制。见 Miša Zgonc-Rožej 和 Joanne Foakes, “国际罪犯：引渡还是起诉？”，查塔姆研究所简报，Doc. IL BP 2013/01, 2013 年 7 月。

(32) 委员会未起草一套示范条款，以弥补目前关于引渡或起诉义务的公约制度中的缺陷，而是回顾指出，1996 年《治罪法草案》第 9 条已经规定了就灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等罪行引渡或起诉的义务。原文如下：

“在不妨碍国际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 条[战争罪行]所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。”⁴⁹¹

(33) 委员会还提到上文第(10)段引用的“海牙套语”，“海牙套语”已成为大多数载有引渡或起诉的义务的当代公约的范本，⁴⁹² 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陷的范本。此外，国际法院对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决也有助于解释海牙套语。⁴⁹³ 工作组建议各国在着手弥补目前公约制度中的缺陷时考虑海牙套语。

(34) 工作组进一步确认，有些国家⁴⁹⁴ 已经询问引渡或起诉的义务与将嫌疑人移交国际法院或特别法院或法庭之间有何联系，而其他国家⁴⁹⁵ 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引渡或起诉的义务。⁴⁹⁶ 2006 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司法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，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司法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，该法庭是在与起

⁴⁹¹ 另见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第二章中委员对于该条款的评注。

⁴⁹² 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，附件 A，第 16 段和所附脚注 28。

⁴⁹³ 同上，第 21 至 22 段。

⁴⁹⁴ 智利、法国和泰国。

⁴⁹⁵ 加拿大和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

⁴⁹⁶ 另见欧洲委员会，《引渡，欧洲标准：欧洲委员会保护跨国刑事诉讼当事人公约和议定书及最低标准解释性说明》(欧洲委员会出版物，2006 年，斯特拉斯堡)，其中指出：“……在国际刑事法庭时代，[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构审理的义务”(同上，第 119 页，脚注略)。

诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)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。⁴⁹⁷ 在一国法院系统内的这种“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引渡或起诉的义务条款的基本要素,也可以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) 委员会注意到出席 2013 年第六委员的一个代表团⁴⁹⁸ 提出的分析该专题上述两方面的建议。它还注意到其他代表团⁴⁹⁹ 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的调查报告(2010 年)和述及以上问题的第(6)至(13)段。

(38) 简言之,除了基本的共同点,多边公约中载有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时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。措施。⁵⁰⁰ 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;

⁴⁹⁷ 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 日间在乍得所犯国际罪行的最主要责任人。审判庭和上诉庭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》第三条和第十一条,《国际法律资料》,第 52 卷(2013 年),第 1020 至 1036 页。

⁴⁹⁸ 墨西哥。

⁴⁹⁹ 分别是古巴和白俄罗斯。

⁵⁰⁰ 秘书处的调查报告(2010 年),第 132 段。实际上,这些公约与雨果·格劳秀斯在提及“引渡或惩罚”原则时预想的思路如出一辙。雨果·格劳秀斯,《战争与和平法》第二册,第二十一章第四节(Francis W.Kelsey 英译本,牛津—伦敦,Clarendon Press-Humphrey Milford,1925 年),第 527 至 529 页,见第 527 页。

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》及后来受之启发的各项公约⁵⁰¹ 属于第一类。⁵⁰² 关于引渡的各项多边公约也属于这一类。⁵⁰³

(40) 第二类条款规定各国有依照事实起诉的义务，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。⁵⁰⁴ 此类条款的最显著例子是 1949 年《日内瓦四公约》相关共同条款，其中规定，各缔约国“应将”被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏这些公约行为之人，不分国籍，送交各该国法庭，

⁵⁰¹ 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》和 1971 年《精神药物公约》。另见秘书处的调查报告，(2010 年)，第 29 段。

⁵⁰² 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。秘书处的调查报告(2010 年)第 133 段和脚注 327 引述了 3c Henzelin 的观点，《国际法中的普遍性原则，各国依照普遍性原则进行起诉和审判的权利和义务》(巴塞尔/日内瓦/慕尼黑/布鲁塞尔，Helbing & Lichtenhahn/日内瓦法学院/Bruylant, 2000 年)，第 286 页，他将这一制度称为先引渡后起诉。

⁵⁰³ 例如，1981 年《美洲国家间引渡公约》；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》；和《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。另见秘书处的调查报告(2010 年)，第 134 段。

⁵⁰⁴ 秘书处的调查报告(2010 年)，第 127 段和脚注 307。认为被指控者必须处于有关国家境内，作为确定普遍管辖权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(2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)中的联合个别意见，《2002 年国际法院案例汇编》，第 80 页，第 57 段)。另见“纪尧姆法官的个别意见”，同上，第 9 段和吉尔贝·纪尧姆，“恐怖主义与国际法”，《国际法学院教程汇编》，第 215 卷，1990 年，第 368 至 369 页。然而，3c Henzelin (上文注 502, 第 354 页)认为，根据《1949 年日内瓦四公约》相关条款，一国起诉被指称犯罪者并不需要该人处于该国境内。

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。⁵⁰⁵至于海牙条约，其案文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但未获准许时产生的问题。⁵⁰⁶在这方面，关于1984年《禁止酷刑公约》第7条所载一项类似条款，⁵⁰⁷禁止酷刑委员会和国际法院对与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)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，才存在《公约》第7条提供给缔约国选择的做法，该条款的目的在于防止任何酷刑行为逃避惩罚。”⁵⁰⁸

(41) 同样，在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中，国际法院认为《禁止酷刑公约》第7条第1款要求：

“有关国家将案件提交其主管当局以便起诉，无论此前有无引渡嫌疑人的请求。这就是为何第6条第2款规定，自嫌疑人入境之时起，该国必须立即进行初步调查。第7条第1款规定的将案件提交主管当局的义务，可能会，也可能不会导致提起诉讼，这要看当局关于嫌疑人所受指控得到的证据。

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……”⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ 这项规定似乎给予羁押国一定的起诉优先权，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确凿的案件。秘书处的调查报告(2010年)，第128段，引述 Declan Costello, “国际恐怖主义与引渡或起诉原则的发展”，《国际法与经济学杂志》，第10卷，1975年，第486页；M. Cherif Bassiouni 和 Edward M. Wise, 《引渡或起诉：国际法中的引渡或起诉义务》，(Martinus Nijhoff, 多德雷赫特/波士顿/伦敦，1995年)，第15页；Christian Maierhöfer, 《“引渡或起诉”：国际起源、法律依据和内容》，(柏林, Duncker & Humblot, 2006年)，第75至76页。强调1949年《日内瓦四公约》中起诉的优先性的学者包括 Luigi Condorelli, “《1949年日内瓦四公约》和《1977年第一附加议定书》中惩治战争罪制度”，载于 P. Lamberti Zanardi 和 G. Venturini 编著的《战争罪行和国家管辖：诉讼程序》，米兰，1997年5月15至17日》，(米兰, Giuffrè, 1998年)，第35至36页；和 Henzelin, 前注307, 第353页(他将1949年《日内瓦四公约》的模式称为“先起诉后引渡”)。另参见《1949年日内瓦四公约第一附加议定书》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。

⁵⁰⁶ 1970年《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”。

⁵⁰⁷ 第7条规定：“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。”

⁵⁰⁸ Guengung 等诉塞内加尔，案情，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届会议，2006年5月19日 CAT/C/36/D/181/2001号文件，第9.7段。

⁵⁰⁹ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第422页起，见第456页，第94至95段。

(42) 由此可见,《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《公约》提供给国家的一个备选办法,而起诉是《公约》规定的一项义务,违反这项义务属于不法行为,国家为此要承担责任。⁵¹⁰

(43) 委员会 1996 年《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 条评注阐明,起诉的义务自行产生,无关任何引渡请求。⁵¹¹

(44) 上文第(21)至(26)段已经详细阐述了起诉义务的范围。

(e) 引渡或起诉的义务与普遍适用的义务或强制法规范之间的关系

(45) 工作组指出,出席第六委员会的一个代表团⁵¹² 提出了在关系到禁止酷刑等普遍适用的义务或强制法规范时,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“起诉或引渡的义务”援引国际责任。

(46) 工作组的几名成员指出,该领域似乎关系到对公约规范的解释。国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)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。⁵¹³ 强制法的问题对于这一点并不重要。按照工作组的理解,法院的意思是,凡是缔结了《禁止酷刑公约》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,即便也许不涉及强制法规范,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“起诉或引渡的义务”援引该国的国际责任。

⁵¹⁰ 同上,第 456 页,第 95 段。

⁵¹¹ 羁押国有义务“采取行动,以确保此类个人或受到该国国家当局的起诉,或受到表示愿意通过请求引渡起诉此案的另一国国家当局的起诉。”第 9 条评注第(3)段,《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分,第 31 页。还应提到第 8 条评注(其中指出:各缔约国“应采取必要措施,以确立”对治罪法草案所列罪行的“管辖权”,“无论犯罪发生在何地,由谁实施”)。

⁵¹² 墨西哥。

⁵¹³ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔),判决,《2012 年国际法院案例汇编》,第 422 页起,见第 449-450 页,第 67-70 段。另见“坎萨多·特林达德法官的个别意见”,第 527-529 页,第 104 至 108 段,多诺霍法官的声明,第 586-589 页,第 9-17 段。参见“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、19-20 段。另参见“斯科特尼科夫法官的个别意见”,第 482-485 页,第 9 至 22 段。

(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准则。⁵¹⁴

(f) 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。⁵¹⁵

(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个关于国际习惯作为引渡或起诉义务来源的条款草案。⁵¹⁶

(51) 然而，该条款草案在委员会⁵¹⁷和第六委员会⁵¹⁸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，推断出引渡或起诉的义务的习惯性质。

(52) 确定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条款草案是否是对国际法的逐渐发展和编纂。然而，由于委员会已经决定，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条款草案提出其他的形式。

⁵¹⁴ 例如见欧洲委员会，上文注 496，第 4 章：重要人权保障作为限制引渡的因素；Danai Azaria, 《跨国诉讼当事人最低保护标准准则》，提交欧洲委员会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. Azaria]，斯特拉斯堡，2005 年 9 月 16 日。

⁵¹⁵ A/CN.4/666, 第 60 段。

⁵¹⁶ 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[严重违反国际人道主义法的行为、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(强制法)应导致引渡或起诉义务。”

⁵¹⁷ 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 320 至 326 段。

⁵¹⁸ 特别是有些国家不赞成这样的结论：可以根据存在禁止特定国际罪行的习惯规则，必然推断出引渡或起诉的义务的习惯性质。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)，第 48 段。另见阿根廷和俄罗斯联邦的立场，分别载于 A/C.6/62/SR.22，第 58 段和 A/CN.4/599，第 54 段。

(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，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》(治罪法草案)时，其中关于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 1996 年治罪法草案完成以来，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。

(55) 委员会指出，2012 年国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中裁定，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。⁵¹⁹ 因此，该法院仍然没有机会决定引渡或起诉的义务是否具有习惯国际法地位。⁵²⁰

⁵¹⁹ 判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页，第 53 至 55 段，第 122 段(2)分段，亚伯拉罕法官和苏尔专案法官对此持不同意见(同上，“亚伯拉罕法官的个别意见”，第 471-476 页，第 3 至 20 段；“苏尔专案法官的不同意见”，第 610 页，第 17 段)。

⁵²⁰ 亚伯拉罕法官和苏尔专案法官认为，法院如果认定具有管辖权，也不会支持比利时关于存在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况下。(同上，“亚伯拉罕法官的个别意见”，第 611-617 页，第 21、24 至 25、31 至 39 段)。

苏尔专案法官在他的“不同意见”中指出，尽管法院保持沉默，抑或是由于这种沉默，“似乎显然无法在实在法中证明存在起诉或引渡的习惯法义务，或仅仅是起诉的义务”(同上，“苏尔专案法官的不同意见”，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 至 42 段)均强调，法院仅认定自己不具备管辖权，不能根据本案中提出的事实处理习惯国际法问题的实质内容。

无论如何，凡提及在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中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它罪行中的此类义务。

(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⁵²¹ 继续在第六委员会⁵²² 被称为与国际法委员会该专题的工作相关。

⁵²¹ 为便于参考，现将 2009 年总框架载录于此。原文如下：

所要处理的问题/事项清单

(a) 引渡或起诉的义务的法律依据

- (一) 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(参见关于恐怖主义的公约)；
- (三) 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) 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) 是否能够查明有关引渡或起诉的义务的区域性原则。*

(b) 引渡或起诉的义务的实质范围

根据以公约确立的国际法和/或习惯国际法，查明引渡或起诉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，是否是存在习惯国际法中的引渡或起诉义务的充分依据；*
- (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制性规范性质的相关性？*
- (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) 引渡或起诉义务的内容

- (一) 两个要素的定义；起诉义务的含义；为使起诉被认为是“足够的”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) 引渡或起诉的义务和其他原则之间的关系

- (一) 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) 引渡或起诉的义务和行使管辖“权”的一般问题(属地、国籍)；
- (三) 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) 引渡或起诉的义务和一罪不二审(一罪不再次追诉)原则；**
- (五) 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) 触发引渡或起诉义务的条件

(57) 2009 年总框架提出了一些与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；及与引渡各方面相关的其他问题。

- (注 521 续)
- (一) 在该国领土存在被指控的罪犯；
 - (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) 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) 不遵守引渡或起诉义务的后果。
- (g) 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

“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才能最后确定这些问题，尤其是审慎分析目前条约制度下的引渡或起诉义务的范围和内容以后。审查一下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引渡或起诉义务的履行(f)。]

⁵²² 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。

(58) 各国应注意到，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。⁵²³ 秘书处的调查报告(2010 年)也解释说，多边引渡公约通常规定引渡程序的适用条件。⁵²⁴ 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经济例外条款)、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。⁵²⁵

(59) 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/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。⁵²⁶

⁵²³ 可参阅 http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf。另见《引渡示范条约和刑事事项互助示范条约修订手册》，可参阅 http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf (2014 年 6 月 3 日访问的页面)。

⁵²⁴ 秘书处的调查报告(2010 年)，第 139 段。

⁵²⁵ 同上，第 142 段。

⁵²⁶ 1975 年 10 月 15 日的 1957 年《欧洲引渡公约附加议定书》第一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”(《欧洲委员会条约汇编》，第 086 号)。

第七章

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

A. 导言

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。⁵²⁷ 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、工作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。⁵²⁸

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法庭的相关判例;⁵²⁹ 在特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例;⁵³⁰ 以及在司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后惯例。⁵³¹

68. 在第六十四届会议上(2012 年),委员会根据研究组的建议⁵³² 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惯例”专题特别报告员。⁵³³

⁵²⁷ 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议。见《大会正式记录,第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 353 段。关于本专题的提纲,见同上,附件 A。大会在 2008 年 12 月 11 日第 63/123 号决议第 6 段中注意到了这项决定。

⁵²⁸ 见《大会正式记录,第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 220 至 226 段。

⁵²⁹ 同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 344 至 354 段;和同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 337 段。

⁵³⁰ 同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 338 至 341 段;和同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 230 至 231 段。

⁵³¹ 同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 232 至 234 段。在第六十三届会议上(2011 年),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(同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 344 段)。在第六十四届会议上(2012 年),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案文(同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),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结果。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)。

⁵³² 同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 226 和 239 段。

⁵³³ 同上,第 227 段。

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份报告(A/CN.4/660)并暂时通过了五条结论草案。⁵³⁴

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份报告(A/CN.4/671), 并在 2014 年 5 月 15 日至 22 日举行的第 3205 至 3209 次会议上进行了审议。

71. 特别报告员在第二份报告中考查了本专题的以下四个方面内容: 确定嗣后协定和嗣后惯例(第二章); 嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响(第三章); 第三十一条第三款(乙)项所述嗣后惯例的形式和价值(第四章); 当事国就条约解释达成第三十一条第三款所述“协定”的条件(第五章); 缔约国大会框架内通过的决定(第六章); 嗣后协定和嗣后惯例的解释范围(第七章)。报告还介绍了今后工作方案的一些情况(第八章)。特别报告员就第二章至第七章中讨论的每个问题分别提出了一条结论草案。⁵³⁵

⁵³⁴ 同上, 《第六十八届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 第 33 至 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(以嗣后协定和嗣后惯例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(嗣后协定和嗣后惯例的定义)和结论 5(嗣后惯例的归属)的草案。

⁵³⁵ 特别报告员提出的六条结论草案如下:

结论草案 6

确定嗣后协定和嗣后惯例

确定第三十一条第三款和第三十二条所述嗣后协定和嗣后惯例时需要审慎考虑, 特别是要考虑当事国是否通过协定或惯例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

嗣后协定和嗣后惯例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惯例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) 嗣后协定和嗣后惯例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(乙)项所述嗣后惯例的形式和价值

第三十一条第三款(乙)项所述嗣后惯例可有各种形式, 必须反映当事国对条约解释的共同理解。嗣后惯例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(甲)项和(乙)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(乙)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(乙)项所述协定而必须积极实施嗣后惯例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惯例的接受。

72. 委员会在 2014 年 5 月 22 日第 3209 次会议上将特别报告员第二份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)。

74. 委员会在 2014 年 8 月 6 日第 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惯例的结论草案案文

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

嗣后协定和嗣后惯例的识别

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

2. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例可能具有各种形式。

(注 535 续) (3) 共同嗣后协定或惯例不一定表示当事国之间达成与条约解释有关的协定，但可以表示它们商定暂不适用条约或订立实用安排(临时办法)。

结论草案 10

在缔约国大会框架内通过的决定

(1) 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机构成员的情况不在此列。

(2) 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和可适用的议事规则。根据情况，这种决定可体现第三十一条第三款(甲)项所述嗣后协定，或产生第三十一条第三款(乙)项或第三十二条所述嗣后惯例。

(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惯例，无论决定获得通过所采取的形式和程序如何。

结论草案 11

嗣后协定和嗣后惯例的解释范围

(1) 嗣后协定或嗣后惯例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惯例意在解释条约而非修订条约。缔约国通过嗣后惯例修订条约的可能性没有得到普遍承认。

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

结论 7

嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响

1. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例经与其他解释资料互动，有助于澄清条约的含义。这可能导致可能的解释范围、包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围变窄、变宽或受到另外的影响。
2. 根据第三十二条确定的嗣后惯例也能有助于澄清条约的含义。
3. 可以推定，条约缔约方嗣后达成协定或在适用条约方面采用一种惯例，其用意是为了解释条约，而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后惯例修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本结论草案不影响《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

嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后惯例作为第三十一条第三款所称的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。
2. 第三十一条第三款(乙)项所称的嗣后惯例的权重还取决于该惯例是否以及如何重复出现。
3. 嗣后惯例作为第三十二条所称的补充的解释资料的权重可取决于第 1 和第 2 段所述标准。

结论 9

与条约解释有关的缔约方协定

1. 第三十一条第三款(甲)项和(乙)项所称的协定必须是各缔约方知悉并接受的关于条约解释的共同理解。这种协定虽然应予以考虑，但不必具有法律约束力。
2. 为确立第三十一条第三款(乙)项所称的协定而必须积极适用嗣后惯例的缔约方数目可能会有所变化。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后惯例的接受。

结论 10

在缔约国大会框架内通过的决定

1. 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机构成员而行事的情况不在此列。

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

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

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

嗣后协定和嗣后惯例的识别

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

2. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例可能具有各种形式。

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

评注

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

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

(3) 第三十一条第三款(a)项所称的嗣后协定必须是“关于条约之解释或其规定之适用”的，第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例必须是“在条约适用方面”的，因而“对条约的解释”确立了协定。⁵³⁶ 在第三十一条第三款中，“解释”和“适用”两个术语之间的关系并非一目了然。“解释”是澄清条约含义包括其中一项或多项条款的含义的过程。“适用”包括全部或部分地行使条约规定的权利或履行其义务的行为。“解释”是指心理过程，而“适用”侧重于实际的

⁵³⁶ 见结论草案 4, 第 1-3 段，及评注的第(16)-(19)段，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10, 第四章 C.2 节)。

行为(作为或不作为)。从这个意义上说,这两个概念是有区别的,并且可以用于第三十一条第三款之下的不同用途(见下文第(4)-(6)段),但他们也密切相关,互以对方为基础。

(4) 虽然可能有一些“解释”方面会一直与条约的适用无关,⁵³⁷但条约的适用几乎必然涉及某种解释因素——即使在有关规则从表面看来是一目了然的情况下。⁵³⁸因此,“关于条约之解释”的协定或行为以及关于“条约适用方面”的协定或行为都意味着各方就条约的解释采取了立场,或者可将这种立场归于他们。⁵³⁹在第三十一条第三款(a)项(第一项选择)“关于条约之解释的嗣后协定”的情况下,对条约解释的立场是各方具体并有目的地采取的,而在第三十一条第三款(a)项(第二项选择)“关于条约之适用的嗣后协定”的情况下,这一点不那么容易辨认出来。⁵⁴⁰假设根据第三十一条第三款(b)项进行的一些简单的适用行为即“根据所解释的条约而采取的每一项措施”隐含着“通过适用”进行解释的立场,⁵⁴¹那么第三十一条第三款(a)项中的“或”字并不是描述“解释”和“适用”之间的互相排斥关系。

(5) 然而,条约的“适用”的意义,就其解释的目的而言,不限于识别有关缔约国围绕条约的解释而采取的立场。事实上,适用条约的方式不仅有助于确定条

⁵³⁷ 根据 G. Haraszti 的看法,解释“将阐明案文的意思视为其目标”,而适用“意味着说明给缔约各方带来的后果”(见 G. Haraszti,《条约法中的一些基本问题》(Akadémiai Kiadó, 1973 年),第 18 页);不过他承认,“不论以何种形式呈现的法律规则,除非其内容得到阐明,否则不可能适用”(同上)。

⁵³⁸ 哈佛条约法草案,《美国国际法杂志(增刊)》,第 29 卷,1935 年,第 778 页起,见第 938-939 页;A. McNair,《条约法》(1961 年,牛津),372;I. Sinclair,《维也纳条约法公约》,(第 2 版,曼彻斯特大学出版社),1984),116;国际法委员会国际法不成体系问题研究组报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1,第 423 段;R. Gardiner,《条约的解释》(牛津,牛津大学出版社,2008 年),第 27-29 页和第 213 页;M. K. Yasseen,“根据《维也纳条约法公约》对条约进行解释”,《海牙国际法学院教程汇编》,第 151 卷,1976 年),第 47 页;U. Linderfalk,“《维也纳公约》第三十一和第三十二条的等级结构是否真实?对解释规则进行解释”,《荷兰国际法评论》,第 54 卷,第 1 号(2007 年),第 141-144 页和第 147 页;G. Distefano,“条约缔约国的嗣后惯例”,《法国国际法年鉴》,第 40 卷,1994 年,第 44 页;M. E. Villiger,“解释的规则:担心、误解及失败?国际法委员会有意设置的‘熔炉’”,载于《维也纳公约之后的条约法》,E. Cannizzaro 编(牛津,牛津大学出版社,2011),第 111 页。

⁵³⁹ Gardiner, 上文注 538,第 235 页;U. Linderfalk,《论条约的解释:1969 年〈维也纳条约法公约〉所表达的现代国际法》(Dordrecht, Springer, 2007),第 162 页;W. Karl, Vertrag und spätere Praxisim Völkerrecht, 第 84 卷,Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht(柏林, Springer, 1983 年),第 114 和第 118 页;O. Dörr,“第三十一条.一般解释规则”,载于《维也纳条约法公约一评注》,O. Dörr 和 K. Schmalenbach 编(Springer, 2012 年),第 556 页,第 80 和第 82 段。

⁵⁴⁰ 这个第二项备选案文应巴基斯坦提议而提出,但其范围和目的从未得到讨论或澄清,见《联合国条约法会议,正式记录》,A/CONF.39/11,见第 168 页,第 53 页。

⁵⁴¹ Linderfalk, 上文注 539,第 164-165 页和第 167 页;见结论草案 1(4)和 4(3),上文注 536,第 12 页。

约的意义，而且有助于识别该缔约国所采取的解释在多大程度上是“有根基的”，从而或多或少是稳固确立的。

(6) 应该指出的是，条约的“适用”并不一定反映缔约国有这样的立场，即这种适用是根据条约在当时情况下在法律上唯一可能的适用。⁵⁴² 而且，“适用”的概念并不排除某些非国家行为者的行为，如果条约承认这些行为是适用的形式而且可归于缔约方的话。⁵⁴³ 这些行为因而可构成确立缔约方之间协定的惯例。最后，在适用条约时的某一特定行为的法律意义不局限于其可能根据第三十一条对解释作出的贡献，而且可能对履行举证责任⁵⁴⁴ 或满足其他规则的条件⁵⁴⁵ 作出贡献。

(7) 在未受一项条约义务驱动的情况下而在嗣后发生的行为，不是“在适用条约之中”的行为，也不是第三十一条第三款意义上的“关于”条约解释的行为。例如，在关于联合国某些费用的咨询意见中，一些法官怀疑联合国会员国继续支付它们的会费是否等于接受该组织的某些做法。⁵⁴⁶ 菲茨莫里斯法官在这方面拟订了著名的警告，他说，“从实践中得出的论点，如果走得太远，则会招来问题”。⁵⁴⁷ 菲茨莫里斯认为，“从会员国付费这个单纯的事实推断出它们必然在所有情况下都承认存在着付费的实在法义务，这几乎是不可能的”。⁵⁴⁸

(8) 同样，国际法院在审理卡塔尔和巴林之间海洋划界和领土问题案时认为，国际法院认为，1987 年协议(关于将争端提交法院管辖的协议)的当事方努力缔结一项附加的特别协定(该协定将说明争端所涉的事项)并不意味着这样的附加协定的缔结实际上被当事方认为是确立法院管辖权的必要条件。⁵⁴⁹

⁵⁴² 见下文结论草案 7(1)。

⁵⁴³ 见 L. Boisson de Chazournes, “嗣后惯例、惯例及‘家族相似性’：力求将嗣后惯例植入到实施场地中”，载于 G. Nolte(编)，《条约与嗣后惯例》(牛津大学出版社，2013)，第 53 页，见第 54、56 及 59-60 页。

⁵⁴⁴ 见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(格鲁吉亚诉俄罗斯联邦)，初步反对意见，判决，《2011 年国际法院案例汇编》，第 70 页，见第 117 页，第 105 段，国际法院在这里否认某些行为(声明)已经满足了举证责任，能证明俄罗斯联邦在 1999 年至 2008 年期间履行了其按照《消除一切形式种族歧视国际公约》所承担的义务，这特别是因为有关行为不是专门为了公约而实施的。根据辛马法官的意见，举证责任已经在一定程度上得到履行，见同上，辛马法官的个别意见，第 199-223 页，第 23-57 段。

⁵⁴⁵ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999 年国际法院案例汇编》，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惯例，见第 1092 页，第 71 段，第 1096 页，第 79 段，及第 1105 页，第 97 段。

⁵⁴⁶ 联合国某些经费案，咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 页，见第 201-202 页(菲茨莫里斯法官的个别意见)及第 189-195 页(斯彭德法官的个别意见)。

⁵⁴⁷ 同上，第 201 页。

⁵⁴⁸ 同上

⁵⁴⁹ 卡塔尔和巴林之间的海洋划界和领土问题案(卡塔尔诉巴林)，管辖权和可否受理，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 76 页，第 28 段。

(9) 另有一个自愿性惯例的例子，其本意不是“在适用条约”或“关于解释条约”，它涉及难民法方面的“补充保护”问题。依据《关于难民地位的公约》而被剥夺难民地位的人仍然常常获得“补充保护”，这相当于该公约之下的那种保护。然而给予补充保护的国家不认为自己是在“适用”该公约或就公约“解释”而行事。⁵⁵⁰

(10) 有时很难将第三十一条第三款(a)项和(b)项涉及条约的解释或适用的有关嗣后协定或惯例与条约更大背景下的其他行为或发展，其中包括在条约主题事项领域的“同时代发展”加以区分。然而这样的区分是重要的，因为唯有缔约方就解释作出的行为才能将其特定的权威引入到解释的过程中。一般的规则似乎是，协定或惯例越是具体关系到一个条约的解释，它就能根据第三十一条第三款(a)项和(b)项获得越多的解释性权重。⁵⁵¹

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

(12) 国际法院的审判实践提供了若干例子。一方面，法院不认为两国“部长级联合公报”包括在“自由航行权传统的基础”之内，因为“他们设立的合作模式很可能得到修改以适合双方。”⁵⁵² 但是法院还认为，由于就条约的解释缺乏某些主张，或者在适用方面缺乏某些形式，这就构成一种惯例，表明了缔约方的一种法律立场，根据这种立场，根据关于有毒武器的各项条约，核武器是不受禁止的。⁵⁵³ 在任何情况下，缔约方意见的集体表达的确切意义，只能通过仔细考虑才能查明以下问题：这种表达是否以及在何种程度上是有意“关于条约的解释”的。因此，法院在南极捕鲸案中认为，缔约国以协商一致方式认可的[国际捕鲸委员会]的有关决议和准则要求缔约国考虑到是否能实际上利用非致命性的研究

⁵⁵⁰ 见 A. Skordas, “一般规定：第五条”，载于《1951 年〈关于难民地位的公约〉及其 1967 年议定书：评注》，A. Zimmermann(编) (牛津，牛津大学出版社，2011 年)，第 682 页，第 30 段；J. McAdam, 《国际难民法律中的补充保护》(牛津，牛津大学出版社，2007 年)，第 21 页。

⁵⁵¹ 关于协定或惯例作为解释手段的“权重”，见下文结论草案 8, 第 1-3 段；区别当事方在解释条约方面的具体行为与一般性发展的必要性和困难性的实例见海洋争端案(秘鲁诉智利)，国际法院 2014 年 1 月 27 日判决，<http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17931.pdf>；第 103、104-117 和 118-151 段(见上文注 538)。

⁵⁵² 航行权和相关权利争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页起，见第 234 页，第 40 段；另参阅卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1091 页，第 68 段，法院在这里暗示，当事方之一某些实际合作的形式对于解决目前的边界问题有法律意义，因而不同意另一当事方的相反立场。

⁵⁵³ 以核武器相威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 55-56 段；另参阅石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 30 段；Gardiner, 上文注 538, 第 232-235 页。

方法科学地实现研究目标，但它们并不是确立一项要求，即只有当其他方法不可用时才能使用致命的方法。⁵⁵⁴

(13) 伊朗—美国索赔法庭曾面对过这样的问题：《索赔解决声明》是否迫使美国将军事财产归还伊朗。法庭提及缔约方的惯例，认定这一条约隐含着在不归还时存在着赔偿义务：⁵⁵⁵

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

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

霍尔茨曼法官然在反对意见中批评了这一立场：

“一缔约国的嗣后行为，只有当它似乎是由条约引发时，才是解释条约的一个适当基础。在这里，没有任何证据说明，甚至没有可能主张，美国为伊朗的财产予以赔偿的意愿是对人们感知到的第 9 段规定的义务的回答。这种行为同样与承认关于付款的合同义务一致。在没有任何迹象表明行为是由条约引发的情况下，使用该行为解释条约是不正确的。”⁵⁵⁶

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

(14) 有时也可从条约的具体规定的特性推断出缔约国就条约的解释采取了立场这一事实。⁵⁵⁷ 适用条约方面的嗣后惯例往往包括国家不同机关(行政、立法、司法或其他机关)在不同级别(国内和国际)有意识地适用条约的行为，而欧洲人权法院，举例来说，在大多数情况下不明确处理特定惯例的实施是否涉及“解释”公

⁵⁵⁴ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参加诉讼)，国际法院 2014 年 3 月 31 日判决，www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf，第 83 段。

⁵⁵⁵ 伊朗—美国索赔法庭，第 382-B1-FT 号部分裁决，伊朗伊斯兰共和国和美利坚合众国，Iran-USCTR，第 19 卷(1989 年)，第 294-295 页。

⁵⁵⁶ 霍尔茨曼法官的个别意见，部分赞同、部分反对伊朗—美国索赔法庭，第 382-B1-FT 号部分裁决，伊朗伊斯兰共和国和美利坚合众国，Iran-USCTR，第 19 卷(1989 年)，第 304 页。

⁵⁵⁷ 见与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例第二次报告，A/CN.4/671(“第二次报告”)，第 9 页，第 15 段。

约这一问题。⁵⁵⁸ 因此，描述在成员国国内法律的情况时，法院很少问某一种特定的法律形势是否是对公约的可能要求进行了讨论的立法程序的结果。法院实际上假定，成员国在进行立法或以其他特定方式行事时意识到其在公约下的义务，而且它们的行事方式反映出它们对自己义务的理解。⁵⁵⁹ 美洲人权法院有时也使用立法实践作为一种解释手段。⁵⁶⁰ 与国际法院一样，欧洲人权法院甚至偶尔认为，缔约方对公约的某一特定解释“缺乏任何理解”可能表示它们就条约的解释采取了一种立场。⁵⁶¹

(15) 1949 年《日内瓦第三公约》第 118 条规定：“战事停止后，应立即释放或遣返战俘，不得迟延。”缔约国故意没有宣布战俘不愿被遣返的意愿是相关的，以防止各国胡乱援引战俘的意愿以延缓遣返战俘。⁵⁶² 然而红十字国际委员会(红十字会)始终坚持将战俘不被遣返的意愿得到尊重作为其参与的条件。⁵⁶³ 这种做法已经反映在缔约国的惯例之中，然而这并不一定意味着第 118 条应解释为是要求在进行遣返时不得违反战俘的意愿。红十字会在对习惯国际人道主义法所作的研究中在对第 128 A 条规则的评注里仔细地指出：

根据《日内瓦第四公约》，不得将任何被保护人移送至“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由”的国家(《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 年以来的惯例已发展到这样的程度，即在红十字会发挥中立调解者角色的每一次遣返行动中，无论是国际还是非国际冲突，冲突各方接受了红十字会的参与条件，这

⁵⁵⁸ 例如见 *Soering* 诉联合王国，判决，1989 年 7 月 7 日，第 14038/88 号申诉，欧洲人权法院 A 辑，第 161 号，第 103 段；*Dudgeon* 诉联合王国，判决，1981 年 10 月 22 日，第 7275/76 号申诉，《欧洲人权法院汇编》A 辑，第 45 号，第 60 段；*Demir 和 Baykara* 诉土耳其，判决，2008 年 11 月 12 日，第 34503/97 号申诉，欧洲人权法院 2008，第 48 段；然而作为对照，请比较 *Mamatkulov 和 Askarov* 诉土耳其案[大审判庭]，判决，2005 年 2 月 4 日，第 46827/99 号申诉，欧洲人权法院 2005-I，第 146 段；*Cruz Varas* 等人诉瑞典，判决，1991 年 3 月 20 日，第 15576/89 号申诉，欧洲人权法院 A 辑，第 201 号，第 100 段。

⁵⁵⁹ 见上文注 558；另见 *3ckx* 诉比利时，判决，1979 年 6 月 13 日，第 6833/74 号申诉，欧洲人权法院 A 辑，第 31 号，第 41 段；*Jorgic* 诉德国，判决，2007 年 7 月 12 日，第 74613/01 号申诉，欧洲人权法院 2007-III，第 69 段；*Mazurek* 诉法国，判决，2007 年 2 月 1 日，第 34406/97 号申诉，欧洲人权法院 2000-II，第 52 段。

⁵⁶⁰ 例如见 *Hilaire、Constantine 和 Benjamin* 等人诉特里尼达和多巴哥案，判决(案件实质、赔偿及费用，判决)，2002 年 6 月 21 日，美洲人权法院 C 辑第 94 号，第 12 段。

⁵⁶¹ *Bankovic* 等人诉比利时及 16 个其他缔约国(裁决)[大审判庭]，第 52207/99 号申诉，欧洲人权法院 2001.XII，第 62 段。

⁵⁶² C. Shields Delessert, 《敌对活动结束后释放与遣返战俘》(Schulthess, 1977 年)，第 145-156 页和第 171-175 页；关于一般遣返义务，见 S. Krähenmann, “武装冲突中保护战俘”，载于《国际人道主义法手册》，第 3 版，D. Fleck 编(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 409-410 页。

⁵⁶³ 因此，红十字国际委员会通过自己的介入，力求调和快速遣返与尊重战俘意愿这两种利益(见 Krähenmann, 同上，第 409-410 页)。

包括红十字会能够在遣返(或非国际性武装冲突时则为释放)之前,通过私下与有关人员面谈,检查他们是否希望被遣返(或释放)。”⁵⁶⁴

(16) 这一措辞表明,尊重战俘意愿这一国家惯例仅存在于红十字会参与且提出了尊重战俘意愿这一条件的案件中。各国从这一惯例中得出了不同结论。⁵⁶⁵ 2004年《联合王国手册》规定:

“较有争议的问题是,是否即便违背战俘本人的意愿,也必须将其遣送回国。最近的国家惯例表明,不应这么做。联合王国的政策是,不应违背战俘意愿将其遣送回国。”⁵⁶⁶

(17) 专门将“必须”和“应”二词同时使用,说明联合王国同其他国家一样,并不认为嗣后惯例反映了必须始终尊重战俘公开宣称的意愿这种条约解释。⁵⁶⁷

(18) 源自判例法和国家惯例的上述例子证明,有必要仔细识别和解释嗣后协定与嗣后惯例,特别是要问清,缔约方是否通过协定或惯例就条约的解释采取了立场,或者是否有其他考虑。⁵⁶⁸

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

(20) 缔约方拥有共同嗣后惯例不一定表明缔约方就条约的解释达成了协议,也可能意味着缔约方商定暂不适用条约,⁵⁶⁹或商定确立一种实际安排(临时协

⁵⁶⁴ J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck 编,《习惯国际人道主义法》,第1卷, *Rules* (剑桥,红十字国际委员会和剑桥大学出版社,2005年),第455页。

⁵⁶⁵ J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck(编),《国际人道主义习惯法》,第2卷,《惯例》(剑桥,红十字国际委员会与剑桥大学出版社,2005年),第2893-2894页,第844-855段,以及对澳大利亚、以色列、荷兰和西班牙的在线更新,可查阅 www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_section_d。

⁵⁶⁶ 大不列颠及北爱尔兰联合王国,国防部,《武装冲突法手册》(牛津,牛津大学出版社,2004年),第205-206页,第8.170段。

⁵⁶⁷ 美国的手册只提到患病或受伤的战俘的意愿,见 Henckaerts 和 Doswald-Beck,《国际人道主义习惯法》,第2卷,《惯例》,上文注 565,第2893-2894页,第844-855段;但美国在第二次海湾战争之后的惯例是由红十字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,《波斯湾战争行为:提交国会的最终报告》(美国政府印刷局,1992年),第707-707页,可查阅 www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/PersianGulfWar/404.pdf)。

⁵⁶⁸ 第二次报告,上文注 557,第6-11页,第11-18段。另见 L. Crema,“《维也纳公约》之内和之外的嗣后协定与嗣后惯例”,载于《条约与嗣后惯例》,G. Nolte (编)(牛津大学出版社,2013年),第25-26页。

⁵⁶⁹ 见第二次报告,上文注 557,第33页,第71段。

议)。⁵⁷⁰ 以下例子起说明作用:

(21) 1864 年《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”。⁵⁷¹ 1876-78 年俄土战争期间,奥斯曼帝国宣布,未来将以白底红新月作为救护车标志,同时尊重保护敌方救护车的红十字标志,并表示《公约》的特殊标志“迄今一直让[土耳其]无法行使《公约》规定的权利,因为这一标志冒犯了穆斯林士兵”。⁵⁷² 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。⁵⁷³ 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。⁵⁷⁴ 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。⁵⁷⁵ 但是,1906 年奥斯曼帝国和波斯的保留获得接受,并不意味着各缔约方认可,在 1906 年之前未受异议的嗣后惯例就已经以特定方式解释了 1864 年《日内瓦公约》。至少到 1906 年,奥斯曼帝国和波斯的惯例都不被视为 1864 年《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)项所称的嗣后协定和嗣后惯例可能具有各种形式。委员会已承认第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例包括适用条约过程中任何可能有助于商定对该条约的解释的“行为”,包括某些情况下的不行为。⁵⁷⁶ 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、行政和司法行政

⁵⁷⁰ 关于航行权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜),判决,《2009 年国际法院案例汇编》,第 213 页起,见第 243-235 页,第 40 段;乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭),判决,《2010 年国际法院案例汇编》,第 14 页起,见第 65-66 页,第 138-140 段;J. Crawford, “对《维也纳条约法公约》第三十一条第三款的合意主义解释”,载于《条约与嗣后惯例》,G. Nolte (编)(牛津,牛津大学出版社,2013 年),第 32 页;另一案例见第二次报告,上文注 557,第 34 页,第 72 段;及 J. R. Crook, “美国当代惯例”,《美国国际法期刊》,第 105 卷,2011 年,第 809-812 页。

⁵⁷¹ 《改善战地武装部队伤员境遇日内瓦公约》(1864 年 8 月 22 日通过,1865 年 6 月 22 日生效)。

⁵⁷² “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés”, 第 29 号,1877 年 1 月,第 35-37 页,引用于 F. Bugnion, 《红十字标志简史》(红十字委员会,1977 年),第 15 页。

⁵⁷³ “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés”, 第 31 号,1877 年 7 月,第 89 页,引用于 Bugnion, 同上,第 18 页。

⁵⁷⁴ Bugnion, 同上,第 19-31 页。

⁵⁷⁵ 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,⁴⁰ 红新月和红狮与日这才最终被《改善战地武装部队伤者病者境遇日内瓦公约》第十九条第二款承认为特殊标志(1929 年,国际联盟,《条约汇编》,第 118 卷,第 2733 号,第 303 页)。

⁵⁷⁶ 结论草案 4 的评注,第(16)-(19)段(《大会正式记录,第六十八届会议,补编第 10 号》A/68/10,第四章 C.2 节)。

为，甚至可能包括可归属于一个或多个缔约方并在该条约认为属于其适用形式范围内的非国家行为者的行为。⁵⁷⁷ 因此，可能催生第三十一条第三款(b)项所称的嗣后惯例的个人行为无需满足任何特定正式标准。⁵⁷⁸

(23) 国际一级的嗣后惯例不一定是联合行为。⁵⁷⁹ 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(协定)，则是另一项单独的问题(见下文结论草案 9 第 1 段)。⁵⁸⁰ 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。⁵⁸¹ 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) 本结论草案第 3 段规定，根据第三十二条识别嗣后惯例时，解释者尤其须确定一个或多个缔约方的行为是否处在适用条约过程之中。⁵⁸² 委员会决定在单独的一段中论述第三十二条之下的“其他嗣后惯例”(见结论草案 4，第 3 段⁵⁸³)，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。识别第三十一条第三款(a)项和(b)项所称的嗣后协定和嗣后惯例的有关考虑因素亦比照适用于识别第三十二条之下的“其他嗣后惯例”。因此，某条约非全体缔约方之间就该条约的解释或适用达成的协定是第三十二条之下的嗣后惯例的一种形式。

(25) 一个实际安排的例子是美利坚合众国运输部与墨西哥合众国通信和运输部 2011 年 7 月 6 日签订的关于国际跨境卡车货运服务的谅解备忘录。⁵⁸⁴ 谅解备忘

⁵⁷⁷ 例如见结论草案 5 的评注，同上，(A/68/10，第四章 C.1 和 C.2 节)；Boisson de Chazournes，上文注 543，第 54、56 和 59-60 页；Gardiner，上文注 538，第 228-230 页；另见海洋争端案(秘鲁诉智利)，国际法院，2014 年 1 月 27 日判决，第 39-42 页，第 103-111 段和第 45-46 页，第 119-122 段，以及第 47 页，第 126 段；Dörr，上文注 539，第 555-556 页，第 78 段。

⁵⁷⁸ Gardiner，上文注 538，第 226-227 页。

⁵⁷⁹ 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情实质，判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 33 页；卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1213 页，第 17 段(帕拉-阿朗古伦法官的不同意见)。

⁵⁸⁰ 尼加拉瓜和洪都拉斯之间在加勒比海的领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 659 页起，见第 737 页，第 258 段；但是，见大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982 年国际法院案例汇编》，第 18 页起，见第 84 页，第 117 段，在此段中，法院将争议双方授予的特许权视为双方默示协定的证据；另见海洋争端案(秘鲁诉智利)，国际法院，2014 年 1 月 27 日判决。

⁵⁸¹ Gardiner，上文注 538，第 475、483 页。

⁵⁸² 见上文，第 1-4 段；第二次报告，上文注 557，第 4-5 页，第 3-5 段。

⁵⁸³ 国际法委员会第六十五届会议报告，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第四章，第 17 页，第 10 段。

⁵⁸⁴ J.R. Crook，上文注 570，第 809-812 页；另见墨西哥，Diario Oficial de la Federación (2011 年 7 月 7 日)，*Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América.*

录并未提及《北美自由贸易协定》(《北美自贸协定》)的第三方加拿大,而是指出,备忘录“不损害美国和墨西哥在《北美自贸协定》下的权利和义务”。这些情况表明,该谅解备忘录不声称构成对《北美自贸协定》的第31条第3款(a)或(b)项意义上的解释协议,而是仅限于作为有限数目的当事方之间的实际安排,其他当事方或司法及准司法机构是可以对这一安排提出质疑的。

结论 7

嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响

1. 第三十一条第三款所称的嗣后协定和嗣后惯例经与其他解释资料互动,有助于澄清条约的含义。这可能导致可能的解释范围、包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围变窄、变宽或受到另外的影响。
2. 根据第三十二条确定的嗣后惯例也能有助于澄清条约的含义。
3. 可以推定,条约缔约方嗣后达成协定或在适用条约方面采用一种惯例,其用意是为了解释条约,而不是修正或修改条约。缔约方通过嗣后惯例修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。本结论草案不影响《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惯例可能对条约解释产生的影响。旨在说明嗣后协定和嗣后惯例可以如何有助于澄清条约的含义。第 1 段强调嗣后协定和嗣后惯例必须与其他解释资料互动(见结论草案 1,第 5 段)。⁵⁸⁵ 因此,它们本身未必具有决定性。

(2) 嗣后协定和嗣后惯例与所有解释资料一样,可能对条约解释这一互动过程产生各种影响,这一过程包括在任何具体案件中,适当强调“单一的综合行动”中的各种解释资料。⁵⁸⁶ 因此,考虑第三十一条第三款和第三十二条所指的嗣后协定和嗣后惯例可以通过缩小(具体说明)某个术语或条款的可能含义,或整个条约的范围(见下文第 4、6-7、10 和 11 段),帮助澄清条约的含义。⁵⁸⁷ 另一方面,嗣后协定和嗣后惯例也可以通过证实更广义的解释,帮助澄清条约的含义。最后,它们有助于理解缔约方可作出的可能解释的范围,包括缔约方根据条约行使酌处权的范围(见下文第 12-15 段)。

⁵⁸⁵ 对结论草案 1 第 5 段的评注,第(12)-(15)段,(《大会正式记录,第六十八届会议,补编第十号》(A/68/10,第四章 C.2 节),第 39 段)。

⁵⁸⁶ 对结论草案 1 第 5 段的评注,第(12)-(15)段(同上,第 39 段)。

⁵⁸⁷ 术语遵循委员会《对条约的保留实践指南》指南 1.2(解释性声明的定义):“解释性声明”是指[一国或一国际组织]为了阐明或澄清条约或其中某些规定的含义或范围而作出的单方面声明……”(见《同上,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10/Add.1,第四章 F.2 节,指南 1.2);另见同上,对指南 1.2 的评注,第(18)段。

(3) 国际法院和仲裁法庭在具体案件中，首先要确定条约术语的“通常含义”。⁵⁸⁸ 法院大多在审理的稍后阶段，即考虑某项行为是否证实或修改了最初对通常含义的解释(或通过其他解释资料)得出的结果时，才考虑嗣后协定和嗣后惯例。⁵⁸⁹ 如果缔约方不想表达术语的通常含义，而想表达第三十一条第四款意义下的特殊含义，那么嗣后协定和嗣后惯例可能说明该特殊含义。以下案例⁵⁹⁰ 显示了嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料，可能如何在解释过程中通过与其他资料的互动，有助于澄清条约的含义。

(4) 嗣后协定和嗣后惯例可以通过从某个术语的多重含义中确认一个狭义的解释，从而帮助确定该术语的“通常含义”。例如，⁵⁹¹ 国际法院在关于核武器的咨询意见中确认，短语“毒药或有毒武器”：

在国家实践中通常被理解为主要、甚至唯一作用是使人中毒或窒息的武器。国家实践十分明确，相关文书的缔约方没有将该词理解为指核武器。⁵⁹²

(5) 另一方面，嗣后惯例也可以防止将一般用语限定为只有某个特定含义，而否认其他可能的含义。⁵⁹³ 例如，法院在摩洛哥境内的美国公民权利案中称：

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

⁵⁸⁸ 对结论草案 1 第 5 段的评注，第 18 页，第(14)段(《同上，第六十八届会议》A/68/10，第四章 C.2 节，第 39 段)；大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 8 页。

⁵⁸⁹ 例如见吉利丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚诉马来西亚)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 625 页起，见第 656 页，第 59-61 段和第 665 页，第 80 段；领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 34 页，第 66-71 段；关于航海权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页起，见第 290 页(专案法官 Guillaume 的声明)。

⁵⁹⁰ 更多案例见“国际法委员会条约随时间演变专题研究组关于特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例的第二次报告”，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 210-306 页。

⁵⁹¹ 另外石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 30 段；喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 306 页，第 67 段；大会接纳国家加入联合国的权限，咨询意见，《1950 年国际法院案例汇编》，第 4 页起，见第 9 页。

⁵⁹² 使用或威胁使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 248 页，第 55 段。

⁵⁹³ 对《灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页起，见第 25 页。

第 95 条没有就争论点作出严格规定。法院要求比当事各方主张的方式更加灵活地解释第 95 条。⁵⁹⁴

(6) 不同形式的惯例可能导致对同一条约中的某些术语作出狭义的解释，而对另一些术语作出宽泛的解释。⁵⁹⁵

(7) 条约应依其用语在“上下文”(第三十一条第一款)中具有通常含义加以解释。嗣后协定和嗣后惯例通过与这一具体解释资料的互动，也可以有助于对条约中的术语作出较狭义或较广义的解释。⁵⁹⁶ 例如，在关于政府间海事协商组织的咨询意见中，国际法院必须确定《国际海事组织公约》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……委员会因此认为，在起草后面的条款[第 28(a)条]并纳入《公约》时，不太可能考虑以登记吨位以外的其他标准来确定最大船主国。⁵⁹⁷

(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。⁵⁹⁸ 嗣后协定和嗣后惯例也可有助于澄清条约的目的及宗旨，⁵⁹⁹ 或协调条约的“目的及宗旨”与其他解释资料的运用：

⁵⁹⁴ 摩洛哥境内的美国公民权利案，1952 年 8 月 27 日的判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页起，见第 211 页。

⁵⁹⁵ 比照参见联合国的某些费用(《宪章》第 17 条第 2 款)，咨询意见，《1962 年国际法院案例汇编》，第 151 条，国际法院参照联合国相关的嗣后惯例，对“费用”一词作出了宽泛的解释，而对“行动”一词作出了狭义的解释，见第 158-161 页(“费用”)和第 164-165 页(“行动”)。

⁵⁹⁶ 例如见边界和跨界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，管辖权和可否受理，判决，《1988 年国际法院案例汇编》，第 69 页起，见第 87 页，第 40 段。

⁵⁹⁷ 政府间海事协商组织海事安全委员会章程，咨询意见，《1960 年国际法院案例汇编》，第 159 页起，见第 169 页；另见第 167-169 页；又见根据《保护东北大西洋海洋环境公约》提出的诉讼(爱尔兰诉联合王国)，《国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷，第 59 页起，见第 99 页，第 141 段。

⁵⁹⁸ Gardiner, 上文注 538, 第 190 和 198 页。

⁵⁹⁹ 同上，第 191-194 页；另见南非不遵守安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 31 页，第 53 段；在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 179 页，第 109 段；R. Higgins, “关于国际法中的时效规则的若干意见”，载于《二十一世纪初的国际法理论：纪念 Krzysztof Skubiszewski 论文集》，J. Makarczyk 编(海牙，Kluwer, 1996 年)，第 180 页；Distefano, 上文注 538, 第 52-54 页；Crema, 上文注 568, 第 21 页。

(9) 例如，在格陵兰和扬马延间区域海洋划界案⁶⁰⁰和石油平台案⁶⁰¹中，国际法院通过提到缔约方的嗣后惯例，澄清了双边条约的目的及宗旨。在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中，法院主张：

从条约案文和上文第 64 和 65 段分析的实践来看，乍得湖流域委员会是一个在特定地理区域内行使职权的国际组织；但是其宗旨不是在区域一级处理与维持国际和平及安全有关的事务，因此不属于《宪章》第八章规定的情况。⁶⁰²

(10) 司法环境或准司法环境以外的国家实践证明，嗣后协定和嗣后惯例只是有助于通过缩小条约下权利和义务的可能含义范围，具体说明一个术语的含义，但也可表明一个更大的可接受的解释范围，或表明条约赋予国家的酌处权的某种行使范围。⁶⁰³

(11) 例如，虽然按照 1944 年《芝加哥公约》第 5 条用语的通常含义，似乎没有要求包机在飞行途中获得降落许可，但是长期的国家实践都要求这类许可，以致于该条被普遍理解为需要许可。⁶⁰⁴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采取的强制行为通常会遭到国家的抗议，⁶⁰⁵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。⁶⁰⁶

⁶⁰⁰ 格陵兰和扬马延间区域海洋划界案，判决，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 51 页，第 27 段。

⁶⁰¹ 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 815 页，第 27 和 30 段。

⁶⁰² 另见喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 306 页，第 67 段。

⁶⁰³ 这并不是说可能存在对条约的不同解释，而是说条约必须让缔约方有可能在一系列允许的行为中作出选择，见 Gardiner，上文注 3，第 30-31 页和第 111 页，引用上议院在 *R* 诉内政部大臣案，*Adan* 缺席[2001]AC 477 中发表的意见：“需要确定有关条约规定的自主含义……由此可见，与其他多边条约一样，必须赋予《难民公约》可从[《维也纳公约》]第三十一条和第三十二条所指来源中得出的独立含义，而不是随便借鉴某个缔约国法律体系的特点得出含义。原则上，条约只能有一个真正的解释……在实践中，面对解释问题上的重大分歧，由各国法院做出决定。不过，做决定时，法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚，探索条约真正的自主含义。而真正的含义只有一个”，见第 515-517 页(斯泰恩议员)。

⁶⁰⁴ S. D. Murphy，“嗣后协定和嗣后管理对条约解释的作用”，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 85 页；A. Aust，《现代条约法和实践》，第 3 版(剑桥，剑桥大学出版社，2013 年)，第 215 页。

⁶⁰⁵ E. Denza，《外交法：〈维也纳外交关系法〉评论》，牛津大学国际法评论，第 3 版(牛津，牛津大学出版社，2008 年)，第 160-161 页；J. Salmon，《外交法手册》(布鲁塞尔，Bruylant，1994 年)，第 208 页，第 315 段。

⁶⁰⁶ 例如见澳大利亚外交贸易部，《驻外代表的特权和豁免》(www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf)；冰岛外交部礼宾司，《外交手册》，第 14 页，(www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF)；联合王国，见内政部政务次官(埃尔顿议员)在上议院的发言，1983 年 12 月 12 日的上议院辩论，第 446 卷，cc3-4；美国，见《美国国际法期刊》，第 2 卷，1994 年，第 312-313 页。

这种惯例显示，虽然禁止对外交车辆采取处罚措施，但是如果发现外交车辆对交通和/或公共安全构成直接危险或障碍，则可以拦下或拖走。⁶⁰⁷从这个意义上来看，缔约方的嗣后惯例明确说明了“强制执行”一词的含义，并进而明确了交通工具受保护的范围。

(12) 例如，另一个可能的例子是《一九四九年日内瓦四公约》的 1977 年附加议定书(第二议定书)第十二条规定：

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

虽然“应”一词表示国家有义务使用特殊标志，在任何情况下都标明医务人员和医务运输工具，但嗣后惯例显示国家在适用该条时可拥有一定的酌处权。⁶⁰⁸鉴于武装团体近年来专门袭击医疗车队，它们因为有保护标志而特别容易辨认，国家在某些情况下不再让这类车队露出特殊标志。德国政府在回答议会关于其在阿富汗的做法的提问时指出：

与国际安全援助部队的其他分队一样，德国联邦国防军也经历过医疗车队遭到袭击的情况。这些医疗单位和车队因其保护标志而容易辨认，甚至成为特定的袭击对象。因此，德国联邦国防军在国际安全援助部队内部与比利时、法国、联合王国、加拿大及美国共同决定遮住医疗车队上的保护标志。⁶⁰⁹

(13) 这种国家实践确认了对第十二条的解释，可以看出，使用保护标志的义务⁶¹⁰在例外情况下容许缔约方有一定的酌处权。

(14) 赋予国家明显不带条件的权利的条约规定可能涉及该酌处权是否受到条约目的限制的问题。例如，根据《维也纳外交关系公约》第九条，接受国可不具解释通知派遣国某使馆人员为不受欢迎人员。国家一般在发现或怀疑使馆人员参与间谍活动，严重违反接受国法律或造成严重政治骚乱的情况下发出这类通知。⁶¹¹

⁶⁰⁷ Denza, 上文注 69, 第 160 页; M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 第 2 版(Nomos, 2010 年), 第 70 页。

⁶⁰⁸ Y. Sandoz、C. Swinarski 和 B. Zimmermann 编,《对一九四九年八月十二日日内瓦四公约的一九七七年六月八日附加议定书的评论》(多德雷赫特, 红十字国际委员会和马蒂斯·奈霍夫出版社, 1987 年), 第 1440 页, 第 4742-4744 段; H. Spieker, “医务运输工具”, 见《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)第 7-12 段; 另见法文版使用的不太死板的将来时“sera arboré”。

⁶⁰⁹ Deutscher Bundestag, “Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”, 2010 年 4 月 9 日, Bundestagsdrucksache 17/1338, 第 2 页(特别报告员翻译)。

⁶¹⁰ Spieker, 上文注 608, 第 12 段。

⁶¹¹ 见 Denza, 上文注 605, 第 77-88 页, 其中进一步提到了与间谍活动有关的声明。另见 Salmon, 上文注 605, 第 484 页, 第 630 段; 以及 Richtsteig, 上文注 607, 第 30 页。

不过，各国也在其他情况下发出过这类通知，例如外交人员对第三方造成严重伤害，⁶¹²或是屡次违法，⁶¹³甚至为了执行关于酒后驾车的法律发出这类通知。⁶¹⁴有些国家甚至没有给出明确理由，纯粹出于政治动机而发出这类通知。其他国家似乎不认为这种做法构成对宣布使馆人员为不受欢迎人员的权力的滥用。因此，这类惯例表明，第九条规定了无条件的权利。⁶¹⁵

(15) 结论草案 7 第 2 段涉及第三十二条之下的“其他嗣后惯例”的影响(见结论草案 4, 第 3 段)，这类嗣后惯例不反映所有缔约方就条约解释达成的协定。这类惯例，作为解释的补充资料，可证实适用第三十一条所作之解释，或依第三十一条所作解释意义不明或难解，或所获结果显然荒谬或不合理时，确定其含义。因此，第三十二条区分了利用准备工作或“其他嗣后惯例”证实根据第三十一条得出的含义与利用它们“确定”含义这两种情况。因此，可诉诸第三十二条之下的“其他嗣后惯例”，这不仅是为了确定某些情况下条约的含义，而且也用来——并且总是可以用来——证实适用第三十一条得出的含义。⁶¹⁶

⁶¹² 荷兰外交部礼宾司，《使领馆礼仪指南》。可查阅 www.government.nl/issues/staff-of-foreign-missions-and-international-organisations/documents-and-publications/leaflets/2013/01/21/protocol-guide-for-diplomatic-missions-en-consular-posts-january-2013.html。

⁶¹³ 法国外交与国际发展部，《外国驻法外交官指南：豁免——遵守当地法律和法规》(www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and)；土耳其外交部，《外国驻土耳其使团应遵守的交通规则》，第 63552 号重要通知，交规 2005/PDGY/63552(2005 年 4 月 6 日)(http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005_63552-traffic-regulations_en.mfa)；联合王国外交及联邦事务部，1985 年 4 月 19 日致驻伦敦使馆馆长的通知，又刊印于 G. 3ston 的“1985 年联合国王国关于国际法的材料”，《英国国际法年鉴》，第 56 卷，第 1(1985)号，第 437 页。

⁶¹⁴ 见加拿大外交、贸易与发展部，经修订的酒后驾车政策(www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d)；美国国务院，国务院第 10-181 号外交照会(2010 年 9 月 2 日)，www.state.gov/documents/organization/149985.pdf，第 8-9 页。

⁶¹⁵ 见 G. Hafiner，《嗣后协定和惯例：解释、非正式修改与正式修正》，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，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。

⁶¹⁶ 世贸组织上诉机构，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，WT/DS363/AB/R 第 403 段(2009 年)：“虽然专家组适用《维也纳公约》第三十一条解释‘录音制品分销服务’就该词的含义得出了‘初步结论’，专家组还是决定使用解释的补充资料证实该含义。关于这一点，我们注意到，中国的上诉论点似乎假定如果委员会发现适用第三十一条导致‘录音制品分销服务’一词的含义不明或难解，故而适用第三十二条来确定，而不是证实该词的含义，那么专家组根据《维也纳公约》第三十二条所作的分析必然将得出不同的结果。我们不同意这种论点。第三十二条下考察的要素与第三十一条下分析的要素不同，但是无论根据第三十一条分析的结果如何，第三十二条下需要考察的都是同样的要素。根据第三十一条分析的结果可能影响的，是第三十二条下需考察的各要素的权重”，另见 M.E. Villiger, 《1969 年<维也纳条约法公约>评论》(马蒂斯·奈霍夫出版社，2009 年)，第 447 页，第 11 段。

(16) 当条约的“目的和宗旨”似乎与其某些规定的具体宗旨不符时，第三十二条所指的嗣后惯例有助于减少可能的冲突。⁶¹⁷ 例如，在卡西基里/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。”⁶¹⁸ 缔约方通过适用仅其中一方的某项嗣后惯例作为(第三十二条所指的)解释条约的补充资料，从而化解了可能的紧张局势。⁶¹⁹

(17) 第三十二条所指的“其他嗣后惯例”的另一个例子涉及一九四九年日内瓦四公约的 1977 年附加议定书(第一议定书)第 57 条第 2 款(二)项下的“可行的预防措施”一词。1980 年 10 月 10 日《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(第二议定书)第 3 条第 4 款使用了该术语的含义，其中规定“可行的预防措施是指顾及当时存在的一切情况，包括人道和军事考虑以后所采取的实际可行或实际可能的预防措施。”这一定义逐渐通过嗣后惯例被接受，作为 1977 年第一议定书第 57 条第 2 款(二)项下“可行的预防措施”的一般定义出现在许多军事手册中。⁶²⁰

(18) 结论草案 7 第 3 段讨论了嗣后协定和嗣后惯例可以在多大程度上影响条约解释，但又不超出第三十一条第三款(甲)项和(乙)项意义下的解释范围。第 3 段提醒解释方，嗣后达成的协定可能可以修正或修改条约，但是这类嗣后协定是《维也纳公约》第三十九条所指协定，应当与第三十一条第 3 款(甲)项所指嗣后协定加以区分。第二句承认判例法中可能存在反例，文献中可能有不同意见，但是指出缔约方通过嗣后惯例修正或修改条约的可能性尚未得到普遍认可。

(19) 《维也纳条约法公约》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(甲)项提到“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”，似乎不涉及修订或修改条约的问题。正如世贸组织上诉机构所称：

⁶¹⁷ 见世界贸易组织，美国—禁止进口某些虾类和虾制品—AB-1998-4，上诉机构 1998 年 10 月 12 日的报告(世界贸易组织，WT/DS58/AB/R 号文件)，第 17 段(“大多数条约的目的和宗旨不是单一、纯粹的，而是具有各种不同，可能是冲突的目的和宗旨”；Gardiner, 上文注 538, 第 195 页。

⁶¹⁸ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999 国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1074 页，第 45 段。

⁶¹⁹ 同上，见第 1078 页，第 55 段和第 1096 页，第 80 段。

⁶²⁰ 阿根廷(1989 年)、加拿大(2011 年)和联合王国(2004 年)的军事指南，见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《惯例》，上文注 565, 第 359-360 页，第 160-164 页，澳大利亚军事指南网上最新版(2006 年)(http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc)；另见 Y. Sandoz、C. Swinarski 和 B. Zimmermann, 上文注 608, 第 683 页，第 2202 段。

[……]第三十一条第三款(甲)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……⁶²¹

(20) 第三十一条第三款(甲)项和第三十九条一并解读显示，缔约方在条约缔结后达成的协定可解释、修正或修改条约。⁶²² 第三十九条所指协定不必采取与其修正的条约同样的形式。⁶²³ 正如国际法院在乌拉圭河沿岸纸浆案(阿根廷诉乌拉圭)中指出的：

不论具体名称是什么，也不论记录在什么文书中(乌拉圭河行政委员会会议记录)，这种“谅解”只要是双方同意的，即对缔约方具有约束力，缔约方必须本着诚信遵守。就适当的双方协定确定的具体项目，它们有权不遵守 1975 年规约规定的程序。⁶²⁴

(21) 通常很难区分缔约方根据条约具体规定达成的赋予嗣后协定约束力的协定、第三十一条第三款(甲)项所指不具有约束力的嗣后协定以及第三十九至四十一条所指修正或修改条约的协定。⁶²⁵ 国际判例法和国家实践表明，⁶²⁶ 对克减条约义务的非正式协定应当作出狭义的解释。除适用条约本身可能作出的规定外，似乎没有第三十九条(如果适用的话)以外的任何区分不同形式嗣后协定的正式标准。不过，很明显，国家和国际法庭基本都愿意给予缔约国相当大的通过嗣后协

⁶²¹ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—香蕉案(三)，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 2008 年 11 月 26 日，第 391-393 段。

⁶²² Murphy, 上文注 604, 第 88 页。

⁶²³ Sinclair, 上文注 538, 第 107 页，其中提到 Waldock, 《联合国条约法会议正式记录》，上文注 540, 第 207 页，第 49-52 段；Villiger, 上文注 616, 第 513 页，第 7、9 和 11 段；Odendahl, “第三十九条：修正条约的一般规则”，见《<维也纳条约法公约>——评论》，O Dörr 和 K. Schmalenbach 编(Springer, 2012 年)，第 706 页，第 16 段。

⁶²⁴ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 62-63 页，第 128 和 131 段；法院继而得出结论称，本案不满足这些条件，见第 62-66 页，第 128-142 段。

⁶²⁵ 在司法实践中，有时不需要确定一项协定是具有解释还是修改条约的效果，见领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 29 页，第 60 段(“法院认为，为本判决之目的，没有必要划分其属于对声明的证实还是修改”)；有时认为，第三十一条第三款(甲)项所指协定也可以具有修改条约的效果，Aust, 上文注 604, 第 212-214 页，举例了案例。

⁶²⁶ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 63 页，第 131 和第 140 段；Crawford, 上文注 570, 第 32 页；伊朗—美国索赔法庭，中间裁决，第 ITL 83-B1-FT 号(反诉)，伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，Iran-USCTR 第 38 卷(第 2004-2009 年)，第 77 页起，第 125-126 页，第 132 段；ADF 集团公司诉美利坚合众国(案件号 ARB(AF)/00/1)，国际投资争端解决中心根据《北美自由贸易协定》第 11 章作出的仲裁，2013 年 1 月 9 日，第 84-85 页，第 117 段(www.state.gov/documents/organization/6586.pdf)；同上，第四部分，C 章，第 20-21 段；第二次报告，上文注 557, 第 61-68 页，第 146-165 段。

定解释条约的空间。这种空间甚至可以超出条约术语的通常含义。国家和法院认可条约的解释空间，却不太愿意认可协定实际具有修正或修改条约的效果。⁶²⁷ 因此，不排除协定对条约的修改，但也不假定具有这种效果。⁶²⁸

(22) 关于缔约方是否可以通过共同的嗣后惯例修正或修改条约，委员会最初在《条约法条款草案》中提议将以下条款纳入《维也纳公约》，这将明确认可通过嗣后惯例修改条约的可能性：

第三十八条草案：通过嗣后惯例修改条约

在条约适用方面确定缔约方对修改其规定达成一致的嗣后惯例可修改条约。⁶²⁹

(23) 该条款草案在维也纳会议上引起了激烈争论。⁶³⁰ 删除第三十八条草案的修正案付诸表决，以 53 票赞成、15 票反对、26 票弃权通过。维也纳会议后，讨论了这一问题：维也纳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惯例修改条约的可能性。许多作者得出结论称，谈判国只是不想在《公约》中讨论该问题，而按照习惯法的一般规则，确定缔约方对修改条约达成一致的嗣后惯例的确可以修改条约。⁶³¹ 不过，自《维也纳公约》通过以来，国际法院和仲裁法庭通常避免承认这种可能性。

(24) 在关于航海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(乙)项意义下的缔约国的嗣后惯例可能导致违背基于默认同意

⁶²⁷ 在法庭诉讼外的外交环境下，国家可能比较愿意公开承认某项协定或共同的惯例构成对条约的修改，见 Murphy, 上文注 604, 第 83 页。

⁶²⁸ 同上，第 66 页，第 140 段；Crawford, 上文注 570, 第 32 页。

⁶²⁹ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 236 页。

⁶³⁰ 《联合国条约法会议正式记录》，上文注 5, 第 208-214 页；第二次报告，上文注 557, 第 52-53 页，第 119-121 段；Distefano, 上文注 538, 第 56-61 页。

⁶³¹ Sinclair, 上文注 538, 第 138 页；Gardiner, 上文注 538, 第 243-245 页；Yasseen, 上文注 538, 第 51-52 页；M. Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, 《海牙国际法学院讲义》，第 310 卷(2004 年)，第 134-141 页，见第 134 页；Aust, 上文注 604, 第 213 页；Villiger, 上文注 616, 第 432 页，第 23 段；Dörr, 上文注 539, 第 555 页，第 76 段(又见 Odendahl, 上文注 623, 第 702 页，第 10-11 段)；Distefano, 上文注 538, 第 62-67 页；H. Thirlway, “1960-1989 年国际法院的法律和诉讼：2006 年补编—第三部分”，《英国国际法年鉴》，第 77 卷，第 1(2006)号，第 65 页；M. N. Shaw, 《国际法》，第 6 版(剑桥，剑桥大学出版社，2003 年)，第 934 页；I. Buga, “嗣后惯例与条约修改”，载于 M. J. Bowman 和 D. Kritsiotis 编写的《现代条约法的概念和语境视角》(即将出版)，见注 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, 上文注 604, 第 89-90 页；另见 Hafner, 上文注 615, 第 115-117 页(区分法院和国家的角度，在这种背景下强调修正案的重要性)。

的初始意图”。⁶³² 不是很清楚法院这样说是想承认第三十一条第三款(乙)项所指的嗣后协定也可以具有修正或修改条约的效果, 还是只是就条约解释发表意见, 因为缔约方的“初始”意图未必就条约解释下了定论。事实上, 委员会在暂时通过的结论草案 3 中确认, 嗣后协定和嗣后惯例与其他解释资料一样, “可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义”。⁶³³ 因此, “解释”的余地未必由固定的“初始意图”确定, 而必须考虑到广泛的因素, 包括某些后来的发展。国际法院这一较含糊的判词提出了第三十一条第三款(乙)项所指的嗣后惯例可以在多大程度上有助于“解释”的问题, 以及嗣后惯例可否具有修正或修改条约的效果的问题。事实上, 在实践中, 条约的解释与条约的修正或修改之间的界线有时“很难确定, 即便有可能确定”。⁶³⁴

(25) 除了在关于航海权和相关权利的争端案中的判词外,⁶³⁵ 国际法院再没有明确确认某项嗣后惯例具有修改条约的效果。在关于纳米比亚的咨询意见和关于隔离墙的咨询意见中尤为如此, 法院在意见中承认嗣后惯例对确定条约的含义有重要影响, 但是没有明确承认这类惯例导致了对条约的修正或修改。⁶³⁶ 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惯例问题将在今后的报告中阐述。⁶³⁷

(26) 国际法院遇到缔约方可能通过嗣后惯例修改条约问题的其他重要案件涉及边界条约。正如法院在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中指出的:

⁶³² 关于航海权和相关权力的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决, 《2009 年国际法院案例汇编》, 第 213 页起, 见第 242 页, 第 64 段; 另见向居住在法国的教科文组织退休职员支付退休金的税收制度问题案, 2003 年 1 月 14 日的裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十五卷, 第四部分, 第 231 页起, 见第 256 页, 第 62 段; Yasseen, 上文注 538, 第 51 页; Kamto, 上文注 631, 第 134-141 页; R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge* (Heymann, 1963 年), 第 132 页。

⁶³³ 结论草案 3(《大会正式记录, 第六十八届会议, 补编第 10 号》, A/68/10, 第四章 C.1 节)及其评注, 第(1)-(18)段(同上, 第四章 C.2 节)。

⁶³⁴ Sinclair, 上文注 538, 第 138 页; Gardiner, 上文注 538, 第 243 页; Murphy, 上文注 604, 第 98 页; B. Simma, “关于嗣后协定和惯例的思考”, 见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津, 牛津大学出版社, 2013 年), 第 46 页; Karl, 上文注 539, 第 42-43 页; J.-M. Sorel 和 V. Boré Eveno, “第三十一条: 1969 年公约”, 见 O. Corten 和 P. Klein 编写的《<维也纳条约法公约>——评论》(牛津, 牛津大学出版社, 2011 年), 第 825 页, 第 42 段; Dörr, 上文注 539, 第 555 页, 第 76 段; 的确难以划分界限, 即使理论上二者被视为“在法律上有明显区别”, 见 Parra-Aranguren 法官在卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)中的反对意见, 判决, 《1999 年国际法院案例汇编》, 第 1045 页起, 见 1212-1213 页, 第 16 段; 同样见 Hafner, 上文注 615, 第 114 页; Linderfalk, 上文注 539, 第 168 页。

⁶³⁵ 关于航海权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决, 《2009 年国际法院案例汇编》, 第 213 页起, 见第 242 页, 第 64 段。

⁶³⁶ Thirlway, 上文注 631, 第 64 页。

⁶³⁷ 见《大会正式记录, 第六十七届会议, 补编第 10 号》, A/67/10, 第 124 页, 第 238 段, 以及《同上, 第六十三届会议, 补编第 10 号》, A/63/10, 附件 A, 第 383 页, 第 42 段。

“喀麦隆在该领土内的行为只牵涉到它是否默认对条约的修改的问题，法律上不能完全排除修改条约的可能性。”⁶³⁸

(27) 法院在柏威夏寺案中认定存在这种默认，法院强调，一方(法国)明确声称主权，因此认为另一方(泰国)需要作出反应。⁶³⁹ 不过，该判决是在《维也纳公约》通过前作出的，因此至少可以推测维也纳会议的辩论上考虑过该判决。⁶⁴⁰ 该判决也没有明确承认嗣后惯例对条约的修改，关于法国人地图上的分界线与两国最初的边界条约商定的分水岭是否一致这个问题，虽然通常假定不一致，但是法院没有下定论。⁶⁴¹

(28) 因此，虽然国际法院留下了缔约方通过嗣后惯例修改条约的可能性，但是迄今没有明确确认在具体案例中实际产生过这种效果。确切地说，法院得出了与条约案文的通常含义不太一致，但是与确认的缔约方惯例一致的解释。⁶⁴² 仲裁法庭相反的裁决或是被视为“个别特例”⁶⁴³，或是在《维也纳公约》之前作出，已作为重要参考。⁶⁴⁴

⁶³⁸ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002年国际法院案例汇编》，第303页起，见第353页，第68段。

⁶³⁹ 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情，判决，《1962年国际法院案例汇编》，第6页起，见第30页：“毫无疑问，以非常确定的方式通过行为承认……这种情况下显然需要作出反应”；“法属印度支那对所有权的主张再明确不过了”，因此“需要作出反应”。

⁶⁴⁰ M. Kohen, “Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l’affaire de l’île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”, 《德国国际法年鉴》，第43(2000)卷，第272页。

⁶⁴¹ 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情，判决，《1962年国际法院案例汇编》，第6页起，见第26页：“这一事实，如果千真万确，在1908年一定更加明显”。Parra-Aranguren 法官认为柏威夏寺案表明，“那种情况下的嗣后惯例起到了修改条约的作用”，卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999年国际法院案例汇编》，第1045页起，见第1212-1213页，第16段(Parra-Aranguren 法官的反对意见)；Buga, 上文注 631, 见注 113。

⁶⁴² 特别是，关于纳米比亚的咨询意见被解读为暗示嗣后惯例修改了《联合国宪章》第27条第3款，Alain Pellet, 第三十八条，见 A. Zimmermann 等人编写的《〈国际法院规约〉评论》，第2版(牛津，牛津大学出版社，2012年)，第844页，第279段；参见第二次报告，上文注 557, 第53-54页，第124-126段。

⁶⁴³ M. Kohen, “适当限制嗣后协定和惯例的作用”，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013年)，第43页，其中提到埃塞俄比亚和厄立特里亚划界案的裁决，2002年4月13日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第83页起，第110-111页，第3.6.-3.10段；另见埃及和以色列之间塔巴界桩位置案，1988年9月29日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第1页起，见第56页，第209和210段，仲裁法庭在附带意见中称：“划定的界线与《协定》不符时，以划定的界线为准”；另见 R. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, 《瑞士国际法和欧洲法评论》，第14卷，2004年，第20页。

⁶⁴⁴ 对美利坚合众国与法国航空运输协定的解释，1963年12月22日，《国际仲裁裁决汇编》，第十六卷，第5页起，见第62-63页；《联合国条约法会议正式记录》，上文注 540, 第208页，第58段(日本)；Murphy, 上文注 604, 第89页。

(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。⁶⁴⁵ 上诉机构的立场可能受到《解决争端谅解书》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”。⁶⁴⁶

(30) 欧洲人权法院偶尔承认缔约方的嗣后惯例是修改公约的可能来源。在 1989 年 *Soering* 诉联合王国案的附带意见中，法院主张：

成员国既定的惯例可能导致修正《公约》。在该案中，法院认为，国家刑法政策中普遍废除死刑的嗣后惯例可以视为确认缔约国就废除第 2 条第 1 款规定的例外情况达成了一致，因此取消了案文对第 3 条的演进式解释的范围限制(同上，第 40-41 页，第 103 段)。⁶⁴⁷

(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第 13 号议定书，所有签署国中只有三个国家尚未批准。这些数字，再加上一贯的暂停执行死刑的国家实践，明确显示第 2 条已被修正，以禁止在任何情况下执行死刑。在这种背景下，法院认为第 2 条第 1 款第二句的措词不再阻碍其将第 3 条下的“不人道或有辱人格的待遇或处罚”一词解释为包括死刑(参见 *Soering*，上文引用，第 102-104 段)。”⁶⁴⁸

(32) 从国际法院和仲裁法庭的判例法中可以得出以下结论：世贸组织的情况显示，条约本身可阻止缔约方的嗣后惯例具有修改作用。因此，条约一开始就可以控制这一问题。相反，欧洲人权法院的案件显示，条约可以允许缔约方的嗣后惯例具有修改作用。因此，最终主要还是取决于条约或相关条约规定。⁶⁴⁹

(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：法院虽然认定“法律中不得完全排除”缔约方通过嗣后惯例修改条约的可能性，⁶⁵⁰ 但是认为

⁶⁴⁵ 世贸组织上诉机构报告，欧共体—香蕉案(三)，第二次诉诸第 21.5 条，WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 2008 年 11 月 26 日，第 391-393 段。

⁶⁴⁶ 《建立世界贸易组织协议》，附件 2，《关于解决争议的规则与程序的谅解》，1994 年，《国际法律资料》，第 33 卷(1994 年)1144。

⁶⁴⁷ *Al-Saadoon* 和 *Mufdhi* 诉联合王国，判决，2010 年 3 月 2 日，第 61498/08 号申诉，ECHR 2010, 第 119 段，其中提到了 *Öcalan* 诉土耳其[GC]，2005 年 5 月 12 日，第 46221/99 号申诉，ECHR 2005-IV。

⁶⁴⁸ 同上，第 120 段；B. Malkani，“避免协助使用死刑的义务”，《国际法和比较法季刊》，第 62 卷，第 3 (2013) 号，第 523 页。

⁶⁴⁹ Buga，上文注 631，见注 126-132。

⁶⁵⁰ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页起，见第 353 页，第 68 段。

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》第三十八条草案的辩论中提出的一些考虑因素。⁶⁵¹ 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。⁶⁵² 许多国家在维也纳会议上提出的关切，即嗣后惯例修改条约的可能性可能给国内宪法造成问题，也越来越受到重视。⁶⁵³ 虽然条约必须遵守原则并没有因确立了所有缔约方协定的嗣后惯例对条约的修正或修改而正式受到质疑，但是如果像嗣后惯例这样的非正式方式能够轻易修改一项条约，那么的确可能对条约关系的稳定性造成问题。⁶⁵⁴

(35) 总之，虽然国际判例法中有人认为只要条约中没有相反表示，则理论上缔约方达成一致的嗣后惯例就可以修改条约，但是不应假定实际出现这种效果。相反，国家和法院倾向于尽量将缔约方达成一致的嗣后惯例视为以特定方式解释条约的努力。通过嗣后惯例对条约作出宽泛的解释是有可能的，因为《维也纳公约》第三十一条并没有赋予特定的解释资料优先地位，而是要求解释方酌情考虑所有解释资料。⁶⁵⁵ 有鉴于此，一个重要问题就是可以在多大程度上对所涉条约规定作出演进式解释。⁶⁵⁶

⁶⁵¹ 第二次报告，上文注 557，第 52-53 页，第 119-121 段。

⁶⁵² Murphy，上文注 604，第 89 页；Simm，上文注 634，第 47 页；Hafner，上文注 615，第 115-117 页；J.E. Alvarez，“通过嗣后协定和惯例修改条约的限制”，见 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)，第 130 页。

⁶⁵³ 见北约战略概念案，德国联邦宪法法院，2001 年 6 月 19 日的判决，申诉号 2 BvE 6/99(英文译文见：www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html)，第 19-21 段；S. Kadelbach，“与国际上使用嗣后协定和惯例有关的国内宪法问题”，第 145-148 页；Alvarez，上文注 652，第 130 页；I. Wuerth，“条约解释、嗣后协定和惯例与国内宪法”，第 154-159 页；H. Ruiz Fabri，“嗣后惯例、国内权力分立与合法性问题”，第 165-166 页，均载于 G. Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津，牛津大学出版社，2013 年)。

⁶⁵⁴ 例如见 Kohen，上文注 640，第 274 页(特别是在边界条约方面)。

⁶⁵⁵ 结论草案 1 第 5 段及其评注(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》A/68/10，第四章 C.1 和 C.2 节)；Hafner，上文注 615，第 117 页；一些作者认为，第三十一条第三款所指的嗣后协定或嗣后惯例作为“解释”的范围超出了其他解释资料，包括法院或仲裁法庭的演进式解释的范围，例如见 Gardiner，上文注 538，第 243 页；Dörr，上文注 539，第 555 页，第 76 段。

⁶⁵⁶ 例如，在关于航海权和相关权利的争端案中，国际法院可以不回答缔约方的嗣后惯例是否修改了“comercio”一词的含义，因为法院已判定可以对其作出演进式解释。关于航海权和相关权利的争端案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页起，见第 242-243 页，第 64-66 段。

结论 8

嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的权重

1. 嗣后协定或嗣后惯例作为第三十一条第三款所称的解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。
2. 第三十一条第三款(乙)项所称的嗣后惯例的权重还取决于该惯例是否以及如何重复出现。
3. 嗣后惯例作为第三十二条所称的补充的解释资料的权重可取决于第 1 和第 2 段所述标准。

评注

(1) 结论 8 草案列出了一些标准，可能有助于在具体情况下进行解释时对某一特定嗣后协定或嗣后惯例作为解释资料给予多少权重。当然，对嗣后协定或嗣后惯例给予的权重也必须取决于其他解释资料(见结论 1 草案，第 5 段)。

(2) 第 1 段讨论第三十一条第三款下的嗣后协定或嗣后惯例的权重，因此是从总体上同时涉及(甲)项和(乙)项。第 1 段明确指出，嗣后协定或嗣后惯例作为解释资料的权重，除其他外，取决于其清晰性和特定性。使用“除其他外”一语，就表明不应将这些标准视为唯一的。其他标准可能涉及到协定或惯例发生的时间、⁶⁵⁷ 缔约方对特定协定或惯例的重视或者适用的举证责任。

(3) 相对于其他解释资料而言，嗣后协定或惯例作为解释资料的权重常常取决于其对于有关条约的专门性。⁶⁵⁸ 例如，国际法院的裁决、世界贸易组织(世贸组织)专题小组及其上诉机构的仲裁裁决和报告都表明了这一点。⁶⁵⁹ 国际投资争端解决中心法庭对“Plama 诉保加利亚”一案的裁决具有启示意义：

“确实，为了澄清条约文本生效时的含义，可以考虑一个缔约国与第三国之间的条约。原告对于保加利亚在 1987 年缔结保加利亚—塞浦路斯双边投资条约之后缔结投资条约的实践做了非常清楚和深入的介绍。在 1990 年代保加利亚改变了社会主义制度之后，该国缔结的双边投资条约采用了大为开放的争端解决条款，包括诉诸国际投资争端解决中心进行仲裁。但是，这

⁶⁵⁷ 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惯例，“海洋争端”(秘鲁诉智利)，国际法院，2014 年 1 月 27 日的判决，见 www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf，第 47 页，第 126 段。

⁶⁵⁸ Murphy, 上文注 604, 第 91 页。

⁶⁵⁹ 例见，格陵兰和扬马延间区域海洋划界案，判决，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 55 页第 38 段；“关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题”，2003 年 1 月 14 日裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第四部分，第 231 页起，见第 259 页第 74 段；世贸组织，专题小组报告，US- Continued Zeroing, WT/DS350/R, 2008 年 10 月 1 日，上诉机构报告，US- Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, 2005 年 3 月 3 日，第 625 段。

一惯例对本案并没有很大的关联，因为保加利亚和塞浦路斯嗣后的谈判表明，缔约国并不想要最惠国待遇条款具有可通过保加利亚嗣后条约实践而引申出来的含义。保加利亚和塞浦路斯于 1998 年谈判修订双边投资条约。谈判没有成功，但专门考虑到了修订争端解决条款(……)。从这些谈判中也可以得出结论，即双边投资条约的缔约国本身并未考虑将最惠国待遇条款扩大至其他双边投资条约中的争端解决条款。”⁶⁶⁰

(4) 尽管国际法院和各个仲裁法庭倾向于对更具有专门性的国家嗣后实践做为解释资料给予更多权重，但欧洲人权法院常常依靠对于国内法律或国家采取的国际立场作出广泛有时是粗略的比较性评估。⁶⁶¹ 在后一种情况下，应当铭记，人权义务下规定的权利和义务必须在留出一定判断余地的前提下，正确地转化为有关国家的法律、行政机构实践和国际安排。为此，缔约国国内法律之间较强的共性可有助于确定一项人权的范围或予以限制的必要性。此外，鉴于某些权利或义务的特点，有时更宜考虑特定性不那么强的实践。例如，在“Rantsev 诉塞浦路斯”案中，法庭认为：

“这两份[国际]文书的条款清楚表明，缔约国……形成的观点是，只有将涉及所有三个方面的举措结合起来，才能有效打击贩运人口活动(……)。因此，惩罚和起诉贩运人口活动只是成员国打击贩运人口活动总体事业的一个方面。对第 4 条[关于禁止强迫劳动]下产生的积极义务的范围必须放到这个广义的背景下加以考虑。”⁶⁶²

(5) 另一方面，在“Chapman 诉联合王国”案中，法庭指出，“或许可以说，欧洲委员会缔约国之间正在形成国际共识，承认少数群体的特殊需要和保护其安全、特性和生活方式的义务(…)”，⁶⁶³ 但最后又指出“法庭不能够信服地认为，有足够具体的共识，使法庭可就任何特定情况下缔约国视为可取的行为或标准作出任何指导”。⁶⁶⁴

⁶⁶⁰ Plama Consortium Limited 诉保加利亚共和国(塞浦路斯/保加利亚双边投资条约)，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心案件，第 ARB/03/24(ECT)号(2005 年 2 月 8 日)，国际投资争端解决中心综述——外国投资法期刊，第 20 期(2005 年)，第 262 页起，见第 323-324 页，第 195 段。

⁶⁶¹ 例见，“Cossey 诉联合王国”，判决，1990 年 9 月 27 日，第 10843/84 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 集，第 184 号，第 40 段；“Tyrer 诉联合王国”，判决，1978 年 4 月 25 日，第 5856/72 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 集，第 26 号，第 31 段；“Norris 诉爱尔兰”，判决，1988 年 10 月 26 日，第 10581/83 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 集，第 142 号，第 46 段。

⁶⁶² Rantsev 诉塞浦路斯和俄罗斯，判决，2010 年 1 月 7 日，第 25965/04 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》，2010 年，第 285 段。另见第 273-274 段。

⁶⁶³ Chapman 诉联合王国[GC]，判决，2001 年 1 月 18 日，第 27238/95 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》，2001-I，第 93 段。

⁶⁶⁴ 同上，第 94 段。

(6) 结论 8 草案第 2 段仅涉及第三十一条第三款(乙)项称的嗣后惯例，并明确规定，嗣后惯例的权重还取决于该惯例是否以及如何重复出现。“是否以及如何重复出现”这一表述引入了时间和重复的性质这两个因素。它表明，举例来说，视条约而定，不仅仅是技术性或无意的做法的重复可增加其在第三十一条第三款(乙)项范围下的解释性价值。时间因素和重复的性质也有助于表明缔约国对条约解释所持特定立场的“根据”。此外，嗣后协定未得到执行也可能说明其不具备作为第三十一条第三款(甲)项下解释资料的权重。⁶⁶⁵

(7) 关于第三十一条第三款(乙)项中“嗣后惯例”⁶⁶⁶ 是否要求条约不仅限于一次性适用的问题在世贸组织上诉机构关于日本—酒精饮料案(二)案中进行了讨论：

用于解释条约的嗣后惯例，公认应当是‘协调的、共同的和一致的’系列行为或声明，足以确立一种明确的模式，表明缔约方对条约解释的一致。⁶⁶⁷

(8) 这一定义表明，第三十一条第三款(乙)项下的嗣后惯例要求不仅是就解释条约的一次“行为或声明”，而是此种行动的次数和统一性使人可以得出结论，即缔约国已就条约的解释达成了稳定的一致。这一门槛就意味着，第三十一条第三款(乙)项下的嗣后惯例要求存在基础广泛、稳定和合格的集体惯例模式，才能确认缔约国就解释达成了一致。

(9) 另一方面，国际法院也较为灵活地采用第三十一条第三款(乙)项，而没有增加进一步条件，特别是在卡西基里/塞杜杜岛案的判决中。⁶⁶⁸ 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⁶⁶⁹ 和欧洲人权法院⁶⁷⁰ 都是如此。

⁶⁶⁵ 乌拉圭河沿岸纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，2010 年国际法院案例汇编，第 14 页起，见第 63 页第 131 段。

⁶⁶⁶ 结论 4 草案，第 2 段。(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第四章 C.1 节)。

⁶⁶⁷ 世贸组织，上诉机构报告，日本—河水酒精饲料案(二)，WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 1996 年 10 月 4 日，E 部分，第 12-13 页。

⁶⁶⁸ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页起，见第 1075-1076 页，第 47-54 段和第 1087 页，第 63 段；领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 34-37 页，66-71 段。

⁶⁶⁹ 伊朗—美利坚合众国索赔法庭，第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉)，伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国，Iran-USCTR 第 38 卷(2004-2009 年)，第 77 页起，见第 116-126 页，第 109-133 段。

⁶⁷⁰ Soering, 上文注 558, 第 103 段；Loizidou 诉土耳其(初步反对意见)，判决，1995 年 3 月 23 日，第 15318/89 号申诉，《欧洲人权法院案例汇编》A 辑，第 310 号，第 73 段和第 79-82 段；Bankovic, 上文注 561, 第 56 和 62 段；关于国际投资争端解决中心的判例，见 O.K. Fauchald, “国际投资争端解决中心法庭的法律论述：实证研究”，《欧洲国际法期刊》，第 19 期，第 2 号(2008 年)；又见 A. Roberts, “投资条约解释中的实力和说服：国家的双重角色”，《美国国际法期刊》，第 104 期，2010 年，第 207-215 页。

(10) 但实际上，世贸组织上诉机构制订的标准与国际法院采取的办法之间的区别并没有表面看起来那么大。世贸组织上诉机构似乎采用了一份出版物中的“协调、共同和一致”的表述⁶⁷¹，这本书称，“嗣后惯例的价值自然取决于它协调、共同和一致的程度”⁶⁷²。因此，“协调、共同和一致”的表述是指出在哪些情况下，第三十一条第三款(乙)项所称的嗣后惯例在解释过程中作为解释资料具有较多或较少的权重，而不是提出实践中具体的次数要求。⁶⁷³ 世贸组织上诉机构自己也曾采取这一有略微差别的态度。⁶⁷⁴

(11) 委员会认为“协调、共同和一致”的表述可能有助于确定嗣后惯例在某一具体情况下的权重，同时也认为这一规定并没有充分完善地得到确立，不足以构成适用第三十一条第三款(乙)项的一个最低门槛，并有可能被错误地认为规定过细。最终，委员会仍然认为，“嗣后惯例的价值不同，既取决于其是否体现缔约国的共同理解，也取决于术语的意义。”⁶⁷⁵ 这就意味着，缔约国就解释达成一致的一次性实践也需要在第三十一条第三款(乙)项下考虑进来。⁶⁷⁶

⁶⁷¹ I. Sinclair, 上文注 538, 第 137 页; 又见 Yasseen, 上文注 538, 第 48-49 页; “共同的”一词来自国际法委员会的工作, 而“一致的”和“协调的”则是 Yasseen 进一步论述得出的条件; 见《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 98-99 面, 第 17-18 段, 第 221 页, 第 15 段。

⁶⁷² I. Sinclair, 上文注 538, 第 137 页; 伊朗—美国索赔法庭, 第 ITL 83-B1-FT 号中间裁决(反诉), 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国, Iran-USCTR, 第 38 卷(2004-2009 年), 第 77 页起, 见第 118 页, 第 114 段。

⁶⁷³ 阿根廷和智利比格尔海峡划界争端案, 1977 年 2 月 18 日, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十一卷, 第 53 页起, 见第 187 页, 第 169 段; J-P Cot, “条约缔约国的嗣后惯例”, 《国际公法总期刊》, 第 70 期, 1966 年, 第 644-647 页(临时价值); Distefano, 上文注 538, 第 46 页; Dörr, 上文注 539, 第 556 页, 第 79 段; 又见在海洋争端案(秘鲁诉智利)中国际法庭上的口头抗辩, CR 2012/33, 第 32-36 页, 第 7-19 段(Wood), 见 www.icj-cij.org/docket/files/137/17218.pdf and CR 2012/36, pp.13-18, paras. 6-21 (Wordsworth), available from www.icj-cij.org/docket/files/137/17234.pdf。

⁶⁷⁴ 世贸组织, 上诉机构报告, 欧共体 — 电脑设备, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 5 日, 第 93 段。

⁶⁷⁵ 《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 222 页, 第 15 段; Cot, 上文注 673, 第 652 页。

⁶⁷⁶ 在实践中, 作为一般性规则, 一次性的做法常常不足以确定缔约国就条约解释达成一致; 但是, 第三十一条第三款(乙)项所述的嗣后惯例没有要求任何重复, 只是要求就解释达成一致。因此, 一次性做法确立一致意见的可能性就取决于有关的行为及条约, 见 E. Lauterpacht, “国际法庭裁决带来的国际组织法的发展”, 《海牙国际法学院讲义》, 第 152 卷, 1976 年, 第 381 页起, 见第 457 页; Linderfalk, 上文注 539, 第 166 页; C.F. Amerasinghe, “公开的国际组织文件的解释”, 《英国国际法年鉴》, 第 65 卷, 第 1 期(1994 年), 第 175 页起, 见第 199 页; Villiger 支持要有一定的次数要求, 但也强调, 最重要的一点是确立一致意见, Villiger, 上文注 616, 第 431 页, 第 22 段。Yasseen 和 Sinclair 写到, “通常”一次性的行为不能够构成惯例, M. K. Yasseen, 上文注 538, 第 47 页; I. Sinclair, 上文注 538, 第 137 页; 参阅国际法委员会条约随时间演变研究组第三次报告, 见 Nolte 编写的《条约和嗣后惯例》(牛津大学出版社, 2013 年), 第 307 页起, 见第 310 页。

(12) 结论草案第 3 段针对第三十二条所称的“其他嗣后惯例”的权重(见结论草案第 3 段)。它不涉及在什么时候和哪些情况下可考虑这种惯例的问题。世贸组织上诉机构在一次与此相似的情况下强调说,对这两个问题必须加以区别:

“我们认为,就第三十二条的解释而言,欧洲共同体将什么可界定为缔结条约的“背景”这一初步问题与确定特定情况的相关性这一另外的问题混为一谈。”⁶⁷⁷

上诉机构还认为,

“首先,专题小组并未审查欧洲共同体在乌拉圭回合谈判期间的分类实践作为《维也纳公约》第三十二条意义内的补充解释材料这一问题;分类做法作为补充解释材料的价值……”⁶⁷⁸

为了确定这类嗣后惯例的“相关性”,上诉机构援引“客观因素”:

“这些包括会议、文件或文书的类型及其法律性质;背景与缔结条约的时间联系;确实了解还是只是能够查阅出版的法案或文书;涉及需解释条约条款的文件、文书或会议的主题;是否在条约谈判过程中得到使用或施加了影响(……)”⁶⁷⁹

(13) 尽管上诉机构并未使用“专门性”一词,但它提到上文所述的标准。上诉机构没有使用“明确性”,而是使用“一致性”的说法,并称,一致性不应作为基准,而只是确定相关的程度。“(在解释关税减让的含义时)以前一致的分类实践可能比较重要。但是,不一致的分类实践就不能作为参考”⁶⁸⁰。

(14) 另一个有助于确定第三十二条下相关性的因素或许是参与这一惯例的受影响国家的数目。上诉机构指出:

“为确立这种意向,只有一个缔约国以前的惯例可能也适用,但相对于全体缔约国的惯例而言,其价值显然大打折扣。具体到申根关税减让的解释,事实上,进口成员国的分类实践较为重要。”⁶⁸¹

⁶⁷⁷ 世贸组织,上诉机构报告,欧共体—鸡块案, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005 年 9 月 12 日,第 297 段。

⁶⁷⁸ 世贸组织,上诉机构报告,欧共体—电脑设备案, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 5 日,第 92 段。

⁶⁷⁹ 世贸组织,上诉机构报告,欧共体—鸡块案, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005 年 9 月 12 日,第 290 段。

⁶⁸⁰ 世贸组织,上诉机构报告,欧共体—鸡块案, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005 年 9 月 12 日,第 307 段;同时参阅世贸组织,上诉机构报告,欧洲共同体—电脑设备案, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 5 日,第 95 段。

⁶⁸¹ 世贸组织,上诉机构报告,欧共体—电脑设备案, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 5 日,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(甲)项和(乙)项所称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(乙)项所称的协定而必须积极适用嗣后惯例的缔约方数目可能会有所变化。在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后惯例的接受。

评注

- (1) 第 1 段第一句提出了一项原则，即第三十一条第三款(甲)项和(乙)项所称的协定必须是缔约方关于条约解释的共同理解。要使共同理解具有第三十一条第三款规定的效力，缔约国必须知悉并接受其中包含的解释。在结论 4 草案及其评注⁶⁸²中已经说明了(甲)项和(乙)项所述“协定”形式的不同，而结论 9 草案第 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(甲)项和(乙)项所述作准解释资料的嗣后协定和嗣后惯例与第三十二条所述作为补充解释资料的嗣后惯例⁶⁸³的一个要素是缔约方就条约解释达成的“协定”。正是缔约方的这种协定使第三十一条第三款所述的解释资料⁶⁸⁴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。⁶⁸⁵
- (3) 不同缔约方就条约表达的相互冲突的立场就排除了协定的存在。包括仲裁法庭在德国外债案中的裁决等都确认了这一点，该裁决称，通过管理机构的一系

⁶⁸² 见结论 4 草案的评注第(10)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第四章 C.2 节)。

⁶⁸³ 见结论 2 草案和结论 4 草案第 3 段(同上，A/68/10，第四章 C.1 节)。

⁶⁸⁴ 见 Crawford, 上文注 570, 第 30 页: “没有理由认为(乙)项中的‘协定’一词与(甲)项中的协定一词的含义有任何的不同”。

⁶⁸⁵ 见结论 1 草案的评注, 第(12)-(15)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10,第四章 C.2 节); 对第三十一条必须作“整体理解”，它将解释进程视为“一个综合的行动”，该条并“未确立一个解释条约的法律等级制度”，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 219 页第 8 段和第 220 页第 9 段。

列函件，无法得出“嗣后默认的理解”，因为其中一家机构即英格兰银行表达了不一样的立场。⁶⁸⁶

(4) 但是，只有在缔约方的立场相冲突的范围内并就缔约方的立场冲突持续的这一时期而言，才不存在协定。缔约方以不同的方式适用条约这一事实本身并不能够使人得出结论，认为就条约解释方面存在相互冲突的立场。这种不同可能说明对一个正确的解释存在不同意见，但也可能仅仅反映出一种共同理解，即条约允许在适用时行使一定范围的自由裁量权⁶⁸⁷。以全人类的考虑或其他总体人群利益为特点的条约，如关于人权或难民的条约往往意在有一个统一的解释，但也会为各国行使自由裁量权留出一定的斟酌空间。

(5) 一个或多个缔约方模棱两可的行为通常使人无法确认存在协定⁶⁸⁸，但是，并不是一国行为中不符合总体情况的每个要素都必然导致该国行为具有模糊性，以至于无法认定存在协定。例如，仲裁法庭在比格尔海峡案中认为，尽管缔约方在有一点上就条约解释存在不同意见，但这一事实并不必然说明无协定是永久性的：

“……同样，关于解决办法的谈判没有取得一个[解决办法]也很难说就有永久性的效力。就谈判过程中发生的行为而言，最多也可能只是临时性地使缔约方的行为失去了支持其对条约各自解释的实证价值。最多也就是这样了。”⁶⁸⁹

(6) 与此相似，在 *Loizidou* 诉土耳其案中，欧洲人权法院认为，缔约方对于其接受委员会和法院职能所规定限制的范围“通过缔约方的嗣后实践得到确认”，即“有证据显示一种惯例，表明缔约方基本普遍同意《公约》第 25 和第 46 条不允许作出领土或实质性的限制。”⁶⁹⁰ 法院在适用第三十一条第三款(乙)项时将“这种国家实践”称为“统一和一贯的”，虽然它同时也承认两个国家即有可能

⁶⁸⁶ 关于 1961 年和 1969 年德国马克升值是否构成适用 1953 年比利时、法国、瑞士、大不列颠和北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国关于德国外债的协定附件一 A 第 2 条(e)项条款问题案，1980 年 5 月 16 日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第三部分，第 67 页起，见第 103-104 页，第 31 段；并见世贸组织，上诉机构案例汇编，欧共体—电脑设备案，WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 1998 年 6 月 5 日，第 95 段；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案，1985 年 2 月 14 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第四部分，第 149 页起，见第 175 页，第 66 段。

⁶⁸⁷ 见结论 7 草案的评注，第(12)-(15)段。

⁶⁸⁸ 关于居住在法国的教科文组织退休官员所领退休金的征税制度问题，2003 年 1 月 14 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷第四部分，第 231 页起，见第 258 页第 70 段；R. Kolb, 上文注 643，第 16 页。

⁶⁸⁹ 阿根廷和智利比格尔海峡争端案，1977 年 2 月 18 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第 57 页起，见第 188 页，第 171 段。

⁶⁹⁰ *Loizidou*, 上文注 670，第 79 和 81 段。

构成例外。⁶⁹¹ 这一裁决表明，解释者(至少在《欧洲公约》下)在评估缔约方就一特定解释是否达成一致时有一定的斟酌余地。⁶⁹²

(7) 《维也纳公约》中的“协定”一词⁶⁹³ 并不意味着任何具体的形式要求，⁶⁹⁴ 包括第三十一条第三款(甲)项和(乙)项所述的“协定”⁶⁹⁵ 但是，委员会注意到，为了区分第三十一条第三款(甲)项所述嗣后协定和第三十一条第三款(乙)项所述“确定协定”的嗣后惯例，前者预先假定有“一次共同的行动”。⁶⁹⁶ 没有要求说第三十一条第三款(甲)项所述协定要公布或按《联合国宪章》第一百零二条的规定进行登记。⁶⁹⁷

(8) 就第三十一条第三款所述协定而言，缔约方就条约解释的立场恰好重合还不够，缔约方必须知悉并接受这些立场是共同的。因此，国际法院在卡西基里/塞杜杜岛案中要求，要使惯例属于第三十一条第三款(乙)项所规定的范围，“当局充分意识并接受它，作为对条约边界的认可。”⁶⁹⁸ 事实上，只有对其他缔约方关于条约解释立场的知悉和接受才能作为依据将第三十一条第三款(甲)项或

⁶⁹¹ 同上，第 80 和 82 段。该案不涉及对具体人权的解释，而是一国是否受《公约》约束的问题。

⁶⁹² 世贸组织争端解决机构较严格的判例认为，不同的解释者可能对问题作出不同的评价，(……)见美国——计算倾销差额(持续归零)的法律、条例和方法，WT/DS294/R，2009 年 2 月 4 日，第 7.218 段：“[……]即使已经确凿地确认，欧洲共同体所指全部 76 个成员国都采取了一种[特定的]惯例[……]，这也只能意味着有不少世贸组织成员国采取了与美国不同的办法。[……]我们注意到，在本诉讼中，有一个第三方提交了论述，反驳欧洲共同体的观点。”

⁶⁹³ 见第二条第一款(甲)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至四十一条、第五十八条和第六十条。

⁶⁹⁴ 结论 4 草案的评注第(5)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第四章 C.2 节)；常设仲裁法庭在孟加拉湾海洋边界仲裁案(孟加拉国诉印度)中确认了这一点，2014 年 7 月 7 日的裁决，见 http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=2705，第 47 页，第 165 段；Yasseen，上文注 538，第 45 页；Distefano，上文注 538，第 47 页。

⁶⁹⁵ 结论 4 草案的评注，第(5)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第四章 C.2 节)；Gardiner，上文注 4，第 208-209 页和第 216-220 页；Aust，上文注 604，第 213 页；Dörr，上文注 539，第 554 页，第 75 段；R. Gardiner，“关于条约解释的维也纳公约法则”，出自 D. B. Hollis 所编《牛津条约指南》(牛津，牛津大学出版社，2012 年)，475, 483。

⁶⁹⁶ 结论 4 草案的评注，第(10)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第四章 C.2 节)；“一次共同的行动”也可能包括交换信件，见欧洲分子生物实验室仲裁案(欧洲分子生物实验室诉德国)，1990 年 6 月 29 日，《国际法案例汇编》，第 105 卷，第 1 页起，见第 54-56 页；H. Fox，“《维也纳公约》第三十一条第三款(甲)项和(乙)项与卡西基里/塞杜杜岛案”，载于《条约的解释与〈维也纳条约法公约〉三十年》，M. Fitzmaurice、O. Elias 和 P. Merkouris 编，(Martinus Nijhoff, 2010 年)，第 63 页；Gardiner，上文注 538，第 220-221 页。

⁶⁹⁷ A. Aust，“非正式国际文书的理论与实践”，《国际法和比较法季刊》，总第 35 期，第 4 期(1986 年)，第 789-790 页。

⁶⁹⁸ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，国际法院案例汇编，1999 年，第 1045 页起，见第 1094 页，第 74 段(“马苏比亚部族对岛屿的占领”)和第 1077 页，第 55 段(“似乎从未为德国所知的伊森报告”)；Dörr，上文注 539，第 560 页，第 88 段。

(乙)项所述的协定定义为“作准的”解释资料。⁶⁹⁹在有些情况下，可以推定对其他缔约方立场的意识和接受，特别是对在国家层面上实施的条约而言。

(9) 第1段第二句的目的是重申就第三十一条第三款而言，“协定”本身无需是具有法律约束力的，⁷⁰⁰这与《维也纳公约》其他条款相反，其他条款是在“有法律约束力的文书的意义上使用协定一语。”⁷⁰¹

(10) 这一点也得到委员会的确认，委员会在条约法条款的最后草案中使用了“确立缔约方谅解[着重号]的任何嗣后惯例”这一说法。⁷⁰²“谅解”一词是说，第三十一条第三款所述“协定”并不要求缔约方由此承担或创造任何在条约之上或独立于条约之外的法律义务。⁷⁰³维也纳会议以“协定”一词取代“谅解”，并没有实质性的原因，而“仅仅涉及措辞问题”，用以强调缔约方的谅解是他们的“共同”理解。⁷⁰⁴第三十一条第三款(甲)项所述“协定”与第三十一条第三款(乙)项所述协定的区别仅仅在于形式而不是内容，同样不需要具有法律约束力。⁷⁰⁵

(11) 因此，缔约国通过嗣后协定或第三十一条第三款所述嗣后惯例对条约赋予一定含义⁷⁰⁶，或者换句话说，对条约采取一种特定的“谅解”⁷⁰⁷就足够了。第

⁶⁹⁹ 在这方面，确定第三十一条第三款(乙)项所述嗣后惯例可能比形成习惯国际法的要求更严格，见 *Boisson de Chazournes*, 上文注 543, 第 53-55 页。

⁷⁰⁰ 结论 4 草案的评注，第(6)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10, 第四章 C.2 节)；Ph. Gautier, 非约束性协定，《马克斯·普朗克国际公法百科全书》，可从网址 mpepil.com 查阅，第 14 段；M. Benatar, “从实证价值到作准解释：解释性声明的法律效力”，《比利时国际法丛刊》，第 44 期(2011 年)，第 170 页起，见第 194-195 页；Aust, 上文注 604, 第 213 页；Gardiner, 上文注 538, 第 217 页；见国际法委员会条约随时间演变研究组第三份报告，上文注 676, 第 307 页起，见第 375 页。

⁷⁰¹ 见第二条第一款(甲)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九至四十一条、第五十八和第六十条。

⁷⁰² 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 222 页，第 15 段。

⁷⁰³ 阿根廷和智利比格尔海峡争端案，1977 年 2 月 18 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第 53 页起，见第 187 页，第 169 段；德国外债仲裁案(比利时、法国、瑞士、联合王国和美国诉德国)，《国际法案例汇编》，第 59 卷(1980 年)，第 541-542 页，第 31 段；Karl, 上文注 539, 第 190-195 页；Kolb, 上文注 643, 第 25-26 页；Linderfalk, 上文注 539, 第 169-171 页。

⁷⁰⁴ 《联合国条约法会议正式记录》，第 169 页，见第 60 段(见上文脚注 540)；P. Gautier, “非正式协定与《维也纳条约法公约》”，载于《权利法与法权：Jean Salmon 纪念文集》N. Angelet 编(Bruylant, 2007 年)，第 425 页起，见第 431 页：“第 3 款所述系指解释性的协定，此处使用‘协定’是取其广义的意义，不一定与《维也纳公约》第二条定义的‘条约’相符。因此，解释性协定最终有可能是一个口头协定甚至是政治协定。”

⁷⁰⁵ Ph. Gautier, 上文注 700, 第 14 段；Aust, 上文注 604, 第 211、213 页。

⁷⁰⁶ 这一词汇遵循委员会《对条约的保留实践指南》中准则 1.2.(解释性声明的定义)的评注(见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》，A/66/10/Add.1, 第 69 页，第(18)和(19)段)。

⁷⁰⁷ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 221-222 页，第(15)和(16)段(在日后成为第三十一条第三款(甲)项和第三十一条第三款(乙)项的文字中均使用了“谅解”一语)。

第三十一条第三款(甲)项和(乙)项所述嗣后协定和嗣后惯例即使本身不具有法律约束力,但作为解释资料,它们仍然可以根据第三十一条的规定,作为解释过程的组成部分,产生法律影响。⁷⁰⁸ 据此,国际性的法院和法庭不要求第三十一条第三款所述“协定”反映缔约方有创立新的或另外的具有法律约束力的承诺的意向。⁷⁰⁹ 与此相似,有时谅解备忘录被承认为“有可能非常有助于解释”,但“不是独立的法律权利和义务的来源”。⁷¹⁰

(12) 另一方面,一些委员认为术语“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根据第 32 条考虑到不具法律约束力的谅解。

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

(14) 从一开始,委员会就承认,通过第三十一条第三款(乙)项所述嗣后惯例形成的“协定”可部分地源于一个或多个缔约方的沉默或不作为。委员会为了解释为何在第二十七条第三款(乙)项中使用“缔约方的谅解”一语(后来成为第三十一条第三款(乙)项中的“协定”)(见上文第 10 段)而没有使用“全体缔约方的谅解”的说法时指出:

“它认为,‘缔约方的谅解’一语自然是指‘全体缔约方’。避免使用‘全体’一词只是为了防止出现可能的误解,即每个缔约方必须作为个体介入这种实践,但只要它接受这一惯例就足够了。”⁷¹¹

⁷⁰⁸ 美国 - 联合王国希斯洛机场用户诉讼案,关于第一个问题的裁决,1992 年 11 月 30 日,《国际仲裁裁决汇编》,第二十四卷,第 3 页起,见第 131 页,第 6.7 段;Aust,“非正式国际文书的理论和实践”,上文注 697,第 787 和 807 页;Linderfalk,上文注 539,第 173 页;Hafner,上文注 615,第 110-113 页;Gautier,上文注 705,第 434 页。

⁷⁰⁹ 例如,“说明缔约方就解释达成协定的模式”,世贸组织,上诉机构案例汇编,日本 - 酒精饲料案二,WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 1996 年 10 月 4 日, E 节,第 13 页;或者“模式……必须暗示就相关条款的解释达成一致”,世贸组织,专题小组报告,欧共体 - 信息技术产品,WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 2010 年 8 月 16 日,第 7.558 段;或“体现就解释达成协定的惯例”,伊朗 - 美国索赔法庭,中间裁决第 ITL 83-B1-FT 号(反诉),伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国, Iran-USCTR, 第 38 卷(2004-2009 年),第 77 页起,见第 119 页,第 116 段;或“国家惯例”“表明缔约方没有任何谅解”;Bankovic,上文注 26,第 62 段。

⁷¹⁰ 美国 - 联合王国希斯洛机场用户诉讼案仲裁,关于第一个问题的裁决,1992 年 11 月 30 日,《国际仲裁裁决汇编》,第二十四卷,第 2 页起,见第 131 页,第 6.7 段;又见比利时王国和荷兰王国莱茵铁路公司案的仲裁裁决,2005 年 5 月 24 日,《国际仲裁裁决汇编》,第二十七卷,第二部分,第 35 页起,见第 98 页,第 157 段。

⁷¹¹ 《1966 年……年鉴》,第二卷,第 222 页,第 15 段。

(15) 国际法院也承认有可能经由沉默或不作为表示对解释的同意，法院在柏威夏寺案中称，一国在面对另一方某种嗣后行为的情况下，“如果显然当时情况要求在合理期限内作出某种反应”，则“必须认定该国已经默认了”。⁷¹² 法院对于就通过嗣后惯例解释条约确立协定的目的而言沉默作用的这一总体立场在后来的裁决中也得到了确认⁷¹³，并得到大多数法学著作的支持。⁷¹⁴ “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。⁷¹⁵

(16) 法院对比格尔海峡案的仲裁⁷¹⁶ 讨论了阿根廷的主张，即智利对某些岛屿的管辖行为不能作为相关的嗣后行为，因为阿根廷未对这些行为作出反应。但法院认为：

“《维也纳公约》中并未明确协定可以采取的表现形式。在本案中，管辖的行为不是为了确立独立于条约规定之外的所有权来源；也不能象智利的理解，认为其违反了这些规定。证据支持的观点是，这些行为是公开的，为阿根廷所熟知，它们只能来自于条约。在这种情况下，阿根廷的沉默就允许得出结论，认为这些行为旨在确认独立于管辖行为本身之外的对条约含义的解释。”⁷¹⁷

在同一案件中，仲裁法院认为：

“(如法院业已表明的那样)，仅仅是印制一些地位和价值极其令人怀疑的地图(尽管其确实代表阿根廷的官方观点)不能够排除或阻止智利采取一些

⁷¹² 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情实质，判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 23 页。

⁷¹³ 又见石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，国际法院案例汇编，1996 年，第 803 页起，见第 815 页第 30 段；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事活动和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，管辖权和可否受理问题，判决，国际法院案例汇编，1984 年，第 392 页起，见第 410 页第 39 段；公诉人诉 Furundžija，审判庭，判决，1998 年 12 月 10 日，ICTY-95-17/1，第 179 段；Rantsev，上文注 662，第 285 段；较慎重的立场，见：世贸组织，上诉机构案例汇编，欧共体——鸡块案，WT/DS269/AB/R，WT/DS286/AB/R，2005 年 9 月 12 日，第 272 段；又见，对于控股有限公司，伊朗—美国索赔法庭，第 30-16-3 号裁决，RayGo Wagner 设备公司诉伊朗快递公司，Iran-USCTR，第 2 卷(1983 年)，第 141 页起，见第 144 页；德国外债仲裁案(比利时、法国、瑞士、联合王国和美国诉德国)，1980 年 5 月 16 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第三部分，第 67 页；《国际法案例汇编》，第 59 卷(1980 年)，第 541 页，第 31 段。

⁷¹⁴ M. Kamto，上文注 631，第 134-141 页；Yasseen，上文注 538，第 49 页；Gardiner，上文注 538，第 236 页；Villiger，上文注，616，第 431 页，第 22 段；Dörr，上文注 539，第 557 和 559 页，第 83 和 86 段。

⁷¹⁵ 例如，当在国际组织的框架内行动时，见关于 1995 年 9 月 13 日《临时协定》的适用案(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊)，2011 年 12 月 5 日的判决，《2011 年国际法院案例汇编》，第 644 页起，见第 675-676 页，第 99-101 段；Kamto，上文注 631，第 136 页。

⁷¹⁶ 阿根廷和智利比格尔海峡争端案，1977 年 2 月 18 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第二部分，第 53 页。

⁷¹⁷ 同上，见第 187 页，第 169(a)段。

行动，显示该国对自身根据 1881 年条约所具有权利的观点，如果阿根廷认为这些行动违反条约的话，仅靠出版地图本身也不能免除阿根廷就智利的行动作出反应的必要性。”⁷¹⁸

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

“其中有些活动——开展公共保健和教育、治安、司法——通常可视为“主权”行为。但是，法院注意到，因喀麦隆在本地区有事先存在的所有权，法律上要作的相关考查是是否有证据显示喀麦隆默认将所有权移交给尼日利亚。”⁷¹⁹

(18) 这一判决表明，在涉及确立划定边界的条约案中，只有在非常特殊的情况下才要求针对违反条约的行为作出反应。在这种情况下，似乎有一种强有力的推定，即沉默或不作为不构成对惯例的接受。⁷²⁰

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

(20) 例如，国际性的法院和法庭不太愿意接受以下观点，即议会程序或国内法庭判决可视为第三十一条第三款(乙)项所述的嗣后惯例，对此条约其他缔约方需要作出反应，即使是此类程序或判决是经由其他渠道包括通过本国的外交部门引起其注意的情况。⁷²¹

(21) 此外，即使当一方通过行动就条约解释对另一方(或几方)表达特定立场时，这也不一定要求另外一方或几方作出反应。在卡西基里/塞杜杜岛案中，国际法院认为，对于接受各方委任就某一争端事项确定特定事实情况的联合专家委员会的结论，如果一国没有对其作出反应，并不能由此作为依据，得出结论认为有关方面已就争端达成协定。⁷²² 法院认为，当事方认为专家的工作仅仅是一

⁷¹⁸ 同上。

⁷¹⁹ 喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参与诉讼)，判决，国际法院案例汇编，2002 年，第 303 页见起，见第 352 页，第 67 段。

⁷²⁰ 同上，见第 351 页，第 64 段：“但是，法院指出，鉴于法院已经认定，乍得湖的边界已经划定……自然，事实上必须对尼日利亚的任何行动的效力进行评价，评价其作为违法行为的法律后果”；边界争端，判决，国际法院案例汇编，1986 年，第 554 页起，见第 586 页，第 63 段；几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案，1989 年 7 月 31 日的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷第二部分(Bedjaoui 法官的不同意见)，第 119 页起，见第 181 页第 70 段。

⁷²¹ 利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚/马来西亚)，判决，国际法院案例汇编，2002 年，第 625 页起，见第 650 页第 48 段；世贸组织，上诉机构案例汇编，欧共体—鸡块案，WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005 年 9 月 12 日，第 334 段(“……仅仅是能够查阅一个公布的判决不能等同于接受……”)。

⁷²² 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，国际法院案例汇编，1999 年，第 1045 页起，见第 1089-1091 页，第 65-68 段。

个准备阶段，以便今后在政治层面上作出另外的决定。就更一般的情况而言，世贸组织上诉机构认为：

“在特定情况下，根据当时的具体情形，对条约特定缔约方的‘没有反应’或沉默可以理解为接受了条约其他缔约方的惯例。当没有参与一项惯例的缔约方主动或被动地知悉其他缔约方的惯例(如经过通知或参加讨论惯例的一个论坛)而没有对此作出反应时，就可以视为上述的一种情况。”⁷²³

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

“法庭承认，不仅是西非地区，也包括世界其他一些地区，有些国家的国内法对在本国专属经济区捕鱼的外国船只的装载量作出了规定，与几内亚比绍相似。法庭进一步注意到，对于此类法律并没有明示的反对意见，而且这些法律一般上都得到遵守。”⁷²⁴

(22) 面对条约某一缔约方的嗣后惯例，沉默或不作为在法律上的重要性并不限于构成可能的基本共同协定，也可能有助于非基于同意规则的适用，如禁止反言、排除或指示。⁷²⁵

(23) 第三十一条第三款(甲)项和(乙)项所述缔约方之间的协定在确立后，将来也可能终止。缔约方可以第三十一条第三款下具有不同范围或内容的另外一个协定加以取代。在这种情况下，新的协定取代以前的协定，成为从生效之日起作准的解释资料，至少效力持续到将来。⁷²⁶但是，对于这种情况，不能轻易地推定国家通常不会根据短期考虑改变其对条约的解释。

(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抵赖通过共同解释所产生的合法预期。⁷²⁷另一方面，一个缔约方对以前通过共同惯例产生的谅解明确拒绝“确实在很大程度上削弱了惯例此后的重要性”，但没有削弱以前的共同惯例的重要性⁷²⁸

⁷²³ 世贸组织，上诉机构案例汇编，欧共体—鸡块案，WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 2005年9月12日，第272段(脚注略)。

⁷²⁴ 维吉尼号案(巴拿马/几内亚比绍)，2014年4月14日的判决，第218页。

⁷²⁵ 联合国的特定费用(《宪章》第十七条第二项)，1962年7月20日的咨询意见，国际法院案例汇编，1962年，第130-131页(Spender法官的不同意见)。

⁷²⁶ Hafner, 上文注 615, 第 118 页；这不意味着第三十一条第三款所述协定的解释性效力并不一定追溯到条约生效之日，如 Yasseen(上文注 538, 第 47 页)所主张的那样。

⁷²⁷ Karl, 上文注 539, 第 151 页。

⁷²⁸ 海洋争端(秘鲁诉智利)，国际法院，2014年1月27日的判决，第52页，第142段。见 www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf。

结论 10

在缔约国大会框架内通过的决定

1. 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机构成员而行事的情况不在此列。
2. 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和可适用的议事规则。根据情况，这种决定可明确或间接地体现第三十一条第三款(甲)项所称的嗣后协定，或产生第三十一条第三款(乙)项或第三十二条所称的嗣后惯例。在缔约国大会框架内通过的决定通常为执行条约提供了非排他性的一系列可行选择。
3. 在缔约国大会框架内通过的决定只要表达了缔约国之间就条约解释达成的实质性协议，则不论决定以何种形式和程序通过，包括经协商一致通过，均体现第三十一条第三款所称的嗣后协定或嗣后惯例。

评注

(1) 结论 10 草案涉及国家达成第三十一条第三款所述嗣后协定或嗣后惯例或第三十二条所述嗣后惯例的一个具体的行动形式，即在缔约国大会框架下作出的决定。⁷²⁹

(2) 各国通常利用缔约国大会作为多边条约的审查和实施持续进程的一种行动方式。⁷³⁰ 这种大会可粗略地分为两个基本类别。第一，此类大会事实上是国际组织的一个机关，缔约国在大会中以机关成员的身份采取行动(如世界贸易组织缔约方会议、禁止化学武器组织或国际民用航空组织)。⁷³¹ 此类缔约方大会不属于结论 10 草案的范畴，结论 10 不涉及国际组织及其之中的嗣后惯例。⁷³² 第二，其他缔约国大会依照条约召集，条约并未规定设立国际组织；仅规定缔约国举行定期或不定期的会议，以审查和实施条约。此类审查会议是缔约国就条约

⁷²⁹ 其他说法包括：缔约方会议或缔约国大会。

⁷³⁰ 见 V. Röben, “缔约国大会(会议)”, 载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》, 第二卷, R. Wolfrum 编(伦敦大学出版社, 2012 年), 第 605 页; R. R. Churchill 和 G. Ulfstein, “多边环境协定中的自治机构安排: 国际法中极少受到注意的一个现象”, 《美国国际法期刊》, 总第 94 期, 第 4 期(2009 年), 第 623 页; J. Brunnée, “处理同意问题: 多边环境协定下的法律制订”, 《Leiden 国际法期刊》, 总第 15 期, 第 1 期(2002 年), 第 1 页; A. Wiersema, “新的国际法制订者? 多边环境协定的缔约方大会”, 《Michigan 国际法期刊》, 第 31 期, 2009 年, 第 231 页; L. Boisson de Chazournes, “最后的环境条约”, 《环境政策和法律》, 总第 39 期, 第 6 期(2009 年), 第 293 页。

⁷³¹ “设立世界贸易组织协定(世贸组织协定)”(《联合国条约集》, 第 1867 卷, 第 31874 号), 1994 年在马拉喀什缔结; 《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》(《化武公约》)(《联合国条约集》, 第 1974 卷, 第 33757 号), 1993 年开放供签署; 《国际民用航空组织公约》(芝加哥公约)(《联合国条约集》, 第 15 卷, 第 102 号), 1944 年在芝加哥签署。

⁷³² 设立国际组织的条约的嗣后协定和嗣后惯例将是另一份报告讨论的主题。

进行合作和开展嗣后行动的框架。这两种缔约国大会都有可能具备有关修正和/或调整条约的特定权力。例如，1972 年《生物武器公约》审查会议进程，⁷³³ 1968 年《不扩散条约》第八条第 3 款规定的审查会议，⁷³⁴ 和国际环境条约所设立的缔约方大会。⁷³⁵ 依照《国际捕鲸管制公约》成立的国际捕鲸委员会⁷³⁶ 是界于这两类缔约方会议之间的一个例子， 国际法院在南极捕鲸案 的判决中考虑了它的嗣后惯例。⁷³⁷

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

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

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

⁷³³ 《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》(《化学武器公约》)，1972 年(《联合国条约集》，第 1015 卷，第 14860 号)，第十一条。按照这个机制，缔约国在审查会议中须“审查本公约的实施情况，以保证本公约序言的宗旨和各项条款……正在得到实现。此项审查应考虑到任何与本公约有关的科学和技术的新发展”(第十二条)。

⁷³⁴ 1968 年《不扩散核武器条约》(《联合国条约集》，第 729 卷，第 10485 号)；第八条第 3 款规定，在条约生效后会议五年，应举行审查会议，此后，如有此决定，应每隔五年另行召集这种会议，“审查本条约的实施情况，以保证本条约序言的宗旨和本条约的各项条款正在得到实现”。通过这种决定，缔约国逐条审查《不扩散核武器条约》的实施情况，并就后续行动拟订结论和建议。

⁷³⁵ 例证包括《联合国气候变化框架公约》，1992 年(《联合国条约集》，第 1771 卷，第 30822 号)，作为《联合国气候变化框架公约京都议定书》(《京都议定书》)(1997 年《联合国条约集》，第 2303 卷，第 30822 号)缔约方会议的《公约》缔约方会议和《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》(《拉姆萨尔公约》，1971 年(《联合国条约集》，第 996 卷，第 14583 号)缔约方会议。

⁷³⁶ 该公约常常被称为设立了一个国际组织，但事实上并没有这么明确，它为国际捕鲸委员会提供了符合关于缔约国会议当前定义的特点。

⁷³⁷ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，国际法院，2014 年 3 月 31 日的判决，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>。

开展各种行动，包括审查条约实施情况，审查条约本身，并通过修正程序作出决定。⁷³⁸

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

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

(7) 不同条约中所载具体条款请缔约方会议提议实施条约具体条款的“准则”⁷³⁹或定义条约机制的“相关的原则、方式、规则和指南”。⁷⁴⁰

(8) (广义的)修正程序包括条约主要案文的修正程序(修正结果大多要求缔约国按照组织程序加以批准)以及默认接受和选择退出程序⁷⁴¹，后者通常适用于附件，其中载有需定期更新的物质、物种或其他要素清单。⁷⁴²

(9) 首先，第2段规定，在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于有关条约和可适用的议事规则。“主要”一词为辅助规则“除条约另有规定外”(例见《维也纳条约法公约》第十六条、第二十条、第二十二条第一款、第二十四条、第七十条第一款和第七十二条第一款)留出了余地。“任何”一词是澄清说明，缔约国大会如有议事规则的话也将适用，因为也有一些情况，即缔约国大会在没有专门通过的议事规则的情况下运作。⁷⁴³

⁷³⁸ 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》：关于审查职能的第6条第1款和关于修正的第10条之二；《联合国气候变化框架公约》：关于审评权力的第七条第2款和关于修正第十五条；《京都议定书》，关于作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议审评权力的第十三条第4款，关于修正程序的第二十条；《濒危野生动植物国际贸易公约》(《联合国条约集》，第993卷，第14537号)，关于缔约国审查会议的第十一条和《不扩散核武器条约》关于修正程序的第十七条；《世界卫生组织烟草管制框架公约》(《联合国条约集》，第2302卷，第41032号)，第23条第5款(审查权力)、第28条(修正)和第33条(议定书)。

⁷³⁹ 《世界卫生组织烟草管制框架公约》第7条和第9条。

⁷⁴⁰ 《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和Ulfstein，上文注730，第639页；J. Brunnée，“重新构建国际法架构？环境框架协定中的同意模式”，载于R. Wolfrum和V. Röben所编《条约制订方面的国际法发展》(Berlin, Springer, 2005年)，第110-115页。

⁷⁴¹ 见J. Brunnée，“条约的修正”，载于D.B. Hollis所编，《牛津条约指南》(牛津，牛津大学出版社，2012年)，第354-360页。

⁷⁴² 同上。

⁷⁴³ 例如，《联合国气候变化框架公约》就是这样。

(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述用于条约解释的嗣后协定或嗣后惯例。在缔约国大会框架内通过的决定可履行一个重要职能，即确定缔约国对于条约含义的共同理解。

(11) 缔约国大会的决定除其他外，可构成或体现第三十一条第三款(甲)项所述的嗣后协定，缔约国通过这些协定来解释基本的条约。例如，《生物武器公约》审查会议就公约条款的解释定期通过了“谅解和补充协定”。这些协定由缔约国在审查会议框架内通过协商一致获得通过，协定“从条约的所有条款发展出来，解决可能出现的具体问题”。⁷⁴⁴ 通过这些谅解，缔约国通过界定、明确或阐述条款的含义和范围并通过条款实施指南来解释条约的条款。《生物武器公约》履约和支助股⁷⁴⁵ 将“补充协定”定义为：

- (一) 解释、定义或阐述公约某一条款的含义或范围；或
- (二) 就某一条款如何实施提供指导、准则或建议。⁷⁴⁶

(12) 与此相似，《伦敦倾废公约》缔约国会议通过了解释《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(甲)项，缔约方之间的嗣后协定可以在解释条约时加以考虑。这一条没有规定载有这种解释的嗣后协定的特定形式。这似乎是说，只要意向是明确的，解释可采取各种形式，包括在缔约方会议上通过的决议，甚至是在缔约方会议简要记录中记录下来的一项决定。⁷⁴⁷

(13) 同样，世界卫生组织(卫生组织)法律顾问在更一般的意义上指出：

⁷⁴⁴ 见 P. Millett, “《化学武器公约》：保障二十一世纪的生物安全”，《冲突和安全法期刊》，总第 15 期，第 1 期(2010 年)，第 33 页。

⁷⁴⁵ “履约和支助股”由缔约国会议创立，以便为公约提供行政支持，并加强缔约国之间的信任建设措施(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 19-20 页)。

⁷⁴⁶ 见履约和支助股提交的背景资料文件，由公约缔约国第七次审查会议编写，标题为“以前的审查会议就公约每一条款达成的补充协定”(BWC/CONF.VII/INF.5)(更新版，增加了会议达成的谅解和协定，2012 年，日内瓦)。

⁷⁴⁷ 议程项目 4(海洋富氧化)，秘书处关于解释性决议决定的程序性规定的提交材料：海事组织法律事务处的意见(国际海事组织，第 LC 33/J/6 号文件，第 3 段)。

“作为由《烟草控制框架公约》全体缔约方组成的最高机构，缔约方会议无疑代表《维也纳公约》第三十一条中所述的“缔约方就解释条约达成的嗣后协定”。”⁷⁴⁸

(14) 评论者也认为缔约方会议的决定可能体现嗣后协定⁷⁴⁹，并指出：

“此类声明本身不具有法律约束力，但可以具有法律上的重要意义，特别是作为条约的作准解释资料。”⁷⁵⁰

(15) 国际法院就《国际捕鲸管制公约》设立的国际捕鲸委员会的作用指出：

“《公约》第六条称，“委员会可不定期地就涉及鲸或捕鲸以及本公约目标和宗旨的任何事项向任何或全体缔约国政府提出建议”。这些建议可采取决议的形式，没有约束力。但是，如果它们经由协商一致或一致投票而获得通过，则对于解释公约或其时间表具有意义。”⁷⁵¹

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

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

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

(18) 在第三次审查会议(1991年)上，缔约国明确规定⁷⁵²

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

(19) 《蒙特利尔议定书》第四条第9款引发了关于“非本议定书缔约国的国家”定义的一场辩论。根据第四条第9款

⁷⁴⁸ 见《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方会议，关于烟草制品非法贸易议定书的政府间谈判机构，“主席关于烟草制品非法贸易议定书的修正案文和一般性辩论：关于议定书范围的法律咨询意见”，卫生组织法律顾问关于烟草制品非法贸易议定书范围的说明（世界卫生组织文件 FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC/6, 附件）；S. F. Halabi, “世界卫生组织烟草控制框架公约：对缔约方会议所通过的指南的分析”，《格鲁吉亚国际和比较法期刊》，第39期，2010年，第14-16页。

⁷⁴⁹ D. H. Joyner, 《解释核不扩散条约》(牛津，牛津大学出版社，2011年)，第83页(关于不扩散条约)；Aust, 上文注604，第213-214页。

⁷⁵⁰ B. M. Carnahan, “条约审查会议”，《美国国际法期刊》，总第81期，第1期(1987年)，第229页。

⁷⁵¹ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，国际法院，2014年3月31日的判决，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>，第46段。

⁷⁵² 《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第三次审查会议最后声明(BWC/CONF.III/23, 第二部分)。

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

(20) 关于氢氟碳化合物(或称 HCFCs)，两项相关的修正即“北京修正案”和“哥本哈根修正案”规定了义务，从而引发对一国为成为“非本议定书缔约国的国家”是否必须没有加入这两项修正案的问题。缔约国会议决定

“非本议定书缔约国的国家”包括所有尚未同意受《哥本哈根修正》和《北京修正》约束的其他国家和区域经济一体化组织。”⁷⁵³

(21) 默认接受程序导致的行为⁷⁵⁴ 本身虽然不是第三十一条第三款(甲)项所述缔约方的嗣后协定，但它们除了条约规定的主要效力外，在有些情况下可以暗示存在这样一种嗣后协定。有一个例子涉及 1972 年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(《伦敦公约》)缔约方会议的某些决定。⁷⁵⁵ 在 1993 年举行的第十六次会议上，缔约方磋商会议以《公约》规定的默认接受程序通过了对附件一的三项修正。⁷⁵⁶ 这样的话，这些修正并非嗣后协定。但是，它们确实暗示对基本条约本身的广泛的解释。⁷⁵⁷ 这些修正所指及其依据是三年前举行的磋商会议通过的一项决议，其中确立了缔约方的协定，即“《伦敦倾倒公约》是处理向

⁷⁵³ 详情见《北京修正案》各方在《蒙特利尔议定书》关于氢氟碳化合物的第四条下承担义务的第 XV/3 号决定，《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(《联合国条约集》，第 1522 卷，第 26369 号)；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, chap. XVIII.A.)。

⁷⁵⁴ 见以上第(8)段。

⁷⁵⁵ 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(《伦敦倾倒公约》)，(《联合国条约集》，第 1046 卷，第 15749 号)。

⁷⁵⁶ 见缔约国伦敦第十六次磋商会议，决议 LC.51 (16)和 LC.50 (16)；首先，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(见“向海洋倾倒：《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》的发展(LC)，1972 年”，《聚焦国际海事组织》(伦敦，国际海事组织，1997 年 7 月)。

⁷⁵⁷ 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”(见 Churchill 和 Ulfstein, 上文注 730,第 638 页)。

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”。⁷⁵⁸ 该决议被称为“实际扩展了《公约》下‘倾倒’的定义，决定该词包括从海上向海床中或海床下而不仅是通过管道从陆地上倾倒废物的作法”。⁷⁵⁹ 这样一来，修正案确认，解释性声明包括了有关条约解释的一个嗣后协定。

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

“在不影响任何多边环境协定的前提下，《巴塞尔公约》第 17 条第 5 款的含义应解释为意指该修正案生效所要求的是得到在通过修正案之时缔约方总数的四分之三国家的接受，同时指出对第 17 条第 5 款的这一解释不要求任何缔约方批准《禁止议定书》。”⁷⁶⁰

缔约方以协商一致方式通过了关于第 17 条第 5 款解释的这个决定，当时许多缔约国强调指出，任何公约的缔约方会议是“关于公约解释的最高机构”。⁷⁶¹ 虽然这样说是意味着，决定体现第三十一条第三款(甲)项所述的缔约方的一个嗣后协定，但在作出这一决定前也进行了辩论，即是否必须对公约作出正式修正案才能达成这一结果。⁷⁶² 还应当指出，日本要求在会议报告中写入本国立场，称该国代表团“支持对于解释条约有关修正案生效条款的当前时段的做法，也就是联合国法律事务厅作为保存人提供的咨询意见中叙述的办法⁷⁶³，并且只是在这一具体情况下接受印度尼西亚—瑞士牵头倡议的决定中阐述的固定时段的做法。”⁷⁶⁴

(23) 前述例子表明，缔约方会议的决定可能在特定情形下体现第三十一条第三款(甲)项所述的嗣后协定，也可能引起第三十一条第三款(乙)项下所述的嗣后

⁷⁵⁸ 国际海事组织，决议 LDC.41 (13)，第 1 段。

⁷⁵⁹ Churchill 和 Ulfstein，上文注 730，第 641 页。

⁷⁶⁰ BC-10/3：印度尼西亚—瑞士牵头的改进《巴塞尔公约》效力的倡议，载于《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》缔约方会议第十次会议报告(哥伦比亚卡塔赫纳，2011 年 10 月 17 日至 21 日)，UNEP/CHW.10/28，见第 31 页。

⁷⁶¹ 同上，第 65 段。

⁷⁶² 见 Günther Handl，“缔约方会议和其他有政治授权机构的‘国际法律制订’”，载于《国际法在条约形成方面的进展》，Rüdiger Wolfrum 和 Volker Röben 编(Springer 2005 年)，第 127 页起，见第 132 页。

⁷⁶³ 联合国法律顾问所赞成的“当前时段的做法”规定，“当条约对此事项未作规定或比较模糊时，秘书长的惯例是以交存对修正的每份接受文书时条约缔约方的数目来计算接受国的数目。”见法律厅 2004 年 3 月 8 日备忘录摘要，载于 <http://www.basel.int/TheConvention/Overview/Amendments/Background/tabid/2760/Default.aspx>。

⁷⁶⁴ 巴塞尔公约缔约方会议的报告，上文注 760，第 68 段，加着重号。

惯例，如果不反映缔约方的协定，也可能引起第三十二条所述其他的嗣后惯例。但是，对缔约方会议一项决定的特点必须始终仔细地加以确定。为此目的，应结合缔约方会议决定的总体文字、其目的和宗旨以及适用的方式对所选择术语的特定性和明确性予以考虑。缔约方通常不希望此类决定具有任何特定的法律意义。

(24) 结论 10 草案第 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惯例。事实上，缔约国大会常常不是明确地以解决或处理条约解释问题为目的。

(25) 卫生组织《烟草管制框架公约》缔约方会议的决定提供了一个例子。⁷⁶⁵ 该公约第 9 条和第 10 条分别涉及烟草制品成分的管制和对于披露此类制品成分信息的管制。缔约国承认此类措施需要分配大量的财政资源，故而在实施第 9 条和第 10 条的“实际考虑”的标题下商定了“缔约国可考虑使用的一些选择”，如

- “(a) 指定的烟草税；
- (b) 烟草生产和/或进口许可费；
- (c) 烟草产品登记费；
- (d) 烟草批发商和/或零售商许可证制度；
- (e) 对烟草行业和零售商征收的违规罚款；和
- (f) 每年的烟草业管理费(烟草业和零售商)。”⁷⁶⁶

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

(26) 这样一来，缔约方会议的决定可以具有不同的法律效力。此类决定往往并不是为了本身体现第三十一条第三款(甲)项所述的嗣后协定，因为它们不是作为关于解释条约的一种陈述。在另外一些案例中，缔约方充分明确地指出，缔约方会议的决定体现缔约方就解释条约达成的协定。还有一些情况，此类决定可能产生一种法律效力，结合到在条约下合作的一般性义务，就使缔约方“有义务”对此类决定“给予应有的注意”。⁷⁶⁷ 在任何情况下，都不能简单地说，由于条约

⁷⁶⁵ 2003 年卫生组织《烟草管制框架公约》，2302 U.N.T.S. 166。

⁷⁶⁶ FCTC/COP4(10)：执行卫生组织《烟草管制框架公约》第 9 条和第 10 条的部分指南(管制烟草制品成分和管制烟草制品披露)，附件，卫生组织《烟草管制框架公约》第 4 次缔约方会议通过(乌拉圭埃斯特角，2010 年 11 月 15 日至 20 日)。

⁷⁶⁷ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，国际法院，2014 年 3 月 31 日的判决，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, para. 83。

没有赋予缔约方会议作出有法律约束力决定的职能，因此它们的决定必须在法律上没有什么意义，只能构成政治承诺。⁷⁶⁸

(27) 归根结底，缔约方会议决定的效力取决于每个具体案件的具体情况，对这些决定也需要加以正确的解释。一个适用的考虑可能是，缔约方是一致或在没有质疑的情况下适用缔约方会议决定所解释的条约。在缔约方会议后出现不一致的惯例可能就表明各国并没有推定这一决定系第三十一条第三款(甲)项所述的嗣后协定。⁷⁶⁹但是，不能作为第三十一条第三款(甲)项所述嗣后协定或第三十一条第三款(乙)项所述嗣后惯例的那些缔约方会议的决定仍有可能构成第三十二条所述补充的解释资料。⁷⁷⁰

(28) 第 3 段列出了以下原则，即第三十一条第三款所述关于条约解释的协定必须涉及到条约的内容。因此，重要的是缔约方会议决定所体现的协定的内容，而不是达成这一决定的形式或程序。缔约方会议的行为可能具有不同的形式和特点，并可能是源于不同的程序。缔约方会议有可能甚至在没有正式通过的议事规则的情况下举行。⁷⁷¹如果缔约方会议的决定是基于全体缔约方都参加的一致投票，则其有可能明确体现第三十一条第三款(甲)项所述的“嗣后协定”，只要该协定是“关于条约之解释”的。

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

“审查会议的任务是审查公约实施情况，以期确保公约序言和条款的宗旨得到实现。因此，为加强公约的效力，应当尽一切努力以协商一致的办法

⁷⁶⁸ 同上，第 46 段。

⁷⁶⁹ 见上文结论 9 草案的评注第(22)-(23)段。

⁷⁷⁰ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，国际法院，2014 年 3 月 31 日的判决，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>(临时法官 Charlesworth 的不同意见，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”)。

⁷⁷¹ 《气候公约》缔约方会议暂时适用 FCCC/CP/1996/2 号文件所载议事规则草案，但有关“投票”的规则 42 的草案例外，因为迄今为止尚未就其中列出的两种投票替代办法中的一种达成一致，参阅缔约方会议第一届会议报告(1995 年 3 月 28 日至 4 月 7 日)(FCCC/CP/1995/7)，第 8 页，第 10 段；缔约方会议第十九届会议报告(2013 年 11 月 11 日至 23 日)(FCCC/CP/2013/10)，第 6 页，第 4 段；同样，《生物多样性公约》缔约方会议没有通过议事规则中规则 40 的第 1 段(投票)，“因为缔约方对于就实质性事项作出决定所需的多数无法达成共识”，《生物多样性公约》缔约方会议第十一次会议报告(2012 年 10 月 8 日至 19 日)(UNEP/CBD/COP/11/35)，见第 21 页，第 65 段。

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。”⁷⁷²

这种表述业已成为关于缔约方会议实质性决策程序的标准表述，只有细微的差异。

(30) 为解决对于以协商一致方式通过决定的关切，在第 3 段的中间包括了“包括经协商一致通过”一语，以消除一种观念，即通过协商一致作出的决定必然等同于实质性的一致意见。事实上，协商一致这一概念并不必然表明就实质事项达成任何程度上的协定。按照联合国秘书处法律事务厅依照联合国大会第 60/286 (2006)号决议发布的“关于某些程序性问题的评论”：⁷⁷³

“协商一致通常被解释为一个作出决定的进程，以没有正式反对意见也不通过正式投票的方式作出决定。但是，协商一致并不一定体现说，在实质性事项上意见“完全统一”。协商一致是用来说明一种做法，即为取得总体一致意见而尽一切努力，没有代表团明确反对所记录下来的协商一致意见。”⁷⁷⁴

(31) 这样一来，以协商一致通过并非第三十一条第三款(乙)项所述协定的充分条件。缔约方会议议事规则通常并不表明决议 作为第三十一条第三款(甲)项所述嗣后协定或第三十一条第三款(乙)项所述嗣后惯例的可能的法律效力。这种议事规则只能决定缔约方会议如何通过其决定，而不能确定其作为第三十一条第三款所述嗣后协定的可能的法律效力。尽管第三十一条第三款(甲)项所述嗣后协定不必有这样的约束力，《维也纳公约》只在缔约方就条约解释存在实质性协定的情况下才赋予这种协商一致以第三十一条下的法律效力。国际法院已经确认，在这种情况下，集体性决定的形式与对于实质的一致意见之间的区别是有关系的。⁷⁷⁵

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

(33) 例如，在 2002 年举行的《生物多样性公约》缔约方会议第六次会议上，缔约方会议着手拟订防止、引入和减轻威胁生态系统、栖息地和物种的侵入性物

⁷⁷² 见 1980 年 3 月 3 日至 21 日在日内瓦举行的《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国审查会议临时议事规则中规则 28 第 2 段 (BWC/CONF.I/2)。

⁷⁷³ 见大会 2006 年 9 月 8 日关于振兴大会的第 60/286 号决议，它要求联合国秘书处“提供有关本组织政府间机构规则和做法的行使和惯例，供公众查询”(第 24 段)。

⁷⁷⁴ 见秘书处编写的文件“联合国实践中的协商一致：概论”。载于 http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf；并见 R. Wolfrum 和 J. Pichon，“协商一致”，载于《马克斯·普朗克国际公法百科全书》(www.mpepil.com)，第 3-4 段，第 24 段。

⁷⁷⁵ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，国际法院，2014 年 3 月 31 日的判决，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>，第 83 段。

种的指导原则。⁷⁷⁶ 在几次争取达成一致意见的努力失败后，缔约方会议主席建议通过决定，在会议最后报告中记录澳大利亚提出的保留。但是，澳大利亚的代表重申，不能接受指导原则，“因此他的正式反对意见仍然存在”。⁷⁷⁷ 主席宣布结束辩论，并“遵照已有惯例”，宣布决定未经投票获得通过，并澄清说反对国家的反对意见将反映在会议最后报告中。在通过决定之后，澳大利亚重申其观点，即协商一致是指在没有正式反对意见的情况下获得通过，并对决定草案通过的合法性表示关切。因此，第 VI/23 号决定的一个脚注指出“有一名代表在本决定通过过程中提出了正式反对意见，并强调指出，他不认为缔约方会议可在有正式反对意见的情况下合法地通过一项动议或案文”。⁷⁷⁸

(34) 在这种情况下，《生物多样性公约》执行秘书请联合国法律顾问提供法律意见。⁷⁷⁹ 联合国法律顾问的意见⁷⁸⁰ 表达了这样一种观点，即一个缔约方可以“不参与文件的实质或案文，表示加入协商一致并不构成对文件实质或案文或其中一部分的接受，并且/或者就本国政府对于文件实质或案文的立场提出任何其他限制(……)。”⁷⁸¹ 因此，显然通过协商一致取得决定可以在一个或多个缔约方反对决定实质内容的前提下发生。

(35) 在《生物多样性公约》下作出的决定和 2010 年《气候变化公约京都议定书》缔约方会议在坎昆达成的一项类似决定(尽管有玻利维亚的反对意见)，⁷⁸² 提出了“协商一致”是指什么的重要问题。⁷⁸³ 但是，对于不属于本专题讨论范围的这个问题，必须与是否条约全体缔约方就第三十一条第三款(甲)项和(乙)项所述条约解释的事项达成实质性一致意见的问题区分。缔约方会议不能体现全体缔约方就实质问题达成一致意见的决定不能作为第三十一条第三款所述的协定，但可能作为第三十二条所述“其他嗣后惯例”的一种形式(见结论 4 草案第 3 段)。

(36) 另一个问题涉及当缔约方会议的决定符合第三十一条第三款下所述协定的情况时其法律效力的问题。2011 年，海事组织法律事务处收到要求，要“向理

⁷⁷⁶ 见第 VI/23 号决定 (UNEP/CBD/COP/6/20, 附件一)。

⁷⁷⁷ 《生物多样性公约》缔约方会议第六次会议报告(UNEP/CBD/COP/6/20)，第 313 段。

⁷⁷⁸ 同上，第 318 段；讨论情况见第 294-324 段。

⁷⁷⁹ 存于《生物多样性公约》秘书处，SCBD/SEL/DBO/30219 号文件(2002 年 6 月 6 日)。

⁷⁸⁰ 同上。

⁷⁸¹ 同上，UNEP/SCBD/30219R 号文件(2002 年 6 月 17 日)。

⁷⁸² 见关于《坎昆协议》的第 1/CMP.6 号决定：附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组第十五届会议的工作结果；第 2/CMP.6 号决定：作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议通过的坎昆协议：土地利用、土地利用的变化和林业(FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1)；和作为《京都议定书》缔约方会议的《公约》缔约方会议纪要(FCCC/KP/CMP/2010/12)，第 29 段。

⁷⁸³ 见“国际法委员会条约随时间演变研究组第三次报告”，上文注 676，第 372-377 页。

事机构[……]就关于解释性决议作出决定的程序性要求提供咨询意见，具体说来，此类决定是否需要协商一致。”⁷⁸⁴ 法律处在答复中申明，缔约方会议的决议原则上可以构成第三十一条第三款(甲)项所述的嗣后协定，同时向理事机构建议，即使会议基于协商一致通过一项决定，这也不能意味着这一决定对全体缔约方有约束力。⁷⁸⁵

(37) 尽管海事组织法律处的意见是来自一个错误的假定，即第三十一条第三款(甲)项所述“嗣后协定”只能“作为一项条约或其修正案”有约束力⁷⁸⁶，但它得出的是一个正确的结论，即即使缔约方会议的协商一致决定体现关于解释的一项协定，但在实质上，它并不(必然)对全体缔约方有约束力。⁷⁸⁷ 相反，正如委员会指出的那样，第三十一条第三款(甲)项所述的嗣后协定只是在解释过程中予以考虑的不同的解释资料中的一项。⁷⁸⁸

(38) 因此，缔约方会议以协商一致方式通过的解释性决议即使本身不具有约束力，也仍然可以成为第三十一条第三款(甲)项所述的嗣后协定或第三十一条第三款(乙)项所述的嗣后惯例，条件是有充分的情况表明这是缔约方在通过决定时的意向，或缔约方的嗣后惯例确立了对于解释条约的一个协定。⁷⁸⁹ 解释者在第三十一条第三款(甲)项下对这种解释性决议给予应有的权重，但不一定视其为有法律约束力。⁷⁹⁰

⁷⁸⁴ 国际海事组织，LC 33/4 号文件，第 4.15.2 段。

⁷⁸⁵ 国际海事组织，LC 33/J/6 号文件，第 3 段。

⁷⁸⁶ 同上，第 8 段。

⁷⁸⁷ 见结论 9 草案的评注，上文第(9)-(11)段。

⁷⁸⁸ 结论 2 草案的评注，第(4)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第四章 C.2 节)。

⁷⁸⁹ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本：新西兰参与诉讼)，国际法院，2014 年 3 月 31 日的判决，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>，(Greenwood 法官的不同意见，第 6 段和 Charlesworth 临时法官的不同意见，第 4 段)。

⁷⁹⁰ 结论 2 草案的评注，第(4)段《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第四章 C.2 节)。

第八章 保护大气层

A. 引言

77. 委员会第六十三届会议(2011 年)决定将“保护大气层”专题列入其长期工作方案⁷⁹¹。这是委员会根据该届会议工作报告附件 B 所载录的建议⁷⁹²作出的决定。大会 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⁷⁹³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 次至第 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,找出有关基本概念,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

⁷⁹¹ 《大会正式纪录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 365-367 段。

⁷⁹² 同上,第 315-329 页。

⁷⁹³ 《大会正式纪录,第六十八届会议,补编第 10 号》(A/68/10),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、谨慎原则、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“弥补”条约制度存在的缺陷;(c) 与外层空间有关的问题,包括外层空间的划界问题,不在专题的范围之内;(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。”

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，并向委员会具体保证说，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”的，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尔裁决的经典案例，最后到现代环境法作为专门研究领域在随后一些年具体成形的过程，包括在 20 世纪 70 年代《斯德哥尔摩宣言》的通过。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方面，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，尽管针对每一个区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，他还介绍了其报告所载的三条一般性指南草案，分别涉及：(a) “大气层”这一术语的定义，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；⁷⁹⁴ (b) 指南草案的范围，⁷⁹⁵ 这将包括处理涉及将有害物

⁷⁹⁴ 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。”

⁷⁹⁵ 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。”

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) 大气层的法律地位，⁷⁹⁶ 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) 一般评论

85. 委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，委员们也十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，或力求对项目的方向进行引导，使之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，委员会已经把特别报告员置于一个不可持久的位置上，在谅解的参数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

⁷⁹⁶ 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。”

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，即查明现有的一般国际环境法原则，不论是基于习惯法的或还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. 好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 and 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，而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，从而制定出该项目的总体目标，并确定存在的主要问题，包括应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。与其像特别报告员在其报告里所喜欢的那样，侧重于将大气层视为一个全球性单一单元及其保护问题，有人提出，应注意的是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的活动。这种替代方法所侧重的不是大气层本身，而是国家和对各国和其他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，这些部分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为人类造福。

92. 另一个涉及方法问题的关切是，特别报告员处理了各种法律渊源并认为这些渊源与专题的审议有关并以这些渊源为依据，但有委员指出，有时候，特别报告员几乎完全依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，但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案例法如何与专题发生关系

及如何与特别报告员想要解决的问题产生关联，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，委员会将有机会接触科学界，实际上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”这样的术语。

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，直接涉及大气层问题，如远距离跨界污染、臭氧消耗和气候变化的各项条约并没有界定“大气层”。同样，《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、案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割出来单说，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。⁷⁹⁷ 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，包括触及划界问题，而通过的 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

⁷⁹⁷ 见 <http://www.antarctica.gov.au/about-antarctica/environment/atmosphere/studying-the-atmosphere/hydroxyl-airglow-temperature-observations/climate-change-in-the-mesosphere>.

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打算影响空气空间根据适用的国际法而具有的法律地位，但提议的定义包括了大气层的物理特性，即含蓄表示了空气空间的上限。

99. 还有人提议，一方面须牢记 2013 年谅解，另一方面，为指南草案目的，须定义“空气污染”、“臭氧消耗”、“气候变化”以及“保护”等概念。

(c) 对指南第 2 条草案“指南的范围”的评论

100. 尽管一些委员发现指南第 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，因为污染的来源地往往与发生不利后果的地方并非同一地方。为此，有人建议，制定指南草案的适用范围时应铭记，范围可能覆盖三个空间维度，即领土、跨界和全球性，侧重点应在后两个方面。一直以来，对于大气层退化问题，由于不可能总是查明原因和来源，因此有人提出，宜于从寻求限制有害物质的立场来处理保护问题，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环境的影响，但另有人表示，这一项既过于宽泛，也过于狭窄，因为它似乎覆盖各种可以想象的人类活动，而同时在这项的后半部分里，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殊制度来规范的。另一种意见认为，(a)分段因使用“有害物质”或“重大有害影响”等术语，有误导性，因为它也似乎深入到了关于物质的问题中。为了纠正这种缺陷，有人建议重写该条指南草案，使之更为笼统，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”便具有限制性，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有用，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、不妨碍污染者付费原则、谨慎原则、共同但有差别责任等问题，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，这么做不会损害这些原则在国际法中的地位。

(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基于被视作一个法律概念的人类共同关切这一概念上。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，为充分证明特别报告员在该条指南草案里提出的主张和政策选择，需要做更多的工作。具体就方法来说，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，这条草案相对于各国的权利和义务而言将大气层视作完整的或统一的，这与惯例不符。从海洋法及案例法(如特雷尔冶炼厂案裁决)来看，这些委员认为，须从主权和控制的角度的角度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，即把能确定位置的损害归于损害发生所在地国家，或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，即使采用海洋法的模式，但在这一领域仍然出了问题，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说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惯例或在任何案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案文，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。一些问题就产生了：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无意中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，“人类共同遗产”概念为什么不能理想化，不要“深远影响的体制制度，用于控制开采权和收益的分配”，而这样的制度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 年教科文组织《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》，两者均提到“人类共同遗产”，但没有复杂的体制结构。实际上，另一些委员责怪特别报告员相当快地排除将“人类共同遗产”概念应用到大气状况的可能性，但特别报告员没有提供令人信服的理由。

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，即使空气空间根据适用的国际法具有的法律地位不会受到该条指南草案的影响，但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. 鉴于国际法院在审判纸浆厂案⁷⁹⁸时指出，每当提议的活动有可能在跨界背景下产生较大不利影响时，须进行环境影响评估并且必须将此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。

⁷⁹⁸ 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 82-83 页，第 204 段。另见国际仲裁法院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审理的印度河水域吉申甘加河仲裁事项，2013 年 2 月 13 日部分裁决，可从 www.pca-cpa.org 查阅(访问日期为 2014 年 5 月 27 日)。

114. 有人还建议，委员会在处理与公平有关的考虑时，可以借鉴的《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则 6⁷⁹⁹、9⁸⁰⁰ 和 11⁸⁰¹ 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案文。

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。

118. 特别报告员还指出，在他的报告第 92 段，他提供了一个围绕该专题开展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，第 1 条有意拟订成为条款草案的目的而可用的一个工作定义，是出于实际需要而提出来，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

⁷⁹⁹ 原则 6 案文如下：

为了保证不使生态环境遭到严重的或不可挽回的损害，必须制止在排除有毒物质或其他物质以及散热时其数量或集中程度超过环境能使之无害的能力。应该支持各国人民反对污染的正义斗争。

⁸⁰⁰ 原则 9 案文如下：

由于不发达和自然灾害的原因而导致环境破坏造成了严重的问题。克服这些问题的最好办法，是移用大量的财政和技术援助以支持发展中国家本国的努力，并且提供可能需要的及时援助，以加速发展工作。

⁸⁰¹ 原则 11 案文如下：

所有国家的环境政策应该提高，而不应该损及发展中国家现有或将来的发展潜力，也不应该妨碍大家生活条件的改善。各国和各国国际组织应该采取适当步骤，以便就应付因实施环境措施所可能引起的国内或国际经济后果达成协议。

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并应为之负责。他表示怀疑的是，澳大利亚政府的南极计划在中间层进行的“气候变化”研究涉及“太阳通量”，即测量太阳在相同时间内的活动，其是否与气候变化有具体联系。按照《气候变化公约》所采用的气候变化定义，气候变化指检测到的“气候的自然变异之外，由于直接或间接的人类活动改变了地球大气的组成而造成的气候变化”。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。不过，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。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国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引起跨界损害的条款草案中这样用过。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《海洋法公约》中的定义。在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，大气层本身不是但保护大气层是一项共同关切。其范围有意保持狭窄，适用于建立保护大气层的合作框架，而不是建立共同拥有或管理大气层。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，则至少是不切实际的。

第九章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

123. 委员会在第五十九届会议(2007 年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案，并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。⁸⁰² 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。⁸⁰³

124. 特别报告员提交了三份报告。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。⁸⁰⁴ 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。⁸⁰⁵

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，第六十二届会议收到了她的第二次报告。⁸⁰⁶ 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上暂时通过了三条草案及其评注。⁸⁰⁷

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 次至第 3222 次会议上审议了该报告。

⁸⁰² 2007 年 7 月 20 日第 2940 次会议(《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 376 段)。大会 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议第 7 段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议上(2006 年)，委员会已根据其报告附件 A 中所载建议(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 257 段)将本专题列入其长期工作方案。

⁸⁰³ 同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 386 段。秘书处编写的备忘录见 A/CN.4/596 和 Corr.1 号文件。

⁸⁰⁴ A/CN.4/601(初步报告)、A/CN.4/631(第二次报告)和 A/CN.4/646(第三次报告)。

⁸⁰⁵ 见《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 207 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 343 段。

⁸⁰⁶ A/CN.4/654(初次报告)和 A/CN.4/661(第二次报告)。

⁸⁰⁷ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 48 和第 49 段。在 2013 年 6 月 7 日第 3174 次会议上，委员会收到起草委员会的报告暂时通过了三条草案，在 2013 年 8 月 6 日和 7 日第 3193 次至第 3196 次会议上通过了其评注。

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，着重分析了与主观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，考虑了可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术语困难，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、条约惯例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观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 日第 3240 至第 3242 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的条款草案的评注(见下文 C.2 节)。

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。⁸⁰⁸

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员对另一国刑事管辖享有的豁免。
2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免，特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

⁸⁰⁸ 第 1、第 3 和第 4 条草案的评注见《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 49 段。

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。

第三部分**属事豁免****第 5 条****享有属事豁免的人员**

国家官员在以此种身份行事时，对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

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。委员会好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。⁸⁰⁹ 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，这两个词都可以看到。⁸¹⁰ “国家官员”或简单的“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，从定义上讲，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详尽无疑的名单，包含属事豁免涵盖的所有个人。出于同样的原因，委员会认为在一个条文草案里拟订这种豁免所适

⁸⁰⁹ 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”(《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号(A/68/10)》，第 48 段，第 52 页)。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)。

⁸¹⁰ 下列多边条约使用了这两个词语：《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》；《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 至第 97 段。

用个人职务的指示性名单也是不可能或不合适的。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并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案例法中：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；总法务官和检察长；国家安全机构首长；前情报局局长；海事局局长；联邦国家的总法务官及各种低级别官员(检察官及其法律助手、总法务官办公署的侦探以及国家机构律师)；各种级别的军官、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。⁸¹¹

(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”。⁸¹²

⁸¹¹ 见：若拉(Joola)号游轮受害者家庭协会，上诉法院刑事庭(法国)，2010年1月19日的判决；琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部，上议院(联合王国)，2006年6月14日的判决；国库司法代表诉马耳他海事当局和 Carmel X，上诉法院刑事庭(法国)，2004年11月23日的判决；Schmidt诉联合王国政府内政大臣，最高法院(爱尔兰)，1997年4月24日的判决；山达基教会案，联邦最高法院(德国)，1978年9月16日的判决；Teodoro Nguema Obiang Mangue等人案，巴黎上诉法院，第二预审厅(法国)，2013年6月13日的判决；A.诉瑞士总检察长办公室、B.和C.，联邦刑事法院(瑞士)，2012年7月25日的判决；Regina诉Bartle和市警察局长等人，皮诺切特缺席一案，上议院(联合王国)，1999年3月24日的判决；Khurts Bat诉德国联邦法院调查法官，高等法院王座法庭行政庭(联合王国)，2001年7月19日的判决；检察官(米兰法院)诉Adler等人，米兰法院第四刑事法庭(意大利)，2010年2月1日的判决；美利坚合众国诉Noriega，第十一巡回区上诉法院(美国)，1997年7月7日的判决；起诉边防警卫案，联邦最高法院(德国)，1992年11月3日的判决；In re Doe案，美国第二巡回区上诉法院，1988年10月19日的判决；R.诉R.诉兰贝斯法官，Yusufu缺席案，高等法院分庭(联合王国)，1985年2月8日的判决；已故Zahra (Ziba) Kazemi的遗产和Stephan (Salman) Hashemi诉伊朗伊斯兰共和国、Ayatollah Ali Khamenei、Saeed Mortazavi和Mohammad Bakhshi，高等法院商事分庭(加拿大)，2011年1月25日的判决；上诉人Ali Saadallah Belhas等人诉Moshe Ya'alon，哥伦比亚巡回区上诉法院(美利坚合众国)，2008年2月15日的判决；Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar等人诉Avraham Dichter，纽约南区法院(美国)，2007年5月2日的判决；A、B、C、D、E、F和处境类似的其他人、Wei Yu和Hao Wang诉江泽民和处理法轮功问题办公室(6/10办公室)，伊利诺伊州北区法院，东部分庭(美国)，2004年9月8日的判决；Jaffe诉Miller和其他人，安大略州上诉法院，1993年6月17日的判决；以及Rukmini S. Kline等人诉Yasuyuki Kaneko等人，纽约州最高法院(美国)，1988年10月31日的判决；刑事事项互助的若干问题(吉布提诉法国)案，判决，《2008年国际法院判例汇编》，第177页；Jones和其他人诉联合王国，第34356/06和第40528/06号申诉，欧洲人权法院2014年1月14日的判决；检察官诉Tihomir Blaškić，IT-95-14-AR 108，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭，1997年10月29日的判决。

⁸¹² 《大会正式记录，第六十五届会议，补编第10号》，A/68/10，第48段，第52页。

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。⁸¹³

(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”。这是关于确定官员的标准的简单明了的说法，⁸¹⁴ 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。⁸¹⁵ 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”。⁸¹⁶ 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“三巨头”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，单独提到代表国家，以此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诸如国家元首涵盖进来，他们通常不履行严格意义上的国家职能，但他们确实是代表国家的。

(11) “国家职能”必须从广义上理解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”、“主权利力”、“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

⁸¹³ 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”(《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第 49 段，第 70 页)。

⁸¹⁴ 见 A/CN.4/673, 第 111 段，第 37 页和特别报告员最初提出的该条草案(同上，第 143 段，第 53 页)。

⁸¹⁵ 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(《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》，第 49 段，第 53 页)。

⁸¹⁶ 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(《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 10 号》，第 49 段，第 58 页)。

何，在委员会工作的现行阶段，应在尽量广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”两词不得被解释为是对豁免的时间范围的任何表述。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款草案讨论的问题。

(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。委员会认为这种关系可有许多形式，具体取决于国家立法和每个国家的惯例。但大多数委员会委员认为，对这种关系的解释不能太广泛，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”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唯一目的无关。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较高或相当高的职位，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实质范围。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) 关于术语问题，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”一词适于指本条草案提到的所有类别人员。因此，各语文本中使用的不同词语并无任何语义方面的重要意义。相反，为了本条草案的目的，每个语文本中使用的各词语含义相同，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需要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草案使用的术语“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术语。没有列出实际享有豁免的人员，而是在属事豁免情况下，提到了“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。⁸¹⁷

(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，⁸¹⁸ 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，而是因为他们是在任期间以此种身份行事。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实质范围和时间范围的草案中对这一问题予以更广泛的讨论，该条草案将仿照第 4 条草案拟订。

⁸¹⁷ 见上文第 2 条草案(e)项的评注第(1)-(16)段。

⁸¹⁸ 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”(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第 48 段，第 52 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 49 段，第 70 页)。

(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“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。⁸¹⁹

⁸¹⁹ 见第 3 条草案的评注第(13)段(《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，A/68/10，第 49 段，第 66 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·伍德先生为特别报告员。⁸²⁰ 在该届会议上,委员会收到特别报告员的说明(A/CN.4/653)。⁸²¹ 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。⁸²²

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(A/CN.4/663)以及秘书处关于本专题的一份备忘录(A/CN.4/659)。⁸²³ 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 日第 3222 至第 3227 次会议上审议了该报告。

136. 在 2014 年 7 月 18 日第 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 日第 3242 次会议上,起草委员会主席介绍了起草委员会“国际习惯法的识别”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。⁸²⁴

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”)。

⁸²⁰ 在 2012 年 5 月 22 日举行的第 3132 次会议上(《大会正式记录,第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 157 段)。大会在 2012 年 12 月 14 日第 67/92 号决议第 7 段中赞赏地注意到委员会决定将该专题列入其工作方案。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 A 所载的提议(《大会正式记录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 305 段至第 314 段)列入其长期工作方案。

⁸²¹ 《大会正式记录,第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 157 段至第 202 段。

⁸²² 同上,第 159 段。

⁸²³ 《大会正式记录,第六十八届会议,补编第 10 号》(A/68/10),第 64 段。

⁸²⁴ 见 www.un.org/law/ilc。

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预期成果。结论草案范围的广度和限度是结论草案 1 的主题，⁸²⁵ 有些术语对工作目的而言或许应该界定，它们载于结论草案 2。⁸²⁶ 报告接着直达第二部分主题的核心，即识别习惯国际法的基本方法。⁸²⁷ 结论草案 3 明确阐述了两个基本方法，结论草案 4 是关于为此而进行证据评估的一般性规定。⁸²⁸ 后两个部分分别对这两个要素进行论述。第三部分载有关于“一般惯例”的性质和证据的五个结论草案，即惯例的作用(结论草案 5)、行为归属(结论草案 6)、惯例的形式(结论草案 7)、权衡与惯例有关的证据(结论草案 8)和惯例必须具备普遍性和一贯性(结论草案 9)。⁸²⁹ 然后在第四部分

⁸²⁵ 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(强制法)所涉问题的方法。

⁸²⁶ 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) ……

⁸²⁷ 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。

⁸²⁸ 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。

⁸²⁹ 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惯例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

国家惯例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

惯例的形式

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”。⁸³⁰

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

(注 829 续)

1. 惯例可具有多种形式。惯例既包括实际行动,也包括言语行动。
2. 惯例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、与条约有关的惯例以及与国际组织的机关和会议的决议有关的行为。
3. 不作为也可用作惯例。
4. 国际组织的行为(包括不作为)也可用作惯例。

结论草案 8

权衡与惯例有关的证据

1. 惯例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惯例。如果国家各机关不用一个声音讲话,应赋予其惯例较低的权重。

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,就是说必须足够普及和有代表性。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。

⁸³⁰ 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。
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、国际法领域的官方出版物、条约实践以及与国际组织机关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。

“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制法的问题。

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，该方法在国家实践以及在国际上的法院和法庭，包括在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。他还回顾了在国际法某些领域方面的意见，如对国际人权法和国际人道主义法的意见：一要素，即法律确信，也许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，在不同领域或者在不同类型的规则方面实施两要素方法，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，该术语比“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，他还承认，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表明，促成习惯国际法规则的创建或表述的，主要是国家实践。草案部分地缩小了国际法院判例法的用语。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。

143. 报告还以较多的篇幅论述了所谓的“惯例的表现形式”，即可能与确定“某一一般惯例”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，惯例即可包括口头行为，也可包括实际行为。第二，惯例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惯例的形式。第三，列出的许多惯例形式也可以作为接受为法律的证据。第四，国际组织各机构的条约惯例和决议构成两个重要的惯例形式，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，某些国际组织的惯例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，在各种形式的惯例之间没有预先确定的等级，应该注意某一国家的所有现有惯例。此外，惯例必须具有普遍性和一贯性，要有普遍性，惯例必须有充分广的范围，并具有代表性，尽管不必具备普适性。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惯例。

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。使一个普遍惯例被接受为法律，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，因为该拉丁语现在仍有争议。

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，这种接触可以有惯例表明，或者通过惯例来推导出，但要强调的是，不管怎样，实质性要素是不同于“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，需要另外编制结论草案，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不完整的指示性清单。

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投入和支持，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投入。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惯例的作用、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、评估惯例和接受为法律的证据的任务、应对评估国家惯例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 年的第三次报告中列入第六委员会 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. 特别报告员的大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，会议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，在本专题的范围方面产生了问题。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参考习惯国际法规则的形成过程。一些委员还对没有详细论述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. 若干委员强调，确定这一领域的国家惯例有其难度，但特别报告员努力从世界各地的实践中进行搜索，受到了赞扬。鉴于使惯例更加易于获得和提供至关重要，会议认为应该再次请各国就它们在国际法的识别方面的惯例，以及载有有关国家惯例的摘要和其他出版物等方面的资料。尽管在弄清国家惯例方面有困难，但一些委员仍提醒说不要仅仅依赖国际法院的司法判例，而忽视其他的更为专门的国际法院和法庭的司法判例。

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，即：在某一规则是否存在的争议中，举证责任是否由声称或否定这项规则的一方来承担？以及法官是否应该对证据的认定采取肯定性步骤？

153. 会议普遍支持特别报告员提议的未来工作方案。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时效问题。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. 关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”的定义问题，会议交换了意见。若干委员对这些定义是否有必要或适当表示怀疑，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，会议在两个问题上进行了广泛的辩论，就这种定义是否以《国际法院规约》第 38 条第 1 款(丑)项的措词为基础，以及是否采用“法律确信”的表述这两个问题，会议有不同的意见。若干委员支持该定义以《规约》的用语为基础，而有些委员则指出，这种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达方法，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”)不等同于“同意”或国家的愿望，而是意味着相信正在沿循一项特定惯例，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. 会议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，其不同可能是在实施两要素方法方面的差别，而不是截然不同的方法。

157. 在特别报告员下次报告审议这两个要素之间的相互作用之前，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的存在，而不是时间顺序的存在。

158. 关于评估被接受为法律的一般惯例的证据问题，对结论草案 4 提出的“必须考虑到有关背景，包括周围情况”等用语存在着不同的意见。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惯例的现实方面也提出

了一个问题，会议指出，对国家惯例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各条约中寻找的。

(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，首先是国家惯例促进了习惯国际法规则的创立……”，存在着一系列的不同意见。会议建议澄清这种用语，以确切表明谁的惯例适用于确定是否存在“一般惯例”，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实体的惯例，而不是国家的惯例。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惯例。还有的委员认为，国际组织的惯例只是在它反映了国家惯例的时候才相关。但是，还有的委员同意特别报告员的意见，即：国际组织的惯例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等领域，因为在这些领域中，国际组织的惯例特别相关。

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与识别习惯国际法规则的关系的建议。如果国际组织的惯例可能有关系，有些委员就要求审议这种惯例可能会采取哪种确切的惯例。有些委员还认为，非国家行为者的惯例，如果有的话，也值得对这种作用进行研究。

161. 关于行为的归属问题，若干委员建议修订结论草案 6 中提出的用语，因为它大量依赖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，有关的惯例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惯例。在这方面也提出了以国家名义行事的非国家行为者的行为是否构成有关的惯例的问题。

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，若干委员欢迎将口头行为与实际行为一起列入，虽然有些委员要求对有关的口头行为作澄清。关于是否口头行为本身就可以产生“一般惯例”？口头行为是否必须用文字转录可重复发生？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口头行为，如承认和抗议等外交行为。还有委员建议明确提及行政行为。最后就向国际法院和法庭作为国家惯例提出的诉讼是否相关的问题进行了讨论。

163. 关于将“不作为”作为一种惯例列入的问题，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不作为使人感兴趣的具体条件，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，不作为或沉默可能会有不同的意义，取决于不作为是否涉及某项限制性规则或国家没有亲自介入的他方的惯例。

164. 关于权衡惯例的证据问题，就结论草案 8 中的一句话，即“惯例的各种不同形式之间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，一国某些机构的惯例与其他机构的惯例比其他机构更重要，还有的委员指出，不同的机构或多或少有权反映国家的国际立场。会议建议，在评估一个机构的惯例时，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管理。

165. 关于一国国内惯例的不一致是否应减少对该国惯例的重视程度这一相关问题，有些委员认为，这种不一致是物质性的，而另有若干委员认为，下级机构之间或者其本身的惯例有冲突，这不应该影响国家惯例整体上的证据价值。会议还表示关注，结论草案 8 提议的关于这种内部不一贯的用语，其规定性特强，会阻碍识别进程的灵活性。

166. 会议还建议在确定惯例的形式是否能适用于识别习惯国际法规则的目的中应考虑其他标准。例如，会议认为，有效的惯例应该是公共性质的，符合国内法的，而且与所涉规则的内容有某种联系。

167. 也有委员认为，惯例必须是普遍性的，与建立习惯国际法规则相一致，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“足够普及”等词语需要作进一步阐述和澄清。一些委员还认为，结论中应采用“一样”或“基本一样”等词语以及惯例的频率或重复。最后，会议表示对于何时将异常惯例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在一边的问题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”的概念受到的争论相当大。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；作为如此，所有国家的惯例无论是作为或不作为，也同样重要。会议提请注意国际法院在这个问题上有限的司法判例，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，特别受影响的国家的惯例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政或者惯例是否足够普遍的一种方式。最后，会议表示，特别受影响的国家的作用(如果有的话)应该予以澄清，包括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，应该讨论一个国家想改变现有规则的异常惯例的作用。

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概念。若干委员认为，作为一种通常情况，应法律

强制而接受为惯例，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。会议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，这样才能确立一规则。还有的委员建议作为法律确信的潜在证据探讨国际组织决议的作用。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 所提供的证据形式以外，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，应该进一步澄清对表明接受为法律的惯例与其他行为如何作区别的问题进行进一步的澄清。最后，会议建议，红十字国际委员会和专业组织和司法工作者在评估主观要素方面的作用应给予某种程度的注意。

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”继续广泛的予以支持，指出两要素的时间问题及其相互关系应该予以进一步的审议。他还指出，委员会会普遍同意，在这个专题方面征求指导意见的主要材料质疑是一些国际法院和国际法庭的裁定。关于本专题的结果问题，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际指南，以协助实践者履行识别国际法的任务，这将在指南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因素。

173. 特别报告员表明，这种实际指南应该采取一套简洁而稳健全面的结论草案的形式，而且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. 会议再次强调国家就它们的惯例与习惯国际法的关系所提交的材料以及关于国内摘要和有关出版物方面的资料的重要性。特别报告员表明委员会应该向国家提出这方面的请求。

175. 关于计入谁的一般惯例的一般性问题，特别报告员承认，较明确的说法是：结论草案首先提到的是国家惯例。另一方面，他强调说，至少是某些国际组织在某些领域，如与条约的关系，特权和豁免或者国际组织的内部法律等等的惯例，是可以不予以考虑的。

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，这些困难并不一定因辩论期间提出的其他提案而被克服。他强调说，该结论的用语应表明，其目的是说明结论草案不是要识别习惯国际法的主观规则，而是要确定识别这种规则的方法。特别报告员还重申他对在结论草案 2 中，而不是在评注中保留提议的定义是否有必要表示怀疑。

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，这种用语比其他通用的表达法也许更适合，因为它为除了国家惯例以外的惯例和主观要素的大概念留出了余地。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，在不同领域识别国际法方面有不同的方法，但他也承认对不同类型的规则仍然可以不同的方式适用基本方法。

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，该术语的使用是为了强调国家惯例的突出作用，同时为考虑国际组织的惯例留出余地。

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. 会议欢迎结论草案 7 第 1 和第 2 段所受到的广泛支持，特别是在同时列入语言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. 关于一个国家内惯例的形式和相互冲突的惯例之间能否有等级的问题，特别报告员明确表示，重点是放在没有“预先确定的”等级上，但他肯定不会建议下级机构的行为与高一级机构的惯例具有同等的权重。

182. 特别报告员欢迎结论草案 9 受到的广泛支持，但他也承认在关于“特别受到影响的国家”的提法方面引起了辩论。他解释说，这一段的用语小心谨慎，他的用意不是建议将某些强国的惯例看作是习惯国际法规则形成的基本要素。所涉的国家可以有不同的规则，这一表述所指的并非任何具体的国家。

183. 关于两项结论草案中“被接受为法律”的问题，特别报告员认为这两个草案的起草应该更好的与关于“一般惯例”的结论草案的用语相一致。他还表示，所谓的同一行为作为惯例的证据被“双重计入”的问题，将予以进一步研究，因为委员会委员表达了不同的意见。

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、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政局问题的必要性以及相关的举证责任问题。

185. 特别报告员承认，他计划在 2016 年提交最后报告并载入修订的结论草案和评注，这个计划可能太大，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，根据起草委员会本届会议临时通过的结论草案的情况，这些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。⁸³¹

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 和 Corr.1)，委员会在 2014 年 7 月 18 日至 25 日第 3227 至 3331 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应采取的措施(分别为第二阶段和第三阶段)。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听取的意见、各国在大会第六委员会表达的意见，以及各国应委员会 2013 年报告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，这些义务和原则可能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，预防原则和进行环境影响评估等义务在国际人道主义法中存在相似义务，但这些规则远远不同于和平时期的义务。下一份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”等用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，该报告包括一项对涉及本专题的武装冲突现有规则的分析，以及这些规则与和平时期的义务之间的关系。该报告还将纳入提议的准则、结论或建议，涉及一般性原

⁸³¹ 委员会 2013 年 5 月 28 日第 3171 次会议的决定。《大会正式纪录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 167 段。专题的提纲，见同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，附件 E。

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。2016年的后续报告将侧重冲突后的措施，还有可能纳入数量有限的准则、结论或建议，涉及合作、共享信息和最佳做法以及赔偿措施。特别报告员指出，由各国提交的、重点介绍国家法律的资料以及与其他国际和区域实体的磋商，仍然可发挥辅助作用。

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，由于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法律实体就是环境本身，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。

(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。首先，一些委员指出，不同的时间阶段将如何体现为一项连贯的最后成果尚不清楚。一些委员在制定准则或提出结论时指出，保持不同阶段之间的严格分界线很难，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) 哪些规则和原则可根据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实质性讨论。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，就应纳入对武器问题的审议。一些委员认为应酌情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。讨论强调不应完全忽视这类问题，尤其是因为这方面的工作纳入了人权视角。另一观点认为，这些问题是否与本专题直接相关还有待探讨。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，因此不应受到忽视。

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，纳入这一问题表明有必要开展研究，以确定非国家行为者是否受到武装冲突法律的约束，或受到第一和第三阶段所查明的义务的约束。

(c) 术语的使用

200. 为指导讨论制定暂定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”这些用语的可能定义交流了意见。是否最终在工作成果中纳入这些用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。⁸³² 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。⁸³³ 而另一些委员则认为，仅将显示出最低组织程度要求的武装团体之间的冲突定为武装冲突的限制过于严格。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”的暂定定义，讨论建议委员会首先确定环境是否具有法律性质。一些委员回顾了报告中对这一用语的定义，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”中采纳的定义并非国际接受的定义。一些委

⁸³² 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，案件编号 IT-94-1-A72，公诉人诉 Duško Tadić a/k/a “Dule”，上诉分庭，对辩方就管辖权问题提出中间上诉的请求所做的裁决，1995 年 10 月 2 日，第 70 段。

⁸³³ 见《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日(联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号)，第八条第(二)款(f)项；一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书(第二议定书)，1977 年 6 月 8 日(联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17513 号)，第一条第二款。

员认为，暂定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”等用语予以澄清。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. 报告中关于国家惯例、国际组织惯例和委员会此前工作的信息受到欢迎。一些委员指出，各国提供进一步信息和材料对该专题的工作至关重要。具体而言，讨论认为，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管辖尚存在疑问，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，说明从事该领域工作的国际和区域组织的做法，尤其是在维和行动和保护平民方面的做法。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，作为专题的一部分，委员会应试图决定“可持续发展”或“预防原则”究竟是否是国际法一般性原则或规则。反之，一种普遍意见认为，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其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，委员会通过的《关于武装冲突对条约的影响条款草案》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条约所载且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环境原则。一些委员要求进一步澄清与武装冲突相关的预防原则的内容及其运用情况。另一意见认为，既然一般国际法之下存在预防原则，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。一些委员的立场认为，武装冲突法律是特别法，因此，与预防相关的义务即来自该法的义务。

209. 讨论对报告中查明的某些其他原则与武装冲突的关系提出质疑。一些委员不认为可持续发展与该专题相关。类似疑问还涉及“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。有人支持制定一些准则，要求各国作为军事规划的一部分编写环境影响评估。有人指出，国际法院发现，一般国际法要求跨界工业活动开展这类评估。⁸³⁴

(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。一些委员认为，国际人权法对本专题的用途有限，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《非洲人权和人民权利宪章》中规定的享有总体令人满意的环境的集体权利。⁸³⁵ 有人建议开展一项实质性分析，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观点，他们指出，土著人民与环境之间存在特殊关系。

(g) 今后的工作方案

212. 特别报告员建议在第二份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，这一建议得到广泛支持。

213. 关于工作成果的问题，一些委员支持制定务实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由哪些内容组成。

3. 特别报告员的总结

214. 特别报告员重申，初步报告的目的在于征求有关和平时期的义务，尤其是有关环境和人权法义务的意见，然后再着手编写第二份报告，以及就第一阶段和第二阶段编写准则、结论或建议。

⁸³⁴ 见“乌拉圭河纸浆厂案”(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 83 页，第 204 段。

⁸³⁵ 联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号，第 24 条。

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依据为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。她希望有可能制定一项“不妨碍”条款。

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等方面。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，需要予以填补。鉴于这些问题的复杂性，将在第二份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。⁸³⁶ 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，她坚持委员会不对武装冲突方面的现有法律进行修订不应被解释为有意忽视第二阶段。她重申，第二份报告将处理在武装冲突期间保护环境的问题，包括武装冲突法律中可能为武装冲突期间保护环境发挥作用的规则，以及可能在武装冲突之前确定义务的规则。

219. 委员们就“武装冲突”和“环境”等用语进行了有益讨论，但是，普遍的理解似乎是并不急需处理使用术语的问题。

220. 关于是否可得到国家惯例证据的问题，特别报告员再次强调，有必要明确了解各国是否具备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实例，说明其在国际或非国际性武装冲突时期继续适用包括区域和双边条约在内的国际环境法的情况。

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毫无关系的看法，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《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。⁸³⁷ 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。⁸³⁸

⁸³⁶ 联合国环境规划署，“在武装冲突期间保护环境：盘点和分析”，2009 年 11 月，http://www.un.org/zh/events/environmentconflictday/pdfs/int_law.pdf。

⁸³⁷ 《关于环境与发展宣言》（《里约宣言》），1992 年，《国际法律资料》，第 31 卷（1992 年），第 874 页。

⁸³⁸ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/IEEnvironment/Pages/IEEnvironmentIndex.aspx>。

222. 关于工作的成果，有人对准则、结论或建议应包括哪些行为者表示关切。讨论认为，深入探讨这一问题为时尚早，但特别报告员承认，保护的范围以及工作针对的对象在每个阶段可能会有所不同。

第十二章

条约的暂时适用

A. 导言

223. 在第六十四届会议(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。⁸³⁹ 在同一届会议上,委员会注意到特别报告员就他主持进行的关于这一专题的非正式磋商情况所作的口头报告。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《维也纳条约法公约》(“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(A/CN.4/664),该报告旨在通过探讨如何从理论角度处理这一专题以及简要回顾现有的国家实践,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(A/CN.4/658),其中叙述了当初委员会和 1968-1969 年维也纳会议对 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),该报告试图深入分析条约暂时适用的法律效果。

226. 委员会在 2014 年 7 月 25 日至 31 日召开的第 3231 次至第 3234 次会议上审议了第二次报告。

227. 在 2014 年 8 月 8 日第 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。

⁸³⁹ 在 2012 年 5 月 22 日第 3132 次会议上,(《大会正式记录,第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 267 段)。依据委员会报告(《大会正式记录,第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10))附件 C 中的提议,该专题于第六十三届会议(2011 年)期间列入委员会长期工作方案。

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，第二次报告的宗旨是深入分析条约暂时适用的法律效果。他指出，虽然不打算详尽分析各国的国内宪法，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，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在国内和国际上具有法律效果。他还忆及，国际法庭曾审理过一些案件，其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《维也纳条约法公约》第二十五条第一款的四种情况：(1) 条约规定，条约一旦获得通过，就应暂时适用；(2) 条约规定，签署国可暂时适用条约；(3) 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；(4) 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得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，显然，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，特别报告员只是重申可适用 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。⁸⁴⁰

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，条约的临时适用是否具有超越了《维也纳公约》第十八条规定的法律效力，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国家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条约暂时适用方面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广泛研究的一部分，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国内法的立场。他们指出，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对国内法律体系产生影响，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，国家有可能单方面地声明暂时适用条约的意向(在这方面提到阿拉伯叙利亚共和国据称暂时适用《禁止化学武器公约》的可能的例子)。⁸⁴¹

⁸⁴⁰ 大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。

⁸⁴¹ 1992 年 9 月 3 日《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》，联合国，《条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号，第 45 页。

240. 一些委员赞成比照适用 1969 年《维也纳公约》关于条约终止的第七十条，终止条约的暂时适用。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。他们还认为，条约中关于终止的规定与终止暂时适用无关。另一种意见认为，如果确定第七十条的确适用，那么必须阐明这是否意味着终止条约的国内现行规则和程序同样也适用于终止暂时适用。关于适用于国家单方面行为的规则⁸⁴² 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，第二十五条第二款提出(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法律后果，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“无论其起源或特性为何”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，对国家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议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。

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发现，除其他外，委员们普遍认为该专题的基本前提是：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条约生效对其产生的权利和义务相同，具体权利和义务取决于所涉条约的具体规定。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，将导致适用国家对国际不法行为的责任规则。

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，不排除还有其他案例的可能性。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

⁸⁴² 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，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 176 段。

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，该研究可能涉及条约的暂时适用(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实践资料的分析。他还打算审议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，并表示将拟议准则或结论草案，供委员会下届会议审议。

第十三章

最惠国条款

A. 导言

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。⁸⁴³

250. 在第六十一届会议上(2009 年),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,⁸⁴⁴在第六十二届会议(2010 年)和第六十三届会议(2011 年)期间重新设立了研究组,仍由上述两人担任联合主席。⁸⁴⁵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。⁸⁴⁶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。

B. 本届会议审议此专题的情况

251. 在本届会议上,委员会在 7 月 8 日第 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。麦克雷先生不在时,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。

⁸⁴³ 在 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议上(《大会正式纪录,第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 354 段)。专题提纲见同上,附件 B。大会 2008 年 12 月 11 日第 63/123 号决议第 6 段注意到这一决定。

⁸⁴⁴ 在 2009 年 7 月 31 日第 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(同上,《第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 211 至 216 段)。研究组除其他外审议了作为今后工作路线图的框架,并商定了一个工作时间表,其中涉及到文件的编写,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。

⁸⁴⁵ 在 2010 年 7 月 30 日第 3071 次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告(同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 359 至 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 日第 3119 次会议上,委员会注意到研究组联合主席的口头报告(同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),第 349 至 363 段)。研究组审议并审查了根据 2009 年框架编写的另外文件。

⁸⁴⁶ 在 2012 年 7 月 27 日第 3151 次会议上,委员会注意到研究组主席的口头报告(同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 245 至 265 段):研究组审议并审查了根据 2009 年框架编写的另外文件。在 2013 年 7 月 31 日第 3189 次会议上,委员会注意到研究组的报告,同上,(《第六十八届会议,补编第 10 号》(A/68/10),第 154 至 164 段)。研究组继续审议并审查了另外文件,还讨论了与最惠国条款的解释有关的当代实践和判例。

253. 在 2014 年 7 月 25 日第 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格式，以研究组 2009 年启动审议工作以来审议的工作文件和其他非正式文件为基础编写。⁸⁴⁷

255. 最后报告草稿分为三部分。第一部分提供背景资料，包括研究组的起源和工作目的，委员会之前就 1978 年最惠国条款草案所作的工作，以及 1978 年条款草案完成后的发展，尤其是在投资领域方面的发展。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，包括与关贸总协定和世贸组织、其他贸易协议和投资条约相关的问题。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)等其他机构的最惠国待遇条款的背景分析，重点讨论与双边投资条约中最惠国待遇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，尤其处理以下问题：(a) 享有最惠国条款福利的权利；(b) “不低于”的待遇由什么构成；(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、其局限性，以及马菲基尼案之后对最惠国条款的解释。在此背景下，报告草稿试图查明那些因素可能影响投资仲裁庭对最惠国条款的解释，以及查明趋势。

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) 投资争端解决仲裁作为“混合裁决”的影响；(c) 1978 年条款草案在当代对解释最惠国条款规定的影响；以及(d)对最惠国条款的解释，包括讨论在确

⁸⁴⁷ 研究组审议的工作文件如下：(a) 对 1978 年最惠国条款草案的审查(村濑信也先生)；(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)；(d) 《经合组织就最惠国待遇问题所做的工作》(哈穆德先生)；(e) 《贸发会议就最惠国待遇问题所做的工作》(瓦钱尼先生)；(f) 《投资协定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) 《混合法庭所用的双边投资协定：投资争端解决办法的法律性质》(村濑信也先生)；(j) 《最惠国条款案文调查及与马菲基尼有关的判例》(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件中的仲裁员和律师，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的；(d) 一份非正式文件，该文件概述了总部协议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官相同的特权和豁免；(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。

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，哪些因素与这种问题的解释有关。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和技术审查，旨在在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，参照了自 1978 年通过条款草案以来发生的变化，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。⁸⁴⁸

261. 研究组再次强调以《维也纳条约法公约》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际趋势。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，有必要编写一份对于从事投资领域工作的人和决策者具有实际用处的结果文件。

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，该报告应考虑到研究组具体成员在本届会议期间提出的评论和修订建议。

⁸⁴⁸ 例如见戴姆勒金融服务公司诉阿根廷共和国，ICSID 案件号 ARB/05/1，于 2012 年 8 月 22 日发送给当事方；Urbaser S.A. 及其他人诉阿根廷，ICSID 案件号 ARB/07/26，于 2012 年 12 月 19 日发送给当事方；Teinver S.A. 诉阿根廷，ICSID 案件号 ARB/09/1，于 2012 年 12 月 21 日发送给当事方；Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi 诉土库曼斯坦，ICSID 案件号 ARB/10/1，2013 年 7 月 2 日发送给当事方；及 Garanti Koza LLP 诉土库曼斯坦，2013 年 7 月 3 日。

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 日第 3199 次会议上，委员会为本届会议设立了规划组。⁸⁴⁹

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(A/69/6)，包括“方案 6：法律事务”。

265. 委员会注意到 2016-2017 年期间拟议战略框架(A/69/6)，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。因工作组主席唐纳德·麦克雷先生不在，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“强制法”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；

⁸⁴⁹ 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、斯图尔玛先生、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、伍德先生；和特拉迪先生(当然成员)。

(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。⁸⁵⁰

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⁸⁵¹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，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(A/63/10)第 341 至 346 段的全面评论的实质内容依然适用，并重申了 2009 年报告(A/64/10)第 231 段、2010 年报告(A/65/10)第 390 至 393 段、2011 年报告(A/66/10)第 392 至 398 段、2012 年报告(A/67/10)第 274 至 279 段和 2013 年报告(A/68/10)第 171 至 179 段中的评论。

274. 委员会回顾，法治是委员会致力落实的基本任务。《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，而正如《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

⁸⁵⁰ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 10 页，第 553 段。

⁸⁵¹ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件二。

高级别会议宣言》⁸⁵² 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的三个主要支柱(和平与安全、人权和发展)之间的相互关系⁸⁵³，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“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”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惯例”、“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。⁸⁵⁴ 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。⁸⁵⁵ 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中止，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

⁸⁵² 《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》，A/RES/67/1, 2012 年 11 月 30 日，第 41 段。

⁸⁵³ 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, 2013 年 6 月 11 日，第 70 段。

⁸⁵⁴ 见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525 至 531 段；同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 447 段；同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 369 段；同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 501 段；同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 269 段；同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 379 段；同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 358 段；同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 240 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 396 段和同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 399 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 280 段；和同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 181 段。

⁸⁵⁵ 见《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 387 至 395 段。

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，而且最后案文得到及时印发。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，而又不会影响其完整性。

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》的编辑工作；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。⁸⁵⁶ 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站⁸⁵⁷ 是委员会和研究

⁸⁵⁶ 网址是 <http://www.un.org/law/ilc/>。

⁸⁵⁷ 一般可经由 <http://www.un.org/law/lindex.htm> 进入。

委员会工作的更多学者的宝贵资源，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样本。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电子化及网上发布工作，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⁸⁵⁸ 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，具有重大价值。⁸⁵⁹ 委员会深为关切地指出，目前的财务状况威胁到这个惠及所有成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·托姆卡法官在委员会 2014 年 7 月 22 日第 3228 次会议上发言，通报了国际法院最近的司法活动。⁸⁶⁰ 随后交换了意见。

294. 亚非法律协商组织秘书长拉赫马特·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 日第 3218 次会议上发了言。⁸⁶¹ 他向委员会通报

⁸⁵⁸ 网址是 <http://www.un.org/law/avl/>。

⁸⁵⁹ 例如见历史档案：《国际法委员会章程》，迈克尔·伍德作介绍性说明；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；2011 年《国际组织的责任条款》，乔治·加亚作介绍性说明。例如，另见讲座丛编：联合国《国家及其财产管辖豁免公约》中的国家豁免，杰勒德·哈夫纳；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，彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥；联合国对跨界含水层(地下水)法律的编纂，山田中正。

⁸⁶⁰ 这一发言载于该次会议的简要记录。

⁸⁶¹ 同上。

了该组织目前的活动，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. 美洲司法委员会副主席 Fabián Novak 先生代表该组织出席委员会本届会议，并在 2014 年 7 月 15 日第 3223 次会议上发了言。⁸⁶² 他概述了该委员会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. 国际公法法律顾问委员会主席 Liesbeth Lijnzaad 女士和欧洲委员会国际公法司司长 Marta Requena 女士代表欧洲委员会的国际公法法律顾问委员会出席委员会本届会议，并都在 2014 年 7 月 16 日第 3224 次会议上发了言。⁸⁶³ 她们着重介绍了国际公法法律顾问委员会目前在国际公法领域开展的工作，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委员 Cheikh Tidiane Thiam 大使在非洲联盟国际法委员会法律顾问办公室法律干事 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，并在 2014 年 7 月 24 日第 3230 次会议上发了言。⁸⁶⁴ 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 日第 3243 次会议上，委员会请“发生灾害时的人员保护”特别报告员爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生在资金能够获得的前提下，根据大会第 35/44 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。讲习班的对象是专长于国际法的年轻法学家，包括在其本国公务员系统任职的从事学术或外交工作的年轻教师或政府官员。

⁸⁶² 同上。

⁸⁶³ 同上。

⁸⁶⁴ 同上。

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。⁸⁶⁵ 学员们列席了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

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：“强制法”；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等干事 Jordi Agusti-Panareda 先生也作了演讲：“自由贸易协定中五花八门的劳工条款及其与劳工组织标准制度的互动关系”。

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的院址举行了一次关于“习惯国际法的识别”的研讨会，该专题特别报告员迈克尔·伍德先生也在场，由 Andrea Bianchi 教授(国际和发展研究院)主持。在日内瓦国际人道主义法和人权学院的院址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 教授(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《国际法院和法庭的法律与实践》期刊合作举办的一次会议，主题是“国际法委员会与国际法院和法庭：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(委员会委员和期刊主编)；村濑信也先生(委员会委员)；Attila Tanzi 教授(意大利博洛尼亚大学)；Pierre Bodeau-Livinec 教授(巴黎第八大学—法国文森圣丹尼)；马蒂亚

⁸⁶⁵ 下列人员参加了讲习班：Sattar Azizi 先生(伊朗伊斯兰共和国)、Diana Cucos 女士(摩尔多瓦)、Tommaso Di Ruzza 先生(教廷)、Christian Djefal 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 Poletti Adorno 先生(巴拉圭)、Lucía 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)、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 日召开会议，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。

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 教授(日内瓦大学); 迈克尔·伍德先生(委员会委员); Makane Mbengue 教授(日内瓦大学)和劳伦斯·布瓦松·德沙祖尔内教授(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心得。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, 带学员们参观了阿拉巴马厅, 并举行了鸡尾酒招待会。

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、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, 使优秀学员特别是发展中国家的优秀学员得以参加, 从而实现了学员的适当地域分布。今年, 向 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 1,139 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 50 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 50 周年。国际法院院长彼得·托姆卡法官恰好来访。会议主题是“以国际法为志业”。委员会主席、国际法院院长⁸⁶⁶、曾为讲习班学员的委员会几位委员⁸⁶⁷、开办之时曾参与讲习班工作的委员会一位委员⁸⁶⁸、讲习班主任⁸⁶⁹以及 2013 年和 2014 年国际法讲习班学员代表⁸⁷⁰在会上致辞。

⁸⁶⁶ 1982 年学员。

⁸⁶⁷ 恩里克·坎迪奥蒂先生(1970 年)、村濑信也先生(1975 年)、纳林德尔·辛格先生(1980 年)、克里斯·马伊纳·彼得先生(1984 年)和帕维尔·斯图尔马先生(1989 年)。

⁸⁶⁸ 爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生。

⁸⁶⁹ 联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生。

⁸⁷⁰ Carolina Abreu 女士(2013 年)和 Christian Dfeffal 先生(2014 年)。

附件

强制法

(迪雷·特拉迪提交*)

1. 引言

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《维也纳条约法公约》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典范。¹ 委员会目前的工作方案包括以下与来源有关的专题：与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例、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“强制法”。研究题目应当广泛，以便委员会能够涉及所有有关方面，不过委员会需要尽早审慎确定该专题的范围和界限。

2. 委员会以前对强制法问题的审议

3. 虽然强制法的概念比委员会的历史还要悠久，³ 但是强制法得到接受和发展，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制法的条款草案，即第 50、61 和 67 条草案。1969 年《维也纳条约法公约》(以下简称《维也纳公约》)稍作修改，在第五十三条和第六十四条中保留了这些条款。⁴ 强制法虽被列入《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制法，但是迄今为止，只有极少数判例法援引强制法对条约的有效性提出异议。因此，虽然目前对于强制法

* 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 Nguyễn (日内瓦高级国际关系学院，2014 年实习生)。研究还得到了 Marija Đorđeska (乔治华盛顿大学法理学博士生)的协助。

¹ 委员会关于条约法的近期成果包括：2011 年国际法委员会《关于对条约的保留的实践指南》和 2011 年国际法委员会《武装冲突对条约的影响条款草案》。

² 见《国际法委员会第六十三届会议报告》(A/66/10)附件 A，第 1 段。

³ 强制法的发展史见 Antonio Gómez Robledo, 《国际强制法》(*El Ius Cogens Internacional*)(《批判性历史研究》(*Estudio Histórico crítico*))(1982 年)，第 10 至 68 页。

⁴ 条约法特别报告员 GG Fitzmaurice 的第三次报告(A/CN.4/115)首次在“目的的合法性”标题下引入了强制法概念。见《1958 年……年鉴》第二卷：第十届会议文件，包括委员会向大会提交的报告，第 26 至 27 页。

是当代国际法的组成部分这一点，基本没有争议，⁵ 但是强制法的确切性质、包括哪些规范以及强制法在国际法中的影响仍然不清楚。正是在这种背景下，委员会委员 Andreas Jacovides 于 1993 年向规划组工作组提交了一份关于将强制法作为国际法委员会备选专题的文章。Jacovides 先生在文章中作出以下评论，其本质在今天仍然适用：

自《公约》通过近四分之一世纪以来，尚未出现确定强制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

4. 委员会不顾 Jacovides 先生的主张，依然决定不将该专题纳入委员会的工作方案。工作组主席 Bowett 先生在审议该建议、解释为何不适合纳入该专题时，对委员会审议强制法专题“在现阶段是否有任何实质意义”提出了质疑。他总结道，因为关于强制法的实践“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，而最近才慢慢出现具有强制法特征的规则。委员会认为正确的做法是笼统地规定违反强制法规则的条约无效，而将规则的全部内容留给国家实践和国际法庭的判例逐步补充。

5. 委员会之前决定不具体规定强制法的全部内容和运作，由此可以看出两点。第一，Bowett 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制法还有进一步发展的空间。⁷ 第二，很明显，Bowett 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，才有可能对强制法作出具体规定。综上，对第 50 条草案的评注和 Bowett 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(或许也应该)进一步阐述与强制法有关的规则。

6. 自 1966 年《条款草案》和 Jacovides 先生 1993 年提出建议以来，相关实践迅速发展。特别是，国内和国际法院经常提到强制法，因此有助于深入了解关于

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这种观点已变得越来越难以维持”。见对 1966 年《条约法条款草案》第 50 条草案的评注第(1)段。

⁶ 同样，国际法委员会研究组 2006 年 4 月 13 日关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的报告也指出：“关于[强制法的]理论基础、适用范围和内容的分歧与过去一样深。”(见第 363 段)。

⁷ 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“将规则的全部内容留给国家实践和国际法庭的判例逐步补充”。

其形成、运作、内容和影响或效力的一些复杂问题。⁸ 国家有时为了证明它们的立场也提到强制法。⁹ 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制法的行为辩护。评注列有强制法规范的不完全清单。¹⁰ 国际法不成体系问题研究组的报告除了重复第 26 条评注所载清单外，还列出了“最常援引的”具有强制法地位的备选规范。¹¹ 委员会《关于对条约的保留的实践指南》也详细分析了强制法对保留的允许及后果的影响。¹²

3. 司法判决中的强制法内容

7. 虽然委员会的工作推动了对强制法的理解，但是关于强制法的任何研究的出发点仍然是《维也纳公约》。《维也纳公约》阐述了强制法的性质、要求和效力的基本内容。根据《维也纳公约》，强制法即(1) 一般国际法强制规范，是指(2)

⁸ 例如见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国)，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页；2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页；刚果境内武装活动案(2002 年新申诉：刚果民主共和国诉卢旺达)，《2006 年国际法院案例汇编》，第 99 页；国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与诉讼)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页。特别见国家管辖豁免案中 Trindade 法官的反对意见，以及逮捕证案中 Higgins、Kooijmans、Buergenthal 法官的联合个别意见以及 Oda、Al-Khasawneh、van den Wyngaert 法官的反对意见。Al-Adsani 诉联合王国(申诉号 35763/97)，2001 年 11 月 21 日。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)中专案法官 Lauterpacht 的个别意见，《1993 年国际法院案例汇编》，第 325 页(Lauterpacht 法官的个别意见)，第 100 至 104 段，以及 Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加尔特缺席(第 3 号)，1999 年 3 月 24 日，上议院，《国际法案例汇编》第 119 卷，第 136 页。

⁹ 例如见与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中比利时律师的声明，口头审理，2012 年 3 月 13 日(CR 2013/3)，第 3 段，以及与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中塞内加尔律师的声明，口头审理，2012 年 3 月 15 日(CR 2012/4)，第 39 段。另见与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中的辩诉状，第 51 段。同样，虽然德国在管辖豁免案中极力限制强制法的影响，但是其本身的声明不仅没有对强制法的存在提出异议，而且还肯定了某些规范作为强制法的性质。例如见管辖豁免案中德意志联邦共和国的请愿书，2009 年 6 月 12 日，德国在第 86 段中写道：“例如，强制法无疑禁止种族灭绝行为。”另见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 2010 年 6 月 10 日第二次报告(A/CN.4/631)第 9 段，特别是脚注 13 中引用的南非 2009 年 10 月 26 日关于国际法委员会报告的发言(A/C.6/64/SR.15，第 69 至 70 段)。2013 年 10 月 28 日，第六委员会审议国际法委员会报告期间，葡萄牙强调强制法“极为重要”(A/C.6/68/SR.17)，第 88 段。

¹⁰ 见对第 26 条草案的评注第(5)段，委员会在其中毫不含糊地指出：“明确接受和认可的强制性规范包括禁止侵略、种族灭绝、奴役、种族歧视、危害人类罪和酷刑，以及自决权”。

¹¹ 见国际法委员会研究组关于“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，第 374 段，2006 年 4 月 13 日(A/CN.4/L.682)。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”的工作结论(2006 年)之结论 33。

¹² 例如见《关于对条约的保留的实践指南》指南草案 3.1.5.4 和 4.3.3 的评注。另见刚果境内武装活动案(2002 年新申诉：刚果民主共和国诉卢旺达)(Dugard 法官的个别意见)(讨论违反强制法的保留的效力)，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。

国家之国际社会全体接受并公认为(3) 不许损抑之规范。¹³ 获得强制法地位的规范的效力是，与之抵触的公约无效。¹⁴

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制法性质有关的一个重要问题。在最初的构想中，强制法被视为源自自然法的非商议性的法律来源。¹⁵ 1966 年《条款草案》第 50 条只是将强制法定义为“不许损抑之一般国际法强制规范”，可能未下定论，而《维也纳公约》第五十三条加上了“国家之国际社会群体接受并公认”这一限制条件，表明国家全体接受是强制法的一个前提。

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“国家之国际社会群体接受并公认为”的含义和影响。例如，国际法委员会研究组问：“如果强制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？”¹⁶ 此外，虽然上述措词涉及对条约的影响这一基本问题，但是，没有讨论与影响有关的一些其他问题，包括对非条约所载其他规则的影响。¹⁷ 这不仅包括强制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关系，也包括与其他强制法规范冲突的后果。¹⁸ 委员会先前的工作，包括关于国家责任的条款，可为其中某些问题提供有用的见解。¹⁹ 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义务的行为辩护。²⁰

¹³ 《维也纳公约》第五十三条。

¹⁴ 《维也纳公约》第五十三条和第六十四条。

¹⁵ 例如见 Alfred Verdross, 《国际法中禁止的条约：对 Garner 教授关于“条约法”的报告的评论》(1937 年), 《美国国际法期刊》第 31 卷, 第 571 页。

¹⁶ 见研究组关于不成体系问题的报告, 2006 年 4 月 13 日, 第 375 段。

¹⁷ 同上, 第 367 段。

¹⁸ 同上。

¹⁹ 例如见关于国家责任的条款草案第 26 条及其涉及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的评注。

²⁰ 关于国家责任的条款草案第 26 条评注第 3 段和第 4 段。

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制法。²¹ 然而，在早期的案件中，国际法院只是提到强制法，并没有试图明确强制法的性质、要求、内容或效力。这方面的一个典型事例是国际法院在军事和准军事活动案中关于禁止使用武力的意见。²² 法院提到，禁止使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“国际法中典型的具有强制法性质的规则”，且争端双方都提到了其强制法地位。²³ 不过，法院本身并没有明确表示将禁止使用武力视为强制法规范。

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制法，并进一步研究强制法的复杂问题。例如，在与起诉或引渡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(强制法)”。²⁴ 法院进一步指出，禁止酷刑“根植于广泛的国际实践和国家确信中”，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。”²⁵

²¹ 研究组在关于国际法不成体系问题的报告中列举了处理强制法问题的法官的意见，包括：*Oscar Chinn* 案，常设国际法院，A/B 辑，第 63 号（1934 年），*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 年国际法院案例汇编》，第 55 页，*Moreno Quintana* 法官的个别意见，第 106 页及以下各页；北海大陆架案（德意志联邦共和国诉丹麦；德意志联邦共和国诉荷兰），《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，*Padilla Nervo* 和 *Sörensen* 法官的个别意见，第 97 和第 248 页；北海大陆架案（德意志联邦共和国诉丹麦；德意志联邦共和国诉荷兰），《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，*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案（比利时诉西班牙）（第二阶段），《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页，*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），《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，*Nagendra Singh* 院长的个别意见，第 153 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），《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，*Sette-Camara* 法官的个别意见，第 199 页及以下各页；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案（波斯尼亚黑塞哥维那诉南斯拉夫（塞尔维亚和黑山）），《1993 年国际法院案例汇编》，第 325 页，专案法官 *Lauterpacht* 的个别意见，第 440 页；使用武力的合法性案（南斯拉夫诉美利坚合众国），请求指出临时措施，《1999 年国际法院案例汇编》，第 916 页，专案法官 *Kreća* 的反对意见，第 53-61 页，第 10-17 段；2000 年 4 月 11 日逮捕证案（刚果民主共和国诉比利时），《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页，*Al-Khasawneh* 法官的反对意见，第 95 页，第 3 段；石油平台案（伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国），《2003 年国际法院案例汇编》，第 161 页，*Buergenthal* 法官的个别意见，第 23 段。另见科威特政府诉美国独立石油公司案的仲裁裁决（1982 年），《国际法材料》，第 21 卷，第 976 页，第 90 段。阿扎尼亚人民组织诉真相与和解委员会，1996 (4) SA 562 (C), 574B。

²² 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国)，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，第 190 段。

²³ 同上，第 190 段。

²⁴ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，2012 年 7 月 20 日的判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 段。

²⁵ 同上。

12. 在国家管辖豁免案中，国际法院审议了强制法的诸多方面，包括强制法与主权管辖豁免的关系。法院主张，鉴于豁免规则与武装冲突法可能的强制法规范“涉及不同问题”，二者不存在冲突。²⁶ 法院认为，豁免本质上是程序性的，规范国家对特定行为的管辖权的行使，而不涉及强制法所禁止行为的合法性。因此，豁免与强制法不可能存在冲突。²⁷ 法院严格区分构成强制法的、对国家行为的实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“执行强制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。²⁸ 除了豁免与强制法的关系外，法院判决还表明，禁止危害人类罪构成强制法。²⁹ 国际法院在刚果境内武装活动案(刚果民主共和国诉卢旺达)中，对强制法与程序性规则的关系持类似观点，法院判定，与强制法规范有关的事项——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”。³⁰ 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制法禁止该行为而受到影响。不论如何，近期这些案件对强制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。

4. 有待研究的法律问题

13. 委员会可以通过分析国际法在强制法方面的现状，对强制法的性质、规范具有强制法性质的要求，以及强制法的影响或效力作出权威说明。委员会还可以列举现有的强制法规范。因此，委员会对该专题的审议可侧重以下要点：

- (a) 强制性的性质；
- (b) 确认某一规范为强制法的要求；

²⁶ 见国家管辖豁免案第 92、95 和 97 段。另见刚果境内武装活动案(2002 年新申诉：刚果民主共和国诉卢旺达)关于强制法对管辖权影响的第 64 段，以及 Al-Adsani 案第 64 段。另见 Jones 及其他人诉联合王国(申诉号 34356/06 和 40528/06)，欧洲人权法院，第 198 段(2014 年 1 月 14 日)(判定“截至 2012 年 2 月，尚未因强制法而出现对国家豁免的任何例外”)。

²⁷ 见国家管辖豁免案第 93 段。相反的立场见国家管辖豁免案中 Cançado Trindade 法官的反对意见、逮捕证案中 Higgins、Kooijmans、Buergenthal 法官联合提出的个别意见，以及逮捕证案中 Oda、Al-Khasawneh 法官以及专案法官 van den Wyngaert 的反对意见。关于国内法院的裁决，国际法院在国家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制法的指控时也承认国家豁免。国家管辖豁免案第 96 段。美国的中级法院在外国被指控违反强制法规范的案件中，拒绝将违反强制法作为主权豁免的例外情况。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 239 (2d Cir. 1997)，以及 *Sampson* 诉德国，250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001)。关于官员的豁免，对比 *Ye* 诉 *Zemin*，383 F.3d 620, 625-27 (7th Cir. 2004)；*Matar* 诉 *Dichter*，563 F.3d 9, 14-15 (2d Cir. 2009)；*Giraldo* 诉 *Drummond* 公司，493 Fed. Appx. 106 (D.C. Cir. 2012) (不顾违反强制法的指控，对外国官员予以豁免)与 *Yousuf* 诉 *Samantar*，699 F.3d 763, 776-77 (4th Cir. 2012) (不予豁免)。

²⁸ 国家管辖豁免案第 95 段。

²⁹ 同上。第 95 段，提到逮捕证案判决的部分。

³⁰ 刚果境内武装活动案，第 64 段。

(c) 列举已具有强制法地位的规范；

(d) 强制法的影响或效力。

14. 关于强制法的性质，《维也纳公约》将强制法视为基于同意的实在法规范。国际法院的判决，包括与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)的判决也证明了这一点，法院在证明禁止酷刑是强制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确信中”，“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。”³¹ 法院还补充道，酷刑行为“经常遭到国内和国际社会的谴责。”³² 将强制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。³³ 通过研究强制法的性质，委员会还可以审议已具有强制法地位的规范的类型，以确定强制法规范是否有共同特征。对强制法性质的研究还可以涉及，例如强制法与习惯国际法的关系，以及强制法与其他有关概念，例如，国际人权条约中的不可克减权利和普遍义务的区别。³⁴

15. 《维也纳公约》第五十三条阐述了一项规范达到强制法地位的要求。不过，委员会还可以提供用于显示某规范，除了是一般国际法的规范外，已达到强制法地位的要素。研究法院或仲裁法庭认定存在强制法的案件可帮助委员会确定强制法规范的形成模式，以及识别强制法规范的标准。例如，国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中提出的将禁止酷刑视为强制法的理由可为探索强制法的具体要求提供有用的指导。³⁵ 国家的相关声明，只要不是简单地说某项规范是或者不是强制法规范，都有助于委员会在这方面的的工作。一个相关问题涉及强制法规范被《维也纳公约》第五十三条规定的以后的强制法规范所取代的过程。

16. 建议还包括列举目前具有强制法性质的规范。这样一份清单将基于对国际法院及其他法院和仲裁法庭裁决的研究，以及委员会之前的工作，特别是对1966年《条约法条款草案》第50条草案的评注、国家责任条款第26条的评注，以及《关于对条约的保留的实践指南》指南3.1.5.4的评注。委员会提供任

³¹ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，2012年7月20日的判决，《2012年国际法院案例汇编》，第422页，第99段。

³² 同上。

³³ 例如见 Andrew Jacovides 《国际法与外交选读》(*International Law and Diplomacy: Selected Writings*)(2011年)，第18页。比较凡内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案，仲裁裁决，1989年7月31日，《国际仲裁裁决汇编》第二十卷，第119页，第44段(表明强制法规范既可以作为惯例发展，也可以通过形成一般法律原则发展)。另见 *Siderman de Blake* 诉阿根廷，965 F.2d，第715页(主张强制法源于国际社会的基本价值观，而不是国家的选择)。

³⁴ 例如，《条约法条款草案》第50条草案的评注明确指出，“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制法性质也是不对的”(第(2)段)。

³⁵ 见与起诉或引渡义务有关的问题案第99段。

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,也不能保证清单详尽无遗。确有可能不够详尽,但是不应夸大这种担忧。这只是为了强调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. 研究还应当涉及强制法的效力和影响。这包括强制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制法对条约有效性的影响,但是没有涉及强制法对其他规则的法律效力。国际法院近期的判决,特别是国家管辖豁免案和刚果境内武装活动案的判决涉及强制法与国际法的程序性规则和次要规则的关系。³⁶ 除国家或官员豁免外,国际仲裁法庭还处理了其他可能影响,例如,国际组织的豁免、与安全理事会决议的关系、对时效的影响、以及对引渡条约的影响。³⁷ 委员会先前的工作,特别是对国家责任条款第 26 条的评注,以及研究组关于国际法不成体系问题的报告 E 部分也为研究强制法对国际法其他规则的效力提供了相关见解。审议强制法的效力和影响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。

5. 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。

19. 本专题对国家至关重要,有助于进一步阐明强制法、其形成及效力。近期的一些国家间争端牵涉到强制法或潜在的强制法规范。³⁸ 各国对构成强制法规范的具体规范通常没有异议,争论点集中在强制法规范对其他国际法规则的效力。澄清强制法的某些法律问题有助于解决国际争端。³⁹ 与习惯国际法专题一样,澄清关于强制法的规则对国内法官及非国际法领域的律师尤为重要,因为他们也可能需要适用国际法,包括强制法。特别是,这项研究可为国内法院识别强制法规范、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

³⁶ 见国家管辖豁免案第 94 段和刚果境内武装活动案(2002 年新申诉:刚果民主共和国诉卢旺达)第 64 段。另见 Erika de Wet《强制法与普遍义务》(*Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*), Dinah Shelton (编)《牛津大学国际人权法手册》(2013 年)。

³⁷ 斯雷布雷尼察母亲基金会及其他组织诉荷兰,申诉号 65542/12(欧洲人权法院,2013 年)(强制法没有成为国际组织豁免的例外情况)。《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案第 100 至 104 段。检方诉 Furundžija (判决) ICTY-95-17/1 (1998 年 12 月 10 日),第 157 段(提到缺乏时效以及因违反禁止酷刑的强制法而不适用于引渡条约中的政治犯不引渡原则,作为违反强制法的两项可能后果)。

³⁸ 例如,在这方面,包括比利时诉塞内加尔案、国家管辖豁免案和刚果境内武装活动案。

³⁹ 大会第六委员会 2013 年届会审议国际法委员会报告期间,一些代表对审议强制法专题表示支持。例如,葡萄牙强调该专题“极为重要”。见第六委员会第 17 次会议简要记录,2013 年 10 月 28 日(A/C.6/68/SR.17),第 88 段。伊朗也对审议本专题表示支持,见第六委员会第 26 次会议简要记录,2013 年 11 月 5 日(A/C.6/68/SR.26),第 4 段。

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。

6. 结论

20. 关于强制法是当代国际法主体的一部分这一点，基本没有争议。不过，强制法的确切范围、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重大贡献。

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，不得遏制强制法的发展或“削弱”其规范效果。

精选参考书目

A. 国际法委员会文件

《条约法条款草案》，含评注，《1966 年国际法委员会年鉴》第二卷，第 38 页

《国家对国际不法行为的责任条款草案》，含评注，《2011 年国际法委员会年鉴》第二卷，第二部分，第 31 页

“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(载于 GA Res A/61/10)，2006 年

国际法委员会研究组的报告：《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》(马尔蒂·科斯肯涅米定稿)，2006 年 4 月 13 日(A/CN.4/L.682)

《关于对条约的保留的实践指南》，国际法委员会第六十三届会议报告(载于 GA Res A/66/10)，2011 年

B. 精选案件

1. 国际法院案件

刚果境内武装活动案(2002 年新申诉：刚果民主共和国诉卢旺达)，《2006 年国际法院案例汇编》，第 6 页

2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页

巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(第二阶段)，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页

国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参与诉讼)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 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)，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页

与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页

2. 其他法院和仲裁法庭案件

Al-Adsani 诉英国(申诉号：35763/97)，2001 年 11 月(欧洲人权法院)

Aloeboetoe 案，1993 年 9 月 10 日的判决，(C 辑)第 15 号(1993 年)(美洲人权法院)

科威特政府诉美国独立石油公司案的仲裁裁决, (1982 年)《国际法材料》第 21 卷, 第 976 页

阿扎尼亚人民组织诉真相与和解委员会, 1996 (4) SA 562 (C) (南非)

Blake 案, 案情, 1998 年 1 月 24 日的判决, (C 辑)第 36 号(1998 年)

几内亚比绍和塞内加尔海洋疆界划界案, 仲裁裁决, 1989 年 7 月 31 日, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十卷, 第 119 页

Giraldo 诉 Drummond 公司, 493 Fed. Appx. 106 (D.C. Cir. 2012) (美国)

Matar 诉 Dichter, 563 F.3d 9 (2d Cir. 2009) (美国)

检方诉 Furundžija (IT-95-17/1), 1998 年 12 月 10 日(前南问题国际法庭)

南部非洲诉讼中心及另一机构诉国家总检察院及其他机构, 南非高等法院 (案件号: 77150/09, 未报道), 2012 年 5 月 8 日的判决(南非)

斯雷布雷尼察母亲基金会及其他组织诉荷兰, 申诉号: 65542/12 (欧洲人权法院, 2013 年)

Ye 诉 Zemin, 383 F.3d 620 (7th Cir. 2004) (美国)

Yousuf 诉 Samantar, 699 F.3d 763, 第 776-77 页(4th Cir. 2012) (美国)

C. 精选参考文献

Bassiouni, C “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*” (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 63

Benneh, EY “Sovereignty Immunity and International Crimes” (2002–2004) 22 *Ghana Law Journal* 112

Bianchi, A “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*” (2008) 19 *European Journal of International Law* 491

Brunnée, J “The Prohibition on Torture: Driving *Jus Cogens* Home?” (2010) 104 *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law* 454

Byers, M “Conceptualising the Relationship Between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules” (1997) 66 *Nordic Journal of International Law* 211

Cançado Trindade, A “*Jus Cogens* in Contemporary International Law”, UN Audiovisual Library, (<http://www.un.org/law/avl>)

Cassese, A “For an Enhanced Role of *Jus Cogens*” in Cassese, A (ed) *Realizing Utopia* (2012)

Charlesworth, H “Law-Making and the Sources” in Crawford, J and Koskeniemi (Eds.) *The Cambridge Companion to International Law* (2012)

Chinkin, C “*Jus Cogens*, Article 103 of the UN Charter and other Hierarchical Techniques of Conflict Solution” (2006) *Finnish Yearbook of International Law* 63

- Czaplinski, Wladyslaw "Concepts of *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* in International Law in the Light of Recent Developments" (1997–1998) 23 *Polish Yearbook of International Law* 87
- Danilenko, G "International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making" (1991) 2 *European Journal of International Law* 42
- D'Amato, A. "It's a Bird, It's a Plane, It's *Jus Cogens*" (1990) 6 *Connecticut Journal of International Law* 1
- de Hoog, AJJ "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective" (1991) 42 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht* 183
- de Wet, E "Jus Cogens and Obligations *Erga Omnes*" in D Shelton (Ed) *Oxford Handbook on Human Rights* (forthcoming)
- de Wet, E and Vidmar (eds), *J Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (2012)
- Dupuy, P "Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: a Response to Marti Koskenniemi" (2005) 16 *European Journal of International Law* 131
- Focarelli C, "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens*' Legal Effects" (2008) 77 *Nordic Journal of International Law* 429
- Glennon, MJ "De l'Absurdité du Droit Impératif (*Jus Cogens*)" (2006) 110 *Revue Générale de Droit International Public* 529
- Gómez Robledo, A *El Ius Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)* (1982)
- Gómez Robledo, A "Le *Jus Cogens* International: Sa Genèse, sa Nature, ses Fonctions" (1982) 172, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* 9
- Hannikainen, L *Peremptory norms (jus cogens) in international law: historical development, criteria, present status* (1988)
- Janis, MW "The Nature of *Jus Cogens*" (1988) 3 *Connecticut Journal of International Law* 359
- Kawasaki, A "A Brief Note on the Legal Effects of *Jus Cogens* in International Law in International Law" (2006) 34 *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 27
- Kolb, R *Théorie du Jus cogens International: Essai de Relecture du Concept* (2001)
- Kolb, R "*Jus Cogens*, Intangibilité, Intransgressibilité, Dérogation 'Positive' et 'Négative'" (2005) 109 *Revue Générale de Droit International Public* 305
- Kolb, R "Observations sur l'Evolution du Concept de *Jus Cogens*" (2009) 113 *Revue Générale de Droit International Public* 837
- Komicker Uhlmann, EM "The State Community Interests, *Jus Cogens* and the Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms" (1998) 11 *Georgetown International Environmental Law Review* 101
- Meron, T "On Hierarchy of International Human Rights" (1986) 80 *American Journal of International Law* 1
- Nieto-Navia, R *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* (2011)

- O'Connell, ME "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms" in Childress, DE III (ed), *The Role of Ethics in International Law* (2012)
- Orakhelashvili, A *Peremptory Norms in International Law* (2006)
- Pellet, A "Comments in Response to Christine Chinkin and in Defense of *Jus Cogens* as the Best Bastion against the Excesses of Fragmentation" (2006) *Finnish Yearbook of International Law* 83
- Paust, J "The Reality of *Jus Cogens*" (1991) 7 *Connecticut Journal of International Law* 81
- Saul, M "Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges" (2014) *Asian Journal of International Law* (forthcoming)
- Shelton, D "Normative Hierarchy of International Law" (1986) 80 *American Journal of International Law* 1
- Suy, E "Article 53: Treaties Conflicting with a Peremptory Norm of General International Law ('jus cogens')" in Corten, O and Klein, P (Eds.) *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary Volume II* (2011)
- Tomuschat, C and Thouvenin, JM (eds.) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (2006)
- Verdross, A "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on 'The Law of Treaties'" (1937) 31 *American Journal of International Law* 571
- Verdross, A "*Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law" (1966) 60 *American Journal of International Law* 55
- Verhoeven, J "Sur les 'bons' et les 'mauvais' emplois du *Jus Cogens*" (2008) *Annuario Brasileiro de Direito Internacional* 133
- Vidmar, J "Rethinking *Jus Cogens* after Germany v. Italy: Back to Article 53?" (2013) 60 *Netherlands International Law Review* 1
- Virally, M "Réflexions sur le *Jus Cogens*" (1966) 12 *Annuaire Français de Droit International* 5
- Weil, P "Towards Relative Normativity in International Law" (1983) 77 *American Journal of International Law* 413
- Whiteman, MM "*Jus Cogens* in International Law: With a Projected List" (1977) 7 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 609
- Yee, S *Jus Cogens in the International Court of Justice*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law (2012 forthcoming).