

国际法委员会年鉴

1990年

第二卷
第二部分

国际法委员会关于其第四十二届会议的工作
向大会提交的报告

联合国
纽约, 1993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《1980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/1990/Add.1 (Part 2)

联合国出版物

出售品编号: C.92.V.10 (Part 2)

目 录

	<u>页次</u>
<u>文件 A/45/10: 国际法委员会第四十二届会议工作报告</u> (1990年5月1日至7月20日)	v
第四十二届会议文件一览表	229

国际法委员会第四十二届会议工作报告

(1990年5月7日至7月20日)

目 录

		<u>页次</u>
简称.....		xiv
关于引文的注.....		xiv
本卷引用的多边公约.....		xv
<u>章次</u>	<u>段 次</u>	
一、会议的组织.....	1 - 19	1
A. 成员.....	2 - 3	1
B. 主席团成员.....	4 - 5	2
C. 起草委员会.....	6	3
D. 根据大会第44/39号决议所载的要求成立的工作组.....	7	4
E. 秘书处.....	8	4
F. 议程.....	9 - 10	4
G. 委员会第四十二届会议工作情况概述.....	11 - 19	5
二、危害人类和平及安全治罪法草案.....	20 - 158	9
A. 导 言.....	20 - 26	9
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	27 - 92	11
1. 共犯、共谋和未遂.....	33 - 76	13
(a) 方法问题.....	33 - 39	13
(b) 共犯.....	40 - 56	15
(c) 共谋.....	57 - 67	19
(d) 未遂.....	68 - 76	22

* 原来作为《大会正式记录，第四十五届会议，补编第10号》分发。

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
2. 国际非法贩运麻醉品	77 - 88	24
3. 违反旨在确保国际和平及安全的条约	89 - 92	27
C. 关于建立国际刑事法院的问题	93 - 157	28
1. 职权范围	94 - 102	28
2. 联合国以前在国际刑事审制机构方面所做的 努力	103 - 115	31
3. 委员会本届会议审议这个问题的情况	116 - 157	35
(a) 一般考虑	117 - 122	35
(b) 管辖和权限	123 - 137	36
(一) 诉讼事由	123 - 127	36
(二) 对个人的权限和管辖	128 - 129	37
(三) 管辖权的性质	130 - 134	37
(四) 提交案件	135 - 137	37
(c) 法院结构	138 - 144	38
(一) 体制结构	138 - 140	38
(二) 法院的组成	141	38
(三) 法官的选举	142	39
(四) 负责刑事起诉的机构	143	39
(五) 审判前调查	144	39
(d) 判决的法律效力	145 - 147	39
(e) 其他问题	148 - 151	40
(一) 刑罚	148 - 149	40
(二) 判决的执行	150	40
(三) 法院经费的筹措	151	40
(f) 其他可能的国际审判机制	152 - 154	40

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
(g) 结论	155 - 157	40
(一)具有专属管辖权的国际刑事法院...		41
(二)国际刑事法院和国家法院共同管辖权		41
(三)一个只有复审权的国际刑事法院...		41
D. 关于危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案	158	42
1. 委员会至今为止暂时通过的条款草案案文.....		42
2. 委员会第四十二届会议暂时通过的第 16、18 和 X 条草案案文及其评注		49
第二章 构成危害人类和平及安全罪行的行为		
第一编 危害和平罪.....		49
第 16 条 国际恐怖主义		49
评注.....		49
第 18 条 招募、使用、资助和训练雇佣兵 ...		50
评注.....		51
第...编 危害人类罪.....		53
X 条 非法贩运麻醉品.....		53
评注.....		53
三、国家及其财产的管辖豁免.....	159 - 243	55
A. 导言	159 - 164	55
B. 本届会议审议这个专题的情况	165 - 243	57
1. 草案第三部分 国家豁免的〔限制〕〔例外〕	172 - 215	59
第 12 条 (雇用合同)	175 - 184	60
第 13 条 (人身伤害和财产损害)	185 - 191	63
第 14 条 (财产的所有权、占有和使用) ...	192 - 196	65
第 15 条 (专利、商标和智力产权或工业产		

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
	权)	197 - 198 67
第 16 条	(纳税事项)	199 - 201 68
第 17 条	(参加公司或其他集体机构)	202 - 203 68
第 18 条	(国家拥有或国家经营的从事商业 活动的船舶)	204 - 207 69
第 19 条	(仲裁协定的效力)	208 - 213 71
第 20 条	(国有化的情况)	214 - 215 73
2. 草案第四部分 (关于财产免于强制措施的国家 豁免)	216 - 228	74
第 21 条	(免于强制措施的国家豁免)	
第 22 条	(对强制措施的同意), 和	
第 23 条	(特定种类的财产)	217 - 228 74
3. 草案第五部分 杂项规定	229 - 241	81
第 24 条	(诉讼文书的送达)	229 - 231 81
第 25 条	(缺席判决)	232 - 234 82
第 26 条	(免于胁迫措施的豁免)	235 - 236 83
第 27 条	(程序上的豁免)	237 - 238 84
第 28 条	(不歧视)	239 - 241 85
4. 解决争端	242	86
C. 请求提出评论的问题	243	86
四、国际水道非航行使用法	244 - 313	87
A. 导言	244 - 250	87
B. 本届会议审议这个专题的情况	251 - 311	88
1. 一般性评论	255 - 258	89
2. 对具体条款草案的评论	259 - 303	90

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段 次</u>	<u>页次</u>
第 24 条 (航行使用与非航行使用之间的关系; 在使用中没有优先地位)	259 - 266	90
第 25 条 (国际水道的调节)	267 - 274	92
第 26 条 (联合机构管理)	275 - 290	94
第 27 条 (保护水资源和设施), 和		
第 28 条 (国际水道和水道设施在武装冲突中的地位)	291 - 303	97
3. 附件一 条款草案的执行	304 - 311	100
C. 关于国际水道非航行使用法的条款草案	312	105
1. 委员会至今为止暂时通过的条款草案案文 ...		105
2. 委员会第四十二届会议暂时通过的第 22 至 27 条草案案文及其评注		113
第四部分 保护和保全		113
第 22 条 保护和保全生态系统		113
评注		113
第 23 条 预防、减少和控制污染		122
评注		122
第 24 条 引进外来物种或新物种		129
评注		129
第 25 条 保护和保全海洋环境		130
评注		130
第五部分 有害状况和紧急情况		132
第 26 条 预防和减轻有害状况		132
评注		132
第 27 条 紧急情况		134

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
评注		134
D. 请求提出评论的问题	313	136
五、国家责任	314 - 413	137
A. 导言	314 - 319	137
B. 本届会议审议这个专题的情况	320 - 412	139
1. 一般办法	322 - 343	139
2. 第二部分第 8、9 和 10 条草案	344 - 407	145
第 8 条 (等值赔偿)	344 - 377	145
第 9 条 (利息)	378 - 387	158
第 10 条 (补偿和保证不重犯)	388 - 407	160
3. 过错对赔偿的形式和程度的影响	408 - 412	166
C. 关于国家责任的条款草案		168
第二部分 国家责任的内容、形式和程度		168
委员会至今为止暂时通过的条款草案案文	413	168
六、国家和国际组织间的关系 (专题的第二部分)	414 - 464	171
A. 导言	414 - 421	171
B. 本届会议审议这个专题的情况	422 - 464	173
七、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	465 - 531	184
A. 导言	465 - 468	184
B. 本届会议审议这个专题的情况	469 - 530	186
1. 一般做法和范围	473 - 483	188
(a) 有危险的活动和具有损害性效果的活动	473 - 477	188
(b) 进一步明确范围	478 - 483	190
2. 对特别报告员拟议的纲要中特定条款的评论	484 - 525	192

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
(a) 第一章 一般规定	484 - 488	192
第 1 条 (本条款的范围), <u>和</u>		
第 2 条 (用语)	484 - 487	192
第 3 条 (义务的确定)		
第 4 条 (本条款与其他国际协定的关系), <u>和</u>		
第 5 条 (对国际法的其他规则无影响)	488	195
(b) 第二章 原则	489 - 493	
第 6 条 (行动自由及其限制)		
第 7 条 (合作)		
第 8 条 (预防), <u>和</u>		
第 9 条 (赔偿)	489 - 491	196
第 10 条 (不歧视)	492 - 493	198
(c) 第三章 预防	494 - 507	199
第 11 条 (评估、通知和资料), <u>和</u>		
第 12 条 (国际组织的参与)	495 - 496	199
第 13 条 (假定的受影响国的倡议)		
第 14 条 (协商)		
第 15 条 (国家安全或工业秘密的保护), <u>和</u>		
第 16 条 (单方面预防措施)	497 - 499	200
第 17 条 (利益均衡)	500 - 501	202
第 18 条 (不履行前述义务)		
第 19 条 (对按第 11 条发出的通知不作 答复), <u>和</u>		

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
第 20 条 (活动的禁止)	502 - 507	204
(d) 第四章 赔偿责任	508 - 519	206
第 21 条 (谈判的义务)		
第 22 条 (多个受影响国), <u>和</u>		
第 23 条 (减少起源国应付的赔偿)	511 - 514	208
第 24 条 (对环境的损害及因此造成的对 人或财产的损害)		
第 25 条 (多个起源国)		
第 26 条 (例外), <u>和</u>		
第 27 条 (时效)	515 - 519	210
(e) 第五章 民事赔偿责任	520 - 525	213
第 28 条 (国内渠道)		
第 29 条 (国内法院的管辖权)		
第 30 条 (国内法的适用)		
第 31 条 (管辖豁免)		
第 32 条 (判决可强制执行), <u>和</u>		
第 33 条 (汇款)	521 - 525	213
3. 国家管辖范围以外地区 (全球公地) 环境损害的 赔偿责任	526 - 530	216
C. 请求提出评论的问题	531	218
八、委员会的其他决定和结论	532 - 567	220
A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作	532 - 552	220
B. 同其他机构的合作	553 - 555	225
C. 第四十三届会议的日期和地点	556	226
D. 出席大会第四十五届会议的代表	557	226

目 录 (续)

<u>章次</u>	<u>段次</u>	<u>页次</u>
E. 国际法讲习会	558 - 567	226

简 称

东盟	东南亚国家联盟
欧洲经委会	欧洲经济委员会
欧共体	欧洲经济共同体
关贸总协定	关税及贸易总协定
原子能机构	国际原子能机构
国际法院	国际法院
红十字委员会	红十字国际委员会
国际法协会	国际法协会
美洲组织	美洲国家组织
经合组织	经济合作和发展组织
国际常设法院	国际常设法院
环境规划署	联合国环境规划署
教科文组织	联合国教育、科学和文化组织
难民专员办事处	联合国难民事务高级专员办事处
训研所	联合国训练研究所
知识产权组织	世界知识产权组织
世界银行	国际复兴开发银行

*

* *

《国际法院裁决集》

《国际法院判决、咨询意见和命令集》

《国际常设法院 A 辑》

《国际常设法院判决集》(第 1-24 集:直到并包括 1930 年)

关于引文的注

除另有说明者外,来自英文以外文字的著作的引文是由秘书处翻译的。

人权

《防止并惩治灭绝种族罪行公约》(纽约, 1948年12月9日)

《公民权利和政治权利国际公约》(纽约, 1966年12月16日)

《禁止和惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约, 1973年11月30日)

资料来源

联合国,《条约集》第78卷,第277页。

同上第999卷,第171页。

同上,第1015卷,第243页。

特权与豁免,外交关系

《联合国特权及豁免公约》(伦敦, 1946年2月13日)

《各专门机构特权及豁免公约》(纽约, 1947年11月21日)

《维也纳外交关系公约》(维也纳, 1961年4月18日)

《维也纳领事关系公约》(维也纳, 1963年4月24日)

同上,第1卷,第15页。

同上,第33卷,第261页。

同上,第500卷,第95页。

同上,第596卷,第261页。

条约法

《维也纳条约法公约》(维也纳, 1969年5月23日)

《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳条约》(维也纳, 1986年3月21日)

同上,第1155卷,第331页。

A/CONF. 129/15

海洋法

《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日)

《第三次联合国海洋法会议正式记录》,第十七卷(联合国出版物,

出售品编号：E. 84. V.
3), 第 151 页, 文件 A/
CONF. 62/122。

核活动和外空活动造成损害的责任

《核能领域第三方责任公约》(巴黎, 1960 年 7 月 29
日) 及附加议定书 (巴黎, 1964 年 1 月 28 日)

联合国, 《条约集》, 第
956 卷, 第 251 页和
335 页。

《维也纳核损害民事责任公约》(维也纳, 1963 年 5
月 21 日)

同上, 第 1063 卷, 第
265 页。

《外空物体造成损害的国际责任公约》(伦敦、莫斯
科、华盛顿, 1972 年 3 月 29 日)

同上, 第 961 卷, 第
187 页。

麻醉品和精神药物

《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》
(维也纳, 1988 年 12 月 20 日)

E/CONF. 82/15 和
Corr. 2。

杂项刑事问题

《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(纽
约, 1989 年 12 月 4 日)

大会第 44/34 号决议,
附件。

第一章

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 1990 年 5 月 1 日至 7 月 20 日在联合国日内瓦办事处的委员会永久会址举行了第四十二届会议。第四十一届会议主席伯恩哈德·格雷夫拉特先生主持了会议开幕式。

A. 成员

2. 委员会由下列委员组成:

博拉·阿德苏姆博·阿吉博拉亲王 (尼日利亚)

侯赛因·巴哈纳先生 (巴林)

奥恩·哈索内先生 (约旦)

里亚兹·马哈茂德·沙米·凯西先生 (伊拉克)

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)

朱里·巴尔谢戈夫先生 (苏维埃社会主义共和国联盟)

约翰·艾伦·比斯利先生 (加拿大)

穆罕默德·本努纳先生 (摩洛哥)

布特罗斯·布特罗斯-加利先生 (埃及)

卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生 (巴西)

莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生 (委内瑞拉)

古兹蒙迪尔·埃里克松先生 (冰岛)

劳雷尔·弗朗西斯先生 (牙买加)

伯恩哈德·格雷夫拉特先生 (德意志民主共和国)

弗朗西斯·马洪·海斯先生 (爱尔兰)

豪尔赫·伊留埃卡先生 (巴拿马)

安德烈亚斯·雅科维德斯先生 (塞浦路斯)

阿卜杜勒·科罗马先生（塞拉利昂）
艾哈迈德·马希乌先生（阿尔及利亚）
斯蒂芬·麦卡弗里先生（美利坚合众国）
弗兰克·恩詹加先生（肯尼亚）
小木曾本雄先生（日本）
斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生（波兰）
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）
埃马努埃尔·鲁库纳斯先生（希腊）
塞萨尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生（墨西哥）
史久镛先生（中国）
路易斯·索拉里·图德拉先生（秘鲁）
杜杜·锡亚姆先生（塞内加尔）
克里斯蒂安·托穆沙特先生（德意志联邦共和国）
亚历山大·扬科夫先生（保加利亚）

3. 在1990年5月30日的第2165次会议上，委员会选出了阿兰·佩莱先生（法国）填补因保罗·勒泰先生逝世而造成的委员会临时空缺。

B. 主席团成员

4. 委员会在1990年5月1日的第2149次会议上，选出了下列主席团成员：

主席：史久镛先生

第一副主席：胡利奥·巴尔沃萨先生

第二副主席：朱里·巴尔谢戈夫先生

起草委员会主席：艾哈迈德·马希乌先生

报告员：古兹蒙迪尔·埃里克松先生

5. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、曾任委员会主席的委员¹和各特别报告员组成。² 扩大的主席团的主席由委员会主席担任。根据扩大的主席团的建议,委员会在1990年5月4日第2152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工作,并就此向扩大的主席团提出报告。规划小组人员组成如下:

胡利奥·巴尔沃萨先生(主席)、博拉·阿德苏姆博·阿吉博拉亲王、侯赛因·巴哈纳先生、里亚兹·马哈茂德·萨米·凯西先生、朱里·巴尔谢戈夫先生、约翰·艾伦·比斯利先生、卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、劳雷尔·弗朗西斯先生、豪尔赫·伊留埃卡先生、安德烈亚斯·雅科维德斯先生、弗兰克·恩詹加先生、小木曾本雄先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉莫先生、埃马努埃尔·鲁库纳斯先生、杜杜·锡亚姆先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生和亚历山大·扬科夫先生。

C. 起草委员会

6. 委员会在1990年5月2日的第2150次会议上任命了由下列成员组成的起草委员会:艾哈迈德·马希乌先生(主席)、侯赛因·巴哈纳先生、奥恩·哈索内先生、朱里·巴尔谢戈夫先生、卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、弗朗西斯·马洪·海斯先生、阿卜杜勒·科罗马先生、斯蒂芬·麦卡弗里先生、小木曾本雄先生、斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生、埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生、塞萨尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生、史久镛先生和路易斯·索拉里·

¹ 即莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、劳雷尔·弗朗西斯先生、伯恩哈德·格雷夫拉特先生、斯蒂芬·麦卡弗里先生、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、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生、小木曾本雄先生和杜杜·锡亚姆先生。

图德拉先生。古兹蒙迪尔·埃里克松先生以国际法委员会报告员的身分参加了该委员会的工作。

D. 根据大会第 44/39 号决议所载的要求成立的工作组³

7. 在 1990 年 5 月 16 日的第 2158 次会议上，委员会根据 1989 年 12 月 4 日大会第 44/39 号决议所载的要求成立了一个工作组，由下列成员组成：杜杜·锡亚姆先生（主席）、侯赛因·巴哈纳先生、约翰·艾伦·比斯利先生、穆罕默德·本努纳先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、伯恩哈德·格雷夫拉特先生、豪尔赫·伊留埃卡先生、阿卜杜勒·科罗马先生、斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生和埃马努埃尔·鲁库纳斯先生。古兹蒙迪尔·埃里克松先生也以委员会报告员的身份参加。

E. 秘书处

8. 副秘书长兼法律顾问卡尔-奥古斯特·弗莱施豪尔先生代表秘书长出席了本届会议。法律事务厅编纂司司长弗拉基米尔·科特赖尔先生担任委员会秘书，并在法律顾问未出席时代表秘书长。法律事务厅编纂司副司长杰奎琳·多琪女士担任委员会副秘书长。高等法律干事桑原幸子女士和曼努埃尔·拉马-蒙塔尔多先生担任委员会高级助理秘书，法律干事玛努什·阿桑贾尼女士和安杰伊·马卡雷夫维奇先生担任委员会助理秘书。

F. 议程

9. 委员会在 1990 年 5 月 2 日的第 2150 次会议上，通过了第四十二届会议的议程项目如下：

1. 本届会议的工作安排。
2. 填补委员会的一个临时空缺（章程第 11 条）。
3. 国家责任。

³ 题为：“从事跨国界非法贩运麻醉药品和其他跨国界犯罪活动的个人和实体的国际刑事责任：建立一个对这类罪行有管辖权的国际刑事法庭”。

4. 国家及其财产的管辖豁免。
5. 危害人类和平及安全治罪法草案。
6. 国际水道非航行使用法。
7. 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。
8. 国家和国际组织间的关系（专题的第二部分）。
9. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作。
10. 同其他机构的合作。
11. 第四十三届会议的日期和地点。
12. 其他事项。

10. 委员会审议了其议程的所有项目。委员会举行了 56 次公开会议（从第 2149 次至第 2204 次会议）。此外，委员会的起草委员会举行了 43 次会议，扩大的主席团举行了 4 次会议，扩大的主席团规划小组举行了 4 次会议，根据大会第 44/39 号决议（见上文第 7 段）所载的要求成立的工作组举行了 5 次会议。

G. 委员会第四十二届会议工作情况概述

11. 在第四十二届会议上，委员会用 17 次会议专门讨论了“危害人类和平及安全治罪法草案”专题（见第二章）。⁴ 讨论是以特别报告员杜杜·锡亚姆先生的第八次报告（A/CN. 4/430 和 Add. 1）为基础进行的，报告具体载有 3 个条款草案，分别涉及共犯、共谋和未遂（第 15 至 17 条），一条作为一项危害和平罪的关于非法贩运麻醉药品的条文（X 条）和一条作为一项危害人类罪的关于非法贩运麻醉品的条文（Y 条）。报告还载有一节，题为“国际刑事法院规约”。讨论结束时，委员会将特别报告员根据辩论情况提出的条款草案第 15、16、17、X 和 Y 条的修订案文送交起草委员会。委员会还根据起草委员会的建议，暂时通过了有关这个专题的 3 条条款草案（以及对条款的评注），将其列入治罪法草案的第二章，即第 16 条（国际恐怖主义）、

⁴ 在 1990 年 5 月 2 日至 17 日期间、7 月 9 日以及 7 月 12 日至 17 日期间举行的第 2150 至 2159 次会议、第 2189 次会议、第 2192 至 2194 次会议和第 2196 次至 2198 次会议上审查了本专题。

第 18 条（征募、使用、资助和训练雇佣兵）和 X 条（非法贩运麻醉品）。委员会还讨论了关于列入违反旨在确保国际和平及安全的条约的一个条文的问题（见第二章 B 节 3）。

12. 委员会在审议“危害人类和平及安全治罪法草案”专题时，成立了一个工作组（见上文第 6 段），审议大会在第 44/39 号决议中向委员会提出的要求，即讨论设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机构，这种机构对被指控犯下某些罪行的人具有管辖权。委员会在这方面所进行的工作成果反映在以下第二章 C 节中。

13. 委员会用 6 次会议专门讨论了“国家及其财产的管辖豁免”专题（见第三章）。⁵ 讨论是以特别报告员小木曾本雄先生提出的第三次报告（A/CN. 4/431）为基础进行的，报告包括了特别报告员对一读暂时通过的一些条款提出的修订案文。委员会在讨论结束时，将第 12 至 28 条送交起草委员会二读，第 1 至 11 条之二诸条已在上次会议上送交该委员会。委员会收到了起草委员会的一份报告，其中载有委员会在本届会议上二读通过的条款草案第 1 至 10 条和第 12 至 16 条。委员会注意到了这份报告，但决定推迟到下一届会议再采取行动，届时，它准备完成整个条款草案的二读。

14. 委员会用 8 次会议专门讨论了“国际水道非航行使用法”（见第四章）专题。⁶

讨论的基础是：（a）特别报告员斯蒂芬·麦卡弗里先生在 1989 年第四十一届会议上提交的第五次报告第二和第三部分，⁷ 该部分具体载有两个条款草案，题目为：“航行使用和非航行使用之间的关系；各用途之间无优先（第 24 条）”和“国际水道的调节”（第 25 条）；（b）特别报告员的第六次报告第一至三章（A/CN. 4/427 和 Add. 1），其中具体载有三个条款草案，题为“联合机构管理”（第 26 条）、“保护水

⁵ 在 1990 年 5 月 16 日至 23 日期间举行的第 2158 至 2162 次会议上和 7 月 11 日的第 2191 次会议上审查了本专题。

⁶ 在 1990 年 5 月 23 日至 6 月 1 日期间举行的第 2162 至 2167 次会议上和 7 月 5 日及 6 日的 2187 和 2188 次会议上审查了本专题。

⁷ 《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 页，文件 A/CN. 4/421 和 Add. 1 和 2。

资源和设施”(第 27 条)和“国际水道和水道设施在武装冲突中的地位”(第 28 条),以及一份题为“条款的执行”的附件一,其中包括 8 个条款。讨论结束时,委员会将条款草案第 24 至 28 条以及附件一中的条款草案第 3 条第 1 款和第 4 条送交起草委员会。委员会还根据起草委员会的建议暂时通过了关于这个专题的 6 个条款草案以及对条款的评注,即第 22 条(保护和保全生态系统)、第 23 条(防止、减少和控制污染)、第 24 条(引进外来物种和新物种)和第 25 条(保护和保全海洋环境),这几条构成了草案的第四部分(保护和保全)。以及第 26 条(预防和减轻有害状况)、第 27 条(紧急情况),这两条构成了第五部分(有害状况和紧急情况)。特别报告员第六次报告第四章因时间不够,未予讨论。

15. 委员会用 9 次会议专门讨论了“国家责任”(见第五章)专题。⁸ 辩论是以特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生于 1989 年在第四十一届会议上提出的第二次报告为基础进行的。⁹ 具体报告载有三个条款草案,题为:“等值赔偿”(第 8 条)、“利息”(第 9 条)和“补偿和保证不重犯”(第 10 条)。委员会在讨论结束时,将条款草案第 8 至 10 条都送交了起草委员会。

16. 委员会用 5 次会议专门讨论了“国家和国际组织间的关系(专题第二部分)”(见第六章)的专题。¹⁰ 讨论是以特别报告员莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生于 1989 年在第四十一届会议上提交的第四次报告¹¹ 为基础进行的,报告具体载有 11 条条款草案,即组成草案第一部分(导言)的第 1 至第 4 条,组成第二部分(法律人格)的第 5 和第 6 条,以及组成第三部分(财产、资金和资产)的第 7 至第 11 条。讨论结束时,委员会将第 1 至 11 条草案均送交起草委员会。因时间不够,委员会未讨论特别报告员的第五次报告(A/CN. 4/432)。

⁸ 在 1990 年 6 月 5 日至 15 日期间以及 7 月 3 日举行的第 2168 至 2175 次会议以及第 2185 次会议上审查了本专题。

⁹ 《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 页,文件 A/CN. 4/425 和 Add. 1.

¹⁰ 1990 年 6 月 19 日至 26 日的第 2176 次至 2180 次会议审查了本专题。

¹¹ 《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 页,文件 A/CN. 4/424.

17. 委员会用 8 次会议专门讨论了“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”(见第七章)专题。¹² 讨论是以特别报告员胡利莫·巴尔沃萨先生提交的第六次报告(A/CN.4/428 和 Add. 1)为基础进行的。报告具体载有 33 个条款草案,即组成第一章(一般规定)的第 1 至 5 条;组成第二章(原则)的第 6 至第 10 条;组成第三章(预防)的第 11 至第 20 条;组成第四章(赔偿责任)的第 21 至第 27 条和组成第五章(民事赔偿责任)的第 28 至第 33 条。委员会在讨论结束时决定,在下一届会议上再重新讨论第六次报告中提出的某些政策和技术性问题。

18. 关于“国际水道非航行使用法”和“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”两个专题,委员会指出了一些问题,对这些问题各国政府或在大会第六委员会或以书面形式发表的意见,¹³ 对委员会继续进行其工作将会是特别重要的。

19. 有关委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作等问题均在扩大的主席团的规划小组和扩大的主席团范围内进行了讨论。本报告第八章中将阐述委员会的有关意见和建议。该章还谈到同其他机构的合作以及一些行政和其他事项。

¹² 在 1990 年 6 月 22 日、6 月 27 日至 7 月 4 日期间以及 7 月 10 日举行的第 2179 次、2181 次至 2186 次和第 2190 次会议上审查了本专题。

¹³ 见下文第 313 和第 531 段。

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

A. 引言

20. 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，并 (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。

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

22. 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。

23. 大会 1974 年 12 月 14 日第 3314 (XXIX) 号决议以协商一致方式通过了侵略定义。

24. 1981 年 12 月 10 日，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，

¹⁴ 以下称“纽伦堡原则”《1950 年……年鉴》，第二卷，第 374 至 378 页，文件 A/1316，第 95 至 127 段）。

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

¹⁶ 1954 年治罪法草案和纽伦堡原则的案文转载于《1985 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 8 页第 18 段和第 12 页第 45 段。

同时适当考虑到国际法逐渐发展过程中所取得的成果。¹⁷

25. 委员会 1982 年第三十四届会议任命杜杜·锡亚姆先生为本专题的特别报告员。¹⁸ 委员会从 1983 年第三十五届会议到 1989 年第四十一届会议收到特别报告员七份报告。¹⁹

26. 在这几届会议上，委员会对治罪法草案就人而言的内容和就事而言的内容作了某些补步决定。²⁰ 它还将特别报告员报告中所载的第 1 至第 11 条、第 13 和第

¹⁷ 后来大会 1987 年 12 月 7 日第 42/151 号决议同意国际法委员会的建议，修改了专题的英文标题。因此专题的英文标题为：“Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”。

¹⁸ 关于讨论本专题历史背景的详细情况，见《1983 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 10 页起各页，第 26 至 41 段。

¹⁹ 这些报告载于：

第一报告：《1983 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 137 页，文件 A/CN.4/364；

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

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

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

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

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

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

²⁰ 见《1984 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 17 页，第 65 段。

14 条送交起草委员会。²¹ 在其第三十九至第四十一届会议上委员会暂时通过了以下条款及其评注：1（定义），2（定性），3（责任和惩罚），4（审判或引渡的义务），5（不适用法定时效），6（司法保证），7（一事不再理），8（不溯及既往），10（上级的责任），11（官方地位和刑事责任），12（侵略），13（侵略的威胁），14（干涉），15（殖民统治和其他形式的外国统治）。²²

B. 本届会议审议这个专题的情况

27. 委员会本届会议收到特别报告员关于本专题的第八次报告（A/CN. 4/430 和 Add. 1），它共分三部分。在第一部分中，特别报告员论及“相关罪行”或“其他罪行”，对此他在第四次报告²³ 中已经讨论过，即共犯、共谋和未遂。第一部分还载有有关这些罪行的条款草案（分别关于共犯、共谋和未遂的第 15、16 和 17 条）连同特别报告员的评论。²⁴ 对于共犯，特别报告员特别研究了方法问题及其在治罪法草案中的位置，共犯的实际行为和精神行为，共犯行为的定性问题，犯罪者和从犯概念的区别以及共犯行为是在主犯罪行为之前还是之后进行的问题。对于共谋，特别报告

²¹ 委员会第三十五至第四十一届会议有关本专题工作的更详细情况，《1983 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 13 页起各页，第 42 至 69 段；《1984 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 11 页起各页，第 29 至 65 段；《1985 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 11 页起各页，第 34 至 101 段；《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 41 页起各页，第 77 至 185 段；《1987 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 8 页起各页，第 25 至 67 段；《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 57 页起各页，第 211 至 280 段；《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 51 页起各页，第 83 段起各段。

²² 条款案文见本报告下文 D. 1 节。

²³ 《1986 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 63 页起各页，文件 A/CN. 4/398，第 89 至 145 段

²⁴ 由于委员会已暂时通过了第 15、16 和 18 条，特别报告员编的序号以后还需要改动。

员的评论集中在两种程度的共谋上,即协议或意图一致以图犯罪,和执行计划的罪行的实际行为。对于后一种共谋,特别报告员特别研究了个人责任和集体责任概念引起的问题,尤其是组织者的责任问题。对于未遂,特别报告员研究了是否可能将这一概念适用于危害人类和平及安全罪的问题。

28. 特别报告员在第八次报告第二部分中,对委员会第四十一届会议上关于由他拟定一条有关国际麻醉品贩运的条款草案供本届会议审议的要求进行了考虑。²⁵ 鉴于在该届会议上委员会几位委员表达的意见,²⁶ 特别报告员认为需要拟定两条条款草案,一条(X条)将国际贩运麻醉品定为危害和平罪,另一条(Y条)将它定为危害人类罪。²⁷ 两条条款都附有特别涉及对罪行组成因素的评论。

29. 特别报告员在有关国际刑事法院规约的报告第三部分中,是按照委员会一读暂时通过的条款草案第4条(审判或引渡的义务)²⁸ 采取的处理办法编写的。它也是按照大会1988年12月9日第43/164号和1989年12月4日第44/32号关于危害人类和平及安全治罪法草案的第2段提出的。²⁹ 特别报告员认为第三部分属初步性质,是“问题单形式的报告”,其目的是向委员会提出一些备选办法并征求意见。备选办法主要涉及可能建立国际刑事法院方面的一些问题:法院管辖权、任命法官的程

²⁵ 《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第65页,第210段。

²⁶ 同上,第205至209段。

²⁷ 关于两条条款的编号问题,特别报告员在报告中指出应由委员会决定它们在草案中危害和平罪和危害人类罪部分的最后位置。

²⁸ 第4条第3款表明其第1和2款的规定并不预先判定国际刑事法院的设立和管辖权。此外,委员会在评注中表明(第5段)该条第3款涉及可能设立国际刑事法院的问题,并且表明第4条采取的管辖权方案不妨碍委员会在适当时考虑拟定国际刑事法院规约的问题(《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第67至68页)。另见下文C节。

²⁹ 大会在这些决议第2段中,注意到委员会在处理指定司法当局来执行治罪法草案条款方面的最近构想,并鼓励委员会就这个问题进一步探讨一切可能的替代办法。也见下文C节。

序、向法院提出案件、检察官职能、审判前调查、国家法院的定案权、刑事法院的定案权、控诉的撤回、刑罚和财政条款。特别报告员对这些问题的每一个都提出了一个或多个条款案文，它们可以构成国际刑事法院规约的一部分。

30. 委员会在其1990年5月2日至17日举行的第2150至第2159次会议上审议了特别报告员的第八次报告。在听取特别报告员的介绍后，委员会审议了报告所载的第15、16、17、X和Y条草案。委员会在其第2159次会议上，决定将特别报告员根据讨论提交的各条款草案的修改案文送交起草委员会。下文第33至第38段综述了委员们包括特别报告员对这些条款草案的评论和意见。对于报告第三部分关于国际刑事法院规约问题，委员会决定成立一个工作组，其职权范围和工作在下文C节作了详细阐述。³⁰

31. 委员会在其1990年7月16日和17日举行的第2196至第2197次会议上审议了起草委员会的报告后，暂时通过了条款16（国际恐怖主义）、18³¹（招募、使用、资助和训练雇佣兵），和X（非法贩运麻醉品）。³²

32. 这些条款的案文及评论载于本章D. 2节。

1. 共犯、共谋和未遂

(a) 方法问题

33. 特别报告员在介绍第八次报告有关共犯、共谋和未遂的第一部分时指出，在委员会1986年第三十八届会议审议他的第四次报告³³时已详细讨论过这个问题。第15条共犯，第16条共谋和第17条未遂的草案就是根据这次讨论提出的。

34. 在委员会审议条款草案第15至第17条的过程中，大家对方法问题提出了一些一般性意见。对每条也提出了比较具体的意见，有关情况综述如后。

³⁰ 委员会在其1990年7月9日、12日和13日以及16日举行的第2189次、第2192次至第2194次和第2196次会议上审议了工作组的报告。

³¹ 关于第17条，见下文第89至92段。

³² 见下文脚注85。

³³ 见上文脚注23。

35. 有些委员认为治罪法草案不应将共犯、共谋和未遂作为单独罪行处理，因为它们只是以不同形式参与犯罪的行为。共犯、共谋和未遂只有与主罪联系起来才可以惩罚，因此它是从属性质。这样，它们应当放在治罪法草案关于一般原则的部分。

36. 有的委员认为不能抽象对待共犯、共谋和未遂这些概念。每个概念都应与治罪法草案规定的罪行联系起来审查以便判定，举例说，什么构成未遂侵略或未遂灭绝种族。每一项罪行都必须分别审理，因此有必要确定每一种罪行在何种程度上和按照什么方式可能构成共犯、共谋和未遂。他们不主张将共犯、共谋和未遂包括在一般原则里，认为特别报告员应具体情况具体研究以确定审议的每一种罪行是否属于共犯、共谋和未遂。

37. 其他一些委员支持特别报告员将共犯、共谋和未遂作为单独罪行处理的做法。特别是其中一位委员，他不反对其他委员建议的将这些概念列入治罪法的一般原则部分，但认为应把它们作为单独罪行保留下来。在一般原则里提及并不排除把它们包括在具体罪行部分，这样可以精确界定这些概念以便法院适用。

38. 关于上述意见，特别报告员强调指出，尽管方法问题很重要，但委员会也许不应在这方面花太多时间。在辩论中委员们曾一再建议应当将共犯、共谋和未遂概念列入治罪法草案一般原则部分，而不要列入具体罪行部分。他指出，有些国家的刑法典确实是在一般规定中涉及共犯、共谋和未遂，但另一些刑法典却采取了不同的做法。例如，法国刑法典在具体条款中列入共犯，在一般规定中列入未遂。特别报告员还指出，委员会拟定的1954年治罪法草案，其第2条第13款将共犯作为一种罪行处理，而在总则中却未提及。在纽伦堡原则中，共犯被明确为一种国际罪行。既然这是一个方法问题，特别报告员不反对由委员会，特别是由起草委员会来解决，它们能选择最适当的办法。

39. 关于对每一项罪行应该分别进行研究以便确定共犯、共谋或未遂的概念是否适用于这些罪行的建议，特别报告员认为这是一项不可能完成的任务。委员会应该为这三项概念下定义，并留待主管法院去裁决它们是否适用于法院审理的具体案件。

(b) 共犯

40. 特别报告员在其第八次报告中和在他对第 15 条草案的介绍中³⁴ 指出, 第 2 款将共犯的概念扩大到主罪之前的从犯行为和主罪之后的从犯行为。他说, 由于构成共犯的行为的性质、可能成为从犯的人数很多、以及所从事的行为的时间前后问题, 使共犯的概念成为一个极为复杂的问题。共犯行为包括两类: 精神行为和实际行为。尽管查明实际行为相对说明来比较容易, 但要查明精神行为就不那么容易了。特别报告员特别提醒注意区分罪行的犯罪者及其从犯两者的困难。如果一名上级官员同意从事一项犯罪行为而一名下级具体去执行, 那么就很难确定谁是精神行为人, 谁是从犯。

41. 特别报告员指出法院曾试图在它们的某些判决中解决这个问题。在山下案中, 美国最高法院认为, 司令官员的命令或其未能对其下属部队作出适当的指示均可能构成共犯行为。但是问题在更多情况下已通过立法来解决。因此, 根据某些国内法的规定, 一名高级官员发布命令或该高级官员未发布命令, 均作为共犯行为处理。

42. 如特别报告员所说, 还提出这样的问题, 即促使一个人犯罪的出主意或指点是否可视为共犯行为。特别报告员认为, 这主要取决于指点的劝诱力及其对犯罪者作出决定的影响。某些法律制度认为煽动或鼓励犯罪是共犯行为, 而其他法律制度则不这样看。

43. 特别报告员强调说, 在涉及一起简单的罪行如盗窃行为, 主犯在从犯的

³⁴ 特别报告员在其第八次报告中提出的第 15 条草案如下:

“第二章

“构成危害人类和平及安全罪行的行为

“.....

“第 15 条. 共犯

“下列行为构成危害人类和平及安全罪行:

“1. 为本治罪法所界定的任何罪行的从犯。

“[2. 在本治罪法的意义范围内, 共犯是指主罪之前或主罪时的从犯行为和主罪之后的从犯行为。]”

协助下翻越围墙,要区分主犯和从犯相对说来还是比较容易的。但是在罪行是由一伙犯罪者犯下或是一种大量犯罪案,就很难区分这种界线。有一种学派倾向于放弃主犯和从犯之间的区别,将所有那些涉入罪行的人都同样作为参与者处理。许多军事法庭在它们的判决中均采取了这种立场。例如,英国区的最高法院认为共犯行为和主罪行为都是危害人类罪,因此从犯应该因为他犯下危害人类罪而并非因为他是犯下这一罪行的从犯而被判刑。

44. 关于第15条草案第2款涉及的犯罪时间问题,特别报告员指出,在某些法律体系中,如英美法系,完全不将共犯的定义限于主罪之前或主罪时从事的行为,而扩大到主罪之后的行为。大陆法系多半是采取更为限制性的办法。然而,某些国家法以及法国最高上诉法院的判决都承认,在犯罪行为之后提供协助在某种情况下均构成共犯。

45. 某些委员认为,委员会不应该在没有首先对危害人类和平及安全罪的犯罪者的定性的标准作出规定的情况下,通过对犯罪者下一个实质性的定义并考虑到具体罪行的具体情况,就试图拟订共犯或甚至共谋的定义。而只有这样做了之后,委员会才能决定是否适宜十分详细地给共犯的概念下定义。

46. 然而,其他委员并不认为这种办法非常必要,因为刑法一般不给犯罪者下定义而是给犯罪行为下定义。法律诉讼从犯罪行为开始,到审讯犯罪者,到根据他们参与的形式惩罚他们。委员会在这方面不应过于野心勃勃:尽管具有所需的精确态度,对某些概念也不能下定义。在国内法中,经常只有法官才能确定每个被告所扮演的角色,没有理由为什么在国际法中情况会不一样。委员会应该提供某些指导,但是在每起具体案件中是由法官来确定每个被告的责任。

47. 某些委员认为,传统的刑法类别诸如共犯罪就比适用危害和平罪和危害人类罪说来更容易适用战争罪。有人指出,战争罪一般是在上级不知道或未参与的情况下,由一些个人或集体主动犯下的。另一方面,诸如侵略、干涉或种族隔离等罪行就引起各种不同的问题。例如,种族隔离涉及一个政府和整个一个民族,因为任何一个居住在南非的人都知道种族隔离是怎样实行的,任何一个投票支持主张实行种族隔离的政党的人都赞成这种制度。这正是《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的弱点所在:单独适用传统刑法中共犯的概念,就会不适当地扩大犯罪者的范围。而所需要

做的是打击领导者和组织者，因为不可能指控整个民族。

48. 然而，某些其他委员并不认为这样一种区别是可以接受的，认为拟订一项关于适用于治罪法草案包括的所有罪行的共犯的单独条款是有可能的。虽然列有确定各种可能的罪行的详细规定的战争罪公约，的确可以有助于各种行为和共犯行为的鉴定，但是不能否认海牙公约和日内瓦公约尽管很详细，有时仍不免证明是不够精确的。

49. 有几位委员认为，第15条草案应比所建议的案文更为详细，以便能更清楚地确定应该列入治罪法中的共犯行为。一位委员认为，条款中的定义既应包括共犯的实际行为，如协助、支持、提供办法等，又应包括思想或“精神”行为，如煽动或挑衅犯罪行为或下令犯罪。另一位委员也提到煽动、支持、出主意、下令和指示应是共犯概念定义所包括的内容。最后，另一委员建议下述共犯概念定义：“凡协助、教唆、出主意或诱使犯下本治罪法规定的任何罪行，应受审讯或犯有这种罪行。”

50. 关于第15条草案第2款，委员会几位委员支持特别报告员决定在共犯概念中不仅列入主罪之前或主罪时的从犯行为，而且也包括主罪之后的从犯行为。其他委员对这点表示严重怀疑或者要求就具体问题作出澄清。某些委员认为应该作出区分。如根据犯罪之前或犯罪之时达成的一项协议或谅解犯下罪行之后的行为，这种行为无疑构成共犯行为。这些委员认为，如果在没有任何事先协议的情况下犯下罪行之后的行为，情况就更复杂了。严格地说，这样的罪行构成一种单独的犯罪行为。

51. 最后，委员会的某些委员在提到特别报告员的报告中的一段时建议，如果发生危害人类和平及安全治罪法的罪行，最好的办法是放弃传统的犯罪者和从犯一分为二的分类办法，而采用包括主犯和从犯均属“参与者”的更为广泛的概念。他们认为，委员会对解决这个问题应给予慎重的注意，并考虑拟订一项关于罪行参与者的一般规定，包括组织者、煽动者、犯罪者和从犯。这种规定可以列入一般原则，并可在原则上适用于治罪法下的所有罪行。据了解，有关刑事法庭的法官必须确定各个参与者在每一起案件中所扮演的确切角色。

52. 特别报告员提到在讨论中提出的几个意见。关于罪行的“犯罪者”的定义，他说在若干国家的刑法典中，包括法国、德国和芬兰的刑法典，均没有界定犯罪者的定义，但这没有妨碍这些国家的主管法院正常地履行职务。他认为，应由法院来确定

该词的含义。“犯罪者”一词一般理解为意味着一个直接和实际犯下罪行的人。尽管已作出尝试将这个概念扩大到间接犯罪者，例如这种人不是属于这个词的严格意义上的犯罪者而是从犯。

53. 特别报告员认为，行为和犯罪者之间的联系以及犯罪者的类别问题，也应由法官根据每起具体案件来确定。犯罪者应在被授予指挥权力的那些人中去查找，这种犯罪者利用拥有的权力犯下罪行。还可以说负有责任的人是利用授予他的权力犯下罪行的人。然而，委员会所关心的问题不是规定国家的刑事责任，而是规定在履行职务中行动的自然人的刑事责任。战争罪显然可能是由一名战场上的士兵所犯下，这名士兵使用违禁战争方法而犯下这种罪行，或由一名虐待战俘的军官。因此，在每一具体案件中必须查明那些根据他们的任务或活动可能犯下该罪行的人，而这基本上是由法官来判决的问题。

54. 关于要缩小共犯概念的建议，特别报告员指出，参与者人数越多，界定从犯的概念越困难。它是由当罪行犯下时从犯在场的传统概念，演变到从犯没有直接参与犯罪的概念。现在出现了一种不根据传统概念的新的从犯类别，即它包括那些指挥、策划和组织一种罪行的人但在作案时本人未直接参与犯罪。这种类别的人往往在行政、政治或军事统治集团中拥有高级职位而有时就是法官，纽伦堡国际军事法庭将这类人作为从犯处理。纽伦堡法庭组织法³⁵ 将从犯的概念限于这一类人。在委员会的辩论中有人争辩说，向整个一个民族起诉是不可能的，但就第三帝国的情况来说，纽伦堡法庭组织法提到了领导者、组织者和从犯的问题。

55. 特别报告员认为共犯包括实际行为和精神或“抽象”行为。因此，协助或教唆主犯者构成一种可查明的实际行为，而出主意、煽动、唆使、威胁或挑衅则属抽象行为，这些行为有时难于加以确定。

56. 考虑到在讨论中发表的一些意见，特别报告员向委员会提交了第15条草案

³⁵ 组织法附于1945年8月8日关于起诉和惩治欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定（联合国，《条约集》，第82卷，第279页）。

的修订案文。³⁶

(c) 共谋

57. 特别报告员在他的第八次报告中和在他对第 16 条草案的介绍中³⁷指出，本条包括两个内容：第一，协议，即两人或多人之间意图一致或达成协议犯罪；第二，执行所计划的罪行的实际行为。第 1 款归罪于协议本身，不涉及任何实际行为。本款的目的是劝止。

58. 第 2 款提出了可能出现集体责任的须慎重处理的问题，这就是为什么他提

³⁶ 特别报告员在第 2157 次会议上提出的第 15 条草案的修订案文如下：

“第 15 条. 共犯

“1. 参与犯下一项危害人类和平及安全罪行构成共犯罪。

“2. 下列行为属于共犯行为：

“ (a) 协助、教唆直接犯罪者或为其提供手段或对其作出许诺；

“ (b) 通过诱使、怂恿、煽动、威胁或在可以阻止时避开等方式唆使犯下一项危害人类和平及安全罪行；

“ [(c) 在罪行犯下后，通过提供避难或帮助湮灭罪行证据而协助直接犯罪人逃避刑事检控。]”

³⁷ 特别报告员在其第八次报告中提出的第 16 条草案如下：

“第 16 条. 共谋

“下列行为构成危害人类和平及安全罪行：

“1. 参与共同计划或共谋犯本治罪法所界定的任何罪行。

“2. 第一备选案文

“对于执行上述第 1 款所指的共同计划而犯的任何罪行，不仅犯此罪行者应负刑事责任，凡命令、煽动或组织此项计划或参与执行的任何个人亦应负刑事责任。

“2. 第二备选案文

“每一参与者应按其本身的参与情况受到惩罚，而不论其他人的参与情况。”

出两个备选案文的原因。第一备选案文具体说明不仅犯罪者应负刑事责任,而且凡命令、煽动或组织共同计划或参与计划执行的任何个人亦应负刑事责任。根据个人责任概念的第二备选案文,规定每一参与者应按其本身的参与情况受到惩罚,而不论其他人的参与情况。特别报告员指出,纽伦堡法庭将共谋的集体责任原则的适用性限于危害和平罪。在战争罪和危害人类罪方面,纽伦堡法庭倾向于个人责任原则。特别报告员认为,近时期的事态发展表明重大罪行不能再认为是个人的单独行为。现代的刑事学家虽仍坚持个人应负刑事责任的原则,但倾向于越来越多地从罪行的集体性质得出一般推断。

59. 委员会的几位委员支持特别报告员的建议,在治罪法草案中列入一项关于共谋概念的单独条款。有人争辩说,在国际刑法中,共谋被理解为意指一种形式的国际罪行的犯罪。根据国际军事法庭组织法,参与旨在准备、发起或进行一场侵略战争的共同计划或共谋,是一种应受惩处的罪行。同样,共谋实行种族灭绝,根据1948年《防止和惩治灭绝种族罪公约》第3条(b)款也是一种应受惩处的罪行。这些委员不赞同纽伦堡军事法庭通过的解决办法,即将共谋概念限于危害和平罪,而委员会在其1954年的治罪法草案中将其适用性扩大到危害人类和平及安全的所有罪行。种族灭绝和种族隔离并不是针对一个国家,而是针对民族、宗教、种族、部族或文化的群体。的确不可能是由个人单独犯下而是由有组织的群体犯下的一类罪行,一般有一个国家参加,在具有共同犯罪目的的共谋情况下进行合作。有人还指出,适用诸如侵略罪行的共谋概念系指通常所称的准备行动。某些国家法将共谋单独列出,可作为一种应受惩处的罪行。例如,在某些国家中,仅仅拥有旨在伪造钞票的底版就构成一种罪行,即使这种底版根本没有采用过。同样,在某些国家中,仅仅拥有火器就是一种罪行。此外,许多国家法将仅仅参与犯罪的共同计划作为一种单独的罪行来惩罚,即使并没有犯下任何罪行。一位委员建议,由于这种潜在的罪行的严重性频繁性或难于对个人犯罪者提起刑事诉讼,因此在国家的刑法制度中,共谋罪行看来已逐渐作为一种公共政策的事项来确立和设置;同样的诉讼可以在国际一级进行。

60. 有些委员支持在治罪法草案中列入一项关于共谋的单独规定,认为该条款应包括更妥当的共谋概念定义的新内容,如每个参与者的犯罪意图、与另一人的协议以及犯罪的企图。

61. 其他委员认为在治罪法草案中的确不一定列入一条关于与共犯分开的共谋的规定,因为这两个概念相互十分接近而且往往交错在一起。他们认为,共谋应该完全被认为是参与一项罪行的一个方面的问题。在这方面有人指出,虽然《防止和惩治灭绝种族罪公约》的确将共犯与共谋分别处理,但其他文书如1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》却将二者放在一起处理。

62. 关于特别报告员为第16条第2款提出的两个备选案文,几位委员认为委员会应该避免进行关于与集体责任相对的个人责任的讨论。在国内刑法中与在国际刑法中一样,原则是个人责任。但是的确面对有组织的罪行问题的时间已经来到,不仅是就危害和平罪来说。但是,所引起的问题是在犯这种罪时的责任分摊问题。在任何情况下,责任仍属个人,取决于有关个人在犯罪时所扮演的角色,即使由于犯罪者在其中行动的组织的存在而使个人的责任加重了。在这个问题上,一位委员说,如果委员会选择体现在第二个备选案文中的个人责任原则,那么第2款将是多余的,因为治罪法草案已经列有关于个人责任的规定。

63. 一位委员强调说,个人责任的原则在战争罪案件中应尽可能作为基本原则来处理。如果委员会决定在治罪法草案中列入共谋的概念,则这一概念应象《防止和惩治灭绝种族罪公约》第3条规定的那样,仅适用于危害和平罪和种族灭绝罪。

64. 几位委员认为,在个人责任原则和集体责任原则之间没有真正的矛盾。一位委员认为,为第2款提出的两个备选案文更具有补充规定的性质:第一备选案文界定共谋的罪行,第二备选案文则确定应受惩罚的轻重程度,因此在共谋中各种不同的参与者均受到惩罚。他认为,如果第16条案文根据这些原则重新拟订,就可能吸引普遍的支持。在共谋中每一个参与者不仅对其本身所从事的行为负责,而且对共谋所有各方集体从事的行为负责,即使在从事这些行为时他本人并不在场。然而,惩罚的轻重程度和施行的惩罚,应与每个人参与执行共同计划的情况有关。

65. 另一位委员认为,如果个人从事违反治罪法的任何规定的行为,则他应对犯了治罪法规定的罪行负有个人责任。如果个人与其他人密谋从事违反治罪法的非法行为,如果犯下该行为的罪行既可以归罪于一个法律实体又可归罪于参与作出决定过程或执行从事该行为的决定的个人,则除了个人责任的尚有集体责任。罪行的性质对确定有关刑事责任类型来说是极为重要的。某些罪行如侵略、种族灭绝和种族隔

离不可能由个人犯下，这些罪行需要有一批参加者或集体参加。他认为，扩大危害人类和平及安全罪的集体罪行的适用范围趋向是有充分理由的。他建议共谋应该界定为这样一种罪行，即两人或多人决定伙同执行一项旨在犯治罪法规定的任何罪行的共同计划。同时定义应该明确规定每个犯罪者都犯有该罪行的共谋罪。他认为，这样一个定义将能把特别报告员所想到的共谋行为中的双重责任——个人责任和集体责任——明确体现出来。

66. 特别报告员在谈到讨论过程中提出的某些问题时指出，共谋与共犯不同，因为就共谋来说，在直接犯罪者和间接犯罪者之间、犯罪者和合伙犯罪者之间、或犯罪者和从犯之间均未作出区分：所有参与者均参加了共同计划并共同决定犯罪。尽管纽伦堡法庭决定不将共谋概念适用于所有危害人类和平及安全罪行，但1954年的治罪法草案已把这个概念扩大到它所列入的所有罪行。这种趋向后来在随后通过的关于种族灭绝、种族隔离、麻醉药品和奴隶制等的公约中变得更加明显。因此，可以肯定说共谋概念已最后得到国际法的承认，因而与共犯一起在治罪法中占有它的位置，共犯在上述公约中也给予了考虑。

67. 特别报告员考虑了在讨论中提出的某些意见，向委员会提交了第16条草案的修订案文。³⁸

(d) 未遂

68. 特别报告员在其第八次报告中、并在介绍第17条草案³⁹时说未遂的概念没

³⁸ 特别报告员在第2157次会议上提出的第16条草案修订案文如下：

“第16条. 共谋

“1. 参与一项犯下本治罪法所规定任何罪行的共同计划构成共谋。

“2. 共谋是指参加者之间协议共同犯下一项危害人类和平及安全罪行。”

³⁹ 特别报告员在其第八次报告中提交的第17条草案为：

“第17条. 未遂

“以下行为构成危害人类和平及安全罪行：

“企图犯危害人类和平及安全罪行未遂。”

有列入国际军事法庭组织法也没有列入国际法委员会所拟订的纽伦堡原则。另一方面,1954年的治罪法草案第2条第13款(四)项列入了“未遂”概念,虽然未加以界定。

69. 特别报告员认为,未遂理论在危害人类和平及安全罪行案中只能作有限的适用。要看出企图犯侵略行为未遂能采取什么方式以及如何区别开始执行一项侵略行为与侵略行为本身都是困难的。而侵略威胁未遂的观念就更加令人迷惑了。

70. 但特别报告员认为,不应该全然屏弃这一领域里的未遂概念。大多数危害人类的罪行,诸如种族灭绝和种族隔离,是由一系列具体的犯罪行为构成的,在这些情况下,未遂的概念是完全可以成立的。

71. 委员会若干委员支持特别报告员把未遂列入危害人类和平及安全罪行。虽则难以想象在危害和平罪情况下的未遂,而未遂在危害人类罪的情况下就不难设想了。1948年《防止和惩治灭绝种族罪公约》把未遂列入应受惩处的行为(第三条(d)款)。至于种族隔离罪,未遂可以设想为一个种族集团为建立并维持其对另一个种族集团的统治和有计划地压迫该种族集团而杀害另一种族集团的成员,或使其成员遭受肉体或精神上的严重伤害。

72. 尽管如此,这些委员会是认为第17条草案应该附有清楚明了的未遂概念的定义。有几个委员支持特别报告员在其第八次报告(A/CN.4/430和Add.1)第65段提出的定义。该定义尚未列入第17条。按照该定义,未遂是指“只是由于不以犯罪意图为转移的情况而失败或被制止的任何开始执行的罪行”。

73. 一些委员特别指出,未遂的概念有下列几个要素:(a)要犯该罪的意图;(b)走向犯罪的明显的行为;(c)犯罪的失败;和(d)显而易见的犯罪的可能性。关于这一点,有人指出:单单是准备的行为而不接着执行,就不应该看成是犯罪。

74. 委员会的其他委员对将第17条草案列入表示保留。他们除了对未遂的定义提出问题,并对这一概念是否适用于危害和平罪产生疑义之外,认为该条文草案并无必要,因为,如果一项犯罪计划在其执行前就已中止,当然就没有必要诉诸国际刑事法院了。这些委员认为,未遂只有在明确列入界定某一特定罪行或某类罪行的条款的情况下,才应予惩处。在某些情况下,在对待这一或那一罪行时,有必要具体说明未遂所受的刑事处分要比既遂罪的刑事处分轻。

75. 最后,一些委员认为,要审查治罪法草案所列入的所有罪行以便确定未遂

的概念是否能对其适用，那将是困难的。但是，作为一般规则具体规定未遂就所有危害人类和平及安全罪行来说均是应受惩处的，那也是不明智的。这些委员认为，如果委员会只是把未遂的传统定义列入治罪法草案的一般部分，那就要由法院去确定在每一个具体案件中未遂的概念是否适用。

76. 特别报告员指出，对未遂的概念可以有若干种方式处理。多数刑事法典探寻意图因素和严重性因素以区别应受惩处的未遂和不应受惩处的未遂，而且留待法院将该一般原则应用于具体的案件。特别报告员根据委员会在讨论期间所发表的各种评论，向委员会提交了第 17 条草案的修订案文。⁴⁰

2. 国际非法贩运麻醉品

77. 特别报告员在其第八次报告中并在介绍 X 条和 Y 条草案⁴¹ 时回顾说，委

⁴⁰ 特别报告员在第 2157 次会议上提交的第 17 条草案的修订案文为：

“第 17 条 未 遂

“1. 企图犯危害人类和平及安全罪行未遂，构成危害人类和平及安全罪。

“2. 未遂是指只是由于不以犯罪者意图为转移的情况而失败或被制止的任何开始执行的危害人类和平及安全的罪行。”

⁴¹ 特别报告员在其第八次报告中提交的 X 条和 Y 条草案为：

“X 条 非法贩运麻醉品：危害和平罪行

“下列行为构成危害和平罪行：

“1. 从事非法贩运麻醉品。

“2. 非法贩运麻醉品是指违反已生效的公约规定，为生产、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、运输、进口或出口任何麻醉品或精神药物而组织的任何贩运。”

“Y 条草案 非法贩运麻醉品：危害人类罪行

“下列行为构成危害人类罪行：

“按本治罪法 X 条规定的条件对麻醉品的任何非法贩运。”

员会在其第四十一届会议上曾请他拟出一项关于国际毒品贩运的条款草案。⁴² 现在他提交了两个案文,一个案文将国际贩运麻醉品作为危害和平罪行来处理,而另一个案文则将它作为危害人类罪行来处理。这一双重定性是考虑了委员会若干委员在第四十一届会议上所发表的意见。⁴³ 而且他认为这一双重定性是安全合理的。对于该条草案的措词,他特别考虑到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。X条草案涉及合伙或结成私人集团、或者由作为主犯或从犯的政府官员的大规模贩运。这种贩运可能引起一系列的冲突,例如生产国和发运国、过境国和终点国之间的冲突,从而影响国际和平。如果有组织的集团渗透到各国政府,从而在某种意义上国家本身成为国际不法行为的犯罪者,对国际和平的威胁就更大了。因此由个人进行的麻醉药品贩运、而且一旦发生即根据该国的国内法予以惩处则不包括在本条文内。

78. 关于Y条草案,特别报告员指出,国际非法贩运麻醉品构成危害和平罪,同时也是,而且最重要的是对人类的威胁。正如委员们在委员会第四十一届会议指出的,即便贩运者是为谋利或被可能的资金收益所诱惑而从事贩运,其罪行仍然损及全人类的健康和幸福。因此,受威胁的是人类。

79. 委员会的若干委员表示,他们赞成将现在普遍公认是对人类造成严重威胁的祸害这个问题定为治罪法草案项下的一种罪行。他们认为,这一罪行肯定无疑应列入治罪法。

80. 但是有一些委员认为只列入一条单独条款就足矣,而且认为麻醉品的贩运应该只作为一种危害人类罪行来处理。关于这一点,有人指出,虽然划分为危害和平罪、危害人类罪或战争罪的依据显然是相对的,但看来无可争辩的是:鉴于国际非法贩运麻醉药品的许多特征,它显然是属于危害人类罪一类,因为它所危害的是世界各国人民,其实际结果是摧残所有国家的人的生命,因此是危害整个人类的行为。一位委员尤其认为,将这一罪行确定为危害人类和平及安全罪就足够了。

81. 其他委员则支持特别报告员的意见倾向于列成两条单独的条款。他们认为,

⁴² 见上文脚注25。

⁴³ 见上文脚注26。

作为一种危害和平罪行的非法贩运麻醉品，或在国内方面或在国际方面均存在一个国家的问题。正是因为这种罪行既威胁各国的稳定，又危及国际关系，才能将它定为危害和平罪。在将非法贩运麻醉品界定为危害和平罪的条文中应该阐明这些要素。另一方面，在危害人类罪的情况下，阐明这种国家因素就是多余的了。对整个人民有严重后果的国内非法贩运，由于这些后果，在某些方面可以比作一种灭绝种族的形式。它并不直接威胁国际和平或一国政府的稳定，但是它所损害的是大批的人口，正是这一点才要保留人类这一概念。

82. 若干委员认为，无论特别报告员在草拟条款时可能会有什么打算，只有大规模而极严重的国际贩运麻醉品才应该定为罪行，这一点并不明确。这些委员认为，这一罪行的定义应该附以质量和数量上的详细说明，因为，要不然，不仅是巨头麻醉品大王而且麻醉品的小商贩也会列入治罪法了。所以，必须对所涉及的那种贩运作清楚的具体说明。

83. 一位委员认为，审议中的条文应该象1988年联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约那样盖涵每一种与麻醉药品贩运有联系的行为，包括其资金方面的问题。

84. 一位委员认为载于X条草案第2款中的定义没有必要。他认为虽然该条的措词采用了1988年联合国公约第3条的措词，但与将该条所列的犯罪行为定性为罪行之间存在着区别。换句话说，根据国内法将其定为罪行，然后将其提高到国际罪行这一级。

85. 至于将非法贩运麻醉品定为罪行，委员会的一些委员强调说，注意力应集中在国际合作上。口号应该是合作，而不是象某些国家，往往是单方面诉诸于自助行为。

86. 关于防止并惩治非法贩运麻醉品，一位委员认为，若是在治罪法草案所包括的罪行清单中增加一种新形式的罪行——贩毒恐怖主义，那就完美了。人权委员会在其第四十六届会议上通过了题为：“非正规武装集团和贩运毒品分子的暴行对人权的享受所造成的影响”的1990/75号决议。在该决议中，人权委员会说它深切关注非正规武装集团和贩运毒品分子在许多国家犯下的罪行和暴行，并表示担心它们之间日益加紧联系的证据。现在有理由认为：以前在欧洲盛行了几年的恐怖主义运动，有一个时期已经同贩运麻醉品分子挂上了勾。目前，拉丁美洲若干国家也是这种情况。在

那里,这种新形式的罪行对社会构成了真正的威胁。这样,所涉及的就不仅是一种危害人类罪,而且也是一种危害和平罪,应肯定无疑地成为治罪法项下的一种罪行了。

87. 特别报告员解释说,他就此主题提出了两个单独的条款草案,首先是因为对危害和平的罪行同危害人类的罪行两者之间的区分,委员会在其关于治罪法草案的工作中显然早已确定了。其次是因为正如一些委员早已指出过的,非法贩运麻醉品是存在着分属于这两种类别的罪行的方面的问题。

88. 他已经充分考虑了有关这两个条文草案所发表的意见。根据这些评论意见,特别报告员向委员会提交了 X 条和 Y 条草案的修订案文。⁴⁴

3. 违反旨在确保国际和平及安全的条约

89. 起草委员会主席在介绍其关于本治罪法条款草案工作报告时告诉委员会说,它对关于违反旨在确保国际和平及安全的第 17 条草案进行了长时间的讨论,但一直未能达成一致意见。他说,起草委员会再度遇到看来势不两立的想法,使得它在委员会第四十一届会议就此进行了长时间的讨论以后仍无法达成一致意见。⁴⁵ 他还指出起草委员会在国际法委员会今后届会上再度审理此一问题时由于对工作方针

“ 特别报告员在第 2159 次会议上提交的 X 条和 Y 条草案的修订案文为:

“X 条. 非法贩运麻醉品: 危害和平罪

“任何由个人大规模组织的跨国界大批贩运麻醉品的行为,不论这些个人是否合伙或结成私人集团或以政府官员身分执行公务时行事,特别是包括经纪、发送、国际运输、进口或出口任何麻醉品或任何精神药物等,均构成危害和平罪。”

“Y 条. 非法贩运麻醉品: 危害人类罪

“任何由个人大规模组织的在一国境内或跨国界大批贩运麻醉品的行为,而不论这些个人是否合伙或结成私人集团或以政府官员身分执行公务时行事,特别是包括经纪、发送、国际运输、进口或出口任何麻醉品或任何精神药物等,均构成危害人类罪。”

⁴⁵ 见起草委员会主席在该届会议上的发言《1989 年……年鉴》,第一卷,第 页,第 2136 次会议,第 43 至 50 段)。

缺乏明确准则将会遇到的困难。⁴⁶

90. 国际法委员会的讨论情况⁴⁷ 显示，它对于应否在治罪法草案中列入有关本事项的一个条文草案仍然存在意见分歧。一方面，有些委员认为，特别鉴于治罪法中已列入一些较不重要的问题，因此不能忽视军备控制和裁军条约等旨在确保国际和平及安全的条约的重要性。另一些委员则认为，严重违反此种条约情事按照定义来说已危害到和平，因此是引起普遍关切的问题，而不仅仅是缔约国的问题。

91. 另一方面，许多委员反对在治罪法中涉及这一问题。他们在这方面所引证的理由包括：此一条文可能违反作为危害人类和平及安全罪行之基本概念的普遍性原则。此外，还有委员认为，此一条文将在有关条约缔约国和非缔约国之间形成差别。结果可能有碍此种条约的缔结。该条文草案之所以受到批评还由于它缺乏理据地侧重条约义务，因此有些委员担心，此一条文会引起条约法的一些根本问题，例如在条约的效力和解释、缔约国之间关系和条约与第三国问题等方面。最后，一般认为，具有此种争论性的条文将对治罪法的可接受性产生不利影响。

92. 因此，委员会无法议定起草委员会今后对此一问题的方针。它还指出，如果在下届会议上有可能议定此种方针，例如在大会第六委员会上进行辩论，起草委员会应该在完成对有关这个专题之其他条款草案的审议工作以后回头审议这个条文。

C. 关于建立国际刑事法院的问题

93. 委员会本届会议在本议题范围内广泛审议了关于可能建立国际刑事法院的问题。

1. 职权范围

94. 委员会本届会议在审议危害人类和平及安全治罪法草案的过程中深入审查这个问题，主要出于两个原因。

⁴⁶ 起草委员会主席在本届会议上关于第 17 条草案的发言见委员会第 2196 次会议简要记录（《1990 年……年鉴》，第一卷），第 108 段起各段。

⁴⁷ 委员会 1990 年 7 月 16 日和 17 日第 2196 至 2198 次会议讨论了第 17 条草案。

95. 一方面,有关治罪法草案的实施问题、尤其是可能建立国际刑事法院以实施其规定的问题,一向是委员会在这个专题上首要关注的问题。委员会1950年首次决定设立此种审判机制。⁴⁸ 在1983年,第三十五届会议上,委员会重新开始关于本专题的工作时,曾在该届会议向大会提交的工作报告中列入了如下段落:

有些委员认为,一部既不规定刑罚又没有权限的刑事法院的法典是不起什么作用的,委员会要求大会指明委员会的任务是否也包括拟订有权审判个人的国际刑事法院的规约。⁴⁹

96. 此外,在委员会第三十八届(1986年)⁵⁰、第三十九届(1987年)⁵¹、第四十届(1988年)⁵² 和第四十一届(1989年)⁵³ 会议的审议工作中也曾提及治罪法草案实施问题,其中包括建立国际刑事法院的问题。委员会第三十八届⁵⁴ 和第三十九届⁵⁵ 会议重申了上述要求大会指明的问题。

97. 尤其是委员会在1988年第四十届会议一读暂时通过治罪法草案第4条(审判或引渡的义务)时,又列入了一个第3款,规定“本条第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。”而且,在该条评注的(5)段里,委员会指明第3款,

涉及可能设立国际刑事法院的问题,它突出以下事实,第4条采取的管辖权

⁴⁸ 见下文第105段。

⁴⁹ 《1983年……年鉴》,第二卷(第二部分),第16页,第69段(c)(一)。

⁵⁰ 见《1986年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50页,第146至148段。

⁵¹ 见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第9至10页,第29至36段。

⁵² 见《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第67至68页,第4条(审判或引渡的义务)的评注。

⁵³ 见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第65至66页,第211至216段。

⁵⁴ 见《1986年……年鉴》,第二卷(第二部分),第54页,第185段最后。

⁵⁵ 见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第17页,第67段(c)。

方案并不妨碍委员会在适当时候考虑拟订国际刑事法院规约的问题。⁵⁶

98. 虽然大会对上文第 95 和第 96 段中提到的问题从未向委员会作出明确的答复,但是值得注意的是,大会在 1988 年 12 月 9 日和 1989 年 12 月 4 日就《危害人类和平及安全治罪法草案》通过的第 43/164 和 44/32 号决议的第 2 段中,

注意到委员会在处理指定司法当局来执行治罪法草案条款方面的最近构想,并鼓励该委员会就这个问题进一步探讨一切可能的替代办法。

99. 特别报告员正是根据上述种种考虑而在提交给委员会本届会议的第八次报告中 (A/CN. 4/430 和 Add. 1) 添加了题为“国际刑事法院规约”的第三部分。⁵⁷

100. 促使委员会本届会议深入审查这一问题的另一个主要原因是,大会于 1989 年 12 月 4 日通过第 44/39 号决议,题为“从事跨国界非法贩运麻醉药品和其他跨国犯罪活动的个人和实体的国际刑事责任:建立一个对这类罪行有管辖权的国际刑事法庭”,其中提出了一项具体请求。该决议第 1 段如下:

大会,

.....

1. 请国际法委员会第四十二届会议于审议题为“危害人类和平及安全治罪法草案”项目时,讨论设立国际刑事法庭或其他国际刑事审判机构问题,这种机构应对被指控犯下可能为这类法典规定的罪行的人、包括从事跨国界非法贩运麻醉药品的人具有管辖权,并且在其关于该届会议的报告内特别着重这一问题。

101. 所以,委员会对特别报告员第八次报告的审议,相当大一部分(第 2150 次至 2159 次会议)是围绕着建立国际刑事法院或其他国际刑事审判机构这一问题进行的。这一审议工作的结果是,委员会决定设立一个工作小组(见上文第 7 段),责成其起草委员会对大会第 44/39 号决议第 1 段提出请求的答复。答复草案经委员会通过后,⁵⁸将载入委员会向大会提交的报告之中。

⁵⁶ 见上文脚注 28。

⁵⁷ 见上文第 29 段。

⁵⁸ 见上文脚注 30。

102. 关于大会第 44/39 号决议中提到的“跨国界非法贩运麻醉药品”问题，委员会在讨论特别报告员第八次报告时对其进行了审议。⁵⁹ 如上文第 31 段所示，委员会暂时通过的一个拟列入治罪法草案的条文将非法贩运麻醉品界定为危害人类罪。

2. 联合国以前在国际刑事审判机构方面所做的努力

103. 委员会在审议这个问题时，知道委员会本身及其他联合国机构过去一向在努力争取建立某种国际刑事法院。这些努力虽然由于各种原因并未奏效，但对于委员会完全可以起到有益的参考作用，借以确定国际刑事法院的可行性及其今天可行的条件。

104. 联合国最初深入审议国际刑事法院能否建立的问题时，委员会是主要的审议机构。大会 1948 年 12 月 9 日的第 260 (三) (丙) 号决议曾请委员会“研究宜否及可否设立国际司法机构，以审判被控犯危害种族罪者，或被控犯各种国际公约授权该机构管辖之他种罪行之人”，并请委员会在进行此项研究时，“对于在国际法院内设置一刑事分庭之是否可行，特加审议”。

105. 委员会 1949 年第一届⁶⁰ 和 1950 年第二届会议审议上述请求后决定“宜设立国际司法机构，以审判被控犯危害种族罪者，或被控犯各种国际公约授权该机构管辖之他种罪行之人”，“可设立上述国际司法机构”。委员会还决定“指出它已对于在国际法院内设置一刑事分庭之是否可行加以审议。尽管可以通过修订《国际法院规约》设立此机构，委员会仍不赞成此建议”。⁶¹

106. 大会在审议了委员会在第二届会议上的报告后，根据 1950 年 12 月 12 日第 389 (V) 号决议设立了一个由 17 名会员国代表组成的委员会，以便就有关国际刑事法院的设立及其规约问题拟订具体建议。国际刑事审判机构委员会 (1951 年委员会) 于 1951 年 8 月在日内瓦开会，为拟将通过缔结国际公约的办法设立的国际刑事

⁵⁹ 见上文第 77 至 88 段。

⁶⁰ 见《1949 年……年鉴》，第 283 页，第 32 至 34 段。

⁶¹ 见《1950 年……年鉴》，第二卷，第 378 至 379 页，文件 A/1316，第 128 至 145 段，在第 140 和 145 段。

法院完成规约草案。⁶²

107. 该委员会的报告及规约草案转交给了各国政府以便提出评论和意见。鉴于几乎没有会员国对该委员会的报告进行评论，大会1952年12月5日第687(VII)号决议决定任命一个第二委员会，也是由17名成员国代表组成，其授权如下：(a) 探讨设立国际刑事法院所涉问题和后果以及设立该法院的各种方法；(b) 研究此种法院与联合国及其各机构之间的关系；(c) 重新审查规约草案。

108. 1953年7至8月该第二委员会（1953年国际刑事审判机构委员会）在纽约开会，除了审查上述(a)和(b)项外，还对1951年委员会的规约草案作了许多修改，并对草案的好几个条款拟订了备选案文，一种适用于如法院与联合国关系紧切的情况，另一种适用于如决定法院脱离联合国执法的情况。⁶³

109. 但是，大会1954年12月14日第898(IX)号决议和1957年12月11日第1187(XII)号决议两次决定推迟审议1953年委员会的报告，理由是，国际刑事法院问题与侵略的定义问题密切相关，也与危害人类和平及安全治罪法草案密切相关，因此应将这一问题推迟到大会再次审查其他两个有关问题之后审议。⁶⁴

110. 有关联合国参与可能设立国际刑事法院问题的其他例子是两个具体公约，即1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》。

111. 1948年种族灭绝罪公约第一条将种族灭绝列为“国际法上的一种罪行”，其第六条规定凡被诉犯灭绝种族罪者，“应交由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理之。”

⁶² 关于国际刑事审判机构委员会的报告，见《大会正式记录，第七届会议，补编第11号》(A/2136)。

⁶³ 关于1953年国际刑事审判机构委员会报告，同上，《第九届会议，补编第12号》(A/2645)。

⁶⁴ 大会1974年12月14日第3314号决议一致通过了《侵略定义》。大会1981年12月10日第36/106号决议请本委员会继续其工作，以便详细拟订危害人类和平及安全治罪法草案。但是，两个决议均未提到设立国际刑事法院问题。

112. 人权委员会防止歧视及保护少数小组委员会、人权委员会本身和经济及社会理事会多次通过决议，提到设立国际刑事法院以执行种族灭绝罪公约第六条的可能性，或指令对防止及惩治种族灭绝罪问题、包括国际刑事法院问题进行研究。⁶⁵但是，迄今为止，这些机构没有提出过任何真正的草案。

113. 1973年种族隔离公约将种族隔离列为“危害人类的罪行”（第一条）。第五条规定，被控犯有种族隔离罪行的人：“得由对被告取得管辖权的本公约任何一个缔约国的主管法庭，或对那些已接受其管辖权的缔约国具有管辖权的一个国际刑事法庭审判。”根据这一规定以及《向种族主义和种族歧视进行战斗的行动十年第二阶段活动方案》⁶⁶ 的第20段，人权委员会在1980年2月26日第12(XXXVI)号决议（第7段）中请南部非洲问题特设专家工作组与反对种族隔离特别委员会合作研究《反对种族隔离公约》第五条中所设想的设立国际刑事法院的问题。该工作组1980年8月和1981年1月在日内瓦开会，向人权委员会提出了一份临时报告，其中载有关于设立国际刑事法院以禁止并惩治种族隔离罪行及其他国际罪行的公约草案和关于《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的惩罚措施的附加议定书草案。⁶⁷

114. 从1981年第三十七届会议以来，人权委员会通过了许多决议，请求或要求秘书长请《种族隔离公约》各缔约国及所有会员国就上述草案提出评论和意

⁶⁵ 见人权委员会防止歧视及保护少数小组委员会1967年10月3日第7(XX)号决议、1967年10月10日第8(XX)号决议和1971年8月18日第7(XXIV)号决议；人权委员会1968年3月5日第10(XXIV)和1979年3月5日第9(XXXV)号决议；以及经济及社会理事会1969年6月6日第1420(XLVI)号和1983年5月27日第1983/33号决议。

⁶⁶ 大会1979年11月15日第34/24号决议，附件。

⁶⁷ 见1981年1月19日文件E/CN.4/1426；另见人权委员会第三十七届会议报告，《经社理事会正式记录，1981年，补编第5号》(E/1981/25至E/CN.4/1475)，第十五章。

见,⁶⁸并请注意“有必要加强所有一切反对种族隔离的措施,包括设立公约第五条所规定的国际刑事法庭。”⁶⁹

115. 在此谈及联合国在国际刑事管辖方面所作的种种努力时还应指出,预防和控制犯罪委员会在1990年2月16日第11次会议上通过第11/111号决定,⁷⁰建议经济及社会理事会将一份题为“恐怖主义犯罪活动”的决议草案转交给将于1990年8月27日至9月7日在哈瓦那召开的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会,以便在其临时议程项目5(专题三)项下采取行动,该项目题为:“采取有效的国家和国际行动,反对:(a)有组织的犯罪;(b)恐怖主义犯罪活动。”上述决议草案P部分如下:

P. 国际刑法的编纂和国际刑事法院的设立

31. 国际刑法应当编纂,国际法委员会对编纂工作的各个方面进行研究应受到鼓励,而且应该与预防和控制犯罪委员会合作进行。

32. 应该考虑在国际法院内设立一个特别刑事法庭或设立一个独立的国际刑事法院的可能性。对于1951年和1953年关于设立国际刑事法院的规约草案和1980年关于设立国际司法机构以便执行《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的规约草案应进行审议。此外,联合国还应鼓励各国认真探索在本组织主持下设立这样一个国际法院的可能性,以便将严重的国际罪行、特别是恐怖主义罪行交付审判。这一目标可以通过对某些特别有害和/或特别恶劣的罪行适用普遍司法管辖原则来实现。

⁶⁸ 见人权委员会1981年2月23日第5(XXXVII)号、1982年2月25日第1982/8号和第1982/10号、1983年2月18日第1983/9号和第1983/12号、1984年2月28日第1984/5号和第1987/7号决议。

⁶⁹ 人权委员会1987年2月26日第1987/11号、1988年2月29日第1988/14号、1989年2月23日第1989/8号和1990年2月23日第1990/12号决议序言部分。

⁷⁰ 见预防和控制犯罪委员会第十一届会议报告《经济及社会理事会正式记录,1990年,补编第10号》(1990年2月5日至16日),(E/1990/31-E/AC.57/1990/8和Add.1),第一、C章。

3. 委员会本届会议审议这个问题的情况

116. 下文第 117 至第 121 段一般性地论述了为审判危害人类和平及安全罪而设立国际刑事法院，特别是与以向国内法庭起诉为基础的普遍管辖权制度相比所具有的利弊。第 123 至第 151 段对各种可能的选择办法及委员会中在与设立国际刑事法院相关的一些十分具体而又重要的方面反映出来的各种主要趋势作了全面的介绍。第 152 至第 154 段论述了审判危害人类和平与安全罪的其他可能的国际机构。

(a) 一般考虑

117. 虽然委员会意识到一些国家认为设立此类法院的时机可能尚未成熟，但委员会注意到，国际关系和国际法的发展情况使国际刑事法院的设立比以前研究这一问题时更为可行。现在已很明显，国际犯罪已达到了可能危及各国的生存和严重扰乱国际和平关系的程度。因此人们更多地呼吁加强国际合作以便对付此种犯罪。当然，各国的最后立场将在很大程度上取决于此种法院的形式，因此委员会在下面陈述了法院设想可能采取的各种形式。

118. 设立国际法院的建议必须与现有的国际罪行检察机关对照起来研究。有大量罪行可以采用普遍管辖制度，在有些情况下还有许多国家参与，而且国家法院的刑事起诉工作十分有效。因此，成立国际法院的建议必须考虑到现有制度的圆满执行有可能受到损害。但是，有无上述可能完全取决于各个国家制度如何执法。国际法院一个公认的优点是能一致地运用法律，并尽可能保证客观地审判此类罪行。

119. 虽然应该考虑现有普遍管辖制度也对行使国家的权限有影响，但是关于设立法院的一个令人关切的主要问题还是它可能限制国家主权。有些反对普遍管辖权的政府提出，这使国内法庭具有判断外国政府行为的职责。从这方面考虑并从长远来看，接受国际刑事法院的权限相反却是国家在行使主权权限。

120. 由于国际罪行往往不只涉及一个国家，还可能涉及国家间争端，国际刑事法院采用第三方解决争端办法将有助于防止和解决国际冲突，从而有助于维护国际和平与安全。在有些情况下，将针对个人的案件提交给法院可能使该案件不被认为涉及国家间争端。

121. 虽然有人表示关切，认为国际法院不可能完全不受政治影响，但委员会确

信，可以通过设计一种具有充分保障的结构来保证法院的独立和公正。不管怎样，可以指望刑事法院更好地防止任意诉讼和在保护被告人权利方面胜过现行的普遍管辖制度。

122. 下面的 (b) 分节 (三) 项和 (g) 节更详细地讨论了执行治罪法草案的其他可能办法以及在国际刑事法院和国家法院之间可能建立的关系格局。

(b) 管辖和权限

(一) 诉讼事由

123. 似乎可能存在三种选择办法：

(a) 刑事法院将对治罪法所界定的罪行行使管辖权。

(b) 该法院仅对治罪法界定的一些罪行行使管辖权。

(c) 该法院的设立与治罪法无关，其宗旨是对各国授权于它管辖的各种罪行行使管辖权，特别是根据现行的国际公约对其行使管辖权。

124. 关于以上的第一种选择，支持将诉讼事由管辖权限于治罪法规定的罪行的论点是，治罪法对界定的罪行可以达到刑法的标准，特别是无法律即不构成犯罪规则的标准。而且，将诉讼事由管辖权限于治罪法规定的罪行并不排除以后扩大到其他罪行的可能性。该选择的另一优点是，治罪法只包括国际社会议定的最严重的罪行。

125. 另一方面，该选择的一个不足之处是，该法院必须等到委员会完成了治罪法草案的编纂工作后才能建立。

126. 上面的第二种选择有这样的可能性，即为实际可行或易于接受的理由，只授权该法院管辖治罪法界定的某些罪行，至少在法院初建阶段是如此。这种只限于某些罪行的做法，可一开始在规约中规定或通过条款规定使各国可以选择排除法院的管辖。后一种情况可能产生对等和普遍性的问题：如果只有一些国家同意授权法院管辖某些罪行，那么这些国家将诉诸国际刑事法院，而其他国家则不会，例如它们将继续通过其国家管辖权对这些罪行提起诉讼。

127. 上述第三种选择的主要优点，建立法院完全不受治罪法可能推迟通过的影响。

(二) 对个人的权限和管辖

128. 委员会正在拟订的治罪法草案在实施中只限于个人(第3条)。虽然讨论过将治罪法的范围扩大到国家的问题,但这一问题仍有待以后磋商。

129. 还讨论了至少在某些罪行方面,如麻醉品贩运,将管辖权扩大到国家以外法律实体的可能性。

(三) 管辖权的性质

130. 关于法院管辖权的性质,有三种可能的选择:

- (a) 拥有专门管辖权的国际刑事法院;
- (b) 国际刑事法院和国内法院的并行管辖权;
- (c) 只有复审权的国际刑事法院。

拥有提供法律选择的权限还可以被看成是对上述任何一种选择的补充。

131. 以法院专门管辖权而论,各国不应规定为法院权限内的罪行行使管辖权。

132. 如果选择国际刑事法院和国内法院并行管辖,一国则要在向国内法院还是向国际法院提起诉讼的问题上作出选择。这种可能性将影响适用一致性的优点。根据这一选择,还必须制订办法,以克服如一方想向国内法庭而另一方想向国际法庭提起诉讼而可能产生的困难。

133. 根据上述第三种选择,法院只有权在必要时复审国内法庭对国际罪行的判决。

134. 关于授予该法院对刑事事项发表法律意见的权限的可能性问题,除其他外,它们可以是国内法院要求的有约束力的意见,或联合国的机构要求的咨询意见。可以授予该法院对国际刑法的解释进行协调的任务,而将酌情裁决的职能留给国内法院。

(四) 提交案件

135. 工作组审议了谁可以向法院起诉的各种选择:(a)所有国家;(b)所有法院规约的缔约国;(c)由于(一)罪行据称是在其领土上犯的或针对它犯的;(二)受害者是其国民;(三)受指控的犯罪者是其国民;或者(四)被告在其境内发现,而涉及

的任何诉讼当事国；(d) 世界性或区域性政府间组织；(e) 非政府组织；(f) 个人。

136. 关于提交案件的权利问题讨论了两种可能限制条件。第一种是可能需要征得诉讼当事国的同意(如上文的(c)种选择规定的那样)；第二种是需要得到联合国大会或安全理事会的认可。

137. 在上述方案中作出选择有关提交案件权利应有多大限制的问题。例如，对获得提交案件权最大的限制是，要求只有法院规约缔约国才能提交案件，但须征得所有其他直接当事国的同意和得到大会或安全理事会的批准。最宽的限制是给予任何国家、组织或个人提交案件权。

(c) 法院结构

(一) 体制结构

138. 工作组讨论了设立常设法院还是临时性法院的问题。后者在治罪法执行过程中会引起统一性的问题。

139. 成立法院可以有以下几种办法：(a) 另外缔结公约；或(b) 根据通过治罪法的公约；或(c) 通过《联合国宪章》的修正案，例如，法院成为联合国的一个主要机构。此外，还讨论了根据大会决议设立法院的可能性问题。

140. 无论用何种办法设立法院，必须明确确定法院与联合国之间的关系，这既有：一般性政策的原因，也有在其他场合已讨论过的体制方面的问题(例如，法官的任命、诉讼的提出和筹措经费问题)。安全理事会根据治罪法(委员会在第四十届会议暂时通过的第12条⁷¹) 确定是否存在侵略问题的作用也应注意。

(二) 法院的组成

141. 根据设想，法院规模不宜过大，法官应代表世界各主要法系。讨论了是否需要组成分庭的问题。一种意见主张在分庭审判所有案件，但由总庭复审。此外，也审议了采用国际法院分庭制度的问题，使原告在法官的挑选上可发挥一定作用。

⁷¹ 《1988年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第71至72页。

(三) 法官的选举

142. 工作组讨论了选举法官的三种选择办法:(a)采用与国际法院相同的办法;⁷²
(b)在大会获特定多数当选;(c)由法院规约缔约国选举。

(四) 负责刑事起诉的机构

143. 工作组为检察官设想了各种不同的可能性。此等检察官的作用因上文第130段所列法院管辖权的各种选择而异。讨论的可能性有检察官的任命和设立与法院有联系的独立机构。

(五) 审判前调查

144. 工作组审议了审判前调查的各种可能办法:一种办法是将审判前调查交给法院完成,其他办法是交给检察官或法官。

(d) 判决的法律效力

145. 关于在存在共同管辖权而且国际法院已作出裁决的情况下判决的法律效力问题,人们设想国家法院不能复审该案。这一结论符合委员会第四十届会议暂时通过的治罪法草案第7条第1款(同一罪行不受两次审判)。⁷³

146. 关于在国家法院已作出裁决的情况下判决的法律效力问题,凡符合下列条件的可以设想由国际法院复审,例如:(a)如果一个有关国家有理由相信裁决不是根据对法律或事实的正确估价;(b)如果将虽然按其性质属于法院管辖范围内的罪行作为普遍罪行审判(例如见治罪法草案第7条第3款);(c)如果既决个人提出上诉。

147. 当然,如果设立法院只是审议针对国内法院所作判决的上诉,其裁决应优

⁷² 《国际法院规约》第四至十六条规定了法院法官选举程序。其中具体规定法官应由大会及安全理事会就常设仲裁法院各国团体所提出之名单内选举之(第四条第一项);大会及安全理事会各应独立举行法院法官之选举(第八条);安全理事会之投票应不论安全理事会常任理事国及非常任理事国之区别(第十条第二项);候选人在大会及在安全理事会得绝对多数票者应认为当选(第十条第一项)。

⁷³ 《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第68至69页。

先于国内法院的判决。

(e) 其他问题

(一) 刑罚

148. 刑罚问题是根据法无明文者不罚的原则讨论的。备选办法是对刑罚作笼统的规定或对每一罪行规定一种具体的刑罚。

149. 在审议刑罚问题时有人说应根据所犯罪行的严重程度来量刑。还提出了是否可能排除死刑的问题。

(二) 判决的执行

150. 工作组对执行问题的各个不同方面进行了全面的审议。基本上说有两种选择办法。一种需要国际拘留机构。另一种规定按国内制度执行，后者需要考虑给予向法院提出起诉的国家优先考虑的利弊问题。

(三) 法院经费的筹措

151. 工作组审议了法院经费的两种筹措办法，即由规约缔约国或联合国提供经费。由联合国提供经费具有保证更有效地持续不断地为法院筹措经费的优点，它要求联合国大多数会员国同时成为法院规约缔约国。

(f) 其他可能的国际审判机制

152. 达成的谅解里，最好建立国际刑事司法的单一机构，而并非如有关公约规定的那样为不同类型的罪行分别设立不同的法院。

153. 工作组审议了委托国际法院管辖针对个人的刑事诉讼的选择办法。会上指出如实行此种管辖需要修订国际法院规约。有必要得到国际法院对此选择办法的意见。

154. 有人提出了请其他法系的法官充实国家法院，以处理国际罪行的案件的建议。该建议并非作为国际法院的替代办法提出，而是作为一个可能采取的过渡性措施，以便克服适用普遍性国家管辖制度中的某些困难。

(g) 结论

155. 委员会对该问题的审议体现了一种广泛一致意见，即原则上，需要设立一

个常设国际刑事法院,并与联合国系统建立关系,虽然有人就此种法院的结构和管辖范围表示了不同意见。至少有三种可能的模式,其主要区别在于法院的权限和管辖权:

(一) 具有专属管辖权的国际刑事法院

- 这将需要各国放弃其对属于国际刑事法院管辖的罪行的刑事管辖权。
- 这可能使现有的确立国内法庭普遍管辖权的条约义务带来问题。
- 必须规定该法院系统内进行复审的程序。⁷⁴
- 这一模式势必导致建立审判前调查和检察官的制度。还需要制定将被告移交该法院的规则并需要就建立国际拘留机构和制定执行判决的规则达成协议。
- 这还将引起对等原则的问题(法院规约缔约国,非缔约国)和法院的管辖权取决于有关国家(属地国、其国民为被告的国家、被告所在地国)的同意的问题。

(二) 国际刑事法院和国家法院共同管辖权

- 缔约国不必放弃国家刑事管辖权,而可以逐案决定是向国际刑事法院提起诉讼还是行使国家管辖权。例如,根据这一模式,某些国家遇涉案者为其国民;罪行的对象为其国民或罪行在其境内发生,可选择行使国家管辖权。
- 这样一种制度可能会导致有关国家之间管辖权的冲突。
- 模式(一)的所有其他方面将适用于模式(二)(起诉、上诉、被告的移交、判决的执行、对等原则等)。

(三) 一个只有复审权的国际刑事法院

- 缔约国不必放弃其国家刑事管辖权。
- 它们得同意将其法院对列入治罪法的罪行的判决交给国际刑事法院复审。
- 除根据其他两种模式可向法院提出起诉者外,即除其他有关国家(属地国、其国民受审的国家、罪行针对国)或所有该法院规约缔约国外,这一模式

⁷⁴ 参见《公民权利和政治权利国际公约》第14条第5款。

使既决个人也有可能提起诉讼。

- 这种模式将不涉及关于普遍管辖权的现行国际义务,不需要其他国家的同意。
- 不需要另外制订上诉程序。
- 将设立一个常设国际刑事法院,如果各国获得一些有关该法院经验并同意扩大其管辖范围,则可予以扩大。

156. 可以选取上述(b)至(e)分节中所讨论的各种要素列入设想的每一种模式。每一模式也可规定法院如有此要求时有权提出法律意见,这种意见可以是有约束力的也可以是咨询性的,也可以两者兼而有之(见上文第130和134段)。

157. 设立国际刑事法院最终将是在发展国际法方面前进了一步,有助于加强法制,只有得到国际社会的广泛支持这一工作才能成功。

D. 关于危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案

1. 委员会至今为止暂时通过的条款草案案文

158. 委员会至今为止暂时通过的条款草案第1至8条、第10至16条、第18条和X条款案文如下:

第 一 章

导 言

第一编 定义和定性

第 1 条. 定义

本治罪法草案中所规定的〔国际法上的〕罪行构成危害人类和平及安全罪行。

第 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。

第二编 一般原则

第 3 条. 责任和惩罚

1. 凡犯有危害人类和平及安全罪行的个人,不论被告援引任何不包括在罪行定义之内的动机,均应对这种罪行负责任,并应为此而受惩罚。

2. 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可归因于它的作为或不作为依国际法应负的任何责任。

第 4 条. 审判或引渡的义务

1. 凡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将其引渡。

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. 本条第 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。

第 5 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。

第 6 条. 司法保证

凡被指控犯有危害人类和平及安全罪行的个人均无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:

1. 他在被证明为有罪之前应推定为无罪;

2. 他有权:

(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

如果建立国际刑事法院,本款即取消。

师联系；

(d) 不过分迟延地接受审判；

(e) 在本人出庭情况下接受审判，并亲自或通过自己选择的辩护人协助为自己辩护；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。

第 7 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的本治罪法罪行而受审或受惩罚。]

2. 在本条第 3、4 和 5 款规定的限制下，任何人如果因按本治罪法定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和惩罚。

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) 如果作为外国法院判决主题的行为发生在该国本国领土内；

(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已经判处并执行的任何刑罚扣除。

第 8 条. 不溯及既往

1. 任何人不得因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和惩罚。

.....

第 10 条. 上级的责任

如果上级知道,或者掌握情报使其能在当时情况下断定,其下级正在或将要犯危害人类和平及安全罪行,而且并不采取其权力范围内的一切可行措施,以预防或制止该罪行,则该罪行系下级所犯的事实并不免除其上级的刑事责任。

第 11 条. 官方地位和刑事责任

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。

第二章

构成危害人类和平及安全罪行的行为

第一编 危害和平罪

第 12 条. 侵略

1. 凡根据本治罪法对构成侵略的行为负有责任的任何个人,都应因危害和平罪而受到审判和惩罚。

2. 侵略是指一国使用武力侵犯另外一个国家的主权、领土完整或政治独立,或以与《联合国宪章》不符的任何其他方式使用武力。

3. 一国违反《宪章》的规定而首先使用武力,即构成侵略行为的初步证据,但安全理事会得按照《宪章》的规定下论断:根据其他情况,包括有关行为或其后果不甚严重的事实在内,没有理由可以确定已发生了侵略行为。

4. 在本条第 2 和第 3 款规定得到应有考虑的情况下,〔特别是〕任何下列行为,不论是否经过宣战,都构成侵略行为:

(a) 一个国家的武装部队侵入或攻击另一国家的领土,或因此侵入或攻击而造成的任何军事占领,不论时间如何短暂,或使用武力吞并另一国家的领土或其一部分;

(b) 一个国家的武装部队轰炸另一国家的领土，或一个国家对另一国家的领土使用任何武器；

(c) 一个国家的武装部队封锁另一国家的港口或海岸；

(d) 一个国家的武装部队攻击另一国家的陆、海、空军或商船和民航机；

(e) 一个国家违反其与另一国家订立的协定所规定的条件使用其根据协定在该接受国领土内驻扎的武装部队，或在协定终止后，延长该项武装部队在该他国领土内的驻扎期间；

(f) 一个国家以其领土供另一国家使用让该国用来对第三国进行侵略行为；

(g) 一个国家或以其名义派遣武装小队、武装团体、非正规军或雇佣兵，对另一国家进行武力行为，其严重性相当于上述所列各项行为，或该国实际卷入了这些行为。

(h) 安全理事会确定的构成《宪章》规定下的侵略的任何其他行为。

[5. 安全理事会关于侵略行为的存在的任何决定对于国家法院均有约束力。]

6. 本条中任何规定绝不得解释为扩大或缩小《联合国宪章》的范围，包括宪章中有关使用武力为合法的各种情况的规定在内。

7. 本条中任何规定绝不妨碍《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》里所述被强力剥夺了渊源于宪章的自决、自由和独立权利的人民，特别是在殖民和种族主义政权或其他形态的外国统治下的人民取得这些权利，亦不得妨碍这些人民按照宪章的各项原则和上述宣言的规定，为此目的而进行斗争并寻求和接受支援的权利。

第 13 条. 侵略的威胁

侵略的威胁在于使一国政府有确实理由相信正在认真考虑对该国进行侵略的声明、通讯、显示实力或任何其他措施。

第 14 条. 干涉

1. 以煽动〔武装〕颠覆或恐怖主义活动，或组织、协助或资助这种活动，或为这种活动提供武器，从而〔严重〕损害一个国家自由行使其主权权利的方式，

干涉该国的内政或外交。

2. 本条的任何规定绝不妨碍庄严载入联合国宪章的人民自决权。

第 15 条. 殖民统治和其他形式的外国统治

违反庄严载入联合国宪章的人民自决权，强迫建立或维持殖民统治或任何其他形式的外国统治。

第 16 条. 国际恐怖主义

1. 一国的代理人或代表从事、组织、协助、资助、鼓励或容忍反对另一国针对个人或财产的行为，并具有在知名人士、几类人或一般公众心理上造成恐怖状态的性质。

2. 除一国的代理人或代表之外的个人参与犯下第 1 款所指的任何行为。

.....⁷⁵

第 18 条. 招募、使用、资助和训练雇佣兵

1. 一国的代理人或代表为进行反对另一国的活动或为反对各国人民合法行使根据国际法所确认的不容剥夺的自决权的目的，招募、使用、资助或训练雇佣兵。

2. 雇佣兵是指属于下列情况的任何人：

(a) 在当地或国外专门招募以便在武装冲突中作战；

(b) 参加战斗行动的主要动机是为了获取私利，而且事实上冲突的一方或其代表已经允诺给予物质报酬，其数额大大超过冲突的该方对其武装部队中类似级别和职务的战斗员所允诺或支付的物质报酬；

(c) 既非冲突一方的国民，又非冲突一方所控制的领土的居民；

第 2 款将根据共犯和委员会将在以后阶段审议的关于危害人类罪的条款加以审议。

⁷⁵ 关于第 17 条，见上文第 89 至 92 段。

(d) 非冲突一方武装部队的成员；而且

(e) 不是由非冲突一方的国家派遣，作为其武装部队的成员执行公务。

3. 雇佣兵也指在其他任何状况下属于以下情况的任何人：

(a) 在当地或国外专门招募以参与协同的暴力行为，其目的为：

(一) 推翻一国政府或以其他方式破坏一国的宪政秩序，或

(二) 破坏一国的领土完整；

(b) 参与此种行为的主要动机是为了获取可观的私利，并受允诺给予或支付物质报酬所驱使；

(c) 不是这种行为所针对的国家的国民或居民；

(d) 不是由一国派遣执行公务；而且

(e) 不是行为发生在其领土的国家的武装部队成员。

第...编 危害人类罪

第 X 条. 非法贩运麻醉品⁷⁶

1. 一国的代理人或代表或其他个人，在一国境内或跨国界从事、组织、促进、资助或鼓励大规模的非非法贩运麻醉品。

2. 为第 1 款的目的，促进或鼓励非法贩运麻醉品应包括明知财产得自本条所述的罪行，为了隐瞒或掩饰该财产的非非法来源而获取、持有、转换或转移该财产。

3. 非法贩运麻醉药品是指违反国内法或国际法的规定，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品或精神药物。

⁷⁶ 见下文脚注 85。X 条与特别报告员建议的 Y 条草案相对应（见上文脚注 44），特别报告员建议的 X 条草案将非法贩运麻醉品作为危害和平罪来处理。

⁷⁷ 和第 12 条第 1 款（侵略）相反，第 16 和 18 条目前只界定构成这些条款中确定的罪行的行为。关于将这些罪行归咎于个人的问题将在以后的一般性条款中处理。

2. 委员会第四十二届会议暂时通过的
第 16、18 和 X 条草案案文及其评注⁷⁷

第二章 构成危害人类和平和安全罪行的行为

第一编 危害和平罪

.....

第 16 条. 国际恐怖主义

1. 一国的代理人或代表从事、组织、协助、资助、鼓励或容忍反对另一国针对个人或财产的行为,并具有在知名人士、几类人或一般公众心理上造成恐怖状态的性质。

2. 除一国的代理人或代表之外的个人参与犯下第 1 款所指的任何行为。

评 注

(1) 1954 年治罪法草案 (第 2 条第 6 款) 以下列措词述及作为危害和平罪的恐怖主义:“一国当局从事或鼓励另一国境内的恐怖活动,或容忍意图在另一国境内进行恐怖行为的有组织活动。”

(2) 第 16 条标题是“国际恐怖主义”,其目的是为了将这种恐怖主义与国内恐怖主义区分开来。国际恐怖主义是一国对另一国组织和进行的恐怖主义,而国内恐怖主义是在一国领土内由该国国民组织和进行的。这种恐怖主义并不危害国际关系,因此它属国内法管辖的范围。

(3) 第 1 款界定国际恐怖主义的组成因素如下:

(a) 一国的代理人或代表的干预。

(b) 此类干预还必须包括以下具体行为:组织、协助、资助或鼓励恐怖主义活动;或者容忍在国家领土内进行恐怖活动。“容忍”一词系指有意识地接受恐怖活动。

* 第 2 款将根据有关共犯和委员会将在以后阶段审议的关于危害人类罪的条款加以审议。

(c) 最后，上述行为必须具有在知名人士、几类人或一般公众心理上造成恐怖状态的性质。“知名人士”一词不仅指政治领导人，即政府成员、政治集会成员或工会领袖，而且还指在一国经济或社会生活中起重要作用的其他著名人士。

(4) 第 2 款 涉及个人参与一国的代理人或代表的恐怖主义行为。该款不包括个人所犯的与第 1 款所界定的国际恐怖主义行为无关的恐怖主义行为。虽然这一现象今天具有很大规模，尤其是在某些实体范围内（目的通常是谋利的恐怖主义组织或集团），虽然恐怖主义对各国构成威胁，但由于此种活动不能归罪于一个国家，因而似乎不可能将个人的恐怖主义行为看成是危害和平罪一类的罪行。第 2 款涉及个人在有关国家支持下从事的恐怖活动。但在此种情况下，就产生了有关个人是否不应被视为从犯的问题。因此必须根据未来的关于共犯的规定重新审查第 2 款。而且，委员会打算在审查有关危害人类罪的条款时再回到个人的国际恐怖主义行为这个问题。

第 18 条. 招募、使用、资助和训练雇佣兵

1. 一国的代理人或代表为进行反对另一国的活动或为反对各国人民合法行使根据国际法所确认的不容剥夺的自决权的目的，招募、使用、资助或训练雇佣兵。

2. 雇佣兵是指属于以下情况的任何人：

(a) 在当地或国外专门招募以便在武装冲突中作战；

(b) 参加战斗行动的主要动机是为了获取私利，而且事实上冲突的一方或其代表已经允诺给予物质报酬，其数额大大超过冲突该方对其武装部队中类似级别和职务的战斗员所允诺或支付的物质报酬；

(c) 既非冲突一方的国民，又非冲突一方所控制的领土的居民；

(d) 非冲突一方武装部队的成员；而且

(e) 不是由非冲突一方的国家派遣作为其武装部队的成员执行公务。

3. 雇佣兵也指在其他任何状况下属于以下情况的任何人：

(a) 在当地或国外专门招募以参与协调的暴力行为，其目的为：

(一) 推翻一国政府或以其他方式破坏一国的宪政秩序，或

(二) 破坏一国的领土完整；

(b) 参加此种行为的主要动机是为了获取可观的私利，并受允诺给予或支付物质报酬所驱使；

(c) 不是这种行为所针对的国家的国民或居民；

(d) 不是由一国派遣执行公务；而且

(e) 不是行为发生在其领土的国家的武装部队成员。

评 注

(1) 1954年治罪法草案没有涉及雇佣军问题。但应该指出，它载有一项规定（第2条第4款）包括：一国当局在其本国领土内或任何其他领土内组织或纵容组织武装集团以谋侵入另一国领土，或纵容在其本国领土内组织此种集团，或纵容此种武装集团利用其领土作为活动基地或侵入另一国领土的出发点，以及直接参与或支助此种侵入行为。

(2) 但是20年来通过的其他三份其他国际文件载有关于雇佣兵问题的重要规定。这些文件是，关于1974年关于侵略的定义，⁷⁸ 1977年关于1949年日内瓦公约的第一附加议定书⁷⁹ 和1989年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》。⁸⁰ 根据侵略定义第3(g)条（委员会第四十届会议暂时通过的治罪法草案⁸¹ 第12条（侵略）第4(g)款是以该条为基础拟订的），一个国家或以其名义派遣雇佣军，对另一国家进行武力行为（或该国家实际卷入了这些行为），在一定条件下构成侵略行为。第一号附加议定书第47条涉及雇佣兵的地位，该条（第1款）具体规定，雇佣兵不应享有作为战斗员或战俘的权利。1989年的公约将招募、使用、资助和训练雇佣军（第2条）及雇佣军直接参与战斗行动或共谋的暴力行为（第3条）确立为犯罪行为。

⁷⁸ 大会1974年12月14日第3314 (XXIX)号决议，附件。

⁷⁹ 第一议定书涉及国际武装冲突受害者的保护，1977年6月8日在日内瓦通过（联合国，《条约集》，第1125卷，第3页）。

⁸⁰ 大会1989年12月4日第44/34号决议，附件。

⁸¹ 见上文脚注71。

(3) 第 18 条第 1 款规定了该条所涉罪行的范围。该条首先阐明, 该罪行并非由雇佣兵本身的活动构成, 而是由招募、使用、资助和训练雇佣兵的行为所构成。第二, 该罪行能够归属的唯一人员是一国的代理人或代表。第三, 该行为必须具有下列两种目标之一才符合该定义: 雇佣兵的招募、使用、资助和训练必须是 (a) 为从事反对另一国的活动, 或 (b) 为了反对各国人民合法行使其为国际法所承认的不可剥夺的自决权利。⁸² 关于“各国人民为国际法所承认的自决权利”这一措词, 可参考第 12 条(侵略)第 7 款的措词, 以及委员会在其第四十一届会议上暂时通过的治罪法草案第 14 条(干涉)和第 15 条(殖民统治和其他形式的外国统治)中采用的“庄严载入联合国宪章的人民自决权”这一措词。⁸³

(4) 第 2 款根据 1989 年公约第 1 条第 1 款的定义对雇佣兵本身下了定义。⁸⁴ 该定义指受招募以便在武装冲突中作战的人。

(5) 第 3 款源于 1989 年公约第 1 条第 2 款, 界定了另一类雇佣兵, 即那些受招募以参与共谋的暴力行为的人, 其目的为推翻一国政府或以其他方式破坏一国宪政秩序, 或破坏一国领土完整。“在其他任何情况下”这一措词使这一类雇佣兵与第 18 条第 2 款所指的一类形成对照。

(6) 最近几年来, 这种新的雇佣兵活动在第三世界有很大的增加。

⁸² 根据 1989 年公约第 5 条, 各国义务不招募、使用、资助或训练雇佣兵, 该条明确地规定了不应“为反对各国人民合法行使其为国际法承认的不可剥夺的自决权利”而招募、使用、资助或训练雇佣兵。

⁸³ 见第 14 和第 15 条的评注(《1989 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 69 至 70 页)。

⁸⁴ 又见第一号附加议定书第 47 条第 2 款关于雇佣兵的定义。

X 条. 非法贩运麻醉品⁸⁵

1. 一国的代理人或代表或其他个人,在一国境内或跨国界从事、组织、促进、资助或鼓励大规模的非非法贩运麻醉品。

2. 为第 1 款的目的,促进或鼓励非法贩运麻醉品应包括明知财产得自本条所述的罪行,为了隐瞒或掩饰该财产的非非法来源而获取、持有、转换或转移该财产。

3. 非法贩运麻醉品是指违反国内法或国际法的规定,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品或精神药物。

评 注

(1) 在通过 X 条时,委员会暂时将非法贩运麻醉品作为一种危害人类罪,即使特别报告员也提交了一条关于作为一种危害和平罪的非非法贩运麻醉品的条文草案。在将贩运麻醉品定为危害人类罪时,委员会希望强调这一现象威胁全人类,并着重指出如发生贩运麻醉品,不仅威胁国家公共秩序,而且还威胁国际社会。1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》⁸⁶ 没有将这一罪行规定为国际罪行,但它确实给予国际组织或区域性组织防止非法贩运和拦截犯罪者的权限(第 10 条第 1 和第 2 款)。X 条向前进了一步,将这一罪行规定为国际罪行,但有某些限制条件。它规定非法贩运麻醉品不再只是属国内法的罪行,而且还是危害人类罪。虽然本条标题只提及麻醉品,但第 3 款也涉及如 1988 年公约界定的精神药物。

(2) 第 1 款界定该罪行,但定义中有些内容必须根据第 2 和第 3 款来理解。

(3) 关于可能犯罪的人,第 1 款提到了一国的代理人或代表以及个人。由于 X 条将非法贩运麻醉品定性为危害人类罪,因此犯罪者是行使或涉及一国指定给他们的

⁸⁵ 如评注中所说明,委员会暂时决定 X 条列入专门涉及危害人类罪的治罪法草案第二章部分。

⁸⁶ E/CONF. 82/15 和 Corr. 2。

任务行事还是以个人身份行事都无关紧要。虽然麻醉品的贩运的确往往由个人进行，但也不能排除国家代理人促进或参与此类贩运的可能性。“个人”一词包括为组织、协会和其他机构，如卡特尔，行事的或代表组织、协会和其他机构的人，贩运者通过这些机构或在这些机构中进行活动。它也包括在用于流动由非法贩运麻醉品获得的资金或其他资产的金融机构，如银行、投资公司等等范围内行事的人。

(4) 第1款只提到从事、组织、促进、资助或鼓励“大规模”非法贩运麻醉品。这一概念涉及到大批问题。该条款没有涉及小商贩的单独或个体的活动，而是指大规模的、有组织的活动。

(5) “在一国境内或跨国界”的措词表明为了构成危害人类罪，贩运并不一定在国家间进行。大规模进行的国内贩运也可能构成危害人类罪。甚至可以想象，可能为损害一个民族、种族或其他群体的成员的身体健全目的在一国境内专门组织贩运，在这种情况下，其作为危害人类罪的性质将更为明显。

(6) 第2款解释第1款中“促进”和“鼓励”等词的含义。其措词以1988年公约第3条第1款(b)(一)项为基础，它特别包括公认的使非法获得的资金合法化行为，以及从事这种活动的机构。“财产”一词指各种形式的动产或不动产和有形资产或无形资产以及证明这类资产所有权及其所产生的权利的法律文件和文书。

(7) “明知财产得自按本条所确定的罪行，为了隐瞒或掩饰该财产的非法来源”的措词从第X款的范围中排除了可能出于诚意行事、参与了第2款提及的一项活动但既不知道财产的非法来源也不知道隐瞒或掩饰这种来源的目的的人。

(8) 第3款解释“非法贩运麻醉品”措词的含义。它所包括的活动清单出自1988年公约第3条第1款(a)(一)项。这些活动都与非法贩运麻醉品和非法贩运精神药物有关。

(9) “违反国内法或国际法”措词强调贩运麻醉品的非法性质。国际法措词考虑到存在着许多有关麻醉药品的公约。对国内法的提及从第X条范围中排除了诸如特为配制药品或研究目的生产或进口麻醉品的活动，这类活动根据许多国家的国内法是合法的。

第三章

国家及其财产的管辖豁免

A. 导 言

159. 题为“国家及其财产的管辖豁免”的专题是国际法委员会1978年第三十届会议⁸⁷ 根据委员会为了开始本专题的工作所设立的工作组的建议,并应大会1977年12月19日第32/151号决议(第7段)的要求而决定列入其目前的工作计划的。

160. 委员会在1979年第三十一届会议上收到了特别报告员颂蓬·素差伊库先生提出的初步报告。⁸⁸ 委员会在同一届会议上决定向联合国会员国发出调查表,以便取得更多的资料,并了解各国政府的观点。从对调查表的答复中所收到的材料已于1981年第三十三届会议上提交委员会。⁸⁹

161. 从第三十二届会议(1980年)至第三十八届会议(1986年),委员会共收到特别报告员的另外七份报告,⁹⁰ 其中载有分五个部分安排的条款草案:第一部

⁸⁷ 《1978年……年鉴》,第二卷(第二部分),第152至155页,第179至190段。

⁸⁸ 《1979年……年鉴》,第二卷(第一部分),第227页,文件A/CN.4/323。

⁸⁹ 这些资料以及秘书处准备的一些其他资料后来发表于联合国立法丛书,题为《关于国家及其财产的管辖豁免的资料》(出售品编号:E/F.81.V.10)一书。

⁹⁰ 特别报告员的这另外七份报告载于以下文件:

第二次报告:《1980年……年鉴》,第二卷(第一部分),第199页,文件A/CN.4/331和Add.1;

第三次报告:《1981年……年鉴》,第二卷(第一部分),第125页,文件A/CN.4/340和Add.1;

第四次报告:《1982年……年鉴》,第二卷(第一部分),第199页,文件A/CN.4/357;

第五次报告:《1983年……年鉴》,第二卷(第一部分),第25页,文件A/CN.4/363和Add.1;

分（导言），第二部分（一般原则），第三部分（国家豁免的例外），第四部分（关于财产免于扣押和执行的豁免），第五部分（杂项规定）。

162. 委员会在1986年第三十八届会议上一读暂时通过了本专题的全部28个条款草案，⁹¹ 按照委员会章程第16和第21条，全部条款草案通过秘书长送请各国政府提出评论和意见，并请各国政府在1988年1月1日前将评论和意见提交秘书长。

163. 委员会在1987年第三十九届会议上任命小木曾本雄先生为本专题的特别报告员。委员会在1988年第四十届会议收到了会员国和瑞士对条款草案的书面评论和意见⁹² 以及特别报告员关于该专题的初步报告。⁹³

164. 委员会1989年第四十一届会议收到了特别报告员关于该专题的第二次报告，⁹⁴ 委员会将其与为进行对条款草案的二读提交的初步报告一起进行审议。委员会在讨论了这两个报告后，决定将第1至第11之二的条款送交起草委员会二读，并向其转交特别报告员的建议和某些委员在会体会议讨论中提出的建议。委员会未能结束其关于其余的第12至第28条的讨论，决定在第四十二届会议上对这些条款进一步加以审议。

（注90续）

第六次报告：《1984年……年鉴》，第二卷（第一部分），第5页，文件A/CN.4/376和Add.1和Add.2；

第七次报告：《1985年……年鉴》，第二卷（第一部分），第21页，文件A/CN.4/388；

第八次报告：《1986年……年鉴》，第二卷（第一部分），第21页，文件A/CN.4/396。

⁹¹ 《1986年……年鉴》，第二卷（第二部分），第8页起各页。

⁹² 《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分），第45页，文件A/CN.4/410和Add.1-5。

⁹³ 同上，第96页，文件A/CN.4/415。

⁹⁴ 《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 页，文件A/CN.4/422和Add.1。

B. 本届会议审议这个专题的情况

165. 在本届会议上，委员会收到特别报告员的第三次报告（A/CN. 4/431）。在这份报告中，特别报告员再次审查了一读暂时通过的全部条款草案，并考虑了委员会第四十一届会议上某些委员发表的意见，⁹⁵ 以及各国政府在书面评论和意见中和大会第六委员会在第四十四届会议上提出的意见，⁹⁶ 提出了某些修改。

166. 1990年5月16日至23日举行的委员会第2158至第2162次会议审议了特别报告员的第三次报告。委员会听取了特别报告员的介绍后，重新审议了第12至28条，包括草案第三部分的标题。在第2162次会议上，委员会决定将第12至28条提交起草委员会，并向其转交特别报告员的建议以及委员会委员的建议。

167. 起草委员会在本届会议上讨论了一读通过的28条中的16条，但由于时间不够，未能对余下的条款进行审议。起草委员会二读通过的条款是：第1条（本条款的范围）；第2条（用语）；⁹⁷ 第3条（不受本条款影响的特权和豁免）；第4条（本条款不溯及既往）；第5条（国家豁免）；第6条（实行国家豁免的方式）；第7条（明示同意行使管辖）；第8条（参加法院诉讼的效果）；第9条（反诉）；第10条（商业交易）；⁹⁸ 第12条（雇用合同）；第13条（人身伤害和财产损害）；第14条（财产的所有权、占有和使用）；第15条（智力产权和工业产权）；和第16条（纳税事项）。鉴于本届会议二读未能结束，许多规定仍然悬而未决，委员会一致同意对起草委员会迄今为止二读通过的条款的详细讨论不能解决任何问题。因此，委员会决定

⁹⁵ 《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第97页起各页，第403至610段。

⁹⁶ 见“秘书处编写的第四十四届大会期间第六委员会讨论国际法委员会报告的专题摘要”（A/CN. 4/L. 443），E节。

⁹⁷ 起草委员会在通过第11条之二前推迟通过第2条第1款(b)(3)之二（最初由特别报告员在其初步报告中作为条款草案第11条之二）（分离的国家财产）（《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分），第109页，文件A/CN. 4/415，第122段）提出。

⁹⁸ 委员会一读暂时通过了将第2和第3条合并为新第2条，并将原第4至11条重新编号为第3至第10条。

对上述条款的最后通过推迟到完成余下的条款之后，而使本届会议只注意起草委员会主席的口头报告。⁹⁹ 根据委员会章程，它希望将最后通过的整套条款草案连同评注提交大会第四十六届会议。

168. 以下各段反映了委员会中的一些委员在本届会议上对草案第三部分标题和第 12 至 28 条以及特别报告员提出的条款的评论和建议。关于特别报告员对第 1 至 11 条之二草案的评论和建议，¹⁰⁰ 只有几位委员在委员会全体会议上发表了意见，主要是因为其他委员已在上届会议上发表了他们的意见。一位委员认为，条款草案的范围应扩大到不仅包括特别报告员所建议的一国对另一国法院的管辖和制约措施所享有的豁免，而且包括对另一国的立法机构或部门的管辖豁免，他建议第 1 条（本条款的范围）和第 6 条（国家豁免）应按此进行修改。关于特别报告员第三次报告建议的将一读通过的第 2 和第 3 条合并后第 2 条的新案文，一位委员支持在第 1 款（c）中使用“商业交易”一词，而非“商业合同”一词。这位委员还对特别报告员新案文第 2 款中的建议表示疑问，该款把交易性质当成确定交易是否具有商业性质的首要标准，而且允许法院地国法院将交易的政府性目的考虑在内。有人认为，所建议的修改仍然回避具有商业性质的交易的肯定的政府性目的这一根本性问题，并认为任何提到交易的目的只会使问题混淆不清。两位其他委员评论特别报告员的该项建议，其中一位委员支持这项修改，另一位委员则不同意，因为他认为这样会大大降低交易目的所具有的重要意义。

169. 关于第 6 条（国家豁免），两位委员支持特别报告员关于删除方括号内的措词“和一般国际法的有关规则”的建议，称删除该措词将避免国内法院可能对国际法进行单方面解释，并指出在本条款草案中无论提及或不提及，在适用国际法的新规则时总是有余地的。但是一些其他委员认为，直到余下的条款特别是第三和第四部分的二读完成后，再对第 6 条的措词和草案第二部分的标题作出决定会更好些。

170. 关于第 11 条（商业合同），一位委员说他本倾向于新拟订这一条款，因为

⁹⁹ 见第 2191 次会议简要记录（见《1990 年……年鉴》，第一卷），第 24-89 段。

¹⁰⁰ 这些条款的案文，见特别报告员的第三次报告（《1990 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 页起各页，文件 A/CN. 4/431）。

它没有包括任何涉及国际私法适用的规则。他认为特别报告员在第三次报告中建议的案文有些折衷的意味，以致产生很大程度的不确定因素。在这方面，他回顾了商业界过去曾对国际协定中经常列入类似含混的措词感到遗憾。他认为，如果第11条第1款提及有关管辖选择的国际协定或指明受法律支配的条款则更可取，他要求特别报告员和起草委员会考虑这一建议。关于第11条草案之二（分离的国家财产），¹⁰¹ 这位委员担心特别报告员建议修改的案文没有包括这样一种情况，即即使国家企业从事本条所界定的商业交易，但由于统治权行为问题也会引起合同方面的争议。不论第11条还是第11条之二看来都没有包括这种可能发生的问题。然而，两位委员支持特别报告员重新拟订的第11条草案之二。一位委员说他感到特别高兴，因为新案文正确地处理了国家和国家企业享有豁免或不能享有豁免的问题。另一位委员强调分离的国家财产问题对所有国家的重要性，因为世界上每个国家都与苏联和中国这样的国家有经济关系，而这些国家分离的国家财产在不同程度上起着相当大的作用，他说，对这个问题所建议的规定将促进为所有国家的利益建立密切的经济关系。在这方面，委员会注意到在苏联正在进行的重建，特别是通过了导致实行市场经济的关于财产和经济改革的新法律。

171. 在评论整个条款草案时，一位委员注意到委员会中委员们对国家豁免一般原则的反对意见，对这些意见是否可能在起草委员会或大会第六委员会或在外交会议上得到协调表示怀疑，因为意见反映了在实质问题上的分歧。

1. 草案第三部分 国家豁免的〔限制〕〔例外〕

172. 为了就第三部分的标题达成协议，特别报告员在其第三次报告中提出一种中立的提法，如“不适用国家豁免的活动”或象一位委员所建议的“不得在另一国法院援引国家豁免的情况”。他说如果这两种提法不能得到任何人支持的话，则这个问题将到结束本条款草案的审议时再作出决定。

173. 在委员会讨论期间，某些委员表示支持按照特别报告员所建议的中立的提

¹⁰¹ 见上文脚注97最后。“分离的国家财产”的措词系指某些法律制度所承认的一种特别类型的财产。

法。有一位委员提出一项备选提法，即“关于国家同意不援引豁免的国家活动”。

174. 鉴于以上情况，考虑到委员会中无人反对采用中立的提法，特别报告员建议应委托起草委员会为第三部分找到一个可以普遍接受的标题。

第12条（雇用合同）¹⁰²

175. 特别报告员回顾了关于第12条所发表的分歧意见。委员会的一些委员、大会第六委员会的一些代表以及一国政府在其书面评论中建议删除该条款。他们认为，本案文所设想的劳工法纠纷通常由共同协议或保险项目来解决。有人还提出，缺少司法惯例或国家实践的证据不能成为列入该条的理由。然而，其他一些委员认为第12条虽然重要，但是指出各国法院是向外国的某些类别的雇员提供有效补救办法的唯一合适的场所。

¹⁰² 委员会一读暂时通过的案文如下：

“第12条. 雇用合同

“1. 除有关国家间另有协议外，一国对另一国原应管辖的法院中涉及该国和个人间关于已全部或部分在该另一国领土内进行的或将进行的服务工作的雇用合同的诉讼，如果该雇员是在该另一国征聘，而且适用该另一国实行的社会保险规定，则不得援引豁免。

2. 第1款不适用于下列情况：

“（a）征聘该雇员是为了进行与行使政府权力有关的工作；

“（b）该诉讼涉及个人的征聘、雇用期的延长或复职；

“（c）该雇员在签订雇用合同时既非法院地国的国民也非其长期居民；

“（d）该雇员在提起诉讼时是雇用的国民；

“（e）该雇员和雇员国另有书面协议，但由于公共政策考虑，因该诉讼的事项内容而赋予法院地国法院专属管辖权者不在此限。”

176. 特别报告员注意到事实上在这方面各国的国内法并不统一。¹⁰³ 一读通过的第12条似乎以联合王国1978年《国家豁免法》¹⁰⁴ 和1972年关于国家豁免的欧洲公约¹⁰⁵ 为基础,规定外国对涉及该国和个人间关于在法院地国领土内进行工作的雇用合同的诉讼,除某些例外情况外不得援引豁免的规定。特别报告员认为,应研究的问题是这些例外情况是否如此广泛以致实际上否定了他认为可以普遍接受的不得援引豁免的原则。特别报告员在初次报告中提出了两项建议,这两项建议缩小了不得援引豁免规则的例外情况的范围,即删除第1款中的社会保险的规定,¹⁰⁶ 并删除第2款第(a)和(b)项。¹⁰⁷

177. 特别报告员根据某些委员的意见建议删除有关社会保险的条件,因为并非所有国家对其劳动力都制订了社会保险制度。特别报告员还建议删除第2款(a),因为根据某些委员和政府的意见,这项规定所包括的各类人太广,将使按第1款确立的不得援引豁免的规定不适用于所有被征聘进行与行使政府权力有关(可以对“有关”一词作非常从宽的解释)的工作的雇员。但是特别报告员认为,(a)项主要意在将使节团的行政和技术工作人员置于第1款的适用范围之外,而第4条不一定起到这种作用。因此,他撤回他的删除(a)项的建议而提出备选案文,该备选案文将限制要求雇员是外交使团或领事使团的行政或技术工作人员的例外情况。所建议的案文如下:

¹⁰³ 联合王国1978年《国家豁免法》第4节列有关于该问题的详细规定,新加坡1979年《国家豁免法》和巴基斯坦1981年《国家豁免法》与联合王国的规定非常相似。但是,美国1976年《外国主权豁免法》和加拿大1982年《国家豁免法》并无这类具体规定。1972年关于国家豁免的欧洲公约第5条列有详细规定。(这些文件被援引在特别报告员第三次报告(A/CN.4/431)的注中。)

¹⁰⁴ 见A/CN.4/431,脚注20。

¹⁰⁵ 同上,脚注19。

¹⁰⁶ 《1988年……年鉴》,第二卷(第一部分),第110页,文件A/CN.4/415,第131段。

¹⁰⁷ 同上,第132段。

(a) “该雇员是与行使政府权力有关的使节团或领事团的行政或技术工作人员；”

关于删除(b)项的问题,特别报告员同意某些委员和政府过去发表的意见,即如果可以对涉及征聘、雇用期的延长或复职的诉讼援引豁免,则由地方法院保护的事项似乎只剩下很少。¹⁰⁸ “征聘”一词引起了特别麻烦的问题;在本国劳工法列有关于征聘的非歧视规定的情况下,法院地国可能会对确定违反本国法院的这种规定抱有极大的兴趣。在这方面,在委员会和第六委员会提出将“征聘”由“任命”取代。特别报告员说,无论如何他希望在委员会进一步讨论之前继续审议这个问题。

178. 在委员会讨论期间,所有就第12条发言的委员除一位委员外似乎都支持以某种形式保留这一规定,以便使没有其他实际依靠的外国雇员得以在他进行服务工作的另一国法院对该国提出诉讼。另一位委员虽然支持保留该条,但指出该条会引起许多问题。他回顾过去各国对外交使团工作中受雇的该使团的雇员提出的要求一贯给予豁免,主要原因是为一外国工作涉及参与该国的公务,审理原告的申诉也可能涉及对政府公务的调查。大多数过去判决的案件均不属政府性活动的范围,而涉及在半政府性机构如文化机构等等工作的雇员。在这种情况下,显然无法要求管辖豁免。但如征聘的雇员是为政府机构或政府本身服务,则他们的活动被视为政府的活动,而政府的特权总的来说是得到尊重的。考虑到这点,这位委员宁愿保留一读通过的案文而撤销特别报告员建议的案文。

179. 一位委员提请委员们注意以下事实,即尽管如特别报告员所指出的美国法律对雇用合同的确未作具体规定,但无疑《1976年外国主权豁免法》第1,605条(a)(2)中规定的一般商业活动的例外情况均涉及这类合同。这项法律的立法史对这个问题作了明确说明;没有提及雇用合同完全是由于整个做法与本草案中所采取的做法不同。

180. 删除第12条1款社会保险条件的措词得到了普遍的支持。但是一位委员认为应该保留这一措词,因为经常产生这方面的困难。他认为“实行的”一词说明没有社会保险制度的国家不能因此要求它制订。关于第2款(a)项,委员们的意见存

¹⁰⁸ 同上,同样见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第110页,第513段。

在分歧,一些委员支持特别报告员的范围较有限的备选案文,而另一些委员则主张或是删除(a)项或是采用一读通过的一般性措词的案文。

181. 对第2款(b)项也存在意见分歧。一些支持特别报告员意见的委员建议删除“征聘”一词或删除整项规定。一位委员认为(b)项不一定按照关于免于胁迫措施的国家豁免的第26条,因为后一条将保证法院地国法院不能强迫一国雇用或继续雇用或重新雇用某一个人。但是某些其他委员则坚持保留(b)项,包括“征聘”一词,因为他们认为这个词符合国际法的既定规则。一位委员认为,征聘不能在法院提出质疑,因为国家决定是否雇用或延长雇用期的自由是不应有疑问的。他认为,只有不尊重雇用合同给予雇员的权利问题才能向法院提出。

182. 特别报告员建议,在诉讼涉及个人的征聘、雇用期的延长或复职时,一种解决办法可以是具体规定仅在其目的是要保证金钱赔偿时才应予以允许,但不允许法院对外国发布禁令。

183. 关于第2款(c)项,一位委员建议删除“也非其长期居民”的措词。他认为一个居住在外国的一国国民,仍应象该国的任何其他国民一样对待,尽管会带来由这种地位所产生的法律后果。

184. 特别报告员鉴于以上的讨论情况以及上届会议关于第12条的讨论情况,建议保留该条,但删除第1款的社会保险条件的措词。关于第2款(a)和(b)项,特别报告员建议起草委员会给予进一步的考虑。

第13条(人身伤害和财产损害)¹⁰⁹

185. 特别报告员注意到第13条一般设想是一种涉及一国对责任应归于该国

¹⁰⁹ 委员会一读暂时通过的第13条案文如下:

“第13条. 人身伤害和财产损害

“除有关国家间另有协议外,一国对于另一国原应管辖的法院涉及人身死亡或伤害或有形财产的损害或灭失的赔偿的诉讼,如果据称责任应归于该国、造成死亡、伤害或损害的作为或不作为全部或部分发生在法院地国领土内,而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内,则不得援引豁免。”

的作为或不作为所造成的损失偿付金钱赔偿的非商业性侵权行为和责任的規定。他说，象第12条的情况一样，委员会委员对第13条的意见迄今也存在着分歧。一些委员建议删除整个条款，因为他们认为该条款的根据是少数国家的法律，可以通过外交渠道解决这类情况。某些其他成员担心，如果造成伤害或损害的作为或不作为的责任可归于一个国家，则将引起国家责任问题，而这只能根据国际法而非国内法来解决这个问题。还有人指出，该条将在一国根据本条款享有的管辖豁免与代表国家的外交人员根据有关的现行国际协定享有的豁免之间造成不一致情况。这一规定没有将主权行为和私法行为加以区分。还有其他委员认为，这种性质的争论并不罕见，而实际上外交保护并不是一种可行的替代办法。

186. 鉴于这些分歧意见，特别报告员曾提出三项建议：第一，增添一个新的第2款，内容为：“第1款不影响国际法中关于国家责任的任何规则”；第二，删除“而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内”等措词；第三，该条款的适用范围主要限于在法院地国发生的涉及国有或国家经营的运输工具的交通意外事故所引起的金钱赔偿。关于第一条建议，在上届会议上既无反对意见也没有明确的支持。关于第二条建议，某些委员对所建议的删除表示保留；至于第三条建议，委员中也存在着分歧意见，有人指出一般的做法是通过保险解决这些问题，但是也有人指出保险并非一定包括所涉全部风险。根据上届会议的讨论情况，特别报告员希望保留一读通过的第13条案文，并弄清商业性侵权行为概念本身是否能为委员会所接受。

187. 在委员会本届会议讨论期间，大多数发言的委员都赞成保留第13条。有人说没有国家豁免的这种例外的情况，受伤害的个人实际上不能得到补救办法，因为几乎在人身伤害或财产损害的所有案件中，都不大可能得到外交保护。就国际人权法来说，个人必定会拥有某种有效的求偿权。但是一位委员主张删除该条，称国家豁免的例外情况应该减少到最低限度。他认为，例外情况是不必要的，因为违反国内法的案件通常都由保险或通过外交渠道解决。

188. 其他某些委员虽然不完全反对在这个问题上列入一条规定，但担心一读通过的第13条案文可能会影响国家责任的问题。一位委员认为，所产生的麻烦是：首先，该条规定法院可以把一个自然人或法人的作为或不作为的责任归于一个外国并宣布该国应负责任，有别于该国的自然人或法人在这种作为或不作为发生时处于法

院地国领土内。他认为,有关损害赔偿而产生的法律关系的规定不属第13条范围。第二,一个国家的非法作为与不作为,应按国际法规则通过国际程序来确定,而不能由国家法院来确定。另一位委员也担心第13条乍看起来似乎意味着会产生国家的国际责任问题,但是实际上本条适用的范围限于责任的确定,与其说是按照国际法规则,不如说是根据侵权行为地法按照法院地国法院适用的国内法规则。在这方面,一位委员表示,他接受本条仅仅是以增添了一个建议的新2款为条件(见上文第186段)。

189. 还有人表示担心说,根据第13条的规定,按照1961年维也纳外交关系公约第31条,国家享有的豁免将低于其外交官的豁免。一位委员认为第13条案文与维也纳公约第31条有很大的矛盾。然而,另一种意见认为并不存在那种矛盾。虽然维也纳公约为外交和领事馆舍和人员提供了许多豁免,但它未列入任何规定使外国对例如由一国和个人之间的商业合同或侵权行为所引起的行为享有法院地国法院的管辖豁免。还有一种看法是,关于第13条的问题是它包括了许多没有明确分清的有关概念。该条仅提到国家而没有提到外交官,只提到“责任应归于该国”的作为或不作为,必须明确这一区别。

190. 对第13条的范围的意见也存在分歧,某些委员支持条款的适用仅限于交通事故所引起的金钱赔偿问题,而一位委员则不同意。关于所谓“在场条件”,普遍支持保留“而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内”的措词。一位委员建议,如果保留该条款,“据称责任应归于作为或不作为”的提法应以更为精确的措词来重新拟订,而且规则的主体与客体应根据各国政府和委员会委员的评论更明确地加以规定。

191. 特别报告员建议这些问题应由起草委员会来考虑。

第14条(财产的所有权、占有和使用)¹¹⁰

192. 特别报告员根据委员会上届会议和某些政府书面评论中就第14条发表的

¹¹⁰ 委员会一读暂时通过的案文如下:

“第14条. 财产的所有权、占有和使用

“1. 除有关国家间另有协议外,在涉及确定下列问题的诉讼中,一国不能

意见，建议删除第1款(c)、(d)和(e)项，这些部分主要代表普通法国家的惯例。

193. 就本条发言的大多数委员支持特别报告员的建议。一般认为这些规定没有反映普遍的实践，因此不适合一项普遍性的公约。有人还建议，这些规定即使在财产和法院地国没有任何联系的情况下也可为外国管辖打开大门。然而，一位委员告诫在没有经过对删除(c)、(d)和(e)分项的影响仔细思考后不要接受关于删除的建议。他认为，对肯定不能援引豁免的所提到的这几种情况，看来也不适用其他更多的一般规定，因此委员会应该或者保留这几个分项或增加某些一般规定。另一位委员虽然同意特别报告员建议的删除某些不能普遍接受的措词，但希望普遍有效的基本概念不会因此丢失。

(注110续)

援引国家豁免来阻止另一国原应管辖的法院行使其管辖：

“(a) 该国对位于法院地国的不动产的任何权利或利益，或其对该不动产的占有或使用，或该国由于对该不动产的利益或占有或使用而产生的任何义务，或

“(b) 该国对动产或不动产由于继承、赠与或绝产而产生的任何权利或利益，或

“(c) 该国对构成死亡者、精神失常者或破产者产业一部分的财产的管理的任何权利或利益，或

“(d) 该国对公司解散或结业时财产管理的任何权利或利益，或

“(e) 该国对托管财产或其他方式信托的财产的管理的任何权利或利益。

“2. 凡属在另一国法院向国家以外的人提起的诉讼，尽管该诉讼涉及的或要使国家丧失的财产系：

“(a) 国家占有或控制的财产，或

“(b) 国家对之主张拥有权利或利益的财产，

“但如该国家本身在向其提起诉讼的情况下也不能援引豁免，或者该国家主张拥有的权利或利益既未得到承认，也无表面证据的支持，则不应阻止该另一国法院行使其管辖。”

194. 两位委员还担心第1款(b)项即使在财产和法院地国之间没有任何联系的情况下也可以允许外国法院的管辖权,并建议象第1款(a)项一样应列入有关措词对位于法院地国的财产作出规定。另一位委员认为第1款(b)项应予删除。

195. 关于第2款,某些委员建议删除整个规定,因为这项规定似乎有些重复或与第7条第2款(实行国家豁免的方式)的规定有抵触。

196. 特别报告员建议这些问题应由起草委员会考虑。

第15条(专利、商标和智力产权或工业产权)¹¹¹

197. 特别报告员注意到,一国政府在其对第15条的书面评论中要求加插植物栽培者的产权。为了满足这项要求,他建议将(a)项修改为“……版权或其他任何形式的智力产权或工业产权,包括植物栽培者权利……”。特别报告员还建议在同一项加插“电脑产品产权”的措词,这是由于考虑到最近在这个领域的技术发展情况。电脑产品产权应包括电脑程序设计和半导体晶片布局。

198. 加插植物栽培者权利和电脑产品产权的措词得到了若干委员的同意,虽然其中一位委员建议这些权利的性质和范围应在评注中加以说明。然而,某些其他委员则并不认为加插这些特别措词是有充分理由的。他们认为,由于列举不可能详尽无遗,最好是能找到也包括这些权利的一般性措词,或是将这些具体措词纳入评注中。两位委员同意这种意见,即第15条仅适用于法院地国专利权或商业名称的商业目

¹¹¹ 委员会一读暂时通过的第15条案文如下:

“第15条. 专利、商标和智力产权或工业产权

“除有关国家间另有协议外,一国不得对另一国原应管辖的法院在有关下列事项的诉讼中援引豁免:

“(a) 确定该国对在法院地国享受某种程度即使暂时的法律保护措施专利、工业设计、商业名称或企业名称、商标、版权或其他任何类似形式的智力产权或工业产权的任何权利,或

“(b) 据称该国在法院地国领土内侵犯在法院地国受到保护的、属于第三者的上述(a)项权利的行为。”

的,而不适用于确定这类权利的所有者。然而,即使具有这种限制条件,一位委员仍不必要地对该条进行了严谨的考虑,因为该条要解决的问题均属高度技术性质的问题,应留待专门的国际公约,如世界知识产权组织主持下订立的公约来解决。还有人建议应该删除(b)款,因为“据称的侵犯”的措词含义是如此之广,以致为滥用铺平道路。

第 16 条 (纳税事项)¹¹²

199. 特别报告员注意到关于第 16 条没有提出实质性问题,只有一项建议是仿照 1972 年欧洲国家豁免公约第 29 条 (c) 款将该条案文修改如下:“本条不适用有关关税、赋税或罚款的诉讼。”

200. 尽管有两位委员反对,但还是普遍支持保留该条。一位委员建议本条案文在 1972 年欧洲国家豁免公约第 29 条第 (c) 款措词的基础上加以简化。

201. 特别报告员建议委托起草委员会根据上述建议对该条的措词进行审议。

第 17 条 (参加公司或其他集体机构)¹¹³

202. 特别报告员注意到对第 17 条没有提出任何实质性的反对意见。他忆及一

¹¹² 委员会一读暂时通过的第 16 条案文如下:

“第 16 条. 纳税事项

“除有关国家间另有协议外,一国对另一国原应管辖的法院有关该国按照法院地国法律可能须缴纳关税、赋税或其他类似捐费的纳税义务的诉讼,不得援引豁免。”

¹¹³ 委员会一读暂时通过的第 17 条案文如下:

“第 17 条. 参加公司或其他集体机构

“1. 除有关国家间另有协议外,一国对另一国原应管辖的法院有关该国参加具有或不具有法人资格的公司或其他集体机构的诉讼,即关于该国与该机构或该机构其他参加者之间关系的诉讼,不得援引豁免,但有以下条件:

“ (a) 该机构的参加者不限于国家或国际机构,而且

“ (b) 该机构是按照法院地国的法律注册或组成或其控制中心或主要营业

国政府在书面评论中提议，集体机构主要营业地位于法院地国这一条件应优先于其他标准。另一国政府提议“参加”和“参加者”两个词分别改为“成员资格”和“成员”。特别报告员建议保留该条，不作实质性更改。

203. 在委员会讨论时，没有对第 17 条作任何实质性评论。

第 18 条（国家拥有或国家经营的从事商业活动的船舶）¹¹⁴

（注 113 续）

地位于法院地国。

“2. 如争端当事方之间的书面协议或建立或管理该机构的章程或其他文书中有相反的规定，本条第 1 款即不适用。”

¹¹⁴ 委员会一读暂时通过的第 18 条案文如下：

“第 18 条. 国家拥有或国家经营的从事商业活动的船舶

“1. 除有关国家间另有协议外，拥有或经营一艘从事〔非政府性〕商业活动的船舶的国家，在有关该船舶的经营的任何诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于或意图专用于〔非政府性〕商业用途，即不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

“2. 第 1 款不适用于军舰、辅助舰艇或一国拥有或经营而用于或意图用于政府性非商业活动的其他船舶。

“3. 为本条的目的，“有关该船舶的经营的诉讼”一语应指包括确定下列诉讼要求的任何诉讼在内的诉讼：

“（a）关于碰撞或其他航行事故的要求；

“（b）关于协助、救助和共同海损的要求；

“（c）关于修理、供应或有关船舶的其他合同的要求。

“4. 除有关国家间另有协议外，一国在有关该国拥有或经营的、从事〔非政府性〕商业活动的船舶所载货物的运输的诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于或意图专用于〔非政府性〕商业用途，即不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

204. 特别报告员指出，他已在第二次报告¹¹⁵ 中对第 18 条作了详细解释，现在建议仅删除第 1 和第 4 款中方括号内的“非政府性”一词，因为他认为这个词含义不清，不符合与海洋法有关的一些条约的惯例。他在第三次报告中引用了这些条约。¹¹⁶ 关于某些政府建议在草案中采用有关国家拥有或国家经营从事商业活动的船舶的分离的国家财产的概念，特别报告员和一些其他委员认为委员会应谨慎避免不必要的重复，特别是与第 11 条草案之二的重复。如果有关船舶属于国家企业，则根据该条规定须服从适用于自然人或法人的同样规则和责任制度。关于国家拥有或国家经营的从事商业活动的飞机问题，特别报告员在其第二次报告¹¹⁷ 中建议这个问题较适于在评注中论述而不应作为新增加的第 18 条规定。

205. 在委员会讨论期间，若干委员支持特别报告员的建议，删除第 18 条第 1 和第 4 款的“非政府性”一词，但附带条件是“商业用途”一词含义在评注中应加以说明，并说明如果一艘船舶执行政府性任务则拥有国或经营国的豁免应有效。然而，某些其他委员反对删除这两款，一位委员指出，“政府性的非商业活动”看来是一种传统的措词，其先例特别是在 1958 年公海公约中可以找到。从逻辑推理来看，“非政

(注 114 续)

“5. 第 4 款不适用于第 2 款所述船舶所载运的任何货物，也不适用于属于国家所有、用于或意图用于政府性非商业活动的货物。

“6. 国家可提出私有船舶、货物及其所有人所能利用的一切抗辩措施、时效和责任限制。

“7. 如果在任何诉讼中产生有关船舶或货物的政府和非商业性质问题，该船舶或货物所属国家的外交代表或其他主管当局签署的、送达法院的证件，应作为该船舶或货物性质的证据。”

¹¹⁵ 见《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 页，文件 A/CN. 4/422 和 Add. 1，第 24 至 31 段。

¹¹⁶ A/CN. 4/431，脚注 22 至 25。

¹¹⁷ 《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 页，文件 A/CN. 4/422 和 Add. 1，第 31 段。

府性的商业”这一措词与第2、5和7款中的“政府性非商业的”措词应是对应词，没有理由使这两个措词不能同时使用。他认为，两个限制词的使用都是合理的，因为它们均分别说明活动的性质和国家在这个问题上的目的，这可理解为目的标准对豁免问题是首要的，某些草案的修改就是从这一点出发的。另一位委员说，删除第1和第4款的“非政府性”一词将严重损毁国家管辖豁免原则，并挫伤许多发展中国家作为一种国家政策而不只是为商业用途发展国家航运公司的努力。另一位委员虽然并不坚持保留“非政府性”一词，但建议应该说明如果国家船舶进行的特定商业活动涉及国家的利益，有关国家应该可以援引该船舶的豁免。

206. 考虑到这些意见以及许多其他委员在上届会议上赞成删除“非政府”一词，特别报告员建议这个问题将提交起草委员会审议。

207. 关于某些政府建议采用与国家拥有或国家经营从事商业活动的船舶有关的分离的国家财产的概念。一位委员提到根据新的关于财产和企业法的精神他认为在苏联的该领域应进行的改革。另一位委员担心第18条目前拟订的草案没有充分考虑到某些国家所采用的一种制度，这种制度规定国家拥有的船舶是由独立的法律实体为商业用途而经营的。按照这位委员的解释，这样一种制度不属第11条草案之二的范围。他认为对特别报告员第三次报告中所引用的有关公约进行研究，就可得知这些公约一般只有在涉及用于政府非商业性活动的船舶时，才提到拥有国和经营国，但是在这些公约适用于严格用于商业活动的船舶时只提经营国。因此他建议，由于第18条仅涉及商业活动，只有国家经营的船舶才能适用。特别报告员说，他本人并不认为这种解释与例如象一位委员指出的1926年《统一国有船舶豁免的某些规则的国际公约》相符合，但是这个问题可以由起草委员会进行考虑。

第19条（仲裁协定的效力）¹¹⁸

208. 关于第19条，特别报告员认为主要有三个问题，他希望知道各位委员

¹¹⁸ 委员会一读暂时通过的第19条案文如下：

“第19条. 仲裁协定的效力

“一国如与一外国自然人或法人订立书面协定，将有关〔商业合同〕〔民事或

的意见。首先是关于引言条款方括号内的“商业合同”和“民事或商业问题”的选择上，意见仍然分歧。特别报告员说没有什么理由要把法院地国法院的监督管辖权局限于“商业合同”或“商业交易”，因为仲裁的范围主要取决于仲裁协定的规定，而且事实上已经有不少仲裁案件产生于民事或商业问题。本条的最后一部分：“但仲裁协定另有规定者除外”表明当协定各当事方希望把仲裁范围局限于商业合同所产生的分歧时，可以在仲裁协定中加入这样的规定。

209. 第二个问题是关于(c)项内的用字，一国政府提议增添对仲裁裁决的“承认和执行”，但是由于“限制措施”问题包括“执行”在内，将在条款草案的第四部分处理，特别报告员建议在第19条就增添一个新的(d)项：“裁决的承认”，其条件是“承认”解释为“提供判决执行证或类似的司法证书，而将裁决转变为一项判决或相当于判决的权利”的行为，而不是放弃执行豁免。¹¹⁹ 另一方面，如果把“承认”解释为作为执行的第一步，那么他的建议也许就得重新考虑了。

210. 第三个问题是委员会一读时虽已审议了引言条款最后的两个备选案文，即：“另一国原应管辖的法院”或者“另一国——仲裁在其领土内或按照其法律进行或将要进行——的法院”，而选用了前者；但特别报告员认为后一案文即1972年欧洲国家豁免问题公约第12条采用的案文，就仲裁的程序而言有其某些优点，因此，他建议委员会委员进一步讨论这个问题。

211. 关于第一个问题，委员们对于“商业合同”和“民事或商业问题”的用语的选择上似乎和上一届会议一样存在着意见分歧。一位委员提议仿照“商业或附属

(注 118 续)

商业问题]的争议提交仲裁，则该国对于另一国原应管辖的法院关于下列事项的诉讼，则不得援引管辖豁免：

“ (a) 仲裁协定的有效性或解释；

“ (b) 仲裁程序；

“ (c) 裁决的撤销。

“但仲裁协定另有规定者除外。”

¹¹⁹ 同上，第 页，第 38 至 40 段。

〔视同〕问题”采用第三种提法，以包括例如与商船的救助有关而可能产生的纠纷。至于第二个问题——增添一个关于裁决的承认的新(d)项的可能性——几位委员发言赞成这一增添，但有几位委员反对，其理由是对裁决的承认可以被认为是朝着执行裁决迈出的第一步，而这是需要有关国家明示同意的。还有人认为承认的程序似乎是某些法律制度特定的，并不是直接属于该专题第三部分草案的范围，而是涉及到与执行有关的部分；有人建议应在条款草案第四部分中审议这一拟议的增添。一位委员对于把仲裁协议同放充豁免权相混淆的倾向表示关切，因此有人提出一项建议，在第19条中列入这样一项规定：服从仲裁不得解释为服从法院地国的管辖权。同样地，有人建议：仲裁协定的缔约国在与之并无瓜葛或并非由该协定所指定的国家的法庭上得保留其援引豁免权的权利，但该协定载有与此相反的明确规定者除外。

212. 关于第三个问题——将引言条款用语“另一国原应管辖的法院”由“另一国——仲裁在其领土内或按照其法律进行或将要进行——的法院”所取代——一位委员宁愿选择前者的措词，而另外两位委员则支持用后者。

213. 根据上述评论，特别报告员建议将“商业合同”和“民事或商业问题”的选择提交起草委员会。至于增添一个关于仲裁裁决的承认的新(d)项，他的意见是：如果根据许多国内民法程序确实是把裁决的承认解释为执行裁决的第一步，那么最好不要将其列入这一新项。鉴于该法律问题的高度技术性，他建议这个问题应由起草委员会作进一步审查。

第20条（国有化的情况）¹²⁰

214. 特别报告员忆及第20条在一读期间是作为一般性保留条款出现的。依照一些政府的意见，国有化的措施，作为主权行为，是不受另一国法院的管辖的。但是其他政府则认为本条的含义与适当范围不明确；有政府建议将其列入草案第一部分。

¹²⁰ 委员会一读暂时通过的第20条案文如下：

“第20条. 国有化的情况

“本条款的规定不应预先判定关于一国对于包括动产或不动产、工业产权或智力产权在内的财产，所采取的国有化措施的域外效力所引起的任何问题。”

特别报告员认为国有化的领土效果并不是委员会可以发表意见的问题。有鉴于此，并考虑到许多委员赞成删除本条，特别报告员建议予以删除。

215. 凡是在本届会议上对第 20 条发表意见的委员都同意本条应予删除。有的委员说国有化问题太复杂，以致于不是列一条就可以解决的。也有人说国有化措施作为主权行为，不受另一国的管辖，而且不能作为国家豁免原则的一种例外情况来看待。

2. 第四部分（关于财产免于强制措施的国家豁免）

216. 一位委员建议将草案的第四部分的标题改为“关于国家财产的国家管辖豁免”，这样比较清楚，而且要比目前的标题中“强制措施”更接近于本专题的标题。他认为后者并未明确指出是否包括远远超出强制措施范围的执行。

第 21 条（免于强制措施的国家豁免）

第 22 条（对强制措施的同意）和

第 23 条（特定种类的财产）¹²¹

217. 特别报告员提到第三次报告（A/CN. 4/431）中他对第 21 至 23 条的评论，他在其中指出，由于强制措施的豁免和管辖豁免这两个问题的独立发展，在强制措施的豁免这个问题上仍然存在着不同意见，甚至在倾向于有限制管辖豁免的工业化国家中也是这样。有一种意见认为，进行强制措施的权力是行使管辖权力的结果，而另一种相反的意见则认为，国际法禁止强制执行在法院地国的外国财产，即使法院

¹²¹ 委员会一读暂时通过的第 21、22 和 23 条案文如下：

“第 21 条. 免于强制措施的国家豁免

“一国在有关另一国法院的诉讼中，享有免于对其财产或该国占有或控制的财产〔或该国在其中具有法律保护的利益的财产〕的使用实行的强制措施的豁免，包括免于任何扣押、扣留和执行措施的豁免，除非该财产：

“(a) 系该国专门用于或意图用于商业〔非政府性〕用途而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构或部门有关，或

“(b) 已被该国拨充或专门指定用于清偿作为该诉讼标的的的诉讼要求。”

地国的法院对争端的裁决拥有管辖权。持前一种看法的有瑞士、荷兰和德意志联邦共和国的法院，而若干社会主义国家政府则倾向于后一种看法。然而最近在工业化国家中出现的趋势是对关于财产的强制措施的国家豁免加以限制。这一趋势可以援引的事例就是联合王国、南非、新加坡、巴基斯坦和澳大利亚最近的立法。根据这个制度作出了规定，作为执行当时用于商业用途或意图用于商业用途的国家财产的判决或仲裁裁决的依据。最近，美国立法除了确定豁免执行的一般规定以外，还作出了若干

(注 121 续)

“第 22 条. 对强制措施的同意”

“1. 一国在有关另一国法院的诉讼中，对有关使用其财产，或该国占有或控制的财产〔或该国在其中法律保护的利益的财产〕的强制措施，如果该国以：

“ (a) 国际协定，

“ (b) 书面合同，或

“ (c) 在法院对特定案件发表的声明明示同意对该财产采取强制措施，即不得援引豁免。

“2. 按照第 8 条的规定同意行使管辖不应被认为默示同意按本条款第四部分采取强制措施，关于强制措施必须另行表示同意。”

“第 23 条. 特定种类的财产”

“1. 下列各类国家财产不应视为第 21 条 (a) 款所指的一国专门用于或意图用于商业〔非政府性〕用途的财产：

“ (a) 位于另一国领土内，用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构或国际会议的代表团用途的财产，包括任何银行帐户款项，

“ (b) 属于军事性质，或用于或意图用于军事目的的财产，

“ (c) 该国中央银行或其他货币当局位于另一国领土内的财产，

“ (d) 构成该国文化遗产的一部分，或档案的一部分，位于另一国领土内，并非供出售或意图出售的财产，

例外情况的规定，即在美国用于商业活动的财产不得享受这类豁免。虽然 1972 年关于国家豁免的欧洲公约的基本规定一般禁止对明示放弃可以享受豁免的财产执行各种措施，但却直接规定各缔约国有义务遵守对它们作出的判决。如果判决没有得到遵守，原告可以在对其作出判决的国家的法院提起诉讼，而且还有另外一种可能，就是在欧洲法庭提起诉讼。另一种可能就是采取任择声明程序，根据这种程序，可以对因为工业和商业活动所引起的案件执行对债务国专门用于这种活动的财产的判决。然而特别报告员倾向于认为欧洲公约所采用的制度是基于欧洲国家之间的特殊信任，而且太复杂，不能作为委员会的一个准则。

218. 考虑到这种情况，特别报告员建议委员会根据两个备选案文，进一步审议草案第四部分。第一备选案文是作了某些修改的一读通过的案文。第二备选案文是对这些案文的修改，但是案文中没有包含完全禁止执行的意见。第二备选案文¹²² 是以特别报告员的看法为基础的，根据迄今已收到的政府书面评论以及在大会第六委员会和国际法委员会提出的意见，审慎的限制性执行而不是完全禁止执行，可能更有希望获得大家的赞成。

219. 至于第一备选案文，第 21 条引言条款和第 22 条第 1 款方括号内的措词〔或该国在其中有法律保护的利益的财产〕应予删除。第 21 条 (a) 项中的“而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构或部门有关”也应予删掉。第三，特别报告员建议删去第 21 条 (a) 项中和第 23 条第 1 款中的“非政府性”一词。另外，在第 23 条第 1 款 (c) 项的末尾加上“并且用于货币用途”的措词将是有益的。

(注 121 续)

“ (e) 构成在另一国领土内举行的具有科学或历史价值的物品展览的一部分，并非供出售或意图出售的财产。

“2. 对第 1 款所列财产种类或其一部分，不得在有关另一国法院的诉讼中采取强制措施，除非该国已按第 21 条 (b) 款将该财产拨充或专门指定用途或按第 22 条具体同意对其该类财产或其一部分采取强制措施。”

¹²² 见下文脚注 123。

220. 第 21 至第 23 条的第二备选案文¹²³ 考虑到一读通过的第 21 条和第 22 条应合并为一条的建议。新的第 21 条第 1 款规定对于一个外国在法院地国领土上的财

¹²³ 特别报告员在第三次报告中提出作为第 21 至 23 条第二备选案文的案文如下：

“第 21 条. 免于强制措施的国家豁免

“1. 法院所在国不得对其领土上的一个外国的财产采取查封、扣押和执行等强制措施，除非：

“ (a) 该一外国以下列方式明示同意对该财产采取此类措施：

“ (一) 仲裁协定；

“ (二) 国际协定或书面合同；

“ (三) 在双方发生争端之后提出的书面同意书；或

“ (b) 该财产已被该一外国拨充和专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求；或

“ (c) 该财产在法院所在国领土上，并且该国专门用于或意图用于商业〔非政府性〕用途〔而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构和部门有关。〕

“2. 按照第 8 条的规定同意行使管辖不应被认为默示同意按本条款第四部分采取强制措施，关于强制措施必须另行表示同意。”

“第 22 条. 特定种类的财产

“1. 下列各类国家财产不应视为第 21 条第 1 款 (c) 项所指的一国专门用于或意图用于商业用途的财产：

“ (a) 位于另一国领土内，用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构和国际会议的代表团用途的财产，包括任何银行帐户款项；

“ (b) 属于军事性质，或用于或意图用于军事目的的财产；

“ (c) 该一外国中央银行和其他货币当局位于法院所在国领土内的财产；

“ (d) 构成该国文化遗产的一部分，或档案的一部分，位于另一国领土内，

产不得执行强制措施的原则，但其后在 (a) 至 (c) 项中规定了一些例外情况，这些例外情况与第 21 条和第 22 条第 1 款通过的案文所列的内容大体上相同。不过，特别报告员建议对一读通过的那些例外情况的案文作三处较大的修改。第一，提到新的第 21 条第 1 款 (a) 项 (一) 中所用的仲裁协定。第三，第 1 款 (a) 项 (三) 中的例外作了与新的第 8 条第 1 款 (c) 项类似的改动。第三，在第 1 款 (c) 项开头增添了“该财产在法院地国领土上”几个字。第 22 条基本上是采用了一读通过的第 23 条案文。第二备选案文中的第 23 条是一个新条款。既然第 11 条草案之二已经规定一个国营企业须服从适用于自然人或法人的同样的规则和责任，因此，在强制措施方面，国营企业须服从作为自然人或法人所应服从的同样的规则和责任。所以，根据以上的逻辑推论，该国在法院地国法院中不能对由国家委托给国营企业的这类国家财产援引强制措施的豁免。

221. 特别报告员所提议的第 21-23 条的这两套备选案文吸取了许多委员的意见。一些委员重申他们的立场，即这些条款应明确规定强制措施的豁免原则，以及该原则的有限例外情况。有人说强制措施会使国家之间的关系搞得很紧张；最近，一些

(注 123 续)

并非供出售或意图出售的财产；

“(e)构成在另一国领土内举行的具有科学和历史价值的物品展览的一部分，并非供出售和意图出售的财产。

“2. 对第 1 款所列财产种类和其一部分，不得在有关法院所在国的法院的诉讼中采取强制措施，除非该国已按第 21 条第 1 款(a)项具体同意对此类财产和其一部分采取强制措施，和已按第 21 条第 1 款(b)项将该财产拨充或专门指定用途。”

“第 23 条

“如果一个国家的财产，包括一个单独的国家财产已经由该国委托国营企业作为商业用途，则该国对该国有财产在法院所在国的法院中，不得援引强制措施的豁免。”

发达国家对于执行国家豁免加以限制的趋势危险地违反了国家主权的豁免规则，委员会应予以制止而不是鼓励。关于这一点，一位委员提及他在上一届会议建议的重新改写第 21 条，¹²⁴ 不过他还是会进一步研究特别报告员对这条的建议的。

222. 尽管有这些保留意见，委员会对这两个备选案文条款的讨论表明，普遍支持特别报告员在第二备选案文中所采取的做法，其中包括将第 21 和第 22 条合并的意见。

223. 然而委员们对于新的第 21 条内容的意见，尤其在两点上存在着不一致。第一点是关于拟议的删除一读通过的第 21 条引言条款和第 22 条第 1 款方括号中列入的措词“该国在其中有法律保护的利益的财产”。一些委员支持该建议，因为它具有集中于“一个外国的财产”作为应受保护的唯一目标的作用。有人说，仅仅是因为一个外国在有关的财产上拥有利益，就给予第三当事方以完全免于强制措施，是不合理的。尽管作为一种保障，或许可以增加一项规定，大意是一个外国对于第三当事方拥有的财产所享有的任何权利，不得受对该第三当事方执行强制措施的影响。对于某些其他委员来说，删除该措词是不能接受的，因为这会使外国执行管辖权的国家豁免的例外情况的范围扩大。有人还认为，犹如委员会本身在 1981 年通过的关于国家对国家财产、档案和债务的继承的最后条款草案所承认的，“利益”的概念不同于“财产”的概念。委员会在对该草案第 8 条的评论中强调指出：“财产、权利和利益”等用语是指“具有法律性质的权利和利益”。¹²⁵ 因此，有人说删除“利益”的概念会留下难以填补的空档。

224. 委员们意见不一致的第二点是关于删除新的第 21 条第 1 款 (c) 项方括号中的措词“而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构或部门有关”。大多数发言的委员争辩说该措词具有关键性的重要意义，应该予以保留。若不然，有人会说对一个外国的任何财产只要是作为商业用途，就可以采取强制措施；特别是，该措词可以避免将国家财产同其他机构的财产和公共企业的财产混淆起来。然而有些委员则赞成将其删除，因为实际上往往难以，如果不是不可能，确定诉讼要求同要对其执行

¹²⁴ 《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 117 页，第 578 段。

¹²⁵ 《1981 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 26 页，评注（10）段。

的财产之间的联系，与债权有关时尤其如此。

225. 在这方面，一位委员提及美国的立法。它在联系的问题上采取一种双轨的办法，对待国家机构和部门的财产不同于其他的国家财产。他建议委员会不妨考虑采用美国或其他立法所载的关于国家财产的某种差别。无论怎样，他不清楚通过的第21条(a)项案文中的措词：“与……被诉的机构或部门有关”的含义是什么。

226. 特别报告员所建议的将新的第21条第1款(c)项方括号中的“非政府性”一词删除，两位委员特别对此作出评论，一位赞成将其保留，另一位则赞成将其删除。

227. 关于特别报告员建议的新的第22条，不少委员支持在第1款(c)项中增添“并且用于货币用途”的措词，尽管有一位委员以当地法院对这个措词可能作出的解释为由反对增加这些字。另一位委员赞成这一意见，即新的第22条与第11条草案之二之间存在着有机的联系，这是应该予以适当考虑的。不过该委员强调(c)项背后的概念的重要意义，即外国中央银行位于法院地国领土内的财产，不论作为何种用途，都无条件地免于强制措施；中央银行是主权权力的工具，由中央银行进行的所有活动都享有强制措施的豁免；而且，由于中央银行的法律地位，应被看作是国家机构，并自动地享有国家机构的豁免权。该委员进一步建议起草委员会审议第2款的措词如何能得到改进，以确保所说的特定种类的财产免于一切强制措施，或者换言之，不得毁损关于该财产的豁免原则。

228. 一位委员认为特别报告员建议的新的第23条是有充分道理的，是第11条草案之二的一个必然结果。但另一位委员不同意“分离的国家财产”这个概念，而且他认为即使从该条删去这几个字，也不会有任何损失。另一位委员则提出一种备选的提法如下：

“一国对于一国营企业的财产所采取的包括扣留、扣押和执行等措施在内的强制措施不得援引豁免。”

然而，多数委员则认为新的第23条可能并无必要，但是认为委员会应该等待其对新的第2条中关于“国家”定义的工作的最终结果和第11条草案之二的最后命运。有人认为，确定为商业用途的国家企业，并不是新的第2条所界定的国家，无权根据国家的政府权力而行动；因此它并不属于国家的管辖豁免专题范围，新的第23条应予以删除。

3. 草案第五部分 杂项规定

第 24 条 (诉讼文书的送达)¹²⁶

229. 鉴于各国政府提出的书面评论,特别报告员建议将第 24 条第 1 款下的诉讼文书的送达的程序改为国际公约所规定的程序或通过外交渠道送达。在存在对法院地国和另一有关国家均有约束力的公约的情况下,根据公约送达的诉讼文书应占有优先地位。修改后的第 1 款 (a) 和 (b) 项的案文如下:

“(a) 按照对法院地国和有关国家有约束力的任何适用的国际公约;或

“(b) 如无此种公约,则通过外交渠道送交有关国家的外交部。”

230. 关于第 3 款,特别报告员忆及,若干委员在上一届会议发表评论时说“有

¹²⁶ 委员会一读暂时通过的第 24 条案文如下:

“第 24 条. 诉讼文书的送达

“1. 以任何传票或其他对一国提起诉讼的文件送达诉讼文书应按以下方式进行:

“(a) 按照起诉人与有关国家之间关于送达文书的专门协议,或

“(b) 如无此项协议,则按照对法院地国和有关国家均有约束力的任何适用的国际公约,或

“(c) 如无此项协议或公约,则通过外交渠道送交有关国家的外交部,或

“(d) 如无上述办法,则在法院地国和有关国家的法律均允许的条件下:

“(1) 可以需有签字收据的挂号信送交有关国家外交部的首长,或

“(2) 以其他任何方式送达。

“2. 以第 1 款 (c) 项和 (d) 项 (1) 目的方式送达诉讼文书时,外交部收到该项文书即该项文书之送达。

“3. 在必要时,送达的文书应附有译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。

“4. 任何国家在对其提起的诉讼中就实质问题出庭,其后即不得声称诉讼文书的送达不符合第 1 款和第 3 款的规定。”

必要时”一词应予删除。鉴于当局在送达诉讼文书时会遇到的实际问题，如果将这个
词删除，特别报告员则建议增添“或至少附有联合国正式语文之一的译本”等措词，
从而在发生非常用语文的译本的使用可能给送达诉讼文书的当局带来困难的情况
下，应接受联合国正式语文之一的译本。

231. 就第 24 条发言的大多数委员表示支持拟议的变更。不过，有一位委员仍
然认为修订的案文没有充分认识以下事实，即每一个国家对于诉讼文书的送达有其
自己的规则，而且不愿意修改其国内的民事诉讼规则，即使在国家批准或加入一项国
际公约时要求这样做也是这样。因此他建议列入新的第 1 款 (a) 项，即“(a) 按照
法院地国民事诉讼规则。”如不列入此句，他认为难以接受该条的第 4 款，因为该款
的目前这种提法不给有关国家以未按适当程序起诉为由要求废止该起诉的权利。一
些委员就第 3 款关于文件的翻译问题发表评论。一位委员不赞成特别报告员所建议
的那些改动。他认为这些改动没有充分保障有关国家的利益；另一位委员则建议说，
如果该项合同的适当法律已明确地经当事国双方同意，那么该法律所使用的具体语
文就应该认为是足够了。该委员对有关译成联合国正式语文之一的建议表示欢迎，同
时他强调在所采用的正式语文同该项诉讼之间需要有合理的联系。关于这一点，其他
委员提出了第 3 款两种可供选择的提法。第一种提法是：“该文件应以有关国家可接
受的语文提供。”（有人建议应将其列入第 25 条第 2 款）。第二种提法是：“这些文件
应附有译成有关国家的正式语文或正式语文之一的译本，或者至少是译成在该国使
用的联合国的正式语文之一的译本。”

第 25 条（缺席判决）¹²⁷

232. 特别报告员提及一国政府在其书面评论中的建议：应该明确规定不应仅仅

¹²⁷ 委员会一读暂时通过的第 25 条案文如下：

“第 25 条. 缺席判决

“1. 除非证明符合第 24 条第 1 款和第 3 款的规定，而且从送达传票或其他
起诉文件之日起或按照第 24 条第 1 款和第 2 款认为已送达文件之日起已过去
至少三个月的时间，不得对一国作出缺席判决。

由于正当送达了诉讼文书而进行缺席判决。委员会的另一位委员在上届会议也表示支持这一建议。特别报告员建议在第 25 条第 1 款的结尾增添“根据本条款如果法院具有管辖权”等字。特别报告员还注意到了委员会的一些委员的建议：象第 24 条第 3 款的情况一样，从第 2 款删去“必要时”几个字。他认为第 25 条应该采取与第 24 条同样的解决办法。

233. 在第 1 款结尾增添“根据本条款如果法院具有管辖权”的措词的建议获得了普遍的支持。一位委员提请注意以下事实：在许多案件中，已经对一外国进行缺席判决，就因为该外国没有在法院出庭以便援引豁免的规定，而主权豁免规则并没有使他们免于这种判决，因为根据有关国家的程序法，被告必须出庭，并且明确请求免于管辖。为了给各国以更好的保护起见，该委员会建议增列单独的一款，大意是法官负有义不容辞的责任依职权调查根据本条款的豁免问题。这一建议得到其他几个委员的支持，其中一位还进一步建议，鉴于其属一般性质，拟议的新一款应该列入第 7 条中。关于这一点，特别报告员忆及另一委员在前一届会议上建议，在第 25 条或其评注中列明：在进行判决之前，法院必须依职权断定本条款的规定已得到遵守。特别报告员的意见是起草委员会应结合第 7 条来审议这些建议。

234. 关于第 25 条的总的规定，一位委员说，只要是通过了他曾建议列入第 24 条的新的第 1 款 (a) 项，他是会赞成这一条的（见上文第 231 段）。

第 26 条（免于胁迫措施的豁免）¹²⁸

235. 对于第 26 条，特别报告员没有提出建议。他忆及两个国家的政府在其书面评论文中曾对该项规定的适当性表示疑问。另一个国家的政府虽然赞成该条规定

（注 127 续）

“2. 对一国作出任何缺席判决，应将判决书的抄本，必要时附上译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。通过第 24 条第 1 款所列的一种方式，送交该有关国家，为撤销一项缺席判决所适用的时限不应少于三个月，时限应从有关国家收到判决书抄本或认为有关国家收到判决书抄本之日算起。”

¹²⁸ 委员会一读暂时通过的第 26 条案文如下：

的目标,但建议修改其措辞,以防止发出这一类命令本身的可能性。特别报告员说在更多委员发表意见之前,他倾向于保持原来的措辞。

236. 有些委员认为第26条的目标需要予以澄清。一位委员提到该条可能会有两种解释,其一是该条排除国内法院对一外国发出带有罚款威胁的任何指令或禁止令。另一种解释则是该条所禁止的只是对外国判处罚款。另一位委员评论说该条的目前形式只能是后一种解释。再一位委员则建议拟订以下新案文,以便包括特别报告员所提及的一国政府的建议。该案文如下:

“凡一国在另一国法院的诉讼中享有豁免,该法院不得对该国发出任何指令,要求其执行或不执行一项具体行动”。

根据特别报告员的意见,前述评论应由起草委员会审议,或许也可以考虑建议删除该条的可能性。

第27条 (程序上的豁免)¹²⁹

237. 特别报告员忆及,他在其初步报告¹³⁰中建议在第27条第2款开头“国

(注128续)

“第26条. 免于胁迫措施的豁免

“一国在另一国法院的诉讼中,对要求该国实施或不实施特定行为否则即予罚款的任何胁迫措施享有豁免。”

¹²⁹ 委员会一读暂时通过的第27条案文如下:

“第27条. 程序上的豁免

“1. 一国未能或拒绝为另一国法院的诉讼的目的提出任何文件或提供任何其他情报,除这种行为对该案的实质可能产生的后果外,不应产生其他后果。特别是,不得因此对该国处以罚款或罚金。”

“2. 一国在另一国法院中作为诉讼当事方,则在任何这类诉讼中,均无须提供无论何种名称的担保、保证书或保证金,以保证支付司法费用和开支。”

¹³⁰ 《1988年……年鉴》,第二卷(第一部分),第121页,文件A/CN.4/415,第266段。

家”一词后面增加“在另一国法院中作为诉讼的被告当事方”的措词。这一建议得到了委员会上届会议和大会第六委员会的支持。

238. 对拟议的增添在本届会议上委员们的意见各异。许多委员赞成增添这一措词。一位委员的赞成则是根据下述这一谅解，是原告当事国决定在法院提起诉讼，因此可以说原告当事国，不象被告当事国，必须遵守适用于任何其他原告的同样规则。但其他一些委员则反对这一增添内容。他们认为，不需要提供任何担保的不应该只限于被告当事国。特别报告员指出，这个问题涉及法律上的技术性问题，应提交给起草委员会。

第 28 条 (不歧视)¹³¹

239. 特别报告员说，委员们的意见分歧，是在第 28 条是否应予以保留的问题上。他建议目前暂时保留本条款现在的措词，因为在就前面的条款达成普遍协议之后，还需要对这一问题进行详细的审议。

240. 除了两位委员之外，所有就第 28 条发言的委员都建议删除。一位委员说，该规定将鼓励有限适用本条款草案，这就违背了编纂本条款的宗旨。此外，由于许多条款的开始语都是“除有关国家间另有协议外”，已允许以协定或互惠的方式将豁免加以限制或延伸，这一条也许是多余的。另一委员注意到第 28 条是仿照 1961 年《维也纳外交关系公约》第 47 条和 1963 年《维也纳领事关系公约》第 72 条，他说，尽管这样一种规定列入这些公约中可能是有正当的理由的，他却怀疑是否有必要将其列入本草案，因为无论是豁免的目标还是豁免的基础都不相同。

¹³¹ 委员会一读暂时通过的第 28 条案文如下：

“第 28 条. 不歧视

“1. 本条款的规定应不加歧视地适用于本条款各当事国。

“2. 但下列情况不应视为歧视待遇：

“ (a) 法院地国由于该有关的另一国家限制性地适用本条款的任何规定，而限制性地适用该项规定，

“ (b) 国家彼此之间依协定相互给予与本条款的规定所要求的不同的待遇。”

241. 如上所述，特别报告员建议暂时保留本条款现在的措词。

4. 解决争端

242. 关于解决争端问题，¹³²一位委员发表意见说，这个问题应该是任择议定书的主题，无论怎样也应该在外交会议上处理。

C. 请求提出评论的问题

243. 考虑到本专题的工作处于后期阶段，委员会不认为有必要指出在哪些具体问题上各国政府发表的意见对委员会工作特别有关（大会第 44/35 号决议第 4 段 (c)）。

¹³² 前任特别报告员在其第 8 次报告中提出了作为草案第六部分关于解决争端的建议和一个附件，由于时间所限，委员未予审议。关于第四部分条款草案第 29 至 33 条及其附件，见《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 120 至 121 页，第 611 段。

第四章

国际水道非航行使用法

A. 导言¹³³

244. 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 年第二十三届会议的工作计划中列入“国际水道非航行使用法”的专题。

245. 斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生于 1985 年在委员会第三十七届会议上被任命为特别报告员, 继续进行三位前任特别报告员开始的工作。

246. 在第三十七届会议上, 特别报告员提交了一份初步报告,¹³⁴ 该报告回顾了委员会到目前为止关于本专题的工作情况, 并且提出了他对委员会就这个专题的工作可以遵循的总方针的初步意见。特别报告员提出在拟订本专题其他条款时大体遵循前几任特别报告员拟议的大纲, 此提议获得普遍赞同。

247. 在第三十八届 (1986) 至第四十一届 (1989) 会议期间, 委员会收到了特别报告员另外四份报告。¹³⁵

¹³³ 有关委员会关于该专题的工作更为详细的历史回顾见《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 68 页起各页, 第 268-278 段; 《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 122 页起各页, 第 621-635 段。

¹³⁴ 《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第一部份), 第 87 页, 文件 A/CN.4/393。

¹³⁵ 特别报告员的另外四份报告转载如下:

第二次报告: 《1986 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 87 页, 文件 A/CN.4/399 和 Add.1 和 2;

第三次报告: 《1987 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 15 页, 文件 A/CN.4/406 和 Add.1 和 2;

第四次报告: 《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 205 页, 文件 A/CN.4/412 和 Add.1 和 2;

第五次报告: 《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分) 第 页, 文件 A/CN.4/421 和 Add.1 和 2。

248. 委员会在1987年第三十九届会议上核可了起草委员会关于第1条和关于“系统”一词的使用问题¹³⁶ 的建议，并暂时通过了第2至7条。¹³⁷ 在1988年第四十届会议上，委员会暂时通过了第8至21条。¹³⁸

249. 特别报告员在他提交第四十一届会议的第五次报告¹³⁹ 中重申了他在第四次报告¹⁴⁰ 中所提议的提交剩余材料的时间表，该时间表旨在使委员会能够在1991年其本届任期结束之前完成整套条款草案的一读工作。

250. 在第四十一届会议上，委员会审议了第五次报告第一章中所载的第22和23条草案，¹⁴¹ 并将它们送交起草委员会。¹⁴²

B. 本届会议审议这个专题的情况

251. 委员会本届会议收到了特别报告员关于该专题的第五次报告第二章和第三章（A/CN.4/421和Add.1和2）和第六次报告（A/CN.4/427/Add.1）。

252. 特别报告员在上届会议上介绍的第五次报告第二章和第三章中提交了两个条款草案，第24条（航行使用与非航行使用之间的关系；在使用中没有优先地

¹³⁶ 见下文脚注156。

¹³⁷ 有关这些条款的案文及其评注，见《1987年……年鉴》，第二卷（第二部分），第25页起各页。又见下文C.1节。

¹³⁸ 有关这些条款的案文及其评注，见《1988年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页起各页。又见下文C.1节。

¹³⁹ 见上文脚注135。

¹⁴⁰ 文件A/CN.4/412和Add.1和2（见上文脚注135），第8-9段。

¹⁴¹ 关于案文，见《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第124-125段，第637和641段。

¹⁴² 为了避免混淆，应该提到，在特别报告员提交了载于在第五次报告和第六次报告中的第22至28条条款草案（见下文第252-253段）之后，委员会根据以前提交的条款草案通过了六个条款列在第21条之后，编号为第22至27条（见下文第254段）。因此，本报告中两套不同的条款，但编号相同。

位)和第25条(国际水道的调节),这两条分别构成草案第七和第八部份。¹⁴³

253. 第六次报告第一章至第三章涉及关于国际水道的管理、水力设施的安全和条款的执行的章节。载入了草案第九和第十部分的条款草案,第26条(联合机构管理);第27条(保护水资源和设施),和第28条(国际水道和水道设施在武装冲突中的地位)。还包括题为“条款的执行”的附件一。附件包括下列八个条款:

第1条(定义)、第二条(不歧视)、第三条(根据国内法提出要求)、第四条(平等机会权利),第五条(提供资料)、第六条(管辖豁免)、第七条(当事国会议)和第8条(条款草案的修正)。第六次报告最后部份,即关于解决争端的第四章,特别报告员在本届会议上介绍了这一部份,¹⁴⁴但因时间不够未予讨论。

254. 委员会在其1990年5月23日至6月1日的第2162次至2167次会议上审议了第五次报告的第二章和第三章及第六次报告的第一至三章。在第2167次会议上,委员会根据特别报告员的建议,将第24至28条草案连同附件一第3条草案第1款和第4条草案提交给起草委员会。在1990年7月5日和6日的第2187和2188次会议上,委员会在审议了起草委员会的报告后,暂时通过了第22条(保护和保全生态系统)、第23条(预防、减少和控制污染)、第24条(引进外来物种或新物种)和第25条(保护和保全海洋环境),构成草案第四部分(保护和保全);以及第26条(预防和减轻有害状况)和第27条(紧急情况),构成第五部分(有害状况和紧急情况)。条款案文及其评注载于本章C.2节。

1. 一般性评论

255. 委员会的有些委员就拟订纲要协定这种办法的好处以及“纲要协定”一词的含义发表了意见。

256. 虽然就第一点发言的委员根据委员会早已作出的决定,一般都同意该草

¹⁴³ 关于第24和25条草案的案文,见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第128页,第677段。关于特别报告员介绍这些条款的简要情况,见同上,第678-682段。

¹⁴⁴ 见第2188次会议简要记录,(见《1990年……年鉴》,第一卷),第76-80段。

案的纲要性质。

257. 关于“纲要协定”一词的含义，委员们对纲要协定是一份一般性质的文书，其中规定的是一些原则和其他一些一般规则这一观点没有异议。但有人说，纲要协定也可反映习惯国际法的原则，因此无论如何不仅仅是建议而已。

258. 特别报告员在总结中向委员会保证说，在提出条款草案时，他一贯的打算都是不超出纲要协定的办法。

2. 对具体条款草案的评论

第 24 条 (航行使用与非航行使用之间的关系；在使用中没有优先地位)¹⁴⁵

259. 第 24 和第 25 条草案均由特别报告员在上届会议上作过介绍。¹⁴⁶

260. 委员们普遍一致认为，第 24 条相当全面并反映了这样一个事实，即由于当今世界上国际水道有许多其他的用途、特别是由于未经污染的淡水资源的匮乏，曾一度赋予航行使用以优先地位已不再合理。

261. 有些委员怀疑实际上是否真正存在过由特别报告员第五次报告中所引条约产生的一种普遍优惠制度。

¹⁴⁵ 特别报告员在其第五次报告 (A/CN.4/421 和 Add.1 和 2) 中提出的第 24 条草案案文如下：

“第七部分

“与航行使用的关系和在使用中没有优先地位

“第 24 条. 航行使用与非航行使用之间的关系；

各种使用无优先次序

“1. 如无相反的协议，航行或任何其他的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〔系统〕的各种使用相互冲突时，应对这些使用连同本条款第 6 和第 7 条关于特定水道的公平利用有关的其他因素一并加以权衡。”

¹⁴⁶ 见上文脚注 143。

262. 委员们普遍赞成第 24 条的基本原则，即如无相反的协议，任何一种使用均不应对其他使用享有优先地位。但是，委员们强调，一方面，不应低估航行使用对某些水道国的重要意义，另一方面，除个别情况外，由于一些替代的交通工具的重要性大大增加将内陆水道航行降到了十分次要的地位，而且由于水的短缺，人们不得不使家庭用途和农业用途优先于其他使用。在审议后一问题时，有人说第 24 条反映了目前的情况，但却没有充分考虑到将来的问题。还有人说应更加注重某些因素，如人的健康和为了家庭和农业使用而保持适当的水质，以及某些使用对环境的不利影响等等。

263. 至于第 1 款的措词，有几位委员问道，为何特别报告员只提“使用”，而关于国际河流水的使用问题的赫尔辛基规则第 6 条却提的是“使用或使用类别”，国际法协会 1966 年通过了该规则。¹⁴⁷

264. 第 2 款得到普遍支持，因为该款规定根据第 6 和第 7 条权衡各种使用，以公平合理地解决各种使用之间的冲突。但是，有些委员主张提及第 8 条所规定的不承担明显损害的义务。

265. 有位委员虽然同意第 24 条第 1 款体现的原则，但认为第 2 款的规定超出了草案的范围，甚至超出了委员会的权限。他认为，该条整个说来都毫无意义，除下列明显的一点外，即各国考虑到最佳利用的利益和有关因素，更考虑到自身对所谈论的水道的地理位置而自己决定如何使用水道。

266. 特别报告员在总结时解释说，他原已打算在第 24 条中妥善兼顾到争论中的各种考虑，从辩论情况看来他已做到了这一点。他还说，辩论中提出的那些建设性的起草意见将得到适当考虑。

¹⁴⁷ 国际法协会，《第五十二届会议报告，赫尔辛基，1966 年》（伦敦，1967 年），第 484 页起各页。

第 25 条 (国际水道的调节)¹⁴⁸

267. 第 25 条草案得到广泛支持,因为此种调节对今天国际水道的多种使用来说十分重要或至关重要。有人建议,“调节”一词应在关于用语的第 1 条或在第 25 条中予以界定。

268. 但是,有两位委员认为第 25 条没有必要,因为第 9 条中已经规定了进行合作以便“实现国际水道的最佳利用和充分保护”的普遍义务。还有人进一步问道,为什么公平分担费用概念的适用应限于调节方面。

269. 第 1 款规定调节不是水道国的一项义务,其中所反映的办法被认为是正确的,因为一个水道国有权调节国际水道在其领土内的部分。因此,委员们认为,第 1 款是第 9 条的具体适用,因而第 25 条规定的合作应以主权平等和领土完整等国际法一般原则为基础。

270. 还有一种看法认为,关于合作义务的规定,措词应降低强制性,因为水道国对水道的调节可能有不同的优先次序。还有人指出,合作或者直接进行,或者可以通过区域或国际组织进行,还有人进一步指出,对一份打算在全世界使用的文书来说,重要的是合作的方式应该灵活,以便在政治现实不利于直接合作的情况下履行合作义务。

271. 关于第 2 款,其中的补充规则被认为是多余的,因为,一项关于调节工程

¹⁴⁸ 特别报告员在其第五次报告 (A/CN.4/421 和 Add.1 和 2) 中提出的第 25 条草案案文如下:

“第八部分

“国际水道的调节

“第 25 条. 国际水道的调节

“1. 水道国应合作查明调节国际水道的需要和可能性。

“2. 如无相反的协议,水道国应公平地参与它们同意单独或共同进行的调节工程的兴建和维修,或公平参与其费用的支付。”

的水道协议绝不会不对费用的分摊不作规定；再者，关于公平合理地参与的一般规则，第6条中已有规定。但也有人对第2款基本的设想表示赞同，认为，该款还应列入国际法协会1980年在贝尔格莱德通过的“国际水道水流管理条例”的条款中某些更为重要的规定，¹⁴⁹ 尤其应加上其中第4和第6条中的实质性内容，因为这些规定会有助于解决国际水道的调节方面出现的冲突。有人还强调了这些条款中第3条的重要性，认为委员会可从中得到启发，使第25条草案第1和第2款之间连贯起来。

272. 有人发言谈及第2款的起草问题。提出这样一种看法，即该款现在的措词可解释为：即使没有协议，水道国仅仅因其恰好为工程受益国也应支付工程费用；还有人认为，“如无相反的协议”这一短语不能令人满意。因为即使有协议，协议的目标也是公平分摊费用和分享好处。

273. 一位委员提议，委员会应只限于防止出现单方面规定的不利后果，为此宜先明确规定，各水道国可调节国际水道，但此种调节不得对任何其他水道国造成不利或有害影响；然后，他建议促请各有关国家进行合作，探讨对各方均有利的各种可能的调节办法，最后他认为，明确规定公平分摊联合调节可能需要的费用的原则，是有益处的。

274. 特别报告员在总结各种意见时，同意关于给“调节”一词下定义的建议，并就此回顾了他在其第五次报告(A/CN.4/421和Add.1和2)中提出的对第25条评注的第3段中的定义。他注意到了一些委员对该条第2款措词所提出的疑问。在专门谈到是否可要求水道国参与调节工作时，他说，“水道国应公平合理地参与”这句话摘引自第6条，目的是表示这一意思，即参与程度将同所得的好处成比例。

¹⁴⁹ 国际法协会，《第五十九届会议报告，贝尔格莱德，1980年》（伦敦，1982年），第362页起各页。

第 26 条 (联合机构管理)¹⁵⁰

275. 特别报告员在口头介绍第 26 条草案时指出, 尽管关于联合机构管理的条款可视为超出了纲要协定的范围, 但是, 世界不断增加的人口对淡水资源的需要却使这种态度显得不合时宜。他说, 世界主要水道多数是国际性的, 因此, 要提高水利利用的效能, 水道国就须在国际水道的规划、管理和保护方面加强合作。因此, 他认为, 第 26 条应在草案中占有一个位置, 原因是国际水道的联合管理正日益成为一种重要

¹⁵⁰ 特别报告员在其第六次报告 (A/CN.4/427 和 Add.1) 中提出的第 26 条草案案文如下:

“第九部分 国际水道管理

“第 26 条. 联合机构管理

- “1. 在任何一个水道国的要求下, 各水道国应就国际水道〔系统〕联合管理组织的建立问题进行协商。
- “2. 在本条款的目的, “管理”一词包括 (但不限于) 下列职能:
 - “(a) 履行本条款规定的水道国的义务, 特别是本条款第二部分和第三部分所载的义务;
 - “(b) 促进经常联系以及交换数据和资料;
 - “(c) 不断监测国际水道〔系统〕情况;
 - “(d) 对国际水道〔系统〕进行持续、多目标和综合的发展规划;
 - “(e) 就国际水道〔系统〕的使用和保护问题提出和执行水道国的决定; 及
 - “(f) 就污染、国际水道〔系统〕的使用引起的其他环境影响、紧急情况或与水有关的危害和危险情况, 提出和执行警报和控制制度。
- “3. 第 1 款提及的联合组织的职能, 除第 2 款所述的之外, 可包括:
 - “(a) 对水道国提交该组织的问题进行实况调查并提出报告和建议; 及
 - “(b) 作为协商、谈判和进行水道国可能制定的其他和平解决程序的场所。”

的国际合作形式，他说，正如他在其第六次报告（A/CN.4/427 和 Add.1 第 7 段）中指出的，国际水道管理组织所做的大量工作，表明了这样一种趋势，即尽管一般国际法中没有规定建立联合管理机构的义务，但通过此类机构进行管理不仅成为一种日益普遍的现象，而且对于水道系统的最佳利用和保护几乎也是必不可少的。他的报告的第一章提到的国际协定和有关研究确认有设立此类机构的必要，这不仅是为了解决利用问题，也是为了进行积极的开发和保护。

276. 委员会的大多数委员认为，第 26 条是草案的一项主要规定。关于这一点，他们强调，鉴于共用某一国际水道的各国之间有相互依存的关系，合理管理和最佳利用这条国际水道的必要性是自不待言的。这种合理管理和最佳利用只有通过有关各国合作——例如通过协商、经常交换资料、开展联合项目、作出双边安排、必要时乃至建立常设机构等——才能实现。但有些委员则怀疑该条款是否绝对必要。持这一观点都认为，条款所列之义务，只是第 9 条所列之一般合作义务的一种具体应用。此外，有人提问：该义务是否重复了第 4 条第 3 款（〔水道〕〔系统〕协定）中的提法，因为设立联合机构，需有一项大意如此的协定。

277. 关于国际法中是否有一条规则涉及就设立一个联合机构或组织进行协商的义务问题，有人认为，就一般国际法而言，回答可能是否定的，但是，在有些具体的调节领域里，某事项进行调节的合理性和有关各国之间的相互依存关系，决定了机构设立的必要性，而目前审议的问题似乎就属这类情况。

278. 关于组织安排，有人认为，尽管如特别报告员建议的那样，有必要作出组织安排，然而，实现这一目标的最便捷的方法是通过有关建议，供各国根据其具体情况加以采用。持这一观点者还认为，将根据双边协定设立的机构提到具有约束力的国际规则的地位，目前还为时过早。有人进一步认为，鉴于条款草案具有纲要性质，这些条款不应为设立一常设机构作出规定，而应由未来的水道协定各缔约方来确定依照这些协定设立的机构的职能。因此，第 26 条必须以非常一般的措词来规定此种职能，否则，所拟订的职能清单也纯粹是说明性的而非详尽无遗、包罗一切的。

279. 另一方面也有人认为前任特别报告员提及拟议的联合组织的永久性和加强现有组织的说法应恢复使用；第 26 条使用的措词有点含糊，因此有人建议最好根据前任特别报告员建议的做法，编写措词更为肯定的案文。

280. 一名委员认为,第26条应规定的是机构可能具有的职能,而不是管理的这个概念;另一名委员则建议,如委员会决定保留该条,最好不要试图说明联合机构可能具有的职能,而要参照1969-1970年加拿大水法第2.1节的模式,为“管理”下一个定义。这样做有一层好处,即能使第25条草案涉及的调节国际水道的概念得到介绍。

281. 有人对第26条第1款提了些具体看法。其中有的人认为,措词应更明确;有的则表示,虽然可以同意特别报告员的这一提法,即一水道国在任何另一水道国的要求下有义务同其进行磋商;但是如果区域的经济和社会需要对该水道提出大量或相互矛盾的需求,则上述义务应更进一步,应包含谈判的义务,也即取得某种结果的义务。

282. 关于“在任何一个水道国的要求下”这一措词,有人认为不够令人非常满意,应找到更能反映所追求目标的措词。此外,委员会一些委员还认为,水道国进行磋商的义务,不应仅由其中一个水道国提出的要求而产生,应加上一种客观的因素,如“据认为可行和适宜时”。

283. 另有人指出,尽管这种提法十分广泛足以概括各种各样国际惯例,而且,从第26条措词来看,拟议的国际水道管理机构似乎有包括所有有关国家的含义,但仍可拟订一条新款,规定该组织应理所当然地包括所有国际水系国。

284. 关于第2和第3款中的职能清单,有人认为,尽管该清单并非详尽无遗,似仍宜包括对第三世界国家来说,具体而言对非洲国家来说极为重要的职能,例如,对付水传疾病的行动。

285. 关于第26条的位置,一位委员表示,将第27和28条移到草案中更为合适的位置,会产生理想的效果,可使第26条和随后的附件一中关于执行的条款之间建立直接的联系。他补充说,此外,第26条还可与附件一的条款合并成为一个完整的有关执行的部分。

286. 特别报告员在总结时指出,多数委员认为,第26条是草案的一个重要组成部分。在提到与磋商有关的规定时,他指出,对某些委员来说,规定“在任何一个水道国的要求下,各水道国应就……进行协商”似太过分;而对其他委员来说,规定谈判的义务更为适当。他表示,他的目标是,在制订第1款时,比较好地兼顾进行磋

商的单纯建议和进行“谈判”的义务，就象前任报告员施韦贝尔先生在第三次报告中建议的那样。¹⁵¹

287. 有些委员对规定现有水道委员会数目的第26条是否有价值表示疑问。特别报告员就此指出，首先，许多这样的委员会非常专门化，并不一定处理整个有关水道的管理问题；其次，参与国际水道日常管理、有机会在联合国主持下召开的区域会议上，如最近在亚的斯亚贝巴召开的会议上表示看法的专家，都曾要求设立此类机构。

288. 关于使磋商义务受某些条件限制的建议，特别报告员说，他会适当考虑这一点，但他担心提出这种条件会提供一种手段，甚至连本已不十分严格的磋商的义务都有可能逃避，使之形同虚设。

289. 特别报告员对所建议的起草修正案的质量表示欢迎。尤其是，他说，要执行关于协调第26条和21条的建议，可在第26条里注上“请参照第21条”字样。

290. 关于委员们对第26条第2款中的“管理”一词发表的不同看法，特别报告员指出，他不反对缔约方可自由地依照具体情况给管理下定义的看法。他也同意管理职能清单只能是陈述性的这一看法；他不反对如某些委员所建议的将此类清单列入附件中；也不反对如有人要求的那样，在清单里加上对付水传疾病的行动。最后，他不反对用“委员会”一词代替“组织”一词。

第27条 (保护水资源和设施)，和

第28条 (国际水道和水道设施在武装冲突中的地位)¹⁵²

291. 特别报告员在口头介绍第27和第28条草案时指出，他在第六次报告(A/CN.4/427和Add.1,第20段)中列有七个小标题，可纳入关于水力设施安全的小标题的条款草案之中。虽然他的二位前任特别报告员对委员会在这方面应走多远曾表示有些犹豫，但他们得出结论说需要就武装冲突中的安全问题列一项适当的条

¹⁵¹ 《1982年……年鉴》，第二卷(第一部分)(和更正)，第181页，文件A/CN.4/348，第471段。

¹⁵² 特别报告员在其第六次报告(A/CN.4/427和Add.1)中提出的第27和28条草案案文如下：

款。他本人也持有类似看法，因此提交了第 28 条草案。第 27 条草案从比较一般的角度涉及安全这一广泛的问题。例如，凡是用不坚固的构筑物蓄拦大量的水，下游国家显然就会关注建筑和维修该构筑物中采用的安全标准。

292. 第 27 条的主旨在委员会得到普遍支持，因为事实上明显有需要保护水设施。但是，有些委员对该条的范围应有多大表示没有把握，特别对其中提到“水资源”可能在很大程度上扩大该条款的范围的做法表示了关注。因此有人建议，如果委员会希望解决水源的污染问题，应另列一项单独条款，以免混淆。同样在范围问题上，有人认为，第 27 条虽然载于第六次报告题为“水力设施的安全”一章，但它却规定维修和保护国际水道本身，这似乎超出了题目的范围。关于这一点，有人表示意见说，该条款应限于水力工程和有关设施，因为国际水道的保护是涵义更广的概念，在某种程度上是整个草案的对象。

(注 152 续)

“第十部分 保护水资源和设施

“第 27 条. 保护水资源和设施

- “1. 各水道国应尽力维修和保护国际水道及有关设施、装置和其他工程。
- “2. 各水道国应进行协商，以期就下列事项达成协议或安排：
 - “(a) 建立、管理和维修各项设施、装备和其他工程的一般条件和具体规格；
 - “(b) 制定充分的安全标准和安全措施，以保护国际水道和有关设施、装置和其他工程、免受自然力或故意行为或过失行为所引起的危害和危险。
- “3. 各水道国应就水资源和设施的保护问题，特别是就本条第 2 款所述条件、具体规格、标准和措施交换数据和资料。”

“第 28 条. 国际水道和水道设施在武装冲突中的地位

“国际水道及有关设施、装置和其他工程应专用于与《联合国宪章》载明的各项原则相一致的和平目的，在国际武装冲突和国内武装冲突中皆不容侵犯。”

293. 此外,有些委员提出第27条是否有用的疑问。因此有人认为,该条处理的一些问题差别太大,而且已在草案其他部分处理过。关于这一点,有人认为该条只是重复第6、8和10条已载的内容,因此,这是一个适用这些条款的问题,而不是起草一项新条款的问题。

294. 更具体地说,一位委员指出,如果象建议的那样删去保护水道的提法,该条款将只留剩以下三点:各国“尽力”保护设施的义务(第1款);就设施的建立和运行以及保护措施的进行进行协商的义务(第2款);以及“就设施的保护问题交换数据和资料”的义务(第3款)。他指出,由于第1款规定的义务已载入第6和第8条,第2款规定的义务已载入第4条第3款,第3款规定的义务已载入第10条第1款,因此,有人怀疑是否需要制订有关设施的规定。

295. 有人指出第27条是否包括新的(计划中的)或现有设施,或者两者均包括。关于这一点,有人说新设施如草案第三部分设想的是“可能造成不利影响的计划的措施”的典型例子,因此将关于现有设施的安全及与此有关的资料交换、可能还有关于建立安全标准等问题的补充规定,放在关于定期交换数据和资料的第10条和关于计划的措施的第三部分之间是最合适的。

296. 对第27条各部分的具体评论还指出,第1款中“应尽力”一词应解释为建立一项国际标准。

297. 关于第2款,有人表示支持各水道国无条件进行协商的义务,因为主要设施发生故障或供水受到污染会引起灾难性后果。谈到这一问题的委员们认为,该条不仅应规定禁止在水资源中下毒,而且还应消除十九世纪的过时观念,这种旧观念认为可以允许切断敌人的水源,枯竭水源或使河流改道。还有人指出,第2款没有指出协商和协议所需的条件和情况,因此适宜于作这样的解释:即一国的设施如不影响另一国的国际水道,此类设施可以置于另一国有权发表意见的安全制度的管辖下。

298. 关于第3款,有些委员建议,最好将所有有关资料的规定集中在一起。

299. 特别报告员在总结关于第27条的审议情况时指出,有些委员认为其他条款对保护问题已有充分规定;而其他委员则在强调该问题的重要性的同时也曾提出该条是否不应在不提及保护水道的情况下集中处理保护设施的问题。

300. 有人指出第2款走得太远,因为即使对另一国没有影响,该款的规定也适

用；第 27 条应置于该草案第 10 条和第三部分之间。对此，特别报告员承认这些看法不无道理。他还说，认为第 3 款的规定不妨害第 20 条（对国防或安全至关重要的数据和情报）所列之例外情况的主张应该予以考虑。

301. 委员会对第 28 条的反应不一。有些委员认为这样一条规定超出了条款草案的范围。其他委员表示不太愿意贸然涉足武装冲突的领域，以免出乎意外地影响国际法中有关该领域的现有规则。但是，鉴于这问题至关重要，大多数委员似乎赞成设法处理这一问题。

302. 委员们对“不容侵犯”一词在此上下文中的含义提出了一些问题。一些委员认为可以提及关于武装冲突的国际法（包括习惯法和约定法）规则以与现有法律保持一致。一些委员建议在第 2 款中明示提及在国际水道中下毒的行为，这种行为的性质不仅是战争罪而且是危害人类罪。最后有人建议将该条分成二个部分，一部分关于和平使用国际水道，另一部分涉及武装冲突中国际水道的地位问题。

303. 特别报告员在总结中说对第 28 条的反应不一，一些委员认为它是多余的，其他委员则认为非常重要。然而，他指出，大多数委员似乎还是赞成至少设法处理该问题。有些委员对“不容侵犯”一词的含义提出了疑问，该词确实有问题，也许应以更恰当的措词代替。委员会若干委员主张在其中提及关于武装冲突的国际法规则，他认为这一主张得到委员们的理解。他不反对将在水道中下毒的行为明文列为战争罪和危害人类罪的建议，他不反对将该条分为二部分的建议，一部分关于和平使用，另一部分关于武装冲突。

3. 附件一 条款草案的执行¹⁵³

304. 在口头介绍他的第六次报告(A/CN.4/427 和 Add.1)中关于条款草案的执行的第三章时，特别报告员希望委员会没有因其第四次报告¹⁵⁴ 中关于该专题的扼要介绍中没有提到这样一问题而感到不便。他认为，实际和潜在的水道问题应尽可能通过民法程序予以解决，因为这样解决问题往往能比外交程序更迅速地使受到损

¹⁵³ 特别报告员在其第六次报告(A/CN.4/427 和 Add.1)中提议的附件一的第 1 至 8 条草案案文如下：

害的人得到补救,并可避免问题升级和不必要地政治化。他指出,北欧国家在大会第四十四届会议第六委员会上就关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题作的发言,强调了民事责任制度在保证对受害者赔偿方面的重要性,并提出了同时还适用于国际水道情况的理由,因为这两个问题在某种程度上都涉及跨国界损害。特别报告员同意国家责任制度和民事责任制度需相互补充,需要鼓励各国使用现有的民事责任制度。他表明他就是本着这种精神提出附件一所载关于执行问题的 8 项条款草案的。

(注 153 续)

“附 件 一

“条款的执行

“第 1 条 . 定义

“为本附件的目的,‘起源水道国’是指在其国内进行或计划进行的活动影响到或可能影响到国际水道〔系统〕并对另一水道国造成或可能造成明显损害的水道国。”

“第 2 条 . 不歧视

“在考虑是否对提议的、计划的或现有的活动给予许可时,这类活动对另一国引起或可能引起的不利影响应与这类活动对其所在水道国的不利影响同等对待。”

“第 3 条 . 根据国内法提出要求

“1. 各水道国对于在其管辖下的自然人或法人所进行的或计划进行的活动在其他国家造成或可能造成的明显损害,应确保可按照其法律制度提出要求,以获得迅速和充分的赔偿或其他救助。

“2. 为了对第 1 款所提及的明显损害保证迅速而充分的赔偿或其他救助的目的,各水道国应进行合作,以便就估量和赔偿损害的责任以及解决有关的争端,实施现行国际法和进一步发展国际法,并在适当情况下,拟订诸如强制保险或赔偿基金等关于支付充分赔偿的标准和程序。”

305. 一些委员赞扬特别报告员努力拟订旨在使个人能获得伤害补偿的条款，并认为附件一中的条款应编入草案正文，或者——如要避免对各国可望接受草案可能产生的影响——至少也应将其编入条款草案的任择部分。但是其他委员认为，附件所载的义务更适合于一小批一体化国家，其中有些义务可能要求修改国内立法，因而

(注 153 续)

“第 4 条. 平等机会权利

“1. 起源水道国应确保另一国遭受明显损害或有很大危险遭到明显损害的任何人获得适当待遇，其程度至少与起源水道国在本国发生的类似明显损害案件中给予同等条件或地位的人的待遇相等。

“2. 本条第 1 款所提及的待遇包括参加或诉诸起源水道国可用来防止本国损害或污染，或对所遭受的任何损害获得赔偿，或恢复任何环境退化的所有行政或司法程序的权利。”

“第 5 条. 提供资料

“1. 起源水道国应采取适当措施，向另一国有很大危险遭受明显损害的人提供充分资料，使他们能及时行使本条第 2 款所提及的权利。在情况许可时，这类资料应与起源水道国在本国类似案件中提供的资料相同。

“2. 水道国应指定一个或多个当局，使其有充分时间接受和传播第 1 款所提及的资料，以便积极参与起源水道国的现有程序。”

“第 6 条. 管辖豁免

“1. 起源水道国只有在其本国国民和惯常居民对它提起的诉讼中享有管辖豁免的情况下，才能对在其他国家受损害的人在该国提出的诉讼享有管辖豁免。

“2. 水道国应采取适当措施，确保其机构和部门的行为方式与本条款相一致。”

“第 7 条. 当事国会议

“1. 本条款当事国应至迟于条款生效后两年内召开一次当事国会议，其

超出了纲要协议的范围。

306. 一些委员赞成附件一体现的总的基本方针，因为其主旨是通过国内法庭对次要问题的解决和通过个人的诉讼来避免国家间争端的增多。

307. 就附件一发表评论的一些委员认为它有点缺乏连续性。他们建议，将其中有些条款转列到别处，有些予以进一步润色，还有一些予以全部删去。另一方面，有人认为，特别报告员的第六次报告载有该草案有关执行的部门的所有必要内容，虽然这些内容还须重新编排，但大多数基础工作已经完成。

(注 153 续)

后，除非会议另有决定，当事国应至少每两年举行一次例会，并应根据至少三分之一当事国的书面要求随时举行特别会议。

“2. 在第 1 款规定的会议上，当事国应审查本条款的执行情况。此外，当事国可以：

“ (a) 按照本附件第 8 条审议和通过对本条款的修正案；

“ (b) 接受和审议任何当事国或根据本条款附件二设立的任何小组、委员会或其他机构提出的任何报告；以及

“ (c) 酌情就如何加强本条款的效能提出建议。

“3. 在每次例会上，当事国可决定按照本条款第 1 款的规定举行下一次例会的的时间和地点。

“4. 在任何会议上，当事国可决定并通过会议的议事规则。

“5. 联合国、其专门机构和国际原子能机构以及任何非本条款当事国的国家可派遣观察员列席当事国会议，观察员应有权参加，但无表决权。”

“6. 除非至少有三分之一出席会议的当事国反对，属于以下类别的任何组织或机构如果在国际水道的非航行使用包括保护、维护和管理方面具有专门资格而且向当事国表示希望派遣观察员列席当事国会议，应允许其列席会议：

“ (a) 国际政府或非政府组织或机构以及国家政府机关和机构；以及

“ (b) 经所在国为此目的核准的国家非政府组织或机构。

“一旦获准列席，代表这些组织和机构的观察员应有权参加，但无表决权。”

308. 有些委员认为,附件一的标题与其内容不一致,草案的许多条款已涉及执行这一领域,而附件一的内容与执行没有多大关系,却与个人要起的积极作用有关。

309. 在对附件一的条款草案的具体评论中有人说,第2至第5条阐述的义务中只有第3条第1款规定的义务含有可载入草案第二部分(一般原则)的一项条款的原则,附件中的任何其他条款看来没有必要。发言的大多数委员认为第6条应予删去,其中一条特别的原因是管辖豁免问题由委员会在另一草案处理。有人认为第7条没有作用,因为各水道本身是一个完整的体系,而只有属于该水道的国家才会在自己的领土上直接参与本条款所载规则的适用活动。也有人对第8条提出疑问,因为他们怀疑这样一条规定是否会改进1969年《维也纳条约法公约》规定的有关修正案的一般程序。

310. 有人说,整个附件一产生了一个具有深远影响的问题,即民事责任的问题,因为草案迄今为止尚未处理个人可能向起源国行政或司法机构提起的诉讼。还有人指出,从赔偿机构的观点看,草案一点也没有谈及个人索赔要求和国家可能提出的赔偿要求之间的关系,因此这一问题需要进一步深入研究。

(注 153 续)

“第8条. 条款的修正

“1. 应根据至少三分之一当事国的书面要求举行当事国会议的特别会议,审议和通过本条款的修正案。此修正案应以出席并参加表决的当事国三分之二多数通过。为本条款的目的,出席并参加表决的当事国是指出席并投赞成票或反对票的当事国。弃权的当事国不应计入通过修正案所需的三分之二数目。

“2. 提出任何修正案的当事国应于会前至少90天将提议的修正案案文通告所有当事国。

“3. 修正案应在三分之二当事国将该修正案的接受书交存于〔保存国政府〕〔联合国秘书长〕后60天对接受该修正案的当事国生效。其后,修正案应在任何其他当事国交存该修正案的接受书后60天对该当事国生效。”

¹⁵⁴ 文件 A/CN.4/412 和 Add.1 和 2 (见上文脚注 135), 第 7 段。

311. 特别报告员在总结中指出,有几位发言者对附件一的标题提出批评。他说,虽然对第1至第5条草案有不同意见,但总的来说,第3条第1款和第4条分别提出的不歧视观点和机会平等权利的主张得到了相当大的支持。同时他指出,第2条受到了严厉批评,普遍意见似乎认为第6至第8条草案超出了纲要性协议的范围。因此,即使有些委员赞成将第1至第5条全部提交起草委员会,他也认为这种做法的时机尚未成熟。因此他建议只应将第3条第1款和第4条提交起草委员会,不管它们最终是否会被列入草案正文还是如有些委员建议的那样载入附件或任择议定书中。他虽然也同样认为第3条第2款超出了该专题的范围,因而可以删去,但是他保留在下届会议上就本条规定和附件中其他条款提出建议的可能性,当然还须做到简明扼要。如果委员会要在1991年完成它对条款草案的审议,还必须牢记这一点。

C. 关于国际水道非航行使用法的条款草案

1. 委员会至今为止暂时通过的条款草案案文

312. 委员会至今为止暂时通过的第2至27条草案案文照录如下:

第一部分

导言

第1条. [用语]^{155,156}

第2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〔系统〕及其水,并适用于同使用这些水道〔系统〕及其水有关的养护措施。

¹⁵⁵ 委员会在1980年第三十二届会议上接受了一个关于“国际水道系统”含义的暂时的工作假设。该假设载于如下说明之中:

“水道系统是由河流、湖泊、运河、冰河、地下水等水文组成部分合成,由于它们之间的自然关系,这些部分构成一个整体单元,因此,任何影响到系统一部分水域的使用就可能会影响到另一部分的水域。”

2. 为航行目的使用国际水道〔系统〕不属于本条款的范围,但其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。

第3条. 水道国

为本条款的目的,水道国系指某一国际水道〔系统〕一部分位于其领土内的国家。

第4条. 〔水道〕〔系统〕协定

1. 水道国可订立一项或多项按照某一特定国际水道〔系统〕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。为本条款的目的,这种协定应称为〔水道〕〔系统〕协定。

2. 两个或两个以上水道国之间缔结的〔水道〕〔系统〕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〔系统〕或其任何部分订立,亦可就某一特定项目、方案或使用订立,但以一个或一个以上的其他水道国对该国际水道〔系统〕的水的使用不受该协定明显不利的影响为限。

3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道〔系统〕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〕〔系统〕协定而进行诚意的谈判。

(注 155 续)

“‘国际水道系统’”是指其组成部分位于两个或两个以上国家的水道系统。

“一国水域的某些部分既不影响对另一国水域的使用,也不受使用另一国水域的影响,则这些部分不应被视为包括在国际水道系统内。因此,如系统内水域的使用互有影响,则在这个范围内也只有在这个范围内,该系统成为国际系统,所以,水道的国际性是相对的,而不是绝对的。”

(《1980年……年鉴》,第二卷(第二部分),第108页,第90段。)

¹⁵⁶ 委员会1987年第三十九届会议同意暂时撇开第1条(用语)问题和“系统”一词的使用问题,并在委员会1980年第三十二届会议所接受的暂时工作假设的基础上继续其工作(同上)。因此,“系统”一词在通篇条款草案中全置于方括号之内。

第5条. [水道] [系统] 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 [系统] 的任何 [水道] [系统] 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 [系统] 的使用可能因执行只适用于该水道 [系统] 的某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的 [水道] [系统] 协定而受到明显影响, 则该水道国在其使用因而受到影响的限度内有权参加关于这一协定的协商和谈判, 并成为其当事国。

第二部分

一般原则

第6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某一国际水道 [系统]。特别是, 水道国在使用和开发某一国际水道 [系统] 时, 应着眼于实现与充分保护该国际水道 [系统] 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 [系统] 的使用、开发和保护。这种参与包括本条第1款所规定的利用国际水道 [系统] 的权利和第……条所规定的在对其加以保护和开发方面进行合作的义务。

第7条. 与公平合理利用有关的因素

1. 在第6条的含义范围内公平合理地利用国际水道 [系统] 需要考虑到所有有关因素与情况, 其中包括:

- (a) 地理、水道、水文和气候因素和其他自然性质的因素;
- (b) 有关水道国的社会和经济需要;
- (c) 一个水道国使用国际水道 [系统] 对其他水道国的影响;
- (d) 对国际水道 [系统] 的现行使用和可能的使用;
- (e) 国际水道 [系统] 水资源的养护、保护、开发和节约使用, 以及为此而采取的措施的费用;
- (f) 某项计划使用或现有使用有无其他价值相当的备选方案。

2. 在适用第 6 条或本条第 1 款时, 有关水道国应在需要时本着合作的精神进行协商。

第 8 条. 不造成明显损害的义务¹⁵⁷

水道国应以不致对其他水道国造成明显损害的方式利用国际水道〔系统〕。

第 9 条. 一般合作义务¹⁵⁸

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〔系统〕的最佳利用和充分保护。

第 10 条. 定期交换数据和资料¹⁵⁹

1. 依照第 9 条, 水道国应定期交换关于水道〔系统〕状况, 特别是关于水文、气象、水文地质和生态性质的、一般可得到的数据和资料以及有关的预报。

2. 如果一个水道国要求另一个水道国提供不属一般可得到的数据或资料, 后者应尽力满足这种要求, 但可附有条件, 即提出要求的国家需支付搜集及在适当情况下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在适当情况下处理数据和资料。

第三部分

计划的措施

第 11 条. 关于计划的措施的情况

各水道国应就计划的措施对水道〔系统〕状况可能产生的影响交换情况和相互协商。

¹⁵⁷ 本案文是以前任特别报告员在 1984 年提议的第 9 条草案为基础重订的。

¹⁵⁸ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 10 条草案为基础重订的。

¹⁵⁹ 本案文是以特别报告员在 1988 年提议的第 15〔16〕条草案为基础重订的。

第 12 条. 关于可能造成不利影响的计划的措施的通知¹⁶⁰

一个水道国在执行或允许执行可能对其他水道国造成明显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价计划的措施可能造成的影响。

第 13 条. 对通知作出答复的期限¹⁶¹

除另有协议外,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估价并将结论告知发出通知的水道国。

第 14 条. 通知国在答复期限内的义务¹⁶²

在第 13 条所述期限内,通知国应与被通知国合作,当后者要求时应向其提供为进行精确估价所需的其他任何已有的数据和资料,未经被通知国同意,不得执行或允许执行计划的措施。

第 15 条. 对通知的答复¹⁶³

1. 被通知国应将其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 6 或第 8 条的规定,应在第 13 条规定的期限内向通知国提出阐述这种结论的理由附有有关文件的说明。

第 16 条. 对通知不作答复¹⁶⁴

如果通知国在第 13 条规定的期限内未收到根据第 15 条第 2 款告知的结论,则通知国在不违反其依第 6 和第 8 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。

¹⁶⁰ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 11 条草案为基础重订的。

¹⁶¹ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 12 条草案为基础重订的。

¹⁶² 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 12 条草案为基础重订的。

¹⁶³ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 13 条草案为基础重订的。

¹⁶⁴ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 14 条草案为基础重订的。

第 17 条. 关于计划的措施的协商和谈判¹⁶⁵

1. 在按照第 15 条第 2 款告知结论的情况下,通知国和告知结论的国家应进行协商和谈判,以期公平地解决这种局势。

2. 第 1 款规定的协商和谈判,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,如果被通知国在按照第 15 条第 2 款告知结论时提出要求,通知国在不超过六个月的期限内,即不应执行或允许执行计划的措施。

第 18 条. 没有通知时的程序¹⁶⁶

1. 如果一个水道国有确实理由认为另一水道国正在计划的措施可能对其造成明显的不利影响,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上述认识的理由附有关文件的说明。

2. 如果正在计划进行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,同时提出阐述这一认识的理由附有有关文件的说明,如果这一认识不能使该另一国满意,则两个国家应根据该另一国的要求迅即按照第 17 条第 1 和第 2 款指出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,则正在计划进行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计划的措施。

第 19 条. 紧急执行计划的措施¹⁶⁷

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端紧急的性质,则尽管有第 14 条和第 17 条第 3 款的规定,计划进行该项措施的国家仍可在不违反第 6 和第 8 条的条件下立即执行该项措施。

¹⁶⁵ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 13 条草案为基础重订的。

¹⁶⁶ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 14 条草案为基础重订的。

¹⁶⁷ 本案文是以特别报告员在 1987 年提议的第 15 条草案为基础重订的。

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的正式声明,同时提供有关的数据和资料。

3. 计划进行该项措施的国家在其他国家请求时,应迅即同它们按第17条第1和第2款指出的方式进行协商和谈判。

第20条. 对国防或安全至关重要的数据和资料¹⁶⁸

第10至第19条的任何规定均不使水道国承担义务提供对其国防或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。

第21条. 间接程序

在水道国之间直接联系有严重障碍的情况下,有关的国家应通过它们所接受的任何间接程序进行第10至第20条所规定的任何数据资料的交换、通知、告知结论、协商和谈判。

第四部分

保护和保全

第22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〔系统〕的生态系统。

第23条. 预防、减少和控制污染

1. 为本条款的目的,“国际水道〔系统〕污染”是指由于人的行为直接或间接引起的国际水道〔系统〕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明显损害的国际水道〔系统〕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国际水道〔系统〕的生物资源的损害。水道国应采取措施以协调

¹⁶⁸ 本案文是以特别报告员在1988年提议的第15〔16〕条草案为基础重订的。

^{*} 本款涉及污染定义,可能移至关于用语的第1条。

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，以便确定禁止、限制、调查或监测放入国际水道〔系统〕水域中的物质清单。

第 24 条. 引进外来物种或新物种

水道国应采取一切必要措施，防止把可能对国际水道〔系统〕生态系统有不利影响从而对其他水道国造成明显损害的外来物种或新物种引进国际水道〔系统〕。

第 25 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，单独或共同采取对国际水道〔系统〕的一切必要措施，以保护和保全包括河口湾在内的海洋环境。

第五部分

有害状况和紧急情况

第 26 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他水道国有害的状况，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所造成。

第 27 条. 紧急情况

1. 为本条款目的，“紧急情况”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况，这种情况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。

2. 在其领土内发生任何紧急情况时，水道国应毫不迟延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况的水道国应与可能受影响的国家并酌情与各

* 本款涉及紧急情况定义，可能移至关于用语的第 1 条。

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,预防、减轻和消除该紧急情况有害影响。

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,共同拟订应急计划,以应付紧急情况。

2. 委员会第四十二届会议暂时通过的

第 22 至 27 条草案案文及其评注

第四部分

保护和保全

第 22 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〔系统〕的生态系统。

评 注

(1) 第 22 条规定保护和保全国际“水道〔系统〕”的生态系统的一般义务,作为条款草案第四部分的开始。¹⁶⁹ 本条的基础是特别报告员在其第四次报告中提议的第 17〔18〕条草案第 1 款。¹⁷⁰ 鉴于第 22 条所载义务的一般性质,委员会认为应置于第四部分其他较为具体的条款之前。

(2) 如 1982 年《联合国海洋法公约》¹⁷¹ 第 192 条一样,第 22 条载有保护和保全两种义务。这些义务与“国际水道〔系统〕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〔系统〕“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”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

¹⁶⁹ 如同委员会通过的关于本专题的其他条款情况一样,方括号表示委员会推迟审议“系统”一词的使用问题。(见上文脚注 156)

¹⁷⁰ 《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 243 页,文件 A/CN.4/412 和 Add.1 和 2。

¹⁷¹ 题为“一般义务”的第 192 条规定,“各国有保护和保全海洋环境的义务”。

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。¹⁷² 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¹⁷³ “在生态系统中，一切都相互依存，没有任何东西不被真正充分利用”。¹⁷⁴ 因此，“外界对生态系统中一种成份的影响在其他成份中也会引起反应，并可能打破整个生态系统的平衡”。¹⁷⁵ 因为“生态系统维持着地球上的生命”，¹⁷⁶ 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，使其不能维持人类及其他生命形式。如拟议的联合国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”。¹⁷⁷

¹⁷² 关于这一点一般可以参考欧洲经济委员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和Add.1和2）。

¹⁷³ “生态系统通常界定为自然界的的一个空间单元，在其中有生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关于其环境保护与持续发展的法律原则和建议的第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”《环境保护与持续发展：法律原则和建议》（伦敦，Graham&Trotman，1987），第45页。

¹⁷⁴ ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1，第9段。

¹⁷⁵ 同上，第11段。

¹⁷⁶ 同上，第9段。

¹⁷⁷ 《大会正式记录，第四十五届会议，补编第6号》（A/45/6/Rev.1），主要方案四（国际促进发展经济合作），方案16（环境），第16.24段。

保护和保全国际水道〔系统〕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，这个问题在世界其他地区也将变得十分严重。¹⁷⁸

(3) “保护”国际水道〔系统〕生态系统的义务是第6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〔系统〕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〔系统〕生态系统，使其免受损害和破坏。¹⁷⁹

“保持”国际水道〔系统〕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，从而为维持发展提供一个重要基础。¹⁸⁰

(4) 第22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〔系统〕的生态系统是必要和恰当的。“共同”采取此种行动的义务是该条款草案第二部分中所载的某些一般义务的具体适用。因此，第6条第2款要求各水道国“应公平合理地参与国际水道〔系统〕的……保护”，并规定“这种参与包括……在对”国际水道〔系统〕“加以保护和开发方面进行合作的义务”。此外，第9条规定，水道国应进行合作，“以便实现国际水道〔系统〕的……充分保护”。因此，第22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，在公平基础上的合作的

¹⁷⁸ 见，例如，“Water: the finite resource” IUCN Bulletin, Vol. 21, No. 1 (March 1990), p14.

¹⁷⁹ 因此，保护国际水道生态系统的义务是下文论述的预防行动原则的一般适用（见下文脚注200）。

¹⁸⁰ 在这方面，载于提议的1992-1997年期中期计划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”。（前引书，（上文脚注177），第16.7段。）

内容随情况之不同而各不相同。¹⁸¹ 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〔系统〕生态系统的保护和保全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规定的义务而造成的损害。¹⁸² 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,1982年《联合国海洋法公约》第194条第1款也要求“单独或共同”采取措施,那一条针对的是海洋环境的污染。这一规定反映出人们承认,在有关属于一个以上国家管辖的生态系统和自然资源问题上,也许有必要共同采取保护行动。

(5) 载于第22条的义务在国家实践和国际组织的工作中大量先例。下列各段中载有对这些权威性文件的说明。¹⁸³

(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

¹⁸¹ 一般见第6和第7条评注,(《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第31页起各页)。例如,对第7条评注的(1)段中提到第6条中所载的公平合理使用的义务,其中说:

……

“后一规则必需是一般性、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困难。因此,在具体情况下,公平合理使用是什么乃取决于一切有关因素和情况的权衡。”(同上,第36页。)

¹⁸² 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。

¹⁸³ 欲更详尽了解有关权威文献,见特别报告员第四次报告,文件A/CN.4/412和Add.1和2(见上文脚注135),第29-86段;前任特别报告员施韦贝尔先生的第三次报告,《1982年……年鉴》,第二卷(第一部分)(和更正),第122页起各页,文件A/CN.4/348,第243-336段。

《乌拉圭河规约》中,¹⁸⁴ 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他有害元素”(第36条)。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”(第37条)并“保护和保全水域环境……”(第41条)。同样,在1978年《关于冈比亚河地位的公约》中,¹⁸⁵ 冈比亚、几内亚和塞内加尔议定“任何可能严重改变河流状态特征,……河水的卫生情况及其动物和植物区系的生态特征的项目,事先未征得各缔约国的同意不得执行”(第4条)。1963年《关于尼日尔河流域各国间航行和经济合作条例》¹⁸⁶ 的9个缔约国“保证在研究和执行任何可能对尼日尔河、其支流和分支流状态的某些特征……河水的卫生情况以及其动物和植物区系的生态特征有明显影响的项目时紧密合作”(第4条)。1978年《美利坚合众国和加拿大之间关于大湖水质的协定》¹⁸⁷ 规定“缔约国的宗旨是恢复和保持大湖流域生态系统水域的化学、物理和生物完整性”(第二条)。

(7) 若干早期协定均将保护鱼类和渔业作为其目标。¹⁸⁸ 例如,1904年《法国和

¹⁸⁴ 乌拉圭外交部, Actos Internacionales Uruguay-Argentina, 1830-1980 (Montevideo, 1981), p. 593.

¹⁸⁵ 联合国,《关于为航行以外目的利用国际河流的条约,非洲》,《自然资源/水汇编第13号》,(出售品编号E/F.84.II.A.7),第39页。

¹⁸⁶ 联合国,《条约集》,第587卷,第9页;转载于《自然资源/水汇编第13号》……(见上文脚注185),第6页。缔约国有:喀麦隆、象牙海岸、达荷美、几内亚、上沃尔特、马里、尼日尔、尼日利亚和乍得。

¹⁸⁷ United States Treaties and Other International Agreements, 1978-79, Vol. 30, Part 2, p. 1383.

¹⁸⁸ 例如,见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二部分第一节第6款(联合国,《关于为航行以外目的利用国际河流的立法条文和条约规定》(出售品编号:63.V.4)(以下称《立法条文……》),第186号条约,第674和676页,其摘要载于《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),182-183页,文件A/5409,第979-984段和980(c)段)。又见1887年瑞士和巴登大公国和阿尔萨斯-洛

瑞士关于管制边界水域捕鱼公约》¹⁸⁹ 规定：“禁止位于杜河附近的任何工厂、设施在水域扔弃有害于鱼类的废料或物质……”(第 17 条)。其他现行协定则通过防止污染国际水道〔系统〕的水域对国际水道〔系统〕的生态系统进行保护。例如，1958 年《苏联和阿富汗之间关于苏阿国界制度的条约》¹⁹⁰ 规定：“缔约国双方有关当局均应采取必要措施保护边界水域免受酸液和废物以及以任何其他手段造成的污染”(第 13 条)。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》¹⁹¹ 规定：“缔约国采取必要措施以保护摩泽尔水域及其支流免受污染……”(第 55 条)。

(8) 保护和保全国际水道〔系统〕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 年普拉塔河流域国家外交部长第四次会议通过的关于国际河流之利用的《亚松森法》¹⁹² 提到“普拉塔河流域地区生态关系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

(注 188 续)

林关于制定在莱茵河及其支流包括康斯坦茨湖捕鱼统一规则的公约(联合国,《立法文本……》,第 113 号,第 397 页;其摘要载于《1974 年……年鉴》,第二卷(第二部分),文件 A/5409,第 458-463 段),第 10 条;(b) 1906 年瑞士和意大利关于制定边界水域捕鱼统一规则的公约,《立法条文……》,第 230 号,第 839 页;其摘要载于《1974 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 136-137 页,文件 A/5409,第 633-642 段),第 12 条第 5 款;(c) 1904 年法国和瑞士关于管制边界水域捕鱼的公约(《立法条文……》,第 196 号,第 701 页),第 6、11 和 17 条。

¹⁸⁹ 见上文脚注 188 (c)。

¹⁹⁰ 联合国,《条约集》,第 321 卷,第 77 页。

¹⁹¹ 联合国,《立法条文……》(见上文脚注 188),第 123 号,第 424 页;其摘要载于《1974 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 115-116 页,文件 A/5409,第 474-480 段。

¹⁹² 文本载于美洲国家组织,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。摘要载于《1974 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 322-324 页,文件 A/CN. 4/274,第 326 段。

症与水资源的质和量有关。”¹⁹³ 公约还提到“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……”¹⁹⁴ 1977年联合国水事会议通过的《马德普拉塔行动计划》，¹⁹⁵ 载有一项题为“环境与健康”的第35号建议。建议规定：“必须评价水的各种使用对环境的影响，支持旨在控制水传疾病的措施并保护生态系统。”¹⁹⁶

(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、声明和其他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他生态系统的重要性。这些文件具现实意义，因为这些文件或是包括、或是类似于一种保护和保全国际水道〔系统〕生态系统的义务。为说明起见，不妨提及其中的若干文献。关于整个环境的协定，有1968年《非洲关于保护自然和自然资源公约》¹⁹⁷ 和1985年《东盟保护自然和自然资源协定》。¹⁹⁸ 1982年《联合国海洋法公约》第192条已经提到过“保护和保全海洋环境”的类似义务，《海洋法》之外还有若干关于保护

¹⁹³ 《亚松森法》附件，第15号决议。

¹⁹⁴ 《亚松森法》附件，第23号决议。

¹⁹⁵ 《1977年3月14日-15日在马德普拉塔召开的联合国水事会议报告》(联合国出版物，出售品编号：E.77.II.A.12)第一部分，第一章。

¹⁹⁶ 同上，第25页。

¹⁹⁷ 联合国，《条约集》，第1001卷，第3页。尤其见第2条，(基本原则)，其中缔约国“承诺按照科学原则采取必要措施，确保土壤、水、动植物资源得到保护、利用和开发；和第5条(水)”，其中缔约国商定“制订旨在保护、利用和开发地下水和地表水的政策……”。

¹⁹⁸ 由文莱、印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡和泰国通过的协定(《国际环境法-多边协定》(Berlin, Erich Schmit Verlag), 第985:51卷)。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”并议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”。又见(a)1940年《关于西半球自然保护和野生生物保护的华盛顿公约》，

海洋环境的更为具体的协定。¹⁹⁹ 此外，第 22 条中体现的防范行动原则在若干国际协定和其他文书均有所反映。²⁰⁰ 而且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。这些宣言和决议有：1972

(注 198 续)

(联合国《条约集》，第 161 卷，第 193 页)；(b) 1972 年《关于保护世界文化和自然遗产的巴黎公约》，(同上，第 1037 卷，第 151 页)；(c) 1979 年《保护欧洲野生生物和自然生境的伯尔尼公约》，(欧洲委员会，《欧洲条约集》，第 104 号 (1979 年 9 月))；(d) 1986 年《保护和开发南太平洋地区自然资源和环境公约》，(International Legal Materials (Washington, D. C.), Vol. XXVI (1987), p. 38)。

¹⁹⁹ 例如，见(a)1981 年合作保护和开发西非和中非区域的沿海海洋环境公约，(文件 UNEP/IG. 22/7(1981 年 3 月 31 日)；International Legal Materials(Washington, D. C.) Vol. XX(1981), p. 746)；(b)1974 年《防止陆地来源污染公约》，环境规划署，《环境领域若干多边条约》，参考汇编了(内罗毕，1983 年)，第 430 页)；(c)1974 年《保护波罗的海地区海洋环境公约》，(同上，第 546 页)；(d)1976 年《保护地中海免受污染公约》，(联合国，《条约集》，第 1102 卷，第 27 页)及其 1980 年议定书，International Legal Materials, Vol. XIX(1980). p. 869)；(e)1978 年《关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约》，(联合国，《条约集》，第 1140 卷，第 133 页)。

²⁰⁰ 防范办法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，见 1985 年《保护臭氧层维也纳公约》，(环境规划署，内罗毕 1985 年)和 1987 年《关于损耗臭氧层的物质的蒙特利尔议定书》(环境规划署，内罗毕，1987 年)。关于陆源及其他形式的海洋污染，例如，见联合国环境规划署理事会 1989 年 5 月 25 日通过的题为“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)，附件一)；(b)“第二和第三届保护北海部长级国际会议声明”(分别于 1987 年 11 月 24-25 日和 1990 年 3 月 8 日在伦敦和海牙举行)(见下文脚注 232)。声明明确规定，防范办法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(即，持久、毒性或生物积累性物质)可能产生的破坏作用。

年《联合国人类环境会议宣言》(斯德哥尔摩宣言),²⁰¹ 1982年10月28日大会关于《世界自然宪章》的第37/7号决议,1989年《亚马逊河宣言》,²⁰² 1989年《美洲环境宣言草案》,²⁰³ 1988年《欧洲经济委员会关于保护动植物及其生存环境的声明》,²⁰⁴ 1990年《关于欧经委地区可持续发展的部长级会议卑尔根声明》,²⁰⁵ 1989年3月11日《海牙宣言》。²⁰⁶ 在欧洲安全和合作会议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”,²⁰⁷ 遵循“生态系统方法”保护水质²⁰⁸ 的重要性。最后,世界环境与发展委员会²⁰⁹ 及其关于环境法专家组²¹⁰ 的工作也强调,

²⁰¹ 《联合国人类环境会议报告,斯德哥尔摩,1972年6月5日-16日》(联合国出版物,出售品编号E.73.II.A.14和更正),第一部分,第一章。尤其见第2-5和第12条原则。

²⁰² A/44/275, E/1989/79, 附件。

²⁰³ 美洲国家组织,文件CJI/RES. II-10/89。

²⁰⁴ 见E/ECE/1172/ECE/ENVWA/6。在声明中,欧经委各国政府同意“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”(第1段)。

²⁰⁵ 见A/CONF.151/PC/10,附件一。该声明确认:“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……”(第6段)。

²⁰⁶ 见A/44/340-E/1989/120,附件。

²⁰⁷ 见1975年8月1日通过的赫尔辛基最后文件关于“在经济、科学技术和环境各领域合作”一章第5节(环境)(《欧洲安全和合作会议最后文件》(赫尔辛基,1975年)(Lausanne, Imprimeries Réunies, 见第102页)。

²⁰⁸ 见《关于欧洲安全和合作会议1989年在索菲亚举行的保护环境会议的结论和建议的报告》(索菲亚,1989年)(CSCE/SEM.36/Rev.1,1989年11月3日),第12页。

²⁰⁹ 见世界环境与发展委员会的报告,《我们共同的未来》(牛津,牛津大学出版社,1987年)。

²¹⁰ 尤其见专家小组通过的关于环境保护和持续发展的法律原则和建议的第3条(生态系统、有关的生态进程、生物多样性以及持久性)(见上文脚注173最后)。

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。²¹¹

第 23 条. 预防、减少和控制污染

1. 为本条款目的,“国际水道〔系统〕污染”系指由于人的行为直接或间接引起国际水道〔系统〕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明显损害的国际水道〔系统〕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国际水道〔系统〕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,以便拟定禁止、限制、调查或监测引入国际水道〔系统〕水域中的物质清单。

评 注

(1) 第 23 条规定了预防、减少和控制国际水道〔系统〕污染的基本义务。本条

²¹¹ 见大意相同的《公元 2000 年及其后的环境展望》,由联合国环境规划署理事会第十四届会议通过的一份研究报告(1987 年 6 月 19 日决定 14/13 号决定)(《大会正式记录,第四十二届会议,补编第 25 号》文件 A/42/25,附件二),例如第 2 和 3 (d) 段。该研究报告随后由大会于 1987 年 12 月 11 日在第 42/186 号决议中通过“作为指导国家行动和国际合作制订旨在实现无害环境的发展的政策和方案的纲领……”。

大意相同的还有《纳米比亚宪法》中的某些规定(该宪法于 1990 年 3 月 21 日生效)(见 S/20967/Add. 2,附件一),其中有:第 91 条(监察专员的职能)(c)项和第 95 条(“增进人民福利”),第(1)项。根据后者例如:

“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……”。

* 本款涉及污染定义,可能移至关于用语的第 1 条。

以特别报告员第四次报告 (A/CN.4/412/Add.2) 中提议的第 16 [17] 条草案为基础。²¹² 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 款确立了通过协商拟订应予特别控制的危险物质清单的程序。

(2) 第 1 款是对本条款中所用的“污染”一词的一般定义。尽管它含有该词在其他定义中的一些基本内容,²¹³ 但第 1 款在若干方面却更为笼统。首先, 与其他一些定义不同, 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 款谈到这个问题。因此该定义纯粹是一个事实定义, 它包括各种污染, 不论对其他水道国是否造成第 8 条、更具体地说第 23 条第 2 款所指的“明显损害”。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“明显损害”程度的影响在第 2 款没有作出规定。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

²¹² 《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 237 页, 文件 A/CN.4/412 和 Add.1 和 2。

²¹³ 例如, 见 (a) 国际法协会 1966 年通过的《赫尔辛基规则》(见上文脚注 147), 第九条; (b) 国际法研究院其 1979 年的雅典会议上通过的《关于河流和湖泊污染与国际法的雅典决议》第 1 条第 1 款;《国际法研究院年刊》(1979 年), 第 58 卷, 第二部分, 第 196 页起各页); 关于跨界污染问题的原则, A 部分, 第 3 段, 作为附件转载于经合组织理事会于 1974 年 11 月 14 日通过的第 C (74) 222 号建议,《经合组织《经合组织与环境》(巴黎 1986 年), 第 142 页起各页); (d) 国际法协会 1982 年通过的适用于跨界污染的国际法蒙特利尔规则, 第 2 条, 第 1 款, (国际法协会,《第六十届会议报告, 蒙特利尔》(1982 年) (伦敦, 1983 年), 第 1-3 页; (e) 1982 年《联合国海洋法公约》第 1 条, 第 4 款; (f) 1979 年关于远程跨界空气污染问题公约 (E/ECE/1010) 第 1 条; (g) 欧洲委员会 1969 年关于保护淡水免受污染欧洲公约草案第 1 条 (c) 款, (见《1974 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 343 页起各页, 文件 A/CN.4/274, 第 374 段); (h) 欧洲委员会 1974 年保护国际水道免受污染欧洲公约草案第 1 条 (d) 款, (同上, 第 346 页起各页, 第 377 段)。

所有物质，包括溶质、悬浮物质和其他不能溶解的物质。“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“引入”水道。它仅规定“有害变化”是由“人的行为”引起的。“人的行为”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，但引入此种有生机体本身一般不被视为“污染”。因此，生物变化是另立一个单独的条文，即第 24 条的主题。

(3) 第 2 条规定了水道国“预防、减少和控制可能对其他水道国或其环境带来明显损害的国际水道〔系统〕污染”的一般义务。该款是第 8 条所载的不对其他水道国造成明显损害的一般义务的具体适用。本评注下列各段论述了第 2 款的各种要素。

(4) 在对污染问题适用第 8 条的一般义务时，委员会考虑到了有些国际水道〔系统〕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〔系统〕污染问题上采用了“预防、减少和控制”的提法。1982 年《联合国海洋法公约》第 194 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。¹⁹⁰ “预防”的义务针对国际水道〔系统〕新的污染，而“减少”和“控制”的义务则针对现有的污染。因此，只要污染“可能对其他水道国或其环境带来明显损害”，水道国就必须采取一切必要措施预防诸如工厂、污水处理系统或灌溉项目等现有或计划的活动可能造成的新的污染。与第 22 条规定的“保护”生态系统的义务一样，“预防……可能带来明显损害的污染”的义务也包括预防此种损害威胁的义务。²¹⁴ 这一义务由“可能造成”一语来表示。而且，与第 22 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。²¹⁵ 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明显的污染损害，只要——这是一

²¹⁴ 见第 22 条评注 (3) 段。

²¹⁵ 见第 22 条评注，特别是脚注 179 和 200 及所附案文。

个重要的条件——起源水道国正尽力将污染减少到一个相互可以接受水平。²¹⁶ 要求立即排除造成此种损害的现有污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可能得到的益处极其不相称时更是如此。²¹⁷ 另一方面，如果起源水道国未履行应有注意的义务，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应有注意的义务。

(5) 同第 22 条一样，第 23 条第 2 款规定“单独或共同”采取有关措施。第 22 条评注(4)段中的评注在细节上作些修改，也适用于第 23 条第 2 款。因此，水道国应“单独或共同”采取行动，以预防、减少和控制水污染这一义务应被理解为应酌情共同采取合作行动，并且应在公平基础上采取此种行动。第 22 条的评注解释说，采取共同行动的义务源于载于条款草案第二部分中的某些一般义务。就第 23 条第 2 款而言，水道国根据第 6 条第 2 款“公平合理地参与国际水道〔系统〕的……保护”的义务以及根据第 9 条“进行合作，以便实现国际水道〔系统〕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。²¹⁸ 第 6 条和第 9 条中规定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“可能对其他水道国或其环境带来明显损害的污染”。该限度以下的污染不属第 2 款的范围，但视情况也可受第 22 条或第 25 条管辖。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明显损害的

²¹⁶ 见特别报告员第四次报告(《1988 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 240-241 页，文件 A/CN.4/412/和 Add.1 和 2)，关于第 16 [17] 条草案评注的(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. 拉莫斯，《国际水道的污染》(海牙，Martinus Nijhoff，1984 年)，第 349 页。

²¹⁷ 这一立场与在《赫尔辛基规则》中所采取的立场相符。尤其见对国际法协会关于赫尔辛基规则第 11 条的评论(d)段，(国际法协会，前引书(上文脚注 147)，第 503-504 页)。

²¹⁸ 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》第十条的评论(b)段(同上，第 499 页)。

几个例子。所举例子前有“包括”一词，这表明并不囊括全部情况，而只是为了说明而已。对国际水道〔系统〕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”²¹⁹ 带来损害，而且还对“国际水道〔系统〕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。²²⁰ 其他水道国的“环境”提法意在包括特别是后一类问题。²²¹ 因此它比第 22 条的主题国际水道〔系统〕的“生态系统”概念更广。

(7) 第 2 款第二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”。这一义务基于条约惯例，²²² 而且在 1982 年《联合国海洋法公约》中有相应的规定（第 194 条第 1 款），它处理的是各国由于在国际水道〔系统〕的污染

²¹⁹ 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，至少在其工作的目前阶段，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，即明显损害的标准。

²²⁰ 此类舒适方便可包括如为娱乐或旅游而使用水道。

²²¹ 对水道国“环境”的明显污染损害还可能包括以水传疾病或其传染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明显损害也可能是国际水道〔系统〕的污染造成的。

²²² 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《法国和瑞士关于管制边界水域捕鱼的公约》（上文脚注 188 (c)，第 17 条），还是涉及预防对若干使用的不利影响（如见 1960 年《印度和巴基斯坦之间关于《印度河水域条约》（联合国，《条约集》，第 419 卷，第 125 页第 4 条第 10 款），还是涉及实际规定水质标准和目标（如见 1978 年《加拿大和美国之间关于大湖水质的协定》（见上文脚注 187，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。一般参见特别报告员第四次报告中对水污染的国际协议的论述文件 A/CN.4/412/Add.1 和 2（见上文脚注 135），第 39-47 段。

方面采取不同政策，或适用不同标准而经常产生的问题。例如，如果甲水道国采用的标准相当严格，而乙水道国的标准没有如此严格，如果证明都是不合适的，则乙国较宽松的标准可能使甲国预防、减少和控制其境内那部分水道的污染所作的努力无法奏效，或者，至少降低了这些努力的价值。此类问题遇毗邻水道、跨国界湖泊或蓄水层、上游国家的政策和标准比下游邻国的宽松等情况下，就表现得非常突出。但在其他情况下也可能产生此类问题。例如，下游国家较宽松的标准可能对回游到上游国家的鱼类造成损害。协调各水道国关于水污染的政策将有助于减轻或避免这些问题。协调政策的义务就是更具体执行载于第6和第9条，并在上文(5)段中提及的一般义务，特别是第9条规定的水道国“……进行合作，以便实现国际水道〔系统〕的……充分保护”的义务。在此，这意味着水道国应真诚合作，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协商一致的意见。但不管怎样，协调的意见并不意味着各国政策必须一致，而只意味着必须避免或消除政策之间的抵触之处。

(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他国际文书中遵循了拟订的清单，确定哪些物质排入国际水道应予禁止或专门管制的做法。²²³ 因这些物质具有特殊的危险性和持久性，各

²²³ 如见1976年《保护莱茵河免受化学污染公约》，(联合国，《条约集》，第1124卷，第375页)；1978年《加拿大和美国关于大湖水质的协定》，(见上文脚注187)；

又见欧洲委员会的保护国际水道免受污染欧洲公约草案，(见上文脚注213(h))；国际法研究院1979年通过的《关于河流和湖泊污染与国际法的雅典决议》，(见上文脚注213(b)第3条第2款；以及国际法协会1982年通过的《关于在国际流域水污染的蒙特利尔规则》第2条，(国际法协会，《第十六届会议报告(蒙特利尔，1982年)》，第13和535页起各页。

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²²⁴

(9) 特别报告员第四次报告对国际协定、国际组织的工作、国际法院和法庭的判决和其他几例证实第 23 条的国家惯例作了详细的具有代表性的概括说明。²²⁵ 最近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。²²⁶ 有关国际法的国际非政府组织和专家小组在这方面的工作一向都特别丰富。²²⁷ 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。由于水污染日益严重，各国越来越认识到自然和人类之间密切的相互依存关系，已加紧努力处理这一问题。上述考虑在第 23 条中有所反映，该条载有一系列一般义务，属保护水道国免受污染所必需的义务。

(注 223 续)

海洋污染方面也使用了同样的办法。尤见 1972 年《关于防止倾弃废物及其他物质导致海洋污染的伦敦公约》，(联合国，《条约集》，第 1046 卷，第 120 页)。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。

²²⁴ 此类协议在上述脚注里有实例。

²²⁵ 文件 A/CN.4/412 和 Add.1 和 2，(见上文脚注 135)，第 38-87 段。

²²⁶ 拉莫斯，前引书，(上文脚注 216)，124 页起各页。又见 J. J. A. 萨尔门在国际法研究院就“水栖地保护义务”的研究所进行的调查，载于《国际法研究院年刊，1979 年》，第 58 卷，第一部分，第 195 页起各页；又见 268 页起各页。

²²⁷ 国际法研究院和国际法协会尤其如此。关于国际法研究院，尤见 1979 年《关于河流和湖泊污染与国际法的雅典决议》(上文脚注 213 (b))。关于国际法协会，见《赫尔辛基规则》(上文脚注 147)，第九至十一条；1982 年《关于国际流域水污染的蒙特利尔规则》(上文脚注 223)；以及 1986 年通过的《关于国际地下水的汉城规则》，第 3 条，(国际法协会，第六十二届会议报告，汉城会议(1986 年)，(伦敦，1987 年)，第 251 页起各页)。又见世界环境与发展委员会环境法专家小组通过的《环境保护与持续发展的法律原则和建议》(见上文脚注 173 最后)。

第 24 条. 引进外来物种或新物种

水道国应采取一切必要措施,防止把可能对国际水道〔系统〕生态系统有不利影响从而对其他水道国造成明显损害的外来物种或新物种引进国际水道〔系统〕。

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、影响娱乐、加速海藻污染、打乱食物网、灭绝其他一些往往属珍贵的物种和传播疾病。外来物种或新物种一旦进入水道,往往很难根除。第 24 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。就此问题有必要另设一条,因为正如已指出过的那样,第 23 条第 1 款所载的“污染”的定义并没有把生物变化包括进去。²²⁸ 1982 年《联合国海洋法公约》第 196 条第 1 款有一项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、动物和其他有生机体都包括在内。²²⁹ “外来的”一词是指物种非本地生,而“新的”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,第 24 条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他活动。²³⁰

(3) 第 24 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。这一措词在 1982 年《联合国海洋法公约》第 196 条也采用过,表明水道国应尽其所能进行研究,并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。此项义务是应有注意的义务,如果水道国为防止引进这类物种而按一般常情力尽所能,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“可能对国际水道〔系统〕的生态系统有不利影响、从而对其他水道国造成明显损害”的“引进”。委员

²²⁸ 见第 22 条的评注第 (2) 段最后。

²²⁹ 所以该术语也包括了寄生物和传病媒介。

²³⁰ 然而可能需要采取适当的预防措施,防止这类活动所涉及的任何外来物种或新物种不慎进入水道。

会也认为,对于向国际水道〔系统〕引进外来物种或新物种的任何问题都应极为谨慎,同时本条款中规定的有关法律义务应与第8条中的总则保持协调一致。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,所以第24条反映了物种的“引进”与明显损害二者之间的这种联系。和第23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。虽然为了强调“环境”一词用在第23条第2款里,但是在第24条里,“对其他水道国造成明显损害”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,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〔系统〕的其他方面的工作一样。

第25条. 保护和保全海洋环境

水道国应考虑到普遍接受的国际规则和标准,单独或共同采取一切有关国际水道〔系统〕的必要措施,以保护和保全包括河口湾在内的海洋环境。

评 注

(1) 第25条涉及由国际水道〔系统〕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》²³¹ 和有关各区域海洋的公约²³² 中都确认了不从陆地来源对海洋环境造成污染损害的义务。

(2) 但是,第25条规定的义务不是保护海洋环境本身,而是“对国际水道〔系

²³¹ 见公约第194条,第3(a)款和第207条。

²³² 例如,见上文脚注199所引的协定。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-11月1日)(见B.吕斯特尔和B.西姆马编,《国际环境保护》,《条约和有关文件》,汇编二(多布斯·费里,N.Y.,《大洋洲出版物》),第IIB册(1991年5月),II/B/01-11-84);第二次国际会议(伦敦,1987年11月24-25日)(同上,II/B/25-11-87);和第三次国际会议(海牙,1990年3月8日)()。

统〕”采取必要措施，以保护海洋环境。水道国根据第 25 条所负有的义务不同于第 22 至第 24 条的义务，它是后者的补充。因此，可以想象一水道国通过某一国际水道〔系统〕的污染而对某一河口湾造成损害，却没有违反不对其他水道国造成明显损害的义务。第 25 条则要求所涉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 24 条的意义相同。²³³ 在本条中，水道国应采取其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”这一措词在细节上作必要修改同第 22 条²³⁴ 和第 23 条第 2 款²³⁵ 的意义相同。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〔系统〕带来的污染。此种行动应在公平的基础上进行，就是说水道国参与有关措施的义务相应于其对海洋环境的损害或其威胁所负的责任。“保护”和“保全”二词在细节上作必要修改与第 22 条的意义相同。²³⁶ 在本条中，“保护”的义务包括对国际水道〔系统〕采取必要措施，以保护海洋环境免遭污染和新的或外来物种之害的义务。“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，²³⁷ 但不影响其在 1982 年《联合国海洋法公约》和其他国际协定中的含义。

(4) 第 25 条开始有“考虑到一般接受的国际规则 and 标准”的措词，1982 年《海洋法公约》也曾采用此说法²³⁸ 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。²³⁹ 水道国在规划和执行根据第 25 条所要采取的措施时，应考虑到这些规则和标准，以确保此种措施与任何有关保护和保全海洋环境的适用规则和标准保持一致。

²³³ 见第 24 条评注 (3) 段。

²³⁴ 见第 22 条评注 (4) 段。

²³⁵ 见第 23 条评注 (5) 段。

²³⁶ 见第 22 条评注 (3) 段。

²³⁷ 1982 年《联合国海洋法公约》没有界定“海洋环境”一词。但在第 1 条第 1 (4) 款中界定了“海洋环境的污染”。

²³⁸ 例如，见公约第 211 条，第 2 款。

²³⁹ 尤见上文脚注 231 和 232 中提到的各种协定。

第五部分

有害状况和紧急情况

第 26 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, 预防或减轻由于自然原因或人的行为所造成, 可能对其他水道国有害的状况, 例如洪水或冰情、水传染病、淤积、侵蚀、盐水侵入、干旱或沙漠化。

评 注

(1) 第 26 条涉及有关国际水道〔系统〕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, 但有一点是不容置疑的, 那就是举几个为例, 诸如洪水、浮冰、干旱和水传染病等等问题给水道国造成的严重后果。第 26 条涉及预防和减轻此种状况, 而第 27 条则涉及水道国在应付实际发生紧急情况时的义务。当然, 根据第 26 条所要预防和减轻的某些“状况”, 如洪水和浮冰, 可能实际导致第 27 条所涉的一类“紧急情况”。但是, 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) 如第 22、23 和 25 条一样, 第 26 条要求“单独或共同”采取有关措施。如同那几个条款一样, 这一措词所适用的也是第 6 条规定的公平参与的一般义务。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。因此, 此项义务要求水道国尽其最大努力预防和减轻有关状况, 其中要考虑水道国在了解这些状况的手段及其采取必要措施的能力方面所具有的能力。

(3) 第 26 条所涉状况可能是由于天然原因、人为或两者结合所造成。²⁴⁰ “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,

²⁴⁰ 例如, 洪水和淤积可能因砍伐森林加上暴雨所致。或因地震毁坏堤坝也可能引发洪水。

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。这类措施必须尽可能根据有关地区的水文、气象情况数据和资料预先采取。

(4) 第 26 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。²⁴¹ 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。²⁴² 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，因此第 26 条明确提到了这些问题。

(5) 第 26 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 26 条的依据是许多条约²⁴³ 的规定、各国际法院和法庭的判决、国家惯

²⁴¹ 如见《联合国水会议报告》(上文脚注 195)，第三部分，第五章，第 112 页。

²⁴² 如见 (a) 1980 年《关于设立尼日尔河流域管理局的公约》第 4 条第 (2) 款，第 (c) (iv) 项，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，(联合国，《自然资源/水汇编第 13 号》(上文脚注 185)，第 56 页)。(b) 1973 年《关于设立萨赫勒旱灾控制常设国家间委员会的公约》，第 4 条，(i) 和 (iv) 项，(见 A/9178，附件二)。

²⁴³ 例如，见国际水资源法委员会 1972 年向国际法协会提交的报告，该报告第二部分(洪水控制)系统地收集了有关洪水的各种条约规定。(国际法协会，《第五十五届会议报告，纽约，1972 年》(伦敦，1974 年)，第 43 页起各页。其中许多协定要求进行磋商、通知、交换数据和资料、采用报警系统、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。

例的其他证据和国际组织的工作。²⁴⁴ 特别报告员的第五次报告²⁴⁵ 概括并分析了这些依据中有代表性的实例。

第 27 条. 紧急情况

1. 为本条款的目的,“紧急情况”是指对水道国或其他国家引起或立即有可能引起严重损害的情况,这种情况是由于自然原因例如洪水、冰崩解、山崩或地震,或人的行为例如工业事故所突然引起。

2. 在其领土内发生任何紧急情况时,水道国应毫不迟延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况的水道国应与可能受影响的国家和适当时与各主管国际组织进行合作,立即采取具体情况下所需的一切实际可行的措施,以预防、减轻和消除该紧急情况的有害影响。

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,共同拟订应急计划,以应付紧急情况。

评 注

(1) 第 27 条涉及水道国在应付实际发生的与国际水道〔系统〕有关的紧急情况时的义务,与涉及预防和减轻可能对其他水道国有害的状况的第 26 条完全不同。²⁴⁶ 第 27 条由四款组成;如果载于第 1 款的定义移到第 1 条,则本条可减为三款。

(2) 第 1 款给“紧急情况”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,“紧急情况”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况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况影响的非水道国家。这

²⁴⁴ 尤见国际法协会 1972 年通过的关于洪水控制的条款,与关于该条款的评论一同载于国际水资源法委员会的报告第二部分(同上)。

²⁴⁵ 文件 A/CN.4/421 和 Add.1 和 2 (见上文脚注 135),第 2-117 段。

本款涉及紧急情况定义,可能移至关于用语的第 1 条。

²⁴⁶ 见第 26 条的评注(1)段。

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。构成紧急情况的情况必须是“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知洪水有可能发生。由于这种形势“对水道国立即可能造成……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况影响的国家。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3款规定的义务还是适用于这类紧急情况的。²⁴⁷

(3) 第2款要求在其领土发生紧急情况的水道国“毫不迟延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,例如1986年的关于及早通报核事故公约²⁴⁸ (第2条),1982年的《联合国海洋法公约》第198条以及若干涉及国际水道的协定。²⁴⁹ “毫不迟延地”一词意指得知紧急情况后立即通知,“以现有最迅速的方法”这一措词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。第2款还要求通知“各主管国际组织”。这类组织必须是依据其基本约章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。²⁵⁰

(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,预防、减轻和消除该紧急情况的有害影响”。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、船只搁浅或其他事故发生时采取的行动。但

²⁴⁷ 因此,违反其中任何一项义务便导致有关国家的责任。

²⁴⁸ 原子能机构,《法律汇编》第14期(维也纳,1987年),第1页。

²⁴⁹ 如见1976年的《保护莱茵河免受化学污染公约》,第11条(上文脚注223);1978年《加拿大和美国大湖水质的协定》(上文脚注187);以及1977年法国和瑞士之间关于负责处理日内瓦湖水意外污染的机构干预的协定,(瑞士,《Recueil des lois fédérales, 1977》,第2204页)。

²⁵⁰ 例如见1976年《保护莱茵河免受化学污染公约》第11条(上文脚注223)。

第3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他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。最后该款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1982年的《联合国海洋法公约》第199条规定，“各国应共同拟订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〔系统〕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，对该水道及临近土地区域的使用是否表示有可能产生紧急情况。对今天世界上大多数国际水道〔系统〕来说拟订应急计划即使不是绝对必要，也很可能是适宜的，因为这些计划有助于避免对财产、健康、水道的生态系统、舒适方便及海洋环境的不必要损害。

(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在这个特定领域具有管辖权的其他非水道国和国际组织参加。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。在这种情况下，第4款要求水道国与其他国家和任何有关的国际组织进行合作。

D. 请求提出评论的问题

313. 委员会欢迎各国政府在第六委员会或以书面形式提出意见，特别是对特别报告员在其第六次报告(A/CN.4/427和Add.1)中建议的附件一（条款的执行）所载的条款草案发表意见。

第五章

国家责任

A. 引言

314. 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设想的结构如下：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。²⁵¹

315. 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。²⁵²

316. 委员会第三十二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。

317. 委员会从第三十二届会议至（1986年）第三十八届会议共审议特别报告员威廉·里普哈根先生提交的涉及条款草案第二和第三部分（“履行”国际责任和解决争端）的第七次报告，²⁵³ 第七次报告有一节（在第三十八届会议上既没介绍也没有讨论）载有条款草案第一部分进行二读的准备工作情况，涉及各国政府对第一部分中的条款草案的书面评论。

²⁵¹ 《1975年……年鉴》，第二卷，第55-59页，文件A/10010/Rev. 1，第38-51段。

²⁵² 《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30页起各页。

²⁵³ 特别报告员的七次报告转载如下：

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

第二次报告：《1981年……年鉴》，第二卷（第一部分），第79页，文件A/CN.4/344；

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

318. 1986年委员会第三十八届会议结束时，其有关条款草案第二和第三部分的工作进入了如下阶段：

(a) 一读暂时通过了第二部分第1至5条；²⁵⁴

(b) 第二部分第6至16条草案送交起草委员会；²⁵⁵

(c) 第三部分第1至5条草案及附件²⁵⁶ 已送交起草委员会。²⁵⁷

319. 1987年委员会第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生为国家责任专题的特别报告员。1988年委员会第四十届会议收到了特别报告员有关该专题的初步报告²⁵⁸ 以及一国政府就该条款草案第一部分条款发表的评论和意

(注 253 续)

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

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

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

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

²⁵⁴ 关于案文，见本章 C 节。

²⁵⁵ 关于案文，见《1985年……年鉴》，第二卷（第二部分），第20-21页，脚注66。

²⁵⁶ 关于案文，见《1986年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35-36页，脚注86。

²⁵⁷ 关于委员会到1986年为止就本专题所作的工作的全面历史回顾，见《1985年……年鉴》，第二卷（第二部分）。19页起各页，第102-163段；和《1986年……年鉴》，第二卷（第二部分）35页起各页，第40-65页。

²⁵⁸ 《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分），第6页，文件 A/CN.4/416 和 Add.1。

见。²⁵⁹ 1989年委员会第四十一届会议收到了特别报告员的第二次报告。²⁶⁰ 委员会第四十一届会议审议了初步报告,并将其中所载的条款草案第二部分第二章(国际违法行为产生的法律后果)新的第6和7条送交起草委员会。²⁶¹

B. 本届会议审议这个专题的情况

320. 1990年6月5日至15日和7月3日,委员会本届会议第2168至第2175和第2185次会议审议了特别报告员1989年提交的第二次报告(A/CN.4/425和Add.1)。²⁶²

321. 辩论结束时,委员会第2185次会议决定将特别报告员第二次报告中提出的条款草案第二部分新的第8、9和10条送交起草委员会。²⁶³

1. 一般办法

322. 特别报告员说,他的初步报告讨论了除第一次报告中讨论的停止和恢复原状以外的国际不法行为(违法行为)所产生的实质后果。他审查了三个另外后果:等值赔偿、补偿和保证不重犯。报告还讨论了广义上的过错对赔偿的形式和程度的影响。

323. 特别报告员指出,在较为详细地讨论补救方法之前,必须先审查影响到他对他所提出的第8、9和10条草案的办法的一些一般性质的问题。正在概念化的补救方法中的一个重要问题是对伤害或损害提供每一种可能的补救方法。

324. 特别报告员指出,赔偿通常指弥补被伤害国遭受的“物质”损害。补偿通常指弥补被伤害国在荣誉、尊严和威望及其“主观权利”所受的“精神”损害。但是

²⁵⁹ 同上,第1页,文件A/CN.4/414。

²⁶⁰ 《1989年……年鉴》;第二卷(第一部分),第 页,文件A/CN.4/425和Add.1。

²⁶¹ 关于特别报告员在初步报告中提出的第6条草案案义(停止持续性的国际不法行为)和第7条草案案文(恢复原状),见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第72-73页,第229-230段。

²⁶² 见上文脚注260。

²⁶³ 见下文脚注271、289和291。

“物质”和“精神”这两个形容词，未能确切表示赔偿和补偿分别包括的损害方面。一方面，金钱赔偿据称只是弥补物质损害，但目的也是赔偿被伤害国国民个人遭受的精神损害。而补偿不是弥补一国国民受到的精神损害，而仅是弥补一国（作为国际人格者）在荣誉、尊严、威望及“主观权利”遭受的精神损害：此种损害称为对受害国的精神损害。因此有必要分清国民遭受的精神损害和国家遭受的精神损害。

325. 关于特别是国民的精神损害，特别报告员注意到，尽管国家法律体系之间不一致，但国际法规定对这种损害提供赔偿，以此作为该国遭受的主要损害的一个组成部分。特别报告员例举了有关这个问题的一个主要案件——“卢西塔尼亚号案件”（1923年）。该案件的仲裁人得出结论说，大陆法系和英美法系都承认侵犯私人权利所造成的损害。²⁶⁴ 仲裁人的进一步的结论是，国际法对精神痛苦、感情伤害、屈辱、耻辱、有辱人格、丧失社会地位或损害个人信誉和声誉均提供赔偿。对于仲裁人来说，这些损害都是实际的，不能仅仅因为它们难以通过金钱标准来衡量就说它够不上实际损害，也没有充分理由认为受害人不应得到赔偿。仲裁人进一步指出，这种损害并不是一种惩罚。特别报告员指出，“卢西塔尼亚号案”不是一种例外情况，其他国际法庭也对精神损害给予赔偿。²⁶⁵ 然而，这种对个人的精神损害（可能扩大到作为私人的国家代理人）应同对国家的精神损害区别开来。

326. 有些作者把对国家的精神损害看成是侵犯国家的“主观权利”，²⁶⁶

²⁶⁴ 联合国，《国际仲裁裁决集》（以下称 UNRIAA），第七卷，第 32 页起各页，见第 35 页。

²⁶⁵ 特别报告员援引了科孚海峡案（1931年）的例子（UNRIAA，第二卷，第 1113 页起各页），Gage 案（1903年）（同上，第九卷，第 226 页起各页），Di Caro 案（1903年）（同上，第十卷，第 597-598 页），Heirs of Jean Maninat 案（1905年）（同上，第 55 页起各页）和Grimm 案（1983年）（见 A/CN. 4/425 和 Add. 1，第 12 段末尾）（International Law Reports (Cambridge), vol. 71 (1986), pp. 650 et seq, at p. 653)。

²⁶⁶ 见例如 D. Anzilotti, *Cours de droit International*, vol. I (French trans. by G. Gidel of 3th Italian ed.) (Paris, 1929), pp. 493-494.

而其他人则称它为政治损害。²⁶⁷ 特别报告员似乎认为，“政治”一词很可能是为了强调当精神损害更直接地影响到国家主权属性和国际人格时它所具有的“公共”性质。特别报告员认为，对国家的精神损害包括（a）侵犯国家权利本身和（b）损害国家尊严、荣誉或威信。特别报告员认为，国家的精神损害包括：（a）国家权利本身遭到的侵犯和（b）国家尊严、荣誉和威望受到的损害。他将前者称为“法律”或“司法”上的损害。此种损害来自对被伤害国的“主观权利”的任何侵犯，不论任何其他形式的损害是否存在。（a）和（b）两种损害均应理解为受害国遭受的精神损害。

327. 特别报告员还解释说，尽管对两者作了区分，尽管对两者的赔偿在原则上（经常也在实际上）由金钱赔偿和补偿这两种不同的补救办法来实现，但对于受害国的物质和精神损害（如界定的那样），在判给补救办法时仍常常被混淆。具体而言，一国遭受的精神损害，打个比方，会被金钱赔偿所“合并”，因此，乍一看，精神损害的具体补救方法似很难看出。不过，如更仔细地看一下国际判例和外交实践，就可得知受害国所受的精神损害，已得到特殊赔偿，此种赔偿可划为补偿。

328. 关于“物质”损害和“非物质”或“精神”损害之间的区别，委员会大多数委员赞同特别报告员的总的前提，即一国或个人由于国际不法行为而遭受的损害可大致分为这两类。它们同意，除了经济损失之外，一国还可能在荣誉和尊严方面遭受损害，对于后者的损害应提供补救方法。然而对于物质损害和精神损害的内容，即何种损害应视为“物质”或“精神”损害却意见各异，从而列入条款草案。在对这些不同类型的损害给予何种最合适的补救形式方面也存在分歧。例如，有些委员不能肯定，对一国代理人的“精神”损害是否正如特别报告员所认为的那样与对国家本身的“精神”损害无关，而有些其他成员则赞同特别报告员关于这一问题的意见。对所表明的关于涉及补救之形式的各种损害之形式的意见的分析载于下文述及第 8、第 9

²⁶⁷ 见加西亚·阿马多尔关于国家责任的第六次报告，《1961年……年鉴》，第二卷，第 8 和 24 页，文件 A/CN. 4/134 和 Add. 1，第 31 和 92 段；和 F. Przetacznik, “La responsabilité internationale de l’Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat”, *Revue générale de droit international public*, vol. 78 (1974), p. 936.

和第 10 条的各节中（见第 344 段起各段）。

329. 至于使用“精神损害”这一提法，一些委员赞成采用“非物质损害”的提法，因为他们认为这一提法更适合一国可能产生的那种责任，即非物质的和（按照某些作者所说的）政治责任。他们认为，“非物质损害”这一提法还可避免关于作为一个集体实体的国家是否能有“精神”因素的不必要的理论上的讨论，而在多数法律制度中这种因素只是人的属性。

330. 特别报告员指出，在初级规则方面，如海洋划界、贸易和经济关系、水道使用等，各国家集团（沿海和内陆国、穷国和富国、上游国与下游国等）之间的利害冲突很明显，并得到了很好的界定。他认为，这在次级规则方面就不是这种情况了。任何国家均可在任何时候成为发起国，也可成为受害国。因此，对于通过的任何规则，各国均应在优势和劣势方面取得平衡。

331. 一些委员不同意特别报告员的分析，即在补救方法问题上各国处于平等地位。的确，各国在法律上是平等的，但在事实上却不是平等的。有的国家是资本输出国，有的却是资本输入国；有的是前管理国，有的却是前殖民地；有的是军事强国，而有的却是军事弱国，等等。特别报告员所依据的国家实践，也是在国家间这种事实上的不平等情况下发展的。因此，以各国利益平等这一假设为依据制订抽象的赔偿规则，有可能产生不良后果。

332. 特别报告员在答复中强调，他无意否认，由于历史、经济和其他方面的因素各国存在差别。他的意思只是，因此类差别引起的利害冲突，在作出次级规则的选择方面所受的影响，的确不象在作出初级规则的选择方面那样大和那样直接；并且，他认为在适用任何规则方面起隐合作用的公平原则的确可以引用，但在引用时应更有利于贫困的受害国或应负责任国，而不应更有利于富国。他还认为，尤其在初级规则方面，发达国家迄今为止所做的还不够，还应更充分地考虑发展中国家重大的需要和所关切的问题。另一个问题当然是在处理抵制措施时，考虑到力量的不相等。关于后者，必须避免制订任何会有利于强国和富国的规则。

333. 委员会作了若干进一步的一般性评论，评论涉及特别报告员在补救方法方面的总的做法和他在第二次报告中采用的方法。

334. 某些委员认为，特别报告员对各种补救办法作了也许是不必要的严格的区

分。这些委员认为，补偿和金钱赔偿只是两种形式的等值赔偿，这两种办法的目的，是在不可能恢复原状或不适宜这样做的情况下，消除不法行为的后果。在某种程度上，赔偿相当于金钱形式的等值赔偿，而补偿则相当于其他形式的非金钱赔偿。

335. 特别报告员在不对广义上的赔偿最终起作用的一致性产生疑问的同时(各种形式的赔偿均含有赔偿及惩罚性因素)，也认为补偿具有一种特殊地位并在总的赔偿范围内起明显作用。他认为，各国各种丰富的实践，包括仲裁法庭1990年4月30日对“彩虹战士号”案的裁决，都证明了这一点。³⁶⁸

336. 其他一些委员认为，特别报告员主要从外国人在侵权行为案中受到损害的观点来看待补救方法。他似以此为依据的多数司法和仲裁裁决，均涉及对财产造成的声称的损害和影响到外国人的人身体伤害或生命损失。第二次报告在不同情况方面，例如，在违反环境、国际贸易或条约义务方面的国际法一般规则的案件方面，材料不够充分。这些委员认为，从所采用的做法来看，看不出在出现违反情况，如出现违反裁军条约的情况时，会产生何种后果。所谓的受害国除中止或解除条约的权利外，是否也有权利得到金钱赔偿？过分依靠侵权行为案的问题是，这些案件牵涉与受害方的财产、权利或利益的真正冲突。然而，在多数的条约遭违反的情况下，人们往往遇到与所谓的受害国的“期望”的冲突问题。这些委员不清楚特别报告员的做法(即应使受害方处于如不发生不法行为本会存在的状况)是否适用于侵权行为以外的案件。有人指出，根据保护经济权利从而创造经济机会的关贸总协定的规定，在国家实践中，违反条约似乎不导致金钱赔偿。此外，对于在武装冲突中造成的损失，国家实践并不支持这一推断，即发起武装冲突的国家应支付一切重建费用。这些委员认为，特别报告员没有充分地研究这些问题，因而使他在研究补救方法时办法有限。

337. 在对这些意见进行评论时，特别报告员强调，尽管他依然认为，许多赔偿规则是通过对国民及其财产造成的损害的实践而制订的，但是他并没有仅仅根据这种实践。关于金钱赔偿和补偿，他还考虑了其他方面的实践。关于一位委员提到的特别是“期望”这一点，他不清楚这个问题是否有必要包括在目前正在讨论的一般规则中。至于裁军条约遭违反的后果，这将属于包括在他的第三次报告中的问题，该报告

³⁶⁸ International Law Reports (Cambridge), vol. 82 (1990), pp. 500 et seq.

将涉及有关抵制措施以及可以采取这些抵制措施的条件。最后，关于战后解决的假设，他认为，公平和合理问题定会产生影响，从而防止某一战败国的经济遭到完全破坏。但是，人们不能过于慈悲，以至于实际上宽恕侵略行为。这又是应联系该草案第一部分第 19 条中提到的各项罪行来进行讨论的问题。

338. 关于特别报告员引用的材料，有人提出了两点，第一点是关于过去的仲裁裁决的列举；第二点是关于对外交实践的依靠。对于第一点，有些委员认为，第二次报告过多引用了旧的案例，而应以较新的材料为依据才对。许多较早的案件的裁决，尤其是 19 世纪末或 20 世纪初的那些裁决，是根据当时的殖民做法作出的，已不能再反映当代国际法状况。报告提及了义和团起义，²⁶⁹ 但这一案件不应作为先例来引用。在这个问题上，其他一些委员认为，有必要严格审查过去的国家实践。国家过去的行为及由此产生的后果，对制订关于今后的规则来说很重要。但他们认为这并不意味着过去所有的国家实践统统是适当的，但这些实践却提供了一种借鉴，可对决策者进行指导。即便象义和团案这样最糟糕的案件，也可用来作为一种警报信号，使人们不再犯同样的错误。最后，有人指出，重要的是，某一具体规则不论其怎样产生是否为当代国际法的一部分，是否为各国所普遍接受。

339. 关于第二点，即过分依赖外交实践，一些委员认为，在外交实践中，许多政治因素通常起重要作用，而这些因素不易极准确地确定。因此，不可能总是依靠法律原则解决外交上这类性质的争端。他们认为这在某种程度上削弱了这一实践作为国际法的唯一证据的价值。

340. 关于所分析的实践的旧的特点，特别报告员说并非所有引用的案例都是先例。例举许多这些案件的目的，恰恰是要毫不含糊地谴责殖民主义和帝国主义国家（特别是西方国家）不符合主权平等原则的做法，并为第 10 条草案的第 4 段提供根据。²⁷⁰

341. 关于依赖外交实践的问题，特别报告员说，正是通过外交实践，一般国际

²⁶⁹ 见 C. Eagleton, The Responsibility of States in International Law (New York, 1928) pp. 185-186.

²⁷⁰ 见下文脚注 291。

法（“习惯”或“不成文”法）才得以发展。鉴于国际判例相对少见，对外交实践的分析就显得极为重要。造成这种状况，是由于人们倾向于尽可能不经常诉诸仲裁解决。

342. 委员会还有人指出，在制订任何补救方法时应考虑到促进各国争端的和平解决的可能性。在许多案件中，有关国家之间用和平方式解决了补救方法问题并在不承担责任的情况下提供赔偿。这些类型的解决办法，在第二次世界大战后极为典型，是通过一次总付协议、出自恩惠的支付及其他形式的政治解决办法实施的。似宜在草案中列入一项条款，明确规定条款中规定的各种形式的赔偿，应在不影响基于双方协议的其他任何形式的解决办法的情况下适用。

343. 关于上述各点，特别报告员解释说，他的第二次报告主题并未包括直接或间接涉及和平解决程序的任何规定。在他关于报复行为的第三次报告中将提到此类程序；而且在该草案第三部分将进一步谈到此类解决程序。关于总协定和出于恩惠的解决办法，条款草案所提的任何建议均不能说明是阻碍此种做法。

2. 第二部分第 8、9 和 10 条草案

第 8 条。（等值赔偿）²⁷¹

344. 特别报告员表示，等值赔偿概念受这一众所周知的原则的指导，即赔偿的结果，就广义而言，用霍茹夫工厂案（实质问题）中的判词来说，是以在有利于受害

²⁷¹ 特别报告员在其第二次报告中提出的第 8 条草案如下：

“第 8 条. 等值赔偿

“1（备选案文 A）. 受害国有权要求犯有国际不法行为的国家对恢复原状所未抵偿的任何损害给予金钱赔偿，赔偿数额为恢复如不发生不法行为将会存在的状况所必需的数额。

“1（备选案文 B）. 在如不发生国际不法行为将会存在的状况未因按照第 7 条规定恢复原状而得到恢复的情况下和在此范围内，受害国有权要求犯有国际不法行为的国家支付金钱赔偿，赔偿数额为弥补恢复原状所未抵偿的任何损害所必需的数额。

方的情况下恢复“如不发生不法行为本会存在的状况”这一方式，“消除”“不法行为造成的一切法律和物质后果”。²⁷² 鉴于恢复原状通常具有的不完全性的特点，很明显，可通过金钱赔偿最终有效地适用这一原则。等值赔偿有三个特点，这就使其有别于其他形式的赔偿。第一个特点是，等值赔偿可用来赔偿可进行经济估价的损失，包括对国民的精神损害。第二个特别是，尽管任何形式的赔偿均具有某种程度的惩罚性质，但等值赔偿本质上却主要起赔偿作用。第三，等值赔偿的目的，不是补偿国际不法行为造成的所有可进行经济估价的损失，而只是此类损失。这一点，可在有关文献和判例法中，如“卢西塔尼亚号”案²⁷³ 及德国对1914年7月31日后和葡萄牙参战前所犯行为应负的责任案（1930年）²⁷⁴ 中找到。特别报告员提到，有必要研究与金钱赔偿有关的若干问题。这些问题有：等值赔偿和“惩罚性赔偿金”的赔偿作用；此种形式的赔偿是否也应适用于“精神”损害；“间接”和“直接”损害赔偿；原因的多重性对此种形式赔偿的影响；受害国行为对赔偿的影响；区别于产生的损害（*damnum emergens*）的丧失的收益（*lucrum cessans*）问题等。

345. 特别报告员注意到，在国际法中没有统一的赔偿标准。但他认为，这并不是说国际法中没有可以确定十分清楚的一般原则供适用或编纂。他还认为，从专题的性质来看，制订一种严格和详细的规则可被机械地适用于一切违反行为是不可能的，

（注 271 续）

“2. 依照本条的金钱赔偿应抵偿受害国因不法行为所受的任何可进行经济估价的损害，包括受害国国民所受的任何精神损害。

“3. 依照本条的赔偿包括因国际不法行为而丧失的任何利润。

“4. 为本条的目的，因国际不法行为产生的损害是通过不间断的因果关系与该行为相联系的任何损失。

“5. 凡属该损害的产生部分是由于国际不法行为以外的原因的情况，包括受害国也有共同过失的可能情况，赔偿额均应相应地减少。”

²⁷² 1928年9月13日第13号判决，《国际常设法院A辑第17号》，第47页。

²⁷³ 见UNRIIAA，第七卷，第39页。

²⁷⁴ 同上，第二卷，第1035页起各页，见第1076-1077。

实际上也是不可取的。金钱赔偿方面的许多原则，即便最初仿效了国内法原则，现都已成为国际法规则。这些规则的作用不是如某些作者所说的，只是提供一般指导。这些规则为其编纂提供了充分根据。此外，委员会有责任通过法律的逐步发展填补“空白”，制订必要的和可能的更为详尽的规则。尤其在国际责任方面，委托给委员会的任务并非只是编纂。一旦在对某种理论和实践进行研究后发现现行法律不够明确、肯定或有空白，委员会不一定宣布情况不明。应作出努力根据拟议法研究这一问题，确定是否可通过法律的发展消除不肯定现象或填补空白。考虑到国家实践和等值赔偿目的，特别报告员为第8条第1款提出两个草拟的备选案文，这两个案文确定了金钱赔偿的一般范围。

346. 委员会普遍认为，国际常设法院在霍茹夫工厂案²⁷⁵中所用的判词，即赔偿是为了消除不法行为造成的一切后果；对于所受损失通过恢复原状不足以补偿者须判付赔偿金，应作为制订补救方法的条款的出发点。这一共同点表明，各种形式的补救方法之间均有一种相互依赖性。某些委员认为，第8条草案的问题是，该条与关于恢复原状的第7条草案²⁷⁶（现正由起草委员会审议）之间的关系没有阐述清楚。有人提到，第7条未能界定恢复原状的内容，而所提出的第8条却是以这一不存在的定义为依据的。结果，第8条的范围就不明确了。第1款的两个备选案文没有澄清情况。备选案文A只是提到了“恢复原状所未抵偿的任何损害”，而未对该措词的含义作出解释。备选案文B似给恢复原状下了定义，但是根据恢复如不发生违反行为为本会存在的理论上的或假设的状况。这样一个恢复原状的广泛定义，当然涉及各种形式的赔偿，通常包含一定数量的金钱赔偿。第8条中措词的不明确因此会造成混淆。甚至该条的标题也易使人误解，原因是赔偿金的裁定——即第8条的主——是以这一推断为依据的，即归还被损坏物或其等值物无法恢复损失。实际上，如能提供被损坏物的等值物，这即构成恢复原状。第8条涉及的主要是金钱赔偿，因此该条应按此确定标题。

347. 特别报告员解释说，第1款提出A和B两个备选案文，正如一些发言者

²⁷⁵ 见上文脚注272。

²⁷⁶ 见上文脚注261。

指出的,只是为了请起草委员会从中挑选一个。关于第8条第1款和第7条之间的关系,他认为既然两条规定的共同目的是恢复如不发生不法行为本会存在的状况;既然恢复原状本身几乎不可能取得这一结果,因此,实无必要在案文中在恢复的广义和狭义定义之间持明确的立场。不过,尽管他认为有必要对以前的特别报告员提出的第6条草案作重大修改。³⁷⁷ 但是,他不愿建议委员会在目前朝相反方向起太大的作用。关于第8条的标题,他同意用“金钱赔偿”这一提法更恰当。这个标题也符合一位发言者的意见,即按照伊斯兰私法等值赔偿金在某些情况下意味着恢复原状的一种形式,而不是赔偿:即“恢复”与“失去”的原物相同的物体。

348. 关于有关金钱赔偿条款应在多大程度上受国际法逐步发展的影响问题,表示了两种一般看法。一种看法赞同通过逐步发展的做法来制订法律的主张,依据主要是:第一,这一领域的多数法律均受国内法影响,因此应对其进行彻底审查;第二,各国有意修改和进一步制订法律。然而,在提到特别报告员的看法即金钱赔偿的实际支付取决于对具体案件实情的估计时,这些委员不清楚宜制订哪些法律。另一种看法则敦促人们在拟订关于支付赔偿的规则时,持比在处理霍茹夫工厂案时更为谨慎的态度。支持这一观点的人认为,问题是,委员会在制订此种法律时,很可能会研究侵权行为在国内法,这个概念主要是在西方工业国家中发展起来的,在所有发展中国家尚未得到充分发展。因此,这样做会损害作为多数的发展中国家的利益。这些委员也不赞成对金钱赔偿制订详细规则,尤其是在此种赔偿的数额方面。他们倾向于采取一种灵活的办法。

349. 特别报告员重申他的看法说,在编纂国家责任的法律方面也与在国际法的任何其他有关领域一样,有必要充分考虑发展中国家的立场。至于在何种意义上他认为这方面在各种规则间(如初级规则和次级规则,赔偿规则和抵制措施规则)的确存有差别,他对此已作过解释。他也对仲裁者可在何种意义上利用公平及合理原则,以便使一般规则适应每起案件的具体情况这一问题作了解释。

350. 关于第8条第1款,一些委员认为,该款似乎没有充分考虑到临时通过的第2部分第5条中关于受害国的定义。根据第5条,有可能出现许多“受害国”,

³⁷⁷ 见上文脚注255。

但并非所有受害国都有权得到金钱赔偿。他们认为，会出现一个实际问题。例如，一人会因人权条约遭违反而受损害。其他各缔约国也被认为已受损害。但是，能将可进行经济估价的损害归因于哪一国呢？如果认为一国国民遭受的损害总是属该国本身所受的损害，那么，要求赔偿的权利就会被剥夺，因为，通常是本国侵犯了其国民的权利。

351. 环境受损害的情况也一样。可能出现的情况是，若干受害国有权要求停止此种损害并恢复原状。然而通常只有一两个国家会真正遭受恢复原状未足以补偿的损害并可要求金钱赔偿。这些受害国的状况，根据第8条第1款的规定似不十分明确。

352. 关于在第1款与受害国定义间关系方面发言的看法，特别报告员表示，应结合第10条草案第1款来看该款。²⁷⁸ 根据条款草案，一旦不能确定有害于任何一个或多个受害国的物质损害，则应适用第10条第1款。该规定涉及两种情况，一种是并未遭受物质损害、或另一国侵犯人权损害了其本国国民；另一种是违法行为以不同的方式影响到了若干受害国。后一种情形可能属违反环境方面的规则的案例。正是出于这一理由，所以，鉴于他在国家受到精神损害方面采用的广泛概念（也适用任何主观权利遭到侵犯方面所涉及的法律上的损害），他认为第10条第1款必须提到精神和法律上的损害。

353. 一些委员认为第1款似未考虑到时间的因素，即应估价损害的时间。例如，在双方就金钱赔偿达成一致协议之时，对损害的估价是否属最终估价。如果是这样，就产生这一谅解如何才能与这一主张协调的问题，即应判定赔偿金，以恢复如不发生不法行为本会存在的状况，因为在达成协议和真正执行协议这段时间里，损害可能增加。还有人建议，应规定时效，以明确可提出要求金钱赔偿的时限。不然，会无限期地提出要求。

354. 特别报告员指出，正如他理解一些委员提出的时间因素问题的重要性那样，第8条不应涉及这一问题。任何此类问题，包括时效问题，均应由最后编入该草案第三部分的一般规则规定。

²⁷⁸ 见上文脚注291。

355. 关于为第1款提出的两个备选案文,有些委员倾向于采用备选案文A。他们认为,备选案文A尽管意思不明确,却对金钱赔偿规定了更可行的办法,并且,该案文较简练。其他一些委员则主张采用备选案文B,因为该案文对金钱赔偿作了解释,即为“弥补”恢复原状所未抵偿的任何损害。一些委员认为,两条备选案文无大区别。有一位委员对两条案文均不赞成,他主张采用这样一种案文,明确规定在申请赔偿范围内,可对恢复原状无法或没有进行赔偿的那部分损害提出金钱赔偿要求。

356. 许多委员认为,第1款的结构两个备选案文都不合适,他们倾向于第1款的案文明确提及不法行为国有义务支付金钱赔偿。一些委员还提出了草案措词意见。

357. 关于第1款的备选案文,特别报告员肯定了几位委员的观点。他们认为他们的观点实质上相一致。他在答复几位对草案提出修改建议的委员时表示,他会乐于接受对草案提出的有关改进意见。这方面还包括一个问题,即这些条款草案是否可在受害国的权利或伤害国义务方面拟订更好的措词。

358. 特别报告员说,第2款具体说明了应给予等值赔偿的损害的类型。他认为,当人们一开始肯定这样的前提,即由不法行为造成的一切损害都必须赔偿,而且只有不法行为造成的损害才必须赔偿后,便没有理由对直接损害和间接损害加以区分。他说,在理论上有人曾试图作这种区分。从判例上看,似乎表明间接损害的概念一般用来说明不判定赔偿金的理由。然而对于事件与损害之间要存在怎样一种关系才有理由确定为间接损害,并没有作任何明确的说明。至于应予赔偿损害的界线,特别报告员提及1923年11月1日美国德国混合索赔委员会第二号行政决定,在此案中,法院认为:只要不法行为与所控诉的损失两者之间存在着明确的不中断的联系,损失不论是间接的还是直接的,都不是问题。²⁷⁹ 所以,特别报告员认为,金钱赔偿必须既包括对国家的所谓直接损害,诸如对其领土、广义上的组织、国内外财产、军事设施、外交团馆舍、船舶、飞机和宇宙飞行器等造成的损害,又包括对国家的所谓间接损害,诸如通过作为自然人或法人的其国民或代理人造成的损害。特别报告员对后者区分出两种损害:承袭损害和人身损害。人身损害包括对人的身体伤害和精神损害,涉及诸如无理拘留或任何其他限制自由的行为,酷刑或其他对人的身体的伤害以及死亡

²⁷⁹ UNRIAA, 第七卷, 第23页起各页, 见第29页。

等。在国际判例法和国家实践中，此类损害只要可以进行经济估价，都是按照对国家造成的物质损害的金钱赔偿所适用的规则和原则进行处理。关于承袭损害，它一贯是最自然适用金钱赔偿的领域。司法判决和外交实践正是联系这类损害大抵形成了金钱赔偿这一补救办法的适用原则、规则和标准。主要是在处理承袭损害的过程中，司法判决和学说借用代表私法——不论是大陆法系还是英美法系——的区分和分类，并加以修改，以适应国际责任的特点。

359. 第2款中特别有两个问题在委员会引起了讨论。这两个问题是“可进行经济估价的损害”和“精神损害”两种提法。关于“可进行经济估价的损害”，一些委员认为，该提法含义不完全清楚，不能用作须作出判决的仲裁人的指导，因为该提法仅仅说了不言自明的道理，即为了给予金钱赔偿，损害必须能够从经济方面进行估价。然而其他某些委员认为，“可进行经济估价的损害”的提法意思并不十分含混。他们认为，在许多案例中，国际法庭在估价损害时遵循了国内法制度。根据国内法制度，估价损害的做法是：如是财产损害，则根据损害或损失时的市场价值估价，如这样做不到，则根据固有价值估价；如是人身损害，则根据受害者或死者的年龄和家庭成员以及收入情况估价。也许，这就是采用“可进行经济估价的损害”这一提法的意义。另一方面，国际法庭仅仅把这些标准用作向导牌以便于对损失作出估价，但这种估价在很大程度上是取决于案件的具体情况。这一点毋庸置疑。在这一方面的判例情况各国也各不相同。然而，这种情况也不能使这一原则无效，这一原则等于承认现行做法。

360. 还有其他委员认为，“可进行经济上估价的损害”的提法主观性太强，它凭借哲学的方法并作出引起争议的解释。这一提法在第二项报告中没有清楚说明，在第8条中也没有明确表达。它未涉及是排除了国家本身的精神损害，还是包括预防性措施的费用或由于采取这类措施的直接结果而实际蒙受的经济损失的问题。显然，该提法并不单指可用数量表示的经济损失。但是，为了把它视为可进行经济估价的损害，难道一种损失在经济上用数量表示就够了吗？或者必须已经实际上遭受到这种损失吗？这些问题对环境法来说尤其具有重要意义，但对这些问题至今很可能还没有做出过任何仲裁裁决。“可进行经济估价的损害”这一提法可以怎样理解，应该怎样理解，这引起许多复杂问题，其中许多属于当代性质的问题，而第2款没有加以阐释。

361. 一些委员还认为，最终来讲，重要的是赔偿应适当。他们认为这一点尤其

在国有化问题案件上有意义。这意味着在审理这类案件时,对伤害国的财政状况也应加以考虑。这样做与“过分沉重的负担”的概念相一致,这一概念在关于恢复原状的第7条草案中使用过,而没有在关于等值赔偿的第8条草案中使用。这些委员认为,第8条中不提及这个概念是没有道理的。

362. 在考虑各种看法时——有些委员认为,可进行经济估价的损失”的提法不能令人满意,而其他一些委员则认为该措词是可以接受的——特别报告员表示愿对专门术语问题作进一步考虑。不过,他提出,不太容易找出更好的表达方式表明在确定金钱赔偿的数量上应遵循的标准。其他任何标准肯定会要么过于笼统、要么过于具体。至于究竟何种标准较适合,由仲裁人和当事方决定。他认为,公平是一切规则或决定的一种不明确的措词,这一点也适合于合理一词。明确提及早些时候的措词,会曲解在霍茹夫工厂案²⁸⁰中表示的一般原则,而该原则看来得到了委员会的普遍接受。公平和合理不可能使任何仲裁人自然地适当考虑案件的情况,其中包括案件中各方各自的经济和政治状况。最后,关于这一建议,即将为恢复原状提出的“过分沉重的责任”限制用于金钱赔偿,特别报告员解释说,虽然在第7条草案中设想了这一限制,但这一限制只是相对的。显然,这一限制在使用时顾及了恢复原状与金钱赔偿之间的关系:伤害国可将恢复原状转为金钱赔偿,如果后者证明会造成过分沉重的负担。

363. 人们提出许多看法的有关第2款的第二个问题,是“精神损害”的金钱赔偿问题。一些委员表示,特别报告员的分析不能使其信服。他们认为,仲裁庭因非法逮捕或监禁以及因受痛苦或有辱人格而判定的赔偿缺乏一致性。并且,如认为象特别报告员在第二次报告中所说的,相对一致的解决办法会存在,就未免太乐观了。某些委员还认为,特别报告员可能过于依赖零碎的国内法判决而将赔偿问题一般化了。这些委员认为,即使没有此类统一规则,委员会也仍可在其认为有可能、有必要或合理的情况下制订此类标准。但他们并不认为宜于这样做,相反,他们倾向于删除第2款中的“精神损害”这一提法。

364. 其他一些委员没有对判罚“精神损害”的赔偿的可能性表示争议,他们基于这种理论上的理由认为,“精神损害”不应列入关于金钱赔偿的第2款,因为无法

²⁸⁰ 见上文脚注272。

在经济上对其进行估价。他们一致认为，法官和仲裁者往往倾向于从经济、物质或后果等方面估价非承袭损害，这一点可作为估价赔偿的依据，科孚海峡案（实质问题）和“卢西塔尼亚案”²⁸¹ 即是如此。他们认为，在处理死亡或人身伤害的案件时，如同拘留案等一样，相对来说较容易从金钱角度估价应得到赔偿的损失。但他们认为，在处理精神折磨，如侮辱、羞辱或有辱人格案件时，则实际上无法这样做。他们并非想表示：在此类案件中，受害者不应要求补偿；他们只是认为，将此种补偿与等值赔偿同样对待不符合等值赔偿所具有的完全赔偿性质这一原则。基于这一点，他们认为，应将第2款中“受害国国民所受的精神损害”的措词挪到提及有可能提供“名义上或惩罚性赔偿金”的关于补偿的第10条草案中。有人还指出，即使不是所有的国内法都因精神损害允许给个人提供金钱赔偿，国际法庭的仲裁人也常常在估价赔偿时考虑到此种精神折磨。

365. 关于对私人方造成的精神损害问题，特别报告员认为，委员会不应忽视国际责任的这个重要部分，这个部分与尊重人权紧密相连。关于用金钱来估价精神损害的困难——但当然不是不可能的——他不认为这一困难会阻碍将人类所遭受的精神损害列入第8条草案。如第二次报告中所解释的，这不可能是补偿的一个适当的目标，而仅是适用于国家所受的精神和法律损害的一种补救方法。

366. 关于第3款，特别报告员解释说，关于承袭损害，即财产损害，作者们看来普遍同意不仅应偿付损害的财产本身的价值（产生的损害），而且应偿付该财产可能产生的利润（丧失的收益）之损失。然而在国家实践中，对前者损失的赔偿没有造成任何问题，而对于后者有时会产生问题，而且需要给予特别注意。他提到与丧失的收益有关的两个问题：一个涉及如何区分直接与间接损害，即涉及对哪种丧失的利润应给予赔偿；另一个涉及对于丧失的利润应给予多大程度的赔偿，尤其是在涉及对工业或商业性质的营业发达企业的财产权的损害时。关于前一个问题，特别报告员提到，至少在两起案例中²⁸² 法庭拒不承认这种利润，理由是这种利润是不肯定的、非

²⁸¹ 1949年4月9日判决，《1949年国际法院裁决集》，第4页。

²⁸² “加拿大”案（1870年）（J. B. Moore, History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. 11, pp. 1733, et Seq. ,

直接的,或者说是间接的。然而在文献里,间接损害和利润是有明确区别的,利润是金钱赔偿的合理组成部分。为使利润能够得到赔偿,理论似乎支持这样一种观点,即法官不必确切无疑地确定这种损害(丧失的收益)产生于不法行为。如果可以假定,按一般和正常的情况,如不发生不法行为,所说的损失本不会发生,这就够了。特别报告员援引了若干案例,²⁸³ 以支持这一结论。关于估价丧失的收益的方法,他提到两种:一种是抽象的;一种是具体的。常用的抽象方法,是在赔偿主要损害应付数额上计算利息。按照这一方法,或者是一次付清包括利润在内的一笔较大数额的赔偿金,或者是以同一自然人或法人在不法行为前时期所获利润为基础、或以类似的企业在同一时期内所获利润为基础计算利润。具体的方法,根据案件的具体情况而采用,以计算受害企业或财产在该时期内本应获得的利润。这一方法要使用复杂的计算公式。

367. 关于对非法夺取工业或商业性质的营业发达企业的外国财产应予赔偿的利润计算问题,特别报告员认为不应忽视国家实践。他解释说,审视一下国家实践似乎能看到,非法夺取案的判决趋势是:对利润的计算几乎完全勾销不法行为造成的损害。在阿米诺依诉科威特案(1982年)中,在涉及丧失的利润问题时认为财产的剥夺是合法的,法庭遂认为按贴现现金流量法估计虽然不适用于在合法夺取案中计算丧失的利润,但在非法夺取案中这种方法也许是合适的²⁸⁴。这种方法反映了如下理解,即在处理非法夺取案时,使用这种方法将确保赔偿有更大可能恢复到如不发生

(注 282 续)

at p. 1746); and 拉卡兹案 (1864 年) (A. de Lapradelle and N. Politis, Recueil des arbitrages internationaux, vol. 11, pp. 290 et seq., at p. 298)。

²⁸³ “好望角鸽”案(1902年)(UNRIAA,第九卷第63页起各页,见第65—66页);德拉果阿湾铁道案(1900年)(G. F. de Martens, Mouveau Recueil général de Traités, 2nd series, vol. XXX, pp. 329 et seq., at p. 407);“威廉·李”案(1867年)(Moore,前引书),(上文脚注282),第四卷第3405-3407页);和霍茹夫工厂案(实质问题)(1928年)(《国际常设法院A辑第17号》,第47-48页)。

²⁸⁴ International Legal Materials (Washington, D. C.), vol. XXI (1982), pp. 976 et seq., at pp. 1031 et seq.

不法行为本会存在的状态。然而，特别报告员认为必须强调这一切均适用于对外国财产的非非法夺取。但对合法国有化不能预先定出解决办法。

368. 关于第3款，委员会许多委员虽对特别报告员在第二次报告中对大量材料作的分析表示钦佩，但认为这项分析没有充分在所建议的案文中得到反映。一些委员同意特别报告员的看法，即对于什么是应予赔偿的丧失的利润，可从下列两项推定中找到答案：一是推定存在着利润，二是推定损失与不法行为有因果联系。但他们认为，因国际不法行为而丧失的“任何”利润的提法过于广泛。他们认为第3款中的这种说法毫无限制地包括了所有可能的利润，而实际上应该谨慎小心只把可以明确界定的丧失的利润包括进去，而不能包括仅仅是可能或希望或推测性的利润。关于由污染引起的损害，人们通常认为利润损失必须是污染的直接结果，或至少损失应是可预见的。这些委员不明白特别报告员为何没有在第8条中采用他的报告中第65至76段讨论过的限定语（A/CN.4/425和Add.1）。一位委员告诫不要对丧失的利润采取狭隘的处理办法，使之限于个人的私有财产。他认为，当代某些实践，与个人的私有财产无关，但也具有特别的意义。他提及国际法院对在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案的案情实质的判决。²⁸⁵

369. 关于谈及的一般污染情况和特别是国际石油运输情况，特别报告员表示，第8条第3款只涉及不法行为，只规定了一条一般规则，这样做当然是根据一些专门公约如关于石油运输公约的减损情况。特别是关于受害方，他当然无意排除国家本身遭受的损害：相反，国家遭受的损害——实际上是这一问题最重要的方——包含了私人方遭受的一切损害（承袭或私人的损害，包括精神损害）。

370. 关于对丧失的利润的估价，一些委员认为特别报告员的第二次报告中论述的大多数方法取自国有化案例，并没有提出任何明确的标准。他们认为或许不要过于重视国有化案例中使用的方法，而应更多地注意条约规定，例如关于国际石油运输和关于污染的规定。无论如何，并非所有丧失的利润均必须赔偿——唯有这种利润，象

²⁸⁵ 在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案（尼加拉瓜诉美国案），实质问题，1986年6月27日判决，《1986年国际法院裁决集》，第14页，第149页，第292段（13）和（14）。

第二次报告第 65 段中所说的，“是通常和可预见的”，如果不发生该不法行为“是完全〔可能〕获得的”利润。有人提出，在第 8 条第 3 款中规定赔偿丧失的利润应合理公平就够了。

371. 关于第 4 款所涉及的不法行为与损害之间的因果关系问题，特别报告员提出的标准是两者之间存在着明确的和不间断的因果关系。他认为，是这两种标准而不是损害的“直接性”决定着损害是否可予以赔偿。他提到支持这种观点的文献。他还解释说，有人提到“正常情况”和“可预见性”标准，意即当正常和自然的事态发展表示出损害是不法行为的符合逻辑的后果时，或当不法行为的行为者能预见到他会造成的损害时，损害与不法行为之间就具有恰当的联系。特别报告员提到葡萄牙殖民地案（诺利拉事件）（1928 年）的裁决，判决将由于葡萄牙殖民地土著居民的起义给葡萄牙造成的损失归责于德国，因为据称起义是因德国的侵入引起的，德国应对它能预见到的一切损害负责。另一方面，对于无法预见到的损害则不判给赔偿金。²⁸⁶ 特别报告员指出，在国家实践中，人们还提到“近期”的标准，例如 1978 年，在苏联“宇宙-954”号核动力卫星瓦解后，加拿大提出赔偿要求。²⁸⁷但这个标准并非没有含混之处。鉴于以上所述，特别报告员认为应以下列方式确定因果联系标准：(a) 对于由不法行为直接而且完全引起的损害，必须全部支付赔偿费；(b) 对于另一种完全由于不法行为所引起的损害，即使损害与行为之间不是由直接的关系，而是由一系列彼此之间纯粹由因果关系联在一起的事件所形成的联系，也必须全部支付赔偿费。

372. 委员会的某些委员同意特别报告员在第二次报告中所作的分析，但认为没有在第 8 条第 4 款的措词中得到充分反映。特别是他们对“不间断的因果关系”的概念表示怀疑。因为这可能实际上导致国家无限的赔偿责任，而且比特别报告员所展开的概念更为广泛。在这方面，有人建议，在出现国际不法行为的情况下，一般关心的是限制赔偿金所要包括的后果的范围。为了避免因果关系无限发展，仲裁庭的裁决和学者们通常讲“近因”、“充分的因果关系”，或“正常的事态发展”，或说“原因必须

²⁸⁶ UNRIAA, 第二卷, 第 1011 页起各页, 见第 1031 页。

²⁸⁷ 见 International Legal Materials (Washington, D. C.), vol. XVIII (1979), p. 907, para. 23 of the claim.

不是太不着边际的或推测性的”，或必须有“充分的直接因果关系”。“可预见性”一词也用来描述被认为是正常的因果关系。这就是近因的含义，这一确切的提法要比“不间断的因果关系”的提法更精确和能为人们所接受。问题是，从事态发展来看，法院是否能掌握明确和令人信服的证据——特雷尔冶炼厂案²⁸⁸中所使用的语言。因此，不加任何限制地依靠一系列不间断的事件，不管它有多长，似乎都是违反惯例的。大多数法律制度和许多仲裁裁决都是依据“近因”。

373. 一些其他委员也对“不中断的因果关系”的提法表示了保留意见，但是根据其他种理由。他们认为，必须在自然科学的因果关系和社会科学的因果关系之间加以区分。在前者范围内，由于自然元素的活动和反应方式，人们或许可以完全肯定地依赖不间断的因果关系这一阐述方式。而在社会科学中，人们总是要跟人和诱导他们行为的心理活动打交道。因此，第4款中提到的不间断的因果关系应有其他标准加以限定，如“近期”、“可预见性”等等。此外，有人提到，因果问题不能简单地作为一个实际问题；对被伤害国的责任，必须以政策为基础加以一定的控制。一位委员则主张以灵活的措词起草第4款，把规则的内容留给实践去发展。

374. 特别报告员表示，他和委员会一些委员一样，认为第4款使用的措词一般可以充分表明，仲裁人应根据案件的具体情况来解决各类案件的问题，但同时他也乐于探讨其他可能性。不过，他认为，最好的解决办法是在评注中对措词作适当的解释。

375. 关于第5款的主题——因果关系和伴随原因问题，特别报告员说，可能会有这种情况，损害不完全是由不法行为造成的，而且也由第三方的行为或受害国本身的行为所造成。在这种情况下，不法行为国不应对全部损害负责。只要对应归咎于不法行为的那部分损害判付部分赔偿金。特别报告员说，这种办法有国家实践可为佐证。

376. 委员会的很多委员普遍接受第5款的要旨。然而，对这一款是否应保留作为第8条的一部分还是单独草拟一条有不同意见。那些支持将伴随原因单列一条的提出的理由是该款的重要性和普遍适用性，即这一款也适用于其他形式的补救办法。他们认为，这一款提出了赔偿责任的分摊问题，而实际上是减轻责任或免除责任的问题。

²⁸⁸ UNRIAA, 第三卷, 第1905页起各页。

题。另一些委员认为，应避免“共同过失”的提法，因为它在英美法体系中有着特殊意思。在这个体系中，共同过失是伤害方用来作为辩护的，以避免支付任何赔偿费。然而，该款的意图是根据不同的原因分摊赔偿金，因而或许可采用另一术语来说明这个思想。

377. 特别报告员具体说明了他在第5款中没有将共同过失称为排除非法性的理由。他谈到，受害国的此种行为可能进一步造成了损害。不管怎么说，他愿考虑用另一种措词，并欢迎如某些委员建议的在可能情况下将该款改为一个单独条款。

第9条 (利息)²⁸⁹

378. 特别报告员解释说，在赔偿中包括利息的基本前提是依据充分赔偿和消除不法行为的一切后果的概念。他解释说，对主要损害赔偿额判定利息，在文献和国家实践中一般都可找到依据，但对利息从哪一天算起或利率却彼此不一致。关于开始计算利息的日期（起算日期），他指出，出现了三种主张。第一，这是一种较多采用的方法，从损害发生之日起计算利息。第二，这种办法使用较少，是从对赔偿额作出决定的那一天算起。第三，这也是一种常用的办法，从在国内或国际上对损害提出索赔之日起计算利息。第三种办法所根据的论点是，只有向伤害国提出索赔，才有理由假定该国意识到它的国际责任。实际上，这种日期的选择是国际仲裁庭考虑到每一案件的具体情况提出的。这些情况包括，例如，索赔人自己只要求从提出索赔之日期计算利息；受害方在提出对损害的索赔之前已等待了很长时间；本金已包括了主要的那笔

²⁸⁹ 特别报告员在其第二次报告中提出的第9条草案如下：

“第9条. 利息

“1. 如果对丧失的利润应付的赔偿系对一笔款额的利息，该利息：

“ (a) 应自在为赔偿的目的计算应付本金数额时未考虑的第一天起开始计算；

“ (b) 应计算至实际支付之日为止。

“2. 凡属为确保充分赔偿有必要的情况应支付复利，利率应按照最适宜于实现该结果的利率。”

利息并建议一次付清等。特别报告员说，他认为，合适的利息起算日期是损害发生的日期，因为它最接近于根据霍茹夫工厂原则给予充分赔偿的概念。²⁹⁰

379. 关于利率，特别报告员说，没有统一的做法，法律文献中对这个问题的评论也不多。有些案例使用了伤害国采用的利率，有些则使用被伤害国的利率。特别报告员说，他对这个问题还没有形成一种意见，欢迎各位委员提出意见。至于复利，特别报告员指出，由于没有统一的国家实践，他倾向于认为，凡是能证明按上面提及的霍茹夫工厂的原则确保充分赔偿是不可避免的时，就应裁定这种利息。

380. 委员会普遍同意利息是赔偿的一部分，有必要在条款草案中的某处说明支付利息的义务，以保证对国际不法行为所造成的损害作到完全赔偿。然而，在利息的起算日期、利率和复利方面应适用的详细规则，看法不一。

381. 对一些委员来说，任何有关利息的规定均应明确确定出支付利息的义务。然而，特别报告员所提出的第9条草案并没有规定这种义务，而转到了利率等次要问题上。至于利息的起算日期，一些委员倾向于定为损害发生的日期，因为它可使赔偿更接近于消除一切不法行为的一切后果。有些委员则主张定为提出索赔的日期，因为这是将不法行为及其责任通知不法行为国的日期。少数几位委员主张为作出裁决或判决的日期。很多委员似乎同意利息应算到支付之日为止。但一位委员主张，利息应算到作出裁决之日为止。

382. 关于利率问题，也发表了各种见解。一些委员认为，在确定利率时，应考虑到有关国家的经济发展水平。在经济发展水平相同的国家之间最好用商业利率，而在经济水平不同的国家间可使用差别利率。也有人提出建议，意思是说，应当考虑到有关国家国内采用的利率、政府贷款利率和世界银行提供的贷款利率。

383. 然而，总的来说，同意确定利率主要取决于具体案子的实际情况，应由法庭和仲裁庭自行酌情决定。因此，不必在这个问题上搞得过细，也不必对利率作严格的规定。

384. 还有人指出，实际上，指定支付利息通常被看作是为了赔偿受害者因从损害发生到最后支付赔偿之间过去的一段时间而造成的额外损害。在这种情况下，利息

²⁹⁰ 见上文脚注 272。

是按照整个赔偿支付的,而不在产生的损害和丧失的收益之间作任何区分。然而,特别报告员似乎更多强调对一笔钱或资金的索赔的情况和在这种情况下裁定支付利息是为了赔偿因无法利用那笔资金而造成的利润丧失的事实。少数几位委员认为,拒绝为损失的财产支付利息,找不到合理的解释。

385. 关于第9条第2款中提到的复利,多数委员认为,由于没有明确的国家实践,这个问题不应在条款草案中涉及。有几位委员认为,复利可能会导致任意算息和不公正。委员们普遍认为,应删除第9条第2款。

386. 很多委员倾向于删除整个第9条,因为他们认为,利息问题应以一般公式处理。这种一般性阐述应收在第8条第3款或该条的其他部分。

387. 特别报告员说明他不主张限制款额的利息。然而,他同意删除第9条和将支付利息的一般义务列入第8条,或许放在其第3款中。

第10条 (补偿和保证不重犯)²⁹¹

388. 特别报告员说,对国家实践和法律文献的研究表明,补偿经常被认为是一种自发的补救方法,即使有时它与其他形式和补救方法同时使用,偶尔也会并入金钱赔偿以致判给补偿难于看出。在法律文献中,很多作者都把补偿看作是损害国尊严、荣誉或威望的具体补救方法。一些作者认为,补偿是对一个国家所受法律损害的一种

²⁹¹ 特别报告员在其第二次报告中提出的第10条草案如下:

“第10条. 补偿和保证不重犯

“1. 在国际不法行为对受害国造成不能以恢复原状或金钱赔偿补救的精神或法律上的损害的范围内,犯有国际不法行为的国家有义务向受害国提供道歉、名义上或惩罚性赔偿金、惩罚负有责任的个人或保证不再发生该不法行为等形式或以上形式的任何结合的充分补偿。

“2. 在选择补偿的形式时应考虑到所违反的义务的重要性,以及犯有不法行为的国家有无故意或过失或其故意或过失的程度。

“3. 有管辖权的国际法庭宣布该行为的不法性其本身即可构成适当的补偿形式。

补救,而不论是否有任何物质损害。补偿和其他补救方式之间的区别不仅在于它所涉及的危害不同,而且还在于它所采取的形式不同。特别报告员指出,法律文献中常常提到的有道歉、惩罚应负责的个人、保证不重犯、向国旗致敬、象征性地支付一定数量的金钱和法庭宣布等等。他说,文献中所表示的意见似乎得到了国家实践的支持。尽管由于仲裁庭认为它们缺乏对这种赔偿形式的权限而很少作出明确给予补偿形式的司法裁决,但有给人深刻印象的给予补偿的外交实践。补偿似乎遭到了否定的一个著名案例是“卢西塔尼亚案”,在该案中,仲裁人的结论是,在充分赔偿之外再附加一种惩罚并称作损失赔偿金(加上“惩戒性”、“惩治性”或“惩罚性”的修饰词),都是用词上的极端混乱。那位仲裁人认为,这种问题应通过外交来解决。²⁹² 特别报告员将这种裁决解释为由于缺乏权限。然而,特别报告员也指出了支持给予补偿的其他的司法裁决,包括“迦太基”案(1913年)²⁹³、“马努巴”案(1913年)²⁹⁴、“科孚海峡案(实质问题)²⁹⁵”、“孤独号轮”案(1933年和1935年)²⁹⁶和“彩虹战士”案(1986年)。²⁹⁷

389. 特别报告员表示,应将有关实践分成三个阶段:(a)第一次世界大战前阶段;(b)两次大战之间阶段;(c)自第二次世界大战结束至今。第一阶段的实践表明,要求得到某一种或数种形式的补偿的案件比例很高,要求提出的方式和条件(通常是对弱国提出)有损于所指称的违法国的荣誉、尊严和威望。因此,即便任何此类无礼要求得到了满足,也不能将有关案件视为合理的先例(消极意义上的案件除外)。相反

(注续 291)

“4. 补偿的要求决不应包括向犯有不法行为的国家提出侮辱性的要求,或侵犯该国的主权平等或国内管辖权。”

²⁹² UNRIAA, 第七卷, 第 39 和 43 页。

²⁹³ 同上, 第十一卷, 第 449 页起各页, 见第 460-461 页。

²⁹⁴ 同上, 第 463 页起各页, 见第 475 页。

²⁹⁵ 《1949 年国际法院裁决集》, 第 36 页。

²⁹⁶ UNRIAA, 第三卷, 第 1609 页起各页, 见第 1618 页。

²⁹⁷ 同上, 第十九卷, 第 197 页起各页。

(b) 和 (c) 阶段表明 (尽管有某些例外), 补偿在各国所采用的补救方法中起了重要的作用。这一点尤其表现在这样的案件中, 即受害方遭受了对其国家或政府首脑、其外交或领事代表或其国民的侮辱、虐待或攻击。不易对这类“损害”进行经济上的估价, 它们属于特别报告员称之为精神和法律损害的最典型的例子。不过, 这不排除任何国际不法行为的后果中含有法律损害。

390. 关于补偿的性质, 即它是赔偿性的还是惩罚性的, 特别报告员解释说, 对法律文献和国家实践特别是外交实践的回顾表明, 确实存在有各种形式的补偿, 它作为一种补救方法有别于赔偿形式的补救, 它的部分标志是它所具有的惩罚性质。特别报告员认为, 各种赔偿形式在性质上的这种区别当然不是绝对的。举例来说, 他认为金钱赔偿的作用就不完全限于赔偿物质损失。它至少还起了劝阻或防止今后从事不法行为的作用。尽管如此, 补偿与其他补救方法的区别主要在于它的惩罚作用而不在于他的赔偿作用。特别报告员说, 他不认为补偿的惩罚性不符合各国主权平等的原则。这种信念基于这样一种考虑, 即所采取的补偿形式通常并不涉及受害国对伤害国的直接行动。它或者是本身施加的制裁或者是由一个国际机构实施制裁。不论发生哪种情况, 都不能采取诸如报复和回报的制裁措施, 由受害国本身直接给予惩罚。

391. 至于如何选择补偿的形式, 特别报告员说对实践的研究表明, 应考虑到不法行为的严重性或所破坏的义务的重要性, 以及不法行为国的过错程度或是否故意。

392. 然而实际上这种赔偿形式过去曾被处于较强地位的国家严重滥用, 因此必须对给予补偿在要求上加以限制, 即补偿的形式不应包括侮辱性要求或侵犯不法行为国的主权平等。

393. 特别报告员认为, 法律文献似乎支持保证不重犯是一种补偿形式的看法, 尽管它没有很明确地提出这种保证可以采取何种形式。特别报告员解释说, 保证不重犯的目的是, 有时受害国会认为, 恢复不法行为发生以前的状况还是不够的, 因为这一不法行为还有重犯的极大可能性。关于这种补救方法, 特别报告员解释说, 有一些问题应予考虑, 包括: (a) 伤害国提供这种保证的义务的根源; (b) 被伤害国的要求是否必要; (c) 是由被伤害国还是由伤害国来选择保证的形式; (d) 伤害国是否会拒绝作出这种保证。关于保证的形式, 特别报告员指出, 似乎没有统一的做法。在大多数情况下, 受害国要求保证不重犯。在有些情况下要求是有限的, 例如要求更好地保

护其公民和他们的财产。在另外一些情况下,对保证的要求甚至要包括要伤害国通过或废除具体的立法规定。特别报告员解释说,这种形式的保证在违反人权的情况下较为常见,在这些案件中,特设国际机构要求对违反人权负有责任的国家修改它们的立法,以便防止违反情况的重犯。对理论和国家实践所作的分析可以得出这样的结论,保证不再发生该不法行为是补偿的形式之一。特别报告员对此表示同意。

394. 委员会普遍同意补偿是除恢复原状和金钱赔偿外的合适的补救形式。但是他们强调,必须把补偿看作是和其他补救形式同时使用的一种补救形式。

395. 关于补偿的目的,有些委员认为特别报告员的办法太窄,因为他只就向受害国提供补救方法的问题提出了补偿的概念。他们认为,补偿具有更广泛的重申被违反的国际法规则的作用。考虑到违反国际义务的行为可能成为今后违反的先例,因此通过补偿的补救方法重申这些准则在当代国际法中起着重要作用。有人认为补偿是保护较弱国家的。以污染案件为例,富有的行为国认为它能支付得起赔偿费,便可自行其事将污染施于较弱国家,这实际上是强行取得允许它以付钱来释放污染的权利。通过要求较强国家作出适当的赔偿,补偿可有助于阻止上述行为。

396. 关于补偿的性质,许多委员不同意特别报告员界定的补偿具有“惩罚的”性质。他们认为,惩罚性赔偿金的概念与国家主权平等的原则不相符。由于没有一个国家会单方面同意惩罚自己,因此惩罚性赔偿金还会自动地要求第三方的裁定。此外,惩罚的概念属于危害人类和平及安全治罪法草案的专题,而即使在草案中,惩罚也只是指对个人的惩罚。

397. 然而,有些委员没有不同意补偿比其他形式的补救方法更具有惩罚性的看法,但认为第10条第1款中的“惩罚性”一词不合适。他们认为在某种程度上所有补救形式都具有某种惩戒性作用。他们认为在按照草案第一部分第19条对国际罪行的后果作出决定时,必须涉及确实具有惩罚性质的制裁问题,但是他们同意在讨论抵制措施和第1部分第19条的罪行后果时可重新审查这些问题。

398. 关于补偿的性质问题,特别报告员表示,经过进一步思考后他认为,“惩戒性的(*afflictive*)”这个词不妥。的确,在许多语言中,它只是在涉及到各种形式的只适用于个人的惩罚时才采用。不过,在补偿的惩罚作用方面,他也重申这一看法。另一方面,他不认为真正的问题是这一形容词是否应采用。重要的是补偿的惩罚作

用。这种补救方法是纯属赔偿的赔偿的形式，如金钱赔偿和恢复原状，以及主要为惩罚性的补救方法二者之间的折衷办法，后者一般体现为报复和制裁。不过，总之，要求委员会处理不仅关于危害人类和平与安全治罪法草案工作中的类似概念（此类罪行除其他外应归因于国家或政府首脑），也要求其根据该草案第一部分第19条界定的国家的国际罪行的后果进行发展和编纂。

399. 关于应给予补偿的损害种类，有些委员认为按照特别报告员下的定义，第10条草案第1款中“精神或法律上的损害”的提法范围太广。特别报告员将“法律上的损害”的概念界定为侵犯国家权利本身，与对国家尊严、荣誉和威望的侵犯无关，“法律上的损害”的概念存在于任何不法行为中。因此，按照定义，只要有违反国际法规则的情况就总是会出现法律上的损害，而从这一理论又得出这样的结论即必须对第一种违反行为给予补偿。由于国际合作协议日益增多，而技术和行政违反的行为也因之增加，因此每次都要求补偿似乎不合理。在大多数情况下，受害国向另一国提醒其义务就够了。关于补偿的条款在此类小的违反行为方面应体现某种适度性。这些委员认为，补偿应限于对国家尊严、荣誉和威望的侵犯，这大概说明了可能遭受“精神损害”的国家的这些特征。这些委员认为因此应删去“法律上的损害”的提法。

400. 有些委员还认为应删去第一款中“名义上或惩罚性赔偿金”这种提法，这不仅因为它使补偿带有惩罚的性质，而且还因为它在理论上和拟订第10条所根据的假设，即不可进行经济估价的损害不一致。如果此类损害可以估价，应列入关于等值赔偿的第8条草案。有人还建议将作为补偿形式的“道歉”的提法改为似乎更适当的“表示遗憾”。但有些委员提到了联合国秘书长1986年7月6日对法国和新西兰之间“彩虹战士号”案²⁹⁸的裁决，法国除其他形式的补偿外尚作了道歉。

401. 特别报告员认为，须极为谨慎地审议“精神或法律上的损害”的问题，这特别是鉴于关于人权和环境的国际法规则的重要性。他在答复一些委员提出的看法时指出，在他们看来，第8条草案第1款似乎不包括不直接或不在实质上受违反此类规则行为损害的国家的立场，但是，此类受害国恰恰是在第10条第1款的措词中找到要求补救方法的根据。如果任何形式的补偿似乎都未涉及某些违反行为产生的法

²⁹⁸ 同上。

律损害，这是由于在某些这类情况下，补偿可以说并入了金钱赔偿中。

402. 许多委员同意不再发生不法行为的保证是一种补偿的形式。能给予此类保证的方式有多种。例如，按照《国际劳工组织章程》关于一成员国对另一国提出控诉的第26至第34条，调查此事的调查委员会可以建议采取某些措施，以补救某些不正常情况。委员会有些委员不相信不再发生不法行为的保证应限于对一国的精神损害。他们认为，如果不法行为造成金钱损失并且害怕可能再发生这种行为，要求保证不再发生不法行为是相当合理和适当的。对一些委员来说，补偿和关于不再发生不法行为的保证是两种不同的不遵循国际义务的后果。补偿涉及过去，而不再发生不法行为的保证着眼将来。因此它们都应是独立条款的主题，应更详尽地探讨保证不再发生不法行为的各种形式。

403. 特别报告员指出，他从上述考虑中又找到了一条保留法律损害（除精神损害或伤害外）的理由，可将其作为要求和给予补偿的根据。他还准备考虑一项保证不重犯的单条款。

404. 关于补偿的形式，有些委员认为最好泛泛地提一下各种措施，而不要列举这些形式。但是，许多委员同意特别报告员的意见，认为在选择补偿形式时应考虑被违反的义务的重要性和不法行为国过失的程度。普遍同意主管国际法庭宣布该行为的违法性在某些情况下是适当的补偿。在这方面有许多先例。有人指出，在1990年4月30日就“彩虹战士号”案件的裁决中，仲裁法庭在其裁决的第8段特别说明，法庭裁决宣布的对于一方对另一方违反条约义务的谴责，在这种情况下是对所造成的法律和精神损害的适当补偿。²⁹⁹

405. 关于第10条第4款，有些委员认为应删除，因为普遍认为补偿的形式不应给国家造成侮辱和不符合国家的主权平等。但其他委员认为，正是由于有些国家过去滥用这一补救形式，并对弱国提出侮辱性要求，第4款才应作为一项保障条款予以保留。

406. 还提出了一些草案措词的建议。特别是有人指出，第4款规定补偿的“要求”不应包括侮辱性的要求。这一措词不正常，因为第10条文不处理受害国的要求，

²⁹⁹ 前引书（上文脚注268），第579页。

而处理在特定情况下适用的法律和当事各方的权利和义务。因此应改写案文的这一部分措词。

407. 某些委员指出,说明补偿的形式不应是详尽无遗的,因此特别报告员同意应改写案文措词。

3. 过错对赔偿的形式和程度的影响

408. 特别报告员说过错在用概念来解释国家责任的条款草案第1部分中没有起任何重要作用。他认为该草案第2部分,确定国际不法行为的具体后果,不能忽视过错在这种确定中所起的重要作用。第2部分必须处理国际罪行和国际违法行为的后果,这特别突出了过错的重要性。特别报告员认为过错指的是伤害国的故意或过失。因此他提出两个问题:第一,过错是否应在确定不法行为的后果时起作用;第二,怎样将过错归因于一个国家。关于第一个问题,特别报告员认为就过错在后果的形式及其严重程度中的作用作出决断是一项决策,最终是一项法律决策。他认为,一些权威承认过错是否存在以及故意或过失程度有多严重应在确定责任以及因而后果的程度中起某种作用,不仅合符逻辑的而且还是合理的。关于第二个问题,即如何将过错归因于一个国家,特别报告员说这是个实际问题,他认为这个意思基本上包括在本草案第1部分的有关条款中。因此,应让有关决策机构,如国际仲裁庭和法院,去确定是否存在过错。他承认确定不法行为国是否有故意或过失是个复杂的问题。作为国际人格者的国家的行为在大多数情况下(如不是总是的话)构成来自国家机构统治集团各级的多重行为和态度。他解释说,仅仅由于一名或几名低级官员的行为本身可以被认为事实上是或可以被认为事实上不是作为国际人格者的国家的行为,因此此类官员的所谓心理状态事实上可能是或可能不是国家的过错。这可确定涉及一个现代国家的内部机构的同样的全球性考虑这样一种因素的存在和程度。他认为人们不能依靠法律规则确定此类情况的事实,可能部分地解释了对过错在国际法中的影响和作用所表示的疑点。

409. 关于过错对金钱赔偿的影响,特别报告员解释说,对判例的研究似乎表明过错没有在确定赔偿金数额中起任何作用,在大多数案件中,赔偿金完全是根据造成的伤害的性质和程度来估算的。但是,有些案件似乎考虑了过错。此外,他说完全可

以想象仲裁人无疑可能经常考虑了过错。在决定是否同意理论上流行的观点，即过错——“故意因素”——的存在和程度决不应影响赔偿金的估算，这点是应该加以适当考虑的。尽管这一态度符合金钱赔偿的狭窄定义。但是他告诫说，此类解释并非总是正确的，其原因如下：(a) 各种形式的赔偿实际上并不是孤立地进行；(b) 在某种程度上任何一种形式的赔偿都有赔偿性和惩戒性的作用；(c) 惩戒性或惩罚性功能似乎是补偿的最典型特征，它也可能在某些情况下以判给较高数额的金钱赔偿的形式影响赔偿金的估算。

410. 关于过错在补偿中的作用，特别报告员说过错显然对补偿的形式和程度起重要作用。国家实践，尤其是外交实践，是这一趋势的标志。他指出，在第二次世界大战后的大多数外交实践中，考虑到政府官员对外国国民或代理人造成的伤害，或者伤害对象是受害国有权享有特别保护的人员或馆舍，伤害国可能承认了某种程度的过错。但是，关于低级国家代理人的过错在何种程度上实际上是伤害国的过错的问题仍有待于解决。特别报告员说，他倾向于认为，如果一国不提供其机构的人员，特别是警察和武装部队人员，以及在对待外国国民和代理人方面有关他们必须履行的积极和消极义务的充分的指示，就不能认为该国无过错，但这必须进一步研究和考虑。

411. 就过错问题发言的委员会一些成员同意特别报告员的总的看法，即过错在确定补救形式中起着某些作用。他们指出，由于特别报告员自己只尝试性地就该问题发表了意见，也许今后应更彻底地重新审查这一问题。但他们发表了一些初步意见。例如，有些委员指出，对国家有点神秘的看法以及由此而回避过错问题的努力，迟早必须服从考虑过错在国家责任中的地位的需要。他们认为，虽然在委员会继续讨论如种族灭绝或侵略等罪行的责任时过错问题显得特别重要，但该问题还与违法行为有关。一些委员认为过错只是应影响补救方法的形式和程度的多种因素之一。其他因素还有，被违反的义务的重要性等等，这些委员认为不应只考虑过错。

412. 一些委员认为将过错归因于一国的问题是一个极为复杂的问题，需要认真研究。他们认为不应不分皂白地将国家代理人的过错归咎于国家。如特别报告员指出的那样，他们也没有完全肯定过错与等值赔偿的形式和程度有关。有人认为，这样一种态度可能打破整个条款草案的逻辑和理论平衡。一些委员认为，委员会在研究这一专题的本阶段就为第一部分的目的将过错作为国际不法行为的草案第一部分与其他

问题联系起来是不够慎重的。关于草案的第二部分,几位委员对至少在委员会审议国际罪行的后果之前讨论过失问题是否合适表示疑问。

C. 关于国家责任的条款草案

第二部分. 国家责任的内容、形式和程度

委员会至今为止暂时通过的条款草案案文³⁰⁰

413. 委员会至今为止暂时通过的条款草案第二部分第1至5条的案文如下:

第 1 条³⁰¹

一国所犯的国际不法行为按照第一部分的规定引起的该国的国际责任,产生本部分所列的法律后果。

第 2 条³⁰²

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

³⁰⁰ 由于在其第三十九届会议上暂时通过了第5条,委员会决定对其第三十五届会议暂时通过的第2、3和5条作如下修改(见《1985年……年鉴》,第二卷(第二部分),第20页,第106段):在第2和第3条中,“〔第4〕和第5条”的提法改为“第4和〔第12〕条”的提法;以及“第5”条重新编号为“第4”条。

³⁰¹ 委员会第三十五届会议暂时通过。关于本条评注,见《1983年……年鉴》,第二卷(第二部分),第42页。

³⁰² 委员会第三十五届会议暂时通过;关于本条评注,见同上,第42—43页。

第 3 条³⁰³

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

第 4 条³⁰⁴

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

第 5 条³⁰⁵

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

2. “受害国”特别指下列情况：

(a) 如一国行为侵犯因双边条约而产生的权利，则另一当事国即为受害国；

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

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

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

(e) 如一国行为侵犯因多边条约或习惯国际法的规则而产生的权利，在证实下列情况的条件下，该多边条约的任何其他当事国或受习惯国际法有关规则

³⁰³ 委员会第三十五届会议暂时通过；关于本条评注，见同上，第 43 页。

³⁰⁴ 委员会第三十五届会议暂时通过（当时为第 5 条）；关于本条评注，见同上。

³⁰⁵ 委员会第三十七届会议暂时通过；关于本条评注，见《1985 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 25 页起各页。

约束的任何其他国家即为受害国：

(一) 已经设立或所确立的权利对其有利；

(二) 一国行为侵犯该权利必然影响多边条约其他当事国或受习惯国际法规则约束的其他国际享受权利或履行义务，或

(三) 已经设定或所确立的权利的目的是为了保护人权和基本自由。

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

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

第六章

国家和国际组织间的关系

(专题的第二部分)

A. 引言

414. 国际法委员会对题为“国家和国际组织间的关系”这一专题的研究工作分为两部分。委员会就第一部分关于各国驻国际组织代表的地位、特权和豁免问题于1971年第二十三届会议上审议完毕后，通过一组条款草案，并提交给大会。³⁰⁶

415. 大会后来将关于专题第一部分的条款草案送交1975年于维也纳召开的一次外交会议，该会议通过了《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》。³⁰⁷

416. 国际法委员会1976年第二十八届会议开始审议本专题的第二部分，这一部分涉及国际组织及其职员、专家和其他不作为国家代表参加其活动的人员的地位、特权和豁免。³⁰⁸

417. 在委员会第二十九届会议（1977年）和第三十届会议（1978年）前任特别报告员已故的阿卜杜勒·埃里安提出了有关本专题的初步报告和第二次报告，³⁰⁹委员会对这两份报告及时进行了审议。³¹⁰

418. 委员会在其1979年的第三十一届会议期间任命莱昂纳多·迪亚斯-冈萨

³⁰⁶ 《1971年……年鉴》，第二卷（第一部分），第284页起各页，文件A/8410/Rev. 1，第二章，C和D节。

³⁰⁷ 联合国，《1975年法律年鉴》（出售品编号：E. 77. V. 3），第87页。

³⁰⁸ 《1976年……年鉴》，第二卷（第二部分），第164页，第173段。

³⁰⁹ 《1977年……年鉴》，第二卷（第二部分），第139页，文件A/CN. 4/304；和《1978年……年鉴》第二卷（第一部分），第263页，文件A/CN. 4/311和Add. 1。

³¹⁰ 关于委员会对两个报告的讨论情况概要、所得结论和秘书处采取的行动，见《1987年……年鉴》，第二卷（第二部分），第50-51页，和199-203段。

雷斯先生为本专题特别报告员。³¹¹

419. 由于委员会遵照大会的建议,把完成其工作计划中拟订有关条款草案的工作已经取得较大进展的若干专题的研究放在优先地位,所以,委员会在1980年的第三十二届会议上,和随后两届会议上均未着手处理这个专题。只是在1983年的第三十五届会议上,它才重新开始关于本专题的工作。

420. 从委员会第三十五届会议(1983年)至第四十一届会议(1989年),特别报告员提交了四份报告。³¹² 在这几次会议上,委员会就本专题通过了几项初步决定,并通过了特别报告员准备为本专题拟订的条款草案所涉事项的纲要。³¹³

421. 在1989年第四十一届会议上,由于时间不够,委员会未能对本专题进行讨论,因此没有审议特别报告员的第四次报告(A/CN.4/424)。然而委员会认为特别报告员有必要介绍他的报告,以便在下届会议上推动本专题的工作,特别报告员照此做了。³¹⁴

³¹¹ 《1979年……年鉴》,第二卷(第二部分),第189页,第196段。

³¹² 特别报告员的这四份报告转载如下:

初步报告:《1983年……年鉴》,第二卷(第一部分),第227页,文件A/CN.4/370;

第二次报告:《1985年……年鉴》,第二卷(第一部分),第103页,文件A/CN.4/391和Add. 1;

第三次报告:《1986年……年鉴》,第二卷(第一部分),第163页,文件A/CN.4/401;

第四次报告:《1989年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 页,文件A/CN.4/424。

³¹³ 关于委员会从第三十五届会议至第四十一届会议就本专题所作的工作的更全面的回顾,见《1989……年鉴》,第二卷(第二部分),第131页起各页,第692-707段。关于纲要的案文,见同上,第132页,脚注323。

³¹⁴ 关于特别报告员的第四次报告导言概要,见同上,第133页起各页,第708-726段。

B. 本届会议审议这个专题的情况

422. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员1989年提交的第四次报告(A/CN.4/424)³¹⁵和第五次报告(A/CN.4/432),但由于时间不够,特别报告员未能介绍第五次报告,委员会也未能进行审议。

423. 委员会在1990年6月19日至26日举行的第2176至2180次会议上审议了第四次报告。委员会讨论了该报告所载的第1至第11条草案后在第2180次会议上决定将其提交给起草委员会。以下第424至第463段摘述了委员会委员对这些条款的评论。

424. 委员会对特别报告员在第四次报告中为本专题提出的目标普遍表示支持。有些委员指出,委员会现在可以对本专题给予更多注意,因为它完成或将近完成对本专题的审议工作。一些委员强调本专题的有用性,因为它将对各种各样不相一致的关于国际组织的法律理出一些头绪。

425. 有些委员虽然并不怀疑是否需要就本专题进行工作并履行大会授予委员会的职责,但认为在继续研究本专题前可能有必要确定将要通过的条款草案的最终目标及其与许多现有文书(即草案所涉各组织的组成文书、关于特权和豁免公约以及总部协定)的关系。

426. 一位委员说他怀疑是否能够取得有用的结果,以及条款草案适用的国家是否会接受此类结果。他不认为迫切需要进行这一专题的编纂工作,他认为关于特权和豁免公约以及总部协定等各种现行文书已在这方面作了充分规定。他认为委员会应继续推迟对本专题的审议。

427. 特别报告员在提及几位委员发表的意见时忆及,委员会的责任是履行大会授予它的并在大会每年关于委员会报告的决议中重申的任务。1987年委员会第三十九届会议规定了本专题的目的和方向及其内容,并通过了要求特别报告员向它提交的专题事项的纲要。(见上文第420段)特别报告员指出,委员会议程上许多其他专

³¹⁵ 见上文脚注312。

题也包括了若干现有文书作了规定的一些方面。提到委员会在编纂国际法方面的任务时,他说将本专题的规则加以系统化和条理化是很有用处的。对国际形势的仔细观察便会发现还有许多缺陷需要弥补,许多问题需要解决。例如,他指出,近年来一些组织和东道国之间在关于与各组织有正式工作关系的官员、专家和人员的权利和义务方面产生了许多问题。因此,特别报告员强调了对条款草案进行充分审议并在审议后将其提交起草委员会的重要性。

428. 在委员会作的另一些评论涉及特别报告员提出的条款草案的具体方面的问题。

429. 关于第1条草案,³¹⁶ 一位委员说英文的标题应为“用语”。几位委员还指出,第1(a)款中“国际组织”的定义应载明:组织的“普遍”性源自成员国资格向所有国家开放,而不是源自组织成员国的实际数量。一位委员建议,鉴于条款草案

³¹⁶ 特别报告员在其第四次报告中提出的第1条草案如下:

第一部分. 导 言

“第1条. 用 语”

“1. 为本条款草案的目的:

“ (a) ‘国际组织’是指普遍性的政府间组织;

“ (b) ‘组织的有关规则’特别是指该组织的组成文书、据此通过的该组织的决定和决议及其已确立的惯例;

“ (c) ‘普遍性的组织’是指联合国、各专门机构、国际原子能机构以及其组织成员和职责均具有全球性质的任何类似组织;

“ (d) ‘组织’是指有关的国际组织;

“ (e) ‘东道国’是指这样的国家,在该国的领土内;

“ (一) 设有组织的总部或办事处; 或

“ (二) 举行其机构之一的会议或其召集的大会。

“2. 本条第1款关于本条款用语的规定不妨碍其他国际文书或任何国家国内法对这些用语的使用或所赋予的含义。”

的范围可能随后扩大到区域性组织，因此应该将“普遍性”一词置于方括号内。

430. 特别报告员也认为，第1(a)款中“普遍性的”一词是用来指“具有普遍性可能的”的意思。也许应采用这一措词，以便包括诸如那些由某些商品的生产者和消费者设立的组织。在对条款是否应包括区域组织这一点作出最后决定之前，他不反对将第1(a)款全部或部分内容置入方括号内。

431. 关于第1(b)款，一些委员建议删除修饰“规则”一词的“有关”这个词，以便确保与1986年3月21日《国家与国际组织间或国际组织间条约法维也纳公约》第2条第1(j)款使用的措词取得更大的一致。一位委员说，应删除“已确立的惯例”这句话，原因是惯例是不断变化的，并可加以解释，因此，不能用规则的形式来表示。但其他委员则表示，这句话完全可以接受并已包括在1986年《维也纳公约》中(第2条第1(j)款)。

432. 关于第1(c)款，一些委员说，“具有全球性质”这一措词意思过于含糊，有位委员建议用“全球的”这一词。有些委员也表示，应当用“functions”代替“responsibility”一词。一位委员说，没有必要专门提及国际原子能机构。另一位委员说，“类似”一词意思不清楚。

433. 关于第1(e)款和“东道国”这一概念，一位委员提议，还应提及国际组织的官员奉派前往执行公务的国家。关于这一点，一位委员询问：第1(e)(一)款中的“办事处”一词是否也包括一个组织的附属机构的临时办事处，如联合国维持和平部队外勤工作办事处。特别报告员说，这一用语指一组织为履行其职责使用的任何房舍，这一点，《联合国宪章》第一百零四和第一百零五条以及各国际组织的总部协定或组成文书的有关条款中都已有规定。他说，这一点，可比较1961年《维也纳外交关系公约》第1(一)条所载的“房舍”一词的定义。

434. 一位委员建议删除第2款，因为没有必要列这一款。

435. 在讨论整个第1条时，一些委员说，委员会在开始审议这一专题时应考虑是否有可能将其他定义并入该条。

436. 关于第2条草案,³¹⁷ 一些委员表示,他们赞同特别报告员这一做法,即在原则上将条款范围限于具有普遍性的国际组织,但在同时不影响在以后将范围扩大到其他组织(如区域组织)的可能性。

437. 关于第1款“接受本条款的国家”的措词,看法各不相同。一些委员认为,应删除这句话;另一些委员则认为应当保留,目的是使条款草案更能被接受。

438. 有些委员对是否有必要订立第2款持怀疑态度。其他委员则赞成删除第3款。也有人提议用任择议定书代替第3款,以便能将条款的范围扩大到第1款未提及的其他组织。

439. 关于第3条草案,³¹⁸ 一些委员认为,草案措词应更明确,以便消除“不妨碍”这个词带来的含糊意思。有人指出,应参照委员会整个条款草案工作的最后结果来重新考虑该条文。

³¹⁷ 特别报告员在其第四次报告中提出的第2条草案如下:

“第2条. 本条款的范围”

“1. 本条款适用于普遍性的国际组织同接受本条款的国家之间的关系。

“2. 本条款不适用于其他国际组织的事实并不妨碍条款中按照国际法不论本条款(公约)有无规定均适用的任何规则的适用。

“3. 本条款(公约)绝不阻碍各国之间或国际组织之间缔结协定,使条款〔公约〕能全部或部分地适用于本条第1款所指国际组织以外的国际组织。”

³¹⁸ 特别报告员在其第四次报告中提出的第3条草案如下:

“第3条. 本条款〔公约〕与国际
组织有关规则的关系”

“本条款〔公约〕的规定不妨碍国际组织的任何有关规则。”

440. 关于第4条草案,³¹⁹ 一些委员说,应更清楚地确定本条款与现行有效协定之间的关系。一位委员认为,如本条款“不妨碍”主题方面的现行有效的协定,那么,前者的必要性就十分令人怀疑了。也有人表示,应当用条约法中可适用的规则规定本条款与同一主题的今后有关协定间的关系,并且宜在全部条款草案起草完毕后重新审议第4条。

441. 对于载于特别报告员提交的草案第二部分的第5和第6条草案³²⁰,第一种看法是,条款现有的措词没有清楚区分国际法规定的组织的法律人格和其成员国和

³¹⁹ 特别报告员在其第四次报告中提出的第4条草案如下:

“第4条. 本条款〔公约〕与其
他国际协定的关系”

“本条款〔公约〕的规定:

“(a) 不妨碍国家之间或国家与普遍性国际组织之间现行有效的其他国际协定;而且

“(b) 不应阻碍缔结关于普遍性国际组织的特权和豁免方面的其他国际协定。”

³²⁰ 特别报告员在其第4次报告中提出的第5和第6条草案如下:

第二部分. 法律人格

“第5条

“国际组织应根据国际法及其成员的国内法享有法律人格。它们应在符合其建立文书的范围内有能力:

“(a) 订约;

“(b) 获得和处理动产和不动产;以及

“(c) 提起法律诉讼。”

“第6条

“一国际组织缔结条约的能力遵照该组织的有关规则和国际法。”

东道国的国内法规定的法律人格。第二种看法是，虽然一国际组织缔结条约的能力作了明确规定，但一组织的国际法律人格的其他法律后果都没得到规定。因此，有人建议订立一项条款专门涉及国际法律人格和由此产生的国际一级的法律能力，如缔结条约能力；提出一项国际权利要求的能力以及积极和消极使节权。另一条款涉及国内法规定的法律人格和由此产生的法律能力。

442. 一些委员认为，第5和第6条也应更清楚地体现应该规定授予国际组织的法律人格的职能标准。

443. 有人对第5和第6条的措词提了些具体看法。

444. 关于第5条，一位委员指出，按现在形式的(c)项会使人觉得国际组织具有在国际法院起诉和应诉的权利，这样会违反法院规约。另一位委员指出，鉴于国际社会的事态发展，第5条不应给人造成详尽无遗之感。因此他建议，在“有能力”前面应加上“尤其”一词。另一位委员建议引言句干脆规定：“国际组织应享有法律人格。”

445. 关于第6条，看法不一。一位委员认为，“和国际法”的措词加强了该条款，该条实际上照录了1986年《国家与国际组织内或国际组织内条约法的维也纳公约》的第6条的措词。另一位委员认为，第6条草案是多余的，因为该条重复了其他国际文书中所载的规定。还有一位委员则认为，第6条草案对于国际组织缔结条约的能力方面的相左意见而言，不失为一种合理的解决办法。

446. 特别报告员在谈到某些上述看法时指出，他在第二次报告中在关于国际组织的法律人格方面上提出了两个备选案文。备选案文A在同一条中提到了国际法律人格和国际组织缔结条约的能力；备选案文B在分别的条款中提到了这两个概念。³²¹他在第四次报告中提交了两项单独的条款，目的是遵从委员会多数委员的愿望，他们当时表示愿采用备选案文B：在第5条草案中涉及了国际法律人格，第6条草案则专门涉及缔结条约的能力。关于一组织的国内法律行为能力，他说，他尤其顾及了《联合国宪章》第一百零四条和载于其他协定的类似规定，如教科文组织章程第十二条以

³²¹ 《1985年……年鉴》，第二卷（第一部分），第112-113段，文件A/CN.4/391和Add.1，第74段。

及关于设立欧洲经济共同体的条约第 211 条。他在第二次报告中详尽地讨论了这一问题。³²²

447. 关于草案第三部分——国际组织的“财产、资金和资产”，一位委员建议修改标题以便更明确地反映其内容，即将标题改为组织的司法豁免、其房舍的地位和转让资金和其他资产的自由。他还建议将第三部分分为两章或三章，第 10 条形成单独的一章。

448. 某些委员们对第 7 条草案³²³ 的基本宗旨表示相当赞同，这些委员认为，目前限制国家的管辖豁免的趋势不应扩展到国际组织。国际组织的财产、资金和资产的绝对豁免概念，分别体现在 1946 年《联合国特权反豁免公约》和 1974 年《专门机构特权及豁免公约》以及国际组织的许多组成文书和总部协定中。他们认为应保留这一概念。与给予各国的管辖豁免³²⁴不同，这类豁免只适用于某一特定国家的财产、资金和资产，对国际组织给予管辖豁免是为了保护全体成员国的利益，这些成员国，尤其就具有普遍性的组织而言，代表了国际社会的多数成员。他们补充说，将职能需要标准用于组织的豁免将是一种错误，因为豁免是一种法律手段，能保证组织的宗旨顺利实现，而不论其性质或范围如何，除每个组织的专门宗旨外，一切组织，尤其是条款草案涉及的具有普遍性的组织，均有共同特点（在总部、人员、成员国会费等方面的问题），而最大的共同点是实现这些组织为之而建立的宗旨的义务。这些委员认为，特别是由于这些共同特点，绝对豁免对于保障国际组织独立履行职能尤属必要。

449. 然而，一位赞成绝对豁免规则的委员指出，必须规定适当的程序和办法，

³²² 同上，第 107 页起各页，第 31—73 段。

³²³ 特别报告员在其第四次报告中提出的第 7 条草案如下：

“第三部分. 财产、资金和财产

“第 7 条

“国际组织及其财产、资金和资产，不论位于何地、由谁持有，应享有对各种形式法律诉讼的豁免，它们明示放弃豁免的特定案件除外。然而根据理解，放弃的豁免都不包括对任何执行或强制措施豁免。”

使个人在与国际组织发生争端时能够保护自己的权利。他认为,这类案件在国内法院管辖范围之外,可提交仲裁法庭处理。

450. 另一名委员支持第7条的总的宗旨,认为该条不妨再加上一款,规定国际组织有义务尊重东道国的法律和规章,这样或许更稳妥一些。

451. 委员们也提出了一些草案措词的建议。一名委员建议,国际组织豁免何种管辖,不管是民事的还是行政的,都应具体列出来;该条英文案文中的用语“every form of legal process (各种形式法律诉讼)”应代之以“jurisdiction (管辖)”一词。一些委员还建议,对于执行的豁免问题,应单立一条或一款论述。一名委员建议应加强第7条中涉及放弃豁免的部分,使该条明确规定放弃管辖豁免不能视为包括放弃执行的豁免,执行的豁免必须单独放弃。

452. 最后,一些委员对整条案文表示保留。一名委员还说道,他能设想到具有普遍性的国际组织出于职能原因,可能并不需要管辖豁免。该委员认为,即使在某些情况下有必要给予一定程度的管辖豁免,但不能说国际组织就应比其成员国享有更大程度的豁免。他认为,对于具有特殊性质的组织例如联合国来说,较大程度的豁免可能是必要的,但这不必授予其他组织,这是考虑到它们职能的专门性。另一名委员说他赞成从第7条排除国际组织对东道国管辖的绝对豁免,他倾向于专门的豁免条款。

453. 对于第8条草案,³²⁴ 委员会委员们总的来说表示了支持,尽管他们就内

³²⁴ 特别报告员在其第四次报告中提出的第8条草案如下:

“第 8 条

“1. 完全用于履行其公务职能目的的国际组织房舍不受侵犯。国际组织的财产、资金和资产,不论位于何地、由谁持有,应免受搜查、征用、没收、剥夺以及任何其他形式的干扰或强制,不论是出于政府、行政、司法行动还是立法行动。

“2. 国际组织应将房舍的地点、形状和启用日期通知东道国。它们还应将撤出房舍情况及撤出日期通知东道国。

“3. 本条第2款规定的通知中的日期,除有关方面另有协议外,应决定何

容和措词提出了一些建议。例如，好几位委员指出，该条应不仅包括为尊重国际组织房舍不受侵犯原则而抑制某些行为之义务，而且应包括保护这些房舍不受骚扰之主动义务。在这方面，特别报告员说，他曾在报告里提及问题的这个方面，并丝毫不反对把这一想法列入第8条中。一些委员认为第1款中的“完全用于履行其公务职能目的的”这一措词用于表述房舍的不可侵犯性是恰当的，但另一名委员却认为，该措词可能不恰当地限制国际组织的不受侵犯。他还认为第8条应表明东道国的任何代理人未经国际组织同意均不得进入该组织房舍。另一位委员认为“房舍”一词的含义范围需要更确切地规定，以使其范围绝对明确。

454. 一个组织的房舍是否也和国家的使馆或代表团的馆舍一样，具有要求不受侵犯性的同样程度的职能需要，有一位委员对此表示了怀疑。

455. 一些委员明确支持第1款说明的，国际组织的房舍不受侵犯及其财产、资金和资产免受剥夺。另一些委员怀疑这种豁免是否与现行国际法相符。关于这一点，特别报告员指出，现在普遍同意东道国不能以公共利益为由剥夺国际组织的财产。但这样做起码等于把东道国置于优于该组织其他成员国的不可接受的地位。在许多法律体系中，国际组织不动产的管理制度是仿效适用于公共财产的制度建立的，而公共财产根据国内法被视为是不可让与的。

456. 关于第9条草案³²⁵ 好几位委员一般支持其内容和基本原则。他们指出该条规定所根据的是对特权和豁免的职能处理办法，该条规定防备了可能的滥用。

(注续 324)

时开始和停止享有本条第1款所规定的房舍不受侵犯权利。”

³²⁵ 特别报告员在其第四次报告中提出的第9条草案如下：

“第 9 条

“在不损害本条款〔公约〕的规定的条件下，国际组织不得容许其总部成为下列人员的避难所：设法躲避东道国依据法律规定进行逮捕的人，或该国当局为了执行司法判决而查找的人，或因现行罪行而受到通缉的人，或东道国当局对其发出了法院命令或驱逐令的人。”

457. 对于措词，有委员提出，该条不仅应提及狭义上的总部，而且应提及一般的国际组织房舍。还指出，或许应当删除“因现行罪行而受到通辑的人”，因为这一概念并不是每种法律体系都具有的。

458. 然而，另一些委员认为第9条没必要，会起消极作用。没必要是因为一个组织不可能为该条所提及的人员提供避难所，这是由其他条款所体现的特权和豁免的职能性质所决定的。会起消极作用是因为这一条可能被人援引来阻止国际组织根据正当理由提供避难所，例如向纯粹由于政治原因而被通辑的人提供避难所。在这种情况下提供避难所或给予庇护使有可能保护生命或人身健全权等基本人权。

459. 关于第10条草案³²⁶，一些委员对该条所规定的特权和豁免的范围表示保留。他们指出，持有和自由转移资金和货币的特权一方面应服从该组织的职能需要，另一方面应受总部协定的条款的制约。一位委员对于该条竟未提及与关税和其他赋税有关的问题表示惊讶。

460. 对于引言句，一位委员指出它没有恰当地说明所指的是何种管制、检查等，是东道国的，还是成员国的。一位委员特别提及(b)项说，该项没有说明设立在其货币属不可兑换货币的东道国的国际组织是否可以转移当地货币资金。对于(c)项，一位委员不清楚“应适当注意……任何要求”的措词的含义，不知道这里所指的是何

³²⁶ 特别报告员在其第四次报告中提出的第10条草案如下：

“第10条

“在不受任何管制、检查、规定或暂停期的限制的条件下：

“(a) 国际组织可持有资金、黄金或任何种类货币并可开立任何货币的银行帐户；

“(b) 国际组织可从一国到另一国或在任何国家内自由转移资金、黄金或货币，并可自由地将它们持有的任何货币兑换成任何其他货币；

“(c) 国际组织在行使本条(a)和(b)项所规定的权利时应适当注意任何本条〔公约〕当事国政府提出的任何要求，但以满足此种要求被认为不损害其本身的利益为限。”

种义务。其他委员认为(c)项不仅应提及国际组织成员国的要求,而且应提及不是该组织成员的东道国,以及任何由于转移资金或货币而与该组织发生关系的非成员国的要求。

461. 另一些委员在提到一些委员对第10条各个方面所作的保留指出,该条载录了1946年《联合国特权及豁免公约》(第二条,第5和第6节)中的类似规定,因而看来是可以接受的。

462. 关于第11条草案,³²⁷ 好几位委员认为该条没有必要,因为其内容已包括在第4条中。一名委员还指出,第11条有可能为第10条的解释造成某些不确定性,使人难以确定为限制第10条(a)和(b)项的规定,须考虑到哪些“职能需要。”他说不应该为了国际组织应享受的财务独立而认为应在草案中列入第11条。

463. 另一位委员却认为加上第11条有用,但措词须修改,尤其是“所给予权利的范围仍可依据有关组织的职能需要……加以限制”这一措词,因为他认为,该措词可能给人一种印象,即第10条所确立的共同制度没有考虑到职能需要标准。

464. 正如已经表明的(上文第423段),在讨论完这一项目后,委员会决定把第1至11条草案送交起草委员会。

³²⁷ 特别报告员在其第四次报告中提出的第11条草案如下:

“第 11 条

“尽管有第10条(a)和(b)项的规定,所给予权利的范围仍可依据有关组织的职能需要并通过有关方面的共同协议加以限制。”

第七章

关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

A. 引言

465. 委员会在其1978年第三十届会议上将“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题列入其工作计划并任命罗伯特·Q. 昆廷-巴克斯特先生为本专题特别报告员。

466. 委员会从其第三十二届（1980年）至其第三十六届（1984年）会议，审议了特别报告员提交的5份报告。³²⁸这些报告力图为本专题发展一个概念基础并载有专题纲要和五条条款草案。特别报告员向委员会1982年第三十四届会议提交的第三次报告中提出了上述专题纲要。³²⁹特别报告员向委员会1984年第三十六届会议提

³²⁸ 前任特别报告员的五份报告转载如下：

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

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

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

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

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

³²⁹ 专题纲要案文转载于《1982年……年鉴》，第二卷（第二部分），第83至85页，第109段。《1983年……年鉴》，第二卷（第二部分），第84至85页，第294段指出了前任特别报告员对纲要所做的修改。

交的第五次报告提出了上述5条条款草案。³³⁰委员会对条款草案进行了审议但未作出将它们送交起草委员会的决定。

467. 委员会在其1984年第三十六届会议上还收到了下述材料：对联合国法律顾问于1983年向16个选定的国际组织发出的调查表的答复，调查表是要查明，除其他之外，各国作为国际组织成员国相互之间承担的以及应履行的义务可否在这个范围内履行或取代专题纲要中所提及的某些程序，³³¹以及秘书处编写的一份研究报告，题为“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国家实践概览。”³³²

468. 委员会于1985年第三十七届会议上任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从其第三十七届会议至第四十一届会议（1989年）收到特别报告员提交的五份报告。³³³委员会在1988年第四十届会议上向起草委员会提交了特

³³⁰ 前任特别报告员提交的第1至5条草案案文转载于《1984年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77页，第237段。

³³¹ 该调查表的答复转载于《1984年……年鉴》，第二卷（第一部分），第129页，文件A/CN.4/378。

³³² 《1985年……年鉴》，第二卷（第一部分）/Add.1，第1页，文件A/CN.4/384。

³³³ 特别报告员的这五份报告转载如下：

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

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

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

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

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

别报告员在其第四次报告中提交的、为第一章（一般规定）和第二章（原则）建议的第1至10条草案。³³⁴

B. 本届会议审议这个专题的情况

469. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第六次报告（A/CN.4/428和Add.1）。委员会在1990年6月22日、6月27至7月4日和7月10日的第2179、第2181至2186次和2190次会议上审议了这一专题。

470. 特别报告员在第六次报告中进一步研究了是否应该将有危险的活动的义务和具有损害性影响的活动的义务合起来处理还是分开处理的可能性；提出了澄清有危险的活动的概念的另一种办法；介绍了经过修订的有关具有跨界损害性效果活动的一套程序性规则（第三章第11至20条）；以及提出关于赔偿责任问题的所有实质性规则（第四章第21至33条和第五章）。这样，他就提出了关于本专题的一套33条条款草案的完整纲要如下：³³⁵

第 一 章 一般规定

- 第 1 条 本条款的范围
- 第 2 条 用语
- 第 3 条 义务的确定
- 第 4 条 本条款与其他国际协定的关系
- 第 5 条 对国际法的其他规则无影响

³³⁴ 在第四十届会议上送交起草委员会的第1至10条草案案文见《1988年……年鉴》，第二卷（第二部分），第9页，第22段。特别报告员在其第五次报告中提交了修订的第1至9条草案，委员会在第四十一届会议上将其送交起草委员会，见《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第84—85页，第311段。

³³⁵ 为起草委员会方便起见，特别报告员在其第六次报告中还提出了前九条中某些条款可能的备选案文。

第二章 原则

第 6 条 行动自由及其限制 第 7 条 合作

第 8 条 预防

第 9 条 赔偿

第 10 条 不歧视

第三章 预防

第 11 条 评估、通知和资料

第 12 条 国际组织的参与

第 13 条 假定的受影响国的倡议

第 14 条 协商

第 15 条 国家安全或工业秘密的保护

第 16 条 单方面预防措施

第 17 条 利益均衡

第 18 条 不履行前述义务

第 19 条 对按第 11 条规定发出的通知不作答复

第 20 条 活动的禁止

第四章 赔偿责任

第 21 条 谈判的义务

第 22 条 复数受影响国

第 23 条 减少起源国应付的赔偿

第 24 条 对环境的损害及因此造成对人或财产的损害

第 25 条 复数起源国

第 26 条 例外

第 27 条 时效

第五章 民事赔偿责任

第 28 条 国内渠道

第 29 条 国家法庭的管辖权

第 30 条	<u>国内法的适用</u>
第 31 条	<u>管辖豁免</u>
第 32 条	<u>判决的强制执行性</u>
第 33 条	<u>汇款</u>

471. 特别报告员称他提出差不多是一整套条款草案的意图是为了便于大家对本专题的做法和范围以及特定条款和其中体现的原则进行具体的讨论。这些新条款只是这个专题的纲要，将它们汇集在一起是为了使委员会了解本专题的全貌并了解不同条款之间的可能的相互关系。这样就能看出这套设想出来的条款案文背后所表现的主要思想。除了第 2 条草案由于进一步明确了危险概念而作了较大修改外，特别报告员基本上保留了提交给起草委员会的第 1 至 9 条草案的原样。³³⁶他认为本委员会或大会第六委员会对这些条款作出的所有有关评论应由起草委员会处理。在其第六次报告中他还研究了将对国家管辖范围以外地区——所谓的“全球公地”造成损害的问题纳入本专题范围的可能性。

472. 第六次报告提出了一些复杂的政策和技术问题并提出了 33 项条款。委员会的许多委员感到他们需要更多的时间来考虑报告提出的问题，现在只能提出一些不成熟的意见。因此委员会决定下届会议再回过头来讨论第六次报告提出的问题。

1. 一般做法和范围

(a) 有危险的活动和具有损害性效果的活动

473. 为了对委员会上届会议和大会第六委员会上提出的要求作出反应，特别报告员再次研究了在专题中分别处理有危险的活动和造成损害的活动的可能性。对这个问题的进一步研究，使他再次得出结论这两种活动的共同特征多于相异之处。这种相似就足以根据一种制度以类似的方法审议它们的后果。他指出，近来对同类问题进行的一些立法工作也都采取一起处理这些活动的做法。³³⁷但是分别处理这两类活动也不是没有先例。³³⁸两种办法的不同事实上出现在预防方面。特别报告员指出对预防义务可作两种解释：一是在任何意外事故发生前采取措施防止一个事故的发生，另一

³³⁶ 见上文脚注 334 结尾处。

是在任何意外事故发生后采取措施缩小损害的范围和减轻损害的程度，或者是对具有损害性影响的活动采取措施减轻、控制或尽量减少跨界损害。对“预防”的第一种解释适用于有危险的活动，第二种解释主要适用于具有损害性影响的活动。特别报告员拟遵从委员会的意愿，与此同时，他现在倾向于经修改后采用第一种解释，并建议针对两类活动制定一项制度，其中将需要有关国家之间相互通知、提供资料 and 进行协商。但是所谓的“硬”义务只有在损害已经发生而且按因果关系与一项活动有联系时才产生。在这种活动影响到各国时希望它们能相互通知、协商和谈判，这一要求是合理的。关于赔偿责任问题，他仍倾向于不要采用自动产生严格赔偿责任的做法而建议将谈判解决产生的损害赔偿作为一种义务。

474. 委员会多数委员同意特别报告员的意见，认为鉴于在法律后果上有危险的活动和造成损害性影响的活动有更多的共同点，最好是将两者合起来处理。如果采用更广义的预防概念，不仅将预防事故的措施，而且将减少或预防损害的措施纳入预防的范畴，那么尤其要如此。有几位委员不是不同意这个办法，他们对两类活动不作区分的一组条款如何规定预防义务，特别是旨在预防事故发生的义务没有把握。预防义务相当明确。他们还认为最好不要将事故发生后采取的减少或减轻损害的措施说成是“预防”措施。还有人建议可以把草案分成两个部分，第一部分专讲预防问题，第二部分包括一项或几项关于赔偿的示范条款。

475. 有几位委员认为特别报告员试图将有危险的活动和有损害的活动合起来处理是想缩小本专题的范围，以便几乎使有损害的活动从属于有危险的活动。因此造成损害的活动似有不同含义，即从一开始就认为损害是其不可避免或实际上不可避免

³³⁷ 例如，欧洲委员会关于损害环境赔偿的规则草案（欧洲委员会，文件 CDCJ (89) 60（斯特拉斯堡，1989年9月8日）），它涉及危险活动，将持续污染造成损害的活动也包括在内，显然没有对活动给予的法律待遇作出区分。

³³⁸ 世界环境和发展委员会环境法专家组拟定的关于环境保护和持续发展的法律原则和建议，《《环境保护和持续发展：法律原则和建议》》（伦敦，格雷厄姆和特罗特曼，1987年），对具有可观跨界损害危险的活动和实际上造成可观跨界损害的活动作了区分。

免后果的活动和在采取措施减少损害和对已发生的损害作出赔偿的基础上可以进行或继续进行的活动。这一含义特别出自第2(f)条草案“具有损害性影响的活动”的定义。如果对具有损害性影响的活动下的定义不包括造成损害的活动,即使没有预料到有损害的危险,那么这个专题的范围将大为缩小,这在上届会议上已遭到委员会多数委员的反对。根据这种看法,另一个缩小因素是第2条中的危险物质清单。³³⁹

476. 有几位委员坚持这一意见,即认为这个专题应建立在危险概念而不是损害的概念上。是危险概念赋予国家以预防的义务,除非一项活动有危险,否则一般不会造成跨界损害。他们认为这种看法已经比较普遍地被接受。他们认为期望各国不论它进行的任何活动是否造成跨界损害的危险都同意承担这方面的责任是不现实的。

477. 几位委员认为尽管特别报告员提出了建议,在草案不同章节处理有危险的活动和造成损害的活动可能更合适。

(b) 进一步明确范围

478. 在委员会及大会第六委员会的上次辩论中,有几位委员和政府代表就进一步明确本专题的范围列出有关的活动清单一事发表评论。特别报告员解释说他没有得出不同的结论,经过对这个问题的研究,他仍然认为从设想本专题的全球公约的性质出发开列活动清单是不合适的。但是,他非常清楚大家对需要进一步明确本专题的范围,特别是条款草案将适用于哪类活动所表示的关切。为此,他探索了开列本来是危险物质清单而不是活动清单的可能性,某些活动如果与它们有关将最可能带来造成跨界损害的危险。欧洲委员会拟定的关于对环境造成损害的赔偿的规则草案就参照了这一模式,³⁴⁰它是危险活动民事赔偿责任的规则。该草案根据危险物质的概念来界定危险活动,规则后面附列危险物质清单以及处置它们的办法:处理、贮存、生产、卸下以及类似操作方法。上述草案还包括使用生产危险性辐射的技术的活动、将基因改变的生物或危险微生物引进环境等。规则草案把危险物质界定为对人或财产或环境造成显著损害危险的物质,例如附件所列的易燃和腐蚀性材料和炸药、氧化

³³⁹ 委员会有关危险物质清单的讨论见下文第478至483段。

³⁴⁰ 见上文脚注337。

剂、刺激物、致癌物、诱变物以及有毒、诱变和放射物质等。特别报告员认为这种模式比开列活动清单对全球性公约更加合适，因为它有较大的灵活性，但又允许条款的范围有相当高的准确性。因此他倾向于向委员会建议采取这一模式。当然，这份清单还需要草拟以便同专家组商议，它不是详尽无遗的，因为还需要看某项活动所造成的跨界损害危险是否真正存在。这份清单还需要对已提交给起草委员会的第1至9条草案做些修改。

479. 委员会在辩论危险物质清单问题时有三种普遍观点：有些委员对以建议形式拟定的物质清单表示欢迎；另一些委员表示只有清单详尽无遗他们才能同意；还有一些委员不同意拟定任何清单。

480. 第一种观点的看法是危险物质清单有助于进一步明确条款草案的范围，因为它举出了各类物质的实例从而指出了与它们有关的活动。这个清单在不背离本专题总方针的情况下使危险概念更加明确。按照这个清单，危险概念是与应采取预防措施的那类活动联系起来的。正如特别报告员所指出的，这个清单不应当详尽，只能是说明性的并应在必要时补充更新。

481. 第二种观点的看法是，开列活动清单也好，开列物质清单也好，它的总的目的就是要清楚说明本专题的范围，以便各国准确知道究竟哪些活动或物质必须遵从这些条款规定的义务。一个不完全的清单或者是说明性的清单达不到这个目的。只有详尽清单才有价值。发表这种观点的几位委员是原来主张开列本专题所包括的活动清单的委员。

482. 第三种观点的看法是，建立一个清单，不论它详尽与否都会缩小本专题的范围，并把本专题的重点从基于造成损害所产生的赔偿责任转移到基于从事有危险的活动而产生的赔偿责任。按照这些委员的观点，危险不发生赔偿问题，否则将与不能置无辜受害者蒙受损失于不顾的原则不符。危险概念只与预防义务有关，因此没有必要开列清单：对危险下一个一般定义就够了。

483. 特别报告员在总结辩论时指出，他建议开列危险物质清单的目的只是为了使有危险的活动方面的“显著危险”概念含义更明确。危险物质清单不适用于具有损害性影响的活动。他不认为这样一份清单会对本专题的范围有任何影响。他也不认为一份详尽无遗的清单就能自动决定某项活动是否是具有跨界损害显著危险的活动。

对危险作出评估总是需要的,对许多因素都要加以考虑。一种危险物质可能对起源国领土造成损害危险,但在其远离邻国边界时不会产生跨界损害,或者是危险物质的使用量很小,不会造成有任何跨界损害的危险。因此,不论清单是否详尽,总是要考虑使用危险物质的情况后对危险作出评估。

2. 对特别报告员拟议的纲要中特定条款的评论

(a) 第一章 一般规定

第1条 (本条款的范围) 和

第2条 (用语)³⁴¹

484. 特别报告员指出,由于有了危险物质清单,需要对第2条草案作些修改。(a)项界定有危险的活动。(b)至(d)项介绍危险物质的概念。这些款项最终需与专家们协商拟定。对第2条所作的某些其他修改是根据本委员会和大会第六委员会去年的评论作出的。对有关“跨界损害”的(g)项进行了修改,纳入了对从事有危险的活动或具有损害性影响的活动发生的事故采取尽量减少损害的预防措施的概念。特别报告员认为,受影响国为保护自己及其公民采取的这种措施应以该国受到损害的一部分对待。对(g)项跨界损害的定义作的另一重要修改是,除了规定对人和财产的损害外还列入了对环境的损害。特别报告员认为,对环境损害的赔偿必须恢复损害发生前存在的状况,如果复原工作是由受影响国或应受影响国的请求由第三国进行的,这种费用须由起源国承担。如果不可能恢复原状,则应估算受损的金钱价值并给受影响国以同等数额款项的赔偿,或用起源国同有关当事方谈判同意的其他方

³⁴¹ 特别报告员在其第六次报告中提交的第1和2条草案案文如下:

“第一章 一般规定

“第1条. 本条款的范围

“本条款应适用于在一国领土内或在为国际法所承认的该国管辖下的其他地方,或在没有这种管辖的情况下在该国控制下的其他地方进行的,其有形后果在整个过程中造成跨界损害,或产生造成跨界损害的危险的活动。”

式赔偿。(h)项试图简短地界定“〔明显〕〔显著〕损害。”对此，特别报告员说他愿意听取大家的建议。他还想界定(k)项有关“事故”的概念。他觉得用“事件”比“事故”好，以便包括操作人不能控制事情以及在活动的正常进程中发生的与它有联系的有害影响两种情况。(m)项涉及了预防概念的两个方面，即预防发生事件或损害的措施和试图尽量减少损害的措施。

(注 341 续)

“第 2 条. 用语

“为本条款的目的：

“ (a) ‘有危险的活动’是指第 1 条所述的各种活动，其中包括国家直接进行的这些活动：

“ (一) 涉及处理、贮存、生产、运输、卸下或以其他类似方式操作一种或多种危险物质；

“ (二) 使用产生有害辐射的技术；或

“ (三) 将基因改变的危险生物和危险微生物引进环境；

“ (b) ‘危险物质’是指对人、财产〔、地区的使用或享用〕或环境具有〔明显〕〔显著〕危险的物质，例如附件……所列的易燃和腐蚀性物质、炸药、氧化剂、刺激物、致癌物、诱变物以及有毒、对生态有毒和诱变放射物质等。一种物质只在以某种数量或浓度出现，或在有关某种危险或情况出现时，方才可视为危险物质，但以不妨碍 (a) 项的规定为限；

“ (c) ‘基因改变的危险生物’是指不以自然交配或自然结合方式改变的遗传材料、对人、财产〔、地区的使用或享用〕或环境造成危险的生物，如附件……所列的生物；

“ (d) ‘危险的微生物’是指对人、财产〔、地区的使用或享用〕或环境造成危险的微生物，例如病原体或产生毒素的生物；

“ (e) ‘〔明显〕〔显著〕危险’是指造成相当可观〔灾难性〕损害的可能性较低或造成轻微但〔明显〕〔显著〕跨界损害的可能性高于正常的危险；

“ (f) ‘具有损害性效果的活动’是指第 1 条所述在正常操作过程中造成跨界损害的活动；

485. 委员会对第1条草案的评论很少。有一些是有关本专题总的范围（见第478至483段）。有几项评论的意思是关于结构方面的，第1条好象没有体现出第2条对有危险的活动和造成损害的活动的定义作的许多修改。另一方面，对第2条则进行了广泛的讨论。有些委员认为就用语的定义而言，第2条案文太长且太复杂。它包括14条定义，其中有些并不完备，还需要进一步界定。也许有些用语的定义可以分出来单列条文。有些其他委员则并不认为在就该专题进行的工作的早期阶段第2条罗列许多用语加以界定会有什么大困难，随着专题工作的进展，如果证明其中有些用语是不必要的可以压缩。特别报告员在总结讨论时指出，本专题涉及的是一个新领域，条款草案中的许多用语显然并不广为人知因此必须予以界定。有关问题的公约都有很长的用语解释内容。

（注341续）

“（g）‘跨界损害’是指作为第1条所述活动的有形后果在另一国领土内或其管辖或控制下〔的地方〕〔的地区〕，对人、〔物体〕〔财产〕〔、地区的使用或享用〕或环境产生的〔明显地〕〔显著〕有害的损害。在本条款内，此一用语总是指〔明显〕〔显著〕损害。它包括为遏制或尽量减少第1条所述活动的跨界损害性效果而采取的预防措施的费用，以及这些措施可能造成的任何进一步损害；

“（h）‘〔明显〕〔显著〕损害’是指超过通常予以容忍的麻烦情况或较小损害的损害；

“（i）‘起源国’是指对第1条所述活动行使管辖权或控制权的国家；

“（j）‘受影响国’是指跨界损害在其管辖或控制下产生的国家；

“（k）‘事件’是指造成跨界损害或产生造成跨界损害危险的任何突发事件或持续过程或同一起因的一系列事件；

“（l）‘恢复措施’是指恢复或替代受损伤或破坏的自然资源的适当合理措施；

“（m）‘预防措施’是指第8条所述的措施，包括预防事件或损害发生的措施以及打算遏制或尽量减少已发生的事件的损害性效果的措施；

“（n）‘有关国家’是指起源国和受影响国。”

486. 有些委员评论说，(a)项“有危险的活动”一词取决于四个不同概念：“危险物质”、“生产危险性辐射的技术”、“基因改变的危险生物”和“危险微生物”。与上述四项中任何一项均无联系的活动，即使客观地说可能会造成跨界损害——如修建或操作水坝——显然不应包括在定义之内，因此不能看成有危险的活动。因此，应当重新考虑这一定义。

487. 有人指出(f)项中“具有损害性效果”的定义也许解释得太狭，不知道它是否也包括虽然没有预料到损害危险但活动却造成了损害性影响。有人还进一步指出，应明确后一类活动与第2条的关系，因为该条没有提到这类活动。对于(g)“跨界损害”一词，许多委员对它现在包括环境损害和采取预防措施控制或尽量减少跨界损害的费用内容表示欢迎。至于采用“明显”还是“显著”来确定损害的界限，许多委员倾向于用“显著”一词。关于“事件”一词，有些委员认为对有危险的活动最好是用“事故”一词，它比较通用。对(1)项“恢复措施”的定义的一条意见是这种措施的费用也应包括进“跨界损害”的定义中。有人认为“预防措施”的概念应更明确地区分预防事故发生的措施和尽量减少损害的措施。也许对后者可以用减轻损害的措施。有些委员还建议也许第2条不应界定损害概念，但这一概念应是一项单独条文中的内容，在这方面已有许多先例。特别是有关本专题损害包括对环境、人和财产的损伤、预防措施等，用一项单独的条文来界定也许更好。

第3条 (义务的确定)

第4条 (本条款与其他国际协定的关系) 和

第5条 (对国际法的其他规则无影响)³⁴²

³⁴² 特别报告员在其第六次报告中提交的第3、4和5条草案如下：

“第3条 义务的确定

“1. 起源国如果知道或有办法知道第1条所述的活动正在或将在其领土内或其管辖或控制下的其他地方进行，即应承担本条款所规定的义务。

“2. 除非有相反的证据，应推定起源国如第1款所指是知道或有办法知道的。”

488. 特别报告员没有建议对第 3、4 和 5 条草案作修改。对这些条款没有进行广泛的讨论,尽管委员会中有几位委员认为第 3 条草案的标题不太明确,条文里应清楚说明如果要确定赔偿责任,起源国应充分了解该项活动的潜在危险并对它进行某些控制。有位委员对第 4 条草案与 1969 年的《维也纳条约法公约》第 30 条第 3 款是否协调表示怀疑。

(b) 第二章 原则

第 6 条 (行动自由及其限制)

第 7 条 (合作)

第 8 条 (预防) 和

第 9 条 (赔偿)³⁴³

(注 342 续) “第 4 条. 本条款与其他国际协定的关系

“如果本条款当事国同时也是关于第 1 条所述活动的另一国际协定的当事国,则在这种国家之间的关系上,应适用本条款,但不得违反该另一国际协定。”

“第 5 条. 对国际法的其他规则无影响

“本条款不妨碍国际法确定不法行为所造成的跨界损害责任的任何其他规则的实施。”

³⁴³ 特别报告员在其第六份报告中提交的第 6、7、8 和 9 条草案如下:

“第二章. 原则

“第 6 条. 行动自由及其限制

“国家在其领土内或其管辖或控制下的其他地方进行或允许进行人类活动的主权自由,必须与保护他国主权所产生的权利相符合。”

“第 7 条. 合作

“各国之间应进行诚意的合作,并请求可能帮助它们的任何国际组织提供协助,努力预防在其领土内或其管辖或控制下的其他地方进行的第 1 条所述活动

489. 特别报告员没有建议对第6、7、8和9条草案作实质性修改。³⁴³他说只有对第8条草案作了修改,将预防更广义的解释包括进去,即加进为了尽量减少一项活动的有害影响还须采取的措施。对于第9条草案,特别报告员建议赋予起源国的义务应说明“起源国应确保〔赔偿〕〔补偿〕”;他还建议以“当事方”一词取代“起源国同受影响国”的措词,以便包括国家以外的有关方面的案件,例如民事赔偿责任案件。委员会没有对第6和7条草案进行广泛讨论,尽管几位委员认为其措词还可以改进。对第7条提出的评论是,认为要求国际组织提供协助固然有用,但可能没有有能力介入的这种组织。

490. 对于第8条草案,有些委员认为一般能够接受,但有几位其他委员不同意使用更广义预防措施概念将尽量减少有害影响的措施纳入该条。还有一条评论是认为该条不够严格,至少应要求遵守安全措施。为此,应删除“在力所能及的范围内”的措词。

491. 对于第9条草案,有人指出案文还应包括“恢复措施”这一概念,至少在受害国允许的情况下采取这种措施。有几位委员对认为该条充分反映了民事赔偿责任概念的看法不满意,但有些委员认为,按特别报告员的建议进行修改后,该条已

(注 343 续)

造成跨界损害。如果发生这种损害,起源国应与受影响国合作,尽量减少损害的影响。如损害是因意外事故所造成,受影响国在可能时也应针对在起源国的领土内或其管辖或控制下的其他地方〔地区〕可能产生的任何损害性效果,与起源国合作。”

“第8条. 预防

“起源国应采取适当的措施,以预防或尽量减少跨界损害的危险,或在必要时遏制或尽量减少这些活动的损害性跨界效果。为此,起源国应在力所能及的范围内,对第1条所述活动使用可运用的最为切实可行的手段。”

“第9条. 赔偿

“在符合本款的条件下,起源国应对第1条所述活动造成的明显损害作出赔

相当灵活，私人当事方在没有国家直接干预的情况下也可以解决他们之间的赔偿问题。

第 10 条 (不歧视)³⁴⁴

492. 为了征求委员会的意见，特别报告员在第二章提出了关于不歧视的新条文。他指出，人们对这一原则并不陌生，它为关于欧洲跨界损害的权利主张“开辟了途径”。根据这一原则，应给予外国的个人原告以同其国内的原告平等的地位，向起源国的国内法院和各种途径申诉的权利。这一原则并不妨碍下述情况，可能需要对起源国制定一项最低国际标准，这种标准应高于其国内法确立的标准。特别报告员指出，鉴于国内法律的标准差异很大这一事实(除几个地区一体化程度很高的一些国家外)，制定这一最低标准就特别重要了。该原则还意味着各国在其国内法律中，必须为本条款所载的这种损害规定补救方法。起源国的国内法律若不规定任何补救方法，那么具有向其国内法院申诉的权利就毫无意义了。

493. 许多委员赞同第 10 条草案。他们认为这一条款对实施民事赔偿责任制度——给予受害当事方以向起源国法院申诉的权利——来说十分重要。但是，有些委员怀疑第 10 条全球性公约中是否可接受。他们感到没把握的问题是：该条文如何处理关于本专题所涉及的一类活动所造成损害在国内法律方面，——如特别报告员本人所指出过的颇大差异。因此，他们认为作进一步的考虑是必要的。

偿。这项赔偿应由起源国同受影响国之间的谈判决定，并且原则上应以本条款所定的标准为指导，特别要铭记赔偿应该谋求恢复受到损害影响的利益均衡。”

³⁴⁴ 特别报告员在其第六次报告中提交的第 10 条草案如下：

“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、住所或居所为理由，在适用本条款及其本国法律规定时，加以区别对待。”

(c) 第三章. 预防

494. 特别报告员还修正了有关合作和预防措施的程序性规则,以便使之简化并更具有灵活性。委员会多数委员欢迎这些更为灵活的程序性规则以保证预防性措施,同时又对第三章各条款是否充分考虑了本专题所涉及的各种类型的活动尚无把握。看来这些条款基本上旨在适用于有计划的活动,至于预防跨界损害的义务如何适用于那些没有计划的活动似不明确。这或许是完全根据程序性规则来拟订预防的义务的一个缺点。几位委员还指出,总的来说,各国根据草案第三章条款规定的义务并不是很严格的,而且往往不如它们根据实在法规定的义务严格。

第 11 条 (评估、通知和资料), 和

第 12 条 (国际组织的参与)³⁴⁵

495. 第 11 条草案规定了当某些活动造成跨界损害或产生造成跨界损害的危险时,各国关于评估、通知和资料的一般义务。特别报告员说,即使这一义务在国家实践中牢靠地确立,他认为也还没有成为含有严格意义的义务,即其违反会引起国际制裁。对于有危险的活动,特别报告员认为拟订一份危险物质清单会使第 11 条所涉的各国义务缩小并使之更加明确。如果存在着一个以上的国家可能受到这类活动的域外效力的影响而又难以查明这些国家,起源国必须吁请这方面的主管国际组织给予协助,并向它提供有关的资料。起源国可能逃避第 11 条所规定的义务,但是如果发生跨界损害,它当然必须支付相应的赔偿,而且应该依据第 21 和第 23 条草案同受影

³⁴⁵ 特别报告员在其第六次报告中提交的第 11 和 12 条草案如下:

“第三章 预防

“第 11 条. 评估、通知和资料

“1. 如果一国有理由认为第 1 条所述活动正在或将在其管辖或控制下进行,该国应审查该项活动以评估其潜在的跨界影响,如发现该项活动可能造成跨界损害或产生造成跨界损害的危险,则应尽快通知可能受影响的国家,向它们提供现有的技术资料,以证明其结论。它还可告诉它们,它正在试图采取何种措施,以预防或尽量减少跨界损害的危险。

响国谈判该项赔偿³⁴⁶。第 12 条草案意在提供一个框架，国际组织能在此框架内按照第 11 条第 2 款发挥作用。

496. 大多数委员认为国际组织参与促使履行预防的义务是积极而有益的，这些组织能够向发展中国家提供技术援助，将是极其有效和必要的。一些委员怀疑是否存在这种国际组织。有些委员则表示怀疑，国际组织怎么能够参与解决本专题所提出的问题。国际组织只能根据它们各自的章程和任务进行活动，其中的许多组织不会被授权履行这些条款草案中期待它们履行的职责。而且，这些组织也许不可能对非成员提供援助。那么还有个问题：谁应该支付国际组织参与行事而承受的费用。因此，应该再一次对国际组织在本专题的情况下应起的作用给予更多考虑。

第 13 条 (假定的受影响国的倡议)

第 14 条 (协商)

第 15 条 (国家安全或工业秘密的保护)，和

第 16 条 (单方面预防措施)³⁴⁷

(注 345 续)

“2. 如果跨界影响可能扩及多国，或如果起源国无法确定哪些国家会因这项活动而受影响，则应按照第 1 款所列条件，同时通知这方面的主管国际组织。”

“第 12 条. 国际组织的参与

“任何国际组织介入时，如其组织章程或条例对此种介入列有规定，则应按照有关规定所订方式参与。如对此种介入没有规定，则该组织应进行斡旋以促进当事方之间的合作，安排与起源国和受影响国举行联席会议或单独会议，并对当事方为促进解决可能发生的问题而可能向它提出的任何请求作出反应。如果该组织有可能做到，则应对要求就促使其介入的事项提供技术援助的任何国家提供此种援助。”

³⁴⁶ 见下文脚注 353。

³⁴⁷ 特别报告员在其第六份报告中提交的第 13、14、15 和 16 条草案如下：

497. 特别报告员说,第13条草案的意图是给受另一国所进行的活动的影响的一国以机会,来促使旨在为该活动创立一种制度。这样一个潜在的受影响国可要求起源国遵守第11条的规定。根据第13条的规定,该项要求应附有有关文件的技术性说明,阐述提出受影响国认为受影响的想法的理由。如果该项活动恰巧是第1条所述活动中的一项,起源国应负担受影响国所承受的费用。

498. 特别报告员说,诚意协商对这种性质的制度来说是必不可少的。第14条

(注 347 续)

“第13条. 假定的受影响国的主动行动

“如果一国有确实理由相信一项在另一国管辖或控制下进行的活动正对它造成第2条(g)款意义范围内的损害,或正产生对它造成这种损害的〔明显〕〔显著〕危险,它可要求该国遵守第11条的规定。提出请求时应同时提出阐述上述看法的理由的、附有有关文件的技术性说明。如该项活动的确是第1条所述活动中的一项,起源国应负担受影响国承受的费用。”

“第14条. 协商

“有关国家之间应本着诚意和合作精神进行协商,致力为该项活动建立一项考虑到各当事方利益的制度。在上述任何一国的倡议下,所有有关国家之间可举行联席会议进行协商。”

“第15条. 国家安全或工业秘密的保护

“第11条的规定不得约束起源国提供对其国家安全或工业秘密的保护至为重要的数据和资料。但起源国应本诚意同其他有关国家合作,酌情提供它能够提供的任何资料。”

“第16条. 单方面预防措施

“如有关活动确属第1条所述的一项活动,则在有关国家之间就该项活动制订法律制度达成协议之前,起源国应采取第8条所述的适当预防措施,特别是适当的立法和行政措施,包括规定活动的进行须先经核准;鼓励采取强制保险或其他财政保障以补偿跨界损害;以及采用现有的最佳技术确保该项活动安全进行。必要时,起源国政府应采取行动,抵销已发生的、有造成跨界损害的紧迫、严重危险的事件的影响。”

草案只是使各国一旦发现它们自己的活动属这些条款的范围，就负有义务本着诚意和合作的精神进行协商，以便议定为该项活动建立一项充分考虑到它们各自利益的制度。第15条草案除了保护潜在的受影响国之外，目的是尊重起源国在国家安全和工业秘密的问题上的基本利益。起源国虽不负有提供资料的义务，但应本着诚意同潜在的受影响国谈判，并考虑它们的利益。特别报告员指出，在最近的具有类似性质的立法活动中就已经体现了这种的类似想法。³⁴⁸第16条草案重申了起源国在与潜在的受影响国就此类问题达成协议前负有义务采取单方面措施，以防止在其管辖或控制下进行的活动的跨界消极后果。这种单方面的措施包括此类活动的进行须先经政府核准、强制保险或其他财政保障以支付可能要支付的赔偿金，以及在该类活动的有害影响开始出现时采取减少损害的措施。

499. 第13至16条没有在委员会中进行广泛的讨论。有人指出第13条不太明确，而第16条又太复杂。一些委员支持保留第16条的同时，另外一些委员则倾向于将其删除。有一项评论说第16条是对应有的注意的一般义务和第8条的具体应用。由于指望各国对每一项活动都制订一种制度是不现实的，第16条赋予各国采取单方面预防措施的义务。不过，在第16条中规定的起源国必须采取的措施还不够严格。

第17条 (利益均衡)³⁴⁹

500. 鉴于本委员会和大会第六委员会在辩论中对为各国谈判一项关于这些条

³⁴⁸ 例如，见附在经合组织理事会1974年11月14日建议C(74)224之后的关于跨界污染的原则（《经合组织与环境》（巴黎，经合组织，1986年），第142页）；和环境规划署于1978年通过的“保存和协调利用两国以上共有自然资源国家准则在环境方面的行为原则”第2段第6条原则（环境规划署，《环境法：准则与原则》，第2号，《共有自然资源》（内罗毕，1978年））。

³⁴⁹ 特别报告员在其第六份报告中提交的第17条草案如下：

“第17条. 利益均衡

“为求有关国家之间在第1条所述活动方面实现公平的利益均衡，这些国家在进行协商或谈判时可考虑下列因素：

款涉及的活动的制度规定某些指导原则所表示的关心，特别报告员提出了第 17 条。该条意在利益均等的概念提供一些内容。应对所列的因素给予考虑，以便使涉入此类案件的各当事方的利益均等。这些因素大多数反映了原来在大纲第 6 节中提到的因素。特别报告员说，即使他知道规定这些指导原则有一定好处，但他关切的是，这些指导原则并不是真正的法律规范，因此将其纳入这些条款草案也许并不合适。不过他意识到在一项法律文书中列入这种指导原则也并不新奇。关于国际水道的非航行使用法条款草案第 7 条³⁵⁰也列出了有关“公平和合理”使用国际水道水域的各种因

(注 349 续)

“(a) 跨界损害可能性的程度及其可能的严重性和涉及面，以及该项活动在受影响国可能的积累影响范围；

“(b) 预防这种损害的手段是否存在，考虑到从事该活动的最高技术标准；

“(c) 在其他地方或以其他办法进行该项活动的可能性，或是否有可供选择的
的其他活动；

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

“(e) 就可能的预防手段而言该项活动的经济可行性；

“(f) 起源国就其采取预防措施、恢复事前的环境状况、赔偿所造成的损害或进行可供选择的
的其他活动的物质和技术可能性；

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

“(h) 起源国或受影响国从该项活动中取得的利益；

“(i) 损害性效果源于自然资源的程度或影响一种共有资源使用的程度；

“(j) 受影响国愿意分担预防费用或损害赔偿的程度；

“(k) 起源国和受影响国的利益与整个社会的一般利益一致的程度；

“(l) 国际社会可以向起源国提供援助的程度；

“(m) 国际法有关原则和规范的适用性。”

³⁵⁰ 《1987 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 36 页。

素。由于这些因素的非规范性，他在起草第 17 条时所使用的是非强制性的而不是强制性的语言。此外，他强调这些因素的实质作用取决于具体的案件。

501. 委员会许多委员认为，第 17 条草案提出了一份应予考虑的各种因素的清单，这是值得赞许的。在国家实践中使用利益均等的做法者不乏其例。这样一份清单可以有助于各国谈判一项制度。但是，这些委员对于这些因素和利益均等的概念如何顺应其前后条款的各种义务存在着意见分歧。例如，有人不知道这一概念是否只同建立一项预防跨界损害的制度有关，还是也同赔偿和赔偿责任有关，特别是同第 9 和第 21 条有关。³⁵¹几个委员对第 17 条中的清单的法律性质提出疑义，他们认为，该清单可以作为本条款草案的附件，因为这些因素只是指导原则，没有什么规范性价值。

第 18 条（不履行前述义务）

第 19 条（对按第 11 条发出的通知不作答复）和

第 20 条（活动的禁止）³⁵²

502. 根据特别报告员对去年委员会及大会第六委员会讨论的理解，倾向性的意见是：不履行预防的义务，特别是不履程序性义务，不得构成潜在的受影响国采取行动的原因根据。然而他认为，应该把某些重大后果归因于程序性义务的履行，以便至少引导各国履行这些义务。要不然就没有促使各国采取预防性措施的因素了。所以第 18 条草案试图找出公平解决办法，如果不遵行有关规定，在发生该活动造成跨界损害的情况下，起源国就没有权利援引第 23 条关于减少应付给受影响国的赔偿。

³⁵¹ 委员会关于第 17 和 21 条草案之间相互关系的讨论列在下文第 511 和 512 段中。

³⁵² 特别报告员在其第六次报告中提交的第 18、19 和 20 条草案，如下：

“第 18 条. 不履行前述义务

“起源国不履行前述义务不应构成受影响国提起诉讼的理由，除非当事国之间生效的其他国际协定有此规定。在这些情况下，如果该项活动造成可以归因于起源国的〔明显〕〔显著〕跨界损害，起源国不得为自己的利益援引第 23 条的规定。”

503. 就第 18 条发言的一些委员对本文的基本结构有异议，一位委员对该条所载的基本原则表示保留。他们认为，第 18 条不能够不给予受影响国采取行动的权利。这种权利根据习惯国际法可能存在于这些条款之外，因此他们认为本条应予修订。其中有几位委员还担心第 18 条走得太远，而且以其目前的形式来说已大大减少了第 8 条规定的预防的义务。如果不遵行程序性义务，或许会引起一些更为重大的后果。按照这一看法，委员会应该创立一种制度，规定如果违反义务就会产生国际责任的义务。协商、通知等等的义务至少必须同 1982 年《联合国海洋法公约》的义务一样严格才行。对这类义务的违反，如在委员会就国家责任的专题工作中所阐明的，并不总是需要给予金钱赔偿的：象征性的赔偿金或其他方式的补偿或许就能适用。

504. 在总结该辩论时，特别报告员说，他认为，委员会对于预防的义务是否应该在本专题中处理似乎还不能确定。如果预防的义务更为严格，也就是说，如果违反了这些义务，就会导致国家责任问题，那么，本专题所涉及的就将是不法行为，而不是国际法不加禁止的行为了。当然，这可以进行补救，如果在本专题的标题中用“活动”一词代替“行为”一词的话。在这种情况下，如果各国不履行它们义不容辞的义务——例如，私人当事方在其管辖或控制下进行第 1 条所述的活动时使其承担一定的预防义务——它们就有责任为跨界损害支付赔偿。

505. 关于第 19 条草案，特别报告员说，对于已得到通知的国家必须作出答复，该条规定了一段合理的时间。他曾建议六个月的时间。如果在此时间内通知国没有收到任何答复，就可以认为被通知国已同意该项活动不会造成跨界影响，或者同意通知

(注 352 续)

“第 19 条. 对按第 11 条发出的通知不作答复

“就第 11 条所述的情况而言，如果通知国已提供关于该条所述措施的资料，任何国家在六个月期间内对通知不作答复，即推定它认为这些措施是满意的；这一期间可应有关国家的要求延长〔一段合理的时间〕〔六个月〕。可能的受影响国可请求能够提供意见的任何国际组织提供意见。”

“第 20 条. 活动的禁止

“如果对活动的评估显示跨界损害不能避免或不能获得充分赔偿，起源国应拒绝核准这项活动，除非经营者提议进行损害性较小的供选择的其他活动。”

国提出的预防措施足以防止可能发生的跨界损害。如果被通知国是一个发展中国家，有关的国际组织应该乐于提供技术援助，以便对所收到的通知国的资料作出评估。委员会中对第 19 条作出评论的委员不很多。他们对可能的受影响国不作答复就等于默许的假设表示保留。他们还建议，作出答复的“六个月”期间应改为参考“合理的时间”。

506. 关于第 20 条草案，特别报告员解释说，可能会出现这种情况：拟议的活动会产生的跨界的有害后果是既不能避免甚至也不能获得适当的赔偿的，诸如对环境造成不可挽回的损害情况。象这类活动，不应该核准进行才是公正和合乎情理的。一旦可以表明该项活动已经减轻，而且不会造成跨界损害的过度的风险，或者这种损害可以获得适当的赔偿，则应给予许可。特别报告员说，第 20 条的意图是要加以限制，并规定一种界限，一项活动若超过这一界限就不能进行。

507. 就第 20 条发言的那些委员赞同本条所提出的总的想法，但他们对如何给这类活动划出界线看法各异。有几个委员说，在采取令人满意的预防性措施以前，该条的作用就象一道禁令。而其他一些委员则认为该条应以更有力的措词来表述，因为有条件的禁止只会破坏预防的功效。按照这些委员的看法，一俟弄清楚一项活动会造成如此严重而不可挽回的跨界损害，就应该毫不犹豫地要求予以禁止，直到采取了必要的预防性措施时为止。他们认为这种做法就是公道的。但是有一位委员却认为第 20 条应该只适用于那些极为可能造成灾难性跨界损害的活动。按照这一意见，起源国的义务就应该予以澄清；换言之，起源国是应该拒绝授权进行该项活动，还是也应该包括撤消授权的问题？这样，第 20 条同草案第五章中涉及的民事赔偿制度之间的关系应该进一步加以澄清。例如，应该更清楚地说明：根据第 20 条，支付赔偿的能力是指该国家的还是指该经营者的另一位委员认为：禁止一项此类活动的义务应该是对等的；另一国也应该同意在其领土上不进行类似的活动。

(d) 第四章. 赔偿责任

508. 特别报告员解释说，第四章的目的在于在具体条款中详述赔偿责任的概念。这一概念在第 9 条（赔偿）中作为一条原则。因此，在有跨界损害的情况下就要承担赔偿责任，不论起源国可能已经采取了任何预防性措施。所不同的只是在赔偿的

数额上。特别报告员原来的看法是,这些条款中的赔偿的概念完全不符合国家责任专题中所使用的传统概念。根据这些条款,赔偿并不等于全部恢复原状的赔偿,因为扣减是可以允许的。这类扣减设想是,例如,为受影响国之利益而具体采取预防性措施的费用,受影响国可能在一定程度上也受益于该项活动等等。特别报告员认为,考虑到目前这些条款意在适用于范围较广的活动,人们不可能预先设想会影响第一个具体案件中赔偿金衡量标准的所有情况。此外,他说,这些条款的目的是要为各国谈判建立一项关于第1条所述活动的制度提供指导原则,而且也是为保护受影响国在没有这种协定的情况下提供一个安全网。这些条款的拟定是以各国在尽可能的范围内会就赔偿数额进行谈判为基础的。只有起源国拒绝就此问题进行谈判,或者拒绝支付议定的赔偿,该国才承担不法行为的责任。

509. 委员会许多委员承认第四章已成为本专题的核心。在本章中有两个基本问题被认为具有特别的重要意义:首先是跨界损害支付赔偿的义务,其次是应负责当事方的确定,即应责任的到底是起源国还是经营者。关于第一点,许多委员认为本章一开始就应该清楚地陈述关于支付赔偿的义务,而不是作出强调要就赔偿问题进行谈判的义务的规定。谈判只不过是有关赔偿的争端能够用以解决的一种方式而已。关于赔偿责任和赔偿的实体权利和义务应该作出清清楚楚的规定。一些委员还对在没有任何违反国际法的情况下,在当前国际法中规定赔偿的义务表示有疑点,尽管他们承认这样一种义务是可以设想的。他们强调这将是一种相当大的创新工作。至于第二点,即确定应责任的当事方问题,一些委员强烈反对起源国应负首要责任的观点。他们认为经营者应负法律责任,而那种主张与当代的国家实践不一致,只有在1972年的《外空物体造成损害的国际责任公约》中,起源国才要为其活动造成的跨界损害负责。但该公约具有特殊性,不能予以普遍适用。在其他公约中,经营者要全然负责,而各国只是在一定程度上负有责任,即它们没有通过适当的为该类活动的安全进行、经营者本应遵守的国内立法。其他几位委员不同意此看法。他们认为国家应负首要责任,因为只有国家才具有在其领土上组织其国内事务的控制力和权威,并且保证在其领土上进行的活动的活动不致造成对别国的损害。其他委员则认为国家应该对其领土上进行的造成域外影响的活动负某些责任。他们认为如果让国家躲在经营者后面以避免负赔偿责任,是不公平的。

510. 特别报告员在总结辩论时指出,委员会对于应如何解决经营者与起源国之间的赔偿责任问题的看法不一。他承认,关于赔偿责任和赔偿的国际惯例无疑都把私人当事方,无论是经营者、所有权人、承运人等等作为这类义务的主体。国家有时只对私人当事方未支付的赔偿数额负剩余赔偿责任。他认为,为了拟订关于赔偿责任的条款,必须就谁应对跨界损害负首要责任作出决定。他请委员会在下一届会议就此问题进行更广泛的讨论。

第 21 条 (谈判的义务)

第 22 条 (多个受影响国), 和

第 23 条 (减少起源国应付的赔偿)³⁵³

511. 特别报告员说,第 21 条草案重申了关于解决发生跨界损害所产生的问题进行诚意谈判的原则。该条就是要引导各当事方就赔偿进行谈判,铭记原则上损害必

³⁵³ 特别报告员在其第六次报告中提交的第 21、22、和 23 条草案如下:

“第四章. 赔偿责任

“第 21 条. 谈判的义务

“如果因第 1 条所述活动而产生跨界损害,起源国应有义务同受影响国谈判,以确定损害的法律后果,同时铭记原则上损害必须获得充分赔偿。”

“第 22 条. 多个受影响国

“如果受影响国不止一个,在该问题上权限的国际组织如应任何有关国家的请求即可进行干预,其唯一目的是协助当事国并促进它们的合作,如果已经举行第 14 条所述的协商,并有一个国际组织参与这些协商,则该国际组织对于未就造成损害的这项活动的制度达成协议之前产生的损害,也应参与其事。”

“第 23 条. 减少起源国应付的赔偿

“关于通过外交渠道提出的索赔要求,如果由于活动的性质和具体情况,由有关国家分摊某些费用似乎比较公平,受影响国可在合理情况下,同意减少起源国应付的款项,〔例如,如果起源国专为预防跨界损害已采取了预防措施,而且该项活动正在两国境内进行,或如果起源国能够证明,受影响国正在免费受益于该项造成损害的活动〕。”

须予以充分赔偿。但语言上要斟酌，以便使利益均衡的种种考虑在赔偿数额上起作用。第23条草案拟订了这种种考虑。

512. 一些委员重申其意见，即第21条应只规定支付赔偿的义务。他们认为，限制性措词“原则上”对本条有所削弱，因此应予删除。这些委员还发现本条的说法前后矛盾，似乎试图把利益均等与充分赔偿的原则结合起来。这两个概念是弄不到一起的。以利益均等为基础所确定的赔偿是绝不会充分的。所以，第21条应该体现出一种选择。一种备选的办法是：开始一条说明充分赔偿的原则，接着另一条则说明赔偿必须根据进行扣减的情况。这一做法或许可以在不否认充分赔偿原则的情况下把利益均等的概念更适当地引入赔偿责任与赔偿。一位委员则认为第21条这样草拟是适当的，因为它假设起源国本身也遭损害，因而也是无辜的。另一位委员不赞成充分赔偿的原则，他认为这一原则在国家实践中是得不到支持的。充分赔偿的原则把本专题同国家责任专题混淆起来，国家责任也规定了充分赔偿。那么本专题同国家责任专题之间从后果方面来说又有什么区别呢？另一位委员也对两个专题之间的真正区别何在表示怀疑，因为他认为本专题设想的赔偿责任，实际上由于如发生未遵守一项义务应负有责任的情况执行正常适用的规则，而愈来愈失去作用。极少数委员则认为应该考虑为赔偿确定一个最高限额。另外几个委员则反对这一主意。他们认为考虑到下述事实，即本专题要适用于如此众多又有各种后果的不同活动，它既不合理又不切实际。那些倾向于应主要由经营者来负赔偿责任的委员认为第21条应予以修正，以采纳这种意见。

513. 特别报告员说，第22条草案的目的是促进在第21条中所体现的若存在一个以上受影响国时进行谈判的义务。特别报告员认为，在该进程中，国际组织通过其斡旋并帮助更友好地解决有关国家间的问题，是能够发挥作用的。第23条草案的意图只不过是给各国在就损害应如何确定和赔偿应如何衡量等等的谈判中提供一些指导原则。例如，如果起源国能够证明为预防跨界损害而单独采取了某些预防措施，则这些特别预防措施的费用就可予以考虑。同样，如果起源国能够显示受影响国也已从该活动中得益，则应在该赔偿数额中扣减与该得益相当的数额，才是公平的。特别报告员解释说，此类准则由于其涉及面广，只有在外交谈判中才能予以考虑。很可能当这个问题向一国内法院提出时，有关的因素将限于该国内法律作了什么规定（第

24 条，第 3 款)。

514. 委员会就第 22 和 23 条发表的评论不多。对第 22 条的情况有人也提出了一般性的问题，称任何国际组织对这些问题是否具有管辖权。关于第 23 条，有人认为或许太一般化了。

第 24 条 (对环境的损害及因此造成的对人或财产的损害)

第 25 条 (多个起源国)

第 26 条 (例外)，和

第 27 条 (时效)³⁵⁴

³⁵⁴ 特别报告员在其第六次报告中提交的第 24、25、26 和 27 条草案如下：

“第 24 条. 对环境的损害及因此造成的对人或财产的损害

“1. 如果跨界损害证明对受影响国的环境有害，起源国应承担任何合理行动的费用，以尽量恢复损害发生之前存在的状况。如果无法全部恢复这些状况，则可协商议定由起源国对实际恶化的状况予以金钱或其他方式的赔偿。

“2. 如果第 1 款所述对环境的损害也因此造成对受影响国的人或财产的损害，起源国的付款也应包括对这种损害的赔偿。

“3. 就第 1 款和第 2 款所述的情况而言，如果索赔要求是通过外交渠道提出，则可适用第 23 条的规定。如果通过国内渠道提出索赔要求，则应适用国内法。”

“第 25 条. 多个起源国

“就第 23 和 24 条所述情况而言，如果起源国不止一个，

“备选案文 A

“它们应对所造成的损害负担连带赔偿责任，但不妨碍它们之间就赔偿责任的比例份额相互提出的任何索赔要求。”

“备选案文 B

“它们应按第一国所造成的损害比例对受影响国负担赔偿责任。”

“第 26 条. 例外

“1. 在下列情况下，起源国和经营者不负赔偿责任：

515. 特别报告员指出,跨界损害可能是对受影响国的环境或对该国的人员及财产造成的损害。第 24 条草案的意图是为受影响国的环境受损害提供某种要求补救方法的依据。因此,起源国有义务负担任何旨在恢复损害发生前存在的状况而进行任何合理工作的费用,如果无法恢复,则当事各方应就包括金钱赔偿在内的其他补救方法达成协议。显然,假如受影响国除环境外,其人员和财产也受到损害,则也应予以赔偿。当事方就第 24 条进行谈判时应考虑第 23 条提及的各种确定赔偿额的因素。

516. 委员会许多委员欢迎对环境损害规定赔偿义务的主张。他们认为这是一个前进的步骤。但是,其中也有一些委员认为没有必要另立一条,因为第 2 条界定的损害概念里已包括环境损害,尤其是所有适用于确定和衡量人和财产所受损害的标准也适用于对环境的损害。因此,没有必要另外规定赔偿环境损害的义务。一位委员不同意这种意见。他认为历来只有赔偿人或财产所受损害的规定。环境损害也应规定赔偿的主张本身就是新观念,因此应该另行规定。另一种观点认为,国家实践表明只对那些实际已采取或拟将采取的恢复环境措施给予环境损害赔偿。除其中规定无法恢复原状者予以赔偿的 1988 年的《南极矿产资源活动管制公约》外,其他任何国家实践均不赞成上述义务。

(注 354 续)

“(a) 损害直接起因于战争行为、战斗行动、内战、叛乱或特殊、无法避免和不可抗拒性质的自然现象;

“(b) 损害全部由第三方故意要造成损害的作为或不作为所造成。

“2. 如果起源国或经营者证明损害的全部或局部是因蒙受损害的人故意要造成损害的作为或不作为所造成,或因此人的过失所造成,则它们对此人的赔偿责任可全部或部分免除。”

“第 27 条. 时效

“就本条款规定的赔偿责任所提起的诉讼,自受影响方获悉或可以合理地预期它已获悉损害以及起源国或经营者的身分之日起〔三〕〔五〕年后失效。在任何情况下,对造成损害的事故自发生之日起 30 年后,即不得提起任何诉讼。如事故由一系列事件组成,30 年期应从最后一次事件发生之日起算。”

517. 特别报告员指出,第25条草案意在处理造成跨界损害的起源国超过一个时的情况。他提出两种处理这个问题的办法。一种办法是,起源国将共同负有连带赔偿责任,对其中任何一国都可提出全面索赔要求。这种方法更有利于受影响国和受害方,为1972年的《外空物体所造成损害的国际责任公约》所采用。它比较适合法庭诉讼。第二种方法是,起源国将只按其造成损害的比例负赔偿责任。因此,该方法允许每个起源国均可提出自己的程序性主张和削减赔偿额的要求,而且这种方法比较适用于外交谈判。就第25条发言的大多数委员都倾向于备选案文B中提出的第二种方法。他们认为,各国不会同意对部分由于别国的活动造成或加重的损害全面负责。有位委员认为,共同负起连带赔偿责任的概念是在国内法里确立的,它比较维护受害方的利益,但是并不排除起源国之间分担赔偿金的可能性。因此,第25条应保留这个概念。

518. 第26条草案涉及全部或部分免除赔偿责任。特别报告员解释说,可能有这样的情况,跨界损害是由于起源国或经营者无法控制的原因或是部分由于受影响国方面或受害方的疏忽而发生的。免除责任的根据是战争行为、战斗行动、内战、叛乱、性质特殊的自然灾害或第三方故意要造成损害的作为或不作为。这种作为或不作为或是受损害方的过失是部分或全部免除责任的根据。特别报告员解释说,这类根据常见于处理赔偿责任的公约中。³⁵⁵第27条草案作出了时效规定。所定的时期长短当然是主观决定的。问题是时期的长短要定得合理。有些公约采用的时期是自损害发生之日起或自查明确定起源国之日起一年。³⁵⁶近来正就赔偿责任问题起草的文书、如欧洲委员会和欧洲经济委员会正在起草的文书,似乎选定了自事件发现之日起三或五年长的一个时期和事故发生后30年长的时期,此后即不能对造成损害的人提出索赔要求。³⁵⁷

³⁵⁵ 见特别报告员第六次报告列举的这些公约(A/CN.4/428和Add.1,第56—59段)。

³⁵⁶ 如见1972年的《外空物体所造成损害的国际责任公约》的第十条(联合国,《条约集》,第961卷,第187页)。

³⁵⁷ 见欧洲委员会对环境造成损坏赔偿规则草案第9条规则(见上文脚注337);

519. 对第 26 条,有人提出意见认为还应将恐怖主义列为免除责任的根据。也有人问不可抗力是否也应列入该条内。一位委员还说,第 1 款第 (a) 和 (b) 项的措词必须加以协调,因为有关国家全部免除赔偿责任被认为是合法的,这不仅是由于损害直接起因于 (a) 项所指的情况,而且特别是由于损害全部是由这些情况所造成。关于第 27 条,有人认为颇为含糊,因为它未指明“诉讼”的含义。该条按其起草方法看,似乎并不适用于外交谈判,而只限于受害方诉诸司法手段的情况。

(e) 第五章. 民事赔偿责任

520. 特别报告员回顾指出,上述条款草案至此一直认为赔偿责任首先由起源国承担,因为在其管辖或控制下进行的活动在境外造成了有害的后果。³⁵⁸他认为,在不妨害上述主张的情况下,这些条款草案应规定若干规则,确保各国国内法庭审理第 1 条所指的活动引起的索赔要求时做到最低限度的一致。实际上没有任何情况能够阻止受跨界损害的索赔人向起源国法院提出索赔诉讼。此外还可能有这样的情形,受影响国不愿代表本国公民向起源国提出索赔要求。在此种情况下,私法补救方法便成了个人寻求补偿的唯一渠道。所以,特别报告员认为应有几条处理民事赔偿责任的条款。第 28 至 33 条草案就是为此而制订的。

第 28 条 (国内渠道)

第 29 条 (国内法院的管辖权)

第 30 条 (国内法的适用)

第 31 条 (管辖豁免)

第 32 条 (判决的强制执行), 和

(注 357 续)

和在欧洲经济委员会主持下通过的 1989 年的公路、铁路及内陆航运、船只运输危险品过程中造成损坏的民事赔偿责任公约第 18 条 (见联合国出版物,出售品编号 E. 90. II. E. 39)。

³⁵⁸ 关于委员会在本届会议上就经营者或起源国是否应负首要赔偿责任问题进行的审议情况,见上文第 508 至 510 段。

第 33 条 (汇款)³⁵⁹

521. 特别报告员解释说,第 28 条草案的意图是使两种寻求补救方法的渠道、即外交谈判和向国内法院提起诉讼这两种渠道协调一致。因此,通过国与国之间的谈判提出索赔要求并不要求事先在起源国用尽当地的补救方法。同时,如果已向国内法院就某种损害提出索赔诉讼,受影响国便不得就此种损害再提出索赔诉讼。索赔诉讼可在受影响国法院针对起源国或负有赔偿责任的私人方提出。

522. 特别报告员提到私法补救方法方面必须解决的两个问题:第一,所有受影响方、包括受影响国向法院提起起诉的权利;第二,可适用的国内法有补救方法的规定。为解决前一问题,各国应通过本国国内立法授予本国法院对诉讼事项的管辖权,审理对本条款所涉跨界损害提出的索赔要求。要解决后一问题,各国应确保国内法中载有给予合理的金钱及其他形式补救的规定。第 29 条草案处理此种管辖权问题。

³⁵⁹ 特别报告员在其第六次报告中提交的第 28 至 33 条草案如下:

“第五章. 民事赔偿责任

“第 28 条. 国内渠道

“1. 在根据本条款向起源国提出跨界损害赔偿责任的索赔要求之前,受影响国或该国代表的个人或法律实体没有必要先充分使用当地现有的一切法律补救办法。

“2. 本条款没有任何规定阻止一国或该国代表的认为本身因第 1 条所述活动而蒙受损害的任何个人或法律实体,向起源国〔及,如属第 29 条第 3 款的情况,则向受影响国〕法院提出索赔要求。但在此情况下,受影响国不得使用外交渠道就已提出索赔要求的同一损害提出索赔要求。”

“第 29 条. 国家法院的管辖权

“1. 本条款的当事国应通过其本国立法,授予其法院处理第 28 条所述索赔要求的管辖权,并给予受影响的国家或个人或法律实体向其法院申诉的权利。

“2. 当事国应在其国内法律制度内规定补救办法,使第 1 条所述的在其管辖或控制范围内进行的活动造成的跨界损害获得迅速充分的赔偿或其他补偿。

“〔3. 除了受影响国以外,第 28 条所述的认为曾蒙受损害的其他人可选择在受影响国法院或起源国法院提起诉讼。〕”

523. 特别报告员认为，为使各国国内法院适用的法律保持最低限度的一致性，各国国内法院应适用这些条款，当然也应对这些条款未涉及的无论是程序性还是实质性的一切事项适用国内法。国内法的适用方式必须与第10条草案不歧视的规定相一致。特别报告员指出，第30条的草案思想是他从1960年的《关于核能方面第三者责任的公约》的第13和14条借鉴过来的。³⁶⁰如果起源国不能援引管辖豁免权第31条草案的主题，则唯一能够运用的便是国内法的补救方法。³⁶¹第32条草案处理判决的强制执行问题。第33条草案排除了任何阻碍转移金钱赔偿的因素。

524. 委员会中的一些委员对草案第五章给予受害方利用国内法院的选择权表示欢迎。但是其中有些委员认为应再度审查这些条款，因为它们似乎主要是仿照1972年的《外空物体所造成损害的国际责任公约》的条款制订的，而后者对本专题未必完全适合。此外，还应使关于管辖豁免的第31条草案与国家及其财产管辖豁免的有关条款草案协调一致。有人还指出，诉诸国内法院不应排除在例如出现不给予公平处理的情况下向私人索赔者提供其他形式的追诉手段。

525. 对那些主张该专题应主要基于民事赔偿责任，即经营者的赔偿责任的委员说来，第五章的各条款是不合适的，需重新拟订以表明这层意思。

(注 359 续)

“第 30 条. 国内法的适用

“法院应对本条款没有具体规定的所有实质性问题或程序性问题适用其国内法，本条款以及国内法律和立法的适用不得因国籍、住所或居所而有任何区别待遇。”

“第 31 条. 管辖豁免

“国家就根据前面条款提起的诉讼不得按国内立法或国际法要求管辖豁免，但就强制执行措施要求的豁免除外。”

“第 32 条. 判决的强制执行

“1. 主管法院作出的最后判决如根据该法院所适用的法律可强制执行，则除非有下述情况，该判决在任何其他缔约方领土内均应得到承认：

“(a) 判决是以欺诈手段获得；

3. 国家管辖范围以外地区（全球公地）环境损害的赔偿责任

526. 特别报告员响应委员会上届会议提出的请求，详细研究了是否有可能扩大本专题范围，将各国国家管辖范围以外地区——所谓“全球公地”所受损害纳入其中。特别报告员审查了若干问题，涉及政策问题以及迄今一直构成该专题探讨途径的赔偿责任理论的各重要因素是否适用于全球公地损害的问题。特别报告员认为，工业文明显然已发展到这样的地步，对国家管辖范围以外地区的环境，不是少量而反复不断便是大量、意外而又偶然造成损害。现在的问题是处理这个问题的最佳办法是什么。委员会必须在目前审议的两个专题之间作出选择。不是在本专题赔偿责任范围内就是在国家责任专题的不法行为责任范围内处理这个问题。

527. 关于构成本专题基础的赔偿责任理论的某些重要要素是否适用的问题，特别报告员提及两个要素：(a) 关于损害的概念；(b) 关于受影响国的概念。他指出，如果损害发生在国家管辖范围外的地区内，便有两种可能性：不是人员或财产，就是环境本身受到损害。前一种可能性早有预料，因而已列入国际责任专题范围内。但是，后一种可能性、即对国家管辖范围以外地区的环境本身造成的损害，造成相当大的困难，因为在本专题所涉的损害概念里并不包括这类损害。特别报告员指出，环境本身受损害单独作为确定赔偿责任的根据还是新鲜事物，这种损害如要根据其对人或财产的影响来加以衡量，那么在科学发展的目前阶段还难以精确测定对全球公地的哪种可辨认损害会对人或财产造成可辨认损害。即使在全球公地损害、整个环境所受损害以及人类福利和生活质量所受损害之间能够确立起全面的对应关系，这也不足以

(注 359 续)

“(b)被告方未获合理的预先通知且未获机会在公平条件下提出自己的论据；

“(c)判决违反正在争取其承认的国家的公共政策，或与正义的基本规范不符。

“2. 一项获承认为符合第 1 款规定的判决，在争取其强制执行的缔约方所规定的手续完成时，即应在任何当事国强制执行。不允许对此事项的实质进行进一步审查。”

确立现拟的国际赔偿责任专题规定为必要的因果联系。那样或许还需给损害另下定义,另方界限。对环境本身造成损害的赔偿责任作出近乎硬性规定的公约似乎只有一个:1988年的《南极矿产资源活动管制公约》。特别报告员承认,缺乏国家实践说明这是个近来出现的问题。

528. 特别报告员提出,如果根据本专题方面目前公认的标准来衡量全球公地损害,则后果可能会不尽人意。该专题是根据对人或财产是否造成重大损害来加以衡量的。对全球公地环境造成重大损害未必会对人类直接造成重大损害:以所涉地区之大而论,全球公地损害或许要达到无可挽回的地步才会影响及人类。特别报告员认为,目前,一般国际法对那种不影响人或财产的全球公地环境损害似乎没有规定赔偿责任。但是,他认为不应让这种情形继续下去,国际法应该规定某种形式的补救方法。在近来的国际法实践中,处理“全球公地损害的办法是鉴别出某些对这些地区有害的物质,确定这些物质排入这些地区的限量。任何超过许可标准的排放都有可能引起赔偿责任。特别报告员还提到全球公地损害的赔偿责任的概念按目前的规定、即要确定受影响国,是很难实行的。对那些地区的损害并不一定对国家、其国民或其财产产生影响,因此,确定受损害国便成为一个特殊问题。特别报告员认为可以按国家责任条款草案第二部分第5条第(2)(f)款³⁶²的措词,运用“集体利益”的观念对这个问

(注 359 续)

“第 33 条. 汇款

“当事国应采取必要措施,确保申请者因前面各条规定在当事国法院提起诉讼而应收的任何款项,以及与保险或再保险有关的任何应收款项,或旨在补偿这种损害的其他资金,可以自由地以受影响国的货币或以申请者惯常居住国的货币汇给他。”

³⁶⁰ 联合国,《条约集》,第 956 卷,第 251 页。

³⁶¹ 第 31 条草案不影响强制执行措施豁免问题。1960 年的《关于核能方面第三方责任公约》(同上)的第 13 (e) 条和 1963 年的《关于核损害民事责任的维也纳公约》(同上,第 1063 卷,第 265 页)的第十四条中有类似的规定。

³⁶² 《1985 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 25 页。

题作出反应。

529. 特别报告员指出,对国家实践的审查似表明,处理全球公地损害问题的办法一向是确定某些有害物质或某些全球公地的地区,使其受特别条例的制约,包括限制或禁止使用这些物质并禁止任何可能对这些地区造成损害的活动。这方面的实例最近的有:1985年的《维也纳保护臭氧层公约》(及其1987年的蒙特利尔议定书)和1982年的《联合国海洋法公约》。特别报告员认为,趋势表明这个问题是放在国家对不法行为责任的范围内处理的。他认为这个办法有若干优点,它采用了法律上的损害的概念,³⁶³即仅仅由于违反某项义务而造成的损害,这就解决了必须证明对人或财产造成损害的问题,但是他解释说,这只是他初步的看法,他还想听取委员会内各位的意见。

530. 由于时间不够,委员会中只有几位委员就全球公地损害问题作了初步的评论。其中多数认为不能无视这个问题,应该拟订某种条例,因此,他们鼓励特别报告员继续就此问题开展工作。一位委员在这方面提到1982年的《联合国海洋法公约》和《联合国人类环境会议宣言》原则21斯德哥尔摩宣言。³⁶⁴他主张联系保险计划和自愿捐献考虑一种国际集团诉讼的办法。另一位委员认为,全球公地损害方面提出的问题十分复杂,因此,这个本已复杂的专题的进展可能受到影响。另一位委员认为,这一主题可构成一个单独专题。

C. 请求提出评论的问题

531. 委员会欢迎各国政府在第六委员会或以书面评论形式发表的意见,特别是就下列问题发表意见:

(a) 通过提出危险物质清单以澄清“重大危险”这个概念(见上文第478至483段);

³⁶³ 法律上的损害,概念最先在关于国家责任的条款草案第一部分第3条中提出;案文和评注,见《1973年……年鉴》,第2卷,第179页起各页,文件A/9010/Rev. 1。

³⁶⁴ 《联合国人类环境会议报告,斯德哥尔摩,1972年6月5日至16日》(联合国出版物,出售品号E. 73. II. A. 14和更正),第一部分,第一章。

(b) 条款草案应该规定起源国对本专题涉及的、私人当事方在该国管辖或控制范围内进行的活动所造成的跨界损害是否应该而且在多大程度上负有赔偿责任(见上文第 508 至 510 段)。

第八章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作

532. 委员会在1990年5月1日第2149次会议上注意到，大会在其1989年12月4日第44/35号决议第4段中曾要求委员会：

(a) 继续审查如何规划其成员任期内的活动，同时考虑到在草拟关于特定专题的条款草案方面有必要尽量取得最大的进展；

(b) 进一步审议其工作方法的所有方面，同时考虑到交错审议某些专题，特别可能有助于第六委员会更有效地审议其报告；

(c) 特别注意在年度报告中，就每一专题，指出各国政府或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各项具体问题；

533. 委员会决定，这个要求应放在其题为“委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作”的议程项目9中讨论。

534. 扩大主席团规划小组的组成见第一章（第5段）。委员会委员中不属于该小组成员的人也受到邀请参加其会议，其中有些人参加了会议。

535. 规划小组于1990年5月8日至7日10日举行了四次会议。规划小组收到了第六委员会在大会第四十四届会议期间进行讨论的专题摘要中的章节，标题为“委员会的计划、程序和工作方法”（A/CN.4/L.443，第324—343段）。此外，它还收到了委员会委员提出的一些建议。

536. 扩大主席团于1990年7月12日第4次会议上审议了规划小组的报告。在1990年7月18日和19日第2200次会议和第2202次会议上，委员会根据扩大主席团经规划小组讨论后产生的建议通过了下列段落。

活动的规划

目前的工作计划

537. 委员会认为，委员会为其委员五年任期的剩余部分制订的工作计划只要作某些调整就仍然有效。

538. 根据该工作计划，委员会打算在其现在的委员任期内完成关于国家及其财

产的管辖豁免的条款草案的二读。委员会在1989年第四十一届会议上表示打算尽一切努力在本届会议期间完成二读。起草委员会在本届会议上审议并暂时通过了一读时委员会暂时通过的条款草案中16条草案的二读。委员会期望向大会第四十六届会议提交整套条款草案，从而在其现在的委员的任期结束之前达到完成草案二读的目标。

539. 委员会还打算优先处理“危害人类和平及安全治罪法草案”和“国际水道非航行使用法”这两个专题，以期第四十三届会议上完成这两个专题的条款草案的一读。

540. 关于“危害人类和平及安全治罪法草案”这一专题，全体委员会现已完成对将构成第一章和第二章的所有条款的审议。然而应指出，特别报告员提出的条款中有相当多一部分目前仍有待起草委员会处理。委员会准备在下届会议上尽一切努力尽早完成条款草案的一读。在该专题方面，委员会还可能根据大会对于本届会议依照大会1989年12月4日第44/39号决议进行的工作作出的反应，进一步注意该决议中所载的要求。

541. 在“国际水道非航行使用法”这一专题上，本届会议取得了不小的进展，委员会可望在其第四十三届会议上完成条款草案的一读。

542. 委员会还将按照其在本五年任期开始时所表明意向，努力在“国家责任”和“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这两个专题上取得重大进展，并将继续审议“国家和国际组织间的关系”专题的第二部分。

长期工作计划

543. 根据委员会第四十一届会议报告第736段，³⁶⁵为审议委员会长期工作计划而在该届会议上设立的工作组继续审查了其职权范围内的各项问题。工作组由迪亚斯-冈萨雷斯先生（主席）、哈索内先生、马希乌先生、帕夫拉克先生和托穆沙特先生组成，向规划小组提交了一份进度报告。³⁶⁶

544. 规划小组随后和委员会都注意到工作组的报告，并赞同工作组的建议：在委员会第四十三届会议上应进一步举行工作组会议，以期就职权范围内的问题拟订

³⁶⁵ 《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第138页。

适当的建议。

545. 委员会同意在第四十三届会议上拨出一定时间审议其长期工作计划,同时特别考虑到期望从工作组得到的结论,并就此问题拟订建议。

³⁶⁶ 工作组报告的实质性部分内容如下:

“1. 工作组主要围绕下列问题进行讨论:

“ (a) 选择新专题的一般标准;

“ (b) 可能列入委员会议程的新的特定专题;

“ (c) 委员会就未来的工作计划向大会提出建议的形式和时机。

“2. 关于适用于指导选择新专题的一般标准问题,普遍达成一致的意見是,首先应考虑到 20 世纪最后十年的国际社会目前发展阶段的紧迫需要。有人指出,委员会作为大会设立的负责编纂和逐渐发展国际法的主要机构,应积极致力于拟订适应此类需要的必要法律规则。旨在实际解决国际生活各个领域现有法律政策问题的专题,应当比主要涉及学理问题的专题具有更为优先的地位。另外还建议,新的专题应当做到处理起来不致耗费太多的时间。鉴于委员会目前收到了多年前即已开始研究的若干专题,而这些任务又不大可能在其现在的委员的任期内即 1991 年前完成,此时此刻在议程上增列同样复杂的专题是不明智的。应在几年后才可以处理任何新的专题。

“3. 小组成员着重讨论了可考虑列入委员会工作计划的若干具体专题。有人强烈主张列入一个关于‘环境保护’或‘关于管制环境保护的法律原则’的专题,讨论中强调了该专题的实用性和全世界对此问题的关注,并强调有必要从全球性角度编纂管制环境的原则。另一方面,有人指出,拟议的专题与目前委员会议程上的某些专题可能有关,或部分有所重复。

“4. 得到强烈赞同的另一专题领域是‘经济关系国际法’。具体提到的该领域一些方面包括‘外债管制’、‘关于投资的国际法律制度’、‘国家与外国公司之间合同的法律方面’以及‘经济发展的法律方面’。

“5. 所提到的其他主题有‘难民问题’、‘国际军火贸易的法律方面’、‘新一代人权’、‘修订有关武装冲突和保护平民的规则’、‘裁军的法律方面’及‘治

工作方法

546. 委员会继续讨论了最有效地安排其工作的各种建议,其中包括一些委员提出的在其年度届会以外举行委员会特别会议(例如为诸如起草委员会会议的具体任务召开)以及将年会分为两部分(例如交替在纽约和日内瓦召开)的建议。其他委员指出了对所提出的各种建议的困难。下届任期的委员在进一步考虑这些问题的时候,

(注 366 续)

外法权’。

“6. 另外提出的不涉及特定专题,而是一项建议,认为委员会可向大会说明自己乐于接受大会就国际社会某些紧迫的法律问题征求法律意见的要求。为对此种要求作出反应,委员会可采用与审议其议程上正式专题不同的工作方法。在这方面所举的一个例子是委员会对建立国际刑事管辖权问题的处理方式及应大会要求编写的意见文件(见上文第二章C节)。

“7. 关于委员会对大会提出建议的形式和时机,工作组一致认为,应选择少数专题,而对选择的理由应予以明确和中肯的说明。尽管有许多正当的理由有助于在完成委员会议程上现有的一些专题工作后才开始研究任何新的主题,但仍应尽早制定一项长期计划。

“8. 此外,一致认为就委员会的长期工作计划向大会提出的任何建议,均应考虑到大会1989年11月17日第44/23号决议所宣布的国际法十年的目标,在各项目标中最为突出的就是鼓励逐渐发展和编纂国际法。委员会作为大会设立的编纂和逐渐发展国际法的主要机构,应在实现十年目标的过程中发挥积极的作用。但是,在拟订建议提交大会之前,必须研究按上述决议第3段向各会员国、有关国际机构和非政府组织征求来的意见,特别是大会根据该决议第4段决定在第四十五届会议上设立的第六委员会工作组的结论,以期国际法十年拟订出可以普遍接受的建议。

“9. 因此,工作组建议在委员会下届会议上进一步举行工作组会议,以便根据上文第3至第8段阐述的需要考虑的问题,并特别铭记大会将为国际法十年通过的纲领,就其职权范围内的问题拟订适当的建议。”

必须考虑到以最有效和最灵活的方式来处理委员会议程上的项目以及财政上需要考虑的问题。

起草委员会的作用

547. 委员会意识到需要促进起草委员会的工作³⁶⁷解决这一问题的办法之一是在委员会常会间隔期间安排举行起草委员会会议。委员会提请大会注意这一可能性。

548. 在目前阶段,委员会一致认为,为达到上文第538至第542段中为自己确立的目标,委员会应作为例外安排考虑起草委员会在第四十三届会议开始时进行两周的集中工作,该届会议将是其现在的委员任期的最后一届会议。

国际法十年

549. 委员会欢迎大会1989年11月17日第44/23号决议,宣布1990年至1999年为联合国国际法十年。决议指出,十年的主要目标之一是鼓励国际法的逐渐发展和编纂。根据章程第1条,委员会应以“促进国际法的逐渐发展和编纂”为其宗旨。委员会认为,如委员会能最后完成目前议程上各个议题的工作,则对十年是一重大贡献。委员会还认为,对十年的基本目标和对国际关系中加强法治可作的一个尤为恰当的贡献,就是由委员会在大会作此决定后拟订一个国际刑事法院的规约草案。

国际法委员会与大会之间的关系

550. 委员会满意地注意到,在大会第六委员会内正继续努力,改进国际法委员会的报告在六委进行审议的方法,以便对国际法委员会的工作提供有效的指导。委员会也意识到有必要便利第六委员会对其报告进行审议。尤其是,委员会已尽力满

³⁶⁷ 在本届会议结束时,尚待起草委员会审议的有:关于国家责任的第6至第10条草案;关于国家及其财产的管辖豁免的第17至第28条草案;关于危害人类和平及安全治罪法草案的第9和第13至第17条草案;关于国际水道非航行使用法的第1和第24至第28条草案及草案附件一的第3条第1款和第4条;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1至第9条草案;以及关于国家和国际组织间的关系(专题的第二部分)的第1至第11条草案。

足大会在第 44/35 号决议第 4 (c) 段中表示的期望，大会在该段中请委员会“特别注意在年度报告中，就每一专题指出各国政府或在第六委员会、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各项具体问题”。³⁶⁸

551. 委员会还满意地注意到第 44/35 号决议第 5 段，其中大会

请国际法委员会在情况准许时要求特别报告员在大会讨论与该特别报告员负责的专题有关的问题时出席大会会议，并请秘书长在现有资源内作出必要安排。

在这方面，委员会愿提及其第四十一届会议报告的第 742 段。³⁶⁹。在该段中它提请注意有无可能让特别报告员出席第六委员会关于国际法委员会报告的辩论，以便使报告员有机会更全面地了解目前的各种立场，注意到所发表的各种意见，并较早开始编写报告。该段还提出，除已举出的理由外，特别报告员的出席还可便利他们同各国政府代表进行有益的非正式接触，交换意见和磋商。³⁷⁰

下届会议的期限

552. 委员会希望重申其观点：根据国际法的逐渐发展及其编纂的工作要求以及议程上各专题的份量和复杂性，应该保持通常的会议期限。委员会还要强调，它已充分利用在本届会议期间向它提供的时间和服务。

B. 同其他机构的合作

553. 国际法委员会卸任主席伯恩哈德·格雷夫拉特先生出席了亚非法律协商委员会 1990 年 3 月于北京举行的会议。他以国际法委员会观察员的身分参加会议并

³⁶⁸ 关于请求对“国际水道非航行使用法”和“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”两个专题提出评论的问题，分别见上文第 313 和 531 段。

³⁶⁹ 《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 138 页。

³⁷⁰ 委员会在 1990 年 7 月 18 日第 2200 次会议上请负责危害人类和平与安全治罪法草案的特别报告员杜杜·锡亚姆先生在大会第四十五届会议讨论该专题时出席会议。

代表委员会在会上发了言。亚非法律协商委员会出席国际法委员会本届会议的代表是该委员会的秘书长弗兰克·恩詹加先生。恩詹加先生在委员会1990年5月18日第2160次会议上发了言；其发言见该次会议简要记录。

554. 国际法委员会卸任主席伯恩哈德·格雷夫拉特先生出席了美洲法律委员会1989年8月于里约热内卢举行的会议。他以国际法委员会观察员的身分参加会议。美洲法律委员会出席国际法委员会本届会议的代表是拉未罗·萨赖瓦格雷罗先生。格雷罗先生在委员会1990年5月31日第2166次会议上发了言；其发言见该次会议简要记录。

555. 克里斯蒂安·托穆沙特先生出席了欧洲法律合作委员会1989年11月在斯特拉斯堡举行的会议。他以国际法委员会观察员的身分参加会议并代表委员会在会上发了言。欧洲法律合作委员会出席国际法委员会本届会议的代表是玛格丽特·基勒比女士。基勒比女士在委员会1990年7月11日第2191次会议上发了言；其发言见该次会议简要记录。

C. 第四十三届会议的日期和地点

556. 委员会决定自1991年4月29日至7月19日在联合国日内瓦办事处举行下届会议。

D. 出席大会第四十五届会议的代表

557. 委员会决定由其主席史久镛先生代表委员会出席大会第四十五届会议。

E. 国际法讲习会

558. 按照大会1989年12月4日第44/35号决议，联合国日内瓦办事处在国际法委员会本届会议期间举办了第二十六届国际法讲习会。讲习会是为国际法研究生和在工作中处理国际法问题的年轻教授或政府官员举办的。

559. 由菲力普·卡叶尔教授（日内瓦国际研究高级院）担任主席的甄选委员会于1990年3月27日举行会议，在审议了大约80份参加讲习会的申请后，挑选出24名具有不同国籍、大部分来自发展中国家的参加者。17名获选人员以及3名联合国

训研所研究金获得者得以参加讲习会本届会议。³⁷¹

560. 在联合国日内瓦办事处梅克·诺尔—瓦根费尔德女士的主持下,本届讲习会于1990年6月5日至22日在万国宫举行。在为期三周的讲习会期间,讲习会参加者旁听了委员会的一些会议,并听取了专门为他们组织的讲课。一些讲课是由委员会下列委员讲授的:侯赛因·巴哈纳先生:“国际法委员会展望:委员会工作方案的历史和法律发展”;穆罕默德·本努纳先生:“《联合国儿童权利公约》”;艾哈迈德·马希乌先生:“国际法委员会的工作”;斯蒂芬·麦卡弗里先生:“国际水道非航行使用法”;塞萨尔·塞普尔维达—古铁雷斯先生:“国际公法与政治的关系”;杜杜·锡亚姆先生:“危害人类和平及安全治罪法草案”;克里斯蒂安·托穆沙特先生:“国家及其财产的管辖豁免”。

561. 此外,联合国、红十字委员会和关贸总协定的人员也作了如下演讲:安托万·布维耶先生(红十字委员会法律司):“国际人道主义法的观点”;弗拉基米尔·科特利亚尔先生(法律事务厅):“编纂司的活动”;雅各布·默勒先生(人权中心):“人权申诉的处理”;丹尼斯·麦克纳马拉先生(难民专员办事处):“保护难民的国际文书”;弗里德·勒斯勒先生(关贸总协定法律事务司):“关贸总协定法律事务司的活动”。

³⁷¹ 第二十六届国际法讲习会的参加者是:路易安东尼·阿莱多先生(法国)、莫尼亚·阿里·苏南达先生(印度尼西亚)、多明尼克·巴辛加先生(布基纳法索)、艾伯特·贝加先生(观察员)(阿尔巴尼亚)、特雷莎·布莱克女士(爱尔兰)、乔奎·卡塞雷斯·布兰先生(巴拉圭)、马西罗·坎顿先生(乌拉圭)、埃斯特·希班达女士(津巴布韦)、莫希乌丁·法罗克先生(孟加拉国)、法朗西斯科·弗洛里斯·维拉先生(巴拿马)、安德雷亚斯·德乌先生(荷兰)、阿伊莱娜·乔纳女士(马来西亚)、尼古拉斯·凯蓬先生(瑞典)、莎拉·洛萨诺·贝利斯女士(厄瓜多尔)、赛伊德·穆斯塔基姆先生(科摩罗)(训研所研究金获得者)、维拉猜·普拉赛先生(泰国)、哈吉·拉兹米先生(阿富汗)(训研所研究金获得者)、阿卜杜拉·萨法里先生(坦桑尼亚联合共和国)、荷赛·桑多瓦尔先生(厄瓜多尔)(训研所研究金获得者)、乔奎·塔桑先生(哥斯达黎加)、斯莫金·万贾拉先生(肯尼亚)。

562. 按照讲习会的传统,参加者受到日内瓦市的接待,并由共和国和日内瓦州官员正式接见。接见时,州的新闻主任博林格尔先生就瑞士一般的和日内瓦州的宪法和政治特点发表了讲话。

563. 在讲习会结束时,国际法委员会主席史久镛先生和联合国日内瓦办事处主任简·马腾松先生向参加者发表了讲话。在这简短的仪式上,参加者得到证书,证明其参加了第二十六届讲习会。

564. 讲习会是由会员国的自愿捐款和各国政府为其国民提供的国家研究金提供经费的。委员会特别赞赏地注意到奥地利、巴林、塞浦路斯、丹麦、芬兰、德意志联邦共和国、爱尔兰、新西兰、菲律宾、瑞典和瑞士各国政府以向联合国有关的援助方案提供自愿捐款的方式特别为来自发展中国家的参加者提供了研究金。有了这些研究金,才能够实现参加者的适当地域分配,边远国家的合格人选才得以与会,否则他们即不能参加。1990年有13个参加者得到全额研究金(包括旅费和生活津贴),1名参加者得到部分研究金(仅有生活津贴)。这样自1965年开始举办讲习会以来,在被选参加讲习会的576个分别具有142种国籍的参加者中,共有294人得到过研究金。

565. 委员会希望强调它对讲习会的重视,讲习会使年轻的法学家、尤其是那些来自发展中国家的法学家能够熟悉国际法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。委员会遗憾地注意到在1990年,并非凡是申请财政支助的人都能得到研究金,因此他们中有些人未能参加讲习会,尽管他们是被择优挑选的。因此,委员会建议大会再次吁请有条件的国家自愿提供所需的捐款,以便在1991年举行参加者尽可能广泛的讲习会。

566. 委员会满意地注意到在1990年向讲习会提供了充分的口译服务,并希望在今后的讲习会上能尽一切努力克服现有的财政困难向讲习会提供同样的服务和便利。

567. 委员会在1990年7月10日第2190次会议上决定,第二十七届国际法讲习会将称为“保罗·勒泰讲习会”,以纪念保罗·勒泰先生。

第四十二届会议文件一览表

文件	标题	备注
A/CN. 4/426/Rev. 1	临时议程	油印本, 关于已通过的议程, 见上文第 页, 第 9 段。
A/CN. 4/427 [和 Corr. 1] 和 Add. 1	关于国际水道非航行使用法的第六份报告, 特别报告员斯蒂芬·麦卡弗里先生	转载于《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。
A/CN. 4/428 [和 Corr. 1, 2 和 4] 和 Add. 1	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六次报告	同上。
A/CN. 4/429 和 Add. 1 -4	危害人类和平及安全治罪法草案: 依据大会第 43/164 和 44/32 号决议收到的会员国的意见	同上。
A/CN. 4/430 和 Add. 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八次报告	同上。
A/CN. 4/431 [和 Corr. 1]	特别报告员小木曾本雄先生关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告	同上。
A/CN. 4/432	特别报告员莱昂纳多·迪亚斯·冈萨雷斯先生关于国家和国际组织间的关系 (专题的第二部分) 的第五次报告	以综合形式转载于《1991 年……年鉴》第二卷 (第二部分), 文件 A/CN. 4/438。
A/CN. 4/433	补足临时空缺 (章程第 11 条): 秘书处的说明	转载于《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)。

文件	标题	备注
A/CN. 4/433/Add. 1	同上一秘书处的说明增编： 候选人和简历	油印本
A/CN. 4/L. 443	秘书处编写的大会第四十四 届会议期间第六委员会讨论 国际法委员会报告的专题摘 要	油印本。
A/CN. 4/L. 444	关于国家及其财产的管辖豁 免的条款草案。起草委员会 二读通过的标题和案文：第 1至10条和第12至16条	案文转载于《1990年 ……年鉴》，第一卷，第 2191次会议简要记录 (第23段起各段)。
A/CN. 4/L. 445	关于国际水道非航行使用法 的条款草案。起草委员会通 过的标题和案文：第22至 27条	同上，第2187次会议和 2188次会议简要记录
A/CN. 4/L. 446	国际法委员会第四十四届会 议工作报告草案：第一章(会 议的组织)	油印本。关于已通过的 案文，见《大会正式记 录，第四十四届会议，补 编第10号》(A/45/ 10)。最后案文，见上文 第 页。
A/CN. 4/L. 447 和 Add.1 和 2 [和 Add.2/Corr. 1] 和 Add. 3	同上：第二章(危害人类和平 及安全治罪法草案)	同上，见上文第 页。
A/CN. 4/L. 448	同上：第三章(国家及其财产 的管辖豁免)	同上，见上文第 页。

文件	标题	备注
A/CN. 4/L. 449 和 Add. 1 和 2	同上:第四章(国际水道非航 行使用法)	同上,见上文第 页。
A/CN. 4/L. 450	同上:第五章(国家责任)	同上,见上文第 页。
A/CN. 4/L. 451	同上:第六章(国家和国际组 织间的关系(专题的第二部 分))	同上,见上文第 页
A/CN. 4/L. 452	同上:第七章(关于国际法不 加禁止的行为所产生的损害 性后果的国际责任)	同上,见上文第 页。
A/CN. 4/L. 453	同上:第八章(委员会的其他 决定和结论)	同上,见上文第 页。
A/CN. 4/L. 454 [和 Corr. 1]	危害人类和平及安全治罪法 草案;委员会应大会第 44/ 39 号决议第 1 段的要求设 立的工作组的报告	同上,见上文第二章,C 节。
A/CN. 4/L. 455	关于危害人类和平及安全治 罪法草案条款草案。起草委 员会通过的标题和案文:第 16、18 和 X 条)	案文转载于《1990 年 ……年鉴》,第 2196 次 会议简要记录(第 43 段 起各段),第 2197 次和 2198 次会议简要记录 (第 1-8 和第 52-81 段)。
A/CN. 4/SR. 2149-	第 2149 至 2204 次会议临时	油印本。最后文件见
A/CN. 4/SR. 2204	简要记录	《1990 年……年鉴》,第 一卷。