

国际法委员会年鉴

1994年

第 二 卷
第二部分

国际法委员会提交大会的
第四十六届会议
工作报告

联 合 国



国际法委员会年鉴

一九九四年

第二卷（第二部分）

联合国

国际法委员会年鉴

1994年

第 二 卷
第二部分

国际法委员会提交大会的
第四十六届会议
工作报告

联 合 国
纽约和日内瓦，2009 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《1992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/1994/Add.1 (Part 2)

联合国出版物
出售品编号：C.96.V.2 (Part 2)
ISBN 978-92-1-730182-7
ISSN 1994-4705

目 录

	页次
A/49/10 号文件：国际法委员会第四十六届会议工作报告 （1994 年 5 月 2 日至 7 月 22 日）	1
第四十六届会议文件一览表	180

A/49/10 号文件*

国际法委员会第四十六届会议工作报告 (1994 年 5 月 2 日至 7 月 22 日)

目 录

	页次
简称.....	6
关于引文的说明.....	7
本卷所引用的多边文书.....	7
章次	段次
一、本届会议的组织.....	1-22 15
A. 委员会委员.....	2-3 15
B. 主席团成员.....	4-6 15
C. 起草委员会.....	7-10 16
D. 国际刑事法院规约草案工作组.....	11-12 16
E. 秘书处.....	13 16
F. 议程.....	14-15 16
G. 委员会第四十六届会议工作情况概述.....	16-22 17
二、危害人类和平及安全治罪法草案.....	23-209 19
A. 导言.....	23-41 19
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	42-209 21
1. 国际刑事法院规约草案.....	42-91 21
(a) 审议第四十五届会议设立的工作组的报告.....	42-76 21
(一) 概论.....	45-48 22
(二) 法院的性质.....	49-50 22
(三) 建立法院的方法.....	51-52 23
(四) 同联合国的关系.....	53-55 23
(五) 法院适用的法律.....	56-57 23
(六) 管辖权.....	58-60 24
a. 属人管辖权.....	58 24
b. 对诉讼事项的管辖权.....	59-60 24
(七) 国家的接受管辖权.....	61 24
(八) 选举法官.....	62 24
(九) 法院的结构.....	63 24
(十) 向法院提出案件.....	64-66 25
(十一) 国家同意管辖权的必要.....	67-68 25
(十二) 检察权.....	69 25
(十三) 将被告提交法院.....	70 25
(十四) 审判程序.....	71-73 25
(十五) 刑罚.....	74 26
(十六) 程序规则.....	75 26
(十七) 法院的经费.....	76 26
(b) 重新设立国际刑事法院规约草案工作组.....	77-78 26
(c) 国际刑事法院规约草案工作组的工作成果.....	79-88 26
(d) 赞扬历届工作组主席.....	89 27
(e) 委员会的建议.....	90 27
(f) 国际刑事法院规约草案.....	91 27
序言的评注.....	91 27

* 起初作为《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》分发。

	页次
第一部分 法院的建立	
第 1 条 法院	28
评注	28
第 2 条 法院与联合国的关系	28
评注	28
第 3 条 法院所在地	29
评注	29
第 4 条 地位和法律行为能力	29
评注	29
第二部分 法院的组成和管理	
第 5 条 法院的机关	30
评注	30
第 6 条 法官的资格和选举	30
评注	30
第 7 条 法官职位空缺	31
评注	31
第 8 条 院长会议	31
评注	31
第 9 条 分庭	32
评注	32
第 10 条 法官的独立性	33
评注	33
第 11 条 法官的回避和暂停资格	33
评注	33
第 12 条 检察处	34
评注	34
第 13 条 书记处	34
评注	35
第 14 条 宣誓	35
评注	35
第 15 条 免职	35
评注	35
第 16 条 特权和豁免	35
评注	35
第 17 条 津贴和费用	36
评注	36
第 18 条 工作语文	36
评注	36
第 19 条 法院的规则	36
评注	36
第三部分 法院的管辖权	
评注	37
第 20 条 法院管辖权内的罪行	39
评注	39
第 21 条 行使管辖权的先决条件	42
评注	42
第 22 条 为第 21 条的目的接受法院的管辖权	43
评注	43
第 23 条 安全理事会采取的行动	44
评注	44
第 24 条 法院在管辖权方面的职责	46
评注	46
第四部分 调查和起诉	
第 25 条 申诉	46
评注	46
第 26 条 对指控罪行的调查	46
评注	47
第 27 条 起诉的开始	48
评注	48
第 28 条 逮捕	49
评注	49
第 29 条 审前拘留或释放	50
评注	50
第 30 条 起诉通知	50
评注	50
第 31 条 提供人员协助进行起诉工作	51
评注	51
第五部分 审判	
第 32 条 审判地点	51
评注	51
第 33 条 适用的法律	52
评注	52

	页次
第 34 条 对管辖权提出置疑.....	52
评注.....	52
第 35 条 受理的问题.....	52
评注.....	53
第 36 条 第 34 条和第 35 条的程序.....	53
评注.....	53
第 37 条 被告出庭受审.....	53
评注.....	54
第 38 条 审判分庭的职能和权力.....	54
评注.....	55
第 39 条 合法性原则（法无明文不为罪）.....	55
评注.....	56
第 40 条 无罪推定.....	56
评注.....	56
第 41 条 被告的权利.....	56
评注.....	57
第 42 条 一事不再理.....	57
评注.....	58
第 43 条 保护被告、受害人和证人.....	58
评注.....	59
第 44 条 证据.....	59
评注.....	59
第 45 条 法定人数与判决.....	59
评注.....	60
第 46 条 定刑.....	60
评注.....	60
第 47 条 可适用的刑罚.....	60
评注.....	61
第六部分 上诉和复审	
第 48 条 对判决或定刑的上诉.....	61
评注.....	61
第 49 条 上诉程序.....	61
评注.....	62
第 50 条 修改.....	62
评注.....	62
第七部分 国际合作和司法协助	
第 51 条 合作和司法协助.....	63
评注.....	63
第 52 条 临时措施.....	63
评注.....	63
第 53 条 向法院移交被告.....	64
评注.....	64
第 54 条 引渡或起诉的义务.....	65
评注.....	65
第 55 条 特定规则.....	66
评注.....	66
第 56 条 与本规约的非缔约国的合作.....	66
评注.....	66
第 57 条 联系和文件.....	66
评注.....	66
第八部分 执行	
第 58 条 判决的承认.....	67
评注.....	67
第 59 条 判决的执行.....	67
评注.....	67
第 60 条 赦免、假释和减刑.....	67
评注.....	68
附件 各项条约下的罪行.....	68
评注.....	68
附录一 伴随着规约草案的一项条约的可能条款.....	70
附录二 本附件中提到的有关条约规定.....	70
附录三 常设国际刑事法院与联合国建立关系的可能方式概要.....	74
	段次
2. 危害人类和平及安全治罪法草案.....	92-209 76
章次	
三、国际水道非航行使用法.....	210-222 89
A. 导言.....	210-218 89
B. 委员会的建议.....	219 89
C. 赞扬特别报告员罗伯特·罗森斯托克先生.....	220-221 90
D. 国际水道非航行使用法条款草案及其评注和关于跨界承压地下水的决议.....	222 90

	页次
第一部分 导言	
第 1 条 本条款的范围	90
评注	90
第 2 条 用语	91
评注	91
第 3 条 水道协定	93
评注	93
第 4 条 水道协定的当事国	96
评注	96
第二部分 一般原则	
第 5 条 公平合理的利用和参与	98
评注	98
第 6 条 与公平合理利用有关的因素	102
评注	102
第 7 条 不造成重大损害的义务	104
评注	104
第 8 条 一般合作义务	107
评注	107
第 9 条 定期交换数据和资料	108
评注	108
第 10 条 各种使用之间的关系	111
评注	111
第三部分 计划的措施	
第 11 条 关于计划措施的资料	112
评注	112
第 12 条 关于可能造成不利影响的计划的措施的通知	112
评注	112
第 13 条 对通知作出答复的期限	114
评注	114
第 14 条 通知国在答复期限内的义务	115
评注	115
第 15 条 对通知的答复	115
评注	115
第 16 条 对通知不作答复	116
评注	116
第 17 条 关于计划的措施的协商和谈判	116
评注	117
第 18 条 没有通知时的程序	117
评注	118
第 19 条 紧急执行计划的措施	118
评注	118
第四部分 保护、保全和管理	
第 20 条 保护和保全生态系统	119
评注	119
第 21 条 预防、减少和控制污染	122
评注	122
第 22 条 引进外来物种或新物种	124
评注	124
第 23 条 保护和保全海洋环境	124
评注	125
第 24 条 管理	125
评注	125
第 25 条 调节	126
评注	127
第 26 条 设施	127
评注	127
第五部分 有害状况和紧急情势	
第 27 条 预防和减轻有害状况	128
评注	128
第 28 条 紧急情势	129
评注	129
第六部分 杂项规定	
第 29 条 武装冲突期间的国际水道和设施	130
评注	130
第 30 条 间接程序	131
评注	131
第 31 条 对国防或国家安全至关重要的数据和资料	131
评注	131
第 32 条 不歧视	132
评注	132
第 33 条 争端的解决	133
评注	133
关于承压跨界地下水的决议	134

章次	段次	页次
四、国家责任.....	223-353	135
A. 导言.....	223-228	135
B. 本届会议审议这个专题的情况	229-353	136
1. 被定性为草案第一部分第 19 条下罪行的行为的后果问题.....	229-346	136
(a) 条款草案第一部分第 19 条中体现的罪行和违法行的区别	234-260	136
(一) 罪行概念	234-236	136
(二) 罪行概的法律和政治基础问题.....	237-238	137
(三) 被定为草案第一部分第 19 条下罪行的违法行为所引起的责任类型	239-245	137
(四) 罪行概念的必要性——可能的备选办法	246-251	138
(五) 草案第一部分第 19 条中所载述的定义.....	252-260	139
(b) 特别报告员在其第五次和第六次报告中提出的与拟订国家对罪行		
的责任制度有关的论点和问题.....	261-321	140
(一) 由谁确定有某一罪行?	261-266	140
(二) 确定某一罪行的可能后果.....	267-288	140
a. 实质性后果	268-274	141
b. 手段性后果(反措施)	275-288	141
(三) 罪行概念所涉及的惩罚问题.....	289-295	143
(四) 联合国在确定某一罪行的存在和后果方面的作用	296-314	144
(五) 在消除不法性的情形下可能不将一些罪行列入条款的适用范围	315-316	145
(六) 不承认罪行后果的一般义务.....	317-318	146
(七) 不帮助“犯罪国”的一般义务.....	319	146
(c) 委员会可采取的行动方针.....	320-324	146
(d) 特别报告员就辩论做出的结论.....	325-343	147
(e) 在特别报告员就辩论做出总结以后所表示的对于这一结论的看法.....	344-346	149
2. 到目前为止为国家责任条款草案设想的反措施前争端解决程序	347-353	149
五、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任.....	354-380	151
A. 导言.....	354-359	151
B. 本届会议审议这个专题的情况	360-379	152
1. 委员会第四十五届和第四十六届会议期间起草委员会通过的条款草案	360-361	152
2. 特别报告员的第十次报告	362-363	152
(a) 事后预防	364-365	152
(b) 国家责任	366-379	153
(一) 国家责任与民事责任的关系.....	367-369	153
(二) 民事责任.....	370-378	154
a. 经营者的责任	371	154
b. 购买保险的义务	372	154
c. 主管法庭	373	155
d. 不歧视.....	374	155
e. 因果关系	375	155
f. 判决的强制执行	376	155
g. 赔偿责任的例外	377	155
h. 法定时效.....	378	156
(c) 程序途径	379	156
C. 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	380	156
1. 委员会至今为止暂时通过的条款草案案文.....		156
2. 委员会第四十六届会议暂时通过的第 1 条、第 2 条((a)、(b)		
和(c) 项)、第 11 条至第 14 条之二(第 20 条之二)、第 15 条		
至第 16 条之二和第 17 条至第 20 条草案案文及其评注.....		158
一般性评注.....		158
[第一章 一般性条款]		
第 1 条 本条款的范围.....		159
评注.....		159
第 2 条 用语		162
评注.....		162
[第二章 预防]		
第 11 条 事前核准.....		164
评注.....		164
第 12 条 对于危险的评估.....		164
评注.....		164
第 13 条 核准前已进行的活动.....		166
评注.....		166

	页次
第 14 条 预防或尽量减少危险的措施.....	166
评注.....	167
第 14 条之二[第 20 条之二] 不转移危险.....	168
评注.....	168
第 15 条 通知和资料.....	169
评注.....	169
第 16 条 交换资料.....	170
评注.....	170
第 16 条之二 通知民众.....	171
评注.....	171
第 17 条 国家安全和工业机密.....	171
评注.....	172
第 18 条 关于预防措施的协商.....	172
评注.....	172
第 19 条 可能受到影响的国家的权利.....	173
评注.....	173
第 20 条 公平的利益均衡所涉及的因素.....	174
评注.....	175
章次	段次
六、委员会的其它决定和结论.....	381-417 176
A. 与对条约的保留有关的法律和实务.....	381 176
B. 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响.....	382 176
C. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件.....	383-401 176
1. 目前五年期中余下时间的活动规划.....	386-389 176
2. 委员会对联合国国际法十年的贡献.....	390-393 177
3. 委员会的文件.....	394-398 177
4. 工作方法.....	399-400 178
5. 下届会议的会期.....	401 178
D. 与其他机构的合作.....	402-404 178
E. 第四十七届会议的日期和地点.....	405 178
F. 出席大会第四十九届会议和国际公法大会 (1995 年 3 月 13 日至 17 日, 纽约) 的代表.....	406 178
G. 国际法讨论会.....	407-417 178

简 称

东盟	东南亚国家联盟
国际电联	国际电信联盟
红十字委员会	红十字国际委员会
环境规划署	联合国环境规划署
经合组织	经济合作与发展组织
开发署	联合国开发计划署
粮农组织	联合国粮食及农业组织
美洲组织	美洲国家组织
欧安会	欧洲安全和合作会议
欧洲经委会	欧洲经济委员会
气象组织	世界气象组织
原子能机构	国际原子能机构
总协定	关税及贸易总协定

A/509	“Legal problems relating to the utilization and use of international rivers”, report by the Secretary-General, reproduced in <i>Yearbook of the International Law Commission 1974</i> , vol. II (Part Two), p. 33
A/CN.4/274	“Legal problems relating to the non-navigational uses of international watercourses”, supplementary report by the Secretary-General, reproduced in <i>Yearbook of the International Law Commission 1974</i> , vol. II (Part Two), p. 265
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
<i>I.C.J. Reports</i>	International Court of Justice, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i> (Washington, D.C.)
ILR	<i>International Law Reports</i>
<i>Legislative Texts</i>	United Nations Legislative Series, <i>Legislative Texts and Treaty Provisions concerning the Utilization of International Rivers for Other Purposes than Navigation</i> (Sales No. 63.V.4), first part
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
UNRIAA	United Nations, <i>Reports of International Arbitral Awards</i>
Whiteman, <i>Digest</i>	M. M. Whiteman, <i>Digest of International Law</i> (Washington, D.C.)

*
* *

关于引文的说明

在引文中，后面加有星号的楷体字或段落在原文中并不是楷体。
除非另有说明，出自外文著作的引文均由秘书处翻译。

*
* *

国际法委员会的互联网地址是：www.un.org/law/ilc/index.htm。

本卷所引用的多边文书

人权	来源
《防止及惩治灭绝种族罪公约》 (纽约, 1948 年 12 月 9 日)	联合国, 《条约汇编》, 第 78 卷, 第 288 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。
《消除一切形式种族歧视国际公约》 (纽约, 1965 年 12 月 21 日)	同上, 第 660 卷, 第 196 页。
《经济、社会、文化权利国际公约》 (纽约, 1966 年 12 月 16 日)	同上, 第 993 卷, 第 22 页。
《公民及政治权利国际公约》 (纽约, 1966 年 12 月 16 日)	同上, 第 999 卷, 第 202 页。
《公民及政治权利国际公约任择议定书》 (纽约, 1966 年 12 月 16 日)	同上, 第 310 页。
《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》 (纽约, 1968 年 11 月 26 日)	同上, 第 754 卷, 第 82 页。

来源

- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》
(纽约, 1973 年 11 月 30 日) 同上, 第 1015 卷, 第 254 页。
- 《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) 同上, 第 1465 卷, 第 101 页。
- 特权与豁免, 外交关系**
- 《维也纳外交关系公约》
(维也纳, 1961 年 4 月 18 日) 同上, 第 500 卷, 第 128 页。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》
(纽约, 1973 年 12 月 14 日) 同上, 第 1035 卷, 第 179 页。
- 条约法**
- 《维也纳条约法公约》
(维也纳, 1969 年 5 月 23 日) 同上, 第 1155 卷, 第 378 页。
- 适用于武装冲突的法律**
- 《关于陆战法规和习惯的公约》
(海牙, 1907 年 10 月 18 日) J. B. Scott ed., *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, 3rd edition (New York, Oxford University Press, 1918), p. 100.
- 《凡尔赛和约》
(凡尔赛, 1919 年 6 月 28 日) G. R. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, 3rd series, vol. XI (Leipzig, Weicher, 1923), p. 323.
- 《关于禁用毒气或类似毒品及细菌作战方法议定书》
(日内瓦, 1925 年 6 月 17 日) 国际联盟, 《条约汇编》, 第九十四卷, 第 65 页。
- 《对意大利和约》
(巴黎, 1947 年 2 月 19 日) 联合国, 《条约汇编》, 第 49 卷, 第 3 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) 同上, 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 75 卷, 第 287 页。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护武装冲突受难者的附加议定书》(第一和第二议定书)
(日内瓦, 1977 年 6 月 8 日) 同上, 第 1125 卷, 第 149 页起。
- 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》
(海牙, 1954 年 5 月 14 日) 同上, 第 249 卷, 第 215 页。
- 《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) 同上, 第 2163 卷, 第 88 页。

来源

裁军

- 《禁止细菌（生物）和毒素武器的发展、生产及储积以及销毁这类武器的公约》
（伦敦、莫斯科和华盛顿，1972 年 4 月 10 日） 同上，第 1015 卷，第 184 页。
- 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》
（纽约，1976 年 12 月 10 日） 同上，第 1108 卷，第 166 页。
- 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》
（日内瓦，1980 年 10 月 10 日） 同上，第 1342 卷，第 151 页。

恐怖主义

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

环境与自然资源

- 《瑞士、巴登大公国和阿尔萨斯—洛林关于在莱茵河及其支流包括康斯坦茨湖确立统一捕鱼规定的公约及其议定书》
（卢塞恩，1887 年 5 月 18 日） Switzerland, Federal Chancellery, *Recueil systématique des lois et ordonnances 1848-1947* (Bern, 1953), vol. 14, p. 248 [also United Nations, Legislative Series, *Legislative Texts and Treaty Provisions concerning the Utilization of International Rivers for Other Purposes than Navigation* (Sales No. 63.V.4), No. 113, p. 397].
- 《国际性通航水道制度公约和规约》
（巴塞罗那，1921 年 4 月 20 日） 国际联盟，《条约汇编》，第七卷，第 35 页。
- 《制定多瑙河确定的规约的公约》
（巴黎，1921 年 7 月 23 日） 同上，第二十六卷，第 173 页。
- 《关于涉及多国开发水电公约》
（日内瓦，1923 年 12 月 9 日） 同上，第三十六卷，第 75 页。
- 《西半球自然保护和野生生物保存公约》
（华盛顿，1940 年 10 月 12 日） 联合国，《条约汇编》，第 161 卷，第 193 页。
- 《德意志联邦共和国、法兰西共和国和卢森堡大公国关于摩泽尔开挖运河公约》
（卢森堡，1956 年 10 月 27 日） Federal Republic of Germany, Federal Ministry of Justice, *Bundesgesetzblatt*, 1956, part II, No. 36, p. 1838 [also United Nations, Legislative Series, *Legislative Texts and Treaty Provisions concerning the Utilization of International Rivers for Other Purposes than Navigation* (Sales No. 63.V.4), No. 123, p. 424].
- 《关于通过凯塔科斯基水电站和大坝调节伊纳里湖的协定》
（莫斯科，1959 年 4 月 29 日） 联合国，《条约汇编》，第 346 卷，第 167 页。

来源

- 《保护康斯坦茨湖免受污染公约》
(施泰克博恩, 1960 年 10 月 27 日)
- Switzerland, *Feuille fédérale de la Confédération suisse, 113th year, 1961* (Bern, 1962), vol. I, p. 1171 [also United Nations, Legislative Series, *Legislative Texts and Treaty Provisions concerning the Utilization of International Rivers for Other Purposes than Navigation* (Sales No. 63.V.4), No. 127, p. 438].
- 《关于尼日尔河流域国家航行和经济合作条约》
(尼亚美, 1963 年 10 月 26 日)
- 联合国, 《条约汇编》, 第 587 卷, 第 9 页。
- 《关于开发乍得湖流域的公约和条例》
(拉密堡, 1964 年 5 月 22 日)
- United Nations, *Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation: Africa, Natural Resources/Water Series No. 13* (Sales No. E/F. 84.II.A.7), p. 8.
- 《关于尼日尔河委员会和尼日尔河航行和运输的协定》
(尼亚美, 1964 年 11 月 25 日)
- 联合国, 《条约汇编》, 第 587 卷, 第 19 页。
- 《康斯坦茨湖提水协议》
(伯尔尼, 1966 年 4 月 30 日)
- 同上, 第 620 卷, 第 191 页。
- 《养护自然和自然资源非洲公约》
(阿尔及尔, 1968 年 9 月 15 日)
- 同上, 第 1001 卷, 第 3 页。
- 《拉普拉塔河流域条约》
(巴西利亚, 1969 年 4 月 23 日)
- 同上, 第 875 卷, 第 3 页。
- 《塞内加尔河地位公约》和
《设立塞内加尔河开发组织公约》
(努瓦克肖特, 1972 年 3 月 11 日)
- United Nations, *Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation: Africa, Natural Resources/Water Series No. 13* (Sales No. E/F. 84.II.A.7), pp. 16 and 21.
- 《保护世界文化和自然遗产公约》
(巴黎, 1972 年 11 月 16 日)
- 联合国, 《条约汇编》, 第 1037 卷, 第 151 页。
- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》
(伦敦, 墨西哥城、莫斯科和华盛顿, 1972 年 12 月 29 日)
- 同上, 第 1046 卷, 第 120 页。
- 《设立萨赫勒国家间抗旱常设委员会公约》
(瓦加杜古, 1973 年 9 月 12 日)
- A/9178 号文件。
- 《环境保护公约》
(斯德哥尔摩, 1974 年 2 月 19 日)
- 联合国, 《条约汇编》, 第 1092 卷, 第 279 页。
- 《保护波罗的海地区海洋环境公约》
(赫尔辛基, 1974 年 3 月 22 日)
- United Nations Environment Programme, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment, Reference Series 3* (Nairobi, 1982), p. 405.
- 《防止陆源物质污染海洋公约》
(巴黎, 1974 年 6 月 4 日)
- 同上, 第 430 页。

	来源
《保护地中海免受污染公约》 (巴塞罗那, 1976 年 2 月 16 日)	联合国, 《条约汇编》, 第 1102 卷, 第 27 页。
《保护莱茵河免受化学污染公约》 (波恩, 1976 年 12 月 3 日)	同上, 第 1124 卷, 第 375 页。
《设立卡盖拉河流域管理开发组织的协定》 (鲁苏莫, 1977 年 8 月 24 日)	同上, 第 1089 卷, 第 165 页。
《关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约》 (科威特, 1978 年 4 月 24 日)	同上, 第 1140 卷, 第 133 页。
《关于建立冈比亚河流域开发组织的公约》 (考拉克, 1978 年 6 月 30 日)	United Nations, <i>Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation: Africa</i> , Natural Resources/Water Series No. 13 (Sales No. E/F. 84.II.A.7), pp. 39 and 42.
《养护欧洲野生动物和自然生境公约》 (伯尔尼, 1979 年 9 月 19 日)	Council of Europe, <i>European Treaty Series</i> , No. 104.
《远距离越境空气污染公约》 (日内瓦, 1979 年 11 月 13 日)	联合国, 《条约汇编》, 第 1302 卷, 第 217 页。
《保护地中海免受陆源污染议定书》 (雅典, 1980 年 5 月 17 日)	United Nations Environment Programme, <i>Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment</i> (Cambridge, England, 1991), vol. 2, p. 81.
《设立尼日尔河流域管理局公约》 (法拉纳, 1980 年 11 月 21 日)	United Nations, <i>Treaties concerning the Utilization of International Watercourses for Other Purposes than Navigation: Africa</i> , Natural Resources/Water Series No. 13 (Sales No. E/F. 84.II.A.7), p. 56.
《合作保护和开发西非和中非区域海洋和沿海环境公约》 (阿比让, 1981 年 3 月 23 日)	<i>International Legal Materials</i> (Washington, D.C.), vol. XX, No. 3 (May 1981), p. 746.
《保护红海和亚丁湾环境区域公约》 (吉达, 1982 年 2 月 14 日)	United Nations Environment Programme, <i>Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment</i> , (Cambridge, England, 1991), vol. 2, p. 144.
《保护臭氧层维也纳公约》 (维也纳, 1985 年 3 月 22 日)	联合国, 《条约汇编》, 第 1513 卷, 第 310 页。
《东盟保护自然和自然资源协定》 (吉隆坡, 1985 年 7 月 9 日)	United Nations Environment Programme, <i>Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment</i> (Cambridge, England, 1991), vol. 2, p. 343.
《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》 (努美阿, 1986 年 11 月 25 日)	<i>International Legal Materials</i> (Washington, D.C.), vol. XXVI, No. 1 (January 1987), p. 38.

来源

- 《关于消耗臭氧层的物质的蒙特利尔议定书》
(蒙特利尔, 1987 年 9 月 16 日) 联合国, 《条约汇编》, 第 1522 卷, 第 17 页。
- 《南极矿物资源活动管理公约》
(惠灵顿, 1988 年 6 月 2 日) *International Legal Materials* (Washington, D.C.), vol. XXVII (1988), p. 868.
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》
(巴塞尔, 1989 年 3 月 22 日) 联合国, 《条约汇编》, 第 1673 卷, 第 89 页。
- 《国际油污防备、反应和合作公约》
(伦敦, 1990 年 11 月 30 日) 同上, 第 1891 卷, 第 66 页。
- 《越境环境影响评估公约》
(埃斯波, 1991 年 2 月 25 日) Economic Commission of Europe, *Environmental Conventions*, United Nations publication, 1992, p. 95.
- 《关于环境保护的南极条约议定书》(马德里议定书)
(马德里, 1991 年 10 月 4 日) *International Legal Materials* (Washington, D.C.), vol. XXX, No. 6 (November 1991), p. 1461.
- 《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) 联合国, 《条约汇编》, 第 1936 卷, 第 269 页。
- 《工业事故越境影响公约》
(赫尔辛基, 1992 年 3 月 17 日) 同上, 第 2105 卷, 第 457 页。
- 《联合国气候变化框架公约》
(纽约, 1992 年 5 月 9 日) 同上, 第 1771 卷, 第 139 页。
- 《生物多样性公约》
(里约热内卢, 1992 年 6 月 5 日) 同上, 第 1760 卷, 第 112 页。
- 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》
(卢加诺, 1993 年 6 月 21 日) Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 150.

麻醉药品和精神药物

- 《精神药物公约》(维也纳, 1971 年 2 月 21 日) 联合国, 《条约汇编》, 第 1019 卷, 第 197 页。
- 《经〈修正一九六一年麻醉品单一公约的议定书〉所修正的一九六一年麻醉品单一公约》
(纽约, 1975 年 8 月 8 日) 同上, 第 976 卷, 第 172 页。
- 《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) 同上, 第 1582 卷, 第 134 页。

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) 同上, 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。

海洋法

- 《领海及邻接区公约》
(日内瓦, 1958 年 4 月 29 日) 同上, 第 516 卷, 第 226 页。
- 《公海公约》
(日内瓦, 1958 年 4 月 29 日) 同上, 第 450 卷, 第 104 页。

来源

- 《大陆架公约》
（日内瓦，1958年4月29日）
同上，第499卷，第322页。
- 《捕鱼及养护公海生物资源公约》
（日内瓦，1958年4月29日）
同上，第559卷，第302页。
- 《联合国海洋法公约》
（蒙特哥贝，1982年12月10日）
同上，第1833卷，第202页。
- 《禁止危害航海安全的非法行为公约》
（罗马，1988年3月10日）
国际海事组织，第18号公约，
1988年。
- 《禁止危害大陆架固定平台安全的非法行为议定书》
（罗马，1988年3月10日）
同上。

责任

- 《核能方面第三者责任巴黎公约》
（巴黎，1960年7月29日）
联合国，《条约汇编》，第956卷，第251页。
- 《核动力船舶经营人的责任公约》
（布鲁塞尔，1962年5月25日）
International Atomic Energy Agency, *International Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage*, Legal Series, No. 4, rev. ed. (Vienna, 1976), p. 34.
- 《1960年7月29日关于核能方面第三者责任的巴黎公约的补充公约》
（布鲁塞尔，1963年1月31日）
联合国，《条约汇编》，第1041卷，第358页。
- 《关于核损害民事责任的维也纳公约》
（维也纳，1963年5月21日）
同上，第1063卷，第265页。
- 《外空物体所造成损害之国际责任公约》
（伦敦、莫斯科和华盛顿，1972年3月29日）
同上，第961卷，第219页。
- 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害损害的民事责任公约》
（伦敦，1976年12月17日）
United Nations Environment Programme, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Reference Series 3 (Nairobi, 1983), p. 474.
- 《及早通报核事故公约》
（维也纳，1986年9月26日）
联合国，《条约汇编》，第1439卷，第291页。
- 《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》
（日内瓦，1989年10月10日）
联合国出版物（出售品编号：E.90.II.E.39）。

电讯

- 《国际无线电报公约》
（华盛顿，1927年11月25日）
国际联盟，《条约汇编》，第八十四卷，第97页。
- 《关于在和平事业中利用广播的国际公约》
（日内瓦，1936年9月23日）
同上，第一百八十六卷，第301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，自 1994 年 5 月 2 日至 7 月 22 日在联合国日内瓦办事处的委员会永久会址举行了第四十六届会议。第四十五届会议副主席古德蒙杜尔·埃里克松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）
德雷克·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）
纳比尔·埃拉拉比先生（埃及）
萨利福·冯巴先生（马里）
穆罕默德·居内先生（土耳其）
贺其治先生（中国）
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）
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）

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）

3. 委员会在 1994 年 5 月 5 日的第 2331 次会议上选举纳比尔·埃拉拉比先生（埃及）和贺其治先生（中国）填补阿卜杜勒·科罗马先生和史久镛先生被选入国际法院在委员会所造成的临时空缺。

B. 主席团成员

4. 委员会在 1994 年 5 月 2 日的第 2328 次会议上选出了下列主席团成员：

主席：弗拉德连·韦列谢京先生
第一副主席：山田中正先生
第二副主席：弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生
起草委员会主席：德雷克·威廉·鲍威特先生
报告员：彼得·卡巴齐先生

5. 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²组成。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 1994 年 5 月 4 日第 2330 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：山田中正先生（主席）、奥恩·哈索内先生

¹ 即胡利奥·巴尔沃萨先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、杜杜·锡亚姆先生和亚历山大·扬科夫先生。

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

生、穆罕默德·本努纳先生、卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生、约翰·德萨拉姆先生、古德蒙杜尔·埃里克松先生、萨利福·冯巴先生、穆罕默德·居内先生、安德里亚斯·雅乔维德斯先生、莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生、艾哈迈德·马希乌先生、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、杜杜·锡亚姆先生、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。阿兰·佩莱先生作为审议委员会对联合国国际法十年³的贡献的工作组主席，是规划小组的当然成员。

6. 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

7. 委员会在 1994 年 5 月 5 日的第 2331 次会议上为“国际水道非航行使用法”专题任命了由下列成员组成的起草委员会：德雷克·威廉·鲍威特先生（主席）、侯赛因·巴哈纳先生、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、卡米勒·伊德里斯先生、彼得·卡巴齐先生、纪尧姆·庞布-奇文达先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、阿尔伯特·塞克利先生、弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田中正先生和亚历山大·扬科夫先生。罗伯特·罗森斯托克先生以本专题特别报告员的名义也参加起草委员会的工作。

8. 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”专题的起草委员会由同样的成员组成。胡利奥·巴尔沃萨先生以本专题特别报告员的名义也参加起草委员会的工作。

9. 委员会还在第 2331 次会议上为“国家责任”专题任命了由下列成员组成的起草委员会：德雷克·威廉·鲍威特先生（主席）、奥恩·哈索内先生、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、古德蒙杜尔·埃里克松先生、纳比尔·埃拉拉比先生、彼得·卡巴齐先生、莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、纪尧姆·庞布-奇文达先生、阿兰·佩莱先生、罗伯特·罗森斯托克先生和克里斯蒂安·托穆沙特先生。加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生以本专题特别报告员的名义也参加起草

委员会的工作。

10. 彼得·卡巴齐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

11. 委员会在 1994 年 5 月 5 日第 2331 次会议上，根据大会第 48/31 号决议第 6 段所载请求重新成立了国际刑事法院规约草案工作组，任命詹姆斯·克劳福德先生为工作组主席。

12. 还是在 1994 年 5 月 5 日，委员会在第 2332 次会议上批准由下列成员组成工作组：詹姆斯·克劳福德先生（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、穆罕默德·本努纳先生、德雷克·威廉·鲍威特先生、卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生、约翰·德萨拉姆先生、古德蒙杜尔·埃里克松先生、萨利福·冯巴先生、穆罕默德·居内先生、贺其治先生、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工作组的工作。彼得·卡巴齐先生也以委员会报告员的名义参加工作组。所有愿意参加的委员均可自由参加工作组。

E. 秘书处

13. 副秘书长兼法律顾问汉斯·科雷尔先生出席了会议并担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长杰奎林·多琪女士担任委员会秘书并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表。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·H·阿桑贾尼女士和姆帕齐·辛杰拉先生以及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

14. 委员会在 1994 年 5 月 2 日第 2328 次会议上，通过了第四十六届会议的议程项目如下：

³ 大会第 44/23 号决议宣布。

1. 填补临时空缺（章程第 11 条）
2. 本届会议的工作安排
3. 国家责任
4. 危害人类和平及安全治罪法草案
5. 国际水道非航行使用法
6. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任
7. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件
8. 同其他机构的合作
9. 第四十七届会议的日期和地点
10. 其他事项

15. 委员会审议了所有议程项目，举行了 50 次公开会议（第 2328 至 2377 次会议），此外，委员会的起草委员会举行了 22 次会议，国际刑事法院规约草案工作组举行了 27 次会议，扩大主席团举行了 3 次会议，扩大主席团规划小组举行了 3 次会议。

G. 委员会第四十六届会议工作情况概述

16. 委员会第四十六届会议对议程上的两个专题取得了重大进展：它通过了包括 60 个条文及其评注的国际刑事法院规约草案（见第二章），而且已通过了“国际水道非航行使用法”全部条款草案的二读，从而结束了对该专题的审议（见第三章）。

17. 在“危害人类和平及安全治罪法草案”专题（见第二章）的范围内，委员会重新成立了国际刑事法院规约草案工作组并委托它审查上一年起草的案文的任务⁴。委员会在本届会议上收到工作组提交的三份报告，最后一份报告载列附有评注的规约草案案文（A/CN.4/L.491/Rev.2 和 Corr.1 以及 Add.1-3）⁵。委员会通过了规约草案及其评注。委员会决定建议大会举行一次国际全权代表会议，研讨本规约草案并且缔结一项关于建立国际刑事法院的公约⁶。

18. 在同一专题范围内，委员会开始对其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⁷

进行二读。委员会收到了特别报告员杜杜·锡亚姆先生的第十二次报告（A/CN.4/460），其中载有第 1 至 15 条草案⁸。经委员会全体会议对这些条文作了审议之后，将它们提交起草委员会⁹。

19. 委员会根据特别报告员罗伯特·罗森斯托克先生的第二次报告（A/CN.4/462）¹⁰审议了“国际水道非航行使用法”专题。该报告除载有对起草委员会在上届会议上二读通过的条款草案¹¹提出的一些修正外，还载有特别报告员对起草委员会未审议的一些条款草案提出的新案文，即第 7 条和第 11 至 32 条草案，以及有关解决争端的一个新的条文草案。委员会将这些条款草案提交起草委员会。根据起草委员会的建议，委员会二读通过了该专题的全套条款草案及有关跨界承压地下水的一项决议草案¹²。委员会还决定向大会推荐国际水道非航行使用法条款草案和有关跨界承压地下水的决议¹³，并建议由大会或国际全权代表会议根据本条款草案制订一项公约¹⁴。

20. 关于“国家责任”专题，委员会审议了：（a）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）¹⁵的第二章和第六次报告（A/CN.4/461 和 Add.1-3）的第二章，这两章专门讨论了在条款草案第一部分第 19 条下被定性为罪行的国际不法行为的后果问题¹⁶；（b）特别报告员第六次报告的第一章，该章对至今为国家责任草案所设想的反措施前争端解决条款进行了重新评估¹⁷。根据过去和本届会议期间提交的起草委员会的建议¹⁸，委员会暂时通过了第 11 条（受害国采取的反措施）、第 13 条（相称）和第 14 条（禁止

⁴ 见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/48/10 号文件，附件。1994 年 5 月 3 日至 9 日举行的第 2329 至 2334 次会议审查了该案文。

⁵ 1994 年 7 月 21 日和 22 日举行的第 2374 至 2376 次会议审查了工作组报告的最后文本。

⁶ 见下文第二章 B.1 节。

⁷ 一读暂时通过的条款草案的案文，见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 98 至 102 页。

⁸ 1994 年 5 月 27 日至 6 月 3 日和 6 月 7 日举行的第 2344 至 2347 次以及第 2349 至 2350 次会议审查了该报告。

⁹ 见下文第二章 B.2 节。

¹⁰ 1994 年 5 月 9 日至 17 日举行的第 2334 至 2339 次会议审查了该报告。

¹¹ 见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第五章。

¹² 1994 年 6 月 21 日至 24 日举行的第 2353 至 2356 次会议审查了起草委员会的建议。

¹³ 1994 年 7 月 8 日第 2362 次会议做出决定。

¹⁴ 见下文第三章。

¹⁵ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

¹⁶ 1994 年 5 月 16 日至 26 日以及 6 月 2 日举行的第 2338 至 2343 次以及第 2348 次会议审议了这个方面。

¹⁷ 1994 年 6 月 21 日举行的第 2353 次会议审议了这个方面。

¹⁸ 1994 年 7 月 13 日和 15 日举行的第 2366 和 2367 次会议审议了起草委员会的建议。

采取的反措施)¹⁹。委员会暂缓在现阶段对第 12 条（同诉诸反措施有关的条件）采取行动，并且决定可能要参照最终通过的第 12 条来重新审查第 11 条²⁰。

21. 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，委员会收到特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生的第十次报告（A/CN.4/459）。特别报告员介绍了该报告²¹，但要推迟到明年才审议它。根据在过去和本届会议期间提交的起草委员会的建议，委员会暂时通过了第 1 条（本条款的范围）和第 2 条（用语）的（a）、（b）和（c）项、以及组成一套预防条款的 12 个条文，即第 11 条（事前核准）、第 12 条（对于危险的评估）、第

13 条（核准前已进行的活动）、第 14 条（预防或尽量减少危险的措施）、第 14 条之二[第 20 条之二]（不转移危险）、第 15 条（通知和资料）、第 16 条（交换资料）、第 16 条之二（通知民众）、第 17 条（国家安全和工业机密）、第 18 条（关于预防措施的协商）、第 19 条（可能受到影响的国家的权利）和第 20 条（公平的利益均衡所涉及的因素）^{22、23}。

22. 有关委员会的方案、程序和工作方法的事项及其文件在扩大主席团规划小组和扩大主席团本身的范围得到讨论。委员会的有关建议载于本报告第六章，其中也载述了与其他机构合作以及一些行政事项和其他事项。

¹⁹ 关于这些条文的案文，见下文脚注 454。

²⁰ 见下文第四章。

²¹ 在 1994 年 6 月 10 日举行的第 2351 次会议上介绍了该报告。

²² 1994 年 7 月 8 日至 13 日举行的第 2362 至 2365 次会议审议了起草委员会的建议。

²³ 见下文第五章。

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

A. 导言

23. 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。

24. 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宪章及法庭判决书所确认的国际法原则²⁴，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²⁵，并将草案及其评注提交大会²⁶。

25. 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。

26. 按照特别委员会的建议，大会 1974 年 12 月 14 日第 3314 (XXIX) 号决议以协商一致意见通过了《侵略定义》。

27. 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，以便进行复审，同时适当考虑到国际法的逐渐发展过程所已取得的成果²⁷。

²⁴ 以下称“纽伦堡原则”（《1950 年……年鉴》，第二卷，第 374 至 378 页，A/1316 号文件，第 95 至 127 段）。

²⁵ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 至 152 页，A/2693 号文件，第 49 至 54 段。

²⁶ 1954 年治罪法草案及“纽伦堡原则”的案文转载于《1985 年……年鉴》，第二卷（第二部分），分别见第 18 和 45 段。

²⁷ 随后，大会第 42/151 号决议核准了委员会的建议，将专题的英文标题改为：“Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”。

28. 委员会在 1982 年第三十四届会议上任命杜·锡亚姆先生为本专题的特别报告员²⁸。委员会从 1983 年第三十五届会议到 1991 年第四十三届会议一共收到特别报告员的 9 份报告²⁹。

29. 委员会在 1991 年第四十三届会议上一读暂时通过危害人类和平及安全治罪法草案³⁰。在同届会议上，委员会决定按照其章程第 16 和 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³¹。委员会也注意到它完成一读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的各届会议上履行大会在第 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分析在其报告中所提出的关于国际刑事管辖问题的各项问题，包括设立一个国际刑事法院或其他国际

²⁸ 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 至 41 段。

²⁹ 这些报告转载如下：

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 205 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 40 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。

³⁰ 见上文脚注 7。

³¹ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 174 段。

刑事审判机制的可能性³²。委员会进一步指出，它已开始履行职责，该专题的这方面工作已在第四十三届会议报告中提及³³。

30. 大会第 46/54 号决议中请委员会

“……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其第四十二届会议工作[1990 年]报告³⁴中关于国际刑事管辖问题方面所提出的各项问题，包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议，以便大会能就此事提供指导。”

31. 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³⁵。这份报告通篇论述了是否可能建立国际刑事管辖权问题。在审议特别报告员的第十次报告以后，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就有关国际刑事管辖问题提出的主要问题，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，工作组将参照委员会过去和现在各届会议的讨论情况，考虑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。关于它将在其任务授权³⁶范围内审议和分析的各种问题，工作组还将起草具体建议。

32. 工作组在同届会议上起草了一份向委员会的报告，载述了审议并分析同拟议建立国际刑事管辖有关的一些问题的详尽情况及其讨论和具体建议的摘要，还有关于国际刑事法院诉讼/申诉机制的一些建议的附录³⁷。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：国际刑事法院应由按缔约国议定的条约形式的规约设立；至少在其运行的第一阶段，它只应对私人行使管辖权；它的管辖权应限于特定的现行国际条约所规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在通过和生效时规定的罪行，而不仅限于该条约确定的罪行；国家应能够成为规约的缔约国，而不一定由此而成为治罪法的缔约国；法院将成为其缔约国（在规定的条件下也可以是其他国家）的一种设

施；至少在第一阶段，不应具有强制性管辖权，也不成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；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³⁸。

33. 委员会还在同一届会议上指出：审查特别报告员第九次和第十次报告以及工作组的报告后，它便结束了 1989 年大会委托它的分析设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机构问题的任务³⁹；按照工作组报告中所建议的那种结构可能是一种切实可行的制度；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着手进行国际刑事管辖项目，以及应在什么基础上从事这项工作⁴⁰。

34. 大会通过了第 47/33 号决议，其中第 4、5 和 6 段内容如下：

“[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；

“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订国际刑事法院规约草案的项目，开始审查工作组报告和第六委员会辩论中所查明的问题，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。”

35. 在 1993 年第四十五届会议上，委员会收到了特别报告员关于这个专题的第十一次报告⁴¹，整个报告专门讨论建立国际刑事法院的问题。委员会还收到来自各国政府就委员会在第四十三届会议上一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案的评论和

³² 同上，第 175 段。

³³ 同上，第 106 至 165 段。

³⁴ 《1990 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 93 至 157 段。

³⁵ 《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 51 页，A/CN.4/442 号文件。

³⁶ 《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/47/10 号文件，第 98 段。

³⁷ 同上，第 99 段和附件。

³⁸ 同上，第 11 段和附件第 4 段。

³⁹ 见《1990 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 93 至 157 段，特别见第 100 段。

⁴⁰ 见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 8 和 19 页，A/47/10 号文件，第 11 和 104 段。

⁴¹ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/449 号文件。

意见^{42、43}，以及各国政府根据大会第 47/33 号决议第 5 段提交的对国际刑事管辖问题工作组报告的评论^{44、45}。

36. 在审查特别报告员的第十一次报告之后，委员会决定再度召集它在上届会议上设立的工作组，还决定从此以后把国际刑事管辖问题工作组的名称改为“国际刑事法院规约草案工作组”⁴⁶。委员会赋予工作组的职责就是大会第 47/33 号决议第 4、5 和 6 段中所载列的规定⁴⁷。

37. 工作组提交了一份报告，附在委员会报告之后⁴⁸。

38. 委员会认为，工作组提交的报告与工作组在委员会 1992 年第四十四届会议上就同一问题的报告⁴⁹相比，进步很大。1993 年的报告着重于拟定全面而有系统的一套条款草案，并附以简短的评注。委员会虽然没有能够在第四十五届会议上详细审查条款草案并予以通过，却认为，原则上，所提出的案文为大会第四十八届会议对条款草案进行审议提供了良好的基础⁵⁰。

39. 委员会表示欢迎大会和会员国就各条文的评注里提出的具体问题和整个条款草案提出意见。委员会还决定将规约草案通过秘书长转交各国政府，请它们于 1994 年 2 月 15 日之前将意见提交秘书长。这些意见对于为委员会随后的工作方向提供指导，以期按照委员会工作计划在 1994 年委员会第四十六届会议上完成规约草案的拟定，是必要的⁵¹。

40. 大会通过了第 48/31 号决议，其中第 4、5、6 和 8 段内容如下：

“[大会，]

“……

⁴² 同上，A/CN.4/448 和 Add.1 号文件。

⁴³ 见上文第 29 段。

⁴⁴ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/452 和 Add.1-3 号文件。

⁴⁵ 见上文第 31 和 32 段。

⁴⁶ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/48/10 号文件，第 96 段。

⁴⁷ 见上文第 34 段。

⁴⁸ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/48/10 号文件，附件。

⁴⁹ 《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/47/10 号文件，附件。

⁵⁰ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/48/10 号文件，第 99 段。

⁵¹ 同上，第 100 段。

“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，该章专门讨论国际刑事法院规约草案的问题；

“5. 请各国按照国际法委员会的请求，于 1994 年 2 月 15 日之前向秘书长提交对国际刑事法院规约草案工作组所提出的条款草案的书面评论；

“6. 请国际法委员会作为优先事项继续关于此问题的的工作，以期尽可能在其 1994 年第四十六届会议上，参照第六委员会辩论中所表达的各种意见和从各国收到的书面评论，详细制订一项规约草案；

“……

“8. ……并在这方面请国际法委员会第四十六届会议继续审议《危害人类和平及安全治罪法》草案……”

41. 按照大会第 48/31 号决议的规定，本报告中关于本届会议审议这个专题的情况的一节将分为两个分节，一个关于国际刑事法院规约草案，另一个关于危害人类和平及安全治罪法草案。

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 国际刑事法院规约草案

(a) 审议第四十五届会议设立的工作组的报告

42. 委员会本届会议收到了作为委员会 1993 年第四十五届会议工作报告附件的国际刑事法院规约草案工作组的报告⁵²；各国政府对国际刑事法院规约草案工作组的报告所提的意见⁵³；秘书处编写的第六委员会在大会第四十八届会议期间讨论国际法委员会第四十五届会议工作报告情况的专题摘要⁵⁴B 节。

43. 委员会在 1994 年 5 月 3 日至 9 日举行的第 2329 至 2334 次会议上审议了工作组 1993 年的报告。

44. 下面是全体会议讨论情况的摘要。

⁵² 见上文脚注 48。

⁵³ 转载于《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/458 和 Add.1-8 号文件。

⁵⁴ A/CN.4/457 号文件。

(一) 概论

45. 有些委员指出, 委员会的工作尽管受到一些批评, 从第六委员会的辩论以及书面评论中都可以看出, 它还是很能得到各国政府接纳。但是, 另一些委员却提请注意, 在完成这个规约草案以前, 还有障碍需要克服。有些委员认为, 由于规约草案具有优先地位, 固然需要迅速加以完成, 这个文书的起草工作可得谨慎, 以便得到各国的普遍接受, 为建立一个可运行的、有效能的机构作出规定。此外, 还有人指出, 委员会作为一个专家机构, 在继续起草规约草案时, 尽管工作急迫, 还是有责任仔细考虑各国政府所表示的意见。有人说, 如果必要的话, 应该用多一点的时间来起草一份文书, 以便据以建立较好、较有用和常设的机构, 同时考虑到各国不可能在大会接到规约草案之后就建立法院。

46. 尽管一般认为, 规约草案的优先地位足够灵活, 起草工作可以在这一届也可以在下一届完成, 但一般普遍同意, 委员会应设法在本届会议期间完成规约草案, 只要这样做不影响工作质量。有人希望, 工作组及时完成工作, 让委员会能够在本届会议结束以前审议规约草案的定稿, 连同评论一起提交大会, 以便证明它有能力满足国际社会的期望。

47. 对于委员会在继续规约草案工作时所采取的总方针也有不同的看法。有些委员指出, 指导委员会工作的原则和有关起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭(以下称“国际法庭”)⁵⁵的文书仍然适切。另一些委员要求采取更大胆的方针, 而其他委员则建议采取较为谨慎的、逐步进行的做法。有些委员认为, 在处理与常设法院同样的问题时, “国际法庭”的规约⁵⁶及其程序和证据规则⁵⁷应该得到特别的注意。其他委员则告诫说, 由于两个机构有本质上的区别, 不应当过份强调这些文书。

48. 关于委员会应当采取更大胆或更小心的做法的问题, 认为应该采取更大胆的做法的委员说, 目前的草案在关于法院的概念上不够国际化或全球化, 它过于突出国与国之间的关系, 而不够注意个人和国际社会之间的直接关系, 它对传统条约做法的依赖可能拖延法院的建立, 更小心的做法将不能充分考虑到我们现在需要一个在国内和国际武装冲突中

处理经常出现的种族暴力问题的新机制。赞成更谨慎做法的人认为, 规定国际刑事管辖的文书必须考虑到当前的国际现实, 包括有必要确保同现有的国家管辖系统之间的协调以及国际合作, 法院的建立和效能需要各国广泛接受这个规约, 可能需要为此限制规约的范围, 本专题的政治方面需要采取将上述问题留待各国决定的切合实际的做法, 规约草案的拟订总是委员会以往不曾作过的创制法律工作, 必须抱着强烈的务实态度来加以锤炼。

(二) 法院的性质

49. 关于第 4 条(地位和法律行为能力), 有些委员认为, 这一条规定建立一个遇有需要时开庭审理提交给它的案件的常设法院, 实现了恰当的平衡, 另一些委员认为, 从为以必要的客观态度审判被控犯有严重罪行的个人的常设法院拟订规约的角度来看, 这种做法没有完成委员会所被托付的任务。还有一些委员则认为, 应当由各国来决定到底是采取较现实的做法, 建立一个常设的、但不经常开庭的法院, 还是应当从刑事司法的观点着手, 采取让它成为一个专职机关的较合乎需要的备选办法。有人建议, 规约草案可结合这两种做法, 一方面规定目前较现实、较务实的安排, 同时又从长远着想, 作为鼓励法律的统一和进一步发展的方式, 考虑到让法院长期开庭审理案件的可能性。

50. 关于法院的性质是否从它同国家法院之间关系着眼在目前这个规约草案中得到适当而充分的处理, 委员们有不同的看法。有些委员认为, 法院是各国的设施, 只能补充、而不能取代国家管辖权。另一些委员认为, 法院应在有关国家不愿意、或不能够提出起诉时, 负责进行检控, 但不得违反为了预防基于政治目的滥用法院所规定的必要的保障措施。还有一些委员认为, 可能应当让国际刑事法院对主要的几种最严重的罪行具有受到限制的、固有管辖权。有些委员认为, 应当进一步审议关于审判或引渡被控犯有严重罪行的人的现有的条约义务、没有由于建立法院而意味着放弃国家法院的管辖权的情况、法院的管辖权作为以审判和引渡以及提交法院审理这三种任择办法为基础的现有制度的额外组成部分的备用性质、以及象美洲人权法院那样具有协助国家法院解释有关条约的咨询管辖权的可能性。还有一些委员认为, 法院应该在案件不够严重或可以由国家法院给予适当而充分的处理的情形下具有拒绝行使管辖权的自由裁量权。持这种意见的委员解释说, 为了保证法院能够纯粹地处理最严重

⁵⁵ 见安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808 (1993) 号和 5 月 25 日第 827 (1993) 号决议。

⁵⁶ S/25704 号文件, 附件。

⁵⁷ “国际法庭” 1994 年 2 月第二届会议结束时通过。

的罪行，它将不侵犯到国家法院的职能，使受理的案件数目能够适应其现有资源。关于这点，有人提请注意欧洲人权法院的经验。

(三) 建立法院的方法

51. 关于建立法院的方法，有些委员主张修改《联合国宪章》，而其他委员则赞成签订一项条约。还有人主张由大会和/或安全理事会通过一项决议。有些委员承认第一种做法是有实际上的困难，但也不愿意排除修改《宪章》使规约草案象国际法院规约那样成为《宪章》的一个整体部分的可能性。这样一来，法院的规约一旦满足生效的要求，就对所有会员国起到约束的作用。赞成第二种做法的人认为，条约将为对有国际罪行的人所做的判决提供坚实的法律基础，使各国能够决定是否接受规约草案和法院的管辖权，从国家刑事司法的敏感性质来看更是这样，同时又可以避免修改《宪章》的实际困难，而且避免靠决议成立的机构的合法性受到任何挑战。有人说，为了采取条约的做法，需要确保规约草案在生效以前得到各国的广泛接受，而且需要在规约里更清楚地讲明缔约国的作用。赞成第三种做法的人强调必须确保法院作为国际社会、而不是为数有限的缔约国的司法机构所具有的国际或普遍性质，并且应该避免采取其他做法时可能导致的使法院迟迟不能建立的后果。有人说，建立法院的方法会涉及到它同联合国的关系，是一个政治问题，需要由各国决定，所以，规约和评注都应该反映各种不同的可能性。

52. 对于一个常设的法院是否应当建立为大会、还是安全理事会的附属机关，或者是鉴于它们各自的职权范围，建立为大会和安理会的共同附属机关，委员们有不同的看法。关于大会，有些委员指出，法院可以建立为《联合国宪章》第二十二条下的附属机关，大会建立司法机关的权力已经在国际法院1954年7月13日的咨询意见⁵⁸中得到确定。但是，另一些委员问起，这个建议性的决议是否能够建立刑事法院，特别是为了对个人行使权力提供健全的法律基础，是否能够把这样一个机构视为履行依《宪章》委交大会的职能的附属机关。有人认为，大会可以通过一项决议，建议各国把法院规约通过为一项条约，以澄清决议的法律效力，并澄清

对决议没有投赞成票的国家的管辖权问题。还有人认为，可以根据安理会和大会同时通过后提交各国批准的决议，将法院建立为既是条约机关，又是安理会的附属机关，使安理会能在这项文书生效之前，将《宪章》第七章下的情况诉诸法院。但是，另一些委员指出，安理会针对《宪章》第七章所指的情况建立特设法庭的权力是一回事，建立具有普遍权力和职能的常设机构的权力却是另一回事。《宪章》第七章中所设想的只是针对特定情况采取的行动。

(四) 同联合国的关系

53. 大家都同意，联合国有必要同法院建立密切的关系，以确保法院的国际性质和它的道义权威。但是，对于应该使用什么适当手段来达到这一目的，却有不同的看法，因为这是同建立法院的方法问题密切相关的。有些委员主张采用第2条（法院与联合国的关系）的第一个办法，以确保法院能够用国际社会、而不是一组缔约国的名义控诉犯有受国际关注的严重罪行的人。但是，其他委员则认为，由于修改《联合国宪章》牵涉到的困难，第二种做法是比较务实和现实的途径。

54. 有些委员认为，根据大会或安全理事会的决议来建立法院也能够体现这个法院作为国际社会的机构的性质。但其他委员则由于大会和安理会的政治特性，对由大会或安理会建立常设司法机关的做法提出置疑。有人认为，应该进一步审议通过一项特别协定使法院同联合国建立关系的可能性。

55. 有人认为，首先应该把拟议建立的法院同联合国的关系确定下来，因为这种关系影响到一些未决问题，例如法院的经费、人员的征聘等。但是，也有人认为，委员会的首要任务是为法院拟定一个经得起考验的结构，至于它同联合国的关系则可根据同联合国建立关系的各种模式，留到稍后阶段再加以解决。

(五) 法院适用的法律

56. 有人认为，法院所适用的实体法同规约所呈现的程序法之间的关系没有受到充分的注意。实体法的问题不应同规约目前所体现的程序法相混淆，为了确定适用的法律，首先需要审议因为所要适用的

⁵⁸ *Effect of awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1954, p. 47.*

实体法的规则还不清楚因而不能在规约中得到适当而充分的处理的实体法。有些委员认为，一旦完成危害人类和平及安全治罪法草案，就能解决可适用什么法律的问题以及对诉讼事项的管辖权问题，因此建议加快关于该草案的工作。但是，另一些委员认为，法院至少在工作起始阶段应按照规约草案中的设想，适用现有的公约以及根据这些公约所通过的国家法律的有关规定。有人建议，规约的起草方式应该不致排除未来适用危害人类和平及安全治罪法的可能性。

57. 有些委员特别重视国家法律的可适用性，不仅可适用于条约没有明确为罪行下定义的情况，也可适用于证据和刑罚的规则。另一些委员则较为重视习惯法和强制法的适用，特别是应该参照纽伦堡的先例。但是有人指出，如果出现抵触，国际法应优先于国家法，“法无明文不为罪”原则本身就是国际法的规则。

(六) 管辖权

a. 属人管辖权

58. 关于属人管辖权，有人促请注意申明侵犯国家法律的罪行是人、而不是抽象实体所犯的纽伦堡法庭的判决⁵⁹。据指出，虽然不应低估将罪犯绳之以法的困难，但是，重要的是，罪犯要知道法网难逃。有人说，目前属人管辖权需要得到国家的同意的要求太复杂了，没有充分考虑到其它的引渡义务。

b. 对诉讼事项的管辖权

59. 若干委员认为，对诉讼事项的管辖权的规定错综复杂，有必要加以简化使之较容易了解，划清对诉讼事项的管辖权和管辖权的让与之间的区别。有些人建议修改第 22 条（为第 21 条的目的接受法院的管辖权）所列出的条约清单，一方面将它缩小到只包括处理受全体国家关注的严重罪行的那些被广泛接受的多边公约，另一方面又增列另一些条约，例如《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》，并添加一个条款，以便利列入

今后可能缔结或生效的条约。有人问起：将条约分成两种类型是否合乎逻辑，是否有用，对特别严重违反行为的管辖标准是否不应适用于所有的公约。有人说，关于条约清单的最后决定应由国家作出，可能在将来的一次外交会议上。

60. 关于一般国际法下的罪行，有些委员认为，必须填补由于有关条约没有得到批准因而不能引用，或者由于罪行（特别是侵略以及危害人类罪行）没有以条约加以确定所造成的空白。另一些委员对国际法下的罪行这一提法模糊含混表示关注，对习惯法是否足够精确地界定了罪行表示怀疑。有人建议，为了进一步加以澄清，应该规定罪行的含义，至少列出属于这一类的罪行。在这方面，对于侵略的定义是否应该只限于侵略战争还是也扩大到单独的侵略行为，出现了不同的意见；有些委员对这样区分是否有意义感到怀疑。

(七) 国家的接受管辖权

61. 关于国家接受管辖权的问题，赞成“选入”办法的一些委员强调了自愿接受法院管辖权的重要性，将接受法院的规约同接受法院的管辖权分开，强调法院对国家的合作的依赖，并强调有必要把法院的管辖权限制在国家法院不能够或不愿意行使管辖权的情况。主张“选出”办法的委员质疑不接受法院的管辖权而加入为法院规约缔约国的价值，告诫不要由于过分地限制法院的管辖权而建立一个缺乏效能的机构。有人建议，规约应该针对就诸如种族灭绝等为数有限的几种特别严重的罪行接受管辖权的任择性质拟订若干例外条款。

(八) 选举法官

62. 一般都认为，规约草案所设想的法官任期太长，应予减短。有人认为，法官的资格需要进一步审议，以便保证在不同的法庭里有必要的能力和经验。有人建议，在选举法官时应考虑到有必要保证反映主要法系的公平的地域代表性，而且要对被告要求法官回避的情况施加一些限制，以避免滥用。

(九) 法院的结构

63. 关于是否应用“法庭”一词去代表法院的总结

⁵⁹ United Nations, *The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal. History and analysis* (memorandum by the Secretary-General) (Sales No. 1949.V.7).

构，看法有分歧。有些委员指出，这种说法在历史上有过先例，另一些委员则认为，这会造成混淆或导致误解。

(十) 向法院提出案件

64. 关于国家向法院提出案件的问题，有些委员认为，这应只限于缔约国，以便鼓励更多国家加入规约。另一些委员认为，允许任何国家或检察官提交严重罪行的案件会增加起诉的可能性。还有一些委员则认为，应当允许任何国家通过协定提交涉及较次要罪行的案件。

65. 一般普遍同意，安全理事会的权力由《联合国宪章》所确定，不能通过规约加以限制或扩充。根据这点，许多委员认为，在符合《宪章》第七章下的要求的情况下，宜由安理会向法院提交情况，而不是向法院提出针对具体个人的案件。有人促请注意由安理会提交情况同由检察处独立进行调查的区别。有些委员认为，不明文规定安理会的行动只限于第七章所述的情况太大胆了，而在符合要求的时候，不允许安理会要求起诉具体的个人，又是过于谨慎。由于否决权的缘故，有些委员对能否尊重不歧视原则和公平审判原则感到关切。

66. 关于大会是否也应能够向法院提出案件或至少提请法院注意若干情况的问题，也有不同的看法。赞成赋予大会这一角色的委员促请注意大会作为联合国的主要机关的地位、它作为国际社会最具有代表性的机构的特性、它人权方面的主要职权和在国际和平和安全方面的剩余职权以及安全理事会可能由于否决而无法行动的情况。但是，另一些委员指出，从安理会和大会根据《联合国宪章》所做的决定的法律作用来说，它们是有所区别的，他们问将某一事项提交法院的必要的法律结果能否来源于某项建议。

(十一) 国家同意管辖权的必要

67. 对于提起诉讼需要国家接受的要求，委员们有不同的看法。有些委员强调，有必要得到拘留国的同意，以保证被告出庭受审，也有必要得到领土国的同意，以便利进行调查和收集证据。另一些委员则强调说，即使被告碰巧在某个国家的境内，或是某个国家的公民，这个国家也不应干预对被告的审判，从而阻止法院发挥职能，让被告免受惩罚。有人促请注意由安全理事会采取行动取代国家同意的

要求的可能性。也有人建议，法院应该能够对种族灭绝罪等最严重的罪行行使固有的管辖权，而不需要得到国家的同意。

68. 有些委员强调，应该以安全理事会确定侵略行为作为法院行使管辖权的先决条件。另一些委员则认为，要求安理会作出这种确定所涉及的问题需要进一步审议。有人认为，鉴于安理会介入世界各地出现的冲突和局势以及引起恶意或骚扰性诉讼的危险，设想让它发挥更广泛的作用或许是有益的。有人建议，在安理会不采取行动的情形下，检察处应该有权通知安理会关于侵略行为的控告。有人认为，应当允许被控侵略的个人证明国家的政策构成正当的自卫。

(十二) 检察权

69. 关于检察处有一些建议，包括：将权力交给一个合议庭，而不交给个人；扩大检察处，以保证适当的执法；在罢免程序中更加尊重检察官的独立性。将调查权和检察权都交给单一的实体的做法也引起一些人的关切。

(十三) 将被告提交法院

70. 有人促请注意需要进一步审议的一些问题，包括：所要设立的制度同现有的引渡协定或部队地位协定之间的关系；把一个人交给法院是否即构成对引渡义务的遵守；拘留国能否接受引渡要求而不把该人交给法院；接到要求的国家对于把被告交给法院是否应该有自由裁量权；是否应该容许正在对罪行进行调查的国家延迟把人交出来的时间。但是，也有人担心，这样会造成程序上的障碍，使某些国家能够防止法院起诉那些犯有受到国际关注的、冒犯了人类良心的罪行的人。

(十四) 审判程序

71. 关于缺席审判的问题，许多委员认为《公民及政治权利国际公约》并不排除这种审判，对目前的草案允许法院在被告故意不出席时也能进行审判表示满意。但是，另一些委员认为，缺席审判违反重要的司法保障，问设想缺席审判的规约能否得到各国广泛接受。有人建议，应该进一步审议：允许进行缺席审判的政治问题，适当保证被告的权利的必

要性，以及是否能在诸如“国际法庭”的情况中那样在实际上用其他方法得到同样的效果。

72. 关于“一事不再理”原则，有些委员提请注意“国际法庭”规约⁶⁰的有关规定，其他委员则对法院复核国家法院的判决表示关切。

73. 关于审判分庭的判决，委员们对一个刑事法院能否允许异议或个别意见有不同的看法。

(十五) 刑罚

74. 有人认为，也许需要给予法院自由裁量权，以确定对在危害人类和平及安全治罪法或有关条约中没有规定的刑罚适用什么法律。但是，有人认为，依赖国家法律条款只能是一种暂时的权宜办法，因为这种安排可能导致法院在实行刑罚上的不连贯性，既不符合法院的性质，也不符合司法审判的原则。还有人建议删除关于罚款的规定，或将这个问题放到杂项或预算项目下。

(十六) 程序规则

75. 一般普遍同意，规约应列出基本的程序和证据规则，特别是关于被告权利和公平审判概念的规则，把细则留到稍后阶段拟订。有些委员主张由法官拟订规则，另一些委员则主张任命一个专家组负责这项工作，让各国在评审规约的时候考虑规则的内容。有人表示，应该设立一些机制，规定由规约的缔约国批准规则。

(十七) 法院的经费

76. 关于法院的经费问题，有人提请注意有必要考虑象法院这样一个机构所需要的经费和其他资源、建立法院的方法所涉及的经费筹措问题以及保证法院财力的重要性。

(b) 重新设立国际刑事法院 规约草案工作组

77. 委员会在 1994 年 5 月 5 日举行的第 2331 和 2332 次会议上，决定重新设立国际刑事法院规约草

案工作组。

78. 委员会交给工作组的职权范围是根据大会第 48/31 号决议第 4、5 和 6 段的规定。在这几段中，大会赞赏地注意到委员会报告中专门讨论国际刑事法院规约草案问题的、题为“危害人类和平及安全治罪法草案”的第二章；请各国按照委员会的要求，于 1994 年 2 月 15 日以前向秘书长提交对国际刑事法院规约草案工作组所提出的条款草案的书面意见；并请委员会作为优先事项继续进行关于此问题的的工作，以期尽可能在其 1994 年第四十六届会议上，参照第六委员会辩论中所表达的各种意见和从各国收到的书面评论，详细制订一项规约草案。

(c) 国际刑事法院规约草案 工作组的工作成果

79. 从 1994 年 5 月 10 日到 7 月 14 日，工作组共举行了 27 次会议。

80. 工作组在执行其职权范围内的任务时备有委员会提交大会的第四十四届会议工作报告中所附载的国际刑事管辖问题工作组的报告⁶¹；委员会提交大会的第四十五届会议工作报告中所附载的国际刑事法院规约草案工作组的报告⁶²；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⁶³；各国政府关于国际刑事法院规约草案工作组的报告的评论（A/CN.4/458 和 Add.1-8）；秘书处编写的大会第四十八届会议期间第六委员会在讨论国际法委员会第四十五届会议工作报告情况的专题摘要（A/CN.4/457）B 节；秘书长依据安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808（1993）号决议第 2 段编写的报告⁶⁴、“国际法庭”所制订的程序和证据规则⁶⁵以及工作组秘书处编写的下列非正式文件：（a）过去在联合国范围内或由其它公共或私人实体编写的国际刑事法院规约草案汇编；（b）与国际刑事法院可能的对诉讼事项的管辖权有关的公约或公约的有关条款汇编；（c）国际刑事法院与联合国建立关系的可能方式的研究报告。

81. 工作组着手重新逐项逐条地研讨了委员会第四十五届会议报告附载的国际刑事法院规约草案，其

⁶⁰ 见上文脚注 56。

⁶¹ 见上文脚注 49。

⁶² 见上文脚注 48。

⁶³ 见上文脚注 41。

⁶⁴ S/25704 和 Corr.1 以及 Add.1 号文件。

⁶⁵ 见上文脚注 57。

中特别考虑到：（a）在更为确切规定法院对诉讼事项的管辖范围的同时还需要理顺和简化与此种管辖有关的条款；（b）应该设想法院的制度对依靠现有国际合作和司法协助机制发挥作用的制度具有补充作用；（c）需要协调国际刑事法院规约草案和危害人类和平及安全治罪法草案的共同条款。

82. 工作组编写的规约草案分为八个主要部分：第一部分关于法院的建立；第二部分关于法院的组成和管理；第三部分关于法院的管辖权；第四部分关于调查和起诉；第五部分关于审判；第六部分关于上诉和复审；第七部分关于国际合作和司法协助；第八部分关于执行。

83. 条款草案的评注解释了工作组在审议关于某一主题事项的条款时所处理的那些特别值得关注的问题以及该事项造成的各种不同的意见或引起的保留意见。

84. 工作组在草拟规约过程中并没有以任何一种具体的刑法制度为蓝本，而是考虑了现有的各种条约、早先提出的设立国际法院或法庭的种种建议以及各国沿袭不同的法统制定的刑事司法制度的有关规定，将其中最适于实现规定目标的成分揉合成有机的整体。

85. 此外还审慎地注意到关于“国际法庭”所应遵循的各种规定。

86. 还要指出的是，工作组将国际刑事法院规约设想为将来关于该事项的一个国际公约的附件，而且照此草拟了该规约的各项条款。

87. 委员会在 1994 年 7 月 21 日和 22 日举行的第 2374 至 2376 次会议上审议了载有由六十个条文及其评注组成的规约草案全部案文的工作组修订的报告。

88. 委员会在第 2374 和 2375 次会议上通过了规约草案。在第 2375 和 2376 次会议上，委员会通过了组成规约草案的六十个条文的评注。

（d）赞扬历届工作组主席

89. 委员会对第四十四届和第四十五届会议所设工作组的主席杜杜·锡亚姆先生和阿卜杜勒·科罗马先生表示感谢。委员会特别赞扬本届会议工作组主席詹姆斯·克劳福德先生，他通过不懈的努力和专心致志的工作，对规约草案的编写作出了杰出的贡献。

（e）委员会的建议

90. 委员会在 1994 年 7 月 22 日第 2376 次会议上按照其章程第 23 条的规定，决定建议大会召开一次国际全权代表会议来研讨规约草案并且缔结一项关于建立国际刑事法院的公约。

（f）国际刑事法院规约草案

91. 以下载录第 1 至第 60 条草案的案文和评注及其附件以及三个附录。

国际刑事法院规约草案

本规约缔约国，

希望促进国际合作以加强有效起诉和惩治国际关注的罪行，为此目的建立国际刑事法院；

强调此法院只拟对整个国际社会关注的最严重的罪行行使管辖权，

又强调此法院拟在国家刑事司法系统没有审判程序或审判程序缺乏效能的情形下对国家刑事司法系统起补充作用；

兹协议如下：

序言的评注

（1）序言部分叙述规约的主要宗旨，其用意是要促进国际刑事问题方面的合作，提供审判所并在定罪的情况下对被控犯有重大国际关注罪行的人员给予适当的惩罚。具体而言，它的用意是在无法使上述人员在国家法院中受到正式审判的案件中发挥作用。因此，它强调使法院成为辅助现有国家管辖和在刑事问题上进行国际司法合作的现有程序的机关，而不是要排除国家法院的现有管辖权，或影响国家在现有的安排下要求引渡和其它形式的国际司法协助的权利。

（2）规约草案所设想的国际刑事法院只是要对最严重的罪行，即整个国际社会关注的罪行行使管辖权。规约草案中详尽载述了它的管辖（见以下第三部分），它应该行使该管辖权的情况也作出了审慎的规定。

(3) 序言部分所载述的宗旨是为了协助解释和适用规约，特别是第 35 条中所给予的权力的行使。

(4) 有些委员鉴于序言部分的重要性，认为应该把它订为规约的一个执行条款。

第一部分

法院的建立

第 1 条 法院

兹建立国际刑事法院（“法院”），其管辖权和职责应遵守本规约的规定。

评注

(1) 规约草案第一部分载述法院的建立。第 1 条正式建立国际刑事法院（下称“法院”）。

(2) 建立法院的目的，如同序言部分中所指出的，是为了在不能利用其它审判程序或其它审判程序可能缺乏作用的情况下对被控犯有国际性质之罪行的人员进行公平审判提供审判地点。

(3) 管辖机构的名称问题是进行过一些辩论的议题。在工作组 1993 年第四十五届会议上提议的条款草案⁶⁶中，整个实体被称为“法庭”，而将“法院”一词留给司法机关。但是有些委员认为“法庭”里设“法院”是不常见的，另一些委员倾向于根本不对行使刑事管辖权的常设机构使用“法庭”一词。委员会议定，“法院”一词应用以指整个实体，由某个机关（如院长会议、检察处、书记处）行使具体职能时，将予以具体说明。若干条款中提到整个“法院”；这些条款为第 5 条中规定的法院的所有机关规定权力、职能或义务，视情况而规定院长会议、审判分庭或上诉分庭的司法权力：参看第 4 条、第 18 条、第 24 条、第 33 条、第 43 条、第 51 条第 1 款。

第 2 条

法院与联合国的关系

院长经本规约各缔约国（“缔约国”）批准，可缔结在法院和联合国之间建立适当关系的协定。

评注

(1) 委员会对法院与联合国的关系的看法有分歧。委员会有几位委员主张通过安全理事会和大会的决议使法院成为联合国的一个附属机关而无需另订条约。另一些委员极力主张通过修改《联合国宪章》把法院建立为联合国的一个机关。还有一些委员认为在目前这个阶段进行这种修改是不切实际的，甚至是不合乎需要的，他们主张同联合国保持另一种联系，例如《联合国与国际原子能总署间关系协定》⁶⁷（见《国际原子能机构规约》第十六条）⁶⁸。

(2) 有一种意见极力主张管辖结构要以大会和安全理事会的决议为根据，理由是这将反映整个国际社会的意愿，会更加灵活，会使法院处于联合国的框架之内，而无需修改《宪章》。以只有一些国家加入的条约制定规约，是不能令人满意的备选办法，因为在其领土上犯下可怕罪行的国家不一定是规约的缔约国；在某些情况下，这种国家是最不可能成为缔约国的。以条约制定规约会给人这样一种印象：在一组“有道德的”国家之间，实际上并不会发生需要法院介入的案件。

(3) 但是，委员会的结论是，靠联合国一个机关的一项决议，而无一项条约的支持，要建立法院是非常困难的。大会决议对于联合国本身职能以外的行为来说，并不使各国承担有约束力的法律义务。在目前情况下，为法院工作所必需的重要义务——如一国将其所拘留的被告转交法院拘留的义务——不能靠决议强加，为了这个目的，条约义务是必要的。而且一国根据其宪法程序接受的一项条约当然在该国有法律效力——这与一项决议不一样——而一旦该国需根据规约对其管辖下的个人采取行动时，可能就需要这种法律效力了。最后，决议可随时修改甚至取消：这与常设司法机构的概念几乎不能相符。

⁶⁶ 见上文脚注 48。

⁶⁷ 大会第 1145 (XII) 号决议，附件。

⁶⁸ 联合国，《条约汇编》，第 276 卷，第 90 页。

(4) 在缔结条约和修改宪章这两种解决办法之间, 大多数委员倾向于采取前者, 这一点在第 2 条的案文中得到了反映。这种办法设想拟订一个得到联合国主管机关接受和代表法院接受的关系协定, 但由建立法院的规约缔约国对它的实施承担责任。这一关系协定应由代表缔约国行动和事先得到缔约国批准的院长会议同联合国缔结, 除了其它事项以外, 该协定应规定由联合国行使规约中所提到的权力和职能。

(5) 另一方面, 有些委员强烈认为, 只有修改《宪章》使法院成为联合国的一个机关, 法院才有可能发挥它的适当职能。他们认为, 建立法院是为了表明组织起来的国际社会对于最严重的若干罪行的关注和惩治这些罪行的意向。法院当然应该同体现国际社会的联合国保持有机联系。因此, 他们倾向于在第 2 条中直接地规定“本法院为联合国的司法机关”。

(6) 如果这个备选办法得到采纳, 它会对法院的运作和经费产生重大影响。例如, 法官和其他干事的选举将自然而然地成为由会员国通过联合国的主管政治机关采取行动的事项。委员会设想到, 如果采纳这个办法, 将需要修改或重新审议至少第 3 条(法院所在地)、第 4 条(地位和法律行为能力)、第 6 条(法官的资格和选举)和第 19 条(法院的规则)。

(7) 尽管在技术层面上有此分歧, 一般认为, 只有使法院与联合国维持密切联系, 法院才能有效运作, 一方面是为了行政管理上的目的, 提高它的普遍性、权威和长期性, 另一方面是部分由于法院管辖权的行使可能依随安全理事会的决定(见第 23 条)。预算义务问题也需要解决。

(8) 同联合国的一些联系在规约草案中作了规定。另一些重要问题(例如预算安排)将需要作为规约制定过程的一部分加以解决。委员会还没有设法探讨后一类问题, 只有当各国都愿意着手建立法院了, 才能满意地予以解决。可参看关于附带条款的附录一和评论法院这种实体同联合国建立关系的各种备选办法的附录三。

第 3 条 法院所在地

1. 法院设在……(“东道国”)的……。

2. 院长经缔约国批准, 可与东道国缔结一项关于该国与法院建立关系的协定。

3. 法院可在任何缔约国领土内并根据特别协定在任何其他国家领土内行使其权力和职能。

评注

(1) 将需要代表法院与同意作为法院东道国的国家缔结协定。这一协定应由院长在缔约国事先批准之下采取行动使它正式生效。

(2) 一般设想, 在没有依第 59 条作出其它安排的情况下, 法院所在地国也应该提供监狱设施, 以便拘留依规约定罪的人员。这项规定不影响将需要另就支付拘留费用问题作出的规定。

(3) 虽然审判将在法院所在地举行, 但除非另有决定(见第 32 条), 法院以及它的各个机关的其它权力和职能可能需要在其它地方行使, 无论是依照同法院的合作安排在缔约国境内行使(见第 51 条)或甚至按照特别安排在本规约缔约国的国家境内行使(见第 56 条)。

第 4 条

地位和法律行为能力

1. 法院是常设机构, 按照本规约对缔约国开放。法院于需要审理提交给它的案件时开庭。

2. 法院在每一缔约国境内享有行使其职能和实现其宗旨所必需的法律行为能力。

评注

(1) 第 4 条第 1 款反映规定了规约草案基本因素的 1992 年工作组报告⁶⁹中提出的灵活性和节省费用这两个目标。虽然法院是一个常设机构, 但应该在需要审理向它提交的案件时才开庭。委员会的一些委员仍然认为, 这个办法不能保证一个真正的国际刑事法院具有必要的长期性、安定性和独立性。

(2) 法院应在每一缔约国领土上取得必要的法律行为能力, 以行使其职能并实现其宗旨。

⁶⁹ 见上文脚注 49。

第二部分

法院的组成和管理

第 5 条 法院的机关

法院由以下机关组成：

- (a) 第 8 条规定的院长会议；
- (b) 第 9 条规定的上诉分庭、审判分庭和其它分庭；
- (c) 第 12 条规定的检察处；
- (d) 第 13 条规定的书记处。

评注

(1) 第 5 条载明了所要建立的国际司法系统的结构和它的组成部分。纯属司法性质的职务由院长会议（见第 8 条）和各分庭（见第 9 条）执行。对违法者进行调查和起诉的主要职务由一个独立机关——检察处（见第 12 条）——执行。法院的主要管理机关是书记处（见第 13 条）。基于概念、后勤和其它理由，这三个机关应视为构成一个国际司法系统整体的组成部分，虽然基于道德和公平审判的理由，司法机关和检察官之间应该具有必要的独立性。

(2) 在规约草案中通篇都力求依情况分别提及整个法院或意图执行特定职务的特定机关。就司法职能来说，在审判前阶段，这些职能基本上是初步性质或程序性质，并且委托院长会议办理（见第 8 条第 4 款）。一旦某一审判分庭或上诉分庭开始审理某一个案件，该分庭将行使归于整个法院的各种权力和职能（见第 38 条第 5 款和第 49 条第 1 款）。

第 6 条

法官的资格和选举

1. 法官应为品德高尚的公正诚实人士，他们拥有在各自国家担任最高司法职位所需的资格，并应具有：

- (a) 刑事审判经验；

(b) 公认的国际法专业能力。

2. 每一缔约国可提名属于不同国籍、具有第 1 款 (a) 项或第 1 款 (b) 项所述资格、愿意按要求在法院工作的人士至多两名参加选举。

3. 应进行无记名投票，以缔约国的绝对多数票选出十八名法官。首先从具有第 1 款 (a) 项所述资格的提名人选中选出十名法官。接着从具有第 1 款 (b) 项所述资格的提名人选中选出八名法官。

4. 不得有两名法官为同一国家的国民。

5. 缔约国在选举法官时应考虑到他们确实代表世界上各主要法律体系。

6. 法官任期九年，不得连任，但第 7 款及第 7 条第 2 款所规定的除外。案件一旦开始审理，则法官应一直任职到案件结束为止。

7. 第一次选举时，由抽签决定的六名法官任期为三年，得连选连任；抽签决定的另六名法官任期为六年；其余法官任期九年。

8. 视情况而定，具有第 1 款 (a) 项或第 1 款 (b) 项所述资格的提名的法官出缺时应由提名的具有同样资格的人选填补。

评注

(1) 第 6 条规定了基本要求：法官应为品德高尚的公正诚实人士，他们拥有在各自国家担任最高司法职位所需的资格。它也处理了法官在刑法和刑事审判经验方面（各国的评论和第六委员会中的辩论有许多强调刑法和刑事审判经验的重要性）和国际法专长方面的资历平衡这一困难问题。

(2) 为了在上述两项需要之间达成适当的平衡，第 6 条规定分别从资历在刑法和程序方面或国际法方面的提名人名单中选出法官。刑事审判经验的要求应该理解为包括在刑事案件中担任法官、检察官或律师的经验。在国际法方面具有公认的专业能力的要求可认为是指国际人道主义法律和国际人权法律方面的专业能力。从具有刑事审判经验的提名人中选出的十名法官中的三名将在每一审判分庭任职（见第 9 条第 5 款）。从具有公认国际法专业能力的提名人中选出的八名法官将确保法院一定需要的、对于国际法工作的胜任程度。这不排除有可能

被提名的人既有刑事审判经验又具有公认的国际法方面的专业能力，在这种情况下，提名国应具体说明提名某人是由于具有刑事审判经验还是具有公认的国际法方面的专业能力。

(3) 选举应以缔约国的绝对多数决定：因此提名人必须得到缔约国总票数的百分之五十再加上一票才能当选。可能需要接连投票才能达到这一多数。

(4) 1993 年的规约草案⁷⁰为法官的职位规定了十二年的较长任期。一些国家认为太长了，现已缩短为九年，国际法院法官的任期也是九年。反之，委员会重申它认为法官不得连选连任。由于国际刑事管辖的特殊性质，即使把任期改为九年，也还是需要实行这项原则。但是，需要对这项原则规定有限的例外，以便应付过渡情况和临时出缺的情况（见第 6 条第 7 款和第 7 条第 2 款）。

(5) 有些委员认为，第 6 条对具有刑事审判经验的人和具有公认国际法方面专业能力的人所作的区分过于刻板 and 绝对。他们认为只需规定为选举提名的人可以是具备两种资格之一者，也可以是两种资格都具备者，而让缔约国自行斟酌处理法官资格平衡问题。

第 7 条 法官职位空缺

1. 出现空缺时，应按照第 6 条选出补缺的法官。

2. 被选出补缺的法官应把前任余下的任期任完，如果剩余任期不满五年，则有再当选一任的资格。

评注

(1) 法官的职位可能由于死亡、辞职或根据第 15 条免职而出缺。前任余下的任期应按照第 6 条选举法官予以填补。如果从接任之日算起，其任期不足五年，则有再当选一任的资格。

(2) 按照第 6 条第 8 款，填补的法官应该具有与其前任同样的资历。因此，如果从具有刑事审判经验的提名人中选出的法官出缺，则需由具有这种资历的另一个候选法官填补，以便维持法院的总体平衡。

⁷⁰ 见上文脚注 48。

第 8 条 院长会议

1. 院长以及第一和第二副院长和两名候补副院长应由法官以绝对多数选出。其任期为三年或直到其法官任期届满为止，以较早的日期为准。

2. 院长不在或暂停资格时，可视情况由第一副院长或第二副院长代理院长职务。候补副院长可于必要时代理第一副院长或第二副院长职务。

3. 院长和副院长组成院长会议，负责：

(a) 法院的适当管理；

(b) 本规约赋予的其它职务。

4. 除非另外指明，在法院不开庭审理有关事项的任何情形下，由院长会议行使本规约赋予法院的审前职务和其它程序性职务。

5. 院长会议可按照《规则》授权一位或多位法官就某一案件行使第 26 条第 3 款、第 27 条第 5 款、第 28 条、第 29 条或第 30 条第 3 款所载权力，直到就该案件设立审判分庭为止。

评注

(1) 院长和两个副院长（加上两个候补副院长）必须履行管理法院的重要职务，特别是作为院长会议成员参与管理职务。他们当选后任期三年，同改选的三分之一法官的任期吻合。院长会议和上诉分庭的三年任期期满以后应予改选（见第 8 条第 2 款）。候补副院长也应改选，以确保经常有三人组成院长会议。

(2) 委员会的些委员极力主张法院应有一位专任院长，住在法院所在地，依规约为法院的司法职务负责。另一些委员强调需要灵活性以及法院作为一个必要时才开庭的机关的性质：在他们看来，院长应为专任的规定可能不必要地限制了院长职位的候选人范围。已经议定，这项规定不妨碍院长在必要情况下成为专任。

(3) 除了通盘的管理责任以外，院长会议有规约下的具有司法性质的审判前和审判后职务。行使这些职务的方式不得违反规则中更加详细的规定。

(4) 在履行审判前的一些职务的情况下，院长会议可依第 5 款把这些职务授权某一位法官或几位法官办理。这引起这样的问题：让任何一位法官参与办理某一案件是否导致由于看来缺乏公正而不宜担任审判分庭或上诉分庭成员的情况。

(5) 欧洲人权法院在若干情况下已遇到过这个问题：法官如果曾经参与某一案件，根据《保护人权与基本自由公约》第 6 条第 1 款，是否便没有资格审理该案——该款规定被告有权受到“公正法庭”的审讯⁷¹。欧洲人权法院认为，“光是由于法官已经在判决前作出决定这样一个事实本身不能视为会对他的公正程度引起疑虑的正当理由。问题的关键在于该法官所采取的措施的范围和性质……”⁷²因此，需要根据档案资料决定某个案件——包括检察官的起诉——是具有表面确凿证据的案件因而应当让被告经受某一审判的严酷考验等的法官如果随后参加审判，并不违反该《公约》第 6 条第 1 款，因为所要决定的问题同所要审判的问题并不一样，并没有对罪行作出预断⁷³。对于对被告作审前拘留的决定也属于同样的情况，因为这种决定“不会使[法官]对于是非曲直的意见产生决定性的影响”⁷⁴。而在法官需要就被告有罪与否则形成暂时看法时情况则不同⁷⁵。

(6) 在行使规约规定的职务，特别是按照第 5 款授权办理时，院长会议必须审慎顾及上述原则。但是，委员会认为，规约所实际赋予的审判前职务是与院长会议成员随后参与审理该案的的分庭的职务一致的。唯一的例外是可能在被告缺席的情况下听取证据的起诉分庭。见下文第 37 条的评注第 (5) 段。

第 9 条 分庭

1. 每次选举法院法官后，院长会议应尽快按照《规则》组设上诉分庭，由院长和六名其他法官组成，其中至少三名应为从具有第 6 条第 1 款 (b) 项所述资格的提名人选中选出的法官。院长应主持上诉分庭。

2. 上诉分庭成员任期三年。但是，如有任何案件已经开始，上诉分庭成员应继续留任以完成其审理。

3. 法官可以继续担任上诉分庭成员的第二个任期或其后的任期。

4. 非为上诉分庭成员的法官可以担任审判分庭或本规约规定设立的其他分庭的成员，并在上诉分庭成员不在或暂停资格的情形下担任上诉分庭的替代成员。

5. 院长会议应按照《规则》提名五名这样的法官成立某一案件的审判分庭。审判分庭成员至少应有三名为从具有第 6 条第 1 款 (a) 项所述资格的提名人选中选出的法官。

6. 《规则》可规定提名候补法官在审判期间列席，在有法官死亡或不在的情况下代理审判分庭成员职务。

7. 为申诉国国民、或与被告为同一国家国民的法官不得为审理特定案件的审判分庭成员。

评注

(1) 为了考虑到专门化，需设立上诉分庭，由院长和六位法官组成，其中至少有三位应从所提名的具有公认的国际法专业能力的法官中选定。这是为了确保具有刑事审判经验的多数法官能够担任审判庭的审理工作。如果院长不能主持上诉分庭，应由一位副院长主持（见第 8 条第 2 款）。

(2) 设想对审判职务和上诉职务进行较严格的区分。但是，基于实际和后勤上的理由，这种区分无法完全。例如，如果上诉分庭的某一个成员不在或被暂停资格，就必须由其他法官担任成员（见第 9 条第 4 款）。

(3) 在长期审判中，如果法院的一位或多位成员不在（例如生病），可能发生问题。第 6 款考虑到

⁷¹ 又见《公民及政治权利国际公约》第十四条第一款。

⁷² European Court of Human Rights, *Saraiva de Carvalho v. Portugal*, Series A: Judgments and Decisions, vol. 286-B, Judgment of 22 April 1994 (Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1994), para. 35; and *Nortier v. The Netherlands*, ibid., vol. 267, Judgment of 24 August 1993, referring to the earlier cases.

⁷³ *Saraiva de Carvalho v. Portugal* (见上文脚注 72)，第 37 段。

⁷⁴ 同上，第 38 段。

⁷⁵ 见 European Court of Human Rights, *Hauschildt case*, Series A: Judgments and Decisions, vol. 154, Decision of 26 September 1988 (Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1989) (“particularly confirmed suspicion”).

提名候补法官参与审理和取代不在的法官。后备法官的目的是要保证在审判结束要对案件做出裁决和量刑时应有五名法官。特别是必须避免出现法庭中四名法官意见不一致而导致重新审判的可能（见第 45 条第 3 款）。

（4）已经议定，从维持公正的重要性着眼，具有申诉国国籍或与被告同一国籍的法官不应参加审理该案的分庭（见第 7 款）。

（5）审判分庭的组成方式将在规则中规定。关于它们在这一点上的内容，一些委员认为，应当由院长会议任命参加审判分庭工作的法官。另一些委员认为，分庭的成员应该逐年事先决定，并应实行轮流原则，以确保所有法官都有机会参加法院的工作。总的说来，委员会认为，这是个可以顾及规约运作情况在规则中作出规定的事项。据指出，可以在某一时候成立一些审判分庭，虽然由于法官人数有限，实际上只能让两个审判分庭同时开庭。

第 10 条 法官的独立性

1. 法官在履行职务时，应是独立的。

2. 法官不得从事可能干预其司法职能或影响对其独立性之信任的任何活动。尤其是在他们担任法官职务时，不得为某一国家政府立法部门或行政部门的成员，或负责调查或起诉罪行的机关的成员。

3. 同第 2 款的适用有关的任何问题应由院长会议决定。

4. 经院长会议建议，各缔约国可以三分之二多数决定：鉴于法院的工作负担，法官应从事专职工作。在这种情形下：

（a）决定从事专职工作的现任法官不得兼任其它职位或职务；

（b）其后选出的法官不得兼任其它职位或职务。

评注

（1）第 10 条载述法官的独立性的基本规则。委员会在起草这一条的时候考虑到必须有效确保司法的独立性，也考虑到法院将不是——或者说，开始时

不是——专职工作的机关。因此，按照第 17 条，法官不领取薪酬而是按日执行职务领取津贴。第 10 条不排除法官可以担任其它受薪职务的可能性（第 17 条第 3 款也考虑到这一点），但规定了可能折损法官的独立性、因此予以排除的活动。

（2）例如，一般确切理解到，法官不得兼任某一国家政府立法部门或行政部门的成员。提到行政部门的含义不包括不在政府中执行普通行政职务、而有独立职务或职位的人员。同样，法官不应在国家一级上兼任罪行的调查或起诉工作。另一方面，具有主持刑事审判经验的国家法官则是担任法官的最适当人选。

（3）委员会有些委员极力主张设立常设法院，认为只有常设法院才能充分保证独立性和公正性。另一些委员认为由于法院的工作量大，可能需要有专职的法官。在这种情形下，第 4 款规定，如经院长会议建议，缔约国可以三分之二多数决定法官应为专任职务。在这种情况下，现任法官可选择成为专职法官。其后选出的法官应为专任。在这种情形下，法官不得兼任其它职位或职务（另见第 17 条第 4 款）。

第 11 条

法官的回避和暂停资格

1. 院长会议应一位法官的请求可以免除该法官行使本规约下的某一职务。

2. 法官不得参加审理他们先前不论以任何身份介入过的任何案件，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。

3. 检察官或被告可以要求按照第 2 款暂停某一法官的资格。

4. 关于暂停法官资格的任何问题应由有关审判分庭成员以绝对多数决定。受到质疑的法官不得参加决定。

评注

（1）院长会议可以应任何法官的请求免除该法官行使本规约下的职务而无需说明理由。法官有能够参加法院工作的一般义务（见第 6 条第 2 款），但

可能发生某一法官因正当理由必须回避而说明其理由并不符合司法利益的情况。在法官本人或其家人遇有严重安全危险时就会有此情况。这些事项应由院长会议和有关法官商议。

(2) 此外, 先前曾以某种身份介入某一案件或其公正性可能受到合理怀疑的法官不得参与审理该案。“先前不论以任何身份介入过的任何案件”的措词的含义包括诸如同一法官作为检察官或辩护律师参与同一案件。暂停资格问题可以由检察官或被告提出, 由有关分庭作出决定。

第 12 条 检察处

1. 检察处是法院的独立机关, 负责调查按照本规约提出的申诉和进行起诉。检察处的成员不应从任何外部来源寻求或接受指示。

2. 检察处应由检察官领导, 由一位或多位副检察官协助, 在检察官不在时代理其职务。检察官和副检察官的国籍不得相同。检察官可以任命其他必要的合格工作人员。

3. 检察官和副检察官应为品德高尚的人士, 并在刑事案件的起诉方面拥有高水准的能力和经历。他们应以无记名投票方式从缔约国提名的候选人中按缔约国的绝对多数票选举产生。除非在选举时另外决定较短的任期, 任期应为五年, 可连选连任。

4. 缔约国选举检察官和各副检察官的基础可以是他们愿意按要求供职。

5. 检察官和副检察官不得审理涉及与其具有同样国籍者的申诉。

6. 院长会议可据检察官或副检察官的要求, 允许他们不审理特定案件, 并应在特定案件中提出检察官或副检察官是否应暂停资格问题时作出决定。

7. 检察处的工作人员应遵守检察官拟订的工作人员条例。

评注

(1) 第 12 和 13 条载述了组成所要设立的国际司法系统的另两个机关。

(2) 检察处是一个独立机关, 由检察官、一位或多位副检察官和其他必要的合格工作人员组成。检察官和副检察官不由法院选举而由缔约国的绝对多数选定, 这一规定强调了检察处的独立性的重要性。检察官不得寻求或接受任何政府或任何其它来源的指示。

(3) 第 4 款容许选举检察官或副检察官为备选人员, 就是说他们根据需要任职。同第 10 条一样, 这是为了在考虑到必要时由检察官从事专职工作的情形下维持规约制度的灵活性。

(4) 同法官一样, 检察官或副检察官不得参与审理涉及与他具有同一国籍的人的申诉案件。

(5) 第 6 款容许院长会议应检察官或副检察官的要求回避某一案件: 在这方面它同第 11 条第 1 款平行。它还规定院长会议可以决定无论根据第 5 款或其它规定可能引起的、同检察官或副检察官的暂停资格有关的任何问题。这种情况可能稀少, 因为检察官起的基本上是对抗性的作用, 而不象法官那样受制于第 10 条下的独立性要求。的确, 委员会的一些委员认为, 这一规定没有必要, 它违反检察处对法官的内部独立性。但是工作组多半成员认为应予保留, 以处理可能引起的任何困难。

(6) 本条的一个早期案文规定检察官在任命检察处工作人员方面与院长会议磋商。这一规定已经删除, 因为委员会认为它可能折损或被认为折损检察官的独立性。

第 13 条 书记处

1. 经院长会议提议, 法官应依无记名投票方式以绝对多数选出书记官长, 书记官长应为法院的主要管理干事。他们也可以用同样方式选出副书记官长。

2. 书记官长任期五年, 得连选连任, 应能专职工作。副书记官长任期五年或可能决定的较短任期, 并且其当选的基础可以是愿意按要求供职。

3. 院长会议可任命或授权书记官长任命书记处的其他必要工作人员。

4. 书记处工作人员应遵守书记官长拟订的工作人员条例。

评注

(1) 由法院选举的书记官长是法院的主要管理干事，可以连选连任。书记官长依规约行使重要职务，他是通知的保存人并且是同国家联系的渠道。必要时也可以选举副书记官长。

(2) 第 13 条不仅规定了书记官长的选举，也规定了书记处工作人员的任命和适用于后者的规则。将需要连同第 12 条就规约的制定作出关于雇用工作人员的财务安排。

第 14 条 宣誓

法院的法官和其他干事在开始履行本规约之下的职务前应作公开宣誓，保证公正和认真地履行职务。

评注

法官和法院的其他干事都需要宣誓，这是说，检察官和副检察官、书记官长和副书记官长都需要宣誓。

第 15 条 免职

1. 法院的法官、检察官或其他干事被查明行为不当或严重违反本规约或由于长期生病或残疾而无法履行本规约规定的职务时，应予停职。

2. 同第 1 款的免职有关的任何决定应以无记名投票方式作出：

(a) 检察官或副检察官，以缔约国的绝对多数决定；

(b) 在任何其它情况下，以法官的三分之二多数决定。

3. 其行为或是否适合任职受到怀疑的法官、检察官或任何其他干事应有充分的机会提出证据和看法，但不得参与讨论这一问题。

评注

(1) 第 15 条处理了由于行为不当或严重违反规约

或由于疾病或残疾而免职的问题。它也适用于法官和其他干事。检察官或副检察官的免职是一个由多数缔约国决定的事项，再度强调了检察处的独立性的重要性。

(2) 设想应该在第 3 款的限制下，于规则中规定确保法官或有关干事享有正当手续的程序。

(3) 有些委员认为，这项规定与《国际法院规约》的对应条款（第十八条）不同，后者规定某一法官是否不再符合必要条件需由法院的其他成员以全体一致意见决定。一般的看法是，三分之二多数是个充分的保证，全体一致的要求太严格了。

第 16 条 特权和豁免

1. 法官、检察官、副检察官和检察处的工作人员、书记官长和副书记官长应享受 1961 年 4 月 18 日《维也纳外交关系公约》含义范围内的外交人员特权、豁免和便利。

2. 书记处工作人员应享受履行其职务所必需的特权、豁免和便利。

3. 出庭的律师、专家和证人应享受为独立行使其职责所必需的特权和豁免。

4. 法官可根据绝对多数意见决定取消某项特权或放弃本条所赋予的、除了与法官、检察官或书记官长的行为有关的豁免以外的豁免。对于检察处或书记处其他干事和工作人员的情况，法官只能根据检察官或书记官长酌情提出的建议采取这一行动。

评注

(1) 第 16 条载述给予法院法官、干事和工作人员以及出庭律师、专家和证人的特权、豁免和便利。这一条可以同《国际法院规约》第十九条和“国际法庭”规约⁷⁶第 30 条作一比较。对于法官、检察官、副检察官和检察处的工作人员以及书记官长和副书记官长，让他们能够自由履行职务是很有必要的，这一条明确规定他们可有外交人员享有的特权、豁免和便利。此处提到《维也纳外交关系公约》，因该公约载有该议题的最为人们普遍接受并制订得最详细的规则。

⁷⁶ 见上文脚注 56。

(2) 书记处工作人员的地位由职能豁免原则规制。一般预期他们的工作多半是在法院所在地进行。提供便利问题需在依第 3 条第 2 款同东道国签订的协定中作出规定。

(3) 律师、专家和证人得到与在国际法院出庭的律师、专家和证人依《国际法院规约》第四十二条第三款得到的同样的特权、豁免和便利。

(4) 有一个由法官放弃豁免的条款，但这不适用于法官、检察官或书记官长在执行其职务时的行为或不行为。检察官和书记官长必须对任何影响其各自工作人员的放弃事项表示同意。

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. 在不违反第 4 款的情况下，法官在履行职务期间领取每日津贴。他们可继续领取在不违背第 10 条的情况下担任其他职务应得的薪酬。

4. 如果按照第 10 条第 4 款决定法官应于其后专职工作，决定专职的现任法官和其后当选的所有法官应领取薪酬。

评注

(1) 第 17 条反映这样的事实：虽然法院将不是一个专职机关，如第 8 条评注中所解释的，法院院长将于必要时天天上班。因此作了区分，法官和副院长领取每日津贴或特别津贴，院长则领取年度津贴。

(2) 如同第 10 条评注中已经指出的，随后可由缔约国考虑到工作负荷情况决定法院是否成为专职机关。第 4 款规定在这种情况下支付专职薪酬而不是津贴。

第 18 条 工作语文

法院的工作语文为英文和法文。

评注

法院的工作语文为英文和法文。但不影响同时以被告、证人懂得的语文和工作语文进行具体审判的可能性（见第 41 条第 1 款（f）项）。

第 19 条 法院的规则

1. 在不违反第 2 款和第 3 款的情形下，法官可以绝对多数制定依本规约履行法院工作的规则，包括以下方面的规则：

(a) 调查工作的进行；

(b) 应遵循的程序和适用的证据规则；

(c) 为执行本规约所必需的任何其他事项。

2. 法院的初步《规则》应由法官在法院举行第一次选举后六个月内拟订，并送交缔约国会议批准。法官可决定后来根据第 1 款作出的规则也应送交缔约国会议批准。

3. 在第 2 款不适用的情况下，依第 1 款制定的规则应予递交缔约国并可由院长会议予以确认，除非在将其送交缔约国后六个月内，这些缔约国的多数以书面方式表示异议。

4. 规则可规定在批准或确认前暂时适用。未批准或确认的规则应予终止。

评注

(1) 第 19 条载述法院关于审前调查和审判本身的进行的规则。它的范围延伸到涵盖对被告权利的尊重、程序、证据等有关事项。

(2) 关于第 1 款（b）项，一位委员认为，证据规则的制定过于复杂，可能涉及实体法的制定。它在原则上应该不是法院权限的一部分。另一些委员认为，在规约本身载述所有程序规则和证据规则可能既不方便，又不灵活，此事应由法官在缔约国同意下处理。

(3) 为了让缔约国更加密切地参与拟订规则，第 19 条设想到第一套规则将由法官拟订，但由缔约国自行在会议中予以通过。其后，为了保持灵活性，法官可以提议修改规则，但是，必须在缔约国会议上或根据第 3 款下的特别通知程序得到缔约国批

准，这些修改才能正式生效。设想对小改动特别是不引起一般原则问题的改动采用这种特殊的简便程序。在缔约国根据程序之一核准之前，规则可暂行生效。

(4) 有些委员表示，一些规则可能对某一案件暂时适用，随后会受到缔约国反对，这是令人关注的情况。这些委员认为，如果法官不能受委托从事无须于随后得到批准的规则的拟订工作，他们就不应该能够拟订具有暂时效力的规则。在刑事问题上，具有暂时效力的规则概念是特别难以接受的。另一方面，委员会认为，虽然对某一规则给予暂时效力的权力应该小心行使，却可能出现需要行使这种权力的情况，应该给予一定的灵活性。

第三部分

法院的管辖权

评注

(1) 第三部分载述管辖权，它是规约草案的中心部分。连同第三部分和第五部分的一些条款（特别是第 34、35 和 37 条），它限制了法院可能审理的案件的范围，使规约的适用限于符合序言部分所指情况和宗旨的方面。

(2) 有两个基本观点初步构成了为规约设想的管辖权办法的基础，载于 1992 年工作组报告⁷⁷中。第一个观点是法院应该对现有条约界定的、具有国际性质的罪行行使管辖权，因此，规约本身基本上必然是程序性和辅助性的。第二个观点是，本规约应该象《国际法院规约》那样把参与和支持法院的组织和运行同在具体案件中接受实际管辖区别开来。接受程序将是（如《国际法院规约》第三十六条所载的）一个单独程序。

(3) 在很大程度上，这些前提仍反映在条款草案中。因此，管辖权还是多半涉及一系列现行条约界定的罪行（见第 20 条（e）项），对于这些罪行的管辖权基本上来源于受影响国的同意（有时候，这种情况被称为“让与管辖权”原则）（见下文第 21 条的评注）。但是，这两个原则已经有了一些修改和发展。

(4) 第一项修改涉及一般国际法下的罪行。要区分条约罪行和一般国际法下的罪行可能不容易。种族灭绝罪行提供了一个重要的例子：《防止及惩治灭绝种族罪公约》中界定的灭绝种族行为无疑是一般国际法下的罪行。

(5) 1993 年，委员们多半认定一般国际法下的罪行不能从规约草案中完全排除。因此，法院对这些罪行一概具有管辖权。这些罪行被定义为：

“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”⁷⁸。

管辖权受制于需由所指控罪行的犯罪地国和涉嫌犯所在国予以接受这一要求。但是这项规定在第六委员会中和各国的评论中遭到相当多的批评，因为只提到一般国际法下的罪行的措辞方式是极其不确定的，会使拟议设立的法院因该罪行属于一般国际法下的罪行而对它具有过多的权力。

(6) 委员会同意，上述批评不无道理，在新订的未曾试用过的司法制度中应该避免载列具有不确定含义的条款。因此，它把法院对一般国际法下罪行的管辖权限于一些具体的情况，但不影响基于其它目的对这些罪行所规定的定义和内容（见下文第 20 条（a）至（d）项的评注）。

(7) 第二项修改涉及法院任何“固有”管辖权的程度。应该列入一般国际法下罪行的一种情况是《防止及惩治灭绝种族罪公约》中断然规定的灭绝种族罪行。该公约第二条规定：

“本公约内所称灭绝种族系指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者：

(a) 杀害该团体的成员；

(b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；

(c) 故意使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；

(d) 强制施行办法，意图防止该团体内的生育；

(e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。

委员会认为，禁止灭绝种族罪行具有根本性的意义，对某一种情况是否相当于灭绝种族予以合理怀疑与争执的余地很有限，法院应该作为例外只靠参

⁷⁷ 见上文脚注 49。

⁷⁸ 1993 年国际刑事法院规约草案第 26 条第 2 款（a）项（见上文脚注 48）。

加规约的国家对它拥有固有的管辖权，而不进一步要求特定国家同意或接受。规约草案便是这样规定的。允许考虑这种“固有管辖权”从《防止及惩治灭绝种族罪公约》本身得到有力的支持，它并没有就对其它国家犯下的灭绝种族行为给予“不引渡即审判”的管辖权，而是明文规定把这一管辖权给予有待设立的国际刑事法庭（第六条）。因此，可将规约草案视为在要求对犯下灭绝种族罪行的人采取有效措施的时候在这方面补全从 1948 年开始的防止及惩治灭绝种族罪行的办法制度。

（8）规约草案第三部分反映了其它一些重要的变化。1993 年规约草案对有关条约罪行的两“股”管辖权作了区分：（a）对具有国际性质的罪行的管辖权⁷⁹和（b）对各项所谓“惩治公约”中载列的罪行的管辖权⁸⁰。如同 1993 年工作组报告已经指出的，可以区分“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”⁸¹。虽然这种区分大体上反映了具体规定为与任何既定国内法律系统无关的罪行和需要拟订条约使罪行依国内法得到惩治的行为，要就 1993 年规约草案所列的一些条约作出这种区分可能不容易办到，把它们保留下来却会使情况更加复杂。基于这些理由，已经放弃了这种区分方式（见第 20 条（e）项和附件中载列的条约罪行清单。这并不是说，附件中所提到的所有罪行都具有同样的性质，情况当然不是这样）。

（9）但是，这种情况却又引起另一个困难。“惩治公约”（例如《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，这是这类公约中最重要的一个实例）的另一个特征是：它们涵盖包罗广泛的行为，这些行为如果作为对违反行为的单一起诉案件单独诉讼，多半不是会引起国际关切的重大行为。如果法院的管辖权需要受到适当的限制，不是必须把有关条约完全排除（在上述公约的情况下这种做法将不可取），就是需要拟订对管辖权施加限制的另一一些条款。

（10）目前制订的规约草案采取第二种做法。规约草案附件载列了把引起国际关注的特定行为明确界定为罪行并使国家的管辖权扩及于这种行为的现行多边条约。法院的管辖权扩及上述条约界定的若干罪行，而不论这些条约是否前文指明的“惩治公

约”。同时，除了需要由有关国家接受法院对这些罪行的管辖权以外，规约以一些旨在实行序言部分所列方针的规定来限制法院对管辖权的行使。在这方面的有关条款如下：

（a）第 20 条（e）项：法院只在案件涉及“考虑到被指控的行为，构成国际关注的特别严重罪行的罪行”时才对条约罪行具有管辖权；这将是第 34 条之下的一个初步问题，将由法院决定是否在任何情况下都这样；

（b）第 25 条：申诉必须由已接受法院对罪行的管辖权的国家提出；

（c）第 27 条：院长会议必须确定法院是否应该审理涉及第 35 条的事项；

（d）第 34 条：对是否具有管辖权的异议可以由被告或感兴趣的国家在早期阶段提出；

（e）第 35 条：可要求法院参照与规约宗旨有关的具体标准决定它是否应当受理某一案件。

（11）通过规定的管辖权、接受该管辖权的明确要求、和对管辖权的行使实行有原则的控制相结合的办法，规约寻求确保法院将如序言部分中所说的在没有审判程序或审判程序缺乏效能的情形下对国家刑事司法系统起补充作用。

（12）此外，委员会的一些委员认为，除了灭绝种族行为以外，对法院的管辖权采取的限制办法是不能令人满意的。他们认为，对法院施加的各种限制，尤其是第 21 条中所载的需要得到接受的限制性要求，可能在许多案件中阻碍办案，甚至会使得国际刑事审判上的努力起不了作用。

（13）另一方面，委员会的另一些委员认为，规约草案甚至在灭绝种族行为方面给予“固有的”管辖权，这是走得太远了。在国际社会的目前情况下，法院的管辖权应该完全是经双方同意而产生的。如同第 23 条评注中所描述的，就第 23 条来说也产生这个问题。

（14）有人认为，法院也应在联合国机关或个别国家的委托下就国际刑法事项拥有咨询管辖权。委员会尚未对此种管辖权作出任何规定。法院的职责就是审讯根据规约被控犯有第 20 条所载罪行包括违反第 20 条（e）项所指条约的罪行的人。在这样做的时候它势必需要解释这些条约，但似乎不宜把这些条约之下具有国家间性质的管辖权赋予法院。许多条约有其自己的管辖条款，例如将解释或适用方面的争端提交国际法院。没有理由取代这种管辖权。

⁷⁹ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/48/10 号文件，附件，第 22 条。

⁸⁰ 同上，第 26 条第 2 款。

⁸¹ 同上，第 121 页，第 26 条的评注第（5）段。

第 20 条

法院管辖权内的罪行

法院按照本规约对下列罪行拥有管辖权：

- (a) 种族灭绝罪行；
- (b) 侵略罪行；
- (c) 严重违反适用于武装冲突的法律和习惯；
- (d) 危害人类罪行；
- (e) 附件中载列的条约条款所规定的或根据此类条约条款确定的、考虑到被指控的行为，构成国际关注的特别严重罪行的罪行。

评注

(1) 第 20 条详尽叙述了法院根据规约对之拥有管辖权的罪行。这种罪行有两类：一般国际法下的罪行（(a) 至 (d) 项）和若干条约所列或所确定的罪行（(e) 项和附件）。为了第 39 条所述法无明文不为罪原则，在两者之间加以区别是特别重要的。

(2) 这决不是说这两类相互排斥；相反，它们之间有大量重叠之处。两类管辖权的存在和行使条件基本相同，不得违反的一项明显的要求是，相关的条约应适当适用于被告（见第 39 条）。唯一的例外是种族灭绝罪，由 (a) 项专门论述，如同已经解释过的，在这种情形下，必须遵守本规约之下的自己的管辖权制度。

(3) 由于上述原因，委员会总结认为，它在规定管辖权时不应提到国际法下的一般罪行类别，而只应提到有理由列入这一类别的具体罪行。它载列了四种具体的罪行：种族灭绝、侵略、严重违反适用于武装冲突的法律和习惯以及危害人类罪行。选择这些罪行主要是根据以下事实：四种罪行中有三种根据“国际法庭”规约被挑出来作为一般国际法下的罪行列在“国际法庭”的管辖范围内⁸²。侵略作为一种罪行的情况有所不同，部分原因是安全理事会根据《联合国宪章》第七章负有特别责任，但是，委员会认为在有某种保障的情况下，此种罪行也应包括在内。列入这四种罪行是委员会内一致意见的共同核心，并且不妨碍为了其他目的确定与适用一般国际法下的罪行概念。

(4) 正如上文第三部分评注所指出，规约主要是一个程序性文书。为新罪行下定义不是它的职能。规约的作用也不包括权威性地编纂一般国际法下的罪行。对于一些这一类的罪行，危害人类和平及安全治罪法草案确以此种编纂工作为目的，虽然该治罪法草案不拟处理一般国际法下的所有罪行。为此将需要做大量的立法工作。因此委员会在 (a) 至 (d) 项中只列出四种罪行而没有进一步具体化。下面评注叙述了委员会对四种罪行的理解，为法院应用这几项提供了基础。

(5) 无疑这些罪行中最不难处理的就是种族灭绝罪。已得到广泛批准并设想种族灭绝罪可提交国际刑事法院的《防止及惩治灭绝种族罪公约》对该罪明确地下了权威性的定义。由于第三部分评注中所说的理由，委员会认为，作为特殊情况，法院应对种族灭绝罪具有管辖权——这就是说，它在规约的所有缔约国之间具有管辖权，并且正如《公约》第六条所明白设想的那样，只要任何缔约国提出申诉，它就能够行使管辖权。

(6) 侵略罪行较为困难，因为同种族灭绝罪相比，它没有条约定义。大会第 3314 (XXIX) 号决议处理的是国家的侵略而不是个人的罪行，它旨在对安全理事会提供指导，并不是作为司法使用的定义。但是鉴于有《联合国宪章》第二条第四项的规定，该决议提供了一些指导，目前，法院必定比 1946 年纽伦堡法庭更能为习惯法之下的侵略罪行下定义。因此如果在纽伦堡法庭成立 50 年后还排除个人侵略罪行责任（特别是与发动侵略战争直接有关的行为），似乎是在倒退。另一方面，由于定义与适用的困难，加上安理会依《宪章》第七章具有特别责任，应作出特别规定，以保证只有在安理会首先决定有关国家在指控所涉侵略情况下犯了侵略罪时才对侵略进行起诉（见第 23 条第 2 款和评注）。

(7) 委员会一些委员认为，并非每一个单独的侵略行为都是造成个人刑事责任的国际法下的罪行。他们认为，1945 年以来发展的习惯规则只包括发动侵略战争。他们所依靠的主要是《纽伦堡法庭宪章》第 6 条 (a) 项⁸³。他们还提请注意《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》⁸⁴的措辞，其中第一项原则除其他以外说，“侵略战争构成危害和平之罪行，在国际法上须负

⁸³ 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》附件中所载的“国际军事法庭宪章”（联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页）。

⁸⁴ 大会第 2625 (XXV) 号决议，附件。

⁸² 见 S/25704 号文件，附件，第 3 至 5 条。

责任。”他们还提请注意《侵略定义》⁸⁵第五条第2款的措辞说，“侵略战争是破坏国际和平的罪行。侵略行为引起国际责任。”这些委员认为，必须考虑到这些决议的措辞，尽管尚不能肯定它们涉及国家间法律还是个人的刑事责任。

(8) 第20条(c)项指的是严重违反适用于武装冲突的法律和习惯。这反映“国际法庭”规约⁸⁶以及一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案⁸⁷中的规定。“国际法庭”规约第2条包括严重违反1949年日内瓦四公约的行为，这些公约过去和现在仍然对前南斯拉夫领土有效。但是，第3条还规定：

“违反战争法和惯例的行为

“国际法庭有权起诉违反战争法和惯例的人。违反行为应包括下列事项，但不以此为限：

“(a) 使用有毒武器或其他武器，以造成不必要的痛苦；

“(b) 无军事上之必要，横蛮地摧毁或破坏城市、城镇和村庄；

“(c) 以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物；

“(d) 夺取、摧毁或故意损坏专门用于宗教、慈善事业和教育、艺术和科学的机构、历史文物和艺术及科学作品；

“(e) 劫掠公私财产。”

(9) 这可同一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案⁸⁸的有关规定作一比较。治罪法草案第22条规定如下：

“第22条 特别严重的战争罪行

“1. 实行或命令实行特别严重的战争罪行的个人，应于定罪后判处[……]。

“2. 为本《治罪法》的目的，特别严重的战争罪行是指严重违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则的任何下列行为：

“(a) 不人道的行为、残忍或野蛮对待人的生命、尊严或身体或精神完整[尤其是故意杀害、酷刑、断肢、

生物试验、劫人为质、强迫受保护者为敌对力量的军队服役、在停止敌对行动后无理拖延遣返战俘、驱逐或迁移平民人口和集体处罚]；

“(b) 在被占领土上建立居民点和改变被占领土的人口组成；

“(c) 使用非法武器；

“(d) 使用意图或可能对自然环境造成广泛的长期严重损害的战争方法或手段；

“(e) 大规模毁坏平民财产；

“(f) 故意攻击具有特殊宗教、历史或文化价值的财产。”

(10) 委员会同意普遍的看法即：在习惯国际法下列有战争罪行类别。该类别与严重违反1949年日内瓦四公约及其1977年第一附加议定书类别重叠但不等同。现代用法倾向于采取“适用于武装冲突中的规则”的提法，而不提“战争法”，这是由于1945年以来“战争”状态并不确定，甚至具有明显国际性质的大多数武装冲突也都没有正式宣战。这里同时提到“法律和习惯”，不仅由于这个用语是不可分割的，还为了强调它在习惯（一般）国际法中的依据。另一方面，并非对战争法的所有违反均严重到足以有理由将其列入法院的管辖权，因而第20条(c)项只限于使用“严重违反”一语。使用“严重违反”(serious violations)一语是为了避免同“严重破坏”(grave breaches)混淆，后者是1949年日内瓦四公约及其1977年第一附加议定书中的技术用语。它没有由于1949年日内瓦四公约及其1977年第一附加议定书把这种行为列入“严重破坏”的类别，就认为这种行为也将构成“严重违反”，虽然肯定是有可能会严重违反。

(11) 至于第四类危害人类罪，倒是一个专门的技术名词，是按照一般国际法规定的对应说法。但是关于罪行的定义还有一些尚未解决的问题。有一种意见认为，“危害人类罪行”概念在国际法目前发展阶段没有适用的条约制度的情况下对决定这类罪行何时才能作为国际罪行审判带来难题。

(12) 最初危害人类罪的提法见于《纽伦堡法庭宪章》⁸⁹第6条(c)项，尽管纽伦堡法庭在应用它时持非常慎重的态度。概念在以后的一些文本中也使用过，并载于“国际法庭”规约第5条，该条全文如下：

⁸⁵ 大会第3314(XXIX)号决议，附件。

⁸⁶ 见上文脚注56。

⁸⁷ 见上文脚注7。

⁸⁸ 同上。

⁸⁹ 见上文脚注83。

“危害人类罪

“国际法庭应有权对国际或国内武装冲突中犯下下列针对平民的罪行负有责任的人予以起诉：

- “（a）谋杀；
- “（b）灭绝；
- “（c）奴役；
- “（d）驱逐出境；
- “（e）监禁；
- “（f）酷刑；
- “（g）强奸；
- “（h）基于政治、种族、宗教原因而进行迫害；
- “（i）其他不人道行为。”

（13）此种提法可与实质上与“国际法庭”规约第5条所涉范围相同的一读通过的危害人类和平及安全治罪法草案⁹⁰第21条相比，它规定如下：

“第21条 有计划或大规模侵害人权行为

“以有计划或大规模的方式实行或命令实行任何下列侵害人权行为的个人，应于定罪后判处[……]。

- 谋杀，
- 酷刑，
- 建立或维持对人的奴役、劳役或强制劳动状况，
- 藉社会、政治、种族、宗教或文化上的理由进行迫害；或
- 驱逐出境或强制迁移人口。”

（14）根据委员会的理解，危害人类罪的定义包括针对全体或部分平民人口普遍或有计划地施加暴行的、性质非常严重的不人道行为。这种罪行的特点在于其大规模或有计划的性质。不法行为的具体形式（谋杀、奴役、驱逐出境、酷刑、强奸、监禁等）同行为的规模和蓄意的政策以及针对全体或部分平民人口等因素相比，对于下定义不是最重要。这种想法本拟在“国际法庭”规约第5条“针对平民”一语中反映出来，但在治罪法草案第21条中表述得更加明确。

“针对平民”一语应理解为指基于国家、政治、民族、种族或宗教原因进行普遍和有计划攻击平民人口行为的一部分。定义中提到的特别行为指作为这种攻击的一部分的蓄意做出的行为。

（15）委员会有些委员对于在第20条中列入一般国际法下的罪行是否明智表示怀疑。他们认为，规约草案的基本目的是建立法院以审判规约缔约国可能议定应由这一法院审判的罪行。规约的附件载列了各国广泛加入的、足够明白和精确可供刑事法院适用的多边条约已经确定或查明的一些国际罪行。成为规约缔约国的国家将同意：在不违反第21和22条中的先决条件的情形下，可以将这些罪行提交法院。目前载于第20条中的四项罪行中的两项罪行（灭绝种族行为和严重违反适用于武装冲突的法律和习惯的行为）已经全部或大部分在多边条约中得到界定，再度把它们列为一般国际法下的罪行是不必要的。另外，这样列举还引起多边条约准则和习惯国际法之间关系这一困难问题。在所载列的另两项罪行（侵略行为和危害人类罪行）方面，发生了作为程序性文书的本规约无法加以解决的严重问题。此外，每当载列一般国际法下罪行时都会引起为什么不也载列诸如种族隔离和恐怖主义等其它国际罪行的问题。

（16）委员会这些委员还说，如果将一般国际法下的任何罪行列入法院的管辖范围内，种族隔离罪也应该包括在内。他们提到各国广泛批准《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的情况、提到更为广泛地把种族隔离行径视为罪行的情况、以及防止在南部非洲或其它地方再度发生这种罪行的必要性。委员会的另一些委员指出：种族隔离已列入第20条（e）项所载条约罪行中；该公约提到“南部非洲所推行的”种族隔离目前事实上已不精确，而且同该公约对该罪行所下的过于广泛的定义相差很远，它作为国际法下罪行的地位还是一个引起争论的问题。总的说来，委员会议定：在目前的国际情况下，鉴于南非开始实行多数统治，在第20条（e）项之下载列《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》也就够了。

（17）在这一点上，应再次强调的是，第20条（a）至（d）项并不是为了详尽无遗地列出一般国际法下的罪行。不论是由于罪行的严重程度、发生罪行的持续现实或其不可避免的国际后果，委员会都认为在此阶段应受法院管辖的应只限于上述一般国际法下的罪行。

（18）法院的其余管辖权主要涉及所谓的条约罪行，即由条约界定的具有国际影响的罪行。为了做到准确肯定，委员会认为应将这些条约详尽无遗地列举出来，1993年规约草案⁹¹第22条就是这样做

⁹⁰ 见上文脚注7。

⁹¹ 见上文脚注48。

的。规约附件载有条约界定的罪行的清单，后经修订并增加了几项普遍性“惩治公约”。列入附件的标准是：

(a) 罪行本身由条约界定，国际刑事法院在不违反第 39 条所载“法无明文不为罪”的保证的前提下可将该条约用作有关该罪行的法律；

(b) 条约根据“或引渡或审判”原则建立了普遍管辖制度或为国际刑事法院审判罪行创造了可能性，或两者均办到，从而明确承认受国际关注的原则。

(19) 附件的评注阐述了将特定条约列入或不列入的理由。

(20) 此外，委员会的结论是，需要对法院在附件中所列各条约之下的管辖权进一步加以限制，理由是这些条约有许多可涉及虽然本身严重但在国家法院审理的职权范围之内并且在个别情况下不需要上升到国际管辖一级的行为。这种进一步限制体现于

(e) 项，因该项要求所审理的罪行在受指控的行为方面应构成受到国际关注的特别严重罪行。

(21) 委员会一些委员强调了有计划的因素的重要性，尤其在与恐怖主义活动有联系的罪行方面。尽管在一些区域性公约中有恐怖主义的定义，但国际社会尚未对该词制订出单独定义。某些集团对平民人口犯下的有计划的恐怖行为属于(d)项一般国际法下的罪行种类，如该行动出于民族或种族动机也属于(a)项下。此外，在附件所列 14 个条约中，有 6 个具体涉及一种或另一种恐怖主义罪行（如绑架或扣押人质）。因此，正如委员会一些委员所强调的，有计划的持续的恐怖主义属于第 20 条所指这种或那种罪行中受国际关注的罪行。此外，他们指出，以任何形式进行的恐怖主义都是公认的犯罪行为。

(22) 在许多情况下，恐怖主义活动受到大规模贩毒活动的支助，这不可否认地是受到国际关注的。在这种情况下，正如上段所提到的，将能符合(e)项所说特别严重性质的罪行的要求。

(23) 正如上文所指出的，附件只载列确定罪行具有国际性质和对审判此类罪行具有广泛管辖基础的已生效条约。它不载列正在制订中的一些有关文书：特别是危害人类和平及安全治罪法草案及正在大会范围内制订的关于保护维持和平人员的拟议文书。至于治罪法草案，委员会若干委员重申它是规约草案的重要补充，并希望两种文书在实施中相互联系。

第 21 条

行使管辖权的先决条件

1. 法院可就第 20 条所述的罪行对某人行使管辖权，如果：

(a) 在灭绝种族的情形下，依第 25 条第 1 款提出申诉；

(b) 在任何其他情形下，依第 25 条第 2 款提出申诉，且下列国家已依第 22 条接受法院对该罪行的管辖权：

(一) 拘留罪行涉嫌者的国家（“拘留国”）；

(二) 发生该行为或不行为的所在地国。

2. 对于适用第 1 款(b)项的某一罪行，如拘留国收到另一国根据一项国际协议提出的关于将一名涉嫌者送交起诉的请求，除非请求被拒绝，该请求国也需要接受法院对该罪行的管辖权。

评注

(1) 第 21 条规定哪些国家必须接受法院对第 20 条所述罪行的管辖以使法院具有管辖权。接受的方式在第 22 条有所规定。

(2) 委员会建议的一般标准载于第 21 条第 1 款(b)项。（因为对罪行有管辖权或因为收到了有关该罪行的引渡要求）而拘留了有关某一罪行的被告的任何国家和罪行发生地国必须接受法院的管辖权。对本款的理解应联系到有关向法院交出被告的第 53 条，特别是第 2 款，并考虑到第 37 条下关于法院在审判案件时将有被告在场的有把握的推定。

(3) 第 21 条在若干方面不同于 1993 年规约草案（见第 24 条）的对应规定。首先，它单独处理种族灭绝罪行（见下文第(6)段），其次，它在第 1 款(b)项中侧重载述被告的拘留国，有别于根据有关条约具有管辖权的任何国家。再次，该项要求罪行发生地国接受管辖，从而把针对一般国际法下罪行的 1993 年规约草案的要求适用于灭绝种族罪行以外的一切罪行。第四，它还在这种情况下要求已确定、或最终将确定根据引渡要求引渡被告的权利的国家接受管辖（见第 2 款）。

(4) “拘留国”一词的用意是为了涵盖一系列的情况，例如一国为了调查某一罪行已经拘留或拘捕了人或把这人管制起来的情况。这个词适用于无论是根据本国法律还是根据引渡要求逮捕了某一罪行涉嫌者的国家。但是它可以扩大至例如其武装部队进入另一国领土、在自己军法系统内拘捕了有犯下某一罪行之嫌的部队成员的情况：在这种情况下，部队所属国——而不是地主国——就是“拘留国”。

(如果有有关罪行是在地主国领土上犯下的，当然也需要根据(b)项第(二)目得到该国的接受，才能使法院具有管辖权。)

(5) 本规约草案的另一个重要特征是第54条，它规定本需接受法院管辖权但未予接受的缔约国承担附件中所引条约中大多载有的同等义务，即“或引渡或审判”的义务。在规约缔约国之间，这实际上是在条约罪行方面将国际刑事法院并入现有的国际刑事管辖与合作系统(见下文第54条及评注)。

(6) 委员会的几位委员希望在第21条第1款(b)项中要求被告的国籍国接受管辖，同时(或不)要求罪行发生地国接受管辖。他们认为罪行的地点可能是偶然的或许甚至是难以确定的，而国籍则从归属和管辖方面看是决定性的和重要的环节。一些委员还希望明文规定需要得到有关行为的受害国同意(见第23条的评注第(9)段)。

(7) 鉴于已决定把对种族灭绝罪的管辖权定为“固有”管辖权，因此第21条对此罪行作了单独的处理。种族灭绝是《防止及惩治灭绝种族罪公约》所确定的国际法下的一种罪行。该公约同附件中所列的条约不一样，它不是根据“或引渡或审判”原则，而是根据属地原则。该公约第六条规定被指控犯有种族灭绝或该公约所列举的任何其他行为的人应受到该行为发生地国主管法院的审判。但是，作为该公约不予列入的普遍性原则的对应部分，第六条也规定由“缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭”来审判这些人。这也可以理解为也是规约缔约国的公约缔约国允许法院对任何国家转交给法院的被告行使管辖权的一种权力。对第六条的讨论支持这种解释⁹²。由于已说明的原因，委员会的结论是法院根据该公约一缔约方所提交的申诉应对种族灭绝罪行具有固有管辖权，规约草案就是这样规定的(见第1款(a)项以及第25条第1款、第51条第3款(a)项和第53条第2款(a)项第(一)目)。

⁹² 见种族灭绝特设委员会的报告，1948年4月5日至5月10日(《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))。

第22条

为第21条的目的接受法院的管辖权

1. 本规约缔约国可：

(a) 在表示同意接受本规约约束时向保存人提出声明；或

(b) 在以后时日向书记官长提出声明，

表示接受它在声明中指明的、法院对第20条所指罪行的管辖权。

2. 声明可普遍适用，也可限于特定行为或限于在某一特定时期犯下的行为。

3. 声明可表示具体期限，在到期以前不得撤回，也可不表明期限，但可以在撤回以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. 如果按照第21条规约非缔约国对法院的接受为有必要时，该国可向书记官长提出声明，同意法院行使对有关罪行的管辖权。

评注

(1) 第21条确定了在法院接受某案件以前需接受管辖权的国家。第22条涉及这种接受的方式，并拟订案文以便利接受规约全文及法院对个别案件的管辖权。

(2) 所采用制度的特点可以说成是“选入”制度，对某些罪行的管辖权不是单凭成为规约一缔约方这一事实自动让与，而是附加一项特别声明，可以在成为规约缔约方时或其后作此声明。委员会认为这种做法最能反映序言中所阐述的考虑及其对法院管辖权的总的主张。

(3) 在1993年报告中，工作组根据“选出”而不是“选入”管辖的想法为本条建议三个备选办法⁹³。总的说来，委员会认为“选入”办法是正确的做法。任何其他办法均会阻止法院听审，即使所有有关国家都乐意它听审。理由是在一项申诉提出前不清楚根据第21条需要哪一个具体国家接受法院的管辖。如果采取选出制度，其影响会妨碍一国接受对已提出的申诉的管辖。这是不可取

⁹³ 最初作为第23条通过(见上文脚注48)。

的。无疑有可能在前面的“选出”条款之后增加再“选入”的可能性，但这将是一种人为的复杂的制度，并且委员会认为，实际上不会对起草的第 22 条增加任何实质内容。

(4) 本着这种办法，第 1 至 3 款载述规约缔约国的接受问题。第 1 款根据《国际法院规约》第三十六条所载任择条款的方针提供了发表一项一般声明的可能性。这种声明可以是一般性的，也可以受到就事而言或就时间而言的限制，并且可能只是短期适用。这可以是就某个单一案件而发表的声明。

(5) 关于法院对灭绝种族罪行的“固有”管辖权（见第 20 条的评注第（7）段），第 22 条规定的接受管辖是不需要的。但是，设想有些国家不是《防止及惩治灭绝种族罪公约》缔约国但仍希望法院对这种罪行行使管辖权的情况，是可能的。在第 1 款中一般地提到“第 20 条所指罪行”，是为了涵盖这些特殊情况（另见第 21 条第 1 款（b）项和第 25 条第 2 款，两处都作了相应的措辞）。

(6) 第 4 款涉及到规约非缔约国接受法院管辖权问题。根据序言中概述的法院管辖权的一般办法，这种接受应该是可能的。另一方面，不应要求——或就此而言也不应允许——非缔约国在某一案件中除了通过向书记官长提出声明表示同意行使管辖权外还做更多的事。如果它想利用法院的存在接受法院对罪行的管辖、提出申诉等，这种国家应该加入成为规约的缔约国。与非缔约国的司法合作见第 56 条。

(7) 但是，委员会若干委员倾向于一种能积极鼓励各国在任何特定罪行发生前接受法院管辖的制度，因此他们同意“选出”制度，这样，各国加入为规约缔约国时必须公开宣布它们不接受对特定罪行的管辖。

(8) 委员会的一位委员还要对接受管辖权制度表示很大的保留意见，他认为，就法院的管辖权来说，这种制度会挖空规约的实质内容。因此，这位委员不拟参与委员会对规约草案中这一制度的协商一致意见。

(9) 如果有关国家缔结一项条约表示接受法院对第 20 条所列罪行的管辖，这类国家完全可将此种条约交存于书记官长，这相当于为此条目的作了充分的声明，前提是该条约所有缔约方均同意作此交存。委员会有些委员希望对此作明确无疑的规定，为此增加一款专门处理由条约规定把罪行提交法院处理事宜。

第 23 条 安全理事会采取的行动

1. 尽管有第 21 条的规定，如安全理事会按照《联合国宪章》第七章采取行动将某事项转交法院，法院可按照本规约对第 20 条中所指的罪行行使管辖权。

2. 除非安全理事会首先断定某一国家有作为申诉事由的侵略行为，不得依本规约提出对某一侵略行为的、或同某一侵略行为直接有关的申诉。

3. 不得依本规约对安全理事会正按照《联合国宪章》第七章作为威胁或破坏和平或侵略行为处理的情况开始起诉，除非安全理事会决定这样做。

评注

(1) 第 23 条第 1 款从法院可审理的罪行种类的角度来看（就事而言的管辖权），并不构成单独的一组管辖权。反之，它允许安全理事会主动诉诸法院的管辖权，其办法是放弃在第 21 条下由一国接受法院管辖的要求和在第 25 条下提出申诉的要求。这种权力可以在安理会可能有权根据《联合国宪章》第七章成立特设法庭的情况和其他情况下行使。委员会认为，为了使安理会能利用法院来代替建立特设法庭并对付冒犯人类良知的罪行，这种规定是必要的。另一方面，它丝毫无意补充或增加《宪章》所规定的安理会的权力，它只是要使安理会能够利用规约建立的管辖机制。

(2) 委员会的理解是，安全理事会通常不会把针对指名的个人提出的指控作为“案件”提交法院处理。第 23 条第 1 款设想安理会将把“事项”，即《宪章》第七章适用的情势，交法院处理。接着由检察官负责确定应该对哪些个人控以与该事项有关的第 20 条所述的罪名：见第 25 条第 4 款。

(3) 委员会有些委员对安全理事会在任何情况下把特定案件交法院处理的可能性表示关注。他们的关注基本上与安理会在第七章之下拥有多大权力问题无关（对此可参看以下第（6）段），而是担心第 23 条第 1 款可能被理解为允许安理会详细过问对个人罪行的起诉，他们认为起诉是决不应由安理会过问的事项。

(4) 委员会有些委员还对作为联合国的主要机关的安全理事会和一些国家建立的条约机构之间的联系表示关注。另一方面,有人指出,联合国和其他此类机构(如《公民及政治权利国际公约》下的人权事务委员会)之间存在着的体制联系,以及规约无论如何需要大量国家参加才能生效。

(5) 有些委员认为第 23 条第 1 款规定的将案件提交法院的权力也应授予大会,在安全理事会因否决权而不能采取行动时尤其如此。然而,经过进一步考虑,人们认为不能作出这项规定,因为《联合国宪章》没有授权大会违反各国的意愿去直接影响其权利,在刑事管辖问题方面更是这样。大会当然会根据《宪章》保有就法院管辖范围内的事项提出建议的权力,并且依靠第 2 条规定的任何关系协定在规约的实施方面起重要作用。

(6) 委员会通过了第 23 条第 1 款并非意味着对安全理事会根据《联合国宪章》第七章享有多大权力或对应该行使这些权力的正当情况持有任何立场。在委员会辩论这些问题时出现了不同意见。

(7) 法院的财务安排取决于法院和联合国之间要建立的关系,第 2 条评注中讨论了这个问题。如果按规约规定进行诉讼的费用要由缔约国而非联合国系统支付,则应有特别规定以支付根据第 23 条第 1 款审判的费用。

(8) 第 23 条第 2 款涉及指控侵略的具体案件。某一个人对某一侵略行为或罪行的任何刑事责任必然预先假定一国已被认为有侵略行为,安全理事会应根据《宪章》第七章进行调查作出结论。随后的问题是能否起诉某一个人——比如由于这个人曾以国家名义行事,参与策划并发动侵略——这将由法院决定。

(9) 虽然由安全理事会确定有否侵略行为是就侵略行为或直接涉及侵略的行为提出控诉的必要先决条件,但规约草案有关接受管辖和提出控诉的正常规定是适用的,除非安理会根据第 23 条第 1 款也对侵略采取了行动。

(10) 委员会的一位委员倾向于认为,法院对第 20 条(a)至(d)项所述罪行的管辖权在任何情况下均需事先得到安全理事会的授权,因为这种情况本身不可避免地涉及国际和平与安全问题。委员会不支持这一建议,但承认一旦安理会根据《联合国宪章》第七章已采取了行动,就会产生该行动与法院管辖权之间的关系问题,第 3 款中载述了这一问题。

(11) 另一位委员指出,第 23 条第 1 和 2 款中设想的安全理事会职权的行使与法院职权的行使的关系是某些法系中所说的“先决问题”。这位委员举例提到《建立欧洲经济共同体条约》⁹⁴第 177 条第 2 和 3 款。

(12) 第 23 条第 3 款规定,对安全理事会已实际按《联合国宪章》第七章采取了行动的情况,除非根据安理会的决定,否则不得开始起诉。这就承认了《宪章》第十二条给予的优先地位以及遇到这种案件时在法院和安理会之间进行协调的必要性。另一方面,它并非仅仅规定安理会对起诉的开始有“否决权”。安理会必须采取行动以维持或恢复国际和平及安全或对付侵略行为。一旦第七章的行动终止,根据规约开始起诉的可能性便又恢复了。

(13) 委员会的几位委员认为,第 3 款不合乎需要,因为规约的程序不应该由于在其它论坛作出的政治决定而不能实施。

(14) 更概括地说,有些委员也认为:虽然很明显地《联合国宪章》的规定可能具有最高的地位,要委员会设法在规约中规定第七章等《宪章》条款应该适用的情况,却是不明智的。在政治上敏感的情况下,《宪章》的解释和适用是复杂和困难的责任,只能以广泛的联合国实践为依据予以履行。此外,界定安全理事会在规约方面的作用是需由大会的适当代表和安理会的适当代表从事适当协商的事项。

(15) 也有人认为第 23 条将为规约带来表现在安全理事会理事国和非理事国之间、也表现在安全理事会常任理事国和其它国家之间的重大不平等。这种情况不可能在最大范围内鼓励各国加入本规约。因此,持这种意见的人认为,适宜的做法是不把第 23 条载入规约,而是在规定《联合国宪章》具有最高地位的综括条约中作为一个序言段列入一个保留条款,本规约将是它的一个附件。《侵略定义》的序言部分中载有这种保留条款:

“……本定义绝不得解释为对于宪章中有关联合国各机构职权的规定的范围有任何的影响……”⁹⁵

⁹⁴ 联合国,《条约汇编》,第 298 卷,第 11 页。英文正式文本见 *Treaties Establishing the European Communities* (Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1973), p. 163。

⁹⁵ 见上文脚注 85。

第 24 条

法院在管辖权方面的职责

法院应查明它对提交给它的任何案件是否拥有管辖权。

评注

本条旨在规定法院（以及，适当时，其每一个机关）查明自己对某一案件有管辖权的责任。有关对管辖权提出异议的详细规定载于第 34 条。但即使没有人提出任何异议，法院对于管辖权问题也有当然的责任。

第四部分

调查和起诉

第 25 条 申诉

1. 本规约缔约国且同时也是 1948 年 12 月 9 日《防止及惩治灭绝种族罪公约》缔约国的国家可向检察官提出申诉，指控似乎有人犯下了种族灭绝罪行。

2. 按照第 22 条接受法院对罪行的管辖权的缔约国可向检察官提出申诉，指控似乎有人犯下了这种罪行。

3. 申诉应尽可能指明所指控的罪行的情况以及任何涉嫌者的身份和下落，并且附上申诉国所能得到的支持文件。

4. 对于第 23 条第 1 款所适用的情势，检察官可以未经申诉即展开调查。

评注

（1）设想法院是向规约缔约国提供的一种设施，在某些情况下是向安全理事会提供的一种设施。申诉是求助于这种设施和发起刑事诉讼程序初步阶段的机制。凡接受法院对申诉所指罪行的管辖权的任

何缔约国均可提出这种申诉。在法院拥有在接受方面没有额外规定的管辖权的灭绝种族罪案件中，原告必须是《防止及惩治灭绝种族罪公约》的缔约国，因此有权援引该公约第六条（见第 25 条第 1 款）。在这一方面大家一定记得，任何联合国会员国和大会邀请这样做的任何其他国家均可加入为该公约缔约国：见该公约第十一条。

（2）总的来说，委员会认为，通过申诉诉诸法院应限于缔约国。这样可以鼓励各国接受规约所规定的权利和义务，并分担法院在业务费用方面的经费负担。此外，实际上只有当原告根据规约第七部分在提供证据和作证以及类似事务方面同法院进行合作时，法院才能够按照申诉令人满意地着手进行起诉。

（3）正如以上关于第 23 条的评论所指出，如果法院由于安全理事会根据《联合国宪章》第七章作出决定而拥有管辖权，实际起诉将由检察处负责进行，对于申诉没有任何要求（见第 25 条第 4 款）。检察处应该对根据第 23 条第 1 款提起的案件和由于申诉而提起的那些案件拥有同等的独立性。

（4）委员会一位委员认为，如果有迹象表明，显然属于法院管辖权的某项罪行可能会得不到适当的调查，即使在没有人提出申诉的情况下，也应该授权检察官进行调查。但其他委员认为，不应该在没有得到一国或安全理事会的支持的情况下对规约范围内的罪行进行调查和起诉，至少在国际法律体系发展的目前阶段不应该这样做。

（5）申诉的目的是提请法院注意明显的犯罪事实。申诉必须尽可能附上证据（见第 3 款）。设想法院是必要时应该提供的一种机制，但没有理由就不应该启动。由于刑事起诉需要工作人员和涉及到费用，不应该根据琐碎的、毫无根据或出于政治动机的申诉而援用管辖权。此外，检察官必须拥有必要的资料才能开始进行调查。这并不意味着申诉本身必须确定表面上证据确凿的案件，而是应该包括足够的资料和证据，以表明有人显然犯下了属于法院管辖权范围内的某一种罪行，并为调查提供一个出发点。

第 26 条

对指控罪行的调查

1. 在收到申诉或第 23 条第 1 款中所指安全理事会决定的通知后，检察官应着手调查，除非

其断定不存在可能依本规约进行起诉的根据并决定不展开调查，在这种情况下，检察官应将这种情况通知院长会议。

2. 检察官可：

(a) 要求涉嫌者、受害者和证人到场并向其提问；

(b) 收集文件和其它证据；

(c) 进行现场调查；

(d) 采取必要措施以确保资料的机密或保护任何人员；

(e) 酌情寻求任何国家或联合国的合作。

3. 院长会议可应检察官的请求发出为了进行调查可能需要的传票和拘票，包括为了暂时逮捕涉嫌者依第 28 条第 1 款发出逮捕状。

4. 如果经调查并特别考虑到第 35 条所指事项，检察官断定没有可依本规约起诉的充分根据并决定不予起诉，检察官应将这种情况告知院长会议，详细说明申诉的性质和依据以及不予起诉的理由。

5. 应申诉国的要求或在第 23 条第 1 款适用的情况下，应安全理事会的要求，院长会议应复查检察官不予调查或起诉的决定，并且可以要求检察官重新考虑这一决定。

6. 本规约适用的某一罪行的涉嫌者应：

(a) 在受审问以前被告知以下权利：

(一) 有权保持沉默——这种沉默在决定其有罪或无罪中不成为考虑因素；

(二) 有权得到自己所选择的律师的协助，或者如果无力延聘律师，有权得到法院提供的法律协助；

(b) 不被迫作证或被迫认罪；

(c) 如果不用涉嫌者所懂和所讲的语言审问，应向其提供合格的口译服务和所问及的文件的译本。

评注

(1) 检察官一收到申诉，即负责对指称的罪行进行调查和起诉。检察官将调查申诉，除非检察官经

过初步审查申诉和支持文件以后得出结论认为，这种调查没有任何可能的根据。在后一种情况下，应通知院长会议（另见第 5 款）。

(2) 在进行调查时，检察处应有权讯问涉嫌者、受害者和证人，收集证据，进行现场调查等等。检察官可要求任何国家予以合作，并可要求法院发出命令以便利进行调查。在调查期间，如果调查为起诉书提供了充分的资料而且已经决定继续调查，检察官可要求院长会议签发传票和拘票，因为法庭将在以后阶段才开庭。

(3) 某些刑法体系中区分两个阶段，一个是警方调查申诉的阶段，另一个是在预审法官掌握下准备起诉的较正式的阶段。虽然这种制度在一些方面能保障诉讼程序的信实，但基于若干原因，本规约草案未予采纳。第一，本规约对于诉讼程序的独立性和涉嫌者的权利也提供了保障。第二，设想申诉在提交法院之前必定已由申诉国作过初步调查，这在一定程度上相当于调查的初步询问阶段。第三，规约要确立一种灵活的结构，不应涉及过多的费用或大量设置职位。

(4) 规约第七部分述及各国在执行传票和拘票方面进行合作的问题（特别是见第 51、52 和 53 条）。

(5) 在调查阶段，涉嫌犯下某项罪行的人可受到讯问，但必须首先被告知以下权利：不被迫作证或被迫认罪的权利；保持沉默的权利，这种沉默在决定他有罪或无罪中不成为考虑因素；涉嫌者得到自由选择的律师协助的权利；涉嫌者无力支付律师费时得到免费法律援助的权利；必要时在审讯阶段得到口译的权利（例如见《公民及政治权利国际公约》第十四条）。

(6) 关于涉嫌者（被认为犯下某项罪行但尚未受到指控者）的权利和被告（以第 27 条确认的起诉书的形式正式受到指控者）的权利的规定有些重叠。然而，如果在调查期间，涉嫌者不被迫供认罪行等权利得不到尊重，被告在审判期间的权利就没有什么意义。因此委员会认为，必须列入一个单独的条款，在某人实际被指控犯有某项罪行之前，保障此人在调查阶段的权利。另外还必须区别涉嫌者的权利和被告的权利，因为前者的含义没有后者那样广泛。例如涉嫌者无权在此阶段审查证词或得到所有起诉的证据。而这些权利是第 41 条第 1 款 (e) 项和第 2 款所载被告应保证得到的权利。

(7) 调查之后，检察官必须评估所得到的资料，

并决定是否有充分的证据起诉。如果没有充分的依据，检察官应通知院长会议，而院长会议可以应原告国的请求或（在安全理事会提起的案件中）应安理会的请求审查检察官不予起诉的决定。这反映了这样一种观点，即应该有一定的可能性对检察官关于不继续某项案件的决定进行司法审查。另一方面，院长会议对起诉问题发出指示，这是同检察官的独立性相抵触的，并会产生实际的困难，因为进行起诉应是检察官的职责。因此第 5 款规定，院长会议可请检察官重新考虑这一问题，但由检察官作出最后决定。这一程序也同样适用于检察官根据第 1 款决定不进行起诉的案件。

（8）委员会有些委员认为，如果检察官做出不予调查或起诉的决定明显在法律上是错误的，院长会议也有权取消该决定。应该尊重检察官就事实和证据问题做出的决定，但是像法院所有其他机关一样，检察官应受规约的约束，这种观点主张院长会议应有权取消明显违反法律的决定。

（9）第 4 款中“充分根据”一语是为了涵盖无法依规约采取进一步行动的若干不同情况：首先，没有法院管辖范围内罪行的迹象；第二，有某些犯罪迹象，但检察官的结论认为掌握的证据不足以定罪；第三，有法院管辖权范围内罪行的表面证据，但是检察官认为，根据第 35 条案件可能不合乎受理条件。

第 27 条 起诉的开始

1. 如果调查以后检察官断定存在表面证据确凿的案件，检察官应向书记官长提交一份起诉书，其中包括一份简要说明，载列指控的内容和指控涉嫌者犯有的一项或多项罪行。

2. 院长会议应审查起诉书及任何证明材料并且决定：

（a）是否存在表面证据确凿的在法院管辖范围内罪行的案件；

（b）第 35 条所指的事项上，根据获得的资料，除其他以外，该案件是否应由法院审理。

如果案件应由法院审理，院长会议应确认起诉并按照第 9 条设立审判分庭。

3. 在为获取更多资料而休庭之后，如院长会议决定不确认起诉，它应将此情况通知原告

国或在第 23 条第 1 款适用的情况下通知安全理事会。

4. 院长会议可应检察官的要求修改起诉书，在这种情况下，它应该发出必要的命令，以确保被告被告知修改的内容并且有足够的时间准备辩护。

5. 院长会议可为审判的进行发出进一步的必要命令，包括如下命令：

（a）确定审判时使用的一种或多种语言；

（b）规定在审判前的充分期间内将检察官所获得的文件或其他证据提供给辩护方以准备进行辩护，而无论检察官是否想依靠该证据；

（c）进行检察官和辩护方的情况交流，使双方充分意识到要在审判中决定的问题；

（d）保护被告、受害者和证人并保护机密资料。

评注

（1）申诉是对指控的罪行发起调查的文件，而起诉书是开始起诉所依据的文件。如果经过调查，检察官断定，涉嫌者犯下属于法院管辖权范围的某项罪行是一个表面上证据确凿的案件，而且应该依照第 35 条开始起诉，检察官应编写一份起诉书，简要地陈述指控的事实和据指控犯下的某项罪行或若干项罪行。为此目的提起的表面上证据确凿的案件被理解为一种可靠的案件，这种案件（如果没有被辩护方驳回，就）可以为根据指控对被告进行定罪提供充分的依据。

（2）检察官接着向院长会议提交起诉书和任何必要的证据，由院长会议审查起诉书并决定此人据指控所犯罪行是否确实构成表面上证据确凿的案件，并确定在第 35 条所指的问题上，该案件是否显然是属于法院应该行使管辖权的案件。如果对这两个问题的答复是肯定的，它就应该确认起诉书，并根据第 9 条开庭审判。正是从法院确认起诉书的时刻开始，此人被正式指控犯罪，而“涉嫌者”成为“被告”。

（3）在决定是否确认起诉书之前，院长会议可要求检察官提供进一步的资料，并可在检察官要求确认起诉书时中止审议是否确认起诉书，只要考虑到《公民及政治权利国际公约》第九条第三款）的规

定，不使起诉受到不必要的拖延。尤其当被告在押时，拖延可能是一项考虑因素（见第 28 条第 2 款、第 41 条第 1 款（c）项）。诉讼程序将秘密进行，而无需通知嫌疑者。院长会议不会要求审查证词，这有别于审议检察官提交的案件，这种案件应该充分反映这一阶段的诉讼程序所收集的案情（见第 37 条第 4 款规定的起诉分庭的特别程序）。

（4）尽管为了负责起见并为了确保法院仅仅在规约规定的情况下行使管辖权，对起诉书的这种审查形式是必要的，但必须强调指出，确认起诉书绝不能视为法院对被告的实际有罪或无罪作出预先判决。确认可以在被告缺席的情况下作出，而且无须通知被告，也无须对辩护作出任何评价，因为辩护将在审判时提出。

（5）在有些法律体系中，起诉书是公开的文件，除非由于某种特殊原因，法院命令将它“密封”。与此相反，规约规定，法院只能在审判开始时公布起诉书（见第 38 条第 1 款（a）项），或者在第 37 条第 4 款设想的特殊情况下由起诉庭决定予以公布。

（6）在以后的阶段中可能需要修正起诉书，法院根据第 4 款有权按照检察官的建议这样做，同时确保被告得知修正的内容并有必要的额外时间来准备辩护。这种修正可能包括具体指控方面的修改，只要这些修改属于原有申诉和法院管辖权的范围。如果修改的结果成为一种实质上不同的罪行，应该填写一份新的起诉书，如果规约中对法院管辖权所规定的条件实际上已经改变，必须提出新的申诉。

（7）一旦起诉书得到确认，院长会议可签发逮捕状（参见第 28 条）和进行起诉和审判所需要的其他命令，包括第 5 款中提到的特定命令。然而分庭一旦开庭就应该承担对此后审前程序的责任。

（8）如果在任何必要的休庭之后未确认起诉书，诉讼即告完结，如与申诉有关的嫌疑者在押，通常有权获释。当然这不影响拘留嫌疑者的任何其他合法依据，例如国内法的依据。原告国以及——在由安全理事会根据第 23 条第 1 款提起的案件情况下——安理会应被告知不确认起诉书的任何决定。

第 28 条 逮捕

1. 院长会议可以在展开调查以后的任何時候应检察官的要求为暂时逮捕某一嫌疑者发出逮捕状，如果：

（a）有合理的根据认为嫌疑者可能犯有法院管辖范围内的某一罪行；而且

（b）除非暂时逮捕嫌疑者，他可能不会到场接受审判。

2. 如果起诉没有在逮捕后 90 天或院长会议可能允许的更长期间内进一步得到确认，被暂时逮捕的嫌疑者有权得到释放。

3. 检察官在起诉获得进一步确认以后，应在实际可能情况下尽快为逮捕和移交被告而要求院长会议发出逮捕状。院长会议应发出这一逮捕状，除非它已确信：

（a）被告将自愿出庭受审；或

（b）出现特殊情况因而暂时无需发出逮捕状。

4. 被逮捕的人应在被逮捕时被告知逮捕的理由，并应迅速被告知任何罪名。

评注

（1）关于逮捕和拘留被告的各种规定已经起草，以确保符合《公民及政治权利国际公约》的有关规定，特别是第九条（见第二和四款），并且本规约第 29 和 30 条）。

（2）在确认起诉书之前，院长会议如果初步确定有充分的理由而且实际上可能无法确保嫌疑者出庭受审，即可命令逮捕或拘留嫌疑者（见第 1 款）。这是指暂时逮捕，采用了通常在引渡协定中使用和《引渡条约范本》⁹⁶第 9 条中所载列的措辞。在有些法律体系中，这是指暂时拘留，但为了本规约的目的，应该把逮捕某人同随后拘留此人区别开来。

（3）暂时逮捕是一种相当特殊的补救措施，因为它是在法院确定是否存在行使其管辖权的必要条件之前发生的。与此相反，起诉书一旦得到确认，就应该尽一切努力确保将被告拘禁以保证他出庭受审。院长会议通常会发出逮捕被告的命令，除非被告显然会出庭，或有特殊的情况（例如被告已被某一缔约国拘留，或由于某种其他罪行而正在服刑）使得暂时没有必要签发逮捕状。

（4）第 28 条仅仅述及逮捕状的问题。各国在执行逮捕状方面提供司法协助的问题在第 52 和 53 条中述及。

⁹⁶ 大会第 45/116 号决议，附件。

第 29 条

审前拘留或释放

1. 被捕人员应迅速交给逮捕发生地国家的司法官。该司法官应按照该国所适用的程序确定逮捕状正式送达及被告的权利得到尊重。

2. 被捕人员可请求院长会议于审判前予以释放。院长会议如确信被告会出庭受审，可以无条件予以释放或给予保释。

3. 被捕人员可以请求院长会议依本规约确定他被逮捕或被拘留的合法性。如果院长会议决定该项逮捕或拘留为非法，它应下令释放被告，并可给予补偿。

4. 被捕人员在审判或保释以前应拘留于逮捕国、审判地国、或于必要时拘留于东道国的适当场所。

评注

(1) 第 29 条处理审前拘留或保释的问题。拟订这一条的目的是确保符合《公民及政治权利国际公约》第九条。它规定，根据第 28 条规定签发的逮捕状被逮捕的任何人应立即送交逮捕地点所在国家的司法官，而司法官应根据该国适用的程序确定逮捕状的手续是否完备以及被告的权利是否得到尊重。委员会承认，授权一位国家官员（通常是治安法官或根据国内法律行使类似职责的某种类似人员）而不是提交法院机关，这有一定的危险性。然而根据《公约》第九条第三款，必须迅速提供审查逮捕情况的初步机会，实际上只能这样做。由于根据假定，逮捕国将同法院进行合作，因此没有任何理由预计这种初步的程序会造成什么困难。

(2) 另一方面，不管是审前无条件释放还是保释，均由院长会议决定。根据《公民及政治权利国际公约》第九条第四款的规定，根据第 28 条规定签发的逮捕状被逮捕的人可向法院申请确定根据规约逮捕或拘留他是否合法（见第 3 款）。法院必须决定逮捕和拘留是否合法，如果不合法，则应命令释放被告。对于遭到错误逮捕的人，应给予相应的赔偿，这是《公民及政治权利国际公约》第九条第五款规定的：“任何人受非法逮捕或拘禁者，有权要求执行损害赔偿。”委员会认为，规约中应为涉嫌者和被告规定范围全面的保障。对遭非法拘留的被告给予的赔偿问题有其特点，不同于恢复受害者财产权利的问题（参看第 47 条的评注）。

(3) 《公民及政治权利国际公约》第九条第三款特别规定：“等候审判的人受监禁不应作为一般规则”，这是规约的立场。另一方面，根据规约的定义，只有在极为严重的案件中才可以提出指控，通常必须拘留尚未在某国受到可靠拘禁的被告。《公约》第九条第三款还规定被告“应于合理期间内审讯或释放”。规约规定的被告迅速受到审判的权利载于第 41 条第 1 款 (c) 项。法院在行使第 29 条规定的权力时应考虑到这一点。但考虑到有关罪行的严重性，委员会决定不对提出起诉或释放被告规定具体的时间限制。

(4) 除非根据第 29 条规定获得释放，在审判前，被捕者要么应该在逮捕国、在即将举行审判的国家里，要么必要时作为最后一种选择办法在所在国被拘禁在适当的拘留场所。第 4 款所依据的假定是，这种拘留通常发生在逮捕国的领土上，但也可能有恰当的理由发生在另一地点（例如为了确保牢靠地拘留被告，甚或为了被告的人身安全）。

第 30 条 起诉通知

1. 某人被拘捕到案以后，检察官应确保以该人懂得的语文尽快向其本人送达下列文件的、经证明属实的副本：

(a) 在暂时逮捕涉嫌者的情形下，关于逮捕理由的说明；

(b) 在任何其它情形下，确认的起诉书；

(c) 关于被告依本规约应有权利的说明。

2. 在第 1 款 (a) 项适用的任何情况下，应在确认起诉以后尽快将起诉书送交被告。

3. 如果在起诉确认后 60 天内未依根据第 28 条第 3 款发出的逮捕状将被告拘捕到案，或基于某种原因第 1 款的规定无法得到遵守，院长会议可以应检察官的请求规定其它方法，使被告注意到该起诉书。

评注

(1) 被告一旦根据逮捕状被逮捕，检察官即应采取一切必要的步骤，通过提供第 1 款提到的文件通知被告向他提出的指控。在不违反以下讨论的第 3 款的情形下，没有义务在逮捕之前将指控通知本人，显然的理由是，这样做会促使涉嫌者逃跑。

(2) 这项原则也适用于暂时逮捕涉嫌者，但不同的是，在这种情况下，应提出院长会议批准的指控书，因为那时还没有提交起诉书，而且无论如何还没有得到确认。如果起诉书没有得到确认，涉嫌者有权获得释放，但这同样并不妨碍可能存在的逮捕和拘留的任何有效的依据。

(3) 如果被告在逮捕状签发 60 天以后没有被捕，规约规定了某种其它形式的通知（见第 3 款）。最可能出现这种情况的是在按照第 37 条第 4 款的规定由特别起诉分庭审理之前。其它形式的通知可利用各种形式的媒介，如案中涉及的人员在某政府控制下，可与该政府通信联系。

(4) 如同第 28 条一样，第 30 条仅仅述及所规定的法院的通知。第七部分述及各国提供司法协助的问题。根据设想，规则将规定适当地认证根据这些条款提出的要求中所载的文件。

第 31 条

提供人员协助进行起诉工作

1. 检察官可要求缔约国提供人员按照第 2 款协助进行起诉工作。

2. 此类人员应限于在起诉期间参加工作，除非另外议定。他们应在检察官的指挥下工作，在执行本条款所载职务时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。

3. 依本条款提供的人员其雇用条款和条件的安排应经检察官建议由院长会议批准。

评注

(1) 这一条的目的是通过应检察官的要求向他提供合格和有经验的人员来促进调查和起诉。缔约国可应检察官的请求指定可以提供的人员，以协助对特定案件或一般案件进行调查或起诉。关于此类人员工作的条款和条件的安排应事先得到院长会议的批准，为了使法院履行职责，院长会议对于缔约国负有全面的财政责任。其中可能涉及或不涉及成为检察处临时雇员的人：如果涉及，则第 12 条第 7 款提及的工作人员条例将适用。

(2) 各国应准备提供起诉期间所需要的人员。此类人员应在检察官的指挥下工作，并不得寻求或接受其政府或任何其它来源的指示。

(3) 至少在法院设立的初始阶段，并视第 2 条中关于关系协定的规定而定，可考虑从联合国秘书处借调人员为检察处服务。

(4) 委员会的一些委员认为，尽管有第 2 款提供的保障，调派国家人员到检察处的任何制度都涉及破坏该机关的独立性和公正性的危险，并且可能使得检察处成为比单一国家针对某一案件的实行检控权力的分支机关高不了多少的机关。他们认为，如果规约要能够以必要的信实保证发挥作用，无论国际检控服务多么昂贵，都必须提供这样的服务，才不会减损了它的作用。

第五部分

审判

第 32 条 审判地点

审判地点将是法院所在地，但院长会议另有决定者除外。

评注

(1) 审判通常在法院所在地进行。或者法院可以根据具体案情决定，在指控的罪行发生的地方附近进行审判更切合实际，例如为了便利证人出庭和出示证据。

(2) 在据指控犯下罪行的地方附近举行审判可能会在诉讼程序上投下阴影，引起尊重被告受到公平和公正审判的权利问题，或可能会对被告、证人、法院法官或工作人员产生不能接受的人身安全的危险。因此只有在既切合实际又符合司法利益的情况下才能在所在国以外的国家里举行审判。分庭可以征求检察官或辩护方关于该问题的意见，而不应不必要地拖延审判的开庭。

(3) 在所在国以外的国家里举行的审判将根据同有关国家的安排进行，无论该国是否是规约的缔约国。这种安排可能会涉及到类似于第 3 条对于同所在国作出安排所规定的问题，如果审判在非缔约国里进行，还可能会涉及到其它问题。

第 33 条 适用的法律

法院应适用

- (a) 本规约；
- (b) 可适用条约及一般国际法的原则和规则；
- (c) 国内法的任何可适用规则。

评注

(1) 在 1993 年通过的规约草案⁹⁷中，委员会将这一条款列入关于管辖权的部分。然而管辖权和适用法律之间是有区别的，因此看来应该将该条列入关于法院的主要职责，即通过审判分庭行使管辖权的第五部分。但第 33 条适用于法院在任何阶段采取的所有行动。

(2) 条款草案中提到的适用法律的最初两个来源是规约本身和适用的条约。根据理解，如果按照第 20 条 (e) 项规定的条约行使管辖权，起诉书应该提到具体的条约条款，从而载明对被告提出的指控，而这些条款将根据规约为指控提供法律依据。一般国际法的原则和规则也将适用。一般国际法的“原则和规则”这一提法包括一般法律原则，因此法院一旦在条约没有明确规定的问题上需要指导，就可以正当地求助于无论在国内法庭上还是在国际实践中可见的整套刑事法律。

(3) 由于明确设想条约本身提到的罪行也是国家法律规定的罪行的条约已经列入附件，因此在条款草案中提到国家法律的规则具有特别的重要性。“法无明文不为罪”的原则（见第 39 条）要求法院能够在符合规约、适用条约和一般国际法的情况下运用国家法律。这在任何情况下都是适宜的，因为国际法没有完整地陈述实质性刑法。法院需在国家刑法规则对特定情况恰当适用的前提下制订此类规则的适用标准。在国家法律和国际法发生冲突的情况下，以后者（包括作为国际法组成部分的“法无明文不为罪”原则）为准。

(4) 在第 33 条方面，如同第 20 条方面，委员会的几位委员回顾了规约草案和危害人类和平及安全治罪法草案之间的联系，重申他们认为法院所适用的法律应该来源于治罪法。

(5) 几位委员对法院在提交给它的案件中照这样适用国内法的可能性表示重大的保留。虽然这几位委员同意，法院有必要为了各种目的参考国内法，他们认为，这种做法应该总是依据发回、或国际法包括适用的条约的授权；在其它情况下，采用一般国际法原则将能解决任何困难。

第 34 条 对管辖权提出质疑

对法院管辖权的质疑可根据《规则》：

- (a) 在审讯开始前或开始时由被告和任何有关国家提出；
- (b) 在审判开始后的任何阶段，由被告提出。

评注

(1) 正如以上第三部分的导言中所解释的，这是一条非常重要的条款，其目的是确保法院认真遵守规约确定的管辖权范围。被告或任何有关国家可以要求法院行使第 34 条规定的权力。“有关国家”这一词的定义没有确定，但可以作广泛的解释。例如，要求引渡一位被告的国家是为此目的的一个“有关国家”，另外还包括根据规约第七部分被要求予以合作的国家。

(2) 根据规则所规定的程序，在起诉书得到确认以后直到审理开始之前的任何时候都可以提出第 34 条规定的质疑。此外，被告可以在审判的任何以后阶段对管辖权提出质疑，在这种情况下，法院拥有自由决定权，可以将质疑作为一个单独的问题处理，或作为审判结束时判决的一部分作出决定。

第 35 条 受理的问题

法院根据被告的申请或有关国家的请求在审判开始前任何时候，或根据其本身动议，联系本规约序言所述目的，可决定对所收到的案件不予受理，理由是所涉罪行：

- (a) 已经过对该罪行有管辖权的国家的适当调查以及该国做出的不予起诉的决定显然理由充分；

⁹⁷ 见上文脚注 48。

(b) 正由对该罪行已经有或可以有管辖权的国家予以调查，而且法院暂时对该罪行还没有理由进一步采取任何行动；或

(c) 有关罪行尚未严重到需要法院进一步采取行动。

评注

(1) 第 35 条允许法院在考虑到某些具体因素以后决定某一特定申诉是否应予受理，从此意义上讲，这是管辖权的行使，不同于管辖权的存在。这一规定是在一些国家提出建议以后列入规约的，目的是确保法院仅仅处理序言部分概述的各种情况下的案件，即实际上适宜处理的那些案件。在第 35 条之下产生的问题通常应尽快加以处理。审判开始以后只能由法院本身提出的动议加以处理，其依据是，通常没有必要对已经开始行使的管辖权的行使问题提出置疑。

(2) 简而言之，认定某一案件不予受理的理由是，任何适当的国家当局对有关罪行已经或正在进行适当的调查，或不太严重，因而无需由法院采取进一步的行动。在确定是否如此时，法院应当考虑到序言部分规定的规约的宗旨。如果若干国家对某项罪行拥有或可能拥有管辖权，法院可考虑到每一国家的立场。

(3) 委员会的一些委员认为，不必列入第 35 条，因为可在第 20 条，特别是其中 (e) 项，和第 21 条之下的管辖级别考虑有关的因素。另一些委员指出，各种案件的案情差异会很大，无论如何在很大程度上会在法院实行管辖之后加以澄清，所以第 35 条所载述的权力是必要的，这样才能实现序言中的宗旨。

第 36 条

第 34 条和第 35 条的程序

1. 在根据第 34 条和第 35 条进行的诉讼中，被告和原告国有权陈述见解。

2. 对于根据第 34 条和第 35 条进行的诉讼，应由审判分庭作出决定，除非审判分庭虑及所涉问题的重要性，认为该案应提交上诉分庭。

评注

(1) 第 34 条和第 35 条必须同第 36 条结合起来理解，因为第 36 条规定了在这些条款中规定的置疑情况中应遵守的程序的某些方面。规则中将规定更详细的程序。

(2) 设想在可能情况下应尽快听取根据第 34 和 35 条提出的所有置疑。目的是在审判开始之前以某种方式解决这一问题。因此，如果某一国家根据第 34 条或第 35 条提出置疑，被告和申诉提出国都有充分的权利让法院听取其意见，但此后不得再提出这一问题。按照第 2 款的规定，这些问题应由审判分庭处理，但仍应有可能将提出一般原则问题的任何案件转交上诉分庭。

第 37 条 被告出庭受审

1. 通常被告应出庭受审。

2. 审判分庭可命令在被告缺席情况下进行审判，如果：

(a) 被告被拘留或被释放待审，并由于安全或被告健康不良的理由被告不宜出席；

(b) 被告一直在扰乱审判；或者

(c) 被告已逃离根据本规约所设立的合法拘留所或在保释中逃跑。

3. 审判分庭如根据第 2 款作出决定，应保证被告按本规约所享有的权利得到尊重，尤其要保证：

(a) 采取一切合理步骤将控告通知被告；并且

(b) 被告有法律代表，必要时由本法院指定一名律师作代表。

4. 在因被告故意缺席而不能进行审判的情况下，法院可依照《规则》设立一起诉分庭，以便：

(a) 记录证据；

(b) 考虑证据是否确定法院管辖权范围内罪行的表面上证据确凿的案件；并

(c) 对于针对其已确定表面上证据确凿的案件的被告，发出并公布逮捕状。

5. 如果被告随后根据本规约受到审判：

(a) 起诉分庭的证据记录应该可以接受；

(b) 为起诉分庭成员的任何法官不得为审判分庭成员。

评注

(1) 关于规约是否允许缺席审判的问题在本委员会、第六委员会和各政府的书面评论中得到了广泛的讨论。一种相当广泛的意见是，缺席审判应该完全排除，其理由是，除其它外，法院只应在任何判决和定罪可以执行的情况下采取行动，而缺席判决和定罪却没有强制执行的希望，这会使法院名誉扫地。另一种观点认为，这种审判只能在非常有限的情况下进行。另一方面，委员会有些委员和有些政府坚决支持缺席审判。

(2) 1993 年规约草案⁹⁸第 44 条第 1 款 (h) 项仅仅规定，被告“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”。考虑到《公民及政治权利国际公约》第十四条第三款 (卯) 项所载的关于审判时出庭的权利，许多国家的政府认为这种办法达成了一种令人满意的平衡，而其它国家则表示反对。

(3) 然而 1993 年规约草案第 44 条第 1 款 (h) 项案文的问题在于没有对被告的缺席引起的后果作出规定。与此相反，涉及到《公民及政治权利国际公约》第十四条第三款 (卯) 项及其相应条款的国际人权机构认为，缺席审判应符合人权标准，对此必须慎重地制定规章，规定必须通知被告，待被告以后出庭时方作出判决和定罪，等等⁹⁹。“国际法庭”规约第 20 条第 2 款显然设想被告将出庭受审。“国际法庭”的《程序和证据规则》¹⁰⁰尽管没

有对缺席审判本身作出任何规定，但规定在被告无法出庭的案件中采取一种公开确认起诉书的形式，这种程序可满足缺席审判的部分目的（见规则 61）。例如该程序允许公开发出“国际逮捕状”，因此在某种意义上可以使被告成为国际司法的逃犯。

(4) 委员会认为，首先应该（正如欧洲委员会在其 1975 年决议中那样）研究关于被告出庭受审是“极为重要”的建议，不仅仅是由于《公民及政治权利国际公约》第十四条第三款 (卯) 项的规定，而且是为了确定事实，如果被告被定罪，就可以做出适宜的可以执行的判决。对于这一原则的例外情况只有在特殊情况下才允许。

(5) 该原则本身作为一项“一般规则”在第 1 款中得到了阐述。第 2 款中允许三种例外情况：被拘禁或暂释待审的被告健康不良或遇到人身危险；持续扰乱审判（例如初步警告被告这种扰乱可能会产生的后果以后）；被告已逃离根据本规约所设立的拘留所或在保释中逃跑。在任何这种情况下，将由分庭决定是否在被告缺席的情况下继续进行审判。

(6) 无论如何，如果分庭决定进行审判，它必须确保规约规定的缺席的被告的权利得到尊重。特别重要的是由法院指定的律师担任法律代表的权利。第 3 款中阐明了应采取的最起码的步骤。

(7) 此外，以上提到的“国际法庭”的《程序和证据规则》中采用的解决办法对委员会具有吸引力。因此第 4 款允许法院的规则制定一项类似的起诉分庭程序，由该分庭审理和记录现有的证据，公开确定这种证据是否构成对被告的表面上证据确凿的案件，并采取任何现有步骤将被告送交法庭受审。由于分庭的成员将实际上听取证词并将公开宣布这些证词是否可信（尽管只是确定是否是表面上证据确凿的案件），因此鉴于第 8 条的评注第 (4) 段中所讨论的考虑因素，似乎应该不给予起诉分庭成员参加此后对被告的审判的资格（见第 8 条的评注第 (5) 段）。

第 38 条

审判分庭的职能和权力

1. 在审判开始时，审判分庭应：

(a) 着人宣读起诉书；

(b) 确保在审判前充分遵照第 27 条第 5 款

(b) 项和第 30 条使被告能充分准备辩护；

⁹⁸ 同上。

⁹⁹ 例如，见“*Daniel Monguya Mbenge v. Zaire*”案（1983 年 3 月 25 日的第 16/1977 号来文，人权事务委员会根据《公民及政治权利国际公约任择议定书》第五条第四项的意见，《人权事务委员会根据附加议定书作出的有关决定》（1990 年），第二卷，第 76 页）；以及欧洲人权法院有关以下案件的判决和决定：*Colozza and Rubinat, Series A: Judgments and Decisions*, vol. 89, *Decision of 26 December 1984* (Registry of the Court, Council of Europe, Strasbourg, 1985); *F.C.B. v. Italy*, *ibid.*, vol. 208-B, *Judgment of 28 August 1991*; *T. v. Italy*, *ibid.*, vol. 245-C, *Judgment of 12 October 1992*; *Poitrimol v. France*, *ibid.*, vol. 277, *Judgment of 23 November 1993*。另见欧洲委员会 1975 年 5 月 21 日第 (75) 11 号决议中相当严密的关于缺席审判被告程序标准的准则。

¹⁰⁰ 见上文脚注 57。

(c) 确证本规约规定的被告的其它权利得到了尊重；并

(d) 允许被告表示认罪或不认罪。

2. 审判分庭应保证审判的公开和迅速，根据本规约及《规则》进行，并充分尊重被告的权利，适当考虑对受害者和证人的保护。

3. 审判分庭可在不违反《规则》的前提下审理对同一案情产生的一名以上被告的控告。

4. 审判应公开进行，除非分庭根据第 43 条或为了保护将提供的证据的机密或敏感的信息而决定某些诉讼程序应以非公开方式进行。

5. 审判分庭根据规约和《规则》，在一方要求下或出自自己的动议，至少应有下列权力：

(a) 发布命令对未在法院看管下的被告进行逮捕和转移；

(b) 要求证人出庭作证；

(c) 要求提供证件和其它证明材料；

(d) 就证据的可接受性或相关性作出裁决；

(e) 保护机密资料；

(f) 在审理过程中维持秩序。

6. 审判分庭应确保书记官长保有并保存完整的审判记录，记录应准确反映诉讼情况。

评注

(1) 第 38 条述及审判分庭在举行审判时的一般权力。审判分庭拥有有关诉讼的全部权力。根据设想，审判分庭一旦建立就接管所有审前事务，目的是确保案件处理的连续性（见第 5 款）。

(2) 审判分庭的最主要义务是确保所有审判的公正和迅速，并且根据规约进行，充分尊重被告的权利，并适当考虑到保护受害者和证人。在开始审判之前，审判分庭必须确保被告的权利得到尊重，特别是确保关于公诉方在审前公布证据的规定及时得到遵守，以便使被告有充分的时间作准备（见第 1 款 (b) 项和第 27 条第 5 款 (b) 项以及第 30 条）。

(3) 关于法院程序的详细情况应在规则中加以规定，无疑会随着经验而发展。法院本身应该有权传唤证人和询问，尽管它也可以将这一任务留给检

官和被告律师，而不得损害被告提出辩护的权利。

(4) 第 1 款 (d) 项规定，应允许被告表示认罪或不认罪。在有些法律体系中，对这种认罪没有作出任何规定；而在其它法律体系中，实际上要求被告认罪。在有些法律体系中，认罪大大缩短了审判的时间，因而无需要求就有罪的问题提供任何证据；在其它法律体系中，它对诉讼程序过程影响甚少。按照“国际法庭”规约中的先例，第 1 款 (d) 项允许希望这样做的被告表示认罪或不认罪，但并不硬性要求。在没有认罪的情况下，被告将被推定无罪，审判将继续进行。法院应事先确定被告是否希望认罪，如果不认罪，审判时将不会提出这一问题。

(5) 但被告决定认罪和已经认罪这一事实并不意味着审判草率结束或自动定罪。这应由审判分庭根据规则决定如何处理。至少它必须听取检察官关于起诉被告的原因，并使自己确信这种认罪是自由作出的而且是可靠的。在许多案件中，谨慎的做法是审理整个起诉案件；而在其它案件中，只需要传唤关键证人提供证词，或者提交法院的材料加上供词本身将成为证明有罪的确凿证据。如果被告不希望选择法律代表，通常应该谨慎地不理这种认罪，而应该尽可能象他们得到强有力辩护那样进行诉讼。

(6) 第 3 款对于在一次诉讼中对一个以上的被告提出联合指控作出了规定，但应该允许被告根据规则规定的程序以充分的理由反对联合指控（见“国际法庭”的《程序和证据规则》，规则 48、73 (A) (iv) 和 82）。

(7) 通常审判应该公开举行，但审判分庭可决定秘密举行全部或部分审判，以便保护被告、受害人或证人免遭可能的恐吓，或为了保护作为证据提交的机密或敏感的材料（见第 43 条）。

(8) 第 7 款要求保存完整的审判记录。委员会对此的理解是要保存一份审判的完整记录，这可以采取录音和录像的形式。如果根据第 48 条或第 50 条提出上诉或要求修正，审判的记录将具有特别的重要性。

第 39 条

合法性原则（法无明文不为罪）

被告不得被认为有罪除非：

(a) 对第 20 条 (a) 至 (d) 项所述罪行的诉讼, 有关行为或不行为发生时属国际法下的罪行;

(b) 对第 20 条 (e) 项所述罪行的诉讼, 有关行为或不行为发生时有关的条约适用于该被告的行为。

评注

(1) “法无明文不为罪”原则是《公民及政治权利国际公约》第十五条中确认的刑法根本原则。第 39 条在规约的特定范围内直接执行这项原则。

(2) 按照有关罪行是一般国际法规定 (见第 20 条 (a) 至 (d) 项) 的一项罪行还是涉及到附件中所载条约 (见第 20 条 (e) 项) 规定或符合该条约规定的一项罪行, 这项原则的运用各有不同。至于前者, (a) 项仅仅确保有关罪行不适用于发生时国际法未规定为罪行的行为。在这种情况下, 这是具体运用禁止追溯运用刑法的原则。

(3) 与此相反, 在条约罪行案件中, 此项原则可以发挥另外的关键作用, 因为有关条约应该适用于受到指控的被告的行为。在任何情况下是否满足 (b) 项所载的要求, 这是法院决定的事项。从原则上说, 如果条约根据其条款, 或更重要的是该条约不是作为法律适用于被告的行为, 不遵守条约的文字的行为不足以构成一项罪行。例如, 如果甲国当其国民在其领土上实施某种行为时不是某项条约的缔约国, 而且该条约也没有列入其国内法, 该国民的行为就不得视为受该条约的制约。另一方面, “法无明文不为罪”原则并不要求在运用条约规定时只采用属地制度。如果条约按照其规定并由于被告同为第 21 条之目的管辖权需要它接受的一个或多个国家之间的联系而正当地适用于被告的行为, 被告不得仅仅由于某个第三国当时不是该条约的缔约国或由于该条约不是该第三国的法律的组成部分而否认条约的适用性。例如, 某人在条约有效力的某国的领土上犯下一项罪行, 被告的国籍国不是该条约的缔约国这一事实与案情无关。

(4) 关于 (a) 项, 有时某个个人可能会由于国际法规定的一项罪行在国际法庭上被定罪, 而不会在国内法庭上受到审判, 但这些案件非常罕见。在

(b) 项规定的条约罪行案件中, 立场有所不同, 因为仅仅由于条约中有关于某项罪行的定义可能并不足以使条约适用于个人的行为。无疑这种案件

(也可能是罕见的, 而且可能是假定的) 可能会引起某国不遵守其条约义务的问题, 但这一问题不应妨碍被告个人的权利。

第 40 条 无罪推定

一被告在依法证实有罪之前应被推定无罪。确证被告之有罪已无合理疑问是检察官的责任。

评注

第 40 条承认, 在刑事诉讼中, 被告有权被推定无罪, 而举证责任在于公诉方。无罪推定在《公民及政治权利国际公约》第十四条第二款中得到了承认, 该款规定: “受刑事控告之人, 未经依法确定有罪以前, 应假定其无罪。”由于规约是制约法院审判的基本法律, 因此给予“依法”这一词以内容的是规约。委员会认为, 检察官应有责任证明对罪行的每一项因素都提不出合理的疑问, 而第 40 条作了如此的规定。

第 41 条 被告的权利

1. 在按照本规约判定任何指控的过程中, 被告有权在不违背第 43 条的条件下获得公正而公开的审理, 并有权获得下列最低限度的保障:

(a) 迅速以其懂得的语言详尽地告知对其提出的指控的性质和原因;

(b) 有充分的时间和便利准备辩护, 并同被告自己选择的律师联系;

(c) 受审时间不被无故拖延;

(d) 在不违背第 37 条第 2 款规定的情况下, 出庭受审, 自行辩护或通过被告选择的法律协助进行辩护, 如果被告没有法律协助, 需告知其有此权利, 而且如被告缺乏足够钱财支付法律协助费用, 可免费得到法院分派给其的法律协助;

(e) 讯问或请他人代为讯问公诉方证人, 并让辩护方证人在与公诉方证人同样的条件下出庭接受讯问;

(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；

2. 审判结束前检察处收到的任何证明无罪的证据均应提供给被告方。如对本款是否适用或证据是否可接受有怀疑，审判分庭应作出决定。

评注

(1) 第 41 条第 1 款规定了被告受审时有权得到最低限度的保障。它尽可能紧密反映《公民及政治权利国际公约》第十四条规定的被告的基本权利，该条款文如下：

“第十四条

“一、人人在法院或法庭之前，悉属平等。任何人受刑事控告或因其权利义务涉讼须予判定时，应有权受独立无私之法定管辖法庭公正公开审问。法院得因民主社会之风化、公共秩序或国家安全关系，或于保护当事人私生活有此必要时，或因情形特殊公开审判势必影响司法而在其认为绝对必要之限度内，禁止新闻界及公众旁听审判程序之全部或一部；但除保护少年有此必要，或事关婚姻争执或子女监护问题外，刑事民事之判决应一律公开宣示。

“二、受刑事控告之人，未经依法确定有罪以前，应假定其无罪。

“三、审判被控刑事罪时，被告一律有权平等享受下列最低限度之保障：

“（子）迅即以其通晓之语言，详细告知被控罪名及案由；

“（丑）给予充分之时间及便利，准备答辩并与其选任之辩护人联络；

“（寅）立即受审，不得无故稽延；

“（卯）到庭受审，及亲自答辩或由其选任辩护人答辩；未经选任辩护人者，应告以有此权利；法院认为审判有此必要时，应为其指定公设辩护人，如被告无资力酬偿，得免付之；

“（辰）得亲自或间接诘问他造证人，并得声请法院传唤其证人在与他造证人同等条件下出庭作证；

“（巳）如不通晓或不能使用法院所用之语言，应免费为备通译协助之；

“（午）不得强迫被告自供或认罪。

“四、少年之审判，应顾念被告年龄及宜使其重适社会生活，而酌定程序。

“五、经判定犯罪者，有权声请上级法院依法复判其有罪判决及所科刑罚。

“六、经终局判决判定犯罪，如后因提出新证据或因发见新证据，确实证明原判错误而经撤销原判或免刑者，除经证明有关证据之未能及时披露，应由其本人全部或局部负责者外，因此判决而服刑之人应依法受损害赔偿。

“七、任何人依一国法律及刑事程序经终局判决判定有罪或无罪开释者，不得就同一罪名再予审判或科刑。”

(2) 关于第 1 款 (d) 项，有关举行缺席审判的可能性的问题在委员会第四十五届会议的辩论中引起了对立的观点。这一立场现在载于第 37 条，但被告在审判时出庭的权利予以保留，作为公正审判的一项保障，因为这是《公民及政治权利国际公约》第十四条第三款 (卯) 项规定的 (又见第 37 条第 2 款及评注)。

(3) 第 2 款规定检察官负有一般义务公布审判结束前任何时候收到的任何证明无罪的证据，不论检察处是否决定援引该证据本身。如有疑问 (例如关于资料可否被接受为证据)，检察官应征求审判分庭的指示。另一方面，如果检察官不准备在审判时使用证明有罪的证据，就没有任何义务公布这种证据。

第 42 条 一事不再理

1. 任何人，凡因其构成第 20 条所指罪行的行为已经受到本法院审判的，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 20 条所指罪行的行为已在另一法院受过审判，则仅在以下条件下才按照本规约受审判：

(a) 有关行为被该法院定性为普通罪行而非本法院管辖范围内的罪行；或者

(b) 该另一法院的审理不公正或不独立或目

的在于帮助被告逃避其国际刑事责任，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刑时，本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) “一事不再理”这个格言是指任何人不得因一项罪行而受两次审判。这是刑事法的一项重要原则，在《公民及政治权利国际公约》第十四条第七款中得到了确认。

(2) 《公民及政治权利国际公约》第十四条第七款被解释为限于一种管辖权内的审判。委员会认为，规约应该提供更大程度的保护，防止双重审判，第 42 条体现了这种观点，这一条在很大程度上参照了“国际法庭”的规约¹⁰¹第 10 条，只作了少量的修改，以便考虑到另一个国际法院或法庭上的以往审判的可能性。

(3) “一事不再理”原则对于以下两种情况都适用：一种是被告先由国际刑事法院作了审判，之后又提请另一法院审判；另一种情况正相反，某人先由另一法院作了审判，之后又被控犯本规约之下的一项罪行。在这两种情况中，这项原则的适用限于第一个法庭实际上行使了管辖权并就构成犯罪的特定行为的是非曲直作了判定，以及数次连续的审判针对的罪行有足够程度的共性。关于共性的规定，第 42 条用了“第 20 条所指罪行”一语。“一事不再理”的规定不适用于不同类别的罪行，尽管可能源于同一事实情形。例如，一名被告可能被控种族灭绝罪，但以下述理由被宣告无罪：指控针对的具体杀人行为是一项孤立的刑事罪行，其意图不是像《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条规定的那样在于消灭某一民族、人种、种族或宗教团体。这种情况下的宣告无罪不会排除以后在一国家法庭对被告进行谋杀罪审判。

(4) 如时间顺序最先的审判是在本规约之下进行的，而且法院已就所控罪名裁定被告有罪或无罪，此种裁定就应是最后裁定，被告不应再在另一法院以同一罪名受审。

(5) 第 42 条第 2 款涉及另一法院已对某一罪行作过审判、之后又在国际刑事法院进行相关审判的情

况。此处并不一律禁止再审判，而是设想了两种例外：(a) 第一次审判针对的是“普通罪行”；

(b) 第一次审判有虚假，即，目的在于掩盖被告的国际刑事责任。

(6) 对于第一种例外，第 2 款(a)项中“被定性为普通罪行”这一短语需要予以解释。许多法律体系并不区分“普通”罪行与其它罪行，在许多情况下，“普通”罪行却包括应受最严重惩罚的非常严重的罪行。委员会的理解是，“普通罪行”一词是指作为一般罪行处理某种行为的情况，有别于具有规约第 20 条所规定罪行的特殊性质的国际罪行。例如同一项行为根据国内法可被定性为严重伤害罪，而根据 1949 年《日内瓦第四公约》第一四七条可被定性为酷刑或不人道待遇。第 42 条规定的禁止不应该适用于以下情况：较早的法院所处理的罪行在定义和运用上缺乏国际关注的一些内容，正如一般国际法或可适用的条约的内容所反映的那样，这就是国际刑事法院根据第 20 条拥有管辖权的基础。

(7) 关于第二种例外，第 2 款(b)项反映的观点是，如果以前对于同样行为的刑事诉讼实际上是“虚假的”诉讼，甚至是为了保护被告使之免受法院的审判，法院就应该能够审判该被告。委员会采用了“案件的起诉工作不够认真”这一写法，但有一项谅解，即这种写法的用意不是指早先起诉工作中的一些小差错，而是指不认真的程度达到庇护被告，使他不用对本人的行为真正承担责任。第 2 款(b)项的目的是仅仅述及特殊的案件。

(8) 如果法院在第 2 款设想的情况下对某人定罪，它必须在确定适当刑罚时，考虑到另一法院就同一行为对此人所判的刑罚之服刑程度（见第 3 款）。

(9) 有一位委员认为，根本不应该处理国内法庭的以后审判，其理由是法院的管辖权具有特殊的性质，而我们可以依靠有关国家法律的一般原则来避免某人由于某种行为而受到一次以上的审判所产生的不公正的现象。

第 43 条

保护被告、受害人和证人

本法院应采取能够利用的必要措施，保护被告、受害人和证人，为此目的还可进行非公开审理，或允许以电子或其它特殊方式提交证据。

¹⁰¹ 见上文脚注 56。

评注

(1) 法院应该自始至终采取必要的步骤，保护被告以及受害人和证人。这一条规定的并非详尽无遗的此类措施的清单包括命令进行秘密审判，或允许以摄像机等电子手段提交证据。

(2) 法院应该适当注意到保护受害人和证人，但这不能损害对被告受到公正审判的权利的充分尊重。因此法院可以命令不向新闻媒介或公众公布受害人或证人的身份，但被告质疑控方证人的权利必须得到尊重（见第 41 条第 1 款（e）项）。另一方面，通过摄像提供证词等程序可能是允许特别容易受到打击的受害人或证人（例如目击某些暴行的儿童）讲出真相的唯一方法。

(3) 诉讼记录的安全保卫很重要，应在规则中加以规定。

第 44 条 证据

1. 证人在作证之前一律应按照《规则》对所要提供的证据真实性作出保证。

2. 缔约国应将其伪证法扩大适用于它们的国民根据本规约所提出的证据，应与法院合作调查并酌情对任何可疑的伪证案件提起公诉。

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相关或是否可以接受。

4. 法院不应要求提供有关公认事实的证据，但可以将这种事实认定为司法知识。

5. 以严重违反本规约或其它国际法规则之手段获得的证据不应予以接受。

评注

(1) 有些委员认为，证据规则问题不应该列入规约正文（见第 19 条第 1 款（b）项），但另一些委员认为，应该列入基本条款。第 44 条是一种“中庸之道”，仅仅述及某些最重要的方面，因为多数问题可以在规则中得到适当处理（见“国际法庭”《程序和证据规则》中的规则 89 至 106）。

(2) 为了确保所作证词的可靠性，证人应该按照规则规定的形式承诺说实话。有些国家的法律制度

并不要求被告在作证之前宣誓，规则应考虑到此类情况。规约没有规定在法院面前作伪证是一种罪行。总而言之，委员会认为，对伪证的起诉应该提交恰当的国家法庭，而第 2 款就是这样规定的。

(3) 法院可要求公诉方或辩护方说明审判中提出的证据的性质和目的，以便它对证据是否相关或是否可以接受作出裁决（见第 3 款，类似于《纽伦堡宪章》¹⁰²第 20 条）。这应该有助于法院确保迅速的审判限于确定对被告的指控的范围和与此有适当关系的问题。有些委员还强调，这项规定应防止以证据的收集或出示作为审判期间的一种拖延策略，并避免由于翻译不可接受或不重要的证据可能引起的大量费用。另一些委员坚定地认为，这个条款不应该解释为允许法院排除单方面或非公开程序中的证据。

(4) 根据第 4 款，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（见《纽伦堡宪章》¹⁰³第 21 条）。

(5) 法院应该拒绝以构成严重违反规约或国际法（包括但不限于国际上保护的人权）的非法手段取得的任何证据。有一位委员建议，只有以违反强制性人权法准则的手段取得的证据才是不可接受的。但另一些委员认为，法院应该拒绝以严重违反国际法的手段取得的任何证据，第 5 款就是如此规定的。

第 45 条 法定人数与判决

1. 在审判的每一阶段，必须至少有审判分庭的四名法官出庭。

2. 应由法官的多数作出审判分庭的裁定。必须至少有三名法官同意才能作出定罪、宣告无罪和判刑的裁定。

3. 如经足够时间审议，已减少到四名法官的审判分庭仍不能就一项裁定达成一致意见，则可下令重新审判。

4. 法院的审议情况应属机密并应保持机密。

5. 法院的判决应为书面形式，其中应全面而有条理地说明其调查结果和结论。法院的判决

¹⁰² 见上文脚注 83。

¹⁰³ 同上。

应是所作的唯一判决并应当庭宣读。

第 46 条 定刑

评注

(1) 第 45 条规定了关于审判时必要的法定人数和作出决定所需要的一致意见的程度的一般性规则。

(2) 第 1 款规定任何时候都需要四名法官出庭。这不包括第 9 条第 6 款规定的尚未补缺的候补法官。关于定罪或宣告无罪的决定以及强制实行的判决需要三票同意，而审判分庭应该尽一切努力达成一致的決定。

(3) 第 3 款对未能达成一致意见的情况作了规定。审判分庭在此种情况下命令重审的权力受到了严格的限制。有些国家制度中并没有这种权力；审判法院应作出裁决，如果无法作出裁决，则应宣布被告无罪。根据规约，只有在审判分庭减少到仅仅四人（例如因一名成员死亡或残疾）而且限于僵局的情况下才有可能进行重审。应该尽一切努力（例如通过采用第 9 条第 6 款规定的候补法官）来避免发生这种现象，有些委员认为，在这种情况下，始终应该推定被告无罪。

(4) 法院的审议应该非公开进行并继续保守秘密（见第 4 款）。

(5) 法院应该公布唯一的裁决，反映多数法官的意见，但不公布不同或单独的意见（见第 5 款）。委员们对是否应允许发表单独或不同的意见表示了各种观点。有些委员认为，这些意见可能会损害法院及其判决的威信。另一些委员认为，如果法官愿意，作为一个良知问题，法官应该有权发表单独和特别不同的意见，他们指出，这是“国际法庭”规约¹⁰⁴第 23 条第 2 款中明确允许的。还有人指出，这些意见在提出上诉的情况下具有重要性。总的来说，委员会赞成前一种意见。

(6) 如第 42 条评注指出，就规约下的指控宣布无罪并不排除被告在同样案情之中犯有国内法下的某些罪行。在规约之下作出无罪判决之后不再有理由拘押被告，但法院在不违反第 55 条所载特定规则的情形下，应能在这种情况下做出安排将某一人员转交有关国家。

1. 一旦定罪，审判分庭应再开庭审讯，听取任何有关判刑的证据，允许公诉人和被告陈述意见并考虑判处适当刑罚。

2. 判刑时，审判分庭应考虑到诸如罪行的严重性及已被定罪者的个人情况等因素。

评注

(1) 人们通常认为判刑是代表有别于审判的一种单独程序。审判的目的是确定对被告提出的指控的真实性；而判刑审理的目的是为了按照个人以及罪行确定适当的惩罚。当然公正审判中固有的基本程序保障，特别是取得律师辩护的权利，也扩大到判刑的过程。委员会认为，由于这些考虑，法院应另行开庭进行判刑审理：这就是第 1 款中所规定的，而详细的程序留待规则作出规定。

(2) 判刑审理结束时，法院应非公开地审议这一问题，并决定适当的判刑，应考虑到根据相称性的一般性原则按照罪行量刑等因素。

第 47 条 可适用的刑罚

1. 法院可对根据本规约被判定有罪者处以下述一项或多项刑罚：

- (a) 无期徒刑或有规定年数的有期徒刑；
- (b) 罚款。

2. 法院在确定刑期或罚款数额时可照顾到下列各类国家刑法所规定的刑罚：

- (a) 已定罪者为其国民的国家；
- (b) 犯罪地点所在国家；
- (c) 对被告实行拘押和管辖的国家。

3. 罚金可根据法院决定转给下列一方或几方：

- (a) 书记官长，以便支付审判费用；
- (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。

¹⁰⁴ 见上文脚注 56。

评注

(1) 第 47 条具体规定了法院在特定案件中确定适当惩罚时可判处的刑罚。这些刑罚是包括终身监禁在内的徒刑和规定数额的罚款。法院无权判处死刑。

(2) 在确定刑期或罚款数额时，法院可考虑与罪犯或所犯罪行特别有关的国家的国内法中的规定，即被定罪者为其国民的国家，犯罪地点在其领土上的国家和对被告实行拘禁和管辖的国家。

(3) 1993 年规约草案¹⁰⁵规定法院可命令将犯罪时取得的财产归还物主或予以没收。然而，委员会有些委员怀疑在原物主没有提出要求的情况下法院是否有能力确定失窃财产的所有权，而这可能需要在单独的诉讼中加以审议。其他人则认为，授权法院命令将失窃的财产归还，这是不合适的，因为他们认为应该在民事案件中而不是在刑事案件中采取这种补救措施。有一位委员表示，允许法院审议此类事项可能不符合其主要的职责，即对规约中提到的罪行的肇事者毫不拖延地提出起诉和予以惩罚。总而言之，委员会认为，这些问题最好留给国家司法权和国际司法合作协定解决，而这一方面的联络网正在扩大。因此有关的条款被删去。

(4) 委员会另一些委员对该决定表示遗憾，同时认为因此也应删除诸如第 47 条第 3 款 (b) 和 (c) 项等规定，因为在某种意义上讲，这两项的目的是向受害人提供赔偿。另外，第 3 款 (b) 和 (c) 项虽然反映了对罪行受害人的关注，但其目的根本不是取代赔偿或防止受害者可能采取的通过其它法院或在国际上获得赔偿的任何行动。

(5) 有些委员认为，应该作为特殊情况规定拘留以外的制裁。尤其，他们认为，应该授权法院命令罪犯提供协助受害人或整个社会的社区服务。另一些委员着重指出，由于法院将只审理最为严重的罪行，“社区服务”的概念是完全不适当的。

第六部分

上诉和复审

第 48 条

对判决或定刑的上诉

1. 检察官和被定罪者可根据《规则》，以程序上的错误、事实或法律上的差错或罪行与判刑不相称为理由，对依照第 45 条或第 47 条作出的裁定提出上诉。

2. 除非审判分庭另有命令，否则被定罪者在上诉期间应继续拘押。

评注

(1) 《公民及政治权利国际公约》第十四条第五款规定，“经判定犯罪者，有权请求上级法院依法复判其有罪判决及所科刑罚。”“国际法庭”的规约¹⁰⁶第 25 条也规定了这项权利。本规约第 48 条也作了同样的规定。上诉的权利则可由规则加以规定，诸如上诉时效等事项。

(2) 可以对裁决或判决提出上诉。委员会认为，检察官和被定罪者都应有上诉权。上诉的依据可以是下列的一项或多项理由：程序上的错误、事实或法律上的差错、或罪行和判决不相称。上诉分庭所适用的标准以及改变决定或下令重新审判的权力载于第 49 条。

第 49 条 上诉程序

1. 上诉分庭拥有审判分庭的一切权力。

2. 上诉分庭如果断定上诉所指的诉讼不公正或是裁定因事实或法律有差错而失效：

(a) 如上诉是由被定罪者提出，则可扭转或修正裁定，必要时可下令重新审判；

(b) 如由检察官对宣告无罪提出上诉，则可下令重新审判。

¹⁰⁵ 见上文脚注 48。

¹⁰⁶ 见上文脚注 56。

3. 上诉分庭如在审理对判刑提出的上诉时断定判刑与罪行明显不相称，可依照第 47 条改变该判刑。

4. 上诉分庭的裁定应由多数法官表决作出，并应当庭作出。六名法官构成法定人数。

5. 在不违反第 50 条的情形下，上诉分庭的裁定是最终裁定。

评注

(1) 上诉的程序由第 49 条规定。上诉由上诉分庭受理（见第 9 条第 1 至 3 款），上诉分庭由分庭长或（在分庭长不在或不能主事的情形下由）副分庭长主持。虽然按第 48 条检察官和被告都有上诉权，并且程序差错、事实或法律差错以及罪行与判刑之间不相称同样都是上诉理由，但检察官的上诉与被告的上诉之间有一重要差别：法院对检察官关于在某项罪名上免于被宣告无罪的上诉所能给予的唯一补救办法是下令重审。上诉分庭不能扭转或修改已由审判分庭在某项罪名上宣告被告的无罪判定，这一点有别于取消判定再重新审判的情况。上诉分庭的其它方面的权力与审判分庭相同。

(2) 就此而言，上诉分庭兼有民法体系“上诉”的某些职能和“推翻”的某些职能。考虑到审判裁决只会有一项上诉，因此认为这样较合适。

(3) 并非审判中的差错一律都会导致扭转或取消裁定：差错必须是作出裁定的重大因素。第 2 款对此作了表述，即规定：诉讼的程序总体上不公平或裁定因错误而失效。关于判刑，第 3 款规定法院须断定判刑与罪行明显不相称才可改变该判刑。法院——同国家的上诉法院一样——必然要在这些事项上行使斟酌权，如有任何疑问，在解决时要有利于被定罪者。

(4) 裁定应由多数（即四名法官）作出，并且应公布。

(5) 与第 45 条一样，第 49 条也未考虑到异议或单独意见。有些委员认为根据就第 45 条第 5 款提出的理由考虑不应允许这类意见，但另一些委员则认为这类意见对于上诉裁决极为重要，因为上诉裁决处理的是实体法和程序法的重要问题。但是，委员会认为不应该区别这两种情况，关于上诉的单独意见和异议均应予以禁止。

(6) 并无把上诉等同于重新审判之意。法院有权

在必要时允许出示新证据，但一般情况下则依靠审判时的诉讼记录。

第 50 条 修改

1. 被定罪者或检察官可依据《规则》以发现了一个在宣布或证实定罪时不为申请人所知、本可成为定罪的决定因素的新证据为由，向院长会议提出修改定罪的申请。

2. 院长会议应酌情分别要求检察官或被定罪者对是否应接受申请提出书面意见。

3. 院长会议如认为新证据可导致修改裁定，则可：

(a) 重新召集审判分庭；

(b) 成立新的审判分庭；或

(c) 将该案移交上诉分庭；

以便有关分庭在听取各方意见后确定新证据是否应导致修改裁决。

评注

(1) 被定罪者可依据规则，以发现了审判或上诉时被告不了解、本可成为定罪的决定因素的新证据为由，提出修改判决的申请。这反映了《公民及政治权利国际公约》第十四条第六款的规定和《国际法院规约》第六十一条第一款的规定，这是一种必要的保障，目的是避免与最初审判或上诉时被告尚不了解因而未提请法院注意的材料有关的事实错误的可能性。委员会认为此处仅应针对定罪而言。规约中订有防止在缺乏根据的情形下起诉的保障（例如，见第 26 条第 1 和 4 款和第 27 条第 2 款），但如诉讼是正当开始和进行的，则允许以发现新证据为由修改无罪裁定就会违反“一事不再理”原则（见第 42 条第 1 和 2 款）。另一方面，被定罪者和检察官都应有申请修改定罪的权利，因为在根据规约进行的诉讼中，检察官和被告一样希望保证公正和可靠的结果。

(2) 申请修改的权利必须依据本可成为定罪的决定因素的新证据。例如，这种权利不适用于指称审判时提出的事实评估有误或法律或程序上的错误，这些都是在上诉中处理的事项。鉴于这些限制和避

免轻率应用的必要性，院长会议根据第 3 款有权决定是否接受修改申请。如果院长会议在考虑了被定罪者和检察官的呈文之后决定接受申请，即可重新召集审判分庭、成立一个新的审判分庭或（例如在新事实的真相本身不是问题的情况下）将有关事项移交上诉分庭。修改申请的听审程序应由规则加以规定。

第七部分

国际合作和司法协助

第 51 条 合作和司法协助

1. 缔约国应与法院合作进行本规约规定的刑事调查和诉讼。

2. 书记官长可就一项罪行请求任何国家给予合作和司法协助，其中包括但不限于：

- (a) 确定和查找有关人员；
- (b) 录取证词和出示证据；
- (c) 送达文件；
- (d) 逮捕或拘留有关人员；

(e) 可能有助于司法裁判的任何其它请求，包括所需要的临时措施。

3. 一俟接到根据第 2 款提出的请求：

(a) 凡涉及适用第 21 条第 1 款 (a) 项的案件，所有缔约国；

(b) 对于任何其它案件，已接受本法院对所涉罪行行使管辖的缔约国；

对该项请求应作出反应，不得无故拖延。

评注

(1) 法院能否有效运作取决于国际合作和各国的司法协助。因此，规约缔约国应与检察官合作进行刑事调查，并应就法院提出的关于查寻有关人员、取证和出示证据等等的任何请求作出答复，不应有

任何不当拖延。第 51 条规定的这项一般义务是参照“国际法庭”规约¹⁰⁷第 29 条改编的，与此有关的一项理解是，执行问题由法院与被请求国共同解决。第 51 条不影响诸如关于移交被告的第 53 条等规定的较为精确和分步骤的义务。

(2) 与“国际法庭”相比，法院的一个重要不同点是管辖事项范围更宽而且其管辖没有时间和地点的限制。此外，规约的有些缔约国可能不是附件所列一项或数项条约的缔约国，或者可能未接受法院对这些条约界定的罪行的管辖。在实行第 1 款之下的关于合作的一般义务时应考虑到这些因素。

(3) 委员会有些委员认为第 51 条有些过分，不应对规约缔约国规定一项总的合作义务，而不论其是否为有关条约的缔约国或是否已接受法院对有关罪行的管辖。因此他们希望第 51 条仅表明缔约国将“尽最大努力”进行合作的提法，从而具有更大的灵活性和自由裁量权。

(4) 第 2 款是一项关于书记官长向缔约国提出合作的请求的授权规定。第 3 款规定必须对该款所指缔约国提出的此种请求迅速作出答复。它在措词中不要求缔约国应允这一请求，因为它们是否能够这样做将取决于以下情况：例如一缔约国无法逮捕已逃离其领土的个人。缔约国对根据第 2 款所提出的请求应承担的实质义务载于第 1 款。

第 52 条 临时措施

1. 如有需要，法院可要求一国采取必要的临时措施，其中包括如下几项：

- (a) 临时逮捕嫌疑犯；
- (b) 查封文件或其它证据；或
- (c) 防止伤害或恫吓证人或销毁证据。

2. 法院根据第 1 款提出请求后应尽快并且务必在 28 天内提出符合第 57 条规定的要求协助的正式请求。

评注

(1) 在根据情况判断有需要时，法院可请一个或

¹⁰⁷ 同上。

多个国家采取临时措施，包括防止被告离开其领土或销毁在该领土内之证据的措施。这种请求可包括要求根据第 28 条第 1 款发出的逮捕状暂时逮捕嫌疑人员。另可参看《引渡条约范本》¹⁰⁸第 9 条。

(2) 在详尽的请求书可能要用很长时间才能拟出的情况下，可能需迅速作出关于临时措施请求。第 2 款规定在提出此种临时请求后 28 天内应提出第七部分之下的正式援助请求。

(3) 就法院而言，第 52 条基本上是一项授权条款。缔约国的合作义务由第 51 条第 1 款规定。

第 53 条 向法院移交被告

1. 书记官长应向任何可能在其境内发现被告的国家转发根据第 28 条发出的逮捕和移交被告的拘票，并请该国在逮捕和移交被告方面予以合作。

2. 一俟收到根据第 1 款发出的请求：

(a) 所有缔约国：

(一) 凡涉及适用第 21 条第 1 款 (a) 项的案件者，或

(二) 已接受本法院对所涉罪行行使管辖者，

均应立即采取步骤将被告逮捕并移送本法院，但须遵守第 5 款和第 6 款规定：

(b) 对于适用第 20 条 (e) 项的罪行，一个已参加有关条约、但尚未接受本法院对该罪行之管辖权的缔约国，如果决定不将被告移交本法院，应立即采取一切必要步骤将被告引渡给请求国或将此案提请其主管当局予以起诉；

(c) 在任何其它情况下，缔约国应考虑是否可以按照其法律程序采取步骤，将被告逮捕并移送本法院，或是否应采取步骤将被告引渡给请求国，或将此案提请其主管当局予以起诉。

3. 将被告移送本法院，在接受本法院对所涉罪行管辖权的缔约国之间是充分遵守有关引渡嫌疑者或将案件提请被请求国主管当局予以起诉的条约规定的表现。

4. 接受本法院对所涉罪行管辖权的缔约国应尽量将根据第 1 款提出的请求列为优先于由其它国家提出的引渡请求。

5. 如果被告由于一项严重罪行而被拘留或管制并处于诉讼之中，或者按某法院对一项罪行作出的判决正在服刑，缔约国可推迟执行第 2 款规定。缔约国应在请求收到后 45 天内向书记官长提出延迟的理由。在这种情况下，被请求的缔约国：

(a) 可同意暂时移交被告，以便按本规约予以审判；或者

(b) 应视情况在起诉完毕或撤销后或服刑完毕后，遵守第 2 款的规定。

6. 缔约国可在收到根据第 1 款发出的请求后 45 天内向书记官长提出书面申请，根据具体阐述的理由要求搁置请求。在法院对申请作出裁决之前，该有关国家可推迟遵守第 2 款的规定，但应采取任何必要的临时措施，以确保被告受它拘留或控制。

评注

(1) 鉴于规约第 37 条的规定并且需要在现有的审判或引渡义务与规约之间建立明确的关系，第 53 条是一项极重要的规定。根据第 51 条评注中提出的理由考虑，有必要区分规约缔约国可能已接受的义务的不同程度，最低的程度是不属于界定某罪行的条约的缔约国，最高的程度是接受法院在一切情况下对这类罪行的管辖。第 53 条就是照此拟订的。此外，本规约不同于“国际法庭”规约¹⁰⁹，后者在第 9 条第 2 款中宣告“国际法庭”“优先于国内法院”。相反，本规约原则上按共同管辖行事。

(2) 首先，书记官长可请任何国家合作，根据依第 28 条发出的逮捕状逮捕并移送被告。对于非规约缔约国不能规定移送义务，但可根据第 56 条请求合作。“移送”一词用以涵盖任何为审判而将被告送交法院的情况，以免与两国之间的引渡或其它交送人员形式（如部队地位协定之下的情况）发生混淆。

(3) 第 2 款规定了缔约国答复移交请求的义务程度。考虑了以下四种不同的情况：

¹⁰⁸ 见上文脚注 96。

¹⁰⁹ 见上文脚注 56。

(a) 本规约所有缔约国均已接受法院依第 20 条 (a) 项和第 21 条第 1 款 (a) 项对种族灭绝罪行的“固有”管辖。在这种情况下, 应在不妨碍本规约中其它保障和保证的情形下适用第 53 条第 2 款 (a) 项规定的移送义务。

(b) 同样的义务应适用于接受法院对有关罪行管辖的缔约国; 它们须按照第 2 款 (a) 项立即采取步骤逮捕被告并将其送交法院。

(c) 对于附件所列条约界定的罪行, 如缔约国也是界定有关罪行的条约缔约国但未接受法院的管辖, 必须逮捕被告, 然后须将其移送 (法院)、引渡或对其进行诉讼。

(d) 在任何其它情况下, 一缔约国须考虑本国法律是否允许逮捕并移送被告。对于一般国际法下的其它罪行, 有些罪行 (例如侵略) 在一些国家的刑法中可能未定为犯罪; 一般认为, 在这种情况下, 如果一国不接受法院对有关罪行的管辖, 唯一可予规定的义务是第 2 款 (c) 项中规定的义务。

(4) 至于引渡与移送的关系, 第 53 条中的几项规定是重要的。在第 2 款 (b) 项之下, 一缔约国如果也是界定有关罪行之条约的缔约国但未接受法院对有关罪行的管辖, 即负有不引渡即审判的义务, 因此可以选择把被告引渡给请求国的办法。(如引渡请求已获准或正在审理并在以后获准, 则请求国无论如何也必须是已接受法院管辖才能进一步处理案件 (见第 21 条第 2 款)。) 根据第 4 款, 接受法院对有关罪行之管辖的缔约国必须尽可能优先考虑法院的移送请求, 同时考虑到在提出这种请求之前先须证实起诉一事并让有关国家有机会按第 34 或 35 条的规定就法院对特定案件的管辖或该案件可否受理提出置疑。第 4 款增加“尽量”一语反映了两种情况, 一是规约不能影响非缔约国的法律地位, 一是由于情况各不相同而难以为规约缔约国规定完全一致的义务。

(5) 接受法院对罪行管辖的规约缔约国之间把向法院移交理解为履行引渡条约中的不引渡即审判规定 (见第 3 款)。在其它情况下, 须由被请求国决定移交或引渡, 在涉及非规约缔约国的请求时尤其如此; 这样就没有理由以不利的方式对待已成为规约缔约国但未接受法院对某案之管辖的请求国。

(6) 委员会认为, 上述各条款合在一起提供了充足的保障, 保证规约不致减损现有的和正在实行的引渡安排。不过, 有些委员认为第 4 款有些过份, 与请求引渡的国家的管辖相比, 给予法院管辖的优

先地位过大。他们强调法院在任何情况下都不应干扰现有的和正在实行的引渡安排。

(7) 收到移送请求的缔约国可采取第 5 款或第 6 款之下的行动。第 5 款允许被请求国推迟执行请求, 条件是被告由于一项严重罪行正在该国法院受审或正在服判定的刑罚。这不影响为法院管辖内的某种其它罪行在本规约之下审判囚犯而临时将其移交法院的可能性; 在这种情况下可安排本规约之下判定的任何刑罚在有关国家同时或接续实施。

(8) 若非如此, 则被请求国可在第 6 款之下以充分理由申请搁置请求。法院在处理这种申请时要顾及第 35 条和序言部分。

(9) 在根据第 5 款推迟执行请求的情况下, 必须将推迟的理由告知法院; 在根据第 6 款提出申请的情况下, 则须采取必要的临时措施。书记官长也可与根据规约逮捕之人员所在国安排在审判之前由该国继续关押此人。

第 54 条 引渡或起诉的义务

对于涉及第 20 条 (e) 项所述罪行的案件, 作为本规约缔约国和有关条约缔约国但尚未按第 21 条第 1 款 (b) 项第 (一) 目的目的接受本法院对罪行的管辖权的拘留国, 应采取一切必要步骤将涉嫌者引渡给请求国予以起诉或将此案提请其主管当局予以起诉。

评注

(1) 第 54 条在规约制度中的作用已有述及 (见第 21 条的评注)。第 54 条实际上是规约缔约国不愿接受法院对显然理由充分的条约界定之罪行指控的管辖情况下的必然结果。

(2) 因此, 需要其接受法院管辖权但未接受管辖权的缔约国负有附件所引条约中大多载有的同等义务, 即“或引渡或审判”。在规约缔约国之间, 对于条约界定的罪行, 这实际上将国际刑事法院并入现有的国际刑事管辖与合作系统。应避免某缔约国实际上庇护该国已接受初步看来被合理地控告有罪的被告人。另一方面, 它给缔约国在遇有请求移交被告时它们现在根据所列的条约同等范围的选择权, 除非该国已明确接受有关该罪行的法院管辖权 (见第 53 条第 2 款 (a) 项)。

(3) 委员会仔细考虑了一个问题：是否应就第 20 条 (b) 至 (d) 项所指国际法之下的罪行一般性地对缔约国规定一项同等的义务。总的说来，委员会认为，在没有牢靠的司法基础或广为接受的引渡制度的情况下，很难就此类罪行规定这种义务。与第 20 条 (d) 项（危害人类罪行）有关的情况问题最大，但许多国家的刑法中没有具体针对这种罪行的规定。

第 55 条 特定规则

1. 根据第 53 条被移交本法院的被告不应由于据以将其移交法院的罪行以外的任何其它罪行而受到起诉或惩罚。

2. 根据本部分规定提供的证据，如提供国有此要求，则不得用于提供该证据的目的以外的任何其它目的，除非根据第 41 条第 2 款为保护被告的权利而有必要。

3. 法院可要求有关国家出于它在要求中所说明的理由和目的而暂停适用第 1 款或第 2 款中所规定的条件。

评注

(1) 第 55 条规定的是一项特定规则（有时称为移交和审判的属性规则）。其目的是保证被送交法院的人仅以原请求所指罪行而受起诉或惩罚（见第 1 款）。同样，提供给法院的证据在提供国要求的情况下也只能用作原请求所指目的之证据（见第 2 款）。不过，在这方面不得妨碍被告依第 41 条第 2 款获悉可据以申明其无罪之证据的权利。

(2) 必须区分提供证据本身和使用有关资料调查同一人的其它罪行或调查可能与有关犯罪活动有牵连的人。第 2 款的限制仅适用于前一种情况。

(3) 法院可要求有关国家放弃第 55 条之下的限制（见第 3 款）。是否这样做要由被要求国决定。

第 56 条

与本规约的非缔约国的合作

本规约的非缔约国可在礼让、单方面声明、与本法院作出特别安排或订立其它协议的基础上就本部分所提事项提供协助。

评注

第 56 条确认，对于本规约涵盖的罪行进行起诉、惩罚和加以阻遏符合组成国际社会的所有国家的利益。因此，即便有些国家不是本规约缔约国，也鼓励它们根据一般或具体的单方面声明、它们与法院就具体案件达成的特别安排或它们之间的其它类型的协定与法院合作和向法院提供援助。

第 57 条 联系和文件

1. 本部分述及的请求应以书面形式提出或在提出后立即形诸文字，并在主管国家当局和法院书记官长之间提出。为此，缔约国应将其国家有关当局名称和地址告知书记官长。

2. 必要时，还可通过国际刑事警察组织进行联系。

3. 本部分述及的请求可酌情包括以下方面：

(a) 简要说明请求和所寻求援助的目的，包括请求的法律依据和理由；

(b) 充分详细地说明请求收集证据所针对的个人的情况，以便甄别；

(c) 简述请求所依据的重要事实；

(d) 介绍请求所涉及的以及本法院行使管辖所依据的申诉或指控的内容。

4. 如果被请求的国家认为因提供的资料不足而无法按请求行事，则可要求提供更具体的资料。

评注

(1) 根据第 57 条，一般应由书记官长与有关国家的国家主管部门之间进行联系，此种联系应是书面的。也存在同国际刑事警察组织（刑警组织）联系或通过它联系的可能性。

(2) 根据第 3 款，凡根据第七部分向一国提出任何请求，必须充分说明目的和法律依据并提供适当的资料。必要时该国可要求法院提供进一步资料。本条是参考《刑事事件互助示范条约》¹¹⁰第 5 条所载的类似规定拟订的。

¹¹⁰ 大会第 45/117 号决议，附件。

第八部分

执行

第 58 条 判决的承认

缔约国保证承认法院的判决。

评注

(1) 规约缔约国必须承认法院的裁决，除非已根据第六部分作搁置处理，否则应将这些裁决视为本规约之下的权威性裁决（见第 42 条）。因此，法院的裁决当可在予以承认的法律制度中据以提出定案请求或禁止翻供或类似问题。另一方面，与执行有关的更确定的执行义务不是由第 58 条规定的，而是由第 59 条和规约第七部分规定的。

(2) 有些缔约国因其宪制可能需要为实行本部分之下的这项义务或其它义务而颁布立法或采取行政措施。这种立法的内容取决于有关国家的制度，无法预先加以规定。

(3) 有些委员对光是有义务承认法院的判决是否具有具体的意义表示怀疑。他们认为，如果要具有切实的意义的话，这种义务应该扩及于承认某一判决的适当法律后果。判决本身应该依照规约得到执行，而无需得到各国的承认。另一些委员主张删除本条。

第 59 条 判决的执行

1. 监禁的服刑应在法院从向其表示愿意接收罪犯的一系列国家中选定的一个国家里执行。

2. 如果未根据第 1 款指定任何国家，监禁应在东道国提供的监狱设施中执行。

3. 监禁应由法院根据《规则》加以监督。

评注

(1) 法院判定的徒刑应在法院指定的一国监狱内执行，如未指定，则应在法院所在地国执行。由于法院的体制结构有限，至少在初始阶段不会有附设

的监狱，因此要请缔约国把监狱提供法院使用。

(2) 监狱设施仍由有关国家主管部门管理，但监禁条件应符合国际标准，尤其是《囚犯待遇最低限度标准规则》¹¹¹。监禁情况也应由法院加以监督，细节将在规则内规定。例如，规则可确定被定罪者可据以要求纠正虐待的程序并规定国家主管当局须定期报告，一方面要顾及法院体制结构有限以及在一个监狱内实行多种标准确有困难，另一方面要顾及最低限度国际标准的必要保证。委员会基本上认为可采取的安排是把监禁和管理的权力授予有关国家，再结合定期报告和规定对申诉进行审查。

(3) 考虑到长期关押罪犯的费用很高，应该把这类费用计为法院的费用，由缔约国分担。这种安排应订成规约的财务规定，有关这一内容见第 2 条的评注第 (5) 段。

第 60 条

赦免、假释和减刑

1. 如果根据监禁国的普遍可适用法律的规定，一个处于同样情况早先已因同一行为被该国法院判定有罪的人合乎赦免、假释或减刑条件，该国应将此事通知法院。

2. 如已按照第 1 款发出通知，有关犯人可根据《规则》向法院提出申请，要求下令赦免、假释或减刑。

3. 如果院长会议断定按第 2 款提出的一项申请显然有充分理由，则应召开五名法官组成的分庭，审议和决定出于司法利益是否应该和以何根据赦免或假释该罪犯或予以减刑。

4. 审判分庭在判处刑罚时可规定，罪犯将根据监禁国关于赦免、假释和减刑的具体法律服刑。该国在此之后的行为只要符合这些法律，则无需征求本法院的同意，但如作出任何可能对监禁时限或程度有重要影响的决定，则应至少提前 45 天通知法院。

5. 除第 3 款和第 4 款的规定之外，依本法院判决服刑者在刑满之前不得予以释放。

¹¹¹ 《第一届联合国防止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），附件一，第 67 至 73 页。

评注

(1) 委员会认为规约应顾及赦免、假释和减刑的可能性。有些委员认为这类问题应根据统一标准决定，另一些委员则强调了有关国家主管当局司法效率方面的考虑。第 60 条是要平衡这些考虑，对赦免、假释和减刑规定了一种体例，使法院能掌握被告的释放事宜，但又顾及国家一级的管理能做到相对一致。

(2) 具体而言，第 60 条规定，如根据被监禁者所在国法律，该人合乎赦免、假释或减刑条件，该国须将此通知法院（见第 1 款）。这样，囚犯可根据规则向法院提出申请，要求下令赦免、假释或减刑。如果某项申请看来有充分理由，院长会议要召集审判庭审议此事。

(3) 法院也可在判刑时具体指明所判刑罚由有关此类事项的可适用的国家法律制约，从而把问题交给关押国掌握。在这种情况下，必须把实际上会影响监禁时限或程度的任何决定通知法院，但无需征求法院同意。

(4) 除按第 60 条规定行事外，犯人在法院判定的刑期届满之前不得释放。

附件

各项条约下的罪行 (见第 20 条 (e) 项)

1. 严重破坏:

(a) 1949 年 8 月 12 日《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，该公约第五十条的规定；

(b) 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之日内瓦公约》，该公约第五十一条的规定；

(c) 1949 年 8 月 12 日《关于战俘待遇之日内瓦公约》，该公约第一三〇条的规定；

(d) 1949 年 8 月 12 日《关于战时保护平民之日内瓦公约》，该公约第一四七条的规定；

(e) 1977 年 6 月 8 日《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书），该议定书第八十五条的规定。

2. 1970 年 12 月 16 日《关于制止非法劫持航空器的公约》第 1 条规定的非法劫持航空器的行为。

3. 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。

4. 1973 年 11 月 30 日《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第二条规定的种族隔离罪和有关罪行。

5. 1973 年 12 月 14 日《关于防止和惩治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。

6. 1979 年 12 月 17 日《反对劫持人质国际公约》第一条规定的劫持人质罪和有关罪行。

7. 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》第 4 条规定可给予惩罚的酷刑罪。

8. 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。

9. 1988 年 12 月 20 日《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 3 条第 1 款设想的非法贩运麻醉药品和精神药物一类罪行，根据该公约第 2 条，这类罪行具有国际性质。

评注

(1) 附件中的罪行清单的依据已在第 20 条 (e) 项的评注中作了说明。其中只列范围普遍（不是区域）的现行条约。规定仅涉及行为或禁止行为但仅属国与国之间性质的条约未予列入。据此，附件未列以下条约（按时间顺序）：

(a) 1899 年和 1907 年《关于陆战法规和习惯的海牙公约》所附《关于陆战法规和习惯的章程》

理由：《海牙章程》没有关于个人刑事责任的规定。《纽伦堡法庭宪章》¹¹²中具体规定的违反战争法及惯例的大多数（但不是所有）行为在 1949 年日内瓦四公约和第一附加议定书中作了规定，其中也规定要起诉严重违犯案件。此外，《章程》的一些方面属于严重违反武装冲突中可适用的法律及惯例概念范围，因此由规约第 20 条 (c) 项予以涵盖。

(b) 《防止及惩治灭绝种族罪公约》

理由：该公约含义内的灭绝种族罪是一般国际

¹¹² 见上文脚注 83。

法下的罪行，也是法院依法固有管辖内的唯一罪行（见第 20 条（a）项）。因此不必将其列入附件。

（c）《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》

理由：此公约缔约国承诺，除非出于军事需要迫不得已，否则一律要在武装冲突中尊重文化财产（第 4 条第 1 和 2 款），并且禁止偷窃、抢劫、私占和破坏此类财产，并作了相关的保护规定，包括对特别珍贵物件作特殊保护的制度。其中未专门规定犯罪（见第 8 条），未将国家管辖延伸到违反公约的行为，也不含引渡规定。《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约议定书》也一样，该议定书涉及从所占领土输出文化财产问题。

（d）《公海公约》第十五条和《联合国海洋法公约》第一〇一条规定的海盗行为

理由：《公海公约》第十四条规定“尽量合作取缔……海盗行为”，第十五条将海盗行为界定为由某些“行为”构成。第十九条规定凡是在公海上或任何国家管辖之外扣押海盗船的国家对海盗行为有管辖权。《联合国海洋法公约》第一〇〇、一〇一、一〇五条在内容上基本相同。这些条款仅规定扣押国有管辖权，涵盖的行为种类甚多。经过权衡，委员会决定不把海盗行为列为第 20 条中一般国际法之下的罪行。

（e）《经〈修正一九六一年麻醉品单一公约〉的议定书》所修正的一九六一年麻醉品单一公约》

理由：《公约》和《议定书》管制麻醉品生产和贩运。第三十六条要求各缔约国把某些行为定为本国法律之下的非法行为，但要服从“宪法上的限制”和“国内法”等等。其中有专门的引渡规定和“或引渡或审判”规定（第 36 条第 2 款（a）项第（四）目）。可考虑列入本附件，但本附件所列《联合国禁止贩运麻醉药品和精神药物公约》总的来说已予涵盖。

（f）《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》

理由：此公约适用于违反国家刑事法的行为（包括轻罪）和可影响空中安全的行为，不论是否涉及犯罪。主要目的是确定登记国对航空器内犯罪行为等等的管辖。危害国际民航安全的重大恐怖主义罪行由本附件所列《关于制止非法劫持航空器的公约》和《关于制止危害民

用航空安全的非法行为的公约》涵盖。

（g）《精神药物公约》

理由：此公约仅属规章性质，未把精神药物的使用或贩运定为国际性质的罪行。

（h）《禁止细菌（生物）和毒素武器的发展、生产及储积以及销毁这类武器的公约》

理由：第四条规定禁止各缔约国管辖内此种武器的生产等等，但此公约未规定刑事罪，也未扩大任何国家的管辖权，并且没有关于引渡的规定。

（i）《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》

理由：此公约仅禁止在某些情况下使用改变环境技术（第四条）。公约未规定犯罪，未规定国家对违约行为的管辖，也没有关于引渡的规定。

（j）《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第二议定书）

理由：第二议定书禁止某些行为，但不含关于严重违约行为的条款，也没有任何相当于执法的规定。

（k）《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》

理由：此公约禁止某种行为，但未把此种行为定为刑事罪行或规定以刑事制裁予以惩治。

（l）《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》

理由：第 2 至 4 条“为本公约的目的”规定了犯罪行为。第 9 条第 2 款和第 12 条合在一起对所有缔约国规定了“或引渡或审判”义务。此公约之所以未列入附件是因为尚未生效。如该公约在本规约通过前生效，可考虑将其列入清单。在此种情况下宜增加以下一段：

“10. 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、4 条规定的有关雇佣军的罪行。”

（2）关于《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第三部分的评注讨论了把该公约限于受到重大国际关注的个人罪行的问题。委员会认为只有该公约第 3 条第 1 款提及的罪行应予列入，而且只要遵守附件中所载列的进一步的限制，如第 2 条所述公约的宗旨。如不作此种限定，第 3 条第 1 款就会因涉及过广的案件范围而不宜列入。

附录一

伴随着规约草案的一项条约的可能条款

1. 委员会设想规约将附在各缔约国达成的一项条约之后。该条约将为法院的设立以及各缔约国对法院管理的监督等作出规定。条约还将处理供资、生效等事宜，建立象法院这样的实体的任何新文书均需这样做。

2. 委员会的标准做法不是为条约草案起草最后条款，因此，它也并不试图为一含有说明的条约起草一套条款（该条约将载有这类条款）。但是，在大会第六委员会的讨论中，若干有必要在缔结这类条约时解决的事宜得到了讨论，委员会认为应该概述一下处理这些事宜的可能方法。

3. 有待处理的问题有：

（a）生效：法院规约旨在体现和代表整个国际社会在对某些引起国际关注的最为严重的罪行进行起诉方面的利益。因而，规约及其说明性条约应在有大批国家成为缔约国之后才能生效。

（b）管理：法院作为一个实体在管理上由院长会议负责（见第8条）。不过，缔约国将有必要随时举行会议，以处理法院的财务和管理等事宜，审议法院的定期报告，等等。将有必要确定缔约国据以共同行动的方法。

（c）供资：必须在对拟议的法院这一问题进行讨论的早期就详细地考虑财务问题。主要有两种可能性：缔约国直接提供资金，或者由联合国提供一切或部分资金。如系一个与联合国有关关系的单独实体（如人权事务委员会），则不一定排除由联合国供资的可能性。在起草规约时考虑到了尽量减少设立法院本身所需的费用这一点。另一方面，一些委员强调，规约之下的调查和诉讼活动将会耗费资金。还得作出安排，负担关押根据本规约被判罪者所需的费用。

（d）修改和审查规约：说明性条约自然应为修改规约作出规定。委员会认为，该条约应规定：例如，规约生效五年后，如有一定数目的缔约国提出请求，即可对规约进行审查。在考虑修改和审查规约方面会引起的一个问题是：是否应修订附件所列的犯罪清单，以收入确定罪行的新公约。这包括拟订过程中的危害人类和平及安全治罪法草案和拟议中的保护联合国维持和平人员公约。

（e）保留：不论规约是否被视为《维也纳条约法公约》第二十条第三款意义上的“国际组织之组织约章”，规约无疑已非常类似于一组织文件，促使起草者按照第二十条第三款求得“该组织主管机关”的同意的

一些考虑，以极类似的方式适用于该规约。规约草案被订成一个全面的方案，包含了法院运行方面的一些重要的平衡因素和先决条件：它是要作为一个整体来发挥作用的。这些考虑倾向于支持这一观点：对规约及其伴随条约的保留要么不允许，要么应有范围限制。当然，这是一个应由缔约国在商订规约及其伴随条约过程中考虑的问题。

（f）解决争端：法院自然必须确定其管辖范围（见第24和34条），因此也需要处理行使管辖权时所引起的对于规约的解释和适用问题。还应考虑缔约国之间在体现规约的条约的解释和执行方面所引起的其它争端的解决途径。

附录二

本附件中提到的有关条约规定

（见第20条（e）项）

1. 1949年8月12日《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》

第五十条

上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑或不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，以及无军事上之必要，而以非法与暴乱之方式，对财产之大规模的破坏与征收。

2. 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之日内瓦公约》

第五十一条

上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑或不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，以及无军事上之必要，而以非法与暴乱之方式，对财产之大规模的破坏与征收。

3. 1949 年 8 月 12 日《关于战俘待遇之日内瓦公约》

第一三〇条

上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑或不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，迫使战俘在敌国部队中服务，或故意剥夺战俘依本公约规定应享之公允及合法的审判之权利。

4. 1949 年 8 月 12 日《关于战时保护平民之日内瓦公约》

第一四七条

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

5. 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）

第八十五条

破坏本议定书的行为的取缔

一、各公约关于取缔破约行为和严重破约行为的规定，经本编加以补充，应适用于破坏和严重破坏本议定书的行为的取缔。

二、各公约所述的作为严重破约行为的行为，如果是对本议定书第四十四条、第四十五条和第七十三条所保护的在敌方权力下的人，或对受本议定书保护的敌方伤者、病者和遇船难者，或对在敌方控制下并受本议定书保护的医务或宗教人员、医疗队或医务运输工具作出的行为，即是严重破坏本议定书的行为。

三、除第十一条所规定的严重破约行为外，下列行为在违反本议定书有关规定而故意作出，并造成死亡或对身体健康的严重伤害时，应视为严重破坏本议定书的行为：

（一）使平民居民或平民个人成为攻击的对象；

（二）知悉攻击将造成第五十七条第二款第一项第 3 目所规定的过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害，却发动使平民居民或民用物体受影响的不分皂白的攻击；

（三）知悉攻击将造成第五十七条第二款第一项第 3 目所规定的过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害，却发动对含有危险力量的工程或装置的攻击；

（四）使不设防地方和非军事化地带成为攻击的对象；

（五）知悉为失去战斗力的人而使其成为攻击的对象；

（六）违反第三十七条的规定背信弃义地使用红十字、红新月或红狮与太阳的特殊标志或各公约或本议定书所承认的其他保护记号。

四、除上述各款和各公约所规定的严重破约行为外，下列行为于故意并违反各公约和本议定书作出时，应视为严重破坏本议定书的行为：

（一）占领国违反第四公约第四十九条的规定，将其本国平民居民的一部分迁往其所占领的领土，或将被占领领土的全部或部分居民驱逐或移送到被占领领土内的地方或将其驱逐或移送到被占领领土以外；

（二）对遣返战俘或平民的无理延迟；

（三）以种族歧视为依据侵犯人身尊严的种族隔离和其他不人道和侮辱性办法；

（四）如果没有证据证明敌方违反第五十三条第二款的规定，并在历史纪念物、艺术品和礼拜场所不紧靠军事目标的情形下，使特别安排，例如在主管国际组织范围内的安排所保护的，构成各国人民文化或精神遗产的公认历史纪念物、艺术品或礼拜场所成为攻击的对象，其结果使该历史纪念物、艺术品或礼拜场所遭到广泛的毁坏；

（五）剥夺各公约所保护或本条第二款所指的人受公正和正规审判的权利。

五、在不妨碍各公约和本议定书的适用的条件下，对这些文件的严重破坏行为，应视为战争罪。

6. 《关于制止非法劫持航空器的公约》

第 1 条

凡在飞行中的航空器内的任何人：

（a）用暴力或用暴力威胁，或用任何其他恐吓方式，非法劫持或控制该航空器，或企图从事任何这种行为；或

(b) 是从事或企图从事任何这种行为的人的同犯，即是犯有罪行（以下称为“罪行”）。

7. 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》

第 1 条

1. 任何人如果非法地和故意地从事下述行为，即是犯有罪行：

(a) 针对在飞行中的航空器内的人从事暴力行为，如该行为将会危及该航空器的安全；或

(b) 破坏使用中的航空器或对该航空器造成损坏，使其不能飞行或将会危及其飞行安全；或

(c) 用任何方法在使用中的航空器内放置或使别人放置一种将会破坏该航空器，或对其造成损坏使其不能飞行，或对其造成损坏而将会危及其飞行安全的装置或物质；或

(d) 破坏或损坏航行设备或妨碍其工作，如任何此种行为将会危及飞行中航空器的安全；或

(e) 传送他明知是虚假的情报，从而危及飞行中的航空器的安全。

2. 任何人如果从事下述行为，也是犯有罪行：

(a) 企图犯本条第 1 款所指的任何罪行；或

(b) 是犯有或企图犯任何此种罪行的人的同犯。

8. 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》

第二条

为本公约的目的，所谓“种族隔离的罪行”，应包括与南部非洲所推行的种族分离和种族歧视的类似政策和办法，是指为建立和维持一个种族团体对任何其他种族团体的主宰地位，并且有系统地压迫他们，而作出的下列不人道行为：

(a) 用下列方式剥夺一个或一个以上种族团体的一个或一个以上成员的生命和人身自由的权利：

(一) 杀害一个或一个以上种族团体的成员；

(二) 使一个或一个以上种族团体的成员受到身体上或心理上的严重伤害，侵犯他们的自由或尊严，或者严刑拷打他们或使他们受残酷、不人道或屈辱的待遇或刑罚；

(三) 任意逮捕和非法监禁一个或一个以上种族团体的成员；

(b) 对一个或一个以上种族团体故意加以旨在使其全部或局部灭绝的生活条件；

(c) 任何立法措施及其他措施，旨在阻止一个或一个以上的种族团体参与该国政治、社会、经济和文化生活者，及故意造成条件，以阻止一个或一个以上这种团体的充分发展，特别是剥夺一个或一个以上种族团体的成员的基本人权和自由，包括工作的权利、组织已获承认的工会的权利、受教育的权利、离开和返回自己国家的权利、享有国籍的权利、自由迁移和居住的权利、自由主张和表达的权利以及自由和平集会和结社的权利；

(d) 任何措施，包括立法措施，旨在用下列方法按照种族界线分化人民者：为一个或一个以上种族团体的成员建立单独的保留区或居住区，禁止不同种族团体的成员互相通婚，没收属于一个或一个以上种族团体或其成员的地产；

(e) 剥削一个或一个以上种族团体的成员的劳力，特别是强迫劳动；

(f) 迫害反对种族隔离的组织或个人，剥夺其基本权利和自由。

9. 《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》

第二条

1. 每一缔约国应将下列罪行定为其国内法上的罪行，即故意：

(a) 对应受国际保护人员进行谋杀、绑架、或其他侵害其人身或自由的行为；

(b) 对应受国际保护人员的公用馆舍、私人寓所或交通工具进行暴力攻击，因而可能危及其人身或自由；

(c) 威胁进行任何这类攻击；

(d) 企图进行任何这类攻击；

(e) 参与任何这类攻击为从犯。

2. 每一缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚。

3. 本条第 1 款及第 2 款并不在任何方面减除缔约国依据国际法采取一切适当措施，以防止应受国际保护人员的人身、自由或尊严受其他侵害的义务。

10. 《反对劫持人质国际公约》

第一条

1. 任何人如劫持或扣押并以杀死、伤害或继续扣押另一个人（以下称“人质”）为威胁，以强迫第三方，即某个国家、某个国际政府间组织、某个自然人或法人或某一群人，作或不作某种行为，作为释放人质的明示或暗示条件，即为犯本公约意义范围内的劫持人质罪行。

2. 任何人

(a) 图谋劫持人质，或

(b) 与实行或图谋劫持人质者同谋而参与其事，也同样犯有本公约意义下的罪行。

11. 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》

第 1 条

1. 为本公约的目的，“酷刑”是指为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身分行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。

2. 本条规定并不妨碍载有或可能载有适用范围较广的规定的任何国际文书或国家法律。

.....

第 4 条

1. 每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事罪行。该项规定也应适用于施行酷刑的企图以及任何人合谋或参与酷刑的行为。

2. 每一缔约国应根据上述罪行的严重程度，规定适当的惩罚。

12. 《禁止危害航海安全的非法行为公约》

第 3 条

1. 任何人如果非法地和故意地从事下述行为，即是

犯有罪行：

(a) 用暴力或以使用暴力相威胁，或用任何其他恐吓方式，劫持或控制某一船舶；或

(b) 对船上人员从事暴力行为，如该行为将会危及该船舶的安全航行；或

(c) 破坏船舶或对船舶或船上所载货物造成损坏，从而将会危及该船舶的安全航行；或

(d) 用任何方法在船上放置或使别人放置一种将会破坏该船舶或对该船舶或船上所载货物造成损坏而危及或将会危及该船舶的航行安全的装置或物质；或

(e) 破坏或严重损坏航海设施或严重妨碍其工作，如任何此种行为将会危及船舶的安全航行；或

(f) 传送他明知是虚假的情报，从而危及船舶的安全航行；或

(g) 在犯下或企图犯下 (a) 至 (f) 项所列的任何罪行过程中对任何人造成伤害或将任何人杀害。

2. 凡是从事下述行为的，也属犯有罪行：

(a) 企图犯第一款所列的任何罪行；或

(b) 唆使任何人犯下第一款所列的任何罪行或是犯有此种罪行者的同犯；或

(c) 正如国内法所涉及的，不论有无缘由，为了强迫一自然人或法人作或不作任何行为，以犯第 1 款 (b)、(c) 和 (e) 项所列的任何罪行相威胁，如此种威胁将会危及所涉船舶的安全航行。

13. 《禁止危害大陆架固定平台安全的非法行为议定书》

第 2 条

1. 凡是非法地和故意地从事下述行为的，即属犯有罪行：

(a) 用暴力或用暴力威胁，或用任何其他恐吓方式，劫持或控制一固定平台；或

(b) 对固定平台上的人员从事暴力行为，如该行为将会危及该平台的安全；或

(c) 破坏固定平台或对其造成损坏，从而将会危及平台的安全；或

(d) 用任何方法在固定平台上放置或使别人放置一种将会破坏该固定平台或危及该平台的安全的装置或物质；或

(e) 在犯下或企图犯下 (a) 至 (d) 项所列的任何罪行过程中对任何人造成伤害或将任何人杀害。

2. 凡是从事下述行为的，也属犯有罪行：

(a) 企图犯第 1 款所列的任何罪行；或

(b) 唆使任何人犯下任何此类罪行或是犯有此种罪行者的同犯；或

(c) 正如国内法所涉及的，不论有无缘由，为了强迫一自然人或法人作或不作任何行为，以犯下第 1 款 (b) 和 (c) 项所列的任何罪行相威胁，如此种威胁将会危及固定平台的安全。

14. 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》

第 2 条 公约的范围

1. 本公约的宗旨是促进缔约国之间的合作，使它们可以更有效地对付国际范围的非法贩运麻醉药品和精神药物的各个方面。缔约国在履行其按本公约所承担的义务时，应根据其国内立法制度的基本规定，采取必要的措施，包括立法和行政措施。

2. 缔约国应以符合各国主权平等和领土完整以及不干涉别国内政原则的方式履行其按本公约所承担的义务。

3. 任一缔约国不得在另一缔约国的领土内行使由该另一缔约国国内法律规定完全属于该国当局的管辖权和职能。

第 3 条 犯罪和制裁

1. 各缔约国应采取可能必要的措施将下列故意行为确定为其国内法中的刑事犯罪：

(a) (一) 违反《1961 年公约》、经修正的《1961 年公约》或《1971 年公约》的各项规定，生产、制造、提炼、配制、提供、兜售、分销、出售、以任何条件交付、经纪、发送、过境发送、运输、进口或出口任何麻醉药品或精神药物；

(二) 违反《1961 年公约》和经修正的《1961 年公约》的各项规定，为生产麻醉药品而种植罂粟、古柯或大麻植物；

(三) 为了进行上述(一)目所列的任何活动，占有或购买任何麻醉药品或精神药物；

(四) 明知其用途或目的是非法种植、生产或制造

麻醉药品或精神药物而制造、运输或分销设备、材料或表一和表二所列物质；

(五) 组织、管理或资助上述 (一)、 (二)、 (三) 或 (四) 目所列的任何犯罪；

(b) (一) 明知财产得自按本款 (a) 项确定的任何犯罪或参与此种犯罪的行为，为了隐瞒或掩饰该财产的非法来源，或为了协助任何涉及此种犯罪的人逃避其行为的法律后果而转换或转让该财产；

(二) 明知财产得自按本款 (a) 项确定的犯罪或参与此种犯罪的行为，隐瞒或掩饰该财产的真实性质、来源、所在地、处置、转移、相关的权利或所有权；

(c) 在不违背其宪法原则及其法律制度基本概念的前提下：

(一) 在收取财产时明知财产得自按本款 (a) 项确定的犯罪或参与此种犯罪的行为而获取、占有或使用该财产；

(二) 明知其被用于或将用于非法种植、生产或制造麻醉药品或精神药物而占有设备、材料或表一和表二所列物质；

(三) 以任何手段公开鼓动或引诱他人去犯按照本条确定的任何罪行或非法使用麻醉药品或精神药物；

(四) 参与进行，合伙或共谋进行，进行未遂，以及帮助、教唆、便利和参谋进行按本条确定的任何犯罪。

.....

附录三

常设国际刑事法院与联合国 建立关系的可能方式概要

1. 常设国际刑事法院与联合国建立关系的方式必须与建立法院所采用的方法联系起来考虑。

2. 在这方面可作两种假设：(a) 法院成为联合国有机构成的一部分；(b) 法院不成为联合国有机构成的一部分。

A. 法院成为联合国机构的一部分

3. 在这一假设下，作为其建立行为本身的结果，法院已经与联合国建立起关系。做到这一点有两种途径。

1. 法院是联合国的一个主要机构

4. 这一办法将最大程度地重视法院的建立，将法院置于与联合国其它主要机构特别是国际法院同等的地位。该办法还将便利法院依法对某些国际罪行进行管辖。根据这一办法，法院所需资金将在联合国经常预算下提供。

5. 另一方面，此种办法会遇到潜在的障碍，因为这需按《联合国宪章》第十八章（第一百零八至一百零九条）修正《宪章》。应当指出，在这方面，联合国历史上尚无增设任何主要机构的先例。

2. 法院是联合国的一个附属机构

6. 相反，目前有一项完善的做法，即联合国主要机构根据《联合国宪章》有关条款（特别是第二十二和第二十九条）建立附属机构，以便履行《宪章》赋予这些机构或整个联合国组织的职责。在这方面甚至在司法管辖领域已有惯例。一个较早的例子是联合国行政法庭的设立¹¹³。一个较近的例子是设立起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭（以下称“国际法庭”）¹¹⁴。

7. 通常来说以及就大部分权限而言，所设立的附属机构主要起辅助作用。附属机构的决定通常具有建议性质，有关的主要机构可以接受，也可以不接受。

8. 但在司法领域，一个机构的附属性质主要表现在这一点上，即其本身的存在及其职能的停止均取决于本组织相关的主要机构。然而就行使职能而言，后者的性质（司法性质）使这些职能与设立法院或法庭的主要机构的等级权力的存在不相一致。因此，主要机构无权不接受或修改所设的法庭或法院的裁决。国际法院在联合国行政法庭问题上对此作了明确裁定¹¹⁵，“国际法庭”的规约中有些条款也表明了这一点（第 13、15、25、26 条等）¹¹⁶。

9. 关于所需资金问题，联合国组织附属机构的活动所需资金由联合国方面提供，供资方式有预算拨款、分摊会费或自愿捐款¹¹⁷。

10. 应当指出，有时，大会是依照在联合国以外缔结的条约所载的条款设立法庭，将其作为附属机构的。处理利比亚问题的联合国法庭和处理厄立特里亚问题的联合国法庭¹¹⁸就是这种情况。虽然这两个法庭所处理的问题从广义上讲属于大会在《联合国宪章》第十条之下的总权限的一部分，但导致设立这两个法庭的规定却载于《对意大利和约》附件十一，第 3 段。

11. 前段提到的情形应当与下文 15 至 17 段提到的情形区别开来，在这几段提到的情形中，大会对一多边条约各缔约方设立的机构承担某些职责。

B. 法院不成为联合国机构的一部分而系根据一条约设立

12. 按照这一假设，法院将根据一项对缔约国有约束力的条约而得到设立。可由两种办法使此种法院与联合国建立关系：通过该法院和联合国之间的一项协定；或通过一联合国机构（如大会）的一项决议。

1. 法院通过它和联合国之间的协定同联合国建立关系

13. 合作协定是专门机构及类似机构根据《联合国宪章》第五十七条和第六十三条同联合国建立关系的典型方式。有关专门机构可与经济及社会理事会缔结协定，但须经大会批准。这类协定除其它外，管理各专门机构在各自行动领域与联合国合作的事宜和人事政策方面与共同制度有关的问题。各专门机构均为一自主的国际组织，有自己的预算和资金。

14. 《国际原子能机构规约》¹¹⁹关于“同其他组织之关系”的第十六条便是一个恰当的例子。该条规定，理事会在经机构大会同意的情况下有权缔结一项或数项协定，据以使原子能机构与联合国以及其工作与原子能机构的工作相关的任何其它组织建立恰当的关系。大会批准了关于原子能机构同联合国建立关系的协定¹²⁰。该项协定除其它外，对原子能机构向联合国提交报告、交

¹¹³ 大会第 351A (IV) 号决议。

¹¹⁴ 见上文脚注 55。

¹¹⁵ *Effect of awards ...* (见上文脚注 58)，第 62 页。

¹¹⁶ 见上文脚注 56。

¹¹⁷ 例如，见大会第 48/251 号决议。

¹¹⁸ 分别根据大会第 388A (V) 号决议和第 530 (VI) 号决议设立。

¹¹⁹ 见上文脚注 68。

¹²⁰ 见上文脚注 67。

换信息和文件、互派代表事宜、在各自议程上审议有关项目、与安全理事会和国际法院的合作、协调与合作事宜、预算和财务安排以及人员安排等作了规定。

15. 同联合国缔结一项国际协定也是国际海底管理局和国际海洋法法庭筹备委员会为促使计划中的法庭同联合国建立关系而正在设想采用的方式。这一协定的最后草案¹²¹除其它外所设想的问题包括：法律关系和相互承认、合作与协调、同国际法院的关系、同安全理事会的关系、互派代表、交流资料 and 文件、向联合国提出报告、行政合作以及人事安排。该协定草案中还认识到“宜同联合国建立密切的预算及财政关系，以使联合国和国际法庭的行政活动以最有效和尽可能节省的方式进行，并在这些行政活动方面求得最大程度的协调和统一”。

2. 法院因联合国某机关的决议而与联合国产生关系

16. 最后，一项多边条约设立的法院也可能因联合国某机关的一项决议而与联合国产生关系。就常设国际刑事法院而言，此种决议可由大会通过，或许由安全理事会同时参与。

17. 条约机构因大会一项决议而与联合国产生关系的最贴切实例来自人权保护领域的国际实践。典型的情况是，设立某机构的条约本身就订有一些关于为履行条约下的某些职能而求助于联合国的规定。例如，秘书长负责向缔约国分发与条约机构选举有关的邀请、请秘书长为条约机构有效履行职能提供必要的人员和便利等等。联合国则在大会对有关多边公约予以“通过、开放供签署和批准”的决议中表示承担这类职能。遵照上述程序行事的例子包括：《经济、社会、文化权利国际公约》、《公民及政治权利国际公约》以及《公民及政治权利国际公约任择议定书》，《消除一切形式种族歧视国际公约》以及《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》。

18. 这类决议的通过一般都会对联合国引起经费问题，这就需要第五委员会在决策过程中出面过问。以人权事务委员会为例，《公民及政治权利国际公约》第三十六条规定：

“联合国秘书长应供给委员会必要之办事人员及便利，俾得有效执行本盟约所规定之职务。”

第三十五条还规定：

“委员会委员经联合国大会核准，自联合国资金

项下支取报酬，其待遇及条件由大会参酌委员会所负重大责任定之。”

19. 设立消除种族歧视委员会的《消除一切形式种族歧视国际公约》和《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》都规定这两个委员会秘书处（工作人员和便利）应由联合国秘书长提供（分别见第十条第三和四款以及第 18 条第 3 款），尽管《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 18 条第 5 款规定：

“5. 缔约各国应负责支付缔约国以及委员会举行会议的费用，包括偿付联合国……所承付的提供工作人员和设施等任何费用。”

不过，这两项公约与《公民及政治权利国际公约》不同的是规定缔约国而不是联合国承担委员会委员履行委员会职务时的费用（分别见第八条第六款和第 17 条第 7 款）。

20. 实际上，对条约设立的此类委员会，大会可能接受超过有关条约本身规定的以外的义务。因此，大会在第 47/111 号决议中

“9. 赞同对《消除一切形式种族歧视国际公约》和《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》的修正，并请秘书长：

“（a）采取适当措施，自 1994-1995 两年期预算开始，从联合国经常预算中为根据这两项公约设立的委员会提供经费；

“……”

2. 危害人类和平及安全治罪法草案

92. 委员会本届会议收到特别报告员就这个专题所提出的第十二次报告（A/CN.4/460）。它还收到各国政府对危害人类和平及安全治罪法草案提出的评论和意见¹²²，这是国际法委员会在第四十三届会议上一读通过的¹²³，各国政府的评论和意见是响应委员会第四十三届会议的要求提出的¹²⁴。

¹²² 见上文脚注 42。

¹²³ 见上文脚注 7。

¹²⁴ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 174 段。

¹²¹ 见 LOS/PCN/SCN.4/WP.16/Add.4 号文件。

93. 特别报告员在第十二次报告的导言中以及向委员会介绍该报告¹²⁵时指出, 该报告旨在为治罪法草案进行二读, 并且只着重讨论草案的一般性部分, 即危害人类和平及安全的罪行的定义、定性和一般原则。

94. 他说, 有关罪行本身的治罪法草案的第二部分将在委员会第四十七届会议的下一份报告中处理, 他只想将这类罪行限制在那些不可置疑地被定性为危害人类和平及安全的罪行。

95. 特别报告员在其第十二次报告中逐条载录一读通过的草案的一般性部分, 每条有各国政府的评论, 然后是特别报告员的意见和结论以及对每一条款的建议。

96. 委员会在 1994 年 5 月 27 日至 6 月 7 日举行的第 2344 至 2347 次以及第 2349 和 2350 次会议上审议了特别报告员的第十二次报告。委员会在听取了特别报告员的说明以后, 审议了该报告中所处理的第 1 至 15 条草案, 于第 2350 次会议上决定把它们提交起草委员会¹²⁶, 有一项理解是, 关于治罪法草案和关于国际刑事法院规约草案的工作应该由特别报告员、起草委员会和国际刑事法院规约草案工作组的主席与成员进行协调。

97. 委员会委员的评论和意见载于下文第 98 至 209 段。

98. 有些委员对治罪法草案目前标题的适切性表示有保留意见。他们指出标题也许不能确切反映未来文书的内容。它对于某些诸如侵略一类的罪行是适合的, 但对于诸如种族灭绝或危害人类罪等除从非常广义的角度来理解其概念以外不属于人类和平及安全范围的其它罪行而言, 则颇有辩论的余地。对于将治罪法草案称作“国际刑法典”的建议, 有些委员认为, 这一标题可能与国家责任条款草案第一部分第 19 条¹²⁷所指的罪行相混淆。有些委员甚至对“法典”一词也表示置疑。他们认为应使用一般性的表达办法, 据此, 确切地说法典应指明内容, 因为不可能有只载列一些罪行的法典。然而, 其他委员指出“法典”一词用于包括技术领域在内的许多领域, 其目的不一定是编纂整个专题。

99. 大家普遍同意, 最好的办法是等一等, 在决定是否保留该标题之前先看看在治罪法草案中要包括

哪些罪行。然而, 有人指出, 委员会本身不能改变标题, 因为大会第 177 (II) 号决议就使用了这一标题, 大会在该决议中授权委员会编写治罪法草案。

100. 几位委员欢迎特别报告员的意图, 即只将罪行数目限制在那些不可置疑地被定性为危害人类和平及安全的罪行。在这方面, 有人指出, 国家一般不愿放弃或让出它们对罪行的管辖权, 只有涉及最严重的国际罪行, 国家才可能愿意接受成立国际刑事法院。他们还指出, 对治罪法草案内容施加合乎需要的限制, 将直接影响到草案的一般部分, 因为某些条款的措词, 取决于该法是涵盖对国际法的所有违犯, 或只限于“罪行的罪行”——即构成破坏和平或违犯人性基本概念的那些最严重的罪行, 而必然会十分不同。

101. 此外, 关于罪行名单的范围的另一种意见认为, 在大量削减将包括的罪行数目方面有两种障碍, 第一种可能来源于国际刑事法院规约, 它可能设想一种超过治罪法所规定清单范围的、极为广泛的、对事而言的权限。限制治罪法所列罪行数目的第二种障碍来自受到保护的利益, 即全人类的利益的性质。要确定和预先限定可能影响这些利益的行为, 是困难的。

102. 关于就人而言的治罪法草案的范围, 有的评论认为治罪法意在专门着重指个人犯下的罪行, 因而并不直接或暗示国家的罪行。治罪法草案强调国家代理人的作用, 这是令人欢迎的, 因为这些人比其他人更有可能成为危害人类和平及安全罪行的罪犯。然而, 人们注意到, 在讨论治罪法草案之初, 委员会曾计划不仅载述个人的罪责, 也要载述国家的罪责; 后来, 它决定只集中针对个人的罪责, 而搁置、但并非完全排除国家的罪责问题。在这方面, 有人指出, 两类责任之间的联系, 尤其是治罪法草案和国家责任草案第一部分第 19 条¹²⁸之间的关系问题势必再度发生, 因而委员会必须予以考虑。

103. 有些委员指出, 治罪法草案中涉及的、适用于罪犯的刑罚问题尚未解决, 委员会必须对此作出决定。有人指出, 治罪法草案、国际刑事法院规约和各国法院之间的关系, 从一开始就应该明确, 因为这对可适用的刑罚问题有重要影响。如果拟议中的国际刑事法院要实行治罪法, 就必须根据“法无明文不为罪”原则说明对每一罪行的特定刑罚。另一方面, 如果由各国的本国法院、或者既由本国法院又由国际刑事法院实行治罪法, 则刑罚的确定在

¹²⁵ 《1994 年……年鉴》, 第一卷, 第 2344 次会议。

¹²⁶ 同上, 第 2350 次会议, 第 27 段。

¹²⁷ 《1976 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 95 页起。

¹²⁸ 同上。

前一种情况下可以留待本国法律决定，在后一种情况下则参照本国法律决定。

104. 至于治罪法涉及到国内法时，有人认为，最好由促使治罪法生效的公约规定各缔约国应将治罪法纳入它们各自的法系之中。有人指出，各国应明确地将治罪法的全部内容植入它们各自的刑法体系中。尤其应该明确说明，本国法律体系与治罪法不一致的任何缔约国即违背了确立治罪法的公约。这样，对于所有缔约国而言，便能保证治罪法的地位优先于国内法。

105. 有些委员强调，各国据以成为治罪法缔约国的条约应规定和平解决争端的适当程序。他们认为，应在治罪法中载列适当的仲裁条款，具体规定一旦谈判解决争端失败争端当事国应即采取的解决程序。

106. 委员会的许多委员强调，需确保对治罪法草案和国际刑事法院规约草案的规定进行必要的协调。虽然不应生硬地将两项工作联系在一起，而且一个文书的通过不应取决于另一个的通过，然而不可避免地两个草案有共同的规定和问题，治罪法草案的一般原则部分尤其如此。因此必须采取适当的措施，以确保两个草案共同的条款没有冲突。

107. 有些委员认为，需要协调治罪法草案和规约草案，建议这两项草案在其共同的领域里实行协调统一。

108. 委员会随即讨论特别报告员在其第十二次报告中所载述的治罪法草案中的各个条文。

109. 关于第 1 条（定义）¹²⁹，特别报告员在其第十二次报告中指出，各国政府对该条草案的看法主要集中在是否有一个列举性的定义就够了还是应另有一项一般性的定义。特别报告员认为，这些看法表明对任何一种办法均未达成一致意见。他还指出，许多刑法典并未载有罪行概念的一般定义。它们只是根据严重的标准列举了视为罪行的行为。不过根据某一政府提出的折衷方案，他准备提出一项带有一般性或概念性的定义，然后提出一条没有限制的而纯属说明的列举性定义。

110. 特别报告员提出的第 1 条的新案文如下：

¹²⁹ 委员会一读暂时通过的第 1 条草案如下：

“第 1 条 定义

“本治罪法中所规定的[国际法上的]罪行构成危害人类和平及安全罪行。”

“第 1 条 定义

“1. 为本治罪法目的，危害人类和平及安全罪行是由个人所犯、其本身严重和直接威胁人类和平及/或安全从而破坏人类和平及/或安全的任何行为或不行为。

“2. 特别是本治罪法所规定的罪行构成危害人类和平及安全罪行。”

111. 根据各国政府的答复，特别报告员不反对删去一读暂时通过的第 1 条草案方括号内“国际法上的”这五个字。他认为案文中是否应保留这些字纯属理论问题。一旦治罪法成为一项国际文书，它所规定的罪行将属于来源于条约的国际刑法的范围。

112. 一些委员认为，为起一定作用，第 1 条危害人类和平及安全罪行的定义应包括为有关罪行的类别定性的概念性内容。有人指出，这一定义将为制订罪行清单提供标准。也有人指出，如果该清单不是详尽无遗而要不断补充新内容，则概念性定义更为必要。如果委员会不制订一般性定义而只开列清单，可以载入治罪法中的罪行类别就到此为止，这将是最令人感到遗憾的了。因此，有些委员认为，概念性和一般性定义几乎是不可或缺的。在这方面，有些委员认为，严重性的概念同所要包括的罪行的概念性定义，是分不开的。

113. 另一些委员对罪行的一般性或概念性定义表示有保留。他们问道，是否真有可能为所有罪行找到一个共同的特点。何况，这种定义可能产生使刑罚适用于没有确切定义的行为或不行为的危险，那就既不符合刑法的准确性与严格性要求，也不符合“法无明文不为罪”原则了。也有人指出，任何一般性定义势必使国家在应付侵略和恐怖主义行为等方面遇到困难。现有的各种有关引渡的条约和打击恐怖主义的公约总是明确说明哪些罪行是可以惩罚的。这些委员认为，委员会不应为了概括治罪法草案中的所有罪行而费力寻求一般性的措辞方式。

114. 有些委员认为，特别报告员在其第十二次报告中提出的折衷性建议是令人感兴趣的，值得考虑。

115. 有些委员认为，一读暂时通过的条款草案中所载“国际法上的”这五个字是不必要的。这些委员之中有人指出，治罪法草案所列举的一切罪行是否真正是国际法上的罪行，是未能确定的。

116. 另一些委员认为，“国际法上的”这五个字可能被解释成引入了属于治罪法范围以外的国家刑事责任概念。

117. 还有一些人同意特别报告员的意见，认为这是一个纯理论性问题，因为这些字并未引入任何新的东西，而且一旦治罪法获得通过，它就成为一项公约，它所规定的罪行也就成了国际罪行。

118. 关于第 2 条（定性）¹³⁰，特别报告员在其第十二次报告中指出，该条确立了国际刑法相对于国内法的自主性。他指出，如果存在种族灭绝的因素，某一罪行被一国国内法定性为谋杀这一事实并不会排除在治罪法的基础上将同样行为定性为灭绝种族罪行。

119. 但是，由于有些国家政府在答复中说第 2 条的第二句是多余的，认为应予删除，特别报告员愿意考虑将其删除。

120. 委员会的一些委员赞成该条草案及国际刑法相对于国内法的自主性，但同意删去该条的第二句，因为他们不认为该句是非有不可的。

121. 但是，另一些委员认为，该条草案第二句应予保留。他们强调第一和第二句阐述了两种不同的概念——一句是对行为的定性，另一句是说明罪行可否惩罚。

122. 有些委员虽然同意保留第 2 条，却认为，委员会应避免暗示国际法与国内法之间有冲突。委员会所确定的罪行在一切国家的国内法中多半是可予惩罚的。问题在于：治罪法草案作出的定性并不以任何特定国家国内法所作出的定性为转移。在这一点上，他们建议修正第 2 条草案的第一句措辞以反映治罪法和一切文明国家的刑法典之间存在的联系。

123. 关于第 3 条（责任和惩罚）¹³¹，特别报告员在其新的建议中保留了委员会一读通过的案文的前两款。

¹³⁰ 委员会一读暂时通过的第 2 条草案如下：

“第 2 条 定性

“一项作为或不作为定性为危害人类和平及安全罪行不取决于国内法，。该项作为或不作为是否可按国内法惩罚的事实不影响这种定性。”

¹³¹ 委员会一读暂时通过的第 3 条草案如下：

“第 3 条 责任和惩罚

“1. 犯有危害人类和平及安全罪行的个人应为此负责并应受到惩罚。

“2. 协助、教唆或提供手段使犯下危害人类和平及安全罪、或共谋或直接煽动犯下这种罪行的任何个人，应为此负责并应受到惩罚。

“3. 企图犯下[第……条所载]危害人类和平及安全罪行而未遂的个人应为此负责并应受到惩罚。‘未遂’是指已开始实施一项罪行，只因为不以犯罪者的意图为转移的因素才遭失败或被制止的任何情势。”

124. 特别报告员在其第十二次报告中指出，第 3 条规定了个人国际刑事责任的原则，这是纽伦堡法庭判决¹³²以来现已为国际刑法接受的一项原则。关于该条第 3 款，他所同意的批评强调未遂并不适用于危害人类和平及安全的一切罪行，如侵略威胁。在某些情况下，现行的一些公约如《防止及惩治灭绝种族罪公约》就明确谈到未遂问题。按照特别报告员的意见，治罪法草案不应按具体问题具体处理的办法确定可适用未遂概念的罪行，而应留待主管法院自行决定所审理案件的具体内容是否适用定性。所以他建议将第 3 款改写为：只要法院认为某一行为确实构成一种企图，这项行为就是可以惩罚的。特别报告员修正的第 3 款如下：

“3. 企图犯下本治罪法所确定的行为之一而未遂的个人应为此负责并应受到惩罚。”

125. 关于第 3 条的标题，有人指出，“惩罚”一词具有道德含义而不是法律含义，是不适当的。

126. 第 1 款的内容一般获得接受。

127. 至于第 2 款，有些委员认为，其措辞太含糊，可能会大为扩大治罪法可惩治的人的范围。比方说，就侵略罪而言，每一个军人均将受惩罚，而这是与战争法不一致的。在治罪法草案第二部分中，在确定哪些人应对罪行负责方面，已谨慎行事，这些委员认为，第 2 款应改拟，以考虑到第二部分所列举的每一项罪行。

128. 一些委员认为经特别报告员修正的第 3 款是可接受的。

129. 另一些委员对该款作出了保留，他们较喜欢用原来的案文。有人指出，侵略的威胁并不构成未遂罪，这是事实，但这是特别报告员举出的唯一例子，因此应可具体确定哪些有关罪行不适用未遂罪。还有人强调，关于授权主管法院自己决定未遂的定性是否适用于它所审判的案文的具体内容的建议似乎有吸引力，然而，同在大多数法系下可对概念进行广义解释的刑事法院不一样，国际刑事法院具有十分明确的权力，各国不一定愿意给予广大的回旋余地。关于将“危害人类和平及安全罪行”改为“本治罪法所规定的行为之一”的建议，有人问起，这样修改怎能减少已经认为第 3 款的范围很大的人的忧虑呢？

130. 对第 3 款提出的另一个建议是，该款应删除，未遂的概念可以不下定义即予列入第 1 款，该

¹³² 见上文脚注 59。

款可提到“犯下或企图犯下……的人”。关于未遂定义的部分可列入对本条的评注中。

131. 有些委员认为,第3条与第2条一样,应明确指明,不阻止犯罪的事实也可能是一项罪行。

132. 有些委员认为,第3条应与“国际法庭”规约¹³³的第7条更加一致。

133. 对于委员会一读暂时通过的第4条(动机)¹³⁴,特别报告员在其第十二次报告中指出,它引起了许多保留意见,其原因要不是因为该条被认为干预抗辩权,就是因为该条被认为列入关于可以从轻量刑情况的条款草案中较为适当。特别报告员建议删除本条。

134. 委员会许多委员支持特别报告员关于删除第4条的建议。有人指出,通常应区分动机和意向或犯罪意图,动机不构成犯罪的一个组成部分。因此,动机的定性并没什么用处,因为只有确定责任的程度时,动机才有其作用。政治动机通常可以减轻正常状态下所判的刑,比方说,可在还保留死刑的刑事司法制度中,阻止判处死刑。因此,这些委员认为第4条应予删除,其内容则列入关于可以从轻量刑情况的条款中。

135. 然而,另一些委员认为,第4条属于治罪法草案,不认为动机应列入可以从轻量刑情况或例外情况。其中一些委员特别强调,犯下危害人类和平及安全罪行的人不应该能够辩称他们是为着政治原因而这样做。

136. 就第5条(国家的责任)¹³⁵来说,特别报告员在其第十二次报告中指出,它没有引起对它进行评论的各国政府的反对意见。各国政府都同意,一国应对政府人员犯下的罪行所造成的损失承担国际责任。特别报告员解释说,单一的罪行往往具有双重的后果:刑事后果,即应对犯罪者所施加的惩罚,和民事后果,即赔偿损害的义务。所审议罪行的犯罪者往往是履行官方权力的国家人员。在这种情况下,必须确定国家的责任的确实意义,特别是

¹³³ 见上文脚注56。

¹³⁴ 委员会一读暂时通过的第4条草案如下:

“第4条 动机

“危害人类和平及安全罪行的责任不应受到被告所援引不包括在罪行定义内之动机的影响。”

¹³⁵ 委员会一读暂时通过的第5条草案如下:

“第5条 国家的责任

“对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的追诉,并不免除一个国家对其可归因于它的作为或不作为依国际法所应负的任何责任。”

因为损害的范围和程度远远超过犯下罪行的国家人员的赔偿能力。因此,特别报告员建议保留该条。

137. 委员会若干委员支持一读通过的第5条以及特别报告员关于予以保留的建议。在这方面,有人指出,该条体现了极为切合实际的基本原则,即:个人应负国际刑事责任并不因而免除国家对危害人类和平及安全罪行所应承担的国际责任。还有人回顾,该原则已载入若干条约中,包括《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条。

138. 有些委员支持第5条的基本原则,但认为其措辞不太妥当,可加以改善。有人指出,该条应与国家责任草案的一些条款,包括第一部分第5和8条¹³⁶及第二部分第10条第2款(b)项¹³⁷,一并理解。但是,一些委员认为,该条目前的措辞似乎排除了个人刑事责任与国家责任之间任何联系的存在。尽管必须区分这两个概念,但也不应忘记两者之间有时亦有重叠之处。比方说,根据国家责任草案第二部分第10条第2款,抵偿的要素之一是,对其行为引起国家的国际不法行为的人员提起刑事诉讼。然而,抵偿并不免除国家承担罪行的另一些可能的后果,例如赔偿。因此,有人认为,条款草案应明确规定:

“对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的起诉,并不免除一国根据国际法所应负的任何责任。”

139. 此外,虽然有些委员认为,本条措辞可予改进,以避免与国家的刑事责任概念发生任何混淆,但另一些委员认为,目前的措辞的优点是,将来如这一概念获得承认,本条不一定要排除该概念。

140. 关于第6条(审判或引渡的义务)¹³⁸,特别报告员在其第十二次报告中指出,各国政府的书面答复并未对第6条的原则表示异议,但对如何适用该条感到关切。第一个意见涉及对被要求引渡的被

¹³⁶ 第三十二届会议上一读暂时通过的第一部分第1至35条条款的案文,见《1980年……年鉴》,第二卷(第二部分),第30页起。

¹³⁷ 案文见《1985年……年鉴》,第二卷(第二部分),第20页,脚注66。

¹³⁸ 委员会一读暂时通过的第6条草案如下:

“第6条 审判或引渡的义务

“1. 在其领土内出现据称犯有危害人类和平及安全罪行的个人的国家应对其进行审判或引渡。

“2. 如果有几个国家要求引渡,应特别考虑罪行发生在其领土内的国家的要求。

“3. 第1和第2款的规定并不预先判定国际刑事法院的设立和管辖权。”

告提供的保证。特别报告员强调说，载于委员会第四十五届会议工作报告附件的国际刑事法院规约草案工作组的报告¹³⁹中已经详细讨论过这一问题，因此，他认为，治罪法草案可采用该办法。各国政府提出的第二个意见涉及第 6 条中所规定的规则的范围。有些国家认为，规则应只对治罪法缔约国适用。特别报告员认为，这一意见值得采纳。他指出，各国政府提出的第三个意见涉及引渡要求如有数个应该如何安排引渡的优先次序。特别报告员认为，虽然刑法属地性原则已获公认，因此，罪行发生地国的要求原则上必须具有优先地位，但是不应该认为这一规则是绝对的。如有些国家政府所指出的，在罪行发生地国应承担犯下罪行的一些责任的情况下，这一规则应有保留。特别报告员认为，如果国际刑事法院已设立，这一规则可能也会引起保留意见。他问起，罪行发生地国的要求是否应优于国际刑事管辖的要求。他认为，答案应是否定的。

141. 有些委员毫无保留地赞成本条第 1 款目前的措辞。另一些委员基本上虽认可第 1 款所体现的原则，但怀疑其拟订方式是否是最好的。在这方面，他们指出，目前生效的关于普遍管辖的一些条约和公约的措辞很不一致，因此有必要进行有系统的研究，以便查出其共同点。第 1 款目前的用语似乎与范本案文的措辞不一致。比方说，《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》第七条规定，如果缔约国不引渡受到指控的罪犯，它必须将案件提交其主管当局，以根据该国的法律进行起诉。治罪法草案第 6 条则只提到国家必须对受到指控的罪犯进行审判或引渡。这些委员认为，第 6 条的措辞应与其它案文的措辞取得一致。

142. 关于第 1 款所规定的原则的就人而言的范围，目前还不能确定该原则应只对治罪法缔约国适用还是对所有国家适用。有人认为，如果治罪法草案变成公约，则必须根据《维也纳条约法公约》的有关条款，尤其是其第三十四、三十五、三十八和四十三条予以评量，才能对这一问题提出理论上的答案。有必要确定“或引渡或审判”的原则已在什么程度上获得承认，可做为对非治罪法缔约国具有约束力的习惯法。就实践观点而言，不承认该原则的适用范围包括所有国家会削弱治罪法体系。

143. 关于该条第 2 款，有些委员虽承认通常在引渡事项上重视属地性标准，但对第 2 款似乎在引渡程度中将优先权给予罪行发生地国提出了保留意见。在这方面，有人认为，这种优先地位可能会造

成将受到指控的罪犯引渡到也应该对个人罪行负责的国家，可能因此得到从轻判刑。在其它情况下，这种引渡可能造成审判的目的是在于报复而不是为了司法。

144. 但是有些委员认为，第 2 款所规定的规则并不是绝对的，其措辞只说“应特别考虑”罪行发生地国的要求。有人指出，将“应特别”改为“可特别”，可提高灵活性。

145. 有些委员说，第 3 款及整条的一些方面应在今后根据通过的国际刑事法院规约加以修订。有人说，该条应增列一项与委员会前届会议的工作报告附件中所列的国际刑事法院规约草案¹⁴⁰第 63 条相似的规定，该条规定向法庭交出被告的事宜。有的委员建议，本条应明确规定，在出现数项引渡或递解被告要求时，国际刑事法院应具有优先权。

146. 关于对要求引渡被告作出的保证，有些委员建议治罪法草案使用附于委员会前届会议工作报告的国际刑事法院规约草案所采用的措辞。

147. 关于第 7 条（不适用法定时效）¹⁴¹，特别报告员在其第十二次报告中指出，从各国政府收到的书面意见表明，不适用法定时效的规则没有被各国普遍接受。这项规则是在第二次世界大战以后，在联合国的提议下，以《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》和大会关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则的第 3074（XXVIII）号决议的形式出现的。原则 1 称此类罪行“无论发生于何时何地”均应予以起诉。但是，特别报告员也强调说，这些文书在范围上很有限，因为它们仅涵盖战争罪和危害人类罪。他认为，似乎难以将此项规则延用于治罪法包括的所有其它罪行。在这种情况下，他认为应删去关于对治罪法所涉及的罪行不适用法定时效的条款。治罪法只应列入对所有危害人类和平及安全罪适用的一般性规则，第 7 条阐述的规则似乎不适用于治罪法列举的所有罪行，至少根据现行公约的规定是这样。

148. 委员会一些委员赞成特别报告员提出的删除第 7 条的解决办法。在这方面，有人指出，不适用法定时效的规则不能适用于治罪法涵盖的所有罪行，第 7 条涉及的是基本上必须由政府在做出一般性政策决定时参照各种因素来决定的一个问题。仅

¹⁴⁰ 同上。

¹⁴¹ 委员会一读暂时通过的第 7 条草案如下：

“第 7 条 不适用法定时效

“危害人类和平及安全罪行不适用法定时效。”

¹³⁹ 见上文脚注 48。

有不到 30 个国家批准了《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》这一事实表明，一些国家政府都不大愿意接受关于事先以标准方式调整基本上属于其一般性政策的问题的规定。

149. 还有人指出，不适用法定时效的绝对性规则在某些情况下可能阻碍过去有过争执的两个民族的和解，甚至阻碍一国政府为了最后恢复国内和平在全国人民以民主方式表示同意的基础上给予赦免。

150. 有人问起，在危害人类和平及安全罪的罪犯犯下该罪行 30 年或 40 年之后才绳之以法是否还有意义。过了这么多年以后，可能出现各种各样的困难。一个妥协的解决办法可以是，只要有实实在在的理由不提起刑事诉讼，例如在治罪法条款规定可予起诉的罪犯在一国掌权的整个期间不提起刑事诉讼，这段时间将停止计算。

151. 一些委员认为，为了取代不适用法定时效，应规定一定的时效期，就治罪法草案所列罪行的严重程度而言，时效期足够长。

152. 然而，另一些委员认为，不适用法定时效规则属于治罪法草案，因为该文书的道德和法律概念是以最严重罪行的基本概念和在法律及实践上从这一概念中引出最严格的结论的必要性为依据的。因此，其中的一些委员认为不适用法定时效原则的范围在很大程度上取决于治罪法草案的内容，其中应该将可以合理地适用不适用法定时效原则的真正最严重的罪行、或“罪行中的罪行”定为罪行。否则，第 7 条的范围将必须缩小，并且仅适用于例如危害人类罪和战争罪。

153. 最后，一些赞成对危害人类和平及安全罪不适用法定时效原则的委员认为，出于人道主义理由或民族和解的理由，对该原则的实施可以予以放宽，办法是规定被定罪的人可有资格获得赦免、假释或从轻量刑。

154. 在合并评述第 8 条（司法保证）、第 9 条（一事不再理）和第 10 条（不溯及既往）时，几位委员强调了这几条的重要性以及协调治罪法草案中的这类规定与国际刑事法院规约草案中有关类似事项的规定的必要性。

155. 关于第 8 条（司法保证）¹⁴²，特别报告员在

¹⁴² 委员会一读暂时通过的第 8 条草案如下：

“第 8 条 司法保证

“被指控犯有危害人类和平及安全罪行的个人应不受歧视地享有对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度的保证，特别是，他在被证明为有罪之前应推定为无罪，并且有权：

其第十二次报告中指出，该条草案达成了广泛的协商一致，主要因为它符合《世界人权宣言》¹⁴³和《公民及政治权利国际公约》。因此，他建议保留这一条款。

156. 委员会几位委员对第 8 条的现有措辞表示同意，认为其中阐述了任何被告都必须有权得到的最低限度的保证，它们是国际法和人权文书的基本原则之一。

157. 也有人指出，应该在对被告提供司法保证和国际社会的安全两者之间维持平衡。

158. 关于第 9 条（一事不再理）¹⁴⁴，一读暂时通过的条款规定，任何人不得因已由一个国际刑事法院对其最终定罪或宣告无罪的一项治罪法下的罪行

“（a）在一个根据法律或条约正式建立的有管辖权、独立和公正的法庭上接受公平而公开的审理，由该法庭确定对他的指控有无根据；

“（b）以本人所懂的语文迅速详尽地获悉对自己提出的控诉的性质和理由；

“（c）具有必要的时间和便利条件为自己的辩护做好准备，并与自己选择的律师联系；

“（d）不过分迟延地接受审判；

“（e）在本人出庭的情况下接受审判，并亲自或通过自己选择的辩护人协助自己辩护；如果没有辩护人，应通知他有权聘用辩护人；如果他无力支付辩护人的报酬，则应免费为他指定辩护人；

“（f）讯问控诉证人或使其接受讯问，并在适用于控诉证人的同样条件下使辩护证人出庭并接受讯问；

“（g）如果他不懂或不会说法庭所使用的语文，应免费得到口译员的协助；

“（h）不被迫作不利于自己的证明或供认有罪。”

¹⁴³ 大会第 217A（III）号决议。

¹⁴⁴ 委员会一读暂时通过的第 9 条草案如下：

“第 9 条 一事不再理

“1. 任何人不得因已由一个国际刑事法院对其最终定罪或宣告无罪而受审或受惩罚。

“2. 在第 3、4 和 5 款的限制下，任何人如果因按本治罪法为罪行的行为已经由一个国家法院最终定罪或宣告无罪，而且如果已判刑、该刑罚已经执行或正在执行，该人即不应因该罪行而受审或受惩罚。

“3. 尽管有第 2 款的规定，如果作为普通罪行审判和惩罚的行为符合本治罪法所规定的一项罪行，则该个人仍可因本治罪法规定的罪行而受到一个国际刑事法院或一个国家法院的审判或惩罚。

“4. 尽管有第 2 款的规定，另一国国家法院在下列情况下仍可因本治罪法规定的一个罪行对一个人进行审判和惩罚：

“（a）如果作为前一判决主题的行为发生在该国领土内；或

“（b）如果该国是罪行的主要受害者。

“5. 如果一个人以后按本治罪法被定罪，法院在判刑时应将因过去对同一行为定罪而判处并执行的任何刑罚扣除。”

而受审或受惩罚。该条第 2 款对国家法院最终定罪或宣告无罪确认了同样的原则，但容许有该条第 3 款和第 4 款所述的各种例外情况，即：（a）如果作为普通罪行审判和惩罚的行为符合本治罪法所规定的一项罪行；（b）如果受到国家审判的行为发生在其法院打算再次审判该行为的国家领土上；（c）如果该国是罪行的主要受害者。然而，该条规定，一个人以后被定罪，第二个法院在定刑时应将过去因对同一行为定罪而判处并执行的任何刑罚扣除。

159. 特别报告员在其第十二次报告中说，各国政府对该条做出许多保留。他认为原因在于，该条是相互冲突的两个思想学派互相妥协的产物，一方赞成将该原则列入治罪法草案，另一方则反对。

160. 特别报告员认为，假定存在着与国家法院共同拥有管辖权的国际法庭，“一事不再理”的原则才可以适用。因为如果国家法院对已按国际管辖权审理的案件拥有管辖权，那么就会破坏国际法庭的权威。另一方面，如果不存在国际刑事法院，特别报告员认为对国家法院已做出的判决适用“一事不再理”原则就困难得多了。因此，他在第 9 条修订案文中建议，对“一事不再理”原则的适用应限于存在一个国际刑事法庭的情况。特别报告员建议的第 9 条修订案文如下：

“第 9 条 一事不再理

“1. 任何人如犯有构成危害人类和平及安全罪的行为，而他或她已受到国际法庭的审讯，就不应再受到国内法院的审讯。

“2. 任何人因犯有构成危害人类和平及安全罪的行为而受到国内法院的审讯，如有下列情况仍有可能随后受到法院的审讯：

“（a）他或她受审的行为被定性为普通罪行，而不是危害人类和平及安全罪行；

“（b）国内法院的诉讼程序不公正或不独立，而且目的在于包庇被告，使其免除承担犯有国际罪行的责任，或该案件没有依法进行细致的起诉。

“3. 在考虑对根据本治罪法宣判有罪的人作出惩处时，法院应考虑到国内法院对此人所犯同一行为所作惩处已实行的程度。”

他是以“国际法庭”规约¹⁴⁵第 10 条为范本拟订该条新的草案的。

161. 委员会的一些委员对一读通过的第 9 条发表了意见。他们对该条，特别是第 3 款和第 4 款与《公民及政治权利国际公约》第十四条以及与《保护人权与基本自由公约》的相应规定是否一致表示怀疑。

162. 关于特别报告员提出的第 9 条的新案文，几位发言者对特别报告员排除缔约国自己的法院审判已经过国际法院审理的案的可能性表示欢迎。他们在这方面指出，根据一份仔细的研究，可以认定，按照现行实在法，一事不再理的原则仅在一个特定的法律制度下适用，以致并不排除另一国家对同一事实进行诉讼。在这方面，还有人指出，这项原则是相对的，因为只有在较高的司法利益有此要求、发现了有利于被判罪者的新的事实、或审判该案件的法院没有表现出不偏不倚或独立性时，才授权对案件重新审理。因此，这些委员同意特别报告员将该原则的适用仅限于存在国际刑事法院的情况，他们认为，根据“国际法庭”规约第 10 条拟订的新案文是可以接受的。

163. 然而，有些委员对于将与“国际法庭”规约中有关规定相类似的条款列入治罪法草案持保留意见。他们说，“国际法庭”是根据安全理事会的一项决议设立的，该决议规定了对所有联合国会员国都有约束力的维持该地区和平与安全的措施；而治罪法草案和国际刑事法院规约草案只对自愿加入的缔约国适用。所以，这些委员认为，不容易在国际一级上适用“一事不再理”原则，因为除了由于所犯罪行严重，应赋予国际法院专属管辖权的案件外，缔约国一般都不愿意接受国际法院的管辖。

164. 一些委员认为，特别报告员建议的新案文没有解决“一事不再理”原则引起的复杂问题，因为第 2 款提及普通罪和伪装审判造成了严重的问题。

165. 关于第 10 条（不溯及既往）¹⁴⁶，特别报告员在其第十二次报告中说，该案文实际上没有引起反对意见。他指出，第 1 款重申了刑法的一个基本原

¹⁴⁵ 见上文脚注 56。

¹⁴⁶ 委员会一读暂时通过的第 10 条草案如下：

“第 10 条 不溯及既往

“1. 任何人不得因为本治罪法生效前的行为按本治罪法定罪。

“2. 本条的任何规定并不排除对于任何人因在行为时根据国际法或依国际法应适用的国内法构成犯罪的任何行为进行审判或惩罚。”

则，第 2 款只是照搬《世界人权宣言》¹⁴⁷第十一条和《公民及政治权利国际公约》第十五条第二款。因此，他建议予以保留。

166. 几位委员对该条的现有措辞表示同意，并根据特别报告员第十二次报告中所阐述的考虑对该条表示赞同。他们指出，除非对被告有利，否则法律不可能有溯及既往的效力。

167. 关于第 11 条（政府或上级的命令）¹⁴⁸，特别报告员在其第十二次报告中指出，该条款草案所体现的原则在“纽伦堡原则”¹⁴⁹的原则四中已得到肯定。他说，委员会仅仅把“只要道德的选择事实上对他是可能的”一语改为“如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能”。特别报告员认为，如果没有良好的理由就不应对该原则表示异议。因此，他建议保留该条。

168. 一些委员对该条草案发表了保留意见，提出对其措辞进行改进的建议。例如，他们说，按目前的行文，该条有可能造成严重问题，因为来自政府或上级的命令与犯罪问题没有联系。不加以改进即是无视法律的一般原则和实践。他们说，该句“如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能”一语应删掉。他们还指出，大会实际上并未“通过”纽伦堡原则，只是注意到这些原则。另一建议是限定该条草案“可能”一词，不妨加上“真正”或“道义上的”等词。

169. 其他委员认为，委员会应回到“纽伦堡原则”原则四所载的条款，将该条措辞改为：

“被控犯危害人类和平及安全罪的个人是根据政府或上级命令行事的这一事实，只要道义的选择事实上对他来说是可能的，则不免除其依国际法所负的道义责任。”

170. 关于第 12 条（上级的责任）¹⁵⁰，特别报告员

¹⁴⁷ 见上文脚注 143。

¹⁴⁸ 委员会一读暂时通过的第 11 条草案如下：

“第 11 条 政府或上级的命令

“凡因执行政府或上级命令被控犯危害人类和平及安全之罪行者，如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能，则其刑事责任不得免除。”

¹⁴⁹ 见上文脚注 24。

¹⁵⁰ 委员会一读暂时通过的第 12 条草案如下：

“第 12 条 上级的责任

“如果上级知道，或者掌握情报使其能够在当时的情况下断定，其下级正在或将要犯下危害人类和平及安全罪行，而且并不采取其权力范围内的可行措施，以预防或制止该罪行，则该罪行系下级所犯下的事实并不免除其上级的刑事责任。”

在其第十二次报告中指出，该条款规定上级对下属所犯的罪行推定负有责任。推定责任源于第二次世界大战以后为处理战争期间所犯的罪行而设立的国际军事法庭的判例，特别报告员在其第四次报告¹⁵¹对此做过一定的叙述。这些判例的依据是，上级的忽略、没有监督或默许都是使其在刑事上对其下属所犯的罪行负责的过失，从而推定上级负有责任。他建议保留该条。

171. 一些委员认为，该条是合理的，应照原样保留。

172. 其他委员虽然表示该条所体现的一般思想是可以接受的，但认为，它的措辞引起许多问题。他们说，“如果上级知道，或者掌握情报”一语引入了一个正确的概念，但说得有些过于简单化了。这些委员认为，上级可被认为对某一行为负责的具体标准应予阐述清楚，因为现有的措辞对上级规定的责任非常重。他们还说，特别报告员在其第十二次报告中所谈到的推定责任的概念鉴于第 8 条中所述的无罪推定规则，需要进一步考虑。此外，他们建议委员会应该审议该条的来源。

173. 关于第 13 条（官方地位和责任）¹⁵²，特别报告员在其第十二次报告中说，虽然难以详细规定应对国家或政府首脑进行起诉的各种情况，但可以说，任何时候国家或政府首脑犯下危害人类和平及安全罪，都应被起诉。特别报告员建议按原样保留第 13 条。

174. 委员会普遍欢迎关于保留第 13 条而不予更动的提议。在这方面，有委员指出，该条款草案直接基于“纽伦堡原则”的原则三。

175. 此外，有委员指出，该条款草案完全排除了犯有危害人类和平及安全罪行的人由于其官方地位而产生的豁免权，但对于国家领导人在司法程序上似可享有的豁免问题，也许应给予一定程度的考虑。

176. 关于第 14 条（抗辩和减罪情况）¹⁵³，一读

¹⁵¹ 见上文脚注 29。

¹⁵² 委员会一读暂时通过的第 13 条草案如下：

“第 13 条 官方地位和责任

“犯有危害人类和平及安全罪行的个人的官方地位，特别是其以国家或政府首脑的身份行事的事实，并不免除其刑事责任。”

¹⁵³ 委员会一读暂时通过的第 14 条草案如下：

“第 14 条 抗辩和减罪情况

“1. 主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩。

“2. 法院于判决时应酌情顾及减罪情况。”

通过的规定包括两款。第 1 款规定，主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩。第 2 款规定，法院于判决时应酌情顾及减罪情况。

177. 一些政府在书面答复中认为，抗辩的概念与可以从轻量刑的情况的概念应当分开处理，特别报告员在第十二次报告中表示赞同这一意见。特别报告员说，这两个概念不属于同类概念。抗辩是开脱某一行为的犯罪性质，而可以从轻量刑情况并不开脱犯罪性质，只是减少罪犯的刑事责任而已。换言之，抗辩涉及罪行是否存在的问题，可以从轻量刑的情况涉及惩罚问题。特别报告员还赞同这样的意见，即由于抗辩力求证明罪行并不存在，故应当在治罪法中确定它的定义，一如根据“法无明文不为罪”的原则在治罪法中确定罪行的定义一样。因此，他提出了关于处理抗辩问题的新的第 14 条草案，即自卫、被迫和危急状况，该条款文如下：

“第 14 条 “自卫、被迫和危急状况

“出于自卫、被迫和危急状况所犯的行为不视为罪行。”

178. 特别报告员解释说，这里所指的自卫不是《联合国宪章》第五十一条规定的自卫。第五十一条消除了特定行为的不法性从而免除了有这种行为的某一国家的国际责任。但是，由于自卫构成一国不负国际责任的例外情况，它也就免除了该国领导人对有关行为的国际刑事责任。关于被迫和危急状况的概念，《纽伦堡法庭宪章》¹⁵⁴和盟国管制委员会第 10 号法律¹⁵⁵所设立的国际军事法庭的司法判例均承认这些概念，但有以下保留和条件：（a）被迫和危急状况必须构成现时或即刻的危险；（b）援引被迫或危急状况为由的被告必须是并未以其自身的行为帮助产生被迫或危急状况；（c）所保住的价值与为避免危险而牺牲的价值，不应当不成比例。特别报告员还指出，起源于英美法的这一司法惯例在被迫和危急状况之间并无任何区别。

179. 委员会普遍欢迎在单独的条文中处理抗辩问题。

¹⁵⁴ 见上文脚注 83。

¹⁵⁵ Law relating to the punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity, enacted at Berlin on 20 December 1945 (Allied Control Council, *Military Government Legislation* (Berlin, 1946)).

180. 但是，有人对特别报告员提议的新的第 14 条的措辞提出了批评。有委员说，新案文过份简化了原先的案文，有可能在个人的自卫与《联合国宪章》第五十一条规定的自卫之间引起令人遗憾的混淆。两类自卫之间的可能混淆很可能导致严重后果，因而有必要拟定一个清楚的案文。还有委员指出，该条所提的任何抗辩均不能成为灭绝种族行为等的理由，而案文的空洞有可能使人认为此种罪行是有理由的。有委员建议，如果在该条文中写入特别报告员在报告正文中提到的援引条件（见上文第 178 段），可能多少会减少该条文的含糊性。有委员说，在自卫、被迫和危急状况问题上，委员会必须制订更具体的案文，否则抗辩对于被告来说就没有什么实际价值。

181. 还有的委员指出，特别报告员提议的该条草案应分成两个部分，因为涉及两个不同的概念。出于自卫的行为不是非法的，而在被迫和危急情况下，责任虽免，过失仍在。还有委员认为应该在草案中提到对错误的辩护，尽管在危害人类和平及安全治罪法中不大可能经常援引它。还提到委员会也许还应审议以“精神错乱”和“同意”作为辩护理由的问题，以决定是否应将它们写入治罪法草案之中。

182. 此外，对于应该存在为危害人类和平及安全这样的严重罪行辩护的概念，有些委员表示很难接受。

183. 特别报告员指出，在第十二次报告中提议的该条草案中，“抗辩”一词已经从条款草案的标题中剔除了。

184. 特别报告员第十二次报告中提议的新的第 15 条（可以从轻量刑的情况）案文如下：

“第 15 条 “可以从轻量刑的情况

“审判案件的法院在做出适用的判决时，可考虑到可以从轻量刑的情况。”

关于该条，特别报告员说，刑法一般承认，审判刑事案件的任何法院都有权审查罪行是在何种情况下所犯，并确定是否有可据以减轻被告责任的案情。此外，特别报告员认为，不宜讨论从重量刑的情况，因为这里讨论的罪行已经是最严重罪行中的最严重罪行。但是他又说，这是由委员会决定的问题。

185. 一些委员表示赞同在治罪法中列入关于从轻

量刑情况的特别规定。在此方面，有委员指出，在英文中，“mitigating”（减轻）一词比“extenuating”（从轻）更可取。

186. 某些国家政府援引“精神错乱”作为可以从轻量刑的情况，关于这一问题，有委员评论道，此种抗辩有使治罪法失去意义的危险，因为犯有此种骇人罪行者均可被视为精神错乱。

187. 还有委员建议，第 15 条应与国际刑事法院规约草案的相应条款协调一致，并应与惩罚问题一并审议。

188. 有委员说，在国家司法机构适用治罪法的情况下，一个简单的解决办法是以有关的国家法律为准，核实哪些是可以从轻量刑的情况。

189. 在此方面，一些委员认为，由于可以从轻量刑的情况是由做出判决的法官来决定，因而第 15 条没有意义。

190. 但是，其他委员认为，第 15 条不仅应述及可以从轻量刑的情况，而且还应述及可以从重量刑的情况。

191. 在结束讨论特别报告员第十二次报告时，特别报告员对在辩论中产生的主要思路做了总结，并对所提的某些问题提出看法。

192. 关于治罪法草案的标题，特别报告员认为，在前南斯拉夫、卢旺达和另一些国家内仍在犯下危害人类和平及安全的罪行，根据这些国家的最近事件判断，本主题依然是一项专题。他不认为标题有什么可更改的。“国际刑法”的措辞方式将会过于广泛，因为治罪法草案限于危及人类和世界文明的最严重罪行。

193. 关于第 1 条，他在早先几次报告中解释了为什么委员会通过了一个示例性的定义而不是一般性定义。但是，委员会的一些委员仍然倾向于一般性的或概念性的定义。他并不反对这样做，但是在过去 13 年中，没有提出过任何一般性定义，他本人也无法提出一个这样的定义。列举也是有效的定义。有一国政府曾建议一个一般性定义，附之以示例性和非限制性的列举。他喜欢这一设想并支持它，但也欢迎其它提议。

194. 关于第 2 条，特别报告员说，该条确认国际法相对独立于国内法。尽管人们普遍赞同第一句，但第二句（“该项作为或不作为是否可按国内法惩罚的事实不影响这种定性”）却遇到反对意见。委员会一些委员说，这一句是冗句，没有增添任何新

意。特别报告员表示，由于第二句解释和强调了第一句，因此他赞同保留此句。他说，一旦人们承认国际刑法是一门单独的学科，就一定有可能对根据该法可予惩罚的行为定性。定性通常是法院的工作。当一人指控另一人犯有某一特定行为时，他不必对行为定性，而只是简单地描述所指控的事实。法院必须对该行为定性，并决定该行为相当于治罪法中的何种罪行。有时这是非常困难的。

195. 关于第 3 条，特别报告员说，发现已经犯有罪行是不够的：还必须确定该行为与犯罪者责任之间的联系。一些委员对使用“惩罚”一词表示异议，有人提议用更适当的词语来代替，他将遵从起草委员会的决定。

196. 委员会花了一些时间讨论第 3 款中的“未遂”。他曾被问及治罪法下的何种罪行可成为未遂的客体，何种罪行不可成为其客体，然而遗憾的是，他不能事先划定这种界线。他认为，这样做是没有意义的，因为这是由法院决定的事情。

197. 第 4 条是困难的一条，特别报告员不理解为什么治罪法草案要有专门一条涉及这一主题。动机千差万别。人们可能为金钱犯罪，但也可能出于自豪，甚至出于更加崇高的情感如荣誉或爱情而犯罪。委员会委员们曾认为这一主题可在关于抗辩和减罪情况的第 14 条下处理，因此，他曾要求删去第 4 条，特别是因为它目前的案文既含糊、又复杂，也失之肤浅。

198. 有委员认为，第 5 条不够完整，他承认该条限于国家代表所犯的罪行。当国家官员犯下不法行为时，通常认为国家对该行为负责。委员会的一些委员认为，不能总是认为国家负有责任，因为某些个人的所为与国家无关。尽管确有此种情况，但他想到的是以这样或那样的形式与国家相联系的罪行行为者。个人有时可犯下非常严重的国际罪行，并且与国家没有明显的联系。例如，一些恐怖主义团体就可能与国家没有明显的联系。即便如此，国家也许仍然有一些特别义务：恐怖主义分子不是在真空中活动。很难想象如果没有国家的卷入，存在于该国的恐怖主义团体怎样才能在另一国家犯下严重罪行。如果一国有良好的安全系统，就不可能忽略在其领土上存在的酝酿在它国领土上犯罪的恐怖主义团体。《国家权利义务宣言草案》¹⁵⁶第 7 条规定，每一国均有

¹⁵⁶ 委员会 1949 年第一届会议通过，见《1949 年……年鉴》，第 286 页起。

义务保证其领土上的现有状态不致威胁国际和平与秩序。只要犯有危害人类和平及安全的罪行，背后就有国家起作用，或是由于忽略，或是由于同谋。无论如何，特别报告员倾向于保留第 5 条不动，因为它限于国家对其官员行动的责任。

199. 特别报告员还说，人们经常不断地提出国家的刑事责任问题，甚至在并不适宜时也提出这个问题。第 5 条阐述的是因国家官员的行为而追究的国家责任。有些委员的解释是，该条文系指必须追究国家的刑事责任。他曾多次陈述理由，阐明他不是国家刑事责任一派。此外，国家责任草案第一部分第 19 条及其评注¹⁵⁷都没有提到国家刑事责任。特别报告员不明白一个国家怎么能承担刑事责任。对国家实行制裁是另一码事，因为制裁属政治性质，并且是由各政治实体实施的，譬如，安全理事会实施的禁运或某一战胜国对某一战败国实行的政治制裁。总之，第 5 条所述的国家责任应理解为国际责任，而不是刑事责任。

200. 特别报告员说，第 6 条所列审判或引渡义务的基本依据是普遍管辖权的原则，这是一项委员会不可置之不理的原则，尤其是原来并未得到为国际刑事法院拟订规约草案的授权，该项授权是后来才赋予委员会的。一旦发生极端严重罪行并侵害人类基本利益时，各国都将关注。第 6 条第 2 款的目的是为若干个国家都要求审判这一罪行的罪犯时做出规定。然而，第 3 款还是规定了此后建立国际刑事法院，在对某一国家的管辖权发生争执时，由法院持有管辖权。在引渡方面虽未确立先后顺序，但起草委员会对在其领土上发生罪行的国家给予特殊的考虑，保留了有朝一日成立国际刑事法院的可能性。

201. 关于第 7 条，对不适用法定时效存在着各种分歧意见。有些委员认为绝对不适用恐怕过分严格，并可能阻碍国家和解及大赦。另一些人则认为，鉴于所讨论的罪行的严重性，不应当适用法定时效。特别报告员认为，委员会在治罪法定稿之前，不应表示某种立场。他在前几份报告中早已解释过，为何他主张把治罪法所处置的罪行数量严格地限制在最低程度。一旦确定了实际罪行，委员会即应决定是否适用法定时效。例如，治罪法草案目前还列入了侵略威胁和有害于环境的罪行。尽管这些罪行是严重的，但没有理由不对这些罪行适用法定时效。

202. 特别报告员说，关于第 8 条，委员会的普遍

共识是，被告应享有司法保障。有人建议，除《公民及政治权利国际公约》和《世界人权宣言》¹⁵⁸外，草案还应考虑到一些区域性公约。对此，特别报告员本人并不同意。在起草国际文书时，应作为依据的不是区域性的案文，而应参照世界性的文件。

203. 特别报告员说，第 9 条将原来基本属国内法的“一事不再理”规则列为国际法。这在国内并无问题，因为国家法院必须遵循他们国内立法所制定的规则。但是，就国际法而言，则可能出现困难，因为，不存在可对国家执行裁决的超国家权力机构。因此，这一规则是逐步地引入国际法之内的，首先在区域一级，通过若干个国家间达成的条约或协议，规定在某一国家中作出的判决也可在另一国家发生法律效力，而后，通过《公民及政治权利国际公约》在世界一级引入。目前的治罪法不能忽视该规则所提出的这些重要问题。起草委员会内已经出现了两种意见相左的思想派别。有些委员认为，这一规则十分重要，这相当于每个人的主观权利，因而强烈地支持将此规则列入治罪法。另一些委员则出于一些实际原因，反对这一主张：这些委员争辩说，某个人可在与其政治倾向相近的邻国寻求庇护，而且也很可能会得到这些国家法院的宽容，从而逃避这一规则。“一事不再理”的规则将保证他不在另一国家可能更为严厉的法庭上遭受审理。特别报告员说，鉴于上述两种不同的观点，有必要从中达成一项折衷，而第 9 条即是这项折衷的体现，该条首先确立了基本规则，而后又在第 4 款（a）和（b）项中规定了两项例外。但是，由于在定性时会出现的误解，可能还得产生第三项例外，譬如，某人是因谋杀罪而受审，但是，随后却揭露出怀有种族灭绝的动机。关于经修订的该条草案第 2 款（b）项中“不公正”一词，“国际法庭”规约¹⁵⁹也采用这一措辞，特别报告员同意，至少从理论上讲，一个国家不可能评判另一国家是否具有偏向性，因而在这里使用这一措辞是不正确的。

204. 特别报告员说，第 10 条（不溯及既往）草案被普遍认为可以接受。

¹⁵⁷ 见上文脚注 127。

¹⁵⁸ 见上文脚注 143。

¹⁵⁹ 见上文脚注 56。

205. 关于第 11 条, 特别报告员说, 只是与“纽伦堡原则”¹⁶⁰中的规定略有不同, 而上述原则是制定本条文的依据。本条文草案只有一个问题: 虽然一般不得借口服从某一政府或上级的命令来推卸某人的刑事责任, 但一切都取决于命令的性质。有些命令极其明显是非法的, 因此将追究任何遵从此命令者的刑事责任。但是, 情况并非总是如此。例如, 军队中的一名士兵极难知道他所接受的某项命令是否符合国际人道主义法律准则。不管怎样, 这一问题可放在评注内解决。

206. 特别报告员承认, 他提议的新的第 14 条过于简略。也许较好的做法是, 一方面阐述真正属于抗辩的自卫行动, 而另一方面, 又阐明被迫和危急状况, 它们不属于抗辩, 但可减轻罪犯的刑事责任, 而不能为其行为本身的犯罪性质开脱。这一点得到广泛的认可, 而且国家责任草案的第一部分¹⁶¹也清楚地阐明, 自卫不可能是不法行为。特别报告员只是想说, 如果某一被指控犯有侵略行为的国家声明是出于自卫, 而这种辩解被人们接受了, 那就排除了行为的不法性。为此, 下达此项行动命令的国家领导人不会遭到侵略罪的审判。但他的意思不是说, 可对侵略行为采取种族灭绝的对策。

¹⁶⁰ 见上文脚注 24。

¹⁶¹ 见上文脚注 136。

207. 特别报告员说, 另一方面, 被迫行动并不能排除不法性, 但在免除刑事责任时, 可考虑到这一点。危急状况应与被迫行动区分开来, 因为, 这涉及选择成分。特别报告员的第四次报告¹⁶²列举的大量司法实践也证明, 可在免除和减轻责任时考虑到被迫和危急状况, 因此支持在治罪法草案中提及此类情况。

208. 关于构成提议的新的第 15 条草案主题的可以从轻量刑的情况, 特别报告员说, 虽然并无义务在治罪法草案内列入关于这一主题的规定, 但是, 一般都公认, 法庭有权审查减轻被告责任的种种情况: 个人、家庭或其它任何情况。正如他在第十二次报告中所述, 他认为, 不宜讨论可加重罪行的种种情况, 因为, 治罪法涉及的是重罪之最, 而再难以预见还需加重发落的严重罪责。如果委员会仍认为应在治罪法中列入这样一条规定, 那么起草委员会无疑愿意照办。

209. 关于争端的解决, 特别报告员表示愿意就这个事项提出一个条文。委员会在讨论结束时决定, 关于治罪法草案的工作和关于规约草案的工作应由特别报告员、起草委员会主席和成员以及工作组进行协调, 并将条款草案提交起草委员会。

¹⁶² 见上文脚注 29。

第三章

国际水道非航行使用法

A. 导言¹⁶³

210. 为响应大会 1970 年 12 月 8 日第 2669 (XXV) 号决议中的建议, 委员会 1971 年第二十三届会议在其工作计划中列入“国际水道非航行使用法”的专题。

211. 罗伯特·罗森斯托克先生在 1992 年委员会第四十四届会议上被任命为本专题特别报告员¹⁶⁴, 继续进行前任特别报告员理查德·D·卡尼先生、斯蒂芬·M·施韦贝尔先生、延斯·埃文森先生和斯蒂芬·C·麦卡弗里先生开始的工作。

212. 委员会 1991 年第四十三届会议一读暂时通过了关于这个专题的整套条款草案¹⁶⁵, 根据《委员会章程》第十六和二十一条, 通过秘书长将条款草案转交给各会员国政府, 请它们提出评论和意见, 但要求在 1993 年 1 月 1 日前将这些评论和意见交给秘书长。

213. 委员会 1993 年第四十五届会议审议了特别报告员的第一次报告¹⁶⁶。委员会还收到了各国政府对条款草案的评论和意见¹⁶⁷。

214. 在辩论结束时, 委员会将第 1 至 10 条提交起草委员会¹⁶⁸。

¹⁶³ 关于历史背景以及委员会就这个专题工作的较详细说明, 见《1985 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 268 至 278 段; 《1989 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 621 至 635 段; 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)第 34 至 37 段; 以及《1993 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), A/48/10 号文件, 第 340 至 343 段。

¹⁶⁴ 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), A/47/10 号文件, 第 350 段。

¹⁶⁵ 关于一读暂时通过的条款, 见《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 69 至 73 页。

¹⁶⁶ 《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/451 号文件。

¹⁶⁷ 同上, A/CN.4/447 和 Add.1-3 号文件。

¹⁶⁸ 见《1993 年……年鉴》, 第一卷, 第 2316 次会议, 第 87 段。

215. 还是在第四十五届会议上, 委员会审议了起草委员会的报告¹⁶⁹。报告载有起草委员会二读通过的条款的标题和案文, 即第 1 至 6 条和第 8 至 10 条。委员会决定推迟到下届会议再对提议的条款草案采取行动¹⁷⁰。

216. 委员会本届会议第 2334 至 2339 次会议审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/462)。第二次报告也明确提议: 删除草案第 2 条中“流入共同的终点”一语; 在条款草案中列入“不相连的”承压地下水或含水层; 在第 16 条中列入一个新的第 2 款, 以限制通知国完全因被通知国未根据草案第 12 和 13 条对通知作出答复而受到的损害; 在第 21 条第 3 款中加上“能源”一词; 及增列关于解决争端的一个新的第 33 条。

217. 委员会第 2339 次会议决定将特别报告员第二次报告所涉条款草案交给起草委员会, 请起草委员会着手审议这些条款草案, 其中不包括特别报告员对不相连承压地下水提出的修正, 并向委员会建议如何着手处理不相连承压地下水问题。

218. 起草委员会主席向国际法委员会第 2353 次会议介绍了起草委员会的报告(A/CN.4/L.492 和 Corr.1 以及 Add.1)。委员会第 2353 至 2356 次会议审议了起草委员会的报告。委员会在该报告基础上通过了关于国际水道非航行使用法的一套包含 33 个条文的条款草案最后案文和一项关于跨界承压地下水的决议。根据其章程, 委员会将条款草案及决议连同下文所载的建议一并提交大会。

B. 委员会的建议

219. 委员会根据其章程第二十三条决定向大会建议国际水道非航行使用法条款草案和关于跨界承压

¹⁶⁹ A/CN.4/L.489 号文件。

¹⁷⁰ 见《1993 年……年鉴》, 第一卷, 第 2322 次会议, 第 14 段。

地下水的决议。委员会建议大会或一次国际全权代表会议根据本条款草案详细拟订一项公约。

C. 赞扬特别报告员 罗伯特·罗森斯托克先生

220. 1994 年 6 月 24 日，委员会第 2356 次会议在通过国际水道非航行使用法条款案文和关于跨界承压地下水的决议之后，鼓掌通过了下列决议：

“国际法委员会，

“通过了国际水道非航行使用法条款草案和关于跨界承压地下水的决议，

“对特别报告员罗伯特·罗森斯托克先生表示深挚感谢和热烈祝贺，他通过不懈努力和专注工作对草案的编写作出了杰出贡献，在详细拟订国际水道非航行使用法条款草案和关于跨界承压地下水的决议方面取得了成果。”

221. 委员会也对前任特别报告员理查德·D·卡尼先生、斯蒂芬·M·施韦贝尔先生、延斯·埃文森先生和斯蒂芬·C·麦卡弗里先生对本专题工作所作的杰出贡献深表感谢。

D. 国际水道非航行使用法条款草案及其 评注和关于跨界承压地下水的决议

222. 下文载录了委员会第四十六届会议通过的第 1 至 33 条款草案的案文及其评注和决议。

国际水道非航行使用法条款草案

第一部分

导言

第 1 条 本条款的范围

1. 本条款适用于为航行以外目的使用国际水道及其水，并适用于同使用这些水道及其水有关的养护和管理措施。

2. 为航行目的使用国际水道不属于本条款的范围，但这些水道的其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。

评注

(1) 在第 1 款中，“使用”一语取自本专题的标题。对该语应作广义解释，正如“为航行以外目的”一语所表示的，应包括对某一国际水道的除航行之外的各种使用。

(2) 人们不时会问到这样的问题：“国际水道”一语究竟是仅指水道本身还是也包括该水道所容之水？为了消除这一疑问，第 1 款在“国际水道”一语后添加了“及其水”。第 1 款中所用“国际水道及其水”一语表示，本条款既适用于对水道本身的使用，也适用于对其水的使用，在这二者之间存在任何区别时便可这样理解。在随后条款中提及国际水道时应理解为包括其水。最后，本条款将不仅适用于对水道中实际存容的水的使用，也可适用于从其中导出的水的使用。

(3) 同使用国际水道“有关的养护和管理措施”这一提法，不仅包括为解决水质退化——主要是引起污染的使用——而采取的措施，也包括那些旨在解决诸如生物资源、洪水控制、冲蚀、沉淀、盐水侵入等其它水道问题的措施。大家一定记得，就这一专题向各国发出的意见调查表¹⁷¹曾征询过对是否应考虑这类问题的意见，而且总的说来答复是肯定的，并举出了刚才提到的一些具体问题。“养护和管理措施”一语还包括各种形式的关于国际水道的利用、开发、养护和管理方面的形成了或尚未形成制度的合作，以及对其最佳的利用的促进。

(4) 第 2 款确认，航行使用并不能从本条款的范围中完全排除。因为正如各国对委员会的意见调查表的答复和用水方面的实际情况所表明的那样，航行对水的其它使用的影响及水的其它使用对航行的影响的问题，应在本条款中予以讨论。航行的要求影响着可供其它使用的水的数量和质量。航行可能而且常常事实上污染水道，并要求水位保持在一定的水平上；航行还要求有通过和绕过水道中障碍物的航道。水道的航行和非航行使用彼此间有很多联

¹⁷¹ 寄给各会员国的调查表最后案文转载于《1976 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 150 页，A/CN.4/294 和 Add.1 号文件，第 6 段；又见《1984 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 82 至 83 页，第 262 段。

系，所以在任何有航行或打算安排航行的水道中，负责水道开发工作的工程师和管理人员并不能将航行的要求和影响同其它水利项目的要求和影响截然分开。第 1 条第 2 款便是根据这一精神草拟的。但是它是以否定的形式来表述的，强调除非水的其它使用影响到航行或受到航行的影响，否则航行使用便不属于本条款的范围。

(5) 有一位委员说，在缺乏同一确定标准的情形下，国际水道的非航行使用可以根据三项标准确定：它们的性质（工业、经济或私人），工程的技术特性或利用的方法以及倡议进行这一任务和某一水道国的管辖权或控制之间的联系。

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且通常流入共同的终点；

(c) “水道国”是指国际水道的组成部分位于其领土内的国家。

评注

(1) 第 2 条为整个条款草案所使用的一些用语下了定义。只在一个条文中使用的其它用语则使用该用语的条文中加以界定。

(2) (a) 项为用于专题标题和整个条款草案的“国际水道”一词下了定义。本项的焦点在于“国际”这个形容词，因为“水道”一词的定义载于 (b) 项。(a) 项规定，要能被视为“国际”水道，该水道的一部分必须位于不同的国家。如同下文对本条 (c) 项的评注中所说的，水道的各部分是否位于不同的国家“取决于各种在大多数情况下都可凭简单的观察来确定其存在的有形因素”。最通常的例子是：一条河流或小溪形成或穿过边界，或一个边界从中通过的湖泊。“位于”一语并不是为了隐指该水是静止的。如同 (b) 项中“水道”一

词的定义所显示的那样，含有水的渠道、湖床或含水层本身固然是静止的，它们所包含的水则是不断流动的。

(3) (b) 项为“水道”一词下了定义。虽然这个词除了同另一些词（诸如“国际水道”、“水道国”、“水道协定”）连用以外，并不用于本条款草案中，但为了明白和确切，单独为它下了定义。由于“国际水道”一语在 (a) 项中被定义为具有若干地理特征的“水道”，有必要明确地理解“水道”一词的含义。

(4) “水道”一词被界定为“地面水和地下水的系统”。采用“groundwaters”一词来代替一读时使用的“underground waters”，以便在整个评注中前后一致并更好地反映当代用法。“地下水”是指由不同的部分组成、水通过这些部分在地面和地下流动的水文系统。这些组成部分包括河流、湖泊、含水层、冰川、蓄水池和运河，只要这些组成部分相互关连，它们就形成水道的一部分。这个概念表现在“由于它们之间的自然关系，构成一个整体单元”。因此，溪水可能从溪底渗入地下，溢出溪岸，接着又重新出现在溪流中，流入湖泊后汇注到河流，分流到运河和输送到水库等等。因为地面水和地下水形成一个系统，并且由于它们的自然关系，构成一个整体单元，在系统中的某一点进行的人为干预可能影响到系统的另一些地方。从系统的整体性可以认识到，“水道”一词不包括“承压”地下水，即同任何地面水无关连的地下水。但是，有些委员认为，这种地下水只要包括这种地下水的含水层同一个边界交叉便应该纳入“水道”一词的范围里。有人建议，为起草条款草案的目的，承压地下水可作为委员会单独研究的议题。

(5) 委员会有些委员对把运河列为水道之一部分的做法表示怀疑，因为他们认为，拟定本草案的根据是将“水道”设想为一种自然现象。

(6) (b) 项还规定，为了本条款的目的，构成“水道”的地面水和地下水系统通常必须流入“共同的终点”。“流入共同的终点”一语受到“通常”一词的限制。这一案文是两方面意见的折衷，一方面有人认为干脆删除“共同的终点”一语，因为除其它外，从水文学上说，这是个错误的提法，会造成误解并且会把一些重要的水排除在外，另一方面的意见认为，应该保留共同终点的概念，以便显示对条款的地理范围的一些限制；这一折衷不是为了扩大条款草案的地理范围而是为了沟通两者之间的差距。因此为本条款的目的，诸如一条运河把

两个不同的流域连接起来的事实并不能使它们成为单一“水道”的一部分。也不能，例如，只因为多瑙河水在一年的某些时候作为地下水通过康斯坦茨湖流入莱茵河便说它们形成了一个单一的系统。从常识和实际判断来说，多瑙河和莱茵河仍然是不同的整体单元。以“通常”一词施加限制的做法是为了针对水的流动的复杂程度以及格兰德河、伊洛瓦底江、湄公河和尼罗河等具体情况反映现代水文学知识。虽然所列举的河流都是“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”，它们是全部或部分通过地下水流入海的，有些支流相互间距离长达 300 公里（三角洲），或者在一年的某些时候流注入湖，另一些时候则流注入海。

（7）如同已经表明的，原来载于第 3 条内的“水道国”的定义已被原封不动地移到第 2 条（c）项。这项改动是为了在关于用语的同一条中一起说明在本条款中通篇出现的措辞的定义。

（8）水道或河流系统的概念并非新鲜。这个词长期以来在国际协定里被用来指河流、它的支流和有关运河。《凡尔赛和约》有几个地方提到“河流系统”。例如，《凡尔赛和约》在宣布若干河流为“国际”河流时，提到

“这些河流系统的所有可航行部分……连同为了复制或改善特定河流系统的天然可航行河段或连接同一河流的两个天然可航行河段而建造的侧面运河和河道。”¹⁷²

虽然这一条只涉及航行用途，但是毫无疑问，由于其相互连接性，通过这同一水系统，可以影响到公平利用，或造成重大损害。在“奥得河”案中，常设国际法院认为，根据《凡尔赛和约》，奥得河的国际系统延及

“这些河流的所有可航行部分……连同为了复制或改善特定河流系统的天然可航行河段而建造的侧面运河和河道。”¹⁷³

（9）与《凡尔赛和约》中相类似的规定可见于 1921 年《制定多瑙河确定的规约的公约》。该协定第 1 条提到“国际化河流系统”，第 2 条把它定义为包括“可能建造的任何侧面运河或水道”。

¹⁷² 《凡尔赛和约》，第 331 条。又见例如第 362 条，其中提及“莱茵河水系”。

¹⁷³ *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23.*

（10）晚近，1950 年苏维埃社会主义共和国联盟和匈牙利的公约在第 1 条和第 2 条提到“蒂萨河流域的水系统”¹⁷⁴。南斯拉夫在二十世纪五十年代中期与其邻国订立的一系列条约¹⁷⁵在其范围内，除其它外，包括“水道和水系统”，特别包括“地下水”¹⁷⁶。其中两个条约包括对“水系统”一词的广泛定义，包括“所有水道（地面或地下，天然或人工）”¹⁷⁷。

（11）印度和巴基斯坦之间的《1960 年印度河水域条约》也利用系统这一概念。在该协定的前言中，双方宣布它们“期望实现最充分和最良好地利用印度河水系的水”¹⁷⁸。该条约适用于有名称的河流及其支流和任何连接湖¹⁷⁹，并对“支流”一词下了广泛的定义”¹⁸⁰。

（12）在更近期条约中，《关于共有赞比西河系无害环境管理行动计划的协定》及其所附的《行动计划》¹⁸¹对国际水资源管理所采取的全面方针值得注意。例如，该行动计划说它的目标是克服所列举的某些问题，“从而促进对整个河流系统制定和执行无害环境的水资源管理措施”¹⁸²。其它一些条约进一步说明各国在其实践中承认将国际水道系统作为

¹⁷⁴ 苏联和匈牙利《关于在边境河流蒂萨河地区苏匈边境防止洪水和管理水制度措施的公约》，1950 年 6 月 9 日，*Legislative Texts*，第 227 号，第 827 页。

¹⁷⁵ *Legislative Texts*，第 228（与匈牙利）、128（与阿尔巴尼亚）和 161（与保加利亚）号条约。又见 1964 年波兰与苏联《关于使用边境水域水资源的协定》（联合国，《条约汇编》，第 552 卷，第 175 页），第 2 条第 3 款；1972 年意大利与瑞士《关于保护边界水域防止污染的公约》（RGDIP, vol. LXXIX (1975), p. 265）；和 1971 年 9 月 16 日芬兰与瑞典《界河协定》（联合国，《条约汇编》，第 825 卷，第 191 页），第 3 章，第 1 条。

¹⁷⁶ *Legislative Texts*，第 228、128 和 161 号条约。

¹⁷⁷ 同上，第 128 和 228 号条约，第 1 条第 3 款。

¹⁷⁸ 1960 年 9 月 19 日印度和巴基斯坦之间的《印度河水域条约》（联合国，《条约汇编》，第 419 卷，第 125 页）。

¹⁷⁹ 同上，第 1 条，第 3 和 8 款。

¹⁸⁰ 同上，第 2 款。

¹⁸¹ United Nations Environment Programme, Agreement on the Action Plan for the Environmentally Sound Management of the Common Zambezi River System, Final Act, Harare, 26-28 May 1987 (United Nations, 1987), reprinted in ILM, vol. XXVII, No. 5 (September 1988), p. 1109.

¹⁸² 《行动计划》，同上，第 15 段。

一个统一体来处理的重要性¹⁸³。各国际组织和专家也得出类似结论¹⁸⁴。

(13) (c) 项是“水道国”一语的定义，这一用语在本条款中从头到尾都会用到。

¹⁸³ 这些协定包括《关于尼日尔河流域国家航行和经济合作条约》。又见《设立尼日尔河流域管理局公约》、《关于开发乍得湖流域的公约和条例》、《关于建立冈比亚河流域开发组织的公约》、《拉普拉塔河流域条约》、1961年1月17日《加拿大与美利坚合众国关于合作开发哥伦比亚河流域水资源条约》(联合国《条约汇编》，第542卷，第244页)以及1944年关于研究如何利用哥伦比亚河流域水系的换文(同上，第109卷，第191页)。有趣的是，哥伦比亚河流经其领土的国家中至少有一个用“系统”一词来形容国际水道。见“Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to the Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909”, Memorandum of the [United States] State Department, 85th Congress, Second Session, document No. 118 (Washington, D.C., 1958), p. 89。

¹⁸⁴ 欧洲经委会的工作遵循了这一总体办法。例如，见欧洲经委会1984年通过的《关于合理用水的政策宣言》(Economic Commission for Europe, *Two Decades of Cooperation on Water*, document ECE/ENVWA/2(1988), p. 15)以及该出版物包括的其他文书。联合国主持召开的若干会议已通过一些关于呼吁将国际水道作为一个整体单位处理的建议。例如，见联合国以非洲区域为重点的河湖流域开发问题区域间会议所通过的建议(*River and Lake Basin Development*, Natural Resources/Water Series No. 20 (United Nations publication, Sales No. E.90.II.A.10), pp. 18 et seq.)。1958年国际法协会通过的纽约决议中包括“国际法原则”：“一流域中的河流与湖泊系统应作为整体(而不是分为个体)来处理”(International Law Association, *Report of the Forty-eighth Conference*, New York, 1958 (London, 1959), annex II, p. 99, “Agreed principles of international law”, principle 1)。国际法协会1966年通过的《关于使用国际河流水道的赫尔辛基规则》(下称“赫尔辛基规则”)在第二条的评注(a)中界定“国际流域”一语时采用了“水系”的措词(International Law Association, *Report of the Fifty-second Conference*, Helsinki, 1966 (London, 1967), pp. 484 et seq.; 部分转载于A/CN.4/274号文件，第357页起，第405段)。又见国际法学会1961年萨尔茨堡届会通过题为“关于国际非海洋水域的利用(除航行外)”的萨尔茨堡决议第1条(*Annuaire de l'Institut de droit international* (Basel), vol. 49, part II (1961), pp. 381-384)，以及该学会1979年雅典届会通过题为“河流与湖泊污染和国际法”的雅典决议(ibid, vol. 58, part II (1980), p. 196)。1957年，美洲律师公会这一私人法律专家团体通过一项决议，涉及“每一跨越或分割两国或两国以上领土的水道或河流湖泊系统，这种系统以下称为‘国际水域系统’”(Inter-American Bar Association, *Proceedings of the Tenth Conference held at Buenos Aires from 14 to 21 November 1957* (2 volumes) (Buenos Aires, 1958), pp. 82-83; 转载于A/5409号文件，第208页，第1092段)。从整体上调节和发展国际水道的需要还得到一些专家的承认，例如H. A. Smith, in *The Economic Uses of International Rivers* (London, P. S. King and sons, 1931), pp. 150-151; J. L. Brierly, in *The Law of Nations*, 6th ed., H. Waldock, ed. (Oxford, Clarendon Press, 1963), p. 231; and J. G. Lammers, in *Pollution of International Watercourses* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1984), pp. 19-20。

(14) (c) 项中所述定义是一条以地理标准为依据的定义，即本条所定义的“国际水道的组成部分”是否位于有关国家。是否能达到这一标准，取决于各种在大多数情况下都可凭简单的观察来确定其存在的有形因素。

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，下称“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它水道国对该水道的水的使用不受该协定重大不利的影响为限。

3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道的特征及使用而需调整或适用本条款的规定，水道国应进行协商，以期缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。

评注

(1) 委员会在审议本专题的早期阶段，便已认识到各种水道特征的多样性，以及随之而来的在草拟普遍适用于全世界各种水道的一般原则方面的困难性。有些国家以及某些学者把这种随处可见的多样性，看成是从普遍性角度编纂和逐渐发展这一专题的重大障碍。但显而易见的是，大会在认识到水道的这种多样性的情况下，仍然认为这一专题是适于由委员会来完成的职责。

(2) 委员会在就本专题开展工作的过程中，为国际水道的多样性和它所要满足的人们的需要的多样性问题，提出了一个很有希望的解决办法：制订一项框架协定，这一协定将可在有关国家尚无具体协定的情况下为缔约国提供关于国际水道非航行使用的一般原则和规则，并为今后协定的谈判提供指导方针。这种办法认为，某一特定国际水道的最佳利用、保护和开发等项目标，可通过订立适应该水道特征和有关国家需要的协定而得到最好的实现。这一办法还注意到了可从历史记载中看到的、在关于这些水道的使用的一般法律原则的情况下达成

这种关于个别水道的协定的困难性。这种办法的设想是，在框架协定中将这些原则列出。这一做法无论是在国际法委员会还是在大会第六委员会，都得到了广泛的认可¹⁸⁵。

(3) 国际水道领域制定这类框架协定是有先例可循的。早期的例子要数《关于涉及多国开发水电公约》，尤其是第 4 条，和《拉普拉塔河流域条约》。

(4) 第 3 条第 1 款就框架协定办法做了具体规定。根据该项规定，本条款可作适应性变动，以满足特定国际水道的要求。因此，本款将“水道协定”一语定义为那些“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。“适用和调整”一语意指：虽然说委员会所设想的是各种与特定国际水道有关的协定将会适当考虑本条款草案的规定，但后者从性质上看基本是备用性的。因此，在其领土内有某一特定国际水道的国家，不仅可有适用本条款规定的自由，也有根据该水道或其一部分的特征和使用对其进行调整的自由。

(5) 第 2 款进一步阐明“水道协定”一语在本条款中的性质和主题，并阐明订立这类协定的条件。该款第一句在规定这类协定“应规定其所适用的水的范围”时，强调了水道国规定其缔结的协定的范围这一从未有人提出置疑的自由。该款承认，各水道国可将其协定仅限于构成或流经某一国际边界的河流的主干，在协定中包括整个流域的水或采取某种介乎二者之间的做法。要求限定范围的做法还可以使其它可能感到关切的国家了解到该协定的确切主题。该款开头的那段措辞所强调的是没有缔结这类具体协定的任何义务。

(6) 第 2 款第二句谈的是水道或系统协定的主题。该句的用语是具有伸缩性的，使水道国有很大的活动余地，但也附上了一个但书，以保护不是有关协定当事国的各水道国的权利。这一句一开始便规定：此种协定“可就整个国际水道”“订立”。实际上，技术专家认为，处理某一水道的最有益的办法是从总体着手，把所有水道国都列为协定当事国。按这种办法行事的条约有关于亚马逊河、拉

普拉塔河、尼日尔河和乍得河流域的一些条约¹⁸⁶。另外，有些由于国际水道污染而引起的问题也使整个水道采取合作行动的工作势在必行。《保护莱茵河免受化学污染公约》便是适应统一处理这类问题的需要而缔结公约的一个例子。¹⁸⁷

(7) 但是，水系国应有“就”某一国际水道的“任何部分”，或某一特定项目、方案或使用缔结系统协定的自由，但以一个或一个以上的其它水道国对国际水道系统的水的使用不受重大不利的影响为限。

(8) 在 200 个最大的国际性河流流域中，有 52 个为多国性流域，其中许多都是世界上最为重要的河流流域——亚马逊河、乍得河、刚果河、多瑙河、易北河、恒河、湄公河、尼日尔河、尼罗河、莱茵河、沃尔特河和赞比西河¹⁸⁸。各国在处理多国性系统时，常常采取仅对水道某一部分做出规定的协定，这类协定仅在位于其上的几个国家间有效。

(9) 粮农组织出版的《按流域分类的国际水资源条约、宣言、法令和案件系统索引》¹⁸⁹表明，相当多已经生效的水道条约都仅限于水道系统的某一部分。

(10) 分系统协定和包括有限地区的协定往往是有必要的。某些国际河道，如印度河、拉普拉塔河和尼日尔河，其分系统之间的差别往往同各种不同流域之间的差别一样显著。分系统协定可能比涉及整个国际水道的协定更容易达成，在涉及国家较多时尤其如此。而且，总有一些其解决只为某一国际水道与其领土交界或流经其领土的某些国家所关注的问题。

(11) 似乎没有什么充分的理由将分系统协定或局部协定从框架协定的适用范围中排除出去。本条款的一个主要目的便是要促进关于国际水道协定的谈判，而这一目的是包括所有协定的，不管它是流域协定还是局部协定，也不管它是一般性的协定还是针对具体问题的协定。但愿框架协定成为一种能为各国进行谈判奠定坚实的共同基础的协定，而这些正是目前水道谈判中颇为缺乏的东西。将本条款的适用范围仅限于包括整个国际水道的单项性协定到底有哪些好处，至今尚不得而知。

¹⁸⁵ 在这方面见下列文件所载结论：委员会第三十二届会议暂时通过的第 3 条的评注第 (2) 和第 (4) 两段（《1980 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 112 至 113 页），委员会第三十六届会议工作报告（《1984 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 285 段）以及第三十八届会议工作报告（《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 242 段）。

¹⁸⁶ 见第二任特别报告员施韦贝尔先生第一次报告中关于这些协定的讨论（《1979 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 167 至 168 页，A/CN.4/320 号文件，第 93-98 段）。

¹⁸⁷ 同上，第 168 至 169 页，第 100 段。

¹⁸⁸ 同上，第 170 至 171 页，第 108 段（表）。

¹⁸⁹ Food and Agricultural Organization of the United Nations, Legislative study No. 15 (Rome), 1978.

(12) 另外, 如果某一水道协定仅涉及水道的某一部分, 或仅涉及某一特定项目、方案或其使用, 则应受下列但书的限制, 即该协定不得使一个或一个以上的其它非协定当事国的水道国对该水道的水的使用受到重大不利的影响。否则, 一个多国性国际水道的少数几个国家便可能会为自己弄到过高额度的利益, 或对不是有关协定当事国的其它水道国对该水道的使用造成不应有的不利影响。这种结果将是与旨在规制国际水道非航行使用的各项基本原则背道而驰的。这些原则有: 各水道国有权公平合理地利用某国际水道, 并有义务不使对水道的使用损害其它水道国¹⁹⁰。

(13) 要属于但书中所规定的范围, 一定要是某一水道协定对非协定当事国的水道国的不利影响是“重大的”这种情况。如果这些水道国所受不利影响并未达到“重大”的程度, 则其它水道国便可自由缔结该一有限的水道协定。由于“明显的”一词具有“可衡量的”和“重大的”双重含义, 决定在通篇案文中使用“重大的”用语。这并不是为了提高适用的标准。

(14) “重大”一语为了规定后果应该是可以凭客观证据(但这种证据要能取得才行)来确定的意思。此外还要有对使用的实际损害。这里想要加以排除的是“拉诺湖”案¹⁹¹(见下文第(19)和(20)段)中所涉及的那种情况, 其中西班牙坚持要通过原来的系统分配拉诺湖湖水。仲裁法庭的裁定是:

“……由于通过上述种种手段所实现的归还, 将无任何一个受到保障的使用者在其对水的享用方面受到影响……在边界处的卡洛河的过剩水量, 在最低水平时也决不会减少……”¹⁹²

法庭接着指出, 西班牙本来可能会声称, 提议的改造工程

“……终将造成对卡洛河水的污染, 或者说回归的水会具有可能损害西班牙利益的化学组成或温度或其它特性……但无论是从案卷中还是从本案的申辩中都没有看

到这种说法。”¹⁹³

在没有关于西班牙利益受到明确影响的断言的情况下, 法庭认为, 西班牙不能要求保持未回归时的原来水量。应当指出的是, 法庭作为依据的法国方案, 是在经过了自 1917 年起的旷日持久的一系列谈判才制定的, 除其它事项外, 为此于 1949 年设立了一个混合工程委员会, 并于 1950 年提出了一项可能会重大地影响到西班牙对水的使用和享用的法国方案(该方案后来为法庭所宣告的计划所取代)¹⁹⁴。

(15) 而且, “重大”一词并不取其“可证明系事实的”这层意思。所应当避免的是那些对第三方水道国有重大不利影响的限定地点的协定或关于某一特定项目、方案或使用的协定。虽然这种影响应当是可为客观证据所确定而且不具琐细性质, 但也不必达到实质性的水平。

(16) 第 3 条第 3 款所谈的是这样一种情况, 即一个或一个以上的水道国认为, 因为某一特定国际水道的特征和使用而需对该水道调整或适用本条款的规定。在这种情况下, 该款要求其它各水道国与该一国或多国进行磋商, 以期就有关国际水道的一项或多项协定进行诚意的谈判。

(17) 而且, 水道国在使用某一国际水道的水之前并无缔结一项协定的义务。把要求缔结协定作为使用的先决条件, 无异于赋予水道国以简单拒绝达成协定便可否定其它水道国对该国际水道的使用的否决权。这样一种结果并不是第 3 条的条款或目的所认可的。国家实践或国际司法决定中也找不到这种证明(事实上, “拉诺湖”案的仲裁裁决对此加以否定)。

(18) 即使有了这样的限制, 委员会仍然认为前几段中的各种考虑, 尤其是第(12)段中的考虑, 包含有载于第 3 条第 3 款中的义务的必要性的意思。另外, 从“拉诺湖”案的仲裁裁决中可以明确看出, 存在着一项要求各国就淡水资源进行协商的法律原则。

(19) 该案件涉及法国政府建议为利用该湖中流入卡洛河并进入西班牙领土的水而进行几项工程的一项提议。关于这项拟议的将拉诺湖水分流的

¹⁹⁰ 第 2 款第二句所依据的假设是: 不至于所有水道国都愿意缔结以整个国际水道为实施对象的协定, 从逻辑和国家实践来说, 这项假设都是言之成理的。但如果缔结了这种协定, 则基于评注第(12)段中所述的理由, 其执行必须与第 3 条第 2 款一致。

¹⁹¹ 裁决原文为法文, 载于 UNRIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), pp. 281 *et seq.*; 部分英文译文见 A/5409 号文件, 第 194 页起, 第 1055 至 1068 段; 以及 ILR, 1957 (London), vol. 24 (1961), pp. 101 *et seq.*

¹⁹² ILR, 1957..., p. 123, 仲裁裁决第 6 段(第一分段)。

¹⁹³ 同上, 仲裁裁决第 6 段(第三分段)。

¹⁹⁴ 同上, 第 105 至 108 页。见前任特别报告员第二次报告中关于这一仲裁案的讨论, 《1986 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 116 页起, A/CN.4/399 以及 Add.1-2 号文件, 第 111 至 124 段。

提议在 1917 年至 1956 年间由法国和西班牙政府时断时续地进行协商和谈判。最后法国确定了一项改道计划，该计划涉及将分流的水在到达西班牙疆界时完全恢复的工作。西班牙却感到担心，认为提议的工程将会违背 1866 年 5 月 26 日法国和西班牙《关于从安道尔山谷到地中海的边界条约》（和附加书）（《巴约讷条约》）¹⁹⁵，从而会对西班牙的权益产生不利影响。西班牙宣称，根据《巴约讷条约》和《附加书》，这类工程在法、西达成协议之前是不能进行的。西班牙要求仲裁庭宣布，如果法国在未征得西班牙的同意前实施分流计划，那将是违背《巴约讷条约》和《附加书》的。法国则认为，它可以在没有这种同意的情况下合法地进行这类工程。

（20）重要的是要注意到，国家就某一国际水道的水的分配进行谈判的义务是无争辩余地的。法国不仅单从《巴约讷条约》及其《附加书》条款出发予以确认，而且还将其作为一项有权威依据的原则来加以确认。另外，在关于谈判义务的某些裁定方面，仲裁庭虽然是以《巴约讷条约》和《附加书》条款为依据的，但它并不是局限于对条款进行解释。在反对西班牙的论点，即法国工程的进行应以西班牙同意为前提时，法庭是这样论及谈判义务问题的：

“事实上，要从本质上对某一事先同意的必要性做出评价，就有必要采用这一假设：有关国家无法达成协议。这样，就不得不承认，本来有权的国家由于另一国无条件的和任意的反对的结果而失去了单独行动的权利。这无异于承认‘同意权’，‘否决权’，一国对这种权利的任意使用往往会使另一国无法行使自己的领土权力。

“基于这一理由，国际惯例往往主张诉诸较不极端的解决办法，即仅限于要求各国通过初步谈判寻求达成协议的条件，而不以缔结协议作为行使其权力的条件。因此，便会提到——尽管常常是不正确地提到——‘谈判一项协定的义务’。实际上，各国因此而承担的义务是有多种形式的，而且其范围也因所确定的义务的方式和实施办法的不同而不同；但是，这样承担义务的现实却是无可置疑的，而且在例如遇到无理中断对话、异常的延误、无视议定程序、有计划地拒绝考虑相反的建议或利益时，更经常地是在遇到违背诚意原则时，可以适用制裁……

“……

¹⁹⁵ 联合国，《条约汇编》，第 1288 卷，第 305 页。

“……事实上，各国现在都已清楚地意识到国际河流的工业使用中利益冲突的显著性和通过互相让步使这些利益调和的必要性。实现这种利益调节的唯一办法是在越来越全面的基础上缔结协定。国际惯例体现了这样一种信念，即各国应寻求缔结这类协定；因此，各国同意本着诚意进行各种谈判和接触，以期通过各种利益的相互融通和真诚相待，为它们缔结协定创造最好的条件……”¹⁹⁶

（21）为了上述理由，第 3 条第 3 款规定水道国需应一个或多个其它水道国的提议进行协商，以期为了缔结一项或多项能适用或调整本条款之规定适应有关国际水道的特征和使用的协定而进行诚意的谈判。

第 4 条 水道协定的当事国

1. 每一水道国均有权参加适用于整个国际水道的任何水道协定的谈判，并成为该协定的当事国，以及参加任何有关的协商。

2. 如水道国对某一国际水道的使用可能因执行只适用于该水道的某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的水道协定而受到重大影响，则该水道国在其使用因而受到影响的限度内有权参加关于这一协定的协商和谈判，并成为其当事国。

评注

（1）第 4 条的目的是，确定有权参加就关于某一国际水道的部分或全部的协定进行的协商和谈判并成为这类协定当事国的水道国。

¹⁹⁶ ILR, 1957...（见上文脚注 191），第 128 页，第 11 段（第二和第三分段），以及第 129 至 130 页，仲裁裁决第 13 段（第一分段）。国际法院也曾有关渔业和划定海洋界限的案件中讲述了谈判的义务。例如，见 *the Fisheries Jurisdiction cases (United Kingdom v. Iceland)* (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, pp. 3 and 175; *the North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark)* (Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3; *the case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at pp. 59-60, paras. 70-71; and *the case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246, at pp. 339-340, para. 230.

(2) 第 1 款的意义是不解自明的。对于一项处理国际水道的整体的协定来说,排斥一个水道国参与其谈判、成为其当事国或参与任何有关协商的权利,是没有什么道理的。诚然,有些流域性协定对某一个或某几个水道国来说可能会没有什么意义。但既然这些协定的规定意在适用于整个水道,如果不是所有水道国均有机会参加,那便有违这类协定的宗旨了。

(3) 第 2 款叙述仅涉及水道某一部分的协定。该款规定,如任何水道国对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的项目、方案或使用的协定而受到重大影响,则在其使用因此而受到影响的限度内有权参加关于这类拟议协定的协商和谈判,并有权成为该协定的当事国。其理由是,如果一国对水的使用可能因执行有关水道一部分或某些方面的条约规定而受到重大影响,那么该协定的范围势必要扩大到该国的领土。

(4) 因为水道的水是不断流动的,所以根据某一协定就某一特定领土中的水所采取的行动的后果,其影响可能会超出该领土。例如,A 国和 B 国有着斯泰克斯河作为共同边界,两国议定,双方均可将该河河水的 40% 用于国内消费、制造和灌溉等方面,改流地点在离处于下游的 C 国 25 英里处,斯泰克斯河正是在该处离 A 国和 B 国而去的。C 国可使用的河水总量——其中包括从 A 国和 B 国回流出的水——将因分流而比未分流时本来可使用的减少 25%。

(5) 问题并不在于 A 国和 B 国是否从法律角度讲有权缔结这类协定,而在于一套旨在为各国缔结关于淡水使用的协定时提供指导的一般原则的条款草案是否应确保下面这一点:使 C 国有机会作为一个可能的当事国,就 A 国和 B 国拟采取的将会大大减少流过 C 国领土的水量的行动参加协商和谈判。

(6) 这一权利是有条件的。一国要有权参加关于某项协定的协商和谈判并成为其当事国,显然要在它对水的使用受到重大影响的情况下才行。如果某水道国并不会因某项涉及该水道的一部分或其某一方面的协定而受到影响,则水道的物质环境统一性本身并不要求该国拥有这些权利。其利益与所讨论的事项无直接关系的一个或多个水道国的参与,意味着在协商和谈判过程中引入并无利害关系的方面。

(7) “重大”一语的意思在上文第 3 条的评注第 (14) 和 (15) 段中已作了解释。正如该处所解释的那样,这一用语不取其“可证明系事实的”这层

意思。如果要求一个国家在其使用受到实质性的影响时才能有权参与协商和讨论,那无异于给第三方国家以过于沉重的负担。在谈判开始阶段,拟议行动对水的使用可能产生的影响的确切程度往往很难看清。“拉诺湖”案的裁决¹⁹⁷便说明了计划会因谈判的结果而不同的程度和这类不同有利或不利于第三国的程度。应只要求该国确定其使用可能受到重大影响。

(8) 水道国参加关于有限的水道协定的协商和谈判的权利还受到另一层限制。该国只有“在其使用因而受到影响的限度内”,也就是说,在执行该项协定将影响其对该水道的使用的限度内,享有这种权利。由于本评注第 (6) 段所列举的理由,对于其执行不会影响该水道国对水的使用的协定的各个方面,该国无权参加协商和谈判。对水道国成为该协定当事国的权利并未加以类似的限制,这是因为一国成为某一协定的某一部分的当事国存在着技术性问题。这一问题最好以具体情况具体对待的办法来处理:有时候,该国可通过一份议定书来成为对该国有影响的协定的那些方面的当事国;有时候由该国成为协定本身的正式当事国也无不妥。具体情况下以何种解决办法为最佳,完全取决于协定的性质,取决于影响该国的那些方面,取决于所涉影响的性质。

(9) 但是,不应将第 2 款看成是表明下面这层意思的条款,即一项关于整个水道或其某一部分或其某一方面的协定,应当排除通过所有水道国参加的程序、就该水道之使用的某些或一切方面作出决策的过程。因为就多数(如果不是所有)的水道来说,确定协调整个系统的活动的程序是颇为可取、甚至可能是必要的,这类程序可以包括要求所有水道国充分参与仅涉及该水道某一部分的决定。但是,这类程序应由各水道国根据水道的特殊需要和情况针对各水道来采取。第 2 款仅限于规定:作为一项一般原则,水道国的确有权参加关于可能影响该国对该水道的利益的有限协定的协商和谈判,并成为这一协定的当事国。

¹⁹⁷ 见上文脚注 191。

第二部分

一般原则

第 5 条

公平合理的利用和参与

1. 水道国应在其各自领土内公平合理地利用国际水道。特别是，水道国在使用和开发某一国际水道时，应着眼于实现与充分保护该水道相一致的最佳利用和受益。

2. 水道国应公平合理地参与国际水道的使用、开发和保护。这种参与包括本条款所规定的利用水道的权利和在对其加以保护和开发方面进行合作的义务。

评注

(1) 第 5 条列出了国家在国际水道非航行使用方面的基本权利和义务。其中最基本的要算早已为大家所接受的公平利用规则，这条规则列于第 1 款。对公平利用规则加以补充的公平参与原则则列于第 2 款。

(2) 第 1 款载述公平利用这一基本规则。这一规则虽是以义务形式提出的，但也说明了与之相关联的权利，即水道国有权在其领土公平合理地使用某一国际水道并分享其利益。因此，水道国既有公平合理使用某一国际水道的权利，又有不超过其公平使用权利，或者用略为不同一点的话说不剥夺其它水道国公平使用权利的义务。

(3) 第 1 款第二句阐述公平利用的概念，规定水道国在选择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。“着眼于”一语表明，实现最佳利用与受益是各水道国在使用国际水道方面所要达到的目标。实现最佳利用和受益并不意味着实现“最大限度的”利用、最合技术效益的利用或最有货币价值的利用，更不是以长期的损失为代价获取短期的利益；也不意味着有能力对某一水道进行最有效利用的国家——无论是从避免浪费的经济角度看还是从其它任何角度看——应在这种使用方面有优先权。相反，它却意味着使所有水道国获得尽可能大的利益，以及尽可能地满足这些国家的所有需要，同时尽量减少各方所受损害或各方未能满足的需要。还应该指出，基于可持续能力的原则，

“水资源开发和管理要以综合方式来计划，考虑长期和较窄范畴内的规划需要，即它们应基于可持续能力的原则把环境、经济和社会的考虑结合进去；要考虑所有用户单位以及防止和减少水害部门的需要；要成为社会、经济发展规划过程的组成部分。”¹⁹⁸

(4) 但是，也不要盲目地去追逐这一目标。第二句中“……相一致”一语所强调的是，为获得最佳利用和最大利益而作出的努力一定要与充分保护国际水道这一精神“相一致”。“充分保护”一语的意思不仅包括针对养护、安全和与水有关的疾病等采取的措施，也包括种种从技术和水文意义上讲的“控制”方面的措施，如旨在调节流量、控制洪水、污染和侵蚀、抗旱和控制盐侵的种种措施。鉴于任何这样的措施或工程都可能在一定程度上限制一个或多个水道国对水道中的水本来可享有的使用，所以第二句才提到了获得与充分保护“相一致”的最佳利用和最大利益。应当补充说一下的是，“充分保护”一语虽然主要是指个别国家所采取的这类措施，但也并不排斥国家联合采取的合作措施、工程或活动。

(5) 第 2 款体现了公平参与这一概念。这一概念的核心是，通过公平合理地参与旨在实现与充分保护国际水道相一致的最佳利用的种种措施、工程和活动，同其它水道国进行合作。因此，公平参与的原则，是第 1 款所载公平利用规则的发展，而且是与之相联系的。这一原则承认，正如这一领域的技术专家所认为的那样，水道国采取合作行动，帮助确保使用的公平分配和给各水道国以及国际水道本身以充分保护，对于使各国最大限度地受益是十分必要的。总之，要实现最佳利用和受益，就需要有各水道国之间的通过参与对国际水道的保护和开发来进行的合作。因此，水道国有权利取得其它水道国在下列方面的合作：洪水控制措施、减少污染方案、抗旱规划、侵蚀控制、疾病传媒控制、河流管理（培训）、水力工程保护和环境保护等，视具体情况而定。当然，为了收到最大的效益，应在一项或多项水道协定中规定出这类合作工作的细节。但是，第 2 款所规定的义务和与之相关联的权利，其贯彻并不取决于某一具体协定。

(6) 第 2 款第二句强调了公平参与的确定性，因

¹⁹⁸ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》（A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III 和 Vol.III/Corr.1)）（联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正），第一卷：《环发会议通过的决议》，决议 1，附件二，《21 世纪议程》，第 18.16 段。

为该句规定, 公平参与不仅包括“利用水道的权利”, 也包括在“保护和开发”水道方面积极同其它水道国合作的义务。这一合作义务是与关于使用、开发和保护国际水道的一般合作义务的第 8 条相联系的¹⁹⁹。虽然第 2 款中未明确提出, 但从第二句所述国际水道利用权中还是可以看出这样一种暗含的权利, 即水道国有在确保水道使用和受益的公平份额方面得到其它水道国的合作的权利。这后一种权利将在第 8 条中作更详尽的阐述。

(7) 以下各段将在上述关于第 5 条各项规定的解释的基础上对公平利用的概念进行简短的讨论, 并摘要列举一些印证理论依据的具有代表性的例子。

(8) 毫无疑问, 水道国有权利利用位于其领土内的国际水道中的水。这一权利具有主权属性, 是为某一国际水道流经其领土或为其领土边界的每一个国家都享有的权利。而且, 国家主权平等的原则还使各水道国享有从质量上讲相等于而且相关于其它水道国所享有的对该水道的使用权利²⁰⁰。但是, 这一关于“权利平等”的基本原则并不是说每一个水道国在水道利用和受益方面都有权享有相等的份额, 也不是说水本身分为几份。而是说各水道国有权公平使用水道和从中受益。一国公平使用权利的范围要由各种具体情况中的事实和情势来决定, 尤其是要由对第 6 条所述的各种有关因素加以衡量来决定。

(9) 在许多情况下, 某一国际水道中的水的质量和数量足以满足所有水道国的需要。但是, 如果水的质量或数量并不能使所有水道国的所有合理利用和从中受益都得以充分实现, 便会出现所谓“使用冲突”的情况。在这种情况下, 国际惯例认为, 为了维护各水道国的权利平等原则, 有必要进行一些调整或融通。这种调整或融通是通过公平原则来进行的²⁰¹, 其实现最好以特定水道协定为依据。

(10) 一份对所有关于国际水道非航行使用的、已作为法律接受的一般国家惯例的现有材料——包括条约规定、各国在具体争端方面的立场、国际性法院和法庭的裁定、政府间和非政府间机构编写的法

律声明、专业性评论员的意见以及国内法院对同类案件的决断等——的调查表明, 关于以公平利用作为确定国家在这一领域的权利和义务的法律一般规则的理论, 从绝大多数的材料中都可找到依据²⁰²。

(11) 寓于公平利用说中的各项基本原则, 从世界各国间所缔结的一些国际协定可以得到直接或间接的反映²⁰³。这些协定的用语和做法虽然很不一样²⁰⁴, 却都有一个共同的主题, 即承认当事国在对有关国际水道的使用和受益方面的权利原则上平等, 适用时相关。关于毗邻的²⁰⁵和接连的²⁰⁶水道的条约规定便是这样。

(12) 有些现代协定并不是提出某一一般性指导原则或规定当事国各自的权利, 而是越过公平利用原则而进一步规定对流域的一体化管理²⁰⁷。这些法律

²⁰² 参见前任特别报告员第二次报告中所讨论的各类权威性文件(上文脚注 194), 第 75 至 168 段。

²⁰³ 参见第二任特别报告员施韦贝尔先生的第三次报告中所讨论的协定(《1982 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 76 至 82 页, A/CN.348 号文件, 第 49 至 72 段); 前任特别报告员第二次报告讨论的权威性文件以及第二章附件一和附件二中所列举的协定(见上文脚注 194)。

²⁰⁴ 见前任特别报告员第二次报告中所列举的例子(见上文脚注 194)。

²⁰⁵ “毗邻水道”一语在这里是指流经两个或两个以上国家领土之间或位于其领土上的、并因此与其领土“毗邻”的河流、湖泊或其它水道。这类水道有时又称“边界”水或“疆界”水。前任特别报告员第二次报告中载有关于毗邻水道的条约规定的说明性清单, 清单按地区开列, 这些规定承认河岸国在对有关水的使用方面权利平等(同上), 第二章, 附件一。

²⁰⁶ “接连水道”一语此处用以指从一国(接陆地)流至另一个或另几个国家的水道。据 J. Lipper 说, “难以胜数的接连河流条约都有一个共同之处, 即承认签署国利用国际河水的共同权利”(“Equitable utilization”, *The Law of International Drainage Basins*, A. H. Garretson, R. D. Hayton and C. J. Olmstead, eds. (Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications, 1967), p. 33)。前任特别报告员第二次报告载有关于接连水道的条约规定的说明性清单, 这些规定对水作了分配, 限制了上游国的行动自由, 规定分享水的利益, 或以某些其他方式公平分配水益或确认有关各国的相关权利(见上文脚注 194)。

²⁰⁷ 特别参见关于非洲河流域的一些最近的协定, 其中包括: 《设立卡盖拉河流域管理开发组织的协定》; 《塞内加尔河地位公约》和《设立塞内加尔河开发组织公约》; 曾在前任特别报告员第三次报告中讨论过(上文脚注 199, 第 21 段起); 《关于尼日尔河流域国家航行和经济合作条约》和《关于尼日尔河委员会和尼日尔河航行和运输的协定》; 冈比亚和塞内加尔间《综合开发冈比亚河流域公约》(*Cahiers de l'Afrique équatoriale* (Paris), 6 March 1965), 以及 1968 年《冈比亚河流域综合开发协定》(*Senegalo-Gambian Permanent Secretariat, Senegalo-Gambian Agreements, 1965-1976* (Banjul), No. 3) 和 1976 年《设立冈比亚河流域项目协调委员会公约》(同上, 第 23 号); 以及《关于开发乍得湖流域的公约和条例》。另见《拉普拉塔河流域条约》。

¹⁹⁹ 见《1987 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 95 至 99 段; 又见前任特别报告员的第三次报告, 同上, 第二卷(第一部分), 第 15 页起, 文件 A/CN.4/406 以及 Add.1-2 号文件, 第 59 段。

²⁰⁰ 参见“赫尔辛基规则”第四条的评注(a)(上文脚注 184)。

²⁰¹ 参见“萨尔茨堡决议”(同上)第 3 条, 其内容如下:

“第 3 条

“如国家之间对使用权的范围发生争议时, 应在公平基础上解决, 特别考虑到各自需要和其它有关情况。”

文书体现了通过主管整个国际水道的组织实现最佳利用和受益的决心。

(13) 考察一下各国解决涉及国际水道非航行使用方面的具体争端所采用的方式, 便可看出各水道国对于公平合理使用国际水道并从中受益的权利是普遍接受的²⁰⁸。虽然有些国家有时候坚持绝对主权论, 但这些国家通常仍然是这样解决争端的: 即通过缔结事实上对水作出分配或承认其它水道国的权利的协定来坚持自己的权利要求²⁰⁹。

(14) 有些政府间和非政府机构已就国际水道非航行使用通过了宣言、原则声明和建议。这些文件为载于第 5 条的各项规则提供了新的依据。下面仅举几个有代表性的例子²¹⁰。

(15) 这类文件的早期例子有第七届美洲国家国际会议 1933 年 12 月 24 日第五次全会核准的关于国际河流的工、农业使用的“蒙得维的亚宣言”²¹¹, 其中包括下面的规定:

“.....

“2. 各国享有为工业或农业目的而开发在其管辖范围内的国际河流的水的边缘的专属权。但这项权利应以行使时绝不得损害邻国对其管辖范围内的水的边缘所拥有的平等权利为前提。

“.....

²⁰⁸ 见前任特别报告员第二次报告所载调查(上文脚注 194), 第 78 至 89 段。

²⁰⁹ 一个很著名的例子要算美利坚合众国和墨西哥间关于格兰德河水的争端了。这一争端产生了关于绝对主权的“哈蒙论”, 但最后却为 1906 年《关于为灌溉目的公平分配格兰德河水的公约》(C. Parry, ed., *The Consolidated Treaty Series* (Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1980), vol. 201 (1906), p. 225; reproduced in *Legislative Texts*, p. 232, No. 75) 所解决。见前任特别报告员第二次报告关于这一争端及其解决的讨论(上文脚注 194), 第 79 至 87 段, 前任特别报告员的结论是, “制定‘哈蒙论’的国家[指美国]实际上并没有而且可能从来也没有遵循过这一理论”(同上, 第 87 段)。

另见同一份报告所讨论的其他国家惯例的例子(同上, 第 88 至 91 段)。

²¹⁰ 参见秘书长关于“国际河流的利用和使用的法律问题”的报告及其补编中所收集的文件(A/5409 和 A/CN.4/274 号文件)。另见前任特别报告员第二次报告中所讨论的关于这些文件的有代表性的例子(上文脚注 194), 第 134 至 155 段)。

²¹¹ Carnegie Foundation for International Peace, *The International Conferences of American States, First Supplement, 1933-1940* (Washington, D.C., 1940), p. 88. 见委内瑞拉和墨西哥的保留意见以及美利坚合众国的声明, 同上, 第 105 至 106 页。所有这些案文都转载于 A/5409 号文件, 第 212 页, 附件 I.A。

“4. 关于第 2 条和第 3 条中就毗邻河流所订的原则对接连河流亦应同样适用。”

(16) 另一项拉丁美洲条约, 即拉普拉塔河流域国家(阿根廷、玻利维亚、巴西、巴拉圭和乌拉圭)外交部长 1971 年 6 月 1 日至 3 日举行的第四次会议通过的《关于使用国际河流的亚松森条约》载有《关于使用国际河流的亚松森宣言》, 其中第 1 段和第 2 段规定如下:

“1. 关于受双重主权管辖的毗邻国际河流, 对水的任何使用, 事先应由沿河国双方缔结双边协定。

“2. 关于不受双重主权管辖的接连国际河流, 每一国家可根据自己的需要使用其中的水, 但不得对流域的任何其它国家造成明显的损害。”²¹²

(17) 1972 年举行的联合国人类环境会议通过了《人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》), 其中原则二十一规定:

“原则二十一

“依照联合国宪章和国际法原则, 各国具有按照其环境政策开发其资源的主权权利, 同时亦负有责任, 确保在它管辖或控制范围内的活动, 不致对其他国家的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。”²¹³

会议还通过了《人类环境行动计划》, 其中建议五十一规定:

“建议五十一

“建议有关各国考虑, 为属于一国以上管辖的共同水利资源, 设立河域委员会或促进有关国家之间合作的其他适当机构。

“.....

“(b) 有关各国应于适当时考虑下述原则:

“.....

“(二) 所有水利资源的使用和发展活动的基本目标, 从环境观点而言, 是确保每一个国家对

²¹² 西班牙原文见 Organization of American States, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4th ed. rev. (OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 Rev.2) (Washington, D.C., 1971), pp. 183-186; 部分转载于 A/CN.4/274 号文件, 第 322 至 324 页, 第 326 段。

²¹³ 《联合国人类环境会议报告书, 斯德哥尔摩, 一九七二年六月五日至十六日》(A/CONF.48/14/Rev.1) (英文见联合国出版物, 出售品编号: E.73.II.A.14 and corrigendum), 第一部分, 第一章。

水作最善的利用并避免水的污染；

“ (三) 属于一国以上管辖的共同水文区域的净利益应由有关各国公允地共同享受；²¹⁴

“……”

(18) 联合国水事会议所通过的“马德普拉塔行动计划”载有若干关于水资源的管理和利用的建议和决议。其中建议 7 吁请各国制定“有效法律……以促进水和与水有关的生态系统的有效而公平的使用和保护”²¹⁵。关于国际合作，该行动计划在其建议 90 和 91 中规定：

“90. 各国有必要在认识跨国界性经济、环境和物质方面的相互依存日益增长的情况下就共有水资源进行合作。必须根据《联合国宪章》和国际法原则在各国平等、主权和领土完整的基础上实行合作，并应当考虑到《联合国人类环境会议宣言》原则二十一等文献中所阐述的原则。

“91. 关于共有水资源的使用、管理和开发的国家政策，应考虑到每一资源共有国公平利用这些资源的权利，这一权利是促进团结、合作方面的联系的手段。”²¹⁶

(19) 秘书长 1971 年曾向经济及社会理事会自然资源委员会提出一份报告，其中承认：“由于多方面的而且时常相互冲突的使用和总需求大大增加，必须对流域发展采取综合性办法，以照顾到超国界的日益增多的经济及物质方面的相互依存性。”²¹⁷ 报告接着指出，被定义为两个或两个以上国家所共有的自然水文系统的水的国际水资源，是“促进国际友谊的独特机会。要实现对这些水的最佳利用和受益，就需要在国际合作的情况下采取实际行动，使所有当事国都能通过合作行动获得具体、明确的利益。”²¹⁸

(20) 1972 年，亚非法律协商委员会成立了一个国际河流问题常设小组委员会。1973 年，该小组委员会建议全体会议在未来一届会议的适当时候审议小组委员会报告。小组委员会报告员提出的订正建议草案，严格遵循下面将要讨论的“赫尔

辛基规则”²¹⁹。建议三中有如下规定：

“1. 每一流域国家有权在其领土范围内公平合理地分享利用某一国际流域的水。

“2. 什么是公平合理份额，应由有关流域国考虑每一具体情况中的所有有关因素后加以确定。”²²⁰

(21) 国际非政府组织也得出了类似的结论。1961 年，国际法学会萨尔茨堡会议通过了一项关于国际水道非航行使用的决议²²¹。该决议规定每一水道国都有权利用流过其境内的河流或界河的水，发生争议时，应在公平基础上予以解决。

(22) 国际法协会已编制了一些关于国际水道非航行使用专题的草案²²²，其中最重要的、切合本题的也许要算该协会第五十二届会议上通过的《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》。²²³“赫尔辛基规则”的第 2 章题为“国际流域的水的公平利用”，其中载有下述有关规定：

“第四条

“每个流域国家在其境内有权公平合理分享国际流域内水域利用的水益。”

²¹⁹ 见上文脚注 184。

²²⁰ 建议三的下一段载列一份并不详尽的清单，列举了确定公平合理份额标准时的 10 个应考虑的“有关因素”。见亚非法律协商委员会，*Report of the Fourteenth Session held at New Delhi (10-18 January 1973) (New Delhi)*, pp. 7-14；案文转载于 A/CN.4/274 号文件，第 339 至 340 页，第 367 段。亚非法律协商委员会关于国际河流法的工作在国际法委员会做出审理这一专题的决定后于 1973 年暂停。但是，1983 年 5 月亚非法律协商委员会在东京举行的第二十三届会议上，根据紧急请求，又将该专题列入其议程，以监测国际法委员会所取得的进展。见亚非法律协商委员会观察员在国际法委员会第三十六届会议上的发言（《1984 年……年鉴》，第一卷，第 1869 次会议，第 42 段）以及在国际法委员会第三十七届会议上的发言（《1985 年……年鉴》，第一卷，第 1903 次会议，第 21 段）。

²²¹ 见上文脚注 184。这项决议根据报告员安德拉西先生的最后报告制定，提交 1959 年国际法学会纳沙泰尔会议，以 50 票对 0 票、1 票弃权获得通过（*Annuaire de l'Institut de droit international, 1959 (Basel)*，第 48 卷第一部分，第 319 页起）。

²²² 在这些草案中，第一份是国际法协会第四十七届会议上通过的决议（*ILA, Report of the Forty-seventh Conference, Dubrovnik, 1956, (London, 1957)*），而更近的决议是国际法协会第六十二届会议通过的关于国际地下水资源的决议（以下称“汉城规则”）。见国际水资源法委员会的报告第二部分，题为“国际地下水资源法”（*International Law Association, Report of the Sixty-second Conference, Seoul, 1986 (London, 1987)*, pp. 238 et seq.）。

²²³ 见上文脚注 184。

²¹⁴ 同上，第二章，B 节。

²¹⁵ 见《联合国水事会议报告，马德普拉塔，1977 年 3 月 14 日至 25 日》（英文见联合国出版物，出售品编号 E.77.II.A.12 and corrigendum），第一部分，第一章，第 11 页。

²¹⁶ 同上，第 53 页。

²¹⁷ E/C.7/2/Add.6 号文件，第 1 段。

²¹⁸ 同上，第 3 段。

(23) 各国际法院和法庭的裁决为一国不得以对它国家造成损害的方式使用其领土的原则提供了进一步的佐证²²⁴。在国际水道非航行使用情况下，这是表明水道国在使用和利用水道方面有平等和相关权利的另一种表达方式。这一原则也体现在国内法院对涉及联邦各州之间权利要求互相冲突的案件所作的判决中²²⁵。

(24) 前面对各种法律材料的研讨虽然势必简略，却反映了有关这一论题的实际与理论的趋势。一般确认，所提到的一切资料并非均具同等法律价值，但可以从看出，载于第 5 条中的各项规则，是有着范围广泛的、具有连贯性的依据的。而且，公平合理利用这一规则有着坚实的基础，并为各国公平合理参与国际水道的使用、开发和保护的义务奠定了基础。

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、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) 每一水道国内依赖水道的人口；

(d) 一个水道国使用水道对其他水道国的影响；

(e) 对水道的现行使用和可能的使用；

(f) 水道水资源的养护、保护、开发和节约使用，以及为此而采取的措施的费用；

(g) 某项计划使用或现有使用有无其他价值相当的备选方案。

2. 在适用第 5 条或本条第 1 款的范围内，有关水道国应在需要时本着合作精神进行协商。

评注

(1) 第 6 条的目的是规定各国执行第 5 条中所载公平合理使用规则的方式。后一规则必须是一般性、而且具有灵活性的，为了妥当加以适用，各国必须顾及与该国际水道以及与各该水道国的需要和使用有关的具体因素。因此，在具体情况下，公平合理使用是什么取决于一切有关因素和情况的权衡。这一评量过程至少首先应由每一水道国进行，以保证第 5 条中所载公平合理使用规则得到遵守。

(2) 第 6 条第 1 款规定：“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”，并开列了这些因素与情况的指示性清单。这一规定的含义是：为了保证其行为符合第 5 条中所载公平使用义务，水道国必须不断考虑到一切有关因素，以保证其他水道国的平等和相关的权利得到尊重。但是，第 6 条并不排除这样的可能性：技术委员会、联合机构或第三方按照有关国家接受的任何安排或协议也参与这种评量工作。

(3) 第 1 款中所载因素是指示性的，并非已经穷尽无遗。由于国际水道系统和这些系统所满足的人类需要差异很大，要一一列举可能与个别案件有关的因素是办不到的。所列的一些因素可能在某一特定案件中会有关连，另一些因素则可能无关，而且还会有另一些未经罗列、但却有关的因素。所列各项因素与情况并无优先次序或比重上的不同，因为其中有些可能在某些案件中较为重要，而另一些可能在其它案件中占有较大的重要性。

(4) 第 1 款 (a) 项包含一些自然或物质环境因素。这些因素可能影响国际水道本身的一些重要特性，例如水的数量和质量、流速和水流的定期波动。它们也确定了水道对每一水道国的物质环境关系。“地理”因素包括国际水道在每一水道国境内的范围；“水路”因素通常指对于水道之水的测量、描绘和制图；“水文”因素除其它外，指水的性质，包括水的流动，及其分配，包括每一水道国对国际水道所贡献的水。第 1 款 (b) 项涉及水道国与水有关的社会及经济需要。第 1 款 (c) 项是为了指出顾及依赖水道的人口数以及其依赖程度或范围的重要性。第 1 款 (d) 项载述一水道国对国际水道的使用是否会影响其它水道国，尤其是这种使用是否会干扰到其它水道国的使用。第 1 款 (e) 项指一国际水道的现行使用和潜在使用，以便强调任何一个都不居先，而又确认在一具体案件中其中一个或两个都会相关。第 1 款 (f) 项载列了水道国可能对国际水道采取的措施的一些有关因素。所用

²²⁴ 见前任特别报告员第二次报告中对国际司法判决和仲裁裁决的讨论，包括以下案例：“奥得河”案、“墨兹河分流”案、“科孚海峡”案、“拉诺湖”案、“特雷耳炼锌厂”案及其它涉及国际水道的仲裁案（见上文脚注 194），第 100 至 133 段。

²²⁵ 见前任特别报告员第二次报告中讨论的关于国内法院的判决（同上），第 164 至 168 段。

“养护”一词的含义与它在第 1 条中的含义相同；所用“保护”一词的含义与它在第 5 条中的含义相同；“开发”一词通常指水道国为从水道取得利益或为了增加可能从水道取得的利益所进行的项目或计划；“节约使用”一词则指避免对水的无谓浪费。最后，第 1 款 (g) 项载述是否具有某项计划使用或现有使用的选择办法，这些选择办法是否与某项计划使用或现有使用具有相当的价值。(g) 项要求查明是否存在可用以满足现有使用或计划使用所解决或可予解决的需要的替代性办法。因此，这种替代性办法可能是其它供水来源，也可以是替代性能源或运输方式等满足有关需要——而不涉及水的使用——的其它办法。“相当”一词应作广义解释，以指一般的价值相当。因此“价值相当”一语的用意乃指通常可以比较的可行性、实用性和成本效益。

(5) 第 2 款预先设想到这样的可能性：为了若干原因，水道国可能需要就第 5 条或第 6 条第 1 款的适用问题彼此协商。引起这种协商需要的情况包括水量减少等自然情况以及与水道国的需要，例如国内、农业或工业上的更多的需要有关的那些情况。本款规定：水道国有义务“本着合作精神进行协商”。如上文第 5 条的评注第 (6) 段中已说明的，第 8 条更详细地阐述水道国进行合作的一般义务的性质。本款促请各国本着合作的精神就国际水道的使用、开发或保护进行协商，以便因应引起协商需要的情况。按照本条的措辞，进行协商的义务是由这种协商的需要已经产生的事实触发的。固然这意味着一种客观的标准，但水道国应“本着合作的精神”进行协商的规定表明，一水道国关于进行协商的要求不容其它水道国加以漠视。

(6) 国际一级上已进行了一些努力来编制可用以在个别案件中给予公平使用原则以具体含义的各种因素清单。“赫尔辛基规则”第四条²²⁶就公平使用作了规定（见上文第 5 条的评注第 (22) 段），第五条涉及如何确定“公平合理分享水益”的问题。该条案文如下：

“第五条

“1. 第四条所指的公平合理分享水益应根据每个水域的各种有关因素加以确定。

“2. 应加考虑的有关因素，包括下列各个方面，但并不以此为限：

“ (a) 流域的地理条件，特别是各流域国境内水域的范围；

“ (b) 流域的水文条件，特别是每个流域国提供的水量；

“ (c) 气候对流域的影响；

“ (d) 过去对流域水系的利用情况，特别是目前的利用情况；

“ (e) 各流域国的经济和社会需要；

“ (f) 各流域国境内依靠流域的水源生活的居民；

“ (g) 各流域国为满足其经济和社会需要所采用的可供选择的方法的费用比较；

“ (h) 其它资源的供应情况；

“ (i) 在利用流域水源时应避免不必要的浪费；

“ (j) 对一个或几个属于同一流域的国家提供补偿以调整各种使用所引起的冲突的实际可能性；

“ (k) 在不对其它流域国造成重大损害的条件下，对一个流域国的需要可以满足的程度。

“3. 每个因素经过比较其重要性和其它因素的重要性确定其所占份量。在确定公平合理分享办法时应考虑一切有关因素，并在全面衡量基础上作出结论。”

(7) 美国国务院于 1958 年就“国际水系的使用的法律问题”发布了一份备忘录。这份备忘录是当时加拿大提议分流若干边界河川而由美加两国进行协商时编制的，其中也载列了在以公正合理方式利用国际水道时应该考虑到的因素²²⁷。

(8) 最后，亚非法律协商委员会国际河流问题小组委员会的报告员于 1973 年提交了一套订正提议草案。提议三的头两段谈到公平使用问题（见上文第 5 条评注第 (20) 段），第三段谈到关于相关因素的问题²²⁸。

(9) 委员会认为，有必要编制一份因素指示表，来作为各国适用第 5 条中所载述公平合理使用规则的准绳。已试图将这些因素限定为将在许多特定案件中适用的有限的、非穷尽性的一般性考虑因素清单。但是，或许有必要再度指出的是，个别因素的份量及其恰当性将依情况不同而有所不同。

²²⁷ 见上文脚注 183。

²²⁸ 见上文脚注 220。

²²⁶ 见上文脚注 184。

第 7 条

不造成重大损害的义务

1. 水道国需作出应有的注意，以不致对其它水道国造成重大损害的方式利用国际水道。

2. 在作出应有的注意还是对另一个水道国造成重大损害的情形下，如果没有有关这种使用的协定，其使用造成损害的国家应同受害国就下列事项磋商：

(a) 顾及第 6 条所列因素，这种使用为公平合理的限度；

(b) 对使用方法进行特别调整以消除或减轻所造成的损害的问题，以及斟酌情况给予补偿的问题。

评注

(1) 委员会在本条中规定了着眼于在每一具体案件中达到公平结果的同时尽力避免重大损害的程序。以最佳方式利用国际水道的有限水资源是参照每一有关水道国的利益予以考虑的。这种着手方式符合条款草案通篇，特别是关于计划措施的协商和谈判的第三部分对这方面的强调。

(2) 委员会的着手方式以以下的三项结论为依据：(a) 在损害为一因素的情况下，光是第 5 条并不能为各国提供足够的指导；(b) 各国须作出应有的注意，以不致造成重大损害的方式利用水道；

(c) 某一活动带来重大损害的事实本身不一定构成予以阻止的依据。在若干情况下，国际水道的“公平合理利用”可能仍会对另一水道国造成某种重大损害。一般说来，在这种情况下，公平合理利用原则仍然是维持所涉利益的平衡的指导性标准。

(3) 第 1 款规定了水道国需作出应有的注意，以不致对其它水道国造成重大损害的方式利用国际水道的一般义务。

(4) “应有的注意”的含义被规定为：“与事项的重要性相称和与行使这种注意的权利的尊严和力量相称的注意”以及“诸如各国政府通常在本国事项上给予的注意。”²²⁹第 7 条所载给予应有注意的

²²⁹ The Geneva Arbitration (The “Alabama” case) (United States of America v. Great Britain), decision of 14 September 1872 (J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. I), pp.572-573 and 612 respectively.

义务设定了进行合法的国家活动的门槛。它不是为了保证在利用国际水道时不会发生重大的损害²³⁰。它是行为的义务而不是结果的义务。这项义务规定：在利用水道时造成重大损害的水道国在下列情况下可被视为违反了需作出应有的注意以不致对其它水道国造成重大损害的方式利用国际水道的义务：出于故意或疏忽造成应该防止的事件；或出于故意或疏忽没有防止它境内的其他人造成该事件；或不予消除²³¹。因此，“国家可能需要负责的情况为……没有制定必要的法律，没有执行法律……没有防止或终止非法活动，或没有惩罚需为该事件负责的人”。²³²

(5) 需作出应有的注意的义务，作为一个客观的标准，可以在规制国际水道之利用的各项条约中推断出来。例如，印度和巴基斯坦之间的《1960 年印度河水域条约》就在它的第四条第(10)款中规定：

“每一方宣称它意图尽量在切实可行的范围内防止可能对在性质上类似于在有效日期对水的那些使用造成不利影响的、河水的过度污染，并且同意采取一切合理措施以确保任何污水或工业废水在必要时先以不致对上述使用产生重大影响的方式处理过才让它流入河川：条件是，合理性的标准应该是对河上类似情况的习惯做法。”²³³

(6) 需作出应有的注意的义务也可从各种多边公约中推断出来。《联合国海洋法公约》第一九四条第 1 款规定：

“1. 各国应……采取一切……必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染，为此目的，按照其能力使用其所掌握的最切实可行*的方法……”

²³⁰ See generally P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle* (Paris, Pedone, 1976) and “La responsabilité internationale des États pour les dommages causés par les pollutions transfrontières”, in Organisation for Economic Co-operation and Development, *Aspects juridiques de la pollution transfrontière* (Paris, 1977), p. 369; C. B. Bourne, “The International Law Commission’s draft articles on the law of international watercourses: Principles and planned measures”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder), vol. 3, No. 1 (Winter 1992), pp. 65-92; and P. K. Wouters, “Allocation of the non-navigational uses of international watercourses: Efforts at codification and the experience of Canada and the United States”, *The Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver), vol. XXX (1992), pp. 43 et seq.

²³¹ Lammers, 上引书（见上文脚注 184），第 348 页。

²³² *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2 (St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987), section 601, comment (d), p. 105.

²³³ 见上文脚注 178。

根据《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》第 1 条, 缔约国有义务“……采取一切切实可行的步骤*, 防止倾倒废物和其它物质污染海洋……”。

《保护臭氧层维也纳公约》第 2 条规定缔约国有义务“采取适当措施*……以保护人类健康和环境, 使免受足以改变或可能改变臭氧层的人类活动所造成的或可能造成的不利影响”。《南极矿物资源活动管理公约》第 7 条第 5 款规定: “每一缔约国应按照联合国宪章第七章作出适当的努力*, 以期不致有任何人从事违反本公约各项目标和原则的南极矿物资源活动”。《越境环境影响评估公约》也在其第 2 条第 2 款中规定:

“2. 每一缔约国应采取必要的法律、行政或其它措施执行本公约的规定, 在可能引起重大不利跨界影响的拟议的活动方面, 这些措施包括制订容许公众参加的环境影响评估程序和编制环境影响评估文件……”

此外, 《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》在其第 2 条第 1 款中规定“缔约国应采取一切适当*措施, 防止、控制和减少任何跨界影响”。

(7) 最近在德国和瑞士之间发生关于瑞士未能要求某一药品公司采取一些安全措施而对莱茵河造成污染的争端, 这项争端涉及第 7 条所载需作出应有的注意义务。瑞士政府承认它没有作出应有的注意, 通过对它本国的药品工业的适足管理防止事故发生²³⁴。

(8) 水道国只有在它知道或应该已经知道对国际水道的具体利用会对其它水道国造成重大损害的情况下才可以被视为违反需给予应有注意的义务²³⁵。

(9) 如同国际法院在“科孚海峡”案中所指出的:

“……不能光从一国对其领土及其水域所行使的控制的事实就总结认为该国一定知道, 或应该已经知道, 在其领土上持续存在任何的不法行为, 也不能断定它一定知道或应该已经知道谁是有不法行为的人。这个事实从它本身来说并在与其它情况无关的情形下, 既没有涉及表面证据确凿的责任, 也没有改变举证的责任。”²³⁶

(10) 第 2 款涉及在利用国际水道时尽管作出了应有的注意还是对其它水道国造成损害的情况。在这种情况下, 第 2 款规定: 如果没有有关这种使用的协定, 其使用造成损害的国家应同受害国磋商。磋商的事项载于第 2 款 (a) 项和 (b) 项。

(11) “如果没有有关这种使用的协定”一语反映了这样的事实: 在有关水道国同意这种使用的情形下, 第 2 款 (a) 项和 (b) 项中所载的义务就不会发生。但是, 在没有这种协定的情形下, 受到重大损害的水道国可以援引第 2 款 (a) 项和 (b) 项的规定。

(12) 有一位评论者评述就水道的使用达成协定的程序如下:

“往往在一国计划会对另一河岸国的利益造成严重和持久损害的时候, 不会在当事国达成协议前着手开发。这种协定并不依循任何形态, 它只是在公平的基础上解决眼下的问题而已。”²³⁷

第 12 条和条款草案第三部分中所载有关通知、交换资料以及其它等的其它条文都反映并加强了这一程序。

(13) 第 2 款所要求的这一程序在若干方面同国际法院在“渔业管辖权”案(联合国诉冰岛)中所依循的程序具有类比关系²³⁸。在该案中, 法院发现联合国和冰岛之间存在互相竞争的权利。法院叙述了同目前的草案第 6 条类比适用的一些标准, 接着指出:

“解决争端的最适当的方法显然是谈判。谈判的目标应该是确定当事国的权利和利益, ……”。

“谈判的义务来源于当事国各自权利的根本性质; ……[并且]符合有关和平解决争端的《联合国宪章》的原则和规定……”。

“……[当事国]面前的任务是进行谈判, 谈判的依据是: 每一方必须诚心地合理照顾另一方的权利、……具体情况的事实, 并且照顾到具有……确定……权利的其它国

²³⁴ 关于这种情况的详细讨论, 见 R. Pisillo-Mazzeschi, “Forms of international responsibility for environmental harm”, in *International Responsibility for Environmental Harm*, F. Francioni and T. Scovazzi, eds. (London, Graham and Trotman, 1991), pp. 15-36, in particular p. 31. See also J. Barron, “After Chernobyl: Liability for nuclear accidents under international law”, *Columbia Journal of Transnational Law* (New York), vol. 25, No. 3 (1987), pp. 647 et seq.

²³⁵ Lammers, 上引书(上文脚注 184), 第 349 页。

²³⁶ *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 18.

²³⁷ C. Eagleton, C. J. Olmstead and J. M. Sweeney, “Research project on the law and uses of international rivers”, (New York University School of Law, 1959) as quoted in Whiteman, *Digest* (1964), vol. 3, p. 932.

²³⁸ 见上文脚注 196。一般认识到: 第 7 条第 2 款中所要求的过程是“协商”。以类比方式提到“渔业管辖权”案中所使用的、提到“谈判”的程序并不是为了对第 2 款中所使用的这个用语附加注释。

家的利益……。”²³⁹

(14) 第 2 款 (a) 项责成当事国进行磋商, 以便参照, 除其它外, 第 6 条中所指的不是一一列举的各项因素, 确定对水道的使用是否公平合理。确定某一具体使用为公平合理的举证责任应由对水道的使用造成重大损害的国家承担²⁴⁰。一般理解到: 对人类健康和安全造成重大损害的使用本来就是不公平和不合理的。委员会的若干委员认为, 也应该确认: 任何其它形式的极度损害至少是很不可能由来源于所进行的活动的利益予以平衡的。

(15) 如同“渔业管辖权”案²⁴¹中所显示的, 在水道情况下, 每当由于水的数量或质量等因素而在使用上引起冲突时, 可能的情况是: 一切合理和有利的的使用都不能得到充分的实现。

(16) 法院对“多瑙厄申根”案的判决也是具有教育意义的, 其中载述:

“有关国家的利益必须以公平的方式互相权衡。人们不仅需要考虑到对邻国所造成的绝对损害, 也应该考虑到一国得到的利益同它对另一国所造成的损害之间的关系。”²⁴²

(17) 第 2 款 (b) 项要求国家进行磋商, 以确定能

²³⁹ *Fisheries Jurisdiction...* (同上), 第 31 至 33 页, 第 73、75 和 78 段。也见“萨尔茨堡决议”(上文脚注 184); Bourne, 见上引(上文脚注 230); 和 Wouters, 上引书(同上), 第 80 至 86 页。

²⁴⁰ “原告国开始采用对它有利的推定规则: 每一国家必须以不对其它河岸国造成重大损害的方式使用流经其境内的河流的水。证实存在这种重大损害以后, 被告国应为提出适当辩护承担举证责任, 但在损害来源于特别危险的污染而且赔偿责任严格的情形下不受此限。这种举证责任由被告国承担的含义是它对流经其境内的水具有专属的主权管辖权。”

The Law of International Drainage Basins (见上文脚注 206), 第 113 页。

²⁴¹ 见上文脚注 196。

²⁴² *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden (Württemberg and Prussia v. Baden), betreffend die Donauversinkung*, German Staatsgerichtshof, 18 June 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlin), vol. 116, appendix, pp. 18 et seq.. See also *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927 and 1928*, A. McNair and H. Lauterpacht, eds. (London, Longmans, 1931), vol. 4, p. 131; see also *Kansas v. Colorado* (1907), *United States Reports*, vol. 206 (1921), p. 100, and *Washington v. Oregon* (1936), *ibid.*, vol. 297 (1936), p. 517, and ILA, *Report of the Sixty-second Conference* (footnote 222 above), pp. 275-278. “适用于国际水资源的补充规则”第 1 条规定如下: 流域国应避免和防止在其境内发生会对任何其它流域国造成重大损害的行为或不行为, 条件是: “赫尔辛基规则”(见上文脚注 184) 第四条中所载公平利用原则的适用不致成为某一具体案件中的例外事项的理由。这种例外将根据“赫尔辛基规则”第五条予以确定。

否对造成损害的使用进行特别的调整, 以便消除或减少损害; 并且确定是否应该对受害者给予补偿。

(18) 磋商必须参照具体情况进行, 除了 (a) 项中的有关因素以外, 应该考虑到诸如以下因素: 经济上行得通的调整程度、受害国也将从该活动中得到诸如分享水电、防洪、改善航行等利益的程度²⁴³。在这方面, 补偿付款被明白确认为在适当案件中平衡权益的方法²⁴⁴。

(19) 平衡利益的概念载于上文第 5 条评注第 (9) 段中, 内容如下:

“……在水的数量或质量显示不能以合理和有利的方式充分实现所有水道国的使用时, 便发生‘使用的冲突’。在这种情况下, 国际惯例承认: 需要进行一些调整或安排以保护每一水道国的权利平等。这些调整或安排将在平等的基础上进行, 最好以缔结具体水道协定的方式予以实现。”

(20) 这一概念载于斯德哥尔摩人类环境会议 (1972 年) 所通过的提议五十一中, 它建议采取这样的原则: “属于一国以上管辖的共同水文区域的净利益应由有关各国公允地共同享受。”²⁴⁵

(21) 如果磋商不能导致解决, 本条款草案第 33 条中所载的解决争端程序应予适用。委员会在二读时由于认识到这些问题复杂, 所适用的标准具有固有的含混性, 才添加这些程序的。“拉诺湖”案仲裁法庭对这种情况说得很清楚:

“各国应以合理的方式和真诚的态度评估会使它介入争议的情况和规则; 它的评估可能同其它国家的评估很不一样; 在这种情形下, 如果发生争端, 当事国通常设法谈判解决, 或者把它提交第三方当局。”²⁴⁶

²⁴³ 见“多瑙厄申根”案(上文脚注 242)。

²⁴⁴ 见加拿大和美国《关于合作开发哥伦比亚河流域水资源条约》(上文脚注 183)、《阿拉伯联合共和国和苏丹关于充分利用尼罗河水的协定》(1959 年)(联合国, 《条约汇编》, 第 453 卷, 第 51 页)以及《联合王国国王陛下政府与埃及政府关于为灌溉目的使用尼罗河水的换文》(国际联盟, 《条约汇编》, 第九十三卷, 第 44 页)。也见奥地利联邦政府和巴伐利亚州政府于 1948 年 6 月 29 日达成并于 1950 年 10 月 16 日缔结的《关于在 Rissbach、Durrach 和 Walchen 各区之间分配水的协定》(*Legislative Texts*, p. 469, No. 136), 1954 年奥地利和南斯拉夫《关于德拉瓦的水经济问题公约》(联合国, 《条约汇编》, 第 227 卷, 第 111 页)。还见奥地利、德意志联邦共和国和瑞士之间的《康斯坦茨湖提水协议》(及最后议定书)以及“萨尔茨堡决议”(见上文脚注 184) 第 4 条。

²⁴⁵ 见上文脚注 213。

²⁴⁶ UNRIAA (见上文脚注 191), 第 310 至 311 页。

(22) 委员会的一些委员表示, 他们不认为应该按照第 7 条的方针载列目前拟订的或 1991 年一读通过的案文²⁴⁷中拟订的任何条款。另一些委员则认为, 委员会应该以 1991 年的案文或目前的案文解决这个问题。后者占了优势。

(23) 有些委员表示他们对本条的保留意见, 说他们倾向于支持一读通过的案文。

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。

评注

(1) 第 8 条规定了水道国彼此间进行合作的一般义务, 以便履行义务和实现本条款草案提出的目标。各水道国之间在其利用国际水道方面进行合作是实现并保持公平分配水道的使用和利益的重要基础, 也是本草案第三部分所载程序规则顺利实施的重要基础。

(2) 第 8 条既指出了合作的基础, 也指出了合作的目的。关于合作的基础, 本条指出各水道国合作所依据的最根本的原则。其它有关原则包括诚意和睦邻原则。关于合作的目的, 委员会曾考虑是否规定得详细些。但最后认为还是采取一种总的提法较好, 特别是因为国际水道及其利用很不相同, 水道国的需要也各不相同。“以便实现国际水道的最佳利用和充分保护”这一提法源自第 5 条第 1 款的第二句。

(3) 各种各样的国际文书要求当事国在利用有关国际水道方面进行合作²⁴⁸。载有这种义务的国际协定的一个例子是 1964 年 7 月 17 日《波兰和苏维埃社会主义共和国联盟关于使用边界水域水资源的协

定》²⁴⁹。该协定在第 3 条第 3 款中规定, 该协定的目的是确保缔约双方在利用边境水域的水资源方面开展的经济、科学与技术活动中进行合作。第 7 和第 8 条规定双方特别要在水项目和定期交换数据和资料方面进行合作。

(4) 除了《各国经济权利和义务宪章》第三条²⁵⁰以外, 在各政府间组织和各种会议通过的宣言和决议中还一再强调在利用国际水道和其它共同自然资源方面进行合作的重要性。例如, 大会关于各国在环境方面合作的第 2995 (XXVII) 号决议中和关于环境领域内两个或两个以上国家就共有的自然资源合作的第 3129 (XXVIII) 号决议中载述了这一问题。前者在序言第三段中规定,

“各国在行使其对自然资源的主权时, 必须通过有效的双边和多边合作, 或通过区域机构, 设法保护和改善环境。”

“斯德哥尔摩宣言”也讨论了共有水资源的利用 and 环境保护方面的合作问题。该宣言原则二十四规定如下:

“原则二十四

“关于保护和改善环境的国际问题, 应由所有各国, 不论大小, 以平等地位本着合作精神来处理。通过多边或双边安排或其他适当办法的合作, 是对各种领域内进行活动所引起的不良环境影响加以有效控制、预防、减少或消除的必要条件, 唯须妥善顾及所有国家的主权和利益。”²⁵¹

²⁴⁷ 见上文脚注 165。

²⁴⁸ 前任特别报告员的第三次报告载有有关合作原则的国际协定、国际性法院和法庭的判决、政府间组织和会议通过的宣言和决议以及政府间和非政府组织的研究报告的概要 (见上文脚注 199), 第 43 至 58 段。

²⁴⁹ 见上文脚注 175。规定当事国之间进行合作的国际水道协定的其他例子有: 1962 年 11 月 16 日法国和瑞士《关于保护日内瓦湖水不受污染公约》(联合国, 《条约汇编》, 第 922 卷, 第 49 页)(第 1 至 4 条); 1983 年 8 月 14 日美利坚合众国和墨西哥《关于合作保护和改进边境地区环境的协定》, 这是一项包括边境水资源的框架协定 (ILM, vol. XXII, No. 5 (September 1983), p. 1025) (第 1 条和附件一); 《尼日尔河流域国家航行和经济合作条约》(第 4 条); 《塞内加尔河地位公约》和《设立塞内加尔河开发组织公约》; 《关于开发乍得湖流域的公约和条例》(条例第 1 条); 《1960 年印度河水域条约》(见上文脚注 178) (第七和第八条)。更概括地说, 《联合国海洋法公约》第一九七条, 题为“在全球性或区域性的基础上的合作”, 要求各国“在为保护和保全海洋环境而拟订和制订符合本公约的国际规则、标准和建议和办法及程序时”进行合作, “同时考虑到区域的特点”。

²⁵⁰ 见大会第 3281 (XXIX) 号决议。

²⁵¹ 见上文脚注 213。又见《人类环境行动计划》的建议五十一 (第二章 B 节), 该建议特别规定了国际水道方面的合作。

1977 年联合国水事会议通过的《马德普拉塔行动计划》²⁵²中载列了一些有关使用和开发国际水道方面的区域合作和国际合作的建议。例如, 建议 90 规定, 各国间在国际水道方面的合作必须

“根据《联合国宪章》和国际法原则在各国平等、主权和领土完整的基础上进行, 并应适当考虑到《联合国人类环境会议宣言》原则二十一等中表明的原则。”²⁵³

1987 年欧洲经委会通过了一项关于跨界水域合作原则的决定²⁵⁴, 其中原则 2 规定如下:

“合作

“2. 控制自然现象和人类活动对于跨界水的跨界影响的最好方法是直接有关的国家协力共同管理。因此, 河岸国家应尽可能实际地建立合作, 以便就共同关心的问题经常和全面地交换情报、定期协商和作出决定, 这些问题是: 目的、标准和规定、监测、规划、研究与发展方案及具体措施, 包括这些措施的执行和监督。”

(5) 各国在国际水道使用和开发方面进行合作的重要性也在政府间和国际非政府组织的多项研究报告中得到了确认²⁵⁵。1982 年国际法协会通过的《国际流域水污染规则》(“蒙特利尔规则”)²⁵⁶明确确认各国合作对确保有关国际水道的程序规则和其它规则效能具有重大的意义。“蒙特利尔规则”第 4 条规定: “为实行规则的规定, 各国应同其它有关国家合作”。欧洲委员会部长理事会于 1967 年

通过的《欧洲水宪章》²⁵⁷的原则十二有力地说明了因水的物理特性就国际水资源进行合作的重要性, 该原则宣布: “水不分国界; 作为一种共同资源, 它要求进行国际合作。”最后, 国际法学会在其 1979 年雅典会议上通过的《关于河流湖泊污染与国际法的决议》²⁵⁸第四条 (b) 项规定, 为防止水污染, 各国应特别使用 “在国际一级与其它有关国家进行诚意合作的方法”²⁵⁹。

(6) 最后, 水道国之间的合作对公平合理地利用国际水道是很重要的。它也是执行第 9 条规定的定期交换数据和资料以及草案其它部分的基础。

第 9 条

定期交换数据和资料

1. 依照第 8 条, 水道国应定期交换关于水道状况, 特别是关于水文、气象、水文地质和生态性质的、随时可得到的数据和资料以及有关的预报。

2. 如果一个水道国要求另一个水道国提供不属于随时可得到的数据或资料, 后者应尽力满足这种要求, 但可附有条件, 即提出要求的国家需支付搜集和酌情处理这些数据或资料的合理费用。

3. 水道国应尽力以便于接受数据资料的其他水道国利用该数据资料的方式搜集并酌情处理数据和资料。

评注

(1) 第 9 条提出了为确保公平合理利用国际水道各水道国相互交换必要的数据和资料的一般起码的要求。水道国需要有关水道状况的数据和资料, 以应用第 6 条, 该条要求水道国在执行第 5 条规定的

²⁵² 见上文脚注 215。

²⁵³ 《人类环境宣言》的原则二十一转载于上文第 5 条的评注第 (17) 段。又见《马德普拉塔行动计划》建议 84 (同上) 和《行动计划》所载 “发展中国家间水事部门的技术合作”、“河流委员会”和 “关于水事部门国际合作的体制安排”的各项决议。

²⁵⁴ 欧洲经委会年度报告 (1986 年 4 月 28 日至 1987 年 4 月 10 日), 《经济及社会理事会正式记录, 1987 年, 补编第 13 号》(E/1987/33-E/ECE/1148), 第四章, 决定 I (42)。该原则的序言说:

“……下述原则仅涉及关于控制和防止跨界水的污染和跨界水的防洪管理问题, 包括该领域的一般问题……”

²⁵⁵ 一般见下述文件中提及并摘录的各项研究报告: 文件 A/5409 号文件, 第 199 至 210 页, 第 1069 至 1098 段; A/CN.4/274 号文件, 第 338 至 351 页, 第 364 至 381 段, 以及第 356 至 362 页, 第 399 至 409 段。

²⁵⁶ *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982* (London, 1983), pp. 13 and 535 et seq.

²⁵⁷ 由欧洲委员会协商大会于 1967 年 4 月 28 日 (建议 493 (1967)) 和欧洲委员会部长理事会于 1967 年 5 月 26 日 (第 (67) 10 号决议) 通过; 案文转载于 A/CN.4/274 号文件, 第 373 段。

²⁵⁸ 见上文脚注 184。

²⁵⁹ 决议第七条规定: “邻接同一流域的国家, 在履行其合作义务时, 应尽可能通过协议和其它办法采取下列合作方式”, 包括提供有关污染的数据, 事先通知可能引起污染的活动, 以及就现实或潜在的跨界污染问题进行协商等。

公平利用义务时，要考虑到“所有有关因素与情况”。当然，第9条的规则是备用的规则，即这些规则适用于还没有第3条所设想的那种协定——有关某一具体国际水道的协定——对该问题作出专门规定的情况。的确，各水道国显然需要彼此签订这样的协定，以便除其它事项外，规定根据有关国际水道的特点和水道国的特殊需要及情况，搜集和交换数据和资料。第9条所设想制度的顺利和有效发挥作用，取决于各水道国之间的合作。因此，正如第1款开头所说，本条的规则就是具体地应用第8条所规定的一般合作义务。

(2) 第1款要求定期交换数据和资料，这是为了确保水道国掌握必要的情况以使它们能够履行第5、6和7条所规定的义务。数据和资料可直接或间接传递。在许多情况下，水道国建立各种联合机构，这些机构除其它任务外，负责搜集、处理和传播本款所提及的那种数据和资料²⁶⁰。但有关国家当然可以为此目的自由使用任何可以共同接受的方法。

(3) 委员会承认，武装冲突或没有外交关系等情况可能对数据和资料的直接交换和第11至19条中规定的许多程序造成严重的障碍。委员会决定，这一问题最好是通过订立一条具体规定间接程序的一般保留条款来解决，这就是第30条。

²⁶⁰ 关于这些机构的名单及其讨论见如下材料：A/CN.4/274, pp. 351 *et seq.*, paras. 382-398; *Experiences in the Development and Management of International River and Lake Basins*, Proceedings of the United Nations Interregional Meeting of International River Organizations, Dakar, 5-14 May 1981, Natural Resources/Water Series No. 10 (United Nations publication, Sales No. 82.II.A.17), part three; N. Ely and A. Wolman, "Administration", in *The Law of International Drainage Basins* (see footnote 206 above), pp. 125-133; *Management of International Water Resources: Institutional and Legal Aspects*, Natural Resources/Water Series No. 1 (United Nations publication, Sales No. E.75.II.A.2), annex IV; and T. Parnall and A. E. Utton, "The Senegal Valley Authority: A unique experiment in international river basin planning", *Indiana Law Journal* (Bloomington), vol. 51 (1975-1976), pp. 254 *et seq.*

这样的管理机构中值得注意的有：在非洲，乍得湖流域委员会、尼日尔河流域管理局（前身为尼日尔河委员会）、尼罗河流域常设联合技术委员会（埃及和苏丹）以及卡盖拉河流域管理开发组织；在美洲，拉普拉塔河流域政府间协调委员会、国际联合委员会（加拿大和美利坚合众国）以及国际边界和水委员会（美利坚合众国和墨西哥）；在亚洲，湄公河下游流域调查协调委员会、印度河常设委员会（印度和巴基斯坦）、河流联合委员会（印度和孟加拉国）以及赫尔曼德河三角洲委员会（阿富汗和伊朗）；在欧洲，多瑙河委员会、保护摩泽尔河免受污染国际委员会、防止莱茵河污染国际委员会以及芬兰—苏联利用边界水道联合委员会。

(4) 在要求“定期”交换数据和资料方面，第9条规定了一个连续的有系统的进程，这一进程不同于草案第三部分所设想的就计划的措施提供情报的临时性规定。

(5) 第1款要求水道国交换“随时可得到的”数据和资料²⁶¹。这一提法用来表示作为一个一般的法律义务，一个水道国只有义务提供其一般掌握的一类资料——例如，为自己使用业已收集的资料或容易取得的资料²⁶²。在具体情况下，数据和资料是否为“随时”可得到的，这要取决于对一些因素的客观估计，例如，被要求的水道国要提供所需数据和资料，需花多大努力和代价，其中包括人力、财力以及技术和其它有关资源。因此，第1款和第2款中使用的“随时”这一修饰语是一个专门技术术语，其含义大体相当于“根据各种有关情况”或“可行”一词，而不是“合理”或“合乎逻辑”等字。

(6) 如果没有相反的协议，则不要求水道国处理拟交换的数据和资料。然而，根据第9条第3款规定，水道国应尽力以便于接受资料的国家利用该资料的方式提供资料。

(7) 关于拟提供的资料，使用“可得到的”这一措辞的文书的例子有印度和巴基斯坦之间的《1960年印度河水域条约》²⁶³和1986年《及早通报核事故公约》²⁶⁴。

(8) 要求水道国交换有关国际水道“状况”的数据和资料。这一词语在第11条中也出现了，它具有其通常的含义，一般是指水道国的当前状况或特性。正如“特别是”该词语所表示的，所提及的数

²⁶¹ “赫尔辛基规则”（见上文脚注184）第二十九条第1款使用“有关和一般可得到的”的措辞。

²⁶² 见“赫尔辛基规则”（同上）第二十九条第1款的评注，评注有关部分说：

“提及‘有关和一般可得到的资料’表明，不能要求有关流域国提供无关的资料，也不能使有关流域国为取得手头没有或不容易取得的统计资料或其他资料而耗资和为难。本条规定并不打算预先判断这样的问题：如果一个流域国愿意承担取得它所希望得到的资料的费用，它是否有理由要求另一流域国提供并非‘一般可得到的’资料。”（第519页）

²⁶³ 见上文脚注178。该条约第七条第2款除其他外规定，如一方计划修建会大大影响另一方的工程，

“应将此计划通知对方，并提供有可能得到的资料* 以便对方能了解工程的性质、规模和效果”。

见“赫尔辛基规则”第二十九条第1款及其评注（上文脚注184和262）。

²⁶⁴ 该公约第二条（b）项要求提供“有关尽量减少放射后果的可获得的情报”。

据和资料种类，虽然绝不是包罗无遗的一份清单，但是，对公平利用来说，则被认为是最重要的。虽然第 9 条没有提及交换抽样调查资料，但委员会承认，交换抽样调查资料在某些情况下，的确有很大的实际价值，因此，应酌情进行这种交换。

(9) 转交给其它水道国的数据的数据的资料应该包括在转交资料的国家内水道的当前使用对水道状况的影响。计划的使用可能造成的影响在第 11 至 19 条述及。

(10) 第 9 条第 1 款要求定期交换，除其它外，有关“生态”性质的数据和资料。委员会认为该词比“环境的”一词更好，因为它更具体地关系到水道本身的生物资源。“环境的”一词被认为可作更宽的解释，因而会对水道国造成过分的负担。

(11) 第 1 款要求水道国不仅交换关于水道当前状况的数据和资料，还要求交换有关的预报。对后一项要求同对前一项要求一样，有这样的限制，即这种预报是“随时可得到的”。因此，不要求水道国花费特别的努力去履行这一义务。所设想的预报将涉及诸如天气状况及其可能对水位和水流的影响、可预见的冰情、当前的使用可能产生的长期影响和生物资源的状况或活动等。

(12) 第 1 款的要求甚至还适用于当前没有任何水道国使用或计划使用水道这种较罕见的情况。如果关于水道状况的数据和资料是“随时可得到的”，委员会认为要求交换这种数据和资料就不会成为过分负担。事实上，交换有关这种水道的数据和资料可能有助于水道国规划未来和满足开发或其它需要。

(13) 第 2 款涉及要求提供资料的水道国提供不属一般可得到的数据或资料。在这种情况下，有关国家应“尽力”满足这种要求，就是说，应诚意地以合作精神努力提供提出要求的水道国所要求的数据或资料。

(14) 为使数据和资料对水道国切实有用，所提供的数据和资料应便于水道国利用。因此，第 3 款要求水道国“应尽力以便于……利用该数据资料的方式搜集并酌情处理数据和资料”。在上文第 (13) 段中，对“尽力”一语的含义作了解释。应用“酌情”一语是为了提供一定程度的灵活性，由于一些原因，这种灵活性是必要的。在一些情况下，也许为了使数据和资料便于另一国家利用这些数据和资料而无须处理。而在另外一些情况下，这种处理又可能是必要的，以便确保这些资料便于其它国家利

用，但这可能会对提供资料国造成不应有的负担。

(15) 定期搜集和交换有关国际水道的各种数据和资料的必要性已得到许多国际协定、由政府间组织通过的宣言和决议、各种会议以及许多政府间和国际非政府组织的研究报告的承认²⁶⁵。载有关于定期交换数据和资料的一般性条款的协定的例子是 1964 年波兰与苏联《关于使用边境水域水资源的协定》²⁶⁶，该协定第 8 条第 1 款规定：

“1. 缔约双方将确定合作原则，以定期交换有关边境水域的水文、水文气象和水文地质情况和预测，并应确定范围、方案 and 进行测量和观测并对所得到的数据进行加工的方法以及施工的地点和期限。”

载有关于交换数据和资料规定的协定的其它例子有：印度和巴基斯坦之间的《1960 年印度河水域条约》²⁶⁷（第六条）、1944 年 2 月 3 日《美利坚合众国和墨西哥关于利用科罗拉多河、提华纳河和格兰德河（布拉沃河）从得克萨斯州奎得堡到墨西哥湾水域的条约》²⁶⁸（第 9 条（j）项）、1964 年 11 月 25 日《关于尼日尔河委员会和尼日尔河航行和运输的协定》（第 2 条（c）项）和 1971 年 9 月 16 日芬兰和瑞典的《界河协定》²⁶⁹（第 9 章，第 3 条）。

(16) 定期交换数据和资料对于有效地保护国际水道、保持水质和防止污染具有特别重要的意义。许多国际协定、宣言和决议以及研究报告都承认这一点²⁷⁰。例如，欧洲经委会 1987 年通过的《跨界水域合作原则》²⁷¹的原则 11（a）。

(17) 总之，水道国定期交换关于水道状况的数据和资料，使水道国能够掌握履行第 5 至 7 条所规定的各项义务以及为自己的规划所需的资料。第 9 条涉及定期地交换数据和资料，而后边第三部分各条则涉及特定地，即对计划的措施，提供资料。

²⁶⁵ 这些文书的有关规定概览载于前任特别报告员的第四次报告，《1988 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 205 页起，A/CN.4/412 以及 Add.1-2 号文件，第 15 至 26 段。另见《各国经济权利和义务宪章》第三条（上文脚注 250）。

²⁶⁶ 见上文脚注 175。

²⁶⁷ 见上文脚注 178。

²⁶⁸ 联合国，《条约汇编》，第 3 卷，第 313 页。

²⁶⁹ 见上文脚注 175。

²⁷⁰ 见前任特别报告员的第四次报告中引述的例子（上文脚注 265）。

²⁷¹ 见上文脚注 254。其序言把这些原则仅限于洪水管理和防止及控制污染。

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 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决，尤应顾及维持生命所必须的人的需求。

评注

(1) 第 10 条规定了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的一般原则。本条也针对国际水道的各种使用发生冲突的情况。

(2) 由于各国按照协议或惯例，往往给予某种或某一级的使用以优先地位，第 1 款隐含着“备用规则”。因此，本款的起首条款保留着有关水道国之间以“协议或习惯”确定的任何优先地位。“协议”一词按其广义使用，可以包括例如水道国之间已经达成的一种安排或临时解决办法等等。而且，它不只限于“水道协定”，因为航行等用途有可能用友好条约等其他种类的协定来加以解决。“习惯”一词适用于水道国之间可能没有任何“协议”，但是按照传统或惯例，给了某种使用以优先地位的情况。“固有的优先地位”一语同样表明，特定形式或类别的使用的任何性质均不能使它对其他使用具有推定的或固有的优先地位，而让水道国自由决定给予同某一国际水道有关的某种特定使用以优先地位。这同样适用于按照第 1 条第 2 款因“其他使用影响到航行或受到航行影响”而属于本条款的范围的航行使用。

(3) 第 2 款处理在没有按照习惯或协议确定任何适用的优先地位时国际水道的各种使用发生冲突或互相干扰的情况。在这种情形下，第 2 款表明，应参酌第 5 至 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决，“尤应顾及维持生命所必须的人的需求”。因此，在本条的含义范围内，各种使用之间的“冲突”只有在有关水道国没有按照协议或习惯建立优先地位的制度或其他变通办法的情形下才会发生。它强调，本款是指国际水道各种使用之间的“冲突”，而不是水道国之间的冲突或争端²⁷²。

(4) 第 2 款规定解决国际水道各种使用之间的冲突

所适用的原则和因素载于第 5、6 和 7 条。第 6 条规定需要考虑到因素是与该国际水道有关的因素。但是在决定如何解决这种冲突时，水道国“尤应顾及维持生命所必须的人的需求”。这是指应该特别注意提供足够的水，以维持人类的生命，包括饮用水和制造食物以免饥饿所需要的水。这项标准是第 6 条第 1 款 (b) 项中所载列因素的强调形式：“有关水道国的社会和经济需要”。由于第 2 款中提到第 6 条，后一因素无论如何都是有关水道国在解决各种使用之间的冲突时必须考虑到的因素。

(5) 尽管在本世纪初总的说来航行使用或曾享有优先地位²⁷³，但随着其它种类的用途开始在经济社会的重要性方面与航行使用匹敌，各国认识到需要有更大的灵活性。1966 年，美洲经济及与社会理事会第四次年会通过一项决议，承认亟需考虑水道的各种潜在用途，这表明了态度的转变。决议建议成员国为共同利益而促进它们这一地区的水文流域和溪流的经济利用，以利于“运输、发电、灌溉工程和其他用途，尤其是为了控制和防止洪水所引起的定期发生的破坏”²⁷⁴。同年，国际法协会得出结论，任一利用都不享有一般优先地位。“赫尔辛基规则”第六条规定：“任何用途或任何一类用途对于其他用途都不占固有的优先地位”²⁷⁵。《德尔夫特宣言》最近强调，为保证供应足以满足人类下一世纪需求的淡水而保有足够灵活性十分重要。开发署发起的于 1991 年 6 月 3 日至 5 日在荷兰德尔夫特召开的讨论会通过了该《宣言》，《宣言》指出，至 2000 年，近一半的世界人口将居住在城市。《宣言》谈到，鉴于农业灌溉和解决城市与工业污染造成的问题所需用水日增，满足“爆炸”的都市用水之需是一“严峻”挑战。讨论会的水专家的结论是，为了“持久地”满足人类需水，必须采取保护和保有水与环境资源的先进措施²⁷⁶。如果一种特别利用享有固有的优先地位，往往不可能采取上述措施。在诸种用途中不分轩輊，将有助于执行旨在保证满足“维持生命所必须的人的需求”的措施。

²⁷³ 《国际性通航水道制度公约和规约》第 10 条第 1 款是这一立场的表现。其他例子载于《蒙得维的亚宣言》（见上文脚注 211）；1911 年国际法学会马德里会议通过的《关于使用国际水道的国际管制决议》（它是《蒙得维的亚宣言》第 5 条的依据）的规则二 (4) (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1911* (Paris), vol. 24, p.366)，转载于 A/5409 号文件，第 200 页，第 1072 段。

²⁷⁴ Resolution 24-M/66, “Control and economic utilization of hydrographic basins and streams in Latin America” (单一的执行段落)，转载于 A/CN.4/274 号文件，第 351 页，第 380 段。

²⁷⁵ 见“赫尔辛基规则”9 上文脚注 184，第 491 页。

²⁷⁶ 《德尔夫特宣言》附载于开发署的新闻稿，日内瓦，1991 年 6 月 10 日。

²⁷² 又见第 5 条的评注第 (9) 段。

第三部分

计划的措施

第 11 条

关于计划措施的资料

各水道国应就计划的措施对国际水道状况可能产生的影响交换资料和相互协商。

评注

(1) 第 11 条作为草案第三部分条文的开头，在包括关于定期交换数据和资料的第 9 条的第二部分和涉及提供关于计划的措施的情况的第三部分之间起一种桥梁作用。

(2) 第 11 条规定各水道国就计划采取的措施对国际水道状况可能产生的影响彼此提供情况的一般义务。本条还要求各水道国应就这种措施的影响相互进行协商。

(3) “可能产生的影响”这一提法包括计划的措施一切可能的影响，不管是不利的还是有利的。因此，第 11 条超出了第 12 条及其后各条的范围，后者只涉及对其它水道国可能产生重大不利影响的计划的措施。的确，各水道国都愿意得知计划的措施可能产生的积极和消极的影响的情况。此外，要求交换情况和就一切可能产生的影响进行协商避免了单方面估计这种影响的实际性质所包含的问题。

(4) 对“措施”一词应作广义理解，就是说，它包括大小不等的新的项目或计划，以及国际水道现有使用的改变。

(5) 规定有类似第 11 条要求的其它文书和决定的例子见第 12 条评注。

第 12 条 关于可能造成不利影响的计划的措施的通知

一个水道国在执行或允许执行可能对其他水道国造成重大不利影响的计划的措施之前，应及

时向这些国家发出通知，并同时提供现有技术数据和资料，以便使被通知国能够估计计划的措施可能造成的影响。

评注

(1) 第 12 条介绍了关于有可能对其它水道国造成重大不利影响的计划的措施的一组条款。这些条款确立了旨在帮助水道国在其各自使用国际水道方面保持公平均衡的一种程序结构。设想这一组程序将因此有助于避免同水道的新使用有关的争端。

(2) 第 12 至 19 条中规定的程序是由一水道国的计划的措施有可能对其它水道国造成“重大不利影响”这一标准发动的²⁷⁷。这个标准所确定的门槛是想比第 7 条中“重大损害”的标准要低一些。因此，“重大不利影响”可能不会达到第 7 条含义中“重大损害”的程度。“重大损害”不适宜作为发动第 12 至 19 条中的程序的标准，因为使用这一标准就意味着只有在新措施的执行有可能导致第 7 条所包括的行为时才使用这种程序。因此，提供关于计划的措施的通知的水道国将被置于这样一种地位，即承认计划的措施有可能在第 7 条所包括的行为上对其它水道国造成重大损害。“重大不利影响”的标准正是用来避免这种情况。

(3) “执行或允许执行”这一用语目的在于澄清本条不仅包括国家计划的措施，也包括私人实体计划的措施。“允许”一词是按其广义使用的，既含“准许”又含“批准”的意思。因此遇有私人实体计划进行的措施，有关水道国有义务不批准该实体执行这种措施，或者在按照第 12 条的规定通知其它水道国之前，不准许其执行该措施。以下各条中提到计划措施的“执行”²⁷⁸均应理解为包括允许执行在内。

(4) “及时”一词意在要求在计划的初期阶段就及早发出通知，以便如果有必要的话，按照以下条款进行有意义的协商和谈判。含这样一种要求的一个条约的例子是 1966 年 4 月 30 日奥地利、德意志

²⁷⁷ 环境规划署理事会 1978 年通过的“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域行动原则”（1978 年 5 月 19 日第 6/14 号决定）将“重大影响”一词界定为系指“对共有自然资源的任何重大影响，[不包括]轻微的影响”。(United Nations Environment Programme, *Environmental Law: Guidelines and Principles*, No. 2, *Shared Natural Resources* (Nairobi, 1978))

²⁷⁸ 见以下第 15 条第 2 款、第 16 条第 1 款和第 19 条第 1 款。

联邦共和国和瑞士的《康斯坦茨湖提水协议》（及最后议定书），其第7条规定，“沿岸国在批准[某些特定的]湖水抽用之前，应及时让其它国家有机会发表意见”。

（5）“现有”技术数据和资料的提法目的在于表明一般不要求通知国在可能的受影响国的要求下进行额外的研究，而只是提供在从事计划的措施的过程中逐渐积累起来的并随时可以获得的有关数据和资料。（在第9条评注的（5）至（7）段也讨论了“现有”一词的含义。）如果被通知国要求不能马上提供但只有通知国才能获得的数据或资料，则通常较为妥当的做法是前者向后者偿付提供所要求的资料的费用。正如第31条中规定的，不要求通知国透露对其国防或国家安全至关重要的数据和资料。第9条评注第（7）段提供了在关于提供资料时使用“现有”一词的文书的实例。

（6）在若干国际协定、国际性法院和法庭的裁决、政府间组织通过的宣言和决议、各种会议以及政府间和国际非政府组织的研究报告中均载有通知计划的措施这一原则²⁷⁹。载有这样一种条款的条约例子是奥地利和南斯拉夫和《关于德拉瓦的水经济问题公约》（第4条）²⁸⁰。其它类似的协定包括《巴约讷条约》及附加书²⁸¹（第十一条）、《塞内加尔河地位公约》（第4条）、《保护康斯坦茨湖免受污染公约》（第1条第3款）、印度和巴基斯坦《1960年印度河水域条约》²⁸²（第七条第2款）和《关于涉及多国开发水电公约》（第4条）。

（7）一些协定规定，通过为便利水道管理而设立的机构来发出有关新项目和新使用的通知和交流有关资料。乌拉圭和阿根廷制定的1975年《乌拉圭河规约》就是一例²⁸³，其中有详细条款涉及通知要求、通知内容、答复期限以及各方不能就拟议项目达成协议时所应用的程序²⁸⁴。规定通过联合机构对

计划的措施发出通知的其它协定还有：规制尼日尔河的条约制度²⁸⁵和1973年11月19日阿根廷和乌拉圭《关于拉普拉塔河及其出海口的条约》²⁸⁶（第17条）。

（8）有关计划的措施的通知这一主题在“拉诺湖”案中得到了仲裁庭的详细论述²⁸⁷。仲裁庭得出的有关结论包括下列内容：（a）至少就该案的事实状况来说，国际法并不要求上游和下游国家就拟议的新使用事先达成协议，“国际实践宁愿采用不那么极端的解决办法，因而只限于要求各国进行初步谈判，商讨协议的条款而不以达成协议为其行使权限的条件”²⁸⁸；（b）根据当时流行的有关开发水电的国际惯例，“必须考虑到可能受所建设工程影响的一切利益，不管其性质如何，即便它并不构成一种权利”²⁸⁹；（c）“上游国家，根据诚意的准则，有义务考虑到各种有关利益，以符合谋求自身利益的方式尽量满足这些利益，并表明它在这一问题上真正希望协调其它流域国家与其本身的利益”²⁹⁰；和（d）“在谈判过程中考虑对方利益的义务和在采用的解决办法中合理考虑这种利益的义务这两者之间”有着“密切的联系”²⁹¹。事实上，法国在开始有争议的分流项目之前，为响应西班牙提出的根据附加书²⁹²第11条有权获得事先通知的要求同西班牙进行了协商。

（9）需要事先通知计划的措施已得到若干由政府间组织通过的宣言和决议和会议的承认。1972年的联合国人类环境会议通过的《人类环境行动计划》²⁹³的建议五十一在（b）项第（一）目中载有关于将计划的新使用通知有关国家的以下原则：

²⁸⁵ 见《关于尼日尔河流域国家航行和经济合作条约》第4条和《关于尼日尔河委员会和尼日尔河航行和运输的协定》第12条。

²⁸⁶ 1974年2月12日生效（Institute for Latin American Integration, *Derecho de la Integración* (Buenos Aires), vol. VII, No. 15 (March 1974), p. 225); *International Law Materials*, vol. XIII, No. 3 (May 1974), p. 251), 摘要见 A/CN.4/274 号文件，第298页起，第115至130段。

²⁸⁷ 见上文脚注191。

²⁸⁸ 裁决第11段（第三分段）（A/5409号文件，第197页，第1065段）。

²⁸⁹ 裁决第22段（第二分段）（同上，第198页，第1068段）。

²⁹⁰ 裁决第22段（第三分段），同上。

²⁹¹ 裁决第24段（倒数第二分段）（同上）。

²⁹² 见上文脚注195。

²⁹³ 见上文脚注213和214。

²⁷⁹ 对这些权威性文件的综述载于前任特别报告员的第三次报告（见上文脚注199），第63至87段和附件二。

²⁸⁰ 见上文脚注244。

²⁸¹ 见上文脚注195。附加书的相关规定转载于 *International Law Reports*, 1957（上文脚注191），第102至105页和第138页；摘要载于 A/5409 号文件，第170至171页，第895至902段。对附加书及同日的《边界条约》进行解释是“拉诺湖”案仲裁裁决（同上）的主题。

²⁸² 见上文脚注178。

²⁸³ 见《规约》第7至12条（Uruguay, Ministry for External Relations, *Actos Internacionales, Uruguay-Argentina, 1830-1980* (Montevideo, 1981), p. 593）。

²⁸⁴ 参见规定司法解决争端的《规约》第十五章（第60条）和规定调解程序的第十四章（第58和59条）。

“各国同意，在一国筹划重要水资源活动而对另一国家可能有重大环境影响时，应该在这种活动开始以前及早通知有关国家”

(10) 美洲国家第七次国际会议以前通过了《蒙得维的亚宣言》²⁹⁴，其中不仅规定应事先将计划的工程通知有关国家，而且应事先就具有潜在损害性的改变水道工程征得有关国家同意²⁹⁵。含有同样条款的例子是经合组织理事会于 1974 年通过的《关于越境污染的原则》附列的“通知和协商原则”²⁹⁶和 1977 年联合国水事会议通过的关于“区域合作”的建议²⁹⁷。

(11) 在政府间和国际非政府组织通过的一些研究报告中可以找到关于对计划的措施的通知的规定。²⁹⁸

(12) 关于对计划的措施预先通知的条款可参看 1965 年由美洲法律委员会编写的关于国际河流和湖泊的工业和农业利用的公约草案订正案文²⁹⁹（特别是第 8 和 9 条）；1973 年由国际水道法小组委员会提交给亚非法律协商委员会的修订建议草案³⁰⁰（特别是建议四第 2 段和建议十）；国际法协会 1961 年通过的关于使用国际非海洋水域（除航行外）的决议³⁰¹（第 4 至第 9 条）；美洲律师协会 1957 年在第十次会议上通过的关于使用国际河流的决议³⁰²（第 I.3 段）；国际法协会 1966 年通过的“赫尔辛

基规则”³⁰³（第二十九条）；国际法协会 1980 年通过的“关于调节国际水道水流”的条款³⁰⁴（第 7 和 8 条）；国际法协会 1982 年批准的《国际流域水污染规则》³⁰⁵（第 5 和 6 条，也见第 3 条）；由环境规划署理事会 1978 年批准的“指导各国养护和谐利用两国或多国共有自然资源的环境领域行动原则”³⁰⁶（原则 6 和原则 7）。

(13) 以上对权威文件的综述只属于举例说明性质，但显示出国家和专家机构对预先通知计划的措施原则所给予的重视。第 13 至第 17 条对根据第 12 条发出通知以后所应遵守的程序作出了规定。

第 13 条

对通知作出答复的期限

除另有协议外：

(a) 按照第 12 条发出通知的水道国应容许被通知国在六个月的期限内对计划的措施可能造成的影响进行研究和评估并告知其结论；

(b) 被通知国由于计划措施的评估工作对它造成特殊困难而要求延长这一期限时，应准予延长不超过六个月的时间。

评注

(1) 第 12 条中的通知规定具有两种效果，第 13 和 14 条对它进行了阐述。第 13 条中所包含的第一种效果即对通知的答复期限开始起算。第 14 条中所涉及到的第二种效果，即该条中所具体规定的通知国的义务。

²⁹⁴ 见上文脚注 211。

²⁹⁵ 见宣言第 6 至 8 段。宣言第 9 段规定通过外交渠道、调解以及最终通过美洲任何有效的公约中规定的任何程序来解决任何仍然存在的分歧。应该指出，玻利维亚和智利承认，该宣言中所载的义务适用于两国之间的劳卡河争端（见美洲组织理事会，OEA/Ser.G/VI C/INF.47 号文件（1962 年 4 月 15 日和 20 日）及 OEA/Ser.G/VI C/INF.50 号文件（1962 年 4 月 19 日）。

²⁹⁶ 1974 年 11 月 14 日通过的 C (74) 224 号建议（Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD and the Environment* (Paris, 1986), p. 142）。

²⁹⁷ 尤见建议 86 (g)（上文脚注 215）。

²⁹⁸ 有关条款全文转载于前任特别报告员的第三次报告（见上文脚注 199），第 32 页起，第 81 至 87 段。

²⁹⁹ *Report of the Inter-American Juridical Committee on the work accomplished during its 1965 meeting* (OEA/SER.I/VI.1 CIJ-83) (Washington D.C., Panamerican Union, 1966), pp. 7-10; 部分案文转载于 A/CN.4/274 号文件，第 349 至 351 页，第 379 段。

³⁰⁰ Asian-African Legal Consultative Committee, *Report of the Fourteenth Session held in New Delhi* (see footnote 220 above), pp. 99 et seq.

³⁰¹ 见上文脚注 184。

³⁰² Inter-American Bar Association, *Proceedings of the Tenth Conference* (ibid.), pp. 82-83.

³⁰³ 见上文脚注 184。

³⁰⁴ 关于条款的全文，以及导言和报告员 E. J. Manner 的评论，见 International Law Association, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980* (London, 1982), pp. 362 et seq. “水流调节”一语在第 1 条里被界定为：

“为任何目的控制、调节、增加或以其他方式改变国际水道水流的持续措施；这些措施可包括通过水坝、水库、拦河坝和运河等手段储水、放水和改变流向。”

³⁰⁵ 见上文脚注 256。国际法协会还编写了具有现实意义的其它研究报告。参见“适用于跨界污染的国际法规则”，也在 1982 年蒙特利尔会议上通过（第 3 条第 1 款）。

³⁰⁶ 见上文脚注 277。

(2) 要全面了解第 13 条的效果就需要简单地提一下其后一些条款的规定。(a) 项给予被通知国六个月的期限用以研究和评估计划的措施可能造成的影响。(b) 项确认在特殊情形下被通知国可能需要更多的时间才能答复。要求延长答复期限的被通知国必须说明需要延长期限的“特殊困难”。在对通知提出答复的期限内,第 14 条要求通知国除其他事项外,未经被通知国同意,不得执行计划的措施。无论在何种情况下,第 15 条第 1 款均要求被通知国出于对通知国执行其计划的利益的善意考虑,尽早作出答复。当然,被通知国可在适用的期限结束之后作出答复,但这种答复不能阻止通知国按照第 16 条的规定着手执行其计划。第 16 条允许通知国在六个月的期限内未接到答复的情况下着手执行其计划。

(3) 委员会考虑是否有可能使用一种大体的标准确定答复的期限,例如“一段合理的期限”³⁰⁷,而不是象六个月这样一种固定的期限³⁰⁸。然而,委员会得出的结论是,固定期限虽然必然会有点武断,但最终还是符合通知国和被通知国利益的。虽然大体的标准更为灵活,更能适应不同的情况,但它所固有的不确定性同时也会导致有关国家之间的争执。所有这些考虑均表明,水道国需要根据所有有关事实和情况商定有关事件的适当期限,实际上,第 13 条的开头一句“除另有协议外”的目的在于强调在每一种情况中,希望和鼓励各国商定一个适当的期限。因此,第 13 条中规定的六个月答复期限和延长的六个月答复期限是备用性质,只有在有关国家未能商定另外期限时才加以使用。

第 14 条

通知国在答复期限内的义务

在第 13 条所述期限内,通知国应与被通知国合作,在被通知国提出要求时向它们提供为进行精确评估所需的其他任何现有的数据和资料,未经被通知国同意,不得执行或允许执行计划的措施。

³⁰⁷ 使用这种标准的文书包括“萨尔茨堡决议”(见上文脚注 184),第 6 条,和“赫尔辛基规则”(同上),第二十九条第 3 款。

³⁰⁸ 规定以六个月为期限的文书是 1975 年的《乌拉圭河规约》(见上文脚注 283),第 8 条。

评注

(1) 正如其标题所表明的,第 14 条所涉及的是通知国在第 13 条中所具体规定的对按照第 12 条发出的通知给予答复期限内的义务。这种义务有两种。其一是合作的义务,它所采取的具体形式是按照被通知国的要求,向其提供为了对计划的措施的可能影响“进行精确评估所需的其他任何现有的数据和资料”。这种数据和资料是第 12 条已规定的数据和资料“以外的”。“现有”一词的含义在第 12 条的评注第(5)段中讨论过了。

(2) 通知国按照第 14 条的第二种义务是“未经被通知国同意,不得执行或允许执行计划的措施”。

“执行或允许执行”这一用语已在第 12 条的评注第(3)段中讨论过了,并且与该条中的含义相同。这第二种义务是草案第三部分中所规定的程序的一个必要内容,也许毋庸赘述,因为这些程序旨在保持第 5 条含义内“公平利用”这一用语所表明的状况。如果通知国打算不等被通知国有机会对计划的措施可能的影响作出评估并将其结论告知通知国即着手执行,则通知国不可能掌握使其遵守第 5 至 7 条所需要的所有数据。因此,不着手执行的义务目的在于帮助水道国确保其计划的任何措施不致违反第 5 和 7 条所规定的义务。

第 15 条 对通知的答复

1. 被通知国应将其调查结论尽早告知通知国。

2. 如果被通知国认为,执行计划的措施将不符合第 5 条或第 7 条的规定,应在第 13 条规定的期限内向通知国提出这种调查结论,并应同时提出阐述作出此种调查结论之理由的附有佐证文件的说明。

评注

(1) 第 15 条涉及的是被通知国对第 12 条规定的通知作出答复的义务。正如第 14 条一样,它包含两种义务。第一种载于第 1 款,即“尽早”将其对计划的措施的可能影响的结论告知通知国。正如第 13 条的评注第(2)段所解释的,这一结论必须在第 13 条所规定的六个月期限内告知,或在被通知国由于特殊困难已要求延长期限的情况下,在延长

的六个月期限内告知，以便使被通知国有权根据第 17 条第 3 款要求进一步暂停执行。然而，如果被通知国在不到六个月的期限内或在不到已要求延长的另外六个月期限内完成了评估，第 15 条第 1 款则要求它立即将结论告知通知国。关于计划的措施符合第 5 和 7 条这一结论将结束草案第三部分的程序，通知国可以立即着手执行其计划。然而，即使得出相反的结论，及早将这一结论告知通知国将会导致按第 17 条应适用的程序的加速完成。

(2) 第 2 款涉及的是被通知国的第二个义务。然而，只有在被通知国“认为执行计划的措施将不符合第 5 条或第 7 条的规定”时才出现这种义务。换句话说，引发该义务的原因是发现计划的执行将导致违反第 5 条或第 7 条下的义务。(正如第 12 条的评注第 (3) 段所指明的，“执行”一词既适用于国家本身也适用于私人的计划措施。) 第 15 条第 2 款要求得出这种结论的被通知国在第 13 条规定的期限内向通知国提供一份结论的说明。该说明必须“附有佐证文件”——就是说，它必须得到指出结论的事实或其它根据的证明——必须阐述被通知国作出执行计划的措施将违反第 5 条或第 7 条这一结论的理由³⁰⁹。使用了“将”而不是“可能”一词，目的在于表明被通知国必须断定违反第 5 或 7 条不仅仅是一种可能性。这些要求如此严格的原因就在于，第 2 款中所述的告知允许被通知国按照第 17 条第 3 款要求进一步暂停该计划的措施的执行。这种告知的效果证明，第 2 款的要求是有道理的，即被通知国表现它的诚意，表明它已对计划措施的影响作了认真的、审慎考虑的评估。

第 16 条 对通知不作答复

1. 如果通知国在依据第 13 条所适用的期限内未收到根据第 15 条第 2 款告知的调查结论，则通知国在不违反其依第 5 条和第 7 条所负义务的条件下，可按照发给被通知国的通知和任何其他数据和资料着手执行计划的措施。

2. 对通知未作答复的被通知国的任何索赔要求可用通知国在答复期限届满后采取的、如果被通知国在依据第 13 条适用的期间内提出异议就不会采取的行动所引起的费用予以抵消。

³⁰⁹ 《乌拉圭河规约》(同上) 第 11 条中载有同样的要求，它规定被通知国的告知应说明工程的或操作方式的哪些方面有可能对河水状态或水的质量造成明显损害，这种结论的技术根据，并且对修改项目或操作的方式提出建议。

评注

(1) 第 1 款涉及通知国在第 13 条规定的适用期限内未收到根据第 15 条第 2 款告知的结论，也就是说未收到关于说明计划的措施将不符合第 5 条或第 7 条规定并提出对这种结论的解释的来文。在这种情况下，通知国可执行或允许执行计划的措施，但要遵守两项条件。第一项条件是，应按照根据第 12 和 14 条“发给被通知国的通知和任何其他数据和资料”执行计划。提出这一条件的理由是，被通知国对计划的措施不予答复只是就提请其注意的事项而言可视为默许。第二项条件是，执行计划的措施应符合通知国根据第 5 和 7 条承担的义务。

(2) 第 16 条的基础思想是，如果被通知国不在规定的期限内根据第 15 条第 2 款作出答复，除其它外，它将不能要求得到草案第三部分所载保护制度带来的利益。通知国可着手执行其计划，但要受本评注第 (1) 段所规定条件的限制。允许通知国在这种情况下着手执行是本条款寻求在通知国和被通知国的利益之间实现平衡的一个重要方面。

(3) 第 2 款的目的是避免被通知国未能答复的后果完全落在通知国身上。这一款的作用是确定：通知国在被通知国没有提出答复的情形下进行计划所引起的费用可用以抵消被通知国的任何索赔要求。据决定：明文授权通知国提出反诉(即超过被通知国所提出之要求的要求)在某些情况下的确很麻烦。在若干被通知国未能提出答复却要求赔偿损害的很不可能发生的情况下，抵消额可以按照他们相互提出的各自索赔数额的比例予以分配。

第 17 条

关于计划的措施的协商和谈判

1. 在按照第 15 条第 2 款告知调查结论的情况下，通知国和告知结论的国家应进行协商，必要时进行谈判，以期公平地解决这种情势。

2. 协商和谈判应在各国必须诚意地合理照顾其他国家的权利和正当利益的基础上进行。

3. 在进行协商和谈判的过程中，如果被通知国在告知调查结论时提出要求，则通知国在不超过六个月的期限内，不应执行或允许执行计划的措施。

评注

(1) 第 17 条涉及已根据第 15 条第 2 款告知结论, 即被通知国已告知“执行计划的措施将不符合第 5 条或第 7 条的规定”的结论的情况。

(2) 第 17 条第 1 款要求通知国与根据第 15 条第 2 款告知结论的国家进行协商并于必要时同它谈判, “以期公平地解决这种情势”。有些委员认为协商与谈判有所区别。因此, 使用“必要时”一语来强调协商有时可能解决问题, 因而不必总是接着进行谈判。这里所指的“情势”是被通知国经诚意调查发现执行计划的措施将不符合通知国根据第 5 和 7 条承担的义务这一结论所产生的局势。第 1 款所指的“公平地解决”可包括诸如下列方面: 修改计划以消除可能有损害的方面; 通知国和被通知国任何一方调整其正在进行的其它使用; 或由通知国提供被通知国可接受的经济或其它形式的补偿。一些国际条约³¹⁰和国际性法院和法庭的裁决³¹¹也要求在类似的情况下进行协商和谈判。政府间组织³¹²和国际非政府组织³¹³的各种决议与研究报告中已确认这种协商谈判的必要性。

(3) 第 2 款涉及进行第 1 款规定的协商和谈判的方式。所使用的文字主要受到国际法院“渔业管辖

权”(联合国诉冰岛)案³¹⁴的判决和仲裁庭对“拉诺湖”案的裁决³¹⁵的启发。国际法院在“北海大陆架”案中也谈到了进行协商和谈判的方式³¹⁶。

《各国经济权利和义务宪章》³¹⁷第三条使用“合法”利益一词, 现用于本条第 2 款以对“利益”一词的范围有所限制。

(4) 第 3 款要求通知国再暂停执行计划的措施六个月时间, 但只有被通知国在按照第 15 条第 2 款告知结论时提出此项要求, 通知国才这样做。在合理的协商和谈判期限内执行该措施, 将不符合第 17 条第 2 款规定的、“拉诺湖”案³¹⁸仲裁裁决讨论的诚意原则的要求。同样, 协商和谈判亦不应使进一步暂停执行超过合理的期限。这一期限应由有关国家商定, 它们最能够就当时情况下的合适期限作出决定。但如果有关国家不能达成协议, 则第 3 款规定期限为六个月。这一期限满期后, 通知国可着手执行其计划, 但任何时候都必须履行第 5 条和第 7 条的义务。

第 18 条

没有通知时的程序

1. 如果一个水道国有确实理由认为, 另一水道国正在计划可能对其造成重大的不利影响的措施, 前者可要求后者适用第 12 条的规定。提出这一要求时应同时提出阐述其理由的、附有佐证文件的说明。

2. 如果正在计划措施的国家仍认为它没有义务按照第 12 条发出通知, 它应告知该另一国, 同时提出阐述这种认识的理由的附有佐证文件的说明。如果这一认识不能使该另一国满意, 则这两个国家应根据该另一国的要求迅即按照第 17 条第 1 款和第 2 款所示的方式进行协商和谈判。

3. 在协商和谈判期间, 如果该另一国在要求开始协商和谈判的同时提出这种要求, 则正在计划措施的国家应在不超过六个月的期限内避免执行或允许执行这些措施。

³¹⁰ 参见诸如下列文件: 1954 年奥地利和南斯拉夫《关于德拉瓦的水经济问题公约》(见上文脚注 244); 《保护康斯坦茨湖免受污染公约》, 第 1 条第 3 款; 1964 年波兰与苏联《关于使用边境水域水资源的协定》(见上文脚注 175), 第 6 条; 《关于尼日尔河委员会和尼日尔河航行和运输的协定》, 第 12 条; 和 1981 年《匈牙利和苏联关于边界水域的水经济问题公约》(referred to in *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations* (London, Graham and Trotman, 1987), p. 106), 第 3 至 5 条。

³¹¹ 特别见“拉诺湖”案仲裁裁决(上文脚注 191)。在这方面有一般性关联的是国际法院在关于海洋法的案例中的裁决, 例如: “北海大陆架”案(上文脚注 196), 特别是第 46 至 48 页, 第 85 和 87 段; “渔业管辖权”案(联合国诉冰岛)(同上), 特别是第 30 至 31 页, 第 71 段, 和第 33 页, 第 78 段。

³¹² 见例如《各国经济权利和义务宪章》(上文脚注 250)第三条; 大会“环境领域内关于两个或两个以上国家共有的自然资源的合作”的第 3129 (XXVIII) 号决议; 1974 年经合组织《关于越境污染的原则》附件中所载“提供资料和协商原则”(见上文脚注 296), 第 142 页; 以及环境规划署理事会 1978 年通过的“指导各国养护和谐利用两国或多国共有自然资源的环境领域行动原则”(见上文脚注 277), 原则 5、原则 6 和原则 7。

³¹³ 参见 1961 年通过的“萨尔茨堡决议”(上文脚注 184)第 6 条, 和 1979 年的“雅典决议”(同上)第七条; 国际法协会 1966 年通过的“赫尔辛基规则”(同上)第八条, 和 1982 年“蒙特利尔规则”(见上文脚注 256)第 6 条。

³¹⁴ 见上文脚注 196。

³¹⁵ 见上文脚注 191。

³¹⁶ 见上文脚注 196。尤见该判决第 85 和 87 段。

³¹⁷ 见上文脚注 250。

³¹⁸ 见上文脚注 191。

评注

(1) 第 18 条针对下述情况：一水道国获知另一国（或该国的私人）正计划进行某些措施，并认为这些措施可能对其造成重大的不利影响，但尚未收到有关通知。在这种情况下，第 18 条允许前者寻求第 12 条及其后各条规定的保护制度。

(2) 第 1 款允许处于上述地位的“一个水道国”要求计划上述措施的国家“适用第 12 条的规定”。“一个水道国”一词并不是要排除一个以上国家认为另一国正计划某些措施的可能性。“适用第 12 条的规定”不应被认为暗示计划措施的国家必然没有遵守其根据第 12 条所承担的义务。也就是说，该国可能已评估了计划措施是否可能对其它水道国造成重大不利影响，诚意地得出结论认为不会因此而带来这样的影响。第 1 款允许水道国要求计划进行措施的国家“重新审查”其评估和结论，而不预先判定进行计划国家开始时是否遵守其依第 12 条所应承担的义务的问题。可是为有权提出这种要求，必须满足两项条件。第一，要求国有“确实理由认为”正计划的措施可能对其造成重大的不利影响。第二，要求国必须“提出阐述其理由的、附有佐证文件的说明”。这些条件是为了规定要求国的认识不是含糊和毫无根据的。此种认识应该是确实的并且有依据。特别是存在着要求进行计划的国家根据本条第 3 款暂停执行计划的措施的可能性，更应如此。

(3) 第 2 款第一句涉及进行计划的国家在进行本评注第(2)段所述的“重新审查”后得出结论认为它没有义务按照第 12 条发出通知的情况。在这种情况下，第 2 款通过要求进行计划的国家提出同要求国根据第 1 款提供的相同的关于其认识的理由的说明，以对有关国家间的利益保持公正的平衡。第 2 款第二句涉及要求国对进行计划的国家的结论不满意的情况。本句要求在这种情况下，进行计划的国家应根据另一国的要求立即与该国进行协商和谈判。协商和谈判应根据第 17 条第 1 款和第 2 款所指出的方式进行。也就是说，它们的目的是“以期公平地解决这种情势”，协商和谈判应“在各国必须诚意地合理照顾其他国家的权利和正当利益的基础上”进行。这两句话在第 17 条评注中已讨论过。

(4) 第 3 款要求，如果另一国在根据第 2 款要求协商和谈判时要求计划国在六个月期限内不执行计划的措施，计划国应这样做。这一规定与第 17 条第 3 款所载的规定类似，但在第 18 条的情况下，期限从根据第 2 款要求进行协商时算起。

第 19 条

紧急执行计划的措施

1. 如果为了保护公共卫生、公共安全或其他同样重要的利益，计划的措施的执行具有极为紧急的性质，则尽管有第 14 条和第 17 条第 3 款的规定，计划该项措施的国家仍可在不违反第 5 条和第 7 条的条件下立即执行该项措施。

2. 在上述情况下，应向第 12 条所提到的其他水道国发出关于措施的紧急性质的正式声明，同时提供有关的数据和资料。

3. 计划该项措施的国家在第 2 款所指任何国家提出请求时，应迅即同它按照第 17 条第 1 款和第 2 款所示的方式进行协商和谈判。

评注

(1) 第 19 条涉及“为了保护公共卫生、公共安全或其他同样重要的利益”需极端紧急执行的计划的措施。此条不涉及紧急情况，这将在第 28 条中述及。第 19 条涉及的是极端特殊的情况，在这些情况下，极为重要的利益要求立即执行计划的措施，而不须等待答复、协商和谈判所允许的期限满期后再这样做。这类规定已列入一些国际协定³¹⁹。委员会在拟订此条时曾力求防止滥用其所设立的这一例外的可能性。

(2) 第 1 款提到为使一国有权根据第 19 条着手执行计划的措施一定要涉及的各种利益。上述利益是极端重要的利益，例如保护人民免遭洪水的危险或极其重要的国家安全问题。第 1 款还载有放弃第 14 条和第 17 条第 3 款规定的等待期的规定。但该国着手执行的权利以履行其根据第 19 条第 2 和 3 款所承担的义务为条件。

(3) 第 2 款要求根据第 19 条立即执行的国家“向第 12 条所提到的其他水道国”提供关于措施的紧急性的正式声明以及有关数据和资料。这些要求的目的是规定着手执行的国家应表明其诚意，并确保将这些措施的可能后果尽可能充分地通知其它国家。“其他水道国”指这些措施可能对其“造成重

³¹⁹ 参见 1922 年 4 月 10 日丹麦和德国解决关于边界水道和水坝问题的协议（国际联盟，《条约汇编》，第十卷，第 200 页）（小字第 29 条）；《保护康斯坦茨湖免受污染公约》（第 1 条第 3 款）。

大不利影响”（第 12 条）的国家。

（4）第 3 款要求：在其它国家要求时，立即执行措施的国家应迅即同这些国家进行协商和谈判。协商和谈判应以第 17 条第 1 和 2 款指出的方式进行，这一要求与第 18 条第 2 款所载的要求相同，该款评注也讨论了这一点。

第四部分

保护、保全和管理

第 20 条

保护和保全生态系统

水道国应单独或共同保护和保全国际水道的生态系统。

评注

（1）第 20 条规定保护和保全国际水道的生态系统的一般义务，作为条款草案第四部分的开始。鉴于本条所载义务的一般性质，委员会认为应置于第四部分其它较为具体的条款之前。

（2）如同《联合国海洋法公约》第一九二条³²⁰那样，第 20 条载有保护和保全两种义务。这些义务与“国际水道的生态系统”有关，委员会使用这一表述是因为它比水道的“环境”概念更精确。后一术语可作相当广义的解释，适用于水道“周围的”对其本身的保护和保全影响极其微小的领域。而且，水道的“环境”一词可能被理解为仅指水道之外的领域，这当然不是委员会的本意。因此，委员会倾向于使用“生态系统”一词，认为它具有更精确的科学和法律意义³²¹。一般说来，该术语指由相

互依存并具有群落作用的生物和非生物成份构成的生态单元³²²。“在生态系统中，一切都相互依存，没有任务东西不被真正充分利用。”³²³因此，“外界对生态系统中一种成分的影响在其它成分中也会引起反应，并可能打破整个生态系统的平衡”³²⁴。因为“生态系统维持着地球上的生命”³²⁵，这种“外部影响”，或干扰，可能损害或摧毁生态系统作为生命维持系统的功能。不用说，人类的行为可能而且往往造成了严重的干扰。特别是，人类的干扰可能已无可挽回地打破了淡水生态系统的平衡，使其不能维持人的和其它形式的生命。如联合国 1992-1997 年中期计划中所说：

“随着社会经济发展，淡水生态系统和人类活动之间的相互作用已变得越来越复杂，并互有抵触。流域开发活动也会带来消极影响，导致发展不能持续，如果这些水资源属于两个或两个以上国家共有时更是如此。”³²⁶

保护和保全国际水道的生态系统的义务就是针对这一问题的，这一问题在世界的某些地区已经十分严重，随着日益增多的人口对有限的水资源的需求日益增加，这个问题在世界其它地区也将变得十分严重³²⁷。

（3）“保护”国际水道生态系统的义务是第 5 条所载要求的具体适用，该条要求水道国使用和开发国际水道的方式应有助于该水道的充分保护。该条本质上要求水道国保护国际水道生态系统，使其免受损害或破坏³²⁸。“保全”国际水道生态系统的义务虽然类似于保护义务，但它特别适用于那些原始的或未遭破坏的淡水生态系统。该义务要求保护这些生态系统，尽可能保持其自然状态。水生态系统

³²² “生态系统通常被界定为自然界的的一个空间单元，在其中生物机体与非生物环境相互适应，相互作用。”（ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1，第 9 段）世界环境与发展委员会环境法专家小组在环境保护与可持续发展原则第 3 条的评论中将“生态系统”界定为“植物、动物和微生物同其周围环境中非生物成份构成的系统”。*Environmental Protection* ...（上文脚注 310），第 45 页。

³²³ “用生态系统方法处理……”（见上文脚注 321），第 9 段。

³²⁴ 同上，第 11 段。

³²⁵ 同上，第 9 段。

³²⁶ 大会第四十七届会议修订的 1992-1997 年中期计划（《大会正式记录，第四十七届会议，补编第 6 号》（A/47/6/Rev.1）），第一卷，主要方案四，国际促进发展经济合作，方案 16（环境），第 221 页，第 16.25 段。

³²⁷ 参见“Water: the finite resource”，*International Union for Conservation of Nature and Natural Resources Bulletin*, vol. 21, No. 1 (March, 1990), p.14.

³²⁸ 因此，保护国际水道生态系统的义务是《保护臭氧层维也纳公约》论述的预防行动原则的一般适用。

³²⁰ 题为“一般义务”的第一九二条规定：“各国具有保护和保全海洋环境的义务。”

³²¹ 关于这一点一般可以参考欧洲经委会正在这方面进行的工作。见“用生态系统方法处理水的管理问题”（ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1）以及关于奥卢河（芬兰）、米约萨湖（挪威）、下莱茵河（荷兰）及伊万科夫斯科耶水库（苏联）的案例研究（ENVWA/WP.3/R.11 以及 Add.1 和 2）。

的保护和保全两者结合在一起，有助于确保这些生命维持系统的持久存在，从而为可持续发展提供一个重要基础³²⁹。

(4) 第 20 条要求水道国“单独或共同”行动，承认在有的情况下水道国在公平基础上进行合作，以便保护和保全国际水道的生态系统是必要和恰当的。因此，第 20 条有关水道国“单独或共同”行动的要求应理解为酌情共同采取合作行动，此种行动应在公平基础上采取。例如，毗连水道或被作为一个单位来管理和开发的水道通常宜采取共同的行动。当然，在公平基础上合作的内容随情况之不同而各不相同³³⁰。在这方面需要考虑到的各种因素包括有关水道国在多大程度上造成了这个问题以及它们能在多大程度上从该问题的解决中获益。当然，公平参与国际水道生态系统的保护和保全的义务不应被视为暗指有义务赔偿或容忍另一水道国因违反本条款草案规定的义务而造成的损害³³¹。但是，公平参与的一般义务要求各水道国在对有关生态系统造成威胁或损害的同时至少应对保护和保全的共同努力作出相应的贡献。最后还要指出，《联合国海洋法公约》第一九四条第 1 款也要求“个别或联合地”采取措施，那一条针对的是海洋环境的污染。

(5) 载于第 20 条的义务在国家实践和国际组织的工作中大量有先例。下列各段中载有对这些权威性文件的说明³³²。

(6) 若干协定中载有关于保护国际水道的生态系统的规定。例如，在 1975 年《乌拉圭河规约》中，阿根廷和乌拉圭同意通过依照该协定设立的委员会“协调采取适当措施，防止生态平衡的改变，

控制河流及其汇水区的杂质和其它有害元素。”³³³ 双方进一步保证“议定若干措施管制乌拉圭河的捕鱼活动，以期养护和保全生物资源”³³⁴并“保护和保全水域环境……”³³⁵。同样的情况也见于 1978 年《关于冈比亚河地位的公约》、1963 年《关于尼日尔河流域国家航行和经济合作条约》和 1978 年加拿大和美利坚合众国之间《大湖水水质协定》³³⁶。

(7) 若干早期协定均将保护鱼类和渔业作为其目标³³⁷。例如，1904 年法兰西共和国和瑞士联邦《关于管制边界水域捕鱼公约》³³⁸。其它现行协定则通过防止污染国际水道的水域对国际水道的生态系统进行保护。例如，1958 年苏联和阿富汗《关于苏阿国界制度的条约》³³⁹和 1956 年德意志联邦共和国、法国和卢森堡《关于摩泽尔开挖运河公约》。

(8) 保护和保全国际水道的生态系统的必要性，也在国际组织、各种大会和会议的工作中得到确认。1971 年拉普拉塔河流域国家外交部长第四次会议通过的《亚松森条约》提到“拉普拉塔河流域地区生态系统造成严重的健康问题，对该区域的社会和经济发展产生不利影响”，并提到“这种健康综合症与水资源的质和量有关”³⁴⁰。条约还提到

“必须控制水污染并尽可能保全水的天然品质，以此作为保护和利用流域水资源政策的一个不可分割的部分。”³⁴¹

1977 年在马德普拉塔举行的联合国水事会议通过的决定中，有一项建议 35 规定：

³³³ 《乌拉圭河规约》（见上文脚注 283），第 36 条。

³³⁴ 同上，第 37 条。

³³⁵ 同上，第 41 条。

³³⁶ Article II (*United States Treaties and Other International Agreements*, 1978-79, vol. 30, part 2 (United States Government Printing Office, Washington, D.C., 1980), No. 9257, p. 1383).

³³⁷ 1868 年法国和西班牙之间比利牛斯山国际划界的最后文件，第一节，第 6 款 (*Legislative Texts*, 第 186 卷，第 674 至 676 页，其摘要载于 A/5409 号文件，第 182 页，第 979 和 980 (c) 段)。也参看《瑞士、巴登大公国和阿尔萨斯—洛林关于在莱茵河及其支流包括康斯坦茨湖确立统一捕鱼规定的公约及其议定书》（第 10 条）；1906 年瑞士和意大利《关于制定边界水域捕鱼条款的协定》（*Legislative Texts*, No. 230, p. 839, art. 12, para. 5，其摘要载于 A/5409 号文件，第 136 页，第 633 段）。

³³⁸ *Legislative Texts*, No. 196, p. 701, art. 6, 11 and 17.

³³⁹ 又见联合国，《条约汇编》，第 321 卷，第 166 页。

³⁴⁰ 见 A/CN.4/274 号文件，第 323 页，第 15 号决议。

³⁴¹ 同上，第 23 号决议。

³²⁹ 在这方面，载于 1992-1997 年中期计划（见上文脚注 326）中的下列意见与此有关：

“包括所有动植物及微生物物种及其生态系统的生物多样性的维持，是达致持续发展的一个主要因素。”（第 187 页，第 16.8 段）

³³⁰ 一般见上文第 5 和 6 条的评注。例如，第 6 条评注第 (1) 段中提到第 5 条中所载的公平合理利用的义务，其中说：

“后一规则必须是一般性、而且具有灵活性的，为了妥当加以适用，各国必须顾及与该国际水道以及与各该水道国的需要和使用有关的具体因素。因此，在具体情况下，公平合理使用是什么取决于一切有关因素和情况的权衡。”

³³¹ 因此，例如，A 国没有义务赔偿其遭受的、完全由 B 国行为引起的明显损害。

³³² 欲更详尽了解有关权威文献，见前任特别报告员的第四次报告（上文脚注 265），第 28 至 86 段；以及第二任特别报告员的第三次报告（上文脚注 203），第 243 至 336 段。

“必须评价水的各种使用对环境的影响，支持旨在控制水传染病的措施并保护生态系统。”³⁴²

(9) 除这些关于保护和保全国际水道生态系统的文书外，若干协定、决议、声明和其它文书也确认保护和保全整个环境，或特别是除水道生态系统外的其它生态系统的重要性。关于整个环境的协定，有《养护自然和自然资源非洲公约》³⁴³和1985年《东盟保护自然和自然资源协定》³⁴⁴。《联合国海洋法公约》第一九二条已经提到过“保护和保全海洋环境”的类似义务，《联合国海洋法公约》之外还有若干关于保护海洋环境的更为具体的协定³⁴⁵。此外，第20条中体现的防范行动原则在若干国际协定和其它文书均有所反映³⁴⁶。许多关于保全环境的宣言和决议也与此有一般的联系，这表明各国认识到有必要保护基本生态进程。这些宣言和决议

³⁴² 《联合国水事会议报告……》（见上文脚注215），第25页，第35段。

³⁴³ 尤其见第二条“基本原则”，其中缔约国考虑到“人们的最佳利益”，“承诺采取必要措施，确保土壤、水、空气、动植物资源得到保护、利用和开发”；和第五条“水”，其中缔约国商定“制订养护、利用和开发地下水和地面水的政策”。

³⁴⁴ 由文莱达鲁萨兰国、印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国于1985年9月7日通过。尤其见第1条“基本原则”，其中缔约国承诺采取“必要措施维持基本生态进程和生命维持系统”；另见第8条“水”，其中缔约国确认“水在自然界生态系统运转方面所起的作用”并约定努力确保充足的水源供应，“以便，除其他外，维护自然界生命维持系统和水生动植物”。

也参看《西半球自然保护和野生生物保存公约》、《保护世界文化和自然遗产公约》、《养护欧洲野生生物和自然生境公约》和《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》。

³⁴⁵ 参看《合作保护和开发西非和中非区域海洋和沿海环境公约》、《防止陆源物质污染海洋公约》、《保护波罗的海地区海洋环境公约》、《保护地中海免受污染公约》及其1980年议定书以及《关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约》。

³⁴⁶ 防范行动原则尤其在关于臭氧层和陆源海洋污染的文件中得到适用。关于臭氧层，参看《保护臭氧层维也纳公约》和《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》。关于陆源及其他形式的海洋污染，参见环境规划署理事会1989年5月25日在第十五届会议上通过的题为“对海洋污染（包括海上倾弃废物）的防范办法”的第15/27号决定（《大会正式记录，第四十四届会议，补编第25号》（A/44/25），第152页）；“第二届和第三届保护北海部长级国际会议声明”（分别于1987年11月24日至25日在伦敦和1990年3月8日在海牙举行）（*The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Cooperation*, D. Freestone and T. Ijlsstra, eds. (Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991), pp. 40 and 3, respectively)。部长声明明确规定，防范原则指“甚至在确凿的科学证据证实[释放和效果之间]有因果关系之前”，就采取行动防止危险物质（例如持久、毒性或生物累积性物质）可能产生的破坏作用。

有：《斯德哥尔摩宣言》³⁴⁷、大会关于《世界自然宪章》的第37/7号决议、1989年《亚马孙宣言》³⁴⁸、1989年《美洲环境宣言草案》³⁴⁹、1988年欧洲经委会《保护植物群、动物群及其生境宣言》³⁵⁰、1990年《欧洲经委会区域可持续发展问题卑尔根部长宣言》³⁵¹和1989年3月11日《海牙环境宣言》³⁵²。在欧安会范围内通过的有关文件，也确认在利用自然资源方面保持“生态平衡”³⁵³和遵循“生态系统方法”³⁵⁴保护水质的重要性。最后，世界环境与发展委员会³⁵⁵及其环境法专家组³⁵⁶的工作也强调，保持生态系统和有关的生态进程对实现持续发展至关重要³⁵⁷。

³⁴⁷ 见上文脚注213。尤其参看原则2至原则5和原则12。

³⁴⁸ A/44/275-E/1989/79, 附件。

³⁴⁹ Organization of American States, Inter-American Juridical Committee, *Informes y Recomendaciones*, vol. XXI (1989), document CJI/RES.II-10/1989.

³⁵⁰ 由欧洲经委会1988年第四十三届会议通过，第E(43)号决定（E/ECE/1172-ECE/ENVWA/6）。在声明中，欧洲经委会成员国政府同意，除其他外，“通过维护基本生态进程和维持生命系统，保持遗传多样性和确保对物种和生态系统的持续利用”，争取实现“保护自然生物资源”这一目标，“为这一代和后代造福”（同上，第1段）。

³⁵¹ A/CONF.151/PC/10号文件，附件一。该宣言第6段，除其他外，确认：“要使人类持续发展，就必须使生物圈及其生态系统持久不衰。”

³⁵² ILM, vol. XXVIII, No. 5 (November, 1989), p. 1308.

³⁵³ 1975年8月1日在赫尔辛基签署的 *Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe* (Lausanne, Imprimeries Réunies, [n.d.])。

³⁵⁴ 关于欧洲安全和合作会议1989年11月在索菲亚举行的保护环境会议的结论和建议的报告（CSCE/SEM.36/Rev.1）。

³⁵⁵ *Our Common Future* (Oxford, University Press, 1987).

³⁵⁶ *Environmental Protection ...* (见上文脚注310)，尤其是第3条，“生态系统、有关的生态进程、生物多样性以及持久性”。

³⁵⁷ 参看大意相同的《公元2000年及其后的环境展望》，第2和3(d)段，由环境规划署理事会通过（《大会正式记录，第四十二届会议，补编第25号》（A/42/25和Corr.1），附件二），随后由大会在第42/186号决议中通过，“作为引导国家行动和国际合作制订旨在实现无害环境发展的政策和方案的纲领”。

大意相同的还有1990年3月21日生效的《纳米比亚共和国宪法》中的某些规定，其中有：第91条（关于监察专员的职能）(c)项和第95条（关于增进人民福利）(1)项。例如，第95条规定，“国家应通过采取有关政策积极增进和维护人民的福利，以便：……(1)保持纳米比亚的生态系统、基本生态进程和生物多样性，持久地利用自然生物资源，以造福于所有纳米比亚人，无论是当今还是未来的纳米比亚人……”（转载于S/20967/Add.2号文件，附件一）。

第 21 条

预防、减少和控制污染

1. 为本条款的目的,“国际水道污染”系指由于人的行为直接或间接引起国际水道水的成分或质量的任何有害变化。

2. 水道国应单独或共同预防、减少和控制可能对其他水道国或其环境带来重大损害的国际水道污染,包括对人的健康或安全、对水的任何有益目的的使用或对水道的生物资源的损害。水道国应采取措施协调它们在这方面的政策。

3. 在任何水道国提出要求时,水道国应进行协商,以便确定应禁止、限制、调查或监测其排放入国际水道水域中的物质清单。

评注

(1) 第 21 条规定了预防、减少和控制国际水道污染的基本义务。本条包括三款,第 1 款界定了“污染”一词,第 2 款规定了上文刚提到的义务,第 3 款确立了拟订应予特别控制的危险物质清单的程序。

(2) 第 1 款是对本条款草案中所用的“污染”一词的一般定义。尽管它含有该词在其它定义中的一些基本内容³⁵⁸,但第 1 款在若干方面却较为概括。首先,与其它一些定义不同,它没有提到任何特定类型污染或污染剂(如物质或能源)。第二,该定义仅仅提到“任何有害变化”,因此,不预先确定在污染达到不能容忍地步的最低限度问题。第 2 款谈到这个门槛。因此,该定义纯粹是一个事实定义。它包括各种污染,不论对其它水道国是否造成第 7 条、更具体地说第 21 条第 2 款所指的“重大损害”。第三,为了保持该定义的事实性,第 1 款没有提到任何具体的“有害”影响,如对人的健康、财产或生物资源的损害。这种达到“重大损害”程度的影响的例子在第 2 款作出规定。该定义

仅规定水的“成分或质量”发生有害变化。“成分”一词指水中所含的所有物质,包括溶质、悬浮物质和其它不能溶解的物质。“质量”一词在有关污染的问题上经常使用,特别是在“空气质量”和“水质”等这类表述中经常使用。虽然给这个词下精确的定义很难,或许还不可取,但这个词一般指的是水的基本性质和纯度。第四,该定义没有提到造成污染的手段,如将物质、能源等等“排放入”水道。它仅规定“有害变化”是由“人的行为”引起的。“人的行为”据一般理解包括作为和不作为,因此,被认为比诸如“活动”一类的词更为适宜。最后,该定义不包括“生物”变化。尽管将外来的或新的动植物品种引入水道无疑可能对水质具有有害影响,但引入此种生物机体本身一般不被视为“污染”。因此,生物变化是另立的一个单独条文,即第 22 条的主题。

(3) 第 2 款规定了水道国“预防、减少和控制可能对其他水道国或其环境带来重大损害的国际水道污染……”的一般义务。该款是第 5 和 7 条所载的一般原则的具体适用。

(4) 在对污染问题适用第 7 条的一般义务时,委员会考虑到了有些国际水道未受污染而有些则已遭到不同程度污染的实际情况,有鉴于此,委员会在有关国际水道污染问题上采用了“预防、减少和控制”的提法。《联合国海洋法公约》第一九四条第 1 款在有关与此类似的海洋污染问题上采用了这一表述法。“预防”的义务针对国际水道的新污染,而“减少”和“控制”的义务则针对现有的污染。与第 20 条规定的“保护”生态系统的义务一样,预防可能“带来重大损害”的污染的义务也包括对预防此种损害威胁给予应有注意的义务³⁵⁹。这一义务由“可能带来”一语来表示。而且,与第 20 条一样,也适用防范行动的原则,特别是关于诸如有毒、具有持续性或生物累积性的危险物质³⁶⁰。要求水道国“减少和控制”现有污染反映了各国的实践,尤其是被污染的水道位于其境内的国家的实践。这一实践表明,人们一般愿意容忍甚至是重大的污染损害,只要起源水道国正尽力将污染减少到一个相互可以接受的水平³⁶¹。要求立即排除造成此种损害的现有污

³⁵⁸ 参看“赫尔辛基规则”(上文脚注 184)第九条;“雅典决议”(同上)第一条第 1 款;1974 年经合组织关于越境污染的原则(上文脚注 296),A 部分,第 3 段;“蒙特利尔规则”(上文脚注 256)第 2 条第 1 款;《联合国海洋法公约》第一条第 4 款;《远距离越境空气污染公约》第 1 条;欧洲委员会 1969 年通过的关于保护淡水免受污染欧洲公约草案(转载于 A/CN.4/274 号文件,第 343 页,第 374 段),第 1 条(c)项;和欧洲委员会 1974 年通过的保护国际水道免受污染欧洲公约草案(同上,第 376 段)第 1 条(c)项。

³⁵⁹ 见第 20 条的评注第(3)段。

³⁶⁰ 见第 20 条的评注,特别是第(3)段和第(9)段。

³⁶¹ 见前任特别报告员第四次报告(上文脚注 265),对第 16[17]条的评注第(11)段。对国家实践的这一评估也反映在最近一份对该问题的全面研究之中(见 J. G. Lammers, 上引书(上文脚注 184),第 301 页)。

染在有些情况下可能导致过大的困难，特别是对起源水道国的损害与遭受此种损害的水道国从中可能得到的益处极其不相称时更是如此³⁶²。另一方面，如果起源水道国未履行给予应有注意的义务，将污染减到可以接受的水平，受影响国则有权指控起源国违反了给予应有注意的义务。

(5) 同第 20 条一样，第 21 条第 2 款规定“单独或共同”采取有关措施。第 20 条的评注第 (4) 段在细节上作了一些修改，也适用于第 21 条第 2 款。第 20 条的评注解释说，采取共同行动的义务来源于条款草案第二部分中所载的某些一般义务。就第 21 条第 2 款而言，水道国根据第 5 条第 2 款“公平合理地参与国际水道的……保护”的义务以及根据第 8 条“进行合作，以便实现国际水道的……充分保护”的义务在有的情况下可能会要求各水道国共同参与实施污染控制措施的活动³⁶³。第 5 和 8 条中所载的这些义务也与下文第 (7) 段中谈到的协调政策的义务有关。

(6) 预防、减少和控制污染的义务均适用于“可能对其它水道国或其环境带来重大损害的污染”。该限度以下的污染不属第 21 条第 2 款的范围，但视情况也可受第 20 条或第 23 条管辖，这一点下文再讨论。第 2 款第一句结尾提供了污染可能对水道国或其环境带来重大损害的几个例子。所举例子并不包括全部情况，而只是为了说明而已。对国际水道的污染可能不仅对“人的健康或安全”或对“水的任何有益目的的使用”³⁶⁴带来损害，而且还对“国际水道的生物资源”、依靠水道生存的植物群、动物群以及与水道有关的各种舒适方便带来损害³⁶⁵。其它水道国的“环境”一词的含义具体包括后一类物体³⁶⁶。因此它比第 20 条的主题国际水道的“生态系统”概念更广。

³⁶² 这一立场与“赫尔辛基规则”（见上文脚注 184）中所采取的立场相符。尤其见对第十一条的评论（d）。

³⁶³ 此类参与和合作可有几种形式，包括提供技术援助、共同筹资、交换具体数据和资料以及与共同参与和合作类似的形式。同样的内容参见“赫尔辛基规则”（同上）第十条的评论（b）。

³⁶⁴ 委员会承认有人可能会认为“对水的……使用……损害”的说法不太合适，但是，委员会不愿意用另一表述法（如“干涉对水的使用”），因为如使用其他表述法可能使人产生每次说明是否都采用统一标准的疑问。现用的措词无疑表明所有的说明都采用了同一标准，即重大损害的标准。

³⁶⁵ 此类舒适方便可包括为娱乐或旅游而使用水道。

³⁶⁶ 对水道国“环境”的重大污染损害还可能有，以由水传疾病或其传媒介形式对人的健康造成损害。虽然第 2 款明确提到了对“人的健康”的损害，但与水的使用没有直接关系的其他形式的重大损害也可能是国际水道的污染造成的。

(7) 第 2 款最后一句要求水道国在预防、减少和控制水污染方面“采取措施协调它们……的政策”。这一义务来源于条约惯例³⁶⁷，而且在 1982 年《联合国海洋法公约》第一九四条第 1 款中有相应的规定，它处理的是各国由于在国际水道的污染方面采取不同政策或适用不同标准而经常产生的问题。协调政策的义务就是更具体执行载于第 5 和 8 条并在第 21 条的评注第 (5) 段中提及的一般义务，特别是第 8 条规定的水道国“……进行合作，以便实现国际水道的……充分保护”的义务。在此，这意味着水道国真诚合作，以实现和保持彼此的水污染政策的协调一致。因此协调政策的过程有两层不同的意义。第一，协调的初步实现往往需要若干步骤或阶段；第 2 款中“采取措施”一语表明该款处理的正是过程的这一方面。第二，即使成功实现了政策的协调，通常仍需要不断的合作努力，以便在条件改变的情况下保持协调。整个过程必然取决于水道国之间的协商一致意见。

(8) 第 3 款要求，水道国如有一国或一个以上的国家提出请求，即应进行协商，拟定按其危险性应加以特别管制的物质的清单。此类物质主要是有毒、持久或生物积聚物质。在若干国际协议和其它国际文书中遵循了拟订清单以确定哪些物质排入国际水道应予禁止或专门管制的做法³⁶⁸。因这些物质具有特殊的危险性和持久性，各国规定对这些物质排放加以专门的管制。事实上最近若干涉及这些物质的协议，其目标就是彻底从有关水道中清除这些物质³⁶⁹。第 3 款所载规定绝对无意暗示由物质造成

³⁶⁷ 有关水污染的国际协议通常都将协调有关水道国的有关政策和标准作为它们的一项明示或暗示的目标。不管协议涉及保护渔业（如见 1904 年法兰西共和国和瑞士联邦《关于管制边界水域捕鱼公约》（上文脚注 338）第 17 条），还是涉及预防对若干使用的不利影响（如见印度和巴基斯坦《1960 年印度河水域条约》（上文脚注 178）第 4 条第 10 款），还是涉及实际规定水质标准和目标（如见《大湖水水质协定》（上文脚注 336），尤见第二条），都是如此。因此，协调的实现可通过协商议定具体政策和标准或规定污染不得超过保护某一资源、使用或适宜环境所需的程度。一般参看前任特别报告员第四次报告（上文脚注 265）中对水污染的国际协议的论述，第 39 至 48 段。

³⁶⁸ 例如，见《保护莱茵河免受化学污染公约》和《大湖水水质协定》（上文脚注 336）。

也参看保护国际水道免受污染欧洲公约草案（A/CN.4/274 号文件，第 376 段）、“雅典决议”（上文脚注 184）第三条第 2 款以及“蒙特利尔规则”（上文脚注 256）第 2 条。

海洋污染方面也使用了同样的办法。尤见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》。该协议将有害废物分为三类：完全禁止排放的废物、需经事先特许才能排放的废物和只需事先一般允许就可排放的废物。

³⁶⁹ 同上。

的污染比诸如能源的热后果等由人类行为造成的有害改变引起更大的关切或造成更大的影响。

(9) 前任特别报告员的第四次报告对国际协定、国际组织的工作、国际性法院和法庭的判决和支持第 21 条的国家惯例的另几个例子作了详细的具有代表性的概括说明³⁷⁰。1984 年的一项研究报告列举了 88 项“载有关于国际水道污染的实质性规定”的国际协定³⁷¹。有关国际法的国际非政府组织和专家小组在这方面的文件都特别丰富³⁷²。这些权威性文件证明各国很久以来就关注国际水道的污染问题。

第 22 条 引进外来物种或新物种

水道国应采取一切必要措施，防止把可能对水道生态系统有不利影响从而对其他水道国造成重大损害的外来物种或新物种引进国际水道。

评注

(1) 外来的或新的植物或动物物种进入水道，会破坏其生态平衡，造成严重问题，包括阻塞进水口和机器、影响再生、加速海藻污染、打乱食物网、灭绝其它一些往往属珍贵的物种和传播疾病。外来物种和新物种一旦进入水道，往往很难根除。第 22 条处理这个问题的办法是要求所有水道国采取一切必要措施防止这些物种进入水道。有必要另设一条载述这个问题，因为正如已指出过的那样，第 21 条第 1 款所载列的“污染”的定义并没有把生物变化包括进去³⁷³。1982 年《联合国海洋法公约》第一

九六条第 1 款载有关于保护海洋环境的类似规定。

(2) “物种”一词把植物群和动物群都包括在内，即把植物、动物和其它生物机体都包括在内³⁷⁴。

“外来”一词是指物种非本地生，而“新”则包括基因改变或通过生物工程制造出来的物种。从所用词语可以看出，该条文只涉及向水道引进这类物种，不涉及鱼类养殖业或在该水道以外进行的其它活动³⁷⁵。

(3) 第 22 条要求水道国“采取一切必要措施”防止引进外来物种或新物种。这一措辞在 1982 年《联合国海洋法公约》第一九六条也采用过，表明水道国应尽其所能进行研究，采取必要的防范措施，防止政府机构或私人把外来物种或新物种引进水道。此项义务是给予应有注意的义务，如果水道国为防止引进这类物种而按常情尽其所能，就不能认为不履行义务。

(4) 水道国须采取一切必要措施予以防止的“引进”是“可能对水道生态系统有不利影响从而对其他水道国造成重大损害”的“引进”。虽然对于向国际水道引进外来物种或新物种的任何问题都应极为谨慎，委员会也认为，本条款草案中规定的有关法律义务应与第 7 条中的一般规则保持协调一致。由于外来物种或新物种的有害影响几乎毫无例外地首先反映在水道生态系统里，所以本条反映了物种的“引进”与重大损害二者之间的这种联系。和第 21 条第 2 款一样，使用“可能”一词表明为防止外来物种或新物种可能带来的十分严重的问题，有必要采取防范行动。虽然“环境”一词是为了强调而用在本条里，但是在本条里，“对其他水道国造成重大损害”无疑也指对那些国家环境的损害。最后，为防止外来物种或新物种进入国际水道不仅可能需要单独行动，而且也可能需要采取联合行动，这一点和保护国际水道的其它方面的工作一样。

第 23 条 保护和保全海洋环境

水道国应考虑到一般接受的国际规则 and 标准，单独或共同对国际水道采取一切必要措施，以保护和保全包括河口湾在内的海洋环境。

³⁷⁰ 第 38 至 88 段（见上文脚注 265）。

³⁷¹ Lammers, 上引书（见上文脚注 184），第 124 页起。亦见 J. J. A. Salmon 就国际法学会雅典会议筹备工作所做的关于“水栖地保护义务”的调查，载于 *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 58, part I (1979), pp. 195-200 and 268-271.

³⁷² 国际法学会和国际法协会的情况更是这样。关于国际法学会，尤见“雅典决议”（上文脚注 184）。关于国际法协会，见“赫尔辛基规则”（同上），第九至十一条；“蒙特利尔规则”（上文脚注 256）；以及“汉城规则”（上文脚注 222），第 3 条。也参看世界环境与发展委员会环境法专家小组拟订的《环境保护与可持续发展的法律原则》，*Environmental Protection ...*，上引书（上文脚注 310），第 45 页。

³⁷³ 见上文第 21 条的评注第（2）段。

³⁷⁴ 所以该术语也包括了寄生物和传病媒介。

³⁷⁵ 然而可能需要采取适当的预防措施，以防止这类活动所涉及的任何外来物种或新物种进入水道。

评注

(1) 第 23 条涉及由国际水道带给海洋环境的日益严重的污染问题。虽然此种污染对包括河口湾在内的海洋环境的影响仅在不久以前才得到承认,但是目前已有许多协定都直接或间接地谈到这一问题。特别是,1982 年《联合国海洋法公约》³⁷⁶和有关各区域海洋的公约³⁷⁷中都确认了不从陆上来源对海洋环境造成污染损害的义务。

(2) 但是,第 23 条规定的义务不是保护海洋环境本身,而是“对国际水道”采取必要措施,以保护海洋环境。但水道国根据第 23 条所负有的义务不同于第 20 至 22 条的义务,它是后者的补充。因此,可以想象一水道国会通过对某一国际水道的污染而对某一河口湾造成损害,却没有违反不对其它水道国造成重大损害的义务。第 23 条则要求前一水道国采取必要措施保护和保全该河口湾。

(3) “采取一切必要措施”的说法在细节上作必要的修改同第 22 条的意义相同³⁷⁸。在本条中,水道国应采取在财政上和技术上所能够采取的一切必要措施。“单独或共同”这一措辞也可比照适用第 20 条³⁷⁹和第 21 条第 2 款³⁸⁰中的含义。因此,水道国应酌情共同采取合作行动,以保护海洋环境免遭国际水道带来的污染。此种行动应在公平的基础上进行。“保护”和“保全”二词可以比照适用第 20 条中的含义³⁸¹。“海洋环境”被理解为,特别包括水、海生动植物以及海床和洋底,但不影响其在《联合国海洋法公约》和其它国际协定中的含义³⁸²。

(4) 该条开始有“考虑到一般接受的国际规则 and 标准”的措辞,《联合国海洋法公约》也曾采用此

说法³⁸³。它既指一般国际法规则,也指由国际协定派生出的规则以及国家和国际组织根据这些协定通过的标准³⁸⁴。

第 24 条 管理

1. 在任何水道国的要求下,各水道国应就可包括建立联合管理机构在内的有关管理国际水道的问题进行协商。

2. 为本条文的目的,“管理”一词尤其是指:

(a) 规划国际水道的持续发展和规定所通过的任何计划的执行;并

(b) 以其他方式促进对水道的合理和最佳利用、保护和控制。

评注

(1) 第 24 条确认水道国在管理国际水道方面有必要进行合作以确保保护国际水道并使有关水道国得到最大的利益。这是为了方便水道国考虑对个别国家和有关水道的适当管理方式。

(2) 第 1 款规定,如果任何水道国提出要求,水道国应就国际水道的管理进行协商。该款并不规定水道国“管理”该水道或规定它们应设立联合组织,例如委员会或其它管理机构。协商的结果留待有关水道国作出。各国实际上建立了众多联合的河流、湖泊和类似的委员会,其中许多负责管理国际水道。但是国际水道的管理也有可能通过较不正式的手段进行,例如举行有关国家主管机构或代表之间的经常会议。因此,第 1 款是指联合管理“机构”而不是一个组织,以便包括这种较不正式的管理手段。

(3) 第 2 款用通常的说法表明国际水道管理计划的最为共同的特征。本条使用“持续发展”和“合理和最佳利用”等术语应理解为与管理有关。这绝不影响第 5 和 7 条的适用,后者为整个条款草案建立了根本基础。(a) 项鉴于国际水道的根本重要性,强调需要规划国际水道,使它能够为了目前

³⁷⁶ 见第一九四条第 3 款 (a) 项和第二〇七条。

³⁷⁷ 例如见《防止陆源物质污染海洋公约》、《保护波罗的海地区海洋环境公约》、《保护地中海免受污染公约》及其 1980 年议定书以及《关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约》。亦见关于保护北海的历次部长级国际会议的宣言:第一次国际会议(不莱梅,1984 年 10 月 31 日至 11 月 1 日);第二次国际会议(伦敦,1987 年 11 月 24 日至 25 日);和第三次国际会议(海牙,1990 年 3 月 8 日)(*The North Sea ...*, 上引书(上文脚注 346))。

³⁷⁸ 见上文第 22 条的评注第 (3) 段。

³⁷⁹ 见上文第 20 条的评注第 (4) 段。

³⁸⁰ 见上文第 21 条的评注第 (5) 段。

³⁸¹ 见上文第 20 条的评注第 (3) 段。

³⁸² 《联合国海洋法公约》没有界定“海洋环境”一词。但在第一条第 1 款第 (4) 项中对“海洋环境的污染”下了定义。

³⁸³ 例如,见第二一一条第 2 款。

³⁸⁴ 具体参见上述协定(上文脚注 377)。

和今后世代的利益得到持续发展。联合委员会固然能够有效执行这种计划，但各有关水道国也可以个别地执行计划。(b)项提到的职能也是管理制度的共同特征。该项中所载的特定用语多半来自草案的其它条文，尤其是第5条。“合理”这个形容词表明，国际水道的“利用、保护和控制”由有关水道国规划，而不是任意地或在临时的特定情况下进行。总起来说，(a)项和(b)项应包括下列职能：国际水道的持续、多目标和综合发展规划、便利水道国之间的经常联系和数据与资料交换以及在持续的基础上监测国际水道。

(4) 审查一下关于机构安排的条约规定，尤其能够发现，各国已经建立了管理国际水道的各种各样的组织。有些协定只涉及某一水道，另一些协定则涉及若干水道或广大的流域。各委员会的权力只限于个别协定的专题范围。因此，当协定只涉及一个水道时，联合机构的职权可能规定得相当具体；而当协定涉及一个国际流域或一系列的河流、湖泊和含水层的时候，联合机构的职权可以规定得较为概括。第24条的用语是为了让它的含义足够广泛，使它适合一个框架协定的情况。同时，该条的用意是要向水道国提供指导，使它们在可能决定设立的联合机构或体制的权力和职务方面有所依循。

(5) 设立联合机构管理国际水道并非一种新的构想³⁸⁵。早在1911年，国际法学会就建议“感兴趣的应该任命常设的联席委员会”以处理有关“建筑新的工程或改建现有工程”问题³⁸⁶。许多早期的，尤其是十九世纪有关国际水道的协定都特别涉及到对航行和渔业的规范³⁸⁷。比较近的，尤其是第二次世界大战以后缔结的协定则更多地集中于国际水道的利用或开发的其它方面，例如水道开发潜力的研究、灌溉、洪水控制、水力发电和污染³⁸⁸。

³⁸⁵ 奥地利女皇以米兰公国女主人的身份同威尼斯共和国缔结的1754年《设立边界条约》(《瓦普里奥条约》)就授权一个已经存在的联席边界委员会负责执行有关共同使用奥利亚河的职务(C. Parry, ed., *The Consolidated Treaty Series* (Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1969), vol. 40, p. 215)。另见奥地利同荷兰之间的1785年《最后条约》(《枫丹白露条约》)，该条约设置了一个双边机构来决定共同在默兹河上建筑船闸的最佳地点(同上，第49卷，第369页，另载于1952年欧洲经委会的报告，“具有共同利益的河流和湖泊水力发电开发的法律问题”，E/ECE/136号文件，第175段起)。

³⁸⁶ 马德里决议(见上文脚注273)。

³⁸⁷ 前任特别报告员的第四次报告(见上文脚注265)中载有调查结果，第39至48段。

³⁸⁸ 以下对“多边协定”的讨论情况说明了这一点，United Nations, *Management of International Water Resources* ... (见上文脚注260)，第33至36页，尤见第34页。

由于对水、粮食和电力的需要量激增，这些用途已更为重要，从而更为需要设置共同的管理机构。目前的此类共同机构几乎已同重要国际水道的数目一样多³⁸⁹。它们或是特设，或是常设，具有极为广泛的各种不同的职责和权力³⁹⁰。第24条不仅考虑到水道国的这一实践，而且考虑到在联合国主持下举行的各种会议的建议，建议这些水道国考虑设立联合管理机构，以便保护国际水道并从其中得到最大的利益³⁹¹。

第25条 调节

1. 水道国应酌情进行合作，就调节国际水道之水的流动的需要或机会作出反应。

2. 除非另有协议，水道国应公平参与它们同意进行的调节工程的兴建和维修，或其费用的支付。

3. 为本条文的目的，“调节”是指用水利工程或任何其他持续的措施改变、变换或另行控制国际水道的水的流动。

³⁸⁹ 秘书处1979年编写的有关国际水道非航行使用的多边和双边委员会的调查报告列出了90个这样的机构(《有关国际水道非航行使用的多边和双边委员会附注一览表》，1979年4月(未出版))。虽然所列委员会的绝大多数是处理欧洲的水道的，但世界各地均有反映，在编制一览表时，发展中国家、尤其是非洲大陆委员会的数目正在增加。

³⁹⁰ 关于“为了证明办法的最大可能的多样性而选出的”某些此类协定的摘要说明，见《……一览表》，附件四(同上)。另见有关设置国际水道共同管理机构的协定一览表，International Law Association, *Report of the Fifty-seventh Conference, Madrid, 1976*, pp.256-266; Ely and Wolman, loc. Cit. (footnote 260 above), p. 124; 以及前任特别报告员的第六次报告，《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3至6段。下列三个不同大陆的三项协定说明了赋予联合管理机构的职能和权力的类型：《设立尼日尔河流域管理局公约》，第3至5条；《1960年印度河水域条约》(见上文脚注178)；《加拿大和美利坚合众国边界水域及边界问题条约》(《华盛顿，1909年1月11日》，*British and Foreign State Papers*, 1908-1909, vol. 102, p. 137; *Legislative Texts*, No. 79, p. 260)。

³⁹¹ 例如见《联合国人类环境会议报告书》(上文脚注213)，建议五十一；河流和湖泊发展区域间会议(重点在非洲区域)(上文脚注184)。前任特别报告员的第六次报告(上文脚注390)概述了国际组织在这一领域的工作，第7至17段。

评注

(1) 第 25 条载述水道国对国际水道之水的流动的调节。水道流量的调节对预防水流的洪水和侵蚀等有害影响以及从水道得到最大的利益的目的来说, 往往是必要的。本条包括三款, 分别规定了调节方面的基本义务、公平参与调节事务的义务、并规定“调节”一词的含义。

(2) 第 1 款是第 8 条所规定一般合作义务的具体适用。该款规定水道国应酌情进行合作, 具体地就调节的需要和机会作出反应。如本评注前一段所示, 这种需要和机会通常是指灾害的预防和从该国际水道获取较大的利益。“酌情”一语强调该义务不是设法查明需要和机会的义务, 而是对已经存在的需要和机会作出反应。

(3) 第 2 款适用于水道国同意进行国际水道之流动的调节工程的情况。这是一个备用规则。它规定, 水道国应“公平参与”调节工程的兴建和维修, 或公平分摊其费用, 除非它们另有其它安排。这项义务是第 5 条中所载公平参与的一般义务的具体适用。它不要求水道国以任何方式“参与”它们不能受益的调节工程。它只是说明: 当一水道国同意另一水道国进行调节工程, 并且能够因之而受益时, 如无相反的协议, 前一水道国有义务按照受益的比例支付兴建和维修的费用。

(4) 第 3 款载述“调节”一词的定义。该定义首先指明调节的方式是“水利工程或任何其他持续的措施”, 其次说明调节的目标是“改变、变换或另行控制国际水道的水的流动”。具体的调节手段通常包括诸如水坝、水库、导流坝、运河、堤岸、沟渠及河岸加强工事等工程。其目标可以是调节水的流动以便预防季节性的水灾和旱灾; 防止河岸严重侵蚀甚或河流改道; 确保有足够的水量, 例如使污染限定在可被接受的范围内, 或允许航行和漂木等使用。用调节或控制工程使水的流动更加一贯也能够延长灌溉期间、允许或增进水力发电、缓解淤积、避免形成滋生疟疾蚊虫的死水潭、并使渔业得到持续发展。但是, 调节国际水道的水的流动也有可能对其它水道国造成不利的影响。例如, 堤坝可能降低下游国的季节水量, 或在上游国造成水灾。为了最大限度地利用水, 对水流的调节可能是必要的, 同时可能造成灾害, 这一事实表明水道国有必要按第 25 条所规定的方式进行合作。

(5) 有关调节国际水道流量的许多条约规定表

明, 各国承认在这方面进行合作的重要性³⁹²。有关调节的实践及对加强水道国之间合作的需要还导致一个国际法专家组织详细拟订一套有关调节国际水道流量的一般规则和建议³⁹³。本条受到各国在这一领域的实践的启发, 本条中载有适于载入一份纲要文书的一般性义务, 与所有水道国关切的一个主题有关。

第 26 条 设施

1. 各水道国应在各国的领土内尽力维修和保护国际水道的有关设施、装置和其他工程。

2. 在具有确实理由认为可能遭受重大不利影响的任何水道国的要求下, 各水道国应就下列事项进行协商:

(a) 国际水道有关设施、装置或其他工程的安全管理或维修;

(b) 保护设施、装置或其他工程免受故意行为或疏忽行为或自然力的危害。

评注

(1) 第 26 条涉及保护堤坝、河堰、沟渠和导流坝等设施, 使它们不致由于情况恶化、可能对其他水道国造成重大损害的自然力或人的行为而受到损害。该条包括两款, 分别规定了一般义务和关于设施安全的协商。

(2) 第 1 款规定, 水道国应“尽力”维修和保护所述及的工程。水道国可以在各自能力范围内维修和保护与国际水道有关的设施、装置和其它工程,

³⁹² 前任特别报告员的第五次报告提到许多这些规定, 《1989 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 227 页起, A/CN.4/421 以及 Add.1-2 号文件, 第 131 至 138 段。有代表性的例子包括苏维埃社会主义共和国联盟政府、挪威政府和芬兰政府之间《关于通过凯塔科斯基水电站和大坝调节伊纳里湖的协定》; 《美利坚合众国和墨西哥关于利用科罗拉多河、提华纳河和格兰德河(布拉沃河)从得克萨斯州奎得堡到墨西哥湾水域的条约》(见上文脚注 268); 《阿拉伯联合共和国和苏丹关于充分利用尼罗河水的协定》(上文脚注 244); 《拉普拉塔河流域条约》; 和《1960 年印度河水域条约》(见上文脚注 178), 第 325 至 332 页(附录 E)。

³⁹³ 国际法协会在 1980 年贝尔格莱德举行的第五十九届会议上通过了关于调节国际水道水的流量问题的九个条款(见上文脚注 304)。这些条款载于特别报告员的第五次报告(见上文脚注 392), 第 139 段。

以履行这项义务。因此，例如，水道国应适当注意维修水坝，就是说，使它保持良好状态，以便不致爆开而对其他水道国造成重大损害。同样，也必须采取所有合理的预防措施，以免这些工程遭受由于洪水等自然力或人的故意行为或疏忽行为所造成的一些可以预见的损害。这种故意行为包括恐怖主义和破坏活动，疏忽行为则包括未能在设施受到损害的情况下作出通常的注意。“在各国的领土内”一语反映这样的事实：工程的维修和保护通常应由该工程所在地的水道国进行。第 1 款绝不是授权、更不是要求一个水道国在另一个水道国境内维修和保护工程。但可能会有宜由另一水道国参加维修和保护在其领土以外的工程的情况，例如由它与工程所在地国共同管理该工程等的情况。

(3) 第 2 款规定了水道国就用水工程的安全管理、维修或保护进行协商的一般义务。这种义务可能始自“具有确实理由认为可能遭受重大不利影响”的水道国提出的、由于该工程的管理、维修或保护所引起的要求。因此，同第 1 款相反，本款载述水道国发现特定危害之可能性的例外情况。第 2 款所载述的情况也应该同第 28 条的“紧急情势”区分开来。虽然后一条文所载述的情况特别涉及一种立即的威胁，本条第 2 款下的危险不一定是立即的危险，虽然它也不应是极为轻微的危险。水道国应有“确实理由认为”它可能遭受不利影响这一要求构成一种客观的标准，并且必须有某种实际的危险。“确实理由认为”一语也用于第 18 条，在该条中也具有同样的含义。这种要求符合国家实践，因为国家通常有合理的理由关切到实际或潜在的不利影响时会举行协商。最后，“重大不利影响”一语的含义同第 12 条中的含义相同。因此，这项标准所建立的门槛低于“重大的损害”³⁹⁴。

(4) 按第 2 款进行协商的义务适用于可能以两种方式产生的重大不利影响。第一，这种影响可能从工程的管理或维修中产生。因此，(a) 项规定了关于以安全方式管理或维修工程的协商。第二，对其它水道国的不利影响可能来自故意行为或疏忽行为或自然力对用水工程的损害。因此，如果一水道国有确实的理由相信，它可能遭受上述行为或自然力的影响，便有权根据 (b) 项就保护该等工程的事项进行协商，使其不致受到恐怖主义行为和破坏行为或滑坡和水灾等自然力的影响。

(5) 各国对于设施的保护和安全的关切反映于国际协定中。有些涉及水力发电项目的协定载有关于

设施之设计的具体规定³⁹⁵并且规定工程计划未经当事方事先同意即不得进行³⁹⁶。各国还在它们的协定中规定应由工程所在地国制定本国立法以确保工程的安全。第 26 条没有作出这么彻底的规定，但是规定了一般性的备用规则，其用意是为有关国际水道的工程之保护和安全管理规定基本的水平。

第五部分

有害状况和紧急情势

第 27 条

预防和减轻有害状况

水道国应单独或共同采取一切适当措施，预防或减轻可能对其它水道国有害的状况，例如洪水或冰情、水传染病、淤积、侵蚀、盐碱化、干旱或沙漠化等，而不论其是否由于天然原因或人为原因所造成。

评注

(1) 第 27 条涉及有关国际水道可能对水道国有害的各种“状况”。虽然损害究竟是由状况本身还是由其影响造成的问题也许还有争议，但有一点是毋庸置疑的，那就是诸如洪水、浮冰、干旱和水传染病等等问题给水道国造成严重后果。本条涉及预防和减轻此种状况，而第 28 条则涉及水道国在应付实际发生紧急情况时的义务。预防和减轻这些状况所需的措施是预期性质的，因此与那些涉及应付紧急情况的措施很不相同。

(2) 如同第 20、21 和 23 条那样，本条要求“单独或共同”采取有关措施。如同那几个条款一样，这一措辞所适用的也是第 5 条规定的公平参与的一

³⁹⁵ 一个例子是 1957 年《瑞士联邦和意大利共和国关于使用施珀尔河水力公约》第 8 条 (*Legislative Texts*, No. 235, p. 859; 摘述于 A/5409 号文件, 第 161 页, 第 849 至 854 段)。

³⁹⁶ 见 1963 年法国和瑞士《关于埃莫森水力发电项目的公约》第 2 条 (RGDIP (Paris), 3rd series, vol. XXXVI, No.1 (January-March, 1965), p. 571; 摘要载于 A/CN.4/274 号文件, 第 311 页, 第 229 段)。

³⁹⁴ 见上文第 12 条的评注第 (2) 段。

般义务。要求水道国采取“一切适当措施”意味着它们要采取适合有关情况、并且根据有关水道国的情况看来是合理的措施。要求考虑到水道国在了解这些状况的手段及采取必要措施的能力方面所具有的能力。

(3) 第 27 条所涉状况可能是由于天然原因、人为或两者结合所造成³⁹⁷。“天然原因或人为”这一说法包含了这三种可能性。虽然各国不能预防纯系天然原因而发生的现象，但它们却可做各种工作来预防和减轻此种现象所造成的有害状况。例如，通过修建水库、植树造林或改善流域管理做法，有可能预防洪水或减轻其严重程度。

(4) 该条末尾所列各种状况并非详尽无遗，但却包括了该条打算涉及的大部分主要问题。该条所涉及的其他状况包括排水和水流堵塞问题。干旱和沙漠化乍看似与提到的其他问题不相称，因为，与其他问题不同，它们是因缺水而不是由于水的有害影响所造成。但是，对水的不适当的管理做法可能会严重加剧干旱的影响³⁹⁸。位于受干旱和沙漠化影响地区的国家已表明它们决心进行合作，以控制和减轻这些问题³⁹⁹。鉴于这些问题之严重，鉴于水道国之间的合作行动能够大大有助于其预防或减轻，因此该条明确提到了这些问题。

(5) 第 27 条规定可以采取的措施多种多样，从定期和及时交换有助于预防和减轻有关状况的数据和资料到采取一切合理步骤确保在一水道国领土内进行的各种活动不至引起可能有害于其他水道国的情况。这些措施还可包括就共同措施的规划和执行进行磋商，无论其是否涉及工程的建设，以及撰写关于业已采取措施的效益的研究报告。

(6) 第 27 条的依据是许多条约的规定⁴⁰⁰、各个国际性法院和法庭的判决、国家惯例和国际组织的工

³⁹⁷ 例如，洪水和淤积可能因砍伐森林加上暴雨所致，因地震而毁坏堤坝也可能引发洪水。

³⁹⁸ 参见《联合国水事会议报告……》（上文脚注 215）。

³⁹⁹ 参见《设立尼日尔河流域管理局公约》，其中规定管理局应负责开展有关“预防和控制干旱和沙漠化……”的活动，第 4 条第 2 款 (c) 项第 (iv) 目和 (d) 项第 (iv) 目，第 58 至 59 页。又见《设立萨赫勒国家间抗旱常设委员会公约》，第 4 条第 (i) 和 (iv) 项。

⁴⁰⁰ 参见国际法协会国际水资源法委员会 1972 年提交的报告，该报告系统地收集了有关洪水的各种条约规定（*International Law Association, Report of the Fifty-fifth Conference, New York, 1972, Part II, (Flood Control)*, London, 1974, pp.43-97）。其中许多协定要求进行磋商、通知、交换数据和资料、采用警报系统、编写调查和研究报告、规划和执行洪水控制措施以及采用和维修各种工程。

作⁴⁰¹。前任特别报告员的第五次报告⁴⁰²概括并分析了有代表性的实例。

第 28 条 紧急情势

1. 为本条文的目的，“紧急情势”是指对水道国或其他国家造成或立即可能造成严重损害的情势，这种情势是由于天然原因，例如洪水、冰崩解、山崩或地震，或人为原因，例如工业事故所突然造成的。

2. 在其领土内发生任何紧急情势时，水道国应毫不延迟地以现有最迅速的方法通知其他可能受影响的国家和各主管国际组织。

3. 在其领土内发生紧急情势的水道国应与可能受影响的国家并酌情与各主管国际组织进行合作，根据情况需要立即采取一切实际可行的措施，以预防、减轻和消除该紧急情势的有害影响。

4. 如有必要，水道国应酌情与其他可能受影响的国家和各主管国际组织进行合作，共同拟定应急计划，以应付紧急情势。

评注

(1) 第 28 条涉及水道国在应付实际发生的与国际水道有关的紧急情势时的义务，与涉及预防和减轻可能对其他水道国有害的状况的第 27 条完全不同⁴⁰³。

(2) 第 1 款给“紧急情势”一词下定义。定义包含若干要素，为了说明起见还列举若干例子。正如定义所说，“紧急情势”必须对水道国“或其他国家”造成或立即可能造成“严重损害”情况。所涉损害的严重性以及紧急情势出现的突然性是采取该条要求的措施的根据。“其他国家”一词是指可能受紧急情势影响的非水道国家。这些国家一般为沿岸国，可能因例如国际水道把溢出的化学物质引入海中而受损害。构成紧急情势的情势必须是“突然”发生的。然而这并不一定是说这种情况必须是完全出乎意料的。例如，根据天气形势可能预先得

⁴⁰¹ 尤见国际法协会 1972 年通过的关于洪水控制的条款（同上）。

⁴⁰² 见上文脚注 392。

⁴⁰³ 见上文第 27 条的评注第 (1) 段。

知洪水有可能发生。由于这种形势“对水道国……可能立即造成严重损害”，所以洪水可能从其领土产生的水道国应根据第2款规定的义务通知其他可能受这种紧急情势影响的国家。最后，这种情况可能是由于“天然原因……或人为原因”造成。尽管一水道国对于在本国完全由于天然原因产生的紧急情况对另一水道国造成的有害影响很可能不需负任何赔偿责任，但是第2和第3款规定的义务还是适用于这类紧急情况的⁴⁰⁴。

(3) 第2款要求在其领土发生紧急情势的水道国“毫不延迟地以现有最迅速的方法”通知其他可能受影响的国家和各主管国际组织。其他一些国际文书也含有类似义务，如1986年的《及早通报核事故公约》、《联合国海洋法公约》第一九八条以及若干涉及国际水道的协定⁴⁰⁵。“毫不延迟地”一词意指得知紧急情况后立即通知，“以现有最迅速的方法”这一措辞意指应使用现有最快速的通信手段。拟予通知的国家并不限于水道国，因为正如上

文已解释的，非水道国也可能受紧急情况的影响。该款还要求通知“各主管国际组织”。这类组织必须是依据其组织章程的规定有资格参与应付紧急情况。在大多数情况下，这类组织是由水道国建立的，其职责之一就是处理紧急情况⁴⁰⁶。

(4) 第3款要求在其领土内发生紧急情况的水道国“立即采取一切实际可行的措施，以预防、减轻和消除该紧急情势的有害影响”。对付大多数由于人为原因而发生的紧急情况的最有效行动是在工业事故、船只搁浅或其它事故发生时采取的行动。但该款只要求采取一切“实际可行的”措施，意指可行的、可用的、合理的措施。此外，需要采取的措施只是“根据情况需要”而采取的措施，意指紧急情况的实际情况和对其它国家可能产生的影响这两者证明有必要采取的措施。和第2款一样，第3款也预见到存在主管国际组织例如联合委员会的可能性，水道国在采取必要的措施时可能与这样的组织合作。最后还规定了与可能受影响的国家（仍然还

包括非水道国）的合作。这种合作在下列情况下可能尤其适宜：毗邻的水道，或有可能受影响的国家可在发生紧急情况的水道国领土上提供援助。

(5) 第4款包含一项与前两项所载义务性质不同的义务，因为它要求采取预先行动，而不是应急行动。为应付可能发生的紧急情况而拟订应急计划的必要性现已得到公认。例如《联合国海洋法公约》第一九九条规定，“各国应共同发展和促进各种应急计划，以应付海洋环境的污染事故。”

(6) 第4款中的义务受“如有必要”一词的限定。这是承认如下事实：某些水道国和国际水道的情况可能证明不值得为拟订应急计划而花费那样的功夫和金钱。这类计划是否有必要，取决于，例如，水道自然环境的特点以及对该水道及邻近土地区域的使用是否会预示有可能产生紧急情况。

(7) 尽管水道国对于拟订应急计划负有主要责任，但在许多情况下，在拟订计划时应当与“其他可能受影响的国家和各主管国际组织”进行合作。例如，建立有效的警报系统就可能需要其它非水道国和在这个特定领域具有管辖权的国际组织参加。此外，应急努力的协调工作交由有关国家建立的主管国际组织负责可能最有效。

第六部分

杂项规定

第29条 武装冲突期间的 国际水道和设施

国际水道和有关设施、装置及其他工程应享有在国际及国内武装冲突中适用的国际法原则和规则所给予的保护，并且不应用于违反这些原则和规则。

评注

(1) 第29条规定武装冲突期间给予国际水道和有关设施的保护及其使用。本条不妨碍现行的法律，并不曾规定任何新规则。它只是提醒一下在国际和国内武装冲突中适用的国际法原则和规则载有关于国际水道和有关工程的重要条款。这些条款通常分

⁴⁰⁴ 因此，违反其中任何一项义务便导致有关国家的责任。

⁴⁰⁵ 参见《保护莱茵河免受化学污染公约》第11条、《大湖水质协定》（上文脚注336）以及1977年5月5日《瑞士联邦委员会与法兰西共和国政府关于负责控制由事故造成的碳氢化合物或其它危害水物质的水污染的机构活动的公约》，这类物质为1962年11月16日瑞士和法国关于保护日内瓦湖水的公约框架所承认》（*Recueil des lois fédérales*, No. 51 (Bern, 19 December 1977), p. 2204; reproduced in B. Ruester, B. Simma and M. Bock, eds., *International Protection of the Environment* (Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1981), vol. XXV (1981), p. 285)。

⁴⁰⁶ 参见《保护莱茵河免受化学污染公约》第11条。

为两类：关于国际水道和有关工程之保护的条款和关于这些水道和工程之使用的条款。由于详细规定这一事项会超出框架文书的范围，第 29 条只不过提到每一类这样的原则和规则而已。

(2) 在特定情况中“适用”的国际法原则和规则对有关国家具有拘束力。第 29 条不曾改动或修订现有的法律，它也无意把任何文书的适用性扩大到不是该文书当事国的国家。另一方面，鉴于国际水道和有关工程在武装冲突期间也会受到其他国家的使用和攻击，第 29 条并不是只针对水道国。虽然本条款当事国不会受到本条本身的拘束，把非水道国纳入其范围被视为有其必要，这是由于这个事项的非凡重要性，也是由于这个条文的主要功能只是提醒各国武装冲突法律对国际水道的适用性。

(3) 当然本条款本身即使在武装冲突期间也还是生效的。因此在这期间水道国有义务按照本条款保护和利用国际水道和有关工程。但是，战事可能影响到水道和水道国对水道的保护和利用。在这种情形下，第 29 条载明，规制武装冲突的规则和原则应予适用。例如，1907 年《关于陆战法规和习惯的海牙公约》⁴⁰⁷和《一九四九年八月十二日日内瓦四公约第一附加议定书》第五十四条第二款都禁止向给水工程下毒，而该议定书第五十六条第一款则规定应保护堤坝和其它工程，不使它们受到“可能引起危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失的”攻击。按照《一九四九年八月十二日日内瓦四公约第二附加议定书》第十四和第十五条，同样的保护也适用于非国际武装冲突。第一号议定书的条款也涉及武装冲突期间对国际水道的保护：“在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害”（第五十五条第一款）⁴⁰⁸。在不适用特定规则的情形下，“马顿斯条款”给了一些根本的保护。该条款原先加插在 1899 和 1907 年海牙公约序言部分，后来又载入一些公约和议定书中⁴⁰⁹，目

前已具有一般国际法地位。从本质上说，它规定：即使在特定国际协定所不包括的情况下，平民和战斗员仍然处于源自既定习惯、人道主义原则和公众良心的使唤的国际法规则的保护和权力之下。同样的一般原则也表示于条款草案第 10 条，该条规定：在调解国际水道各种使用之间的冲突方面，应该特别注意维持生命所必须的人的需求。

第 30 条 间接程序

在水道国之间的直接联系有严重障碍的情况下，有关国家应通过它们所接受的任何间接程序履行本条款所规定的合作义务，包括交换数据和资料、通知、告知结果、协商和谈判。

评注

第 30 条涉及有关水道国之间无法建立直接联系的例外情况。正如第 9 条评注（第（3）段）所提到的，武装冲突或没有外交关系等情况可能会对第 9 至 19 条规定的各种直接联系产生严重障碍。但即使在这种情况下，也常有一些渠道供有关国家用来彼此传递信函，比如：第三国、停战委员会、国际组织的斡旋等。第 30 条要求通过有关国家所接受的任何渠道或“间接程序”来进行第 9 至第 19 条规定的各种形式的联系。第 30 条使用的说法——“交换数据和资料、通知、告知结果、协商和谈判”——包括了第 9 至 19 条规定的所有联系形式。

第 31 条 对国防或国家安全至关重要的数据和资料

本条款的任何规定均不应使水道国承担义务提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料。但该国应同其他水道国进行诚意的合作，以期尽量提供在这种情况下可能提供的资料。

评注

第 31 条对第 9 至 19 条的要求规定了一个非常小的例外。委员会认为，实际上不可能期待各国同意提供对其国防或国家安全至为重要的资料。但同

⁴⁰⁷ 作为该公约附件的《关于陆战法规和习惯的章程》第 23 条，载于 AJIL, vol. 2 (1908), p. 106。对第 23 条的评注见 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 7th ed., H. Lauterpacht, ed. (London, Longmans, Green, 1952), vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, p. 340, sect. 110。

⁴⁰⁸ 具有同一作用的较为一般性的规定载于同一议定书的第三十五条（基本原则）第三款。

⁴⁰⁹ 参看《关于禁用毒气或类似毒品及细菌作战方法议定书》（序言部分，第 1 和 3 段）；1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》（日内瓦第一公约，第六十三条第四款；日内瓦第二公约，第六十二条第四款；日内瓦第三公约，第一四二条第四款；和日内瓦第四公约，第一五八条第四款）；《一九四九年日内瓦公约第一附加议定书》（第一条第二款）；《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》（序言部分，第 5 段）。

时，又不应该让可能由于计划的措施而受到不利影响的水道国得不到任何关于这种可能的影响的资料。因此，第 31 条要求拒绝提供资料的国家“同其他水道国进行诚意的合作，以期尽量提供在这种情况下可能提供的资料”。这里所提到的“情况”指导致拒不提供数据或资料的情况。“尽量提供资料”的义务在许多情况下可以以一般性地阐述这些措施会改变水的状况或影响其他国家的方式来履行。因此，本条的目的是实现有关国家的正当需要之间的平衡。这些需要是：一方面需要对敏感性资料保密，另一方面需要获得有关计划的措施可能造成不利影响的资料。与以往一样，第 31 条规定的例外不应妨碍计划国根据第 5 和 7 条承担的义务。

第 32 条 不歧视

除非有关水道国在同国际水道有关的活动造成重大跨界损害时，为保护已经受害或面临严重威胁的自然人或法人的利益另行达成协定，水道国不应基于国籍或住所或发生损害的地点，在给予这些人按照该国法律制度使用司法程序或其它程序、或就在其管辖范围内进行的活动所造成的重大损害要求补偿或其它救济的权利上予以歧视。

评注

(1) 第 32 条载述水道国应准许使用其司法程序和其他程序，不基于国籍、住所或发生损害的地点加以歧视的基本原则。

(2) 本条有两个基本要点，即不基于国籍或住所加以歧视和不基于发生损害的地点加以歧视。本规则规定，国家保证，任何人不论其国籍或住所，凡受到有关国际水道活动重大跨界损害，不论该损害发生或可能发生在何处，应享有起源国在国内损害情况下给予其国民的同等待遇。这项义务不影响某些国家的现行做法，它们规定非居民或外侨必须交付保证金，作为利用其法院系统的条件，以支付法院费用或其它费用。根据本条，这种做法不是“歧视”性的，并且由“按照该国法律制度”一语加以涵盖。正如已经受害或面临遭受重大跨界损害威胁等语所示，不歧视原则适用于造成实际损害的情况，也适用于预期性质的损害。由于后一种情况通常能够通过行政诉讼得到最有效的处理，本条在提到“司法程序或其他程序”时规定，应毫不歧视地

准许使用法院和任何适用的行政程序。

(3) 本规则因有“除非有关水道国……另行达成协定”一语而成为备用规则。这意味着，国家可另行议定最佳方式向已经遭受或面临遭受重大损害严重威胁的人提供救济，例如通过外交渠道。保护受害人利益一语已清楚表明，“另行达成协定”一语不是旨在建议各国通过相互协定决定准许使用司法程序或其他程序或享有赔偿权时进行歧视。它明确表示国家间协定的目的应始终是保护损害的受害人或潜在受害人的利益。它旨在准许只要有关国家同意就将问题提交外交或国与国一级来处理。

(4) 本条还规定各国不得基于发生损害的地点加以歧视。换句话说，如果因 B 国行为造成 A 国重大损害，B 国不得以损害发生在其管辖以外而拒绝采取行动⁴¹⁰。

(5) 委员会的一位委员发现整个条文均不能接受，因为条款草案处理国家间关系，并且不应扩大用于国内法的自然人或法人行动的领域。委员会的两位委员认为，在本条款草案的广大范围内，本条是不符合需要的，因为它可能被解释为各国有义务在各自境内给予外国侨民一些无论在程序上还是在所有其他方面都和本国国民平等的权利。这些委员认为，以这样的方式扩大用尽当地补救措施原则并不符合这一原则的目前内容。

(6) 第 32 条所载义务的先例可以在一些国际协定和一些国际组织的建议中找到。例如，丹麦、芬兰、挪威和瑞典缔结的 1974 年 2 月 19 日《环境保护公约》第 3 条规定如下：

“受到另一缔约国中有害环境活动所引起之公害影响或可能受到其影响的任何人应该有权在该国的主管法院或行政当局控诉这些活动的容许度问题，包括采取防止损害的措施问题，并按照与活动所在国之法律实体所适用的同等程度和条件就该法院或行政当局所作的判决提出上诉。

“本条第一款的规定应该同样适用于就有害环境的活动引起的损害要求补偿的诉讼的情况。对补偿问题作出判决时不应采用比活动所在国的补偿规则更不利于受害

⁴¹⁰ 或许应当指出，“特雷尔炼锌厂”案的国际仲裁是必要的，因为排放烟尘的国家的当地法院当时不承认在其管辖地外发生的损害的受害者有要求补偿的权利，即使该损害是在其管辖范围内的活动所造成（UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), pp. 1905 *et seq.*）。

方的规则。”⁴¹¹

经合组织理事会已通过一项关于在跨界污染方面执行一个使用司法程序之平等权利和不歧视制度的建议。该建议第4(a)段规定如下：

“来源国应确保受到跨界污染损害或在这方面处于重大危险境地的任何人至少应该得到与来源国在本国污染和类似情况下给予处于同等情况或境地的受害者的同等待遇……”⁴¹²

第33条 争端的解决

在有关水道国之间没有一项可适用协定的情况下，应依照下列规定解决涉及事实问题或本法各条款的解释或适用的任何水道争端：

(a) 如发生此种争端，有关国家应迅速进行协商和谈判，以期达成公平的解决争端办法，并酌情利用它们可能已经建立起的任何联合水道机构。

(b) 如有关国家未在要求进行协商和谈判之日起六个月内通过协商和谈判达成解决争端的办法，它们应按其中任何一方的要求诉诸公正的实况调查，或如各当事国商定，诉诸调解或和解。

(一) 除非另行商定，应建立一个实况调查委员会，由每一当事国提名一名成员组成，此外，应由被提名成员选出不具有任何当事国国籍的一名成员担任委员会主席。

(二) 如当事各国提名的委员会成员在建立委员会的请求提出后四个月内不能就主席人选达成协议，任何当事国可请联合国

秘书长任命主席。如一当事国在根据(b)项提出初次请求后四个月内未能提名一名成员，任何其它当事国可请联合国秘书长任命一个不具有任何当事国国籍的人，组成单一成员委员会。

(三) 委员会应自行确定其程序。

(四) 所有有关国家有义务向委员会提供它可能需要的资料，并按照请求许可委员会进入各方领土和视察任何与调查有关的设施、厂房、设备、建筑或自然特征。

(五) 除非委员会是单一成员委员会，它应以表决多数通过其报告，并将报告提交有关各国，提出其调查结果和有关理由，以及它认为适宜的建议。

(六) 委员会的经费应由有关国家均摊。

(c) 如在初次提出实况调查、调解或和解请求十二个月后，或如已经设立实况调查、调解或和解委员会，则在收到该委员会报告的六个月后，以两者中较迟者为准，各当事国未能解决争端，它们可通过协定将争端提交仲裁或司法解决。

评注

(1) 第33条为解决水道争端提供了基本规则，该规则是备用性的，适用于有关水道国对解决此类争端没有可适用的协定的情况。

(2) (a) 项责成水道国通过协商和谈判解决涉及事实问题或本法各条款的解释或适用的争端。在进行此类协商和谈判时，鼓励有关水道国利用已建立起的任何联合水道机构。“酌情”一词用以说明在进行协商和谈判时，有关水道国可以自由决定是否利用这类联合性水道机构。

(3) 协商和谈判应有诚意并以能导致公平解决争端的有意义的方式进行。争端各方抱着诚意以有意义的方式进行谈判是国际法中早已确定的原则。国际法院在“北海大陆架”案（德意志联邦共和国诉丹麦）中就这一原则说，争端各方“有义务以有意义的方式进行谈判，彼此不得坚持各自立场而不想作任何改动”⁴¹³。

⁴¹¹ 同样的规定载于《越境环境影响评估公约》第2条第6款；欧洲经委会跨界水污染责任和赔偿问题工作组编写的“跨界水污染责任和赔偿准则”（ENVWA/R.45号文件，附件）；以及1991年2月25日至3月1日欧洲经委会成员国政府环境与水问题高级顾问会议编写的欧洲经委会“环境权利和义务宪章草案”第6段（ENVWA/R.38号文件，附件一）。

⁴¹² OECD document C(77)28 (Final), annex in *OECD and the Environment* (see footnote 296 above), p. 150. 参看“指导各国养护和谐利用两国或多国共有自然资源的环境领域行动原则”的原则14，1978年（上文脚注277）。关于平等使用司法程序的原则的讨论，参看 S. Van Hoogstraten, P. Dupuy and H. Smets, “Equal right of access: Transfrontier pollution”, *Environmental Policy and law*, vol. 2, No. 2 (June, 1976), p. 77.

⁴¹³ 见上文脚注196。

(4) (b) 项规定任何有关水道国均有权要求成立实况调查委员会。此规定的目的是促进通过客观地了解事实解决争端。收集情况是为了使有关国家能够迅速友好地解决争端并防止争端升级。(的确,这是设想一旦水道国有了实况调查机构往往就会消除有关事实的性质问题而防止发生争端。)各国已颇为重视实况调查这种解决冲突的手段。例如,联合国大会通过了《联合国在维持国际和平与安全方面事实调查宣言》⁴¹⁴,其中确定实况调查的意思是“获得……有关任何争端或局势的详尽事实”。争端当事国任何一方在协商和谈判开始后六个月内均可要求进行实况调查。规则还规定,经任何一方要求并经争端其它当事方同意,有关水道国可诉诸调解或和解。在诉诸调解或和解前必须征得争端所有各方同意。

(5) 第(一)至(四)目规定按第 1 款 (b) 项要求建立实况调查委员会并使之发挥作用。规定称,除非各方另行商定⁴¹⁵,应由按本条第 1 款 (b) 项建立的实况调查委员会进行实况调查。

(6) 第(二)目规定提名的委员会成员在委员会成立后四个月内就主席人选达成协议。如他们不能就主席人选达成协议,任何争端当事国可请联合国秘书长任命主席。规则还规定,如果争端当事国在四个月内未能提名一名成员,任何当事国可请联合国秘书长任命一个单一成员委员会。被任命者不得具有任何当事国的国籍,这些规定旨在避免因当事国一方不予合作而破坏解决争端机制。

(7) 第(三)目规定实况调查委员会应自行确定其程序。

(8) 第(四)目责成所有有关水道国向委员会提供它可能需要的资料。这一要求是基于布赖恩条约⁴¹⁶制订以来比较常见的类似条款。有关水道国还有义务向委员会提供进入其各自国土的机会,以便检查与其调查有关的任何设施、设备、建筑或自然情况。

⁴¹⁴ 大会第 46/59 号决议,附件。

⁴¹⁵ 它们可以自由建立一个单一成员委员会或改变安排的任何方面,包括委员会的规模。

⁴¹⁶ G. H. Hackworth, *Digest of International law* (Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1943), vol. VI, p.5.

(9) 第(五)目规定委员会应以表决多数通过其报告。单一成员组成的委员会的报告则是该单一成员的报告。委员会应将报告提交有关各国,并提出其调查结果和有关理由。委员会也可以提出它认为适宜的建议。

(10) 第(六)目的规定要求委员会的经费由有关各国均摊。当然各国可议定一项不同的安排。

(11) (c) 项规定将争端提交仲裁或司法解决的规则。万一争端涉及两个以上水道国,但并非所有这些国家均同意将争端提交法庭或国际法院,当然不同意将争端提交法庭或国际法院的水道国的权利不受该法庭或国际法院的裁决的影响。

*

* *

关于承压跨界地下水的决议

国际法委员会,

完成了“国际水道非航行使用法”专题的审议,

在这方面审议了与国际水道相连的地下水,

认识到承压地下水,即与国际水道不相连的地下水,也是维持生命、健康和生态完整的极重要的自然资源,

还认识到需要继续努力制订有关承压跨界地下水的规则,

考虑到它对国际水道非航行使用法条款草案所载原则可以适用于跨界承压地下水的看法,

1. 赞扬将在管理跨界地下水方面酌情遵循国际水道非航行使用法条款草案所载原则的国家;

2. 建议各国考虑同承压跨界地下水所在的其他国家达成协议;

3. 还建议一旦出现涉及跨界承压地下水的争端,当事各国应考虑根据条款草案第 33 条所载规定或商定的其它方式解决争端。

第四章

国家责任

A. 导言

223. 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⁴¹⁷。

224. 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⁴¹⁸。

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

226. 委员会从第三十二届会议（1980年）至第三十八届会议（1986年）共收到前任特别报告员威廉·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⁴¹⁹。从那时以后，委员会就设想把关于争端的解决和国际责任的履行的第三部分列入条款草案。

227. 委员会从第四十届会议（1988年）到第四十五届会议（1993年）收到现任特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生提交的五次报告⁴²⁰，他在1987年第三十七届会议上被任命为特别报告员。

228. 第四十五届会议结束时，委员会暂时通过在草案第二部分中列入第1至5条⁴²¹、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（保证不重复）⁴²²。也是在第四十五届会议上，起草委员会通过了供列入条款第二部分第二章（“国际不法行为的”手段性“后果”），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）。但是，委员会根据其对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至下一届会议采取行动，只是注意到起草委员会的报告⁴²³。最后，委员会向起草委员会提交了关于争端解决程序的第三部分第1至6条草案及其附件⁴²⁴，目前这些案文正连同前任特别报告员对同一事项的

⁴¹⁷ 《1975年……年鉴》，第二卷，第55至59页，A/10010/Rev.1号文件，第38至51段。

⁴¹⁸ 《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第26至63页。

⁴¹⁹ 特别报告员的七次报告转载如下：

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.4/344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。

⁴²⁰ 特别报告员的这五次报告转载如下：

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；

第三次报告：《1991年……年鉴》，第二卷（第一部分），第1页，A/CN.4/440和Add.1号文件；

第四次报告：《1992年……年鉴》，第二卷（第一部分），第1页，A/CN.4/444和Add.1-3号文件；

第五次报告：《1993年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/453和Add.1-3号文件。

⁴²¹ 第1至5条的案文及其评注，见《1985年……年鉴》，第二卷（第二部分），第24页起。

⁴²² 第1条第2款和第6条、第6条之二、第7条、第8条、第10条和第10条之二的案文及其评注，见《1993年……年鉴》，第二卷（第二部分），第60页起。

⁴²³ A/CN.4/L.480和Add.1号文件。

⁴²⁴ 现任特别报告员拟议的第三部分第1至6条草案的案文及其附件见《1993年……年鉴》，第二卷（第二部分），第48页起，脚注116、117、121、122、123和125。

建议由起草委员会审理⁴²⁵。

B. 本届会议审议这个专题的情况

229. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第五次报告（A/CN.4/453 和 Add.1-3）⁴²⁶第二章和他的第六次报告（A/CN.4/461 和 Add.1-3）⁴²⁷。这些报告一方面载述被定性为草案第一部分⁴²⁸第 19 条下罪行的行为的后果问题，另一方面则评审到目前为止为条款草案拟议的反措施前争端解决条款。本节即是据此予以组织的。

1. 被定性为草案第一部分第 19 条下罪行的行为的后果问题

230. 委员会收到了特别报告员在上一届会议上作了介绍的第五次报告第二章⁴²⁹和他的第六次报告第二章。委员会在 1994 年 5 月 16 日至 26 日、6 月 2 日和 21 日举行的第 2338 次至第 2343 次、第 2348 次和第 2353 次会议上审议了这两章。

231. 委员会在完成了对上述章节的审议工作以后，听取了特别报告员的结论⁴³⁰，委员会为此向他致谢。委员会注意到特别报告员打算在下届会议提交同讨论中的事项有关的条文或款文，把它们列入第二部分和第三部分。委员会也注意到特别报告员的工作方式将能使委员会在其成员本届任期终了以前完成对条款草案的一读。

232. 委员会委员对被定性为草案第一部分第 19 条下罪行的行为的后果问题的评论和意见载于下文第 233 至 324 段。

233. 许多委员强调，由于涉及的问题复杂，一般

⁴²⁵ 前任特别报告员拟议的第三部分第 1 至 5 条草案的案文及其附件见《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 35 至 36 页，脚注 86。这些条款于第三十八届会议提交起草委员会。

⁴²⁶ 见上文脚注 420。

⁴²⁷ 转载于《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

⁴²⁸ 《1976 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 95 页起。

⁴²⁹ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 283 至 334 段。

⁴³⁰ 见下文第 325 至 343 段。

认为需要研讨一下国际社会、国家间系统、过错和国家的刑事责任这些敏感的和主要的观念以及联合国机关的职能和权力。赞扬特别报告员学识丰富，对上述问题的研究做出了宝贵的贡献，不过有人说他的提议有些拘谨。他的第六次报告第二章用问题单的形式说明了罪行和违法行为的区别所引起的不同问题，被认为特别有用，树立了一个值得仿效的先例。

（a）条款草案第一部分第 19 条中体现的罪行和违法行为的区别

（一）罪行概念

234. 有一种意见认为，罪行概念没有形成观念上的困难，罪行和违法行为之间的区别反映了对国际公共秩序的基本侵犯和不会危及国际社会之基础的基本前提——即主权国家的共存——的违法行为之间存在着质量上的差异：据指出，就违反空运协定的行为和侵略行为，或警察官员侵犯外国人人权行为和灭绝种族行为明显地不能相比来说，这种差异是国际生活中的一种基本事实。也有人评论说，这两类国际不法行为之间的差异已经在第 19 条中得到确认，这一条在小心拟订以后，由委员会于 1976 年经过长时间的讨论以后无异议通过，进一步加以质疑是不妥当的。

235. 另一派意见质问是否有所谓的国家罪行类别存在。有人评论认为，可能归咎于某一国家的许多国际不法行为严重程度不一样，取决于被违反的义务事项、国际社会对义务的重视、双边或其它义务范围和发生违反义务行为的情况，而当不法行为涉及对人的伤害或对财产的损害在程度上大到激起人们的良心时，在日常用语和其它政治及法律范围内“罪行”一词便成为惯用了。在这个背景之下，罪行和违法行为之间的明确区别被视为可疑。如果这种区别不能显示它们各自的后果，提议对各类国际不法行为加以区别就会被认为是不适切的。

236. 有些委员认为，虽然有可能在单一责任制度范围内主张有一个连续统一体，从微小的违法行为到特别严重的违法行为，这个连续统一体基本上在质量上存在差异，主张连续统一体理论的人和希望为特别严重的不法行为开设一个特别类的人之间的辩论很可能没完没了，因为数量上的差异在超过某一个门槛以后便会成为质量上的差异了。

(二) 罪行概念的法律和政治基础问题

237. 有一种意见认为, 罪行概念的根源是实体法和国际生活的现实情况。这种概念被视为具有不言而喻的政治基础, 因为当代的历史充满了直接或间接归因于国家的罪行事例。此外, 这种概念又被描述为属于现行法的范围, 因为灭绝种族和侵略等行为被整个国际社会视为侵犯它的基本权利, 或者在灭绝种族或种族隔离的情形下, 在国际公约中被定性为犯罪行为。也有人说, 国际罪行的组成部分一般来源于判例、国家实践和国际法庭的裁决。在这一点上, 有人提到纽伦堡法庭和东京法庭的工作以及国际法院在“巴塞罗那电车”案中的判决⁴³¹。关于这一判决, 有人提请注意罪行和违反普遍义务之间的区别: 有人指出, 法院不曾把自己限制在论述普遍性义务方面, 而是强调了“所涉及的权利的重要性”, 从而显示它考虑到特别严重的违法行为(所提到的事例为侵略、灭绝种族和侵害人的基本权利)而不会是侵害过境通过某一国际海峡的权利等普通的违法行为, 虽然它们也对沿海国构成普遍性义务。有些委员虽然认为国家罪行概念不存在于现行法中, 却表示他们愿意确认应该将只有国家才有可能犯下的某些行为定性为罪行, 虽然他们对此不无一些保留意见。但是, 在这方面, 有人提请注意, 如果委员会冒然进入拟议法领域, 就会象打开潘多拉盒子一样, 一发不可收拾了。

238. 另一派意见认为, 罪行概念并不是现行法, 因为没有任何文书使它成为各国应予接受的义务。赞成这种概念的论点来源于《维也纳条约法公约》的强制法条款, 一般认为这种论点缺乏说服力: 第一个原因是, 其缔结违反善良风俗道德或来源于强制法的合同或条约因而无法得到执行或自始无效的事实并不一定意味着该行为或文书被定性为非法; 第二个原因是, 将强制法观念列入《维也纳条约法公约》是以接受国际法院的管辖权为条件的。据认为, 来源于国际法院“对防止及惩治灭绝种族罪公约的保留意见”的咨询意见⁴³²(其中只说公约的一些规定已经成为国际法的一个整体部分)或来源于“巴塞罗那电车”案的论点也都是缺乏说服力的, 这是因为: 认识到违反普遍性义务行为的观念并不等于确认某一个新的、在质量上不一样的违法行为类别存在, 或

是对民事责任和刑事责任之间的区别加以质疑。也有人表示, 在有关德国和日本投降条约的文件或《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护武装冲突受难者的附加议定书》中并没有出现任何国家的刑事责任问题。此外, 还有下列论点: (a) 认为有些国家已经明白表示拒绝罪行概念, 认为它在现行法中缺乏基础, 因此, 采用提议的区别方式可能减损而不是增加使草案得到最普遍接受的机会; (b) 认为创制各种违法行为类别的拟议法会破坏违反普遍性义务概念的效能。

(三) 被定性为草案第一部分第 19 条下罪行的违法行为所引起的责任类型

239. 对一国能否引起刑事责任的问题, 产生了不同的看法。

240. 有些委员认为应该放弃把国家罪犯化的做法, 因为不能把国家放在同它的政府或可能在既定时日主理国事的一些人同样的立足点上。这些委员认为, 罪行是由为了自己的犯罪目的利用国家的领土和资源犯下国际不法行为的个人所犯下的。在这方面, 有人提请注意犯罪意图要件——据说, 这一要件应该同归咎责任程序区别开来, 即: 为了确保对造成的损害提供适足的补偿, 不许上级人员逃避补偿责任; 要把犯罪意图归于这个或那个个人是办不到的, 要归之于国家等实体更是难办。此外, 又有人提到“社会不可能犯罪”这一格言, 根据这个信条, 一国, 包括它的全体人民, 不能作为刑法的主体, 据认为, 按照刑法原则, 作为法人的行政管理机关能否被视为刑法主体是值得怀疑的。在这方面, 有人指出, 许多实体法没有关于法人犯罪或相应刑罚的规定。其它意见还有: (a) 认为“法无明文不为罪, 亦不罚”这一格言的要件(即: 第一, 有可据以确定某一违法行为是否罪行的确切规范和客观标准; 第二, 有依刑法处罚之特征的刑罚)在目前阶段并不符合; (b) 认为如果国家罪行的概念被接受, 国家的地位会受到破坏——这是令务实的国际社会难以接受的结果。

241. 此外, 在没有审判和处罚国家的法律机关的情形下, 把刑事责任归咎于国家被认为是不可思议的。在这方面, 有人指出, 国际社会为解决争端常设的唯一一个司法机关——国际法院的管辖权是来源于自愿的接受, 安全理事会主要具有维持治安的权力, 这绝对不是法院的权力。

⁴³¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.*

⁴³² *I.C.J. Reports 1951, p. 15.*

242. 有人表示担心：把刑事责任归于国家是把犯罪行为归之于一国的全体人民，结果可能使集体受到惩罚⁴³³。

243. 另一些委员认为，国家对罪行的责任概念并不造成任何观念上的困难：在可将行为归因于国家的情形下，设想一种相当于犯罪意图的概念是完全办得到的。在这方面，有人评论说，虽然刑事责任基本上是个人的责任，由于法律的进步，它也可以是集体的责任，确认法人在某种条件和情况下的刑事责任，从法律上说，是一种进步而不是一种后退，这可以从某些国家法律体系近期的发展情况得到证明。在这方面，有人指出，“社会不可能犯罪”这一信条的支持者越来越少了，从洗钱等经济及财政犯罪方式看来，更是这样了；在这种情形下，需要为国家的最严重的犯罪行为拟订适当的制裁政策，其性质虽然具有惩罚性质，却不能象个人犯罪的情况那样起到折磨的作用。在这方面，有人提请注意可以使犯下罪行的国家成为标的的政治措施（列举于下文第 289 段）。

244. 也有人说，在目前，一国可能对整个国际社会造成重大损害，以致于不应该容许把以国家名义犯下的罪行的责任转移为只不过是个人的责任，因此国家罪行的概念是可以接受的，即使该罪行可能带来的对该国采取的集体制裁很可能不利于全体人民，而不只是不利于领导人而已⁴³⁴。又有人说，历史上不乏国家犯罪的事例，因此没有理由不把这样的事实大声而且明确地说出来。

245. 还有另一些委员虽然同意国家的刑事责任问题极为微妙，尤其引起了集体责任的问题，却认为在目前情况下，上文所载述的意见分歧是不适切的。在这方面，他们记得，委员会并没有在 1976 年设法确定国家的刑事责任，而“罪行”这一用语的使用绝对不预断对国际罪行的责任的内容。在这方面，也有人评论说，国际法上的国家责任既不是刑事责任，也不是民事责任：它无非只是不同的、具体的国际责任。例如，它的具体性质在这样的事实中得到揭示：一些国际不法行为，不光是带来了国家的责任，也带来了犯罪者的个人责任，他们不能躲在由于职务所得到的豁免后面。

（四）罪行概念的必要性——可能的备选办法

246. 有一种看法认为，罪行概念具有一种基本用途，使关于国家责任的规则脱离双边主义的辖制，并且在遇到特别严重的行为时，使国际社会能够在体制内或通过个别国家进行干预，以便保护受害国和国际社会的权利和利益。在这方面，有人指出，在国际罪行的情形下，受害者是作为独特法律实体的国际社会，国际罪行概念有助于把国际社会提升到半官方的法律当局中的地位。

247. 另一种看法认为，在关于国家责任的条款草案中区分罪行和违法行为既不必要，也不适当，其目的不是为了惩罚国家，而是要求国家对所造成的损害提供补偿。有人评论说，如果认为有必要使国际社会脱离双边主义的辖制，国际罪行的概念既不必要，也不充分：之所以不必要是由于惩罚概念必然与罪行概念相联系，因此没有理由走得这么远；之所以不充分是因为它未能解决整个类别的违反普遍性义务行为的问题。也有人说，随着冷战结束、南北紧张局势放缓和种族隔离与殖民主义的退却，自从 1976 年以来，对国家罪行概念的关切已经失去大部分的适切性。

248. 有些委员问起是否的确需要使用描述性的用语来满足对第 19 条的关切。于是，有人评论，在严重程度之间予以区别也就是在过错的基础上进行区别——据说，在遇有违法行为的情形下不应该放弃这个概念，在遇有罪行的情形下，这个概念也能够发挥根本作用。

249. 有人主张采取另一种做法，在草案中采用强制法义务概念和区分违反强制法义务的行为与其它较不严重的国际不法行为。这种做法只要求：（a）密切依循《维也纳条约法公约》第五十三条中强制法条款的用语（而不附加任何描述性用语，也不开列可能缺乏适足的现行法支持的实例）；（b）指明在遇有违反强制法义务的情形下，除了对其它不法行为的补救措施以外，还需要采取哪些补救措施。有些委员虽然承认这是个吸引人的做法，却指出，固然所有罪行都是违反强制法规则的行为，违反强制法规则的行为却不一定都是罪行：据说“条约必须遵守”可视为强制法规范，但并不是违反“条约必须遵守”的所有行为都是罪行。

250. 有些委员认为另一个可能的做法是，阐述违反普遍性义务的行为的后果从而使条款草案脱离双边主义的辖制。但是，有人对这种做法表示怀疑，因为并不是所有普遍性义务都对国际社会至关重要

⁴³³ 关于这一问题的意见详见专门讨论罪行后果的分节（见下文第 289 至 295 段）。

⁴³⁴ 同上。

要，以致于需要把违反普遍性义务的行为一概列为罪行。

251. 最后，有人提请注意能否从兼顾国家对国际不法行为的责任和个人对罪行的刑事责任两个方面的立足点来处理这个问题的可能性。在这方面，有人提到一读通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第5条⁴³⁵，其中规定：对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的起诉并不免除一个国家对其可归因于它的作为或不作为依国际法所应负的任何责任。

(五) 草案第一部分第19条中所载述的定义

252. 有些委员认为这一条不能令人满意。有人特别指出，它的案文过于概括，没有提出罪行的真正定义；它强调了被定性为罪行的行为的严重性，但没有规定使违法行为成为罪行的严重性的级限；它提到至关重要的义务而没有对那些用语下定义；它没有考虑到故意的意图或过错概念，即使有人说这一概念同罪行概念是不可分离的。也有人表示关切说，照目前的情况看，并且考虑到它的历史，第19条意味着：即使犯下该国际不法行为时的政治、社会或人的情况已经不再存在了，一国还是必须遭受早先犯下的国际不法行为的法律后果。

253. 另一些委员认为，目前的措辞适足地表现了基本的意图，即澄清：违法行为多半可以在直接有关的两个国家的双边关系中处理，另一些则极为严重，以致影响到整个国际社会。他们认为，这一条以概括性用语起草，这是正确的做法。在这方面，有人评论说，条款草案专门讨论次要规则，结果没有在目前情况下适用“法无明文不为罪”原则，对各种罪行的定义将留待其它文书予以规定。也有人指出，国际罪行概念是发展的，适应罪行类别可能扩大的情况采取灵活的拟订方式是合乎需要的；在这方面，有人提到规定安全理事会主管权的方式。虽然上述的一些委员认为第19条的目前结构（一个一般性条款和一个不是包罗无遗的清单）有其优点，另一些委员则认为应该把事例清单移到评注内。

254. 谈到第2款，有些委员说，它正确地反映了在界定罪行时所应适用的三项主要标准，即：（a）涉及国际社会的根本利益因而超出双边关系范围的违法行为；（b）从数量和质量上说都算严重的违

法行为；和（c）国际社会认为该违法行为是一项罪行，这项确认必须是从经验和实践中推论出来的。谈到关于措辞累赘的论点，有人指出，对强制法的定义或对习惯（即法律接受的一般实践）的普遍接受的定义都可以说是累赘的。在这些方面，有人评论说，来源于违法行为是被“确认”为罪行这一事实的主观标准并不比《国际法院规约》第三十八条中所指为文明各国承认一般原则的标准更加值得怀疑，整个国际社会所“承认”的罪行概念在第3款中做了列举说明。

255. 另一些委员指出，第2款中主要来源于《维也纳条约法公约》第五十三条的折衷性强制法条款用语的措辞是相当迂回的。谈到违法行为必须被国际社会确认为罪行的要求，有人评论说，刑法是沉浸在主观里：犯下的某一行为在公众良心里引起的谴责，无论多么凶狠，从来都是不一致的，即使在具有同样价值观念的民族社会里也是这样，就文化上处于多元状态的国际社会来说，主观性的因素更是显著。因此，有人认为，哪怕只是从道德的观点出发，人们可以提出这样的问题：为什么发生了对财产造成较小破坏和导致少数无辜人民死亡的某一“微小侵略行为”以后，还要以得到核准的武装反措施——在发生大规模灭绝种族事件时照说是不许采取这些反措施的——带来更多的后果呢？

256. 关于第3款，有些委员认为，其中所载列的清单还是令人满意的，但仍须经受对第3款（d）项的审查——有人认为这是引起争议的——并且需要在第3款（b）项中做起草上的改动以使案文符合现代国际关系现实，尤其是殖民主义结束以后的现实。关于前一个论点，有人评论说，（d）项中所设想的情况有些不切实际，因为人们难以相信，大气污染或海洋污染发生以后会在不采取任何措施——哪怕只在区域层面上采取措施——的情形下扩及于全人类；而且，考虑到跨界污染才刚刚开始被视为国际不法行为，要把大气污染或海洋污染定为罪行还为时太早。虽然上述的一些委员请委员会抗拒扩大罪行清单的意图，也有人认为应该在清单上列入与贩运麻醉药品有关的罪行。

257. 另一些委员认为第3款在许多方面有缺点。主要是认为它侵犯了主要规则和次要规则之间的区别，认为它反映了一种值得怀疑的法律技术，因为它列举了一些实际属于评注的事例，这些事例可能很快过时，因为人们对所载列事例的看法会随着时间而改变。在这方面，也有人提到第3款（b）项。另一个评论指出，案文没有实际说出它所要说的意思：它似乎是说，所载列的事项和所举出的例

⁴³⁵ 案文见《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第98页。

子实际上构成了国家罪行；但是，因为它载列了起首语“在第 2 款的限制下和在现行国际法规则的基础上”，第 2 款中所规定的试验仍然需要实施，现行国际法规则仍待确定。也有人提请注意为了确定不包罗无遗——但还是载列了一些类别——的清单所引起的一些困难。

258. 有些委员认为，由于“罪行”一词在刑法上的含义，可能引起了不必要的麻烦，使人对如何加以适用感到关切，建议把它改为如下用语，例如：“极为严重的违反行为”、“特别严重的国际不法行为”、“很严重的国际违法行为”或“极为严重的国际不法行为”。

259. 有些委员虽然不是要不惜代价地主张维持“罪行”这个用语，却对用语上的改动建议表示怀疑。有人指出，“罪行”一词具有心理上的有利因素，可用以强调有关违法行为特别严重，可能对国家的行为具有威慑作用。也有人评论说，由于这个用语用于《防止及惩治灭绝种族罪公约》等文书，在危害人类和平及安全治罪法草案中使用的是该用语而不是违法行为，它已经有了传统。虽然一般认识到，在治罪法草案中讨论的问题是个人刑事责任，而不是国家的刑事责任，所强调的是这样的事实：在治罪法草案下被称为刑事的行为，基于对事的理由，是与违反本草案中义务的行为密切对应的，这种行为被称为国际罪行。因此，有人对于以较迂回和较含糊的“特别严重的不法行为”或它的变异形式取代“国际罪行”的做法是否可取，表示怀疑。

260. 有些委员评论说，用语上的改动弥补不了两者之间的差距：对于前者来说，国际不法行为是某一连续体的一部分；对于后者来说，罪行与违法行为之间的区别是为了表明各种类别之间的差异。

(b) 特别报告员在其第五次和第六次报告中提出的与拟订国家对罪行的责任制度有关的论点和问题

(一) 由谁确定有某一罪行？

261. 有些委员表示，由谁负责确定有某一罪行的问题对于建立对罪行的国际责任制度具有根本的重要性。据指出，委员会面临一个几乎无法克服的困难：负责基于事实确定是否已有某一国家的确定下某一罪行的机关应该居于这一制度的中心地位。

262. 另一些委员指出，这个问题，无论多么严重，也会在普通违法行为的情况下发生——委员会并没有因此而使得违法行为责任制度的拟订工作受到妨碍。也有人评论说，由谁确定有某一罪行的问题同草案第二部分不相干，它完全属于第三部分的范围。

263. 有些委员认为，在处理这个问题时，人们不能忽视了国际社会目前的不完善状态。虽然一般认识到，在“关系社会”里，以法律上平等的实体之间的协调为基础，已经形成了比较进步的国际社会宪章，虽然一般强调大会、安全理事会和国际法院所发挥的积极作用，却认为国际社会的目前组织没有提供任何备选办法，而是留待每一国家确定是否有某一罪行。虽然上述委员认为事情的现状远非理想，他们之中有些人却提请注意安全网的存在。有人具体指出，确定有国际罪行的国家在这样确定时要自行承担风险，而且这一决定总会受到被告国的挑战。

264. 另一些委员认为，考虑到“当事者不得自己审判”原则，除非在自卫情况下⁴³⁶，否则特别难以接受留待每一国家，包括受害国，确定是否有某一罪行的办法。他们认为应该把这项特权保留给一个公平而且独立的国际司法机关，这是责无旁贷的。有人认为，应该以这样或那样的形式把这项基本原则列入本条款草案中。也有人提议，设置一个系统，由一个代表国际社会的机关来确定是否存在某一罪行，这样的机关可以是未来有关国家责任公约的缔约国团体。

265. 有些委员认为这个办法不切实际，他们告诫委员会不要试图规定负责确定国家责任问题的一个世界组织的新层级，这项任务具有最高的政治重要性。也有人怀疑能否在可预见的将来建立一个具有得到普遍接受的管辖权的司法机关，把案件一概提交给它，而它也根据连贯的一套判例做出决定。

266. 下文第 296 至 314 段讨论了联合国机关在这方面的作用。

(二) 确定某一罪行的可能后果

267. 有些委员质问特别报告员提出的问题的措辞方式，指出：在草案第二部分的范围内，问题不在

⁴³⁶ 在这方面，强调必须通过参照联合国决议、《联合国宪章》和整套习惯规则及约定规则加以确定的实质、正式及程序规则来澄清自卫概念。

于确定对罪行的确定的可能后果，而在于确定犯下罪行的可能后果。

a. 实质性后果

268. 许多委员认为，违法行为和罪行之间的区别对两类国际不法行为的实质性后果具有质量上的影响，因为后者违反了为保护国际社会的根本利益所必须的规范。但是，也有人持相反的看法（见下文第 270 段）。

269. 关于某一罪行受害国能够采用的补救措施，就停止来说，没有在违法行为和罪行之间进行任何区分。

270. 在广义赔偿方面，立场各异。有一种看法认为，罪行和违法行为的区分并不适切，特别报告员所提出的相反事例是没有说服力的，因为它们分别涉及停止，或保证不重复，或由安全理事会行使维持国际和平与安全之责任，或在肢解领土的情形下违反关于领土完整、自卫和人权的当代国际法规范；在会伤害有关国家尊严的禁运方面，罪行与违法行为之间的区分也被认为不适切，因为伤害国家尊严的情况没有比对其领导人定罪和加以惩罚更加严重的了，第 10 条⁴³⁷中已经设想到这种情况。但是，许多委员认为，就赔偿和抵偿来说，罪行的实质后果在质量上有别于违法行为的实质后果。

271. 关于恢复原状，一些委员表示，罪行应该不属于第 7 条（c）和（d）项⁴³⁸中所设想的限制的适用范围，因为它们对整个国际社会有害，违反国际法的强制性规范。另一方面，有些委员指出，如果不使犯下国际不法行为国家的人民过于痛苦，则不应减损对于过度法律义务的限制。又有人评论说，除非恢复原状实际上做不到或会违反强制法，否则不应让罪行的受害国选择恢复原状或补偿。

272. 关于抵偿，发表的意见侧重于：（a）审判负有责任的个人；（b）会损害有关国家的尊严的要求；和（c）惩罚性赔偿金。关于第一个方面，有人表示，在罪行的情形下，与有关违法行为的第 10 条第 2 款⁴³⁹的规定相反，应该可以不经违法国同意即予提起诉讼。关于会伤害有关国家尊严的禁运，有人评论说，在罪行的情况下不应予以适用，因为一国犯下某一罪行是自取其辱，因此不需要再为它

留情面。谈到这个问题的一些委员认为惩罚性赔偿金是任何罪行赔偿制度的必要组成部分。但是，有人提请注意惩罚性赔偿金所引起的重大问题，当罪行的主要受害者是人民的时候，更应该注意。

273. 关于提出要求的人，有人提到受害国可能多于一个的情况。据指出，在这种情况下，需要在提出索赔方面进行协调，并且可能需要有提出和审议索赔的特别程序。

274. 此外，有些委员认为，在罪行情况下，不仅需要受到重大损害的国家进行赔偿，从广义上说，还得对国际社会进行赔偿。在这方面，有人评论说，由于还没有一个有机联系的国际社会，各国应该有权在未来国家责任文书的缔约国之间某种形式的协调范围内得到赔偿，而不是单独索赔。对于大会或安全理事会可代表各国寻求补救措施的看法，一般认为那是违反《联合国宪章》制度的。虽然设想了大会或安理会寻求咨询意见的可能性，有人评论说，在这种情形下，它已经不再是个司法补救的问题。

b. 手段性后果（反措施）

1. 在罪行情况下合法诉诸反措施的条件

275. 有些委员同特别报告员一样认为，在罪行情况下，诉诸反措施的权力应该受制于比在违法行为情况下较不严格的条件。具体地说，一般认为，要求一个认为自己是某一罪行受害国的国家在作出反应的同时也提出和平解决的建议，是过分的做法。另一些委员表示了不同的意见。有一种意见认为，在最近的一个案件中，有一些国家在努力以解决争端机制解决问题以前，就自行采取经济措施了，如果不仓促进行谴责和采取经济反措施，就可能针对冲突采取和平的解决办法，这是可以想象的。

276. 就这个问题发言的委员普遍认为相称原则适用于对罪行的反应。有一种看法认为，它的含义是，在反措施方面，如同在其它方面一样，罪行与违法行为之间的区分是不适切的。据评论，未能在罪行情况下适用相称原则的含义可能是，对某一罪行负有责任的国家没有得到应该得到的严肃处理。也有人认为，除了要求受害国承担相称性义务以外，也应该规定不法行为国承担对应的义务：不采取使争论升级的、进一步加剧紧张情势的反反措施。

⁴³⁷ 见上文脚注 422。

⁴³⁸ 同上。

⁴³⁹ 同上。

277. 关于禁止采取的反措施，对这一问题发言的委员普遍认为必须严格遵守对使用武力的禁止，有人担心，除了已经在过去被援引的以外，可能还会有更多的借口。有人强调《联合国宪章》在这方面的至高无上地位。在这方面，有人评论说，最终决定有理由采取或不得采取强有力的反应的是《宪章》而不是罪行的种类，虽然对有关宪章条款——特别在人道主义干预方面——的解释会引起争议，在已经确定这种干预可予允许的情形下，所涉罪行的种类并没有被视为决定性因素。

278. 在比较概括的层面上，有人表示，违反强制法规范的个别的反应应予排除。在这方面有人评论说，承认罪行概念并不是承认绝对的和不受限制的反击权利或复仇法，世人最近目睹灭绝种族罪行发生以后接着进行的武装干预，国际社会从来不曾确认这种使用武力行为为合法行为，因为为了制止罪行，干预国又违反了国际法的强制性规则。

279. 在这方面有人表示，需要作出的区别并不是在可于罪行情况下（或违反强制法的其它情况下）予以允许的反措施和没有任何罪行（或违反强制法的其它行为）这两者之间；而是在于以下两个方面之间：一方面是可依可以适用的多边甚或双边条约制度（宪章或其它文书）予以允许的反措施，另一方面则是没有任何可以适用的、规定在某项义务被违反的时候可以采取哪些反措施或载列和平解决争端条款的条约制度的情况。有人强调在没有任何条约制度可以适用的情形下，需要规定可以在某国被控违反多边义务时采取的反措施规章。

280. 关于非武力反措施，特别报告员认为比起适用于违法行为的责任来可以予以加强，一般认为尽管他关于这一点的结论有些含糊，看法却是正确的。

281. 广泛地讨论了对某一罪行的反应权力是否应该扩及于受害国以外的个别国家的问题。有人认为，这个问题并不适切，正如同罪行和违法行为之间的区分在这方面和其它方面也不适切那样，因为在国际不法行为方面，不管情节多么严重，都可能发生多数受害国问题。但是，人们多半认为，上述问题是确切的，因为顾名思义，罪行是对普遍性义务的违反，是不利于整个国际社会的根本利益的。

282. 有些委员告诫说，不应该轻易地把“间接受害国”的地位等同于直接受害者的地位。在这方面有人表示，某一罪行的犯下并不给予受害国以外的国家以为了诉诸反措施的目的的受害国地位，受害国以外的个别国家不可以为了报复某一罪行进行干预，除非没有任何集体反应，这样，罪行概念才不

至于导致对现有权力关系的确认。据认为，反应的权力基本上应该归于国际社会⁴⁴⁰。在这方面，有人满意地注意到最近的趋势：把国际社会的概念从抽象或神话的领域提高到现世经验和历史的领域，还注意到非政府组织在放松国家主权概念对基本人道主义事项的掌握方面的作用日益增加。

283. 另一些委员指出，国际社会在对付国家的国际罪行方面缺乏装备，目前还没有任何国际机构得到明确的授权，能够对各类国际罪行作出反应，以至于对某一罪行的反应还成为需要由个别的国家确定的事项。虽然认为目前的事态仍然远远不能令人满意，有些委员认为禁止使用武力、和平解决争端原则和相称性原则却为防止滥用提供了保证。

284. 针对上文第 264 和 265 段中所载述的、能否建立新机构负责确定是否有某一罪行的问题表示的意见，在目前也是适切的。

285. 考虑到目前没有负责代表国际社会对某一罪行作出反应的体制和程序机制，有些委员认为，作为真正集体行动的代替办法，可以用适当方式授权不是直接受害的第三国采取措施维护国际社会的利益；这些国家除了已经享有的抗议权利以外，它们将可拥有采取反措施的权力，因为禁止使用武力已经保证不会针对某一罪行给予极不相称的处罚。

286. 在有关侵略和灭绝种族方面详细讨论了这个构想。

287. 谈到侵略，有人认为，有必要在不直接有关的国家中指出哪些国家与受害国订有将对一方的攻击视为对另一方的攻击的军事同盟。这种条约引起了集体自卫、形式和内容的条件、以及可以根据《联合国宪章》援引的手段情况的问题，并且产生这样的危险：集体自卫可能会被过度援引，以回避国际社会的控制或违反强制法规则。据指出，同受害国没有法律联系的其它国家当然没有权利援引自卫或使用武力来帮助受害国；在这种情况下使用武力时，必须由主管国际机关，尤其是安全理事会予以授权和控制。此外，对于自卫措施和在国际一级下令执行的措施，有人认为，国家的行动可能会同根据《联合国宪章》第七章采取的国际措施一致，这是可以设想到的情况，这种一致可能被巧妙地解释为：联合国的行动必然会影响到国家在同国家的国际罪行有关的方面的义务。但是有人认为这种一致可能主要是巧合，其次才是深信联合国代表有组

⁴⁴⁰ 如同一位委员所说，反应的权力应更审慎地归于未来公约缔约国共同体。

织的国家社会的结果。

288. 关于灭绝种族行为，有人认为，所有国家都可以对种族灭绝行为作出反应，即使它们不是直接受害国也可以，有人提到国际法院在“巴塞罗那电车”案⁴⁴¹中对以下两者所做的区分：国家对整个国际社会的义务和在外交保护方面面对另一国的义务。有人说，所有国家都在保护所涉权利方面具有法律利益的“共同行动”原则可能具有重大的意义。在这方面，有人提到波斯尼亚—黑塞哥维那 1993 年 3 月 20 日提交法院的关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的案件⁴⁴²。在这方面，有人提请注意必须在以下两种情况之间作出区分：某一国家攻击本国人民的情况和灭绝种族行为不仅针对该国本国人民还针对另一些国家人民而犯下的情况。在第一种情况下，其它国家是否应该诉诸不涉及武力的使用的反措施或者依赖集体机制呢？在答复这一问题时，有人说：在集体机制的控制下，诉诸若干反措施（例如军火禁运）是可能的；涉及使用武力的人道主义干预则应该审慎考虑。关于第二种情况（不仅针对该国本国人民、也针对其它国家人民犯下灭绝种族行为的情况），有人问起：受害国是否可以考虑人道主义干预，即使用武力的问题。委员会受邀审议这些问题；否则各国就完全可以自由援用含义仍然含混的人道主义干预概念了。

（三）罪行概念所涉及的惩罚问题

289. 一些委员着重指出，虽然过错和惩罚概念在国际法的普通违法行为责任制度中无足轻重，对于罪行来说，情况就不是这样了。在这方面，有人提到第二次世界大战后对轴心国采取的措施，以及特别报告员在第五次报告中所列举的——虽然未加以阐述的——“政治制裁”（领土转移、军事占领、扣押或没收资产、军备管制、人口迁移、拆除工业、非军事化等）。

290. 另一些委员指出，惩罚不是现行法，1945 年战胜国对战败国采取的办法已经在《联合国宪章》中被排除，这点可以从在第一百零七条中所载述的保留得到证明。他们极力反对这样的想法：几个战胜国的联合可能基于它们的政治判

断，违反人道主义法律和人权的基本原则以及禁止以武力获取领土——即便作为行使自卫权的结果——的文书，兼并侵略国的领土并驱逐该国人民。在这方面有人建议在草案中明文规定即便在威胁各国领土完整的罪行情形下也禁止惩罚性后果。在支持这种着手方式上，有人评论说，如果惩罚和报复是唯一的目标，紧张情势只会持续存在下去，虽然受害国的确有权要求赔偿和抵偿，和解的目标却不应该因此而被牺牲。也有人坚持认为必须避免疏远被告国，因为该国和它的人民仍然是国际社会的一部分。

291. 一般普遍认为人民的犯罪和责任问题是特别困难的问题，有人忠告不要采取忽视某一国家内部或一般地存在于各国之间的复杂关系的简单化办法。在这方面，有人提到灭绝种族行为，这种行为的主要受害者是有这种行为的国家的人民。

292. 虽然有些委员同特别报告员一样，认为对一项罪行负有责任的国家的全体人民可能不是完全无辜的，其他委员多半表示在这方面应该注意。有人评论说，让为罪行喝彩的人民承受其行为后果的诱惑不小，但是必定不要忘记，舆论是容易受到欺瞒的，不仅集权国家如此，甚至民主国家也一样。若干委员也认为，惩罚措施会轻易影响无辜人民，包括妇女和儿童，甚至会影响有关国家中个别地或集体地反对该罪行的社会成员；对一国的制裁只有在尊重该国人民的权利、按照严格程序而采取并且对某种程度的应受惩罚行为的确切承认施加一定的限制，才是合法的。

293. 有些委员强调必须设法取得平衡。在这方面，有人提请注意《联合国宪章》第七章，它也许为解决办法提供了一个起点，因为它要求考虑安全理事会决定采取的制裁对其它国家和人民的经济及其它影响，并且采取防护措施以避免对人民产生不相称的影响。

294. 也有人提请注意能否诉诸虽然构成惩罚，却不会影响该国人民的措施，例如拆除兵工厂或禁止制造某些军备，或能否采取旨在保护全体人民的措施，例如通过采取自卫行动的战胜国或拥有国际管辖权的机关的决定，将该国置于国际监督之下。

295. 若干委员认为，问题的解决在于起诉和惩罚负有责任的领导人和官员。但是，在这方面，有人评论说，起诉个别人可能是一种加重反措施的说法从正当程序来说是完全不能接受的，因为个人的有罪或无辜与国家不一样，必须独立地予以判定。

⁴⁴¹ 见上文脚注 431。

⁴⁴² *Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 3.*

(四) 联合国在确定某一罪行的存在和后果方面的作用

296. 一些委员认为, 联合国是“有组织的国际社会”的最令人信服的表现和对罪行作出反应的正当工具。另一些委员指出, 《联合国宪章》的办法对讨论中的问题只提供了片面的对策, 尽管有了各项原则和宗旨, 联合国比起国家一级上的国家, 并不是在一个较高的层次上具有权力的超级国家; 它也不能行使国家的全套权力, 或对违反法律的行为实行制裁。

297. 虽然有人认为, 委员会大可考虑建议审查《联合国宪章》和《国际法院规约》以及为了执行适用于国家的国际罪行的若干基本准则确实需要的其它体制性革新办法, 一般多半认为, 委员会应该避免采取这种行动方针, 因为它的任务是编纂和逐渐发展国际法, 它无权给予联合国及其机关任何新的管辖权。

298. 关于安全理事会的作用, 就这个问题发言的委员普遍对第 19 条第 3 款 (a) 项中所指的国际不法行为 (包括侵略) 和同一条第 3 款 (b) 至 (d) 项中所载的行为类别进行区分。

299. 关于侵略的评论集中于安全理事会在以下方面的作用: (a) 在确定国际不法行为的存在方面; (b) 在规定相应后果方面。

300. 关于第一点, 有人认为, 如果指控的行为是会引起《联合国宪章》第三十九条中所指的那些情势的行为, 安全理事会自可根据《宪章》赋予它的权力确定有某一罪行存在。有一位委员说, 安理会有权确定是否有侵略行为, 这是毫无问题的; 可见, 如果侵略行为被确认为罪行, 安全理事会即有权确定有某一罪行。

301. 但是, 在这方面有人提请注意。有些委员着重指出, 安全理事会既没有宪政功能也没有技术手段以确定是否有某一罪行。据指出, 安理会是一个具有政治权力的政治机关, 它除非越权行动, 否则即不能决定某一国家的司法责任。在这方面, 也有人提请注意《联合国宪章》中并没有载列可据以确定安理会是否以及在什么时候走过头和滥用了它的权力的监督机制。

302. 对于这方面的关注事项, 一些委员提请注意旨在使安全理事会可能作出明显非法的决定的危险减至最低限度的制衡制度。此外, 有人认为, 安理会对有无侵略行为的任何确定应该允许提出异议,

为此在第 19 条中增添一条规则, 被定性为侵略者的国家可以将这个事项提交某一个司法机关——或许是国际法院。另一个看法认为, 安理会的确定应该采取推定形式, 而不是确定结论形式。

303. 关于以上第 299 段中所提到的第二点, 有人认为, 安全理事会有权在依《联合国宪章》第七章给予的权力范围内决定对负有责任的人采取哪些制裁措施。在这方面有人说, 安理会在可能破坏有某一罪行, 尤其是武装行动罪行的国家的独立、主权或领土完整的措施方面发挥主要作用, 它的干预将是消除第 14 条⁴⁴³中所载禁止事项的条件。也有人认为, 虽然安全理事会从未采取过惩罚性措施, 因为它从未决定有人犯下某一罪行甚或确定发生了某一侵略行为, 但是《宪章》使它能够在一旦确定某一侵略行为以后得出结论说, 集体的制裁应该包含适于某一罪行的惩罚措施。

304. 另一些委员强调, 安全理事会并不是为了作为制裁机构采取行动而设立的。他们认为, 安理会有维持国际和平与安全的治安功能, 它很少采取强制性制裁措施, 在伊拉克案中, 安理会把可能影响会员国行为的义务强加给它们, 这是个特殊的情况, 人们不能从中得出一般性结论, 认为联合国可以规定第 19 条中所列举的国际罪行的后果。在这方面, 有人表示这样的关切事项: 虽然惩罚措施被当作以往的事项提出, 在现代国际法编纂工作中没有得到地位, 世人应该看到安理会实践中的趋势, 即不放弃惩罚措施, 而是用恢复原状或保证不重复加以伪装。有人请委员会自问: 当世界社会在针对有某一罪行的国家作出“有机反应”的基础上采取了严厉措施, 并且有人声称那种反应处于责任制度以外时, 委员会是否应该同意不受拘束地行使权力, 把严厉的惩罚意图隐藏于维持国际和平与安全的制度中。

305. 关于第 19 条第 3 款 (b) 至 (d) 项中提到的国际不法行为的类别, 有人评论说, 当它们造成《联合国宪章》第三十九条含义范围内的破坏和平的结果时, 可以推定安全理事会有权确定存在国际不法行为。有些委员主张对《宪章》第七章下的安理会权力作广义的解释, 或者设想安理会的权力有可能涵盖一切破坏和平行为, 可以在第 19 条中以修订的形式予以拟订。

306. 但是, 有人担心, 把侵略行为以外的罪行置于维护国际和平与安全类别内的任何意图会引起危

⁴⁴³ 案文见下文脚注 454。

险的并列情况，伴随着区别的模糊、有争议的结论和对安全理事会权力的置疑。在这方面，有人评论说，大大扩大对和平的威胁概念的目前趋势有其限度，过分扩大这个概念可能不是很健全的做法。

307. 也有人担心，安全理事会在很大程度上受到它的程序（特别是使得至少五个国家和另一些国家得到永久豁免的否决权）的影响，结果它既不能建立一个法院，也不能有效确认对罪行的责任。在这方面，有人提到关于安理会永久成员的目前情况，有人评论说，更公平地分配永久席位，使各区域集团有更均衡的代表权，将在代表国际社会确定若干国际罪行和授权采取集体惩罚行动或自卫行动方面提高安理会的可信赖程度。

308. 若干委员提到特别报告员在其第五次报告中提出的问题，即：安全理事会 1991 年 4 月 3 日第 687（1991）号、1992 年 3 月 31 日第 748（1992）号和 1993 年 2 月 22 日第 808（1993）号决议是否反映了安理会权限的扩大。

309. 就这个问题发表评论的委员多半认为答案是否定的。有人具体指出，上述每一决议都涉及维护国际和平与安全，即安全理事会的责任领域。但是，在这方面，有一位委员认为，安理会往往过度使用《宪章》所赋予的权力。有几位委员提请注意，安理会的权限是否扩大这个问题是对《宪章》的解释问题，这个问题不属于安理会的职权范围。

310. 一些委员坚持认为应该区分安全理事会的权力和国家责任规则。虽然有人评论说，安理会无权制订超越《宪章》条款的新规则，它一定要在权限范围内适用法律，也有人强调说，安理会的权力绝对不受制于讨论中的规则。有人表示支持在草案中列入一个符合第二部分第 4 条⁴⁴⁴做法的条款，这个条款将保留联合国或若干区域机构在遇有对和平的威胁或侵略行为时的权限，从而防止对禁止使用武力的例外情况的扩大适用。但是，有人反对使国家责任条款的适用性从属于安理会的决定或以政治机关的自由裁量在若干情况下减损其含义的任何做法。

311. 若干委员认为，大会在遇有罪行的情况下可以发挥作用，因为，据指出，它反映着国际社会的良心。有人指出，根据《联合国宪章》，大会可以处理包罗广泛的问题，充分利用它的权力；虽然在对不法行为作出反应方面，如同其它一切方面，它没有决定的权力，但是，通过建议，它却能够容许

和授权进行可能对讨论中的问题有关的事项具有重大影响的行为。在这方面，有人提到大会的许多决议，其中宣称人民受到殖民统治或外国统治——第 19 条第 3 款下的罪行，可以利用一切手段对这种统治进行斗争。

312. 但是，有人着重指出，考虑到对某一罪行后果的确定基本上是具有司法性质的行为，大会在审议中的领域内的作用是有其限度的。若干委员进一步忠告不要在委员会内辩论联合国机关的权力或《联合国宪章》第五十一条的范围。据指出，安全理事会可以根据《宪章》第四十二条下令使用武力，自卫权利不得违反第五十一条的严格条件。有人认为，在目前的政治气候中，能否以合法方式使联合国机关的现有权力适应来源于第一部分第 19 条的任务，是很令人怀疑的，鉴于这种适应将牵涉到对初级规则的检验从而超出委员会的职权范围，也就更加令人怀疑了。虽然确认委员会不能弥补《宪章》中的差距或加以审查，一些委员认为，应该设法充分利用联合国机关的权力和职能，而不要一味依靠《宪章》第七章和安理会，如同一位委员指出的，一贯地提到它们实际上是个容易做到的办法。

313. 关于国际法院，若干委员着重指出，是否有某一罪行的最终确定只能委交司法机关处理。在这方面，有人回顾，法院可以宣布违反国际法行为的存在，包括某一罪行的存在，并且得出必要的结论。《维也纳条约法公约》中采用的方式被认为是唯一可以代替由国家自行确定是否有某一罪行的办法。

314. 但是，有人提请注意法院管辖权的限度，这是由于它的权限需要得到双方同意所致。在审议中的情况下把强制性管辖权授予法院据说相当于国际法中的实际革命。

(五) 在消除不法性的情形下可能不将一些罪行列入条款的适用范围

315. 据评论，考虑到第 19 条第 2 款所载定义和在罪行情况下违反义务的普遍性质，并且考虑到第 29 条第 2 款⁴⁴⁵，已经确定：同意无法预先排除罪行的不法性。关于危急状况，有人提请注意第 33 条第 2 款（a）项⁴⁴⁶，它也在一般国际法强制性

⁴⁴⁴ 见上文脚注 421。

⁴⁴⁵ 见上文脚注 418。

⁴⁴⁶ 同上。

规范中载列了例外情况，因此这个问题已经得到解决。关于第 31 条⁴⁴⁷涉及的不可抗力状况，有人评论说，在罪行的状况下它几乎是不能适用的，因为罪行涉及预谋。

316. 有一种看法认为，上述分析已确定无须区分罪行和违法行为。另一种看法认为，对排除不法性情况的不适用是适用于罪行的特别法律制度的一部分。

(六) 不承认罪行后果的一般义务

317. 一些委员说，这项义务通常可用获取领土的事例来说明。在这方面有好几个问题被提出来。首先有委员指出，规定不承认使用武力获取领土一事为合法的义务，这就回到了禁止使用武力侵犯领土完整和民族权利的基本规则上，进入了基本规则范畴，这等于无视了委员会作出的在关于国家责任的草案里仅处理“次级规则”的决定。还有委员评论说，在国家实践中，通过使用武力而获取领土不应被定性为国家罪行；不承认这种获取行为的义务不仅是罪行的后果，而且是违法行为的后果；出于自卫使用武力而获取领土，虽不是罪行，但仍是不法行为，不承认的义务也适用之。在这方面提到的另一个问题是，大多数犯罪行为因其事实上的后果而具有犯罪性质，而事实须予以承认，这里的问题是，人们是否也承认法律后果。

318. 论及此问题的委员都同意，不承认侵略罪行后果的一般义务源于安全理事会的决定。但其中一名委员认为，所说的义务也可由大会的具有权威性的声明引起。

(七) 不帮助“犯罪”国的一般义务

319. 有委员评论说，此事涉及串谋关系，因而属于基本法律问题。一位委员同意认为，当采取的措施的有效性成为问题时，不承认的义务仅限于某些类别的不法行为，但他指出，在他看来，不协助犯罪国的义务除罪行外，也涵盖违法行为，当有效性成问题时，该义务不限于行为。另一项进一步的意见是，根据现行法或拟议法，都没有向罪行受害国提供援助的义务。

(c) 委员会可采取的行动方针

320. 一种意见认为，尽管国家罪行的概念引起了许多困难，但委员会应坚定不移地完成其任务，并着重于界定最严重的国际不法行为的后果。从实质性和手段性两方面而言，这种后果必然不同于违法行为的后果。该种意见强调，对罪行的后果加以透彻的研究，同时维持编纂和逐渐发展两者之间的平衡，能使委员会对此问题有充分的了解，在二读时就一开始所确立的区分的有效性作出决定。因此，请委员会根据其职权，作为优先事项，集中精力于建立特别的罪行责任制度。大会自 1976 年以来不断重申了委员会的这一职权。有委员表示了如下信心，虽然存在着其它可能的方案⁴⁴⁸，但最有可能实现的情况是，委员会将在第 19 条得到接受的基础上，查明两类国际不法行为的后果的较明显差别。有委员提议，为了方便执行任务，委员会应与外界专家建立合作关系，同时铭记，在此问题上取得的任何进展都有助于加强法律在国际关系中的至高无上地位，有助于防止冲突和便利冲突的解决。

321. 另一种意见认为，委员会不宜着手针对罪行的后果拟定详细的条款，因为有如下真实的危险：它可能最终拟定不出可行的“国家罪行”的定义，而只是罗列出琐碎的后果，这些琐碎的后果对法律的其它更现实的方面有害，有可能加重对和平与安全的威胁，或者削弱一般的普遍性违反概念的可行性。还有委员评论说，为界定国家罪行可能产生的后果所作的任何努力都偏离了草案仅限于拟定次级规则的基本前提，使委员会面对着执行问题，侵犯了《联合国宪章》制度，影响了制定一个满意的制度以处理一般的国家责任问题这一重要任务。

322. 有几位委员提醒说，不应匆忙地重新审议第 19 条，他们回顾到，委员会在有关评注里曾将第 19 条的通过视为与在编纂条约法时明确承认强制法一类规则所实现的一步相似的一步⁴⁴⁹。但他们同意认为，委员会在为自己确定的时限内不可能就国际罪行的后果拟定出规则，这既考虑到对第 19 条里对罪行和违法行为的区分所存在的疑问，又铭记有关的实践稀少，以及涉及国家主权的问

⁴⁴⁸ 有委员说，委员会可以将此问题推迟到二读时处理，那时候，委员会或成功地处理此事，或决定从草案范围明确排除掉最严重的国际不法行为，或者得出结论说，罪行没有产生与违法行为产生的后果不同的后果，那时候便会产生这样的问题，即第 19 条尽管有其意识形态和象征性份量，是否应干脆去掉。

⁴⁴⁹ 《1976 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 122 页，评注第（73）段。

⁴⁴⁷ 同上。

题的敏感性。

323. 在程序层面上, 有些委员认为迫切需要为国际罪行拟订适当的制度。另一方面, 有人建议委员会把面对的困难报告给大会, 在一读阶段暂不提出关于国际罪行后果的条款, 同时保留在二读时这样做的机会。但是, 关于委员会从第六委员会征求指导意见的想法受到反对, 关于国家罪行构成一个单独的专题的提议也受到反对。

324. 在实质层面上, 提出了各种各样的想法: 有委员说, 委员会不妨仅仅指出, 在罪行的实际后果与整个国际社会对这些后果的反应之间, 存在着密切联系。提到的另一种可能做法是, 对第 19 条加以修改后保留下来, 在第二部分加上一款说明, 条款对构成第 19 条所界定的罪行的案件的适用不是本条款所处理之事, 并说明按照《联合国宪章》或按照一般国际法, 这些条款不影响这种适用。最后, 设法对第二部分中的规则加以变通, 使之能处理表现为国际不法行为的国家罪行。还有一种建议说, 草案目前仅限于拟订与侵略、灭绝种族和种族隔离的后果有关的准则。

(d) 特别报告员就辩论做出的结论

325. 对于应否维持第 19 条对国际不法行为所作的区分这个一般性问题, 特别报告员注意到, 在大多数委员看来, 极端严重的违反国际法行为需要在草案一读的范围内另作处理; 而另一些委员认为, 这只是国际不法行为严重程度上的区别。主要意见是, 区别是基于性质上的不同。另一种意见认为, 国家责任草案不应处理单独成类的“罪行”。一些委员也主张从草案里去掉任何一种区分。

326. 关于第 19 条, 特别报告员指出, 根据大多数委员的意见, 目前的措辞尽管有其弱点, 但应保留下来, 在二读时根据国家实践和文献的发展予以改进。他指出, 尽管有一些委员持保留意见, 但相当多的委员似乎倾向于保留“罪行”一词, 但不排除找到更好的措辞的可能性。另一些委员赞成放弃“罪行”一词, 因为它具有国内刑法的含义。一些委员提言论及对强制法规则的极为严重的违犯。特别报告员还指出, 虽然定义的基本要点已被普遍接受, 特别是提及对保护国际社会基本利益具有重要意义的国际义务的违犯那些话, 但大多数委员说第 19 条第 3 款所列各项需要重新审议或者应置于评注里。

327. 关于委员会可采取的行动方针, 特别报告员

注意到, 一些委员提议把不包括罪行后果的一读通过的案文提交大会, 请上级机关注意众多委员对于在没有更好的罪行定义的情况下就此专题编纂法律的可能性表示的疑问, 并且等待草案二读之时再就第 19 条的去留和罪行的后果作出决定。他同时注意到, 多数委员, 当然那些完全反对第 19 条中所作区别的委员除外, 认为委员会应考虑以条款草案形式出现的各种可能选择, 如果有可能, 应让起草委员会在下届会议上审议这些选择, 并且在二读阶段确认解决办法。

328. 对于在特定案件上由谁决定是否犯了罪行并实施适用的制度的问题, 特别报告员指出, 经过讨论, 发现了两个问题。第一个问题是在对于是否存在罪行可能发生争议时, 谁有权解决争议, 决定罪行归属, 并就反应的正当性和形势所要求的措施作出决定, 一些委员似乎认为这一问题与草案的第三部分有关。另一个问题——肯定与第二部分有关——是谁可以正当地作出反应, 例如要求遵守实质性义务(停止、赔偿、抵偿、保证不重复)或诉诸一些措施(反措施或制裁)。

329. 关于第一个问题, 特别报告员指出, 一些委员赞成建立国际法院的强制性管辖权, 比如通过一项附加议定书实现, 但另一些委员对此办法表示怀疑, 因为各国在重大问题上一般不愿诉诸国际法院, 另外还须考虑到国际法院管辖的自愿性质。许多委员强调有必要设想具有司法性质的核查机构, 由此机构依法决定。

330. 关于第二个问题, 即谁可以作出合法反应, 特别报告员指出, 人们普遍承认(除了少数委员激烈反对关于建立特别治罪制度的构想以外), 理想的做法是应该由能够解释和执行整个国际社会的“意愿”并使之发挥影响的一个国际机构对一项罪行作出反应(包括一项罪行的条件和归属), 而此类机构应直接或通过对各国具有拘束力的决定运用国际法在一定程度上强制规定的影响。在这一方面, 他深为怀疑目前存在一个“有组织的国际社会”; 他认为, 关于联合国是一种有组织的国际社会的体现的说法是极为令人怀疑的。在这一方面, 他指出, 普遍一致的意见是, 所谓的国际社会目前还没有, 而且近期内也可能不会有一个具有充分代表性的机构, 可以在就它对定性和反应的合法性接受适当司法核实的前提下实施治罪制度和安排反应措施。他进一步评论说, 几乎所有委员都同意, 至少就侵略或危害和平等罪行而言, 《联合国宪章》第七章中确实规定了一种集体反应制度, 但这种集体反应制度并不是为执行责任制度而设想的, 它本

身也不容易为了实施责任制度而进行调整。

331. 关于联合国机构在对罪行作出反应时的现行法或拟议法权限问题，特别报告员指出，看来多数委员赞同他在其第五次报告（A/CN.4/453 和 Add.1-3）⁴⁵⁰第二章 B.3 节中表示的意见，即就事而言（例如关于赔偿）或从法律角度而不是政治评价标准的观点来看，或就此事而言，从公正的基本要求来看，即使对于侵略这样的罪行，安全理事会也不会无条件地被视为负责集体反应的专门主管机关，因为这是同所谓的否决权会使某些国家得到实际豁免权这一事实几乎不可调和的。他指出，如果一方面，设想为追究犯罪后果而设立的机制决不应该使人们怀疑安理会维持或恢复和平的重要权力，另一方面不应假定可以无条件地承认安理会是执行国家国际罪行法律体制的一个主管机构，特别是处理第 19 条第 3 款所列的侵略以外的其它三种罪行的主管机构。他回顾说，由于这些困难，有些委员建议，要么把罪行定义限于《宪章》第七章第三十九条设想的假定，要么对其进行单独处理，以便更好地考虑到安理会对这些罪行采取行动的可能性。

332. 特别报告员强调说，一些委员告诫不要干预安全理事会的职责，因为它具有旨在维护国际和平与安全的政治作用，而与犯罪的先决条件以及申明法律和制裁罪犯均不相关。特别是不应该设想对《联合国宪章》作任何修正，试图赋予安理会以新的职责，而草案应表明，其中关于罪行的条款并不妨碍《宪章》中关于维护国际和平与安全的条款。

333. 特别报告员进一步指出，有些委员倾向于依靠安全理事会仅仅执行《联合国宪章》第七条假定的罪行所产生的后果，而其他委员则建议比较宽松地解释安理会的权力，以便包括第七章规定以外的罪行，另外，有人指出应该重新评估大会作为整个国际社会的“良知”之表现的作用。

334. 特别报告员指出，参加辩论的委员多半对于让个别受害国（或小规模国家集团）对某项罪行作出反应的可能性持告诫态度，认为应该由联合国机构——安全理事会或大会（后者有权处理可能涉及罪行的所有各种局势）作出集体反应，少数委员则认为应由有待建立的其它集体机构作出反应。也有人提议了磋商程序。他进一步指出，有些委员坚决反对为各国或国家集团采取单方面行动留有余地，尤其是在没有任何迹象表明“集体意愿”的情况下

采取极为严厉的措施或制裁时，更是如此。但另一些委员认为，如果所谓的有组织的国际社会未能作出及时和有效的反应，或者为补充这种集体反应，则应为所有国家采取单方面措施留有一些余地，只要不采取任何武装反应就行了。

335. 关于国家的国际罪行后果的客观方面，即加重后果的性质和程度，特别报告员指出，关于实质性后果，人们普遍接受一种构想，即并非第 7 和 10 条⁴⁵¹设想的所有例外都应适用于罪行案件：更具体地说，恢复原状只应受制于强制法和实际上不可能办到的境况，抵偿则不仅可以包括严厉的“惩罚性赔偿金”，还可以包括影响到“国内主权”、国内管辖权和国家尊严的措施。

336. 至于手段性后果，特别报告员发现了一种高度一致的意见：甚至在出现犯罪的情况下也禁止采取武装措施，当然个别或集体自卫措施或安全理事会根据《联合国宪章》第七章中关于侵略罪的规定采取的措施不在此限。他认为，这种意见似乎证明各国普遍赞成对侵略罪行和第 19 条列举的其它罪行采取区别对待的做法。

337. 关于集体自卫，特别报告员评论道，有一位委员说，草案应该坚持自卫的限度，并明确规定，一国只有在被进攻国的请求下或根据同盟或区域安全条约才有权采取集体自卫的行动。他进一步指出，除了自卫以外，各国通常认为，即使在对罪行作出反应的情况下，使用武力也是所谓的有组织的国际社会（特别是安全理事会）的专有特权，除了侵略以外，在包括灭绝种族或人道主义干预的情况下使用武力需要得到事先授权。

338. 特别报告员说，委员多数认为，所设想的“较严厉的”——但决不是武装的——措施不应达不到战胜国对被征服国所采取措施的程度。有一种观点认为，达到严厉程度的任何措施均应以真正代表行为国共同利益的集体决定为条件，而单方面或小集团的擅自行动应受谴责。一些委员说，这种措施包括追究在违法国的结构中占据关键地位的负责人的刑事责任。

339. 特别报告员指出，有些委员认为，在对某项罪行作出反应时不得违反强制法规则（如违反禁止使用武力的规定），而其中有几位认为，针对一个犯罪行为国的措施可以不止根据相称性规则索取赔偿。有几位委员更是着重指出，即使在罪行案件中

⁴⁵⁰ 见上文脚注 426。

⁴⁵¹ 见上文脚注 422。

也必须谴责影响到国家领土完整或人民共同属性的任何措施。

340. 关于对违法国居民的关切，特别报告员指出，尽管应谨慎地避免对居民的任何特别严重的影响，但少数委员指出，应该使人民认识到自己在一定程度上与一个民主或非民主政府或专制制度的犯罪行为具有明显“同谋”的关系可能会带来的危险。

341. 特别报告员从以上情况得出结论，除了少数委员作为一个原则问题对违法行为和罪行的区别在法律或政治上是否适当提出争议以外，只有一位委员对罪行和违法行为的后果是否存在任何差别明确表示异议。他进一步指出，对于在法律上不承认违法国从罪行中捞取的好处为有效普遍义务——但需由所谓有组织的国际社会予以宣布——已达成了一定程度的协商一致意见；有些委员还承认存在一种普遍义务，即不以任何方式帮助违法国保持通过犯罪创造的对它有利的状况。

342. 另外有人还提到“积极声援”受害国的普遍义务，包括真诚地遵守国际社会或各国自己“一致”针对国家的一项国际罪行决定采取的措施。

343. 特别报告员得出结论说，尽管没有达成任何坚实和具体的解决办法，辩论中还是提出了充分的意见，使他能以第二和第三部分条文或款文的形式及时为下一届会议拟定关于罪行后果的建议，这些案文一旦经过讨论即可在 1995 年国际法委员会第四十七届会议上提交起草委员会。他表示相信，连同进行中的第二和第三部分工作的完成，将使委员会能够及时完成国家责任条款草案的一读。

(e) 在特别报告员就辩论做出 总结以后所表示的对于 这一结论的看法

344. 有些委员表示，鉴于特别报告员在他的总结中所做的估计（见上文第 326 段），应该着重指出，对草案第一部分第 19 条的用语提出保留的意见很多。如果要为第二部分作出建设性的努力，看来应该根据这样一种区别继续工作，这样的区别不一定是罪行与违法行为之间的区别，而是在数量上较不需要认真对待的和比较需要认真对待的国际不法行为之间的区别。这些委员也对上文第 231 段中所说明的结论表示保留意见。

345. 另一些委员表示相反的看法，指出：尽管第 19 条和罪行与违法行为之间的区别引起了讨论，这一条和这一区别提供了一种基础，可供特别报告员据以继续工作，拟订提交委员会的条款草案。

346. 委员会的结论载于上文第 231 段。

2. 到目前为止为国家责任条款草案设想的 反措施前争端解决程序

347. 如同上文第 228 段中所说明的，在第四十五届会议上，起草委员会通过了关于国际不法行为的手段性后果的四个条文，即：第 11 条（受害国采取的反措施）、第 12 条（同诉诸反措施有关的条件）、第 13 条（相称）和第 14 条（禁止采取的反措施），起草委员会主席对上述条文做了介绍，但国际法委员会在有关评注提交以前没有对它们采取行动⁴⁵²。

348. 特别报告员在他在本届会议上介绍的第六次报告第一章中指出，起草委员会在上届会议上通过的第 11 和 12 条案文所引起的一些问题可以重新审议，这样做是有用的。他又提出了重新拟订的这两个条文。

349. 委员会在 1993 年 6 月 21 日第 2353 次会议上审议了特别报告员的第六次报告第一章。

350. 在同次会议上，委员会将特别报告员第六次报告第一章 D 节中所载重新措辞的第 11 和 12 条的建议案文提交起草委员会⁴⁵³，指示起草委员会审议能否参照上述建议修改它在上届会议上通过的案文，有一项理解是，如果办不到，起草委员会以前通过的第 11 和 12 条案文将予以恢复，成为国际法委员会采取行动的基础。

351. 在委员会 1994 年 7 月 13 日第 2366 次会议上，起草委员会主席介绍了第 11 条的订正案文，并且告诉国际法委员会说，起草委员会迄未认为能够修改它在上届会议通过的第 12 条案文。

⁴⁵² 见《1993 年……年鉴》，第一卷，第 2318 次会议。

⁴⁵³ 特别报告员在他提议的重新拟订的案文提交起草委员会以后，提交了他为第 12 条拟议的案文的订正案文（见上文脚注 427）。

352. 在同次会议上，国际法委员会在研讨了起草委员会的建议以后，暂时通过了第 11 条（受害国采取的反措施）、第 13 条（相称）和第 14 条（禁止采取的反措施）⁴⁵⁴，予以列入草案第二部分，

⁴⁵⁴ 第 11、13 和 14 条的案文如下：
“第 11 条 受害国的反措施

“1. 只要犯有国际不法行为的国家未遵守其根据第 6 至第 10 条之二所负义务，受害国有权在必要时采取反措施，即依照第 12、13、14 条规定的条件和限制，参酌犯有国际不法行为的国家对它的要求的反应，不遵守其对犯有国际不法行为国家的一项或多项义务，以促使该国遵守其根据第 6 至第 10 条之二所负义务。
“2. 若针对犯有国际不法行为的国家的反措施涉及对第三国的某项义务的违反，第 1 款不得成为针对第三国的此种违反的理由。

“第 13 条 相称
“受害国采取的任何反措施不应与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例。

而暂缓对第 12 条采取行动。经议定：第 11 条可能需要参酌最终通过的第 12 条案文予以复核。
353. 在通过第 12 条和提交有关评注以前，委员会决定不正式向大会提交有关反措施的条款；委员会期望在下届会议向大会提交有关这一问题的整套条款。

“第 14 条 禁止采用的反措施
“受害国不应以反措施方式诉诸：
“（a）《联合国宪章》所禁止的武力威胁或使用武力；
“（b）旨在危害有国际不法行为国家领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫；
“（c）侵犯外交或领事人员、房舍、档案和文件之不可侵犯性的任何行为；
“（d）减损基本人权的任何行为；或
“（e）违反一般国际法强制性规范的任何其他行为。”

第五章

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

354. 委员会 1978 年第三十届会议将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题列入工作计划，并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为特别报告员⁴⁵⁵。

355. 委员会从第三十二届会议（1980 年）到第三十六届会议（1984 年）共审议了特别报告员提交的五次报告⁴⁵⁶。这些报告试图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要，并载有五个条款草案。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⁴⁵⁷。这五个条款草案是在特别报告员向 1984 年委员会第三十六届会议的第五次报告中提出的⁴⁵⁸。委员会审议了这些条款草案，但未做出将它们提交起草委员会的任何决定。

356. 委员会在 1984 年第三十六届会议（1984 年）上还收到下列材料：对联合国法律顾问于 1983 年向 16 个选定的国际组织所发调查表的答复。除其它事项外，调查表是要查明，各国彼此应尽的义务以及作为国际组织的成员应尽的义务是否

可以在这个意义上履行或取代专题纲要中提到的一些程序⁴⁵⁹，以及秘书处编写的一份研究报告：“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国家实践概览”⁴⁶⁰。

357. 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。委员会从第三十七届会议（1985 年）到第四十四届会议（1992 年）收到特别报告员的八次报告⁴⁶¹。委员会在 1988 年第四十届会议向起草委员会提交了特别报告员为第一章（一般性条款）和第二章（原则）建议的第 1 至 10 条草案⁴⁶²。委员会又在 1989 年第四十一届会议上向起草委员会提交了前一届会议提交给起草委员会的那些条款的订正案文，将其减为九条⁴⁶³。

⁴⁵⁹ 对该调查表的答复转载于《1984 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 129 页，A/CN.4/378 号文件。

⁴⁶⁰ 《1985 年……年鉴》，第二卷（第一部分），增编，A/CN.4/384 号文件。

⁴⁶¹ 特别报告员的八次报告转载如下：

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 329 页，A/CN.4/423 号文件；

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

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

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

⁴⁶² 案文见《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 9 页。

⁴⁶³ 案文见《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 311 段。特别报告员在其第六次报告附件中又进一步对那些条款提出一些改动的建议（见上文脚注 461）；又见《1990 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 471 段。

⁴⁵⁵ 在那届会议上委员会成立了一个工作组，初步审议专题的范围和性质并向委员会提出报告。工作组的报告见《1978 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 150 至 152 页。

⁴⁵⁶ 前任特别报告员的五次报告转载如下：

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

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

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。

⁴⁵⁷ 专题纲要的内容转载于《1982 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 109 段。特别报告员对纲要所做改动见《1983 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 294 段。

⁴⁵⁸ 前任特别报告员提交的第 1 至 5 条草案的案文见《1984 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 237 段。

358. 委员会 1992 年第四十四届会议成立了一个工作组以审议关于这一专题的范围、应采取的办法和今后工作的可能方向方面的一些一般性问题⁴⁶⁴。委员会在 1992 年 7 月 8 日第 2282 次会议上审议了工作组的报告。按照工作组的建议，委员会作出若干决定⁴⁶⁵。

359. 委员会 1993 年第四十五届会议审议了特别报告员专门谈预防问题的第九次报告⁴⁶⁶，并将委员会第四十二届会议（1990 年）已审查的第 10 条（不歧视）草案⁴⁶⁷和第 11 条至第 20 条之二⁴⁶⁸提交起草委员会。起草委员会暂时通过了第 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）⁴⁶⁹。但是委员会根据其不通过不附带评注的条款的政策，同意推迟至下届会议再对提议的条款草案采取行动⁴⁷⁰。

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 委员会第四十五届和第四十六届会议期间起草委员会通过的条款草案

360. 委员会在 1994 年 7 月 8 日至 13 日举行的第 2362 次至第 2366 次会议上审议和暂时通过了第 1 条（本条款的范围）、第 2 条（用语）的（a）、（b）和（c）项、第 11 条（事前核准）、第 12 条（对于危险的评估）、第 13 条（核准前已进行的活动）、第 14 条（预防或尽量减少危险的措

⁴⁶⁴ 见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 341 至 343 段。

⁴⁶⁵ 同上，第 344 至 349 段。

⁴⁶⁶ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/450 号文件。

⁴⁶⁷ 特别报告员第六次报告中提交的第 10 条案文如下：

“第 10 条 不歧视

“当事国对于在另一国领土内或管辖或控制下进行的活动所产生的效果的处理方式，应与本国领土内所产生的效果相同。当事国尤其不得以第 1 条所述活动的受害人的国籍、住所或居所理由，在适用本条款及其本国法律规定时，加以区别对待。”

⁴⁶⁸ 这些条款的案文，见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），脚注 62、64、68、69、70、73、74、77、79、80 和 82。

⁴⁶⁹ A/CN.4/L.487 号文件。

⁴⁷⁰ 见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），A/48/10 号文件，第 106 段。

施）、第 14 条之二[第 20 条之二]（不转移危险）、第 15 条（通知和资料）、第 16 条（交换资料）、第 16 条之二（通知民众）、第 17 条（国家安全和工业机密）、第 18 条（关于预防措施的协商）、第 19 条（可能受到影响的国家的权利）和第 20 条（公平的利益均衡所涉及的因素）。这些条款是第四十五届会议（1993 年）和本届会议期间由起草委员会提交委员会处理的。这些条款的案文及其评注编在下文 C.2 节中。

361. 在通过这些条款的过程中，有人提出条款未直接处理发展中国家的特殊情况。注意到委员会拟针对这个问题订一规定，可置于关于一般性条款的一章内，对关于本议题的所有条款均适用。此外还注意到委员会未决定是否应预先设想国际组织的作用。如果委员会以后决定要请国际组织在评估某一活动跨界影响或通知等等事项上提供援助，则对有关条款需作重新考虑。

2. 特别报告员的第十次报告

362. 委员会本届会议收到了特别报告员的第十次报告（A/CN.4/459），这是在委员会 1994 年 6 月 10 日第 2351 次会议上介绍的。委员会决定在下届会议上审议该报告。

363. 第十次报告处理三个问题：事后预防、国家责任和民事责任。以下第 364 至 379 段是特别报告员介绍的第十次报告的概要。

（a）事后预防

364. 特别报告员回顾了委员会上届会议的讨论情况，当时许多委员表示认为不应将事后预防——事故发生后为防止或尽量减少跨界损害而采取的措施——视为预防措施，而应联系补救措施加以规定。特别报告员认为这种意见与本议题构思时采取的方法不一致，而且与针对类似问题的现有法律文书也不一致。他解释说，对本议题采取的方法依循的是事实方面的时间顺序；也就是说，一个事件可引起一系列因果关系，可能以跨界损害告终。因此，任何措施只要意在防止或截断因果关系链从而预防或减少跨界损害，则本身就有预防性质。由此可见，预防概念既适用于为避免发生可导致跨界损害的事故而采取的措施，又适用于为预防事故后果造成全面影响而采取的措施。他指出，这种理论考虑也得到有关预防跨界损害及其赔偿责任的现有法律文书

的支持。他提到一些关于预防环境损害或关于民事责任制度的法律文书,其中把有关措施称为“预防”措施⁴⁷¹。特别报告员解释说,如果委员会仍想把预防措施限于事故发生前采取的措施,则对事后预防措施应采用另一种用语,如“因应措施”,因为这类措施从事实和方法两方面来看都不能列入补救的范围。

365. 关于应由谁采取“因应措施”,特别报告员认为这要视情况而定。在某些情况下,应由国家采取这类措施,因为需要动用强大的国家机器如国民警卫队、消防队等等处理紧急情况;在另一些情况下,则应由私人当事方自己采取此类措施。鉴于上述认识,特别报告员提议在第2条(用语)中新增两款,分别界定“因应措施”和“损害”⁴⁷²。

(b) 国家责任

366. 特别报告员说,他的第九次报告⁴⁷³的全部以及第十次报告的一部分都涉及预防问题,其中既包括事前预防,也包括事后预防。他已按委员会的建议在第十次报告的余下部分开始分析赔偿责任问题。他提到赔偿责任概念含义甚广,表明暂不打算分析补救措施概念,而补救措施不一定是赔款。他仅叙述赔偿责任的“归属”及与之有关的某些其它方面。

⁴⁷¹ 参看《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》,其中第2条第9款中规定:“‘预防措施’是指任何人在事故发生后*为预防或尽量减少损失或损害而采取的任何合理措施”;《越境环境影响评估公约》第2条第1款规定:“缔约方应……采取措施……预防、减少和控制*拟议活动造成的重大有害跨界环境影响”;《工业事故越境影响公约》第3条第1款规定:“缔约方应……采取适当措施……,降低发生频率和严重程度并缓解其影响,以保护人类和环境。为此目的,应采取预防、准备和因应措施,包括恢复原状措施”;《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任公约》第1条第6款对“污染损害”所下的定义是,除设施漏油或排放油产生污染造成设施以外的损失或损害外,还包括“预防措施费用”。同一条第7款把“预防措施”界定为“任何人为预防或减少污染损害对某一特定事故所采取的任何合理措施”;《关于道路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》界定损害概念的第1条第10和11款也用了相似的措辞,规定损害包括预防措施的费用。《联合国海洋法公约》在提及预防概念的第十二部分也用了“预防、减少和控制”损害的提法。

⁴⁷² 新增两款如下:

“‘因应措施’是指任何人为预防或减少跨界损害对某一事故所采取的任何合理措施;

“(…)项中所指的损害包括不论于何处发生的预防措施的费用以及这些措施可能引起的任何进一步的损害”。

⁴⁷³ 见上文脚注466。

(一) 国家责任与民事责任的关系

367. 第十次报告提到了设想国家责任和民事责任制度的四种可能的办法。第一,把国家完全排除在赔偿责任制度之外,仅规定经营人的民事责任。在这种制度中对于国家不规定责任或义务。他说,这种制度的典型实例之一是欧洲委员会起草的《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》,其中没有为国家设想预防或其它责任。第二,规定国家须同时负严格责任和侵害行为责任。这样规定就使国家成为整个制度中唯一有关的行为者。这种制度的一个实例是《外空物体所造成损害之国际责任公约》,其中规定,如果是在地球表面或对飞行中的飞机造成的损害,国家负有绝对责任;如果因乙方失误对另一发射国空间物体造成损害,国家也负有责任。第三,经营人对造成的损害负严格责任,但国家也负有严格责任——仅限于私营经营人未能赔付的部分。这种制度中,经营人的责任为主,国家的责任为辅。特别报告员认为这类制度的典型实例是《核能方面第三者责任巴黎公约》、《核动力船舶经营人的责任公约》、《1960年7月29日关于核能方面第三者责任的巴黎公约的补充公约》以及《关于核损害民事责任的维也纳公约》。第四,经营人对造成的损害负严格责任,国家对经营人未能赔付的部分负从属责任,但前提是国家未能履行在此制度下的义务,而且这一情况可能与造成的损害有联系。这种制度的典型实例是《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》议定书草案。在这项议定书草案下,私营经营人对损害负严格责任,国家对私营经营人未能赔付的部分负从属责任。不过,这一制度下的国家责任有一条件:须证明国家未能履行议定书草案之下的一项义务,并且如若履行,本来不会发生损害⁴⁷⁴。

368. 特别报告员认为第一种和第二种制度对本议题不合适。第一种制度与本议题无关;第二种制度要国家负全部责任,因而仅在《外空物体所造成损害之国际责任公约》方面有意义,因为该公约的谈判者认为只有国家才能进行空间活动。第三种制度看来适用于本议题涉及的某些活动:在发生灾难性损害时私营经营人可能无力全赔,因此国家的辅助责任可保证无辜受害者得到赔偿。他说,对这种制度可作一定的修改以便减轻国家的辅助责任,如:设立一个由公约所有缔约国组成或缔约国的私营经营人组成的财团来承担辅助责任。对于第四种制度,特别报告员表示担心:

⁴⁷⁴ UNEP/CHW.1/WG.1/1/3号文件,尤见第5和7段。

可能不宜要求受害者——往往是私人——负责证明国家违反了公约之下的义务，因为这样做通常要求取得的资料和证据不易为私人掌握。

369. 特别报告员提议了两种备选的国家责任制度。虽然他认为不完全适于本议题，但根据第一种备选方案，国家负辅助责任，但有两个条件：经营人造成的损害归因于国家未履行在公约下的义务；国家的责任限于经营人未能赔付的部分。另一种备选方案的基础是经营人的民事责任，国家不负责活动造成的跨界损害支付赔偿⁴⁷⁵。不过，国家仍要对未采取预防措施负责，未采取预防措施的后果已列在国家责任条款草案第二部分⁴⁷⁶，即：停止、恢复原状、补偿、抵偿和保证不重复⁴⁷⁷。例如，如果起源国允许不经事先批准、通知等手续进行第 1 条范围内的活动，就相当于不履行给予应有注意的义务。如在此情况下发生跨界损害，经营人即负严格责任，而国家仅对违反给予应有注意义务的其它后果负责，即，对不当行为负责。

(二) 民事责任

370. 特别报告员说，有关危险活动的民事责任国际公约一般都规定严格责任，主要理由是应及时对受害者提供赔偿。报告列出了现有民事责任制度的共同点：(a) 负有责任的经营人明确，在多个经营人的情况下，其责任是联合和多数的；(b) 经营人必须购买保险或提供某种资金担保；(c) 可能时建立赔偿基金；(d) 为保证制度更好运作，须遵守不歧视原则，即，起源国在其法庭中为非国民提供与国民相同的保护；(e) 在所有不受公约直接管辖的事务中一律适用其管辖权的国内法，但须符合公约规定；(f) 除另有规定外，能在一种法律制度中执行的裁决必须也能够所有其它缔约方的法律制度中

⁴⁷⁵ 特别报告员为第 21 条拟议的两个备选案文如下：

“第 21 条 国家违反的剩余责任

“备选案文 A

“如果来源国已履行第 1 条所提活动方面的预防义务就不会发生的损害将引起来源国的责任。这种责任将限于援用其中所列民事责任的条款无法满足赔偿的部分。

“备选案文 B

“来源国在任何情况下对第 1 条活动所引起事故造成的损害方面没有责任。”

⁴⁷⁶ 见上文脚注 421、422 和 454。

⁴⁷⁷ 特别报告员提议的另增条文如下：

“X 条 国家的国际责任

“来源国违反这些条文所规定的预防义务的后果应为国际法所规定违反国际义务的后果。”

执行；(g) 赔偿金以受益人要求的货币付给。

a. 经营者的责任

371. 特别报告员说，民事责任制度的重要特点之一一是损害责任方身明确。这种明确性的好处在于不仅能使潜在的责任方保持注意并尽力避免造成损害，而且能在造成损害的情况下便利受害方得到补救。他说，分析民事责任制度可以看出，责任一般通过经营人体现出来，理由是：经营人 (a) 对活动有控制权；(b) 最能避免造成损害；(c) 是活动的主要受益者，因此应承担活动对他方造成的代价。《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》具有一般性质，或许与本议题的关系最近，受此启发，特别报告员提出了界定经营人及其责任的规定。根据这些规定，经营人是对活动有“控制权”的人。在经营人对其活动控制期间该活动如造成重大跨界损害，赔偿责任由经营人承担。如果经营人不止一个，则应联合和分别负责，除非经营人证明自己仅对损害的一部分负有责任，在此情况下他仅对损害的该部分负责⁴⁷⁸。

b. 购买保险的义务

372. 特别报告员参照现有民事责任公约，提出了要求从事本议题所涵盖的活动的经营人提供财政担保的规定⁴⁷⁹。根据这些规定，应由起源国通过国内

⁴⁷⁸ 特别报告员提议在第 2 条增加新的一款，案文如下：

“‘经营人’是指对第 1 条中提到的活动行使控制权的人。”

他还提议以下各条：

“A 条 经营人的责任

“第 1 条中提到的活动经营人应当为由此活动造成的所有重大跨界损害负责。

“(a) 在持续发生的事件或同一起来源的一系列事件的情况下，在上款中应当负责的一个以上的经营人应当负联合责任和个别责任。

“(b) 在经营人能够证明，在持续发生的期间，他只对损害的一部分负有责任时，则他应为该部分负责。

“(c) 当经营人能够证明在来自同一起来源的一系列事件中，他只对损害的一部分负有责任时，则他应当为该部分负责。

“B 条 对第三方提出追索

“这些条款不限制具有管辖权的当局的法律所给予经营人对任何第三者提出追索的权力。”

⁴⁷⁹ 特别报告员提议的案文如下：

(接下页)

法确定财务担保的方式和数额。有些国家可能要求购买保险，另一些国家可能建立经营人参加的其它资金制度。这种担保的数额由起源国根据活动风险大小确定。在有财务担保者的情况下，可直接向其提出索赔。

c. 主管法庭

373. 特别报告员说，现有民事责任公约提出了各种有资格受理索赔的管辖。这些管辖包括下列地点的法庭：（a）损害发生地；（b）经营人居住地；（c）受害方居住地；或（d）本应采取预防措施之地。以上每种管辖在收集证据和便利索赔人或被告方面各有优点。因此他仅针对前三种管辖提出案文⁴⁸⁰。

d. 不歧视

374. 特别报告员说，要使民事责任制度行之有效，有关的主管法庭应对国民和非国民或居民和非居民给予法律面前的平等待遇。因此，缔约国可能需要拆除可能在这方面造成歧视的障碍。他认为这种规定对本条款也是必要的。他说，委员会可能认为第 10 条确定的不歧视原则足以满足这个条件。如果不是如此，可在条款的这个部分增加一个措辞类似的具体条文⁴⁸¹。

（脚注 479 续）

“C 条 财务担保或保险

“为了承担这些条款中所规定的责任，各起源国应斟酌情况，要求在其领土上或在其管辖下或控制下从事危险活动的经营人加入一个财务担保制度或提供其他方式的财务担保，这些担保的范围应当由这些国家当局根据其对所涉活动的危险的评估以及国内法中所规定的条件实施。

“D 条 直接针对一个保险者或 财务担保者提出的法律行动

“可直接向保险人或上条中提到的其他提供财务担保的人提出要求赔偿的法律行动。”

⁴⁸⁰ 特别报告员提议的案文如下：

“E 条 主管法庭

“就经营人的民事责任而提出赔偿损失的法律行动只能向缔约国的主管法庭提出，该缔约国可以是受影响国、起源国或应当负责的经营人的出生国、居住国或其从事主要商业活动的国家。”

⁴⁸¹ 特别报告员提议的案文如下：

“F 条 国内的补救办法

“对于第 1 条提到的活动所导致的伤害，有关各方在其国内法内应提供司法补救办法，以便作出迅速而充分的赔偿或其他补救。

“G 条 国内法的适用

“凡未在本公约条款内具体提到的一切事务的实质或程序事项，主管法庭以国内法处理。”

e. 因果关系

375. 报告中参照欧洲委员会《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》提出法庭在考虑活动与后果的因果关系证据时，必须适当顾及特定活动的损害危险必定会增大。不过，报告中提出的条文并不推定事故与损害存在因果关系⁴⁸²。

f. 判决的强制执行

376. 行之有效的民事责任制度的关键因素之一是一个管辖内的判决可在另一管辖内执行。若非如此，私人当事方在国内法庭寻求补救的努力就不会有结果。正因为如此，现有民事责任公约都有一项关于判决的强制执行的规定。不过也规定了一些例外。这些例外包括：欺诈、违反程序公正规定——被判决的当事方未得到准备辩护所需的足够提前的通知；以及判决违反执行国的公共政策。这些规定要求寻求强制执行的当事方必须遵守此种执行所涉国的诉讼法。根据上述认识，特别报告员提出了关于判决的强制执行的规定⁴⁸³。

g. 赔偿责任的例外

377. 现有民事责任公约中规定赔偿责任例外的理由取决于主题事项及其对他方和环境构成的危险程度。以下是已提出的赔偿责任例外的理由：武装冲突；具有极不寻常和无法抗拒特点的无法预料的自然现象；第三方有意的不当行为造成的情况；受害

⁴⁸² 特别报告员提议的案文如下：

“H 条

“当审议事故和损害之间因果联系的证据时，法院应考虑危险活动所固有的增加造成这种损害的危险。”

⁴⁸³ 提议的条文如下：

“I 条 判决的强制性

“1. 主管法庭作出的最后判决如根据该类法庭所适用的法律可以强制执行，则除非有下述情况，任何其它缔约方领土内均应予以承认：

“（a）以欺诈获得判决；

“（b）被告未获合理的预先通知，且未获机会在公平条件下提出辩论；

“（c）判决有违正在争取其获承认的国家的公共政策，或与正义的基本规范不符；

“（d）判决与争取获其承认的国家就同样当事方和同一问题索赔的以前判决不符。

“2. 一项根据第 1 款获承认的判决，在成员国所规定的执行程序完成时，即应在全部成员国强制执行。不得对此一案件的是非曲直进行进一步的审查。”

方严重疏忽。特别报告员认为，这些理由对于本议题涵盖的活动所涉赔偿责任例外而言同样是合理的，因此他提出了一个关于例外的条文⁴⁸⁴。关于不当行为——不遵守预防规定——的国家责任的例外，其理由载于国家责任条款草案第一部分⁴⁸⁵。

h. 法定时效

378. 不同的民事责任公约提出的法定时效长短不一。有的定为一年，如《外空物体所造成损害之国际责任公约》；有的长达十年，如《关于核损害民事责任的维也纳公约》。这些时间长度是根据不同的考虑确定的，如：损害表现出来并变得可以识别所需的时间，合理确定损害与特定活动之因果关系所需的时间，等等。特别报告员认为，本议题涵盖的活动类型较类似于《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》下的活动类型，该公约规定的三年法定时效对本议题之下的索赔也是适宜的。无论如何，不能在事故发生之日起 30 年之后提起诉讼。他相应提出了一个案文⁴⁸⁶。条文中还要顾及活动是连续性的还是由一系列活动构成的。他认为国家责任和经营者责任都应适用三年时效。

(c) 程序途径

379. 本条款涵盖的活动方面可能出现的争议在大多数情况下会形成个人对国家的状况。例如，假定

⁴⁸⁴ 提议的条文如下：

“J 条 例外

“1. 有以下情况者，经营者免除责任：

“（a）如果损害直接由于战争、敌对、内战、叛乱或异乎寻常的、无法避免和无可抗拒的自然现象所造成；或

“（b）如果损害完全由于有意造成损害的第三方的行为或不行为所造成。

“2. 如果经营者证明损害全部或部分由于受损害者的行为或不行为所造成，或因此人的疏忽所造成，则经营者对此人的赔偿责任可以全部或部分免除。”

⁴⁸⁵ 见上文脚注 418。

⁴⁸⁶ 提议的条文如下：

“K 条 时效

“根据本条款提出有关赔偿责任诉讼的时效应为求偿方知悉或理应知悉损害和经营者身份之日起三年；或在国家赔偿责任的情况下，应为求偿方知悉或理应知悉起源国之日起三年。自造成损害的事故发生之日起三十年之后，不得提起任何诉讼。如事故包含连续发生的事件，则所涉时效自事故发生之日起算；如事故包含一系列基于同一事故的连续事件，则所涉时效自最后一次连续事件发生之日起算。”

赔偿责任制度规定国家负有辅助责任，国家就可能在另一国法庭出庭为自己辩护。报告叙述了各种可能性，但认为荷兰在原子能机构常设委员会提出的建议最合适，该建议提出设立一个类似于混合索赔委员会的单一论坛，负责审理和裁判涉及国家和个人的一切索赔。

C. 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

1. 委员会至今为止暂时通过的条款草案案文

380. 现将委员会至今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

[第一章 一般性条款]⁴⁸⁷

第 1 条 本条款的范围

本条款适用于国际法不加禁止的、在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的、其有形后果具有造成重大跨界损害之危险的活动。

第 2 条 用语

为本条款的目的：

（a）“造成重大跨界损害之危险”指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险；

（b）“跨界损害”指在除起源国之外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害，不论有关各国是否有共同边界；

（c）“起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行第 1 条所指活动的国家。

⁴⁸⁷ 本章名称是暂定的。

[第二章 预防]⁴⁸⁸

第 11 条 事前核准⁴⁸⁹

各国应确保第 1 条所指的活动未经其事前核准不在其领土内或在其管辖或控制下进行。计划作出重大改变而这种改变可能将一项活动转变为第 1 条所指活动时，亦须经事前核准。

第 12 条 对于危险的评估

在决定授权进行第 1 条中所指活动以前，一国应确保对此类活动的危险进行评估。这种评估应包括该项活动对于人或财产以及对于其他国家环境之可能影响的评价。

第 13 条 核准前已进行的活动

若一国在承担这些条款义务后确定：一项涉及造成重大跨界损害危险的活动，未经第 11 条所要求的核准，已在其境内或在其管辖或控制下的领域内进行，即应指示应对此项活动负责的人员申请必要的核准。在核准以前，该国可允许所涉活动在自行承担风险的情形下继续进行。

第 14 条 预防或尽量减少危险的措施⁴⁹⁰

各国应采取立法、行政或其他行动，确保采用一切适当措施，以期预防或尽量减少第 1 条所述活动之跨界损害的危险。

⁴⁸⁸ 同上。

⁴⁸⁹ 目前的编号是暂时的，它沿用特别报告员报告中的提议。

⁴⁹⁰ 本条和其他条中“预防或尽量减少”跨界损害的“危险”的提法，将参照委员会就预防的概念是否除了为预防或尽量减少事故发生的危险而采取的措施外还包括事故发生后为预防或尽量减少损害而采取的措施所作决定，重新予以考虑。

第 14 条之二[第 20 条之二] 不转移危险

各国在采取措施以预防或尽量减少造成重大跨界损害的危险时，应确保该危险不简单地直接或间接地从一个地区转移到另一个地区或从一种危险转变为另一种危险。

第 15 条 通知和资料

1. 如果第 12 条所指的评估表明有造成重大跨界损害的危险，起源国应立即通知可能受影响的国家，并向它们提供评估工作依据的现有技术和其他有关资料，并且指明需要提出答复的合理期限。

2. 如果随后起源国获知还有其他国家可能受到影响，应立即向这些国家发出通知。

第 16 条 交换资料

该项活动进行期间，有关各国应及时交换有关预防或尽量减少会造成重大跨界损害的危险的一切资料。

第 16 条之二 通知民众

各国应尽可能并用适当的方式向可能遭受第 1 条所指活动影响的本国民众提供有关该活动、其所涉危险及可能引起的损害的资料，并弄清他们的看法。

第 17 条 国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业机密至为重要的数据和资料，但起源国应本着诚意同其他有关国家合作，视情况许可尽量提供资料。

第 18 条

关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时，应立即进行协商，以期就为预防或尽量减少造成重大跨界损害危险而需采取的措施找出可以接受的解决办法，并协力执行这些措施。

2. 各国应参照第 20 条寻求基于公平的利益均衡的解决办法。

3. 若第 1 款所指协商未能取得一致同意的解决办法，起源国也应考虑到可能受到影响的国家的利益，并可自己承担风险从事该活动，但不影响不予同意的任何国家行使根据这些条款或其他文书可能具有的权利。

第 19 条

可能受到影响的国家的权利

1. 若没有就在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的活动发出通知，任何有重大理由相信该活动产生了对它造成重大损害的危險的其他国家，都可按第 18 条要求协商。

2. 要求协商的国家应提出这种看法所基于的技术评估。如果该活动确属第 1 条所述活动中的一项，要求协商的国家可要求起源国支付评估费用的公平份额。

第 20 条

公平的利益均衡所涉及的因素

为了达到第 18 条第 2 款所提到的公平的利益均衡，有关国家应考虑到所有有关因素和情况，包括：

(a) 重大跨界损害的危險程度以及是否有办法预防或尽量减少此种危險或补救造成的损害；

(b) 有关活动的重要性，相对于对可能受影响国家的潜在损害而言，考虑其在社会、经济和技术等方面对起源国具有的总的益处；

(c) 对环境产生重大损害的危險，以及是否有办法预防或尽量减少此种危險或恢复环境；

(d) 相对于可能受影响国家所要求的预防费用和相对于在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动而言，该项活动的经济可行性；

(e) 可能受影响国家准备承担预防费用的程度；

(f) 可能受影响国家对同样或类似活动适用的保护标准以及类似的区域或国际惯例所适用的标准。

2. 委员会第四十六届会议暂时通过的第 1 条、第 2 条（(a)、(b) 和 (c) 项）、第 11 条至第 14 条之二[第 20 条之二]、第 15 条至第 16 条之二和第 17 条至第 20 条草案案文及其评注

一般性评注

(1) 基于科学的当前文明特征是，许多不同形式的地球资源日益用于经济、工业或科学目的。此外，自然资源的不足、对更有效率地使用资源的需要、创造代用资源以及操纵生物体和微生物体的能力都在促使人们谋求创新的生产方法，有时候引起不可预测的后果。由于经济和生态上的相互依存关系，发生在一国领土、管辖或控制范围内涉及资源利用的活动对其他国家或其国民可能产生损害性影响。这类活动的进行在国家领土管辖或控制范围以外屡次造成损害的事件都可表明全球相互依存关系这一事实情况。国际法所容许但有跨界损害性后果的活动不绝如缕，加上科学进步以及人们对这些活动的损害和生态影响程度的更多理解，都要求有必要在这方面实施某种国际管制。

(2) 就这类活动建立国际管制的法律基础在一些国家做法和司法裁决中已有所表明，尤其是国际法院在“科孚海峡”案中注意到在国际法涉及“每一国家都有义务不得有意地让其领土用于违反他国权利”方面已存有“普遍公认的原则”⁴⁹¹。“特雷耳炼锌厂”案仲裁法庭也作出了类似结论，即“根据国际法原则以及美国的法律，在后果严重且有明确可信的证据证实损害的情形下，任何国家都无权利

⁴⁹¹ *I.C.J. Reports 1949* (见上文脚注 236)，第 22 页。

使用或准许使用其领土以致产生烟气在他国领土或对他国领土或他国的财产或国民造成损害。”⁴⁹²

(3) 《斯德哥尔摩宣言》的原则二十一也支持这样的原则,即“各国具有按照其环境政策开发其资源的主权权利,同时亦负有责任,确保在它管辖或控制范围内的活动,不致对其他国家的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。”⁴⁹³原则二十一在大会关于各国在环境方面的合作的第 2995 (XXVII) 号决议、环境领域内关于两个或两个以上国家共有的自然资源的合作的第 3129 (XXVIII) 号决议、通过各国经济权利和义务宪章的第 3281 (XXIX) 号决议⁴⁹⁴以及《关于环境与发展的里约宣言》⁴⁹⁵的原则 2 中都得到了重申。大会第 2995 (XXVII) 号决议的第 1 段还进一步澄清了《斯德哥尔摩宣言》的原则二十一,申明“各国在探勘、开发和发展其自然资源时,务须避免对其本国管辖范围以外地区引起重大的有害影响”。对原则二十一的支持还见于《指导各国养护和谐利用两国或多国共有自然资源的环境领域行动原则》⁴⁹⁶以及经合组织理事会的若干建议⁴⁹⁷。本条款草案遵循国际法中的牢固原则:使用自己的财产应不损及他人的财产。如同劳特帕赫特先生所说的,这一格言“适用于个人之间,也完全适用于国家之间的关系……这是常设法院必须依其规约第 38 条适用的一项普遍性法律原则。”⁴⁹⁸

(4) 国际和区域组织的司法声明、原则和宣告,连同非司法形式的国家惯例,都可为下列条款提供充分基础,这些条款的用意是就进行国际法不加禁止但可能产生跨界损害性后果的活动的进行和影响制订行为标准。下列条款更详细地阐明各国在这方面的特定义务。它们确认各国可以在本国境内自由利用自己的资源,但不得对其它国家造成重大损害。

⁴⁹² UNRIIAA (见上文脚注 410), 第 1965 页。

⁴⁹³ 见上文脚注 213。

⁴⁹⁴ 尤见第二条和第三十条。

⁴⁹⁵ 《联合国环境与发展会议的报告……》(见上文脚注 198), 附件一。

⁴⁹⁶ 见上文脚注 277。

⁴⁹⁷ 见经合组织理事会 1974 年通过的关于跨界污染原则的 C(74)224 号建议(附件 B); 关于控制水的富养作用的 C(74)220 号建议; 关于特定水污染物控制战略的 C(74)221 号建议(OECD and the Environment (见上文脚注 296), 分别见第 142、44 和 45 页)。

⁴⁹⁸ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8th ed., H. Lauterpacht, ed. (London, Longmans, Green, 1955), vol. I: *Peace*, pp. 346-347.

(5) 委员会在 1992 年第四十四届会议上决定分阶段处理本专题⁴⁹⁹。第一阶段处理的问题是防止有跨界损害危险的活动造成此种损害。下列条款计划只处理这一特定问题。

[第一章 一般性条款]⁵⁰⁰

第 1 条 本条款的范围

本条款适用于国际法不加禁止的、在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的、其有形后果具有造成重大跨界损害之危险的活动。

评注

(1) 第 1 条是对本条款的范围的界定,具体而言旨在处理拟采取的措施,以便防止有跨界损害危险的活动造成此种损害。

(2) 第 1 条把本条款的范围局限于国际法不加禁止的、在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的、其有形后果可造成重大跨界损害之危险的活动。委员会认识到需要制定一些附加标准,用以更加精确地确定属于这些条款范畴的那类活动。因此,委员会有意在后一阶段考虑这个问题,并建议制定一个条款,不是界定属于这些条款范畴的活动,就是列明这种活动或者这类活动的某些品质。对范围的这一界定现在包括四项准则。

(3) 第一个准则提到本专题的标题,即本条款适用于“国际法不加禁止的活动”⁵⁰¹。它强调在本专题范围和处理“国际不法行为”的国家责任专题范围之间作出区别。

(4) 第二个准则是,适用于预防措施的活动是“在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的”。这一准则中使用了三个概念:“领土”、“管辖”

⁴⁹⁹ 见上文第 348 段。

⁵⁰⁰ 本章的标题是暂定的。

⁵⁰¹ 委员会尚未将专题的标题中“行为”一词改为“活动”。委员会在条款中选择“活动”一词系基于委员会第四十二届会议成立的工作组的建议,即“委员会决定贯彻本专题应处理‘活动’的工作假设”(《1992 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 348 段)。

和“控制”。即便“一国的管辖或控制”这一提法是有些文书⁵⁰²中较常用的语句，委员会认为提到“领土”这一概念以便强调这些条款下的活动和一国之间领土联系的重要性——如存在这一联系的话——是有用的。

(5) 为了这些条款的目的，“领土”是指一国对之行使主权的地区。委员会提到依据过去的国家惯例，一国对在其领土发生的、有损害性领土外影响的活动负有责任。在“帕尔马斯岛”案中，独任仲裁员马克斯·休伯尔说“主权”不完全由受益权组成。一国要求对某一领土或事件具有专属管辖权，辅之以要求所有其他国家都应当承认这一专属管辖权，是会有必然结果的。这对所有其他国家表示，主权国会就其管辖范围内的事件考虑到所有其他国家的合理利益，尽量减少或防止对它们的损害，否则将接受责任：

“国家之间关系中的主权意味独立。独立对于地球的一部分而言是在其中行使一国功能的权利，而任何其他国家都被除外。各国在过去几个世纪中国家组织的发展以及随之产生的国际法的发展形成了国家对其本身领土的专属权限这一原则，从而使它成为解决涉及国际关系的大多数问题方面的出发点。”⁵⁰³

(6) 休伯尔法官接着强调了伴随着一国主权而产生的义务：

“业已提到的领土主权涉及展示一国活动的专有权。这一权利必然随之产生义务：即有义务在其领土内保护其他国家的权利，尤其是它们在和平和战时享有完整和不可侵犯的权利以及每一国家都可为其在外国领土上的国民要求应享的权利。如国家表明领土主权不符合情况，就不能履行这一义务。领土主权本身不限于其消极面，即不限于排除其他国家的活动；因为领土主权可用在国家之间分割从事人类活动的空间，以便在所有方面向它们保证享有最低限度的保护，而国际法为此种保护的监护人。”⁵⁰⁴

(7) “科孚海峡”案是另一恰当的例子。在这一案件中，国际法院认为，根据国际法，阿尔巴尼亚应对在其水域内发生的爆炸和由此爆炸对英国船舶造成的财产和人类生命损失负责。在该案件中，法

院的依据是国际法而非也可能认为阿尔巴尼亚应负责任的任何特别协定。法院说：

“阿尔巴尼亚当局应尽的义务包括为一般的航行利益起见应通告在阿尔巴尼亚领海设有布雷区并应警告趋近的英国军舰布雷区可对它们造成紧急危险。这些义务的依据不是适用于战时的 1907 年海牙公约（第八号），而是某些普遍公认的原则，即：对人道的基本考虑，在和平时期比战时更须如此要求；海上往来自由原则；每一国家都有义务不得有意地让其领土用于违反他国权利的行为。”⁵⁰⁵

(8) 国际法院虽未指明在预期一国行使其管辖权的情形下“有意地”一词应当如何解释，但却从该国展示专属领土控制权中得出了某些结论。法院说，因为领土国展示专属领土控制权而要受害方证实该国已知道活动或事件可对他国造成损害，将是不可能的。法院说：

“在另一方面，一国在其领土内行使的专属领土控制权对可用于证实该国已知道此类事件的证明方法而言是有其影响的。由于这一专属控制权，其他国家——受害于违反国际法的国家——常常无法就构成责任的事实提供直接证据。这一国家应当有更大自由诉诸事实推断和情况证据。这种间接证据在所有法律体系中都是允许的，其使用也被国际裁决所承认。这种证据倘若基于一系列相联的事实且在逻辑上可导致单一结论，则必须视为具有特别的重要性。”⁵⁰⁶

(9) 在“特雷耳炼锌厂”案中，仲裁法庭提到随着领土主权必然产生的义务。在该案件中，法庭虽然应用美利坚合众国和加拿大自治领土之间一项条约所规定的义务，并审查了许多美国案例，但它作出的一般性声明法庭认为是符合国际法原则的。法庭的裁决是：“根据国际法原则以及美国的法律，在后果严重且有明确可信的证据证实损害的情形下，任何国家都无权利使用或准许使用其领土以致产生烟气在他国领土或对他国领土或他国的财产或国民造成损害。”⁵⁰⁷法庭引述了伊格尔顿的意见，大意是“一国在任何时候都有义务保护其他国家免于个人在其管辖范围内作出的损害性行为”⁵⁰⁸，并指出自“阿拉巴马”案⁵⁰⁹以来，国际裁决均系基于同一普遍原则。

⁵⁰² 例如，见《斯德哥尔摩宣言》的原则二十一（上文脚注 213）；《联合国海洋法公约》第一九四条第 2 款；《关于环境与发展里约宣言》的原则 2（《联合国环境与发展会议的报告……》（上文脚注 198），附件一）以及《生物多样性公约》的第 3 条。

⁵⁰³ UNRIIA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 838.

⁵⁰⁴ 同上，第 839 页。

⁵⁰⁵ *I.C.J. Reports 1949*（见上文脚注 236），第 22 页。

⁵⁰⁶ 同上，第 18 页。

⁵⁰⁷ 见上文一般性评注的第（2）段。

⁵⁰⁸ UNRIIA (see footnote 410 above), p. 1963; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928), p. 80.

⁵⁰⁹ 见上文脚注 229。

(10) 在“拉诺湖”案裁决中, 法庭提到禁止上游河岸国对其他河岸国造成严重损害的改变河流水道做法的原则:

“因此尽管应该承认, 有一项规则规定, 在据估计可能会给下游河岸国造成严重损害的情况下, 上游河岸国不得改变河流水道, 但此项原则不适用于本案, 因为法庭同意……法国项目并未改变卡洛河水道。”⁵¹⁰

(11) 其他形式的国家惯例也支持上述司法裁决维护的原则。例如, 1892 年, 在法国与瑞士的一起边境事件中, 法国政府决定停止在瑞士边境附近进行的军事目标演习, 直到采取了避免偶发性跨界损害的步骤为止⁵¹¹。另外, 美利坚合众国和墨西哥于 1961 年就设在墨西哥边境的两家美国公司 Peyton Packing 和 Casuco 对墨西哥造成损害的活动相互照会, 此后两家公司采取了重大措施, 确保其经营活动不再对墨西哥边境城市造成不便。这些措施包括逐步减少某些活动, 改变工作时间和制定消毒制度⁵¹²。1972 年, 华盛顿切里波因特石油溢出造成不列颠哥伦比亚海滩污染, 加拿大对美国援引“特雷尔炼锌厂”原则⁵¹³。还有其他一些国家惯例运用同样的原则⁵¹⁴。

⁵¹⁰ 见上文脚注 191。

⁵¹¹ P. Guggenheim, “La pratique suisse (1956)”, *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XIV (1957), p. 168.

⁵¹² Whiteman, *Digest*, vol. 6, pp. 258-259.

⁵¹³ 见 *The Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver), vol. XI (1973), pp.333-334。在诉 *Mines Domaniales de Potasse d'Alsace* 案中, 荷兰鹿特丹地区法院也运用“特雷尔炼锌厂”案原则(见 Lammers, 上引书(上文脚注 184), 第 196 页起, 具体见第 198 页)。

⁵¹⁴ 在前捷克斯洛伐克的杜科瓦尼, 两个苏联设计的 440 兆瓦发电反应堆预定于 1980 年投入使用。由于它们靠近奥地利边境, 奥地利外交部要求讨论该设施的安全问题, 捷克斯洛伐克政府表示接受 (*Osterreichische Zeitschrift für Aussenpolitik*, vol. 15 (1975), cited in G. Handl, “An international legal perspective on the conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: The case of nuclear power plant siting”, *Ecology Law Quarterly* (Berkeley, California), vol. 7, No. 1 (1978), p. 1)。1973 年, 比利时政府宣布准备在邻近其与荷兰边境的拉纳耶建造一个炼油厂。荷兰政府表示关注, 因为这一项目不仅威胁到附近的荷兰国家公园, 而且还威胁到其他邻国。它指出, 欧洲的既定原则是, 在发起可能会对邻国造成损害的任何活动之前, 行为国必须同这些国家谈判。荷兰政府似乎是指一种现有的或预期的区域行为标准。比利时议会表示同样的关注, 它问政府准备如何解决这一问题。政府表示, 该项目已经推迟, 并正在同荷兰政府谈判这一问题。比利时政府向议会进一步保证, 它尊重比荷卢协议确定的原则, 大意是各方应将可能会对其他成员国造成有害后果的其本国的活动通知对方 (*Belgium Parliament, regular session 1972-1973, Questions et réponses*, bulletin No. 31)。

(12) 《斯德哥尔摩宣言》原则二十一⁵¹⁵和《关于环境与发展的里约宣言》原则 2⁵¹⁶规定了类似于“特雷尔炼锌厂”和“科孚海峡”案的原则。

(13) 第 1 条中“领土”一词的用法来自于对现代国际法中可能无法肯定国家对某些活动行使域外管辖的程度表示的关注。委员会认为, 为了这些条款的目的, “属地管辖权”是主要标准。因此一旦在一国的“领土”上展开某项活动, 该国必须遵守预防措施义务。因此, “领土”是管辖权的决定性证明。有鉴于此, 如果对于这些条款述及的一项活动的管辖权有冲突, 属地管辖权优先。然而, 委员会考虑到在有些情况下, 依据国际法, 一国必须将其领土上的管辖权让给另一国。这种情况的首要事例是外国船舶无害通过领海或领水。在这种情况下, 如果外国船舶的活动造成严重跨界损害, 船旗国, 而不是领土所属国必须遵守本条款的规定。

(14) 委员会认识到, 为了这些条款目的的“领土”概念是狭窄的, 因此也使用了“管辖”和“控制”概念。

(15) 除了在一国领土上展开的活动以外, “管辖权”一词还意在包括一国依照国际法有权行使职权和权力的一些活动。委员会意识到, 确定管辖权的问题是复杂的, 有时是争端的核心。本条无疑并不是为了解决所有管辖权冲突问题。

(16) 有时由于活动的地点, 一国与活动之间没有属地联系, 例如在外层空间或公海上展开的活动。最常见的事例是船旗国对船只的管辖权。1958 年在日内瓦通过的四部海洋法公约和《联合国海洋法公约》载列了船旗国的许多管辖能力。

(17) 在根据国际法一个以上的国家有权行使并不相互矛盾的特定管辖权的地方也可展开活动。存在功能性混合管辖权的最常见的方面是航行和通过领海、毗连区和专属经济区。在这种情况下, 有权对本专题所列活动行使管辖权的国家当然必须遵守这些条款的规定。

(18) 在一个以上的国家对这些条款所列活动拥有并行管辖权的情况下, 各国应分别遵守, 必要时应共同遵守这些条款的规定。

(19) 委员会注意到国际法中“控制”这一概念的功能, 其目的是使其对某些活动或事件的管辖权未

⁵¹⁵ 见上文脚注 213。

⁵¹⁶ 《联合国环境与发展会议的报告……》(见上文脚注 198), 附件一。

得到国际法承认的国家承担某些法律后果；这包括一国行使事实上的管辖权，即使它没有法律上的管辖权等各种情况，例如尚未得到国际法承认的干涉、占领和非法吞并。委员会在这一方面参照国际法院在“无视安全理事会第 276（1970）号决议南非在纳米比亚（西南非洲）继续存在对各国的法律后果”中提出的咨询意见⁵¹⁷。在这一案件中，法院判定南非对于产生并维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任，并认定南非有义务从纳米比亚撤销其政府，但随后认为南非对纳米比亚的事实上的控制产生了某些法律后果。法院判定：

“南非不再有权管理该领土，这一事实并不免除它根据国际法在对该领土行使其权力方面对其他国家的义务和责任。对某一领土的实际控制，而不是主权或权利的合法性，正是对影响到其他国家的行为的国家责任的基础。”⁵¹⁸

（20）控制的概念也可用于干涉的情况，赋予行使控制权而不是管辖权的国家以某些义务。此处的干涉是指一国对置于另一国管辖之下的事件或活动实行短期的有效控制。委员会认为，在这种情况下，如果管辖国表明，它实际上已被剥夺对这些条款所列活动的管辖权的行使，控制国则有责任遵守这些条款规定的义务。

（21）第三项标准是这些条款所列活动必须具有“造成严重跨界损害的危险”。第 2 条中为用语下了定义（见第 2 条的评注）。“危险”的因素意在目前工作阶段把这一专题的范围限于具有危险的活动，从而从这一范围中排除在其正常经营活动中实际上造成跨界损害的那些活动，例如缓慢而持续的污染。“跨界损害”一语意在排除仅在活动展开所在国领土上造成损害的活动或损害所谓的全球公地本身而并不损害任何其他国家的那些活动。

（22）第四项标准是，重大跨界损害必须是这些活动的“有形后果”造成的。委员会同意，为了把这一专题限制在一个可以处理的范围内，应该排除金融、社会经济或类似领域的国家政策可能造成的跨界损害。委员会认为，限制这些条款之范围的最有效的方法是规定这些活动须产生跨界有形后果，并产生了重大损害。

（23）实际联系必须把这种活动同其跨界影响联系起来。这意味着涉及到一种非常特定的联系——这种活动或有关情况本身的性质对一种自然法产生或

可能产生的一种后果。这意味着，这些条款所列活动本身必须具有一种实际性质，而且后果必须产生于这种性质，而不是产生于某一项干预政策决定。因此，武器的储存并不产生储存的武器会被交战方使用的后果。但这种储存可定性为由于储存物质的爆炸或燃烧性质可能会带来灾难性事故的潜在危险的一种活动。

第 2 条 用语

为本条款的目的：

（a）“造成重大跨界损害之危险”指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险；

（b）“跨界损害”指在除起源国之外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害，不论有关各国是否有共同边界；

（c）“起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行第 1 条所指活动的国家。

.....

评注

（1）（a）项给“造成重大跨界损害之危险”的概念下定义为包括造成灾难性损害的较小可能性和造成其他重大损害的较大可能性。委员会觉得，与其分别给“危险”和“损害”的概念下定义，不如将“造成重大跨界损害之危险”作为一个概念给予定义，这是因为考虑到“危险”和“损害”之间的相互关系以及二者和形容词“重大”之间的关系。

（2）为本条款之目的，“造成重大跨界损害之危险”是指发生事故的可能性及其损害性影响之程度的综合效应。因此，决定限度的是“危险”和“损害”的综合效应。委员会从欧洲经委会 1990 年通过的《关于越境内水意外污染的行为守则》⁵¹⁹中得到启示。根据第一节（f）项，“‘危险’系指发生不良事件的可能性及其程度的综合效应”。委员会认为，根据“危险”和“损害”的综合效应所下的

⁵¹⁷ *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.16.*

⁵¹⁸ 同上，第 54 页，第 118 段。

⁵¹⁹ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16（联合国出版物，出售品编号：E.90.II.E.28）。

定义对本条款更为合适,综合效应应达到可被认为重大的程度。委员会中的普遍意见是,给缔约国规定的预防义务不仅应当合理,而且应当足够有限,以避免在实际上任何活动方面都规定这种义务,因为所讨论的活动是国际法所不禁止的活动。这样做的目的是要均衡有关各国的利益。

(3) 前一段中的定义使“危险”和“损害”之间的关系有一个范围,均要达到“重大”程度。这个定义确定了两个极限,本条款所指活动都将在两个极限之内。一个极限是造成“灾难性”损害的“可能性较小”。这通常是极危险活动的特点。另一个极限是造成“其他重大损害”的“可能性较大”。这包括那些有造成损害的较大可能性的活动,这种损害虽然不是灾难性的,但仍然是重大的。但这不包括造成跨界重大损害的可能性非常小的活动。“包括”一词意在突出表示,定义是要为本条款所指活动标明其所属范围。

(4) 关于“重大”一词的含义,委员会知道,它并非没有含糊性,在每一具体情况下都要进行确定。它要求较多的是对事实的考虑,而不是法律上的确定。一般理解到,“重大”的程度超过“察觉”,但不必达到“严重”或“显著”的程度。损害必须对一些方面有实际破坏作用,如其他国家中人的健康、工业、财产、环境或农业。这些破坏作用必须能以实际和客观的标准衡量。

(5) 本星球的生态整体并不和政治边界相联系。各国在本国境内进行各种合法活动时相互影响。这种相互的影响,只要没有达到“重大”程度,就被认为是可以容忍的。考虑到本条款给缔约国规定的义务涉及国际法不加以禁止的活动,损害不能被容忍的门槛不能低于“重大”的水平。

(6) 门槛的概念在“特雷尔炼锌厂”案的仲裁和“拉诺湖”案的法庭中得到反映,前者使用了“严重后果”的措辞方式⁵²⁰,后者则依靠“严重地”这一概念⁵²¹。一些公约也以“重大”、“严重”或“显著”为门槛⁵²²。其他法律文书和国内法中也使

用了“重大”一词⁵²³。

(7) 委员会还认为,根据实际和客观标准确定的“重大”一词也涉及价值的确定,这将取决于具体案件的情况以及进行确定的时期。例如,某一具体损失在某一特定时期可能不被认为是“重大”,因为在那一时期,科学知识或人对某一具体资源的认识还没有达到能赋予该资源很大价值的程度。但一段时间以后,这种观点可能会改变,同样的损害可能被认为是“重大”的。

(8) (b) 项给“跨界损害”下的定义为:在起源国之外的一国领土内或其管辖或控制下的地方造成的损害,不论有关各国是否有共同边界。这一定义,除所设想的在一国境内进行的对另一国产生有害影响的典型活动以外,还包括在一国管辖或控制下进行的各种活动,如在公海上进行的对另一国领土或在其管辖或控制下的地方有影响的活动的活动。例如,这种影响包括对其他国家在公海的船舶或钻井平台的有害影响。这也包括,例如,在一国领土上进行的对公海上的其他国家船舶或钻井平台有害影响的有害活动。委员会不能预测“跨界损害”未来所有可能的形式。但是,它想明确的一点是:其意图是划出一条界线以明确区分进行本条款所包括活动的国家和受到有害影响的国家。分界线就是领土、管辖和控制界线。因此,“跨界损害”一语中的“跨界”一词应结合第1条中所用“在一国领土内或在该国管辖或控制下”一语来理解。

(9) 在(c)项中,“起源国”一语被用于指在其领土内或在其管辖或控制下进行第1条所指活动的国家(见第1条的评注第(4)至(20)段)。

⁵²³ 例如,见关于各国在环境方面的合作的大会第2995(XXVII)号决议第1和2段;经合组织关于越境污染的原则的C(74)224号建议(上文脚注296)第6段;“赫尔辛基规则”(上文脚注184)第10条;1965年由美洲法律委员会编写的关于国际河流和湖泊的工业和农业利用的公约草案第5条(Organization of American States, *Ríos y Lagos Internacionales...* (上文脚注212),第132页)。

另见1980年8月5日《美利坚合众国政府和加拿大政府关于跨界空气污染的意向备忘录》(*United States Treaties and Other International Agreements, Treaties and Other International Acts Series* (United States Government Printing Office, Washington, D.C., 1981), No. 9856); 1983年8月14日墨西哥和美利坚合众国《关于保护和改善边界地区环境的合作协定》第7条(ILM, vol. XXII, No. 5 (September 1983), p. 1025)。

美国在其处理环境问题的国内法中也使用了“重大”一词。见 *Restatement of the Law, Third* (footnote 232 above), section 601, Reporter's Note 3, pp. 111-112。

⁵²⁰ 见上文脚注410。

⁵²¹ 见上文脚注191。

⁵²² 例如,见《南极矿物资源活动管理公约》第4条第2款;《越境环境影响评估公约》第2条第1和2款;《关于越境内水意外污染的行为守则》(上文脚注519)第一节(b)项。

[第二章 预防]⁵²⁴第 11 条⁵²⁵ 事前核准

各国应确保第 1 条所指的活动未经其事前核准不在其领土内或在其管辖或控制下进行。计划作出重大改变而这种改变可能将一项活动转变为第 1 条所指活动时，则亦须经事前核准。

评注

(1) 本条规定各国义务保证有造成重大跨界损害危险的活动未经其事前核准不在其领土上或在其管辖或控制下进行。“核准”一词指政府当局准许进行这些条款所涉及的一项活动。各国可随意选择核准的形式。

(2) 委员会认为，核准的要求责成一国查明是否有有可能造成重大跨界损害之危险的活动正在其领土上或在其管辖或控制下进行，该国应该采取这些条款规定的措施。这条要求该国起到一种比较负责和积极的作用，对在其领土或其管辖和控制下进行的可能造成重大跨界损害的活动进行管理。委员会在这方面注意到，在“特雷尔炼锌厂”案中，仲裁法庭认为，加拿大政府“有责任……保证这项活动符合该自治领根据这里确定的国际法所负有的义务”。法庭认为，特别“应该要求特雷尔冶炼厂避免放出烟尘而给华盛顿州造成损害”⁵²⁶。委员会认为，第 11 条反映了这项要求。

(3) 国际法院在对“科孚海峡”案的裁决中认为，一国有义务“不故意允许使用其领土进行有违其他国家权利的行为”⁵²⁷。委员会认为，事前核准的要求立下了这样一种假定，即这些条款所涉的活动正在一国的领土上或在其管辖或控制下在该国知情的情况下进行。

(4) “在其领土内或在其管辖或控制下”字样引自第 1 条，目的是前后一致。“第 1 条所指的活动”的措辞方式提出了该条对于某一活动属于这些条文的范围以内的所有要求。

(5) 第 11 条的第二句考虑到这样一种情况，即建

议对一项本来无害的活动的进行方式作重大的改变，而这种改变会将这项活动变成有造成重大跨界损害之危险的活动。实行这种改变也需要国家的核准。显然，一项活动本已在第 1 条的规定范围内，如计划作出重大改变，而且这种改变可能会增加危险或改变其危险的性质或危险的影响范围时，这种改变也需要事前核准。

第 12 条 对于危险的评估

在决定授权进行第 1 条中所指活动以前，一国应确保对此类活动的危险进行评估。这种评估应包括该项活动对于人或财产以及对于其他国家环境之可能影响的评价。

评注

(1) 根据第 12 条规定，一国在准许经营厂商开展第 1 条所提及的活动之前，应确保对有可能造成重大跨界损害的活动进行评估。通过这项评估可以使该国能够确定活动所涉危险的程度和性质，从而确定其应该采取的预防措施。委员会认为，由于这些条款全球适用，因而不能过份详细，而只应以规定清楚为限。

(2) 虽然在“特雷尔炼锌厂仲裁”案中所做的影响评估可能不直接涉及对危险的责任，但是，它强调了对造成重大危险的活动的后果加以评估的重要性。该案的仲裁法庭指出，由老牌的知名科学家进行的这项调查研究“可能是在受到由工业烟尘引起的大气污染的任何地区所做过的、历来最为彻底的[一次]调查研究。”⁵²⁸

(3) 第 12 条的要求完全符合《关于环境与发展里约宣言》的原则 17，原则 17 也规定就可能对环境造成重大不良影响的活动进行影响评估：

“凡是可能对环境产生重大不利影响的拟议活动，均应进行环境影响评价，环境影响评价是一种国家手段，须由主管国家当局作决定。”⁵²⁹

许多国际公约以各种形式收入了对活动的不良影响

⁵²⁴ 本章名称是暂定的。

⁵²⁵ 目前的编号是暂时的，它沿用特别报告员报告中的提议。

⁵²⁶ UNRIIAA（见上文脚注 410），第 1966 页。

⁵²⁷ 见上文脚注 236。

⁵²⁸ UNRIIAA（见上文脚注 410），第 1973 页。

⁵²⁹ 《联合国环境与发展会议的报告……》（见上文脚注 198），附件一。

进行评估的规定⁵³⁰。其中最突出的是《越境环境影响评估公约》，该公约全部都是有关进行影响评估的程序和内容的。

(4) 应该由谁进行评估的问题由各国自己决定。这种评估一般由经营厂商根据国家制定的某些指导原则进行。这些事项必须由各国自己通过其国内法或可适用的国际文书加以解决。但是一般认为，应由国家指定一个政府的或非政府的机构，代表政府对评估工作进行评价，并对该机构得出的结论承担责任。

(5) 本条没有具体说明危险评估的内容是什么。显然活动危险评估工作只有将危险与可能造成的损害联系起来才能有的放矢地进行准备。现有的国际公约和法律文书多数都没有说明评估的内容。但也有例外，例如《越境环境影响评估公约》就详细规定了这种评估的内容⁵³¹。大会关于环境方面的国际

合作的第 37/217 号决议注意到环境法专家工作组对国家管辖范围内近海采矿和钻探所涉的环境问题的法律方面所作研究第 8 号结论，其中详细规定了对近海采矿和钻探活动的评估内容⁵³²。

(6) 委员会内的普遍看法是将评估的具体内容留给进行这种评估的国家的国内法去规定。这种评估至少应该含有对有关活动可能给人身或财产以及对其他国家的环境可能造成有害影响的估价。这个由第 12 条第二句规定的要求的目的是要进一步澄清第一句中提到的对活动“造成重大跨界损害之危险”的评价。委员会认为，进一步澄清之所以必要，仅仅是因为起源国必须将危险评估报告转交给可能受该项活动损害的国家。为便于这些国家评估可能遇到的危险，他们需要知道该项活动可能对他们造成哪些有害影响以及产生这种损害的可能性大小。

(7) 评估不仅应该包括活动对人身和财产而且也应包括对其他国家环境的影响。委员会深信保护环境的必要性和重要性，不以是否对个人或财产造成任何损害为转移。

(8) 本条并不规定各国必须对任何在其领土或在其管辖或控制下进行的活动作危险评估。可能造成重大跨界损害的活动有一些可识别的一般特征，可以在某种程度上向各国指明哪些活动可能属于这些条款规定的范围之内。例如，制造过程中使用的能源类型、生产中使用的物质、活动的地点以及活动靠近边界地区等等都能够表明这项活动是否可能属于这些条款范围之内。有一些物质在某些公约中被列为危险或有害物质，任何活动中使用这些物质本身就可能表明这些活动可能造成重大跨界损害⁵³³。另外还有一些公约开列了据认为是有害的活动，这可能表明那些活动可能属于这种活动范畴之内⁵³⁴。

⁵³⁰ 参见《联合国海洋法公约》第二〇五和二〇六条；《南极矿物资源活动管理公约》第 4 条；《关于环境保护的南极条约议定书》第 8 条；《生物多样性公约》第 14 条第 1 款 (a) 和 (b) 项；《东盟保护自然和自然资源协定》第 14 条；《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》；《关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约》第 11 条；以及《保护红海和亚丁湾环境区域公约》。有些条约含蓄规定了影响评估的要求。例如，两项关于通讯系统的多边条约要求缔约国使用其通讯设施时不对其他缔约国的设施产生干扰。1927 年《国际无线电报公约》第 10 条第 2 款要求公约缔约国的无线电台的操作方式不至于影响到其他缔约国或受这些国家政府核准的个人的无线电通讯。再如，根据《关于在和平事业中利用广播的国际公约》第 1 条，缔约国承诺禁止向另一国广播旨在挑动民众以不符合该国国内治安或领土安全的方式行事的材料。

⁵³¹ 该公约第 4 条规定，一个缔约国的环境影响评估最低限度应该载有公约附录二所述的资料。附录二开列有如下九项资料：

“环境影响评估文献的内容

“根据第 4 条的规定，须收入环境影响评估文献的资料最低限度应该有：

- “ (a) 说明拟议的活动及其目的；
- “ (b) 酌情说明能够合理取代拟议活动的办法（例如，地点或技术性取代办法）以及不行动取代办法；
- “ (c) 说明可能受到拟议活动重大影响的环境及其替代环境；
- “ (d) 说明拟议活动可能产生的环境影响及其替代活动并对其意义作出估计；
- “ (e) 说明使不利的环境影响降至最低程度的缓解措施；
- “ (f) 明确说明各种预测办法和基本假设以及所使用的有关环境数据；
- “ (g) 查明汇编所需资料过程中遇到的知识差距和不确定因素；
- “ (h) 酌情编制监测和管理方案的纲要以及项目后分析计划；
- “ (i) 非技术性的简要说明，包括酌情以图象说明（地图、统计图表等）。 ”

⁵³² 见 UNEP/GC.9/5/Add.5 号文件，附件三。

⁵³³ 例如，《防止陆源物质污染海洋公约》第 4 条规定缔约国有义务消除或限制某些物质对环境的污染，公约附件中开列了这些物质。同样，《保护波罗的海地区海洋环境公约》附件一中也列有各种有害物质，附件二列有各种有毒物质和材料，公约禁止或严格限制将这些物质投入海洋。另见《保护地中海免受陆源污染议定书》以及《保护莱茵河免受化学污染公约》。

⁵³⁴ 例如见《越境环境影响评估公约》附件一，其中把一些活动，例如原油冶炼厂、热电厂、核燃料提炼装置等确定为对环境可能有危险需要根据公约进行环境影响评估；《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》附件二，其中将诸如通过陆上或海上焚化办法部分或全部处理固态、液态或气态废物的装置或场地以及固态、气态或液态废物在供氧降低的情况下进行热降解的装置或场地等确定为危险活动。该公约附件一中也列有危险物质的清单。

第 13 条

核准前已进行的活动

若一国在承担这些条款义务后确定：一项涉及造成重大跨界损害危险的活动，未经第 11 条所要求的核准，已在其境内或在其管辖或控制下的领域内进行，即应指示应对此项活动负责的人员申请必要的核准。在核准以前，该国可允许所涉活动在自行承担风险的情形下继续进行。

评注

(1) 第 13 条针对的是第 1 条范围内的活动，这些活动在一国承担这些条款所载明的义务之前即已在该国进行。“在承担这些条款义务后”字样不妨碍这些条款的最终形式。

(2) 根据这一条款的规定，当该国“确定”这种活动在其领土上或在其管辖或控制下进行，当它承担条款规定的义务时，它应该“指示”负责执行此项活动的人员获得必要的核准。“必要的核准”一语在这里指的是根据该国的国内法规定需要的许可，以便根据这些条款的规定履行其义务。

(3) 委员会认识到，要求各国在承担这些条文规定的义务时对现有活动立即适用这些条款可能不合情理。要求立即适用这些条款可能使一国一承担这些条文所规定的义务即已违反这些条文。此外，一国在承担这些条款所规定的义务时，可能还不知道在其领土上或在其管辖或控制下存在这一切活动。为此，本条规定，当一国“确定”存在这种活动时，即应履行义务。但是，对本条中“确定”一词的解释不应使各国以此为理由，在承担这些条款规定的义务时，等待其他国家或私人实体将这种情况通知它们。对“确定”一词应该按照需作出应有的注意这样一种义务来加以理解，要求各国合情合理而真诚地努力去查明这种活动。

(4) 进行该项活动的厂商履行核准要求可能需要一段时间。委员会认为，究竟在获得核准前应该停止这项活动还是在有关厂商申请获得核准的同时继续进行活动，这个问题应由起源国决定。如果该国决定让这项活动继续下去，则要自行承担风险。委员会认为，鉴于条款中没有表示可能产生的影响的字样，起源国不会有遵守和立即遵守这些条款要求的动力。与此同时，鉴于委员会还未决定这方面的责任制度的形式和内容，现在对这问题还不能做过

早的判断。因此，“自行承担风险”一语的意思是：(a) 不排除这样的可能性，即未来关于这一问题的条款可能规定起源国在这种情况下要承担任何产生的后果；(b) 不排除适用关于在这种情况下应负责任的国际法的任何规则。

(5) 委员会的某些委员主张删去“自行承担风险”的字样。他们认为，这些字眼意味着起源国得对这种活动获得核准前造成的任何损害负责。他们认为，这层意思等于对委员会尚未审议的责任问题预先做了判断。这些委员的保留意见也针对第 18 条第 3 款采用的这种字眼。但是委员会的其他委员主张保留这些字眼。他们认为，这些字眼并不意味着起源国要对任何造成的损害负责，而只是不排除今后可能涉及这种可能产生的责任问题。他们还认为，删除这些字眼还会改变本条中对起源国的利益和可能受影响国家的利益的平衡兼顾。

(6) 委员会有一位委员认为，第 13 条最后一句[在核准以前，该国可允许所涉活动在自行承担风险的情形下继续进行]应予删除；这样删除以后，第 13 条第 1 行中的“在承担这些条款义务后”也就没有必要了。有关字句触及仍然有待委员会予以审议的赔偿责任这一困难问题；而且似乎预先断定了所拟订的各项原则是否应当采取条约的形式。委员会已经议定，应该在稍后阶段审议给予各项原则的条约或其它形式。

(7) 起源国如果拒绝予以核准，则按推定将制止这项活动。如果起源国未予制止，则将推定这项活动是在起源国知情和同意的情况下进行的，委员会仍然需要研讨这种情况的后果（见上文第（4）段）。

第 14 条⁵³⁵

预防或尽量减少危险的措施

各国应采取立法、行政或其他行动，确保采用一切适当措施，以期预防或尽量减少第 1 条所述活动之跨界损害的危险。

⁵³⁵ 鉴于委员会将对预防概念除包括为防止或尽量减少发生事故的危险而采取的措施之外是否还包括在事故发生后为防止或尽量减少损害而采取的措施作出决定，因此，本条和其他条文中关于“预防或尽量减少”跨界损害的“危险”的提法还将重新考虑。

评注

(1) 各国采取预防措施的义务的标准是给予应有注意。第 14 条是应有注意义务的核心,它要求各国采取某些单方面措施来防止或尽量减少造成重大跨界损害的危险。本条规定的义务并不是结果的义务。据以判断一国是否遵守了本条所规定的义务的是这个国家的行为。

(2) 需作出应有注意的义务广泛使用于并且来源于若干国际公约⁵³⁶以及国际会议和国际组织的决议和报告之中,作为保护环境免受损害的标准依据⁵³⁷。最近德国与瑞士关于山德士制药公司污染莱恩河的争端也讨论到需作出应有注意的义务;瑞士政府承认,对于没有作出应有注意通过管制其制药工业来防止事故,负有责任⁵³⁸。

(3) 在“阿拉巴马”案件中,法庭研究了分别由美利坚合众国和英国提出的关于应有注意的不同定义。美国提出的应有注意的定义是:

“与问题的严重程度应与应行使应有注意的权力的尊严和力量相适应的努力;在交易的所有各阶段,努力运用积极警戒,运用中立力量的所有其它手段,防止其国土受到侵犯;努力以类似方式制止设计者对中立领土犯下违背其意愿的战争行为……”⁵³⁹

英国对应有注意的定义是“政府在其国内事项中通常运用的那种防范”⁵⁴⁰。法庭似乎接受美国所提出的关于应有注意的标准的广泛定义,并对英国提出的应有注意的“国家标准”表示关切。法庭声称,“英国方面似乎还缩小了一国政府的国际义务,即它应行使由国内法赋予它的禁止权,并忽视了中立

一方在其法律不充分时有修正其法律的义务”⁵⁴¹。

(4) 对于应有注意义务的程度和标准,艾特肯勋爵在“Donoghue v. Stevenson”一案件中也作了如下的阐述:

“爱护邻里的规则在法律上就是你不得损害自己的邻居;律师的‘谁是我邻居’的问题所得到的是限定性的答案。你必须作出合理的防范,努力避免在你所能预测的范围内会损及邻居的行为或不行为。那么,法律上说,谁是我的邻居?答案似乎是:我的行为与之有密切与直接关系因而按情理上当我在思想上想到要迈向现已成为问题的那种行为或不行为时我必须想及会对其产生密切与直接影响的那些人。”⁵⁴²

(5) 在第 14 条之中,应有的注意表现为一个国家作出合理努力,让自己得知与设想中的程序预计相关的事实成分和法律成分,并及时地采取适宜措施加以处理。因此,按照第 14 条,各国义务采取单方面措施来防止或尽量减少第 1 条范围内的活动产生跨界危害的危险。此种措施包括:第一,制定旨在防止或尽量减少跨界损害的政策;第二,执行那些政策。此种政策表现为立法和行政指令,并通过各种执法机构来执行。“确保采用一切适当措施”一句中的“确保”一词目的是要求一种特别高的国家行为标准,即严格制定和执行旨在尽量减少跨界损害的政策。

(6) 委员会认为,应有注意的标准,亦即某一国家的行为如有违反时应当受到审查的标准,只能是就具体情况而言对于跨界损害的危险大小应是适宜的、符合比例的。例如,被人们认为是特别有害的活动,在制定政策中就要求高得多的防范标准,国家方面就必须以大得多的严厉程度来执行那些政策。行动的规模,行动的地点,特别的气候条件,活动中使用的材料,在某一特定事例中应用这些因素所得出的结论是否合理,这些都是根据具体情况评定是否作出应有注意时所要考虑的因素。委员会还认为,如何才算是合理的防范标准或应有注意的标准,这也会随着时间的推移而改变;某一时间人们认为是适宜的、合理的程序、标准或规则,到了将来某一时间也许不被认为是适宜的和合理的。因此,应有注意的义务要求一个国家跟上技术变革和科学发展的形势,不仅确保某一活动所用的设备起到合宜的作用,而且确保它符合最新的规范 and 标准。

⁵³⁶ 见例如《联合国海洋法公约》第一九四条第 1 款;《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》第一、二条和第七条第 2 款;《保护臭氧层维也纳公约》第 2 条;《南极矿物资源活动管理公约》第 7 条第 5 款;《越境环境影响评估公约》第 2 条第 1 款;《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》第 2 条第 1 款。

⁵³⁷ 见《世界自然宪章》原则 21 (大会第 37/7 号决议,附件);气象组织和环境规划署草拟的有关气候变化的各国行动指导原则的原则六 (M. L. Nash, *Digest of United States Practice in International Law* (United States Government Printing Office, Washington, D.C., 1978), p.1205)。

⁵³⁸ See *The New York Times*, 11, 12 and 13 November 1986, pp. A 1, A 8 and A 3, respectively. See also A. C. Kiss, “‘Tchernobale’ ou la pollution accidentelle du Rhin par des produits chimiques”, in *Annuaire Français de droit international* (Paris), vol. 33(1987), pp.719-727.

⁵³⁹ “阿拉巴马”案 (见上文脚注 229)。

⁵⁴⁰ 同上,第 612 页。

⁵⁴¹ 同上。

⁵⁴² United Kingdom, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council* (London, 1932), p.580.

(7) 委员会注意到《关于环境与发展的里约宣言》原则 11 阐述如下：

“各国应制定有效的环境立法。环境标准、管理目标和优先次序应反映它们所适用的环境与发展情况。一些国家所实施的标准对别的国家特别是发展中国家来说可能是不适当的，也许会使它们承担不必要的经济和社会代价。”⁵⁴³

《斯德哥尔摩宣言》原则二十三也有类似的阐述，但是，该项原则具体指出，此种国内标准“不妨害国际社会可能同意的一般准则”⁵⁴⁴。委员会的看法是，国家的经济水平是确定某一国家是否作出了应有注意时所应考虑的因素之一。但是，一个国家的经济水平不能作为借口来解除该国按照本条规定所应承担的义务。

(8) “行政或其它行动”包括各种形式的执法行动。可以由管理机构采取此种行动，用以监测有关活动，也可以由法院或行政法庭对不遵守规章和标准或某一国家已经确定的其它有关执法程序的经营人施加惩罚。

(9) 国家的义务首先是试图制定政策，采取立法或其他行动，以期防止重大的跨界损害。如果不可能做到，则其义务是设法尽量减少此种损害。委员会认为，这里的“尽量减少”一词应理解为把可能的损害减少到“最低的程度”。

(10) 本条中的“预防”一词，在委员会进一步决定之前，本意只包括在事故发生之前采取的措施，以便防止或尽量减少发生事故的危险。

(11) 第 14 条评注的以上各段中对于“应有注意”这一标准的提法引起委员会一位委员的关切。他认为，这是一项难于适用的标准，在事实错综复杂的情况下，尤其难于适用；而且可能导致令人感到遗憾的结果，即：如果适用第 14 条案文中规定的“一切适当措施”标准就会被包括在内的的跨界损害的若干危险，按照“应有注意”的标准，就有可能被排除在外了。委员会对条款进行二读的时候需要进一步研讨“应有注意”标准的适当性问题。

第 14 条之二[第 20 条之二] 不转移危险

各国在采取措施以预防或尽量减少造成重大跨界损害的危险时，应确保该危险不简单地直接或间接地从一个地区转移到另一个地区或从一种危险转变为另一种危险。

评注

(1) 本条阐明了不转移危险的一条总原则。它吁请各国在采取措施预防或尽量减少引起重大跨界损害的某一危险时，确保并不是“简单地”把风险直接地或间接地从一个地区转移到另一个地区，或从一种危险转变为另一种危险。本条的规定借鉴于环境法的新趋势，首先是为保护环境而制定全面政策的联合国人类环境会议⁵⁴⁵核可这一原则。由海洋污染问题政府间工作组提出的并经联合国人类环境会议核可的《评价和控制海洋污染的一般性原则》的原则 13 规定：

“防止和控制海洋污染的行动（特别是直接禁止和特定的排放限度）必须提防徒然把损害或危险从环境的一部分转移到另一部分所产生的影响。”⁵⁴⁶

(2) 这一原则现已写入《联合国海洋法公约》第一九五条，该条规定：

“各国在采取措施防止、减少和控制海洋环境的污染时采取的行动不应直接或间接将损害或危险从一个区域转移到另一个区域，或将一种污染转变成另一种污染。”

《关于越境内水意外污染的行为守则》第二节第 2 款也规定了类似的原则：

“在采取措施控制和管制危险性活动和物质、预防和控制意外污染、减缓由于意外污染造成的损害时，各国应尽一切力量务必不使损害或危险直接或间接地在不同的环境介质之间转移或从一种污染转化为另一种污染。”⁵⁴⁷

(3) 《关于环境与发展的里约热内卢宣言》的原则 14 促使各国防止将有害于环境和人类健康的活动及物质迁移和转移到其它国家。这一原则尽管主

⁵⁴³ 《联合国环境与发展会议的报告……》（见上文脚注 198），附件一。

⁵⁴⁴ 见上文脚注 213。

⁵⁴⁵ 同上。

⁵⁴⁶ 《联合国人类环境会议报告书……》（同上），附件三。

⁵⁴⁷ 见上文脚注 519。

要针对另一问题,但比之《评价和控制海洋污染的原则》的原则 13、《联合国海洋法公约》和上文第(2)段提到的《关于越境内水意外污染的行为守则》,限制性更大一些。原则 14 规定:

“各国应进行有效合作,劝阻或防止任何造成环境严重退化或证实有害人类健康的活动及物质移至或转至他国。”⁵⁴⁸

(4) “简单地……转移或……转变”一语的用意是防止有些行动名义上是预防或尽量减少损害危险,但实际上只不过把危险推向界外,转到另一系列或活动,并没有认真减少所述危险(见上文第(1)段引用的《评价和控制海洋污染的一般性原则》的原则 13)。委员会认识到,在这一题目之内,某项活动的选择,进行活动的地点以及采用何种措施来防止或减少跨界危害危险,这些事项一般而言都得经过对有关各方的利益找出公平的平衡之后才能决定;显然,本条的要求应放在这一特定条件下来理解。但委员会的观点认为,在找出有关各方利益公平平衡过程中,有关各方应考虑到本条内所规定的总原则。

(5) “转移”一词意指从一个地方向另一个地方的有形移动。“转变”一词用于《联合国海洋法公约》第一九五条,意指危险的质量或性质改变。“直接或间接”一语也用于同一条,用以对各国遵守本条规定的义务提出程度高得多的防范要求。

第 15 条 通知和资料

1. 如果第 12 条所指的评估表明有造成重大跨界损害的危险,起源国应立即通知可能受影响的国家,并应向它们提供评估工作依据的现有技术和其他有关资料,并且指明需要提出答复的合理期限。

2. 如果随后起源国获知还有其他国家可能受到影响,应立即向这些国家发出通知。

评注

(1) 第 15 条涉及到这样一种情况:一国根据第 12

⁵⁴⁸ 《联合国环境与发展会议的报告……》(见上文脚注 198), 附件一。

条进行的评估结果表明所计划的活动的确有造成重大的跨界损害的危险。这一条款和第 16、16 之二、18 和 19 条构成了平衡有关各国利益所必须的一套程序,使它们有合理机会在设法开展活动的同时采取旨在预防或尽量减少跨界损害的令人满意的合理措施。

(2) 第 15 条要求一国通知可能受到计划中的活动所影响的其他国家。这里所指的活动包括该国本身和私人实体所计划的活动。通知要求是任何一种旨在预防或尽量减少跨界损害的制度所不可或缺的一部分。

(3) 向面临重大损害的危险的其他国家发出通知的义务反映在“科孚海峡”案中,国际法院在该案中将警告的义务定性为出于“基本的人道考虑”⁵⁴⁹。这一原则已在国际水道使用方面得到确认,而且在这方面也载于一些国际协定、国际性法院和法庭的决定、政府间组织和各种会议所通过的宣言和决议以及政府间组织和国际非政府组织的研究报告之中⁵⁵⁰。

(4) 除了国际水道使用之外,通知原则也已在具有跨界影响的其它活动中得到确认。例子有:《越境环境影响评估公约》第 3 条,该条规定了详尽的通知制度;以及《工业事故越境影响公约》第 3 条和第 10 条。《关于环境与发展的里约宣言》的原则 19 谈到了及时通知问题:

“各国应就可能具有重大不利的跨国界环境影响的活动向可能受影响的国家预先和及时地发出通知和提供有关资料,并应在早期阶段诚意地同这些国家进行磋商。”⁵⁵¹

(5) 经合组织的一些决议也规定了通知程序。例如就某些化学品而言,经合组织 1971 年 5 月 18 日第 C(71) 73 号决议的附件便规定,成员国若要求就对人类或环境有不利影响的化学品采取措施,而这些措施可能会对其他国家的经济和贸易产生重大影响,则必须预先通知其他成员国⁵⁵²。经合组织在 1974 年 11 月 14 日《关于越境污染的原则》的第 C(74) 224 号建议中的“提供资料和磋商原则”中

⁵⁴⁹ 见上文脚注 236。

⁵⁵⁰ 关于在水道方面涉及预先通知和交换资料的条约,见国际水道非航行使用法条款草案(上文第三章, D 节)第 12 条(关于可能造成不利影响的计划的措施的通知)的评注。

⁵⁵¹ 《联合国环境与发展会议的报告……》(见上文脚注 198), 附件一。

⁵⁵² *OECD and the Environment* (见上文脚注 296), 附件, 第 89 页, 第 4 段。

规定,在进行一项可能会造成重大跨界污染危险的活动之前应发出通知和进行磋商⁵⁵³。

(6) 在环境发生紧急情况时发出通知的原则已成为一种成规。《关于环境与发展的里约宣言》⁵⁵⁴原则 18、《联合国海洋法公约》第一九八条、《及早通报核事故公约》第二条、《生物多样性公约》第 14 条第 1 款(d)项、《国际油污防备、反应和合作公约》第 5 条第 1 款(c)项都规定了通知的责任。

(7) 当评估结果表明有造成重大的跨界损害的危险时,按照第 1 款,打算进行这一活动的国家有义务通知可能受影响的国家。随通知应附上评估工作依据的现有技术资料。提到“现有”技术和其他有关资料是为了表明起源国的义务仅限于提供与活动有关的已有技术和其他资料。这种资料一般在按照第 12 条对活动进行评估时便已显示。第 1 款假定来自评估的技术资料不仅包括所谓的“原始”数据,如情况说明书、统计数字等,而且还包括起源国本身用以确定跨界损害危险的资料分析。

(8) 各国可自由决定如何通知可能受影响的国家。通常是假定有关国家会通过外交渠道同其他国家直接接触。在没有外交关系的情况下,各国可通过第三国向其他国家发出通知。

(9) 第 2 款是针对下列一种情况而规定的:尽管起源国作出了种种努力和注意,但仍无法在授权进行该项活动之前辨认所有会受影响的国家,而只是在活动进行后才认识到这一点。根据这一款,在这种情况下,起源国有义务立即发出通知。案文中提到“立即”是为了要求起源国一旦获得有关资料,并在合理期间内有机会确定某些其他国家可能会受到该项活动的影响时尽早发出通知。

第 16 条 交换资料

该项活动进行期间,有关各国应及时交换有关预防或尽量减少会造成重大跨界损害的危险的一切资料。

评注

(1) 第 16 条涉及到一项活动开始进行后要采取的步骤。所有这些步骤的目标都与前面各条的一样,即预防或尽量减少会造成重大跨界损害的危险。

(2) 第 16 条要求起源国和可能受影响各国在活动开始进行后交换有关该项活动的资料。委员会认为,基于应有注意的概念来预防和尽量减少跨界损害的危险并不是一次性的努力,而是需要持续不断的努力。这意味着应有的注意这一责任并不因为已授权进行活动和开始技术活动而告终;相反,只要该项活动仍在继续进行,则在监督活动执行的过程中一直必须负起这种责任。

(3) 根据第 16 条需交换的资料包括一切在具体情况下对预防重大损害的危险有用的资料。一般来说,获得这种资料的是起源国。但当可能会受影响的国家获得任何可能会有助于预防目的的资料时,它应向起源国提供这种资料。

(4) 要求交换资料的规定在旨在预防或减少环境和跨界损害的公约中非常普遍。这些公约规定有各种收集和交换资料的方法,或是在有关各方之间交换,或是通过向一个国际组织提供资料,而由该组织将资料提供其他国家⁵⁵⁵。在这些条款中,如果有关活动很可能只涉及少数一些国家,则资料直接在有关国家之间交换。若资料可能涉及很多国家,有关资料可通过诸如主管国际组织一类的其他渠道交换。

(5) 第 16 条要求这种资料应“及时”交换。这意味着一旦一国获得这种资料,它应尽快通知其他国家,以便有关国家有足够的时间探讨适当的预防措施,或使可能会受影响的国家有足够的时间采取适当的行为。

(6) 本条没有规定交换资料的频率。只有当一国得到任何与预防或尽量减少跨界损害有关的资料时,第 16 条的规定才开始生效。

⁵⁵³ 同上,第 142 页,E 节。

⁵⁵⁴ 《联合国环境与发展会议的报告……》(见上文脚注 198),附件一。

⁵⁵⁵ 例如,《防止陆源物质污染海洋公约》第 10 条、《保护臭氧层维也纳公约》第 4 条和《联合国海洋法公约》第二〇〇条都谈到了缔约国就预防或减少污染进行的个别研究或联合研究,以及将这样得出的资料直接或通过主管国际组织发给其他缔约国。《远距离越境空气污染公约》规定就公约缔约国所进行的活动的调查并交换所得资料。其他公约也载有这方面的例子:《关于越境内水意外污染的行为守则》(上文脚注 519)第六条第 1 款(b)项第(三)目;《生物多样性公约》第 17 条;《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》第 13 条。

第 16 条之二 通知民众

各国应尽可能并用适当的方式向可能遭受第 1 条所指活动影响的本国民众提供有关该活动、其所涉危险及可能引起的损害的资料，并弄清他们的看法。

评注

(1) 第 16 条之二要求各国尽可能以适当方式向本国民众提供有关的资料，说明一项须经授权进行的活动可能引起的危险和损害，并查明他们对这事的意见。因此，这一条要求各国：(a) 向其民众提供有关这项活动及其所涉危险和损害的资料；(b) 查明民众的意见。向民众提供资料的目的显然是让人们彼此通传消息，而后查明他们的意见。没有这第二步，本条的目的就落空了。

(2) 应向民众提供的资料包括关于活动本身及其带来的危险和损害的性质和范围的资料。这种资料载于根据第 15 条提出的通知所附文件中，或载于可能受影响国家根据第 19 条提出的评估中。

(3) 这一条受到国际法、特别是环境法的新趋势的启发。这种趋势设法让那些生命、健康、财产及环境可能受到影响的个人参与决策进程，让他们有机会提出意见，并让负责最后决策者听取他们的意见。

(4) 《关于环境与发展的里约宣言》中的原则 10，对公众参与决策进程规定如下：

“环境问题最好是在所有关心环境的市民的参与下，在恰当的级别上加以处理。在国家一级，每一个人都应能适当取用公共当局所持有的关于环境的资料，包括关于在其社区内的危险物质和活动的资料，并应有机会参与各项决策进程。各国应通过广泛提供资料来便利及鼓励公众的认识和参与。应规定人人都能有效地使用司法和行政程序，包括补偿和补救程序。”⁵⁵⁶

(5) 近时一些关于环境问题的其他国际法律协定也要求各国向公众提供资料，并让他们有机会参加决策进程。《关于越境内水意外污染的行为守则》第七条第 1 和 2 款同这方面有关：

“1. 为促进中央、地区或地方当局在关于越境内水

意外污染事件中作出有见识的决策，各国应便利可能受到影响的公众参加听证会和初步调查并就拟作的决定提出异议，以及诉诸和进行行政和司法程序。

“2. 发生事件国家应采取一切适当措施，向可能因越境内水意外污染遭受重大危险的自然人或法人提供充分资料，使他们能够行使国家法律按照本守则的目标所赋予他们的各项权利。”⁵⁵⁷

以下各项协定都有向公众提供资料的规定：《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》第 16 条，

《越境环境影响评估公约》第 3 条第 8 款，《保护波罗的海地区海洋环境公约》第 17 条，《联合国气候变化框架公约》第六条。

(6) 参与决策进程的方式很多。有一种参与决策的方式是：审阅作为决定基础的数据和资料，有机会通过行政法庭、法院或关心此事的公民团体来对其中的事实、分析和政策考虑等的正确性表示确认或提出置疑。委员会认为，这种公众参与形式可增进防止跨界环境损害的努力。

(7) 第 16 条之二所载义务受到“尽可能并用适当的方式”一语的限制。在此，“尽可能”三字是规范性而不是事实性的，用意是照顾到可能存在的宪法限制和其他国内限制，有些地方可能没有参与听证之类的权利。“用适当的方式”六字旨在让国家来确定提供资料的方式、国内法律规定和国家政策，例如是否应通过传播媒介、非政府组织、公共机构和地方当局等来提供这种资料。

(8) 第 16 条之二把每个国家的义务限于向本国民众提供这种资料。“各国应……向……本国民众”一语不要求一国承担向别国民众提供资料的义务。例如，可能遭受影响的国家从起源国收到通知和资料后，应在对通知作出答复之前，尽可能以适当方式向可能遭受影响的那些本国民众提供资料。

第 17 条

国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业机密至为重要的数据和资料，但起源国应本着诚意同其他有关国家合作，视情况许可尽量提供资料。

⁵⁵⁶ 《联合国环境与发展会议的报告……》（见上文脚注 198），附件一。

⁵⁵⁷ 见上文脚注 519。

评注

评注

(1) 第 17 条旨在就各国按照第 15 条、第 16 条和第 16 条之二提供资料的义务订出一种范围有限的例外情况。委员会认为，不应使各国负有义务披露对其国家安全至为重要的资料，或属于工业机密的资料。在各项要求交换资料的条约中，这种条款并不罕见。国际水道非航行使用法条款草案⁵⁵⁸第 31 条也对披露资料要求作了类似的例外规定。

(2) 第 17 条中除国家安全外还包括工业机密。从这些条款的上下文看来，第 1 条范围内的某些活动极可能采用尖端技术，所涉及的若干资料即使按国内法来说也是受保护的。通常，各国的国内法确定哪些是属于工业机密的资料并予以保护。这类保障条款在涉及交换工业活动资料的法律文书中并不罕见。例如，《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》第 8 条和《越境环境影响评估公约》第 2 条第 8 款都有类似的保护工业和商业机密的规定。

(3) 第 17 条认识到有必要在起源国和可能受影响国家双方的正当利益之间取得平衡。因此，这一条要求，根据安全或工业机密理由拒绝提供资料的起源国本着诚意同其他国家合作，视情况许可尽量提供资料。“尽量提供资料”包括，比方说，对危险的一般性说明，一国可能遭受的损害类型及其程度等。“视情况”三字指拒绝提供资料时提到的情况。第 17 条靠的是各方的诚意合作。

第 18 条

关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时，应立即进行协商，以期就为预防或尽量减小造成重大跨界损害危险而需采取的措施找出可以接受的解决办法，并协力执行这些措施。

2. 各国应参照第 20 条寻求基于公平的利益均衡的解决办法。

3. 若第 1 款所指协商未能取得一致同意的解决办法，起源国也应考虑到可能受到影响的国家的利益，并可自己承担风险从事该活动，但不影响不予同意的任何国家行使根据这些条款或其他文书可能具有的权利。

(1) 第 18 条要求各当事国，即起源国和可能受到影响的国家，进行协商，以便就预防或尽量减小造成重大跨界损害危险的措施达成协议。协商可能在批准和开始一项活动之前，或者在进行该活动期间，这取决于何时援引第 18 条。

(2) 在本条里，委员会试图在两项同等重要的考虑之间保持平衡。首先，本条所处理的活动不是国际法所禁止的，并且通常对于起源国的经济发展而言很重要。但是，其次，容许在不与其他国家协商和不采取适当预防性措施的情况下进行这些活动，对其他国家而言不公平。因此，本条的规定既不是单纯的手续，起源国不能只经过一下这种手续而并无达成其他国家可以接受的解决办法的真正打算，也不是为很可能受到影响的国家规定与否决权。为维持平衡，本条依靠各当事方进行协商的方式和目的。各当事方必须怀着诚意进行协商，都必须考虑到对方的正当利益。各当事方相互征求意见，以期就为预防或尽量减小造成重大的跨界损害危险而需采取的措施找到可以接受的解决办法。

(3) 委员会认为，诚意原则是任何协商和谈判要求的组成部分。“拉诺湖”案的裁决⁵⁵⁹承认了真正并怀着诚意进行协商和谈判的义务，仲裁庭在裁决书里说，两国之间的协商和谈判必须是真实的，必须符合诚意规则，不应仅仅成为手续。合理规则和诚意规则适用于与分享国际河流的使用有关的程序性权利和义务。

(4) 关于诚意这一点，委员会还依靠了国际法院在“渔业管辖权（联合王国诉冰岛）”案上的判决。法院在判决书里说：“[各当事方的]任务是在每一方必须怀着诚意对另一方的合法权利给予合理尊重的基础上进行谈判”⁵⁶⁰。委员会还发现法院在“北海大陆”架上关于应如何进行谈判的判决与本条有关。在这些案件上，法院裁定如下：

“（a）各当事方有义务进行谈判，以期达成协议，不是单单经过一种正式的谈判程序，把此种程序作为在缺乏协议的情况下自动实施某种划界方法的某种预先条件；各当事方有义务恰当行事，使谈判具有意义。如果任何一方坚持自己的立场而不考虑对自己的立场作任何修改，谈判便失去了意义。”⁵⁶¹

⁵⁵⁹ 见上文脚注 191。

⁵⁶⁰ *Fisheries Jurisdiction* (see footnote 196 above), p. 33, para. 78.

⁵⁶¹ *North Sea Continental Shelf* (ibid.), p. 47, para. 85.

⁵⁵⁸ 见上文第三章 D 节。

即使法院在这一判决里说的是“谈判”，但委员会认为，各当事方不论是进行协商还是进行谈判，诚意的要求应是相同的。

(5) 按照第 1 款，各当事国在其中任何一国提出要求时，应进行协商。这既可能是起源国，也可能是可能受影响的任何一国。各当事方应“立即”进行协商。之所以用立即，是为了避免如下情况的产生：一国在被要求进行协商时，以各种不合理的借口拖延协商。

(6) 各当事方协商的目的是：(a) 就为预防或尽量减小造成重大跨界损害的危险而需采取的措施找到可以接受的解决办法；(b) 合作执行这些措施。在论及采取预防措施时，使用了“可以接受的解决办法”这一短语，这指的是各当事方按照第 2 款所定的准则而接受的措施。一般而言，各当事方将通过一定形式的协议来表示对预防措施的同意。

(7) 各当事方的目标显然首先是选定那些可能造成重大的跨界损害的任何危险的措施，如果这不可能，则选定尽量减少这种损害危险的措施。一旦选定这些措施，各当事方必须按照第 1 款最后一句，协力执行这些措施。这一规定也是源自委员会的如下看法，即应有的注意义务，作为预防或尽量减少重大跨界损害的规定的核心基础，是连续性的义务，影响到进行该活动的每个阶段。

(8) 不论何时，只要对采取预防措施的必要性有了疑问，便可援引第 18 条。这些疑问显然可能由第 15 条引起，因为起源国向别的国家发出了通知，说它打算进行的活动可能具有造成重大跨界损害的危险；也可能在按照第 16 条交换资料的过程中或者在涉及第 19 条所指的可能受到影响的国家的权利时产生。

(9) 第 18 条具有很广的适用范围。它适用于与预防措施有关的所有问题。例如，当当事方按照第 15 条发出通知或按照第 16 条交换资料时，并且来往文函中有含糊不清之处时，便可单单为了澄清那些模糊之处而提出进行协商的要求。

(10) 第 2 款为就预防措施而进行协商的国家提供了指导原则。各当事方应参照第 20 条（公平的利益均衡所涉及的因素）寻求基于公平的利益均衡的解决办法。本条第 2 款和第 20 条都没有排除各当事方在实现公平的利益均衡时考虑到它们认为有关的其他因素。

(11) 第 3 款处理的是如下可能的情况：尽管各当事方都作出了最大努力，但它们仍然不能就可

以接受的预防措施达成协议。正如上文第（3）段所说明的，本条在两项考虑之间维持平衡，其中一项考虑是不给可能受到影响的国家以否决权。在这里，委员会愿提及“拉诺湖”案的裁决，仲裁庭在裁决书里说，在有些情况下，可能受到影响的国家有可能违反诚意原则，使真正的谈判努力瘫痪⁵⁶²。考虑到这种可能，本条规定起源国可以照旧进行其活动，不这样做，等于事实上为可能受到影响的国家创造了否决权。起源国虽然可以照旧进行其活动，但仍然有义务考虑到可能受到影响的国家的利益。由于进行了协商，起源国认识到可能受到影响的国家所关切的问题，更有可能在进行其活动时认真考虑到它们的关切。此外，起源国在“自己承担风险”的情形下进行该活动。这一短语在第 13 条（核准前已进行的活动）里也用过。第 13 条的评注第（4）段对这一短语作了解释，这里同样适用。

(12) 第 3 款最后部分还保护可能受到影响的国家的利益，容许它们实现根据这些条款或其他文书而具有的任何权利。“其他文书”意在扩大范围，把可能受到影响的国家根据任何国际法规则、一般法律原则、国内法等等而具有的权利都包括在内。

第 19 条

可能受到影响的国家的权利

1. 若没有就在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的活动发出通知，任何有重大理由相信该活动产生了对它造成重大损害的危险的其他国家，都可按第 18 条要求协商。

2. 要求协商的国家应提出这种看法所基于的技术评估。如果该活动确属第 1 条所述活动中的一项，要求协商的国家可要求起源国支付评估费用的公平份额。

评注

(1) 本条处理的是如下情形：一国虽然没有收到应按照第 15 条发出的关于一项活动的通知，但认识到在另一个国家里有一项活动正在进行，该活动或由那个国家自己进行，或由一个私人实体进行，并且认识到该活动具有给它造成重大损害的危险。

⁵⁶² 见上文脚注 191。

(2) 本条意在保护那些有理由相信可能受到该活动不利影响的国家的权利和正当利益。第 19 条使它们能够要求协商并给起源国规定了同意协商要求的同等义务。如果没有第 19 条,可能受到影响的国家便不能迫使起源国进行协商。其他法律文书中也有类似的规定。国际水道非航行使用法条款草案⁵⁶³第 18 条和《越境环境影响评估公约》第 3 条第 7 款也规定了这样的程序,可能受到一项活动影响的国家可据此程序要求与起源国进行协商。

(3) 第 1 款允许有重大理由相信在另一国境内进行或在另一国管辖或控制下进行的活动产生了能对它造成重大损害的危险的國家按照第 18 条要求协商。“重大理由”一词意在避免其他国家只是凭怀疑或猜测而要求协商,从而为起源国制造不必要的困难。当然,声称面对重大跨界损害危险的國家如果能证明它已经由于该活动而遭受了损害,则理由会更有说服力。

(4) 协商一旦开始,各当事国或者会同意认为该活动是第 1 条范围内的活动,因此起源国应采取预防措施;或者各当事方得不出一致意见,起源国继续认为该活动不在第 1 条范围之内。如果是前种情况,所有当事方必须按照第 18 条进行协商,找到基于公平的利益均衡的可以接受的解决办法。如果是后一种情况,即各当事方对活动的性质有意见分歧,本款没有对下一步行动作任何设想。委员会一旦讨论了解决争端的方式和手段问题,会再回到这个问题上。

(5) 本款不适用于起源国仍处在活动的规划阶段这类情形,因为可以假定,起源国仍可能通知可能受到影响的國家。但是,如果没有给予这种通知,可能受到影响的國家便可以一俟活动开始就要求协商。在活动的最初阶段,例如在建设阶段,也可要求协商。

(6) 第 2 款在第一句里试图在两者之间取得平衡,一是被要求进行协商的起源国的利益,一是认为受到影响或可能受到影响的國家的利益,所以要求后一类國家提供支持这种看法的理由并附以载有自己对所称的危险所作的技术评估的文件。要求协商的國家必须如上所说,有“重大理由”相信存在着危险并且它可能因之受害。考虑到该国没有从起源国得到关于该活动的任何资料,因此不一定知悉所有有关的技术数据,因此支持性文件和必要的技术评估不必是完整的,但应足以为其看法提供足够的根据。“重大理由”一词应作如是解释。

(7) 第 2 款第二句处理的是证明所说的活动是在第 1 条范围之内时产生的财政后果。在这种情况下,可要求起源国支付技术评估费用的公平份额。在委员会看来,这种分摊评估费用的做法是合理的,有三点理由:(a) 不论怎样,起源国也是须按照第 12 条进行这种评估的;(b) 期待评估的费用全由可能遭受另一国境内的活动之害而得不到任何其利的國家承担,是不公平的;(c) 如果起源国没有义务分担可能受到影响的國家所进行的评估的费用,这可能鼓励起源国不进行它按照第 12 条本应进行的评估,把评估留给可能受害的那些國家来做,因而把费用也转移给它们。

(8) 但是,委员会也设想如下情形:起源国没有发通知有可能是完全无辜的。起源国可能诚实地认为该活动不具有造成重大跨界损害的危险。基于这个理由,可能受到影响的國家可要求支付“评估费用的公平份额”。这些词语的含义是,如果在讨论之后发现,评估没有揭示重大损害的危险,则此事到此为止,而且显然分摊费用的问题也不存在。但是,如果揭示出存在着这种危险,那么要求起源国支付评估费用的公平份额则是合理的。这笔费用不是全部费用,因为不论怎样,可能受到影响的國家会自动作一些评估。起源国支付的费用仅限于直接由该国没有按照第 15 条发出通知以及没有提供技术资料所造成的那部分费用。

第 20 条

公平的利益均衡所涉及的因素

为了达到第 18 条第 2 款所提到的公平的利益均衡,有关國家应考虑到所有有关因素和情况,包括:

(a) 重大跨界损害的危险程度以及是否有办法预防或尽量减少此种危险或补救造成的损害;

(b) 有关活动的重要性,相对于对可能受影响國家的潜在损害而言,考虑其在社会、经济和技术等方面对起源国具有的总的益处;

(c) 对环境产生重大损害的危险,以及是否有办法预防或尽量减少此种危险或恢复环境;

(d) 相对于可能受影响國家所要求的预防费用和相对于在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动而言,该项活动的经济可行性;

(e) 可能受影响國家准备承担预防费用的程度;

⁵⁶³ 见上文第三章 D 节。

(f) 可能受影响国家对同样或类似活动适用的保护标准以及类似的区域或国际惯例所适用的标准。

评注

(1) 本条文的目的，是为进行协商以求达到公平的利益均衡的国家提供指导。在达到公平的利益均衡时，必须确定事实，权衡所有有关因素和情况。

(2) 本条的主要条款规定，为了“达到第 18 条第 2 款所提到的公平的利益均衡，有关国家应考虑到所有有关因素和情况”。该条接着述及一份并非详尽无遗的清单，列举了此种因素和情况。这些条款包括类别广泛不同的活动，这些活动又将在不同的形势和情况下开展，使人们不可能详尽地编写出与所有个案有关的各种因素的清单。有些因素在特定情形下是相关的，其他因素可能并不相关，而又有一些未载于清单的因素可能被证明是相关的。没有指明所列因素和情况的优先次序或份量，因为在某些情形下，一些因素和情况可能更加重要，而在其他情形下，其他因素和情况可能值得给予更多份量。总之，所列因素和情况允许缔约国就一特定情形可能涉及的费用和利益进行比较。

(3) (a) 项对于重大跨界损害的危险程度与是否有办法预防或尽量减少此种危险及是否可能补救造成的损害，做了比较。例如，损害的危险程度可能很大，但是也可能存在一些措施，可防止或减少该危险，或者有可能补救造成的损害。这里既是数量比较也是质量比较。

(4) (b) 项对于在社会、经济和技术益处方面活动对起源国的重要性与对可能受影响国家的潜在损害做了比较。在此方面委员会回顾到，法院在“多瑙厄申根”案的判决中指出：

“必须公平地权衡有关各国的利益。不仅必须考虑对邻国造成的绝对损害，而且必须考虑一国所获利益与对另一国所造成损害之间的关系。”⁵⁶⁴

(5) (c) 项以与(a)项同样的方式，对于重大环境损害的危险与是否有办法预防或尽量减少此种危险及是否可能恢复环境，做了比较。委员会强调保护环境的特别重要性。委员会认为《关于环境发展的里约宣言》原则 15 与此款有关，该原则指出：

“遇有严重或不可逆转损害的威胁时，不得以缺乏科学的充分可靠性为理由，延迟采取符合成本效益的措施防

止环境退化。”⁵⁶⁵

(6) 委员会知道，(a) 项所用的跨界损害的概念可能被做广义解释，可包括对环境的损害。但是，委员会为本条的目的，将可转换成对个人价值剥夺的并可以标准经济手段测量的部分环境损害，区别于不可能进行此种测量的环境损害。(a) 项意欲包括前者，而(c) 项则包括后者。

(7) (d) 项述及必须加以比较和考虑的若干因素。必须将活动的经济可行性与可能受影响国家所要求的预防费用相比。预防措施的费用不应太高，使活动在经济上不可行。还应从改变地点的可能性、或以其他手段开展活动、或以其他活动取代该项活动的角度，评估活动的经济可行性。“以其他手段开展活动”一语的目的是考虑到这样的情形：例如，在活动中使用的可能成为跨界损害来源的某种化学物质可由另一种化学物质替代；或者，装置或工厂中的机械设备可由不同的设备替代。“以其他活动取代该项活动”一语的目的是考虑到这样的可能性，即另一种没有重大跨界损害的危险或危险程度低得多的活动可能可达到同样或类似的结果。

(8) (e) 项规定，决定预防措施之选择的因素之一是可能受影响国家是否愿意承担预防费用。例如，如果可能受影响国家准备承担预防措施的支出，在考虑到其他因素的情况下，有理由期望起源国采取耗资较大但更有效的预防措施。

(9) (f) 项对于起源国所要求的预防标准与在可能受影响国家适用于同样或类似活动的预防标准做了比较。根据在于，在一般情况下，可能没有理由要求起源国遵守比在可能受影响国家采用的预防标准高得多的标准。但是这一因素本身并非是绝对的。在某些情形下，可能会指望起源国适用的预防标准高于在可能受影响国家所适用的标准，即：起源国是高度发达的国家，适用的是国内既定的环境法律规章。比起由于其发展程度而在预防标准问题上即使可能（实际上需要）有规章但也是很少的起源国所适用的规章，这些规章的要求要严格得多。考虑到其他因素，起源国可能必须适用自己的预防标准，而这些标准高于可能受影响国家的标准。

(10) 如果其他区域有适用于同样或类似活动的预防标准，各国还应当考虑到这些标准，并考虑到适用于类似活动的国际预防标准。例如，在有关国家没有此种活动的任何预防标准或它们愿意改善现有标准时，这一点就特别相关。

⁵⁶⁴ 见上文脚注 242。

⁵⁶⁵ 《联合国环境与发展会议的报告……》（见上文脚注 198），附件一。

第六章

委员会的其它决定和结论

A. 与对条约的保留有关的法律和实践

381. 在 1994 年 7 月 22 日第 2376 次会议上，委员会任命阿兰·佩莱先生为“与对条约的保留有关的法律和实践”专题的特别报告员。

B. 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响

382. 委员会还在第 2376 次会议上任命瓦茨拉夫·米库尔卡先生为“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”专题的特别报告员。

C. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件

383. 在 1994 年 5 月 2 日第 2328 次会议上，委员会注意到，大会第 48/31 号决议第 10 段请委员会

“（a）深入审议：

“（一）其成员任期内活动和方案的规划，同时考虑到在拟订特定专题的条款草案方面应力争取得最大进展；

“（二）其工作方法的所有方面，考虑到交叉审议某些专题，除其它好处外，还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。”

384. 委员会同意，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 7 下审议，而这一议程项目应在扩大的主席团规划小组中审议。

385. 规划小组举行了三次会议。规划小组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中的一节，题为“委员会的工作方案”⁵⁶⁶。副秘书长兼法律顾问汉斯·科雷尔先生在规划小组第一次会议上讲了话。

1. 目前五年期中余下时间的活动规划

386. 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、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任、与对条约的保留有关的法律和实践、国家继承及其对自然人和法人国籍的影响⁵⁶⁷。

387. 按照大会第 48/31 号决议第 10（a）（一）段，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的进展。

388. 委员会一致同意，采取任何固定的时间表固然不切实际，但在规划活动时确立目标却是有用的。

389. 考虑到就目前方案中各项专题所取得的工作进展以及为进一步进展作出的准备，同时考虑到各个专题具有不同程度的复杂性，委员会肯定表示将力求于 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。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”，它将力求于 1996 年完成关于有造成跨界损害之危险的活动条款草案的一读。委员会还拟进行有关“与对条约的保留有关的法律和

⁵⁶⁶ A/CN.4/457，第 432 至 443 段。

⁵⁶⁷ 委员会注意到大会在其第 48/31 号决议第 7 段中认可委员会的决定，在其议程中列入上述最后两项专题，但有一项理解是，应在初步研究提交大会后再决定有关这些专题工作的最后形式。

实践”和“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”专题的工作。

2. 委员会对联合国国际法十年的贡献

390. 根据委员会第四十五届会议的决定⁵⁶⁸，第四十四届会议（1992 年）成立的审议委员会对联合国国际法十年的贡献问题的工作组在佩莱先生主持下开会，以拟订建议在“十年”期间发行载有委员会委员的研究论文的刊物。工作组成员包括阿兰·佩莱先生（主席）、奥恩·哈索内先生、詹姆斯·克劳福德先生、萨利福·冯巴先生、艾哈迈德·马希乌先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗伯特·罗森斯托克先生、阿尔伯特·塞克利先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生和弗拉德连·韦列谢京先生。

391. 工作组主席指出，除了他自己以外，有 32 位委员已表示愿为该刊物供稿，但有一项理解，即稿件不得超过 15 页并且最迟在 1995 年 6 月 15 日交给秘书处。根据各委员的愿望，工作组拟定了该刊物的暂定目录。为了尽量减少成本，工作组建议，在现阶段，该刊物为双语种，以英语或法语供稿，但是，有一项理解是，秘书处将力求保证将可能以联合国其他四种正式语文之一撰写的稿件译为英语或法语。

392. 委员会批准了工作组主席所述出版计划及实施该项目的实际方式方法。它还建议大会审议拨款的可能性，以便以联合国所有正式语文发行该刊物以及凡为“十年”建立了全国委员会的会员国应鼓励其全国委员会安排以各自语文翻译和发行出版该刊物，以保证在最大范围内向全世界的国际法学者与学生散发该刊物。

393. 委员会决定，由佩莱先生任主席的工作组继续就委员会对联合国国际法十年可作的其它贡献进行拟定建议的工作，并把建议提交委员会下届会议。

3. 委员会的文件

394. 规划小组获悉委员会主席已收到会议委员会主

席来文，指出大会第 47/202B 号决议第 16 段已经决定全面审查逐字记录和简要记录的需要、用处和及时分发等问题，在第 48/222B 号决议第 3 段，大会鼓励所有目前有权使用书面会议记录的机构审查这种记录的必要性并向大会第四十九届会议提出建议。

395. 委员会愿感谢大会第 45/238B 号决议继续提供委员会各次会议的简要记录，第 48/222B 号决议的序言部分第一段也回顾了这一点。

396. 委员会应大会第 48/222B 号决议的要求进行了仔细的审查，结论是委员会过去多次对此事发表的意见仍然有效。因此现在愿予以重申，作为委员会对大会的建议如下。

397. 委员会知道提供会议记录的费用并非微不足道，它丝毫不想尽量减少或阻止联合国实行节约及减少财政及行政负担的普遍努力。但是委员会仍然认为有义务提醒大会注意这样一个事实，即继续向委员会提供简要记录问题不只是一个预算和行政问题，因为它也涉及并且主要涉及法律政策事项，影响到联合国根据《联合国宪章》第十三条第一项（子）款从事提倡国际法之逐渐发展与编纂的进程。委员会认为，不继续印发会议简要记录无疑会影响其工作程序和方法并对委员会执行大会委托给它的任务起到消极的影响。在委员会的工作程序和工作方法的情况下需要简要记录特别取决于委员会的职能及其组成。由于它的任务主要是起草草案为各国详细拟订法律文书打下基础，委员会就拟议的案文进行辩论和讨论，不论从实质上还是措辞上，对了解委员会向各国建议的案文是极其重要的。另一方面，根据委员会的章程，委员会委员是以个人身分服务而不代表政府。因此认为，根据委员会的报告记录了解整个委员会的结论和根据委员会简要记录的记载了解各个委员所作的结论都是各国的合法权益，如果考虑到委员会的委员是由大会选出以保证委员会具有世界各主要文明形式和主要法系的代表性时就更是这样了。而且，委员会的简要记录也是让国际机构、学术团体、大学和一般公众了解其审议情况的一种手段。在这方面，简要记录在促使人们更加了解和关心国际法之逐渐发展与编纂的进程上起到了重要的作用。

398. 基于上述考虑，委员会建议大会继续提供委员会简要记录并继续出版《国际法委员会年鉴》第一卷的简要记录。维持目前的简要记录制度符合大会自从成立委员会以来的一贯政策，对于委员会的工作程序和方法以及总的国际法逐渐发展和编纂过程来说，都是不可或缺的要求。

⁵⁶⁸ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 107 页，第 445 至 446 段。

4. 工作方法

399. 委员会第四十四届会议表示有意审查其讨论与通过评注的情况，以期制订有关这个问题的方针。由于缺乏时间，委员会不能周详讨论这一问题。不过，委员会一致认为，每届会议宜尽早开始讨论对条款草案的评注，以便引起应有的注意；并且无论如何都要专门讨论，而不是在审议委员会提交大会的报告时讨论。委员会本届会议已按这个方针采取了步骤。

400. 委员会拟在下届会议上全面讨论评注问题。

5. 下届会议的会期

401. 委员会重申其如下看法：根据逐渐发展和编纂国际法工作的要求以及委员会议程上议题的份量和复杂性，保持通常的会期是合乎需要的。委员会强调，它已经充分利用在本届会议期间向它提供的时间和服务。

D. 与其他机构的合作

402. 卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生代表委员会作为观察员出席了 1993 年 8 月在里约热内卢举行的美洲法律委员会会议，并代表委员会在会上发了言。何塞·路易斯·西凯罗斯先生代表美洲法律委员会出席了国际法委员会本届会议。西凯罗斯先生在 1994 年 6 月 28 日委员会第 2358 次会议上发了言。他的发言载于该次会议简要记录。

403. 弗拉德连·韦列谢京先生代表委员会作为观察员出席了 1994 年 1 月在东京举行的亚非法律协商委员会届会，并代表委员会在会上发了言。亚非法律协商委员会由其秘书长唐承元先生和巴格瓦特·辛先生代表出席了国际法委员会本届会议。唐先生在 1994 年 6 月 7 日委员会第 2350 次会议上发了言，他的发言载于该次会议简要记录。

404. 古德蒙杜尔·埃里克松先生代表委员会作为观察员出席了 1993 年 12 月在斯特拉斯堡举行的欧洲法律合作委员会会议，并代表委员会在会上发了言。汉斯·J·尼 54 尔森先生代表欧洲法律合作委员会出席了国际法委员会本届会议。尼尔森先生在 1994 年 7 月 5 日委员会第 2361 次会议上发了言，他的发言载于该次会议简要记录。

E. 第四十七届会议的日期和地点

405. 委员会议定于 1995 年 5 月 2 日至 7 月 21 日在联合国日内瓦办事处举行下届会议。

F. 出席大会第四十九届会议和国际公法大会（1995 年 3 月 13 日至 17 日，纽约）的代表

406. 委员会决定由其主席弗拉德连·韦列谢京先生代表委员会出席大会第四十九届会议和国际公法大会⁵⁶⁹。

G. 国际法讨论会

407. 联合国日内瓦办事处依照大会第 48/31 号决议于委员会本届会议期间举办了第三十届国际法讨论会。讨论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。

408. 由菲利普·卡希尔教授（日内瓦国际问题研究院）担任主席的甄选委员会于 1994 年 3 月 18 日举行了会议，在审议了约 70 份要求参加讨论会的申请书之后，挑选出不同国籍的 24 名候选人，大部分来自发展中国家，其中 23 名参加了本届讨论会⁵⁷⁰。

⁵⁶⁹ 在 1994 年 7 月 22 日第 2376 次会议上，委员会请国际刑事法院规约草案工作组主席詹姆斯·克劳福德先生按照大会第 44/35 号决议第 5 段的规定出席大会第四十九届会议。委员会也向国际水道非航行使用法特别报告员罗伯特·罗森斯托克先生提出同样的要求，罗森斯托克先生出席大会第四十九届会议不会引起经费问题。

⁵⁷⁰ 第三十届国际法讨论会参加者名单如下：贾西姆·比·纳赛尔·萨尼先生（卡塔尔）、康妮·巴里女士（几内亚）、欧金·卡尔波夫先生（摩尔多瓦）、卡门·伊萨贝尔·克拉拉蒙特女士（哥斯达黎加）、彼得勒斯·康普顿先生（圣卢西亚）、皮埃尔·达荷让先生（比利时）、埃胡德·摩西·艾坦姆先生（以色列）、梅泰·埃尔代姆先生（土耳其）、索科罗·弗洛里斯·列拉女士（墨西哥）、卜拉欣马·冯巴先生（马里）、加齐·加里利先生（突尼斯）、关键先生（中国）、蒙牙拉德兹·格维塞先生（津巴布韦）、艾梅·埃尔南德斯·科萨达女士（古巴）、阿道夫·瓦拉先生（印度尼西亚）、伯纳德·基索伊安先生（肯尼亚）、伊万吉丽亚·克莱夫托弟穆女士（希腊）、米兰·科拉尔先生（斯洛伐克）、埃尔维拉·门德斯·张女士（秘鲁）、谢尔盖·梅谢里亚科先生（乌克兰）、米谢勒·奥利维耶女士（南非）、凯格哈姆·塔马米安先生（叙利亚）、迪皮卡·乌达加马女士（斯里兰卡）。

409. 在联合国日内瓦办事处迈克·诺尔-瓦根菲尔德女士主持下，本届讨论会于1994年5月24日至6月10日在万国宫举行。讨论会由委员会主席弗拉德连·韦列谢京先生主持开幕。在为期三周的本届讨论会期间，参加者旁听了委员会的会议，并参加了专门为他们组织的讲课。

410. 国际法委员会的委员举办了下列几次讲课：艾哈迈德·马希乌先生，“国际法委员会的工作”；瓦茨拉夫·米库尔卡先生，“在条约方面的国家继承（一些最近的发展情况）”；弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生，“国家在民事和商业管辖上的豁免”；亚历山大·扬科夫先生，“联合国维持和平行动所涉法律和体制问题”。

411. 此外，还举行了下列讲座：B·莫利纳-艾布拉姆女士（联合国秘书处法律事务厅），“战争罪行委员会和关于前南斯拉夫的国际刑事法庭”；B·慕克吉女士（联合国人权事务中心），“世界人权会议及其后续工作”；A·诺尔先生（国际电联法律顾问），“从1969年《维也纳条约法公约》看国际电联1992年日内瓦新章程和公约的具体特点”；D·普拉特内女士（红十字国际委员会法律司顾问），“红十字国际委员会的权限和法律地位”；F·勒斯勒尔先生（总协定法律事务司司长），“世界贸易组织：一些法律问题”。

412. 在克里斯蒂安·托穆沙特先生倡议下，设立了三个工作组，研讨下列专题：（a）“设立国际刑事法院的法律基础”，由弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生指导；（b）“国际罪行——国家责任条款草案第19条”，由加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生指导；（c）“对多边条约的保留”，由克里斯蒂安·托穆沙特先生指导。每一工作组就其专题编写一份文件并作口头介绍，并将该文件分发给委员会委员。

413. 按照讨论会的传统，与会者受到日内瓦州/共和国的接待。

414. 在闭幕前，委员会主席弗拉德连·韦列谢京先生和联合国日内瓦办事处总干事的代表诺尔-瓦根菲尔德女士向参加者致辞。加齐·加里利先生代表参加者向委员会致辞。在简短的仪式上，向每一位参加者颁发了参加第三十届国际法讨论会的证书。

415. 由于会员国对联合国国际法讨论会信托基金提供了自愿捐款，才能够为来自发展中国家和其它国家的参加者提供研究金。委员会特别赞赏地注意到，奥地利、丹麦、芬兰、法国、德国、冰岛、挪威、斯洛文尼亚和瑞士等国政府向该基金提供了自愿捐款。由于有这些捐款，才有可能授予足够数量的研究金，实现参加者的充分地域分配，使来自边远国家的合格人选得以前来，否则他们便无法参加本届讨论会。今年，有14个参加者得到全额研究金（包括旅行费用和生活津贴），2名参加者得到部分研究金（只包括生活津贴）。自从1964年开始举办讨论会以来，共有来自152个国家的667人前来参加，其中有359人得到研究金。

416. 委员会强调它对讨论会的重视，这些讨论会使得来自发展中国家和其它国家的青年法学家能够熟悉委员会的工作以及总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。由于现有经费已经用尽，委员会建议大会再次呼吁有条件的会员国为1995年度讨论会所需经费提供自愿捐款，使尽可能多的学员前来参加。

417. 委员会遗憾地注意到，1994年讨论会得到的口译服务十分有限，尽管目前经费困难，希望仍尽一切努力，为今后的讨论会提供充分的服务和设施。

第四十六届会议文件一览表

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/455	临时议程	油印件。通过的议程见本卷，第 16 页，第 14 段。
A/CN.4/456	填补委员会的临时空缺：秘书处的说明	转载于《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/456/Add.1-3	同上：秘书处的说明增编：候选人名单和简历	油印件。
A/CN.4/457	秘书处编写的大会第四十八届会议期间第六委员会讨论国际法委员会报告情况的专题摘要	同上。
A/CN.4/458 和 Add.1-8	各国政府关于国际刑事法院规约草案工作组报告的评价	转载于《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。
A/CN.4/459	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十次报告	同上。
A/CN.460 [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罪法草案的第十二次报告	同上。
A/CN.4/461 和 Add.1、Add.2 [和 Add.2/Corr.1] 和 Add.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六次报告	同上。
A/CN.4/462	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二次报告	同上。
A/CN.4/L.491 [和 Corr.2] 以及 Rev.1、Rev.2 [和 Rev.2/Corr.1] 和 Rev.2/Add.1-3	国际刑事法院规约草案工作组的报告	油印件。
A/CN.4/L.492 [和 Corr.1]	起草委员会二读通过的国际水道非航行使用法条款草案第 1 条至第 33 条的标题和案文	转载于见《1994 年……年鉴》，第一卷，第 2353 次会议简要记录（第 46 段）。
A/CN.4/L.492/Add.1	同上：起草委员会通过的决议草案	（第 38 段）。
A/CN.4/L.493 和 Add.1-2	国际法委员会第四十六届会议二读通过的国际水道非航行使用法条款草案及其评注：第 1 条至第 33 条	转载于本卷，见第 222 段。

A/CN.4/L.494[和 Corr.1]	起草委员会在国际法委员会第四十五届和第四十六届会议上通过的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的标题和案文：第 1 条、第 2 条（(a)、(b) 和 (c) 项）、第 11 条至第 14 条之二[第 20 条之二]、第 15 条至第 16 条之二以及第 17 条至第 20 条	转载于《1994 年……年鉴》，第一卷，第 2362 至 2365 次会议简要记录。
A/CN.4/L.495 和 Rev.1	国际法委员会第四十六届会议工作报告草稿：第一章（本届会议的组织）	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》（A/49/10）。最后案文见本卷，第 15 页。
A/CN.4/L.496 和 Add.1	同上：第二章（危害人类和平及安全治罪法草案）	同上，第 19 页。
A/CN.4/L.497 和 Add.1	同上：第四章（国家责任）	同上，第 135 页。
A/CN.4/L.498 和 Add.1-2	同上：第五章（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，第 151 页。
A/CN.4/L.499		[此编号为空]
A/CN.4/L.500	同上：第三章（国际水道非航行使用法）	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》（A/49/10）。最后案文见本卷，第 89 页。
A/CN.4/L.501	起草委员会在国际法委员会第四十五届和第四十六届会议上通过的国家责任条款草案的标题和案文	转载于《1994 年……年鉴》，第一卷，第 2366 次会议简要记录（第 1 段）。
A/CN.4/L.502	规划小组报告：委员会的计划、程序和工作方法及其文件	油印件。
A/CN.4/L.503 和 Add.1-2	国际法委员会第四十六届会议暂时通过的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的案文及其评注：第 1 条、第 2 条（(a)、(b) 和 (c) 项）、第 11 条至第 14 条之二[第 20 条之二]、第 15 条至第 16 条之二以及第 17 条至第 20 条	转载于本卷，第 380 段。
A/CN.4/L.504	国际法委员会第四十六届会议工作报告草稿：第六章（委员会的其他决定和结论）	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》（A/49/10）。最后案文见本卷，第 176 页。
A/CN.4/SR.2328-A/CN.4/SR.2377	第 2328 次至 2377 次会议临时简要记录	油印件。最后文本载于《1994 年……年鉴》，第一卷。