

国际法委员会年鉴 1993年

第二卷
第二部分

国际法委员会提交大会的
第四十五届会议
工作报告

联合国
纽约和日内瓦, 2004年



说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“年鉴”（如《1991年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的年鉴由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷（第一部分）：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷（第二部分）：国际法委员会提交大会的报告。

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

A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2)

联合国出版物

出售品编号：C.95.V.4 (Part 2)

目 录

	页次
A/48/10 号文件：国际法委员会第四十五届会议工作报告 (1993 年 5 月 3 日至 7 月 23 日).....	1
第四十五届会议文件一览表	144

章 次	段 次	页 次
(十三) 审判过程	82 - 83	22
(十四) 刑罚	84 - 85	22
(十五) 复审和上诉	86 - 87	23
(十六) 予以赦免和有条件释放的权力	88 - 95	23
2. 设立国际刑事法院规约草案工作组	96 - 97	23
3. 国际刑事法院规约草案工作组的工作成果	98 - 100	24
三、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	101 - 192	25
A. 导言	101 - 105	25
B. 本届会议审议这个专题的情况	106 - 192	26
1. 一般性质的问题	108 - 137	26
(a) 危险的概念	118 - 119	28
(b) 与预防问题有关的事项	120 - 137	28
2. 对具体条款的意见	138 - 187	30
(a) 第 11 条 事前核准	138 - 141	30
(b) 第 12 条 跨界影响评估	142 - 147	31
(c) 第 13 条 先前存在的活动	148 - 151	32
(d) 第 14 条 活动的进行	152 - 158	32
(e) 第 15 条 通知和资料	159 - 169	33
(f) 第 16 条 交换资料	170 - 171	34
(g) 第 17 条 国家安全和工业机密	172 - 174	34
(h) 第 18 条 事先协商	175 - 179	35
(i) 第 19 条 假定之受影响国的权利	180 - 182	36
(j) 第 20 条 利益均衡所涉及的因素	183 - 185	36
(k) 第 20 条之二 危险或损害不可转移	186 - 187	37
3. 其他问题	188 - 192	37
(a) 争端解决程序问题	188 - 189	37
(b) 污染者付费原则的问题	190 - 192	37
四、国家责任	193 - 335	39
A. 导言	193 - 201	39
B. 本届会议审议这个专题的情况	202 - 334	40
1. 起草委员会在委员会第四十四届会议上通过的条款草案	202	40
2. 特别报告员向委员会第四十四届会议提交的第四次报告中所载列的 条款草案	203 - 204	40
3. 特别报告员的第五次报告	205 - 334	40
(a) 争端解决程序问题	206 - 282	40
(一) 一般意见	221 - 243	42
a. 未来的公约是否应附载规定强制性第三方解决程序 的争端解决办法的问题	222 - 229	42
b. 拟议的争端解决办法的范围	230 - 237	44
c. 其他方面的问题	238 - 243	45

章 次	段 次	页 次
(二) 特别报告员提议的争端解决办法	244 - 282	45
a. 提议之办法的范围	246 - 250	46
b. 提议之办法的一般结构	251 - 257	46
c. 对特别报告员提议的第 1 至第 6 条草案和第三部分附件的具体建议和评论	258 - 279	47
d. 对于特别报告员之提议的后续工作	280 - 282	51
(b) 国家之国际“罪行”的后果	283 - 334	52
C. 关于国家责任的条款草案第二部分的案文	335	58
1. 委员会迄今暂时通过的条款草案案文	335	58
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		60
第 1 条第 2 款		60
评注		60
第 6 条 停止不法行为		60
评注		60
第 6 条之二 赔偿		64
评注		64
第 7 条 恢复原状		67
评注		67
第 8 条 补偿		74
评注		74
第 10 条 抵偿		83
评注		84
第 10 条之二 承诺并保证不重复		90
评注		90
五、国际水道非航行使用法	336 - 416	93
A. 导言	336 - 340	93
B. 本届会议审议这个专题的情况	341 - 416	93
1. 一般性质的问题	344 - 359	94
(a) 纲要公约或规则范本	344 - 350	94
(b) 争端的解决	351 - 357	95
(c) 其他一般性意见	358 - 359	95
2. 与具体条款有关的问题	360 - 416	96
(a) 与第一部分(导言)条款有关的问题	360 - 395	96
第 1 条 本条款的范围	360 - 362	96
第 2 条 用语	363 - 373	96
第 3 条 水道协定	374 - 389	97
第 4 条 水道协定的当事国	390 - 395	100
(b) 与条款第二部分(一般原则)有关的问题	396 - 416	100
(一) 对整个第二部分的评论	396 - 404	100
(二) 对第二部分中具体条款的评论	405 - 416	102

	段 次	页 次
第 5 条 公平合理的利用和参与	405 - 407	102
第 6 条 与公平合理利用有关的因素	408 - 409	102
第 7 条 不造成明显损害的义务	410 - 411	103
第 8 条 一般合作义务		103
第 9 条 定期交换数据和资料		103
第 10 条 各种使用之间的关系	412 - 416	103
六、委员会的其他决定和结论	417 - 470	105
A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件	417 - 452	105
1. 目前五年期余下时间的活动规划	421 - 424	105
2. 长期工作方案	425 - 443	105
3. 国际法委员会对国际法十年的贡献	444 - 446	107
4. 其他事项	447 - 451	107
5. 下届会议的会期	452	108
B. 与其他机构的合作	453 - 455	108
C. 第四十六届会议的日期和地点	456	108
D. 出席大会第四十八届会议的代表	457	108
E. 国际法讲习会	458 - 467	108
F. 希尔维托·阿马多纪念讲座	468 - 470	109
附 件 国际刑事法院规约草案工作组报告		111
A. 导言		111
B. 国际刑事法庭规约草案及其评注		112
第一部分: 法庭的建立和组成		112
第 1 条 法庭的建立		112
第 2 条 法庭与联合国的关系		112
第 3 条 法庭所在地		112
第 4 条 法庭的地位		112
第 5 条 法庭的机关		113
第 6 条 法官的资格		113
第 7 条 法官的选举		113
第 8 条 法官职位空缺		114
第 9 条 法官的独立性		114
第 10 条 院长和副院长的选举和职务		114
第 11 条 暂停法官资格		114
第 12 条 书记官长的选举和职务		115
第 13 条 检察官处的组成、职务和权力		115
第 14 条 宣誓		116
第 15 条 免职		116
第 16 条 特权与豁免		116
第 17 条 津贴和费用		116
第 18 条 工作语文		116

章 次

	页 次
第 19 条 法庭规则	117
第 20 条 法院的内部规则	117
第 21 条 审查规约	117
第二部分: 管辖权和适用的法律	117
第 22 条 条约界定的罪行清单	117
第 23 条 国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受	119
第 24 条 法院在第 22 条方面的管辖权	120
第 25 条 安全理事会提交本法院的案件	120
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	121
第 27 条 控告侵略	122
第 28 条 适用的法律	122
第三部分: 调查和起诉	123
第 29 条 申诉	123
第 30 条 调查和准备起诉书	123
第 31 条 起诉	124
第 32 条 起诉书	125
第 33 条 起诉通知	125
第 34 条 指定协助检察的人员	126
第 35 条 审前拘留或保释	127
第四部分: 审判	127
第 36 条 审判地点	127
第 37 条 审判庭的设立	128
第 38 条 关于管辖权的争端	128
第 39 条 审判庭的责任	129
第 40 条 公平审判	129
第 41 条 合法性原则(法无明文不为罪)	130
第 42 条 法庭面前的平等	130
第 43 条 无罪推定	130
第 44 条 被告的权利	130
第 45 条 一事不再理(一罪不二审)	132
第 46 条 保护被告、受害人和证人	132
第 47 条 法院的权力	133
第 48 条 证据	133
第 49 条 审讯	134
第 50 条 法定人数和有决定权的多数	134
第 51 条 裁决	135
第 52 条 判决	135
第 53 条 适用的刑罚	136
第 54 条 加重或减轻因素	137

章 次

页 次

第五部分: 上诉和复审	137
第 55 条 对裁决或判决提出的上诉	137
第 56 条 上诉的程序	137
第 57 条 修改	138
第六部分: 国际合作和司法协助	138
第 58 条 国际合作和司法协助	138
第 59 条 与非本规约缔约国的国家合作	139
第 60 条 磋商	139
第 61 条 联系和文件的内容	139
第 62 条 临时措施	140
第 63 条 向法庭交出被告	140
第 64 条 特定规则	141
第七部分: 判决的执行	141
第 65 条 承认裁决	141
第 66 条 执行判决	142
第 67 条 赦免、假释和减刑	142

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
粮农组织(FAO)	联合国粮食及农业组织
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
非统组织(OAU)	非洲统一组织
开发计划署(UNDP)	联合国开发计划署
环境规划署(UNEP)	联合国环境规划署
训研所(UNITAR)	联合国训练研究所
卫生组织(WHO)	世界卫生组织

AJIL	《美国国际法杂志》
《国际法院裁决集》	《国际法院判决、咨询意见和命令集》
ILM	《国际法律资料》(华盛顿特区)
ILR	《国际法报告》
Lapradelle-Politis	A. de Lapradelle and N. Politis, <i>Recueil des arbitrages internationaux</i> (《国际仲裁集》)(巴黎, Pedone, 1923 年)
<i>La prassi italiana</i>	Società italiana per l'organizzazione internazionale, <i>La prassi italiana di diritto internazionale</i> (《意大利国际法惯例》)(Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications)
Legislative Texts (法律案文)	联合国法律汇编, 《关于为航行以外目的利用国际河流的立法条文和条约规定》(出售品编号 63.V.4), 第一部分
Martens, <i>Nouveau</i> (《新汇编》)	G. F. de Martens, <i>Nouveau Recueil général de Traités Recueil</i> (《条约新汇编》)
Moore, <i>Digest</i>	J. B. Moore, 《国际法文摘》(华盛顿特区)
《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)
《国际常设法院汇编 A/B 辑》	《国际常设法院判决、命令和咨询意见集》(第 40 至 80 集: 从 1931 年起)
<i>Recueil des cours...</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i> (《海牙国际法学院课程汇编》)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (《国际公法杂志》)
"Chronique"	"Chronique des faits internationaux" ("国际大事记"), 由 C. Rousseau 自 1958 年起编辑(巴黎)
UNRIAA	联合国, 《国际仲裁裁决汇编》
Whiteman, <i>Damage</i> (《损害赔偿》)	M. M. Whiteman, <i>Damages in International Law</i> (《国际法中的损害赔偿》)(华盛顿特区)
Whiteman, <i>Digest</i>	M. M. Whiteman, 《国际法文摘》(华盛顿特区)

关于引文的说明

在引语中, 后面加有星号的斜体字或段落在原文中并不是斜体。

除另有说明外, 出自非英文著作的引文均由秘书处翻译。

如引述的著作无可供查阅的中文本, 所列页数为原文页数。

本卷所引用的多边公约

人权

来源

《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(海牙, 1930年4月12日)

国际联盟,《条约汇编》,第一百七十九卷,第91页。

《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277页。

《保护人权与基本自由公约》(罗马, 1950年11月4日)

同上,第213卷,第221页。

《公民权利和政治权利国际公约》

同上,第999卷,第171页。

(纽约, 1966年12月16日)

《欧洲刑事判决国际效力公约》

同上,第973卷,第57页。

(海牙, 1970年5月28日)

《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》

同上,第1015卷,第243页。

(纽约, 1973年11月30日)

《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(纽约, 1984年12月10日)

《大会正式纪录,第三十九届会议,补编第51号》,第39/46号决议,附件。

和平解决争端

《关于和平解决争端的欧洲公约》

联合国,《条约集》,第320卷,第243页。

(斯特拉斯堡, 1957年4月29日)

《欧洲安全和合作会议调解和仲裁公约》

CSCE/3-C/Dec.1号文件, 1992年。

(斯德哥尔摩, 1992年12月14日)

特权与豁免, 外交关系

《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)

联合国,《条约集》,第1035卷,第167页。

环境及自然资源

《塞内加尔河地位公约》

联合国,《有关国际水道非航行使用的非洲国家条约》,《自然资源与水专辑》第13期(出售品编号E/F.84/LA.7),第16页。

(努瓦克肖特, 1972年3月11日)

E/ECE/1250号文件, 1991年。

《越境环境影响评估公约》

《国际法律资料》(华盛顿特区),第三十一卷,第6号(1992年11月),第1313页。

(埃斯波, 1991年2月25日)

同上,第1335页。

《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)

《工业事故越境影响公约》

(赫尔辛基, 1992年3月17日)

海洋法

《关于强制解决争端的任择签字议定书》

联合国,《条约集》,第450卷,第169页。

(日内瓦, 1958年4月29日)

《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日)

《第三次联合国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。

适用于武装冲突的公约

- 《陆战法规和惯例公约》(海牙, 1907年10月18日) J.B. Scott 编辑的《1899 年和 1907 年海牙公约和宣言》, 第 3 版(纽约, 牛津大学出版社, 1918 年), 第 100 页。
- 《和平解决国际争端公约》(海牙, 1907年10月18日) 同上, 第 41 页。
- 《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) 联合国,《条约集》, 第 75 卷, 第 31 页起。
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》 同上, 第 31 页。
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》 同上, 第 85 页。
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》 同上, 第 135 页。
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》 同上, 第 287 页。
- 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护武装冲突受难者的两项附加议定书》(第一和第二议定书)(日内瓦, 1977年6月8日) 同上, 第 1125 卷, 第 3 页起。
- 《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(纽约, 1989年12月4日) 《大会正式纪录, 第四十四届会议, 补编第 49 号》, 第 44/34 号决议, 附件。

条约法

- 《维也纳条约法公约》(维也纳, 1969年5月23日) 联合国,《条约集》, 第 1155 卷, 第 331 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, 1986年3月21日) A/CONF.129/15 号文件。

麻醉药品和精神药物

- 《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 号文件以及 Corr.1 和 2。

责任

- 《空间物体所造成损害的国际责任公约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1972年3月29日) 联合国,《条约集》, 第 961 卷, 第 187 页。
- 《制止危及海上航行安全非法行为公约》(罗马, 1988年3月10日) 海事组织, 第 18 号公约, 1988 年。
- 《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》(罗马, 1988年3月10日) 同上。

民用航空

- 《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) 联合国,《条约集》, 第 704 卷, 第 219 页。
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》(海牙, 1970年12月16日) 同上, 第 860 卷, 第 105 页。
- 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(蒙特利尔, 1971年9月23日) 同上, 第 974 卷, 第 177 页。

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) 《国际法律资料》(华盛顿特区), 第三十二卷, 第 3 号(1993 年 5 月), 第 804 页。

恐怖主义

《反对劫持人质国际公约》（纽约，1979年12月17日） 联合国，《条约集》，第1316卷，第205页。

第一章

本届会议的组织

1. 国际法委员会是根据大会 1947 年 11 月 21 日第 174(II)号决议设立的。委员会依照作为该决议附件并经后来修正的委员会章程,于 1993 年 5 月 3 日至 7 月 23 日在联合国日内瓦办事处的委员会永久会址举行了第四十五届会议。第四十五届会议主席克里斯蒂安·托穆沙特先生主持了会议开幕式。

A. 委员会委员

2. 委员会由下列委员组成:

侯赛因·巴哈纳先生(巴林)
奥恩·哈索内先生(约旦)
加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生(意大利)
胡利奥·巴尔沃萨先生(阿根廷)
穆罕默德·本努纳先生(摩洛哥)
德里克·威廉·鲍威特先生(大不列颠及北爱尔兰联合王国)
卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生(巴西)
詹姆斯·克劳福德先生(澳大利亚)
约翰·德萨拉姆先生(斯里兰卡)
古德蒙杜尔·埃里克松先生(冰岛)
萨利福·冯巴先生(马里)
穆罕默德·居内先生(土耳其)
卡米勒·伊德里斯先生(苏丹)
安德里亚斯·雅乔维德斯先生(塞浦路斯)
彼得·卡巴齐先生(乌干达)
阿卜杜勒·科罗马先生(塞拉利昂)
莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生(印度尼西亚)
艾哈迈德·马希乌先生(阿尔及利亚)
瓦茨拉夫·米库尔卡先生(捷克共和国)
纪尧姆·庞布-奇文达先生(加蓬)
阿兰·佩莱先生(法国)
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)
埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生(马达加斯加)
帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生(牙买加)
罗伯特·罗森斯托克先生(美利坚合众国)

史久镛先生(中国)
阿尔伯特·塞克利先生(墨西哥)
杜杜·锡亚姆先生(塞内加尔)
克里斯蒂安·托穆沙特先生(德国)
埃德孟多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生(智利)
弗拉德连·韦列谢京先生(俄罗斯联邦)
弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生(危地马拉)
山田中正先生(日本)
亚历山大·扬科夫先生(保加利亚)

B. 主席团成员

3. 委员会在 1993 年 5 月 3 日第 2295 次会议上选出了主席团下列成员:

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

4. 委员会扩大主席团成员由本届会议主席团成员、曾任委员会主席的委员¹和各特别报告员组成。²扩大主席团的主席由委员会主席担任。根据扩大主席团的建议,委员会在 1993 年 5 月 17 日第 2298 次会议上为本届会议设立了一个规划小组,负责审议委员会的计划、程序和工作方法及其文件,并就此向扩大主席团提出报告。规划小组由下列委员组成: 古德蒙杜尔·埃里克松先生(主席)、奥恩·哈索内先生、卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生、萨利福·冯巴先生、穆罕默德·居内先生、莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾

¹ 即阿卜杜勒·科罗马先生、史久镛先生和杜杜·锡亚姆先生、亚历山大·扬科夫先生和克里斯蒂安·托穆沙特先生。

² 即加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生和杜杜·锡亚姆先生、罗伯特·罗森斯托克先生和杜杜·锡亚姆先生。

先生、艾哈迈德·马希乌先生、纪尧姆·庞布-奇文达先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森斯托克先生、埃德孟多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生、弗拉德连·韦列谢京先生和亚历山大·扬科夫先生。德里克·威廉·鲍韦特先生和阿兰·佩莱先生作为各自工作组的协调员，是规划小组的当然成员（见下文第 426 和第 444 段）。规划小组不限制成员名额，欢迎委员会其他委员参加会议。

C. 起草委员会

5. 委员会在 1993 年 5 月 3 日第 2295 次会议上为“国家责任”专题任命了由主席和下列成员组成的起草委员会：侯赛因·巴哈纳先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、德里克·威廉·鲍韦特先生、卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、古德蒙杜尔·埃里克松先生、彼得·卡巴齐先生、阿兰·佩莱先生、罗伯特·罗森斯托克先生、史久镛先生、阿尔伯特·赛克利先生、弗拉德连·韦列谢京先生和弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生以该专题特别报告员的名义参加会议。

6. 委员会在 1993 年 6 月 16 日第 2308 次会议上为“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题任命了由主席和下列成员组成的起草委员会：侯赛因·巴哈纳先生、卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生、古德蒙杜尔·埃里克松先生、穆罕默德·居内先生、彼得·卡巴齐先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生、罗伯特·罗森斯托克先生、史久镛先生、阿尔伯特·赛克利先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、弗拉德连·韦列谢京先生和弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。胡利奥·巴尔沃萨先生以该专题特别报告员的名义参加会议。

7. 关于“国际水道非航行使用法”专题的起草委员会由同样的成员组成。罗伯特·罗森斯托克先生以该专题特别报告员的名义参加会议。

8. 约翰·德萨拉姆先生以国际法委员会报告员的名义参加起草委员会的工作。

D. 国际刑事法院规约草案工作组

9. 委员会在 1993 年 5 月 17 日第 2298 次会议上，根据大会第 47/33 号决议第 6 段所载请求再次成立了国际刑事司法问题工作组。³工作组由下列成员组成：阿卜杜勒·科罗马先生（主席）、侯赛因·巴哈纳先生、奥恩·哈索内先生、加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、德里克·威廉·鲍韦特先生、卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、约翰·德萨拉姆先生、穆罕默德·居内先生、卡米勒·伊德里斯先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森斯托克先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、弗拉德连·韦列谢京先生、弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生和亚历山大·扬科夫先生。杜杜·锡亚姆先生以“危害人类和平及安全治罪法”专题特别报告员的名义参加会议。所有愿意参加的委员均可自由参加。

E. 秘书处

10. 法律事务厅编纂司代理司长杰奎林·多琪女士担任委员会代理秘书。高等法律干事曼努埃尔·拉马-蒙塔尔多先生担任委员会高级助理秘书，法律干事玛努什·阿桑贾尼女士和协理法律干事维吉尼亚·莫里斯女士担任委员会助理秘书。

F. 议程

11. 委员会在 1993 年 5 月 3 日第 2295 次会议上，通过了第四十五届会议的议程项目如下：

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

³ 委员会在 1993 年 5 月 25 日第 2300 次会议上决定，国际刑事司法问题工作组此后将改称为“国际刑事法院规约草案工作组”。

8. 第四十六届会议的日期和地点

9. 其他事项

12. 委员会审议了所有议程项目。它举行了33次公开会议(第2295至第2327次会议)。此外,委员会的起草委员会举行了37次会议,国际刑事法院规约草案工作组举行了22次会议,委员会扩大主席团举行了3次会议,扩大主席团规划小组举行了2次会议。

G. 委员会第四十五届会议工作情况概述

13. 在“危害人类和平及安全治罪法草案”专题(见第二章)⁴的范围内,委员会审议了特别报告员杜杜·锡亚姆先生讨论国际刑事法院问题的第十一次报告(A/CN.4/449和Corr.1)⁵和国际刑事法院规约草案工作组的报告(A/CN.4/L.490和Add.1)。⁶

14. 特别报告员的第十一次报告载述国际刑事法院规约草案,一共有37条,分为三编。第一编为法院的建立,第二编为组织和职能,第三编为程序。上述工作组报告载有国际刑事法院规约草案的67条案文及其评注,分为七编:第一编载述法院的建立和组成(第1至第21条);第二编载述管辖权和适用的法律(第22至第28条);第三编载述调查和提起公诉(第29至第35条);第四编载述审判(第36至第54条);第五编载述上诉和复审(第55至第57条);第六编载述国际合作和司法协助(第58至第64条);第七编载述执行和判决(第65至第67条)。委员会审议了工作组的报告,认为这里所载列的条款草案为大会第四十八届会议对它们的审议提供了基础。这些条款草案载于本报告附件中。

15. 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(见第三章),⁷委员会审议了特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生的第九次报告(A/CN.4/450)。⁸该报告载述了预防跨界损害的义务,一共有11条案文,即:第11条(事前核准)、第12条(跨界影响评估)、第13条(先前存在的活动)、第14条(活动的进行)、第15条(通知和资料)、第16条(交换资料)、第17条(国家安全和工业机密)、第18条(事先协商)、第19条(假定之受影响国的权利)、第20条(利益均衡所涉及的因素)和第20条之二(危险或损害不可转移)。委员会在结束对该报告的审议时将第11条至第20条之二,连同委员会在1990年第四十二届会议上审议过的第10条(不歧视),提交起草委员会。委员会收到起草委员会的一份报告(A/CN.4/L.487),其中载有它在同届会议上一读通过的各条的案文和标题:第1条(本条款的范围)、第2条(用语)、第11条(事前核准)、第12条(风险评估)和第14条(尽量减少风险的措施)。委员会注意到该报告,决定在它向下届会议提交评注之前暂不采取有关行动。

16. 关于“国家责任”专题(见第四章),⁹委员会收到了特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生的第五次报告(A/CN.4/453和Add.1-3)。¹⁰第五次报告第一章的标题是“国家责任条款草案第三部分:争端解决程序”。其中载有六条草案,即第1条(调解)、第2条(调解委员会的任务)、第3条(仲裁)、第4条(仲裁法庭的职权范围)、第5条(司法解决)、第6条(越权或违反仲裁程序的基本原则)及其附件。委员会在结束审议该报告这一章时议定将第1至第6条及其附件提交起草委员会。第五次报告第二章的标题是:“所谓国家的‘国际’罪行的后果(条款草案第一部分第19条)”。特别报告员提交以后,由于时间不够,没有得到审议。

⁴ 在1993年5月17日至28日之间、6月4日以及7月21日和22日举行的第2298至2301、2303、2325以及第2326次全体会议上审议了该专题。

⁵ 见《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁶ 委员会在1993年7月21日第2325次会议上注意到国际刑事法院规约草案工作组的报告,并一致认为,报告全文应作为委员会提交给大会关于其第四十五届会议工作情况的报告的附件。

⁷ 在1993年5月25日、6月1日至11日期间、以及7月13日举行的第2300、2302至2306以及第2318次全体会议上审议了该专题。

⁸ 见《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁹ 在1993年6月10日至22日期间、6月30日至7月6日期间以及7月13日举行的第2305至2310次、2314至2316次以及第2318次全体会议上审议了该专题。

¹⁰ 见《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

17. 此外,委员会审议了在第四十四届会议上收到的起草委员会报告,"其中含有上一届会议通过的、由于没有提交评注而推迟采取有关行动的条文。它通过了草案第二部分第1条的第2款新案文以及第6条(停止不法行为)、第6条之二(赔偿)、第7条(恢复原状)、第8条(补偿)、第10条(抵偿)和第10条之二(承诺并保证不重复)。

18. 委员会还收到了起草委员会另一份报告,其中含有它在本届会议上一读通过的各条的案文和标题:第11条(受害国的反措施)、第12条(采取反措施的条件)、第13条(相称)和第14条(禁止采取的反措施)(A/CN.4/L.480和Add.1)。委员会注意到起草委员会的建议,决定在它向下届会议提交评注之前暂不采取有关行动。

19. 关于“国际水道非航行使用法”专题(见第五章),“委员会审议了特别报告员罗伯特·罗

¹¹ 见A/CN.4/L.472:文件内容见《1992年……年鉴》,第一卷,第2288次会议,第5段。

¹² 在1993年6月18日、6月24至30日期间、以及7月6日和19日举行的第2309、2311至2314、2316以及第2322次全体会议上审议了该专题。

森斯托克先生提交的初次报告(A/CN.4/451),其中载有委员会1991年第四十三届会议一读通过的条款草案的头十条案文。”委员会议定将这十条案文提交起草委员会,供起草委员会参讨论情况审议这些案文。委员会收到起草委员会另一份报告(A/CN.4/L.489),其中含有起草委员会二读通过的以下各条的案文和标题:第1条(本条款的范围)、第2条(用语)、第3条(水道协定)、第4条(水道协定的当事国)、第5条(公平合理的利用和参与)、第6条(与公平合理利用有关的因素)、第8条(一般合作义务)、第9条(定期交换数据和资料)和第10条(各种使用之间的关系)。委员会注意到该报告,并议定在它向下届会议提交评注之前暂不采取有关行动。

20. 扩大主席团规划小组和扩大主席团本身讨论了有关委员会的方案、程序和工作方法的事项及其文件编制事宜。委员会的有关决定载于本报告第六章。第六章也讨论了与其他机构合作以及一些行政事项和其他事项。

¹³ 见《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第69-70页。

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

A. 导言

21. 大会 1947 年 11 月 21 日第 177 (II) 号决议指示委员会: (a) 编订纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则, (b) 拟具危害人类和平及安全治罪法草案, 明示上列 (a) 段所称原则应具有的地位。委员会 1949 年第一届会议任命让·斯皮罗普洛斯先生为特别报告员。

22. 在特别报告员报告的基础上, 委员会 1950 年第二届会议通过了拟订的纽伦堡法庭组织法及法庭判决书¹⁴所确认的国际法原则, 并连同评注提交大会; 随后, 委员会 1954 年第六届会议通过了危害人类和平及安全治罪法草案¹⁵并将草案及其评注提交大会。¹⁶

23. 大会 1954 年 12 月 4 日第 897 (IX) 号决议考虑到, 委员会拟订的危害人类和平及安全治罪法草案提出了与侵略定义问题密切相关的问题, 并鉴于大会已委托一个特别委员会编写关于侵略定义草案的报告, 因此决定在特别委员会提交报告之前推迟审议治罪法草案。

24. 按照特别委员会的建议, 大会达成了协商一致意见, 在 1974 年 12 月 14 日第 3314 (XXIX) 号决议中通过了侵略定义。

25. 大会在第 36/106 号决议中请委员会恢复工作, 以拟订危害人类和平及安全治罪法草案, 并以必要的优先次序加以审查, 以便进行复核,

同时适当考虑到国际法逐步发展过程中所取得的成果。¹⁷

26. 委员会在 1982 年第三十四届会议上任命杜杜·锡亚姆先生为该专题的特别报告员。¹⁸ 委员会从 1983 年第三十五届会议到 1992 年第四十四届会议期间共收到特别报告员 10 次报告。¹⁹

27. 委员会在 1991 年第四十三届会议上一读暂时通过了危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案。²⁰ 在同届会议上, 委员会决定按照其章程第 16 和第 21 条通过秘书长将条款草案送交各国政府征求评论和意见, 要求它们在 1993 年 1 月 1 日前将这种评论和意见提交秘书长。²¹ 委员会也注

¹⁷ 随后, 大会第 42/151 号决议核准了国际法委员会的建议, 将专题的英文标题改为: “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”。

¹⁸ 关于讨论本专题历史背景的详细情况, 见《1983 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 26-41 段。

¹⁹ 这些报告见下列文件:

第一次报告: 《1983 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 137 页, A/CN.4/364 号文件;

第二次报告: 《1984 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 89 页, A/CN.4/377 号文件;

第三次报告: 《1985 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 63 页, A/CN.4/387 号文件;

第四次报告: 《1986 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 53 页, A/CN.4/398 号文件;

第五次报告《1987 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 1 页, A/CN.4/404 号文件;

第六次报告: 《1988 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 197 页, A/CN.4/411 号文件;

第七次报告: 《1989 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 81 页, A/CN.4/419 和 Add.1 号文件;

第八次报告: 《1990 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 27 页, A/CN.4/430 和 Add.1 号文件;

第九次报告: 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 43 页, A/CN.4/435 和 Add.1 号文件;

第十次报告: 《1992 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/442 号文件。

²⁰ 案文见《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 98-102 页。

²¹ 同上, 第 174 段。

¹⁴ 下文称《纽伦堡原则》(《1950 年……年鉴》, 第二卷, 第 374-378 页, A/1316 号文件, 第 95-127 段)。

¹⁵ 《1954 年……年鉴》, 第二卷, 第 150-152 页, A/2693 号文件, 第 49-54 段。

¹⁶ 1954 年草案及《纽伦堡原则》分别见《1985 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)的第 18 和第 45 段。

意到它一读完成的草案构成委员会关于危害人类和平及安全治罪法草案专题工作的第一部分；委员会将继续在往后各届会议上履行大会第 45/41 号决议第 3 段中指定给它的任务：请委员会在其关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作中进一步审议并且分析在其报告中关于国际刑事管辖专题所提出的各项问题，包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的可能性。²²委员会还进一步指出，委员会已开始履行职责，该专题的这方面工作已在第四十三届会议报告中有所提及。²³

28. 大会在第 46/54 号决议中请国际法委员会：

“……在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内进一步审议和分析在关于其第四十二届会议(1990)工作的报告²⁴中提出的涉及国际刑事管辖问题方面的各项问题，包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议，以便大会能就此事项提供指导。”

29. 委员会在 1992 年第四十四届会议上收到了特别报告员关于该专题的第十次报告。这份报告通篇论述了是否可能建立国际刑事管辖权问题。在讨论了特别报告员的第十次报告后，委员会决定设立一个工作组负责进一步审议和分析委员会 1990 年第四十二届会议工作报告中有关国际刑事管辖问题，包括设立国际法院或其他国际刑事审判机制的建议。在审议和分析中，工作组考虑到了特别报告员在其第九次报告第二部分和第十次报告中提出的问题，以及委员会历届会议讨论中提出的问题。关于它将在其职责范围内审议和分析的各种问题，工作组还将起草具体建议。²⁵

30. 工作组在同届会议上起草了一份报告，详细载述了审议并分析涉及拟议建立国际刑事管辖的一些问题的详尽情况及其讨论和具体建议的摘要，并附有关于国际刑事法院诉讼/申诉机制

的一些建议的附录。²⁶工作组一致认同的基本立场构成了其报告的基础。工作组的基本立场是：国际刑事法院应当由缔约国所共同确认的规约所设立；至少在其运行的第一阶段，它只应对私人行使管辖权；它的管辖权应限于规定的现行国际条约所确定的具有国际性质的罪行，包括危害人类和平及安全治罪法草案在通过和生效时确定的罪行，但不局限于该条约确定的罪行；国家应能够成为规约的缔约国，而不一定据此而成为治罪法的缔约国；缔约国（以及其他国家在一定条件下）可诉诸于这一法院；至少在第一阶段，不应具有强制性管辖权，也不应为一个常设的专职机构；其规约应确立一种必要时随时可以运作的法律机制；而无论法院或其他机制的具体结构如何，它必须保证正当的法律程序、程序上的独立和公正无私。²⁷

31. 委员会还在同一届会议上指出，在审议了特别报告员关于“危害人类和平及安全治罪法草案”专题的第九次和第十次报告及工作组的报告后，委员会结束了 1989 年大会委托它的分析“建立国际刑事法院或其他国际审判机制问题”的任务；²⁸按工作组报告所建议的办法而设立的结构可能是一种可行的制度；今后在这个问题上进行工作需要大会重新授权起草规约；现在大会应决定委员会是否应承担和在什么基础上承担国际刑事管辖这一项目。²⁹

32. 联合国大会在 1992 年 11 月 25 日通过了第 47/33 号决议，决议第 4、5 和 6 段的内容是：

“[大会，]

……

“4. 赞赏地注意到题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’的国际法委员会报告第二章，该章专门讨论可能建立国际刑事管辖问题；

²² 同上，第 175 段。

²³ 同上，第 89-97 页，第 106-165 段。

²⁴ 《1990 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 93-157 段。

²⁵ 《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 18 页，A/47/10 号文件，第 98 段。

²⁶ 同上，第 99 段和附件。

²⁷ 同上，第 11 段和附件第 4 段。

²⁸ 见《1990 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 93-157 段，尤见第 100 段。

²⁹ 分别见《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 7 和 19 页，A/47/10 号文件，第 11 和 104 段。

“5. 请各国如有可能在国际法委员会第四十五届会议以前向秘书长提交对国际刑事管辖问题工作组报告的书面评论;

“6. 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定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。”

B. 本届会议审议这个专题的情况

33. 委员会本届会议收到了特别报告员关于本专题的第十一次报告 (A/CN.4/449)。委员会还收到了各国政府就国际法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而提交的评论和意见 (A/CN.4/448 和 Add.1)³⁰以及各国政府依照大会第 47/33 号决议第 5 段中所载的请求而就国际刑事管辖问题工作组报告提交的意见 (A/CN.4/452 和 Add.1-3)。³¹

1. 特别报告员的第十一次报告

34. 委员会在其 1993 年 5 月 17 日至 28 日举行的第 2298 次至 2301 次会议上审议了特别报告员的第十一次报告。

(a) 特别报告员介绍第十一次报告

35. 特别报告员的第十一次报告整篇论述了国际刑事法院规约草案问题。他在其第十一次报告的导言中和在其向委员会提出报告时指出, 在其前三次报告³²中, 他已经研究了是否可能建立国际刑事管辖的问题。在该阶段, 目的不是提出一个国际刑事法院规约草案, 而是在委员会中针对同建立这样一个法院有关的非常重要的问题进行全面讨论, 通过辩论为特别报告员拟定规约草案提供必要的指导原则。

36. 特别报告员指出, 他参照委员会 (根据国际刑事管辖权工作组的建议)³³所作的决定和大会第 47/33 号决议中的决定, 编写了这份报告。拟订国际刑事法院规约的工作需要在倾向采取的工作方式、案文编写的细节等一系列事项上, 折衷处理若干问题上的歧见。他以含有解释性意见的初步规约草案的形式, 向委员会本届会议提出工作计划。依据该项计划, 由于大会已经作了必要的决定, 拟订国际刑事法院规约条款的工作终于可以开始进行了。他希望报告能够引起对一些困难问题的审议, 并以务实的方式作出决定。其中有些问题具有相当的法律和政治敏感性。委员会必须圆满解决这些问题, 只有这样, 才能顺利就建立国际刑事法院问题争取世界各国尽可能广泛的支持。撇开他本人对一些具体事项的观点, 他依然希望委员会能够从这一角度着手审议他的报告。

37. 第十一次报告所载的规约草案包括 37 个条款, 分为三个部分。关于建立法院问题的第一部分论述以下各方面: (1) 法院的建立; (2) 法院是联合国的司法机关; (3) 法院所在地; (4) 适用的法律; (5) 法院的管辖权; (6) 关于管辖权的争端; (7) 司法保障。关于组织和运作问题的第二部分论述以下各方面: (8) 法院管辖的长久性; (9) 院长和书记官长的官邸; (10) 议事规则; (11) 要求的资历; (12) 任命法官; (13) 选举院长和副院长; (14) 任命书记官长; (15) 分庭的组成; (16) 与其它职责的兼容性; (17) 免除职务; (18) 外交豁免; (19) 职位空缺; (20) 宣誓; (21) 津贴、报酬和工资; (22) 法院的预算。关于诉讼程序问题的第三部分论述以下各方面: (23) 法院对案件的受理; (24) 参与诉讼; (25) 起诉; (26) 调查; (27) 缺席审判的不得承认性; (28) 将被告送交法院; (29) 诉讼的撤销; (30) 还押; (31) 审讯; (32) 审讯记录; (33) 判决; (34) 刑罚; (35) 救济方法; (36) 刑罚的执行; (37) 赦免权和有条件释放。

38. 特别报告员说, 他的报告并不意图为这一十分复杂的问题提供最后解决办法, 而是提出

³⁰ 同上, 见第 27 段。

³¹ 同上, 见第 29-30 段。

³² 见上文脚注 19。

³³ 见上文脚注 29。

一项涉及法院规约各个方面问题的工作计划。该项计划大体兼顾了委员会的精神和方法。委员会的愿望是建立一个结构灵活应变,非常设性质,且费用不高的机构。

39. 他的草案的一个基本出发点是,法院应成为联合国的一个机关。他很难想象,联合国通过决议要求委员会拟定刑事法院规约,而此法院会不是联合国的机关。

40. 就适用的法律而言,特别报告员说,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议。因此,拟议成立的法院将只审理这些法律文书中所规定的罪行。这一问题在委员会中引起了长时间的争论,但主流意见(报告员认为也是现实的意见)认为,适用的法律应当只限于国际公约和协议。然而,有些成员认为,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根据。因此,特别报告员在他提出的规约草案中,将这些意见放在括号中,使工作组能审议这一问题。特别报告员认为,与此同时亦不能忽略案例法,因为很难设想可以制止某法院采用其本身的案例法。

41. 特别报告员说,在规约草案中,法院的管辖权不是专有的,而是共同的,因为每个国家均能自行审理案件或将被告转交法院。这种选择似乎得到委员会多数委员的支持。另外,这种管辖权取决于两个国家(犯罪地点所在国和被指控的犯罪者经认定为其国民的国家)的同意。他认为,与此同时不妨考虑需要得到其他国家同意的可能性。³⁴

42. 另外,在规约草案中,法院基于属人理由的管辖只限于对个人。换言之,法院既不能审判国际组织,也不能审判国家。

43. 就基于属物理由的管辖而言,特别报告员希望能从委员会委员提供的资料中得到大量参考。这一困难而微妙的问题已经争论了很长时

间,但还没有解决办法。至今没有就哪些罪行构成这种管辖的主体达成一致意见。为此,在治罪法拟订之前,他在规约草案中提议的一种解决办法是通过缔约国之间的特别协定或通过个别接受的方式确立法院对诉讼事项的管辖,这种做法的好处是可以随时履行。

44. 关于法院的组织和职能,特别报告员说,在建立灵活应变、非常设性且费用不高的结构方面的考虑对规约草案中所提出的解决办法产生了某些影响(见上文第38段)。

45. 例如,在法院本身的结构方面,有两个因素必须调和:法院作为一个机构必须是常设性的,但其工作却不应是专职性的。至于法院的实际组成,和一般国际组织的做法不一样,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的名单。他们的工作将不是专职性的。

46. 至于负责审判某一具体案件的法庭的组成,缔约国任命的所有法官不宜同时在这一法庭办案。因此,特别报告员提议法庭由九名法官组成,但人数可多可少。一旦有案件提交法院,将由法院院长从联合国秘书长排列的名单中选定法官。在选择法官时,院长要考虑到某些标准以保证法庭组成的客观性。例如,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。法院院长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。

47. 特别报告员还指出,法院机关工作的非专职性可能会带来一些问题,特别是法官的津贴问题,以及法官在国际法院中的职责与法院外的其他职责之间的兼容性问题。

48. 同样,出于灵活性和节省的考虑,特别报告员缩短了规约草案,没有列入通常在刑事管辖机构中所见到的所有机关。因此,该法院没有和审判机关分开工作的调查机关,因为所有调查机关都是常设性的。正是出于这一原因,规约草案提出了一种往往是在审讯期间由法院本身,即由审判机关进行调查的制度。与此类似,就起诉而言,规约草案没有提出成立以一名检察官为

³⁴ 可参见 1953 年国际刑事管辖问题委员会在其编写的规约草案第 27 条中所采取的解决办法(《大会正式纪录,第九届会议,补编第 12 号》)(A/2645,附件)。

首、辅之以这种机关的工作所需全部人马的一个部门。取而代之的是更灵活的解决办法，即由申诉国来审理。不过，同时还提出了一种可能的办法，即成立以一名总检察官为首的检察机关。

49. 特别报告员称诉讼程序将由几个阶段组成，包括向法院提交案件、调查和审判阶段。他补充说，有两种调查制度：一种是法官审问式诉讼制度，按照这种制度，调查由预审法官一人负责，他有很大权力，调查完全秘密进行；另一种是当事人交锋的诉讼制度，按照这种制度，调查由法院本身公开进行。特别报告员在规约草案中建议采用对抗制。但这并不意味着，如果情况需要或案件复杂，法院不能成立一个调查委员会。但是，一般说来，调查程序应当由审判庭进行。

50. 关于在被告未能自愿出庭的情况下确保被告出庭的问题，规约草案规定了一项在缔约国之间实行的简化规则，即只要法院提出要求，就应当将被告提交法院，但也有一些保留，也就是说必须尊重某些原则。另一方面，在非规约缔约国间或缔约国和非缔约国间，如果被告未能自愿出庭，则只有引渡程序才能保证被告的出庭。由于法院在未经承认有这种权力时不能缔结引渡协议，打算将案件提交法院审理的缔约国有责任将被告引渡到其领土上，然后将其交给法院。

51. 关于适用的处罚，特别报告员说，一般而言，刑法和刑事管辖根据国家法律属于不同的文书范畴。他补充说，以前的规约草案的起草人认为不宜起草单独的文书，或时机还没成熟。处罚是由法院规约草案规定的，而且一般由法院实施它认为适当的刑罚，而不必依照任何法典。但是，在目前所审议的规约草案中，特别报告员建议，由于在当前情况下没有国际治罪法，因此有必要依照被指称的犯罪者国家的法律，或者起诉的国家即受害者所在国的法律，不过也可依照犯罪地点所在国的法律。

(b) 辩论纪要

(一) 一般性意见

52. 委员们对特别报告员认真细致的工作表示满意和赞赏。特别报告员在经过几年的初步探

讨性工作以后，终于拟订了一份国际刑事法院的规约草案。委员会需以务实精神、现实主义和灵活态度展开工作。

53. 好几位委员对工作方向提出了一般性的和初步的评论，强调在法院的组成和管辖权、适用的法律、调查、证据的研判和法院的程序方面，其中包括刑罚的执行方面，规约草案应为以法律至上原则为依据的公正司法机构奠定基础并提供法律保障，同时尽可能脱离政治考虑。脱离政治考虑尤其重要，因为提交法院的案件多半带有政治性质。在这一点上，有委员说，法院成员的品德、独立和称职才是最重要的因素。

(二) 法院的性质

54. 同委员会前几届会议一样，这次又有委员指出，国际刑事法院应是常设机关还是特设机构是需加以进一步审议的事项。

55. 一些委员反对采用特设法院形式。第一条理由是，针对某种特定情况而建立的法院的成员可能受到这种情况本身的影响，因而可能不遵守客观性和公正性规则。此外，特设或“特别”刑事法院基本上是专制政权使用的工具。如果国际社会设立这种法院，就可能开创一种错误的先例，损害人权和法治。

56. 第二条理由是，特设法院不足以起到威慑防范作用，因为在任何情况下，那怕是建立一个短暂设立的法院，也需要一些时间。而且，大会和安全理事会明确宣布有意调查在特定情况下犯下的罪行，这本身就是一种威慑。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。

57. 另一些委员指出，在某些情况下，需要作出迅速和有效的反应，因而过去就曾据设立特设法庭。在这方面，有委员说，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，结果很可能会无法满足任何需要。

58. 一些委员认为，委员会按照大会第47/33号决议第6段授权起草规约的这一法院应是常设机构。在这方面，有委员担心，就法院的

管辖权和组成问题寻求过分灵活的解决办法,很可能最后导致建立特设法院这一难以令人接受的结果。另一些委员认为,在当前,特别是在还无法肯定常设国际刑事法院是否有可能得到充分利用,使其所需资金有充分依据之前,设想设立一个并非一直开庭的法院,要比设想设立一个常设法院更为现实。

(三) 法院建立的方式

59. 一些委员认为,考虑到刑事法律的一般原则和《联合国宪章》给安全理事会规定的职责,应当由联合国主持制定一项多边公约来建立国际刑事法院,而不应通过安全理事会的决定来建立。然而,另一些委员强调,按照《宪章》所规定的职责,安全理事会有权采取必要的步骤,对所认定的需要作出适当反应。

(四) 与联合国的关系

60. 委员会认识到法院与联合国应保持什么关系是个具有根本重要性的问题。一种意见是,出于若干十分实际的理由,法院应是联合国的一个机关。有委员说这种形式可明确表明个人接受应对国际社会承担刑事责任的原则,赋予该法院以必要的权力,为普遍承认其管辖权铺平道路,并保证法院为了普遍的利益行使职责。有委员说,如果要使法院成为联合国的一个机关,法院的建立或者需要修改《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》第二十二條或第二十九條)。该委员认为,通过这两个机构的类似决议联合设立法院是适当的解决办法,根据《宪章》第十条和第二十四条的规定,在此方面没有任何障碍。

61. 一些委员不同意这样做,委员会在其前一届会议上已经拒绝了这样的办法。在这方面,有委员说,根据大会或安全理事会通过的一项决议设立作为大会或安全理事会司法机关的国际刑事法院是不可能的,因为《宪章》没有赋予这两个机构这样的权力。这些委员认为,法院应是通过国际条约建立起来的实体,在地位上与联合国分开,然后按照适当协定,与联合国维持密切的合作关系。有委员说,这种做法可以避免是否需要修改《宪章》的问题。另有委员说,哪怕只是

为了避免是否需要修改《宪章》这类十分困难的问题,显然也有必要采取这种做法(即经由国家间条约建立法院,并按协议使法院与联合国之间保持最密切的合作)。

(五) 法院适用的法律

62. 特别报告员提请注意在他看来委员会已形成的一致意见,即法院应适用与其管辖范围内的罪行有关的国际公约和协定。他认为这是委员会在此方面唯一已有共识之处。

63. 一些委员认为,委员会应扩大适用法律渊源,使之包括一般法律和习惯的原则。在这方面有人也提到了国内法,并且提到1992年工作组报告³⁵曾提及国际组织,特别是联合国的机关所制定的法律。一委员提问:就法院适用的实质性法律而言,由规约直接界定为了本规约的目的哪些罪行是国际罪行,而不是通过一项关于适用法律的规定来处理此事,不是更好吗?会上认为,法院适用的法律包括:确定哪些行为构成有关国际罪行的实质性法律;法院在进行诉讼时须遵守的证据及程序规则;法院在判处刑罚时需考虑的国家法律。

(六) 管辖权

64. 关于法院属人管辖权问题,委员会会议定,法院的管辖权仅适用于个人。

65. 关于属人管辖权问题,特别报告员在规约草案中提议,在就管辖范围内的罪行通过一项法律之前,属法院管辖范围内的罪行应通过缔约国之间的特别条约或通过一国的单方文书加以界定。根据此项提议,条约或单方面文书将决定并明确界定一国或多国承认法院具有管辖权的罪行。

66. 一些委员赞成法院的管辖权须获得接受这一原则,但也强调有必要补充一项规定,承认法院根据先前已经存在的多边公约,比如1948年的《预防和惩治灭绝种族罪公约》和《禁止和

³⁵ 《1992年……年鉴》,第二卷(第二部分),A/47/10号文件,附件。

惩治种族隔离罪行国际公约》，已拥有管辖权。这些文书都规定国际法院在公约适用问题的争议上拥有管辖权。

67. 另一些委员在这方面表示了保留意见。有委员说，各国通过特别条约或通过单方面的文书列出哪些罪行属于法院的管辖范围之内，是难以令人接受的。法院的管辖权应明确界定，而不应取决于某个国家是否接受它。

68. 关于法院必须征得有关国家的同意才能够审判某一被告的问题，特别报告员在其规约草案中提议，法院有管辖权来审判任何个人，条件是只要该人的原籍国及罪行发生地国同意法院的管辖。一些委员强调属地性原则是最通用的规则，应加以采用，因为被告属其国民的国家予以同意只是一项补充规则，应仅在某些情况下适用。

69. 另一些委员质疑整项建议。他们认为，假如只有在该个人是其国民的国家和罪行发生地所属国接受法院的管辖权的情况下，法院才可审判案件，那么，法院的效能将明显降低；如果其中任何一个国家拒不同意法院的管辖权，法院就无法采取任何行动。这些委员认为，对罪行提出控诉的国家能表示愿意将所指控的罪犯交给法院就足够了，然后应由法院自行决定是否提起诉讼。

(七) 法官的任命

70. 特别报告员在其规约草案中提议，法院规约的每个缔约国应任命符合某些条件的一名法官，联合国秘书长应将各国任命的法官依字母顺序编成名单，有人对此项建议持保留态度。持保留态度的委员认为，这种方式对于常设仲裁法庭这样的机构或许有道理，但不适用于国际刑事法院。刑事法院的法官手中掌握着个人的荣誉、名声和自由，会受到各种各样的压力和威胁。因此，这些委员反对一方面规定国际刑事法院的法官由各国政府任命，完全不必经过任何公正的国际选举过程，另一方面在法院不开庭时让法官回本国的住地而无任何安全保障。他们反对建立这样的司法制度。

71. 一些委员赞成法官由联合国大会选出。他们认为，这种方式有助于法官的独立性和公正性，同时加强了联合国与法院的联系。

(八) 法院的结构

72. 鉴于第十一次报告中的建议，委员们提出了若干问题和意见：法院是否应由审判庭组成，其职责、数量和组成如何；是否应设立由院长和副院长组成、担负全面监督职责的院长会议；起诉机关是否应成为法院整体结构的一部分；是否应设立一个负责行政事务的书记处。

73. 至于法院的所在地，委员会注意到特别报告员认为此问题基本上是一个政治问题，应由第六委员会加以讨论，并向大会提出建议。尽管对此意见没有人反对，但有委员说，规约应该规定，除法院所在地外，还可以在外地开庭。该委员提出了如下问题：如果法院不得不审判法院所在地国的一位国民，这种近在咫尺的地理位置是否会干扰审判？

(九) 向法院提交案件

74. 特别报告员在报告中提议，任何国家，无论是否本规约的缔约国，如有申诉，均应将案件提交法院；在此问题上，有委员说，委员会将要通过的向法院提交案件的办法会影响起诉程序：如果由国家进行起诉，按特别报告员的建议由国家向法院提交案件是合乎逻辑的；但另一方面，如果由法院的一个机构或一个起诉部门进行起诉，则应允许国家以外的其他申诉者有权提交案件，其中包括国际组织，甚至还可能包括某些人道主义性质的非政府组织。会上建议，联合国，特别是安全理事会和大会应有权向法院提交案件。

(十) 起诉机关

75. 关于此问题，特别报告员在其规约草案里提出了两个备选方案：一、向法院提出申诉的国家（即向法院提交案件的国家）也担负审理的责任；二、审理由独立于申诉国和法院的审理机关负责。

76. 委员们一般赞同第二种方案。在这方面, 委员们提到了法院中立和公正的原则, 强调起诉和判决之间有一道“过滤网”的重要性。这些委员认为, 为使法院在不受干扰的情况下正常发挥适当的职能, 设立一个代表国际社会的、相当独立的并超越任何政治因素考虑的起诉机关是至关重要的。

(十一) 调查

77. 特别报告员在规约草案中提议, 如果法院认为申诉是可以受理的, 即应传唤被告到法院, 经听取被告陈述和审查证据之后, 决定是否进行调查。

78. 有委员说, 与其请整个法院决定是否可以受理一项申诉, 不如请院长会议作出这样的决定。该委员还询问, 是否进行调查的问题应由哪个机关或个人决定。

(十二) 将被告送交法院

79. 规约草案规定, 如法院提出要求, 规约的每个缔约国, 均须向法院递解因犯有法院管辖范围内的罪行而被提出诉讼的任何人; 同时该国须确保诉讼如不是出于政治、种族、社会、文化或宗教原因提出的, 被告不享受起诉豁免; 递解行动不违反“一事不再理”原则。

80. 有委员说, 特别报告员的建议没有考虑到被告逃离申诉国领土的情况以及被告所在地国不是规约缔约国的情况。该委员提议, 在这样的情况下, 规约应规定法院有权要求安全理事会递解被告。

81. 另有一些委员对如下情况表示疑虑: 被要求递解被告的国家可能会声称法院的决定是依据政治、种族、社会、文化或宗教原因而作出的。该委员还提请注意引渡条约可能造成法律障碍。

(十三) 审判过程

82. 会上普遍一致认为, 规约应确保按照适用的规则进行公平和公正的审判, 同时适当考虑

到被告的权利和《公民权利和政治权利国际公约》等国际公约所规定的必要司法保障。特别报告员强调了审判公开和被告出庭受审的重要性, 不过他认为需对被告可能通过故意缺席而避免法院的审判作出相应规定。

83. 对于最后一点, 有委员说, 如果不准许缺席审判, 被告还是可以躲进未加入法院规约的国家, 便可逃避诉讼了。该国可以不采取任何行动, 容许被告离开, 前往一个与之友好的国家, 这样它就不须引渡或审判被告了。在试图审判国家政治领袖时, 这是尤其令人担心的情况。但同时, 缺席审判倒意味着被告头上悬着一把达摩克利斯剑, 他随时可能被捕。该委员还说, 鉴于法院所享有的道义和法律权威, 能够缺席审判也就意味着能够作出至少具有政治影响力的决定, 并且能够使世界舆论注意到原先只是一知半解的事实。该委员还指出, 为了避免与某些国际文书, 特别是《公民权利和政治权利国际公约》的规定发生冲突, 如果被告事后同意出庭, 则判决可当着被告的面审查, 并酌情得到确定或否决, 因此应考虑不自动实行所判刑罚的可能性。

(十四) 刑罚

84. 特别报告员在报告中指出, 特别考虑到法无明文不罚的原则, 在国际刑法没有规定刑罚的情况下, 在刑罚问题上, 规约有必要规定国际法院应参照适当的国内法, 例如被告原籍国的国内法或犯罪发生地国的法律。

85. 一些委员强调指出, 在此方面有必要参照国内法, 因为可参照的国际文书均无有关刑罚的规定。有委员特别提请注意属地原则, 例如法院适用罪行发生地国的刑法所规定的刑罚。在此方面, 有委员指出, 如果一国听由国际法院对在其境内对犯罪者进行审判, 这种管辖权的移交也就连带着该国的刑法规定和刑罚所适用的规则的移交。会上还指出, 属地原则的标准能避免所谓的“单独点菜式”惩罚, 比如有好几个人被指控在同一国境内犯下了同一罪行, 而法院决定适用被告各自所属国家的刑法所规定的刑罚。而有人进一步认为, 在刑罚问题上参照国内法律, 不符合法院的国际性质。关于特别报告员提出的排除死刑的建议, 委员们表达了各种不同的意见。

(十五) 复审和上诉

86. 特别报告员指出, 他在报告中提出了两种备选条款: (a) 仅复审, 例如事后发现了对于案件具有决定性重要意义, 但在裁决前不了解的事实, (b) 复审加之上诉。

87. 有委员指出, 人权法规的一项原则是, 随时随地均应当能够对法院的裁决提出上诉。因此, 只有复审是不够的。另一方面, 还有意见认为, 由于法院具有很高水准, 并由于审判必然是在众多的国际观察员的面前进行的, 而且国际传播媒介会详细报道有关情况, 单有复审就可以提供足够的保证。另有意见认为, 补救问题和法院的管辖权问题是密切相关的, 应该放在一起处理。

(十六) 予以赦免和有条件释放的权力

88. 特别报告员在规约草案中提出, 应当由负责执行判决的国家在与其他有关国家协商以后行使有关的权力。有委员指出, 该项建议的措词没有明确指出负责执行判决的国家是可以自行给予赦免和有条件释放, 还是必须遵循与其他有关国家的协商意见。

89. 特别报告员在对其第十一次报告的讨论结束时指出, 大家普遍同意需要规定法院和联合国之间的关系。他指出, 在行政职能方面, 法院将需要联合国的后勤支助, 除此之外, 法院将对与联合国直接有关的问题, 如战争罪和危害和平及人类安全罪具有管辖权, 并应考虑到《联合国宪章》和安理会的决议。至于适用的法律, 特别报告员指出, 在委员会上届会议中, 工作组得出结论认为, 适用的法律应当只限于协定和公约。但如同他在早先报告明确指出的那样, 他不同意这种观点。有些问题尚未成熟, 因此有必要借助于国内法。例如, 尚未能就刑罚问题作出适当规定, 这类规定由于不同国家和所涉概念的不同, 存在的区别就很大。如果法院要遵守法无明文不罚的原则, 那么它在遇到法律真空时, 就必须援引国家的国内法。

90. 关于法院对审判被告拥有管辖权时必须征得单独国家同意的问题, 特别报告员说, 在委

员会中有意见分歧。他认为, 设立法院不能不考虑到国家及其管辖权的存在。由于法院只有在各国的同意下才能发挥作用, 因此必须取得某种形式的妥协。管辖权可能有赖于被告所在地国家的同意, 因为如果没有这种同意, 法院就不得不经常进行缺席审判。

91. 关于法院的组成问题, 特别报告员对法官应当经由选举还是任命产生的问题并无特别强烈的意见, 但认为他们应得到某些保障, 例如, 他们不能因为所作的判决而被免职或受到制裁。

92. 关于起诉, 特别报告员指出, 他曾提出一个案文, 其中规定, 应由申诉国, 而不是总检察官负责提起诉讼。他提出这一案文是因为经验表明, 即便是在由总检察官负责起诉的法院, 申诉人也参与诉讼、进行申辩并提出支持控告的证据。

93. 关于调查程序, 特别报告员曾提议由法院本身在审讯时进行司法调查。如果案件特别复杂, 法院可以指定一个由其成员组成的委员会进行调查。他不反对设立一个调查机构, 尽管这样一个机构不宜采取工作组 1992 年提出的小而灵活的结构。他认为, 预审法官制度不能令人满意, 因为它有对个人自由作出任意决定的危险。如果调查要尊重人权, 就必须尽量限制预审法官的权力, 同时需要作出另一种安排, 以保证法官不是按照自己的情绪, 而是按照法律作出决定。因此, 特别报告员认为, 调查不应当闭门进行, 而应当通过公开审讯进行。

94. 关于将被告递解法院的问题, 特别报告员解释说, 在有关条款草案中规定被要求的国家必须确保“被告不享有起诉豁免权”, 只是引用了工作组的一项结论而已。

95. 关于救济办法, 特别报告员注意到, 复审的观点在讨论过程中得到普遍接受, 而委员会中也没有委员绝对反对上诉。

2. 设立国际刑事法院规约草案工作组

96. 委员会 1993 年 5 月 17 日第 2298 次会议决定重组它在上届会议上设立的工作组。在 1993

年5月25日的第2300会议上,委员会决定,该工作组的名称今后应改为“国际刑事法院规约草案工作组”。³⁶

97. 委员会给予工作组的授权系按大会第47/33号决议第4、5、6段之规定。³⁷

3. 国际刑事法院规约草案 工作组的工作成果

98. 工作组主席在1993年7月21日第2325次会议上提交了工作组的一份经修订的报告。³⁸

³⁶ 工作组的组成情况见上文第9段。

³⁷ 见上文第32段。

³⁸ 工作组报告的案文见本文件附件。

99. 委员会认为,相比于提交给大会第四十七届会议的1992年同一专题工作组的报告,³⁹ 1993年工作组的报告有了重大进步。目前的报告强调拟订一套全面系统的条款草案,辅之以简要评注。尽管委员会不能在本届会议上仔细审查条款草案,但委员会认为,原则上,提议的条款草案为大会第四十八届会议进行审议提供了基础。

100. 委员会欢迎联合国大会就各条款评注中所提及的问题以及就整个条款草案提出评论意见。委员会还进一步决定,规约草案将通过秘书长送交各国政府,同时请求各国政府在1994年2月15日以前,将其评论意见提交秘书长。这些评论是必要的,将为委员会今后工作提供指导,以便按委员会工作规划的目标,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。

³⁹ 见上文脚注35。

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. 导言

101. 国际法委员会在 1978 年第三十届会议上将“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”专题列入其工作计划，并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为该专题的特别报告员。⁴⁰

102. 委员会从其第三十二届会议（1980 年）至其第三十六届会议（1984 年）期间，总共审议了特别报告员提交的五次报告。⁴¹ 这些报告力图为本专题拟订一个概念性依据，并含有一个专题纲要和五个条文草案。该专题纲要载于特别报告员提交 1982 年委员会第三十四届会议的第三次报告。⁴² 这五个条文草案载于特别报告员向 1984 年国际法委员会第三十六届会议的第五次报告中。委员会审议了这些条文草案，但未作出将它们提交起草委员会的任何决定。⁴³

⁴⁰ 委员会在该届会议上设立一工作组负责初步审查这一专题的范围和性质并向委员会报告审查情况。该工作组报告见《1978 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 150-152 页。

⁴¹ 前任特别报告员的五次报告见如下文件：

初次报告：《1980 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 247 页，A/CN.4/334 号文件和 Add.1 和 2；

第二次报告：《1981 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 103 页，A/CN.4/346 号文件和 Add.1 和 2；

第三次报告：《1982 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 51 页，A/CN.4/360 号文件；

第四次报告：《1983 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 201 页，A/CN.4/373 号文件；

第五次报告：《1984 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 155 页，A/CN.4/383 和 Add.1 号文件。

⁴² 专题纲要内容见《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 109 段。前任特别报告员所作修改见《1983 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 294 段。

⁴³ 前任特别报告员所提交第 1 至 5 条草案内容见《1984 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 237 段。

103. 委员会在其 1984 年第三十六届会议上还收到了：各国针对联合国法律顾问 1983 年向 16 个选定的国际组织发出的调查表所作的答复，调查表最主要是要查明，各国作为国际组织的成员国相互负有并履行的义务可否在成员国之间履行或取代专题纲要中所提及的某些程序；“秘书处编写的“国际法不加禁止的行为所产生损害性后果的国际责任的国家实践概览”。⁴⁵

104. 委员会 1985 年第三十七届会议任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。从第三十七届（1985 年）到四十四届会议（1992 年），委员会共收到特别报告员八次报告。⁴⁶ 委员会 1988 年第四十届会议上向起草委员会提交了特别报告员所交的第一章（一般规定）和第二章（原则）第 1 至第 10 条草案。⁴⁷ 1989 年，

⁴⁴ 对调查表所作的答复见《1984 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 129 页，A/CN.4/378 号文件。

⁴⁵ 《1985 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编，A/CN.4/384 号文件。

⁴⁶ 特别报告员的八次报告见如下文件：

初次报告：《1985 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 97 页，A/CN.4/394 号文件；

第二次报告：《1986 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 145 页，A/CN.4/402 号文件；

第三次报告：《1987 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 47 页，A/CN.4/405 号文件；

第四次报告：《1988 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 251 页，A/CN.4/413 号文件；

第五次报告：《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 131 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 83 页，A/CN.4/428 号文件和 Add.1；

第七次报告：《1991 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 71 页，A/CN.4/437 号文件；

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

⁴⁷ 案文见《1988 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 9 页。

委员会又在其第四十一届会议上向起草委员会提交了前一届会议提交的那些条款的订正案文,并将其减少到九条。⁴⁸

105. 委员会在 1992 年第四十四届会议上设立了一个工作组,以审议关于这一专题的今后工作的范围、应采取的方法和可能方向的一些一般性问题。⁴⁹委员会按照工作组的建议,在 1992 年 7 月 8 日第 2282 次会议上审议了工作组的报告,并作出了一些决定。⁵⁰

B. 本届会议审议这个专题的情况

106. 本届会议上,委员会在 1993 年 5 月 25 日以及从 6 月 1 日至 11 日举行的第 2300 和第 2302 至 2306 次会议上审议了特别报告员的第九次报告(A/CN.4/450)。讨论结束时,委员会决定将委员会第四十二届会议(1990 年)已经审查的第 10 条(不歧视)⁵¹和特别报告员在其第九次报告中提议的第 11 条至第 20 条之二提交给起草委员会,以便使它能够在委员会前一届会议上的决定继续就预防问题展开工作。委员会指出,起草委员会可以在特别报告员的协助下承担更为广泛的任务,即确定已经提出的新条款是否属于合乎逻辑的范围而且是否完整,如果不完整,是否应该补充进一步的规定。在此基础上,起草委员会随后可以开始起草各项条款。一旦它就预防危险问题拟成一套令人满意的条款,就不妨考虑新的条款如何同第 1 条至第 5 条所载的一般规定和第 6 条至第 9

条以及第 10 条中载述的原则联系起来。起草委员会共开了九次会议专门讨论这些条款。起草委员会主席在委员会第 2318 次会议上介绍了委员会的报告。报告中载有起草委员会通过的标题和条款案文,即第 1 条(本条款的范围)、第 2 条(用语)、第 11 条(事前核准)、第 12 条(对于危险的评估)和第 14 条(尽量减少危险的措施)。然而依据其关于不附评注就不通过条款的政策,委员会同意推迟到其下一届会议对提议的条款草案采取行动。届时,它将收到使它能够对拟议的条款案文作出决定所需的材料。在目前阶段,委员会仅仅注意到起草委员会的报告。

107. 按照委员会前届会议提出的要求,⁵²特别报告员的整个第九次报告阐述了防止有可能产生跨界损害的活动问题。在报告中,特别报告员叙述了他认为预防概念应有的性质和内容,并提出了十一个条款(第 11 条至 20 条之二)。⁵³他在介绍报告时谈到已经提交起草委员会的第一章(一般规定)和第二章(各项原则)中与这一专题有关的更为广泛的问题的条款,⁵⁴并表示,这些条款只要在措词上作少量修改,便同样可适用于防止有可能产生这种损害的活动的跨界损害问题。他还提到第六次报告中在“不歧视”的标题下提出的第 10 条,⁵⁵并解释了该条与正在审议中的预防问题之间的关联性。

1. 一般性质的问题

108. 有些委员对委员会前一年所作的关于分阶段处理这一专题的决定提出异议。因此他们认为,在目前阶段,委员会必须处理了有可能产生跨界损害的那些活动,因而不必要地缩小了调查的范围,进而造成了概念上的困难。

109. 这些委员指出,委员会中有一种意见认为,一旦充分制定了关于预防措施的条款以后,委员会只需指出可能不必着手第二阶段的工作(即拟订补偿损害的规则)就行了。委员

⁴⁸ 见《1989 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 311 段。特别报告员在他的第六次报告中提出的对一些条款的进一步改动,见《1990 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 105-109 页, A/CN.4/428 和 Add.1 号文件,附件,及同上第二卷(第二部分),第 471 段。

⁴⁹ 见《1992 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 341-343 段。

⁵⁰ 同上,第 344-349 段。

⁵¹ 特别报告员在其第六次报告中提交的第 10 条内容如下:

“第 10 条 不歧视

“缔约国对于在另一国领土内或管辖或控制下进行的的活动所产生的影响的处理方式,应与本国领土内所产生的影响相同。对于第 1 条所述活动的受害人,缔约国尤其不得以国籍、住所或居留地为理由,在适用本款及其本国法律规定时,作差别对待。”

⁵² 见上文脚注 50。

⁵³ 这些条款的案文,分别见下文脚注 62、64、68、69、70、73、74、77、79、80 和 82。

⁵⁴ 见上文脚注 48。

⁵⁵ 见上文脚注 51。

会应该注意到较一般的层面,特别是其工作的第二阶段。

110. 有人认为,委员会在第二阶段中不应该会遇到任何重大困难,因为它似乎已就一些基本的建议达成了一致意见,例如:跨国损害的受害者,不论补偿方式如何,均应充分、迅速获得补偿;跨界损害案件的相关方面通常是“起源国”、政府或非政府的活动经营者、受影响的国家、得益于这些活动的人和跨界损害的受害者。因此委员会只需要提出一些建议,在确有跨界损害的情况下在主要规则中确保有关各方之间的公平关系。

111. 有人指出,在提出补偿损害的规则或原则最后建议前,委员会必须考虑到各种可能性。例如,在确定特定情况下是否做到了应注意时所采用的各项标准中应该包括考虑经营者是否已经对所有可能的损害获得了足够的保障。在某些情况下,应该作有利于受影响国的假定。此外,特别报告员对第9条(补偿)⁵⁶提出了一项非常有意思的建议,即起源国有义务对于所造成的损害提供补偿,但补偿的实际数额将由双方真诚地谈判商定。另外还应考虑到全行业的补偿供资机制在此方面所发挥的作用,这在海上石油污染方面取得了显著成功。

112. 依照另一种意见,预防并不是这一专题的全部内容,而是这一专题中最牢固确立的部分。如一国展开或批准有可能在其他国家领土上或在国际领域内产生损害的活动,该国便负有预防义务,需要尽可能预防这种损害发生,如果确实造成损害,则须最大限度地减少损害性影响。这是实在法,从“特雷尔冶炼厂”⁵⁷等案件的裁决产生的判例法即体现了这一点。另一方面,似乎无法说国家在发生损害的情况下负有补偿的义务,或者说为此制订法律的时机已经成熟。

113. 一些委员评论了上述专题和国家责任专题之间的关系,并指出,妨碍本专题工作迅速进展的一个因素是无法肯定其独立性。将预防的义务强加于国家意味着,一旦违反这些规则,国家便须承担责任。在这方面,有人认为应该回顾“responsabilité”一词两种不同的含义。“责任”系指可以导致补偿的机制,而

“应负责任”系指对某人、某种事物或某种情况应承担的责任。因此就在一国的领土上所展开的活动而言,必须加以区别的是,一方面,国家在上述词语的第一种意义上应为之负责、而且属于关于国家责任问题的条款草案范畴的不法活动,另一方面,是未加禁止因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,第九次报告第2段中关于预防并非应负责任内容的说法非常值得讨论。与此相反,预防是应负责任的核心,正是因为国家对于在其领土上展开的活动应负责任,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。这项原则十分重要,因此也许应该在预防条款的开头部分就正式表明这一点。

114. 有人指出,国家责任的专题责成国家应对其未能尽职的行为负责,国际水道非航行使用法的专题涉及国家拥有、管制和维持自然资源,而国际责任专题与两者均不同,它涉及国家不可能或无法控制的行为。这是因为如下一些因素,即:个人享有的人权和自由;将国家与从事生产、商业和服务行业的其他实体分开的必要性;满足企业家在促进发展所需的技术和财政资源方面需求的必要性。因此人们不可避免地不太愿意接受国家应对造成跨界损害的活动负责这一观点,因为人们认为,为让市场力量自由发挥,应避免过分管制。由于关于任何国家不得允许其领土被用来造成跨界损害的基本原则得到非常广泛的接受,因此无需在此加以重复,只要明确确立活动与跨界损害之间的因果关系即可。有关国家的立场受到国家责任的制约,而经营者或拥有者的立场则受到侵权行为法和机构法的管制。因此委员会为规定国际一级应负责任的后果奠定基础而列明的任何原则不可以完全同这些法律分支相脱离。

115. 如果将国家同经营者或拥有者分开处理,也许比较容易为国家和其他实体规定合适的预防规则。正如特别报告员所指出,国家的作用基本上是规定标准以及颁布法律和规章并监督其实施情况。经营者的作用则不同,而且要求更高。其义务可包括提交一份相关活动对环境影响的研究报告,表明由此产生的危险程度,提出对付这种危险并遏制任何后果的措施。如果某项活动有可能造成跨界损害,也可以规定一项要求,要求此项活动的展开不得对另一国造成任何可预见的损害,或者要求经营者首先征得有关国家负责人的意见,在取得展开此项活动所需的授权后才能开展此项活动。

⁵⁶ 见《1990年……年鉴》,第二卷(第二部分),第95页,脚注343。

⁵⁷ 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。

116. 有些委员指出,要起草范围广泛到足可适用于造成跨界损害的一切活动的条款是有困难的。他们认为,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条在这一方面只是提到第1条,而第1条即使加上第2条(用语)也远不足以填补这种缺陷。第1条谈到含有危险的活动,而第2条解释说,这系指造成重大跨界损害的危险。但所有各种活动都可能造成跨界损害,而特别报告员本来应该确定此类活动的各个类别,而不是提出仅适用于特定类型活动(例如建造核电厂)的规则。如果从环境法中能吸取任何教训的话,预防努力当然必须始终适合须制止的危险的特点。

117. 在这一方面,有人解释说,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》⁵⁸和《关于环境与发展的里约宣言》⁵⁹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《关于工业事故越境影响的公约》,但他没有讨论这两项文书对他的专题所产生的影响,而这种影响也许是很大的。也许他还应该解释他是如何看待对他所提议的规则和1982年《联合国海洋法公约》中往往比较详细的规定之间的关系。

(a) 危险的概念

118. 特别报告员解释说,涉及危险的活动主要是指由于事故而可能会造成跨界损害的那些活动。因此跨界损害的原因主要限于由于各种原因在一定程度上失去对这些活动的控制的情况。他在第九次报告中提出的条款是专门针对这种活动的。特别报告员注意到在委员会前几届会议上表示的关注,其大意是,在某些情况下难以评估某种特定活动是否具有跨界损害的危险。他认为,在许多情况下,可以通过审查所处理的物质、所使用的技术和活动所展开的特定情况来考虑具有涉及危险的特定性质的某项活动是否有可能造成跨界损害。他认为,适当注意采取预防措施的义务,例如提供资料、通知、磋商等,似乎适用于存在造成跨界损害危险的所有各种活动。

119. 一些委员认为危险的概念太笼统,因此这些条款属事管辖权的范围不明确。他们认为,委员会应该试图确定预防损害的条款可以适用的各类活动。他们认为预防条款基本上旨在建立一个评估环境影响的体系,这无疑并不适用于含有危险的所有活动;它仅仅涉及其范围超越一定限度、而且这种限度本身需要加以谨慎确定的规划工程。他们认为,极为重要的是,所有现有的文书试图详细述及它们所适用的活动。在审议对损害的责任时,关于涉及危险的活动的一般性概念也许是适用的。然而评估环境影响的程序,由于其性质,必须限于在单独展开时涉及特定跨界危险的某些比较容易确定的活动。

(b) 与预防问题有关的事项

120. 在第九次报告中,特别报告员将预防性措施界定为力图达到如下目的的措施:

(a) 保证在一国的管辖和控制下进行的各项活动的方式尽可能不引起跨界损害的事故;和
(b) 减少事故所产生的有害影响。因此,预防性措施有两层目的。特别报告员使用了“力图”一词的目的是,为了强调该项义务的目的不是为了防止任何损害的发生——他认为那样根据定义便会有问题(因为所涉及的活动就是那些含有造成损害危险的活动),而是迫使各国采取某些行动,以便尽可能地减少发生事故的危险及其跨界的有害后果。因此,在预防性措施方面,一国的职能仅限于制定谨慎而全面的规则,其中包括制定法律和行政规章,并在其管辖和控制下进行具有引起跨界损害危险的活动方面实施这些法律和行政规章。

121. 特别报告员解释说,在这种安排之下,假如国家已经就这种活动恰当并合理地履行了其监督职能,那么,国家在原则上不应该对私人的活动负有责任。这些监督职能在他所提议的条款中已得到阐述,其中包括:只有在收到满意的评估报告并且确信为减少事故危险已经规定了某些措施之后,才给予事前核准。特别报告员解释说:他关于国家在原则上不对私人活动承担补偿责任的说法,是为了给国家在需要承担补偿责任的某些情况留有余地。这些情况包括经营者或其保险公司缺乏支付全部补偿额的财务能力。一些公约已规定了这种模式。关于这样的国家剩余补偿责任是否适用于本专题,目前他不想详细论述,因为委员会以后在处理补偿责任的问题时会予以讨论。

⁵⁸ 《联合国人类环境问题报告》,斯德哥尔摩,1972年6月5至16日(联合国出版物,出售品编号E.73.II.A.14及更正),第一部分,第一章。

⁵⁹ A/CONF.151/26/Rev.1(第一卷)(联合国出版物,出售品编号E.93.I.8及更正),(第3-8页)。

122. 对于那些规定预防措施的条款性质, 特别报告员指出, 他认为这些条款构成了“应有的注意”义务, 只有未能为执行这些规章作出合理努力的情况才可视为没有履行该项义务。因此, 这些条款没有规定国家责任条款草案⁶⁰第一部分中关于要求防止某一事件发生的第21条和第23条所指的保证某种结果的义务。

123. 特别报告员提到, 在遵守预防义务的能力上和发生跨界损害之后可能的补偿责任方面, 发展中国家和发达国家是有差别的。他同意人们经常表达的如下意见, 即发展中国家因为缺乏财力和技术, 难以监督跨国公司的活动, 而跨国公司经常进行具有跨界损害危险的活动。为了解决这个问题, 特别报告员提议, 在论述原则的那部分条款中加上一条, 提出一项一般性要求, 规定在制定预防跨界损害的任何制度时, 均应考虑到发展中国家的特殊情况。

124. 他还提到, 他在先前报告中建议, 应在这些条款中为国际组织安排一个角色, 由它们帮助发展中国家, 评估具有跨界损害危险的活动的跨界影响, 或协助发展中国家评价打算进行这类有可能影响到发展中国家的活动的其他国家所作的评估报告。他表示担忧, 由于国际组织不是这些条款的缔约方, 应如何要求它们按照这些条款提供援助。他认为一些组织在协助发展中国家方面能够发挥有益的作用, 其中包括欧洲经委会、开发计划署、环境规划署、粮农组织和卫生组织等。

125. 对预防义务问题提出的评论涉及预防的概念、预防条款的结构和发展中国家的特殊情况。

126. 对于预防义务, 一些委员强烈认为, 预防的概念应该局限于预防跨界损害发生之义务, 或可称之为防患未然的义务。这些委员原则上并不否定一旦发生损害即有义务限制或减少损害的程度和范围的想法, 但他们认为, 这类措施实际上属于对有害影响的补偿或纠正, 因此更适于在委员会下一阶段的工作中加以处理。

127. 有委员评论说, 从第九次报告以及以前的报告可以看出, 特别报告员似乎赞同如下意见, 即本专题范围内所界定的所有措施, 包

括预防性措施, 其合法性是基于如下事实: 每一个国家都不得将其领土用于有悖于其他国家权利的目的。然而, 这一假设可能引起误解, 因为任何能够给另一国带来损害的活动都可被视为非法活动, 那么人们不禁要问该规定所涉及的是否不仅仅局限于国家对不法行为的责任问题。

128. 也有委员说, 委员会需制定剩余规则, 适用于一国对境内的活动不依该国本身意志而造成的后果之补偿责任。这些义务的法律基础便是国与国的主权平等原则。因此, 委员会为发挥其编纂国际法的作用, 必须制定出一个法律框架, 将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衡量标准。各国政府必须知道, 当它们在其境内进行活动时, 它们也要承担国际义务和责任。因此条款草案的范围应尽可能具有普遍性, 避免由于钻法律牛角尖的或过分繁杂的程序而扭曲了预防义务, 那样会反映不出真实情况。各国并不期待有一个详尽的并具有约束力的程序, 而只是期待阐明一般义务, 作为它们在确定其在这方面的关系时以资参考的依据。

129. 对于预防条款的结构, 委员们提出了若干评论意见。

130. 有委员指出, 在第九次报告里, 特别报告员只论及技术性条款, 而没有全面完整地阐述预防义务问题。现在正由起草委员会审议的特别报告员前几次报告中所提的几项条款也与预防问题相关。加上这些条款的一些内容, 关于预防的一个完整画面便可以构成条款草案的第一部分, 随后可以加上关于补偿和关于解决争端的其他部分。还可以阐明一些原则, 譬如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。这意味着将第3条第1款、第6条和第8条, 包括第2条(a)款和(b)款在内, 合并起来, 一同写进草案的这一部分。这几项条款都已转交起草委员会。另外或许有必要在关于一般原则的部分加上一条; 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。

131. 根据同一种意见, 在列出了上一段所述的各项原则之后, 便可以列明各种执行方式。这些方式可以分别列在以下六个标题之下: 一、通知、资料以及有关限制; 二、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)以及考虑到利益均等; 三、批准, 批准将以有效覆

⁶⁰ 见《1980年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第30-34页。

盖了危险的保险为条件：四、在活动开始之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；五、将所有关于损害的停止和限制条款合在一起，这些条款可称为事后预防条款；六、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，则它将对此种情况的后果承担补偿责任。

132. 就条款的结构问题，一些委员另外还表示了如下疑问：一国在没有考虑到另一国意见并与之磋商的情况下计划开展活动，那么尽管它满足了就这种活动提出通知和提供资料的要求，是否仍能被视作预防可能的损害措施呢？提供资料的义务在一些情况下是不必要的，而在另一些情况下又是不可缺少的。例如，发射卫星是可能引起跨界损害的危险的活动，但只有当卫星上拥有核动力源时，提供该活动的技术资料才是必不可少的，因为核动力源增加了损害的危险。根据这项意见，这也正是难以起草一项适用于所有活动的文书的原因。

133. 对于有关提供资料 and 进行磋商以及有关国家间的其他联系的规定，有的委员提出了如下问题：一旦所预见的危险的确出现，受到损害的国家或其国民能否被视为已经知道或默认发生跨界损害的可能性呢？可以推想不会有这样的默认，但可以通过起草工作使这一点得到解决。

134. 对于发展中国家的情况，有委员指出，发展中国家由于财力和技术力量不足，很可能认为条款所规定的义务过于沉重。有人问道：对于那些本身是合法的、并因能够创造就业而有益于发展中国家经济的活动，发展中国家为什么应该有义务确保对其境内发生的这些活动进行跨界影响评估，与可能受到影响的国家进行磋商，并制定或实施预防措施呢？的确，这些活动往往是跨国公司进行的，而发展中国家作为东道国未能对这些公司加以充分有效的控制。一些发展中国家较难接受条款所规定的义务。有人指出，在联合国的另一处论坛上，发达国家坚决抵制针对跨国公司规定一套关于跨国公司活动必须无害于环境的行为守则。

135. 特别报告员曾建议，在关于原则的一章里应加上一些一般性措词，以兼顾发展中国家的情况。对此建议，有一位委员认为这项建议还不够。预防条款也应反映出发展中国家需要得到优惠待遇，尤其应考虑到《关于环境与

发展的里约宣言》⁶¹ 中所规定的原则。另外，对于预防性措施，适用于发达国家的标准可能不适用于发展中国家，因为社会和经济方面的代价可能过大，会阻碍发展中国家的发展。预防条款应就如何便利技术转让，包括新技术的转让，特别是从发达国家向发展中国家的转让，作出一般规定。

136. 也有委员指出，提议的条款草案中所设想的预防原则，并没有考虑到那些国家在获取工业技术方面的处境；结果，这样不分青红皂白地实施初级规则可能导致为技术转让带来一种新条件，这很可能使发展中国家越发不愿加入在联合国范围内所倡导的这种制度。委员会必须牢记这些事实，为发展中国家规定一些特别条款，同时又不损害所提议制度的普遍性。委员们注意到，特别报告员对这些忧虑并非无动于衷，他在其报告中已经有了表示。他曾提议在关于原则的一章里加上一项规定。希望这项规定的措词不会过于笼统和抽象。

137. 也有委员说，委员会应牢记，发展中国家缺乏充分的技术和人力资源。然而，与此同时，也必须使发展中国家意识到提高警惕的必要性，因为其境内事故所产生的有害影响通常会影响到其他发展中国家，而这些发展中国家本身也缺乏技术和财政资源。古人云：“一分预防胜于十分治疗”，在这里尤为恰当，尤其因为预防的代价要低得多。所以，在强调预防的同时，必须帮助发展中国家获取必要的技术能力和资源，以便评估危险。

2. 对具体条款的意见

(a) 第11条 事前核准⁶²

138. 第11条规定，如进行具有跨界损害危险的活动，应责成在其境内或在其管辖范围内进行这种活动的国家获得事前核准，对该活动作重大修改之前也应获得此项核准。特别报告员认为，要求事前核准是国家行使其监督职能和责任而采取的第一个步骤。特别报告员说，他注意到在前几届会议中一些委员对此项要求

⁶¹ 见上文脚注 59。

⁶² 该条草案如下：

“第11条 事前核准

“第1条所述的活动应获得在所受管辖或控制的国家的事前核准。如果提议对该活动作重大的修改，也应获得此项核准。”

所表示的保留意见。这些保留的依据是：(a) 这种要求干涉了各国的内部事务；(b) 各国出于自己的利益本来便惯常遵守这类职责，因为一旦发生事故，它们本身会首先遭受损失。特别报告员并不认为这一推理的说服力足以把第 11 条删除。他认为，本专题所涉及的活动有可能影响到活动所在国以外国家的权利。因此这样的要求只会平衡有关国家的权利和义务，不能解释为干涉到活动起源国的内部事务。此外，得知起源国也在事故中遭受了损害，这对于受影响国而言并没有什么宽慰。他还认为，可能会有如下情况：起源国可能会以某些方式进行具有潜在损害危险的活动，从而最大限度缩小对自己的损害，而使其邻国更多地遭受这种潜在的损害，譬如在边界地区进行这些活动就可能造成这样的情况。

139. 许多委员表示支持第 11 条，尽管乍一看第 11 条说的是不言自明的道理。他们认为，该条等于向国家和经营者发通知。对于一些委员来说，第 11 条以及第 12、13 和 14 条⁶³ 似乎过于具体，并可能最终意味着这种预防性法律制度等同于干涉国家的内部事务。

140. 有人评论说，第 11 条引起了两个问题。第一个问题涉及危险概念的定义。只有确定了这种定义，才能说能否合理地期待各国接受事前核准这项一般性义务。第二个问题涉及核准的定期复审，或者在某些情况下撤回核准的可能性、甚至义务，这一点并未在任何条款里作出明确的规定。

141. 还有委员指出，有关事前核准的要求应该结合国际经济关系和贸易问题的大趋势加以审查。国际协定中的趋势是要求各国就具体问题通过立法，以便确保执行具体的义务。各国为了保护自己，也鉴于当今生活的现实，希望向经营者规定补偿责任，因为经营者通常最有能力行使监督职责。然而，这就走向了死胡同。如果国家对经营者规定太多条例，国家可能被指责为阻碍私人投资。然而如果国家不管制经济活动，则它可能要对其境内发生的事故负责。因此，需要设立两项标准：一项标准是针对那些有能力行使协定中规定的监督职能的国家，另一项标准是针对那些缺乏必要的科学和技术基础设施的国家。国际协定越来越趋向于要求某些活动在开始执行之前应事先作出通知，并进行磋商。拟定各国义务的条款要谨慎小心，要考虑到必须在私人经营者所必须有的

一定的自由度与国家预防跨界损害的义务之间保持恰当平衡。

(b) 第 12 条 跨界影响评估⁶⁴

142. 第 12 条规定，国家在核准一种活动之前应要求对可能会发生的跨界影响进行评估。特别报告员解释说，这样的要求并不是新事物，在最近一些关于环境的法律文书⁶⁵中已经有这样的要求。在他看来，进行评估的条件是，肯定存在发生这种损害的较大危险，而不需肯定一项具体的活动会引起重大的跨界损害。

143. 特别报告员认为作为第 12 条主题事项的评估问题，与第 15、16 和 18 条⁶⁶所涉及的交换资料 and 进行磋商的要求是密切相连的。所有这些条款都是为着达到建立有效预防制度的一项十分重要的目的，即鼓励有可能受到影响的国家的参与，以帮助确保在起源国更安全地开展活动，同时使其能够在其本国境内为防止或最大限度降低跨界影响而采取更多的预防措施。在特别报告员看来，合作是这些义务的基本内容。

144. 有委员发表评论说，对环境影响进行评估这一要求在这些条款中起着重要作用。第 12 条因此应该详加阐述，或许更具体地说明这一点，以便能够明确地界定有效的环境影响评估的基本内容。这样的定义有先例可循，在环境规划署理事会的公约和决定中都有先例。除非详细列出这些基本要求，否则会有如下危险：一国通过进行某种研究，表面上已经履行了义务，而实际上它完全没有对可能的危险进行恰当评估。

145. 不同情况下进行充分评估的影响可能大不相同。首先，如果评估表明不存在任何危险，该国因此没有通知任何邻国，并且核准了该项活动，那么尽管有了评估，一旦发生了对

⁶⁴ 该条草案如下：

“第 12 条 跨界影响评估

“属地所在国在给予第 11 条所述的核准之前应下令评估该项活动可能会产生的跨界影响以及该影响将会造成的危险的种类。”

⁶⁵ 在这方面提到了 1992 年《关于环境与发展里约宣言》第 17 项原则（见上文脚注 59）、《工业事故越境影响公约》第 4 条第 2 款和《跨境环境影响评估公约》第 2 条第 2 和第 3 款。

⁶⁶ 分别见下文脚注 70、73 和 77。

⁶³ 分别见下文脚注 64、68 和 69。

邻国的损害,该国应有什么样的补偿责任呢?进行了评估的国家是对引起的损害免受起诉,还是受害国仍然可以起诉,声称评估有错误,或说前一个国家根据评估得出的结论是错误的?其次,如果评估确实表明了有较大损害的危险,则起源国按要求仅须把这种情况通知受影响的国家,但不必转交实际的评估。为什么是这样呢?其原因并非是国家安全和工业机密的问题,因为这一问题已经在第17条⁶⁷单独论述过。报告提到过公众的参与,这似乎排除了上述问题。为了确保一国向受影响的国家提供足够和充分的资料,或许有必要加上一条规定如下:起源国如果未向邻国提供资料,而这种资料后来证明对于评估危险是必不可少的,这一事实本身便构成理由,足以确立起源国的补偿责任。

146. 一些委员认为,评估应是经营者的责任,而另一些委员则认为,防止重大危险应是国家的责任。根据一些委员的意见,应由国家来决定它怎样履行预防义务;因此第12条是不必要的。

147. 也有委员指出,第12条和第15条的关系不清楚,因为第15条给人以如下印象:即使第12条所要求的评估已经表明有可能发生较大的跨界损害,该国还是能够给予第11条内所规定的核准。但在这种情况下,为何还应要求将评估的结果告知其他国家?因此需要进一步加以澄清。

(c) 第13条 先前存在的活动⁶⁸

148. 第13条规定,如果在一国境内或管辖内,一项有跨界损害危险的活动正在进行而又未按照第11条事先获得批准,则在其管辖范围内的国家或司法机关必须要求这一活动按照第11条获得批准。

⁶⁷ 见下文脚注74。

⁶⁸ 该条草案如下:

“第13条 先前存在的活动

“一国如能确定一项涉及危险的活动正在其管辖或控制下的领域内在未予核准的情况下进行之中,即必须警告应对此项活动负责的人员:他们必须按照本条款各条所规定的要件申请获得必要的核准。在符合此等要件之前,所涉活动得继续进行,但附有一项了解,即该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。”

149. 会上指出,第13条将国际责任延伸到先前已存在的活动,而这些活动可能已经进行了若干年而从未造成损害;这即可使人假定这些活动从一开始便从不包含任何严重的危险。因此,让这类活动受到设想中规定的约束便能给国家和活动经营者之间的关系造成障碍,因为国家为防范而提出新的要求可能被视为背离投资合同中的最初承诺或以隐含的或明示的方式对合同作出更改。

150. 按照另一种意见,当国家发现一种可能造成跨界损害的活动未经批准而正在其管辖范围内进行时,最妥当的反应不是警告那些需承担责任的人,而是责成他们遵守公约的要求。这一条目前的措词只规定必须发出警告。应当采取更坚决有力的手段。

151. 对于一些委员来说,该条似乎不够明确。最好是阐明继续从事这种活动并不影响国家责任问题。他们还指出,国家一旦承担新的义务,在适当考虑到对别国的责任和环境影响后,会允许在其境内进行某些活动;但通常它应当禁止任何不符合这些标准的活动。不论如何,一般应当要求活动经营者而不是国家对造成的损失进行补偿。

(d) 第14条 活动的进行⁶⁹

152. 被特别报告员称之为预防条款中核心内容的第14条,首先要求国家经由立法和其他措施确保本专题范围内活动经营者利用现有最佳技术,最大限度地减少显著跨界损害的危险;并在出现事故的情况下,遏止和最大限度地减少此类损害。该条还要求国家鼓励经营者投保强制保险,或提供能够使它们支付补偿的财政担保。

153. 尽管从原则上说许多委员感到可以接受第14条的核心内容,但他们对其范围和起草方式作出了若干评论。

⁶⁹ 该条草案如下:

“第14条 活动的进行

“国家应通过立法、行政或其他措施来确保活动经营者已采取包括利用现有的最佳技术在内的一切必要措施来尽量减少引起重大跨界损害的危险并且减少其可能的幅度或在遇有发生事故时,设法管制及尽量减少此一损害。它亦应鼓励采用足以确保支付赔偿金的强制保险或其他财政担保。”

154. 对于在本国境内开展活动的国家来说, 另一个重要因素是, 条款规定国家遵守最高义务应当是“应有的注意”, 特别报告员在报告中将其界定为“只有未作合理的努力来履行义务时”才被视为未履行义务。因此, 国家义务的本质是以针对其境内进行的活动颁布恰当的立法、行政和强制措施以发挥监督作用。然而, 值得争论的是, 第 14 条的措词是否明确指出了“应有的注意”是有别于绝对义务的。如果国家通过了必要的立法和行政措施, 而且如果私人经营者采用这些措施的话, 将会最大限度地减少跨界损害的危险, 减少其可能的规模, 或在出现事故时遏止和最大限度地减少此类损害, 但经营者如未能遵守这些措施, 那么“确保”经营者“采取一切必要措施”是否意味着该国违反了该条所规定的义务? 无疑, 在这类情况下国家不应当承担赔偿责任, 因此应当修改第 14 条的措词。

155. 关于预防的含义, 有的委员说, 该条应当只涉及任何损害发生之前的预防。事后预防的问题尤其从严格意义上说涉及的是停止活动, 对造成的损害予以补偿等责任; 它是另外一个问题, 属于该专题的第二部分, 即纠正措施。因此, 在这一条中应当采用狭义的预防概念, 应当改为:

“国家应通过立法、行政或其他措施, 在其境内只允许那些采取一切必要措施, 包括利用现有最佳技术以最大限度地减少跨界损害危险活动的经营者开展活动。进行这类活动必须投保与潜在危险相符的保险”。

156. 也有人认为, 第 14 条对国家在其境内进行具有境外影响的活动的权利加以限制, 即在批准这些活动之前和在进行这些活动时小心谨慎和予以注意。因此, 这条似乎涉及法律的逐渐发展, 而保险的要求对其是有帮助的。

157. 按照另一种意见, 该条规定的义务是国家为经营者规定须承担的责任。它不是一项确保经营者实际履行这些职责的义务。经营者一旦未能履行职责, 国家所采取的明显制裁方法便是对活动不予批准。

158. 关于保险要求, 有委员说第 14 条指出, 国家提出使用保险的要求是有益的。有人称保险基本是私营部门事务, 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, 但也有可能不能保险。

(e) 第 15 条 通知和资料⁷⁰

159. 第 15 条规定, 凡对活动作出的评估结果显示可能出现跨界损害, 起源国必须通知可能在发生事故时受到影响的国家, 并向它们提供评估的结果。凡有一个以上可能受害国的情况, 可向主管的国际组织寻求协助。只要有可能, 各国应酌情向可能受到活动影响的公众提供有关危险的资料, 使公众能够参与活动的决策过程。第九次报告提到了最近环境领域载有类似条款的三项文书。⁷¹ 特别报告员指出, 许多处理跨界影响活动的文书似乎都有一条共同的原则。这一原则鼓励起源国中以及按无歧视原则鼓励潜在受害国中可能受到影响的个人和私营实体参与进行有显著损害危险的活动的决策。考虑到各国发展水平和政治和社会觉悟水平方面的巨大差异, 特别报告员认为, 应当用“只要有可能”和“酌情”这样的措词来限定这方面的义务。

160. 特别报告员指出, 在该条原先的文字中, 他建议起源国应“尽快”向可能受到影响的国家提供资料和发出通知。⁷² 在该条新的措词中他删掉了这一时间上的要求, 因为委员会部分委员对在某些活动方面是否总是能够做到这一点没有把握。然而, 他认为这一时间上的要

⁷⁰ 该条草案如下:

“第 15 条 通知和资料

“如果前条所述评估表明可能有显著的跨界损害:

“(a) 起源国应通知可能受影响的国家有此情况, 并向它们提供现有技术资料, 以证明其评估结果。

“(b) 如果一项活动的跨界影响可能扩展至起源国难以查明的一個以上的国家, 起源国本身应发出、或通过这一领域的一个主管国际机构发出此种通知。

“(c) 若起源国随后得知其他一些国家可能受到影响, 它应立即通知这些国家。

“(d) 只要有可能, 各国应酌情向可能受到影响的公众提供关于有待核准的活动可能产生的危险或损害的资料, 并应使这些公众能够参与有关这些活动的决策过程。”

⁷¹ 《越境环境影响评估公约》第 3 条、《工业事故越境影响公约》第 3 条和第 10 条、《关于环境与发展里约热内卢宣言》原则 19 (另参看上文注 59)。

⁷² 见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 107 页, A/CN.4/428 和 Add.1 号文件, 附件, 第 11 条。

求是有用的，能够以某种形式反映在这一条中。

161. 就这一条款发表意见的大多数委员支持发出通知和提供资料这一原则，但对该条的范围和其中所载的义务的实际适用表示关切。

162. 委员们同意，在评估跨界影响和给予批准之前，将在境内进行活动的国家理应通知有关国家并与它们协商。送达其他国家的通知不仅应当述及评估结果，还应当述及该国即将作出的决定。因此应当重新起草该条，具体说明通知和提供资料的目的。

163. 关于初步通知和协商，有的委员说，将一项向国内公众公布资料的严格义务强加给国家是不明智和不现实的。向其他国家提供资料应当以真诚和睦邻这两条根本原则为指导。这些原则与其说是使用的手段，不如说是一种行为方式。此外，批准国并非一贯需要直接参与满足可能受影响的国家要求的活动。因此，至少在最初阶段，可将提供必要资料 and 进行协商的负担留给经营者。

164. 一些委员感到需要对这一条作进一步澄清。例如，该条中应当明确指出有时起源国无法事先确定哪个国家可能受到威胁这一点。而且应指明必须采用哪种机制才能履行公众参与决策过程的义务。一些委员对通知公众这一要求表示保留意见。他们认为，应当由每一个国家自己决定通知谁和如何通知。

165. 一些委员不同意第 15 条规定的基本义务。他们认为，起源国不一定非得将评估的结果通知其他国家：相反，它应当将其本身的立法内容和已经采取以确保活动符合这一立法的措施通知这些国家。在此方面，有的委员还提出是否必须正式发出通知和提供资料。无论如何，委员们认为，没有理由要求起源国不得从事对于国家的发展来说是必不可少的、同时并无其他解决办法的合法活动。

166. 关于国际组织按这一条款向发展中国家提供援助问题，委员们发表了各种意见。

167. 一种意见认为，就评估跨界影响并提供通知和资料的措施而言，应当给予发展中国家特殊待遇，并应当制订一项援助方案，向它们提供资金和技术。这一方案和这种待遇应当成为专门条款内容，就像《联合国海洋法公约》第 202 条和 203 条那样。而且应当使经营

者投保强制保险，以便一旦出现跨界损害时不会给国家造成财政负担。

168. 另一种观点认为，第 15 条恰当对待了国际组织应当发挥的作用，但是将这一作用只局限在通知和提供资料上。然而，除某些情况之外，通知应当是有关国家作出的。国际组织以它们的财政和技术资源而论，可在许多其他方面提供援助，例如采取预防性措施和进行危险评估。因此应当设想它们的参与并应当在单独的条款中概述这种参与的条件。一项令人关切的主要问题是防止国家阻挠国际组织采取的合理行动并且确保国家同意采取这一行动的方式。

169. 此外，关于国际组织，一些委员对于能否对“主管这一领域的国际机构”规定任何义务表示关切，甚至对于除了像海床管理局、民航组织或海事组织这些处理国家管辖范围外领域的组织之外是否还应当提到其他这类组织表示关切。

(f) 第 16 条 交换资料⁷³

170. 关于促进预防措施的第 16 条规定，有关国家应定期交流关于具有跨界损害危险的活动资料。

171. 这一条总的看来是可以接受的。

(g) 第 17 条 国家安全和工业机密⁷⁴

172. 特别报告员解释说需要有一条确保国家保护其国家安全以及可能具有相当大经济价值的工业机密的正当要求。特别报告员认为，应当通过“真诚”原则平衡起源国的这项利益和可能受影响的国家的利益。《指导各国养护和协调利用两国或多国共有自然资源的环境领

⁷³ 该条草案如下：

“第 16 条 交换资料

“在进行活动之时，有关各方应就该活动定期交流对有效预防跨界损害有用的任何资料。”

⁷⁴ 该条草案如下：

“第 17 条 国家安全和工业机密

“对起源国国家安全或保护工业机密至关重要的数据和资料可不提供，但起源国应和其他有关国家精诚合作，视情况提供一切能够提供的资料。”

域行为守则》⁷⁵力图要求基于国家安全和工业机密考虑拒绝提供资料的起源国与可能受影响的国家两方通过在真诚合作、睦邻原则基础上找到满意的解决办法,使有关国家的利益保持合理的平衡。特别报告员试图在第 17 条中作出这种平衡,要求起源国与可能受影响的国家进行真诚合作。

173. 一些委员支持具有这种性质的条款,他们认为这在管理向其他国家提供资料方面是一项必不可少的内容。他们建议,应当对“国家安全”和“工业机密”的概念加以狭义界定,并且应当加强该条的第二部分,以便确保在安全需要和提供有关跨界损害资料之间保持一种适当的平衡。他们还建议应当在“真诚”一词之后加上“并且本着睦邻精神”这一措词。

174. 有的委员还指出,该条中所载述的例外不是没有价值的,但它除了更加强调国与国之间的不平等外,还可能破坏真诚合作这一义务的目的。特别是,它可能给予起源国以酌处权,使之不仅能在传输资料方面、而且是否传输这一资料方面作出自己的决定,从而使可能受影响国打消采取第 19 条草案⁷⁶中认可的主动行动权的念头。

(h) 第 18 条 事先协商⁷⁷

175. 第 18 条规定有关国家之间应就预防措施进行协商。特别报告员认为,协商对于受影响国家完成参与此方面工作的进程是必要的,对于各方考虑其关于可能对其造成严重损害的活动所提出的意见也是必要的。

⁷⁵ UNEP/GC.6/17(见《大会正式纪录,第三十三届会议,补编第 25 号》(A/33/25),第 6/14 号决定)。

⁷⁶ 见下文脚注 79。

⁷⁷ 该条草案如下:

“第 18 条 事先协商

“相关各国在其中任何一国提出要求时,应立即进行协商,以期就起源国提出的预防措施,各国为防止损害进行合作,和任何同有关活动相关的其他问题得到互相可以接受的解决办法,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书的相应条款。”

176. 有些委员认为第 18 条有失平衡。在他们看来,特别报告员无疑是以假定的过失行为为依据而起草的。为此,要求达成“互相可以接受的解决办法”显然太过分了。这等于授予当事国否决权,而那是不可接受的。因此,有必要强调以真诚并本着睦邻精神进行合作。有评论意见指出,起源国必须聆听其他国家的意见,但在可能考虑到第 20 条所述的“利益均衡所涉及的因素”⁷⁸情况下,则须由起源国独自作出决定。在经过协商、本着真诚态度发出通知、作出评估和采取必要的预防性措施(包括保险)之后,该国便应可批准其活动,而可能受影响的国家不能加以阻拦。这与第 18 条规定含意相反。其要点不在于寻求相互可接受的解决办法,而是批准从事“危险程度较低”的合法活动。

177. 还有人指出,各国承诺进行磋商显然是可取的办法,但不可能要求它们达成协议。因此,必须考虑制定在无法达成协议的情况下解决争端的机制。

178. 另有人说,应该预见到在实施该条款时会遇到的一个问题,即当一国认为某项活动不可能造成这样的损害时,另一国却坚持要限制一国的公民不得从事对这些公民有益的活动。即使不准许申诉国享有否决权,协商的义务本身仍必须使其他国家感到满意并接受某些条件,于是也许正是因为这些条件过于苛刻,致使活动本身终被取消。在此情况下,显而易见的办法是采取某种和平解决争端的措施,诸如听取中立国专家的意见。但即使诉诸于争端解决程序,该条款的实用性也是令人怀疑的。

179. 关于第 18 条的宗旨,特别报告员提出了设立特别制度的问题,譬如以公约形式来规定一切与此活动有关的事项。鉴于此种可能性,人们难以理解为何有关国家须根据第 18 条进行协商,以求就有关活动的任何问题达成相互可接受的解决办法,“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补偿责任必须符合本文书的相应条款。”。如果正在审议的这些条款一旦成为纲要协定,那么很合逻辑的做法是,让各国能够制定特别制度,

⁷⁸ 见下文脚注 80。

包括严格的补偿制度，以便具体细致地处理该纲要协定所述的问题。

(i) 第 19 条 假定之受影响国的权利⁷⁹

180. 这一条所针对的情况是：出于某种原因，可能的受影响国未接到通知说有人将从事以上条款所述的具有跨界损害造成危险的某一活动。可能发生这种情况是因为起源国并未预见到该活动的危险性质，而其他国家则已经意识到了其危害性，或者因为有些影响的本身效应超越了国家边界，或者因为受影响国具有比起源国更强的技术能力，使之能够预测到该项活动的后果，但起源国却并未意识到。在此情况下，可能受影响的国家可提出与起源国进行协商的请求。这一请求应附上技术说明，阐明感到关注的理由。如查明该活动属这些条款所列范围，起源国必须支付此项研究费用的补偿金。

181. 对此条款的评论不一。有一评论说，合乎逻辑的做法是，应认可未经协商的国家有权本着第 19 条草案所述精神表达其观点，但须有两项保留。第一，这不是“假定受到影响的”国家的权利，而是“可能受到影响的”国家的权利。第二，特别报告员提议的案文应重新拟订，以明确区别案文所述的“危险”和“损害”。危险是完全应予以考虑的问题，而损害却不属预防的范围。因此，尤其就解决争端而言，无必要再讨论下去。所有与“补偿责任”有关的预防义务，实际上都是在考虑到各种情况、现有技术和该国所掌握的手段下，国家必须履行的严格义务。如果该国不履行这些义务，则将为之承担责任，但只承担国际不法行为的国家责任专题范围内的责任。

182. 评论还指出，有人担心假定受到影响的国家会凭借第 19 条的条款干涉起源国的经济和工业政策，从而对该国造成物质损害。因此，就尚未开展的活动而言，最好将预防性措施的运用只限于具有危害性影响的活动，或至

⁷⁹ 该条草案如下：

“第 19 条 假定之受影响国的权利

“即使没有收到关于一国管理或控制下所进行的活动通知，任何相信该活动对它正造成重大损害或产生了对它造成重大损害的显著危险的其它国家可要求进行前一条的协商。提出请求时应同时提出阐述上述看法的理由的技术说明。如该活动的确是第一条所述活动中的一项，起源国应支付研究费用补偿金。”

少限于那些诸如核电厂和化学工厂之类具有潜在危险的活动。此类活动可载列于附件。

(j) 第 20 条 利益均衡所涉及的因素⁸⁰

183. 特别报告员说，这些条款的目的之一是制定出某种可体现各国利益均等的制度或体制。除可使各国进行谈判并达成此类利益均等的程序外，还规定了付诸实施的原则内容。第 20 条所针对的是后者，并开列了在寻求利益均等时必须考虑到的各个因素。他注意到了委员会委员在上几届会议上的评论意见。这些评论意见并未表示不同意这份因素清单，但对如何安排所列因素的位置尚不清楚。尽管他本人在过去对编撰开列出有关利益均等所涉因素的条款不太积极，但现今却感到应该编入这样的一项条款。他提到，国际水道非航行使用法第 6 条草案罗列了与公平合理地利用水道有关的因

⁸⁰ 该条草案如下：

“第 20 条 利益均衡所涉及的因素

“为求有关国家之间在相关活动方面实现公正的利益均衡，这些国家在进行上述的协商时可考虑下列因素：

“(a) 跨界损害的或然程度及其严重性和涉及面，以及该项活动在受影响国的积累影响的可能范围；

“(b) 预防这种损害的办法是否存在，考虑到在从事该活动时已采用最高技术标准；

“(c) 在别的地方或以别的办法进行该活动的可能性，或从事别的备选活动的可行性；

“(d) 该项活动对起源国的重要性，考虑到经济、社会、安全、保健和其他类似因素；

“(e) 就可能的预防办法而言该项活动的经济可行性；

“(f) 起源国就其采取预防措施、恢复事前的环境状况、赔偿所造成的损害或进行备选活动的能力而言的物质和技术可能性；

“(g) 受影响国对同一活动或类似活动应用的保护标准以及区域或国际实践中应用的标准；

“(h) 起源国或受影响国从该项活动中取得的利益；

“(i) 损害性影响源于自然资源的程度或影响一种共有资源使用的程度；

“(j) 受影响国愿意分担预防费用或损害补偿的程度；

“(k) 起源国和受影响国的利益与整个社会的一般利益一致的程度；

“(l) 国际社会可以向起源国提供援助的程度；

“(m) 国际法有关原则和规范的适用性。”

素。⁸¹ 他认为一项列出与利益均等相关因素的条款颇为有用, 便于具体实施一极为广泛的概念。

184. 大部分对此条发表评论意见的委员们均认为, 如这些条款成为纲要公约, 则更为实用, 虽然, 这些条款不会具有约束力, 但却可成为各国的指导方针。人们注意到, 该条既提到了平等原则, 又涉及科学数据, 但如何在实践中加以实施, 则仍不明确。尤其在考虑到这份清单并非详尽无遗的情况下, 那些主张把该条款编入附件的委员们感到这样处理较为妥善。

185. 有几位委员并不认为“利益均等”的概念有多大用处, 因此, 无必要在该条款中罗列这些因素。根据这种评论意见, 在该条款中只须列明应照顾到其他国家和国际社会利益的原则, 并在评注中列举若干此类因素即可。

(k) 第20条之二 危险或损害
不可转移⁸²

186. 特别报告员阐明, 其第九次报告探讨的是一国对具有跨界损害危险的活动应采取的预防性措施。这些基本上属程序性质的措施, 应辅之以列明不转移危险或损害的条款。他提到, 其他一些针对相应问题的法律文书中也列有类似的条款, 诸如由欧洲经委会主持制定的《关于跨界内陆水域意外污染的行为守则》(第2条第2款)⁸³, 《联合国海洋法公约》(第195条)和《关于环境与发展的里约宣言》⁸⁴。这样的条款应安排在原则部分, 并可从广义方面加以拟订, 从而可既适用于有关预防措施的各项条款所涉的危险和损害问题, 也适用于今后将拟订的补偿责任条款所涉的问题。

⁸¹ 见《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第70页。

⁸² 该条草案如下:

“第20条之二 危险或损害不可转移

“各国在采取措施防止、控制或减轻危险活动的跨界影响时, 应确保不将危险或损害在地区或环境媒质之间转移, 不以一种危险代替另一种危险。”

⁸³ 联合国出版物, 出售品编号E.90.II.E.28。

⁸⁴ 见上文脚注59。

187. 很少有委员评论第20条之二。有些人认为在这些条款草案中列入不转移危险或损害的原则实属天经地义的、正常的情况。但另有一些人却认为该条款只是忙中添乱。

3. 其他问题

(a) 争端解决程序问题

188. 特别报告员解释说, 他认为起源国与可能的受影响国之间进行协商这一原则基于真诚和合作原则。但他认为, 这种假设并不排除陷入僵局的可能性, 为此, 各当事国感到无法通过协商自行解决真正所关注的问题。此外, 他还提及委员会某些委员所表示的关注问题, 指出协商不应为可能的受影响国提供滥用这一程序的机会。为解决这一问题, 特别报告员感到有用和切实可行的是, 预先制定出和平解决争端的条款, 专门处置在协商中可能出现的问题。按照特别报告员的看法, 和平解决争端的一项可能手段是, 组织一项类似于《越境环境影响评估公约》附录四和《工业事故越境影响公约》附件二中提议的调查。这些程序都是自动性质的程序, 旨在向当事各方提供咨询意见。特别报告员并不认为这是十分紧迫的事项, 但他感到如在讨论期间, 委员会的各位委员就此阐述意见, 还是有所助益的。

189. 一些委员支持在本专题范围内考虑解决争端程序。评论意见指出, 应当明确的是, 这些关于解决争端的条款, 是适用于一般性的争端, 还是仅适用于在预期的协商中产生的争端问题。人们注意到, 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。为此, 有些委员还建议, 任何解决争端程序都应规定由一技术调查委员会作为至关重要的组成部分。《越境环境影响评估公约》或《工业事故跨境影响公约》所规定的模式也可视为适用的办法。另外有些委员认为, 最好还是在完成有关这些条款的拟定工作和确定了这些条款的性质之后, 再就此问题作出决定。

(b) 污染者付费原则的问题

190. 特别报告员指出, 最近诸如《关于越境内水意外污染的行为守则》⁸⁵和《工业事故越

⁸⁵ 见上文脚注83。

境影响公约》等文书中，都载有污染者付费的原则。他认为这项原则应由关于这些条款的委员会认真审查，因为这一原则既与预防措施又与民事补偿责任制相关。他表示准备在提交下届委员会会议的报告中审查污染者付费原则。

191. 关于污染者付费原则的评论不多。人们普遍同意在处理补偿责任时，可适用这一原则，并认为届时应彻底讨论这个问题。有人指出，委员会正在探讨的此类法律制度的基本点应该是追究经营者的补偿责任，而不是国家的

责任。补偿责任并非因未履行某项义务，而是因某种其它缘故所致，而且不论损害是在何种情况下发生的，都不会全面补偿所造成的损害。但是，在某一国家的领土上或控制下从事危险性的活动造成的跨界损害，可导致产生该起源国须承担补偿责任的情况。

192. 有人指出，还应依据损害发生前后某一国家的所作所为，来审查污染者付费的原则。国家在这方面的作用与就所造成的损害而追究该国可能的补偿责任相关。

第四章

国家责任

A. 导言

193. 对于“国家责任”这个专题的条款草案, 1975年委员会第二十七届会议通过的总计划所设想的条款草案结构如下: 第一部分涉及国际责任的起源, 第二部分涉及国际责任的内容、形式和程度; 委员会可能决定列入的第三部分可能涉及解决争端和履行国际责任的问题。⁸⁶

194. 1980年委员会第三十二届会议一读暂时通过了关于“国际责任的起源”的条款草案第一部分。⁸⁷

195. 委员会在同一届会议上也开始审议关于“国际责任的内容、形式和程度”的条款草案第二部分。

196. 委员会从第三十二届会议(1980年)至第三十八届会议(1986年)共收到特别报告员威廉·里普哈根先生提交的涉及条款草案第二和第三部分的七次报告,⁸⁸从那时以后, 委员会

就设想把关于解决争端和履行国际责任的第三部分列入条款草案。第七次报告有一节(在委员会上既没有介绍也没有讨论)载有条款草案第一部分二读准备工作情况, 论及各国政府对第一部分10个条文的书面意见。

197. 委员会1986年第三十八届会议结束时
(a) 暂时通过了第二部分第1至第5条草案;⁸⁹
(b) 将第二部分第6至第16条草案⁹⁰和第三部分第1至第5条和附件草案提交起草委员会。⁹¹

198. 1987年委员会第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生为国家责任专题的特别报告员。⁹²委员会收到了特别报告员1988年至1990年的两次报告。⁹³在1989年和1990年第四十一届和第四十二届会议上, 委员会将第二部分第二章(国际违法行为产生的法律后果)第6至第10条草案⁹⁴提交起草委员会。

⁸⁶ 《1975年……年鉴》, 第二卷, 第55-59页, A/10010/Rev.1号文件, 第38-51段。

⁸⁷ 《1980年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第26-63页。

⁸⁸ 特别报告员的七次报告见:

初次报告: 《1980年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第107页, A/CN.4/330号文件;

第二次报告: 《1981年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第79页, A/CN.4/334号文件;

第三次报告: 《1982年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第22页, A/CN.4/354和Add.1和2号文件;

第四次报告: 《1983年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第3页, A/CN.4/366和Add.1号文件;

第五次报告: 《1984年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第1页, A/CN.4/380号文件;

第六次报告: 《1985年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第3页, A/CN.4/389号文件;

第七次报告: 《1986年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第1页, A/CN.4/397和Add.1号文件。

⁸⁹ 这些条款草案案文载于下文第335段。

⁹⁰ 案文见《1985年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第20-21页, 脚注66。该届会议提交起草委员会的案文见第162段。

⁹¹ 案文见《1986年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第35-36页, 脚注86。该届会议提交起草委员会的案文见第63段。

⁹² 《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第220段。

⁹³ 特别报告员的两次报告见:

初次报告: 《1988年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第6页, A/CN.4/416和Add.1号文件;

第二次报告: 《1989年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第1页, A/CN.4/425和Add.1号文件。

⁹⁴ 第6和第7条案文见《1989年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第229和第230段。第8、第9和第10条案文见《1990年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 脚注271、289和291。

199. 委员会在 1991 年第四十三届会议上收到了特别报告员第三次报告。委员会听取了对该报告的介绍, 但由于时间不够未能进行审议。⁹⁵

200. 在 1992 年第四十四届会议上, 委员会一并审议了特别报告员在前一年提交的第三次报告和第四次报告。⁹⁶ 它向起草委员会提交了载于其第四次报告中的第 11 至第 14 条草案及第二部分第 5 条之二草案。⁹⁷

201. 也是在委员会第四十四届会议上, 起草委员会一读通过了拟予列入条款草案第二部分第 1 条的新的第 2 款以及第 6 条(停止不法行为)、第 6 条之二(赔偿)、第 7 条(恢复原状)、第 8 条(补偿)、第 10 条(抵偿)和第 10 条之二(承诺并保证不重复)。但是, 委员会根据其在不附带评注的条款不予通过的方针, 同意将拟议的条款草案推迟到随后一届会议采取行动, 而只注意到起草委员会的报告。^{98 99}

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 起草委员会在委员会第四十四届会议上通过的条款草案

202. 委员会在其第 2314 次和第 2316 次会议上审议并暂时通过了拟予列入草案第二部分第 1 条的新第 2 款, 以及供列入草案第二部分的第 6 条(停止不法行为)、第 6 条之二(赔偿)、第 7 条(恢复原状)、第 8 条(补偿)、第 10 条(抵偿)和第 10 条之二(承诺并保证不重复)。这些条款的案文及其评注载于下文第 335 段。

⁹⁵ 见《1991 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 1 页, A/CN.4/440 和 Add.1 号文件。报告是于 1991 年 7 月 10 日举行的第 2238 次会议上介绍的(见《1991 年……年鉴》, 第一卷, 第 221-225 页, 第 2-24 段), 讨论摘要见《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 308-322 段。

⁹⁶ 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件。

⁹⁷ 同上, 第二卷(第二部分), 分别见脚注 56、61、67、69 和 86。

⁹⁸ 同上, 第 115-116 段。

⁹⁹ A/CN.4/L.472 号文件。

2. 特别报告员向委员会第四十四届会议提交的第四次报告中所载列的条款草案

203. 如同已在上文第 200 段中指出的, 委员会在其第四十四届会议上向起草委员会提交了特别报告员在其第四次报告中提出的 11 至 14 条和第 5 条之二草案。

204. 在委员会第 2318 次会议上, 起草委员会主席介绍了委员会一份报告(A/CN.4/L.480 和 Add.1), 其中载有起草委员会一读通过的、供列入条款草案第二部分第二章(“国际不法行为的”手段性“后果”)的各条案文, 即第 11 条(受害国的反措施)、第 12 条(诉诸反措施的条件)、第 13 条(相称)和第 14 条(禁止采用的反措施)。本届会议上, 起草委员会为专门审议上述条款举行了 26 次会议。委员会根据其在不带评注的条款不予通过的方针, 同意将拟议的条款草案推迟到下一届会议采取行动。届时, 委员会将收到它所需要的材料, 使它能就拟议的条款草案作出决定。目前, 委员会只是注意到起草委员会的报告。

3. 特别报告员的第五次报告

205. 在本届会议上, 委员会收到了特别报告员的第五次报告。第一章(A/CN.4/453 和 Add.1-3)的标题是: “国家责任条款草案第三部分和争端解决程序”, 其中载有 6 个条文草案和一个附件。特别报告员在第 2305 次会议上介绍了其第五次报告。第一章在委员会第 2305 至 2310 次和第 2314 次会议上得到了审议。委员会在第 2314 次会议上将这些条文草案和报告中所载附件提交起草委员会, 供参照辩论过程中所提出的评论和意见予以审议。有关的意见载于以下(a)分节。第五次报告第二章的标题是: “所谓国家之国际‘罪行’的后果(草案第一部分第 19 条)”。下文(b)分节载述特别报告员在委员会第 2315 次会议上所作介绍性发言的摘要。第二章由于时间不够没有得到讨论。

(a) 争端解决程序问题

206. 特别报告员在介绍其第五次报告时谈到, 委员会作为草案整体的一部分, 在 1985 和 1986 年审议了前任特别报告员里普哈根先生¹⁰⁰自

¹⁰⁰ 见上文脚注 91。

从 1963 年以来拟议的第三部分所载的争端解决条款, 随后将其提交起草委员会。现任特别报告员虽然确认上述提议在委员会 1985 和 1986 年辩论期间得到普遍支持, 却认为应该在作为条款草案和未来公约整体一部分的第三部分中载述更加有效的争端解决规定, 以弥补在 1992 年第六委员会辩论期间确切查明的单方反措施的缺点。¹⁰¹

207. 特别报告员说, 第 12 条提到的争端解决程序作为诉诸反措施之条件的部分规则自从前一年以来仍在起草委员会中悬而未决。第 12 条载述了受害国要求停止不法行为和提供赔偿并且正在考虑是否为此诉诸反措施时, 某一受害国和某一不法行为国双方可能利用的一些程序。第 12 条, 尤其是其第 1 款 (a) 项¹⁰²的要点是: 它除了提到源自《联合国宪章》第三十三条或类似规定的含糊的、通常较不切实的一般解决义务以外, 还提到可能存在于每一具体案件中责任关系方应有的一些较为切实的义务。除了《宪章》第三十三条以外, 显然还参考了一般条约、条款和拟议调解、仲裁和/或司法解决的其他国际文书。这些是以特别协定加以采用或单方面采取的程序。他着重指出, 如这种程序是“现成的”, 受害国应在诉诸反措施以前予以采用, 这是使反措施具有合法性的先决条件。第 12 条第 1 款 (a) 项只提到这些程序和受害国可能援用的一些国际条文。换言之, 该项规定并没有直接规定受害国诉诸某些措施的义务。它只是规定, 任何这些程序, 如果已经有了, 就应该在诉诸反措施之前予以采用。

208. 特别报告员指出, 他在第三部分中提议解决的问题是不同的问题。这个问题确切地涉及用条款草案本身原来的“一般仲裁条款”重新予以规定的解决义务。这种解决义务将由最终成为公约的国家责任条款草案第三部分加以规定。

209. 在这方面, 特别报告员概述了在第三部分中载列关于解决争端的一般规定的两种可能方式。

210. 一种办法是尽可能直接规定必须直接用尽现有的、直接规定的第三方解决程序 (通常是

仲裁或司法解决程序), 且必须在采取任何反措施之前采取这些程序。如果采取这种“理论上理想的”解决办法只是为了迫使顽抗的不法行为国遵守具有拘束力的仲裁裁决或判决, 便可以采取反措施。

211. 但是, 由于考虑到这种“理想”办法不大可能得到支持, 因此除非辩论情况显示这种办法得到委员们的支持, 特别报告员不应提议按照这种办法拟订的任何条款草案。

212. 特别报告员认为, 另一个比较实际的解决办法是: 在第三部分中设法不直接影响受害国 (在第二部分第 11 至第 14 条其中包括第 12 条所规定的条件和限制之范围内) 采取反措施的特权、而同时又能够对此种反应实行事后第三方核查, 从而减少受害国作出任意反应的危险。这是他在报告中所提议的解决办法。

213. 根据 (载于第 1 至第 6 条及其附件草案中的) 这一解决办法, 在据称受害国采取反措施、而据称不法行为国提出抗议或作出其他形式的反应之后发生争端的情形下, 如果这一争端没有得到处理, 任一方都有权单方面提起调解程序。如果在一段时间以后仍不能以这种程序加以解决, 任一方都有权单方面提起仲裁程序。他还提议在仲裁法庭越权的情况和其他假定情况下, 将争端提交国际法院解决的第三个办法。特别报告员指出, 虽然在原则上规定了三个步骤, 照说在每一个案件中把三个办法都用上的情况不会很多。争端很可能在调解程序进行期间和进行以后就一举解决了。只有调解失败了, 仲裁办法才会派上用场, 而也只有在仲裁程序失败或基于越权或违反仲裁程序根本规则的理由不服仲裁裁决的情况下才会告到国际法院。

214. 特别报告员提请注意提议的分三步进行的第三方争端解决制度 (调解、仲裁和司法解决) 的三个基本特征。第一、在所述采取反措施后的阶段中未能达成商定的解决办法时, 这个制度将在不对当事方的程序选择造成重大妨碍的情形下导致具有拘束力的解决。第二、解决程序不致以任何重大措施直接剥夺受害国依合乎反措施的规定和限制在自行承担危险的情形下采取反措施的特权。提议的程序在受害国已经单方面下定决心并且采取行动以后便会发挥作用, 有助于以有效的方式及时解决随后的争端。第三方争端解决制度尤能对受害国诉诸反措施的决定产生制约作用。反措施可以在提起解决程序以后用第三方机构的命令予以中止。

¹⁰¹ 见由秘书处编写的第六委员会在大会第四十七届会议期间举行的讨论的专题纪要 (A/CN.4/446, 第 161-178 段)。

¹⁰² 见《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 27 页, 脚注 61。

215. 特别报告员强调说, 提议的争端解决制度只有在 (a) 据称受害国已经遵照第二部分第 11 至第 14 条草案采取反措施以后和 (b) 已经就反措施的依据和合法性产生争端以后, 才会发生作用。于是, 第三部分中解决义务的“触发机制”既不是所谓违反初级规则或次级规则, 也不是这一违法行为的有争议的指控可能引起的争端, 而是由据称受害国以引起争议的方式采取反措施, 或据称不法行为国可能随之采取的反措施所引起的争端。他认为, 提议的解决办法符合惯例, 对于遏制滥用反措施实际上更加有效。

216. 但是, 特别报告员也强调说, 虽然三步式程序的触发机制是由于据称受害国采取反措施以及目标国对这一反措施的反应引起的争端, 提议的程序不仅载述第二部分第 11 至第 14 条规定的反措施的合法性, 也载述了同在当事方间引起争议之责任关系的任何方面有关的任何实际问题或法律问题。的确, 反措施之合法性的条件不仅包括相称 (第 13 条)、事前采取友好争端解决程序 (第 12 条) 或不采取禁止采取的反措施 (第 14 条), 也包括存在违法行为、能归因于目标国、不存在能排除不法性的情况、不法行为国不遵守其提供赔偿之义务。因此, 为第三部分拟议的调解、仲裁或司法解决程序不仅载述了前一年提议的第二部分第 11 至第 14 条草案中所包括的任何问题, 也载述了同将来的国家责任公约第一部分和第二部分的“实质”部分中任何条文之解释或适用有关的任何其他事实问题或法律问题。分别载述调解和仲裁问题的第三部分第 2 条第 1 款 (a) 项草案和第 4 条第 1 款草案都明白提到这一点。¹⁰³

217. 特别报告员鼓励委员会放弃它在争端解决规定方面采取的审慎做法, 在国家责任草案中采用适当有效的解决制度, 这样做有以下两个主要理由。

218. 第一、只有适当有效的争端解决制度才能在相当程度上改正目前单方面反应制度的严重缺点。虽然人们可能通过 (诸如在第二部分第 11 至第 14 条草案中提议的) 关于反措施的严厉规则来设法减少单方面反应制度所包含的任意性, 但由于所制定之规则的 (或) 适用, 从原则上说仍然掌握在受害国的手中, 目前仍存在障碍因素。只有采取有待载入第三部分的第三方核

查程序, 才能在国家间正义和平等的基础上, 使滥用单方面选择的危险减少。

219. 第二、把适当的解决办法纳入国家责任草案中, 委员会将抓住一个最重要的机会, 大力缩小各国体制在这方面所呈现的日益扩大的差距。这一差距应该通过司法途径予以弥合。

220. 特别报告员促请委员会不要假定各国政府不愿意接受较大的争端解决承诺或不愿意援用争端解决程序。他认为, 委员会应该提出它认为起码应有的规定, 而让各国政府承担接受或者拒绝委员会提案的责任。

(一) 一般意见

221. 许多委员认为, 将来关于国家责任的公约应载有关于解决国家责任的解释和适用所产生的争端的规定。然而有些委员对此表示保留或持谨慎态度。

a. 未来的公约是否应附载规定强制性第三方解决程序的争端解决办法的问题

222. 在这一方面提出并讨论了三个主要论点。第一个论点是国际气氛的演变和各国的态度。有人特别指出, 东欧国家在冷战结束以后对争端解决问题采取了新的办法, 而且各国表示更加愿意不仅接受 1969 年《维也纳条约法公约》和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》所规定的那种强制性解决争端的程序, 而且正如国际法院受理案子愈益增多所表明的那样, 还愿意接受司法程序。另外还提请注意 1982 年《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》¹⁰⁴ 在促进承认有效的解决制度的必要性方面的有利作用, 并提请注意欧安会制定的《调解和仲裁公约》。

223. 另一方面有人表示, 冷战中对于第三方机制的公平性表示的怀疑正在减少, 而且越来越多的国家求助于国际法院, 但采用强制性争端解决程序仍然为时过早。有人指出, 较少国家接受了《国际法院规约》第 36 条第 2 款规定的国际法院的管辖权, 而且其中许多国家是在严重保留的情况下接受的。国际法院审理案件数量的增加表明, 各国愿意在个案中同意第三方的参与, 而不是全面接受这些程序。还有人指出, 许多国家

¹⁰³ 见上文脚注 91。

¹⁰⁴ 大会第 37/10 号决议, 附件。

对于多边条约所载的仲裁条款表示保留,甚至在较统一的欧安会范围内,各国也不太愿意在所有案件中接受强制性第三方解决办法。

224. 第二个论点涉及委员会在发展国际法中的作用。在这方面有人指出,像任何其他法律体系一样,国际法不是、也不能够静止不变。按照定义,国际法的最终目标必须是在国与国关系中建立法治,无论这些关系的结构可能如何缺乏有机的联系。演变以外的选择不是维护现状,而是停滞不前和倒退。为此敦促委员会行使《联合国宪章》直接产生的逐步发展法律的责任,并按照公正和国家主权的原则确定前进道路。

225. 另一方面,有人评论说,在一个理想的世界里,各国不仅在国内而且在国际上遵守法治,因此它们接受公正的第三方解决其争端的判决,这是“正常的”。但令人遗憾的是,国际社会并不是建立在与国家相同的模式基础上的。在国家模式中,法官是法律秩序的保障者,而且国家接受法官所解释的法律。而在国际社会,则由各主权国家评估其自身行为及其伙伴之行为的合法性。有人建议,在这方面,委员会应该谨慎地避免过于激进的办法,必须避免提出各国不可能接受的建议,而应适当务实。

226. 有些委员承认委员会不应该编写注定会受到某些国家某种反对的案文,但指出第六委员会的辩论中没有任何意见表明可以得出结论说,国家责任草案会有这样糟糕的结局。在这方面,有人指出,以批准和加入形式最后接受一项条约,至少在一定程度上取决于由任何可以称之为“宣传代理”的机构来促进该条约。例如关于人道主义法律的公约得到了广泛的遵守,除了这些公约固有的价值以外,这基本上可以归功于红十字国际委员会的努力。《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器和销毁此类武器的公约》等条约正在得到认可,因为一个或若干个有影响的国家感兴趣并有手段说服其他国家接受这些条约。有人提醒委员会说,即使大会多数成员国并没有对按照委员会认为是各国所希望的意见拟订的条款草案表示保留,但条款草案有时仍被大会搁置一边。

227. 其他委员敦促委员会将理想同可能性区别开来。他们指出,如果委员会未能极大地推动解决争端法律的制订,并不是委员们缺乏对此问题的关心或技巧,而是因为委员会首先不愿意由于采纳了各国不能接受的解决条款而使整个草案

有可能遭到拒绝。有人指出,令人遗憾的是,同样的问题仍然产生,各国的立场似乎没有充分的变化,从而使人们可以乐观地认为一项周密的体系很可能得到广泛的接受。这些委员认为,这一问题不应该在同现有国际法决裂的一种创新的体系范围内解决,而应该通过具有拘束力的程序仅能发挥有限作用的一种灵活机制加以解决。人们认为,考虑到国家责任的专题包括了国际法的整个范围,一种适中的办法较为可取。这一方面的任何解决机制将影响到在对各国具有根本重要性的问题上的初级和次级义务。

228. 赞成采用强制性第三方案程序的许多委员所提出的第三个论点是,有必要保护弱国,使之免遭因强国滥用单方面措施的权利而受到影响。在这一方面,有人回顾说,许多委员对于将反措施制度列入草案,特别是对有人可能会借这种制度利用各国的不平等状况表示遗憾。但也有人认为这是必要的,只有这样案文才能为整个国际社会所接受,并防止在据称发生违反义务的情况下自动采取反措施。事实仍然是,反措施是权力的行使,有人往往利用这种权力来损害平等和公正的原则,如果委员会准许单方诉诸反措施,就为许多可能的滥用权力行为敞开了大门,并可能使可以得到极为不同解释的一项规则神圣化。因此许多委员认为,无论禁止某些方面反措施的规则或相称性规则等实质性规则如何靠不住,条款草案都须不仅规定这种规则,而且,正如一位委员指出的那样,特别是考虑到自冷战结束以后所发生的急剧变化以及该时期的制约与平衡随后的消失,还应当为强制性第三方解决争端制订有效的(即迅速和具有拘束力的)程序。也有人提请注意反措施概念本身所固有的升级的危险,以及有必要尽快寻求解决争端的办法,以避免引发一系列反措施和对应反措施。人们还强调指出,反措施违反任何人不得一手包揽司法权的原则,从而使国际法的实施停留在初级阶段,而这种初级阶段早已从有组织的国内法体系中消失。

229. 其他委员承认,对于不相称的和过分的反措施必须有一种强有力的制约,但认为强制性解决争端的程序并不是符合此一目的的可行手段,因为在最需要制约反措施的领域里,各国不可能诉诸这种程序。在这一方面,有人提到武装袭击和自卫,对叛乱和戡乱的援助,经济禁运和中止条约的合法性等问题。有人表示,目前的惯例并不表明可以得出结论认为,各国准备通过强制性第三方解决办法解决上述问题。因此有人指出,对于这一问题需要采取立法而不是司法行

动,委员会应该将其注意力集中在澄清、甚至发展关于反措施的实质性规则上,并应当确定关于国际不法行为的准则和原则以及纠正性反措施,而不是将此任务交给涉及漫长和复杂程序的强制性第三方解决机制。同样,有人指出,为解决有关反措施的争端设想更有拘束力的特别办法,并不能免除委员会具体规定适用于反措施的规则的义务,因为不同于立法者,仲裁者和法官受到实在法的制约,因此在没有实在法的情况下,即使有了先进的解决争端体制,他们也无法限制反措施的使用。

b. 拟议的争端解决办法的范围

230. 有人评论道,这一问题是一个非常复杂的问题,因为国家责任方面的争端解决是跨越国界的争端解决。在这一方面,有人问到,委员会是否应该制订一种争端解决制度,以处理解释或适用一整套关于国家责任的条款草案所产生的任何问题。这一问题通常得到肯定的答复。有些委员强调指出,反措施的问题应该得到特别和优先的注意,因为反措施是对于国际法的一种特殊的减损。同时有人怀疑是否有可能为国家责任方面可能产生的所有类型的争端制订一种单一的机制,因为在国际生活中,在许多不同的情况下,应该根据具体情况加以处理。在这一方面,有人提到了1949年《日内瓦四公约》和1977年《附加议定书》。

231. 会上提到在将来的公约中应加以规定的限制争端解决机制的各种方法。有一种办法是,将这种机制限于按照关于争端解决的条约规定的通常模式解释或适用将来的文书所产生的争端,但这仅仅适用于有关条约方面的争端。有人对这种解决办法的可行性或适当性表示怀疑。有人问到,将国家责任的一般问题同受到违反后会产生这种责任的初级规则的问题区别开来是否有可能或可取,因为条款草案所包括的许多问题是与初级规则密切联系在一起的。在这一方面,有人提到结果义务和手段义务之间的区别,并提到所谓次级规则超越了初级规则和次级规则之间的人为界限,致使必须分析指称的不法行为国违反实质性规则从而损害据称受害国利益的国际罪行。由此得出的结论是,限于解释或适用将来公约方面的争端的解决机制没有多大的意义。因此有人指出,那种认为如果委员会规定一种强制性解决程序,就会从草案的一般部分转入初级规则领域的论点有一定的说服力,但在草案中列入一套关于争端解决的程序规则并不是越权,因为划分初级

义务和次级义务只是一种合乎逻辑的做法,目的是确保整个草案前后一致。采用这种方针将会涉及条约解释问题,这远远超过委员会已经通过的第二部分第5条第2款(f)项¹⁰⁵的范围,因此将规则划分成初级规则和次级规则时应具有一定的灵活性,特别是应在可被称为“朦胧区域”的义务方面留有一些余地。

232. 对于争端解决办法之范围问题的另一种着手方式是,按照第一部分第1条所说明的原理,¹⁰⁶规定任何违反国际义务的行为,不论其目的如何,均须遵照强制性办法处理。这种办法被认为是国际法发展方面的一大飞跃。有人指出,迄今为止,各国总是维护本国的利益,总是按照《联合国宪章》第三十三条所载的、《马尼拉宣言》¹⁰⁷所强调的被视为国际法律体系之基石的原则选择最适合其需要的解决程序。

233. 鉴于以上情况,有几位委员怀疑,对于任何国际争端,不论其性质、对于有关国家的意义及其长期影响如何,设想制定一种严格的解决程序是否理智。有人认为,对于评估措施的合法性和解决在解释或适用将来之公约方面的争端,应该建立单独的机制。据认为,这种办法具有双重优势:一是可以对是否允许反措施迅速作出公平的决定,这一点既有利于不法行为国(因为它们可能会受到不合理的反措施的影响),也有利于受害国(因为它们因此可以得到保证,今后不会因为越权行为而受到惩罚);二是在适用或解释今后公约方面的争端中诉诸解决程序,甚至在缺乏反措施的情况下也可以诉诸解决程序。另一项建议是需区别关于反措施的合法性的争端、关于罪行的争端和其他争端。

234. 赞成相互关联地区别对待各种争端的委员们提倡对每一种争端采用多少具有强制性的程序。关于涉及反措施合法性的争端,有人建议,应该按照仲裁法庭的方法建立一个“反措施委员会”。该机构按照简化的规则组成并履行职责,其任务是确定反措施的合法性,必要时,在作出具有拘束力的决定之前努力使各方同意接受一种妥协的解决办法,最终作为一种仲裁、调停和调查机构。赞成这种解决办法的一种论点是,采取反措施之前的局势,当时生效的法律义务,指称

¹⁰⁵ 案文见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第82页。

¹⁰⁶ 见上文脚注87。

¹⁰⁷ 见上文脚注104。

的侵犯行为的现实,采取反措施的必要性及其相称性(如果侵权行为已经实施),所有这些都是谈判、调停和调解难以解决的事实问题。另一个建议是赋予主管机关(仲裁法庭或调解委员会)下令采取保护争端各方的临时措施的权力,但必须在有关国家通过一项宣示或批准单独议定书表示同意后才能行使这种权力。

235. 关于国际罪行的争端,有人建议设想载于今后公约的一项任择议定书中的包括调解、仲裁和诉诸国际法院的三层机制。

236. 关于其他争端,有人认为,可以切实指望的一种办法是《维也纳条约法公约》第66条所规定的强制性调解。有人认为,这种办法绝不会产生不良的后果,因为它涉及国际责任,涉及整个国际法的基本机制。

237. 委员会中建议的另一种办法是,将这种程序及其结论定为具有强制性,但对于以下步骤加以区别:对于将来之文书的任何规定方面的任何争端,调解将是强制性的,但其结论不是强制性的,而针对不法行为国或受害国的临时性保护措施的情况例外;仲裁是对所有国家开放的一种选择,但如果鉴于事实问题或有关法律问题的性质,各方不会认为其主权或选择自由受到怀疑时,仲裁则是强制性的。关于司法解决,可以考虑在涉及一般法律的强制性准则或将来公约的其他具体规定的情况下赋予国际法院以强制性管辖权,并在关于其他问题的争端案件中赋予它任择管辖权。

c. 其他方面的问题

238. 一些委员强调,对于绝大部分国家,特别是穷困国家,费用问题是决定性的。关于费用问题,有人提到马里和布基纳法索在解决边界争端时面临的问题:1986年,经国际法院裁决,双方达成妥协,此后,它们要求法院指定三名专家,帮助绘制两国间的边界地图。¹⁰⁸尽管两国接受裁决的实质内容,但却承认无力负担绘制地图的费用;最后终于得到瑞士政府的资助。人们认为,此例明显表明急需给予发展中国家充分和有效的法律援助。在此方面,人们还提到秘书长经由国际法院设立的帮助各国解决争端的信托基金。可用此项基金资助起草法律文件、支付费

用、资助法律研究和法律程序的各个方面,但这仅限于经各方共同商定而提交国际法院的案件。这是一条重要限制,意味着不得在仲裁或调解案件中使用基金,并意味着富国只要拒绝初步协定就可防止穷国妥善准备案件。人们认为,需要调整基金这方面的运作。

239. 过去拟订的有关解决争端办法的一些问题将在目前情形下考虑,一些委员就此做了评论,例如在何种程度上将其纳入未来公约,进行拟订的最适当的机构,以及完成工作的期限等。

240. 关于第一点,许多委员认为,如1975年委员会通过的计划所设想的那样,解决争端的办法应当是草案的必要组成部分。¹⁰⁹但另一些委员认为,解决争端的办法或该办法中的一部分应当载入一份任择议定书中或载列“选进或选出”条款。

241. 关于解决争端的机制应当在某一机构制定的问题,许多委员认为,如果委员会不愿有失职守,就不能将这一问题留待未来的外交会议决定。但其他委员认为,在该领域法律的目前发展阶段,最好是提出准则,而将制定适当机制的任务交给全权代表会议。

242. 关于拟订解决争端条款的时限,一些委员指出,解决争端的制度与反措施密切相关,该领域中的实质性规则和程序性规则是一有机整体,因此必须共同或平行地审议它们的内容。但是在第一和第二部分完成之前即就第三部分进行具体工作,其他委员感到有问题。

243. 人们指出,在处理第三部分之前,应解决一个未决问题,即第一部分第19条所述的国家罪行问题。¹¹⁰根据一种看法,在拟订解决争端制度之前,应当认真重新审查该条文。另一方面,有人回顾说,第19条已经一读通过,并在第六委员会得到压倒多数的支持。他们担心会有人试图推翻、重写或淡化该条。

(二) 特别报告员提议的争端解决办法

244. 人们普遍赞赏特别报告员第五次报告的第一章,称它井然有序、发人深省,反映出特别

¹⁰⁸ 边界争端,裁决,《1986年国际法院裁决集》,第554页。

¹⁰⁹ 见上文脚注86。

¹¹⁰ 参见上文脚注87。

报告员知识渊博、富有远见，对国际法的逐步发展作出了重大贡献。

245. 许多委员对特别报告员的提议¹¹¹表示赞成，另一些委员则表示保留意见。

a. 提议之办法的范围

246. 有人回顾说，特别报告员和他的前任里普哈根先生一样，曾有意尊重委员会通过的办法，其中第一部分涉及作为国家责任之原因的国际不法行为的定义，第二部分涉及国际不法行为的法律后果。在这两个部分后，将对实施问题以及解决因适用和解释第一部分和第二部分中所载述的上述规则而引起的争端作出具体规定。

247. 有些委员认为，第五次报告没有完全与委员会大多数委员的初衷和愿望一致，因为它几乎只集中于论述解决反措施方面争端的程序的必要性，并提出一套条款，专门处理指称的受害国对指称的违法国采取反措施问题，而没有按照第12条第1款(a)项¹¹²所载的办法解决引起的争端。若干委员注意到特别报告员打算使所设想的程序不仅包括关于反措施条款的解释和适用，而且还包括今后公约的任何规定的解释和适用。他们认为第五次报告在这方面模棱两可。特别提请注意报告一些段落与第1条之间不一致之处。这些段落明确规定，启用提议的办法的情况只能是，“如果在……国家对……违法国采取反措施后产生……争端”，因此，在不采取反措施的情况下，即使对适用或解释将来的文书有争议，也不能援引有关解决争端的规定。

248. 还有一些委员承认，特别报告员同时或交替分析了有关将来文书整套条款的争议和具体设计反措施的争议，结果造成报告和条款草案有些模棱两可。但他们认为，报告的具体段落表明，特别报告员是从整体上考虑问题的。第1条草案看上去具有限制性，第2条第1款(a)项草案则重申，争端解决制度适用于解释和适用将来的文书可能产生的所有问题。

249. 若干委员认为，特别报告员在他提议的争端解决制度运作中不无正确地使诉诸反措施获得了显著地位和启动作用。他们同意他的意见，

即反措施领域的实质性规则和程序性规则构成一个有机的整体，没有充分的和有点严格的争端解决制度，反措施的使用就可能导致各方在狂暴的权力斗争中不顾法律任意妄为，走向法治的反面。因此，有人宣布，反措施制度和争端制度在任何意义上都是一个整体，争端制度是反措施制度的必要条件。但有人认为，对于非涉及反措施的争端需要采取不同的处理办法，因为由违反实质性规则而引起的争端可以根据载入这些规则的文书所规定的办法来加以解决，或者根据《联合国宪章》第三十三条和双方的特别协定加以解决。

250. 还有的委员质疑，特别报告员通过强调强制性解决制度是对可能的反措施的抗衡手段，是否真的是根据条款草案的逻辑行事。条款草案的第三部分应该适用于整个草案。他们认识到，鉴于有些一般性争端解决条约未被执行和不产生作用，采取有限的办法可能是合理的。特别报告员可能重视解决争端的实践，轻视采取了反措施之后的实践，这也许不无道理。他们强调，分歧的原因固然继续存在，但国际形势的发展对一般性争端解决方面法律的逐步发展提供了有利的基础。因此他们强调，有些一般性文书，如《美洲和平解决争端条约》（《波哥大公约》）¹¹³和《非统组织宪章及其议定书》，¹¹⁴在解决争端中起到了非常有用的作用。有些委员还说，关于国际不法行为受害国是否只有采取了反措施后才应得到机会使用提议的程序的问题仍有待讨论。他们认为这种办法并非完全合理，给人的印象是，反措施是争端的来源，但实际上反措施是原来不法行为导致的结果。

b. 提议之办法的一般结构

251. 若干委员评论说，第五次报告提出了两种备选办法。特别报告员认为其中一种在理论上较令人满意，而另一种则被认为较现实。第一种办法，即“理想的”解决办法是要在条款草案中采用第三方解决程序的略有系统的制度，在没有达成协议的情况下，这种制度将导致第三方作出具有拘束力的宣示，同时规定只有以该第三方有拘束力的宣示为条件，诉诸反措施才是合法的，但有少量的例外。第二种办法是：任何国家，凡打算采取反措施的，均得首先向有关国家预告其意图，要求立即采用某种解决程序。如果争端得

¹¹¹ 特别报告员提议的条款草案和附件内容见下文脚注116、117、121-123和125。

¹¹² 见上文脚注102。

¹¹³ 联合国，《条约汇编》，第30卷，第55页。

¹¹⁴ 同上，第479卷，第39页。

不到解决并采取了反措施,而谈判或调解又无成效,强制性第三方解决程序应作为最后的手段付诸实施,以便确定反措施的合法性。

252. 有些委员表示较倾向于第一种办法。他们认为,在采取任何反措施之前应先采用强制性的第三方解决程序,以便对付不法行为的顽抗态度,并采取必要的临时性保护措施,直到最后确定不法行为是否真正存在,如果存在,应给予何种赔偿。实施这种程序的时间不管多久,对法律的危害也比作出反应,即反措施对法律的侵害要轻的多。他们还强调,如果在采取反措施前不实行争端解决程序,这将使亲手讨回公道的观念占上风的学说和实践长期残留不散,而国家间制度已决定在其他领域摒弃这种观念。实施强制性第三方争端解决程序被看作更为必要的原因是,争端中国家不一定是平等的;保证以后“法律面前人人平等”不能依靠自愿谈判、调停或调解程序,因为其结论只是建议性的。

253. 但一般普遍认为,一种制度,若将责任法律的全部以及间接地将评价所有实质规则的遵守情况归到国际仲裁和司法机构的管辖范围内,这种制度就不符合由主权国家组成的现代国际社会的发展阶段。在这一发展阶段,《联合国宪章》第三十三条所载的自行选择原则是解决争端法律的基石。因此,许多委员有时不无勉强地认为,特别报告员提出的第二种办法,即对不顾法律任意妄为、采取单方面措施的国家不断加强限制性的法律控制是较为可取的一种办法。

254. 有些委员认为,即使在第二种办法下,批准将来公约的国家必须求助于具有若干决策权的调解委员会,继而求助强制性仲裁,终而求助国际法院,这会对国际法律制度造成严重混乱。更为严重的是,由于所有法律争端都涉及责任问题,因此所有的争端都应由法院审理。他们认为特别报告员提出的分三步解决制度有点奇怪,超越了国际法的逐渐发展,忽视了在现实实践中国家间的大多数争端均不提交司法解决这一事实。

255. 还有一些委员认为,特别报告员提倡的争端解决制度并没有人们所宣称的那么大胆和具有革命性。如果采用这种制度,委员会只会顺应当前局势,不会独辟蹊径。他们指出,在新的国际秩序看来在行使干涉权利的背景下形成的时候,争端的解决仍然以国家的主权为基础,其中反措施是一种世俗权力。干预的做法,换言之主权少、同情多的做法是正在形成中的国际法,

而不是拟议法。因此他们问限制国家操纵国际法制倾向的成文规则为何应是拟议法,并鼓励有义务以法律制止战争的委员会让国家面对自己的责任。他们认为特别报告员的提案符合双边和多边条约(包括1969年《维也纳条约法公约》和1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》以及1982年的《联合国海洋法公约》)的目前趋势以及第六委员会的委员提出的关于争端解决程序应增加一些富有创见的建议。他们还进一步指出,尽管问题错综复杂,但要求国家在涉及它们对待某项条约的行为问题上同意第三方解决办法并不是想入非非。

256. 特别报告员认为,上文第254段提到的批评意见就“理想的”解决办法而言,不无道理,但就不那么进取的解决办法而言则并非如此,因为这种解决办法不是根据将来公约第三部分的程序,而是根据《联合国宪章》第三十三条所列的程序或对缔约方有拘束力但独立于将来的公约以外的文书所规定的程序来确定反措施是否合法的问题。他指出,不管在任何情况下,包括在根据争端类别有所不同的程序的制度范围内,在采取反措施前的阶段中当事国的选择自由将不受损害,公约中直接提议的程序只有在采取反措施后才能实施。

257. 一些委员对第三部分提出的争端解决制度与特别报告员在第四次报告中拟定的第12条第1款(a)项¹¹⁵之间的关系作了评论。有些委员认为,在这一点上,特别报告员的观点从第四次报告到第五次报告摇摆不定。他们认为,第四次报告中的第12条第1款(a)项将合法诉诸反措施的条件规定为用尽了除将来之公约以外的文书中规定的所有程序,而第三部分的程序则只有在采取了反措施后才可实施。他们担心这种办法的逻辑因特别报告员对第12条第1款(a)项的现行解释而受到质疑。根据特别报告员的解释,该条规定仅仅提及解决手段,而没有直接规定这些手段。他们说,由于这种解释,再也不可能要求受害国在用尽现有争端解决程序或将来之公约本身规定的程序之前不采取反措施。

c. 对特别报告员提议的第1至第6条草案和第三部分附件的具体建议和评论

258. 如上文所述,特别报告员提议的分三步进行的争端解决办法得到一些委员的支持,但受

¹¹⁵ 见上文脚注102。

到另一些委员的批评。一些委员说它十分平衡和现实。另一些委员则说它过于僵硬；过于累赘，因为要求穷尽一系列程序，为时至少三年，在此期间任何反措施均有时间对指称的不法行为国的经济造成巨大损害；费用高昂，而过高的费用必须由当事国承担。还有人指出，提议的制度可能影响先前存在的双边和多边条约规定的争端解决制度，两者难以互相调合。有人建议特别报告员从《关于强制解决争端的任择签字议定书》（涉及1958年日内瓦四项《海洋法公约》）中寻求指导，或者考虑在有关国家责任的条款中赋予国际法院强制管辖权。

259. 有些委员的建议含有特别报告员所提议的制度的一些因素，但在另一些方面却与其不同。有一位委员建议在第一阶段，受害国要求停止有关不法行为，若行为国未作反应，则开始第二阶段，在这期间，受害国应诚意穷尽所有可能性，使行为国参加友好解决程序。如无效，则受害国开始进入第三个阶段，行使其将争端提交调解委员会的权利，然后开始草案第三部分第3至第5条所设想的程序。如果第一阶段取得成功，不法行为已停止并且受害国获得了赔偿，以及如果旨在诚意适用友好解决程序的努力取得成功，就没有必要采取反措施。受害国仅有权采取暂时的保护措施，包括暂时的反措施，其唯一目的是保护其利益和鼓励不法行为国采取第一或第二阶段的步骤。如果全不成功，受害国可以诉诸调解委员会，然后，如特别报告员所建议，诉诸仲裁和司法解决。

260. 另一委员建议，如发生国际不法行为，应要求受害国同不法行为国开始谈判，双方根据《联合国宪章》第三十三条第一款规定的程序寻求解决。如果在六至八个月内未找到解决办法，任何一方有权单独诉诸国际法院。仅在六至八个月的期限结束并在国际法院届时没有受理该争端的情况下，指称的受害国才有权采取某些反措施。

261. 关于上文第258段中所载的意见，特别报告员指出，他不认为提议的制度会比没有确切时限的谈判更加复杂和更加艰难，其代价也不会比以错误方式采取的所谓反措施的后果来得更大。关于上文第260段提到的授权任何一方直接诉诸仲裁或司法解决的可能性，有人表示倾向于建立司法解决仅发挥有限作用的一种更为灵活的制度。

262. 关于所要设想的具体程序，有人对特别报告员的提议未提到谈判表示遗憾。人们强调根据《联合国宪章》第三十三条谈判的突出作用，并问道，只要切实的谈判仍然是一条可能的渠道，此时是否能够实际指望当事国诉诸其他程序。

263. 特别报告员答称，谈判当然是在诉诸调解委员会之前进行，它不仅可以在整个调解过程中进行（因为委员会的主要任务就是作为各方之间的中间人和促使各方达成协议），而且还可在调解工作结束后和委员会提交最后报告后进行。

264. 如上文所述，人们认为第1条草案¹¹⁶可使人作出这样的解释，即提议的程序仅适用于与反措施有关的争端。在这方面，有人说，虽然在采取反措施之后发生的争端通常同这些措施有关，但也不可能不止于此，可能涉及指称违反一条初级或次级规则，而在采取反措施前，此种违反也许并不引起争端。为使这一点更加清楚，有人建议将“在（对违法国采取了反措施）之后”改为“由于”或“因为”对违法国采取了反措施。另一种意见认为，调解委员会将按第1条处理“受害国采取反措施之后出现的争端”。但是，有人问道，委员会如何能够负责评定争端是否存在呢？就是说，如何有权在受害国实际采取了反措施的情形下酌情断定没有任何争端存在呢？

265. 特别报告员答复说，根据提议的制度，反措施所针对之国家的反应可能是提出抗议或要求停止反措施，或最终采取对应反措施。他提议由调解委员会断定是否存在争端，因为它是听取案情的第一个第三方。他选择以争端而不是以引起反对的反措施作为触发机制，这是因为争端的概念在国际法的理论和实践中提供了一个相当客观的标准。争端是由于断定反措施所针对的国家有不法行为，而采取措施的国家反对这一结论。

¹¹⁶ 特别报告员提议的案文如下：

“第一条 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。”

266. 关于第2条草案¹¹⁷，有些委员笼统阐述了调解在国家实践中发挥的作用。其中一位评论道，调解在非洲仅偶尔使用，非洲各国迄今为止倾向于在国家间会议上以政治方式解决争端。但另一位委员回顾说，东非共同体在解体之时曾成功地以调解方式分配其共同资产。他还提到有一个调解委员会成功介入 Jan Mayen 岛的争端，¹¹⁸ 结果提出了商定在碳氢化合物生产前景看好的地区进行联合开发的建议。调解是一个有用的程序，涉及体制化谈判的各个方面，鼓励对话和调查，就各方立场的是非曲直提供资料，并最终根据各方所应得的而不是根据所要求的待遇拟议解决办法。

267. 对特别报告员为第2条草案提议之案文所作的评论集中于 (a) 指定给调解委员会的事实调查职责；(b) 授权委员会下令停止任何一方所采取的措施或实施它认为必要的任何暂时保护措施的意见；和 (c) 调解委员会报告的性质。

268. 关于第一点，有人说，在有关国家责任的争端中必须解答的第一个问题是，据称有不法行为的国家是否实际上违反了国际义务。在这方面，有人提请注意“多格银行”案¹¹⁹和《日内瓦公约》第一号附加议定书。人们注意到，在特别报告员的草案中，事实调查的职责将由调解委员会履行。有一种意见认为这种办法是正确的。另

一种意见认为，各国比较能够接受职权仅限于事实调查方面的调查委员会，设立起来也比较容易。在这方面，有人建议沿用在“彩虹勇士号”案中赋予联合国秘书长的任务授权方式，让各国有机会由一国际当局或在其授权下进行事实调查。¹²⁰

269. 关于第二点，有些委员尽管承认决定权一般不给予调解委员会，但认为在第2条第1款(b)项中给予这种权力以确保某些利益不受损害是适当的。有人评论说，在执行调解委员会的无约束力的建议之前也需要有保护措施。

270. 另一些委员说，由调解委员会负责下令采取措施有背于人们对调解的一般理解。调解不同于仲裁和司法解决，它旨在说服而不是下达指令。

271. 还有一些委员认为赋予调解委员会对问题实质的调解权和对临时保护措施的决定权有其长处。但他们说，即使这样一个制度，也很难为各国所采用，只能设想放在一份附加议定书中或在一个特别条款中，需由各国在批准未来公约之外另发布一项任择声明来予以核可。

272. 关于上文提到的第三点，有人评论说，虽然调解委员会的报告属于建议性质，但特别报告员却给它注入一种强制性因素，说在提交报告之后争端未得到解决之时，一国可以诉诸强制仲裁。

273. 特别报告员在答复有关第2条草案的问题时强调，第2条草案第1款提到调解委员会“使各方达成一种商定的解决办法”即指的是调解，仅此而已。提议的案文、他的报告和介绍发言都清楚地表明，调解委员会无权决定争端的是非曲直。它仅是一个普通调解机构，其任务是提出建议和进行调停。他为调解委员会建议的程序是使其有可能酌情下令停止任何一方采取的任何措施，采取临时保护措施，显然由特设机构调查事实。他主张采取不同于一般调解作法之处也就是这几点而已。

¹¹⁷ 特别报告员提议的案文如下：

“第二条 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，

“(a) 审查可能与解决本条款任何部份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，委员会应当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。”

¹¹⁸ 1993年《国际法院裁决集》，格陵兰和扬马延岛之间的海洋划界，第38页。

¹¹⁹ J.B.Scott 所编《海牙法庭报告书》，“北海或多格银行”案（纽约，牛津大学出版社，1916年），第403-413页。

¹²⁰ 秘书长1986年7月6日的裁决（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十九卷（出售品编号E/F.90.V.7），第197页起）。

274. 关于第3和第4条草案,¹²¹有人建议(a)消除第3条和附件第3条第6至第9款之间的矛盾,(b)反措施是否合法问题从一开始就提交仲裁(虽然这一办法的缺陷是跳过了往往相当有用的调解阶段);(c)若调解失败,各方有义务诉诸仲裁。

275. 特别报告员在答复(a)项建议时指出,在第3条草案所指“特别协定”和附件第3条第6至第9款中提到的同一概念之间的关系上确有错误,这是在编写工作最后一刻造成的错误。这一错误将予改正,以解释第3条中和附件第3条第6至第9款中仲裁的不同作用。他感谢有人指明上述错误。对于(b)和(c)项建议,特别报告员并不反对直接提交仲裁。他只是认为,作为第一步,调解可能比较容易被接受。

276. 有人说,第5条草案¹²²中的办法是对国际判决制度的重大修改,特别是国际法院的制度,因为它规定在一些问题——有些甚至不能称

¹²¹ 特别报告员提议的第3条和第4条草案案文如下:

“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 司法解决

“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。”

¹²² 特别报告员提议的第5条案文如下:

“第5条 司法解决

“争端可提交国际法院裁决:

“(a) 由任一当事国提交:

“(一) 无论基于任何原因而无法设立第4条规定的仲裁法庭,且争端未能在随后六个月内通过谈判得到解决;

“(二) 上述仲裁法庭未能在第4条规定的期限内作出裁决;

“(b) 由受到违反仲裁裁决之任何措施的当事国提交。”

为法律问题——上必须以协商一致方式实行管辖。还有人说,鉴于法院工作进度缓慢,其介入对有关利益,特别是受害国的利益可能带来重大后果。但有人指出,法院修改了作业规则,以便利设立特设审判庭,从费用的角度看这一办法尤其具有很大的意义。其他评论包括:(a)认为第5条草案的措词方式应能保持穷国利用关于协助各国通过国际法院解决争端的秘书长信托基金的权利,(b)有人指出,如果将“随后”改为“提交调解委员会报告后”,则(a)款第(一)项将得到改进。

277. 有一位委员说,第6条草案¹²³没有特别的新意。但是,有人评论说,越权的概念在目前的案文中容易被解释为法院的管辖权应该受到更大的限制。另一种看法是该条使国际法院成了某种上诉法院。有些公约已经体现了这种办法。有人认为,作为国际法之逐渐发展的一部分,这种办法相当适当。也有人建议为法院拟议一种不限于审理越权案件或违反程序问题的更加广泛的管辖权。

278. 有些委员提议在特别报告员提出的分三阶段解决争端制度中列入一些附加要素。更具体而言,有人建议(a)在草案中留出余地,供国际法院根据其院长罗伯特·詹宁斯1991年在大会发言¹²⁴中建议的方向提出咨询意见,和(b)让国际法院审判庭程序发挥更突出的作用。

279. 关于附件,¹²⁵一位委员怀疑各国是否会同意以抽签方式任命他们的候选人。他建议像

¹²³ 特别报告员提议的案文如下:

“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。”

¹²⁴ 见《大会正式纪录,第四十六届会议,全体会议》,第44次会议。

¹²⁵ 特别报告员提议的附件案文如下,

“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。

“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先选定的第三国，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。

“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 10 月 18 日《和平解决国际争端海牙公约》第三部份的规定行事。

“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，通知协定的当事国。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. 在调解结束时，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

前任特别报告员里普哈根先生¹²⁶提议的那样，将设立调解委员会的任务委托给秘书长。关于仲裁，有位委员认为，应当规定在其中一国未能任命仲裁员时可由第三方（有可能是国际法院院长）介入。

d. 对于特别报告员之提议的后续工作

280. 许多委员指出，委员会关于国家责任专题方面的工作已推迟了数年，这是因为假定会有第三部分所致，这一点从前任特别报告员曾于 1986 年向起草委员会提交有关草案的事实得到证明。¹²⁷因此他们认为现在是委员会起草第三部分的时候了，同时应考虑到他们认为存在于本专题草案这一部分同第 12 条¹²⁸之间的关系。

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，任命应由法院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 10 月 18 日《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，得由任一当事国将该争端提交法庭。

“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 38 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，法庭应按照公正合理原则裁决。”

¹²⁶ 见上文脚注 91。

¹²⁷ 见《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 63 段。

¹²⁸ 见上文脚注 102。

281. 其他委员保留对这一问题的立场。有一种意见认为不宜列入对反措施的争端解决制度, 而特别报告员提议的第三部分剥夺了国家在争端解决程序方面的选择自由。另一种意见认为, 解决争端的反措施问题与其说是国家责任专题的一部分, 不如说是强制执行措施问题, 因此, 委员会目前应集中注意第一部分和第二部分第一章(关于赔偿), 包括罪行问题。第三种意见认为, 在第 12 条和第三部分之间建立联系是牵强的, 第三部分无法提升到第一和第二部分的高度而与它们连接在一起, 有可能拖累整个草案。

282. 特别报告员在总结讨论情况时指出, 委员会的绝大多数委员: (a) 赞成在国家责任方面加强法官的作用; (b) 赞同应该对危险的反措施制度辅以求解决争端规定的构想; (c) 赞成采取上文第 251 段中所述较实际解决办法的倾向优于同段中所描述的“理想的”解决办法, 从这些方面可以看出他们认真的态度和责任感。根据该项办法, 采取反措施的合法性取决于是否用尽可能对受害国和对不法行为国具有拘束力的、目前安排或未来安排中的“现成”程序, 而与正在拟订的条文(第 12 条)无关。在采取了反措施以后, 就得启用将来公约规定的解决争端办法了。特别报告员说, 他在这方面的提案得到相当的支持, 只是有人提议作一些改动而已。他希望委员会能够劝说各国同意, 在反措施方面行使特权应该受到公平管制。特别报告员认为, 从整个辩论情况看来, 他所提议的第 12 条和第三部分之间尤其存在极为密切的联系, 这是不容低估的。

(b) 国家之国际“罪行”的后果

283. 如上文第 205 段中所述, 第五次报告第二章涉及所谓的国家的国际“罪行”的后果。然而, 由于时间不够, 委员会无法在本届会议上对第二章进行审议。不过, 委员会认为特别报告员有必要介绍这一章, 以便在下届会议上加速这一专题工作。

284. 特别报告员介绍了第五次报告第二章, 提请注意从历史角度审查了国家之国际罪行的后果问题的 A 节, 另外还对委员会 1986 年的讨论情况¹²⁹和第六委员会的讨论情况¹³⁰以及有关文献

资料等作了简要介绍。以前的辩论情况和理论背景为阐明第二章 B 和 C 节中的问题提供了基本思路。

285. 特别报告员指出, 根据草案第一部分第 19 条, ¹³¹罪行是指对旨在保障整个国际社会根本利益的普遍义务的严重违犯。不过, 这并不意味着应将所有对普遍义务的违反视为罪行。基本的问题是要评估严重损害各国共同利益的违反行为在多大程度上影响到了即便只存在“普通的”普遍违反情况也会产生的复杂的责任关系。

286. 特别报告员认为, 最好的办法是对问题的客观方面和主观方面作一区分。从客观角度来看, 问题是: 所涉违反行为的严重性是否及如何增加了作为“普通的”普遍违反行为(即违法行为)的特点的实质性后果和手段性后果的内容以及减少了这类后果的限度。从主观角度看, 问题是: 是否由于遭违反的规则极为重要, 因而引起了通常在一般法下的普遍义务遭受普通违反的情况下不法行为国和所有其他国家之间或许多受害国之间本来就是无组织和没有“在结构上”得到协调的多边关系的任何变化。

287. 特别报告员先谈到实质性后果, 即停止不法行为和赔偿。关于停止不法行为, 他认为, 与“普通”不法行为(不论是否普遍性行为)相比, 罪行并不具任何特别的性质, 这有两个理由。第一, 停止的义务是不能受“质的”增加、减少或改变等影响的; 第二, 就不法行为而言, 所涉义务是应负责任国家的一种义不容辞的义务, 即使一个或多个受害国没有提出任何要求。特别报告员的第五次报告提供了国家实践方面的一些有关例子, 有必要在后一阶段即在委员会和大会的辩论之后对这方面的实践作进一步分析。特别报告员希望这些辩论能向他提供宝贵的指导。

288. 特别报告员认为, 包含恢复原状、补偿、抵偿和保证不重复在内的广义赔偿问题要比停止不法行为问题更为复杂。从客观角度来看, 有些赔偿形式, 尤其是恢复原状和抵偿, 在处理不法行为方面, 应受某些限度的约束。因而, 必须确定的是, 就惩治某一罪行而言, 此类限度是否应受到克减, 如应受克减, 程度如何。换言之, 必须确定的是, 就罪行而言, “实质性”义

¹²⁹ 见《1986 年……年鉴》, 第一卷, 第 1952 至 1956 次会议。

¹³⁰ 见 A/CN.4/L.398 号文件。

¹³¹ 见上文脚注 87。

务对不法行为国来说是否要比“普通”违反情况下的义务更为沉重。

289. 特别报告员考虑了三种可能出现克减的情况：(a) 对恢复原状过于苛刻的限制；(b) 禁止“惩罚性的赔偿费”、禁止提出有失尊严的要求或影响到一般认为与国家的自由有关的方面的要求；(c) 在很大程度上影响到不法行为国内管辖权的抵偿要求或不重复的保证。

290. 关于主观方面，特别报告员指出，与停止不法行为不同的是，赔偿的形式涉及负有责任的国家只有在受害方提出要求的情况下才须履行的义务。由于一种罪行总是牵涉若干个国家，并且在许多情况下除“主要受害者”以外还牵涉一些并不完全直接受害的国家，因此，必须问的是，从国际法现状来看，是否这些国家中的每一国都有权单独提出赔偿要求。或者，根据现行法，是否要求所有受害国作出某种强制性的协调。特别报告员的报告提供了一些案例，其中，个别国家（并非“主要受害者”）以及国际或区域性机构曾提出过要求。

291. 特别报告员认为，在有关这几点的现行法得到澄清后，就能够评断是否及在何种程度上宜以逐渐发展的方式提供补救措施或作出重大修改，就协调一些受害国的要求而言尤其是这样。

292. 关于与违法行为相比罪行有可能引起的特别后果的“手段性”方面的问题，特别报告员指出，自然想到的第一个假设便是对侵略的反应。虽然委员会已经在草案第一部分中阐述了自卫问题，¹³²但它仍有必要对一些以往一直被视为自卫条件的某些要求提出明确的定义。这些要求是：紧迫性、必要性和相称性。其中，头两个要求往往被忽视。委员会还应澄清的是，“集体”自卫权在何种情形和先决条件下涵盖在遭到侵略的主要受害国以外的国家对侵略者使用武力。这一点引起了下列问题：此种行为是否只有在受害国提出明确请求的情况下方属正当行为；是否只要设想该国会同意就可以了；或者，在此种情形下，第三国能否自动作出反应？特别报告员认为，委员会应对这些问题采取立场，即便委员会不准备对这些问题明确作出规定，也应简单提及“单独或集体自卫的固有权利”。然而，就此种“固有权利”简单地发表评注，不足以防止产生

危险的误解，对紧迫性和必要性这两项要求来说尤为如此。

293. 特别报告员强调，诉诸武力对付国际罪行问题并不只是一个为对付武装攻击而进行自卫的问题。他问，为停止第一部分第19条第3款(b)至(d)项所列的除侵略以外的罪行，是否也允许采取武力措施。这是一个首先有其客观内容的问题。他还问，在除了有理由对武装攻击实行自卫的情形之外，是否允许为了求得停止而诉诸武力。例如，在武力上支持遭受外国统治或受到严重违犯自决原则的政权压迫的人民；对大规模侵犯基本人权、犯有种族灭绝或“种族清洗”等残暴罪行的国家进行武装干预等等。

294. 特别报告员指出，如果在这类情形下，根据现行法认为可以使用武力或根据拟议法宜使用武力，就会产生一个问题。即这是否构成对一种罪行的标准制裁，也就是说，是否应依照国家责任法对犯有不法行为的国家作出反应。或者，是否出于一种不同的理由，例如在必要或危难状态下，可使用并非不正当的武力，但与自卫不同的是，不准对犯有尤为严重的国际不法行为者作出直接反应。

295. 特别报告员提请注意诉诸武力、对一罪行作出反应方面的另一个问题，即，在目的并不是要停止一正在进行中的罪行，而是要得到广义上的赔偿或不重复的充分保证的情况下，是否允许采用武力性的反措施。例如，战胜国征服一发动侵略战争的国家，对该国实施军事占领或以武力对其实行其他制裁等，以“消除”罪行的全部后果。德国战后的情形便是一例。再比如，最近，安全理事会1991年4月3日第687(1991)号决议第33段曾考虑到了使用武力以确保伊拉克履行该决议为其规定的裁军义务的可能性，这引起的问题是，在这种情况下，诉诸武力的正当性可达到何种程度。

296. 含有武力的罪行的手段性后果在主观上引起了另一个问题：能否采取武力措施这一点是否要看这些措施是由一个或多个受害国单独采取还是由国际社会共同采取？这些措施是否在由一个或少数几个受害国单方面采取的情况下就不允许采取，而在体现了有组织的国际社会的“共同意愿”的情况下就可视为正当措施？

297. 特别报告员认为，这一问题对整个治罪制度来说极为重要，它不仅仅涉及旨在停止罪行

¹³² 同上。

的武力措施制度。这一问题牵涉到若干实质性后果,并且,只要处理国家的国际罪行制度含有整个国际社会或有组织的国际社会进行管辖的可能性,这一问题就会影响到一切手段性后果。有例子表明受害国通过国际机构的干预处理了极为严重的违法行为。这一机构属于一个体系,不法行为国也是该体系中的一员。联合国机构、尤其是安全理事会的行动在这方面尤为如此。特别报告员的报告提及了几个对极为严重的违法行为作出“有组织的”武力或非武力性反应的例子。

298. 这些先例常被用来说明,对一些特别严重的国际罪行实行制裁的权力不属于、也不应属于单个的国家。由此而产生的问题是,根据现行法或拟议法,这项权力是否应当几乎完全属于由联合国作为代表,具体而言,由安全理事会这一被赋予最大行动权力的机构作为代表的所谓有组织的国际社会。如果要在法律上仔细周全地答复这一问题,以便编纂或逐渐发展惩治罪行的法律,而不是仅对实际行为作一陈述,就有必要对处于国际法律体系顶端的一些问题进行分析。这些问题牵涉国际社会、国际体系以及有组织的国际社会的性质,还涉及联合国的性质及其机构的职能和权力。

299. 如暂且不谈一些较为一般性的问题,那么特别报告员强调的主要问题便是:是否及在何种程度上能使或应使联合国机构在第一部分第19条所考虑到的假设所涉的各个国际法领域内的各项职能和权力在法律上适于惩治国际罪行。由此而产生的三个具体问题是:首先,根据现行法,联合国机构(如大会、安全理事会和国际法院等)的现有权力是否包括第19条所考虑的不法行为的存在、责任及后果的确定;其次,根据拟议法,上述机构的现有权力是否及在何种意义上应在法律上加以调整,以履行这些具体任务;第三,不论从代替单独反应这一意义上看,还是从使此类单独反应合法化,对其加以协调,以及作出这类单独反应或对其附加条件这一意义上看,联合国机构的权力在何种程度上影响或应当影响各国对所涉的国际不法行为作出反应的资格、权利或义务。

300. 关于第一个问题,特别报告员强调指出,问题不在于联合国某机构是否就第19条第3款确定的各项国际罪行采取了某种实际行动,如作出决定,提出建议,或采取某项具体措施等。问题是,根据现行法,联合国的任何机构是否根据法律(成文法或不成文法)行使了具体的职

能,确定发生了这类行为,确定这类行为构成某一国或某些国家的罪行,确定随之引起的责任,并进行惩处或为此进行协作。只有这样,才能确定是否根据现行法依法处理了国家的国际罪行。只对第19条第3款(a)项至(d)项所列的各类国际罪行与联合国各机构的职能和权力进行比较,是难以回答这一问题的。特别报告员现在只就与此一问题有关的一些要点阐述看法。

301. 联合国大会作为国家间系统中最具代表性的机构,当然是根据《联合国宪章》促进和保护人权与民族自决权的基于属物理理由的主管机关。但另一方面,鉴于《联合国宪章》授予大会的权力有限,大会无法充分处理第19条第3款(b)至(d)项所列的侵犯人权和自决权的行为以及违反所列义务的行为。关于这类行为,大会只能以不具拘束力的声明宣布某种行为的非法性和责任,并就各国或安全理事会的对策提出不具拘束力的建议。

302. 安全理事会是基于属物理理由负责维护国际和平与安全的主管机构。它根据《联合国宪章》授予的权力,可以通过经济、政治或军事措施,充分对付第19条第3款(a)项所列的侵略罪行。理事会还可通过同样措施,对付第19条第3款(b)、(c)和(d)项所列的任何罪行,如果这些罪行与《联合国宪章》第三十九条所载情况相符的话。《联合国宪章》第七章授权安全理事会斟酌评断涉及威胁和平、破坏和平或侵略的任何情势,以便维护或恢复国际和平与安全。但要确定任何不法行为的存在、责任或后果,安理会则既无依据宪法的职权,又无技术手段。安理会确定是否存在这类情势的职权必须符合《联合国宪章》第七章第三十九条及其以下各条的宗旨。

303. 上述考虑并未完全解决理事会的职权问题。虽然《联合国宪章》起草者并未授权安全理事会从事确定违法行为之存在与责任和惩处违法者的任务,但目前的情况可能有所不同。特别可以一提的是,最近的实践是否表明,在“有组织地对付”某些类特别严重的国际罪行方面,安理会的职权范围已经演变。他提到不那么容易用《联合国宪章》进行辩护的最近的一些决定,如强迫伊拉克赔偿“战争损失”的安理会第687(1991)号决议、授权对阿拉伯利比亚民众国不引渡据称从事某项恐怖主义行为的罪犯采取措施的1992年3月31日第748(1992)号决议以及关于决定成立负责起诉应对1991年以来前南斯

拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭问题的 1993 年 2 月 22 日第 808 (1993) 号决议。认为目前的做法加强了安理会在罪行的国家责任方面的职权是一种有问题的说法。要使这一说法成立,就必须令人信服地证明,这一做法是“在法律上具有决定性”的做法,反映了联合国各成员国接受或通过的一项习惯规则或默契,从而可以暂不适用《联合国宪章》的成文规定。

304. 事实上,国际法院是有职权和技术手段来确定可能包括国家罪行在内的国际不法行为的存在、责任和后果的唯一现存的常设机构。根据《国际法院规约》第 38 条第 1 款,国际法院的职能是“依国际法裁判”,而根据《规约》第 59 条,其裁判“对于当事国具有拘束力”。由于国际法院职能的这两项特点及其组成情况,它原则上比联合国任何其他机构更适合裁定国际不法行为的存在及其法律后果。但国际法院也有两大困难。

305. 首先,国际法院制度的一大困难是,其管辖主要是自愿性的。要使国际法院能对某项罪行行使管辖权,据称有不法行为的国家必须事先接受国际法院的管辖权,使受害国能单方传唤据称有不法行为的国家出庭。要做到这一点,要么各国(包括不法行为国在内)一律接受《规约》第 36 条第 2 款的所谓“任择条款”,要么通过多边、双边或单边文书约束参加国,使国家可单方请国际法院惩处有不法行为的国家。除此之外的唯一办法是,有不法行为的国家就特定案件接受国际法院的职权,而这几乎是不可能的。

306. 由于没有经法律授权的任何机构来调查事实、公诉以及确定惩处办法,产生了一系列的困难。国际法院本身也就无法对它所宣示的任何国家责任的执行工作进行任何监督。因此,除仅仅发现违法行为和确定责任以外,任何“惩处”均须由一个或数个受害方确定和实行或留待联合国其他机构斟酌决定。

307. 特别报告员然后探讨了第二个问题,即根据拟议法是否应该或可能在法律上调整联合国各机构的现有职能和权力,以便确定国家之国际罪行的存在、责任和后果。安全理事会由有限数目的理事国组成,其中一些理事国享有特权,因此,是否应该授权安理会代表“整个国际社会”处理有关事项确实是个问题。作为政治机构,安理会的主要政治职能是维持和平,因此,其行动

有相当大的斟酌范围:它既不一定、也不经常处理似乎需要采取行动的所有情况,它只是有选择地采取行动。安理会不必在看来类似的情况下应用统一的标准;同类和同样严重的罪行可能得到不同对待,或可能根本未获处理。事实上,严重罪行可能会遭忽视。最后,理事会没有责任说明其决定或其行为或不行为的原因。鉴于这一事实,无论在当时,还是在事后,都无法核查其选择的合法性。

308. 也许可以将这些困难看作是在防止和制止侵略以及其他严重破坏和平行为方面不可避免的缺陷。如没有更好的办法,人们也可以接受一政治机构在没有司法程序保障的情况下开展活动,这样的司法程序难免不确切,并且总是缓不济急。

309. 不管关于侵略的立场如何,在发生第 19 条第 3 款(b)、(c)和(d)项所列的其他违法行为时很不宜过度依靠政治机构来处理国家罪责问题。应依法惩处这些违法行为。各国的刑法史表明,要制止刑事犯罪行为,以下三点极为关键:(a)无论在程序上,还是在实质上,都须实行法治;(b)经常、不断和系统地进行刑事诉讼和审判;(c)在调查、起诉和宣判时力求其公正性或无选择性。由于这些原因,安全理事会似乎不符合罪犯审判或一般司法审判要求。特别报告员认为,委员会应考虑是否可以改进前任特别报告员里普哈根先生在 1985-1986 年期间提出的关于如何解决争端的建议,特别是关于规定国际法院在处理第 19 条所列罪行方面作用的第三部分第 4 条(b)款草案。¹³³特别报告员请求委员会就第三部分草案未加讨论的这一问题提出指导意见。

310. 特别报告员接着探讨了第三个问题,即有组织的国际社会通过像联合国各机构那样的国际机构所作的反应与国家单独反应之间的关系。特别报告员在其报告中所举的例证表明,如果有组织的国际社会要对犯罪国采取措施,就会出现如何在行使该职能的同时也考虑受害国仍可单方采取之措施的问题。

311. 特别报告员接着审议了采取次于武力的措施对付罪行的问题。与采取涉及武力的措施不同,次于武力的措施一般不会引起可否接受的问题。

¹³³ 见上文脚注 91。

题。如果任何违法行为是针对所有国家的违背行为，这些问题一般会获得解决。这类措施也不会引起可能加重对付罪行之措施的问题。加重措施可能会取消或减轻诉诸反措施的条件或限制。

312. 关于条件，问题是，如发生犯罪行为，是否即使在不事先通知和未应用现有解决争端程序的情况下也应允许采取反措施。

313. 关于限制，即对反措施的限制，如发生犯罪行为，可以考虑暂时取消以下限制：（a）极端的经济或政治措施；（b）影响不法行为国的独立、主权或国内管辖权的措施；（c）影响“第三”国的措施；和（d）“惩罚性”措施。特别报告员在报告中列举了这类措施。

314. 关于“主观”因素，特别报告员提请注意几项“主观-制度性”问题。首先，是只减轻罪行“主要受害国”在采取“和平”反措施上所受的限，还是也应减轻受到任何伤害的所有国家在采取“和平”反措施上所受的限？或是否完全由有组织的国际社会处理任何反措施问题。其次，如果不涉及使用武力的措施上存在这样的“集体”职权或应规定这样的职权，那么它是“专属”职权，还是“主要”职权？第三，如属后者，将以何种方式协调“集体”职权与受害国采取单方行动的剩余权力？

315. 特别报告员提请注意受害国作出反应的义务问题。首要义务是不承认不法行为国违法行为及其后续行为的“合法性和效力”。除了有不予承认的责任以外，国际惯例还倾向于承认各国义务不协助不法行为国维护或维持非法行为造成的情况或从侵略行为以及其他严重违法行为中获得任何好处。此外，各国义务不干扰“整个国际社会”对付罪行，并有义务执行国际社会通过的惩处罪行的决定。特别报告员在报告中列举了这方面的有关国家惯例。以后将进一步分析这些惯例。

316. 特别报告员认为，与国际罪行有关的最重要的问题是涉及有组织的国际社会的作用、尤其是联合国各机构作用的问题。这些问题十分棘手，不得随便对待。情况远非令人鼓舞。有些人可能会认为，最好和某些人一样，不赞成在第二和第三部分中贯彻第一部分第16条。

317. 特别报告员指出，批评通过第19条者所可依靠之论据是他所提及的困难及国际法委员

会本身的工作。关于委员会，他提到，有关国家责任的条款及危害人类和平及安全治罪法草案含义广泛，并提到，委员会大多数委员对诈骗、惩罚性的损害赔偿费及严格地说不在赔偿范围内的其它后果等过错采取了他所说的、令人生疑的方法。在这一方面的主要问题是，国际刑事责任可否由国家、个人或两者共同承担。

318. 特别报告员在这一方面指出，如果不是第19条的话，在观察者看来委员会有关国际责任的工作依据似乎是不言而喻的二分法：一方面基本上是国家的“民事”责任，另一方面则是个人的刑事责任。在经过起初阶段的犹豫不决后，危害人类和平及安全治罪法草案稳固地建立在一个假设的基础之上，即虽然负有责任的那些个人与国家有密切联系，但该治罪法仅关涉个人的罪行。据上述对两个方面的区分，个人可受刑事审理，而国家则不。

319. 考虑到社会不可能犯罪的准则，并考虑到委员会在过错和国际责任纯属补偿性质方面的反对意见，可以认为，第19条不合逻辑，且互相矛盾，因而须予以删除。然而，他目前尚无法无条件地赞同下述两种说法：一是根据现存的国际法，刑事责任不符合国家的性质；二是根据现行法，国家的国际责任与国内法的民事责任有严格的类比关系。

320. 所谓不相符的第一个及主要的原因是社会不可能犯罪的格言。在特别报告员看来，这一格言就国内法的法人而言当然是合理的，但尚有疑问的是，对国家作为国际法律人格者而言，这一格言是否合理。虽然国家是一集体，但从国际法的角度来看，与国内法中的法人并不完全相同。相反，从国际法的观点来看，国家显示的仅为实际上集体的特征。该明显事实，虽被作为“实际上集体”的法律人格者本身的初步概念所掩饰，仍在下列普遍持有的观点中得到了确认，即国际法是国家间体系的法律，而不是世界联邦国家的法律。

321. 有关所谓不相符的第二种原因，不管人们如何坚信草案所涉国家的责任并未超越赔偿的严格领域，国家实践表明参与国际关系的实体完全能犯下最为严重的犯罪行为。从政治、道德或法律的观点看，这些实体可能彼此采取不法行为，并经常被处于同等地位的国家视为不法实体，处以明示或暗示的惩罚，并且经常是非常严重的惩罚。

322. 在国际不法行为的最通常的案例中, 惩罚或暗含于停止不法行为并以恢复原状或补偿方式提供赔偿, 或明示于被称为“抵偿”的典型的国家间补救办法。在最为严重的案件中, 诸如在那些需要加以特别严厉的经济或政治报复的案件中, 或在干脆先军事反应继之以或多或少较为苛刻的和平解决的案件中, 受害国所追求并实现的惩罚意图是很明显的。在这一方面, 可以区分针对国家的各种形式的“政治”措施与针对统治者个人的“法律惩罚”。政治措施有各种形式, 包括: 领土转移; 军事占领; 拆除工业设备; 迁移居民; 以金钱、实物或劳务支付赔偿; 扣押或没收资产; 军备控制; 非军事化; 政府监督; 包括经济和军事制裁这两个普通类别在内的许多其它国际措施。然而, 所列措施多半不仅包括“民事”补救办法, 而且影响到(其中有些十分剧烈地影响到)人民。而只对统治者进行“法律惩罚”, 人民就不会遭受制裁。

323. 特别报告员认为, 或通过不提及国际责任的惩罚性, 或以所建议的明确表示方式表明反措施的唯一作用只是获得赔偿而掩饰这些显而易见的真相, 并不会改变国家间体系的严酷现实。实际上, 正如他在报告中阐述的那样, 最受人尊敬的权威人士确认, 国际责任既有民事成分, 也有刑事成分, 究竟何种成分占上风取决于各特定案件中的客观和主观特征及情况。

324. 特别报告员认为, 强烈反对第一部分第19条所含想法的人可能认为, 如果国家目前不是此术语本来意义上的法团(*societates morales*)或法人(*personnes morales*), 则在一个有组织的有法可循的人类社会内, 国家不可避免地会在某种意义上成为法团或法律人格者。由此, 国家实质上与或多或少分权的联邦的各组成部分并无二致。即便此一预测正确, 反对者还可进一步声称, 委员会应保留仅涉及个人刑事责任的危害人类和平及安全治罪法与未列入第19条规定的仅涉及国家民事责任的国家责任公约之间的区别。反对者认为, 这一方法能够使委员会在制定现存的两草案时以人们所预料的方式逐步发展国际体系, 使它朝向建立一个或多或少集权或分权的有组织之人类社会的最终目标。

325. 然而, 特别报告员预测在最近的将来, 不会有这样的发展, 即使对欧共体12国来说也是如此。一个不可避免的后果是, 在长时期内人类将继续处于“缺少一体化”状态, 这是有别于人类法律共同体的国家间体系持续存在的主要原

因与结果。在这样一个体系内, 规范国家行为的国际法仍是国家间的法律, 而不是国际社会的法律。国家仍然基本上是事实上的、而不是法律上的集体。作为这种实体, 国家不仅能从事包括“罪行”和“违法行为”在内的任何不法行为, 而且还会作出与在国家社会里被认定有罪之个人的反应颇为类似的反应。

326. 特别报告员完全同意那些谴责“集体”责任的广泛文献。他坚信集体责任显然是一种原始的、初级的制度。他仍认为难以否认, 从法律发展的观点来看, 国家间体系展示了一些如被忽视就会带来危险的一些基本问题。其中的一个问题是, 除了“普通”或“民事”犯罪之外, 国家确实也犯了由于其严重性而被定义为“刑事”的罪行。另一问题是, 对诸如侵略的严重犯罪, 国家采取了严厉的、多种形式的反应。如早些时候已经指出的那样, 即使国家刑事责任的反对者也承认这类反应。

327. 特别报告员认为难以相信的是, 分量如此之重的措施产生的效果却不能与国家刑法的惩罚相提并论。由于第19条中对犯罪行为采取合法反应的拟议案文应可在今后的一段时日内完成, 他认为, 委员会应尽力在草案的第二部分和第三部分制定第19条的后续性规定。然而, 他警告说, 欲解决的问题, 不论是根据现行法, 还是根据拟议法, 都似乎比尚未得到满意解决的集体安全问题更难解决。他特别提到与所谓“有组织的国际社会”的现存结构有关的问题。尽管他初步地扼要提出了有些现行法或拟议法问题, 但他还想提出以下三个问题。

328. 特别报告员首先提请注意区分国家的国际罪行对国家本身(也许还包括对国家统治者)所造成的后果和对国家的人民所造成的后果这一关键问题。虽说从道德和政治上来讲, 有必要将针对犯罪国的政治措施与针对负有责任的统治者个人的惩罚分开, 特别报告员怀疑, 看来超越《联合国宪章》第四十一和第四十二条规定的这些措施, 特别是似乎直接影响到人民的经济措施与和平解决措施(如针对侵略的措施), 是否能照顾到这些区别。另一个问题是, 独裁者的专制政权所从事的侵略行径, 如果在从事之前、期间有时甚至在之后, 都得到热烈拥护的话, 则是否在任何情况下人民都毫无罪过而不用承担责任。

329. 第二个问题是国家的过错问题。在这方面, 特别报告员想要知道委员会是否认为, 不应

该再次审议被以不能令他信服的理由搁置一旁的有关“普通”犯罪的问题。他问委员会的委员是否有可能在不考虑故意的企图（故意）等关键因素的情况下就作为“重要的立法者”处理第 19 条所规定的违法行为。

330. 最后，特别报告员希望在结束其发言前提请大家注意一些与第 19 条本身有关的实质性问题。这一条的有些特征令人生疑，其中一个大的疑点就是与其它条款草案的所谓“次级特征”相比，该规定的性质不明朗。在他看来，委员会应在二读时重新予以审议。在这方面，他称特别报告员阿戈先生 1976 年拟议的第 18 条¹³⁴案文困难也许要少一些。

331. 首先，如果在处理各种专门类型的罪行的方式上存在巨大或者重大区别的话，则仅区分“罪行”与“违法行为”是否妥当？例如，难道不该将侵略与其它罪行区别开来？难道不该作进一步区别，从而避免将彼此显然差别很大且所产生之责任的形式可能或应该各不相同的具体行为同等对待？

332. 其次，第 19 条所载的构成罪行之不法行为的罗列工作可回溯至 1976 年。这些不法行为是否还是整个国际社会视为“国家罪行”的最为典型的例子？如果假定应予罗列的话，是否应该“更新”？

333. 第三，在审查实践情况时，常常很难将罪行案与违法行为案区别开来，特别是当所涉违法行为非常严重的时候。造成这一困难的部分原因也许是，照第 19 条对一般罪行概念的表述，一些措词也许使人们难以将犯法行为定为罪行或违法行为，进而判定何种非法行为属于或应该属于“加重”责任制度的范畴。

334. 第四，如果从违反行为所引致的责任制度的观点来看，从普通违反到“国际罪行”确实存在某种等级的话，在“罪行”与“违法行为”之间作一明确的、名义上的区别实际上是否合适？

¹³⁴ 案文见《1976 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 54 页，A/CN.4/291 和 Add.1 及 2 号文件，第 155 段。

C. 关于国家责任的条款草案 第二部分的案文

1. 委员会迄今暂时通过的条款草案案文

335. 委员会迄今暂时通过的第二部分条款草案案文载列如下：

第 1 条

1. 一国所犯的国际不法行为依照第一部分的规定引起的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

2. 第 1 款所指的法律后果不影响该犯有国际不法行为的国家履行其已违背之义务的持续责任。

第 2 条

本部分各项规定，在不妨碍第 4 条和（第 12 条）规定的条件下，适用于一国的任何国际不法行为的法律后果，但那些法律后果已由专门有关该国际不法行为的国际法其他规则所确定者不在此限。

第 3 条

在不妨碍第 4 条和（第 12 条）规定的条件下，本部分各项规定未列出的一国的国际不法行为的法律后果应仍遵照习惯国际法规则的规定。

第 4 条

本部分各项规定中所列一国国际不法行为的法律后果，在适当情况下应遵照《联合国宪章》关于维护国际和平与安全的規定和程序。

第 5 条

1. 为本条款的目的，“受害国”指在一国行为根据本条款第一部分的规定构成该国的国际不法行为时，其权利遭受该国行为侵犯的任何其他国家。

2. “受害国”特别指下列情况：

(a) 如一国行为侵犯因双边条约而产生的权利，则另一当事国即为受害国；

(b) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭的判决或其他具有约束力的解决争端的裁决而产生的权利, 则有权享受该权利的其他争端当事国即为受害国;

(c) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭以外的国际机构的具有约束力的裁决而产生的权利, 则根据该有关国际组织的组成文书有权享受该权利的国家即为受害国;

(d) 如一国行为侵犯因条约对第三国的规定而产生的权利, 则该第三国即为受害国;

(e) 如一国行为侵犯因多边条约或习惯国际法的规则而产生的权利, 在证实下列条件的条件下, 该多边条约的任何其他缔约国或受习惯国际法有关规则约束的任何其他国家即为受害国;

(一) 已经设立或所确立的权利对其有利;

(二) 一国侵犯该权利必然影响多边条约其他缔约国或受习惯国际法规则约束的其他国家享受权利或履行义务; 或

(三) 已经设定或所确立的权利的目的是为了保护人权和基本自由;

(f) 如一国行为侵犯因多边条约而产生的权利, 在证实该条约明文规定这项权利的目的在于为了保护缔约国的集体利益时, 则该多边条约的任何其他缔约国即为受害国。

3. 此外, 如国际不法行为构成国际罪行, 则(在第 14 和第 15 条规定的各国的权利和义务范围内)所有其他国家即为“受害国”。

第6条 停止不法行为

其行为构成具有持续性质之国际不法行为的国家有义务停止该行为, 但不影响其已经引起的责任。

第6条之二 赔偿

1. 受害国有权从犯有国际不法行为的国家获得以第 7、第 8、第 10 条和第 10 条之二所规定的恢复原状、补偿、抵偿以及承诺和保证不重犯等方式单独或配合适用所提供的充分赔偿。

2. 在确定赔偿时, 应该考虑到:

(a) 受害国; 或

(b) 以其名义提出索赔的该国国民的、起到损害作用的过失、或故意的行为或不行为;

3. 犯有国际不法行为的国家不得援引其国内法的规定作为不提供赔偿的理由。

第7条 恢复原状

受害国有权促使犯有国际不法行为的国家恢复原状, 即恢复犯下不法行为前所存在的状况, 但这种恢复原状具有以下条件和限制:

(a) 并非实际做不到的;

(b) 不致违反根据一般国际法强制规范所产生的义务;

(c) 受害国从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例; 或

(d) 不致严重危害犯有国际不法行为之国家的政治独立或经济稳定, 而如不恢复原状, 受害国也不会受到类似影响。

第8条 补偿

1. 在受害国所受到的损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下, 受害国有权从犯有某一国际不法行为的国家获得补偿;

2. 为了本条的目的, 补偿包括受害国所蒙受的、可从经济上加以估价的任何损失, 可包括利息, 并在适当情形下包括利润损失。

第10条¹³⁵ 抵偿

1. 受害国有权在犯有国际不法行为的国家必需为该行为所造成的损害——尤其是精神损害——提供充分赔偿的情况和限制下从它获得抵偿。

2. 抵偿可采取以下的一个或多个方式:

¹³⁵ 特别报告员拟议的第 9 条(利息)的内容已纳入第 8 条第 2 款。因此, 条文顺序上有缺号。

(a) 赔礼道歉;

(b) 名义赔偿金;

(c) 在严重侵犯受害国权利的情形下, 反映侵犯之严重性的赔偿金;

(d) 国际不法行为由官员的严重渎职或由官员或私人当事方的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。

3. 受害国获得抵偿的权利不能据以伤害犯有国际不法行为之国家的尊严。

第 10 条之二 承诺并保证不重犯

受害国有权在适当情况下要求犯有国际不法行为的国家承诺并保证不重犯不法行为。

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

.....

2. 第 1 款所指的法律后果不影响该犯有国际不法行为的国家履行其已违背之义务的持续责任。

评注¹³⁶

.....

(5) 因国际不法行为而使行为国与受害国之间产生一系列新的事实并不意味着先前的关系因而消失。即使行为国履行其次级义务, 也不会自动免除其应履行已违背之义务的责任。第 2 款以保留条款形式说明这项规则, 以考虑到例外(例如万一受害国可能放弃其要求持续履行义务的权利)的可能性。

¹³⁶ 1983 年委员会暂时通过的案文载于上文第 335 段, 有关评注见《1983 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 42 页。

第 6 条 停止不法行为

其行为构成具有持续性质之国际不法行为的国家有义务停止该行为, 但不影响其已经引起的责任。

评注

(1) 第 6 条是处理因一项国际违法行为而使行为国与受害国之间产生新的关系的一系列条款的第一条。委员会决定单独审议可能由第 19 条下的国际罪行引起的关系。目前的条款不影响罪行的后果。如关于第二部分第 1 条的评注第 (1) 段¹³⁷所示, 上文所指的新关系首先涉及行为国的新义务以及受害国的相应权利。这些权利由第 6 条至第 10 条之二加以处理, 可能也包括其他国家特别是一个或多个受害国的新的权利, 例如采取反措施的权利。采取反措施的权利由起草委员会在本届会议上通过的第 11 至第 14 条加以处理。

(2) 行为国的新义务包括矫正因违背初级义务——即初级规则所规定的义务——而产生的情况。这些新义务中最经常援引的是第 6 条之二所处理的赔偿义务。这项义务可通过第 7、8、10 和 10 之二条所规定的各种形式来履行。但是, 消除不法行为后果的一项首要义务, 就是确保不法行为的停止, 即不再继续从事不符合已违背之义务的某种具体行为。

(3) 鉴于种种理由, 停止的重要性并不是始终显而易见的。首先, 受害国将通常要求行为国表现积极, 例如释放人员或归还物品, 并将会在较广泛的损害赔偿范围内提出要求, 而不仅仅是要求停止这种行为。第二, 当必须诉诸第三方解决程序时, 此种程序往往是在不法行为(不论是即刻的行为还是较持久的行为)整个过程已经结束后才开展的, 因此提交裁决的争端会限制赔偿的形式。¹³⁸ 第三, 即使当事各方在所指控的行为仍在进行中就提交国际机构裁决, 索赔国在筹划其要求时将不会仅仅要求不法行为的停止——不法性本身在这一阶段仍有争议——而是要求法官可能指示或甚至对涉嫌的不法行为国施加临时

¹³⁷ 同上。

¹³⁸ 关于新西兰和法国对两国于 1986 年 7 月 9 日缔结的两项协定的解释或适用问题的分歧并涉及“彩虹勇士号”案件的裁决, 生动地阐明了这一点(见上文脚注 120)。

措施或防护措施。¹³⁹ 虽然上面已指出, 辩明不法行为的停止本身有种种困难, 但考虑到要求停止不法行为具有明确的特点, 需特别草拟一项关于这种补救办法的条款。

(4) 根据法律理论, 可通过先前不法行为所违背的“初级”规则的持续正常运作来停止不法行为, 或通过不法行为所引致的“次级”规则的运作来停止不法行为。委员会认为, 初级规则与次级规则之间并无明显区别, 停止不法行为介乎这两种规则“之间”。初级规则是把不法行为国正在违背的初级义务具体化, 次级规则是在不作直接补偿的情况下对补偿本身的质量和数量以及一个或多个受害国或国际机构为获得补偿而可采取的措施的形式和条件产生影响。

(5) 不论停止在理论上是否在狭义不法行为的法律后果范围以外, 其实际用处足以使它成为本条款草案中一项独立规定的主题。鉴于国际社会的结构以及国家在制订、修改和废除规则方面所起的作用, 停止在国际法律体制中的重要性远远大于在国家法律体制中的重要性。停止的作用是终止一项正在发生的违反国际法行为, 并维护被违反的初级规则的持续合法性和效力, 因为这项规则可能由于持续不断地被违反而最终受损害。因此, 关于停止的规则不仅保护受害国的利益, 而且也保护国际社会在维持和依靠法治方面的利益。关于这一点, 应予回顾的是, 停止是国际组织特别是联合国大会和安全理事会面对最严重的违反国际法行为时最常用的补救办法。

(6) 专门为停止另立一项条款的另一个理由是避免停止适用于诸如恢复原状等各种补偿形式的限制或例外。可能会妨碍或阻止恢复原状的任何困难, 都不影响停止不法行为的义务。难以或完全无法局部或全部恢复原状(或任何其他形式的补偿)涉及的是补偿措施, 而这些措施只有在不法行为已经完成之后(即对初级规则的违反已经造成之后)才能采取, 因此, 可能会妨碍或阻止恢复原状的任何困难都不影响停止不法行为的义务。停止不受、而且不应受到这些附加条件的

限制, 因为它的目的正是要防止将来的不法行为, 即防止将会在时间和空间上进一步延长不法行为的那种行为。除非初级规则本身被修改或不再存在, 且除非在某阶段不法行为随着发生的情况不再具不法性而受到宽容, 中止不法行为的义务必须是不受限制的。对于这项基本义务作出任何限制都会使人怀疑初级规则本身的约束力, 并会危及国际法律关系的合法性、肯定性和效力。

(7) 如上所示, 停止往往是同恢复原状或其他形式的补偿一道密切考虑的。它针对的是不法行为本身, 不论其后果为何。停止可说是面向未来的, 换言之, 它意味今后会遵从国际法的初级规则。而补偿的作用, 如国际常设法院在“霍茹夫工厂”案(案情)¹⁴⁰所确定的那样, 则是“消除对行为国与受害国间关系造成的一切后果”, 所以, 就行为国因违背对受害国的一项国际义务所造成的事实影响和法律影响而作出的补偿, 针对的是违反初级规则的行为。

(8) 在实践中可能无法将停止的结果和恢复原状这种具体的补偿的结果分辨出来, 而将停止和补偿加以区别更为困难。这方面的案件有释放人员或归还物品或房舍等。这些措施往往被引为以恢复原状形式作出补偿的例子。实际上它们的目的是为了终止这种违约行为。需依法采取适当态度停止不法行为。事实上, 上文所称要采取而且最终确实采取的行动针对的是一种具有持续性质的不法行为。当受害国要求一种或多种补救办法时, 这种不法行为仍在进行中。因此, 要求采取的行动看来是要解决停止不法行为问题。但应强调的是, 这不排除同一行动同时也可恢复原状。例如就一物品被非法扣留的情况来说, 恢复原状包括将该物品归还合法物主。这种措施当然是一种补偿, 不过它也包括不法行为的停止。¹⁴¹ 停止作为对一种持续违反的行为的独特补救办法, 在非法拘留受害国国民的案件中更为显著。如果人被拘留且遭受非法待遇, 那么, 除了此人单纯的生产性经济活动受影响外, 其身心完整、个人自

¹⁴⁰ 《国际常设法院汇编 A 辑》, 第 17 号, 1928 年 9 月 13 日的判决, 第 47 页。

¹⁴¹ 在这方面, 值得提一提希腊在“罗多皮亚中部森林”案(案情)中的主张。这些森林被保加利亚兼并, 但希腊称它在兼并前已取得所有权和使用权, 并认为兼并如拥有森林一样都是非法的。但是, 希腊提出主张时并非要求恢复原来的合法状况, 而是要求以一种补偿形式恢复原状。(联合国《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(出售品编号 1949.V.2), 第 1405 页)。

¹³⁹ 例如, 在“美国驻德黑兰外交和领事人员”一案中, 美国请求国际法院指示作为一项临时措施立即释放人质, 国际法院于 1979 年 12 月 15 日下达了这一指令。(1979 年《国际法院裁决集》, 第 7 页)。

由和尊严亦被损害,因此在道义上和法律上显然迫切需要停止这种违法行为,将此人释放。在某种意义上,这比任何形式的补偿均更迫切。¹⁴²

(9)事实上,任何不法行为,不论持续多长时间,通常都会停止。显然,只有对具有持续性质的不法行为,才需采取行动加以停止。

(10)国际法委员会在审议第一部分第18条第3款、第25条和第26条时,曾讨论具有持续性质的不法行为的定义。¹⁴³第18条评注第(21)段列举了一项持续的不法行为的例子:

“一国坚持实施一项国际上要求它撤销的法律,或相反地,一国没有通过一项国际上要求它颁布的法律;不当当地占领另一国领土;非法封锁外国海岸或港口,等等。”¹⁴⁴

国际法委员会还提到“De Becker”案;¹⁴⁵在该案中,欧洲人权委员会认为,在《保护人权与基本自由公约》生效之前作出的一项裁决致使一名新闻工作者丧失工作权利,是一种持续的侵犯权利行为,原告有理由就此认为自己是《公约》第10条所规定的言论自由被侵犯的受害者。欧洲人权委员会宣布申诉请求可以受理,因为所诉的情况在《公约》生效之后仍然存在。较近的例子是“Vermeire”案¹⁴⁶,在该案中,欧洲人权法院指出,根据它在“Marckx”案中的判决,¹⁴⁷比利时有义务废止歧视非婚生子女的法律。

¹⁴² 就非法逮捕、拘留或监禁人员的情况来说,停止比补偿更形迫切这一点似乎在“美国驻德黑兰外交和领事人员”案中明显呈现了出来。国际法院宣布伊朗的行为当时构成持续的非法行为,并判伊朗政府

“必须立即终止非法拘留……目前在伊朗被扣作人质的美国国民,而且必须立即释放每一个人并将他们交给给保护国……”(《国际法院裁决集》,1980年5月24日的裁决,第44页)。

¹⁴³ 见上文脚注87。

¹⁴⁴ 见《1976年……年鉴》,第二卷(第二部分),第93页。

¹⁴⁵ 欧洲人权法院,1962年《裁决与决定A辑》,1962年3月27日的裁决(欧洲委员会法院书记处,斯特拉斯堡,1962年)。

¹⁴⁶ 同上,1991年,1991年11月29日裁决,第214-C卷,第76页起,见第82-83页。

¹⁴⁷ 同上,1979年,1979年6月13日的裁决,第31卷。

(11)《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。¹⁴⁸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。¹⁴⁹

(12)文献中不乏委员会提到过的不制定或不废除国内法规之不法行为的例子。¹⁵⁰一些作者还提到外交人员被捕的案例。

(13)与不法行为具有持续性质的条件密切相关的是,在要求停止时被违反的规则需仍有效。在这方面,“彩虹勇士号”案仲裁庭说明如下:

“下达停止或终止不法行为或不行为的命令的权力源于管辖法庭在面对一项有效且继续生效的国际义务不断被违反的情况下所拥有的固有权力。因此,下达这种命令需要两项密切相关的必要条件:不法行为具有持续性质;被违反的规则在下达命令时尚为有效。

¹⁴⁸ 见《建立欧洲共同体条约》(卢森堡,欧洲共同体官方出版处,1987年),第207页。

¹⁴⁹ 详细的讨论情况参看G. Bebr,《欧洲共同体司法监督的发展》,(Martinus Nijhoff出版社,The Hague/Boston/London,1981年)第278页起;和H.G. Schermers/D. Waelbroeck,《欧洲共同体内的司法保护》(第5版)(Kluwer, Deventer/Boston,1992年,279页起)。

¹⁵⁰ Triepel认为,“如在任何时候国家有国际义务制定某种法律规则,在制定后废除和不恢复这些规则者即未履行义务,尚未有这些规则者则因未加制定而未履行义务,两国均有……‘国际违法行为’”(H. Triepel,《国际法和国内法》(Leipzig,1899年),第289页)。

Ago则阐述如下:瞬时不法行为和持续性不法行为之间的“基本区别因素在于行动的瞬时或长期性质”,因此可以区分“行为的客观因素与国家的一项国际义务立即出现抵触的不法行为和其他违反国际义务且具有持续性质的行为。具有持续性质的行为完成和其所有组成部分实现时,违反行为并不就此终结;恰恰相反,这些行为以同样的方式继续下去并成为长期性的行为”

(R. Ago,“国际违法行为”,《海牙国际法学院课程汇编》,1939-II(巴黎,Sirey,1947年),第68卷,第519-521页。

“被违反的规则一旦失效，违法行为当然不再具有持续性质。

“国际法院近年的判例证实，只有在国际义务持续被违反和那些义务在裁决宣布时仍为有效的情况下，方应下达责成停止或终止不法行为或不行为的命令。（“美国驻德黑兰外交和领事人员”案，《国际法院裁决集》，1979年，第19-20页，第38至41段，和同上，1980年，第95段，第1号；“尼加拉瓜境内和反对尼加拉瓜的军事和准军事活动”案（尼加拉瓜诉美国），《国际法院裁决集》，1984年，第187页，和同上，1986年，第292段，第149页）。

“另一方面，如被违反的初级义务已无效，责成停止或终止不法行为的命令自然没有任何意义，因而不可能下达。”¹⁵¹

(14) 关于受害国可在什么时候要求停止的问题，明显的是，必须在不法行为已经开始，即据称有不法行为的国家的行为已跨进非法范畴，方可合法地提出这种要求。特别必须区别“完成”一项不法行为的国家行为（无论是瞬时还是长时间的行为）和在此之前不构成不法行为的国家行为。另一方面还应考虑到，与国内法的不法行为不同，国家的国际不法行为经常是（可以说多数是）一连串个别行为或不行为的结果。无论这些行为或不行为根据国内法在法律上有多大的不同，从国际法的观点看来却构成一个整体。特别是，一国的某些法律条文可以使该国有不法行为，但因行政和司法方面未采取“议员指示”的后续行动，实际上并不一定导致这样的结果。反过来说，基本上符合确保一国遵守其国际义务的必要条件的一项法律事实上可能不够，因为行政和司法机关未加（或错误地）适用。多数国际不法行为中出现的这种复合性质在下述经常发生的案例中尤为明显：导致一国有不法行为的初步行动为私人的行为或附属机关的行为，必须由国家机关采取进一步的步骤才使国际不法行为“完备”。¹⁵²但这意味着，如果必须在行为国的行为

跨过在此之前不属于不法行为而在此之后即成为不法行为的界限那一刻才可以接受作为应有权力（或能力）而提出的停止要求，那么可以想象，可能受害国采取的主动行动可被视为有用和不违法。的确，在面对另一国的行为明显为很可能导致不法行为的一系列行为（或不行为）的最初阶段的情况下，有关国家应可在采取一切必要预防措施后，在适当遵守不干涉另一当事国内部事务的原则的范围内采取适当步骤，以友好态度建议另一国调整其行为以避免赔偿责任。

(15) 与其后关于补偿的条款不同，第6条规定了不法行为国的一项义务。这反映委员会的观点，即停止不是一种补偿，而是一项义务。这项义务的根源是进行中的不法行为及裁定不法行为违反的初级规则所具有的规范能力。就各种补偿方式而言，选择从受害国权利的角度拟订条文的理由是，这第二套法律关系是经过受害国作出的决定才开始产生的；停止所涉及的情况与此不同，虽然受害国采取的主动行动可以是合法和适宜的，但终止不法行为的义务仅凭借初级规则即被视为不但存在而且在实际生效中，与受害国是否提出任何申诉或要求完全无关。因此，第6条强调行为国持续、无条件地担负初级义务，受害国无须就此提出要求。这反映委员会的观点，即将停止义务从属于一项受害国可能无法提出或受到压力不提出的要求将妨害停止的一项主要作用，即依靠违法者不法行为所侵犯的那一条规则来取得除了明显对受害国直接和具体造成损害性后果外还可能包括威胁行为在内的国际法违法行为的终止。鉴于国家间社会结构缺乏组织，各国建立的国际法规范基础薄弱，可能会因国家违反那些规范而遭破坏。停止不法行为的重要性超越双边关系层面，涉及违法者与所有其他国家以及国际社会成员间的关系层面。

(16) 根据第一部分中题为“国家的国际不法行为的组成部分”的第3条的规定，¹⁵³“行为”一词包括不法行为的作为与不作为。在不法行为的作为方面，停止将包括“停止做”或“不再做”的消极义务。在不法行为的不作为方面，停止将包括行为国履行义务“去做”或“以某种方式去做”。委员会认识到它这样赋予“停止”一词双重意义在国际理论界未获普遍接受，而且

¹⁵¹ 法国-新西兰仲裁法院 1990 年 4 月 30 日的决定（《国际法报告》（剑桥），第 82 卷（1990 年），第 573 页，第 114 段。

¹⁵² 关于国际不法行为的“复合性”和“统一性”概念，更广泛地说，关于从国际法的角度看来国家在国际法下采取的一个行为单位（行动、行为或意志行为）“为事实上的复合单位”的概念，见加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯，《人权意义上和国际法概念上的国家》，

Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht（维也纳），第 26 卷，第 3-4 期（1976 年 5 月），第 311-331 页。

¹⁵³ 见上文脚注 87。

在实践上国家宁可要求强制履行被违反的义务，而不愿以义务形式要求停止不遵守的行为。但是不作为的不法行为很可能与作为的不法行为同样（也许更多是）属于持续性不法行为。如“彩虹勇士号”案仲裁庭所指出，停止关涉时间上延续的一切非法行为，“无论国家的行为是作为还是不作为……因为要求停止的可以是不采取某种行动（如支持‘反革命分子’），也可以是采取积极行动（如释放在德黑兰的美国人质）”。¹⁵⁴如一项“应实行的义务”在其应履行之日后未予履行，不遵守此义务即构成持续性的不法行为，应单独适用停止规定，以及连同一种或多种赔偿方式，特别是恢复原状的方式一起适用。

（17）本条结尾的短句“但不影响其已经引起的责任”清楚说明，履行停止义务绝不免除不法行为国因在履行此一义务以前犯有的不法行为而负有的责任。停止并不解除不法行为的法律后果或实际后果。其目标仅是不法行为本身。它只是减弱了目前尚未履行的原始责任而已。因此，停止不影响已发生的不法行为的后果，包括法律后果和实际后果。

第6条之二 赔偿

1. 受害国有权从犯有国际不法行为的国家获得以第7、第8、第10条和第10条之二所规定的恢复原状、补偿、抵偿以及承诺和保证不重犯等方式单独或配合适用所提供的充分赔偿。

2. 确定赔偿时，应该考虑到：

（a）受害国；或

（b）以其名义提出索赔的该国国民的、起到损害作用的过失、或故意的行为或不行为；

3. 犯有国际不法行为的国家不得援引其国内法的规定作为不提供赔偿的理由。

评注¹⁵⁵

（1）违反国际义务的国家有责任给予补偿，即对所受损害作出赔偿。

（2）“赔偿”是个普通名词，指一个国家以各种方法履行或解除此种责任。《国际法院规约》第36条第2款曾用这个名词，常设国际法院判例汇编在拟订基本规则时也引用它，见“霍茹夫工厂”案判决：

“按照国际法原则，如果违反约定，有责任以适当的形式作出赔偿。”¹⁵⁶

“非法行为的实际概念蕴含的基本原则是（这一原则看来按照国际惯例而定，尤其按照仲裁法庭的决定而定），赔偿必须尽可能弥补这项非法行为所造成的一切后果，并且尽可能恢复原状，好像发生的事件从未发生一样。”¹⁵⁷

第6条之二按照常设法院的上述判断，制订了给予充分赔偿的一般原则，以便尽可能弥补国际不法行为所造成的所有后果。

（3）以“霍茹夫工厂”案而论，由于产生了实际损害，法院只列出两种赔偿方法，即：

“恢复原状，如无法做到恢复原状，则给予价值相当于恢复原状的数额；如有必要，在所受损失无法通过恢复原状或支付相当于恢复原状的金额而得到弥补时，须赔偿损失”。¹⁵⁸

所受损害如非物质损失，还有其他适当赔偿方法，即抵偿和承诺或保证不重犯。因此，第6条之二规定，赔偿可包括恢复原状、补偿、抵偿和承诺或保证不重犯。

（4）与第6条出于评注第（15）段所述的原因所规定的义务不同，这一条款规定了受害国的权利，并确定由受害国决定以何种形式行使这一权利。

（5）“第7、第8、第10条和第10条之二所规定的……方式单独或配合适用”一语表明，受害国一方面可以按照这些条款开列的赔偿方式根据和遵照相应条款所述的条件提出，另一方面，可以配合适用。因此，第6条之二第1款应当依照这一条款所阐明的赔偿方式规定来解释。

¹⁵⁴ 见上文脚注142。

¹⁵⁵ 关于赔偿的规定对于存在多个受害国的情况，包括所谓受害程度不同或间接受害的国家问题，将稍后审议。

¹⁵⁶ 1927年7月26日第8号判决，《国际常设法院汇编A辑》，第9号，第21页。

¹⁵⁷ 见上文脚注140。

¹⁵⁸ 同上。

(6) 第1款规定, 犯有国际不法行为的国家有责任对因上述国际不法行为造成损害者提供充分赔偿。但是, 上述损害也许是由一些伴随因素造成, 而不法行为发生决定性作用, 但并不是唯一的作用。在这种情况下, 要行为国承担所有损害的赔偿责任是不公平的, 而且不符合适当运用因果链理论的要求。这个问题将在第8条的评注中深入讨论。

(7) 第2款单独列出起到损害作用的受害国的过失或故意的行为或不行为((a)项)和以其名义提出索赔的该国国民的、起到损害作用的过失或故意的行为或不行为((b)项)。各国可为其国民提出索赔。自然人和法人都属于“国民”的范畴。在理论上和实践上, 这项因素都被广泛认为与确定赔偿有关。¹⁵⁹ 实际上, 在估量金钱补偿时, 才考虑受害国或以其名义提出索赔的该国国民的过失或故意的行为或不行为的相关性并采取有关行动。¹⁶⁰ 但是, 这一因素也可能与

其他赔偿方式有关。举例说, 如果国家拥有的一艘船只被另一国非法扣留, 在扣留期间由于船长的过失而造成损失, 则行为国只需将受损船只退还。过失或故意行为还与某些抵偿方式有关。因此, 委员会认为应在第6条之二的范围内规定过失或故意行为的作用。委员会为此拟订的该条第2款完全符合如下原则, 即: 所有由不法行为引起的全部损害应该得到充分赔偿, 但是赔偿不能多于实际损害。“起到损害作用的过失或故意的行为或不行为……”一语是从《空间物体所造成损害的国际责任公约》第6条第1款借用过来的。第2款(b)项规定了以其名义提出索赔之受害国国民的过失或故意的行为或不行为促成损害的情况。这种情况应该影响受害国有权得到的赔偿的数额, 这样做的依据是, 为国民提出索赔的国家的地位必须不比自行提出索赔的该国国民的地位有利。

(8) 可能会有在提供充分赔偿方面予以顾及的另一些公平考虑因素, 在行为国财力有限的情形下更是如此。但这些考虑因素不得妨碍所有国家在法律之前平等和所有国家法律义务相应平等的原则。

(9) 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。这一款的措辞以《维也纳条约法公约》第27条为范本。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。

(10) 第3款说明国内法对犯有不法国际行为为国家的赔偿义务的影响。尽管各国通常是在答复恢复原状的要求时援引国内法来辩护, 但考虑到这个问题也会在处理其他种赔偿时出现, 因此本条列入了这一规定。

(11) 首先应当指出, 第3款仅涉及国内法障碍。第7条处理了按照国际法在法律上无法恢复原状问题。让人进退两难的是: (a) 按照原则, 一国不能援引其法律制度来逃避其国际责任(草案第一部分第4条); (b) 另一国政府遇

¹⁵⁹ 案例可参看 G.Salvioli 的著作, 《国家责任和国际法院对损害和利益的确定》, 载于《课程汇编》, 1929年, 第三辑, (巴黎, 1930年), 第265-266页; C.Cepelka 的著作, 《当代国际法中违法行为的法律后果》, (布拉格, Karlova 大学, 1965年), 第32页; B.Graefrath 的著作, 《责任和引起的损害: 责任与损害之间的关系》, 载于《海牙国际法学院课程汇编》, 1984年, 第二辑(海牙, Nijhoff, 1985年), 第185卷, 第95页; 及 Bollecker-Stern 的著作, 《国际责任理论中的损害》, 巴黎, 1973年, 第265-300页。

¹⁶⁰ 在“Delagoa Bay Railway”案中, 提请仲裁员就葡萄牙对联合王国和美利坚合众国有关在铁路专营权期满前35年废约的纠纷作出裁决:

“所有对特许专营公司不利、而对葡萄牙政府有利的情况都成为减轻后者责任……并减少赔偿的理由。”(1900年3月29日的决定, (Martens, 《条约新汇编》, 第二套, 第三十卷, 第329页起, 见第407页)。)

在“温布尔登号”案中, 法庭认为违法国应为拒绝轮船通过基尔运河一事负责, 但赔偿数额则有待决定。毫无疑问, 违法国应对该轮船被迫改道航行所造成的损失给予赔偿。但是有一项疑问: 受害人说该船被拒通过后, 在基尔停泊若干日后才改道航行。因此, 法庭认为, 该船船长此种行为应视为可以影响赔偿数额的情况。尽管法庭肯定了判决, 但是, 却认为船长的行为并不适当。法庭指出:

“……关于天数, 显然该船为了取得对其权利的确认, 为此事进行外交谈判的结果而等候一些时日, 然

后再继续航行是合理的”(1923年8月17日的裁决, 《国际常设法院汇编A辑》, 第1号, 第31页)。

另一些事例载于 C.D.Gray, 《国际法中的司法补救措施》, (牛津, Clarendon 出版社, 1987年), 第25页。

到实际难题, 面临其必须按照国内法律制度行事的障碍。

(12) 尽管不是毫无异议,¹⁶¹但学术界的主流看法¹⁶²是, 当一个国家在其与一个以上其他国

¹⁶¹ 参见, M. B. Alvarez de Eulate, “实践和国际判例中的恢复原状”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (马德里), 第四卷 (1973 年), 第 269 页; K. Zemanek, “Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts”, *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, H. Neuhold, W. Hummer und C. Schreuer 合编 (维也纳, Manz, 1983 年), 第一卷, 第 378 页; H. Urbanek, “Die Unrechtsfolgen bei einem völkerrechts-verletzenden nationalen Urteil; seine Behandlung durch internationale Gerichte”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (维也纳, Springer, 1961), 第 11 卷, 第 1 号, 第 70 页起。

¹⁶² 参见: D. Anzilotti, 《国际法课程》, 第一卷, 第 4 版 (帕多瓦, CEDAM, 1955 年), 第 426 页; C. de Visscher, “国际公法中拒绝裁判的情况”, 《课程汇编》, 1935 年, 第二辑 (巴黎, Sirey, 1936 年), 第 52 卷, 第 436-437 页; J. Personnaz, 《国际公法中的损害赔偿》 (巴黎, Sirey, 1939 年), 第 83 页; G. Morelli 写道:

“犯有非法行为的国家因其国内法而不能有所行动, 按一般国际法的规定, 并不构成相关理由” (《国际法概念》, 第 7 版 (Padua, CEDAM, 1967 年), 第 359 页)。

又见 G. Ténékidès, 《国际责任》, 载于 Dalloz, 《国际法汇编》 (巴黎, 1969 年), 第二卷, 第 790 页; K. Strupp, “Das völkerrechtliche Delikt”, *Handbuch des Völkerrechts*, F. Stier-Storilo 编 (斯特加特, Kohlhammer, 1920 年), 第三卷, 第一部分, 第 209-210 页; W. Wengler, *Völkerrecht* (柏林, Springer, 1964 年), 第一卷, 第 510 页; F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts* (慕尼黑, C. H. Beck, 1977 年), 第三卷, 第二次修订版, 第 25 页; 和 Graefrath, 见上引 (上文脚注 159), 第 78 页。

还应当提到国际法律组织或会议所编制的关于国际责任规则的一些条款草案, 其中包括日本国际法协会 (Kokusaiho Gakkwai) 1926 年通过的国际法典草案 (第 5 条) (载于《1969 年……年鉴》, 第二卷, 第 141 页, A/CN.4/217 号文件 and Add.1, 附件二), 哈佛法学院 1929 年所编写的关于国家对其领土内对外国人人身或财产造成损害应负责任的条款草案 (第 2 条) (载于《1956 年……年鉴》, 第二卷, 第 229 页, A/CN.4/96 号文件, 附件 9; 1930 年在海牙举行的国际法编撰会议第三委员会一读通过的关于国家对其领土内对外国人人

家的关系中履行国际义务时, 在其本国法律制度内可能遭遇困难本身并不能成为不履行这种义务的重大法律理由。就由初级规则引起的国际义务而言, 人们普遍赞同这项一般原则。委员会认为, 这项原则同样适用于由次级规则引起的国际义务。事实上, 凡当特定的补偿办法可能会对其他国家造成某种程度的困难时, 各国可诉诸习惯法, 以排除、修订或限制赔偿办法的运用。在这方面, 特别重要的是: 1949 年 4 月 28 日《和平解决国际争端修订总协定书》第 32 条、¹⁶³1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》第 50 条和 1957 年《欧洲和平解决争端公约》第 30 条。这些规定允许缔约国拒绝同宪法冲突的赔偿要求, 或者把赔偿要求限制在可以通过行政渠道抵偿的范围内。¹⁶⁴各国都认为, 必须明确表示同意, 以便防止恢复原状措施严重影响国内法的基本原则。由此看来, 它们认为, 在一般国际法层面, 行为国必须克服法律上的障碍, 正确履行义务。

(13) 缔约国的惯例和国际裁决都支持上述结论。日本和美国两国间关于加利福尼亚州行政当局对亚裔儿童进入教育机构就学机会采取歧视政策¹⁶⁵所引起的争端 (1906 年) 就是这方面的一个例子。这项争端以日本胜诉, 通过修订加州法律而获得解决。¹⁶⁶《魏玛宪法》 (1919 年 8 月 11 日帝国宪法) 第 61 条第 (2) 款被废除是另一

身或财产造成损害应负责任的条款草案 (第 5 条) (国际联盟, C.351 (C) M.145 (C). 1930.V 号文件, 载于《1956 年……年鉴》, 第二卷, 第 225 页, 附件 3); 和 1930 年 Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (德国国际法协会) 编制的关于国家对其领土内对外国人人身或财产造成损害应负责任公约草案 (第 9 条第 2 款) (载于《1969 年……年鉴》, 第二卷, 第 149 页, A/CN.4/217 和 Add.1 号文件, 附件八)。

¹⁶³ 联合国, 《条约汇编》, 第 71 卷, 第 101 页。

¹⁶⁴ 见 P. A. Bissonnette, 《抵偿作为国际法上的赔偿方式》 (日内瓦大学, 论文) (Annemasse, Imprimerie Grandchamp, 1952 年), 第 20 页; 这种规定“明显地旨在保护国内法律制度, 使其不受外界干扰” (Graefrath, 见上引, (上文脚注 159), 第 78 页)。

¹⁶⁵ 见《国际公法综合杂志》 (巴黎), 第 14 卷, (1907 年), 第 636 页起。

¹⁶⁶ 见 R. L. Buell, “美国境内煽动反日态势”, 《政治学季刊》 (纽约), 第 37 卷 (1922 年), 第 620 页起。

个例子,¹⁶⁷为此通过了一项宪法修正案,以保证彻底履行《凡尔赛条约》第80条所引起的义务。也不妨提及“Crenner—Erkens”案(1961年)。在这个案子里,有两名比利时外交官被加丹加警察逮捕和拘留,后来被驱逐出境。¹⁶⁸经利奥波德维尔的外交使团副团长提出抗议后,驱逐令被撤销。与此相关的还有“Peter Pázmány 大学”案,在该案中,国际常设法院明确判定,归还的财产应当“不附有任何转让、强制管理、或扣押措施”。¹⁶⁹在“东格陵兰法律地位”案中,经判定,挪威政府1931年7月10日颁布的占领宣言和挪威政府就此采取的任何步骤都违反现有的法律状况,从而是非法和无效的。¹⁷⁰

(14) 在有些案例中,确实有仲裁法庭考虑到不法行为国家的内部情况,而拒绝特定形式赔偿的例子。例如,在“Walter Fletcher Smith”案中,尽管仲裁员认为复原并无不当,但“为了各方和公众的最佳利益”,他还是赞成赔偿。¹⁷¹同样,在“希腊电话公司”案(1935年)中,尽管仲裁法庭命令“复原”,但又宣称,“由于重大的国家理由”,¹⁷²行为国可以提供补偿作为替代。在“Mélanie Lachenal”案中,¹⁷³也以赔偿替代了原先决定的“复原”。法国-意大利和解委员会认为,“复原”将需要采用困难的国内程序。最近,“AMINOIL”案¹⁷⁴的各方同意,在科威特法令废除特许权之后再恢复“以前的状态”无论如何都是不切实际的。委员

会趋向于认为,作出这些决定的理由是所造成的损失同某一特定形式赔偿所引起的负担相比,显得过分沉重和不成比例,而国内法所引起的障碍并不是作出这些决定的理由。

(15) 国家的法律制度必然同该国的政治、经济和社会体制有密切的互动关系。不容否认的是,这种法律制度经常与特定形式的赔偿是否能有效实施相关。不过,也不应当认为,这样就表示一般国际法确认任何形式的赔偿须受行为国国内法律制度和这种制度打算满足的迫切要求的限制。任何注意其国际义务,包括次级义务以及初级义务的国家必然会对不反对适用国际法规则的法律制度进行修订或使其符合这种规则所引起的任何迫切要求。当然,国家有权维护其政治、经济或社会制度,使其不受其他国家侵害其主权或国内管辖权的任何非法企图的危害。不过,它不能因而认为它有权以其“国内法”作为法律障碍不履行其提供特定形式赔偿的国际义务。严格来说,从国际法的观点看,国内法的司法障碍是实际障碍。因此,不应把它们同国际法规则所引起的障碍相提并论,不应被视为纯粹的法律障碍。

(16) 受害国要求恢复原状之权利的例外情况可能也与第6条中所列的其它赔偿方式有关。

第7条 恢复原状

受害国有权促使犯有国际不法行为的国家恢复原状,即恢复犯下不法行为前所存在的状况,但这种恢复原状具有以下条件和限制:

(a) 并非实际做不到的;

(b) 不致违反根据一般国际法强制规范所产生的义务;

(c) 受害国从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例;或

(d) 不致严重危害犯有国际不法行为之国家的政治独立或经济稳定,而如不恢复原状,受害国也不会受到类似影响。

评注

(1) 恢复原状是国际不法行为受害国首先可加以利用的赔偿方法。

(2) 关于这一概念的定义并不统一。根据一项定义,恢复原状在于重新建立原来的状态,即不法行为发生之前所存在的状况,以求把当事方

¹⁶⁷ 见《1919年英国和外国文件》,第112卷,第1094页。

¹⁶⁸ 见《国际公法综合杂志》(巴黎),第65卷,(1961年),第813页。

¹⁶⁹ “对匈牙利-捷克斯洛伐克混合仲裁法庭判决的上诉”(彼得·帕斯马尼大学),1933年12月15日的判决,《常设法院汇编A/B辑》,第61号,第208页。

¹⁷⁰ 1933年4月5日的判决,《常设法院汇编A/B辑》,第53号,第22页。

¹⁷¹ 联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第二卷,(出售品编号1949.V.1),第913页起,见第918页。

¹⁷² 见J.G. Wetter和S.M. Schwebel“关于特许权的一些鲜为人知的案例”,《1964年英国国际法年鉴》,第40卷,第216页起,见第221页。

¹⁷³ 1954年7月7日和解委员会第172号决定(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第十三卷(出售品编号64.V.3),第130-131页)。

¹⁷⁴ 科威特和美国独立石油公司(Aminoil)之间的仲裁;见《国际法律资料》(华盛顿特区),第二十一卷,第1号(1982年1月),第976页起,见第982页。

之间的关系恢复至原有状况。¹⁷⁵按照另一定义,恢复原状即建立或重新建立如果未发生不法行为将会存在的状况。¹⁷⁶前一定义从狭义和本质的角度看待恢复原状,排除了受害国在不法行为完成过程当中及以后直至采取补救行动为止所受损失而可能应得的补偿这个概念。另一方面,后一项目定义不仅在恢复原状的概念中吸收了重新确立原来状态(等价赔偿)的内容,而且也包含了综合性补偿的内容。从第7条起始款的定义看来,委员会选择的是纯属赔偿性的恢复原状概念,这一概念不仅在理论上得到了最广泛接受,而且还有一优点,即仅限于评估实际情况,不涉及在理论上判定如果没有发生不法行为状况将会如何的问题。委员会在这样做时考虑到,根据第6条之二第1款,受害国在任何情况下均有权因国际不法行为遭受的损害得到“充分赔偿”,同条第1款中“单独或配合”的短语表明,可结合适用恢复原状和补偿的方式。换句话说,委员会认为恢复原状应仅限于恢复原状态(这可明确判定),但不妨碍对损失的利益的可能补偿。

(3) 恢复原状是最接近于合乎责任法一般原则的赔偿方式。根据一般原则,行为国必须通过重新建立未发生不法行为前所存在的状况来“消除”其不法行为所造成的全部法律后果和物质后果;因此,在任何其他形式的广义赔偿之前,特别是在等值赔偿之前,首先是恢复原状。¹⁷⁷恢复原状在逻辑和时间关系中的首要地位首先已得到

了实践的确认,这不仅表现于国际常设法院在“霍茹夫工厂”案中适用了这一规则,¹⁷⁸而且还表现于国家和仲裁机构仅仅是在得到比较明确的证明,证实由于某种原因无法实现恢复原状之后,才诉诸等值赔偿办法。¹⁷⁹第二、且最为重要的一点是,当事方的态度确认了恢复原状的首要地位。无论它们多么清楚地知道恢复原状可能遇到的困难,即使在不可能得到这种形式的赔偿

82段; Nagy, 见上引(上文脚注175), 第173页; H. Lauterpacht, “国际法的私法渊源和类比”(伦敦, Longmans, Green, 1927年), 第149页; Bissonnette, 见上引(上文脚注164), 第19页; G. Schwarzenberger, 《国际法》, 第三版(伦敦, Stevens, 1957年), 第一卷, 第656-657页; Jiménez de Aréchaga, 见上引(上文脚注176), 第567页; Graefrath, 见上引(上文脚注159), 第77页; Alvarez de Eulate, 见上引(上文脚注161), 第283页; G. Dahm, *Völkerrecht* (斯图加特, Kohlhammer, 1961年), 第三卷, 第233页。

¹⁷⁸ 关于这家工厂, 法院裁决行为国“有义务恢复这一企业, 如不可能, 则支付赔偿之时的企业价值, 用以代替不可能做到的恢复原状”。“因此, 当事各方同意, 由于不可能恢复霍茹夫工厂, 只能以支付企业价值来代替恢复原状”(1928年9月13日的裁决(见上文脚注140), 第48页)。

但是还必须提到, 一种与此不同的法院判案倾向否定自然赔偿的任何首要或优先地位。例如常设仲裁法院在“俄罗斯赔偿”案中的裁决。用 Jiménez de Aréchaga 的话来说就是, “试图将旨在纠正违反国际法的行为局限于赔款”(见上引(上文脚注176), 第566页)。裁决书说:

“无论其根源如何, 一切国家责任最终都以货币体现价值, 并转为付款的义务; 归根结底这种责任以货币债务告终, 或能够通过货币债务了结。”(俄罗斯诉土耳其)(联合国, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷(出售品编号61.V.4), 第441页)。

由于这一案件发生在“霍茹夫工厂”案之前, 可以认为国际常设法院后来的裁决将这一判词置于一边。

¹⁷⁹ 在这方面可参阅下列案例: “英国在摩洛哥西班牙区的权利要求”案, 1925年5月1日的裁决(联合国诉西班牙)(联合国, 《国际仲裁裁决集》, 第二卷(出售品编号1949.V.1), 第621-625页, 及第651-742页); 葡萄牙没收“宗教财产”案, 1920年9月4日的裁决(同上, 第一卷(出售品编号1948.V.2), 第7页起; “Walter Fletcher Smith”案(同上, 第二卷, 上文脚注171), 第918页); “Heirs of Lebas de Courmont”案, 法国-意大利调解委员会1957年6月21日第213号裁决(同上, 第十三卷, (出售品编号64.V.3), 第764页)。

¹⁷⁵ 赞成这一定义的文獻作者包括: C. de Visscher, “国家责任”, *Biblioteca Visseriana* (莱顿, 1924年), 第二卷, 第118页; Bissonnette, 见上引(上文脚注164); A. Verdross, *国际法*, 第五版(维也纳, Springer, 1964年), 第399页; K. Zemanek, “国家对国际违法行为和国际合法行为的责任”, *国际责任* (巴黎, Pedone, 1987年), 第68页, 及 K. Nagy, “国际法中的赔偿问题”, 载于《国际法问题: 匈牙利的看法》, H. Bokor-Szego 编(布达佩斯, Kiadó Academy, 1986年), 第3卷, 第178页。

¹⁷⁶ 除其他外, 赞成这一定义的有: Anzilotti, 见上引(上文脚注162), 第426页; Jiménez de Aréchaga, “国际责任”, 载于《国际法手册》, Max Sorensen 编(伦敦, Mcmillan 出版社, 1968年), 第565页, 和 Graefrath, 见上引(上文脚注159), 第77页。

¹⁷⁷ 持这种看法的有: Personnaz, 见上引(上文脚注162), 第83页; P. Reuter, “国际公法的原则”, 《海牙国际法学院课程汇编, 1961-II》(莱顿, Sijthoff, 1962年), 第103卷, 第596页; Ténékidès, 见上引(同上), 第790页, 第

时,它们仍然往往坚持乐于接受恢复原状而不是等值赔偿。¹⁸⁰但是,如果把恢复原状界定为任何案件和任何情况下一概加以采用的无条件或一成不变的理想或最合适的赔偿方式,无论在理论上还是在实践上都是不准确的。只有在每一具体情况下为了实现尽可能最完整地满足受害国“消除”不法行为的一切损害性后果,同时充分尊重行为国的权利,才能确定最合适的补救办法。较为经常发生的是当事双方同意,或受害国选择以全部或部分补偿代替恢复原状。但是,一方面承认等值赔偿是最常用的赔偿方式,同时又承认被人正确称为“自然恢复”的恢复原状是重新建立原有状况或如未发生侵权行为所应存在的状况的第一种补救办法,这两者之间并不矛盾。必须估计和考虑到恢复原状与其他赔偿方式之间关系的灵活性,而这种灵活性与这一补救办法作为上述基本原则最为直接的产物所应有的首要地位并无任何相悖之处。

(4) 在制定第7条起始款时,表现出了对灵活性的关注。该款表达了受害国的权利,并规定恢复原状义务的履行取决于受害国提出的相应要求。

(5) 对行为国的这种初级原有义务和受害国相应的原有权利这种责任关系还有一些争端。有一种理论认为恢复原状的义务与其说是一种赔偿模式,不如说是随着不法行为而产生的新关系中

呈现的某个侧面,它是原有法律关系继续产生的“结果”。¹⁸¹多数人的观点、¹⁸²也是委员会同意的观点是,恢复原状是作出广义赔偿的一种次级义务形式——用一位作者的话来说,这种义务“并不代替基本法律关系产生的初级义务……它只是因不履行原有义务而附加的一项义务,它是不履行原有义务的后果或结果”。¹⁸³这种态度维护了原有义务在发生了违反行为后仍存在的观念,它与委员会有关停止和恢复原状是针对违反国际义务采取的两种不同补救方法的立场是一致的。

(6) 对应加以赔偿的某种损害,有关文献一般区分从物质上恢复原状和从法律上恢复原状。从物质上恢复原状的情况有:释放被扣押的人或将在其领土上逮捕的人移交给一个国家,¹⁸⁴恢复

¹⁸¹ 这个理论是 G. Balladore Palieri 首先提出来的(国际不法行为的后果,《公法评论》,(罗马),第二辑,第23年,第一部分(1931年),第64页起)。最近 C. Dominicé 似乎接受了这个观点(“对国际不法行为受害国之权利的看法”,载于《国际法》第2册(巴黎, Pedone, 1982),第25-31页。两人都认为恢复原状与一般广义被视作赔偿的各种形式或模式不同。区别在于:金钱补偿和抵偿是对受害国蒙受物质或精神损害的紧急新情况作出的反应,这种情况没有包括在受到不法行为影响的原有法律关系之内;而恢复原状是对不法行为发生之前根据一方的权利和另一方的义务而存在的原有关系继续作出的反应,尽管出现了违法行为,这种原有关系仍保持不变(没有什么新的发展或变更)。

¹⁸² 例如, Reuter 就主张(见上引(上文脚注177),第595页):

“无疑,履行责任确实会导致新的义务,即作出赔偿的义务。这主要是恢复现状,换句话说就是确保尽可能最充分地履行原有义务。”

在这方面, Graefrath 在谈到恢复原状的目的旨在恢复到如未发生违法行为所应存在的状况时说:

“它指的确实是消除侵权行为后果的义务”。(见上引(上文脚注159),第77页)。

¹⁸³ Čepelka, 见上引(上文脚注159),第18页。

¹⁸⁴ 涉及对人恢复物质原状的例子有:涉及在船上逮捕人员的“Trent”案(1861年)和“佛罗里达”案(1864年),(见 Moore,《文摘》,第七卷,第768页起和第1090及1091页)以及“美国驻德黑兰外交和领事人员”案。在“美国驻德黑兰外交和领事人员”案中,国际法院命令伊朗政府释放伊朗作为人质扣押的每位美国国民(见上文脚注142)。

¹⁸⁰ 不妨提一提以下案例:德国在“霍茹夫工厂”案中的初始索赔(见上文脚注140);希腊在“中罗多彼亚森林”案中的索赔(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,(上文脚注141),第1407页);联合王国在“墨西哥勘油”案中的索赔(见 B.A. Wortley, “1938-1946 年间墨西哥的石油争端”, The Grotius Society: Transactions for the year 1957 (伦敦),第43卷,第27页);在“英伊石油公司”案中,联合王国要求废除该公司的国有化,并将其恢复至1951年5月1日“石油国有化法令之前所存在的状态”(国际法院诉讼,“英伊石油公司”案,第124页,以及1952年7月22日的裁判,和1952年《国际法院裁决集》,第93页);比利时在“巴塞罗纳电车”案中提出,行为国有义务“在原则上首先通过恢复原来的状态消除其当局非法活动的后果”(恢复原状)(国际法院诉讼,巴塞罗纳电车、电灯和电力有限公司(New Application: 1962年),第一卷,第183页,第373段)。

另外十分重要的是,在利比亚被国有化了的外国公司对利比亚政府提出了废除国有化和恢复原有状态的索赔要求。这些索赔并不是由国家提出的。

船舶¹⁸⁵或其他种类的财产，¹⁸⁶包括文件，艺术品甚至款项¹⁸⁷在内财产的原状。“从法律上恢复原

¹⁸⁵ 一个例子是“Giaffarich 号”案（1886 年）。该案的案情是，埃及 Giaffarich 号军舰捕获了来自马萨瓦的在意大利注册的四艘商船。按照意大利外交部指示，意大利驻开罗的总领事称“Giaffarich 号肆意劫掠。我们除要求补偿损害外，还有权要求恢复原状或赔偿”（《意大利国际法惯例》，第一辑，第二卷，第 901-902 页）。

¹⁸⁶ 恢复物件原状的一个例子是“Temple of Preah Vihear”案（案情）：国际法院在 1962 年 6 月 15 日的判决（《国际法院裁决集》，1962 年，第 6 页起，和第 36-37 页）中，裁定支持柬埔寨的要求，其中包括要泰国当局原样归还从该地区和寺庙拿走的某些物件。还有一个案例是“Aloisi”案（1881 年）。在智利和秘鲁冲突期间，智利军事占领当局在秘鲁基尔卡市夺取意大利商人财产（见《意大利国际法惯例》，第一辑，第 867-868 页）。此外还有根据 1947 年和平条约建立的法-意调解委员会裁定的有关恢复原状的一些案子，其中包括“首府旅馆”案（1950 年 7 月 19 日第 65 号裁决（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十三卷（出售品编号 64.V.3），第 219 页），“Ottoz”案（1950 年 9 月 18 日第 85 号裁决（同上，第 240 页））和“Hénon”案（1951 年 10 月 31 日第 109 号裁决（同上，第 249 页））。鉴于这些裁定都是根据通常规则考虑恢复物件原状的，因此在确定普通（习惯）法规则内容时它们是否适用当然还有疑问。

¹⁸⁷ 例如在“Macedonian”案（1863 年）中，被选定为仲裁员的比利时国王利奥波德二世裁定：“智利政府应向美国归还夺取的 70,400 元中的五分之三”，加上百分之六的利息，即归还由智利叛乱分子没收美国国民的数额（Lapradelle-Politis，第二卷，第 182 页起，见 204 页）；在“Presto 号”案（1864 年）中，意大利外交部长承认利卡塔海关向挪威 Presto 号征收通行税是错误的，他下令向其退还不应收取的费用（《意大利国际法惯例》，第一辑，第 878-879 页）；及“Emanuele Chiesa”案（1884 年），按裁决，智利政府将意大利一国民因被任意指控在智利和秘鲁冲突期间连通秘鲁而没收的一笔款项连同利息归还本人（同上，第 899-900 页）。在混合索赔委员会处理的案件中还有许多其他例子，例如可参见：“Turnbull and Orinoco Company”案（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号 E/F.59.V.5），第 26 页起），“法国沥青总公司”案（同上，第 389 页起），“Palmarejo and Mexico Gold Fields”案（同上，第五卷（出售品编号 1952.V.3），第 298 页起）；“Società Anonima Michelin Italiana”案（同上，第十三卷（出售品编号 64.V.3），第 625 页）；和“Wollemborg”案（同上，第十四卷（出售品编号 65.V.4），第 291 页）

状”一词是指恢复原状需要或涉及在行为国的法律制度或行为国与一个或一个以上行为国之间的国际法律关系的范围内更改法律状况。从法律上恢复原状包括撤消、废除或修改违反国际法规则的宪法或法律条款，¹⁸⁸撤消对外国人的身或财产非法采取的行政或法律措施，¹⁸⁹或废除一项条约。¹⁹⁰

股份也可能作为赔偿手段。例如对德国和罗马尼亚之间的“Buzau Nechoiasi 铁路”案，仲裁法庭在德国政府提出了这种索赔之后，于 1939 年 7 月 7 日裁决应向德国公司（Berliner Handels-Gesellschaft）赔偿 1,196 股罗马尼亚 Buzau-Nechoiasi 铁路公司的股票（同上，第三卷（出售品编号 1949.V.2），第 1839 页）。

¹⁸⁸ 这方面的例子有废除《魏玛宪法》（1919 年 8 月 11 日德国宪法）的第 61 条第（2）款。该款违反了 1919 年 6 月 28 日《凡尔赛条约》有关奥地利代表参加魏玛共和国参议院的规定；法国提出抗议后，德国废除了该款（见上引，（上文脚注 167））。

¹⁸⁹ “Martini”案就是一个例子。对此案，仲裁法庭裁决（1930 年 5 月 3 日裁决书）委内瑞拉政府有义务撤回委内瑞拉联邦和上诉法院作出的取消给予意大利一家公司铁路和采矿租借权的判决（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷（出售品编号 1949.V.1），第 975 页起）。

¹⁹⁰ 萨尔瓦多在“Bryan-Chamorro 条约”案中要求：

“尼加拉瓜政府颁布适当的法令以确定控诉事由应保持的法律状况，以便争议的问题能维持在《Bryan-Chamorro 条约》缔结和批准前的状况。

中美洲法院在发表了对丰塞卡湾法律地位的意见后裁定：

“……

“三、1914 年 8 月 15 日的《Bryan-Chamorro 条约》涉及租借丰塞卡湾的一个海军基地问题，这对萨尔瓦多的国家安全构成威胁，并且侵犯了它对该海湾水域享有共同所有权的权利……；

“四、该条约违反了中美洲国家 1907 年 12 月 20 日在华盛顿缔结的《和平友好条约》第二和第九条；

“五、尼加拉瓜政府利用根据国际法可以采取的措施之后，有义务就本诉讼案审理的问题重新建立和维持诉讼双方签订的《Bryan-Chamorro 条约》之前存在的法律状况……”。（Anales de la Corte de Justicia Centroamericana（圣约瑟，哥斯达黎加），第六卷，第 16-18 号（1916 年 12 月-1917 年 5 月），第 7 页；《美国国际法杂志》（华盛顿（哥伦比亚特区）），第 11 卷（1917 年），第 674 页起，见第 683 页和第 696 页）。

另一个例子是“东格陵兰法律地位”案。丹麦要求常设国际法院作出如下判决：

(7) 委员会并不认为有什么必要在第7条的正文中反映从物质上恢复原状和从法律上恢复原状两者在理论上的区别。从国际不法行为产生的关系的角度看, 它认为这种区别只是相对的。首先, 人们几乎不能想象国家进行恢复原状——无论是对领土、人身还是对可挪动的物件恢复原状——会是单纯的物质举动。归还非法占领或兼并的领土, 从非法超越的海关线退回, 恢复非法被捕和扣押的人员自由, 或让被非法驱逐和剥夺的人重新在其家园立足, 这一切都必须在宪法、立法、司法和/或行政一级作出法律规定。从这种观点看, 恢复基本上是合法的。在这种情况下, 从物质上恢复原状只是将法律规定变成事实。除了极少数情况外, 如边防警卫偶然无意侵入外国领土或在交通阻塞时警察干预某外交官之类的无关紧要的事故(两种情况几乎都未涉及国际不法行为的范畴), 似乎很难想象国际上有纯属恢复物质原状的情况。实际上, 任何国际恢复原状将主要是在行为国法律制度内从法律上恢复原状, 并辅之以或事前从物质上恢复原状。¹⁹¹其次, 应当考虑到从国际法的观点看——这符合应区分不同法律制度的公认原则——必须将国内法以及行政或司法决定仅视作一些事实。回顾一下国际常设法院在这方面是怎样说的会有所助益。该法院在遇到它在国际裁判的范围内处理某项国家法律是否和在什么意义上是合适的问题时曾指出:

“挪威政府发表的上述声明和为此采取的任何步骤构成对现存法律状态的侵犯, 因而是非法和无效的。”(1933年4月5日的裁决, (上文脚注170), 第23页。)

法院裁定:

“挪威政府1931年7月10日发表的占领声明和该国政府为此采取的任何步骤构成对现存法律状态的侵犯, 因而是非法和无效的。”(同上, 第75页。)

¹⁹¹ 将法律和物质两种因素紧密联系在一起例子有“Peter Pázmány 大学”案(见上文脚注169)。国际常设法院驳回了捷克斯洛伐克的论点(捷克斯洛伐克称, 根据1920年6月4日的《Trianon 条约》, 无权要求恢复原状), 裁定:

“(b) 捷克斯洛伐克政府有义务将匈牙利布达佩斯皇家 Peter Pázmány 大学要求的、解除了转让、强制管理或保管措施的不动产发还该校, 各不动产的状况应为采取有关措施之前的状态”。(裁决中的申述……(见上文脚注169), 第249页。)

在这里, 恢复原状显然涉及法律和实质上的行动。

“人们可能会问, 法院不得不应付1920年7月14日的波兰法律是否会出现困难。但是情况好像不是这样。从国际法及其机构——国际常设法院的立场看, 国内法如同法律裁定或行政措施一样, 只是体现国家意志和构成国家活动的事实。当然并未要求法院对波兰法律进行解释; 但是没有任何规定阻止法院对波兰适用该法律是否符合《日内瓦公约》下它对德国承担义务的问题作出判断。”¹⁹²

(8) 委员会认定, 从物质上恢复原状和从法律上恢复原状之间的差别在行为国的法律制度中可能具有一定意义, 不过, 委员会强调这两类活动都是行为国各机构应该进行的可恢复原状的活动。从国内法的观点看, 可列在恢复物质原状范围内的一套行动是国家机构采取的无需作任何法律性更改的行动。而另一类行为是从行为国国内法的观点来看由立法、行政或司法机构采取的具有法律意义的行动, 无此类行动, 恢复原状是行不通的。因此一般而论, 与其说从物质上恢复原状和从法律上恢复原状是不同的补救办法, 倒不如说它们是同一种补救办法的不同侧面。

(9) 假定恢复原状只涉及国际(而不是仅仅国内)法律问题, 那么两者的区别就显得比较重要, 因为要作出必要的法律举动, 将需对某种国际关系、情况或规则作出修改。例如, 行为国A为受害国B恢复原状需废除与C国的条约关系。又如A国因为B国恢复原状而需放弃一项要求或取消或撤回一项单方行动。对此, 就产生一个问题, 即第三方(某常设或专门的国际机构)的决定是否、在何种意义上和在什么条件下能够在行为国的国内法律或国际法的范围内, 通过修改或取消法律情况、行为或规则, 直接做到以任何形式从法律上恢复原状。关于国内法, 文献中确实有将“废止”或“取消”与国家行政行为和法律行为联系起来或与有关国际法效用的法律或宪法规定联系起来的说法。¹⁹³实际上, “东格陵兰法律地位”案¹⁹⁴是人们最熟知使用类似概念的例子。委员会的看法是, 所有国际法和各国际机构

¹⁹² “德国在波兰上西列西亚的利益”案(案情), 1926年5月25日判决书, 《常设国际法院汇编A辑》, 第7号, 第19页。

¹⁹³ 例如见F. A. Mann, “The consequences of an international wrong in international and municipal law”, The British Year Book of International Law, 1976-1977年, 第48卷, 第5-8页。

¹⁹⁴ 见上文脚注170。

对国内法律行为、规定或情况通常适合做的或能够做的是，宣称它们违反了国际义务和确定其国际责任，并进一步宣布其赔偿责任，根据情况要求行为国自己废止或取消国内法律行为。¹⁹⁵至于国际法庭是否可以为了以恢复原状的形式作出赔偿而直接废止国际法律规则、行为、交易或情况的问题，¹⁹⁶委员会倾向于作肯定的答复，但认为既然国际法庭裁决的作用只限于当事双方，那么除双方自己外，不得更改或取消其作用超过它们双边关系的任何行动或情况，除非有关文件作出了相反规定。

(10) 受害国恢复原状的权利并不是无限的。它应受第7条(a)至(d)款所列例外情况的限制。在列举各种例外情况的前面用“具有以下条件和限制”等词清楚表明，如果根据其中任何一种例外情况只有部分不能恢复原状，那么可能恢复的部分应予恢复。

(11) 恢复原状的第一种例外是做不到，首先是(a)款所涉的事实上或实际上做不到。在恢复物质原状的情况下，全然或部分做不到是因为事件的性质及其损害作用使得恢复原状确实不可能。¹⁹⁷出现这种情况可能是因为要恢复的物件

¹⁹⁵ 对此，Graefrath说：

“但是总的讲，如果取消一项国际非法行为，就需要采取新的行动，因为根据国际法，不法行为在国内法里一般并不必然无效”。（见上引（上文脚注159），第78页）。

¹⁹⁶ 与直接根据司法裁决作出在国际上从法律上恢复原状比较贴切的案子是“Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex”案（1932年6月7日的裁决，《国际常设法院汇编A/B辑》，第46号，第96页）。国际常设法院根据瑞士和法国的特别协定第1条确定《凡尔赛条约》第435条第2款“既未废除也未打算废除过去存在的国际文书中有关这两个地区的‘海关和经济制度’”的规定。此后法院（就根据特别协定第2条提交给它的进一步的问题）作出如下结论：

“关于特别协定第2条第1款所涉问题：

“法国政府必须根据所述条约和文书的规定后撤其海关界线，只要缔约双方未协议予以修改，这一制度应继续有效”（同上，第172页）。

虽然法院没有明确表明其裁决意味着法国有恢复原状的义务，但规定后退显然表示，除了应停止不符合国际法的情况外，重新建立原有状况起码是恢复原状的部分主要内容。

¹⁹⁷ 各种理论的看法一致，都注意到“确实或实际做不到不会构成问题。例如，如果一艘非法夺取的船舶已沉没，就显然不能恢复原状”（Jiménez de Aréchaga，见上引（上文脚注176），第566页），或如果某物件

已灭失，因为它无法挽救地变质或是因为有关事态经历了事实改变，因而确实不能恢复原状。这条规则显然是任何人都不会对不可能的事情负担责任造成的不可避免的后果。

(12) (b)款所述的第二种例外是恢复原状遇到国际法强制性规范方面的障碍。如前所述，在法律上不可能恢复原状一般包括因国际法律方面的障碍和国内法的障碍而使恢复原状成为不可能。第6条之二¹⁹⁸就是针对后一种情况的，因为，如该条评注第(10)段指出的那样，各种赔偿形式都可能出现种种问题，尽管在实践中通常是在恢复原状的情况下才发生这种问题。至于国际法律方面的障碍造成不可能恢复原状的问题，本条(b)款将它限制得较窄，只限于恢复原状不得违反国际法的强制性规范。另一种所谓“因国际法”而不可能恢复原状的情况并不真正会影响履行恢复原状义务的“不可能性”。更确切地说，它是由于多种国际法律情况相互关联造成的。很明显，如果一国只能在违反它对“第三”国的某项义务的情况下履行恢复原状的义务，这并不会真正影响到不法行为国和有权要求一方面向受害国、另一方面向该“第三”国恢复原状的受害国之间的责任关系。

(13) 在这方面，委员会对行为国有义务恢复原状的规则与国内管辖权概念两者关系的问题进行了研究。它的结论是，国内管辖权概念不能也不应当使根据国际法而承担的任何其他（初级和次级的）义务成为问题。国际义务存在本身就排除了要求一国遵守义务就是怀有违反该国国内管辖权企图的概念。特别是就行为国的国内法而言，必须记住不可能有遵守一项国际规则而受规则约束的国家的国内法不因此受到一些影响的情况。有人认为，国内管辖权及其内含的不干涉原则总会干预履行恢复原状或任何其他形式的赔偿

已永远丢失或被毁（Balladore Pallieri，见上引（上文脚注181），第720页）或像Salvioli所说“如果没有同样的物件”（见上引（上文脚注159），第237页）。Alvarez de Eulate谈到“不可逆转的情况”。他假设了一些情况：“原来的情况和现在不同，特别是因时间的流逝……财产消失或被毁”（见上引（上文脚注161），第268-269页。类似的想法可见D. P. O'Connell，《国际法》，第二版，（伦敦，Stevens，1970年），第二卷，第1115页，及Schwarzenberger见上引（上文脚注177），第655和658页）。特别是在“霍茹夫工厂”案以后，有人提到在实践中实际或确实做不到恢复原状的情况（见上文脚注140）。

¹⁹⁸ 第6条之二第3款规定犯有国际不法行为的国家不得援引其国内法的规定作为不提供赔偿的理由。

义务或干预只是履行停止或中止不法行为的义务。这种看法是将一方面作为实体法的问题,国家有获得恢复原状(或除恢复原状以外的任何形式的补偿)的权利和另一方面“未得到抵偿”的受害国为得到停止不法行为和/或赔偿而有采取措施的权利两者混为一谈。这些措施与停止和/或赔偿的实质性权利不同,除了尚待确定刑事罪的情况外,它们应受国内管辖权的限制。换句话说,尊重国内管辖权,是一国或一国际机构的行为是否合法的条件。它不是,而且显然不可能是某一国际法律规则或义务之合法性的条件。

(14) (c) 款所指恢复原状的权利应受限制的第三项例外出自公平和合理的考虑,它在行为国因需恢复原状而造成负担和受害国从这种特定形式的赔偿而不是补偿中得利之间寻求公正的平衡。理论和实践都有支持这种限制的。实际上有些作者主张,即使在物质和/或法律上不可能做到重新建立原有状况或如未发生不法行为所应存在的状况,用其中一人的话来说,“如果恢复原状的赔偿形式给不法行为国造成了不相称的过分负担,另外如果也可用金钱赔偿来弥补,那么同意提出恢复原状的要求即是不合理的”。¹⁹⁹ 1930年德国国际法协会拟订的有关在一国领土上对外国人的的人身或财产造成伤害的国家责任公约草案²⁰⁰第9条第3款也反映了同样的看法:

“3. 如果恢复原状的要求不合理,特别是如果恢复原状的困难与受害国能得到的利益不成比例,则不得提出恢复原状的要求”。

(c) 款的出发点也是将不法行为国的情况和受害国的情况进行比较。委员会知道,有些作者认为应当将不法行为国的负担和不法行为的严重性进行比较。²⁰¹ 按照这种看法,根据索赔的不法行为的质和量,过分沉重的分量会不同。的确,像侵略或种族灭绝这类最严重的不法行为,怎么也不能认为行为国作出的赔偿努力(其中包括最

充分的恢复原状)与该国所犯违法行为相称,否则是不公平的。对于这个问题,委员会将在分析国际罪行的法律后果时深入研究。

(15) 一些仲裁裁决,特别是第6条之二的评注第12段提到的仲裁裁决可以说都用(c)款规定的例外为依据。在这方面还应提到“Forests in Central Rhodopia”案。法官在此案中原则上承认应恢复原状,但同时认为,尽管赔偿也有一定困难,相比还是赔偿较现实。²⁰²

(16) “完全不成比例”一词清楚地表明,只有在不法行为国作出恢复原状形式的赔偿负担和受害国从中得到的利益之间严重比例失调,才能解除不法行为国恢复原状的义务。委员会知道,在实践中可能很难一方面将恢复原状给不法行为国造成的负担同受害国从恢复原状而不是从补偿中得到的利益加以比较,同时在另一方面对照受害国从恢复原状中得到的利益和从补偿中得到的利益。但是,实际上有关国家通常会就这个问题达成协议,然后按达成的共识解决问题。如果最后决定提交第三方解决,那么须根据事实公允、平衡地解决迫切需要解决的利益冲突。

(17) (d) 款规定,如果恢复原状严重危害犯有国际不法行为的国家的政治独立或经济稳定,而如果不恢复原状,受害国就不会受到类似的影响,那么,在这样的情况下,不法行为国并非必须恢复原状。这项规定的含义是,如果不法行为国和受害国受的影响相等,则应考虑受害国的利益,为受害国恢复原状。委员会知道,

(d) 款指的是极特殊的情况,它可能更多地涉及过去的事件,而不具太大的现实意义。在很大程度上这是由于双方投资协议的地位越来越重要造成的。它主要指外国投资领域。这一领域在一些因素以及联大一些决议的影响下²⁰³已较明显地出现了变化。委员会认为任何有关赔偿损失的规定实际上应与初级规则的内容及条件而不是与次级的赔偿规则的内容有关。但是委员会认为,就事关所谓“次级”规则的目的而言,赔偿的质量和数量首先取决于国有化究竟是合法行为还是非法行为。合法的国有化要符合公众利益和不歧视

¹⁹⁹ J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973年), 第六部分, 第744页。Personnaz也持相同意见, 见上引(上文脚注162), 第89-90页; 和 Nagy, 见上引(上文脚注175), 第177页。

²⁰⁰ 载于《1969年……年鉴》, 第二卷, 第149页起。A/CN.4/217和Add.1号文件, 附件八。

²⁰¹ 例如, 按Personnaz的看法, “不应要求从事有害行为的国家作出与其违法行为严重程度不成比例的太大努力”(见上引(上文脚注162), 第89-90页)。同样, Karl Strupp 1927年草拟的关于国际非法行为的国家责任公约草案第7条规定:

“受害国选择补救办法不是无限制的。补救办法不得与原来所造成伤害的严重程度不相称, 在性质上也不能是羞辱性的。”(载于《1969年……年鉴》, 第二卷, 第151页, A/CN.4/217和Add.1号文件, 附件九)。

²⁰² 见上文脚注141。

²⁰³ 几乎毋须回顾大会1962年12月14日关于对自然资源的永久主权的第1803(XVII)号决议和1973年12月17日第3171(XXVIII)号决议;《建立新的国际经济秩序宣言》(1974年5月1日第3201(S-VI)号决议);和《各国经济权利和义务宪章》(1974年12月12日第3281(XXIX)号决议)。有关国际法中国有化所涉自决原则和对自然资源的永久主权, 可参看R. Bystricky的“有关社会主义国有化的某些法律问题的意见”, 国际民主法律工作者协会第六届大会(布鲁塞尔, 1956年5月22-25日)(布鲁塞尔, [未注明日期]), 第15页。

两项基本要求。非法的国有化则不符合这两项要求。对非法国有化须作充分赔偿（即恢复原状和赔偿），与此不同，对合法国有化只需适足赔偿。当然，不履行这些义务本身就是一种国际不法行为。

第8条 补偿

1. 在受害国所受到的损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下，受害国有权从犯有某一国际不法行为的国家获得补偿；

2. 为了本条的目的，补偿包括受害国所蒙受的、可从经济上加以估价的任何损失，可包括利息，并在适当情形下包括利润损失。

评注

(1) 在国际不法行为发生后所采取的主要补救方法是补偿。正如常设国际法院在“霍茹夫工厂”案（案情）中所述，“对不法行为进行赔偿得包括给予赔款，这是国际法的一条原则……它甚至是最通常采用的赔偿形式”²⁰⁴。当然，补偿不是唯一的金钱赔偿形式；关于抵偿的第10条所规定的名义赔偿金和反映侵犯行为严重性的赔偿也属金钱赔偿性质，但它们的作用有别于补偿。当然，任何形式的赔偿都含有某种程度的惩罚。

(2) 有关论著²⁰⁵已普遍承认并经常强调补偿付款和其它目的付款之间有区别。在判例中也有同样明确的表示。例如，在“卢西塔尼亚号”案中，仲裁员明确指出：

“‘赔偿金’的基本概念是……对所受的损失法院确定的对不法行为的补偿。补救应与损失相应，以使受害方得到足够补偿。在充分补偿以外再加上惩罚，称之为赔偿金，冠以惩戒性或惩罚性质”（第189页）。

²⁰⁴ 《常设国际法院汇编A辑》，第17号，1928年9月13日第13号判决书，第27-28页。

²⁰⁵ 参见 C. Eagleton, “国际法中的国家责任”（纽约，纽约大学出版社，1928年）：

“在不可能或不能完全恢复原状时，通常的赔偿标准是赔钱……人们常说评估损害的^{*}目的应该只是为对蒙受的损失付钱，^{*}所以它们是补偿性质，而不是惩罚性质”（第189页）。

持同样看法的有：E. Jiménez de Aréchaga, 见上引（上文脚注176）。

性等形容词是用词上的极端混乱，不可避免地导致思想上的混乱……”²⁰⁶

另一个例子是“德国对在1914年7月31日后和在葡萄牙参战前的行为应负的责任”案。仲裁法庭明确区分了德国行为的补偿性和惩罚性后果。²⁰⁷

(3) 在制定补偿规则时，委员会注意到各仲裁法庭和委员会有借助私法特别是罗马法规则的自然倾向。²⁰⁸与此同时，它也认识到，从多数理

²⁰⁶ 1923年11月1日的裁决（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷（出售品编号1956.V.5），第32页起，见第39页）。

²⁰⁷ 1930年6月30日的裁决书（葡萄牙诉德国）（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷，（出售品编号1949.V.1），第1035页起）。法庭指出：

“葡萄牙除对德国在中立期间的行为造成的实际损害提出赔偿要求之外，还要求对‘侵犯其主权和违反国际法的所有罪行’给予20亿金马克的赔款。它索赔的理由所用的名目是‘以显出根据国际法和民族权利这种行为的严重性’和‘它有助于……表明继续采取这种行为不能不受到惩罚。除了受良知和国际舆论非难的制裁外，还应有物质制裁……’

“因此，很清楚，实际上它不是对物质或甚至精神损害的弥补或赔偿，而是对有罪国家的制裁和处罚。如一般处罚一样，其目的是回报、警告和恫吓。然而缔约国在指派仲裁员确定对中立期间所犯行为的赔偿数额时，显然并不拟授予他压制的权力。尽管按照条约题为‘经济条款’的第十部分第4段，他有此权限。第七部分才是真正有关‘制裁’的。如果说同盟国想对德国所犯行为处以罚款，那将违背它们曾明确表示的意图，因为第232条第1款清楚指出，即使单单就实际损失进行赔偿也将超过它的财政能力。因此，葡萄牙要求的制裁超出了仲裁员的权限和条约的范围。”（同上，第1076-1077页。）

²⁰⁸ 很多作者承认私法规则的影响，其中包括 Nagy, 见上引（上文脚注175），第178-179页；Čepelka, 见上引（上文脚注159）；Reitzer, “对国际法中违法行为之后果的赔偿”（巴黎，Sirey, 1938年），第161-162页；以及 Anzilotti, 见上引（上文脚注162），第524页。但是后两位作者就国内法原则在有关国际判例中的地位问题有分歧。Anzilotti 认为国际法庭援用私法规则并不是援用国内法，它们只是援用建立在国内法原则或规则基础上的国际法律原则。而 Reitzer 则认为私法规则并不是一般国际法的组成部分。

论看,²⁰⁹鉴于具体案件的数量众多且内容不同,根本不可能找出或甚至想象到有非常详尽的规则可生搬硬套或不加区别地适用于任何情况。因此,委员会认为,尽管可以制定出补偿规则以规定受害国的权利和不法行为国的相应义务,但是补偿规则必须比较笼统和灵活。

(4) 第1款规定,“在所受到的损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下”,受害国“有权”从不法行为国获得补偿。权利的概念、因果关系的要求及补偿和恢复原状之间的关系将按顺序予以论述。

(5) 像所有有关赔偿的条款一样,第8条表述了受害国的一项权利,并规定依受害国一方的相应索赔要求履行补偿义务。

(6) 对不法行为和损害之间需有因果关系的问题还要进行集思广益的评论。在普遍认为当然有此需要的同时,将不法行为所造成的、进而应当赔偿的后果和并不认为是它造成因此不予赔偿的后果两者加以区别的问题,在理论上和实践中均引起了极大注意。过去有段时间,这个问题是在区分“直接”和“间接”损害时讨论的。但是这样做引起了一些疑问,因为这种区别不清楚,用处也不大。²¹⁰在国际判例²¹¹中一直用“间接”损害²¹²来说明作出不予赔偿的裁决的理由。可是没有清楚指出事件和损失之间应有何种关系才有理由定为“间接”损害。在这方面美国-德国混合索赔委员会的两份陈述书值得大家注意。第一

份见委员会对“南波多黎哥蔗糖公司”案的裁决书,²¹³它说对损害使用“间接”一词是“不恰当、不准确和不清楚的”,而且“直接”损害与“间接”损害的区别“往往是虚幻的,想像中的”。第二份见委员会1923年11月1日的第二号行政裁决书。²¹⁴

“只要在德国的行为与所称的损失之间有明确的、不中断的关系,损失是直接的还是间接的其实无关紧要……”

(7) 因此所指出的标准并不是损害的“直接性”,而是在非法行为和要求赔偿的损害之间须存在明确和不中断的因果关系。应予赔偿的损害必须是同非法行为有因果关系的损害。²¹⁵凡是按通常和自然的事态发展,损害是一种行为的合乎逻辑的后果时,或者凡是非法行为的行为人能够预见到其行为将造成的损害时,损害与非法行为之间就有这样的联系。虽然正常情况和可预见性这两个条件几乎总是同时存在的(这就是说,如果属一般情况也就可能预见到将造成损害)。²¹⁶但在实践中对它们强调的程度不同。一个明显例子是“葡萄牙殖民地”案(Naulilaa事件)。²¹⁷判决将由于葡萄牙殖民地土著居民的起义给葡萄牙造成的损失归于德国,因为据称起义是因德国的入侵引起的。判决认为负有责任的国家应对它可以预见到的一切损害负责,即使非法行为与实际损害之间的联系其实并不是一种“直接”的联系。相反,对于不可能预见到的损害,则不予赔偿:

“……确实,单纯以在损害和不法行为之间的联系上还有些中间环节为借口,而让受害者承担原不法行为的行为者已经预见到而且甚至也许故意要造成的损害,是不公正的。另一方面,大

²⁰⁹ Graefrath, 见上引(上文脚注159),第101页。并参看 Verzijl, 见上引(上文脚注199),第746-747页; Eagleton, 见上引(上文脚注205),第191页; Reitzer, 见上引(上文脚注208); 及 Gray, 见上引(上文脚注160),第33-34页。

²¹⁰ 见 Personnaz, 见上引(上文脚注162),第135页; Eagleton, 见上引(上文脚注205),第199-202页; Morelli, 见上引(上文脚注162),第365页; Bollecker-Stern, 见上引(上文脚注159),第204-211页; 和 Gray, 见上引(上文脚注160),第22页。

²¹¹ A. Hauriou 援引了“亚拉巴马号”案(“国际仲裁中的间接损害”,《国际公法综合杂志》(巴黎),第31卷(1924年),第209页),将它作为运用不包括“间接”损害的规则的最突出例证。

²¹² 在同一意义上,可参见 Anzilotti, 见上引(上文脚注162),第431页; A. Hauriou, 见上引(上文脚注212),以及 Reitzer, 见上引(上文脚注208),第180页。

²¹³ 这是“战争保险费索赔”案例中的一个案件;混合索赔委员会1923年11月1日的裁决书(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第七卷(出售品编号1956.V.5),第62-63页)。

²¹⁴ 同上,第29页。

²¹⁵ 在此方面见 Personnaz, 见上引(上文脚注162),第136页; Eagleton, 见上引(上文脚注205),第202-203页。

²¹⁶ 参见 Salvioli, 见上引(上文脚注159),第251页; Reitzer, 见上引(上文脚注208),第183页。

²¹⁷ 1928年7月31日裁决书(葡萄牙诉德国案)(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第二卷(出售品编号1949.V.1),第1011页起)。

家都同意,即使放弃只有直接损害才有权得到赔偿的严格原则,也不应当把那些只是由于行为者无法控制且无法预料的一系列非常情况才与原来的行为联系起来的损害包括在应予赔偿的损害之内,否则就会出现扩大责任范围这一不能容忍的情况……”。²¹⁸

(8) 委员会认为,在为了补偿而确定因果关系时,如果从必要条件中排除可预见性,那是不正确的。至多可以说,从事不法行为的一个正常合理的人,预见到损害的可能性是判断“正常情况”或“自然情况”的重要标志。“正常情况”或“自然情况”似乎毫无疑问是识别因果联系的必要条件。美国-德国混合索赔委员会再次提供了一个有价值的例证,说明正常情况标准是如何应用于识别因果联系的:

“……在连接德国的行为与所受的损失之间的因果关系链条中有多少环节是无关紧要的,条件是链条不能中断,可以明确无误地、肯定地将损失沿着每一个环节追溯到德国的行为……”。²¹⁹

(9) 在符合正常情况和可预见性两个条件的情况下推定有因果关系的标准还需要进一步解释。在学说和司法实践中都可看到一种倾向,即按照私法中使用的近因原则来识别这种标准。布朗科在谈到“迪克斯”案²²⁰时说:

“有些证据说明,国际法庭作出了类似的区分,因而认定政府‘只是对其行为的接近的、自

然的后果’负责任,而不承认‘在不能证明有故意伤害的意图时对关系较远的后果给予赔偿’。”²²¹

在苏联核动力“宇宙”954号卫星瓦解以后,加拿大在提出索赔要求时指出:

“加拿大在计算所要求的补偿时,应用了国际法一般原则所确定的支付公平补偿的有关标准,因此加拿大索赔所包括的费用仅限于合理的、由于卫星侵入和碎片散落直接引起的、能够相当确切计算的费用。”²²²

(10) 因此,看来(在提到“因”时)随便使用“近”这个形容词来指明非法行为和应予赔偿的损失之间关系的类型,终究是不怎么明确的。这一形容词似乎完全排除赔偿虽与非法行为有联系、但在时间上或在因果关系链条上均不接近非法行为的损害的可能性。

(11) 因此,委员会倾向于认为因果关系标准的运用方式如下:

(a) 直接而且完全由于不法行为引起的损害必须全部支付赔偿费;²²³

(b) 完全由于不法行为所引起的损害,即使损害与行为的联系不是直接关系,而是通过一系列彼此之间纯粹由因果关系联在一起的事件所形成的联系,也必须全部支付赔偿费。

因此,不仅仅是在有“近因”关系时才推定有因果关系。只要损害与不法行为之间由一连串不论多长但不中断的事件连接起来,就推定有因果关系。

²¹⁸ 同上,第1031页。

²¹⁹ 美国-德国混合索赔委员会还认为:

“如果损失与所指控的行为之间的因果关系非常间接,本法庭即无权设法去解开错综复杂的因果关系统网,或者在混杂而众多互不联系但又是并行的环节组成的、令人迷惑的迷宫中找出将德国与特定损失联系起来的关系。只要在法律上德国的行为是产生损失的有效近因,一切间接损失都要赔偿。在所有情况下应用的一个简单的标准是,一个美国国民是否已证明他受到可以相当准确地以金钱计量的损失,还有,该损失是否可以归因于作为近因的德国的行为?”(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第七卷(出售品编号1956.V.5),第30页起)。

²²⁰ 美国-委内瑞拉混合索赔委员会1903年的裁决书(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第九卷(出售品编号E/F.59.V.5),第119页起,见第121页)。

²²¹ J. Brownlie, “国家的法律制度: 国家责任”, 第一编(牛津, Clarendon Press, 1983年), 第224页。

²²² 《国际法律资料》, 第十八卷(1979年), 第907页, 有关索赔的第23段。

²²³ J. Combacau 在“国际责任”(载于 H. Thierry 等人所著《国际公法》, 第4版(巴黎, Montchrestien, 1984年))中谈及这样一种案件时说, “causalité au premier degré: celle qui unit sans aucun intermédiaire le fait générateur au dommage (第一级因果关系: 不通过任何中介由行为直接引起损害的因果关系)”(第711页)。

(12) 必须考虑这样一些情况, 即损害不是单纯由非法行为所引起, 而是由于并存的原因所产生, 其中不法行为起了决定性作用但非唯一作用的情况。第 6 条之二已经涉及的一种可能性是, 损害可能部分因受害国的过失或故意的行为或不行为所致。其他假设还有, 数国共同的违法行为²²⁴及违法行为国之外的某种独立因素的介入使得本来会因不法行为所造成的损害加重。

(13) 有无数因素可能作为并存的原因助成损害, 经济、政治、自然因素和第三方的行动只是其中的几个因素。²²⁵在此种情况下, 正如第 6 条之二第 2 款所涉情况一样, 如果认为行为国要负全部赔偿的责任, 那既不公平, 也不符合正确应用因果关系标准的原则。解决办法应该是支付赔偿费, 它应同推定归因于不法行为及其后果的损害的程度成比例, 其数额根据正常情况和可预见性标准来确定。²²⁶鉴于可能有各种各样的情况, 委员会并未试图找出适用于一切情况的任何硬性标准, 或指出当伤害国的行动是对另一国造成损害的决定性原因而非唯一原因时, 该国应付的赔偿费的比例。委员会认为, 想要在一个普遍适用的公式中规定各种不同的因果关系情况, 并且划清哪一类损害应该赔偿, 哪一类损害不应该赔偿, 这种想法是很荒谬的。只能根据事实因素

²²⁴ 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。

²²⁵ 一个例子是“尤伊勒和肖特里奇公司”案(1861 年 10 月 21 日裁决书(大不列颠诉葡萄牙)(Lapradelle-Politis, 第二卷, 第 78 页起))。这是一家英国葡萄酒出口公司, 其注册办事处设在葡萄牙。葡萄牙法院在经过非正规的司法程序后错误地判定该公司负有责任。该公司索赔的主要损害是它在法院审理过程中所承担的费用。“附属损害”是销售额下降, 因为该公司的活动曾部分停止。据 Hauriou 概述(见上引(上文脚注 211), 第 216 页),

“……问题是要知道销售额的下降是完全由于法院诉讼的关系, 还是同时由于其他原因所引起。在本案中, 显然有外在的情况促使该公司的盈利减少。例如, 仲裁员指出, 在 1839 至 1842 年期间葡萄酒生产曾出现危机, 另外还有由于几次装运酒的恶劣条件所产生的损失。因此, 所称的‘间接’损害, 即本案中公司盈利减少, 是不同原因所造成的结果。有的原因与公司感到执法不公有联系, 但是其他原因则与此完全无关。”

²²⁶ 在这方面, 见 Salvioli, 见上引(上文脚注 159), 第 203 页; Personnaz, 见前引(上文脚注 162), 第 143 页; Gray, 见前引(上文脚注 160), 第 23 页。

和每一案件的情况来应用上面讨论的原则和标准, 仲裁员的自由裁量权或谈判者的外交能力在判断对损害给予什么程度的赔偿中将会起决定性作用。在非法行为和损害之间的因果关系链条特别长而且与其他因素相连接时尤其是这样。²²⁷

(14) 第 1 款中“在受害国所受到的损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下”这一句澄清了作为赔偿形式的恢复原状和补偿之间的关系。尽管按公平和法律原则来说, 恢复原状是“主要”的形式, 但它却常常不能确保完全的赔偿, 根据第 7 条(a)和(b)款的规定或因受害国倾向于以补偿形式得到赔偿, 恢复原状可能被部分或全部排除; 它也可能不足以确保充分赔偿。补偿的作用是弥补在恢复原状时常见的不足与充分赔偿之间所留下的任何大大小小的或微小的差距。

(15) 由于第 7 和第 8 条都是规定受害国权利的, 委员会认为没有必要在双边的情况下明确规定受害国在恢复原状和补偿之间有作出选择的自由。同时, 委员会意识到, 在有多个受害国的情况下, 如果受害国选择不同的补救形式, 则可能出现困难。这一问题是只要有两个或更多受到同样或不同程度伤害的国家时就很可能出现的一组问题的一部分。它对国际不法行为的实质性后

²²⁷ 正如 Reitzer 所说: “……因果关系就是无数原因和结果之间的连接关系: 所受的损害是由于多种因素和现象所共同造成的。国际法官要指出, 按照通常的事态发展, 哪些因素和现象产生了损害, 哪些因素和现象与损害无关。他特别应当判定, 按照同一正常情况标准, 损害是否应归因于所指控的行为。这就需要在本身具有同等价值的事实之间作出选择、抉择和评断。在这一抉择工作中, 仲裁员只能依靠自己的智慧。他只能在自己的智慧和洞察力的指导下, 中断因果关系的链条, 将某些类别的行为和事件包括进去, 将其他类的行为和事件排除在外。凡是仲裁员无法从先例中找到任何有益的指示时, 他就有充分的判断自由。”(见上引(上文脚注 208), 第 184-185 页)。

与此相关的还有 Personnaz 的评论, 他说:

“关系(因果关系)的存在是一个事实问题, 应由法官查明; 不可能将其程式化, 因为这纯粹是具体案件的问题(见上引, (上文脚注 162), 第 129 页)。

他还说:

“这是一个不能靠原则来解决的问题, 只能根据具体案情的事实来解决。在考察这些事实时, 法官除受仲裁协定的限制外, 享有完全的评断权”(同上, 第 135 页)。

果和手段性后果均有影响,委员会打算在适当时候回头考虑这一问题。

(16) 第 8 条第 2 款涉及补偿的范围。由于补偿是支付一笔钱,以取代或包括恢复原状,因此它是“经济上能估价的损害”(即能从经济方面估价的损害)的适当补救办法。因此,它常常被用来处理受害国所蒙受的所有“物质”损害。这种说法从一种意义上说是正确的,但需要对其作出一些重要的限定。确实,补偿通常不是针对受害国的精神(非物质)损害,这一作用通常是由另一种赔偿形式来承担的,即第 10 条所述的抵偿形式。但是,说补偿并不针对受害国国民或代理人个人的精神损害是不属实的。其所以不明确,是由于从国际法的观点看,对受害国所受的精神损害和对受害国的国民或代理人所受的精神损害是区别对待的。

(17) 国际不法行为中最常见的行为是对作为一个国家的国民或代理人的自然人或法人造成损害的行为。这种损害从国际上看直接影响到国家,即使是作为个人的国民或代理人受到损害,这种损害并不总是一种单纯物质的损害。相反,它往往也是一种精神损害,甚至纯属精神损害,而且是和物质损害一样有正当理由要求补偿的精神损害。

(18) 这种意义上的主要案例之一是美国-德国混合索赔委员会 1923 年裁决的“卢西塔尼亚号”案。²²⁸该案处理的是德国潜水艇炸沉一艘英国班轮的后果。关于因美国人在此次事件中所受损失所提的各项索赔应适用的赔偿金标准问题,仲裁员指出大陆法系和英美法系都承认因“侵犯私人权利”而造成的损害,并承认应予以补救。仲裁员的意见是,对每项损害均应当按金钱标准来衡量。他提到格老秀斯的话:“钱是一切有价值物品的共同衡量标准”。²²⁹他特别谈到人的死亡,他认为仲裁法庭的任务应该是估计以下损害的数额:

“(a) 死者如果未故去可能对索赔人作出的贡献,加上(b) 死者对索赔人的照顾、教育、管理的个人服务对索赔人的金钱价值,再加上(c) 由于这种死亡*索赔人实际可能承受的、因

突然断绝家庭联系而造成的任何精神痛苦或打击的合理赔偿*。上述估计数按现在的现金值,一般就是索赔人所受的损失”。²³⁰

除该仲裁员关于(a)(b)两项赔偿金的看法以外,值得注意的是他关于(c)项损害所说的话。他认为国际法规定对于精神痛苦、感情上的伤害、屈辱、耻辱、贬低价值、社会地位的损失或个人信用或声誉所受的伤害都应予以补偿。仲裁员说这些损害:

“都是实际损害,不能仅因为这些损害难以按金钱标准衡量或估计,就说它不是实际损害,也不能以此为理由认为受害人不应该得到补偿”。²³¹

该仲裁员还称这类赔偿金并不是“惩罚”。

(19) “卢西塔尼亚号”案不能认为是例外。虽然这种案件不经常发生,但是只要国际法庭认为有必要,它总是裁决对私人所受的精神损害给予金钱赔偿。²³²因此,实践表明,国际不法

²³⁰ 同上。

²³¹ 同上,第 40 页。

²³² 这类案例可举出“谢弗罗”案(1931 年 6 月 9 日裁决书)(法国诉联合王国)(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第二卷(出售品编号 1949.V.1),第 1113 页起;英文译文载于《美洲国际法杂志》,第 27 卷(1933 年),第 153 页起);“加热”案(美国-委内瑞拉混合索赔委员会(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第九卷(出售品编号 E/F.59.V.5),第 226 页起);和“迪卡罗”案(意大利-委内瑞拉混合索赔委员会 1903 年作出的裁决(同上,第十卷(出售品编号 60.V.4),第 597-598 页。后一案件有关一名意大利店主在委内瑞拉被杀害的问题。在该案中,意大利-委内瑞拉混合索赔委员会不仅考虑到死者遗孀所受的经济损失,而且考虑到她受到的打击和失去她丈夫对她的爱情、忠诚和伴侣关系所受的损失(同上,第 598 页)。

另一个对私人受到的精神损害给予金钱赔偿的明显例子是“让·马尼纳特继承人”案(法国-委内瑞拉混合索赔委员会 1905 年 7 月 31 日的裁决)(同上,第 55 页起)。仲裁员拒绝了索赔人关于赔偿物质经济损害的要求,认为这种损害没有足够的证明。但他裁决给予让·马尼纳特(受害人)的姐妹一笔钱,作为对其兄弟死亡的金钱赔偿。还应该提到伊朗-美国索赔法庭判决的“格里姆”案,但仅应提该法庭裁决书中提及的精神损害、而且原则上认为可能对精神损害给予金钱赔偿的部分(1983 年 2 月 18 日裁决书(《国际法报告》(剑桥),第 71 卷(1986 年),第 650 页起,见第 653 页)。

²²⁸ 见上文脚注 206。

²²⁹ 1923 年 11 月 1 日的裁决,(联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第七卷(出售品编号 1956.V.5),第 35 页)。

行为对私人造成的精神（或非财产）损失应作为受害国所受主要损害的一个不可分割的部分得到补偿。但委员会未在第8条中明确规定对受害国国民精神损害的补偿，因为国民精神损害是国家物质损害的一部分。

（20）鉴于上述，“经济上可以估价的损害”包括：

（a）对于国家一般领土，对其广义上的组织，对其国内外财产、军事设施、外交馆舍、船舶、飞机、航天器等造成的损害（所谓对国家的“直接”损害）；²³³以及

（b）通过作为其国民的自然人或法人或其代理人对国家造成的损害（所谓对国家的“间接”损害）。²³⁴

（21）上述第二类损害既包括自然人和法人所受的“财产”损害，也包括这些人所受的“精神”伤害。它也尤其包括不法行为对他们造成的人身伤害。这特别指无理拘押或任何其他限制自由的措施、酷刑或其他对人身的伤害以及死亡等。

²³³ 所谓对国家的“直接”损害可由以下案例说明：“科孚海峡”案（案情），1949年4月9日的裁决，《1949年国际法院裁决集》，第4页；“美国驻德黑兰外交和领事人员”案，《1980年国际法院裁决集》（上文脚注142），第3页。特别见Brownlie的著作，见上引（上文脚注221），第236-240页。

²³⁴ Reuter 非常出色地阐明，国家通过其国民（还应加上以其私人身份行事的国家代理人）所受的损害，尽管常常被定性为“间接”损害，却是对国家本身的“直接”损害：

“……现代国家通过征税，将所有私人财产社会化，正如它通过担负保健费用和人类生活的一部分风险而将一部分私人支出社会化一样。现在实际上国家更普遍地接管经济生活的所有成分。所有的财产、收入、债务和支出，即使是私人性质的，也以文字形式写进国民核算表。这类指示是所有政府的经济政策的一项工具，从而这一切都受政府经济政策的支配。

“所以今天不能再说是通过完全正式的机制个人所受的损害被视为国家的损害。从经济上看，它确实是如此：由国家政权所代表的整个国家至少部分地承担了首先由个人能承受的损失”（“损害作为国际责任的条件”，载于Estudios de Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Miaja de la Muela（马德里，Tecnos，1979年），第二卷，第841-842页。）

（22）对于后一类伤害，只要能够从经济上评估，国际判例和国家实践都是按照适用于对国家物质损害的金钱赔偿的同样规则和原则来处理。实际上很容易发现一种倾向，即对上述“人身”伤害适用严格意义上的“财产”损害的处理办法。一个典型例子是有关国家国民个人的死亡。判例在决定给予金钱赔偿时，在这种情况下似乎是参照那些有一定权利可将死者的存在视为能从经济上估价的货物或服务的来源的人因该人的死亡所受的经济损失。在这方面应该回顾仲裁员在前述“卢西塔尼亚号”案中所提出的头两点。该仲裁员认为，计算在死亡情况下的损害赔偿额应该根据：“（a）死者如未故去可能对索赔人作出的贡献”，以及“（b）死者对索赔人的照顾、教育或管理等个人服务对索赔人的金钱价值”。²³⁵国际法院在审理“科孚海峡”案（联合王国诉阿尔巴尼亚）时，²³⁶很明显是遵循这种赔偿方针的。法院接受联合王国关于船员伤亡所提出的索赔要求，判给一笔钱以支付“给受害者或其家属的抚恤金和其他补助金的费用以及支付管理和医疗等费用”。²³⁷“科孚海峡”案表明，不仅对死亡，而且对生理、心理伤害也判给金钱赔偿。在众多案例中，一般认为是处理“人身”伤害方针的一个典型案例是“威廉·麦克尼尔”案。²³⁸该案中的人身伤害是一个英国国民由于在监狱中受到墨西哥当局残酷的、心理折磨的待遇所造成的严重而长期的精神崩溃。大不列颠-墨西哥索赔委员会指出：

“……很容易了解这种待遇造成了其神经系统的严重错乱，这已由所有证人说明。同样明显的是，必须要经过相当长的时间，其精神崩溃才能缓解到足够的程度，使他能恢复工作。毫无疑问病人为战胜疾病必须要承担大笔的费用。”²³⁹

（23）委员会注意到，麦克尼尔在康复后从事的是一个收入较多的职业，委员会认为“判给索赔人赔偿费时，必须考虑到其生活地位，赔偿费必须与他所受的人身伤害的程度和严重性有

²³⁵ 个人包括该国国民及以个人身份受到国际不法行为影响的该国的代理人。

²³⁶ 1949年12月15日判决书（赔偿金的评估），《1949年国际法院裁决集》，第244页。

²³⁷ 同上，第249页。

²³⁸ 1931年5月19日大不列颠-墨西哥索赔委员会裁决书（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷（出售品编号1952.V.3），第164页起）。

²³⁹ 同上，第168页。

恰当的比例”。²⁴⁰法院有时对于非法拘押所表现的人身伤害案件也运用这种推理。法院特别在长时间拘押的案件中，总能根据对受害人实际造成的损害在经济上评估确定赔偿的数额。一个例子是大不列颠-委内瑞拉混合索赔委员会裁决的“托帕斯”案。混合委员会鉴于受害人的个人身份和职业，在该案中决定对受害人被拘押的整个时期每人每天付给 100 美元赔偿费。²⁴¹美国-墨西哥委员会在“福克纳”案中应用了同样的方法，只是这一次考虑到了通货膨胀因素，每日赔偿费估定为 150 美元。²⁴²

(24) 第 8 条第 2 款规定补偿“可包括利息”。这一提法清楚地表明，并非自动有权得到赔付利息，也没有有利于受害国的任何设想。但委员会承认，充分赔偿的概念通常包括判给利息，²⁴³看来这是在暂时没有资金的情况下对损失最常用的补偿方法。正如一位作者所说：

²⁴⁰ 同上。

²⁴¹ 联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷（出售品编号 E/F.59.V.5），第 387 页起，见第 389 页）。

²⁴² 1926 年 11 月 2 日的裁决（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷（出售品编号 1951.V.1），第 67 页起，见第 71 页）。

²⁴³ 关于这一问题的学术观点有分歧。有些作者否认利息的偿付是一项国际义务问题（例如，Anzilotti，“论为一笔金钱违反国际义务之行为的影响”，《国际法评论》（罗马），第七卷，（1913 年），第 61 页；Strupp，见上引（上文脚注 201），第 212 页；P.Guggenheim，国际公法论文（日内瓦，Georg，1954 年），第二卷，第 73 页；及 Morelli，见上引（上文脚注 162），第 358 页）。其他人则持相反的意见（例如，A. de Lapradelle，对“Dundonald”案的评注（1873 年 10 月 6 日的裁决（英国诉巴西））（Lapradelle-Politis，第三卷，第 441 页起，见第 456 页起）；Salvioli，见上引（上文脚注 159），第 278-279 页；C. Rousseau，《国际公法》，第五卷，“冲突关系”（巴黎，Sirey，1983 年），第 13 页；P. Schoen，“Die Völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen”，《国际法杂志》（Breslau），第 10 卷，补编第 2 号（1917 年），（1917 年），第 128-129 页；Personnaz，见上引（上文脚注 162），第 186 页；Graefrath，见上引（上文脚注 159），第 98 页；及 Nagy，见上引（上文脚注 175），第 182-183 页）。

“……利息是表示使用资金的价值，它只不过是法官按定额确定因在一定时间内不能利用一笔资本而对债权人造成的损害的一种手段”。²⁴⁴

(25) 国际实践似乎赞成除主要赔偿额外，再加上利息。“蒙蒂若”案似乎是唯一作为原则问题（而不是因为索赔要求的具体情况）拒绝裁决支付利息的案件。²⁴⁵可以举出下列案例，作为主流判例的例证：“伊利诺伊中央铁路公司”案；²⁴⁶“卢卡斯”案²⁴⁷；1923 年 12 月 11 日美国-德国混合索赔委员会第三号行政裁决。²⁴⁸

(26) 委员会的一般立场是，是否判给利息取决于每一案件的情况。根据这一立场，委员会认为，在利息的计算中，起算日期和终止日期的确定，利率的选择和复利的确定都要根据各个案件的情况酌情处理。由于文献中所主张的解决办法或关于所有这些问题的司法实践所采用的解决办法多种多样，委员会对其立场感到宽慰。将由解决该争端的法官或第三方在每一案件中确定是否应该支付利息，在此方面应牢记第 6 条之二规定的对损害予以“充分赔偿”这一压倒一切的原则。

(27) 相同的意见也适用于对利润损失的补偿。尽管第 8 条第 2 款结束部份用“在适当情形下”来限定有关利润的损失，它承认，文献中和实践中接受对丧失的收益进行补偿的情况不如对产生的损害所进行的赔偿那样普遍。如果裁决中补偿丧失的收益，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收益。但如果资本的原所有人本可获得利润，但却并未能获得利润，则应支付利息。关键是要在一切形式的赔偿中避免“重复赔偿”。

²⁴⁴ J. L. Subilia，《国际判例中的利益分配》（洛桑大学论文）（洛桑，沃州印刷所，1972 年），第 142 页。

²⁴⁵ 1875 年 7 月 26 日的裁决（美利坚合众国诉哥伦比亚案）（Moore，《国际法文摘》，第二卷，第 1421 页起）。

²⁴⁶ 1926 年 12 月 6 日的裁决（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷（出售品编号 1951.V.1），第 134 页起）。

²⁴⁷ 1957 年 7 月 11 日的裁决（《国际法报告》（伦敦），第 30 卷（1966 年），第 220 页起）。

²⁴⁸ 联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷（出售品编号 1956.V.5），第 66-68 页。

(28) 丧失的收益所产生的主要问题涉及因果关系的作用问题, 和有关正确确定应予补偿的利润范围的问题, 特别是在不法行为影响工商业性“经营发达企业”的财产权的案件中。

(29) 关于第一点, 流行的学说主要同仲裁法庭在“亚拉巴马号”案²⁴⁹中的判词相对, 反对该判词中关于“对可能获得利润不能予以补偿, 因为根据其性质这种利润是要取决于未来的情况的, 从而是不确定的”²⁵⁰这一论点。该学派认为, 法官在判决给予补偿时不一定要能确定该损害源于某一特定不法行为。只要能推定, 按通常的事态发展, 如果未犯下该不法行为, 就不会发生所查明的损失, 那就足够了, 对于丧失的收益也是如此, 而且尤其如此。²⁵¹

(30) 大部分法院判决似乎也趋向于赞成在原则上对丧失的收益给予赔偿。“Cape Horn Pigeon”案²⁵²的裁决是一个典型的例子。此案涉及一艘俄国巡洋舰对一艘美国捕鲸船的扣押。俄国承认它的责任, 因此仲裁员的唯一任务就是确定补偿的数额。他判决补偿应该不仅足以补偿已经造成的实际损害, 而且还要包括受害方因船只被扣而被剥夺的利润。法院在“加拿大”案²⁵³和“拉卡兹”案²⁵⁴中得出的结论却正好相反。在“霍茹夫工厂”案(案情问题)中, 丧失的收益

也起了一定作用。常设法院判决受害方应该得到的赔偿金不是按财产在被剥夺时的价值, 而是按赔偿时的价值。²⁵⁵

(31) 当然, 当个人作为个体户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: 这种措施的受害者所得到的补偿也包括对所损失之收益的补偿, 虽然在两个情况下它都认为不存在因果关系。²⁵⁶

(32) 关于正确确定应予补偿的利润范围问题, 出现了两种广泛应用于确定丧失的收益的不同方法, 即所谓“抽象”方法和“具体”方法。较常用的抽象方法就是在补偿主要损害应付的数额上加上利息。²⁵⁷可用于商业活动的除利息以外的范例是同一自然人或法人在非法行为前阶段所获利润额, 或相似的企业在同一时期所获的利润额。如果估计是“基于特定案件的事实, 基于受害企业或财产在该时期内本应获得的利润”, 所用的即所谓“具体”方法。²⁵⁸

²⁴⁹ 1872年9月14日的裁决(美利坚合众国诉大不列颠)(Moore, 《国际法文摘》, 第一卷, 第653页起)。

²⁵⁰ 同上, 第658页。

²⁵¹ 对此见 Salvioli, 见上引(上文脚注159), 第256-257页; Bollecker-Stern, 见上引(同上), 第199页; Reitzer, 见上引(上文脚注208), 第188-189页; Eagleton, 见上引(上文脚注205), 第197-203页; Jiménez de Aréchaga, 见上引(上文脚注176), 第569-570页。

²⁵² 1902年11月29日的裁决(美利坚合众国诉俄国)(联合国, 《国际仲裁裁决汇编》, 第九卷(出售品编号E/F.59.V.5), 第63页起)。在以下判案中也得出了类似结论: “Delagoa Bay Railway”(上文脚注160); “William Lee”案(利马混合委员会1867年11月27日的裁决)(美国诉秘鲁)(Moore, 《国际法文摘》, 第四卷, 第3405-3407页); “Yuille, Shortridge and Co.”案(见上文脚注225)。

²⁵³ 1870年7月11日的裁决(美利坚合众国诉巴西)(Moore, 《国际法文摘》, 第二卷, 第1733页起)。

²⁵⁴ 同上, 第1746页)。

²⁵⁵ 见上文脚注140。法院就此发表了下列意见:

“……所以, 到一定程度, 任何利润都可不必考虑, 因为它已包括在该工厂当时实际的或设想的价值之内。但是, 如果专家的答复表明在弥补工厂这些年亏本经营的亏损以后, 在对今后一些年维修和正常改建费用提取适当准备金后, 尚有一定利润, 则该利润额应加进应付的赔偿金中*。”(第53页)

²⁵⁶ 1988年6月21日的裁决, 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日的裁决, Moustaqim, 同上, 第193卷, 第21页。

²⁵⁷ 一个典型的例子是“法维尼亚”案(1896年12月30日的裁决(法国诉委内瑞拉)(Martens, 《新汇编》, 第2辑, 第二十七卷, 第663页起), 在该案中, 仲裁员对丧失的收益判给了一笔总额大致等于按复利计算数额的两倍的赔偿金。

²⁵⁸ Gray, 见上引(上文脚注160), 第26页。一个例子是“奇克”案(1898年3月21日的裁决(美利坚合众国诉暹罗国)(Moore, 《国际法文摘》, 第五卷, 第5068页)。在该案中, 仲裁员明确判给损害赔偿金, 以便尽可能使受害方的财产置于如无非违法行为本应存在的状况, 这涉及复杂的计算和估价, 以“得出损失的利润的大概数字”。

(33) 在非法夺取的外国财产是营业发达的工商企业的全部或一部分应予赔偿的情况下, 确定丧失的收益当然会涉及最疑难的选择问题。正确分析有关的实践还应考虑到有关合法剥夺营业发达企业的那部分国际判例。审判机关需对被剥夺的所有人提出的剥夺属于非法行为的主张表明立场。审判机关实际上对非法夺取情况下补偿的原则, 特别是赔偿丧失的利润的原则, 确实发表了值得注意的见解。

(34) 最经常提到的先例是国际常设法院对“霍茹夫工厂”案(案情问题)的判决, 在该案中正是因为对合法剥夺与非法剥夺作出明确的区分, 所以有必要确定波兰非法夺取德国公司资产的后果。²⁵⁹常设法院在作出上述区分(并假定它面前的案件是非法剥夺案件)后, 阐述了有名的充分补偿原则, 按此原则受害方有权恢复在不发生非法夺取情况下非常可能存在的同样的状况。简言之, 法院适用的是按恢复原状的字面和广泛意义的完全恢复原则, 它不同于有时该用语表示自然恢复时的专门的、狭窄的含义。按法院的意见, 充分补偿可以通过不同的办法实现。只要有可能, 就应该实行“自然恢复”或“严格意义上的恢复原状”。凡属这种补救方法不能确保充分补偿(即广义的、字面意义上的恢复原状)时, 就应该采取金钱补偿, 其程度应能弥补任何未包括的损失, 以达到充分补偿所必需的数额。

(35) 常设仲裁庭也根据同样的原则裁决了“灯塔”案。²⁶⁰仲裁庭考虑到作为契约标的的活动, 以及不可能根据“建筑物剩余折旧价值”估计特许权(在被剥夺时)的价值, 认定受害方有权获得相当于公司在契约余下的期间本可从特许权中获得的利润的补偿。可是, 对充分补偿原则的这种解释似乎取决于案件的具体情况。看来, 它特别取决于这样一个事实, 即契约条款曾考虑到“接管”特许权的可能性, 指出这种情况下应付的赔偿应该是“由当事双方或在无法取得协议时通过仲裁确定的所有补偿”。²⁶¹在契约规定的范围内, 关于补偿的任何问题都必须由仲裁庭自由裁量决定, 而不是根据任何客观的法律原则。因此从此案中得出的全部结论是, 仲裁庭裁决的补偿额是根据未来利润的资本化数额计算的, 此

数额即“1928年特许权的价值”(即希腊政府根据契约有义务在行使其商定的赎回权时支付的价値)。

(36) 1963年“蓝宝石国际石油公司诉伊朗国家石油公司”案²⁶²的裁决也是以充分补偿的原则为基础。该案中的受害方获得的补偿既包括相当于履行契约的支出的损失, 也包括所丧失的净利润的损失。至于所丧失的利润的估计, 仲裁员指出那是“一个事实问题, 应由仲裁员进行估计”。仲裁员在考虑“所有情况”, 包括“在一个荒凉地区经营业务的一切风险”和“在协议持续的几十年中可能影响经营的麻烦, 如战争、动乱、经济危机、萧条”²⁶³之后, 裁决补偿损失的利润, 其数额相当于公司索赔数额的五分之二。此案表明, 虽然丧失的收益肯定包括在补偿之中, 仲裁员却未对两种可能的估价方法表示出任何原则上的倾向。

(37) 在“利亚姆科诉利比亚政府”案²⁶⁴中, 虽然所涉及的是合法的剥夺, 仲裁员拒绝了对提出自然恢复的要求, 但仍就“不法夺取财产的案事件”发表了一些意见。仲裁员毫无困难地同意索赔人的意见, 认为国际不法行为违反特许权协议“使索赔人有权要求以包括‘产生的损害’和‘丧失的收益’的充分补偿代替依约履行”。²⁶⁵但是在这里也没有具体指出在这类案件中应该用什么方法估计丧失的收益。“阿米诺依诉科威特”案似乎说得较详细一些。此案中财产的剥夺也被认为是合法的。可是后来在涉及补偿丧失的利润问题时却说, 按贴现现金流量方法²⁶⁶估计虽然不适用于在合法夺取案件中计算损失的利润的补偿额, 但在非法剥夺的案件中, 这种方法也许是合适的。这是因为适用这样的方法, 在非法夺取决定性地影响有关资产的案件中, 将确保补偿额能全面恢复如不发生不法行为本会存在的状况。在有关非法夺取的“阿姆科亚洲公司诉印度尼西亚”案²⁶⁷中, 证实了这种看法。法庭在回

²⁶² 1963年3月15日的裁决(《国际法报告》(伦敦), 第35卷(1967年), 第136页起)。

²⁶³ 同上, 第187和189页。

²⁶⁴ 1977年4月12日的裁决(《国际法报告》(剑桥), 第62卷(1982年), 第141页起)。

²⁶⁵ 同上, 第202-203页。

²⁶⁶ 1982年3月24日的裁决(上文脚注174), 第976页起, 见第1034-1035页。

²⁶⁷ 1984年11月21日的裁决(《国际法律资料》, 第二十四卷(1985年), 第1022页起)。

²⁵⁹ 见上文脚注140。

²⁶⁰ 1956年7月24-27日的裁决(法国诉希腊)(联合国, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十二卷(出售品编号63.V.3), 第155页起)。

²⁶¹ 同上, 第246页。

顾充分补偿原则包括产生的损害和丧失的收益（后者不得超过“直接和可预见的损害”）以后，在贴现现金流量估计法的基础上估计损失的利润，更明白表达了在“阿米诺依”案中附带表示的意见，即贴现现金流量估计法应视为估价非法夺取的营业发达企业最合适的方法之一。²⁶⁸

（38）可是在1987年7月14日由伊朗-美国索赔法庭部分判决的“Amoco 国际金融公司诉伊朗”案²⁶⁹中，后一个结论并未得到确认，该裁决有一部分正是专门论述合法性或非法性对于补偿标准的效果的。²⁷⁰在评价当事方的论点时，法庭确认合法剥夺与非法剥夺之间的区分，“因为剥夺国应付补偿所适用的规则按照剥夺行为的法律定性而有区别”。²⁷¹对该案的研究表明，法庭认为，在非法夺取案件中估价丧失的收益（这种估价在任何情况下都只限于达成解决办法之时为止丧失的利润），与根据贴现现金流量估计法计算的、直到原定特许权结束之时损失的利润，这两者之间是有一定差异的。可是法庭没有再进一步分析这个差异。它只限于拒绝以贴现现金流量估计法作为本案中适用的方法。²⁷²另一方面，在“斯塔雷特住房公司”案²⁷³中，法庭在剥夺行为的合法性方面未作区分。在“菲利普斯石油公司伊朗分公司诉伊朗”案中，法庭指出：

“本法庭认为，合法/非法剥夺的区别（在习惯国际法中主要源自“霍茹夫工厂”案（赔款要求）（案情），国际常设法院第13号判决书，《汇编A辑》，第17号（1928年9月28日））仅与两种可能的问题相关：是否可判恢复财产原状，以及是否可判对于剥夺之日起已作出予以补偿的司法或仲裁判决之日期间财产值的增加作出补偿。决不能依据“霍茹夫工厂”案裁决而主张合法剥夺情况下要求的补偿少于剥夺之日财产的价值数。”²⁷⁴

²⁶⁸ 同上，裁决书第21段，第1037页。

²⁶⁹ 《国际法律资料》，第二十七卷（1988年），第1314页起。

²⁷⁰ 同上，第81页起，第189-206段。

²⁷¹ 同上，第82页，第192段。

²⁷² 同上，第105页，第240段。

²⁷³ “斯塔雷特住房公司诉伊朗”案（第24号案），1987年8月14日，（《伊朗-美国索赔法庭汇编》（格劳秀斯，剑桥，1988年）），第16卷，第314-24-1号裁决。

²⁷⁴ “菲利普斯石油公司伊朗分公司诉伊朗”案（第39号案），1989年6月29日，《伊朗-美国索赔法

（39）鉴于关于补偿丧失的收益问题有各种不同的意见，委员会得出的结论是，在这方面，要找到得到大量支持的具体规则极其困难。案例法上相对不确定的情况透露了引起争议的三个问题：（a）在何种情形下利润损失可以收回？

（b）要多久才能收回？（c）应该怎样计算这些损失？关于第一个问题，很显然，发生问题的是有营利能力的“营业发达的企业”。主要的不确定情况指以合法手段营利的利润（与不合法营利相反）的损失能否收回（这是由于“国际金融公司诉伊朗”案²⁷⁵和“菲利普斯”案²⁷⁶着重点之差异所反映出来的不确定情况）。关于第二个尚未解决的主要问题，问题在于该期间应该在判决之日終了，还是应该延展到合同或已经终止的许可的原来的终止日期。第三个问题涉及整个计算方法问题，特别是贴现现金流方法是否适当。委员会认为，这一切问题的法律情况还没有充分解决，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。委员会认为，最好留待有关国家或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赔偿。就这一问题作出决定的具有决定性的因素是必须使第6条之二中所规定的损害得到充分赔偿。

第10条 抵偿

1. 受害国有权在犯有国际不法行为的国家必需为该行为所造成的损害——尤其是精神损害——提供充分赔偿的情况和限制下从它获得抵偿。

2. 抵偿可采取以下的一个或多个方式：

（a）赔礼道歉；

（b）名义赔偿金；

（c）在严重侵犯受害国权利的情形下，反映侵犯之严重性的赔偿金；

（d）国际不法行为由官员的严重渎职或由官员或私人当事方的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。

庭汇编》（格劳秀斯，剑桥，1990年），第21卷，第425-39-2号裁决，第122页。

²⁷⁵ 见上文脚注269。

²⁷⁶ 见上文脚注274。

3. 受害国获得抵偿的权利不能据以伤害犯有国际不法行为之国家的尊严。

评注

(1) 虽然补偿是在发生国际不法行为后诉诸的主要和重要的补救措施, 但关于国家责任法律的理论和实践的研究都表明, 另有两类后果必须加以考虑。这两类后果在功能上与恢复原状和补偿不同, 而且是国际关系中通常出现的。这些后果都是一般以“抵偿”和“保证不重复”这类用语指明的补偿形式。第 10 条和第 10 条之二分别论述了这两种补偿形式。

(2) 第 10 条以及多数文献都从“国际的”技术意义上使用“抵偿”一词, 与仅仅是补偿同义词的更广的非技术意义加以区别。尽管该词在实践和文献中经常出现的意义恰恰是“‘抵偿’这一动词的第一个词源意义, 即偿还或清偿欠债”²⁷⁷, 但它已脱离了词源意义。²⁷⁸

(3) 虽然抵偿和赔偿之间的区别已得到广泛承认, 但并不是没有问题。一个次要困难当然是有时使用“抵偿”一词的广义的非技术性意义造成的混乱。另一困难是一般用来表示以金钱赔偿和抵偿形式分别涵盖各种伤害、损害或损失种类的两个形容词——“物质的”和“精神的”——意义含糊不清。这两个形容词对于以补偿和抵偿形式分别偿付的伤害领域均未加以确切的描述。

(4) 如在对第 8 条的评注中所述, 金钱赔偿不仅是为了补偿受害国国民或人员所遭受的物质损害, 而且是为了补偿精神伤害。²⁷⁹另一方面,

²⁷⁷ Bissonnette, 见上引(上文脚注 164), 第 248 页。

²⁷⁸ 例如, Dominici 写道, “事实上, 抵偿不是一种赔偿形式, 而赔偿是抵偿的形式之一”。(“人权领域的抵偿”, Mélanges Georges Perrin (洛桑, Payot, 1984 年), 第 121 页。)

²⁷⁹ 仲裁员明确裁定一定的数额作为“抵偿”而不是作为金钱赔偿来补偿人的精神损害的情况在国际判决中并非不经常发生。但在众所周知的“简斯”案(1925 年 11 月 16 日裁决(联合国, 《国际仲裁裁决汇编》, 第四卷(出售品编号 1951.V.1), 第 82 页起)中, 墨西哥-美国普通索赔委员会认为, “认真考虑所涉及的所有因素……, 一定的数额不加利息, 作为‘抵偿’因不逮捕和不惩治谋杀简斯的凶手对索赔人造成的人身损害, 并不算过多”(裁决第 26 段(同上, 第 90 页))。在“弗朗西斯科·马伦”案中, 同一委员会在裁决对马伦的人身伤害的“补偿性损害赔偿”时, 裁定“应追加一定的数额, 用以补偿所遭受的侮辱、缺乏保护和执法不公的待遇”(1927 年 4 月 27 日裁决(同上, 第 173 页起, 见第 179-180 页)。同一委员会在“斯蒂芬兄弟”案

抵偿通常被理解为仅对国家的非物质损害的补偿。²⁸⁰这种伤害, 若干国家当局称之为受害国在名誉、尊严和声望上遭受的精神伤害, 有时被认为是造成物质损害以及与其无关的其他损害的不法行为的后果。根据一些作者, 这类伤害的主要方面之一实际上是不法行为使国家权利受到侵害, 无论是何种具体损害。例如, Anzilotti 认为:

“……国家间关系的基本要素并不是经济要素, 尽管经济要素归根结底是基础, 而是一个理想要素, 即所涉主体的名誉、尊严和道德价值。于是, 当一国看到它的一项权利被另一国所忽视, 即使没有引起物质上的后果, 仅仅这一事实便构成它不能忍受的伤害。在人类生命的任何方面, ‘害人反害己’这一句有名的格言, 其真谛是很显而易见的……”。²⁸¹

这种伤害还被表述为“政治损害”, 这种表述虽然不常见, 但可能很有意义。这一用语最好与“精神损害”一道使用, 如上述所指对受国际不法行为影响的国家之尊严、名誉、声望和/或法律地位的伤害。使用这一用语显然是指“精神和政治损害”; 在这样的行文中要将“政治”从“精神”含义分开似乎很难。“政治”一词可能是为了强调如精神损害更直接地影响到国家的主权性质(及平等)和国际人格即具有“公共”性质。在这个意义上, 这一修饰语可能是有用的, 以便更好地在对国家的“精神”损害(国家间关系除外)和(国家以及国际上)较经常提到的“精神”损害之间加以区别, 这样便能够确定涉及国家的对私人当事方或人员的非物质或精神损害, 也就是说其对外关系中较不直接的损害。

(5) 在拟订第 10 条第 1 款时, 委员会认为没有必要纠缠于上述用语上的问题或在文献中对国家所受精神损害的各组成部分加以区别, 特别

中也做出了这样的裁决(1927 年 7 月 15 日裁决(同上, 第 265 页起))。对于这类情况使用“抵偿”概念的倾向还见于文献中, 如 Personnaz, 见上引(上文脚注 162), 第 197-198 页, 及 Gray, 见上引(上文脚注 160), 第 33-34 页。

²⁸⁰ 在这个意义上, 以下作者也使用了“精神损害”一词: J. C. Bluntschli, 《文明国家现代国际法文书》, 第 3 版, (Nördlingen, 1878 年); C. Lardy 法文译本, 《成文国际法》, 第 5 次修订版(巴黎, 1895 年), 第 264 页; Anzilotti, 见上引, (上文脚注 162); de Visscher, 见上引(上文脚注 175), 第 119 页; Rousseau, 见上引(上文脚注 243), 和 Morelli, 见上引(上文脚注 162), 第 358 页。

²⁸¹ Anzilotti, 见上引(上文脚注 162), 第 404 页。

是因为对国家尊严、名誉和声望的伤害以及“法律”或“司法”的损害往往已涵盖在“有害性后果”一词中。²⁸²具有包容性的“损害，特别是精神损害”一语是为了传达一种概念，即抵偿的伤害是一种特定的伤害，是一国因国际不法行为所受的非物质损害。

(6) 同关于恢复原状和赔偿的条款草案的相应规定一样，第1款按受害国应享有的权利加以表述。同时，案文承认这一补救办法颇具特殊性，申明“在提供充分赔偿的条件和限度下”可以得到抵偿。这一短句一方面承认有些情况下给予抵偿不存在任何基础，另一方面又认为评估受害方要求抵偿的检验标准是充分补偿原则。对相关国际判例和外交实践的以下概述旨在对可获得抵偿的情况加以说明。

(7) 抵偿是一种特殊的补救措施，明确地见于“米亚尼案”、²⁸³“史蒂文森”案、²⁸⁴“迦太基号”案和“马努巴号”案²⁸⁵以及“卢希塔尼亚

号”案²⁸⁶的裁决。对受害国所遭受物质损害给予补偿的义务不同于对其他类型的损害提供抵偿的义务，这一观点同样见于一些判例。一个有名的实例是，美国国民拥有的一艘加拿大船舶——“孤独者号”被美国海岸警卫队击沉的事件。²⁸⁷委员们裁定不对船舶损失给予任何补偿，但指出：

“美国海岸警卫队官兵击沉该船的行为，如我们业已表明的那样，是非法行为；委员们认为美国应当正式承认其行为的非法性，并为此向臣属英王陛下的加拿大政府道歉；而且，作为对此过失的物质损害裁定额，美国政府应向加拿大政府赔偿 25,000 美元。委员们兹提出以上建议。”

其他事例包括“Arends”案²⁸⁸和“Brower”案。²⁸⁹

“……鉴于一般而言，采取另外的金钱制裁似乎是多余的，超出了国际管辖权的目的；

“鉴于按上述情形，案件的情况不能提供这类附加制裁的根据；如不进一步考虑，则没有满足上述要求的理由。”

“……”（同上，第十一卷（出售品编号 E/F.61.V.4），第 475 页）。

在“迦太基”案中，同一法庭作出了几乎相同的判决。（同上，第 460-461 页）。

²⁸⁶ 见上文脚注 206。

²⁸⁷ 1933 年 6 月 30 日和 1935 年 1 月 5 日的裁决（加拿大诉美利坚合众国）（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号 1949.V.2），第 1609 页起，见第 1618 页）。

²⁸⁸ 在此案件中，仲裁员指出，

“扣留该船只所引起的损害必然是微小的，但仲裁员认为，被告国政府愿意承认对其官员的不当行为的责任……”（联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷（出售品编号 E/F.60.V.4），第 730 页）。

²⁸⁹ 该案件涉及买下斐济群岛中六个小岛的一位美国国民。联合王国在取得对斐济群岛的主权时不承认 Brower 的权利，因此被判处支付一个先令。大不列颠-美国仲裁法庭提及英国殖民事务大臣的一份报告，其中指出：

“这些是林戈尔德岛群的六个小岛屿。它们只是有少数椰子树的小岛。它们位于该殖民地遥远的地区，距苏瓦大约 180 英里。如果将它们拍卖，我怀疑是否会有人出价。”

并裁定如下：

“鉴于这些情况，我们认为，尽管我们就责任原则达成了结论，但美国必定会对名义损害赔偿金的裁决表示满意。”（1923 年 11 月 14 日的裁决（同上，第六

²⁸² 事实上，该国认为司法伤害，即对受害国权利的侵害，是侵犯其尊严、名誉或声望。Anzilotti 的意思是，可以说，在不少案件中，损害与侵害受害国的权利相吻合，或主要表现为侵害受害国的主权。一国如容忍对其权利的侵犯，必然减少自己所受到的尊敬，而这是其最宝贵、在政治上最珍视的财富之一（Anzilotti，见上引（上文脚注 162））。

²⁸³ 联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷（出售品编号 E/F.60.V.4），第 591 页。

²⁸⁴ 同上，第九卷（出售品编号 E/F.59.V.5），第 506 页。

²⁸⁵ 1913 年 5 月 6 日裁决（法国诉意大利）。在“马努巴”案中，仲裁法庭宣布：

“……鉴于分开看待的后几个阶段的相对的或绝对的规律性，不能使扣留合法化。

“关于要求判定意大利皇家政府支付以下赔偿费：

“1. 对侮辱法国国旗支付 1 个法郎；

“2. 对不遵守普通国际法和意大利及法国互为约束的公约造成的精神和政治伤害赔偿 10 万法郎。

“关于要求判定法兰西共和国政府支付 10 万法郎，以制裁和赔偿由于违反国际法，特别是侵犯交战国核中立货轮上发现的疑为敌国士兵的个人身份的权利所造成之物质和精神损害。

“如果在一国据认为未履行其对另一国的一般义务或特定义务的情况下，裁定该国未履行义务，特别是在仲裁中作此裁决，已经构成一种严重的制裁；

“这类制裁因在必要时对物质损失支付赔款而变得更加严重；

“……

(8) 在外交惯例中, 对于以下各种损害性行为提出了给予抵偿的要求: 对国旗等国家标志的侮辱、²⁹⁰ 侵犯主权或领土完整²⁹¹、袭击船只或飞机²⁹²、虐待或袭击国家元首或政府首脑或外交官或领事代表或受外交保护的其他人员²⁹³和侵犯使

²⁹⁰ 例如“Magee”案(1874年)(Whiteman, 《损害赔偿》, 第一卷, 第64页)、“Petit Vaisseau”案(1863年)(《意大利国际法惯例》, 第一辑, 第二卷, 第1010号)以及1920年在柏林发生的侮辱法国国旗案件(Eagleton, 见上引(上文脚注205), 第186-187页)。

²⁹¹ 一个著名的事例是“彩虹勇士号”案(上文脚注120)。例如, 见R. Pinto著“彩虹勇士号问题: 关于1990年4月30日的仲裁裁决(新西兰诉法国)”, 《国际法杂志》, 1990年, 第841页起; J. Charpentier, “彩虹勇士号”问题, 《法国国际法年鉴》(巴黎, 1985年), 第210页起; D. W. Bowett, “条约和国家责任”, 《国际法为和平、公正和发展服务》, Mélanges Michel Virally (巴黎, Pedone, 1991年), 第137-145页; 和G. Palmisano, “Sulla decisione arbitrale relativa alla seconda fase del caso Rainbow Warrior”, 《国际法评论》(米兰, Giuffrè), 第73卷(1990年), 第874-910页。

涉及一个国际组织(国际联盟)而引起特别注意的另一个事例是关于希腊1925年在保加利亚领土上实施的军事行动(国际联盟, 《公报》, 第7年, 第2号(1926年2月), 第172页起)。另外还可以提到的一个例子是, Adolf Eichman在阿根廷被绑架并被押到以色列, 而阿根廷政府的要求没有得到满足(Whiteman, 《国际法文摘》, 第5卷, 第210页)。

²⁹² 例如日本和美国之间的伯奈(Panay)事件(1937年)(L. Oppenheim, 《国际法论文》, 第8版, H. Lauterpacht(伦敦, 朗曼、格林出版公司, 1955年), 第一卷:《和平》, 第354页, 脚注2); 1961年一架法国战斗机在地中海国际水域上空袭击勃列日涅夫主席的苏联座机(“国际大事记”, 《国际公法综合杂志》, 第65卷(1961年), 第603页起); 以及1980年一架古巴飞机击沉一艘巴哈马船只(同上, 第84卷(1980年), 第1078-1079页)。

²⁹³ 从意大利外交惯例中摘取的事例载于《意大利国际法惯例》, 第1辑, 第二卷, 第1014和1017号, 及同上, 第2辑, 第三卷, 第2559号、2563号和2576号。另外在这一方面还可以提到1919年在法国驻柏林使馆站岗的一位法国士兵被害案(P. Fauchille, 《国际公法条约》(巴黎, 1922年), 第一卷, 第一部分, 第528页), 以及美国驻德黑兰的一位副领事1924年因试图对一个宗教仪式摄影而被人群所杀害(Whiteman, 《损害赔偿》, 第一卷, 第732-733页)。另一有关案件是受大

使馆或领馆的馆舍(以及外国外交使团的寓所)。²⁹⁴ 另外在国际不法行为的受害者是个别公民或一个外国的情况下也提出了关于给予抵偿的要求。²⁹⁵

(9) 对抵偿的界定不仅是根据抵偿作为一种特定补救措施所针对的损害类型, 而且还根据典

使会议委托协助划定希腊和阿尔巴尼亚疆界的一位意大利军官 Tallini 将军于1923年在Janina附近被杀害。希腊被认定对该谋杀案负有责任, 因而收到了大使会议提出的特别严厉的要求(Eagleton, 见上引(上文脚注205), 第187-188页)。

较近的事例是法国总统乔治·蓬皮杜1970年访问美国时发生的事件(“国际大事记”, 《国际公法综合杂志》, 第75卷(1971年), 第177页起, 见第181页)和1974年黎巴嫩总统苏莱曼·弗朗吉亚的行李在纽约机场被搜查的事件(同上, 第79卷(1975年), 第810-811页)。其他类似事件, 见Przetacznik, “对另一国造成的精神或政治性质的损害所引起的国家的国际责任”, 《国际公法综合杂志》(巴黎), 第78卷(1974年), 第951页起。

由于涉及一个国际组织而值得特别提及的案件是, Bernadotte伯爵在为联合国服务期间于1948年在巴勒斯坦遇害(Whiteman, 《国际法文摘》, 第8卷, 第742-743页)。

²⁹⁴ 例如1851年示威者袭击西班牙驻新奥尔良领馆案(Moore, 《国际法文摘》, 第六卷, 第811页起, 见第812页)、1883年两位土耳其官员侵犯意大利驻特里波利领事的寓所案(《意大利国际法惯例》, 第1辑, 第二卷, 第1018号)和1888年两位埃及警察试图闯入意大利驻亚力山大领馆未遂案(同上, 第2辑, 第三卷, 第2558号)。

还有一起较近的事例: 1961年在法国驻贝尔格莱德使馆门前发生示威后作出了道歉并表示遗憾(“国际大事记”, 《国际公法综合杂志》, 第65卷(1961年), 第610页), 以及1964年美国驻开罗新闻处图书馆着火(同上, 第69卷(1965年), 第130-131页)和1965年美国驻卡拉奇新闻处图书馆着火(同上, 第70卷(1966年), 第165-166页)。

²⁹⁵ 一个著名的案件是意大利对于新奥尔良警察局长遭到谋杀后被监禁的11位意大利人于1891年遭到私刑之事提出抗议。美国对事件的发生表示遗憾, 并给予意大利125,000里拉赔偿, 由意大利政府发给受害者家属(《意大利国际法惯例》, 第2辑, 第三卷, 第2571号)。

另一个事例是1904年美国的一位传教士Labaree牧师被谋杀。波斯政府赔偿了3万美元, 并惩处了应对谋杀罪负责的库尔德人(Whiteman, 《损害赔偿》, 第一卷, 第725页起)。

型的给予抵偿形式来确定,对此,第10条第2款列举了并非详尽无遗的行动。(a)项中提到的“赔礼道歉”包括表示遗憾、致歉、向国旗致敬等。许多作者提到这点,而且它在国际判例中占有重要地位。例如“孤独者号”、²⁹⁶“凯利特”²⁹⁷和“彩虹勇士号”²⁹⁸等案。在外交惯例中,侮辱国家和政府的象征、²⁹⁹袭击外交或领事代表或受外交保护的其他人员³⁰⁰或袭击某一外国的公民,³⁰¹所有这些如同对外交和领事馆舍³⁰²或船只³⁰³的袭击一样,往往导致道歉或表示遗憾。向国旗致敬或派遣赎罪使团等形式的抵偿在近来实践中似乎已经消失。与此相反,要求道歉或提出道歉的做法在重要性和频率方面似乎已增加。

²⁹⁶ 见上文脚注 287。

²⁹⁷ 1897年9月20日的裁决(美利坚合众国诉暹罗)。仲裁委员会裁决“暹罗王国政府应向美国政府正式表示道歉”(Moore,《国际法文摘》,第二卷,第1862页起,见第1864页)。

²⁹⁸ 见上文脚注 120 和 291。联合国秘书长在其裁决中裁定法国应向新西兰提出正式道歉。

²⁹⁹ 1949年3月,在哈瓦那度假的美国海军一位水手爬上了古巴独立战争英雄何塞·马蒂的塑像。在古巴政府提出抗议以后,美国大使向塑像献了花圈,并宣读了致歉声明(Bissonnette,见上引(上文脚注 164),第67-68页)。

在第二次世界大战之前,侮辱国旗案件比较常见。作为解决这些案件的典型方法的一种抵偿形式是举行仪式,冒犯国向受害国的国旗致敬。

³⁰⁰ 实例见上文脚注 293。

³⁰¹ 实例见上文脚注 295。

³⁰² 1964年越南学生抢劫法国驻西贡大使馆以后,越南政府向地方报界发表了一项公报,作出道歉并建议评估个人和财产损失,以便进行补偿。(“国际大事记”,《国际公法综合杂志》,第68卷(1964年),第944页)。1967年,有人试图炸毁南斯拉夫驻哥伦比亚特区华盛顿使馆和南斯拉夫驻纽约、芝加哥和旧金山的领事馆,事后美国国务卿代表美国以新闻声明方式向南斯拉夫大使道歉(同上,第71卷(1967年),第775页)。中国政府要求印度尼西亚政府对1966年反共骚乱时对中国驻雅加达、望加锡和棉兰领事馆的抢劫行为公开表示道歉(同上,第70卷(1966年),第1013页起)。中国政府在乌兰巴托火车站发生中国外交官和国民遭到当地警察虐待事件后要求并获得了公开道歉(同上,第71卷(1967年),第1067-1068页)。

³⁰³ 例如伯奈事件(上文脚注 292)和1987年伊拉克导弹炸坏斯塔克(Stark)号的事件。在后一起事件中,伊拉克总统立即写信给美国总统,解释说这次袭击是一次偶然的事件,对被炸死的美国水兵表示“深切的哀悼”,并称“悲痛和遗憾是不够的”。

(10) 应强调指出,不仅可以通过报界或其他新闻媒介达到公开道歉的反响效果,而且可以通过选择作出道歉的不法行为国机构的层次更有效地达到这一效果。³⁰⁴在这一方面,应该提到在文献中³⁰⁵和国际判例中³⁰⁶有一席之地的一种抵偿形式,即由国际法庭认定冒犯国行为的非法性。

(11) 第2款(b)项中述及的另一种抵偿形式是以支付象征性款项方式支付名义赔偿金。在国际判例中可以找到几个例证。³⁰⁷

³⁰⁴ 例如,1964年有人试图杀害或伤害美国驻东京大使。日本首相和外交大臣向美国大使表示道歉,内务大臣因此而辞职。此外,裕仁天皇的一位私人代表与政府成员一起作出道歉(“国际大事记”,《国际公法综合杂志》,第68卷(1964年),第736页)。

³⁰⁵ Morelli, 见上引(上文脚注 162),第358页,和 Gray, 见上引(上文脚注 160),第42页。

³⁰⁶ 例如在“马努巴号”案中,仲裁法庭除了其他事项以外,宣布:

“……如果在一国据认为未履行其对另一国的一般义务或特定义务的情况下,裁定该国未履行义务,特别是在仲裁中作此裁决,已经构成一种严重的制裁”(见上文脚注 284)。

在“迦太基号”案中,同一法庭作出了几乎相同的裁决。

在同样意义上,更为重要的是国际法院对“科孚海峡”案(案情)的判决。在处理下述问题时:

“英国皇家海军1946年10月22日和11月12日和13日进入阿尔巴尼亚水域,根据国际法,此项行为是否侵犯了阿尔巴尼亚人民共和国的主权,因而是否有任何义务给予抵偿?”(《1949年国际法院裁决集》(见上文脚注 233),第12页)。

法院申明,

“……由于英国海军在1946年11月12日和13日的演习过程中进入阿尔巴尼亚水域的行为,联合王国侵犯了阿尔巴尼亚人民共和国的主权,本法院的此项宣布本身即构成适当的抵偿。”(同上,第36页)。

³⁰⁷ 在“Arends”案中(见上文脚注 288),荷兰-委内瑞拉混合索赔委员会仲裁员指出,抵偿形式是通过支付100美元的方式表示遗憾。其他事例是“Brower”案(见上文脚注 289)和“灯塔”案,其中常设仲裁法院在提到法国向希腊提出的一项索赔要求时指出:

“法庭认为,提出此项索赔要求的依据已经得到充分的证明,因此仅仅需要确定该公司所遭受的损失数额。法国先是确定损害的数额为一万普恩加莱法郎,随后又宣布数额无法以数字确定。鉴于这种索赔要求的前后不一致性,法庭虽然承认索赔要求的有效性,但只能裁决一法郎的象征性赔偿。”(联合国,《国际仲裁裁决汇编》(上文脚注 260),第216页。)

(12) 更为复杂的是(c)项所涉的抵偿方式,即“反映侵犯之严重性的赔偿金”。正如“在严重侵犯受害国权利的情形下”短语所示,此类赔偿金性质独特,与普通法中所称的“惩戒性的损害赔偿”相对应。“惩戒性的损害赔偿”是指在犯罪方的不法行为因其暴力、压制、恶意、或欺诈等行为而变得严重的情况下,判给受害方的超过实际所受损害的赔偿金。³⁰⁸这一定义表明了抵偿相对于恢复原状和赔偿而言的具体作用。本评注将在后面讨论这一点。

(13) 近年来的国际判例在“反映侵犯之严重性的赔偿金”这一点上提供了一个值得注意的例子,这就是“彩虹勇士号”案。³⁰⁹1985年,法国安全机关的几名特工人员持假瑞士护照进入新西兰,他们在奥克兰港炸沉了一艘船。新西兰要求法国正式道歉,并支付1,000万美元赔偿金。这一数目远远超出了所受的物质损失的价值。法国表示对事件承担责任,但拒绝支付新西兰要求支付的这笔数额极大的赔偿金。此案最后提交联合国秘书长处理,秘书长决定法国应向新西兰支付700万美元赔偿金。

(14) 第2款所列的最后一种抵偿方式涉及对(d)项所述的对负有责任的官员的处罚。这种抵偿方式在一些文献中得到了强调,³¹⁰在外交实践中也常常要求和准予采用这一方式。其内容有:不法行为国对其人员的行为不予承认,³¹¹成立调查委员会以及惩罚负有责任的个人等³¹²。在对“彩虹勇士号”案的处理中则采用了另一种形式:秘书长决定,两名负有责任的法国特工人员

应交给法方处理,此后,这两人至少在三年内不得离开豪岛。

(15) 委员会意识到,如果广泛适用这一形式的抵偿,就会不适当地干涉国家的内政。因此,委员会将(d)项的适用范围限于官员或私人的犯罪行为以及官员严重的渎职行为。

(16) 第2款开头一句话明确规定,抵偿可采取一个或多个方式。“彩虹勇士号”案便是这方面的一个恰当例子,³¹³在处理该案时,秘书长下令正式表示道歉、作出赔偿和限制负有责任之官员的行动自由。

(17) 因国际不法行为而引起的抵偿的特性,不仅表现在所涉的伤害类别上和它所采取的一些特定方式上,更为重要的是,也表现在它所履行的具体职能上。

(18) 有一种思潮³¹⁴以及判例和实践倾向于把抵偿视为一种具有惩戒性质的赔偿形式,有别

³⁰⁸ 在普通法上,这种损害被称为“惩罚性损害”。

³⁰⁹ 见上文脚注120和291。

³¹⁰ 例如,见 Bluntschli, 见上引(上文脚注280),第265页,和 Bissonnette, 见上引(上文脚注164),第24页。

³¹¹ 关于1850年至1939年期间的拒绝承担责任案件,见 Bissonnette, 见上引(上文脚注164),第104页起。

有一个拒绝承担责任的案件涉及玻利维亚和美国。1959年3月,美国的《时代》杂志发表一篇文章,提到拉巴斯的美国使馆发言人说了一些据认为冒犯了玻利维亚的话,之后,美国国务院立即对这些表态作了改正(Whiteman,《国际法文摘》,第5卷,第169-170页)。

³¹² 1948年,当时正在为联合国服务的 Bernadotte 伯爵在巴勒斯坦被害(见上文脚注293);另外,1975年曾有两名美国官员在德黑兰被害。在处理这两起案件时,曾要求惩治凶手(“国际大事记”,《国际公法综合杂志》,第80卷(1976年),第257页)。

³¹³ 见上文脚注120。Palmisano 认为,对两名法国特工人员的行动自由所作的限制,不应理解为通常意义上的抵偿(这与这方面很难得的理论正相反),而应理解为双方之间一种“政治性”争端的公允及善意的解决。这一“政治性”争端与法国对袭击“彩虹勇士号”应负责任方面的法律争端截然不同(见上引(上文脚注291),第900-901页)。

³¹⁴ 这些作者包括 Bluntschli, 见上引(上文脚注280),第426页;Eagleton, 见上引(上文脚注205),第190-191页;H. Lauterpacht “Règles générales du droit de la paix”, Recueil des cours... 1937年,第四册(巴黎, Sirey, 1938年),第62卷,第350页;Personnaz, 见上引(上文脚注162),第317-318页;Garcia Amador, 关于国际责任的第六次报告(《1961年……年鉴》,第二卷,第19页, A/CN.4/134 和 Add.1 号文件),第76段;和 Morelli, 见上引(上文脚注162),第358页。

不过,下面几位作者认为,抵偿纯具赔偿性(这是从这一意义上说,即除了国内法通常规定的民事赔偿责任上的侵权方面的后果以外,它不应引起任何其他后果)。这些作者是:G. Ripert, “Les règles du droit civil applicables au rapports internationaux”, Recueil des cours... 1933年,第二册,(巴黎, Sirey),第44卷,第622页;Bissonnette, 见上引(上文脚注164),第25页;B. Cheng, General Principles of Laws Applied by International Courts and Tribunals (伦敦, Stevens, 1953年),第236-237页;Jiménez de Aréchaga, 见上引(上文脚注176),第571页;和 Dominice, 见上引(上文脚注181),第118页。

于补偿性赔偿,如恢复原状和补偿等。当然,这一区分并不是绝对的。即便像等值赔偿这样的补救办法(更不用说恢复原状这一办法了),它在国家间乃至个人之间的关系方面所起的作用,也不能说纯粹是补偿性的。虽然它所起的作用自然并非惩罚性的作用,但它确能起到阻止和防止发生不法行为的一般作用。

(19) 抵偿和恢复原状与补偿这两者间在作用上的区别并不排除,其中的两种方式或所有这三种方式可一起发挥作用,从而确保用多种方式充分赔偿物质方面以及精神、政治及法律方面的损害。事实上,不论是在判例上还是在外交实践上,抵偿常常包含补偿。

(20) 另一方面,抵偿的自主性质往往免不了使其看起来已并入了更为严厉的补偿性补救办法或者甚至与后者难以区分。例如,“彩虹勇士号”案也许就是如此。在此案中,新西兰要求得到的赔偿金数目和联合国秘书长判给的赔偿金数目都大大超过了物质损失的价值。其他例子有 11 名意大利人在新奥尔良被以私刑处死一案³¹⁵和“Labaree”案。³¹⁶初看起来,人们会问,这些案件是否包含严格意义上的抵偿。不过,抵偿的成分是同样显而易见的,这或是由于受害国已经要求并得到一种或多种形式的抵偿,或是由于补偿的数额或多或少地超出了物质损失的范围。有些例子表明,造成损害的国家承认错误构成了某种形式的抵偿。

(21) 委员会会议定了第 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。

(22) 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“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。

(23) 另一方面,有人坚持认为,在“国际社会”中,从能够对国家的犯罪行为发挥诸如对刑事罪进行诉讼、审理和惩治等“权威性”作用的体制机构的本质来看,更有必要诉诸一些补救措施,以便极为有限地弥补因不具备这些体制机构而造成的缺陷。这种观点认为,抵偿的惩罚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。³¹⁷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国家所遭受的精神、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。

(24) 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。

(25) 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³¹⁸。这一点构成了第 10 条第 3 款的基础。第

³¹⁷ Morelli 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,其目的是使负有责任的主体遭受伤害。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”。(见上引, (上文脚注 162), 第 358 页)。

³¹⁸ 包括 Bluntschli, 见上引(上文脚注 280), 第 268-269 页; A. J. P. Tammes, “Means of redress in the general international law of peace”, *Essays on the Development of the International Legal Order* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980 年), 第 7-8 页; Personnaz, 见上引(上文脚注 162), 第 289 页; Graefrath, 见上引(上文脚注 159), 第 101 页。

³¹⁵ 见上文脚注 295。

³¹⁶ 同上。

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。

第 10 条之二 承诺和保证不重复

受害国有权在适当情况下要求有国际不法行为的国家承诺或保证不重复不法行为。

评注

(1) 对实践和论著的研究表明, 国际不法行为的后果可包括保证不重复不法行为。但这种后果通常是在赎罪或其他形式赔偿的框架内加以处理。³¹⁹当然, 所有的补救办法, 不论是惩治性还是赔偿性补救办法, 其本身对防止不法行为的重犯或多或少都能起直接的有益作用, 尤其是赎罪可具有这种预防作用, 特别是其中两种形式, 即第 10 条第 1 款 (c) 项所述的反映侵犯之严重性的赔偿金以及该条第 1 款 (d) 项³²⁰所述的对犯不法行为的官员的纪律处分或惩罚。承诺和保证不重复起着独特的作用。与争取恢复原状的其他赔偿形式不同, 承诺和保证不重复着眼于将来。因此与其说它具有补偿作用, 倒不如说它具有预防作用。它还假定有重复不法行为的可能。这些特征使它成为一种相当特殊的补救办法。委员会认为, 特别是鉴于草案第二部分第 5 条³²¹下受害国一词的含义广泛, 因此不应自动向所有受害国提供这种补救办法。在这种情况下产生了一个问题, 即受害国获得保证不重复的权利是否与所违

³¹⁹ 例如, Brownlie 认为, 赎罪有三项内容, 而且往往同时并举。这三项内容是, “通过向国旗致敬或支付赔款等途径作出道歉或承认不法行为, 惩罚有关个人和采取措施防止再次发生伤害” (同前 (上文脚注 221), 第 208 页)。Bissonnette 也认为, “必须将对今后安全的要求……看作是一种赎罪的形式。” (见上引 (上文脚注 164), 第 121 页)。亦见 Graefrath, (见上引 (上文脚注 159), 第 87 页), 以及 Garcia Amador, “关于责任的国际法原则——对传统观念的严正分析” (马德里, Escuela de funcionarios internacionales, 1963 年), 第 447-453 页。

³²⁰ Perssonnaz 说,

“……金钱赔偿可起到促使国家在今后采取必要措施以防止重新发生这种情况的效果……这种赔偿可以是补偿性的, 也可以是非补偿性的, 但其内涵意图是这种罚款可以使违法的政府改进其司法行政, 向索赔国保证今后不会在其国民身上发生这种违法和不公正情况。” (见上引 (上文脚注 164), 第 325 页。)

另见 Garcia Amador, 《关于国际责任的第六次报告》 (上文脚注 314), 第 145 段。

³²¹ 见上文脚注 105。

背的义务的内容和不法行为的严重性有关系。对于违背国际法强制规范所规定义务的情况, 这种保证可能特别有用。³²²委员会打算在从事研究各种罪行的后果时讨论这一问题。

(2) 要求保证不重复表明, 除了简单的赔偿以外, 受害国还寻求从不违法行为那里得到不同于简单赔偿的东西, 因为恢复原有状况被认为是不足的。例如, 在 1965 年 2 月对美国驻莫斯科大使馆示威事件后 (在 1964 年 11 月示威事件后不到三个月), 美国总统声明说,

“……美国政府坚决要求其外交馆舍和外交人员得到国际法和国际惯例所规定的保护, 这种保护是国家间开展外交关系所必须的。无论是道歉还是补偿, 都不能代替充分的保护。”³²³

换言之, 受害国要求保证不重复是因为它感到仅仅恢复正常的原有状况还不能使它得到令人满意的保护。

(3) 关于可以要求哪类保证的问题, 国际实践并不一致。受害国通常要求保证不重复不法行为, 而不加任何具体说明,³²⁴或者在不法行为影

³²² Graefrath 认为,

“凡是担心违反行为将继续下去或重新发生的情况, 特别是在违反的义务是因强制法规所产生的义务时, 要求赎罪的目的就是要采取防止不法行为的继续或重复, 防止今后发生这种扰乱国际和平合作的行为的措施……” (见上引 (上文脚注 159), 第 87 页。

³²³ 载于《国际法律资料》, 第四卷 (1965 年), 第 698 页。

³²⁴ 这类例子有 1904 年联合王国和俄罗斯之间的“多格尔银行”事件, 联合王国除其他事项外还要求“保证不再发生这种不可容忍的事件” (《海牙法院汇编》, (上文脚注 119)) 以及西班牙武装巡逻艇在古巴东海岸以外公海临检和搜查美国商船的四起案件, 事后, 美国宣称它希望从西班牙得到“不再发生这类事件的明确保证” (Moore, 《国际法文摘》, 第二卷, 第 903 页起, 见第 907 页)。

还可提及在 1966 年 3 月中国驻雅加达总领事馆遭袭击后中国和印度尼西亚之间的换文。中国外交部副部长要求保证今后不再发生这类事件 (“国际大事记”, 载于《国际公法综合杂志》, 第 70 卷 (1966 年), 第 1013 页)。还有一起案件是, 巴勒斯坦人民解放阵线四名成员 1969 年 2 月 18 日在苏黎世袭击以色列民用飞机, 事后, 瑞士政府向约旦、叙利亚和黎巴嫩政府提交正式照会, 谴责这次袭击, 并敦促三国政府采取步骤“防止任何新的侵犯瑞士领土的事件”。(R. A. Falk, “The Beirut raid and the international law of retaliation”, 《美国国际法杂志》, 第 63 卷 (1969 年), 第 419 页)。

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形式的抵偿。

第 10 条之二 承诺和保证不重复

受害国有权在适当情况下要求有国际不法行为的国家承诺或保证不重复不法行为。

评注

(1) 对实践和论著的研究表明, 国际不法行为的后果可包括保证不重复不法行为。但这种后果通常是在赎罪或其他形式赔偿的框架内加以处理。³¹⁹当然, 所有的补救办法, 不论是惩治性还是赔偿性补救办法, 其本身对防止不法行为的重犯或多或少都能起直接的有益作用, 尤其是赎罪可具有这种预防作用, 特别是其中两种形式, 即第 10 条第 1 款 (c) 项所述的反映侵犯之严重性的赔偿金以及该条第 1 款 (d) 项³²⁰所述的对犯不法行为的官员的纪律处分或惩罚。承诺和保证不重复起着独特的作用。与争取恢复原状的其他赔偿形式不同, 承诺和保证不重复着眼于将来。因此与其说它具有补偿作用, 倒不如说它具有预防作用。它还假定有重复不法行为的可能。这些特征使它成为一种相当特殊的补救办法。委员会认为, 特别是鉴于草案第二部分第 5 条³²¹下受害国一词的含义广泛, 因此不应自动向所有受害国提供这种补救办法。在这种情况下产生了一个问题, 即受害国获得保证不重复的权利是否与所违

³¹⁹ 例如, Brownlie 认为, 赎罪有三项内容, 而且往往同时并举。这三项内容是, “通过向国旗致敬或支付赔款等途径作出道歉或承认不法行为, 惩罚有关个人和采取措施防止再次发生伤害” (同前 (上文脚注 221), 第 208 页)。Bissonnette 也认为, “必须将对今后安全的要求……看作是一种赎罪的形式。” (见上引 (上文脚注 164), 第 121 页)。亦见 Graefrath, (见上引 (上文脚注 159), 第 87 页), 以及 Garcia Amador, “关于责任的国际法原则——对传统观念的严正分析” (马德里, Escuela de funcionarios internacionales, 1963 年), 第 447-453 页。

³²⁰ Perssonmaz 说,

“……金钱赔偿可起到促使国家在今后采取必要措施以防止重新发生这种情况的效果……这种赔偿可以是补偿性的, 也可以是非补偿性的, 但其内涵意图是这种罚款可以使违法的政府改进其司法行政, 向索赔国保证今后不会在其国民身上发生这种违法和不公正情况。” (见上引 (上文脚注 164), 第 325 页。)

另见 Garcia Amador, 《关于国际责任的第六次报告》 (上文脚注 314), 第 145 段)。

³²¹ 见上文脚注 105。

背的义务的内容和不法行为的严重性有关系。对于违背国际法强制规范所规定义务的情况, 这种保证可能特别有用。³²²委员会打算在从事研究各种罪行的后果时讨论这一问题。

(2) 要求保证不重复表明, 除了简单的赔偿以外, 受害国还寻求从不违法行为那里得到不同于简单赔偿的东西, 因为恢复原有状况被认为是足够的。例如, 在 1965 年 2 月对美国驻莫斯科大使馆示威事件后 (在 1964 年 11 月示威事件后不到三个月), 美国总统声明说,

“……美国政府坚决要求其外交馆舍和外交人员得到国际法和国际惯例所规定的保护, 这种保护是国家间开展外交关系所必须的。无论是道歉还是补偿, 都不能代替充分的保护。”³²³

换言之, 受害国要求保证不重复是因为它感到仅仅恢复正常的原有状况还不能使它得到令人满意的保护。

(3) 关于可以要求哪类保证的问题, 国际实践并不一致。受害国通常要求保证不重复不法行为, 而不加任何具体说明,³²⁴或者在不法行为影

³²² Graefrath 认为,

“凡是担心违反行为将继续下去或重新发生的情况, 特别是在违反的义务是因强制法规所产生的义务时, 要求赎罪的目的就是要采取防止不法行为的继续或重复, 防止今后发生这种扰乱国际和平合作的的行为的措施……” (见上引 (上文脚注 159), 第 87 页。

³²³ 载于《国际法律资料》, 第四卷 (1965 年), 第 698 页。

³²⁴ 这类例子有 1904 年联合王国和俄罗斯之间的“多格尔银行”事件, 联合王国除其他事项外还要求“保证不再发生这种不可容忍的事件” (《海牙法院汇编》, (上文脚注 119)) 以及西班牙武装巡逻艇在古巴东海岸以外公海临检和搜查美国商船的四起案件, 事后, 美国宣称它希望从西班牙得到“不再发生这类事件的明确保证” (Moore, 《国际法文摘》, 第二卷, 第 903 页起, 见第 907 页)。

还可提及在 1966 年 3 月中国驻雅加达总领事馆遭袭击后中国和印度尼西亚之间的换文。中国外交部副部长要求保证今后不再发生这类事件 (《国际大事记》, 载于《国际公法综合杂志》, 第 70 卷 (1966 年), 第 1013 页)。还有一起案件是, 巴勒斯坦人民解放阵线四名成员 1969 年 2 月 18 日在苏黎世袭击以色列民用飞机, 事后, 瑞士政府向约旦、叙利亚和黎巴嫩政府提交正式照会, 谴责这次袭击, 并敦促三国政府采取步骤“防止任何新的侵犯瑞士领土的事件”。(R. A. Falk, “The Beirut raid and the international law of retaliation”, 《美国国际法杂志》, 第 63 卷 (1969 年), 第 419 页)。

响其国民时,要求确保改善对其国民的人身和财产保护。³²⁵在上述两种情况中,不法行为国看来负有拿出结果的义务。对于受害国关于保证的要求,应由不法行为国选择最适当的措施,实现防止不重犯的目的。

(4)但受害国也可请不法行为国采取某种被认为最能防止不重复的具体措施或行动。在这种情况下,不法行为国似乎负有行为的义务。这里可设想三种可能性:受害国可以(a)要求不法行为国正式保证今后尊重受害国的特定权利,或承认存在一种有利于受害国的特定状况;³²⁶

(b)要求不法行为国向其代理人发出特定的指示;³²⁷(c)要求不法行为国采取某种被认为能

³²⁵ 例如在“多恩”案(1886年)中作出了这种承诺。案件涉及在菲律宾的美国传教士多恩先生抗议西班牙当局没收属于教会的某些土地,结果他被捕,被放逐到马尼拉;美国政府提出抗议后,“西班牙政府尽力在一定程度上弥补它所造成的损害,将多恩先生送回其工作场所,并重申了关于保护传教士及其财产的保证”(Moore,《国际法文摘》,第六卷,第345-346页)。

³²⁶ 这类例子有:法国在1893年法国和暹罗之间的争端中要求暹罗承认法国对湄公河左岸的领土要求(Martens,《条约新汇编》,第2辑,第20卷,第160页起);在1901年的“奥斯曼邮局”案中,奥斯曼帝国正式保证英国、奥地利和法国其后可在其领土上自由开展邮政业务(“国际大事记”,载于《国际公法综合杂志》,第8卷(1901年),第777页起,见第788和792页);在1907年的“宪法”案中,乌拉主要求阿根廷政府宣布它无意无视东岸共和国作为毗邻接壤国家对于拉普拉塔河的管辖权(同上,第15卷(1908年),第318页);在1894年一艘法国邮船遭奥斯曼帝国当局非法扣押案中,经法国抗议后,奥斯曼帝国当局保证其后将更好地尊重关于保障在东方的法国国民人身和住所不可侵犯的条约规定(同上,第2卷(1895年),第623-624页)。按照今天的标准,这些事例不一定是“适当的”(见第10条之二评注第5段)。

³²⁷ 这类例子有:在1895年“Allianca”案中,一艘美国邮轮在古巴海岸遭西班牙军舰袭击,事后美国坚决要求“立即向西班牙海军指挥官发出肯定的命令,不要干涉美国通过该海峡的正当贸易,并禁止一切肆无忌惮地危及在美国国旗合法保护下的生命和财产的行为”(Moore,《国际法文摘》,第二卷,第908-909页);在布尔战争中,两艘德国船舶赫佐格号和本德斯拉特号分别于1899年12月和1900年1月被英国海军扣留,在该案中,德国要求大不列颠注意,必须向英国海军指挥官发出指示,禁止骚扰不处于战区附近的德国商船(Martens,《条约新汇编》,第2辑,第29卷,第456页起,见第486页);在1896年西班牙军队掠夺美国一公民财产的“乔瓦”案中,美国要求“发出严格的命令,防止再次发生这种盗窃掠夺行为”(Moore,《国际法文摘》,第六卷,第910页)。

防止滋生不法行为的环境的行动,³²⁸这种行动可包括不法行为国通过或废除具体的立法规定。³²⁹在最近的事件中,没有出现明确要求修改或颁布立法的情况,但国际机构常常提出类似要求。例如,特设国际机构经常要求侵犯人权行为的国家修改其立法,防止再次发生侵权行为。这些要求包括人权事务委员会在其关于个人申诉案件的裁决中所提的要求。例如,在“托雷斯·拉米雷斯”案中,人权事务委员会在查明乌拉圭的法律不符合《公民权利和政治权利国际公约》后作出以下结论:

“因此,委员会认为当事国有义务因侵犯受害人人权行为向受害人提供有效的补救办法,包括赔偿,并采取步骤,确保今后不再发生类似侵权行为。”³³⁰

³²⁸ 例如在“特雷尔冶炼厂”案中,仲裁庭在裁决美利坚合众国和加拿大1935年4月15日公约(国联,《条约集》,第一百六十二卷,第75页)第三条所载的第3个问题即

“(3)根据对上一个问题的答复,如果需要的话,特雷尔冶炼厂应当采取或保持什么措施或制度?”时,特别提到可以“防止今后在美国产生严重烟熏事件”的一系列措施(先是临时性措施,以后是确定的措施)(联合国,《国际仲裁裁决汇编》(见上文脚注57),第1934页起)。

³²⁹ 明确要求修订或颁布立法的例子有:1886年的“卡廷”案,墨西哥根据当时的法律对因在美国发表一篇被认为诽谤一名墨西哥公民的文章而将一名美国国民判刑后,美国要求修订该项法律,墨西哥遂修订了此项法律(J. Dumas,“国家由于在其领土上发生的罪行和违法行为对外国人所造成之损害的责任”,《海牙国际法学院课程汇编》,1931年,第二册(巴黎, Sirey, 1932年)第36卷,第189-190页);1901年在密西西比州欧文市以私刑处死意大利国民的案件,意大利在该案中要求美国修改有关联邦法院管辖权的法律,因为这项法律实际上阻止惩处对外国人犯罪的人(Moore,《国际法文摘》,第六卷,第848-849页);“亚拉巴马号”案,由于美国的抗议,大不列颠以1870年8月9日法案修订了1819年法案,该法将在英国领土上建造供交战国使用的船只定为法定罪行,授权拘留任何嫌疑船只,并要求侵犯英国中立的任何船只交出其带入英国港口的所有战利品(N. Politis,《国际司法》(巴黎, Hachette, 1924年),第41页)。

³³⁰ 1980年7月23日决定第19段(《大会正式记录,第三十五届会议,补编第40号》(A/35/40),第126页);其他的例子还有“朗萨”案,1980年4月3日决定,第17段(同上,第119页)和“德米特·巴巴托”案,1982年10月21日决定,第11段(同上,《第三十八届会议,补编第40号》(A/38/40),第133页)。

(5) 根据上述分析, 承诺和保证不重复似是自成一体 的补救办法, 有别于赎罪和其他形式的赔偿。委员会通过的案文规定受害国有权在适当情况下要求不法行为国承诺或保证不重犯不法行为。委员会确认不法行为国有义务应受害国的要求, 在情况允许时提供这种保证。要考虑是否存

在重复的实际可能, 以及索赔国所受不法行为后果伤害的严重程度。“在适当情况下”一词明确表明, 将由法官(或请来实施规则的第三方)确定是否达到委员会认为应给予特殊补救的条件, 也由法官(或请来实施规则的第三方)拒绝无理的索赔要求, 因为这将损害不法行为国的尊严。

1
-
个
-
件
-
件
-
件

第五章

国际水道非航行使用法

A. 导言³³¹

336. 为响应大会 1970 年 12 月 8 日第 2669 (XXV) 号决议中的建议, 委员会于 1971 年第二十三届会议上在其工作计划中列入了“国际水道非航行使用法”的专题。

337. 斯蒂芬·C·麦卡弗里先生在委员会 1985 年第三十七届会议上被任命为委员会该专题的特别报告员, 继续进行三位前任特别报告员开始的工作。

338. 委员会从第三十七届 (1985 年) 至四十三届 (1991 年) 会议期间共收到了特别报告员关于该专题的七份报告。³³²

³³¹ 关于历史背景以及委员会就这一议题工作的较详细说明, 见《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 268-278 段和《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 621-635 段。

³³² 特别报告员的七次报告见:

初次报告: 《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 87 页, A/CN.4/393 号文件;

第二次报告: 《1986 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 87 页, A/CN.4/399 和 Add.1 和 2 号文件;

第三次报告: 《1987 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 15 页, A/CN.4/406 和 Add.1 和 2 号文件;

第四次报告: 《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 205 页, A/CN.4/412 和 Add.1 和 2 号文件;

第五次报告: 《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 91 页, A/CN.4/421 和 Add.1 和 2 号文件;

第六次报告: 《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 41 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 45 页, A/CN.4/436 号文件。

339. 委员会第四十三届会议一读暂时通过了关于该议题的整套条款草案。³³³根据《委员会章程》第 16 和第 21 条, 通过秘书长将条款草案转交给会员国政府, 供其发表评论和提出意见。评论和意见须在 1993 年 1 月 1 日前交给秘书长。

340. 委员会 1992 年第四十四届会议任命罗伯特·罗森斯托克先生担任该专题的特别报告员。³³⁴

B. 本届会议审议这个专题的情况

341. 在 1993 年 6 月 18 日、24 至 30 日及 7 月 6 日举行的本届会议第 2309 次、第 2311 至 2314 次和第 2316 次会议上, 委员会审议了特别报告员的第一次报告 (A/CN.4/451)。委员会还收到了各国政府对条款草案的评论和意见 (A/CN.4/447 和 Add.1-5)。

342. 特别报告员在报告中分析了各国政府的书面评论和意见, 并对一读通过的条款作了若干修改。³³⁵他提出了两个一般性问题, 即条款的最后形式应该是公约还是规则范本的问题以及争端解决程序的问题。他还研究了该草案第一和第二部分第 1 至第 10 条。

³³³ 关于一读暂时通过的条款, 见《1991 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 66-70 页。

³³⁴ 《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 350 页。

³³⁵ 特别报告员在报告中还提到最近在环境和水道方面的新发展, 但认为丝毫不会因此而需对条款草案的案文作根本性修改。他特别提到了: 联合国环境与发展会议的工作 (A/CONF.151/26/Rev.1 (第一卷) (联合国出版物, 出售品编号 E.93.I.8 及更正)); 《越境环境影响评估公约》; 以及《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》。

343. 在该专题的辩论结束时, 委员会第 2316 次会议将第 1 至第 10 条提交给起草委员会。起草委员会用两次会议专门审议了这些条款。起草委员会主席在委员会第 2322 次会议上介绍了起草委员会的报告 (A/CN.4/L.489)。报告载有委员会二读通过的条款案文, 即第 1 条 (本条款的范围)、第 2 条 (用语)、第 3 条 (水道协定)、第 4 条 (水道协定的当事国)、第 5 条 (公平合理的利用和参与)、第 6 条 (与公平合理利用有关的因素)、第 8 条 (一般合作义务)、第 9 条 (定期交换数据和资料) 和第 10 条 (各种使用之间的关系)。报告还指出, 由于特别报告员应邀对无关的地下水域进行的研究, 可能需重新考虑条款的某些内容。委员会根据不附加评注就不通过条款的工作方针, 议定推迟到下届会议才对所提议的条款草案采取有关行动。届时, 它将收到所需的材料, 就所提出的条款草案作出决定。委员会在本阶段只注意到起草委员会的报告。

1. 一般性质的问题

(a) 纲要公约或规则范本

344. 特别报告员在报告中认为, 如果委员会早日就最终产品的形式作出决定, 国际水道非航行使用专题等工作可能会更有成效。他指出, 有些政府在评论中也提到了这一问题。他认为, 委员会至少应在开展进一步起草工作之前就这一问题初步交换意见。特别报告员指出了纲要公约和规则范本之间的区别, 但没有表示要具体采用哪一种。他指出, 如果是纲要公约, 其作用要由批准的程度来衡量; 如果是规则范本, 其作用要由大会核准规则的强度和深度来衡量。他认为, 不应提倡一种没有多大可能得到广泛接受的纲要公约, 更加没有理由在本阶段提倡任何其他办法, 除非在提倡这种办法的同时有意愿支持关于要求大会极力赞同工作结果的建议。

345. 关于今后文书的形式, 有些委员对特别报告员提出的赞成规则范本的论点作了评论。其中第一个论点是: 不应提倡没有多少可能得到广泛接受的纲要公约。他们认为这一论点并不十分令人信服, 因为国家确实对作为纲要协定之基础的条款表示了广泛的接受。特别报告员的第二个论点是: 规则范本需要得到大会强有力的支持。但他们指出这种核准不会比

给予纲要公约的支持更为有力。特别报告员还说, 规则范本将有利于纳入更具体的准则。他们认为这一论断有疑问, 因为所涉及的河流与情况是多种多样的。

346. 虽然若干委员对制定规则范本的观点提出保留意见, 但有一名委员认为这种观点不无优点, 因为最后文件越是灵活, 国家就越有可能将一般规则适用于具体水道, 从而使这种一般规则得到更广泛的承认。

347. 对这一问题发表评论的委员多半认为纲要公约较可取。他们指出, 这种办法是迄今为止所进行的所有工作的基础, 已得到第六委员会广泛赞同, 政府在书面意见中也表示了普遍的赞同。委员会是一编纂机构, 而不是受命发表研究报告的“智囊团”。他们还指出, 委员会在对第 3 条评注的第 (2) 段中已表示赞同纲要公约的形式,³³⁶ “因为这种形式将在有关国家间没有具体协议的情况下向缔约国提供有关国际水道非航行使用的一般原则和规则, 并为今后协议的谈判提供指导方针”。虽然规则范本能避开批准问题, 但这不应掩盖有约束力的文书在法律方面的优势。尤其是, 本条款草案具有纲要公约的所有特点和内容。他们还称, 条款草案的许多条款涉及只在条约框架下才能充分有效的程序机制, 条款草案只有体现在有约束力的文书中才能充分发挥作用。他们还说, 在环境意识日益增强的时代, 这一问题至关重要, 值得缔结一多边条约。

348. 有一位委员赞同采用纲要协定的形式, 他指出, 如果委员会决定恪守纲要的形式, 那么它必须要说明第 3 条中“调整”一词的意思。

349. 一委员承认, 委员会虽说没有一致的理解, 却也广泛认为条款草案最终将构成纲要公约 (即载有可在缺乏较具体协定情况下适用的剩余规则的公约) 的基础。有位委员认为, 纲要公约实现不了编纂和逐渐发展法律的目标和宗旨, 他表示倾向于采用一般性公约的形式, 以详列水道国的权利和义务。他认为各水道的特点所显示的区别并不能十分有效地阻碍真正适用水道法律, 而且制定一般性公约在政

³³⁶ 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。

治上是可行的。他认为,《越境水道和国际湖泊的保护和使用赫尔辛基公约》的签署表明,通过统一、具体和直接适用的规则调节国家在水道方面的活动,在政治上和法律上是可能的。他有更坚实的理由不接受关于目前努力将最终产生一套规则范本的说法。

350. 有些委员认为,在规则范本和纲要公约之间作出选择为时尚早,委员会就这一问题的最后决定应推迟到稍后阶段。他们指出,最后决定将取决于委员会的工作质量,如果条款草案稳妥并具权威性,国际社会必然会乐意接受。据说,就这一问题发表意见的政府有分歧。在自己的领土上拥有跨界水域的许多国家尚未发表自己的意见,且在最近的将来也许都无法发表意见。特别报告员指出,如果一国政府对草案的评论总的来说持肯定态度,这不一定应被视为是在将来得到批准的前兆。

(b) 争端的解决

351. 特别报告员指出,一些国家的政府促请委员会审查将争端解决规定纳入条款草案的问题。他和前任特别报告员一样,也对此表示同意。他认为,根据所涉问题的性质,如果委员会决定提出一项条约草案,即使以会引起争议的方式选择了规则范本,若能提出一套适中的关于调查真相和解决争端的条款,仍将是一项重大贡献。

352. 对于条款草案是否应纳入争端解决条款的问题,大多数委员的答复是肯定的。有的委员回顾说,特别报告员已将规定强制性调解的争端解决条款载入了第六次报告,³³⁷但只是由于没有时间加以审议,因此尚未进一步贯彻。有人认为,由于人的需求增加,而水资源越来越稀缺,使用国际水道上的争端很可能扩大,如果不从技术上加以解决,也许会达到相当严重的程度。使争端政治化的企图必然有害无益。

353. 另一些委员对在条款草案中载入争端解决条款的价值表示怀疑。他们认为,水道各种各样,也许需要顾及具体情况的具体的争端解决机制。他们认为,由于所拟订的法律文书具有灵活性,当事方随时可以适用《联合国宪章》第三十三条所载的争端解决办法,而关于正在审议的使

用水道方面的争端则可通过政治途径得到更有效的解决,这不是通过裁决所能解决的,塞内加尔河开发组织的经验就是明证。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。

354. 认为争端解决条款应载入条款草案的一些委员认为,委员会在处理争端解决问题前首先应完成条款草案的工作。

355. 至于将审议的具体争端解决程序,有些委员认为,有关使用国际水道的争端具有特殊性,需要特殊的解决程序。他们特别提请注意涉及以下几个方面的问题:公平合理利用具体水道、调查程序、评估和评价。

356. 有的委员认为,建立流域委员会以及其他类似机构一般来说是可能的,也符合相当普遍的做法。在这方面,有人还提到联合国人类环境会议³³⁸1972年就该专题提出的建议以及尼日尔河流域管理局、冈比亚河流域开发组织以及国际防止莱茵河受污染委员会的可喜经验,并提到了为保护多瑙河流域的环境所设想的机制。因此在条款草案中就区域合作提出若干一般规则大有裨益。

357. 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强制性的、具有约束力的仲裁和司法解决办法。

(c) 其他一般性意见

358. 许多委员与特别报告员一样认为,前任特别报告员为委员会作了大量工作。特别是,在麦卡弗里先生的指导下,条款草案的一读在较短时间内就完成了。一些委员认为条款草案是一项杰出成果,已得到各国政府的普遍认可,因此如特别报告员所说的那样,只需“进行一些微调”。但有人评论说,手头的任务仍然相当复杂。有许多国际协定涉及不同情况的国际水道,各国将从本国的角度看待条款草案。因此,对于条款草案的最后定稿方式,委员们也有各种不同的喜好。还有的委员认为,从政府和学术界对条

³³⁷ 见上文脚注 332。

³³⁸ 见《联合国人类环境会议报告》,斯德哥尔摩,1972年6月5-16日(联合国出版物,出售品编号E.73.II.A.14及更正),第一部分,第二章,建议51。

款草案的反应来看,似乎需要对条款作深入修改,而不只是“微调”。

359. 对特别报告员的第一次报告,普遍认为报告既简明扼要,又反映了对该专题的充分理解。有些委员认为,特别报告员抵制了“修修补补”的意见,这是正确的,但若有绝对必要亦不应排斥修补。还有些委员认为,他提出的提案超过了微调,最终可能打破一读通过的案文的平衡。还有一种意见认为应重新审议草案,并加以修订,以反映有关的最新发展。在这方面提请大家注意可持续发展概念和所谓保护环境的整体观,即应注意《关于环境与发展的里约宣言》³³⁹原则4及其《21世纪议程》³⁴⁰第18章所述的关于在保护淡水资源的质量和供应方面将社会经济因素与环境问题结合起来的观点,在开发、管理和使用水资源方面采用综合办法。特别提到了《21世纪议程》第18段第8小段,即“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……”。第18段第9小段强调:“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……”。并提到了《里约宣言》原则17中关于环境影响评估的要求,即“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估,环境影响评估是一种国家手段,需由主管国家当局作决定”。还提到了《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》以及《越境环境影响评估公约》所取得的进展。

2. 与具体条款有关的问题³⁴¹

(a) 与第一部分(导言)条款有关的问题

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。

³³⁹ 以下称为《里约宣言》;见上文脚注59。

³⁴⁰ 同上,第14页起。

³⁴¹ 应将特别报告员关于具体条款的意见理解为对格式没有影响。

360. 根据各国政府的评论,特别报告员认为没有理由对第1条作任何修改。他注意到,某些政府在评论中回答了“水道”一词是否适当的问题。鉴于该用语是妥协的结果,他认为改动这一用语有失慎重。关于《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》采用了“跨越国界的水”一语,因而也应采用该用语的建议,他认为这只是一个起草问题,并认为该用语与第1条中的用语没有实质上的不同。

361. 有几位委员评论了第1条,其中大部分委员支持现有的案文。有一名委员表达了这样的观点:第1条没有反映航行与国际水道其他用途之间的适当平衡。他认为,按照第1条现在的草案并根据评注对这一问题的解释,³⁴²条款也可理解为包括航行使用,而航行使用在条款草案的范围之外。在对条款草案进行二读时,应努力纠正这一不平衡现象。

362. 有些委员还指出,《21世纪议程》第18段第8小段和第18段第9小段所承认的水资源综合管理的概念³⁴³也应被纳入第1条第1款。如果这样做,应当在“养护”一词之前加上“管理”一词。一名委员表示倾向于以“跨越国界的水体”来取代“国际水道”。

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;

(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。

363. 关于第2条,特别报告员提出两个问题。第一,他建议删去(b)款中“流入共同的

³⁴² 对于原作为第2条通过的第1条所作的评注,见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第25-26页。

³⁴³ 见上文第359段。

终点”一语。他认为,除该款其他部分已经包括的内容之外,“共同的终点”的概念似乎没有增加任何东西,相反倒可能会引起混乱。如果保留该语,则有人为限制条款草案范围之虞。第二,他倾向于在该议题中包括“不相连的封闭地下水”。如果委员会接受这一设想(参见下文第441段),他将提出修改第2条的有关建议。他认为,此种修改不要求对任何其他条款进行重大修改。他建议,在不妨碍上述两个问题的情况下,委员会应将第2条作为有效的工作假设来对待,以进行二读,只有在以后条款的工作中意外发现需要重新审查第2段时才回到这一条上来。他还建议将目前载于第21条中的“污染”一词移到第2条。他认为这样的改变有助于他为第7条所提的建议(参见下文第410段),但并非一定如此不可。接受此种改变绝非意味着同意或增进草案第一或第二部分的任何改变的效用。

364. 一些委员评论了第2条,其评论涉及两个问题,即(b)款提及“流入共同终点”的问题和可能在条款范围内包括封闭的地下水的问题。

365. 关于第2条(b)款提及“流入共同终点”的问题,一些委员不同意特别报告员关于将其删去的提议。他们认为,列入这一要求是为了对条款的地理范围作出某种限制:为本公约条款的目的,如果不同的流域盆地由一条运河相连,并不能使它们成为单一的“水道”。在一个大部分河流由运河相连的国家,如果没有关于共同终点的要求,就会将所有这些河流变成单一的系统,会人为地将各水道连接起来。此外,关于共同终点的要求还有助于在平行流动的两条水道之间作出区别。删去“流入共同终点”一语,就会扩大条款的范围,在实际执行时会更加困难。

366. 在特别报告员进一步仔细审查这一问题期间,有几位委员坚持他们的立场。

367. 还有委员评论说对“水道”一语应做出更精确的定义,指明它是否仅包括地面水还是包括更多的内容。人们注意到,草案没有适当处理例如运河使水流转向的问题,因此需要进一步审查。

368. 关于封闭地下水问题,许多委员表示,在“水道”概念中包括不相连的封闭地下水,是不合逻辑的。他们认为,无法设想“不相连”的地下水如何成为“由于它们之间的自然关系,构成

成一个整体单元”的水系统的一个部分。如果没有自然关系,地下水如何成为整体单元的一个部分呢?他们同意,封闭水值得管理,但要有一套不同的规则。他们认为,除了载有一般原则的条款外,没有几个条款可适用于封闭地下水。

369. 他们还指出,国际水道的管理已有数千年之久,但封闭地下水的使用却是一种相对新的现象。出于多样化考虑,采用了水道框架协定的办法,但对地下水来说,这一理由并不那么有力。此外,地下水法律更接近于自然资源开发法律,特别是石油和天然气的开发。最好是分别处理国际水道的议题和封闭地下水法律,如同委员会在关于国家继承问题上处理条约法那样。特别是鉴于地下水在世界上某些地区(如拥有广阔沙漠的非洲大陆)非常重要,需要进行单独处理。

370. 不同意在草案中包括封闭地下水之提议的委员们所提到的另一个理由是,如果要涵盖封闭地下水,就需要做大量工作,重新起草条款;这会使委员会无法于明年如期实现条款二读的目标。

371. 在明年审议特别报告员的进一步研究成果之前,一些委员坚持其立场。他们认为,此种研究应当包括这样一些问题,如控制地下水的自然条件、可能为跨越国界的地下水系统的不同部分之间的关系、在总的水循环中地下水所起的作用等。

372. 许多委员支持特别报告员的建议,将现载于第21条第1款的有关“污染”的定义移至第2条,并同意特别报告员的意见,认为这一改变绝非意味着对目前草案的第二或第三部分进行任何改变。

373. 但有委员指出,原则上,如果一个用语在条款中只出现一次,就应当在该处加以定义。因此,没有必要移动。

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,以期为缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。

374. 关于用“重大”一词代替“明显”一词,特别报告员提到了一些国家的政府所作的评论和陈述的理由。特别报告员说,这些理由说服了他。除其他外,这些理由包括迄今为止一些大体上可类比的文书所载的惯例。特别报告员为此种修改提出两条论据。首先,他认为,“明显”一词有两个非常不同的意思:(a)能够计量,(b)是重大的。第二,由于评论明确指出,应将“明显”一词理解为“重大”,他认为最好在条文本身也这样说,而不必读到评论才理解该用语的意思。他建议,第3条的这一修改应理解为意味着在通篇条款草案中都作修改。他认为,如果在第3和第4条中使用一个用语而在第7条中使用另一用语,其复杂性和产生混乱的危险远远超过努力润色所带来的益处。他指出,如果改变第3条,将需要在第7条、第12条、第18条第1款、第21条第2款、和第28条第2款中进行修改。

375. 一些国家的政府提出建议,认为第3条应包括它不影响现有水道协定的概念,特别报告员认为这样会产生问题,也无必要。他认为,委员会无法确切地知道,所有的双边或多边协定甚或其中的一些协定是否符合条款草案的基本前提。他认为本条款中没有任何内容会排除任何今后的协定,无论它们是否与目前的案文相符。但是,在没有有关国家表明其意图的情况下,就假设某些与本案文不相符的今后法律将继续有效,这似乎过分了。他认为,避免不确定性的更好办法是,各国在决定成为这些条款的缔约国时,就这些条款是适用于它们为其缔约国的所有协定还是某些协定的问题,表明意图。在此方面,他还提请注意第3款,并提出是否有可能在“特征及使用”后加上协定的概念,从而将该款拟订如下:

“3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道的特征、使用或有关该水道的现有协定而需调整或适用本条款的规定,水道国应进行协调,

以期为缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。”

376. 特别报告员还提到,一些国家的政府在评论中表示倾向于将第8条和第26条移到第3条之前,理由是,本条款草案首先并主要是一个合作框架;水道国之间达成的协定也是为了这一目的。他不认为条款的移动会改变草案的实质,但这将会使条款的行文更加符合逻辑。因此,他建议将第8条和第26条移至第3条之前。

377. 有关第3条的评论涉及两个问题:用“重大”一词代替形容词“明显”的问题,以及如何对待现有的水道协定的问题。

378. 关于用“重大”一词代替形容词“明显”的问题,委员们表达了两种不同的意见。

379. 许多委员认为,最好用“重大”代替“明显”,因为在所有情形下,不利影响或损害显然要超出仅仅“明显”或“可计量”的可能性;显然,“重大”真正的意思是不可忽视,但不一定达到“实质”或“重要”的层次。委员会在其第3条评注的第(13)至(15)段³⁴⁴中并没有完全成功地澄清这一问题。根据评议,“明显”包括两个内容:有可能客观地感觉到、发现或计量,有一定的重要性,所处范围在可忽视到实质之间。问题在于“明显”可理解为仅仅包括这些内容中的前一项。任何可计量的事物都会被称为“明显”。根据这一意见,对损害的任何定性都须有这两项内容。

380. 此外,根据这一意见,“明显”一词没有表明所要表达的级限。在大部分情形下“明显”被认为是指“不可忽视的”,但没有指明应当在哪一点上划清界线。当引起重大损害时,在依赖用水而获益的国家之间的关系中,此种损害超过正常情况时,这条界线就会被越过。因此,他们同意特别报告员关于用“重大”代替“明显”的建议。

381. 有些委员还指出,“重大”一词所设定的级限是一项标准。在联合国环境与发展会议上,各国在为保护和保持环境而制定一项议程所进行的努力中,核可了这一标准。此外,为了使条款草案得到全世界接受,设立足够高的级限是至关重要的。

³⁴⁴ 见上文脚注336。

382. 不同意将“明显”改为“重大”的委员认为,在甚至无法计量的微小损害与大规模损害之间应作出必要的区别,但此种修改超过了此种必要的区别。他们认为,这一修改会提高级限。

“重大”一词固有的主观性会使潜在的受害国无法保护自己,不仅违反其利益,而且不利于水道本身的保护。结果将会忽视轻微损害的累积效应,而累积效应可能是实质性的,在与其他因素结合在一起时,尤其如此。这一修改没有考虑到每一水道的具体情况、其使用的历史,以及可能存在的对伤害不同程度的容忍和不同程度的易受伤害性。

383. 还有委员指出,在水道法律中,一般情况下,所建立的适用的级限似乎低于“重大”一词所指的程度。在一些早期和现代条约³⁴⁵中,所用的词较接近于英文的“明显”一词。

“ouvrage qui pourrait sensiblement modifier (会引起明显改变的工程)”;
“entraves sensibles (明显障碍)”;
“changement sensible du régime des eaux (明显改变水系统)”;
“perjuicio sensible (明显的损害)”;
和 “projet susceptible de modifier d'une manière sensible (易以明显方式引起改变的工程)”。

³⁴⁵ 例如,见 1891 年 4 月 15 日《意大利与联合国划分各自在东非势力范围议定书》(见《英国和外国文件》,1890-1891 年(伦敦,1897 年),第 83 卷,第 19 页;并见联合国,《法律汇编》,第 27 号条约);
《1905 年 10 月 26 日挪威和瑞典之间的公约》(《英国和外国文件》,1904-1905 年,(伦敦,1909 年)第 98 卷,第 828 页),当 1929 年 5 月 11 日挪威和瑞典之间签署了关于水道法律某些问题的公约时,该公约便废止了(国际联盟,《条约汇编》,第一百二十卷,第 277 页);1931 年 12 月 14 日罗马尼亚和南斯拉夫之间关于水利系统的总公约(同上,第一百三十五卷,第 31 页);
1971 年 6 月 26 日阿根廷和智利之间关于水利洼地的圣地亚哥法令(美洲国家组织, Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales), 第 4 版,修订本(OAS/SER.L/VI, CIJ-75 Rev.2), 第 495-496 页,英文案文见《1974 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 324 页, A/CN.4/274 号文件,第 327 段);
《塞内加尔河地位公约》、《1975 年 2 月 26 日阿根廷和乌拉圭间的协定》(《乌拉圭河的地位》(Salto, 1975 年 2 月 26 日)乌拉圭,外交部,1830-1980 年乌拉圭与阿根廷间的国际法规,蒙得维的亚,1981 年)。

384. 也有委员指出,“明显”一词还意味某种可依客观证据加以规定的东西,同时也表达了“重大”和“实质”的概念。但是,在条款中有一些例子,其中对于水道国而言,起决定作用的并不是损害的程度。这就是在条约中常常使用“明显”一词的原因,尽管在《里约宣言》的原则 17 和 19 中“重大”一词分别出现过两次。因此,这一问题并非像表面上那样清楚。在作出最后决定之前,委员会应再次考虑这两个词的利弊。

385. 有委员还指出,所涉的翻译问题使这两词意思的问题复杂了。尽管许多协定³⁴⁶用西班牙语“sensible”来指损害的级限,但英语中的“重大”目前在西班牙语中译作“importante”,在法语中译作“sensible”。关于在第 3 条的英文案文中用“significant (重大)”一词代替“appreciable (明显)”一词的问题,无论委员会的最终决定如何,西班牙语案文所用的词都不能是“importante”。需要使用一个表明级限较低的词。也许西班牙文本中可以用“sensible”一字。

386. 还有委员评论说,无论在条款中使用什么词,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”专题的条款草案中,应当使用同样的词,因为这两个专题处理的是类似的问题。但是,有些委员不同意这一意见,认为词语的选用应当由委员会针对某一专题所采取的办法来定。

387. 就现有协定问题发言的大部分委员不赞成特别报告员的建议(参见上文第 375 段)。他们表示,这一问题应留给条约法处理。他们认为,未来缔结的和在条款中仔细考虑过的水道协定无疑将优先于条款。鉴于条款的剩余性质,只要不影响第三国,各国有自由在未来缔结的水道协定中载列它们认为是对本条款规定进行调整的任何规定。当涉及已经生效的水道协定时,或许才会有较大的问题。这些协定将优先于本条款吗?为了解决这一问题,特别报告员曾建议,当各国成为本条款的缔约国时,它们应当就某些或全部的现有协定表明其意图或其理解。尽管这似乎是符合逻辑的解决办法,但如果现有协定的缔约国没有全部采取同样的立场,问题依然存在。特别报告员或许愿意进一步考虑这一问题,提出一项规定,以避免未来的困难。

³⁴⁶ 同上。

388. 关于把第 8 条和第 26 条放在第 3 条之前的建议, 一些委员认为有理由这样做, 认为它将改善案文的结构。另一些委员则问, 这一改动是否会影响条款顺序的逻辑。这两条涉及合作与管理问题, 放在主要讨论条款草案范围的“导言”中并不合适。根据一种意见, 载于第二部分(“一般原则”)的第 26 条不应改变位置, 但是起草委员会不妨考虑有无可能以《里约宣言》的原则 4 为基础, 从整体考虑拟订一条总的原则, 而第 26 条草案中关于管理的部分则不予改动。

389. 还有一些委员对条款的移动问题提出了另一些建议: 第六部分的条款(“杂项规定”)或可移到草案的其他部分; 第 31 条(“对国防或国家安全至关重要的数据和资料”)可列入第 9 条(“定期交换数据和资料”); 第 32 条(“不歧视”)可移到第二部分(“一般原则”)中。

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。

390. 特别报告员认为, 所起草的第 4 条是妥当的。他感到, 第 1 款中与协定范围有关的“适用于”这一短语, 并不等同于“明显影响”, 而且作用也不一样。他感到, 如果像某些国家的政府在评论中建议的那样删掉第 2 款, 会给下游国家造成额外的不应有的负担。将两条合在一起并非不可能, 但他并不喜欢这样做, 因为这会使案文变得凝滞, 而且较难理解。

391. 一些委员对第 4 条作了评论。

392. 一些评论同意特别报告员的观点, 即没有必要修改第 4 条, 因为委员会的评注已消除了有关这一条的任何含混之处。³⁴⁷

393. 也有一种不同意见认为应当重新审议第 4 条。一位委员说, 根据这一条, 水道国有权成为无论适用于整个水道还是部分水道的协定的当事国, 是对各国可自由选择条约伙伴这一根本原则的一种例外。必须对这一例外给予狭义解释。一项即使适用于整个水道的水道协定想来不会或实际并不损害另一水道国的利益。能够而且应当保护第三国的使用以防其他水道国缔结的水道协定所产生的有害影响, 但是应当采取不像该条所设想的那么具有限制性的方式。例如, 可要求正在考虑缔结一项协定的国家与第三方水道国进行协商, 以便确保其使用不会因缔结有关协定而受到影响。

394. 提出重新审查第 4 条的另一个原因是在第 4 条之后通过的第 30 条设想了一种情况, 其中条款草案规定的合作义务只能通过间接渠道履行。这也反映了类似于《联合国海洋法公约》第十二部分采用的自由做法, 以现实态度承认了穿越两个或两个以上国家境内的水道虽然可说创造了某种共同利益, 但并不是法律应当予以承认的唯一因素。

395. 还有人指出, 第 4 条将不适用于水道国与非水道国或与一个国际金融机构达成协议以期在水道上兴建水利工程的情况。在这种情况下, 相互之间的关系将受与第三国利益有关的条约法的一般规则的约束。没有理由使指导水道国之间协定的规则不同于条约法的一般规则(例如达成协议就须遵守这项根本规则)。

(b) 与条款第二部分(一般原则) 有关的问题

(一) 对整个第二部分的评论

396. 特别报告员认为, 正像一些国家的政府在评论中表示的, 第 5 条与第 7 条之间的关系不明确。一些评论表示希望取消第 7 条或将这一条从属于第 5 条, 并且将“公平合理”实际上作为适用的唯一标准。其他评论认为, 所有情况下的

³⁴⁷ 对原作为第 5 条通过的第 4 条所作的评注, 见《1987 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 30-31 页。

明显或重大损害都是不公平和不合理利用水道的证据,因此无论从明示还是从默示的角度来看,第5条都从属于第7条。尽管在特别报告员看来,这些问题,特别是影响国责任的性质,在某种程度上得到了评注的澄清,但他建议对第7条的案文作必要修改。他提出了一案文(见下文第410段)。正像条款所作的界定那样,这一修改将使“公平合理地利用”成为除污染情况外的确定标准。在出现污染的情况下,第5条将服从于第7条。由于明确表示出是一种特殊情况,这一服从关系可以废除。实际上这是一种可以反驳的假设。

397. 关于使公平合理利用和参加的概念更清楚的建议,特别报告员接下去说,他认为在一项框架协定中为第5条增加详细的指导内容毫无意义。他举例说,在某些情况下,水道国同意领土分摊,而在定期轮换或分享水利发电设施的好处的情况下,按比例分配或分配使用、补偿安排都可以商量。每一种这类公平合理的使用需根据具体情况而定,因此不能一概而论,不可在一项框架条约中将它作为一项具有普通用途的内容。他感到或许可将第5条的评注³⁴⁸扩大到较为详细地说明各国在争取公平合理的结果方面可以考虑的各种可能办法。他进一步指出,这显然是一个主要领域,如果有关国家无法达成相互可以接受的解决办法的话,让第三国卷入会缓解这一问题。

398. 一些委员对第5条和第7条之间的关系以及“公平合理利用”概念和“明显或严重损害”概念之间的关系作了评论。他们指出,特别报告员正确地说明第5条和第7条构成全部条款草案中的一个基本的组成部分,但这两条仍有模糊不清的地方。但他们认为,模糊之处是由于对以下两种人的意见作出妥协造成的:一部分人认为第5条中规定的“公平合理”利用应当成为主要的考虑,它以默示方式包含可能造成某些损害的权利;另一部分人则侧重损害,其理由是如果利用给第三国造成损害,就不能将其视为“公平合理”。特别报告员拟重新修改第7条是对各国施加了一种“给予应有的注意”的义务,而非不造成明显或严重损害的义务。因此,凡属于公平合理利用时,某些损害是可以允许的,其结果是公平合理成为超出一切的考虑。作为一般原则的一个例外,只有污染造成的损害才使利用变得不

公平和不合理,即使在这种情况下,如果不对人的健康和安全造成迫切的威胁,损害也是允许的。他们认为,特别报告员拟议重新起草完全打乱了一读时实现的微妙平衡。使用自己的财产时不得损害别人财产的概念将从属于不精确的“公平合理”利用的概念,而这一概念并没有提供一种客观的标准,因此不能将其本身作为处理有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,并且出现在许多国际文书中,但这并不能取代基本原则,即压倒一切的考虑是有责任不给予其他国家造成严重损害。应指出,许多委员同意一读时所通过的第5条,其条件是拟定的第7条将包括在条款草案中。

399. 不同意重新起草第7条的委员们还提出了进一步的理由。

400. 首先,他们说,公平利用是非常主观的规则。特别报告员设想通过解决争端的程序减少这一规则的不利影响。在不知道这种程序是否包括具有约束力的司法解决时,保证实质性规则中的确定性是极为重要的。如果使无明显或严重损害规则服从于公平利用规则的话,决定哪些是明显或严重损害的任务就会进一步复杂化。

401. 其次,特别报告员又对上述例外提出了以下例外:有一些特殊情况明确显示必须作出临时调整和不存在对人的健康和安全的任何迫切威胁。除了在解释这一规则时可能产生不确定性以外,第21条对污染作了如此广泛的界定,已使造成明显或严重损害的活动与造成污染的活动之间的区别几乎丧失实质意义。

402. 还有人指出,特别报告员提议的重新起草并不是没有困难的。他所说的“以污染形式造成严重损害的利用将被视为一种不公平和不合理的利用,除非……(b)不存在对人的健康和安全的任何迫切威胁”,这一限制的好处是值得疑问的。人们只要想像一下造成水道系统中的鱼全部死亡的污染对于某些沿岸国来说的严重性就够了。

403. 一些委员表示可删掉第7条。他们认为第5条和第6条中规定的公平合理利用原则的内容将由各国决定。因此,如果第5条能够提出利用的标准形式将会是有益的,例如提出将水道在国家之间进行分配的方式,将有助于解决争端。这样一来第7条就变得多余了,因为它对不损害

³⁴⁸ 对原作为第6条通过的第5条所作的评注,见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第31-36页。

其他人利用私人财产的原则构成了一种例外。此外,第7条规定的标准已经反映在若干条当中,这项标准的目的在于启动各种程序,例如有关通知、协商和谈判的程序。还有人说,第7条中所载的要求可以放在第5条中,因此可以删掉第7条。

404. 另一些委员表示愿意接受特别报告员建议中明确提到的应有注意问题,但并不支持他关于第7条的建议中的其他部分。

(二) 对第二部分中具体条款的评论

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。

405. 特别报告员并没有建议改动第5条。

406. 除了在上述第398段至第404段中委员们所做的评论外,一些委员还专门对第5条发表了补充意见。其意见是国家公平合理利用国际水道的权利不应妨碍国家促进水道的最佳利用和从充分保护水道中受益的义务。从这个意义上说,最佳利用的概念包含可持续的发展。该条的评注总的来说是可以接受的,但值得疑问的是它在第(3)段中表示最佳利用并不意味着任何一个水道国在有效或经济利用方面“最大限度地”利用,而是争取使所有水道国在可能的情况下最大限度地受益。这种解释未能恰当地反映大多数国家的做法,即它们在不存在相反的明示协议的情况下,依靠各自的能力和资源最大限度地受益,但须始终满足经济的要求以及保护水道和避免给其他共同沿岸国造成严重损害。所有这些都灵活巧妙地压缩在公平合理利用水道这一标准之中了。此外,第5条应当集中注意国际法协会1966年关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则³⁴⁹第4条以更明确的方式反映出的公平合理利用的基本

原则,它所规定的水道国权利的概念比第5条中第1款的措辞更为确切。

407. 一些委员还建议删掉第5条第2款,因为公平参与的权利只不过是一种合作权,这一权利在关于合作的第8条中已经有了更为详细的阐述。

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、开发和节约利用,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条和本条第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。

408. 关于第6条,特别报告员谈到了一些国家政府提出的修改,但感到,考虑到现有条款的内容,尤其是整个草案的内在逻辑和关于现有使用的第6条(d)款,关于水质的第21条第1款,第6条(c)款和(f)款以及第10条第2款,以及关于特别依赖水道情况的经修订的第7条,这些修改是没有必要的。他指出,当然这些意见并不影响联系第26条的内容审议第6条。对于第6条,他目前不打算加以评论。虽然可以争论说第8条和第10条第2款规定了相同的义务,但他仍愿意保留第6条第2款。此外,如果委员会决定将解决与第三方的争端纳入草案的这一部分的话,他认为应当保留第2款。

409. 关于第6条,他指出第1款中所列的因素并不是穷尽无遗的,但所有六大类都是非常有关的。因此,应当保持提出的这一条款的形式。还有人指出,“现行使用”作为衡量严重或实质

³⁴⁹ 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;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。

性损害的一个重要因素在国家的实践中已经越来越流行。然而,应给予同样优先重视的是,将这一因素与同等重要的国家发展需要考虑协调起来。

第7条 不造成明显损害的义务

水道国应以不致对其他水道国造成明显损害的方式利用水道。

410. 根据以上发表的评论(载于第396和第397段),特别报告员建议以下列方式重新起草第7条:

“在不存在协定的情况下,除非其利用属于公平合理利用范围内所允许的,否则水道国应以不致给其他水道国造成严重损害的方式对利用国际水道予以应有的注意。以污染形式造成严重损害的利用应被视为不公平和不合理的使用,除非:(a)有一些特殊情况明确显示亟须作出临时调整,和(b)不存在对人的健康和安全的任何迫切威胁。”

411. 除了上文第398-404段中委员们所作的评论外,他们还指出将“应有的注意”和预防原则纳入第7条是有好处的。

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、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个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

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至第7条中所载述的各项原则和因素加以解决,尤应顾及人类生活上的需求。

412. 特别报告员指出,目前他不打算修改这些条款。他理解一些国家政府针对第8条的笼统性表示的关切。他说,他将继续琢磨如何使条款更加精确而又不减损条款草案整体作为可应付许多各种各样情况的一个框架的能力。他还说,在他看来,对协议的一部分或对类似这一草案的文书某一具体条款适用诚意原则是不明智的。无论怎么说,他认为这种补充并不会明显地减少条款的笼统性。

413. 一些谈到第8条的委员们同意特别报告员发表的关于不需要修改这一条的意见。至于能否使案文更加准确,一种意见认为,条款的进一步精确可能会以牺牲其一般性为代价。

414. 一些委员同意特别报告员的意见,即“诚意”和“睦邻”概念本身是令人欢迎的,但不应放在条款中。另外,他们说,许多水道国存在纠纷,因此,对于水道国来说合作的义务并非总是现实的。出于这一原因,为了突出合作的重要性,应当在第8条“合作”一词之前加上“努力”二字,以免合作对各国来说具有强制性。

415. 另一种意见认为,争取实现水道利用和管理的目标取决于第8条规定的合作义务。谋求这些目标不仅应只以该条所规定的主权平等、领土完整和互利为基础,而且还应当像评注³⁵⁰中指

³⁵⁰ 对原作为第9条通过的第8条所作的评注,见《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第41-43页。

出的那样，对诚意和睦邻态度给以应有的注意。合作是不能强加的，它只能在对等的基础上加以培植。利用水资源过程中所固有的共同利益将会促进这一合作，多方面的和往往相互冲突的使用必然会要求采用一种综合性的解决办法。

416. 一部分委员在评论第 9 条和第 10 条时强调了这两条的重要性。关于涉及国际水道各种使用相互冲突问题的第 10 条第 2 款，有人认为，为了执行这一款，或许应由委员会拟定某种灵活的协商制度。

第六章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件

417. 委员会在 1993 年 5 月 3 日第 2295 次会议上注意到, 大会第 47/33 号决议第 9 段请委员会

“(a) 深入审议:

“(一) 如何规划其成员任期内的活动和方案, 同时考虑到在草拟关于特定专题的条款草案方面应当尽量取得最大的进展;

“(二) 其工作方法的所有方面, 考虑到交错审议某些专题, 除其他好处外, 可能有助于第六委员会更有效地审议其报告;

“(b) 继续特别注意在年度报告中, 就每一专题, 指出各国政府在第六委员会或以书面形式表示过意见的那些对委员会继续工作特别有关的具体问题。”

418. 委员会决定, 这一请求应在题为“委员会的计划、程序和工作方法及其文件”的议程项目 6 下审议, 而这一议程项目应在扩大的主席团规划组中审议。

419. 规划组举行了两次会议。它收到了大会第四十七届会议期间第六委员会所进行讨论的专题摘要部分, 其中涉及委员会的方案和工作方法, 及其对联合国国际法十年的贡献 (A/CN.4/446, 第 294 至 312 段)。

420. 扩大的主席团在其于 1993 年 7 月 7 日举行的第 3 次会议上, 审议了规划组的报告。委员会在同一天举行的第 2317 次会议上根据扩大的主席团的建议通过了规划组的一系列建议如下。

1. 目前五年期余下时间的活动规划

421. 目前的工作方案包括下列专题: 国家责任、危害人类和平及安全治罪法草案、国际水道非航行使用法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。

422. 按照大会第 47/33 号决议第 9 段(a)小段(一), 委员会审议了其成员任期余下时间内的委员会活动规划。在这样做的时候, 委员会按照该决议的要求, 考虑到在草拟关于特定专题的条款草案方面应当尽量取得最大进展。

423. 委员会一致同意, 采用任何固定的时间表固然不切实际, 但规定一些规划委员会活动的目标却是有益的。

424. 考虑到就目前方案中各项专题所取得的工作进展以及为取得进一步进展, 同时考虑到各个专题具有不同程度的复杂性, 委员会决定力求在 1994 年完成国际刑事法院规约草案的拟定工作和国际水道非航行使用法条款草案的二读, 于 1996 年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。委员会还决定就“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”专题取得重大进展, 并且在得到大会批准的情况下研讨一个或多个新的专题(见下文第 440 段)。

2. 长期工作方案

425. 根据委员会第四十四届会议作出的决定,³⁵¹在该届会议上设立的长期工作方案工作组³⁵²在本届会议上继续作出了努力, 以确定可能建议大会列入委员会工作计划的专题。根据规划小组在委员会第四十四届会议上建议并经核可的程序,³⁵³工

³⁵¹ 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 54 页, A/47/10 号文件, 第 370 段。

³⁵² 同上, 第 369 段。

³⁵³ 同上。

工作组将讨论由指定的委员就工作组在该届会议上为临时分析预定的每一专题编写的大纲。

426. 工作组的组成如下：德里克·鲍韦特先生(主席)、奥恩·哈索内先生、穆罕默德·本努纳先生、彼得·卡巴齐先生、莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生、纪尧姆·庞布-奇文达先生、阿兰·佩莱先生、史久镛先生、阿尔伯特·塞克利先生、弗拉德连·韦列谢京先生和山田中正先生。

427. 委员会注意到，工作组在审查根据上文所述的程序而编写的非正式编辑的大纲之后建议，将在扩大的主席团规划组和委员会进一步讨论后决定的条件下和时间框架内，在委员会的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”和“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”。有一项理解是，这两个专题的先后次序与它们的优先地位无关。

428. 关于“与对条约持保留意见有关的法律和惯例”专题，委员会注意到，它是大会第四十六届会议期间一些代表团³⁵⁴作为可能审议的议题而向国际法委员会建议的，去年，它在委员会一些委员中引起了特别的兴趣。³⁵⁵虽然 1969 年的《维也纳条约法公约》、1978 年的《关于国家在条约方面的继承的公约》和 1986 年的《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的公约》在对条约的保留意见问题上提出了一些原则，但在措词上过于笼统，不能指导各国在此问题上的实践，而且忽视了一些重要的方面。这些文书对下列问题的回答模棱两可，其中包括保留意见和解释性声明之间的差别、解释性声明的范围、保留意见的有效性(这一问题包括保留意见合法性的条件问题和保留意见对另一国适用性的问题)以及有关反对保留意见的制度(特别是可接受性的问题，对于条约不加禁止并且同条约目标和宗旨不抵触的保留意见可予反对的范围)。关于保留意见在条约生效时的效力、与某些条约的特定目标有关的问题(特别是国际组织的基本约章和有关人权的条约)、对编纂条约的保留意见以及特定的公约技术(拟订附加议定书、双边化的技术)所引起的问题，这些文书都没有提及。

³⁵⁴ 见 A/CN.4/L.469, 第 422 段。

³⁵⁵ 见 A/CN.4/L.473/Rev.1, 第 23 段。

429. 委员会认为，这个专题符合由国际法委员会确定、经第六委员会大体上赞同的选题标准。首先，这一专题是第六委员会中一些国家的代表显然为解决上文提到的含糊和疏漏问题而提出的，它似乎适应国际社会的需要。其次，由于 1969 年时存在的意识形态障碍已不再是什么问题，因此国际气氛有利于对这一专题的审查。此外，这一专题在委员会的权限以内，委员会可以在理论和实践各个方面对这一专题进行很好的讨论。最后，该专题很有可能在合理的期限内取得具体成果，即在五年期结束时一读通过将提交大会的草案。

430. 委员会知道，没有必要重新讨论 1969 年《维也纳条约法公约》第 19 至 23 条中所确定的制度。但是，它认为，这些规定或可在现有公约的附加议定书草案的框架内，或可在各国、国际组织和法学学者可以引用的实践准则的框架内，加以明确和发展。

431. “国家继承及其对自然人和法人的国籍的影响”问题是委员会于 1963 年在“国家的继承”专题下确定的三个分议题之一——“有关条约以外方面的继承”的一部分。³⁵⁶然而它不是至今在该分议题下讨论的问题之一。

432. 根据普遍的意见，国家继承并不导致国籍的自动改变。自行确定它宣布谁为其国民并表明取得国籍的方法是继承国的特权。³⁵⁷但是，继承国的立法权限必须在诸如有效的国籍原则之类的一般国际法以及国际条约规定的限制范围内行使。

433. 取得一个继承国国籍的标准和其它条件有时可以由一项国际条约确定。恰当的实例是第一世界大战以后的和平条约，因为这些条约同时规定，由被征服国承认其原国民根据继承国的法律依事实取得新的国籍，并规定这些人因此丧失对其原籍国的效忠。根据其它文书，领土的转让并不一定就意味着自动取得新国籍和丧失原国籍。

³⁵⁶ 委员会于 1968 年改换了原来的标题“有关条约以外来源产生的权利和义务的继承”(见《1968 年……年鉴》，第二卷，第 216 页，A/7209/Rev.1 号文件，第 46 段)。其他两个分议题是“条约方面的继承”和“国际组织成员资格方面的继承”。

³⁵⁷ 除其他材料外，另见 1930 年《关于国籍法冲突的若干问题的公约》。

“这原则束确继”人先

定

是工

两个作

会应专题委员作的专题

求，交委

第 4 系列列入

434. 一些条约规定,在某些情况下,在相当长的时间内有关人享有选择权,在此期间,有关人享有双重国籍。

435. 对最近国家做法的调查特别应该包括在非殖民化进程、苏联和南斯拉夫的解体和捷克斯洛伐克的解散上采取的解决办法。

436. 最近的一种倾向是在确定给予新国家的国籍的标准时着重于种族出身而无视居住地原则的重要性,这是一种令人震惊的趋势,这种倾向不仅助长无国籍状态,而且根据基本的人权标准它在许多方面是值得怀疑的。

437. 看来,根据对国家做法的全面审查拟定“依法”取得国籍的最低限度标准可为正在拟定这一方面法律的新国家的立法者提供有效的指导原则。应该进一步回顾,根据国际法的习惯规则,许多条约权利和义务对于继承国自动具有拘束力,许多此类条约的适用直接涉及个人,或更确切地说,涉及条约各方的国民。有时候甚至在继承国通过国籍法以前就要适用这些条约。因此“初步”确定在主权发生变化的领土上居住的个人或法人的国籍就成了继续适用这些条约的一项先决条件。

438. 委员会认为这个专题也符合委员会所确定的选择标准。

439. 委员会关于这一专题的工作的结果可以是一份研究报告或由大会通过的一份宣言草案。工作的最终形式将由委员会在晚些阶段决定。

440. 委员会决定在大会认可的条件下将上述两个专题列入委员会议程并在委员会下届会议上作出关于如何加以审议的安排。

441. 委员会还注意到工作组的建议,即委员会应该考虑是否请“国际水道的非航行使用法”专题的特别报告员进行研究,以便在不妨碍按照委员会前一年的设想在1994年完成整个专题工作的情形下确定将“封闭地下水”问题列入这一专题的可行性。

442. 委员会议定向特别报告员提出这项要求,但有一项谅解,即此一可行性研究报告须提交委员会下一届会议。

443. 委员会决定,根据工作组的建议,上文第427段提到的文件中编纂的大纲将在A/CN.4系列文件中作为委员会正式文件发表,以便将其列入1993年年鉴。

3. 国际法委员会对国际法十年的贡献

444. 根据委员会在第四十四届会议上议定的安排,³⁵⁸在该届会议上为审议国际法委员会对国际法十年所作贡献问题而设立的工作组在佩莱先生的主持下举行了会议,并讨论了载有由委员会委员编写的一些研究报告的一本出版物的可能内容。

445. 委员会注意到,工作组提出了以下程序:

(a) 首先,工作组主席将根据所收到的建议及其本人的计划编写一份可能作为专题的清单,在讨论普遍关心的国际法律问题,可以根据委员会的观点对这些专题加以研究;

(b) 这份清单将分发给委员会所有委员,并请他们表明是否愿意参加编写这本出版物,如果愿意,则从清单上挑选他们愿意编写的三个(任择)专题,但有一项谅解,即各位作者自行负责其稿件的内容,而无需整个委员会承担责任;

(c) 根据答复,工作组将采纳有关这一出版物的全面计划。

446. 委员会批准了这些安排,并请工作组根据对上文(b)分段中提到的邀请作出的答复就出版物的计划和展开这一项目的实际方法向扩大主席团下的规划组提出建议。

4. 其他事项

447. 委员会认为,它所通过的对各条文的评注对其适当理解极为重要,因此应该在通过评注之前留有充分的审议时间。委员会在表示充分信任特别报告员有能力编写令人满意的评注的同时,打算审查据以讨论和通过评注的条件,以拟订有关这一事项的可能准则。

448. 委员会获悉法律事务厅在其出版计划范围内采取的各项步骤。它注意到,《和平解决争端手册》已经正式出版,一个新出版物——

³⁵⁸ 见《1992年……年鉴》,第二卷(第二部分),第55页, A/47/10号文件,第374页。

《国际法院判决、咨询意见和命令集(1948-1991)》已经或即将以联合国的六种工作语文印发。它也注意到,一卷新的《联合国国际仲裁裁决汇编》已经付印,《法律年鉴》编制工作上的积压正在逐步消除中,《1983年国家在国家财产、档案和债务方面的继承问题会议正式记录》和《1986年国家和国际组织间或国际组织相互间条约法会议正式记录》都拖延了很长的时间,目前正在编辑或印发。委员会最后注意到,正在继续努力消除《条约汇编》工作的积压,并使用电脑处理“向秘书长交存的多边条约”和《条约汇编》本身的内容。

449. 委员会赞赏地注意到,法律事务厅在执行其出版计划方面作出了努力和取得了成果。该厅在国际法十年的范围内从事的特别重视国际法教学研究、传播和广泛了解等工作尤其令人鼓舞。

450. 关于《国际法委员会年鉴》,委员会注意到,联合国日内瓦办事处会议事务司,特别是正式记录编辑科,目前已能在短得多的时间内,以低廉得多的费用在内部印制年鉴。有了这种新技术以后,它将能够在今后几个月内以英文、法文和西班牙文编印1991年和1992年年鉴第一卷的定本。编印年鉴其他部分所需的期间也将有所缩短。

451. 委员会核可了为年鉴编制工作所做的新安排,并对有关单位所提供的富有创新精神的服务表示赞赏。

5. 下届会议的会期

452. 委员会重申如下看法:根据逐渐发展和编纂国际法的工作,以及委员会议程上议题的范围和复杂性,保持通常的会议期限是合乎需要的。委员会还希望强调,它充分利用了在本届会议期间所获得的时间和服务。

B. 与其他机构的合作

453. 克里斯蒂安·托穆沙特先生作为委员会主席出席了1993年1月在坎帕拉举行的亚非法律协商委员会会议。他以委员会观察员身份参加会议并代表委员会在会上发言。亚非法律协商

委员会出席国际法委员会本届会议的代表是该委员会的秘书长法兰克·恩詹加先生和巴格瓦特·辛格先生。恩詹加先生在委员会1993年6月8日第2304次会议上发了言,发言内容载于这次会议的简要记录。

454. 古德蒙杜尔·埃里克松先生出席了欧洲法律合作委员会1992年12月在斯特拉斯堡举行的会议。他以国际法委员会观察员的身份参加会议并代表委员会在会上发了言。卡洛斯·德索拉先生代表欧洲法律合作委员会出席国际法委员会本届会议。德索拉先生在1993年6月25日第2312次会议上发了言,发言内容载于这次会议的简要记录。

455. 西摩·鲁宾先生代表美洲法律委员会出席国际法委员会本届会议,并在1993年6月29日第2313次会议上发了言,发言内容载于这次会议的简要记录。

C. 第四十六届会议的日期和地点

456. 委员会同意其下一届会议自1994年5月2日至7月22日在联合国日内瓦办事处举行。

D. 出席大会第四十八届会议的代表

457. 委员会决定,由委员会主席胡利奥·巴尔沃萨先生代表委员会出席联合国大会第四十八届会议。

E. 国际法讲习会

458. 联合国日内瓦办事处依照大会第47/33号决议,于委员会本届会议期间举办了第二十九届国际法讲习会。讲习会是为国际法研究生和在工作过程中处理国际法问题的年轻教授或政府官员举办的。

459. 由克里斯蒂昂·多米尼塞教授(日内瓦国际问题研究院)担任主席的甄选委员会于1993年3月24日召开会议,在审议了大约70份要求参加讲习会的申请以后,挑选出不同国籍的24名大部分来自发展中国家的候选人。所有获选人员和一名联合国训研所研究金获得者得以参加讲

习会本届会议。³⁵⁹

460. 在联合国日内瓦办事处迈克·诺尔-瓦根菲尔德女士的主持下, 本届讲习会于 1993 年 6 月 1 日至 18 日在万国宫举行, 由委员会主席胡利奥·巴尔沃萨先生主持开幕。在为期三周的会议期间, 学员们旁听了国际法委员会的会议, 听取了专门为他们组织的讲课。

461. 委员会委员作了下述几次讲座: 胡利奥·巴尔沃萨先生: “国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”; 萨利福·冯巴先生: “对马里前总统及其 32 名共同被告的‘杀人罪行’的审判”; 艾哈迈德·马希乌先生: “国际法委员会的工作”; 阿兰·佩莱先生: “为南斯拉夫设立一个国际刑事法庭”; 罗伯特·罗森斯托克先生: “国际水道非航行使用法”; 弗拉德连·韦列谢京先生: “国际法演变的长期趋势”; 弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生: “墨西哥和美利坚合众国之间的 Alvarez Machain 案(1992 年)——战争罪和普通罪被告的引渡、交回和绑架; 对人权的可能侵害和干预; 恢复原状”; 亚历山大·扬科夫先生: “环境法的一般原则: 最近的发展情况”。

462. 此外, 下述人士也作了讲演: Frits Kalshoven 先生(根据安全理事会第 780(1992)号决议设立的专家委员会主席): “委员会的工

³⁵⁹ 第二十九届国际法讲习会参加者名单如下:

Ignace Atangana Fouda 先生(喀麦隆)、Per Augustsson 先生(瑞典)、Valentina Blackman 女士(巴巴多斯)、Ulises Canchola 先生(墨西哥)、Felicia Chatukuta 女士(津巴布韦)(联合国训研所研究金获得者)、Yuri Chekharin 先生(俄罗斯联邦)、Widad El Obied 女士(苏丹)、Susana Fradenraij 女士(阿根廷)、Pramudyo Hendrar 先生(印度尼西亚)、Irene Kasyanjy 女士(坦桑尼亚联合共和国)、Piotr Kaszuba 先生(波兰)、Agbessi Kokou 先生(多哥)、Jasmina Kovacevic 女士(克罗地亚)、Andreas Kumin 先生(奥地利)、Marja Lehto 女士(芬兰)、Raghavachari Muralidharan 先生(印度)、Edgar Nassar Guier 先生(哥斯达黎加)、Kenya Nyirenda 先生(马拉维)、Marcos Gustavo Olivares 先生(秘鲁)、Nelson Olivero 先生(危地马拉)、Chantal Rahalison 女士(马达加斯加)、Caroline Seagrove 女士(澳大利亚)、Narendra Man Shrestha 先生(尼泊尔)、Melencio Sta. Maria 先生(菲律宾)、Alisi Numia Taumoepeau 女士(汤加)。

作”; Paul Szasz 先生(前南斯拉夫问题国际会议的法律顾问): “法律顾问在前南斯拉夫问题国际会议中的作用”。

463. 按照讲习会的传统, 学员们受到日内瓦州/共和国的接待。日内瓦州新闻厅长博兰热先生在接见时讲了话。

464. 在闭幕前, 委员会主席胡利奥·巴尔沃萨先生向学员们讲话, 诺尔-瓦根菲尔德女士也代表联合国日内瓦办事处总干事向学员们讲了话。Ulises Canchola 先生代表学员们向委员会讲了话。在简短的仪式上, 向每一位学员颁发了参加第二十九届国际法讲习会的证书。

465. 讨论会是由成员国的自愿捐款和各国政府为其国民提供的国家研究金提供经费的。委员会特别赞赏地注意到, 奥地利、塞浦路斯、丹麦、德国、爱尔兰、墨西哥、挪威、瑞典、瑞士和联合王国等国政府, 通过联合国有关援助方案, 以提供自愿捐款的方式, 特别为来自发展中国家的学员们提供了研究金。这些研究金协助实现了学员们的充分地域分配, 来自边远国家的合格人选得以与会, 否则他们便无法参加会议。今年, 有 15 名学员得到全额研究金(包括旅行费用和生活津贴), 三名学员得到部分研究金(只包括生活津贴)。自从 1964 年开始举办讲习会以来, 共有来自 150 个国家的 643 人前来参加, 其中有 342 人得到研究金。

466. 委员会强调重视讲习会。讲习会使尤其来自发展中国家的年轻法学家能熟悉国际法委员会以及总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。由于现有经费几乎用尽, 委员会建议大会再次呼吁有条件的会员国为 1994 年度讲习会所需经费提供自愿捐款, 使尽可能多的学员前来参加。

467. 委员会不无遗憾地注意到, 1993 年讲习会得到的口译服务非常有限。尽管目前经费困难, 它仍希望今后的讲习会能够得到充分的服务和设施。

F. 希尔维托·阿马多纪念讲座

468. 为纪念杰出的巴西法学家、国际法委员会前委员希尔维托·阿马多, 在 1971 年决定举办纪念讲座, 邀请国际法委员会委员、国际法讲习会的学员们和其他国际法专家出席。

469. 在巴西政府的慷慨捐助下, 希尔维托·阿马多纪念讲座得以举行。第十二次希尔维托·阿马多纪念讲座于 1993 年 6 月 2 日由 Lucius Caflisch 先生(伯尔尼联邦外交部法律顾问)主讲, 讲题为: “和平解决国际争端领域的新趋势”。讲座后举行了希尔维托·阿马多纪

念晚宴。委员会希望像前几次一样, 讲稿将以英文和法文印发, 以尽量向国际法专家提供。

470. 委员会感谢巴西政府的慷慨捐助, 使希尔维托·阿马多纪念讲座得以在 1993 年举行。委员会请主席向巴西政府转达其谢意。

附件

国际刑事法院规约草案工作组报告

A. 导言

1. 依据国际法委员会 1993 年 5 月 17 日第 2298 次会议作出的关于建立国际刑事法院规约草案工作组会议的决定,¹工作组²于 1993 年 5 月 17 日至 7 月 16 日举行了 22 次会议³。

2. 委员会根据大会题为“国际法委员会关于第四十四届会议的报告”的第 47/33 号决议第 4、5、6 段确定了工作组的职权范围。该决议的第 4、5、6 段内容是：

“[大会,]

“.....

“4. 赞赏地注意到了国际法委员会题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’的报告, 报告的第二章专门载述是否建立国际刑事管辖问题;

“5. 请各国于可能范围内在国际法委员会召开第四十五届会议之前就国际刑事管辖问题工作组报告向秘书长提交书面意见;

“6. 请委员会继续就这个问题进行工作, 为此从下一届会议起作为一个优先事项进行拟订国际刑事法院规约草案的项目, 首先研究工作组报告中和第六委员会的辩论中所查明的问题, 以期在工作组报告的基础上起草一份规约, 同时应考虑到第六委员会辩论期间表示的意见和从各国收到的任何书面意见, 并向大会第四十八届会议提交一份进度报告。”

¹ 委员会 1993 年 5 月 25 日第 2300 次会议决定, “国际刑事管辖问题工作组”从此应称为“国际刑事法院规约草案工作组”。

² 工作组的组成见上文第一章第 9 段。

³ 这并不包括下文第 5 段中提到的各分组举行的会议。

3. 工作组收到了以下文件: 委员会第四十四届会议报告所载的国际刑事管辖问题工作组的报告; “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”专题的第十一次报告; “各国政府对于国际刑事管辖问题工作组报告的评论; “秘书处编写的大会第四十七届会议第六委员会中所进行讨论的专题摘要 B 节 (A/CN.4/446); 秘书长依据安全理事会第 808 (1993) 号决议⁷第 2 段提交的报告; 秘书处过去在联合国范围内拟订的由其他公共实体或私人实体拟订的国际刑事法院规约草案。

4. 在最初几次会议期间, 工作组全体审议了国际刑事法院规约草案中载述的较为一般的事项和组织事项、法官、书记官长、审判庭的组成等一系列条款草案, 在许多情形下就许多条款草案或至少就可据以草拟上述问题的有关条款的基础达成了初步谅解。

5. 后来, 为了加速工作, 工作组决定设立三个分组, 主要分别处理下列主题: 管辖权和适用的法律; 调查和公诉; 合作和司法协助。在稍后阶段, 还在各个分组之间分发了经确认为属于国际刑事法院规约范围内的一些新的主题事项。

6. 在讨论了各分组就分配给它们审议的主题事项提交的载有条款草案的报告以后, 工作组编写了一份供进一步研讨的规约草案的初步综合案文。

7. 工作组拟订的初步综合案文分为 7 个主要部分: 第 1 部分载述法庭的建立和组成; 第 2 部分载述管辖权和适用的法律; 第 3 部分载述调查和提起公诉; 第 4 部分载述审判; 第 5 部分载述

⁴ 《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 附件。

⁵ 《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), A/CN.4/449 号文件。

⁶ 同上, A/CN.4/452 和 Add.1 号文件。

⁷ S/25704 和 Corr.1 及 Add.1 号文件。

上诉和复审；第 6 部分载述国际合作和司法协助；第 7 部分载述刑罚的执行。

8. 由于工作组还无法就所提议条款的内容或措词达成广泛协议，或是由于等待大会的指示，一些条款或条款的部分内容还带有方括号。

9. 在若干情况下，对各条款草案的评注说明了工作组在拟订有关某一主题的条款方面所遇到的特别的困难、引发的各种意见或所产生的保留意见。

10. 工作组特别欢迎大会对上文第 8 和 9 段中提到的问题发表意见，并建议委员会在提交大会的报告中表明这一点。

11. 在拟订规约草案的总方针时，工作组遵循了委员会第四十四届会议的建议⁸及其工作组的报告，⁹也考虑到各国政府在第六委员会（A/CN.4/446，B 节）或在它们的书面意见¹⁰中所表示的意见。

12. 工作组拟订的规约草案题为“国际刑事法庭规约草案”。如下文第 5 条评注所述，工作组认为，草案中设想的三个机关，即“法院”或司法机关、“书记官长”或行政机关以及“检察处”或检察机关，由于概念、后勤和其他原因，须在规约草案中被视为完整的国际司法系统。

13. 以下是工作组编写的国际刑事法院规约草案。根据理解，这是规约的初步文本。工作组准备在委员会重新召集工作组会议时在委员会下届会议上重新讨论这一文本，并进行定稿工作。

B. 国际刑事法庭规约草案及其评注

第一部分：法庭的建立和组成

第 1 条 法庭的建立

兹建立国际刑事法庭（下称“本法庭”），其管辖范围和职能应遵守本规约的规定。

⁸ 见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 16 页，A/47/10 号文件，第 104 段。

⁹ 见上文脚注 4。

¹⁰ 见上文脚注 6。

第 2 条 法庭与联合国的关系

[本法庭是联合国的司法机关。]

[本法庭与联合国的关系应遵守本规约的规定。]

第 3 条 法庭所在地

1. 本法庭所在地在……

2. [本法庭][联合国秘书长]应经[大会]同意，与法庭所在地国缔结一项协定，就该国与法庭的关系作出规定。

第 4 条 法庭的地位

1. 本法庭是对本法庭规约缔约国（下称“缔约国”）和按照本规约对其他国家开放的常设机构。本法庭应于需要审理提交给它的案件时开庭。

2. 本法庭应在每个缔约国的领土内享有履行其职责和实现其宗旨所必需的法律行为能力。

评注

(1) 关于法庭的建立和组成的规约草案第 1 部分可按照其主题事项分几组加以审议。

(2) 第 1 至第 4 条提到与法庭的性质密切相关的方面，并述及法庭的建立（第 1 条）、其与联合国的关系（第 2 条）、法庭所在地（第 3 条）和法庭地位（第 4 条）。

(3) 第 1 条所设想的建立法庭的宗旨是，在其他审判程序可能不存在或可能不够适宜的情况下，为公正审判被控犯有国际性质的罪行的人提供一场所。

(4) 第 2 条的两款的前后括号反映了工作组的两种分歧意见，也反映了全体会议上讨论法庭应同联合国保持何种关系的情况¹¹。有些成员赞成法庭成为联合国的一个机关。而有些成员则认为这样可能需要修改《联合国宪章》，因此他们主张与联合国维持另一种关系，例如按照联合国

¹¹ 见上文第二章第 60 和 61 段。

与其专门机构之间的关系订立一项合作条约，并在一项单独的条约中规定由大会或其他机构选举法官。人们普遍认为，法庭至少同联合国建立某种正式联系是有好处的，不仅仅是因为法庭因此可以获得权威性和永久性，而且还因为法院的管辖权可能取决于安全理事会的决定（见草案第24条）。在这一方面，有些成员指出，法庭作为大会的一个附属机关建立，或按联合国可能决定的其他方式建立，就可能建立这种联系，这不一定涉及联合国所有会员国的预算义务或它们的参与（见关于法官选举的第7条）。

(5) 第3条第2款括号中的部分和拟选定的最终措词当然取决于根据第2条采取的解决办法。

(6) 第4条第1款反映了委员会第四十四届会议上工作组报告提倡的灵活性和减少费用的优点。¹²尽管法庭是一个常设机构，但只是在需要审理向它提交的案件时才开庭（见第36条）。有些成员认为，关于法庭只有在需要时才开庭的规则与真正的国际刑事法庭所必需的永久性、稳定性和独立性不一致。

第5条 法庭的机关

法庭应由以下机关组成：

- (a) 由按照第7条选举产生的18位法官组成的法院；
- (b) 按照第12条规定的书记官处；
- (c) 按第13条规定设立的检察官处。

评注

(1) 第5条规定了拟设立的称为“法庭”的国际司法系统的首要结构，其构成是：“法院”为司法机关，“书记官处”为行政机关，“检察官处”为检察机关。工作组中有人认为，由于概念、后勤和其他原因，规约草案必须将这三个机关视为完整的国际司法系统，尽管由于伦理和公正审判的原因，该系统的司法部门（法院）和检察部门（检察官处）间必须存在必要的独立性。

(2) 选用“法庭”一词是用来指定整个国际司法系统名称的，因为其信誉已在国际刑法中确立了地位，尽管在某些国内刑事系统中，它可能具有下级法院的涵义，但规约草案中用词的含义则完全不同。

(3) 规约草案的各个条款特别注意酌情提到整个法庭或具体提到法院。

(4) 工作组将于1994年下一届会议上，再度审议对管辖权机制暂时给予的名称的适当性。目前，整个机构称为“法庭”，它行使具体管辖权的组成部分称为“法院”。工作组希望强调指出的是，这个术语问题没有实质重要性。

第6条 法官的资格

法官应为品德优良的公正诚实人士，他们拥有在各自国家担任最高司法职位所需的资格。法院的整体组成应适当考虑到法官在刑法、国际法，包括国际人道主义法律和人权法律方面的经验。

第7条 法官的选举

1. 法官应由本规约缔约国的多数票选举产生。
2. 每一缔约国可提名一位具有第6条载明之资格且愿意和有能力按法院的要求工作的人士参加选举。
3. 法官应以无记名投票方式选举产生。
4. 不得有两名法官为同一国家的国民。
5. 缔约国应努力选出具有不同背景和经验且适当代表各主要法律体系的人士。
6. 法官任期12年，不得连任。然而案件一旦开始审理，法官应一直任职到案件结束为止。
7. 第一次选举时，由抽签决定的6名法官任期为4年，可连选连任；（抽签决定的）另6名法官任期为8年，其余法官任期12年。

¹² 见上文脚注4。

第8条 法官职位空缺

1. 出现空缺时,可按照第7条选出补缺的法官。

2. 被选出补缺的法官应把前任的任期任完,如果剩余任期不满4年,则有再当选一任的资格。

第9条 法官的独立性

法官作为法院的成员,应是独立的。法官不得从事干预其司法职能或可能会影响对其独立性之信任的任何活动。如有疑义,应由法院决定之。

第10条 院长和副院长的选举和职务

1. 院长以及第一和第二副院长应由法官以三分之二多数选出。

2. 院长和副院长任期为三年,或直到其在法院的任期结束,以先到的时间为准。

3. 院长和副院长组成院长会议,在本规约和规则规定之下,负责适当管理法院的行政工作以及规约赋予它的其他职责。

4. 任何时候,如果院长不在或不能主事,则可视情况由第一副院长或第二副院长代理院长职务。

第11条 暂停法官资格

1. 法官不得参加审理他们先前不论以何种身份介入过的案件,或者由于包括实际、表面或潜在的利益冲突在内的任何理由其公正性可能受到合理怀疑的案件。

2. 按照第1款或由于任何其他理由自己不适于参与审理某项案件的法官应将此事告知院长。

3. 被告得按照第1款的规定要求暂停一位法官审理案件的资格。

4. 任何关于暂停法官资格的问题应由有关审判庭的绝对多数决定加以解决。法院的院长和

两名副院长为此应辅助审判庭。受质疑的法官不得参与此项决定。

评注

(1) 第6至11条述及组成拟建立的国际刑事系统的三个机构中的第一个机构,即法院。这些条款述及法院的组成以及法官的地位和法院院长会议,并特别载有暂停法官资格(第6条)、法官的选举(第7条)、法官职位空缺(第8条)、法官的独立性(第9条)、法院院长和副院长的选举(第10条)和暂停法官资格(第11条)。

(2) 关于规定由规约缔约国多数票选举产生法官的第7条,工作组内有人明确指出,根据第2款,一缔约国可提名另一缔约国的国民。第7条原先在其第3款中载有放在括号内的用语,其大意是,由[联合国秘书长]按照[大会]规定的程序展开选举。正如关于第2条的评注所解释的那样,鉴于现阶段尚未确定法院将同联合国建立何种关系,工作组决定删去这些措词。

(3) 至于第7条第6款规定的法官较长的12年任期,工作组商定,这应视为对他们不得连选连任的一种交换。有人认为,与国际法院的法官不同,由于国际刑事机构的特殊性质,应该提倡不得连任的原则。唯有的例外情况载于第7条第7款以及关于法官职位空缺的第8条第2款。

(4) 在起草关于法官独立性的第9条时,工作组注意到,一方面应该有效地确保这种独立性,另一方面,拟议建立的法院不是一个全时制机构,因此按照第17条,法官没有薪金,而只有与履行职责所需的每日津贴和费用。因此第9条没有排除法官从事其他带薪职务的可能性(如第17条第3款所设想的那样);还努力确定关于可能会损害法官的独立性因而应加以避免的各种活动的标准。例如,法院法官不得同时兼任政府行政部门成员或官员就是一项明确的认识。如有疑义,由法院定夺。

(5) 关于法院院长和副院长的选举和职能的第10条很重要,因为他们组成根据规约草案负有具体职责的法院院长会议。工作组的一些成员强烈要求设立一位专职院长,他应住在法院所在地,并负责规约规定的法院的司法职责。其他人则强调灵活的必要性和法院作为一个必要时才开

庭的机构之性质：他们认为，如果规定院长为专职，可能会不必要地限制这一职务候选人的范围。会上商定，这一条款并不妨碍院长于情况需要时成为专职。工作组讨论了关于有否可能通过邮寄选票方式进行选举的问题，并未将此问题排除在外，但人们认为，这是一个应由法院内部规则决定的事项。有些成员还提出，法院的内部规则还可处理院长和副院长可能的候补人选问题。

(6) 关于暂停法官资格的第 11 条在第 1 款中载述了在任何特定案件中应暂停法官资格的一般理由。据工作组的理解，“他们先前不论以何种身分介入过的任何案件”也包括法官参与有检察官或辩护律师参与的同一案件。第 2 和第 3 款规定由法官本人（第 2 款）或被告（第 3 款）提起暂停资格程序。根据第 4 款，决定权始终属有关审判庭，而院长和两名副院长为此将辅助审判庭。工作组还讨论了是否应限定被告可要求暂停资格的法官人数以及在第 1 款下或第 2 款“任何其他理由”涉及暂停资格时是否仍应要求同样的法定人数。工作组欢迎大会就这两点提出意见。

第 12 条 书记官长的选举和职务

1. 经院长会议提议，本法院的法官应以无记名投票方式以三分之二多数选出书记官长，书记官长应为法院的主要行政干事。

2. 书记官长：

(a) 当选后任期 7 年，并且可连选连任；

(b) 应能全时制工作，但经院长会议同意，可在联合国系统内行使不影响其书记官长职务的其他职责。

3. 院长会议可任命或授权任命书记官处的其他必要工作人员。

4. 书记官处的工作人员须遵守书记官长尽可能比照《联合国工作人员条例和工作人员细则》制定并经法院核准的《工作人员条例》。

第 13 条 检察官处的组成、职务和权力

1. 检察官处由一名检察官、一名副检察官和其他必要的合格工作人员组成，检察官为检察官处负责人。

2. 检察官和副检察官应有优良品德，并在进行刑事案件的调查和起诉方面拥有最高水准的能力和和经验。他们应由从本规约缔约国提名的候选人中按本规约缔约国的多数票选举产生，任期 5 年，可连选连任。

3. 除非另有规定，缔约国应选举检察官或副检察官作为备选人员。

4. 检察官处是法庭的单独机关，应独立行事，不应从任何政府或任何来源寻求或接受指示。

5. 检察官应任命履行检察官处职责所必需的工作人员。

6. 检察官接到依照第 28 条提出的申诉后，应负责对被控已犯罪行进行调查并对犯有第 22 和第 26 条所指罪行的被告进行起诉。

7. 检察官不得审理涉及具有同样国籍者的申诉。凡检察官不能到任或暂停资格时，由副检察官代行其职务。

评注

(1) 关于书记官长的选举和职能的第 12 条和关于检察官处的组成、职务和权力的第 13 条述及组成拟建立的国际司法系统的另外两个机关。

(2) 由法院选举产生的书记官长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，例如通知，接收关于法院管辖权的宣示等。第 12 条不仅规定书记官长的选举，而且还规定书记官处工作人员的任命和适用于后者的细则。

(3) 至于第 13 条所规定的、由检察官、一位副检察官和可能需要的其他合格工作人员组成的检察官处，工作组中一直极为强调，尽管它作为拟建立的普遍性国际司法系统的一个机关，但在履行职责时应具独立性，因此应同法院的结构分离开来。因此这一条提出不由法院，而由规约的多数缔约国选举检察官和副检察官。然而应该指出，第 4 款还规定，检察官不得从任何政府或任何来源寻求或接受指示，因为他实际上是代表整个国际社会行事的。

(4) 第 5 款原先的行文在关于检察官任命检察官处工作人员方面把(与院长会议磋商)的提法放在括号里, 现已删去, 因为工作组认为, 任命检察官处的工作人员时如果必须征求法院院长会议的意见, 可能会损害检察官的独立性。然而, 有些成员认为, 法院的职务与检察官处的职务应是有联系的。

(5) 第 6 款具体规定了检察官的主要职务, 即对罪行进行调查和对被告提起公诉。但第 7 款为了同工作组对维护检察官独立性的关注保持一致, 规定检察官不得审理涉及具有其同样国籍者的申诉。

第 14 条 宣誓

法庭成员在根据本规约初次开始履行职务前应作公开宣誓, 保证公正和认真地履行职务。

第 15 条 免职

1. 法官不受罢免, 除非根据法院法官三分之二的意见, 认定他们犯有确凿的行为过失, 或严重违反本规约。

2. 当法院的三分之二多数认为检察官、副检察官或书记官长犯有确凿的行为过失或严重违反本规约时, 应将他或她罢免。

第 16 条 特权与豁免

1. 法官在缔约国领土上履行其职务时, 应享受给予国际法院法官同样的特权和豁免权。

2. 律师、专家和证人在缔约国领土上履行职务时, 应享受给予参加国际法院诉讼审理的律师、专家和证人同样的特权和豁免权。

3. 法院的书记官长、检察官、副检察官、和其他官员和工作人员在缔约国领土上履行其职务时, 应享受履行其职务所必需的特权和豁免权。

4. 法官可根据多数意见取消第 3 款中提到的除检察官外所有其他人的豁免权。对于法庭官员和工作人员, 法官只能根据书记官长或检察官酌情提出的建议采取这一行动。

第 17 条 津贴和费用

1. 院长领取年度津贴。

2. 副院长在行使院长职务时, 按日领取特别津贴。

3. 法官在履行职务期间领取每日津贴, 并对与履行职务有关的开支领取报酬。他们可继续领取在不违背第 9 条的情况下担任其他职务应得的薪金。

第 18 条 工作语文

法庭的工作语文为英文和法文。

评注

(1) 第 14 至第 18 条述及与法官开始和结束其职务有关的各方面, 以及有关法官和法院的工作和履行他们职务有关的问题。这几条包括宣誓(第 14 条)、免职(第 15 条)、特权与豁免(第 16 条)、津贴和费用(第 17 条)以及工作语文(第 18 条)。

(2) 第 15 条论及免职。这一条在两款中为法官、检察官、副检察官和书记官长作了基本相同的规定, 即: 免职是由于确凿的行为过失或违反规约, 其中免职决定是由三分之二的法官作出的。一些成员认为, 这项规定与《国际法院规约》的相应条款(第 18 条)有所不同, 该条中法官唯一接受罢免的情况, 是法院其余法官一致认为他已不复符合必要条件。一位成员对检察官可不经由选出他的机构加以罢免感到奇怪, 认为这种做法可能会影响他在法院中的独立性。

(3) 第 16 条论及法官、律师、专家和证人以及书记官长、检察官、副检察官和法庭的其他官员和工作人员, 在法院规约缔约国领土上履行职务时享有的特权和豁免权。为特权和豁免权之目的, 第 16 条将法院的法官与国际法院的法官同等对待。根据《国际法院规约》第 19 条, 国际法院的法官在执行法院职务时享受外交特权及豁免。对律师、专家和证人, 也与国际法院划了等号。在这方面, 《国际法院规约》第 42 条第 3 款规定, 各当事国之代理人、律师、及辅助人应享受关于独立行使其职务所必要之特权及豁免。第 16 条第 3 款草案还对书记官长、检察官和法

院的其他官员和工作人员的特权和豁免采用了“履行职务”标准，尽管这些特权和豁免可由多数法官根据书记官长或检察官酌情提出的建议予以撤消。为保证其独立性，检察官的豁免和特权不得取消。

(4) 第 17 条论及津贴和费用。这一条规定，尽管拟议中的法院可能不是一个全时制机构，但如第 10 条评注所述，如情况需要，其院长可成为全职工作人员。因此，在对法官和副院长提出的每日津贴或特别津贴与院长年度津贴之间作了区分。

(5) 第 18 条规定英文和法文为法庭的工作语文，这一条应与第 39 条和第 44 条第 1 款 (f) 项和第 2 款联系起来看。

第 19 条 法庭规则

1. 法院可根据法官的多数意见和院长会议的建议，在本规约下制定法庭工作的规则，包括以下方面的规则：

(a) 审判前调查的进行，特别是保证第 38 至 44 条中所提到的权利不得受到侵犯；

(b) 任何审判中应遵循的程序和适用的证据规则；

(c) 执行本规约所必需的任何其他问题。

2. 法庭规则应立即通知所有缔约国，并应予以发表。

第 20 条 法院的内部规则

法院在不违背本规约和法庭规则的条件下，有权决定它自己的规则和程序。

评注

(1) 第 19 条和第 20 条均述及规则的制定。第 19 条论及法庭有关审判前调查的规则和进行公开审判本身的规则，包括有关尊重被告权利的问题、程序和证据等问题。第 20 条则涉及法院内部活动所必需的规则，如工作方法、法院内部开庭的方法等。

(2) 一些成员特别强调，需在这两种规则之间有所区别，这种意见在工作组内占主导地位。然而，一些成员仍不认为这两种规则之间存在实质上的区别。

(3) 关于第 19 条第 1 款 (b) 项，一位成员认为，有关通过证据规则的问题过于复杂，涉及制订实质性法律，因此，在 (b) 项中不应作为法庭职权范围的一部分。还有一位成员认为，这一条应增加一项规定，对不在法庭通过的、有关程序和证据的规则范围内的案件，法庭应在这方面使用习惯标准。一些成员认为，第 1 款 (b) 项的目的是列入有关程序和证据的最为基本的规则和一般原则。

(4) 所达成的理解是，第 20 条也规定每个审判庭有制订某些程序的权力。

第 21 条 审查规约

本规约生效至少五年后，经至少 [] 个缔约国的要求，应举行审查会议，

(a) 审查本规约的执行情况，

(b) 审议是否可能通过对本规约以议定书或以其他适当文书的方式对第 22 条中所载的罪行清单进行修订或增补，特别是如果届时危害人类和平与安全治罪法已经缔结并生效，则应将其列入清单中。

评注

关于审查规约的第 21 条的排放位置仍是临时的。这一条有可能列为规约最后条款的一部分。本条草案 (b) 项与第二部分（管辖权和适用的法律）的关系尤为密切，因为它将为扩大第 22 条中所载明的管辖权提供基础，将新的公约（包括危害人类和平与安全治罪法）纳入它的范围之内。

第二部分：管辖权和适用的法律

第 22 条 条约界定的罪行清单

法院可对交其办理的以下罪行拥有管辖权：

(a) 1948 年 12 月 9 日《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 2 和第 3 条规定的种族灭绝罪和有关罪行；

(b) 严重违反：

(一) 1949 年 8 月 12 日《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》，犯有该公约第 50 条所规定的罪行；

(二) 1949 年 8 月 12 日《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》，犯有该公约第 51 条规定的罪行；

(三) 1949 年 8 月 12 日《关于战俘待遇的日内瓦公约》，犯有该公约第 130 条规定的罪行；

(四) 1949 年 8 月 12 日《关于战时保护平民的日内瓦公约》，犯有该公约第 147 条规定的罪行；

(五) 1977 年 6 月 8 日《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的第一附加议定书》，犯有该议定书第 85 条规定的罪行；

(c) 1970 年 12 月 16 日《关于制止劫持航空器的公约》第 1 条所规定的非法劫持航空器的行为；

(d) 1971 年 9 月 23 日《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第 1 条规定的罪行；

(e) 1973 年 11 月 30 日《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第 2 条规定的种族隔离罪和有关罪行；

(f) 1973 年 12 月 14 日《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》第 2 条规定的罪行；

(g) 1979 年 12 月 17 日《反对劫持人质国际公约》第 1 条规定的劫持人质罪和有关罪行；

(h) 1988 年 3 月 10 日《禁止危害航海安全的非法行为公约》第 3 条和《禁止危害大陆架固定平台安全的非法行为议定书》第 2 条规定的罪行。

评注

(1) 第二部分论及管辖权和适用的法律，是规约草案的核心。从可能引起法院管辖权的罪行角度来看，第 22 至第 26 条基本上制定了两类管辖权，依据是工作组将规定某些罪行为国际罪行的条约与仅仅规定禁止从事在国家法律下构成犯罪的行为的不法行为的条约之间所作的区分。第一类条约的例子有 1979 年 12 月 17 日《反对劫持人质国际公约》。第二类条约的例子有 1963 年 9 月 14 日《飞机上犯罪行为和某些其他行为的公约》以及所有对付与毒品有关罪行的条约，包括 1988 年 12 月 20 日的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》。

(2) 第 22、23 和 24 条论及上述第一类管辖权。这一类管辖权涉及的罪行和条约列在第 22 条中。工作组认为，第 22 条中列出各项条约中所载的罪行，并将这些罪行视为国际法下的犯罪，主要有两个标准：(a) 这些罪行本身有关条约已对之作了规定，使国际刑事法院可对条约中论及的罪行适用一项基本条约法；(b) 条约对其中所规定的罪行根据或引渡或审判的原则建立了一套具有普遍管辖权的制度，或由一国际刑事法庭审判该项罪行，或两者兼有。

(3) 第 22 条 (b) 项不包括 1949 年 8 月 12 日《关于保护非国际性武装冲突受难者的日内瓦公约》的附加议定书 (第二议定书)，因为该项议定书没有对严重违反情况作出规定。

(4) 第 22 条没有列入 1989 年 12 月 4 日的《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》，因为该项公约尚未生效。如该公约在规约通过之前生效，可考虑将其列入。在这种情况下，宜增列以下一款：

“(一) 1989 年 12 月 4 日《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》第 2、3 和 4 条规定的与雇佣军活动有关的罪行。”

(5) 关于与毒品有关的罪行，包括《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》中所提

到的罪行，因上面第（1）和第（2）段中所述的原因，未将它们列入第 22 条，尽管法院可根据第 26 条第 2 款（b）项中论及的另一类管辖权取得对它们的管辖权。

（6）一些成员出于第 26 条评注中所说明的理由认为，《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》中所述的罪行从特点上来看完全可以被列入第 22 条清单。一些成员还认为，1984 年 12 月 10 日《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》中论及的酷刑罪也符合列入该清单的条件。

第 23 条 国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受

备选案文 A

1. 本规约缔约国可在任何时候向书记官长提出声明，接受法院对第 22 条所载的一项或一项以上罪行的管辖权。

2. 根据第 1 款提出的声明可限于：

（a）据称构成第 22 条所载某项罪行的特定行为；

（b）在某一特定时期从事的行为；

或属可普遍适用者。

3. 根据第 1 款提出的声明可表明具体期限，在到期前可不撤回，也可不表明具体期限，但必须在撤回前六个月通知书记官长。撤回并不影响根据本规约已经开始的诉讼程序。

4. 非本规约缔约国可在任何时候向书记官长提出声明，接受法院对第 22 条所载的某项罪行的管辖权，而该项罪行是或可能是本规约下的起诉事由。

备选案文 B

1. 除非作出第 2 款规定的声明，否则一国在成为本规约缔约国时即视为接受法院对第 22 条所载任何罪行的管辖权，只要它是界定该罪行的条约的缔约国。

2. 本规约缔约国可向书记官长提出声明，表示不接受法院对第 1 款所指一项或一项以上罪行的管辖权。

3. 声明可在批准或加入颁布本规约的条约之时作出，亦可在此以后任何时候作出，若如此则于作出后 90 天生效，并且不影响根据本规约已经开始的任何诉讼程序。

4. 声明可随时撤回，撤回立即生效。

备选案文 C

1. 本规约缔约国可在任何时候向书记处作出声明，接受法院的司法权。

2. 除非另有说明，按照第 1 款提出的接受声明将被认为同意法院对第 22 条所列所有罪行拥有管辖权。

3. 根据第 1 款提出的声明可限于：（其余规定与备选案文 A 第 2、3 和 4 款相同）。

评注

（1）第 23 条论及各国接受法院对第 22 条所列罪行管辖权的方式和方法。

（2）备选案文 A 列出的制度可称之为“自愿加入”制度，它并不因成为规约缔约国的简单事实而自动给予法院对某些罪行的管辖权，而需另外发表一个取得该效果的专门声明。有些成员认为它最能反映法院管辖权协商一致的基础，又能最好地表述对法院管辖权所采取的灵活办法，这正是工作组在委员会上一届会议上提出的建议要点。

（3）在这方面，备选案文 A 的第 1、2、3 款述及法院规约和有关相应条约缔约国的接受。第 1 款规定了提出一般性声明的可能性，这与《国际法院规约》第 36 条中的任择条款十分类似。这种声明根据第 2 款，可以是一般性的，也可有某些属物理由或属时理由的限制。然而在后者情况下，第 3 款从诚意原则中受到启发规定了某些限制。备选案文 A 第 4 款涉及有关相应条约的缔约国但非本法院规约的缔约国接受法院对第 22 条所载罪行之管辖权的可能性。

(4) 还有一些成员不认为法院管辖权协商一致基础或工作组在委员会第四十四届会议上提出的建议必然要求采用备选案文 A 中的制度。他们倾向于采用使法院规约缔约国的地位更有意义的另一种办法。他们的主张是, 一国通过成为法院规约的缔约国, 便自动给予法院对第 22 条中所列罪行的管辖权, 尽管它们有权在这一管辖权中排除某些罪行(选择退出制度)。备选案文 B 和 C 就是工作组根据关于法院管辖权的这种办法讨论的可能案文。

(5) 工作组向委员会提交这些备选案文, 建议将其转交大会, 请大会就采取哪种制度提供指导。

第 24 条 法院在第 22 条方面的管辖权

1. 根据本规约, 法院对第 22 条所提及的罪行拥有管辖权, 条件是:

(a) 根据有关条约有权在本国法院审判该罪行涉嫌者的任何国家,

(b) 在灭绝种族疑案方面, 1948 年 12 月 9 日《防止及惩治灭绝种族罪公约》的任何缔约国,

根据第 23 条已接受法院的管辖权。

2. 如果涉嫌者在其国籍所属的国家领土内或在据称发生罪行的国家领土内, 也需要该国接受法院的管辖权。

评注

(1) 第 24 条规定了根据关于法院管辖权的第 22 条在某一案件方面必须接受法院管辖权的国家, 即必须同意的国家。

(2) 工作组建议的一般标准由本条第 1 款(a)项列出, 即法院对某些罪行拥有管辖权, 条件是根据有关条约通常有权在本国法院审判该罪行涉嫌者的任何国家已根据第 23 条接受了管辖。阅读本款时应结合关于向法庭递交被告的第 63 条, 特别是其中的第 3 款和评注。

(3) 第 1 款(b)项特别提到《防止及惩治灭绝种族罪公约》是因为, 和第 22 条中所列其

他条约不同的是, 这项公约不是基于“不引渡即审判”的原则, 而是基于属地性原则。该公约第 6 条规定, 凡被控犯有灭绝种族罪或公约第 3 条中所列其他行为之一者, 应交由行为发生地国家的主管法院审判。但是, 和该公约的不实行普遍管辖原则相对应的是, 第 6 条还规定, 上述人员也可以交由缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审判。这可以解释为同时是规约缔约国的缔约国授权国际刑事法院, 允许它对由任何国家向它移送的被告人行使管辖权。从第 6 条的编撰情况来看, 可以做出这一解释。¹³

(4) 根据有关条约拥有管辖权、因而可由本国法院审判该罪行涉嫌者、但情愿向本法院提起诉讼的国家的同意并不足以使本法院拥有管辖权, 只有在被告不在该国领土上、而在涉嫌者原籍国领土上或在所控罪行发生地国领土上的情况下, 本法院才拥有管辖权。在这种情况下, 也必须视情况由上述两个国家中的一国或另一国接受管辖权或以其他方式表示同意才能拥有管辖权。

第 25 条 安全理事会提交本法院的案件

在情况符合第 27 条的条件下, 法院根据本规约也拥有对第 22 条或第 26 条第 2 款(a)项所提及案件的管辖权。这类案件可经安全理事会授权提交法院。

评注

(1) 如其案文所表明的那样, 从可引起法院管辖权的种类来看, 第 25 条并不构成单独一种管辖权。不如说, 由于也为联合国安全理事会规定了这一权力, 它扩大了可将第 22 条和第 26 条第 2 款(a)项所提及罪行提交法院审判的主题事项的范围。工作组认为, 为了使安全理事会能作为代替建立特设法庭的一种办法利用本法院, 这样一项规定是必要的。

(2) 一些成员担心第 25 条意味着授予安全理事会一种他们认为一般不应拥有的权力, 即指明某些具体的人为侵略罪涉嫌者并对他们控以具体的罪名。在这方面, 工作组达成的一项谅解是, 安理会一般不会把对指明的个人的诉讼“案

¹³ 见 1948 年 4 月 5 日至 5 月 10 日灭绝种族问题特设委员会的报告(《经济及社会理事会正式记录, 第三年, 第七届会议, 补编第 6 号》(E/794))。

件”提交法庭，而更有可能把一种侵略情势提交法庭，由法庭的检察官进行调查和对指明的个人起诉。

(3) 一些成员认为，也应把根据第 25 条向法院提交案件的权力授予大会，特别是安全理事会可能因否决权而无法采取行动的案件。

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

1. 法院根据本规约对第 22 条所未包括的其他罪行也有管辖权，在这种情形下，第 3 款所确定的一国或数国以书面形式通知书记官长说它们特别同意法院就该罪对指明的人员或几类人员行使管辖权。

2. 第 1 款所指的其他国际罪行是：

(a) 一般国际法下的罪行，即为整个国际社会所接受并公认为具有根本性质的、若被违反就会造成个人刑事责任的国际法准则下的罪行；

(b) 可据以实施某项旨在制止有关罪行的多边条约之规定，诸如《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》并且按照此种条约的规定构成极其严重罪行的国内法下的罪行。

3. 第 1 款提及的一国或数国为：

(a) 在第 2 款 (a) 项提及的罪行方面，涉嫌者在其领土上的国家和有关行为或不行为在其领土上发生的国家；

(b) 在第 2 款 (b) 项提及的罪行方面，涉嫌者在其领土上、并根据条约拥有管辖权、因而可由本国法院审判该罪行涉嫌者的国家。

评注

(1) 第 26 条规定了在本规约草案第 2 部分开首第 22 条评注中提到的第二类管辖权。这一条使有关国家能通过特别表示同意法院在该罪行方面对指明的人员或几类人员行使管辖权授予法院管辖权。本条所涉的两类罪行载于第 2 款。

(2) 第 2 款 (a) 项提到“一般国际法下的罪行”，这可能是首次和个人责任联系起来，将其称为“整个国际社会所接受并公认为具有根本

性质的、若被违反就会造成个人刑事责任的国际法准则下的罪行”。本款旨在将习惯国际法中有其依据、否则就不属法院基于属物理由管辖权范围的国际罪行包括进去，如条约没有阐明的侵略、有关国家不是《防止及惩治灭绝种族罪公约》缔约国情况下的灭绝种族罪，或 1949 年日内瓦公约未列入的其他危害人类罪行。对工作组来说，在发展国际法的现阶段，国际社会居然设立一个管辖范围不包括上述罪行的国际刑事法院，这似乎是不可想象的。

(3) 应当指出，在这方面，已由安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827 (1993) 号决议核准的秘书长关于设立审判 1991 年以来前南斯拉夫境内对严重违反国际人道主义法律行为负有责任的人的国际法庭的报告¹⁴认为，下列文书是协议国际法，无疑已成为习惯国际法的一部分：1907 年 10 月 18 日《陆战法规和惯例公约》（第四项海牙公约）及其条例；1948 年 12 月 9 日《禁止及惩治灭绝种族罪公约》；以及 1945 年 8 月 8 日《国际军事法院宪章》。¹⁵

(4) 但一些成员对第 2 款 (a) 项表示了保留意见。在工作组中得到一些支持的一种可能的选择是删去第 2 款 (a) 项，将问题放在第 25 条中处理，也就是说让安全理事会将这类罪行提交法院审判。就侵略罪行而言，这将是一种解决办法。这种办法考虑到，认定一个国家进行了侵略是追究那些参与策划或进行侵略的人的个人责任的先决条件，这在任何情况下都是安全理事会的职责。而且，这不会有悖于《纽伦堡判决书》，因为该判决书认为危害人类罪只限于同危害和平（侵略）罪有关的罪行或战争罪本身。如果采用这一办法，第 25 条第 1 款的有关部分就要改为“对第 22 条或第 26 条所提及案件，或对一般国际法范围内的罪行拥有管辖权，这类案件或罪行可提交……”。

(5) 第 26 条所针对的另一类罪行载于第 2 款 (b) 项中，这类罪行和第 22 条评注第 (1) 段和第 (2) 段中提到的区别有关，即限定罪行为国际罪行的条约和只规定惩治构成国内法范围罪行的不可取行为的条约之间的区别。后一类罪

¹⁴ 见上文脚注 7。

¹⁵ 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，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页）。

行在第2款中被限定为“可据以实施某项旨在制止有关罪行的多边条约之规定……并且按照此种条约的规定构成极其严重罪行的国内法下的罪行”。

(6) 考虑到大会送交国际法委员会研究是否可能成立国际刑事法院问题的程序,工作组认为特别有必要指出的是,这使国际刑事法院能获得对与毒品有关的罪行的管辖权,这也就是为何要在此款中特别提及此类罪行以及《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的原因。但还必须指出,为防止法院过多地忙于琐碎案件,

(b) 项规定了一个限度,将这类罪行限定为“按照此种条约的规定构成极其严重罪行的国内法下的罪行”。

(7) 工作组一些成员对把与毒品有关的罪行和第22条所针对罪行分开并列列入另一类管辖权的范围表示了严重保留意见,认为按照下列任何标准可将联合国《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和规约第22条草案中所列公约等同起来:(a) 有关行为构成国际法范围内的罪行;(b) 关于有关罪行根据国内法应受惩罚的规定;(c) 关于除犯罪地国以外的国家对有关罪行的管辖权的规定;(d) 要求如果犯罪者所在国决定不引渡(要么引渡要么审判)就对犯罪者进行起诉和审判的规定;(e) 关于引渡和相互法律援助的规定。鉴于上述情况,他们建议将该项公约也列入第22条。另一些成员不同意这样做,主要理由有:(a) 该项公约没有充分阐明与毒品有关的各种罪行,因而不能作为法院可在不参照国内法的情况下直接适用的基本条约法,

(b) 该公约所规定的审判和引渡义务的履行不仅取决于条约规定的生效,还要取决于有关缔约国是否已在国内法中规定应惩罚公约中所提及的罪行。

(8) 关于需要征得哪个或哪些国家的同意才能使第26条所述的法院管辖权有效,工作组提出了两种不同标准。关于可据以实施旨在惩治有关罪行的多边条约规定的国内法范围的罪行,所提出的标准是,法院要有管辖权,只需征得涉嫌者在其领土上、且根据有关条约拥有管辖权因而可由其本国法院对该罪行涉嫌者进行审判的国家的同意。

(9) 更具限制性的标准是就一般国际法范围内的罪行所建议的标准。在这方面,工作组建议,要征得涉嫌者在其领土上的国家和有关行为

或不行为在其领土上发生的国家的同意,法院才能有管辖权。

第27条 控告侵略

不得在第25条或第26条第2款(a)项之下指控某人犯有侵略罪或与侵略行为直接有关的罪行,除非安全理事会先行认定有关国家进行了侵略,而这一侵略行为是指控的对象。

评注

(1) 第27条确立了安全理事会和拟议中的国际刑事法院之间的关系。工作组认为,如果发生侵略行为,确定个人的责任就表明某一国已被认定为犯有侵略罪,而这种调查结果要由安全理事会得出。代表该国行事并以这种身份参与策划和进行侵略的个人是否可以被起诉这类随之产生的问题将由法院决定。

(2) 在规约草案早先的案文中,本条为第25条第2款。工作组决定将该款改为单独的一条,置于第26条之后,以明确表示,如果发生侵略行为,拟议的安全理事会与法院之间的关系不仅适用于根据第25条(在安全理事会主动采取行动下)提起的公诉,而且也适用于在第26条第2款(a)项之下提起的公诉,在这种情况下可设想一国会对其某人控以侵略罪。

第28条 适用的法律

法院应适用:

(a) 本规约;

(b) 可适用的条约以及一般国际法的规则和原则;

(c) 作为补充来源的国内法中任何可适用的规则。

评注

(1) 第28条提到的前两种可适用之法律的来源是规约和适用的条约。有一项理解是,在法院依据第22条管辖的案件中,起诉书将具体说明根据具体条约条款指控被告所犯的罪行。在符合规约的条件下,这些具体条款将是任何诉讼的依据。

(2) 考虑到第 26 条第 2 款 (a) 项的规定, 在第 28 条 (b) 项中提及一般国际法规则和原则特别重要。另一项理解是, “一般国际法规则和原则” 包括 “一般法律原则”, 这样, 法院才能在遇到条约中没有明确规定的问题而需要指导时求助于对国家法院适用的或已成为国际惯例的所有刑法。

(3) 考虑到第 26 条第 2 款 (b) 项的规定, 在第 28 条 (c) 项中提及 “国内法中任何可适用的规则” 也特别重要。

第三部分: 调查和起诉

第 29 条 申诉

按照国际公约的条款对特定罪行具有管辖权并按照本规约第 23 条就该罪行接受本法院管辖的本规约任何缔约国、或具有这种管辖权并按照第 23 条接受本法院管辖的其他国家、或已同意法院在第 26 条下的管辖权的任何国家、或根据第 25 条提交案件的安全理事会, 均可通过向书记官长提交申诉形式的呈文及其认为必要的支持文件, 说明有人似乎犯下了属于法院管辖的罪行, 提请法院予以注意。

评注

(1) 国际刑事法庭意在成为供规约缔约国、其他国家和安全理事会使用的工具。申诉是援用这一工具并开始刑事程序初步阶段的机制。这种申诉可由对罪行具有管辖权并就该罪行接受法院管辖的任何国家提出。为了满足第一个要件, 该国必须依它参加第 22 条所列的条约、习惯国际法、或其国内法对该罪行具有管辖权。为了满足第二个要件, 如已加入本规约, 该国必须接受本法院对该罪行的管辖, 如尚未加入本规约, 它必须依照第 23 条接受法院对该罪行的管辖。

(2) 工作组考虑把诉诸本法庭的权利限于本规约缔约国, 以鼓励各国接受规约中所规定的权利和义务, 并且分担法庭业务活动费用, 这一问题还有待研讨。在某些方面, 这样做对于依条约设立的法庭来说似乎是适当的。但工作组认为, 国际社会建立起诉、惩罚和遏制任何地方发生的国际罪行的普遍机制的目的是, 要让所有国家都能按照第 29 条的规定利用这一条约机构。

(3) 鉴于安全理事会负有依《联合国宪章》维护和平与安全的主要责任, 理事会也有权按照《宪章》赋予理事会的职能和权力, 将惯例法或习惯法下的国际罪行提交本法庭并提起刑事诉讼。工作组认识到导致理事会为起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭的情况, 但认为安全理事会最好能把这些事项提交现有的机构。

(4) 有一位成员认为, 如果显然属于本法院管辖权范围内的某一项罪行由于无人申诉而可能不会得到正当的调查, 检察官应该得到授权以展开调查。但是, 另一些成员认为, 至少在发展国际法律体系的目前阶段, 不应该在没有任何国家或安全理事会支持的情形下, 对规约所载的罪行进行调查和起诉。

(5) 向书记官长提交申诉的用意是提请法庭注意在其管辖范围内明显犯下的罪行。基于下列理由, 申诉必须附有支持文件。第一, 拟议的法庭是必要时可予利用的机制, 但除非有理由这么做, 否则就不应该动用它。鉴于所需人员和刑事诉讼中所涉的费用, 不应该就琐屑的、缺乏根据的或出于政治动机的申诉援用这个体制。第二, 检察官须在获得必要的资料后开始进行调查。这并不是说, 在申诉中应该提供确凿的表面证据, 而是说应该有足够的资料和支持文件来证明显然有人犯下某项罪行, 并且为调查提供一个起点。

(6) 在调查和审判前阶段, 法院的院长会议除了行使行政职能以外, 也将行使各种司法职能。另外, 视提交法庭的案件多寡情况, 它也可把这些职能转交法院的某一审判庭。拟议的法庭是一个常设机构, 它只是被要求审理特定案件时才展开业务活动。视案件工作量而定, 院长会议可能需要建立一个或多个审判庭来执行有关调查和审判前程序的职能, 例如同申请拘票或逮捕令和审查起诉书有关的那些职能。这样做可能有其必要, 以确保及时审议检察官提出的关于发出调查和起诉所需命令的请求, 并且确保被告一旦被确定起诉后可以毫不延迟地接受审讯的权利。有位成员还问, 如果提交法庭的案件太多, 能否设立由三位法官组成的起诉庭。

第 30 条 调查和准备起诉书

1. 一旦收到根据第 29 条提出的申诉, 检察官即应着手调查, 除非他断定不存在可能由法院

2. 若认为被告在其管辖范围内的一个或数个缔约国就作为起诉书案由的罪行接受法院管辖, 法院应下令该一个或数个缔约国:

(a) 确保本条第 1 款中所指的起诉书和其他文件通知到被告本人; 和

(b) 如果法院对被告发出了逮捕或拘留令, 确保在此种通知后立即逮捕或拘留被告。

3. 若认为被告在其管辖范围内的一个或数个缔约国不接受法院对作为起诉书案由的罪行具有管辖权, 法院应请该一国或数国:

(a) 与法庭合作, 使起诉书和其他文件通知到被告本人; 和

(b) 如果法院对被告发出了逮捕或拘留令, 进行合作以逮捕或拘留被告。

非本规约缔约国

4. 若认为被告在其管辖范围内的一国或数国不是本规约缔约国, 法院应:

(a) 向该国或数国送交该起诉书和法院有关该被告的任何命令;

(b) 向该国或数国送交本条第 1 款 (b) 项中提到的起诉书和其他文件; 和

(c) 请该国或数国:

(一) 与法庭合作使起诉书和其他文件通知到被告本人; 和

(二) 如果法院对被告发出了逮捕或拘留令, 进行合作以逮捕或拘留被告。

不可能将起诉通知送交本人的情况

5. 如果在提出起诉书后六十天期间之内未将起诉书和其他文件送交被告本人, 法院应规定其他方法, 使被告注意到该起诉书。

评注

(1) 为了确保迅速将起诉通知送交被告, 法院应立即向本规约的所有缔约国发出起诉通知和

任何有关命令, 并按照第 33 条将起诉书和其它有关文件转交据信有被告在其领土上的缔约国。在后一种情况下, 应向该缔约国提供文件, 以期由它们趁被告还在该国的时候把文件转交给他们并且把他们拘押起来。因此, 要送交被告的不光是起诉书, 还应向他们提供为了准备辩护所需要的文件, 包括告诉他们有聘用律师之权利的一份说明、载明被告权利和审判程序的本规约、以及法院的证据及程序规则。必要时, 需向被告提供这些文件的译本。

(2) 第 33 条规定当被告本人是在以下三种国家的三个不同情况下应向被告送交起诉通知:

(a) 针对指称的罪行接受法院管辖的本规约缔约国, (b) 还没有针对指称的罪行接受法院管辖的本规约缔约国, (c) 不是本规约缔约国的某一个国家。

(3) 在第一种情形下, 法院应命令该国将起诉书送交被告本人、向他转交附带的文件并且遵守任何逮捕或拘留命令。这种国家已经确认该罪为法律事项, 并且作为本规约缔约国接受了这些义务。

(4) 在第二种情形下, 法院应请该国在通知、逮捕或拘留被告上提供合作。作为缔约国, 该国有与法庭合作的普遍义务。但是, 对于被控它没有接受法院管辖之罪行的人, 它没有具体义务。而且, 它可能不是规定该罪行的条约的缔约国。

(5) 在第三种情形下, 法院应转交起诉书和其它有关文件, 并请该国在通知、逮捕或拘留被告一事上提供合作。虽然这种国家没有接受关于本法庭的任何义务, 但是应该给它一个机会, 鼓励它在起诉据称犯有影响整个国际社会之严重罪行的人员上提供合作。如果该国是规定该项罪行的条约的缔约国, 它或许愿意这么做。

(6) 如果在 60 天内未将起诉书送交被告本人, 法院可规定将控罪通知被告的备选办法。这一事项可以较详细地在法院制订的规则中加以处理。

第 34 条 指定协助检察的人员

1. 缔约国可应检察官要求指定人员协助进行起诉工作。

2. 此类人员应在起诉工作持续期间工作, 除非另有议定。他们应在检察官的指挥下工作, 在执行本条所载职务时不应寻求或接受除检察官外的任何政府或其他来源的指示。

评注

(1) 第 34 条的用意是, 使不会有常任工作人员的检查官, 至少在本规约设想的法庭的初期, 一旦接到申诉, 便能够有合格和有经验的工作人员来帮他毫不延迟地开始调查和检察工作。缔约国可应检察官要求, 指定现有人员协助进行第 1 款所述的特定案件的检察工作。工作组认为, 书记官长编制一份能够协助调查和起诉工作的人员名单会有助益。可请缔约国建议列入这一名单的人士。

(2) 为了避免正在进行的调查或检察工作中断, 各国应该准备在检察工作持续期间提供这些人员。任何此类人员应在检察官的指挥下工作, 不应寻求或接受除检察官外的任何政府或其它来源的指示。《联合国宪章》第一百条载有关于联合国工作人员的类似规定。

(3) 本规定的用意是协助检察官根据第 13 条第 5 款任命合格的工作人员。但是, 检察官不应限于仅从缔约国指定的人员中任命任何所需人员。检察官有权挑选具有必要资历和经验的人员执行交给检察官处的任务, 以确保检察官处的业务能力和独立地位。

第 35 条 审前拘留或保释

1. 法院应决定被提交法院的被告是否应继续被拘押或应交保释放。

2. 如果法院决定继续拘留被告, 法院所在地国应向法院提供适当的拘留地点, 并在必要时提供所需警卫。

评注

(1) 一旦被告被逮捕并且移交法庭, 法院应决定是否继续拘押被告或予以交保释放。

(2) 鉴于本规约所载罪行的严重性质, 有许多理由使人相信有必要拘留被告。因此, 本条第 2 款规定法庭所在地国应提供必要的拘留设施和

必要的警卫。工作组认为, 关于这些事项的细节, 以及可能视为必要的其他有关安全的安排, 应该在法庭和被选定为法庭所在地的国家之间缔结的协定中载明。

第四部分: 审判

第 36 条 审判地点

1. 除法院另有决定外, 审判地点原则上应在法庭所在地。

2. 经法院和有关国家之间安排, 法院可在任何缔约国领土上或在任何其他国家的领土上行使管辖权。

3. 如切合实际并符合司法利益, 审判应在指称的罪行发生的国家内或附近举行。

评注

(1) 一般来说, 审判将在法庭所在地举行, 并应利用现有的人员和设施。另一办法是, 法院可决定, 鉴于在离指称的犯罪地点较远的地方举行审判较切合实际情况, 这样做便于在短时间和以较低的费用运送证人和证据。

(2) 但是, 审判地点接近据称发生规约所载罪行的地点有可能对司法程序带来政治影响, 因而也产生了有关尊重被告获得公正和不偏不倚审判权利的问题, 或可能对被告、证人、法官和法庭的其他工作人员造成不可接受的安全威胁。因此, 只有在切实可行并符合司法利益时, 才可在法庭所在国以外的国家举行审判。

(3) 在决定审判地点时, 审判庭必须根据第 39 条第 1 款 (a) 项考虑这两种因素。审判庭可就这一问题在不对着手审判造成不必要延误的情况下征求检察官或被告方的意见。

(4) 审判若在法庭所在国以外的国家举行, 应遵循法庭与有关国家之间达成的安排, 这种国家可能是规约缔约国, 也可能不是规约的缔约国。这种安排需解决类似于同法庭所在国签署的协定中所规定的问题, 如果审判在非规约缔约国的国家举行, 可能还要解决其他问题。有人建议, 这种安排的标准条件可载入规约的附件, 并可增加具体案件所需的任何附加规定。工作组认

为，将这条规定移至规约中规定总部协定的条款中可能较为适宜，因此将在以后增列该条款。

第 37 条 审判庭的设立

1. 案件应由法院审判庭审判。
2. 应根据法院规则设立法院审判庭。每一审判庭应由五名法官组成。
3. 可设立若干审判庭，它们可同时开庭。
4. 案件中申诉国或被告属其国民的国家的法官均不应为处理该案件的审判庭法官。

评注

(1) 在规约下被控犯罪的人将由五名法官组成的法院审判庭审判，审判庭根据法院通过的规则设立。

(2) 根据提交法院的案件数量，为保证尊重被告在不发生不必要延误的情况下受审的权利，也许有必要同时由一个以上的审判庭开庭，同时进行若干审判。

(3) 根据规约所载罪行的性质，如果听审的案件涉及法官属其国民的国家提出的申诉或对与法官同一国籍的被告提出的申诉，该法官不得在审判庭工作。这是为了避免在法院的独立性和公正性方面产生问题，并保证被告受到公正审判。

(4) 审判庭由院长会议召集开庭，根据第 32 条确认了起诉书之后审理某一案件。有些成员认为，院长会议作为由法院院长和副院长组成的司法机关的常设机构，应任命在审判庭工作的法官。但是另一些成员认为，审判庭的法官应每年一度预先确定，应遵循轮换制，以保证所有法官有机会平等参加法院的工作。他们还建议，遴选工作应以法院将通过的规则所载的客观标准为基础，而不应以院长会议的三名成员的主观决定为基础。工作组请委员会和大会就这一以后将审议的问题作出评论。

第 38 条 关于管辖权的争端

1. 法院应确实查明它在提交给它的任何案件中具有管辖权。

2. 可根据规则规定的程序对法院的管辖权提出质疑：

- (a) 在审判开始阶段由被告和任何缔约国提出；
- (b) 在审判的任何阶段，由被告提出。

3. 如果一国按照第 (2) 款 (a) 项对法院管辖权提出质疑，被告有充分的权利就质疑受到听审。关于存在管辖权的决定不应在审判时重新讨论。

评注

(1) 法院的职责限于规约对其规定的管辖权范围内的案件。在审理某一案件前，法院必须明确查明它对此案拥有管辖权。

(2) 对于某一具体案件，任何缔约国均可在审判开始的初步诉讼中对法院的管辖权提出质疑。缔约国，凡可能被要求在处理案件中协助送达文件以至提供证据和移交被告等工作的，均有权至少在审判的开始阶段对法院的管辖权提出质疑，但并非在任何阶段都有权提出质疑。尤其是考虑到诉讼程序可能旷日持久，花费昂贵，让及时得到起诉通知的缔约国等到诉讼程序将近结束时才提出这种反对意见是不合理的。被告有权参加缔约国提出的有关管辖权质疑的诉讼。一旦法院确定它有管辖权，在审判时就不能再次讨论这一决定。

(3) 有些成员认为，只有与案件直接有关的国家才能对法院管辖权提出质疑。但还有的成员认为，由于法院的刑事管辖权是由所有缔约国赋予的，因此任何缔约国均应有权对法院是否遵照这一授予的管辖权来处理问题提出质疑。

(4) 被告有权在审判的任何阶段对法院的管辖权提出质疑。它所反映的观点是，在刑事诉讼的任何阶段，被告在原则上均有权对法院的管辖权提出质疑。然而部分成员认为，管辖权问题应由法院作为最初阶段的问题作出决定，因此，对管辖权的质疑应由缔约国或被告在审判一开始时提出。

(5) 被告有权在审判的任何阶段对法院的管辖权提出质疑。有人还建议，只要被控的、规约

所载的其中一项罪行后果极其严重,就必须允许被告在审判前对法院的管辖权以及在可能的情况下对起诉的证据是否充分提出质疑,因为单是被控规约所载的一项罪行就会使个人的名誉受到巨大损害。但还有的成员指出,法院的体制结构有限,没有规定现有的司法机构在审判开始前审理这种质疑。规约不允许受令逮捕和移交被告的缔约国以管辖权为由或第 63 条第 7 款所载的理由对起诉提出质疑。如果不设审判庭,这种质疑可以由院长会议决定,尽管它可能是初期提出起诉书的同时机构。

(6) 工作组决定在以后某一阶段重新讨论这一问题,并就下列问题征求评论:

(a) 是所有缔约国还是只有与案件直接有关的国家才有权对法院的管辖权提出质疑?

(b) 规约是否应提供被告在审判前对管辖权和/或起诉证据是否充足的问题提出质疑的可能性?如果这样,这种质疑应由院长会议来作出裁定,还是应在审判前设立一个审判庭来裁定这类问题?

第 39 条 审判庭的责任

1. 如果院长会议尚未根据第 32 条作出决定,审判庭应在每一案件中尽早决定:

(a) 将进行审判的地方,同时考虑到第 36 条;

(b) 审判期间将使用的一种或数种语言,同时考虑到第 18 条和第 44 条第 1 款 (f) 项和第 2 款。

2. 审判庭可下令:

(a) 向被告方透露任何检察官掌握的文件证据或其他证据,同时考虑到第 44 条第 3 款;

(b) 检察官和被告方交换资料,使双方对审判中将要决定的问题有充分的认识。

3. 在审判开始时,审判庭应宣读起诉书,确实查明被告的权利得到了尊重,并允许被告表示认罪或不认罪。

评注

(1) 审判庭一经设立,必须就若干初步问题作出决定,并可根据起诉方和被告方的要求发布审判前命令。如果院长会议在根据第 32 条召集审判庭时没有确定审判地点,审判庭就根据第 36 条的规定确定审判地点。

(2) 审判庭还必须就审判期间将使用的语言作出决定,同时牢记,根据第 44 条,必要时被告有权在诉讼中获得同声翻译,并牢记第 18 条为法庭规定了两种工作语言,即英语和法语。

(3) 审判庭可下达审前令,以保证被告有充分时间和便利来准备辩护的权利。在审判开始前,被告有权根据第 44 条第 3 款获得起诉方拟采用的所有控告证据和所有辩解证据。第 39 条授权审判庭命令检察官提供这种资料。

(4) 审判庭还可发布命令,要求被告方和起诉方交换资料,使双方了解审判要裁决的问题,作出充分准备,在诉讼开始时就这些问题提出自己的论据。这将保证审判的有效进行,避免不必要的延误。

(5) 在审判开始时,审判庭首席法官必须宣读起诉书,保证被告理解对他的控告。在允许被告认罪或不认罪之前,法院还必须证实该人已被告知被告的权利,并理解这种权利,而且这些权利得到了充分尊重。

第 40 条 公平审判

1. 审判庭应保证审判的公平和迅速,根据本规约以及法院的议事规则和证据规则进行,并充分尊重被告的权利,充分考虑对受害者和证人的保护。

2. 审判应公开进行,除非审判庭根据本规约第 46 条决定某些诉讼程序应以非公开方式进行。

评注

本条款规定了审判庭代表法院审理案件的责任,保证在本规约下被控犯罪的任何人得到公正迅速的审判,充分尊重第 40 至 45 条规定的被告权利。审判庭还必须根据法院将通过的议事规则

所规定的统一程序 and 标准以及法院接受的证据进行诉讼。审判应公开进行，除非审判庭根据第 46 条决定必须秘密进行诉讼，以保护被告、受害者或证人。为保护受害人的隐私权或避免公开透露安全可能受威胁的证人的身份，这样做也许有必要。虽然要求法院充分注意保护受害者和证人，但这决不能干扰充分尊重被告接受公正审判的权利。因此，虽然法院可下令禁止向新闻媒介或公众公开受害者或证人的身份，但必须根据第 44 条第 1 款 (d) 项充分尊重被告向起诉方证人提问的权利。

第 41 条 合法性原则 (法无明文不为罪)

在下列情况下不应认为被告有罪：

(a) 在第 22 条之下的诉讼，除非有关的条约已生效[并且其条款已对被告适用]，

(b) 在第 26 条第 2 款 (a) 项之下的诉讼，除非有关的行为或不行为构成国际法下的犯罪；或

(c) 在第 26 条第 2 款 (b) 项之下的诉讼，除非在行为或不行为发生时根据条约该行为或不行为构成有关国内法下的罪行。

评注

(1) 法无明文不为罪的原则是刑法的一项根本原则，得到联合国《公民权利和政治权利公约》第 15 条第 1 款的承认，该款规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。”但第 15 条第 2 款承认这种行为或不行为“依照各国公认的一般法律原则为犯罪。”

(2) 根据本条草案，一个人可以因行为或不行为发生时有下列任何一项法源规定为犯罪的行为或不行为受到起诉：(a) 生效 (并对被告适用) 的条约；(b) 习惯国际法；或 (c) 依照有关条约颁布的国内法。

(3) 对于条约规定的罪行，(a) 项方括号中用语反映出意见有分歧，分歧点在于：为适用合法原则，缔约国是否必须已经履行条约规定的任何义务或作为国内法事项所要求的在通过实施细则或在国内法中界定罪行方面的任何义务。有

些成员认为条约没有对个人直接规定义务。而另一些成员则认为，就国际法下的罪行而言，禁止和刑事责任直接源自国际法，他们强调了对行为的禁止和定罪的渊源。对于后面一个问题，他们认为即使由于国内刑法缺乏必要的规定而不能在国内法院审判个人，但也可能会出现能在国际法院对此人的国际法下的罪行提起诉讼的情况。有一名成员认为，国际刑法规则应统一适用，而不应由于国内法的要求或缔约国没有遵守其条约义务而在追究不同个人的刑事责任上造成不平等。

第 42 条 法庭面前的平等

在法庭面前人人平等。

评注

本规定与《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 1 款一致，该款规定：“所有的人在法庭和裁判所前一律平等。”本规定所用的“人人”一词可指不同类别的人，不仅可指被告，而且可指受害人和证人，他们在诉讼程序中有可能出庭受审或作证，这些人应受到同等对待。

第 43 条 无罪推定

一个人在被证实有罪之前应被推定无罪。

评注

本项规定承认，在刑事诉讼中，被告有权被推定无罪，举证责任在检方。《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 2 款承认了无罪推定原则，该款规定：“凡受刑事控告者，在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪。”检察官有责任证明罪行的每项要素，使人再无合理疑问，或者按照确定被告有罪或无罪的标准加以证明。如果检察官未能证明被告犯有所指控的罪行，则必须认定该人没有犯所指控的罪行。

第 44 条 被告的权利

1. 在按照本规约判定任何指控的过程中，被告有权获得公正的和在不违背第 40 条第 2 款的条件下的公开的审讯，并有权获得下列最低限度的保证：

(a) 以他懂得的语言迅速详尽地告知对他提出的指控的性质和原因；

(b) 告知被告有权自行辩护或有权得到他自己所选择的律师的协助, 或者在无法延请律师的情况下, 有权得到法院分派给他的律师和法律协助;

(c) 有充分的时间和便利准备辩护并同律师联系;

(d) 有权讯问或请他人代为讯问检方证人, 并让辩方证人在与检方证人同样的条件下出庭接受讯问;

(e) 在没有不适当拖延的情况下受到审判;

(f) 如果法院的审理或提交法院的文件用的不是被告所懂得和所说的语言, 有权免费得到合格口译员的协助和必要的译文, 以满足公正性之要求;

(g) 有权不被迫作证或认罪;

(h) 除非法院在审理它认为必要的提交法院的意见和证据之后决定有意让被告缺席, 否则应有权在审判时出庭。

2. 在审判开始时, 法院为使被告能够充分准备辩护, 应确保以被告懂得和所说的语言书就的、本规约第 33 条第 1 款 (b) 项和第 4 款 (b) 项所指的起诉书和其它文件, 及其复制件, 在审判之前足够长的时间内已提供给被告。

3. 审判开始前检察官拟采用的所有证明有罪的证据和收到的所有证明无罪的证据均应尽快并在合理的时间内提供给被告方, 供准备辩护用。

评注

(1) 本条第 1 款详细列出了在判定刑事指控过程中被告有权获得的最低限度的保证。它反映了《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条所规定的被告的基本权利。

(2) 关于第 1 款 (h) 项, 工作组内对有可能进行缺席审判的问题产生了不同的意见。一些成员认为, 从能尊重被告基本权利的公正审判的角度看, 此种可能性是不可接受的。他们提请注意, 《公民权利和政治权利公约》第 14 条将被

告出庭接受审判的权利列为每个人在判定任何指控过程中应充分平等享有的最低限度保证。此外, 他们认为, 如果法院作出的判决没有加以执行的实际可能性, 可能导致法院在公众中逐渐失去权威和效用。

(3) 另一些成员坚决赞成划分某种界线, 特别是区分以下三类可能情况: (a) 被告已经被起诉, 但全然不知对他的起诉正在进行; (b) 被告得到适当通知, 但决定不出庭; (c) 被告已经被捕, 但在审判结束前逃跑。其中多数成员认为, 在假设 (a) 中, 不应当在被告缺席情况下作出判决, 但在 (b) 和 (c) 的情形下, 缺席审判是完全妥当的, 否则, 法院的管辖权事实上就会受到被告“否决”。此外他们认为, 在此类情形下, 缺席判决本身就是一种精神惩罚, 无论被告可能在何处都有助于孤立他, 并可能最终将他逮捕。赞成缺席审判的人还争辩说, 在刑事案件中, 应通过迅速审判来有效地保存证据。如果审判推迟到可将被告带到法院之时, 此种证据可能丧失。一名成员认为缺席审判在上文 (c) 的情况下可能是适当的, 但在 (a) 和 (b) 的情况下则不然。另一成员还提到, 被告扰乱审判工作、安全原因或被告身体不佳, 都是缺席审判而无须被告到庭的正当理由。

(4) 赞成缺席审判的成员一般也都认为, 此种判决应当是暂时的, 即如果被告以后到庭, 应在他出席的情况下进行重新审判。

(5) 一位成员认为, 如果委员会决定允许缺席审判, 则这个问题在规约中应作更具体的规定。

(6) 工作组请委员会和大会对缺席审判问题提出意见。

(7) 本条第 2 款和本规约其它条款一样, 承认法院或代法院行事的审判庭有责任确保被告的权利得到尊重, 包括按照第 1 款 (c) 项为准备辩护而获得足够时间和便利的权利。在审判开始时, 法院必须确保第 33 条所指的起诉书和其它文件都已应在审判前的足够时间内提供给被告。

(8) 根据本条第 3 款, 被告有权为准备辩护在合理时间内得到检察官准备采用的所有证明有罪的证据和检察官掌握的所有证明无罪的证据。虽然检察官必须向被告提供所有证明无罪的证

据,以体现准备和提出辩护的权利,但如果检方不准备在审判中使用的话,则不必提供证明有罪的证据,因为这些证据可能是有权不泄露的,或可能会危害受害人或证人的安全。

第 45 条 一事不再理 (一罪不二审)

1. 任何人,凡因其构成第 22 或 26 条所指罪行的行为已经按照本规约受到审判的,均不应因该行为而在任何其它法院受审判。

2. 任何人,如果因构成第 22 或 26 条所指罪行的行为已在另一法院受过审判,则随后仅在以下条件下才按照本规约受审判:

(a) 有关行为被定性为普通罪行;或者

(b) 该另一法院的审理不公正或不独立,或目的在于掩盖被告的国际刑事责任,或者案件的起诉工作不够认真。

3. 对依照本规约被判定有罪者量罚时,法院应考虑到另一法院就同一行为对同一人所判的刑罚之服刑程度。

评注

(1) 一罪不二审原则,有时又称为禁止重复审判原则,是刑法中的一项基本规则。该原则在联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 7 款中得到承认,该款规定:“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者,不得就同一罪名再予审判或惩罚。”

(2) 本条规定承认这一原则对法院同样适用。安全理事会为审判前南斯拉夫境内所犯罪行而设立的国际法庭规约¹⁶第 10 条对本规定有所启发,但本规定略有修改,以考虑到先前在另一个国际法院或法庭有可能进行的审判。

(3) 依照第 1 款对后来审判的禁止,仅在法院实际上对案件行使了管辖权并就构成罪行的案情实质作出了裁决时,才可适用。鉴于国家法院的管辖权只有在法院实际上就案情实质行使了管辖权时才会受到影响,所以人们认为没有必要加

上一项相当于安全理事会所通过的《国际法庭规约》关于同时管辖权的第 9 条的规定。

(4) 第 2 款(a)项中“定性为普通罪行”一语是指如下情况:行为被视为不同于具有本规约第 22 条或 26 条所指的罪行特征的国际罪行的普通罪行。例如,同一行为可按照国内法定为严重伤害罪,按照《关于战时保护平民之日内瓦公约》(1949 年日内瓦第四公约)第 147 条定为酷刑或不人道待遇罪。

(5) 本条第 2 款(b)项所反映的意见是,如果一个人犯下了本规约所指的罪行,并且如果先前就同一人针对同一罪行提起的刑事诉讼实际上是“虚假的”诉讼,甚至可能目的在于使该人免受法院的审判,那么,在这种情况下法庭应该能够对该人提起诉讼。关于这点,一位成员提到,在第一次和第二次世界大战之后一些国家的国内法院对战犯进行了审判,其中一些判例证实有必要加上这项规定。然而另一些成员对容许本法院复审国内法院的审判表示强烈的保留,认为这是对国家主权不可接受的侵犯。

(6) 法院在依照第 2 款中设想的任何一种情况对一人定罪时,必须在按照第 52 至 54 条确定适当的刑罚时考虑到该人实际上已在多大程度上服过另一法院就同一罪行而判处的刑期。一个人虽然可因同样行为被判犯有两种以上罪行,例如谋杀和战争罪,但不应该毫不考虑到他先前已经服过多少刑期,而为同一行为受到多种惩罚。

第 46 条 保护被告、受害人和证人

审判庭应采取它可以利用的一切必要措施,保护被告、受害人和证人,为此目的还可进行秘密审理,或允许以电子或其它特殊方式提交证据。

评注

(1) 代法院行事的审判庭为保护参与诉讼的被告以及受害人和证人,有责任并且有权力采取一切必要的步骤。本条列举了一些此种措施,其中包括法院可命令审判在秘密情况下进行,或允许以电子方式比如录像方式提供证据。

(2) 在进行审理时,法院必须充分考虑到保护受害人和证人的必要,但这样做须与按照第 40

¹⁶ S/25704 号文件附件。

条充分尊重被告的权利相一致。例如，允许一个关键的检方证人以录像的形式作证，可引起下列方面的问题：一是被告讯问检方证人的权利，二是法官对证人的可信度作出评估的能力，而这种可信度在刑事诉讼中是十分关键的，如果证人不出庭的话。同时，这些办法可能是获取一名极为脆弱的受害人或证人证词的唯一方式。

第 47 条 法院的权力

1. 本法院根据其规约和程序及证据规则至少应有下列权力：

- (a) 要求证人出庭作证；
- (b) 要求提供证件和其他证明材料；
- (c) 就问题、证据和证词的可接受性或相关性作出裁决；
- (d) 维持审判秩序。

2. 法院应确保书记官长经法院授权保有并保存完整的审判记录。记录应准确反映审判程序。

评注

(1) 第 47 条第 1 款对法院的一般权力作出了规定，即由法院进行法律程序，其中包括要求证人出庭作证，要求提供证件和其他证明材料，就证据是否相关和是否可以接受作出裁决和维持法庭秩序。

(2) 在法院指导下，书记官长必须保有并保存完整和准确的审判程序记录。在出现分别依据第 55 条或 57 条对判罪可上诉和修改之情况下，这种审判记录对于被告以及原告具有特别重要的意义。

第 48 条 证据

1. 法院应根据检察官或被告的申请，要求任何人在审判时提出证据，除非它认定该人的证据无助于澄清与审判有关的任何问题。法院也可主动要求任何人在审判时提出证据。

2. 任何证人应在作证之前按照该证人所属国家的司法诉讼中的惯例宣誓或声明。

3. 法院可在任何证据提出之前要求说明其性质，以便裁定证据是否可以接受或是否相关。任何此类裁决均应由法院公开作出。

4. 法院不应要求提供有关公认事实的证据，但得将其认定为司法知识。

5. 通过构成严重侵犯国际上受保护人权的非法手段直接或间接获得的证据不应予以接受。

6. 尚未作证的证人在其他证人作证时不得在场。但是，听到其他证人作证的证人不应因此被剥夺作证的资格。

7. 法院可按照其程序及证据规则以其认为适当的形式接受证据。

评注

(1) 虽然一些成员感到证据规则过于复杂，不宜在规约中涉及，但其他成员感到规约应当包含这一重要内容的某些基本条款。按照《纽伦堡法庭章程》第 19 条，纽伦堡法庭虽不受有关证据的技术规则的约束，但须接受任何具有证明价值的证据。¹⁷

(2) 法院遵照院长会议的建议将根据规约第 19 条订立其本身的证据和程序规则。根据第 48 条第 7 款，法院可接受它认为其形式符合这些规则的证据。按照类似于《纽伦堡法庭章程》第 21 条的本条第 4 款，法院也可以把公认的事实定为司法知识而不要求对这些事实提供证明。

(3) 法院应根据检方或被告方的请求或本身主动要求某人出示证据或出庭作证，除非法院根据本条第 1 款得出结论，认为这种证据或作证对于裁决某一具体案例中所涉的任何问题没有证明价值。为了确保证词的真实性，根据第 2 款，将要求证人依照其本国法院通常的要求宣誓或声明。出于同一原因，根据第 6 款，尚未作证的证人在审讯期间其他人作证时不得在场。然而，在作证之前已听到其他证人证词的证人不应因此被剥夺作证的资格，除非法院裁决证词可能受影响而必须这样做。

¹⁷ 见上文脚注 15。

(4) 工作组指出, 规约没有对在法院作假证作出定罪的规定。因此, 虽然在证人作证前要求的宣誓或声明中含有说明真实情况的义务, 但本规约没有就此规定惩罚。对于不要求缔约国或接受法院管辖权的其他国家将有关伪证或假证的国内刑法扩大到其国民在法院中违反有关的国家宣誓或声明的行为, 而在规约中处理这一事项是否适宜的问题, 尚有些疑问。工作组决定重新审议这一问题。

(5) 根据与《纽伦堡法庭章程》第 20 条相类似的本条第 3 款, 检方或被告方须告诉法院拟议在审判过程中提出的证据的性质和目的, 以便法院事先裁决证据是否相关或是否可以接受。这一要求对于有陪审团参加的刑事审判特别重要, 它可以避免引入可能不利于被告的不能接受的证据, 进而对这些非专业人员不理睬这些证据——尽管司法指示要求他们做到这一点——造成困难。然而, 它也是其他刑事审判中的一项重要要求, 使法院能够履行其职责, 确保迅速完成范围有限的审判, 裁定对被告的指控和其中所涉的问题是否有根据。一些成员还强调, 这一款有助于防止将收集或提供证据作为拖延审判战术以及避免因翻译法院不能接受的证据耗费巨额开支。其他成员也认为, 不应当把这一款解释为允许法院单方面或在非公开的审理中排斥证据, 而是要它遵守通常的程序, 在公开诉讼中, 一方律师在对方律师在场的情况下提出引用证据的要求, 然后由法院作出裁决。有人建议, 应当允许对法院是否接受证据所作的裁决提出上诉。工作组决定在以后某一阶段重新研究中间裁决阶段的上诉问题。考虑到法院的性质, 这可能需由恰当的机构, 例如院长会议或一个上诉庭来决定这类问题。

(6) 根据第 5 款, 法院不得接受以构成严重侵犯国际上受保护的人权的非法方式直接或间接获得的证据。关于采用排斥证据规则的标准, 一位成员建议, 只有以违反人权强制规范方式获得的证据才不应接受。但还有些成员认为, 法院应有权决定不接受通过违反国际法而获得的证据。工作组决定将重新讨论这一问题。

第 49 条 审讯

1. 起诉书应向被告宣读, 法院应讯问被告对起诉书中的每一项指控是“服罪”, 还是“不服罪”。

2. 如果对法院的管辖权提出异议, 法院得在继续进行审判之前先对该异议作出裁决。

3. 检察官应先作案情陈述, 并代表检方传询证人和提出证据, 然后, 被告方可作案情陈述, 并代表被告传询证人和提出证据。

4. 听证完毕之后, 检方得作最后陈述, 然后, 被告方可作最后陈述。

5. 法院得询问被告是否希望在法院作出最后判决之前陈述意见, 如果被告希望这样做, 法院应允许被告陈述。

6. 然后, 法院得休庭以便对要作出的裁决作不公开的内部讨论。

评注

(1) 由法院审判庭进行的审判将按照本条规定的一般程序进行。该条与《纽伦堡法庭章程》第 24 条中所载的较为详细的规定相类似。¹⁸ 法院将先宣读起诉书并询问被告对起诉书中的每一项指控是服罪还是不服罪。在继续审判之前必须对根据第 38 条提出的任何司法质疑作出裁决。检察官首先代表检方陈述案情, 随后被告方陈述, 在审讯结束时, 要求检方作最后陈述以表明举证要求得到满足。被告方有权作最后陈述, 因而具有“最后的发言权”, 但是由于被告享有推定无罪的权利可不需这样做。一名成员建议, 法院可裁定检方因未满足举证要求而不需要被告作任何陈述。在审讯结束后, 法院应作不公开的内部讨论, 以便确保在对该案作出裁决前充分坦率地交换意见。

(2) 有待法院通过的规则将载有关于应在审判中始终遵守的程序的较详细的规定, 以便保证能够按照统一的规则和程序进行诉讼。

第 50 条 法定人数和有决定权的多数

在审判的每一阶段, 必须至少有四名法官出庭。应由法官的多数作出审判庭的裁定。

¹⁸ 同上。

评注

第 50 条规定了关于进行审判的必要法定多数和作出裁定所需人数的一般性规则。法院要通过的规则会更详细地涉及这类问题。但工作组认为，应在规约中列入这类规定，以便确定法院工作的一般方针。

第 51 条 裁决

1. 法院应对根据本规约定罪者宣布所判罪行和刑罚。

2. 法院的裁决为书面形式，其中应全面而有条理地说明其调查结果和结论。法院的裁决应是所作的唯一裁决或评断。

3. 裁决应在法院公开宣读。

评注

(1) 本条授权法院按照它根据审判期间提出的证据，确定对被告控告的案情实质，宣布被告无罪或有罪的裁决，并根据本规约第 52、53、54、66 和 67 条第 4 款，对已被确定有罪者判刑。这时，最初涉嫌犯下某项罪行而受侦查的（嫌疑者），后来受起诉后成为被控犯下此项罪行被告的人，如法院裁决检方已证明指控无误并由法院宣判被告有罪，那么此人即为被定罪的犯人。

(2) 条文中“刑罚”一词指的是法院对某一案件中被告人所处的刑罚。其范围广泛，足以包括法院可施加的一切惩罚，其中包括拘禁、罚款和没收非法获得的财产。

(3) 法院必须以书面形式作出裁决，并应全面而有条理地说明其调查结果和作为裁决基础的法院结论。法院得作出反映多数法官意见的唯一裁决。不得有不同或反对意见。应在公开审判中宣读裁决。

(4) 关于第 2 款，对是否应允许不同或反对意见存在不同看法。尽管《纽伦堡法庭章程》未就此问题作出规定，但仍有人对纽伦堡法庭的裁决提出广为人知的异议。反对允许这类异议的人认为，这将损害法院及其裁决的权威。有些成员指出，鉴于规约所列各项罪行的严重性，法官出

于个人安全考虑，可能不愿发表这类意见。但其他成员则认为，如果法官们愿意，他们应有权本着自己的良心发表不同或反对意见。有些成员认为，这类意见将对愿意上诉的被告极为重要，并有助于上诉法院决定是否推翻原判。但工作组认为，不利于授权发表反对或不同意见的原因众多，超过了这种意见可能产生的积极影响。

第 52 条 判决

1. 法院应另行开庭专门审议对已定罪者的适当判刑问题，听取检方和被告方的意见以及法院认为有关的证据。

2. 法院应休庭以进行内部审议。

3. 法院关于判刑的决定应在法院公开宣读。

评注

(1) 判罪是审判后程序的第一个阶段。一般认为这是一项单独的活动，有别于审判。审判的目的是确定对被告起诉的真实性，而判罪审理的目的则是确定对个人和罪行的适当惩罚。

(2) 这种区别反映在常常与审判相关的被告权利中。公平审判中固有的许多基本程序保障，尤其是获得律师进行辩护的权利，也适用于判罪审理。但被告的其他权利在这一阶段的诉讼中可能并非如此广泛，例如对证人反问的权利。法院还可在判罪审理中考虑审判期间不可受理的证据，例如法庭外的陈述。

(3) 工作组认为，由于上述因素，值得另行进行判罪审理，而由法院通过的规则来规定这类诉讼的细节。

(4) 在判罪审理结束时，法院必须对问题进行内部审议，保证充分坦率地交换意见。这类似于关于审判结束后审议问题的第 49 条第 6 款所载的要求。

(5) 法院必须根据第 51 条第 1 款对已定罪者判刑。在履行这一职责时，法院必须：(a) 确定要判处的适当刑罚或惩罚形式，以及 (b) 根据相称性的一般原则确定与罪行相符的惩罚程度。

(6) 关于第一个问题, 法院必须审议法院一般来说获授权对规约所载罪行判处的可适用刑罚, 并确定对某一特定案件的适当惩罚形式。例如, 根据第 53 条, 法院可判处徒刑或罚金, 但不可判处死刑。

(7) 关于第二个问题, 法院必须确定对被定罪者犯下的罪行判处的惩罚的适当程度或严厉程度, 在考虑到罪行和个人的情况下, 确定刑期或罚款等。第 54 条规定了法院在确定适当惩罚时考虑加重或减轻罪行的所有有关情况的义务。

(8) 法院必须在公开审理中宣读判决书的同时, 以判决形式宣读对被定罪者所判适当惩罚的决定。可对法院的判决提出上诉, 理由可以是: 根据第 55 条, 罪行和判决之间存在明显的不相称。

第 53 条 适用的刑罚

1. 审判庭可对根据本规约被定罪者处以下述一项或多项刑罚:

- (a) 包括无期徒刑在内的徒刑;
- (b) 任何数额的罚款。

2. 审判庭在确定刑期或罚款数额时可依据下列各类国家刑法中所规定的刑罚:

- (a) 罪犯为其国民的国家;
- (b) 犯罪地点在其领土上的国家; 或
- (c) 对被告实行拘押和管辖的国家。

3. 审判庭还可命令:

(a) 将罪犯在犯罪期间获取的任何财产或收入归还合法所有人;

(b) 如找不到合法所有人, 则没收这类财产或收入。

4. 审判庭可下令将根据本条得到的罚款或没收的财产收入付给或转给:

- (a) 书记官长, 以便支付审判费;

(b) 其国民为罪行受害者的国家;

(c) 联合国秘书长为罪行受害者设立的信托基金。

评注

(1) 第 53 条规定了法院在确定对某案作出惩处时可适用的刑罚, 其中规定了包括无期徒刑在内的任何徒刑和任何数额的罚款。法院无权判处死刑。

(2) “判决”一词含有对某一案件所判的刑期和惩罚, 而“刑罚”一词则用作通称, 包含法院可能判处的各种惩罚, 包括罚款或没收财产以及徒刑。例如, 一般来说, 有些国家的国内法院有权根据国内法判处死刑。国内法院可决定对某一案件实施这种刑罚, 对罪犯判处死刑。

(3) 法院在确定刑期或罚款数额时, 可参考与罪犯或其所犯罪行有特别关连的国家的国内法有关规定, 这些国家指罪犯为其国民的国家、犯罪地点在其领土上的国家或对被告实行拘押和管辖的国家。任何国家均可依照普遍管辖准则诉讼涉嫌犯有属国际法管辖罪行的个人。规定法院可参考这三类国家的有关国内法则是基于这些国家与犯罪个人或罪行之间存在特别关系。如所犯罪行属本规约第 26 条第 2 款 (b) 项提及的国内法管辖, 参考这些国家的法律则更为适当。虽然法院有权参考本条所指国家的有关国内法, 但它没有义务沿用其中任何国家的法律。

(4) 除判刑或罚款外, 法院还可下令没收非法获得的财产或通过非法行为获得的收入。法院还可进一步下令将这类财产归还其合法所有人, 也可将罚款或非法收入交给书记官长, 以支付审判费, 交给其国民为罪行受害者的国家, 以便赔偿损失, 或交给联合国秘书长为罪行受害者设立的信托基金。在此方面, 可提请注意就没收非法收入问题作出详细规定的 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》和《关于犯罪收益的刑事事项互助条约范本的任择议定书》。¹⁹

(5) 一些成员怀疑法院是否有能力在据称所有人未正式提出要求的情况下确定被盗财产的所有权。可能得另行审议这一问题。还有些成员认为, 不宜授权法院下令归还赃物, 因为最好在民

¹⁹ 大会第 45/117 号决议附件。

事案件而不是在刑事案件中采取这一补救措施。一成员指出,允许法院审议这类问题将违背法院毫不拖延地审判和惩处犯下规约所列各项罪行这一主要职能和基本宗旨。还有的成员认为,法院还应有权向规约所列罪行的受害者提供赔偿。

第54条 加重或减轻因素

在判决时,审判庭应考虑到罪行的轻重程度和被定罪者个人的具体情况等因素。

评注

(1) 在对某案判决中确定对被定罪者所判惩罚时,法院一方面必须考虑到关于所犯罪行轻重程度的所有因素,另一方面,法院也须考虑到可构成减轻因素的被定罪者的个人具体情况。例如,如果一位没有经验的很年轻的士兵和从军多年、训练有素的一名高级军官犯下同样的战争罪行,法院可决定对前者判得轻一些。对此,有成员指出,罪行的轻重程度还可能构成某一案件的减轻因素,因为有些罪行较轻,而有些则较重。

(2) 根据第45条第3款,法院还须考虑同一人因同样罪行被另一法院判刑后所服刑期情况。

第五部分: 上诉和复审

第55条 对裁决或判决提出的上诉

1. [检察官和]被定罪者可根据《规则》,依下述任一理由,对第51、第52或第53条下的裁定提出上诉:

- (a) 法律的重大错误;
- (b) 可能导致错判的事实上的错误;或
- (c) 罪行与判决之间明显不相称。

2. 除非审判庭另有命令,否则被定罪者在上诉期间应继续拘押,可采取临时措施,保证如果审判庭的裁决得以维持,可迅速执行裁决。

评注

(1) 《纽伦堡法庭章程》²⁰第26条规定,法庭的裁定为终审裁定,不得复审。但是,工作组认为,最近的事态发展倾向于赞成上诉权。

《公民权利和政治权利公约》第14条第5款指出,“凡被判定有罪者,应有权由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审”。此外,《国际法庭规约》第25条也规定了这一权利。²¹

(2) 被定罪者可在下列情况下上诉:(a) 就裁决而言,理由是裁决所依据的是法律的重大错误或可能导致错判的事实上的错误,或(b) 就判决而言,理由是判决与罪行明显不相称。法律的重大错误的概念既包括实体法错误,也包括刑事诉讼程序错误,在这两种情况下,错误都必须达到使裁决失效的严重程度。

(3) 还审议了允许检察官以同样理由对裁定提出上诉的问题。支持这一立场的成员援引某些国内法规定的类似解决办法以及检察官代表整个社会利益的事实。但是,除了在非常有限的情形下,并可能是在诉讼的早期阶段即法院在就案情作出裁决之前决定驳回证据不足的案件时,才可这样做。有些成员对于允许检察官对法院的裁定,特别是无罪裁定提出上诉一事表示关注。这就是为什么“检察官和”等词出现在方括号中的原因。一名成员认为,在此种案件中,上诉庭要么应当驳回上诉,要么将案件交审判庭以采取进一步行动,但需以此种行动符合一罪不二审的原则为限。工作组注意到检察官可提出上诉的限度在不同的法律制度中并不一样,所以决定重新处理对被告方就一项裁决向法庭提出上诉的权利和检方提出上诉的权利加以区别的问题,以便看看是否有可能限制检方的上诉权。

(4) 除非审判庭另有裁定,在上诉期间必须继续拘押被定罪者。为了在上诉庭的裁定为维持原判时便利迅速执行裁决和判决,在上诉书审议的期间,可采取临时措施。工作组决定重申提出上诉的时限问题。

第56条 上诉的程序

1. 一旦提出上诉通知,院长会议即应根据规则采取步骤,设立由七名未参加受到质疑之裁决的法官组成的上诉庭。

2. 庭长或副庭长应主持上诉庭。

²⁰ 见上文脚注15。

²¹ 见上文脚注16。

3. 上诉庭拥有审判庭的一切权力, 可维持、推翻或修正上诉所针对的裁定。

4. 上诉庭的裁定应由多数法官作出, 并应公开进行。六名法官构成法定人数。

5. 在不违反第 57 条的情形下, 上诉庭的裁定是最终裁定。

评注

(1) 一旦向书记官长提出上诉通知, 院长会议即须根据法院的规则, 设立由未曾参加审判庭对案件审议的七名法官组成的上诉庭。一名成员反对将指定的权力交给院长会议的成员, 理由与关于第 37 条的理由相同。

(2) 作为更高一级的审判庭, 上诉庭将拥有本规约规定的审判庭的一切权力, 并有权力维持、推翻或修改低级法院的裁定。

(3) 上诉庭将根据大部分法官的意见, 就上诉书中提出的问题作出裁定。裁定将在公开程序中宣布, 在不违反根据第 57 条可能进行修改的情形下, 为最终裁定。

(4) 规约没有明确规定对上诉庭的裁决提出异议或单独的意见。一些成员认为不允许提出异议或单独的意见是出于第 51 条所列的原因, 而另一些成员则认为这些意见对涉及重大实体法和程序法问题的上诉决定是必不可少的。工作组同意重新讨论这一问题。

(5) 一些成员认为, 应当有一个单独和不同的上诉庭, 如《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第 11 条规定的上诉庭。²²这将符合两级管辖的原则。在此原则下, 同级法官不相互复审裁定, 以免破坏公正的上诉程序, 因为法官为避免自己的裁定将来被推翻, 会对推翻裁定感到犹豫。但是, 其他成员认为法庭的结构有限, 可能不利于保留若干法官来出席上诉庭, 因为这将大大限制可参加审判庭的法官人数。另一办法是, 由法院的所有法官——但参加低一级法院裁定的法官除外——一起举行全体会议, 听取上诉。一些成员认为, 作为一项原则, 上诉管辖权必须由单独和不同的高等法院行使, 而另一些成员认为, 在刑

事法庭内设立高一级的法庭就已足够, 因为该刑事法庭将是主管国际刑法的最高管辖机构, 由世界上最优秀的法学家组成。

(6) 工作组请委员会和联大对提出的与第 56 条有关的问题进行评论。

第 57 条 修改

被定罪者[或检察官]可依据法院的规则, 以在判决后发现了一个在审判或上诉时不为人知, 本可成为法院判决的决定因素的新事实为由, 向法院提出修改裁决的申请。

评注

(1) 因一罪行而被定罪者, 可依据将由法院通过的规则, 以在裁决后发现了一个在审判或上诉时不为人知, 本可成为法院裁决的决定因素的新事实为由, 向法院提出修改裁决的申请。工作组认为, 尽管上诉应由不同的法庭审理, 但修改应当由发布早先裁定的同一法庭审理。因为这样的审判庭最有能力确定是否应根据新发现的事实修订裁定。

(2) “或检察官”的词语出现在括号中, 是出于同第 55 条括号中的行文相类似的原因。考虑到关于审判后上诉和修改程序可能有不同的或类似的考虑, 工作组决定重新讨论检方在上诉和修改程序中的作用问题。

第六部分: 国际合作和司法协助

第 58 条 国际合作和司法协助

1. 在对法院管辖权范围内的罪行进行的刑事调查和提起的诉讼方面, 缔约国应与国际刑事法庭合作。

2. 在一特定罪行问题上接受法院管辖权的缔约国应对法院就该罪行发出的关于国际司法协助的任何请求或命令作出答复, 不应有任何不当拖延, 其中包括但不限于:

(a) 确定和查明有关人员;

(b) 取得证词和出示证据;

(c) 送达文件;

²² 同上。

(d) 逮捕或拘留有关人员；

(e) 根据第 63 条，向国际刑事法庭交出被告；

(f) 可能有助于司法裁判的任何其他请求，包括所需要的临时或暂时措施。

评注

(1) 法庭的职能是否有效，将取决于各国间的国际合作和司法协助。规约缔约国有义务同检察官进行的刑事调查进行合作，例如在查明有关人员、作证、出示证据、送达文件、逮捕或拘留有关人员、或交出被告等方面，应对法院的任何请求或命令作出答复，不应有任何不当拖延。

(2) 第 58 条类似于《国际法庭规约》的第 29 条。²³根据《联合国宪章》第七章，所有国家都有义务与安全理事会设立的国际法庭进行合作。本条第 1 款认为规约的所有缔约国均有一般性义务与法庭合作并提供司法协助。在一特定罪行问题上接受法院管辖权的缔约国，对法院发出的关于例如第 2 款所列措施的请求或命令作出答复时，不应有任何不当拖延。关于第 58 条，工作组还参考了《刑事事项互助示范条约》。²⁴

第 59 条 与非本规约缔约国的国家合作

非本规约缔约国的国家可在礼让、单方面宣布、特别安排或与法院订立的其他协定的基础上根据第 58 条第 2 款或第 62 条的规定向国际刑事法庭提供司法协助和合作。

评注

本条确认，起诉、惩罚和威慑本规约所列罪行，是作为国际社会成员的所有国家的利益所在。因此，甚至鼓励不是规约缔约国的国家也以礼让、可能一般性也可能具体的单方面宣布、有关国家与法庭之间就一特定案件达成的特别安排或任何其他类型的协定为基础，与法庭进行合作，并向法庭提供援助。

第 60 条 磋商

应任一缔约国的请求，缔约国应就运用或执行关于国际合作和司法协助的条款普遍地或针对特定案件迅速进行磋商。

评注

要求缔约国应任一缔约国的请求，就运用或执行关于国际合作和司法协助的条款或针对特定案件或法庭的一般事项迅速进行磋商。这样做的目的是避免法庭运作中的不当拖延。法庭可能要求若干国家提供合作，以在特定案件中或在一般事项中有效地发挥职能。

第 61 条 联系和文件的内容

1. 有关本规约的联系通常应以书面形式并在主管国家当局和法院书记官长之间进行。

2. 必要时，还可根据法庭与国际刑事警察组织（刑警组织）可能作出的安排通过该组织进行联系。

3. 关于国际合作和司法协助的文件应包括以下方面：

(a) 请求的目的和所寻求援助的简要说明，包括请求的基础和法律理由；

(b) 请求所针对的个人的资料；

(c) 寻求收集的证据的资料，充分详细地加以说明，以鉴别这种证据，并叙述请求的理由以及证明这种请求正当合理的依据；

(d) 说明请求所依据的基本事实；以及

(e) 对请求所针对的个人进行起诉、指控或定罪的资料。

4. 所有联系和请求均应以本规约第 18 条确定的一种工作语言撰写。

5. 如果被请求国认为，请求中的资料不够充分，因而无法受理这种请求，可要求提供进一步的资料。

评注

(1) 第 61 条规定了总的规则，即联系通常应当在书记官长和有关国家的主管国家当局之间进行，应当以第 18 条规定的法庭的工作语言之一（英文或法文）撰写。

²³ 同上。

²⁴ 见上文脚注 19。

(2) 该条还确认, 法庭与国际刑事警察组织之间可进行联系, 在刑事调查方面, 这可能尤其适当。

(3) 根据第 3 款, 任何请求或命令必须附上充分的解释, 说明目的和法律依据并附有适当的文件。一俟收到此种联系文书, 有关国家可请法庭提供补充资料, 以便其答复请求或遵守命令。

(4) 本条的基础是《刑事事项互助示范条约》²⁵第 5 条所载的类似规定。

第 62 条 临时措施

在紧急情况下, 法院可要求有关国家采取以下任何行动或所有行动:

(a) 临时逮捕要求交出的人;

(b) 获取根据本规约的条款正式请求任何诉讼程序所需的证据; 或

(c) 作为紧急事项采取一切必要措施防止嫌疑人员逃脱、伤害或恫吓证人、或销毁证据。

评注

在必要情况下, 法院还可请有关缔约国采取临时措施, 包括防止被告离开其领土或位于其领土上的证据被销毁的措施。关于本条, 工作组审议了《引渡示范条约》²⁶第 9 条以及在欧洲安全与合作会议主持下拟订的前南斯拉夫战争罪行国际法庭规约草案第 55 条。²⁷

第 63 条 向法庭交出被告

1. 在根据第 32 条确认起诉书以后, 一旦可行, 检察官应从院长会议 (或者, 如果设立审判庭, 则从审判庭) 取得逮捕和送交被告的命令。

2. 书记官长应向在其领土上发现被告的任何国家转发命令, 并应请该国在逮捕和送交被告方面予以合作。

3. 一旦收到根据第 2 款发出的通知:

(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, 逮捕并将被告送交法院;

(b) 也参与规定有关罪行的条约、但尚未接受本法院对该罪行之管辖权的缔约国应逮捕被告, 如果决定不将被告送交本法院, 则应立即将此事项提请主管当局诉究;

(c) 在任何情况下, 缔约国应考虑它是否可以按照其宪法程序采取步骤, 逮捕并将被告送交本法庭。

4. 将被告送交本法庭构成本规约缔约国充分遵守关于引渡涉嫌者或将案件提交其主管当局诉究的任何条约。

5. 缔约国应尽可能优先考虑根据第 2 款提出的请求, 而不是其它国家的引渡要求。

6. 如果被告由于一项严重罪行正在被监禁和受到起诉, 或者按法院对一项罪行作出的判决正在服刑, 缔约国可延迟遵守第 3 款。

7. 缔约国可在收到根据第 2 款发出的命令后 45 天内向书记官长提出书面申请, 根据具体的理由要求搁置命令或撤销起诉书。在审判庭对申请作出裁决之前, 有关国家应根据第 62 条采取一切必要的临时措施。

评注

(1) 代表法院行事的院长会议或审判庭在起诉书经确认之后将根据检察官的请求签发命令, 逮捕或送交被告。命令由书记官长转发给可能在其领土上发现被告的任何缔约国。

(2) “送交”一词意义广泛, 足以涵盖将被告逮捕, 交与法庭审判的情况, 也涵盖有关人员已被拘留, 将“移交”法庭受审的情况。在后一种情况下, 该人可能已经因刑事罪依照国内法逮捕并候审; 或可能已被认定犯有此种罪行, 正在服刑。如属已被定罪正在服刑者, 根据第 45 条, 法庭对此种人的审判将依可能适用的一罪不二审的原则而定。

(3) 第 3 款规定了缔约国在以下三种不同情况下送交被告: (a) 接受法院对有关罪行管辖权的缔约国必须立即采取步骤逮捕被告并将其送交

²⁵ 同上。

²⁶ 大会第 45/116 号决议附件。

²⁷ 第 S/25307 号文件。

法院；(b)也参与关于界定有关罪行的条约，但尚未接受本法院对该罪行之管辖权的缔约国必须逮捕、送交或起诉被告；(c)未加入有关条约的缔约国必须考虑其国内法是否允许逮捕和送交被告。

(4)在可能的情况下，缔约国根据第5款应优先考虑本法院关于送交被告的要求，而不是其它国家的引渡要求。然而，按照第3款(a)项，就某一特定罪行接受了法院管辖权的缔约国才有义务这样做。如果其它缔约国决定不将被告送交本法庭审判，将请其对被告起诉。工作组决定再度研究是否也应当允许这类缔约国将被告引渡至另一国起诉而不是将被告送交本法庭的问题。

(5)关于起诉或引渡涉嫌犯有某条约所列罪行的人的任何条约义务，将此人送交本法庭将构成充分的遵守，这与缔约国同本规约之间的关系相同。一名成员提出疑问：第5款“尽可能”一词是否充分涵盖了根据第3款(a)项被请求和被迫向法庭交出被告的缔约国执行向一非规约缔约国引渡这一预先存在的条约义务的情况。在这方面，似可参考《维也纳条约法公约》。

(6)但是目前的第63条草案并没有设想一国法院应中止刑事诉讼，以将被告移交本法庭审判或将任何此类诉讼移交本法庭，尽管诉讼可能与构成本规约所列罪行的行为有关。因某项严重罪行受到起诉或因某一罪行正按法庭的判决服刑的人与任意拘留或国内刑事司法并不需要其出庭的人不同。对于索要前一种人的要求，第6款规定，缔约国可延迟满足要求。关于这种情况，规约草案与《国际法庭规约》不同，该项规约确定，国际法庭有对国内法院的优先权，并规定可要求一缔约国在某个人的问题上遵从国际法庭的管辖权。

(7)依第63条接到一项命令的缔约国可根据具体理由，例如以本法院的管辖权或起诉书中的事实根据为由要求撤消命令或对起诉书提出异议。与关于第38条的讨论相同，工作组以后将考虑对此类问题作出决定的适当司法机关。

第64条 特定规则

1. 被送交本法庭的被告不应由于他被送交法庭所依据的所犯罪行以外的任何其它罪行而受到起诉或惩罚。

2. 提供的证据不应用于提供证据的目的以外的任何其它目的。

3. 法院可请有关缔约国出于其在请求中说明的理由和目的而放弃第1或第2款中的规定。

评注

(1)本条确定了特定规则。根据第1款，送交另一法院的人只能因初始请求中说明的罪行受到起诉或惩罚。

(2)同样，根据第2款，送交另一法院的证据只可用于原始请求说明的目的。工作组认为，应该区别是将证据作为可导致调查同一个人的其他罪行的材料来使用，还是作为调查可能已参与相关犯罪活动的其他人的材料来使用。因此，对各国所提供的证据只作为刑事诉讼的证据，而不是用于其他目的，如作为导致其他调查或可能对证人进行控告的材料。对此，可提请注意《刑事事项互助示范条约》²⁸。该条约确定，国家可能不愿限制对收到的有关所有罪行的材料的使用，而只愿对财税罪行作此限制。

(3)但是，根据第3款，法院可请有关缔约国对人员或证据放弃此种限制。

(4)关于第1款，工作组审议了《引渡示范条约》²⁹关于特定规则的第14条，并在限制使用证据方面参考了《刑事事项互助示范条约》第8条。

第七部分：判决的执行

第65条 承认裁决

本规约缔约国保证承认并执行法院的裁决。必要或适当时，缔约国应颁布必要的具体立法和行政措施，以遵守承认法院裁决的义务。

评注

根据第65条，规约缔约国必须承认并执行法院的裁决，在必要的情况下颁布为此而必需的具体立法和行政措施。这条承认，作为一般规则，

²⁸ 见上文脚注19。

²⁹ 见上文脚注26。

缔约国在没有任何一项有关条约的情况下不执行其它国家的刑事判决或惩处判决。在这方面可参阅《刑事事项互助示范条约》³⁰第1条第3款(b)项及该条约有关罪行起诉的任择议定书,以及《欧洲刑事判决国际效力公约》。

第66条 执行判决

1. 请缔约国为依照本规约执行的监禁提供设施。

2. 被定罪者应在法院指定的国家里服刑,而法院应从向法院表示愿意接收被定罪者的一系列国家中指定这一国家。

3. 如果未根据第2款指定任何国家,监禁应在第3条所述国家提供的监狱设施中执行。

4. 按第2款或第3款执行的监禁应受法院的监督。

评注

(1) 本法院的监禁判决应在法院指定的缔约国的监狱设施内执行,如未指定,则按第3条的规定在法庭所在的国家执行。目前估计法庭的体制结构有限,不会包括一处监狱,所以请缔约国向法院提供此类设施的使用。

(2) 可能出现缔约国不愿意向法院提供其监狱设施或法庭决定不指定愿意这样做的任何国家等情况。因此,工作组认为,必须有一项补足规则,以涵盖此种情况,即如果未指定另一国家,则在法庭东道国的监狱服刑。这与根据第3条选定作为法庭所在地国家应负的特殊责任相一致。工作组同意重新讨论法院在决定是否根据第2款指定一国时应考虑的因素,同时承认这一问题根据法院规则可较适当地解决。

(3) 虽然监狱设施仍由本国有关部门管理,但监禁条件应符合国际标准,特别是在联合国主持下通过的《囚犯待遇最低限度标准规则》。³¹

被判有罪者的监禁将由法院予以监督,细节将在法院通过的规则中作出规定。例如,考虑到法庭体制结构的局限性,在规则中可规定被判有罪者在遭虐待后寻求救济的程序或国家部门提交定期报告的程序。

(4) 工作组承认,犯有规约提到的严重罪行者会终身服刑,预期这样长期监禁被判定有罪的人可能涉及大量费用,因此建议应将这类费用作为法庭的开支由所有缔约国分担。工作组决定重新讨论法庭的财政问题。

第67条 赦免、假释和减刑

1. 如果根据监禁所在缔约国的普遍可适用的法律,处于该缔约国的法院曾因同一行为判定有罪的同样情况下的人合乎赦免、假释或减刑条件,该缔约国应将此通知法院。

2. 如已按照第1款发出通知,有关犯人可按照和根据规则向法院提出申请,要求下令赦免、假释或减刑。

3. 如果院长会议决定按第2款提出的一项申请似有充分理由,则应召开审判庭会议审议和决定释放该名罪犯是否合乎正义,以何为根据。

4. 审判庭在判刑时可规定,犯人将根据依照第66条负责执行判决的缔约国关于赦免、假释和减刑的具体法律服刑。在这种情况下,该缔约国在此之后的行为只要符合这些法律,则无需征求法院的同意,但可能实际影响监禁时限或程度的任何决定均应至少提前45天通知法院。

5. 除第3和第4款的规定之外,依本法院判决服刑的人在刑满之前不得予以释放。

³⁰ 见上文脚注19。

³¹ 见《第一次联合国预防犯罪和罪犯待遇大会》,日内瓦,1955年8月22日至9月3日(联合国出版物,

出售品编号1956.IV.4),第67-73页。转载于《人权国际文件汇编》(联合国出版物,出售品编号E.88.XIV.1(ST/HR/1/Rev.3))。

评注

(1) 工作组认为, 规约中应规定赦免、假释和减刑的可能性。有的成员认为, 应当根据一项统一标准决定这类问题, 而另一些成员认为必须考虑到国家部门有效司法的问题。

(2) 第 67 条规定, 如果根据监禁所在缔约国的法律, 犯人合乎赦免、假释或减刑的条件, 该缔约国必须将此情况通知本法院。在收到根据第 1 款发出的通知之后, 犯人可向法院申请法院

下令准许赦免、假释或减刑。如果申请看来具有充分理由, 院长会议将召开审判庭会议审议此事。

(3) 法院在判刑时还可规定, 判决受关于这些问题的具体法律的制约。在这种情况下, 将会实际影响到监禁时限和程度的任何决定均必须事先通知法院, 但不必取得法院的同意。

(4) 除本条规定之外, 犯人在本法院判决的徒刑服刑期满之前不得获释。

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。通过的议程见上文第 12 页第 11 段。
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	见《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法草案：各国政府的评论和意见	同上。
A/CN.4/449[和 Corr.1]	特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于危害人类和平及安全治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	委员会成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《1993 年……年鉴》，第一卷，第 2318 次会议的简要记录（第 3 段）
A/CN.4/L.481[和 Corr.1]	国际法委员会第四十五届会议工作报告草稿：第一章（会议的组织安排）	油印件。所通过的案文见《大会正式纪录，第四十八届会议，补编第 10 号》（A/48/10）。最后文本见上文第 11 页。
A/CN.4/L.482[和 Corr.1] 及 Add.1[和 Corr.1]和 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，见上文第 15 页。
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，见上文第 25 页。
A/CN.4/L.484[和 Corr.1] 及 Add.1-7	同上：第四章（国家责任）	同上，见上文第 39 页。
A/CN.4/L.485	同上：第五章（国际水道非航行使用法）	同上，见上文第 93 页。

A/CN.4/L.486[和 Corr.1]	同上：第六章（委员会的其他决定和结论）	同上，见上文第 105 页。
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条款草案起草委员会所通过各条文的标题和案文：第 1、2、11、12 及 14 条	案文见《1993 年……年鉴》，第一卷，第 2318 次会议的简要记录（第 5 段）。
A/CN.4/L.488 和 Add.1[Corr.1 和 2]、2、3 及 4[Corr.1]	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	案文见《1993 年……年鉴》，第一卷，第 2322 次会议的简要记录（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	转载于本卷，见上文第 111 页。
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。最后案文见《1993 年……年鉴》，第一卷。

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم منها 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 Организации 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 diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
