



国际法委员会

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，日内瓦

与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例第二次报告

特别报告员格奥尔格·诺尔特*

目录

	页次
一. 导言	3
二. 确定嗣后协定和嗣后惯例	4
1. “适用”条约和“涉及条约解释”的行为	4
2. 不“适用”条约或不“涉及条约解释”的行为	5
3. 确定行为是否属于“适用”条约或“涉及条约解释”	6
4. 结论	10
三. 嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响	10
1. 国际法院的判例法	11
2. 国家惯例	14
3. 惯例的特定性	17
四. 第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的形式和价值	19

* 提交人感谢提供研究金促成编写本报告的普林斯顿大学法律和公共事务学院所给予的支持。



1. 第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的各种可能形式.....	20
2. 嗣后惯例的频率和一致性	20
五. 当事国就条约解释达成的协定.....	23
1. 协定的存在与范围	24
2. 第三十一条第三款所述“协定”可以是非正式协定	25
3. 当事国对其协定的认知	26
4. 第三十一条第三款所述协定本身不必具有法律约束力	26
5. 沉默作为第三十一条第三款所述协定的一个可能存在的要素.....	28
6. 嗣后惯例表示已商定暂不适用条约或仅商定实用安排	32
7. 更改或终止第三十一条第三款(a)项或(b)项所述与解释有关的协定.....	34
六. 缔约国大会框架内通过的决定.....	35
1. 缔约国大会的形式	35
2. 缔约国在缔约国大会框架内采用的行为类别	36
3. 缔约国大会可能产生的第三十一条第三款所述嗣后协定和嗣后惯例.....	38
4. 形式和程序	42
5. 条约缔约国未全部在场的情况下通过的法案	46
七. 嗣后协定和嗣后惯例的解释范围.....	47
1. 具体解释程序与第三十一条第三款(a)项和(b)项	47
2. 解释与修改之间的关系	47
3. 嗣后协定或嗣后惯例修改条约	48
八. 今后工作方案	65
附件	
拟议结论草案.....	66

一. 引言

1. 国际法委员会在其第六十五届会议(2013 年)期间审议了关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题的第一次报告,并暂时通过了附带评注的五份结论草案。¹ 这些结论草案:

- 将本专题置于《维也纳条约法公约》所述条约解释规则的总框架之内(结论草案 1);
- 将第三十一条第三款所述嗣后协定和嗣后惯例定性为作准解释资料(结论草案 2);
- 对嗣后协定、嗣后惯例以及解释条约用语随时间演变的条件之间的相互关系加以限制(结论草案 3);
- 提出嗣后协定和嗣后惯例的定义以及嗣后惯例的两种形式(结论草案 4);
- 解决嗣后惯例的归属(结论草案 5)。

2. 在第六委员会就国际法委员会第六十五届会议的报告举行辩论期间,各国普遍对国际法委员会就这一专题开展的工作予以肯定。² 辩论中提出的具体问题和关切将在本报告中述及,并在国际法委员会按程序审议结论草案时处理。国际法委员会第六十五届会议以来的相关事态发展包括国际法院在海洋争端(秘鲁诉智利)案³ 和南极捕鲸(澳大利亚诉日本: 新西兰参与)案中的判决。⁴

第二次报告涉及该专题的以下方面:

- 确定嗣后协定和嗣后惯例(一);⁵
- 嗣后协定和嗣后惯例对条约解释可能产生的影响(二);
- 第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的形式和价值(四);⁶

¹ 国际法委员会第六十五届会议报告(A/68/10),第四章,第 29 至 39 段。

² 大会第六委员会就“国际法委员会第六十三届和第六十五届会议工作报告(议程项目 81)”专题辩论期间所作发言见 <https://papersmart.unmeetings.org/ga/sixth/68th-session/agenda/81>(本报告中的所有互联网信息来源均在 2014 年 2 月 24 日查阅)。

³ 国际法院,2014 年 1 月 27 日判决书,见 <http://www.icj-cij.org/docket/files/137/17930.pdf>。

⁴ 国际法院,2014 年 3 月 31 日判决书,见 [from www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf)。另见请求解释 1962 年 6 月 15 日柏威夏寺(柬埔寨诉泰国)案所作判决,柬埔寨诉泰国,国际法院,2013 年 11 月 11 日判决书,见 <http://www.icj-cij.org/docket/files/151/17704.pdf>,第 75 段。

⁵ 第 31 条(3)(a)将“各方之间的”嗣后协定作为同义词述及。

⁶ 国际法委员会最后未能解决这个问题(见 A/68/10,第 37 页,第 20 段);排序采用了世界贸易组织(世贸组织)上诉机构所作区别,该机构在在美国-博彩业案中指出,“嗣后惯例”包括两个内容:“.....(一)必须有共同、一致和明显的行为模式或声明;(二)这些行为或声明须默示已就相关规定的解释达成协议”。(见世界贸易组织, *European Communities and its Member States: Tariff Treatment of Certain Information Technology Product, Report of the Panel (16 August 2010)*, WT/DS375/R WT/DS376/R and WT/DS377/R, para. 7.558。

- 各方按照第三十一条第三款的规定就条约解释达成“协定”的条件(五);⁷
- 缔约国大会框架内通过的决定(六);
- 嗣后协定和嗣后惯例的解释可能涵盖的范围(七)。

二. 确定嗣后协定和嗣后惯例

3. 必须按其本来性质将嗣后协定和嗣后惯例定为解释资料。

1. “适用”条约和“涉及条约解释”的行为

4. 第三十一条第三款(b)项和第三十二条所述嗣后惯例一定是“条约适用”行为，第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定则一定“涉及条约解释或其规定之适用”。⁸ 虽然“解释”的某些方面可能一直不涉及条约的“适用”，⁹ 但解释条约是每次适用条约的先决条件——即使有关规则可能表面看似清晰。¹⁰ 因此，“涉及条约解释”行为和“适用条约”行为都意味着，一个或多个缔约国采取了或被归属于某个涉及条约解释的立场。¹¹ 第三十一条第三款(a)项所述“当事国嗣后所订关于条约之解释之任何协定”(第一选项)，就是刻意对条约的解释采取特定立场，但在第三十一条第三款(a)项所述“……嗣后所订关于……其规定之适用之任何协

⁷ 国际法委员会最后未能解决这个问题(见 A/68/10, 第 16 段)。

⁸ 见结论草案 4, 第 1 至 3 段(A/68/10, 第 12 页)。

⁹ 根据 G. Haraszti 的意见，条约解释具有“阐明案文含义和目标”的作用，而条约适用则“意味着具体指出缔约国承担的后果”，见 G. Haraszti, *Some Fundamental Problems in the Law of Treaties* (Akadémiai Kiadó, 1973), at p. 18; 不过，他承认“适用任何表现形式的法律规则除非阐明内容，否则无法适用”，同上。

¹⁰ 国际法委员会关于国际法不成体系问题研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1, 第 423 段; R. Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford, Oxford University Press, 2008), pp. 27-29 and 213; [[link]] M. K. Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 151, 1976), p. 47; [[link]] U. Linderfalk, “Is the hierarchical structure of articles 31 and 32 of the Vienna Convention real or not? Interpreting the rules of interpretation”, *Netherlands International Law Review*, vol. 54, No. 1 (2007), pp. 141-144 and p. 147; [[link]] G. Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, *Annuaire français de droit international*, vol. 40, 1994, p. 44; [[link]] M. E. Villiger, “The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The ‘crucible’ intended by the International Law Commission” in *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, E. Cannizzaro, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 111. [[link]]。

¹¹ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 235; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht, Springer, 2007), p.162; W.Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, vol. 84, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* (Berlin, Springer, 1983), pp. 114 and 118; O.Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, in *Vienna Convention on the Law of Treaties-A Commentary*, O Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Springer, 2012), p.556, paras.80 and 82。

定”(第二选项)情况下,对条约解释所持立场则不那么明晰。¹² 这种“通过适用”对条约解释采取立场的办法隐含在适用条约的简单行为中,即体现在根据第三十一条第三款(b)项和第三十二条所述“根据经解释后的条约采取的每项措施”¹³中。¹⁴

5. 很难想象有哪些“条约适用”行为不意味着实施该行为的缔约国“对条约解释”采取立场。事实上,任何行为,凡不能说行为国对条约解释持有立场的,也不能在条约“适用中”实施。由此推定“条约适用”行为尽管极为重要,但只是所有“涉及条约解释的”行为的一个例子。因此,第三十一条第三款(a)项中的“或”字不表示提出另一种选项,而是举例说明同一事物。

6. 应当指出,条约的“适用”不一定反映缔约国的立场,即认为在有些情况下这是条约可能唯一具有的法律意义。¹⁵ “适用”概念也不排除非国家行为体所采取的、被条约承认属于条约适用形式且归属一个或多个条约当事国的做法。¹⁶

2. 不“适用”条约或不“涉及条约解释”的行为

7. 不顾条约义务而实施的嗣后行为不属于“适用条约”,也“不涉及”条约解释。例如,在“某些开支”案中,几名法官对联合国会员国继续缴纳会费是否表示它们接受联合国的某些做法表示怀疑。¹⁷ 菲茨莫里斯法官在这方面提出了一个著名的警告,表明“从实践中提取的论据如果太过分,可能引起质疑”。¹⁸ 菲茨莫里斯说,“几乎不可能从会员国缴纳会费这个简单事实中推断它们在所有情况下都必然接受缴纳会费的积极法律义务。”¹⁹

8. 同样,在卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题一案中,国际法院裁定,(关于将争端交由国际法院管辖的)1987年协定当事国为缔结一项附加特别协定(可能明确说明争端事由)所做的努力并不意味着,当事国实际上将这样一项补充协定视为建立国际法院管辖权的必要条件。²⁰

¹² 第二个备选办法是根据巴基斯坦的建议提出的,但其范围和宗旨一直没有得到解决和澄清,见《联合国条约法会议正式记录,正式记录》,A/CONF.39/11.,第168页,第53段。

¹³ Linderfalk, 前注11,第164和165和167页。

¹⁴ 见结论草案1(4)和4(3),前注1,第12页。

¹⁵ 见下文3和三.2.(b)。

¹⁶ 见 L. Boisson de Chazournes, “Subsequent Practice, Practices, and ‘Family Resemblance’: Towards Embedding Subsequent Practice in its Operative Milieu” in G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 53, at pp. 54, 56 and 59-60.

¹⁷ 《联合国某些开支,咨询意见,1962年国际法院案例汇编》,第151页,第201和202段(菲茨莫里斯法官的个别意见)和第189至195段(斯彭德法官的个别意见)。

¹⁸ 同上,第201页。

¹⁹ 同上。

²⁰ 《卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题,管辖权和可受理性,判决书,1995年国际法院案例汇编》,第6页,见第76页,第28段。

9. 难民法中的“补充保护”是另一个例子，表明自愿做法不是为了“适用”条约，也不“涉及条约解释”。然而，未获准《难民公约》规定的难民地位者往往获得《公约》中相当于难民地位的“补充保护”。不过，批准补充保护的国家并不认为它们实施了适用《公约》的行为。²¹

10. 有时很难将与第三十一条第三款(a)和(b)项以及第三十二条规定的条约解释或适用有关的相关嗣后协定或实践，与整个条约中的其他行为或情况，包括更广泛条约领域中“同时发生的情况”相区别。但是，这种区别十分重要，因为只有一个或多个当事国实施的涉及条约解释的行为才能使它们对解释过程产生特定权威。目前仅需表明，一项协定或实践与条约的关联性越具体，它根据第三十一条第三款(a)和(b)项及第三十二条所具有的证明或解释价值就越大。²² 对海洋争端(秘鲁诉智利)案的判决提供了最新范例，表明需要作出区分，但也表明有时难以进行区分。²³

3. 确定行为是否属于“适用”条约或“涉及条约解释”

11. 对于第三十一条第三款(a)和(b)项及第三十二条规定的嗣后协定和嗣后惯例就是对条约的解释采取立场的定性，往往需要进行审慎的事实和法律分析。司法实践和国家实践范例均可说明这一点。

(a) 国际法院

12. 国际法院的判例提供了若干范例，乍看可能具有关联性，但最终都不属于相关嗣后协定和嗣后惯例，反之亦然。因此，一方面，国际法院认为，自由航行权的传统依据不包括“联合部长公报”，因为公报建立的合作方式有可能被修正以适应各方需要。²⁴ 不过，国际法院裁定，如果对条约的解释无特定主张，条约的适用亦无特定形式，这本身就构成一种实践，表明当事国持有法律立场，据此在各项与有毒武器有关的条约中没有禁止核武器。²⁵ 无论如何，只能通过认真

²¹ 见 A. Skordas, “General provisions: article 5”, in *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, A. Zimmermann, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 682, para. 30; J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 21

²² 关于协定或实践作为解释资料的(证明或解释)“价值”，见下文第四章。

²³ 海洋争端(秘鲁诉智利)第 103、104 至 117 和 118 至 151 页(见上文脚注 3)。

²⁴ 《航行权利和相关权利争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)》，判决书，2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页，第 234 段，第 40 页；另见《卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚)》，判决书，1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页，见第 1091 页，第 68 段，其中法院默示一方认为某些形式的实际合作对于这个边界问题的宗旨不具有关联性，因此不同意另一方所持相反立场。

²⁵ 《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，咨询意见，1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页，见第 248 页，第 55 和 56 段；另见《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)》，初步反对意见，判决书，1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页，见第 815 页，第 30 段；Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 232-235 (见上文脚注 10)。

考虑当事国集体意见之表达是否以及在何种程度上意在“涉及条约解释”，才能确定这一表达所具有的确切意义。因此，法院在南极捕鲸案中裁定，“经协商一致核可的[国际捕鲸委员会]有关决议和指南促请缔约国考虑能否通过使用非致命研究办法实际和科学地实现研究目标，但这些决议和指南没有要求只能在没有其他办法时使用致命办法。”²⁶

(b) 伊朗-美国索偿法庭

13. 伊朗—美国索偿法庭遇到《处理索赔问题的声明》是否责成美国归还伊朗军事财产的问题，法庭除其他外提及当事国的嗣后惯例，裁定该条约含有默示义务，必须在不归还财产情况下给予补偿：²⁷

66. [……]虽然一般声明第 9 段没有明确阐明因 1979 年 11 月 14 日以前适用的美国法律未归还某些物品所产生的任何赔偿义务，但法庭裁定，这种义务隐含于该段之中(……)。

68. 此外，法庭注意到，上文第 66 段所述解释与缔约国适用《阿尔及尔协定》的嗣后惯例、特别是与美国的行为相一致。根据《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项，应在条约解释中考虑到这种实践。美国在其 1981 年 3 月 26 日来文中通知伊朗，国防物项出口将不予批准，其中明确表示，“伊朗的设备成本将尽可能获得赔偿。”

赫尔茨曼法官在其反对意见中对这个立场提出批评：

缔约国的嗣后行为只有在显然受条约驱动时，才能成为解释条约的适当基础。这里没有证据表明也没有人认为，美国愿意为伊朗财产支付费用是为了回应第九款所规定的认知义务。这种行为就相当于承认合同中的付费义务。如果没有迹象表明行为受条约驱动，就不应该用该行为解释条约。²⁸

多数意见和反对意见结合起来清晰地阐明了有关要点。

(c) 欧洲人权法院和美洲人权法院

14. 有时也可从条约或某一具体条款的性质中推定事实，即缔约国对条约的解释采取了立场。条约适用方面的嗣后惯例往往包括由不同国家机构(行政、立法或司法机构)在不同层面(国内和国际)上自觉适用条约的行为，而欧洲人权法院等机构

²⁶ 南极捕鲸案 (澳大利亚诉日本；新西兰参加)，国际法院，2014 年 3 月 31 日判决书，www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf，第 83 段。

²⁷ 伊朗-美国索偿法庭，局部裁决书第 382-B1-FT 号。*The Islamic Republic of Iran and The United States of America*, Iran-USCTR, vol. 19 (1989), pp. 294-295。

²⁸ 赫尔茨曼法官在伊朗-美国索偿法庭表示部分同意和部分反对的个别意见，局部裁决书第 382-B1-FT 号，*The Islamic Republic of Iran and The United States of America*, Iran-USCTR, vol.19(1989), p. 304。

则通常不明确解答是否为“适用”公约或“针对公约解释”采取特定做法，²⁹ 也不解答国家是否据此采取法律立场。因此，在说明会员国国内法律状况时，法院很少问及这一法律状况是否产生于讨论《公约》可能所作规定的立法程序。尽管如此，法院仍推定会员国在制定立法或以某种方式采取其他行动时，了解《公约》为其规定的义务，并在采取行动时体现对其自身义务的善意理解。³⁰ 与国际法院一样，欧洲人权法院有时甚至认为，当事国对公约的某种特定解释“缺乏理解”可能具有指示意义，说明它们对条约的解释持有立场。³¹ 美洲人权法院较少提及国家立法实践，而更多地着眼于更广泛的国际事态发展，但有时也使用这类立法实践作为解释资料。³²

(d) 海洋法

15. 《关于执行联合国海洋法公约第十一部分的协定》³³ 就是一个重要例子，表明首先需要审慎确定一行为或协定是否实际构成与条约“解释”或“适用”有关的嗣后协定或嗣后惯例。《协定》规定，应将《公约》作为单一文书解释，在发生冲突的情况下优先适用。³⁴ 只有《海洋法公约》当事国才可成为《执行协定》的当事国，³⁵ 这一事实表明只要不是《公约》的所有当事国都加入了该协定，该协定(也)旨在影响《公约》的解释。因此，虽然《执行协定》规定“不适用”《公约》条款，³⁶ 并建立了新的机构，甚至可以说提出了《联合国海洋法公

²⁹ 例见 *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Application No. 14038/88, ECHR Series A, No. 161, para. 103; *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Application No. 7275/76, ECHR Series A, No. 45, para. 60; *Demir 和 Baykara v. Turkey*, 2 November 2008, Application No. 34503/97, ECHR 2008, para. 48; 不过，作为对比可参照 *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], Application No. 46827/99 ECHR 2005-I para. 146; *Cruz Varas and others v. Sweden*, 20 March 1991, Application No. 15576/89, ECHR Series A, No. 201, para. 100。

³⁰ 见脚注 29。另见 *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Application No. 6833/74, ECHR Series A, No. 31, para. 41 *Jorgic v. Germany*, 12 July 2007, Application No. 74613/01, ECHR 2007-III, para. 69; *Mazurek v. France*, 1 February 2007, Application No. 34406/97, ECHR 2000-II, para. 52。

³¹ *Bankovic et al. v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec.) [GC], Application No. 52207/99, ECHR 2001. XII, para. 62。

³² 例见 *Hilaire, Constantine and Benjamin and others v. Trinidad and Tobago, Judgments* (Merits, Reparations and Costs, Judgment), 21 June 2002, Inter-Am. Ct. H.R. Series C No. 94, para. 12。

³³ 《关于执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约第十一部分的协定》(《联合国条约汇编》，第 1836 卷，第 31364 号)。

³⁴ 同上，第二条；附件，第 1 节第 17 段、第 2 节第 6 段、第 3 节第 14 段和第 7 节第 2 段。各段均规定“《公约》第十一部分第四节的有关条款应依照本协定进行解释和加以适用”。

³⁵ 同上，见第四条第二款；

³⁶ 同上，例见附件，第 2 节，第 3 段。

约》的修正案，但这也是与《公约》解释有关的一种嗣后惯例形式，对《公约》的解释采取了特定立场。³⁷

(e) 国际人道主义法

16. 1949 年《日内瓦第三公约》第一一八条规定，“实际战事停止后，战俘应即予释放并遣返，不得迟延。”为防止有些国家滥用战俘意愿拖延遣返，缔约国刻意没有宣布战俘不想被遣返的意愿具有关联性。³⁸ 不过，红十字国际委员会在实践中一贯坚持将尊重战俘不想被遣返的意愿作为其加入条件。³⁹ 但这个做法不一定意味着第一一八条应被解释为要求不得违反战俘意愿遣返他们。红十字委员会关于习惯国际人道主义法的研究报告在其关于第 128A 条的评注中审慎指出：

根据《日内瓦第四公约》，男女被保护人在任何情况下不得移送于“因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由”之国家(《日内瓦第四公约》第四十五条，第 4 款)。虽然《日内瓦第三公约》不包含一项类似的条款，但 1949 年以来形成的惯例表明，在红十字委员会发挥中立中间人作用的每次遣返中，冲突方不论是国际冲突方还是非国际冲突方都接受红十字委员会的参与条件，包括红十字委员会可在遣返作业(或在非国际武装冲突中释放战俘)前，通过约谈当事人来查验他们是否愿意被遣返(或被释放)。⁴⁰

17. 这项规定表明，尊重战俘意愿的惯例仅限于红十字委员会参与的且本组织对此项条件作出规定的情况。缔约国从红十字委员会的这种惯例得出不同的结论。⁴¹ 联合王国 2004 年《手册》规定：

³⁷ 相比之下，《关于执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群相关规定的协定》(联合国，《条约汇编》第 2167 卷，第 37924 号)开放供未加入《联合国海洋法公约》的当事国签署(第一条第 2 款)，并在第四条中规定“本协定中的任何条款均不得妨碍《公约》赋予的权利、管辖权和义务”。不过，《鱼类种群协定》也被视为明确确定了《联合国海洋法公约》第六十三条第 2 款、第六十四条和第一一七条规定的一般合作义务，C. Warbrick, D. McGoldrick and D. H. Anderson, “The Straddling Stocks Agreement of 1995-an Initial Assessment”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, No.2(1996), p. 468. [[<http://dx.doi.org/10.1017/S0020589300059108>]]

³⁸ C. Shields Delessert, *Release and Repatriation of prisoners of War at the End of Active Hostilities* (Schulthess, 1977), pp. 145-156 and pp. 171-175; 参见一般意义上的遣返义务，S. Krähenmann, “Protection of prisoners in armed conflict”, in *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd ed. D. Fleck, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 409-410。

³⁹ 因此，红十字国际委员会通过其参与试图调和迅速遣返的利益诉求和对战俘意愿的尊重(见 Krähenmann, “Protection of prisoners in armed conflict”, pp. 409-410)。

⁴⁰ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law*, vol.1, *Rules* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), p. 455。

⁴¹ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law*, vol. 2, *Practice* (Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, 2005), pp. 2893-2894, paras.844-855 and online update for Australia, Israel, the Netherlands and Spain, available from http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule128_sectiond。

是否必须违背战俘的意愿而遣返他们是一个更具有争议性的问题。最近的国家实践表明，他们不应该被遣返。联合王国的政策规定，不得违背战俘意愿遣返他们。⁴²

18. “必须”和“应该”两词的特定组合表明，联合王国与红十字委员会一样，没有坚定地将其政策立足于这样一个观点，即嗣后惯例表示战俘意愿必须永远受到尊重。⁴³

4. 结论

19. 从判例法和国家实践获得的范例证明，需要审慎确定和解释嗣后协定和嗣后惯例，特别要询问各方是通过协定或实践对条约解释采取立场，还是受到其他考虑的驱动。这一点在所谓的“谅解备忘录”中尤为必要。⁴⁴ 归根结蒂，无论什么缔约方协定，其明示或可辨别的宗旨才具有决定性意义。⁴⁵

上述考虑表明，可以得出以下结论：

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。

三. 嗣后协定和嗣后惯例可能对解释产生的影响

20. 与所有解释资料一样，嗣后协定和嗣后惯例可能在具体情况下，即在对各种解释资料设定适当权重的“单一综合行动”互动过程中，对条约解释产生不同影

⁴² 大不列颠及北爱尔兰联合王国国防部，*The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), pp. 205-206, para. 8.170(强调性字体原文如此)。

⁴³ 美国的手册仅提到伤病战俘的意愿，见 *Customary International Humanitarian Law, vol. 1, Rules*, pp. 2893-2894, paras. 844-855，但美国在第二次海湾战争之后的做法是让红十字国际委员会确定战俘意愿并采取相应行动(United States of America, Department of Defense, *Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress* (United States Government Printing Office, 1992), pp. 707-708, available from www.dod.mil/pubs/foi/operation_and_plans/PersianGulfWar/404.pdf)。

⁴⁴ 见下文第五章 4。

⁴⁵ 另见 L.Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford University Press, 2013), pp. 25-26。

响。⁴⁶ 因此，对第三十一条第三款和第三十二条所述之嗣后协定和嗣后惯例加以考虑有助于澄清条约的含义，⁴⁷ 可以具体说明(缩小)某个具体用语或条款可能具有的不同含义或划定整个条约的范围(1.和 2.(a))，也有助于作出澄清，确认更广义的解释或缔约国行使酌处权的特定范围(广义理解)(1 和 2(b))。取决于所涉及的条约，嗣后惯例的特定性往往是在具体情况下用来确定解释资料价值的一个重要因素(3)。

1. 国际法院的判例法

21. 国际性法院和法庭通常在某一案件的论证过程中首先确定条约用语的“通常含义”。⁴⁸ 在大多数情况下，嗣后协定和嗣后惯例稍后才进入论证阶段，届时法院会问及此类嗣后协定和嗣后惯例是否确认或改变通过最初的文本解释(或通过其他解释资料)达成的初步成果。⁴⁹ 如果当事国不希望表达一个用语的普通含义，而是表达第三十一条第四款意义上的特殊含义，则嗣后协定和嗣后惯例可能有利于揭示这种特殊含义。⁵⁰ 以下示例主要来自国际法院的判例，⁵¹ 显示了嗣后协定和嗣后惯例作为解释资料如何在解释过程中与其他资料相互作用，从而帮助澄清条约的含义。

⁴⁶ 对结论草案 1 第 5 段的评注(A/68/10，第四章 C.2 节，第 12 至 15 段)。

⁴⁷ 术语依照《国际法委员会条约保留实践准则》准则 1.2(解释性声明的定义)：“解释性声明”是指[一国或一个国际组织]为了确定或阐明对条约或其中若干条款赋予的含义或范围而作出的单方面声明(见 A/66/10/Add.1，第四章 F.2 节，准则 1.2)；另见，同上，对准则 1.2 的评注，第 18 段。

⁴⁸ 对结论草案 1 第 5 段的评注，第 18 页，第 14 段(A/68/10，第四章，第 2 节，第 14 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，见第 8 页。

⁴⁹ 例见《利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属(印度尼西亚/马来西亚)》，判决书，2002 年国际法院案例汇编》，第 625 页，见第 656 页，第 59 至 61 段和第 665 页，第 80 段；《领土争端(阿拉伯利比亚民众国/乍得)》，判决书，1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 34 页，第 66 至 71 段；《航行权利和相关权利争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)》，判决书，2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页，见第 290 页(纪尧姆专案法官的声明)。

⁵⁰ 例见《利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属(印度尼西亚/马来西亚)》，判决书，2002 年国际法院案例汇编》，第 625 页，见第 656 页，第 59 至 61 段和第 665 页，第 80 段；《领土争端(阿拉伯利比亚民众国/乍得)》，判决书，1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 34 页，第 66 至 71 段；《航行权利和相关权利争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)》，判决书，2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页，见第 290 页(纪尧姆专案法官的声明)。

⁵¹ 审阅其他国际性法院和法庭的判例会得出同样结果和产生更多示例，见“Second report of the ILC Study Group on Treaties over Time: jurisprudence under special regimes relating to subsequent agreements and subsequent practice”，in *Treaties and Subsequent Practice*, G.Nolte, ed.(Oxford, Oxford University Press, 2013), pp.210-306。

(a) 用语的“通常含义”

22. 对嗣后协定和嗣后惯例加以考虑有助于确定一个特定用语的“通常含义”，确认对该用语可能具有的细微差别含义的狭义解释。例如，⁵² 在“核武器咨询意见”就是这样，国际法院在该案中确定了“毒物和毒性武器”用语

“在国家实践中按通常含义理解……，被视为包括主要甚至唯一的作用在于使人中毒或窒息的武器。这个惯例很明确，而那些文书缔约国并没有将其视为与核武器有关。”⁵³

23. 另一方面，在另一些案件中，嗣后实践方面的差异有助于避免按照一个或另一个可能存在的不同含义来确定一般用语的具体含义。⁵⁴ 例如，这一点在“摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利”案中得到确认，法院在该案中表示：

查看相关资料得出的一般印象是，负责管理海关的人员……一直在利用已有估价要素，但其方式也许并不总是连贯一致。在这些情况下，法院认为第九十五条没有对争议问题订立严格规则。该条款需要一个比本案中当事双方各自的主张更为灵活的解释。⁵⁵

24. 当然，不同形式的惯例可能有助于对同一个条约和同一个诉讼程序中的不同用语作狭义和广义解释。国际法院在“联合国某些经费”咨询意见中根据联合国相关嗣后惯例，对“经费”(广义)和“行动”(狭义)所作的解释就是一个广为人知的例子。⁵⁶

(b) “用语按其上下文”

25. 条约应依其“用语按其上下文”所具有之通常意义解释(第三十一条第一款)。嗣后协定和嗣后惯例也可以与这种解释资料相互配合，协助确定一个条约用语更

⁵² 另见《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)》，初步反对意见，判决书，1996年国际法院案例汇编》，第803页，见第815页，第30段；《喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界(喀麦隆诉尼日利亚)》，初步反对意见，判决书，1998年国际法院案例汇编》，第275页，见第306页，第67段；《联合国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，见第9页。

⁵³ 《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，咨询意见，1996年国际法院案例汇编》，第226页，见第248页，第55段。

⁵⁴ 《对<防止及惩治灭绝种族罪公约>提出的保留》，咨询意见，1951年国际法院案例汇编》，第15页，见第25页。

⁵⁵ 《摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利(法国诉美利坚合众国)》，1952年8月27日判决书，1952年国际法院案例汇编》，第176页，见第211页。

⁵⁶ 《联合国某些经费(《宪章》第十七条第二项)》，1962年7月20日咨询意见，1962年国际法院案例汇编》，第151页，见第158至161页(“经费”)以及第164和165页(“行动”)。

狭义或更宽泛的解释。⁵⁷ 例如，国际法院在关于政府间海事协商组织(海事协商组织)的咨询意见中不得不裁定《国际海事组织公约》第二十八条(a)款中的“八个最大船东国”的含义。由于这个“最大船东国”概念可以有不同的解释(按“登记吨位”或按“国民财产”)，由于海事协商组织或其成员没有与第二十八条(a)款相关的惯例，法院遂向该公约其他条款寻求依据并认定：

这种依赖登记吨位确定《公约》不同条款效力的现象促使法院认为，在草订后述条款[第二十八条(a)款]并将之纳入《公约》时，不可能考虑到应以登记吨位之外的任何其他标准来确定哪些国家是最大船东国。⁵⁸

26. 最近，国际海洋法法庭海底争端分庭也采取相似做法，用《硫化物规章》规定的“最佳环境做法”来解释之前通过的《结核规章》。⁵⁹

(c) “目的及宗旨”

27. 结合案文和上下文，第三十一条第一款赋予条约之“目的及宗旨”对于条约解释的某种重要性，但不是压倒一切的重要性。⁶⁰ 嗣后协定和嗣后惯例也有助于澄清条约本身的目的和宗旨，⁶¹ 或者对援引条约“目的及宗旨”与其他解释资料进行协调。

⁵⁷ 例见《边界和跨界武装行动(尼加拉瓜诉洪都拉斯)(管辖和可受理性)，判决书，1988 年国际法院案例汇编》，第 69 页，见第 87 页，第 40 段。

⁵⁸ 《政府间海事协商组织海上安全委员会的组成，1960 年 6 月 8 日咨询意见，1960 年国际法院案例汇编》，第 150 页，见第 169 页，另见第 167 至 169 页；附带：《保护东北大西洋海洋环境公约所定诉讼程序，(爱尔兰-联合王国)，2003 年 7 月 2 日，联合国国际仲裁裁决汇编》第二十三卷，第 59 页，见第 99 页，第 141 段。

⁵⁹ 《担保个人和实体从事“区域”内活动的国家所负责任和义务，咨询意见，2011 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 136 和 137 段；另见 Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, p.66(见上文脚注 16)。

⁶⁰ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp.190 和 198(见上文脚注 10)。

⁶¹ 同上，第 191 至 194 页；另见《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果，咨询意见，1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，见第 31 页，第 53 段；《在被占领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，见第 179 页，第 109 段；R.Higgins, “Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law” in J.Makarczyk(ed.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century*(Kluwer, 1996), p.173, at p.180; Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pp.52-54(见上文脚注 10); Crema, “Subsequent agreements and subsequent practice within and outside the Vienna Convention”, p.21(见上文脚注 44)。

28. 例如，在“格陵兰和扬马延间区域海洋划界”案⁶²和石油平台案⁶³中，国际法院通过引述当事国的嗣后惯例，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，国际法院认定：

从上文第 64 段和 65 段所分析的条约案文和惯例看，乍得湖盆地委员会是一个在特定地理区域范围内行使权力的国际组织；然而，该委员会的宗旨不是在区域一级解决与维持国际和平与安全有关的问题，因此不属于《宪章》第八章适用的范围。⁶⁴

29. 当条约“目的及宗旨”看来与条约某些规则的具体宗旨有冲突时，嗣后惯例能帮助减少可能存在的冲突。⁶⁵ 例如，在“卡西基里/塞杜杜岛”案中，国际法院强调 1890 年条约当事国“力求既确保本国河上航行自由，又尽可能精确划定各自影响范围”⁶⁶ 因此，通过将某种嗣后惯例作为(第三十二条项下)解释之补充资料加以考虑，调和了可能出现的冲突。

2. 国家惯例

30. 司法或准司法范畴外的国家惯例证实，嗣后协定和嗣后惯例通过缩小可予考虑的解释的范围，或指明条约给予缔约国的特定酌处权限，有助于澄清条约的含义。

(a) 缩小可予考虑的解释的范围

31. 虽然 1944 年《芝加哥公约》第五条似乎没有要求包机必须获得准许才能在飞行途中降落，但长期以来的做法是需要获得准许，因此一般都接受将该条款解释为需要准许。⁶⁷

⁶² 《格陵兰和扬马延间区域海洋划界(丹麦诉挪威)，判决书，1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页，见第 51 页，第 27 段。

⁶³ 《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决书，1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页，见第 815 页，第 27 和 30 段。

⁶⁴ 另见《喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界(喀麦隆诉尼日利亚)，初步反对意见，判决书，1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页，见第 306 页，第 67 段。

⁶⁵ 见 World Trade Organization, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products-AB-1998-4, report of the Appellate Body of 12 October 1998(World Trade Organization, document WT/DS58/AB/R), para.17(“多数条约没有一个单一、纯粹的目标及宗旨，而是有各种不同且有可能相互冲突的多个目标及宗旨”)；Gardiner, Treaty Interpretation, p.195(见上文脚注 10)。

⁶⁶ 《卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决书，1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页，见第 1074 页，第 45 段。

⁶⁷ S.D.Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G.Nolte, ed.(Oxford, Oxford University Press, 2013), p.85; A.Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed.(Cambridge, Cambridge University Press, 2013), p.215。

32. 1949 年日内瓦四公约 1977 年附加议定书(第一议定书)第五十七条中“可能的预防措施”一词在 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》(第二号议定书)第 3 条第 4 款中受到限制,其中规定,“可能的预防措施是指考虑到当时存在的一切情况、包括从人道和军事角度考虑后所采取的实际可行的或实际可能的预防措施。”为了 1977 年《第一议定书》第五十七条的目的,该详细表述通过许多军事手册中的嗣后实践被接受,成为“可行性”的一般定义。⁶⁸

33. 最后,《维也纳外交关系公约》第二十二条款第三款规定,使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。尽管某些形式的警察强制行为往往招致缔约国抗议,⁶⁹但在实践中拖走外交车辆是允许的。⁷⁰这种做法意味着,虽然禁止对外交车辆采取惩罚性措施,但当车辆显然紧迫威胁或阻碍交通和(或)公共安全时,可以拦阻或移走该车辆。⁷¹在这个意义上,当事方的嗣后惯例具体划定了“强制执行”一词的含义,因而限制了对交通工具的保护范围。

34. 因此,嗣后协定和嗣后惯例有助于详细说明一个用语的含义,能够缩小条约权利和义务可能具有的含义。

⁶⁸ 阿根廷 1989 年、加拿大 2001 年和联合国王国 2004 年的军事手册,见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol.2, Practice, pp.359-360, paras.160-164 (见上文脚注 40), 以及澳大利亚 2006 年军事手册的在线最新资料 (http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule15_sectionc); 另见 Y.Sandoz, C.Swinarski and B.Zimmermann, eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Dordrecht, International Committee of the Red Cross and Martinus Nijhoff, 1987), p.683, para.2202.

⁶⁹ E.Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford Commentaries on International Law, 3rd ed.(Oxford, Oxford University Press, 2008), pp.160-161; J.Salmon, *Manuel de droit diplomatique*(Brussels, Bruylant, 1994), p.208, para.315; 另见联合国王国当局在一名英国空军武官和一名加拿大陆军武官被迫离开一辆属于英国使馆的汽车后提出的抗议(见 G.Marston, “United Kingdom materials on international law 1981”, *British Yearbook of International Law*, vol.52, No.1(1981), p.434).

⁷⁰ 例见 Australia, Department of Foreign Affairs and Trade, *Privileges and Immunities of Foreign Representatives* (http://www.dfat.gov.au/protocol/Protocol_Guidelines/A21.pdf); Iceland, Protocol Department Ministry of Foreign Affairs, *Diplomatic Handbook*, p.14(www.mfa.is/media/PDF/Diplomatic_Handbook.PDF); United Kingdom, 见 the statement of the Parliamentary Under-Secretary of State, Home Office(Lord Elton)in the House of Lords (HL Deb, 12 December 1983 vol.446 cc3-4)United States, see *American Journal of International Law*, vol.ii, 1994, pp.312-313.

⁷¹ Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, p.160(see footnote 68 above); M. Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen: Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2nd ed.(Nomos, 2010), p.70.

(b) 扩大可予考虑的解释范围或支持设定行使酌处权范围

35. 但是，此类协定或惯例也表明许多可以接受的解释范围或条约赋予缔约国使酌处权的特定范围：⁷²

1949 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。

36. 尽管“应[当]”一词意味着各国义务使用特殊标志来标识医疗人员和运输工具，但嗣后实践表明各国在这方面拥有一定的酌处权。⁷³ 随着近年来武装团体专门袭击因展示保护性标志而容易识别的医疗车队，各国在某些情况下不再对此类车队加贴特殊标志。德国政府在回答该国议会就其在阿富汗的做法提出的问题时表示：

与国际安全援助部队特遣队的其他派遣方一样，联邦武装部队的经历是，展示标志的医疗车辆曾经成为袭击目标。偶尔，袭击者甚至更愿意袭击这些因展示保护性标志而易于识别的医疗队和车辆。因此，联邦武装部队与比利时、法国、联合王国、加拿大和美国一同决定，在国际安全援助部队范围内遮蔽医疗车辆上的保护性标志。⁷⁴

37. 这种国家实践证实了一种解释，即第十二条并未规定在所有情况下都有义务使用保护性标志，⁷⁵ 从而指明当事国的酌处权范围。

38. 允许缔约国在一定范围内行使酌处权的条约规定可能会引起一个问题，即酌处权的范围是否受规则宗旨的限制？根据《维也纳外交关系公约》第九条，接受

⁷² 这并不是说可能存在不同的可能的条约解释，而是说条约可能使当事国从一系列被允许的不同行为中进行选择，见 Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp.30-31 and p.111(见上文脚注 10)，其中引用上议院在 *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*[2001]AC 477 中的陈述：“有必要确定相关条约规定的自主含义……与其他多边条约一样，《难民公约》必须具有从[《维也纳条约法公约》]第三十一条和第三十二条所述之渊源衍生出的独立含义，而不应带有上任何一个缔约国法律制度显著特性的色彩。原则上，对一部条约只能有一种真正的解释……在实践中，在遇到对解释问题的重大分歧时，由国家法院负责解决。但为解决这个问题，法院必须摆脱本国法律文化理念的束缚，寻求条约真正自主的国际含义。并且，只有一个真正的含义”，第 515 至 517 页(Lord Steyn)。

⁷³ Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, p.1440, paras.4742-4744(见上文脚注 67)；H.Spieker, “Medical transportation”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), paras.7-12；另见法文本中不那么严格的将来时“sera arboré”。

⁷⁴ Deutscher Bundestag, “Antwort der Bundesregierung: Rechtlicher Status des Sanitätspersonals der Bundeswehr in Afghanistan”, 9 April 2010, Bundestagsdrucksache 17/1338, p.2(译文由特别报告员提供)。

⁷⁵ Spieker, “Medical transportation”, para.12。

国可随时通知派遣国其使馆某一职员不受欢迎而不必说明理由。各国通常是在发现或怀疑使馆人员从事间谍活动，或实施其他严重违反接受国法律的行为，或引起重大政治不满的情况下才会发出此类通知。⁷⁶ 然而，许多国家在一些更为平常的情形下，例如为强制执行遭到违反的驾驶规定之目的，⁷⁷ 或者是当使节对第三方造成严重伤害，⁷⁸ 或实施严重违法或反复违法行为时，⁷⁹ 也会做出这种宣告。甚至可以想象没有出于政治动机的明确原因，也有可能作出宣告。其他国家似乎并未认定为与政治或其他更严重关切事项无关的目的而宣布使馆人员为不受欢迎的做法构成对权力的滥用。因此，这种做法意味着，第九条为行使酌处权提供了非常宽泛的范围。⁸⁰

3. 惯例的特定性

39. 在具体案件中，相对于其他解释资料，嗣后惯例的解释性价值往往取决于嗣后惯例对相关条约所具有的特性。⁸¹ 例如，国际法院的裁定、仲裁裁决和世界贸易组织(世贸组织)专家组和上诉机构的报告都证实了这一点。⁸² 解决投资争端国际中心仲裁庭在“Plama诉保加利亚”案中的仲裁裁决具有启发性：

⁷⁶ 见 Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pp.77-88(见上文脚注 68)，其中提供了更多有关间谍问题声明的索引；另见 Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, p.484 para.630(见上文脚注 68)；和 Richtsteig, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*, p.30(见上文脚注 70)。

⁷⁷ 见 Canada, *Foreign Affairs, Trade and Development, Revised Impaired Driving Policy* (www.international.gc.ca/protocol-protocole/vienna-vienne/idp/index.aspx?view=d)；United States, Department of State, *Diplomatic Note 10-181 of the Department of State* (24 September 2010), www.state.gov/documents/organization/149985.pdf, pp.8-9。

⁷⁸ 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。

⁷⁹ France, *Ministère des affaires étrangères et du développement, Guide for foreign diplomats serving in France: Immunities-Respect for local laws and regulations* (www.diplomatie.gouv.fr/en/ministry/guide-for-foreign-diplomats/immunities/article/respect-for-local-laws-and)；Turkey, Ministry of Foreign Affairs, *Traffic regulations to be followed by foreign missions in Turkey, Principal Circular Note, 63552 Traffic Regulations 2005/PDGY/63552* (6 April 2005) (http://www.mfa.gov.tr/06_04_2005-63552-traffic-regulations.en.mfa)；United Kingdom, Foreign and Commonwealth Office, *Circular dated 19 April 1985 to the Heads of Diplomatic Missions in London*, reprinted in G. Marston, “United Kingdom materials on international law 1985”, *British Yearbook of International Law*, vol.56, No.1(1985), p.437。

⁸⁰ 《维也纳外交关系公约》第九条项下一个影响更深远的案例，见 G.Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G.Nolte, ed.(Oxford, Oxford University Press, 2013), p.112。

⁸¹ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p.91(见上文脚注 66)。

⁸² 例见《格陵兰和扬马延间区域海洋划界(丹麦诉挪威)》，判决书，1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页，见第 55 页，第 38 段；《住在法国的教科文组织退休官员所获养恤金赋税制度问题》，2003 年 1 月 14 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第四部分，第 231 段，见第 259 页，第 74 段；WTO, Panel Report, *US-Continued Zeroing*, WT/DS350/R, 1 October 2008 WTO, Appellate Body Report, *US-Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, 3 March 2005, para.625。

确实，为澄清条约案文在条约缔结时的含义，可以考虑缔约国一方与第三国签订的条约。申诉方提交的材料非常明确、深入地呈现了 1987 年保加利亚与塞浦路斯《双边投资条约》订立后保加利亚在缔结投资条约方面的做法。1990 年代，当保加利亚的社会主义制度改变后，该国缔结开始缔结双边投资条约，其中包含更自由的争端解决条款，包括提交解决投资争端国际中心仲裁。然而，这种做法与本案并无特别关联性，因为保加利亚与塞浦路斯后来的谈判显示，这两个缔约国并不打算让最惠国待遇条款的含义可能在其他情况下从保加利亚嗣后条约实践中推定。保加利亚与塞浦路斯于 1998 年就修订其《双边投资条约》进行了谈判。谈判失败了，但谈判时曾专门考虑修改争端解决条款(……)。从这些谈判可以推断，《双边投资条约》的缔约双方不认为最惠国待遇条款的效力延及其他双边投资条约中的争端解决条款。”⁸³

40. 国际法院和各仲裁庭往往赋予缔约国的特定嗣后惯例更大的解释价值，而欧洲人权法院则在多数情况下只限于对各国国内立法或采取的国际立场进行宽泛且有时粗略的比较评估。⁸⁴ 在这方面，必须铭记人权条约阐明的权利通常无须国家机关进行权威解释和适用，而是要求国家机关(在某种理解的范围内)准确地将其条约义务转换成各自国家的法律、行政实践和国际安排。为此目的，许多成员国的国内立法具有很强的共同性，足以产生关联性，用以确定一项人权的范围或确定有必要对其加以限制。此外，某些权利所具有的特性有时也表明，应考虑采取不太特殊的做法。例如，在“Rantsev诉塞浦路斯”案中，法院判定：

从这两份[国际]文书的规定看，缔约国显然形成了这样一个观点，即只有将解决所有三方面问题的措施结合起来，才能有效打击贩运(……)。因此，处罚和起诉贩运行为的义务只是成员国打击贩运行为一般承诺的一个方面。必须在这个更广泛的背景下考虑第四条(禁止强迫劳动)所产生的积极义务。⁸⁵

⁸³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (Cyprus/Bulgaria BIT)*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24 (ECT)(8 February 2005), ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol.20(2005), p.262, at pp.323-324, para.195.

⁸⁴ 例见 *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, Application No.10843/84, ECHR Series A, No.184, para.40; *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Application No.5856/72, ECHR Series A, No.26, para.31; *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Application No.10581/83, ECHR Series A, No.142, para.46.评论人对此提出批评：例见 P.G.Carozza, “Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, vol.73, No.5(1998), pp.1223-1224; L.R.Helfer, “Consensus, coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol.26, 1993, p.140.

⁸⁵ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 January 2010, Application No.25965/04, ECHR 2010, paras.273-274 and 285.

41. 同样，在“Chapman诉联合王国”案中，法院指出，“可以说在欧洲委员会缔约国中正在形成一种国际共识，承认少数族裔的特殊需要并确认有义务保护他们的安全、特征和生活方式(……)”，⁸⁶ 但最后表示“未能信服这种共识已经足够具体，以至于能使法院从中推导出任何指南，指导缔约国认为可在任何特定情况下妥善适用的行为或标准。”⁸⁷

上述考虑表明，可以得出以下结论：

结论草案 7

嗣后协定和嗣后惯例对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。

四. 第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的形式和价值

42. 委员会确认，第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例包括可能促成确立关于条约解释之协定的任何条约适用“行为”。⁸⁸ 根据所涉条约的情况，这不仅包括在国际一级的公务行为、声明和表决等对外行为，也包括国内立法、行政和司法行为以及非国家实体施行的条约认为属于其适用形式范围的行为。⁸⁹ 可能促成第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的个别行为不一定符合任何特定的形式标准。⁹⁰ 但这并未回答第三十一条第三款(b)项所称的“确定各当事国之协定之嗣后惯例”是否需要特定形式的问题。

⁸⁶ Chapman v.the United Kingdom[GC], 18 January 2001, Application No.27238/95, ECHR 2001-I, para.93.

⁸⁷ 同上，第 94 段。

⁸⁸ 结论草案 4 的评注，第 16 至 19 段 (A/68/10，第四章，C.2 节)。

⁸⁹ 例如，见结论草案 5 (A/68/10，第四章，C.1 和 C.2 节)；海洋争端案（智利诉秘鲁），国际法院，2014 年 1 月 27 日判决书，第 39 至 42 页，第 103 至 111 段和第 45 和 46 页，第 119 至 122 段，第 47 页，第 126 段；Gardiner, Treaty Interpretation, pp. 228-230(见上文脚注 10)；Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pp.555-556, para.78(见上文脚注 11)；Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, pp. 54, 56 and 59-60 (见上文脚注 16)。

⁹⁰ Gardiner, Treaty Interpretation, pp.226-227; Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, p.53.

1. 第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的各种可能形式

43. 显然，所有当事国的嗣后实践可以构成其在条约解释方面的协定。这种实践不一定是联合行为，⁹¹ 仅有并行行为就可能足矣。比如，这种情况可以是两个国家以某种方式各自独立授予石油开采权，从而表明它们默认某个海域边界的特定走向。因此，在喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋边界一案中，国际法院指出，如果石油开采权“是基于双方之间明示或默示协定”，则“会……予以考虑”。⁹² 此类并行活动是否实际表明在特定情况下对条约的解释达成充分共同理解(协定)则是另外一个问题(见下文五.)。⁹³

2. 嗣后惯例的频率和一致性

44. 委员会指出，“如果……要区分嗣后惯例的概念……与当事国之间可能达成的协定，适用频率不是第三十二条所述‘嗣后惯例’概念定义的一个必要要素。”⁹⁴ 但这不能回答下面的问题，即第三十一条第三款(b)项所述“嗣后惯例”是否⁹⁵ 要求不能仅一次性适用条约，就成为当事方可能就条约解释达成协定的基础。世贸组织上诉机构在这方面主张采用相当苛刻的标准，它在日本—酒精饮料案二的先期裁决中指出：

“条约解释方面的嗣后惯例被视为足以形成明晰模式、默示当事国与条约解释有关的协定的‘一致、共同和连贯’的一连串行为或文告。”⁹⁶

45. 这一定义表明，第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例规定须有一次以上与条约解释有关的“行为或文告”，其行为的频率和一致性应足以让人有理由得出结论，认为各当事方对条约的解释达成了经反复确认订立的协定。这是一个相当高的门槛，可能意味着第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例不仅将嗣后惯例作为确

⁹¹ 《柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，案情，判决书，1962年国际法院案例汇编》，第6页，见第33页；《卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)，判决书，1999年国际法院案例汇编》，第1045页，见第1213页，第17段(Parra-Aranguren法官的反对意见)。

⁹² 《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；赤道几内亚参加)，判决书，2002年国际法院案例汇编》，第303页，见第447页，第304段。

⁹³ 《尼加拉瓜和洪都拉斯间加勒比海领土和海洋争端案(尼加拉瓜诉洪都拉斯)，判决书，2007年国际法院案例汇编》，第659页，见第737页，第258段；但见《大陆架案(突尼斯诉阿拉伯利比亚民众国)，判决书，1982年国际法院案例汇编》，第18页，见第84页，第117段，其中法院确认，争端当事方给予的特许权是其默示协定的证据；另见海洋争端案(智利诉秘鲁)，国际法院，2014年1月27日判决书。

⁹⁴ 结论草案4的评注，第35段(A/68/10,第四章C.2)。

⁹⁵ 结论草案4，第2段(A/68/10,第四章，C.1)。

⁹⁶ 世贸组织上诉机构报告，日本—酒精饮料案二，WT/DS8/AB/R，WT/DS10/AB/R，WT/DS11/AB/R，1996年10月4日，E节，第12-13页。

定任何协定的手段，而且为订立此种协定规定了一种基础特别广泛、确定和有条件限制的集体实践形式。

46. 另一方面，国际法院没有提出第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例作为集体活动的这种抽象定义，而是灵活适用这一条款，没有附加任何其他条件。国际法院对卡西基里/塞杜杜岛这一要案的判决特别体现了这一点，其中法院重申其以往相关判例法。⁹⁷ 其他国际法庭大都沿循国际法院的做法，灵活理解第三十一条第三款(b)项的适用门槛。伊朗-美国索赔法庭⁹⁸ 和欧洲人权法院⁹⁹ 即是这样，而国际海洋法法庭¹⁰⁰ 和欧洲法院¹⁰¹ 至少没有采用世贸组织上诉机构在日本—酒精饮料案二裁决中提出的标准。解决投资争端国际中心法庭则作出了不同裁决。¹⁰²

47. 更仔细审视就会发现，世贸组织上诉机构提出的标准和解决投资争端国际中心的个别裁决与国际法院和其他国际法庭采用的办法之间的差异只是表面差异而

⁹⁷ 《卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)》，判决书，1999年国际法院案例汇编》，第1045页，见第1075和1076页，第47至50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)》，1994年国际法院案例汇编》，第6页，见第34至37页，第66至71段。

⁹⁸ Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), The Islamic Republic of Iran v. the United States of America, Iran-USCTR vol.38(2004-2009), p. 77, at pp.116-126, paras. 109-13.

⁹⁹ Soering para. 103(见上文脚注28); Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), 23 March 1995, Application No. 15318/89, ECHR, Series A, No. 310, paras. 73 and 79-82; Bankovic, paras. 56 and 62(见上文脚注30)。

¹⁰⁰ The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 262, at paras.155-156.

¹⁰¹ The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others, Judgment, 5 July 1994, Case C-432/92, ECR I-3087, paras. 43, 46 and 50-54; Leonce Cayrol v. Giovanni Rivoira & Figli, Judgment, 30 November 1977, Case C-52/77, ECR 2261, para. 18.

¹⁰² Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P.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, p. 43, para. 70, available from http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caseId=C3; 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, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 17, No. 1 (2002), p. 142, at p. 151 para. 33; National Grid plc v. The Argentine Republic (UK/Argentina BIT), Decision on Jurisdiction (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)), 20 June 2006, p. 25-26, paras. 84-85, 见 <http://italaw.com/documents/NationalGrid-Jurisdiction-En.pdf>; O.K. Fauchald, “The legal reasoning of ICSID tribunals: an empirical analysis”, European Journal of International Law, vol. 19, No. 2 (2008), p. 345; 另见 A. Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, American Journal of International Law, vol. 104, 2010, pp. 207-215.

非实际差异。世贸组织上诉机构似乎采用了伊恩·辛克莱尔爵士的出版物¹⁰³ 所提出的“一致、共同和连贯”的提法，他本人借鉴了委员会前任成员穆斯塔法·卡米勒·亚西恩以法文提出的类似说法。¹⁰⁴ 但是，辛克莱尔并没有明确指出，为了满足第三十一条第三款(b)项的要求，嗣后惯例必须是“一致、共同和连贯的”，而是写道，“嗣后惯例的价值[强调字体后加]自然取决于其一致、共同和连贯的程度。”¹⁰⁵ 这表明“一致、共同和连贯”的提法最初并不是为了就第三十一条第三款(b)项的适用性确立一个正式门槛，而是提供一个指示，说明在哪些情形下第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例可能作为条约解释过程中的一种解释资料多少具有一些价值。¹⁰⁶ 事实上，在类似情况下，世贸组织上诉机构本身有时也会依赖这种微妙视角，认为：

条约解释的目的是确定条约当事国的共同[强调字体原文如此]意图。为确定这一意图，仅仅一个当事国的以往实践就可以产生关联性，但这种关联性与所有当事国的实践相比，其价值显然更为有限。¹⁰⁷

48. 因此，可以认为，“一致、共同和连贯”的提法并不是对第三十一条第三款(b)项的适用性确立最低门槛，而是确定嗣后惯例在多大程度上“一致、共同和连贯”才能确定一种默示当事方达成协议、进而“必须将之纳入条约解释的“明晰

¹⁰³ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1984), p. 137.

¹⁰⁴ Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pp. 48-49 (见上文脚注 10); “commune”一词取自国际法委员会的工作文献，而“d’une certaine constance”和“concordante”则是 Yasseen 通过进一步推理得出提出的条件；见《1966 年国际法委员会年鉴，第二卷》(联合国出版物，出售品编号 E.67.V.2)，第 98 和 99 页，第 17 和 18 段和第 221 页，第 15 段。

¹⁰⁵ I. Sinclair, 《维也纳条约法公约》，第 137 页；Iran-United States Claims Tribunal, *Interlocutory Award No. I.T.L. 83-B1-FT (Counterclaim), The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004–2009), p. 77, at p. 118, para. 114.

¹⁰⁶ 《阿根廷与智利间比格尔海峡争端案，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，见 187 页，第 169 段；J.-P. Cot, “La conduite subséquente des parties a un traité”, *Revue générale de droit international public*, vol. 70, 1966, pp. 644-647 (“valeur probatoire”)；Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, p. 46(见上文脚注 10)；Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 556, para. 79 (见上文脚注 11)；另见国际法院海洋争端(秘鲁诉智利)案口头辩论，CR 2012/33, 第 32 至 36 页，第 7 至 19 段(Wood)，见 <http://www.icj-cij.org/docket/files/137/171218.pdf> 和 CR2012/36, 第 13 至 18 页，第 6 至 21 段(Wordsworth)，见错误!超链接引用无效。。

¹⁰⁷ WTO Appellate Body Report, *EC-Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 93.

模式”。¹⁰⁸ 据此，委员会认为，“嗣后惯例的价值取决于其在多大程度上表明当事国对条约规定的共同理解而各有不同。”¹⁰⁹ 世贸组织上诉机构之所以有时制定更严苛的定义，可能是因为世贸组织协定的特殊性及其运作方式，而不是审慎顾及第三十一条第三款(b)项对许多其他条约的要求。

上述考虑表明，可以得出如下结论：

结论草案 8

第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的形式和价值

第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例可以采取各种形式，必须反映当事国对条约解释的共同理解。嗣后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。

五. 当事国就条约解释达成的协定

49. 嗣后协定和嗣后惯例作为第三十一条第三款(a)项和(b)项所述作准解释资料与第三十二条所述作为补充解释资料的其他嗣后惯例¹¹⁰ 之间的区别在于，当事国就有关条约的解释达成“协定”。正是这种当事国协定使第三十一条第三款所述解释资料的含义¹¹¹ 对第三十一条解释通则所述互动解释过程具有特定功能和价值。¹¹²

¹⁰⁸ 《1966 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物，出售品编号 E.67.V.2)，第 221 页，第 14 段；《卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决书，1999 年国际法院案例汇编》再次申明，第 1045 页，见第 1076 页，第 49 段；另见 B. Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 46; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 218 and 239-241 (见上文脚注 10)。

¹⁰⁹ 《1966 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物，出售品编号 E.67.V.2)，第 222 页，第 15 段；Cot, “La conduite subséquente des parties a un traité”, p.652。

¹¹⁰ 见结论草案 2 和结论草案 4，第 3 段(A/68/10，第四章 C.1)。

¹¹¹ 见 J. Crawford, “A Consensualist Interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties” in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford University Press, 2013), p. 30: “没有理由认为(b)项中的‘协定’一词与其在(a)项中的含义相比有任何不同”。

¹¹² 见结论草案 1 的评注，第 12 至 15 段(A/68/10，第四章 C.2)；必须将第三十一条“作为一个整体”来读，并将解释过程视为“单一综合行动”，这一条款并“不是为条约解释准则制定一个法律等级”，《1966 年国际法委员会年鉴》，第二卷》(联合国出版物，出售品编号 E.67.V.2)，第 219 页，第 8 段和第 220 页，第 9 段。

1. 协定的存在与范围

50. 如有不同当事国表达对条约的冲突立场即可排除协定的存在。仲裁法庭在德国外债一案中特别确认了这一点。法庭认为，无法从行政机构的若干来文中获得“默示嗣后理解”，因为其中一个机构即英格兰银行表达了不同的立场。¹¹³

51. 但是，无协定状态只存在于分歧所及范围和时间。需要审慎说明任何协定的范围和产生情况(见上文二.)。¹¹⁴ 不能因各国以不同方式执行条约这一事实本身就对这种差异的法律关联性作出结论。这种差异可能反映了就(一种)正确的条约解释存在意见分歧，也可能反映出一项共同理解，即条约允许在其执行过程中有一定范围的酌处权。¹¹⁵ 可以推定的是，以人道考虑或其他普遍社会利益为特征的条约，如人权条约或《难民公约》，都旨在尽量形成统一的解释，规定最起码的义务，不给缔约国留有行使酌处权的余地。

52. 由一个或多个当事方实施的明确行为通常有碍确定协定，¹¹⁶ 但尽管存在某些相反表示，国际法院有时仍确认达成第三十一条第三款所述关于条约解释的协定。因此，就缔约国的行为而言，并非每一个不完全符合一般情况的要素都一定具有明确说明该缔约国行为的效果，以致无法确定协定。例如，在比格尔海峡案中，仲裁法院认为，当事方进行了谈判，后来却在条约解释方面暴露出意见分歧，但这一事实不一定足以认定这种无协定状态会长期存在：

……同样，旨在解决问题的谈判如果没有产生解决办法，也不大可能产生任何长久效果。充其量是使当事方在谈判过程中实施的行为就支持其各自对条约的解释而言，暂时不具有证明价值。这个问题不过如此。¹¹⁷

针对同一案件，仲裁法院认为，

¹¹³ 《1961年和1969年德国马克重新估值是否构成适用比利时、法国、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国与德意志联邦共和国之间1953年《德国外债协定》附件IA第2条(e)款的理由问题案，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，见103和104页，第31段；另见WTO, Appellate Body Report, EC — Computer Equipment, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 June 1998, para. 95; 《几内亚和几内亚比绍海洋疆界划界案，1985年2月14日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第四部分，第149页，见175页，第66段；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. 50-51。

¹¹⁴ 海洋争端(秘鲁诉智利)，国际法院，2014年1月27日判决书，第36页，第99段。

¹¹⁵ 见上文三。

¹¹⁶ Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France, Decision of 14 January 2003, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXV, part IV, p. 231, at para. 258, para. 70; R. Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, Revue suisse de droit international et européen, vol. 14, 2004, p. 16。

¹¹⁷ Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, 18 February 1977, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXI, part II, p. 57, at p. 188, para. 171。

仅仅公布几幅其意义和价值均极不确定的地图(如法院已经展示的地图)——即使它们反映了阿根廷的官方看法——不能妨碍或阻止智利采取行动,以相应表明它如何看待《1881 年条约》为其确立的权利;公布地图行为本身也不能免除阿根廷在认为智利的行为违反条约时,对这些行为作出一切必要回应的责任。¹¹⁸

53. 同样,在Loizidou 诉土耳其案中,欧洲人权法院认为,当事国就接受委员会和法院的管辖所能施加的限制范围得到了“缔约国嗣后惯例的确认”,即“实践证据表明,缔约国实际上普遍同意,《公约》第二十五条和四十六条……不允许施加属地或实体限制。”¹¹⁹ 法院表示,“此种国家实践”是“统一和连贯的”,尽管它同时也承认,两个国家可能构成例外。¹²⁰ 这一裁决值得注意,因为与其惯常的推理方式不同,法院明确援引并适用了第三十一条第三款(b)项。¹²¹ 这一裁决表明,在确定当事方是否就某一种解释达成协议时,解释者有一定的判断余地。¹²²

2. 第三十一条第三款所述“协定”可以是非正式协定

54. 《维也纳公约》中的“协定”一词¹²³ 及其在关于条约的习惯国际法中的使用并不意味着有一定程度的形式要求。¹²⁴ 因此,《维也纳公约》对第三十一条第三款(a)和(b)项所述“协定”的形式也没有设定任何要求。¹²⁵ 但是,委员会指出,为了区分第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定和第三十一条第三款(b)项所述

¹¹⁸ 同上。

¹¹⁹ Loizidou,第 79 和 81 段(见上文脚注 98)。

¹²⁰ 同上,第 80 和 82 段。

¹²¹ 这一案件并不涉及对某一种特定人权的解释,而涉及国家是否受《公约》约束的问题。

¹²² 世贸组织争端解决机构的判例有更多限制,这表明不同的解释者对事物的评价不同,见 WTO Appellate Body Report, US — Continued Zeroing, WT/DS350/AB/R, 4 February 2009, para. 7.218: “[……] 尽管得出结论确定欧洲共同体提及的所有 76 个成员都采用了[某一]做法[……],这只是意味着世贸组织许多成员国采取了与美国不同的做法。[……]我们注意到,该诉讼程序中的一个第三方对欧洲共同体的意见提出抗辩。”

¹²³ 见第二条第一款(a)项、第三条、第二十四条第二款、第三十九条至第四十一条、第五十八条和第六十条。

¹²⁴ 结论草案 4 的评注,第 5 段(A/68/10,第四章 C.2); Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 45 (见上文脚注 10); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, p. 47 (见上文脚注 10)。

¹²⁵ 结论草案 4 的评注,前注 1,第 32 页,见第 5 段; Gardiner, Treaty Interpretation, pp. 208-209 and 216-220 (见上文脚注 10); Aust, Modern Treaty Law and Practice, p. 213 (见上文脚注 66); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 554, para. 75 (见上文脚注 11)。

“确定各当事国之协定”的嗣后惯例，前者以“单一共同行为”为前提。¹²⁶这是对第三十一条第三款(a)项所述特别解释资料的最低限度的形式要求。除此之外，任何可识别的当事国协定都成立。《联合国宪章》第一百零二条并未要求必须公布或登记此种协定。¹²⁷

3. 当事国对其协定的认知

55. 对第三十一条第三款所述协定而言，当事国在解释或适用条约方面的所持立场偶然重叠还不够，当事国必须意识到这些立场的共同性。因此，在卡西基里/塞杜杜岛一案中，国际法院对第三十一条第三款(b)项所述惯例的要求是，“当局完全意识到并接受这一惯例，将之视为对《条约》界线的确认。”¹²⁸事实上，只有知道其他当事国对条约解释的立场，将第三十一条第三款所述协定定性为“作准”解释资料才具有合理性。¹²⁹但可以推定了解其他当事国的立场，对于在国家一级执行而没有共同监督机制的条约而言尤其如此。

4. 第三十一条第三款所述协定本身不必具有法律约束力

56. 第三十一条第三款(a)项所述“协定”不必一定具有法律约束力。¹³⁰第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例也更有理由如此。事实上，委员会在其关于条约法的最后条款中使用了“任何可确定当事国的理解[强调字体后加]的嗣后惯例”这一表述，从而确认了这一点。¹³¹维也纳会议以“协定”一词替代

¹²⁶ 结论草案 4 的评注，第 10 段(A/68/10，第四章 C.2)；“单一共同行为”也可能包括信函往来，见 *European Molecular Biology Laboratory Arbitration (EMBL v Germany)*, 29 June 1990, ILR, vol. 105, p. 1, at pp. 54-56; H. Fox, “Article 31 (3) (a) and (a) of the Vienna Convention and the Kasikili/Sedudu Island Case”, in *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties – 30 Years On*, M. Fitzmaurice, O. Elias and P. Merkouris, eds. (Martinus Nijhoff, 2010), p. 63; Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp.220-221。

¹²⁷ Aust, “The theory and practice of informal international instruments”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 4 (1986), pp.789-790。

¹²⁸ 《卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳诉纳米比亚)》，判决书，1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页，见第 1094 页，第 74 段(“occupation of the island by the Masubia tribe”)和第 1077 页，第 55 段 (“Eason Report” which “appears ne-ver to have been made known to Germany”); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 560, para. 88 (见上文脚注 11)。

¹²⁹ 在这方面，对第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例的认定可能比习惯国际法的形成的要求更严，但见 Boisson de Chazournes, “Subsequent practice, practices, and ‘family resemblance’: towards embedding subsequent practice in its operative milieu”, p. 53-55 (见上文脚注 16)。

¹³⁰ 关于结论草案 4 的评注，第 6 段(A/68/10，第四章 C2)；这意味着第三十一条第三款(a)项规定的嗣后协定不一定必然具有与之相关的条约相同的法律效力；在《卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚)》，判决书，1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页(见第 1091 页，第 68 段)中，法院默示其中一当事国不认为某些形式的实际合作对于争议中边界问题的目的有法律上的相关性，因此不同意另一当事国的相反立场。

¹³¹ 《1966 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物，出售品编号 E.67.V.2)，第 222 页，第 15 段。

“理解”，并非出于任何实质性原因，而“仅与起草有关”，旨在强调当事国的理解是其“共同”的理解。¹³² “理解”这一表述表明，第三十一条第三款中的“协定”用语¹³³并不要求当事国因此承担或引起条约之外或独立于条约的任何法律义务。¹³⁴ 只要当事国通过第三十一条第三款所述嗣后协定或嗣后惯例赋予条约某种含义，¹³⁵ 或换言之对条约持有某种“理解”就足够了。¹³⁶ 然而，第三十一条第三款(a)项和(b)项所述嗣后协定和嗣后惯例即使本身不具有法律约束力，仍可根据第三十一条的规定作为解释资料，在解释过程中产生法律后果。¹³⁷

57. 上述对第三十一条第三款中的“协定”用语的理解已得到各国国际性法院和法庭判例的确认。国际性法院和法庭并没有要求第三十一条第三款所述“协定”反映当事国有意创造新的或单独的具有法律约束力的承诺(例如，“默示当事国商定条约解释的模式”，¹³⁸ 或“须默示商定有关条文解释……模式”，¹³⁹ 或“反映

¹³² 《联合国条约法会议正式记录》，第 169 页，见第 60 段(见上文脚注 12)；P. Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*: N. Angelet, ed. (Bruylant, 2007)。

¹³³ Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 30 (见上文脚注 110)：“没有理由认为(b)项中的‘协定’一词与(a)项中的同一词有任何不同含义 Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 169-171 (见上文脚注 11)。

¹³⁴ 《阿根廷与智利间比格尔海峡争端 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，见 187 页，第 169 段；*Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, ILR vol. 59 (1980), pp. 541-542, para. 31; Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pp. 190-195 (见上文脚注 11); Kolb, “La modification d’ un traité par la pratique subséquente des parties”, pp. 25-26 (见上文脚注 115); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 169-171 (见上文脚注 11)。

¹³⁵ 该术语参照《关于委员会条约保留实践指南》中的准则 1.2(解释性声明的定义)的评注(见 A/66/10/Add.1, 第 69 页，第 18 和 19 段)。

¹³⁶ 《1966 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物，出售品编号 E.67.V.2)，第 221 和 222 页，第 15 和 16 段(在有关内容(后分别成为第三十一条第三款(a)项和第三十一条第三款(b)项)中，使用了“理解”一词)。

¹³⁷ 《希思罗机场使用费仲裁案(美国/英国)，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，见第 131 页，第 6.7 段；Aust, 第 787 和 807 页(见上文脚注 126); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 173 (见上文脚注 11); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment” (见上文脚注 79); Gautier, “Les accords informels et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États”, p. 434 (见上文脚注 131)。

¹³⁸ WTO, Appellate Body Report, *Japan-Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, section E, p. 13。

¹³⁹ WTO, Panel Report, *EC-IT Products*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 16 August 2010, para. 7.558。

就解释内容达成协定的惯例”，¹⁴⁰ 或“国家实践”……“表明缔约国不持有任何看法”）。¹⁴¹ 同样，谅解备忘录有时被认定为“可能很重要的解释辅助手段”——但“并非独立的法律权利和义务渊源”。¹⁴² 的确，若当事国就条约的解释缔结具有法律约束力的协定，就会出现以下问题，即此种协定是否仅旨在成为解释资料等手段，¹⁴³ 或它是否主张同第三十九条所述修正协议一样优先于条约（见下文七. 3. b）。

5. 沉默作为第三十一条第三款所述协定的一个可能存在的要素

58. 然第三十一条第三款所述“协定”可能是非正式协定，不必一定具有约束力，但仍必须可识别，从而可以被“确定”。这一要求虽是明文针对第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例提出的，但也是第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定的一个默示条件，必须体现在“单一共同行为”之中。¹⁴⁴ 因此，第三十一条第三款(a)项所述协定不能仅产生于当事国的沉默。

59. 另一方面，委员会认识到，因第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例而产生的“协定”可能部分来自沉默或不行为。在解释为什么第二十七条第三款(b)项草案使用“当事国的理解”这一表述(后在第三十一条第三款(b)项中改为“协定”)，而非“所有当事国的理解”这种表述时，委员会指出：

委员会认为，“当事国的理解”一语必然指“全体当事国”。委员会省略“全体”一词仅仅是为了避免有人可能错误地认为每个当事国都必须实施惯例，而实际上，它只须接受该做法即可。”¹⁴⁵

60. 因此，委员会推定，并非所有当事国都必须实施特定惯例，实施惯例的当事国“接受”，则构成与条约解释有关的充分协定。¹⁴⁶ 国际性法院和法庭在委员

¹⁴⁰ Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), *The Islamic Republic of Iran v. the United States of America*, Iran-USCTR, vol. 38 (2004-2009), p. 77, at p. 119, para. 116.

¹⁴¹ Bankovic, para. 62 (见上文脚注 30)。

¹⁴² 《美国-联合王国希思罗机场使用费仲裁案，关于第一个问题的裁决，1992 年 11 月 30 日，国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷，第 2 页，见第 131 页，第 6.7 段；另见比利时王国和荷兰王国间 Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) 铁路仲裁案裁决，2005 年 5 月 24 日裁定，《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第二部分，第 35 页，见第 98 页，第 157 段。

¹⁴³ Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, pp. 31-33 (见上文脚注 110)；例如见《美国-联合王国希思罗机场使用费仲裁案，关于第一个问题的裁决，1992 年 11 月 30 日，国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷，第 2 页，见第 131 页，第 6.8 段。

¹⁴⁴ 关于结论草案 4 的评注，第 10 段(A/68/10，第四章 C.2)。

¹⁴⁵ 《1966 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物。出售品编号 E.67.V.2)，第 222 页，第 15 段。

¹⁴⁶ WTO Appellate Body Report, *EC-Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 259.

会开展条约法相关工作之前和之后做出的裁决确认，这种“接受”可通过沉默或不行为产生。

(a) 国际性法院和法庭的判例法

61. 国际法院确认有可能通过沉默或不行为来表达与解释有关的协定，为此它在柏威夏寺案中表示，“如果显然情况紧急，需要在合理期间内作出某种反应”，则一个当事国的某一嗣后行为所针对的另一当事国“一定被视为已予默许”，¹⁴⁷

62. 柏威夏寺案所涉惯例可能不仅意味着对条约的简单解释，或许也意味着对边界条约的修改。然而，无论条约可否被缔约国的嗣后惯例修改(见下文第七章)，就沉默在确定与条约解释有关的嗣后协定方面所起的作用，国际法院提出的一般主张得到了后来若干裁决的确认，¹⁴⁸也得到了学者们的普遍确认。¹⁴⁹需要作出一定反应的“情形”包括缔约国就条约进行互动的特定环境。¹⁵⁰

63. 仲裁法院在比格尔海峡案¹⁵¹中解释了沉默在确定与条约解释有关的嗣后协定方面可能具有的意义。在该案中，法庭审理了阿根廷提出的论点，即智利对

¹⁴⁷ 《柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)》，案情实质，6月15日判决书，1962年国际法院案例汇编》，第6页，见第23页。

¹⁴⁸ 另见《石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)》，初步反对意见，1996年国际法院案例汇编》，第803页，第815页，第30段；《尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)》，管辖权和可受理性，判决书，1984年国际法院案例汇编》，第392页，见410页，第39段；*Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, Judgment, 10 December 1998, ICTY-95-17/1, para.179; *Rantsev*, 第285段(见上文脚注84)；谨慎参考：WTO Appellate Body Report, *EC-Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 272；另见有限裁决：Iran-United States Claims Tribunal, Award No. 30-16-3, *RayGo Wagner Equipment Company v. Iran Express Terminal Corporation*, Iran-USCTR, vol. 2 (1983), p. 141, at p. 144; *Young Loan Arbitration on German External Debts (Belgium, France, Switzerland, United Kingdom and United States v. Germany)*, 16 May 1980, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, part III, p. 67; ILR, vol. 59 (1980), p. 541, para. 31。

¹⁴⁹ M. Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 310 (2004), pp. 134-141; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 49 (见上文脚注10); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 236 (见上文脚注10); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 431, para.22(见上文脚注49); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, pp. 557 and 559, paras. 83 and 86 (见上文脚注11)。

¹⁵⁰ 例如，在国际组织框架内行事时，见《1995年9月13日<临时协议>的适用(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊)》，2011年12月5日判决书，2011年国际法院案例汇编》，第644页，见第675和676页，第99至101段；Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, p. 136。

¹⁵¹ 《阿根廷与智利间比格尔海峡争端》，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。

若干岛屿实施的管辖权行为不能算作相关嗣后行为，因为阿根廷未对这些行为作出反应。然而，法院认为：

“《维也纳公约》的条款没有指定协定的可能表现方式。在本案中，管辖权行为的意图不是要确定一种独立于条约条款的权属渊源；也不能将它们视为与智利所理解的条款相悖。有证据支持这样一种观点，即这些行为是公开的，阿根廷也充分知悉，其唯一依据只能是条约。在这种情形下，从阿根廷的沉默可以推断，这些行为似乎确认了一种本身独立于管辖权行为的对条约含义的解释。”¹⁵²

64. 沉默的意义也取决于另一当事国嗣后惯例所涉及的法律状况以及由此表达的权利主张。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：

“其中一些活动(组织公共卫生和教育、治安、司法)通常会被视为主权归属行为。然而，法院注意到，鉴于喀麦隆对该地区拥有先前存在的所有权，相关法律测试就是要确定是否有证据表明喀麦隆已默许将自己的所有权转让给尼日利亚。”¹⁵³

65. 这一判决表明，在涉及划界条约的案件中，只有非常特殊情况才需要作出反应。在此类情况下，似乎有强有力的理由推定，沉默并不构成对一惯例的接受。¹⁵⁴ 根据国际法院在柏威夏寺案中的裁定，泰国确实要对该案具体情况作出

¹⁵² 同上，第 187 页，第 169 (a)段。

¹⁵³ 《喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参加)，判决书，2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页，见 352 页，第 67 段。

¹⁵⁴ 同上，351 页，第 64 段：“但是，法院注意到，鉴于它已作出了结论，即乍得湖中的边界已划定……，可进一步认为，的确应将尼日利亚实施的任何有效治理行为作为违法行为，评估其法律后果”；《边界争端(布基纳法索诉马里共和国)，判决书，1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页，见 586 页，第 63 段：“不过，必须立即明确，在一般情况下，这种行为与占领地保有原则的实施所依据的所有权之间存在何种法律关系。为此，须区分如下几种情况：……若行为不符合法律规定，且作为争端标的的领土由法定所有权持有者之外的一国实施有效行政管理，则优先权应属于该所有权持有者。倘若并无任何法定所有权持有者与这一有效治理并存，则须考虑到这一有效治理。最后，在某些情况下法定所有权不能确切表明其所涉领土范围。在这种情况下，有效治理则可在展现实践中如何解释所有权方面发挥关键作用。”；《有关布基纳法索和塞内加尔之间海洋划界案，1989 年 7 月 31 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第二部分(法官 Bedjaoui 的反对意见)，第 119 页，具体在 181 页，第 70 段：“然而，我无法同意在 1982 年突尼斯和利比亚间大陆架案中法官 Ago 的个别意见，他仅以突尼斯没有表示异议为理由，便认为意大利政府 1919 年 4 月 16 日在的黎波里塔尼亚和昔兰尼加颁行的条例划定了突尼斯和利比亚之间的海洋边界。在问题涉及边界(无论是海洋边界还是陆地边界)而且是一被正式承认的边界时，有关要求必须更加严格，因为其实施具有政治重要性。在任何情况下，边界的确定都必须通过一项协定实现，而非基于其中一当事国没有反对这一脆弱无力的因素。”

反应，但有人对这项裁决是否妥当提出疑问。¹⁵⁵ 不过，这个问题没有使国际法院阐述的与沉默关联性有关的一般标准受到质疑。

(b) 一般考虑

66. 能否正确适用与沉默关联性有关的一般法律标准来确定与解释有关的协定，在很大程度上取决于具体案情，但从国际性法院和法庭的裁决中可以产生某些一般准则。这些裁决表明，通过沉默或不行为表示的、且构成必要共同理解的接受不容易确定，即便在边界条约以外的其他领域也是如此。

67. 当事国的嗣后惯例，凡没有被另一当事国知悉的，不能作为依据认定因该另一当事国沉默而形成共同理解(见上文 3.)。然而，问题是可在何种情形下期待另一当事国注意到这个未获通知、但通过某种方式特别是通过其在公共领域的存在而可以获悉的行为并作出反应。例如，国内议会文件和程序通常都是公开资料，但大都不发送其他条约缔约国。国际性法院和法庭一直不愿意接受将议会程序或法庭判决作为第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例，因为如果是这样，其他条约缔约国就应对此类嗣后惯例作出反应，即便它们是通过其他渠道包括本国外交部门获悉此类诉讼或判决。¹⁵⁶

68. 即使一当事国通过自己的行为就条约的解释向另一当事国(或多个当事国)表达某种立场，另一当事国或多个当事国也不一定需要对此作出反应。在卡西基里/塞杜杜岛案中，国际法院认为，当事国凡没有对各当事国委任负责确定一争议事项具体实情的联合专家委员会的调查结果作出反应，就没有理由认定曾就该争议达成协议。¹⁵⁷ 这是因为该案当事国曾认为，专家们的工作仅是嗣后在政治层面另作决定的一个准备步骤而已。在更宽泛的意义上，世贸组织上诉机构认为：

¹⁵⁵ 见《柏威夏寺(柬埔寨诉泰国)》，法官 Spender 的反对意见，1962 年国际法院案例汇编》，第 101 页，见第 128 页(见上文脚注 90)：“在确定从泰国的沉默和未抗议之中可以或应当得出何种推论时，我认为，必须考虑到我们讨论的事件发生的时期，考虑到其所涉的世界区域，考虑到这一时期亚洲存在的一般状况，考虑到当时西方国家在亚洲的政治及其他活动，并考虑到一个事实，即所涉两国一个是亚洲国家，另一个是欧洲国家。我想，若对这一时期的暹罗的行为适用与今天可能合理或对当时高度发达欧洲国家可能合理的标准类似的客观标准，则有失公允。”；另见 P.C.W. Chan, “Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: *Temple of Preah Vihear Revisited*”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 3, 2004, p. 439; M. Kelly, “The Temple Case in Historical Perspective”, *British Yearbook of International Law*, vol. 39 (1963), p. 471。

¹⁵⁶ 《白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属(印度尼西亚诉马来西亚)》，判决书，2002 年国际法院案例汇编》，第 625 页，见 650 页，第 48 段；WTO Appellate Body Report, *EC-Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para. 334 (“……不能仅凭可以查阅到一份公布的判决，便将之等同于接受……”)。

¹⁵⁷ 《卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚)》，判决书，1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页，见第 1089 至 1091 页，第 65 至 68 段。

“在特定情况下，考虑到相关情形，条约缔约国“未反应”或沉默可被理解为接受了其他条约缔约国的惯例。当没有实施惯例的当事国(通过通知或参加讨论这个问题的论坛等方式)被告知或获悉其他当事国的惯例而未作出反应时，就可能会出现这种情况。”¹⁵⁸

69. 这一标准的重点在于“通知或……参加论坛”，它作为一般准则是有用的。然而，沉默具有关联性的条件可能因条约而异。¹⁵⁹ 特别是，欧洲人权法院经常依据嗣后惯例确定“共识”、“绝大多数”、“较大多数”、“公认规则”或“明显倾向”，¹⁶⁰ 但并非打算将此种惯例置于第三十一条第三款(b)项所述协定的条件之下。这可以说明为什么欧洲人权法院(与国际法院相比)很少为了确定某一特定惯例对解释问题的关联性，公开审议某些当事国的沉默或默许所具有的作用。¹⁶¹

70. 条约当事国对一嗣后惯例的沉默可能具有的法律意义并不局限于促成一项可能达成的基础共同协定，它还可以为实施排除规则或时效规则等无须同意的规则发挥作用。

6. 嗣后惯例表示已商定暂不适用条约或仅商定实用安排

71. 共同嗣后惯例不一定表示当事国达成与条约解释有关的协定，也可能意味着它们商定暂不适用条约或商定实用安排(临时办法)。下列各例可为佐证：

1864 年《日内瓦公约》第七条规定，“医院、野战医院和撤退单位应悬挂显著的统一的旗帜，……上述旗帜……应为白底上一个红十字。”¹⁶² 1876 年至 1878 年俄土战争期间，奥斯曼帝国宣布未来将使用白底上的红新月作为其野战医院标志，同时尊重敌方野战医院的红十字保护标志，并指出《公约》采用的特别标志“迄今妨碍[土耳其]行使其依照公约应有的权利，因为该标志是对穆斯林士兵的冒犯”。¹⁶³ 这一声明发表后，奥斯曼帝国、瑞士(作为保存国)和其他当事国互换了信函，结果红新月标志仅在冲突期间被接

¹⁵⁸ WTO Appellate Body Report, *EC-Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para.272 (脚注略)。

¹⁵⁹ 建立国际组织的条约问题将在本专题工作后期更具体地进行探讨。

¹⁶⁰ Rantsev, 第 285 段(见上文脚注 84); Jorgic, 第 69 段(见上文脚注 39); *Demir and Baykara*, 第 52 段(见上文脚注 28); *Sigurdur A Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, Application No. 16130/90, ECHR Series A, No. 264, para. 35; *A. v. the United Kingdom*, 17 December 2002, Application No. 35373/97, ECHR 2002-X, para. 83; Mazurek, 第 52 段(见上文脚注 29)。

¹⁶¹ 《联合国某些经费，咨询意见，1962 年国际法院案例汇编》，第 130 至 131 页(法官 Spender 的反对意见)。

¹⁶² 《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》(1864 年 8 月 22 日通过, 1865 年 6 月 22 日生效)。

¹⁶³ “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés”, No 29, January 1877, pp. 35-37, 援引见 F. Bugnion, *The Emblem of the Red Cross. A Brief History* (ICRC, 1977), p.15。

受。¹⁶⁴ 在 1899 年和 1907 年海牙和平会议以及 1906 年日内瓦修订会议上，奥斯曼帝国、波斯和暹罗要求将红新月、红狮加太阳和红色火焰标志列入公约，但未成功。¹⁶⁵ 不过，奥斯曼帝国和波斯至少使其他当事国接受了它们 1906 年提出的有关保留。¹⁶⁶ 1929 年修订日内瓦公约时，土耳其、波斯和埃及声称其他标志的使用已成为既成事实，而且这些标志已经实际使用，并未引起任何异议，¹⁶⁷ 红新月标志和红狮加太阳标志只是在当时才最终被《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第十九条第二款确认为特殊标志。¹⁶⁸ 然而，这一确认首先是通过接受奥斯曼帝国和波斯 1906 年提出的有关保留、然后又通过 1929 年《日内瓦公约》第十九条第二款才形成，并不意味着当事国接受 1864 年《日内瓦公约》在 1906 年之前通过无反对意见的嗣后惯例被修改。相反，奥斯曼帝国和波斯的惯例在 1906 年前一直被认为未被纳入 1864 年公约，而是作为临时和例外措施被接受，因此一般条约义务并没有改变。

72. 当事国也可明示或通过其行为嗣后同意对条约的正确解释问题暂不做结论，并作出实用安排(临时办法)，但司法或准司法机构可以提出异议，其他当事国也可提出异议。¹⁶⁹ 2011 年 7 月 6 日美利坚合众国交通运输部和墨西哥合众国通讯与交通部关于国际货物跨境卡车运输服务的《谅解备忘录》即是这种实用安排的一个例子。¹⁷⁰ 该谅解备忘录未提及《北美自由贸易协定》的第三方加拿大，并明确规定“不妨碍美国和墨西哥在《北美自由贸易协定》下的权利和义务”。这

¹⁶⁴ “Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés”, No 31, July 1877, p. 89, 援引见 Bugnion, 同上, 第 18 页。

¹⁶⁵ Bugnion, 同上, 第 19 至 31 页。

¹⁶⁶ 埃及 1923 年加入公约后也提出这一要求, 见 Bugnion, 同上, 第 23 至 26 页。

¹⁶⁷ Actes de la Conférencediplomatique de Genève de 1929, 1930, pp. 248-49, 援引 in in F. Bugnion, *Towards a Comprehensive Solution to the Question of the Emblem*, 4th ed. (International Committee of the Red Cross, 2006), p. 13.

¹⁶⁸ 《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》，1929 年 7 月 27 日在日内瓦签署(国际联盟，《条约汇编》，第 118 卷，第 2733 号)。

¹⁶⁹ 《关于航行和有关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)》，判决书，2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页，见第 234 和 235 页，第 40 段；《乌拉圭河沿岸纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)》，判决书，2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 65 和 66 页，第 138 至 140 段；Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 32 (见上文脚注 110)。

¹⁷⁰ J. R. Crook, “Contemporary practice of the United States”, *American Journal of International Law*, vol. 105 2011, pp. 809-812; 另见: Mexico, Diario Oficial de la Federación (7 July 2011) *Decreto por el que se modifica el artículo 1 del diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, publicado el 31 de diciembre de 2002, por lo que respecta a las mercancías originarias de los Estados Unidos de América*。

些情形表明，该谅解备忘录没有声称构成依照第三十一条第三款(a)项或(b)项达成关于解释《北美自由贸易协定》的协定，仍限于一种实用安排，其他当事国或司法或准司法机构均可提出异议。

7. 更改或终止第三十一条第三款(a)项或(b)项所述与解释有关的协定

73. 第三十一条第三款(a)项和(b)项所述协定一俟确定后可以最后终止。一种可能性是，当事国可能以另一项范围或内容不同的与条约解释有关的协定取代原协定。在这种情况下，自其存在之日起，新协定即取代原协定，成为至少对未来有效的作准解释资料。¹⁷¹

74. 另一种可能性是，当事国在就条约解释达成嗣后协定之后，彼此之间可能对原条约解释又产生分歧。然而，这种分歧通常不会取代原来的嗣后协定，因为本着诚意原则，当事国不得轻易否认由共同解释产生的合理期望。¹⁷² 另一方面，如果一当事国明确表示否认先前商定的嗣后惯例，则“惯例的意义在这个日期之后确实会大为削弱”，但以往共同惯例的意义则不会减少。¹⁷³ 根据第三十一条第三款的规定，当事国解释条约时达成的实际协定当然具有最高价值。¹⁷⁴

75. 上述考虑表明，可以得出以下结论：

结论草案 9

与条约解释有关的当事国协定

1. 第三十一条第三款(a)项和(b)项所述嗣后协定不必以任何特定形式达成，此种协定也不必具有约束力。
2. 第三十一条第三款(b)项所述嗣后协定要求就当事国知悉的条约解释达成共同理解。为确定第三十一条第三款(b)项所述协定而必须积极实施嗣后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。
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)。

¹⁷¹ Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, 第 118 页(见上文脚注 79); 这意味着第三十一条第三款所述协定的解释效力不一定象 Yasseen (“L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p. 47 (见上文脚注 10))所主张那样，追溯至条约生效之日。

¹⁷² Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, p. 151 (见上文脚注 11)。

¹⁷³ (秘鲁诉智利)，国际法院，2014 年 1 月 27 日判决书，第 52 页，第 142 段。

¹⁷⁴ Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pp. 152-153 (见上文脚注 11)。

六. 缔约国大会框架内通过的决定

76. 缔约国利用缔约国大会¹⁷⁵作为一种行动形式,促进审议和执行多边条约的持续进程。¹⁷⁶

1. 缔约国大会的形式

77. 就缔约国大会的法律性质有过一些辩论。有些人认为,这类大会“实质上仅是国家间外交会议”。¹⁷⁷ 还有一些评注者将其称为自主体制性安排。¹⁷⁸ 无论如何,可以说缔约国大会反映出不同的体制化程度。该谱系的一端是作为国际组织一个机关的缔约国大会(如禁止化学武器组织、世界贸易组织、国际民用航空组织的缔约国大会),缔约国以机构成员的资格参与会议事务。¹⁷⁹ 这类缔约国大会不属于本报告范畴,因为本报告不讨论国际组织的嗣后惯例。¹⁸⁰ 该谱系的另一端是设想或多或少定期举行缔约国审议会议的条约所规定的缔约国大会。这些审议大会是缔约国针对条约开展合作和实施嗣后行为的框架。它们可能还负有修正和(或)通过条约的具体任务。这方面的例子包括 1972 年《生物武器公约》的“审

¹⁷⁵ 其他会议名称包括: 缔约方会议或缔约国大会。

¹⁷⁶ 见 V. Röben, “Conference (Meeting) of States Parties”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, R. Wolfrum, ed. (Oxford University Press, 2012), p. 605; R. R. Churchill and G. Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law”, *American Journal of International Law*, vol. 94, No. 4 (2009), p. 623; J. Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2002), p. 1; A. Wiersema, “The new international law-makers? Conference of the Parties to multilateral environmental agreements”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2009, p. 231; L. Boisson de Chazournes, “Environmental treaties in time”, *Environmental Policy and Law*, vol. 39, No. 6 (2009), p. 293.

¹⁷⁷ A. E. Boyle, “Saving the world? Implementation and enforcement of international environmental law through international institutions”, *Journal of Environmental Law*, vol. 3, No. 2 (1993), p. 235.

¹⁷⁸ Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, p. 623; P. Sands and P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, 5th ed. (Sweet and Maxwell, 2001), p. 115。《世界卫生组织烟草控制框架公约》(联合国,《条约汇编》,第 2302 卷,第 41032 号)使用了“体制安排”一词(见第八部分: 机构安排和财政资源),2003 年通过。

¹⁷⁹ 1993 年开放供签署的《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)(《联合国条约汇编》,第 1974 卷,第 33757 号); 1994 年在马拉喀什缔结的《设立世界贸易组织协定》(世贸组织协定)(《联合国条约汇编》,第 1867 卷,第 31874 号); 1994 年在芝加哥签署的《国际民用航空公约》(芝加哥公约)(《联合国条约汇编》,第 15 卷,第 102 号)。

¹⁸⁰ 国际组织将属于另一项报告的议题。

查大会进程”、¹⁸¹ 1968 年《不扩散条约》第八条第 3 款规定的审查大会¹⁸² 和国际环境条约所规定的缔约国大会。¹⁸³ 虽然后者通常显示的体制化程度高于在《生物武器公约》和《不扩散条约》规定举行的定期审查大会，但这类会议既不是国际组织，也不是国际组织的机关。

78. 就本报告的目的而言，无须解决缔约国大会分类的理论问题。下文中的缔约国大会就是根据条约为审查或执行条约而举行的会议。其中不包括缔约国以国际组织机关成员身份参加的会议。不过，本文将提及国际法院最近在南极捕鲸案中的判决，¹⁸⁴ 该判决根据《国际管制捕鲸公约》解决了国际捕鲸委员会的一个划界案件。¹⁸⁵

2. 缔约国在缔约国大会框架内采用的行为类别

79. 缔约国大会实施各种行为，而其法律性质和影响首先取决于相关条约。就本报告的目的而言，最重要的区别在于缔约国大会“可为审查条约执行情况”采取的措施和修正程序。¹⁸⁶

80. 缔约国大会的审查权可载于一般性条款或具体条款中。《联合国气候变化框架公约》第七条第 2 款就是典型的一般性审查条款：

¹⁸¹ 《禁止细菌及毒素武器的发展、生产和储存以及销毁这类武器的公约》(生物武器公约)，1972 年，联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 14860 号，第 163 页，第十一条。根据这一机制，审查大会缔约国会议应“审查本公约的实施情况，以保证本公约序言的宗旨和各项条款(……)正在得到实现。此项审查应考虑到任何与本公约有关的科学和技术的新发展”(第十二条)。

¹⁸² 《不扩散核武器条约》(不扩散条约)(《联合国条约汇编》，第 729 卷，第 10485 号)；第八条第 3 款规定条约生效后五年应举行审查会议，并根据决定此后每五年举行会议“审查本条约的实施情况，“以保证本条约序言的宗旨和本条约的各项条款正在得到实现”。缔约国通过这类决定逐条审查《不扩散核武器条约》的执行情况，并拟定结论和提出后续行动建议。

¹⁸³ 这方面例子有《联合国气候变化框架公约》缔约方会议，1992 年(《联合国条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号)，《联合国气候变化框架公约京都议定书》(京都议定书)缔约方会议，1997 年，(《联合国条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号)和《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地的公约》(拉姆萨尔公约)，1971 年(《联合国条约汇编》，第 996 卷，第 14583 号)。

¹⁸⁴ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本：新西兰参加)，国际法院，2014 年 3 月 31 日判决书，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>。

¹⁸⁵ 《公约》往往被视为确定了一个国际组织，但不是很清晰，该公约使国际捕鲸委员会具备了符合缔约国大会这一定义的特征。

¹⁸⁶ 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地的公约》：关于检查职能的第六条第 1 款和关于修正的第十条之二；《联合国气候变化框架公约》：关于评审权力的第七条第 2 款和关于修正的第十五条；《京都议定书》关于作为京都议定书缔约国会议的缔约国大会评审权力的第十三条第 4 款，关于修正程序的第十二条；《濒危野生动植物种国际贸易公约》[1973 年]，(联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14537 号)，关于缔约国大会审查的第十一条和关于修正程序的第十七条；《不扩散核武器条约》；《世界卫生组织烟草控制框架公约》：第二十三条第 5 款(审查权)，第二十八条(修正)和第三十三条(议定书)。

缔约方会议作为本公约的最高机构，应定期审评本公约和缔约方会议可能通过的任何相关法律文书的履行情况，并应在其职权范围内作出为促进本公约的有效履行所必要的决定。

81. 这种一般性审查权促成了生物武器公约审查大会的进程，例如，通过与公约条款解释有关的“进一步协议”。这些协议已在审查大会框架内由缔约国协商一致通过，并“逐渐演变，波及条约的所有条款，以便在出现具体问题时加以处理”。¹⁸⁷ 生物武器公约执行和支助股¹⁸⁸ 对“进一步协议”的定义是：

(一) 解释、界定或阐述《公约》某一规定的含义或范围；或

(二) 就如何执行某一规定提供指示、准则或建议。¹⁸⁹

82. 各条约普遍规定了审查某些条款的具体权力，这有时是指由缔约方大会拟定和提出的“指南”，¹⁹⁰ 有时则是规定由缔约方大会界定“规则和模式”。¹⁹¹

83. 修正程序分为两种：一是正式修正程序(多数情况下需要缔约国依照本国宪法程序批准)，二是默认接受¹⁹² 和无异议程序。¹⁹³ 正式修正程序往往适用于条约正文，默认接受程序一般适用于载有实质内容、类别或其他需要经常更新要素的附件和附录。根据默认接受程序(有时也称为“默认程序”)，¹⁹⁴ 修正案如得到特定多数(一般为三分之二)核准、而且在一定时间内没有一个或多个缔约方表

¹⁸⁷ 见 P. Millett, “The Biological Weapons Convention: securing biology in the twenty-first century”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, No. 1 (2010), p. 33.

¹⁸⁸ “执行和支助股”由缔约国大会建立，以便向会议提供行政支助，并加强缔约国之间的建立信任措施(见《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国第六次审查大会最后文件(BWC/CONF.VI/6, 第 19 和 20 段)。

¹⁸⁹ 见生物武器公约执行和支助股为缔约国大会第七届审议会议编写并提交的题为“以往审查大会对公约各条款达成的进一步协议”的背景文件(BWC/CONF.VII/INF.5)(更正后纳入了 2012 年日内瓦大会所达成的谅解和协议)。

¹⁹⁰ 这在《世界卫生组织烟草控制框架公约》第七条和第九条的情况中特别明显。

¹⁹¹ 《联合国气候变化框架公约京都议定书》关于废气排放问题的第十七条提供了指示性实例。这一条款中的“规则”一词引发了一场关于这类[作为京都议定书缔约国会议]缔约方大会活动的法律性质及其约束性或非约束性效力的辩论。见 See Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, p. 639 (见上文脚注 175); J. Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, in *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum and V. Röben, eds. (Berlin, Springer, 2005), pp. 110-115.

¹⁹² 见国际海事组织网站(www.imo.org/About/Conventions/Pages/Home.aspx)。

¹⁹³ 同上。见 J. Brunnée, “Treaty amendments”, in *The Oxford Guide to Treaties*, D. B. Hollis, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 354-360.

¹⁹⁴ 同上。

示反对即可生效。如果在既定时间范围内提出明确反对意见，则该修正案对于提出反对的一个或多个缔约方不产生效力(退出机制)。

3. 缔约国大会可能产生的第三十一条第三款所述嗣后协定和嗣后惯例

84. 审议大会通常监督相关条约的实施，以便确保条约的目标得到实现。因此，在条约框架内通过的决定或声明具有一个重要职能，可根据情况发展调整或解释条约，使缔约方能就某一特定时刻的正确解释达成协议。这类决定和声明也可能构成或体现第三十一条第三款(a)项所述解释基础条约的嗣后协定。因此，国际海事组织(海事组织)法律事务处应理事机构的请求对关于“解释性决议”的决定提出以下意见：

根据 1969 年《维也纳条约法公约》(维也纳公约)第三十一条第三款(a)项，应在解释条约时顾及缔约方之间的嗣后协定。该条没有规定内含这类解释的任何具体的嗣后协定形式。这似乎表明，只要意图明确，解释可以采取各种形式，包括缔约方会议通过的决议乃至缔约方会议简要记录中记载的决定。¹⁹⁵

85. 评注者还认为这类决定能够体现与适用和解释《不扩散条约》条款有关的嗣后协定，¹⁹⁶并表示

这类声明本身没有法律约束力，但可能具有司法意义，尤其是作为条约权威性解释的来源。¹⁹⁷

同样，关于《国际管制捕鲸公约》，国际法院认为：

《公约》第六条阐明，“委员会可就任何与鲸鱼捕鲸有关事宜，并为了《公约》目标和宗旨的目的，不时向任何或所有缔约国政府提出建议”。然而，这些建议如经协商一致或一致投票获得通过，可能对《公约》或其附表的解释产生关联性。¹⁹⁸

86. 以下例子证明缔约方大会的决定可以体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定这一主张：

¹⁹⁵ 秘书处提出的关于解释性决议有关决定程序规定的议程项目 4(海洋肥化)：海事组织法律事务处的意见(国际海事组织，LC33/J/6 号文件，第 3 段)。

¹⁹⁶ D. H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty* (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 83; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pp. 213-214 (见上文脚注 66)。

¹⁹⁷ B. M. Carnahan, “Treaty review conferences”, *American Journal of International Law*, vol. 81, No. 1 (1987), p. 229。

¹⁹⁸ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本：新西兰参加)，国际法院，2014 年 3 月 31 日判决书，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>，第 46 段。

(a) 《烟草控制框架公约》

87. 《世界卫生组织(卫生组织)烟草控制框架公约》缔约方大会的主要职能¹⁹⁹是审议和促进《公约》的有效执行。²⁰⁰条约为缔约国留有余地，使之能够嗣后就各项阐明规则含义的指南达成协议。这必然意味着要对条约进行解释。如果缔约方会议指南中的解释只是“提议”，解释就不具有法律约束力。但缔约国也可达成一项商定解释。据此，世卫组织法律顾问确认(尽管表述过于空泛)：

缔约方会议作为一个由《烟草控制框架公约》所有缔约方组成的最高机构，它所作的决定无疑代表了《维也纳公约》第三十一条所述“缔约方之间对条约解释达成的嗣后协定”。²⁰¹

88. 例如，关于《框架公约》第 14 条的指南表明，缔约方大会嗣后界定了规则的含义和范畴，并对其术语含义作出解释。第 14 条规定：

每一缔约方应考虑到国家现状和重点，制定和传播以科学证据和最佳实践为基础的适宜、综合和配套的指南，并应采取有效措施以促进戒烟和对烟草依赖的适当治疗。²⁰²

89. 第四届缔约方大会(2010 年)通过的第 14 条执行指南除其他外阐明，烟瘾/对烟草依赖“系指”：

反复吸食烟草后产生的一组行为、认知和心理现象，通常包括强烈烟瘾、难以控烟、不顾有害后果长期吸烟、对吸烟的优先高于其他活动和义务、烟草耐受度提高以及有时出现戒断状态。²⁰³

¹⁹⁹ 见《世界卫生组织烟草控制框架公约》。

²⁰⁰ 同上，见第 5 条第 4 款，第 7、第 8 和第 23 条第 5 款。

²⁰¹ 见《世界卫生组织烟草控制框架公约》缔约方大会，烟草制品非法贸易议定书政府间谈判机构，“Revised Chairperson’s text on a protocol on illicit trade in tobacco products, and general debate: legal advice on the scope of the protocol”，note by the WHO Legal Counsel on scope of the protocol on illicit trade in tobacco products(World Health Organization, document FCTC/COP/INB-IT/3/INF.DOC./6, annex)。这一点在理论上也得到承认，见 S. F. Halabi, “The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: an analysis of guidelines adopted by the Conference of the Parties”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, 2010, pp. 14-16。

²⁰² 见《世界卫生组织烟草控制框架公约》(见上文脚注 177)。

²⁰³ “Guidelines for implementation of article 14 of the WHO Framework Convention on Tobacco Control”, in WHO Framework Convention on Tobacco Control, *Guidelines for Implementation—Article 5.3; Article 8; Articles 9 and 10; Article 11; Article 12; Article 13; Article 14* (Geneva, World Health Organization, 2013), p. 118。

90. 这项定义来自《世卫组织国际疾病伤害及死因分类标准》，²⁰⁴ 定义显示《烟草控制框架公约》缔约国同意将这一经处理健康问题的世界组织核可的定义作为对第 14 条的解释。

(b) 《生物武器公约》

91. 《生物武器公约》审议大会在行使一般审议职能时，经常对《生物武器公约》条款达成“进一步谅解和协议”。缔约国通过上述谅解解释《公约》条款，界定、说明或以其他方式阐述这些条款的含义和范畴，并通过指南来指导条款的执行。因此，“进一步谅解和协议”可能构成第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定。以下的例子可以说明问题：《生物武器公约》第一条第(1)款规定，缔约国承诺在任何情况下决不发展、生产、储存或以其他方式取得或保有：

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；

在第三次审议大会(1991 年)上，缔约国阐明：²⁰⁵

本条款规定的禁令涉及“有害动植物和人类(……)的”微生物或其他生物剂或毒剂。

(c) 《蒙特利尔议定书》

92. 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第四条《北京修正》引起了对其解释的辩论。缔约方大会承认，《北京修正》缔约方对“非本议定书缔约方的国家”术语的含义在涉及氟氯烃时可能有不同的解释。缔约方大会随后“就此以协商一致方式确定了对“非本议定书缔约方的国家”术语的单一解释，对《北京修正》缔约方为《议定书》第四条所述氟氯烃贸易的目的要采用的适用议定书第四条第 9 款的做法”作出决定。²⁰⁶

²⁰⁴ 见 <http://www.who.int/classifications/icd/en/>。

²⁰⁵ 《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议大会最后文件》(BWC/CONF.III/23, 第二部分)。

²⁰⁶ 详情见关于蒙特利尔议定书第四条伦敦修正案缔约国义务的第 XV/3 号决定；定义本身表述如下：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(一)和(二)项中所述数据，并计划于 2005 年 3 月 31 日予以增订；如系此种情形，则在缔约方第七次会议结束之前便可暂不把此种国家归入“非本议定书缔约方的国家”的定义范围(UNEP/OzL.Pro.15/9, 第 XVIII.A 章)。

(d) 《伦敦倾倒公约》

93. 默认接受(修正)程序所引起的行为本身不属于第三十一条第三款(a)项所述缔约方嗣后协定,但这类行为除了其在条约下产生主要影响外,在一些情况下也可默示形成嗣后协定。一个例子是 1972 年《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》(伦敦倾倒公约)缔约国大会的某些决定。²⁰⁷ 1993 年举行的伦敦公约缔约国协商会议第十六次会议采用已有默认接受程序通过了三项对附件一的修正。²⁰⁸ 不过,这些修正不是嗣后协定。但也确实默示对基础条约本身的广泛解释。²⁰⁹ 实际上,这些修正参照并借鉴了三年前举行的协商会议通过的一项决议,该决议确定当事方同意“伦敦倾倒公约机构是处理从海洋向海底以下沉积层倾注低放射性废料问题的适当机构”。²¹⁰ 这项决议被称为“实际扩大了《公约》中的“倾倒”定义,决定这一用语涵盖从海洋而非从陆地挖隧道向海底倾注或在海底下层处理废物”。²¹¹ 因此,修正案确认解释性决议包含一项与条约解释有关的嗣后协定。

(e) 结论

94. 以上例子显示,缔约方会议的决定在某些情况下可能体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定,并更有理由体现第三十一条第三款(b)项和第三十二条所述嗣后惯例。但是,这类决定并不自动构成第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定,因为嗣后协定永远要专门确定。这不是说缔约方无意使其协定具有任何法律意义而仅具有政治意义(见上文二.)。此类意图可以特别通过在缔约方大会的整个决定、会议目标和宗旨及其适用方式等方面选定术语的特定性和明确程度来确定。

95. 也不能简单地说,由于条约没有赋予缔约方大会作出有约束力决定的权限,缔约方大会的所有决定就必然不具有法律关联性,而仅为政治承诺,²¹² 许多

²⁰⁷ 《防止倾倒废物和其他物质污染海洋的公约》,1972 年(联合国,《条约汇编》,第 1046 卷,第 15749 号)。

²⁰⁸ 见缔约国伦敦协商会议,LC. 51 (16)和 LC50 (16)号决议;首先,缔约方大会决定至迟于 1995 年 12 月 31 日修订工业废料倾倒行为的逐步淘汰办法。其次,缔约方大会禁止海上焚烧工业废料和下水道污泥。最后,大会决定取代附件一第 6 段,禁止倾倒放射性废料或其他放射性物质(见“Dumping at Sea, The evolution of the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (LC), 1972”, Focus on IMO (London, International Maritime Organization, July 1997)。

²⁰⁹ 有人甚至主张对《伦敦倾倒公约》附件一的这些修正“构成《公约》的重大变更”(见 Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, p. 638 (见上文脚注 175))。

²¹⁰ London Consultative Meeting of the Parties, Resolution LDC. 41(13) para.1。

²¹¹ Churchill and Ulfstein, *supra* note 175, p. 641。

²¹² 见南极捕鲸(澳大利亚诉日本:新西兰参加),国际法院,2014 年 3 月 31 日判决书, <http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>, 第 46 段。

缔约方大会的决定可能往往本身无意体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，因为它们要么从一开始就无意成为与条约解释有关的声明，要么只有与该条约后来责成缔约方对这种决定予以适当注意的一般合作义务相结合才产生法律效力。²¹³ 但是，这种泛泛的评估只能说明应推定不能将缔约方大会的(合意性)决定定性为默示第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定。不过，如果缔约方作出足够明确的表示，说明缔约方大会的决定体现了它们与条约解释有关的协定，则这种推定就可以被推翻。是否属于这种情况最终取决于个案情况。另一个迹象可能是：缔约方是否一致或不受质疑地适用经缔约方的决定所解释的条约。另一方面，在缔约方会议作出决定后出现不一致做法可能表明，缔约国认为缔约国大会的决定不属于第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定。²¹⁴ 不过尽管如此，不符合第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例之条件的缔约方大会的决定仍可以作为第三十二条所述附属解释资料适用。²¹⁵

4. 形式和程序

96. 缔约国大会产生的法案可具有不同的形式和名称，也可能由不同的程序产生。为了将缔约国大会的决定确定为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，这些决定必须通过“个别共同行为”体现与条约解释有关的“协定”。²¹⁶ 问题是缔约国大会产生的某个法案的形式或程序是否有任何迹象表明其对条约的解释达成实质性的协议。

97. 如果缔约国大会的决定是在所有当事国参加的一致表决基础上作出的，而且除非条约中没有特定条款作出其他规定或也没有当事国明确作出相反表示，该决定就可清楚地体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，前提是该决定必须“与条约解释有关”。然而，缔约国大会关于审议职能的决定通常以协商一致方式通过。这一惯例来自议事规则，其中通常要求缔约国尽一切努力就实质性事项达成一致。《生物武器公约》缔约国审议大会议的事规则就是一个早期例子。根据规则第 28 条第(2)款：

²¹³ 南极捕鲸 (澳大利亚诉日本:新西兰参加)，国际法院，2014 年 3 月 31 日判决书，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>，第 83 段。

²¹⁴ 见上文五.7。

²¹⁵ 南极捕鲸 (澳大利亚诉日本:新西兰参加)，国际法院，2014 年 3 月 31 日判决书，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>(专案法官 Charlesworth 的个别意见，第 4 段：“我注意到，国际捕鲸委员会表决通过的决议虽然不属于《维也纳公约》第三十一条第三款的适用范围，但产生一些后果”)。

²¹⁶ 对结论草案 4 的评注，第 10 段(A/68/10,第四章 C.2)。

审议大会的任务是审查公约的运作情况，以确保公约序言的目的和规定正在实现，从而加强其效力，因此应尽一切努力以协商一致方式就实质性事项达成协定。在用尽一切努力达成共识之前，不应对此类事项进行表决。²¹⁷

98. 这一公式略有变化，已成为缔约国实质性决策进程的标准。

(a) 协商一致和实质性协定

99. 2011 年，闭会期间海洋肥化问题工作组向海事组织法律事务处默示提出这样一个问题，即缔约国大会协商一致通过的决定是否能够体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，工作组同意建议请海事组织法律事务和对外关系司于 2011 年 10 月就涉及解释性决议决定的程序，特别是这种决定是否需要协商一致，向理事机构提出咨询意见。²¹⁸

100. 海事组织法律事务处在答复中确认，缔约国大会的决议原则上可以构成第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，²¹⁹ 但建议理事机构，即使缔约国大会以协商一致的方式通过一项决定，也并不意味着该决定将对各方都具有约束力。海事组织法律事务处指出，国家法院的某些裁决不承认缔约国大会在相关条约制度下作出的解释性决定具有约束力，但“表示解释性决议也非 100%安全，如欲采取这种办法，则不妨同时对《伦敦公约》和《伦敦议定书》进行适当修正。”²²⁰

101. 海事组织法律事务处的意见虽然依据一个错误假定，即《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(a)所述“嗣后协定”“作为一个条约或其修正案”具有或应该具有约束力，²²¹ 但最终得出正确结论，认为嗣后协定不一定具有约束力。²²² 这一立场与委员会的立场一致。根据这一立场，第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定不过是解释过程中应该考虑的几种不同的解释资料之一。²²³ 因此，缔约国大会协商一致通过的解释性决议，即使不具有这样的约束力，但只要适足表明这就是缔约国的意图，即可成为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定或第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例。²²⁴ 这一结论符合下列事实，即有些国内法院尚

²¹⁷ 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大会临时议事规则第 28 条，第 2 款(BWC/CONF.I/2)。

²¹⁸ 国际海事组织，LC 33/4 号文件，第 4.15.2 段。

²¹⁹ 国际海事组织，LC 33/J/6 号文件，第 3 段。

²²⁰ 同上，第 15 段。

²²¹ 同上，第 8 段。

²²² 见上文五.4。

²²³ 对结论草案 2 的评注，第 4 段(A/68/10，第四章 C.2)。

²²⁴ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本，新西兰参加)，国际法院，2014 年 3 月 31 日判决书，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>。(Greenwood 法官的个别意见，第 6 段和 Charlesworth 专案法官的个别意见，第 4 段)。

未认为在有关制度框架内通过的某些解释性决议具有约束力。²²⁵ 法院只须在解释有关条约规定时适当斟酌某个解释性决议，而无须接受其约束力。²²⁶

102. 由此可见，是否需要协商一致通过“解释性决议”的问题具有误导性。协商一致是第三十一条第三款(a)项所述协定的一个必要但并非足够的条件，各缔约国大会的议事规则通常不说明一个决议作为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定而可能具有的法律效力。这种议事规则只确定缔约国大会如何通过决定，而不说明它们作为第三十一条第三款所述嗣后协定可能具有的间接法律效力。虽然第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定本身不具有约束力，但《维也纳公约》第三十一条赋予其法律效力，而这种效力只有在缔约国之间的协定涉及问题实质并且当时的确存在才名正言顺。国际法院确认，在这种情况下，集体决定的形式与嗣后协定的区别具有关联性。²²⁷

103. 另一方面，协商一致不是一个概念，不一定表明就问题实质达成某种程度的协议。根据联合国秘书处法律事务厅按照联合国大会第 60/286 号决议(2006 年)发表的关于某些程序问题的说明：²²⁸

通常将协商一致理解为一种决策过程，即在没有正式反对意见情况下不经表决达成一项决定。不过，它不一定反映对实质性事项的“一致”意见。协商一致被用来表述这样一种做法，即尽一切努力达成普遍一致，而且没有代表团明确反对达成共识。²²⁹

(b) 协商一致和反对意见

104. 缔约国大会框架内作出的决定如要构成第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，必须表达各方之间就条约规定实质的解释问题达成协议，但某些缔约国大会的决定虽已宣布获得协商一致通过，仍无法成为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定。在一个或多个国家反对的情况下通过的此类决定尤其如此。下面的例子很能说明问题。

105. 2002 年《生物多样性公约》缔约国大会第六次会议着手制定关于对生态系统、生境或物种构成威胁的外来物种预防、引进和减轻其影响问题的指导原则。²³⁰ 几经努力仍未达成协议后，缔约国大会主席建议通过决定，同时在会议的最后报告中记录澳大利亚提出的保留意见。澳大利亚代表重申，他无法接受指导原则，因此“坚持其正式的反对意见”。²³¹ 缔约国大会主席宣布辩论结束，并“根据既

²²⁵ 参考资料见国际海事组织，LC 33/J/6 号文件，第 8 至 13 段。

²²⁶ 对结论草案 2 的评注，第 4 段。

²²⁷ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本，新西兰参加)，国际法院，2014 年 3 月 31 日判决书，<http://www.icj-cij.org/docket/files/148/18136.pdf>。第 83 段。

²²⁸ 2006 年 9 月 8 日大会第 60/286 号决议“振兴大会”第 24 段请联合国秘书处“提供有关本组织政府间机构规则和做法的先例和惯例，供公众查询。”

²²⁹ 见“Consensus in UN practice, general”，秘书处编写的文件，见 http://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf。

²³⁰ 见第 VI/23 号决定(UNEP/CBD/COP/6/20，附件一)。

²³¹ 生物多样性公约缔约国大会第六次会议报告(UNEP/CBD/COP/6/20)，第 313 段。

定做法”，未经表决通过该决定，说明将把持异议的国家的反对意见反映在会议的最后报告之中。决定获得通过后，澳大利亚重申其观点，认为协商一致是在没有正式反对意见的情况下通过，并对决定草案通过程序的合法性表示严重关切。最后，澳大利亚要求，“鉴于主席决定该案文已经获得通过，澳大利亚希望在报告中列入一项详细的说明，指出澳大利亚并不同意指导原则中的某些具体内容(……)”。除了在会议的最后报告中列入这项说明外，第VI/23号决定的一个脚注指出，“一名代表在通过此项决定的过程中提出正式反对意见，并强调他认为缔约方大会不能在存在正式反对意见的情况下合法通过一项动议或案文。几位代表对通过此项决定的程序提出保留”。²³²

106. 在这种情况下，《生物多样性公约》执行秘书请联合国法律顾问提出法律意见。²³³ 联合国法律顾问回应说，当事国可以“撇清与文件实质或案文的关系，表示加入协商一致并不构成对文件实质或案文或某些部分的接受，而且(或)也没有对其政府对文件实质或案文的立场构成任何其他限制(……)，[但]根据定义(……)，只要有正式的反对意见，就没有协商一致。”²³⁴ 他补充说，在澳大利亚明确反对的情况下，缔约国大会主席本来不应宣布以协商一致的方式通过该决定，这样做“显然违背既定做法”。但他最后说，尽管存在严重程序缺陷，但“主席宣布决定通过后，澳大利亚代表没有正式反对通过，也没有要求废除决定本身”。联合国法律顾问认为，澳大利亚在通过后采取的立场构成对程序的保留，而不是对该决定的正式反对。²³⁵ 后来，在2002年11月《拉姆萨尔公约》缔约国大会第八次会议上，澳大利亚趁机发表正式声明，表示澳大利亚不同意联合国法律顾问的意见，不认为该决定在生物多样性公约缔约国大会第六次会议上获得有效通过。²³⁶

107. 《生物多样性公约》下通过的上述决定以及在2010年坎昆举行的气候变化会议在《联合国气候变化框架公约京都议定书》下通过的一个类似决定(尽管玻利维亚反对)²³⁷ 提出了什么是“协商一致”的含义这一重要问题。²³⁸ 但这一问题必须与以下问题相区别，即条约缔约方在何种情况下就第三十一条第三款(a)项和(b)项下的条约解释的实质性事项达成协议。

²³² 同上，第294至324段。

²³³ 见生物多样性公约秘书处，SCBD/SEL/DBO/30219号文件(2002年6月6日)。

²³⁴ 见生物多样性公约秘书处，UNEP/SCBD/30219R(2002年6月17日)。

²³⁵ 同上。

²³⁶ 《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地的公约》缔约国大会第八次会议报告，2002年11月18日至26日，西班牙巴伦西亚，可查阅 http://www.ramsar.org/cda/en/ramsar-documents-cops-cop8-report-of-8th/main/ramsar/1-31-58-128^17797_4000_0__。

²³⁷ 见关于“坎昆协定：附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组第十五届会议的工作结果”的第1/CMP.6号决定；以及作为京都议定书缔约国会议的缔约国大会通过的第2/CMP.6号决定，“坎昆协定：土地利用、土地用途变更和林业”(FCCC/KP/CMP/2010/12/Add.1)；作为京都议定书缔约国会议的缔约国大会记录(FCCC/KP/CMP/2010/12，第29段)。

²³⁸ 见“国际法委员会条约随时间演变问题研究组的第三次报告”，*Treaties and Subsequent Practice*, G.Nolte.ed.(Oxford,Oxford University Press,2013)。

5. 条约缔约国未全部在场的情况下通过的法案

108. 缔约国大会的决定并非一定由条约所有缔约国通过。虽然根据条约，所有缔约国都有参加缔约国大会的可能性，但一些国家可以选择不参加会议。在这种情况下就可能产生一个问题，即缔约国大会的决定如果经由所有缔约国通过，本来会成为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，但倘若一个或多个缔约国没有参加缔约国大会，该决定能否仍被视为此类协定。

109. 很难假定条约缔约国因同意接受条约的约束，就已同意接受嗣后在其他缔约国不在场的情况下在有关缔约国大会框架内作出的决定。因此，非参加国应有可能嗣后表示不同意在缔约国大会框架内作出的决定。另一方面，条约框架内的善意原则与合作义务主张在这种情况下，非参加国有义务尽快表明它们可能持有的异议，否则就可假定它们以沉默形式表示同意(默许)。

110. 依然存在一个更具有理论性的问题，即是否应该将非参加国嗣后以沉默形式同意的缔约国大会的决定视为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，或视为第三十一条第三款(b)项所述嗣后惯例。委员会区分了嗣后行为的这两种形式，要求对于第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，必须有一个“共同行为”，²³⁹ 这给人的第一个印象似乎是可以得出这样一个结论，即嗣后协定不是基于这类“共同行为”。但也可将缔约国大会这种决定视为不完全的“共同行为”，由非参加国在合理时间内默示接受完成。鉴于集体行为和非参加国的接受所具有的推定性质，后一种看法似乎更好。

111. 上述考虑表明，可以得出以下结论：

结论草案 10

在缔约国大会框架内通过的决定

- (1) 根据这些结论草案，缔约国大会是缔约国根据条约为审查或执行条约举行的会议，但缔约国作为国际组织机构成员的情况不在此列。
- (2) 在缔约国大会框架内通过的决定所具有的法律效力主要取决于条约和可适用的议事规则。根据情况，这种决定可体现第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定，或产生第三十一条第三款(b)项或第三十二条所述嗣后惯例。
- (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。

²³⁹ 对结论草案 4 的评注。

七. 嗣后协定和嗣后惯例的解释范围

112. 根据第三十一条第三款, 条约“解释”应顾及嗣后协定和嗣后惯例。这就提出了作为解释资料的嗣后协定和嗣后惯例的范围及由此产生的限度问题, 包括与嗣后协定和嗣后惯例根据条约法可能具有的其他法律效力的关系。

1. 具体解释程序与第三十一条第三款(a)项和(b)项

113. 条约本身可规定由嗣后协定和嗣后惯例解释。一些条约载有专门条款, 规定由缔约国或条约机构解释条约。例如, 《世贸组织协定》第九:2 条规定, “部长级会议和总理事会拥有通过对本协定和多边贸易协定之解释的专有权力”; 通过一项解释的决定“应由成员的四分之三多数作出。”但在欧盟-鸡块案中, 上诉机构认为第九:2 条与《维也纳公约》第三十一条第三款所述解释资料之间没有特殊关系:

《世贸组织协定》明确授权世贸组织成员须有四分之三多数票而非一致决定通过对世贸组织规定之解释, 我们没有看到这项授权如何影响诉诸嗣后惯例, 将之作为《维也纳公约》第三十一条第三款(b)所述条约解释的一种手段。²⁴⁰

114. 其他法院和法庭对其他条约中的类似条款得出相同结论。²⁴¹ 评注者认定, 具体解释条款通常不是为了排除使用第三十一条第三款(a)项和(b)所述解释资料。²⁴²

2. 解释与修改之间的关系

115. 在关于航行和有关权利的争端案中, 国际法院认为, “在《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项的含义内, 当事国的嗣后惯例可能导致偏离以默认协定为基础的原有意图”。²⁴³ 不很清楚法院是想因此承认第三十一条第三款(b)项所述

²⁴⁰ 世贸组织上诉机构报告, *EC-Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 September 2005, para.273。

²⁴¹ 阿根廷和智利间比格尔海峡争端案, 1977 年 2 月 18 日, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十一卷, 第二部分, 第 53 页, 见第 187 页, 第 169 段和第 188 页, 第 173 页; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, Final Award on Jurisdiction and Merits, 9 August 2005, (www.state.gov/documents/organization/51052.pdf), Part II, Chapter H, para. http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf, 第二部分, H 章, 第 23 段。23。

²⁴² Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, p.120 (见上文脚注 79); E. Pan, “Authoritative interpretation of agreements: developing more responsive international administrative regimes”, *Harvard International Law Journal*, vol.38, 1997, pp.519-525。

²⁴³ 关于航行和有关权利的争端 (哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决书, 《2009 年国际法院案例汇编》, 第 213 页, 见第 242 页, 第 64 段; 另见 “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, 《联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十五卷, 第 231 页, 见第 257 页第 66 段; Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, p.51 (见上文脚注 10); Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, pp.134-141 (见上文脚注 148); R. Bernhardt, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, (Heymann, 1963), p.132。

嗣后惯例也可具有修改条约的效力，还是仅仅说明与条约解释相关的问题。第二种备选办法是可能的，因为当事国的“原有”意图对于条约解释并非一定具有结论性。事实上，委员会在暂时通过的结论草案3中承认，嗣后协定和嗣后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否旨在赋予用语一个能随时间演变的含义”。²⁴⁴ 因此，“解释”的范围并非一定是由一个固定的“原有意图”确定，而必须在考虑到更广泛的因素包括后来某些事态发展的情况下确定。

116. 从实际角度来看，国际法院有点含糊的措辞提出了两个密不可分的问题，即第三十一条第三款所述嗣后协定和嗣后惯例可以在何种程度上有助于“解释”，而且嗣后协定和嗣后惯例是否可以具有修改条约的效力。这两个问题都属本专题范畴，因为它们“仍在条约法范围之内”，并涉及本专题的“主要重点”，即“本专题原始提案所述”“嗣后协定和嗣后惯例对条约解释的法律意义”。²⁴⁵ 的确，解释和修改条约之间的分界限在实践中往往“很难确定，如果不是完全不可能的话。”²⁴⁶

3. 嗣后协定或嗣后惯例修改条约

117. 在讨论作为解释资料的嗣后协定和嗣后惯例可能涵盖的范围以及这种行为形式是否也可修改条约等相互关联的问题时必须有所区分。缔约国的嗣后惯例是否可修改条约的问题在维也纳会议上引起一场辩论，此后提出了具有重要意义的

²⁴⁴ 结论草案3(A/68/10,第四章 C.1)和对结论草案3的评注，第1至18段(同上，第四章 C.2)。

²⁴⁵ 条约随时间演变问题研究组在其2012年向委员会提出的关于改变专题工作形式的建议中指出，“大家的理解是，这一专题将留在条约法范畴内。主要重点是本专题原始提案所述嗣后协定和嗣后惯例相对于解释的法律意义(《维也纳条约法公约》第三十一条)”，第十章，第124页，第238段；委员会在2012年5月31日第3136次会议上决定(a)按照研究组的建议，改变本专题的工作形式(同上，第133页，第269段)。

²⁴⁶ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p.138(见上文脚注102); Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 (见上文脚注10); Murphy, “*The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties*”, p. 90 (见上文脚注66); Simma, “*Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice*”, p.46 (见上文脚注107); Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, pp. 42-43 (见上文脚注11); J.-M.Sorel and V. Boré Eveno, “*Article 31: Convention of 1969*” *The Vienna Conventions on the Law of Treaties-A Commentary*, in O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p.825, para. 42; [[link]] Dörr, “*Article 31. General rule of interpretation*”, p.555, para.76(见上文脚注11);即便理论上可将这两个程序视为“法律上非常不同的”，这一点也是如此。见卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚)案法官 Parra-Aranguren 的反对意见，判决书，《1999年国际法院案例汇编》，第1045页，见第1212和1213页，第16段；同样，Hafner, “*Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment*”, p.114(见上文脚注79); Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p.168(见上文脚注11)。

司法意见和其他意见(a)，而嗣后协定有可能修改条约的问题则提出了有所不同但密切相关的问题(b)。

(a) 嗣后惯例修改条约

118. 委员会在条约法条款草案中，提议在《维也纳公约》中列入一条规定，明确确认嗣后惯例修改条约的可能性。第 38 条草案规定：

嗣后惯例修改条约

嗣后在条约适用方面确定各当事国对修改条约规定之协定的惯例可修改条约。²⁴⁷

119. 该条款草案在维也纳会议上引起争论。²⁴⁸ 大多数国家表示反对。一些国家认为修改条约通常要求遵循正式的修正程序。²⁴⁹ 也有国家担心，如果承认非正式修改的可能性，则条约的稳定性和条约关系可能受到威胁，并担心该拟议条款草案可导致滥用并削弱有约必守的原则。²⁵⁰ 也有国家表示，由嗣后惯例非正式修改条约可造成国内宪法的问题。²⁵¹ 一些国家质疑是否真有必要制订该条款草案，因为规定嗣后惯例作为解释资料的条款草案(后成为第三十一条第三款(b)项)已经包括了所需内容，而且毕竟很难区别解释和修改。²⁵² 最后，缔约国对不经所有条约缔约国必要同意而进行修改的可能性表示关切，²⁵³ 并担心低级官员可能在国家主管机构无法控制的情况下作出修改。²⁵⁴

120. 其他国家认为，国际法并不像国内法那样拘泥形式，²⁵⁵ 有国家表示由嗣后惯例对条约进行的非正式修改以往曾得到司法机构的承认，²⁵⁶ 而且从未在国内宪法中造成问题。²⁵⁷ 实践中产生的一些问题不能通过解释来解决。另一个论

²⁴⁷ 《1966 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物，出售品编号 E67.V.2)，第 236 页。

²⁴⁸ Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pp.56-61(见上文脚注 10)。

²⁴⁹ 《联合国条约法会议正式记录》，第 208 页，第 63 段(法国)(见上文脚注 12)。

²⁵⁰ 同上，第 210 页，第 75 段(智利)；第 212 页，第 35 段(乌拉圭)。

²⁵¹ 同上，第 208 页，第 58 段(日本)；第 208 页，第 63 段(法国)；第 209 页，第 68 段(西班牙)；第 211 页，第 21 段(哥伦比亚)。

²⁵² 同上，第 207 页，第 57 段(芬兰)。

²⁵³ 同上，第 208 页，第 73 段(西班牙)。

²⁵⁴ 同上，第 209 页，第 68 段(西班牙)；第 211 页，第 6 段(美利坚合众国)。

²⁵⁵ 同上，第 211 页，第 9 段(伊拉克)；第 22 段(意大利)。

²⁵⁶ 同上，第 214 页，第 51 段(阿根廷)。

²⁵⁷ 同上，第 214 页，第 57 段(汉弗雷·沃尔多克爵士)。

点是，如果各方都同意用偏离条约原意的方式适用条约，则不存在所谓违反有约必守原则的问题。²⁵⁸ 一些代表团将第 38 条草案视为国际法的既有规则或原则。²⁵⁹

121. 特别报告员沃尔多克作为大会的专家顾问发言。除其他外，他说，一些代表团似乎认为第三十八条多少违反有约必守的原则，令他惊讶，尤其是因为该条的法律基础就是善意。他还谈到担心第 38 条可能授权有违国内法的条约变更。他认为，迄今为止，“如此修改的条约适用办法从未产生任何宪法问题。变更通常不涉及条约的主要基础，也没有引起议会的反对”。²⁶⁰

122. 删除第 38 条草案的修正案被提付表决，以 53 票对 15 票、26 票弃权获得通过。维也纳会议之后，著述者们讨论了以下问题：即维也纳会议拒绝第 38 条草案是否意味着就此排除了以缔约国的嗣后惯例修改条约的可能性。他们大多认定，谈判国只是不想在公约中涉及这一问题，并认为，根据条约习惯法的一般规则，条约的确可以由确定当事国有关协定的嗣后惯例加以修改。²⁶¹

123. 如今，为了适当评估这一问题，必须先确定《维也纳公约》通过后，国际法院和国家实践有否承认嗣后惯例修改条约的可能性。

²⁵⁸ 同上，第 214 页，第 51 段(阿根廷)，另见第 213 页，第 49 段(柬埔寨)。

²⁵⁹ 同上，第 212 页，第 33 段(奥地利)；第 214 页，第 51 段(阿根廷)；另见第 211 页，第 22 段(意大利)：“一个始终存在的法律事实”和第 213 页，第 48 段(以色列)。

²⁶⁰ 同上，第 214-215 页，第 55-58 段(汉弗雷·沃尔多克爵士)。

²⁶¹ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p.138(见上文脚注 102); Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 243-245(见上文脚注 10); Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”, pp. 51-52(见上文脚注 10); Kamto, “La volonté de l’État en droit international”, p.134(见上文脚注 148); Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p.213(见上文脚注 66); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 432, para. 23(见上文脚注 49); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p.555, para.76(见上文脚注 11)(相同意见: Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, p.702, paras.10-11)(见上文脚注 11); Distefano, “La pratique subséquente des États parties à un traité”, pp.62-67(见上文脚注 10); H. Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: supplement, 2006—part three”, *British Yearbook of International Law*, vol. 77, No. 1 (2006), p. 65; M. N. Shaw, *International Law*, 6th ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 934; I. Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, in *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, M.J. Bowman and D. Kritsiotis, eds. (forthcoming), 见注 65, 其中有进一步的参考; 特别与这一观点相左(强调缔结条约相对于惯例的非正式性所具有的庄严意义); Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, pp.89-90(见上文脚注 66); 另见批评意见: Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pp.115-117(见上文脚注 79)(区别法院和缔约国的观点, 并强调修正条款在这方面的重要性)。

(一) 国际法院

124. 除了上述关于航行和有关权利的争端案的法官意见外，²⁶² 国际法院似乎没有明确承认某一特别嗣后惯例具有修改条约的效力。然而，某些案件被解读为暗示情况确实不过如此。关于纳米比亚的咨询意见尤其如此，在该咨询意见中，国际法院认定，《联合国宪章》第二十七条第三项规定，安全理事会对于非程序性事项的决定，应以……包括全体常任理事国的“同意”票表决之，这项规定在一个或多个常任理事国弃权时“并不妨碍决议的通过”。国际法院认为，安全理事会长期以来的议事录提供了大量证据，表明主席的裁决以及安理会理事国、特别是常任理事国采取的立场，已经连贯一致地将一个常任理事国采取的自愿弃权做法解释为获得“联合国会员国普遍接受”，并证明是“联合国的一般惯例”。²⁶³ 在关于隔离墙的咨询意见中，国际法院认为：“一个随时间日益增强的趋势是，大会和安全理事会趋于平行处理与维持国际和平与安全有关的同一事项，这种趋势与《宪章》第十二条第一项相一致。”²⁶⁴

125. 尽管《宪章》第十二条规定“当安全理事会对于任何争端或情势，正在执行本宪章所授予该会之职务时，大会非经安全理事会请求，对于该项争端或情势，不得提出任何建议”，但国际法院仍得出这一结论。对于这一“随时间日益增强的趋势”为何与《宪章》第十二条第一项相适宜，国际法院给出的唯一理由是，该趋势已成为一个“演变形成的大会公认惯例”。²⁶⁵

126. 在这些咨询意见中，国际法院承认嗣后惯例对确定条约的含义具有重要的、甚至是决定性的效力，但并未明确承认这些惯例实际导致条约被修订。²⁶⁶ 这些案件的参考价值可能十分有限的另一个原因是，它们都涉及组建国际组织的条约。特别提及“组织规则”的《维也纳条约法公约》第五条表明，这类条约可能具有特殊性质。《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》²⁶⁷ 第二条(j)款甚至将“组织的既定惯例”作为国际组织嗣后惯例的一种

²⁶² 《关于航行和相关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)》，判决书，2009年国际法院案例汇编》，第213页，见第242页，第64段。

²⁶³ 《南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果》，咨询意见，1971年国际法院案例汇编》，第16页，见第22页，第22段。

²⁶⁴ 《在被占领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，见第149页，第27段。

²⁶⁵ 同上。

²⁶⁶ Thirlway, “The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, p. 64 (见上文脚注252)。

²⁶⁷ 《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》，A/CONF.129/15。

特别形式。因此，条约法通则似乎不宜仅从涉及嗣后惯例可能发挥特定作用的那类独特条约类别的先例中产生。也正是由于这一原因，与国际组织有关的嗣后惯例和嗣后协定问题将成为稍后报告的专题。²⁶⁸

127. 在其他案件中，国际法院提出了当事国嗣后惯例可能具有修订效力的问题，这些案件大都涉及边界条约。正如国际法院在喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案中所述：

在这方面，喀麦隆在该领土上的行为仅对该国是否默认确立条约权利变更的问题具有相关性，而法律上不能完全排除这种可能性。²⁶⁹

128. 柏威夏庙案是国际法院可能认定存在这种默认的最著名案件，国际法院在这一案件中明确强调一方(法国)明确主张拥有主权，对此，国际法院认为，另一方(泰国)应当作出反应。²⁷⁰ 但是，这一判决是在《维也纳公约》通过之前作出的，因此各国在维也纳会议辩论中至少含蓄考虑到这一判决。²⁷¹ 判决书也没有明确承认嗣后惯例可以修改条约，因为国际法院并未断定法国地图上的界线是否符合两国在最初边界条约中商定的分水岭线，尽管人们常常认为情况并非如此。²⁷²

129. 总之，尽管国际法院提出当事国嗣后惯例可以修改条约的可能性，但法院迄今尚未明确承认已在具体案件中实际产生此类效果。相反，国际法院找出各种办法，保留了过去仅就特别宽泛的解释达成的可能性，或找出一个非常具体的解释，这种解释虽难以与条约案文的普通含义相调和，但与当事国确定的惯例相一致。

²⁶⁸ 已见 [A/67/10](#)，第 124 页，第 238 段，以及 [A/63/10](#)，附件 A，第 383 页，第 42 段。

²⁶⁹ 《喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界（喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参加），判决书，2002 年国际法院案例汇编》，第 303 页，见第 353 页，第 68 段。

²⁷⁰ 《柏威夏庙案（柬埔寨诉泰国），案情实质，1962 年 6 月 15 日判决书，1962 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 30 页：“无疑以非常明确的方式通过行为作出了承认... 显然，面对如此情况，应作出某些反应”，“法国印度支那方面更清晰地申明了所有权”，因此“需要作出反应”。

²⁷¹ M. Kohen, “*Utī possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43 (2000), p. 272.

²⁷² 同上, p. 26: “如果是这样，1908 年的情况一定同样明显。” Parra-Aranguren 法官认为，柏威夏庙案证明“在该情况下，嗣后惯例的效果就是修改条约”，《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，见第 1212 和 1213 页，第 16 段 (Parra-Aranguren 法官的反对意见); Buga, “Subsequent practice and treaty modification”，见注 113（见上文脚注 252）。

(二) 仲裁法庭

130. 另一方面，仲裁法庭偶尔确认，当事国的嗣后惯例可能导致条约的明确用语被修改，并适用了这一认定规则。在厄立特里亚诉埃塞俄比亚案中，仲裁法庭得出的结论是，条约文本规定的边界实际上在某些地区已经被当事国的嗣后惯例所更改。²⁷³ 航空运输服务协定案也确认了嗣后惯例的修订作用，仲裁法庭在该案中认定，美国和法国之间的航空运输服务协定实际上因美国航空公司飞往最初协定范围以外的某些目的地而被嗣后惯例所修改。仲裁法庭指出：

事实上，可以考虑到这一行为的取向，将之不仅作为有用的协定解释资料，而且还作为一种其他手段：即可能从某些行为或态度产生的、对缔约国司法状况及任何一方适当主张的权利产生影响的嗣后修订渊源。²⁷⁴

131. 但厄立特里亚诉埃塞俄比亚案裁决被一位评论员定性为“孤立的例外”²⁷⁵ (至少在疆界裁定中)，此外，航空运输服务协定案裁决是在维也纳会议召开之前作出的，在该会议上受到批评。²⁷⁶

(三) 世界贸易组织

132. 世贸组织上诉机构已明确表示，不会认可将导致修改条约义务的解释，因为这将不再是“适用”现行条约规定。²⁷⁷ 世贸组织上诉机构坚持认为，嗣后协定和嗣后惯例可能不会导致世贸组织所辖协定的适用条款被修改，不过，必须按照《解决争端谅解书》第 3.2 条的具体规定解读这一立场，根据这项规定，“争端解决机构的建议和裁决不得增减所辖协定所规定的权利和义务”。

²⁷³ 《关于厄立特里亚和埃塞俄比亚划界的判决，2002 年 4 月 13 日，国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第 83 页，见第 110 和 111 页，第 3.6 至 3.10 段；另见《埃及和以色列间塔巴界桩位置案，1988 年 9 月 29 日，国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第 1 页，见第 56 页，第 209 和第 210 段，其中仲裁法庭在附带意见中指出，“如果可以发现彼此矛盾，则划定的边界线优先于协议”。

²⁷⁴ 《关于美利坚合众国和法国间航空运输服务协议的解释，1963 年 12 月 22 日，国际仲裁裁决报告》，第十六卷，第 5 页，见第 62 和 63 页。

²⁷⁵ M. Kohen, “Keeping subsequent agreements and practice in their right limits”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 43; 然而，这一评价遭到反驳，见 Kolb, “La modification d’un traité par la pratique subséquente des parties”, p. 20 (见以上脚注 115)，该作者援引了伊朗-美国索赔法庭和塔巴仲裁。

²⁷⁶ 《联合国条约法会议正式记录》，第 208 页，第 58 段(日本) (见上文脚注 12)；Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 89 (见上文脚注 66)。

²⁷⁷ 世贸组织上诉机构报告，EC-Bananas III, Second Recourse to Article 21.5, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, 26 November 2008, paras. 391-393。

(四) 欧洲人权法院

133. 欧洲人权法院有时承认当事国的嗣后惯例是可能修改《公约》的渊源。*Al-Saadoon* 和 *Mufdhi* 诉联合王国一案涉及是否允许一缔约国将一人移交给此人确实有可被判处死刑的非缔约国。这一案件引发的问题是，是否应将禁止使人遭受“不人道或有辱人格待遇或处罚”的《公约》第 3 条解释为禁止这类措施。然而，这样解释第 3 条似乎不符合《公约》第 2 条保护生命权免受蓄意剥夺的规定，“但定罪后执行法院判决不在此列”。在 *Al-Saadoon* 和 *Mufdhi* 案件中，欧洲人权法院回顾，它曾在 1989 年 *Soering* 诉联合王国一案的附带意见中确认，

成员国的既定惯例可以导致《公约》被修订。在该案中，欧洲人权法院认为，国家刑事政策中普遍废除死刑的嗣后惯例可视为缔约国确同意取消第 2 § 1 条规定的例外情况，从而消除了对第 3 条演化解释范围的文字限制(同上，第 40 和 41 页，§ 103)。²⁷⁸

134. 欧洲人权法院适用同样理由对 *Al-Saadoon* 和 *Mufdhi* 案作出以下结论：

除两个成员国以外，所有成员国都已签署第 13 号议定书，除三个国家以外，所有成员国都已签署并批准该议定书。这些数字以及成员国一致暂停死刑的惯例强烈表明，第 2 条已被修正，在任何情况下禁止死刑。在这一背景下，法院认为，第 2 § 1 条第二句的措词不再妨碍法院将第 3 条的“不人道或有辱人格待遇或处罚”解释为包括死刑(比照 *Soering*，上文引用，§ § 102-104)。²⁷⁹

135. 欧洲人权法院的结论是，缔约国在战时将一人移交给此人确实有可能被判处死刑的非缔约国的做法违反了《公约》第 3 条。虽然欧洲人权法院很明确地申明理由，但如果有人认为该决定完全基于第 3 条，则欧洲人权法院认可国家惯例修改《公约》第 2 条的意见可被解释为附带意见。不过，此类推理会把两条密切相关的规定人为地分开。

(五) 其他国际性法院和法庭

136. 国际海洋法法庭、美洲人权法院、国际刑事法院、国际刑事法庭以及欧洲法院等其他国际性法院和法庭要么似乎尚未处理这一问题，要么没有确认当事国的嗣后惯例可以修改条约。²⁸⁰

²⁷⁸ *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 2 March 2010, Application No. 61498/08, ECHR 2010, para. 119, referring to *Öcalan v. Turkey* [GC], 12 May 2005, Application No. 46221/99, ECHR 2005-IV。

²⁷⁹ 同上，第 120 段；B. Malkani, “The obligation to refrain from assisting the use of the death penalty”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, No. 3 (2013), p. 523。

²⁸⁰ 见 “Second report for the ILC Study Group on Treaties over Time”, pp. 268-275, 282-285, 286-295 and 295-301 (见上文脚注 50)。

(六) 与司法程序无关的国家惯例

137. 在若干情况下，条约缔约国实行了某种惯例，它们似乎认为这种惯例未经国际性法院或法庭就此发表意见而实际修订了条约。²⁸¹ 例如，这类例子似乎包括，《移栖物种公约》中的“移栖物种”一词，这个概念现在被解释为涵盖已是或因气候变化而成为非移栖性的物种。²⁸² 然而，难以清晰地确定此类情况，²⁸³ 而且特别难以评估某一具体惯例是否默示当事国作出假定或达成协议，并据此修改基础协定。有人就此表示，“完全有理由推断，例如，各国极不愿意让争端解决机构援引嗣后行为来修改条约关系，但各国本身都乐意认为条约已在相互谅解基础上得到修改。”²⁸⁴

(七) 评价

138. 国际性法院和法庭的案例法表现不一。一些国际性法院和法庭没有处理当事国的嗣后惯例是否可以导致条约被修改的问题，而国际法院似乎笼统确认了这一可能性，不过尚未在具体案件明确适用。国际法院似乎还希望传达一种印象，即当事国的某一嗣后惯例属于可允许的条约解释范围。另一方面，世贸组织上诉机构已经否认了当事国嗣后惯例修改世贸组织所辖协定的可能性，而欧洲人权法院已在至少一个案件中承认和适用了这一可能性。²⁸⁵

139. 这一状况表明了以下结论：世贸组织的情况显示，条约可排除当事国的嗣后惯例，使其无法产生修订影响，如此一来，条约本身一开始就决定了这个问题。欧洲人权法院的情况也支持这样一个观点，即条约一开始就具有支配性，反过来说，它也可以允许像国家立法或行政做法所表现的那样建立共同标准，这种标准有时优先于条约案文。因此，最终很多事情都取决于条约或与条约有关的规定。²⁸⁶

140. 然而，决定这一事项的条约规则(如世贸组织《解决争端谅解书》第 3.2 条或《欧洲人权公约》下对条约的认可理解)属于例外情况。在条约不存任何可比迹象指明某一方向的情况下，情况更加复杂。从国际法院的判例中看不出用于处理

²⁸¹ “Third report for the ILC Study Group on Treaties over Time”, pp. 353-356 (见上文脚注 229)。

²⁸² A. Trouwborst, “Transboundary wildlife conservation in a changing climate: adaptation of the Bonn Convention on Migratory Species and its daughter instruments to climate change”, *Diversity*, vol. 4, No. 3 (2012), pp. 286-288; Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, at note 115 (见上文脚注 252)。

²⁸³ 难以确定确凿国家惯例的问题。一般见 Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 72(见上文脚注 10)。

²⁸⁴ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 83 (见上文脚注 66)。

²⁸⁵ Al-Saadoon (见上文脚注 269)。

²⁸⁶ Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, at notes 126-132 (见上文脚注 252)。

这类案件的明确备用规则。但有可能得出这样一个结论，即国际法院虽然认定条约被当事国嗣后惯例修改的可能性“作为法律上的可能性不能完全排除”(“²⁸⁷，但认为尽管如此仍应尽可能避免此类修改。因此，国际法院准备接受非常宽泛的解释，从而可能延伸条约用语的普通含义，甚至可能延伸这些用语的特殊含义。

141. 从国际法院判例得出的这个结论与针对《维也纳公约》第三十八条草案辩论期间阐明的某些一般性考虑相一致。如今，条约规定的修正程序不应通过非正式手段规避，这一考虑相对于同样有道理的普遍意见，即国际法往往不像国内法那样拘泥于形式，似乎获得了更多重视。²⁸⁸ 还应指出，不能再一概忽视一些国家在维也纳会议上所表达的关切，即嗣后惯例修改条约的可能性可能给本国宪法造成困难。²⁸⁹ 最后，虽然条约必须遵守的原则确实没有因所有当事国的嗣后惯例可以修改条约而正式受到质疑，但如果简单地承认，一种非正式手段(将协定确定为嗣后惯例)能够修改条约，则条约关系的稳定性同样也会受到质疑。²⁹⁰ 还应强调指出的是，沃尔多克在维也纳会议上的发言对当事国嗣后惯例修改条约可能涉及的范围加以限制，提出它不应“触及条约的主要基础”。²⁹¹

142. 因此，尽管国际判例中有迹象表明，如果条约无相反表示，则当事国同意的嗣后惯例可能导致对条约作出某些有限的修改，但不应推定实际发生了这种情况。相反，缔约国和法院应尽一切努力，将当事国商定的嗣后惯例视为以特定方式解释条约的努力。这些解释工作可以在很大范围内展开，因为《维也纳公约》

²⁸⁷ 《喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参加)，判决书，2002年国际法院案例汇编》，第303页，见第353页，第68段。

²⁸⁸ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 89 (见上文脚注 66); Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p.47(见上文脚注 107); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, pp. 115-117 (见上文脚注 79); J. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 130.

²⁸⁹ 见 *NATO Strategic Concept Case*, German Federal Constitutional Court, Judgment of 19 June 2001, Application 2 BvE 6/99 (English translation available from www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20011122_2bve000699en.html), paras. 19-21; S. Kadelbach, “Domestic constitutional concerns with respect to the use of subsequent agreements and practice at the international level”, pp. 145-148; J. E. Alvarez, “Limits of change by way of subsequent agreements and practice”, p. 130; I. Wuerth, “Treaty interpretation, subsequent agreements and practice, and domestic constitutions”, pp. 154-159; and H. Ruiz Fabri, “Subsequent practice, domestic separation of powers, and concerns of legitimacy”, pp. 165-166, all in *Treaties and Subsequent Practice*, G. Nolte, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013).

²⁹⁰ 例见 Kohen, “Uti possidetis, prescription et pratique subséquente à un traité dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu devant la Cour internationale de Justice”, p. 274 (见上文脚注 262) (特别涉及边界条约)。

²⁹¹ 《联合国条约法会议正式记录》，第214和215页，第57段(汉弗雷·沃尔多克爵士)(见上文脚注 12)。

第三十一条没有将其中的某一特定解释资料置于首要位置，而是要求解释者酌情考虑到一切解释资料。²⁹²

(b) 嗣后协定

143. 根据《维也纳条约法公约》第三十九条的规定，“条约得以当事国之协议修正之”。另一方面，第三十一条第三款(a)项述及“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定”，但似乎未涉及修订问题。正如世贸组织上诉机构所称：

[……]第三十一条第三款(a)项中的“适用”用语所涉及的情况是，协定明确规定如何“应用”现有规则或现行义务；这个用语的含义不是创建新的义务或扩大有时限的现有义务。²⁹³

144. 第三十一条第三款(a)项与第三十九条如放在一起看，就会表明当事国在条约缔结后达成的协定可以解释和修订条约。²⁹⁴ 第三十九条所述协定不需要与它所修正的条约具备同样的形式(除非条约另有规定)。²⁹⁵ 与第三十一条第三款(a)项所述协定一样，第三十九条所述协定可以通过不那么正式的方式达成，并仅限于在一个或某几个条约适用情况下，修订或暂停履行条约规定的义务。²⁹⁶ 国际法院在乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)案中裁定：

不论具体名称如何，也无论可能记录在何种文书上(乌拉圭河行政委员会会议事记录)，该“谅解”对当事国都具有约束力，因为它们均认可这项谅解，

²⁹² 结论草案 1 第 5 段和所附评注(A/68/10, 第四章, C.1 和 C.2 节); Hafner, “Subsequent agreements and practice: between interpretation, informal modification, and formal amendment”, p. 117 (见上文脚注 79); 一些作者支持如下观点，即第三十一条第三款所述嗣后协定和嗣后惯例中可被视为“解释”的资料范围大于其他解释者的解释，包括法院或法庭的演化解释范围，如 Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 243 (见上文脚注 10); Dörr, “Article 31. General rule of interpretation”, p. 555, para. 76 (见上文脚注 11)。

²⁹³ 世贸组织上诉机构，EC-Bananas III, 26 November 2008, paras.391-393(see footnote 268 above).WTO Appellate Body, EC-Bananas III, 26 November 2008, paras.391-393(见上文脚注 268)。

²⁹⁴ Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p. 88(见上文脚注 66)。

²⁹⁵ 根据第三十九条，第二句。

²⁹⁶ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p.107(见上文脚注 102)，其中提及 Waldock, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties*, 第 207 页，第 49 至 52 段(见上文脚注 12); Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第 513 页，第 7、9 和 11 段(见上文脚注 49); Odendahl, “Article 39. General rule regarding the amendment of treaties”, 第 706 页，第 16 段(见上文脚注 11)。

必须予以善意遵守。就适当双边协定所设既定项目而言，双方有权偏离 1975 年《规约》设定的程序。²⁹⁷

145. 对于第三十九条和第三十一条第三款(a)项所述协定没有作出不同的正式规定，有些作者以此为由认为第三十一条第三款(a)项所述协定也具有修订条约的效力。²⁹⁸ 不论如何，也许有必要确定一项协定是否(如果是，则在何种程度上)旨在(按照第三十九条)修订条约或(按照第三十一条第三款(a)项)解释条约，²⁹⁹ 尤其是要确定可否通过正式标准加以区分，或是否这种区分仅仅取决于当事国的推定意图。国际判例法和国家实践的情况颇为微妙：

(一) 国际法院

146. 在乌拉圭河纸浆厂一案中，当事国向国际法院提出一项主张，表示在某些纸浆厂施工争端的个别案件中，双方通过阿根廷与乌拉圭两国外交部长就进一步处理此案的办法达成“谅解”而搁置了条约规定的程序。法院认为：

法院裁定，只要乌拉圭主要遵守 2004 年 3 月 2 日达成的“谅解”，而且如果该谅解的目的又恰恰是要免除乌拉圭根据 1975 年《规约》第七条所承担的义务，则该谅解即可产生这一效力。法院认为，乌拉圭没有做到这一点。因此，不能认为该“谅解”有效免除了乌拉圭遵守 1975 年《规约》所设定的程序义务。³⁰⁰

147. 尽管法院同意，该“谅解”可以产生“使乌拉圭免于遵守条约程序义务”的效力，但它没有承认这会产生修正条约义务的效力。这意味着对于那些据称克减条约义务的非正式协定，应当作狭义解释。因此，协定修正条约既没有被排除，也不应被推定。³⁰¹

(二) 伊朗-美国索赔法庭

148. 伊朗-美国索赔法庭(尽管仅在附带意见中)承认，当事国的嗣后协议会导致《阿尔及尔协定》被修订：

²⁹⁷ 乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)案，判决书，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页，第 62 和 63 页，第 128 和 131 段；法院随后裁定该案未能满足上述条件，见第 62 至 66 页，第 128 至 142 段。

²⁹⁸ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pp.223-214(见上文脚注 66)，附例证。

²⁹⁹ 在司法实践中，有时不需要确定一项协定是否具有解释或修订条约的效力，见领土争端案(阿拉伯利比亚民众国/乍得)，判决书，《1994 年报告国际法院案例汇编》第 6 页，见第 29 页，第 60 段(“法院认为，为了本裁决的目的，没有理由将它归类为对《宣言》的“确认”或“修订”)。

³⁰⁰ 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决书，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 63 页，第 131 段。

³⁰¹ 同上，第 66 页，第 140 段；Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p.32(见上文脚注 110)。

[……]不过，如果伊朗和美国这两个设立法庭的当事国能同意向法庭提交案件，就有理由认为这一举动足以赋予法庭对这类案件的管辖权，因为它构成了就特定案例修订《阿尔及尔宣言》的国际协定。但问题不在这里。[……]³⁰²

149. 这个意见表明，可以从协定的明示效力中推断它是仅仅解释还是修订了条约。

(三) 自由贸易委员会 2001 年的说明：协定的作用是解释还是修订？

150. 根据《北美贸协》第 1131 条第(2)款，(政府间)自由贸易委员会可以采纳对《北美贸协》某个规定的解释，该解释对第十一章所设法庭具有约束力。³⁰³ 委员会利用了这个可能性，于 2001 年 7 月 31 日就《北美贸协》第 1105 条第(1)款发布了一项解释性说明(以下称为自由贸易委员会说明)。³⁰⁴ 自由贸易委员会的说明除其他外澄清在最低待遇标准问题上，“国际法”用语应被理解为指“习惯国际法”，“公平和平等待遇”及“充分的保护和安全”并不要求高于习惯标准的待遇。³⁰⁵ 第十一章问题各小组对该说明作出不同解释，特别是关于下列问题：应将上述解释视为《北美贸协》第 1131 条第(2)款下作准解释、《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定、(不允许的)修订还是(可允许的)非正式修订？³⁰⁶ 以下决定具有特别重要的意义：

151. ADF 集团公司(诉美国)案小组在评估自由贸易委员会的说明是解释还是修正时所依据的事实是，说明本身的意图是进行解释：

我们在这方面注意到，自由贸易委员会 2001 年 7 月 31 日的解释明确表示对包括第 1105 条第(1)款在内的若干《北美贸协》规定进行解释而非“修正”或其他……。因此，不必着力探究对第 1105 条第(1)款的“解释”与“修正”之间的区别。但向第十一章法庭提交的文件是旨在成为一项修正性协定，由当事国各自采取必要的内部宪法程序使修订性协议生效，还是自由贸易委

³⁰² Iran-United States Claims Tribunal, Interlocutory Award No. ITL 83-B1-FT (Counterclaim), The Islamic Republic of Iran v. the United States of America, Iran-USCTR vol. 38 (2004-2009), p. 77, at pp. 125-126, para. 132.

³⁰³ C.H.Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, Virginia Journal of International Law, vol.46, No. 2 (2006), pp.349-350.

³⁰⁴ “一方应给予他方投资者的投资国际法所规定的待遇，包括公平和平等待遇以及充分的保护和安全。”

³⁰⁵ 关于北美自由贸易协定对自由贸易委员会第十一章中某些规定的解释说明文本，见 www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp；另见 Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, pp.351-354.

³⁰⁶ 例见 Brower, “Why the FTC Notes of Interpretation constitute a partial amendment of NAFTA Article 1105”, pp. 354-356 and 363; Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States”, pp. 180-181 and 216 (见上文脚注 101)。

员会根据第 1131 条第(2)款作出的解释，我们请所有当事国自己向法庭说明。关于当事国在《北美贸协》特定条款中意欲传达什么信息，没有哪个指示来源比它们自己的说明更作准、更权威了。³⁰⁷

152. Methanex(诉美国)案小组将自由贸易委员会的说明解释为第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定：

关于第 1105 条，现有解释包含在自由贸易委员会 2001 年 7 月 31 日的解释中。暂且不提《北美贸协》第 1131 条第(2)款作用的问题，还必须参照《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项来处理自由贸易委员会的解释，因为该解释构成《北美贸协》缔约方就如何解释《北美贸协》第 1105 条达成的嗣后协定。因此，对已推定对第 1105 条作出的解释应当根据《维也纳公约》第三十一条第一款规定的普通含义，并考虑到 2001 年 7 月 31 日根据《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项作出的解释。³⁰⁸

153. 小组还谈到这样一个问题，即该说明是否具有解释性，抑或默示对《北美贸协》的修正：

……即使在假定自由贸易委员会的解释是一项影响广泛的实质性修改(在与本案有关的问题上法庭并不认为如此)时，Methanex 也没有引述权威资料来支持其论点，即只有通过正式修正、而不是所有当事国之间某种形式的协议，才能对条约作出影响广泛的修改。

《维也纳条约法公约》第三十九条明确规定，“条约得以当事国之协议修正之”。无须特定修正方式，许多条约还规定，可通过协定修订条约，无须重新批准。也无须制订第 1131 条那样的不符合国际解释规则的条款。《维也纳公约》第三十一条第三款(a)项规定：“应与上下文一并考虑者尚有：(a) 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。”³⁰⁹

154. Pope和Talbot(诉加拿大)案小组显然更愿意将自由贸易委员会的说明视为一项修正，但在程序中仍推定委员会的行动属于“解释”。³¹⁰

³⁰⁷ ADF Group Inc. v. United States of America(Case No.ARB(AF)/00/1), ICSID Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, 2003 年 1 月 9 日, pp. 84-85, para.177。

³⁰⁸ Methanex 公司诉美利坚合众国案，贸易法委员会根据《北美自由贸易协定》第十一章作出的仲裁，关于管辖权和是非曲直的最终裁决，2005 年 8 月 9 日，第二部分，第 H 章，第 23 段(www.state.gov/documents/organization/51052.pdf)。

³⁰⁹ 同上，第四部分，C 章，第 20 和 21 段。

³¹⁰ Pope & Talbot Inc.(Claimant)v.Government of Canada (Respondent), UNCITRAL Arbitration Under NAFTA Chapter Eleven, Award on Damages, 2002 年 5 月 31 日, pp.22-23, paras.46-47(<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>)。

155. 尽管各法庭对自由贸易委员会的有关说明作出不同评估，但它们没有确定任何正式标准，可用来区分第三十一条第三款(a)项所述嗣后协定和(第三十九条或其他条款所述)修订条约的协定。相反，它们更愿意尽可能将这类具体的当事国协定视为对条约的解释，而不是修正或修订，并因此接受当事国意在采取的行动。

(四) 联合国海洋法公约

156. 实践中的一些事例显示，条约缔约国偶尔力求通过嗣后协定产生修订条约的效果，而不必采用或顺利履行现行修正程序。

157. 海洋法公约缔约国会议同意将海洋法法庭法官的第一次选举从 1995 年 5 月 16 日(《公约》附件六第四条第 3 款规定的最迟可能日期)推迟到 1996 年 8 月 1 日。³¹¹ 海洋法缔约国对大陆架界限委员会(大陆架委员会)第一次选举作出了类似决定。³¹² 这两个决定都是以协商一致的方式通过的。决定的通过都没有经过公约第三一二至三一六条规定的修正程序，³¹³ 也未对上述变更的合法性进行辩论。也许可以将上述决定视为决定不对特定案件适用《公约》(这将使条约义务不受影响，而仅仅是未得到执行)。然而，鉴于需要为选举提供可靠的法律依据，似乎更合理的假定是，缔约国为此打算针对特定情况对《公约》进行修订。

158. 《海洋法公约》附件二第 4 条规定，按照公约第七十六条，可以将大陆架外部界限扩展到二百海里以外，并规定请求国“应将这种界限的详情连同支持这种界限的科学和技术资料尽早提交委员会，而且无论如何应于本公约对该国生效后十年内提出。”当缔约国要求延长时限，³¹⁴ 缔约国会议决定，对《公约》于 1999 年 5 月 13 日以前生效的那些国家，应认为十年时限于 1999 年 5 月 13 日开始计算。³¹⁵ 秘书处提出的背景文件表示，实现这一目的有若干办法，但倾向于缔约国根据《海洋法公约》第三一二或第三一三条的规定对正式修正程序达成嗣后协定，或达成一项执行协议。³¹⁶ 在缔约国会议上，大多数国家表示，这是

³¹¹ 见 1994 年 11 月 21 日和 22 日在纽约举行的《联合国海洋法公约》缔约国第一次会议报告(SPLOS/3)，第 7 页。

³¹² 尽管《联合国海洋法公约》附件二第二条第 2 段规定做决定的截止日期是 1996 年 5 月 16 日，但在第三次缔约国会议上，决定日期被推迟到 1997 年 3 月 13 日(见 SPLOS/5，第 20 段)。

³¹³ T.Treves, “The General Assembly and the Meeting of the States Parties in the implementation of the LOS Convention”, in *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, A.G.Oude Elferink, ed.(Leiden, Martinus Nijhoff, 2005), pp.68-70.

³¹⁴ 见 SPLOS/60，第 61 段。

³¹⁵ 见 SPLOS/73，第 81 段；并见《联合国海洋法公约》附件二第四条对向大陆架界限委员会提交资料的十年期限起始日期计算方法的规定(SPLOS/72)。

³¹⁶ 见秘书处就《联合国海洋法公约》附件二第四条所涉问题拟定的背景文件(SPLOS/64)，第 7 和 8 页；另见 SPLOS/73，第 12 和 13 页。

一个程序性问题，因此属于海洋法条约国的权力范围。³¹⁷ 缔约国商定通过协商一致方式作决定，并同意在此情形中无需诉诸《公约》第三一二至三一四条。鉴于公约第七十六条的明确规定，缔约国会议的决定即使被视为程序问题，也很难将之仅视为对这项规定的修订。³¹⁸ 同时，缔约国显然不愿明确承认这一点。

(五) 《蒙特利尔议定书》

159. 解释条约相关协定与修订条约协定之间的界限很难划分，这一点在蒙特利尔议定书缔约国会议所作的一个决定中得到进一步例证。³¹⁹ 该决定通过了对《蒙特利尔议定书》的若干修正。³²⁰ 按照《保护臭氧层维也纳公约》第九条第五款，议定书的修正“应于保存者接得至少四分之三公约缔约方或至少三分之二的有关议定书缔约方的批准、核准或接受通知书后的第九十天在接受修正案的各缔约方之间生效，除非该议定书另有规定。”³²¹ 《维也纳公约蒙特利尔议定书》预设了一个特殊的“调整程序”；³²² 如上所言，必须把这个程序与《维也纳公约》第九条第五款适用的对议定书的修正区分开来。

160. 在1990年6月27日至29日于伦敦举行的蒙特利尔议定书缔约国大会第二次会议上，缔约国就议定书的若干修正作出“第二/2号决定”。这些修正及其生效程序载列于缔约国大会最终报告附件二。附件二第2条全文如下：

本修正应于1992年1月1日生效，前提是须有属于关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书缔约方的国家或区域经济一体化组织交存至少二十份本修正批准书、接受书或核准书。如果届时这项条件尚未满足，则本修正得于这项条件满足之日以后第九十天生效。³²³

³¹⁷ 见 SPLOS/73，第13页。

³¹⁸ 例如见德国联邦外交部国际法司国际法委员会专题“Treaties over time”（2011年2月14日），第7页。

³¹⁹ 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》，1987年（联合国，《条约汇编》，第1522卷，第26369号）。

³²⁰ 例如见 Brunnée, “COPing with consent: law-making under multilateral environmental agreements”, p.31(见上文脚注175); Churchill and Ulfstein, “Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreement”, p.641(见上文脚注175)。

³²¹ 《保护臭氧层维也纳公约》，1985年，（联合国，《条约汇编》，第1513卷，第26164号）。

³²² 见 J.Brunnée, “Reweaving the fabric of international law? Patterns of consent in environmental framework agreements”, pp.109-110(见上文脚注188)。

³²³ 见1990年6月27-29日在伦敦召开的《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第二次缔约国会议报告(UNEP/OzL.Pro.2/3)，决定二/2及附件二，第39页。

161. 缔约国会议的这项决定就是缔约国的嗣后协定。有理由认为这个协定超出了解释的范畴，因为它修订了维也纳—蒙特利尔条约机制设定的修正程序。缔约国的嗣后惯例通过使用这一生效程序作出的一系列决定，确认了 1990 年的决定。³²⁴

(六) 嗣后协定与修正程序

162. 在有些情形中，条约缔约国启动了正式修订程序，同时对于那些在正式修订程序尚未完成时就开始执行的条约规定，达成不那么正式的嗣后修订协定。在这种情况下可能出现一个问题，即在正式修订程序未完成时，能否将嗣后协定作为表述条约义务的作准资料？这种作法的一个例子来自《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》（《巴塞尔公约》）。³²⁵ 根据 77 国集团 1994 年在第一届缔约国大会上提出的请求，第二届缔约国大会以协商一致的方式决定禁止经合组织成员国向非经合组织成员国越境转移危险废物。³²⁶ 不过，一些国家在第二届缔约国大会的辩论中表示关切是否应当根据《巴塞尔公约》第 17 条通过正式修正程序来作出这个决定。³²⁷ 不断有人表示批评，特别是在一些缔约国国内。³²⁸ 1995 年缔约国大会第三届会议决定启动正式修订《巴塞尔公约》的程序，以期禁止经合组织国家向非经合组织国家越境转移危险废物。按照公约第 17 条规定的程序，这项修正案尚未生效。在第三次缔约国大会的辩论中，一些国家表示，将该问题交付正式修订程序的决定没有剥夺缔约国大会此前的决定所具有的约束力，另一些国家则明确反对这个观点。³²⁹

(七) 嗣后协定之间的区别

163. 上述判例和国家实践范例表明，往往很难区分以下三种协定，一是具体条约条款当事国商定赋予嗣后协定约束力的协定，二是本身不具有约束力的第三十一条第三款(a)项所述简单嗣后协定，最后是第三十九条所述修订条约的协定。

³²⁴ 《蒙特利尔议定书》修正案清单见联合国环境规划署(环境署)臭氧层秘书处网页(ozone.unep.org/new_site/en/Treaties/treaty_text.php?treatyID=3)。

³²⁵ 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(联合国,《条约汇编》,第 1673 卷,第 28911 号),见第 57 页。

³²⁶ 见 1994 年 3 月 21-25 日在日内瓦举行的《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国大会第二次会议报告(UNEP/CHW.2/30,决定二/12)。

³²⁷ 见 1995 年 9 月 18-22 日在日内瓦举行的《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国大会第三次会议通过的决定三/1(UNEP/CHW.3/35);另见 G.Handl,“International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”, in *Developments of International Law in Treaty Making*, R.Wolfrum and V.Röben, eds. (Berlin, Springer, 2005), p.132。

³²⁸ 例如在澳大利亚,国会议员担心“议会丧失自主权”,见 Handl,“International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”, p.132。

³²⁹ 见 1995 年 9 月 18 至 22 日在日内瓦举行的《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》缔约国大会第三次会议报告(UNEP/CHW.3/34);另见 Handl,“International ‘lawmaking’ by Conferences of the Parties and other politically mandated bodies”。

除了有关条约本身可能规定的标准外，似乎没有任何正式标准获得承认，可用来区分这些不同形式的嗣后协定。不过，很明显，缔约国和国际性法院一般愿意给缔约国通过嗣后协定解释条约设定很大的范围。这个范围可以延展，甚至超出条约条款的通常含义。与承认条约有宽广解释余地密切相关的是，缔约国和法院不愿承认协定实际具有修订条约的效力。³³⁰《巴塞尔公约》的案例不一定要解释为缔约国事后承认，缔约国大会的决定需要正式修正；也可以将这个案例视为缔约国之间为避免分歧、在并非严格必要的情况下“稳妥”方式开展工作而作出的努力。不过，看来正式修正程序的启动通常意味着缔约国认为这才是法律所需要的程序。

164. 不满足条约修订条款程序规定的嗣后协定应狭义地解释为不以修订条约为目的，对于嗣后协定波及条约目标和宗旨(条约的一个基本要素)的案例来说，这个推定似乎更为有力。³³¹ 其中一个基本要素可能是条约创设的某些个人权利。³³² 不过，假如一个嗣后协定足够清晰，它甚至可能促成对条约基本要素的修订。³³³

(a) 结论

165. 国际法院和法庭判例法及国家惯例都证实，虽然嗣后协定或商定嗣后惯例修订(或修正)条约理论上可与条约解释相区分，但在实践中，正如委员会谨慎指出的那样，“解释条约与嗣后惯例修正条约之间的界限可能很模糊。”³³⁴ 国际法院没有讨论以何种标准区分条约解释与嗣后协定或商定嗣后惯例修订条约。最合理的办法可能是，不能以抽象标准区分解释和修订，而必须首先从条约本身、有关具体条约条款的性质、执行条约的法律背景以及具体案情来加以推论。在此背

³³⁰ 缔约国在法庭程序之外的外交场合可能愿意比较公开地承认某个协定或惯例构成对条约的修订(见 Murphy, “The relevance of subsequent agreement and subsequent practice for the interpretation of treaties”, p.83(见上文脚注 66))。

³³¹ 见委员会《对条约的保留实践指南》第 3.1.5.项(A/66/10/Add.1, 第四章 F.2), 第 351 页; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 214 (见上文脚注 66)。

³³² 见人权委员会, 关于《公民权利和政治权利国际公约》所规定的义务连续性问题第 26 号一般意见(CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1), 第 4 段(不过, 该意见没有涉及摒弃公民权利和政治权利国际公约的权力); 见国际法委员会研究组的专题报告“国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难”(A/CN.4/L.682 和 Corr.1), 第 108 段(不过报告谈的是特别法的问题); Buga, “Subsequent practice and treaty modification”, 注 152 至 155(见上文脚注 252)。

³³³ 例见 Simma, “Miscellaneous thoughts on subsequent agreements and practice”, p. 46 (见上文脚注 107); Crawford, “A consensualist interpretation of article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, p. 31 (见上文脚注 110) (谈到在一般修订程序之外就海卫组织、欧洲通信卫星组织和国际通信卫星组织等各国国际通信卫星组织的私有化问题达成的协议); Roberts, “Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of States” (见上文脚注 101)。

³³⁴ 《1964 年国际法委员会年鉴》, 第二卷(联合国出版物, 出售品编号 E.65.V.2), 第 60 页, 第 25 段。

景下，一个重要的考虑是可以在多大程度上演化解释有关条约规定。例如，在航行权利和相关权利争端案中，³³⁵ 国际法院可以不对当事国嗣后惯例是否修订了“comercio”用语的含义作出结论，因为法院决定可以对这个用语进行演变解释。

166. 上述考虑表明，可以得出如下结论：

结论草案 11

嗣后协定和嗣后惯例的解释范围

(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。

八. 今后工作方案

167. 按照最初工作计划，³³⁶ 向第六十七届会议(2015 年)提交的第三次报告将阐述嗣后协定和嗣后惯例与国际组织组成条约的关系。该报告可能还会探讨条约机构的作法、国家法院的作用以及委员会成员国或其他国家希望在该专题框架内讨论的其他问题。视进展情况如何，可能会向第六十八届会议(2016 年)提交最后一次报告，探讨可能遗留的问题。然后，委员会就能对结论草案全文进行审查，以期最终得到通过。

³³⁵ 航行权利和相关权利争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)案，裁决书，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页，第 242 和 243 页，第 64 至 66 段。

³³⁶ A/67/10，第 238 段。

附件

拟议结论草案

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(b)项所述嗣后惯例的形式和价值

第三十一条第三款(b)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(a)项和(b)项所述嗣后协定不必以任何特定形式达成，此种协定也不必具有约束力。
- (2) 第三十一条第三款(b)项所述嗣后协定要求就当事国知悉的条约解释达成共同理解。为确定第三十一条第三款(b)项所述协定而必须积极实施嗣后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。
- (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(a)项所述嗣后协定，或产生第三十一条第三款(b)项或第三十二条所述嗣后惯例。

(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。