

A/CN.4/SER.A/1993

UN LIBRARY

JAN 08 2007

UNSA COLLECTION

国际法委员会年鉴

1993年

第一卷

第四十五届会议
各次会议的简要记录
1993年5月3日至7月23日

联合国
纽约和日内瓦，2006年



目 录

委员会委员	vi
主席团成员	vi
议程	vii
简称	viii
本卷所引用的多边公约	ix
第四十五届会议文件一览表	xii

第 2295 次至 2327 次 会议简要记录

第 2295 次会议

1993 年 5 月 3 日, 星期一, 下午 3 时 25 分

本届会议开幕	1
离任主席的发言	1
悼念小木曾本碓先生	3
选举主席团成员	3
通过议程	3
本届会议的工作安排	3

第 2296 次会议

1993 年 5 月 7 日, 星期五, 上午 10 时 15 分

本届会议的工作安排 (续)	4
---------------------	---

第 2297 次会议

1993 年 5 月 14 日, 星期五, 上午 10 时 5 分

本届会议的工作安排 (续)	5
---------------------	---

第 2298 次会议

1993 年 5 月 17 日, 星期一, 上午 10 时 5 分

副法律顾问的发言	5
危害人类和平及安全治罪法草案 特别报告员的第十一次报告	6
本届会议的工作安排 (续)	10
向委员会前任秘书弗拉基米尔·科特赖尔先生致 谢	12

第 2299 次会议

1993 年 5 月 21 日, 星期五, 上午 10 时

危害人类和平及安全治罪法草案 (续) 特别报告员的第十一次报告 (续)	12
----------------------------------------------	----

第 2300 次会议

1993 年 5 月 25 日, 星期二, 上午 10 时 5 分

危害人类和平及安全治罪法草案 (续) 特别报告员的第十一次报告 (续)	17
关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任 特别报告员的第九次报告	23

第 2301 次会议

1993 年 5 月 28 日, 星期五, 上午 10 时 5 分

危害人类和平及安全治罪法草案 (续) 特别报告员的第十一次报告 (续)	26
----------------------------------------------	----

第 2302 次会议

1993 年 6 月 1 日, 星期二, 上午 10 时 20 分

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任 (续) 特别报告员的第九次报告 (续)	28
-------------------------------------------------------------	----

第 2303 次会议

1993 年 6 月 4 日, 星期五, 上午 10 时 5 分

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任 (续) 特别报告员的第九次报告 (续)	35
危害人类和平及安全治罪法草案 (续) 国际刑事法院规约草案工作组的报告	43

第 2304 次会议

1993 年 6 月 8 日, 星期二, 上午 10 时 10 分

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任 (续) 特别报告员的第九次报告 (续)	44
同其他机构的合作 亚非法律协商委员会观察员的发言	48

第 2305 次会议

1993 年 6 月 10 日, 星期四, 上午 10 时 5 分

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任 (续) 特别报告员的第九次报告 (续)	50
国家责任 特别报告员的第五次报告	52

第 2306 次会议

1993 年 6 月 11 日, 星期五, 上午 10 时 10 分

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任 (续) 特别报告员的第九次报告 (续)	61
国家责任 (续) 特别报告员的第五次报告 (续)	64

第 2307 次会议

1993 年 6 月 15 日, 星期二, 上午 10 时 5 分

国家责任 (续) 特别报告员的第五次报告 (续)	66
-----------------------------------	----

第 2308 次会议

1993 年 6 月 16 日, 星期三, 上午 10 时 5 分

国家责任 (续) 特别报告员的第五次报告 (续)	72
-----------------------------------	----

	页次
本届会议的工作安排 (续完)	80
第 2309 次会议	
1993 年 6 月 18 日, 星期五, 上午 10 时 5 分	
国家责任 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续)	81
国际法讲习会结业	89
国际水道非航行使用法	
特别报告员的第一次报告	89
第 2310 次会议	
1993 年 6 月 22 日, 星期二, 上午 10 时 5 分	
国家责任 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续)	94
第 2311 次会议	
1993 年 6 月 24 日, 星期四, 上午 10 时 10 分	
国际水道非航行使用法 (续)	
特别报告员的第一次报告 (续)	99
第 2312 次会议	
1993 年 6 月 25 日, 星期五, 上午 10 时 5 分	
国际水道非航行使用法 (续)	
特别报告员的第一次报告 (续)	104
同其他机构的合作 (续)	
欧洲法律合作委员会观察员的发言	110
第 2313 次会议	
1993 年 6 月 29 日, 星期二, 上午 10 时 10 分	
国际水道非航行使用法 (续)	
特别报告员的第一次报告 (续)	112
同其他机构的合作 (续完)	
美洲法律委员会观察员的发言	121
第 2314 次会议	
1993 年 6 月 30 日, 星期三, 上午 10 时 5 分	
国际水道非航行使用法 (续)	
特别报告员的第一次报告 (续)	123
国家责任 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续)	123
审议起草委员会在第四十四届会议通过的第二部分第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二草案	129
第 1 条第 2 款	129
第 6 条 (停止不法行为)	129
第 6 条之二 (赔偿)	129
第 2315 次会议	
1993 年 7 月 1 日, 星期四, 上午 10 时 10 分	
国家责任 (续)	
特别报告员的第五次报告 (续完)	131
第 2316 次会议	
1993 年 7 月 6 日, 星期二, 上午 10 时	
国家责任 (续)	
审议起草委员会在第四十四届会议通过的第二部分第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二草案 (续)	140

	页次
第 6 条之二 (赔偿) (续完)	141
第 7 条 (恢复原状)	143
第 8 条 (补偿)	143
第 10 条 (抵偿)	143
第 10 条之二 (承诺和保证不重复)	145
国际水道非航行使用法 (续)	
特别报告员的第一次报告 (续完)	145
第 2317 次会议	
1993 年 7 月 7 日, 星期三, 上午 11 时 10 分	
委员会的计划、程序和工作方法及其文件	148
第 2318 次会议	
1993 年 7 月 13 日, 星期二, 上午 10 时 5 分	
国家责任 (续完)	
起草委员会拟议的条款草案	151
第 11 条 (受害国的反措施)	151
第 12 条 (与诉诸反措施有关的条件)	151
第 13 条 (相称)	151
第 14 条 (禁止采用的反措施)	152
关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (续完)	
起草委员会拟议的条款草案	158
第 1 条 (本条款的范围)	158
第 2 条 (用语)	158
第 11 条 (事前核准)	158
第 12 条 (对于危险的评估)	159
第 14 条 (尽量减少危险的措施)	159
第 2319 次会议	
1993 年 7 月 14 日, 星期三, 上午 10 时 10 分	
委员会第四十五届会议工作报告草稿	162
第四章 国家责任	
C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文	
2. 委员会第四十五届会议暂时通过的	
第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注	
第 1 条第 2 款的评注	163
第 6 条 (停止不法行为) 的评注	163
第 6 条之二 (赔偿) 的评注	165
第 2320 次会议	
1993 年 7 月 15 日, 星期四, 上午 10 时 5 分	
委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续)	169
第四章 国家责任 (续)	
C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文 (续)	
2. 委员会第四十五届会议暂时通过的	
第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注 (续)	
第 6 条之二 (赔偿) 的评注 (续)	169
第 10 条 (抵偿) 的评注	170
第 2321 次会议	
1993 年 7 月 19 日, 星期一, 上午 10 时 5 分	
委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续)	

	页次
第四章 国家责任 (续)	
C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文 (续)	
2. 委员会第四十五届会议暂时通过的 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、 第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条 之二的草案案文及其评注 (续)	
第 6 条之二 (赔偿) 的评注 (续完)	175
第 10 条 (抵偿) 的评注 (续完)	175
第 10 条之二 (承诺和保证不重复) 的 评注	177
第 7 条 (恢复原状) 的评注	178
第 6 条 (停止不法行为) 的评注 (续完)	178
第 8 条 (补偿) 的评注	179
第六章 委员会的其它决定和建议	
A. 委员会的计划、程序和工作方法及其 文件	181
B. 与其他机构的合作	182
C. 第四十六届会议的日期和地点	182
D. 出席大会第四十八届会议的代表	182
E. 国际法讲习会	182
F. 希尔维托·阿马多纪念讲座	182
第 2322 次会议	
1993 年 7 月 19 日, 星期一, 下午 3 时 10 分	
国际水道非航行使用法 (续完)	
起草委员会二读提议的条款草案	183
委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续)	
第三章 关于国际法不加禁止的行为所产生的 损害性后果的国际责任	186
第四章 国家责任 (续)	
C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案 文 (续)	
2. 委员会第四十五届会议暂时通过的 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、 第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条 之二的草案案文及其评注 (续)	
第 8 条 (补偿) 的评注 (续)	187
第 2323 次会议	
1993 年 7 月 20 日, 星期二, 上午 10 时 5 分	
委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续)	
第四章 国家责任 (续)	
C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案 文 (续)	
2. 委员会第四十五届会议暂时通过的 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、 第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条 之二的草案案文及其评注 (续)	
第 8 条 (补偿) 的评注 (续)	190
A. 导言	192

	页次
B. 本届会议审议这个专题的情况	192
第 2324 次会议	
1993 年 7 月 21 日, 星期三, 上午 10 时 5 分	
委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续)	
第四章 国家责任 (续完)	
C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案 文 (续完)	
2. 委员会第四十五届会议暂时通过的 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、 第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条 之二的草案案文及其评注 (续完)	
第 8 条 (补偿) 的评注 (续完)	192
第二章 危害人类和平及安全治罪法草案	194
第 2325 次会议	
1993 年 7 月 21 日, 星期三, 下午 3 时 10 分	
危害人类和平及安全治罪法草案 (续)	
国际刑事法院规约草案工作组报告订正本	195
第 2326 次会议	
1993 年 7 月 22 日, 星期四, 上午 10 时 10 分	
危害人类和平及安全治罪法草案 (续完)	
国际刑事法院规约草案工作组报告订正本 (续 完)	205
委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续)	
第五章 国际水道非航行使用法	208
第 2327 次会议	
1993 年 7 月 23 日, 星期五, 上午 10 时 10 分	
委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续完)	
第一章 本届会议的组织	
A. 委员会委员	
B. 主席团成员	
C. 起草委员会	
D. 国际刑事法院规约草案工作组	
E. 秘书处	
F. 议程	
G. 委员会第四十五届会议工作情况概述	209
第二章 危害人类和平及安全治罪法草案 (续 完)	210
A. 导言	210
B. 本届会议审议这个专题的情况	210
1. 特别报告员的第十一次报告	210
B. 本届会议审议这个专题的情况 (续完)	
1. 特别报告员的第十一次报告 (续完) ..	210
2. 设立国际刑事法院规约草案工作组 ..	211
3. 国际刑事法院规约草案工作组的工作 成果	211
委员会的计划、程序和工作方法及其文件 (续完)	
委员会第四十六届会议的工作计划	212
会议闭幕	212

委员会委员

姓 名	国 籍	姓 名	国 籍
侯赛因·巴哈纳先生	巴林	艾哈迈德·马希乌先生	阿尔及利亚
奥图·哈索内先生	约旦	瓦茨拉夫·米库尔卡先生	捷克共和国
加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生	意大利	纪尧姆·庞布-奇文达先生	加蓬
胡利奥·巴尔沃萨先生	阿根廷	阿兰·佩莱先生	法国
穆罕默德·本努纳先生	摩洛哥	彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生	印度
德雷克·威廉·鲍威特先生	大不列颠及北爱尔兰联合王国	埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生	马达加斯加
卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生	巴西	帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生	牙买加
詹姆斯·克劳福德先生	澳大利亚	罗伯特·罗森斯托克先生	美利坚合众国
约翰·德萨拉姆先生	斯里兰卡	史久镛先生	中国
古德蒙杜尔·埃里克松先生	冰岛	阿尔伯特·塞克利先生	墨西哥
萨利福·冯巴先生	马里	杜杜·锡亚姆先生	塞内加尔
穆罕默德·居内先生	土耳其	克里斯蒂安·托穆沙特先生	德国
卡米勒·伊德里斯先生	苏丹	埃德孟多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生	智利
安德里亚斯·雅乔维德斯先生	塞浦路斯	弗拉德连·韦列谢京先生	俄罗斯联邦
彼得·卡巴齐先生	乌干达	弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生	危地马拉
阿卜杜勒·科罗马先生	塞拉利昂	山田中正先生	日本
莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生	印度尼西亚	亚历山大·扬科夫先生	保加利亚

主席团成员

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生
 第一副主席：古德蒙杜尔·埃里克松先生
 第二副主席：卡米勒·伊德里斯先生
 起草委员会主席：瓦茨拉夫·米库尔卡先生
 报告员：约翰·德萨拉姆先生

副法律顾问拉尔夫·萨克林先生代表秘书长出席了本届会议。法律事务厅编纂司代理司长杰奎林·多琪女士担任委员会秘书，并在副法律顾问未出席时代表秘书长。

议 程

委员会在 1993 年 5 月 3 日第 2295 次会议上通过了以下议程：

1. 本届会议的工作安排
2. 国家责任
3. 危害人类和平及安全治罪法草案
4. 国际水道非航行使用法
5. 关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任
6. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件
7. 同其他机构的合作
8. 第四十六届会议的日期和地点
9. 其他事项

简 称

欧安会 (CSCE)	欧洲安全和合作会议
欧洲经委会 (ECE)	欧洲经济委员会
欧共体 (EC)	欧洲共同体
民航组织 (ICAO)	国际民用航空组织
红十字委员会 (ICRC)	红十字国际委员会
海事组织 (IMO)	国际海事组织
美洲组织 (OAS)	美洲国家组织
非统组织 (OAU)	非洲统一组织
贸易法委员会 (UNCITRAL)	联合国国际贸易法委员会
环境规划署 (UNEP)	联合国环境规划署
难民专员办事处 (UNHCR)	联合国难民事务高级专员办事处
训研所 (UNITAR)	联合国训练研究所

*

* *

《国际法院裁决集》

《国际法院判决、咨询意见和命令集》

《国际常设法院汇编 A 辑》

《国际常设法院判决集》(第 1 至 24 集: 直到并包括 1930 年)

*

* *

关于引文的说明

除非另有说明, 出自外文著作的引文均由秘书处所译。

本卷所引用的多边公约

来源

人权

- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》
(纽约, 1948 年 12 月 9 日) 联合国, 《条约集》, 第 78 卷, 第 288 页。
- 《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》(斯特拉斯堡, 1963 年 5 月 6 日) 同上, 第 634 卷, 第 221 页。
- 《公民权利和政治权利国际公约》
(纽约, 1966 年 12 月 16 日) 同上, 第 999 卷, 第 202 页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》
(纽约, 1973 年 11 月 30 日) 同上, 第 1015 卷, 第 254 页。
- 《消除对妇女一切形式歧视公约》
(纽约, 1979 年 12 月 18 日) 同上, 第 1249 卷, 第 48 页。
- 《儿童权利公约》
(纽约, 1989 年 11 月 20 日) 《大会正式记录, 第四十四届会议, 补编第 49 号》, 第 44/25 号决议, 附件。

特权与豁免, 外交关系

- 《维也纳外交关系公约》
(维也纳, 1961 年 4 月 18 日) 联合国, 《条约集》, 第 500 卷, 第 128 页。
- 《维也纳领事关系公约》
(维也纳, 1963 年 4 月 24 日) 同上, 第 596 卷, 第 324 页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》
(纽约, 1973 年 12 月 14 日) 同上, 第 1035 卷, 第 179 页。

环境与自然资源

- 《关于开发乍得湖流域的公约和条例》
(拉密堡, 1964 年 5 月 22 日) 联合国, 《关于为非航行目的使用国际水道问题条约集: 非洲》自然资源/水, 第 13 辑(出售品编号 E/F.84.II.A.7), 第 8 页。
- 《关于尼日尔河委员会和尼日尔河航运的协定》(尼亚美, 1964 年 11 月 25 日), 后由《设立尼日尔河流域管理局公约》(法拉纳, 1980 年 11 月 21 日) 取代 联合国, 《条约集》, 第 587 卷, 第 19 页。
联合国, 《关于为非航行目的使用国际水道问题条约集: 非洲》自然资源/水, 第 13 辑(出售品编号 E/F.84.II.A.7), 第 56 页。
- 《养护自然和自然资源非洲公约》
(阿尔及尔, 1968 年 9 月 15 日) 联合国, 《条约集》, 第 1001 卷, 第 3 页。
- 《养护东南大西洋生物资源公约》
(罗马, 1969 年 10 月 23 日) 同上, 第 801 卷, 第 101 页。

- 《塞内加尔河地位公约》和《设立塞内加尔河开发组织公约》
(努瓦克肖特, 1972年3月11日) 联合国,《关于为非航行目的使用国际水道问题条约集: 非洲》, 自然资源/水, 第13辑(出售品编号 E/F.84.II.A.7), 第16页。
- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》
(伦敦、墨西哥城、莫斯科和华盛顿, 1972年12月29日) 联合国,《条约集》, 第1046卷, 第120页。
- 《禁止向非洲输入有害废物并管制有害废物在非洲境内越境转移和管理的公约》
(巴马科, 1991年1月30日) 同上, 第2101卷, 第177页。
- 《越境环境影响评估公约》
(埃斯波, 1991年2月25日) E/ECE/1250号文件, 1991年。
- 《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》
(赫尔辛基, 1992年3月17日) 《国际法律材料》(华盛顿特区), 第31卷, 第6号(1992年11月), 第1313页。
- 《工业事故越境影响公约》
(赫尔辛基, 1992年3月17日) 同上, 第1333页。
- 《联合国气候变化框架公约》
(纽约, 1992年5月9日) 同上, 第4号(1992年7月), 第851页。
- 《生物多样性公约》
(里约热内卢, 1992年6月5日) 同上, 第822页。

海洋法

- 《大陆架公约》
(日内瓦, 1958年4月29日) 联合国,《条约集》, 第499卷, 第322页。
- 《关于强制解决争端之任择签字议定书》
(日内瓦, 1958年4月29日) 同上, 第450卷, 第174页。
- 《联合国海洋法公约》
(蒙特哥贝, 1982年12月10日) 《联合国第三次海洋法会议正式记录》, 第十七卷(出售品编号 E.84.V.3), 第151页, A/CONF.62/122号文件。

适用于武装冲突的法律

- 《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》
(日内瓦, 1949年8月12日)
及其第一和第二附加议定书
(日内瓦, 1977年6月8日) 联合国,《条约集》, 第75卷, 第31页起。
同上, 第1125卷, 第149页起。

条约法

- 《维也纳条约法公约》
(维也纳, 1969年5月23日) 同上, 第1155卷, 第378页。
- 《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》
(维也纳, 1978年3月21日) A/CONF.129/15号文件。

麻醉药品

《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（维也纳，1988年12月20日） E/CONF.82/15号文件。

民用航空

《国际民用航空公约》（芝加哥，1944年12月7日） 联合国，《条约集》，第15卷，第295页。

《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》（东京，1963年9月14日） 同上，第704卷，第219页。

责任

《外空物体所造成损害之国际责任公约》（伦敦、莫斯科和华盛顿，1972年3月29日） 同上，第961卷，第219页。

《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》（日内瓦，1989年10月10日） 联合国出版物（出售品编号E.90.II.E.39）。

《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》（卢加诺，1993年6月21日） 欧洲委员会，《欧洲条约集》，第150号。

裁军

《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》（巴黎，1993年1月13日） 《国际法律材料》（华盛顿特区），第32卷，第3号（1993年5月），第804页。

外空

《关于各国探测及使用外空包括月球与其他天体之活动所应遵守原则之条约》（莫斯科、伦敦和华盛顿，1967年1月27日） 联合国，《条约集》，第610卷，第235页。

恐怖主义

《反对劫持人质国际公约》（纽约，1979年12月17日） 同上，第1316卷，第225页。

第四十五届会议文件一览表

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/445	临时议程	油印件。通过的议程见本卷第 vii 页。
A/CN.4/446	秘书处编写的第六委员会在大会第四十七届会议期间讨论委员会报告的专题摘要	油印件。
A/CN.4/447 和 Add.1-3	国际水道非航行使用法：各国政府的评论和意见	转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/448 和 Add.1	危害人类和平及安全治罪法草案：各国政府的评论和意见	同上。
A/CN.4/449	特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于危害人类和平及安全治罪法草案的第十一次报告	同上。
A/CN.4/450	特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第九次报告	同上。
A/CN.4/451	特别报告员罗伯特·罗森斯托克先生关于国际水道非航行使用法的第一次报告	同上。
A/CN.4/452 和 Add.1-3	各国政府对国际刑事管辖问题工作组报告提出的评论	同上。
A/CN.4/453 和 Add.1-3	特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生关于国家责任的第五次报告	同上。
A/CN.4/454	委员会委员就国际法某些主题所编制的摘要	同上。
A/CN.4/L.479	规划组的报告：委员会的计划、程序和工作方法及其文件	油印件。
A/CN.4/L.480 和 Add.1	关于国家责任的条款草案。起草委员会所通过之条款的标题和案文：第二部分	见第 2318 次会议简要记录（第 3 段）。
A/CN.4/L.481	国际法委员会第四十五届会议工作报告草稿：第一章（本届会议的组织）	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第四十八届会议，补编第 10 号（A/48/10）》。最后文本见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分）。
A/CN.4/L.482[和 Corr.1]和 Add.1 以及 Add.1/ Rev.1	同上：第二章（危害人类和平及安全治罪法草案）	同上。
A/CN.4/L.483	同上：第三章（关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任）	同上。

A/CN.4/L.484[和 Corr.1]以及 Add.1-7	同上：第四章（国家责任）	同上。
A/CN.4/L.485	同上：第五章（国际水道非航行使用法）	同上。
A/CN.4/L.486	同上：第六章（委员会的其他决定和结论）	同上。
A/CN.4/L.487	关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任。起草委员会通过的条文标题和案文： 第 1、2、11、12 和 14 条	见第 2318 次会议简要记录 （第 58 段）。
A/CN.4/L.488 和 Add.1[和 Corr.1]以及 Add.2-4	国际刑事法院规约草案工作组报告	油印件。
A/CN.4/L.489	国际水道非航行使用法。起草委员会二读通过的条 文标题和案文：第 1 至 6 条和第 8 至 10 条	见第 2322 次会议简要记录 （第 5 段）。
A/CN.4/L.490 和 Add.1	国际刑事法院规约草案工作组报告订正本	转载于《1993 年……年 鉴》，第二卷（第二部 分），A/48/10 号文件， 附件。
A/CN.4/SR.2295- A/CN.4/SR.2327	第 2295 次至 2327 次会议临时简要记录	油印件。最后文本见本卷。

国际法委员会

第四十五届会议简要记录

1993年5月3日至7月23日在日内瓦举行

第 2295 次会议

1993年5月3日，星期一，下午3时25分

离任主席：克里斯蒂安·托穆沙特先生

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：阿兰焦-鲁伊斯先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、巴尔加斯·卡雷尼奥先生、韦列谢京先生、比亚格兰·克拉梅尔先生、山田先生。

本届会议开幕

1. 离任主席宣布国际法委员会第四十五届会议开幕。

离任主席的发言

2. 离任主席以委员会的名义就斯里兰卡总统拉马辛格·普雷马达萨遇刺身亡一事向德萨拉姆先生表示深切慰问。

3. 他向委员会委员表示欢迎，并对这么多委

员出席开幕会议表示欣慰。

4. 上届会议以来最重要的发展无疑是大会第六委员会对国际法委员会第四十四届会议报告的讨论¹。报告中关于可能设立国际刑事法院的章节当然是各代表团最感兴趣的部分，有些代表团认为规约起草工作可在一年内完成，另一些代表团则持较为谨慎的态度，认为要让各国政府能深入考虑设立这一法院的一切影响。占明确多数地位的主张是，国际刑事法院与危害人类和平及安全治罪法不要自动挂钩，尽管普遍认为治罪法完成后应成为该法院应用的文书之一。鉴于“法律应理解为成文法”原则，不应要求该法院依据习惯法规则作出裁决。关于属人管辖这一点，人们无异议支持法院管辖仅适用于个人而不适用于国家的主张。进一步的细节可参看专题摘要(A/CN.4/446)，其中忠实地反映了第六委员会的辩论情况。

5. 大会在措辞慎重的第47/33号决议中为国际法委员会规定了明确的任务。大会在该决议第6段中：

“请国际法委员会继续关于此问题的工作，从下届会议起作为优先事项进行拟订国际刑事法院规约草案的项目，开始审查工作组报告和第六委员会辩论中所查明的的问题，以期以工作组报告为基础，考虑到第六委员会辩论中的意见和从各国收到的书面评论，起草一份规约，并向大会第四十八届会议提出进度报告。”

6. 这项任务显然是紧迫的，因为国际社会期待委员会拿出切实成果，向大会第四十八届会议提交一份进度报告，即在年底以前。一般来说，委员

¹ 转载于《1992年……年鉴》，第二卷（第二部分）。

会不在紧迫条件下工作，而且要在慎重权衡任何建议之后才将其拟订成条款草案，但是，根据这次规定的任务，委员会必须确立机制，争取按大会规定的时间范围行事。此事的政治意义很重要，而且要实现的目标很明确。不能用委员会的传统办法来处理拟订国际刑事法院规约的工作，如用传统办法，完成一项草案所需时间几乎不会少于五年。近年来只有关于防止和惩处侵害外交代表以及其他受国际保护人员的罪行的条款草案拟订得较快（只用了一届会议）²。

7. 国际刑事法院规约草案当然比 1972 年条款草案（后来成为 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行公约》）要复杂得多。不过，委员会已具备了良好的工作基础：（a）危害人类和平及安全治罪法草案特别报告员杜杜·锡亚姆先生已提出了十分杰出的报告，即便仅从治罪法草案与国际刑事法院之间的密切联系考虑，他也可在规约起草方面发挥重要作用；（b）1953 年联合国国际刑事管辖问题委员会编制的草案³并未完全过时，尽管要做的工作已变得更为复杂；（c）1981 年曾拟出过一份种族隔离罪行的国际刑事法院规约⁴；（d）联系到安全理事会关于设立一个国际法庭来起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的决定⁵，已拟出了若干项草案，其中包括法国和意大利的提案，科雷尔先生、图尔克先生和屠恩夫人拟出的欧安会草案，以及美国在一份非文件中提出的建议，更何况这一切都考虑了国际刑事管辖问题工作组 1992 年所做的工作⁶。因此，即便要在短时间内拟出国际刑事法院规约草案也是可行的。

² 见《1972 年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1 号文件，第 312-323 页。

³ 见《1953 年国际刑事管辖问题委员会的报告，1953 年 7 月 27 日至 8 月 20 日》（《大会正式记录，第九届会议，补编第 12 号（A/2645）》，附件。

⁴ 见联合国《关于设立国际刑事法院以禁止并惩治种族隔离罪行及其他国际罪行的公约草案》（“研究一套办法来执行各项国际文书，如《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，其中包括确立该公约规定的国际管辖权”，E/CN.4/1426 号文件，第 25 页）。

⁵ 安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808（1993）号决议。

⁶ 见上文脚注 1。

8. 他扼要提及本届会议的其他议程项目。他说，关于国家责任问题，大会未能就起草委员会下两周要做工作的两个基本方面达成协商一致，即：在条款草案中增加反措施条款的必要性，以及反措施与和平解决争端程序之间的联系。如果委员会要照顾到各代表团发表的所有意见，就需拟出一种建设性的措词，做到既不致赋予违反者以任何特权，又能防止任何可能的滥用，从而保障和平。

9. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”，他说，多数代表团对上届会议的决定表示满意，但几乎所有发言中都批评说，虽然委员会 14 年来一直在设法解决这个议题涉及的复杂问题，但未通过一项规定。不过，各代表团强调遵循新的方向或许可取得迅速进展，而且委员会肯定可为联合国国际法十年⁷ 作出一项最佳的贡献，即，在委员们本届任期内完成一套关于跨界损害的条款草案。

10. 除一个代表团之外，所有代表团都欢迎委员会决定不再审议“国家与国际组织的关系（议题第二部分）”，因为国际社会的需要已有变化，而这种变化是在工作计划中列入该议题之时不可能预见的。

11. 许多人还表示赞同委员会为寻找新议题而作的认真和建设性的努力。

12. 委员会的报告之所以得到大会的好评，可能是因为其中载有许多关于今后行动的允诺。委员会现在应设法兑现这些承诺。

13. 与其他法律机构合作是委员会的传统政策，为此，委员会派埃里克松先生为代表出席了在斯特拉斯堡举行的欧洲法律合作委员会会议，他在会上作了发言，同时还向全体与会者分发了一份报告。托穆沙特先生本人也作为国际法委员会的代表前往坎帕拉出席了亚非法律协商委员会的年会，他很欣赏该委员会做的工作，他还在会上详细介绍了国际法委员会第四十四届会议的活动。国际法委员会的委员们也参加了一些关于设立国际刑事法院问题的会议，包括应设在意大利锡拉库萨的国际刑侦学高等研究院邀请于 1992 年 12 月 2 日至 5 日举行的“关于设立国际刑事法庭

⁷ 大会第 44/23 号决议中宣布。

。他
会下
即：
反指
会要
种建
权。

以执行国际刑法和人权的世界会议”。托穆沙特先生本人出席了设立国际刑事法庭国际专家会议，该会议是应国际刑法改革和刑事司法政策中心之邀于 1993 年 3 月 22 日至 26 日在温哥华举行的，陪同他出席的还有克劳福德先生、埃里克松先生、拉奥先生和比利亚格兰·克拉梅尔先生，但遗憾的是，锡亚姆先生未能出席。该会议的最后文件或许有助于国际法委员会的工作。

14. 他感谢全体委员对他表示的信任。他还表示感谢主席团和秘书处成员，并且解释说，科特赖尔先生已离开国际法委员会去担任负责审查和分析前南斯拉夫境内战争罪行资料的专家委员会⁸的秘书。他对接替科特赖尔先生的多琪女士表示欢迎。

15. 德萨拉姆先生说，他感谢主席表示的慰问，并向委员会保证一定向本国当局转达。

16. 锡亚姆先生提及未出席温哥华的国际会议，他说，事实上他收到过一份正式邀请，而且尽管工作安排很紧，他还是正式表示同意参加会议。然而，就在会前两周左右，他又收到了一封信，其中说会议要审议的不是国际刑事法院规约，而是负责审理前南斯拉夫境内罪行的法庭规约。因此他觉得不必去参加会议。

悼念小木曾本碓先生

17. 离任主席告知全体委员，以前的同事小木曾本碓先生已于几天前去世。

委员们在离任主席的提议下默哀一分钟，悼念小木曾本碓先生。

选举主席团成员

会议以鼓掌方式选举巴尔沃萨先生为主席。

巴尔沃萨先生就任主席。

主席感谢委员们对他表示信任，选他担任

国际法委员会第四十五届会议主席。虽然委员会有不少委员是新到任的，但 1992 年已表现出杰出的协作精神，依靠这种精神，再加上每位委员的卓越素质，可以指望本届会议也能象上届会议一样取得丰硕成果。

会议以鼓掌方式选举埃里克松先生为第一副主席。

会议以鼓掌方式选举伊德里斯先生为第二副主席。

会议以鼓掌方式选举米库尔卡先生为起草委员会主席。

会议以鼓掌方式选举德萨拉姆先生为报告员。

通过议程 (A/CN.4/445)

19. 主席提议通过临时议程 (A/CN.4/445)，但有一项谅解：各项目的审议顺序取决于委员会安排工作的方式。他还提议在议程项目 6（委员会的计划、程序和工作方法及其文件）之下审议大会在第 47/33 号决议第 9 段中提出的请求。

就这样决定。

20. 主席提议本次会议暂停，让扩大的主席团审议委员会的工作安排并让起草委员会主席拟出该委员会的成员名单。

会议于下午 4 时 15 分暂停，下午 6 时继续举行。

本届会议的工作安排

[议程项目 1]

21. 主席提请委员会注意扩大的主席团作出的决定。他说，根据委员会第四十四届会议工作报告第 372 段⁹，第一周和第二周将全部用于起草委员会关于国家责任条款的工作。不过，委员会将于 5 月 7 日和 14 日举行两次全体会议，届时将听取上述工作进展的汇报。从第三周起，委员会开始处理关于国际刑事法院规约的项目，为此要用三到四次全体会议，然后有可能交给一个工作组处理。从 5

⁸ 专家委员会由安全理事会 1992 年 10 月 6 日第 780 号决议设立。

⁹ 见上文脚注 1。

月 25 日起,委员会将在全体会议上审议“关于国际法不加禁止的行为所造成的损害性后果的国际责任”专题特别报告员的报告。如无异议,他就认为委员会通过了扩大的主席团提议的工作计划。

就这样决定。

22. 米库尔卡先生(起草委员会主席)说,经过他刚才进行的磋商并根据第四十四届会议工作报告第 371 段所载委员会通过的准则¹⁰, 他已拟出了起草委员会成员名单如下:巴哈纳先生、巴尔沃萨先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、埃里克松先生、卡巴齐先生、米库尔卡先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、韦列谢京先生和比利亚格兰·克拉梅尔先生。邀请其他委员以观察员身份参加起草委员会在第一周和第二周进行的紧张工作。

下午 6 时 10 分散会。

¹⁰ 同上。

第 2296 次会议

1993 年 5 月 7 日,星期五,上午 10 时 15 分

主席:胡利奥·巴尔沃萨先生

出席:阿兰焦-鲁伊斯先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、巴尔加斯·卡雷尼奥先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

本届会议的工作安排(续)

[议程项目 1]

1. 主席提及扩大的主席团为本届会议准备的、并已发给委员会各委员的工作计划,说委员会的谅解是,全会审议一项专题所节省的时间将拨给起草委员会、扩大的主席团的规划组或另一机构。另一项谅解是,工作计划是灵活的,可依工作进展而加以修改,和往常一样,委员会与之保持有工作关系的法律机构的代表可在定好的日期发言。他还打算尽快与起草委员会、规划组以及本届会议可能建立或重建的任何其他组的主席进行磋商,以便商定如何分配专为它们保留的每星期四次下午会议的时间。他将把磋商的结果及时报告委员会。如无异议,他就认为委员会通过了提议的工作计划。

就这样决定。

2. 主席请起草委员会主席向委员会报告起草委员会的工作进展。

3. 米库尔卡先生(起草委员会主席)说,起草委员会举行了六次会议,在会上审议了关于国家责任的条款草案的第 11 条(受害国的反措施)¹。起草委员会因而能够解决若干突出问题。起草委员会的任务极为艰难,因为该条处理的是该专题的最敏感的方面之一。起草委员会认为,它准备的案文将为讨论提供良好的基础,应能够很快通过。

4. 主席感谢起草委员会及其主席为完成一项极为艰难的任务而作出的努力。

上午 10 时 25 分散会。

¹ 关于特别报告员提议的条款草案第 11 条的案文,见《1992 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件;以及同上,第一卷,第 2273 次会议,第 18 段。

第 2297 次会议

1993 年 5 月 14 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：阿兰焦-鲁伊斯先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

本届会议的工作安排（续）

〔议程项目 1〕

1. 主席请起草委员会主席向委员会报告起草委员会工作的进展情况。

2. 米库尔卡先生（起草委员会主席）说，起草委员会举行了 14 次会议，审议了关于国家责任的条款草案第 11 条（受害国的反措施）、第 13 条（相称）和第 14 条（禁止的反措施）。起草委员会议定了这些条文中的大多数案文，但由于还有一些问题未能解决，还没有加以通过。起草委员会也开始审议第 12 条（采取反措施的条件）¹。

3. 鉴于所取得的进展，他认为，起草委员会能够很快通过第 11、12、13 和 14 条草案。

4. 主席感谢起草委员会及其主席为就一些困难问题寻求解决办法所作的努力。

5. 希尔维托·阿马多纪念讲座将于 6 月 2 日星

期三下午 5 时 30 分举行，由瑞士联邦外交部法律顾问卡夫利什先生演讲，讲题是：“和平解决国际争端领域的新趋势”。

上午 10 时 20 分散会。

第 2298 次会议

1993 年 5 月 17 日，星期一，上午 10 时 5 分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：哈索内先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

副法律顾问的发言

1. 萨克林先生（副法律顾问）说，他代表法律顾问在委员会作这次发言，法律顾问目前滞留在纽约，因为要处理与设立起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭¹（以下称国际法庭）有关的事宜。法律顾问弗莱施豪尔先生很抱歉不能参加委员会关于这个审议中的极为重要议题的辩论，并表示要争取重新安排以便在本届会议晚些时候前来参加委员会的会议。

¹ 第 11 至 14 条草案的案文，见《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件；以及同上，第一卷，分别见第 2273 次会议第 18 段和第 2275 次会议第 1 段。

¹ 见安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808（1993）号决议。

危害人类和平及安全治罪法草案² (A/CN.4/446, B 节, A/CN.4/448 和 Add.1³, A/CN.4/449⁴, A/CN.4/452 和 Add.1-3⁵, A/CN.4/L.488 和 Add.1-4, A/CN.4/L.490 和 Add.1)

[议程项目 3]

特别报告员的第十一次报告

2. 主席提醒各位委员：大会在第 47/33 号决议中表示赞赏地注意到国际法委员会报告中题为“危害人类和平及安全治罪法草案”的第二章⁶，该章全文论及可能设立国际刑事管辖问题；大会请各国向秘书长提交对工作组关于国际刑事管辖问题的报告的书面意见，如有可能，最好在国际法委员会第四十五届会议召开之前提交；大会还请委员会继续就这个问题开展工作，从下届会议起作为优先事项着手拟订国际刑事法院规约草案，首先要审查工作组报告中和第六委员会辩论中提出的问题，争取以工作组报告为基础拟出一项规约，同时要考虑到第六委员会辩论中发表的意见以及从各国收到的书面评论，并向大会第四十八届会议提交一份进度报告。

3. 在这方面，他提请注意本议题特别报告员的第十一次报告 (A/CN.4/449)，其中载有国际刑事法院规约草案；他还提请注意会员国根据大会第 47/33 号决议提交的书面评论 (A/CN.4/452 和 Add.1-3)。另一些有关材料载于各国政府对于委员会第四十三届会议一读通过的《危害人类和平及安全治罪法(草案)》的评论和意见 (A/CN.4/448 和 Add.1)。此外，委员们也可参看根据安全理事会第 808/1993 号决议分发的文件，特别是秘书长的报告⁷。

4. 锡亚姆先生(特别报告员)介绍了他的第十一次报告，他说，对该报告需作一些更正。首先，

第 8 条的案文应改为：

“虽然本法院之管辖属常设性质，但并非其所有机关均全时工作；唯有在有案件交其审理时才召集本法院。”

第二，法文本第 9 条 B 案文中“Seuls”一词应改为“Seul”。法文本第 13 条第 1 款“les”之前应加上“le ou”，该条的评注第一段第二句“ou les”之前应加上“et le”，此外，该评注第二段“une cour inter-Etat”应改为“une cour entre Etats”。第 27 条标题应改为“缺席审判程序不适用”，案文应改为“(对被告不得缺席审判)”。

5. 他至少已提交过三份论述国际刑事法院问题具体方面的报告，但这三份报告都是解释性质的，而且目的在于维持对这个议题的兴趣。有人认为他早就应向大会提出一项国际刑事法院规约草案。然而，须先由大会请委员会提交一项草案，然后委员会才能提出草案。所幸的是，大会现已在第 47/33 号决议中为委员会明确规定了拟订规约草案的任务。既然规约草案现已极早提前分发，委员们当会有足够的时间来全面熟悉这个草案。因此，鉴于时间紧迫，他想重点谈几个大问题。

6. 草案的主要特点是：(a) 实事求是，也就是说，它照顾到其他机构的存在，这无疑会得到某些同事的赞同，这些同事一向认为不能不顾国家主权等事项(b) 体现了灵活性，因为其中规定拟议法院的管辖权不是强制性的，而是由各国斟酌自定；(c) 法院规模不大，易于管理，经费不高——委员会一向希望规约草案能包含这些特点。

7. 草案分为三个主要部分，一个是总则部分，另外两个部分中一个涉及组织和运作，另一个涉及程序。总则部分处理两个问题：法院的管辖和适用的法律。规约草案规定法院不具有专属管辖权。专属管辖权的设想未得到一致支持，因此他遵从了大多数的愿望。法院的管辖还取决于最直接相关的国家的同意：指称的罪行发生在其领土上的国家和指称的罪犯属其国民的国家。这两类国家最为重要，但也可顾及需其他国家同意的可能性。管辖还限于个人，换言之，法院不能审判国际组织或国家。

8. 他把需征得同意的国家分为两大类，这是因为国内法之下刑事诉讼的管辖要遵循两项原则。此

² 关于一读暂时通过的条款草案案文，见《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 98 页起。

³ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

⁴ 同上。

⁵ 同上。

⁶ 转载于《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)。

⁷ S/25704 和 Corr.1 以及 Add.1 号文件。

处所指的就是刑法的领土管辖原则和属人管辖原则。对于前者并无任何疑问。后者针对有时会发生的一些情况，即一国在某个案件中认为关系到其根本利益或其国民的根本利益，因而决定由本国审理该案件。规定属人管辖就可照顾到这种情况。

9. 就适用的法律而言，他遵循了委员会工作组的建议，该工作组认为这种法律只能出自国际公约和协定。因此，拟议的法院将只审理这些法律文书中规定的罪行。此一问题在委员会中引起了长时间的争论，但是，主流意见——而且在他看来也是现实的意见——认为适用的法律应限于国际公约和协定。不过，有些委员认为习惯法和一般法律原则在某些情况下也可以是适用法律的依据。据此，他在条款草案中把这些意见置于括号中，使工作组能审议这一问题。顺便说一下，也不能忽略案例法，因为很难设想可以制止某法院采用其本身的案例法。

10. 法院的组织和运作要遵从两项原则：(a) 法院作为一个机构的常设性质：此处要调和两个因素：法院必须是常设性的，但其工作却不应是专职性的；(b) 法院的实际组成：和国际组织的一般做法不一样，法官并不通过选举产生，而是由其原籍国任命，然后由联合国秘书长按字母顺序排列编制所任命的法官名单，法官的工作将不是专职性的。

11. 就法院法庭的组成而言，要让各缔约国任命的所有法官都同时在一法庭办案显然是行不通的。因此他提议法庭由九名法官组成，当然人数可多可少。一旦有案件提交法院，将由法院院长从联合国秘书长编制的名单中选定法官。

12. 院长在挑选法官时要考虑到某些标准，以保证法庭组成的客观性。因此，与被控的犯罪者同属一国国民的法官不得入选，被认为是犯罪地点所在国国民的法官也不得入选。院长本人将由法官全体会议或由各国组成的一委员会或联合国大会选举产生。

13. 法院的程序分为若干阶段，其中包括向法院提交案件、调查和审判阶段。只能由国家以控诉状的形式向法院提交案件。关于如何起草控诉状，委员们可参看条款草案。

14. 调查制度有两种：(a) 法官审问式诉讼制度，在这种制度中，调查交由调查法官一人负责，

他的权力极大，而且调查是秘密进行的；(b) 当事人交锋的诉讼制度，在这种制度中，调查由法院本身公开进行。虽然他本人来自主要实行法官审问式诉讼制度的国家，但他倾向于当事人交锋的诉讼制度。这并不意味着法院不能在情况需要时或在案件复杂时成立一个调查委员会。但是，一般说来，调查程序应由审判庭进行。

15. 审判阶段需在拟出刑事起诉状之后才能开始。根据某些法律制度，在调查之后由负责提起公诉的检察长拟具刑事起诉状，然后将其通知被告和有关各方，再以刑事起诉状为基础开始审判程序。不过，就国际刑事法院而言，他建议采取一种较为灵活的制度——委员会大多数主张机构要小，要有灵活性——由向法院提交控诉状的国家负责提起公诉。采用这种程序就不必设检察部门，因而也省去了检察部门需配备的所有法律工作人员。根据经验，他知道采取设立检察部门的做法会使程序变得十分冗长。如果由提交控诉状的国家负责提起公诉，而且该国须汇集证据并向法院出示，结果终究是几乎相同的。关键在于法院要能通过确定真相所需的任何手段查明真相。

16. 他没有提及判决书的起草、上诉以及行刑等其他问题，因为委员们在这方面可自行参看报告。他认为，规约草案符合委员会的愿望，即设立一个能顺应实际情况、灵活且费用不高的机构。

17. 德萨拉姆先生说，特别报告员的第十一次报告极有助益，他期待特别报告员随着本届会议工作的进展能就尚待确定的各项问题提出意见。当然，委员会要以第四十四届会议工作报告附件所载工作组建议⁸为基础开展这项工作。

18. 全体委员都意识到，如要把国际刑事法院规约草案的各个条款融汇到一起，必须查明并解决许多问题，其中有些问题相对于其他要困难得多。因此，委员会从一开始就应说明它认为本届会议的总体目标是什么。委员会如能向大会报告在三个要点上达成了一致就是很大的成绩：第一，国际刑事法院规约主要章节的可能的总体结构；第二，关于主要属技术性质的事项的章节的适当条款草案——例如，行政、体制和组织事项——这些事项较易达成一致；第三，可能需较多时间才能解决的较为困

⁸ 见上文脚注 6。

难的问题，每个问题范围内有待商定的具体要点，以及每一要点具备的选择方案。如能以此向大会报告，委员会就可向第六委员会表明，随着规约草案开始成形，它的确切想法是什么。

19. 关于规约草案的总体结构，委员会可从秘书长根据安全理事会第 808 (1993) 号决议⁹ 第 2 段编写的报告中得到十分有益的指导，尽管秘书长报告所指设立国际法庭的法律根据与委员会拟订国际刑事法院规约草案的法律根据之间有很大的差别。规约草案中主要属技术性质的事项的章节较易达成一致。从已拟出的大量规约草案来看，上述条款在审议的规约草案条款中占 70% 至 80% 左右，其余则是尚需做大量工作的遗留困难问题。

20. 最后，委员会在本届会议上——尤其是在工作组阶段和必然要举行的非正式磋商中——需作出选择，确定如何以最佳方式处理或拟订具体的条款草案。特别报告员提议的条款极有助益，当然应经常参考查阅。此外，随着每一具体问题的审议，还宜由一些委员开始编拟某些现有主要规约草案条款对照表。就此而言，秘书长向安全理事会提议的规约条款也有很大的参考价值。

21. 伊德里斯先生说，应向特别报告员表示祝贺，他在较短时间内拟出了一份杰出的报告并且作了出色的口头介绍。国际舞台上最近的事态发展无疑增加了这项任务的难度，特别报告员的不懈努力应得到委员会的称赞和支持。

22. 大会第 47/33 号决议第 6 段含有三个要点。第一，国际社会把国际刑事管辖问题视为优先事项。第二，期待委员会着手实际拟订国际刑事法院规约草案，而不仅仅是继续审议这个问题。第三，要求委员会及时向大会第四十八届会议提交一份进度报告。委员会如能以合作精神和现实态度迎接这项挑战，将大大有助于证明其在联合国系统内的作用。

23. 特别报告员的第十一次报告不仅顾及了上届会议所设工作组的工作，而且反映了大会第四十七届会议上表达的意见。正如德萨拉姆先生所说，其他机构也已拟出了一些草案，可加以参考利用。各国政府正逐渐认识到现有国际法的巨大空白以及

设立一个排除了基于主观偏见的狭窄解释的国际刑事法院的必要性。

24. 虽然报告并未表示要提出确定的解决办法，但可为未来的工作提供良好的基础，并且成功地反映了普遍的意见：要建立的结构应能灵活适应情况并且费用较低。对此，各方原则上都表示同意，但仍有一些问题尚需更仔细地审议。第一个问题是判决机关的组成。这个机关虽然不是常设的，但绝不能因为这一性质而减损该机关的公正或独立。法院必须完全不受政治影响，对这个问题需加以十分慎重和现实的考虑。第二，关于管辖，规约草案第 5 条第 3 款规定：在通过相关的刑法之前，法院管辖范围内的罪行将由缔约国之间的专门条约或缔约国的单边文书界定。这方面引起的问题是，任何缔约国为何应在本国法院能处理的事项中服从国际法院的管辖。此处涉及国家主权问题。如果委员会希望法院能取得成功，就需把法院的管辖范围限为道义上应受严责的极度严重的罪行。

25. 他支持德萨拉姆先生关于在工作组内安排本议题工作的建议，特别是关于为进行比较而编拟某些现有规约条款对照表的建议。

26. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，特别报告员第十一次报告中所列规约草案的三个部分有助于工作组分两个部分——也可以是三个部分——安排议事工作。

27. 对于很难想象联合国在一项决议中请委员会为不属于联合国机关的法院拟订规约的说法，他表示不同意，但他认为，鉴于当前国际罪行不幸又一次成为最受注意的事件，把法院定为联合国的一个机关是正常的。在这方面，考虑到如采取草案第 12 条中提议的法官任命程序，则拟议的机关会有一百多个成员，他问是否适宜象特别报告员在第十一次报告中多次提及的那样采取“法院”的提法，还是最好采取“法院的各机关”这种提法，就象秘书长在其报告¹⁰中所做的那样。这或许只是一个技术问题，但仍应加以慎重考虑。

28. 关于属人管辖权问题，对于法院将只审判个人这一点并无争议。然而，对于引入了领土和国籍原则的第 5 条第 2 款却并非没有争议。如果决定

⁹ 见上文脚注 7。

¹⁰ 同上。

法院可审判个人的前提是其管辖必须为某人属其国民的国家以及推定罪行发生在其领土上的国家所接受,则法院的效力会受很大的减损;事实上,如果其中的一个国家拒绝接受管辖,法院就可能完全无法采取行动。前面已提到了国家主权问题。一国加入某项条约就可能放弃一定的主权。如果一国同意设立这一法院,就可认为它同时应接受法院的管辖,在此处的特定情况下就是把主权权利让与国际社会。除非承认这项原则,否则法院的重要性将是十分有限的。

29. 第 5 条第 3 款颇令人困惑,该款既涉及属人管辖,又涉及属事管辖。很难同意允许国家以特殊条约或单边文书指定把哪些罪行列入法院管辖范围。法院肯定必须具备明确订立的管辖权,不依特定国家接受或不接受而定。委员会长期以来无法摆脱而且无疑仍将不能摆脱的一个问题是,法院的效力取决于实体刑法的存在,没有实体法,法院极难开展工作。在这方面,他忆及国际联盟时代在筹备设立国际常设法院的委员会内曾提出过设立国际刑事法院的建议,但因这方面没有明确的实体法,这一建议被撤回了。就纽伦堡法庭和东京法庭而言也出现过同样的问题,而且这一问题在前南斯拉夫情况方面又在引起严重困难。他希望委员会在设立国际刑事法院这一优先问题上开展工作时不要忘记尽快争取解决实体法问题是多么重要。如果对要审判的罪行没有明确的界定,法院无论组织得多么好也是一个不完善的机构。

30. 关于第 7 条第 2 款(e)项,不可能同意人人都应有权只在本人出庭的情况下受审。许多法律制度都允许对被告进行缺席审判,前提是被告知道自己受到起诉和审判。如果被告自己决定不出庭,这并不必然构成对基本权利的剥夺。

31. 他也认为拟议规约草案第二部分主要涉及行政性质的事项,不大可能引起许多问题。委员会应坚持自己在其第四十四届会议工作报告¹¹中所载并经大会核准的建议。法院不应是一直开庭的;应只在必要时才履行职能,最令人满意的无疑是审判庭制度。

32. 就关于程序的第三部分而言,必须分清两种情况,一是把案件提请法院注意,一是诉讼程序

的实际开始。一国提交控诉状是很正常的,而且任何国家都可这样做。特别报告员的建议是,要通知罪行发生在其领土上的国家和被告属其国民的国家。他希望这并不意味着国家可反对针对某一个人提起诉讼程序。关于第 25 条,他认为确实应允许国家在诉讼中出庭,但提起公诉应由法院另一机构负责。

33. 第 26 条提出法院应决定某一控诉状是否可予受理。这肯定不是说要求 100 名左右成员对是否应提起诉讼的意见;或许可由法院的院长会议做这种决定。该条还规定由法院决定是否进行调查。但是,这项任务要由哪一个审判庭或个人来执行?初步调查肯定是必要的,但草案并未明确区分这种调查和案件本身的诉讼程序。这应当是两个分开的阶段。

34. 第 28 条未提“引渡”,而是用了“送交”一词,这是很好的。不过,承认国家可以声称法院某项决定是基于政治、种族、社会、文化或宗教理由显得很奇怪。他还想知道如果一国拒绝交出某人会发生什么情况。显然法院应有最后决定权。他认为,第 34 条的主题——刑罚——应在要适用的实体法文书中列出,但由于目前很少有国际文书在界定罪行时也列明刑罚,因此希望此事能由法院来做。此外,他问法院是否将按该条中的顺序来适用刑法中规定的刑罚,即:(a)罪犯属其国民的国家;(b)提交控诉状的国家;(c)罪行发生在其领土上的国家。常设法院的一个优点是可提供明确的法律框架。他想重申,刑罚应由国际法确定,其中可吸收国内法的内容,但不一定必须适用国内法规定的刑罚。拟议的国际法庭是一个特例,因为这一机构将参照前南斯拉夫的法律。国际刑事法院的目的不是处理某一特定冲突,须订立有普遍效力的条款。

35. 就第 35 条而言,特别报告员是要委员会在复审和上诉之间作出选择。事实上,人权法律的原则之一是,应一律有可能就法院的裁决提起上诉。复审显然是不够的。

36. 第 37 条的措词颇含混。他询问:负责执行判决的国家是否可自行决定赦免或有条件释放?它是否必须遵循与其他有关国家的磋商中提出的意见?他认为,对于罪行发生在其领土上的国家、受害国或受害者属其国民的国家都不应给予特权。国

¹¹ 见上文脚注 6。

际社会的所有国家都是有关的。

37. 他同意其他委员的意见：余下的问题很复杂，不应在全体会议内处理，而应在工作组内处理。委员会应争取在 1994 年提出最后草案。工作组完全可以分成几个小组，分别集中处理草案的各部分。

38. 克劳福德先生说，他认为进行一般性辩论并无真正的需要。工作组应当顾及特别报告员的有益的工作、秘书长的报告¹²以及工作组 1992 年的报告。问题不应在全体会议内辩论。应允许工作组决定自己的工作方法。工作组或许真地想设立小组，但不应以指示的方式要求它这样做。然后，关于特定的问题，可请某个小组提出案文，但整个工作组应立即开始工作。

39. 科罗马先生不同意卡莱罗·罗德里格斯先生表达的纽伦堡（法庭）并无明确的实体法的观点。纽伦堡审判有大量法律可依。否认这一点就意味着对被告的处理是不公正的——这种说法出自国际法委员会是很严重的。对于罪行未有明确界定的说法，他也不能听任其不受质疑。这样说也意味着当年的裁决不能成立，而他不同意这种观点。

40. 卡莱罗·罗德里格斯先生说得对：国际刑事法院的管辖必须明确界定，而且不应取决于各国的意愿。然而，特别报告员是为了顺应以下事实：国际社会的某些成员主张国际刑事法院要有灵活性。虽然工作组大多数成员都倾向于明确界定国际刑事法院的管辖权，但有些成员认为在哪些案件应交该机构审理这一问题上应保留国家特权。这看来也是安全理事会多数常任理事国的立场。

41. 他同意克劳福德先生的意见：目前应由工作组会议讨论整个议题，然后可分设小组集中处理任何可能出现的具体困难。重开一般性辩论于委员会不利。对此事已作了充分的讨论，第六委员会不会乐意从委员会报告中看到该问题在全体会议上又一次被提出。

42. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他准备以后再就国际刑事法院问题提出自己的意见，不过，他认为另有几点需要谈一下。委员会是审议机构，不应

有必须在本届会议结束前拿出结果的压力。有些委员感到紧迫，他并无此种感觉。如果委员会允许自己不对必须审议的问题进行应有的审议就仓促作出结论，人们就会批评它履行职权不当。正如卡莱罗·罗德里格斯先生指出的那样，确定国际刑事管辖权的问题可回溯至国际联盟时代，纽伦堡审判也牵涉到这个问题。迄今在一般性辩论上已用了过多的时间。现应由工作组着手处理余下的问题，诸如：管辖和适用的法律，国家管辖与国际管辖之间的关系，其他条约之下的义务和国际刑事法院的职能，法院与联合国之间以及法院与安全理事会之间的关系，以及检察部门的作用。次要的问题也必须解决。因此仍然需要透彻的分析，所以，虽然政治气候已经成熟，委员会不应仓促行事，而必须以从容谨慎的速度开展工作。

本届会议的工作安排（续）

[议程项目 1]

43. 主席说，已商定起草委员会下午开会，次日下午还要开会。不过，由于特别报告员不能到会，起草小组继续进行有关国家责任的工作有困难。因此，扩大的主席团已决定建议委员会在本届会议期间重新设立国际刑事管辖问题工作组，由科罗马先生担任主席。扩大的主席团还建议星期三不举行全体会议，由工作组举行会议。如无异议，他就认为委员会同意这些建议。

就这样议定。

44. 关于罗森斯托克先生曾提出的一项意见，主席说，从全体会议发言名单上的人数来看，无法再为工作组安排一次额外会议，何况工作组可在本周内举行三次会议。

45. 本努纳先生说，他也认为本届会议全体会议的讨论应减至最低限度，以使工作组能尽可能取得大的进展。对于法院规约的总构架已作了充分的讨论。现在需要集中处理设立法院的具体方式和规约的措词。一旦工作组完成这些任务，在全体会议内进行讨论将是有益的。

46. 克劳福德先生说，应确定一种惯例：凡是讨论国际刑事法院问题的全体会议提前结束，就把

¹² 见上文脚注 7。

余下的时间交给工作组支配。他促请全体会议上就此议题的任何发言应尽可能简短。

47. 主席说，他赞同关于发言保持简短的呼吁。工作组在审议结束时要提交一份报告，让委员会能评估取得的进展。

48. 科罗马先生（工作组主席）说，经过磋商，现已决定工作组由巴哈纳先生、阿兰焦—鲁伊斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、居内先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生以及他本人组成。欢迎全体委员为工作组的努力作出贡献，他们可作为观察员参加议事，起草小组就是这样做的。

49. 斯里尼瓦萨·拉奥先生表示愿担任工作组成员，他还促请指定哈索内先生担任成员。

50. 科罗马先生说，欢迎工作组成员中增加他们两位以及伊德里斯先生（他也表示有兴趣参加），这会有很大助益。

51. 主席说，工作组的成员已定，现应确定其认为适当的任何工作方法，并考虑关于分设小组的意见。工作组的任务载于大会第 47/33 号决议第 6 段。

52. 埃里克松先生（第一副主席）宣布了规划小组的成员：哈索内先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、冯巴先生、居内先生、库苏马—阿特马贾先生、马希乌先生、庞布—奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、巴尔加斯·卡雷尼奥先生、韦列谢京先生和扬科夫先生。作为各自小组的协调员，鲍威特先生和佩莱先生是规划小组的当然成员。待法律顾问弗莱施豪尔先生与会事宜安排妥当后，就立即举行规划小组的第一次会议。

53. 托穆沙特先生说，他认为应在全体会议内充分讨论特别报告员的报告。该报告是一份有助益的文件，为辩论提供了理论背景，而且提出了具体建议。不过，既然上届会议已充分探讨了原则问题，他同意现在的任务应是集中进行起草工作。

54. 他不同意斯里尼瓦萨·拉奥先生的看法。

他认为在处理本议题方面应当有紧迫感。国际社会期待委员会拿出看得见的成果，因此，目标应是争取在下届会议结束前完成工作。诚然，分设小组处理某些任务或许是有益的，但这要由工作组自己决定。

55. 对照近来起草类似规约——当然包括特设法庭规约——的努力，或许可加速工作组的努力，这也是秘书处有可能做到的。

56. 韦列谢京先生说，上届会议的成绩确实很大。大会对此是承认的，所以请委员会继续工作并在本届会议上作为优先事项拟订规约草案。

57. 上届会议的进展在很大程度上归因于选定的工作方法：通过设立工作组，终于解决了一些多年来未解决的复杂问题。这些问题之一就是法院规约与危害人类和平及安全治罪法草案的相互关系。这要归功于特别报告员锡亚姆先生和工作组主席科罗马先生，克劳福德先生也作了创造性的贡献。

58. 他完全赞同关于重设工作组的建议，希望其努力也能取得同样的成功。工作组应制订自己的工作方法并决定是否在具体目的分设小组。工作组当然应集中处理未决问题或上届会议期间已提出了一些备选办法的问题，但同时也可着手拟订规约的各项条款。辩明各种办法利弊的最佳途径恰恰就是起草工作的过程。他说并无要求强迫加快规约拟订工作之意，但这项工作也不应人为地延缓。

59. 他同意托穆沙特先生的意见，即目标应是不迟于第四十六届会议结束前完成规约拟订工作。很遗憾，由于这项工作进行得很慢，起草特设法庭规约的任务现已交给其他地方进行而不是在委员会内进行。不过，他希望起草国际刑事法院规约的工作会有助于设立国际法庭的努力。现在已到了集中处理具体条款措辞的时候了。德萨拉姆先生等人已提出了很有益的建议，可在工作中加以利用。应为工作组分配尽可能多的时间，争取使委员会能在完成大会交托的任务中取得真正的进展。

60. 埃里克松先生说，他也认为对于有关规约的基本问题已作了充分的辩论，目前的任务是起草规约。其他一些机构掌握的资源和时间都比本委员会少，却完成了类似的任务，委员会应以此为激励，争取实现自己的目标。他个人认为最好能在本

届会议结束前完成工作，但也可接受争取在下届会议结束前完成工作这一目标。

61. 主席说，从讨论情况来看，本届会议结束时全体会议评述工作组的进展显然不应采取一般性辩论的形式，而应集中评述规约草案的措词。

向委员会前任秘书弗拉基米尔· 科特赖尔先生致谢

62. 主席代表全体委员感谢科特赖尔先生多年来全心全意协助委员会工作，并祝愿他今后一切顺利。

63. 科特赖尔先生感谢主席对他的赞誉和祝愿。

中午 12 时 55 分散会。

第 2299 次会议

1993 年 5 月 21 日，星期五，上午 10 时

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

危害人类和平及安全治罪法草案¹（续）
（A/CN.4/446, B 节, A/CN.4/448 和 Add.1²,
A/CN.4/449³, A/CN.4/452 和 Add.1-3⁴,
A/CN.4/L.488 和 Add.1-4, A/CN.4/L.490
和 Add.1）

[议程项目 3]

特别报告员的第十一次报告（续）

1. 主席宣布，奉召离开日内瓦的山田先生要求将他关于正在讨论的专题的意见予以分发。秘书处将采取必要的步骤。

2. 冯巴先生说，大会第 47/33 号决议赋予委员会一项明确的任务：起草一份规约，同时考虑在第六委员会内表达的各种意见和从各国政府收到的书面评论，并向大会第四十八届会议提交一份进度报告。特别报告员提交了第十一次报告（A/CN.4/449）以后，委员会需要处理规约草案。现在它必须确定草案是否充分反映了第六委员会内和各国在其书面评论中所表达的各种意见。

3. 人们可以同意或不同意特别报告员对各种问题采取的办法，但无可辩驳的事实是，他完成了赋予他的任务。对于他以高度的职业精神处理了对于今后人类具有重大影响的一个敏感的问题，应该对他表示感谢。委员会委员必须展开建设性的工作，以便就某些重要的问题尽快达成尽可能广泛的共识，这样就可以将连贯的材料纳入进度报告并可以实现大会的期望。

4. 关于委员会如何最佳地展开活动以完成其任务，冯巴先生提出了一些具体建议，其中一项是建立一个工作组。因此他欢迎委员会根据这些精神作出的决定，并希望工作组在确定其工作方法方面有足够的自由余地。

5. 必须铭记两点。首先，最重要的是建立一个永久的机构——开始着手采取一些行动，即使不完善

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 98 页起。

² 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

³ 同上。

⁴ 同上。

也无妨,因为不完善在人类司法中是不可避免的。第二,刑事问题上根本性的一点是避免制定在技术上完美无缺但在实践中无法实行的规则。这一领域的判例极少极少,因为仅有的先例只有纽伦堡、东京和最近为起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人而设立的国际法庭⁵(以下称国际法庭)的经验。

6. 他同意本努纳先生和其他人的意见,即在目前阶段应避免进行一般性辩论,但对于国际刑事法院的总体体制框架,具体地说,对于它是否应该成为联合国系统的一个组成部分这一问题需要发表一些意见。

7. 在关于规约草案第 2 条的评论中,特别报告员提出了两条理由,说明他为什么认为法院应该成为联合国的一个机关。首先,国际刑事法院和国际法院的共存并不违反《联合国宪章》;第二,安全理事会决定设立一个国际法庭,这证明除了国际法院以外,还有余地设立一个具有刑事事项管辖权的司法机关。实际上还有一些其他先例。1953 年国际刑事管辖问题委员会的报告⁶表明其所有成员都同意,联合国对于创立一个国际刑事法院应有一定的发起权。有些委员认为,法院应该是联合国的一个机构,或至少是在其范围内建立并履行职责的一个机构。

8. 以联合国为其组织形式的国际社会需要一个刑事法院,以便确定该社会内被视为罪行的那些行为。在联合国范围内建立法院将向世界社会明确表示承认个人刑事责任的原则,赋予法院以必要的权力,为普遍接受其管辖权开辟道路并保障其为了共同的利益履行职责。他赞同这些意见。

9. 此外,1992 年 3 月 26 日欧洲议会关于设立一个国际战争罪刑事法院的报告赞成这种法院必须是联合国的一个机构的观点,并强调指出必须逐步实现普遍性。另外还可以列举一些其他案文,例如 1943 年伦敦国际大会的公约草案第 1 条⁷和 1992 年巴西

乌尼先生编写的规约草案第 13 条⁸。

10. 庞布·奇文达先生祝贺特别报告员在创记录的时间内杰出地起草了一份激发理智的文件。第十一次报告的信息是明确的:应该以实用主义、现实主义和灵活性来对待委员会的任务。该报告集中叙述了国际刑事法院的实质性和程序性方面及其业务和行政问题。但它并不声称解决建立这种法院所产生的所有微妙的问题。正如报告所指出的,它至多是委员会的一份工作计划。

11. 特别报告员似乎满足了工作组的愿望,因为工作组在其报告⁹中表明,应该提出一些具体的建议,以便协助委员会完成大会赋予它的任务。然而如果这样做,特别报告员可能会捆住自己的手脚。就方法论而言,正在审议的草案代表了一系列问题,使一些基本问题没有得到解决。这些问题包括规约与国内立法之间的关系,以及国际刑事法院和联合国系统其他机构之间的相互作用。

12. 令人遗憾的是,关于取得具体结果的愿望导致了无系统地处理某些问题。例如,改写关于可适用的法律、法院的权限以及法院内部采用的程序的某些条款可以有助于更好地突出国际刑事法院在整个联合国系统内的地位,也有利于大会。正是为此目的,可以提出一些具体的意见。

13. 第 2 条规定,法院是联合国的一个司法机关。评注中讨论了相对国际法院作为联合国主要司法机关的首要地位而言,该法院管辖权的具体特点,但该报告未能探索这种体制安排的后果。《国际法院规约》授权国际法院处理条约的运用或解释中所产生的问题。但国际刑事法院将在一项条约的基础上设立。他想知道,是否应该认为国际刑事法院的决定须受到国际法院的管辖权的制约?这是否意味着,对于国际刑事法院的决定,国际法院将成为一个上诉法院?他想知道,国际法院是否如同过去审查行政法庭的决定一样有权审查国际刑事法院的决定?

14. 关于适用的法律的第 4 条是产生困难的另一个来源。在实质方面它有一个空白,只有当该条

⁵ 见安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808 (1993) 号决议。

⁶ 《大会正式记录,第九届会议,补编第 12 号》(A/2645)。

⁷ 联合国,《国际刑事管辖问题的历史回顾》,秘书长备忘录(出售品编号 1949.V.8),第 97 页,附录 9B。

⁸ 国际刑法协会, *Nouvelles Etudes Pénales*, 规约草案,国际刑事法院(Erès, Syracuse, 意大利, 1992 年)。

⁹ 见《1992 年……年鉴》,第二卷(第二部分),A/47/10 号文件,附件。

与关于刑罚的第 34 条一起阅读时才能填补。刑事法院运用的法律首先必须具有惩罚的功能,其次才是保护的功能。案文中显然没有提到对各种罪行确定刑罚的国内法律。如果没有这种提法,国内法中规定的所有刑罚就必须在国际公约或协定中提到,然后才能由国际刑事法院加以实施。他问,相反,如果草案提到国内法,而国家法律没有包括国际公约和协定中所提到的所有罪行,又将如何。第 4 条的措词显然不完整。

15. 草案第 5 条第 1 款似乎没有必要,它只是重复了第 1 条的措词,而第 3 款的备选案文的写法缺乏一致性而且不现实。它缺乏一致性,因为特别难以将对抗性的问题与任何国际协定中隐含的管辖权的授予的问题调和起来。他认为,这一条的结构有缺陷,也许应该重新加以审查。它缺乏现实主义,因为在一国的一个单方面的文件中确定各种罪行的设想涉及到许多未知的因素。他问,以一般措词表达的这一规定是针对在其领土上犯下罪行的国家,还是针对罪行实施者是其国民的国家,或是针对其国内法规定的制度同为法院可以审判的罪行所规定的制度完全相同的任何国家?这些可能性中的最后一种仅仅适用于制定了治罪法的案件,但在这种情况下,已经拥有一种全面的制度的国家为什么不应该拥有直接的管辖权来审判有关罪犯?这些问题同各国希望建立的机构的性质并不是没有关系的。

16. 卡巴齐先生说,解决建立一个国际刑事法院以审判和惩处犯有违反世界良知的罪恶行为的个人的问题似乎已经迫在眉睫,因为大会请委员会作为一个优先事项为这一法院起草规约草案。整个世界不再准备对于无辜者流血事件袖手旁观。国际社会正在期待委员会在对至今一直逍遥法外的罪犯发起的战争打响第一枪。它最终承认不能继续容忍这种状况,并请委员会发起一种进程,以制止这种可耻的活动。

17. 委员会有能力并拥有法律资料迅速地完成任务。它就这一专题展开工作已有一段时间了,并得益于第六委员会、各国政府和各个国际法律机构的贡献。最为重要的是,它收到了特别报告员编写的卓越的规约草案。因此,我们有充分的理由认为,委员会将能够很快而不是较晚地答复大会的请求。工作组已经取得了值得赞扬的成果,将在本届会议上更充满信心地取得进展。所设想的那种项目不可避免地遇到各种困难,但世界各地的目前的

基调是,这些困难并不是不可克服的,因此不应该允许这些困难妨碍在可预见的将来建立一个国际刑事法院。特别报告员的第十一次报告将向委员会提供一份宝贵的工作文件,在此基础上,如果不是在本届会议上,则是在下一届会议上,它将能够向大会提交一份国际刑事法院的规约草案。

18. 马希乌先生说,他赞同报告第 4 段的陈述中所反映的特别报告员的一般办法,即其目的应该是设立“一个结构灵活、所涉费用不大的机构,而不是要一个常设性的机构”。这也许是一种有点理想化的解决办法,但它标志着委员会应该遵循的总的方向。

19. 他还赞同第 2 条中隐含的总体观念,但这观念有点太简短。拟议设立的法院无疑必须是联合国的一个机关,但这两者之间联系的性质仍然有待于确定。

20. 委员会现在讨论法院的所在地(第 3 条)尚为时过早,因为这主要是一个政治问题。然而也许应该规定法院可以换地方,以便适应法院无法在正常地点开庭的情况。例如,它也许需要审判法院所在地的国家的一位国民。他想知道,在这种情况下,是否可能确保在必要的安静的环境下进行审判?

21. 第 4 条既太笼统又太绝对,可以将两种规则区别开来:一方面是关于罪行定性的规则,这可以利用国际公约和协定;另一方面是关于国际刑事法院的职能和诉讼程序的规则,这方面唯一合乎逻辑的做法是利用一般法律原则和习惯。没有任何规约可以包罗各种可能性,因此必须敞开大门,以便可以提到其他法律渊源。特别报告员和工作组不妨考虑这一问题。

22. 关于法院管辖权的第 5 条无疑证明是最有争论的。第 2 款引起了一些困难,因为它需要两个国家授予管辖权:在其领土上犯下罪行的国家和被告是其国民的国家。正如特别报告员在其关于第 5 条的评注中正确地指出,普遍适用的原则是属地管辖权。因此,最好的解决办法是给予这一原则以优先权,在具体案件中作为次级规则可运用其他原则,例如关于被告是其国民的国家的同意的原则。重要的是,不能给予被告是其国民的国家以所谓的否决权,因为归根结底,这只会抵消法院的作用。

23. 他对于委员会关于属于法院管辖权的罪行种类的讨论情况的解释比关于第 5 条的评注所反映的特别报告员的解释更为乐观。除了种族灭绝以外,还有许多其他罪行属于法院的管辖权范围,他相信,在本届会议上,工作组将具体规定法院可以处理的罪行。

24. 关于任命法官的程序(第 12 条),有些人似乎认为应避免专职法官的缺陷。特别是,特别报告员在其评注中将专职法官同大会选举此类法官这两者联系起来。然而这种联系并不是自动的。有些机关可以由大会选举产生,但并不具有永久的职能,委员会本身就是一个主要的例子。因此他认为,这同样适用于国际刑事法院。最重要的是确保法院成员以极为正式的方式由大会加以任命,因为他们代表国际社会审理案件,以保障国际一级的法律和秩序得到尊重。

25. 由各国任命法官的程序将会产生一个庞大的法官队伍,因此,可取的是从一开始就规定一个适中的结构。出于同样的原因,组成法院的一个法庭的法官人数——第 15 条的主题——不应该太多,肯定应该少于九人;他认为,七人就足够了。此外当然还需要进行调查的法官;而且,如果要设立检察局或检察部,还需要构成这一机构一部分的法官。任命法官时应该遵守传统的原则,包括关于不同法律体系和不同区域的代表性的原则以及关于来自同一国的一个以上的国民不得参加审判被告的任何机关的原则。

26. 第 23 条(法院对案件的受理)第 1 款是同第 25 条联系在一起的,因为关于向法院提交案件所通过的任何决定将对起诉程序产生影响。如果各国负责提起起诉,那么唯一合乎逻辑的做法是,它们应该按照第 23 条的规定,还负责将案件提交法院。如果与此相反,起诉属于法院的一个机关或检察部的责任,向法院提交案件的权利可以向国家以外的原告开放——例如,国际组织,可能还有与人道主义事务有关的某些非政府组织。根据第 23 条的规定,只有国家才能作为原告,因此应该规定一种例外情况,以便使联合国,特别是安全理事会和大会能够将案件提交国际刑事法院。

27. 就第 25 条而言,他赞成由检察部,而不是由原告国提起起诉,因为这可以保障审判在比较安静的气氛中进行。因此他并不完全同意对第 25 条备

选案文 B 的评注,因为这一段在检察部的存在和该部的永久性之间建立了一种自动的联系。如果被告的人数众多,因此检察部必须全日制工作,该部就可以成为永久性的机构,但只是在业务上而不是在结构上具有永久性。

28. 特别报告员对于第 27 条显然犹豫不决,因为这一条出现在方括号里。就他个人而言,他不同意排除缺席诉讼。另外,他不能肯定,是否正如特别报告员在其对该条的评注中所说的那样,委员会中的主导意见确实是反对缺席诉讼的。如果这样,他将邀请各位成员考虑排除这一点所产生的后果。一个被告只要在一个非法院规约缔约国进行避难就可以逃避诉讼。由于两个原因,这种情况是特别严重的。首先,有关国家只需不采取任何行动,而允许被告离境前往一个友好的国家,其推理是,它既不必引渡也不必审判此人。这将为规避法院规约的规定敞开大门,特别是当它审判一国政治领导人时。第二,如果对于缺席诉讼不加以任何规定,就可能产生逍遥法外的想法,但如果被告在这种诉讼中被断定有罪,逮捕的威胁就象达摩克利斯剑一样悬挂在他的头上,他根本无法安静地待着。

29. 关于第 34 条(刑罚),他坚决赞成法院实行犯罪发生地国家的刑法所规定的刑罚。当不论出于何种原因,一国向国际刑事法院让与判决在其领土上犯罪者的权利时,它向法院转让了其本身对被告的管辖权,因此应该合乎逻辑地认为,这种管辖权的移交也产生了该国刑法规定的移交,包括刑罚所适用的规则。赞成属地性原则解决办法的另一个理由是,必须避免可能称为“单独点菜式”惩罚的现象,因为如果两个或两个以上的人被指控在同一国家的领土上犯有同样的罪行,而且法院决定按照各被告国籍国的刑法规定实行惩罚时,就可能出现这种情况。在这种情况下,对于在同一国内犯下的同样罪行可能实行几种不同的刑罚。

30. 最后,关于第 35 条(救济方法),尽管他相信,仅靠复审就可以足够地保障法院判决的质量,特别是因为诉讼程序将无疑在国际观察员在场的情况下展开,并将由国际新闻媒介进行广泛报导,但这一条的 B 案文包括上诉,因此似乎更符合人权和国际法有关原则领域内的发展。

31. 拉扎凡德拉朗博先生说,他一直犹豫不决是否应该发言,因为特别报告员第十一次报告中建

议的内容似乎无不是过去广泛讨论的专题和工作组去年所建议的各方面。然而自从委员会第四十四届会议以来,出现了一些前所未有的发展。设立一个国际法庭的决定¹⁰和秘书长的具有高度启发意义的报告¹¹无疑是其中最显著的发展。然而国际犯罪学高级研究所1992年12月2日至5日在意大利锡拉库萨召开的“关于设立国际刑事法庭以执行国际刑法和人权的世界会议”也反映了国际法律界对这一问题的关注。1992年7月以来在国际舞台上展开的这些活动其本身为重新讨论提供了理由,但委员会肯定不应该再回到已经达成共识的那些问题上。

32. 似乎有一种趋势赞成优先审议特设刑事法院的规约。采用这种行动方针就会将常设国际刑事法院规约问题置之脑后,并使委员会在过去几年中所做的工作付之东流。如果由于政治和财政原因,委员会接受有些委员持有的意见,即实际上不可能让两个国际刑事管辖机构——一个特设机构和另一个常设机构——共存,这种可能性将成为现实。令人遗憾的是,第十一次报告中的一些建议似乎是基于这种考虑。特别是,他不同意第12条中所提议的任命法官的程序。刑事法官不同于仲裁法庭或甚至是国际法院的法官,他们又不容辞地要对个人的荣誉、名声和命运作出宣判;因此他们受到各种压力和威胁。因此提倡以下这种司法体系是非常不能接受的:这种体系一方面规定由其本国政府,而不是由一种公正的国际选举程序任命国际刑事法官,另一方面规定他们在法院休庭时在没有任何安全保障的情况下返回本国。这些建议只能是由于担心失去某些大国的支持因而胆小怕事不愿意维护国际法院的公正性和独立性所产生的结果。

33. 正如意大利锡拉库萨的世界会议充分表明的那样,国际社会希望委员会继续工作并加倍努力,以便尽早完成详细阐述名副其实的常设国际刑事管辖权的任务。他将在以后阶段更为详细地评论一些具体的方面,并感谢特别报告员编写的报告为手中的工作提供了最有意义的基础。

34. 扬科夫先生说,作为工作组的成员,他将会有其他机会表达其关于具体条款草案的意见,并表示赞赏特别报告员编写的卓越和结构良好的报告。

35. 他希望提出的第一个组织方面的问题,初看起来可能象是一个小问题,但它与委员会职权的重大变化有关。大会第46/54号决议请委员会审议国际刑事管辖问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,而大会第47/33号决议请委员会继续就这一问题展开工作,“作为优先事项拟定关于国际刑事法院规约草案的项目”。因此他提议,以前称为“国际刑事管辖问题工作组”的工作组今后改称“国际刑事法院规约草案工作组”。除了采用大会关于这一问题的第47/33号决议的措词所具有的更为正式的优点以外,这一步骤还提供了明确确定工作组职权的实质性优势。

36. 他的第二个一般性意见是,规约应该通过其关于法院的组成和管辖权、适用法律、调查、证据和审判程序的规定,包括关于强制执行和刑罚的规定,为建立在法制原则基础上的一个公正的司法机构奠定基础并提供法律保障,并尽可能脱离政治考虑。由于提交法院审理的案件多数具有政治性质,因此这一点更是必不可少的。法院的公正性及其作为法院的生命力很大程度上取决于它建立的方式和确定其组成的方式。自然,法院成员的品德、独立性和才干这一更为主观的因素也极为重要。这些一般性考虑应该尽可能切合实际地体现在规约的有关条款中,即关于其行使职能的内部条例和关于调查和审判程序的规则。

37. 在这一方面,他对规定应由法院的院长或副院长挑选参加法院各法庭审理工作的法官的第15条第3款表示保留,并对第5条第3款、第23条和第25条表示怀疑,并声称他在这一方面赞同马希乌先生所做的评论。

38. 最后,委员会应该争取及时向大会提交最后定稿的规约草案,最迟于1995年联合国五十周年时提交,以此作为对周年庆祝和对联合国国际法十年¹²的贡献。

39. 主席说,关于工作组改名的建议是一项重要的问题,因此应该得到认真的审议。

上午11时40分散会。

¹⁰ 见上文脚注5。

¹¹ S/25704和Corr.1及Add.1号文件。

¹² 大会第44/23号决议宣布。

第 2300 次会议

1993 年 5 月 25 日, 星期二, 上午 10 时 5 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

后来的主席: 瓦茨拉夫·米库尔卡先生

出席: 巴哈纳先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

危害人类和平及安全治罪法草案¹ (续)
(A/CN.4/446, B 节, A/CN.4/448 和 Add.1²,
A/CN.4/449³, A/CN.4/452 和 Add.1-3⁴,
A/CN.4/L.488 和 Add.1-4, A/CN.4/L.490
和 Add.1)

[议程项目 3]

特别报告员的第十一次报告 (续)

1. 阿兰焦-鲁伊斯先生说, 委员会的其他委员已经谈过他想针对特别报告员的第十一次报告 (A/CN.4/449) 提出的大部分论点, 他只限于提出一个想在全会上直接表示自己看法的问题, 即: 特设或特别刑事法院的问题以及这一问题与大会在第 47/33 号决议中赋予委员会的任务之间的关系问题。

¹ 一读暂时通过的条款草案案文见《1991 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 98 页起。

² 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

³ 同上。

⁴ 同上。

2. 二战结束时, 设立特设法庭是唯一现实的解决办法: 当时几乎没有任何国际政治机构, 这个问题需要迅速解决, 四个战胜国已经占领了被告所在的国家。因此, 这个问题需要由四个战胜国加以解决, 但是, 它们决定依据一项国际法律文书——伦敦协定⁵ 采取行动。由于该协定已由战胜国缔结, 显然不可能由战败国参加已经设立的法院。

3. 目前同样需要为存在于前南斯拉夫领土上的激烈局势采取紧急措施, 其中之一是采用某些办法把有危害人类罪行的任何个人绳之以法。但是, 这并不一定是说应该设立特设刑事法院: 这样说的理由起码有三个。

4. 首先, 任何一个法学家都知道: 特设法院并不是执行刑事审判的最好的方法。因应特定情况而设立的法院的成员可能受到这种情况本身以及得出结果之义务的影响。而且, 除了缺乏客观和公正这种极为严重的危险之外, 特设或特别刑事法院基本上是专制政权使用的工具。如果国际社会采取这种手段便会开了一个恶例, 对于在国家一级尊重人权和法治来说, 都不是个好兆头。

5. 其次, 虽然应当作为一种紧急事项来阻止犯下这一可憎行为的人继续其活动, 选择特设解决办法并不足以起到威慑作用。在任何情况下, 要设立一个法院, 哪怕是暂时存在的法院, 也需要一些时间。起到威慑作用的是大会和安全理事会明确宣布有意调查这些罪行并检控负有责任的人, 而他们已经知道国际社会会如何对待他们。因此, 联合国并无绝对必要建立从法律角度看可能并非无懈可击的机构。

6. 第三, 主张设立特设法院的人显然认为: 这样一个机构将不是根据在联合国主持下通过的多边公约来设立——因为据称这样做需时太久, 而是根据安全理事会的决定设立。但是, 采取这样的作法更不符合刑事法律的基本原则。的确, 到底《联合国宪章》的哪一个明示或暗示的条款可以授权安全理事会设立一个刑事法院并且确定该法院的任务, 根本就不清楚。需要收集证据并且决定被告之刑事责任的人在执行任务时将遭到够多的困难, 何况还要

⁵ 1945 年 8 月 8 日《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》(联合国,《条约集》, 第 82 卷, 第 279 页)。

应付整套运作在宪政合法性方面所受到的挑战呢？当然，如果安全理事会参与一项针对《联合国宪章》第七章下的侵略者的行动，则另当别论。在这种情况下，安理会就象交战国一样，将有权设立法庭审判因违反战争法而被捕的人员。否则的话，在他看来，必须有一部条约。

7. 为了解决这个紧急问题，委员会应该思索大会在第 47/33 号决议第 6 段中给予委员会的任务授权的确切性质，它并不只是要向大会提出报告而已，而是应该作为一个紧急事项提交一份国际刑事法院规约草案。如果委员会的委员们不是长期拘泥于对危害人类和平及安全治罪法专题明显含义的狭隘理解，都已经完成该草案了。他在前几届会议上已经一再强调指出，委员会的任务授权中显然包括努力编写一部国际刑事法院规约。

8. 佩莱先生说，他对特别报告员第十一次报告所要提出的唯一的一般性批评是：它没有载述有关该专题的学术观点。当然，该学术观点已经摘要载于委员会第四十四届会议所设立的工作组的报告⁶中，而且报告本身已经得到委员会、第六委员会和大会的批准。尽管该报告有一些积极的内容，但是该报告还是依循着过于墨守常规的做法，相反，它应该针对拟议设立的法院的任务和职能提出问题，然后再着手起草其规约。虽然全世界若干地区目前正在发生严重和大规模侵犯人道主义法律和战争法律的事件，它们不一定是 50 年前伤害世人的那种罪行，犯罪者应该受到审判的条件很不一样。现在不再是战胜者审判战败者的问题了，反之，这是防止“战胜者的正义”过度伸张的问题。总之，这是起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭（以下称国际法庭）存在的原因之一，该法庭由安全理事会决定设立⁷，秘书长刚刚提交了一份该法庭的规约草案⁸。

9. 与阿兰焦—鲁伊斯先生不同，他是该倡议的坚决的支持者，不同意特别报告员在其对规约草案第 8 条的评注中提到的关于法院的建立受到延误的

说法。事实上，只用了几个月的时间便提出了法院的构想、决定设立法院、并且粗略列出规约的纲要，反之，则用了超过 45 年的时间也没有成立一个常设法院。速度这么快、效率这么高的原因何在呢？基本上是由于法院符合具体和明白规定的需要。就这一点来说，他仍然认为：建立大一统式的常设法院，以求面面俱到地考虑到各种不同需要，结果很可能会无法圆满地满足任何需要。特别报告员无疑在他的拟议中采用了一种弹性措施，但光是这样还是不够。当然，目的应该不是为了建立另一个纽伦堡法庭，而是要提供促使各国和个人尊重国际法的最基本原则、并且对未尊重这些原则的人施加处罚的一套法律机制。为此目的，最好的做法可能是起草特设法院的规约范本，在可能范围内根据所考虑的罪行种类提供备选方案；酌情建立法院成员名单及负责调查和起诉的国际机构名单；也许可为贩毒这种特殊情况设立常设法院；提供必要机制以协助各国采用国际刑事法律，包括设立一个司法机关，对由国家法院做出的移送决定进行初步裁决，以协调国家案例法。

10. 但是，委员会和大会守着古老的、很令人怀疑的关于国际法和国内法需要并行的假定，其结果是：委员会现在必须起草国际刑事法院规约草案。特别报告员正是基于这样的观点查明了与设立这样一个法院相关的主要问题，并且提议了在每一种情况下的可能的解决办法。他对这种观点感到遗憾，但是不能反对。

11. 第一大类问题涉及整个机构。特别报告员把这个法院叫做“刑事”法院而不叫做“刑罚”法院，这是正确的，因为问题所在的确是国际法下的罪行。如果不是这样的话，光有国家法院也就够了。而且，如果必须有一个国际刑事法院，它最好在联合国的范围内运作，即使显然与特别报告员的想法相反，根据某一条约设立、并且由该条约缔约国管理的一个独立的法院是很能够想象的。如果认为作为联合国机关的地位比较适宜，那是因为它能够为法院的运作提供便利，特别是便于筹供经费，并且规约能够提高它在道义上的威信。

12. 他所赞同的这种着手方式引起了建立法院的方法这一基本问题。如果要使法院成为联合国的一个机关，法院的设立或者需要修改《联合国宪章》，而这似乎不大可能，或者需要由大会或安全理事会通过一项决议（分别见《宪章》第二十二条

⁶ 见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/47/10 号文件，附件。

⁷ 见安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808（1993）号决议。

⁸ S/25704 号文件，附件。

和第二十九条)。通过这两个机关的类似决议联合设立应是最好的解决办法,根据《宪章》第十条和第二十四条的规定,在这方面没有任何障碍。如果不能通过这种解决办法,那就必须回头通过一项条约,在这种情况下,法院就不再是“联合国机关”了。它将是一个与联合国合作的机关,但由该法院规约缔约国组建和管理。除了这种情况会引起的一些具体问题以外,第二个解决办法会使该法院在声称代表人类开庭审判时丧失普遍性。

13. 建立国际刑事法院所引起的第二大类问题是管辖权和适用法律的问题。对于这个最重要和最困难的问题,他不赞同特别报告员所作的选择,特别是拟议的规约草案中处理适用的法律的第 4 条。国际法庭的规约草案⁹并不包括关于这一点的任何条文,而只限于为应起诉的罪行下定义。那是需要采取的最明智的行动方针。总之,必须不提到任何公约的名称,法国法学家委员会的报告中已经说明了这一做法的缺点¹⁰。因此,他认为:第 4 条应予删除,然后改为一个或多个条文,列出可予惩罚的罪行并且简要地为这些罪行下定义。那个(套)条文将规定该法院的“最大限度”管辖权,各国无需予以全盘接受。很可能发生的情况是:各国可能被要求表明它们在哪些罪行或哪些类罪行上接受或者拒绝接受法院管辖权。在接受该法院的管辖权时,各国也可以自由地表明他们理解该管辖权是专属管辖权还是与其国家法院共有的管辖权。实际上,这一办法可能得到与适用特别报告员所拟议的第 5 条第 3 和第 4 款可能得出的同样的结果。

14. 关于基于属人理由的管辖权问题,他认为没有理由让法院的管辖权受制于罪犯国籍国和罪行发生地国这两个国家的同意。申诉国只需表示希望由法院将犯罪者绳之以法就够了,法院显然能够自由决定是否提起诉讼程序。

15. 缺席判决是一个严重的问题,在这方面,特别报告员在其对第 27 条的评注中恰当地指出:不允许缺席诉讼的解决办法“可能会使法院的工作陷于瘫痪”。如果秘书长的草案不在这方面进行修订,国际法庭就很可能出现那种情况。法院至少应该被允许在被告不出庭的情况下发出国际逮捕令

(哪怕仅仅是由于逮捕令的威慑作用),并公布起诉书。大多数国家在国际法庭管辖权问题上所采取的立场在这方面很令人感到不安,因为除非已经议定起诉应该公开,否则无论法院是特设还是常设的,都有建立了一个无法执行所委托之工作的虚幻法院的危险,这种情况可能会使国际刑事法院的构想在相当的期间内缺乏信誉。

16. 特别报告员就法院的组成和职能所拟议的条款需要很多评论,但是这些都涉及细节问题。他只想说:指导特别报告员的对于灵活性的关切还可以更进一步。听闻问题也值得加以评论,但比较次要。

17. 谈到他认为重要得多的两个问题,即起诉和适用于调查与刑罚的规则,他说:就第一个问题来说,他完全反对特别报告员在第 25 条(起诉)案文 A 中所提议的责成向法院提出申诉的国家负责进行起诉的办法。当然,他同意特别报告员在其对第 25 条的评注中所提到的普遍关切,即“建立一个花费不致太多的小型机构”,但不能光是为了省钱便忽视了关于法院之中立和公平的最基本原则。在国际层面上使起诉和审判之间有一个“过滤器”的重要性比起国家层面来有过之而无不及。反之,各国,可能还有国际组织,以及非政府组织或其中某些非政府组织,应该能够自由地向法院提起诉讼。但是,在那种情形下,起诉的申请将需要由一个公平的机构——检察官(有合议庭更好)加以审查,他负责在必要时提起诉讼程序以及调查案情。否则,任何种类的滥用情事都有可能发生。

18. 谈到适用于调查与刑罚的规则,特别是第 26 条中所载述的适用于调查的某些方面的法律和第 34 条中所提到的刑罚,他对特别报告员那种诉诸国家刑事法律制度的解决办法感到怀疑。拟议中的法院是一个国际法院,它将被要求根据国际法审讯被控犯下国际罪行的个人。那么为何要援引国家法律呢,无论该法律为何?的确,如同特别报告员在对第 34 条的评注中指出的,“法无明文者不罚”的原则要求,必须在犯罪行为发生之前规定好要施加于犯罪者的刑罚。但是,如果规约本身规定适用的刑罚,而没有进一步规定得太详细,其结果将是一样的:规约规定一般的架构,例如徒刑(当然不是死刑),而让法院去决定刑期也就够了。就他所知,各国对于刑罚并没有硬性的规定,法院总是有一定程度的斟酌决定权。

⁹ 同上。

¹⁰ S/25266 号文件,第 61 (b) 段。

19. 适用于提起诉讼的也适用于刑罚情况：“法无明文不为罪”原则和“法无明文者不罚”原则必须得到尊重，但是如果在规约中规定了罪行和刑罚，这些原则就会得到尊重。他认为，如果采取其它的解决办法，便不符合该法院的国际性质，而且，在这方面，他引用了法国法学家委员会在以上第 13 段提到的报告的第 52 段中所采取的立场：

“……重要的出发点似乎是，罪行以及授权审判的机关都具国际性质。因此……法庭在诉讼和法律方面似不应适用特定国家的国内法律。”¹¹

20. 在同一个方面，他要求特别报告员澄清第 28 条第 2 款 (b) 项的规定：“被告不享有起诉豁免权”。在他看来，根据国际法，任何人如果犯下某一种国际罪行，特别是危害人类和平及安全罪行，都没有起诉豁免权。

21. 设立法院规约草案工作组这一建议将是遵守大会指示的最好方式，不论他可能对其优缺点继续持任何保留意见。

22. 巴哈纳先生说，他欢迎特别报告员提议的规约草案，但是，从这个专题的重大政治意义看来，他不能确知这一规约的时机是否成熟。诚然，委员会已经讨论了这个专题，但是没有就规约的核心内容达成共识，最近在巴尔干发生的事件，特别是在那儿持续发生的种族灭绝行为，具体显示有必要设立一个机构来审判国际罪行。

23. 作为一般性的意见，他指出，规约草案载有与规约本身有点离题的若干规定。例如，第 20 条（宣誓）、第 21 条（津贴、报酬和工资）和第 32 条（审讯记录）最好载入法院规则中。在第 12 条（任命法官）和第 17 条（免除职务）方面，他认为：提议的办法还是不能充分保证司法机构的独立性和公平性——而这些都是应该载入法院规约中的基本要求。

24. 谈到草案的一些显著特征，必须考虑的首要论点之一是：法院是否应该象第 2 条中所提议的那样成为联合国的司法机关。国际刑事管辖问题工作组在其报告¹²的第 76 段中指出：“至少在第一阶段，没有必要寻求将法院正式纳入联合国机构”。虽然他不同意这种看法，他倒是乐于看到特

别报告员提议的关于此问题的备选办法被提交委员会，从而使委员会能够审慎地作出选择。他个人主张联合国和法院之间应存在强有力的联系；法院如果不是联合国的一个机关，也应该成为它的一个工具。他在稍后还要谈到这个问题。

25. 考虑到有必要讲究成本效益，特别报告员在第 25 条（起诉）的备选案文 A 中提议：向法院提交申诉案件的国家应该承担进行刑事起诉的责任。但是，这项提议会折损建立国际刑事法院的宗旨，因为各国可能受到政治上的权宜考虑的影响而不顾及起诉犯罪者的正义。虽然有费用的因素，但他倾向于采取第 25 条备选案文 B 中所提议的“较为标准的”程序，即将起诉委托一位总检察长办理。

26. 谈到法院的性质和特性，工作组在其报告第 46 段中建议：“法院不应是一个专职机构，而应是一个在需要时能进行工作的常设机构”。特别报告员在第 12 条（任命法官）中提议：法官应由规约缔约国任命。虽然这种程序对于常设仲裁法院一类的机构来说可能适宜，但对于国际刑事法院来说，即使它不是一个全时机关，是否适宜采取那种程序，他是抱着怀疑态度的。因此，他建议委员会考虑由大会和安全理事会选举或者光是由大会选举法官的备选办法。选举程序将会促进司法机关的独立性和公正性，同时又能加强联合国和法院之间的联系。

27. 他注意到特别报告员在第 15 条（分庭的组成）第 3 款中提议：“院长或代行其职务的副院长应从第 12 条所述名单中选出在法院分庭开庭的法官。”他认为这一权力过大，有点不民主，因为按照规划，法院只有在院长行使了那项权力以后才开始存在。在这一点上，大家应该记得：工作组曾经在其报告第 50 段中建议：“当需要组成法院时，主席团将挑选五位法官组成法院”；此外，《国际法院规约》第二十六条第二款规定：“组织此项分庭法官之人数，应由法院得当事国之同意定之。”这些例子对于扩大规约草案第 15 条第 3 款的基础可能有借鉴作用。可以顺便一提的是，由九位法官组成的分庭太大，而且不方便；工作组的提案中建议由五位法官组成，这是比较适当的。

28. 特别报告员承认在提议第 4 条（适用的法律）的时候对适用的法律采取了“限定的”观点，即：“法院应适用有关其管辖范围内的罪行的国际公约和协定〔以及一般法律原则和惯例〕。”在对

¹¹ 同上，第 52 段。

¹² 见上文脚注 6。

该条的评注中他又说，他的意图是“忠实按照工作组的建议”。但是，看来特别报告员并没有考虑到工作组在报告第 109 段中的建议：“可能有必要进一步提到如国内法等其他来源以及国际组织各机构，特别是联合国所制订的次级法律……”。他希望委员会遵照工作组的建议扩大适用法律的来源，无论如何，他都认为第 4 条中的方括号应予摘除。

29. 第 5 条（法院的管辖权）无疑是最重要的。工作组在其报告第 4 段（d）分段中指出：法律“不应拥有强制性管辖权”——在当前的世界局势中这是一种切合实际的立场——特别报告员显然也持有这种看法。虽然巴哈纳先生同意第 5 条的主旨，即法律的管辖权乃基于同意的原则，他回顾：一些多边条约，例如《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，都规定国际法院对公约适用引起的争端有管辖权。问题是是否应该把这样的管辖权给予拟议中的法院。如果应该，那么就应该在第 5 条中增列一个条款来确认法院根据事先存在的多边公约所具有的管辖权。

30. 特别报告员在介绍其报告时指出：“法院的管辖权并不是专属管辖权而是共同管辖权，每个国家可自行进行裁判或将被告交给法院审理。”这一意见符合管辖权基于同意的原则，但是，他担心这即使不会引起分歧，也可能导致混淆。这就意味着同一国际罪行将视其被提交国家法院还是被移交国际刑事法院而得到不同的审判，原因是将适用不同的程序和刑罚。因此，委员会应该考虑设计一种方法来尽量减少由于对国际罪行存在双重审判制度所造成的不利影响。当然，这一构想将是建立专属国际刑事管辖机构。即使这种解决办法并不是对一切国际罪行都实用，至少它应该存在于侵略、种族灭绝、战争罪行和种族隔离方面。

31. 第 28 条（将被告送交法院）未能为被告逃离申诉国之领土的情况提供解决办法。特别报告员在他对于该条的评注中说申诉国应该能够引渡被告，但这并不是一个令人满意的立场。委员会应该考虑规定在向法院提交的案件中有义务将被告送交法院。他同意特别报告员在评注中表达的观点，即法院无权缔结引渡协定，但是，它可以由规约授权要求安全理事会确保被告到庭。

32. 特别报告员在第 34 条（刑罚）中拟议：法院可以在国际刑事治罪法获得通过以前，援用罪犯

国籍国、申诉国或罪行发生地国的刑法。虽然这一解决办法原则上符合工作组的建议，即判刑应该以适用的国家法律为依据，它实在很不完善，因为它没有指出要选定哪一个法律体系以及如何选定。由于刑罚是任何刑事法律的一个核心问题，需要定出一个比第 34 条更令人满意的条款。他对第 34 条方括号中的字句“[但是，不应适用死刑。]”有一种好恶交织的感觉。虽然他希望规约草案对死刑采取一种进步的处理方式，他怀疑是否应载列可能不利于规约的广泛接受的条款。更为审慎的做法可能是去掉方括号中的话。

33. 对于补救措施，特别报告员为第 35 条提出了两个备选案文，第一个只涉及复审，第二个则涉及上诉与复审。如同特别报告员在对该条的评注中指出的，委员会对于这个问题的意见有分歧。但是，由于上诉与复审问题涉及管辖权问题，委员会在解决管辖权问题之前不能审议上诉管辖权的可能性。因此，他建议委员会只有在决定了管辖权问题以后才讨论第 35 条。宣称法庭的判决为终审判决的纽伦堡先例对目前的情况来说并不适切。

34. 罗森斯托克先生说，不应该把未能响应阿兰焦—鲁伊斯先生关于建立特设法庭的评论理解为同意或不同意他的意见，而应该说不愿意委员会放下目前的工作，冒然在现阶段就另一个拥有充分权力的机构（即安全理事会）正在审议的事项提出评论。秘书长的报告¹³已明确指出，通过建立一个特设法庭，安全理事会正在按宪章的授权范围行事，以适当响应已经察觉的需要。

35. 锡亚姆先生（特别报告员）答复佩莱先生的评论说，他在第 28 条中规定被要求向法院送交被告的国家必须确保“被告不享有起诉豁免权”，这只是提到工作组得出的结论而已。这样一项规定根本没有什么不寻常：有些人员，诸如外交官，享有起诉豁免权，他们的驻在国不能加以起诉，但是他们可以回到国籍国接受起诉。如果某一外交官享有起诉豁免权，就不能逮捕他，把他送交法院。这一规定是否适当大家可以讨论，但是规定本身却是可以理解的。同样，如果法院要求移交某人，国家司法当局首先必须确定该人不是已经受到审判。

¹³ 见上文脚注 8。

36. 科罗马先生说, 他不了解为什么佩莱先生说常设法院不能发挥与诸如为前南斯拉夫的情况拟议的那种特设法庭一样的作用。他本人认为, 常设法院可能弥补特设法院所留下的差距, 并且满足非常具体的需要。佩莱先生也对国际法院可能要靠国内法来判决对国际罪行负有责任的人感到惊讶。但是, 在不能援引国际文书审判某一特别严重之国际罪行的犯罪者的情形下, 参考其国籍国的刑事法律是很正常的。同佩莱先生所说的相反, 国际刑事法院不会重复负责适用国际文书的现有机构的工作, 因为它将只审判最严重的罪行。因此, 设立了法院, 不会必然导致人权事务委员会一类的机构消失, 这些机构还是有用的。虽然拟议的国际刑事法院必须不成为纽伦堡法庭的翻版, 但一些纽伦堡原则¹⁴也还是有用的, 委员会可以依靠这些原则拟订危害人类和平及安全治罪法。

37. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说, 他意识到: 如同委员会另一些委员所指出的, 关于设立国际刑事法院的一般性辩论现在已经结束了, 现在该是着手拟订具体方案的时候了。这是工作组的工作, 委员会将在适当时候审议工作组的工作结果。但是, 他希望评述一下佩莱先生、山田先生和卡莱罗·罗德里格斯先生等若干发言者所表示的一些一般性构想, 他完全同意这些构想。

38. 应该规定建立法院的方式具有一些灵活性, 以便使大多数国家能够成为规约的缔约国, 同时还有表示一些保留意见的余地。检察机关的任务是一个很重要的要素。检察官可在侵略案件和其它案件中成为法院和安全理事会之间的桥梁, 因此法院不会被用于绕过一个潜在的困难政治环境。

39. 国家管辖和国际管辖之间的关系是一个关键事项, 应该小心加以研讨。各国在罪行发生在其领土上的时候具有固有的管辖权, 这是一个不容破坏的根本原则。对于包罗广泛的一系列罪行, 领土管辖权应该具有优先地位, 即使是在建立常设法院的过程中, 这一点也不容低估。在一切情况下, 在常设法院成为具有明确规定的结构和明确规定的自己的管辖权的可以接受的机构之前, 这是过渡时期

的最好的解决办法。目前的体系虽然还不够完善, 却已经证明是有用的, 不应该加以抛弃, 而改建一个一定要在一段期间内演变的机构。相反, 旧的体系必须保存, 但不排除建立另一个体系, 这个新体系一旦牢固了, 便可以代替早先的机构。这一点很重要, 却没有得到应有的注意。

40. 有些委员强调在没有同特定案件有关的既定规范和国际法原则的情形下有必要参照国内法, 他同意这种观点。国内法是应该援用的标准, 特别是就刑罚而言, 因为可能参照的国际公约中没有一个规定了刑罚。强调适用这一原则的必要性是错不了的。

41. 最后, 他再度指出: 虽然目前当然不应该展开一般性辩论, 但委员会委员们必须能够自由地在全会或工作组中发表和交换一般性的看法, 因为建立国际刑事法院问题引起了很多令人关切的事项, 这一些都还没有发表出来。毕竟工作的目的是要建立一个考虑到不同文化概念、背景和需求的体系, 以便确保它的公正与客观以及对自然正义的尊重。

42. 主席以委员会委员的名义发言指出: 锡亚姆先生的第十一次报告应能使委员会在拟订未来国际刑事法院规约草案方面作出重大的进展。阅读一下这一报告和工作组的报告¹⁵就会懂得维护被控犯下某一罪行的任何人所享有的司法保证有多么重要。根据条约建立法院应该是为它提供其所必需的有力基础的适切手段。如同佩莱先生所指出的, 要使根据条约建立的法院成为一个联合国机关并不容易办到, 但是必须使这个法院通过某种方式同联合国相联系, 以便使它能够代表整个国际社会并且享有同联合国一样的威望和权力。

43. 谈到基于属人理由的管辖权和其它管辖权问题, 他说, 虽然他赞成管辖仅限于个人的原则, 他并不同意法院的管辖权应该取决于国籍国以及犯罪地国的同意的看法。法院应该能够用两种方式行使管辖权: 有被告在场并且有被告的参与, 或者没有被告在场。显然, 在第一种情况下, 必须取得直接有关的国家, 即将被告送交法院的国家的同意, 这将限制法院的行动自由。因此, 法院必须被赋予进行缺席判决的权力; 鉴于它将会有的道德及法律权威, 这将使它能够作出具有明确政治份量的决

¹⁴ 纽伦堡法庭宪章及法庭判决书所确认的国际法原则 (见《1950年……年鉴》, 第二卷, 第374-378页, A/1316号文件, 第95-127段)。转载于《1985年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第45段。

¹⁵ 见上文脚注6。

定。它也将便于提请世界舆论注意其以前只了解到一部分的事实。为了避免抵触若干国际文书，特别是《公民权利和政治权利国际公约》的规定，出庭受审的被告必须获得一切必要的司法保证。可能也必须预见到不自动实施所判处刑罚的可能性，这是在被告随后同意出庭的情况下。这样就可以在被告在场的情况下进行复审，酌情确认或推翻判决。这个办法无需任何特定国家的同意，有助于提高法院的效能和它在公众心目中的权威。

44. 他赞成关于法院管辖的长久性的第 8 条，但是不同意特别报告员所拟议的法院的组成办法。他认为：法院应该只由少数——九名或十一名——法官组成，由大会任命而不是由国家任命，不具有常设的职务，而是由院长召集。只有法院的干事才在常设的基础上执行勤务：他们的成员为由法官小组选举的一位院长和一位或数位副院长以及书记官长和检察长，辅之以少数职员。

45. 关于起诉权力，他主张采取第 25 条案文 B。必须有一位检察官代表国际社会，他的行动完全独立，不受任何政治考虑的影响。有关国家也必须能够参与刑事诉讼，如第 24 条（参与诉讼）所规定的。

46. 接着，他以主席的身份发言回顾：扬科夫先生曾提议（第 2299 次会议），按照大会第 47/33 号决议第 6 段，国际刑事管辖问题工作组此后应该称为国际刑事法院规约草案工作组。如无异议，他就认为委员会通过这项建议。

就这样决定。

米库尔卡先生代行主席职务。

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（A/CN.4/446，D 节，A/CN.4/450¹⁶，A/CN.4/L.487）

[议程项目 5]

特别报告员的第九次报告

47. 巴尔沃萨先生（特别报告员）介绍他的第九次报告（A/CN.4/450），其中载有关于预防的一套条款草案的第三次修订案文，他回顾说，这个问题的一些方面已经在第五次、第六次、第七次和第八次报告¹⁷中探讨过了。

48. 第九次报告的导言分为 A 部分和 B 部分，分别谈到特别报告员的任务授权和预防之义务的性质。委员会指派了特别报告员一个很明确的任务：把他的研究限于涉及危险的活动，也就是可能由于失控引起的意外事件而造成跨界损害的活动，并且着手起草关于预防之义务的条文。“具有有害后果的”活动，换句话说，在正常业务活动情况下造成跨界损害的活动，将在涉及危险的活动的相关工作完成之后开始讨论。

49. 在导言的 B 部分中，他论述了预防义务的主要特征，这种义务基本上被规定为国家应予适当顾及的义务；意思是说，国家必须诚心设法预防任何跨界损害。如果国家采取合理的行政措施以确保经营人遵守依法向他提出的警告，它便是履行了警惕的义务。

50. 第九次报告中所拟议的条文，除了第 20 条之二（危险或损害不可转移）以外，都是源自第八次报告，因为它们所依据的是关于非强制性规则的附件中所载的九个条文。

51. 在前几次报告中，关于“预防”的那一章紧接着载于第 10 条之后，也就是已经提交起草委员会的条文之后。¹⁸他认为，前 10 条不受委员会在第

¹⁷ 特别报告员的前四次报告分别转载如下：

第五次报告：《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 329 页，A/CN.4/423 号文件；

第六次报告：《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 148 页，A/CN.4/428 和 Add.1 号文件；

第七次报告：《1991 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 81 页，A/CN.4/437 号文件；

第八次报告：《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 59 页，A/CN.4/443 号文件。

¹⁸ 关于案文及讨论摘要，见《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 9 页起。特别报告员提议的缩减为 9 条的修订的条文，见《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 171 页，第 311 段。特别报告员在第六次报告中提议对这些条款中的一些做出进一步修改，见《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 193-202 页，A/CN.4/428 和 Add.1 号文件；拟议的条款案文见同上，第 193-202 页。

¹⁶ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

四十四届会议上通过的对工作组的建议所作的指示¹⁹的影响,可以不必修改便适用于涉及危险的活动。按照目前的情况,在不违反起草委员会之意见的情形下,关于预防的条文将从第11条开始。

52. 第九次报告中所采取的表述方式可以作为拟议新条文的出发点。第八次报告附件中的每一个条文都已经被载入某一节中,各该条的案文载于其所在节的开头,并做了必要的修正,以免提到具有损害性后果的活动。在委员会前一届会议以及第六委员会内的辩论中所表示的意见、早先报告中所载述的论点和国际文书的摘录以及学说的条文都列于每一节末尾,作为新的、重新编了号的条文的论据。所引述的新文书包括:《工业事故越境影响公约》、《越境环境影响评估公约》和《关于越境内水意外污染的行为守则》²⁰,该守则主要载述国家的预防义务。也摘述了《关于环境与发展的里约热内卢宣言》²¹作为一些新条款的论据。

53. 附件中原来的第一条(预防措施)纳入了关于先前存在的活动的案文,并分为四条(第11至第14条)。第二条(通知和资料)已经改为第15条和第16条。第三条(国家安全和工业秘密)成为第17条。第九次报告没有涉及第四和第五条,因为这两条涉及带有损害性后果的活动。第六条(涉及危险的活动:就一种制度进行协商)在经过微小的修订之后,已经成为第18条。第七条(受影响国的倡议)成为第19条(假定之受影响国家的权利),除了作了一些起草上的改变以外,其内容没有变化。

54. 他故意省略了附件中的第八条(解决争端)。争端的解决可能涉及两种情况。在谈判中发生争端时,这些争端通常是对事实或有关活动的后果作了不同解释所引起的,有可能由调查事实的专家或委员会迅速加以解决。在这种情形下,鉴于所涉问题的性质,各国可能接受那种不具拘束力的程

序。但是,就条文的解释和适用来说,各国政府有可能不愿意接受第三方解决办法。因此,他主张在他提交关于解决争端的一般性条款的建议以前暂时不审议第一种争端。

55. 附件中的第九条(利益均等所涉因素)全文照录,在委员会决定它的位置之前暂时列为第20条。第20条之二(危险或损害不可转移)可以列入关于原则的那一章或者它基本上涉及的关于预防的那一章。

56. 最后,他侧重提到“污染者付费”原则,在本专题的研讨中尚未审议这一问题。经过考虑,他认为,委员会应于稍后审议关于原则的那一章时审议这个问题。同主要处理预防措施的“危险或损害不可转移”原则不同,“污染者付费”原则已经逐渐越过预防的范围,开始侧重费用,例如在赔偿时所涉及的费用。

57. 鉴于委员会中对有关预防的一章的极其一般的性质所表示的意见,他认为,将在目前的辩论结束后提交起草委员会的拟议案文已经足够。也应该提交起草委员会的另一个条文是第10条(不歧视),其条款已经在第六次报告²²第29和第30段中载述过了。委员会已予以通过,提出的意见不多。

58. 科罗马先生赞扬特别报告员说理清楚,但他表示失望,因为委员会决定只侧重涉及危险之活动的预防措施,这是一个后退,而在他看来,在第七次报告²³以及委员会1989年的辩论中已经决定委员会将继续审议具有损害性后果的活动。他认为,这种情况引起了三个问题。第一,涉及危险的活动什么时候成为有害或者非法呢?第二,如果如特别报告员所说,作为一般公约的起草工作,拟议的条款已经足够,那么,在什么情况下,损害性后果能适用条款草案呢?第三,他希望知道特别报告员是否为具有损害性后果的活动的争端解决拟订了单独的办法。他不明白特别报告员如何能够严丝合缝地纳入涉及危险之活动和具有损害性后果的活

¹⁹ 见《1992年……年鉴》,第二卷(第二部分),第55页,第349段。

²⁰ E/ECE/1225 - ECE/ENVWA/16 (联合国出版物,出售品编号E.90.II.E.28)。

²¹ A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I) (联合国出版物,出售品编号C.93.L8和更正),第3-7页。

²² 见上文脚注17。

²³ 同上。

动。例如，如果涉及危险的活动不具有损害性后果，那么，制约赔偿的均衡利益原则如何适用于这些活动呢？最后，他提到第九次报告导言 B 节，其中称：“在原则上，国家本不应就私人活动承担赔偿责任，如果该国家曾针对此等活动履行了它的监督义务的话，”他认为这一点是违反国际法一般原则和它的逐渐发展的。

59. 巴尔沃萨先生（特别报告员）说，他承认，第九次报告中所采取的着手方式在一定意义上说是后退了一步，但是，虽然委员会已经暂时决定只审议涉及危险的活动，这些活动仍然是可能造成损害的活动。因此，如果委员会首先拟订了一个预防跨界损害的办法，它就必须接着处理赔偿责任问题和在发生损害时使赔偿责任发生作用的机制。换言之，预防和责任的机制有待建立，其中涉及赔偿的义务。

60. 关于报告导言部分 B 节，诚然，如果国家遵守其预防的义务而制定必要的立法并且监督其适用，以便预防私人经营者活动产生的意外事故造成跨界损害，从原则上说，它便不应受到任何义务的约束。但是，在一些情况下，国家可能承担次要责任，例如，经营人或其保险不够补偿所造成之损害的费用，如核领域的一些公约中所规定的。

61. 佩莱先生说，他不同意委员会决定侧重预防是倒退一步的说法。前一年的辩论已经显示：预防是探讨这一专题的最好的着手方式。特别报告员在他的第九次报告中，已经整理过旧的案文，使它们连贯起来。如果委员会不希望使这个议题再度没完没了，那么无论在全会或者起草委员会内，都必须局限于已经通过的这一着手方式。

62. 韦列谢京先生说，他同意佩莱先生，赞扬特别报告员的报告质量高，说理清楚，并且指出，虽然由于这个议题很难着手，委员会已经在 1992 年决定把它分为几个部分，但这并不是说，每一个方面都得单独审议。并不是说目前侧重涉及危险之活动的预防措施，就不能探讨实际上可能具有损害性后果的有关活动的预防措施，或者就不能研究财务责任了。但是，委员会目前必须只限于审议预防问

题，而在时机到来的时候决定是否在全会中继续讨论或者把大部份的条文提交起草委员会。

63. 锡亚姆先生说，如果不把对本专题的审议限于预防方面，就必须决定以后的阶段做些什么，因为事情得有个通盘的计划才行。

64. 巴尔沃萨先生（特别报告员）强调有必要照本报告中所列的工作次序办事。已经提交起草委员会的前 10 条或许可以参照委员会关于只处理涉及危险之活动方面的预防措施以及也许只需提议删除或修正事项的决定迅速地再过目一次。但是，起草委员会应该基本上侧重关于预防的条文的措词。委员会千万不要重新开展辩论，目前应只限于审议预防问题，但保留在稍后阶段审议赔偿责任的权利，哪怕是为了使本专题名副其实。

下午 1 时 10 分散会。

第 2301 次会议

1993 年 5 月 28 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：巴哈纳先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨 拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

危害人类和平及安全治罪法草案¹ (续)

(A/CN.4/446, B 节, A/CN.4/448 和 Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 和 Add.1-3⁴, A/CN.4/L.488 和 Add.1-4, A/CN.4/L.490 和 Add.1)

[议程项目 3]

特别报告员的第十一次报告 (续)

1. 锡亚姆先生 (特别报告员) 感谢委员会委员进行了一次有趣和有益的讨论, 该讨论表明是非常有助益的。在他的总结中, 他希望集中阐述三个要点: 法院与联合国之间的关系; 管辖和适用的法律; 以及法院职责的行使。

2. 人们普遍同意有必要在法院和联合国之间建立联系。确实, 很难设想法院如何在无视联合国的情况下履行其职责。法院的行政运作需要联合国的后勤支持, 例如选举法官以及财政事务。但是, 不管这些物质问题, 事实是法院将对直接关系到联合国的事项具有管辖权; 例如战争罪和危害人类和平及安全罪。他问, 法院如何能对这些问题作出裁决而不考虑《联合国宪章》或安全理事会? 因此, 尽管工作组可能想修正规约条款第 2 条的措词, 但法院和联合国之间必须保持某种联系。

3. 他在前一次报告中的最初建议是适用法律不应限于协定或公约, 还应该包括一般法律原则, 习惯法, 甚至有时应包括国内法。但工作组的结论是应限于协定和公约。他不同意。在这历经不断变化的领域内, 委员会不应赞成死板地编纂。一些事项尚未成熟, 有必要借助于国内法。例如, 尚没有为刑罚找到适当的提法, 刑罚因所涉及的国家 and 哲学不同而有着天壤之别。另外, 道德方面的考虑在判定施予何种刑罚时具有很大的影响。如果法院要施以刑罚并要尊重“法无明文者不罚”的原则, 当它发现面临法律真空时, 将不得不参照一国的国内法。他曾提议采用在其领土上犯罪的国家或者被告

为其国民的国家的法律。他对两者并无偏重, 但并不认为国内法应系统地予以排除。在关于规约草案的以前的建议中, 人们事实上曾经设想法院在某些案例中应实施一国的国内法。我们可以欣慰地注意到, 工作组已经在该问题上重新考虑其立场, 因为在前一天, 工作组内建议的条款草案重复了他本人在两年前建议的案文⁵。

4. 关于法院的管辖权, 在委员会和工作组内又一次出现了意见分歧。原先, 他曾建议法院的管辖权不应取决于某些国家接受与否。后来, 为了调和委员会一位委员提出的反对意见, 他改变其建议, 使管辖权服从于某些有关国家的接受与否。该建议后来又遭到其他委员的批评, 那些委员争辩道, 与此相反, 管辖权取决于被告为该国国民的国家同意与否是不可能的事。事实上, 1953 年的国际刑事法院规约草案⁶中曾经设想过这一可能性。他认为, 一个法院的建立不能不考虑到缔约国的存在和管辖权。必须找到某种形式的妥协, 因为法院必须在缔约国的同意下履行其职责; 否则, 从一开始它就是瘫痪的。或许司法权应取决于被告在其领土上被捕获的国家的接受, 因为如果法院在没有该国接受之下试图审判被告, 它将不断地进行缺席判决, 这很难说是最好的解决方法。很清楚, 若干意见分歧仍有待于克服。

5. 关于法院组织问题, 工作组对选举还是委任法官的问题犹豫不决, 但他认为没有重大的分歧。如果能够给予被委任的法官一定的保障, 例如他们不会为他们所作的决定被撤职或遭到制裁, 他们和那些被选举的法官一样独立。许多国家内的通常惯例是由行政部门委任法官, 而正是这些独立行事的法官能够对那些委任他们的部长们发出传讯甚至可以对他们提出诉讼。就宪法法院而言, 被委任的法官可以废除法律, 如果它违反宪法规定的。因此只要他们的独立性得到保障, 法官是选出的还是被委任的, 则无关紧要。委员会委员不应把根据常设仲裁法院规约委任仲裁员的程序和国际刑事法院委任法官的程序相混淆。常设仲裁法院是由争端各方从一既有名单上选择仲裁员, 而在目前讨论的情况

¹ 一读暂时通过的条款草案案文见《1991 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 98 页起。

² 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

³ 同上。

⁴ 同上。

⁵ 见《1991 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), A/CN.4/435 和 Add.1 号文件, 第二章。

⁶ 见《1953 年国际刑事管辖问题委员会的报告, 1953 年 7 月 27 日至 8 月 20 日》(《大会正式记录, 第九届会

义与斯去

害帝是甫之灵乃

E

門戸貫通の法

3

16. 他不能同意《联合国宪章》没有规定的事情就不能做的观点。在 21 世纪前夕,立法者不应认为自己被 50 年前实行的法律概念缚住手脚。他们应探讨决定司法机构具体职能的新途径。此类职能的严格解释不应再使用,而应决定固有的职能是否能有用地施用于某一案件。世界公众的舆论似乎更为相信联合国内的灵活关系以及联合国和国家法院之间的联合安排。

17. 锡亚姆先生（特别报告员）说，他赞成比利亚格兰·克拉梅尔先生提出的关于法院和联合国之间关系的意见。两者不应独立工作，而应该通过一种有利于整个国际社会的方式相联系。但他尚没有想出此类合作可以采取的确切形式概念：这将成为委员会委员集体评论的主题。

18. 然而很清楚，如果联合国真正想有一个国际刑事法院，就必须进行能使法院发挥作用而不致违反《联合国宪章》的改革。安全理事会建立特设法庭的做法并不总是有利的，委员会的委员已经指出他们不想让一个国际刑事法院完全依赖于安理会。问题是设想一种方法来保障法院与联合国之间的紧密合作，而不是建立一种从属性关系。他个人认为，国际刑事法院作为联合国的一个机构并没有问题。国际法院是联合国系统的主要司法机构，但不是唯一的。

19. 委员会的一些委员希望法院根据一项决议建立，而另外一些委员则倾向条约。他认为两种方法都可以采取。可以通过一项大会决议，在这基础上，拟定一项规约并由缔约国签署条约使其生效。无论如何，现在应首先拟定法院规约。

20. 阿兰焦-鲁伊斯先生说，他赞成本努纳先生和比利亚格兰·克拉梅尔先生关于在一项条约的基础上建立国际刑事法院的观点，这是完全必要的。

21. 第2条的评注提及国际法庭，但他认为任何刑事法院都不能被作为大会或者安全理事会的附属机构设立，也不能根据这两个机构的决议建立，因为根据《联合国宪章》，这两个机构没有被授权采取这样的步骤。它们能够建立一个行政机构，如同行政法庭那样，但不是一个国际刑事法院。他建议在辩论的以后阶段再讨论这一棘手问题。

22. 主席宣布休会以便使国际刑事法院规约草案工作组⁷能够继续其工作。

上午11时散会。

⁷ 委员会在1993年5月25日第2300次会议上决定，国际刑事管辖问题工作组此后称“国际刑事法院规约草案工作组”。

第2302次会议

1993年6月1日，星期二，上午10时20分

主席：古德蒙杜尔·埃里克松先生

出席：阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（续）*（A/CN.4/446，D节，A/CN.4/450¹，A/CN.4/L.487）

[议程项目5]

特别报告员的第九次报告（续）*

1. 佩莱先生对特别报告员总的说来令人信服地完成了交给他的提交关于预防的报告的任务这个事实表示欢迎，但是对他没有在最后的结论中采用这种逻辑表示遗憾。预防当然不是这个专题的全部，但是却是这个专题最牢固确立的部分。进行或批准进行可能在其他国家的领土或者国际领域造成损害的活动的国家有预防的义务，这种义务要求在其权力范围内采取一切行动防止出现这种损害，或者在损害确已出现时，把有害影响减到最少限度。这是实在法，从“特雷尔冶炼厂”案²的仲裁裁决产生的判例法即体现了这一点。另一方面，似乎还不能

* 续自第2300次会议。

¹ 转载于《1993年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号1949.V.2），第1905页起。

说各国在发生损害的情况下进行赔偿或者说在这方面制订法律的时机已经成熟。然而，特别报告员在第九次报告（A/CN.4/450）中没有充分考虑到预防与赔偿的区别；有几处，特别是在导言中以及条款草案第 14 条和第 20 条之二，他又回到事后预防的主张。也许这个主张不应该完全排除，但是，不管怎样，有关事后预防的条款必须同有关事先预防的条款分开来，事先预防才是真正的预防。在这方面，他对委员会委员的反应感到意外。这些委员在听到第九次报告的介绍后说他们感到遗憾，因为报告只涉及到预防含有危险的活动，理由是对推断不含危险的行动采取预防措施是没有道理的；如果已经造成损害，问题是赔偿损失或者减轻损失，而不是预防。

2. 本努纳先生认为“国际法不加禁止的活动”并不意味着是“合法的活动”，³ 佩莱先生不同意这种看法。国家主权的原則包含各国在自己领土上进行活动的合法性这种推论。接受本努纳先生的观点还意味着把这个问题从正在审议的专题转到国家责任专题上。

3. 在这方面，他认为回顾“responsabilité”这个词的两种不同的意义是有益的。从“责任”（responsibility）的意义上讲，它指一个可以导致补偿的机制，但是，从“应负责任”（liability）的意义上讲，是指对某人、某种事物或某种情况应承担的责任。所以对于在一国领土上进行的活动，必须区分两种情况：一种是国家在上述词语的第一种意义上应为之负责、而且属于国家责任条款草案⁴ 范畴的不法活动；另一种是未加禁止从而不是演绎地归纳为非法的活动，但国家在该用语的第二种意义上对此仍“应负责任”，这种应负责任的第一个后果便是有义务防止跨界损害。因此，第九次报告导言中关于预防并非应负责任内容的说法非常值得讨论。恰恰相反，预防是应负责任的核心，正是因为国家在其领土上从事的活动负有责任，所以它在法律上有义务防止这些活动可能产生的跨界损害。这个原则十分重要，值得在预防条款的开头正式说

明。当然，草案第 8 条⁵ 规定了预防的义务，但是没有把这种义务同“负责”（liability）意义上的“responsabilité”联系起来。

4. 人们普遍感到遗憾的是，在第九次报告中，特别报告员只是重复他 1992 年提交的技术性条款草案，没有提到预防义务的整个情况，尽管他非常正确地忆及他早先的报告中在《总则》和《原则》下所载的一些条文也与预防问题有关⁶。如果特别报告员从那些条文中抽取必要的部分，他本可以提出一个专门谈预防的报告，作为条款草案的第一部分，后面可以加上有关赔偿和解决争端的其它部分。因此，他自己的结论是，特别报告员提出的多数条款草案应提交起草委员会，但是他希望起草委员会抱着草拟一套完整而连贯的关于预防的条款草案的目的来考虑这些条款草案以及早些时候提交给它的草案案文的内容。

5. 条款草案第 11 条到第 14 条比附件的第一条有了改进。附件第一条来自以前的第 16 条⁷，是在一个条文里处理批准、批准条件和评估这几个分开的问题。这些问题仍有处理的先后次序问题，因为批准进行含有危险的活动只能在对危险作出评估以后，如果可能的话，还要同其他有关国家合作进行评估。因此，把批准这一条放在最前面是不可取的。

6. 至于第 12 条，他建议把“下令评估”改为“进行评估”，因为防止大的危险是国家权力和责任的一部分。

7. 换句话说，在这个阶段，即评估跨界影响而尚未给予批准的这个阶段，负有责任的国家根据第 15 条关于通知和资料的义务的规定同其他有关国家（用“有关”而不是“受影响的”国家，是因为这里讲的活动含有危险）进行磋商是符合逻辑的。关于这一条，他仍然怀疑是否可能让“在该领域具有权限的一个国际组织”承担任何义务，甚至怀疑是否应该提交这类组织，除非像国际海底管理局、海事组织或民航组织那样一些处理国家管辖以外领域的组织。他对第 15 条（d）项也有保留，因为应当

³ 见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2271 次会议，第 18 段。

⁴ 关于国家责任条款草案的历史说明，见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 302-307 段。

⁵ 条款草案案文见《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 193-202 页，A/CN.4/428 和 Add.1 号文件，附件。

⁶ 1993 年 5 月 21 日 ILC/(XLV)/None No.4 号文件。

⁷ 同上文件注 5。

由各国自己决定向谁通报和怎样通报。

8. 他认为关于事先协商的第 18 条有失平衡。在这方面, 特别报告员虽然没有明说, 但无疑是以假定的过失行为为依据而起草的, 而起源国则对法律不加禁止的活动负有责任, 因而不得不推定其决定是合法的。因此要求“互相可以接受的解决办法”是太过分了。起源国自然必须听取其他国家的意见, 但是最后的决定必须由它自己作出, 也许要考虑到第 20 条所讲的“利益均衡所涉及的因素”。草案应该只包括考虑其他国家和国际社会利益的原则, 而在评论中应列入那些因素的非详尽清单。

9. 他认为, 假设的问题是一个根本的问题, 因为假设国家有权进行或批准进行所说的活动, 但是, 因为还假设存在着跨界损害的危险, 所以行使这种权利必须非常慎重小心, 国家在批准前后, 在经营者开始活动和其活动进行中都必须保持警惕。因此, 尽管他意识到这里所涉及的是法律的逐渐发展问题, 他仍倾向于规定国家不应该鼓励, 如第 14 条所规定的那样, 而是要求使用保险。

10. 在业经磋商、通报实情、评估并采取包括保险在内的必要的预防措施以后, 一国应能批准活动, 而可能的受影响国不能阻止它这样做, 这同第 18 条隐含的规定恰恰相反。问题不是找到相互都可接受的解决办法, 而是批准进行合法的“较小危险”的活动。然而, 应该根据第 19 条(假定之受影响国的权利)所规定的精神给未予磋商的国家以表达其观点的权利, 是理所当然的。但是有两点保留: 第一, 这不是“假定受影响”国的权利, 而是“可能受影响”国的权利; 第二, 特别报告员提出的案文应该重新予以草拟, 要对危险(在这种情况下予以考虑是合理的)和损害(不在预防范围之内)加以区分。他认为没有必要走得更远, 特别是就争端的解决而言。所有与“责任”联系在一起的预防的义务, 实际上是一国根据情况、现有技术及其可以采取的手段必须严格履行的义务; 如果它不履行这些义务, 它就负有责任了, 但那是属于国家责任专题的范畴了。

11. 总之, 他对特别报告员努力把报告集中于预防问题上表示欣赏, 但是认为条款草案的结构应该认真研究。草案一开始应阐明一些原则, 首先说明与打算进行的活动所包含的危险产生的涉及补偿责任的预防义务。这意味着把第 3 条第 1 款、第 6

条和第 8 条结合起来, 并把早已提交起草委员会⁸的第 2 条(a)项和(b)项的内容列入该草案的那个部分。可能还有必要在关于一般原则的部分列入一条, 讨论对不在各国的国家管辖之下的区域(“全球公域”)构成的危险。

12. 这些原则后面则是按 6 个分开的标题分列的执行方式:(a)通知、资料以及有关限制;(b)评估, 同时考虑到其他有可能受到影响的国家的意见(或许还可考虑到国际组织的意见)以及利益均等;(c)批准, 批准将以有效覆盖了危险的保险为条件;(d)在活动开始后保持警惕的义务以及在未来公约获得通过之时已经进行的活动问题;(e)也许可以把所有关于停止和限制损害的条款集中到一起, 称为事后预防;(f)明确表述另一项一般性基本原则, 即涉及危险的活动在一国境内发生时, 如果该国没有履行其预防义务, 那它将对此种情况的后果承担补偿责任。这条原则可以阐明在第 5 条(已提交起草委员会)⁹中早已讲得相当深奥的东西。

13. 由于对合法性的假设的意见存在基本分歧的限制, 他同意特别报告员在其报告导言中提出的要求, 即起草委员会在这届会议上应审议从第 1 条到第 20 条之二的全部条文, 但是只从预防危险的观点来加以审议。

14. 庞布一奇文达先生说, 特别报告员的第九次报告是委员会工作的一个转折点, 这是从实质和方法两个方面来讲的。就实质而言, 给预防以优先地位应该使得有可能为使国家承担责任的制度确定框架, 从而突破假设的束缚, 那种假设是以含有危险的活动在其领土上进行这个事实为依据的。至于方法, 特别报告员讲究实际地重新安排了预防的概念在草案中的位置。他放弃了把这个问题放在附件中的主意, 决定把预防作为一项法律一般原则, 然后将其加以发展, 指出应用这一原则的几个条件。这样第九次报告勾画了可能要求起草委员会审议的一个连贯的法律制度的轮廓。起草委员会的任务不仅是修改, 而且是重新订出拟议的条款草案, 以改进在结构和内容上的一些不足。

15. 至于结构上的缺陷, 他说第 10 条到第 20 条之二没有反映受预防的原则限制的各国在发展水

⁸ 见第 2300 次会议, 脚注 18。

⁹ 同上。

平和工业化程度上的不同。发展中国家的所有工业活动，甚至初步的工业活动，严格地说都是含有危险的活动，面对执行拟议的主要规则的要求，他们既没有工业基础设施，也没有立法或行政机制来象发达国家一样加以应对。正如拟议的条款草案所设想的，预防的原则没有考虑这些国家在获取工业技术方面的情况，由此提出的不加区分地执行主要规则的要求可能产生一种新型的为转让技术提出的条件，很可能使发展中国家对于接受联合国框架内提倡的制度越来越犹豫。委员会必须牢记这些事实，加上为发展中国家制订的特别条款，同时又不削弱拟议制度的普遍适用性。特别报告员对这些问题还是关心的，他的报告表明了这一点，但他建议将他就这个问题设想的案文纳入有关“指导所有具体规则执行的原则”的那部分条款中。在庞布-奇文达先生自己看来，在制订总则的阶段应该确定一个或几个调节性标准，在起草具体规则的过程中会证明这些标准非常有用。这是这个问题概念本身的一个缺陷，还有时间来弥补。

16. 第九次报告的另一个结构性问题与条款草案的顺序有关。关于“预防措施”（第 11 至第 14 条）、“通知和资料”（第 15 和第 16 条）和“就制度进行磋商”（第 18 条）等条款所寻求的是同一个目标：解释预防的原则。另一方面，题为“国家安全和工业秘密”的条款（第 17 条）对总的预防原则的范围规定了限制。然而，正如特别报告员在谈到受影响国家的参与时所强调的，评估影响、提供通知和资料以及磋商是紧密相联的。这样要在规则中间意外地插进例外情况就不合适了。只要把这些条款重新安排一下，就可以恢复原则的统一，这不是为了纯粹的形式，而是为了使讨论更为连贯。

17. 至于第九次报告内容上的弱点，首先是因为基于国家安全和工业秘密的理由提出的双重特权条款给该制度造成严重的歪曲。第 17 条所载的例外并非没有价值，但是，除了加深各国的不平等外，它还很可能使真诚合作义务的目的和程度都无法达到。特别是由于给起源国以一种斟酌决定权，不仅对要通报什么情况，甚至对决定是否予以通报的斟酌决定权，从而使可能受影响国打消采取第 19 条草案中认可的主动行动权的念头。必须纠正这种过分的垄断，以确保利益均衡发挥作用，并确保一定程度的现实主义，因为存在着遥感装置，它们的使用很可能使例外条款成为幻影。

18. 他提请委员会注意的另一个实质性问题涉及到委员会正在制订的制度自主权。规定从含有危险活动的预防义务引申而来的主要规则，在某种程度上相当于通过国家中介使这些活动受国际法的支配。不履行预防的义务就构成普通法的国际责任意义内的国际不法行为，受影响国将只是行使其根据已决判例法所具有的权利，以确保国际法特别是一般国际法得到对其有利的尊重。但是，怎样区别为国际不法行为承担国际责任的普通法和对据说国际法不加禁止的含有危险活动承担国际责任的特殊法？委员会有一天必须解决这个问题。

19. 本努纳先生回忆说，委员会曾决定起草的一套条文不是关于严格意义上的责任，而是关于预防和弥补损害的途径，给预防以优先地位。正是因为心里想着这一点，委员会才要求特别报告员在目前这个阶段提交关于有造成跨界损害危险的活动的条款草案。他认为这个决定引出了两个问题。第一个问题是预防的定义，在这方面，他基本同意佩莱先生的观点。第二个问题涉及到含有危险的活动和具有有害影响的活动的差别：尽管特别报告员区分了两者的细微差别，区别也许不像看上去那样明显。

20. 委员会业已决定在这个专题的工作结束时再回到这个题目上来。实际上目前最好集中于这样一个基本问题：国家对有跨界影响的活动所负的义务和责任。现在该是切断连接审议中的专题与国家责任的专题之间密切联系的时候了。

21. 这个专题取决于因进行有跨界影响的活动而产生的法律义务，而这自然而然地引出了有关经营者的权利以及对这些权利的限制。有必要确定这些义务的法律来源，可能不是一种特别的来源，而是从各种方式的立法（诸如条约、惯例和原则）中引申而来的。如果不可能做到这一点，那就必须参照国际公共秩序来确定国家的活动和行为，因为国际公共秩序赋予法律主体的地位，指导国家间和平的关系。因此委员会可以尝试填补法律空白，一种“各种事物的自然状态”，在这种情况下，权力关系不从属于法律。第 6 条（行动自由及其限制）¹⁰把它同国际公共秩序建立了联系，国际公共秩序是国家主权平等原则的结果，如果一国给另一国造成危险，那就违背了这个原则。

¹⁰ 同上。

22. 因此,委员会必须制订剩余规则,适用于不以国家的意志并且确实不以任何法律意见的表达为转移的国家活动的后果。从这个意义上讲,是活动引出了其目的在于保持国家主权平等的义务。必须在既成事实之前确定这些义务:这就是预防的作用,要使法律发挥保护和捍卫其主体的职能,预防是必不可少的。总之,委员会在发挥其编纂国际法的作用时,必须制定出一个法律框架,使涉及危险的活动都可纳入该框架之内,该框架也能给各国以及法院提供必要的参照标准。各国政府必须知道,他们在自己境内活动时,也要承担国际义务和责任。

23. 条款草案因此应尽可能一般,以免以墨守法规的程序或过多的程序扭曲了预防的义务,反映不出真实的情况。各国不指望一种详细而有约束力的程序,只指望阐明一般的义务,使他们在决定这方面的关系时有章可循。

24. 至于拟议的条款,作为预防义务核心的第14条(活动的进行)总的说来是可以接受的。他同意佩莱先生对预防概念的评论,指出该案文设想到两种类型的预防:损害发生之前的预防和事后的预防,特别报告员在报告中为事后预防提供法律依据,说“大多数民事赔偿责任协定所处理的”正是这种广义的预防概念。然而,这里所涉及的不是民事赔偿责任或者一项特别公约,而是在损害发生之前一般的预防义务。事后预防与严格意义上的责任有关,涉及到活动的停止、对已造成损害的赔偿等等,这是另一个问题,属于专题的第二部分,即补救措施。由于他赞成限定的预防概念,他促请起草委员会和特别报告员以此概念为限,并建议第14条订正如下:“国家应通过立法、行政或其他措施,只有在经营者采取所有必要措施,包括使用现有的最好技术,最大限度减少跨界损害的危险,才允许在其领土上进行活动。国家应强令这种活动的进行投保与所招致危险相当的保险。”

25. 第12条(跨界影响评估)没有必要:应由国家自己决定如何进行评估。显然,一国将在批准或者不批准已有的或者新的活动以前进行评估甚至调查,可能会要求一种特型材料。

26. 第15条(通知和资料)不尽人意。起源国并不是一定要向其他国家通报其评估结论,而是应该向它们通报其立法的内容和它为保证活动符合法规所采取的措施。他还同意佩莱先生关于国际组织

的作用和向公众通报情况的意见。

27. 他同意第16条(交换资料)和第17条(国家安全和工业秘密),同庞布一奇文达先生的看法相反,他认为第17条是标准的。关于第18条(事先协商),他同意佩莱先生的一些看法,不明白为什么这种协商要在活动开始前进行。一国的活动不应受另一国的干涉。协商应在交流信息以后进行,并且不一定非产生各方都能接受的解决办法不可。在这方面,他提到第18条的评注。另外,他也认为第19条的标题(假定之受影响国的权利)不正确。他甚至不知道这一条是否有必要。第18条里规定的协商已经够了:哪个国家都可以要求协商。最后,关于第20条之二(危险或损害不可转移),他觉得很难理解国家怎么能转移危险或损害。这一条只能使情况更加复杂。

28. 总之,他同意委员会应继续工作,但是认为委员会应该以义务为限,义务尽可能笼统,并可以成为参照的框架,同时给各国以最大的活动余地。

29. 托穆沙特先生说,特别报告员的第九次报告的逻辑性是完美无缺的,但是他感到遗憾的是,报告没有提供一个机会来审查已经做的工作,特别是审查自1985年以来在预防方面发生的新情况。他同意佩莱先生的看法,认为草案中需要有一个引言条款,清楚地阐明预防原则,同时还同意本努纳先生的意见,认为这个原则根本上来源于国家平等原则。然而,条款草案就事而言的范围这个问题在他看来极为重要,因为在第四十四届会议上已经给这个专题确定了新的方向。条款草案当然关系到预防,但是还必须确定属于今后文书范畴的各类活动。特别报告员提议的第11条在这方面只提到第1条(本条款的范围),这一条即使加上第2条(用语)也难以填补这个缺陷。第1条处理涉及危险的活动,而第2条则解释说,这系指造成重大跨界损害的危险。但是各种活动都可能造成跨界损害,因此特别报告员本来应该确定此类活动的各个类别,而不是提出只能适用于特定类型活动(例如建造核电厂)的规则。不首先思考它们可能适用的人类活动的整个范围,就不可能抽象地制订这些条款。在任何工业化社会,都有正常的活动,不管是定期的还是不定期的,这些活动都包含着危险,也许将需要具体的规定,这些规定不同于适用于大型工业联合企业的规定。如果说要从环境法中吸取一个总的

教训的话,那当然就是,预防努力必须始终适合须制止的危险的特点。

30. 他想提出一般规定的用处这一问题。为了防止实际发生危险,国际社会需要采用超越 1972 年《斯德哥尔摩宣言》¹¹ 和《关于环境与发展里约热内卢宣言》¹² 的强硬规则。此外,应该确定在规章方面仍有缺陷的那些领域。应该承认,特别报告员提到《越境环境影响评估公约》和《工业事故越境影响公约》,但是他没有讨论这两项文书对他的专题的影响——这个影响也许是相当大的。也许,他还应该解释他是如何看待他所提议的规则同《联合国海洋法公约》中往往比较详细的规定之间的关系。在进行任何起草工作之前,必须有这一另外的资料,以便确切规定预防规则的范围。正在审议的这个专题是很重要的,国际社会指望委员会取得明确的成果。不幸的是,委员会迄今为止还没有能够产生这种成果。

31. 卡莱罗·罗德里格斯先生说,委员会在其前届会议上邀请特别报告员再一次提出关于就同实际上已经造成跨界损害的活动相比——而他并没有完全理解这种比较——包含着造成跨界损害危险的活动而言将要采取的预防措施的条款草案¹³,而没有就某些基本问题作出任何决定,这样做并没有真正减轻特别报告员的任务。例如,特别报告员在第 11 条中提到了“第 1 条所述的活动”,但是第 1 条还没有定稿。

32. 然而,他将依然遵守委员会的决定,将只限于对由特别报告员提出的问题作出反应并对报告发表某些评论。第一个也是极端重要的问题是,是否应该有关于解决争端的条款,这些条款是应该适用于一般性的争端,还是只适用于在预期的协商中产生的争端问题。特别报告员提出了令人信服的理由,赞成采取特定程序,即以调查委员会的方式,解决因对危险的最初评估而产生的争端问题。卡莱罗·罗德里格斯先生本人同意

需要关于解决可能出现的与危险的性质和活动行为有关的争端的条款。

33. 另一个问题是,是否应该像第 20 条中建议的那样,草拟一份利益均衡所涉及的因素的清单。特别报告员是赞成草拟这样一份清单的。如果委员会的大多数委员都赞成这个主张,他本人也愿意接受,但条件是,有关条款应放在附件里。他认为把这样一份清单放在草案正文中没有什么意义,因为第 20 条的第 1 款可以说已经很明显了,它决不会是详尽无遗的。在这种情况下,如果不责成各国考虑这些因素,那么为什么要作为例子来列举它们呢?

34. 像特别报告员一样,他认为“污染者付费”原则不应该包括在预防危险的条款中,而应该包括在总则中。他也同意特别报告员对于第 20 条之二(危险或损害不可转移)的处理。在这一点上,他提请注意这一条中的一个错误:“在地区或环境媒质之间”这句话翻译得不恰当,西班牙原文是“de un lugar o medio ambiente a otro”(从一个地方或环境到另一个地方或环境)。

35. 他还同意,不能把关于紧急准备、应急计划和事故预警系统这类问题的条款列在条款草案中,因为拟议的文书具有一种总括的性质。

36. 他眼下对条款草案本身没有特别的评论要发表,案文无疑可以在起草委员会修改。然而,在第 12 条(跨界影响评估)中,应该清楚地表明,评估将是经营者的责任还是国家的责任。关于第 13 条(先前存在的活动),他认为,国家应该使批准活动继续的可能性取决于同其他有关国家达成的协定,或者至少取决于同它们完成协商,因为经营者的责任并不影响危险,而且其他国家对于危险本身可能有话要说。最后,他指出,第 15 条(通知和资料)提到了“前条所述评估”,但是第 14 条(活动的进行)并没有提到评估。然而,正如已经指出的那样,向其他国家通报的情况不仅应该涉及评估,而且应该涉及在那里进行活动的国家已经作出的或者即将作出的决定。因此,第 15 条应该重新起草,以具体说明通知和提供资料的目的。

37. 韦列谢京先生说,交给特别报告员的任务是一个困难而复杂的任务,因为这个专题同国际环

¹¹ 《一九七二年六月五日至十六日在斯德哥尔摩举行的联合国人类环境会议报告书》(联合国出版物),第一部分,第一章。

¹² A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I)(联合国出版物,出售品编号 C.93.I.8 和更正),第 3-7 页。

¹³ 见《1992 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 55 页,第 349 段。

境法密切相关。他同意奥地利代表在第六委员会在大会第四十七届会议上审议这个专题时表达的观点,认为分别编制可应用于不同情况的文件较制订一个单独的保护环境的法律制度更为可取¹⁴。托穆沙特先生采纳了这个观点,他强调需要更清楚地确定预防条款的范围。在环境保护领域的具体活动方面进行建设性努力的一个例子是《关于在外层空间使用核动力源的原则》¹⁵,这些原则涉及单独一项活动的危险。遵照这些方针的具体规则也可在其他领域中应用。

38. 国际法是否禁止能造成重大的跨界损害的活动,必须对这个问题给予一个明确答复的时刻会到来。如果答案是要禁止,那么第九次报告的主题必须在国家责任的总框架内处理。鉴于这个专题很复杂,应该欢迎委员会和特别报告员尝试从许多角度处理这个专题。虽然他同那些认为预防问题同责任问题没有直接联系的人意见一致,但是他承认特别报告员提议的一套条款非常重要,并认为,如果委员会现在把精力集中于有关预防的规则,那并不意味着它将不处理审议中的专题的其他方面。

39. 特别报告员已选定已经提交委员会的条款作为新的预防条款的基础。这是一个合乎逻辑和可以理解的工作方法,但是这个方法涉及一些具体的困难,因为早些时候的条款既处理含有危险的活动,又处理实际上已造成跨界损害的活动,而且案文还没有得到起草委员会通过。最好新的条款独立于早些时候的条款,而且编号不同,以避免任何混乱。

40. 关于将代替附件第一条的第11条至第14条,特别报告员提到单方面的预防措施,他不知道那是否意味着在下列条款中概述的措施将是双边或多边措施。在不考虑另一国观点、也未经过协商的情况下通知和通报一个国家设想的活动,能否视为预防可能的损害的措施,还有讨论的余地。提供资料的责任在某些情况下可能是不必要的,而在另一些情况下是不可推卸的。例如,发射卫星是一个有可能造成跨界损害危险的活动,但是,通报那个活动的技术情况只有在卫星载有核能源的情况下才是必需的,因为那增加损害的危险。这说明需要一个具体对待这种情况的文件,例如《关于在外层空

间使用核动力源的原则》。因此,第15条和第16条是否有充分的根据还值得怀疑,因为很难起草对各种包含危险的活动都有效的原则,在“危险预防”这个词有很大的争论的情况下,尤其如此。

“含有危险的活动”预先假定不可能完全防止危险,只能把危险减少到最低限度。

41. 他对特别报告员为执行其任务所作的努力表示感谢。然而,许多复杂的问题仍然没有解决,他对现阶段起草委员会能取得实际成果感到怀疑。

42. 居内先生说,特别报告员在他的第九次报告中,依照委员会第四十四届会议通过的决定¹⁶,把他的注意力集中于精心制订对待含有危险的活动条款草案,把有关责任的问题搁置一边。确实,编纂和逐渐发展关于这个题目的法律牵涉到规定为了防止或尽量减少跨界损害危险而必须承担的义务以及对实际上已造成损害的责任。然而,鉴于这个专题的性质和复杂性,最好只处理这个问题的第一个方面。

43. 还应该追述,根据《关于环境与发展的里约热内卢宣言》¹⁷,各国必须保证在其领土上或在其控制下进行的活动不得危害其他国家。他认为,关于预防的条款草案在这方面总的来说是令人满意的。这些条款草案预先假定,管制在其管辖或控制下的所有危险活动、评估影响并采取必要的立法和行政措施把跨界损害的危险减少到最低限度,是各国的基本责任。规定任何进一步的责任,就同一个国家在自己领土上进行合法活动的主权权利是不相符的,只要所述活动不侵害另一国的权利,就可以不经另一国的同意。应该认为在这个阶段起源国方面保持警惕就足矣。关于保护无辜的受害者,它必须涉及对遭受的任何损害给予赔偿。为了说明起源国的责任范围,特别报告员强调指出,那个国家的人民或环境是最先受到危险活动的损害的,而且,归根结底,最关心要求事前核准的正是那个国家。反正,不管要遵循什么程序,都不能使某一项既定的活动暂时停止,直到可能受影响的一国或数国满意为止。在这种情况下,起源国要采取的行动是满足绝对预防的需要,而不一定包括中止计划采取的活动或授与可能会受该活动影响的国家以某种否决

¹⁴ 见《大会正式记录,第四十七届会议,第六委员会》,第26次会议,第57段。

¹⁵ 大会第47/68号决议。

¹⁶ 见上文脚注13。

¹⁷ 见上文脚注12。

权。唯一必需做的就是，起源国应该对计划好的活动可能产生的后果进行深入的分析，以便预防、控制和减少有害后果的危险。

44. 他在谈到附件第二条（通知和资料）时说，与国际组织的作用有关的问题是哪个国际组织应被视为是主管的。在一个法律文件中必须阐明这一点，特别在关系到许多国家的利益时。在一次评估揭示可能造成重大的跨界损害时，通知和提供资料是必不可少的，但是，他并不信服必须规定进行正式磋商。理所当然不能期望起源国不进行一项合法的活动，特别是据认为那项活动对该国的发展必不可少而又没有其他解决办法时。如果强制起源国同所有可能会受影响的国家进行协商，那等于给予它们以否决权，那是不能允许的。因此，不应该把重点放在协商上，而应该把重点放在以诚意原则为基础、本着睦邻精神进行的合作上。应该在第 17 条（国家安全和工业秘密）中清楚地说明这一点，在“精诚”这个词后面添上“并本着睦邻精神”。同样，按照已经作出的说明，他认为，特别报告员提议的第 18 条（事先协商）在起草中的文件正文中的位置不适当。

45. 他认为，解决争端（附件第八条）同将要起草的文件的内容和形式紧密相关。因此，如果在确定条款草案的内容和最终措词之前讨论这个问题，那将为时过早。至于第 20 条（利益均衡所涉及的因素），最好避免使用诸如“分享自然资源”之类的词，对这个词一直有争议，包括委员会自己在内的许多机构拒绝接受这个词。这一条最好还是放在附件里。

46. 最后，他建议特别报告员本委员会提交一个长期计划，详细说明他的工作中未来的各个阶段，并开始草拟关于责任、换言之关于造成损害的一方对损害给予赔偿的责任的条款草案最后案文。这一种法律制度将建立在经营者负责的基础上，而不是建立在国家负责的基础上。理由是，不管损害是在什么情况下造成的，责任是由于未能履行义务之外的某种事情产生的，不需要对损害给予全部赔偿。然而，如果在一个国家的领土上或控制下进行的含有危险的活动造成跨界损害，那可能会引起起源国的责任。

下午 1 时 5 分散会。

第 2303 次会议

1993 年 6 月 4 日，星期五，上午 10 时 5 分

主席：古德蒙杜尔·埃里克松先生

出席：巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（续）（A/CN.4/446，D 节，A/CN.4/450¹，A/CN.4/L.487）

[议程项目 5]

特别报告员的第九次报告（续）

1. 巴尔沃萨先生（特别报告员）说，迄今所有的发言都令人感兴趣并且值得对之提出看法。他建议以通常的方式进行评论，但认为，如果他现在对其中三个发言做出答复，这对继续讨论是有益的。

2. 首先，他同意佩莱先生所做的大部分评论（第 2302 次会议），特别是对第九次报告（A/CN.4/450）中建议的第 18 条所做的批评，大意是“以期找到互相可以接受的解决办法”这一说法似乎是推定行为不当。造成这种印象并非他的意图——恰恰相反——他不会反对改变这些措词或把它

¹ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

们完全删除。佩莱先生也更希望他通过阐明已经包含在第 8 条中的一项总原则并吸收在第 3 条第 1 款以及第 6 条、第 7 条和第 8 条²中所阐述的概念制定一种更全面的预防制度。他虽然也同意这一观点,但他愿指出,所说的这些条款已经提交给起草委员会,他之所以没有进一步提出建议,是因为害怕使这一问题含糊不清。

3. 本努纳先生发言(第 2302 次会议)的要点是,建议的程序应该加以简化。这一点提得好,值得考虑。托穆沙特先生(同上)抱怨说,报告没有考虑到自 1985 年以来在预防问题上的进展。实际上,它的内容援引了《工业事故越境影响公约》,《越境环境影响评估公约》和《关于越境内水意外污染的行为守则》³。要是知道托穆沙特先生所注意到的自 1985 年以来的其他的进展或有关方面会是有益的。托穆沙特先生还提出,他应分门别类地规定各种活动以便使预防措施适应具体危险。关于这一点,应该记住,委员会希望拟订的是一个非常概括性的纲要公约。他认为,以建议的这种方式对各种活动进行分类既不可能又无用:说不可能是因为没有人能预见到将来会出现何种类型的危险活动,说它无用是因为委员会的目标应是制定非常一般性的预防措施。应有的注意是一个一般性的概念,经必要的修改后适用于所有活动。

4. 有时,他想知道,某些委员是想要他起草一份报告还是编一部百科全书。无论如何——这不是对托穆沙特先生说的,他不怀疑托穆沙特先生的诚意——他认为,那些出于包括他们自己国家利益在内的许多原因而不喜欢本专题的人最好说明白并要求大会放弃审议,而不要强加于他这个特别报告员以不可能的条件或对他进行非常空洞的批评。

5. 鲍威特先生说,第九次报告的核心规定无疑是强迫一个国家在批准在其领土上进行任何可能造成跨界损害的活动之前承担进行环境影响评估的责任。他认为,这项规定应清楚地加以说明,也许还可以比较具体,以便明确规定一个良好的环境影响评估的基本组成部分。在环境规划署理事会的公约

和决定中都存在这种定义的先例。除非这样明确基本条件,否则就有可能出现以下危险:一国通过进行某种研究而似乎履行了其义务,但实际上根本没有对潜在的危险进行适当的评估。

6. 评估不当的后果可能各不相同。第一,如果评估显示不存在危险,因而该国不通知邻国并批准这种活动,那么,即使进行了评估,如果后来对邻国造成了损害,那会怎样?进行评估的国家是否将免于任何针对所造成损害的起诉?还是受害国仍然可能提起诉讼,指控该评估是错误的或第一个国家根据这一评估得出的结论是错误的?第二,如果评估确实揭示有重大损害的危险,只要求起源国把这种情况通知受影响的一国或数国,而不是把实际评估结果告诉它们。为什么这样呢?其原因决不会是单独在第 7 条中处理的国家安全和工业秘密问题。报告中提到的公众的参与这一问题看来可以排除这种顾虑。为确保一国向受影响国提供充分而必要的情况,可能有必要做出一项规定,大意为:起源国未能向邻国通报在适当时证明是对任何危险评估至关重要的信息则自动构成起源国赔偿责任的理由。

7. 就进一步审议这一主题的程序而言,在已提交给起草委员会的第 1 条至第 9 条⁴和新的一组关于预防的第 10 条至第 20 条之二之间明显地存在一些重复。应该将第 10 条至第 20 条之二提交给起草委员会,以便它能集中注意预防问题——委员会是这样决定的。然而,在特别报告员的帮助下,起草委员会也许可以起到除了起草任务之外更广泛的作用。它可以考虑新条款的结构是否合乎逻辑和全面,如果不是,可加入什么样的有用条款。这样,也只有这样,它才能考虑实际起草各条款。最后,当通过研究得出一组令人满意的预防危险的条款时,委员会也许可以转向新条款如何适应第 1 条至第 5 条的一般规定以及适应第 6 条至第 9 条中确定的原则的问题。委员会通过采取这样一条路线将会以一种系统的方式开展工作,他认为这比向特别报告员要越来越多的报告要好。

8. 克劳福德先生说,出于两方面的原因,他不想对该报告进行详细评论。第一,他大体上同意佩莱先生的意见;除了特别报告员在本次会议早些时候提出的第二点之外,唯一有异议之处就是强制保

² 条款草案案文见《1990 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 193-202 页, A/CN.4/428 和 Add.1 号文件,附件。

³ E/ECE/1225 - ECE/ENVWA/16 (联合国出版物,出售品编号 E.90.II.E.28)。

⁴ 见第 2300 次会议,脚注 18。

险问题（第 14 条）。从本质上讲，保险是私营部门的问题，它不能构成有关危险的国际义务的内容，因为这一危险有可能是商业上可以保险的，但也有可能不能进行商业保险。他还同意鲍威特先生就委员会如何就这一问题进一步开展工作的意见所发表的看法。

9. 第二，本委员会很有可能因其对正审议的这一专题的处理而陷入声誉受损的境地。制定长期工作方案的工作组本应适当地考虑让委员会在环境法领域做些工作的主意，而在过去 10 年中，委员会由于对现有主题处理不当而未做任何工作，这颇具讽刺意味。关于这一点，他很不赞成托穆沙特先生的看法。在全体会议上进行这种辩论既不适宜又不恰当，因为一些委员不同意具体建议或不同意整个专题。特别报告员所需要的是参与起草委员会，而不是在全体会议上进行更多的讨论；国际法委员会所需要的并非更多的报告——不论它们是多么出色——而是起草委员会就这一专题的实质内容开展工作。因此，他要称赞特别报告员，并提议将第九次报告中提议的条款提交起草委员会。如果起草委员会不能在本届或下届会议上花大量时间讨论这一专题，国际法委员会可考虑设立一个特别工作组或拥有不同成员的第二起草委员会。无论如何，必须在这个专题上取得进展。

10. 冯巴先生说，“防病胜于治病”这句谚语用在环境问题上真是恰当无比。根本问题是：最好情况是如何避免出现国际性环境损害，最坏情况是如果真的发生了，如何弥补这种损害。诚然，对“国际性环境损害”这一术语尚不存在普遍接受的法律定义，但今天习惯国际法承认各国负有责任避免造成这种损害。因此，重要的是各国适当地考虑到生物和政治上的差异，就最低限度的行为原则达成一致。这些原则基于属物理由的范围势必涉及到对环境损害的预防和赔偿方面的合作。因此，所要制定的任何法律制度的两项主要内容是：在开始进行可有造成重大跨界损害的活动之前通知并与邻国协商的问题；“国际环境损害”的定义和确定由于造成这种损害而引起的国际责任的性质。在这方面，根本问题是该国确保在其管辖范围内或在其控制之下所进行的活动不会在它国造成环境损害的义务的切实内容。

11. 有关初步提供资料和协商的内容有时会引

起担心：接受协商的国家实际上可能会对在提出协商的国家中所进行的合法活动行使否决权，或可能不公正地拖延这项活动。另一个担心与要泄露的信息潜在的保密性有关。需要以尽可能灵活的方式和本着尊重国家主权的精神消除这种担心。

12. 在非洲，预防跨界损害的原则在一系列法律文件当中都有所体现，如《养护自然和自然资源非洲公约》、《禁止向非洲输入有害废物并管制有害废物在非洲境内越境转移和管理的公约》（以下称巴马科公约）、《塞内加尔河地位公约》、《关于开发乍得湖流域的公约和条例》、《关于尼日尔河委员会和尼日尔河航运的协定》、《设立尼日尔河流域管理局公约》等等。他大量引用这些文件，指出，只有巴马科公约包含有关于责任的条款，其它主要与预防和合作问题有关。

13. 他同意其他成员的看法：就预防而言，所涉及的范围并非危险而是损害，争论的问题是防止其自身性质涉及危险的活动造成损害。他还同意就严格意义而言，预防是事先而非事后行为，还同意物质责任必须包括预防和损害赔偿。

14. 就初步通知和协商而言，试图迫使各国承担在国内一级公布信息的明确义务是不明智或不现实的。向其他国家提供信息应遵守真诚和和睦这两条基本原则，它们更多地是一种行为问题而不是使用的方法问题。最后，他大体同意本努纳先生、佩莱先生和庞布一奇文达先生对内容和形式所做的评论（第 2302 次会议）。

15. 比利亚格兰·克拉梅尔先生就特别报告员有益的报告向他表示祝贺，他注意到使该标题更为简明的努力没有取得成功；不管怎样，有些委员是根据该主题关系到由合法活动引起损害性后果的国际责任这一假定进行工作的。

16. 佩莱先生谈到了一系列由严格责任和过失的概念所引起的术语和理论问题。委员会大部分委员都认为，重要的是决定何时严格责任起作用以及何时可做为例外接受过失的理论。特别报告员谈到与事先授权的概念有关的这种理论的双重性，他认为事先授权是必不可少的。在某种程度上讲，甚至在运用严格责任的一般规则时，就事先授权而言，委员会必须考虑是否可运用过失理论。起草委员会终究必须处理这一问题。

17. 多年来, 损害这一概念已呈现出更清晰的轮廓。在关于飞机和外空物体事故、核能领域、工业事故和通过公路、铁路和海路运输危险物品等方面的法规中都涉及到这一概念。开始出现涉及由于海上、陆上和空中污染而造成环境损害的法规。此外, 各区域在这一领域也做出了努力, 在这方面, 他感谢冯巴先生列出了非洲所通过的涉及这一概念的文书清单。就拉丁美洲而言, 这一问题反映在《养护东南大西洋生物资源公约》和其它文书⁵中。

18. 关于原则问题, 他认为特别报告员没有充分强调利益与跨界损害间的关系。没有任何国家能从一项活动受益但又不受其后果的影响, 如果特别报告员注意这个问题会是有益的。关于在开展一项活动中造成损害的国家应对这一损害进行赔偿的原则, 特别报告员提到“污染者付费”原则, 但这一原则需要对某些行动——在它们发生之前和该国接到它们已经发生的通知之后——加以说明: 跨界危险, 有害活动, 国际法所禁止的活动, 国际法不禁止的活动, 危险活动和极端危险活动。他不能肯定是否应该把这些活动列入条款中, 但必须以某种方式对它们加以考虑。

19. 这就提出了国家作用这个问题。委员们准备讨论特别报告员的建议, 即对某些可能造成跨界损害的活动应要求国家事先授权, 这一事实迫使委员会必须面对某些现实情况: 在私营部门中存在着一种要求缩小国家的作用、取消管制、减少条例和限制的趋势。委员会在提出预防问题时直接谈到国家活动和由此而产生的法律后果的问题。特别报告员采取了正确的方法, 因为他强调国家活动的目的是尽力减少可能导致跨界损害的危险并对已出现的损害加以制止。因此, 国家并不是对活动本身加以管理, 而是承担将危险减至最低限度并制止任何实际损害的责任。然而, 由于国家只将自己限于有关预防的法律文本, 在私营部门中可能出现的问题是它自己的责任将是什么, 以及是否希望它执行这

些规定, 关于这一点, 他认为鼓励采取强制保险是个好主意。

20. 他感谢特别报告员提供的关于预防和有关活动的国际文书最新清单。在这方面, 全世界的法学家都应感谢在“特雷尔冶炼厂”案⁶和“拉诺湖”案⁷中进行裁决的仲裁人。在前一个案例中就一个有关环境的复杂问题做出了决定, 而当时并没有对这一问题进行过辩论。在后一个案例中, 该决定对本委员会涉及国际水道非航行使用法这一主题十分有用。如果这些法官在缺乏相关判例法的情况下仍能做出决定, 那么, 鉴于正在审议的问题有丰富的判例, 委员会就适当的文本达成一致则应当容易得多。

21. 他同意特别报告员的观点, 就预防和通知而言, 重要的是确保所有参加国在预防损害或——如果出现这种损害——在阻止损害方面都有合法利益。然而, 他想知道对不遵守规定要实施何种类型的责任。他还强调协商的重要性, 协商有确保受影响国参与的好处。让所有有关国家都参与这一过程可以创造一种共同责任感, 这对处理跨界损害问题是会有益的。

22. 最后, 他想知道将是否有可能更详细地研究公平这一概念: 即使委员会没有提到它的要素, 法官也会加以考虑的。没有一个国际法院可以忽视公平问题, 委员会应试图更明晰地确定其范围。

23. 科罗马先生称赞特别报告员在详细阐明有关这一专题的体制方面所做的努力, 该专题包括环境、污染控制、危险废料转移、核材料的使用及与经济 and 工业发展有关的问题。他还感谢鲍威特先生的有益建议, 这个建议可能有助于委员会找到摆脱目前困境的出路。

24. 委员会在该专题上花了大约 14 年之后于 1992 年作出决定, 在现阶段应将注意力集中于起草有关有造成跨界损害危险的活动的条款, 目前委员

⁵ 例如, 《保护和开发大加勒比区域海洋环境公约》(卡塔赫纳, 1983 年 3 月 24 日) 及《合作防治大加勒比区域浮油议定书》(卡塔赫纳, 1983 年 3 月 24 日) (《国际法律材料》, 第 22 卷 (1983 年), 分别见于第 227 页和第 240 页); 《保护东南太平洋海洋环境和沿海地区公约》(利马, 1981 年 11 月 12 日) 和《在紧急情况下进行区域合作防治东南太平洋油类及其他有害物质污染的协定的补充议定书》(基多, 1983 年 7 月 22 日), 环境规划署翻印的文件 (联合国, 纽约, 1984 年)。

⁶ 联合国, 《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷 (出售品编号 1949.V.2), 第 1905 页起。

⁷ 同上, 第十二卷 (出售品编号 63.V.3), 第 281 页, 部分译文见于《1957 年国际法报告》(伦敦), 第 24 卷 (1961 年), 第 101 页, 以及《1974 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 194 页起, A/5409 号文件, 第 1055-1068 段。

会不应处理其他事实上造成损害的活动。⁸ 因此，这些条款首先应该涉及关于有造成跨界损害危险的活动的预防性措施。特别报告员将之理解为意味着关于是否需要预防规则的讨论暂时被推迟。然而，在 1992 年决定之前，委员会一直以本专题包括已造成跨界损害的特定活动的实际后果这一理解为基础进行工作。由于 1992 年决定将注意力放在有造成跨界损害危险的活动中，这一专题的范围不仅不必要地被缩小，而且在概念上也变得成问题了。

25. 首先，国际法不承认对在实际上没有造成损害的损害危险的责任。国家实践也没有为这种危险论点提供证据。各国一直不愿承担这种义务。而且，假使这一论点能站得住脚，也不清楚如何评估这种危险，或如何确定对这一危险的可能的赔偿。采用这种风险方法将意味着仅仅向国际水道或大气排放有害物质就可足以构成责任，只要这种行为的性质是危及人类健康或损害环境，并不考虑在具体事例中，有害物质事实上可能并未到达边界。采用这种危险处理方法，单单是核电厂在一国边界地区存在就可被认为是要求赔偿的根据，而无需造成具体损害。然而，如果把赔偿额确定为对预期损害采取措施的费用，那么各国似乎不可能接受这种义务。所以，虽然在许多国际法律文件中都包含了这种危险处理方法，但其目的并不是要考虑到赔偿，而是要通过国际合作控制污染。正因为如此，那些法律文件中包含有关于提供资料、进行协商、政府间相互援助和对造成污染的活动、倾倒等等进行批准的程序，但这些文件没有将跨界污染和国际责任联系起来。因此，可以推论，环境危险的责任并不存在，几乎没有被国际社会接受的可能性。

26. 他希望公开表示不赞同委员会 1992 年改变该专题标题的决定⁹，该专题以目前的形式是无法站住脚的。人们所能找出的对危险论点最有力的支持与极端危险活动有关，而对这种活动的责任既不严格又不完全；甚至这一责任是由发生事故时可能出现的严重损坏或损害引起而不是有关的危险引起的。但委员会讨论的专题范围并不限于极端危险的活动，因为第 1 条草案谈到可能导致跨界损害的所有种类的活动。

27. 他认为，在拟订条款时，所采用的方法应以损害和损害的实际后果为依据，或者，如果本委员会决心继续完成现有的任务，则修改该专题的范围，将它局限于极其危险的活动。他更喜欢那个范围更广的对一种活动的实际后果承担责任的方法，这是一个也包含了风险的概念。那看上去将是象许多法律制度采用的方法，并不仅仅是习惯法的方法。甚至赞成大陆法办法的人都表明，今天的国际法不承认危险的国际责任的原则，因为这会意味着尽管对一国环境没有造成任何实际损坏，一国也要对可能会造成损坏的活动负有责任。这也是《联合国海洋法公约》中所采取的立场。

28. 特别报告员注意到，在该报告的第 15 段中，虽然事先批准的原则得到广泛的支持，但也有人认为这种义务是不必要的。国际协定的趋势是要求各缔约国通过有关具体问题的立法，以便确保履行具体义务。如果一项协定要求事先批准而一位私人经营者违反了这一义务，该国仍要承担责任，因为它承担了有约束力的义务。为保护自己并考虑到现代生活的现实，各国都试图迫使通常处于执行监督的最佳位置的经营者承担责任。但这造成一种进退两难的状况。如果国家对经营者管制太多，可能会被指责阻碍私人投资。但如果它完全不对经济活动进行管理，它可能要对其领土上发生的事故承担责任。因此，必须制定两个标准：一个是用于那些能够行使协定中所规定的管制的国家的，另一个是用于那些缺乏必要的科技基础设施的国家的。

29. 国际协定越来越要求在进行某些活动之前进行事先通知和协商。例如，巴马科公约禁止出口危险废料，除非另一国家同意进口这种废料，并承诺不向禁止进口这类产品的国家出口这种废料。然而，该公约只是针对危险物品，而委员会所发展的专题还包括一般活动——在水道上建筑水坝，开办工厂等。

30. 因此，虽然委员会这一专题与环境法有关，但并不等同于环境法。尽管拟订这一专题的材料与国家责任和国际水道非航行使用法这些专题的材料部分相同，但委员会不应无视该专题本身的独立性。

31. 不能否认知情的同意保障的重要性，尤其是对那些缺乏必要的危险评估机构的发展中国家来

⁸ 见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 55 页，第 346 段。

⁹ 同上，第 348 段。

说更是如此。但应该谨慎运用这一保障，因为它可以变成用来反对真正的经济发展努力的一把双刃剑。

32. 根据预防制度，各国必须通过减少事故的频率或将潜在损害的程度降至最低来将跨界损害的危险减到最低限度。但这种方法所需要的并非预防本身，在报告中它被描述成“事后预防”。然而，只寻求防止象切尔诺贝利和博帕尔这样的危险作业的发生频率或程度可能是不够的。必要的预防制度是充分保障环境安全和人类健康不受跨界损害危险的制度。例如，根据第四次《洛美协定》¹⁰，欧洲共同体同意禁止向加入该公约的非洲国家出口放射性和危险性废物。

33. 附件第一条乍一看可以说讲得很清楚，但深究下去，就发现它应该让经营者知道，如果他们造成跨界损害，并且事先没有得到对某一特定活动的公开批准，那么他们要承担责任。

34. 就关于先前存在的活动的第 13 条而言，当一国发现在它管辖范围内未经批准正在进行一项可能造成跨界损害的活动时，最适当的反应不仅是要对那些责任者提出警告，而且要责令他们遵守规定的要求。该条目前的措词只规定了发出警告，但应采取更有力的办法。

35. 第 14 条必须根据报告导言中的 B 节进行解释，B 节指出，如果一国采取了所有合理的措施以确保遵守有关法规，原则上不承担责任。但他认为，一旦私人经营者违反了要求缔约国通过关于某一特定活动的立法的协定，该国仍然要承担责任，因为它承担着一项有约束力的义务。国家应保护自己，不仅要迫使经营者承担责任，还要坚持取得足够的承保范围，以确保任何可能的损害的负担不会由国家单独来承受。

36. 第 15 条至第 18 条起草得相当好，他原则上赞成这几条。如果委员会决定为具有损害性效果的活动拟订一个单独的制度的话——他希望它会——那么，看看特别报告员在建立针对含有跨界损害危险的活动的制度时运用什么样的补充材料仍然是令人感兴趣的。

37. 关于具有危险的活动，他要指出的是，甚至是涉及危险的核活动，也只在发生核活动的该国对他国造成损害时才会引起责任问题。核活动本身是危险的这一事实并不足以构成责任的依据。

38. 关于解决争端，他会赞成与《越境环境影响评估公约》或《工业事故越境影响公约》中的规定相似的规定，条件是要确定的问题是真实的而非假设的。

39. 在类似目前这个旨在作为一个纲要公约——其规定不必具有约束力而是对各国起指导方针作用——的草案中，第 20 条是适合的。该条不仅涉及到公平的原则，还涉及到科学数据。在实践中如何运用它尚不清楚，但只要它是为了帮助执行一个纲要公约的规定，他就会赞成这一条。

40. 最后，他同意特别报告员的观点，即应该在指导这一专题的总原则中将“污染者付费”原则包括进去，并对特别报告员勤勉不懈的工作表示谢意。

41. 马希乌先生说，报告符合委员会的要求，即在目前将注意力集中在涉及危险的活动，尤其是预防性措施上，默契是纠正措施或赔偿放在后一阶段处理。特别报告员试图对预防下定义并提出一系列在上一届会议所提建议基础上有所改进的条款的方向是正确的。

42. 在提及单方面预防措施以及第 14 条草案时，他注意到特别报告员概述了三种类型的措施。第一种类型是根据预防的典型定义减少事故可能性的步骤。这些措施极其重要，并且往往是在设计或组织阶段必须采取这些措施。第二种类型是如果——尽管备加小心——事故的确发生时，旨在减少有害影响的预防性措施。在这一类型中包括各国可事先采取的减少有害影响并防止它们影响邻国的措施以及预防性部署人力、物力和其他资源。

43. 第三种类型有别于前两类而属于可能造成某些怀疑——特别报告员称之为“事后预防”的——范畴。的确，“预防”这个词对涉及损害业已造成之后所采取的措施似乎完全不合适。这种措施确实属于对有害影响的赔偿或纠正的性质，因此更适合于在委员会下一阶段的工作中加以讨论。但预防和纠正之间的分界线往往确实难以划定。他同意特别

¹⁰ 欧洲共同体与非洲、加勒比和太平洋地区国家集团缔结，并与 1989 年 12 月 15 日签订（见非加太-欧共同体通讯，第 120 号（1990 年 3 月-4 月））。

报告员在条款草案中所采取的方法，但稍有保留。

44. 他特别欢迎以标号 11 至 14 的几个条款取代附件的第一条，因为第一条涉及许多最好分开处理的复杂问题。关于发展中国家缺乏必要的技术、资金或人力资源对在它们领土上所从事的活动进行风险评估的问题，在制订一套让各国承担许多义务的条款中必须考虑到这一问题。但同时必须让发展中国家铭记提高警惕的必要性，因为它们领土上事故的有害结果通常会影响到其他自身缺乏技术和财政资源的发展中国家。古人云：“一分预防胜似于十分治疗”，在这里尤为恰当，尤其因为预防的代价要低得多。因此，在强调预防的同时，必须帮助发展中国家获得必要的技术能力和资源以进行风险评估。

45. 第 15 条恰当地处理了国际组织可起到的作用，但将这一作用限于通知和提供资料。然而，除了在某些情况下外，通知是针对有关国家的。国际组织以其财力和技术资源，可在其他诸如预防性措施和风险评估等许多领域提供援助。所以，应该考虑到它们的参与，其条件应在单独一条或几条中加以概述。重要问题之一是防止各国反对国际组织的行动——如果这种行动完全正当——并确保它们同意执行这种行动的方式。

46. 他同意特别报告员的看法，即把应受影响国的要求进行协商的义务包括进去（第 18 条）。这正是将条款草案有机地连贯起来的合作概念的基础。但与此相平行的要在各国之间达成一致的义务似乎走得太远；所以他欢迎特别报告员所做的变动。尽管显然希望各国应承担协商的义务，但要求它们达成一致是不可能的。必须为没有达成一致的情况考虑一种解决争端的机制。

47. 他认为，可将这些条款草案送交起草委员会，作进一步审议。

48. 史先生说，遵照委员会第四十四届会议通过的決定，特别报告员那份有益的报告限于对涉及跨界损害危险活动的预防的审查，并提出了一份对有关条款的修订本。特别报告员为在该专题上尽可能取得多的进展所做的努力值得称道。

49. 委员会在这个专题上已工作了 14 年，但还没有哪一条的草案是一读通过的。其原因在于一个涉及各国在权利和利益上有尖锐分歧的专题本身固

有的困难，这些分歧必须由委员会作为国际法逐渐发展的一部分来加以协调。委员会并不是在真空中工作，它的成员都来自不同发展阶段和具有不同的法律和文化背景的国家。对某些委员来说，上一届会议所做出的决定似乎是一种退步，而其他的人则不这样认为。总的来说，他对这些决定感到满意，但对恢复只是在完成有关一个专题的工作之后才对条款草案的最后形式做出决定的通常做法表示某种遗憾，并认为这一规则应有例外。例如，在开始阶段做出草案应采取用于各国的指导方针的形式的决定会加速委员会的工作，并使该草案更容易为所有各国接受。尽管如此，他会遵守委员会的决定。

50. 拟议的关于预防的条款草案引起两个令人担忧的问题。首先，他怀疑某些条款是否普遍地适用于所有涉及跨界损害危险的活动。从管理具体活动的许多条约中产生出具有普遍适用性的规则既不容易又不合适，因为每种活动都各具自身的特征。例如，《外空物体所造成损害之国际责任公约》规定了损害的绝对责任，但没包括任何关于预防的条款。拟议的条款草案适用于空间活动吗？就坠毁在加拿大领土上的苏联人造卫星造成的跨界损害来说，如果苏联在发射该卫星之前能够估计到损害的程度，那么它可能会改变它的计划；而随后的通知和协商可能无异于邀请加拿大来反对这种计划的活动。此外，特别报告员在他的第五次报告¹¹中建议，对涉及危险的活动的划定应考虑到这些活动的实际后果。但这种广泛的划定会使得制订适合于广泛范围的活动适用的预防规则极为困难；特别是如果希望国际社会接受这些规则更是如此。由于所有这些原因，应对涉及危险活动的范围做进一步的规定。

51. 第二个令人担心的问题是这些建议并没有对发展中国家的特殊需要做恰当规定。特别报告员在其第九次报告中建议，在关于原则的一章中包含一些总括形式的措辞，以考虑到那些经济不够发达国家的立场。它们的需要——包括对优惠待遇的需要——也应该在关于预防的条款中有所反映，关于预防的条款特别要考虑到《关于环境与发展的里约热内卢宣言》¹²中所制订的原则。而且，就预防性措施而言，适用于发达国家的标准也可能不适合发展

¹¹ 《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 329 页，A/CN.4/423 号文件。

¹² A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8 和更正)，第 3-7 页。

中国家, 因为其代价——社会和经济方面的一可能太大乃至会妨碍它们的发展。此外, 第 14 条规定“利用现有的最佳技术”。这是指在产地国还是在全世界所能得到的最好技术? 对许多发展中国家来说, 这是差别很大的重要问题。所以, 关于预防的条款应包括各种促进技术转让, 包括新技术转让, 特别是从发达国家向发展中国家的技术转让的一般规定。

52. 斯里尼瓦萨·拉奥先生注意到委员会讨论国际责任这个问题已有相当长的时间了。他说, 对这一法律领域的进展至关重要的问题至今得不出任何初步结论, 人们感到不耐烦是可以理解的。

53. 该专题没有取得自己的逻辑结构的原因之一是它没有完全脱离国家责任这一专题。在国家责任专题中, 一国作为国家对其失职负责, 而在国际水道非航行使用法专题中, 国家拥有、管理并维护自然资源, 国际责任与这些专题都不同, 它涉及国家不会或不能控制的行为。那是因为个人所享有的人权和自由, 因为将国家同从事生产、商业和服务的其他实体分开的必要性, 因为满足企业主对促进发展必需的技术和财政方面的需要的必要性。在接受各国应对造成跨界损害的活动负责这一观点时, 各国难免有些犹豫, 因为人们认为, 为了让市场力量自由发挥作用, 应避免过度管理。在一国领土内的活动和据称是跨国界所造成的损害之间不能确立直接的因果关系的情况下, 这一问题更为复杂。但是, 如果在这种活动与跨界损害之间清楚地确定了因果关系, 那么, 任何国家都不应允许它的领土用来造成跨界损害的这个基本原则已被普遍接受而无须重复。因此, 有关国家的立场是受国家责任制约的, 而经营者或所有者的立场是完全由侵权法和代理法管理的。因此, 委员会要指明作为在国际一级阐明责任后果的依据的任何原则都不能完全与法律的这些分支无关。

54. 如果将国家同经营者和所有者分开处理, 对国家和其他实体来说, 制订适当的预防规则可能更容易些。特别报告员注意到, 国家的作用实质上是制订标准及颁布法律和法规并监督其执行。经营者的作用不同, 而且要求更高。他的义务可以包括提交有关活动的环境影响研究报告, 指明所造成危险的水平, 提出处理这种危险和制止其后果的措施。如果一项活动有可能造成跨界损害, 也可规定一项条件: 从事这项活动的方式不致对他国造成能预见到的损害, 或者可要求经营者在与有关国家或数国的

负责人员协商后获得从事这项活动的必要授权。

55. 就国家而言, 它可以根据自身的法律——可通过它自己的司法系统执行——采取各种措施来防止造成损害的可能性, 在已造成损害的情况下, 要求营业者支付赔偿费。换句话说, 尽管国家有主权, 并有在一定程度上为自身发展的利益允许在自己领土上从事某些活动的自由, 但不应让无辜受害者承担损失的原则可以通过许多不同方式而不是通过国家责任的手段得到保护。因此, 委员会有责任探求各种途径来拟订关于责任的规章制度, 将注意力集中在经营者身上, 但又不忽视国家在确保例如适当保护环境、防止污染和对外国的损害等等中应起的作用。他认为, 拟议的条款在这方面不够明确。

56. 特别报告员在其报告中说, “在原则上, 国家本不应就私人活动承担赔偿责任, 如果该国家曾针对这些活动履行了它的监督义务的话”, 但他显然在脚注中提出了与此相矛盾的观点, 他在脚注中建议, “国家可能必须承担剩余的赔偿责任, 例如遇有经营者或其保险公司无法提供支付赔偿所生损害所需款项……或者在其他想象的情况下。”特别报告员还提出了这条有益的建议: 大多数没有必要的技术知识和资源对其管辖内的活动进行监督并评估造成跨界损害的可能性的国家可以向有关的国际组织要求帮助。但正如特别报告员正确地谈到的, 这种义务不应通过拟议的条款强加给国际组织, 只能根据一个国际组织和一个国家之间的条约的规定或根据管理这个特定组织的规章的规定而产生。

57. 尽管各国在从事可能导致跨界损害的活动方面进行合作的义务大体上很平常, 但都没有指导如何实际履行这一义务的方针。一个国家在通知其他国家并履行协商的义务之前首先要自己确实弄清楚活动可能会造成重大损害。除非这一活动是国家管理的, 否则国家通常必须依赖经营者提供信息: 它不必承担为经营者向其他国家解释的全部责任。委员会可能希望审议这个问题。

58. 报告中提到的个人应获得保险的要求是对一种活动授权的必要条件, 但最好在预防阶段处理这一问题。

59. 关于第 12 条, 提供环境影响评估的义务应属于经营者。拉奥先生全然不理解关于先前存在的活动的第 13 条将在什么样的情况下起作用。一旦国

家在适当考虑到对他国和对环境问题所负的责任之后承担了允许在它的领土上从事某些活动新的义务，那么，它一般应禁止任何不符合这些标准的活动。无论如何，一般是要求经营者而不是国家对所造成的损害进行赔偿。这句话的措词“……国家应按照相应的条款负担任何所引起的损害的赔偿责任”含糊不清，应重新审查。同样，第 14 条也应重新审查。这一条所规定的义务是由国家规定经营者所履行的责任；它不是确保经营者事实上履行这些职责的义务。如果经营者没有履行其责任，明显的制裁形式将是国家不批准这项活动。

60. 至于第 15 条，授权国无需总是直接消除可能受到影响的其它国家的疑虑，所以，至少在开始阶段，可将提供必要资料并进行协商的负担留给经营者自己。同样，尽管第 16 条原则上是合理的，但定期提供信息的义务应由经营者来承担。第 17 条的主题——保护国家安全和工业秘密是管理向其他国家提供信息工作的非常必要的内容。但是，为实现令人满意的利益平衡，需要认真起草这一条。

61. 第 18 条和第 19 条清楚地强调了有关同意请求就关于可能造成跨界损害活动进行协商的问题。但是，如果一国认为活动不可能造成跨界损害，而另一国则坚持要限制前述国家的公民从事对他们有益的活动的自由，就会产生问题。即使不允许原告国有否决权，如对第 6 条的评注所述，但协商的义务本身就形成一项责任，即消除该国的疑虑并接受也许麻烦得多以致于不得不放弃这一活动的条件。在这种情况下，一个明显的解决办法就是采取某些和平解决争端的方法，如听取中立专家的意见。但他依然对这种建议的价值表示怀疑，也对特别报告员建议在纲要公约的另一条款中应包括的因素清单表示怀疑。他同特别报告员一样对这一情况表示担忧，并建议在现阶段应略去有关这些问题的任何条款。利益均衡因素并不是这一特殊领域所特有的，而是国际法运作的核心。他还对象第 20 条之二中那样规定得如此详细的做法以及“污染者付费”原则犹豫不决。这类事项可待在本概念上取得更多进展时再审议。

62. 最后，他同意不可抽象地对待预防，不同类型的预防原则可能与不同类型的活动有关。他也赞成这样的观点，即本专题不应为发展中国家保持其发展所需要的资源和技术的转让形成一套新的条件。应做出进一步的努力来阐明这些基本原则，尽管程序性原

则的起草工作可主要留给各国自己去完成。

危害人类和平及安全治罪法草案¹³（续）*
（A/CN.4/446，B 节，A/CN.4/448 和 Add.1¹⁴，A/CN.4/449¹⁵，A/CN.4/452 和 Add.1-3¹⁶，A/CN.4/L.488 和 Add.1-4，A/CN.4/L.490 和 Add.1）

[议程项目 3]

国际刑事法院规约草案工作组的报告

63. 科罗马先生（国际刑事法院规约草案工作组主席）说，工作组在过去两周中取得了很大进展。在对有关这个问题的概况如法院地位、法官、书记官和法庭的组成等一系列条款草案进行审查并达成初步谅解之后，工作组设立了三个分组来分别处理管辖和适用法律，调查和起诉，合作和司法协助。这些分组已编制出带有具体条款草案的详细报告，有些还附有说明和初步评论，后来工作组讨论过这些报告。然后分组又恢复工作，以便在条款草案中尽可能多地吸收工作组提出的意见，并审议某些被视为有可能构成规约补充事项的问题。大家一致认为，在各分组完成它们的工作之后，要进行的工作是将工作组及各分组提出的各种规定和意见合并成一个前后一致的整体。

64. 他相信工作组在本届会议上能够向委员会交出一份实质性的成果，它将推动委员会履行大会委托给它的任务¹⁷，即起草国际刑事法院规约。

下午 1 时 10 分散会。

* 续自第 2301 次会议。

¹³ 一读暂时通过的条款草案案文见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 98 页起。

¹⁴ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

¹⁵ 同上。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 见大会第 47/33 号决议。

第 2304 次会议

1993 年 6 月 8 日, 星期二, 上午 10 时 10 分

主席: 古德蒙杜尔·埃里克松先生

出席: 巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、科罗马先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(续)(A/CN.4/446, D 节, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L.487)

[议程项目 5]

特别报告员的第九次报告(续)

1. 主席请委员会委员继续审议特别报告员的第九次报告(A/CN.4/450)。他说, 山田先生不能出席本次会议, 要求将他发言的文本散发给委员会各位委员。

2. 锡亚姆先生说, 委员会已经对这个问题的许多方面进行了审议, 并且决定, 根据大会关于将这个专题的审议限制在涉及危险活动的预防问题的指示, 应该结束一般性辩论, 转入委托给它的工作的实际阶段, 即有关预防的条款草案。他感谢巴尔沃萨先生表现出的耐心, 并建议将第九次报告中提出的新条款提交给起草委员会。

3. 米库尔卡先生也对特别报告员表示感谢。特别报告员不折不扣地完成了由于委员会仍然不能就这个专题的确切范围和内容取得一致意见而变得更加艰巨的一项任务。尽管如此, 委员会还是在 1992 年取得了一项重大进展, 决定从此以后只讨论关于有危险的活动的预防问题, 而将有有害后果的活动放在一边²——这是最明智的决定, 因为如佩莱先生指出的(第 2302 次会议), 正是针对涉及危险的活动, 预防的概念才变得有意义。这些决定并不意味着委员会已经放弃这样一种想法, 即制订一套有关在跨界损害情况下采取的纠正措施的规则, 然后再审议赔偿责任问题, 因为正如科罗马先生所说的(第 2303 次会议), 危险本身并不引起赔偿责任。因此, 他赞同委员会逐个解决问题的工作方法。

4. 关于特别报告员提出的有关预防措施条款, 他说, 他认识到, 此类措施的目的是将在国家管辖和控制下进行的活动造成事故的可能性减少到最低限度, 而不是避免损害的发生。然而, 他认为, 目前没有必要像特别报告员那样回答关于一个已履行其监督和预防义务的国家是否可能承担赔偿责任的问题。这个问题是这个专题第二部分的核心, 只能在委员会进行深入研究之后决定。

5. 从第九次报告可以清楚地看出, 第八次报告³也一样, 特别报告员赞同这样的看法, 即专题纲要中确定的所有措施, 其中包括预防措施的合法性, 是以每个国家都不得利用其领土达到与别国的权利相抵触的目的这一事实为依据的。然而, 这一假设可能引起误解, 因为能够给另一个国家造成损害的任何活动都可能被视为非法活动, 随后就可能提出所牵涉的问题是不是对不法行为的国家责任问题。

6. 特别报告员提出的第 11 条(事前核准)引起两个问题。第一个问题涉及危险概念的定义。只有根据这个定义, 才能说能否有理由期望各国承认事先核准是一项一般性义务。第二个问题涉及核准的定期延长或者在某些情况下取消核准的可能性甚至义务, 这一点没有在任何地方加以明确规定。第 12 条(跨界影响评估)是非常笼统地起草的。从逻辑

² 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 55 页, 第 346 段。

³ 转载于《1992 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/443 号文件。

¹ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

说,如果评估的结果不能令人满意,对第 11 条的批准应予以拒绝,但是拟订的文本并不是这样的。此外,第 15 条(通知和资料)给人的印象是,即使根据第 12 条要求作出的评估表明有可能造成严重的跨界损害,该国还是可能在第 11 条的含意下予以核准。但是,在这种情况下,为什么要求评估结果通知其他国家呢?

第 13 条(先前存在的活动)有些令人迷惑。它似乎表明,虽然未经国家核准的活动可能继续进行,国家对造成的损害负有赔偿责任。也许可以说,继续进行这样的活动不影响国家责任问题。第 14 条(活动的进行)涉及两个应该分开处理的不同问题:利用现有的最佳技术最大限度地减少损害和利用强制性保险。

关于通知和信息,特别报告员提出制订特别制度问题,也许以一种指导与所述活动有关的一切事务的公约形式。鉴于这种可能性,很难理解有关国家为什么应根据第 18 条(事先协商)的规定进行协商,因为与所述活动有关的任何问题找到彼此都能接受的办法,“但有一项了解,即在所有情况下,任何可能造成的跨界损害的赔偿责任必须符合本文的条款”。如果审议的条款有朝一日成为一项纲要那么,在他看来,让各国有可能制订包括严格赔偿责任制度在内的特别制度以详细规范纲要协定的问题是完全合乎逻辑的。应该总是有可能放弃协定的规则,甚至就赔偿责任而言也是如此。

9. 最后,他说,他准备支持鲍威特先生提出(第 2303 次会议)的有关新条款和已经提交给起草委员会的条款所要遵循的程序的建议。

10. 拉扎凡德拉朗博先生说,根据委员会在第四十四届会议上作出的决定,特别报告员在第九次报告中着重谈到关于涉及危险的活动的预防问题,不得不重新考虑他在第八次报告⁴中提出的与有关的整套条款草案,然而并没有对预防的法律提出疑问,委员会曾在第四十四届会议上详细讨论过这个问题。因此,重新讨论这个问题没有意义。正如锡亚姆先生所说,最好还是将新的条款交给起草委员会。然而,特别报告员在第九次报告中并没有局限于修订早些时候的条款草案,而是将

他根据委员会委员发表的意见和环境领域最近通过的文书进行的调查研究结果纳入了条款草案。应该对特别报告员所作的努力表示祝贺,这些努力终于打消了一些人的疑虑,这些人以前一直不相信关于国家对合法活动的后果承担严格赔偿责任的一般性文书的可行性。

11. 谈到条款草案本身,关于将国际责任的范围扩大到先前存在的活动的第 13 条,他注意到此类活动可能持续几年时间而不会造成损害,并且预先假定这类活动最初没有任何重大危险。因此,要使这类活动服从于设想的条件就可能在国家和经营者之间的关系中造成困难,因为国家提出的与预防有关的新要求可能被视为背离最初的承诺,或者是一种以含蓄或非含蓄方式对投资合同和具体要求的修改。人们还担心,由于假定受到影响的国家会以第 19 条为借口来干预起源国的经济和工业政策,并对该国造成物质损失,特别是如果它采取的行动导致所述活动中止的话。在他看来,就先前存在的活动而言,更为可取的是将预防措施的应用局限于产生有害影响的活动或者至少局限于具有潜在危险的活动,例如核电站或化工厂。这些活动的清单可象托穆沙特先生建议(第 2302 次会议)的那样编入一个附件。

12. 第 15 条提出了发展中国家的状况和国际组织干预的问题,这个问题怎么强调都不过分。根据国际法逐渐发展的总趋势,特别报告员对发展中国家表示出了特别关注。当然,就估价跨界影响以及通知和提供资料措施而言,应对发展中国家给予特殊待遇,还应制订一项援助计划,向它们提供资金和技术。这样一项计划和这样的待遇应是类似于《联合国海洋法公约》第二〇二条和第二〇三条的特别条款的主题。还应强制规定办理保险,以便不给那些国家造成无法承受的经济负担。就私人经营者进行的活动而言,国家应该只在特殊情况下承担剩余赔偿责任,因为赔偿总额应通过保险支付。至于国际组织,它们在预防领域的干预应是有组织的,特别是就各种活动的跨界影响的评估而言更是如此。

13. 关于争端的解决,更为明智的做法是用一个特别章节来论述这个问题,它将提出各种解决方法并将以《联合国海洋法公约》第十五部分为依据。然而,如果争端只是有关文本解释或技术评估的意见分歧问题,那么,解决办法也许会象特别

报告员建议的那样开始调查程序,例如,成立一个负责提供看法的调查委员会。最后,他认为,在条款草案中纳入危险或损害不得转移原则和“污染者付费”原则以及适用于这个专题的其他原则将是合乎逻辑的和正常的。

14. 巴哈纳先生说,他不能肯定特别报告员在利用置于附件中⁵的那组文章编写他的新条款草案时是否选择了最佳方法,那组文章删去了关于产生有害影响的活动的內容。在这个过程中,他重新提出应在解决拟议条款的措辞之前讨论的某些有争议的问题。首先,关于拟议条款是否会有约束性的问题,特别报告员说,由于对这个问题的答复将取决于这些条款的措辞,讨论暂时中断,这也许是不幸的。对委员会来说,更可取的是以这样的假定继续工作,即这些条款将构成一系列有约束力的义务,因为就有害活动而言,预防比治愈要好,因此,预防制度应是强制性的。

15. 第二,特别报告员显然限制了预防义务的范围,因为他说,预防措施的目的“在于‘设法确保在一国管辖或控制下进行的活動最不可能引起具有跨界影响的事故’”。他又补充说:“强调‘设法’二字乃是为了阐明此项义务的目的不是为了预防发生任何损害……而是为了强制通过特定的措施来实现上文所提到的结果。”巴哈纳先生自己的看法却恰恰相反,他认为,预防条款的目标应是制止所有可能造成跨界损害的活动。

16. 第三,在他看来,特别报告员考虑的赔偿责任划分即使不是行不通,也是不自然的。特别报告员提出,从原则上讲,国家将不对它已履行监督义务的私人活动负赔偿责任,然而,在一些情况下应承担剩余赔偿责任。就赔偿责任而言,不能排除对在其领土上从事某种活动的国家提出起诉的可能性。经营者的民事赔偿责任按照定义仍然是国家的,除非它根据适用的国际法准则具有国际特性。

17. 第四,由于发展中国家缺少监督某些任务所需的财力和技术而对它们区别对待的可能性,这个问题当然是一个实际问题,但是委员会应找到一种解决办法,同时又不削弱正在制定的法律制度。

18. 关于特别报告员提议的条款草案,他原则

同意在其领土上进行具有跨界损害危险的活动的国家应发挥控制作用。然而,他担心,诸如第11条至第14条中提出的这些详细规章可能最终意味着预防的法律制度将构成对各国内政的干预。他还希望澄清对作为监测过程的核心第11条中的“事先核准”和第12条中的“跨界影响评估”之间的关系。

19. 关于第15条和第16条,虽然他赞成由起源国发出通知的原则和起源国与处于危险的国家交流资料的原则,但是他认为,应该重新研究这些条款的措辞,以便考虑到起源国不是总能事先确定哪些国家可能处于危险这一事实。至于国际组织的干预,他和特别报告员一样感到忧虑,也不知道如何根据一份它们不是其缔约方的文书规定强迫它们承担法律义务。最好的办法是删除第15条(b)项中涉及国际组织的内容,增加一项,规定起源国可要求国际组织提供有关预防跨界损害的技术援助。提到公众参与的第15条(d)项也应删除,它看来很不现实。

20. 总的说来,他同意第17条的内容,但是他认为,为了防止各国用它作为逃避关于预防的法律制度的手段,对“国家安全”和“工业秘密”的概念应下严格的定义,并且该条第二部分应该加强,以确保既要考虑到安全需要,又要合理提供关于跨界危害的资料。

21. 关于协商原则(报告中解释了它的重要性),以第18条那样的命令性措辞制订这项原则也许不是明智之举。此外,最后一句没有必要,即“但有一项了解,即所有情况下,任何可能造成的跨界损害的赔偿责任必须符合本文的相应条款”,因为赔偿责任无论如何都将根据适用的国际法准则来决定。第19条(“假定之受影响国的权利”)的措辞可以接受,但是有关为研究费用支付补偿的最后一句除外,它可能妨碍协商。对附件第8条的评注分析了解决争端的问题,但是,正如特别报告员所承认的那样,对这个问题的考虑有些为时过早。也许可以考虑建立一种调查委员会制度,条件是这种委员会的决定是建议性的。

22. 最后,他赞同特别报告员提出的将附件第九条(利益均衡所涉及的因素)的文本以一个条款形式或在附件中保留下来的建议。他也赞成在第20条之二中加进一个有关不转移危险或损害的条款的主张。

⁵ 同上。

23. 托穆沙特先生说, 他感到有必要详细阐述他已经提出的(第 2302 次会议)而特别报告员拒绝接受的三点意见。第一点意见是, 条款草案就事而言不清楚。正如鲍威特先生所说(第 2303 次会议), 特别报告员的建议基本上针对建立一个环境影响评估制度, 它当然不适合一切含有危险的活动, 而且只有就其范围超出必须认真加以规定的某种界限的计划中的工程而言才是相关的。在这方面值得注意的是, 所有现有的文书都试图确切详细地说明它们所适用的活动。欧洲共同体在 1985 年 6 月 27 日关于评估某些公营项目和私营项目对环境影响的理事会指示⁶(后附两个需经预防性评估的活动清单)以及《越境环境影响评估公约》都作了这种说明。在考虑到损害的赔偿责任时, 涉及危险活动的一般概念可能十分适用。然而, 环境影响评估程序根据其性质必须限于某些容易识别的活动, 即在单独进行时会产生跨界损害的特定风险的活动。对环境的全球性威胁必须通过其他手段加以制止。正如在会议开始时散发的山田先生的文件中所表示的那样, 大概需要对各种现有的和可能进行的涉及危险活动的特性进行分析和归类, 从而使条款草案完全适应危险和活动的多样性以及科学技术的迅速进步。

24. 他的第二点意见是, 报告没有提供有关最近事态发展的足够信息。例如, 《关于环境保护的南极条约议定书》⁷载有关于对环境影响评估的重要条款, 《联合国气候变化框架公约》第三条中的一项原则是, 不应把科学上没有完全的确定性作为推迟采取防范措施的理由。

25. 他的第三点意见与最近的文书对这个专题可能的影响有关。以报告中提到的《越境环境影响评估公约》为例, 可能提出的问题是, 如果委员会决定将条款草案的范围限于环境影响评估, 会不会使条款草案失去一些重要性。

26. 最后, 他强调说, 他发表意见只是为了帮助特别报告员和委员会在工作中取得进展, 他不会反对将条款草案提交给起草委员会或一个工作组,

如果委员会其他委员想要这样做的话。

27. 鲁滨逊先生说, 条款草案涉及有跨界损害危险而又合法的活动, 这一事实会对许多国家特别是发展中国家的态度产生影响。由于缺少足够的资源和技术, 这些国家可能发现这些条款规定的义务过于艰巨。为什么一个发展中国家要有义务确保就其领土上的活动进行跨界影响评估、同可能受影响的国家进行协商、为本来合法并且因创造就业机会而对其经济有利的活动制订和执行预防措施呢? 虽然这些活动常常是跨国公司进行的, 而发展中东道国又不能对这些活动进行足够有效的控制, 但是这不会使其中一些国家更容易接受这些条款规定的义务。在联合国的另一个论坛上, 发达国家坚决反对为跨国公司通过一项行为准则, 这项行为准则主要迫使这样的实体按照对环境无害的作法进行它们的活动。令人满意的是, 特别报告员清楚地意识到执行这些条款给发展中国家带来的那种问题, 并且答应加入解决其关切的文字, 也许编入有关原则问题的一章。希望这样一项条款的拟订不会过于笼统和抽象。

28. 当然, 评估跨界影响的费用和与执行这些条款有关的其他费用不一定由在其领土上进行这些活动的国家承担, 只有在该国本身进行这些活动的时候, 那些费用才应落到它身上。在其他情况下, 该国应该或者可能安排由私营经营者支付这些费用。这种分析已被第 12 条所证实, 在该条中, “命令”一词应被理解为该国本身无需进行评估或支付其费用。

29. 从在其领土上进行这些活动的国家看来, 一个重要因素是, 这些条款应该对它规定的最大义务是给予“应有的注意”, 按照报告所下的定义, 这种义务只有在没有作出合情合理的努力来履行的情况下才被视为没有履行。因此, 该国的义务的实质是行使其监督职能, 制订与在它的领土上进行的有关活动的适当立法、行政和执法措施。然而, 第 14 条的措辞是否充分表明了“应有的注意”有别于绝对的义务, 此点仍有待商榷。如果一个国家通过了必要的立法和行政措施(如果这些措施被私人经营者应用, 就会将重大跨界损害减少到最低限度, 并缩小其可能的规模, 或者一旦发生事故, 就会控制这样的损害并将其减少到最低限度), 而如果私人经营者未能遵守这些措施, 那么, “确保”经营

⁶ 《欧洲共同体公报》, 第 L175 期, 第 28 卷, 1985 年 7 月 5 日, 第 40 页。

⁷ 1991 年 10 月 4 日在马德里签订。《国际法律材料》, 第 30 卷, 第 6 号(1991 年 11 月), 第 1461 页。

者采取“一切必要措施”这一措辞会意味着该国违反这一条款规定的义务吗？在这样的情况下，该国当然不应为此负责，第 14 条的措词应作相应的修改。

30. 他还对能否实际应用第 15 条 (d) 项规定的关于向可能受到影响的公众提供信息并使他们能够参加决策进程表示怀疑。他对提供信息义务的范围表示关注，因为它不仅涉及起源国的公众，而且涉及可能受影响国家的公众，他还对为履行使公众参与决策过程的义务而必须制订的机制表示关注。

31. 他认为，这些条款建立的一个解决争端的制度应把一个技术咨询委员会作为一个必要的组成部分，但是他认为，只有在整套条款草案最后确定之后才能决定这个制度的确切性质。

32. 他对“利益均衡”概念的相关性和实用性表示怀疑，因此也对条款草案第 20 条中列出的一系列因素表示怀疑。

33. 尽管有这些保留意见，他可以同意将条款草案提交给起草委员会。

同其他机构的合作

[议程项目 7]

亚非法律协商委员会观察员的发言

34. 主席对恩真加先生以亚非法律协商委员会（以下简称法律协商委员会）秘书长的身份出席国际法委员会的会议表示欢迎。

35. 恩真加先生（法律协商委员会观察员）说，该组织非常重视它同委员会长期以来的联系。作为法律协商委员会的秘书长和国际法委员会前委员，他深感有义务加强这两个机构之间的联系，为彼此的利益服务。1993 年初在坎帕拉举行的法律协商委员会第三十二届会议上，国际法委员会卸任主席托穆沙特先生全面地叙述了委员会在第四十三届会议上取得的进展，使人大大增长知识。托穆沙特先生强调了法律协商委员会在编纂和逐渐发展国际法方面所起的长久的、在许多问题上富有创新精神的作用，鉴于它拥有的物质手段同国际法委员会现

有的物质手段相比是极其有限的，这种作用尤其引人注目，法律协商委员会对此特别表示感激。

36. 国际法委员会非常细致地处理对国际社会极其重要的事情的方式是得到普遍承认的。它的议程上的所有项目对法律协商委员会都是特别重要的，但是其中三项对亚洲和非洲的国家具有特殊重要的意义：危害人类和平及安全治罪法草案、关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任、国际水道非航行使用法。其中最后一个专题一直以来也在法律协商委员会的工作计划内，法律协商委员会欢迎国际法委员会一读通过的条款草案⁸，它们将作为将来的公约的良好基础。法律协商委员会希望尽快完成条款草案的二读，它已准备了对这个专题的详细意见，这些意见在现阶段也许对国际法委员会有用。法律协商委员会在上届会议上还要求秘书处审查水系协定问题的其他方面，特别着重于淡水资源的利用。

37. 在大会宣布联合国国际法十年⁹后，法律协商委员会的秘书处已为第二十九届会议起草了一个关于法律协商委员会在实现国际法十年的目标方面所起的作用的文件。法律协商委员会随后要求对这个问题进行深入研究，涉及国际法十年的所有目标，并把研究报告提交给了联合国法律顾问。秘书处最近向联合国法律顾问办公室递交了一份关于法律协商委员会 1993 年和 1994 年活动的简要报告，这些活动旨在实现国际法十年的目标。这个项目在今后数年内将留在法律协商委员会的议程上，以便其能为国际法十年作出微薄的贡献。在这方面，法律协商委员会正同卡塔尔政府积极合作组织一次会议，这个会议将于 1994 年 3 月 22 日至 25 日在多哈举行，讨论有关环境、联合国国际法十年、和平解决争端、海洋法、国际经济新秩序和其他专题的国际法律问题。他邀请国际法委员会的所有委员出席这次会议。联合国秘书长、联合国的一些高级官员、国际法院的几位成员、著名的国际法专家和杰出的学术界人士将参加这个会议。

38. 法律协商委员会历来非常重视海洋法，已在第三十二届会议上审查了国际海底管理局和国际海洋法法庭筹备委员会的工作报告。它已要求各成员国及时审议通过一项从《联合国海洋法公约》的

⁸ 见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 69-73 页。

⁹ 大会第 44/23 号决议。

第六十个批准到开始生效这期间的共同政策和战略。它还敦促没有批准公约的成员国批准这个公约。恩真加先生出席了由联合国法律顾问主持的在牙买加召开的筹备委员会会议和第十次非正式协商会议，这些会议取得了相当大的进展。

39. 其重要性显得越来越大的另一个活动领域是环境保护领域。在过去两年，法律协商委员会的秘书处积极地参加了联合国环境与发展会议的筹备及最后阶段、拟订气候变化框架公约政府间谈判委员会和《生物多样性公约》。法律协商委员会的重点目前放在评估《21 世纪议程》¹⁰ 的执行情况和上述两个公约的后续行动上。此外，秘书处一直在密切跟踪关于防止沙漠化国际公约的谈判进展，今年，法律协商委员会同环境规划署合作，计划召开一次讨论环境的专家小组会议，以便深入审议环境问题。

40. 关于难民的地位和待遇问题，秘书处为法律协商委员会第三十二届会议编写了两份文件，一份题为《亚非法律协商委员会有关难民问题的典型立法：一个初步研究报告》，另一份题为《为被迫流离者在原籍国建立安全区》。此后不久，在亚的斯亚贝巴同非统组织和难民专员办事处的官员举行了一次非正式会议，在这个会上决定召开一次这三个组织的联席会议。1993 年 6 月 3 日在日内瓦举行了这个三方会议，接着在 6 月 4 日和 5 日举行了一次“思考小组”会议，这次会议审议了两个项目：“临时保护”和“冲突中的保护”。法律协商委员会期待在极其重要的难民问题上加强同难民专员办事处和非统组织的联系，还确定了相互感兴趣的其它领域。

41. 由于认识到经济发展和通过成员国分享积累的经验协调有关国际贸易的法律制度之间关系的重要性，法律协商委员会在新德里的总部建立了一个数据收集单位。一旦这个单位获得了收集和分析数据的足够的专门知识，将建立一个独立的中心，用于研究和制订可应用于发展中国家的经济活动的法律制度。这个单位已获得了必需的硬件，目前正在编制软件，并已同成员国和有关国际组织进行了联系，要求在提供数据方面给予帮助。

42. 法律协商委员会的计划中包括另一些题目的研究报告和文件，例如驱逐巴勒斯坦人出境是违反国际法、特别是违反 1949 年日内瓦四公约的问题，区分国际恐怖活动和民族解放运动的标准，引渡逃犯，发展中国家的债务负担，印度洋成为和平区问题，工业合资企业的法律框架，涉及国有企业私有化的法律问题以及国际贸易法律事务。1994 年在东京举行的法律协商委员会第三十三届会议上将审议所有这些项目。恩真加先生代表法律协商委员会邀请国际法委员会主席出席这届会议。他在发言结束时指出，法律协商委员会在坎帕拉举行的第三十二届会议上已就把其总部从新德里迁往卡塔尔多哈这个关系重大的问题作出了决定。法律协商委员会预期在 1994 年迁往新的总部。他确信，法律协商委员会在新的总部将继续帮助实现成员国的愿望，为共同努力促进和逐渐发展国际法作出贡献。

43. 托穆沙特先生说，他作为国际法委员会的观察员出席了亚非法律协商委员会第三十二届会议，在这次会议上，他对法律协商委员会秘书处的工作人员在恩真加先生的领导下以惊人的效率为那么多会议提供服务留下了深刻的印象，这些会议常常开到深夜。他还被所有与会者给予他的热情和真诚的欢迎所感动。显然，国际法委员会和法律协商委员会之间的接触是十分有益的。由于国际法委员会的资源比法律协商委员会的资源多得多，国际法委员会能够更深入地探讨其议程上的大多数问题，但法律协商委员会仍然取得显著的成就。此外，不应忽视，法律协商委员会的活动范围大得多，不局限于研究一般的国际法，还论及人权、难民法、海洋法等等。国际法委员会也可以从这种更加直接地接触现实中得益。不管怎样，委员会将考虑恩真加先生在就法律协商委员会的工作所作的全面和十分有趣的报告中提出的意见。

44. 科罗马先生说，亚非法律协商委员会也许可在它工作计划的诸多项目中增添人道主义法问题和人权问题，并考虑加强同红十字委员会和人权事务中心的合作的可能性。

45. 主席对恩真加先生向国际法委员会发表的讲话和鼓励之词表示感谢。他高兴地指出，法律协商委员会在海洋法领域依然发挥作用。正如托穆沙特先生指出的，法律协商委员会的工作对国际法委员会有很大的帮助，国际法委员会无疑将继续从它同法律协商委员会的联系中获益。他代表国际法委

¹⁰ A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I) (联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8 和更正)，第 8 页起。

员会愉快地接受了作为观察员出席法律协商委员会下一届会议的邀请,并且祝愿法律协商委员会在审议它的工作计划中的重要问题时取得圆满成功。

中午 12 时 25 分散会。

第 2305 次会议

1993 年 6 月 10 日,星期四,上午 10 时 5 分

主席:古德蒙杜尔·埃里克松先生

后来的主席:胡利奥·巴尔沃萨先生

出席:巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、马希乌先生、米库卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(续)(A/CN.4/446, D 节, A/CN.4/450¹, A/CN.4/L.487)

[议程项目 5]

特别报告员的第九次报告(续)

1. 德萨拉姆先生说,根据他的看法,特别报告员在其第九次报告(A/CN.4/450)中努力响应委员会 1992 年关于专题工作继续进行的方式的决定,并注意到委员会和在第六委员会内反复表示的不同意见。此外,特别报告员承认委员会应牢记国家间在环境领域的睦邻关系和合作原则。当地球生态系统的脆弱性已成为全球关注的问题,并且如特别报告员指出的,联合国系统内外的国际组织应继续在这一方面发挥有益作用的情况下,这一点尤为重要。

2. 委员会 1992 年的决定²涉及到其工作的三个阶段。在第一阶段,委员会将草拟关于具有造成跨界损害危险的活动的预防措施条款草案;在第二阶段,它将草拟对跨界损害赔偿和其他补救措施的条款草案;在第三阶段,它将考虑下一阶段该专题工作应做什么。去年就委员会工作第一阶段(预防措施)和第二阶段(已造成损害的赔偿)工作之间所做的区别显然对一些委员来说不像对其他委员那样可以接受,考虑到这两个阶段之间的重大关系,这是可以理解的。关于这一点,有人提出了如下两个问题:如果一次特定活动实际上未造成任何跨界损害,在什么时刻未采取预防措施(这是初级义务)将引起国家责任规则规定的次级义务;以及这种次级义务的内容将是什么。

3. 另一个令人关心的问题是有可能出现一种观点:一旦关于预防措施的条款——因而是预防措施的初级规则——得到充分发展,它们完全可以构成委员会真正需要在本专题下达成共识并制订的全部一般性初级规则;由于违背这些初级预防性规则将构成未行使应有的注意,因而引起了国家责任规则规定的次级义务,委员会可能没有必要进行第二阶段的工作,即制订关于跨界损害赔偿的初级规则。鉴于这一可能性,在委员会完全进入第一阶段关于预防措施的工作之前,它有必要牢记采取更为普遍的视角,具体说来,即它在第二阶段制订关于损害赔偿的初级规则的工作。

4. 事实上,委员会在编制跨界损害赔偿的条款时不应遇到任何真正的难以克服的困难,因为它好像已同意本专题的一些基本主张:(a) 国际法不加

¹ 转载于《1993 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

² 见《1992 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 55 页,第 341-349 段。

禁止的活动造成的跨界损害的受害者，应不论以何种赔偿方式，就其遭受的损害得到充分而迅速的赔偿；（b）跨界损害情况下的参与者一般是：（一）引起这种损害的活动所在领土范围的国家——也称“起源国”；（二）活动的政府或非政府经营者；（三）受影响国家；（四）该项活动的受益者（不一定仅限于“起源国”内，也可能在受影响国内）；（五）跨界损害的受害者。

5. 因此，留待委员会解决的问题就是：在跨界损害实际已造成的情况下，各参与者之间在初级规则一级必须妥善取得的公平或公正的关系应是什么样的。

6. 在初级规则一级有关跨界损害赔偿问题应取得什么样的关系问题，委员会在提出其最后建议前须考虑各种可能性。以前的发言者已提出了若干建议：（a）有人提议，确定在特定情况下是否行使了应有注意所应用的标准应包括考虑经营者是否对所有的损害办了适当保险；（b）还有人提议，在某些情况下，应采取一种有利于受影响国的推定；（c）特别报告员在第 9 条草案³中提出了一项有趣的建议，根据该条草案，起源国将有义务对造成的损害做出赔偿，但实际赔偿数额可由双方之间诚意举行的谈判决定。这项建议被作为软硬法相结合的有趣范例而得到奥斯卡·沙克特教授的大为称许，委员会很多委员都很熟悉沙克特教授，他是发展环境法著作领域中的著名权威；（d）还有另外的问题，即在赔偿模式中，起源国和经营者各自的作用应是什么。在这方面，讨论期间已经提到发展中国家的困难处境，发展中国家正在不顾一切地力求实现工业化，但缺乏必要的基础设施来执行那些可能是过分复杂的要求。在同样的情况下，应考虑提供赔偿资金的全行业机制的作用，这种机制在海上石油污染方面取得了相当大的成功。当然，还有其他可能性，委员会需要仔细审议。

7. 关于拟议条款的具体规定，前面的发言者已就此发表了意见，他不打算再评论，但只想提出一个具体问题，在他看来，这一问题有待澄清。为了预防目的，起源国和可能受害的国家之间将进行磋

商和其他交往。如果预料的危险的确成为现实的话，遭受损害的国家或其国民是否会被认为已经知道和默许发生跨界损害的可能性呢？如果这样，会在任何程度上削弱他们作为原告的地位吗？这应该不是本来的意图，但也许可以通过文字起草解决这个问题。

8. 正如特别报告员在其第九次报告中预料的那样，预防措施的总方案依靠的必要条件是：应当取得产生危险的活动在其管辖范围内进行的国家事先的许可；给予这种许可的先决条件应是对跨界影响做出评估，必要时，通知可能受影响的国家和与之进行磋商；采取与预料的危险相应的预防措施。在他个人看来，这些要求将为委员会进一步开展工作提供必要的基础。

9. 鉴于委员会 1992 年关于条款草案的范围的决定中固有的不确定性，特别报告员能够像他在其第九次报告中所做的那样做出响应是很了不起的。

10. 主席以委员会委员的身份发言说，曾有一个阶段，他认为委员会已就可产生一套大约 20 条草案的方法达成一致，重点强调跨界损害，不过，有特别危险的活动将要求特别的预防义务。倘若委员会提出了这样的条款，在他当时看来，这本会符合国际社会绝大多数的愿望。结果，那种观点没有占上风，在上届会议上，委员会通过了一种方法，也就是特别报告员在其第九次报告中所遵循的方法。因此，他仅希望支持以下提议：新条款应提交起草委员会，起草委员会应考虑组成一个工作组，以决定如何处理已摆在委员会面前的条款以及该专题整体，并在本届会议晚些时候向委员会提出报告。

11. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，他感兴趣地注意到了德萨拉姆先生提及的软硬法的概念。他丝毫不批评这些概念，而是对将它们应用于委员会目前关注的法律领域表示一些关注。最好是不讲那些可能削弱委员会希望逐步加强的地位的概念。特别是，也许最好对软法概念加以澄清，以便确定在目前审议的法律领域是否有其一席之地。

12. 主席注意到再没有人要求就该项目发言，说特别报告员将在晚些时候的会议上总结这次辩论。

³ 案文见《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 196 页，A/CN.4/428 和 Add.1 号文件，附件。

国家责任 (A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453
和 Add.1-3⁴, A/CN.4/L.480 和 Add.1,
ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1)

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告

13. 阿兰焦—鲁伊斯先生 (特别报告员) 介绍他的第五次报告 (A/CN.4/453 和 Add.1-3) 时提醒委员会: 委员会在 1985 和 1986 年审议了由前任特别报告员里普哈根先生提议的争端解决条款⁵, 随后将其提交起草委员会。根据这些条款, 如果受害国和不法行为国之间出现了争端, 在前者诉诸反措施之后, 当事国须“通过《联合国宪章》第三十三条中指明的办法”寻求解决。当然, 这无损于当事国之间可能有效的关于解决争端的任何权利和义务。如未能按《宪章》第三十三条解决的话, 里普哈根先生提议的第 4 条 (a)、(b) 和 (c) 项中考虑了三种程序。⁶ (a) 项规定, 关于禁止涉及违反国际法强制性规范——换句话说, 强制法——的反措施而引起的任何争端, 可由当事者任何一方单方面提交国际法院裁决。(b) 项同样规定, 在关于所设想的不同于违法行为后果的罪行特别后果的“附加权利和义务”的任何争端案例中, 可单方面向国际法院提出申请。(c) 项涉及到关于与反措施制度有关的里普哈根先生提议的第二部分第 9 至 13 条)⁷ 的适用或解释的更为一般类型的争端。关于这些争端, 任何当事方均有权按照 (c) 项通过向联合国秘书长提出一项关于调解的请求, 诉诸条款附件中规定的调解程序。由于在那一阶段他未准备好对草案第一部分第

19 条⁸ 考虑的国际不法行为所附的、(b) 项所称的“附加权利和义务”提出确定的建议, 他眼下不去处理关于罪行的解决规定, 换句话说, 不去处理里普哈根先生提议的第 4 条 (b) 项。因此, 第五次报告中提出的建议主要涉及其前任在第 4 条 (c) 项中论及的假设情况。所有这些建议含蓄地涉及到第 4 条 (a) 项中论及的强制法假设情况。

14. 从委员会和第六委员会 1985 年和 1986 年的辩论中可以清楚看到, 大家普遍支持 (c) 项和有关条款中提出的解决办法。这种支持可从下列概念中看出: 草案第三部分中的任何解决争端规定的性质应不直接影响受害国采取反措施的权力或权利, 此外还有这样的想法, 关于里普哈根先生提议的第三部分中介绍的调解程序, 只有在已采取反措施并且对象国就此提出了反对意见之后, 才应在单方面倡议下开始实施。

15. 特别重要的是, 大家普遍同意: 调解委员会的任务不应限于有关该反措施合法性的任何特定争论性问题。按照委员会接受的 1986 年的提议, 调解委员会应处理按照未来的国家责任公约 (无论是在条款的第一部分还是在第二部分) 可能相关联的任何事实或法律问题。

16. 此外, 委员会普遍同意 (虽然也有一些反对意见), 关于一项特定的反措施是否符合国际法强制性规范的任何争端可单方面请求国际法院司法解决。然而, 这是一个有限的领域, 目前他不涉及这一领域。

17. 关于最常见的假设情况, 即按照国家责任法在受害国和不法行为国之间在诉诸反措施后出现任何其他问题的假设情况, 委员会表示它总体上对提议的调解程序感到满意。它没有考虑仲裁或司法解决, 只有这两种程序将导致具有法律约束力的解决。实际上, 按照委员会关于将第三部分提交起草委员会的决定, 对滥用的和不正当的反措施的唯一防御办法, 是由调解委员会提出一份没有约束力的报告。

⁴ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

⁵ 前任特别报告员提议的第三部分第 1 至 5 条草案及附件的案文, 见《1986 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 35-36 页, 脚注 86。

⁶ 同上。

⁷ 提交起草委员会的第二部分第 6 至 16 条草案案文见《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 20-21 页, 脚注 66。

⁸ 第三十二届会议一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条的案文见《1980 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 30 页起。

18. 尽管委员会对这些解决办法已取得相当程度的一致, 但仍应考虑更为先进的解决办法。委员会可能记得, 在第三次和第四次报告⁹中以及 1991 年和 1992 年在委员会的发言中, 是怎样强调过不得不依靠单方面的反措施来保证遵守国际义务具有非常确定的缺点。事实上, 在委员会上届会议上, 一些委员甚至怀疑将那些编纂一项单方面反措施法律制度的条款列入是否可取。他当时即回应, 补救反措施缺点的办法不是让委员会闭上眼睛不看习惯法中的这一实践, 实际上, 这一实践要求通过编纂和逐渐发展国际法做出明文的规定。补救办法是在第三部分通过更加先进、更加有效的争端解决规定, 以确保在出现不正当、不相称或不合法的反措施时总有公正的第三方案可以运用。这一点在第五次报告的第一章 B 节中加以阐述。

19. 这种办法的正确性已毫无疑问地被大会第四十七届会议上第六委员会的辩论所证实, 这一点反映在杰出的专题摘要 (A/CN.4/446) 中。第六委员会关于该专题发表的意见也在其报告的第一章 B 节中简要叙述。在这一点上, 他希望强调, 通过一套真正有效的争端解决义务, 作为国家责任公约的一个组成部分, 而不仅仅是该公约的一个议定书, 必然会产生积极有益的作用, 这些作用在报告的第一章 C 节中讨论。

20. 报告 D 节的标题应为“建议的解决办法”, 正如 D.1 节中所解释的, 在现已送交起草委员会的第 12 条¹⁰中提及的解决程序, 仅包括当事方, 即一个特定的受害国和一个特定的不法行为国, 在受害国要求停止和赔偿并正在考虑是否诉诸反措施以便实现这些要求时, 可能运用的程序。第四次报告在这一点上, 尤其是在“可运用”问题上十分明确, 该问题在上届会议的辩论中得到了进一步的澄清。关于第 12 条第 1 款 (a) 项的要点是, 除了从《联合国宪章》第三十三条或类似规定中产生的不清楚和通常不很有效的一般解决义务外, 它

还提到在每个具体情况下对受害国和不法行为国来说可能存在的更为有效的义务。这明显是指规定调解、仲裁和司法解决的一般条约和条款, 这些程序或者通过专门协议或者通过单方面申请而采用。在现阶段, 他不建议进一步讨论该问题, 但他仅希望强调, 不论是否有一部国家责任公约, 受害国应能运用该程序, 并应在采取反措施之前运用这些程序, 作为反措施合法性的前提。换句话说, 第 12 条仅指这些程序以及使任何受害国都可据以运用这些程序的国际文书。第 12 条第 1 款 (a) 项没有直接规定受害国采用一定的争端解决措施的任何义务, 当然, 使措施的实施——如果有这样的措施可以运用的话——成为诉诸反措施的前提条件的那种意义除外。

21. 要在第三部分中解决的是一个不同的问题。该部分正是涉及可以说是以条款草案本身的“一般仲裁条款”的方式重新提出的解决义务。这种解决义务将由条款草案的第三部分创立, 最终将由未来的国家责任公约第三部分创立。这些程序将补充、取代或加强在据称违反国际法的任何特定案例中受害国和不法行为国之间本会存在的任何义务。

22. 关于这种义务, 从理论上可以设想两种办法。一种是可以描述为最高纲领或最理想的解决办法, 另一种是最低纲领的解决办法。

23. 最高纲领的解决办法将是消除或减少依赖当事方之间存在的或当事方可能在特定案例中缔结的或多或少有效的争端解决安排所固有的困难。正如报告中详细解释的, 达到这种目标的办法将是去掉仅提及从国家责任公约以外的来源产生的争端解决义务的规定, 如第 12 条第 1 款 (a) 项的情况, 代之以直接提出有义务用尽给定的程序作为诉诸反措施的一个条件的规定。

24. 他承认这种解决办法也许不为大多数委员所接受, 所以又提议: (a) 草案第 12 条第 1 款 (a) 项保持原样, 即作为提到而不是创立解决义务的规定; (b) 在第三部分通过增加仲裁和司法解决程序而不直接影响受害国采取反措施的特权, 来加强 1986 年提议的无约束力的调解程序。这一特权其实将仅存在于受害国的头脑中, 受害国将事先知道, 诉诸反措施将使它面临着由第三方核查其反应是否合法的危险。他仍将欢迎更加先进的“最高

⁹ 第三次报告: 《1991 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), A/CN.4/440 和 Add.1 号文件; 第四次报告: 《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件; 委员会第四十四届会议审议了这些报告 (见《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 22 页, 第 117 段起)。

¹⁰ 提交起草委员会的第二部分第 5 条之二以及第 11 至 14 条草案的案文分别见《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 脚注 86、56、61、67 和 69。

纲领”的解决办法方向采取步骤的建议，“最高纲领”的解决办法从理想上将是他的首选。

25. 关于报告中建议的解决办法，即一项由三个步骤组成的第三方争端解决程序，该程序只是在受害国声称按照第二部分第 11 和第 12 条草案¹¹已诉诸反措施，以及对反措施的正当性和合法性产生了争端之后才开始实施，他请委员们查阅报告第 F 节中提出的条款草案：内容如下：

第三部分

第 1 条 调解

如果在据称的受害国对据称的违法国采取反措施之后出现的争端未在采取该措施之后 [四个] [六个] 月内通过第 12 条第 1 款 (a) 项所指的方法之一得到解决或提交具有拘束力的第三方解决程序，(争端) 任一当事国有权根据本条款附件所指程序将其提交调解委员会。

第 2 条 调解委员会的任务

1. 调解委员会在履行使各方达成一种商定的解决办法这一任务时，应：

(a) 审查可能与解决本条款任何部分所涉争端有关的事实或法律问题；

(b) 酌情下达具有拘束力的命令：

(一) 停止任一当事国对另一当事国采取的任何措施；

(二) 采取其认为必要的任何临时性保护措施；

(c) 进行其认为必要的任何事实调查，以确定案件事实，包括在任一当事国领土内进行事实调查。

2. 若争端调解失败，委员会应向当事国提交一份报告，载述其对该争端的评价及其解决的建议。

第 3 条 仲裁

若未能设立第 1 条规定的调解委员会或在调解委员会提出报告后六个月内未达成商定的解决办法，任一当事国有权将争端提交根据本条款附件规定组成的仲裁法庭裁决，无需特别协定。

第 4 条 仲裁法庭的职权范围

1. 就本条款中任何规定所载列的可能有关任何事实或法律问题作出具有拘束力的决定时，仲裁法庭应根据本条款附件中所列或所指的规则运作，并应在 [当事国完成书面和口头申诉和提交诉状] [其任命] 之日起 [六个] [十个] [十二个] 月内向当事国提出其裁决。

2. 仲裁法庭应有权进行其认为必要的任何事实调查，以确定案件事实，包括在任一当事国领土内进行事实调查。

第 5 条 司法解决

争端可提交国际法院裁决：

(a) 在下列情况下由任一当事国提交：

(一) 无论因何原因无法设立第 4 条规定的仲裁法庭，若争端在此之后六个月内未能通过谈判得到解决；

(二) 上述仲裁法庭未能在第 4 条规定的时限内作出裁决；

(b) 由受到违反仲裁裁决之任何措施的当事国提交。

第 6 条 越权或违反仲裁程序的基本原则

任一当事国有权将越权或偏离仲裁程序基本原则的仲裁法庭裁决提交国际法院。

附 件

第 1 条 调解委员会的组成

除非有关各国另外商定，调解委员会组成如下：

委员会由五位委员组成。当事国应各自提名一位委员，委员可从其各自的国民中选出。另外三位委员应通过协议从第三国国民中任命。这三位委员必须具有不同国籍，并不得为当事国领土内常住居民或为当事国服务。当事国应从他们之中任命委员会主席。

因死亡、辞职或任何其他原因而出现的空缺应按确定的提名方式在尽可能最短的时间内填补。

¹¹ 同上。

若共同指定的委员未在需作任命的时期内任命，该任命应委托当事国协议选定的第三国，或在当事国的要求下，委托联合国大会主席，或如果大会休会，则委托上届主席作出。

若未就其中任何一项程序达成协议，每一当事国应指定一个不同的国家，任命应由如此选定的国家协商一致作出。

若这两国未能在三个月内达成协议，它们应各自提出候选人，其人数与要任命的委员人数相同，然后应通过抽签方式决定这样指定的候选人中何人将得到任命。

在当事国之间没有相反协议的情况下，调解委员会应在联合国所在地或其主席挑选的其他地点开会。

调解委员会在所有情况下均可请联合国秘书长给予协助。

调解委员会的工作不公开进行，除非委员会在当事国同意之下作出此种决定。

在当事国之间没有相反协议的情况下，调解委员会应规定其本身的程序，其中无论如何均应规定听取双方意见。关于调查，除非委员会一致作出相反的决定，它应根据 1907 年《和平解决国际争端海牙公约》第三部分的规定行事。

在当事国之间没有相反协议的情况下，委员会的决定应由多数票通过作出，委员会只能在所有委员在场的情况下就争端的实质问题作出决定。

第 2 条 调解委员会的任务

1. 调解委员会的任务是阐明争议的问题，为此目的，通过调查或其他手段收集所有必需的资料，并努力使当事国达成协议。它可在审查案情后，告知当事国它看来适合的解决条件，并规定当事国作出其决定的期限。

2. 在调查结束时，委员会应起草一份记录，根据案情，说明当事国已达成协议并在需要时说明协议的条件，或说明不可能实施解决办法。记录中不应提及委员会的决定是一致作出或是由多数票通过作出。

3. 除非当事国另外商定，委员会的调解程序必须在从委员会被授权处理该争端之日起六个月内结束。

4. 委员会的逐字记录应及时通告当事国。当事国应决定是否予以公布。

第 3 条 仲裁法庭的组成

1. 仲裁法庭由五位仲裁员组成。当事国应各自提名一位仲裁员，仲裁员可从其各自的国民中选出。另外两位仲裁员和庭长应通过共同的协议从第三国国民中选出。他们必须具有不同的国籍，不得为当事国领土内常住居民或为当事国服务。

2. 如果从一当事国要求另一当事国组成仲裁法庭之日起三个月内，仲裁法庭的仲裁员仍未任命，应请双方协议选定的第三国作出必要的任命。

3. 若未就此达成任何协议，每一当事国应指定一个不同的国家，任命应由如此选定的国家协商一致作出。

4. 若如此选定的这两国未能在三个月内达成协议，必要的任命应由国际法院院长作出。若院长不能采取行动或他是当事国之一的国民，任命应由副院长作出。若后者不能采取行动或他是当事国之一的国民，任命应由资历最深而又非当事国之一国民的法官作出。

5. 因死亡、辞职或任何其他原因而出现的空缺应按确定的提名方式在尽可能最短的时间内填补。

6. 当事国应拟订一份特别协定，确定争端的事由和程序细节。

7. 如果特别协定对上条所指的问题规定得不够详细，必要时应适用 1907 年《和平解决国际争端海牙公约》的规定。

8. 若在法庭组成之日起三个月内未能缔结特别协定，该争端得由任一当事国通过请诉书提交法庭。

9. 若特别协定未作任何规定或没有缔结特别协定，法庭应根据本条款，对争端的实质性问题适用《国际法院规约》第三十八条列举的各项规则。在不存在可适用于该争端的此种规则的情况下，法庭应根据公正和善良的原则裁决。

第一章 D 节描述了提议程序的三个步骤：调解、仲裁和司法解决。

26. 提议的制度有三个也许应该加以强调的基本特征。主要特征是：当事方之间在任何阶段达不成一致的解决办法时，该制度将在不对当事方选择其他可能的解决程序造成重大妨碍的情形下导致一种有约束力的解决。在他看来应对当事方的选择规

定的两项重要限制在第一章 D 节中做了具体说明。提议的解决办法的第二个基本特征,从可行性方面说肯定是最重要的特征是,将列入条款草案的解决程序将不会有这样的性质,以致在任何重大程度上直接削弱受害国对它认为侵犯了它的一项权利的国家诉诸反措施的特权。当然,诉诸反措施的合法性仍受一些基本条件的制约,如不法行为的存在、不法行为归责于一个特定国家和第二部分第 11 至 14 条草案¹²中规定的其他条件和限制。评价提议的反措施是否符合这些条件和限制,原则上仍将是受害国本身单方面行使(尽管由其自行承担风险)的特权,但不得违反当事方之间达成的任何相反的协议。提议的程序只是在受害国做出这样的决定并就此采取行动之后才启动,目的是以及时有效的方式解决责任关系当事方之间的任何争议,当然包括按国家责任条款中任何一条规定有关的任何事实或法律问题。第三个特征是,尽管所设想的程序只对采取一项反措施之后引起的争端发挥作用,它不可避免地不仅必须包括第二部分第 11 至 14 条规定的狭义的反措施的合法性,而且必须包括当事方间存在争议的任何法律或事实问题。因此,设想的程序将不仅载述诸如事前要求(第 11 条)、事先通报和事先用尽现有解决手段(第 12 条)或相称(第 13 条)等问题,而且也要载述不法行为的存在、能否归责于不法行为国或任何能排除不法性的情况;草案第一部分载述的事项。

27. 还有一点值得加以强调,以免产生误解。第五次报告中提议的草案的第三部分赋予当事方的解决义务的“触发机制”既不是所谓违反初级或次级规则,也不是从这种有争议的违反行为的指控中可能产生的争端,而只能是由据称受害国以引起争议的方式诉诸反措施,或据称不法行为国可能诉诸反报复措施所引起的争端。提议的调解委员会将对这种争端的存在及随后对触发的条件进行初步评价。

28. 目前建议中的争端所代表的“触发机制”与 1986 年的建议中困难得多的“异议”概念所代表的“触发机制”两者之间的差异是显而易见的。建议的制度提供了一个好处:作为反措施目标的据称不法行为国不会由于仅仅反对受害国旨在采取并已通报的反措施而诉诸第三方程序;只有在反措施实际付诸实施之后才会发生。因此,虽然提议的解决

办法在概念上更先进,在限制反措施的滥用方面更有效,但它实际上更加尊重习惯做法。

29. 另外一个值得注意的特征将是提议的争端解决机制将在国家责任关系的范围内发挥的作用。虽然,如上所述,该机制将不会直接排除受害国自行承担风险而诉诸反措施,但是该制度的存在旨在对受害国诉诸反措施的决定产生令人清醒的作用。与此同时,它将不会是那种中止单方面行动的制度,在委员会的其他草案,诸如国际水道非航行使用法条款草案¹³中有那种制度。在为本题提议的解决争端制度的范围内,反措施将绝不会中止,除非是第三方机构在解决程序开始后下达命令。在受害国或据称受害国思想中,唯一的阻止因素将是,希望促使其在考虑所设想的任何反措施的必要性和合法性时采取十分谨慎的态度。

30. 必须强调,尽管拟议的草案第三部分设想三个步骤(调解、仲裁和诉诸国际法院),不一定在每个案件中都全部采用这三个步骤。只有在调解委员会作出报告而各方不能同意的情况下才设想仲裁,只有在仲裁失败或基于重大理由而不服仲裁裁决的情况下国际法院才会发挥作用。委员会不应受到误导,以致于担心设想的程序必定很冗长。在大多数情况下,这样往往会比其它办法更快地得到解决。

31. 他相当详细地解释了所提议的条款草案的目的、意义和所涉问题,因为考虑到 1985 年和 1986 年委员会中在这一问题上采取的有点“保守的”立场,他认为尽可能的详尽是必不可少的。他将乐意提供仍需要的任何澄清。他相信,讨论的结果将是提议条款的形式和实质得到改进,并将导致改变他出于慎重所做的选择,即搁置在理论上很理想但太不切合实际的备选的“最高纲领的”解决办法,这种办法在于使受害国诉诸反措施从属于仲裁或司法裁决的存在以及不法行为国的拒绝遵从。毫无疑问,这将是最佳解决办法,他希望一些委员也许会选择这种办法。

32. 报告的第一章 E 节简单回顾了委员会迄今对其草案的争端解决条款普遍采取的政策,他不同意这一政策。回顾之后描述了从各国的态度中可以

¹³ 一读暂时通过的条款草案的案文见《1991 年……年
……第一卷(第一册)》,第 60-73 页

看出的一些新趋势，从联合国国际法十年¹⁴这一角度看，这些趋势好像比不久前同样的国家所表现的态度更为有指望。E 节还强调委员会有必要把详细拟订草案的第三部分视为一次宝贵的机会，以认真推进国家间体系中法治的事业。委员会通过一个适当有效的解决制度将达到两个重要目的。第一个直接的目的是对由反措施代表的单方面反应的初步制度加以更正，无论反措施的规定多么严谨。委员会应当为减少“国家间体系”的成员之间不平等做出必不可少的贡献，国家间体系一语比“国际社会”一语更为准确地反映了目前的现实。

33. 通过第三部分的第二个同等重要的原因是帮助填补一个明显的法律空白：各国在争端解决问题上缺少真正的程序上的义务。在国家一级，这样的问题可由司法机构解决，但在国家间体系中很少使用法官。

34. 最后，委员会必须停止假定国家不会赞同更加超前的承诺或运用解决争端的程序。它必须告诉它对其整体（很可能也包括其人民）普遍地而非单个地提供服务的各国政府，它认为起码应有的规定，而让各国政府承担接受或拒绝这些要求的责任。

35. 佩莱先生说，在一个理想的世界，各国不仅在国内而且在国际上受法治的指导，特别报告员的一贯性论点看来是不言自明的。由于国家受到法律的约束，它们应接受公正的第三方为解决它们的争端而做出的判决，这将是“正常的”。在诸如国家责任这样对国际法如此重要的领域规定强制性机制将是极大的进步。

36. 遗憾的是，国际社会不是建在像国家一样的模式上，在国家内，法官是法律秩序的保障者，国家接受法官所解释的法律。在国际社会中则相反，每一个主权国家都评估自身及其伙伴的行为的合法性。在这些条件下，对国际不法行为的国家责任的原则本身、禁止使用武力的原则和寻求和平解决争端的义务构成了引人注目的进步。他同意特别报告员关于这种进步不够的看法，但重要的是区分什么是可取的和什么是可能的。

37. 即使特别报告员说他的立场是最低纲领立

场，他实际上是在提议一场革命。批准这样一种文书的国家将有义务接受调解，调解委员会将有若干决策权力；如果调解失败，仲裁将是强制性的，如果仲裁庭也不能做出裁决或如果裁决未得到遵守，届时国际法院将有管辖权。所有这些将在国际法律秩序中引起剧变。

38. 约束性调解的观点并不新鲜，但授予调解委员会大量权力的建议剥夺了调解和仲裁之间部分实质性的区别。如果草案第三部分第 2 条第 1 款 (b) 项获得通过的话，情况就将是如此，结果是，调解不仅将具有约束性，而且还将产生有法律约束力的结果，这将违背自由选择解决争端办法的基本原则。

39. 特别报告员提议的机制旨在仅适用于解决关于国家责任的争端。但是，由于所有国际不法行为均引起国家的国际责任，所以国家间的大部分法律争端均引起责任问题。因此，如果特别报告员提议的机制得以通过，尽管是他的最低纲领的办法，这仍将改变国际法的根本性质。每一个争端都将成为应交付裁决的争端。这也将成为一场革命。由于立即想实现太多的目标，即使那些倾向于这种机制的国家也将会畏缩不前。

40. 顺便提一句，第五次报告第一章 E 节 3 分节使用了委员会讨论期间他不曾注意到的一个词：“反报复”。该机制将适用于国家责任的整个法律，尤其适用于反措施。但实际上，报告的大部分专门谈反措施，特别是——这尤为严重——第 1 条草案，尽管有涉及关于国家责任任何条款的解释或适用的法律争端的内容。法庭和国际法院的权限是同这一出发点相联系的。因此，目前所草拟的整个第三部分都是关于反措施的。特别报告员的口头介绍没有消除佩莱先生在这一点上的保留意见。佩莱先生赞成第三部分处理解决争端，但这一机制应覆盖整个草案，甚至可以想象按照所涉的问题在不同争端之间加以区分。没有人强迫委员会出台一个适用于所有责任问题的草案，一些问题上的解决争端的时机比其他问题更为成熟。尤其是草案第一部分第 19 条¹⁵中界定的国际罪行的争端，可以对其规定比其他问题更具有约束力的制度。关于这一点，他对第五次报告第二章的标题提出保留：罪行不属违法

¹⁴ 大会第 44/23 号决议宣布。

¹⁵ 见上文脚注 8。

行为的一类。相反，罪行和违法行为是截然不同两种类型的国际不法行为。他同意好像是特别报告员的直觉的东西：罪行所适用的解决争端制度应不同于违法行为所适用的制度。

41. 大概对反措施也可以这样说。他喜欢草案第2条中出现的观点，即争端所提交的机构应能够采取临时的保全措施，然而不言而喻的是，在这种情况下，不再能谈严格意义上的调解；然而让一个特殊的机构拥有对问题实质的调解权力和对临时保全措施的决策权力是可以接受的。即使是这样一种制度被各国采纳的机会也极小，只能在一个须经国家在批准公约之外通过任择性声明加以核准的附加议定书或特别条款中规定。因此，最好不要仅仅依靠解决争端来限制反措施和规定反措施的形式。

42. 他的印象是，特别报告员想通过关于解决争端的约束性条款来抵消第二部分关于这一点相当模糊不清的状况。他认为，反措施必须附有严格的规则，明确规定只有在没有其他更为正统的办法可用的情况下才能诉诸反措施。不能以设想一个解决与反措施有关的争端的更有约束力的特别制度为借口，而不明确规定适用于反措施规则，特别是不指明第二部分，尤其是第11条草案¹⁶中反措施的必要性的含义是什么。如果不这样做，他看不出调解者或法官如何能够限制过度行为。立法机关不受成文法的约束，但法官却不是这样。如果诉诸反措施不受第二部分严格条件的限制，那就看不出即使一个先进的解决争端制度怎么能够使仲裁者或国际法院限制反措施的使用。

43. 特别报告员的提议距现有的法律如此之远，以至于他怀疑这些提议是否现实甚或与委员会逐渐发展法律而不是激进地改变法律的任务相一致。因此，他不赞成将条款草案送交起草委员会。他认为，可能做的事情是有限度的。首先，委员会必须使关于解决争端的建议成为国家责任条款的一部分。第二，关于国际罪行（第一部分第19条），可以设想一个与特别报告员所提议的相类似的制度，不过大概只能列在未来公约的任择议定书中。第三，至于其他争端，他认为不可能超越《维也纳条约法公约》第66条规定方式的约束性调解的阶

段。这毕竟不是一个坏结果，因为这涉及国际责任，即调整所有国际法的基本机制。即使在这方面，也不能保证成功。举个例子，一些国家在欧安会内反对欧安会内《调解和仲裁公约》¹⁷中规定的约束性调解机制，这些国家没有签署该公约。这只是一个在区域框架内简单的约束性调解的例子，这表明在这样一个敏感的根本领域中达成解决争端的真正具约束力的体制之前，国际社会仍需要走多远。第四，委员会可能设想起草另一个关于约束性仲裁的附加议定书或条款，但只有在议定书或条款是任择性的情况下才有现实性。第五，关于反措施的争端，也许可能给予主管机构（不论是一个仲裁庭还是一个调解委员会）决定对争端当事国采取约束性临时保全措施的权力。但他也认为，这不可能强加给各国。必须请国家核准它，要么通过一项声明，要么通过批准一个单独的议定书。

44. 委员会应提请第六委员会注意这一点，应该请各国政府表示它们的意见，或是在第六委员会中，或是最好以书面形式，主要不是就解决争端制度的适当性，而是就特别报告员提议的机制或关于委员会可能设想的替代办法发表意见。

45. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，佩莱先生把他没有提议的观点归于他，这是不能接受的。因此，他希望澄清某些可能使其他委员误入歧途的不明确之点。

46. 草案第2条第1款中提及调解委员会“使各方达成一种商定的解决办法”意指调解，没有更多的含义。在第2条草案、在其报告及其发言中都十分清楚，调解委员会无权就争端的是非对错做出具有拘束力的决定。调解委员会的报告只不过是解决办法提出建议，当事方可以接受，也可以不接受。解决办法只能通过当事方一致同意而达成，和最传统的调解方式一样。他所提议的背离调解委员会通常模式的唯一一点是，它有可能在适当的时候发出有约束力的命令，命令停止任何一方采取的任何措施、采取临时保全措施和进行事实调查。佩莱先生显然错误地表述了他的观点。

47. 他的第五次报告中拟议的第1和第2条草案也许有点不明确，起草委员会当然必须澄清。第

¹⁷ 1992年12月欧安会理事会在斯德哥尔摩通过（见1992年12月14日CSCE/3-C/Dec.1号文件）。

1 条草案中的短语“如果在据称的受害国……采取反措施之后出现的争端……”可能像是暗示在后来的条款中提到的国际机构的权限限于审查反措施是否合法这一狭义的问题，例如根据第二部分第 12 至 14 条草案¹⁸，即相称性、不违背禁止武力、强制法等等。然而他在其报告的一个以上的段落中已说得十分清楚，他的报告显然是被理解错了，如果说看过他的报告的话，而且在他早先的发言中也说得很清楚，一旦程序开始，虽然这一程序是在采取反措施后，是在因采取反措施引起争端后开始运转，根据草案第 2 条第 1 款 (a) 项，调解委员会仍将“审查可能与解决本条款任何部分所涉争端有关的事实或法律问题”。他在报告第一章 A 节中讨论前任特别报告员的建议时提出，他的前任打算让调解委员会的权限包括根据国家责任法可能出现的一切问题，包括与草案第一和第二部分中任何条款可能有关的任何问题，但他的前任可能没说清楚。

48. 他希望澄清这几项，以免委员会的其他委员受到他们刚才听到的肤浅发言的影响。

49. 关于增加“必要性”一词的观点，起草委员会已经讨论了这一点，他看不出这一增加怎会以任何方式影响受害国采取反措施的决定。

50. 也许值得说明“反报复”一词的含义，因为显然它不为人所知。这一概念在国际法文献中得到广泛承认，它是指一个作为报复——换句话说，反措施——目标的国家认为，它有权为保护自己和维护其地位诉诸反报复或反反措施的情况。

51. 也许他在第五次报告前言中所用术语译成法文时有问题，他提到的是“按照第 19 条被定为国家‘罪行’的违法行为”，如果“delinquencies”（违法行为）被译为“délits”（违法行为），这肯定是不正确的。但上一位发言人不单单是对术语提出异议，他还指责特别报告员试图在国际法中引起剧变。他觉得这很荒谬。

52. 居内先生说，特别报告员在第五次报告中论断了解决争端和国家责任之间的内在关系，成功地描述了这一问题的复杂性。然而，即使他的目的之一在于争取法律界和学术界，他也可以避免用其报告一半以上的篇幅分析其前任所做的工作以及第

六委员会进行的讨论。简单提及有关文件就足够了。

53. 委员会现在必须解决的主要问题是：条款草案是否应包括关于解决争端的规定。在做出这一决定时，应考虑到一些因素。首先，国家不情愿并害怕接受第三方进行强制性解决。因此，委员会必须非常小心地处理这一问题。第二，不论为争端解决设想出何种机制，它必须尊重自由选择解决争端办法的原则。第三，所用程序的性质必须确定——尤其是要确定它是否自动实施。第四，在保留意见方面必须表现出灵活性。

54. 他也认为国家责任公约如果没有适当的争端解决程序将不起作用。争端解决的前景在世界事务最近发生重大变革之后增强了，因此，均衡的解决办法已经在望。然而，在寻求实现这种均衡时，目的应是避免因缺乏适当的争端解决程序而削弱未来的国家责任公约的目的和效能，而且要防止这一领域过分严格的体制阻止各国加入和接受公约。这种均衡还必须确保优先适用当事方之间已经生效的争端解决机制，并确保条款草案中概括的争端解决与出于同样目的的现有制度之间的联系得到审慎的界定。

55. 在条款草案内是否应该设想一个反措施的法律制度，对此仍存在着一些怀疑。反措施是不是迫使据称犯下国际不法行为的国家参加争端解决或承认其造成的损害并对此提供赔偿的适当方式仍然是有疑问的。毕竟，受害国诉诸反措施可能造成反措施的逐步升级，消除不法行为后果的方式肯定不在于犯下另一个不法行为。困难在于国际社会未能制定一种制度来保证严格遵守法律。尽管有障碍，委员会仍应集中讨论保障措施，以防止滥用单方面措施，并应努力寻找加强这些保障的办法。

56. 作为指导单方面行动的任何制度的一个基本方面，争端解决议题值得委员会认真审查。提倡诉诸争端解决程序，以此作为手段使反措施的使用更符合国家间关系中的法治，并尽量减少使用反措施的不利方面，其目的是要确保任何单方面行动在可以接受和必要的程度上是合法的。按照特别报告员的提议，用尽求助程序将是与诉诸反措施并行的一个义务，而不是其先决条件。因此，一切将随犯下国际不法行为的国家和声称受害的国家之间的争端解决安排而定。在这一方面，他同意佩莱先生的

¹⁸ 见上文脚注 10。

观点：应在什么是可取的和什么是可能的之间加以区分。

57. 不是在与现有国际法决裂的革新制度的框架内，而是通过一个简单灵活、鼓励各国迅速解决其争端的机制来解决问题，无疑是现实的。在这样一种机制内，通过法律渠道的解决将只被设计为最后的手段，使用起来有许多限制，而且需要十分慎重。为避免对接受和加入未来的国家责任公约产生任何不利影响，该机制必须加入一项“选入、选出”条款。

58. 虽然应该由各国政府决定是接受还是拒绝争端解决义务，但在该领域法律发展的目前阶段，明智的做法是提供指导方针，将设计适当机制的任务留给全权代表会议，也就是将来有一天通过国家责任公约的会议。

59. 冯巴先生说，报告提出了一些根本性的问题，第一个问题是如何为采取反措施的普通做法提供正当依据。特别报告员提出了两条可能遵循的路线，两条均很合情理而且具有重大意义：通过明确限定使用反措施的条件和限度把反措施约束起来；通过设立一种强制性和平解决争端的制度以尽量减少反措施的不利作用。

60. 第二个基本问题是委员会在处理这一问题时可以和应该走多远。特别报告员认为，在逐渐发展关于争端解决的法律方面应采取重大的前进步骤，因此提出了两种解决办法，这些办法在报告的第一章 D 节中阐述。采取“司法道路”的解决办法由于特别报告员提出的理由似乎比较可取。

61. 第三个问题是如何保护弱国以免遭强国一方的滥用之害。必须制订一个明确而严格的争端解决制度，首先是较穷的国家可以利用。这种制度的必要性因强国一贯侵犯弱国权利的这种格局而更加凸显。1986 年，法国草率地驱逐 101 名马里人就是一个恰当的例子，这当中许多马里人拥有有效的居留证。另一个例子是在法国寻找像样住处的马里工人，其中包括妇女和儿童，最近遭到了野蛮的对待，其最基本人权受到明目张胆地无视。如果不是由于国家的经济依赖，诸如马里对法国的依赖的话，这种局势将会引起单方面的强烈抗议。

62. 因此，在国家责任的法律制度下规定强制性和有效的争端解决机制是很重要的。但如果绝大多数国家，即较贫穷的国家，因缺乏资金和其它原因而无能力实施的话，再明确的义务也等于零。缺乏资金可以造成正义难以申张，这种说法毫不夸张。马里和布基纳法索在解决它们的边界冲突中所面临的问题就是如此。¹⁹ 双方当事人要求国际法院任命三名专家帮助按照 1986 年通过法院裁决达成的折衷方案绘出它们之间的边界。后来，两个国家虽然接受裁决的内容，却承认无能力支付绘制工作引起的开支。最后找到瑞士政府这一位捐助者，瑞士政府还在 1991 年马里的独裁者穆萨·特拉奥雷将军下台之后协助在瑞士银行中寻找隐藏的马里公款存款。

63. 因此，显然迫切需要给予发展中国家适当有效的法律援助。关于向国际法院申诉问题，秘书长关于协助各国通过国际法院解决争端的信托基金是一个先例。该基金可用以为草拟法律文件、支付酬金、进行法律研究和法律程序的许多其他方面提供资金。唯一的限制是一个重要限制：该基金只能用于根据当事国共同协议提交国际法院的案件。这意味着它不能用于仲裁或调解案件。一个富裕的国家只需拒绝这样一种初步协议，就可以防止一个较穷的国家以尽可能好的方式准备其案件。基金的活动这一方面应加以修改。此外，大会有必要通过一项决议，注意到该基金的设立，鼓励各国为它捐款。

64. 最后，关于司法解决的第 5 条草案的写法应该使穷国享受该基金的权利得以维护。对这些国家的财政援助应包括调解和仲裁以及通过共同协议的解决。应加入关于援助发展中国家使用并适用争端解决程序的具体规定。一些来源可以作为参考，其中包括《维也纳条约法公约》。

中午 12 时 55 分散会。

¹⁹ 边境争端，判决，《1986 年国际法院裁决集》，第 554 页。

第 2306 次会议

1993 年 6 月 11 日，星期五，上午 10 时 10 分

主席：古德蒙杜尔·埃里克松先生

后来的主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰-克拉梅尔先生、扬科夫先生。

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任（续）（A/CN.4/446，D 节，A/CN.4/450¹，A/CN.4/L.487）

[议程项目 5]

特别报告员的第九次报告（续）

1. 巴尔沃萨先生（特别报告员）说，他已注意到委员会委员对他的第 9 次报告（A/CN.4/450）中出现的条款草案所提出的所有意见。他同意，把在第 3 条第 1 款、第 6 条和第 8 条中提出的一些原则和概念并入关于预防那一章会是有益的，并且预防的概念应该同第 8 条中的责任的概念联系起来，但是，由于这些条款已经提交给起草委员会²，因此这个任务现在移交给了起草委员会。还有人说，规

定的程序不应该太详细，各国所要的只是一个总的参考框架。委员会一名委员甚至有这样的看法，即关于预防这一章可以归并到第 14 条。此外，好几个委员说过，事后预防的问题应该是不同的和单独的条款中的主题，因为事后预防比预防本身又进了一步，而且包括限制或者遏制损害。他只是仿效大部分民事责任公约所使用的术语，在这些民事责任公约中，“预防”这个词实际上指的是事后预防。然而，他是愿意接受单立条款的原则的，只要它不影响本章的逻辑结构。他对发展中国家应该享受特殊待遇的主张尤表同情——好几位发言者都强调这个主张——但是他注意到，一些发言者认为他提出的在关于原则这部分中专门以一总括条款谈这个问题的建议还不够。还有人提到必须确保这种优惠待遇不会导致免除发展中国家的预防义务。此外，由于新兴工业化国家和其他发展中国家（更不必说最不发达国家了）之间的差距日益扩大，可能会出现某些实际困难。至于要求加强国际组织援助的呼吁，很难看出如何草拟关于这一问题的具体条款，因为委员会不能以任何特殊的方式来使那些不会成为公约缔约方的组织提供援助。希望那些发出这种呼吁的委员们能够在起草委员会内找到解决这个问题的办法。无论如何，当他修改关于预防问题的条款时，他将牢牢记住他们的话。

2. 有人说，因为各种不同的活动需要采取不同的预防措施，根据它们的特性来规定不同类别的活动将是可取的。在他看来，这种主张如果不是不可能的，那也将是很困难的，别的不说，仅仅随着科学技术的发展，新的活动不断出现这一条就是一个原因。例如，1958 年的《大陆架公约》第 1 条所载关于大陆架的定义，由于技术上的发展，使得开发任何深度的自然资源有了可能，这个定义便很快失去了意义。也不应该忘记，人们期望委员会出台一个框架公约，换句话说，一个为任何形式的活动规定一般性义务的文书。因此他拿不准是否能够对活动进行分类。委员会的一名委员在对这项建议表示支持时说，提供资料的义务并非总是适用，一切都取决于活动的类型：例如，联合国大会 1992 年通过的《关于在外层空间使用核动力源的原则》³ 对

¹ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 见第 2300 次会议，脚注 18。

³ 大会第 47/68 号决议。

发射载有核动力源的卫星的国家强制规定了通报情况的义务，而《外空物体所造成损害之国际责任公约》则并未强制规定这种义务。然而，这个不同之处可以用如下事实来加以解释：后一个公约所涉及的是责任，而不是预防，只有在预防阶段才牵涉到通报情况的问题。另一方面，1992年的《原则》主要涉及到预防问题，因此，通报情况的义务很自然地在其中占有一席之地，而且，原则4规定，该义务同《关于各国探测及使用外空包括月球与其他天体之活动所应遵守原则之条约》的第十一条是一致的。因此，适用于载有核动力源的卫星的制度与《条约》中的总的规定是一致的。

3. 剩余的国家责任制度的问题已被降到一个脚注，因为它只是一种可能性，而且在委员会对国家责任这个问题作出决定之前将一直被暂时搁置。这种可能性实际上已经在委员会委员中间引起相当强烈的反应，甚至已遭到来自发展中国家的委员的抵制。无论如何，这不是他自己的建议，而且，委员会中那些说出了他们的担心的委员要知道，无论这些拟议的条款还是他的报告中都没有任何一条规定一国对造成一种风险负有赔偿或者补偿义务：一个国家只有在造成了实际损害的情况下才必须作出赔偿，这可能会使他们放心。

4. 在谈到条款草案本身时，他承认，正如委员会一些委员所说，事前核准（第11条）将取决于危险的定义——这等于说，这种核准只有在与计划中的活动相联的危险是重要的或重大时才是强制性的。

5. 关于第12条（跨界影响评估），意见有分歧，一些委员认为，应该由国家自己作出评估，而另一些委员则认为，作评估的应该是经营者。他自己的看法是，国家应该作出评估，或者至少应检查经营者已做出适当的评估，这样，只有在造成损害时国家才负有责任。一些委员还认为，这种评估对于发展中国家来说将是一个过重的负担，而另一些委员则认为，这甚至是毫无意义的，因为，国家如果不采取必要的预防措施，它们终究要对所发生的事情负责。

6. 第13条（先前存在的活动）已引起了好几种反应。有人建议，最后一句应该加以修改，加上“不损害国家的责任”这几个字。还有人说，需要起源国对先前存在的活动进行调查，以便确定它们是否含有

跨界影响的危险。也有人建议删除这一条。

7. 在委员会的许多委员看来，第14条（活动的进行）构成了预防这一章的核心。大多数委员都同意，本条应该强调应强制经营者办理保险。一些委员认为本条中提及事前核准毫无意义，认为这样规定已经足够了：如果没有采取预防措施，国家就不应该批准含有危险的活动。尤其是委员会的一名委员说，只有第14条才起作用。其他委员认为，在关于预防问题的各条中，这一条应该放在首位。

8. 第15条（通知和资料）被认为是不能令人满意的。有人说，起源国必须向受影响国提供的资料的类型——比如说，关于它计划采取的立法和其他措施——应该讲得更清楚，而且应该包括对跨界影响的评估。还有人建议，应该删除提到国际组织的地方，同时应该增加一段，大意是，起源国可以要求一个与预防有联系的国际组织提供技术援助。委员会一些委员还建议，（d）项应予重新措词，以清楚地表明，要由受影响国当局向可能遭受影响的人民转达信息。按另一些委员的意见，只要指出必须给公众以发表意见的机会就足够了。

9. 第16条（交换信息）没有引起任何评论。对比之下，第17条（国家安全和工业秘密）则引起热烈的反响。有人说，这个案文反映了某种不平等，说应该给“国家安全和工业秘密”这些词下定义，而且只说起源国“应……精诚合作”是不够的；一些委员甚至认为，本条可能导致其余条款瓦解。

10. 第18条（事先协商）也受到了批评，特别是因为“互相可以接受的解决办法”这个词可能给人这样的印象：设想中的活动可能会产生有害的后果。这个词不是为了给遭受影响或者假定遭受影响的国家一种否决权，因此他并不反对修改这一句，以使意思明确。这一条的基本思想实际上是，协商并不是强制性的，因此不可能有否决权。

11. 有委员说，在第19条（假定之受影响国的权利）中，假定受影响国请求起源国或者国际组织进行调查，将更可取。

12. 关于第20条（利益均衡所涉及的因素），委员们发表了大相径庭的意见。一些委员愿意接受，条件是把它放到附件里。另一些委员建议把它

删

委
主
来
则里
则
和
起
旨
责
的
委普
员
有《
活
项会
以
会
工A/C
一J
4
4
见
C.92

102

还有一些委员则要求对一些词进行修改，如“资源”。

关于争端的解决（附件中第八条）⁴，一些委员认为解决与磋商有关的争端制订特别程序的，而另一些委员则赞成制订调查程序。总的说，委员会委员已经接受了把危险或损害不可转移原“污染者付费”原则包括在条款草案中的主张。

他非常清楚地知道，《关于环境与发展》的“里约宣言”中原则 15⁵ 中所确立的“预防原则”已经包括在诸如《联合国气候变化框架公约》和《生物多样性公约》之中，但是这个原则仍然引来看来不宜放在这些条款草案中。条款草案中特定活动所造成的实际损害和损害危险规定问题，而在所说的两个公约中，这个原则涉及那些成为全人类关切的问题。但是这点将由委员会作出决定。

最后，他指出，委员会中看来正在形成的意见是：赞成把这些条款草案交回起草委员会，包括第 10 条（不歧视）⁶。他感谢委员会所发表的评论。

韦列谢京先生说，他不同意特别报告员对《各国探测及使用外空包括月球与其他天体之应遵守原则之条约》的解释：在他看来，这并不要求在发射卫星之前通报技术资料。

主席建议，根据扩大主席团的建议，委员会第四十二届会议上审议过的第 10 条（不歧视）

第 11 条至第 20 条之二应该提交给起草委员会，它能够像委员会在前届会议上决定的那样把预防问题中在预防问题上。然而，在特别报告员的帮

⁴ 原文见《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 43 号文件，第二章；又见《1992 年……年鉴》，第 2268 次会议，第 5 段。

⁵ 原则 15 内容如下：

“为了保护环境，各国应按照本国的能力，广泛采取预防措施。遇有严重或不可逆转损害的威胁时，不得以科学的不充分可靠性为理由，延迟采取符合成本效益的措施，以防止环境退化。”

⁶ UNF.151/26/Rev.1(Vol.I)（联合国出版物，出售品编号 E/CN.4/428 和 Add.1 号文件，附件，第 6 页。

⁷ 见《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 55 页，第 344-349 段。

助下，起草委员会也许能够发挥更大的作用，并且确定已经提交的新条款的方案是否符合逻辑和完整，如果不是，那么把其他什么条款包括在内可能有益。在这个基础上，它就可以开始条款的实际起草工作。一旦它制订出一系列关于预防风险的令人满意的条款来，它就可以看到这些新条款如何适应载入第 1 条到第 5 条的一般条款和体现在第 6 条至第 9 条以及第 10 条中的原则⁷。

18. 科罗马先生说，他接受主席的建议，只要它不影响前届会议作出的决定，同时，委员会要首先解决预防的制度问题，然后解决责任的制度问题。

19. 他感谢特别报告员作了有启发性的要点说明，但是强调，他在两点上有不同意见。第一点是，1958 年的大陆架定义仍然有效，尽管有计划要使它适应技术发展。第二，“共享资源”的概念不能放在这个专题中。

20. 主席说，委员会即将作出的决定不会影响它在前届会议上已经作出的决定⁸。

21. 罗森斯托克先生说，他对这一澄清表示欢迎。

22. 德萨拉姆先生说，他同意委员会应遵守它在前一届会议上就如何组织本专题工作所做的决定。在委员会工作稍后的阶段上，当然必须按照大会决定和委员会第四十四届会议所做决定的要求，开始编制关于所造成损害的补偿的初级规则。本着这种精神，他接受主席的建议。

23. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，他可以理解委员会不想违背它在前届会议上作出的决定，但是认为，在目前阶段，它不可避免地要作出某种程度的解释。如果将条款草案提交给起草委员会，那么委员在这期间应该做些什么呢？它将暂停审议这个专题吗？特别报告员是要提交新的条款，还是等待起草委员会的工作结果？

24. 主席说，委员会在其第四十四届会议上作出的决定并不妨碍特别报告员考虑下一阶段将要做的的工作和向委员会提出建议。

⁷ 同上。

⁸ 《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 55 页，第 344-349 段。

25. 巴尔沃萨先生（特别报告员）在提到委员会第四十四届会议工作报告第 345 段⁹时说，他打算提出关于补救措施的条款，然后解决责任本身问题。

26. 主席说，起草委员会关于条款草案的讨论将有助于国际法委员会对其工作应该采取的方向有一个更加明确的思想，而又不损害在前届会议上通过的决定。

27. 托穆沙特先生说，他同意主席的意见，同时指出，当特别报告员继续考虑补救措施问题时，他应该考虑起草委员会的讨论。

28. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，委员会在前届会议上作出的决定是正确的，不过它不应该使委员会过分受束缚。委员会和起草委员会有一套条款草案的工作要做，而且必须在这个专题上取得尽可能大的进展。从现在起到本届会议结束，特别报告员也许能够提出一个解决损害问题的纲要和将要采取的相应措施来。

29. 居内先生说，应该考虑到这样的事实，即大家已经议定，起草委员会的组成将随着专题而变化。

30. 主席在代表起草委员会主席发言时说，起草委员会新的组成不久将宣布。

31. 扬科夫先生说，他同意主席根据扩大主席团的建议所提出的建议，但是指出，正在审议的专题是国际责任问题。他在提到委员会第四十四届会议工作报告第 345 段¹⁰时指出，给预防以优先地位只是一种工作方法。

32. 如果特别报告员能够说明他打算朝哪个方向开展工作，那么将会有助于起草委员会在委员会下一届会议上的讨论，因为那样将说明预防在整个草案中的位置。否则，条款草案可能还是一套全然不相干的条款。

33. 主席说，人们认为，委员会根据前届会议通过的决定，在就其下一阶段的工作作出决定之前将向特别报告员征求意见。

34. 如无异议，他将认为委员会已经接受了他根据扩大主席团的建议而就本届会议将就此专题要做的工作所提出的建议。

就这样决定。

35. 主席说，委员会已经完成了对议程项目 5 的审议。

巴尔沃萨先生就任主席。

国家责任（续）（A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453 和 Add.1-3¹¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1）

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告（续）

36. 马希乌先生祝贺特别报告员的第五次报告（A/CN.4/453 和 Add.1-3），这次报告与他以前的报告是完全一致的。他对提到 1985 年和 1986 年委员会和第六委员会内的讨论表示欢迎，因为它表明，在这个敏感的问题上已经有了一些意见一致之处。每个人都了解各国过去和现在都对接受强制性解决争端的程序犹豫不决。然而，自从 1985 年以来，世界已经发生了变化，而各国碰巧越来越倾向于接受那种程序，包括司法程序，正如国际法院过去十年的议程所表明的那样。委员会不仅应该赞同这种进展，而且要尽其所能来促进这种进展。

37. 什么东西是可取的和可能的，仍有待于观察。而且这是特别报告员和就这个题目发了言的委员会委员所关切的问题。关于什么是可取的，特别报告员已表明，他还是喜欢从某种意义上讲的理想解决办法，他说，虽然他不抱幻想，并且认识到，可取的东西并非人们力量所及（同上，D 节），但如果委员会希望，他愿意朝着这个方向采取必要步骤。

⁹ 同上。

¹⁰ 同上。

¹¹ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

38. 没有别的办法, 只能暂且不考虑什么是可取的, 而回到什么是可能的上面来, 即报告第一章 D 节中建议的解决办法。关于这一点, 他满意地指出, 在 1985 年和 1986 年举行的讨论中已经出现了一些意见一致的方面, 这些一致的方面大概继续存在。在他看来, 至少在两个重要的问题上几乎没有或者完全没有分歧。第一点关系到争端解决程序的条款草案第三部分的必要性, 委员会如果要完成它的任务的话, 就不应该把这个问题留待将来的外交会议去解决。第二点是争端解决程序必须是强制性的。尽管原则上就此达成了一致意见, 但是还没有讲清楚确切的办法, 而这恰恰是辩论的焦点。特别报告员建议建立一种三步制度, 随着各国从调解走向仲裁, 再从仲裁走向国际法院, 这种制度将变得越来越具有约束力。委员会已被要求讨论这项建议。

39. 他指出, 报告及其所载的条款草案¹² 多少有点儿模棱两可。特别报告员的分析是基于同未来文书的整套条款有关的争端和那些特别是同反措施有关的争端。有时, 特别报告员看来只集中在第二类争端上。这在第一章 D 节 2 分节第 1 段中特别明显, 该段似乎要限制专题的范围, 在第 2 段中也非常明显, 这一段模棱两可。幸亏后来的案文表明情况并非那样。特别报告员正在全面地考虑这个问题, 这一点很清楚, 而且, 即使第 1 条草案看来是限制性的, 第 2 条草案第 1 款 (a) 项确认争端解决制度包括了未来文书的解释和应用中或许会出现的所有问题, 重点放在反措施上仅仅是因为问题的这个方面非常困难。

40. 因此可以认为, 争端解决机制必须是全面的。如何确保各国应用它和接受它还有待观察。

41. 他认为, 委员会一旦就某些基本点达成一致意见, 它就可以在这方面提出相当大胆的解决办法。似乎事实上已就三点达成共识: 防止措施和反措施逐步升级; 避免使国家之间的事实上的不平等变成最强大国家的合法优势; 建立一种限制性并有约束力的反措施制度, 作为尽可能防止采取这种措施的手段, 不幸的是, 还不能排除这种制度。

42. 依照他的意见, 适当的方法将是使程序及其结论带有强制性, 同时区分所设想的不同步骤。对于任何与这个未来文书的任何条款有关的争端,

调解都将是强制性的; 然而, 结论将不具有约束力, 可能的例外是临时保护措施的情况, 不管是针对不法行为国, 还是针对受害国。而且, 这是特别报告员提出的建议, 值得加以考虑。

43. 至于仲裁, 必须避免两个极端的立场: 一个是, 就任何争端而言, 仲裁将是强制性的, 这不是各国都能接受的; 另一个是相反的立场, 即排除仲裁, 理由是各国必须有选择自由和手段自由。在他看来, 解决办法将是使仲裁依附于两个条件。第一, 就某些争端而言, 仲裁将是强制性的。实际上, 条款草案第一部分和第二部分考虑了许多情况, 在这些情况中, 国家之间不一致的事实问题或法律问题可以通过仲裁来解决, 而不会使那些国家认为他们的主权或者选择自由受到怀疑。第二, 仲裁将是希望使用它的所有国家都可以采用的一种选择方案, 它的优点在于可以在这个问题上发展国际法。不应该只是因为一些国家对诉诸仲裁犹豫不决就取消仲裁。

44. 关于司法解决, 也同仲裁一样, 最好是有的一种灵活的机制, 实际是双层机制, 以适应不同的情况。某些争端可能要受国际法院强制性管辖, 例如, 如前任特别报告员所指出的, 当一般法的有约束力的规则存在争议, 以及委员会认定未来文书中提出的其他规则处在危险之中时。就与其他问题有关的争端而言, 国际法院的管辖将是任择性的。正如仲裁一样, 这种管辖不应该因为某些国家对使用它犹豫不决就取消它。相反, 在那种情况下也是适用的, 以促进国际法的编纂和逐渐发展。

45. 他认为在国家责任领域不可能只建立一个简单的争端解决制度。为了调和道义问题与有效性、灵活性和国家主权, 很可能必须建立一个相当复杂的机制。然而委员会应该大胆工作, 以克服它过去的弱点, 并回应对它提出的批评。在这一点上, 现任特别报告员提出的条款草案和前任特别报告员提出的条款草案以及摆在起草委员会面前的条款草案将是一个良好的出发点。

46. 德萨拉姆先生在介绍他打算以后要做的发言时, 提到了第五次报告的重要性, 第五次报告是关于一个对于法律的首要地位和在国家间关系中尊重法律原则来说具有根本意义的专题的。特别报告员曾试图使委员会履行它关于逐渐发展法律的责任, 这个责任直接来源于《联合国宪章》, 委员会

¹² 条款草案的案文见第 2305 次会议, 第 25 段。

不得偏离这个责任。国家间关系制度准备接受的法律逐渐发展的程度问题将由委员会的每一位委员来决定——直到委员会能要求各国在这个问题上发表看法之时为止。在那之前，委员会不应该只是严格地将自己局限于法律编纂的任务，而应该像它在诸如国际刑事法院问题等其他领域已经做过的那样，承担它的责任，牢牢记住它在适用于国家行为的法律问题上必须制订的规则。正如马希乌先生说的那样，必须摆脱以前的抑制因素，避免把争端解决程序问题限于一个以前确立的先例框架。鉴于紧接着特别报告员介绍第五次报告后发表的一些讲话，他希望委员会将能够在法律的逐渐发展方面取得进展，同时尽可能切实可行。

上午 11 时 30 分散会。

第 2307 次会议

1993 年 6 月 15 日，星期二，上午 10 时 5 分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、科罗马先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

国家责任（续）（A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453 和 Add.1-3¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1）

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告（续）

1. 主席提请注意特别报告员分发给委员会全体委员的非正式文件，以便澄清辩论中出现的一些问题。

2. 鲁滨逊先生说，特别报告员的第五次报告（A/CN.4/453 和 Add.1-3）是热情和明确的请求，请求委员会抓住它关于国家责任的工作提供的机会，向大会提议一项适用于反措施的先进的争端解决制度。令人惊讶的首先是，不得不提出这种请求。人们呼吁委员会不囿于国际关系中现有的弊端而朝前看，拟订由公正和主权平等的原则指导的路线。委员会虽然不忽视实质上赞同以强凌弱原则的现存政治现实，但它必须以这样的方式来设想它的任务，即适当尊重各国无论是弱国还是强国的利益的、解决与单方面措施有关的争端的制度，决不是不可思议的。特别报告员提议的争端解决制度在某些方面引起的反应也是令人惊讶的，因为合乎情理的评估表明，虽然这个制度在大多数方面比先前的制度先进，但它在某些方面仍然是相当谨小慎微的。

3. 特别报告员显然认为，国际气候现在有利于建立有约束力的第三方争端解决制度来对付反措施，并正确地指明了这种有利气候的一些基本因素。首先，《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》² 在促进承认有效解决争端制度的必要性方面是有影响的。其次，冷战结束后东欧国家正在对解决争端问题采取新的方针。第三，在委员会上届会议上和在第六委员会里表达的看法表明大多数国家支持高度发达的争端解决制度来抵消单方面措施可能造成的不公正，很遗憾在目前无组织和权力分散的国际关系状况中单方面措施还没有被宣布为不合

¹ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 大会第 37/10 号决议，附件。

法。
导作
对，
议符
议，

平等
系中
权力
这种
国际
施以
慰，
一

作解
之定
所制
目推
国特
里走
上

法。委员会被要求负起编纂和逐渐发展国际法的领导作用。因此,即使它认为可能遭到一些政府的反对,它也应毫不犹豫地提出建议。当它认为一个建议符合国际社会的利益时,它应向大会提出该建议,各国政府可做出回应。

4. 反措施的实质是原始权力,其使用往往损害平等和公正的原则。由于权力的行使在当今国际关系中是不可避免的,所以目标应当是建立检验这种权力的合法性的制度,最好是在这种权力行使之前这样做。没有这种制度,反措施将总是使强国对弱国具有优势。因武装报复被宣布为非法,所以反措施将主要是经济性的,这的确不能使人得到多少宽慰,因为这种措施能够象使用武力一样肯定地削弱一个国家。

5. 如果争端解决制度只能在实施反措施后发挥作用,那么如何能够建立真正帮助弱小国家的争端解决制度呢?最好是建立一个受害国在使用反措施之前必须要采用的、使反措施的合法性能够得以确定和其他问题能够得以解决的制度。然而能够检查所采取的任何反措施的有约束力的第三方争端解决制度的存在将作为对使用反措施的一个威慑因素。目前舆论的主流正在委员会和大会形成,支持为反措施寻找一种争端解决制度,使不法行为国和受害国都有权发动具有约束力的而不仅仅是建议性的机制。正是这股舆论是委员会目前必须争取反映的:要有一种规范把采取反措施的权利与某些条件联系起来,这些条件包括有约束力的第三方争端解决制度。

6. 至于第三部分条款草案和附件³,第 1 条必须与第二部分的第 12 条⁴更好地取得一致,以便确保在提及发动争端解决制度的时间框架时保持一致性。他可以同意特别报告员关于发动该制度的时机的折衷解决办法,但是该建议谨小慎微,因为它未能反映正在出现的如下趋势,即赞成在采取反措施之前求助于有约束力的第三方争端解决制度。因此,该建议不及前任特别报告员于 1986 年提出的建

议⁵意义深远。

7. 报告第一章 D 节中解释说,争端解决制度的触发机制既不是据称对习惯或条约法初级或次级规则的违反,也不是对这种违反有争议的指称可能引起的争端。而是由于据称的受害国方面有争议地诉诸反措施或对方诉诸反报复措施所产生的争端。然而,虽然在采用反措施后出现的争端通常与这种措施有关,但它还可以进一步发展,并涉及对违反初级或次级规则的指称,而这种违反也许并没有在采取反措施之前引起争端。第 1 条应作调整,以便把这一点说得更清楚。为此也许可用“由于”或“因为”这样的措词来代替“之后”一词,后者可能具有纯属时间的含义而不是因果关系的含义。

8. 有人正当地提出了委员会是否应当设计一种争端解决制度来处理就有关国家责任的全部条款的解释和适用所引起的任何问题的问题。鲁滨逊先生认为应当这样,并且该制度应与拟议的处理反措施的制度相类似。至于拟议中的反措施的争端解决制度是否可以被给予更广的适用范围以包括有关国家责任的条款的所有执行方面,这个问题应在晚些时候讨论。委员会应向大会提出有关这个问题的明确建议:不应留待为了通过国家责任公约而召开的全权代表会议来决定。他认为,应授权作为争端解决制度的一部分而建立的调解委员会只研究与采取反措施有关而出现的问题。

9. 关于第 2 条,他认为没有理由不授权调解委员会下令停止任何一方采取的措施,或采取它认为必要的任何临时保全措施。这种权力通常不给予调解委员会,但是为了确保某些利益不受损害,这种权力是恰当的。在调解委员会的无约束力建议执行之前,保全措施也是需要的,就象在仲裁庭的有约束力裁决执行之前这类措施是需要的一样。第 2 条第 1 款(c)项中为调解委员会规定的实况调查权力是很有用的。

10. 关于第 3 条仲裁和第 5 条国际法院的司法解决,这两种解决办法都带来有约束力的裁决,因此每一方都应当有权将争端直接提交给它所选择的法庭。草拟的第 5 条只允许提交给国际法院。

³ 案文见第 2305 次会议,第 25 段。

⁴ 已提交起草委员会的条款草案第二部分第 5 条之二以及第 11 至 14 条的案文,见《1992 年……年鉴》,第二卷(第二部分),脚注 86、56、61、67 和 69。

⁵ 前任特别报告员拟议的第三部分第 1 至 5 条草案及附件的案文见《1986 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 35-36 页,脚注 86。

11. 最后, 他希望祝贺特别报告员有勇气提出具有划时代意义的报告, 并敦促委员会抓住现在它能掌握的逐渐发展国际法的有利机会, 为反措施建立先进的争端解决制度, 这种制度应反映主权平等和公正原则。

12. 本努纳先生说, 在阅读特别报告员的第五次报告时, 他有这样一种感觉, 即是在听一个犯了使他的良心受到沉重谴责的罪行的非常诚实的个人做忏悔。此罪就是在他的条款草案的第二部分中提出了一些与反措施有联系的规定。在被委员会的委员和在第六委员会内的发言者提醒注意反措施固有的缺点时, 特别报告员感到很痛苦, 并认为对他的批评比他的前任受到的批评更尖锐。请特别报告员放心: 如果现在 1993 年的批评比 1986 年的批评激烈, 那是因为冷战结束以来国际关系中已经发生了根本的改变。那个时期的制约与平衡消失了, 当今需要更大的警惕性。

13. 现任报告员和他的前任做出的将争端解决制度作为处理反措施的方法的中心的决定是由以下事实促成的, 即这样一种制度本身与反措施和单方面行为紧密地联系在一起。这一领域的实质性规则和程序性规则构成了一个有机的整体; 一类规则如果没有, 另一类也不能存在。如果没有适当的和有些限制性的争端解决制度, 那么反措施的使用将导致各有关当事方自行执法, 这是对法治的完全否定, 还会导致原始的权力斗争。

14. 因此, 特别报告员提议的条款草案和第三部分附件⁶从各种意义上来说都是一揽子交易, 包括有关反措施的实质性规定和解决有关争端的程序规则。他希望委员会将接受提议的限制性相当大的争端解决制度; 至于他, 如果反措施的使用不伴之以这样一种制度的话, 他不可能赞同使用反措施。

15. 不能以处理一般争端的办法来处理反措施, 因为涉及非常传统的解决争端的义务和程序领域; 被违反的实质性规则也许来源于已经规定了适当解决办法的一项国际文书, 关于这种违反的后果的辩论可以按照现有的解决办法或按照《联合国宪章》第三十三条或按照当事方的特别协议加以解决。

16. 归根到底, 责任法涉及国际法的所有实质性规则, 而为一般责任规定具体解决办法则是一个微妙的问题。另一方面, 反措施却是对国际法的例外地背离, 因为它授权一国在对它认为对它造成损害的不法行为做出反应时违反法律。例外情况要求特殊的解决程序。他完全同意特别报告员的意见, 即委员会应显示出一定的胆量。在使反措施合法化时大胆是不能接受的, 但在规定一种程序, 其目的不仅是检验据称的受害国的诚意而且是劝说它不要草率从事时, 大胆却并非不能接受。的确, 正如第 C 节 1 分节的标题中所正确地表明的那样, 妥善争端解决制度是“规制单方面反应之制度的必要补充部分”。

17. 关于第 D、E 和 F 节, 他指出特别报告员曾说过, 理想的解决办法将是使反措施的合法性取决于第三方的事先有约束力的决定。在这种情况下, 可以说在非法行为与反措施之间插入公正的第三方的明确决定, 就将实际排除据称的受害国的主观评估。虽然这也许是一种理想的解决办法, 但它也是乌托邦。这等于使整个责任法, 以及间接地使对所有实质性规则的遵守情况的评估服从一个国际仲裁或司法机构。正如特别报告员同意的那样, 这似乎与现代国际社会的发展阶段完全不一致, 现代国际社会仍然是由主权国家所组成的, 司法是选择性的。

18. 因此, 必须保留《联合国宪章》第三十三条中规定的一般义务, 各国据此有权在现有程序中做出选择。不过, 如果一个国家自行执法而诉诸单方面措施, 它将不可避免地要受到限制越来越严格的法律管制。

19. 至于调解, 他不知道下令中止措施或下令采取临时性保全措施是否应限于仲裁或司法阶段, 而调解则保留它的原先目的, 即在调解程序结束时提出一份有关方面可自由接受或拒绝的报告。在分别由前任特别报告员里普哈根先生和现任特别报告员提出的调解委员会的两种模式中, 后一种模式似乎更复杂, 但它也许可以在起草委员会里被简化。在仲裁方面, 应当规定, 如果有关国家中的一个不能指定仲裁人, 第三方——很可能是国际法院院长——可进行干预。

20. 各种程序应当做些缩短和简化, 以防止延长被用作拖延战术。这些问题可以在起草委员会进

行讨论。但是，委员会本身应对原则问题做决定，即是否接受特别报告员拟议的制度。他自己的答复是毫无保留的肯定，他感谢特别报告员提出他的第五次报告，这将促进接受一揽子提议。不过，如果这一提议不被接受，他将认为必须对作为一个整体的所有反措施提出保留意见。

21. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，有有用的法律材料供委员会审议目前这个专题之用。例如，根据委员会完成的工作于 1969 年通过的《维也纳条约法公约》载有关于这一法律领域出现的争端的明确和客观的条款。1985 年，前任特别报告员在他的报告中提出了一个新内容，即调解制度，它可以为和平解决非法行为引起的争端的强制性程序铺平道路⁷。现任特别报告员在他的第三次报告中提到了⁸国际法学会的一项决议，根据这一决议，只要没有诉诸现存的和平解决争端的程序，就不能进行报复，他还在其第四次报告中提到了瑞士政府 1928 年就报复、禁止报复和解决由于仲裁所引起的任何问题的义务之间的直接关系所采取的立场⁹。他还提到了国际联盟时期流行的法律安排，其中表明这些成分之间一直有着密切联系。

22. 特别报告员在他的第四次报告中指出，单方面措施必将继续长期处于国家责任的法律制度的核心，诸如中止和赔偿等后果将归根到底取决于报复，这种说法似乎最接近于指出这个问题的复杂性。不过，特别报告员似乎预先判断了委员会将采取的态度，这就是承认，不管喜欢不喜欢，根据习惯法报复确实存在，并且现行法律制度是不完善的。因此，特别报告员的困境是要决定在这种不完善的规章体系中提出什么样的解决办法：是不完善的解决办法，还是将代表向前迈进一步的解决办法？克拉梅尔先生自己认为，特别报告员的建议不是革命性的，不会在现有国际秩序中引起剧变；相反，它是务实的，其清晰和合理的法律论据值得赞赏。的确产生了一个问题，因为特别报告员建议，对非法行为的反应而不是非法行为本身应起到发动强制性解决争端程序的作用。在这一方面，值得注

意的是，除第二条第三项和第三十三条外，《联合国宪章》没有提供充分的根据，据此可认定非法行为为起触发因素的作用，而习惯法和国际实践确实通过报复提供了一种办法，据此可以建立和促进解决争端的强制机制。

23. 总而言之，他认为特别报告员的建议值得认真审议，尤其是根据起草委员会内对第 12 条（诉诸反措施的条件）进行的讨论¹⁰。委员会现在的行动不能与它在审议该条时所讨论的背道而驰。同样，委员会也不应过分关注特别报告员提出的方案，因为从秘书处编写的关于争端解决程序的手册中可以清楚地看出，有多种可供选择的办法，包括调解、仲裁和其他程序。

24. 他对特别报告员的工作表示祝贺，并期待着报告有另一章来论述罪行和违法行为。

25. 韦列谢京先生说，特别报告员在其第五次报告中正确地指出，委员会对争端解决法没有做出很大贡献。在草案中，委员会一般只限于提议无约束力的调解程序，这些程序载于任择议定书或附件。不过，显而易见，这并不是因为以前委员会的委员缺乏关注或者缺乏技能。相反，在审议是否将有约束力的解决条款列入文本正文中时，他们首先受下述愿望的指导，即不想因为许多国家不能接受的解决条款而冒整个草案被拒绝的风险。

26. 不幸的是，今天仍然出现了相同的问题，他怀疑各国对强制性仲裁问题的立场是否发生了足够的变化，以保证对特别报告员的建议被广泛接受的可能性抱乐观态度。这种怀疑尤其合理，是因为国家责任草案，不象委员会大多数草案那样只是涉及国际关系的一个方面，而是涉及国际关系和国际法的所有方面。特别报告员在报告中承认所有这些问题是存在的，然而却提倡更加大胆些。

27. 也许正是因为特别报告员自己不完全相信他的建议会得到接受，所以他只概述一种程序，其目的不是阻止采取反措施，而只是确定已经采取的反措施的合法性。虽然认识到这样限制拟议中的争端解决机制的范围的动机是想使“保守派”满意，但韦列谢京先生仍想知道这个建议是否真象声称的那么大胆或有革命性。如果某项建议的接受将不影

⁷ 见《1985 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 15 页，A/CN.4/389 号文件，第二节。

⁸ 见《1991 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 23 页，A/CN.4/440 和 Add.1 号文件，第 56 段。

⁹ 见《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分）A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件。

¹⁰ 见上文脚注 3。

响国家采取反措施的权力，甚至不会暂时拖延反措施的应用，那么这项建议又有什么很大胆的方面呢？他认为，该建议并非足够“革命的”建议，不足以代表国际法中的真正突破，同时，正如本努纳先生早些时候指出的那样，它过于复杂。

28. 争端解决法是供委员会审议的一个独立的、主要的专题。它超出国家责任这个专题的范围，因此好象不能附带地加以处理。在这一方面，他不同意特别报告员提出的论点，即鉴于已经有了许多缺乏效能的一般争端解决条约，进一步做出努力来逐渐发展一般性质的争端解决程序没有多大意义；而更适当的做法是在国家责任草案的范围内，通过规定更有效的仲裁条款，对争端解决程序进行较大的逐渐发展。实际上，这两种方针并不是互相排斥的。此外，争端解决领域中的最近情况发展，尤其是最近在欧安会内的《调解和仲裁公约》¹¹，表明一般争端解决条约未必就一定缺乏效能。

29. 上述看法并不意味着国家责任草案不应包括争端解决的条款。与其他一些委员一样，他认为，在起草这些条款时，委员会应广泛吸收特别报告员的建议。不过，这些未来条款的范围不应仅限于反措施问题，而应与整个国家责任未来公约的适用和解释有关。不过，如果争端解决条款要专门与反措施联系起来的话，那它们就肯定应当与已经送交起草委员会的反措施条款一并审议。

30. 对报告的介绍中谈到论述根据条款草案第一部分第 19 条被定为国家“罪行”的违法行为后果的第二章，并指出这一章——尚未提交给委员会——不包括任何条款草案。此外，在第 7 段中特别报告员表明，他尚不准备提出有关附属于第一部分第 19 条¹²中考虑的国际不法行为的附加权利和义务的明确建议。因此，委员会应以什么顺序来审议仍未完成的草案各节呢？委员会是否应该在审议第二部分最重要的一节，即国家罪行的实质性的和手段性后果之前开始审议第三部分的条款草案？这不会本末倒置吗？还有，他想知道为什么特别报告员认为必须将有关罪行后果的一章列入关于争端解决程序的

报告中。特别报告员也许根本不打算提出关于国际罪行的实质性和手段性后果的任何条款？这个问题似乎是根本性的，因为在前几次报告中特别报告员总是强调他只处理违法行为，而不处理罪行，起草委员会在审议国家责任条款草案时是按该假定进行的。他将对在委员会全体会议对草案第三部分的条款做出决定之前得到回答表示赞赏。

31. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，这不是韦列谢京先生第一次问起他关于罪行问题的意图。第二章的起草——他请委员会放心，这一章的确即将准备好——涉及许多非常困难的问题。他相信，定于 7 月初进行的辩论将帮助他为委员会下届会议准备一份有关这个问题的令人满意的报告。

32. 正如他过去常说的那样，罪行是具有更严重性质的不法行为。他对违法行为问题——无论是对反措施，实质性或手段性后果，还是争端解决——可能提出的不管什么建议都应当被认为含有有关罪行的未来建议的某些内容（经适当变通后）。可以忆及，他的前任在 1986 年提议的第 4 条（b）项¹³中设想直接求助于国际法院的可能性。至于他自己，他设想只能作为解决程序的第三阶段诉诸国际法院。应当忆及，委员会一读通过的第一部分第 19 条在国际法委员会和第六委员会内以及在文献著作中遇到了很强烈的保留意见。这个问题是最难的一个问题，要求采取逐步解决的做法。他不认为起草委员会因为它并没有收到整个报告而处于困难之中，他要求韦列谢京先生耐心地再稍微等待一段时间。他再次反对这样的看法，即他关于争端解决的建议是想在国际法中“引起剧变”。

33. 科罗马先生说，他不赞成这样的看法，即特别报告员企图在国际法中“引起剧变”。不过，他确实很希望不存在取消、改写或冲淡已被委员会一读通过并在第六委员会得到压倒性支持的关于国际罪行和国际违法行为的第 19 条的意图。关于支持还是取消不可否认有问题的第 19 条的问题大概将由整个委员会来处理，而不是由特别报告员独自处理。

34. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，科罗马先生可以放心，尽管存在着他提到的问题和困难，他无意取消第 19 条。相反，恰恰因为这一条

¹¹ 欧安会理事会 1992 年 12 月在斯德哥尔摩通过（见 1992 年 12 月 14 日的 CSCE/3-C/Dec.1 号文件）。

¹² 第三十二届会议一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条的案文见《1980 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 页起。

¹³ 见上文脚注 4。

很重要，他认为有责任以其应得的严肃和谨慎态度来处理此事。

35. 拉扎凡德拉朗博先生说，由于特别报告员做出了不懈的和模范的努力，有关国家责任的工作正在走向完成，这是对逐渐发展国际法的重大贡献。他与其他人一起对特别报告员出色的第五次报告、他的明确建议以及勇敢的结论——这些为特别富有成果的辩论创造了条件——表示祝贺。

36. 草案第三部分中的争端解决程序的适用范围和特别报告员提议的解决办法的性质值得评论。第五次报告中讨论的程序适用范围引起一些理由充足的问题，特别是关于条款草案的标题。有人强调，特别报告员与他的前任里普哈根先生一样表明打算尊重委员会采取的方针，按照这一方针，在关于责任规则起源的第一部分（为了简单起见称之为初级规则）以及关于违反这些规则的法律后果的第二部分（即次级规则）之后，将有关于执行和关于解决因这些初级和次级规则的适用和解释所产生的争端的具体条款。

37. 看来第五次报告，尤其是拟议中的第三部分第 1 条，并不完全符合委员会大多数委员的最初意图和愿望。该报告几乎完全着重于论证就反措施而言建立争端解决程序的必要性。特别报告员没有回避问题，就象他自己在早些时候分发的非正式文件中明确说明的那样。在第五次报告中，他指出必须指明设想的程序的适用和解释应当适用于哪些条款（实质性的或手段性的），他回忆说，里普哈根先生认为草案的两个部分是互相依存的。特别报告员澄清了他在这一方面的立场；然而，构成连贯的和不能分离的整体的第三部分中的六条只涉及在据称的受害国对据称的违法国采取任何反措施后出现的，而又未被第 12 条第 1 款（a）项中提到的办法之一所解决的争端。人们不得不得出结论，第三部分只涉及第二部分的第 11 条起各条¹⁴，而不包括第 6 至第 10 条¹⁵。因此，特别报告员显然背离了他的前任的做法，他的前任的第三部分第 1 条¹⁶提到了第 6 条，这条相当于现任特别报告员的第 6 至

第 10 条。特别报告员试图在他的文件中澄清这一脱漏。拉扎凡德拉朗博先生自己认为，这一脱漏以后也可以弥补，例如通过起草有关适用范围的另一条一般性条款来弥补。

38. 特别报告员对拟议的解决争端程序的结构和性质进行了全面彻底的研究，考虑到了限制采取反措施或至少遏制其不利方面的必要性，并努力对有关将反措施列入草案的严重关切做出回答。在这一方面，拉扎凡德拉朗博先生同意报告中关于必须有适当的争端解决制度作为对规制单方面反应制度的必不可少的补充一事的敏锐评论。另一方面，在建议的解决办法的框架内，对关于在诉诸反措施之前充分使用所有现有的和平解决程序的第二部分第 12 条第 1 款（a）项的适用的解释并非总是很清楚的。从第四次报告¹⁷中的措词看，这一规定提到了除未来国家责任公约以外的来源中的全部这种解决办法。从它目前的形式看，这一规定似乎是诉诸反措施的一个条件，而第三部分中的争端解决程序正如第三部分第 1 条所指出的那样，只是在采用反措施之后才实施。这是一种简单和可行的制度。不过，特别报告员对第 12 条第 1 款（a）项的解释大大缩小了这一规定的范围，因为据他说，这一规定只提到解决办法，而没有直接规定解决办法，没有直接提出以用尽特定程序作为诉诸反措施的条件这样的义务。因此，他希望起草委员会最终将为第 12 条第 1 款（a）项通过一个更确切的和与限制性解释更加一致的措词。

39. 特别报告员希望加强有关反措施方面的争端解决程序，这一愿望是可以理解的。在这一方面，特别报告员提出了两种解决办法：或者使任何诉诸反措施的行为的合法性取决于有约束力的第三方裁决的存在，或者通过增加仲裁和司法解决程序来加强无约束力程序。前一种解决办法似乎对大力限制反措施的使用更适当，而当国际关系被东西方对抗所控制着的时候，这种解决办法本是不可思议的。但是它似乎不是目前现实的选择，即使它是真正考虑到弱国情况的唯一选择。后一种解决办法是第五次报告所建议的一种办法，佩莱先生称这一办法是革命性的办法（第 2305 次会议）。这是有点夸张的说法，因为这种解决办法只是基于最近的一些公约采取的方针，如《联合国海洋法公约》。此

¹⁴ 见上文脚注 3。

¹⁵ 已提交起草委员会的第二部分第 6 至 16 条草案的案文见《1985 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 20-21 页，脚注 66。

¹⁶ 见上文脚注 4。

¹⁷ 见上文脚注 7。

外, 这种解决办法决不谋求损害受害国采取反措施甚至在采取反措施后中止反措施的“特权”, 除非一种解决程序已提交第三方, 而第三方已下令中止反措施。

40. 第三部分中的争端解决程序在许多方面使人联想起国际贸易法的类似模式, 只是争端解决程序有三个阶段: 调解, 这只能产生建议, 并只对临时保全措施具有约束力; 仲裁, 这是有约束力的, 如果调解失败的话; 以及最后, 国际法院的司法解决, 尤其是在不能建立仲裁庭的情况下。虽然可以争辩说, 这个制度是复杂的和不易运用的, 但他同意特别报告员的看法, 即它可起威慑作用, 并加强防止滥用单方面反应的保证。使它具有约束力将为强国自行执法打开通路, 就象最近历史上的许多不幸例子所表明的那样。

41. 至于实际条款, 第 1 条中的“措施”一词是模棱两可的, 所以应以“反措施”代替。在第 3 条的法文本中, “Compromis” (特别协议) 一词应当以 “clause compromissoire” 取代, 因为所涉及的是将争端提交仲裁的权利, 而不是起草确定争端的目的一旦争端提交仲裁后应遵循的程序的文件。这将与附件第 3 条第 6 至第 9 款中提到的“特别协议”更为一致。最后, 第 5 条 (a) 项 (一) 目的“在随后六个月内”应改成“在调解委员会提交报告后六个月内”。

中午 12 时 25 分散会。

第 2308 次会议

1993 年 6 月 16 日, 星期三, 上午 10 时 5 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先

生、科罗马先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

国家责任 (续) (A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453 和 Add.1-3¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1)

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告 (续)

1. 庞布-奇文达先生指出, 关于国家责任的第五次报告 (A/CN.4/453 和 Add.1-3) 基本上专门论述反措施的合法性问题, 换言之, 论述第 12 条草案所建立制度的实施条件和运作方式的理由, 该条草案已于 1992 年提交起草委员会²。这表明了专题的重要性和报告的独创性, 该报告不仅描述了关于反措施普遍制度和争端解决特殊制度互补性讨论的论据, 而且描述了特别报告员指出的具体建议和提议。

2. 拟议的制度反映了其拟订者的大胆和独创性, 而且在实质内容方面, 即为了结束由于两国相互违反法律造成的法律空白状态而设计的方案, 并不是不现实的, 不管人们可能说过什么。它通过一个第三方的公正的干预而促进公正性, 以此方式将政治解决和司法解决的优点巧妙地结合了起来。不幸的是, 在特别报告员提出的结构中, 并非始终能找到对尊重主权的关注, 而结构的效能却取决于这种关注, 因为一旦因一项不法行为而破坏了法律秩序, 恢复正常的问题首先是手段问题。因此必须问及, 特别报告员提议的理论方案是否可行。委员会

¹ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

² 已提交起草委员会的条款草案第二部分第 5 条之二以及第 11 至 14 条的案文, 见《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 脚注 86、56、61、67 和 69。

布一
拉扎尼
托克夫
生
格兰

审议乔治·塞尔关于仲裁的报告时，曾批评他设计了一项属于拟议法的制度³。“阿兰焦—鲁伊斯制度”会受到同样的批评吗？

3. 在国际新秩序似乎在干预权的背景下正在形成之时，争端的解决继续受制于各国的主权，而反措施恰好就是这种主权长期使用的武器。不过，干预的做法——意味着较少的主权和较多的相互声援——是正在形成之中的国际法，但它未被抨击为拟议法。据此，限制各国所嗜好的操纵国际法制的书面的规则为什么会被认为是拟议法呢？第五次报告中指出的不妥协危险含有引起战争危险的种子，因此委员会应当毫不犹豫地使各国正视它们的责任，因为它的职责是以法律手段向战争开战。不管对特别报告员可能提出什么批评，必须承认，他的制度是符合时代的精神的。起草工作仍需进行，而有些问题必须加以澄清。

责任的
上专
2条
该
了专
了大
讨论
建议

4. 报告提出了一个关于拟议中制度实施和效能的实质性问题。反措施本身并不引起争端，因为根据定义它是行使一种权利：存在的争端是，根据特别报告员拟议的第 1 条，据称的受害国采取反措施产生的争端。在这种情况下，当受害国已经诉诸了反措施之时，怎能交给调解委员会首先确定存在争端的任务——或换句话说，授权它在必要时说根本不存在任何争端——呢？这是一个实质性问题，即效能问题，而且同拟议中制度的触发有关。对争端的定义主要取决于有关行为是否属于一种特定的法律类别。因此，在该制度的第一阶段，引起争端的是当各方对于实际情况法定性的意见分歧。调解委员会的定性只能在由于有关各国发生定性分歧而引起争端之后做出。换言之，引起争端的是当事国，而不是调解委员会。必须消除这种误解。

起
非始
取
子
此
行

5. 转到拟议中的规定⁴，由于调解只不过是一种政治解决方法，第 2 条也引起了一个实质问题。调解者不是法官。由他提出建议，而由拥有主权的国家处理问题，因为各国是国际法的原始主体。因此，调解者必须进行说服，不能强加任何东西。这将是该制度的效能而必须付出的代价。因此，第 2 条第 1 款 (b) 项中，“命令”一词应由“提建议”一词取代，而在第 1 款 (a) 项中，“本条款任

何部分”等字应该删去。

6. 还应使第 3 条草案更符合正统的仲裁做法，以便预先防止必然会以国家主权名义提出的反对意见。而且，由于下述二者之间的矛盾，这个问题似乎未受到足够的注意：这二者一是“无需特别协定”建立一个仲裁庭（第 3 条），二是存在着一项“特别协定，确定争端的事由和程序细节”（附件，第 3 条第 6 款）。由于该制度规定可对因滥用权力或程序性缺陷而使之失效的仲裁裁决诉诸国际法院，这种矛盾就更加令人遗憾了。

7. 关于国际法院的作用，他承认必须将效能与程序的自由选择协调起来，并对罪行和犯法行为加以区分。而且他认为，由于在目前的案文情况下，滥用权力的概念须以解释为准，国际法院的管辖权应该是较为有限的。而且，考虑到国际法院的诉讼速度缓慢，它的干预可能给处于危险的利益，特别是受害国的利益，造成严重的后果。

8. 最后他说，“阿兰焦—鲁伊斯制度”的基础是健全的，但是拟议的结构仍不完备，因此委员会应花必要的时间在已搜集的材料的基础之上建立这个制度。

9. 卡巴齐先生指出，有的人认为第五次报告胆量略嫌不够，但别的人则认为这一报告带有革命的色彩，或换言之，它描述的是理想的而不是可能的情况。特别报告员明确指出，理想的情况将是这样一种情况：不在法律上授权任何国家自行执法，而且一旦发生争端，受害国，或据称的受害国，将请求一个第三方解决争端，而同时保留诉诸反措施的权利，但这仅仅是为了引导不法行为回到法制道路上来。许多国家——以及委员会许多前任和现任的委员——长期以来一直主张使这一理想成为现实，然而在委员会审议这一问题的 40 年中，它没有取得任何进展。原因很简单：也有许多国家——以及委员会的许多委员——更希望在各认为别的国家采取了单方面的不法行为时，应能自由地想采取什么行动就采取什么行动，只是在较后阶段，在受害国认为这符合它的利益的情况下才诉诸争端解决的程序。这足以证明，法律技术方法仍处在发展的初步阶段，而且国际法律秩序仍不完备。这并非因为人们不清楚理解情况的危险性。人人都知道，单方面措施和反措施会产生相反的效果，因为这类措施鼓励当事方采取不妥协的立场和措施。因此，

³ 见《1953 年……年鉴》，第二卷，第 201-202 页，

⁴ 见第 2305 次会议，第 25 段。

危及国际和平与安全。人们常常只是设想在强国与弱国之间的这种情况，但当两国实力相等或几乎相等时，情况可能更加危险。不过，正如报告所清楚表明的，与主张在诉诸反措施前采取和平解决争端的人相比，主张单方面补救措施的人显然占了上风。

10. 报告只论述了这样一种争端解决制度，它试图矫正或改善它称之为单方面反应制度的消极方面。那就是特别报告员提议的三步争端解决制度——调解、仲裁和司法解决——的目的，该制度没有规定应对有关国家，特别是受害国施加特殊条件，要求它在用尽现有的争端解决程序，甚至是未来国家责任文件确立的那些程序之前，不采取任何反措施。特别报告员原来所建议的第12条第1款(a)项⁵本来会对受害国强制规定这种义务，但正如最近起草委员会中的倾向所表明的，这种想法不得不被抛弃，至少是暂时抛弃。

11. 因此他不相信能在第五次报告的基础上取得很大的进展。这并不是因为特别报告员在发展国际法方面缺乏取得突破的方法的主意。他甚至提议了理论上的理想解决办法，那就是确立这样一项原则：除第三方做出有约束力的裁决的情况外，禁止采取反措施。他还说，如果委员会有此愿望，他将准备提交必要的条款草案。不过，当然，尽管出现了他指出的趋势，特别报告员表示，他非常了解委员会中普遍不愿意前几个草案中在争端解决领域的较为大胆的规定，但他指出，委员会不应当丧失机遇，特别是在联合国国际法十年⁶期间，对争端解决法的发展做出重大贡献。

12. 他最后同意报告第一章E节最后一段中表示的意见。他甚至认为，现在已经是国际法学家与其政府拉开距离以便说出什么是对的和公正的，而不是什么是可接受的时候了。他感谢特别报告员提出了他的建议，这些建议虽然不是革命性的，但由于其带来的前景，它们是很大胆的。

13. 卡莱罗·罗德里格斯先生感谢特别报告员的第五次报告，该报告提供了许多令人思考的内容，而且正如辩论所表明的，将对委员会研究争端解决问题有很大的帮助。

14. 虽然委员会常常在将争端解决规定列入条款草案时举棋不定，但它在得出国家责任条款草案应当载有这些规定的结论时似乎没有什么困难。

15. 与通常给出的不列入这类规定的理由相反，有一个非常具体的理由，引起与此相反的结论。国家责任条款草案在界定了国际不法行为及其实质性法律后果——停止、赔偿和保证不重犯——之后，承认自认为受其认为的国际不法行为损害的国家有权不遵守它对其视为不法行为国承担的一项或多项义务，或者说有权采取反措施。不过，如果后来断定，对情况的这一评估是错误的，反措施本身将成为国际不法行为，并将引发采取这些反措施的国家的责任；这样就存在着逐步升级的明显危险。将不得不在某个阶段找到解决的办法，但最好尽早找到，以避免使一种反措施与反反措施的制度长期持续下去，而且，如果不能通过相关国家达成一致而找到解决办法，就将不得不通过第三方决定来谋求。

16. 而且，看来一般都认为反措施是一种无效的解决问题的手段，因为反措施使受害国至少暂时地处于既是法官又是当事方的地位，使国际法的实施保持在原始阶段，而这种阶段在有组织的国家法制度中早已不复存在了。而且，反措施导致各国间不平等状况的加剧，违背了以下原则，即各国和人类一样在法律面前一律平等。

17. 作为反措施制度所固有的非正义的一个例子，他愿提及冯巴先生提到的情况（第2305次会议）。A国驱逐了若干名B国的国民，按照B国的说法，这违反了两国间一项有效的条约。作为弱国的B国提出抗议，指称该行为是非法行为。A国坚持其立场，认为它的行动是合法的。有关的条约只规定谈判是解决争端的手段。B国所能采取的唯一办法是采取反措施，例如下令驱逐同样数目的A国国民。然后A国可能认为，这种反措施是非法的，并决定采取反反措施。逐步升级只会进一步伤害B国，这样，它将处于完全得不到保护的境地，也许直至这样的时刻：争端的加剧导致采取某种比条约规定的更为有效的解决手段，或者两国关系可能受损，而不利於较弱的国家即B国，由于B国不能诉诸反措施，它就不得不屈服。也许有一天它将被证明是无辜的。在此期间，它的自尊和利益会受到伤害，而这只是因为它是弱国而反措施总是有利于强者。如果从涉及各国国际责任的争端一开始起就实

⁵ 见上文脚注2。

⁶ 大会第44/23号决议宣布。

行有效能的解决争端制度，就将消除此类情况及许多其他情况下的不公正。

18. 责任事项方面的一个中心问题恰恰就是所要建立的应用反措施的权利与把争端提交和平解决制度的义务之间的关系。委员会因为顾及到现有国际法的情况希望留在可能的范畴内，已经决定维持诉诸反措施的做法。有鉴于此，它至少应当赋予反措施道义的内容（使反措施道德化），正如特别报告员所指出的，为此应当“使采取任何反措施的合法性……以存在上述具有约束力的第三方裁决为条件”。正如已经说过的那样，这不会引起国际法的剧变，而是特别报告员所说的国际法发展方面的“突破”——他本人认为这是一种不大的突破——而且公平和平等肯定会得到更好的维护。

19. 特别报告员不能肯定委员会愿意接受这一概念，但他说，如果委员会愿意的话，他准备提交按此方针制定的条款草案。罗德里格斯先生本人非常赞成这样做，而且他相信，委员会将遵循这一方针。

20. 特别报告员为解决争端提出了一项三级制度，这是一个设想周全但又较为常规的方案，一开始先进行调解，如有必要，再进行仲裁，然后如再有必要，就采取司法解决。在涉及未来文书条款的适用或解释争端的情况下，这一制度可能是令人满意的。而在涉及反措施的争端的情况下，特别是在出现拖延的情况下，这个制度就不这样令人满意了，因为反措施会被允许在不受外来控制的情况下持续很长一段时间。特别报告员意识到了这个问题，并试图采取下述方法解决它：给关于调解的条款草案⁷补充一项规定，授权调解委员会在适当的情况下下令停止采取反措施和提供临时保全措施。这样做，他当然是把通常保留给仲裁或司法机构的权力划给了调解委员会。的确，公正地确定反措施的合法性是必要的，而且应在争端解决程序的早期确定。虽然他不象有的人那样反对授予调解委员会这种权力，但他不知道这种背离传统规则的做法是否必不可少。例如可以设想从一开始就将反措施的合法性问题交由仲裁裁决。诚然，这将取消调解阶段，而调解阶段可被视为走向有约束力的第三方解决程序道路上非常有益的第一步。

21. 将反措施合法性的确定与关于未来文书条款适用或解释的争端的解决两者分开，也许可以解决这个问题。他认为，将两者分开将具有双重好处。一方面，可以及早公正地确定反措施可否允许，这将有利于不法行为国和受害国双方，因为前者可能正承受不正当的反措施的效果，而后者将得到以后不会因越权行为而受惩处的保证。另一方面，诉诸关于未来文书条款适用或解释的争端解决程序的范围将会扩大，而且不会象特别报告员提议的第 1 条规定的那样，取决于反措施的应用。不管有意还是无意，拟议的整个制度是由据称的受害国对据称的违法国采取任何反措施后产生争端的情况而触发的（第 1 条）。如果不采取反措施，即使在未来文书的适用或解释方面发生争端，也不能援引关于争端解决的规定。

22. 他认为，如果同样的规定不以相同的方式处理两个不同的问题，即解决因未来文书条款的适用或解释引起的争端的普遍制度的必要性和解决关于反措施合法性争端的具体规定的必要性，事情的处理就将较为容易。就第一类争端而言，只需对特别报告员提议的制度做一些修改就够了，特别是为了保证更大的选择自由，尽管他怀疑，有约束力的第三方案这样广泛的应用在这一阶段是否可行。至于第二类争端，可以设想一种大致类似仲裁的制度。这类规定应当充分考虑到这样一个事实：必须毫不拖延地确保争端的解决。仲裁人的选择手续应当简化，仲裁庭的设立应当加快，而且其规则应当尽量简单，以便能够迅速完成任务。任务将只是裁定反措施是否合法和反措施是否应当停止。只有通过各方明示的协议，才能授权仲裁庭进行更多的裁决。他甚至认为，可以不提仲裁庭和仲裁，而只是停留在现有程序的框架内，最好只是简单地提及一个“委员会”或一个“反措施委员会”。也可授权这个委员会在行使其做出有约束力裁决的权力之前，设法使各方达成共同满意的妥协解决方案。实际上，它可以体现仲裁、调停，当然还有实况调查的内容。起草这样内容的条款不应该太难，他相信特别报告员将能够完成这项工作。

23. 许多人提到需要在什么是可取的和什么是可能的之间达成平衡，也提到不得提出各国不愿接受的规定。不过，没有东西可以保证各国接受委员会提出的条款，而且不幸的是，制定国际法的是各

⁷ 案文见第 2305 次会议，第 25 段。

国，而不是委员会。以往，委员会起草了按照它所推测的各国愿望量身定做的条款，结果是被大会搁置，甚至在有代表出席大会的多数国家不反对这些条款时也这样。他同其他委员一样，坚信委员会负有其自己的责任，而且只有它以马希乌先生早些时候提到的合理的胆识采取行动，特别是在国家责任领域采取行动，它才能对国际法的逐渐发展做出贡献。

24. 扬科夫先生说，在详细审查拟议的关于调解和仲裁的条款草案前，他先就特别报告员设想的解决争端的制度讲两点一般性的意见。他首先指出，除了某些支持第三方解决程序的一般性考虑外，特别报告员首先强调，需要以有约束力的解决程序作为抗衡可能的反措施的手段，并尽量减少单方面措施的消极方面。建立争端解决制度对考虑不当地反措施的采取将必然具有的威慑——也许是阻止性的——效应是无可否认的，而且特别报告员的第五次报告对此提出了令人信服的论据。但是，正如特别报告员本人所承认的，有效的第三方解决程序应设想列入草案的第三部分。由于第三部分不仅仅限于反措施，就存在着争端解决制度的范围问题。按照逻辑，这一制度应当适用于第三部分中论述的所有问题。正如本努纳先生所说（第 2307 次会议），特别报告员可能认为，就其中许多问题而言，可以参照既定的惯例。无论如何，看来在目前阶段，特别报告员认为最好集中精力研究第三方争端解决程序在单方面行动情况下的作用。从他报告中可以清楚看出这一点，他在其中指出，这一程序所包括的争端是由于国际责任关系中的当事国采取反措施或反报复措施而引起的法律争端。

25. 考虑到众多没有实施或无效能的关于争端解决的一般性条约，在这一点上不应责难特别报告员；甚至应当承认，较适宜的做法是，通过规定更有效能的仲裁条款来大大逐渐发展争端解决程序。但是国际事态的发展和日益增多的承认第三方争端解决实际意义的国际条约及其他文书，为这一领域国际法的逐渐发展提供了有利的依据。当然，不应有过高的期望。冷战的结束并不意味着各国间冲突的结束，而且环境、宗教和种族问题成了甚至更为复杂的不和的根源。当然，目标不是要产生将载入委员会工作史册却从未付诸实施的案文。

26. 他的第二点一般性意见涉及这样一个问题：反措施情况下的争端解决程序是应在反措施采取之前还是之后实施。他想极其尊敬地请特别报告

员自问一下，是不是不存在这样的领域，即在采取反措施之前诉诸有约束力的争端解决程序将是有益的和可以设想的。

27. 他在谈及条款草案⁸时说，他并不完全同意特别报告员的以下意见。特别报告员谈到调解问题时说，调解的结果不具有约束力，使得这一程序不能充分满足矫正单方面反措施消极方面的目的。一切事情取决于对调解的期望。现已普遍证实——而且这方面可以参阅《和平解决国家间争端手册》⁹——调解的功能是阐明有争议的事实和通过向各方建议可共同接受的解决办法而促使它们达成协议。

28. 他认为，不应尝试改革调解体制，赋予它更适宜于仲裁或司法解决的职能。不过，可以设想使调解成为强制性的做法，但须由争端各方达成协议，在调解不成的情况下进行仲裁或采取某种其他的第三方解决办法。这种方法有三个有利条件：将避免调解和仲裁之间的任何混淆；因使各方能够直接进行仲裁，无须经过调解委员会的中间和假设性的阶段，可使各方的任务变得简单；以及法律的逐渐发展将需要较少的努力，因为这将是一个稳固地植根于国家惯例的体制。

29. 此外，调解委员会的意见应保留其建议的性质，如果各国达不成协议，就将发动其他的解决机制。实际上，特别报告员提议在第 2 条第 1 款 (b) 项中“下达”一词前插进“视情况”一语，尽管为了更加明晰起见，“下达”一语也许可以“建议”一词取代。他还希望在论述仲裁问题的第 3 条之末加上大致意思如下的措词：“不过，有关各方可以商定，不经事先调解把争端提交仲裁”。这将为一种更快速的解决方法铺平道路。也许这一条还应加上某个限定词以清楚表明，仲裁庭所做的“裁决”将具有约束力，即使这一点已为人们所理解。

30. 尽管发表了这些评论，他还是总体同意特别报告员的结论，这些结论无疑有助于这一议题的工作取得进展。

31. 锡亚姆先生对特别报告员报告的质量和他的慷慨与勇气向他表示祝贺。特别报告员在报告第

⁸ 案文见第 2305 次会议，第 25 段。

⁹ 《大会正式记录，第四十六届会议，补编第 33 号 (A/46/33)，附件。

一章 E 节中承认国际社会未能发展可以同国家社会的立法相比拟的第三方立法之后又补充说,国际法学家不能用过时的论点来逃避其责任,说什么各国政府不会接受更合适的解决争端的承诺。委员会可将这段话作为它的座右铭,因为它的任务就是为逐渐发展国际法开辟新的渠道。通常为了反对强制性争端解决制度而引证的第一个理由是对委员会职权范围的限制性解释:它的任务是编纂国际法而不是发展它。他不同意这种意见。委员会必须在编纂法律的同时发展法律。此外,编纂迄今为止属于习惯法范围的专题的事实本身就已经等于逐渐发展。

32. 常有人提出的另一个论点是担心各国政府不会接受争端解决制度可能产生的实质性义务。但是委员会的任务正是说服他人并向前迈进。每个人都同意,反措施是令人反感的。不过,进行编纂尝试时胆小怕事,是不能同反措施作斗争的。必须使国际社会正视它的责任。从所有的观点看,甚至不去考虑势力均衡因素,反措施都是危险的,因为反措施违背这样一项原则:任何人都无权自行执行其法律。

33. 条款草案¹⁰提出了一项精心制订的制度,规定了调解、仲裁和司法解决等连续步骤。不过,目前在非洲,调解很少实行,这里长期以来采取在国家间会议上政治解决争端的办法。这不意味着有组织的调解制度是不能想象的,但必须以相当谨慎的态度制订这种制度。例如,调解委员会职能的性质可能太杂,它将调解和仲裁都包括在内。锡亚姆先生尤其感到困惑的是,授予调解委员会下令中止任一当事方诉诸的反措施的权力。他认为,调解委员会应仅限于提出建议。

34. 也不清楚为什么非得在采取反措施后才能发动调解程序。这一方法似乎限制太多,他认为,从发生引起争端的不法行为的时刻起就应有可能开始调解程序。

35. 他也不能理解为什么三个解决步骤一定要连续采取。当事各方应当能够自由选择适合它们的解决方式。最后,第 6 条关于在仲裁庭越权情况下求助于国际法院的可能性的规定似乎也未增加任何新的东西。

36. 他提议,应将条款草案提交起草委员会,如果这是特别报告员的愿望的话。即使委员会的有些委员不同意,这一阶段也是委员会工作正常进行的组成部分。起草委员会处理形式和内容这两方面的问题,虽然这当然并不意味着将通过条款草案。

37. 托穆沙特先生说,他不想详谈佩莱先生(第 2305 次会议)和马希乌先生(第 2306 次会议)着重指出的报告中模糊不清的地方,但是他确实认为,这些模模糊糊之处的确存在,并不只是未仔细阅读的结果。

38. 有一点是肯定的:条款草案的范围必须十分清楚,而且有三种办法可以做到这一点。第一种办法是起草专门论述解决关于反措施争端的条款。特别报告员明确指出,这不是他的愿望,托穆沙特先生同意他的观点。此外,论述这一问题的第 12 条现正由起草委员会审议,这样,在全体会议上辩论这个问题就没有什么用了。当然,难以支持建立单一制度的主张。国际生活中存在着许多不同的情况,所有这些情况都必须以适当的方式处理。例如,在发生武装冲突的情况下,1949 年日内瓦四公约及其 1977 年两项附加议定书确实禁止许多方面的反措施,但也不是所有方面。受害方在有权采取报复措施对违反交战规则的行为做出反应前,必须首先经过漫长的争端解决程序,这简直无法设想。不幸的是,委员会陷入了某种圈套——可以称之为“先前圈套”——因为它承认,为各国间可以想象得到的所有争端起草相同的条款草案是委员会义不容辞的责任。虽然他坚决主张对反措施建立一项第三方解决制度,但他认为委员会不必害怕按照有关主题事项区别对待。在这一方面,他想知道,《维也纳条约法公约》为争端解决规定的复杂制度为什么在其存在的许多年中从未启用过。无论如何,他同意委员会中其他许多委员的意见,应将反措施的争端解决机制与国家责任领域争端解决的普遍制度分开。当不是直接受害者的第三方采取措施时,有关反措施的特殊制度就特别需要。不管其他几个发言人说了哪些话和特别报告员又是怎么想的,他本人仍然认为,必须将直接受害国和作为国际社会某种代理人行为的国家加以区分。这就是乔治·塞尔所说的“职能重复”的情况,当时他谈到了下述情况:某一国家采取了一项措施——这就构成了一种国家主权行为——但实际上该国采取这种行动是为了维护国际社会的利益。这是一个会对程序机制产生若干后果的重要差别。

¹⁰ 案文见第 2305 次会议,第 25 段。

39. 界定条款草案范围的第二个方法将是把解决制度限定于关于未来公约解释和适用的争端，这是遵循条约中通常的争端解决条款的模式，严格地说，这些条款只适用于有关条约框架内的争端。不过，这不是一种可行或可推荐的解决办法是令人怀疑的。如果委员会的工作确实产生出一项国家责任公约，它将提出次级规则，并可以说将构成国家责任法的一般性部分。既然如此，将国家责任的一般问题与有关的初级规则——违反这种规则引起国家责任——的问题区分开来可能或可取吗？这是令人怀疑的，因为由条款草案规定的许多问题是同初级规则密切联系在一起的：例如，将结果的义务与手段的义务区分开来。条款草案第一部分关于国际罪行的第 19 条¹¹是又一个案例，在这个案例中，所谓的次级规则跨越了初级规则与次级规则之间的人为界线，要求彻底审查据称已被据称的不法行为国在损害据称的受害国利益的情况下违反的实质性规则。结论一定是，仅限于关于未来公约解释和适用争端的解决制度将没有什么意义，在这点上，他的结论与扬科夫先生的结论不一致。

40. 还有第三个界定条款草案范围的手段，它似乎是特别报告员赞成的手段，而且等于是按照第一部分第 1 条中规定的“先前哲学”，为所有违反一项国际义务的行为——不管主题事项是什么——规定一项强制性的争端解决制度，“先前哲学”的大意是不考虑有关规则的实质性意义。佩莱先生曾说过（第 2305 次会议），利用这样一项方案将意味着国际法的一场革命。从特别报告员的反应判断，他并不喜欢这一论点。但几乎不能怀疑佩莱先生意见的正确性，因为他说的“革命”并不意味着推翻国际法，而是朝着实际实现国际社会概念的大跃进。迄今为止，各国始终捍卫其选择最符合其需要的争端解决机制的权利。尽管这项原则庄严载入了《联合国宪章》第三十三条，在《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》¹²中作了强调，而且仍被认为是国际法律秩序的基石之一，但它在实施时却存在着严重的缺陷，哪怕只是因为强大的国家毫无例外地宁愿选择谈判，一个无法更改的事实是它们在谈判中享有特权地位。因此，必须改进这一制度。但

是，能够在不考虑国际争端的性质、它对有关国家的重要性或其长远反响的情况下为解决任何国际争端规定一种严格死板的机制吗？目前，有关的主题事项起着重要的作用。例如，各国普遍比较愿意在技术领域接受有约束力的争端解决方案——而且它们在提交第三方解决前还仔细审查可能给它们的利益造成的后果。争端解决条款之所以五花八门和形形色色，包括了各种各样的方案，其原因就在于此。能够用一种统一的模式取代这种复杂的结构吗？应当排除谈判或一律将其变为一个在每一情况下均导向国际法院的过程的第一阶段吗？在这方面没有什么东西是确定无疑的，他认为委员会在下决心前应进一步审议。如果它决定进行一次法律革命，那么——与革命的通常做法相反——它就应当仔细衡量支持和反对其建议的论点及其可行性和生存能力。它当然还应当注意一下费用问题。谈判通常是最省钱的机制，任何其他机制都可能引起发展中国家也许无法承担的费用。最后他强调，由于涉及一个原则问题，只有全体会议的辩论才能指明委员会应走哪条路线。

41. 塞克利先生忆及，在最近就国家责任所进行的工作中，委员会的有些委员提醒说，条款草案不应鼓励使用反措施。这种平衡一直是有助于弥合委员会中不大愿意在草案中提及反措施的委员与赞成提及的那些委员之间分歧的唯一因素。特别报告员精彩的第五次报告载有关于逐渐发展法律的、可能有助于推进工作的建议，但是上述平衡可能被报告中在反措施与争端解决之间建立的密切联系所打破。实际上，按照这个报告，一个为国际不法行为受害者的国家，只有在它诉诸反措施之后，才能利用所设想的程序，从而给人造成这样的印象：引起争端的是反措施，而它们只是原始不法行为的结果。他虽赞成从停止不法行为直到赔偿的连续义务制度，但他认为，不管是不是采取了反措施，都应当可以利用草案中设想的程序。在这种情况下，第 1 条¹³将不得不加以修正。将第五次报告与第四次报告¹⁴作一比较，似乎存在着一个重要的矛盾：在第四次报告中，鼓励各国不要采取反措施，直至它们已经用尽了解决程序。

¹¹ 第三十二届会议一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条的案文，见《1980 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 页起。

¹² 大会第 37/10 号决议，附件。

¹³ 案文见第 2305 次会议，第 25 段。

¹⁴ 《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件。

为，

先，
没有
必须
程序
三阶
施草
措施
成功
措施
实施
段期
包括
鼓励
达到

阶段
基础
单地
足以
挑战

求目
序。
促他
会持

议在
载在
和决，

委
的
是
们
他
对
看

42. 鉴于《联合国宪章》第三十三条，他还认为，应当删除第 12 条中论述用尽解决程序的规定。

43. 这样，拟议的制度应当分阶段实施：首先，受害国将要求停止有关行为。如果不法行为国没有反应，将启动第二阶段，在此阶段中，受害国必须诚意地充分使用促使不法行为国参与友好解决程序的所有可能性。如果不奏效，受害国将转入第三阶段，行使其求助于调解委员会的权利，然后实施草案第三部分第 3 至 5 条规定的程序。问题是反措施在该制度中摆在什么地位。如果第一阶段获得成功，包括停止不法行为和向受害国做出赔偿，反措施就很难说合适了。如果受害国设法促成诚意地实施友好的解决程序，情况也是这样。在这两个阶段期间，受害国只应有权采取临时性的保全措施，包括临时的反措施，其唯一的目的是保护其利益和鼓励不法行为国参与第一或第二阶段。一俟受害国达到目的，所有反措施都得中止。

44. 一旦全无效果，受害国将不得不进入第三阶段，只有特别报告员建议的制度的基本结构和基础被接受，这一阶段才有意义。如果委员会只是简单地编纂法律，而不逐渐发展法律，它的工作将不足以应付关于建立一种理顺国际关系的有效机制的挑战。

45. 这样，一旦不奏效，重要的是受害国应能求助于调解委员会，而不法行为国应当接受该程序。如果调解委员会不拥有特别报告员建议的手段促使停止不法行为和下令采取临时保全措施，就不会推动受害国寻求这种解决办法。

46. 如果在调解程序后，需要象特别报告员建议的那样，继续求助于仲裁和司法解决，报告中所载的建议似乎提供了促使不法行为国停止不法行为和做出赔偿所需的要素；这将鼓励争端的和平解决，而且只会加强法律在国际关系中的首要地位。

47. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）感谢委员会中就此问题发言的委员们，而不管他们对他的建议有何意见。显而易见，特别报告员的建议总是临时性的，而且会受到批评，但从总体上看，人们的印象似乎不错。在带着他的草案离开罗马前，他同年轻的法学家们讨论过这个草案，其中有些人对于他的建议可能为人们接受的方式持颇为悲观的看法。他决定无论如何也要提出这些建议，主要是

希望这些建议能得到部分人的支持，而且因为即使草案最终遭到明确否决，该草案仍会有助于向下一代国际法学家们传递一个信息，这些法学家将会在今日更有利的条件下审议这个问题，而今天的条件已经比 10 年甚至不到 10 年前的条件有所改善。

48. 他感谢本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、马希乌先生、庞布—奇文达先生、拉扎凡德拉朗博先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生和扬科夫先生对这个专题表现出的积极的关心，尽管他们并不一致赞同这个报告。

49. 他很抱歉，他在作普遍赞扬时不得不略去委员会第一个发言的一位委员，理由非常简单，这位委员在阅读报告时显然只看了很少一部分或者只是粗浅地看过。在这一方面，阿兰焦—鲁伊斯先生本人于 6 月 14 日分发的文件可能造成了误解。这份简短的文件既不是对报告的更正，也不是补充：它逐字逐句地引用报告，以证明报告十分清楚地表明，他所提议的措施将在已经采取了反措施之后和由于反措施引起了争端之后实施。关于调解委员会的作用，也是如此：报告中没有一处否认调解委员会工作的结果应该严格地属于建议、调停或调解性质，只是说委员会也应有权下令停止当事方之一可能对另一方采取的任何反措施或下令采取临时措施和（或）下令进行事实调查。

50. 他还想同样临时性地对某些要点作一更为详细的解释，以回答托穆沙特先生的问题，因为他提出了三个需要审议的问题。第一，《维也纳条约法公约》中所载的争端解决规定迄今为何没有应用？这一点提得好，而且一位法国学者也提出了这个问题。这位学者交给他一篇论述争端解决和国际法委员会在这方面政策问题的文章，他在报告中几次提到了这篇文章。不过，特别是如本努纳先生和卡莱罗·罗德里格斯先生所指出的，基本的思想是在下述两者之间达成平衡，即一方面是允许采取反措施，另一方面是反措施造成的后果，也就是需要以某种方式规定矫正此类单方面反措施。这就是基本的想法，尽管他不得不加上一些细则以免被指责为肤浅；如果这些条款送交起草委员会，细则可由它制定。如果以此想法作为出发点，他的印象是，《维也纳条约法公约》和委员会正在制定的公约的情况是不同的，假定——如托穆沙特先生所说——有

朝一日制定出一项国家责任公约的话。在这一方面，他很有信心：总有一天会制定出一项国家责任公约或条约，即使他不再在这里看到它通过。而且，他宁愿在通过一项好公约时不在这里，也不愿在世看到一项从国际法逐渐发展的观点看没有什么意义的公约。

51. 关于托穆沙特先生还提到的“职能重复”问题，他不是这种概念的支持者，但他乐意同托穆沙特先生讨论它，例如在国际法讲习会的圆桌会议上。

52. 关于谈判，托穆沙特先生说，报告中虽探讨了调解、仲裁和司法解决等，但却未提到谈判。不过，作为一个敏锐的法学家，托穆沙特先生十分清楚，甚至在求助于调解委员会之前，肯定会进行谈判，而且谈判会贯穿于整个调解过程，因为调解委员会的主要任务就是充当各当事方之间的中间人，并且设法使它们取得一致意见，而这显然就是谈判。如果调解失败，谈判将继续进行，因为双方始终有可能在调解委员会建议的基础上达成一项协议，甚至在建立了仲裁庭之后和在仲裁程序期间，而仲裁裁决将确认这项协议。

53. 至于革命的问题，卡莱罗·罗德里格斯先生已经确认，草案中实际上根本没有这类内容。相比之下，托穆沙特先生虽然认为所涉及的不是象一位发言人所称的剧变——他（特别报告员）本人不赞成这位发言人在他发言中表示的观点——却认为是向前的大跃进，实际上意味着一次变革。但特别报告员的建议不会引起国家间体系结构的任何变化。各国将继续作为“国际法”的制定者，每个国家各自都将首先确定不法行为是否已经犯下。唯一可实施的第三方解决的制度将是调解、仲裁和司法解决。除了程序问题外，调解只产生无约束力的结果；仲裁办法已沿用了几百年；而司法解决也不是什么新东西，因为国际法院已经存在了约 75 年。

54. 正如托穆沙特先生所说，在某些领域，特别是在技术领域，确实存在着更广泛的争端解决义务。但是，在这些技术领域外，还有非技术领域适用于大量大会决议，其中包括马尼拉宣言¹⁵，所有这些文件都无例外地涉及在发生争端时谋求达成协议的一般性义务。这是基本点，也是他强调需要把仲裁条款作为一个可能取得进展的方法加以考虑的原因，特别是在有一天可能会缔结的国家责任公约

中，以便超出各项普遍的、双边的或多边的决议、宣言、条约和其他关于仲裁或司法解决的协定，因为这些文件具有明显的局限性。他认为发表这些评论并再次强调必须正确理解 6 月 14 日分发的文件的内容是适当的，这项文件不是更正，而只是解释他的想法；谁要是认识不到这一点，他就不能声称已经读过他的报告。

55. 居内先生指出，特别报告员在答复托穆沙特先生的问题时试图说服委员会的委员们相信，由于谈判是他所提倡的调解程序的不可分割的组成部分，就没有必要将它作为一个独立的争端解决手段列入草案。正如《联合国宪章》第三十三条（该条规定谈判为争端解决的第一个手段）所指出的，不管设想什么样的制度，谈判总可起重要的作用。如果当事方未诚意地充分使用最有效的方法即谈判，它们又有多大可能决定或同意进而采取其他争端解决程序呢？

本届会议的工作安排（续完）*

〔议程项目 1〕

56. 主席忆及，按照上届会议通过的原则，起草委员会的组成将随审议的专题而变动。关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任，已任命居内先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生和托穆沙特先生取代卸任的成员。这样，起草委员会由下列成员组成：巴哈纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、埃里克松先生、居内先生、卡巴齐先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生和比利亚格兰·克拉梅尔先生。

57. 他本人将担任特别报告员，德萨拉姆先生将任国际法委员会报告员。

58. 埃里克松先生说，山田先生应补充到规划小组成员的名单上。

下午 1 时 5 分散会。

* 续自第 2298 次会议。

第 2309 次会议

1993 年 6 月 18 日, 星期五, 上午 10 时 5 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、雅乔维德斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田先生、扬科夫先生。

国家责任(续)(A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453 和 Add.1-3¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1)

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告(续)

1. 山田先生说, 人们可能原来预计第五次报告(A/CN.4/453 和 Add.1-3)会论及具有广泛普遍性的争端解决程序, 可是该报告却主要局限于有关反措施制度的争端解决程序, 并且它也讨论了有关第一部分第 19 条²中所述的国家“罪行”的争端解决程序。关于后者, 在提出有关的条款草案前, 他将不发表评论。不过, 他要求对第五次报告第二章标

题中使用的“被称为国家罪行的国际违法行为”³一语予以澄清或者也许进行修改, 因为委员会已决定对草案第一部分中的“罪行”和“违法行为”加以区分。

2. 特别报告员在他那构思严密的报告中用了不少篇幅论证在一般国家责任的框架内提供有效的解决争端程序的重要性, 并特别着重地指出必须确保适当控制国家的单方面措施和反应。尽管其意图是值得称赞的, 但报告没有必然地为拟议中的程序提出令人信服的论据。特别报告员似乎试图为按照国际法控制单方面的反应设立两项并行的限制措施: 一是规定在受害国采取反措施的条件所应遵循的法律制度(第二部分, 第 11 至 14 条)⁴, 一是规定受害国负有只有在用尽一切有效的争端解决程序才能诉诸反措施的义务。

3. 建立有效的争端解决程序, 特别是强制性程序, 作为控制对不法行为作出的单方面反应的措施之一, 无疑是可取的。在这个意义上, 他认为特别报告员在他的报告中用了很大一部分来说明为什么这些程序很重要是很有价值的。此外, 正如特别报告员本人一再指出的, 委员会在联合国国际法十年⁵之际促进第三方争端解决程序是很恰当的。

4. 但是, 与该报告有关的根本问题是这些程序的总体结构。首先, 第五次报告的意义不够清楚, 特别是拟议中的程序涉及的是一般国家责任呢, 还是仅指反措施这一个问题。这种模糊不清的情况引起了现已由于对特别报告员的意图理解得不准确而提出的批评, 因为在委员会委员中散发的特别报告员 1993 年 6 月 14 日的文件指出, 所设想的第三方程序将不仅适用于对有关反措施条款的解释和适用, 而且也适用于对未来国家责任公约的任何规定的解释和适用。如果第五次报告在这方面写得很清楚, 就不会提出关于拟议中的程序是否适用于国家责任的问题了。报告中只有三分之一的篇幅谈有关拟议中的程序的实质性问题, 这可能是造成意思不清楚的原因。他相信, 特别报告员在未来的工作中

¹ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

² 第三十二届会议一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条的案文, 见《1980 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 30 页起。

³ 出现于 A/CN.4/453 号文件(油印件)中第二章最初的标题, 后来做了改动。

⁴ 已提交起草委员会的条款草案的第二部分第 5 条之二以及第 11 至第 14 条的案文, 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 脚注 86、56、61、67 和 69。

⁵ 大会第 44/23 号决议宣布。

一定会把他的论点表达得更确切。

5. 甚至读了 6 月 14 日的文件之后, 仍然存在不少问题。拟议的第三部分条款第 1 条⁶ 似乎表明, 只有在用尽第二部分第 12 条所规定的友好解决程序之后才能启动附件中所述的程序。如果这种理解正确, 那么, 似乎所设想的第三方案将只适用于有关反措施条款的解释/适用。如果要把该文件作为适当的基础, 起草委员会便应修改第 1 条草案, 使之与特别报告员的实际意图一致起来。

6. 特别报告员采取的使能否采取反措施这一点取决于是否用尽一切现有的第三方解决争端程序的作法, 是企图将与反措施制度毫不相干的一些条件强加于受害国。这种作法将导致产生限制受害国采取反措施的新义务, 从而形成新的基本规则。令人怀疑的是各国是否会同意对反措施施加如此严格的限制, 同时这个方案不仅可能危及解决争端程序的成功, 而且可能危及反措施制度本身。

7. 至于拟议中的分三步解决争端的制度, 根据现行国际法, 早已确立了各国选择争端解决办法的自由, 并且还规定有和平解决争端的义务。拟议的分三步走的制度过于僵硬, 将会损害这种选择自由。特别报告员采取的限制性方法可能会引起各国的强烈反对。他不否认强制性、梯级式的三步解决制度的效用。有一些类型的争端可能适合采取梯级式的程序, 但是归根结底, 鉴于国际社会和国际法目前的状况, 这一制度如果不像佩莱先生(第 2305 次会议)所说的那样是革命性的话, 至少也是崭新的。这样, 这种制度已超出国际法的逐渐发展, 主权国家不大可能会赞成这种制度。在他看来, 人们是期望委员会设法在久已确定的选择解决程序的自由和有严密组织结构的强制性解决机制之间取得平衡。

8. 看来根据设计, 上述三步中的每一步都是强制性的, 并且要按严格的顺序进行。这种制度从下述意义上讲是吸引人的, 即它能以公正的方式并且完全根据事实和法律来解决争端。但现实情况却是, 大多数国家间争端都没有提交司法解决, 而且只有不到三分之一的规约缔约国接受国际法院的强制管辖权。拟议的制度的困难在于: 要建立以三步顺序为基础的十分僵硬的结构; 调解委员会的权力要很大; 国际法院要至少部分具有上诉法院的资格

以便进行仲裁裁决。

9. 关于拟议中的制度的第一步, 调解, 第 1 条的措词可以解释为意指此种程序只适用于反措施的情况, 而不适用于一般国家责任的情况。看来起草委员会显然需要改写这一条, 以便使它普遍适用于有关国家责任的争端。

10. 此外, 当一切友好的解决办法都用尽时, 拟议中的调解程序便成为强制性的争端解决程序, 调解委员会也就可以命令(这一命令具有约束力)暂停采取反措施或命令采取任何临时性保全措施。此种程序的这些强制性或具有约束力的特征尚未在一般国际法中确立。而且, 调解委员会本身不能以具有约束力的方式解决整个争端, 这种具有部分约束力的调解似乎没有为各国所普遍接受。

11. 第 6 条规定, 可以向国际法院单方面提交带有越权或违背仲裁程序色彩的裁决。这似乎是要使国际法院成为某种上诉法院。国际法院作为上诉法院发挥作用的情况在某些公约中是可以找到的, 如《国际民用航空公约》, 而且这种建议作为国际法逐渐发展的一部分也是十分恰当的, 但是扩大上诉管辖权, 并不仅限于越权或违反程序的行为, 对于国际法院来说是可取的。

12. 关于解决争端程序中实况调查的重要性, 在发生有关国家责任的争端时必须回答的第一个问题是, 一个据称的不法行为国是否确实干了违反国际义务的事。他在这方面提到“多格银行”案⁷ 或《日内瓦公约第一附加议定书》的例子。在特别报告员的草案中, 实况调查工作将由调解委员会来进行。然而, 鉴于根据特别报告员的建议, 调解委员会将拥有广泛的权力, 建立某种调查委员会, 其权力仅限于进行实况调查的作法将会比较容易为各国所接受, 而且建立这种委员会也会容易一些。

13. 目前的报告和条款草案是一份具有创新性而又雄心勃勃的提案。他认为, 委员会不应停留在编纂工作上。它应设法加强法治以确保国际法的逐渐发展, 而同时又充分认识到, 如果它的工作成果不为特别报告员所称的“国家间体系”所接受, 委

员会和特
人遗憾的
办法中存
大多数国
国接受具
争端解决
责任法律
大会决议
点。因此
社会中建
这一目的

14.
希望说,
建成罗马
生的要求
的使用是
以后论述
国际罪行
“delinqu
tionally
词。

15.
报告表示
充分的、
减少或消
委员会就
多发言
的现有的
在第三
会受到
限作狭
受更先
点对不
的具有
有这种
更先进
的经验
冷静的
是国际
年提出

⁷ “北海”或“多格银行”案, The Hague Court Reports, J.B.Scott 编(纽约, 牛津大学出版社, 1916 年), 第 403-413 页。

⁶ 案文见第 2305 次会议, 第 25 段。

员会和特别报告员的孜孜不倦的努力就会白费。令人遗憾的是，特别报告员提出的分三步解决争端的办法中存在的难题太多了，因而这种办法不会得到大多数国家的赞同。这套创新的办法并不是促使各国接受具有约束力的第三方解决办法的唯一途径。争端解决体系肯定会得到改进，但不是在编纂国家责任法律的框架内立即做到这一点，而是通过诸如大会决议或多边外交等不同的说服方法做到这一点。因此重要的是委员会要继续一点一点地在国际社会中立法治，即使看来要走很长的路才能达到这一目的。罗马并不是在一天之内就建成的。

14. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）表示希望说，完成委员会关于这个专题的工作不会花与建成罗马所需一样多的时间，并说他愿意按山田先生的要求作出澄清。“delicts”（违法行为）一词的使用是因疏忽所致。他原来的意思是说，他将在以后论述国际不法行为，即第 19 条所称的国家的国际罪行。为了与长期的惯例保持一致，他使用了“delinquencies”（不法行为）一词作为“internationally wrongful acts”（国际不法行为）的同义词。

15. 巴哈纳先生在对特别报告员的引人深思的报告表示赞扬时说，报告的主要论点是，纳入一个充分的、相当有效的解决争端制度的条款将对尽量减少或消除反措施有决定性的帮助作用，在第六委员会就国际法委员会的报告进行辩论的过程中，许多发言人也强调指出，必须加强与反措施制度有关的现有的争端解决程序。报告还认为，国际关系中对第三方解决方面发生了可察觉的变化，因此委员会受到鼓舞，可扭转其对其有关争端解决程序的权限作狭义的解释以及过分强调各国政府不大愿意接受更先进的解决争端义务的倾向。特别报告员的论点对不对？国家责任的争端解决制度对有关反措施的具有实体法性质的规则的总体影响有多大（如果有这种影响的话）？有一种假设认为，目前是采取更先进的一套争端解决程序的有利时机，这种假设的经验基础是什么？要回答这些问题，就必须进行冷静的调查。第三方解决程序不管多么可取，必须是国际社会所能接受的。委员会应该知道它于 1958 年提出的《仲裁程序示范规则》⁸ 所发生的情况。

16. 至于特别报告员的论点，他提出的下述观点也许是对的，即受害国单方面作出反应的制度将使强国和富国处于比弱国有利的地位。但是，第三方解决程序制止住了强国采取单方面的反措施没有？假定反措施集中在政治问题上，那么在这种情况下第三方案是否有用？如果犯有国际不法行为的国家和采取反措施的国家是或多或少同样强大的国家，特别报告员的论点是否适用？确实，对于不相称的和过分的反措施必须有强大的遏制手段，但争端解决程序却不是达到这一目的的可行手段。对反措施的限度作出明确肯定的说明倒是解决上述问题的办法。因此，委员会应着力于阐明实体法而不是研拟解决争端的机制。

17. 国家责任这个专题从一定意义上讲涉及国际法的整个领域。有关国家责任的任何解决条款都将影响首要和次要的义务，而不论主题为何。举例来说，武装攻击和自卫的合法性，对叛乱者或反叛乱者的援助，或国际违法行为与反击行动，如经济禁运、中止条约和其他类似的单方面措施等，这一切都是属于解决争端制度范围之内的问题。如果解决争端制度要成为具有约束力的话，那些问题顾名思义便成为可由法律管辖的了。那大概会是国家责任条款中争端解决规则无意带来的结果。但这一结果是不可避免的。对于有些批评者视第三方解决义务为一种不能容忍的负担，特别报告员试图反驳说，允许采取反措施的一般特权（权力）存在而不加以充分遏制更加不能容忍。但是，这个解释不能令人信服。各国不大可能在诸如他早些时候指出的那些问题上求助于强制性的第三方案。诚然，国际法院在“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国）”案中裁定⁹，美国在尼加拉瓜港口布雷的行动并不构成习惯国际法中所述的集体自卫行动，并否定了下述说法：发生过尼加拉瓜发动武装攻击的事，因此为美国提出进行集体自卫提供了理由。但是，此案涉及美国在这些事件发生之后而不是之前采取的行动是否合法的问题。无论如何，这是一个在许多方面都很独特的裁定，不能据此得出结论说，各国准备将“武装攻击”、“自卫”、“反击行动”或“经济禁运”问题交由第三方强制解决。因此，委员会应集中注意力于阐明，实际上是发展有关反措施的具体实体法性质的规则的工作。简言之，该问题要求

⁸ 见《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 83 页，第 22 段。

⁹ 《1986 年国际法院裁决集》，第 14 页。

的是从立法上而不是司法上作出澄清。委员会应制定关于国际违法行为和罪行以及惩戒性反措施的准则和原则，而不是将该项任务交由第三方通过一种漫长而又复杂的三步解决程序进行强制性的解决。

18. 特别报告员利用了《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》¹⁰ 以及欧安会内的《调解和仲裁公约》¹¹。但是，这些文书还不足以成为做出如下结论的经验依据：现在是在条款草案中载入强制性第三方解决程序的时候了。冷战时期存在的对第三方机制公正性的怀疑正在消逝，越来越多的国家正在求助于国际法院，但是着手制订强制性争端解决程序仍然为时过早。只有大约三分之一的联合国会员国已成为国际法院任择条款制度的缔约国，而且有几十个国家在一项多边条约中对仲裁条款提出了保留。面对这种无可辩驳的证据，不能认为时机已经成熟，可以在强制性第三方程序问题上采取更大胆的方法。委员会应提供的不是特别报告员所称的“理论上理想的解决办法”，而是实际和现实的解决办法。

19. 至于所建议的分三步解决争端的制度¹²，就调解程序而论，特别报告员在第1条建议说，任何一方都可以在某些情况下单方面地对另一方提起调解程序。因此，按照附件的规定，将根据任何一方的倡议设立调解委员会，这意味着调解委员会是通过单方面行动建立的。他主要反对的是该程序的强制性方面。根据第2条，调解委员会可以下令采取具有“约束力”的临时保全措施，他反对赋予调解委员会下令采取这种措施的任务。调解程序的强制性及其所起的作用可能到头来会取得适得其反的效果。无论如何，这与对调解的一般理解是背道而驰的。此外，如果像第2条第2款所说的那样，调解委员会将向各当事方提出的最后报告仅仅是建议性的，那么合乎情理的是，调解的过程应是自愿的。

20. 另一方面，尽管调解委员会的报告是建议性的，但特别报告员仍给它加上了强制性的成分，说当报告提出之后没有达成解决办法时，一国可以求助于强制性仲裁。令人怀疑的是各国会不会同意像附件第1条所规定的那样通过抽签来委派其候选

人进入调解委员会，会不会同意这种复杂的调解程序。他同意本努纳先生和其他几位委员的意见，即前任特别报告员里普哈根先生关于调解程序的建议没有那么复杂。这些建议简单地把建立调解委员会的任务交给了秘书长，并且与现有的条款不同，里普哈根先生的调解程序¹³对各当事方没有约束力。第3条和第4条所述的仲裁程序有着同调解程序一样的缺陷，即它的强制性方面。由于把仲裁庭的职能与调解委员会的职能联系起来，问题变得更加复杂了。

21. 条款草案和附件的缺点是，如果一个争端的当事国要使用那套分三步解决的办法，它们将需要花不少于三年才能用尽这套解决办法。在此期间，据称的受害国强行实施的任何反措施就会有时间给被指控犯有不法行为的国家的经济造成巨大损害；如果后一国家的经济资源很弱小，结果可能是灾难性的。三步程序的另一缺点是争端当事国要负担过高的费用。冯巴先生甚至谈到（第2305次会议）要设立特别基金以帮助经济上弱小的国家支付这种费用。

22. 委员会的一些委员曾建议将复杂的三步制度减为两步，即调解和裁决，从而越过仲裁，但这并不是一个令人满意的解决办法，因为这个办法既不会减少草案中提议的冗长的调解程序，也不会将此程序所引起的费用降至最低。

23. 报告中将国际法院进行司法解决描述为最后一着，然而任何国家都可以单方面向法院提起诉讼。这样一来，由双方同意而确立的管辖权在若干问题上就变成强制性的了，而且其中一些问题也许甚至不能称作法律问题。这种作法等于是从根本上修改国际一级、特别是国际法院的裁决制度。

24. 关于争端解决程序的建议，是违反《联合国宪章》第三十三条的文字和精神的，该条赋予会员国从多种争端解决办法中作出选择的自由。众多的双边和多边条约规定有解决争端的方式。特别报告员所述的那种制度可能会影响这些条约所规定的制度，并且将会产生如何使早先存在的条约与有关司法解决的条款草案一致起来的问题。

25. 为的简单些的员应该从联强制解决争有关国家责强制性管辖

26. 主指称犯有国应与该据《联合谋求以和实施之日决办法，于国际法临时或暂许当事方院。

27. 据称的受以在该其条件是：这种反国可以施提出保护措施

28 诸国际受害国的情况比条款情况下，裁或者双方于国际的成施限一个于禁前正

¹⁰ 大会第37/10号决议，附件。

¹¹ 欧安会理事会于1992年12月在斯德哥尔摩通过（见1992年12月14日的CSCE/3-C/Dec.1号文件）。

¹² 第2305次会议，第25段

¹³ 见条款草案第三部分附件，《1986年……年鉴》，第二卷（第二部分），第36页，脚注86。

25. 为了发展一种比条款草案和附件中所拟议的简单些的强制性第三方解决争端制度, 特别报告员应该从联合国海洋法会议于 1958 年通过的《关于强制解决争端之任择签字议定书》中寻求指导。就有关国家责任和反措施的条款而言, 也可以通过将强制性管辖权赋予国际法院而达到同样目的。

26. 关于反措施, 应采取一些步骤。当一国据指称犯有国际不法行为而引起争端时, 据称的受害国应与该国联系, 以便为解决争端进行谈判。应根据《联合国宪章》第三十三条第一项所规定的程序谋求以和平手段解决争端。如果在从这些程序开始实施之日起六至八个月内未能通过这种方式达成解决办法, 争端任何一方将有权通过单方面申请求助于国际法院。任何一方也可以向国际法院申请采取临时或暂行性措施。在六至八个月期满之后, 应允许当事方有两个月的时间来把争端提交给国际法院。

27. 在规定的友好解决争端的六至八个月内, 据称的受害国不得采取任何反措施。不过, 该国可以在该期限届满之后的任何时候决定实行反措施, 条件是: 在国际法院实际审理该争端之前不要采取这种反措施。如果实施了反措施, 据称的不法行为国可以通过向国际法院提出单方面的申请而对反措施提出异议, 并可请国际法院就针对反措施的临时保护措施作出裁决。

28. 可以让这两个国家在诉诸强制性仲裁与诉诸国际法院这两者之间作出选择, 特别是在据称的受害国在争端提交国际法院之前非法采取了反措施的情况下更可以如此, 但条件是: 必须使仲裁制度比条款草案中提出的那种制度容易得多。在这种情况下, 将有一个两步制度可供选择: 由国际法院仲裁或裁判, 两者均将具有约束力。这套办法仍允许双方中的任何一方就仲裁法庭裁决的执行问题求助于国际法院, 而国际法院院长或许在任命该仲裁庭的成员方面也可以发挥作用。委员会可最终将反措施限定为仅仅指合法的反措施, 为此它可以采取的一个简单办法是, 通过关于相称的第 13 条草案和关于禁止采用的反措施的第 14 条草案。这两条草案目前正被起草委员会审议。

29. 他所概述的这些步骤是一种简单、经济而又快速得多的程序。这种程序并不违背国际法的任何传统或习惯规则。它也更为不法行为国和据称

的受害国所接受。它为与反措施有关的争端公正解决提供了中立的背景, 并避免将调解办法作为对此种解决具有约束力的一种程序加以采用。如果非要使用调解办法的话, 则将酌情按照《联合国宪章》第三十三条第一项的规定来做。

30. 他同韦列谢京先生(第 2307 次会议)一样感到遗憾的是, 特别报告员仍然认为联系草案第一部分第 19 条¹⁴中所述的国家罪行的不法行为的后果来审议这个问题是不合适的。这个问题连同反措施和争端解决制度构成一个有机的整体, 一切有关材料均应送交起草委员会审议。

31. 科罗马先生说, 国家责任问题是国际法的核心, 实际上涉及国家活动的每一个方面。从该问题被认定为宜于由委员会编纂到现在已经四十多年了, 由于该问题很重要, 所以酝酿期很长, 这是可以理解的。违反国际义务是该问题的主要方面, 因此特别报告员的第五次报告关注的是如何和平解决对这种违反行为的索赔要求。早在中世纪, 就有条约规定了发生违反行为时所应承担的责任和所应遵循的程序。在现代, 禁止私人报仇的规定和限制强行自助的规则制定, 有助于从法治的立场出发建立国际责任概念。因此, 特别报告员建议的不是革命, 而是复兴。

32. 在特别报告员提出的制度中所追求的根本目标是尽量少采取会带来有害后果的单方面措施, 防止违反国际义务以及遏制未来的违反行为和纠正不法行为。他在建议采用一套三级的解决争端制度, 即具有约束力的调解、仲裁和司法解决。他支持第三方解决制度提出的理由以及为此提出的富有想象力的建议是中肯和令人信服的。如果国家责任制度要行之有效的, 就必须要有适当的解决争端机制。这个机制不仅可以防范单方面措施, 而且也据称的受害国有机会在着手采取反措施之前检验一下其权利要求。

33. 委员会的许多委员都对草案中载入关于反措施的制度表示遗憾, 认为这多少有点倒退, 特别是如果它会被利用来使单方面措施以及国家之间的不平等现象合法化的话, 就更是如此。但是, 为了使案文能为整个国际社会所接受, 并防止在据称发生了违反义务的行为时自动使用反措施的情况, 上

¹⁴ 见上文脚注 2。

述作法被认为是必要的。因此,特别报告员提出的解决争端建议得到几乎全体一致的支持是可以理解的。委员会采纳这些建议并不是开辟新天地,而只是按照目前双边和多边条约方面出现的趋势行事而已。有人提出反对意见说,有些建议太过分了,超出了委员会的权限,并且意味着一个国家接受条款草案就等于是接受具有约束力的调解、仲裁和司法解决,而这将使该国失去选择解决办法的自由。

34. 他对这些建议的理解是,这些建议是符合第六委员会委员提出的如下建议的:应将争端解决程序扩大而把创新性的方法也包括进去。特别报告员的建议规定调解委员会的建议具有约束力,确实是开辟了新天地,但这些建议却不是前所未有的。在现代,当由肯尼亚、乌干达和坦桑尼亚联合共和国组成的东非共同体解散时,曾成功地使用调解办法来分配该共同体的共同资产。尽管调解员原先提出的建议未为有关各方所接受,但该建议为举行最终导致解决争端的谈判提供了基础。另一个先例是在有关扬马延岛的争端中调解委员会所进行的成功干预¹⁵,从而导致提出订立一项共同开发颇具碳氢化合物生产前景的一个地区的协定的建议。这些事例虽然各不相同,但却说明了调解办法的灵活性。

35. 要进行调整,就必须进行制度化谈判,鼓励进行对话和调查,提供有关各当事方所持立场的是非曲直的资料,并最后提出与每一当事方理应得到的而不是它要求得到的东西相一致的解决办法。尽管拟议的调解办法被描述为具有约束力,但这种办法仍保有调解的与众不同的特征,即建议的产生。报告似乎也提出,这种办法只有在已经采取某些措施的时候才具有约束力,而仲裁和司法解决程序却适用于国家责任的整个领域。在这方面,报告中表达的某些观点似乎与起草委员会现在审议的第12条有矛盾。尽管他对特别报告员分发的谈及这些矛盾之处的解释性说明表示欢迎,但是在何种情况下有可能诉诸第三方解决争端程序这一点,仍应在草案中明确说明。这种说明将有助于减轻人们的如下担心,即此种程序可能导致反措施的逐步升级或各当事方之间关系的恶化。一项措词明确的有关第三方争端解决程序的规定不是包治百病的万能药,但它至少将会劝阻采取耗费巨大的反措施。

36. 至于有人担心把有关第三方解决争端的规定写进去可能会阻碍各国采纳国家责任草案这一点,他指出,委员会前任委员伊恩·辛克莱爵士在他的著作中对《维也纳条约法公约》中载入的自动解决争端程序给予了好评。

37. 罗森斯托克先生说,委员会目前审议的报告反映出渊博的学识和远见。委员会不应该再作为一般实践问题而拒绝处理争端解决。作为国际水道非航行使用法专题的特别报告员,他打算迫切要求把关于该主题的具体规定列入他正在研拟的条款草案中。

38. 然而,在有限的范围内考虑争端解决办法是一回事,为整个国际法提出解决争端的设想却是另一回事。各国已显示出更加愿意在包括环境问题在内的特定问题上接受第三方解决争端程序。但是,甚至在欧安会这个具有较大同一性的世界内,各国也不那么愿意在任何情况下都接受第三方解决争端程序。因此,似乎需要有某种温和的方法,特别是因为接受《国际法院规约》第三十六条第二款所规定的国际法院管辖权的国家相对较少,而且接受此种管辖权且未提出重大保留的国家甚至更少。对各国接受该条款情况的分析表明,穷国与富国一样不热心。与此同时,国际法院受理案件数量的增加表明,各国愿意接受第三方对某些特定领域的参与,而不是接受所有领域的参与。有关国家责任方面的争端解决办法将是全面的争端解决办法。此种机制侧重于反措施这一点并未缩小可能的适用范围,也许它以反常的方式缩小这一范围的情况除外;如果有一种制度规定只有准备采取反措施的国家才能利用这种解决办法的启动机制,那么这种制度似乎并不完全合理。此外,这一解决过程的复杂性似乎超过实际情况所需的程度,因为它把仲裁和司法解决结合在一起。

39. 不管各国对解决争端程序抱什么态度,委员会该不该在草案第一和第二部分的一读完成之前就第三部分进行细致的工作,是有疑问的。尽管取得了重大进展,但仍有很多事要做。要解决的悬而未决的问题之一就是第一部分第19条¹⁶中所述的国家罪行问题。应该先对该条进行认真的重新审查,然后再制订其他有关不法行为的条款。

¹⁵ 格陵兰和扬马延间区域海洋划界,判决,《1993年国际法院裁决集》,第38页。

¹⁶ 见上文脚注2。

40. 马希乌先生提出(第 2306 次会议)的将义务局限于某些类别的建议是令人感兴趣的,但是要确定这些类别,可能会重新开始对整个第一和第二部分进行辩论。明智的作法也许是,委员会在将第三部分提交起草委员会之前允许大家有一些思考的时间。由特别报告员提出进一步报告,深入论述马希乌先生和托穆沙特先生(第 2308 次会议)所提出问题的报告,肯定会有助于委员会应付它所面临的难题。

41. 委员会也应考虑征求各国对在国家责任范围内解决争端问题的意见,其中包括它们对某些或全部争端解决程序是否可作某种形式的选择加入或不加入的意见。委员会在制订国际刑事法院规约的过程中,曾在起草条款之前审慎地谋求大会的指导。在目前这个专题上似乎同样需要采取审慎态度,以免将第一部分和第二部分不可改变地与第三部分拴在一起,这不会有助于整个计划,还会因此把整个计划给毁了。

42. 哈索内先生说,在委员会内就解决争端这个重要问题进行的令人振奋的讨论,首先应归功于特别报告员以及他富有学识的第五次报告和发人深思的介绍性发言。这次讨论已鲜明地使特别报告员贴切地称之为无组织的国家间体系中所存在的有关委员会的作用以及实际上法律的作用的一些最根本的问题成为大家注意的焦点。

43. 无可否认的中心事实是,如果在一项编纂公约中委员会明确认可单方面诉诸反措施的行动,那么,它就会因此而为许多可能的滥用敞开大门,并且立下一条可以进行差别极大的解释的规则,甚至在可以万无一失地认为抱有诚意的情况下也是如此。委员会当然了解这些不利后果,并已设法通过在第 14 条中列举的某些领域内的绝对禁令以及第 13 条中提出的相称性规则而尽量减少这些后果。在第四十四届会议上,他曾有机会表示这样的观点¹⁷:从相称性规则中几乎得不到什么安慰,这条规则给人的印象是它提供了一个标准,可以据此对某一特定情况下的反措施是否合法一事进行客观的检验,而事实上根本不存在这种标准。他现在仍然持这一观点,因此在他看来,就可适用的法律——整个法律编纂概念所依据的正是这一思想——而言,似乎需要条

款草案来建立有效的强制性第三方争端解决机制。他使用“有效”一词的意思是说,这种机制应该既是能立即实施的,又是对涉及争端的国家具有约束力的。如不规定建立这种机制,就会产生具有实体法性质的弹性规则,使受到不公正待遇的国家得不到纠正这种待遇所需的任何手段;换言之,目前的草案不仅不能实现人们对它寄予的众多希望,而且还会导致毁坏国家责任法。

44. 问题的确极为棘手,但认为要求各国同意在有关其对条约的行为的问题上接受第三方解决程序,无疑根本不是想入非非。他也不能同意如下观点,即关于未来的国家责任公约的强制性第三方解决程序将构成国际法上的一次革命或托穆沙特先生在 1986 年的辩论中所说的“变质”¹⁸。毕竟,类似的义务在下述两项公约中已被接受,尽管这些义务所涉及的争端范围要小得多,这两项公约就是《维也纳条约法公约》和《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》。迄今还没有人求助于上述文书中所阐述的程序这个事实,对于确定各国是否能接受第三方解决争端的概念这个目的而言是不重要的。

45. 特别报告员想到的是一个稳健的演进过程,委员会委员作为法学家责无旁贷,应作为专业上承担义务的事项加以推进。同其他任何法律体系一样,国际法不是静止的,也经受不了静止不动。国际法,顾名思义,其最终目的必须是在国家间关系中建立法治,而不管这些关系的结构如何无组织。演进的替代办法不是保持现状,而是停滞和衰退。

46. 反对这种方法的主要论据似乎是以各国接受整个草案的前景为依据的。这个论据,即便是常常被夸大了,也是很有分量的。很显然,委员会不应提出注定要遭到大多数国家拒绝的草案。但是,在第六委员会的辩论中并没有出现任何可以据以得出如下结论的情况,即这种悲惨的厄运在等待着目前的草案。事实上,根据第六委员会的辩论情况作出的推断与条约批准和加入的最后接受之间几乎没有什么关联。为什么条约 A 比条约 B 得到更多国家的批准,有时取决于,至少是部分地取决于有没有可将其描述为“推销机构”的机构来推销这个条

¹⁷ 见《1992 年……年鉴》,第一卷,第 2278 次会议,第 14-24 段。

¹⁸ 见《1986 年……年鉴》,第一卷,第 1955 次会议,第 23 段。

约。例如，各国普遍加入有关人道主义法律的公约可主要归因于红十字委员会的努力，尽管这些公约的固有价值也是出现这种情况的一个原因。其他条约，例如《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》，之所以获得越来越多国家的接受，是因为有影响力的一个或多个国家有兴趣又有办法说服其他国家接受这些条约。正如特别报告员所说，草案被接受的前景如何必须要有一位有才华的数学家（如果不是魔术师的话）才能确定。

47. 既然如此，各位委员心中考虑的最重要的事情应该是提出一项在道义上和逻辑上能站得住脚的草案。委员会工作的质量和完整性是最终的试金石。也不应忘记，在有关的文献中和司法宣判中往往引用历任特别报告员就国家责任这个专题所做的工作。

48. 反对按照特别报告员建议的方式将第三方解决程序写进去的第二个论据是较具技术性的。这个论据就是，委员会规定采用强制性的解决程序是在冒从该论题的一般部分，即次要规则的编纂和逐渐发展，转移到主要规则领域的风险。这个论据与法国代表在大会第四十七届会议第六委员会中提出的¹⁹、特别报告员第五次报告中也提到的论据十分相似。尽管这个论据很有力，但他认为委员会提出一套解决争端的程序性规则并不会超越其权限，因为将义务分成主要义务和次要义务只不过是确保草案的连贯性而采取的一种合乎逻辑的办法。采取这一办法不会牵涉到条约的解释问题，也不会牵涉到比如说委员会已经在早先的一届会议上通过的第二部分第5条第2款(f)项²⁰。他认为，对于把规则分成主要规则和次要规则的作法，应以有分寸的灵活态度对待，特别是要考虑到存在于也许可以将其描述为“半阴影区”的领域中的义务。

49. 就这个问题的存在而言，它的发生不仅同解决争端程序有关，而且也同反措施有关。声称有权诉诸该草案中所述的反措施，可是又以解决争端可能导致主要规则的界定或导致在敏感领域内产生

条约的解释问题这一技术性理由反对强制性的争端解决办法，这是站不住脚的，因为同一逻辑同样有力地适用于反措施。

50. 反对研拟强制性第三方解决程序的第三个论据是，该程序将适用于各种争端——从主要是技术的争端到政治上十分敏感的争端。与一些委员不同的是，他认为这个特征是相当吸引人的。这意味着任何一个国家都不能预先肯定它总会——要不就是决不会——由于在草案中载入一套关于第三方解决的条款而获得好处。在这方面也应记住，各国已经接受了他刚才提到的（第44段）维也纳公约中有关第三方解决争端的义务。

51. 至于条款草案²¹，尽管特别报告员采取的方法总的来说是均衡的和切合实际的，但是作些改进也许仍是可取的。第一，草案应规定让国际法院的咨询意见以国际法院院长罗伯特·詹宁斯爵士在1991年大会上的发言²²中建议的方式发挥作用。第二，特别报告员不妨像德萨拉姆先生所建议（第2306次会议）的那样让国际法院的分庭程序发挥更突出的作用，因为这种程序所需的费用比仲裁低得多。

52. 一个较为一般性的问题是，有关诉诸反措施的条款的解释和适用的争端是否应该适用一套特别的而且大概比有关不涉及反措施的条款解释和适用的争端要严格的解决程序来加以控制，对于后一类争端大概将会适用传统的制度。卡莱罗·罗德里格斯先生在这方面提出的建议（第2308次会议）有很多优点。应进一步考虑一下是否可以把这两套制度截然分开。山田先生关于对仲裁法庭的结论提出的上诉不应仅限于越权案件的建议是值得考虑的。哈索内先生也同意应加强解决程序的实况调查方面。

53. 最后，他赞成把条款草案提交起草委员会。罗森斯托克先生提出的委员会应首先设法请求大会作出澄清的建议是难以接受的，这不仅是因为大会已经辩论了这个问题，而且也因为这牵涉到原则问题。委员会无疑不必在每次完成一小部分工作之后再回过头去请教大会。委员会当然对大会负

¹⁹ 《大会正式记录，第四十七届会议，第六委员会》，第26次会议，第5段。

²⁰ 第三十八届会议上一读暂时通过的第二部分第1至5条的案文，见《1986年……年鉴》，第二卷（第二部分），第38-39页。

²¹ 案文见第2305次会议，第25段。

²² 见《大会正式记录，第四十六届会议，全体会议》，第44次会议。

责，
放

成
条
问
有
的
的
的
会
款
草
委
否

些
和
自
的
说
会
大
1
明
会
出

多

月

打

三

事

多

一

责,但它是一个由独立专家组成的机构,因此不应放弃自己的责任。

54. 本努纳先生说,尽管他不是起草委员会的成员,但他出席了最近的一次会议,注意到就第 12 条进行的讨论暂时受阻,因为相关的解决争端程序问题方面的条款草案²³尚未提交起草委员会。现在有人对委员会说,将争端解决条款提交起草委员会的时机还不成熟,尽管特别报告员已提出大意如此的明确建议,尽管那些条款与已经提交起草委员会的其他条款是相互补充的。应忆及的是,在前一届会议上,并不是所有委员都同意关于反措施的条款,但是尽管如此,他们仍同意将那些条款提交起草委员会。在目前的情况下需要采取同样的方法。委员会有关这个论题的工作能否取得进展取决于是否将第三部分的条款提交起草委员会。

55. 罗森斯托克先生说,尽管起草委员会的某些成员的确像本努纳先生所说的那样,认为第 12 条和第三部分的条款²⁴是联系在一起的,但是包括他自己在内的其他委员认为建立这种联系是不慎重的。至于哈索内先生刚才提出的那个问题,他希望说明,他的建议不是为了把第三部分的问题提交大会,以便取得大会的许可后再继续前进,而是仅仅为了弄清大会的看法。就前任特别报告员在 1985 和 1986 年提出的建议对大会所作的一次意见调查表明,人们普遍缺乏热情。他认为,第三部分对委员会有关该论题的工作的其余部分有长远的影响,因此理应把它送回大会征求意见。

56. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说,罗森斯托克先生应该讲清楚,在起草委员会的全体成员中,他是唯一要取消第 12 条的。至于他提出的把整个第三部分送回大会征求意见的建议,大家应当了解,自 1985 年以来,反措施及其缓解办法这一整个问题已有相当大的发展。最后,关于罪行的国家责任问题,他早已讲明,他在这方面提出的建议在加上强制性的诉诸国际法院的办法之后,将与第一部分第 19 条²⁵相一致。

国际法讲习会结业

57. 主席提醒说,第二十九期国际法讲习会当天就要结束了。他回顾了讲习会的活动,并希望参加者回国时能由于这次经历而使自己大大充实起来。他祝他们一路平安,事业成功。

58. 诺尔—瓦根菲尔德夫人(讲习会主任)在代表很遗憾因故不能出席这个会议的总干事讲话时表示希望,即将结束的这期讲习会已达到双重目的:使参加者熟悉委员会的工作,以及建立参加者之间的持久联系和接触。第二十九期讲习会方案的主要重点是欧洲,特别是前南斯拉夫。参加者也出席了一年一度的希尔维托·阿马多纪念讲座,并受到巴西和美利坚合众国常驻代表团的盛情款待。她毫不怀疑,在讲习会获得的经验对于参加者今后的事业是会有益处的。

59. CANCHOLA 先生在代表国际法讲习会参加者讲话时说,能有机会在目前这个历史时刻跟踪委员会的工作是特别富有教益的。他感谢委员会各位委员的教导和忠告,并说参加者们希望有朝一日能踏着他们的脚步前进。

主席颁发参加第二十九期国际法讲习会的证书。

国际水道非航行使用法(A/CN.4/446, E 节, A/CN.4/447 和 Add.1-3²⁶, A/CN.4/451²⁷, A/CN.4/L.489)

[议程项目 4]

特别报告员的第一次报告

60. 主席请特别报告员介绍他关于国际水道非航行使用法专题的第一次报告(A/CN.4/451),并在这方面提请注意已一读通过的 1 条至第 10 条²⁸,条款如下:

²⁶ 转载于《1993 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

²⁷ 同上。

²⁸ 见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 69-71 页。

²³ 案文见第 2305 次会议,第 25 段。

²⁴ 同上。

²⁵ 见上文脚注 2。

第一部分

导 言

第1条 本条款的范围²⁹

1. 本条款适用于为航行以外目的使用国际水道及其水,并适用于同使用这些水道及其水有关的养护措施。

2. 为航行目的使用国际水道不属于本条款的范围,但其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。

第2条 用语³⁰

为本条款的目的:

(a) 国际水道是指其组成部分位于不同国家的水道;

(b) 水道是指地面水和地下水的系统,由于它们之间的自然关系,构成一个整体单元,并流入共同的终点;

(c) 水道国是指国际水道的组成部分位于其领土内的国家。

第3条 水道协定³¹

1. 水道国可订立一项或多项按照某一特定国际水道或其一部分的特征和使用适用和调整本条款的规定的协定,以下称为“水道协定”。

2. 两个或两个以上水道国之间缔结的水道协定,应规定其所适用的水的范围。这种协定可就整个国际水道或其任何部分订立,亦可就某一特定项目、方案或使用订立,但以—一个或一个以上的其他水道国对该水道的水的使用不受该协定明显不利影响为限。

3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道的特征及使用而需调整或适用本条款的规定,水道国应进行协商,以期缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。

第4条 水道协定的当事国³²

²⁹ 最初作为第2条通过。其评注见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第25-26页。

³⁰ (c)项最初作为第3条通过。其评注见同上,第26页。对(a)项和(b)项的评注见《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第74-75页。

³¹ 最初作为第4条通过。其评注见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第27-30页。

1. 每一水道国均有权参加适用于整个国际水道的任何水道协定的谈判,并成为该协定的当事国,以及参加任何有关的协商。

2. 如水道国对某一国际水道的使用可能因执行只适用于该水道的某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的水道协定而受到明显影响,则该水道国在其使用因而受到影响的限度内有权参加关于这一协定的协商和谈判,并成为其当事国。

第二部分

一般原则

第5条 公平合理的利用和参与³³

1. 水道国应在其各自领土内公平合理地利用国际水道。特别是,水道国在使用和开发某一国际水道时,应着眼于实现与充分保护该水道相一致的最佳利用和受益。

2. 水道国应公平合理地参与国际水道的使用、开发和保护。这种参与包括本条款所规定的利用水道的权利和在对其加以保护和开发方面进行合作的义务。

第6条 与公平合理利用有关的因素³⁴

1. 在第5条的含义范围内公平合理地利用国际水道需要考虑到所有有关因素与情况,其中包括:

(a) 地理、水路、水文和气候、生态和其他自然性质的因素;

(b) 有关水道国的社会和经济需要;

(c) 一个水道国使用水道对其他水道国的影响;

(d) 对水道的现行使用和可能的使用;

(e) 水道水资源的养护、保护、开发和节约使用,以及为此而采取的措施的费用;

(f) 某项计划使用或现有使用有无其他价值相当的备选方案。

³² 最初作为第5条通过。其评注见同上,第30-31页。

³³ 最初作为第6条通过。其评注见同上,第31-36页。

³⁴ 最初作为第7条通过。其评注见同上,第36-38页。

2. 在适用第 5 条或本条第 1 款的范围内,有关水道国应在需要时本着合作精神进行协商。

第 7 条 不造成明显损害的义务³⁵

水道国应以不致对其他水道国造成明显损害的方式利用国际水道。

第 8 条 一般合作义务³⁶

水道国应在主权平等、领土完整和互利的基础上进行合作,以便实现国际水道的最佳利用和充分保护。

第 9 条 定期交换数据和资料³⁷

1. 依照第 8 条,水道国应定期交换关于水道状况,特别是关于水文、气象、水文地质和生态性质的、一般可得到的数据和资料以及有关的预报。

2. 如果一个水道国要求另一水道国提供不属于一般可得到的数据或资料,后者应尽力满足这种要求,但可附有条件,即提出要求的国家需支付搜集和酌情处理这些数据或资料的合理费用。

3. 水道国应尽力以便于接受数据资料的其他水道国利用该数据资料的方式搜集并酌情处理数据和资料。

第 10 条 各种使用之间的关系³⁸

1. 如无相反的协议或习惯,国际水道的任何使用均不对其他的使用享有固有的优先地位。

2. 在国际水道的各种使用相互冲突时,应参酌第 5 至 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决,尤应顾及重要的人类需求。

61. 罗森斯托克先生(特别报告员)说,委员会曾想到 1994 年完成关于本议题的条款草案二读,因此他提交 10 项条款,其中大多数都与一读时精心做出的一样。他建议作出的改动中没有一项会根本改变一读时通过的草案的主旨;这些改动大部分都

是因应各国政府的评论(A/CN.4/447 和 Add.1-3)而作出的。

62. 在一些政府评论中提出的一个问题是委员会的工作应采取何种形式:是示范规则呢,还是框架公约。不管委员会在这方面最终作出什么样的决定,它为了对这些评论作出反应而应该做的最起码的一件事,就是在有关本议题的辩论中审议这个问题。

63. 他建议删去第 2 条中的“并流入共同的终点”这几个字,理由有两个。首先,不容易理解预定作为示范规则或框架公约的文件中那种多少有点是人为的限制存在的理由。其次,删去这些字样是开始处理“不相联的”承压地下水问题的较简单的方法之一。如果他的建议得不到广泛的支持,他将不会坚持他的建议,但他仍要指出,这个建议已获得国际法协会的有声望的水资源委员会的赞同,水资源委员会也认为,把不相联的承压地下水排除在外不是基于可靠的水文地质学。水资源委员会还同意他的如下建议:在第 3 条第 2 款中应将“明显”一词改为“重大”,理由已在他的报告第 12 段中作了说明。

64. 就起草而言,他建议将污染的定义从第 21 条³⁹移至第 2 条。

65. 基于报告第 21 至 23 段中所述的理由,他坚决建议对第 7 条应该像报告第 27 段中所建议的那样进行修改。尽管某些政府和专家极力主张全部删去第 7 条,理由是该条与第 5 条不一致,或者是多余的,但他认为那样做太过分了。因此,他提出的案文是一个折衷方案,其目的在于赋予最佳利用和可持续发展全部意义,同时认识到某几种不可挽回的损害所带来的危险。但是,放弃 1991 年通过的基本上简单的案文,转而采用比较复杂的方法,将会产生发生分歧和争执的更大可能性。因此,接受他对第 7 条提出的修改意见意味着重新考虑不把有关解决争端材料写进去的决定,他认为这个决定不明智。在这方面,他的前任麦卡弗里先生曾建议说,应先有一个调解程序,然后再进行仲裁,但问题是,这样一来,各国事实上将被要求考虑进行仲裁,而不是承担将问题提交仲裁的明确义务。他相信,要使任何解决争端程序包含具有约束力的成分是不可能的,但是在他看来,至少必须要有一个以合

³⁵ 最初作为第 8 条通过。其评注见《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 35-41 页。

³⁶ 最初作为第 9 条通过。其评注见同上,第 41-43 页。

³⁷ 最初作为第 10 条通过。其评注见同上,第 43-45 页。

³⁸ 其评注见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 76-77 页。

³⁹ 见上文脚注 23。

理方式制订出来的第三方程序。

66. 他也打算考虑加强水道国之间有关机构方面的关系, 并利用他所了解的有关美国和加拿大之间以及美国和墨西哥间状况的资料。许多潜在的争端早在其发展成为全面展开的争端之前就在技术一级解决了。

67. 他希望委员会有尽可能多的委员再看一下他的前任的最后两个报告⁴⁰, 这两个报告没有得到应有的认真审议。

68. 巴哈纳先生对特别报告员的首次报告表示祝贺, 说条款草案总的主旨是可以接受的, 尽管作些“微调”对条款草案会有好处。

69. 正如特别报告员在他的报告第 6 段中正确指出的, 委员会的明智作法是加速进行工作, 以期在尽早可行的阶段解决条款草案所应采取的形式问题。就他本人而言, 他倾向于赞成搞一个公约而不是规则, 因为在这个人们的环境意识越来越强的时代, 鉴于这个问题的重要性, 值得缔结一项多边条约; 示范规则主要具有指导方针的性质。

70. 至于有关草案第一部分的那些问题, 第 2 条可以加以改进, 但他不赞成删去“并流入共同的终点”这几个字的建议。不提共同的终点就无法确定几乎肯定会包括从不同国家流进来的一些支流的河流系统的中心因素。此外, 一个共同终点的标准将会有助于区分两个并排流动的水道。如果要对第 2 条作任何修改的话, 就应对地下水进行修改; 地下水对地面水几乎没有或根本没有什么重大作用, 因而应该把它从水道系统的概念中排除出去。因此最好是使条款草案的范围局限于对整个系统至关重要的地下水。但是他同意, 第 21 条第 1 款中阐述的污染定义应移至第 2 条。

71. 关于第 3 条的段落值得仔细研究。特别是第 7 条中使用的“明显”一词, 实际上不像第 3 条第 2 款中使用的“明显”一词那样含义广泛。几乎没有什么理由可以说明为什么条款草案中在同样的

几种情况下应对损害使用不同的提法, 因此特别报告员建议的第 3 条第 2 款的备选案文 B 中把“在明显程度上……不利影响”改为“造成重大不利影响”, 这显然比目前的第 3 条第 2 款草案要好。此外, 他同意在第 4 条第 2 款、第 7 条、第 12 条、第 18 条第 1 款、第 21 条第 2 款、第 22 条和第 28 条第 2 款中很可能也得使用类似的提法。

72. 特别报告员在其报告的第 15 段中提到一些政府提出的一项建议: 将来的文书应载有一条大意如下的规定, 即如果一国成为公约缔约国, 这个行动本身不会影响现有的水道协定。特别报告员认为这条规定不会没有问题, 因此试图通过提及后法的概念和陆续订立之条约的原则来解决这个问题。但是, 这个原则引起复杂的法律问题, 而且委员会将必须联系它审议早先水道条约的地位和与这些条约的修改、终止和中止的程度有关的原则的情况来应用这个原则。委员会也将必须研究保持各国根据早先的条约所获得的权利和义务这一问题, 以及特别报告员就各国在签字和批准时作出的个别声明所提出的建议。特别是, 它将必须确定这些声明的法律影响, 并决定在双边或多边的外交过程中获得的权利能否通过发表声明来单方面加以改变。所有这些问题委员会都必须先透彻地加以研究, 然后才能给予明确的答复。

73. 他只是部分同意特别报告员关于改变第 8 条和第 26 条次序的意见。第 8 条的规定的确应放在第 3 条的前面, 但没有必要移动第 26 条。再者, 合作义务对水道国来说也许并不总是切合实际的, 因为许多水道国都被争端所困扰。因此, 在第 8 条中的“进行合作”一词前面应加上“努力”这个词来强调合作的重要性, 而又不使合作成为各国的义务。

74. 第 4 条第 1 款和第 2 款都应该保留, 因为这两款谈的是参加水道协定的两个不同方面。第 1 款产生了参加有关整个水道协定的一般权利, 而第 2 款则是关于参加一个涉及整个水道的一部分或某一项目的协定的。

75. 尽管他同意第 5 条和第 7 条是草案的关键内容, 但他看不出有任何令人信服的理由可以说明为什么这两条应改写。必须承认, 尽管这两条载有相关的概念, 但每条都有它自己的特定范围。第 5 条涉及水道在国内和国际上的公平合理利用, 而第 7 条则规定一个国家有义务在利用水道时

⁴⁰ 这些报告分别转载于:

第六次报告: 《1990 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 64 页, A/CN.4/427 和 Add.1 号文件;

第七次报告: 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 53 页, A/CN.4/436 号文件。

对
水
道
叠,
开
展
进
行
试
图
“
公
建
议
情
况
由
这
指
出
边
切
无
注

准,
原
请
是
这
的主
于
污
题
的
报
告
国
可
项
的
可
取

试;
出,
更
确
为
代
念
本

坚
持
案
的
的
条
都
应

表
示
并
提
中
是
明。
的
条

对其他水道国造成明显损害。诚然,公平合理利用水道这一概念会与明显或重大损害这一概念发生重叠,但是具体实例的不同情况将会证明将这两者分开是合理的。从利用资源的角度来看,两个沿岸国进行共同的水道利用项目而不是两国中的任何一国试图独自进行这一项目,可能会比较合理。关于使“公平合理利用”成为决定标准——污染除外——的建议,需要认真地重新审查。当既没有标准也没有情况表明需要建立规则的时候,就几乎没有什么理由这样做。实际上,特别报告员在报告的第 23 段中指出了在这个问题上提供详细指导的困难:许多双边协定反映的是某一特定问题所特有的事实,因而无法将这些协定概括为总的原则。

76. 然而,如果把公平合理利用定为主要标准,那么对水道国造成的任何重大损害便都是可以原谅的了,只要这种利用也是公平合理的就行。正是这个事实成了特别报告员建议的新的第 7 条草案的主要难题。由于类似的原因,他觉得难以接受关于污染的新措词,这一措词将根本改变关于污染问题的平衡,并打乱条款草案本身的整体平衡。特别报告员的措词似乎将会提供一个有用的把柄,污染国可以借此援引拟议的新的第 7 条(a)项和(b)项的规定以继续进行活动。简洁的原第 7 条草案要可取得多。

77. 他不大愿意赞成任何修改第 8 条草案的尝试;关于这一条,特别报告员在报告的第 28 段中指出,使用一般的表述将会恰当一些。也许能够弄得更确切一些,但也可能以牺牲这一条款的一般性质为代价。尽管如此,他仍同意,尽管诚意和睦邻概念本身是有益的,但放在条款草案中却不合适。

78. 埃里克松先生说,委员会的主要任务应是坚持到 1994 年举行的下一届会议结束时完成条款草案的二读这个目标。下一次报告中就制订有关管理的条款和实行解决争端制度等问题提出的任何建议都应该考虑到这一点。

79. 他对把“明显”一词改为“重大”的建议表示关切,此项建议可以解释为一种实质性的改动并提高条款草案的门槛。如果“明显”一词在英文中是模棱两可的话,这一点也许可以在评注中说明。事实上,起草委员会在讨论关于国际责任专题的条款草案中也出现过同样的问题。所以特别报告

员不妨先请教一下其他方面的人士,然后再在起草委员会中处理这一问题。

80. 科罗马先生在对特别报告员的精采报告表示祝贺时指出,特别报告员顶住了对条款草案“进行拼凑”(用他自己的话来说)的诱惑,绝对必要时除外。这无疑表明他是一位很好的报告员。

81. 在国际关系的现阶段,他不愿在示范规则与框架公约之间作出选择,但他相信,最终决定将取决于委员会工作的质量。如果条款草案是均衡的和具有权威性的,它们必定会得到国际社会的支持。

82. 与“明显”相对的“重大”一词也许给那些不熟悉普通法的人带来了一个问题,但使用这个词之后,案文就会清楚一些。正如特别报告员在其报告中所解释的那样,“明显”一词有两个不同的意思,而“重大”一词则精确地指出了所涉及的问题。他同意如下建议:应把污染的定义移到前面关于用语的第 2 条。越快这样做越好。

下午 1 时散会。

第 2310 次会议

1993 年 6 月 22 日,星期二,上午 10 时 5 分

主席:胡利奥·巴尔沃萨先生

出席:巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田先生、扬科夫先生。

国家责任(续)(A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453
和 Add.1-3¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1,
ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1)

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告(续)

1. 德萨拉姆先生说,委员会在全会和起草委员会内同时在考虑两个紧密相关的问题。第一个是尚未采取反措施时的情况(“前反措施”阶段——特别报告员的第四次报告²对此进行了论述,现正在起草委员会内讨论);第二个是已经采取反措施后的情况(“后反措施”阶段——特别报告员的第五次报告对此进行了论述,目前正在委员会全会上审议)。

2. 特别报告员在第四和第五次报告中所提倡的总的处理方法如下:任何打算采取反措施的国家应事先将其意向通知其采取反措施的对象国,要求应立即应用某种解决争端的程序,这种程序不一定必须是有约束力的第三方程序。但是,不管是什么样的解决程序,如果争端未解决,而且采取了反措施,则重要的是要有迅速而有约束力的第三方解决办法——至少是在谈判或调解失败时作为一种最后手段——据此确定反措施的合法性。

3. 为了在委员会中达成共识,他可以同意这一方法,虽然有点遗憾。在他看来,在采取反措施之前应有可能介入一种有约束力的第三方解决程序:可以使这种程序消除任何因有意顽抗而破坏这一程序的可能性,并实施必要的临时措施,直至对实际上是否存在不法行为以及如果有的话应给予什么样的赔偿做出决定为止。无论这一在采取反措施前插入有约束力的第三方解决办法的要求由于遵守法律而可能产生什么样的延迟,这种延迟比对法律的反应性破坏(反措施)所引起的后果要轻得多,对法律的破坏要小得多。不仅如此,总存在匆忙采取反措施而没有充分评估所有情况的可能性,反措施可能是不必要的、过分的,或者对不应当受损失的人造成损失。在这方面应该指出,前任特别报告员里

普哈根先生在其第 10 条草案³中已经提议,求助于争端解决办法应是采取反措施的先决条件,而不是作为对等进行。委员会也不应忘记,不规定在采取反措施前介入争端解决程序,等于它认可并为未来数十年保留过去时代的遗风,那时盛行的学说和实践是以对据信所犯的不法行为进行报复来自行执法,而国家间体系已决定在其他领域中摒弃这种学说和实践了。

4. 为什么有时候法律转向有约束力的第三方解决程序无需重述。但是有一个原因比其它都需要加以强调,就是法律不仅必须为争端当事国基本上具有同样说服力的情况做出规定,而且还必须为双方说服力不相等的情况做出规定;正是在这种情况下,第三方的存在以及有约束力的第三方解决程序的要求可以确保,不管其他方面如何不平等,法律面前是平等的(至少就法律程序所能提供的而言)。这一责任不能安心地托付给自愿和建议性的、其根本目的在于实现友好解决的谈判、调停或调解过程。

5. 因此,在他看来,特别报告员在第五次报告中为冲突的“后反措施”阶段拟议的条款草案应提交起草委员会,连同正在起草委员会讨论的有关冲突的“前反措施”阶段的提议一并审议。或者,至少告知起草委员会,在它决定如何拟订处理后反措施阶段的条款草案以前不要结束其关于冲突的前反措施阶段的条款草案的工作。在他看来,如果委员会不规定至迟在采取反措施后立即实施有约束力的第三方解决程序,关于在国家责任的未来文书中包括反措施条款的整个问题将再次不可避免地会受到质疑。

6. 谈到特别报告员在其第五次报告中拟议的条款草案⁴时,他说,在处理具体条款的拟定之前,委员会应处理两个问题。首先,它应该考虑在已经采取反措施之后要解决的问题的性质;其次,考虑到在后反措施的情况下迅速及时的重要性,它应考虑在什么阶段援引有约束力的第三方解决办法。提出的第一个问题基本上是事实性问题:采取反措施

¹ 转载于《1993 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

² 转载于《1992 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件。

³ 前任特别报告员在其第五次报告中拟议的第 5 至 16 条的案文,见《1984 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 2 页, A/CN.4/380 号文件,第二节。

⁴ 案文见第 2305 次会议,第 75 页。

之前的情况,法律义务,是否存在实际上违反义务的事,以及如果有,采取反措施是否必要和适当。这些从根本上而言都是事实性的问题,需要找出事实以及有哪些适用的法律义务;谈判、调停和调解的目的是自愿和友好地解决,并不完全适合于处理这些事实问题。因此他同意卡莱罗·罗德里格斯先生的结论,即规定在实施有约束力的第三方解决办法之前应当进行调解对于后反措施阶段的冲突并没有什么意义;后反措施阶段争端的性质要求应将其同关于未来的国家责任公约的解释和适用的争端分开处理;以及应该考虑建立一个能把这些争端迅速提交给它的特殊机构。

7. 如果委员会排除在后反措施冲突的情况下国际法院作为第三方而接受一国求助的任何可能性,那将是不幸的,不论委员会是基于任何理由这样做,认为太麻烦,不合适或是各国不可能接受。如大家所知,作为联合国继续鼓励各国更多地利用国际法院设施努力(其中包括大会批准了《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》⁵)的一部分,该法院已修改其特设分庭的组织规则,使特设分庭的程序得到比以前大得多的注意。此外,诸如国际法院这类联合国常设机构能作为常规向当事方提供的行政和其它设施使得求助于法院的特设分庭成为显而易见的明智道路,至少就比较费用方面而言。

8. 确定具体的争端解决程序是否合适的一个主要考虑当然永远都是该程序应当迅速,并尽可能费用低廉。有必要避免出现这样的情况:反措施对象国宁肯容忍反措施而不愿通过费用昂贵的争端解决程序对反措施的合法性提出异议。因此委员会似宜考虑,是否应当使反措施对象国能从许多有约束力的第三方解决程序中选择一种它自己认为最适合的程序。

9. 一种可能性显然是给予各国请求国际机构进行或在国际机构主持下进行实况调查的机会,而这种调查可遵循在“彩虹勇士号”案⁶中委托给联合国秘书长的使命;尽管赋予秘书长的仅仅是实况调查的责任。

10. 还有一个问题,对于与国家责任公约的解释和适用有关的范围广泛的可能的争端,委员会是否也应该建议,如果其他自愿的和建议的解决办法失败,作为一种最后手段,条款草案应规定具有约束力的第三方解决程序。在目前的初级阶段,他同意委员会其他委员的观点:作为最后手段,在草案第三部分中应该规定有可能采取有约束力的第三方解决程序,主要理由有两条:第一,正是有约束力的第三方解决办法的要求的存在,在法律程序所能达到的可能范围内,无论可能存在其它的什么不平等,至少确保法律面前的平等;第二,因为委员会的任务是在大会行使《联合国宪章》第十三条第一项(子)款规定的“提倡国际法之逐渐发展与编纂”的责任时向大会提出建议。因此,向大会就在委员会看来应当推荐给各国政府以最好地确保“国际法之逐渐发展与编纂”的标准提出建议正是委员会的职责所在。委员会在国际法律界的崇高威望也正是源于此项职责。委员会是基于这一职责而组建的。

11. 最后,他感谢特别报告员,并祝贺他在一个重要的专题上坦率清晰地就委员会应遵循的方针提出了建议。

12. 伊德里斯先生说,特别报告员的报告及其口头说明不是一种梦想或法律思想领域中荒诞想象的结果,而是在一个复杂问题上实现渐进的创新并提出新的有胆识的观点,它并不宣称提供了现成的解决办法,尤其是关于一般的争端解决制度。基本的问题是,反措施永远有一个主要缺陷,就是以对遭到侵犯的权利和反措施的合法性的单方面估计为基础,而这反过来可能导致据称的不法行为国以反报复的形式做出反应。反措施本身的性质可能导致不公正,如果冲突当事国处于不平等状况的话。因此有必要在继续审议拟议的争端解决制度之前仔细审查反措施的法律制度及其与国家责任草案的关系。

13. 在这方面,特别报告员应该深入考虑这样一个问题:反措施是否一定要在第三方争端解决办法之前,或者换句话说,这是否是促使据称的不法行为国解决争端的唯一办法。或者可否将第三方争端解决办法置于反措施之前而仍然为国际社会所接受?必须考虑的是,不存在迅速、公平地确定存在不法行为的办法,另外损害的程度和解决方法的使用都是只能由受害国确定的问题

⁵ 大会第 37/10 号决议,附件。

⁶ 秘书长 1986 年 7 月 6 日的裁决(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第 19 卷(出售品编号 E/F.90.V.7),第 197 页起。

14. 在不涉及问题背景的情况下，他要发表五点评论。第一，必须找到除了反措施以外的其他办法或者必须控制对反措施的使用，以避免被某一方滥用，这正是特别报告员在其第五次报告中所采取的方针。

15. 第二，如果第三方争端解决办法的原则是用来替代反措施和单方面措施，作为减轻国家不平等的后果的一种方法的话，他赞成这一原则。

16. 第三，第三方争端解决办法是反措施做法的一种改进，因为它保证声称受不法行为损害的国家遵守条款草案规定的应用这种措施的条件和标准。

17. 第四，草案中列入有效的争端解决制度将加强国际法的所有规则，包括过去的和将来的协定。在这方面被提到的国际法律文书很多，例如《联合国宪章》第六章、《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》⁷、马尼拉宣言⁸、《美洲国家组织宪章》⁹、波哥大公约¹⁰以及《非洲统一组织宪章》及其议定书¹¹。此外，他不完全同意特别报告员的如下观点：由于这些文书太模糊，不能为防止破坏国际义务提供有效的保护，所以没有发展它们的必要。《非洲统一组织宪章》及其议定书已经使得有可能在调解原则的基础上和平解决若干冲突。无论如何，即使这些国际文书总体上不是国家责任草案中解决争端问题的最佳解决办法，它们的存在与诸如特别报告员所拟议的解决制度的建立也没有任何矛盾。

18. 第五，三步争端解决制度——调解、仲裁和司法解决——表明，第三方争端解决程序只有在采取反措施之后才能发动。与第12条第1款(a)项相比这是一次创新，该条款规定以用尽现有的友好解决程序作为诉诸反措施的一个条件，不管这些程序是在该争端出现以前就存在或者在这之后才创立，但是该条却未规定任何特定的解决程序。

⁷ 大会第2625(XXV)号决议，附件。

⁸ 见上文脚注5。

⁹ 1948年4月30日在波哥大签署（联合国，《条约集》，第119卷，第3页），后由1967年2月27日的《布宜诺斯艾利斯议定书》（同上，第721卷，第324页）加以修正。

¹⁰ 《美洲和平解决条约》（联合国，《条约集》，第30卷，第55页）。

¹¹ 联合国，《条约集》，第479卷，第39页。

19. 总之，他表示希望特别报告员能回答两个他认为重要的问题。第一，为什么不能在使用反措施之前开始有约束力的第三方争端解决程序？第二，按照由特别报告员拟议的三步解决制度，基于这样的假定，即引发解决义务的机制是因认为自己遭受损害的国家针对据称的不法行为使用反措施而引起的争端，是否必须得出以下结论，即基本的事实和法律问题与反措施有关，或者据称的受害国在事实和法律方面可以援引引起冲突的据称的不法行为？

20. 最后，他对特别报告员6月14日分发的文件中所作的说明表示感谢，该文件说拟议中的第三方解决程序不仅与反措施条款的解释和适用有关，而且也与将来的国家责任公约所有条款的解释和适用有关。

21. 埃里克松先生说，关于国家责任的第五次报告载有对争端解决办法来说某些方面是新的设想的条款草案¹²。但是在他看来，拟议中的制度在委员会中还没有得到足够充分的支持可以作为今后工作的唯一出发点。甚至产生了更一般性的疑问：在国家责任方面是否应该规定争端解决。委员会只是在第四十四届会议上才决定尽最大努力确保条款草案包含关于争端的第三部分。他注意到最近在委员会和其他机构的讨论中，有一种攻击政府的倾向，而前提至少应该是，国家代表其人民，它们在各种问题上，包括争端解决办法问题上所持的观点可能有正当的理由。委员会也不应害怕其工作不为各国所批准，而应该努力在这一问题上和其他方面起到某种领先作用。

22. 在已提交起草委员会的第12条和第五次报告所载的建议之间存在着明显的联系，并且按特别报告员的说法，这些建议的本意是适用于整个第一和第二部分的。这并不改变反措施是争端解决问题的最重要方面这一事实。虽然他原则上反对使用反措施作为解决争端的一种手段，但他同意委员会应设法为反措施建立一种法律制度，以使它们较易被人接受。既然朝向这一方向的一步是制定一种在考虑或已经采取反措施时使用的争端解决制度，他同意起草委员会关于第12条的工作。但是，关于第12条是否能在本届会议上通过以及对该条的讨论是

¹² 案文见第2305次会议，第75段

否会推迟到审议第三部分之后，还存在某些不确定因素。卡莱罗·罗德里格斯先生（第 2308 次会议）提出了一个非常令人感兴趣的关于在考虑采取反措施时使用的特殊机制的建议，委员会应进一步注意该建议。埃里克松先生认为，第三部分应该送交起草委员会，目的并不是要逐条审查拟议的制度，而是要使起草委员会能确定在一个合理的时期内它能审议第三部分中的多少内容，因而相应地确定国家责任条款的一读能完成多少。

23. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，与委员会审议的其他专题不一样，国家责任包含国际法的整个领域，第五次报告所涉及的专题的方面，即争端解决，还触及国际关系中法治的结构本身。鉴于其使命，即使要冒被批评耗费这么多时间的风险，委员会也必须尽可能建立一部明确、统一和普遍的法律。关于反措施，正如在上届会议上指出的，国际关系中的法治不能允许各国单方面决定什么是对或错的，并把这种单方面的决定变成反措施的法律基础。因此他认为下列事实中是有矛盾的：即必须说，正如报告中所说，反措施是习惯国际法的一部分，而争端解决程序属于国际法的逐渐发展。反措施无疑是现实的一部分，但是任何国家，甚至应用这一措施的国家，都不能推论这意味着有权单方面确定和执行法律。他认为，使用反措施并不证明将这种措施视为习惯国际法一部分的价值判断是合理的。《联合国宪章》第二条排除了单方面使用武力并把这一规定与和平解决争端的义务联系起来。委员会应该在这一基础上开展工作以促进法治。和平解决争端是已存在的根本的国际义务。这个义务和不诉诸武力的义务是一个问题的两个方面，不能将一个方面归入习惯国际法，而将另一个方面归入国际法的逐渐发展。

24. 肯定法治不仅意味着国际社会不能容忍单方面解释每个国家的权利或承认其合法性，更不能承认单方面执行这种权利的合法性，而且还意味着必须有一个新的因素，即第三方争端解决办法。但是，在一个法治和弱肉强食法则之间的分界线被一些大国和强国的行动弄得有些模糊不清的世界上，无论是这种理想的解决办法所引起的异议和它所涉及的实际困难都不应该低估。因此有必要进行创新并采用其它的战略。在这方面，他回顾了《联合国宪章》第三十三

条，正如《和平解决国家间争端手册》¹³ 中所提到的，该条为各国以民主和平等的方式履行和平解决争端的义务提供了广泛的方法。他还回顾说，在实践中，各国通过自由选择方法解决了它们之间 90% 的争端。由于这些情况，委员会必须不惜一切代价避免造成这样的印象，即除了第三方解决办法之外任何办法都是弱肉强食法则，因为否则就会阻止各国和平解决其争端，甚至使自己杜绝了规定这一基本义务的可能性：各国应该可以选择如何履行这一义务，尽管必须鼓励它们选择第三方解决办法。

25. 和平解决争端的义务不应当仅仅发挥检验已采取的反措施的合法性的职能，而且应当扩展至国家责任的所有方面，因为反措施的定义即是滥用法律；而且既然它是不可避免的，反措施必须受某些先决条件的约束，其中最主要的是事先寻求和平解决程序的义务；并希望大国和强国以及应用反措施的国家把它们在国际社会中的成员地位置于它们的私利之上。但是，就到目前为止所做的工作来看，和平解决争端义务的狭隘概念似乎占了上风，从而拥有必要手段的国家就能够自行审判其案件。如果真是这样的话，他认为最好把反措施搁在一边，并以和平解决争端的条款来结束条款草案。事实是，正如特别报告员所说，虽然第三方解决办法明显是将法治置于稳固基础之上的唯一方法，但在目前它还只是一种理论。

26. 主席以委员会委员的身分发言说，特别报告员已经在其第五次报告中表明，为正确实施反措施这一章，有两个条件是必要的：公约本身必须规定解决争端的办法而不是仅限于提及当事方之间可能存在的这种办法；而且所选择的办法必须无疑导致争议的解决。换句话说，如果其他办法失败，使用第三方解决办法就必须是强制性的。由于他的论点，特别报告员不是被视为企图“推翻”国际法基础的危险革命者，就是被视为没有提出任何新东西的胆小的改良者。实际上他两者都不是。

27. 委员会不能不认识到，采纳第五次报告中的建议意味着重要的变革，但是这不应该妨碍委员会支持报告的基本观点，尤其上面刚提到的两个主要问题。委员会不是一个政治机构，它必须提出一

¹³ 《大会正式记录，第四十六届会议，补编第 33 号 (A/46/33)》，附件。

个各国可能采纳也可能不采纳的制度，但这将改进现在这种不能接受的制度。同时，委员会必须努力设计出一种尽可能实用的制度。他不能赞同一个各国不能接受的制度。

28. 特别报告员在拟议一个相当复杂的制度，其中包括：首先，保持第二部分第 12 条的总方针，该条要求有关国家优先采用它们现有的解决办法，同时修改第 1 款 (a) 项，使任何诉诸反措施的合法性取决于所说的有约束力的第三方裁决的存在；第二，在第三部分¹⁴中加强不具有约束性的调解委员会而不影响受害国采取反措施的特权。

29. 特别报告员为维持第 12 条做了辩护，尽管在其第五次报告中已经令人信服地表明，真正要紧的是在不能取得协议时，一个或多或少有系统的第三方解决程序制度可最后导致有约束力的第三方裁决。事实上第三部分所包含的内容远远超过“或多或少”加强了调解程序。如果调解失败，接下来就是强制性的仲裁；如果这一步失败，可求助于国际法院。在这方面，特别报告员对解决机制的脆弱性似乎有独特的看法，因为他提出了一个世界末日式的情景，即调解委员会未能履行其职责，仲裁庭未能组成或未能及时做出裁决，所以必须将此案提交国际法院。如果为此目的建立一种自动的程序，有关的机构在组建和行使它们的职能中就不会遇到任何难以克服的困难。此外，美洲国家组织还有一个解决争端的完整的有机的制度，这是它的三个组成文书之一——波哥大公约¹⁵——所规定的。

30. 特别报告员拟议的制度似乎太复杂，其实施过于冗长：如果把各种不同的时限都加到一起，可能需要两年或者三年，甚至更长。此外，很难看出，先进行就定义说是非强制性的调解程序，然后再进行强制性的第三方解决程序，究竟有什么好处。为什么不满足于第三方解决程序呢？人们还可能要问，反措施是否值得要这样一个繁重的机构，反措施毕竟不是宣战。

31. 他认为，一个满足特别报告员视为不可或

缺的两个条件的方法就足够了，尤其是如果在委员会中能取得一致的话。也许这是一个非常简单的方法，也许可以在第二部分中制定，这一部分将确保争议的解决。要按特别报告员提议的文本或按经过修改但本质上相同的文本维持第 12 条相当混乱的制度，可能会妨碍条款草案的正确运用。

32. 起草委员会已经审查过值得委员会注意的一个观点，因为它似乎满足特别报告员的条件，并且似乎有可能通过公约本身规定的方法解决有关反措施的争端：受害国将被授权采取反措施，条件是它同时提议求助于第三方解决程序。通过确保公平评估反措施的合法性，这一制度将大大改善目前的情况。当然，这只适用于起草委员会中讨论的制度的主要内容，而不适用于可能附有的附带条款。

33. 他可以接受基于这些总方针的一种制度，条件是仲裁程序须是绝对自动的，而且其执行不受任何一方的干扰。为此目的，第三部分应该明确规定程序的不同步骤和方式，以便仲裁庭的建立和运行——仲裁人和庭长的任命，在双方未能达成协议情况下仲裁庭起草仲裁协议的工作，等等——完全是自动的。仲裁庭还应有权下令立即停止反措施或采取保全措施或它认为为完成其使命所必需的其他措施。

34. 他同意埃里克松先生的意见：在全体会议上继续讨论这一问题不会有什么结果。条款草案可以送交起草委员会，也许可以附上由埃里克松先生所说的附图。

35. 韦列谢京先生说，他有一种得到埃里克松先生的发言证实的印象：关于在条款草案中增加独立的并且与第一和第二部分同样重要的有关执行和解决争端的第三部分的必要性存在着某种不确定因素。因此他不知道委员会是否已经就这一点做出正式决定；如果对这一问题的答复是肯定的，那么他想知道决定是什么时候做出的以及第三部分的范围是否已经确定。

36. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，尤其是在 1985 和 1986 年，委员会已经将由前任特别报告员里普哈根先生提议的所有建议送交起草委

¹⁴ 见第 2305 次会议，第 25 段。

¹⁵ 见上文脚注 10。

第 2311 次会议

1993 年 6 月 24 日, 星期四, 上午 10 时 10 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、马希乌先生、米库卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田先生、扬科夫先生。

员会。这就是为什么马希乌先生能正确地回顾(第 2306 次会议)说: 起草委员会已定期审议过第三部分的草案案文, 起草委员会无论如何必须对此进行工作。但是委员会当然可以在这方面自由做出它想做出的决定。

37. 主席指出, 委员会第四十四届会议的工作报告¹⁶说, 自 1986 年以来, 委员会设想把关于争端的解决和国际责任的执行的第三部分列入条款草案。因此, 不再产生这样的问题。

38. 埃里克松先生说, 1992 年, 委员会决定用主席刚才宣读的词句取代直到那时一直出现在委员会的报告中关于国家责任一章的导言中的一句话, 以设法消除其意义含糊之处: “本委员会也许会决定列入的可能的第三部分, 可涉及争端解决问题和国际责任的执行。”

39. 得到比利亚格兰·克拉梅尔先生和锡亚姆先生支持的扬科夫先生说, 几年来在这一专题的工作中委员会一直假定第三部分的存在, 此外, 关于这一部分还提出过各种建议。

40. 托穆沙特先生说, 委员会应先完成实质性问题的条款, 再出台条款草案第三部分的程序性规则。

41. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)说, 在目前的这一事例中很难区分实质性问题 and “程序性”问题。当然, 由于方法上的原因, 他自己也必须区分不法行为的实质性后果, 即赔偿义务, 和“程序性”后果, 即反措施, 但结果是关于反措施的条款草案第二部分包含了许多程序性规定。重要的是不要太拘泥于形式; 他认为他无法把实质和程序明确分开, 而且并不认为这种区分在目前的情况下是非常明智的。

42. 主席说, 委员会现在有权认为条款草案包括有关未来公约的执行和解决争端的第三部分, 但不因此预先判断这个第三部分的内容。

上午 11 时 45 分散会。

国际水道非航行使用法(续)* (A/CN.4/446, E 节, A/CN.4/447 和 Add.1-3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[议程项目 4]

特别报告员的第一次报告(续)*

1. 托穆沙特先生对特别报告员所作的涉及所有问题但不罗唆的简明扼要的报告表示赞赏。他同意特别报告员的意见: 委员会要特别感谢前任特别报告员麦卡弗里先生, 在他的指导下, 条款草案在较短的时间内得以形成。

2. 他明确认为公约草案要比示范规则更好。这是因为许多规定涉及只有在条约框架内才能充分发挥效力的程序机制。而且只有把条款草案纳入具有约束力的文书, 它们才能充分发挥其潜力。

3. 他同意特别报告员有关第 1 条无需改动的意见。

¹⁶ 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 20 页, 第 108 段。

* 续自第 2309 次会议。

¹ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

² 同上。

4. 关于第 2 条 (b) 项, 他不反对“并流入共同的终点”一语, 他不明白特别报告员为什么建议删去这句话。然而他同意第 21 条中污染的定义³应移入第 2 条。的确, 如果他没记错的话, 那一直是他的想法。

5. 一个更为重要的问题关系到用“重大”一词取代“明显”一词的建议。他一直深信“明显”一词没有表明想要达到的级限。首先, 它因为有点模糊不清而因辞害意。而且正如已经指出的那样, 它可能具有“不可忽视的”含义。具有这种含义的词无法正确地指明应在哪一点上划清界线。一旦造成重大的损害——其程度超过了依赖用水而获利的国家之间关系的正常参数, 这种界线就会被越过。因此他同意应当用“重大”一词取代“明显”一词, 与此同时, 他还认为第 3 条中对“程度”的提及应当保留。他也没有被第 3 条和第 7 条应当协调一致的论点完全说服。

6. 他不赞同对第 3 条第 3 款提出的修正, 因为他认为没有必要提及现有的水道协定。如果现有协定各当事方要批准未来的公约, 那么他们必须确信这两个法律文件是完全一致的。没有必要告诉他们, 他们可能必须审查早先的协定。特别报告员对这一立场非常清楚, 这一点在他的报告第 16 段中讲得很清楚。

7. 他认为特别报告员提出的改写第 7 条的建议不会改进该条规定的规则的质量。该条可能因过于僵硬而受到批评, 特别是因为乍读起来也许会使人得出这样的结论: 损害的发生本身可能使利用成为非法。但这将是错误的解释。第 7 条要求各国做的是给予应有的注意, 这一要求根据某一特定活动所具有的危险程度而有所不同。因此, 他可以同意特别报告员建议的重新改写的第一部分, 即“水道国应给予应有的注意, 以不致对其他水道国造成重大损害的方式利用国际水道”。其余和另外的部分只是以他认为使人混淆的方式限定该规则。在他看来, 公平合理的利用会始终保持在重大损害的级限之下, 这是很清楚的。通过明晰的提及在第 5 条和第 7 条之间进行协调是不必要的。

8. 令人满意的是, 特别报告员在整体上遵从委员会在一读中所作的原则决定。就特别报告员想采用创新方法而言, 他是否能使委员会相信他个人的智慧胜过条款草案一读通过⁴所体现的集体智慧, 还有待于观察。

9. 卡莱罗·罗德里格斯先生说, 特别报告员的报告的形式令人耳目一新, 它短小精悍, 没有援引权威和文书来证明不言而喻的真理。报告不试图打破存在于条款所反应的不同概念之间的微妙平衡, 将大大便利委员会的二读。条款总体说来已较好地被大会采纳, 委员会的做法是对头的。特别报告员正在沿着前任特别报告员麦卡弗里先生的脚步前进, 委员会应十分感谢后者处理一读的方式。

10. 特别报告员在他的报告中提出了两个一般性问题, 第一个问题是草案中是否应列入解决争端条款。在这一点上, 他要指出, 这些条款在一读时未列入草案, 这一事实并不意味着委员会已经拒绝了这些意见。实际上, 它们已载入麦卡弗里先生的第六次报告⁵, 但是尚没有充足的时间来加以审查。就他自己而言, 他赞同列入争端解决条款。不需要一个复杂的体制。只要在某种程度上表明有义务接受第三程序就足够了。当然, 在调解、仲裁和司法解决之间应当作出某种选择, 每种选择都有利有弊。然而, 特别报告员甚至不必起草条款, 因为已经明智地选择了强制性调解的麦卡弗里先生所编写的条款可以成为委员会工作的基础。

11. 特别报告员提出的第二个一般性问题是草案是应当采取框架公约还是示范规则的形式。虽然委员会没有对该问题作出正式决定, 他本人的理解是, 委员会一直是基于最终会形成一个框架协定而开展工作的。框架协定的办法也已经在委员会和大会第六委员会得到广泛的赞同。然而, 特别报告员还是提出了两种支持示范规则的可能的论点, 但并没有赞同这种办法。其中第一个论点是: 在不能预期得到广泛赞同的情况下, 提倡框架公约办法没有多少意义。这不是一个十分有说服力的论点, 因为各国确实表现出广泛接受将条款作为纲要协定的基础。特别报告员的第

⁴ 见《1991年……年鉴》, 第一卷, 第 2231 次会议, 第 71 段。

⁵ 《1990年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 64 页, A/CN.4/427 和 Add.1 号文件。

³ 见《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 72 页。

二个论点是示范规则将需要大会给予非常有力的认可。然而这种认可其强度不会大于给予框架公约的支持。特别报告员还说,示范规则将便于列入更具体的指导,但是考虑到所涉及的河流和情况千差万别,这种办法似乎有问题。只有一个一般性的文书才能提供一般性指导。

12. 至于条款草案,他不同意特别报告员关于条款草案确立了一个愿望多于现实的标准意见,但他同意,在这一阶段所需要的很大程度上是微调。由于微调的工作大部分可以在起草委员会里完成,他仅就五个要点发表意见。

13. 首先,他不同意特别报告员关于删去第 2 条(b)项中“并流入共同的终点”一语的建议。在特别报告员看来,这种提法似乎除了可能产生混淆外没有什么作用,而且还有给执行范围制造人为障碍的危险。然而,正如委员会在其对第 2 条的评注⁶第(7)段中所解释的,列入共同终点的要求是为了对条款的地理范围实行某些限制:由一条运河连接起来的两个不同的流域盆地不能使它们成为条款所指的单一“水道”的组成部分。例如,在法国,几乎所有的河流都是由运河连接起来的。如果共同终点的内容取消了,那么法国所有的水道系统会因此而减至一条;换句话说,罗讷河和莱茵河将会属于同一系统,这显然是荒唐的。因此,他认为“共同终点”的措辞是必要的。

14. 第二,特别报告员说,他倾向于把“不相连”的承压地下水纳入第 2 条(b)项所界定的“水道”的概念之中,这似乎不太合乎逻辑。如何设想“不相连的”地下水成为“由于它们之间的自然关系,构成一个整体单元”的水系统的一部分呢?如果不存在自然关系,这些水体怎么能成为一个整体单元的组成部分呢?承压地下水的问题需要制定规章,但是要求有不同的一套规则。除了载有一般性原则的那些条款外,能够适用于承压地下水的条款即使有也没有几条。即使鲍威特先生提出的⁷、规划小组业已核准的⁸研究报告也得出结论说,对地下水的规章应当列入水道条款的单独部分,他仍然赞

成制定一个单独的法律文件。总之,在进行进一步研究之前,他反对把承压地下水纳入水道概念的主张。

15. 他的第三点意见与“明显”和“重大”用语有关。“明显”一词用在不少于 8 条的条款中,或者用来限定一个国家必然被影响的程度,某一使用的不利影响,或者用来限定造成的损害。由于显然在所有情况下,不利影响或损害都超出仅仅是“鉴别”或“测量”的可能性范围,显然,它实际的含义是“重大的”,其含义是不可忽视的某些事情,但尚未达到实质性或重要这一程度。委员会在对第 4 条(已变为第 3 条)的评注第(13)至(15)段里⁹试图阐明这种立场,却没有完全取得成功。委员会在对第 8 条(后变为第 7 条)的评注的第(5)段¹⁰里指出,“‘明显’一语包含一种事实标准”,“损害必须能够用客观证据确定”,但是接着又说“必须有对使用的真正损害,即具有一定后果的损害性影响”,“‘明显的’损害不是不重大的或几乎不能察觉的,但是它不一定是‘严重的’”。因此“明显”一语包含两个内容:可以客观地鉴别、察觉或测量,有一定重要性,其程度处于可忽视的和实质性的之间。问题在于“明显”可以被理解为只包含这些内容中的第一项。任何可测量的事物都会被认为是“明显的”。实际上,特别报告员巴尔沃萨先生已为国际法不加禁止的行为而产生的损害性后果的国际责任专题采纳了这种概念,巴尔沃萨先生说,明显的风险是指通过对所涉及活动和事物的简单检查就可确定的风险。但是卡莱罗·罗德里格斯先生自己认为对损害的任何定性都必须包含这两项内容。因此他同意特别报告员有关在整个草案中应当用“重大”一词取代“明显”一词的意见。他的想法。

16. 第四,未来缔结的和在条款中经周密思考的水道协定要优于现有的条款,这一点似乎是没有疑问的。在这方面,他不同意特别报告员的意见,特别报告员怀疑,如果那些协定与现有条款不一致,是不是还应当认为是有效的。鉴于这些条款的剩余性质,只要不影响第三国,各国可以自由地在水道协定中列入他们认为是对条款规定进行调整的

⁶ 见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 74 页。

⁷ ILC/WG/LTPW/93/1/Add.1 号文件。

⁸ ILC(XLV)/PG/R.1 号文件,第 5 段。

⁹ 见《1987 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 28-29 页。

¹⁰ 《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 36 页。

任何规定。在涉及业已生效的水道协定时，问题可能更大。那些协定会取代现有条款吗？为了解决该问题，特别报告员建议说，当各国成为条款缔约国时，它们应当对于现有的一些或全部协定表明它们的意向或谅解。这似乎是一个合理的解决方法，但是如果现有协定各当事国不是全部采取同样的立场，问题仍会存在。为了避免将来的困难，特别报告员不妨进一步考虑这个问题，并提出一项规定。与此同时，他同意托穆沙特先生的有关这样一种规定是不必要的意见。

17. 他的第五点也是最后一点涉及一个重要得多的问题，即第 5 条和第 7 条之间的关系，以及公平合理利用和损害的概念。特别报告员已经正确地说明了第 5 条和第 7 条为整个草案提供了一个关键内容，但条款仍有模糊不清的地方。然而，这种模糊不清是以下两种意见妥协的结果：一些人认为第 5 条规定的“公平合理”的利用应当成为主要考虑，其中也许默认造成某些损害的权利；而另一些人——包括他自己——侧重损害，其理由是任何利用对另外一个国家造成损害，就不能把它看成是“公平合理”的。当然，他设想的是超过合理限度的损害。特别报告员现在建议，重新起草第 7 条，以便对各国仅施加“给予应有的注意”的义务，而非不造成损害的义务，因此，凡属公平合理的利用，某些损害是允许的，其结果是公平合理将成为压倒一切的考虑。作为一般原则的一种例外，只有污染造成的损害才会导致利用不公平也不合理，即使在这种情况下，损害也可能是允许的，只要没有对人类健康和安全立即造成威胁，以及只要可以明确确定存在使特别调整完全必要的特殊情况。不用说，他反对重新起草，因为这样做将会完全打乱在一读中所达成的微妙平衡。使用自己的财产应不损害他人的财产的概念将从属于“公平合理”利用这一不精确的概念，这一概念没有提供一种客观的标准，因此其本身不能被接受为处理可能造成跨界损害的水道利用产生的问题的基本原则。公平合理利用的概念得到许多权威当局的支持并出现在许多国际文书中，但这一事实并没有使它能合理取代一项基本原则，即压倒一切的考虑是不对其他国家造成严重损害的责任。他同意第 5 条，但条件是日前拟就的第 7 条将列入草案。如果有人坚持要打乱两个条款之间现有的平衡，条款的

二读将会十分困难。

18. 伊德里斯先生就特别报告员的第一次报告向他表示祝贺，并赞扬前任特别报告员麦卡弗里先生在拟定条款草案案文方面所作的贡献。报告对那些涉及专题核心的根本问题作了简洁的论述。

19. 他同意委员会的建议，应当采取一种能够在起草共同水道具体协定方面指导各国的框架协议或公约的形式。然而，特别报告员说得对，框架协议的办法意味着可望被各国广泛接受。在起草具体协定时，各国在是否遵从委员会指导的问题上当然要保留全部的自由。无论怎样，现在要对委员会的工作成果做出判断尚为时过早。

20. 委员会当然应当提出解决争端的规定，因为这样做将会增强文本的可信性，将会促进其被各国接受。然而，委员会在转而讨论争端解决办法之前应当完成其有关条款草案本身的工作。

21. 第 1 条第 2 款现在的措辞模糊不清，会造成混乱。因此起草委员会应当给予进一步的研究。

22. 第 2 条 (b) 项为“水道”一词下了定义，如果它指一个包括几个组成部分，即河流、湖泊、地表水和地下水、运河和水库的水系统，就会更加清楚了。他也不同意特别报告员有关“并流入共同的终点”一语应当删去的建议，因为这些用语表示了一种事实，如果删除这些用语就会造成与他本人对这一事实的理解完全不一致的解释。

23. 关于第 3 条，他支持特别报告员关于将“明显”一语改为“重大”的建议。尽管卡莱罗·罗德里格斯先生刚才对两个词作了分析，修正不会影响该条款的内容。根据委员会过去对这个问题的研究，很明显，“重大”意指“重要”。框架协议将不一定影响现有的国际水道协定，除非这些协定的缔约国另作决定。正如卡莱罗·罗德里格斯先生所建议的，这一点也许应当列入第 3 条内。当然，在第 4 条中也应当作出同样的修正。

24. 第 5 条和第 6 条涉及的公平合理利用原则的内容应当由各国决定，但是第 5 条应当表明利用的模式。例如关于国家间水道的划分，因为这样做将有助于争端的解决。已经有许多关于这个问题的有用的协定。那样第 7 条将成为多余的，因为它对

利用私有财产不应损害他人的原则将构成一种例外。按照第 7 条,损害将经主观地而不是客观地评估,从而削弱了案文。

25. 第 31 条的含义¹¹不清楚,因为第二句话似乎与第一句相矛盾。不论怎样,此类极为重要的资料可能受到那些必须被遵守的国家法律的保护。他同意特别报告员的意见,第 8 条无需作任何改动,他完全支持第 8 条。

26. 他赞成卡莱罗·罗德里格斯先生就承压地下水问题所作的评论,因为地下水看上去与条款草案的主题没有直接的联系。把它列入也许会造成根本性的难题,因为该问题实际上需要一套单独的规定。

27. 卡莱罗·罗德里格斯先生说,他在谈到麦卡弗里先生有关争端解决的建议时犯了一个错误,因为这些建议不仅包括调解,也包括诉诸仲裁的义务。

28. 罗森斯托克先生(特别报告员)说,卡莱罗·罗德里格斯先生开始时是正确的。建议指出了仲裁的方向,但是并没有强加一种义务。

29. 居内先生就特别报告员的第一次报告向他表示祝贺,该报告采取了一种务实的办法,但是体现了一种通融的精神。他也赞扬了麦卡弗里先生对条款草案所作的贡献。特别报告员是在这样一个领域里工作,其中有许多已有的国际协定,但协定所包含的原则由于涉及许多不同的情况而难以编纂。

30. 条款草案应当采取框架协定的形式,其中载有各国在起草适应本国国情的协定时可以遵循的一般性建议。除了大不列颠及北爱尔兰联合王国外,所有对该专题发表过意见的政府都倾向于框架协定而不是示范规则。委员会最后应当就争端的解决提出建议,但是在条款草案本身获得通过之前,这样做尚为时过早。

31. 他同意特别报告员的意见,即有关“污染”的定义应当从第 21 条¹²移至第 2 条。第 2 条(b)项所载的“水道”的定义受到了广泛的批评,因为它扩大了条款草案的范围。委员会处理地下水

以及地表水,实际上就会超越它的授权。所讨论的定义将需要全面重新绘制地图,现有的地图并未标明地下水。这将成为发展中国家的一个负担,而且,不管怎样,现在没有足够的数据来准确地说明地下水。区别地下水和地表水也是困难的,水是否承压也会出现争端。因此,第 2 条(b)项应当重新起草,只包括地表水。这样一来,删除“并流入共同的终点”这句话就不会有问题。

32. 他可以同意在第 3 条和其他条款草案中用“重大”一词取代“明显”,虽然他更喜欢“实质的”一词。

33. 第 5 条第 2 款可能是多余的,因为其要点——公平合理地参与国际水道的利用、开发和保护——已经在第 1 款中谈到。在他看来,第 2 款应当删掉。他对特别报告员有关改写第 7 条的建议有很大怀疑,因为其结果可能打乱使公平合理利用成为条款草案的决定性要素这一脆弱的平衡。

上午 11 时 20 分散会。

第 2312 次会议

1993 年 6 月 25 日,星期五,上午 10 时 5 分

主席:胡利奥·巴尔沃萨先生

出席:巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田先生、扬科夫先生。

¹¹ 见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 73 页。

¹² 见上文脚注 3。

国际水道非航行使用法(续)(A/CN.4/446, E 节, A/CN.4/447 和 Add.1-3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[议程项目 4]

特别报告员的第一次报告(续)

1. 马希乌先生在提及特别报告员就一读通过的条款草案第一和第二部分³提出的建议时说,关于该案文今后的形式,委员会从一开始就是按照一项框架公约的构思进行工作。他认为,委员会应继续沿着这一方向进行。委员会是一个编纂机构,而不是受托就各种主题编写报告的“思想库”。

2. 列入有关争端解决的规定将会对该草案有益。前任特别报告员已根据这些方针草拟了一些规定,对这些规定可再次进行审议。他迫切希望在下届会议上能听到现任特别报告员就这个问题提出的建议。

3. 他对草案第一部分第 1 条没有意见。但他对特别报告员建议从第 2 条中删除“并流入共同的终点”一语的确持有严重保留意见。特别报告员说,这一句有可能引起混乱,并冒“对使用范围造成人为的限制”的危险,但未作进一步解释。但是,删除这一句也有可能将十分不同的水道或水道系统人为地联系在一起。他忆及,一读通过的第 2 条的评注第(7)段⁴极力说明,一条运河把两个不同的流域连接起来的事实并不能使它成为单一水道或水道系统。因此,这是个微妙的问题。但是,如果特别报告员能就他的建议提出具有说服力的论据,他就会在这个问题上采取灵活态度,并会欣然同意特别报告员的建议,但目前的情况并非如此。

4. 既然委员会已请特别报告员考虑承压地下水的问题并确定是否应将该问题作为一项单独研究报告的主题或该条款草案的一部分,他将在特别报告员提交有关这个问题的报告后,再表明他的意见。

5. 关于第 3 条,他不反对在备选案文 A 中用“重大”一词代替“明显”一词。但是,他不赞成提到“重大损害”的拟议的备选案文 B。他认为,这个方案提出了一项限制该条款范围的新内容。

“在重大程度上影响”(备选案文 A)与“造成重大损害”(备选案文 B)之间的差别不容忽视。特别报告员建议将“现有协定”的提法加入第 3 条。他认为这没有必要,而且还会导致产生一些复杂情况和僵硬做法。条约法规定的普通规则,特别是《维也纳条约法公约》中的规定,已足够处理陆续订立之协定的问题。

6. 关于第 8 条和第 26 条应置于案文何处的问題,他认为起草委员会应当能够就此做出决定,因为这是个形式而不是实质问题。

7. 关于条款草案第二部分,特别报告员提到第 5 条与第 7 条之间微妙的平衡问题是正确的。关于各国执行这些条款的责任的性质和范围,或许也有一些含混不清的地方。但是,这并不能证明按特别报告员希望的那样从根本上修改第 7 条是正确的。实际上,特别报告员提出的案文有可能破坏他想要提请委员会注意的那种平衡。

8. 还令人遗憾的是,特别报告员认为必须在第 7 条中具体提及污染问题。列入这一概念只会引起一场新的辩论,其结果如何不得而知。而且,假定特别报告员的建议被接受,他提出的措词也有问题。特别报告员说,以污染的形式造成的重大损害应假设为不公平和不合理的利用方式,除非“不存在对人的健康和安全造成任何眼前的威胁”,这一限定的优缺点可能引起质疑。例如,人们只需想象致使水道系统全部鱼类死亡的污染对某些河岸国多么至关重大。对第 7 条进行这种冗长而重大的修改似乎没有必要。

9. 因此,尽管他同意特别报告员提出的在起草上作一些修改的建议,但他暂时不会同意某些具有深远影响的修正,尤其是对第 5 条和第 7 条的修正。

10. 山田先生说,他将首先发表一些一般意见,然后再对经特别报告员再次审查的条款草案进行详细评论。特别报告员提出了一项特别简明而实际的“模范”报告。

11. 从第六委员会进行的讨论(A/CN.4/457, E

¹ 转载于《1993 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

² 同上。

³ 见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 69 页起。

⁴ 对第 2、10、26 至 29 以及 32 条的评注,同上,第 74-77 页。

节) 及从各国政府收到的评论和意见 (A/CN.4/447 和 Add.1-3) 判断, 一读产生的案文似乎得到了各国的赞同, 这显然是由于前任特别报告员进行了出色的工作。委员会不应失去这个势头, 而且应尽力在下届会议结束前完成该草案的二读。

12. 正如特别报告员指出的, 加速这项工作的办法是立即解决草案案文的形式问题。山田先生本人赞同制订一项框架公约。但重要的是要清楚地了解这个词语的意思。换句话说就是, 水道国自由缔结具体协定的限制是什么? 第 3 条第 1 款说, 水道协定“按照某一特定国际水道或其一部分的特征和使用适用和调整本条款的规定”。如果委员会想继续制订框架公约, 或许就必须阐明“调整”一词的意思和范围。

13. 特别报告员在其报告中指出, 一些政府促请委员会考虑在案文中加入争端解决条款。他也建议列入有关未来公约的解释和适用的解决争端的规定。由国际水道的使用可能引起的争端属于一种特殊争端, 要求采取特殊的解决程序。第二部分所载的条款表明, 争端或许与“公平合理利用”特定国际水道有关, 因此应当特别注意调查、评估和评价程序。因此, 适当的办法是规定友好的第三方解决制度, 并提供诉诸仲裁的可能性。

14. 他还提请委员会注意确保其就各种专题进行的工作协调一致的问题。第四部分条款涉及保护和保全, 第五部分条款涉及有害状况和紧急情势⁵, 这些条款与在关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的范围内所讨论的预防问题密切相关。应当注意保持这两个专题的概念与条款草案之间的连贯性, 以确保国际法律秩序的普遍性与统一性。

15. 在谈到条款草案时, 他注意到特别报告员的初次报告只涉及了第一和第二部分的条款, 因此, 目前他将只提及这些问题。但是, 这并不妨碍他对草案案文所载条款的顺序进行评论。他认为, 可以将第六部分(杂项规定)⁶的条款移到该草案的其他部分中。例如, 可以将第 31 条(对国防或国家安全至关重要的数据和资料)加入第 9 条(定期交换数据和资料), 并将第 32 条(不歧视)移入第

二部分(一般原则)。

16. 此外, 他同意特别报告员关于将界定了“污染”一词的第 21 条第 1 款移入第 2 条(用语)的建议。对界定“紧急情势”的第 25 条第 1 款和界定“管理”的第 26 条第 2 款可以采取同样做法。他还同意特别报告员提出的以下建议, 即应以“重大”一词代替第 3 条第 2 款中的“明显”一词。但是, 就术语而言, 他认为重要的是与关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的草案所使用的措词相一致。因此, 评注应当对“重大”一词的范围进行解释。

17. 尽管特别报告员似乎认为第 3 条第 2 款的备选案文 B 更可取, 但他感到有些不合意的是“不对……该水道[的水]的使用造成重大损害”一句。象备选案文 A 那样讲就比较自然, 即“对该水道[的水]的使用在重大程度上不受……不利影响为限”。

18. 特别报告员还建议将第 8 条和第 26 条置于第 3 条前面。尽管他不反对这种变动, 但对这些条款每一条的移动位置都应加以仔细考虑。

19. 至于涉及国际水道的各种使用的相互冲突问题的第 10 条第 2 款, 考虑到对该项规定的执行, 委员会或许应拟订某种灵活的协商制度。

20. 规划小组已建议委员会请特别报告员进行研究, 以确定将“承压地下水”的问题纳入该专题是否可行。特别报告员显然认为这是轻而易举的事。如果是这样, 山田先生这方面不会有什么问题。但是, 如果这会造成各种困难, 并会增加大量额外工作, 最好还是单独审查这个问题, 并按计划进行工作。

21. 本努纳先生对特别报告员及其前任表示敬意, 认为前任特别报告员制订的已一读通过的出色的条款草案无需做多少改动。但是, 他担心现任特别报告员的建议未充分注意到整个草案, 因此可能最终会破坏一读通过的案文的平衡。

22. 在对一般性问题进行评论时, 他提醒委员会, 它已决定制订一项框架公约, 它应当坚持原先的目标。有关水道工作的整个要点是制订一部将会得到所有国家支持的基本框架, 以协调某些最低限度规则。这一点尤其正确, 因为草案第三部分主要是程序性的, 这一点就表明, 在这方面同在其他方

⁵ 见上文脚注 3。

⁶ 同上。

面一样, 程序和内容是密切相关的。

23. 关于争端的解决, 委员会几乎不能指望在目前审议的专题中纳入创新方法, 或许可以不让委员会从事拟订有关该问题的规定的工作, 特别是由于草案第三部分已经规定了谈判和协商制度。也许可以提及《联合国宪章》第三十三条。但是, 在一项应当具有灵活性的草案中, 将具有约束力的程序强加给各国似乎是不适当的。

24. 关于第 3 条, 他不反对在备选案文 A 中以“重大”一词代替“明显”一词, 但他看不出提出备选案文 B 有什么好处, 该方案与特别报告员提出的术语要点(报告第 12 段)决无任何关系。特别报告员进行的分析似乎也有些混乱, 他关于在第 3 条第 3 款中提及现有协定的建议就表明了这一点。或许他未掂量所有的后果。如果一项框架协定这样被削弱, 那么它还能实现什么目标呢? 此外, 整个草案表明无需提出这样一项建议, 因为第 10 条解决了这个问题, 该条规定, “如无相反的协议或习惯, 国际水道的任何使用均不对其他的使用享有固有的优先地位。”他认为, 最好的解决办法是遵守一般条约法。

25. 最重要的是第 5 条与第 7 条之间的关系, 这正是该专题的核心。但是, 就第 7 条提出的新的措词不清楚, 而且还有提出污染问题的缺点, 第 21 条已经处理了污染问题, 又没有与之相联系。特别报告员将损害减至污染的情况, 这样做的确走的太远了。

26. 鉴于所有这些问题, 他认为, 一读通过的草案是最可行的妥协。或许它有几处需要在起草上进行修改, 但总的说来应予保留。

27. 扬科夫先生说, 委员会审议的报告完全符合二读的要求, 因为它着重对各国政府提出的意见进行通盘考虑, 并顾及了对条款草案具有影响的新的发展情况。

28. 在对一般问题, 首先是该条款草案的最后形式进行评论时, 他注意到委员会已在第 3 条的评注⁷第(2)段中表明倾向于制订一项框架公约, 该公约“在有关国家间未达成具体协定的情况下, 为

缔约国提供有关国际水道非航行使用的一般原则和规则, 并对未来协定的谈判提供指导方针”。的确, 鉴于水道的多样性以及各国经常发生的利害冲突, 大会决议或宣言所载的示范规则使得有可能回避批准问题。但是, 这不应削弱以总括公约形式制订的具有约束力的文书在法律上所占的优势, 特别是因为现有草案已具有框架公约的全部性质和要素。

29. 该报告涉及的另一般问题是争端解决。他原则上同意特别报告员的建议, 即该草案应当包括有关该问题的一般规则, 确定标准的解决争端程序, 特别是规定视情在技术专家机构的协助下, 就专门协定采用特殊机制。但是, 他同意本努纳先生的意见, 即重要的是不要对这类公约中有关解决争端的章节希望过高。在这方面, 这类公约不同于如《联合国海洋法公约》等。

30. 但是, 可以设想根据一般规则建立江河流域委员会或其他类似机构, 这将符合十分普遍的做法。联合国人类环境会议建议“有关各国考虑, 为属于一国以上管辖的共同水利资源, 设立河域委员会或促进有关国家之间合作的其他适当机构”⁸, 这些技术委员会的经验很令人鼓舞。尼日尔流域管理局、冈比亚流域开发组织以及防止莱茵河污染国际委员会也是如此。这种机构还被设想用于保护多瑙河流域的环境, 并治理造成黑海污染的其他河流, 如第聂伯河和德涅斯特河以及流入与黑海相连的亚速海的顿河和库班河。因此, 他认为, 草案应当包括几项有关区域合作制度的一般规则。

31. 草案还应当反映联合国环境与发展会议, 特别是《21 世纪议程》⁹和《关于环境发展的里约热内卢宣言》¹⁰制订的有关概念和原则。他特别想到可持续发展概念及所谓全面保护环境的方法, 其中将经济和社会考虑与环境问题结合在一起。例如, 《里约宣言》中的原则 4 规定:

“为了实现可持续的发展, 环境保护工作应是发展进程的一个整体构成部分, 不能脱离这一进程予以孤立考虑。”

⁸ 见《联合国人类环境会议报告书, 斯德哥尔摩, 一九七二年六月五日至十六日》(A/CONF.48/14/Rev.1), 第 32 页, 建议五十一。

⁹ A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I) (联合国出版物, 出售品编号 C.93.I.8 和更正), 第 8 页起。

¹⁰ 同上, 第 3-7 页。

⁷ 原作为第 4 条通过。其评注见《1987 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 27-30 页。

这个
章法
开发
规划

该章
他五

素,
的,
则:

部分
水资

此外

水盆

这巧
前情

17:
是:

应进
主管

有关
书中
和国

案第
部分
部分

这个意见还反映在《21 世纪议程》第 18 章中，该章涉及保护淡水资源的质量和供应以及对水资源的开发、管理和利用采用综合性办法，该章第 18.5 段规定：

“兹就淡水部门提出下列方案领域：

(a) 水资源的综合开发与管理；

(b) 水资源评价；

.....”

该章还涉及到可能与国际水道非航行使用有关的其他环境保护和管理领域。

32. 如果草案没有反映这些因素以及其它因素，那是令人遗憾的，因为这些因素是极为重要的，比如《21 世纪议程》第 18.8 段规定的原则：

“水资源综合管理的依据构想是，水是生态系统的组成部分，水是一种自然资源，也是一种社会物品和有价物品，水资源的数量和质量决定了它的用途性质。”

此外，第 18.9 段还强调，

“水资源综合管理包括水陆两方面的综合管理，应在汇水盆地或亚盆地一级进行。”

这项原则也应载入条款草案，它会使草案更符合目前情况。

33. 同样地，应特别注意《里约宣言》中原则 17 提出的对环境影响进行评估的要求，这项原则是：

“凡是可能对环境产生重大不利影响的拟议活动，均应进行环境影响评价，环境影响评价是一种国家手段，须由主管国家当局作决定。”

有关环境影响评估的这项一般规则已经纳入一些文书中，如《越境环境影响评估公约》和《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》。

34. 这些概念或许可以纳入涉及一般原则的草案第二部分，然后可以在特别涉及管理问题的第三部分及涉及保护和保全水道环境的全面办法的第四部分中加以阐明。

35. 关于条款草案，他认为，《21 世纪议程》第 18.8 和第 18.9 段所强调的水资源综合管理概念应当纳入第 1 条第 1 款。因此，起草委员会不妨在“养护”一词前加上“管理”一词。

36. 他不赞成特别报告员关于应从第 2 条中删除“并流入共同的终点”一语的建议，因为正如对该条的评注第 (7) 段¹¹指出的，共同的终点是水道系统定义的一个重要组成部分。至于可能在草案中纳入“承压地下水”的问题，他注意到，特别报告员认为这种改动似乎不需要很大。就他本人而言，他不相信这是件轻而易举的事，也不相信一项简单的修改草案足以解决其本身就等于一个专题的问题。委员会在第 2 条的评注第 (5) 段中建议，对承压地下水单独进行研究或许是适当的。但是，他同意将第 21 条¹²中的污染定义移入第 2 条的建议。他还相信，起草委员会将会审查污染定义，以使该定义更符合现实情况。

37. 涉及第 3 条（水道协定）的一个主要问题，是能否以“重大”一词代替“明显”一词。尽管这似乎是一项明智的建议，并得到很大程度的支持，但他认为这样做没有必要。诚然，“重大”一词含有一种限度，这是该词的长处。但这种限度不是参照客观参数确定的。因此，该词的短处是对它的解释将取决于主观标准。至于“明显”一词，它表明了某种可以根据客观证据来确定的东西，并表达了“重大”和“实质”的概念。但是，在条款中有这样的实例：对水道国的利益具有决定性影响的不是造成损害的程度。这就是“明显”一词经常用于条约的原因，尽管“重大”一词在《里约宣言》中出现过两次，分别是原则 17 和原则 19。因此，这个问题实际上并不象看起来那么清楚。此外，采纳“重大”一词可能对国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这个专题具有某些影响。因此他认为，委员会在做出最后决定之前，应当再次审议这两个措词的相对长处。实际上，委员会曾有机会在对第 3 条的评注¹³中，特别是在第 (7) 和第 (14) 段中处理这个问题。

38. 他认为，第 26 条不应移至第二部分（一般

¹¹ 见上文脚注 4。

¹² 见上文脚注 3。

¹³ 见上文脚注 4。

原则), 但起草委员会不妨考虑根据《里约宣言》原则 4 制订一项有关综合办法的一般原则的可能性, 同时按起草的那样, 将有关管理的部分留在第 26 条不动。

39. 关于第 6 条, 他指出, 第 1 款中所列举的因素并不详尽, 但所有六个类别全都十分恰当。因此, 应保留拟议的这一条。

40. 在对有关不造成明显(或重大)损害的义务的第 7 条进行评论时, 他强调指出, 特别报告员提出的修订案文在说明一般原则方面作了不必要的赘述。“应有注意”这一提法是可以接受的, 但是他担心这可能并不充分, 因为这个概念未涵盖最新的文书所载的预防原则的所有方面。拟议的案文的其余部分, 即作为例外提及其他国家的同意以及有关污染的推定及这种推定的形式和限制, 将无助于从总体上改进这一条。但是, 如果特别报告员提交的案文被接受, 他将建议在(b)项中包括对环境的明确提法, 因为他认为, “人的健康和安全”的提法限制性太多, 而且不符合污染的准确定义, 该定义还特别包括给生物资源造成的损害。但是, 就整个第 7 条而言, 他比较赞同采取既载有“适当努力”的提法, 又以预防原则为目标的较短的措词。

41. 最后, 他促请委员会谨慎从事, 不要对草案做太多的修改。

42. 史先生说, 同特别报告员一样, 他一般认为委员会不应等到就一个专题的工作完成之后再来决定条款草案采取的最后形式问题。但是, 在目前情况下, 委员会将对该问题的决定推迟到以后再做可能是适宜的, 这有两个主要原因。第一, 对该条款草案作了评论的为数不多的几个国家政府在这个问题上存在着意见分歧。一些国家政府赞成制订一项框架公约, 而另外一些国家政府则赞成制订示范规则、建议或指导方针。第二, 也是主要的原因, 许多其领土上具有跨界水道的国家未递交它们的意见。其中之一是中国, 该国领土上有十四条国际水道, 其中两条是界河, 而就另外十二条而言, 中国或是上游河岸国, 或是下游河岸国。领土上拥有水道的国家政府在迅速回应有关对该条款草案发表评论的请求方面或许有些困难。这说明以后会有更多的国家政府对条款草案作出反应。但是, 如果委员会向大会提出的建议能够顾及到尽可能多的国家政

府的意见, 那将更有益于条款草案的成功和委员会的威信。这不会妨碍委员会以框架公约草案作为工作基础。

43. 关于解决争端的问题, 发表了意见的国家政府一般来说都赞成条款草案所载的规定。他可以同意特别报告员应当就该主题提出建议的意见, 尽管他通常认为比较可取的是, 假若大会决定条款草案应采取国际公约形式, 就由外交会议确定并制订一些解决争端的规定。但是, 列入有关解决争端的条款将无损于条款草案, 即使委员会最后决定该草案将采取示范规则、建议或指导方针的形式。

44. 在谈到条款草案本身时, 他指出, 一般来说, 各国政府比较赞同采用“水道”二字, 而不是“流域”二字。因此, 他认为第 1 条应当保持原样。至于对“国际水道”和“跨界水域”的选择, 采用哪一个都可以, 但“跨界”一词造成误解的可能性会更小。

45. 各国政府似乎对第 2 条的主要问题, 即是否应当删除“并流入共同的终点”一语有分歧。增加“共同的终点”一语, 是为了将“承压地下水”排除在条款范围之外, 从而避免有关的问题。但是, 鉴于贯穿国家边界的承压地下水越来越重要, 一些委员提议将它们作为一个单独专题来处理, 对于将这个专题列入委员会长期工作方案的问题应进行研究。实际上, 促使“共同的终点”这一概念纳入“水道”定义的是国际法协会制订的《赫尔辛基规则》¹⁴。目前该协会似乎同意特别报告员关于删除定义中这一概念的意见。如果特别报告员能在委员会规定的完成有关该专题工作的期限内实际拟订有关“承压地下水”的条款草案, 而不影响其他条款草案, 他可以同意将“共同的终点”一语列入方括号内。但是, 如果特别报告员不能找到解决办法, “并流入共同的终点”一语应原封不动地保留在定义中。如果委员会委员同意将“污染”一词的定义置于别处, 而不是第 21 条中, 他不反对将该词移入第 2 条, 尽管特别报告员对第 7 条有一些考虑。

46. 至于第 3 条, 以“重大”一词代替“明

¹⁴ 《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》, 国际法协会于 1966 年通过; 见国际法协会, 第五十二次会议的报告, 赫尔辛基, 1966 年(伦敦, 1967 年), 第 484 页起; 部分转载于《1974 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 357 页起, A/CN.4/274 号文件, 第 405 段。

显”一词的建议可能不仅限于消除意思上的含混不清,为支持这项建议,特别报告员提出了两个论点。这可能涉及一种限度标准,超过这个限度的损害是不能容忍的。根据对第 7 条的评注¹⁵，“明显”一词提供了最符合事实和最客观的标准,而且在第 3 条的范围内,该词应被理解为“重大”。但是,至少有一个政府认为“重大”的标准与“明显”的标准不同。应当指出的是,委员会在审议关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一专题时必须审议同一问题。由于委员会目前正处于对条款草案进行二读的阶段,因此仍可进行一些改动,但只能在充分讨论了该问题之后,并考虑到特别报告员的意见和各国政府的评论。如果对第 3 条提议的更改被接受,还必须对其他条款进行更改。

47. 至于条款草案与现行水道协定之间的关系,他的看法与特别报告员的看法相同,并接受特别报告员提出的第 3 条第 3 款修正案。但是,与特别报告员的意见相反,他认为,关于将第 8 条和第 26 条移到第 3 条前面的建议将会影响该条款草案的合理顺序。涉及合作与管理问题的这两项条款不适合主要涉及该草案范围的第一部分(导言)。

48. 特别报告员在其报告第三章中,提请人们注意第 5 条和第 7 条现有措词含混不清的情况,一些国家政府已对此作了评论。他本人同意这些国家政府的意见,它们强调,应在利用和环境保护与在可持续发展的范围内利用之间做到适当的均衡。为澄清这个问题,特别报告员建议,应对第 7 条进行修改,以确立一种体制,使公平合理利用成为决定性的标准,在污染的情况下除外,在污染的情况下,第 5 条将从属于第 7 条。该修正的一般主旨似乎是接受的,但必须加以详细研究。

49. 冯巴先生说,特别报告员的第一次报告提出的一般问题如下:是否应当制订一项公约草案或示范规则?这个问题是否应在目前解决?有关解决争端的规定是否应列入该草案?象国际水道非航行使用法这样的专题中有一项基本原则,即专门化原则,因此,整个问题是,在逐步制订特殊法的基础上,制订一般法。念及委员会在制订示范规则方面的实践以及贸易法委员会制订的规则实例,框架公约的解决办法似乎是合理的。此外,由于有必要预

先了解委员会的工作最后取得的结果的法律性质,以便界定它的概念框架,必须立即作出选择。而一些发言者忆及,委员会已明智地解决了这个问题。特别报告员还正确地说明,条款草案必须包括有关实况调查和解决争端的规定,因为从水道方面产生的问题的性质讲,这些是必不可少的方面。

50. 在谈到草案第一部分(导言)时,他同意特别报告员的意见。特别报告员说,就第一条而言,“水道”、“流域”与“越境水道”之间没有实质性区别,即使“流域”一词似乎在非洲条约惯例中占主要地位。他反对从第 2 条(b)项中删除“并流入共同的终点”一语,因为“水道”定义须以“线性”方法为根据。他还反对关于将该草案扩大到包括承压地下水的意见。承压地下水被明确说成与水道无关。但是,他确实同意特别报告员的另外两项建议,即将现有第 2 条案文作为对条款草案进行二读的审议基础,以及将第 21 条中的“污染”一词的定义移入第 2 条。

51. 至于第 3 条的内容,他认为,“明显”和“重大”两词可以互换,而且“在重大程度上……不利影响”一语与“造成重大损害”一语之间没有实际差别。就形式而言,他同意以下意见,即似乎没有必要每次都提及水道的“水”。条款草案与现行协定之间的关系问题引起了令人很感兴趣的讨论,但似乎不存在任何真正的时际法问题。也没有必要将协定意见加到第 3 款中的“特征”和“使用”上,因为先前的协定将优先适用,而且适合有关水道的特征和使用。至于将第 8 条和第 26 条移到该草案第一部分的意见,如果这意味着更加合理地安排这些条款的顺序,起草委员会就应予以接受。但是,关于第 26 条,在“公平合理”、“合理和最佳”以及“持续发展”等词语的精确范围方面可能会有一些疑问。

52. 在一般原则方面产生的问题,主要涉及第 5 条和第 7 条以及这两条规定之间的关系。他认为,在有关国家不能达成彼此均可接受的解决办法的情况下,由第三方做决定是十分重要的,而且正如特别报告员所说的,第 6 条第 2 款可以作为实现这一目标的良好基础。特别报告员还提出了第 7 条新草案,这项草案将改变第 7 条的标题,并使该案文长得多,但是,这种解决办法引起了微妙的定义和界定问题,因此或许最好保留现有措词,现有措

¹⁵ 最初作为第 8 条通过。其评注见《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 35-41 页。

53. 关于第 8 条, 他同意委员会的结论, 即最好就合作目标采用一般的提法。他不能理解特别报告员对诚意和睦邻原则所抱的偏见。

54. 对非洲条约惯例的一些方面进行的分析表明, 许多水道协定使用与“公平合理使用”十分接近的词语, 而且一些案文还详细说明, 必须在这方面规定各国所应承担的义务, 同时应顾及所有水文、生态、经济和社会方面的考虑, 发展项目产生的预期影响, 所涉及的区域, 直接或间接进入主要水道以及其它考虑。这些案文还使用了“明显”、“重大”甚至“相当大”这几个措词。

55. 从各方面处理了地下水问题。有时, 只有在地下水的使用有可能在一个或另外几个国家造成明显损害的情况下, 协定才适用于地下水。在其他情况下, 协定规定, 在因共同使用这种资源而产生问题时, 应举行协商。有时, 协定在提到地下水时, 未作进一步详细说明。有两项协定阐述了各种使用之间的关系问题: 《设立塞内加尔河开发组织公约》第 20 条授权常设水资源委员会规定各国和各部门间分享水源的原则和模式; 《设立尼日尔河流域管理局公约》第 4 条第 2 款 (v) 项谈到了各种使用、项目和部门中的重点。最后, 所有协定几乎都规定了相同的争端解决程序。简而言之, 所有协定均规定了举行谈判, 90% 的协定规定求助非洲统一组织调解、和解、仲裁委员会审理, 一半规定了求助国际法院。

同其他机构的合作 (续) *

[议程项目 7]

欧洲法律合作委员会观察员的发言

56. 主席对欧洲法律合作委员会 (以下简称法律合作委员会) 观察员德索拉先生表示热烈欢迎, 并请他向委员会发表讲话。

57. 德索拉先生 (法律合作委员会观察员) 说, 就国际公法而言, 欧洲委员会的主管机构是国际公法法律顧問委员会 (以下简称法律顧問委员

会), 埃里克松先生为其成员。埃里克松先生不断向法律顧問委员会通报国际法委员会工作的情况。法律顧問委员会是欧洲委员会成员就当前的问题交换意见的机构。最近它审议的两个主要问题是国家继承和建立国际战犯法庭。法律顧問委员会还成立了一个工作组, 这个工作组刚刚完成制订有关国家继承和承认问题的国家实践示范文献资料计划的工作。工作组将向法律顧問委员会提交这项计划供通过; 它设想在国家一级和欧洲委员会内进行数据收集和處理, 以便予以传播, 或许发表。

58. 关于人权和少数人的权利问题, 《欧洲人权公约》现在似乎成了它本身获得成功的牺牲品: 每年都有大量请求被提出, 在合理时间内处理这些请求越来越困难了。该体制有两个机构, 一个是委员会, 另一个是法院, 它们大致相当于两级管辖, 这种安排大大放慢了工作速度。为了在简化该体制的同时保持其效力, 一个工作组正在制订一项建议草案, 这项草案将提交定于 1993 年 10 月在维也纳举行的欧洲委员会成员国国家或政府首脑会议。

59. 关于更具体地涉及少数人的问题——一个与欧洲委员会正在制订的民主保障理论有关的问题, 欧洲委员会认为, 保护少数人是实现欧洲和平的先决条件, 因此必须保证他们的权利。欧洲委员会部长理事会主席希望上面提到的国家或政府首脑会议能要求欧洲委员会制订有关保护少数人的法律文书。

60. 在民法方面, 欧洲委员会通过了《关于危害环境的活動造成損害的民事責任公約》。以《關於環境與發展的里約熱內盧宣言》¹⁶ 原則 13 為依據的這項公約不是在所有方面非常具有創新性, 因為它從現行公約中借用了一些概念, 特別是《關於道路、鐵路和內路航運船隻運載危險物品引起損害的民事責任公約》。但該公約是第一個一般性公約。它是以嚴格責任的概念為依據的, 並涉及了被它劃為危險一大類的大量活動。困難在於在規定涉及所有危險活動的足夠一般的概念的同時, 確保一定程度的法律上的確定性。因此, 該公約不僅包括一個一般性定義, 還載有一些列有數百種被定為危險類的

* 续自第 2304 次会议。

¹⁶ 见上文脚注 10。

质的附件。当然，危险物质清单并不是详尽无遗，该公约可能将适用于新的物质或新的混合物。它还适用于转基因生物和废物。

61. 责任由管制危险活动的人员承担。对这个问题的，特别是废物问题已进行了详尽的讨论。但由理论和实践上的原因，最后得出的结论是，受损害一方必须能够易于确认对损害负有责任的一方。

62. 所涉损害种类包括对人员、财产和环境本身的损害以及环境恶化造成的任何经济损失。已专门考虑了旅游业、农业和渔业的问题。

63. 所产生的问题是，是否应考虑设立强制性的责任保险；但是，该公约让各国来决定它应包括这种保护和活动的方法。

64. 制订该公约不仅是为了提供理论上的定义，还为了使之成为一种实用工具，正是由于这个原因，该公约才采用了欧共体法或各国法律中的一些现有概念。首先，它规定了获得政府机构所掌握的有关环境的资料的权利：不止是受到损害的一方，任何人均可获得这类资料。第二，受损害方可请求法官强迫某一工业企业提供受损害方可用来对有关企业提起诉讼的资料。这是德国环境法中的一项规定，正通过该公约使这项规定普遍适用于整个欧洲，这被认为是必要的，因为唯一持有对确定责任所必需的资料的人本身往往就是犯有损害罪的人。第三，环境保护组织可以请求法官强迫工业企业采取措施，防止环境受到损害，或对所造成的任何损害进行赔偿。由于环境属于共同财产，因此，人们认为，保护环境不仅是当局的责任，公众也能够通过环境组织发挥积极作用。

65. 该公约在卢加诺开放供签署，签署国已有八个。其他国家也表明了签署的意向。欧共体环境专员建议欧共体成员国也应这样做。

66. 在另一个领域，家庭法委员会正在拟订一项儿童行使其权利的公约草案。家庭法委员会不谋求规定《儿童权利公约》中没有的任何新的权利，而是要确立行使该公约中规定的权利的形式。

67. 法律合作委员会还决定开始制订一项有关国籍问题的公约。欧洲委员会通过的《减少多重国

籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》实际上在某些方面已经过时。欧洲人口状况已经改变，这特别是移民所造成的，相当多的人具有双重国籍，而且一些问题也由此产生。法律合作委员会认为，今后的公约应当具有灵活性，并顾及两个国家和个人的利益，而且不应在多重国籍方面设置障碍，也不应要求各国接受多重国籍。1993 年下半年将开始进行这项工作。

68. 在欧洲发生政治剧变后，欧洲委员会制订了一项与中欧和东欧各国进行合作的三重方案。在立宪方面，通过法律实现民主欧洲委员会，即所谓的威尼斯委员会，正与这些国家合作拟订符合民主原则的基本规则。日本已请求作为观察员参加威尼斯委员会，而且南非也请求参加它的工作。就立法而言，一项雄心勃勃的合作方案——“民主法律”（Demo-Droit）已实施了好几年，制订这项方案是为了帮助国家当局拟订符合民主原则的新规则。该方案的第三部分，“法律女神”（Themis）涉及对法律专业人员进行培训的问题：只制订规则是不够的，还必须能够予以实施。

69. 埃里克松先生对德索拉先生表示感谢，并指出，他本人荣幸地代表国际法委员会参加了 1992 年 12 月在斯特拉斯堡举行的法律合作委员会第五十八届会议。在这届会议上，他提交了有关国际法委员会第四十四届会议工作的文件，并看到法律合作委员会成员以极大的兴趣关注国际法委员会的工作。使他感受最深的是，在欧洲委员会的范围内讨论了大量法律专题。他对有关《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》的工作取得的结果特别有兴趣。他被邀请参加了有关该公约的最后商定会议，因此能够向国际法委员会关于国际法不禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一专题的特别报告员提供第一手资料。

70. 由于国际法委员会规划小组建议在委员会的工作方案中列入国家继承问题和国籍问题，因此，在这些领域或许能够与法律合作委员会进行合作，因为后者已决定拟订一项有关国籍问题的公约草案。

71. 作为他的国家政府的法律顾问，他定期参加了欧洲委员会国际公法法律顾问委员会会议。在 1992 年底举行的会议上，他提交了一项有关国际法委员会工作的文件，在这些会议上，照例对这项文

72. 他感到高兴的是,在欧洲委员会的主持下对法律问题进行的讨论的确在成为泛欧性的讨论,参加讨论的有来自中欧和东欧各国的律师,他对他们近年来做出的贡献表示赞赏。最后,他对德索拉先生,并通过他,对欧洲委员会法律部门的同事们表示感谢,他们给予了他和以前在斯特拉斯堡的国际法委员会观察员以友好的款待和业务上的帮助。

73. 主席说,国际法委员会的委员的确以极大的兴趣关注法律合作委员会的工作,并对它的工作质量和多样性表示赞赏。国际法委员会不止一次从其工作中受到启迪,正如今天《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》的情况,该公约与关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这个专题有许多共同之处。欧洲委员会通过了该公约,这对制订一项文书是一个好兆头,制订这项文书是为了建立一种不是适用于个别活动,而是适用于所有造成危险的活动的制度。

74. 他希望国际法委员会与法律合作委员会之间能继续进行合作和交流情报。

下午1时5分散会。

第 2313 次会议

1993年6月29日,星期二,上午10时10分

主席:胡利奥·巴尔沃萨先生

后来的主席:古德蒙杜尔·埃里克松先生

出席:哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙

特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田先生、扬科夫先生。

国际水道非航行使用法(续)(A/CN.4/446, E节, A/CN.4/447 和 Add.1-3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[议程项目 4]

特别报告员的第一次报告(续)

1. 塞克利先生说,他不同意特别报告员对条款草案的个人判断。尽管不到10%的国际社会成员提交了书面评论,但总的说来这些评论是不佳的,类似的反应在专门学术界也明显可见。尽管如此,特别报告员在承认这种状况的同时,仍极力主张需要做的只是对条款草案作一些“微调”。实际上,外界对该草案的反应似乎是建议进行深入的检查并重新考虑这些条款。

2. 特别报告员的第一次报告(A/CN.4/451)指出,1992年的里约热内卢环境与发展会议没有带来改动条款草案的必要,这并非什么难以取得的成就,鉴于此次会议产生的法律文件少,未能产生原先许诺的《地球宪章》,也未能产生亟需的森林公约,只产生了两个很弱的条约,使各国的法律义务降至最低限度。

3. 他不同意特别报告员的如下观点:不需要为了顾及一读完成以来出现的十分重要的事态发展而从根本上重新考虑这些条款草案,这些事态发展包括《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》和《越境环境影响评估公约》。草案应予完全更新,以反映这些文书中所取得的进展。

4. 特别报告员仅限于做一些最小的和装饰门面的变化,但有两个显著的例外。第一个例外就是拟议从水道的定义中删去“并流入共同的终点”这些

¹ 转载于《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

² 同上。

字样,生积的倒置“明”条中七衡量和要区分产生十主观性仅违反果将是很严重是如此

5. 况下都什么余出的标其使用易受何限定一系列在一个低级限际河流留草案标准应任何情

6. 不够,标准使不得不来看,用达成甚至没

7. 前正在种不谨些条款之间的:性词语一样,草助于解有关的

字样,这将通过纠正原先的草案中可悲的错误而产生积极的影响。第二个实质性建议很遗憾是个可悲的倒退步骤,即在第 3 条中用“重大损害”取代“明显损害”这一概念,而且更糟糕的是拟在第 7 条中也这样做。此项建议大大超过了甚至无法加以衡量和认定的无关紧要的损害与重大损害之间的必要区分。此项建议如果获得通过,便将提高级限而产生十分不利的影响,因为“重大”一词所固有的主观性使可能的受害国处于没有保护的状态,这不仅违反该国的利益,也不利于保护水道本身。其结果将是忽视小损害的累积影响,而这些小损害也会很严重,特别是当它们与其他因素结合起来时就更是如此。

5. 草案涉及国际河流,其生态平衡在大多数情况下都长期受到严重损害,以致这些河流几乎没有什么余下的对进一步干扰的抵抗力。特别报告员提出的标准没有考虑到每一个水道的具体状况,亦即其使用历史,而这一历史可能意味着它们的耐受力 and 易受损害影响的程度不同。因此,在对损害作任何限定之前都应该再加上一个说明,即每个水道的一系列具体状况或因素及其对有害干扰的抵抗力。在一个相对来说完整无损的生态平衡的环境里,降低级限或者保护标准将是无可非议的。没有几条国际河流具有这种抵抗力,至少可以说,应该保留草案中的“明显”这个已经很高的标准,但这一标准应明确从属于每个水道的具体状况。然而,在任何情况下都不应该像提议的那样提高标准。

6. 不幸的是,从一些国家收到的评论的代表性不够,而且来自下游国家的评论没有几条;过高的标准使得这些下游国家处于没有保护的状态,它们不得不听任自己遭受由此带来的损害。根据第 3 条来看,当允许其他沿岸国家就损害它们的水道的利用达成协议时,这些国家就已受到威胁,而且它们甚至没有机会参加协定的谈判。

7. 特别报告员认为,试图将诚意原则应用于目前正在讨论的文书或在该文书中加上睦邻概念是一种不谨慎或不合适的做法。实际上,这些原则在某些条款中有其应有的位置,这些条款谋求调节邻国之间的关系,并载有诸如“重大损害”之类的主观性词语——这类词语至少应得到真诚的解释。只有这样,草案才能大大——用特别报告员的话来说——有助于解决人类在未来几十年里将会面临的一些与水有关的问题。事实上,该报告由于其提出的建议而

使得这个目的无法实现,它的建议是以一种势必增加水道国发生摩擦和争论的可能性的方式改变对“损害”所作的限定。

8. 为了鼓励各国接受该草案,委员会应开始作出坚决的努力,以求收入并界定与损害的限定有关的因素,并列入诸如关于滥用权利的规则。由于该报告坚持要保留已写入草案的那些原则不好的一面——而以前的草案无论在原则方面还是在与公平合理利用国际水道有关的因素方面都较为丰富——所以整个草案的有效性将受到威胁。

埃里克松先生就任主席。

9. 锡亚姆先生强调说,如果要对委员会一读通过的案文作任何修改,有关提议便应有利于改进案文并且有助于取得进展,这一点至关重要。在他看来,特别报告员提出的修改意见几乎无助于取得进展。仅举一些例子就足以说明这一点。第一个例子就是特别报告员所称谓的“一般性的问题”。关于在框架公约和示范规则之间作出选择的问题,必须记住,这一问题实际上已由委员会本身决定了。由于各国在国际水道问题上存在的重大分歧和矛盾,委员会一致认为,企图将任何强制性规则强加于人都是不明智的;实际上,任何这种企图都将意味着给该草案判处死刑。因此,他不能同意特别报告员为重新开始辩论这个问题所作的尝试,这种作法只能使问题复杂化。

10. 第二个一般性问题是条款草案是否应载有解决争端条款。正如在讨论期间所指出的那样,在大多数情况下,有关各方始终可以利用《联合国宪章》第三十三条中所述的手段。因此,似乎没有必要在该草案中增加一个有关这个问题的具体条款。

11. 非洲的经验表明,对于大多数此类争端可以通过政治手段而不是裁决而达成最佳的解决办法。尽管他本人是律师,但他不得不承认,遇到的困难由政治机构去解决会顺利得多并使有关各方普遍感到满意。塞内加尔河开发组织就是一个例子;出现的各种困难和冲突通常都由国家元首会议或部长级会议解决。鉴于这一经验,他根本不相信在该草案中增列一项解决争端条款是明智的。

12. 至于特别报告员关于这些条款本身的提议,像以“重大损害”取代“明显损害”这样的措

词变动没有什么特别的好处。值得忆及的是,委员会详细讨论过“明显”一词,认为它表达了可以评定或衡量的损害的预定含义,因而令人满意。因此,保留“明显”一词是明智的,整个委员会也已接受这个词。

13. 至于实质内容的变动问题,他反对关于删去第2条(b)项中“并流入共同的终点”这些字样的建议。此项建议以此种方式彻底改变“水道”的定义,将会破坏整个草案的基础。他在该报告中找不到可以支持这个大幅度建议的任何令人满意的理由。定义上的这种改变所产生的一个结果将是把承压地下水纳入这些条款草案的范围之内。然而,这种结果将与委员会业已作出的决定发生抵触,因为委员会的决定指出,承压地下水应作为一个独立问题处理。这个问题对欠发达国家,特别是非洲欠发达国家至关重要。承压地下水在非洲这个拥有辽阔沙漠地区的大陆十分重要;它必须而且有必要作为一个不同的概念来处理,并成为与国际水道分开的论题的主题。如果将来非洲国家要利用其承压地下水,采取这种方法便至关重要。

14. 此外,他不同意特别报告员的如下建议:诚意与睦邻概念不应成为这些条款的一部分。相反,在一个主要涉及水道方面合作协定的草案中,这些概念是绝对必不可少的。在误解或缺乏诚意的气氛中缔结这类合作协定是不可思议的。

15. 拟议的第7条的新案文太长且令人费解。关于法律编纂问题,简洁始终是个重要原则。最后,他敦促委员会不要接受拟议中的改动,因为那将完全改变该草案的实质内容,相反,委员会应坚持一读通过的案文。前任特别报告员麦卡弗里先生曾提出过一份非常明晰的案文,令整个委员会感到满意。

16. 哈索内先生说,他反对特别报告员的如下建议:草案的最后形式问题应予解决,或者至少应在进一步进行起草工作之前就这个问题简短地交换意见。尽管委员会未就该问题作出任何正式决定,但是可以公平地说,委员会虽然不是全体一致但却广泛地认为,该草案终将形成框架公约。一项框架或总括公约通常意味着它载有在不存在更具体的协定的情况下可以适用的一般备用规则。

17. 就他而言,他从不相信订立一项框架公约

是目前情况下最好的解决办法,他仍持这样的观点:订立一项详细规定水道国的权利和义务的全面公约将是在一个日益成为热点且日益重要的国际关系领域内作出的更重要的贡献。在个别水道的特征方面存在的明显可见的差异,并不构成实际应用水道法的有效障碍。此外,制定一项全面公约从政治上讲也是可行的。1992年3月在赫尔辛基签署《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》这件事表明,通过统一、具体且可直接适用的规则来管理与各种水道有关的国家活动,在政治上和法律上是可能的。但是,委员会已表现出对框架公约的明显偏爱,所以他准备接受这一普遍趋势,尽管框架公约达不到法律的编纂和逐渐发展的目标和目的。因此,他不能接受关于目前的努力应最终产生一套示范规则的建议。

18. 他同意特别报告员的如下意见:鉴于这个问题的性质,如果委员会决定提议一项条约草案,或者如果委员会选示范规则(有争议的),那么,提出一套特别为此目的而设计的调查真相和解决争端的条款将是一项重大的贡献。他将进而建议,同意加入条约的国家应接受第三方可以检查它们履行公约的情况。草案中实质性规则的性质,不仅是“这些问题的性质”,使得有必要规定强制性和具有约束力的第三方实况调查和解决争端程序。草案中诸如预防明显损害和公平合理利用等关键内容表现出含糊不清和具有伸缩性的特点。很难想象,如果没有客观的第三方解决办法和实况调查,因解释或应用这些规则而产生的争端有可能得到解决。

19. 特别报告员没有说明当他提到“一套特别为此目的而设计的”规则时他想的是何种类型的规则。前任特别报告员麦卡弗里先生曾在其第六次报告³中提出过一套为此目的而设计的规定,其特点是进行强制性的实况调查和调解。然而,这些规则中所设想的调解被描述为强制性的,即争端各方必须求助于调解,可是调解的结果对它们却没有约束力。尽管如此,不管这套规则的优点如何,它仍然不能充分适用于当对实质性规则的解释和应用成为一个争执的问题时可能出现的情况。如果这些规则要适当适用于此类情况,解决争端程序则应规定,如果谈判和调解失败,就必须进行强制性和具有约

³ 《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分),第64页, A/CN.4/427 和 Add.1 号文件。

束力的仲裁和司法解决。国际组织在提供咨询和进行实况调查方面也可以发挥作用。

20. 至于第 2 条, 卡莱罗·罗德里格斯先生(第 2311 次会议)正确地说明了“共同的终点”这一词语的起草历史。连接两个或两个以上水道的运河已经而且还在继续修建。因此有必要充分论述这个方面以及与此密切相关的水道的水改道问题。该草案并未适当论述这个问题, 只是将它作为一个假设问题说, 关于防止明显损害和公平利用的双重规则可以适用。有必要进一步审查这个问题。

21. 承压地下水问题——特别报告员显然有资格论述这个问题——无疑值得早日编纂法律并使之逐渐发展。但是它并不完全适合写入草案。对国际水道进行管理已有几千年了, 但使用承压地下水却是一个比较新的现象。多样化的理由曾导致对水道问题采取订立框架协定的处理方法, 但在承压地下水问题上, 这种理由却不那么令人信服。此外, 有关地下水的法律更近似于管制自然资源特别是石油和天然气开发的法律。最好的做法是分别处理国际水道论题和承压地下水法律, 采用委员会处理条约法或国家继承问题时所用的方法。

22. 关于第 3 条, 用形容词“明显”或“重大”描述损害的级限在委员会中由来已久。在这两个词之间作出选择主要是个法律口味的问题, 而不是既定技术的问题。就他而言, 他基本上更喜欢“重大”一词, 其理由报告中已经说了, 卡莱罗·罗德里格斯先生也解释过(同上)。大不列颠及北爱尔兰联合王国所作评论⁴第 5 段中的话有其道理, 即第 7 条规定的损害的界限应符合委员会关于其他专题的工作。起草委员会应考虑将目标定为与关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任草案中对损害级限的限定大体一致, 如果不是实际统一的话。

23. 他对第 4 条草案是否合适的怀疑已为特别报告员对该条的解释所证实。水道国加入协定而不论这些协定适用于整个水道还是仅适用于其中的一部分的权利, 是各国据以享有选择其条约伙伴的自由的基本原则的例外。对这一例外必须作狭义的解释。一个水道协定, 即使是一个适用于整个水道的

水道协定, 也可能不会给另一个水道国的利益造成损害或基本上不造成损害, 这是可以想象的。实际上, 正如该条评注第(2)段中所说: “确实可能存在对一个或多个水道国几乎无关紧要的全流域协定”⁵。在这种情况下, 没有理由可以说明为什么选择条约伙伴的自由应该由于给予其他不受影响或几乎不受影响的国家推翻该基本原则的全权而受到不应有的限制。第三国对水道的利用能够而且应该受到保护, 以免遭受因其他水道国缔结水道协定而产生的不利影响, 但方法的限制性不应像第 4 条设想的那么大。例如, 可以要求考虑缔结协定的国家与第三方水道国进行磋商, 以便确保这些水道国对水道的利用不会受到该协定缔结的影响。第 4 条将因修订而得到好处还有一个原因。根据草案的总计划, 特别是根据第 7 条的规定, 一个水道国可以开始进行会影响整个或部分水道的工程, 但条件始终是: 其他水道国不能因此受到任何明显的不利影响。根据该草案, 不会要求该国同其他水道国建立条约关系。然而, 如果该国要与另一个水道国共同着手进行同一工程, 该国选择条约伙伴的自由就会在下述意义上受到限制, 即第三国将有权加入该协定。如果该草案的一个主要目标是鼓励对水道协定进行谈判, 他怀疑这个目的将会由于第 4 条而无法实现。此外, 对该草案如此重要的明显损害级限也将被一个低得多的级限所取代。

24. 应重新审查第 4 条的另一个理由是, 在第 4 条之后通过的第 30 条⁶设想了该草案所规定的合作义务只有通过间接途径才能履行的情况。这种自由反映了一种与《联合国海洋法公约》第十二部分所采用的方法相类似的方法, 符合实际地承认了以下情况: 一个水道流经两个或两个以上国家领土, 虽然可论证说会产生某种共同利益, 但仅仅这一事实却不是法律应予注意的唯一因素。如果允许各国在选择履行义务的方法方面享有必要的自由, 而又以硬性的方式要求它们建立直接关系, 该草案目的的统一性就会崩溃。

25. 第 4 条大概不会适用于一个水道国为了在水道上着手进行新的工程而非水道国或国际金融机构订立协议的情形; 在这种情形中, 它们之间的

⁵ 最初作为第 5 条通过, 其评注见《1987 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 30 页。

⁶ 见《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 73 页。

⁴ 见《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/447 和 Add.1-3 号文件。

关系将根据与第三国利益有关的条约法的一般规则加以调节。没有任何理由可以说明为什么管制水道之间所订协定的规则应与条约法的通则,包括“条约必须遵守”这项基本规则有所不同。

26. 他完全同意卡莱罗·罗德里格斯先生(同上)举出的不要随便触及第7条所规定的防止明显损害的义务与第5和第6条所规定的公平利用规则之间的微妙平衡的理由。不过,不要这样做还有三个理由。首先,公平利用规则具有很大的主观性,因为第6条所述与公平合理利用有关的因素并非详尽无遗,而且涉及生活的几乎所有方面。特别报告员大概希望通过使用解决争端程序来减轻这一规则的不利影响。尽管还不知道这些程序是否包括具有约束力的司法解决,但确保实质性规则的确定性非常重要。如果使无损害规则从属于公平利用规则,被吁请来断定何种行为构成明显或重大损害的人的任务就会变得更加复杂。包括世界银行在内的国际金融组织在它们的指令中往往遵循能比较容易加以客观核査的防止明显损害规则而不是公平利用规则,这一点并非毫无意义。

27. 第二,特别报告员提议将造成污染的利用作为例外处理,并在这个例外之外又提出了另例外情况:有明显可以看出的特殊情况表明,迫切需要进行临时调整;不存在对人类健康与安全的任何迫在眉睫的威胁。除了解释该项规则时可能产生的不确定性之外,第21条⁷中对污染所下的定义十分笼统,因而对造成明显或重大损害的活动和造成污染的活动所作的任何区分都几乎等于空谈。

28. 第三,重要的是要牢记,防止超过明显损害级限的损害是对“使用自己的财产应不损害他人的财产”这一规则所做的最弱表述。要弥补超过这个标准的损害几乎是不可能的。对这条定义已经很窄的规则作任何笨拙地修补都将是毫无道理的。

29. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说,他对特别报告员的清楚而又简明扼要的报告表示欢迎。它所采用的方法是对前几任特别报告员,特别是麦卡弗里先生在该专题上所作努力的回报,在麦卡弗里先生的指导下,委员会完成了条款草案的一读。

30. 因为还有一些国家可能会提交有关该专题

的评论,所以明智的作法是委员会至少等到1994年再开始二读,完成这些条款的定稿。迄今为止收到的评论一般都对委员会的工作表示赞赏。然而,几乎所有国家都从它们自己国家的观点出发处理这些条款草案,这意味着各国对这些条款的最后定稿方式表示了不同的偏爱。有些国家正确地强调指出,如果所涉及的问题相似,则有必要将有关国际水道的法律和政策纳入全球对保护环境和可持续发展的关注这一更大的背景情况。尽管有些评论赞同框架公约方式,但另一些评论则明显赞同示范规则或建议,以便让各国有一定程度的灵活性。关于在草案总体计划的范围内通过一条适当的解决争端规定的主张也得到良好的反应。

31. 至于一读时完成的条款草案和评注,关于国际水道的航行与其他使用之间的关系第1条未能取得适当的平衡。由此产生的任何冲突本应作为一个有关多种使用的管理问题来处理。由于第1条已经起草好了,而且评注对这个问题也作了说明⁸,所以可以将这些条款加以扩展而将明显不在该草案范围内的航行使用也包括进去。应努力争取在二读时纠正这一不平衡现象。

32. 尽管第2条中的定义侧重于某些物质因素,但从评注⁹和后面的条款中可以明显看出,不同水道国之间的关系如何主要取决于它们的共同利益,取决于避免和解决超过议定级限的损害的需要。他认为,要保证这些条款的范围十分明确,就应保留第2条(b)项中的“并流入共同的终点”这些字样。同时,地下水也不应列入这些条款的范围内。在这方面,尽管他欢迎特别报告员提出的研究一下将“承压地下水”列入条款草案范围是否可取的建议,但他仍然同意下述观点,即委员会的明智作法是尽快完成这些条款的审议工作,而不要增加一个需要时间才能成熟起来的新专题。此外,他不反对将污染的定义从第21条移至第2条的建议,因为正如特别报告员所指出的,这一变动决不意味着同意对本草案第二部分或第三部分所作任何修改或提高这种修改的效用。就拟议中对第7条所作的修改而言,将该定义列入第2条没有任何影响。

⁸ 最初作为第2条通过,其评注见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第25-26页。

⁹ (c)项最初作为第3条通过,其评注见同上,第26页。对(a)项和(b)项的评注,见《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第74页。

⁷ 同上,第72页。

3
如评注
“未
“通
关国
发该
条款
在这
词应
限相
的明
展会
的标
时,主
限也
备选
向于
协定
改动
报告
办法
些办
署或
就够
用明
国家
除外
的建
该部
:
何改
该条
:
理地
以水
来的
此意
该条

33. 他赞同第 3 条中所述的框架协定概念。正如评注¹⁰第(2)段中所说的,此类协定意在提供“未来协定的谈判所应遵循的准则”,而且可以“通过订立符合某一特定国际水道的特征和适应有关国家需要的协定做到以最佳方式利用、保护和开发该水道”。第 3 条引起的一个重要问题是将会使条款草案发挥作用的损害级限或标准的定义问题。在这方面,他也认为第 3 条第 2 款中的“明显”一词应以“重大”取而代之。除了确定与纯客观的级限相对的统一和法律上可以承认的损害标准所具有的明显好处之外,这是国际社会在联合国环境与发展会议上为制定保护和保全环境议程的努力所通过的标准,也是欧洲范围内各国所通过的标准。同时,如果要使全世界都接受该草案,确立适当的级限也是至关重要的。就报告第 12 段提出的第 3 条的备选措词而言,由于特别报告员所述的原因,他倾向于接受备选案文 B。另外一个问题是该条对现有协定的影响。他认为,第 3 条第 3 款不需要作任何改动,这个问题最好交由各国酌情处理。正如特别报告员在报告第 14 段指出的那样,各国能够以多种办法避免在其不希望适用的情况下适用该公约,这些办法包括发表明确的意向声明或谅解声明:在签署或批准该公约时发表一项大意如此的一般声明也就够了。另外一种办法已在上文提出,那就是应使用明确的语言说明这些条款丝毫不影响此前存在的国家间条约,但这些条约的缔约国认为必要的改动除外。他认为,将第 8 条和第 23 条放在第 3 条前面的建议与该草案第一部分的现行结构不一致,因为该部分只涉及一般原则。

34. 特别报告员说得很对,第 4 条不需要作任何改动,因为任何模棱两可的地方都已被委员会对该条所作的出色评注¹¹所消除。

35. 第 5 条规定了所有沿岸国家都有权公平合理地利用国际水道这一基本原则。享受此项权利应以水道国承担促进河道的最佳利用以及促使由此带来的好处符合充分保护水道原则的义务为条件。在此意义上,最佳利用概念包含了可持续发展概念。该条的评注¹²总的说来是可以接受的,尽管第

(3)段中提出的如下说法是有问题的:最佳利用并不意味着任何一个水道国的“最大限度”利用与高效利用或经济利用是一致的,而是意味着做到给所有水道国带来最大的可能好处。这种解释并未正确反映大多数国家的实践,这些国家在不存在与此相反的明确协定的情况下,依靠它们自己的能力和资源来使取得的好处达到最大限度,但这始终应以满足经济的要求以及保护水道、避免对其他沿岸国家造成重大损害的需要为条件——所有这一切都经过巧妙的压缩而载入公平合理利用水道的标准中。此外,第 5 条应侧重于公平合理利用这一基本原则,该原则在赫尔辛基规则¹³第 4 条中得到更明确的反映,该条以比第 5 条第 1 款更积极的词语阐明了水道国权利概念。第 5 条第 2 款应删除,因为公平参与权只不过是一种合作权,而此种权利在有关合作的第 8 条中已作了更详细的阐述。

36. 第 6 条载有一份说明性的因素清单,每个因素都必须与其他因素协调起来以求得平衡。“现有使用”概念在各国的实践中作为衡量重大或实质性损害的重要因素而得到了一定程度的传播。然而,对于有必要将该因素与考虑国家的发展需要这一同样重要的因素协调起来这一点,应给予同样的优先考虑。

37. 第 7 条规定,一国应以不致对其他水道国造成重大或实质性损害的方式利用水道。该条规定了一项标准,这项标准已纳入一些条款之中,以便使各种程序启动,如与通知、协商和谈判有关的程序。一些国家政府在就该条所作的评论¹⁴中颇有道理地认为,该条往最好里说也只不过是重复这一标准,往最坏里说则会破坏公平合理利用这个基本概念;无论如何,应将其从草案中删除。他自己也要建议全部删除。在这方面,他同意特别报告员阐述的论据。防止污染和管理水资源是每个人都赞成的目标,因此应将最佳使用概念或合理使用概念的说明、或这两个概念的说明列入第 5 条的评注中。

38. 实现水道使用和管理目标有赖于履行第 8 条中所阐述的合作义务。对这些目标的追求不仅必须在第 8 条所规定的主权平等、领土完整和互利的基

¹⁰ 最初作为第 4 条通过,其评注见《1987 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 27-30 页。

¹¹ 见上文脚注 5。

¹² 最初作为第 6 条通过,其评注见《1987 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 31-36 页。

¹³ 见第 2312 次会议,脚注 14。

¹⁴ 同上。

础上进行,而且必须像评注¹⁵所指出的那样充分考虑到诚意和睦邻原则。合作不能强制实行:只有在对等的基础上才能建立起合作关系。利用水道的过程所固有的共同利益将促进十分必要的合作,因为对水道的多种利用而且往往是相互冲突的利用要求采取综合的处理方法。关于交换数据和资料的第9条实质上是第8条的延伸,并且引起了互利、对等和主权平等这些同样应予考虑的问题。交换的许多数据当然会成为国家间缔结协定的主题。

39. 关于各种使用之间的关系第10条规定了一项重要原则,即在努力调和不同和多种的使用以及不同的利益和因素的过程中,对每种使用均应给予应有的重视。多种使用和冲突的管理问题对各国都十分重要,因此它们必须在各自的单独协定中认真兼顾各种具体特征。

40. 从国际水道的使用方面来说,和平解决争端的问题特别重要。随着居民的需要增加和水资源日益匮乏,如果不在技术和专业上解决问题,就必然会发生争端。任何将争端政治化的企图必然会产生适得其反的结果。因此,应鼓励在争端的早期阶段任命一个联合技术委员会,其任务是给予水道的最佳管理以优先权。只要有可能,便应通过谈判和其他手段,包括利用第三方案来解决争端。因此,尽管他同意该草案应载有关于解决争端的适当规定,但特别报告员也应牢记各国应有选择各种手段的自由。

41. 正如瑞士政府在其评论¹⁶中所说的,如果未来的框架公约要实现其目标,它就必须是均衡的,既不应偏向上游国家,也不应偏向下游国家。

42. 韦列谢京先生说,该专题对俄罗斯来说极其重要,因为该国最长的陆地边界线穿越很多水道、河流、湖泊乃至内陆海。苏联不再存在后,一些流经三个或三个以上国家领土的水道便具有国际性质,因此在不远的将来,其法律制度十有八九需要国际管理。

43. 他感谢特别报告员提出了出色的第一份报告,该报告尽管简明扼要,但却清楚地说明了所涉

及的问题和特别报告员所持的立场。根据该报告和从各国收到的有利评论来看,他相信委员会有可能在1994年完成有关草案的工作。在这方面他认为,将条款草案加以扩展而包括承压地下水是不可取的。与其他一些成员一样,他认为从法律调控的角度来看,这两个问题之间没有任何有机的联系。不过,他不反对特别报告员进行可行性研究,只要此项研究不影响结束有关该专题工作的最后期限。尽管他支持关于这些条款草案最终应采取框架公约形式的建议,但他仍然同意特别报告员的意见,即准则或示范规则也有其可取之处。正如许多委员所指出的那样,最后文件越是具有灵活性,各国使通则适应适用于具体水道的制度的可能性就会越大,因而该文件得到的承认也会越广泛。

44. 关于第1条,他同意认为使用“跨国界水域”而不是“国际水道”一词更清楚且更符合惯例的观点。然而,他不同意特别报告员提出的将“并流入共同的终点”等字样从第2条(b)项中删除的建议,因为那样做会扩大条款草案的范围,并且使得其更难在实际中执行。另一方面,他不反对特别报告员的第二个建议,即将“污染”一词的定义从第21条移至第2条,这将使人们的注意力集中在草案的一个主要目标——保护跨国界水域免受污染上。

45. 尽管在俄语中很难区分“明显”和“重大”这两个词,但他可以接受特别报告员为支持“重大”一词所提出的论据,并倾向于第3条的备选案文B。必须对这些条款草案与现有协定之间的关系给予更多的考虑,特别是根据委员会将来要就未来文书的形式和法律效力作出的决定。将第8条和第26条放在第3条前面的提议是合理的,它将改进案文的结构。起草委员会不妨考虑按照其他国际文书所遵循的程序将所有定义全部放在第2条中。

46. 他赞同认为第5条和第7条是整个草案的关键内容的普遍观点。使用“公平合理”一语意味着水道的使用不应对其他国家造成重大损害。将第7条所载要求纳入第5条并删除第7条似乎是合乎逻辑的。然而,因为这两条被许多委员视为因委员会早先的工作而达成的妥协,所以他不会反对另立一条,即第7条。至于修改第7条措词的问题,他支持托穆沙特先生的提议(第2311次会议),即应只采用新案文的第一句。

47. 他和委员会其他委员一样,对在框架公约

¹⁵ 最初作为第9条通过,其评注见《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第41-43页。

¹⁶ 见上文脚注4。

内载有关于解决争端的一节的价值表示怀疑，特别是如果未来的文书采取示范规则形式的话。由于不同水道的具体特征和使用性质，可能在每一种情况下都需要有一个特定的解决争端机制：一个争端可能需要仲裁和调解，而就另一个争端而言，建立一个双边或多边委员会也许会好一些；还有一些争端求助于国际法院或其他机构，包括区域机构可能会更可取。

巴尔沃萨先生重新就任主席。

48. 卡巴齐先生感谢特别报告员提出了他的第一次报告，该报告显示了对该专题的充分理解，并遵循前几任特别报告员设计的道路。条款草案引起了各国政府的普遍良好反应。他同意委员会其他几位委员的意见，认为在提交本报告之前对该专题已进行过充分的讨论，用特别报告员的话来说，条款草案只需进行微调。

49. 至于未来文书的形式，框架公约和示范规则各有各的很多可取之处。特别报告员似乎偏爱示范规则方式，但他本人更倾向于框架公约。

50. 委员会无疑可以通过提出解决争端程序而作出另一个重要贡献。尽管他同意斯里尼瓦萨·拉奥先生的意见，即对所有可能都应留有余地，但他赞同具有约束力的仲裁和司法程序。对国际水道的使用正在增加而争端也会增多。其中一些争端可能会很严重，甚至以爆发战争告终。因此，在文书中规定强制性的解决争端程序是很重要的。关于第 5 条，一旦发生争端肯定需要有一个独立的第三方，以便断定利用和参与是否公平合理。他不同意认为现有规定如《联合国宪章》第三十三条的规定已经足够的看法。

51. 他认为目前将地下水问题列入条款草案中是不明智的，因为对于地下水与本专题有明确的关系这一点还不清楚，其自然特征也未得到透彻的研究和绘图。

52. 由于委员会其他委员所说的原因，他赞成保留第 2 条 (b) 项中“并流入共同的终点”这些字样。他可以同意在第 3 条和案文的其他地方以“重大”取代“明显”一词，他也同意特别报告员的意见，认为将“污染”的定义从第 21 条移至第 2 条是合乎逻辑的，他还认为第 7 条高于国际法，因为第

5 条已包括了该条的内容。因此，应删去第 7 条。

53. 埃里克松先生指出，特别报告员提议将“污染”的定义移至第 2 条，因为那将有利于他提出的有关第 7 条的建议。然而，从原则上讲，当一个词语在条款草案中只出现一次时，就应该在它出现的地方对它进行界定。因此，没有必要移动。

54. 主席以委员会委员的身份发言说，他同意草案是一项卓越成就的评论。作为漫长谈判所取得的结果，它是对所有特别报告员，特别是麦卡弗里先生的技巧和耐心的回报，不应受到丝毫的损害。因此，现任特别报告员说得很对，现在需要的是进行微调。然而，他的一些提议却超出了微调的范围。

55. 这一评论尤其适用于条款草案中的一项主要内容，即公平合理利用 (第 5 条) 与不造成明显损害的义务 (第 7 条) 之间的关系，因为这一义务应是公平合理利用国际水道的限度。此外，特别报告员提出的条款草案应采取示范规则而不是框架公约形式的建议也超出了仅仅进行微调的范围。特别报告员的确承认，他不会坚持在现阶段解决形式问题，但委员会一直是根据下述谅解进行工作的，即最终产品将是框架公约，其大多数规定对有关该问题的现行法律进行编纂。就这些条款草案达成的妥协反映了这一谅解，并考虑到了规定的强制性质。鉴于这些条款草案可能采取的形式，在案文中非常明确地指出这样一点是很重要的，即除非缔约国作出决定，否则现有协定不会受到影响。不应忘记，已经有了很多关于世界主要水道系统的沿岸国之间关系的多边公约。

56. 他不能接受特别报告员关于应删去第 2 条 (b) 项中“并流入共同的终点”字样的建议。无论任何，特别报告员必须提出比其报告第 11 段所载论据更为广泛的论据来证明他似乎认为的一种明显的事实。巴尔沃萨先生不先验地反对将“无关联的”承压地下水载入该条，因为适用于水道系统的原则可以扩展到好几个国家共用的地下水系统。但是，这在国际法中是个全新的专题，如果要将它载入，特别报告员就必须进行可行性研究，并比现有报告更详细地论述该专题。委员会将需要获得以下信息：有关承压地下水的自然状况、可能构成跨界地下水系统的不同部分之间的关系以及地下水在一般水循环中所起的作用。还必须确定“水道”概念且不用于地下水。

57. 特别报告员提议以“重大”取代第3条和整个案文中的“明显”一词，这一提议是根据某些政府就迄今为止在或多或少类似的文书中采取的作法所发表的评论拟就的。在这些文书中，“明显”的概念模棱两可，因为它有两种截然不同的意思：一个意思是可察觉的，另一个意思是表明超过各国为遵循睦邻原则所应忍受的仅仅不方便的程度。

58. 这里还牵涉到各种不同的问题，更不用提翻译的复杂问题了。事实上，“明显”的意思没有任何含糊不清之处，而是它有两种意思，这两种意思都可以适用于对水道的损害。要求损害应该可以衡量并没有错，但没人认为，在众多的现有文书中，“明显”一词仅仅表示可以衡量而不表明损害的级限。损害级限问题当然更重要。前任特别报告员施韦贝尔先生曾在其第三份报告中为支持使用“明显”一词进行过论证，认为这个词的含义比“可察觉的”要多，但比“严重”或“实质性”要少¹⁷。无论如何，“明显”一词似乎的确意味着比“重大”所指的级限低。因此，特别报告员提议提高条款草案中所确立的损害级限，这远远超过给钢琴调音：它意味着更换整个键盘。

59. 在有关水道的法律中，可适用的级限一般似乎是在比“重大”一词所指的更低的水平上确立的。在一些早期和现代条约中，使用的术语与英语中“appreciable”（明显）一词较为接近（*ouvrage qui pourrait sensiblement modifier, entraves sensibles, changement sensible du régime des eaux, perjuicio sensible* 和 *projet susceptible de modifier d'une manière sensible*）。这些条约包括：1891年4月15日的意大利和大不列颠条约¹⁸、1905年10月26日挪威和瑞典的条约¹⁹、1931年12月14日罗马尼亚和南斯拉夫关于水力系统的一般协定²⁰、1971年6月26日阿根廷和智利关于水文流域的圣地亚哥文件²¹、

¹⁷ 《1982年……年鉴》，第二卷（第一部分），第98-100页，A/CN.4/348号文件，第130-141段。

¹⁸ G. F. de Martens 编，*Nouveau Recueil général de Traités*，第二辑（Göttingen，1893年），第XVIII-1卷，第737页。

¹⁹ 同上（Leipzig，1907年），第XXXIV卷，第710页。

²⁰ 国际联盟，《条约集》，第CXXXV卷，第31页。

²¹ 美洲组织，*Rios y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*，第4版，修订本。（OEA/Ser.L/VI/CIJ-75 Rev.2）（华盛顿特区，1971年），第495-496页；《1974年……年鉴》，第二卷（第二部），第224页，A/CN.4/274号文件，第327段。

《塞内加尔河地位公约》以及1975年2月26日乌拉圭和阿根廷通过的《乌拉圭河规约》²²。在这方面，他要提请大家注意希腊政府提出的评论²³：

“可察觉的损害”比“明显损害”所意指的级限低，因而更为可取；他还提请大家注意匈牙利和波兰政府的评论²⁴，这些评论赞同认为应降低损害级限的观点。匈牙利正确地指出，“法官不问小事”这一格言心照不宣地构成每一种法律文书的一部分；因此，如果条款明确提到最低损害水平，那是因为这一损害水平高于“小事”，意味着损害已达到并非无足轻重的级限，故应予减轻。

60. 所涉翻译问题相当复杂。尽管举出的许多协定都用西班牙文的“sensible”一词来表示损害级限，但英文中的“significant”（重大）一词目前在西班牙文中被译为“importante”，在法文中被译为“sensible”。不管委员会就第3条的英文文本中以“significant”（重大）取代“appreciable”（明显）一词的问题作出什么样的最后决定，西班牙文文本中所用的词不能是“importante”。它必须是表示更低级限的另一个词；也许可以使用西班牙文的“sensible”一词，以便西班牙文和法文文本能够一致起来。

61. 有些委员认为，委员会在其制定的各种文书中所使用的术语应做到前后一致。在关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的条款中，起草委员会暂时批准使用“重大”一词来表示有关的损害。特别报告员在以“重大”取代原来的“明显”一词的问题上，已听从似乎是委员会绝大多数委员所持的意见，因为所讨论的条款一般适用于存在风险的一切活动。对用词作此改动的理由是，在此类一般性文书中，所定级限必须多少高一些，以便限制文书的范围，并由此限制受预防义务制约的活动的次数和种类。人们认为，否则的话，政府承受的负担就太重了。

62. 这并不是说必须在那些法律已经确定或认为另外的规章较为合适的领域内提高级限。

63. 鲁滨逊先生在对第3条中以“重大”取代“明显”一词的问题发表评论时说，他不同意认为

²² *Actos Internacionales, Uruguay-Argentina, 1830-1980* (Montevideo, 1981年)，第593页。

²³ 见上文脚注4。

²⁴ 同上。

委
点。
处理
是
合
词在

题。
定了
题：
为，
述这

员会
员会

委员
的问
合、
人权
个包
作用
回到

6

继续
司法
作。它
权利及
题，以
系及自

25

集》，
诺斯艾

委员会必须在每一个文书中都使用同一术语的观点。措词的选择应取决于委员会对某一特定专题的处理方法，即委员会正在进行的是国际法的编纂还是逐渐发展。如果委员会认为国际水道专题特别适合编纂法律，那么他赞成使用“明显”一词，这个词在实践中显然受到偏爱。

64. 第 5 条和第 7 条之间的关系问题是个难题。第 5 条规定了公平合理利用的标准，第 7 条规定了不造成明显损害的义务。这就提出这样一个问题：引起明显损害的利用是否就是不公平的。他认为，第 7 条应删除，除非评注中能够令人满意地论述这两条之间的关系，而目前的情况并非如此。

同其他机构的合作（续完）

〔议程项目 7〕

美洲法律委员会观察员的发言

65. 主席向美洲法律委员会（以下简称法律委员会）观察员鲁宾先生表示热烈欢迎，并请他向委员会发表讲话。

66. 鲁宾先生（法律委员会观察员）说，法律委员会倾向于将其重点放在与美洲社会有直接关系的问题上。特别关注的问题包括各美洲共和国的联合、贸易问题、金融数据流动、新闻自由以及包括人权在内的人道主义问题。同时，法律委员会在一个包括讲西班牙语、英语和法语的国家的半球发挥作用并受到它们各种哲学传统的影响，但它总是要回到全球性的问题上来。

67. 法律委员会 1993 年 8 月会议议程项目涉及继续进行有关美洲事业计划的司法方面、环境法、司法程序及其在执法方面的影响等问题的重要工作。它还将审议诸如合法性概念以及包括社会经济权利及公民和政治权利在内的人权概念等基本论题，以及这些权利同《美洲国家组织宪章》²⁵ 的关系及自决权和不干涉原则。

68. 议程上的第一个项目，即拟议中的有关贩卖儿童的公约，表明法律委员会的一项重要职能——起草公约草案以供美洲国家体系的各种机构审议。法律委员会关注的其他重要领域包括：区域内经济合作以及查明阻碍区域一体化的障碍；与美洲的发展与演变有关的国际公法和私法的各个方面；环境标准的司法方面；以及联系最近就“合法性”原则与不干涉和自决原则之间的关系问题所进行的工作审议一个美洲刑事管辖法院或在现有的美洲人权法院内设一分庭的作用。

69. 法律委员会致力于促进和保护人权。在这方面，它将在其下次会议上把执法方面的拖延问题作为人权的一个方面进行审议。法律委员会根据其授权，几年来一直在组织区域研讨会并与教育和其他机构合作。它与地方行政官、法官和执业律师协会密切合作，寻求便利人们——特别是处境不利者——诉诸司法机关的途径，并探讨公共纠纷和私人纠纷的传统诉讼的替代办法。这些活动证明非常成功。它们不仅促进了法律原则的制定，而且有助于使国际法学家的的工作融入社会生活，而这是应予鼓励的一个进展。在这方面，法律委员会和国际法委员会或许可以作出更大的努力，将国际法带入其他讨论和决策论坛。研讨会、教学材料和在公共及半公共场所举办的讲座都将改变国际法的形象，使之从博学者的玩具变为对社会生活可作出有意义贡献的一个法律领域。由国际法委员会和法律委员会以及也许还有其他区域机构联合主办律师和学者的专题讨论会将是朝着这个方向迈出的一步。

70. 法律委员会认识到，在当今复杂和相互依赖的世界里，国内法和国际法是不容易分开的，因此近年来它开始进行具有深远影响的一套相关项目，这些项目除其他以外，涉及和平解决争端以及与发展经济和一体化有关的问题。国际社会正在对一个新的重要现象作出反应，这个现象就是国家边界经济上的现实意义正在减小，这些边界越来越被看作完全是阻碍高效进行世界贸易的障碍。为消除或至少减少贸易壁垒所作的努力正在增加，要查明原产国以满足国家关税条例的要求已越来越困难。金融证券和服务方面最近出现的法律问题提供了一些最引人注目的实例，说明国家边界现已越来越不重要，并且有必要在跨国公司的清理以及公司法和证券法等方面实现全球的标准化。

²⁵ 1948 年 4 月 30 日在波哥大签署（联合国，《条约集》，第 119 卷，第 3 页）；通过 1967 年 2 月 27 日的“布宜诺斯艾利斯议定书”修订（同上，第 721 卷，第 324 页）。

71. 国际化现象也在西半球引起对很大一部分的公认原则进行重新评估。例如，由于历史原因，不干涉概念在美洲具有近似宗教的重大意义，并被庄严载入《美洲国家组织宪章》，然而鉴于其他问题，这一原则的不可侵犯性正受到怀疑。《美洲国家组织宪章》还规定，美洲国家的政治组织要求在切实行使代议制民主的基础上组织这些国家。国家如何将其促进民主的义务与不干涉原则调和起来的问题仍有待解决。

72. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，能够在此欢迎鲁宾先生令人特别高兴，他在国际法方面取得了杰出的成就。他从事许多活动，目前是哥伦比亚特区华盛顿美国大学的国际法教授和《美国国际法杂志》的名誉编辑，并且积极参加美国国际法学会的工作。由于他在法律委员会中的长期服务和对法律委员会工作的广泛了解及积极参与，可以认为鲁宾先生是法律委员会的泰斗。他的发言不仅反映了他本人及法律委员会所关注的问题的广度，而且反映了美洲出现的新趋势。

73. 法律委员会由实行英美法系和大陆法系的国家组成，这种情况使法学家有机会了解彼此的法律制度，并且共同努力寻求交流途径并确认它们体制上的共同点。设法弥合不断变化的英美法系与大陆法系之间的鸿沟是一项复杂任务，而鲁宾先生在这方面发挥了重要作用。

74. 法律委员会处理的各种各样的问题显示了一种很有意思的趋势：北美洲和拉丁美洲已开始将注意力集中在国际经济法上，将其作为寻求界定法律关系的新方法的基础。由于法律委员会的重点是国际经济学，一种新的处理卡尔沃条款的方法正在美洲出现；目前正在根据新的经济趋势审查这项长期存在的条款。同时，值得注意如下事实：世界银行及相关机构正在制定办法，解决国家之间在引起公共利益与私人利益之间冲突的外国投资问题上发生的争端。因此在国际经济法领域，法律委员会正在大踏步前进。

75. 至于环境问题，法律委员会的侧重点反映了最近出现的一种趋势：将审议工作局限于与美洲大陆的关系特别大的环境现象；甚至有人正在谈论建立美洲环境法体系的事。尚不清楚这种体系是否真地能够建立起来；无论如何，当前的工作与责任

问题没有什么联系，但却与有关环境本身的问题有联系。

76. 在人权领域，法律委员会及其法学家正在相关的政治法方面起着更大的作用。法律与政治历来是在日常情况下而不是法律背景下联系在一起。但是，法律委员会的法学家们正在讨论政府的合法性基于民主和尊重人权这一原则，从而承认国际标准胜过国家主权。所关注问题的改变及美洲的新重点值得注意。

77. 法律委员会有两项非常重要的职能。第一项职能涉及国际公法和国际私法的划分；在国际私法方面，重点不是基于法律的冲突，而是寻求北美和拉丁美洲经济体系的共同点。第二项职能是法律委员会为传播国际法知识所作的非凡努力。鲁宾先生在促进这些努力方面过去一直而且现在仍然起着推动作用。

下午1时10分散会。

第2314次会议

1993年6月30日，星期三，上午10时5分

主席：瓦茨拉夫·米库尔卡先生

出席：哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田先生、扬科夫先生。

国际

关于某些“重赔偿”样做面，使用国际责任款草代替范围

然存到以力的不属这样不这

要仔：评论同意高赔（重）最好认为（重）“app并不

国际水道非航行使用法（续）（A/CN.4/446, E 节, A/CN.4/447 和 Add.1-3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489）

[议程项目 4]

特别报告员的第一次报告（续）

1. 塞克利先生说，他想对在前次会议上所做的关于损害的限定的意见做一些补充，他提到委员会某些委员就此发表了意见。主席特别发言反对以“重大”一词代替“明显”一词，因为这将会提高赔偿责任的级限。塞克利先生本人已说过，如果那样做，委员会将会犯一个令人遗憾的错误。另一方面，鲁滨逊先生说，委员会在关于国际水道非航行使用法的条款草案中使用的术语并非一定要和关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的条款草案中一样。然而曾经担任过一套条款草案的特别报告员的主席解释了用“重大”一词代替“明显”一词的理由：这是因为后者中活动的范围比水道情况更加广泛。

2. 不论怎样，关于如何限定对水道的损害，仍然存在着极大的意见分歧。塞克利先生本人尚未听到以“重大”一词取代“明显”一词的任何有说服力的论据。前一天在起草委员会上，委员会主席说不属重大的损害是不需要处理的损害。如果情况是这样，看来就完全没有理由作出所建议的更改。要不这种意图实际上还是想提高赔偿责任级限？

3. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，对这个问题需要仔细审议，他并强调主席在前一次会议上所作的评论的重要性。看来某些委员，包括塞克利先生，同意以“重大”一词取代“明显”一词可能带来提高赔偿责任级限的后果。主席指出，“significant”（重大）一词在西班牙语中译作“importante”，但最好译成“sensible”，法语中也有这个词。他本人认为，“appreciable”（明显）或“significant”（重大）的确意指“sensible”。就英语而论，“appreciable”（明显）意味着可以查明并具有某种并不严重的重要性。

4. 塞克利先生感谢卡莱罗·罗德里格斯先生的解释，并说，可惜的是，在条款草案中找不到类似的解释。事实上，如果没有这样一种解释，以“重大”一词代替“明显”一词可能造成一种提高赔偿责任级限的印象，而这会引起一系列的问题。

5. 扬科夫先生说，这不仅是一个术语或翻译的问题。必须对此问题加以仔细研究，而评注应尽可能反映出先例，例如，以“明显”来限定损害的情况。这个词还可以意味着“可衡量的”，而“重大”却不能。

6. 阿兰焦·鲁伊斯先生说，法语“sensible”一词译成英语是“perceptible”（可以感觉到的），而不是“significant”（重大的）或“appreciable”（明显的）。

国家责任（续）*（A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453 和 Add.1-3³, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1）

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告（续）*

7. 阿兰焦·鲁伊斯先生（特别报告员）说，进行充分讨论是逐渐发展争端解决法律和因而在国家间制度中建立法治的良好先兆。不论前面有什么困难，辩论证明：委员会绝大多数委员认为，在国家间制度中特别是在国家责任领域中的审判者的作用应该加强，而且不是只靠讲空话来加强。

8. 他欢迎对下述观点所给予的高度的支持，即条款草案应包括这样一种性质的争端解决规定，即对单方面反措施很严重而又无法避免的问题提供充分的矫正办法。不论对反措施作了多么严厉的规定——例如像 1992 年所建议的第 11 至 14 条草案⁴中所规定的那样——反措施证明了国家间制度仍然很初级的性质，不可避免，管制它的法律也未完善。

* 续自第 2310 次会议。

³ 见上文脚注 1。

⁴ 提交起草委员会的第二部分第 5 条之二以及第 11 至 14 条草案的案文分别见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），脚注 86、56、61、67 和 69。

¹ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 同上。

由于制度的这一特点似乎不会即将消失——换言之，由于反措施不可能完全消除——只使它们受制于为这种目的所规定的条件和限制是不够的，因为这类规则本身受制于被要求采用它们的各国的完全单方面的解释。一种授权采取取决于单方面解释的条件和限制的单方面措施的制度看来是不能接受的，必须寻求某种办法来消除或减少这种“双重的单边主义”。这看来是委员会绝大多数委员的观点，当然也有某些分歧和细微差别。无论如何，他断定，对委员会绝大多数委员来说，应该采取步骤在争端领域取得实质进展。

9. 关于解决的义务的性质，大多数委员看来同意他本人对实现他在报告（A/CN.4/453 和 Add.1-3）第一部分所称的“理论上理想的”解决办法的可能性的悲观态度。那种解决办法会极大地改变反措施的制度，以致只有在为了使不法国家遵守具有约束力的第三方解决办法（如某项仲裁裁决或国际法院的判决）的情况下，才能允许采取反措施。如果未来的关于国家责任公约规定了对任何“责任争端”即任何有关公约解释或适用的争端的强制性的、自动的和单方面触发的仲裁或司法解决办法，如果公约同时禁止任何诉诸单方面反措施的情况，除非不法国家拒绝遵守裁决或决定，这就是将要生效的制度。然而这种解决办法，尽管具有理论上的价值，但如他所料，遭到委员会大多数委员的坚决否定，因此他已将它搁置起来。

10. 看来普遍同意的意见是，合法诉诸反措施不应以事先采取任何解决程序为条件，但据称的受害国根据任何一般或双边条约或者它自己和不法行为国之间的争端解决条款必须诉诸的解决程序除外。换言之，委员会看来赞同他本人于 1992 年在第 12 条草案⁵中所建议的那种可以称之为“宽松的”解决办法，该条款作为一项合法诉诸反措施的条件规定先行用尽“所能够利用的”存在于或可能存在于受害国和不法行为国之间的解决程序，不论委员会制订的是什么文书。

11. 然而，委员会大多数委员拒绝“理论上理想的”解决办法并非是一种完全消极的迹象，说明参加辩论的绝大多数委员们不是空想者，正如他本人不是空想者一样。当他们决定除赞成必须有反措

施的矫正办法的一般概念外，还赞成通过一套尽管不那么雄心勃勃而却是适当的争端解决义务时，他们是实事求是的。他相信，他们经过深思熟虑提出了他们的意见，他们对待正义事业和弱国反抗强国的事业不只是说说空话而已。在起草委员会明年讨论第三部分条款草案时，他希望他们能保持这一积极的姿态。因此他们权衡国家间制度和国际法的现实情况，而没有排除对不受约束的单方面反措施制度规定一种不那么雄心勃勃但又适当的矫正办法的必要性，表现出他们对待目标是认真的，努力控制他们的愿望也是认真的。在这方面，他重申他反对一位委员所作的不可思议的发言，即采纳特别报告员关于第三部分的建议会把国际法搞乱。

12. 他在第五次报告中所建议的争端解决制度的内容和特点获得了很大的支持，因为许多发言者表示他们总的说是赞成的。当然也提出了其他解决办法。有些委员主张将此制度简化为两个主要步骤：仲裁和/或司法解决。另一些委员则建议更多利用国际法院，特别是分庭制度和咨询意见。还有一些委员看来对他建议交给调解委员会某些职能感到忧虑。（在这方面他强调他对调解委员会的报告和主要建议的无约束力性质从未怀疑过。）还有一些委员对第三部分附件关于调解委员会或仲裁庭成员任命程序的条款⁶提出了一些有意思的建议。还有一些委员建议设立一个“反措施委员会”，或者如马希乌先生（第 2306 次会议）那样，设想将强制性程序和非强制性程序结合起来的可能性，但没有说明非强制性程序的范围。

13. 然而，那些和其他建议看来大部分与他所建议的制度的一个主要特征，即存在着采取反措施后的争端解决制度，是相符的。这可从所有发言者的发言中明显看出来，而哈索内先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、冯巴先生、马希乌先生、庞布一奇文达先生、鲁滨逊先生和扬科夫先生以特别有力的方式表达了出来。

14. 看来就所建议的制度的两个主要特征达成了非常广泛的共识：“触发机制”和采取反措施后的程序所涉及的争论领域。

15. 关于触发机制，他建议应使争端的存在取决于受害国采取反措施以及犯有最初行为的国家对

这种反
烦。反
议或要
这方面
竟然
这个词

16
处理争
职权，
个第三
下，何
是前任
概念作
当客观
首先发
种措施
措施的
立的立
第三部

17
及，他
解决程
的程序
着这些
来公约
解释或

18
法”，
决程序
重基本
不够的
段”条
中默示
针对的
行为国
使“触
的程序”

7
8
第 1 条
第 10 条
鉴》，第

⁵ 同上。

⁶ 案文见第 2305 次会议，第 25 段。

这种反措施的反应，这一建议显然没有引起任何麻烦。反措施所针对的国家作出的反应，可以采取抗议或要求停止反措施或也许是反反措施的形式。在这方面，他对在他的报告中使用的“反报复”一词竟然招致委员会一位委员的反对感到惊奇：事实上这个词在国际法学家中已广为知晓。

16. 庞布—奇文达先生担心调解委员会将有权处理争端是否存在的问题。他授予调解委员会这种职权，仅仅是因为调解委员会将是审议案情的第一个第三方。在直接求助的对象是一个仲裁庭的情况下，仲裁庭将作出决定。他选择了争端的概念而不是前任特别报告员所采用的“对反措施的反对”的概念作为一种触发机制，仅仅是因为前者是一种相当客观的标准而且是为实践和理论所支持的。争端首先发生在对之采取反措施的国家坚持认为这样一种措施是不合法和不合理时，其次是发生在采取反措施的受害国持相反的看法时。正是由于这两种对立的立场之间的冲突产生的争端，触发了条款草案第三部分规定的程序。

17. 关于受制于第三方解决程序的争端，他忆及，他在报告第一章中明确说明：第三部分设想的解决程序，不同于第 12 条第 (1) 款 (a) 项所提到的程序，只有在采取反措施后才能诉诸，这并不意味着这些程序只适用于有关对直接涉及反措施制度的未来公约的少数条款，即第二部分第 11 至 14 条⁷的解释或适用问题。

18. 为了证实一项反措施是否“合理”或“合法”，如果它符合事先诉诸对当事方有约束力的解决程序的义务，或符合禁止使用武力原则或符合尊重基本人权的义务，那么只确定它是否相称可能是不够的。还有“合理性”或“合法性”的“前阶段”条件，诸如：国际不法行为的存在——第 11 条中默示的条件；这一行为的责任可以归于反措施所针对的国家；不存在排除不法行为的情况；或不法行为国不遵守根据有关条款⁸提供赔偿的义务。即使“触发机制”是引起采取反措施的争端，所设想的程序必须包括——为了不具有约束力的建议或有约

束力的裁决（根据具体情况）的目的——在未来公约任何一项条款下双方可能产生的所有争端。这就是载于报告第一章中的具体说明的意义。第三部分拟议的条款中设想的扩大第三方的“前阶段”权限问题在关于前任特别报告员拟议的第 4 条 (c) 项⁹的辩论期间大体上达成了一致。

19. 关于调解委员会的任务，他认为关于调解委员会报告和建议的无约束力性质没有任何含糊不清之处。他仅赋予其某些补充的权力，他认为这不会对其任务带来重大变化。

20. 巴哈纳先生（第 2309 次会议）、佩莱先生（第 2305 次会议）、罗森斯托克先生（第 2309 次会议）和韦列谢京先生（第 2307 次会议）认为，争端解决条款的适用范围过于广泛。当然，要求第三方在出现非法行为之后但在采取反措施之前进行干预和裁决，等于将全套的责任法和间接地将对遵守所有实质性规则情况的评估交给国际仲裁或司法机关来处理。显然，这会产生使所有涉及国家责任的问题按照定义均可由法院审理的效果。但是他认为，这种说法完全适用于他所称的“理论上理想的解决办法”，如他刚才说过的，这种解决办法看来已被委员会抛弃。然而，这种说法并不适用于他为条款草案第三部分拟议的解决办法。由于他已将“理想的解决办法”搁置起来，受害国作为一种使其反措施合法化的先决条件必须采取的唯一争端解决程序是第 12 条第 1 款 (a) 项¹⁰中提到的那些解决程序。然而，像他已经解释过的那样，那些程序不会由关于国家责任的未来公约来规定：它们是由《联合国宪章》第三十三条硬性规定的，或者从约束当事方接受的条约、仲裁条款或关于接受的宣言中产生，而不论未来公约是什么情况。

21. 这些考虑也适用于其他问题，诸如像托穆沙特先生（第 2308 次会议）和山田先生（第 2309 次会议）所提到的对不同类型的争端规定不同解决程序的必要性等问题。不论未来公约是什么情况，这对各方之间已经存在的或未来可能存在的任何解决程序来说都是完全合乎逻辑和自然的，同时根据第 12 条的规定，在诉诸反措施之前这些程序必须用

⁷ 见上文脚注 4。

⁸ 起草委员会在国际法委员会第四十四届会议上通过的第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条以及第 10 条之二草案的案文，见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 5 段。

⁹ 前任特别报告员提议的第三部分第 1 至 5 条草案及附件的案文，见《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 35-36 页，脚注 86。

¹⁰ 见上文脚注 4。

尽。然而，采取反措施之后的争端和他在第三部分建议的程序则是另一回事。第 12 条的想法是要减少诉诸反措施中的武断性。因此这种异议并不涉及他所提出的建议，而是涉及可能已经存在于当事方之间的解决程序。

22. 同样的考虑也适用于这样的建议，即对已经存在于当事方之间的任何争端解决机制应给予优先考虑。这正是第 12 条第 1 款 (a) 项为采取反措施前的阶段所规定的，尽管该项有其他缺陷。为采取反措施后的阶段作出同样规定，会使第三部分中程序的矫正目的落空。

23. 同样的考虑还适用于关于需要灵活性的看法。他认为，这种灵活性已在第 12 条第 1 款 (a) 项中作了充分的保证，因为该条款肯定没有影响当事方的选择自由。关于自由选择的规则，他认为不论起草委员会最后就第 1 款 (a) 项作出什么决定，这种规则是有害的，正如冯巴先生 (第 2305 次会议) 明确解释的那样。如果第三部分仅仅提到《联合国宪章》第三十三条而没有提到别的东西，这将完全是否定解决程序的约束性质。

24. 对三个步骤制度提出的一种评论是它太复杂、旷日持久和太费钱了。对这些“缺陷”，他请求表示不同看法，而且其现实性尚未显示出来。这种制度难道会比无止境的谈判时间更长和更复杂吗？他认为不是这样。至于费用，虽然冯巴先生的意见似乎有道理，但他并不认为调解或仲裁程序会比采用无正常理由的或不相称的强制性措施造成的经济损失花费更大。

25. 这种制度——不论是他为第三部分拟议的制度还是任何类似制度——的反对者是少数，他们建议应该通过议定书、通过“决定参加、决定退出”制度或纯粹通过外交会议来解决这些问题。显然，如果决定不是试图为根据完全单方面解释采取的单方面措施提供一种适当的补救办法，那么这是一种最好的方法。但如果这些解决办法占上风，那就非常遗憾了。

26. 还提出了给双方以将其争端直接提交仲裁或司法解决办法的自由是否可取的问题，因为两种办法都需要具有拘束力的决定。正在审议的报告中设想的司法解决办法确实只不过是用于有限目的的一种终极理由，例如在发生越权或违背基本原则的情况下。

27. 若干发言者也问道，为什么争端解决程序的“触发机制”必须是一种反措施。他认为他已经对这个问题进行了足够的解释而不想再重述。

28. 还有些发言者在某种意义上超出他本人认为的合理解决办法，主张或至少接近他所称的“理论上理想的解决办法”。例如，伊德里斯先生就问道 (第 2310 次会议)，为什么具有约束力的第三方解决程序只能在采取反措施之后才开始。关于这个问题，他已经解释了第 12 条第 1 款 (a) 项中规定的采取反措施之前的解决程序和适用于采取反措施之后的第三部分中涉及的程序之间的不同之处。

29. 还有人提出了关于实况调查的建议，他完全赞成这种方法，而且还提到实况调查是可以由调解委员会采用的程序之一。

30. 关于罪行问题，有人说适用罪行情况的争端解决制度应该有所不同，而且比适用于违法行为的更具有约束力。有人建议，委员会在讨论第三部分之前应该审议第二部分中罪行的实质性和起推动作用的后果。他并不反对应该审议一种特殊的，如果可能的话，更具有约束力的涉及罪行的争端解决制度。此外，第五次报告中有一段，涉及前任特别报告员在其第三部分第 4 条¹¹中提出的主张，其中提到了国际法院的司法解决办法。

31. 另一个重要之点是谈判，这个问题已好几次被提及，特别是在起草委员会审议第 12 条第 1 款 (a) 项期间。然而，他认为第 1 款 (a) 项已充分地处理了这个问题，因为该条提及《联合国宪章》第三十三条，而这一条谈到以谈判作为解决争端的首要手段。此外，在第三部分中以多种方式暗示涉及谈判。首先，在第 1 条¹²中用一种非常明确的方式，因为当事方之间必须先有谈判以进入调解委员会阶段。第 2 条也是以谈判为先决条件，因为当事方必须根据调解委员会的报告和建议进行谈判，以便使它们为其争端达成一种“商定的解决办法”。只有在这一阶段遭到失败时，即这些谈判遭到失败时，当事方才应该或能够诉诸仲裁，必要时单方面诉诸仲裁。

32. 作为结论，他忆及，如同他在第五次报告

¹¹ 见上文脚注 9。

¹² 同上。

中所作出法”
关单的矫
采取从卢
利，
的权
据这
行使

少同
反应
争议
起草
仅是

大多
对他

将特
委员

3
际上，
题是不
会是
在那些
得那么
为他
法，并

3
展，
前，

3
和方法
源的

13
35 条
部分)

中所做的那样，关于草案第三部分，他要求委员会作出重要选择：由于缺乏以“理论上理想的解决办法”来代表任何更好的解决办法，究竟是否要在有关单方面反措施的硬性的初步法律中加进一条适当的矫正因素，从而在逐渐发展国家责任的法律方面采取一个重大的步骤。作出这种选择，委员会可以从卢梭的以下论点中得到启发：强权不能制造权利，我们必须服从的只是“合法的权力”；“合法的权力”显然是根据法治行使的权力，或至少是根据这些“权力”按习俗或条约所接受的法律规则来行使的权力。

33. 他相信委员会一定会试图说服“权力”至少同意，在它们行使了它们现在不可避免的单方面反应的特权后，这种反应的合法性如果遭到反对或争议，对之可以公正地予以确定。当然，除非正如起草委员会一位委员最近所说，委员会认为法律仅仅是权力的产物：它受制于权力而不是高于权力。

34. 这种观点很难使法学家接受，如果委员会大多数委员接受的话，对所有特别报告员，特别是对他本人，日子就会不好过了。

35. 主席说，委员会现在必须作出决定是否应将特别报告员拟议的条款提交起草委员会，大多数委员似乎赞成这样做。

36. 罗森斯托克先生说，他不属于这大多数。实际上，他认为委员会对条款草案第三部分这一根本问题是存在分歧的，他完全不相信将条款提交起草委员会是可取的，因为这最终意味着要求起草委员会填补在那些案文中明显存在的许多空白。然而，他不会做得那么过份，以致要求在委员会中进行投票表决，因为他确信，不论如何，委员会都会遵循它通常的做法，并且决定把这个问题提交起草委员会。

37. 但是他指出，如果委员会要取得任何进展，就必须在试图协调对第三部分的分歧意见之前，完成其对草案第一和第二部分的工作。

38. 韦列谢京先生说，他认为并且纯粹从理论和方法学的角度来说，仅仅只有关于国际责任的起源的条款草案第一部分¹³和第二部分第一节（已称

为“赔偿”）¹⁴才真正涉及国家责任的专题。关于反措施的第二章和论述争端解决程序的第三部分并不涉及国家责任本身，而是涉及强制执行措施。这两组问题完全是相互独立的，因此，委员会通过讨论反措施和争端解决办法问题，正在进入一个根本不同的领域。已就第一部分和第二部分第一节达成了非常广泛的一致。因此，如果委员会首先完成它关于草案上述部分的工作，然后再在开始审议归结底并不完全涉及本专题的新的一章的条款草案，将是有益处的。

39. 同时，关于草案第一和第二部分特别是关于赔偿问题的的工作几乎没有取得任何进展。首先，委员会尚未通过对这些条款的评注。其次，它还没有审议过起草委员会已讨论过的关于赔偿问题的条款需要作多大程度的修改以包括罪行的情况。

40. 因此对情况的评估表明，委员会不仅没有完成其对第一和第二部分的工作，而且也没有完成其在本届会议上关于反措施条款的工作。这就是他认为委员会没有遵循正确的方针的原因。委员会没有完成它所承担的关于一系列问题的的工作，同时却要求起草委员会处理他认为更加有争议和复杂的另一些问题。他担心这种做法会妨碍委员会工作的进展。

41. 然而，既然委员会大多数委员似乎主张将这些条款提交起草委员会，他不会反对这一决定。

42. 因此，如果起草委员会能迅速收到特别报告员关于罪行问题的建议将是一件好事，因为否则它将只会对该问题有局部的了解而非全貌。值得怀疑的是，起草委员会是否值得花费时间去从违法行为的角度来考虑这些条款，结果只会发现，在收到关于罪行问题的建议后，它必须修改第二和第三部分的所有条款或几乎所有条款。这只会使其任务复杂化。

43. 史先生说，委员会已了解他对条款草案第三部分的意见，他已强调他不同意将争端解决办法和反措施联系起来。特别报告员在第三部分中所提的建议将剥夺国家对争端解决程序的一切选择自由。

¹³ 第三十二届会议上一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条条款的案文，见《1980 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 页起。

¹⁴ 第三十八届会议上一读暂时通过的第二部分第 1 至 5 条条款的案文，见《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 38-39 页。

44. 然而, 如果委员会大多数委员都想要将第三部分提交起草委员会, 他也不会反对, 尽管他在这一点上持有保留意见。

45. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说, 他不知道他是否倾向于特别报告员的概括还是他的报告。本次会议提出了一些新的思想和新的观点, 这使得问题稍许明朗了一些。

46. 将条款草案提交起草委员会的决定是明智的, 因为这意味着争端解决办法的问题可以以务实的方式来处理。然而, 起草委员会可能遇到一个问题, 因为它需要得到最低限度的指导。问题是起草委员会是否应遵守现行法或得到授权进入拟议法领域并且从事法律的逐渐发展。这是一个真正的实质性的问题, 因为争端解决办法的问题联系到报复的问题。

47. 事实上, 依靠特别报告员指导的起草委员会一直等待了两年时间以弄清楚他关于争端解决办法问题的观点。既然它现在已得到了一直等待的参考文件, 它就能完成它的工作。

48. 委员会和起草委员会面临的问题, 有点类似于美洲体系现在正面临的一个问题。报复是《美洲国家组织宪章》¹⁵ 第 18 条明确禁止的。然而关于最后和具有约束力的争端解决办法的议定书由于没有得到足够的批准而尚未生效。因此虽然现在有一条禁止报复的实质性规则, 但是没有任何法律文书可以明确导致争端的解决, 并保证不是由反措施而是由不法行为本身来触发机制。

49. 他认为委员会在收到起草委员会提交的关于整个第二和第三部分的报告后, 就能完成其关于审议中的问题的的工作。因此将条款草案提交起草委员会的决定是保证委员会给予支持, 委员会应不带偏见地审议特别报告员的建议。

50. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说, 如果他的条款草案最终提交起草委员会, 他将感到很高兴, 起草委员会可以做大量工作。

51. 他欢迎韦列谢京先生的发言, 该发言明确表示关于反措施的规则和载于条款草案第三部分中的规则属于程序的范围。这就是他本人工作的依据。而且这个观点也已由本努纳先生(第 2307 次会议)和卡莱罗·罗德里格斯先生(第 2308 次会议)明确阐明。

52. 史先生反对将反措施和争端解决办法联系起来, 是基于他关于反措施是不能接受的这一观点。但是, 起草委员会对第 12 条的讨论明确表明反措施这一方面与第三部分的争端解决程序那一方面是有联系的。

53. 关于韦列谢京先生提到的罪行问题, 如果委员会能继续进行其关于本专题的这个方面的工作, 他确信委员会将必须规定出至少与前任特别报告员所建议的同样有效的争端解决机制。前任特别报告员在第三部分第 4 条(b)项¹⁶中建议这类争端应提交国际法院。在这方面, 他请委员会委员们参看他本人第五次报告的第二章, 其中诉诸国际法院的这种可能性似乎是不可避免的。然而, 起草委员会对现有条款已有足够的工作要做而无须讨论罪行问题, 他不清楚对这个问题没有提出任何建议怎么会妨碍起草委员会继续进行其工作。而且, 他并不能完全肯定他将能够在他的下一次报告中提出关于罪行问题的建议, 并将十分感谢委员们在这方面能够提供的任何帮助。总之, 他建议委员会应该继续进行关于第二和第三部分的工作而不讨论罪行问题, 他提醒注意委员会的做法通常是逐步地进行工作。

54. 罗森斯托克先生说, 他全然不了解为什么不可能结束对第 12 条的审议, 该条最初由特别报告员十分明确地制订。他认为, 委员会在它结束对该条的审议前不应进行第三部分的工作。

55. 如果委员会作出真正的努力来结束它对第 12 条的审议并同时结束对第二部分的工作而将罪行问题搁置起来, 则起草委员会可以更加顺理成章地进行草案第三部分的工作。如果委员会未能完成这项任务, 则它将经常遇到第 12 条的问题而无任何希望就该条达成普遍一致。

56. 关于罪行问题, 假定需要这一概念并希望

¹⁵ 1948 年 4 月 30 日在波哥大签署(联合国, 《条约集》, 第 119 卷, 第 3 页); 通过 1967 年 2 月 27 日的“布宜诺斯艾利斯议定书”修订(同上, 第 721 卷, 第 324 页)。

¹⁶ 见上文脚注 9。

保持它，鉴于《联合国宪章》特别是第三十九条规定了立宪的权力划分，也不能肯定诉诸国际法院会是可取的。在这一点上，委员会是冒险进入一个领域，这比起委员会某些委员正在采取的策略来甚至更加危险。那种策略就是搁置第二部分的一部分，而不是在审议第三部分之前结束对草案第二部分的审议，后者看来是符合逻辑和合理的做法。

57. 韦列谢京先生说，他对特别报告员关于罪行问题的评论感到失望。如果特别报告员的观点最后表述出来等于是说不可能提出一条关于罪行问题的条款，那么委员会别无其他解决办法，只有向大会提出一条关于它正在审议的专题的修正案——以后将成为“在不法行为方面的国家责任”。这个问题实际上并未提交本届会议讨论，但是要合乎逻辑和保持诚实就要求委员会认识到这种改变的必要性。这是从特别报告员的报告和评论中得出的结论。

58. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望将特别报告员在第五次报告中拟议的条款草案¹⁷提交起草委员会以参照全体会议讨论情况予以审议。

就这样决定。

审议起草委员会在第四十四届会议通过的第二部分第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二草案¹⁸

59. 主席请委员会审议起草委员会在第四十四届会议上通过的第二部分条款草案。

第 1 条第 2 款

第 1 条第 2 款通过。

第 6 条（停止不法行为）

第 6 条通过。

第 6 条之二（赔偿）

60. 韦列谢京先生说，第 2 款（b）项英文本中所载的“national”（国民）一词，一般是用“citizen”（公民）一词的对应词译成俄文的，意指自然人。因此，问题是“国民”一词是否仅适用于

自然人，在这种情况下俄文翻译是正确的；或者是否适用于自然人和法人二者，这样看来更符合条款草案的案文。也许可以考虑将英文本修正，明确提到自然人和法人，或在评注中列入一条解释。

61. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他并不认为这个问题应通过在评注中列一条解释来解决，因为评注会消失。有两种可能性：或者委员会可以同意“国民”一词应该由若干个俄文的词来翻译，或者——很难设想——“国民”一词可由“自然人或法人”所代替。最好的办法是修改俄文译文。

62. 比利亚格兰·克拉梅尔先生提请注意第 6 条之二第 2 款的西班牙文本中的一个错误。在起草委员会结束其工作时，所提到的是“过失、或故意的行为或不行为”。然而在新文本中“过失”一词由“imprudencia”一词所代替，这是一个不同的词。

63. 主席说，西班牙文本应与英文本保持一致。

64. 拉扎凡德拉朗博先生说，他不知道在第 2 款（b）项中“提出”（brought）一词后面是否应加上一个逗号。所草拟的案文的意思可能是：“起到损害作用”几个字是指“以其名义提出索赔的该国国民”；当然它还回过去指“故意的行为或不行为”。

65. 主席说，这一点说得很对。所议论的这几个字不论在英文或法文中都应与（b）项案文分开，以便明确它们是指（a）项和（b）项二者。

66. 韦列谢京先生说，由于特别报告员认为很难在评注中处理他已提醒注意的不一致问题，他倾向于应在第 2 款（b）项英文本中保留“国民”一词，并想问委员会中说英语的委员们这个词是否可指自然人和法人二者。如是这样，问题就只是翻译成各种语言的问题。然而，如果“国民”一词仅适用于自然人，则应用某个其他词或应在评注中加一条解释。

67. 罗森斯托克先生说，“国民”一词通常是指法人和自然人二者。然而，如果能使条款更易于理解，没有理由不写得更为明确，使两类人都能包括进去，但是保留“国民”一词将符合习惯做法。

68. 卡巴齐先生同意罗森斯托克先生的意见，说“国民”一词不同于同样适用于自然人和法人的

¹⁷ 案文见第 2305 次会议，第 25 段。

¹⁸ A/CN.4/L.472 号文件。

“人”(person)这个词,“国民”一词往往是特别指公民而言。因此,明确“国民”一词既指法人又指自然人是可取的。

69. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说,他也同意罗森斯托克先生的意见。

70. 鲁滨逊先生说,考虑到上下文,“国民”一词应明确指两类人是很重要的。例如,就外交干预权利来说,大多数干预都是代表法人进行的。因此,他建议应这样来修正条款:在“国民”一词后面增加一个逗号,接着写上“自然的(natural)或法律上的(juridical)”几个字,或“自然的(physical)或法律上的(legal)”几个字。无论怎样,在条款本身列入一条解释比在评注中列入更为可取。

71. 主席注意到委员会希望包括两类人,说在第2款中反映这种意图的确切方式尚有待决定。

72. 库苏马-阿特马贾先生说,如果“国民”一词意味着自然人和法人,他怀疑为了解决一个问题使英文本变得更加累赘是否可取,而这个问题仅仅是在俄文和明显地在西班牙文中出现的。此外,任何增加的解釋字眼不可避免地要在整个文本中一旦出现都要重复。

73. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)同意这种看法说,如果必须作出进一步澄清,为照顾到文体,最好使之在“国家”一词的后面出现。

74. 韦列谢京先生说,他注意到委员会说英语的委员并不绝对肯定“国民”一词的含意是不含糊的。例如,在国际货币基金的《条款协定》中,这个词只指自然人。

75. 锡亚姆先生提到法文本时说,也许应该不仅在条文本身而且在评注中明确“ressortissant”(国民)一词是指自然人和法人二者。

76. 鲁滨逊先生说,经过仔细思考后,他认为也许最好是在评注中列入一条合适的澄清。

77. 主席说,显然,委员会倾向的解决办法是让英文本和法文本按所草拟的那样不动,在“国民”一词首先出现的地方的评注中处理韦列谢京先生提出的问题。

78. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说,承诺并保证不重犯更多具有“抵偿”性质而非“赔偿”本身的一

种形式。而且,坚持充分赔偿对发展中国家来说可能带来不少后果。为公正和平等起见,在进行评注的时候不能忽视问题的这个方面。

79. 马希乌先生同意斯里尼瓦萨·拉奥先生的意见说,在委员会审议赔偿可以减少的情况时,起草委员会注意到,除过失、故意的行为或不行为以外,还有其它原委可能对赔偿产生影响。他本人相当详尽地阐述涉及几个国家的案例和出现的复杂问题。应牢记那些不同的原委并必须在评注中反映出来。

80. 罗森斯托克先生说,作出推论的根据应该是任何时候都适用的法律面前平等和义务平等的基本原则,并且唯一的标准应是犯有不法行为和提供赔偿的义务。

81. 主席说,特别报告员在提交的关于条款的评注的最后文本中,将考虑到委员会委员们提出的所有评论。

82. 韦列谢京先生说;第7条(恢复原状)的某些条款列入第6条之二会更合适。起草委员会在第7条中组合了恢复原状的四种例外情况,事实上这四种例外情况的作用和范围是非常不同的。“实际做不到”这一(a)项的主题显然只适用于赔偿的一种形式,即恢复原状,因此很自然地出现在第7条中。另一方面,(b)项应适用于赔偿的每一种形式,因为如果一种特定的赔偿形式涉及“违反根据一般国际法强制性规范所产生的义务”,那么就應該诉诸另一种赔偿形式。因此,(b)项更适合列入涉及一般赔偿的第6条之二。

83. 第7条的(c)项和(d)项引起一个更为复杂的问题。根据特别报告员原来的解释,在下述两种情况下产生过分负担问题:所施加的负担与不法行为所造成的损害完全不成比例;以及严重危害犯有国际不法行为的国家的政治、经济和社会制度。换言之,这是把一种同样形式而不是不同形式的赔偿所造成的负担和所得到的利益加以比较的问题。根据这种解释——它完全可以被接受而且事实上已广为流传——两项中规定的例外情况涉及赔偿和恢复原状两者,甚至略多地涉及前者而不是后者。因此,它们也应该列入第6条之二。然而,起草委员会现在采用了不同的解释,根据这种解释,所施加的负担和得到的利益根据赔偿形式来加以比较。但是,这里也应该阐明例外情况以便将其与恢复原状

和补偿
如果委
出一条
列入其

84
阐述了
见。的
果委员
个目的

85
正如他
一样一
和补偿
一般的
之二第
赔偿,
守。马
同的问
偿)提
解在该
独立和
条应该
的情况

1993

出席:

和补偿联系起来，因此它们也应置于第 6 条之二。如果委员会接受这种分析，他准备对第 6 条之二提出一条修正案，以将第 7 条 (b)、(c) 和 (d) 项列入其中。

84. 马希乌先生说，韦列谢京先生的发言详尽阐述了斯里尼瓦萨·拉奥先生关于充分赔偿的意见。的确存在不是恢复原状所独有的例外情况。如果委员会同意应该试图澄清条款的措词，审查为这个目的提出的建议是可取的。

85. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，正如他在一开始所看到的情况一样——起草委员会也一样——所讨论的那几项的意图仅仅是要将恢复原状和补偿加以比较。这些规定中没有一项是真正影响一般的赔偿问题或特定的补偿问题。例如，第 6 条之二第 2 款 (b) 项涉及一国满足于接受一种形式的赔偿，而不是要求其一部分人民自决的权利应予遵守。马希乌先生提出的充分赔偿问题完全是一个不同的问题。在这方面应该注意到例如第 8 条（补偿）提到补偿而不是充分补偿。因此，使人很难理解在该条第 1 款含义内，补偿如何能对一国的政治独立和经济稳定形成严重威胁。因此他认为，第 7 条应该维持原状，不应把它的规定改成倾向于一般的情况（第 6 条之二）或特定的情况（第 8 条）。

下午 1 时散会。

第 2315 次会议

1993 年 7 月 1 日，星期四，上午 10 时 10 分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：哈索内先生、阿兰焦—鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、埃里克松先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布—奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥

先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

国家责任（续）(A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453 和 Add.1-3¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1)

[议程项目 2]

特别报告员的第五次报告（续完）

1. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，第五次报告 (A/CN.4/453 和 Add.1-3) 第二章 A 节还可以视为对国家的国际罪行后果问题的历史的考察，它概括了 1976 年国际法委员会²和大会第六委员会所进行的讨论情况，以及委员会委员不总是能随时得到的有关文件。第 1 节极为重要，还因为要查明第二章 B 节和 C 节所阐述的问题，必须从 1976 年的辩论以及这一学说开始。

2. 根据草案第一部分第 19 条³，罪行包括严重违反旨在保障整个国际社会根本利益的普遍性义务的行为。然而，这并不意味着所有违背普遍性义务的行为都要被视为罪行。因此，基本的问题是要衡量违反行为严重损害所有国家共同利益的这一事实在何种程度上影响到甚至在“普通”违反普遍性义务的场合也会出现的责任关系。

3. 最好的办法就是区分该问题的客观和主观方面。从客观的角度来看，问题在于所说的违反行为的严重程度是否以及如何加重内容，并降低作为“普通”违反普遍性义务即违法行为特征的后果——实质性和手段性后果——的限度。从主观的角度来

¹ 转载于《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 见《1976 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 69-122 页。

³ 第三十二届会议上一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条条款的案文，见《1980 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 页起。

看,问题在于所违反规则的根本重要性是否会引起本来是无机的和没有“体制”协调的多边关系的变化,这种关系通常在普通违反一般法律规定的普遍性义务的场合,在不法行为国与所有其他国家之间,或在多个受害国本身之间产生。

4. 他将首先谈罪行的实质性后果,即停止该行为和赔偿。就停止而言,与“普通”不法行为相比,无论是否针对所有国家,罪行似乎并未显示出任何特殊的特征。这一点是可以理解的,其原因在于:第一,停止的义务不会有“质的”恶化、减轻或改变;第二,即使在违法行为的情况下,所涉及的仍是即使受害国方面未提出任何要求时责任国所负有的义务。第五次报告第二章 B 节介绍了有关国家实践中的一些例子。在听取委员会和其他各方的评论后的较后的某个时候,较详细地分析这一领域的实践将是适宜的。

5. 广义的赔偿问题包括恢复原状、补偿、抵偿和保证不重犯,比停止问题更为复杂。从客观的角度来看,赔偿的某些形式,尤其是恢复原状和抵偿,就违法行为而言,是有某些限度的。因此,必须确定这种限度是否由于罪行而受减损,以及如果是这样的话,在何种程度上受到减损。换句话说,即必须确定不法行为国在罪行情况下的“实质性”义务是否比在“普通”违反情况下更为沉重。

6. 可以设想有三种可能的减损:对恢复原状负担过重的限制;禁止“惩罚性赔偿”、侮辱性要求或影响公认为涉及国家自由事项的要求;以及极大地影响不法行为国国内管辖的抵偿或保证不重犯要求。

7. 至于主观方面,应当牢记的是,和停止不一样,赔偿的形式由只有在受害方要求的情况下责任国才必须履行的义务所涵盖。由于罪行总是附带或单独涉及到直接受害程度比“主要受害者”小的国家,因此就出现一个问题,在国际法的现状下,这些国家中的每个国家是否都有权单独请求赔偿,或者,根据这一事项的现行法,是否必须在所有受害国之间有某种强制形式的协调。在实践中,可以找到单个国家(“主要受害国”之外的国家)以及国际或区域机构提出要求的案例,第五次报告第二章 B 节叙述了这些案例。

8. 一旦有关这些问题的现行法得到阐明,就将有可能衡量,是否和在何种程度上适宜于以逐渐发

展的方式,尤其就几个受害国的要求之间的协调问题做出更改,或根本的变革。

9. 就罪行可能的特别后果的“手段性”方面而言,与违法行为相比,自然会想到的第一个假设情况就是对侵略的反应。虽然委员会已在草案第一部分⁴论述了自卫问题,但还需要为传统上认为是自卫条件的某些要求规定明确的定义,即即时性、必要性和相称性,而前两个要求往往被忽略了。同样还必须阐明在何种情形和先决条件之下“集体”自卫的权利才包括主要侵略目标以外的国家对侵略者使用武装力量:是否只在受害国明确要求下诉诸武力才为合法,是否只需假定该国同意就足够了,还是在这种情形下第三国可自动做出反应?

10. 委员会应在这些问题上有自己的立场,即使它宁可不对这些问题做出明示规定,而宁愿只是提及“单独或集体自卫的固有权利”。尽管如此,对此种“固有权利”含义的简单的评注将不足以防止危险的误解,特别是对经常被忽略的即时性和必要性要求。

11. 然而,对一项国际罪行做出反应而诉诸武力的问题不仅仅是一个对武装攻击进行自卫的问题。还有是否也容许采取武力措施以便使侵略以外的罪行停止,这是一个首先展示客观方面的问题。还必须确定的是,是否容许在有理由针对武力攻击进行自卫以外的情形下,为了获得停止的结果而诉诸武力。他想起第 19 条第 3 款(b)、(c)和(d)项列举的罪行,在这一方面必须加以考虑的问题例如:对受到外国统治或者更为普遍地受到犯有严重违反自决原则行为的政权压迫的人民的武力支援问题;以及对应大规模侵犯基本人权或犯有种族灭绝或残暴的“种族清洗”行为负有责任的国家的武装干涉问题。

12. 如果在此种情况下使用武力根据现行法被认为可以容许,或根据拟议法被认为是可取的,则产生这样一个问题,即这是否将构成对罪行的标准制裁,即根据国家责任法对不法行为国所做出的反应,或者这对应另外一个原理,如构成紧急状况或危急情势基础的理由,以上情况排除不法性,但又与自卫不同,不具有授权对特别严重违反国际义务的行为国做出直接反应的特征。

⁴ 同上。

面
犯
不
发
事
除
适
理
的
得
至
力

面
弓
性
是
社
会
害
国
而
如
志

不
仅
问
题
的
国
组
织
性
后

法
行
的
方
为
后
行
动
第
二
“组

概
念
的
权
了
以
法
是
事
会
谓
的

13. 针对罪行诉诸武力的另一个令人困惑的方面在于：武装的对抗措施在其不是旨在使进行中的犯罪行为停止，而是要获得广义上的赔偿或充分的不重犯保证时，是否可以容许。这样的例子有征服发动侵略战争的国家，包括由胜利者对该国实行军事占领，或者武力强迫的其他制裁措施，以便“消除”该罪行的一切后果。德国战后的情形就是一个适当的例子。更近一点的有，1991 年 4 月 3 日安全理事会第 687（1991）号决议第 33 和 34 段所设想的、使用武力保证该决议强加给伊拉克的裁军义务得到履行的可能性，这提出了在这种情况下诉诸武力在多大程度上为合法的问题。

14. 涉及武装部队罪行的手段性后果的主观方面引起了一个不同的问题：采取武力措施的可接受性是否因由一个或多个受害国单独采取还是由国际社会普遍采取而异？是否如果由一个或少数几个受害国家单方面诉诸此种措施就认为是不能容许的，而如果诉诸这些措施是有组织的国家社会“共同意志”的体现就认为是合法？

15. 这一问题是整个罪行制度的中心问题，而不仅仅是旨在停止犯罪行为的武力措施制度的中心问题。它的产生与许多实质性后果有关，并在国家的国际罪行制度无论何时涉及到整个国际社会或有组织的国际社会的权限可能性时影响到所有的手段性后果。

16. 实践不止一次提供了受害国通过隶属于不法行为国也是其成员的一个体系）的国际机构干预的方式处理极为严重的、尤其是正在进行的违反行为后果的例证。联合国机构，尤其是安全理事会的行动在这一方面具有特别重要的意义。第五次报告第二章 B 节提供了这种对非常严重的违反行为做出“组织的”武力或非武力反应的一些例证。

17. 援引上述类型的先例是为了证明这样一个概念，即对特别严重的国际违法行为采取制裁措施的权限不属于也不应属于单个的国家。这样就引起了以下问题，即这种权限根据现行法和（或）拟议法是否或多或少应专属于由联合国，尤其是安全理事会这种被赋予最大的行动权力的机构为代表的所谓的有组织的国际社会。

18. 为了编纂或逐渐发展罪行的法律后果的目的，对这样一个问题作深思熟虑的法律上的回答，

而不仅仅是确认实际行为，就要求对处于这一国际法律制度顶峰的问题进行分析。这些问题包括国际社会、国家间体系和有组织的国际社会的性质，以及联合国的性质和其机构的职能和权力等等。

19. 核心的问题在于，联合国机构在受第一部分第 19 条支配的国际法领域的各种职能和权力是否和在何种程度上在法律上适合于，或应使之在法律上适合于实施国际罪行的后果。这样就产生了三个具体问题：第一，根据现行法，联合国机构——其中包括大会、安全理事会和国际法院——现有的权力是否包括断定第 19 条设想的不法行为的存在、责任归属和后果；第二，根据拟议法，这些机构的现有权力是否以及在何种意义上应在法律上改造以适用于诸如断定所说的国际不法行为的存在、责任归属和后果等特定任务；第三，联合国机构的权力在何种程度上影响或应当影响国家对该国际不法行为做出反应的权力、权利或义务，无论是就替代单独反应而言，还是就批准、协调、强制或以其他方式规定这种单独反应的条件而言。

20. 先看看第一个问题，按第五次报告第二章 B 节提出的现行法的观点，应当强调，问题不在于联合国机构是否事实上以决定、建议或具体措施的方式对第 19 条第 3 款规定的国际罪行采取了某种行动。问题在于，根据现行法，任何联合国机构是否作为法律（成文法或不成文法）行动行使了断定此种行为已经发生并已构成一个或多个特定国家的罪行，以及确定由此而产生的责任和实施制裁措施或参与实施制裁措施的特定职能。只有在这样的基础上才有可能判定现行法是否规定了对国家的国际罪行做出合法的有组织的反应。

21. 很难通过将第 19 条第 3 款（a）至（d）项所设想的各种国际罪行与授予联合国机构的权力相比来回答这一问题。

22. 如果将第 19 条第 3 款（a）至（d）项所设想的各种罪行与联合国机构的职能和权力结合起来看，就会发现很难回答上述问题。目前，他只限于从本来较长的清单中挑选出几个问题来谈。

23. 就事而言，大会作为国家间体系中最有代表性的机构，根据《联合国宪章》，确实是促进和保护人权和民族自决权的主管机构。同时，宪章又没有赋予大会能够对违反人权和自决或第 19 条第 3

款(b)至(d)项所设想的其他种类的义务做出充分反应的权力。就此种行为而言,大会所能做的,只限于对非法性和责任归属发表无约束力的声明和提出无约束力的由各国或安理会做出反应的建议。

24. 安全理事会就事而言对维护国际和平与安全具有权限。其依据《联合国宪章》的权力使它能够以经济、政治或军事措施的方式对第19条第3款(a)项提及的侵略罪行做出充分的反应。安理会还可以以同样的措施对任何罪行——其中有第19条第3款(b)、(c)和(d)项设想的罪行——做出反应,但条件是它们必须符合《宪章》第三十九条所设想的那种情势。

25. 然而,安全理事会依《联合国宪章》第七章被授权自行判定涉及对和平之威胁、对和平之破坏或侵略行为的任何情势,以便维持或恢复国际和平与安全。安理会既无宪章上的职能也没有技术手段来断定任何不法行为的存在、责任归属或后果。其断定存在这些情势之一的权限仅限于为《宪章》第七章中所规定的目的。

26. 然而,以上的讨论并未完全解决安全理事会的权限问题。尽管《联合国宪章》的起草者并未将断定、确定责任和制裁讨论中的严重违反行为的任务赋予这一机构,但目前却可能存在一种不同的情形。确实可以提出这样一个问题,尤其是最近的实践是否显示出安理会的权限范围正是在对某些类型的特别严重的国际违法行为做出“有组织的反应”方面发生了演变。他指的是最近某些根据宪章的文字难以证明为合法的決定,如安理会第687(1991)号决议,其中强制伊拉克赔偿“战争损害”;1992年3月31日安理会第748(1992)号决议,其中允许对未引渡据称的恐怖活动罪犯的阿拉伯利比亚民众国采取措施;以及1993年2月22日安理会第808(1993)号决议,其中决定设立一个特设国际法庭来起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人。

27. 为了把这种实践视为共同加强安理会在罪行的国家责任领域的权限——一种大有疑问的主张,就必须提出令人信服的论据,论证这构成“法律上确定的”实践,反映出联合国全体会员国接受或采纳的习惯规则或默示协议,并且就此而论有可能减损《联合国宪章》的成文规定。

28. 实际上,国际法院是唯一拥有断定国际不

法行为(可能包括国家的罪行)的存在、责任归属和后果的权限和技术手段的现有常设机构。国际法院的职能就是“依国际法裁判”(法院规约第三十八条第一款),它的裁判对争端各方具有“拘束力”(规约第五十九条)。法院职能的这两个特征以及其组成方式使其在原则上比联合国任何其他机构更适合于就国际不法行为的存在和法律后果做出裁决。然而,存在着两个严重的困难。

29. 第一,国际法院制度所包含的一个主要困难就在于其管辖权基本上是自愿的。要使法院有权对一项罪行行使管辖权,它的权限就必须来自指称的不法行为国以允许受害国单方面传唤指称的不法行为国到法院出庭的措词对法院管辖权的事先接受。这种情况的产生要么由于所有国家(包括不法行为国在内)都接受法院规约第三十六条第二款所谓的“任择条款”,要么由于对参加国有约束力的多边、双边或单方文书允许针对不法行为国单方面向法院起诉。唯一的另一种方式将是极不可能地由不法行为国自己特别接受法院的管辖。

30. 第二,另一系列的困难的产生是由于缺乏法律上有权调查事实、充当将案件提交国际法院的公诉人角色以及决定制裁的机构。对法院所宣判的任何国家责任的执行都将因此而摆脱法院本身的任何控制。除仅对违反行为和其责任归属的裁决以外的任何“制裁”都将因此不得不要么由受害国决定和实施,要么留待联合国其他机构自由裁量采取行动。

31. 随后,他开始谈论报告第二章确定的第二个问题,即根据拟议法联合国机构现有的职能和权力可否在法律上加以调整,以断定国家的国际罪行的存在、责任归属和后果的问题。这里的问题在于安全理事会——其组成成员有限,而其中一些成员享有特权地位——是否应被授予代表“整个国际社会”采取行动的权限。作为一个政治性机构,安理会会被赋予维持和平这一本质上属于政治性的职能,因此,安理会运作时具有高度的自由裁量权;它既不是必然地也不是定期地在所有似乎需要采取行动的情况下采取行动;相反,它以有选择的方式行事。安理会没有义务在看来可能完全类似的情形中采取统一的标准;同种类型和严重程度的罪行可能作不同的处理或者根本不加以处理。实际上,严重的罪行也可以被忽视。最后,安理会没有任何义务提供其决定或其行动或不行动的理由。这一事实使得在当时或事后均无法对其选择的合法性加以核查。

3. 的破坏。在可以同情况下行是太缓慢即做出

33 性机构款设想(c)系处理。方面,治,包:统地进行的事会似:合一般

34. 及将要3在前任4条(b)的第五应考虑改进特别

35. 问题是有实际机构问题。有组织能力提出单方采取些这一方

36. 应时诉诸不同——有国家的定的解决采取的措

5 前在案文及附件分),第35

32. 这些难题作为预防和制止侵略和其他严重的破坏和平行为不可避免的缺点也许是可以接受的。在这方面, 由于没有更好的解决办法, 人们也可以同意一个政治性机构在没有司法程序保障的情况下行事, 司法程序不可避免地是难以预料并且总是太缓慢: 用武力抵抗武力是合法的, 如在需要立即做出反应的自卫的情况下。

33. 无论对侵略的立场如何, 过多地依赖政治性机构实施罪行的国家责任是否适当就第 19 条第 3 款设想的其他情况来说是大可怀疑的。该款 (b)、(c) 和 (d) 项所述的那种罪行应通过司法手段来处理。各国社会中的刑法史表明, 在制止刑事犯罪方面, 以下三个特征是非常重要的: (a) 服从法治, 包括程序上以及实体上; (b) 经常、连续和系统地进行刑事检控和审判; (c) 调查、检控和宣判行动的公正性或非选择性。由于这些原因, 安全理事会似乎不符合刑事司法的这些要求, 或甚至不符合一般司法的要求。

34. 委员会应向提供指导意见的另一事项涉及将要列入草案的争端解决规定的种类。这一事项在前任特别报告员里普哈根先生拟议的第三部分第 4 条 (b) 项⁵中作了论述, 但并未包括在目前审议的第五次报告拟议的第三部分中。他认为, 委员会应考虑对里普哈根先生 1985 和 1986 年的建议做出改进特别提及国际法院的可能性。

35. 第五次报告第二章 B 节中指明的最后一个问题是有组织的社会通过诸如联合国机构这样的国际机构做出反应与国家的个别反应之间的关系问题。有组织的社会采取针对不法行为国的措施的可能性提出了行使这一权限与实施受害国仍可以有权单方采取的这些措施之间的协调问题, 他举出了一些这一方面的例子。

36. 关于不涉及武力的措施, 在对罪行做出反应时诉诸武力以外的措施——和采取涉及武力的措施不同——不引起是否容许采取的问题; 就任何针对所有国家的违反行为而言, 这些问题一般都得到了肯定的解决。确已产生的问题是作为对罪行的反应所采取的措施可能加重的问题。这种加重可能采取的

形式有取消或减轻诉诸反措施须遵守的条件或限制。

37. 关于程序性限制, 问题在于, 就罪行而言, 可否允许甚至在没有事先通知的情况下以及在实施现有的争端解决程序之前诉诸反措施。

38. 就实质性限制而言, 可以设想在罪行情况下撇开诸如以下的限制: (a) 经济或政治性质的极端措施; (b) 影响到不法行为国独立、主权或国内管辖权的措施; (c) 影响到“第三国”的措施; 以及 (d) “惩罚性”措施。第五次报告对这四种可能性都做了举例说明。

39. 至于“主观”因素, 应当指出引起了以下的“主观一体制”问题:

(a) 对诉诸“和平的”反措施的限制可能的减轻是仅适用于罪行的“主要受害国”, 还是也适用于以任何方式受害的所有国家? 或者对任何反措施的整个处理都属于有组织的国际社会?

(b) 如果就不涉及使用武力的措施而言存在或应当规定这种“集体”权限的话, 这种集体权限究竟是“专有的”或者仅是一种“主要的”权限?

(c) 在后一种情形下, “集体”权限以什么方式与受害国方面单方行动的剩余权力相协调?

40. 关于受害国做出反应的义务问题, 前任特别报告员在其第六次报告⁶中挑选出了这些义务。其中最重要的义务就是不承认不法行为国与其违反行为及后续行为有关的行为为“合法和有效”。这一方面实践的例证——将在适当的时候加以分析——在阿兰焦-鲁伊斯先生的第五次报告中可以找到。

41. 除了不承认的义务之外, 还有不帮助或支持不法行为国维持不法行为所造成的局势的义务。国际实践表明了一种趋势, 即赞同承认各国有不协助不法行为国享受或维持由于侵略和其他重大违反行为而产生的任何利益。援引的国家实践的例证可以在报告中找到。

42. 此外, 各国负有义务不干涉“整个国际社会”对罪行做出的反应, 并执行该国际社会通过的

⁵ 前任特别报告员拟议的第三部分第 1 至 5 条草案的案文及附件, 见《1986 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 35-36 页, 脚注 86。

⁶ 见《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 3 页, A/CN.4/389 号文件。

与制裁该罪行有关的决定。

43. 这样找出了国家的国际罪行的后果引出的主要问题(现行法或拟议法)后,特别报告员试图就涉及的主要困难提出一些尝试性的考虑。当然,国际罪行的后果方面最重要的问题就是那些与有组织的国际社会的作用有关的问题,尤其是联合国机构的作用的问题。这些问题实在太棘手,使特别报告员在现阶段只能提出仅仅是尝试性的思考。国际社会的整体状况,特别是所谓的有组织的国际社会的状况实际上非常严峻,要找出适当的解决办法以执行国家的国际罪行可能的特殊后果,即使对这一可能性做出最悲观的预测,也是有充足理由的。面对所涉及的这些不受影响的困难,一些人可能认为,最好依从那些人的观点,象委员会中至少两名委员认为的那样,不赞成在第二和第三部分实施第一部分第19条。

44. 批评通过第19条的人当然也可以从他提及的难题以及委员会本身的工作中找到论据。就委员会而言,他考虑的既有国家责任条款和危害人类和平及安全治罪法草案的总的方针,也有委员会中大多数委员对过错(包括故意)、惩罚性赔偿和严格说来不属于赔偿范围的其他后果所采取的有疑问的方法。这些考虑是第五次报告第二章C节的基础。该节所提出的主要问题是,国际刑事责任是应由国家、个人或两者同时招致。

45. 如果没有第一部分第19条的话,有人可能会认为委员会关于国际责任的工作是以隐含的两分法为基础,一方面是国家基本上属“民事”的责任,另一方面是个人的刑事责任。经过最初阶段的迟疑不决之后,关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作也坚定地以这样一种假定为根据,即治罪法将仅包括个人的罪行,尽管有关个人与国家有着密切的联系。根据上述两分法,个人将接受刑事审判,而国家却不会。根据“社会不可能犯罪”的格言和委员会中对过错的否定看法以及国际责任严格的赔偿性质,可以提出这样一种观点,第19条在国家责任草案中没有位置,应当去掉这一不符合逻辑而且矛盾的内容。不过,他既不能无条件地赞同关于根据现行国际法刑事责任与国家性质不符的观点,也不能无条件地赞同关于国家的国际责任根据现行法仅限于与国内法上民事责任严格类比的范围的观点。

46. 声称刑事责任不符合国家的性质的首要原因是“社会不可能犯罪”的格言。这一格言对国内法上的法人来说无疑是有理由的,但对于作为国际人格者的国家来说是否有理则是值得怀疑的。虽然国家是集体实体,但对国际法来说,它们与国内法上的法人却不是完全相同的。相反,从国际法的观点来看,它们好像表现出仅仅是事实上的集体实体的特征。这一明显的真理由于法人本身就是“事实上的集体实体”这一基本概念而蒙蔽了学者们,但却在公认的观点中得到了最明显的承认,这种公认的观点就是,国际法是国家间体系的法律而不是一个世界联邦国家的法律。

47. 至于所谓的不相符的第二个原因,无论人们多么强烈地认为,如委员会中许多委员所认为的那样,国家的国际不法行为的赔偿责任不超过严格的赔偿范围,国家实践却表明,参与国际关系的实体完全有能力做出最为严重的犯罪行为。用德罗斯特——一位强烈反对国家“负刑事责任”的人——的话来说,“无疑,一个‘犯罪’的国家由于其集体权力而远比犯罪的个人危险”。⁷ 国际关系的研究——无论从政治、道德还是法律的角度——表明,正如它们可以相互实施犯罪行为一样,国家也时常被其伙伴视为罪犯——因为其待遇明示或默示地具有惩罚性质,并且常常是极为严重的惩罚性的待遇。

48. 在国际不法行为最为普遍的情形中,刑罚或者是默示的,表现为停止不法行为和通过恢复原状或补偿方式做出赔偿的事实,或者是明显地表现为典型的国家间补救办法,即按专业术语所称的“抵偿”。在最为严重的情况下,如要求采取特别严厉的经济或政治报复或者公然的军事反应措施,继之以比较严厉的和平解决办法的情况,受害国所追求并达到的惩罚意图就非常明显。在这一点上,德罗斯特特别指出针对国家的各种形式的“政治性”措施,并将其与针对个别统治者的“法律上的惩罚”区别开来。德罗斯特说,这些政治措施呈现出“各种形式、方式和方法”。他列出了许多不同的措施,如:

“领土的转移;军事占领;拆除工业设备;迁移居民;以现金、货物或服务支付赔偿;查封和没收财产;军备控

⁷ P. N. Drost, *The Crime of State* (Leiden, A. W. Sijthoff, 1959), Book I, *Humanicide: International Governmental Crime against Individual Human Rights* 第 704 页

制；非军事化；政府监督以及其他许多国际措施，……除了两大类经济和军事制裁外。”⁸

德罗斯特显然并不怀疑他列举的大多数措施包括了比仅仅“民事”补救办法严重得多的制裁。此外，它们都会要影响到——有一些是极大地影响到——他正确地希望通过限于对统治者实施“法律上的惩罚”使之免于遭受制裁的人民。

49. 众多国际法学者和外交家宁愿用不提及国际不法行为的责任的惩罚性含义或建议明确指出反措施的唯一作用在于获得赔偿这些遮羞布来隐瞒这样明显的真理，这样做并未改变国家间体系严酷的现实。事实上，最受人尊敬的权威人士都承认，国际责任具有民事和刑事成分，哪一种成分更突出取决于每一特定案件的主客观特点和情况。

50. 显然，一个第一部分第 19 条基本观点的坚定的批评家可能争辩——不是毫无正当理由地——说，如果国家目前不是按正常意义的团体或法人的话，它们将不可避免地必须成为人类有组织的法律社会范围内正常意义上的这种团体或法人。那么，国家将在本质上与或多或少权力分散的联邦的组成单位没有什么区别。如果可以假定这一设想是一种切实的预见的话，对第 19 条所含观点的同一坚定的反对者还可以进一步争辩说，委员会继续进行工作的正确方式，准确地说，恰恰是保持他刚刚提到的区别，在这一点上，他提请委员们注意一个仅仅涉及个人的刑事责任的危害人类和平及安全治罪法草案与一个仅仅设想国家的民事责任的国际责任草案之间的区别。根据该坚定的反对者的观点，国家的“民事”责任应由有关国家责任的公约加以编纂和发展，而且本草案第 19 条不是其中的一部分。还是根据该反对者的观点，这将是协调委员会的两个现有草案与朝着由建立或多或少的集权的（或权力分散的）有组织的人类社会或世界联邦所代表的“最终”目标——借用洛里默的形容词⁹——逐渐发展国际体系可能的方针的方法。

51. 然而，似乎同样明显的是，建立这样一个法律的社会还是很遥远的事。就是欧洲共同体 12 国

也远未达到这一阶段。这样，不可避免的后果是，人类将在今后相当长一段时期内无论好歹也要继续处于一种缺乏一体化的状态，而这种状态同时也是社会学家和法学家所说的技术意义上的国家间体系的主要原因和主要结果。在这样一种体系内，国家似乎有义务——无论喜欢还是不喜欢——继续处于一种属于国家间法律而非人类国际社会法律的国际法之下。国家仍然基本上是事实上而决非法律上的集体实体。这样，它们不仅仍可犯下任何类型的非法行为——特别是所谓的“罪行”以及所谓的“违法行为”，而且同样可以遭到经适当改变后完全可以与在国内社会被裁决有罪的个人所遇到的反应相比的反应。

52. 为了指责“集体”责任，已有许多论著做出适当的论述，他确实坚信这肯定是一种原始的、初步的制度。然而，以下的事实却是难以否定的：

(a) 从法律发展的角度来看，国家间体系显示了初步的方面，忽视这一点必然有危险；

(b) 其中的一个方面是，国家除了犯可以归于“普通”或“民事”的违法行为外，还确实犯有由于其严重程度确定地划归通常意义上的“刑事的”违法行为；

(c) 另一个方面是，对于侵略这种严重的违法行为来说，国家做出的反应方式就连像德罗斯特这样一个强烈反对国家刑事责任的人也承认与报告所列举的同样严厉和众多。德罗斯特把这些他称之为不同于“个人刑罚”的“政治性”的措施的反应方式分为以下几类：“领土的、人口的和战略上的；工业的、商业的和金融的；甚至文化的、社会的和教育的；最后但不是最不重要的有技术的和意识形态的”。¹⁰

53. 确实难以相信，有如此重大影响的措施，在效果上与国内刑法中的刑罚大体上并没有多大类似之处。看来，在今后的一段时期内，应当有对第一部分第 19 条设想的种种罪行的合法反应。因此，委员会应在草案第二和第三部分拟订第 19 条的后续规定。

54. 然而，需要解决的问题似乎从现行法或拟

⁸ 同上，第 296—297 页。

⁹ J. Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations* (W. Blackwood and Sons, 爱丁堡和伦敦, 1884 年), 第二卷, 第 183 页起。

¹⁰ 上引书, 第 297 页。

议法而言，都比仍未得到满意解决的集体安全问题更困难。在这些问题中，涉及所谓的“有组织的国际社会”现有结构的问题尤其困难。

55. 根据现行法或拟议法所涉及的一些问题已经扼要地和试探性地论及，其他问题则没有论及。他希望再提出三个问题，他的同事可以作进一步的补充和指正。

56. 一个非常关键的问题是要区分国家的国际罪行对国家本身——也许对国家统治者——的后果和对该国家人民的后果。德罗斯特——如所表明的那样并非国家“负刑事责任”非常坚定的反对者——非常正确地强调了把针对不法行为国的政治性措施与针对其统治者的个人刑罚区分开来的道德和政治上的必要性，前一措施具有豁免“无辜的”“犯罪”国人民的性质。对此人们完全衷心同意。不过，考虑到德罗斯特本人似乎如此慷慨地允许的种种措施——似乎大大超出《联合国宪章》第四十一条和第四十二条设想范围的措施，又似乎不容易做这种区分。经济的和和平解决的措施（就侵略而言）尤其不易区分，其中一些措施似乎直接打击了人民本身。另外还有一个社会学家或法学家或伦理学家都不应忽略的问题，尽管德罗斯特本人似乎完全忽略了。这—问题是：是不是在任何情况下都可以认为，人民对于在侵略行为前、该行为期间甚至行为后都得到狂热赞成的、独裁者的明显专制政权所进行的侵略行为完全没有罪责？第二个问题是国家的过错问题。委员会是否应当重新审议其已搁置一边（他认为不能令人信服）的有关“普通”违法行为的事项？是否可能作为“实际立法者”处理第 19 条设想的那种违反行为而不用考虑故意这样一个关键因素的重要性？

57. 他认为有义务提请注意的最后一个问题涉及到第 19 条本身。他将撇开该条的表述方式——前任特别报告员 1976 年拟议的¹¹最初的表述方式也许困难会小一些——中极有疑问的特征。这些特征——其中之一是与草案中其他条款所谓的“次级”性相比，该条款不清楚的性质——委员会可以在二读时重新加以审议。眼下，他的发言将仅限于几个实质问题。

58. 首先，如果在处理各种特定犯罪类型的方式方面存在实质性的或至少是重大的差别的话，单

在“罪行”与“违法行为”之间实行两分法事实上是否适当？例如，区分侵略和其他犯罪是不是更可取呢？或者能否再分几个细类，以避免对明显很不相同的、会产生或应该产生同样不同的责任形式的具体行为同等对待？

59. 第二，举例列举第 19 条规定的构成罪行的不法行为从 1976 年就开始了。这些是否仍然是最佳的确定甚至在今天整个国际社会仍视为或赞成视为“国家的罪行”的不法行为的例子？换言之，如果确有必要保留这一列举方式，例子能否加以“更新”？

60. 第三，在考查实践时，常常难以区分罪行和违法行为，尤其在涉及严重的违法行为时更是如此。其原因是否有可能部分地在于表述第 19 条所含的犯罪的一般概念的方式，其措词具有某些成分的特征，而可能这些成分使得难以对属于罪行或属于违法行为的违反行为加以归类，并从而难以确定哪些非法行为属于或应该被置入“加重的”责任制度之下？

61. 第四，如果确实存在从普通违反到“国际罪行”的某种分级——尤其是从它们所引起的责任制度的角度来看——的话，在“罪行”和“违法行为”之间做出明确的称谓区分，事实上是否适当？

62. 得到扬科夫先生支持的锡亚姆先生说，鉴于关于国家责任的第五次报告载有丰富的材料，对该专题的任何实质性讨论都应推迟到委员会下届会议。

63. 主席说，在本届会议上任何委员如想就这一专题发言，当然是可以的。不过，由于发言的委员人数很可能有限，辩论很可能代表不了目前的倾向。因此他建议，在委员会第四十五届会议（1993 年）的工作报告中，国家责任专题应限于特别报告员刚才所做的介绍，但有一个谅解，在本届会议上所发表的任何观点都将反映在委员会第四十六届会议（1994 年）工作报告的辩论提要中。特别报告员可以从第六委员会得到他要求得到的、有关他提出的问题的指导意见。

64. 罗森斯托克先生说，他可以同意将讨论推迟到下届会议。然而，他希望表明，他对特别报告员关于联合国系统目前活动的评论的沉默不应解释为表示同意或不同意。第一部分第 19 条所做的区分仍然是报告第一部分“分类狂”方面令人不安的一

¹¹ 见上文脚注 2。

个例三
题方
会需
法行

6

告的
表明
务。在
推迟
只应
该专题

61

对该专
法的逐
时，国
以来情
于过渡
围。推

67

很清楚
委员会
作。罪
1994 年
尽全力

68

客观地
出的任
书过去
家的职
向性”
的疑问
问题是
第一部
种措施
不知该
现象的

69

法行为
罪的后

70

及安全

个例子。如果委员会采取这一办法，委员会在该专题方面的工作在任何人的一生中都不会完成。委员会需要做的不是做出这种区分，而是审议连续的不法行为和处理它们的方法。

65. 韦列谢京先生说，特别报告员对第五次报告的介绍极为出色，但也带有倾向性，因为他试图表明有关犯罪行为后果规范的编纂是一件完不成的任务。他不能同意这一观点。他赞同锡亚姆先生关于推迟讨论的建议：委员会第四十五届会议工作报告只应表明，介绍了关于国家责任的第五次报告，对该专题的实质性讨论将于 1994 年开始。

66. 库苏马—阿特马贾先生说，他同意应推迟对该专题的讨论。特别报告员的介绍极为出色：国际法的逐渐发展确实需要思想上的果敢。委员会建立之时，国际法基本上是国家间的法律。海洋法为从那时以来情况的发展提供了一个极好的例证。国际法正处于过渡期中，问题也大大地超出了国家间法律的范围。推迟讨论将不会解决这一相当长期的问题。

67. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，很清楚，本届会议上不会有实质观点的交流，尽管委员会的评论将有助于他今后在这一专题上的工作。罪行问题是一个棘手的问题，有可能即使到 1994 年他也只能提出另一大堆问题。不过，他会竭尽全力，学术界也可能即将提供一些意见。

68. 关于罗森斯托克先生提出的问题，尽可能客观地看待国家或国际机构有关该专题的实践所提出的任何问题，并且评估在犯罪方面现有的国际文书过去和将来的执行情况，这是任何一位国际法学家的职责。他不太清楚韦列谢京先生说的“带有倾向性”是何含义。他在报告中表明了他对某些问题的疑问，和联合国系统最近的一些实践。讨论的问题是罪行问题，国家肯定犯下过罪行。他在希望放弃第一部分第 19 条的人的观点与希望对罪行问题采取某种措施的韦列谢京先生的观点之间左右为难。他简直不知该怎么办，因为可以提供的法律手段与限制犯罪现象的必要性之间的反差确实令他感到困惑。

69. 哈索内先生首先回顾前任特别报告员就违法行为、罪行以及比其它罪行带来更多后果的侵略罪的后果设想了一个“三级”制度。

70. 他还忆及，在以前一份关于危害人类和平及安全治罪法草案的报告中，锡亚姆先生在评论

“刑法充满着主观性”这一事实时¹²，谈到：作为对某一行为的反应，在公众心目中引起的谴责永远不是统一的。他想知道，就侵略罪行的附加后果而言，特别报告员是否打算保留其前任里普哈根先生所做的分类。

71. 罗森斯托克先生说，他没有说特别报告员提及联合国系统通过的决定有不当之处的意思。不过，他怀疑特别报告员所说的正确性，并希望强调他在解释他自己的沉默时所说的话。

72. 如果本届会上对该专题进行任何实质性讨论的话，这种讨论必须列入 1993 年的报告。事实上最好不要进行这样的讨论；那么，报告就可以只提及进行了几个初步发言。

73. 锡亚姆先生说，他赞成罗森斯托克先生所说的最后一点。

74. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他很高兴罗森斯托克先生没有采取赞成或反对在这一问题上的任何观点的立场。他也同样没有，他只是叙述了令人困惑的法律问题。

75. 哈索内先生说，他仍不能理解，例如，一个“小侵略”怎么能比大规模种族灭绝造成更多的后果。

76. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）答复哈索内先生说，在他的报告和介绍中，他确实提到过把侵略行为和其他罪行区分开来的必要性。侵略行为引起的问题要少一些，因为有一个联合国的专门机构至少为了维持和平和安全的目的地处理侵略行为问题。对于其他罪行，委员会所处的地位更为困难。

77. 主席说，如果他听不到反对意见的话，他将认为委员会已同意以罗森斯托克先生刚刚建议并得到锡亚姆先生支持的方针行事。

就这样议定。

下午 1 时 5 分散会。

¹² 《1985 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 69 页，A/CN.4/387 号文件，第 47 段。

第 2316 次会议

1993 年 7 月 6 日, 星期二, 上午 10 时

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

后来的主席: 古德蒙杜尔·埃里克松先生

出席: 哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

国家责任(续)(A/CN.4/446, C 节, A/CN.4/453 和 Add.1-3¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf.Room Doc.1)

[议程项目 2]

审议起草委员会在第四十四届会议通过的第二部分第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二草案²(续)*

1. 主席以委员会委员的身份发言, 要求把他有关国家责任条款草案第二部分第 1 条第 2 款案文的观点反映在关于委员会讨论情况的简要记录中。实际上, 该案文似乎因让犯有国际不法行为的国家承担属于两种不同范畴并不具有相同来源的义务而造成了一些混乱。一方面存在初级义务, 例如来源于有关国家之间条约的义务, 另一方面也存在着作为国际不法行为法律后果并来源于委员会正在拟订的公约的次级义务。赞同所提议的案文将意味着要完

全不顾及初级义务和次级义务之间的区别, 这个区别委员会多年来一直成功地使用, 而且它不是一个在适合委员会应用时即可应用的一种形式逻辑的把戏。相反, 他认为这符合无法逃避的现实。

2. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)表示部分同意巴尔沃萨先生的看法并解释说, 该段落原来并不是他拟议的案文的一部分。他曾试图阻止它加进条款草案中, 但没有成功。

3. 扬科夫先生说, 正如他在前次会议上以起草委员会主席的身分指出的那样, 第 1 条第 2 款本意是作为对该条所列一般规则的保障条款³。它的目的就是要表明, 在国际不法行为后形成的新关系并不自动解除不法行为国履行它所违反的义务的责任。他不明白这项保障条款怎么会破坏该条的结构, 因此在缺乏有说服力的论点的情况下, 他不能赞成任何要把它删除的提议。

4. 主席指出, 委员会已经通过了该项案文。

5. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)说, 出于个人的原因, 他必须离开日内瓦直至下星期三、四。在他不在期间, 起草委员会完全有权继续寻找一种方法, 来解决他本人在前次会议上提议的第 12 条中仍存在的形式和内容两方面的难点⁴。该条造成的难点要比起草委员会至今所审议的多, 如临时性措施、预先通告等等。他通过主席希望提请委员会各委员, 不论他们是不是起草委员会的成员, 注意第 12 条的极其重要性。不管其形式或内容有什么缺点, 总之不可能是决定性的, 第 12 条第 1 款(a)项的基本意图是要明确地宣布, 在诉诸对责任关系中当事各方有约束力的国际规则规定的解决程序之前不得采取反措施。也就是说, 根据他原先的提议, 可运用的解决程序——根据当事各方之间的现行约定可运用的程序——应该在受害国采取任何反措施之前实施。在起草委员会中还提出一些意思基本相同的其他草案, 其中包括主席本人提出的一项草案, 主席本人相信做出这种规定是需要的。

* 续自第 2314 次会议。

¹ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

² A/CN.4/L.472 号文件。

³ 见《1992 年……年鉴》, 第一卷, 第 2288 次会议, 第 13 段。

⁴ 已提交起草委员会的条款草案第二部分第 5 条之二以及第 11 至 14 条的案文分别见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 脚注 86、56、61、67 和 69。

疑问:
它规
或与
临时
的解
化。女
号内,
利。走
方面
况一
意, 不
是脚
注极,
因给
它的
前, 就
先诉
诸

7.
同他有
会议的
起草委
的情况
怀疑它
的内容
全会上
们。起
个特别
点, 这
委员会
的: 上,
10
真如此,
经解决

埃里

8. -
讨论同
题发过
言员的
分析

9. 为
起草委
员会议,

10. 决
办法将

6. 起草委员会已举行多次会议，讨论一种毫无疑问推翻这条规则的所谓“折衷”解决办法，因为它规定诉诸现有的解决程序可以在采取反措施以后或与采取反措施同时使用，根本不去区分确定的和临时的反措施。这条规则将意味着要使在任何最小的解决程序实施之前任意采取的单方面措施合法化。如果这条规则通过的话，即使把案文放在方括号内，也将对国家责任法的编纂和发展工作非常不利。起草委员会就将实际上提前宣布毫无约束的单方面反应为合法，正如委员会的草案经常遇到的情况一样，这不能不立即引起政府和私人评论者的注意，不管案文的地位如何，也不管有什么方括号还是脚注。通过此类案文所产生的影响将会更加消极，因为起草委员会甚至在粗略地看一下现在提交给它的有关解决争端的条款草案第三部分的内容之前，就把有关反措施前阶段的基本规则，即关于预先诉诸可运用的程序的规则撇开不管了。

其提议。

11. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，委员会主席团肯定应该按起草委员会主席的要求办，这样起草委员会就能在特别报告员在场的情况下安排一两次会议讨论第 12 条的问题。这是一个微妙而复杂的问题，它不仅对条款草案第三部分有影响，而且对国际罪行和违法行为之间的区别有影响。现在起草委员会审议这个问题已有两个月之久而没有就一项合适的方案达成一致意见。如果国际法委员会在特别报告员和起草委员会大多数成员在场的情况下公开讨论这个问题的话，也许有可能找到一个解决办法。

12. 主席同委员会主席团其他成员磋商以后说，起草委员会将在当天下午开会研究第 12 条。

第 6 条之二（赔偿）（续完）

13. 韦列谢京先生回忆说，在委员会审议第 6 条之二的最近一次会议（第 2314 次会议）上，他曾提议它应该吸收第 7 条中所载的某些规定。第 7 条（b）、（c）和（d）项中提出的例外情况不单单同恢复原状有关；它们还适用于其他形式的赔偿。因此他已分发了一提议修正案的案文，要在第 6 条之二第 1 款之后插入一个新款，在新款（a）、（b）和（c）项中，将转录第 7 条（b）、（c）和（d）项。

14. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他很想知道韦列谢京先生提议的案文（a）项中的例外情况如何能适用于补偿，在这种情况下是否就是（b）或（c）项中的情况。很明显，这三项之间的关系并不清楚。在第 7 条最初的表述方案中，该三项例外据认为只适用于恢复原状，因为这是一种可使不法行为承受过重负担的赔偿形式。对其他形式的赔偿，特别是补偿，能这样说吗？另外，把（c）项中的例外适用于补偿将意味着明确地而且不必要地把公平原则引进到那种形式的赔偿中去，而这项原则在仲裁庭或国际法院的任何裁决中都应得到含蓄地考虑，但它不应该明确地成为一种附加的来源。

15. 韦列谢京先生说，他相信（a）项中的例外在任何情况下都适用于各种形式的赔偿，包括补偿，哪怕是在特别报告员本人曾在起草委员会上提到的情况中，即一国政府未能履行其义务。

7. 他相信，委员会中那些对第 12 条的重要性同他有相同看法的委员将不会不出席起草委员会的会议的，不论他们是否起草委员会的成员。为此，起草委员会的双重组成是没有益处的，因为它导致的情况是，参加起草委员会的人员很少，以致人们怀疑它是否达到法定人数。讨论第 12 条最至关重要的内容时尤其如此。他常常想念那些他曾经听到在全会上发言赞成事先诉诸争端解决程序的那些委员们。起草委员会不应该在这种情况下进行工作。一个特别报告员必须超出合理范围来坚持自己的观点，这是不合适的，但是，重大问题应该由起草委员会的全体或基本上是全体成员审议，在这一点上，10 名与会者严格来说是最低人数。如果情况果真如此，他在返回日内瓦后发现第 12 条的问题已经解决了，他将会非常高兴。

埃里克松先生代行主席职务。

8. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，全体会议上的讨论同第 12 条没有关系，但是，既然刚才就这个问题发过言，他希望公开表示他完全不同意特别报告员的分析。

9. 米库尔卡先生（起草委员会主席）说，最好起草委员会至少在特别报告员在场的情况下举行一次会议，并让尽可能多的起草委员会的成员出席。

10. 本努纳先生说，起草委员会主席提议的解决办法将避免在全体会议上的辩论，主席应该接受

的领土，而选择补偿作为交换的情况。毫无疑问，那会违反了一般国际法中的强制规范。关于(c)项，他不明白相称性原则为什么就不应该适用于其他形式的赔偿。

16. 罗森斯托克先生说，让各种形式的赔偿服从韦列谢京先生提议的(b)和(c)项中列出的条件是错误的，因为这样做必将严重影响受害国的权利。关于该提议(a)项中一般国际法强制规范的条件问题是比较复杂的。其困难部分在于第7条中提出了不必要的条件，因为尊重一般国际法的强制规范在所有情况下都是必不可少的，因此没有必要明确提到它们。此外，第6条之二涉及的是受害国的权利而不是不法行为国所能有的选择权。因此，似乎不宜宣布一条明确限制受害国行动自由的规则。最后，把韦列谢京先生提议的(b)和(c)项纳入第6条之二将是一个错误，而且他不相信写进(a)项是可取的。

17. 扬科夫先生说，作为1992年起草委员会的主席，他能够说明的是，第6条之二经过详细的审议并经过多次的改动后，起草委员会曾认为它是一种“开头”条款，宣布了适用于该条第1款中提到的一切形式的赔偿的原则。第7条(a)和(d)项中的条件被列入该条正是出于特别报告员提出的理由。

18. 一开始他曾支持韦列谢京先生的提议，但经过进一步的考虑后，他认为必须谨慎行事。现在很难看出特别是(a)、(b)和(c)项如何能适用于抵偿，还有，例如，抵偿怎么会同一般国际法的强制规范背道而驰呢。保证不重犯的情况也一样。的确应该提请大会注意韦列谢京先生提出的重大问题，但是鉴于通过韦列谢京先生的提议可能带来的后果，这个问题值得进行更深入的研究。

19. 韦列谢京先生指出，恰恰因为第6条之二是一个“开头”条款，他的提议就是要列出规定该条而不是第7条中的一切形式赔偿的条件，第7条仅仅同恢复原状有关。

20. 本努纳先生说，他同扬科夫先生一样认为委员会应该谨慎行事。相当明显的是，尽管韦列谢京先生提议的案文的(a)、(b)和(c)项适用于恢复原状这一涉及风险的赔偿形式，但其他形式赔偿的情况就不一样了。委员会应该进一步调查研究

这个问题后再做出决定。

21. 托穆沙特先生说，他赞成本努纳先生和扬科夫先生的意见。此外，他怀疑是否真正有必要提及一般国际法的强制规范，因为它们在任何情况下都是适用的。再则，韦列谢京先生提议案文的(b)和(c)项中的条件或许会削弱第8条有关补偿的规定，即受害国始终可以援引的剩余规定：“在……损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下”。实际上，如果条件(b)和(c)适用于补偿的话，不法行为国就不会不援引这些条件。因此，第6条之二最好还是保持原样。

22. 比利亚格兰·克拉梅尔先生指出，做出在恢复原状已不可能时受害国必须得到补偿的裁决的乃是国际常设法院。因此，问题是在补偿不可能时受害国可运用的选择是什么。关于这一点，韦列谢京先生的提议提出了小国非常感兴趣的一个问题，即正义和公平之间的差别。现在的问题是委员会在公平方面应该前进到什么程度并找到解决一些国家为履行其赔偿的义务将遇到的难题的办法。

23. 从法律的观点出发，韦列谢京先生有关一般国际法强制规范的看法无疑是正确的，根据其性质，强制规范的确适用于不管是恢复原状、补偿或者是抵偿。关于韦列谢京先生提议的(b)和(c)项中提出的条件，很难看出它们怎么能适用于抵偿或适用于保证不重犯。他因此希望听到关于此点的解释，并认为这个问题仍然值得进行更加深入的研究。

24. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)在回答科罗马先生就韦列谢京先生的提议提出的一个问题时说，该提议令人感兴趣，但是，他和扬科夫先生和其他委员同样认为，它可以在稍晚些时候，可能在二读的时候进行处理。

25. 主席以委员会委员的身分发言说，在起草委员会他曾对把第7条(b)和(d)项中所列并在韦列谢京先生提议中转录的条件包括在内的必要性和实用性表示严重保留。关于第7条换句话说恢复原状的问题，他曾在起草委员会上出于妥协的精神同意这些条件。这并不意味着他将赞成把它们写进关于其他形式赔偿的条款中。

26. 卡巴齐先生说，韦列谢京先生的提议值得进行仔细的审议。他认为，(b)和(c)项中列出

的例外可

27. 先生提出成这项提它。看来决定是不可

28. 证明委员会并不要求以研究，大案文的(a)于恢复原状难得到同意他提议的(显，委员会定，但他希的意见，对

29. 主所引起的讨

30. 韦第6条之二的提议转载

31. 锡列谢京先生

32. 主二，因为韦的提议做出

33. 扬和先生曾提到起的复杂问题讨论情况反映案例的问题。注中。至于其提议应予以通

34. 主席生提议的修正录中。

35. 科罗

的例外可以适用于除恢复原状外的各种赔偿形式。

27. 锡亚姆先生说, 委员会应该感谢韦列谢京先生提出了某些重大的问题。就他本人而言, 他赞成这项提议, 但委员会应该有更多的时间来研究它。看来现在就要对这项涉及面广的提议马上做出决定是不可能的。

28. 韦列谢京先生说, 对他的提议进行的讨论证明委员会需要回到它原先提出的那些问题上。他并不要求立即做出决定, 但他相信这些问题必须加以研究, 大概可在二读时进行。他相信, 他提议的案文的 (a) 至 (c) 项中列出的条件并不单单适用于恢复原状, 而且就是因为这个理由目前的案文很难得到同意。例如, 第 10 条第 2 款 (c) 项表明, 他提议的 (b) 项中列出的条件适用于满足。很明显, 委员会的大多数委员都不希望在现阶段做出决定, 但他希望委员会将在适当的时候根据各国政府的意见, 对此问题进行应有的研究。

29. 主席说, 韦列谢京先生的提议全文以及它所引起的讨论情况可以转载在简要记录之中。

30. 韦列谢京先生说, 讨论情况也许可以放在第 6 条之二的评注中。他还希望他以书面形式提交的提议转载于评注中。

31. 锡亚姆先生说, 很难确切地理解委员会就韦列谢京先生的提议做出什么决定。

32. 主席提议应该通过目前形式的第 6 条之二, 因为韦列谢京先生已说明他并不要求立即就他的提议做出决定。

33. 扬科夫先生忆及, 关于赔偿问题, 马希乌先生曾提到许多国家有牵连的情况, 并强调了将引起的复杂问题, 当时曾最后决定, 最好的方针是把讨论情况反映在评注中并声明将由法庭解决每一个案例的问题。韦列谢京先生的提议也可以反映在评注中。至于其他问题, 他赞成起草委员会的案文并提议应予以通过而无须作任何改动。

34. 主席指出, 关于第 6 条之二和韦列谢京先生提议的修正案的讨论情况无论如何将载于简要记录中。

35. 科罗马先生问这是否意味着讨论情况也将

反映在国际法委员会向第六委员会的报告中。不然的话, 第六委员会可能得到这样的印象, 即第 6 条之二已经得到国际法委员会委员无条件的通过, 但这并非事实。

36. 托穆沙特先生说, 他也认为讨论情况可以反映在特别报告员将为条款草案编写的评注中, 以提请第六委员会注意韦列谢京先生提议的修正案。

37. 主席说他完全同意这个建议。例如, 可以在第 7 条的评注中提及, (a)、(b)、(c) 和 (d) 项中的条件也适用于其他情况。也许, 特别报告员不妨注意这一点。

38. 扬科夫先生说, 这恰恰是他曾经提议的, 即韦列谢京先生的提议和由此而引起的讨论可以反映在第 7 条的评注中。

39. 阿兰焦—鲁伊斯先生 (特别报告员) 说, 也许最好是把讨论情况反映在第 6 条之二的评注中, 或许提一下第 7 条。

第 6 条之二通过。

巴尔沃萨先生重新就任主席。

第 7 条 (恢复原状)

第 7 条通过。

第 8 条 (补偿)

第 8 条通过。

第 10 条 (抵偿)

40. 拉扎凡德拉朗博先生提请注意第 10 条第 2 款 (d) 项:

“(d) 国际不法行为由官员的严重渎职或由犯罪行为引起的情形下, 对这些负有责任的人的惩罚或纪律处分。”

无须进一步解释, 该“犯罪行为”是可以看成是私人个人的行为的。不过, 从起草委员会的工作⁵来看, 该规定既适用于国家官员也适用于私人个人。为使第 10 条在这方面更加明确, (d) 项应该修订

⁵ 见《1992 年……年鉴》, 第一卷, 第 2288 次会议, 第 58 段。

为：“国际不法行为由官员或私人个人的严重渎职或犯罪行为引起的情形下……”。那么，很明显，“犯罪行为”也可以归咎于国家官员。

41. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他同意这个似乎合乎情理的提议。在英语中，最好说成“... from the serious misconduct or criminal conduct of officials or private parties ...”（由官员或私人的严重渎职或犯罪行为）。

42. 埃里克松先生说不同意。在该项中已经区分了两方面的情况，即官员的严重渎职和包括官员和私人个人在内的任何人的犯罪行为。这种区分应该保持。拉扎凡德拉朗博先生的提议的结果会把严重渎职的概念适用到私人个人身上，这不符合该条的含义。

43. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，委员会一直是很明确的。他相信，委员会认识到，这种形式抵偿的广泛适用也许会导致对国家内政的不适当的干预。它因此把该词的适用范围限制于不论是官员还是私人个人的犯罪行为以及官员的严重渎职”。不能确定的是，这在该条款的英文文本中是否非常明确。或许有可能增加一些东西明确阐明，“犯罪行为”实际上可以是官员或私人个人的行为。

44. 拉扎凡德拉朗博先生指出这恰恰是他提议的目的，也许应该在第10条的评注中做更详细的解释。

45. 韦列谢京先生说，关于这一点，他希望回到起草委员会的工作上。关于第10条第2款（d）项，是这样说的：

“该词的结构表明，犯罪行为无论归咎于国家官员还是归咎于私人个人，均可予以惩罚，而纪律行动当然限于官员。”⁶

46. 因此，第10条第2款（d）项中的基本概念是犯罪行为可能是官员的和个人的行为，而纪律处分仅仅与官员有关。或许它从该词的法文文本来看不很明确，但英文文本看来的确反映了起草委员会所采取的立场。

47. 托穆沙特先生说，案文肯定可以保持目前的形式。如果要使意思更加明确些，最好的办法还

是按特别报告员建议的而不照拉扎凡德拉朗博先生的提议办，因为后者的效果是将只适用于国家官员的“严重渎职”概念应用于个人。不过，这样虽然把案文搞得更加明确，但也很有可能变得更加累赘。

48. 主席说，或许最好的解决办法还是把措词的顺序颠倒一下，即“由官员或私人个人的犯罪行为或者由官员的严重渎职引起的……”。

49. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，他认为这是没有必要的。目前形式的案文够明确的了，但在法文文本中，也许最好在“agissements criminels”后增加几个词：“de ces agents ou de particuliers”。

50. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他并不反对这项建议，即使英文中的重复比其他语文中的重复似乎更能容忍一些。

51. 埃里克松先生说，如果该项要改动的话，他宁可选择主席的建议，把措词顺序颠倒一下，即“……由个人的犯罪行为或者由官员的严重渎职引起的……”。

52. 锡亚姆先生说，他不理解埃里克松先生的提议。难道这是暗示国家官员不可能参与犯罪行为？

53. 罗森斯托克先生说，至少在英文文本中，该项似乎是完全明确的，而且符合起草委员会一直提议的案文。或许能够找到甚至更加明确的表述方式，但委员会全体会议肯定不是讨论它的最佳场所。他认为，在评注中加一个备注或脚注说明该条款的措词应在二读时进行更仔细的审议就足够了，因为据了解委员会的委员希望充分尊重起草委员会所表示的意图，正如关于起草委员会工作的讨论情况⁷所反映的那样。通过这种方法，就有可能避免浪费时间以及有可能弄糟一项很可接受的案文。

54. 主席归纳讨论情况时说，委员会因此就要做出选择：要么通过拉扎凡德拉朗博先生或卡莱罗·罗德里格斯先生的提议，要么按罗森斯托克先生提议的使案文保持现在的样子不作改动，只在评注中加一个注解。

51. 述，即 official 他指出 的，而

56. 议，在 面应该 员或私

57. 罗·罗 处：如 为”， 人，这 由罗森 审该项

58. 把“严 可能是

59. 提出的 之处已 题，因 想敦促 望把该 特别报 10 条第 题。“g 法文为 不是更好

60. 认为委员 斯先生的

就这

第 11

第 10 条之

第 10

⁶ 同上。

⁷ 同上。

55. 埃里克松先生说,他宁愿选择用单数来表述,即“of an official”(一官员)和“of that official”(该官员)。在答复锡亚姆先生的意见时他指出,他所说的私人个人不是同国家官员相对的,而是同法人相对的。

56. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)提议,在英文文本中,在“conduct”(行为)一词后面应该重复“of officials or private individuals”(官员或私人个人的)词组。

57. 居内先生说,特别报告员的提议和卡莱罗·罗德里格斯先生的提议将产生一些模棱两可之处:如果案文说的是“官员或私人个人的犯罪行为”,后面提到的纪律处分似乎也将适用于私人个人,这是不可能的。因此,最好的办法也许是通过由罗森斯托克先生提议的解决办法,并在二读时复审该项的表述方式。

58. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说,把“严重渎职”归于私人是不可能的,因此他们不可能是纪律处分的对象。

59. 卡莱罗·罗德里格斯先生指出,居内先生提出的问题并不存在于提议的修正案内。模棱两可之处已经在案文中存在,但实际上这不是一个问题,因为谁也不会想对个人进行纪律处分。他并不想敦促通过他所提议的表述方式,但如果委员们希望把该项搞得更明确些,不论是他自己的提议还是特别报告员的提议似乎同样是可以接受的。关于第 10 条第 2 款(c)项,在翻译上还存在一个小问题。“gross infringement”(严重侵犯)一语翻译成法文为“atteinte flagrante”,译成“atteinte grave”不是更好吗?

60. 主席说,如果他没有听到异议的话,他将认为委员会同意通过第 10 条并按卡莱罗·罗德里格斯先生的提议对第 2 款(c)和(d)项做些改动。

就这样议定。

第 10 条通过。

第 10 条之二(承诺和保证不重复)

第 10 条之二通过。

国际水道非航行使用法(续)* (A/CN.4/446, E 节, A/CN.4/447 和 Add.1-3⁸, A/CN.4/451⁹, A/CN.4/L.489)

[议程项目 4]

特别报告员的第一次报告(续完)

61. 罗森斯托克先生(特别报告员)说,令人遗憾的是,他无法控制的情况使他不能听取所有的讨论,但是他相信通过秘书处转给他的简要记录并通过他的一些同事送给他的书面意见,他仍然对讨论有足够准确的了解。

62. 看到所有发言人除一人外都采取了建设性的态度是令人放心的。诚然,并不是所有的人都赞成他提出的每一项建议,但是他们大家的动机无疑是一个共同的目的,他也是为了这一目的。他并没有什么个人打算,只有具体结果,会使委员会全体感到骄傲的结果,才是重要的。

63. 关于文书的性质问题,他听到的信息既响亮又清楚。尽管尚未做出最后的决定,其趋势很明显是朝向一项纲要公约。一些委员已把各国政府普遍的好评看成是广泛批准的迹象。就他本人而言,他仍然担心那些并不拥有重要国际水道的国家不会费心来批准这项公约,而许多拥有重要国际水道的国家也许宁愿专门处理这个问题。关于这一点,荷兰——一个典型下游河岸国家——政府在其评论中发表的看法是,把条款草案纳入一项为缔结对单个水道有约束力的协定规定指导方针的建议中,这一想法不应该轻率地抛弃。

64. 尽管他请求各位委员对这个问题不抱成见,他决不会逆潮流而动,将在起草委员会根据一读时产生的案文中隐含的倾向性和本次会议上对纲要公约表示的偏爱处理这个问题。

65. 在着手涉及更为具体的问题之前,他将对诚意观念发表几点看法,因为它一般关系到各项条约,特别是关系到委员会研究该专题后产生的任何

* 续自第 2314 次会议。

⁸ 转载于《1993 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁹ 同上。

条约。如果有人考虑到显然由此一原则引发的反面的后果而以为诚意原则更多地适用于一些条款和规定而不适用于其他条款的话，那是危险而不明智的。

66. 关于 10 项条款，首先是第 1 条，他特别赞赏扬科夫先生有见识的提议（第 2312 次会议），即在第 1 款的“保护”之前增加一个词“管理”。

67. 关于第 2 条，问题是是否要保留“流入共同的终点”这一措词。除了互不相连的承压地下水这个未决问题外——在以后的报告他还要论述该问题——他也注意到人们希望保留“流入共同的终点”这个概念，即使他还没有听到压倒性的令人信服的论点。或许人们已经觉察到的问题已因为草案第 3 条第 2 款中列出的条件，即“两个或两个以上水道国之间缔结的水道协定，应规定其所适用的水的范围”，和第 4 条小心地区分了全水系范围协定和只适用于部分水道的协定而有所改善或解决。

《关于越境内水意外污染的行为守则》¹⁰ 中并没有载有流入共同终点的要求。最后，国际法协会水资源委员会的专家赞成删去该措词并指出，这种概念过去从来没有列入任何前任特别报告员的建议中。他希望委员会中那些支持保留共同终点概念的委员将进一步思考这个问题。就他而言，他不会坚持要求把它删除，除非经进一步研究后他得出以下结论：委员会应该处理不相连的承压地下水问题，取消共同终点的概念是处理该问题最好的做法。在那种情况下，他将探索有无可能减轻人们对下述明确用语的担心，即一种人为地向国际水道系统联系起来的系统不被认为是该系统的一部分。

68. 关于第 3 条，很多人支持修改草案的措词——这的确应该看作仅仅是文字上的变化，即用“重大”取代意义不明确的“明显”一词。在关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的责任专题中使用“重大”这个措词的理由，也同样适用于本专题。在评注中还应该说明，改动的意图并不是要提高损害的起点的级限，而是要防止人为地降低这个起点的级限，因为进行测定和评定的科学方法变得更加精确了。

69. 关于第 3 条中可能做出的反映纲要公约草案和以前协定之间关系的改动问题，似乎人们选择维持其现状。马希乌先生曾正确地说过（同上），所有这些问题都可以通过条约法得到解决。罗森斯托克先生一直在努力回应一些政府的评论，但他不会进一步坚持。

70. 委员们对第 5 条和第 7 条之间的关系发表了种种看法。一些委员要超出他所提议的范围，干脆把第 7 条删掉；其他委员则同意他的意见；还有一些人部分同意，特别是同意插进“应有的注意”的概念。再则，一些委员反对对 1991 年草案中所载的方案做任何改动。这些问题还得在起草委员会反复研讨解决。

71. 看来委员们更加愿意接受解决争端办法，这个事实也许恰当地指出了避免对最佳利用实施人为限制同时防止重大损害的方法。

72. 他还将敦促委员们思考以下事实，即如果第 5 条和第 7 条保持目前的形式的话，就会有相当大的风险使通常是由一个比较发达的下游沿岸国的预先使用受到不应有的重视。

73. 委员们对第 8、9 和 10 条的若干方面发表了许多令人感兴趣的评论，但是在讨论中没有提出什么新的根本问题。

74. 最后，他建议应该把他在第一次报告中论述的条款送交起草委员会。如起草委员会能在本届会议上开始研究条款草案的话，就有理由对委员会将能够在下届会议上结束本专题的审议持乐观态度。

75. 主席请委员会对特别报告员建议把第 1 至 10 条草案送交起草委员会一事做出决定。

76. 塞克利先生感谢特别报告员对全体会议的讨论做出了极好的总结，但遗憾的是特别报告员没有更忠实地报告委员们关于是否应当改变修饰损害的形容词而发表的各种意见，而比较草率地做出了用“重大”取代“明显”有可能取得进展的结论。

77. 在本届会议中，这是一个曾在各种场合讨论的问题，而且在此问题上显然仍出现进退两难的境地。因此，如果委员会决定把条款草案送交起草委员会的话，鉴于对损害的限定词的讨论性质，条

款将
款应
说，
反映
到彼

案中
讨论
显”

把条
问题
见。

问题，
文。）

“sig
本应

8

译成
要对
走的
样，这
性问题

82

即措词
一个非

83

的发言
意”的

84

提自一
包括《
热内卢

11

信品编号

12

¹⁰ E/ECE/1225 - ECE/ENVWA/16 (联合国出版物，出售品编号 E.90.II.E.28)。

款将不会是用“重大”取代“明显”的修正本。条款应该送交起草委员会，但有两种文本，换句话说，“明显”和“重大”，可放在方括号中，以期反映真实情况并表示该问题仍悬而未决，还没有得到彻底的解决。

78. 主席说，根据他的理解，这些条款将按草案中的措词送交起草委员会，而起草委员会将根据讨论情况对是否要作改动做出评价。因此，把“明显”或“重大”放在方括号中没有多大意义。

79. 塞克利先生说，在这种情况下，他不反对把条款送交给起草委员会。不过应该指出，关于该问题在全体会议上的讨论方式曾发表过不同的意见。

80. 主席说，起草委员会将必须考虑一个重要问题，即如何把英文单词“significant”译成西班牙文。用西班牙文单词“importante”来译英文单词“significant”并不是忠实的翻译，因此西班牙文文本应该作些改动。

81. 塞克利先生说，他认为“significant”应该译成“significativo”而不是“importante”。他不是要对起草委员会的最后决定预先做出判断，他要指出的是，正如委员会本届会议期间已经注意的那样，这并不是各种语文翻译的问题，而是一个实质性问题。

82. 主席说他已经注意到特别报告员的发言，即措词的改变并不是要提高损害的起点的级限，这是一个非常重要的说明。

83. 扬科夫先生说，他基本上赞成特别报告员的发言，但有三点保留意见。第一，希望把“注意”的概念写进第一部分或第二部分。

84. 第二，关于第一次报告的导言，应该提一提自一读通过条款草案以来出现的新的的发展情况，包括《21 世纪议程》¹¹和《关于环境与发展的里约热内卢宣言》¹²以及它们的意义。可以在第一和第

二部分，但首先在有关管理问题的第三部分提及。

85. 最后一点，他已经指出，他对用“重大”取代“明显”一词没有表明看法。他将只是敦请委员会在做出最后决定之前进一步研究其选择可能带来的后果。

86. 居内先生说，他并不反对把这些条款送交起草委员会，如果普遍同意这样做的话，但起草委员会的组成应按照本届会议开始时就此做出的原则决定重新审查。

87. 主席说，如果他没有听到什么异议的话，他将认为委员会同意把第一次报告中提到的第 1 至 10 条草案送交起草委员会。

就这样议定。

下午 1 时 10 分散会。

第 2317 次会议

1993 年 7 月 7 日，星期三，上午 11 时 10 分

主席： 胡利奥·巴尔沃萨先生

后来的主席： 古德蒙杜尔·埃里克松先生

出席： 卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、塞克利先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

¹¹ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) (联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8 和更正)，第 8 页起。

¹² 同上，第 3-7 页。

委员会的计划、程序和工作方法及其文件 (A/CN.4/446, E 节, A/CN.4/L.479)

[议程项目 6]

1. 主席说,在刚刚结束的会议上,扩大的主席团注意到了规划小组的报告(A/CN.4/L.479)并决定将其送交委员会。委员会必须决定规划组的意见和建议是否可以接受,并应将其作为委员会报告的一部分提交大会。

2. 埃里克松先生(规划小组主席)说,报告载有三组建议。第一,关于目前五年期余下时间的活动规划,规划组在第7段中建议,委员会应力求在1994年完成国际刑事法院规约草案和国际水道非航行使用法条款草案的二读,于1996年前完成危害人类和平及安全治罪法条款草案的二读,并且完成国家责任条款草案的一读。规划组还建议委员会应努力在关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题上取得重大进展。第10段提到了1994年、1995年及1996年会议的暂定工作表,该表附于该报告之后。

3. 第二组建议与长期工作方案有关。在该报告的第13段中,规划小组注意到长期方案工作组建议在议程中纳入两个新的专题:“与对条约持保留意见有关的法律和惯例”及“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”。在报告第26段,规划小组建议将这两个专题列入议程,在第27段,它又提到关于国际水道非航行使用法专题的特别报告员是否应就将“承压地下水”问题列入该专题的可行性进行研究。在第28段,规划小组建议向特别报告员提出此种请求。

4. 第三组建议是关于委员会对联合国国际法十年¹的贡献,规划小组建议委员会批准该工作组提出的安排,正如在第31段所陈述的那样。

5. 如果委员会赞成这三组建议及载于该报告“其他事项”标题下的其他建议,这些建议便将作为委员会报告的最后一章内容。

6. 塞克利先生说,该报告极为出色,为委员会提供了指导意见。不过,在第13段提出的两个新专题技术性极强,这些专题无疑会引起专家们的兴

趣,但从委员会对国际法的贡献方面来看,它们或许还不是最紧迫的事项。这些专题的选择表明在委员会中有一种喜爱更具有技术性的专题的趋势,如果委员会决定将技术性极强的承压地下水问题列入国际水道非航行使用法专题的话,则这一趋势便在相当大程度上偏离了方向。如果委员会真的做出这样的决定,那么该专题的名称或许要修改一下。

7. 马希乌先生说,他赞成塞克利先生就拟议中的新专题发表的评论。委员会冒着给人以这样一种印象的风险,即某些重要的专题不可能被编纂,委员会更愿意坚持那些它最感兴趣的专题。规划小组认为审议这两个专题可以提供有益的指导原则,这是对的,但这些指导原则不等于是这些国际法的编纂。他对于大会将对该提案做出何种反应没有把握;或许可以得出这样的结论,如果委员会不能提出需要进行编纂的专题,那么委员会就不再有工作可做。

8. 科罗马先生说,规划小组显然没有考虑到若干年之前由训研所编写的一份有关委员会工作的发人深省的报告²,该报告建议委员会进入新的领域。他总的来说同意塞克利先生和马希乌先生就新专题所作的评论。国家继承这个专题当然与当前的国际形势有关,而且也可能引起大会的兴趣,不过技术性的“保留”专题并非是紧急事项,委员会不应着手处理。最好建议其他一些专题,诸如大会决议的影响或国际移民问题,或者进一步审议提交给规划小组的或许更适于编纂的其他备选专题,可能会更好一些。与过去一样,委员会必须要在技术性专题与国际社会目前极为关注的专题之间取得平衡。

9. 库苏马-阿特马贾先生说,他在某种程度上同意前几位发言者所谈的意见。一个专题的紧迫程度取决于如何看待委员会的职能。如果委员会的职能仍然是编纂和逐渐发展国际法,那么委员会就有可能用尽专题,除非它开始处理科罗马先生刚刚提出的专题或环境问题。但这样的专题尚未成熟到编纂法律或者逐渐发展的地步。无论如何,委员会均不应就其本身是否仍有作用发表意见。

10. 必须记住,即便是某些专题的未完成工作也为诉讼当事方提供了有益的指导原则。从审议这两个新专题的工作中或许也会产生这种好处。此外,没有人会说国家继承问题不是专题问题,而

且,提出法公约》明,尽管

11. 阿特马贾将是有益些专题。拟订正式在一个合

12. 的发言中均没有要些新任务许最佳办重新考虑提出一项

13. 组的一名不过,他离其编纂告员考虑行使用法纳入,那下水的新理规定的定这个一

14. 员,他自;几位发言;委员会应在;人印象深;前建议列;审查有关;公平和冗

15. 个题给人以;题,而不;对塞克利;题并且不;对自然人利先生分

¹ 大会第44/23号决议宣布。

² 联合国出版物,出售品编号81.XV.PE/1。

且, 提出保留的共同惯例导致了例如《维也纳条约法公约》的某些规定被规避。该专题现在需要说明, 尽管或许并不需要一份正式的文书。

11. 罗森斯托克先生说, 他大致同意库苏马—阿特马贾先生的意见。有关所提议的新专题的工作将是有益的, 而且可以在一个有限的期间内完成这些专题。接受这些专题并不意味着委员会正在背离拟订正式文书的方向。此外, 委员会也不应承担它在一个合理时间内不能完成的任务。

12. 塞克利先生说, 他现在认识到他在早些时的发言中是过于谨慎了。无疑, 国际社会或学术界的没有要求委员会开始拟议中的新专题。关键是这些新任务应该有益且可以完成。对委员会来说, 或许最佳办法就是采纳其中的一个专题, 并在 1994 年重新考虑一下另一个专题。不过, 他并不准备为此提出一项正式提案。

13. 卡莱罗·罗德里格斯先生说, 作为规划小组的一名成员, 他赞成关于这两个新专题的建议。不过, 他同意马希乌先生的意见, 即委员会不应背离其编纂和逐渐发展国际法的任务太远。请特别报告员考虑将“承压地下水”问题纳入国际水道非航行使用法专题是一个好建议。如果特别报告员反对纳入, 那么这个问题仍将也许作为一个专门有关地下水的专题加以处理, 地下水无疑是需要国际管理规定的。特别报告员或许应就地下水及其管理规定这个一般性问题进行评论。

14. 韦列谢京先生说, 作为规划小组的一名成员, 他自然赞成它的建议。他在很大程度上同意前几位发言者的评论, 特别是同意这样的意见, 即委员会应在将来把无论从理论还是实践观点来看都令人印象深刻的专题列入其议程。同时, 规划小组目前建议列入委员会议程的两项新专题, 是通过系统审查有关可能的专题一览表的所有资料这一全面、公平和冗长的过程选择出来的。

15. 他承认, 所建议的这两个专题不像某些专题给人以深刻印象, 此外, 它们被视为研讨的专题, 而不是作为编纂法律的专题。不过, 他明确反对塞克利先生宣称这两个专题是技术性和学术性专题并且不符合专题选择标准的说法。国家继承及其对自然人和法人国籍的影响显然是一个不符合塞克利先生分类标准的议题。令人遗憾的是, 这个议题

关系太重大了, 就前苏联的局势来说尤其如此, 在那里, 在一些新独立的国家中, 有三分之一以上的人口被剥夺了公民权。这些便是目前的国际法未能提供明确指导的问题。这个专题不仅与前苏联有关, 而且也与某些欧洲国家有关, 他认为, 委员会应立即开始考虑这个专题, 无论其工作的最后形式是什么。在目前的国际事务情况下, 即使是研究一下这个议题也将是值得的。

16. 题为“与对条约持保留意见有关的法律和惯例”的专题的确是学术性的; 不过, 该专题在将来或许可变得更有专题性。此外, 该专题与当前的国家惯例也有关系。例如, 独立国家联合体的成员国作出了如此之多的保留和解释声明, 以致于有关条约的法律效力都成为问题了。

埃里克松先生代行主席职务。

17. 主席在以规划小组主席身份发言时说, 规划小组的建议是委员会应在其下届会议上决定如何处理这两项拟议中的专题。关于选择一位特别报告员或设立一个工作组以审议这些专题之事, 规划小组没有提出任何具体建议。

18. 如果委员会判定把承压地下水问题纳入国际水道非航行使用法专题是不适宜的, 那么委员会接着就必须决定是否将这个问题作为一个单独专题列入其议程。

19. 规划小组曾经建议, 由委员会委员编写的所选的国际法专题概要³应该载入 1993 年《国际法委员会年鉴》。

20. 委员会第四十二届会议报告曾提到了为其议程选择专题的某些标准⁴。这些标准随后得到了大会的普遍认可, 最近又成为工作组选定目前建议纳入委员会工作方案的这两项专题的部分基础。

21. 罗森斯托克先生说, 应由委员会而不由特别报告员来决定如何处理承压地下水问题。如果特别报告员来决定——这是件他不愿意做的事——该问题不能纳入国际水道非航行使用法专题, 那么他将会强烈建议委员会作为优先事项来单独处理这一问题。

³ 后来作为 A/CN.4/454 号文件印发, 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

⁴ 《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 222 页, 脚注 366。

巴尔沃萨先生重新就任主席。

22. 塞克利先生说，他欢迎罗森斯托克先生在承压地下水问题上的开明立场。

23. 他同意韦列谢京先生的意见，即所建议的这两项专题有意义，而且也与国际法有关；特别是，关于国家继承的专题具有实际意义，委员会在这一领域从事的任何工作无疑都将是有价值的。尽管如此，这两个专题仍然给人一种技术性很强的印象，并且必须承认，从当前国际上关注的事项来看，它们还不是最重要的优先事项。因此，他希望对这两个“普通”专题的选择并不是最后的选择。委员会向大会传递以下信息可能更为适宜，即它对于议程上的这两个新专题的审议仍未结束，并且也欢迎大会就此提出建议。

24. 托穆沙特先生说，他曾参与了确定可以建议列入委员会工作方案的专题的任务。许多最初引人注目“昙花一现的”专题，一经比较细致的审议，就变成有问题的了：它们不是经不起法律特征的鉴定，就是在政治方面产生了问题。

25. 他认为，规划小组建议的这两项议题的确是专题性的。他同意韦列谢京先生的看法，即国家继承是一个对前苏联和某些欧洲国家具有极重要意义的问题；在某些时候，它或许甚至对非洲国家也有意义。目前的国际法对新出现的国家及居民的公民权问题的确没有提供足够的指导。在这个问题上的争论甚至可能威胁到多边条约的适用。因此，这个专题是极为适宜由委员会进行审议的。

26. 科罗马先生说，在其早些时候的发言中，他无意阻止通过规划小组的报告。他只是希望强调委员会必须要对国际社会的愿望作出反应。

27. 与对条约持保留意见有关的法律和惯例这一专题可以与一个意义明确的目标相联系：对一项条约所持的保留决不能与该条约的目标和目的相矛盾。此外，保留和解释性声明现在正开始对相当多的条约构成了真正的威胁，特别是《消除对妇女一切形式歧视公约》和《儿童权利公约》。与此同时，该议题与诸如大规模迁移等其他更专题性的问题相比是相当“普通”的，后者目前正在新闻界广泛报道，并且就此已经进行了相当多的研究工作。

28. 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响这一专题显然与当前的政治形势有关。此外，它包

括了诸如人权以及平等和公正原则的适用等议题。

29. 他认为，委员会应暂时通过规划小组的建议，同时应继续考虑第六委员会和大会提出的有关可能更适合于委员会工作方案的其他专题的建议。

30. 埃里克松先生（规划小组主席）指出，规划小组报告的第26段已经明确说明，它的建议需由大会加以核可。由此可见，委员会无疑愿意考虑大会提出的有关其他专题的建议。

31. 拉扎凡德拉朗博先生说，删去该报告的第25段可能是适宜的，因为它指明，委员会关于国家继承及其对自然人和法人的国籍的影响这一专题的工作之结果，最终形式可以是一份研究报告或是一份宣言草案。

32. 罗森斯托克先生说，第25段的案文是由规划小组认真拟定的，实际上并没有排除关于这一专题的工作的结果可以采取其他形式的可能性。他赞成维持目前这个案文。

33. 科罗马先生建议，该段应修正如下：“委员会关于这个专题的工作的形式，将由委员会在晚些时候决定。”

34. 埃里克松先生（规划小组主席）说，第25段的措词是经过认真敲定的，应维持原样。不过，按照科罗马先生建议的方式加上一个句子，或许是适宜的。

35. 科罗马先生指出他同意埃里克松先生的建议。

36. 主席说，如无异议，他就认为委员会已经结束了它对于规划小组报告的审议，并且同意，委员会的观点将充分反映在其提交给大会的报告最后一章的草稿中。

就这样议定。

37. 主席回忆说，曾经请委员们说明他们是否愿意参与编写一本出版物，作为委员会对联合国国际法十年⁵所作贡献的一部分。他提醒各位委员，所收到的答复不多，其截止日期是7月15日。

中午12时20分散会。

⁵ 见上文脚注1。

199

出席：

国家

A

R

1.
报告（2.
际法委
关于赔
第10条
这些条
理，现*
1

2

益）的实

3

议，第：

4

6条之二

见第23

第 2318 次会议

1993 年 7 月 13 日, 星期二, 上午 10 时 5 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 巴哈纳先生、哈索内先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、雅乔维德斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

国家责任(续完)* (A/CN.4/453 和 Add.1-3¹, A/CN.4/L.480 和 Add.1, ILC(XLV)/Conf. Room Doc.1)

[议程项目 2]

起草委员会拟议的条款草案

1. 主席邀请起草委员会主席介绍起草委员会的报告(A/CN.4/L.480 和 Add.1)。

2. 米库尔卡先生(起草委员会主席)说, 在国际法委员会第四十四届会议上, 起草委员会通过了关于赔偿的第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条²、第 10 条之二以及第 1 条新的第 2 款³。这些条款在上一届会议由于不附带评注而不予处理, 现已在本届会议上通过⁴。

* 续自第 2316 次会议。

¹ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

² 特别报告员在 1989 年的第二次报告中拟议的第 9 条(利益)的实质内容已并入第 8 条第 2 款, 因此条款序号有空白。

³ 案文见《1992 年……年鉴》, 第一卷, 第 2288 次会议, 第 5 段。

⁴ 第 1 条第 2 款和第 6 条的通过见第 2314 次会议, 第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的通过见第 2316 次会议。

3. 起草委员会还在本届会议上审议了特别报告员在第四次报告中拟议的第二部分的条款⁵, 并通过了关于反措施的第 11、12、13 和 14 条。条款案文及其标题如下:

第 11 条 受害国的反措施

1. 只要犯有国际不法行为的国家未遵守其根据第 6 至第 10 条之二所负义务, 受害国有权在必要时, 依照第……条规定的条件和限制, 不遵守其对犯有国际不法行为国家的一项或多项义务, 以促使该国遵守其根据第 6 至第 10 条之二所负义务。

2. 若针对犯有国际不法行为国家的反措施涉及对第三国的某项义务的违反, 第 1 款不得成为针对第三国的此种违反的理由。

第 12 条 与诉诸反措施有关的条件

1. 受害国不得采取反措施, 除非:

(a) 它可利用受害国和犯有国际不法行为的国家根据它们所加入的任何有关条约有义务采用的一种[具有约束力的/第三方]争端解决程序; 或者,

(b) 在没有此种条约的情况下, 它向犯有国际不法行为的国家提议一种[具有约束力的/第三方]争端解决程序。

2. 只要国际不法行为已停止, 当犯有国际不法行为的国家正在以诚意执行商定的[具有约束力的]争端解决程序时, 以及在出现这样的情况下, 则应暂停适用受害国采取反措施的权利。

3. 犯有国际不法行为的国家如果不履行由此种争端解决程序产生的要求或命令, 则对受害国采取反措施权利的暂停适用应予终止。

第 13 条 相称

受害国采取的任何反措施不应与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例。

⁵ 已提交起草委员会的条款草案第二部分第 5 条之二以及第 11 至 14 条的案文分别见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 脚注 86、56、61、67 和 69。

第 14 条 禁止采用的反措施

受害国不应以反措施方式诉诸：

- (a) 《联合国宪章》所禁止的武力威胁或使用武力；
- (b) 旨在危害犯有国际不法行为国家领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫；
- (c) 侵犯外交或领事人员、房舍、档案和文件之不可侵犯性的任何行为；
- (d) 减损基本人权的任何行为；或
- (e) 违反一般国际法强制性规范的任何其他行为。

第 11 条 (受害国的反措施)

4. 特别报告员原先建议的第 11 条为合法诉诸反措施规定了三个条件：实际存在国际不法行为、受害国事前提出了停止和/或赔偿的要求、这一要求未能得到充分反应。起草委员会案文的重点并不放在使诉诸反措施合法的条件上，而是放在受害国诉诸反措施权利的范围和限度上。

5. 在起草委员会的第 1 款的案文中——特别报告员的案文也一样——“不遵守其对犯有国际不法行为国家的一项或多项义务”等字表明了反措施概念的实质。在全体会议上，有些委员建议以“中止履行其义务”取代之。但是，起草委员会认为这个措词会把反措施的适用范围局限于具有连续性的义务，从而排除要求达到具体结果的义务。因而它还是选择了特别报告员的措词。

6. 除了规定反措施概念的基本构成部分之外，第 11 条还从三方面限定了受害国权利的范围：它首先规定不法行为国家必须是未遵守其根据第 6 至第 10 条之二所负义务。就此而论，起草委员会将未遵守具体义务这一更加明确和客观的标准取代了特别报告员原先提议的“充分反应”标准，并在句子的结构上将合法诉诸反措施的基本要求置于本条开始的突出位置上。第二，起草委员会建议的案文与特别报告员的提议一样，把受害国权利限制在随后各条规定的条件和限制之内。第三，也许是最重要的一点，它要求诉诸反措施必须是“必要时以促使[不法行为国]遵守其根据第 6 至第 10 条之二所负义务”。“必要时”这三个字能起双重作用。它首先表明只有在受害国可采用的其他方法——如谈判、外交抗议或报复措施——不能促使不法行为国遵守其义

务时，才可作为最后手段采取反措施。它还表明受害国诉诸反措施的决定必须是合理的和本着诚意作出的，而且自己必须承担风险。这一点将在评注中详细说明。

7. 起草委员会有些委员认为，第 11 条规定的权利应只限于直接受害国。他们指的是在物质上和在法律上直接因违法行为受害的国家与并非在物质上而只是在法律上受害的国家之间的差别，当然，这种情况只适用于多边义务受到侵犯的时候。然而起草委员会大多数委员却不愿意作出这种区分，条款草案其他部分并没有作出这种区分，这样区分多少会使人们对第 5 条⁶的受害国定义不无怀疑。有些委员认为这一问题已在关于相称的第 13 条中得到解决，该条限制了在法律上受害的国家相对于直接受害国在可采取的措施方面的选择。更何况这一问题将在委员会有意在稍后阶段审议的犯罪问题范围内再出现。因此，主张将直接受害国和间接受害国加以区分的委员同意不再坚持这一点，但有一项谅解，即委员会审议犯罪问题时会更全面地讨论这一问题。

8. 关于第 11 条第 2 款，特别报告员曾在其关于禁止采用的反措施的第 14 条⁷中列入了第 1 款 (b) 项第 (四) 目，禁止以反措施方式诉诸构成对犯有国际不法行为国家以外的任何国家所负义务之违反的行为。全体会议普遍承认，与受害国和不法行为国家之间的责任关系无关的国家的权利不应受到前者针对后者采取的反措施的影响。同时，会议认为特别报告员对任何意外违反第三国权利的反措施的合法性不予承认的规定订得太包揽无遗，因为在这个相互依存的世界中，各国承担的多边义务越来越多。鉴于上述考虑，起草委员会选择利用反措施原有的一个特性来确保第三国的权利，即以反措施方式诉诸的行为的不法性质只有在受害国针对不法行为国家的情况下才能排除。正如委员会在条款草案第一部分第 30 条评注第 (18) 段中所强调的，“对某一国家合法实施制裁本身无论如何不得成为将侵犯没理由受到制裁的第三国主观国际权利的不

⁶ 第三十八届会议上一读暂时通过的第二部分第 1 至 5 条条款的案文，见《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 38-39 页。

⁷ 见上文脚注 5。

法性
一规
将其
增列
某项
行为
警告
措施
国在
防措
动的
要性
明。

第 1:

达成
为，
很花
际法
对不
序的

(b)
为国
采用
不存

对不

制于
种争
没有

在起
的争
款（
为应

法性予以排除的理由”⁸。起草委员会认为，由于这一规则涉及受害国诉诸反措施权利的内容和范围，将其置于第 11 条中最为恰当。因此它在第 11 条中增列了一个第 2 款，规定若反措施涉及对第三国的某项义务的违反，其不法性并不由于其可针对不法行为国家采取而排除。换句话说，第 2 款实际上是警告受害国：任何可能造成对第三国权利的侵犯的措施即为对第三国犯下的不法行为。第 2 款请受害国在诉诸这类措施之前停下来想想，并采取下述预防措施：同有关第三国磋商、权衡其他可采取的行动的后果、弄清是否由于刻不容缓的压倒一切的必要性而没有其他选择。这一点将在评注中详细说明。第 11 条的标题为特别报告员拟议的标题。

第 12 条（与诉诸反措施有关的条件）

9. 第 12 条经过广泛深入的讨论，是煞费苦心达成的折衷方案。在全体会议上委员会有些委员认为，考虑到可采用的解决程序范围广泛，实施起来很花时间，因此规定必须已先行用尽了根据一般国际法可利用的所有友好解决程序这一先决条件反而对不法行为国有利。起草委员会因而用开始一种程序的概念取代用尽可利用的所有程序的概念。

10. 起草委员会还区分了第 1 款（a）项和（b）项所涉及的两种不同情况，即受害国和不法行为国家根据它们所加入的一项“有关条约”有义务采用一种具体程序的情况，以及有关两国之间事先不存在采取某种具体程序的义务的第二种情况。

11. 至于第 1 款（a）项，“有关”一词指的是对不法行为和反措施有关领域适用的条约。

12. 至于第 1 款（b）项，必须使诉诸反措施受制于以下条件：受害国已向指称不法行为国提议一种争端解决程序。特别报告员原先提议的案文中并没有这一规定。

13. 虽然对诉诸争端解决程序问题的双重做法在起草委员会中得到大多数人的同意，但在应适用的争端解决程序的性质上意见仍有分歧，正如第 1 款（a）项和（b）项中的方括号所示。有些委员认为应删除方括号内的文字，以便任何程序都能采

用，不管是否涉及第三方；有些委员则坚持采用具有约束力的程序，如仲裁或司法解决；还有一些委员认为规定一般性的第三方程序可调解这两种看法。有些委员可能赞成在第 1 款（a）项采用一个办法，而在（b）项采用另一个办法，因而意见更为分歧。起草委员会未能就这一点达成一个普遍能接受的方案，所以必须交由国际法委员会解决。

14. 起草委员会中谈得最多的一点是，在诉诸反措施之前是否一定要利用争端解决程序。无疑是多数委员赞成的第一种解决办法还是可能引起若干问题。首先，在国际不法行为继续发生的情况下，这种方法是不能认为合理的。第二，这个方法没有考虑到受害国可能需要在诉诸争端解决程序之前就采取诸如冻结资产一类的“临时保护措施”。诚然，特别报告员已在其案文第 2 款（b）项⁹中作为事先采取争端解决程序的一般规则的例外处理了这一问题。但由于“受害国采取的临时性保护措施”这一概念含糊不清，起草委员会并不认为宜于采用特别报告员的做法。最后，有些委员认为，除上述情况外，在有些情况下要求采取反措施之前先诉诸争端解决程序未必合理。因此，起草委员会决定不在案文中列出该暂时性因素，而选择了强调为使采取反措施合法一开始就必须满足的条件这一方案。

15. 与此同时，起草委员会对采取反措施的权利施加了重大的限制，即被指称不法行为国家正在以诚意执行商定的解决争端程序时，以及在出现这样的情况下，则应暂停适用这种权利。这就是第 2 款的目的。“商定的”一词既指第 1 款（a）项设想的根据原有义务的程序，也指根据第 1 款（b）项的提议所接受的程序。

16. 受害国权利的暂停适用有一项十分重要的限制条件，反映在该款的开头部分，即国际不法行为已停止。

17. 如第 1 款一样，暂停受害国权利的适用程序性质问题在起草委员会内未得到解决，“具有约束力的”一语已置于方括号中。

18. 第 3 款限定第 2 款所列例外的范围，涉及不法行为国拒不履行由主管机构在有约束力的争端解决程序框架内发给当事方的要求或命令的情况。

⁸ 见《1979 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 120 页。

⁹ 见上文脚注 5。

“要求或命令”一语涵盖国际法院或仲裁庭命令采取的临时性保护措施等措施以及此种机构的判决、裁决或其他终审决定。然而，这一用语不包含调解等非约束性程序框架内作出的建议。有些委员认为此款不应涉及终审决定的情况，因为不履行此种终审决定应被视为一项新的国际不法行为，由此引起第二部分规定的各项权利。不过，多数意见认为，受害国不应承担一种负担，即必须经过求偿和诉诸反措施的所有阶段，而应恢复第2款之下暂停适用的权利。

19. 本条标题是在特别报告员提议标题的基础上略作修改而成。

第13条（相称）

20. 起草委员会建议的第13条十分接近于特别报告员提议的案文¹⁰。本条确立了相称性规则，规定采取具体措施时：第一，须与不法行为的严重程度相称，第二，须与不法行为对受害国的后果相称。起草委员会注意到特别报告员在第四次报告¹¹中以及委员会委员在全体会议上表达的意见：相称与否的验证不应仅限于对反措施和不法行为作简单的比较，因为不法行为对受害国的后果不一定与该行为的严重程度相称。因此，在确定要适用的反措施的类型和程度时，应顾及不法行为的后果。

21. 关于第13条中“对受害国的”一语，他要指出，特别报告员曾在起草委员会内表示担心这一用语会缩小本条的范围并且不恰当地限制一国在某些涉及普遍适用的义务的不法行为——如侵犯人权——方面采取有效的反措施的能力。特别报告员的看法是，反措施也应与不法行为对受害国的后果相称这一要求会导致不恰当的限制性解释，因为有可能以考虑采取反措施的国家并未实际受影响为由援引这项要求来阻止一国采取反措施对付另一侵犯本国人民或第三国人民人权的国家。这样就会对人权法律的发展和实施造成消极影响。起草委员会的另一些委员不同意这种理解，他们认为侵犯人权至少引起法律伤害，任何法律上的受害国都有权采取反措施。他本人则想强调起草委员会的理解，因为这是一个重要问题。起草委员会认为，“对受害国

的”一语绝不会减损一国对侵犯人权或符合普遍适用义务的其他权利的另一国采取反措施的权利。此外还指出，反措施的目的——使不法行为国遵守其根据第6至第10条之二所负义务——决定要采取的措施类型和程度。后一问题已由第11条涵盖，因此不必在第13条中再涉及。对这几条应在本条评注中加以解释。

22. 起草委员会已经明确，第13条之下的相称要求并不意味着反措施必须完全对等于不法行为或其对受害国的后果，而是要对受害国的反应有所制约。这项要求的拟写也要有足够的灵活性，以便较易适用。

23. 还有一项理解：在界定相称与否的验证时，应顾及经济力量、政治力量等等的的不平等情况，因为有时在确定要采取的反措施类型和程度时这类情况完全可能是有关的。已商定本条评注应细述这几点。

24. 起草委员会在“严重性”后加了“程度”一词，这是为了表明案文涵盖不同严重程度的不法行为。标题仍用特别报告员提议的措词。

第14条（禁止采用的反措施）

25. 关于第14条，第四十四届会议上没有人不同意特别报告员对待禁止采用的反措施问题的总体办法或指明不应允许以反措施方式不遵守适用准则的大体领域这一做法。因此从全体会议的讨论来看，起草委员会面临一项双重任务：既要准确界定特别报告员所指每一领域中不允许受害国在采取反措施方面超越的限度，又要妥为安排本条结构，以免引起令人不快的相反解释。

26. 特别报告员提议的导语不构成任何问题，因而保持未变。（a）项禁止以反措施方式诉诸武力威胁或使用武力。特别报告员所提案文中武力威胁或使用武力的提法之后有一短语“而违反联合国宪章第二条第四项”。起草委员会已将其改为“《联合国宪章》所禁止的”一语，起草委员会认为这样就从两个方面改进了原案文。第一，这样就顾及了第二条第四项并非在界定使用武力或武力威胁的禁止范围时要考虑的唯一《宪章》条款这一事实，因为《宪章》允许得到联合国批准的使用武力和根据第五十一条行使单独和集体自卫权时使用武力。

¹⁰ 同上。

¹¹ 《1992年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/444和Add.1-3号文件。

有些
19条
处无

(a) :
反映
的内容
一般指
实：X
章》，
院定为有
关

2
条的第
政治制
因此第
关注。
联合国
义，而
《宪章
指武装
题。在
原先提
“可能
独立的
员们总
措施的
从两方
的“行
一狭义
间接和
均包含
有敌对

28
概念是
之间的

12
35条条
部分），
13
14
议，第
15
分），3

有些委员指出, 这些例外仅适用于草案第一部分第 19 条¹² 之下定为罪行的违法行为, 因此可能与此处无关。然而, 起草委员会内一般都认为, 如果 (a) 项仅提《宪章》第二条第四项, 就会不正确地反映《宪章》关于禁止武力威胁或使用武力的规定的内容。因此, 起草委员会决定采用对《宪章》的一般提法。第二个好处在于这种提法顾及一个事实: 对武力威胁或使用武力的禁止不仅载于《宪章》, 而且构成一般国际法的一部分, 并由国际法院定为习惯国际法准则之一。因此, 《宪章》被提为有关禁止的来源之一而不是唯一来源。

27. 第 14 条 (b) 项对应于特别报告员所提本条的第 2 款¹³。全体会议内广泛认为极端的经济和政治胁迫可能造成与动用武装部队一样严重的后果, 因此第 14 条中应反映特别报告员案文第 2 款之下的关注。不过, 特别报告员所拟第 2 款是想澄清《联合国宪章》第二条第四项所用“武力”一词的含义, 而许多委员则认为国际法委员会不宜试图解释《宪章》或卷入第二条第四项所用“武力”一词单指武装力量抑或兼指其他非法胁迫形式这一争议问题。在此背景之下, 起草委员会决定以特别报告员原先提出的第 14 条 (b) 项为基础, 行文如下: “可能危害到受到反措施的国家之领土完整或政治独立的任何其他行为”¹⁴。不过, 起草委员会的委员们总的来说都认为案文拟得过泛, 几乎等于对反措施的变相禁止。因此, 起草委员会对本项的范围从两方面作了限定。首先, 起草委员会把无所不包的“行为”概念改为“极端的经济或政治胁迫”这一狭义概念, 又把“可能”一词——该词使任何可能间接和非故意危害一国领土完整或政治独立的行为均包含在本项范围内——改为“旨在”一词, 该词含有敌对或惩罚意向。

28. (c) 项涉及外交法准则, 提出的一个根本概念是第 14 条与 1983 年通过的第二部分第 2 条¹⁵ 之间的关系。有人担心, 如果强化 1961 年《维也纳

外交关系公约》和 1963 年《维也纳领事关系公约》针对反措施的具体规则, 委员会似有篡改条约制度和首要准则之嫌。还有人指出, 只考虑一种条约制度而不考虑其他不合逻辑, 而其他如海洋法制度等所含原则的重要性不次于外交法原则。不过, 起草委员会内的多数意见认为, 外交法的某些规则从政治基础和目的来看足以使之超越反措施制度范围。较具体而言, 有人指出, 在本身就属冲突的情况下, 必须保持外交渠道通畅, 并保护极易受损的人员和房舍免受反措施之打击。

29. 全体会议内一般都认为特别报告员案文中对应规定, 即第 1 款 (b) 项第 (二) 目¹⁶, 的行文范围过宽, 并认为“外交的正常运作”概念等于禁止外交领域的一切反措施, 因为任何此类反措施必然会对外交关系的正常开展有所阻滞。然而, 众所周知, 宣布不受欢迎的人、断绝或中断外交关系以及召回大使等措施都广泛和有效地用作报复措施。

30. 因此, 起草委员会不以外交的正常运作为重点, 而以人员、房舍、档案和文件之不可侵犯性为重点, 限制了特别报告员所提案文的范围。起草委员会认为宜把规定范围延伸到领事人员和房舍, 因为这些也是国家间紧张局势中的重点目标。不过, 这并不意味着在外交制度和领事制度这两种不同的制度之间划等号。事实上, 人们的理解是, 领事人员、房舍、档案和文件的保护以其在有关国际法规则之下享有的不可侵犯性为度。

31. 另一方面, 起草委员会删去了多边外交这一提法, 这种提法既不必要也不适宜, 不必要是因为外交代表的提法已包含派驻国际组织的代表, 不适宜是因为一东道国采取的有损于国际组织官员的报复措施绝不可能属于反措施: 其所涉不是不履行对于不法行为国的义务, 而是不履行对于第三方即有关国际组织的义务。

32. (d) 项涉及不符合保护人权规则的反措施。全体会议内一般都同意特别报告员提议的基本办法, 不过也认为应更准确地界定允许各国以反措施减损人权的级限。起草委员会认为“不符合”一语重复了第 14 条中最关键的禁止概念, 因而将其改为更准确的“减损”一词。起草委员会所作其他改动涉及反措施所谓不得触犯的人权的定性。特别报告员在

适
此
根
措
不
加

称
或
制
较

证
情
时
细

法

不
总
体
准
则
来
早
定
反
以

题,
武力
或
威胁
国
宪

《联
这样
及
了
禁
的
实,
和
根
力。

¹² 第三十二届会议上一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条条款的案文, 见《1980 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 30 页起。

¹³ 见上文脚注 5。

¹⁴ 见《1992 年……年鉴》, 第一卷, 第 2277 次会议, 第 185 页, 脚注 9。

¹⁵ 案文见《1983 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 42 页。

¹⁶ 见上文脚注 5。

全体会议内解释说,他在“根本人权”一语时无意对《联合国宪章》第一条第三项另作解释,只是试图把案文的范围限于不得以反措施触犯的“核心”人权。为了传达特别报告员的意向,起草委员会借鉴国际法院在“巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司”案¹⁷中的判决,采用了“基本人权”一语。这一用语意在禁止对每个人的生命、自由和人身安全权的任何侵害。在禁止之列的还有违反保护战争受害者的人道主义法律规则 and 大规模侵犯人权,特别是种族歧视形式的大规模侵犯人权。在确定减损基本人权的反措施合法性时要考虑的一个重要因素是以下要求:反措施应基本保持国家之间事项的性质,尽量减少对私人个人的影响,以免形成集体惩罚。

33. 第14条的最后一项,即(e)项,对应于特别报告员案文中的第1款(b)项第(三)目¹⁸,该项禁止以反措施方式诉诸违反国际法强制规范的行为。全体会议内有些委员问,既然强制法规则从其定义来看就是不得以反措施或其他任何方式减损的规则,此项禁止是否还有必要。多数意见认为,强制法是一种随时间推移而变的概念,此处提及可确保拟议中的文书随国际法律思想的演变而自动调整。特别报告员的案文有一缺陷。单挑出禁止武力威胁或使用武力一项——这是典型的强制法规则之一——然后又一般提及国际法的强制性规范,这就给人一种印象,似乎上述禁止并不构成强制法的一部分。起草委员会提出的(e)项解决了这个问题。起草委员会未试图在(a)至(d)项所述各类行为之间确定何者背离国际法强制性规范,而是明确指出至少某些类型的行为——首先也是最重要的是武力威胁或使用武力——属违反强制法。

34. 特别报告员的案文中关于影响第三国权利的反措施的第1款(b)项第(四)目¹⁹没有限制,这个问题现已在第11条第2款中得到处理。“禁止采用的反措施”是特别报告员所提第14条的标题。

35. 最后,起草委员会没有时间审议第四十四届会议交其处理的第5条之二²⁰。

36. 主席提议国际法委员会应注意起草委员会的报告,并等待到下届会议在审议了特别报告员将要提交的对条款草案的评注之后再就条款草案作出决定。

37. 扬科夫先生感谢起草委员会主席提交了关于起草委员会在本届会议期间所做工作的杰出、完整、透彻和准确的报告,其中恰当地评述了各条的内容和形式,说明了每一条从特别报告员提出的案文直至起草委员会通过的案文所经历的各个阶段。事实上,这一工作可为对条款草案作出实际评注提供基础。无论如何,这一工作证明国际法委员会把较多的时间分配给起草委员会的工作是正确的。

38. 直至第四十四届会议,国际法委员会一向是在起草委员会通过条款草案及其评注之后立即就其作出决定。此后似已形成了一种新的程序:评注要到下届会议才提交,因此,起草委员会通过一个案文与国际法委员会通过这个案文之间有一年的间隔。既然已出现了新的做法,就应对其所有影响作一思考。具体而言,应当要求特别报告员更充分地从各案文的内容及理解和发展角度考虑起草委员会在前届会议上提交的报告。从提交本届会议的评注来看,似未做到这一点。尤其是评注看来过于注重理论,而没有解释为何用了某一提法或为何通过了某项规定。虽然决不当轻视理论的重要性,但理论不能凌驾于法律的执行之上,也不能超越现时对问题的理解方式。

39. 科罗马先生说,国际法委员会将不能在全体会议上审议起草委员会通过的条款草案,他对此感到遗憾。首先,此处涉及的是反措施这个十分重要的问题。其次,经验表明国际法委员会的任何“产品”,即便是临时提出的,都会进入公开领域,有被视为成品的危险。因此最好采纳扬科夫先生的建议,恢复过去那种做法,即在起草委员会通过的同一年审议条款草案。

40. 卡莱罗·罗德里格斯先生说,他和另外几位发言者一样,也认为国际法委员会不宜在起草委员会通过条款草案一年之后才来予以审议。这一时滞的原因是要准备好对于条款的评注,但这一必要性实际上未得到证明。国际法委员会完全可以就初步评注进行工作,因为最后评注反正只会影响国际法委员会通过的条款,不会影响起草委员会提出的

¹⁷ 1970年2月5日的判决,《1970年国际法院裁决集》,第3页。

¹⁸ 见上文脚注5。

¹⁹ 同上。

²⁰ 同上。

条款
起草
外,
会任
草委
款草

4

“per
不是
卡莱
以不
际法
把两
出更
于这
题并
有该
条草
作出

42

见:条
反映
其下
届会
科夫

43

交第六
告取代

44

行事,
说明,
会主席

45.

规定,
评注一
向第六
通过的
产量的
约草案
赞成全体

46.

和史先生

条款。因此，国际法委员会可以在这些条款案文和起草委员会主席报告的基础上审议条款草案。此外，上届会议开始采用的新做法可能在国际法委员会任期结束时引起问题，因为其成员构成可能在起草委员会通过条款草案和国际法委员会本身通过条款草案期间发生变化。

41. 本努纳先生注意到，第 14 条 (e) 项“peremptory”一词译成法文应是“impérative”而不是“obligatoire”。就条款草案总体而言，他同意卡莱罗·罗德里格斯先生的意见：国际法委员会可以不必等待评注就通过案文。不这样做会给人以国际法委员会的产出不够多的印象，而国际法委员会把两周时间分配给起草委员会加紧工作就是为了产出更多。国际法委员会还承诺在本届任期内完成关于这个议题的工作。无论如何，只有第 12 条引起问题并有用方括号之处；因此，国际法委员会可仅把该条草案的审议推迟到明年，对其他各条则可立即作出决定。

42. 韦列谢京先生说，他同意扬科夫先生的意见：条款草案的评注应大体依据起草委员会报告并反映其讨论情况。事实上，国际法委员会正准备在下届会议上制订编写评注的准则，其中极宜采纳扬科夫先生的建议。

43. 不过，他认为不宜不带评注就把条款草案转交第六委员会。解决办法之一或许是用起草委员会报告取代评注，若如此，报告就应载入一个附件。

44. 主席说，如果国际法委员会按去年的方式行事，主席在向第六委员会报告时就要向各代表团说明，起草委员会通过的条款草案案文和起草委员会主席报告可提供参考，它们当然可不予讨论。

45. 史先生说，《国际法委员会章程》第 20 条规定，“委员会应以条款形式编写草案，并连同其评注一起提交大会……”。因此，没有评注就不能向第六委员会提交任何案文，即便是国际法委员会通过的案文也不能提交。至于本努纳先生对委员会产量的担心，委员会本届会议要提出国际刑事法院规约草案工作组报告，这是大会最为关注的。因此，他赞成全体会议对条款草案的审议推迟到明年。

46. 庞布一奇文达先生说，他理解本努纳先生和史先生的意见，但他担心让条款草案“闲置”一

年会影响国际法委员会对反措施问题的重视。如果做不到通过条款草案并提交第六委员会，国际法委员会可采取一种折衷办法：审议起草委员会通过的案文并把辩论情况编入会议简要记录。

47. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，本努纳先生提出的具体建议是，仅把有问题的一条——第 12 条——的审议推迟到下届会议。

48. 主席宣读了《国际法委员会章程》第 20 条，说看来极为明确：提交第六委员会的条款草案一律须附评注。

49. 本努纳先生说，他不坚持要求委员会就他的建议作出决定，不过他认为主席和史先生对委员会章程第 20 条的理解不是唯一可能的理解。摆在委员会面前的是正在审议中的一个议题的几条草案，不是关于该议题的全套条款草案。无论如何，委员会在下届会议上要考虑恢复唯一合乎逻辑的做法：某项案文经起草委员会通过之后，国际法委员会应立即在同届会议上加以审议和予以通过，并连同评注将其提交大会。

50. 托穆沙特先生说，他意识到评注的起草对特别报告员构成很重的负担，而且很费时间，但这项任务看来并非绝对不可能。现在的讨论情况趋于表明国际法委员会不愿继续在起草委员会通过案文和国际法委员会通过案文之间保持时滞，尤其是如果出席第六委员会的代表团会得到条款草案因而可能在不一定认识到草案尚未得到国际法委员会认可的情况下即予以审议。

51. 主席说，在大会上届会议上，第六委员会未审议任何未先经国际法委员会通过的条款草案。

52. 罗森斯托克先生说，委员会无须不顾一切代价——即便没有评注——通过条款草案，尤其是因为委员会绝无理由为其成绩感到惭愧。一般来说，最好能由国际法委员会和起草委员会在同一年通过条款草案，但这项规则有时也可有例外，只要例外不成为规则。应在委员会工作方法这个大范围内看待此一问题，并应确定如何既能给特别报告员合理的时间编出恰当的评注，又不致使委员会等到下届会议。

53. 扬科夫先生请求把起草委员会的报告全文转载于会议简要记录。

54. 主席说, 据他理解, 刚才的辩论表明委员会愿注意到起草委员会的报告 (A/CN.4/L.480 和 Add.1) 并把其中所载条款草案的通过一事推迟到下届会议。

就这样决定。

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (续完)* (A/CN.4/446, D 节, A/CN.4/450²¹, A/CN.4/L.487)

[议程项目 5]

起草委员会拟议的条款草案

55. 主席以关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一议题的特别报告员的身份发言说, 虽然关于国家责任的条款草案和起草委员会在目前审议的报告 (A/CN.4/L.487) 中所提条款草案都不带评注, 但二者不带评注的原因不同。他没有起草评注, 不是因为缺乏时间或意愿, 而是因为关于预防问题的一章的具体特点, 以及为了照顾本委员会有些委员的意见, 他们表示希望在通过之前先大致了解一下关于预防问题的各条。在下届会议上, 如果起草委员会已完成了对关于预防的各条的审议, 他将提交评注。

56. 米库尔卡先生 (起草委员会主席) 在介绍起草委员会报告时说, 国际法委员会在第四十四届会议上决定分步骤处理这个议题, 先审议关于有可能造成跨界损害的活动的预防措施的各项²²。国际法委员会在本届会议上将第 10 条至第 20 条之二转交起草委员会处理时, 曾表示起草委员会可在特别报告员协助下发挥超越简单的起草工作的作用。起草委员会可研究新条款的结构安排, 然后开始实际起草。

57. 根据这一理解, 起草委员会首先研究了草案的总体结构。为此, 起草委员会审议了收到的各条, 即: 第 1 至第 5 条 (一般规定)、第 6 至第 10

条 (原则)²³, 以及特别报告员在其第九次报告 (A/CN.4/450) 中拟议的第 11 至第 20 条之二 (预防)。起草委员会的结论是, 如要使关于预防的各条既保持独立又连贯一致, 首先应有一个界定预防措施所适用的活动范围的条款, 其次, 须界定对建立工作假设至关重要的三个用语, 这三个用语是: “造成重大跨界损害的危险”、“跨界损害”和“起源国”。因此, 起草委员会就第 1 条 (本条款的范围) 和第 2 条 (用语) 开展了工作, 随后转为审议关于预防措施的各项。

58. 起草委员会通过的第 1、2、11、12、14 各条款文及标题如下:

第 1 条 本条款的范围

本条款适用于国际法不加禁止的、在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的、其有形后果具有造成重大跨界损害之危险的活动。

第 2 条 用语

为本条款的目的:

(a) “造成重大跨界损害之危险”包括造成灾难性损害的较小可能性和造成其他重大损害的较大可能性;

(b) “跨界损害”指在除起源国之外的一国领土内或其管辖或控制下的地方造成的损害, 不论有关各国是否有共同边界;

(c) “起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行第 1 条所指活动的国家。

.....

.....

第 11 条 事前核准

各国应确保第 1 条所述的活动未经其事前核准不在其领土或其管辖或控制下进行。如计划在此类活动中作出重大改变, 亦须经事前核准。

* 续自第 2306 次会议。

²¹ 转载于《1993 年.....年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

²² 见《1992 年.....年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 55 页, 第 345-346 段。

²³ 第 1 至 10 条草案的案文, 见《1990 年.....年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 193-197 页, A/CN.4/428 和 Add.1 号文件, 附件。

估该注
对于人

名
措施,

第 1 条

55

的界定
定, 仅
会得益
未经起
些要点
了很好

60.

的、在
其有形
这一限

61.

“国际
议题的
应纳入
法行为
起草委
在第 1
为与国
区分, 在
认为, 形
语。这个
他们认为
两个议题
认为, 这
跨界损害

62.

“在一国

第 12 条 对于危险的评估

在决定授权进行第 1 条中所指活动以前，一国应确保评估该活动造成重大跨界损害的危险。这种评估应包括该项活动对于人员或财产以及对于其他国家环境之可能影响的评价。

....

第 14 条 尽量减少危险的措施

各国应采取立法、行政或其他行动，确保采用一切必要措施，以期尽量减少第 1 条所述活动之跨界损害的危险。

第 1 条（本条款的范围）

59. 起草委员会认为，第 1 条仅为预防措施目的界定条款的范围，未对所有各条的范围作出界定，仅界定与预防跨界损害有关的各条。起草委员会得益于去年该委员会就第 1 条开展的工作。当时未经起草委员会通过，但已吸收了提出和讨论的一些要点，因此为起草委员会本届会议上的工作提供了很好的工作文件。

60. 第 1 条把条款的范围限为国际法不加禁止的、在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的、其有形后果具有造成重大跨界损害之危险的活动。这一限于预防措施的范围界定提出了四项标准。

61. 第一项标准提到议题的标题：条款适用于“国际法不加禁止的活动”。起草委员会认为这是议题的关键内容，虽然已在议题标题中写明，但仍应纳入范围条款。对于区分审议中的议题条款与不法行为国家责任议题条款，这个标准也极为重要。起草委员会的一些委员认为，较为慎重的做法是不在第 1 条中提及这个标准，他们的论点是，不法行为与国际法不加禁止的活动之间并非一律都能明确区分，在有些情况下是一个损害的级限问题。他们认为，预防措施应使用适用于任何活动的一般用语。这个意见未得到起草委员会多数委员的接受，他们认为如果把范围条款订得如此广泛，就会混淆两个议题之间的区别，并引起理论上的混乱。他们认为，这些条款显然不会影响不法行为可能造成的跨界损害。

62. 第二项标准是，预防措施适用的活动是“在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的”。

这项标准中使用三个概念：“领土”、“管辖”和“控制”。起草委员会意识到，“一国管辖或控制下”是某些文书中较常用的提法（如《斯德哥尔摩宣言》²⁴ 原则二十一、1982 年《联合国海洋法公约》、1972 年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》、《关于环境与发展里约热内卢宣言》²⁵ 原则 2），但倾向于也提及“领土”概念，以突出条款之下的活动与一国之间的领土联系。条款涵盖的最典型情况是一国领土内进行的、对各国某些境外损害影响的活动。因此，领土联系是一项决定因素。

63. 提及“领土”一词的原因还在于，本届会议和前几届会议期间有人在起草委员会内表示关注当代国际法中一国可对某些活动行使领土外管辖权的程度不确定。此外，由于多国公司为不同目的在多个管辖下经营，实际问题在于如何在起草本条时做到尽量减少含混。起草委员会认为领土管辖应是主导标准。因此，当一项活动发生在一国领土内时，该国必须履行采取预防措施的义务。就此而言，领土是管辖的决定性证据。据此，在对条款涵盖的活动有多重管辖时，基于领土的管辖先于其他管辖。他提请注意“领土内”之后的“或”（or otherwise）字意在指明“领土”概念对“管辖或控制”概念的特殊关系。在管辖不是基于领土的案件中，则根据国际法的有关原则确定管辖。

64. 对这三个概念需作简短的说明。“领土”一词是指一国行使主权利力的区域。

65. “管辖”旨在涵盖不仅是一国领土内进行的的活动，而且还有一国根据国际法有权行使职能和权力的活动。例如，在国际法之下，一国在某些情况下对公海或外层空间等可称为“全球公域”内的活动可行使管辖权，或对在另一国的活动可行使管辖权，例如作为托管领土或非自治领土的受托国。

66. “控制”概念旨在涵盖一国即使依国际法不具备法定管辖权但行使事实上的管辖权的情况，例如国际法不承认的干涉、占领和兼并等情况。在

²⁴ 《联合国人类环境会议报告书，斯德哥尔摩，一九七二年六月五日至十六日》（A/CONF.48/14/Rev.1），第一部分，第一章。

²⁵ A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I)（联合国出版物，出售品编号 C.93.L8 和更正），第 3 页。

这些情况下，国际法不承认一国对其占领或兼并的领土的管辖权，但规定占领国的实际控制要承担某些法律后果。

67. 第三项标准是，条款涵盖的活动必须引起“造成重大跨界损害之危险”。危险这一要素旨在目前工作阶段把条款范围限为有危险的活动，从而在其范围中排除正常作业中事实上造成跨界损害的活动，例如蔓延的污染。“重大跨界损害”一语旨在排除仅在其进行的国家领土内造成损害的活动或虽损害“全球公域”但不损害任何其他国家的活动。“造成重大跨界损害之危险”应如第2条的界定那样视为一个完整的用语。

68. 第四项标准是，重大跨界损害必须是此类活动的“有形后果”造成的。国际法委员会早已一致认为，为把本议题置于可掌握的范围，就应排除经济、货币、社会经济或类似领域的国家政策可能造成的跨界损害。起草委员会认为，正如国际法委员会辩论中多次指出的那样，限定条款范围的最有效途径是规定这些活动应具有跨界有形后果，这些后果又造成重大损害。

69. 他在结束关于第1条的叙述时再次指出，标题理解为仅适用于涉及采取预防措施义务的条款。

第2条 (用语)

70. 关于第2条，他说1988年和1989年曾向起草委员会转交过两种行文²⁶。不过，起草委员会认为，目前应仅限于处理关于预防问题的条款最重要的用语。这些用语是：“造成重大跨界损害之危险”、“跨界损害”和“起源国”。

71. (a)项把“造成重大跨界损害之危险”概念界定为包括造成灾难性损害的较小可能性和造成其他重大损害的较大可能性。起草委员会认为，分别界定“危险”和“损害”概念不如界定“造成重大跨界损害之危险”那么适当，因为危险与损害之间存在相互关系，而且对于二者，形容词“重大”有特定含义。

72. 就目前审查的条款而言，“危险”是指发

生事故的可能性与事故的损害性影响程度二者相结合的效应。因此，两项因素相结合的效应决定级限：二者相结合的效应应当达到视为重大的程度。起草委员会认为，对国家规定的预防义务不仅应是合理的，而且应有某些限度，因为讨论的是国际法不加禁止的活动，而且任务是在有关各国的利益之间实现平衡。

73. 起草委员会借鉴了《关于越境内水意外污染的行为守则》²⁷中的危险定义。“行为守则”第1节(f)项规定，危险是指发生不良事件的可能性与其程度的结合效应。不过，在适用活动的范围方面，审议中的条款草案比“行为守则”广得多，因此起草委员会通过的定义中照顾了一系列可能性，从造成灾难性损害（极有害活动的特点）的较小可能性直至造成其他重大损害的较大可能性。显然，在一切情况中，结合效应必须是“重大”的。第2条(a)项中“包括”一词旨在着重表明涵盖的活动范围是有限的，例如，其中不包括造成重大跨界损害之可能性较小的活动。

74. 关于“重大”一词的含义，起草委员会意识到这个词并非毫不含混，须在每一具体案件中确定“重大程度”。本条评注可解释如何理解这个形容词，同时顾及国际水道非航行使用法条款草案中的定义，如果国际法委员会决定在此处也用这个形容词的话。无论如何，起草委员会认为“重大”大于“可测量”，小于“严重”或“巨大”。

75. (b)项把“跨界损害”界定为指在除起源国之外的一国领土内或其管辖或控制下的地方造成的损害，不论有关各国是否有共同边界。这个定义含义自明，并说明条款不适用于一种活动的损害后果影响“全球公域”的情况。不过，条款确实涵盖在一国管辖或控制下（如在公海上）进行的、影响另一国领土或其管辖或控制下的地方的活动，或相反，在一国领土上进行的、损害后果影响如另一国在公海上的船舶等等的活动。本条评注将对各种可能性作更深入的解释。

76. 根据起草委员会某些委员的请求，他提请注意他们表示的关注：条款范围被不必要地定得很窄，因而未包括对“全球公域”的保护。

²⁶ 见第2300次会议，脚注18。

²⁷ E/ECE/1225 - ECE/ENVWA/16 (联合国出版物，出售品编号E.90.II.E.28)。

²⁸ 见《49页，脚注1》

7
在其管
个定义

78
员会工

79
告员在
持的一
的义务
施的条
涵，以
提供共
提供指

第11条

80.
准不在其
大跨界损
告员原先
改动，以
认为，“
条款草案
指给予许
知道第1
取条款中

81.
取自第1
有造成重

82. 多
活动的进
因此种改
活动。这
条的标题“

第12条

83. 第
所拟议的相

77. (c) 项把“起源国”界定为在其领土内或在其管辖或控制下进行第 1 条所指活动的国家。这个定义含义自明。

78. 不用说, 第 2 条是不完全的。随着起草委员会工作的进展, 可能要界定更多的用语。

79. 他转而谈到关于预防的条款, 忆及特别报告员在第九次报告中特别强调并得到委员们普遍支持的一个意见是, 关于预防措施的条款对国家规定的义务基本上属给予应有注意的义务。关于预防措施的条款尽可能指明给予应有注意这一义务的内涵, 以利各国据以履行这类义务, 为各国相互谈判提供共同基础, 或许也可为负责解决争端的决策者提供指导。

第 11 条 (事前核准)

80. 第 11 条规定各国义务确保未经其事前核准不在其领土内或其管辖或控制下进行具有造成重大跨界损害之危险的活动, 这一条的内容与特别报告员原先提议的相同²⁸。不过, 起草方面作了一些改动, 以便更清楚地说明本条的目的。起草委员会认为, “应确保”一语的语气强于特别报告员所提条款草案中用的“应获得”一语。“核准”一词是指给予许可, 形式如何由各国自定。因此, 一国需知道第 1 条所指的活动在其管辖之下进行, 并采取条款中提及的其他措施。

81. “在其领土内或在其管辖或控制下”一语取自第 1 条, 以求一致。“第 1 条所指活动”是具有造成重大跨界损害之危险的活动的简称。

82. 第 11 条的第二句设想的情况是, 对于任何活动的进行提出重大改变, 这种活动本属无害, 但因此种改变而成为引起造成重大跨界损害之危险的活动。这种改变也须经(有关)国家事前核准。本条的标题“事前核准”是特别报告员提出的。

第 12 条 (对于危险的评估)

83. 第 12 条的内容与特别报告员第九次报告中拟议的相似。在决定核准经营人进行第 1 条所指

活动以前, 一国应确保对活动造成重大跨界损害之危险进行评估。这种评估使国家能确定活动涉及什么危险, 以及应采取什么预防措施。起草委员会认为, 既然拟订的条款要适用于全球, 就不应过于详细, 但要有起码的明确性。

84. 应由谁进行评估这个问题留待各国自定。这类评估一般由经营人自己按照国家确定的某些准则进行。对这些评估的评价一般由政府部门或机构进行。这些都是国内立法范围内的事项。不过, 本条确实要求评估应包括有关活动对于人员或财产以及对于其他国家环境之可能影响的评价。人们认为必须有此要求, 以澄清第一句, 因为起源国须将危险评估(报告)转交处于遭受该活动损害的危险的以及需要知道该活动有可能对其造成有害影响以及发生损害的可能性的国家。

85. 不过, 本条显然未规定各国必须要求对在其领土内或在其管辖或控制下的任何活动都进行危险评估。至于哪些活动应作危险评估, 起草委员会的多数意见是, 凡是在条款草案范围内的活动都有一些易于识别的一般特点, 可为各国提供某种参考。例如, 活动中使用的能源、产生的材料、生产中使用的物质、活动的地点以及活动靠近边界地区等都可能是有用的评估标准。还有一种可能性: 在活动进行中, 一国可能会认识到这项活动在条款范围之内, 该国就应遵循条款中设想的程序。特别报告员曾经解释过, 可增加一规定, 例如在第 2 条(用语)中, 列明并较详细地描述条款范围内活动的特点。

86. 起草委员会决定第 13 条(先前存在的活动)留待以后处理。第 13 条涉及条款生效前存在的活动问题。这类情况会引起复杂的问题, 起草委员会认为效率较高的办法是先讨论专门处理针对新活动必须执行的预防措施的条款。

第 14 条 (尽量减少危险的措施)

87. 他在谈到第 14 条(尽量减少危险的措施)时说, 特别报告员在第九次报告中对预防做了广泛的定义, 包括: 事故发生之前采取的措施(或事前预防)和事故发生后为尽量减小损害的程度和范围而采取的措施(或事后预防)。特别报告员拟议的第 14 条反映了预防的广义概念, 但也包含另外两个要点: 第一是国家有义务确保经营者采用“最佳可

²⁸ 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 49 页, 脚注 100。

得技术”；第二是国家有义务鼓励经营者获得“保险或其他资金保障”，使他们在造成损害时能够支付赔偿。

88. 在国际法委员会的讨论中，许多委员表示主张采用狭义的预防概念，即事前预防。他们认为，事故发生后为尽量减小损害而采取的措施属于与赔偿有关的条款部分。起草委员会采纳了他们的观点。起草委员会还认为或许不宜要求国家确保经营人采用最佳可得技术。这一要求有问题：例如，谁来决定什么是最佳可得技术以及如何决定？最先进的技术不一定就是安全保障，何况发展中国家不一定都有能力获取。采用恰当技术只是国家为尽量减小引起重大跨界损害之危险而要考虑的许多因素之一。起草委员会认为，这些问题可在评注中细述，但不必反映在案文中。

89. 起草委员会认为，关于保险的要求应在有关责任和赔偿的部分处理。根据这些理解，起草委员会修改了特别报告员拟议的第14条案文。

90. 如同前面各条一样，看待第14条也应结合国家给予应有注意这一义务。条款是要尽可能指明这项义务的内涵，而此处这一点特别清楚，因为直接涉及的只是国家。根据本条，国家有义务采取单方面措施尽量减少第一条所述活动之跨界损害的危险。这类单方面措施包括颁布立法和采取行政行动和其他行动，确保采用一切必要措施尽量减少跨界损害的危险。

91. “行政或其他行动”是指实施方面的行动。“确保采用一切必要措施”一语有两个功能：第一个功能是强调一项要求：各国必须实施旨在尽量减少跨界损害的国内法律和规章，为此要保证经营人遵守这些规章；第二个功能是强调各国的义务不多于也不少于给予一切应有注意的义务。各国的义务仅在于尽力保证经营者遵守规则。“尽量减少”一语在此上下文中应理解为指尽可能把损害的可能性减至最低点。最后，本条标题改为“尽量减少危险的措施”，这比较接近于本条的内容。

92. 主席提请委员们注意条款草案西班牙文本和法文本中的一个翻译问题。“significant”（重大）一词分别被译为“importante”和“important”。他提议法文本凡出现“important”一词的各条中均把该词改为“sensible”，这一提议

得到庞布-奇文达先生的支持。主席说，西班牙文本应作相应更正。

就这样决定。

93. 主席感谢起草委员会主席对该委员会第二次报告作了出色的介绍。如无异议，他就认为国际法委员会愿注意到该报告并将条款草案的通过一事推迟到下届会议。

就这样决定。

下午1时15分散会。

第2319次会议

1993年7月14日，星期三，上午10时10分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

后来的主席：瓦茨拉夫·米库尔卡先生

出席：巴哈纳先生、哈索内先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、雅乔维德斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、庞布-奇文达先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

委员会第四十五届会议工作报告草稿

1. 主席请委员会审议其第四十五届会议工作报告草稿，从第四章开始，更具体地说，首先审议对国家责任草案第1条、第6条、第6条之二、第10条和第10条之二的评注。

第

C.

2.

第1

第(

议“
改为应审
复杂-
审查。

第6条

第(1)

第

第(2)

4.

以“so
certain r

5.

个不仅
确论点。

6.

修改。

1 委
注第(1).

第四章 国家责任 (A/CN.4/L.484 和 Corr.1 以及 Add.1-7)

C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文

2. 委员会第四十五届会议暂时通过的第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注 (A/CN.4/L.484/Add.2-7)

第 1 条第 2 款的评注 (A/CN.4/L.484/Add.2)

第 (5) 段

2. 拉扎凡德拉朗博先生在提到法文案文时, 建议 “d'un désistement par l'État lésé de son droit” 等词改为 “d'une renonciation par l'État lésé à son droit”。

就这样议定。

经修正的第 (5) 段通过。

经修正的第 1 条第 2 款的评注通过。

3. 罗森斯托克先生说, 在下届会议上, 委员会应审议提供评注留出充分的提前量——其中有些长而复杂——的可行性, 以使委员会委员能够很好地进行审查。

第 6 条 (停止不法行为) 的评注 (A/CN.4/L.484/Add.2)

第 (1) 段

第 (1) 段通过¹。

第 (2) 段

4. 庞布一奇文达先生在提到法文案文时, 建议以 “sous certaines formes” 取代第二句中的 “sous un certain nombre de formes” 一语。

5. 马希乌先生说, 庞布一奇文达先生提出了一个不仅适用于法文, 而且适用于所有语文文本的正确答案。

6. 主席建议由秘书处对所有语文文本作必要的修改。

第 (2) 段根据这一谅解通过。

第 (3) 段

7. 庞布一奇文达先生在提到法文案文时, 建议应以 “présente” 一词取代第四句中的 “formule” 一词。

就这样议定。

8. 托穆沙特先生说, 这段第三句应当删除: 当必须诉诸第三方解决程序时, 此种程序是在不法行为的实施已 “完成其过程” 后才开始, 这句话不管它的含义是什么都是不正确的。例如, 当根据建立欧洲经济共同体的条约² 第 169 条向欧洲共同体法院提出诉讼时, 违背该条约的行为甚至可能还没有被取消。

9. 马希乌先生说, 虽然他对托穆沙特先生的看法有同感, 但他还不认为应删除整个句子。当然, 当必须诉诸第三方解决程序寻求任何解决时, 不法行为继续犯下去总是可能的。然而, 这个论点也许可以用不那么绝对的词语加以论述。

10. 主席建议在 “此种程序” 之后加上 “往往” 一词。

11. 托穆沙特先生说, 既然这样, 该句中的 “必然” 一词应改为 “多半”。

12. 本努纳先生说托穆沙特先生的意见是对的。特别是提及完成不法行为过程没有意义, 应予以删除。然而, 其意图可能是一个第三方解决程序在双方立场已显然确定——可能是在先前的谈判期间确定的——时才开始。但这未必意味着不法行为已经停止, 因为它可能会、而且往往也确实在继续。

13. 托穆沙特先生建议说, 最好的做法是在 “是在不法行为” 前面加上 “往往” 一词并删去 “事实上必然” 等词。这样, 该句与下句就更加协调一致。

就这样议定。

¹ 委员会审议了第 6 条之二的评注后, 对第 6 条的评注第 (1) 段做了修正 (见下文第 39-42 段)。

² 见 *Treaties establishing the European Communities* (Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities 1987), 第 207 页。

经修正的第(3)段通过。

第(4)段

第(4)段通过。

第(5)段

14. 本努纳先生建议应当删去第二句中的“无机”一词。

就这样议定。

经修正的第(5)段通过。

第(6)和(7)段

第(6)和(7)段通过。

第(8)段

15. 拉扎凡德拉朗博先生建议把第五句中的“停止不法行为”改为“正常履行受侵犯的初级义务”。

16. 马希乌先生说, 虽然他同意这一提议, 但他建议把“正常履行”改为“尊重受到侵犯的义务”。

17. 托穆沙特先生说他认为还是保留原来的措词为好。特别报告员试图证明的论点是赔偿和停止是非常相似的。删除“停止”一词将使这段失去其含义。

18. 主席注意到拉扎凡德拉朗博先生没有坚持他的建议, 说, 如无异议, 他就认为委员会希望这段保留原稿不动。

第(8)段通过。

第(9)段

第(9)段通过。

第(10)段

19. 托穆沙特先生说, “De Becker”案³是一

个很老的案例。许多其他案例已通过建立欧洲经济共同体的条约⁴第169和170条规定的程序而停止。因此, 他认为评注应简要提及这项文书以表明委员会知道已根据该条约的条款使违反共同体义务的国家的行为停止。

20. 主席建议请托穆沙特先生起草一份论述写入该段的论点的适当措辞。

就这样议定。

第(11)和(12)段

第(11)和(12)段通过。

第(13)段

21. 本努纳先生说, 评注中的各种微妙情况使案文高度复杂。他同情那些以后不得不阅读该案文的人, 并相信今后案文会写得简单一些。一个主要的例子是该段第三句, 起码应当在“国家的”和“不法行为”之间加上“国际”一词, 以示与国内法下的不法行为相区别。

22. 马希乌先生说, 由于“国际法”一词已在下一句出现, 本努纳先生建议的措词也许是多余的。不过, 法文案文中的“aux yeux du droit international”应改为“au regard du droit international”。

23. 本努纳先生说他不认为自己的建议是多余的。他认为“与国内法的不法行为不同”一语、“国家的不法行为”等词似乎暗示一个国家不能犯有国内法下的不法行为。要说明的一点是, 一个国家确实可以犯有国内法和国际法下的不法行为。

24. 主席说, 如无异议, 他将认为委员会同意本努纳先生的建议以及马希乌先生提议的对法文本的修改。

经修正的第(13)段通过。

第(14)、(15)和(16)段

第(14)、(15)和(16)段通过。

经修正的第6条的评注通过。

³ 欧洲人权法院, Series A: Judgments and Decisions, 1962年, 1962年3月27日的判决(欧洲委员会法院书记处, 斯特拉斯堡, 1962年)。

⁴ 见上文脚注2。

第6

第(1

加上
适用

2

款看

加入

法行

的地

2

斯先生

将罪行

偿”取

28

先生和

29

议的反

点是对

告员第

可能永

人的印

同于违

偿”取

30.

案(法

“给予

语上应

31.

里格斯先

提法肯定

论述罪行

果不是这

报告完成

32.

⁵ 《国

13日的第1

第 6 条之二（赔偿）的评注 (A/CN.4/L.484/Add.3)

第（1）段

25. 韦列谢京先生建议在“国际义务的”后面加上“犯有违法行为的”词语，以便说明该评注不适用于对一项国际义务的所有违反情况。

26. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，由于这些条款看来是论述违法行为的单独一节，因此没有必要加入韦列谢京先生所建议的措词：整节只适用于违法行为。如果在第（1）段中加上该词语，那么在别的地方也要加上，这样会使案文过于赘赘。

27. 科罗马先生说，他赞同卡莱罗·罗德里格斯先生提出的论点，并指出委员会还没有决定是否将罪行与违法行为分开处理。他建议以“作出赔偿”取代“给予赔偿”。

28. 马希乌先生说，他同意卡莱罗·罗德里格斯先生和科罗马先生的论点。

29. 韦列谢京先生说，他真不能理解对他的建议的反对意见。卡莱罗·罗德里格斯先生提出的论点是对的，但把问题讲清楚并没有害处。从特别报告员第五次报告（A/CN.4/453 和 Add.1-3）来看，可能永远也不会有单独一节来论述罪行。此案文给人的印象是评注谈的是总的责任，但责任可能有不同于违法行为所产生的后果。他同意以“作出赔偿”取代“给予赔偿”。

30. 德萨拉姆先生建议以用于“霍茹夫工厂”案（法律根据）⁵ 中的“消除所有后果”一语取代“给予补偿”一语。委员会在谈论同一论点时，用语上应前后一致。

31. 罗森斯托克先生说，他赞同卡莱罗·罗德里格斯先生和科罗马先生的意见：增加违法行为的提法肯定会产生各种问题。如果委员会决定有单独论述罪行的一节，那么这个问题就完全清楚了。如果不是这样，也不必提及。只有特别报告员的研究报告完成后才可就此一点作出决定。

32. 韦列谢京先生说，如果委员会其他委员不

同意他的建议，他就不再坚持，但他没有被提出的论据所说服。当然，必须考虑到完成的研究报告和是否列入关于罪行的单独一章的决定来对这些条款进行审查。同时，委员会应阐明这些条款只涉及违法行为。在第 6 条的评注第（1）段（见 A/CN.4/L.484/Add.2）中，委员会已提到“一项国际违法行为”。

33. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，他理解韦列谢京先生的忧虑。委员会也许应在第 6 条之二的评注开头或其报告中说明第 6 条至第 10 条之二条款草案只涉及违法行为，并说明将在晚些时候审议违反第一部分第 19 条⁶ 所产生罪行的法律后果。

34. 马希乌先生指出，“违法行为”一词在法文本第 6 条的评注第（1）段中被省略了。韦列谢京先生的担忧是正当的，但卡莱罗·罗德里格斯先生刚刚提出的建议看来解除了这一忧虑。

35. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，在第 6 条的评注开头给予说明可能更好一些，评注第（1）段已阐明这些条款草案只涉及违法行为。

36. 科罗马先生说，第 6 条的评注已经消除了韦列谢京先生的忧虑，因此没有必要增加违法行为的提法。

37. 本努纳先生说，这是一个实质性问题，因为委员会一些委员不同意区分罪行和违法行为。国际责任的整个哲学基础是以国际不法行为为中心的。委员会正在起草一项一般规则。由于罪行是一种特别严重的国际不法行为，可成为这项一般规则的一个例外，但是管制不法行为和罪行的制度不能完全分开。

38. 韦列谢京先生说，他支持卡莱罗·罗德里格斯先生提出的建议。本努纳先生的论点只使他相信委员会必须十分清楚地阐明——最好在评注中——它还没有审议违反第一部分第 19 条产生的后果。尽管对罪行和违法行为之间的区别问题有着不同的见解，委员会也能这样做。

⁵ 《国际常设法院汇编 A 辑》，第 17 号，1928 年 9 月 13 日的第 13 号判决，第 47 页。

⁶ 第三十二届会议上一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条条款的案文，见《1980 年……年鉴》，第二卷（第二

39. 卡莱罗·罗德里格斯先生提议在第6条的评注(同上)第(1)段的第一句后面加上两句:

“委员会决定单独审议可能由第一部分第19条下的国际罪行引起的关系。因此,第6条至第10条之二不适用于国际罪行。”

40. 韦列谢京先生说,他可接受第一句,但第二句不准确并可能引起争论。

41. 米库尔卡先生建议第二句应为:“第6条至第10条之二不影响罪行的后果”。

42. 主席说,如无异议,他就认为委员会同意卡莱罗·罗德里格斯先生提出的并经米库尔卡先生修改的关于第6条的评注第(1)段的修正,以及科罗马先生提议的对第6条之二的评注第(1)段的修正。

经修正的第6条之二的评注第(1)段通过。

第(2)和(3)段

第(2)和(3)段通过。

第(4)段

43. 托穆沙特先生说,按特别报告员的看法,要求赔偿的权利产生于受害国表示这方面的要求。托穆沙特先生认为这是不准确的:虽然抵偿、承诺和保证不重犯不一定是自动的,但赔偿本身是一项国际不法行为的直接后果。因此,第(4)段中最后的“注意到另一类法律关系是否发生作用要视受害国的决定才能决定的事实”一语应改为“考虑可能以受害国的一项正式要求为先决条件的某些赔偿形式”。

44. 卡莱罗·罗德里格斯先生说,他不能确定这样的修改是否符合第6条之二的意义,该条谈的是受害国的权利而不是不法行为国的义务。

45. 托穆沙特先生说,权利和义务是同一问题的两个方面:受害国的权利同时也是不法行为国的义务。第6条之二第1款的措词没有阐明这种权利是自动授予的,还是受害国得采取行动以利用这一权利——这将不符合国际法的习惯规则。

46. 科罗马先生说,他同意托穆沙特先生的看法。无论受害国是否决定利用这种权利,它都存在。

47. 马希乌先生说,他不完全同意托穆沙特先生和科罗马先生的看法。他指出第6条之二的评注第(4)段提到第6条的评注第(14)段,后者说明为什么第6条采用义务的表达方法。关于停止,显然有一种义务:不管受害国是否这样要求,不法行为国有义务停止其不法行为。而赔偿的情况则不同:受害国得声明其赔偿要求;如果它不这样做,程序就不会启动。

48. 扬科夫先生说,托穆沙特先生提议的修改将使评注更符合习惯法和惯例。不过,措词应更加准确。

49. 库苏马-阿特马贾先生说,第(4)段十分明晰,无须修改。该段没有声明要求赔偿的权利实际产生于受害国在这方面的要求;它只是说,为了利用其权利,受害国可运用第二套法律关系。这项权利本身是一个已犯下的不法行为的后果。

50. 德萨拉姆先生建议该段第2句话应改为:“这一条款规定了受害国要求补偿的权利和可提供这类补偿的一种或多种形式”。

51. 托穆沙特先生修正他先前的提议,建议这段末尾的“另一类法律关系是否发生作用”一语应改为“以不同形式履行这一权利的过程是否发生作用”。该段的其余部分保持原状。

就这样议定。

经修正的第(4)段通过。

第(5)段

第(5)段通过。

第(6)段

52. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说,评注中引用的法律判例应该是最接近的。因此,对1897年“Costa Rica packet”案的表述应从该段的第2个脚注中删去,因为它难以反映国际法关于这个问题的进展。

就这样议定。

米库尔卡先生代行主席职务。

53. 扬科夫先生说,按照委员会的传统做法,

一条特以处理四句中“一”句的其

54. 把第(

55. 果受害应退还,而易见

56. 提议有期间可句中本

57. 他建议的其余段落更

58. 的“因完全接

就

经

第(6)

59. 因为它看据的讨论

60. 法源于其的发言段的目中的发展中

61. 二的提议主题事项外,没有

一条特定条款的各款或项应在该条的评注中分别加以处理。第(6)段应加以修改以符合这种结构。第四句中的“同造成损害的不法行为牵涉的各种因素中”一语应删除,因为它说的是显而易见的事情;该句的其余部分应保留,并为符合惯例,应另起一段。

54. 马希乌先生说,他同意扬科夫先生提出的把第(6)段分为两段的建议。

55. 本努纳先生说,第九句末尾的“但是,如果受害国本身没有疏忽行为,则恢复原状原则规定应退还原状物件”一语应删除,因为它是对一个显而易见的事情的说明。

56. 庞布一奇文达先生说,他对本努纳先生的提议有保留意见。一般轮船从它被扣留到它被归还期间可能继续损坏,他认为,这一重要因素正是这句中本努纳先生希望删除的那部分所考虑到的。

57. 本努纳先生说,实际上这一因素在该句中他建议删除的部分之前的那部分已作了考虑。该句的其余部分没有更多内容,不过是使得已很冗长的段落更加累赘。

58. 托穆沙特先生说,委员会不妨对第三句中的“因果链理论”一词提出保留,因为它还没有完全接受与这一理论有关的所有发展。

就这样议定。

经修正的第(6)段通过。

第(6)段之二

59. 罗森斯托克先生建议删去第(6)段之二,因为它看来没有任何根据。他记不起有任何它可能依据的讨论,而且评注加上这段显得混乱和没有必要。

60. 马希乌先生说,第(6)段之二中表达的想法源于斯里尼瓦萨·拉奥先生在讨论中的发言,他的发言得到包括他本人在内的一些委员的支持。该段的目的是在充分赔偿原则方面考虑财政资源有限的发展中国家的立场。

61. 托穆沙特先生说,他支持删除第(6)段之二的提议。这段的思想基础与赔偿——第6条之二的主题事项——无关,而与财政补偿问题更加接近。此外,没有作出解释或给出任何参考以支持该段所载

说明。而且,条款本身没有什么能够证明这一说明是有充分理由的。

62. 巴哈纳先生提议保留这段,但在开头应加上“一些委员认为……”之类的措词。这样,人们会清楚不是委员会所有委员都同意这个问题。

63. 罗森斯托克先生说,他对这项提议没有异议,但它不再适合评注。相反,它应当出现在委员会的报告中,除了当然要在简要记录中被提及外。

64. 德萨拉姆先生赞同马希乌先生关于这一段中所载想法来由的观点以及巴哈纳先生的建议。这一想法应该保留,但应认真考虑把它放在什么地方,例如放在委员会的报告中。

65. 韦列谢京先生强调该段包含的想法正属于第6条之二关于赔偿的主题事项范围之内。第(6)段之二说可能会有“反驳充分赔偿的另一些公平考虑因素”。因此这个问题显然是一个赔偿问题。

66. 拉扎凡德拉朗博先生说,这段的确是论述第6条之二的主题事项,即赔偿。至于财力有限的国家的充分赔偿问题在讨论过程中就已提出。因此这段应该保留,明确说明它只反映一些委员的看法。

67. 本努纳先生说,他同意罗森斯托克先生的意见。第6条之二的评注应反映整个委员会的看法。登载只是某些委员所持看法的适当地方是委员会的报告。

68. 马希乌先生说,委员会章程第20条要求它注意作者之间的意见分歧或国家惯例的差异。可就委员会的评注来说,则总是尽力避免反映任何不同意见。

69. 科罗马先生提议通过把过短的“可能会有反驳充分赔偿的另一些公平考虑因素”这一措词改为“可能会有在充分赔偿方面应当顾及的另一些公平考虑因素”,使该段降低调子。

70. 居内先生说,他支持这一提议,但反对任何提及“一些委员”的建议。

71. 本努纳先生说,任何“一些委员”的提法都应避免,因为评注是表达整个委员会的看法。不过,他能接受科罗马先生建议的解决办法。

72. 巴哈纳先生说, 他赞同科罗马先生提议的措词, 它代表一种更为中性的提法。不过, 应当指出“可能会有”一词清楚说明该段表达的看法只是些委员所持的看法。

73. 罗森斯托克先生说, 假如以“可以”取代“应当”, 他可以接受科罗马先生的措词。使用动词“应当”会削弱第6条之二中使用的强力措词的效果。

74. 主席说, 如无异议, 他将认为委员会同意通过经科罗马先生修改、罗森斯托克先生再修改的第(6)段之二。

经修正的第(6)段之二通过。

第(6)段之三

75. 得到马希乌先生和居内先生支持的罗森斯托克先生说, 第(6)段之三的内容是对整个条款的脚注而不是解释性评注。这段因此应当删除, 将其内容转为一个脚注。

就这样议定。

第(7)段

76. 得到罗森斯托克先生支持的扬科夫先生提议将“在理论上”一词从最后一句中删去。它是不必要的并且语义模糊。

77. 卡莱罗·罗德里格斯先生指出, “在理论上”一词是用来与该句前半部分的“实际上”一词相对照的。因此, 如果决定删除“在理论上”一词, “实际上”一词也应略去。

78. 主席说, 如无异议, 他将认为委员会同意第(7)段经上述两项修改后通过。

经修正的第(7)段通过。

第(8)段

第(8)段通过。

第(9)段

79. 比利亚格兰·克拉梅尔先生建议将“现在

学理上的看法”这一提法从第一句中去掉。委员会不应给人以这样的印象, 即对于国际法的编纂, 它专门依据学理上的看法。它的工作基本是以国家实践和各项条约为基础的。

80. 马希乌先生问这一建议是否要删除第(9)段的第一个和第二个脚注中广泛提及的法律文献。

81. 科罗马先生说, 学理上的看法这一提法可以删除, 因为第(9)段本身包含大量对各条约和国家实践的提及。

就这样议定。

第(9)段通过。

下午1时5分散会。

第2320次会议

1993年7月15日, 星期四, 上午10时5分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 巴哈纳先生、哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、雅乔维德斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

过如

第(1

第(1

4
独立
此案
例子,

委员会第四十五届会议工作报告草稿(续)

第四章 国家责任(续)(A/CN.4/L.484 和 Corr.1 以及 Add.1-7)

C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文(续)

2. 委员会第四十五届会议暂时通过的第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注(续)(A/CN.4/L.484/Add.2-7)

1. 主席说,关于第 6 条的评注,有一点仍然悬而未决,即在第(10)段加入两句话,是关于欧洲人权委员会最近判例的。议定的文本将由托穆沙特先生经与特别报告员磋商后提出。因此他请委员会继续审议第 6 条之二的评注。

第 6 条之二(赔偿)的评注(续)(A/CN.4/L.484/Add.3)

新的第(9)段之二

2. 扬科夫先生提议应插入新的一段即第(9)段之二,案文如下:

“(9)之二 从实质上说,第 3 款载述了犯有国际不法行为的国家不能援引国内法作为未能提供赔偿之理由的一般原则。赔偿的概念应该参照关于受害国有获得充分赔偿之权利的第 1 款来理解。第 3 款的措词以《维也纳条约法公约》第 27 条为范本。”

3. 主席说,如无异议,他便认为委员会同意通过如扬科夫先生提议的第(9)段之二。

第(9)段之二通过。

第(10)段

第(10)段通过。

第(11)段

4. 托穆沙特先生提议将关于“Aminoil(美国独立石油公司)”案的倒数第二句删去。他认为,此案与该段开始所讨论的案件完全不同,作为一个例子,它实际上风马牛不相及。

5. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说,提及该案绝没有改变评注的意义,因此它不是不合适的。

6. 在同赞成保留提及仲裁的马希乌先生和德萨拉姆先生简短交换意见之后,托穆沙特先生撤回了他的提议。

第(11)段通过。

第(12)段

第(12)段通过。

第(13)段

7. 扬科夫先生提议将“在稍后阶段”一语删去。

就这样议定。

经修正的第(13)段通过。

8. 冯巴先生在发表他对评注的一般立场时说,委员会章程第 20 条规定,委员会提交联合国大会的评注应包含:

“……

(b) 涉及以下各点的结论:

(一) 各国惯例和学说对每项问题的同意程度;

(二) 目前存在的不同意见和争执,以及因主张一种或另一种解决办法而生的争论。”

9. 依照他的看法,这意味着两点:第一,对于法律“汇编”,换言之对有关正在审议中的题目的条约、判例和理论,委员会委员们并非要比特别报告员了解得更多,但至少要与特别报告员了解的一样多,这个道理并不是不言而喻的。情况常常是特别报告员提供资料。不过,委员们也可以对这个法律汇编有所增补或更深入地研究其细节。他自己曾提到关于非洲在因果链环问题上的实践的若干公约。即使这个主题稍有不同,但特别报告员并未提请人们注意这一点。如果委员会委员们获得这样的印象,即法理学中的一个特别内容不具有专题性或者不足以支持所提出的论据,原因往往不过是特别报告员未曾得到有关的资料。

10. 第二, 它还意味着委员们应能以支持的论据, 就特别报告员对在国家实践和理论上的每一点的意见的一致程度的分析发表意见。这也不是不言而喻的, 因此对特别报告员应当表示信任。诚然, 这种信任并不排除进行检查的可能性, 这一点对委员会工作的信誉颇为重要, 不过这样的检查应限于本质的东西。检查应主要地涉及特别报告员明确表示由委员会作出承诺的一些问题, 换言之, 应涉及这些段落, 实践中是说委员会“得出结论”、“认为”、“持以下看法”等等。这样的表述经常出现在例如与第 1 条第 2 款、第 6 条和第 6 条之二、第 10 条和第 10 条之二有关的评注中。

11. 他自己的看法与这些评注中表示的看法充分一致, 所以他能接受全部评注。

12. 托穆沙特先生说, 令人遗憾的是关于“受害国”的概念没有评注。

13. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)指出, 委员会早已在第 5 条¹中通过“受害国”的定义。这看来足够了。

第 10 条(抵偿)的评注(A/CN.4/L.484/Add.6)

第(1)至(7)段

第(1)至(7)段通过。

第(8)段

14. 本努纳先生说, 在评注的某部分应强调, 影射的外交实践经常涉及一个以有关国家间极不平等为特征的殖民地式的国际局势。他认为应在关于抵偿条款的评注中写入大意如此的一句话。

15. 主席指出, 受害国或据称的受害国方面的滥用问题已在评注的第(25)段中论述了, 该段明确地说, “强国往往在抵偿方面硬找一些借口来对付弱小的犯罪国, 或者将一些羞辱性的形式强加给这些国家……”。这似乎满足了本努纳先生的关切。

16. 罗森斯托克先生说, 应注意不要打乱特别

报告员业已认真考虑的案文的均衡, 并应把修改保持在最低限度。

第(8)段通过。

第(9)至(11)段

第(9)至(11)段通过。

第(12)段

17. 史先生说, 与委员会有些委员一样, 他认为没有理由把抵偿看作在性质上是惩罚的或惩戒人的。因此, 第(12)段的最后两句应删去, 出于同样的原因, 第(18)、(21)、(22)和(23)段也应删去。

18. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说, 这一点并不是小问题。冒着使有些委员不快的危险, 他想维持抵偿履行义务具有惩罚性质的提法, 理由有二。首先, 必须承认, 在实践中, 国家互相施加“惩罚”, 而这种惩罚有时是暴力的。不乏现代的例证。因此, 他不知道法学家能否想象从国际法领域中完全排除这种做法, 难道把它编成法典不是更好?

19. 再说, 在各国同意向另一国提出它们的辩解时, 如果这些国家对它们自己施加的轻微惩罚被拒绝, 他不知道委员会如何能期望来年在关于罪行的工作中有所前进呢, 惩罚性因素正是这项工作的核心。从过错制度向罪行制度的转变大有可能成为问题。

20. 史先生回答说, 尽管确实有些国家给别国“教训”, 但委员会不应仅仅限于编纂现行的法律。它还应从事逐渐发展的工作。从这个观点来看, 使抵偿具有惩罚作用, 似乎是不明智的。

21. 托穆沙特先生说, 他完全同意史先生的看法。他还进一步建议, “惩戒性的损害赔偿”这样的提法应当删去, 只保留第(12)段的头几行直到“性质独特”一语。

22. 罗森斯托克先生说, 看来第(12)段被完全误解了。不管在哪一点上都不能推断“惩罚性行动”是可以接受的。在这一段中, 特别报告员提出一个似乎重要的法律论点。对罗森斯托克先生而言, 如有必要, 他可以同意删除关于普通法中的

¹ 第三十七届会议暂时通过的第 5 条条款的案文及评注, 见《1985 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 25 面起。

“惩
保留

理论
点。
朝着

在把
法律
的。
任何
条款,
十一
焦一
第 14
映了又
恰恰是
么不道
止使这

2:
最后两

26
“对赔
这一说

27
特别报
分的建

就

28
二句中
“惩罚
传统,
易引起

2
文, 见同
3
至 14 条
(第二部

“惩戒性的损害赔偿”的提法，不过最后两句应予保留。

23. 本努纳先生说，他同意史先生的看法。在理论上和实践上都不应接受抵偿是惩罚性质的观点。他完全反对这个观点，相反，特别报告员似乎朝着这个意见的方向前进。

24. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，在把抵偿看作是国际法中的一个制度时，他既是从法律编纂的角度又是从法律逐渐发展的角度出发的。第 10 条试图论及这个制度，但严格地说该条与任何一类的惩罚行为毫不相干。这种行为归于其它条款，首先是关于自卫权利的《联合国宪章》第五十一条，其次是里普哈根先生在 1984 年²及阿兰焦—鲁伊斯先生自己在第四十四届会议³上提出的第 14 条。因此，如果任何人认为关于抵偿的评注反映了对惩罚行为的自满，那他就大错特错了。抵偿恰恰是对国家所做的某些行为提供以适当的或不那么不适当的形式进行赔偿的一个方式，并且也是防止使这些国家能有理由诉诸武力的一个方式。

25. 主席提请注意这样的建议，即删去该段的最后两句或至少倒数第二句。

26. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，“对赔偿性损害赔偿和惩戒性损害赔偿作了区分”这一说法可以删去，其余部分保留，不加修改。

27. 主席说，如无异议，他便认为委员会同意特别报告员关于删去第（12）段倒数第二句这一部分的建议。

就这样议定。

28. 托穆沙特先生说，他想知道第（12）段第二句中提到的“惩戒性的损害赔偿”是否相当于“惩罚性的损害赔偿”。委员会仅仅依据普通法的传统，谈论的是根据普通法所阐述的概念，这是个易引起批评的概念。

29. 扬科夫先生说，加入“惩戒性的损害赔偿”这一说法最初是在起草委员会审议该条时设想的。最后，这一说法被删去，代之以“反映侵害严重程度的损害赔偿”。他提及在他提议起草委员会在第四十四届会议上审议的条款草案所做选择给出的解释，即：

“第 2 款详尽列出了满足*的各种形式。第（a）和（b）项保留了特别报告员提议的满足形式。第（c）项涉及在英美法中人们所称的‘惩戒性的损害赔偿’，换言之，是在不法行为方的暴力、压迫、恶意、欺诈和恶行使所做的不法事情更趋恶化时，给予受害国的超过实际损失和规模扩大的损害赔偿。此类补救办法的目的是设立榜样。起草委员会没有使用‘惩戒性的损害赔偿’，因为在其他语言中该词似乎没有相应的词。”⁴

30. 史先生说，他要指出，有些起草委员会成员曾反对“惩戒性的损害赔偿”的概念。根据托穆沙特先生的意见，他建议把“与普通法中所称的‘惩戒性的损害赔偿’相对应，后者是指”一语删去。

31. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他正式反对这样的删除。

32. 罗森斯托克先生警告不要删除，因为这种删除完全不是澄清文本，而是会去掉解释委员会达成这一立场的一个历史因素。

33. 库苏马—阿特马贾先生说，从罗森斯托克先生发表的意见推断，没有就史先生的建议取得一致同意。就个人而言，他赞同保留讨论中的词语。

34. 马希乌先生说，因为他未受过普通法的训练。所以他信任提及它的人的意见。他提议在“与普通法”一语之前加上“依照有些人的看法”的词语。

35. 拉扎凡德拉朗博先生说，和库苏马—阿特马贾先生一样，他认为这一词语应予保留。它是涉及一个普通法概念的提法，并且没有使该段有任何不清楚之处。

² 已提交起草委员会的第二部分第 6 至 16 条草案的案文，见同上，第 20-21 页，脚注 66。

³ 已提交起草委员会的第二部分第 5 条之二以及第 11 至 14 条草案的案文分别见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），脚注 86、56、61、67 和 69。

* 从 1993 年起，“satisfaction”译为“抵偿”。

⁴ 见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 57 段。

36. 巴哈纳先生说, 他不反对保留案文。不过, 作为妥协, 可以在脚注中提到惩戒性的损害赔偿, 这样做就使得有可能删去在争论中的词语。

37. 史先生说, 如果委员们想保留提及惩戒性的损害赔偿, 他将不坚持他的建议。不过, 那么可以通过巴哈纳先生的建议。

38. 本努纳先生说, 既然意见分歧, 委员会可以考虑以马希乌先生或巴哈纳先生的建议的形式作为折衷方案。

39. 科罗马先生说, 他准备接受马希乌先生的折衷建议, 然而他更喜欢巴哈纳先生的折衷建议。

40. 主席说, 脚注不过会使问题复杂化, 因此采取马希乌先生的折衷建议更为轻而易举。

41. 如无异议, 他便认为委员会同意通过马希乌先生提出的修正案。

经修正的第(12)段通过。

第(13)至(15)段

第(13)至(15)段通过。

第(16)段

42. 扬科夫先生建议把第一句改写如下: “第2款开头一句话明确表明, 它规定一份详尽无遗的可以结合的抵偿形式清单”。

就这样议定。

经修正的第(16)段通过。

第(17)段

第(17)段通过。

第(18)段

43. 扬科夫先生说, 依照他的看法, 第四句清楚地表示, 各种形式的抵偿不应是惩罚性质的。其次, 令人感到遗憾的是, 评注没有充分说明第10条第3款, 而该款仍然是重要的。

44. 史先生建议删去第(18)段, 理由他已在早些时候说明了。

45. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说, 他反对删去该段, 但委员会可自由决定。

46. 马希乌先生说, 他认为第(18)段反映了理论、判例、实践中所发现的不一致, 然而删去该段不会解决问题。如确实存在困难, 事实上应提请第六委员会和各国予以注意。或许委员会仍然可以降低结论的调子, 这个结论无疑是特别报告员经过非常仔细周到的研究之后得出的, 但有些委员不能同意它。正如第(18)段的脚注所表明的那样, 认为抵偿具有惩罚性质的作者和认为抵偿仅仅具有赔偿性质的作者基本上是平衡的。正是“流行的理论认为”这样的话造成困难, 因为实际上不可能确定这一平衡朝向这方还是那方。或许应该说, 辩论仍未终止。

47. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)对马希乌先生调和不同意见的努力表示感谢。他曾在他的第五次报告(A/CN.4/453 和 Add.1-3)中试图讨论各种形式的赔偿的补偿性质或惩罚性质的问题。相当多的一部分理论和一些有名的作者都认为, 甚至诸如恢复原状和补偿等赔偿形式也不仅仅起补偿作用。差别不象所设想的那样十分清楚, 在这一点上他认为, 委员会有些委员的绝对态度, 对在第四十六届会议上审议将根据第一部分第19条⁵拟订的可能的一组关于罪行的条款草案不是个好兆头。他不想把这个问题变成个人的争议, 认为最好请委员们查阅他的第五次报告第二章C节, 该节论述了民事责任与刑事责任的区别。讨论还触及过失的问题, 很难看出委员会如何能讨论犯罪而不谈及故意。这个问题是不可分的。不可轻易说国家不可能抱有犯罪意图。全部历史包括现代证明恰恰相反。

48. 主席感谢特别报告员作了这番澄清。但他仍然要指出, 评注应反映委员会讨论过程中已经决定了的东西, 以及已经发表的意见。

49. 本努纳先生说, 正在审议中的案文构成委员会所采取的明显立场, 并在该段中强调过若干次, 委员会实际上没有取得一致意见。唯一可能的折衷方案将是这样说, 委员会注意到存在关于抵偿的惩戒性质或补偿性质的理论辩论, 并且认为这场

⁵ 第三十二届会议上一读暂时通过的第一部分第1至35条条款的案文, 见《1980年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第30页起。

辩论

他不能同一点第(报告感到谴责, 法律将促

5心如身草案的尴尬的述。容易地起

52“流行恰当的常认为

53商之后有些国偿具有偿性的

54.从现行法的修改过。

55.看法, 但家”的并样的表过

就这经修

第(19)

56.

辩论对关于抵偿的法律制度没有决定性的作用。

50. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他不反对找出表达委员会意见的一种表述，但他不能同意存在学术辩论的陈述。依照他的看法，在这一点上理论是再清楚不过了。其次，他不能同意对第（18）段中的修改，这种修改意味着，作为特别报告员，他要给理论加上它没有说过的东西。使他感到困惑的是，抵偿中的任何惩戒性成分都要遭到谴责，不管在现行法中，理由是这方面没有构成法律的一部分，还是在拟议法中，理由是这种谴责将促进国际法的发展。

51. 鲍威特先生说，和特别报告员一样，他担心如果删去抵偿的惩戒性质的提法，当委员会讨论草案关于罪行的那部分时，它也许发现自己处于尴尬的地位。这还会是一种对现在法律状态的错误陈述。认为国际法应朝着这个方向发展的人可以很容易地起草一个表达他们观点的段落。

52. 巴哈纳先生说，难点也许在于使用诸如“流行的”或“确认”之类的十分有分量的词语。恰当的折衷将是简单地说：“理论、判例和实践通常认为，作为一种赔偿形式，抵偿具有惩戒性。”

53. 托穆沙特先生经与本努纳先生和史先生磋商之后建议将该段第一句改为：“有一种思潮以及有些国家的判例和实践认为作为一种赔偿形式的抵偿具有惩戒性，这有别于诸如恢复原状和补偿等补偿性的赔偿形式”。

54. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，从现行法和拟议法的观点出发，他完全不同意这样的修改，但他将不反对该段不付诸表决便予以通过。

55. 罗森斯托克先生说，他同意特别报告员的看法，但不会反对通过该段。然而，谈论“某些国家”的判例和实践似乎是不适当的，因此他提出这样的表述，即“有些判例和实践……”。

就这样议定。

经修正的第（18）段通过。

第（19）段

56. 托穆沙特先生在本努纳先生和史先生的同

意下，建议将第一句中的“在作用上的”一词删去。

57. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，他完全不同意所提议的删除，但他不会反对该段经协商一致通过。

经修正的第（19）段通过。

第（20）段

第（20）段通过。

第（21）至（23）段

58. 托穆沙特先生建议将第（21）至（23）段删去。

59. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，将这几段全部删去，那将是一个错误。很难看出，为什么在第（23）段中，在引用莫雷利的话之前的三句——它们是难以反对的——应予删去。

60. 扬科夫先生说，他也认为，要完全删去反映委员会和起草委员会中讨论情况的各段，是太过激的一种解决办法。在进行这种删除之前，应针对这三段的每一句的情况提出支持的论据。

61. 罗森斯托克先生说，他与特别报告员和扬科夫先生持同样的意见。一些调整无疑是可能的。例如，第（22）段第一句中的“委员会”一语可改为“委员会有些委员”。不管怎样，删去所讨论的这三段会使法学家群体无法了解在委员会中就这个问题举行的令人关注的讨论。

62. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，他支持罗森斯托克先生的建议，并认为还应考虑特别报告员的意见。

63. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，他认为删去所讨论的各段是不明智的。这几段包含着有助于解释它们所针对的条款内容的成分。关于这一点，委员会在条款草案本身中承认抵偿在某种程度上具有惩戒性质。象罗森斯托克先生所建议的那样的修改，也许肯定是必要的，但完全删去这三段似乎是一个过激的解决办法。

64. 本努纳先生解释说，经过协商决定建议删去第（21）至（23）段。因为它们构成特殊的看

法,即抵偿具有惩戒性质。在第(18)段中,被认为在“流行的理论”中承认的惩戒性质的一语已经删去,所以删去第(21)至(23)段是无可非议的。特别报告员已经采取了一种立场,他有权这样做,但所讨论的几段并没有充分反映以下情况,即委员会若干委员并不认为抵偿具有惩戒性质。

65. 庞布一奇文达先生说,他赞同本努纳先生的话:委员会存在分歧。认为抵偿并没有惩戒性质的委员们的立场应给予说明。

66. 主席注意到关于删去第(21)至(23)段的建议没有取得一致意见,建议由本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、罗森斯托克先生、史先生、托穆沙特先生和扬科夫先生组成的工作组应举行会议商量,以便在下次会议上提出关于上述诸段的折衷表述,以及托穆沙特先生也想对其进行修改的第(24)段的折衷表述。

就这样议定。

第(25)段

67. 罗森斯托克先生说,如不了解第(21)至(24)段的内容为何,第(25)段便不能通过。第(25)段以“另一方面”一语开始,是居于它之前的几段的对应部分。

68. 主席建议,委员会推迟对第(25)段的审议,直到工作组提交关于第(21)至(24)段的案文。

就这样议定。

69. 托穆沙特先生说,关于早先的一条,他对如下事实曾感到遗憾:评注没有讨论受害国的概念。第10条也是如此。根据载有受害国定义的第5条⁶,人们可以认为:任何一个受害国有权要求道歉或象征性的损害赔偿,例如根据一项保护人权的条约。此外,受害国的权利问题是一个普遍的问题,因此并不仅仅在抵偿问题上产生。不管是在第5条的评注中还是在草案的别处,都存在空白,应予以弥合。

70. 克劳福德先生说,他赞同托穆沙特先生的

话。这个问题本来可以在第5条下处理,在一个包含互相参照的更加详尽无遗的评注中。

71. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说,“受害国”这一词语经常出现在草案的第二和第三部分。如必须每次都给予解释,那么评注将会形成更大的累赘。一旦取得对提到受害国的条款的全面意见,并有可能分析受害国为了何种目的和在何种意义上受害的话,则第5条中对该词的定义便可作相应的调整。

72. 得到罗森斯托克先生支持的韦列谢京先生说,各种受害国享受包括抵偿在内的各种形式赔偿的权利问题在评注中没有充分地阐述,也没有在起草委员会的工作中反映出来。因此他建议:委员会应在其报告中表明,它打算在其工作的后一阶段回到这个问题上来。

73. 主席说,如无异议,他便认为委员会同意在其报告中——例如在脚注中——表明:它打算在其工作的后一阶段回到受害国的权利问题上来。

就这样议定。

74. 雅乔维德斯先生说,由于他无法控制的原因,早些时候他未能参加本届会议的工作。他想就他特别感兴趣的两个题目发表一点一般的意见。

75. 关于第一个题目,国家责任,尤其是草案第三部分,他原则上现在和过去始终赞同一项有效的、迅速的和有约束力的第三方争端解决程序。他希望,随着教条主义意识形态态度的改变,这一原则立场将更加可能获得普遍的支持。

76. 关于另一个题目,即国际刑事法院规约,令人欣慰的是,多亏国际刑事法院规约草案工作组的努力和勤奋,委员会已非常迅速地回应了联合国大会的要求。除为了特殊情况而设立的特设法庭,各方面——在世界人权会议⁷上和在最近《纽约时报》的一篇社论中——都承认需要一个常设机构。倘若早已存在这样一个机构,那么国际社会本来会免去关于不同目的的许多争论。和委员会其他几位委员一样,他宁愿要一个有强制和专属管辖权的法院,而这种管辖权关系到——虽不是完全地限于——

⁶ 见上文脚注1。

⁷ 1993年6月14日至25日在维也纳召开。

适当缩小的并因此而更有效的危害人类和平及安全治罪法。但是，国际法的编纂和逐渐发展仍然需要务实，并且委员会取得的成果是走向建立一个常设国际刑事法院的重大的第一步，一旦目前通过的方案证明它有价值的话。正如置于方括号内的案文段落数目所证明的那样，还有许多问题仍然悬而未决。关于这些问题，他的意见是：法院应成为联合国的一个机关，是一个常设机构，虽然它只在被要求审理提交它的案件时才会开庭。法院院长也是常设职位。法院的管辖权不应受到不适当的限制，并且管辖权应包括按照一般国际法的罪行。安全理事会应有把罪行提交法院的权利，法院应有受适当限制的缺席管辖权。上诉权和复审权应予以承认。

下午 1 时 10 分散会。

第 2321 次会议

1993 年 7 月 19 日，星期一，上午 10 时 5 分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

后来的主席：瓦茨拉夫·米库尔卡先生

出席：阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、伊德里斯先生、雅乔维德斯先生、卡巴齐先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁滨逊先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

委员会第四十五届会议工作报告草稿（续）

第四章 国家责任（续）（A/CN.4/L.484 和 Corr.1 以及 Add.1-7）

C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文（续）

2. 委员会第四十五届会议暂时通过的第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注（续）（A/CN.4/L.484/Add.2-7）

第 6 条之二（赔偿）的评注（续完）（A/CN.4/L.484/Add.3）

1. 主席回忆说，在上一次会议上，托穆沙特先生和韦列谢京先生提出了受到不同伤害的国家的问题。为了使他们的意见适用于所有关于赔偿的条款，特别报告员建议在第 6 条之二的评注原第（6）段之三增加几个字，委员会已决定将该段变为一条脚注。现在这条脚注是这样的：

“关于赔偿的规定对于存在多个受害国的情况，包括所谓受害程序不同或间接受害的国家问题，将稍后审议。”

2. 如无异议，他就认为委员会同意通过这条脚注。

就这样议定。

经修正的第 6 条之二的评注通过。

第 10 条（抵偿）的评注（续完）（A/CN.4/L.484/Add.6）

第（21）至（25）段

3. 主席请扬科夫先生介绍负有为（21）至（24）段找到普遍可以接受的解决办法这一任务的工作小组所提议的案文。

4. 扬科夫先生说，工作小组提议以下案文构成第 10 条的评注的（20）段之二至第（24）段。

“（20）之二 委员会议定了第 10 条的内容和措词，但并不认为需就抵偿作为一种赔偿形式是否应该具有惩戒性质的问题表态。这个问题在理论上仍有分歧。

“（21）有人辩称，抵偿的惩戒性质与‘国际社会’的构成或结构都不一致。人们的论点有：

（a）惩治或惩罚与除自然人以外的法人不‘相称’，尤其与主权国家的尊严不相称；

（b）要在一法律制度内施行惩治或惩罚措施，就必须像在国家一级那样，有体现整个国际社会的体制机构，而目前‘国际社会’没有这类体制机构，在很短时间内也不可能出现这类体制机构。

“（22）另一方面，有人坚持认为，正是由于‘国际社会’没有能对国家的刑事犯罪行为诸如诉讼、审理和惩治等‘权威性’职能的机构，才更有必要诉诸能弥补——尽管是在非常有限的程度上——因无这种机构而造成的缺陷的补救措施。这种观点认为，抵偿的惩戒性质并不违反有关国家的主权平等。也有人认为，抵偿是一种赎罪问题。⁴¹ 对国际违法行为（无论其严重性如何）的后果只采用恢复原状和补偿性办法，意味着除了赔偿物质损害以外，或在不进行此种赔偿的情形下，忽视了为一个或若干个受害国所遭受的精神、政治和法律等方面的损害提供某些具体补救办法的必要性。这些补救办法既能起到预防作用，又能起到惩戒作用。

“（23）委员会认为极有必要确认抵偿在国家间的关系方面所起的积极作用。正是由于可诉诸一种或多种抵偿方式，才能使冒犯国的不法行为的后果与不法行为的严重性相适应。就这一方面的法典编纂和逐渐发展而言，这一结论相当重要。

“（24）另一方面，委员会也认为有必要吸取关于抵偿的外交实践方面的教训。这些实践表明，受害国或声称受害的国家滥用抵偿的现象并不少见。强国往往在抵偿方面硬找一些借口来对付弱小的冒犯国，或者将一些羞辱性的抵偿形式强加给这些国家，这些行为有损不法行为国的尊严，也不符合平等原则。若干作者曾强调过防止滥用的必要性。⁴² 这一点构成了第10条第3款的基础。第10条第3款明确规定，损害不法行为国尊严的要求是不能接受

的，并规定只能在一定限度内要求不法行为国提供一种或多种形式的抵偿。”

有关（22）段的脚注如下：

“⁴¹ 莫雷利认为，

抵偿有点类似于惩罚，也可起到一种赎罪的作用。另外，抵偿同惩罚一样，也具有惩戒的性质，因为它以让负有责任的主体遭受损害的方式实现目的。所不同的是，惩罚是由另一主体施加的伤害。就抵偿而言，损害由负有责任的主体采取某种特定的行动施加。如同其他形式的赔偿一样，这一行动构成主体的义务内容。

上引书（见上文脚注4），第358页。”

脚注42保持原样。

5. 小组已努力保持案文的完整性，同时以平衡的方式反映在抵偿的惩戒性质问题上所表示的不同意见。

6. 所提议的案文（20）段之二是新的。它强调了在抵偿的惩戒性质问题上理论上的意见分歧。第（21）段阐明了一种认为抵偿的惩戒性质同国际社会的构成或结构是不一致的意见倾向。第（22）段表明了那些认为抵偿可以具有惩戒性质的人的意见。最后，第（23）和（24）段说明了委员会的意见。第（24）段的案文是原来第（25）段的案文。

7. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，建议的提法比早先的案文有所改进。然而，他对所提议的几个段落仍有反对意见，尤其是，但不只是第（20）段之二，但他不会妨碍这几段的通过。

8. 扬科夫先生感谢特别报告员的合作，说所提议的案文不会在所有问题上使人人都感到满意，但是它们反映了委员会的普遍看法。

9. 韦列谢京先生说，由于第（21）和（22）段反映了两种理论上的意见倾向，宜对每一段第一句话重新措词以明确表明它们的确反映两种倾向。

10. 扬科夫先生说，第（21）段开头的“有人辩称……”和第（22）段开头的“另一方面，有人坚持认为……”是为了表明：有些委员赞成第一种理论倾向，有些则赞成第二种。之所以用这些引导

语，
第
上
的

主
中
应

社
会

科
罗
为：
平
等

里
格

通
过
先
生

（21）

第10
L.484

第（1）

第

第（4）

1

适当
情
题。加
中未作
灵活性
保证不
下事实
遭受严

语，是为了避免说“有些委员”或“一些委员”。第(21)和(22)段的目的是为了阐述两套理论上的意见，而是要表明委员会委员对某些理论所表示的看法。

11. 科罗马先生指出，抵偿的惩戒性质与各国主权平等原则是不一致的。这一事实在第(21)段中应得到更明确的反映。

12. 扬科夫先生提请注意第(21)段中“国际社会”这几个字和“主权国家”的提法。

13. 卡莱罗·罗德里格斯先生提议，为了解决科罗马先生提出的问题，第(21)段的开头应修改为：“有人辩称，抵偿的惩戒性质会违反各国主权平等原则，因而与……都不一致。”

14. 科罗马先生说，他同意这种措词方式。

15. 罗森斯托克先生说，他支持卡莱罗·罗德里格斯先生的提议。

16. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意通过由扬科夫先生介绍的并经卡莱罗·罗德里格斯先生修改的第(20)段之二至第(24)段。

经修正的第(20)段之二至第(24)段(前第(21)至(25)段)通过。

经修正的第 10 条的评注通过。

第 10 条之二(承诺和保证不重复)的评注(A/CN.4/L.484/Add.7)

第(1)至(3)段

第(1)至(3)段通过。

第(4)和(5)段

17. 扬科夫先生说，在第 10 条之二中使用“在适当情况下”的字样的原因是一个颇为重要的问题。加入这几个字的问题经过很多讨论，但在评注中未作解释。实际上，使用这些字的目的是要有点灵活性，由法官或第三方裁定者去决定给予承诺或保证不重复是否正当。给予这种补救的理由要到以下事实中去找：存在重复的实际危险，或索赔国已遭受严重损害。

18. 澄清这一点对于解释第 10 条之二是很重要的，对该条评注的第(5)段作些说明可能是有益的。

19. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)说，第(5)段中作了点解释，尽管“在适当情况下”几个字已经够明确了。然而，他愿意指出，“在适当情况下”这几个字不仅关系到法官或第三方裁定者。任何调解者，甚至某一政治机构，实际上还有有关各国自身，应当了解在什么情况下适当和在什么情况下不适当。无论如何，尤其考虑到人们已经就评注的长度发表的意见，没有必要再在这个问题上增加什么内容。

20. 韦列谢京先生提议，第(4)段第一个脚注中的例子应当删掉。它们来自遥远的过去并表明了国际法一段不能令人满意的时期的情况。他特别指的是提到有条件投降和 1901 年“奥斯曼邮局”案。

21. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)说，这个脚注中提到的一些案例确实属于历史性的，但是它们仍能提供有益的例证。

22. 拉扎凡德拉朗博先生说，他强烈支持保留该脚注中的例子。认为不应引用具有历史意义的案例的建议意味着忽视举自殖民地时代的一切例子。

23. 韦列谢京先生说，令人遗憾的是居内先生缺席，因为他本来可以对引用与奥斯曼帝国有关的案例的可取性发表意见。特别报告员以反对殖民主义和尊重国家主权著称，无疑能够提供更近期的例子作为承诺和保证不重复问题的适当例证。

24. 史先生敦促至少应当删掉该脚注中的部分例子。

25. 鲍威特先生指出，这些例子是确实发生过的案件。他认为试图改写历史没有什么意思。考虑到韦列谢京先生提出的反对意见，他建议在脚注的末尾加上一句话，其内容是：“按照今天的标准，这些事例不一定是‘适当的’(见下文第(5)段)。”

26. 米库尔卡先生说，虽然他不反对鲍威特先生的提议，但是他感到令人遗憾的是，关于承诺和保证不重复的规则不得不以像脚注中所举的那样老的案例为依据。如果确实不可能找到哪怕一个最新

的承诺不重复的例子，那么这一规则是否仍然有效也许就成了问题。

27. 罗森斯托克先生说，他赞成这种意见，但是认为本意不是要把所有的例子排除在外。因此他建议在鲍威特先生提议的补充措词中，“一定”一词之后应增加“都”一词。

28. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）注意到韦列谢京先生的意思是委员会也许愿听取居内先生对提到 1901 年“奥斯曼邮局”案的看法，阿兰焦—鲁伊斯先生说，就他个人而言，他认为征求委员们对他们各自国家过去历史上的事件的看法毫无意义。

29. 至于米库尔卡先生提出的问题，遗憾得很，他此时举不出保证不重复的现代例子，但是他要提醒委员会，它不仅在编纂国际法，而且还在逐渐发展国际法。保证不重复在国家责任草案的框架内是重要的，因此他建议，委员会应当前进，而不要过分回顾历史。

30. 韦列谢京先生说，如有可能，最好不要提老案例。然而，由于有些委员认为提及那些案例是必要的，他准备同意鲍威特先生提议的并经罗森斯托克先生修正的补充措词，如果委员会接受这一点，他就撤回他的反对意见。

31. 实际上，他大约在 10 天之前，曾书面向特别报告员提交了关于这个问题和其它问题的提议。令他感到特别不安的是，这一评注，尤其是脚注中的一些地方引用取自遥远的过去，其中包括美国实行奴隶制时期的例子来支持现代国际法规则。不应在评注中列入这些例子，尤其是因为正如特别报告员所指出的，评注已经够长了。

32. 科罗马先生说，正如特别报告员本人所承认的，要找到一个例子来支持第（4）段中提出的主张是很难的。因此，这个脚注也许可以删掉。他认为这对正文不会有什么损害。

33. 史先生说，第 10 条之二的评注第（4）段的第一个脚注中举出的例子肯定会在第六委员会遭到一些代表团的抨击。

34. 主席说，委员们所提的意见将全部反映在简要记录里，他说，如无异议，他就认为委员会同

意通过第（4）和第（5）段，以及根据鲍威特先生和罗森斯托克先生的提议修正的第（4）段的第一个脚注。

经修正的第 10 条之二的评注通过。

第 7 条（恢复原状）的评注（A/CN.4/L.484/Add.4）

第（1）至（17）段

第（1）至（17）段通过。

第 7 条的评注通过。

米库尔卡先生代行主席职务。

第 6 条（停止不法行为）的评注（续完）（A/CN.4/L.484/Add.2）

第（10）段

35. 主席请委员会审议托穆沙特先生提议插在 第（10）段末尾的如下案文：

“较近的例子是“Vermeire”案，在该案中，欧洲人权法院指出，根据它在“Marckx”中的判决，比利时有义务废止歧视非婚生子女的法律。”

36. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意通过经托穆沙特先生修正的第（10）段。

经修正的第（10）段通过。

第（10）段之二

37. 主席请委员会审议由托穆沙特先生提议的新的一段即第（10）段之二，其内容如下：

“（10）之二 《建立欧洲经济共同体条约》第 169 条下的程序也规定了停止不法行为的责任。根据该项程序，欧洲共同体法院可以认定一国是否违反了该条约下的义务。在多数情况下，法院必须就据称违反共同体法律的国家法律发表意见。如果法院认定一国的国内法不符合共同体的法律，那么，被告国负有废止有关法规效力的责任。”

38. 佩莱先生说，把托穆沙特先生提议的修正

案——
放到关
怪的，
了立场
应从共

39
托穆沙
论过像
毫不意

40
亚格兰
举行的
曾提出
委员会

41
由于这
正都应
字，对
说明不
组织在
榜样。

42
特别报

第
经

第 8 条

第（1）
第

第（9）

43
（11）

起草小
告员就
是缺乏
所有段
了其原
为”一

案——它提到欧洲共同体法律中的一个具体程序——放到关于国际法的一个普遍规则的评注中间是很奇怪的，因为这意味着委员会已对共同体的法律采取了立场。作为原则问题，委员会事先未经讨论就不应从共同体的法律中引用例子。

39. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，托穆沙特先生的提议是无可非议的。委员会以前讨论过像欧洲共同体法律这样自成一体制度，这丝毫不意味着委员会对这种制度采取了立场。

40. 得到卡莱罗·罗德里格斯先生支持的比利亚格兰·克拉梅尔先生说，他记得，委员会在早先举行的一次会议上讨论这个问题时，托穆沙特先生曾提出观点说，“De Becker”案太旧，不能引用，委员会应举比较近一些的例子。

41. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，由于这一提议是托穆沙特先生提出的，所以任何修正都应由他来提出。或许可加上“特别是”这几个字，对这个例子加以限定。该修正案中提到了一个说明不法行为的后果的很好例子，各个国家或国际组织在处理违反国际条约义务的行为时都可以此为榜样。

42. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意特别报告员提议的修正案。

第（10）段之二通过。

经修正的第 6 条的评注通过。

第 8 条（补偿）的评注（A/CN.4/L.484/Add.5）

第（1）至（8）段

第（1）至（8）段通过。

第（9）至（11）段

43. 韦列谢京先生说，第（9）、（10）和（11）段中论及的因果关系问题并没有在委员会或起草小组里进行过足够详细的讨论，因此，特别报告员就委员会对这个问题的理解所作的绝对的阐述是缺乏依据的。在现阶段自然不可能开始重新起草所有段落，在第（11）段中，特别报告员已经缓和了其原来的措词，使用了“因此，委员会倾向于认为”一语，而不是“因此，委员会断定”。尽管如

此，委员会应当在二读时回头讨论这个问题，特别是因为第（13）段从“鉴于可能有各种各样的情况……”开始的后一部分，似乎与第（11）段中更加绝对的说法相矛盾。

44. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，韦列谢京先生谈到的第（13）段中的那一部分涉及的是由第三方和外部因素构成的原因并存的情况，而第（11）段涉及的则是因果关系的一般定义和因果联系。第（11）段按目前的措词似乎仍然是可以接受的，但重要的是要提到一切都要取决于特定案件的具体情况。当然，这个问题可在二读时重新审议，但是第（13）和（11）段之间不存在真正的矛盾。

45. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，他和韦列谢京先生一样对这个问题持保留态度。特别报告员关于这些条款的报告为委员会和起草小组提供了一份很好的关于理论的说明和一份透彻的关于判例的分析。然而，起草小组在起草第 8 条时并没有把所有这些资料都考虑进去，并且还引入了其它考虑。当然，一个合议机构不可能把所有意见都充分考虑进去，但是有些委员一直在试图阐明可适用的现行法律，以期在严格的法律基础上编纂现行法。评注并没有适当反映这些委员的看法。

46. 尤其是，不应当把 19 世纪末 20 世纪初拉丁美洲混合索赔委员会令人痛心的法律先例用作制订当代法律的基础。他的意见不应被当作对特别报告员个人的批评，他的工作是出色的。然而，他要建议在二读时对案文进行实际的修正。

47. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意通过韦列谢京先生和比利亚格兰·克拉梅尔先生作过评论的第（9）段以及第（10）和（11）段。

就这样议定。

第（9）至（11）段通过。

第（12）段

48. 鲍威特先生指出，关于第（12）段的脚注，“瑙鲁”案中迄今作出的唯一决定是关于管辖权和适用性的。因此，他对这个脚注无法理解。

49. 佩莱先生支持鲍威特先生的意见。关于另一个问题，第（12）段最后一句话的法文译文用了

“fautes”一词来表示“违法行为”，而用“fait internationalement illicite”（国际不法行为）更为准确。在这方面，法文文本中有好几处需要订正。

50. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，第（12）段的脚注谈到的是国际法院将来在“瑙鲁”案中可能会作出的决定。也许应当提“即将作出的裁决”。

51. 不应当指示秘书处在案文中的所有地方都用“fait internationalement illicite”代替“faute”，因为在一些地方，他所用的这个词的意思是不同的。

52. 主席说，佩莱先生对“fautes”一字的反对意见只限于第（12）段第三句话中的用法。他的更为一般性的意见涉及的是，有必要使法文文本标准化，统统用“fait internationalement illicite”代替“acte internationalement illicite”。

53. 佩莱先生说，他建议删掉“faute”这个字，实际上指的是第（12）段。在谈到“délits internationaux”（国际违法行为）时，使用这样一个字是不合适的，尽管在谈到“crimes”（罪行）时可以用这个字。他还想知道“internationally wrongful act”（国际不法行为）是否就是“fait internationalement illicite”的准确译法，因为在法文里，“acte”与“fait”有重要差别。

54. 鲍威特先生建议第（12）段的脚注应写成“在这方面，国际法院在“瑙鲁”案中即将作出的裁决可以提供有用的分析”。

55. 主席说，有些人对“国际法院即将作出的裁决”这句话有保留。也许改成“国际法院将来在正在审理的“瑙鲁”案中作出的裁决”比较好。

56. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）建议第（12）段的脚注改为“在这方面，国际法院正在审理的“瑙鲁”案可以提供有用的启示”。这样一来便强调了国际法院就这一案件的是非曲直可能作出也可能不作出裁决。

57. 在回答佩莱先生的问题时他说，英文里“行为”一词在国家责任的范畴内历来是可以接受的。此外，“过错”一词不应完全去掉，而应用得适当。在谈到某一行为的归罪责任时，它肯定是适

当的。

58. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，第（12）段的脚注可以完全删掉。委员会为什么应当在起草关于一个也许有关也许无关的案例的脚注问题上浪费时间呢？

59. 阿兰焦—鲁伊斯先生说，没有理由不提一个结果也许是有关的待决案件。此外，委员会常因引用过时的案例而受到批评。对“瑙鲁”案肯定不能提出这种批评。

60. 鲍威特先生说，他支持提议的第（12）段的脚注的措词。

61. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，虽然他同意关于脚注的共识，但是他宁愿提请参看一个已经存在的案件而不是一个未决的案件。

经修正的第（12）段及其脚注通过。

第（13）至（15）段

第（13）至（15）段通过。

第（16）和（17）段

62. 韦列谢京先生提请注意第（16）段中的第五和第六句话，这两句话是：“确实，补偿通常不是针对受害国的精神（非物质）损害的……但是，说补偿并不针对受害国国民或代理人的精神损害都是不属实的”。他认为，“代理人”一词应当删掉，因为在所谈到的案例中，他们是以个人身份行事的。如果保留“代理人”一词，那么应当说清楚，在所谈到的案件中，这种代理人是以私人身份行事的。如不澄清这一点，对代理人的损害就与对受害国的损害一样了。

63. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，“对受害国国民或代理人的精神损害”这句话已经说明了这些话的意思。它把这种损害与对受害国的损害区别开来。起草小组和委员会都认为这个区别很重要。也许可以对第（16）段加以改进，在最后一句话第二个“所受的精神损害”前面加“个人”两个字，以强调这种区别。

64. 韦列谢京先生说，他不会坚持去掉“代理人”一词。不过，在俄文文本里，这句话必须译成

“人

“所

的
他
曾
在
其
它
试
图
然
人

文本

提议
（16
他们
privé

一次：
第（
“以

7
没有
同意
“age
说的个
第（1
代理人

71
单的说

72
身体伤
用该词

73
的会议

“对自然人和法人以及以私人身份行事的国家代理人的精神损害”。

65. 主席说，他不知道韦列谢京先生所说的“自然人和法人”是否准确反映了特别报告员刚才所作的解释。

66. 韦列谢京先生说，他的理解是，正在审议的这段话只与自然人有关。然而，特别报告员在其他时候提到了“自然人和法人”。他本人在辩论中曾着重指出，必须比较准确地使用“国民”一词，在某些情况下，它只指自然人，而在其他情况下，它既指自然人也指法人。特别报告员和其他成员曾试图使他相信，“国民”一词在英文里一般既指自然人，也指法人。

67. 主席指出，第（17）段的法文文本与英文文本是不一致的。

68. 佩莱先生说，虽然他不反对特别报告员的提议，但是不同意他的解释。佩莱先生认为，第（16）和（17）段都把代理人视为个人，而不是以他们个人身份行事的代理人（agents agissant à titre privé），这是第（17）段的法文文本的意思。

69. 罗森斯托克先生提议，在第（16）段里第一次提到“代理人”这个词时，应当加注，说明在第（16）和（17）段里，“代理人”应当被理解为“以个人身份行事的代理人”。

70. 阿兰焦—鲁伊斯先生说，他在任何地方都没有提到“以个人身份行事的代理人”；此外，他同意佩莱先生的意见，即第（17）段的法文文本中“agents agissant à titre privé”一语是不正确的。所说的个人根本没有行事：他们受到对其人身的损害。第（17）段的英文文本第二句话用“作为私人的……代理人受到损害”一语准确表达了这个意思。

71. 主席以委员会委员的身份建议，更为简单的说法是“受到身体伤害的人”。

72. 阿兰焦—鲁伊斯先生说，这不一定是受到身体伤害的问题，至于“国民”一词，他在文中使用该词是指自然人和法人。

73. 主席说，关于第（17）段的讨论将在下午的会议上继续进行。

第六章 委员会的其它决定和建议 (A/CN.4/L.486)

A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件

第 1 至 11 段

第 1 至 11 段通过。

第 12 段

第 12 段在对法文文本稍加文字改动后通过。

第 13 和 14 段

第 13 和 14 段通过。

第 15 段

74. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，应当说清楚委员会到底是在什么时候确定“国家继承及其对自然人和法人的国籍的影响”这个专题的。

75. 主席说，这个问题将由秘书处处理。

第 15 段通过。

第 16 段

第 16 段通过。

第 17 段

76. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，第二句话中“被征服”一词用得不很恰当，就是用在第一次世界大战时期也不很恰当。

77. 佩莱先生提议用“战败”代替“被征服”一词。

就这样议定。

经修正的第 17 段通过。

第 18 至 22 段

第 18 至 22 段通过。

第 23 段

78. 庞布—奇文达先生说，这一段需要进行比较仔细的审查。尤其是第一句话的用词应当更灵活一些，以便在将来委员会关于这一专题的工作成果

问题上，除了一份研究报告或由大会通过的一份宣言草案以外，也可以有其它选择。

79. 主席说，委员会正在通过它的报告，因此不能改动这一段的实质。

80. 拉扎凡德拉朗博先生提议，为了解决庞布一奇文达先生的问题，应在“一份研究报告”之前插入“例如”两字。

81. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，在第一句话中，“可以”一词已经包含该建议的意思。据他回忆，写进第二句话就是为了使第一句话更加灵活。因此，他认为第 23 段不仅反映了业已通过的内容，而且其实质也应在某种程度上符合庞布一奇文达先生的观点——这正巧也是他本人的观点。

82. 科罗马先生建议对这一段进行修正，以规定关于研究结果的决定将到后期作出。这样人人都有更多的时间来思考这个问题。

83. 主席建议，为了使委员会的工作能继续进行，委员会应同意拉扎凡德拉朗博先生的提议。

就这样议定。

经修正的第 23 段通过。

第 24 至 36 段

第 24 至 36 段通过。

经修正的 A 节通过。

B. 与其他机构的合作

第 37 至 39 段

第 37 至 39 段通过。

B 节通过。

C. 第四十六届会议的日期和地点

第 40 段

第 40 段通过。

C 节通过。

D. 出席大会第四十八届会议的代表

第 41 段

第 41 段通过。

D 节通过。

E. 国际法讲习会

第 42 至 48 段

第 42 至 48 段通过。

第 49 段

84. 佩莱先生说，他感到非常遗憾的是，法国不是第二句话中所列的援助国。他要努力改变这种情况。

第 49 段通过。

第 50 段

第 50 段通过。

第 51 段

85. 佩莱先生说，法国当局理所当然地对国际法讲习会上没有系统地提供口译感到非常震惊。从出席者的名单中可以看出，在讲习会上完全讲英语使得操法语的候选人逐渐感到丧气。很明显，如果取消口译，那么所有操法语的候选人最终都会感到丧气。不仅法国如此，许多非洲国家也是如此。

第 51 段通过。

E 节通过。

F. 希尔维托·阿马多纪念讲座

第 52 至 54 段

第 52 至 54 段通过。

经修正的第六章全文通过。

下午 1 时 15 分散会。

国

二
L.48

委员
37
员不
的损
用法
委员

分)
2
3

第 2322 次会议

1993 年 7 月 19 日, 星期一, 下午 3 时 10 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、马希乌先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

国际水道非航行使用法(续完)* (A/CN.4/446, E 节, A/CN.4/447 和 Add.1-3¹, A/CN.4/451², A/CN.4/L.489)

[议程项目 4]

起草委员会二读提议的条款草案³

1. 主席请起草委员会主席介绍载有起草委员会二读通过的条款草案的标题和案文的报告(A/CN.4/L.489)。

2. 米库尔卡先生(起草委员会主席)说, 起草委员会从 1993 年 5 月 4 日至 7 月 13 日总共召开了 37 次会议。审议有关国家责任条款草案的委员会成员不同于审议“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”和“国际水道非航行使用法”这两个专题的条款草案的委员会成员。起草委员会于 7 月 12 日和 13 日就最后一题目举行了两次

会议, 并通过了九个条款, 转载于其报告中。

3. 他回顾在本届会议上, 国际法委员会将第 1 条至第 10 条交给起草委员会进行二读。起草委员会注意到特别报告员和委员会许多委员提出的以下意见, 即在一读时通过的条款总的来说被各国政府所接受, 因此, 二读的主要作用应是“微调”。起草委员会因此只在它认为需要作出澄清时才对条款作出改动。还有两个问题与这些条款整体有关, 需要先阐述。

4. 首先, 根据特别报告员的建议(该建议并得到委员会许多委员的附和), 起草委员会将条款草案中所有的“明显”一词改为“重大”。起草委员会认为“重大”在水道方面的意思与国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的条款中的意思相同, 即它所指的程度超过“重要”但低于“严重”或“巨大”。第二个问题是关于将承压地下水包括在条款范围内的可能性。国际法委员会请特别报告员罗森斯托克先生就这个问题从事一项可行性研究, 他表示将于 1994 年提交研究报告。因此, 起草委员会提议其通过的这九个条款, 但有一项谅解, 如果委员会在其下届会议上决定将承压地下水包括在条款草案的范围内, 因而需要对这九个条款作出修正, 则起草委员会将重新审议这些条款。

5. 起草委员会二读通过的第 1 至 6 条和第 8 至 10 条的标题和案文如下:

第一部分

导 言

第 1 条 本条款的范围

1. 本条款适用于为航行以外目的使用国际水道及其水, 并适用于同使用这些水道及其水有关的养护和管理措施。

2. 为航行目的使用国际水道不属于本条款的范围, 但其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。

第 2 条 用语

为本条款的目的:

(a) “国际水道”是指其组成部分位于不同国家的水道;

* 续自第 2316 次会议。

¹ 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

² 同上。

³ 委员会一读暂时通过的条款草案转载于《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 69-73 页。

(b) “水道”是指地面水和地下水的系统，由于它们之间的自然关系，构成一个整体单元，并流入共同的终点；

(c) “水道国”是指国际水道的组成部分位于其领土内的国家。

第3条 水道协定

1. 水道国可订立一项或多项按照某一特定国际水道或其一部分的特征和使用适用和调整本条款的规定的协定。以下称为“水道协定”。

2. 两个或两个以上水道国之间缔结的水道协定，应规定其所适用的水的范围。这种协定可就整个国际水道或其任何部分订立，亦可就某一特定项目、方案或使用订立，但以一個或一个以上的其他水道国对该水道的水的使用不受该协定重大不利影响为限。

3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道的特征及使用而需调整或适用本条款的规定，水道国应进行协商，以期缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。

第4条 水道协定的当事国

1. 每一水道国均有权参加适用于整个国际水道的任何水道协定的谈判，并成为该协定的当事国，以及参加任何有关的协商。

2. 如水道国对某一国际水道的使用可能因执行只适用于该水道的某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的水道协定而受到重大影响，则该水道国在其使用因而受到影响的限度内有权参加关于这一协定的协商和谈判，并成为其当事国。

第二部分

一般原则

第5条 公平合理的利用和参与

1. 水道国应在其各自领土内公平合理地利用国际水道。特别是，水道国在使用和开发某一国际水道时，应着眼于实现与充分保护该水道相一致的最佳利用和受益。

2. 水道国应公平合理地参与国际水道的使用、开发和保护。这种参与包括本条款所规定的利用水道的权利和在对其加以保护和开发方面进行合作的义务。

第6条 与公平合理利用有关的因素

1. 在第5条的含义范围内公平合理地利用国际水道需考虑到所有有关因素与情况，其中包括：

(a) 地理、水路、水文、气候、生态和其他自然性质的因素；

(b) 有关水道国的社会和经济需要；

(c) 一个水道国使用水道对其他水道国的影响；

(d) 对水道的现行使用和可能的使用；

(e) 水道水资源的养护、保护、开发和节约使用，以及为此而采取的措施的费用；

(f) 某项计划使用或现有使用有无其他价值相当的备选方案。

2. 在适用第5条或本条第1款的范围内，有关水道国应在需要时本着合作精神进行协商。

.....

第8条 一般合作义务

水道国应在主权平等、领土完整和互利的基础上进行合作，以便实现国际水道的最佳利用和充分保护。

第9条 定期交换数据和资料

1. 依照第8条，水道国应定期交换关于水道状况，特别是关于水文、气象、水文地质和生态性质的、随时可得到的数据和资料以及有关的预报。

2. 如果一个水道国要求另一个水道国提供不属于随时可得到的数据或资料，后者应尽力满足这种要求，但可附有条件，即提出要求的国家需支付搜集和酌情处理这些数据或资料的合理费用。

3. 水道国应尽力以便于接受数据资料的其他水道国利用该数据资料的方式搜集并酌情处理数据和资料。

第10条 不同种类的使用之间的关系

1. 如无相反的协议或习惯，国际水道的任何使用均不对其他的使用享有固有的优先地位。

7
人

条
见
淡
条
有
题
全
了
动。

要
“
动，

将
“
为
比
词

协
定
文
案
(
重
则
)
与
改
动

会
议
了
大
先
当
的
损

4
品
编
号
5
6

2. 在国际水道的各种使用相互冲突时，应参酌第 5 至 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决，尤应顾及重要的人类需求。

6. 各国政府和国际法委员会都认为可接受第 1 条（本条款的范围），在全体会议上提出的唯一意见是，《21 世纪议程》⁴ 第 18 章中阐述的有关保护淡水资源的质量和供应的“管理”概念应被纳入该条中。起草委员会认为将该概念包括进第 1 条中是有用的，特别因为在第 26 条⁵ 中谈到了管理的问题。这样做并不影响各条款的范围，而是更明确更全面地界定了范围。因此，在“养护”两字后加上了“和管理”这三个字。这是对第 1 条的唯一改动。

7. 关于第 2 条（用语），起草委员会认为不需要作出改动。它注意到目前载在第 21 条第 2 款⁶ 的“污染”定义将被移到第 2 条，但认为不须立刻改动，因为第 21 条还未提交起草委员会。

8. 在第 3 条（水道协定）中，起草委员会除了将英文案文中的“appreciable”（明显）一词改为“significant”（重大）外，没有作出其他改动，因为国际法委员会的一些委员认为第 2 款的现有案文比特别报告员第一次报告（A/CN.4/451）建议的措词好。

9. 由于在全体会议上没有建议对第 4 条（水道协定的当事国）作改动，起草委员会仅将第 2 款英文案文中“appreciable”（明显）改为“significant”（重大）。由于没有建议对草案第二部分“一般原则”的头两条，即第 5 条（公平合理的利用和参与）和第 6 条（与公平合理利用有关的因素）作出改动，起草委员会保持原文未动。

10. 起草委员会将对第 7 条的审议推迟到下届会议。这是草案中最重要的一条，在全体会议上作了大量讨论，特别报告员就其提出了四个问题。首先，他不知道明确提到给予应有注意的概念是否恰当；其二，将污染造成的损害问题与其他原因造成的损害分开处理是否合理；第三，如果决定将由污

染造成的损害问题单独处理，是否存在任何特别情况可允许继续使用，即使会引起污染；第四，以目前形式存在的第 7 条是否会妨碍第 5 条的有效执行。起草委员会讨论了其中一些问题，但由于缺乏时间并考虑到第 7 条的重要性，决定将对该条的审议推迟到下届会议。

11. 关于第 8 条（一般合作义务），起草委员会没有建议任何改动，因为各国政府和委员会委员都表示同意其措词。

12. 第 9 条（定期交换数据和资料）也得到各国政府和委员会委员的赞同。但是，在起草委员会审议该条文的各个语文文本时，发现从《赫尔辛基规则》⁷ 第 29 条第 1 款中借用的“reasonably available”（一般可得到的）一语的翻译显然有问题。委员会因此以“readily available”（随时可得到的）替代，以便能翻译成其他语文而又不影响第 9 条的含义，这样做纯粹是为了各语文本能取得统一。

13. 第二部分最后一条，即第 10 条（各种使用之间的关系）被各国政府和国际法委员会认为可接受。但是起草委员会认为可改善其标题。起草委员会的一些成员认为“该标题会令人误解，因为它似乎是说该条是关于不同使用之间的相称问题。为了避免含糊，起草委员会将其改为“不同种类的使用之间的关系”。不必说，这一改动绝不影响该条的内容。

14. 主席说，他将认为国际法委员会愿意注意到起草委员会二读通过的并载于其报告中的条款，并推迟到有关评注都提交后才通过这些条款。

就这样议定。

15. 比利亚格兰·克拉梅尔先生问怎样向第六委员会通报起草委员会的工作。

16. 主席说，在第六委员会审议国际法委员会的报告时，自然会向第六委员会提供载有起草委员会通过的条款的文件。

17. 韦列谢京先生说，鉴于起草委员会主席关于该委员会工作的口头报告的丰富内容，应将该报

⁴ A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I)（联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8 和更正），第 8 页起。

⁵ 见上文脚注 3。

⁶ 同上。

⁷ 第 2312 次会议，脚注 14。

告提交国际法委员会委员。他问秘书处是否可以作出必要的安排。

18. 主席说,如果起草委员会的主席同意,可将其向国际法委员会的报告向各委员散发,但只限于英文本。

19. 庞布一奇文达先生对不能提供这些报告的法文本表示遗憾。

20. 主席说,如要该报告的法文本,委员们可参阅提出该报告的会议的简要记录。

委员会第四十五届会议工作报告草稿(续)

第三章 关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(A/CN.4/L.483)

21. 主席请委员会委员逐段审议委员会第四十五届会议工作报告草稿(A/CN.4/L.483)的第三章。

第1至8段

第1至8段通过。

第9段

22. 科罗马先生说,第9段所载的意见是第8段提到的委员的意见,并建议将“有人指出”改为“这些委员指出”。

就这样议定。

经修正的第9段通过。

第10和11段

第10和11段通过。

第12段

23. 佩莱先生建议,为了准确性,该段第3句应改成“这就是在例如‘特雷尔冶炼厂’案的裁决的既有判例法中早已反映的实在法”。

就这样议定。

经修正的第12段通过。

第13至81段

第13至81段通过。

第82段

24. 佩莱先生说,法文本第一句中应在“qui n'avaient”和“été consultés”之间加上“pas”一字。

就这样议定。

经修正的第82段通过。

第83至93段

第83至93段通过。

第三章全文通过。

25. 韦列谢京先生说,他理解委员会不能通过没有附带评注的条款草案,但是他希望报告中能表明起草委员会在本届会议上就关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一专题做了许多工作。

26. 主席指出,报告草稿第三章第6段中相当详尽地叙述了起草委员会的工作。在主席的报告中也会提到起草委员会的工作,因为他也认为应向第六委员会通报它所取得的进展。此外,将会向第六委员会的成员提供关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的条款草案,供他们参考。

27. 科罗马先生怀疑现在就将条款提交第六委员会是否过早了。

28. 主席回顾去年已对由于没有附带评注而不能通过的条款采取这种做法。

29. 居内先生问是否列出了起草委员会的成员名单。

30. 主席说报告第一章列出了成员名单。

31. 卡莱罗·罗德里格斯先生说,韦列谢京先生提出的问题表明非委员会委员可能难以了解报告的内在结构。因此,他想是否宜在第6段第2句,“讨论结束时”等字后加上“如下文第8至93段所

概述
的工
的。

得通

第四

C. 3
(

2. 委
条、
二

第8条

第(16

33
评注第
莱先生
“对受
够明确

34.
或代理

35.
在法文
加上“e

36.
建议以英

37.
在英文本
加上“as
private pa

38.
tant qu'êtr

39.

概述的”等字，这样可以使人了解起草委员会所做的工作量。不然的话，加一个脚注也可达到同样目的。

32. 主席说，如无异议，他就认为该项建议获得通过。委员会将让秘书处决定恰当的措词。

就这样议定。

第四章 国家责任(续) (A/CN.4/L.484 和 Corr.1 以及 Add.1-7)

C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文(续)

2. 委员会第四十五届会议暂时通过的第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注(续) (A/CN.4/L.484/Add.2-7)

第 8 条(补偿)的评注(续) (A/CN.4/L.484/Add.5)

第(16)和(17)段(续)

33. 主席回顾说，上一次会议上，对第 8 条的评注第(16)和(17)段的审议被搁置，原因是佩莱先生和韦列谢京先生认为第(16)段倒数第二句“对受害国国民或代理人的精神损害”这一说法不够明确。

34. 佩莱先生说，应说明它指的是受害国国民或代理人作为个人所受的损害。

35. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)建议在法文本句尾“agents de l'Etat lésé”(代理人)后加上“en tant que particuliers”(作为个人)等字。

36. 韦列谢京先生问特别报告员是否可将他的建议以英文提出。

37. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说，在英文本中，应在“injured State”(受害国)之后加上“as private parties”(作为个人当事方)或“as private persons”(作为个人)等字。

38. 佩莱先生说，他情愿采用法文本中的“en tant qu'êtres humains”。

39. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说，

这个措词指的是自然人而不是法人。

40. 克劳福德先生说，英文本中，可将“persons”一字移到句尾，即变成“moral damage to nationals or agents of the injured State as persons”。

41. 主席提醒说，委员会全体会议并不是起草条款的适当场所。他因此建议克劳福德先生、佩莱先生和韦列谢京先生应与特别报告员议定适当的措词。他又建议，由于第(17)段也发生同样的问题，应将第(16)和(17)段搁置。

就这样议定。

第(18)段

42. 佩莱先生说，他完全反对该段第二部分提到的“人身损害”的概念。据他所知，只有物质和精神这两类损害。他指出第(21)段中存在着同样问题。

43. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)解释道，他认为人身损害同时包括对个人造成的物质和精神损害，不同于继承的损害。

44. 比利亚格兰·克拉梅尔先生指出，在一些国家的国内法中，“人身损害”的意义与个人受到的物质损害相同，而有异于精神损害。

45. 佩莱先生说，他虽然理解特别报告员的解释，但他不认为需要将人身损害的概念包括在第(18)段内。可以很容易地把引文之后“仲裁人关于(a)和(b)两项赔偿金的看法是与更广泛的“人身伤害”概念有关的，除此以外，”等字删去，该句因而从“值得注意的”开始。

46. 韦列谢京先生也认为“人身损害”的概念会在第(21)段引起问题，因为它既指自然人也指法人。它所表达的观念似乎在任何情况下都包括在精神损害的概念内。因此将其从第(18)段中删去较好。

47. 德萨拉姆先生说，他也支持佩莱先生的建议，这样做可消除第(18)段的模糊不清并避免在

48. 主席说, 如无异议, 他就认为委员会同意通过经佩莱先生修正的第(18)段。

经修正的第(18)段通过⁸。

第(19)段

49. 佩莱先生说, 他绝对反对该段最后一句。如果委员会未在第8条中明确规定对受害国国民精神损害的补偿, 则他认为这是错误的, 他无论如何也不同意这一观点。

50. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)说, 至少该句最后一行的意思不够明确, 应在已设立的特别工作小组的协助下重拟。

51. 主席说, 如无异议, 他就认为委员会同意推迟通过第(19)段, 该段最后一句将由特别报告员重拟。

就这样议定。

第(20)段

第(20)段通过。

第(21)段

52. 韦列谢京先生说, 如果委员会决定在第(21)段中保留对“人身”损害的提法, 他不知道这种人身损害怎样能适用于法人。这种损害被描述为“这些私人方所受的”, 而第一句却显然指出所指的是“自然人和法人”。但是最后一句所提到的那类损害是否能施加于法人是有疑问的。

53. 佩莱先生说, 在这方面, 特别报告员并没有前后矛盾。如果同意了他提出的前提, 即如果人身损害包括不论是自然人或法人的私人——而不是“私人方”——所受到的所有损害, 并如果这些损害可以是物质上或精神上的, 那将很容易修正该段。最重要的是放弃人身损害可以是不同于物质损害或精神损害的另外的东西这个观念。

54. 阿兰焦—鲁伊斯先生(特别报告员)建议, 除了已交给特别工作小组的其他三点外, 可以

把这一点也加上。

55. 拉扎凡德拉朗博先生说, 只要把“除精神损害外的”几个字去掉, 不必全面改动, 就可以纠正该段。

56. 主席说, 如无异议, 他就认为委员会决定暂时搁置第(21)段, 并要求特别工作小组修改其措词。

就这样议定。

第(22)和(23)段

第(22)和(23)段通过。

第(24)段

57. 韦列谢京先生说, 该段第三句中“通常包括判给利息”等字太绝对, 因为第8条第2款的案文只规定补偿“可包括利息”, 而且该段脚注中也正确指出关于这一问题的学术观点有分歧。他建议或者完全删掉第三句, 或者采用脚注中所表达的观点, 说委员会一些委员赞成该结论, 而其他委员则认为在现阶段还嫌过早。

58. 比利亚格兰·克拉梅尔先生支持该项建议, 因为这样做可以消除第8条第2款和评注之间的抵触。

59. 克劳福德先生说, 评注当然不应看上去与条文有所抵触, 但至少可以保留该句后半句的基本概念, 即在资本临时不能动用所造成的损害情况下, 支付利息是最常用的补偿方法, 这是一个事实。如果修改或删除该句前半句, 则可能需要把这一点移到该段第一个脚注中, 甚或在该段案文中指出, 就这一点学术上有分歧, 并在脚注中引证作者。

60. 扬科夫先生支持韦列谢京先生的意见, 但认为重拟案文比完全删去第三句更好, 这样可以强调支付利息并非必然的。

61. 罗森斯托克先生说, 不论学术上的分歧如何, 委员会必须承认存在着一种流行的国家实践。但是, 如果将“通常”改为“常常”, 这种说法就没有那么绝对。

⁸ 第(18)段后来又按照第(16)、(17)和(21)段进行了修正, 见第2324次会议, 第1段。

最简
结尾
给利
最常

评注
来:
赔偿
一笔
上赚

点在
评注

明确
况下
到时
虑,
适当
草案

和(。
题。
(27

通过:

第(2

第(2

时所:
即删:

通过:

62. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，最简单的办法是将第一个脚注从第三句移到第二句结尾，并将第三句修正如下：“但委员会认为，判给利息看来是对暂时不能动用资金造成的一类损失最常用的补偿方法。”

63. 鲍威特先生说，他恐怕太多的保留可能使评注的内容失去意义。有重要的一点没有明确指出来：在一个正常经营企业的情况下，不能在损失的赔偿之外，另外判给利息，否则的话就必须承认同一笔钱可以同时存在银行里赚取利息和运用在企业上赚取利润。

64. 德萨拉姆先生说，鲍威特先生提出的那一点在第 8 条第 2 款的措词中并不明显，因此应写入评注中。

65. 罗森斯托克先生说，第 8 条第 2 款的措词明确指出同时判给利息和损失补偿并不是在所有情况下都必须这样做，而只是一个可能性。为了考虑到时间因素和起草委员会长时间讨论过的其他考虑，而采取了该妥协性措词，在第 2 款中加入“在适当情形下”等字。他不能接受一个等于驳斥条款草案中采用的措词的评注。

66. 克劳福德先生说，第（24）段与第（25）和（26）段都有关连，牵涉到讨论中提出的若干问题。关于鲍威特先生提出的那一点，最好在讨论第（27）段时再处理。

67. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意通过经特别报告员修正的第（24）段。

经修正的第（24）段通过。

第（25）段

第（25）段通过。

第（26）段

68. 韦列谢京先生说，在修正第（24）段案文时所提出的理由也可作为修正第（26）段的理由，即删去“尽管一般是有道理的”等字。

69. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意通过经韦列谢京先生修正的第（26）段。

经修正的第（26）段通过。

第（27）段

70. 鲍威特先生重新提到在讨论第（24）段时他提出的理由，建议在第（27）段中加上下面一句：“如果对于一个‘正常经营企业’的资本投资判给补偿丧失的收益，则似乎不应对同一时期既判给利润损失又对该项投资的资本值判给利息”。

71. 库苏马—阿特马贾先生说，鲍威特先生的建议似乎把利息和利润损失置于同一地位，而第（27）段却解释得很清楚，补偿利润损失并不如支付利息那么被广泛接受。较好的办法是直接指出两种补偿不能累计，而不影响该段中规定的优先次序。

72. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，也许更聪明的做法是不要解释第 8 条第 2 款，不要对一种补偿方法比另一种补偿方法更重视。条款草案中用“可包括”这三个字，以便让仲裁人或法官来决定适当的补偿方法。

73. 克劳福德先生说，委员会似乎对鲍威特先生的提议给予积极的涵义，而实际上它并无这种涵义，因它的目标只是排除累积两种补偿方法的可能性。

74. 鲍威特先生建议可用以下较简单的措辞：“索赔人在丧失一个正常经营企业时无权同时要求赔偿利息和利润损失。应由法庭裁决适当的补偿方法。”

75. 罗森斯托克先生说，这种措辞完全否认了第 8 条第 2 款的规定，并且漠视诸如时间因素等考虑。

76. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，鲍威特先生建议的新措辞并没有规定就同一事物在同一段期间内同时适用两种办法是不可能的，这应该解决了罗森斯托克先生提出的那一点。

77. 主席建议鲍威特先生和克劳福德先生一起拟订鲍威特先生建议增加在第（27）段中的句子的新案文。

下午 6 时散会。

第 2323 次会议

1993 年 7 月 20 日, 星期二, 上午 10 时 5 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、杨科夫先生。

委员会第四十五届会议工作报告草稿(续)

第四章 国家责任(续)(A/CN.4/L.484 和 Corr.1 以及 Add.1-7)

C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文(续)

2. 委员会第四十五届会议暂时通过的第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注(续)(A/CN.4/L.484/Add.2-7)

第 8 条(补偿)的评注(续)(A/CN.4/L.484/Add.5)

第(16)和(17)段(续)

1. 主席说, 有关第(16)和(17)段的一些问题仍待解决, 以后委员会再讨论这些问题。

第(19)段(续完)

2. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)提议最后一句内的措词“国家与其国民之间的关系是一条初级规则, 不在本范围之内”应改为“因为国民精神损害是对国家物质损害的一部分”。

第(27)段(续)

3. 鲍威特先生提议, 应在第(27)段结尾插入两句话, 读为: “一索赔人被剥夺‘正常经营企业’时, 他在这同一时期内无权同时得到利息和对利润损失的赔偿。应由一法院裁决什么是适当的补救方法。”

4. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)说, 所提议的补充将解决前一天由克劳福德先生提出的观点。同时, 他对太频繁提交法院持保留意见, 因为这并不是最经常用来解决涉及到利润损失争端的方法。

5. 鲍威特先生说他所提议的文本内的第二句可以完全被省去。

6. 罗森斯托克先生说他不赞成所提议的修正案。它与第(26)和(38)段体现的委员会通常对待利息和利润损失的方法不一致, 后者只是提到问题的复杂性, 而由法官或其他有关第三方作出决定。

7. 所提议的修正案基本上断言, 同样的损失不应两次予以补偿。对所有形式的赔偿都是如此, 不仅仅是利润损失。他倾向于鲍威特先生前一天建议的原来的提法, 尽管极为复杂。刚才提议的文本令人误解, 并且可能因排除一个或其他解决办法导致不幸和不公正的结果。

8. 他认为, 委员会犯了一个错误: 至今它一直是选择不为第三方规定具体规则, 而由它们决定补救方法, 而在目前审议的修正案内, 委员会突然采取相反的方针, 为一项特殊的赔偿形式规定准则。

9. 但是, 他说, 如果第一句可以接受的话, 他将不会对第二句提出反对意见, 但第一句并非如此。

10. 鲍威特先生说罗森斯托克先生提出了与该报告整个一节都有关的一个重要的一般性问题。如其所示, 该节并没有对极其重要的利润损失这个现实问题给予任何指导。尤其需要解决三个问题: 可以补偿的利润损失的索赔种类; 可给予补偿的利润损失的时限; 如何计算利润损失。委员会没有对这些问题的任何一个作出答复。

11. 阿兰焦-鲁伊斯先生(特别报告员)说,

希望在条款草案内列入此类细节。或许评注可以提供所需要的精确性，他建议应委任一个非正式工作小组重新起草对第（27）段提出的修正。

12. 德萨拉姆先生说，他完全同意鲍威特先生的意见。所审议的问题实际上具有极为普遍的范围。因此，所建议的工作组应是没有限制成员名额的。

13. 扬科夫先生说，他赞成鲍威特先生的观点，同时他也赞赏罗森斯托克先生论点中的可取之处。各国的做法极为不同，因此要达成一套能够被普遍接受的规则是非常困难的。委员会不应试图建立涵盖所有情况的规则；相反，它应强调通过第三方解决程序做出决定。

14. 主席指定阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）、鲍威特先生、克劳福德先生、罗森斯托克先生组成一个没有限制成员名额的工作小组，以重新起草对第（27）段提出的修正，如果德萨姆先生和扬科夫先生愿意的话，他们也可以参加该小组。

第（28）至（37）段

第（28）至（37）段通过。

第（38）段

15. 扬科夫先生说，“以较为灵活的术语陈述一般性原则”的措词应加在第二句“最好”之后。他的提议是根据起草委员会在上一届会议上所表达的观点提出的。

16. 鲍威特先生说，解决方法不在于让法官决定是否应支付利润损失的补偿。在没有准则的情况下，他们不可能作出知情和一致的决定。委员会有义不容辞的责任澄清法律并为该事项提供指导。

17. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，澄清有关补偿的法律确实是很有助益的。他指出，第（38）段应根据第（27）段最后草案予以修正，而第（27）段将由新成立的无限名额的工作组予以完成。

18. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）说，扬科夫先生提议的对第（38）段的修正也可由无限成员名额的工作小组予以审议。他同意鲍威特先生的意见，即利润损失的补偿是需要予以澄清的一个

领域。但是，由于实践没有提供真正的指导，委员会将从事逐渐发展该法律，而不是编纂该法律。

19. 扬科夫先生说，他赞赏鲍威特先生论点内的可取之处。他认为，第 8 条第 2 款确实规定了一项可用作解决有关补偿争端的准则的一般性原则。他提出修正案的意图是在评注第（38）段内含蓄地提及该一般性原则。

20. 佩莱先生说，他提出一项一般性保留意见。他认为，目前的辩论毫无意义。起草委员会已经决定条款案文不规定细节。他本人并不赞成这一做法，因为他认为要求委员会做的远远超过这些。但是，那个决定已作出。现在不能以评注的方式对起草委员会采用的概括的提法予以补充。

21. 而且，他惊讶地看到，评论中频繁地提及法官或涉及争端解决的其他第三方。当然主要应由有关各方达成解决方式：委员会应向他们提供指导，不应只考虑到法官或仲裁者的可能性。

22. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）指出，实际上国家实践所提供的所有案例都涉及到第三方机构作出的决定。佩莱先生提出的观点是正确的，工作小组毫无疑问将考虑这一点。

23. 托穆沙特先生说，基本上评注中给出的所有例子都是针对影响到资本资产的损失的。事实上，第 8 条的规则同样适用于工作能力的损失。评注应包括补偿个人的收益损失的例子。

24. 罗森斯托克先生说，他不反对再增加例子，但是托穆沙特先生的观点可认为已在评注第（22）和（23）段内提及。不应该要求工作组取消起草委员会在前届会议上作出的决定，它也不能弥补那些决定留下的任何空白。

25. 阿兰焦—鲁伊斯先生（特别报告员）指出，第（22）和（23）段提到身为有关国家国民的个人死亡的案例。如果托穆沙特先生想到其他的例子，或许可以提出一项具体的建议。

26. 当然不可能否定起草委员会在前届会议上所做的工作，也不可能弥补起草委员会留下的空白。但他相信，工作组成员以他们的智慧能避免这两个容易犯的错误。

27. 比利亚格兰·克拉梅尔先生建议, 托穆沙特先生应指明一些失去劳动能力的具体例子。显然会想到一些驱逐的例子。

28. 史先生指出, 第 8 条规定了补偿事项的一般性规则。他认为, 该条款的案文足够完善, 试图以评注的方式对它进行补充既不实际又不可取。一项评论不能填补条款案文中的空白。

29. 补偿的整个论题非常复杂。评注所提供的所有例子都涉及由仲裁法庭或混合委员会解决的案件。但却没有一条取自于双边解决的丰富实践。除其他事项外, 他联想到第二次世界大战后的解决协定, 其中大部分是双边性质的, 特别是那时期一起签署的大量协定。根据这些协定, 由各方的国内委员会来解决其国民之间的分配问题。这样的例子值得一提。

30. 他认为没有必要成立工作组, 并认为评注应保持原状。无论如何, 如果工作组要产生一个文本, 他肯定, 这必将会导致更加费时和无益的讨论。

31. 主席请托穆沙特先生提交一份纳入评注的案文, 以便涵盖他所提出的观点。

32. 托穆沙特先生说, 他将会提交几句话来处理他所想到的情况。要提到的例子将包括第二次世界大战刚刚结束后德国与一些国家签订的关于对因种族原因而遭受迫害的人员予以补偿的条约。

33. 主席说, 在等待不限名额工作组就问题作出报告的同时, 请委员会逐段审议第四章 A 节和 B 节。

A. 导言 (A/CN.4/L.484)

第 1 至 8 段

第 1 至 8 段通过。

A 节通过。

B. 本届会议审议这个专题的情况 (A/CN.4/L.484 和 Add.1)

第 9 至 87 段 (A/CN.4/L.484)

第 9 至 87 段通过。

第 1 至 51 段 (A/CN.4/L.484/Add.1)

第 1 至 51 段通过。

B 节通过。

上午 11 时 15 分散会。

第 2324 次会议

1993 年 7 月 21 日, 星期三, 上午 10 时 5 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续)

第四章 国家责任 (续完) (A/CN.4/L.484 和 Corr.1 以及 Add.1-7)

C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文 (续完)

2. 委员会第四十五届会议暂时通过的第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条和第 10 条之二的草案案文及其评注 (续完) (A/CN.4/L.484/Add.2-7)

第 8 条 (补偿) 的评注 (续完) (A/CN.4/L.484/Add.5)

第 (16)、(17)、(18) 和 (21) 段 (续完)

1. 克劳福德先生在宣读工作组为解决第 (16)、(17)、(18) 和 (21) 段提出的问题而拟议的修正案时说, 第 (16) 段中“针对受害国国民或代理人”这一短语应由“针对受害国国民个人或作为人的代理人”这一短语来取代。在最后一句中, “作为人”这一措词也应插在“受害国的国民或”与“代理人”这几个字之间。在第 (17) 段, 第二句中的“作为私人”这几个字, 应由“作为人”这几个字取代。第 (18) 段中“是与更广泛的‘人身伤害’概念有关的”这一短语应予删除。在第 (21) 段, “除‘精神损害’外的‘人身’损害”这一短语将由“人身伤害”这几个字来取代。

经修正的第 (16)、(17)、(18) 和 (21) 段通过。

第 (27) 段 (续完)

2. 鲍威特先生提议下述案文应该加在第 (27) 段末尾:

“如果裁决补偿利润损失, 则在同一时期内对赚取收益的资本裁定补偿利息似乎不适当, 因为资本的总额不可能在同一时间内既赚取利息, 又在理论上用于赚取利润。不过, 对于本可赚取但未让原始所有人得到的利润是要支付利息的。关键是要在一切形式的赔偿中避免‘重复赔偿’。”

3. 托穆沙特先生说, 鲍威特先生提议的第二句应该删除, 因为它涉及太多的细节问题。

4. 罗森斯托克先生说, 如果第一句要保留, 则第二句就不能删除。

经鲍威特先生修正的第 (27) 段通过。

新的第 (30) 段之二

5. 托穆沙特先生提出论点说, 评注不能仅限于涉及公司的案例, 而且也应提及有关私人个人的案例, 他提议评注应包括一个新段落即第 (30) 段之二, 案文如下:

“(30) 之二 当个人作为自营职业者或雇员被剥夺了利用其工作能力的机会时也会引起就损失的收益取得补偿的权利。当某一外国人被

居住国以不合法的方式递解出境时, 这种情况尤其会发生。在两项判决中, 欧洲人权法院原则上申明: 对这种措施的受害者应给予的赔偿也包括对所损失之收益的补偿, 尽管在这两个案例中, 该法院认定并未证实有因果联系。”

新的一段将附有一个脚注:

“1988 年 6 月 21 日的判决, *Berrehab*, 欧洲人权法院出版物, 《汇编 A: 判决和裁决》, 第 138 卷, 第 17 页; 1991 年 2 月 18 日的判决, *Moustaquim*, 同上, 第 193 卷, 第 21 页。”

6. 阿兰焦一鲁伊斯先生 (特别报告员) 提议在托穆沙特先生建议的案文之前应加上“当然”这两个字, 以便使这个已在评注中一般性表达过的概念更具有说服力。

经托穆沙特先生提议并经特别报告员修正的新的第 (30) 段之二通过。

第 (38) 段 (续完)

7. 鲍威特先生提议, 下列案文应插在该段第一句话之后:

“判例法上相对不确定的情况揭示了引起争议的三个问题:

(a) 在何种情形下利润损失可以得到补偿?

(b) 它们在何种期限内得到补偿?

(c) 应该怎样计算这些损失?

关于第一个问题, 很显然, 发生问题的是有盈利能力的‘正常经营企业’。主要的不确定性与以下问题有关: 对于一项合法而不是非法的取得而言, 利润损失可否得到补偿 (这是‘阿莫科国际金融公司诉伊朗’案和‘菲利普斯’案着重点之差异所反映出来的不确定情况)。第二个问题也是仍未解决的一个重要问题, 即该期限截止到判决之日还是应延长到已经终止的合同或特许权的原定终止日期。第三个问题提出了整个计算方法问题, 特别是贴现现金流量方法是否适宜的问题。委员会认为, 并非所有这些问题的法律状况均已充分确定, 因此认为在目前阶段无法对这些问题提出确切的答案

或为它们拟订有关的具体规则。”

8. 此外，他提议第(38)段的第二句话应修改如下：

“因此，委员会认为，最好留待有关国家或任何参与解决争端的第三方在每一案件中决定是否应该对利润损失进行补偿。”

经修正的第(38)段通过。

经修正的第8条的评注通过。

经修正的第四章全文通过。

9. 佩莱先生说，他并不想反对通过报告草稿的第四章，但他认为，条款草案第6条至第10条之二与特别报告员提议的案文相比，语调已大大降低，而特别报告员的案文本身就不够准确，因而起草委员会所提出的最后的东西便极为笼统，而不能给可能的使用者提供他们有权期望从委员会得到的指导方针。这些问题很难解决或其法律尚未确定，这都不是不提出解决办法的理由。条款草案的评注不见得更令人满意，因为为了弥补条款本身的笼统性质，评注处理条款中并未出现的事项。评注的目的是要对起草委员会通过的条款草案进行评论，而不是就特别报告员最初提出的条款进行评论。

10. 阿兰焦-鲁伊斯先生（特别报告员）指出，起草委员会在相应的报告提交若干年之后才通过了相关的条款草案。佩莱先生指出的该条款草案的肤浅性质，或许也是因为委员会部分委员倾向于不惜一切代价都要迅速拿出成果来，以及某些委员倾向于前任特别报告员拟议的条款的简洁性。最后，遗憾的是，起草委员会成员不充分定期参与国际法委员会的工作是一个相当普遍的做法，结果他们不能充分密切跟踪他们所审议的问题的发展情况。这个令人遗憾的现象在本届会议关于第11和12条的工作中尤为明显，而且并非没有造成后果。

第二章 危害人类和平及安全治罪法草案(A/CN.4/L.482和Add.1以及A/CN.4/L.482*和Add.1*)

11. 主席说，载有委员会报告草稿第二章的文件(A/CN.4/L.482和Add.1)因技术原因重新印发，并带有A/CN.4/L.482*和Add.1*的文件号。

12. 得到阿兰焦-鲁伊斯先生、庞布-奇文达

先生和拉扎凡德拉朗博先生支持的本努纳先生说，“因技术原因”而重新印发的A/CN.4/L.482*和Add.1*号文件是原始文件的真正的修订本，不再反映在全体会议上的讨论情况。因此，他愿意委员会回复到原始文件。

13. 经过由德萨拉姆先生（报告员）、卡莱罗·罗德里格斯先生、罗森斯托克先生、佩莱先生、马希乌先生、克劳福德先生、鲍威特先生、韦列谢京先生、托穆沙特先生、米库尔卡先生、科罗马先生、锡亚姆先生（特别报告员）和哈索内先生参加的程序性讨论之后，主席建议委员会在报告员的同意下指示报告员在秘书处的帮助下，以A/CN.4/L.482和Add.1以及A/CN.4/L.482*和Add.1*号文件为基础，根据全体会议上的讨论情况，再拟订一份文件。

就这样议定。

下午1时15分散会。

第2325次会议

1993年7月21日，星期三，下午3时10分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

危害人类和平及安全治罪法草案¹ (续)*

(A/CN.4/446, B 节, A/CN.4/448 和 Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 和 Add.1-3⁴, A/CN.4/L.488 和 Add.1-4, A/CN.4/L.490 和 Add.1)

[议程项目 3]

国际刑事法院规约草案工作组报告订正本

1. 主席回顾说, 在 1993 年 5 月 17 日第 2298 次全体会议上, 依照大会第 47/33 号决议第 4、5 和 6 段规定的任务, 委员会决定召开国际刑事法院规约草案工作组⁵会议。他请该工作组主席科罗马先生介绍工作组报告订正本 (A/CN.4/L.490 和 Add.1)。

2. 科罗马先生 (国际刑事法院规约草案工作组主席) 说, 报告订正本载有国际刑事法庭规约草案的初步文本。工作组首先审查了涉及规约草案较为一般的和组织方面的一系列条款草案, 而后决定, 为了加速工作, 设立三个分组分别处理管辖权和适用的法律、调查和起诉、合作和司法协助问题。这三个分组的主席分别是克劳福德先生 (后来由托穆沙特先生接替)、卡莱罗·罗德里格斯先生和扬科夫先生。分组报告载有具体的条款草案和一些初步评论。工作组在审议了这些报告之后, 请三个分组: (a) 尽可能将工作组的意见纳入条款草案; (b) 审议一些被确定为规约的可能附加事项的问题。

3. 根据分组编写的进一步报告, 工作组编写了委员会现在审议的规约草案和评注。文中的方括号表明工作组尚未就内容或措词达成一致意见。在许多情况下, 对条款草案的评注说明了在起草某些条款方面遇到的特殊困难。工作组建议委员会在报告

中说明, 欢迎大会对这些条款提出意见。工作组以委员会的建议和上一届会议工作组的报告⁶为指导, 但是它也考虑到各国政府就此所表达的意见。

4. 规约草案第一部分 (第 1 至 21 条) 述及法庭的建立和组成。第 2 条两段前后的方括号反映了工作组, 实际上也反映了全体会议讨论中对该法庭与联合国应属何种关系问题的两种分歧意见。一些成员希望该法庭成为联合国的一个机关, 而另一些成员则主张一种不同的关系, 诸如类似于联合国与各专门机构的一种合作条约。第 4 条第 1 款反映了委员会上一届会议工作组的报告所提倡的灵活性和减少费用的优点。法庭将是一个常设机构, 但只是在需要审理向它提交的案件时才开庭。

5. 第 5 条规定了拟设立的国际司法系统的首要结构, 称之为“法庭”, 其构成部分是“法院”或司法机关、“书记官处”或行政机关和“检察官处”或检察机关。规约草案必须将这三个机关视为构成国际司法系统整体, 尽管司法部门和检察部门之间必须存在独立性。第 6 至 11 条述及法院及其构成, 以及法官的地位和法院院长会议。相对较长的 12 年任期 (第 7 条第 6 款) 被认为是对禁止法官连选连任的一种交换。与国际法院不同, 国际刑事机构的特殊性质不容许有连选连任的可能性。第 7 条第 7 款和第 8 条规定了仅有的例外情况。

6. 确保法官的独立性 (第 9 条) 当然是可取的, 但是法院不是一个全时制的机构, 因此按照第 17 条, 法官没有薪金, 而只有每日津贴和费用。因此, 第 9 条在不排除法官从事其他带薪职务的可能性的情况下, 力图界定用以确定可能会损害法官独立性的活动的标准。如有疑问, 则由法院决定。

7. 书记官长 (第 12 条) 是法院的主要行政干事, 因此与法官不同, 可连选连任。他履行规约规定的重要职责, 诸如通知、接受关于法院管辖权的宣布等等。工作组一直坚决认为, 检察官处 (第 13 条) 应独立履行职责, 并应同法院的结构分开。因此, 检察官和副检察官不由法院, 而由规约的缔约国多数选举。第 13 条第 4 款也规定, 检察官处不应从任何政府或任何来源寻求或接受指示。

* 续自第 2303 次会议。

¹ 一读暂时通过的条款草案案文见《1991 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 98 页起。

² 转载于《1993 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

³ 同上。

⁴ 同上。

⁵ 委员会在 1993 年 5 月 25 日的第 2300 次会议上决定国际刑事管辖问题工作组此后应称“国际刑事法院规约草案工作组”。

⁶ 《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 62

8. 第 14 至 18 条论及与法官开始和结束其职务、法官和法院的工作以及其职务的履行有关的问题。第 19 和 20 条涉及规则的制定：即有关审判前调查和进行审判本身的法庭规则（第 19 条）和法院内部活动所必需的规则（第 20 条）。工作组大部分成员都极力强调这两类规则之间的区别，尽管一些成员不认为这两种规则之间有任何实质性区别。

9. 第 21 条（审查规约）的位置仍是临时的，它可能放入条款的最后一部分。（b）项与规约关于管辖权和适用的法律的第二部分有着特殊关系，因为它将为扩大第 22 条所载管辖权提供基础，第 22 条已将新的公约纳入了规约的范围之内，包括危害人类和平及安全治罪法草案。

10. 规约草案第二部分（第 22 至 28 条）实际上是非常重要的。第 22 至 26 条规定了两类基本管辖权，其依据是工作组对两类条约即规定某些罪行为国际罪行的条约与仅仅规定禁止根据国内法构成犯罪的行为的不法行为的条约所作的区分。第一类条约的例子是《反对劫持人质国际公约》，而第二类的例子则有 1963 年《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》以及所有涉及与毒品有关的罪行的条约。

11. 第 23 条就各国接受法院对第 22 条所列罪行的管辖权的方式向委员会提供了三个备选案文。备选案文 A 是一个“选择加入”制度，根据该制度，一个国家并不由于成为规约缔约国而自动给予法院管辖权，而是需要作出特别声明。工作组的一些成员认为这样一种方法最能反映出法院管辖权的协商一致基础和上一届会议工作组报告所建议的对这种管辖权采取的灵活方法。其他成员认为，这样一种考虑不一定导致备选案文 A 所规定的那种制度。他们倾向于另一种制度，即一国成为规约缔约国，便自动给予法院对第 22 条所列罪行的管辖权，尽管它们有权排除某些罪行（“选择退出”制度）。备选案文 B 和 C 是以这种方法为基础的。工作组建议将这三个备选案文转交大会，请其提供指导。

12. 第 24 条规定了第 22 条所列案件中必须接受法院管辖权的国家。第 1 款（a）项列出的一般标准是，法院对某一罪行拥有管辖权，只要根据有关条约通常有在本国法院审判该嫌疑人的管辖权的任何国家已根据第 23 条接受了法院管辖权。阅读该款应结合第 63 条（向法庭交出被告）及其评注。如果嫌

犯并不在任何根据有关条约拥有管辖权的国家的领土上，而是在其国籍国领土上或在被控罪行发生地国家领土上，则还必须得到后两国家之一的同意，才能使法院拥有管辖权。

13. 第 25 条并不构成单独一种管辖权，而是通过也赋予安全理事会这一权利而扩大了可将第 22 条和第 26 条第 2 款所提及罪行提交法院审理的主体范围。工作组认为，这样一项规定是为了使安全理事会能利用该法院作为代替建立特设法庭的一种备选办法所必要的。

14. 第 26 条规定了前面提到的第二类管辖权，使各国能就第 22 条未包括的另外两类国际罪行赋予管辖权。第一类（第 2 款（a）项）包括“一般国际法下的罪行”，即在习惯国际法中有其依据否则就不属于法院属事管辖权范围内的罪行，诸如未经条约界定的侵略，有关国家不是 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》缔约国情况下的灭绝种族罪行，或 1949 年 8 月 12 日关于保护战争受害者的日内瓦四公约未包括的其他危害人类罪行。工作组认为，在国际法发展的现阶段，国际社会不会建立一个国际刑事法院而不赋予其对这些罪行的管辖权的。

15. 第二类（第 2 款（b）项）与第 22 条的评注第（1）和（2）段中提到的两类条约的区别有关，即规定某些罪行为国际罪行的条约和只规定制止国内法罪行的条约，诸如关于与毒品有关罪行的法律造就了一项认为该罪行极其严重的多边条约。考虑到大会将国际刑事法院问题交给委员会研究的程序，工作组希望强调指出，第 26 条第 2 款（b）项是国际刑事法院可据以取得处理与毒品有关罪行的管辖权的一项规定。不过，为了防止该法院过多地忙于小案件，这类罪行范围限于“按此种条约的条款构成极其严重罪行”的罪行。

16. 关于根据第 26 条使法院管辖权有效需要取得的同意，工作组提出了两种标准。关于属于国内法规定但造就一项制止其的多边条约的罪行，所需要的唯一同意是嫌犯在其领土上并且根据一项条约拥有管辖权可在其自己的法院中审判该嫌犯的国家的同意。至于一般国际法规定的罪行，标准则更具限制性，需要征得嫌犯在其领土上的国家和有关行为在其领土上发生的国家双方的同意。

17. 第 27 条规定了安全理事会与该法院之间的

关系。如果发生侵略行为，个人的责任就以某一国被认定犯有侵略罪为先决条件；这样一种裁决将由安全理事会作出。某一个人可否因代表该国行事并参与了策划这一侵略而被起诉等由此而来的问题，则由该法院裁决。这种拟议的关系不仅适用于安全理事会提起的公诉（第 25 条），而且也适用于可由一国提出侵略控告的起诉（第 26 条第 2 款（a）项）。关于适用的法律的第 28 条非常简明，几乎毋须解释。

18. 题为“调查和起诉”的规约草案第三部分（第 29 至 35 条）规定了援用法庭的机制（即申诉）以及调查一项申诉和开始起诉所应遵循的程序。它规定了检察官处和法院在调查阶段和审判前阶段的一般权力。工作组曾考虑只限规约缔约国能求助该法庭，但是最后认为所有国家均能援用的一个普遍机制更符合国际社会在起诉、惩治和威慑国际犯罪方面的利益。工作组还认为，应授权安全理事会在局势需要时依照《联合国宪章》援用这一司法机制。安全理事会或对有关罪行拥有管辖权并接受法院管辖的任何国家均可向法院提出申诉（第 29 条）。一国必须根据第 22 条所列的某一条约、习惯法或其国内法对该罪行具有管辖权。依照第 23 条，该国还必须作为规约缔约国或作为非缔约国接受法院对该罪行的管辖。

19. 在进行调查（第 30 条）时，检察官有权向证人提问，收集证据和进行现场调查。他可以请求法院发布命令，并且可以在调查中寻求各国的合作。在任何调查中，都应充分尊重嫌犯的权利。在调查结束时，检察官必须决定是否有充分理由起诉并应通知院长会议他所作出的决定。应申诉国或安全理事会请求，院长会议可重新审查不予起诉的决定并命令检察官起诉。如果有充分理由起诉，检察官将准备起诉书。如果有充分理由认为嫌犯可能犯有该罪行并且若不予逮捕就不能保证其出庭受审的话，法院可以下令在起诉之前暂时拘捕嫌犯。

20. 根据第 32 条，法院将审查起诉书和证明文件，并确认起诉书是否提供了关于一个初步证据确凿的案件的充分资料。然后，法院可以发出拘捕状或审判前的命令。需要立即通知所有规约缔约国并将起诉书及其他有关文件转交给据认为被告所在的国家（第 33 条）。法院可以命令已接受其管辖权的一个国家将起诉书通知被告人并遵守任何逮捕或拘留命令。它也可以要求未接受其管辖的缔约国在

这些程序中予以合作。如果认为被告在某一非缔约国领土上，法院可以请该国予以合作。如果未能在起诉书发出 60 天内将起诉通知被告人，法院可规定通知被告人其被指控的另一办法。一旦被告人被拘留，法院就必须决定被告人应在审判前交保释放（第 35 条）。

21. 规约第四部分（第 36 至 54 条）涉及审判程序、法院的权力和被告的权利。审判由审判庭进行，审判庭由院长会议选出的非申诉国且非被告国籍国民的五名法官组成（第 37 条）。这一灵活的程序使法官个人的专门知识能被考虑在内。根据第 37 条，可以设立若干审判庭，它们可以同时开庭审理不同的案件，以免整个法院为一个案件开庭。审判庭将决定在何地进行审判以及口述程序和书面文件使用的一种或数种语言（第 36 和 39 条）。根据第 38 条，法院必须查明它确有管辖权并对被告人提出的任何管辖权方面的质疑作出裁决。

22. 审判庭还必须确保审判公平和迅速，充分尊重被告的权利并保护受害人和证人（第 40 至 46 条）。规约规定了被告人根据《公民权利和政治权利国际公约》所具有的权利并要求尊重法无明文不为罪和一事不再理的基本原则。只有当该法院已实际行使了管辖权并且就是非曲直作出了决定，才排除国家法院以后再进行审理。工作组在缺席审判问题上的相互冲突的意见反映在第 44 条的评注中。根据第 40 和 46 条，除法院另有决定者外，审判应公开进行。第 47、48 和 49 条规定了审判庭的权力和在听证期间应遵循的程序，以及某些基本的程序性和作证规则。

23. 在审判结束时，审判庭需要在法庭公开发布书面裁决（第 51 条）。如果认定被告人有罪，审判庭必须另行开庭审议判刑问题，在此之后，它可以依照第 52、53 和 54 条判刑。在确定刑期时，法院必须考虑罪犯为其国民的国家、犯罪地点在其领土上的国家和对被告人实行拘押和管辖的国家的法律（第 53 条）。在处以与罪行相当的刑罚时，法院还必须按照第 54 条的要求，考虑到任何加重或减轻刑罚的因素。

24. 规约第五部分（第 55 至 57 条）涉及上诉和复审的权利。被定罪者可依第 55 条规定的任一理由对法院的裁决提出上诉，而且还可以根据一项本可成为判决的决定因素的新事实向法院提出对裁决

进行复审的申请（第 57 条）。上诉将由依照第 56 条设立的上诉庭审理，但是复审原则上应由作出最初裁决的审判庭进行。工作组打算重新讨论检察官在何种程序上也应有权提出上诉或复审程序的问题。

25. 法庭有效地履行职能要依靠国际合作和各国的司法协助，第六部分（第 58 至 64 条）涉及这些问题。规约缔约国有义务与检察官合作，并对法院的任何请求或命令作出答复，不得有任何不当拖延。按第 61 条的要求，在提出任何请求或命令时必须提供充分的解释和适当的文件。第 63 条规定在以下三种不同情况下交出被告：（a）接受法院对有关罪行的管辖权的缔约国应立即采取步骤，逮捕被告并将其送交法院；（b）也作为规定有关罪行的条约的缔约方、但尚未接受法院对该罪行之管辖权的缔约国应逮捕被告并决定是否起诉被告；（c）并非有关条约缔约方的缔约国必须考虑其国内法是否允许逮捕并交出被告。比起其他国家的引渡要求来，应优先考虑法院的请求。

26. 依照第 64 条，特定规则适用于被送交的被告，而且类似的限制将适用于正式提交给法院的证据，但有关国家可以放弃这些规定。

27. 依照第 60 条，缔约国经任何其他缔约国请求，应就运用或执行关于国际合作和司法协助的条款迅速进行磋商。根据第 59 条，也鼓励非规约缔约国与法院合作并提供司法协助。

28. 规约草案第七部分（第 65 至 67 条）涉及法院裁决和处以的刑罚的执行。规约缔约国必须承认并执行法院的裁决，并在必要时为此颁布本国立法和行政措施。法院作出的监禁判决将在法院指定的缔约国执行，如未指定，则在法庭所在国家执行，而在这两种情况下的执行都应受法院监督。规约确认了赦免、假释或减刑的可能性。

29. 应由委员会决定它希望如何审议工作组的报告以及如何在委员会自身的报告中反映工作组的报告。他要对工作组所有委员，特别是克劳福德先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、扬科夫先生以及特别报告员锡亚姆先生的努力工作与合作表示谢意。

30. 主席说，他要感谢工作组主席就工作组报告所做的清楚、全面的介绍。科罗马先生十分谦

虚，闭口不谈自己的贡献。毫无疑问，他的贡献是决定性的。

31. 克劳福德先生说，他响应主席对科罗马先生的赞扬。还应感谢特别报告员锡亚姆先生，他全心全意地接受这种工作方法为完成工作组的任务提供了很大便利；特别报告员起草的规约草案中的许多意见已被目前这个报告草稿采纳。

32. 由于本届会议几乎没有剩下什么时间来详细审查该报告，如果期望委员会通过工作组的整个报告，把它作为委员会的一个报告，就会是不公平和不现实的。现在的目标是让第六委员会就该报告所载的重要问题发表意见，该报告反映了关于委员会在 1992 年已原则上同意⁷的法庭规约结构的五项基本决定。委员会可以在下一届会议上制定出该结构的细节。

33. 他提议，委员会目前应注意到该报告并将其提交大会评论。

34. 史先生说，工作组在其主席领导下，在短时间内十分出色地完成了一项工作，这证明当对委员会的工作加以认真和妥善安排时，委员会可以高效运转。特别报告员精彩的第十一次报告（A/CN.4/449）和全体会议关于该报告的讨论无疑大大促进了工作组的工作。

35. 工作组制定的规约草案第 2 条涉及法庭与联合国的关系。该条两段前后的方括号反映出对于这一关系存在着两种意见。特别报告员的第十一次报告明确赞成法庭应是联合国的一个司法机关的这种意见，而工作组报告订正本似乎赞成不具司法机关地位的某种形式的联系。虽然史先生本人不反对法庭作为联合国的一个司法机关，但是这样一种方法可能引起若干问题：它可能需要修改宪章；它可能遇到来自会员国的政治障碍；它可能意味着会员国当然地成为法院规约的缔约国。因此，他倾向于赞成第 2 条第二段的措词，它仅仅把法庭与联合国联系在一起。

36. 关于资格问题（第 6 条），他认为法官不仅应拥有刑法方面的经验，而且也应拥有包括国际人道主义法和人权法在内的国际法方面的经验，因

⁷ 同上，第 19 页，第 104 段。

为
第
际
成
议

旨
容
员

职
诉
全
要

指
应
将
任
一
的
独

权
一
是
“
要
案
有

两
是
否
文
明
罪
法
面
律
到
非
愿
放
而
个
才
可
为，

为法院将审判罪犯的依国际法规定的罪行。然而，第 6 条并未要求法院的每一位成员均拥有刑法和国际法这两方面的经验，而只谈到在“法院的整体组成”中“适当考虑”这种经验。委员会在下一届会议上必须进一步审查这个问题。

37. 他赞成关于法官的独立性的第 9 条的要旨，看来它吸收了《国际法院规约》第十六条的内容。应进一步补充对第 9 条的评注，以澄清该法院成员能否在其本国刑事部门正当地担任法官的问题。

38. 法院院长的职位并无明显需要成为一个专职职位。在早期阶段，法院可能并不经常审理刑事诉讼，但是正象第 12 条规定的那样，书记官长应能全时制工作。第 10 条的措词并不妨碍院长在情况需要时以专职院长的身份行事。

39. 他也认为，正象第 13 条的评注第 (3) 段指出的那样，检察官处在履行职责时应具独立性，应同法院的结构分开来。因此，检察官和副检察官将不由法院选举。不过，由检察官与院长会议协商任命检察官处工作人员可能是妥当的：与工作组的一些成员不同，他认为协商将起到对检察官可能有的偏见加以必要遏制的作用，从而确保检察官处的独立性和公正无私。

40. 正如工作组正确认识到的那样，涉及管辖权和适用的法律的第二部分是规约草案的核心。这一部分，特别是关于法院管辖权的条款将决定各国是接受还是反对国际刑事法院的思想。普遍公认的“法无明文不为罪”和“法无明文者不罚”的原则要求准确界定可处罚的罪行及对其的刑罚。条款草案提到的公约并未规定刑罚，因此工作组已将一项有关这方面的条款编入规约草案。

41. 他不反对第 22 条的评注第 (1) 段提到的两类管辖权的意见。不过，他想知道法院的管辖权是否不应限于最严重的国际罪行，也就是那些破坏文明的根本基础的罪行，即危害人类和平及安全治罪法草案所列的罪行。委员会在下一届会议上应全面审议这个问题。他本人对将法院的管辖范围扩大到非最严重罪行是否明智感到怀疑。各国往往最不愿放弃其刑事管辖权，只有在涉及严重的国际犯罪而个别国家的行动实际上毫无用处的情况下，各国才可能愿意接受一个国际刑事法院的管辖。他认为，法院的管辖权应至少暂时限于危害人类和平及

安全治罪法草案所列的那些罪行，这也将有助于使治罪法成为一个有意义的法律文书。

42. 第 23 条的备选案文 A 反映了委员会委员普遍持有的一种观点，即一国成为规约缔约国并不意味着该国当然地接受法院的管辖；根据备选案文 A，缔约国可以通过提出声明接受法院对第 22 条所列的一项或数项罪行的管辖权。同时，他也认为，如备选案文 B 和 C 所规定的那样，如果规约缔约国的地位自动授予法院对第 22 条所列罪行的管辖权，则成为法院规约缔约国会更有意义。不过，备选案文 A 仍是比较现实的方案，它很可能鼓励各国成为规约缔约国，而备选案文 B 或 C 则可能使各国不愿成为缔约国。目前，各国接受的问题应压倒其他考虑。

43. 第 24 条规定了哪些国家需要就法院对第 22 条所列罪行的管辖权表示同意。主要重点是在其领土上发现被指控的罪犯的国家的同意。不一定需要嫌犯的国籍国或罪行发生在其领土上的国家的同意：法院可以十分有效地审判已实际送交给它的被告，因此，管辖权应与一个基本上确保将被指控的罪犯送交法院的程序相联系。同时，没有适当的调查，就不可能进行起诉和公正审判，而调查则常常需要嫌犯的国籍国或罪行发生在其领土上的国家的密切合作。这两类国家接受法院的管辖权的重要性不应予以忽视，实际上在国际刑事法院规约草案⁸中已作出了这方面的具体规定。此外，特别报告员在其报告中也赞成这样一种方法。这个问题是复杂的，值得进一步审议。

44. 关于国际组织是否应有权将案件提交法院的问题需要认真审查。第 25 条明智而又现实地只限于安全理事会向法院提交案件的可能性，第 29 条对此做了明确规定。这两条具有使安全理事会今后无须建立一个特设法庭的好处。

45. 涉及指控侵略行为的第 27 条符合载有《侵略定义》的大会第 3314(XXIX)号决议。第四十三届会议上一读暂时通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》⁹ 包括了一项与第 27 条类似的规定。

⁸ 见《1953 年国际刑事管辖委员会的报告，1953 年 7 月 27 日至 8 月 20 日（大会正式记录，第九届会议补编第 12 号 (A/2645)）》，附件。

⁹ 见上文脚注 1。

46. 至于关于调查和准备起诉书的第 30 条, 他也认为, 在调查期间不尊重嫌犯的权利, 就使被告在审判期间的权利几乎没有什么意义。此外, 由于嫌犯的权利与被告的权利在某些方面确实有所不同, 所以重要的是对它们分别进行规定。委员会需要重新审查第 30 条第 1 款的最后一句, 它规定经申诉国或安全理事会提出请求, 院长会议将有权审查检察官对一个案件不予起诉的决定。工作组的一些成员正当地认为, 这样一个规定可能损害检察官的独立性。他本人对此还没有一个明确的立场。

47. 在第 37 条的评注第 (4) 段中, 工作组请委员会和大会就如何选举法院审判庭成员的问题作出评论。虽然这一条未对此作出任何明确规定, 但是评注提出了三个备选方案: 即由院长会议选举法官、在轮换原则基础上选举法官和在法院规则所载客观标准的基础上选举法官。他认为, 第二和第三种方法最值得考虑, 而第一种太主观了。在审议这个问题时, 委员会应铭记国际法院选举法官所使用的方法。

48. 第 38 条涉及缔约国和被告对法院的管辖权提出质疑的问题。他认为, 为避免对法院正常履行职能的不必要干涉, 应把对法院的管辖权提出质疑的权利只授予在一特定案件中有直接利益的国家, 尽管这一权利从理论上讲可以授予其他国家, 例如规约的所有缔约国。实际上, 与一案件没有直接关系的国家对法院的管辖权提出质疑的情况是非常罕见的; 在这种情况下, 被告就完全可能也对法院的管辖权提出质疑。因此最为重要的是, 应保证被告有权不仅在审判的任何阶段对法院的管辖权提出质疑, 而且在审判前阶段对法院的管辖权和其起诉书的适当性提出质疑。如果要确保公正, 就不应由院长会议而应由在审判前阶段设立的一个审判庭对这种质疑作出裁决。他几乎不能赞同这样的观点, 即法院有限的体制结构在财政上负担不起就审判前提出的质疑开庭的费用。财政考虑当然是重要的, 但是它们不应损害法院的公正性或被告的权利。

49. 有关公平审判的第 40 条强调要适当考虑对受害者和证人的保护。在这方面, 他不知道该条是否应象一些国家的法令规定的那样, 明确规定证人拥有对涉及其自己的行为作证明有罪的证词而不被起诉的豁免权。除了有关缺席审判的规定外, 第 44 条反映了《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定的被告的基本权利。他过去一直坚持认为出

庭受审的权利是被告的一个基本权利, 但是最近对此有了新的想法。被告不出庭可能是蓄意逃避审判, 也可能是有关国家拒不交出被告的结果, 特别是由国家高级机构在刑事上负责任的侵略案件尤其如此。在这种情况下要求嫌犯出庭意味着, 要么被告不得不由根据安全理事会的命令被派到有关国家的武装部队带到法院, 这无疑将导致伤害无辜的受害者, 要么就根本无法举行任何审判, 这将导致损害国际刑事司法系统的权威和信誉。此外, 缺席审判可能具有威慑作用。鉴于这些以及第 44 条的评注第 (3) 段中提出的其他考虑, 他认为委员会应认真考虑缺席审判的利弊。这种审判当然会导致临时裁决, 而如果以后被告来到法院, 就将对案件重新开庭, 进行新的审判。

50. 至于一事不再理的规则 (第 45 条), 他同意工作组持有的立场, 即不应允许该法院审查国家法院的审判程序, 因为这种审查会侵犯国家主权。关于证据的规则是非常复杂的, 但是规约仍应包括一些基本规定, 第 48 条中的规定是这方面的最低限度的规定。他特别欢迎关于不接受通过非法手段直接或间接获得的证据的规定。

51. 关于裁决, 第 51 条未就个别意见或不同意见的可能性作任何规定, 尽管在宣布一名被告有罪的裁决中, 这种意见对于被告对判定有罪提出上诉是极其重要的。另一方面, 在宣告无罪裁决的情况下不同意见可能对被告宣告无罪的人的心理以及他的社会生活和事业产生毁灭性的影响。总的来说, 工作组的决定是正确的。

52. 在可适用的刑罚问题上, “法无明文不罚”的原则要求规约至少应对其所列的罪行规定一个一般刑期范围。第 53 条第 1 款试图满足刑事法的这个重要原则的要求。不过, 为使相同罪行的刑罚统一起见, 法院应确定在一特定案件中的适当刑罚, 而不考虑第 53 条第 2 款指出的各国的国内法规定的刑罚, 尽管评注说明法院可自由考虑有关国家的相关国内法, 但是它没有义务遵循任何有关国家的法律。

53. 关于上诉和复审问题, 他同工作组中的一些委员一样对于允许检察官对法院的一项裁定, 特别是无罪裁定提出上诉表示关注。不过, 为了公平审判, 应规定在非常有限的情况下的例外, 以便使检察官得以象第 55 条的评注第 (3) 段所指出的那

样,对法院的一项裁定提出上诉。他不同意上诉法庭的设想。由于审判是在审判庭进行的,上诉应由除参与作出审判庭这个有争议的判决的法官以外的法院全体会议审理。

54. 最后,他认为这个初步性的规约草案是一项显著成就。它将作为关于该专题的进一步工作的一个有用基础。

55. 扬科夫先生提议,在委员会报告中应加入下列案文:

“委员会认为,工作组的报告比 1992 年提交大会第四十七届会议的关于同一主题的报告有重大进步。本次报告强调拟订一套全面系统的条款草案,辅之以简要评注。虽然委员会未能在本届会议上审查这些条款草案并进而通过它们,但是它认为,原则上,拟议的草案为大会即将召开的第四十八届会议审查它们提供了根据。

“委员会欢迎大会和会员国对具体问题以及整个条款草案发表评论。这些评论将为委员会今后的工作提供指导,以便按委员会工作计划的目标,在 1994 年委员会第四十六届会议上完成规约草案的拟订工作。”

56. 对第二段第一句中“具体问题”几个字加上下列脚注:“见委员会请求大会和会员国发表评论的具体条款草案清单”。

57. 主席请委员会审议克劳福德先生和扬科夫先生提出的程序性建议。

58. 克劳福德先生说,这两项建议原则上没有什么不同,它们可以很容易结合起来。他注意到,扬科夫先生的建议意味着工作组的报告将附在委员会本届会议的报告之后。

59. 本努纳先生说,正在审议的这个精彩的报告适于按照扬科夫先生提出的方案转交给大会,他完全赞同扬科夫先生的意见。如果取得成功,它将有助于弥补当今世界国际法中的一个空白:缺少一个能够解决国际关系中某些僵局的国际刑事法院。该草案将为那些由于这种或那种原因不能解决其彼此关系中产生的某些问题的国家提供一个完全合适

的法院。

60. 在持有一些保留意见的情况下,他可以支持该草案,该草案最重要的内容见第一部分,至于其中的第 2 条(法庭与联合国的关系),他坚决赞成第二个备选案文。“本法庭与联合国的关系应……”的提法更可取,因为法庭不能成为“联合国的司法机关”。联合国的一个机关不能以一项决议建立一个“联合国的司法机关”。

61. 至于第 9 条,应进一步考虑当法官并非长期任职时如何确保法官独立性的问题。这个问题与第 17 条(津贴和费用)的规定有特别紧密的关系。关于规约与危害人类和平及安全治罪法之间关系的拟议方案连同同一个罪行清单是可以暂时接受的,但是对这个问题应加以更深入的审查,因为法院规约脱离了治罪法,正在成为一个独立存在的文书。此外,必须结合下一届会议关于国家责任的工作,特别是参照国家责任草案第一部分第 19 条¹⁰以及对犯罪与违法行为所做的区分——在法院规约中并未作此区分——来看待这个问题。因此,他提出关于这一点的保留意见。

62. 关于第 25 条(安全理事会提交法院的案件),他完全不同意这种让安理会与法庭发生牵连的想法。安理会是一个政治机构,其特性禁止其干涉一个司法机关的工作。举例来说,在安理会拥有否决权的国家的国民或受到这样一个国家保护的人就决不会受到起诉。安理会作为一个政治机构为维护和平采取政治措施而不是司法措施。实际上,为了安理会本身的利益,应尊重其政治性质。

63. 居内先生说,他就不详谈了,因为他是工作组的一个成员,工作组的报告已经考虑到了他的一些——但不是全部——意见。

64. 他毫无保留地支持克劳福德先生和扬科夫先生提出的程序性建议,即委员会应注意到工作组的报告。应当说明的是该报告忠实地奉行了上一届会议通过的指导方针,并且委员会必须在下一届会议上完成关于刑事法院的工作。

65. 佩莱先生说,该规约草案具有前后一致的

¹⁰ 第三十二届会议一读暂时通过的第一部分第 1 至 35 条条款的案文,见《1980 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 30 页起。

优点,但是当然不能按目前的状况予以接受。这本身并不重要,因为并未要求委员会在现阶段通过该规约。他本人同意这样的建议,即委员会应注意到它。

66. 不过,他要就令他关切的几点发表一些意见。他要指出,作为一个术语问题,在法文本中应使用“tribunal”一词的地方使用了“cour”,反之亦然。这两个术语的混淆应予纠正。

67. 规约因在法院履行职能上的灵活性而受到称赞,但是他认为还不够灵活,在这方面应作进一步的努力。

68. 关于第22条(条约界定的罪行清单),他不同意评注第(1)段的解释,工作组主席的解释也未使他在这一点上得到进一步的启发。在他看来,必须区分两个概念,一个是国际罪行,另一个是危害人类和平及安全罪行。只有国际罪行可在国际一级审判。无疑,该法院有权审判最严重的罪行,那就意味着危害人类和平及安全的罪行。

69. 国际刑事法院不是一个平等、联合地审判所有国际罪行的合适的论坛。因此,关于与毒品有关的罪行的工作是极其专业化的,而且还会产生一个量的问题。这种罪行会产生大量案件,相反,造成非常困难的问题的侵略案件则数量无几。审判庭的审判不会提供充分的解决办法。第26条第2款(b)项试图借助于“极其严重罪行”这个非常主观的标准——一项也适用于其他罪行的标准——来解决这个问题。这个方案实际上是毫无意义的。他坚决赞成设立一个处理与毒品有关的罪行的国际法院,但是工作组对这种罪行问题的解决办法是差强人意的。

70. 第22条是在另一方面的一大退步。他坚决认为,1993年在界定国际罪行时给予条约最重要的地位是个错误。例如,灭绝种族罪不依赖于1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》而独自成立。早在1945年就认为国际罪行无须依赖任何条约定义而是可惩治的。

71. 在这方面,第26条第1款提到“第22条所未包括的罪行”以及对确立国际罪行的条约非缔约国所作的区分造成了一个严重困难。第26条的评注在这方面是不够充分的。其立场必定是,国际习惯构成了国际罪行这个问题的法律核心。举例来说,一个特定国家是否签署了《防止及惩治灭绝种

族罪公约》的问题对于确定该国是否犯下了根据习惯国际法是可惩治的灭绝种族罪毫不相干。

72. 他对第28条(适用的法律)有保留意见,该条就条约、国际习惯、一般国际法准则和原则以及特别是国内法的各自作用,几乎或根本未提供任何指导。在这些问题上需要更加准确。关于安全理事会的作用的第25和第27条提出了一个有益的思想,对此他本人表示同意。不过,有必要说明法院受大会通过的《侵略定义》的约束——第25条和其评注均未阐明这一点。

73. 他欢迎从第44条(被告的权利)第1款(h)项看到的工作组关于缺席审判的立场。这一规定当然是取自《公民权利和政治权利国际公约》第十四条。在这方面,他提请注意秘书长按照安全理事会第808(1993)号决议第2段提出的报告¹¹中对《公约》这一条的错误解释,按照秘书长的解释,第十四条禁止缺席审判。事实上,该条仅仅指出被告有出庭受审的权利,但并未排除在蓄意缺席情况下的缺席审判。评注应提请人们注意这一错误解释。

74. 尽管他对工作组的工作基本上持肯定的态度,可是在他看来,委员会在某些重要问题上还远未达成共识。因此,对委员会来说最好的方法是注意到工作组的报告并请第六委员会就此发表意见。他同意扬科夫先生提议的案文,该案文应编入国际法委员会向大会提交的报告。此外,如果在本届会议结束之前能就委员会希望大会发表评论的主要问题清单达成一致意见,应在一个脚注中予以表明。就他本人而言,他希望将适用的法律、罪行的定义和缺席审判等问题列入这样一个清单。

75. 他对程序问题的态度比克劳福德先生更坚决。他本人的建议是,委员会应在第四十六届会议上根据第六委员会的反应逐段讨论工作组的报告,只有在此之后才能将报告交还工作组,以编写一份最后报告供国际法委员会审议。

76. 托穆沙特先生祝贺工作组特别报告员和主席以及其三个分组做了宝贵的工作,说他主要关切的是尽快通过所拟议的法院的规约,但如果最终从委员发言明显看出委员会未就各条要旨达成一致意见的话,那将是令人遗憾的。因此,他认为应采纳

¹¹ S/1994/134, para. 11.

扬科夫先生的建议——他支持这一建议——尽管也许应对其稍加修改。肯定没有足够的时间逐段审查所有条款了。

77. 工作组采取了一种谨慎的方法,这符合委员会上一届会议做出的决定。不过,各国首先得批准该规约,然后还得接受法院的管辖。这将是一个缓慢而艰难的过程,规约可能不仅在几年内,而且可能在几十年内仍是一纸空文。在这种情况下,也许应考虑将一项关于国际刑事法院的规定纳入《联合国宪章》的可能性;在目前对宪章的审查过程中也许就可以考虑这个问题。或许应当在扬科夫先生的建议或报告本身中说明修改宪章是完全可行的。

78. 佩莱先生认为,根据实在习惯法,现在存在并且自从 1945 年以来一直有一些可惩治的罪行。在这方面,规约草案在第 22 条(条约界定的罪行清单)和第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)中规定了两种选择。如果优先考虑根据国际公约可惩治的罪行,那就是优先考虑在刑事问题上占有特殊地位的成文法。仅根据习惯法就惩罚某个人总是有些成问题的。实际上在 1945 年,该整个方法就受到质疑,后来又产生了纽伦堡的经验是否真正有效的问题。自从纽伦堡和东京法庭之后就没有过实践,所以完全有理由对实在法和纽伦堡原则的性质产生怀疑。这就是首先参照成文法的原因,成文法在刑事问题是特别合法的。

79. 虽然他基本上同意工作组达成的解决办法,但是他完全不同意第 67 条,该条对监禁国给予了一定重视。他认为,监禁国的法律不应国际法院作出的判决有影响。

80. 锡亚姆先生(特别报告员)提到佩莱先生的意见时说,他本人在一开始就提出了术语问题,指出在位次上不能将一个法院置于一个法庭之下。对这一点已进行了长时间的讨论,但是工作组认为首先必要的是按照实际上委员会最终必须做的那样界定术语。

81. 他同意佩莱先生关于贩运毒品问题的意见并且实际上在工作组中已经指出,虽然已请委员会设立一个处理贩运毒品问题的法庭,但是规约草案却几乎未提到这个问题,这是一个荒谬的事态。

82. 一般原则问题和习惯问题在他的第一次报

告¹²中都提出来过并得到讨论,但是一直未就这两个问题达成过普遍一致意见。因此在下一届会议上,应努力特别就适用的法律达成一致意见。显然不可能无视一般法律原则,也不可能无视习惯,他实际上已将这个概念置于括号中,以促使对这个问题作进一步的讨论。

83. 他也认为,在本届会议目前这样晚的一个阶段,无法详细讨论工作组的报告。而在下一届会议上,委员会应从辩论所涉最重要的问题开始,然后再建立一个工作组,根据辩论情况审议整个问题。

84. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说,扬科夫先生的明确建议便于将工作组的报告提交第六委员会,从而使委员会能够得到会员国非常积极的评论意见。

85. 工作组报告中没有任何新东西。一切事情都已在上一届会议上讨论过。法院规约的要素已经确定,其可能的结构已经商定。在认为需要指导的问题上已经征求了大会的意见,大会已经表示满意。在本届会议上,工作组也已收到了安全理事会的一些文件,它还考虑了各杰出的法律专家提出的意见。因此,它完全了解束缚它的限制因素以及它所能得到的材料。

86. 然而令他遗憾的是,委员会某些不在日内瓦的委员还未提出意见,特别是未就贩运毒品问题提出意见。在这方面,拉丁美洲国家有一个问题,因为 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》规定各国义务将刑罚纳入其国内立法。鉴于“法无明文者不罚”这一准则,拉丁美洲国家不能实施其立法未规定的刑罚。因此,它们必须能够依赖实在法中规定的刑罚。这种问题需要加以解决。

87. 委员会大多数委员都当了工作组成员并对其报告感到满意。他们认为该报告应提交给大会,以便委员会能够考虑到大会的评论并继续进行关于这个问题的的工作。作为工作组的一名成员,他支持扬科夫先生的建议。

88. 主席说,此时委员会似宜就经过扬科夫先生的建议补充的克劳福德先生的建议作出决定。想就报告的其他方面作实质性发言的委员可在以后发

¹² 《1983 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 137 页, A/CN.4/364 号文件。

言。因此，他建议委员会注意到该报告，将报告全文附在委员会给大会的报告之后，并将扬科夫先生提议的那段话写入委员会的报告。

89. 克劳福德先生说，他同意佩莱先生有关程序问题的建议。至于扬科夫先生的建议，他提议第一段最后一句中“为……审查它们提供了根据”几个字改为“为……进行审查提供了基础”。

90. 科罗马先生也谈到扬科夫先生的建议，他提议在第一段最后一句“审查这些条款草案”几个字之前插入“详细”一词。

91. 罗森斯托克先生说，他可以同意主席建议的程序和扬科夫先生的建议，但有一项谅解，即就这一建议的有关具体问题清单的脚注达成一致意见。

92. 佩莱先生说，他也可以同意主席的建议，只要委员以后可自由谈论该报告的实质性方面。不过，扬科夫先生的建议中的脚注问题依然没有解决。他认为，重要的是突出应提请第六委员会注意的主要问题。不过，希望就此提出建议的委员应尽快提出来，以便可以将其写入报告。

93. 扬科夫先生说，他同意佩莱先生关于需要突出主要问题的意见。

94. 韦列谢京先生说，虽然他支持扬科夫先生经过修正的建议，但是他怀疑有无足够的时间拟订应提请大会注意的问题清单。不管怎样，工作组已经在评注中提请人们注意某些问题。因此，他提议删去这个脚注，应让大会会员国自己决定什么是重要的，什么是不重要的。

95. 虽然他完全同意委员会应在下一届会议上就工作组的报告进行讨论，但是委员会不应再进行一般性辩论，而是应把该报告作为提出具体的起草建议的基础，以期迅速解决这个问题。

96. 本努纳先生说，他认为委员会在本届会议结束以前将没有时间就一个特别问题清单达成一致意见，因为那将涉及实质性的辩论。因此，他支持韦列谢京先生删去脚注的建议。

97. 马希乌先生说，就特别问题清单这一问题而言，工作组报告已经作出三点明确说明，没有必要加以补充。这三点是：首先，请大会发表评论的几点已经置于报告中的方括号之中；第二，在某些

情况下，如在第 23 条的情况下，已经给出了各种选择，将由大会决定哪种选择更可取；第三，工作组本身已请大会就某些问题，诸如就关于暂停法官资格的第 11 条，发表意见。

98. 然而，还有两个非常重要的问题，委员会不妨指出它希望就此两问题得到第六委员会的反应，即第 22 条涉及的罪行清单和第 23 至 26 条涉及的管辖权问题。

99. 得到科罗马先生支持的库苏马-阿特马贾先生说，扬科夫先生的建议第一段中“并进而通过它们”几个字实际上没有必要。因此，他提议删去它们。

100. 主席建议，委员会应注意到国际刑事法院规约草案工作组的报告并同意将该报告全文附在委员会就其第四十五届会议工作向大会提交的报告之后。他进一步提议，将扬科夫先生提出，经克劳福德先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生和韦列谢京先生修正的案文编入委员会向大会提交的报告。

就这样议定。

下午 6 时 10 分散会。

第 2326 次会议

1993 年 7 月 22 日，星期四，上午 10 时 10 分

主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

出席：哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

危害人类和平及安全治罪法草案¹ (续完)

(A/CN.4/446, B 节, A/CN.4/448 和 Add.1²,
A/CN.4/449³, A/CN.4/452 和 Add.1-3⁴,
A/CN.4/L.488 和 Add.1-4, A/CN.4/L.490 和
Add.1)

[议程项目 3]

国际刑事法院规约草案工作组报告订正本 (续完)

1. 冯巴先生说,工作组的报告表明了对在刑法的严格性与根据政治需要而应具有必要的灵活性之间取得全面平衡的正当关注。报告基本上是令人满意的,他对工作组在基本问题上达成的协商一致的立场没有明显的不同意见。不过,他在某些问题上,有时确实有些不同的或有所保留的意见,诸如对缺席审判问题,他赞同这一解决办法,因为它具有威慑作用;又如对各国在“有选择参加”该法院和“自动参加”该法院之间作出选择的问题,他认为后者更好些,因为它使得该法院更具有法律上的一致性和严格性。不过,他充分注意到以下事实:工作组所选择的是更可能的方案,而不是更可取的方案,采取了一种更好地体现了该法院的管辖权所必不可少的协商一致基础并以灵活性为特点的方法。

2. 不过,考虑到特别是韦列谢京先生和本努纳先生对进一步进行一般性讨论是否有益的问题所表示的保留意见,他保留在下届会议上对其他问题发表意见的权利。

3. 韦列谢京先生说,他愿澄清一点,这一点绝非最为重要的,但佩莱先生特别提到了它,那就是工作组为什么决定称拟议中的审判机构为“法庭”,而不是“法院”。

4. 工作组一直面临着一个进退两难的问题,这就是一方面如何称呼由检查官处、法官和书记官处

组成的实体,而另一方面如何称呼审理机构本身。

5. 问题在于在不同的语文中,对初审法院有不同的用语。特别报告员锡亚姆先生曾解释说,例如在法语语系中,“tribunal”一词用来指初审法院。在俄罗斯和其他国家中,“tribunal”一词用来专指军事法院。因此,在用语上并不一致,这特别是因为存在着法律制度上的差异,而事实已经证明,在作出选择时有必要考虑到若干其他因素。第一个因素,但并非最重要的因素,是有必要把这一未来的法院与设在海牙的国际法院区分开。如两个审判机构使用同一称呼,很可能不仅会在法律学者头脑中,而且也会在随后试图把这两个机构的诉讼程序区分开的所有人们的头脑中造成长期的混乱。第二个因素是自纽伦堡法庭时代起确立的并为安全理事会就前南斯拉夫局势设立的机构——该机构也被称为法庭——所沿用的惯例。因此,“tribunal”(法庭)一词含有某种惯例,按该惯例,该词意指审判人而不是审判国家的机构。

6. 第三个因素是各种法律制度对特定术语的使用缺乏一致性。有鉴于此,工作组得出了一种也许不是最好的,但从具体情况看似最好的解决办法:称该实体为“法庭”并用“法院”一词称该实体中宣布判决的那一部分。

7. 回顾这些论点是有益的,因为这一点有可能引起误解。主席或者将向第六委员会介绍工作组工作结果的人应提及这些论点。

8. 拉扎凡德拉朗博先生说,作为工作组中的一员,他赞同整个规约草案。不过,他未能参加工作组通过规约第一部分的早期会议,所以,他愿提出某些保留意见,特别是对关于法庭的地位(第 4 条)和关于法官的独立性(第 9 条)的条款规定。在这两个问题上,他认为工作组提议的规约不符合一个稳定的常设法院的基本标准,或确保法官平等、独立和公正的基本标准。

9. 首先,拟议中的法院无任何常设机关。只有该法院的所在地和房屋是常设的。它有点象具有刑事审判权的常设仲裁法院,唯一的差别是它的成员是选举产生的。因此,它并没有任何真正的稳定性,因为它取决于是否有法官,而法官只是断断续续地为该法院工作。实际上,法官们为了谋生必须

¹ 一读暂时通过的条款草案案文见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 98 页起。

² 转载于《1993 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 同上。

⁴ 同上。

继续履行其他有偿职责。例如，如果他们仍然担任被普遍认为足以确保其独立性的国内司法职务，尽管如此，他们在执行其国际任务时并不能免受干预。实际上，如果他们是选举产生的，那么，他们就要依赖于他们的选举人，如果他们是由行政部门任命的，那么，他们仍然在等级制度中处于从属地位。所以，他们的公正性不可能得到适当的保证。

10. 因此，就报酬而言，法官不会享有平等待遇，因为来自第三世界的法官的处境将不如来自富裕国家的同僚，这种现象是与一个民主的司法机构不协调的。最后，法官继续从事其正常活动这一事实很可能使其面临严重的安全问题，因为规约规定保护证人和受害人，但没有为法官提供安全保证。例如，如果贩运毒品被列入属于该法院属事管辖权范围内的罪行清单，那么，这种危险就尤其大。实际上，当法官代表该法院外出旅行时，他们甚至不会由于隶属其国家政府而得到保护。

11. 在这种情况下，他认为，如果考虑到对诸如巴比或诺列加案之类危害和平罪及反人类罪的审判，各国政府或公共或私人组织将会不愿意让其国民可能证明要很长时间地放弃其职责。

12. 米库尔卡先生说，他完全赞同所提议的草案遵循的总方针。不过，遗憾的是，委员会如同在上届会议上一样，在本届会议结束时向大会提交的案文并没有在委员会内部得到充分的讨论，尽管由于这个主题属专题性质，所以在某种程度上讲，这样做是有理由的。此外，需要就第 22 条和第 26 条第 2 款 (a) 项和 (b) 项所涉法院属事管辖权有关的问题发表一些意见。

13. 首先，他并不认为该草案中应列入第 26 条第 2 款 (b) 项，该项涉及“使多边条约的条款规定得以实施的国内法所规定的罪行，诸如与毒品有关的罪行”。委员会已决定只有国际法所规定的罪行才应属该法院的管辖范围，而这一点并没有反映在第 2 款的导语中。不过，一些国际条约规定了在起诉犯有不一定属于国际罪行范畴的罪行的个人方面进行国家间合作。换言之，尽管存在某项条约，但第 26 条第 2 款 (b) 项规定所涵盖的某些犯罪行为仍然是国内法规定的罪行。对这个问题应极为仔细地进行重新审查。

14. 有关属事管辖权的其他规定被人为地分散在列出条约所界定罪行清单的第 22 条和涉及完全根据习惯国际法予以禁止的罪行的第 26 条第 2 款 (a) 项。并无任何理由可以认为一种形式的管辖权胜过另一种形式的管辖权，因此这一规定应成为同一条中单独两款的主题；换言之，第 26 条第 2 款 (a) 项的内容可构成第 22 条第 2 款。从接受管辖权的角度看，这种结果将是合乎逻辑的，因为目前第 23 条的规定与第 26 条第 1 款的规定之间的差别并不十分明显。

15. 这样重新编排关于法院属事管辖权的条款规定还将对解释第 25 条产生积极的作用。结合关于属事管辖权的两项条款规定，读一下有关安全理事会提交该法院的案件的第 25 条，可能给人们这样一种印象，就第 26 条所规定的管辖权而言，接受管辖权是安全理事会能够向该法院提交案件的必要条件，尽管这显然不是工作组的本意。这是在起草中出现的必须加以讨论但很容易纠正的缺陷。

16. 佩莱先生说，有两个他很关心的当前极为重要的问题，而且尚未就这两个问题作出任何真正决定。

17. 第一个问题是审判机构的名称问题，这个问题不是根本性的，但其重要性足以值得加以审查。韦列谢京先生所回顾的论点本意在于对工作组的选择作出解释，实际上看来却为相反的选择提供了辩护，因为工作组最终决定使用“Cour”（法院）一词来形容在法语中，显然也在英语中应理所当然并合乎逻辑地被称为“法庭”的机构。同时，“Tribunal”（法庭）一词却被用来形容应合乎逻辑地被称为“Cour”（法院）的机构。

18. 至于与国际法院混淆的危险，“法院”是作为联合国的主要司法机关设立的这一事实表明，该名词用来称呼在国际体系中最具“庄严性”的机构。十分不合逻辑的是，选择“Tribunal”一词意味着把事情弄得正好颠倒，鉴于仍然决定设立一个法院（Cour），情况就更是如此了，因此造成混淆的危险并没有消除。

19. 以惯例为依据的第二个论点也同样不令人信服。就已经提到的两个机构而言，使用“tribunal”（法庭）一词的原因正是在于它们是临时审判机构，而工作组的草案所涉及的是设立一个

常设机构，而正是“法院”概念突出了常设的思想。当欧安会产生设立一个国际法庭的思想而且一些国家主动提出这个问题后使用了“法庭”一词，原因就是“法院”一词的庄严性赋予另一个未来的常设审判机构。

20. 尽管如此，如果委员会同意的话，现在把两词颠倒过来还来得及。相反，如果使用拟议中的措词，就有可能造成无休止的混乱。

21. 至于问题清单，并没有真正作出任何决定。他认为，报告本身方括号内的备选案文和行文涉及的并非主要问题而是事实上比较次要的问题。实际上，对委员会来说，重要的是了解大会的意见，与其说是了解它对措词的意见，不知说是了解它对基本选择的意见。他仍然认为，根本问题是管辖权的问题，而且缺席审判问题很重要，最好就此问题征求政治家的意见。他因此希望把这两个问题列入清单，但当然有一项谅解，即如果一些委员认为其他问题重要，也可把它们补充进去。如果没有这一清单，第六委员会的代表可能会只论及他们感兴趣的而与国际法委员会也许没有什么关系的问题。此外，表明国际法委员会认为在哪些要点上存在着需要协商的问题将有助于进行有条不紊的辩论。

22. 最后，他诚恳地但完全不赞同拉扎凡德拉朗博先生的意见，拉扎凡德拉朗博先生对该草案某些方面的保留意见也许除了那些与安全问题有关的之外，适用于所有法官，特别是适用于目前一些其地位介于常设法院与常设仲裁法院之间的国际法庭。就国际行政法庭而言尤其如此。

23. 克劳福德先生说，选择使用“法庭”一词在英语中也造成一些问题，因为它令人想到一个非常设的和半司法的、甚至行政性的机构，而“法院”则是真正的司法机关。在与刑法有关的问题上，他更倾向于使用“法院”一词。

24. 主席说，在西班牙语中也存在这一术语问题。

25. 马希乌先生说，这也许是一个翻译问题，每一个语文组可通过选用各自语文中的惯用词来解决这个问题。他仍然认为，把需要征求大会意见的重要问题告知大会将是十分有益的。至于报告本身，工作组已经取得可观的成果，尽管的确有些条

款存在实质性和原则性的问题，他将在下届会议上回过来说这些问题。

26. 主席指出，委员会已在上次会议上决定注意到工作组的报告并将其以委员会本身报告附件的形式提交大会，同时加入扬科夫先生提议的段落并删除实际上载有提交给大会的问题的第二个脚注。委员会不能更改工作组的报告，但关于术语或其他问题可在委员会的报告或在他将在第六委员会所作的发言中加以说明。

27. 罗森斯托克先生说，让第六委员会开展对“法庭/法院”术语的讨论将是一个严重的错误。如果要提出这个问题，国际法委员会应十分明确地指出，这完全是个术语问题。

28. 德萨拉姆先生说，与佩莱先生和克劳福德先生一样，他认为“法院”一词更适用于拟议中的机构。他也认为，委员会应把问题分门别类并向第六委员会表明哪些问题最重要。

29. 科罗马先生敦促主席不要把术语问题提到第六委员会上去，这样第六委员会可就更为重要的问题发表它的意见。国际法委员会可注意到佩莱先生提出的问题，并在下届会议上加以审议。

30. 托穆沙特先生提议，委员会如决定提出该问题，应在其报告中加入下文：

“委员会将在 1994 年下届会议上回过头来讨论是否保留工作组为之拟订规约的审判机构所临时使用的名词的问题。在工作组的报告中，该整个机构称作法庭，而作为其组成部分之一的审判机关称作法院。按照联合国某些正式语文的术语习惯用法，更改这两个词而用国际刑事法院的名称来指包括分庭、书记官处和检查官处在内的整个系统，或许是可取的。委员会强调，这个术语问题并不具有实质重要性。”

31. 韦列谢京先生说，所提议的案文的第三句话预先判断了委员会的决定，所以应予删除。

32. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，委员会在其报告中只用了几句话谈到提交工作组的报告，而托穆沙特先生提议的案文很可能过分强调了此事。最好的办法是把该案文列入评注，而且由于

工作组的所有成员都在场，他们可能同意在其报告中作出这种修改。如果这一方法得到采纳，则删除第三句话的建议也应得到采纳，以免在评注中出现不一致。

33. 主席建议，委员会应采纳卡莱罗·罗德里格斯先生提议的解决办法，即把托穆沙特先生提议的案文加在工作组报告的评注中，而去掉韦列谢京先生建议删除的那句话。

就这样议定。

34. 鲍威特先生说，委员会或许应请求各会员国就拟议的规约草案提出书面意见。

35. 扬科夫先生提议，在委员会前一天通过的案文第二段中应加入这样一句话：“也将欢迎各会员国提出书面意见”。

36. 本努纳先生说，请求各国政府就一项毕竟只是一个工作组的报告而不是委员会正式通过的文件案文采取正式立场，还为时过早。

37. 罗森斯托克先生说，鉴于迫切需要对国际社会的期望作出反应，以扬科夫先生提议的形式所表现的鲍威特先生的建议是极为合理的。

38. 主席说，如无异议，他将认为委员会同意采纳扬科夫先生的提议。

就这样议定。

委员会第四十五届会议工作报告草稿（续）

第五章 国际水道非航行使用法（A/CN.4/L.485）

39. 主席请委员会逐段审议报告草稿关于国际水道非航行使用法专题的第五章（A/CN.4/L.485）。

第1至17段

第1至17段通过。

第18段

40. 本努纳先生说，第18段并未充分考虑到全

体会议上的讨论，应在第三句话开头“他们认为，”之后加上“由于所拟订的法律文书具有灵活性”一语。另外，应在这段末尾加上这样一句话：“此外，有人指出，条款草案第三部分载有一套协商程序，其目的正是防止发生国家间的争端。”

经修正的第18段通过。

第19至21段

第19至21段通过。

第22和23段

41. 哈索内先生提议将第22段改写如下：

“22. 另一种观点认为，由于实质性规则具有弹性，一定要规定强制性真相调查及调解办法以及具有约束力的仲裁和司法解决办法。”

第23段应予删除。

就这样议定。

经修正的第22段通过，第23段删除。

第24至50段

第24至50段通过。

第51段

42. 居内先生说，他请教了其工作语文为法文的委员，他们似乎与他一样，也感到把英文单词“significant”译成法语单词“sensible”不能令人满意。

43. 主席以委员会委员的身份发言说，在第3条第2款中提到的不利影响并非“无关紧要”的，但也不是“巨大”的。

44. 得到本努纳先生、庞布一奇文达先生和马希乌先生支持的阿兰焦—鲁伊斯先生说，也许可将“significant”译为“significatif”。

45. 居内先生说，在协商过程中，佩莱先生对在法律案文中使用“significatif”一词表示了保留。不过，居内先生本人愿意接受这一措词。

46. 主席说, 如无异议, 他就认为委员会同意在条款草案和评注中, 英文单词 “significant” 在法文文本中不应译成 “sensible”, 而应译成 “significatif”。

法文文本经修正的第 51 段通过。

第 52 至 76 段

第 52 至 76 段通过。

第 77 段

47. 锡亚姆先生说, 该段 “il a été noté” (指出) 这一措词并非十分恰当, 因为它并未表明这究竟是委员会的意见, 还是只是某些委员的意见。

48. 罗森斯托克先生 (特别报告员) 说, 这看来是个翻译问题, 因为这一英文措词在报告用语中已得到完全确认, 而且也在正在审议的文件的许多段落中出现。

49. 主席以委员会委员的身份发言, 建议用 “la remarque a été faite” 字样代替 “il a été noté”。

就这样议定。

50. 本努纳先生说, 使用 “diligence voulue” 一词在法文中实际上毫无意义, 最好保留英文措词, 即 “due diligence”。

就这样议定。

法文文本经修正的第 77 段通过。

第 78 至 82 段

第 78 至 82 段通过。

经修正的第五章全文通过。

下午 1 时散会。

第 2327 次会议

1993 年 7 月 23 日, 星期五, 上午 10 时 10 分

主席: 胡利奥·巴尔沃萨先生

出席: 哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、本努纳先生、鲍威特先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、克劳福德先生、德萨拉姆先生、冯巴先生、居内先生、伊德里斯先生、科罗马先生、库苏马-阿特马贾先生、马希乌先生、米库尔卡先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、拉扎凡德拉朗博先生、罗森斯托克先生、史先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、韦列谢京先生、比利亚格兰·克拉梅尔先生、扬科夫先生。

委员会第四十五届会议工作报告草稿 (续完)

第一章 本届会议的组织 (A/CN.4/L.481)

A. 委员会委员

B. 主席团成员

C. 起草委员会

D. 国际刑事法院规约草案工作组

E. 秘书处

F. 议程

G. 委员会第四十五届会议工作情况概述

第 1 至 20 段

第 1 至 20 段通过。

A 至 G 节通过。

第一章全文通过。

第二章 危害人类和平及安全治罪法草案（续完）*（A/CN.4/L.482 和 Corr.1 以及 A/CN.4/L.482/Add.1/Rev.1）

1. 主席说报告草稿第二章的案文载于 A/CN.4/L.482 和 Corr.1 以及 A/CN.4/L.482/Add.1/Rev.1 号文件。后一份文件的段落从 1 编至 49，是 A/CN.4/L.482/Add.1 和 Corr.1 两份文件（载有第二章的第 32 至 109 段）的修订文本。他建议会议暂停，使委员会各位委员有时间阅读这些文件。

就这样议定。

会议于上午 10 时 15 分暂停，上午 10 时 45 分复会。

A. 导言（A/CN.4/L.482 和 Corr.1）

第 1 至 12 段

第 1 至 12 段通过。

A 节通过。

B. 本届会议审议这个专题的情况（A/CN.4/L.482 和 Corr.1）

第 13 和 14 段

第 13 和 14 段通过。

1. 特别报告员的第十一次报告（A/CN.4/L.482 和 Corr.1）

第 15 至 31 段

第 15 至 31 段通过。

B. 本届会议审议这个专题的情况（续完）（A/CN.4/L.482/Add.1/Rev.1）

1. 特别报告员的第十一次报告（续完）

第 1 至 8 段

第 1 至 8 段通过。

第 9 和 10 段

2. 本努纳先生说，在第 9 段提及联合国的“附属机关”是不正确的；这一术语应该是“司法机关”。该段的第四句令人有些糊涂，因为起草委员会的一些委员认为国际刑事法院可通过大会或安理会的决议来设立，不需要对《联合国宪章》加以修正。因此，提及对《宪章》进行修正的字句应删去。

3. 佩莱先生说，他不同意本努纳先生的意见。按照特别报告员的说法，如果该法院不是一个附属机构，那么就需要对《宪章》进行修正，或是需要有大会议或安全理事会的决议。该案文反映了委员会一些委员实际上所讲过的意见。

4. 比利亚格兰·克拉梅尔先生说，该案文提供了这样的选择：（a）对《宪章》进行修正；或（b）大会或安全理事会通过决议。因此，本努纳先生的问题并未产生。

5. 锡亚姆先生（特别报告员）说，本努纳先生是对的。作为特别报告员，锡亚姆先生曾提到“司法机关”，他想到的是，国际法院规约的第一条把国际法院称为“主要司法机关”。

6. 阿兰焦-鲁伊斯先生指出，报告在第 8 段只是顺便提到了建立法院的方式。问题是委员会是希望该法院成为联合国的一个附属机关还是一个主要机关。所有的主要机关均可设立附属机关。例如，如果安全理事会直接参与一场军事行动，它便有权在其军事机构内设立一个军事法庭。因此，本努纳先生是对的。

7. 主席说，委员会现在不可能补充在讨论这个问题时所说过话。报告必须准确地反映讨论情况，特别报告员刚才说“司法机关”是正确的。

8. 德萨拉姆先生说，如果这个讨论重新开始的话，他也要讲一些意见。他的立场是，该法院应由一项国家间的条约来建立，并与联合国有着密切的联系。

9. 托穆沙特先生赞同主席发表的评论，但他指出，报告应反映在讨论中发表的所有意见，而不仅仅是特别报告员的意见。

10. 阿兰焦-鲁伊斯先生说，在讨论中，他坚

* 续自第 2324 次会议。

持说该法院不能是联合国的一个附属机构。除非报告反映了这个观点，否则他将不得不表示保留。

11. 卡莱罗·罗德里格斯先生建议，任何在讨论中发过言而且希望在报告中反映其观点的委员，均应向秘书处提交一份适当的案文。

12. 佩莱先生说，删去“附属”这两个字，该案文就反映了他的观点。委员会其他委员的相反意见在第 10 段中已有陈述。当然，在讨论中表示的任何其他意见，如果委员们希望的话，也可写入报告之中。

13. 本努纳先生说，该段目前的措词是相互矛盾的。一些委员认为，设立该法院的法律基础在《宪章》中业已存在。其他的委员则认为，需要对《宪章》进行修正。删去“附属”这两个字还不够，因为特别报告员事实上使用了“司法机关”这个术语。或许最佳的解决办法就是对该段进行修正，说明特别报告员赞成一个司法机关，而委员会其他委员则认为该法院应是一个附属机关。

14. 罗森斯托克先生说，使用什么术语并没有多大差别。无论怎样都没有必要限定“机关”这个词。第 9 段反映了一种观点，第 10 段则反映了另一种观点。或许解决的办法就是给第 10 段增加些内容。

15. 佩莱先生说，本努纳先生提出的解决办法行不通。“司法”这个词是用来描述机关的职能；一个司法机关可以是一个主要机关，也可以是一个附属机关。

16. 主席建议委员会应建立一个由阿兰焦—鲁伊斯先生、本努纳先生、佩莱先生、罗森斯托克先生以及特别报告员锡亚姆先生组成的工作组，重新拟订第 9 和 10 段。

就这样议定。

第 11 至 41 段

第 11 至 41 段通过。

第 42 段

17. 在就术语进行简短讨论，其中特别提及

“调查程序”这一措词之后，主席指出，报告的这一部分由该专题的特别报告员锡亚姆先生拟订，他是法国法律的专家。因此他建议，由于涉及到翻译问题，应由秘书处将英文文本与法文文本统一起来。

就这样议定。

第 42 段通过。

第 43 和 44 段

第 43 和 44 段通过。

2. 设立国际刑事法院规约草案工作组

第 45 和 46 段

第 45 和 46 段通过。

3. 国际刑事法院规约草案工作组的工作成果

第 47 段

第 47 段通过。

第 48 段

18. 佩莱先生建议，“即将召开的第四十八届会议”应修正为“即将召开的会议”或“第四十八届会议”。

就这样议定。

经修正的第 48 段通过。

第 49 段

第 49 段通过。

会议于上午 11 时 30 分暂停，中午复会。

第 9 和 10 段（续完）

19. 主席邀请较早时在本次会议上为重新审查第 9 和 10 段措词而任命的工作组的一名成员报告一下工作组的结论。

20. 本努纳先生说，工作组建议：第一，在第 9 段的第二句，“附属机关”几个字应由“机关”取代，该段其余部分不做修改；第二，第 10 段第四

句中“就不同于由大会建立法院”这几个字应该删去；最后，由于技术错误，英文文本上的第五句也就是最后一句在法文文本中没有。他建议法文文本应在这一点上与英文文本统一起来。

就这样议定。

经修正的第9和10段通过。

经修正的第二章全文通过。

经修正的委员会第四十五届会议工作报告草稿全文通过。

委员会的计划、程序和工作方法及其文件 (续完)**

[议程项目6]

委员会第四十六届会议的工作计划

21. 卡莱罗·罗德里格斯先生问，关于委员会下届会议开始时的工作计划，起草委员会是否象本届会议那样首先开会。

22. 主席说，并没有安排起草委员会在下届会议开始时开会。委员会全体会议将首先审议关于国际水道非航行使用法的报告。

23. 得到居内先生支持的佩莱先生说，大家心照不宣地是，委员会将以逐条审议国际刑事法院规约草案工作组的报告来开始它的工作。工作组可以根据在全体会议上发表的意见修改案文。

24. 阿兰焦—鲁伊斯先生（国家责任专题特别报告员）说，为了完成其报告中涉及罪行的那一节，他需要最迟在明年5月底之前获悉各位委员关于这一问题的看法，因为这个问题与国家责任专题有关。

25. 得到锡亚姆先生支持的马希乌先生说，他也认为委员会在下届会议上应以举行全体会议来开始其工作，因为有三个主要专题需要进行审议。他同意佩莱先生的意见，即国际刑事法院规约草案工作组无疑有必要听取在全体会议上发表的意见，尔后它才可能修改它的报告。

26. 罗森斯托克先生说，委员会把规约草案作为其第四十六届会议议程上的第一项是完全适宜的。这种讨论原则上讲时间不应太长，委员会然后就能转而讨论其他事项。委员会在拟订其工作计划时，应该牢记需要尽可能有效地利用现有的时间。因此，他建议委员会要尽可能多地召开全体会议，从而为起草委员会或工作组提供充足的材料进行加工。

27. 克劳福德先生说，委员会在审议规约草案时，显然不应作为一个起草委员会来行事；其目的是要逐条讨论所涉及的原则问题，此类事情所耗时间不应超过一星期。这样，委员会将仍有时间为国家责任专题的特别报告员提供指导。

28. 主席说，已达成了一项普遍的一致意见，即委员会应以审议规约草案来开始工作，然后审议危害人类和平及安全治罪法草案和国际水道非航行使用法。后两个专题的顺序将取决于文件准备妥否及其他考虑因素。委员会工作计划的细节可在该届会议开始时拟订出来。

29. 卡莱罗·罗德里格斯先生建议，委员会在下届会议的前两个星期应每天举行两次会议。

30. 多琪女士（委员会秘书）说，她无法确定委员会是否可以在每天下午举行会议，她还得查核一下会议服务的提供情况。

31. 本努纳先生说，全体会议的安排表应在下届会议开始时决定。

会议闭幕

32. 在通常的互致谢意后，主席宣布国际法委员会第四十五届会议闭幕。

** 续自第2317次会议。

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организация Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o dirijase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
