



大会

Distr.
GENERAL

A/CN.4/469
9 May 1995
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第四十七届会议
1995年5月2日-7月21日

特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生
关于国家责任的第七次报告

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
前言	1	4
第一章 在一读通过的草案第一部分第19条中被 定性为“罪行”的国际不法行为的后果	2 - 137	5
A. 导言	2 - 8	5
B. 国家之国际罪行的特别后果或附带后果	9 - 69	6
1. 概述	9 - 69	6
2. 实质性后果	12 - 33	7
(一) 概述	12 - 16	7
(二) 停止不法行为	17	8
(三) 恢复原状	18 - 27	8

目 录(续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(四) 补偿	28	11
(五) 满足并保证不重复	29 - 33	11
3. 手段性后果	34 - 60	14
(一) 概述	34 - 39	14
(二) 争端的解决和事先通知	40 - 45	16
(三) 相称	46 - 54	17
(四) 禁止采取的反措施	55 - 60	20
4. 罪行的其它后果	61 - 69	23
C. 国际机构的不可或缺作用	70 - 119	26
1. 概述	70 - 77	26
2. 对违反基本国际义务行为作出“有组 织”反应的事例	78 - 84	29
3. “有组织”地确定国际罪行的存在和 (或)归属的各种可设想的办法	85 - 87	34
(一) 由国际法院、大会或安全理事会 确定?	88 - 99	35
(二) 政治和司法作用的结合	100 - 107	40
4. 国际法院在罪行存在和(或)归属问题 上的判定是各国落实国际罪行后果之 承担问题的先决条件	108 - 113	42
5. 进一步的问题	113 - 119	43
(一) 国际法院根据除未来国家责任公 约外的其他文书参与的可能性	113 - 116	43
(二) 大会、安全理事会和所有国家 各自的作用	117 - 119	45

目 录(续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
D. 结束语	120 - 138	46
1. 提议的解决办法和对第一部分第19条 的反对意见	120 - 133	46
2. 提议的解决办法和关于国际组织的主 要现有文书	134 - 135	50
3. 国际责任的国际法和联合国集体安全 制度	136 - 138	50

前 言

1. 本报告分为两章。第一章叙述在一读通过的草案第一部分第19条中被定性为“罪行”的国际不法行为的法律后果。本报告也在本文件的增编中载述了同上述后果有关的条文草案拟议案文。第二章探讨了有关反措施制度的条文草案的一些未决问题，并且在有关对罪行采取反措施后的争端的第三部分中增列了一个条文草案。¹

¹ 第二章将形成本文件一个或多个的增编的议题。

第一章

在一读通过的草案第一部分第19条中被定性为 “罪行”的国际不法行为的法律后果

A. 导言

2. 去年根据第五次报告²和第六次报告³,特别是第五次报告增编2和3以及第六次报告增编2进行辩论的情况显示:在研讨所谓国家之国际“罪行”的法律后果时,委员会除了术语、程度或强调的问题以外,还面临着两个或两组相互关联的问题。其中之一是从现行法或拟议法对该国际不法行为同一般被称为国际“违法行为”的国际不法行为作一比较,查明它们的“特别”后果或“附带”后果。这一问题可以界定为国家之国际罪行的纯属规范性的方面。另一个或另一组问题则是查明在有待决定采取的某项措施中应该由哪一个或哪几个实体决定和(或)落实上述特别后果或附带后果的承担问题。我们可以把这个方面称为体制方面。

3. 关于规范性方面,辩论情况充分显示:赞成保留第一部分第19条中所载述之区别的委员们接受该项区别的明显和不可避免的含义。这项含义是:为了使上述区别具有意义或目的,将或应将一些特别后果或附带后果从属于国际罪行而不从属于国际违法行为。

4. 就体制方面来说,辩论情况同样清楚地表明:赞成保留第19条中所作区别的委员们认为,为了落实任何特别后果或附带后果的承担问题,必须或规定必须由某个或某几个国际机构采取某种或某几种干预形式,以便减少--如果不能完全排除的话--个别国家或国家集团在不受任何形式之控制的情形下采取为落实上述后果的承担问题采取行动时可能表现出来的任意性。

5. 从1994年的辩论中出现的另两个主要论点不那么清楚有力、但并非较不确切。其中的一点是所谓纯属规范性的方面和体制方面两者之间密切的相互关系。罪行的特别后果或附带后果--即“违法行为”之后果的加剧--能够在现行法上取信于人或在拟议法上得到接受的程度基本上取决于为了适当--尤其是不任意--落实后果的承担问题而在现行法或拟议法上拟订适当文书或机制的程度。我们认为,导致后

² A/CN.4/453、其Add.1和Corr.1-3以及Add.2和Add.3。

³ A/CN.4/461和Add.1、Add.2以及Corr.1和Add.3。

果重大加剧的最低限度条件应该是能够客观地、从司法上可靠地确定有某一罪行存在并且可以把它归咎于国家的某种形式。虽然只有少数委员针对此种确定所依靠的手段的确切性质提出具体意见，去年的辩论情况显示，赞成保留第19条的委员们——不管他们对这一事项的各方面有什么保留意见——多半认为客观确定某一“罪行”的存在和原因应该是实行任何特别办法的先决条件。反对保留该项区别的委员们也这样认为。

6. 我们从赞成保留第19条的多数委员的意见中所发现的一个论点是为罪行拟议的特别办法几乎不能作为纯粹的编纂事项来加以设想。虽然由加剧的后果来加以制裁的特别严重的国际不法行为的存在已于1976年(通过第19条时)由委员会正确地把它当作国际法的一部分予以审议，显然，确切查明和拟订这种不法行为的特别后果并规定这种后果之承担问题的落实办法，将会责成委员会以比国家责任的任何其它方面更加突出的方式进行逐步发展工作。

7. 由于查明特别后果或附带后果与拟订其承担问题的落实办法之间具有密切的相互关系，人们可能会问：先解决体制问题再解决纯属规范性的问题难道不是更好吗？但是，基于两个原因，我们认为把次序倒过来比较好。首先，最好在设想其承担问题的落实方式与方法之前确定一下什么是最终必须落实其承担问题的后果。其次，虽然两个方面都会涉及逐步发展的重要问题，对于特别后果或附带后果的确定似乎涉及更多的现行法方面。首先解决后一个方面的问题，则人们至少能够从已认知的领域或较不陌生的领域开始进行探索。

8. 因此，本章B节专门查明国际罪行的特别或附带的法律后果和拟订应予列入有关国际违法行为法律后果的第二部分条文中的条款，C节载述体制方面，D节载述结论。

B. 国家之国际罪行的特别或附带后果

1. 概述

9. 第一部分第19条在两种国际不法行为之间所作区别的依据是国际罪行比国际违法行为严重。因此，这种区别当然应该在被列为罪行的国际不法行为所附带的后果(现行法)或所应附带的后果(拟议法)中得到反映。其出发点显然在于到目前为止所审议的第二部分的一些条文中。

10. 拟订第二部分的有关条文——即第6条至第10条之二和第11条至第14条所使

用的术语是为了包含几乎一切国际不法行为的后果,而不论它在第19条下所属的类别为何。这种作法同时适用于关于实质性后果的第6条至第10条之二和关于手段性后果的第11至第14条。事实上,这些条文中没有一个提到第19条中所规定的两类违法行为之中的一个或另一个。但是,所依据的基本概念是个不同的概念。作为一个方法事项接受特别报告员关于罪行的特别后果或附带后果最好在拟订草案第二部分的最后阶段研讨的建议(这是鉴于本专题的具体复杂性)以后,委员会基本上在第6至第14条中载述了违法行为的后果。可以说,它把罪行的特别后果或附带后果暂时搁置了起来。

11. 由此,虽然第6条至第14条是以概括的术语从表面证据上载述了任何国际不法行为的后果,这些条文却也从原则上详尽地载述了违法行为的后果而不是罪行的后果。更具体地说,委员会在拟订这些条文时搁置了两个问题:

- (a) 第一个问题是第6至第14条中所设想到的国际不法行为的任何后果是否、和在多大程度上扩大适用于罪行,如果答案是肯定的,任何此类后果是否应予修订,而为此采取加强受害国的立场或减损违法国立场的做法;
- (b) 另一个问题是除了第6至第14条中所设想到的以外,是否或应否对罪行附加更多的后果。

以下各段载述了这两个问题中的每一个问题,首先谈到实质性后果,接着谈到手段性后果。在这两种情况下,最好的方法是按照第6条到第10条的次序进行。

2. 实质性后果

(一) 概述

12. 一般性的实质性后果是广义的赔偿,扩大适用于停止不法行为,包括恢复原状、补偿、满足和保证不重复。考虑到提供广义赔偿的义务从原则上说是任何国际不法行为的后果而不论该行为的严重程度如何,人们几乎不能怀疑任何犯下这种罪行的国家都有这种义不容辞的义务。因此,任何这种国家必须承担一读通过的第二部分第6条和第6条之二中所载述的对于停止不法行为和(或)赔偿的一般义务。

13. 进一步考虑到在罪行的情况下，所有国家按照一读通过的第5条中的定义来说都是“受害国”⁴，任何国家均应有权向已经或正在犯下某一罪行的国家要求停止不法行为和(或)(上述广义)赔偿。

14. 因此，责任关系的主动和被动方面可以在第二部分第15条中载述，这一条是同国家的国际罪行实质性后果的特别制度有关的第一项规定。

15. 上述特别制度(连同手段性后果的特别制度)载于本文件增编1中的起首条款，即第15条。

16. 使第6条中所载停止不法行为和赔偿之一般义务扩大适用于罪行情况的规定载于本文件增编1中所载的第16条第1款。将于其后载述适用于第6条之二到第10条之二所载停止不法行为和赔偿规定罪行的条款。

(二) 停止不法行为

17. 无须改动关于停止不法行为的规定(第6条)，该条显然不分轩轻地适用于罪行和违法行为。

(三) 恢复原状

18. 如同第7条中所设想到的，恢复原状的义务应该受到(a)到(d)款中所载若干减轻情况的限制。在这些减轻情况中，我们认为，第一项(实际上做不到)和第二项(违反根据国际法的强制性规范所产生的义务)对于罪行情况来说并非比违法行为情况较不适用。但是，对于第7条(c)和(d)项中所设想到的例外来说，上面所说的就不真实了。

19. (c)项规定了当“恢复原状的负担与受害国从恢复原状、而不是补偿所得到的利益很不相称时”，受害国无权要求恢复原状的例外情况，这种例外不应适用于罪行的情况。考虑到来源于这种严重的国际不法行为的普遍关系，(从一读通过的第二部分第5条第3款的意义上说)多数受害国可能不愿意从要求违法国遵守恢复原状这一具体义务的做法取得任何个别的实质利益。因此，在违法国的情况和一个或数个受害国的情况之间建立某种比较关系是没什么意义或根本没有意义的。主要的考虑因素应该是：违法国必须在最大限度上恢复按照第19条所述概念来说其维护

⁴ 主要是该条第3款。

对国际社会具有根本利益的事态，即便因此对由于侵害国际法基本原则而破坏该事态的国家造成沉重的负担，也是这样。

20. 进一步减轻第7条(d)项中所载恢复原状义务的概念也引起类似的怀疑，虽然在程度上比较有限。我们指的是保障违法国的“政治独立与经济稳定”。

21. 维护经济稳定尽管对于人民和有关国家很重要，但当人们把它同受害国必须牺牲恢复原状的利益的情况相对照加以评量时，它的必要程度就很不一样了。在全面地适当考虑到经济主权和经济自决的情形下值得怀疑的问题是，由于保障国际社会根本利益的规则受到严重破坏而受害的国家是否由于恢复原状这一补救措施有可能破坏违法国的经济稳定就应该完全或部分放弃恢复原状呢？不能以这种可能情况为理由来减轻违法国在实际上做得到的情形下恢复被它破坏以前的原状的根本义务。但是，取消减轻义务的做法应该以保障违法国人民维持生命的需求的一项但书来加以节制。

22. 拟议取消经济稳定保障的做法虽然有它的严重性，却在违法国由于它所犯下的罪行而促进其经济繁荣的情形下显得特别适当。譬如，一国采取大规模破坏有关基本人权的义务的做法，对其人口中从种族、意识形态、宗教或社会方面来说都有所区别的组成部分实施剥削或奴役劳工政策，因而在同其他国家的贸易关系方面取得重大经济利益，便属于这种情况。另一个可能的例子是：某一个殖民国家对某一个未独立领土的资源和人民实行残忍的剥削政策来促进其经济繁荣。在这种情况下不能让违法国借口恢复原状义务的遵守会——的确会——对其经济稳定造成重大不利影响而免除该义务，即使受到非法剥削的人民或领土回复原来的状况。

23. 关于第7条(d)项中所载的减轻因素，也应该考虑到在“政治独立”的一般概念范围内区别政治独立与政治制度的可能性。当然，国家的独立——即作为不同的主权实体及其同类以及作为不同的国际法上的人的存在——和地位的维护是一回事，每一个主权国家有权在选择其政府形式和任命领导人方面享有所谓的“组织自由”又是另一回事。当然，这两个概念是相互关联的，“组织自由”的确是主要的表现形式和一个实体作为独立的主权国家存在的后果。但是，要是从讨论中的减轻因素着眼，很可能不一样。

24. 如果人们能够承认，政治独立从第一意义来说——即从独立国家的意义上说——应该得到维护——我们认为应该连同领土完整一起得到维护——即便让“犯罪国”免除恢复原状的义务，也得予以维护，对这样一个国家的“组织自由”——即政权来说，就不是这样了。特别是就侵略（独裁者或暴虐政府持续进行的不法行为）的情况来说，我们认为，完全恢复原状的义务之所以可予以减轻纯粹是由于遵守该义务会

使该应受谴责之政权继续存在这一说法是很不对的。不应该忽视的事实是：维护一个应对严重破坏基本国际义务--例如同自决、非殖民化或人权有关的义务--之政权的做法本身可能构成在性质上极其严重的国际不法行为。虽然这些不能被认为国家对国际罪行提出权利主张的实际先例，在联合国机构的实践中却有在遇到第一部分第19条第3款(b)项所载罪行的情况下要求恢复原状的一些事例。⁵

25. 无论同政权的生存有关的限制是否属于第7条(d)项所载减轻因素的范围，在第一部分第19条第3款中所载任何一种罪行的情况下，应该排除这种限制。

26. 上面的考虑因素使得我们总结认为第7条(d)项中所载的恢复原状义务不应该适用于罪行的情况，除非对这项义务的完全遵守会破坏：

- (a) 违法国作为国际社会的一个主权与独立成员的生存或--我们认为--领土完整；或
- (b) 从广义上说的人口的基本需求--即维护人民生存的具有物质环境性质的基本需要。

27. 适应罪行情况的恢复原状条款载于本文件增编1中的第16条第2款。

⁵ 指安全理事会要求犯有总的来说属于第19条第3款所指罪行的国家恢复原状的事例。恢复原状的要求可能影响“经济稳定”的事例有安全理事会关于葡萄牙殖民政策的决议，要求该国“立即承认在其管理下的领土人民实现自决和独立的权利”。更详细的要求也可参看安全理事会第180(1963)号决议第5款(a)、(b)和(e)项以及第312(1972)和第322(1972)号决议。

关于(第7条(c)项中所载述的)“过分沉重”，人们一定记得安全理事会曾要求南非采取紧急和有效的措施以停止实行种族隔离政治制度(尤其参看第181(1963)、第392(1976)、第417(1977)、第473(1980)、第554(1984)和第556(1984)号决议)。同样，在南罗得西亚的情况下，安全理事会不仅宣告伊恩·史密斯政权的独立宣言与其他立法违宪，它也很明确地表明该政权的结束是在南罗得西亚领土上重建合法性的“首要先决条件”(尤其参看第423(1978)、第445(1979)和第448(1979)号决议)。

关于对南非提出的要求的“沉重”问题，也参看我们的第五次报告(A/CN.4/453/Add.3, p.5, 第72段)。

④ 补偿

28. 对第8条中所载有关补偿的规定看来没有改变的必要。它的基础是以可进行经济估价的伤害或损害(包括对私人当事方的精神损害)的等值进行赔偿的概念,它同违法行为的情况一样,也完全适用于罪行的情况。

⑤ 满足和保证不重复

29. 需要在罪行的情况下审查的关于赔偿的另一个规则是同赔偿的特殊形式--满足--有关的第10条第3款,满足是同第10条之二中所载的保证不重复密切相关并且往往互相混淆的一项补救措施⁶。

30. 第10条第3款排除了“会伤害”违法国“尊严”的任何要求。其用意是要排除其遵守会影响违法国的生存和主权,也就是它的独立、自由或政府形式--而不仅仅是尊严--的要求。虽然它只是狭义地从满足立论,根据推论,这项限制也适用于同所谓的保证不重复密切相关的方面。从两个方面来说,似乎都需要对国际罪行和违法行为的情况加以区别。

31. 无论人们从狭义或广义的方面理解尊严一词,我们认为不适于把保障的利益扩大适用于犯下第19条第3款所载那类罪行的国家。容许这种国家保持狭义上的尊严和祈求那种由它自己以故意的违法行为加以冒犯的形象或尊严是可笑的。但是,容许已经或正在犯下某一国际罪行的国家借口主权、独立或自由等广义的概念规避满足或保证不重复的具体需求,也同样可笑。如同提出恢复原状要求的情况,可用合理方式施加于这种要求的唯一限制是为了保障下列事项所不可或缺的限制:

- (a) 违法国作为国际社会的一个主权与独立成员的生存或--我们认为--领土完整;或
- (b) 从广义上说的人口的基本需求--即维护人民生存的具有物质环境性质的基本需要。

32. 已经或正在犯下某一罪行的国家除非诸如上述的方面受到影响,即不应准许该国借口其主权或独立而规避它在犯下某一侵略行为以后可能接到的要求,这种要求不但包括裁军、非军事化、拆除战争工业、销毁武器、接受观察队、或改变

⁶ 要在满足的形式中区别只作为彻底赔偿事项而需要的形式和可以保证不重复的形式的确困难。

与基本自由、公民及政治权利和自决不能兼容的政府形式⁷，还包括在它犯下第19条第3款(b)、(c)或(d)项以后有理由要求它满足和保证不重复的形式。我们想到的要求包括废除歧视性、种族或隔离立法、进行自由选举或公民投票等人民协商、恢复基本权利和自由⁸、拆除危害环境的工厂并对被指控犯有国际不法行为的个人遵守

⁷ 无论各自决定在法律上的是非曲直如何，重要的是海湾战争以后来源于安全理事会关于伊拉克的决议的一些先例。我们记得第687(1991)号决议规定伊拉克必须承担一系列的义务，销毁和管制弹道、化学及核军备并清除可被用于军事用途的兵器、兵器部件和结构。这些义务的执行方式载于规定一些特别委员会职权范围的随后决议中(参看第699(1991)、707(1991)和715(1991)号决议)。后一决议核准了联合国秘书长和国际原子能机构总裁拟订的工作计划，它详细规定了核查委员会的权力和伊拉克的有关义务。关于这种保证不重复形式的特别严格的性质，参看B. Graefrath 和M. Mohr, “侵略行为的法律后果：伊拉克侵略和占领科威特的案例”，载于《奥地利公共法律和国际法学报》，1992, pp. 127-129; T. Mahrun, “安全理事会向伊拉克施加的裁军和军备控制义务的执行”，载于《ZaoRV》，1992, pp. 784-786; S. Sucharitkul, “沙漠风暴军事行动以后的和平进程”，载于《奥地利公共法律和国际法学报，1992》，pp. 25-28; L. R. Roberts, “联合国安全理事会第687(1991)号决议及其后：对国内当局的影响和合法性的必要”，载于《纽约大学国际法律和政策学报，1993题》，pp. 602-607和610; V以及V. Gowlland-Debbas, “安全理事会的执行行动和国家责任问题”，载于《国际和比较法季刊》，1994, pp. 83.

第687(1991)号决议中所规定的另一项特别严格的保证是安全理事会要求伊拉克尊重根据两国之间从前签定的领土划界条约和安全理事会关于保证上述边界不受侵犯的决定确定的科威特边界，为此划定一个深入伊拉克领土十英里而深入科威特领土五英里的非军事区，该区应接受观察人员的监督及其持续存在。参看第773(1992)、833(1993)和949(1994)号决议，这些决议特别提到伊拉克“必须明确承诺采取彻底和正式的宪政程序以尊重科威特的主权、领土完整和边界”。

⁸ 例如，安全理事会曾要求南非废除或修订其种族隔离法规(上面脚注 5)。

不引渡即审判原则”。上述要求既不会影响违法国的存在--和在这个意义上的“政治独立”，也不会影响其人口维持生命的需求。对于违法国不拒绝在其领土和其他地方调查真相的义务以保证充分遵守其停止不法行为/赔偿和保证不重复的义务来说，这一点特别真切。¹⁰

⁹ 除去我们在本报告既不需要、也不想要讨论的法律上的是非曲直不论，作为可以从理论上设想的措施的事例来说，我们一定记得安全理事会以第731(1992)和第748(1992)号决议对阿拉伯利比亚民众国提出的要求。基本上，被指控实行国际恐怖主义的阿拉伯利比亚民众国必须把据称应对洛克比爆炸事件负责的人提交审判，实际上是一种“强迫”引渡，这种引渡要求超过了有关国家需要根据本草案第一部分第10条提供各种满足形式的义务。无论是对是错，这种要求会使那个被要求的“国家尊严受到伤害”。我们不难想起评论员们对洛克比案件发表了许多不同的看法：见B.Graefrath，“把属于法院的事项让法院来管。利比亚案例”，载于《欧洲国际法学报》，1993，esp. pp. 184ff.；M.Weller，“洛克比案例：新世界秩序的过早结束？”载于《非洲国际法和比较法学报》，1992，pp. 302ff.；C.Tomuschat，“国际法院面前的洛克比案件”，载于《国际法学家委员会评论》，1992，pp. 38 ff.；F.Beveridge，“洛克比事件”，载于《国际法和比较法季刊》，1992，pp. 907 ff.；M.Arcari，“Le risoluzioni 731 e 748 e i posteri del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace”，载于《国际法评论》，1992，pp. 932 ff.；M.P.Andres Saenz de Santa Maria，“” De maximis non curat praetor...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbi”，载于《国际法评论》，1992，pp. 327 ff.；E.Orihuela Calatayud，“La actuacion del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de ‘incontrolable’ abuso de poder”，ibidem，pp. 395 ff.

来源于安全理事会实践的其他事例是安全理事会第808(1993)和827(1993)号决议，安全理事会为审判被指控应对前南斯拉夫领土上严重违反人道主义法律行为负责人员根据这两项决议建立了国际刑事法院。尤其，可能应负责移送这些人员的某个或几个国家的义务(这里再度抛却整个事项在法律上的是非曲直不提)将是对某一个或某几个目标国的主权--独立产生的重大影响的“附带”后果(从国家和个人的责任连接在一起的情况来看更是这样)。参看B.Graefrath和M.Mohr，“Legal Consequences of an Act of Aggression,” op.cit., p. 130.

¹⁰ 同第31段(b)相比较。

33. 有关规定载于本文件增编1中的第16条第3款。

3. 手段性后果

(一) 概述

34. 无论对罪行采取反措施的办法同第11-14条中所设想的办法比较起来必须具有哪些具体特征，它将具有两个特性。

35. 最后，在大多数不法行为的情况下保留给一个或几个国家采取的反措施也同要求遵守特别或附带的实质性后果的权利一样在罪行的情况下扩大适用于所有国家。这似乎是下列事实的必然后果：虽然只有几种不法行为涉及对普遍性义务的违反，所有罪行都包括对普遍性义务的侵犯。¹¹一读通过的草案第二部分第5条第3款中承认了这一点，即在罪行的情况下，所有国家都是受害国。因此，在委员会为了将上述办法扩大适用于所有国家而可能认为适宜采取的任何限制的范围内，犯有某一罪行的某一国家受到反措施的可能性从原则上说要比犯下违法行为的国家大得多。因此，法律对任何可能或实际“犯罪”国所施加的虚拟的或实际的压力有所增加。

¹¹ 关于“普遍性”义务和国际罪行之间的关系，见V.Starace, “La responsabilite resultant de la violation des obligations a l'egard de la communaute internationale” in Hague Recueil, 153, 1976, v, esp. pp. 289 ff.; F.Lattanzi, “Sanzioni Internazionali” in Enciclopedia del Diritto, vol. XLI (1989), pp. 554-555; A.J.J. de Hoogh, “The Relationship between Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective” in Austrian Journal of Public and International Law, 1991, pp. 183 ff.; C.Annaker, “The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law”, Austrian Journal of Public and International Law, 1994, pp. 131 ff.

36. 其次，由于先前通过的第7条(恢复原状)(c)和(d)项以及第10条(满足)第3款中规定的实质性后果更加严重，压力会增加。犯下某一罪行的国家对该后果负有法律义务的情况在保证不重复方面特别明显。如上所述，如果每一受害国有权要求违法国裁军、非军事化、拆除战争工业、销毁武器、接受观察队、制订对少数群体提供充分保护的法律并且建立不抵触基本自由、公民及政治权利和自决的政府形式，在受到拒绝的情况下为迫使违法国遵守上述要求所采取的反措施其份量将大于对不法行为采取之措施的份量。由于违法国的实质性义务加重，有关国家不遵守由罪行引起的“次级”义务其可能性会增加。这两项因素和它们的交互作用的份量使得对付罪行后果和不法行为后果的办法有所区别，从而有理由把罪行视为特别种类的违法行为。¹² 另一个极为重要的加重要素当然是罪行及犯下这种罪行的国家将受到来源于受命按照第100段起各段所提议办法对某一国际罪行的存在与归属作一基本确定的国际机构、乃至整个国际社会的严厉谴责。

37. 与有关实质性后果的规则一样，同罪行的手段性后果有关的条款应该以一个总的起首语开头，同第二部分第11条中所载有关不法行为的一般性规定互相呼应。这一起首条款应该规定一般原则，载明：某一国家之某一国际罪行的任何受害国如果所提出的要求无法从犯罪国得到充分的回应，就有权按照一些条件和随后条款中所规定的限制采取反措施，这些条款应适应罪行的情况，于必要情况下采用第11至第14条的规定。

¹² 罪行的实质性后果和手段性后果之间的密切关系(接近于取消普通满足的一些形式中已经足够精确的区别)表现在海湾战争以后以联合国决议对伊拉克施加的办法的若干特征上。在不叙述个别措施的是非曲直的情形下(他对此保留意见)，特别报告员特别提到安全理事会根据第687(1991)号决议以及第705(1991)号、第706(1991)号决议和第778(1992)号决议中的进一步规定以伊拉克的石油出口设立一项赔偿基金。虽然不能把它归类为狭义的反措施，赔偿委员会的安排，无论它在法律上的是非曲直如何，是保证以体制方式落实侵略罪行之实质后果的承担问题的办法。由于这种安排使得伊拉克的经济受到特别严格的国际控制，实质性后果和手段性后果都更加严重了。在这些方面，也参看B. Graefrath and M. Mohr, "Legal Consequences of an Act of Aggression..." op. cit., p. 121; V. Gowlland-Debbas, "Security Council Enforcement Action..." op. cit., p. 82 and P.M. Dupuy, "Après la guerre du Golfe", in *Revue generale de droit internationale public*, 1992, p. 636.

38. 考虑到第11条只是暂时通过,特别报告员希望能够复核它的案文,同时将考虑到以下两个方面的特征:

- (a) 违法国的“反应”,和
- (b) 反措施的功能。

39. 同第11条相应的罪行条款载于增编1中的第17条第1款。

(二) 争端的解决和事先通知

40. 第一个问题是确定第12条所述以合法方式诉诸反措施的条件是否适用于罪行的情况、如果可能也确定一下它在怎样的限度内适用。我们指的是警告或通知、并且更加具体地指先行采取现有的解决争端手段。

41. 从先行采取现有解决争端手段的要求说起,进行一项调整似乎是不可或缺的。如同上面第4和第5段以及下面的第85到第109段中所指出的,对已经或正在犯下某项罪行的某一国家采取反措施应该首先由一个或多个国际机构至少就某一罪行的存在及其归属提出某种形式的宣告。无论这种宣告的性质为何,它应该足以让任何受害国有权单独或集体采取反措施,而不论是否已有或使用了解决争端的手段。第11条中所载述的基本条件,即缺乏“充分的反应”,特别是违法国未能停止不法行为,应该足以让受害国有权采取对应行动。

42. 大家一定记得,第12条第2款(a)项为受害国、甚至在采取现有解决争端程序以前采取“必要的紧急、临时措施以保护受害国权利或限制国际不法行为造成的损害”留下余地。这一问题在目前不会发生,因为先行采取解决争端程序的条件不适用于罪行的情况。但是,对于上面第4和第5段和下面第85和第109段以及有关条文中所指由某一国际机构提出事先宣告的要求,作为某一罪行之任一受害国采取合法反应的先决条件来说,就会产生这一问题。看来应当这么说:虽然在提出上项宣告以前,某一罪行的每一受害国无权采取充分的反措施,但是,它们有权采取必要的紧急临时措施,以保护它们的权利和该罪行所造成的损害。我们指的是旨在为了进行解救和(或)援助而立即接近受害者或者防止种族灭绝行为持续下去的措施,关于人道主义护送、反污染行动、通过的便利等的措施。

43. 对应条款载于本文件增编1中的第17条第2款。

44. 但是,在被指控的违法国将该事项提交将在第三部分中设想到的有约束力的第三方仲裁程序的情况下,采取反措施的选择显然应该完全予以禁绝。¹³ 同1992年为解决就有关违法行为采取反措施后的争端而提议的第三部分条款作一类比,主

管的第三方应有权力指明具有约束力的临时措施。采取反措施的选择在违法国未能遵守第三方的临时措施指示时或未能遵守诚意实行仲裁程序的义务时，应予恢复。

45. 对于第12条关于及时通知的要求来说，看来它不是应该在罪行的情况下适用，除非它或许同可能对违法国的人口具有不利影响的特别严重的措施有关。已经或者正在犯下其严重程度达到第19条中所指罪行之水平的违法行为——假定它涉及一项具有故意意图的措施——的某一国家，不应有权提出可能减少反措施效能的警告。但是，考虑到如同上面第36段和提议的下面各段所指出的，个别国家或国家集团在对某一罪行作出特别形式的反应以前应该先在一个或几个国际机构中进行公开辩论，有可能发生的情况是，违法国可能没有注意到受害国采取反措施的可能性。

(二) 相称

46. 虽然我们为第13条的1993年案文承担至少一半的责任，在罪行的手段性后果的情况下针对上述案文的适当性重新审议该条以后，我们感到非常怀疑。我们所指的是，规定相称必须“按照国际不法行为的严重程度及其对受害国的影响”来加以衡量的条款。起初令我们感到怀疑的是如何把这一标准适用于对犯罪国的反措施，现在我们几乎在同等的程度上怀疑上述条款如何适用于违法行为方面。因此，我们建议委员会基于下列考虑因素多多思考这一问题。

47. 国际不法行为的严重程度应该由若干因素决定，这些因素包括被破坏的规则的主观重要性和主观的范围、侵犯行为的活动范围、主观的因素、包括涉及违法国组织结构的程度和过错的程度（其范围从轻微过失或最小疏失到疏失、严重疏失和故意的意图），乃至于是违法行为对受害国和被违反的规则所提供的“保护标的”的影响。¹⁴

48. 当然，我们注意到，我们卓越的同事到目前为止拒绝了我们的建议，即：即使对于违法行为来说，也应该在决定严重程度和后果的时候对主观因素给予比第

¹³ 如同第五次报告(A/CN.4/453和Add.1)中所指出的，本特别报告员所提议的第三部分条款草案故意避开在罪行的情况下采取反措施后的争端解决问题。提议的条款将载于本报告第二章。但请参看下面第109段。

¹⁴ 为说明对“保护标的”（“受保护的标的”）的影响，可以参考个人作为违反人权义务的结果受到损失、伤害或损害的情况。另一个例子是违反有关保护环境的义务导致人类环境的共同部分受到损害的情况。

10条第2款(c)项中所载述的更加明确的考虑。¹⁵

¹⁵ 认为在确定违法行为的不具有严格补偿性的后果(满足、保证不重复)时应该考虑到过错因素或犯下违法行为的国家的故意性的著作有: Ago, "La colpa nell' illecito internazionale" in Scritti giuridici in onore di Santi Romano, vol. III ed., Padua, 1940, p. 302; Oppenheim, International Law, vol. VII, ed., London 1955, vol. I, p. 354; Luzzatto, "Responsabilita e colpa in diritto internazionale" in Rivista di diritto internazionale, 1968, p. 63; Brownlie, System of the Law of Nations, I: State Responsibility, Oxford, 1983, p. 46; and Simma, "Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law" in Osterreichische Zeitschrift fur offentliches Recht, 1970, p. 12. On the relationship between the "psychological element" and the crime of State, Rigaux, "Le crime d' Etat. Reglexions sur l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilite des Etats" in Etudes en l'honneur de R. Ago, vol. III, Milano, 1987, pp. 320-323; and Dupuy (P.-M.), "Faute de l'Etat et fait internationalement illicite" in Droits, 1987, pp. 62-63.

我们的立场载于第二次报告(《国际法委员会年鉴》, 1989, Vol. II, Part One, doc. A/CN.4/425 and Add.1, paragraphs 162-188) and in draft article 10 as proposed therein (ibid. paragraph 191). 根据该条, 一种或多种满足形式的选择应该“所违反之义务的重要性和故意意图或疏失的存在或程度”。这个问题也在以下著作中得到处理: "State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Questions of Attribution and Relevance" in Melange Michel Virally, Paris, 1991, pp. 25-41. 国家的过错问题在以下著作中得到彻底处理: G. Palmisano, "Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsibita internazione" in Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto internazione e straniero dell'Universita di Milano (1992), pp. 625-755. 对“故意”在国际责任中的关联性的有趣评述可参看: Salmon, "L'intention en matiere de responsabilite internationale" in Melanges Michel Virally, op. cit., pp. 413 ff. 美国政府对危害人类和平及安全治罪法草案第19条(种族灭绝)提出的意见中强调了“意图”和“心理状况”对于能否把违法行为称为罪行的决定重要性, 载于特别报告员杜杜·锡阿姆先生的第十三次报告 (A/CN.4/466, Para.61).

49. 无论是否对违法行为采取那种态度，我们都假定，对于罪行主观因素的关联性会有--我们认为应该有--一种很不一样的意见。故意的意图(作为最严重过错的犯意)是某一罪行的基本的必要条件特征，这几乎是毫无问题的。这是在我们的报告中曾经偶尔提到的论点。¹⁶ 那么，我们怎么能够不比1992年在上述的第10条中所做的更加明确地考虑这项因素呢？在处理相称问题的时候，我们能够忽视这项因素吗？对于被违反的规则的主观重要性和主观的范围，又该如何对待呢？不管怎么说，难道可以明确地提到“影响”--和对于该(或该等)受害国的影响--而既不提到规则的重要性、过失或犯意、也不提到对“保护标的”(人类、人民、环境)的影响吗？难道我们确实认为，明确提到据以评量严重程度的具体因素(例如不法行为对于主体--与客体相反--的影响)而对其他因素保持沉默，强调某种因素却又湮灭其他因素，不致发送一种会影响对于严重程度之适当评价的误导信息吗？

50. 这个问题由于违法行为和罪行之间的区别而变得复杂。在大多数违法行为的情况下，用“违反行为对受害国的影响”这种提法可能比较适当(尽管有已经指出的强调一项因素而湮灭其他因素的情况)。在违法行为方面，受害国可能是一个单一国家，但是，并不总是这种情况。在普遍违法行为的情况下，影响的严重程度可能因受害国而有很大的不同。假定这不是一项重大的困难，对于普遍性的侵犯人权行为又该怎么办呢？这种行为对于每一国家会有什么影响呢？从物质损害来说，这种影响可能是微小的。从(必须对照规则和受到侵害的人权与自由的重要性来加以衡量的)伤害来说，该影响在原则上对有关的每一国家具有极其重大的意义；但如何对待各国对伤害具有不同观念的情况呢？对于人权方面的法律制度很发达而其舆论对其他国家的违反行为很敏感的某一国家来说，这种影响将是很重大的。对处于不同情况的某一国家来说，这种影响可能微小或不存在。由于罪行总是影响到所有的国家，在诸如第13条案文所载示的主观基础上对严重程度的衡量可能引起困

¹⁶ 第二次报告，同上，第164-190段；关于主观因素在国际罪行中具决定作用的关联性--特别是故意的意图--另见上一脚注中所引述的著作：Palmisano, “*Colpa dell'organo e colpa dello Stato*” ...op. cit., at pp. 719 ff. esp. 736-749, and “*Etats et la distinction entre “crimes” et delits internationaux,*” *Revue generale de droit internationale public*, 1994, no.3, pp. 629-673, esp. 645-647, 661-664 and 666-668.

难。第一、认定的严重程度可能很不一样,这将取决于损害程度的差异或每一受害国在观念上的不同。第二、可能的确会有超过任何一个受害国所遭受或觉察到的损害程度的、对“保护标的”的损害。

51. 我们又遇到了可以从理论上予以设想的最大限度和最低限度的解决办法。彻底的解决办法是企图尽可能完全地列举具有重要性的多重有关因素。这种办法将需要大大修订第13条,成功的机会很小。另一个解决办法是在第13条中让有关违法行为的案文保持原样,而试图为有关罪行的部分拟订不同的案文。但是,考虑到“对于受害国的影响”条款对违法行为的情况来说也不合适,而在这方面对违法行为和罪行采取极其不同的处理方式可能在解释上产生误解,较好的解决办法是干脆在违法行为和罪行的情况下都舍弃该条款。对两者来说,其规则应为在第13条中把“对受害国的影响”等语删除的的修订案文。

52. 对于违法行为和罪行的情况来说,相称的标准总的来说将仍然只是不法行为的严重程度。第13条不采取提到关于严重程度的一些因素而忽略另一些因素的做法,它将指明“不法行为”作为包含一切的概念所反映的所有因素。将在评注中说明委员会所做的选择:这是从逻辑上说,使我们认为比较正确和比较能够适应关于严重性的目前各项因素中的多重性和多样性。

53. 对某一个或某几个国家--所谓“直接地”或“比较直接地”受到损害的国家--的影响的严重程度概念显然将被作为一个类别列入违法行为之严重程度的通盘概念中,它的范围包括暂时列入上面第47段中的一切因素。

54. 有关条款见本文件增编1中所载列的第17条第3款。

(四) 禁止采取的反措施

55. 关于禁止采取的反措施,看来(起草委员会1993年通过的)第14条案文无须针对罪行的情况进行重大的修改。

56. 人们几乎不能怀疑,第14条第1款(a)和(b)项中所载述的禁止扩大适用于针对罪行所采取的反措施。我们指的是,禁止采取包含以武力相威胁或使用武力的反措施和禁止各种形式的极端经济或政治强制。

57. 上段中所考虑的禁止当然不适用于安全理事会根据联合国宪章第七章所决定采取的强制措施或根据第51条实行的自卫。¹⁷ 这两个例外都在本文件增编1所载第20条草案中有所载述。

¹⁷ 第14条第1款(a)和(b)项中关于根据宪章第七章采取措施的例外事项得到安全理事会之实践的明白确认。这种例外同时适用于使用武力和使用严厉经济措施的情况。

(一) 关于使用武力,除了第678(1990)号决议授权对伊拉克使用武力的主要事例以外,人们一定还记得安全理事会提供类似授权以便强迫违法国遵守实质性义务的一些决议。例如第686(1991)、第678(1990)、第687(1991)和第773(1992)号决议。都同海湾战争以后的局势有关的这些决议重申安全理事会决定“以一切必要手段”保证伊拉克遵守其赔偿义务、伊拉克-科威特边境不受侵犯和维护在边境地区建立的非军事化地区。

另一些决议也授权使用武力,以确保安全理事会根据宪章第40条(临时措施)和第41条(经济制裁)采取的措施的效能。第221(1996)号决议是个著名的先例,它请联合王国政府“于必要时使用武力”防止南罗得西亚的供油船到达莫桑比克的贝拉港。关于执行对南斯拉夫(塞尔维亚和黑山)共和国采取的经济措施的第787(1992)和第820(1993)号决议也具有同样的目的。

安全理事会也为了执行具有人道主义性质的保护措施发布过另一些授权。为了这种目的通过的有第770(1992)、第781(1992)和第813(1993)号决议。对于安全理事会实践的评述可参看: H.Freudenschuss, “Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by UN Security Council” in European Journal of International Law, 1994, pp. 494 ff.

(二) 每当安全理事会根据第41条采取的措施的强度、范围和期间达到“...经济强制的极端措施”的水平时,人们似乎就设想在同这个措施有关的方面采取背离第14条第2款(b)项的做法。

58. 同样适用于罪行情况的做法似乎是第14条所附载三项中的禁止措施。我们指的是旨在保障“外交或领事人员、馆舍、档案和文件不受侵犯”((c)项)、“基本人权”((d)项)和来源于“国际法强制性规范”的义务((e)项)的禁止事项。

59. 虽然它们本来的用意是要适用于只对付违法行为的反措施,鉴于“保护标的”的高度重要性,上述措施也必须扩大适用于对付罪行的反措施。当然,这样一来,受害国能够针对“犯罪”国采取的措施的种类将大大减少。但是,在同违法行为互相区别的罪行的情况下,来源于上述三项禁止措施的限制因素将由于有权采取不在禁止之列的反措施的国家--每一受害国--数目增加而互相抗衡。这种情况并非不重要,因为发挥作用的因素有好几个,何况主管国际机关在发现罪行时又能够产生“大喊大叫”的蓦然责怪作用。宪章第41条为能够采取的不用涉及武力的一系列措施提供了最好的说明,虽然其背景不同于国际责任的情况,但是,通过比照适用,却能够为每一受害国在决定如何反应方面提供有用的指导。根据该项规定,非强制性措施可以包括“经济关系、铁路、海运、航空、邮、电、无线电及其它交通工具之局部或全部停止,以及外交关系之断绝”。采取这些措施的国家可以多到包括国际社会的所有成员,这些措施(当然也包括仅只报复的措施)再加上道义上的谴责,将产生比违法行为¹⁸的某一个或几个受害国所采取的任何类似措施远为有效的反应和阻遏作用。

¹⁸ 但是,委员会应该也思考一下可能影响违法国主权--独立(不包括领土完整)、自由或国内管辖权的那些反措施问题。虽然第14条中没有提到这些要素,它们的含义可能蕴涵于禁止使用军事力量和极端形式的政治或经济压力或保障强制性规则(强制法)的禁止事项中。假定--如同我们所假定的那样--这是对于违法行为的正确解决办法,我们能够说这也是对付罪行的正确解决办法吗?例如,难道不会有一个或多个普遍性义务被违背的国家根据第11条(只要它们不违反有关武力或极端政治或经济措施)以合法方式侵犯已经或正在犯下某一罪行的国家的主权--独立或国内管辖权的局势或情况吗?这种例子可以是指定保护区,而不在犯罪国的领土上与私人当事方或政府官员面对面地进行实况调查和控制以及其它形式的入侵行动,或在公海上逮捕或扣押犯罪国的商船等等。这种除了由安全理事会根据宪章第七章下的措施和为了自卫以外,禁止侵略行为的每一受害国采取侵犯侵略国独立或国内管辖的反措施的做法,难道不是对侵略国表现出过度的宽容吗?

60. 总的说来，已获得通过的第14条不用修改就可以适用于罪行的情况。

4. 罪行的其它后果

61. 罪行后果的特别办法应该通过增加另外两套规定来加以完成。一套规定应该载明：已经或正在犯下某一罪行的国家不应有权反对在其境内为核查遵守停止不法行为和赔偿义务情况而进行的实况调查行动和监督任务。第二套规定应该载述每一受害国的一些特别义务，同时应考虑到前任特别报告员里普哈根教授在其14条草案中提出的建议的范围。这种义务的目的是确保各国在谴责罪行、批评违法国行为并对它作出反应方面保持一致、团结和合作。

62. 上一段中提到的受害国的义务应该是为了确保：

(a) 违法国不致寻求支持以维护或合法化经由罪行的持续所造成的对它有利的状况；

(b) 其它国家以合法方式设法恢复被侵犯的权力的行动不应受到阻碍。

为此目的，可以采用里普哈根建议，但仍应进行一些重要的增添和调整。

63. 根据里普哈根的第14条草案，各国应承担如下义务：

(a) 不承认由罪行所造成的状况具有合法地位；

(b) 不资助或协助犯下上述罪行的国家维护由这种罪行所造成的状况；

(c) 会同其它国家提供相互协助以履行(a)和(b)项下的义务。

¹⁸(续)

当我们说“国内管辖权”的时候，我们所想到的(至少在目前的情况下)并不是违法国将不用尽其国际义务的方面，而是该国国内取决于该国之公法和私法以及该国立法、行政、司法等机关之专属权限的个人之间关系方面。为了目前的宗旨，我们不谈这是不是国内管辖的唯一正确概念的问题和我们在这方面的看法(“Le domaine reserve, l'organisation internationale et le rapport entre droit inter-nationale et droit interne”, Cours general, Hague Recueil, p.225 (1990-VI))。

64. 加强(a)项是有用和适当的,为此应增列一项条款载明:法律不能产生自不法行为(*ex delicto ius non oritur*)应该同时适用于已经或将要来源于国际不法行为所造成之状况的国家和国际法律效力。应该同时明确地提到国内法和国际法。¹⁹

65. (b)项以使用语气更强的辞令为宜。²⁰

¹⁹ 有关的基本义务已经表现在安全理事会的实践中。安全理事会在面临着可能属于国际罪行类别的状况时要求各国不要承认源自该状况的一切法律效力(并且视之为无效)。参看第216(1965)号决议,安全理事会在这项决议中谴责南罗得西亚政权片面宣布独立,并且要求各国“不要承认该非法种族主义政权”;安全理事会在第662(1990)号决议中要求各国不要承认伊拉克并吞科威特宣言的法律效力;在第554(1994)号决议中,安全理事会宣布南非政府的新宪法和所进行的选举无效因而不具任何法律效力。此外,安全理事会本身以明确的用语宣告违法国采取的造成不合法状况的一切行动都是无效的。此外,参看关于南罗得西亚的第217(1965)号决议,以及分别关于伊拉克关闭驻科威特外交代表团的命令和伊拉克关于其外债的宣言的第664(1990)号决议和第687(1990)号决议。关于这些论点,参看 V. Gowlland-Dennas, “Security Council Enforcement Action...,” *op. cit.*, pp. 74-76.

²⁰ 就此而言,安全理事会的实践中也有同样的事例。除了上一个脚注中所引述的各项决议以外,也参看第218(1965)号决议的明确用语,其中安全理事会请所有国家“立即停止给予葡萄牙政府使它能够继续压迫在其管理下各领土之人民的任何协助”。

66. (c)项本身是令人满意的——虽然还可以从文字上加以润饰——因为它表明了各国有责任互相帮助遵守(a)和(b)项所规定的义务。²¹也许应该进一步规定：每一受害国应在可能范围内就各自的反应进行协调。

67. 宣示进行合作的积极义务之外还应该提到不得以任何方式妨碍选择行使其权利的国家对某一罪行作出反应的更确切、而且也许更重大的责任。如果出现任何国家不仅不对严重侵犯国际社会基本合法利益的行为作出反应，而且以作为或不作为的方式阻遏其它国家采取的措施或减损这些措施的效能的情况，则这一条款将更加明确地把它的行为视为非法。²²

²¹ 关于这些义务，可以参看安全理事会第402(1972)号决议，其中理事会在赞扬“不承认”南非所给予的“所谓特兰斯凯独立”的决定以后，呼吁所有国家“立即向莱索托提供资金、技术和物质援助使它能够执行经济发展方案并加强其贯彻执行联合国关于种族隔离与班图斯坦的决议”(参看后来的第535(1983)号决议)。安全理事会的实践似乎确认这种援助主要采取对特别受到违法国政治与经济孤立之不利影响的国家提供“经济”援助与支持的方式进行。这方面的各种有关情况包括安全理事会根据联合国宪章第50条(参看第386(1976)号决议)和第669(1990)号决议提供的援助。关于互相援助的义务，应该也有可能解决违法国以外的国家由于采取激烈的反措施(或其它形式的政治压力)因而使其权利受到影响的问题。

²² 为了说明这个论点，我们以类比的方式回顾安全理事会关于谴责藉着同违法国维持经济或外交关系从而促使对违法国所做反应的效能受到减损的各国态度的一些决议。参看第277(1970)号决议第6段，安全理事会在其中“谴责南非和葡萄牙政府违反联合国有关决议继续同南罗得西亚非法政权维持政治、经济、军事和其它关系的政策”；也参看第253(1958)、314(1972)、320(1972)、333(1973)、437(1978)号决议，这些决议都同南罗得西亚有关。

68. 应该增列的另一些有用条款是：

- (一) 关于对被控“涉及”国际法上不法行为的个人实行不引渡即审判原则的条款；
- (二) 关于与可能参与对某一罪行作出反应的国际机构进行合作的条款；
- (三) 关于每一受害国应致力通过和执行因该罪行造成紧急事态而需采取之合法措施的条款。

69. 上面第61段中提到的关于包含两套条款的第18条草案载于本文件增编1。

C. 国际机构的不可或缺作用

1. 概述

70. 除了从客观上说更加严重以外，罪行的实质性后果和手段性后果，如同已经指出的那样，显示了一读通过的草案第二部分第5条第3款中所反映的差异。我们指的是以下事实中所包含的差异：在大多数 -- 虽然不是全部 -- 违法行为只涉及一个或一些受害国，任何罪行都可能（虽然不总是）在不同的程度上涉及作为受害国的所有国家。

71. 所有国家作为受害国牵涉在内的事实从另一个方面说并不意味着：罪行后果之承担问题的落实从结构上说有别于行动者是国家的情况。在两种情况下，行动者都是国家。这一点对于两类国际不法行为都一样的国际不法行为后果来说是显而易见的，对于已经在上一节审议过的那些完全附属于罪行的特别后果或附带后果来说，也是这样。在国家间几乎全然缺乏有机结构的情况下，即使来源于 -- 用第19条第2款的措辞说 -- “所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关重要以致整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行时”，该国际不法行为之后果的承担问题的落实根据一般国际法在原则上似乎仍然操在国家的手里。

72. 这种在国家间系统中缺乏权威性执法机构的明显的必然结果当然是不足为奇的。即便在各国把为维护和平采取直接强制措施的影响深远的职权付托给国际机构的领域里,它也是通过实际发生有效执行措施的国家采取行动的。“有组织的国际社会”这一概念的确是言过其实。²³

73. 考虑到罪行的严重性和罪行的特别后果或附带后果的严重程度,可能由于受害国地位的普遍化而引起非常重大的困难。在决定有否罪行存在、罪行的归属和落实其后果之承担问题时所涉及的任意性、不一致和冲突的风险将是很高的。同通常涉及两个或一些国家的违法行为责任的执行不一样,罪行责任的执行涉及每一受害国,任意性和冲突的风险成几何级数地增加。²⁴

²³ 我们对于有关国际组织目前理论的严重困惑具体发表在“国际法概念和国际组织理论”,Appendix to“联大的规范作用”,Hague Recueil,1972,III,pp. 629-731, esp. 663 ff.; “Le domaine reserve, l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne”, op. cit. pp. 151-161,402-427 and 435 ff;and Reflections on the Problem of Organisation in Integrated and Non-Integrated Societies” in Rivista di Diritto Internazionale, 1961, pp. 585-603.

²⁴ 1984年弗洛伦斯专题讨论会上一些发言者所确定的问题(International Crimes of States, by Weiler, Cassese, Spinedi(eds.), Berlin, New York, 1988. 参看Stein, at pp. 198 ff.

74. 因此，如果委员会不力图减少执行中可能产生不同意见的范围，就是不明智的。1994年的辩论表明，所有委员，包括主张放弃体现在第19条中之区别的委员，完全清楚这一问题的重要性。

75. 第五次报告讨论了在执行涉及国家的国际罪行的规则时，可能会出现的一些体制问题；²⁵ 在去年的辩论中，或多或少明确--尽管还是相当含糊--指出体制问题的不仅仅是赞成体现在第19条中之区别的委员。现在似乎应当更仔细地看一看各种可能的办法。²⁶

76. 从1994年的辩论本身看以及根据对各国和国际机构在面对类似于第19条第3款四个分款所指出的违反行为时所做反应的分析，已产生了一些应予探索的理论问题(它们或多或少具有新意)。

77. 可以设想的诸项办法似乎有：

(一) 通过诉诸现有的国际机构或将设立的国际机构，使落实罪行后果之承担问题的全过程或过程的较多部分高度体制化，从判定罪行的存在和罪行的归属开始，继而确定违反行为的实际实质性和手段性后果。在同一办法的框架内，可向体制化的方向再进一步，委托同一机构或另一国际机构实际适用任何或全部特别或附带后果；

²⁵ 第五次报告(A/CN.4/453/Add.3)，第89-117段。

²⁶ 对于可能属于国际罪行的、违反普遍义务的行为，可采取哪些形式的“体制化”反应呢？这一问题在文献中有着深刻的辩论：see, *inter alios*, J.A. Frowein, “Collective Enforcement of International Obligations” in *ZaoRV*, 1987, esp. pp. 73-77; K. Hailbronner, “Sanctions and Third Parties and the Concept of International Public Order” in *Archiv des Volkerrecht*, 1992, pp. 2 ff.; B. Simma “Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations *erga omnes*?” in *The Future of International Law Enforcement. New Scenarios - New Law?* Delbruck(ed.), Berlin, 1992, pp. 125 ff.; P. Picone, “Nazioni Unite e Obblighi ‘erga omnes’ in *La Comunita Internazionale*, 1993, pp. 709 ff.; C. Annaker, “The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law”, *op. cit.*, esp. pp. 156 ff.

(二) 通过诉诸现有国际机构的、程度上多少有所降低的体制化。任何形式，凡低于最高度的体制化的，均可包括在这一办法中，而最起码的解决办法是委托一个或更多的现有国际机构进行确定，该确定将触发落实罪行后果之承担问题的过程，即确定是否已经或正在犯下罪行，违反行为是否可归咎一个或多个特定的国家。

2. 对违反基本国际义务行为作出“有组织”反应的事例

78. 在联合国大会和安全理事会的实践中，可找到对严重违反国际义务行为作出体制性反应的重要事例，而这些违反行为类似于会在第19条中被谴责为罪行的行为。但我们认为有必要说明，在以下段落和脚注中指出任何此种事例时，应将联合国在每一特定事例中的是非曲直问题和从国家责任角度看案例的准确法律限制都放在一边。

79. 如果从大会在可能属第19条第3(a)款的案件中所做的反应开始，可回顾大会的许多决议，在六十年代和七十年代期间，大会通过这些决议强烈谴责一些殖民国家或种族主义国家--如葡萄牙、南非或南罗德西亚少数人政权--在非洲大陆上对其属地人民或邻国奉行的侵略政策。”还可提到--在这里也不就每一形势的是非曲直采取立场--若干决议，大会通过这些决议谴责以色列对黎巴嫩领土的武装攻击，或明确将以色列在1967年以后在它所占有的领土上施行的政策定性为“侵略”

²⁷ 参见第3113(XXVII)号决议序言部分，其中大会谴责“葡萄牙军队对非洲独立国家一再所犯的侵略行为，这些行为破坏这些国家的主权和领土完整”，认为这些行为会“严重地扰乱国际和平与安全”（同样的意思还可见第2707(XXV)号和第2795(XXVI)号决议）。类似的调查结果反映在有关南罗德西亚政权对博茨瓦纳、莫桑比克和赞比亚领土发动武装攻击的第31/154 A和第32/116号决议中。关于南非，大会在很长的一系列决议中谴责南非政府从非独立的纳米比亚领土上对安哥拉、博茨瓦纳、莱索托和赞比亚进行的、大会称之为侵略的行为：尤其参见第31/146、第32/9 D、第33/182 A、第33/206、第38/36 A、第38/17、第39/50 A、第40/25、第40/97 A、第41/39 A和第42/14 A号决议。

政策。²⁸ 大会强烈谴责侵略行为的其他重要事例包括以色列对伊拉克“Osirag”核工厂的武装攻击，²⁹ 美国轰炸的黎波里和班加西，³⁰ 苏联入侵阿富汗。³¹ 更近的事例是，大会强烈谴责对波斯尼亚-黑塞哥维那领土完整和主权的不断侵犯，要求立即停止此种“侵略和敌对行为”。³²

²⁸ 第37/17号决议的用语尤其明确，其中大会“强烈谴责对贝鲁特巴勒斯坦人及其他平民的屠杀以及以色列对黎巴嫩的侵略，这危害到该区域的稳定、和平与安全”，第37/123 A号决议的用语亦如此，其中大会宣布“依照《联合国宪章》第三十九条和大会第3314 (XXIX)号决议的规定，以色列1981年12月14日所作的将其法律、管辖和行政强加于被占领的叙利亚戈兰高地的决定是一种侵略行为”，并认为“以色列吞并被占领的巴勒斯坦领土和其他领土的所有政策和作法或旨在进行这种吞并的所有政策和作法都是违反国际法和联合国的各有关决议”。关于黎巴嫩问题，亦见第35/207、第ES-7/5、第37/43和第40/25号决议。关于进一步谴责所指称的以色列在被占领领土上的非法和侵略政策，尤其参见第38/180 A、第39/146 B、第40/168 B、第41/162 B、第42/209 C、第43/54 B、第44/40 B和第45/83 B号决议。

²⁹ 第36/27号决议，其中大会“强烈谴责以色列此次蓄谋已久和史无前例的侵略行动违反了《联合国宪章》和国际行为准则，构成威胁国际和平与安全的新的危险升级”。

³⁰ 参见第41/48号决议。

³¹ 参见第ES-6/2号决议(1980)。

³² 例如参见第47/121号决议。

80. 在若干可能属第19条第3款(b)项的形势下,即涉及违反自决原则,维持殖民占领和统治的形势下,大会也作出了反应。一般情况下,大会在若干决议中称此种政策具有“罪行”性质,称其有可能威胁国际和平与安全。³³大会毫不犹豫地明确谴责它认为应对此种作法负责的个别国家。只要回顾一下葡萄牙在其行政管辖下的非洲领土上的“殖民统治”、³⁴南非在纳米比亚的“非法”存在、³⁵南罗德西亚少数人政权的统治、³⁶以色列在巴勒斯坦被占领领土上的政策,³⁷就足以说明问题。这里,同样不论每一案例中的是非曲直。

³³ 比较有关执行《给予殖民地国家和人民独立宣言》的一系列决议,尤其是第2189(XXI)、第2326(XXII)、2465(XXIII)、2548(XXIV)、2621(XXV)、第2708(XXV)、第2878(XXVI)、第2908(XXVII)、第3163(XXVIII)、第3328(XXIX)、第3481(XXX)、第31/143、第32/42、第33/44、第34/93/第35/118和第35/119号决议。

³⁴ 参见第2270(XXII)号决议第4段,其中大会“坚决谴责葡萄牙政府对其所统治领土之和平人民进行殖民战争,此乃构成危害人类之罪行,并严重威胁国际和平与安全”。同样主旨的决议有:第2107(XX)、第2395(XXIII)、第2707(XXV)、第2795(XXVI)和第3113(XVIII)号决议。

³⁵ 尤其参见第2074(XX)、第2145(XXI)、第2325(XXII)、第2403(XXIII)、第2517(XXIV)、第2678(XXV)、第2871(XXVI)、第3031(XXVII)、第3111(XXVIII)、第3295(XXIX)号决议,以及上文脚注27所引的决议。

³⁶ 尤其参见第2022(XX)、第2151(XXI)、第2383(XXIII)、第2508(XXIV)、第2652(XXV)、第2946(XXVII)、第3115(XXVIII)、第3116(XXVIII)、第3297(XXIX)、第3298(XXIX)、第3396(XXX)号决议。

³⁷ 例如参见第3414(XXX)、第31/61、第32/20、第33/29、第34/70、第ES-7/2、第35/35 A、第35/169 A、第36/266 A、第38/86 E、第37/123 F、第38/17、第38/180 D、第39/146 A、第40/25、第40/168 A、第41/101、第41/162 A、第42/95、第42/209 B、第43/54 A、第44/40 A、第45/83 A、第46/82号决议。

81. 关于第19条第3款(c)项所规定的那一类罪行,即“大规模地严重违背对保护人类具有根本重要性的国际义务”,一个著名的事例是大会对南非种族主义政权的一再谴责以及大会呼吁安全理事会根据《宪章》第七章采取措施。³⁸最近,大会还对种族灭绝这一概念下的大规模违反人权行为作出了反应:在伊拉克领土上对库尔德人和什叶派的镇压,在波斯尼亚-黑塞哥维那的“民族清洗”和其他有计划的暴力和虐待行为。³⁹

82. 当然,在联合国安全理事会的实践中还可找到在面对可能属国际罪行一类的形势时作出“体制化”反应的事例。关于侵略,我们可回顾两个前例即朝鲜战争和海湾战争。在这两种情况下,安全理事会反应极为强烈,在确定已发生违反国际和平的行为之后,建议或授权会员国使用武装力量。⁴⁰在没有此种极强的反应时,安理会在若干其他情况下表达了对侵略事件的强烈谴责,其中一些情况已在谈及大会时提及。⁴¹较近的情形是,安全理事会认为塞尔维亚军队针对波斯尼亚-黑

³⁸ 尤其参见第2202(XXI)、第2307(XXII)、第2369(XXIII)、第2506(XXIV) B、第2671(XXV) F、第2775(XXVI) F、第2923(XXVII) E、第3151(XXVIII) G、第3324(XXIV) E、第31/6 I、第32/105 K、第33/24、第38/11、第41/35 A号决议。

³⁹ 分别参见1991年12月17日的第46/136号决议、1992年12月18日的第47/147号决议和1993年12月20日的第48/88号决议。

⁴⁰ 关于朝鲜战争,尤其参见第82(1950)、第83(1950)、第84(1950)号决议;关于海湾战争,尤其参见第660(1990)号和第678(1990)号决议。

⁴¹ 具体说,安全理事会在许多决议中谴责种族主义或殖民主义政权在非洲大陆上针对独立邻国的领土完整而进行的侵略。关于葡萄牙对赞比亚、几内亚和塞内加尔进行的武装攻击,参见第268(1969)、第275(1969)、第289(1970)、第290(1970)、第273(1969)、第294(1971)、第302(1971)和第321(1972)号决议;关于南罗德西亚少数人种族政权对赞比亚、博茨瓦纳和莫桑比克进行的类似行动,见第326(1973)、第328(1973)、第424(1978)、第455(1979)、第403(1977)、第411(1977)号决议;关于南非从非独立的纳米比亚领土上对赞比亚、博茨瓦纳、安哥拉和莱索托一再发动的侵略,见第300(1971)、第466(1980)、第403(1977)、第406(1977)、第387(1976)、第428(1978)、第447(1979)、第454(1979)、第475(1980)、第545(1983)、第546(1984)、第567(1985)、第571(1985)、第574(1985)、第577(1985)、第602(1987)、第527(1982)和第580(1985)号决议。关于进一步的事例,不妨提到第487(1981)号决议,其中安理会对以色列攻击伊拉克的核装置表示遗憾,以及第573(1985)和第611(1988)号决议,其中安理会谴责以色列破坏突尼斯领土完整的侵略行为。

塞哥维那领土不断采取的行为可能严重威胁国际和平与安全，在此基础上，因南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府援助非正规的塞族军队而对其实施了一系列的强制措施。⁴²

83. 安理会与大会并无不同，它也强烈谴责违反自决原则的殖民和镇压行为。在某些情况下，它还根据《宪章》第七章采取一些措施。人们不妨回顾一下葡萄牙在海外领土上的政策、南非对纳米比亚的非法占领以及南罗德西亚的少数人政权。⁴³

84. 安理会对大规模违反人权的行为也作出类似反应。在此方面值得注意的是谴责南非政府种族隔离政策的决议、⁴⁴ 与对伊拉克库尔德人进行种族灭绝和在

⁴² 参见第752(1992)、第757(1992)、第787(1992)、第819(1992)和第829(1992)号决议。

⁴³ 关于葡萄牙问题，参见第180(1963)、第183(1963)、第218(1965)、第312(1972)和第322(1972)号决议；关于纳米比亚问题，参见第264(1969)、第269(1969)、第276(1970)、第283(1970)、第301(1971)、第310(1972)、第366(1974)、第385(1976)、第349(1978)、第539(1983)和第566(1985)号决议；关于南罗德西亚，参见第216(1965)、第216(1965)、第221(1966)、第232(1966)、第253(1968)、第277(1970)、第388(1976)和第409(1977)号决议。

⁴⁴ 在此方面态度明确的有关的决议有第473(1980)号决议，其中安理会宣布“种族隔离政策是违背人类良知、破坏人类尊严的罪行，有违人的权利和尊严，违反《联合国宪章》和《世界人权宣言》，并且严重扰乱国际和平与安全”；尤见第181(1963)、第182(1963)、第190(1964)、第191(1964)、第417(1977)、第418(1977)、第554(1984)、第556(1984)、第596(1984)和第591(1986)号决议。

前南斯拉夫领土上进行“民族清洗”有关的决议。⁴⁵

3. “有组织”地确定国际罪行的存在和(或)
归属的各种可设想的办法

85. 现在回到我们的问题上并回到上文第77条考虑的可能的解决办法上。第77(一)段指出的第一个解决办法似不可行。尽管“有组织的国际社会”对罪行作出反应的此种程度的体制化在理论上可能是可取的，并且有时在有限的具体领域中也可能实现，但它要求国家间制度有重大发展，而这在可以预见的未来不太可能发生。

86. 另一方面，我们认为，第77(二)段指出的另一种办法值得认真考虑。尽管这也将涉及相对而言较高程度的逐步发展，但它对我们来说似乎争议要小得多。在这些可比较的方向上，在去年的辩论中的确出现明示或暗示的迹象。

87. 该次辩论有力地表明，在适用委员会(根据现行法或根据拟议法)可能通过的任何规则时，在罪行的特别后果或附带后果问题上，将要面对的最关键问题尤其是确定任何不法行为的存在和确定该不法行为归属一个或更多国家的问题。当然，对于任何国际不法行为来说，无论其严重程度如何，都会出现这一问题；无论何时，当违反行为涉及不只一个国家时，即使它只是构成违法行为而已，也会变得特别严重起来。但是，特别严重的、使所有国家成为受害国的罪行就必然要求一个国际机构以某种形式集体确定落实罪行后果之承担问题的先决条件，即违反行为的存在及其归属。从理论上说，是可以根据现有国际机构的具体职能设想若干解决办法的。

⁴⁵ 关于库尔德人的案例，见第668(1991)号决议；关于在前南斯拉夫严重违反人权的行爲，除以上脚注39提到的决议外，参见第770(1992)、第771(1992)号决议。关于安全理事会在有关严重违反人权的案例中采取的行动，see *inter alios*, G. Gaja, “Genocidio dei Kurdi e dominio riservato” in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1991, pp. 95 ff.; P. Malanczuk, “The Kurdish Crisis and Allied Intervention in the Aftermath of the Second Gulf War” in *European Journal of International Law*, 1991, pp. 114 ff.; P. Alston, “The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath” in *Yearbook of International Law*, 1992, pp. 107 ff.; and B.G. Ramcharan, “The Security Council: Maturing of International Protection of Human Rights” in *The Review*, 1992, pp. 24 ff.

(一) 由国际法院、大会或安全理事会确定?

88. 首先,最适当的选择应依此种确定的基本司法性质而定。因此,人们显然将得出这样的结论,尽管同违法行为情况下一样,仍然由各国落实后果的承担问题,但是在违法行为的存在和该行为的归属问题上,应当由当今最具权威和最有代表性的司法机构即国际法院作出确定。在原则上拥有权力和技术手段以确定国际不法行为的存在、归属和落实不法行为后果的承担问题方面,国际法院是唯一现有的常设机构。⁴⁶

89. 这种解决办法显然意味着(在关于国家责任的未来公约中)接受国际法院的强制管辖权,它将遇到至少两个严重的障碍。首先,在象国际法院这样严格的司法机构旁边,人们找不到任何执行起诉人任务的机构。对于针对指称的犯罪国的指控,法院本身不能--且这样说--“过滤”或“甄别”对指称的犯罪国提出的指控。第二,一旦国际法院被赋予不可缺少的强制管辖权,即使为了有关的基本确定这一有限目的,也很难将此种一般性的管辖联系限制在人们希望不经常发生的、被定义为罪行的国际不法行为的领域内。任何国家都可指控另一国家已经或正在犯下某一罪行,仅仅为了确定违法行为是否存在,使该国在国际法院出庭。

90. 另一个可在理论上设想的办法是,未来的公约委托联合国大会或安全理事会进行有关的确定。

⁴⁶ 参见我们在第五次报告中的考虑因素(A/CN.4/453/Add.3),第106段。

91. 由于若干原因，大会看起来特别合适。特别同安全理事会相比，人们普遍认为大会更加“民主”。此外，该组织具有准普遍性，这使大会不仅是所谓“有组织的国际社会”，而且是国际社会本身的最有“代表性”的发言人。因此，大会看起来比任何现有的国际机构都更有资格体现--且这么说--“整个国际社会”（根据第19条的定义，“整个国际社会”是将某些类别的国际不法行为定为国际罪行的基础），并如第19条所指出的那样，将抽象地来自该“社会”的、对国际罪行的一般定义变成具体的特定宣告。⁴⁷

⁴⁷ 在“整个国际社会”一语与全体“国际社会”一语相一致的范围内，上述第19条的提法将适用于习惯国际法的任何规则。但必须指出，如果象1976年的委员会那样来理解“整个国际社会”一语，情况既可能相同，也可能不相同。应当指出，一读通过时在草案第一部分第19条第2款出现的“整个国际社会”一语，早先曾出现在《维也纳条约法公约》第53和第64条中。（see, *inter alios*, R.阿戈, *Droit des traites a la lumiere de la Convention de Vienne - Introduction*, Hague Recueil, 1971, v. III, P.323, and J. Combacau and S. Sur, *Droit International Public*, 1993, pp. 158-159). (在阿戈的第五次报告后)，国际法委员会在第19条评注的第(61)段中解释了这一提法：“它当然并不要求(国际)社会的所有成员的一致承认，否则会使每一国家都有否决权，这是不可设想的。这里的意图是，确保不仅特定的国家集团(尽管它可能构成大多数)，而且国际社会所有的主要组成部分都将一定的国际不法行为视为‘国际罪行’”（《1976年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第119页）。

当然，“国际社会的主要组成部分”一语应被理解为系指大会似乎分成的三个主要集团。尽管在大会内还可从许多角度确定各个集团，但这一具体的分类现在看起来似乎是一个时代错误。委员会在回到第19条的行文时，将再次审议这一事项。而在目前，我们没有其他选择，只是简单地提“国际社会”。

“整个国际社会”是判定严重违反行为为国家的国际罪行的来源，它起什么作用呢？G. Palmisano作了有关考虑（“Les causes d'aggravation de la responsabilite...” op.cit, pp. 638-639），其中他引述了其他作者并逐字援引了阿戈第五次报告的有关段落。

92. 大会的另一特点使它尤其适于所考虑的目的，即它的就事而言的职权范围很广泛，不仅包括——尽管权力非常不同——安全理事会的主要责任领域（并且要集中得多），即维持国际和平与安全，而且包括规则指导下的国际合作领域，而对这些规则的最严重的侵犯正相应于第19条第3款所考虑的、除侵略以外的三类国际罪行。我们所指的这些领域是经济、社会和文化合作，所指的规则是与自决、人权、保护环境有关的规则，更不必说逐步发展和编纂国际法了。因此，大会显然有能力根据拟议法以及根据现行法处理有可能发生第19条所定性的那些严重违反行为的这四个领域。

93. 另一方面，大会无权在国家责任领域中作出确定。此外，除了在具体领域如为《宪章》第五、第六、第十七条第二项的目的和在程序事项上之外，大会无权作出具有约束力的决定。尽管程序问题肯定可包括设立特设附属机构，以调查可能构成一项国际罪行的事实，但单单大会的建议没有足够的份量，不足以构成基础，在法律上权威地确定罪行的存在及其归属。因此，尽管大会相对而言更有“代表性”，但它似乎不是唯一负责有关确定的适当机构。

94. 现在谈一谈安全理事会。《宪章》赋予安理会的一项职能是确定侵略行为的存在，但不是确定国家责任。可考虑以此为基础，由各国落实第19条第3款(a)项所定义之罪行后果的承担问题。在第19条第3款(b)、(c)项所包括的各类罪行方面，还可以设想让安理会起作用，同时牢记根据第三十九条，安理会有权确定是否有对和平的违反和威胁，尤其是对和平的威胁。某些形势涉及第19条第3款(b)、(c)、(d)项下的罪行以及这些条文明文写出或未明文写出的主要规则下的罪行。而在与这些形势类似的形势下，安理会的实践事例确实显示有过威胁和平现象的调查结果，尽管从原则上说这完全是为了《宪章》第七章的目的。⁴⁸

⁴⁸ 例如参见有关伊拉克政府对库尔德人采取种族灭绝行动的第688(1991)号决议；有关在前南斯拉夫发生大规模侵犯人权行为的第757(1992)和第787(1992)号决议。

95. 当然,在不妨碍安全理事会维持和平与安全权力的情况下,安理会看起来并不比大会更能作为唯一负责的机构,进行基本的法律确定,以作为各国落实罪行后果之承担问题的先决条件。这一确定恰切地涉及国际责任法律的适用,而不是维持和平与安全。⁴⁹

96. 尽管国家间关系中的这两个关键领域有着互动关系,但是要求这一机构成为对有关问题进行基本确定的唯一机构至少同要求大会单独地履行这一职能一样具有争议。鉴于安理会的决定具有约束力,它似乎更能进行这一确定,但由于其成员有限,其就事而言的职权具有专门性,因此它不如大会合适。

⁴⁹ 我们在1992年强调了这一区别,当时对我们的前任在草案第二部分第4条中的行文提出了质疑,因为在该条中,国家责任似乎不适当地从属于《宪章》有关维持国际和平与安全的规定和程序。参见A/CN.4/SR.2277,英文第3至5页和《大会正式记录,第四十七届会议,补编第10号》(A/47/10),第261-266段。

与这一问题密切相关的是安全理事会在第七章下的权力与其在第六章下的权力之间的区别,在第六章下的权力仅仅限于提出建议。在此方面,除引述的简要记录(A/CN.4/SR.2277)外,参见第2267届会议的简要记录,英文第21页。Adde B. Graefrath, "Leave to the Court...", *op.cit.*, pp.190 ff. 参见下文第136-138段。

关于安全理事会的确定与国家责任法律之间关系的某些复杂问题,考虑过这一问题的尤其有: G.Gaja, "Reflexions sur le role du Conseil de Securite dans le nouvel ordre mondial" in Revue generale de droit international public, 1993, pp.298 ff.; D. Bowett, "The Impac of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures" in European Journal of International Law, 1994, pp.89 ff.; V.Gowlland-Debbas, "Security Council Enforcement Action...", *op.cit.*, esp. pp.61-73.

如同瑞士政府就《危害人类和平及安全治罪法》这一议题框架内所产生的著名问题所指出的那样“在要求国内法院查明个人的罪责并确定惩罚的严厉性时,说安全理事会这样一个政治机构--如果有的话--的决定应当作为国内法院的基础,似乎不符合良好的司法概念”(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》草案这一专题的第十三次报告,(A/CN.4/466),第41段)。

97. 即使这些考虑可能分别适用于大会和理事会，但对于二者来说，主要困难在于它们的组成和作用所具有的政治性质：

- (一) 这两个机构在运作中都具有高度的裁量权。在所有看来要求它们行使职能的形势下，它们不一定采取行动，行动时也没有系统性。它们的运作具有选择性，有时具有非常大的选择性；
- (二) 在可能看起来很相似的形势下，这两个机构都没有受到要用统一标准的约束。因此，同样类型和同样严重的形势可能得到不同的处理，也可能根本得不到处理；
- (三) 从它们所作确定的根本性质看，它们似乎没有任何义务从国际法的角度(以决定、作为或不作为的形式)进行选择；
- (四) 它们所作的选择具有裁量性质并可能具有武断性，而下述事实使其更加严重，即在法律动机的情况下，对于实际选择既没有在同时也没有在后来核实其合法性，也不可能在这些选择之间进行比较。⁵⁰

⁵⁰ 许多学者都分析过对联合国政治机构特别是对安全理事会缺乏控制的问题：see, for instance, T.Franck, "The 'Powers of Appreciation': Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?" in American Journal of International Law, 1992, p. 519; E.Sciso, "puo la Corte Internazionale di Giustizia rilevare l'invalidita di una decisione del Consiglio di Sicurezza?" in Rivista di Diritto Internazionale, 1992, pp. 932 ff; G.Gaja, "Reflexions sur le role du Conseil de Securite dans le nouvel ordre mondial" in Revue generale de droit international public, 1993, pp.314-317; D.Bowett, "The Impact of Security Council Decisions..." , op. cit., pp.97 ff.; V.Gowlland -Debbas, "The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case" in American Journal of International Law, 1994, pp. 643 ff.; M. Bedjaoui, Nouvel ordre mondial et controle de la legalite des actes du Conseil de securite, Bruxelles, 1994, passim; L. Condorelli, "La Corte internazionale di giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite" in Rivista di Diritto Internazionale, 1994, pp. 897 ff. See also the litterature on the Lockerbie case cited in footnote 9 above.

98. 根据上述特点,显然大会或安全理事会的卷入均不能满足最基本的要求,在法律上确定国际不法行为的存在及其归属,更不必说确定国家的国际罪行了。尽管人们必须向国家间制度这种独一无二的结构作出让步,但如国家社会的法律史所表明的那样,查清责任的前提应当是:

(一) 在程序和实质上,实行法治;

(二) 对待违反法律的问题,要有连续性、系统性和公正性(或无选择性)。⁵¹

99. 我们在第五次报告中还简要分析过最近的实践是否表明理事会的职权恰恰在对某些类型的特别严重的国际不法行为作出“有组织的反应”方面经历了演变。但是,只有能够令人信服地表明这是“在司法上具有决定性”的实践,才能认为它在国家责任领域中赋予安理会一种对于罪行的职权。我们认为,在所有的情况下这种结论都是非常具有争议的,故难以根据现行法得出这一结论;⁵² 此类解决办法似乎也不宜视为国际组织法律的逐步发展。⁵³

(二) 政治作用和司法作用的结合

100. 因此,以上各段分析的国际法院、大会和安全理事会的特点似乎表明,这些机构没有一个本身就能单独地适当行使微妙的职能,确定国家的国际罪行的存在和归属,以之作为先决条件,来落实国家责任草案有关条款所设想的后果之承担问题。因此,人们必须制定一个不同的解决办法,而该办法似乎由联合国这三个主要机构的各自特点所决定。

101. 一方面,大会和安理会完全是政治机构,不能委托它们进行诸如确定国际罪行的存在和归属这样具有明显司法性质的工作。另一方面,国际法院尽管被赋予必要的司法权力,但却未被赋予同样必不可少s的具体职权;如已经解释的那样,不宜授予它对于罪行的无条件、直接的职权,因为这将不可避免地发展成一种也针对违法行为的一般化强制司法。唯一的解决办法似乎在于将政治内容与司法内容结合起来,既避免单一政治确定的缺点也避免单一司法确定的缺点。我们考虑由大会或安理会从政治上评估(各)指控国的指控,以确定该指控是否严重需由国际社会予以严重关注的程度;这种政治宣告将为国际法院的可能的卷入铺平道路。

⁵¹ 第五次报告(A/CN.4/453/Add.3),第103段。

⁵² 同上,第104-105段。

⁵³ 同上,第3节,第149段及以后各段;第135-137段。

102. 政治机构的作用应包括以特定多数通过决议。关于大会,我们考虑应为出席和投票会员国的三分之二多数。关于安全理事会,原则上可设想两种可能性。第一种理论上的可能性是要求简单三分之二的多数,没有进一步的限制。这种解决办法将对常任理事国一致的原则提出质疑,只能在修改《宪章》的框架中考虑。第二种可能性是根据《宪章》第二十七条规定的原则,规定“争端当事国不得投票”。这种备选办法看来是公平和现实的办法。

103. 可从不同的司法诉求方式来设想国际法院宣告的性质。一种可能性是使该法院以咨询资格参与。联合国任何会员国,凡为国家责任公约缔约国并对已经或正在犯下的罪行提出指控的,都有权将该事项提交大会或安全理事会。其中一个政治机构将就该事项进行辩论,如果发现(各)指控国的指控严重到需由国际社会卷入的程度,就决定将该问题提交国际法院,征求其咨询意见。法院的否定宣告将使该事项到此为止(当然不妨碍有关违法行为的存在、归属或后果的问题)。得到请求机构接受的、法院的肯定宣告将允许国家责任公约的任何缔约国落实草案第二部分规定的有关罪行法律后果之承担问题的条款。

104. 另一种可能的办法是使该司法机构凭其诉讼职能参与。大会或安理会在有国家提出罪行的指控后进行辩论,但在结束时不征求国际法院的咨询意见,而通过一项认为该指控值得国际社会认真考虑的决议。其中一个政治机构--在已经解释的意义上--以特定多数通过的此种决议将依靠国家责任公约的力量,使联合国任何参与的会员国(包括被指控的“犯罪”国)能够将该项提交国际法院,由它决定罪行的存在和归属。换言之,大会或安全理事会的决议借助国家责任公约在联合国参与的会员国之间建立起“管辖联系”,这对国际法院具有强制管辖权来说是必要的。

105. 若干因素似乎有利于第二种备选办法。

106. 首先,所控罪行的严重性和可能后果的严重性均表明,在有关的基本确定问题上,不宜依靠一项咨询意见。

107. 尽管人们可能认为法院的宣告无论被称为咨询意见还是裁决,基本上有着同等权威,然而还是存在着明显的区别。“事实对于所有咨询意见如同在所有诉

⁴⁴ See P. Benvenuti, L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte Internazionale di Giustizia, Milano, 1985, passim.

讼案件中那样也是重要的,但程度却不一样。⁶⁶ 另一重要区别在于下述事实:法院在诉讼案件中的宣告,就其对整个争端的是非曲直作出裁定,从而因对有关的一个或诸个问题作出明确的说明,可以某种方式予以执行而言,通常将一个或多个问题解决掉;但法院在咨询情况中的宣告通常是为了向接受咨询者提供指导,供其最终对问题采取行动。⁶⁷ 另一个区别在于咨询程序按例不涉及诉讼当事国之间全面的诉讼程序。

4. 国际法院在罪行存在和(或)归属问题上的判定 是各国落实国际罪行后果之 承担问题的先决条件

108. 根据这些考虑,我们倾向于认为,在法律上确定国际罪行的存在及其归属应当是法院诉讼程序的结果,而这种诉讼程序是由所有受害国中的任一受害国在政治机构作出决议之后发起,并将使指控国和被指控国都有可能在充分和直接的对抗制诉讼程序的框架内进行彻底的对证。

109. 在各国落实一项国际罪行的任何法律后果之承担问题方面,为什么要使法院的裁决成为先决条件呢?进一步的原因--我们认为是决定性的原因--是反措施之后的解决争端程序的特点,而关于罪行情况的第三部分可能会设想这一程序。鉴于罪行极为严重,我们计划为第三部分的有关条款不仅建议调解或仲裁(如同我们在违

⁶⁶ 常设国际法院曾认为,咨询程序并不阻止它审议事实问题。但它同时指出:“在普通情况下,要求法院对之提出咨询意见的事实当然不应当是有争议的,不应当让法院本身来查明事实是什么”(Eastern Carelia case, PCIJ, Series B, No. 5, pp.28 ff.) 国际法院在西撒哈拉案中确认过这一立场,《国际法院判例汇编》,1975年,英文第28页及以后各页。有些人指出在国际法院的咨询职能外,原则上事实问题仍然存在,如 F.Vallat, “The Competence of the United Nations”, Hague Recueil, 1959, II, p.216 and G. Morlì, “Controversia internazionale, questione, processo”, in Rivista di Diritto Internazionale, 1977, p.13.

⁶⁷ 如法院在“和平条约解释问题的咨询意见”中指出的那样“法院的意见不是给各国的,而是给有权征求意见的机构的‘...’以在其应采取的行动方面有所启示”(《国际法院判例汇编》,1950年,英文第71页)。

法行为问题上所作的那样)办法,而且建议在落实一项罪行的法律后果之承担问题产生任何争端时(例如与罪行有关的反措施之后的争端),法院将具有直接的强制管辖权。进一步考虑到我们目前的提议设想由国际法院对罪行的存在和(或)归属作出初步宣告,以作为以合法方式落实任何后果之承担问题的先决条件,该宣告就不能仅仅包括一项咨询意见。由于在反措施之后的阶段将要求法院以裁决方式作出宣告,因此如果法院在该阶段发现自己处于这样一种境地:它不得不要么消极地确认自己早先的意见,要么推翻在裁决中的咨询意见,这毋宁是奇怪的做法。

110. 有关的规定出现在第19条第2款中,同本文件增编1所载的一样。

111. 说完这些之后,还应当记住,未来公约因此对大会或安全理事会决议以及对法院裁决所产生的效力不应当妨碍安全理事会在《宪章》下的职能,也不应当妨碍会员国由此而产生的义务。《宪章》第五十一条的适用也不应当受到影响。

112. 上一段所设想的问题已在本文件增编1所列第20条草案中载述。

5. 进一步的问题

(一) 国际法院根据除未来国家责任公约外的其他文书参与的可能性

113. 大会或安全理事会一旦通过上文第102段所指意义上的决议,国际法院就将(在各参加国当中)具有确定罪行存在和归属的强制管辖权。我们认为,这一管辖权所依据的规定并不排除这样一种可能性:即可以其他方式建立国际法院为同一目的的强制管辖权。例如,事实上这种管辖权可来自自由参加的会员国将特定不法行为定性为罪行的一项多边文书。例如《灭绝种族罪公约》(1948)、《消除种族歧视公约》(1966)、《种族隔离罪行公约》(1973)、《消除对妇女歧视公约》(1979)、《禁止酷刑公约》(1984)。《灭绝种族罪公约》(第九条)、《消除种族歧视公约》第22条、《消除对妇女歧视公约》第29条和《禁止酷刑公约》第30条均考虑了法院的强制管辖权(即有单方面适用这种可能性的管辖权)问题。《种族隔离罪行公约》第12条则不太明确。此外,尽管看起来不那么讲得通,法院的职权还可从关于解决争端的双边文书中推出,而这种双边文书在设想国际法院的强制管辖权时所用的用语使得任一方都能向国际法院称另一方已经或正在犯下一项国家罪行。如果采用这样的“管辖联系”,就将出现三个有着相互关系的问题:

- (一) 为国家责任公约的目的，一国或多国利用诸如上述多边公约中的一项公约所产生的管辖联系，对声称的不法行为国绳之以法。这为什么是合法的呢？
- (二) 为国家责任公约的目的，申请的一国或多国是否必须遵守(成功地)事先诉诸联合国大会或安理会的要求呢？
- (三) 在国家责任公约框架以外采取这样的司法主动行动以后，参加该公约的所有“第三方”国家将持什么立场呢？

114. 我们认为，应当这样回答第一个问题：如果国家责任公约如所提议的那样规定，国际法院查明有国际罪行一事即可满足所有受害国为落实该项罪行的后果之承担问题所要求的条件，则在此意义上，应认为国际法院关于查明有国际罪行的判决满足了该项条件，而无论法院管辖权的法律基础如何。根据国家责任公约，国际法院决定一项国际罪行存在和(或)归属问题的权力将以联合国政治决议这一先决条件为前提。但这一事实不应当以任何方式限制下述可能性：即除了国家责任公约外，根据国际法院规约第36条，国际法院将在任何管辖权的基础上有效地行使职能。作为一项符合逻辑的结果，应当在这样的意义上回答问题(二)，如果是根据源于国家责任公约以外的一项文书的管辖权联系向法院起诉，则无需在大会或安全理事会通过初步政治阶段。如上文第89段所解释的那样，要求由大会或安理会通过决议的目的，是为了避免国家责任公约关于法院在国家罪行问题上的作用的规定使得法院的强制管辖权延伸到国际罪行的存在和(或)归属以外的问题上(例如违法行为的存在和(或)归属与后果问题)。显然，一旦在国家责任公约以外的一项文书的基础上法院被赋予强制管辖权，这一要求就将变得多余。

115. 现在来看上文113段中的问题(三)，我们认为，似宜将国际法院查明有国际罪行一事视为满足了由所有第三者落实罪行的特别后果之承担问题的条件，而无论国际法院处理存在和(或)归属问题的权力来自何处。因此，所有参加国家责任公约的成员国有权利利用国际法院的判决，而这一判决的基础是与国家责任公约无关的司法联系，例如来自《灭绝种族罪》、《禁止酷刑》、或《消除种族歧视》等公约。但是，向所有第三者的扩大当然将仅适用于国际法院判决中有关国际罪行存在和(或)归属问题的那一部分。它不会扩大到该判决中任何其他部分，因其他部分仅仅涉及根据与国家责任公约无关的管辖联系向国际法院提出诉讼的一国或数国。法院判决的任何部分，凡涉及可能仅为违法行为的存在和(或)归属或后果的或涉及罪行后果本身的，将不会扩大到诉讼当事方以外。换言之，根据规约第59条，国际法院判决中除涉及国际罪行存在和(或)归属的那一部分以外的任何部分，仅仅对提

出原始申请的一国或数国以及据控有不法行为的一国或数国有效。

116. 在任何国际法院的诉讼中，凡由一个或数个国家根据管辖联系提起而这种管辖联系又来自国家责任公约以外的文书的，当然会产生“第三”国立场的问題。如已经解释的那样，根据该公约，联合国的任何参加成员国在政治机构通过决议之后，都有权向法院提出诉讼，并参加诉讼。关于“第三国”与提交国际法院的案的关系，如果提交的基础是管辖联系，而这种联系又来源于国家责任公约以外，则这些国家原则上无权参加法院的诉讼。因此，草案中的某些特别规则应诉及这一情况。最适当的解决办法是规定：

- (一) 在所考虑的假设中，任何“第三”国，凡未根据与国家责任公约无关的管辖联系向国际法院提出诉讼但又是参加国家责任公约的联合国成员国的，均有权以单方面适用的手段，充分参加法院有关罪行存在或归属的诉讼程序，根据国际法院规约第62和第63条，这些国家将作为当事国而不是作为介入诉讼当事国参加。
- (二) 一旦国际法院作出裁决，肯定罪行的存在和归属，即可认为即使没有大会或安全理事会的事前政治宣告，参加国家责任公约的联合国任何成员国依事实本身落实罪行的特别后果之承担问题的条件业已达到。

(二) 大会、安全理事会和所有国家各自的作用

117. 如所提议的那样，根据第19条第1款指控国可向大会或安全理事会或同时向二者提出控告。这一事实似乎不会引起什么困难。我们认为，这两个机构之间有着并存权限。指控国的主动行动要获得成功，一个或另一个机构得出肯定的结论即已足够。但考虑到政治机构的决议只是(在一国或数国申请之后)为国际法院作出宣告打开道路，因此大会和安理会之间的任何不同将由法院关于存在和归属的决定性判决(无论是肯定的还是否定的)来解决。

118. 在所谓“有组织的国际社会”的目前发展阶段，为了文明地处理对国家的国际罪行作出反应的问题，我们认为所能提出的最好(或最不会令人感到不满的)办法是将政治机构(大会或安全理事会)的决议、国际法院的判决和全体受害国对罪行的法律后果之承担问题的落实结合起来。政治机构的职能是尽可能近地初步调查声称受害国所提指控的可信程度，做不到此点就将问题提交法官是不适当的。换言

之，这一职能最接近——尽管还是很远——起诉职能。⁵⁷而就罪行存在和归属的基本条件而言，国际法院在充分的诉讼程序之后所作的宣告是尽可能接近对案件的适当和公平审判。随后，最终落实那些与罪行的法律后果之承担问题有关的条款的仍然是受害国——全体受害国，这是国家间体系制度化程度长期低下的不可避免的后果。但是，国际法委员会不应以这一障碍为由，不去富于想象力地继续进行它在1976年通过第一部分第19条时即已走上的行动道路。

119. 当然，有希望会有许多国家卷入对一项罪行的反应，但这可能是分歧、争议甚至争端的源头。尽管在违法行为(只要不法行为中包括对普遍义务的违反)情况下也可能出现这样的困难，但在罪行情况下，这些困难可能最加严重和更多。我们目前能想到的补救办法是要么依靠大会、安全理事会或在有关领域中行使职权的其他国际机构所提供的进行协调的可能性，要么依靠在所有受害国中或其中的任何集团中可能作出的特别安排。本文件增编1所载的第18条草案(c)至(g)项尝试性地包括了这一困难问题。

D. 结束语

1. 提议的解决办法和对第一部分第19条的反对意见

120. 迄今为止人们对在国家责任的草案中包括国家的国际罪行的概念提出了反对意见，现在我们应当参照这些意见考虑一下提议的解决办法。

121. 这些反对意见的基础是若干相互联系而又部分重叠的论点。有一套论点是，国家就其性质而言就不易有刑事责任，也不易受刑事制裁，刑事责任和制裁仅适用于个人。这一套论点的基础是社会不会犯错误这一信条。⁵⁸密切相关的论点是：国家间制度天生就没有起诉机构，在一国对任何一国的罪行问题上也没有具有强制管辖权的刑事法院。

⁵⁷ 按照Alfred Zimmern在《国际联盟和法治，1918-1935》(伦敦，1936年)中的说法，政治机构的职能——肯定即不是司法的也不是结论性的——是根据第19条草案发出“大声疾呼”。决议——它甚至不是该机构的建议——只是确定一国涉嫌一项声称的罪行(如旧国联在侵略情况下做的那样)，而让所有国家继续就这一事项进行工作：在落实任何后果之承担问题以前，合法的后续行动是将指控提交国际法院，由其就罪行的存在作出决定。

⁵⁸ 第五次报告(A/CN.4/453/Add.3)，第142段及以后各段。

122. 先谈第一套论点,在第五次报告中,我们曾讨论过社会不会犯错误这一信条在适用于国际关系的参加者和国际法的主体国家时所具有的份量。⁸⁹首先,关于法人不仅--在对细节作必要的修改后--负民事责任和制裁的说法并不很正确。第二,无论如何,国家与国内法律上法人很不相同。作为国际人,它们看起来更象事实上的集体机构而不象法人;它们喜欢称自己为“powers(国家)”:这一词语对于私人法人团体和国家(包括联邦国家的成员国)的公共分支机构的法律和实践来说都是陌生的。⁹⁰第三即最重要的一点是,国家的行为方式经常违反法律和道德义务,而这些义务对于其他国家的和平、生存和福祉极其重要,人们普遍认为对于这些义务的违反在物质上和道德上的严重性远远超过私人个人、团体或公司所犯的最严重的过失。

123. 关于仅应设想个人对于特别严重的国际违反行为负责的论点,尽管各国政府最近对《危害人类和平与安全治罪法》的重要内容提出重大保留意见,但我们意识到这样一项文书如果获得通过在阻止违反基本的国际义务方面可起的作用。草案明确规定对个人的起诉“并不免除一个国家.....的任何责任”(第5条),从而将国家责任问题留了下来。⁹¹此外,《治罪法》考虑的个人罪行中最严重的罪行是可归咎于身居国家最高位者或接近于最高位者的罪行。⁹²因此可以说,在最重大的案件中,《治罪法》下的刑事诉讼将在相当程度上涉及被告个人在其中活动的国家机构。除非国家机构令人信服地设法表明自己与被告方无关,否则个人罪行将很容易地显得与其他机构的应受谴责的行为密切联系,致使个人的罪行被认为是同样或同类的国家罪行。有两个因素可能经常出现,使得此种结果不可避免。一个因素是,受到违犯的规则在两种情况下基本是一样的,如一种或数种不法行为的情形,即行为或不行为构成罪行的“客观”或“外部”因素。另一个因素涉及所谓“内部”或“心理”因素,即故意的企图(欺诈)。⁹³即使假设《治罪法》将很快成为司法现实

⁸⁹ 同上

⁹⁰ 同上,第145段。

⁹¹ 《治罪法》第5条的第(2)段评注明确提到对国际责任草案第一部分第19条的评注,后一评注指出,除对国家代表、个人进行惩罚,“还得对国家所应负的.....国家责任 行起诉.....”

⁹² 参见《治罪法》草案第二部分总评注第(4)段。

⁹³ 行为/不行为和故意意图的结合不会在某一时刻同个人与国家的不法行为,以及按假设同个人与国家的罪行有关吗?这的确很难想象。只有在极个别的情况下,个人的罪行所涉的仅仅是国家方面的违法行为。

(无论是否有国际刑事法院)(尽管为了批准和实施它还应克服许多障碍),国际一级个人刑事责任的概念也没有大大减少第19条以及适当实施该条所必须的第二部分和第三部分条文的存在理由。

124. 无论个人的国际不法行为和《危害人类和平与安全治罪法》如何,必须承认,一段时间以来,对第19条第3款所指的那些类别的义务的违反遭到了国际社会和各个国际讲坛的广泛谴责。上文第78至84段列举了受到此种谴责的不法行为,指出,有关的所有不法行为一般被视为:(一)违反国际法的普遍规则,也可能违反绝对法;(二)对所有国家有害;(三)有理由普遍要求停止/赔偿;(四)各国或国际机构最终有理由以这种或那种形式作出普遍反应。因此,国际法院看来很应有所行动,以使此种反应处于国家责任公约草案范围内的更具体的法律控制限度内。^{83之二}

125. 1976年一读通过的第19条是向这一方向迈出的第一步。第二步是一读通过第5条,它使所有国家有权要求停止/赔偿并最终诉诸反措施。

126. 本文件增编1所载的第15至20条规定了一些规则,特别报告员认为,为了具体说明所说的总的反应的条件、方式和限度,这些规则是不可或缺的。这些条款的目的是从法律上将这一反应控制国家责任法的框架之内,因为该事项理应属这一框架。⁸⁴

127. 现在谈一谈第二套反对意见,即对“体制”问题的意见。当然,不可否认的是,国家间系统或者就此而言很少加以定义或定义很糟的(人的、民族的、人民的或各国的)“国际社会”没有被赋予--短期内也不会被赋予--如起诉和刑事管辖法院这样的机构(更不必说有有效的执行机构)。但是,如果以此为据而反对单单挑出某些国际不法行为,反对要求对其加以更严厉的法律谴责,就会失之于简单化。国家间系统的确仍然非常松散。但是这一论点是否适用于国际关系和国际法的所有领域呢?⁸⁵

^{83之二} 我们再次请读者注意Spinedi关于这一主题的佳作。特别是上文脚注24所引的弗洛伦斯专题讨论会卷宗上的全面介绍性研究以及她的“研究罪行和违法行为之间区别的专稿”,载La Comunita internazionale, Quaderni No.2, 1984。

⁸⁴ 下文第136-138段。

⁸⁵ 参见上文脚注23。

128. 我们继续谈国家责任问题。国家间体系在违法行为的后果之承担问题上同样是同样松散。整个过程的开始是决定违法行为的存在与否和归属，接着是要求停止和要求赔偿，最终诉诸反措施。原则上即根据一般国际法，这一过程是在各国手中进行。唯一的例外是“第三方”解决程序，然而令人遗憾的是，这一程序很少用，又主要通过双边的约定安排进行。还有少数几个例外情形，产生这些例外情形的是第五次报告⁸⁸中所提议的规定——它们是为草案第三部分的条款提出的，目前在起草委员会审理——和第二部分第12条草案。

129. 现在谈一谈国际法中甚至更为关键的部分。在维持国际和平与安全领域中，体制上的差距甚至更加明显也更加巨大。尽管有体现在《宪章》第七章中的显然创新，但国际社会在此领域中似乎没有什么“组织性”。迄今为止，安全理事会尚未成功地拥有由其直接指挥的武装部队，而这是它本身真正有效行动所不可缺少的。尽管安理会——它是一个有限的机构，很难视其为整个国际社会的代表——就安全措施提出建议或作出决定，但这些建议和决定要由各国执行，而在这一点上，它们仅得到某些国家的执行。承认这一现实反映了国家间系统的权力均衡是一回事；谈论集体安全的一个“组织”则是另一回事。姑且不论好坏，国际和平与安全的维持恰如一个世纪以前一样掌握在大国手中。但是，无论这一唯一可以得到的机构是如何的不完美，这也不是废除通过它管理集体安全的良好理由。

130. 当然，在某些特别的领域中如在保护人权领域中存在着不同的形势。但是，人权领域中最有效的国际机构并不真正在国家间关系的层次上运作。相反，可以说它们是在次于国家的层次上作为参加每一人权系统的各国的共同组织运作。即使在此领域中，本来意义上的国家间关系从根本上说也是松散的。

131. 我们认为，可以说在法律控制或协调对国家罪行作出反应方面，国家间系统或“国际社会”的组织程度看起来并不比在其他领域中更低。在此领域中同在其他领域中一样，各国仍然是主要角色。提出指控，要求不法行为国停止/赔偿以及最终采取反措施的均是国家。迄今为止，在处理违法行为方面，没有任何不同的先后阶段，即先确定存在和归属，要求停止/赔偿，最终采取反措施。

132. 如果罪行的较严重的法律后果要求采取由机构加以控制的某些措施，也并不一定说该控制应当非常广泛和非常具有侵挠性，甚至达到废除国家作用的程度。现有的机构不能进行起诉，未提供充分的刑事管辖法院，也未提供执行机制。但是，它们很有可能减少了全体受害国单方面或集体反应的武断性。前几段叙述的以及第19条草案(如增编1所载的那样)设想的程序，其目的恰恰是起到这一作用。

⁸⁸ A/CN.4/453和Add.1。

133. 特别报告员认为在此必须强调本文件及其增编1所提议的解决办法的基本特点。

2. 提议的解决办法和关于国际组织的主要现有文书

134. 一个主要特点是，所提议的两阶段程序不涉及对国际组织两个现有的主要文书的任何修正。这里指的是《联合国宪章》和《国际法院规约》。由于设想根据《国际法院规约》第36条，大会或安全理事会的决议将是国际法院管辖的先决条件，未来的国家责任公约既不会影响《联合国宪章》，也不影响《国际法院规约》。

135. 关于《宪章》，这将不是《宪章》本身以外的国际条约第一次要求大会或安全理事会采取具体行动以使条约产生自己的效力。对大会而言，人们熟悉的例子有《灭绝种族罪公约》第8条和《消除种族隔离公约》第6和第8条。对安全理事会而言，如一个著名的条文所表明的那样，归于该机构的一些作用就是例证。⁶⁷因此可以说，所提议的解决办法并不意味着对所谓“有组织的国际社会”的现有结构进行任何体制上的修正。未来关于国家责任的公约只是依靠自己的司法力量，利用联合国现有的政治和司法机构而已。

3. 国际责任的国际法和联合国集体安全制度

136. 第二个基本特点涉及提议的解决办法与体现在《联合国宪章》中的集体安全制度的关系。这两个明显不同的系统将同时共存。一方面，在维持国际和平与安全问题上，安全理事会和大会--但主要是前者--根据《宪章》发挥政治作用。另一方面，拟订中的公约委托这两个政治机构中的一个--以及委托国际法院--在国家责任领域中发挥作用。在集体安全领域中，即对任何违反《宪章》第二条第四项的行为作出反应的问题上，安全理事会和大会将各自发挥纯政治作用：这些作用的目的原则上不干涉国家责任法律及其适用。在国际罪行的国家责任领域中，人们将会

⁶⁷ K. Herndl, "The 'Forgotten' Competences of the Security Council" in Festschrift für Rudolf Kirchschläger, Wien, 1990, pp. 83-91.

依靠国家责任公约的力量,由大会或安理会对一个或数个指控国所提指控的严重性作出初步政治评价。这一评价之后,最终是国际法院具有决定性的宣告,而这是公约所要求的、全体国家落实国际罪行后果之承担问题的条件。⁶⁸

137. 因此,关于集体安全的《宪章》系统和未来公约的国际责任系统将根据各自的基本特点独立地运作。在安全领域中,自由裁量权和行动的紧急性是基本的,因此最终只有由限定成员名额的安全理事会作出决定。但在非常严重地违反基本国际义务的国家责任领域中,法律在司法上的适用则是基本的,因此,在所有国家作出自己的决定之前,毕竟须由法院作出决定。两个政治机构中任何一个的初步作用,显然不可能绝对公正。但是,对大会来说由于三分之二多数的要求,对安理会来说由于争端当事国必须弃权,公平程度可望较高。该领域涉及《宪章》第六章而与第七章无关。⁶⁹因此,至少为了国际罪行之国家责任的目的,可以希望在这两个机构中的任一个机构中--如同在法院面前一样,任何国家都处于一律平等的地位。

138. 我们相信,以上考虑会减少以缺乏起诉机构和刑事法院为由而对国家罪行概念提出的反对意见。这些反对意见似乎是循环论证。问题在于各国是否愿意接受第19条以及本报告所阐述的该条的最起码的影响。如同在其他领域中逐步发展和编纂国际法的工作一样,委员会需要在技术上跨出第一步。我们希望这一步将是富于想象力的一步。

XX XX XX XX XX

⁶⁸ 例如,联合王国政府在最近的评论中强调了国际法院在种族灭绝罪问题上的重要作用。该评论载于锡亚姆先生的第十三次报告(A/CN.4/466),第60段。

⁶⁹ 参见上文脚注49。