



大会

Distr.: General
19 March 2013
Chinese
Original: English

国际法委员会

第六十五届会议

2013 年 5 月 6 日至 6 月 7 日和
7 月 8 日至 8 月 9 日，日内瓦

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例第一次报告

特别报告员格奥尔格·诺尔特

目录

	页次
一. 引言和委员会以前的工作	3
二. 工作的范围、目标和可能成果	4
三. 条约解释通则和资料	6
1. 国际法院	6
2. 各种国际经济制度下的裁判机构	7
3. 人权法院和人权事务委员会	9
4. 其他国际裁判机构	11
5. 结论：结论草案 1	13
四. 以嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料	14
1. 国际裁判机构的认可	14
2. 嗣后协定和嗣后惯例与其他各种解释资料	19



3.	注重当时意义的解释和注重演变的解释	22
4.	结论：结论草案 2.....	27
五.	嗣后协定和嗣后惯例作为条约解释资料的定义	28
1.	嗣后协定	28
2.	嗣后惯例	36
3.	结论：结论草案 3.....	44
六.	将与条约有关的惯例归于一个国家	46
1.	相关国家惯例的范围	46
2.	将私人行为体嗣后的行为及社会中的发展归于国家	48
3.	以其他行为体的惯例作为国家惯例的证据	51
4.	结论：结论草案 4.....	54
七.	未来工作方案	56

一. 导言和委员会以前的工作

1. 委员会第六十四届会议在 2012 年 5 月 31 日第 3136 次会议上决定, 改变关于“条约随时间演变”专题的工作方式, 并任命格奥尔格·诺尔特为“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题的特别报告员。^{*}¹ 本报告以委员会过去关于“条约随时间演变”的工作为基础, 继续了这项工作。

2. 委员会第六十届会议(2008 年)的工作方案纳入了“条约随时间演变”专题。² 委员会第六十一届会议(2009)年成立了条约随时间演变问题研究组, 由诺尔特先生任组长。³ 该研究组在委员会第六十二届会议上以组长的一份初步报告(议题是国际法院和一些特别管辖权仲裁法庭的有关判例)为基础, 开始就该专题与嗣后协定和嗣后惯例相关的方面进行工作。⁴ 研究组在委员会第六十三届会议(2011 年)上开始审议组长的第二次报告, 其议题是特殊制度下与嗣后协定和嗣后惯例有关的判例。审议的重点是报告中提出的 12 条一般性结论。⁵ 组长参照组里的讨论修改了提出的结论, 最后产生九条初步结论。⁶

3. 研究组在委员会第六十四届会议(2012 年)上完成了对组长第二次报告的审议。⁷ 研究组在审议中讨论了第二次报告中提出的六条新的一般结论。组长参照组里的讨论修改案文, 最后产生六条增加的初步结论。⁸ 研究组商定, 将参照新任命的特别报告员今后提出的报告重新审视和扩展组长提出的各项初步结论。⁹ 研究组除了审议第二次报告的其余部分, 还审议了组长就司法和准司法程序外的国家嗣后协定和嗣后惯例编写的第三次报告的一些部分。¹⁰

* 特别报告员感谢 Katharina Berner、Stefan Raffener 和 Alejandro Rodiles Bretón 提供研究协助, 并感谢 Prisca Feihle 和 Moritz von Rochow 提供技术协助(以上人士全部来自柏林洪堡大学)。

¹ A/67/10, 第 269 段。

² A/63/10, 第 353 段。同份文件的附件 A 载有这个专题的概要。大会第 63/123 号决议第 6 段注意到该决定。

³ A/64/10, 第 220-226 段。

⁴ A/65/10, 第 344-354 段。即将出版、由奥尔格·诺尔特编辑的 *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013) 将列入最初作为非正式工作文件发表的初步报告、第二次报告和三次报告。

⁵ A/66/10, 第 336-341 段。

⁶ 研究组组长提出的九条初步结论见 A/66/10, 第 344 段。

⁷ A/67/10, 第 225-239 段。

⁸ 研究组组长提出的六条增加的初步结论见 A/67/10, 第 240 段。

⁹ 同上, 第 231 段。

¹⁰ 同上, 第 232-234 段。

二. 工作的范围、目标和可能成果

4. 委员会通过研究组的形式就“条约随时间演变”专题开展工作的原定目标，是让成员们有机会考虑，在审议这个专题时的侧重面到底是应该广泛，还包括深入研究条约的终止和正式修正等问题，还是应该较为狭窄，仅限于嗣后协定和嗣后惯例。研究组经过讨论商定，根据组长当初表示的意见，最好是把议题限制在嗣后协定和嗣后惯例的法律意义的较为狭窄的方面。研究组最后商定，今后工作将按专题最初提案¹¹中所解释的那样，把嗣后协定和嗣后惯例对于条约解释(《维也纳条约法公约》，第三十一条)的法律意义和相关方面作为主要重点。¹² 根据最初提案，这些解释资料由于在解释条约随时间演变方面的功能，具有重要意义：

当重要的条约，特别是 1945 年后的造法条约到达一定阶段，它们运作的环境与当初缔约时的环境已大不一样。所以，有些条约的规定很可能需要重新解释，甚至非正式修订。这可能涉及技术性规则以及更普遍性的实质性规则。随着环境的变化，条约有可能陷入无力充分履行其原有目标和宗旨的“冻结”状态，或失去缔约国协议的基础。一般而言，条约缔约国都希望保留它们的协议，尽管其方式须满足当下的急切需要。嗣后协定和嗣后惯例旨在找到一种灵活同时又是理性和可预测的条约适用和解释方针。¹³

5. 根据条约随时间演变问题研究组在委员会第六十四届会议(2012 年)期间的讨论，本报告综合了研究组三次报告¹⁴的内容，并考虑到了组内进行的讨论。本报告包括四条拟议结论草案，均附有评注加以解释，覆盖了本专题的一些基本方面。由于某些限制，尤其是篇幅限制，不可能把研究组三次报告的全部内容都综合到本报告之内。然而，特别报告员确信，可以把这些报告的其余内容纳入今后的一份报告当中，后者将覆盖本专题的其他更加具体的方面。他设想，将按照计划，在本五年期间内完成关于这个专题的工作(见下文第七章所载工作方案)。

6. 关于本专题的讨论是为了审查嗣后协定和嗣后惯例在条约解释方面的作用，从而为解释或适用条约提供某些指导。这个研究组包括法官(国际和国家一级的法官)、国家和国际组织官员、学术人员以及其他私人行为者。本报告和今后的

¹¹ 同上，第 238 段。

¹² A/63/10，附件 A，第 14 段

¹³ 同上，第 14 段。

¹⁴ 见脚注 4、5 和 10。

报告所载材料和分析以及委员会的结论应成为共同的参照，从而在可能与合理的范围内帮助以共同和统一的方式来解释和适用具体的条约。本报告主要是以一组可望具有代表性的国际法院、法庭和其他裁判机构的判例¹⁵以及记录在案的国家惯例为基础。这套收集的资料作为整体，是惯例文库的组成部分之一，而且必然是不全面的。“条约随时间演变”专题的最初提案阐明：

审议该专题的(……)目的，是从嗣后实践的文库中总结出某些一般性结论或准则。不应只是因为即使在国内法律体系中，也几乎从未编纂过条约解释准则，而使这些结论或准则形成一份公约草案。然而，这些一般性结论或准则可以向解释和适用条约者展示一种日益重要的国际法解释资料的可能功用和局限。这些结论或准则既不对解释者形成禁锢，也不是将他们置于真空之中，只是为解释和适用条约者提供一个参照点，从而有助于形成共同的背景认识，尽量减少可能的冲突，并提高解释过程的效率。¹⁶

7. 本专题与其他专题的区别相当清楚。在这方面可能引起疑问的一个专题是“习惯国际法的形成与证据”。在这个问题上，特别报告员同意“习惯国际法的形成与证据”专题特别报告员迈克尔·伍德勋爵的意见，即，虽然条约在形成习惯国际法方面的影响属于该专题，但习惯国际法在解释条约方面的作用却是本专题的一部分。不言自明的是，本专题不涉及如何确定具体条约规则的内容，而是集中于阐明与条约解释有关的嗣后协定和嗣后惯例的作用和可能影响。另一个可能有交汇点的专题是“条约的临时适用”。然而，这个专题的重点看来不是临时适用对条约解释所产生的影响。¹⁷

¹⁵ 本文使用的“判例”一词系指由独立成员组成的主管裁判机构在单个案件中所作法律评估。这样的法律评估不仅限于国际法院或法庭所作具有约束力的判决，而且还包括人权事务委员会在《公民权利和政治权利国际公约》之下发表的意见，并包括世界贸易组织(世贸组织)争端解决机构下的分庭和上诉机构发表的报告。本报告仅覆盖那些集中于法律评估(而不是事实评估)、提供足够的准入和已经产生大量裁决的裁判机构所公开发布的评估。

¹⁶ A/63/10，附件A，第22段。

¹⁷ A/67/10，第144-155段。

三. 条约解释通则和资料

8. 嗣后协定和嗣后惯例对于解释条约的法律意义取决于条约解释通则，将其作为一个出发点。这条通则由不同的次级规则或内容组成，已编纂成文，列于 1969 年 5 月 23 日通过、1980 年 1 月 27 日生效的《维也纳条约法公约》第三十一条。¹⁸ 国际法院确认，这条条约解释通则体现了习惯国际法。¹⁹ 《公约》第三十一条和三十二条列举了若干应在解释过程中考虑在内的有关“解释资料”²⁰（其中包括作为“权威解释资料”的“嗣后协定”和“嗣后惯例”²¹）。

9. 人们公认，绝不可认为《公约》第三十一条为其中所列不同的解释资料“规定了轻重次序”，而是应该通过“一项单一的综合行动”来适用这些资料。²² 因此，如果在某一具体案件中把这条条约解释通则适用于不同条约或条约中的不同条款，会导致对其中所载各项解释资料的不同强调程度，尤其是导致对条约案文或是其目的和宗旨的强调程度轻重不一。一些具有代表性的国际裁判机构的判例证实了这一点：

1. 国际法院

10. 国际法院经过初期的犹豫之后，²³ 于 1990 年代开始援引《维也纳条约法公约》第三十一和三十二条。²⁴ 此后，国际法院例行地把《公约》第三十一和三十

¹⁸ 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日通过、1980 年 1 月 27 日生效)，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号。

¹⁹ *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (Judgment) [2009] I.C.J. Reports 2009, p. 213, para. 47; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007] I.C.J. Reports 2007, p.43, para.160。

²⁰ 《维也纳条约法公约》，第三十二条，《国际法委员会年鉴》(1966 年)，第二卷，英文第 218-223 页，第 2、5、8、10、15、18 和 19 段。

²¹ 同上，英文第 222 页，第 15 段；见下文第四节，第 30 和 64 段(结论草案 2)。

²² 同上，英文第 219 页，第 8 段。

²³ 关于国际法院在不同时期对维也纳规则的接受程度，见：S Torres Bernárdez, “Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties” in G. Hafner and others (eds) *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern (in Honour of his 80th Birthday)* (Kluwer Law International, 1998) p.721; 还见 R Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2010), pp12ff。

²⁴ *Arbitral Award of July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)* (Judgment)[1991] I.C.J. Reports 1991, p 53, para. 48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras, Nicaragua intervening)*[1992] I.C.J. Reports 1992, p. 351, paras. 373 and 376。

二条规定的通则和其他解释资料作为解释条约的基础。²⁵ 国际法院通常还重申这两项条款的习惯法性质，从而能够把其中所载规则适用于一个或多个争端当事方不是《维也纳公约》缔约国的案件，并适用于在《公约》于 1980 年生效之前缔结的条约。²⁶

2. 各种国际经济制度下的裁判机构

11. 世界贸易组织(世贸组织)的上诉机构的条约解释做法是以《维也纳条约法公约》第三十一和三十二条为依据。²⁷ 各专家组和上诉机构通常集中注意有关协定的案文。²⁸ 上诉机构迄今尚未特别强调有关协定的目的和宗旨作为一项解释资料的作用。²⁹ 该机构只是偶尔求助于演变的解释³⁰ 或适用效力原则来避免“减损一项条约的整个条款或段落，使其变得多余或无用”。³¹

²⁵ 最近的一个案件是 *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)* (Judgment)[5 December 2011] para.91, (<http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf>, accessed 7 March 2013)。

²⁶ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*(见脚注 19); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (见脚注 19); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)*[2004] I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 94; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Judgment) [2004] I.C.J. Reports 2004, p. 12, para. 83; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)* (Judgment) [2002] I.C.J. Reports 2002, p.625, para. 37; *LaGrand (Germany v. United States of America)* (Judgment) [2001] I.C.J. Reports 2001, p.466, para. 99; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Judgment)[2010] I.C.J. Reports 2010, p.14, para. 65 (Vienna Convention, Article 31); *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* (Judgment) [1999] I.C.J. Reports 1999, p.1045, para. 18 (Vienna Convention, Article 31); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (Judgment) [1994] I.C.J. Reports 1994, p.6, para. 41, without expressly mentioning Article 32, but referring to the supplementary means of interpretation。

²⁷ Georges Abi-Saab, “The Appellate Body and Treaty Interpretation” in Malgosia Fitzmaurice, Olu-femi Elias and Panos Merkouris (eds.) *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff 2010)pp. 99-109。

²⁸ WTO, Brazil: Export Financing Programme for Aircraft, recourse by Canada to Article 21.5 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), Report of the Appellate Body (21 July 2000) (WT/DS46/AB/RW, para. 45)。

²⁹ Donald McRae, “Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body” in Stephan Breitenmoser, Luzin S. Wildhaker et al (eds) *Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (Dike, 2007) pp.1407-1422。

³⁰ WTO, United States: Shrimp Products, Report of the Appellate Body (12 October 1998) (WT/DS58/AB/R, para. 130)。

³¹ WTO, Japan: Alcoholic Beverages II, Report of the Appellate Body (4 October 1996) (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, at Sect. D)。

12. 伊朗-美国索赔法庭也承认《公约》第三十一和三十二条阐明的解释规则。³² 该法庭在其判例中主要依靠有关术语的通常意义及其目的和宗旨。³³ 因此，该法庭正采用一种非常平衡兼顾的解释方针，不特别强调某一具体的解释资料。³⁴

13. 解决投资争端国际中心在《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》之下设立的各法庭也承认，必须把《维也纳公约》第三十一和三十二条作为条约法或习惯法予以适用。³⁵ 这些法庭经常援引国际法院、原常设国际法院和各个仲裁法庭的判例，从而是在一般国际法的范畴内进行自己的推论。³⁶ 虽然解决投资争端国际中心各法庭的法理学方针很不统一，但这些法庭迄今既不明显强调目的和宗旨作为解释资料的作用，也不明显强调缔约国在缔结《公约》时的假设意图。³⁷

14. 对于《北美自由贸易协定》（《北美自贸协定》）下面的各专家组一般采用的解释方针，可以形容为从《维也纳公约》的解释规则出发，强调贸易自由化，将其作为《协定》的主要目的和宗旨。³⁸

³² George Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Clarendon Press 1996) p.361, citing Case A/1 (Issues I, III and IV), Decision No. DEC 12-A1-FT (1982) 1 Iran-USCTR, p.189, paras.190-192.

³³ 同上, paras. 362-365.

³⁴ Karl-Heinz Böckstiegel, “Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch das Iran-United States Claims Tribunal” in Kay Hailbronner(ed) *Staat und Völkerrechtsordnung. Festschrift für Karl Doebling* (Springer 1989) 119-131; George Aldrich (见脚注 32) pp. 360ff; Charles Brower and Jason Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Martinus Nijhoff 1998) pp. 263ff.

³⁵ Christoph Schreuer, “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration” in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Panos Merkouris (eds.) *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2010) pp.129ff; Ole Kristian Fauchald, “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals-An Empirical Analysis” (2008) 19 *European Journal of International Law*, Issue VII.19, p.314; Romesh J Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2012).

³⁶ Fauchald (见脚注 35), pp. 311, 313 and 341.

³⁷ 同上, pp. 315-319.

³⁸ *Tariffs Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products* (Final Report of the Panel) Arbitral Panel Established Pursuant to Article 2008, Secretariat File No. CDA-95-2008-01 (2 December 1996) paras. 118 and 119 (<http://registry.nafta-sec.alena.org/cmdocuments/0c7973b9-1088-4221-99a5-e279075380b0.pdf>, accessed 16 January 2013); see also for Chapter 11 Panels *Canadian Cattlemen for Fair Trade (CCFT) v United States of America* (Award on Jurisdiction), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration under the North American Free Trade Agreement, Chapter Eleven (28 January 2008) paras.45-48 and 122 (<http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/CCFT/CCFT-USA-Award.pdf>, accessed 16 January 2013).

3. 人权法院和人权事务委员会

15. 欧洲人权法院在早期的Golder诉联合王国一案³⁹中认为，“应该以《维也纳公约》为指导”，⁴⁰并重申了国际法委员会为《公约》下的解释过程提供的说明：

按照《维也纳公约》第三十一条所载“通则”所述，条约解释过程是一项统一和单一的综合行动；这是一条紧凑的综合规则，把该条四个段落所阐述的各种成分摆在平等的地位。⁴¹

16. 自那时以来，欧洲人权法院经常重申，在原则上支持把《维也纳公约》第三十一至三十三条作为解释《欧洲人权公约》的依据。⁴²然而，该法院区别对待《欧洲人权公约》和“古典的国际条约”。⁴³该法院提出：

《公约》的内容不仅限于缔约国之间的对等约定。《公约》不只形成了一个相互和双边承诺的网络，而且制定了真实的义务，用序言中的话说，这些义务得益于“集体强制实施”。⁴⁴

17. 因此，对《欧洲人权公约》的解释将考虑到“《公约》作为欧洲公共秩序的一项宪法文书所具备的效力”。⁴⁵由于确定了《公约》的这些特点，促成该法院确认，“《公约》是一项活的文书，必须依照当今的情况来解释”。⁴⁶然而，这个“活的文书”方针并不形成对基于《维也纳公约》第三十一至三十三条的通用解

³⁹ *Golder v. the United Kingdom* (1975), European Court of Human Rights, Series A, No. 18.

⁴⁰ 同上。

⁴¹ *Golder* (见脚注 39), para. 30, 国际法委员会的措辞见 Yearbook of the International Law Commission (1966) vol. II, p.219, para. 8.

⁴² *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC] ECHR 2005-I, paras. 111 and 123; *Bankovic and others v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec) [GC] ECHR 2001-XII, paras. 55-58; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC] ECHR 2001-XI, para. 55; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (1995) Series A No. 310, para. 73; *Cruz Varas and others v. Sweden* (1991) Series A No. 201, para. 100; *Johnston and others v. Ireland* (1985) Series A No. 112, para. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* Application No. 61498/08 (ECtHR, 2 March 2010) para. 126; *Rantsev v. Cyprus and Russia* Application No. 25965/04 (ECtHR, 7 January 2010) paras. 273-274, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] App No. 34503/97 (ECtHR, 12 November 2008) para. 65, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions.

⁴³ *Ireland v. the United Kingdom* (1978)(ECtHR)Series A, No. 25, para 239; *Al-Saadoon and Mufdhi* (见脚注 42) para. 127; *Soering v. the United Kingdom* (1989) (ECtHR)Series A, No. 161, para. 87.

⁴⁴ *Ireland* (见脚注 43) para. 239.

⁴⁵ *Loizidou* (见脚注 42) para. 75.

⁴⁶ *Tyrer v. the United Kingdom* (1978) EctHR Series A, No. 26, para. 31; *Al-Saadoon and Mufdhi* (见脚注 42), para. 119, quoting *Öcalan v. Turkey* [GC] ECHR 2005-IV, para. 163; *Selmouni v. France* [GC] ECHR 1999-V, para. 101.

释方法的例外。而且，欧洲人权法院经常重申，“必须按照 1969 年 5 月 23 日的《维也纳条约法》所定规则来解释《公约》”，而且“必须按照管理这个领域的国际法原则来确定各国的责任，同时考虑到《公约》作为一项人权保护文书的特殊性质”。⁴⁷

18. 同样，美洲人权法院确认，按照《维也纳公约》：

……应把解释过程视为一个整体。⁴⁸

19. 该法院虽然在开始推论时通常首先是参阅案文，⁴⁹ 但一般不依靠主要以案文为准的方针，而是求助于其他解释资料。⁵⁰ 美洲人权法院之所以不愿使条款的通常意义发挥更重要的作用，最终归因于法院强调目的和宗旨。⁵¹ 该法院因此着重指出：

……用语的“通常意义”本身不能成为唯一的规则，因为必须总是根据标准含义的上下文，尤其是根据条约的目的和宗旨来对其加以考虑。⁵²

20. 在美洲人权法院的判例中，“目的和宗旨”所发挥的作用看来超过其他解释资料。该法院的基于目的和宗旨的方针有一个特点，就是强调整个《公约》的有效保护人权的总目标。该法院提出：

……法院在解释《公约》时，必须使人权保护制度发挥其全部适当效力 (effet utile)。⁵³

⁴⁷ *Mamatkulov and Askarov* (见脚注 42) para. 111; see also *Al-Saadoon and Mufdhi* (见脚注 42) para. 119; *Al-Adsani* (见脚注 42) para. 55, *Loizidou* (见脚注 42) para. 43; and *Bayatyan v. Armenia* [GC], Application no 23459/03 (ECtHR, 7 July 2011), paras.98-108.

⁴⁸ “*White Van*” (*Paniagua-Morales and others v Guatemala*) (Preliminary Objections, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 23 (25 January 1996), para. 49.

⁴⁹ *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Articles 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 2 (24 September 1982), para. 19; *Enforceability of the Right to Reply or Correction (Articles 14(1) 1(1) and 2, American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-7/86, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 7 (29 August 1986).

⁵⁰ *The Effect of Reservations* (见脚注 49) para. 19; *González and others ('Cotton Field') v. Mexico* (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 205 (16 November 2009), para. 29.

⁵¹ Lucas Lixinski, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights” (2010), *European Journal of International Law*, Issue VII. 21, pp. 587 and 588.

⁵² *Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 4 (19 January 1984), para. 23; *Article 55 of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC-20/09, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 20 (29 September 2009) para. 26.

21. 人权事务委员会承认《维也纳公约》的解释规则，⁵⁴ 但主要是隐含地适用这些规则。在该委员会的判例中，《公民权利和政治权利国际公约》的“目的和宗旨”发挥着最重要的作用，超过《维也纳公约》第三十一和三十二条提到的其他各种解释资料。⁵⁵ 人权事务委员会的解释方针有一个重要方面，这就是，从演变的角度来理解《公民权利和政治权利国际公约》所规定的各项权利。例如，在Yoon和Choi诉大韩民国一案⁵⁶ 中，该委员会强调，《公约》所载任何权利都会逐渐演变，⁵⁷ 并以这一推论为理由，在一定程度上偏离自己以前的判例。⁵⁸ 然而，在Atasoy和Sarkut诉土耳其一案中，该委员会强调，注重演变的解释“不能超越条约的文字和精神，也不能超越缔约国当初的明确意图”。⁵⁹

4. 其他国际裁判机构

22. 其他国际裁判机构也承认，《维也纳公约》阐述了基本的条约解释规则。

23. 在关于“担保个人和实体从事‘区域’内活动的国家所负责任和义务”的咨询意见中，海底争端分庭为国际海洋法法庭说明了《维也纳公约》的重要性：

在分庭必须适用的国际法规则中，关于条约解释的规则起着特别重要的作用。适用的规则载于第三部分第3节，题为“条约的解释”，由1969年《维也纳条约法公约》第三十一至三十三条构成(……)。这些规则据信体现了习惯国际法。法庭虽然从未明确表示过这一观点，但通过借用《维也纳公约》的条约解释条款的术语和方针，间接地表示了该观点(见2002年12月23日法庭在“伏尔加河”一案中的判决)。⁶⁰

⁵³ *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16 (1 October 1999), para. 58.

⁵⁴ *Alberta Union v. Canada* (18 July 1986) Communication No. 118/1982(CCPR/C/28/D/118/1982), para. 6.3.

⁵⁵ *Setelich v. Uruguay* (28 October 1981), Communication No.63/1979, (CCPR/C/14/63/1979), paras. 11, 14 and 18.

⁵⁶ *Yoon and Choi v. the Republic of Korea* (3 November 2006), Communication Nos. 1321/2004 and 1322/2004(CCPR/C/88/D/1321-1322/2004).

⁵⁷ *Yoon and Choi* (见脚注 56), para. 8.2.

⁵⁸ *LTK v. Finland* (9 July 1985), Communication No. 185/1984(CCPR/C/25/D/185/1984), para. 5.2.

⁵⁹ *Atasoy and Sarkut v. Turkey* (29 March 2012), Communication Nos. 1853/2008 and 1854/2008 (CCPR/C/104/D/1853-1854/2008), para. 7.13.

⁶⁰ Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Advisory Opinion of 1 February 2011), ITLOS, Case No. 17, paras. 57 and 58.

24. 国际海洋法法庭有时显示，它准备采用动态和注重演变的解释方针。因此，海底争端分庭把某些“确保……的义务”⁶¹ 描述为尽责义务，⁶² 它们是“可变的”概念，并“会随着时间而变化，因为在某个时刻被认为是尽责的措施会变得不足以尽责，例如根据新的科学或技术知识变得不足以尽责”。⁶³ 因此，该法庭看来愿意在适当情况下以《维也纳公约》为依据，通过注重演变和动态的方式解释《联合国海洋法公约》，大概将此作为有关规定的目的和宗旨的内容之一。

25. 国际刑事法院一再宣布，它按照《维也纳公约》的规则解释其《规约》和其他适用的条约。⁶⁴ 前南斯拉夫问题国际法庭也若干次声明，《维也纳公约》的规则可适用于条约的解释。⁶⁵

26. 欧洲法院认为，各项成立条约（“主要是联盟法”）的各项规则构成一个“自主的法律秩序”，因此在解释这些条约时不以《维也纳公约》为参考。相形之下，欧洲法院在解释欧盟与第三国达成的协定时，认为自己受《维也纳公约》解释规则所体现的习惯国际法的约束。⁶⁶ 欧洲法院在 *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* 一案⁶⁷ 中说：

……尽管《维也纳公约》无论对共同体还是对其全体成员国都没有约束力，但该公约的一系列规定体现了习惯国际法规则，因此对共同体的机构具有约束力，并构成共同体法律秩序的一部分。⁶⁸

并得出结论认为：

⁶¹ 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日通过，1994年11月16日生效)，联合国，《条约汇编》，第1833卷，第31383号，第一五三(4)条和附件三第四(4)条。

⁶² *Responsibilities and Obligations of States*, ITLOS, Case No. 17 (见脚注 60), para. 110.

⁶³ 同上，paras. 110 and 211.

⁶⁴ *Lubanga Dyilo* (Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable) ICC (Pretrial Chamber) (15 May 2006), Annex I, para. 1; *Situation in the Democratic Republic of Congo* (Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal), International Criminal Court (Appeal Court) (13 July 2006), paras. 6 and 33; *Lubanga Dyilo* (Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing), ICC (Pretrial Chamber) (8 November 2006), para. 8.

⁶⁵ 见 *Jelisić* (Judgment), ICTY-95-10 (14 December 1999) para. 61; *Čelebići* (Judgment) ICTY-96-21(20 February 2001) paras. 67ff; *Krstić* (Judgment), ICTY-98-33 (2 August 2001), para. 541; *Stakić* (Judgment) ICTY-97-24 (31 July 2003), para. 501; *Galić* (Judgment), ICTY-98-29(5 December 2003), para. 91.

⁶⁶ 见 Pieter Jan Kuijper, “The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969” (1998), *Legal Issues of European Integration* Vol. 25, Issue 1; Case C-344/04, *The Queen on the application of: International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v. Department for Transport* (Preliminary Ruling) (2006), ECR I-403, para. 40.

⁶⁷ Case C-386/08, *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* (2010), ECR I-01289.

⁶⁸ 同上，para. 42.

《维也纳公约》制定的规则只要表达了一般习惯国际法，便适用于国家与国际组织之间缔结的协定，例如《欧共体-以色列结盟协定》。⁶⁹

27. 欧洲法院引用《维也纳公约》第三十一条指出，对条约的解释一定不能仅以文字含义为依据，而是还要考虑到它们的目的和宗旨。例如，有一个案件涉及欧共体与欧洲自由贸易联盟成员国之间关于建立欧洲经济区的协定草案，⁷⁰ 欧洲法院在这个案件中强调：

尽管本协定的条款与欧共体的相应条款在措词上完全相同，但这并不意味着对二者的解释必须完全相同。⁷¹

该法院还确定，欧洲自由贸易联盟协定和欧洲经济共同体的措辞完全相同的条款在意思上有区别。⁷²

5. 结论：结论草案 1

28. 综上所述各项原始资料，提出结论草案如下：⁷³

结论草案 1

条约解释通则和资料

《维也纳条约法公约》第三十一条作为条约义务和习惯国际法的体现，规定了解释条约的通则。

在一个具体案件中解释一项条约时，会导致对《维也纳公约》第三十一和三十二条所载各种解释资料给予不同程度的强调，尤其是根据所涉条约或条约条款，对条约案文或条约目的和宗旨给予不同程度的强调。

⁶⁹ 同上，para. 41；还见 Case C-6/60 Jean-E. Humblet v. Belgian State (1960)，ECR 559，p. 574

⁷⁰ European Court of Justice，Opinion 1/91 (1991)，ECR I-6079。

⁷¹ 同上，para. 14。

⁷² 同上，para. 35。

⁷³ 见条约随时间演变问题研究组组长的初步结论 1 至 3(A/66/10，第 344 段)，尤其是初步结论 (1) 和 (2) (第一段)：

(1) 条约解释之通则

《维也纳条约法公约》第三十一条所载规定，不论作为适用的条约规定还是作为习惯国际法的体现，得到了经审查的不同裁决机构的认可，被视为解释适用的条约的通则。

(2) 解释的方针

虽然不同的裁决机构承认，《维也纳条约法公约》第三十一条所载通则可作为对条约进行解释的依据，但它们在不同情况下对该条所载不同解释资料的强调程度有轻有重。

四. 以嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料

29. 条约解释通则确认, 各种解释资料也包括特定情况下的缔约国嗣后协定和嗣后惯例(《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项)。委员会在其关于条约法条款草案的评注中强调:

这类嗣后惯例在条约适用中, 作为解释的一个因素, 其重要性显而易见, 因为它构成缔约国对条约含义之理解的客观证据。⁷⁴

30. 通过根据《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项, 把嗣后协定和嗣后惯例作为“缔约国对条约含义之理解的客观证据”, 委员会视其为“权威”⁷⁵ 解释资料。将其视为权威解释方式意味着, 缔约国这种嗣后协定和嗣后惯例常常是, 但不一定总是,⁷⁶ 解释条约方面的特别重要的因素。⁷⁷

1. 国际裁判机构的认可

31. 国际裁判机构认可把缔约国的嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料, 并对其如此运用, 尽管强调程度有些不同。

(a) 国际法院

32. 国际法院“本身经常审查缔约国在条约运用中的嗣后惯例”。⁷⁸ 其判例大致说明了嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料可能产生的法律效力, 及其与其他解释资料之间的相互作用, 也是这方面的重要范例(见下文第2节)。

⁷⁴ 《国际法委员会年鉴》(1966年), 第2卷, 英文第221页, 第15段。

⁷⁵ 同上。

⁷⁶ 据称, 对确立其他国家或行为体权利的条约所做解释不那么易于为缔约方的“权威”解释所影响, 例如, 在投资条约中: 见 *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16 (28 September 2007), para. 386 (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8, accessed 6 March 2013); *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3 (22 May 2007), para. 337 (<http://italaw.com/documents/Enron-Award.pdf>, accessed 6 March 2013)。

⁷⁷ 见 Robert Jennings and Arthur Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1 (9th edn, Longman, 1992), p.1268, para.630; Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Certain other Treaty Points”(1957), *British Yearbook of International Law*, pp. 223-225; WTO, US: *Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, Report of the Panel (31 March 2011) (WT/DS353/R, para. 7.953)。

⁷⁸ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999] I.C.J. Report 1999, p.1076, para.50; 还见 Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (*The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece*) (Judgment) [5 December 2011], para.99(见 <http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf>)。

(b) 各经济条约制度下的裁判机构

33. 各经济条约制度下的国际裁判机构经常涉及嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料的问题。世贸组织上诉机构认可把嗣后惯例作为解释资料，并有几次应用，⁷⁹ 而且曾把一项嗣后协定考虑在内。⁸⁰ 伊朗-美国索赔法庭也是如此，⁸¹ 指出：

因此，缔约国嗣后惯例远非在条约解释中扮演次要角色，而是构成条约解释的一个重要因素。在解释条约规定时，各国际法庭常常检查缔约国的嗣后惯例。本法庭还认可缔约国嗣后惯例的重要性，并在若干案件中引用。⁸²

34. 解决投资争端国际中心的法庭经常认可把嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料。⁸³ 在一些裁决中，法庭甚至强调，对于条约缔约国打算参照条约嗣后惯例逐

⁷⁹ WTO, *Japan: Alcoholic Beverages*, Report of the Appellate Body (4 October 1996), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, and; Report of the Panel (11 July 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R and WT/DS11/R; *European Community: Chicken Cuts-Report of the Appellate Body* (12 September 2005) WT/DS269/AB/R and WT/DS286/AB/R, para. 259; Report of the Panel (30 May 2005) WT/DS269/R and WT/DS286/R; *European Community: Computer Equipment*, Report of the Appellate Body (5 June 1998) WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R and WT/DS68/AB/R, paras. 92 and 93 and; Report of the Panel (5 February 1998) WT/DS62/R, WT/DS67/R and WT/DS68/R; US: Upland Cotton, Report of the Appellate Body (3 March 2005), WT/DS267/AB/R; Report of the Panel (8 September 2004) WT/DS267/R; 还见 *European Community and Its Member States: Products*, Report of the Panel (16 August 2010) WT/DS375/R, WT/DS376/R and WT/DS377/R, para. 7.558。

⁸⁰ WTO, *United States: Tuna II (Mexico)*, Report of the Appellate Body (16 May 2012) WT/DS381/AB/R, para. 372。

⁸¹ *The United States of America (and others) and The Islamic Republic of Iran (and others)*, Award No. 108-A-16/582/591-FT (1984) 5 Iran-USCTR 57; *International Schools Services, Inc (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO)*, Interlocutory Award No. ITL 37-111-FT (1984) 5 Iran-USCTR p. 338; *United States-Iran, Case No. A17 - Decision No. DEC 37-A17-FT* (1985) 8 Iran-USCTR 189; *Burton Marks (and others) and The Islamic Republic of Iran-Interlocutory Award No. ITL 53-458-3* (1985), 8 Iran-USCTR 290; *The Islamic Republic of Iran and The United States of America, Interlocutory Award No. ITL 63-A15(I:G)- FT* (1986) 12 Iran-USCTR 40; *The Islamic Republic of Iran and The United States of America-Partial Award No. 382-B1-FT* (1988), 19 Iran-USCTR 273。

⁸² *The Islamic Republic of Iran and The United States of America - Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim)* (9 September 2004), 2004, WL 2210709 (Iran-USCTR), para. 111。

⁸³ 见 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic* (United States/Argentina BIT) (Annulment Proceeding, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award) ICSID Case No. ARB/01/3 (7 October 2008) para. 70 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caseId=C3, accessed 24 January 2013); *Siemens AG v. Argentine Republic (Germany/Argentina BIT) (Decision on Jurisdiction)* ICSID Case No. ARB/02/8 (3 August 2004) para. 105 (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC508_En&caseId=C7, accessed 24 January 2013); *National Grid PLC v. The Argentine Republic (UK/Argentina BIT) (Decision on Jurisdiction)* UNCITRAL (20 June 2006), paras. 84-85 (<http://ita.law.uvic.ca/documents/NationalGrid-Jurisdiction-En.pdf>, accessed 24 January 2013)。

渐改变的规定，缔约国嗣后惯例是尤其重要的解释资料。例如，在“Mihaly国际公司诉斯里兰卡社会主义民主共和国”一案中，法庭指出：

任何一方都未宣称，解决投资争端国际中心公约包含关于“投资”的任何精确先行定义。相反，定义要由缔约国在嗣后惯例中拟定，从而保持其完整性和灵活性，并能够在今后逐渐发展关于投资主题的国际法。⁸⁴

35. 《北美自由贸易协定》各专家组若干次认可把嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料。⁸⁵ 《北美自由贸易协定》专家组虽然看起来没有经常讨论嗣后惯例，⁸⁶ 但激烈争论过一份被视为嗣后协定的文件的法律效力。⁸⁷

(c) 人权法院和人权事务委员会

36. 关于嗣后协定和嗣后惯例，人权法院和条约机构遵循的方式与国际经济条约制度下的裁判机构有些不同。人权法院和条约机构在对实质性人权条款的解释中似乎没有考虑过缔约国的嗣后协定。不过，对于缔约国的嗣后惯例，情况有所不同：

37. 欧洲人权法院不时援引《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项，大多是在涉及法院与会员国的关系以及引起一般国际法问题的案件中援引。⁸⁸ 不过，法院更多地援引的是会员国的立法惯例，而不明确提及《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项。⁸⁹ 在这些案件中，法院确认，统一的，或基本统一的国家立法，甚至国内行政惯例，原则上均可构成相关嗣后惯例，⁹⁰ 其效力甚至可能不仅是限于

⁸⁴ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (United States/Sri Lanka BIT) (Award and Concurring Opinion) ICSID Case No. ARB/00/2 (15 March 2002) [2004] 6 ICSID Rep. 310, para. 33; similarly *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/00/5 (27 September 2001) [2004] 6 ICSID Rep. 419, para. 97.

⁸⁵ *CCFT v. United States of America* (见脚注 38), paras. 181–183.

⁸⁶ *In the Matter of Cross-Border Trucking Services* (Final Report of the Panel), Arbitral Panel Established Pursuant to Article 2008, Secretariat File No. USA-MEX-98-2008-01 (6 February 2001) paras. 220–221 and 235, (<http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/8f70c18a-7f02-4126-96f6-182a11c90517.pdf>, accessed 16 January 2013); *Agricultural Tariffs (US v. Canada)* (见脚注 38), paras. 119, 141 and 142.

⁸⁷ 见下文五. 1. (e), 第 88–90 段。

⁸⁸ *Cruz Varas* (见脚注 42) para. 100; *Loizidou* (见脚注 42), para. 73; *Bankovic* (见脚注 42), para. 56.

⁸⁹ 例如，见 *Lautsi and Others v. Italy* [GC] Application No. 30814/06 (European Court of Human Rights, 18 March 2011), para. 61 和 *Herrmann v. Germany* [GC] Application No. 9300/07 (European Court of Human Rights, 26 June 2012), para. 78.

⁹⁰ 例如，见 *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (见脚注 42), paras. 111 and 123; *Johnston and others v. Ireland* (见脚注 42), para. 51; *Al-Saadoon and Mufdhi* (见脚注 42), para. 126; *Rantsev v. Cyprus and Russia* (见脚注 42), paras. 273–274; *Demir and Baykara* (见脚注 42.), para. 65.

《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所说的解释资料。⁹¹ 因此,法院依赖缔约国嗣后惯例、而不明确引用《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项的裁决比引用该项规定的裁决更典型。自“Tyrrer诉联合王国”案之后,法院主要依赖缔约国的嗣后惯例(和其他惯例)来指导其“动态”或“注重演变”的解释。法院在确定注重演变的解释的性质和程度时,将具体程度不一地考虑“当今的情况”和“国际法的发展”,法院作此考虑的依据是:

绝大多数国家接受的一套规则和原则,欧洲国家的共同国际或国内法律标准反映了一个现实,法院如果应请求澄清一项公约规定的范围,而较传统的解释资料无法使其充分地确定此范围,便不得无视这一现实。⁹²

38. 的确,法院只要承认在进行“注重演变的解释”,通常会援引国家、社会或国际法律惯例,将其作为指导。⁹³

39. 看来,美洲人权法院与欧洲人权法院不同,迄今未援引《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项或(b)项,法院援引嗣后惯例的裁决也相当有限。⁹⁴ 不过,美洲人权法院尽管很少提及严格意义上的嗣后惯例,但多次在更广泛的意义上援引国际发展,后者介乎于《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项意义上的嗣后惯例与第三十一条第三款(c)项所涉其他“相关规则”之间。⁹⁵ 人权事务委员会自身有时也较仔细地考虑国家的嗣后惯例。⁹⁶ 美洲人权法院和人权事务委员会之所

⁹¹ *Soering* (见脚注 43), para. 103; *Al-Saadoon and Mufdhi* (见脚注 42), para. 119 quoting *Öcalan* (见脚注 46), para. 163。

⁹² *Demir and Baykara* (见脚注 42), para. 76。

⁹³ 见 *Öcalan* (见脚注 46), para. 163; *VO v. France [GC] ECHR 2004-VIII; Johnston* (见脚注 42) para. 53; *Bayatyan v. Armenia* Application No. 23459/03 (European Court of Human Rights, 27 October 2009), para. 63, selected for publication in Rep.orts of Judgments and Decisions; *Soering* (见脚注 43), para. 103; *Öcalan* (见脚注 46), para. 191; *Al-Saadoon and Mufdhi* (见脚注 42), para. 119。

⁹⁴ *Gelman v. Uruguay* (Merits and Rep.arations, Judgment) Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 221 (27 February 2011), paras. 215–224 and the Concurring Opinion of Judge Vio Grossi in *López Mendoza v. Venezuela* (Merits, Rep.arations and Costs, Judgment) Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 233 (1 September 2011), para. 3; see also *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago* (Merits, Rep.arations and Costs, Judgment) Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 94 (21 June 2002), para. 12; see also ‘*White Van*’ (*Paniagua-Morales and others v. Guatemala*) (见脚注 48)。

⁹⁵ 例如, 见 *Vélásquez-Rodríguez v. Honduras* (Merits, Judgment) Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4 (29 July 1988), para. 151; *The Right to Information on Consular Assistance. In the Framework of the Guarantees of the due Process of Law* (Advisory Opinion), Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16 (1 October 1999), paras. 130-133 and 137。

⁹⁶ *Kindler v. Canada* (30 July 1993) Communication No. 470/1991, para. 14.2; *Judge v. Canada* (5 August 2002), Communication No. 829/1998, para. 10.3; *Barrett and Sutcliffe v. Jamaica* (30 March 1992), Communication No. 270/1980, para. 8.4; *Simms v. Jamaica* (3 April 1995), Communication No. 541/1993, para. 6.5。

以比欧洲人权法院较少援引嗣后惯例，原因除其他外，可能包括资源缺乏，以致无法可靠地核查相关惯例中有足够代表性的部分。

(d) 其他国际裁判机构

40. 国际海洋法法庭在某些情况下把缔约方嗣后惯例视为解释资料。⁹⁷ 前南问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭均认可，实质性国际刑事法的解释，包括条约的解释，必须考虑到各国法院的嗣后解释惯例。⁹⁸ 两个法庭都没有局限于仅考虑国内法院的嗣后判例，而是还援引国家的嗣后行政或军事惯例。⁹⁹ 前南国际刑事法庭甚至考虑到更普遍的国家惯例形式，包括会员国立法趋势，这反过来又可能改变对犯罪范围或犯罪内容的解释。例如，在Furundžija一案中，前南问题国际法庭的分庭为界定《日内瓦第四公约》第 27 条、第一附加议定书第 76 条(1)款和第二附加议定书第 4 条(2)款(E)项所禁止的强奸罪，¹⁰⁰ 检查了世界各主要法律制度通用的刑法原则，并指出：

……可以看出，一些缔约国本国立法中的一个趋势是，扩大强奸罪定义的范围，把先前定为较轻犯罪的行为也纳入进来，包括性侵犯或非礼行为。这种趋势表明，在国家一级，各国倾向于更严格地对待严重的性侵犯形式：现今，强奸的恶名包括越来越多的性犯罪，当然，要符合一定的条件，主要是强行进入体内。¹⁰¹

41. 欧洲法院与其他国际裁判机构不同，在解释联盟成立条约(主要是联盟法)时，没有考虑成员国的嗣后惯例。这符合该法院的总方针：把成立条约视为构成“自主的法律秩序”，从而在解释这些条约时不援引和不适用《维也纳公约》。¹⁰²

⁹⁷ *The M/V 'SAIGA' (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)* (Judgment of 1 July 1999), ITLOS Case No. 2, paras. 155 and 156; 还见 *The M/V 'SAIGA' (No. 1) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea) (Prompt Release)* (Judgment of 4 December 1997), ITLOS Case No. 1, para. 57。

⁹⁸ *Kupreskić and others* (Judgment) ICTY-95-16 (14 January 2000), para. 541; 还见 *Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4-T, T Ch I (2 September 1998), paras. 503 and 542ff。

⁹⁹ *Tadić* (Judgment), ICTY-94-1 (15 July 1999), para. 94; *Jelisić* (见脚注 65), para. 61 (footnotes omitted)。

¹⁰⁰ *Furundžija* (Judgment), ICTY-95-17/1 (10 December 1998), paras. 165ff。

¹⁰¹ 同上，para. 179; similarly *Musema* (Judgment), ICTR-96-13-A, Trial Chamber I (27 January 2000), paras. 220ff, in particular para. 228。

¹⁰² 见上文第 26-27 段。

不过，该法院在解释联盟与第三国缔结的协定时，确实考虑了嗣后惯例，并认可“协定缔约国的既定惯例”在解释协定方面的意义。¹⁰³

2. 嗣后协定和嗣后惯例与其他各种解释资料

42. 各国际裁判机构认可把嗣后协定和嗣后惯例为解释资料，导致其在多种情况下得到适用。为本文之目的，指出国际法院的几个判例就足够了，这些判例说明了嗣后协定和嗣后惯例在与其他解释资料的关系中可以发挥的作用。这些其他解释资料中最重要的是条约用语的“通常意义”其“上下文”和条约的“目的和宗旨”（《维也纳公约》第三十一条第一款(a)项至(c)项）。

(a) 通常意义

43. 例如，关于条约用语的“通常意义”，国际法院¹⁰⁴在“核武器咨询意见”中认定，“毒物或有毒武器”：

根据国家惯例，在通常意义上被理解为其主要效果、甚至唯一效果，是使人中毒或窒息的武器。这一惯例很清楚，这些文书的缔约国没有将其视为核武器。¹⁰⁵

44. 在“摩洛哥境内的美国国民”一案中，国际法院指出：

相关材料造成的一般印象是，负责管理海关的人员(……)利用了其掌握的所有各种估值因素，尽管其方式或许并非总是一致。在这些情况下，法院认为，第九十五条没有严格规范争议中的问题。¹⁰⁶

45. 在“Mazilu”一案中，国际法院认为：

实际上，根据联合国秘书长提供的信息，联合国确曾在特定情况下把性质越来越多样化的特派任务托付给不具备联合国官员身份的个人。(……)在

¹⁰³ 见 Case C-52/77 *Leonice Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli* [1977] ECR 2261, para. 18; at 2277; 还见 Case C-432/92, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S P Anastasiou (Pissouri) Ltd. and others* [1994] ECR I-3087, paras. 43 and 50。

¹⁰⁴ 另见 *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) (Preliminary Objections)* [1998], I.C.J. Reports 306, para. 67; *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (Preliminary Objection)* [1996] I.C.J. Reports 1996, p. 815, para. 30; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations (Advisory Opinion)* [1950], I.C.J. Reports 1950, p. 9。

¹⁰⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)* [1996], I.C.J. Reports 1996, p. 248, para. 55。

¹⁰⁶ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* [1952], I.C.J. Reports 1952, P 211。

所有这些情况下，联合国的惯例表明，如此任命的人，尤其是这类委员会的成员，已被视第 22 款所指的特派专家。¹⁰⁷

46. 在大多数情况下，国际法院认为，按照缔约国嗣后惯例的规定，确定条约术语的“通常意义”，是决定性的，而无论此一惯例是广义解释“通常意义”，还是狭义解释“通常意义”。¹⁰⁸ 一个著名的例子，是国际法院参照联合国的嗣后惯例，在“关于某些费用的咨询意见”中对“费用”（广义解释）和“行动”（狭义解释）的解释。¹⁰⁹

47. 因此，缔约国的嗣后惯例往往有助于缩小文本可能具备的各种不同含义的范围。不过，嗣后惯例还可能表明对各种不同含义的开放接受程度，或是显示对条约用语的广义解释。¹¹⁰

(b) 上下文

48. 条约的解释并不局限于解释条约具体用语的文字，而是还包括将条约作为一个整体，“依其用语按其上下文”（《维也纳公约》第三十一条第一款）进行解释。在惯例涉及整个条约或其他相关条约规则时，嗣后协定和嗣后惯例也可影响一项特定规则的解释。¹¹¹ 因此，国际法院在“海事协商组织”一案中指出：

这种依靠注册吨位来实施《条约》的不同条款的做法(……)使得法院认为，当起草其后条款[第二十八条(a)款]并将其纳入《公约》时，不大可能考虑采用除注册吨位外的任何其他标准来确定哪个国家拥有最大船运能力。¹¹²

49. 嗣后协定和嗣后惯例主要用来阐明含混或泛泛的用语，¹¹³ 但是，如果设想看来很明确的用语的含义不会因缔约国的嗣后协定或嗣后惯例而引起疑问，未免

¹⁰⁷ *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* (Advisory Opinion) [1989], I.C.J. Reports 1989, p.194, para. 48.

¹⁰⁸ for example, 见 *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening)* [1992], I.C.J. Reports 1992, p. 586, para. 380.

¹⁰⁹ *Certain Expenses of the United Nations* (Advisory Opinion) [1962], I.C.J. Reports 1962, pp.158ff (“expenses”), pp 164ff (“action”).

¹¹⁰ 欧洲人权法院尤其接受这一看法：多样或不统一的惯例可能显示，缔约国在遵守欧洲人权法院规定的义务方面，享有很大的空间；见 *Lautsi and Others v. Italy* [GC] Application No. 30814/06 (European Court of Human Rights, 18 March 2011), para. 61, and *Van der Heijden v. the Netherlands* [GC] Application No. 42857/05 (European Court of Human Rights, 3 April 2012), paras. 31 and 61.

¹¹¹ 例如，见 *Case concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* (Jurisdiction and Admissibility) [1988], I.C.J. Reports 1988, p. 87, para. 40.

¹¹² *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Advisory Opinion) [1960], I.C.J. Reports 1960, p. 169, 还见 167ff; in the same sense: *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland-United Kingdom)* (2003), *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (Part 11), p. 91, para. 141.

过分。¹¹⁴ 国际法院有时确实发现，嗣后惯例使得显然很清晰的条约条款变得不那么明确。一个例子是“关于修建隔离墙的咨询意见”。国际法院在其中指出：

这项经过演变的大会公认惯例符合《宪章》第十二条第一项。¹¹⁵

50. 而《联合国宪章》第十二条的案文没有清晰反映出大会提出何种嗣后惯例。

(c) 目的和宗旨

51. 《维也纳公约》第三十一条第一款规定，对应“参照条约之目的和宗旨”来对其加以解释。嗣后协定和嗣后惯例可能与条约的目的和宗旨密切相关。因此，有时首先参照缔约国的嗣后行为来具体说明条约的目的和宗旨。¹¹⁶ 例如，在“丹麦诉挪威”一案中，国际法院援引缔约国的嗣后惯例和执行情况来澄清一项关于大陆架划界的双边协定的目的和宗旨。¹¹⁷ 在“喀麦隆诉尼日利亚”一案中，国际法院指出：

从条约案文和上文第 64 和 65 段分析的惯例来看，乍得湖流域委员会是一个国际组织，在特定地理区域行使职权；但其宗旨不包含在区域一级解决事关维护国际和平与安全的事宜，因此该委员会不属于《联合国宪章》第八章的范畴。¹¹⁸

¹¹³ *Case Concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)* [1960], I.C.J. Reports 1960, pp. 208ff; *Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (见脚注 19) Declaration of Judge ad hoc Guillaume, p. 290.

¹¹⁴ *Certain Expenses of the United Nations (Advisory Opinion) (Dissenting Opinion of Judge Spender)* [1962], I.C.J. Reports 1962, p. 189.

¹¹⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)* [2004], I.C.J. Reports 2004, p. 150, para. 28.

¹¹⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion)* [1971], I.C.J. Reports 1991 p. 179; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion)* [2004], I.C.J. Reports 2004, p. 179, para. 109; *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (Preliminary Objection)* [1996], I.C.J. Reports 1996, p. 815, para. 30; Rosalyn Higgins, ‘Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law’ in Jerzy Makarczyk (ed) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996) p. 180; Giovanni Distefano, ‘La Pratique Subséquente des Etats Parties à un Traité’ (1994), 40 AFDI 52-54.

¹¹⁷ *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* [1993], I.C.J. Reports 1993, p. 51, para. 27.

¹¹⁸ 另见 *Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) (Preliminary Objections)* [1998], I.C.J. Reports 1998, p. 306, para. 67.

52. 有人表示，一项文书的特性(如多边/双边/单边；立法/合约)和主题的性质(如技术/价值；经济/人权)作为条约目的和宗旨的因素，有助于确定可在多大程度上把嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料。¹¹⁹ 不过，国际法院的判例不能明确地确认这样的假设。嗣后协定和嗣后惯例已被用作《联合国宪章》的重要解释资料，¹²⁰ 并作为双边边界条约¹²¹ 以及单方面提交法院或法庭审理的案件的重要解释资料。¹²² 在“立法”与“合约”性质的条约之间，嗣后协定或嗣后惯例的相对重要性似乎没有明显不同，甚至无法区分。侧重技术与侧重价值的条约或条款之间的不同也是如此。

53. 不过，从国际法院的判例中得出的这些观察结果不能被普遍适用。有时，国际经济、人权和其他条约下的裁判机构将更加注重条约的“目的和宗旨”或条约用语的“通常意义”，具体情况依所涉制度而定。¹²³ 因此，从国际法院的判例中得出以下结论为时过早：文书的特性和主题的性质作为条约目的和宗旨当中的因素，并不影响嗣后协定或嗣后惯例在条约解释中的相对重要性。有一个可能是，国际法院由于审理的案件较少，而且不专门化，其判例迄今尚且不能导致清晰的认识。因此，也许应该在工作的以后某个阶段更为仔细地探讨这个问题。

3. 注重当时意义的解释和注重演变的解释

54. 嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料可能具备的法律意义也取决于所谓的国际法。¹²⁴ 这涉及一个问题，即对某一条约的解释到底应考虑其缔结时的情形(“注

¹¹⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion) (Separate Opinion of Judge Dillard) [1971], I.C.J. Reports 1991, p.154, footnote 1.

¹²⁰ 例如，见 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004], I.C.J. Reports 2004, p. 149, para. 27.

¹²¹ 例如，见 *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999], I.C.J. Reports 1999, p. 1087, para. 63.

¹²² 例如，见 *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)* (Preliminary Objection) [1952], I.C.J. Reports 1952, p. 106.

¹²³ 见上文，paras. 11-27.

¹²⁴ Malgosia Fitzmaurice, “Dynamic(Evolutive) Interpretation of Treaties”(2008)Hague Year book of International Law, Vol.21, pp.101ff; TO Elias, “The Doctrine of Intertemporal Law”(1980 American Journal of International Law, Vol.74, pp.285ff; Don Greig, Inter-temporality and the Law of Treaties(British Institute of International and Comparative Law 2003); Markus Kotzur, “Intertemporal Law”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law(<http://www.mpepil.com>>accessed 22 January 2013); Ulf Linderfalk, “Doing the Right thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties”(2008)International Community Law Review, Vol.10, No.2, pp.109ff; Alfred Verdross and Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht* (3rd edition, Duncker & Humblot 1984) pp.496ff, paras.782ff.

重当时意义的解释”)还是适用时的情形(“注重演变的解释”)。¹²⁵ 当初, Max Hubert在帕尔马斯岛一案的判词是“必须根据当时的法律来审视案件事实”,¹²⁶ 导致许多人普遍赞成“注重当时意义的解释”方法。¹²⁷

(a) 委员会以前开展的工作

55. 委员会以前主要是在关于条约法以及国际法不成体系等方面的工作中处理时际法问题。委员会在就条约法条款草案开展工作期间,结合后来成为《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项的草案,讨论了条约的解释随时间演变的问题。委员会当时发现,“试图制定一项全面涵盖时间因素的通则会产生难题”,因此,委员会“得出结论认为,应忽略时间因素。”¹²⁸

56. 这个问题在不成体系问题研究组里再次论及。¹²⁹ 该研究组内的辩论产生的结论是,很难制定和商定一项要么赞成以注重当时意义的解释为原则,要么赞成以注重演变的解释为原则的通则。因此,该研究组组长Martti Koskenniemi在最后报告中得出结论说,“在解释某一项特定条约时,最好的办法是……仅挑选出某些因素加以考虑”:¹³⁰

出发点必须是(……)这一事实:对此问题作出决定是一个对条约本身进行解释的问题。所使用的措辞是否带来启发?这一论点的出发点似乎是“当时意义原则”,指的是有关缔约国的义务生效时所存在的规范环境。条约措辞本身就其上下文而言,在何时可能为考虑到未来的发展留出了余地?显示这何时可能是合理假设的例子至少包括:

(a) 在条约里使用某个“不是一成不变而是逐渐演变”的用语。(……)

(b) 非常笼统地说明义务,因此,在适用所涉法律时,对有关国家实行某种关于该法律的反致制度。(……)

57. 因此,委员会以往的工作留下了这一可能性:在确定某个特定案件到底是应该采用较为注重当时意义的解释,还是采用较为注重演变的解释方面,嗣后协定和嗣后惯例可发挥一定作用。

¹²⁵ M Fitzmaurice,“Dynamic(Evolutive)Interpretation of Treaties”(见脚注 124)P. 101.

¹²⁶ Island of Palmas case(Netherlands v.USA)(1928),Reports of International Arbitral Awards,Vol.II,p.845。

¹²⁷ Higgins(见脚注 116)p. 174。

¹²⁸ 国际法委员会年鉴(1966)第二卷,英文第 222 页,第 16 段; Higgins(见脚注 116)p. 178。

¹²⁹ Martti Koskenniemi 定稿之联合国大会国际法委员会研究组的报告“国际法不成体系问题”(2006)(A/CN.4/L.682和Corr.1),第 475 段。

¹³⁰ 同上, para. 478。

(b) 注重演变的解释与根据嗣后惯例进行解释之间的关系

58. 国际法院在关于航行和有关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)一案中处理了注重演变的解释与缔约国嗣后惯例之间的关系。¹³¹ 这一案件涉及 1858 年哥斯达黎加和尼加拉瓜签署的一项条约, 其中授予哥斯达黎加在圣胡安河上为“objetos de comercio”(“商业目的”)航行的自由。尼加拉瓜称, 在缔结条约之时及其后很长时间内, 缔约国对“商业”一词的理解应局限于货物, 而不包括服务, 尤其不包括为旅游而运送人员的航行。然而, 国际法院并不认为这一论点是结论性的:

一方面,《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所谓缔约国嗣后惯例可能导致根据缔约国之间默认为的协议偏离条约的本意。另一方面, 在一些情况下, 缔约国在缔结条约时的意图是(……)给予有关用语(……)一种可以演变的涵义或内容, 而不是一劳永逸地确定下来, 以便除其他外, 使国际法得以发展。¹³²

59. 国际法院然后指出,“comercio”一词是“一般化术语”, 对此“缔约国必然”一直“意识到, 其涵义(……)很可能会随着时间演变”, 而且“条约已缔结很长时间, 并得出结论认为”必须设定缔约国(……)有意让“这一用语”具有不断演变的涵义”。¹³³ 鉴于“商业”一词在当今被普遍理解为包括货物和服务, 法院裁定, 哥斯达黎加有权根据该条约不仅在圣胡安河上运输货物, 而且还可以运人。¹³⁴ Skotnikov法官虽然认为对条约进行注重演变的解释是不恰当的, 但通过认可以下嗣后惯例而得出同样的结论: 哥斯达黎加在圣胡安河经营旅游业“至少长达十年之久”, 而尼加拉瓜“从未”对此提出过抗议, 而且“一直允许旅游航行”, 从而导致对条约的不同理解, 使得此类服务被包括在“objetos de comercio”用语的范畴内。¹³⁵ 专案法官Guillaume也认定,“鉴于 1994 年 6 月 5 日两国旅游部长签署的谅解备忘录和近年来圣胡安河上游轮交通量的增长, 惯例与此结论相合”。¹³⁶

60. 哥斯达黎加诉尼加拉瓜案的判决表明, 缔约国的嗣后协定和嗣后惯例的影响既可能增加采用注重演变的解释的可能性, 又可能限制这种可能性。支持性影响在于确认, 对条约的演变的理解可以嗣后惯例为依据, 将其作为权威的解

¹³¹ *Dispute Regarding Navigational and Related Rights(Costa Rica v. Nicaragua)*(见脚注 19)p.213。

¹³² 同上, para. 64。

¹³³ 同上, paras. 66-68。

¹³⁴ 同上, para. 71。

¹³⁵ 同上, Separate Opinion of Judge Skotnikov, 283, 285, para 9。

¹³⁶ 同上, 专案法官Guillaume 的声明, p. 290 和 pp. 298 及 299, para. 16。

释资料。而嗣后惯例与基于其他理由，尤其是基于条约目的和宗旨的注重演变的解释相比，则显示出限制性影响。¹³⁷ 因此，强调有必要维护条约关系稳定的法官(Skotnikov、Guillaume)赞成通过嗣后惯例来认可非正式形成的解释，而法院的意见则采取了更为动态的方法，以更为抽象的形式进行注重演变的解释。无论怎样，哥斯达黎加诉尼加拉瓜一案的所有法官都支持这样的结论：如果注重演变的解释伴随有缔约方的某项共同嗣后惯例，那么，这种解释就是可能的。

61. 这一注重细微差别的方针反映在国际法委员会国际法不成体系问题研究组的报告里，也反映在对哥斯达黎加诉尼加拉瓜一案的判决中，在国际法院的判例中有很好的依据。然而，这并不妨碍在具体案例中再次出现这一选择：到底是采用较为注重当时意义的解释，还是采用较为注重演变的解释。Guillaume法官特别提出，存在着两种不同的法律判例，一种倾向于较为注重当时意义的解释，一个则倾向于较为注重演变的解释。¹³⁸ 然而，值得注意的是，Guillaume指出，赞成采用较为注重当时意义的方法的案件大都涉及边界条约的具体用语(“分水岭”；¹³⁹ “主航道/中行道”；¹⁴⁰ 地名；¹⁴¹ “河口”¹⁴²)。在这种案件中，看来有理由认为，一个词汇(泛指或特定的)的意思如果改变，通常不会影响具体安排的实质，因为该安排旨在尽可能保持稳定并尽可能地在上下文的内容中体现出来。另一方面，在认为注重演变的解释合理的案件中，案件的结果取决于那些其含义在本质上更为依上下文而变的用语。《国际联盟盟约》第二十二条“现代世界的艰难条件”或“这些人民的福祉和发展”等用语尤为如此。国际法院在其“纳米比亚咨询意见”里，援引第二次世界大战之后人民自决权的演变，给出了

¹³⁷ 例如见 Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007) p.246。

¹³⁸ Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) (见脚注 19) 专案法官 Guillaume 的声明，p.290, pp.294ff, paras.9ff; 也见国际法委员会第五十七届会议的报告(A/60/10, 第 467 和 479 段; Martti Koskenniemi 最后审定的国际法不成体系问题研究组的报告(2006)(A/CN.4/L.682 and Corr.1, 第 478 段); Resolution of the Institut de Droit International on 'Le problème intertemporel en droit international public' (1975) *Annuaire de l'Institut de Droit International* 536。

¹³⁹ Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Merits) [1962] I.C.J. Reports, 1962, p.14。

¹⁴⁰ Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia) [1999] I.C.J. Reports 1999, p.1060f, para.21。

¹⁴¹ Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia (Eritrea v. Ethiopia) (2002) Reports of International Arbitral Awards, 第 XXV 卷，第一部分，p.110, para.3.5。

¹⁴² Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening) [2002] I.C.J. Reports, 2002, p.339, para.48。

注重演变的解释。¹⁴³ 其他支持视可能采用注重演变的解释的公认理由包括：某个条约的特定用语具有“通用”性质¹⁴⁴ 以及条约旨在“长期有效”。¹⁴⁵ 甚至可能还有更具体的理由可以成为采用注重演变的解释的理由。例如，在莱茵铁路公司一案中，有关安排的持续存在和效力是一个重要理由，促使法庭同意，即使对非常技术性的规则，也可以进行注重演变的解释。¹⁴⁶

62. 无论怎样，国际法院采取注重演变的解释方法作出的裁决并没有在很大程度上偏离条约案文以及条约缔约国可确定的意图，这些意图在缔约国的嗣后协定和嗣后惯例中也有表述。¹⁴⁷ 因此，注重演变的解释似乎不是一种独立的解释资料，而是恰当适用通常的解释资料所产生的结果。¹⁴⁸ 因此，在国际法院和法庭确认和采取注重演变的解释办法的一些知名案件中，嗣后协定和嗣后惯例发挥的重要作用是适当的。例如，在纳米比亚一案中，国际法院援引了联合国机构和一些国家的惯例，以具体说明其从自决权固有的演变性质中得出的结论。在爱琴海一案中，国际法院认为“十分重要”的是，联合国的行政惯例和当事方的行为确认了它认定的“领土争端”这一用语的“一般和通用意义”，尽管当事方在另一处上下文中援用了限制性的解释。¹⁴⁹

63. 总的来说，正如国际法庭在莱茵铁路公司一案中指出的那样，国际法院和一些仲裁法庭的判例似乎与“当今重要学者对注重演变的条约解释方法的普遍支

¹⁴³ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)[1971] I.C.J. Reports 1971, p.30, para.51。

¹⁴⁴ Aegean Sea Continental Shelf Case(Greece v. Turkey)[1978] I.C.J. Reports 1978,p.32, para.77。

¹⁴⁵ Dispute Regarding Navigational and Related Rights(Costa Rica v. Nicaragua)(见脚注 19) p.213, para.66。

¹⁴⁶ Arbitration regarding the Iron Rhine(“IJzeren Rijn”)Railway(Belgium v. The Netherlands)Permanent Court of Arbitration(award of 24 May 2005)para.80:“in the present case it is not a conceptual or generic term that is in issue,but rather new technical developments relating to the operation and capacity of the railway”;还见 Aegean Sea Continental Shelf Case, (Judgment) [1978]I.C.J. Reports 1978,p.32,para.77;见 Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)(Award of 31 July 1989)Report of International Arbitral Awards,pp.151-152,para.85。

¹⁴⁷ 也见 Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal(1989)国际仲裁裁决报告 20 RIAA 119ff and 151f,para.85。

¹⁴⁸ Dispute Regarding Navigational and Related Rights(Costa Rica v. Nicaragua)(见脚注 19) Declaration of Judge ad hoc Guillaume p.290 and 294,para.9;Verdross and Simma, *Universelles Völkerrecht*(见脚注 124)p.498。

¹⁴⁹ Aegean Sea Continental Shelf(Greece v. Turkey)[1978],I.C.J. Reports 1978,p.31, para.74。

持”并不相悖。¹⁵⁰ 其他国际裁决机构也对注重演变的解释表现出不同程度的开放态度。世贸组织上诉机构只有在例外情况下才承认和采取注重演变的解释，但这一解释方针已成为欧洲人权法院判例的一个特点(把《欧洲人权公约》作为“活的文书”)。¹⁵¹ 因此，即使假设一项条约应得到注重当时情况的解释仍是适当的，但这不是一项强有力的假设，而且面对数不清的例外情况。

4. 结论：结论草案 2

64. 综上所述，提出结论草案 2 如下：¹⁵²

结论草案 2

以嗣后协定和嗣后惯例作为权威解释资料

条约缔约国之间达成的嗣后协定和嗣后惯例是权威的解释资料，在解释条约时应予以考虑。

缔约方之间的嗣后协定和嗣后惯例可指导对一项条约进行注重演变的解释。

¹⁵⁰ Arbitration regarding the Iron Rhine(“Ijzeren Rijn”)Railway(Belgium v. The Netherlands)(见脚注 146)para.81;例如见 J.M.Sorel,“Article 31” in Olivier Corten and Pierre Klein(eds.)Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités(Bruylant 2006)p. 1330,para.55。

¹⁵¹ WTO,United States:Shrimp(见脚注 30), para.130;European Court of Human Rights,Tyrer (见脚注 46)para.31;AlSaadoon and Mufdhi(见脚注 42)para.119 quoting Öcalan(见脚注 46) para.163; Selmouni(见脚注 46)para.101。

¹⁵² 见条约随时间演变问题研究组主席初步结论 4 和 7(A/66/10, para. 344,特别是初步结论 4 和 7(第一和第二句)：

(4) 原则上承认以嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料

所有经审查的裁决机构都承认，《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项含义范围内的嗣后协定和嗣后惯例可作为解释资料，裁决机构在解释和适用条约时应予以考虑。

(7) 演变解释和嗣后惯例

演变解释是以宗旨为导向的解释的一种形式。演变解释可能遵循狭义或广义的嗣后惯例。

五. 嗣后协定和嗣后惯例作为条约解释资料的定义

65. 《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项承认,“嗣后所订任何协定”(1)和第三十一条第三款(b)项承认,嗣后惯例(2)在特定条件下可作为条约解释资料。即使《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项规定的条件没有全部得到满足,根据其第三十二条,某项条约的一个或多个缔约国的嗣后惯例仍可成为解释资料。因此有必要界定“嗣后协定”和“嗣后惯例”这两个概念。

1. 嗣后协定

66. “嗣后协定”这一概念引起了以下方面的问题:(a) 其形式以及与“嗣后确定各当事国之协定之任何惯例”有何不同;(b) 其相关性;(c) 所需缔约方数目;(d) 其嗣后特性。

(a) “任何嗣后协定”的形式以及与“嗣后确定各当事国之协定之任何惯例”的不同之处

67. 《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项使用了“嗣后协定”一词,而没有使用“嗣后条约”一词。但这并不意味着“嗣后协定”就一定不比“条约”正式。尽管《维也纳公约》所指“条约”必须是书面形式(第二条第一款(a)项),但一般国际法并没有此项要求。¹⁵³《维也纳公约》和一般国际法中的“协定”一词,¹⁵⁴同样并不意味着任何特定程度的正式性。《维也纳公约》第三十九条规定了一项通则,即“条约得以当事国之协议修正之”,委员会的解释是缔约国“可采取原条约缔约国选择的任何形式来修正协定”。¹⁵⁵《维也纳公约》的起草者们也没有设想为其第三十一条第三款(a)和(b)项所指协定规定任何特定的形式。¹⁵⁶

¹⁵³ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain(Qatar v. Bahrain)* (Jurisdiction and Admissibility)[1994]I.C.J. Reports 1994,p.92,para.120f; 见 Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2008)p.81; Philippe Gautier,“Article 2(1969)”in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.)《维也纳条约法公约》: 评论,第一卷 (Oxford University Press,2011) pp.38f;Jan Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*(Kluwer Law International 1996)pp.49f;也见 A.Aust,“The Theory and Practice of Informal International Instruments”(1986)pp.5 国际法和比较法季刊,第35卷,第4期, pp.787和794ff。

¹⁵⁴ 见《维也纳公约》第二条第一款(a)项,第三条、第二十四条第二款、第三十九至第四十一条、第五十八条、第六十条。

¹⁵⁵ *Yearbook of the International Law Commission*(1966)vol II,p.232;也见 Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*(见脚注 153)Article 39,513,para.7;Philippe Sands,“Article 39 Convention of 1969”in Corten and Klein (eds.)*The Vienna Convention on the Law of Treaties* (见脚注 153),971-972,paras.31-34。

¹⁵⁶ 国际法委员会第27(3)(b)条款草案,后来成为《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项,其中载有“理解”一词,后由《维也纳公约》改为“协定”。此一改动“仅仅是起草事项”,见《联合国条约法会议正式记录,全体会议和各届会议,1968年3月26日至5月24日,维也

68. 尽管每个条约都是一项协定，但并不是每个协定都是一项条约。这正是第三十一条第三款(a)项所指“嗣后协定”的目的，即只能在“解释条约”时加以“考虑”，但不一定具有约束力。¹⁵⁷ 至于缔约国之间的嗣后协定在什么时候具有约束力，在何种情况下只是若干解释资料之一，将在以后的报告中讨论。

69. 然而，有必要区分以下二者：《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所指“嗣后协定”与第三十一条第三款(b)项所指“嗣后确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例”。否则，所有根据嗣后惯例达成的协定也都同时成为《公约》第三十一条第三款(a)项所指“嗣后所订关于条约之解释之任何协定”了。

70. 首先应指出，委员会在区分第三十一条第三款(a)项所指“任何嗣后协定”和第三十一条第三款(b)项所指“嗣后确定各当事国之协定之任何惯例”时，并不是为了区分其可能产生的法律效力。评注将“嗣后协定”阐述为缔约国的权威性解释，为解释条约之目的必须将其考虑在内，¹⁵⁸ 并指出，“嗣后惯例”“同样”“构成缔约国对条约含义之理解的客观证据”。¹⁵⁹ 这一解释表明，这两个概念之间的区别在于，“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”的当然效力，是构成对条约的权威解释，而“嗣后惯例”只有在“显示缔约国对用语的含义具有共同理解”时，才具有这种效力”。¹⁶⁰ 这表明，“缔约国嗣后所订之嗣后协定”一般比“嗣后确定各当事国之协定之任何惯例”更容易得到证明。¹⁶¹

71. 国际法院和其他裁判机构的判例显示对明确区分“嗣后协定”和“嗣后惯例”有某种程度的不情愿。在利比亚诉乍得一案，国际法院使用了“嗣后态度”一词，既指其后来所称“嗣后协定”，也指嗣后单方面的“态度”。¹⁶² 在印度尼西亚诉马

纳》联合国文件(A/CONF.39/11)，第 169 页；Hazel Fox, “Articles 31(3)(A) and (B) of the Vienna Convention” in Malgosia Fitzmaurice and Phoebe Okowa (eds) *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff 2010) 63; 也见 *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)* [1999] I.C.J. Reports 1999, 1045, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, paras. 23f.

¹⁵⁷ 但是见 Ronald Bettauer, Deputy Legal Adviser, U.S. Department of State, remarks at the meeting, held on 10 October 2006, of Lawyers’ Committee on Nuclear Policy, New York City Bar on the topic “Is the United States in Compliance with International Law on Nuclear Weapons?”, excerpts reprinted in Sally J Cummins (ed.), *Digest of United States Practice in International Law 2006* (International Law Institute) 2007) pp. 1260 and 1261.

¹⁵⁸ *Yearbook of the International Law Commission* (1966) vol II, p. 221, para. 14.

¹⁵⁹ 同上, para. 15.

¹⁶⁰ *Yearbook of the International Law Commission* (1966) vol II, p. 222, para. 15; Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht* (Springer, 1983) p. 294.

¹⁶¹ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)* [1999] I.C.J. Reports 1999, p. 1087, para. 63.

¹⁶² *Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)* [1994] I.C.J. Reports 1994, p. 34, paras. 66ff.

来西亚一案,国际法院对采用某个地图到底是构成嗣后协定还是构成嗣后惯例的问题,没有做出回答。¹⁶³ 在Gabčíkovo-Nagymaros一案,国际法院提到“嗣后立场”,以确认“根据缔约国认可的惯例,条约本身的明确用语是可以谈判的”。¹⁶⁴ 联合国国际贸易法委员会法庭在对中欧媒体公司一案的裁决中回顾了投资国和被告国之间的“共同立场”一词,以确认其对该项投资条约的解释,但没有指明这一情况到底是应该适用《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项,还是应该适用(b)项。¹⁶⁵ 同样,世贸组织各专家组和上诉机构也并不总是明确区分嗣后协定和嗣后惯例。¹⁶⁶

72. 在加拿大牧场主自由贸易协会(诉美国)一案¹⁶⁷中,《北美自由贸易协定》专家组较为明确地提到区分《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述之嗣后协定和(b)项所述之嗣后惯例的问题。在此案中,美国称,北美贸协三方当中每一方的单边行动集中在一起,将构成嗣后协定。¹⁶⁸ 作为第一步,专家组没有发现证据足以构成嗣后协定:

被告坚持认为,存在这样的“嗣后协定”,为此提出的证据包括:被告方本身在法庭和其他地方发表的声明;在此项仲裁案中,墨西哥依照第 1128

¹⁶³ Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia) [2002] I.C.J. Reports 2002, p.656, para.61.

¹⁶⁴ Case concerning the Gabčíkovo Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) [1997] I.C.J. Reports 1997, p.77, para.138, 也见 Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) (Jurisdiction and Admissibility) [1995] I.C.J. Reports 1995, p.122, para.28 (“subsequent conduct”).

¹⁶⁵ CME Czech Republic B.V. (the Netherlands) v. the Czech Republic (Final Award) UNCITRAL Arbitration (14 March 2003), para.437 (http://italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf), accessed 6 March 2013.

¹⁶⁶ 见“Scheduling guidelines” in Mexico: Telecoms Report of the Panel (2 April 2004) (WT/DS204/R) and the United States: Gambling: Report of the Appellate Body (7 April 2005) (WT/DS285/AB/R); 为限定“1981 Understanding”, 见 United States: Tax Treatment for Foreign Sales Corporations, Report of the Panel, unopposed (8 October 1999) (WT/DS108/R)。见“SCM Code” in Brazil: Measures affecting desiccated coconut, Report of the Panel, unopposed (17 October 1996) (WT/DS22/R) and European Communities: Bananas III, second recourse to article 21.5-Appellate Body Report (26 November 2008) (WT/DS27/AB/RW2/ECU and WT/DS27/AB/RW/USA) 中的一个“放弃”。

¹⁶⁷ CCFT (v. United States) (见脚注 38); Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Decision on the challenge to the President of the Committee) ICSID Case No. ARB/97/3 (3 October 2001) [2004] ICSID Rep 330, para.12; 见 Panos Merkouris and Malgosia Fitzmaurice, “Canons of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From the World Trade Organization and the North American Free Trade Agreement”, in Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias and Panos Merkouris (eds.) Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on (Martinus Nijhoff, 2010) pp.217-233.

¹⁶⁸ CCFT (v. United States) (见脚注 38) paras.174-177.

条提出的呈文；加拿大就这一问题发表的声明，首先是就北美贸协执行发表的声明，其后是加拿大在 Myers 一案中的回复备忘录。

所有这一切肯定都显示某种接近达成协议的结果，但对于法庭而言，所有这些并没有达到北美贸协缔约国嗣后协定的程度(……)。法庭的结论是，在这个问题上没有达成《维也纳公约》第三十一条第三款a项含义上的嗣后协定。¹⁶⁹

73. 然而，在采取第二步行动时，专家组得出结论认为，同样证据构成相关的嗣后惯例：

问题仍然是：是否存在“嗣后惯例”，更够确定北美贸协缔约国就此问题达成第三十一条第三款(b)项所指协定？法庭虽然认为，记录在案的证据不足以说明存在“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”，但被告方提出的现有证据向我们显示，确有“嗣后在条约适用方面确定各当事国之协定之惯例”。¹⁷⁰

74. 这一判例表明，《维也纳公约》第三十条第三项所指“嗣后协定”与“嗣后确定各当事国之协定之惯例”之间的区别表明，在确定缔约国意愿的“权威”表达方面，存在不同的证据标准。区别嗣后协定和嗣后惯例的依据是，到底是能够确定共同表述的明确共同立场，还是有必要通过特定行为或情况间接确定存在一项协议。从这个意义上看，第三十一条第三款(a)项意义上的“嗣后协定”必须明确表示出来，尽管不一定是以书面形式出现，¹⁷¹而“嗣后惯例”则包括条约一个或多个缔约国采取的、表明各方就条约的解释所达成协定的所有(其他)形式的相关嗣后行为。

75. 因此，虽然“嗣后惯例”有助于确定双方之间的协定，但并不是协定本身。不过，也不排除“惯例”和“协定”相重合，不能由外部证据加以区别。这就解释了为何“嗣后惯例”一词常常用于更广义的分类，其中同时包括《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项和(b)项提到的解释资料。¹⁷²对“嗣后惯例”做广义理

¹⁶⁹ 同上，paras.184-187。

¹⁷⁰ 同上，paras.188-189；相似的判例见：Agua del Tunari SA v. Republic of Bolivia (Netherlands/Bolivia BIT)(Decision on Respondents Objections to Jurisdiction)ICSID Case no. ARB/02/3 (21 October 2005) [2005]20 ICSID Review, Foreign Investment Law Journal(2006) p.450, para.251; Proceedings pursuant to the OSPAR Convention(Ireland United Kingdom) (2003)(见脚注 112), p.110, para.180。

¹⁷¹ Sorel, “Article 31”(见脚注 150)p.1320, para.43; Richard Gardiner, Treaty Interpretation (Oxford University Press 2008) p.209。

¹⁷² Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay(Argentina v. Uruguay)(Provisional Measures, Order of 13 July 2006)[2006]I.C.J. Reports 2006,p.113, para. 53: in this case, even an explicit subsequent verbal agreement has been characterised by one of the parties as “subsequent practice”。

解虽然在理论上是完全可能的，但会抹平《维也纳公约》所载区别，而这种区别有助于提醒各国和其他法律适用方注意缔约方嗣后解释行为的不同类型。

(b) 相关性

76. 《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述之“嗣后协定”必须事关“条约之解释或其规定之适用”，这样才具有相关性。缔约国必须表现出打算通过此种协定来澄清条约的含义，或说明将如何适用该项条约(也许还包括达到其他目标)。¹⁷³

77. 对于嗣后协定是否一项“关于条约(……)”的协定，往往可通过某种把嗣后协定置于其提及的条约之下的迹象来确定。这种提及条约之处也可纳入后来的某项条约，后者须载有就同样的缔约国先前所缔结条约的含义达成的协定。例如在丹麦诉挪威一案中，国际法院审议了这一问题：双方之间在同一领域的某项“嗣后条约”能否用于解释双方先前所达成条约的含义。国际法院否决了这一可能性，因为后订之条约根本没有“提及”先前的条约。¹⁷⁴ 在哥斯达黎加诉尼加拉瓜一案中，Guillaume法官提到根据两国之间的谅解备忘录，在圣胡安河上的确开展了旅游业活动。¹⁷⁵ 然而，问题是，双方是否打算让这个谅解备忘录作为对正审查的边境条约的一种解释。因此，如果协定与所审查的条约没有充分的关系，即使双方订立了明确的协定，该协定也不一定构成第三十一条第三款(a)项意义上的“嗣后协定”。

78. 为目前定义之目的，没有必要更为具体地制定“嗣后协定”的相关性。此事将在工作后一阶段处理。

(c) 缔约国数目

79. 《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所指“嗣后协定”是“当事国”之间的协定，即条约所有缔约国之间的协定(《维也纳公约》第二条第一款(g)项)。但这并不一定意味着就解释条约而言，“嗣后协定”一词本身和在不涉及《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项的情况下，只限于指条约所有缔约国之间的协定。事实上，的确还有条约部分缔约国对其解释达成协定的事例。

¹⁷³ WTO, US: Tuna II(Mexico)(见脚注 80), (WT/DS381/AB/R), paras.366-378, in particular para. 372; Ulf Linderfalk, On the Interpretation of Treaties(Springer, 2007) pp.164f.

¹⁷⁴ Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)[1993] I.C.J. Reports 1993, p.51, para.28.

¹⁷⁵ Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) (见脚注 19) Declaration of Judge ad hoc Guillaume pp.290, 298-299, para.16.

80. 加入国较多的条约有时是通过嗣后订立的双边协定或区域协定来执行。这种协定通常隐含地申明允许对条约本身进行的解释(“系列双边办法”)。¹⁷⁶ 例如, 1944 年《芝加哥国际民用航空公约》¹⁷⁷ 就是这种在多边条约框架内通过双边协定嗣后执行的形式。自从芝加哥公约生效以来, 已经订立了 3 000 至 4 000 个多为双边的空运协定或航空运输协定。¹⁷⁸ 这一双边体系被称为“错综复杂的空运协定网”,¹⁷⁹ 并“通过嗣后国家惯例而演变”。¹⁸⁰ 这种双边条约并不是《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所指的嗣后协定, 因为它们只是多边条约部分缔约国彼此缔结的。但如果将它们一并考虑, 且它们足够一致并广泛, 这些条约也可以成为所有缔约国之间就多边条约某项条款的含义和范围达成的协定。

81. 到底是应该将条约部分缔约国之间关于条约解释的这种协定视为“嗣后协定”(广义), 还是应该按照《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项的规定, 仅限于将“嗣后协定”一词用于条约[所有]缔约国之间的这种协定? 这最终是一个用哪个术语方便的问题, 因为如何答复这一问题并不暗示如何对条约部分缔约国之间的“嗣后协定”在解释条约方面的价值下定论。因此, 从理论上说, 能够将部分缔约国之间就条约解释订立的(嗣后)协定与条约所有缔约国之间就条约解释订立的(嗣后)协定区别开来。作此区别不会违背《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项, 因为该规定只谈到后者, 并未排除前者可能是或不是《维也纳公约》第三十二条所述补充解释资料的情况。

82. 但无论如何, 就本文题目而言, 更为方便的办法, 是使“嗣后协定”这一术语只限于指条约所有缔约国之间以单一协定的形式(或所有缔约国以无论何种形式同意的单一行动)体现的此种协定。¹⁸¹ 双边空运协定的例子说明, 可以把多边条约部分缔约国之间的一组相互不同的协定视为一套相互不同的事实要素, 即一

¹⁷⁶ 该表达借自 Eyal Benvenisti and George W. Downs, “The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law” (2007) *Stanford Law Review* vol.60, pp. 610-611。

¹⁷⁷ 《芝加哥国际民用航空公约》(芝加哥公约)(1944 年 12 月 7 日通过、1947 年 4 月 4 日生效), 《联合国条约汇编》, 第 15 卷, 第 102 号, 英文第 295 页。

¹⁷⁸ 见 Harry A. Bowen, “The Chicago International Civil Aviation Conference (1944-1945)” 13, *George Washington Law Review*, pp. 308 and 309ff。

¹⁷⁹ Department of Infrastructure and Transport of Australia, “The Bilateral System – how International Air Services Work” (http://www.infrastructure.gov.au/aviation/international/bilateral_system.aspx, accessed 31 January 2013)。

¹⁸⁰ Brian F. Havel, *Beyond Open Skies, A New Regime for International Aviation* (Kluwer Law International, 2009) p. 10。

¹⁸¹ 见 WTO, *US: Tuna II (Mexico)* (见脚注 80) WT/DS381/AB/R, para.371; Review Conference of the Rome Statute (Kampala, 31 May-11 June 2010), RC/Res.6, Annex III, adopted at the 13th plenary meeting, on 11 June 2011; 还见一般性资料: Stefan Barriga and Leena Groover, “A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression” (2011) *American Journal of International Law*, vol.105, No. 3, 517, 533。这一问题将在日后的报告中予以更详细的讨论。

个“嗣后惯例”，它们加在一起，“确定”了《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指的“各当事国对条约解释之协定”。

83. 部分缔约国之间的一组相互不同的协定并不是《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项中嗣后所订“任何协定”一词所指的单个协定。为了澄清术语，应该使“嗣后协定”这一概念仅限于第三十一条第三款(a)项所指的所有缔约国之间的单个协定。部分缔约国之间的嗣后协定(广义)作为《维也纳公约》第三十二条所述补充解释资料，可具有解释价值，但在这种情况下，它们是某种形式的“嗣后惯例”(广义)，(尚)不能确定所有缔约国之间的协定(见下文第五.2(a)节)。

(d) “嗣后”

84. 委员会已经说明，《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项所指“嗣后协定”为“缔结条约后”订立的协定。¹⁸² 这一时间点并不一定指条约生效之时(《维也纳公约》第二十四条)。《公约》第十八和二十五条表明，为了某些目的，可以在条约实际生效之前就已经将其视为“缔结”完毕。在这种情况下，相关时间点是认定条约案文确定不变之时。¹⁸³

85. 这一时间点也适合于确定，从何时才可认为一项协定是《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项所指的“嗣后”协定。很难找到一个理由来说明，为解释条约的目的，为什么缔约国在确定条约案文不变至条约生效这段时间订立的协定不如条约生效之后订立的协定那么相关。这符合《维也纳公约》第十九至二十三条规定的保留制度以及关于作为特别法的解释性声明的规则。¹⁸⁴

86. 关于协定从何时开始成为“嗣后”的问题必须与协定何时在缔约国之间开始成为条约解释资料的问题区别开来。后者取决于订立协定的国家何时实际“加入”条约，即，国家何时“同意承受条约拘束及条约对其有效”(《维也纳公约》第二条(g)项)。

87. “协定”和“因缔结条约所订”“文书”¹⁸⁵ (《维也纳条约法公约》第三十一条第二款)可以在认定条约案文确定不变之前或之后制定。¹⁸⁶ 如果它们在此时间点之后制定，则这种“协定”和商定“文书”成为特殊形式的“嗣后协定”。

¹⁸² 《国际法委员会年鉴》(1966年)第二卷，英文第221页，第14段。

¹⁸³ 《国际法委员会年鉴》(1951年)第二卷，英文第70ff页，《国际法委员会年鉴》(1956年)第二卷，英文第112页；Shabtai Rosenne, “Treaties, Conclusion and Entry into Force”载于Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol.4(North Holland Publishing, 2000) p. 933: “Strictly speaking it is the negotiation that is concluded through a treaty”; Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (见脚注153) p. 1295-1298, paras. 9-13.

¹⁸⁴ 见A/66/10/Add. 1。

¹⁸⁵ 如果对方不反对，这可包括单方面声明，见 German Federal Constitutional Court, BVerfGE, vol.40, p.176; 一般性资料见 Gardiner (见脚注171), pp. 215 and 216。

(e) 按照某一具体条约规定订立的解释性协定

88. 有些条约的条款，例如《设立世界贸易组织协定》第九条第2款规定，在某些条件下，缔约国可对条约的某些或所有条款作出约束力较强或较弱的解释。缔约国根据这种条款作出的决定具有的法律效力首先取决于各自专门条约的规定，但并不排除这种决定同时也可能构成《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所指“嗣后协定”。例如，《北美贸协》下的一个专家组在 *Methanex* 诉美国一案中就认可了这种情况。该案涉及《北美贸协》第1105条。《北美贸协》缔约国根据该协定第1131条第(2)款对该条作出了一个“解释性说明”(“自由贸易委员会说明”)。根据该款，“(政府间)自由贸易委员会可以对《北美贸协》的某一条款作出对第十一章所设仲裁庭有约束力的解释”：

《北美贸协》第1131条第(2)款的影响姑且不论，还必须根据《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项来考虑联邦贸易委员会的解释，因为它构成北美贸协缔约国之间关于解释《北美贸协》第1105条的嗣后协定。¹⁸⁷

89. 有些第十一章专家组虽然对联邦贸易委员会的说明所做反应不一，¹⁸⁸ 但通常对以下这点不持争议：即根据《北美贸协》第1131条第(2)款作出的决定原则上可以同时构成《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项意义上的嗣后协定。同样，世贸组织上诉机构在欧共体-香蕉(三)一案中表示：

我们认为，就《世贸组织协定》的解释而言，可以把根据该协定第九条第2款作出的多边解释比拟为《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述有关条约之解释或其规定之适用的嗣后协定。(……)

我们还认为，国际法委员会在其关于条约法条款草案的评注中，将《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定表述为“应与上下文一起考虑的又一个权威解释因素”。我们认为，国际法委员会提及“权威解释”

¹⁸⁶ Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law* (见脚注 77) p. 1274, para. 632。

¹⁸⁷ *Methanex Corporation v. United States of America* (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits) UNCITRAL Arbitration under NAFTA, Chapter Eleven (3 August 2005), Part 11, Chap. H, para. 23 (http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/Methanex_Final_Award.pdf, accessed 28 January 2013)。

¹⁸⁸ *Pope & Talbot Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)* (Award on the Merits of Phase 2), UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter Eleven (10 April 2001), paras. 46f (<http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopeFinalMeritsAward.pdf>, accessed 28 January 2013); *ADF Group Inc. v. United States of America* (Award), ICSID Arbitration under NAFTA Chapter Eleven, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (9 January 2003), para. 177 (<http://www.state.gov/documents/organization/16586.pdf>, accessed 28 January 2013); Charles Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105” (2006) *Virginia Journal of International Law* vol. 46, No. 2, pp. 349 and 350, 还有其他引述; Anthea Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation” (2010), *American Journal of International Law*, vol. 104, No. 2, pp. 179-225。

之举表明它认为，第三十一条第三款(a)项指的是与条约解释特别相关的协定。对世贸组织而言，根据《世贸组织协定》第九条第2款通过的多边解释最接近《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)项意义上的嗣后协定，……¹⁸⁹

90. 然而，这并不意味着，缔约国根据某一具体条约规定制订的任何对解释具有影响的决定或协定也必定是《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定。但是，为本文的定义目的，只需指出这一点就够了：第三十一条第三款(a)项所指嗣后协定并非一定是独立的，也可以在条约本身当中有所规定。

2. 嗣后惯例

91. 与“嗣后协定”相同，“嗣后惯例”的概念引起了一系列定义问题。最重要的是：(a) 对该术语应该狭义理解还是广义理解；(b) “嗣后惯例”的“相关性”；(c) “嗣后”的含义；(d) 谁是相关行为体。

(a) 狭义还是广义理解？

92. 在日本酒精饮料案(一)¹⁹⁰一案中，世贸组织上诉机构为了解释条约，对嗣后惯例制定了一个狭义定义：

……解释条约方面的嗣后惯例经确认，是一系列“协调、共同和一致的”行动或声明，足以证实存在可辨认的模式，显示缔约国对条约解释达成了协定。¹⁹¹

93. 该定义并不只是如此界定了缔约国在适用条约方面的“嗣后惯例”，¹⁹²而且增加了《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项中包括的其他内容，特别是“当事国对条约解释之协定”。该定义意味着，只有这种“确定各当事国对条约解释之协定”的“嗣后在条约适用方面之惯例”才与条约解释有关，而不是一个或多个缔约国的任何其他形式的嗣后惯例。但此种说法令人误解。国际法院以及其他国际法院和法庭的判例(一)，甚至是世贸组织本身的判例(二)都表明，符合《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所有条件的嗣后惯例并不是唯一形式的与解释条约有关的缔约国在适用条约方面的嗣后惯例。由此可得出的结论是，应该把一个

¹⁸⁹ *European Communities: Bananas III, Second Recourse to Article 21.5, Appellate Body Report* (26 November 2008) WT/DS27/AB/RW2/ECU and Corr.1 和 WT/DS27/AB/RW/USA and Corr.1, paras.383 and 390.

¹⁹⁰ WTO, *Japan: Alcoholic Beverages II*, (见脚注 31) WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, 以及 *Report of the Panel* (11 July 1996) WT/DS8/R、WT/DS10/R 和 WT/DS11/R.

¹⁹¹ WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R 和 WT/DS11/AB/R, Sect.E.

¹⁹² 着重部分由作者标明。

或多个缔约国在适用条约方面的“嗣后惯例”与这种“嗣后惯例”是否“确定各当事国对条约解释之协定”^(三)的问题区别开来。

(一) 国际法院以及其他国际法院和法庭的判例

94. 各国际法院和法庭对《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指商定“嗣后惯例”与一个或多个条约缔约国的可能和解释条约有关的广义嗣后惯例作了区别。

95. 例如，在Kasikili/Sedudu Island一案中，国际法院认定，一个缔约国委托撰写、“始终是一份内部文件”的技术专家报告¹⁹³ 虽然不是《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项意义上的“嗣后确定各当事国之协定之惯例”，但仍可支持法院通过其他解释资料得出的结论。¹⁹⁴ “缔约国分别发现的事实”和“在联合报告中一致表述的事实”也是如此。¹⁹⁵ 当然，这种单方面或并行的嗣后解释性惯例不如确定所有当事国都达成协定的嗣后惯例那么有力，因此不能成为当事国对条约的“权威”解释。

96. 解决投资争端国际中心各法庭也用广义的国家嗣后惯例作为解释资料。¹⁹⁶ 例如，在审议小股东是否可以获得保护投资条约赋予的权利并可以参加解决投资争端国际中心诉讼程序的问题时，审理CMS天然气公司诉阿根廷一案的法庭认定：

国家惯例进一步支持这种情况变化所具有的意义。(……)因此，小股东和没有控制权的参与方也可享受赋予的保护，或可自己提出权利主张。当今一次总付协定方面的惯例和其他实例证明，在处理国际性权利主张方面越来越灵活。¹⁹⁷

97. 欧洲人权法院在一些案件中援引了《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项，但没有指出缔约国在各自的嗣后惯例方面达成的协定。因此，法院在Loizidou诉土耳其¹⁹⁸ 一案中指出，其解释得到“缔约国嗣后惯例的确认”，¹⁹⁹

¹⁹³ Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia) [1999] ICJ Reports 1999, p. 1078, para. 55.

¹⁹⁴ 同上，p.1096, para.80.

¹⁹⁵ 同上，p.1096, para.80.

¹⁹⁶ Fauchald(见脚注 35)，第 345 页。

¹⁹⁷ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (United States/Argentina BIT) (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/01/8, (17 July 2003) [2003], 7 ICSID Report 492 (2003) para.47(脚注略)。

¹⁹⁸ Loizidou(见脚注 42)。

¹⁹⁹ 同上，para. 79。

即“有证据表明，的确存在一种惯例，表明缔约国几乎全部同意，《公约》第 25 和 46 条(……)不允许施加地域或实质性限制”。²⁰⁰

98. 欧洲法院常常(并不一定总是)将国家嗣后惯例作为依据，为此援引国家立法，甚至国内行政惯例。自从Tyrer 诉联合王国一案以来，该法院通常给予“动态”或“注重演变”的解释指示，说明国家(和其他)嗣后惯例，将其作为依据。该法院视其分析结果(共识、足够的特定多数、或意向)作出或不作出动态解释。例如，在Demir和Baykara诉土耳其一案中，²⁰¹ 该法院认定，“至于欧洲国家的惯例，可以说，绝大多数欧洲国家都承认公务员与当局进行集体谈判的权利”，²⁰² 而且“其余的例外只能以特殊情况做理由。”²⁰³ 另一方面，该法院在Koch诉德国一案中指出，缔约国在允许协助自杀方面“远没有达成共识”，因此拒绝作出注重演变的解释，限制缔约国的判断余地。²⁰⁴ 最后，在SH和他人诉奥地利一案中，该法院指出，只有“正在形成的共识”不足以限制成员国允许或不允许为体外受孕捐赠配子作出判断的余地。²⁰⁵

99. 即便在美洲人权法院和人权事务委员会考虑缔约国嗣后惯例的极少数案件中，²⁰⁶ 它们也没有将此仅限于确定缔约国达成协议的那些惯例。在Hilaire、Constantine、Benjamin和他人诉特立尼达和多巴哥一案中，²⁰⁷ 美洲人权法院认定，对造成他人死亡的所有行为形式一律强制判处死刑不符合《美洲人权公约》第 4(2)条(只对最严重的罪行判处死刑)。为了支持这一解释，法院指出：

不妨在这方面考虑从维持死刑的美洲国家的立法中摘取的几个例子。²⁰⁸

²⁰⁰ 同上，para. 80。值得注意的是，法院将“这种国家实践”说成是“统一和一贯的”尽管事实上法院承认有两个国家可能构成例外(塞浦路斯和联合王国；“不论其出于何意”)。paras. 80-82。

²⁰¹ *Demir and Baykara* (见脚注 42)。

²⁰² 同上，para. 52。

²⁰³ 同上，para. 151；类似的还有 *Jorgic v. Germany*, Application No. 74613/01 (ECtHR, 12 July 2007), para. 69, 选入 ECtHR, *Reports of Judgments and Decisions*; *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland* (1993), ECtHR Series A. No. 264, para. 35; *A v. the United Kingdom* (ECHR 2002-X), paras. 80 and 83。

²⁰⁴ *Koch v. Germany*, Application No. 497/09 (ECtHR 19 July 2012), para. 70。

²⁰⁵ *SH and Others v. Austria* [GC] Application No. 57813/00 (ECtHR, 3 November 2011), para. 96; 另见 *Stummer v. Austria* [GC] Application No. 37452/02 (ECtHR, 7 July 2011), paras. 105-109 and 129-132。法院在该案中也仅表示有一种“正在发展的趋势”，而且因为没有看到“欧洲的共识”，而拒绝作出动态解释。

²⁰⁶ 见上文第 39 段。

²⁰⁷ *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago* (见脚注 94) (Concurring separate opinion of Judge Sergio Garcia Ramirez)。

²⁰⁸ 同上，para. 12。

并指出：

这些国家都明确按照每个剥夺生命理论提出的严重程度进行分级：从杀人到杀亲不等。在所有这些国家中，都存在与不同的严重程度相对应的各种惩罚形式。²⁰⁹

100. 与欧洲人权法院一样，人权事务委员会在处理干涉《公约》所赋权利的理由时，也接受建立在嗣后惯例基础的论点。²¹⁰ 委员会在解释《公民权利和政治权利国际公约》第十九条第三款(允许对表达自由实行的限制)中较为笼统的措辞时查看了有关的国家惯例。该委员会注意到：

许多管辖区都有类似的限制，²¹¹

并就此认定，受到质疑的法律所追求的目标本身并未超出《公民权利和政治权利国际公约》第十九条第三款所规定的合法目标的范围。²¹² 但该委员会在考虑嗣后惯例时通常采取简要评估的形式，不说明具体出处。²¹³

101. 海洋法法庭有几次援引了缔约国的嗣后惯例，但并不核实这些惯例是否实际确定了缔约国在条约解释方面的协定。例如，在M/V“SAIGA”号油轮案(之二)中，²¹⁴ 海洋法法庭审查了与《联合国宪章》第五十一条规定的自卫权利有关的国家惯例。该法庭以“阻止船只方面的通常惯例”为依据，没有具体说明各个国家的惯例，而是推断存在某种普遍标准。²¹⁵ 在南部金枪鱼一案中，该法庭认定，1993年《南部蓝鳍金枪鱼养护公约》缔约国的惯例适于用来评价缔约国遵守《联合国海洋法公约》义务的程度。²¹⁶ 因此，法庭通过考虑缔约国并不相同的另一个条约所形成的惯例，采用了并不包括《海洋法公约》所有缔约国的其他条约之下的(嗣后)惯例。²¹⁷

²⁰⁹ 同上。

²¹⁰ *Kim Jong-Cheol v. the Republic of Korea* (27 July 2005) (CCPR/C/84/D/968/2001) Communication No.968/2001。

²¹¹ 同上，para. 8. 3。

²¹² 同上。

²¹³ 类似案件见 *Yoon and Choi v. The Republic of Korea* (见脚注 56) para.8.4；在该案件(见 CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 附录)中，委员会成员 Wedgwood 批评委员会的做法是为我所用。

²¹⁴ *The M/V“SAIGA”(No.2)Case(Judgment)* (见脚注 94), paras. 155 and 156。

²¹⁵ 同上，para. 156；另见 *The “Tomimaru”Case (Japan v Russian Federation), Prompt Release* (Judgment of 6 August 2007), ITLOS Case No. 15, para. 72。

²¹⁶ *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)* (Provisional Measures, Order of 27 August 1999), ITLOS Case Nos. 3 and 4, para. 50。

²¹⁷ 同上，para. 45。

102. Jelisić 一案的判决表述了各国际刑事法庭的总方针。审判分庭在援引《灭绝种族罪公约》及根据其形成的惯例时，表示

审判分庭(……)根据《维也纳公约》第三十一和三十二条规定的条约解释通则解释公约条款。(……)审判分庭还考虑了根据公约形成的嗣后惯例。分庭特别重视卢旺达问题国际法庭作出的判决。(……)此外还考虑了各国的惯例，特别通过其国内法院形成的惯例以及该领域的国际主管机构进行工作。²¹⁸

103. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭考虑的国家惯例形式更为广泛，将会员国的立法趋势也包括在内。这种趋势进而可导致改变对罪行范围或犯罪构成要件的解释。²¹⁹

(二) 世贸组织裁判机构的判例

104. 甚至世贸组织裁判机构在适用条约时有时也区分满足《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项中所有条件的“嗣后惯例”和其他形式的嗣后惯例，这些机构认为其他形式的嗣后惯例也与条约解释目的有关。例如，在US-Section 110(5) Copyright Act²²⁰(未上诉)一案中，专家组必须确定，一条关于特许权使用费的“轻微例外原则”是否适用。²²¹ 专家组在多个会员国的国家法律中发现证据，证明此种原则的存在，并指出：

我们回顾维也纳公约第三十一条第三款规定，为解释目的应与上下文一并考虑的还有：(a) 缔约国所订的任何嗣后协定；(b) 缔约国的嗣后惯例；或(c) 在缔约国之间适用的任何有关国际法规则。我们注意到，缔约国和第三方提请我们注意不同国家根据“轻微例外原则”在国家法律方面实行限制的多个例子。我们认为，鉴于1948年、1967年和1971年之前和之后反映在伯尔尼联盟成员的国家版权法中的国家惯例，以及与贸易有关的知识产权协定对世贸组织成员适用之前和之后反映在世贸组织成员的国家版权法中的国家惯例，我们有关轻微例外原则的结论得到证实。²²²

专家组还添加了以下警示性脚注：

²¹⁸ Jelisić(见脚注 65) para.61(脚注略)；类似的 Krstić(见脚注 65) para.541。

²¹⁹ Furundžija (见脚注 100) paras. 165ff and 179。

²²⁰ United States: Section 110(5) Copyright Act, Report of the Panel(15 June 2000) WT/DS160/R。

²²¹ 见《与贸易有关的知识产权》第9条第1款。

²²² United States: Section 110(5) Copyright Act-Panel(见脚注 220), para.6.55。

通过说明这些关于国家惯例的例子，我们并不是要就这些例子是否足以构成维也纳公约第三十一条第三款(b)项中所指的“嗣后惯例”表示意见。²²³

105. 使用广义嗣后惯例的另一个例子是欧洲共同体-计算机设备案，在该案中上诉机构批评专家组没有将世界海关组织统一制度委员会的决定视为有关的嗣后惯例：

适当的解释还应包括对嗣后惯例的存在和相关性的审查。我们注意到美国在专家组面前援引了国际海关组织的统一制度委员会在 1997 年 4 月所作有关将特定局域网设备归类为自动数据处理机器的决定。专家组审理程序中的第三方新加坡也援引了这些决定。欧共体表示，它已提出有关这些决定的保留(……)但是，我们认为在解释附表LXXX中的关税减让时，国际海关组织的决定可能是相关的。²²⁴

106. 因此，经更仔细检查，世贸组织各裁判机构的判例区分狭义和广义的“嗣后惯例”，狭义的定义列出了使“嗣后惯例”完全符合《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项的各项条件，而广义的概念不要求条约各方之间达成协定。²²⁵ 此种更广义的嗣后惯例可能适于作为《维也纳公约》第三十二条意义内的补充条约解释资料。

(三) 结论

107. 国际法院和各法庭(包括世贸组织的争端解决机构)的判例承认，不仅“嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例”可能适于解释条约，而且不反映所有缔约国之间有关解释之协定的其他嗣后惯例也可能适于解释条约。因此，应给予“嗣后惯例”更广泛的定义。世贸组织上诉机构在日本酒精饮料案(二)²²⁶中采用的那种狭义定义可能有助于确定，有关解释是《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指对一项条约的充分商定的权威解释。不应在一开始就排除各国为解释目的考虑到其他条约惯例的做法，因为此种惯例在某种情况下可能充当《维也纳公约》第三十二条所指补充解释资料。但是，这种对(广

²²³ 同上，脚注 68。

²²⁴ *EC: Computer Equipment-Appellate Body*(见脚注 79)，第 para.90 段，另见 *Isabelle Van Damme, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*(OUP 2009)，第 p.342 页。

²²⁵ 另见 WTO, *US: COOL-Report of the Appellate Body* (29 June 2012)，WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, para.452。

²²⁶ 见上文第 92 段；上诉机构采用了 Sir Ian Sinclair 的一份出版物中的准则(*The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd edn, Manchester University Press, 1984, p.137)，Sir Ian Sinclair 采用了 Mustafa Kamil Yasseen 在以下著作中以法语提出的准则，“L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités”(1976, vol.3, Recueil des Cours, vol.151, paras.48-49。Yasseen 是一名前国际法委员会成员，依据委员会工作中的原理提出了这一准则，但国际法委员会或国际法院从未采用这一定义。

义)嗣后惯例的使用必须一直遵循这一规则:条约的解释并非自我判断,而且“一个国家的观点不成其为国际法”。²²⁷ 这样,第三十一条第三款(b)项中所指狭义商定嗣后惯例与所有其他嗣后惯例(广义)之间的区别可以显示,前者在解释方面具有更大价值。

108. 《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指狭义的(商定)嗣后惯例与某一缔约国在对条约进行任何特定解释或适用时采用的广义嗣后惯例之间的区别还有助于回答这一问题:“嗣后惯例”到底是需要一定频率的重复行动,²²⁸ 还是只要有一次用于条约的适用就足够了。²²⁹ 在世贸组织框架中,上诉机构认定:

一个孤立的行动通常不足以确立嗣后惯例;确定各方达成了协定的一系列行动才是有意义的。²³⁰

109. 但是,如果像国际裁判机构所认可的,嗣后惯例的概念是通过各方之间可能达成的协定显示出来,那么,频率不是“嗣后惯例”概念定义的一个必要因素。²³¹

110. 因此,广义的“嗣后惯例”包括一个或多个缔约国对条约的任何适用,并可能有各种形式。²³² 惯例可能是对有关条约的直接适用,也可能是就有关条约的解释或适用发表的声明。此种惯例可能包括有关条约含义的官方声明、对不履行义务提出的抗议、或对其他缔约国的声明或行为予以的默许。²³³

(b) 相关性

111. 嗣后惯例与《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定一样,必须是“条约适用方面”的惯例。不仅《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指的商定嗣后惯例是这样,一般意义上的嗣后惯例也是如此。因此,必须在适

²²⁷ *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (Award) ICSID Case No. ARB/02/16 (28 September 2007), para. 385 (https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8, accessed 6 March 2013); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (Award) ICSID Case No. ARB/01/3 (22 May 2007), para. 337; WTO, *United States Large Civil Aircraft (2nd complaint)*, Report of the Panel (22 October 2010), WT/DS353/R, para. 7.953, footnote 2420.

²²⁸ Villiger (见脚注 153), p. 431.

²²⁹ Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties* (见脚注 173), p. 166.

²³⁰ *Japan: Alcoholic Beverages II*, Appellate Body (见脚注 31), Sect. E.

²³¹ Robert Kolb, *Interprétation et Création du Droit International* (Bruylant, 2006), 第 para. 506f 段。

²³² Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, 2000 年), 第 p. 191 页。

²³³ Wolfram Karl (见脚注 160), 第 para. 114f 段。

用条约方面采取行动或保持相关的沉默，包括援引条约条款；²³⁴ 在法律争端当中或在外交会议上就条约发表的声明、因条约而发出的正式函文、或为执行条约而颁布国内法律或缔结新国际协定的行动也是如此。

112. 但是，应提到的是，北美贸协专家组否认可以把国内法律作为协助解释的工具：

最后，鉴于双方均提到它们有关陆运的国家法律，专家组认为应援引《维也纳条约》第二十七条，其中规定“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。”根据这一规定，专家组不应审查国家法律，而应审查适用的国际法。因此，无论美国的国内法还是墨西哥的法律均不应被用于解释《北美贸协》。这样做将是适用不适当的法律框架。²³⁵

113. 尽管《维也纳条约》第二十七条所载规则肯定是有效和重要的，从该条并不能得出在执行条约时不应以嗣后国家惯例的形式将国家法律考虑在内，将其作为可能的辅助解释工具。其他国际裁判机构，特别是世贸组织和《欧洲人权公约》下的机构，认识到存在违反条约义务的国家法律(和其他国家一级执行措施)以及可以作为条约解释资料的国家法律和措施，并经常对这两者加以区分。²³⁶

114. 另一方面，应区分以解释条约为目的的嗣后惯例和其他不能肯定是否对条约的解释产生影响的、不那么直接的嗣后发展。这是因为缔约国“关于条约之解释”的嗣后协定和嗣后惯例至少可能有助于提供关于条约解释的“权威”要素。在缔约国形成的与条约有明确关系的嗣后惯例和仅与条约存在某种有意义关系的惯例之间，尽管最终可能没有明显的分界线，但将这两类惯例加以区分还是有意义的。只有缔约国采取的“关于条约之解释”的行动才应被视为对解释的‘权威’贡献。

²³⁴ 《国际法委员会年鉴》(1966年)第二卷，英文第222页，第15段；*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Merits)* [1962], I.C.J. Reports 1962, p.23 页；*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Jurisdiction and Admissibility)* [1984], I.C.J. Reports 1984, p.410, para.39 段；*Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (1977) Reports of International Arbitral Awards, 第21卷 vol.XXI, 第二部分 Part II, paras 168 和 169 段；在有关该专题的下一份报告中将详细阐述沉默的作用。

²³⁵ *In the matter of Cross-Border Trucking Services* (见脚注 86), 第 para.224 段。

²³⁶ 例如，见 *United States: Section 110(5) Copyright Act-Panel* (见脚注 220), para.6.55; *United States: Continued Zeroing Methodology-Report of the Panel*, para.7.217; WTO, *United States: Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, Report of the Appellate Body (11 March 2011) WT/DS379/AB/R, paras.335 and 336; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (见脚注 197), para.47; *V v. the United Kingdom* [GC], Application No.24888/94, ECHR 1999-IX, para.73; *Kart v. Turkey* [GC] Application No.8917/05 (EctHR, 13 December 2009), para.54, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions; *Sigurjónsson* (见脚注 203), para.35; *A v. the United Kingdom* (见脚注), para.80。

115. 同样，如果要在嗣后协定和嗣后惯例与“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”的嗣后惯例(第三十一条第三款(c)项)之间加以区分，并非总是轻而易举。最重要的区分因素似乎是达成一项“关于条约之解释”的协定与否。

(c) 嗣后

116. 与嗣后协定相同，有关的解释惯例如果出现在“缔结条约之后”，²³⁷ 即在条约案文已确定之后，²³⁸ 则是“嗣后”惯例。

(d) 行为体

117. 一个重要问题涉及可能实施相关嗣后惯例的行为体。《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项没有明确要求必须是条约缔约方本身的惯例，但似乎隐含这一要求。行为体当然是缔约国本身，它们须通过其有资格实行解释条约的惯例以及适用条约或对其发表评论的机构采取行动。²³⁹ 但是，同时并没有排除私人(自然人和法人)在特定情况下“适用”一项条约的情况。但是，需要把此种非国家惯例归于一个特定缔约国，以使其适于确立解释的权威要素。²⁴⁰ 下文第六节进一步阐述了这一点(结论草案 4)。

3. 结论：结论草案 3

118. 综上所述各项原始资料和考虑，提出结论草案如下：²⁴¹

结论草案 3

嗣后协定和嗣后惯例作为条约解释资料的定义

为条约解释目的，“嗣后协定”是缔约国在条约缔结后达成的关于解释条约或适用条约规定的公开表明的协定。

²³⁷ 《国际法委员会年鉴》(1966 年)，第二卷，英文第 221 页，第 114 段。

²³⁸ 见上文第 84-87 段。

²³⁹ Karl(见脚注 160)，para. 115f。

²⁴⁰ 见下文第 119-144 段。

²⁴¹ 见条约随时间演变问题研究组组长的第 5 项和第 8 项初步结论(A/66/10，第 344 段)，特别是第 5 项初步结论：

(5) 嗣后惯例作为解释资料的概念

大多数经审查的裁决机构没有界定嗣后惯例的概念。世贸组织上诉机构提出的定义(“说明[条约]缔约国对条约解释达成协定且足以成为一种可辨别的模式的一致、共同和连贯的一系列行为或裁决”)结合了《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(b)项中规定的“惯例”(“一系列行为或裁决”)元素(狭义的嗣后惯例)和达成协定的要求(“一致、共同”)。但另一些经审查的裁决机构在使用“惯例”这一概念作为解释资料时未提及在缔约国之间形成可辨别的协定的要求(广义的嗣后惯例)。

为条约解释目的，“嗣后惯例”是条约缔结后由条约一个或多个缔约国实施的关于解释或适用条约的行为，包括声明。

条约适用方面的嗣后惯例如确定缔约国方就条约的解释达成协定，即是《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所称解释资料。在特定情况下，可把其他嗣后惯例用作《维也纳公约》第三十二条所称补充解释资料。

六. 将与条约有关的惯例归于一个国家

119. 尽管《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项提到“当事国嗣后所订”任何协定,第三十一条第三款(b)项仅提到“嗣后在条约适用方面(……)之(……)惯例”。这引起的一个问题是,在何种情况下可把“条约适用方面”的惯例归于一个国家,从而使其成为相关的解释性国家惯例(1)。与此有关的问题是:社会中的发展(2)以及国家以外其他行为体的惯例(3)是否也适合用于解释条约,特别是这些发展和惯例是否可以“确定当事国对条约解释之协定”。

1. 相关国家惯例的范围

120. 至于一个特定行为是否构成一个国家的相关嗣后条约惯例,除其他外取决于适用的归属规则。在其关于对国际不法行为的国家责任条款中,委员会通过了有关将行为归于一个国家的规则。²⁴² 但是,确定国家责任的目的不同于旨在确定相关解释性惯例的惯例归属。一个国家的可能不法行为的范围肯定比“适用”一项条约的行为大得多。例如,很难将“一国的机关”“逾越其权限”“的行为”(国家责任条款第7条)或“叛乱运动的行为”(国家责任条款第10条)视为相关的条约惯例。

121. 因此,为解释条约这一目的,归属的有关规则必须根据缔约国解释和适用条约的具体特点来拟定。这显示,只有国际上认定在适用条约(整体适用或条约某一特定条款的适用)方面负责的缔约国机关采取或被视为认可的行为,才可归于一个国家。国家的嗣后惯例当然可以由《维也纳公约》第七条所指高级政府官员实施。但是,由于很多条约通常不是由高级政府官员适用,各国际法院和法庭认识到,低级主管机关的行为,甚或其他行为体的行为,也可以成为与解释条约相关的嗣后行动。因此,国际法院在有关摩洛哥境内的美国国民权利一案中承认,应根据当地海关当局的不一致的惯例灵活解释《阿尔赫西拉斯议定书》第95条。²⁴³ 在Kasikili/Sedudu一案中,国际法院甚至认为,如果符合以下条件,则可以认为,当地Masubia部落的成员对纳米比亚(前西南非洲)和博茨瓦纳(前贝专纳兰)边界上一个岛屿的经常使用是《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所指嗣后惯例:

²⁴² 大会第56/83号决议,附件。

²⁴³ *Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* [1952] I.C.J. Reports 1952, p.211。

此种经常使用与卡普里维当局的这一观点相关:1890 年条约规定的边界是沿乔贝河的南河道划定的;而且贝专纳兰当局完全了解这种使用并予以认可,以此作为对条约边界的确认。²⁴⁴

122. 但是,柏威夏寺一案说明,可能出现不能把低级官员的行为和地方惯例归于国家的情况。泰国试图保卫其边界,称只有暹罗的低级官员“见到了”法国提交的明显偏离起初商定国界的特定地图,这些官员无法代表暹罗对地图上所示边界表示同意。法院认为:

如果暹罗当局确实只向低级官员展示了这些地图,它明显是在自己招致风险的情况下这样做,这一事实无法在国际场合给泰国的主张带来任何帮助。²⁴⁵

因此,国际法院的意思看来是,如果上级机关对该地图不知情,则不应把仅仅是低级官员对该地图的了解或行为归于泰国。

123. 各仲裁法庭的判例确认,相关嗣后惯例可以来自下级政府官员,条件是,国际上可以预期,这些官员对条约的适用负责。在德国外债一案的裁决中,仲裁法庭将英格兰银行给德国联邦债务管理局的一封信作为相关嗣后惯例。²⁴⁶在“向居住法国的教科文组织退休职员所付养恤金税收制度”一案中,仲裁法庭在原则上认可,法国税收征管机构不对教科文组织退休雇员的养恤金征税的惯例是相关嗣后惯例,但最终认为上级机关,即法国政府的几个官方声明起了决定作用。²⁴⁷

124. 由此推论,如果可以预期,上级机关了解下级和地方机关在适用条约方面的惯例,并认可将其作为条约解释或适用方面的一个因素,则可以把这些惯例视为与解释条约之目的相关的嗣后惯例。²⁴⁸

²⁴⁴ *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v.Namibia)*[1999]I.C.J.Reports 1999, p.1095, para.74.

²⁴⁵ *Case concerning the Temple of Preah Vihear*(见脚注 13a), p.25.

²⁴⁶ *Case concerning the question whether the re-evaluation of the German Mark in 1961 and 1969 constitutes a case for application of the clause in article 2(e) of Annex I A of the 1953 Agreement on German External Debts between Belgium, France, Switzerland, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America on the one hand and the Federal Republic of Germany on the other*, Award of 16 May 1980, Reports of International Arbitral Awards, vol XIX, 103, para.31.

²⁴⁷ *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Award of 14 January 2003, Reports of International Arbitral Awards, vol XXV, Part IV, p.257, para.66 and p.259, para.74.

²⁴⁸ 另见 M Kamto, “La volonté de l’Etat en droit international”(2004)Recueil des Cours, vol.310, para.141-144.

2. 将私人行为体嗣后的行为及社会中的发展归于国家

125. “条约适用方面的嗣后惯例”一般由根据条约要求须适用条约者，即缔约国本身提出。不过，也可以设想，其他行为体的惯例间接“确定”了“当事国对条约解释之协定”。然而，迄今为止，司法界仅在非常有限的程度上承认，可为条约解释之目的将这些其他行为体的惯例归于某一缔约国。

126. 所处理事项涉及国家机关与私人实体密切合作的伊朗-美国索赔法庭就遇到了这样一个问题：是否可将私人实体的某些行为归于两国中的一国，以便确定相关的嗣后国家惯例：

条约解释的一个公认原则是，要结合上下文一并考虑某项国际条约适用方面的任何嗣后惯例。不过，这种惯例必须是条约缔约国的惯例，并且确定了各缔约国关于条约解释的协定。尽管解决方案谈判的参加者之一，伊朗中央银行，是伊朗的一个实体，因而其惯例可归于作为《阿尔及尔宣言》缔约国之一的伊朗，但解决方案谈判和实际解决方案的其他参加者，即几家美国银行，并非美国政府的实体，因而它们的惯例不能如此归于作为《阿尔及尔宣言》另一当事方的美国。²⁴⁹

127. 这一方针受到 Ansari 法官的批评，他在反对意见中认为，持多数意见的法官们本应考虑到国家监管机关的作用：

伊朗还辩称，在对“承诺企业”的解释方面应适当考虑当事各方在解决谈判期间的嗣后惯例。为支持这一论点，伊朗向法庭提供了根据“承诺”达成的解决协议，并且伊朗据此得到了由几家美国银行直接支付的现款。根据所述协议本身的条款，协议如没有美国财政部和纽约联邦储备银行（“美联储”）作为美国财政代理人的批准，根本不能生效。当事方的这种嗣后惯例是决定性的，并为伊朗的论点提供了更多的证据。²⁵⁰

128. 尽管这一反对意见提出了一个重要的考虑因素，但在这一特定背景下，国家“通过监管”对事件的涉入并不是要就条约解释向另一国发表声明，因此不足以作为条约解释的目的将私人实体的行为归于国家。

²⁴⁹ *The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others)* (见脚注 81), P.71; 相似判决还有 *the Islamic Republic of Iran v. the United States of America, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim)* (9 September 2004) (Iran-USCTR) paras. 127 and 128; 还见庭长 Lagergren 在 *International Schools Services, Inc. (ISS) and National Iranian Copper Industries Company (NICICO)* 一案中表示的反对意见 (见脚注 81), PP. 348 and 353: “《维也纳公约》关于嗣后协定的规定系指条约当事国之间的协定，尽管伊朗伊斯兰共和国是该案仲裁当事方之一，但仲裁当事双方之间的和解协定很难被视为等同于均为条约缔约方的两国间的协定。”

²⁵⁰ Parviz Ansari 在 *The United States of America (and others) and the Islamic Republic of Iran (and others)* 一案中的反对意见, Award No. 108-A-16/582/591-FT (1985), 9 Iran-USCTR, PP. 97 and 99.

129. 欧洲人权法院似乎是唯一一个²⁵¹有时会认为(对于某些行为或个人特征的)“社会接受程度增加”²⁵²以及“重大社会变革”²⁵³与条约解释目的相关,而且未把中的这些发展与国家机关的具体决定明确联系起来的国际司法机构。两个最重要的²⁵⁴案件是Dudgeon诉联合王国²⁵⁵和Christine Goodwin诉联合王国。²⁵⁶

130. Dudgeon诉联合王国一案涉及彼此同意的成人同性恋者不得因其性交行为而被定罪的权利。法院认为,就当时的北爱尔兰立法而言,“与颁布立法的时代相比,当前对同性性行为了解更多,因而更能接受。”²⁵⁷法院的这一裁断所依据的是这样的事实:

欧洲委员会绝大多数成员国认为,将当前所讨论的这种同性性行为当作一种本身应适用刑法制裁的事项来处理不再必要,也不再适当;法院不能忽视成员国国内法在这方面所发生的显著变化。²⁵⁸

131. Christine Goodwin诉联合王国一案涉及变性者以其所选择的性别结婚的权利。²⁵⁹法院在此案中指出,法院“必须考虑被告国国内以及广大缔约国不断变化的情况”,²⁶⁰并责备被告国:

尽管社会对变性现象的接受程度增加,也越来越认识到变性者面临的各种问题,但该国尚未采取任何步骤(……)[不断审查采取适当法律措施的必要性]。²⁶¹

²⁵¹ 但见 WTO、the United States: Certain Country of Origin, Report of the Appellate Body (29 June 2012), WT/DS384/AB/R and WT/DS386/AB/R, para.448。

²⁵² *Christine Goodwin v.the United Kingdom*, ECHR 2002-VI, para.85。

²⁵³ *Christine Goodwin*(见脚注 252), para.100。

²⁵⁴ 另见 *I.v.the United Kingdom*[GC], Application No.25680/94(ECtHR, 11 July 2002), para.65; *Burden and Burden v.the United Kingdom*, Application No.13378/05(ECtHR, 12 December 2006)para 57; *Shackell v.the United Kingdom*(Decision), Application No.45851/99 (ECtHR, 27 April 2000), para.1; *Schalk and Kopf v.Austria*, Application No.30141/04(ECtHR, 24 June 2010), para.58, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions, citing *Christine Goodwin*(见脚注 252), para.100。

²⁵⁵ *Dudgeon v.the United Kingdom*(1981)(ECtHR), Series A, No.45。

²⁵⁶ *Christine Goodwin*(见脚注 252)。

²⁵⁷ *Dudgeon*(见脚注 255), para. 60。

²⁵⁸ 同上。

²⁵⁹ *Christine Goodwin*(见脚注 252)。

²⁶⁰ 同上,第 74 段。

²⁶¹ 同上,第 92 段。

132. 然而，仔细分析法院的判例可以看出，法院为条约解释的目的而援用“社会变化”或“社会接受”的做法最终还是与国家惯例挂钩。在Dudgeon诉联合王国一案中，法院为表明“对同性性行为的接受程度增加”而指出，“欧洲委员会绝大多数成员国认为，将当前所讨论的这种同性性行为当作一种本身应适用刑法制裁的事项来处理不再必要，也不再适当”，因而法院不能“忽视成员国国内法在这方面所发生的显著变化”。²⁶² 法院还指出，“就在北爱尔兰本身，当局近年来也不再执行该法。”²⁶³ 甚至在Christine Goodwin诉联合王国一案中，法院也十分重视“明确、无可争议的证据所表明”的一个持续的国际趋势，这一趋势不仅支持社会更加接受变性者，而且支持从法律上承认手术后变性者的新性别身份。”²⁶⁴

133. 欧洲人权法院援用“社会接受”的次数极少，并且仅限于涉及边缘群体的案件，这些群体的状况尚未在所涉国家的政治和法律体系中得到充分的审议。²⁶⁵ 形成对照的是，该法院不以在政治上有争议的社会发展为依据。例如，Johnston诉爱尔兰一案涉及关于婚姻权意味着有权离婚以便再婚的主张，在此案中，“申诉人的依据很大一部分来自《公约》起草以来的社会发展，特别是所谓的婚姻破裂数量大幅增加。”²⁶⁶ 然而，法院在承认“《公约》及其议定书必须根据当前的情况加以解释”的同时，拒绝进一步研究这些“社会发展”，并断定，法院不能“通过注重演变的解释，从这些文书中得出一个从一开始并未包含在其中的权利。”²⁶⁷ 同样，在Schalk和Kopf诉奥地利一案中，法院认为：

虽然如法院在Christine Goodwin一案中所指出的那样，婚姻制度自《公约》通过以来已经历了重大的社会变化，但法院指出，欧洲对于同性婚姻尚未形成共识。目前 47 个《公约》缔约国中只有 6 个国家允许同性婚姻。²⁶⁸

134. 因此，该法院一般明确或含蓄地确定社会发展是否已实际体现在国家惯例中，并将这种在立法或行政惯例中的体现作为最重要的指标。²⁶⁹ 例如，该法院

²⁶² Dudgeon(见脚注 255)，para. 60。

²⁶³ 同上。

²⁶⁴ Christine Goodwin(见脚注 252)第 85 段，另见第 90 段。

²⁶⁵ See Jeffrey A. Brauch, “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”(2004), Vol 11, P.145。

²⁶⁶ Johnston(见脚注 42)，para. 53。

²⁶⁷ 同上。

²⁶⁸ Schalk(见脚注 254)，para. 58。

²⁶⁹ 但见 George Letsas, “Strasbourg’s Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer”(2010), European Journal of International Law.Vol.21, No.3, P.530。

在涉及非婚生儿童地位问题的案件²⁷⁰中就是这样做的，在关于宣称吉普赛人有权由市政当局指定一个临时居住地，以便保持其居无定所的生活方式的案件中也是这样做的。²⁷¹ 欧洲人权法院只是作为例外暗示，被告国存在相反立法的原因是行政或立法方面的惰性，并且这已不能反映负责的国家机关经过深思熟虑后的观点。²⁷² 因此，可以断定，仅是这样的(嗣后)社会惯例不足以构成相关的嗣后条约惯例，它们必须同时得到某种形式的国家惯例的支持。

3. 以其他行为体的惯例作为国家惯例的证据

135. 条约缔约国的嗣后惯例可以反映在国际组织或非国家行为体等其他行为体的声明或行为当中，或由此肇始。但是，这种由国际组织或非政府组织肇始的条约缔约国嗣后惯例不应同缔约国本身的惯例相混淆。其他机构的活动可能更相当于构成所涉缔约国嗣后协定或惯例的证据。

(a) 国际组织

136. 国际组织的决定、决议和其他惯例本身就可能与条约的解释相关。例如，1986 年《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(j)项就确认了这一点，其中提及“确立的惯例”，将其作为“组织的规则”的一种形式。条约嗣后惯例的这一方面问题将是后面另一份报告的主题。这里仅侧重于讨论国际组织的惯例是否可以表明相关的国家条约惯例或成为其证据。

137. 在这个意义上，国际组织关于嗣后国家惯例的文献集和其他报告或多或少具有一定的证据份量。全球性组织根据一项具体任务为说明某一特定领域国家惯例而编写的报告具有相当的权威性，但不一定在所有案件中都具有权威地位。例如，负责解释和适用《关于难民地位的公约》的国家官员将联合国难民事务高级专员公署《根据关于难民地位的 1951 年公约和 1967 年议定书确定难民身份的程序和标准手册》作为证明国家惯例的参照。²⁷³ 尽管难民署手册有时被宽泛地引

²⁷⁰ *Mazurek v. France*, ECHR 2000-II, para.52(“法院从一开始就指出，家庭制度不管是在历史上、社会学上还是法律上都不是一成不变的”); 另见 *Marckx v. Belgium*(1979)Series A, No.31, para.41; *Inze v. Austria*(1987)A, No.126, para.44; 以及 *Brauer v. Germany* Application, No.3545/04(ECtHR, 28 May 2009)para.40, selected for publication in Reports of Judgments and Decisions。

²⁷¹ *Chapman v. the United Kingdom*[GC] ECHR 2001-I-18, paras.70 and 93; 另见 *Lee v. the United Kingdom*[GC] Application No.25289/94(ECtHR, 18 January 2001) paras.95 and 96; *Beard v. the United Kingdom*[GC] Application No.24882/94(ECtHR, 18 January 2001)paras.104 and 105; *Coster v. the United Kingdom*[GC] Application No.24876/94 (ECtHR, 18 January 2001)paras.107 and 108; *Jane Smith v. the United Kingdom* [GC] Application No.25154/94(ECtHR, 18 January 2001) paras.100 and 101。

²⁷² *Christine Goodwin*(见脚注 252)，第 92 段。

²⁷³ 见难民署《根据关于难民地位的 1951 年公约和 1967 年议定书确定难民身份的程序和标准手册》(1992 年 1 月重新编辑)(HCR/IP/4/Eng/REV. 1)前言第七段; 另见 Gardiner (脚注 171), p. 239。

用，似乎该手册本身可以体现国家惯例，但这一观点在 *Semunigus* 诉移民与多元文化事务部长一案中被澳大利亚联邦法院正确地予以否决。²⁷⁴ 另一个例子是联合国安全理事会第 1540(2004) 号决议所设委员会²⁷⁵ 的工作，该委员会的工作已证明与 1972 年《关于禁止发展、生产和储存细菌及毒素武器和销毁此种武器的公约》(《生物武器公约》) 的解释有关。²⁷⁶ 作为其执行安全理事会第 1540(2004) 号决议工作的一部分，该委员会非常重视系统地汇编会员国所采取的执行措施，即所谓的 1540 汇总表。²⁷⁷ 汇总表只要涉及《生物武器公约》的执行以及 1993 年的《化学武器公约》，²⁷⁸ 就是所述条约嗣后国家惯例的证据来源。²⁷⁹

(b) 非政府组织

138. 非政府组织可以在收集整理嗣后惯例方面发挥重要的作用，特别是监测具体条约执行方面的惯例。

139. 例如，地雷和集束弹药监测组织就是如此，该组织是国际禁止地雷运动和反集束弹药联盟的一个联合举措。监测组织被称为 1997 年《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(《渥太华公约》)²⁸⁰ 和 2008 年《集束弹药公约》(《都柏林公约》)²⁸¹ “事实上的监测机制”。²⁸² 2011 年集束弹药监测报告除提供关于缔约国、签署国、非缔约国情况以及“其他方面”

²⁷⁴ Federal Court of Australia, *Semunigus v. the Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [1999] FCA 422 (14 April 1999) paras. 5-13; 这并不排除该手册作为一项关于嗣后国家惯例的正确声明的证据份量。该手册的权威性不仅是基于其作为专业文献集的质量，还基于《关于难民地位的公约》第 35 条第(1)款，根据该款，“缔约各国保证同联合国难民事务高级专员办事处……在其执行职务时进行合作，并应特别使其在监督适用本公约规定而行使职务时获得便利。”

²⁷⁵ 安全理事会第 1540(2004) 号决议，第 8(c) 段。

²⁷⁶ 《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》(《生物武器公约》)(1972 年 4 月 10 日通过，1975 年 3 月 26 日生效)，联合国《条约汇编》，第 1015 卷，第 14860 号。

²⁷⁷ 根据 1540 委员会的网页，“1540 汇总表是 1540 委员会使用的一个主要方法，用于汇总会员国执行联合国安全理事会第 1540(2004) 号决议工作的有关信息。(……) 1540 委员会以这些汇总表为参考工具，审查安全理事会第 1540(2004) 号决议的执行情况，并在其与各国的对话中以此为工具查找国家一级存在的空白并协助提供技术援助。”(<http://www.un.org/en/sc/1540/1540/national-implementation/matrix.shtml>，2012 年 3 月 30 日读取)。

²⁷⁸ 《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》(《化学武器公约》)(1993 年 1 月 13 日通过，1997 年 4 月 29 日生效)，联合国《条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号。

²⁷⁹ 见 Gardiner(脚注 171) 第 239 页。

²⁸⁰ 见 <http://www.the-monitor.org>，2012 年 3 月 18 日阅。

²⁸¹ 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997 年 9 月 18 日通过，1999 年 3 月 1 日生效)，联合国《条约汇编》第 2056 卷，第 35597 号。

²⁸² 《集束弹药公约》(2008 年 5 月 30 日通过，2010 年 8 月 1 日生效)(A/C.1/63/5，附文第二部分)。

的简介之外，²⁸³ 还指出了涉及《都柏林公约》的各种解释性问题，并列出了缔约国和签署国的相关声明和惯例。这些问题涉及：禁止援助及互用适用性；国外储存和转运；撤资问题。²⁸⁴

140. 地雷和集束弹药监测组织的例子说明，非政府组织可以为缔约国的嗣后惯例提供证据来源，甚至促使其形成。事实上，通过敦促各国就某些问题提出看法，可以大大增加解释者可资利用的惯例数量。这个例子还说明，非政府组织可以通过提供其对有争议条文的解读，设法形成嗣后惯例。而且，这些组织可以在这方面奉行也许和国家议程有所不同的自己的议程。这也许会导致它们的研究存在某些偏见，需要严加审查。但这并不排除以下事实：非政府组织收集的国家惯例往往是所有缔约国嗣后惯例的宝贵证据来源，并且将提高透明度，进而加强对条约的遵守。

(c) 红十字国际委员会的特殊作用

141. 红十字国际委员会在日内瓦四公约及各项附加议定书方面所承担的职责则另当别论。红十字委员会形式上是一个根据瑞士国内法成立的私营、非营利性质的协会，²⁸⁵ 自最初的 1864 年《日内瓦公约》以来，红十字委员会在制订各项国际人权条约方面起到了催化剂的作用。²⁸⁶ 红十字委员会作为负责执行国际社会通过日内瓦四公约以及《国际红十字与红新月运动章程》赋予的任务的实体，具有国际法的法律人格。²⁸⁷ 此外，红十字委员会还不时就日内瓦四公约及各项附加议定书的解释提供指导，这是《国际红十字与红新月运动章程》规定的任务，该章程由 1986 年在日内瓦召开的第 25 届国际红十字大会通过，并在 1995 年和 2006 年进行了修正。²⁸⁸ 《章程》第 5 条第 2 款第 (7) 项规定：

根据该委员会的章程，国际委员会的职责主要是：(……) (7) 为了解解和传播适用于武装冲突的国际人道主义法知识而努力工作，并为发展该法做好准备。²⁸⁹

²⁸³ Cluster Munition Monitor 2011, PP.59-344(http://www.the-monitor.org/cmm/2011/pdf/Cluster_Munition_Monitor_2011.pdf, accessed 18 March 2012)。

²⁸⁴ 同上，pp. 24-31；2009 年报告和 2010 年报告已对同样的解释性问题进行了评估。

²⁸⁵ Hans-Peter Gasser, “International Committee of the Red Cross (ICRC)”, para.20, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (<http://www.mpepil.com>, accessed 25 March 2012, para. 20) para.20。

²⁸⁶ 同上，para. 14。

²⁸⁷ 同上，para. 25。

²⁸⁸ 见 www.icrc.org/eng/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf, accessed 25 March 2012。

²⁸⁹ 着重部分为作者所加。

142. 2009 年，红十字委员会根据其任务规定²⁹⁰ 发布了一份说明——“关于根据国际人道主义法直接参与敌对行动概念的解释指南”。²⁹¹ 该指南是 2003 年至 2008 年的一项“专家进程”的成果，利用了学术界、军界、政府和非政府方面的专家，他们全部以个人身份参加，但其分析的依据显然是国家条约惯例和习惯做法。该解释指南包含 10 条建议，并附有评注，“反映了红十字委员会关于如何解释现行国际人道主义法的机构立场。”²⁹² 现在对该指南的意义进行总体评估还为时过早，但其对各国嗣后惯例的影响将会令人关注。

143. 在这方面，各国已重申其在发展国际人道主义法方面扮演的角色。尽管 2011 年第 31 届国际红十字和红新月大会第 1 号决议回顾，“红十字委员会的重要职责之一（……）主要是为了解和传播适用于武装冲突的国际人道主义法知识而努力工作，并为该法的任何发展进行筹备，”但也强调“各国在发展国际人道主义法方面的首要作用”。²⁹³ 应当指出，红十字委员会称，它正是如此解释国际人道主义法，而不只是日内瓦四公约及各项附加议定书。²⁹⁴ 因此，缔约国根据条约得出的嗣后惯例和根据一般习惯做法得出的嗣后惯例之间的区别可能会变得模糊不清。

4. 结论：结论草案 4

144. 综上所述各项原始资料和考虑，提出结论草案如下：²⁹⁵

²⁹⁰ “红十字委员会作为国际社会授权促进和致力于使国际人道主义法得到更好了解的一个中立、独立的人道主义组织，承担了发布解释指南的职责，”《国际红十字与红新月运动章程》第 5 条第 2 款第 3 和第 7 项(电子版 www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf，2012 年 3 月 25 日读取。

²⁹¹ ICRC, Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law; see for the expert process, see <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/direct-participation-article-020709.htm>, accessed 25 March 2012.

²⁹² 同上，p. 9。

²⁹³ 31st International Conference 2011: Resolution 1-Strengthening legal protection for victims of armed conflicts(1 December 2012)(<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm>), accessed 25 March 2012.

²⁹⁴ 见 ICRC, International Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities (见脚注 290)p.9。

²⁹⁵ 见条约随时间演变问题研究组主席的初步结论 9, A/66/10, 第 344 段：

(9) 相关嗣后惯例的可能主体

相关嗣后惯例可能包括所有国家机构(执法、立法、司法)的行为，而出于条约解释目的，这些行为可能归于一国。如果在国家惯例中有所体现，这类惯例在某些情况下甚至可能包括“社会惯例”。

结论草案 4

嗣后惯例的可能主体和归属

嗣后惯例可能包括所有国家机构的行为，而出于条约解释目的，这些行为可以归属于一国。

非国家行为体的嗣后惯例，包括社会惯例，只要在国家嗣后惯例中得到体现或采纳，就有可以为条约解释目的而被考虑在内，或作为此种国家惯例的证据。

七. 未来工作方案

145. 特别报告员拟向 2014 年届会提交关于本专题其他方面的第二次报告，其中大部分内容已在报告员为条约随时间演变问题研究组撰写的三份报告中述及，²⁹⁶ 研究组分别在 2011 年和 2012 年对之进行了部分讨论。²⁹⁷ 预计在 2015 年提交第三次报告，报告员将在其中讨论国际组织的惯例以及各国法院的判例。²⁹⁸ 2016 年，特别报告员将提交最后报告，载明订正后的结论和评注，其中尤其将考虑国际法委员会的讨论和第六委员会的辩论。

²⁹⁶ 见脚注 4、5 和 10。

²⁹⁷ A/66/10，第 336-341 段；A/67/10，第 225-240 段。

²⁹⁸ 如在最初计划书中设想的那样，见 A/63/10，附件 A，第 17、18、39 和第 42 段。