

国际法委员会 第四十八届会议工作报告

1996年5月6日至7月26日

大会

正式记录：第五十一届会议

补编第10号(A/51/10)



联合国 · 1996年，纽约

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。

前有年度和省略号的“年鉴”（如《1971年.....年鉴》），是指《国际法委员会年鉴》。

委员会报告的排版本将载入《1996年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

目 录

章 次	段 次	页 次
一、 导言	1 - 29	1
A. 成员	2	1
B. 主席团成员和扩大的主席团	3 - 5	2
C. 起草委员会	6 - 7	3
D. 工作组	8 - 10	3
E. 秘书处	11	4
F. 议程	12	4
G. 委员会第四十八届会议工作情况概述	13 - 21	5
H. 委员会最希望征求意见的一些问题	22 - 29	6
二、 危害人类和平及安全治罪法草案	30 - 50	9
A. 导言	30 - 46	9
B. 委员会的建议	47 - 48	12
C. 赞扬特别报告员杜杜·锡阿姆先生	49	13
D. 危害人类和平及安全治罪法草案条款	50	13
第一部分 一般规定		13
第1条 本治罪法的范围和适用		13
第2条 个人的责任		16
第3条 惩罚		23
第4条 国家的责任		24
第5条 政府或上级的命令		25
第6条 上级的责任		27
第7条 官方地位和责任		31
第8条 管辖权的确定		33
第9条 引渡或起诉的义务		39
第10条 案犯的引渡		42

目 录(续)

章 次	段 次	页 次
第11条	司法保证	44
第12条	一事不再理	49
第13条	不溯及既往	53
第14条	抗辩	55
第15条	减罪情况	60
第二部分	危害人类和平及安全罪行	62
第16条	侵略罪行	62
第17条	灭绝种族罪行	64
第18条	危害人类罪行	70
第19条	危害联合国人员和有关人员罪行.....	78
第20条	战争罪行	82
三、国家责任	51 - 66	90
A. 导言	51 - 60	90
B. 本届会议审议这个专题的情况	61 - 64	94
C. 赞扬特别报告员	65	94
D. 国家责任条款草案		95
1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文		95
第一部分 国际责任的起源		95
第一章 一般原则		95
第1条 一国对其国际不法行为的责任		95
第2条 每一国家都有可能被认定实行了国际 不法行为		95
第3条 一国国际不法行为的要素		96
第4条 把一国的行为定性为国际不法行为 ..		96
第二章 国际法所指的“国家行为”		96
第5条 国家机关的行为归于国家		96

目 录(续)

章 次	段 次	页 次
第6条	不论机关在国家组织中所处的地位为何	97
第7条	经授权行使政府权力要素的其他实体的行为归于国家	97
第8条	实际上代表国家行事的人的行为归于国家	97
第9条	另一国或一国际组织交由一国支配的机关的行为归于国家	98
第10条	逾越权限行事或违背关于其活动的指示行事的机关的行为归于国家	98
第11条	不代表国家行事的人的行为	98
第12条	另一国机关的行为	99
第13条	国际组织的机关的行为	99
第14条	叛乱运动的机关的行为	99
第15条	成为一国新政府或导致组成一个新国家的叛乱运动的行为归于国家	100
第三章	违背国际义务	100
第16条	违背国际义务行为的发生	100
第17条	不论所违背的国际义务的起源	100
第18条	国际义务必须对一国有效	101
第19条	国际罪行和国际不法行为	101
第20条	违背要求它采取某一特定行为准则的国际义务的情况	102
第21条	违背要求它达成某一特定结果的国际义务的情况	102
第22条	用尽当地补救办法	103
第23条	违背要求它防止某一特定事件的国际义务的情况	103

目 录(续)

章 次		段 次	页 次
第24条	时间上无延续性的国家行为违背国际 义务的時刻和期间		104
第25条	时间上有延续性的国家行为违背国际 义务的時刻和期间		104
第26条	违背了防止某一特定事件的国际义务 的時刻和期间		105
第四章	一国牵连另一国的国际不法行为		105
第27条	一国援助或协助另一国实行国际不法 行为		105
第28条	一国对另一国国际不法行为的责任 ..		105
第五章	解除行为不法性的情况		106
第29条	同意		106
第30条	国际不法行为的反措施		106
第31条	不可抗力和偶然事故		107
第32条	危难		107
第33条	危急情况		107
第34条	自卫		108
第35条	关于赔偿损害的保留		108
第二部分	国家责任的内容、形式与程度		109
第一章	一般原则		109
第36条	国际不法行为的后果		109
第37条	特别法		109
第38条	习惯国际法		110
第39条	同《联合国宪章》的关系		110
第40条	受害国的含义		111
第二章	受害国的权利和实行了国际不法行为 的国家的义务		112
第41条	停止不法行为		112

目 录(续)

章 次	段 次	页 次
第42条	赔偿	112
第43条	恢复原状	113
第44条	补偿	113
第45条	满足	114
第46条	承诺并保证不重复	114
第三章	反措施	115
第47条	受害国的反措施	115
第48条	与采取反措施有关的条件	115
第49条	相称	116
第50条	禁止采取的反措施	116
第四章	国际罪行	117
第51条	国际罪行的后果	117
第52条	特定后果	117
第53条	所有国家的义务	117
第三部分	争端的解决	118
第54条	谈判	118
第55条	斡旋与调停	118
第56条	调解	119
第57条	调解委员会的任务	119
第58条	仲裁	120
第59条	仲裁法庭的职权范围	120
第60条	仲裁裁决的效力	121
附件一	调解委员会	121
附件二	仲裁法庭	122
2.	委员会第四十八届会议暂时通过的第42条第3款、第47条、第48条和第51至第53条草案案文及其评注	66 123
	第42条 赔偿	123

目 录(续)

章 次	段 次	页 次
第三章 反措施		124
第47条 受害国的反措施		125
第48条 与采取反措施有关的条件		128
第四章 国际罪行		133
第51条 国际罪行的后果		133
第52条 特定后果		135
第53条 所有国家的义务		136
四、国家继承及其对自然人和法人国籍的影响	67 - 88	138
A. 导言	67 - 68	138
B. 本届会议审议这个专题的情况	69 - 88	139
1. 审议特别报告员的第二次报告	69 - 77	139
2. 工作组审议此项专题的情况	78 - 87	140
3. 委员会采取的行动	88	142
五、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任. 89 - 101		143
A. 导言	89 - 95	143
B. 本届会议审议这个专题的情况	96 - 101	145
1. 设立工作组	97	146
2. 工作组的工作成果	98 - 101	146
六、对条约的保留	102 - 140	147
A. 导言	102 - 107	147
B. 委员会审议这个专题的情况	108 - 140	148

目 录(续)

章 次	段 次	页 次
七、委员会的其他决定和结论	141 - 273	156
A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件	141 - 251	156
1. 程序和工作方法	143 - 244	156
第一部分 内容摘要和主要结论	145 - 149	157
大会的要求	145 - 147	157
一般结论和建议	148 - 149	157
结论	148	157
建议	149	158
第二部分 详细分析	150 - 244	159
1. 导言	150 - 153	159
2. 持续编纂和逐渐发展的范围	154 - 173	161
(a) 编纂与逐渐发展之间的“区别”	157 - 158	162
(b) 挑选委员会工作的专题	159 - 167	162
(c) 50年来的编纂和逐渐发展	168 - 173	166
3. 国际法委员会与大会(第六委员会)的 关系	174 - 185	168
(a) 开展特定专题的工作	178 - 179	168
(b) 审查和评论正在开展的工作	180 - 182	169
(c) 第六委员会在处理国际法委员会的最 后草案方面的作用	183 - 185	170
4. 特别报告员的作用	186 - 202	171
(a) 任命	186 - 188	171
(b) 报告的拟议	189	171
(一) 委员会需要事先批准计划于下届 会议开展的工作的性质和范围 ...	190	171
(二) 在每届会议开始以前备齐报告 ...	191	172
(c) 需要一个常设协商组	192 - 196	172
(d) 编写附有评注的条款草案	197 - 200	173
(e) 特别报告员在起草委员会中的作用 ..	201 - 202	174

目 录(续)

章 次	段 次	页 次
5.	全体会议对起草委员会和工作组的作用与 关系.....	203 - 220 175
	(a) 全体会议的一般性辩论	203 - 212 175
	(b) 起草委员会	213 - 217 176
	(c) 工作组	218 - 220 177
6.	委员会会议的结构	221 - 238 178
	(a) 五年期工作规划	222 179
	(b) 届会的会期	223 - 227 179
	(c) 届会的分期问题	228 - 233 180
	(d) 秘书处的主要贡献	234 - 235 182
	(e) 国际法讲习班	236 182
	(f) 出版委员会的工作报告	237 - 238 182
7.	国际法委员会与(联合国内外)其他机构的 关系.....	239 - 241 183
8.	对《章程》可能作的修正	242 - 244 184
2.	长期工作计划.....	245 - 249 185
3.	下届会议的会期.....	250 - 251 185
B.	同其他机构的合作.....	252 - 255 186
C.	第四十九届会议的日期和地点.....	256 186
D.	派代表参加大会第五十一届会议.....	257 186
E.	对国际法十年的贡献.....	258 187
F.	国际法讲习班.....	259 - 270 187
G.	希尔维托·阿马多纪念讲座.....	271 - 273 189

目 录(续)

章 次	页 次
附件一 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 工作组的报告	190
介绍性说明	190
第一部分 条款草案案文.....	192
第二部分 条款草案案文及其评注.....	200
第一章 一般规定.....	202
第1条 本条款所适用的活动.....	202
第2条 用语.....	208
第3条 行动自由及限制.....	211
第4条 预防.....	214
第5条 责任.....	218
第6条 合作.....	228
第7条 履行.....	230
第8条 同其他国际法规则的关系.....	231
第二章 预防.....	232
第9条 事前核准.....	232
第10条 对于危险的评估.....	233
第11条 核准前已进行的活动.....	237
第12条 不转移危险.....	238
第13条 通知和资料.....	240
第14条 交换资料.....	242
第15条 通知民众.....	243
第16条 国家安全和工业机密.....	245
第17条 关于预防措施协商.....	246
第18条 可能受到影响的国家的权利.....	249
第19条 公平利益所涉及的因素.....	251

目 录(续)

章 次	页 次
第三章 补偿或其它补救办法.....	254
第20条 不歧视.....	255
第21条 补偿或其它补救办法的性质和程度.....	256
第22条 谈判的因素.....	258
附件二 关于长期工作方案的报告.....	262
大纲.....	264
增编1 外交保护.....	272
增编2 国家海事管辖范围外沉船的所有权和保护.....	276
增编3 国家的单方面行为.....	279

第一章

导言

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。委员会依照该决议所附载、后来经修正的委员会章程,于1996年5月6日至7月26日在联合国日内瓦办事处的委员会永久会址举行了第四十八届会议。

A. 成员

2. 委员会由下列委员组成:
- 侯赛因·巴哈纳先生(巴林)
 - 奥恩·哈索内先生(约旦)
 - 加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生(意大利)
 - 胡利奥·巴尔沃萨先生(阿根廷)
 - 穆罕默德·本努纳先生(摩洛哥)
 - 德雷克·威廉·鲍韦特先生(联合王国)
 - 卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生(巴西)
 - 詹姆斯·克劳福德先生(澳大利亚)
 - 约翰·德萨拉姆先生(斯里兰卡)
 - 古兹蒙迪尔·埃里克松先生(冰岛)
 - 纳比尔·埃拉拉比先生(埃及)
 - 萨利福·冯巴先生(马里)
 - 穆罕默德·居内先生(土耳其)
 - 贺其治先生(中国)
 - 卡米勒·伊德里斯先生(苏丹)
 - 安德烈亚斯·雅科维德斯先生(塞浦路斯)
 - 彼得·卡巴齐先生(乌干达)
 - 莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生(印度尼西亚)
 - 伊戈尔·伊凡诺维奇·卢卡舒克先生(俄罗斯联邦)
 - 艾哈迈德·马希乌先生(阿尔及利亚)
 - 瓦茨拉夫·米库尔卡先生(捷克共和国)

纪尧姆·庞布-齐文达先生(加蓬)
阿兰·佩莱先生(法国)
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)
埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生(马达加斯加)
帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生(牙买加)
罗伯特·罗森斯托克先生(美国)
阿尔维托·塞克利先生(墨西哥)
杜杜·锡亚姆先生(塞内加尔)
克里斯蒂安·托穆沙特先生(德国)
埃德孟多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生(智利)
弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生(危地马拉)
山田中正先生(日本)
亚历山大·扬科夫先生(保加利亚)

B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 委员会在1996年5月6日第2426次会议上选出了下列主席团成员:

主席: 艾哈迈德·马希乌先生
第一副主席: 罗伯特·罗森斯托克先生
第二副主席: 莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生
起草委员会主席: 卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生
报告员: 伊戈尔·伊凡诺维奇·卢卡舒克先生

4. 委员会扩大的主席团成员由本届会议主席团成员、曾任委员会主席的委员¹和各特别报告员²组成。

¹ 即胡利奥·巴尔沃萨先生、杜杜·锡阿姆先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、亚历山大·扬科夫先生和拉奥先生。

² 即加埃塔诺·阿兰焦·鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、阿兰·佩莱先生和杜杜·锡阿姆先生。

5. 根据扩大的主席团建议,委员会在1996年5月7日第2427次会议上设立了一个规划小组,其成员如下:罗伯特·罗森斯托克先生(主席)、德雷克·威廉·鲍韦特先生、卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、穆罕默德·居内先生、卡米勒·伊德里斯先生、莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生、艾哈迈德·马希乌先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生·阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、约翰·德萨拉姆先生、杜杜·锡阿姆先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生和山田中正先生。

C. 起草委员会

6. 委员会在1996年5月7日第2427次会议上设立了起草委员会,由负责下列两个专题的委员组成:

危害人类和平及安全治罪法草案:

卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生(主席)、杜杜·锡阿姆先生(特别报告员)、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、纳比尔·埃拉拉比先生、萨利福·冯巴先生、贺其治先生、莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、罗伯特·罗森斯托克先生、约翰·德萨拉姆先生、阿尔维托·塞克利先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、山田中正先生、亚历山大·扬科夫先生、和伊戈尔·伊凡诺维奇·卢卡舒克先生(当然成员)。

国家责任:

卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生(主席)、穆罕默德·本努纳先生、德雷克·威廉·鲍韦特先生、詹姆斯·克劳福德先生、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、贺其治先生、彼得·卡巴齐先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、阿兰·佩莱先生、罗伯特·罗森斯托克先生、约翰·德萨拉姆先生、阿尔维托·塞克利先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生、山田中正先生、和伊戈尔·伊凡诺维奇·卢卡舒克先生(当然成员)。

7. 起草委员会就上述专题一共举行了34次会议。

D. 工作组

8. 委员会在6月4日第2435次会议上设立了国家继承及其对自然人和法人国籍

的影响工作组，其成员如下：瓦茨拉夫·米库尔卡先生(主席)、侯赛因·巴哈纳先生、奥恩·哈索内先生、德雷克·威廉·鲍韦特先生、詹姆斯·克劳福德先生、萨利福·冯巴先生、卡米勒·伊德里斯先生、伊戈尔·卢卡舒克先生、罗伯特·罗森斯托克先生、阿尔维托·塞克利先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、埃德孟多·巴尔加斯-卡雷尼奥先生、和山田中正先生。

9. 委员会在6月28日第2450次会议上设立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工作组，其成员如下：胡利奥·巴尔沃萨先生(主席)、侯赛因·巴哈纳先生、穆罕默德·本努纳先生、詹姆斯·克劳福德先生、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、萨利福·冯巴先生、彼得·卡巴齐先生、伊戈尔·伊凡诺维奇·卢卡舒克先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森斯托克先生、阿尔维托·塞克利先生和弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。

10. 重新设立了长期工作方案工作组，其成员如下：德雷克·威廉·鲍韦特先生(主席)、詹姆斯·克劳福德先生、贺其治先生、莫赫塔尔·库苏马—阿特马贾先生、伊戈尔·伊凡诺维奇·卢卡舒克先生、阿兰·佩莱先生、罗伯特·罗森斯托克先生和山田中正先生。

E. 秘书处

11. 负责法律事务的副秘书长、法律顾问汉斯·科雷尔先生出席了会议并担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长李世光先生担任委员会秘书并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表。高等法律干事玛努什·H·阿桑贾尼女士担任委员会高级助理秘书；法律干事克里斯蒂安娜·布尔洛亚尼—弗雷拉女士、乔治·科龙齐斯先生和维吉尼亚·莫里斯女士担任委员会的助理秘书。

F. 议程

12. 委员会在1996年5月6日第2426次会议上通过其第四十八届会议的议程，其项目如下：

1. 本届会议的工作安排
2. 国家责任
3. 危害人类和平及安全治罪法草案
4. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

5. 对条约的保留的法律和实践
6. 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响
7. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件
8. 同其他机构的合作
9. 第四十九届会议的日期和地点
10. 其他事项

G. 委员会第四十八届会议工作情况概述

13. 委员会审议了所有议程项目，头七个星期主要分配给起草委员会；供其完成危害人类和平及安全治罪法条款草案的二读和国家责任条款草案的一读。

14. 委员会通过了一套构成危害人类和平及安全治罪法草案的20个条文及其评注(下文第二章)。委员会在审议了治罪法草案可能采取的各种形式以后建议大会选择能够使治罪法草案得到最广泛接受的最适当形式。委员会也请秘书长将本条款草案提请按照大会1995年12月11日第50/46号决议设立国际刑事法院问题筹备委员会注意。

15. 委员会一读完成了一套关于国家责任的60个条文(及附件)(下文第三章)。委员会决定将该条款草案递交各国政府，请它们在1998年1月1日以前向秘书长提出评论。

16. 关于国家继承及其对自然人和法人国籍的影响这个专题，委员会向大会提出了关于将来各届会议对这个专题的计划和着手方式的建议(下文第四章)。

17. 关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这个专题，委员会决定将有关这个主题的工作组报告(包含22个条文草案及其评注)递交大会征求评论(下文第五章)。

18. 关于对条约的保留的法律和实践这个专题，委员会决定在下一届会议审查特别报告员的第二次报告(下文第六章)。

19. 关于委员会的计划、程序和工作方法和对大会1995年12月11日第50/45号决议第9段中提出的问题作出的反应，委员会通过了具体结论和建议，载于下文第七章A节第1分节。

20. 关于长期工作方案，委员会除了别的以外，提出了委员会认为已经可以着手编纂和逐渐发展的三个可能采取的未来专题所引起的主要法律问题大纲(下文第七章A节第2分节和附件二)。

21. 其它有关决定和结论载于第七章B、C、D、E、F和G节、分别载述同其它机构的合作、第四十九届会议的日期和地点、出席大会第五十一届会议的代表、对国际法十年的贡献、国际法讲习班和希尔维托·阿马多纪念讲座。

H. 委员会最希望征求意见的一些问题

22. 大会第50/45号决议第9段(b)分段请委员会在其报告中指明每一专题中的哪些问题最需要各国政府在第六委员会或以书面表示意见以便为委员会将来的工作提供切实的指导。为响应该项要求，查明了下列问题。

(a) 国家责任

23. 委员会完成了对这个专题条款草案的一读，这个条款草案由60个条文组成，分为三个部分。按照委员会的章程，委员会就整套条款草案征求意见。但是，委员会特别欢迎就有关下列事项的意见：

- (一) 第一部分第19条草案目前对国际不法行为和国际罪行所拟议的区别，以及由此引起的载于第51条至第53条及其评注中的后果；
- (二) 载于第二部分第47条至第50条草案中的关于反措施的问题；
- (三) 第三部分第54条至第60条草案(以及附件一和附件二)中所载解决争端规定，及其对该条款草案的适用。

(b) 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响

24. 委员会提议以下列方式审议这个专题：首先研讨国家继承对自然人国籍的影响，然后根据各国政府的意见研讨国家继承对法人国籍的影响。委员会欢迎就下文第88段中所载对于这个专题的计划和着手方式提出意见。

(c) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

25. 为响应要求委员会恢复本专题工作的大会第50/45号决议第3段，设立了一个工作组。工作组提议了22个条文草案(及其评注)，包括一般规定和有关预防、补偿或其它补救办法的条文。请大会和各国政府(见下文第100段)评论第1条评注第

(26)段中所述问题、第三章中所载对补偿或其它补救办法问题的着手方式、和整套条款草案。在不影响以上所述内容的情形下，为便利提供具体评论，开列了下列问题：

- (一) 如同第1条(a)项草案中所规定的，本条款草案的范围适用于“国际法不加禁止的、有造成重大跨界损害的活动的危险的活动”。是否应该把这个范围扩大到包括“国际法不加禁止的、不会造成重大跨界损害但会造成这种损害的其它活动”呢？（见下文附件一中第1条(b)项和第1条评注第(26)段）。而且，第1条是否应该附载一份适用本条款的活动或物质的清单呢？或者是否应该象目前这样限于载述活动的一般性定义呢。
- (二) 条款草案第二章中规定的预防义务目前引起的后果基本上涉及对补偿和其它补救办法的责任范围。是否应该把这种后果进一步扩大到包括没有采取预防措施的国家们的责任呢？（参看第22条草案评注第(2)段）。
- (三) 如同第5条草案中所规定的，对跨界损害的责任引起“补偿和其它补救办法”。第三章中有关补偿和其它补救办法的案文是以灵活方式拟订的，没有规定“绝对的义务”，（见下文附件一中所载第5条草案评注第(1)段和第(3)段）。因此，对这个处理方式的评论是非常有用的。
- (四) 第20条至第22条草案载述了受害国借以寻求补救的两个办法：在起源国的法院提出要求或通过起源国和一个或多个受害国之间的谈判提出要求。因此，特别欢迎各国政府对这两个寻求补救办法的适足程度表示意见。

(d) 对条约的保留的法律和实践

26. 由于时间不够，委员会不曾审议特别报告员的第2次报告。该报告中提出的主要问题摘要载于第111段至第137段，尤其是下文第113段至第115段和第133段。大家记得：特别报告员编制了一份调查表，已经由秘书处正式转交各国政府。到目前为止，已经从各国政府收到14份答复。

27. 委员会欢迎还没有就上段中提到的调查表提出答复的政府表示意见。

(e) 计划、程序和方法

28. 为具体响应大会1995年12月11日第50/45号决议第9段(a)分段中请委员会审查其工作方法并将它的意见载于提交大会的报告中的要求，有关这一问题的报告载于下文第145段至第244段。委员会的结论和建议摘要载于下文第148段和第149段。

29. 关于未来的工作，委员会拟订了备供审议的三个可能采取的未来专题：外交保护、国家海事管辖范围外沉船的所有权和保护、国家的单方面行为。每一个专题都开列了大纲(见附件二增编1至2)。请各国政府就这个问题表示意见。

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

A. 导言

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

31. 在特别报告员报告的基础上，(a) 委员会1950年第二届会议通过了拟订的纽伦堡法庭宪章及法庭判决书所确认的国际法原则，并连同评注提交大会；(b) 委员会1954年第六届会议向大会提交了危害人类和平及安全治罪法草案及其评注。³

32. 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，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。

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

34. 大会等到1981年12月10日才就治罪法草案采取行动，大会在第36/106号决议中请委员会恢复工作，以拟订危害人类和平及安全治罪法草案，并以必要的优先次序加以审查，以便进行复核，同时适当考虑到国际法逐渐发展过程中所取得的成果。⁴

³ 《1950年...年鉴》，vol. II, pp. 374-378, 文件A/1316; 《1954年...年鉴》，vol. II, pp. 150-152, 文件A/2673。上述原则和治罪法草案的案文见《1985年...年鉴》，vol. II(第二部分), p. 12和p. 8, 文件A/40/10, 第45和第18段。

⁴ 大会1987年第42/151号决议同意国际法委员会的建议，将专题的英文标题修改为：“Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”。关于讨论本专题历史背景的详细情况，见国际法委员会第三十五届会议工作报告，《1983年...年鉴》，vol. II(第二部分), pp. 10-13。

35. 委员会1982年第三十四届会议任命杜杜·锡阿姆先生为本专题的特别报告员。⁵ 委员会从1983年第三十五届会议到1991年第四十三届会议从特别报告员收到9份报告。⁶

36. 委员会在1991年第四十三届会议上一读暂时通过危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案⁷。在同届会议上,委员会决定按照其章程第16条和第21条通过秘书长将条款草案送交各国政府征求评论和意见,要求它们在1993年1月1日前将这种评论和意见提交秘书长。⁸ 委员会注意到它在一读时完成的草案构成委员会关于危害人类和平及安全治罪法草案专题之工作的第一部分,委员会将继续在往后的各届会议上履行大会在1990年11月28日第45/41号决议第3段中指定给它的任务,即:请委员会在其关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作中进一步审议并分析在其报告中针对国际刑事管辖所提出的各项问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的可能性。⁹

37. 大会第四十六届会议在其1991年12月9日第46/54号决议中请国际法委员会在治罪法草案的框架内进一步审议和分析在其第四十三届会议(1991年)报告¹⁰中提出的关于国际刑事管辖权问题的各项论点,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,以便大会能就此事项提供指导。

⁵ 参看《1982年...年鉴》,vol. II(第一部分),p. 121,

⁶ 《1983年...年鉴》,vol. II(第一部分),p. 137,文件A/CN.4/364;《1984年...年鉴》,vol. II(第一部分),p. 89,文件A/CN.4/377;《1985年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/387;《1986年...年鉴》,vol. II,文件A/CN.4/398;《1987年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/404;《1988年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/411;《1989年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/419和Add.1和Corr.1和2(只有西班牙文本);《1990年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/430和Add.1;《1991年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/435和Add.1和Corr.1。

⁷ 见《1991年...年鉴》,vol. II(第二部分),第173段。

⁸ 同上,第174段。

⁹ 同上,第175段。委员会指出,它已经开始履行这一任务授权,它关于该专题这一方面的工作载于其报告第106至165段(同上)。

¹⁰ 《1990年...年鉴》,vol. II(第二部分),(A/45/10),第二章C节。

38. 委员会1992年和1993年的第四十四、第四十五届会议收到了特别报告员关于本专题的第十和第十一次报告¹¹。这两份报告专门讨论了可能建立国际刑事管辖的问题。委员会在第四十四(1992年)、第四十五(1993年)、第四十六(1994年)届会议上就这一问题进行的工作,在第四十六届会议上达到高潮,委员会通过一份国际刑事法院规约草案,将其提交大会,并建议大会召开一次国际全权代表会议,以研究规约草案和缔结一项关于设立国际刑事法院的公约。¹²

39. 委员会1994年第四十六届会议收到特别报告员关于本专题的第十二次报告¹³,该报告是为了治罪法草案的二读编写的,侧重载述涉及危害人类和平及安全罪定义、定性和一般原则的草案的一般部分。它还收到各国对该届会议一读通过的治罪法草案的评论和意见¹⁴ ¹⁵。在审议第十二次报告之后,委员会决定将第1至15条草案照该报告中所载述的那样提交起草委员会。

40. 委员会在第四十七届会议上收到特别报告员的第十三次报告¹⁶。该报告是为治罪法草案的二读编写的,侧重载述列入在第二部分中的危害人类和平及安全的罪行。委员会在审议了第十三次报告后,在其第2387次会议上决定将第15条(侵略)、第19条(灭绝种族)、第21条(有计划或大规模侵害人权)和第22条(特别严重的战争罪行)提交起草委员会参照特别报告员第十三次报告中所载述的建议和全会辩论过程中所提出的意见和建议在二读时作为优先事项予以审议。作出这个决定的时候,有一项理解是,起草委员会在拟订这些条文时会考虑到、并且裁量处理一读通过的下列条文草案的全部或部分内容:第17条(干涉)、第18条(殖民统治和其他形式的外国统治)、第20条(种族隔离)、第23条(招募、使用、资助和训练雇佣军)和第24条(国际恐怖主义)。委员会进一步决定,有关第25条(非法贩运麻醉药品)和第26条(故意和严重损害环境)的磋商将继续进行。

¹¹ A/CN.4/442和A/CN.4/449及Corr.1(只有英文本)。

¹² 见《大会正式纪录,第四十九届会议,补编第10号》(A/49/10),第二章A节。

¹³ (A/CN.4/460和Corr.1)。

¹⁴ 载于A/CN.4/448和Add.1号文件。

¹⁵ 《1991年...年鉴》,Vol.II(第二部分),第四章。

¹⁶ A/CN.4/404和Corr.1(只有英文本和俄文本)。

41. 关于涉及故意和严重损害环境的第26条,委员会在其第2404次会议上决定设立一个工作组,在第四十八届会议初期召开会议研讨能否在治罪法草案中载述故意和严重损害环境问题,同时重申委员会无论如何要在这一届会议上完成治罪法草案的二读。

42. 起草委员会在委员会第四十七届会议上开始关于条款草案的二读工作,而在第四十八届本届会议上完成了这项工作。

43. 在第四十八届会议上,研讨故意和严重损害环境问题的工作组召开了会议,建议委员会将故意和严重损害环境问题作为下列罪行之一审议:(一)战争罪行,或(二)危害人类罪行,或危害人类和平及安全的单独罪行。

44. 委员会在第2431次会议上以表决方式决定只将工作组拟订的将故意和损害环境作为战争罪行列入治罪法的案文提交起草委员会。

45. 委员会在于1996年6月6日至7月5日第2437次会议至第2454次会议上审议了起草委员会的报告¹⁷,通过了构成危害人类和平及安全的20个条文的一套条款草案。

46. 治罪法草案获得通过,但有以下谅解:

“为了达成协商一致,委员会大大缩小治罪法的范围。1991年一读时,治罪法草案包含了一个有12类罪行的清单。有些委员对治罪法覆盖范围的缩小表示遗憾。委员会这样做是为了使治罪法获得通过和得到各国政府的支持。有一项理解是,在治罪法中列入某些罪行不影响其他罪行在国际法中的地位,通过治罪法也绝不会阻碍这一重要法律领域的进一步发展。”

B. 委员会的建议

47. 委员会审议了危害人类和平及安全治罪法可能采取的各种形式;其中包括由特命全权代表会议或大会予以通过的国际公约、将治罪法草案纳入国际刑事法院规约、或由大会将治罪法制定为一项宣言。

48. 委员会建议大会选择能够确保治罪法草案得到最广泛接受的最适当形式。

¹⁷ A/CN.4/L.522和Corr.1(只有英文本),2(只有法文本)和3(只有西班牙文本)。

C. 赞扬特别报告员杜杜·锡阿姆先生

49. 通过危害人类和平及安全治罪法草案条款案文之后,委员会在1996年7月5日第2454次会议上鼓掌通过以下决议:

“国际法委员会,
通过了危害人类和平及安全治罪法草案条款草案,
对特别报告员杜杜·锡阿姆先生表示深切感谢和热烈祝贺,他不懈努力,献身工作,对治罪法草案的编写做出杰出贡献,使危害人类和平及安全治罪法草案条款草案的拟订卓有成果。”

D. 危害人类和平及安全治罪法草案条款

50. 现将委员会第四十八届会议最后通过的第1至第20条草案案文及其评注载录于下。

危害人类和平及安全治罪法草案

第一部分 一般规定

第 1 条

本治罪法的范围和适用

1. 本治罪法适用于第二部分中载述的危害人类和平及安全罪行。
2. 危害人类和平及安全罪行是在国际法范围内、就此而论可予处罚、而不论是否可依国内法予以处罚的罪行。

评 注

(1) 作为危害人类和平及安全治罪法草案的第一个条文,第1条作为序言性事项载述本治罪法条款的范围和适用。

(2) 第1款将本治罪法的范围和适用限定于列入在第二部分中的那些危害人类和平及安全罪行。这项规定并不是为了表明本治罪法囊括所有危害人类和平及安全罪行，而是为了表明本治罪法的范围和适用仅仅限定于第二部分所载述的罪行。

(3) “危害人类和平及安全罪行”一语在本治罪法目前条款中应该被理解为指第二部分所列罪行。委员会考虑在第1款末尾增添“下称危害人类和平及安全罪行”以便消除任何可能发生的误解。但是，委员会认为，这一增添将使得本款显得不必要的冗长。

(4) 委员会决定不拟订危害人类和平及安全罪行的一般定义。委员会认为，纽伦堡法庭宪章第6条中所界定的危害和平罪行、战争罪行和危害人类罪行概念的范围和程度应该留待实践确定。

(5) 第2款载述国际法中有关危害人类和平及安全罪行的个人责任的两项有关基本原则。

(6) 第2款的起首句指明，国际法为构成第二部分所述危害人类和平及安全罪行的各类行为的刑事定性提供依据。因此，对这种行为的禁止和可加以惩罚的程度是国际法的直接结果。

(7) 这项规定符合《纽伦堡宪章》和《纽伦堡法庭判决书》。¹⁸《纽伦堡宪章》第6条授权纽伦堡法庭审判和惩罚有国际法范围内的三类罪行的个人，这三类罪行是危害和平罪行、战争罪行和危害人类罪行。¹⁹纽伦堡法庭在其判决书中确认个人依照国际法应有之义务的存在。“国际法规定个人和国家的义务和责任这一点很久以来已经得到确认。”²⁰纽伦堡法庭也确认，个人可能引起刑事责任，作为违反国际法上义务的结果应该受到处罚。在这方面，纽伦堡法庭明白指出“个人可因违反国际法而受到处罚。”²¹

¹⁸ 大会1946年12月11日第95(I)号决议以一致意见申明《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》所确认的各项国际法原则。

¹⁹ 起诉和惩罚欧洲轴心国主要战犯协定(下称《纽伦堡宪章》)，82 联合国条约汇编 279。

²⁰ 纳粹阴谋和侵略：意见和判决书(下称《纽伦堡判决书》)(美国政府印刷所1947)，载于p.52.

²¹ 同上。

(8) 委员会在《纽伦堡宪章》和法庭判决书所确认各项国际法原则的原则一中确认国际法对国际法上各项罪行的个人责任和惩罚可以直接适用的一般原则。²² 原则一规定，“实行构成国际法上罪行之行为的任何人应对该罪行负责，并且应受惩罚。”如同这项规定的评注所指出的，“原则一所依赖的一般规则是，国际法可直接规定个人的责任而无需国内法的任何干预。”这项原则也载于委员会于1954年通过的危害人类和平及安全罪行治罪法草案(下称1954年治罪法草案)第一条。²³

(9) 第2款结束句适用于危害人类和平及安全罪行而无论是否有对应的任何国内法存在。结果是国际法对构成第二部分所列危害人类和平及安全罪行的各种行为的刑事定性具有自主地位。

(10) 上述结束句指明，把或不把某种行为定性为国内法上的罪行对于把这种行为定性为国际法上的罪行没有任何影响。可以设想，被定性为第二部分所述危害人类和平及安全罪行的某种行为可能不受禁止，甚至可能在国内法中明文规定。也可以设想，这种行为可能仅仅被定性为国内法上的罪行而不是国际法上的危害人类和平及安全罪行。任何此类情况均无法阻止这种行为被定性为国际法上的罪行。被定性为国内法上的罪行和被定性为国际法上的罪行之间的差别由于对应法系的不同而至为悬殊。这种差别对于第12条所述一事不再理原则具有重大影响。

(11) 本项规定符合《纽伦堡法庭宪章》和《纽伦堡法庭判决书》。纽伦堡法庭宪章明文提到国际法和国内法在只与危害人类罪行有关的某种行为方面的关系。《纽伦堡宪章》第6条(c)项把某几种行为定性为危害人类罪行而不论“是否违反罪行发生地国的国内法”。纽伦堡法庭在它的判决书中概括地确认人们通常提到的、在个人的义务上国际刑法有高于国内法的地位。在这方面，纽伦堡法庭指出，“宪章的精义是，个人有超越个别国家所规定之本国服从义务的国际责任。”

(12) 委员会在纽伦堡原则的原则二中确认在构成国际法上罪行之行为的刑事定性方面国际法高于国内法的一般原则，载述如下：“国内法不对构成国际法上罪行的行为规定刑罚的事实并不免除实行了该行为的人在国际法上的责任。”

(13) 必须指出，审议中的条款只涉及构成第二部分所列危害和平及安全罪行的某几种行为的刑事定性。它不妨碍各国在刑法或程序，例如刑罚和证据规则等其

²² 《1950年年鉴》，第二卷，p.374(下称纽伦堡原则)。

²³ 第1条载述，“本治罪法所规定的危害人类和平及安全罪行是国际法上的罪行，应对这种罪行负责的个人应受惩罚。”《1954年...年鉴》，第二卷，p.150。

它事项上的权限，主要因为人们期望国家法庭在本治罪法的实施方面发挥重要作用。

第 2 条

个人的责任

1. 危害人类和平及安全罪行引起个人的责任。
2. 个人应按照第16条对侵略罪行负责。
3. 个人应对第17、第18第19或第20条所载罪行负责，如果该个人：
 - (a) 故意实行该罪行；
 - (b) 下令实行实际发生或未遂的该罪行；
 - (c) 在第6条所述情况下没有防止或制止该罪行；
 - (d) 在知悉的情况下帮助、唆使或以其它方式直接和实际地协助实行该罪行，包括提供实施该罪行的手段；
 - (e) 直接参与计划或共谋实行实际发生的该罪行；
 - (f) 直接和公开地煽动另一个人实行实际发生的该罪行；
 - (g) 企图实施已经采取行动开始执行、而由于不以其意图为转移的情况才没有实际发生的该罪行。

评 注

(1) 对国际法上罪行的个人责任原则是在纽伦堡明确确立的。《纽伦堡宪章》规定审判和惩罚实行了危害和平罪行、战争罪行或危害人类罪行的人。²⁴ 该法庭确认国际刑法对违反这项法律的个人的直接适用性：“据认为，国际法涉及主权国家的行为，而没有为个人规定任何惩罚...法庭认为，(这项认定)必须受到辩驳。人们长期以来已经确认国际法对个人和主权国家硬性规定了义务和责任”。²⁵ 纽伦

²⁴ 《纽伦堡法庭宪章》第6条。

²⁵ 《纽伦堡判决书》，p.52.

堡法庭进而总结指出“个人可因违反国际法而被惩罚”。²⁶对纽伦堡法庭所确认的国际法上罪行的个人责任和惩罚原则是国际刑法的奠基石。这项原则是《纽伦堡宪章》和判决书的经久不衰的遗产，它使对国际法中的罪行的禁止具有意义，确保实行了上述罪行的个人负起责任并且应该受到惩罚。对国际法上罪行的个人责任和惩罚原则也在《关于前南斯拉夫的国际刑事法庭规约》²⁷（第7条第1款和第23条第1款）和《关于卢旺达的国际刑事法庭规约》²⁸（第6条第1款和第22条第1款）中得到重申。委员会在《纽伦堡宪章》和纽伦堡法庭判决（原则一）以及1954年治罪法草案（第1条）所确认的各项国际法原则中都声明了这项原则。对实行了本治罪法所述罪行之个人的惩罚载于第3条，并在其评注中作了讨论。

(2) 据以确定某一个人是否应该对某一危害人类和平及安全罪行负责的个人刑事责任原则载于第一部分第2至第7条。作为这套条款的第一个条文，第2条载述有关个人刑事责任的若干重要的一般性原则。第1款规定了对本治罪法所包括的罪行的个人责任的一般原则。第2款在关于参与形式的第16条所载侵略罪行方面重申这项原则。第3款载述个人引起对本治罪法第二部分所列其它罪行之责任的各种参加形式。

(3) 第2条第1款重申对危害人类和平及安全罪行方面的国际法上罪行的个人责任原则。这一原则明确地显示于对这种罪行“引起个人责任”这一事实的确认。尽管第1条第1款规定了本治罪法的范围和适用，本款则以一般性的措词重申个人对危害人类和平及安全的一切罪行无论它是否列入在本治罪法中均应负刑事责任的一般原则。委员会认为必须在危害人类和平及安全的一切罪行方面重申这项一般原则以避免本款对不载于第二部分中的这种性质的罪行之适用的任何问题。委员会对第二部分中各项罪行的列入采取了限制性的做法，同时认识到可能还有本治罪法目前不包括的同样性质的其它罪行。

²⁶ 《纽伦堡判决书》，p.53.

²⁷ 《起诉1991年以来在前南斯拉夫境内严重违反国际人道主义法者的国际法庭规约》，第S/25704号文件。

²⁸ 《起诉1994年1月1日至12月31日在卢旺达境内实行灭绝种族罪行和其它严重违反国际人道主义法行为者及在邻国实行灭绝种族罪行和其它此类违法行为的卢旺达公民国际刑事法院规约》，安全理事会第955(1994)号决议。

(4) 第1款也指出，本治罪法基于属人理由的适用范围限定于“个人”，指的是自然人。的确，在该个人是“国家的代理人”、“代表国家”、“以国家的名义”或作为没有任何法律权力的实际代理人行事的情形下个人所应负责的行为可能也归于国家。因此第4条规定个人的刑事责任“不妨碍国家依国际法应有之责任的任何问题”。

(5) 第2条第2款载述对于侵略罪行的个人责任。在本治罪法中所载的其它罪行方面，第3款载明由个人在实行一罪行中的作用引起责任的各种情况；个人应对罪行负责：如果该个人实行了构成该罪行的行为、如果他实行该罪行未遂、如果他没有预防该罪行、如果他唆使实行该行为、如果他参与计划该行为、如果他共谋实行该行为。对于侵略罪行，就不必开列引起个人责任的各种参与形式了，因为载于第16条中的侵略罪行定义已经规定了确定责任的一切必要的要素了。第16条规定，作为领袖或组织者下令或积极参与计划、准备、发动或进行一国实行之侵略行为的个人应对侵略罪行负责。侵略罪行具有使它区别于本治罪法所包括之其它罪行的具体特征。侵略可能是光由个人实行的，这些个人作为国家的代理人，使用他们的权力发布命令和给予国家提供的手段以实施该罪行。第3款中所列的可能适用于侵略罪行的一切情况都已经列入在第16条中了。因此在第2条中为侵略罪行载列了一个专款。

(6) 第2条第3款载述个人由于参加或以其它方式大大促成第17、第18、第19或第20条所载罪行而应负责的情况，即：实行该罪行((a)项)、共谋实行一罪行((a)至(f)项)或实行一罪行未遂((g)项)。实际实行了或至少实行未遂的参与才会引起责任。在某些情况下，为了驱除可能的怀疑，在对应的项中提到这个规定是有用的。当然，有一项理解是，这个规定只涉及本治罪法的适用，而不拟在将参与定性为刑事责任来源中申明一般原则。²⁹

(7) 第3款(a)项载述实际“实行该罪行”的个人的责任。该项规定，实行非法行为或不作为的个人需对本项下的这一行为负刑事责任。如同纽伦堡法庭所确认的，个人有义务遵守国际法的有关规则，因此可以要求个人为未能履行这项义务负责。本项是为了包括两种可能的情况，即个人以作为或不作为“实施”某一罪行的情况，取决于所违反的法律规则。在第一种情况下，个人因实行某一行为而违反不

²⁹ 这种限制绝不影响不以本治罪法或其他文书--主要是防止和惩治灭绝种族罪行--中所载类似条款为转移的一般原则的适用。联合国条约汇编，第78卷，p. 277。

实行该行为的义务而需为经确认的这一行为负刑事责任。在第二种情况下，个人因未能履行某一行为而违反实行该行为的义务而需为这种不作为负刑事责任。委员会虽然认识到“实行”一词通常用于指故意的行为而不只是疏忽或意外行为，却决定使用“故意实行”一语来强调危害人类和平及安全罪行的这一必要组成部分。实行罪行的个人需为自己的(a)项所述行为负责这一个人刑事责任原则符合《纽伦堡宪章》(第6条)、灭绝种族公约(第二条)、1949年日内瓦公约³⁰以及前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约(第7条第1款)和卢旺达问题国际刑事法庭规约(第6条第1款)。这一原则也符合委员会通过的纽伦堡原则(原则一)。

(8) (b)项载述“下令实行该罪行的”“上级的责任。它规定下令实施该罪行的个人需对该罪行负责。这项刑事责任原则适用于拥有权力并且使用他的权力强迫另一个人实行某一罪行的个人。下令实施该罪行的上级就某些方面来说其罪责大于只是执行命令而不基于主动行动去执行某一罪行的下级。上级大大地通过使用他的权力地位强迫下级实行罪行而促成该罪行命令下级实行罪行的上级没有履行处于权力地位的每一个人必须履行的两项重要责任。首先，上级没有负责确保他的下级实行合法行为。其次，上级违反了在行使其权力时遵守法律的义务，从而滥用了他的地位所包含的权力。

(9) 就本治罪法来说，上级的刑事责任原则只适用于下级实际执行或者至少企图奉命实行“实际发生或者未遂的”该罪行的情况。在第一种情况下，上级的刑事责任限于下级实际执行命令实行罪行的情况。上级对第17条至第20条所述罪行的刑事责任受到的限制是本治罪法的范围受到限制的结果。这一范围只包括国际法范围内具有危害国际和平及安全之特性的罪行，上文第(6)款已经讨论过这种罪行。虽然本治罪法没有规定这种刑事责任，下令实施没有得到执行之罪行的上级仍然需要受到国内法所规定的刑法措施或者纪律措施的制裁。在第二种情况下，上级的刑事责任扩大到包括下级企图执行而未能执行实施罪行之命令的情况。由于下级在(g)项所述情况下需负刑事责任，要求下级对奉上级命令实施罪行未遂负责，却允许上级在其下级由于上级的干涉以外的原因而未能成功执行命令的情况下逃避责任，这显然是对正义的歪曲。如同(b)项所述，下令实行罪行的个人需对该罪行负责这一个

³⁰ 见四项日内瓦公约的共同条文：《第一号日内瓦公约》第49条；《第二号日内瓦公约》第50条；《第三号日内瓦公约》第129条；《第四号日内瓦公约》第146条。

人刑事责任原则是符合1949年日内瓦公约³¹以及南斯拉夫国际刑事法庭规约(第7条第1款)和卢旺达国际刑事法庭规约(第6条第1款)的。以上第(6)段说明,该项中所载述的限制并不影响不以本治罪法或者另一文书中所载的类似规定为转移的个人刑事责任的一般原则的适用。

(10) (c)项处理“在第6条所述情况下”“没有预防或制止”下级实施“该罪行”的上级的责任。它重申在第6条所述情况下没有履行预防或制止下级实行罪行之义务的上级的责任。这一个人刑事责任原则载于第6条而在该条评注中有所讨论。

(11) (d)项载述“....协助实行该罪行”的共犯的刑事责任。该款规定,“帮助、唆使或以其他方式协助”另一个人实行某一罪行的个人如果符合若干标准则需对该罪行负责。因此,根据本款,向另一个人提供某种类型的协助却不知道这种协助会促成某一罪行的实行的个人无需对该罪行负责。此外,共犯必须是提供了直接和实际促成罪行之实行的某种类型的协助,例如提供使罪犯能够实行罪行的手段。因此,共犯的参与形式必须是以某种切实的方式协助促成某一罪行的实行。在这种情况下,虽然罪行是由另一个人实行的,个人需对他自己的、促成罪行之实行的行为负责。实行(d)款所述罪行的共犯的个人刑事责任原则符合纽伦堡法庭宪章第(6)条、预防和惩治灭绝种族罪行公约(第三条(e)项)和前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约(第7条第1款)和卢旺达问题国际刑事法庭规约(第6条第1款)。这一原则也符合纽伦堡原则(原则七)和委员会通过的1954年治罪法草案(第2条第13款(三)项)。

(12) 委员会总结认为,同谋关系可能包括帮助、唆使或事后的协助,如果这种协助是罪犯和同谋在犯罪之前议定的。

(13) (e)项载述“参与计划或共谋实行该罪行”的规划者或共谋的责任。该款规定,直接参与计划或共谋实行某一罪行的个人需对该罪行负责,尽管该罪行实际上是由另一个人实行的。“直接”一词用于表明,个人必须以某些切实的方式实际参加拟订犯罪计划或政策,包括赞同另一人提议的这一计划或政策。拟订详细犯罪计划的规划者从某些方面来说其罪责大于执行犯罪计划的本来不会实行该行为的直接罪犯。同样,共谋实行罪行的个人通过共同参与拟订犯罪计划和共同从事犯罪

³¹ 见四项日内瓦公约的共同条文:《第一项日内瓦公约》第49条;《第二项日内瓦公约》第50条;《第三项日内瓦公约》第129条;《第四项日内瓦公约》第146条。

行动大大促成了罪行的实行。“实际发生的”一语表明,单独或与其他个人一起参与计划第17条至第20条所述罪行的个人的刑事责任仅限于犯罪计划实际得到执行的情况。第2条(e)款载述了关于对某一罪行的特定参与形式的个人刑事责任的原则,而不是规定单独的或不同的违法行为或罪行。³²

(14) (e)项是为了确保拟订犯罪计划或政策的政府高级官员或军事指挥官作为个人或同谋对他们所起到的、对于本治罪法所包括的罪行的实行往往是决定性因素的重要作用负责。这种个人刑事责任原则对于第17条至第20条所载述的罪行来说特别重要,这种罪行基于它们的根本性质往往需要由政府高级官员和军事指挥官拟订计划或有计划的政策。这种计划或政策可能需要由在政府行政机构或军事指挥结构中负责下令实行上级拟订的总计划或政策的处于中级地位的个人拟订得更加详细。命令下级实行罪行的中级官员的刑事责任载于(b)款。这种计划或政策可能也需要由处于低级地位的一些个人采取必要行动以便执行犯罪计划或政策。实际实行罪行的下级的刑事责任载于(a)项。因此,(a)、(b)和(e)项的综合作用是确保刑事责任原则适用于行政机构或军事指挥环节中以这样或那样的方式促成第17条至第20条中所载罪行之实施的所有个人。

(15) 拟订一项计划或参与实行罪行的一项共同计划或共谋的个人刑事责任原则在以下文书中得到确认:《纽伦堡宪章》(第6条)、《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第三条(b)项)以及前南斯拉夫问题国际刑事法庭宪章(第7条第1款(计划))和卢旺达问题国际刑事法庭宪章(第6条第1款(计划))。委员会也在纽伦堡原则(原则六)和更概括地在1954年治罪法草案(第2条第13款(一)项)中确认共谋为对危害和平罪行的参与形式。³³

(16) (f)项载述“煽动另一个人实行该罪行”的人的责任。它规定,直接和公开煽动另一个人实行某一罪行的个人需对该罪行负责。这一个人促使和鼓励另一个人实行某一罪行从而大大促成该罪行的实行。本项所述个人刑事责任原则只适用于

³² 这符合《纽伦堡判决书》,它把共谋视为对危害和平罪行的一种参与形式而不视为一种单独的罪行。《纽伦堡判决书》p.56。

³³ 委员会在法文本中优选使用“entente(协议)”而不用“complot(密谋)”,这个用语取自《防止及惩治灭绝种族罪公约》第三条,至少在法文本中是与1954年治罪法草案和纽伦堡原则的原则四中的用语不同。Entente(协议) and complot(密谋)都是译自本项英文本所使用的“conspiracy(共谋)”一词。

直接和公开煽动。直接煽动的必要因素是具体促使另一个人立即实行罪行而不是模糊或间接地建议。公开煽动的另一个要素是在一般公众能够到达的地方呼吁一些个人实行犯罪行为。某一个人可能在一般公众能够到达的地方亲自呼吁实行犯罪行为或利用无线电广播或电视等大众传播的技术手段。³⁴ 公开呼吁实行犯罪行为增加了这样的可能性：至少会有一个人响应呼吁，还鼓励若干个人参加犯罪行为的那种“成群暴动”。私下煽动实行罪行将由涉及(e)项所述共同计划或共谋实行某一罪行的个人的刑事责任原则予以包括。“实际发生的”一语的含义是煽动另一个人实行第17至第20条所述罪行的个人的刑事责任仅限于上文第6段中所讨论的另一个人实际实行罪行的情况。对于煽动的个人刑事责任原则在以下文书中得到确认：《纽伦堡宪章》(第6条(煽动))、《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第三条(c)项)和前南斯拉夫国际刑事法庭规约(第7条第1款(煽动))以及卢旺达国际刑事法庭规约(第7条第1款(煽动))。这项原则也在1954年治罪法草案(第2条第13款(二)项)中得到委员会的确认。

(17) (g)项载述“实行罪行未遂的”个人的责任。它规定了意图实行罪行、为实行这一意图采取了行动而只是由于使他无法这样做的一些独立因素才未能成功实现罪行的个人的刑事责任。因此，个人只有在有下列要素的情况下才需要为实行罪行未遂承担刑事责任：(a) 实行特定罪行的意图；(b) 为实行罪行采取的行动；和(c) 由于不以案犯的意志为转移的原因罪行没有实现。“采取行动开始执行”一语的含义是该个人采取行动朝向罪行的完成迈出切实的一步。“没有实际发生”一语确认未遂的概念，按照定义，只适用于某一个人致力实施某一罪行未遂的情况。委员会基于两个原因决定在适用第3款所述个人刑事责任的其他原则的某一罪行实际发生这一规定之外确认这项例外。第一个原因是，只是因为无法控制的情况而不是自己决定放弃犯罪行为而实行罪行未遂的个人罪责重大。其次，个人朝向第17至第20条所述罪行的实现迈出切实的一步这一事实由于这些罪行的极其严重性质而对国际和平及安全造成威胁。对于未遂的个人刑事责任原则在《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第三条(d)项)中得到确认。这一原则也在1954年治罪法草案(第2条第13款(四)项)中得到委员会的确认。

³⁴ 卢旺达的悲惨事件证明使用能够使个人联系多得的人和重复煽动信息的大众传播技术手段鼓吹犯罪行为可以产生大得多的影响。见安全理事会第935 (1994)号决议所设专家委员会的最后报告，S/1994/1405号文件。

第 3 条

惩 罚

应对危害人类和平及安全罪行负责的个人应该受到与该罪行的性质和严重性相称的惩罚。

评 注

(1) 第2条评注中讨论过,纽伦堡宪章和判决书明白地确定了个人不仅应对构成国际法上罪行的行为负责而且应受惩罚的原则。该宪章规定惩罚应对构成国际法上罪行的违反国际法行为负责的个人。这些罪行是危害和平罪行、战争罪行和危害人类罪行。纽伦堡法庭在其判决书中明文确认个人可由于违反国际法而受到惩罚”。它还强调,“违反国际法罪行是由人而不是由抽象的实体实施的,只有惩罚实行这些罪行的个人才能使国际法的规定得到执行。”³⁵ 因此,国际刑法发挥着与国内刑法相同的三个基本职能,为此规定据以确定个人行为标准的法律规则、个人刑事责任原则和对违反该项标准的行为施加惩罚从而阻遏这种违法行为的原则。

(2) 第3条由两项密切相关的规定组成。第一项规定载述有危害人类和平及安全罪行的任何人必须为该罪行负责的一般原则。第二项比较具体的规定载述上述责任所引起的惩罚,即必须与有关罪行的性质和严重程度相称的可以适用的刑罚。

(3) 某一罪行的特性是它有别于另一罪行的性质。侵略罪行有别于危害人类罪行,而后者又有别于战争罪行。某一罪行的严重性是从实行该罪行的情况和促使案犯犯罪的意图加以推论的。该罪行有无预谋? 犯罪之前有无准备(计谋或埋伏)? 严重性也可从驱使该个人作案的、通常称为动机的犯意加以推论。而且还可以从它的执行方式加以推论: 残忍或野蛮。一个人可能不仅有意犯罪,还在作案时对受害者造成最大限度的痛苦或折磨。因此,虽然从法律上说同样是罪行,所使用的手段和方法却因堕落和残忍的程度不同而有所不同。这一切因素应该作为法院量刑的准则。

³⁵ 《纽伦堡判决书》, p.223。

(4) 本治罪法草案的作者还没有指明对每一罪行的刑罚，因为一切取决于审判危害人类和平及安全罪行时所采用的法律制度。

(5) 在普遍管辖权的情况下，宣告对某一罪行有管辖权的每一个国家将确定可以适用的刑罚；例如，该刑罚可有最高和最低刑罚，可以或不得允许减刑或加刑的情况。

(6) 在每一情况下，法院在量刑的时候从该国规定的轻重不同的各种刑罚中确定最适当的刑罚，并且决定有否减轻或加重刑罚的情况。

(7) 另一方面，如果国际法院有管辖权，适用的刑罚应在国际法院规约中按照国际惯例确定，如国际法院规约没有作出有关规定则以另一文书确定之。总之，只是有关行为是应该受到严厉惩罚的极其严重的罪行，就不必让个人预先知道确切的惩罚。这种办法符合根据习惯国际法或纽伦堡法庭判决书以及《公民权利和政治权利国际盟约》第15条第2款³⁸中所确认的一般法律原则对罪行施加惩罚的先例。

第 4 条

国家的责任

本治罪法规定了个人对危害人类和平及安全罪行的责任这一事实不妨碍国家依国际法应有之责任的任何问题。

评 注

(1) 虽然第2条已经明白显示，本治罪法载述有关第二部分所述罪行之个人责任的事项，如同第2条评注中所指出的，的确有可能发生这样的情况：危害人类和平及安全罪行的个人是“国家的代理人”、“代表国家”、“以国家的名义”、甚至只具有与国家的实际关系而不具有任何法定权力。

³⁸ 纽伦堡判决书, pp. 49-51。

(2) 第4条中所载“不妨碍”字句载明本治罪法不妨碍国家在国际法范围内对其代理人所实行的罪行的任何责任问题。如同委员会在对国家责任条款草案第19条的评注中已经强调过的，对作为国家机关的个人的惩罚“当然不用尽由于国家机关的行为在这种情况下归于国家而要求国家对其国际不法行为承担国际责任的诉讼办法”。³⁷ 因此，国家可能还是有责任，不能以已对实行罪行的个人起诉或惩罚为由免除而免除其责任。

第 5 条

政府或上级的命令

被控有危害人类和平及安全罪行的个人系按照政府或上级命令行事的事实并不免除其刑事责任，但如国际法庭裁定合乎法理则可以考虑减刑。

评 注

(1) 由其性质本身所决定，国际法确定的罪行经常需有若干个人的直接或间接参与，其中有些人担任政府官职或军事指挥职务。大规模或有计划实行的、对国际和平与安全构成威胁，因而符合列入治罪法之标准的国际法中的严重罪行，尤属此列。

(2) 第2条所列关于个人刑事责任的诸项原则述及了个人引起直接或间接促成治罪法所涉某一罪行的责任的各种方式。第5条至第7条中关于上级命令、指挥责任和官方的地位的规定是要确保个人刑事责任的原则平等和无例外地适用于政府体制各级或军事指挥系统中的任何个人。因此，举例而言，计划或制定灭绝种族政策的政府官员、命令下级以灭绝种族行为执行此种政策或故意对此种行为不加预防或制止的军事指挥员或军官、或执行命令实行灭绝种族行为的下级人员均对实际实行灭绝种族罪行起了作用。公理要求追究此种个人的责任。

³⁷ 《1976年...年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 104，第A/31/10号文件，第19条评注第(21)段。

(3) 第5条规定的是按照政府或上级命令行事而犯罪的下级的刑事责任。制定犯罪计划或政策的政府官员和下令以犯罪行为执行此种计划或政策的军事指挥员或军官对实际犯罪负有特定责任。但是，实际犯罪的下级具有的罪责和不可缺少的作用是不能忽视的。否则，禁止国际法上之罪行的法律力量和效果就会由于这些残暴罪行的具体实施者不负任何责任或不受任何惩罚而被大为削弱，失去对潜在案犯的威慑力量。

(4) 被控犯有治罪法案涵盖的一类罪行的下级最为经常地以上级命令为自己辩护。自第二次世界大战以来，以下级执行政府或上级命令行事为由免除下级犯有国际法上之罪行责任的要求始终受到驳斥。在这方面，《纽伦堡宪章》第8条规定，“被告按照政府或上级的命令行事并不免除其刑事责任，但如本庭裁定合乎法理则可以考虑减刑。”³⁸ 受到纽伦堡法庭审判的多数主要战犯都曾以奉上级命令行事为自己辩解。纽伦堡法庭将以上级命令作为一种辩护理由的请求驳回，并声明，“本条(第8条)的规定符合万国法。士兵奉命杀人或施刑而违反国际战争法从来没有被承认为替这种野蛮行径辩解的理由，尽管按本《宪章》规定，可将这种命令用以陈请减刑。”³⁹ 自《纽伦堡宪章》以后通过的有关法律文书，包括《东京法庭宪章》(第6条)、《管制委员会法》第10号(第4条)及较为近期的《关于前南斯拉夫的国际刑事法庭规约》第7条和《关于卢旺达国际刑事法庭规约》(第6条)，均一律排除以上级命令作为辩护理由的可能。本委员会还在《纽伦堡原则》⁴⁰ (原则四)和1954年治罪法草案⁴¹ (第4条)中确认，仅以上级命令不能构成辩护理由。

(5) 虽然上级命令不能作为任何辩护理由，但《纽伦堡宪章》及前段提及的各项此后文书均承认，下级奉上级命令行事而犯罪可作为一种减刑因素，有可能因此而减轻惩罚的严厉程度。仅凭上级命令的存在是不能自动减轻惩罚的。只有在上级的命令事实上减轻了下级的罪责时，下级才可能受较轻的惩罚。例如，一名无论有无上级命令而自己就愿意参与罪行的下级，其罪责与没有上级命令是相等的。在这种情况下，上级命令的存在对该名下级的行为没有任何不当影响，相形之下，由于害怕不执行命令会给本人或其家人带来严重后果而不情愿地按照命令犯下罪行的下级与愿意参与犯罪的下级负有的罪责程度是不同的。下级为了避免不执行命令会

³⁸ 《纽伦堡宪章》，上文脚注19。

³⁹ 《纽伦堡宪章》，上文脚注20，P.53。

⁴⁰ 上文脚注22。

⁴¹ 上文脚注23。

给自己或其家人带来的严重后果而在当时的情况下不情愿地按照命令犯罪的情况可以成为使得原应实施的惩罚减轻以便考虑到程度较轻的罪责的理由。在此使用“合乎法理”的短语来表明，即使是在这种情况下，给予较轻的惩罚也必须合乎公理的利益。在这方面，主审法庭必须考虑一名下级是否有理由为避免拒不执行命令带来的后果而执行犯罪命令。因而，法庭必须对一方面是执行命令引起之后果的严重性，一方面是在当时情况下不执行命令很有可能带来之后果的严重性加以权衡。在这一尺度的一端，法庭对于不执行命令不会引起直接或其他严重后果危险时按照上级命令犯有残暴罪行的下级没有理由表现出任何宽恕。而在同一尺度的另一端法庭可以裁定，出于法理，需要对仅仅为了避免不执行命令会带来与执行命令的严重后果相等或更严重的直接或其他重大危险才按照命令犯有严重罪行的下级给予较轻的惩罚。⁴²

(6) 第5条重申的是个人刑事责任原则，根据这一原则，虽然一名下级是按照政府或上级的命令行事而犯罪，但仍应追究其危害人类和平及安全罪行的责任。第5条还重申，在合乎法理的情况下，可于量刑时将上级命令视为一种减刑因素。该文案文的基础是《纽伦堡宪章》和关于前南斯拉夫的和关于卢旺达的国际刑事法庭规约中载有的有关条款。该条的用意是重申国际法的现行规则，即个人按照政府或上级命令行事而犯罪这一事实本身并不能免除其行为的刑事责任，但在合乎法理的某些条件下，可能构成减刑的一个因素。

第 6 条

上级的责任

如果上级知道或者在当时的情况下应当知道其下级正在或将要实行危害人类和平及安全罪行，而且如果他们不在其权力范围内采取一切必要措施，以预防或制止该罪行，则该罪行系由下级实行的事实并不免除其上级的刑事责任。

⁴² 见 H. 劳特帕赫特，“万国法与惩治战争罪”，《1944年英国国际法年鉴》，第21卷p.73。

(1) 军事指挥员对其指挥下的武装部队或其控制下的其他人的行为负责。这一指挥责任得到了《1907年海牙公约》⁴³ 的确认,并在此后的法律文书⁴⁴ 中得到了重申。其中规定,武装部队的成员处于为其行为负责的一名上级的指挥之下。如果军事指挥员直接或间接促成其下级犯罪,则应为其下级的不法行为负刑事责任。如军事指挥员命令下级执行某种犯罪行为,例如杀害非武装的平民,或不许下级执行有义务执行的行为,例如不供给俘虏食物使其挨饿,则该军事指挥员直接协助了罪行的实施。第2条处理了军事指挥员在这第一种情况下的刑事责任。军事指挥员不防止或制止不法行为也间接助长了其下级的犯罪。第6条处理了军事指挥员在这第二种情况下的刑事责任。

(2) 《纽伦堡宪章》没有规定,纽伦堡法庭也没有确认军事指挥员不预防或制止下级不法行为的刑事责任。但是,第二次世界大战以后的几项法律裁决确认了这类刑事责任。美国最高法院在山下案件中对于战争法是否规定军队指挥员有义务在其权力范围内采取适当措施对其指挥下的士兵加以控制并防止其犯下违反战争法的行为的问题给予了肯定的回答。该法院认定,由于山下将军未采取此类措施,因此负有刑事责任。⁴⁵ 美国军事法庭在德军最高统帅部审判案中声明,“根据指挥授权和责任的基本原则,一名军官在自己的下级执行他明知有罪的上级犯罪命令时袖手旁

⁴³ 1907年10月18日在海牙签署的《陆战法规及惯例公约》所附规章第1条,Bevans第一卷,p.631。

⁴⁴ 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(下称第一号附加议定书)第43条,1977年6月8日,联合国条约汇编,第1125卷,p.3;及《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(下称第二号附加议定书)第1条,1977年6月8日,联合国条约汇编第1125卷,p.609。

⁴⁵ 见“审判战犯的法律报告”,(15卷汇编,联合国战争罪委员会编写)(伦敦,英国文书局,1947-1949年)第四卷,p.43;及“美国报告”(华盛顿特区),第327卷(1947年),pp.14-15。

观即违反了国际法中的道义义务。他这样做无法洗清自己的国际责任。”⁴⁶此外，美国军事法院在人质审判案中声明，“对于一名军长的下属军官执行其命令的行为和该军长知道或应当知道的行为，必须追究该名军长的责任”。⁴⁷东京法庭裁定，所有负责者有义务确保囚犯得到正常待遇并防止其受到虐待。⁴⁸

(3) 个人只是在有采取行动的法律义务和不履行此项义务引起犯罪结果时才有对不行为的刑事责任。第一附加议定书第87条中规定了指挥员对其下属之行为的义务。该条确认，军事指挥员有义务防止和制止其下属违反国际人道主义法的行为。该条还确认，军事指挥员有义务在适当的情况下对其下级人员中被指称为犯罪者的人采取纪律或惩处措施。第一附加议定书第86条阐明了对不预防或制止其下级非法行为的军事指挥员追究责任的个人刑事责任原则。关于前南斯拉夫的和关于卢旺达的国际刑事法庭规约中也载有这项原则(分别为第7条和第6条)。

(4) 第6条确认了在合乎一定标准时上级对下级的危害人类和平及安全罪行负责的个人刑事责任。这条案文的依据是前一段中提到的三项文书。条文在开始处提到，下级犯下罪行不免除其上级本身助长犯罪的责任。该条确认，上级对于直接参与第2条列明的犯罪行为负有刑事责任，还确认，追究下级的犯罪责任并不免除其上级不履行义务预防或制止这种罪行而可能负有的任何刑事责任。视情况而定，上级制止下级违法行为的义务包括对被指称为犯罪者的人采取纪律或惩处措施。关于前南斯拉夫的和关于卢旺达的国际刑事法庭规约中明示确认了对从事违法行为的下级不履行惩治义务的上级的刑事责任。上级个人刑事责任原则仅适用于其下级或其控制下的其他人的行为。因而，上级仅在不预防或制止此种个人违法行为时才负有刑事责任。提及“其上级”是表明，这项原则不仅适用于一名下级的直接上级，而且如合乎必要的标准，也同样适用于下级在军事指挥系统或政府各级中的其他上级。提及“上级”即足以涵盖军事指挥员或处于类似指挥地位并对其下级实行相似程度控制

⁴⁶ “审判战犯的法律报告”第十二卷，p.75。

⁴⁷ 见《纽伦堡军事法庭根据管制委员会法第10号对战犯的审判》(1946年10月至1949年4月，纽伦堡)(15卷本)(华盛顿特区，美国政府出版局，1949-1953年)，第7号案件，第九卷，p.1303。

⁴⁸ “审判战犯的法律报告”，第十五卷，p.73。

的其他文职官员。⁴⁹ 另外，“危害人类和平及安全罪”的提法表明，上级对下级违法行为的责任不仅涉及战争罪行，而且也涉及到第二部分所列明的其他罪行。

(5) 第6条为确定上级是否对下级的不法行为负有刑事责任规定了两条标准。第一，上级必须是知道或在当时的情况下应当知道其下级正在或将要犯罪。这一标准表明，上级在两种不同的情况中可能有引起刑事责任的犯罪意图。在第一种情况中，上级实际上知道下级正在或将要犯罪。在此种情况下，按有关同谋的一般刑事法原则，可把上级视为同谋犯。在第二种情况中，上级对相关情况有足够的了解，足以使他在当时情况下得出他的下级正在或将要犯罪的结论。在这种情况下，上级并不实际知道下级策划或犯下的不法行为，但是他对相关情况有足够的一般性了解，使他能够得出情况正是如此的结论。对于清楚表明其下级犯罪可能性的情报置若罔闻的上级，由于不做出合理努力去了解使他应采取适当措施的必要情报而严重失职，没能履行他预防或制止此种行为的职责。如第一号附加议定书第86条评注所述，“这并不意味着每一渎职案都是刑事罪……渎职的严重性必须达到无异于恶意的程度”。⁵⁰ “应当知道”的措词引自特设法庭的规约，应把它理解为与第一附加议定书中“有情报使其能够得出结论”的短语具有相同的含意。委员会决定使用前一短语，以求确保把第一条标准中的这项内容解释为客观而不是主观性的。

(6) 第二项标准是，上级不采取其权力范围内的一切必要措施预防或制止下级的罪行。这第二项标准的依据是，上级有义务指挥和控制下级。上级只有在本来能够采取必要措施预防和制止下级的不法行为但没有这样做时才负有刑事责任。这项标准承认，军事指挥员知道或应当知道下级的不法行为但不能加以预防或制止的情况可能会发生。委员会决定，必须在上级当时有采取预防或制止罪行的法定职权并有采取此种措施的实际可能时，方产生上级的责任。因此，如果上级没有采取从这两方面看均不可能采取的行动，则没有刑事责任。

⁴⁹ “令人遗憾的是，历史上文职官员犯有战争罪的例子比比皆是，因而涉及到的不仅仅是军事指挥官。” Claude Pilloud 及其他，关于1949年8月12日日内瓦四公约1977年6月8日附加议定书的评注，对第一附加议定书的评注，p. 1010，脚注16（引文省略）（1987年）。

⁵⁰ 第一附加议定书的评注，p. 1012。

第 7 条

官方地位和责任

有危害人类和平及安全罪行的个人,即便是以国家元首或政府首脑的身份行事,其官方地位并不免除其刑事责任或宽减其刑罚。

评 注

(1) 如第5条评注所述,危害人类和平及安全罪行的条件经常是,需要有身居政府要职,能够为实行特别严重和大规模的行为制订计划或政策的人参与其事。为了实行这些罪行,需要有权力使用或批准使用基本的毁灭手段和调集执行犯罪所需要的人力。计划、煽动、批准或命令犯下此类罪行的政府官员不仅为犯罪提供了手段和人力,而且还滥用了赋予其本人的权威和权力。因此,可以把这种政府官员看作比实际犯罪的下级具有更加严重的罪责。对于从某些方面看负有治罪法下最大罪责的个人,如果听任他们援引国家主权,躲在因其官职而赋予的豁免后面逃避惩处,将是自相矛盾的,主要是因为此种野蛮罪行震憾着人类的良知,违反了最基本的国际法规则,威胁到了国际和平与安全。

(2) 《纽伦堡宪章》不允许用包括国家元首在内的个人官方地位为国际法中的罪行辩护,也不将此作为确定量刑时的减刑因素。其中第7条规定:

被告的官方地位,无论是国家元首还是政府部门的负责官员,不得被视为免除其责任或减刑的因素。⁵¹

(3) 根据这条规定,纽伦堡法庭驳回了若干被告提出的国家行为申辩和豁免申辩,裁定这不是有效的辩护或给予豁免的理由:

据称……所涉行为是一种国家行为,执行者并没有个人责任,而是在国家主权理论的保护之下。本庭认为,(这种说法)必须予以驳回。

……在一定情况下对国家代表给予保护的国际法原则不能适用于被国际法判定为刑事罪的行为。此种行为的实行者不能躲在其官方地位的背后逃避通过适当诉讼给予的惩罚。

⁵¹ 见上文脚注 19。

……本宪章的核心实质是，个人具有超越个别国家规定之国民服从义务的国际义务。如果国家在授权行动时超出了国际法sh 的权限范围，按照国家授权采取行动而违反了战争法的人不能得到豁免。⁵²

(4) 自《纽伦堡宪章》以来通过的有关文书一向将个人官方地位排除在可为国际法中之罪行辩护的理由之外，其中包括《东京法庭宪章》(第6条)、⁵³《管制委员会法》第10号(第4条)及较近期的关于前南斯拉夫和关于卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第7和6条)。本委员会在《纽伦堡原则》⁵⁴(原则三)和1954年治罪法草案⁵⁵(第3条)中也确认，此种辩护不能成立。

(5) 第7条重申了个人无论在犯罪时居于何种官职，均应追究其危害人类和平及安全罪行的责任这一个人刑事责任原则。本条的案文与《纽伦堡宪章》和关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约所载有关规定相似。“即便是以国家元首或政府首脑的身份行事”的短语重申，本条中的原则适用于官方地位最高因而具有最大决定权的个人。

(6) 第7条的用意是，防止实行了危害人类和平及安全罪的个人援引其官方地位作为赦免其责任或取得任何豁免的客观借口，即使他声称构成犯罪的行为是履行其职务的行为。纽伦堡法庭在判决书中确认，在一定情况下保护国家代表的国际法原则不适用于在国际法中构成犯罪的行为。因此，个人不能援引其官方地位来避免此种行为的责任。纽伦堡法庭还在判决书中确认，国际法中的罪行的实行者不能援引其官方地位逃避通过正常诉讼给予的惩罚。就有关司法诉讼中的起诉或惩罚而言没有任何程序性豁免是没有任何实质性豁免或辩护理由的一个基本必然结果。⁵⁶不许个人援引其官方地位逃避罪行责任，却允许他援引同样的理由逃避这一责任的后果是自相矛盾的。

⁵² 《纽伦堡判决书》，pp. 52-53。

⁵³ 上文脚注19。

⁵⁴ 上文脚注22。

⁵⁵ 上文脚注22。

⁵⁶ 国际刑事法庭的司法诉讼是个人不能以其官方地位援引任何实质性或程序性豁免来逃避起诉和惩罚的正常司法诉讼的典型实例。

(7) 委员会决定,从身居此种职位的个人在治罪法涵盖之罪行中的特殊责任看,将官方地位考虑为一种减刑因素是不恰当的。因此,本条明确排除把官方地位作为减刑因素的可能。几乎所有相关的法律文书也都不承认个人官方地位是对国际法下之罪行确定量刑时的一个减刑因素,包括《纽伦堡宪章》、管制委员会法第10号及各国际刑事法庭的规约。《东京法庭宪章》是表示在符合法理时可将官方地位考虑为减刑因素的唯一法律文书。

第 8 条

管辖权的确定

在不妨害国际刑事法院管辖权的情形下,每一缔约国应采取必要措施确定其对第17、第18、第19和第20条所载罪行的管辖权而不论这些罪行的实施地点或实施者为何。对第16条所载罪行的管辖权应归于国际刑事法院。但不排除由第16条中所指的一国就该条所载罪行审判其国民。

评 注

(1) 第8条是载于第一部分之内述及与执行本治罪法有关的程序和管辖权问题的一系列条款中的第一条。在这方面,第8条作为首要事务处理的是,建立法院的管辖权,结合第二部分第16至20条所列罪行定义适用第一部分第2至7条所载个人刑事责任和刑罚原则,以确定个人对本治罪法涵盖之罪行的责任,并在适当情况下确定刑罚的问题。

(2) 第8条建立了两种不同的管辖制度,第一种处理第17至20条所列的罪行,第二种处理第16条所列之罪行。第一种制度为第17至20条所列之罪行,即灭绝种族、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行及战争罪行,规定了国家法院与一个国际刑事法院的并行管辖权。另一种制度对第16条所载的侵略罪行规定了国际刑事法院的专有管辖权,但有受到限制的例外。对本治罪法涵盖的除第16条所述之外的罪行,委员会决定采用一种如下所述基于国家法院和国际刑事法院并行管辖权的综合性办法实施本治罪法。

(3) 在二十世纪即将结束之时,世界上仍然极为经常地发生引起整个国际社会关注的最为严重的罪行,包括灭绝种族、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人

员罪行及战争罪行。自第二次世界大战以来,世界各国为了对付这些特别严重的罪行通过了一些多边公约。有关的公约至少局部依靠国家管辖权对案犯起诉和惩治(例如,1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》(下称《灭绝种族罪公约》)第六条、⁵⁷ 1949年保护战争受难者的日内瓦四公约(《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(下称第一号日内瓦公约)第49条、⁵⁸《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(下称第二号日内瓦公约)第50条、⁵⁹《关于战俘待遇之日内瓦公约》(下称第三号日内瓦公约)第129条⁶⁰和《关于战时保护平民之日内瓦公约》(下称第四号日内瓦公约)第146条⁶¹)、1973《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(下称种族隔离公约)第五条、⁶²和1994年《关于联合国人员和有关人员安全公约》⁶³第14条)。

(4) 明文规定可由国际刑事法院审判和惩治罪犯的只有两项公约,即《灭绝种族罪公约》(第六条)⁶⁴和《种族隔离公约》(第五条)。⁶⁵但是,这两项公约规定了国际法院的并行而不是专有管辖权,从而还设想国家法院审判和惩治罪犯的作用。委员会在最近拟订的国际刑事法院规约草案中也选择了国际刑事法院的并行管辖权,辅助而不是排除国家法院的管辖权。⁶⁶与此相似,关于前南斯拉夫和卢旺达

⁵⁷ 联合国条约汇编,第78卷,P.277。

⁵⁸ 联合国条约汇编,第75卷,P.31。

⁵⁹ 联合国条约汇编,第75卷,P.85。

⁶⁰ 联合国条约汇编,第75卷,P.85。

⁶¹ 联合国条约汇编,第75卷,P.287。

⁶² 大会第3068(XXVIII)号决议附件。

⁶³ 大会第49/59号决议附件。

⁶⁴ 联合国条约汇编,第78卷,P.277。

⁶⁵ 大会第3068(XXVIII)号决议附件。

⁶⁶ 见规约草案序言,A/49/10号联合国文件第26页。

的国际刑事法庭规约^{67 68}也规定了国际法庭与国家法庭的并行管辖权。因此,国际社会于确认国家法院在执行国际刑事法方面发挥作用具有的持续重要性的同时,也确认了国际刑事法院在这方面可发挥的重要作用。从实际角度看,国际刑事法院单靠自己实际上不可能审判和惩治犯有国际法中之罪行的不计其数的个人,这不仅是因为近年来此种罪行频繁发生,而且还在于此种罪行的发生往往是一种总的计划或政策的一部分,涉及到大量个人参与对于众多受害者实施的系统化或大规模罪行。

(5) 委员会认为,为了有效实施本治罪法,应以尽量宽广的国家法院管辖权加上可能的国际刑事法院管辖权为基础综合处理管辖权问题。因此,本条以普遍管辖权原则和国际刑事法院对本治罪法第二部分第17至20条所列罪行的管辖权为依据,建立了本治罪法所有缔约国国家法院的并行管辖权原则。这种方法一方面承认,在国际社会的目前发展阶段不存在一个常设的国际刑事法院,另一方面也认识到,大会最近决定召开筹备委员会会议,就委员会拟订的常设法院规约草案继续开展工作。⁶⁹

(6) 第8条的第一项规定确定了本治罪法缔约国国家法院与国际刑事法院对第二部分第17至20条所列罪行的并行管辖权原则。关于国家法院的管辖权,本条第一项规定是确定缔约国有义务引渡或起诉被指控犯有此种罪行的个人的第9条的必然结果。在这方面,这一规定的用意是确保羁押国对此种个人采取第二种办法来履行其引渡或起诉义务的可能性。对于羁押国而言,这种办法是由本国主管部门在本国法院对该个人起诉。只有在羁押国的法院对第17至20条所列罪行有必要的管辖权,使得该国能够选择起诉这一替代办法时,这一规定才有意义。如果没有此种管辖权,羁押国就会被迫接受向其提出的任何引渡要求,这有悖于引渡或起诉义务的互替性质,在这种互替性义务之下,羁押国没有准予引渡的绝对义务。另外,在没有此种管辖权的情况下,如果羁押国没有收到任何引渡要求,被控犯罪的人就会逃脱起诉,这样就会使为有效起诉和惩办罪犯而向羁押国提供备用管辖权这一不引渡即审判原则的根本宗旨受到严重破坏。

⁶⁷ 《起诉1991年以来在前南斯拉夫境内严重违反国际人道主义法者国际法庭规约》(下称关于前南斯拉夫的国际刑事法庭)第9条,S/25704号联合国文件。

⁶⁸ 《起诉1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内实行灭绝种族罪行和其他严重违反国际人道主义法行为者及在邻国实行灭绝种族罪行和其他此类违法行为的卢旺达公民的国际刑事法庭规约》(下称关于卢旺达的国际刑事法庭规约),安理会第995(1994)号决议。

⁶⁹ 大会第50/46号决议。

(7) 对本治罪法涵盖的罪行的管辖权首先是由国际法确定的,其次是由国内法确定的。关于国际法,任何缔约国依照第9条所列“普遍管辖权”原则,有权对其领土内被控应对第17至20条列明的国际法中之罪行负责的个人行使管辖权。本条第一项规定中使用了“不论这些罪行的实施地点或实施者为何”的短语,以避免对关于此种罪行的普遍管辖权的存在产生任何怀疑。

(8) 关于灭绝种族罪行,委员会注意到,《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第六条)将国家法院对此种罪行的管辖权限制在罪行发生于其境内的国家。而本条之下的规定将国家法院对第17条所列灭绝种族罪行的管辖权延伸到了本治罪法的每个缔约国。委员会认为,由于灭绝种族罪具有国际法中之罪行的特点,对于未加入《公约》的国家来说,从习惯法看存在着有于此的普遍管辖权,因而不受《公约》含有的限制,所以,这种延伸是合理的。令人遗憾的是,在自《公约》通过以来的半个世纪当中,国际社会一再发生《公约》规定的有限制管辖制度不能行之有效地起诉和惩治应对灭绝种族罪负责的个人的情事。虽然《公约》有着各项基本目标,但这类人不受法律制裁的现象简直成了规律而不是例外。另外,这种不受制裁使得禁止灭绝种族罪失去了威慑效力这一刑法的基本要素,因为在多数情况下,追究个人责任和惩治此种罪行的原则没有任何实际落实的可能。没有一个《公约》第六条所指的国际刑事法庭仅仅是造成这种不幸状况的部分原因。从实际角度看,《公约》不可能使近年来在不同的时候和不同的地方应对实行种族灭绝罪负责的所有个人受到起诉和惩治。委员会认为,需要有一个较为有效的管辖权制度,使得禁止种族灭绝这一给人类带来惨重后果并威胁国际和平与安全的国际法中最为严重的罪行具有实际的意义。

(9) 本项规定的用意是,通过确保每一缔约国的国内法适当地体现依照普遍管辖权原则对第17至20条列明的罪行的管辖权,使缔约国有权行使此种管辖权。“应采取必要措施”的短语考虑到了各国的宪法和关于行使司法管辖权的其他国家法律规定各不相同的情况,以灵活的措词界定了缔约国的相关义务。因此,一缔约国须按照本国法律的有关规定采取任何使其能够对第17至20条列明的罪行行使管辖权的必要措施。

(10) 此外，本项规定还意在要求一缔约国采取任何可能必要的程序性或实质性措施，使其能够在具体案件中对被控应对第17至20条所列罪行负责的个人有效行使管辖权。⁷⁰第8条大体上沿用了委员会拟订的关于防止和惩治对外交人员和其他受国际保护者的罪行草案第2条第3款。如对该项规定的评注第(11)段所述，其用意是，“就实质性和程序性刑法而言，广义地规定管辖权的行使。为了消除对此的任何可能疑问，委员会决定列入关于确定管辖权的与海牙和蒙特利尔公约及罗马草案⁷¹中相同的一项具体规定。”⁷²

(11) 确认本治罪法缔约各国的国家法院对第17-20条所列罪行的普遍管辖权原则并不排除国际刑事法院对这些罪行实行管辖的可能性，如第一项规定的起始句所述，这“不妨害国际刑事法院管辖权”。将国际刑事法院对第17-20条所列罪行的可能管辖权拟定为一种不受妨害条款是考虑到，在国际法律制度中尚不存在对本治罪法所列罪行具有管辖权的这样一种法院，这与关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭不同，这两个法庭对于各自规约所列的罪行具有管辖权。这两个法庭的管辖权涵盖了本治罪法第二部分所列国际法中的许多罪行，但并没有作为本治罪法范围内的危害人类和平及安全罪行处理。因此，本项规定乃至本治罪法并不适用于受各自规约制约的这两个法庭。

⁷⁰ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》第五条就此作了如下规定：“缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。”联合国条约汇编第78卷，p.277。各项关于保护战争受难者的日内瓦公约也都含有同样的规定，按此规定，缔约国“担任制定必要之立法，俾对本身犯有或令人犯有严重破坏……行为的人，予以有效的刑事制裁”。第一号日内瓦公约第49条、第二号日内瓦公约第50条、第三号日内瓦公约第129条、第四号日内瓦公约第146条。

⁷¹ 《1972年国际法委员会年鉴》第二卷，p.335。

⁷² 同上，p.336。

(12) 本项规定设想了国际刑事法院对第17-20条所列罪行的并行管辖权,用于充实为国家法院设想的对此类罪行的管辖权,因而增强了本治罪法在这方面的有效实施。在本条当中没有处理国家法院管辖权或国际法院管辖权何者优先的问题,因为这个问题毫无疑问将会在国际刑事法院的规约中加以处理。“国际刑事法院”是指,根据《公民权利和政治权利国际盟约》(第14条第1款)确认的被告由合格的、独立的和无偏倚的法庭审判的权利而依法设立的此种法院或法庭。另外,还应把这一名称理解为在国际社会支持下设立的一个法院。国际刑事法院只有得到了国际社会的广泛支持才有可能对本治罪法涵盖的罪行有效行使管辖权,从而减轻而不是加剧这些罪行对于国际和平与安全构成的威胁。本项规定设想了在国际社会的广泛支持下建立的一个国际法院的管辖权,而没有说明这样一个法院的设立方法。在这方面,委员会注意到,联合国正在结合本委员会1994年通过的国际刑事法院规约草案审议这一问题。

(13) 本条第二和第三项规定含有关于第16条所列侵略罪行的另外一种管辖权制度。这种管辖权制度规定国际刑事法院对侵略罪有专属管辖权,唯一的例外是,实行侵略的国家对其国民的本国管辖权,“国际刑事法院”一词在本条第一项和第二项规定中就为第17至20条所列罪行和第16条所列罪行而设想的不同管辖权制度而言具有同样的含义,因此,就第一种管辖权制度讨论的国际刑事法院标准在这个问题上同样适用。

(14) 本条第二项规定建立了国际刑事法院确定应对第16条所列侵略罪负责的个人的责任并酌情加以惩处的专属管辖权原则,唯一的例外是下文加以讨论的本条第三项规定承认的例外,这一专属管辖权原则产生于侵略罪具有的独特性质,个人参与此种罪行的责任要看其是否参与了足以严重违反《联合国宪章》第二条第4款对某些国家行为的禁止而定。由国家进行的侵略是个人参与侵略罪责任的必要条件。如果没有国家进行侵略,个人就不可能引起这种罪行的责任。因此,如果不把国家侵略问题作为一个首要问题加以考虑,法院就无法确定这种罪行的个人刑事责任问题。由一国的国家法院确定另一国是否进行了侵略将有悖于国际法中之地位平等,互不支配的根本原则。另外,由一个国家的国家法院行使管辖权,审议另一个国家是否进行了侵略,将会对国际关系和国际和平与安全产生严重影响。

(15) 本条第三项规定确认了除国际刑事法院在第2种侵略罪管辖权制度之下的专属管辖权以外单一的国家管辖权。根据这项规定可在国家法院中对个人进行侵略罪审判的唯一国家是第16条提到的国家,即其领袖参与了侵略行为的国家。这是能够在不需要由另一个国家也审议侵略问题的情况下确定此种领袖侵略罪责任的唯一

国家。因此,这样一个国家的国家法院可以根据本治罪法或可能适用的国家刑法的有关规定确定个人的侵略罪责任。由有关国家的国家法院确定其领导人参与侵略罪责任,对于国家和解进程来说可能是至关重要的。另外,一国国家法院对其国民的侵略责任行使管辖权不会对国际关系或国际和平与安全带来在同一方面行使国家管辖权所具有的不同负面后果。如果所进行的诉讼不符合必要的独立和无偏倚标准,在国家法院进行的诉讼将不能预先排除国际刑事法院根据第12条第2款(a)项(二)对一罪不二审原则的例外进行此后的审判。由于国家法院的侵略罪管辖权是对国际刑事法院专属管辖权的有限例外,是以允许性而不是义务性的措词制定的,缔约国没有根据本条就这种罪行建立国家法院管辖权的相应义务。

第 9 条

引渡或起诉的义务

在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情形下,在其领土上发现据指控有第17、第18、第19或第20条所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。

评 注

(1) 本治罪法第8条设想,就首先是第17-20条所列罪行和其次是第16条所列罪行建立两种分离的管辖权制度。在第一种情况下,缔约国的国家法院有权按照普遍管辖权原则对灭绝种族、危害人类罪行、危害联合国人员及有关人员罪行和战争罪行行使尽可能广义的管辖权。另外,国际刑事法院有权根据其规约对这些罪行行使并行的管辖权,在第二种情况下,国际刑事法院对侵略罪有专属管辖权,唯一的例外是实行侵略的国家的国家法院管辖权。第9条处理的是,一缔约国对被指控犯有第二部分除侵略以外的罪行的个人按照为第17-20条所列这些罪行设想的管辖权制度进行引渡或起诉的义务。如下所述,本条并未述及在任何一种管辖权制度下将本治罪法涵盖的任何罪行的个人案犯移交给国际刑事法院,或根据第二种管辖权制度的例外将侵略罪的个人案犯引渡给实施侵略的国家的国家的问题。

(2) 第9条确定的一般性原则是,被控犯有第二部分第17-20条所列罪行的个人所在领土的任何国家有义务引渡或起诉案犯。上一条评注中所提到的若干项有关公约体现了不引渡即审判的原则。这一原则的根本目的是,规定主管的司法机关对犯

有特别严重罪行的个人进行有效的起诉和惩治,以确保将其绳之以法。

(3) 案犯所在领土的羁押国被规定有义务起诉或引渡。⁷³ 羁押国有义务采取行动,确保此种个人受到该国国家主管部门或以请求引渡表示愿意起诉该案的另一个国家的起诉。由于案犯在其领土之内,羁押国处在一个确保本治罪法得到实施的独特位置上。因此,羁押国有义务采取必要和合理的步骤缉拿任何案犯,并确保主管的司法机关对此种个人进行起诉和审判。引渡或起诉的义务适用于羁押“被控犯有罪行的个人”的国家。这一短语是指并非按照证据不足的指控,而是按照有关的事实材料被鉴别出的个人。

(4) 关于提起刑事起诉或批准引渡请求所需要证据的足够程度,各国的国家法律制度不同,羁押国在有充分证据表明对其境内的案犯进行起诉属国内法事务时,除非决定批准所收到的引渡请求,有义务对此种个人进行起诉,对于本治罪法涵盖的罪行,排除有些法律制度所承认的,案犯以提供证据或协助起诉另一名罪行被认为较为严重的个人作为交换,可被免于起诉的控方自行决定权。国际法中的罪行构成受到整个国际关注的最为严重的罪行。对于本治罪法涵盖的危害人类和平及安全罪来说,尤为如此。允许一个国家给予犯有灭绝种族这类国际法中罪行的个人免受惩治的权利不符合整个国际社会的利益。第15条的评注讨论了在确定适当量刑时将与合作方进行合作作为一个相关的减刑因素加以考虑的问题。

(5) 提起国家刑事诉讼所需要达到的证据充分程度由国内法决定,多项双边和多边条约则处理了批准引渡请求所需要的证据充分程度问题。就引渡所需要的证据充分程度而言,引渡条约范本(第5条第2款(b)项)要求起码包括“请予引渡的罪行陈述并说明构成指控罪行的行为或不行为,包括犯罪的时间和地点”。⁷⁴ 在这方面,关于保护战时受难者的1949年日内瓦诸公约含有的有关规定都提到了“表面上证据确凿的案件”的概念。⁷⁵

⁷³ 关于保护战时受难者的各项1949年日内瓦公约明确规定“有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏……之人”,第一号日内瓦公约第49条、第二号日内瓦公约第50条、第三号日内瓦公约第129条、第四号日内瓦公约第146条。

⁷⁴ 大会第45/116号决议附件。

⁷⁵ 第一号日内瓦公约第49条、第二号日内瓦公约第50条、第三号日内瓦公约第129条、第四号日内瓦公约第146条。

(6) 羈押国可在两种行动之间作出选择,其中每一种行动的用意均以起诉被控罪犯为结果。羈押国可以通过批准另一国提出的引渡案犯请求或以在本国法院起诉该名个人来履行自己的义务。第9条没有规定任何一种行动的优先地位。羈押国可自行决定是否按照收到的引渡请求将个人移交给另一管辖机关进行审判,或在本国法院审判案犯。按照第一种办法,羈押国可通过批准收到的引渡请求履行自己的义务,从而将起诉有关案件的责任移交给了提出请求的国家。但是,如果羈押国愿意责成自己的部门对于该案进行起诉,则不需要批准引渡请求。另外,如果羈押国收到了多个国家的多重请求,则不必优先考虑任一特定国家的引渡请求。一读通过的条款草案建议,对于罪行在其领土上发生的国家提出的请求应当予以特别考虑。特别报告员在二读时建议,应当在一项具体的规定中列明优先考虑案犯所在国的请求。但是,起草委员会认为,目前将此编纂成文的时机尚不成熟。因此,羈押案犯的国家有确定案件将在何处受到起诉的斟酌决定权。羈押国在这方面的斟酌决定权符合关于引渡的条约范本(第16条)。

(7) 羈押国可按照第二种办法,通过在本国法院对案犯进行起诉履行自己的义务。案犯在其领土内的任何缔约国有权对案件进行审判,无论罪行在何处发生,或案犯和受害人属何种国籍。案犯的人身存在是羈押国行使管辖权的充分依据。这种刑事管辖权的例外依据往往被称为“普遍性原则”或“普遍管辖权”。在没有提出引渡请求的情况下,羈押国没有选择余地,只能将案件提交给本国主管部门进行起诉。这一备用义务是,在没有替代性的国家或国际管辖机关时,案犯受到主管管辖实体即羈押国的起诉。

(8) 第9条的引言部分确认羈押国可采取第三种替代行动,履行自己确保在其领土上查到的案犯受到起诉的义务。羈押国可将案犯移交给国际刑事法院起诉。第9条没有述及允许或要求羈押国采取这种行动的案件,因为这将由未来法院的规约决定。本条只是规定,一国起诉或引渡犯有本治罪法第17-20条所列罪行人的义务并不妨碍此种缔约国可能具有的将此种个人移交给国际刑事法院的权利或义务。出于同样原则,第9条没有述及将据指控有侵略罪行的个人按照第8条设想的另一种管辖权制度移交给国际法院的问题。另外,该条也没有述及根据国际法院对此种罪行的专属管辖权的有限例外,将犯有同一罪行的个人引渡给实行侵略的国家的的问题。第8条中关于侵略罪的例外性国家法院管辖权是以允许性而不是义务性的措词拟定的。将由各个缔约国决定是否规定本国法院对此种罪行的管辖权和是否在与其它国家的双方或多边引渡协定中列入此种罪行。

(9) 为了便利和确保任何一种选择办法的有效实施,第10条和第8条还进一步阐述了本条之下引渡或起诉案犯的义务。

第 10 条

案犯的引渡

1. 如果各缔约国之间的任何现行引渡条约未将第17、第18、第19和第20条所述罪行列为可引渡的罪行,应将这些罪行视为包括在这些条约中的可引渡的罪行。各缔约国承诺在将来彼此间所签定的每一项引渡条约中都将这些罪行列为可引渡的罪行。

2. 以订有引渡条约作为引渡条件的缔约国,如接到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求,可自行决定视本治罪法为就这些罪行进行引渡的法律根据。引渡应依照被请求国法律规定的条件办理。

3. 不以订有引渡条约作为引渡条件的缔约国应承认这些罪行是彼此之间可引渡的罪行,但应依照被请求国法律规定的条件办理。

4. 对各缔约国彼此之间进行引渡来说,其中每一项罪行应视为不但发生于实际犯罪地点,而且发生于任何其它缔约国境内。

评 注

(1) 第8条和第10条的规定是第9条规定的必然结果。第9条在替代办法中拟定了缔约国“引渡或起诉”的义务,以便为羁押国在其领土上查到案犯时提供两种可能的行动办法,即(1) 批准另一缔约国将案犯引渡至其境内进行审判的请求,或(2) 在本国法院起诉案犯。设想羁押国收到了引渡请求,只有在它能够实施这两种行动中的任何一种时,才真正能在这两种办法之间作出选择。因此,第8条和第10条阐述了羁押国实施这两种可能行动的问题。

(2) 第10条规定的用意是,使羁押国能够选择和有效实施第一种替代办法。但是,这些规定没有表示对任何一种行动办法的倾向性。羁押国可通过批准力图对被指控有第二部分第17-20条所列罪行的案犯进行审判的另一缔约国的引渡请求履行自己的义务,本条的目标是确保羁押国有必要的法律依据批准引渡请求,从而在各种不同的情形中履行自己在第9条下的义务。第1款阐述的是,有关缔约国之间具有有

效引渡条约,但不涵盖要求引渡所涉罪行的情况。第2款处理的是,根据被请求国的法律,引渡以有引渡条约为条件,而在提出引渡请求时没有此种条约的情况。第3款处理的是,根据有关缔约国的法律,引渡不以订有条约为条件。在所有这些情况下,第9条都为羁押国批准引渡请求提供了必要的法律依据。

(3) 根据一些条约或国内法,羁押国只能批准罪行发生的所在国提出的引渡请求。另外,若干反恐怖主义公约含有一些规定,目的在于无论是否有任何此种限制,都确保羁押国能够批准有义务就有关罪行确立起首要管辖权的一些国家提出的引渡请求。⁷⁶ 较为近期的关于联合国人员和有关人员安全的公约也保证了羁押国批准有意在允许的基础上,例如在消极人格原则基础上行使管辖权的国家提出的此种请求的可能性。⁷⁷ 第4款保证了羁押国批准本治罪法任何缔约国就第二部分所涉罪行提出的引渡请求的可能性。这种范围较宽的办法符合每一缔约国根据第8条就第17-20条所列罪行确定其管辖权的一般性义务,其进一步合理性还在于,本治罪法不赋予任何特定国家首要管辖权,也不在多项引渡请求中建立优先顺序。

(4) 第10条大体上照录了《联合国人员和有关人员安全公约》第15条的案文。在其它一些公约中也有类似的规定,包括《关于制止劫持航空器的公约》(第8条)、⁷⁸ 《关于制止危害民用航空安全的非法行为公约》(第8条)、⁷⁹ 和《禁止劫人为质国际公约》(第10条)。⁸⁰

⁷⁶ 关于人质公约第10条第4款,以下列措词提出了这些规定是否也适用于力求以允许为基础行使管辖权的国家的问题:“海牙公约及此后的每一项反恐怖主义公约都增列了这项规定,以便涵盖条约和国内法可能存在任何规定,要求仅以罪行发生在请求国领土之内为条件准予引渡的情况。不妨指出,这种设想仅涉及到需按第5条第1款建立首要管辖权的国家。这种设想似乎不会涉及到已经根据该项规定在允许的基础上,即根据消极人格原则并对居住在其领土内的无国籍人建立起了管辖权的国家。” Joseph J. Lambert, 《国际法中的恐怖主义和人质--关于1979年人质公约的评注》, P.243(引言省略)。

⁷⁷ 大会第49/59号决议,附件

⁷⁸ 联合国条约汇编, Vol.680, p.112。

⁷⁹ 联合国条约汇编, Vol.974, p.177。

⁸⁰ 大会第34/146号决议,附件。

第 11 条

司法保证

1. 被指控有危害人类和平及安全罪行的个人在被证明为有罪之前应推定为无罪，应不受歧视地享有对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度保证，并应有权：

- (a) 在一个根据法律正式建立的有管辖权的、独立和公正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) 以他所懂的语文迅速详尽地获悉对自己提出的控诉的性质与理由；
- (c) 具有必要的时间和便利条件为自己的辩护做好准备，并与自己选择的律师联系；
- (d) 不过分迟延地接受审判；
- (e) 在本人出庭的情况下接受审判，并亲自或通过自己选择的法律协助为自己辩护；如果没有法律协助，应通知他有权获得法律协助；如果他无力支付法律协助的报酬，则应免费为他提供法律协助；
- (f) 讯问控诉证人或使其接受讯问，并在适用于控诉证人的同样条件下使辩护证人出庭并接受讯问；
- (g) 如果他不懂或不会说法庭所使用的语文，应免费得到口译员的协助；
- (h) 不被迫作不利于自己的证明或供认有罪。

2. 已被判罪的个人应有权要求对其定罪和刑罚依法进行复审。

评 注

(1) 1954年的治罪法草案并没有涉及在对被控犯有其中提及的罪行者进行调查和起诉方面应遵循的程序。该项治罪法草案被设想为一项实体刑法文书，由国内法院或在可能情况下由国际刑事法院依照主管的国内或国际管辖机构的程序和证据规则加以适用。

(2) 刑事诉讼程序规则和证据规则在各种法系中都极为复杂，而且不尽相同。各种国内管辖机构的诉讼程序规则和证据规则缺乏一致性，其原因在于这些规则主要在国家一级采用，目的是便利和管理国内法院在某一国法律制度下的司法裁判。此外，一些特设国际刑事法庭曾依照为每一个此种法庭通过的专门的程序规则和证

据规则行事。因此,在缺乏一个统一的刑事诉讼程序和证据法规的情况下,进行诉讼所需的程序和证据规则是为各类法院专门制定的,因而有所不同。委员会在拟订国际刑事法院规约草案时,曾在协调大陆法系和英美法系中各种不同的刑事诉讼规则方面遇到困难。

(3) 委员会的立场是:被控犯有本治罪法所载罪行的人应依照主管的国内或国际法院的诉讼程序和证据规则得到审判。尽管各管辖机构的诉讼程序和证据规则有差异,每个法院或法庭均须遵守最低限度正当程序标准,以确保司法裁判妥为进行,并确保尊重被告的基本权利。在司法裁判和受到公正审判的权利方面,有着各种国家、区域和国际标准。一特定法院或法庭必须适用这些标准。委员会认为,有必要确保对犯有治罪法所涉罪行的个人的审理依照最低限度正当程序国际标准进行。

(4) 第二次世界大战后成立的纽伦堡法庭确认被控犯有国际法中之罪行的人有权受到公正审判这项原则。《纽伦堡宪章》第14条规定了一些统一的诉讼规则,目的是确保每一位被告都能得到公正审判。⁸¹ 纽伦堡法庭在判决书中确认被告有权受到公正审判,判决书指出:“关于本法庭的设立,被告有权要求的,是根据事实和法律得到公正的审判。”⁸² 委员会在制订《纽伦堡原则》时,确认了被控犯有国际法中之罪行者受到公正审判这项总原则。原则五规定,“任何被控犯有国际法中之罪行的人都有权根据事实和法律得到公正的审判。”⁸³

(5) 关于任何被控犯有罪行的人有权受到的待遇和关于据以客观地确定被告有罪还是无罪的诉讼条件的原则,在第二次世界大战后通过的一些国际和区域文书中得到了确认和进一步发展,这些文书有:《公民权利和政治权利国际盟约》(第十四条);⁸⁴ 《欧洲保护人权与基本自由公约》(第6条和第7条);⁸⁵ 《美洲人权公约》(第5、第7、第8条);⁸⁶ 《非洲人权和人民权利宪章》(第7条);⁸⁷ 1949年《日内瓦

⁸¹ 《纽伦堡宪章》第14条。

⁸² 《纽伦堡判决书》,p.48。

⁸³ 《1950年……年鉴》第二卷,p.375。

⁸⁴ 《联合国条约汇编》,第999卷,p.171。

⁸⁵ 《联合国条约汇编》,第213卷,p.221。

⁸⁶ 《联合国条约汇编》,第1114卷,p.123。

⁸⁷ 《国际法律材料》,第21卷,p.59(将编入《联合国条约汇编》,第1520卷,p.…)。

四公约》(第三条,为四项公约所共有);⁸⁸日内瓦四公约第一号(第七十五条)和第二号(第六条)附加议定书。⁸⁹

(6) 委员会认为,象本治罪法这样一项具有普遍性的文书,应当规定遵守《公民权利和政治权利国际盟约》第十四条提出的正当程序和公正审理的国际标准。因此,第11条沿用了《盟约》第十四条的一些基本条款,目的是规定对因治罪法所载的危害人类和平及安全罪而受到一国内法院或一国际法院审理的人适用这些基本司法保证。但是,为了本治罪法的目的,《盟约》的一些条款被省略或略为修改,省略或修改的原因见下文。

(7) 第1款指出了适用第11条规定的司法保证的范围。这些保证将适用于“被指控有危害人类和平及安全罪行的个人”。该条款用非限制性措词拟定,目的是表明不论哪个法院或法庭被要求审理有此种罪行的个人,该条款都能适用。

(8) 起首条款还规定,被控有治罪法所涉罪行的个人就该项指控而言被推定无罪。起诉方有责任依据事实和法律证明该个人应对所涉罪行负责。如果法院并不确信起诉方已经履行其举证责任,则法院必须判定该个人没有被指控的罪行。这种无罪推定是与《盟约》第十四条第二款相一致的。

(9) 该条款还意图确保第11条所列的最低限度司法保证将平等地适用于任何被控有治罪法所涉罪行的人。每一个被控有刑事罪的人作为人类都有权得到公正审判。“应不受歧视地享有对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度保证”这句话确认在对确保公正审判至关重要的基本司法保证方面,法律将提供平等的保护。这句话被拟定为一项不歧视条款,目的是强调禁止任何歧视。“法律和事实”一语应理解为与“可适用的法律”和“事实的确定”有关。在接受公正审判的权利方面法律的平等保护原则与《盟约》第十四条第三款相一致。

⁸⁸ 《日内瓦第一项公约》,《联合国条约汇编》,第75卷,p.31;《日内瓦第二项公约》,《联合国条约汇编》,第75卷,p.85;《日内瓦第三项公约》,《联合国条约汇编》,第75卷,p.135;《日内瓦第四项公约》,《联合国条约汇编》,第75卷,p.287。

⁸⁹ 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(下称第一号附加议定书),1977年6月8日,《联合国条约汇编》,第1125卷,p.3;《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(下称第二号附加议定书),《联合国条约汇编》,第1125卷,p.609。

(10) 第1款的起首条款中采用了“最低限度保证”一语,以表示第1款(a)项至(h)项所列的司法保证清单并非详尽无遗。因而,被控有治罪法规定的罪行的人除了得到该条款列明的保证之外,还能得到其他保证。此外,所列的每一项保证均属于公正审判方面的最低限度国际标准,并不排除在清单所包括的保证方面提供更广泛的保护。

(11) 第1款(a)项提出了被告接受由一个拥有管辖权、独立、公正并且依法妥为设立的法院进行的公正和公开审判的基本权利。接受公开审判的权利将诉讼置于公众监督之下,以防诉讼出现任何程序偏差。不过委员会注意到,《盟约》第十四条第一款规定,在少数特殊情况下,法庭可以不让公众或新闻界旁听或者采访审理活动。法庭的管辖权是法庭进行审理并对案件作出有效判决的权限的先决条件。为了确保依据事实和法律公正客观地断定对被告的指控的是非曲直,法庭的独立性和公正至关重要。法庭必须妥为依法设立,以确保法庭的法律权限并使其妥为执法。本项条文引用了《盟约》第十四条第一款。

(12) 一读时通过的第1款(a)项的案文明确提到了一个“根据法律或条约”设立的法院,目的是考虑到今后有可能依据一项条约设立一个常设国际刑事法院。鉴于依照安理会根据《联合国宪章》第七章通过的一项决议设立了两个特设国际刑事法庭,委员会删去了“根据条约”一语。委员会确认,据以设立国际刑事管辖机构的方式多种多样。为了公正审判所需司法保证的目的,基本的要求是法院“根据法律正式建立。”

(13) 第1款(b)项保证被告有权迅速、切实并且足够详细地得知对他的指控。这是为了使被告能够为自己辩护的一系列权利中的第一项权利。必须使被告迅速得知对他的指控,以使被告在初审阶段就能对指控作出反应,并有足够的时间准备辩护。必须使被告切实得知指控的性质和原因,以便能够充分理解被指控的违法行为并对指控作出反应。这就需要被告能理解的语文极为详细地将指控告知被告。本项条文引用了《盟约》第十四条第三款(甲)项。

(14) 第1款(c)项旨在确保被告有充分的机会和必要的手段有效地行使辩护权利。要使这项权利具有意义,就必须确保被告得到准备辩护并在审理过程中进行辩护所需的时间、便利以及法律咨询。委员会强调,被告与律师进行联系的自由将同样适用于被告选择的或法庭依照第1款(e)项提供的辩护律师。本项条文引用了《盟约》第十四条第三款(乙)项。

(15) 第1款(d)项保证被告有权不过份迟延地接受审判。已被指控但尚未被定罪的人不应由于司法程序中任何不合理的拖延而在很长时间内被剥夺自由或者承受

被控有违法行为这一负担。国际社会以及治罪法所涵盖的严重罪行的受害者也强烈希望正义能够尽快得到伸张。本项条文引用了《盟约》第十四条第三款(丙)项。

(16) 第1款(e)项规定被告有权在审理过程中出庭并为自己辩护。被告在审理过程中出庭的权利和为自己辩护的权利之间的关系很密切。被告在审理过程中出庭,能使其查看文件证据或其他物证,知道起诉方证人身份,并听取起诉方证人所说的不利于他的证词。为了使被告能够进行辩护,必须使其得知在法庭出示的用以支持对他的指控的证据。被告可以自己在法庭上进行辩护,也可以请由他选择的律师在法庭上为他辩护。

(17) 在有些情况下,虽然被告愿意请律师提供法律协助为他辩护,但他无力支付律师费。在这种情况下,被告有权得到法庭指派的辩护律师提供的法律协助,无需支付此种协助的费用。没有请律师的被告必须被告知他有权请法庭指派律师并在没有足够能力支付律师费的情况下免费得到法律协助。本项条文以《盟约》第十四条第三款(丁)项作为依据。本条款并没有采用《盟约》中“在司法利益有此需要的任何情况下”这一限定性语句,也没有采用“在任何此种情况下”这一相关的句式。委员会认为,鉴于本治罪法涵盖的是极为严重的罪行,还鉴于相应的惩罚也很可能极为严厉,辩护律师的指定,不论是由被告指定还是依职权由法庭来指定,在任何情况下都是必要的。

(18) 第1款(f)项旨在确保被告有权针对审理过程中证人提出的证词进行辩护。该项规定保证被告有机会对控诉证人进行讯问。该项规定还保证被告有权要求辩护证人出庭,并对这些证人进行讯问,讯问的条件与起诉方讯问其证人的条件相同。本项条文引用了《盟约》第十四条第三款(戊)项。

(19) 第1款(g)项规定,如果被告听不懂或不会说法庭的审理所用的语言,被告有权免费得到口译员的协助,以使其能够了解审理情况。为了有效行使辩护权,被告必须能够听懂审理过程中为支持对他的指控而提供的证词或其他证据。此外,被告有权作出陈述,并且,如果被告不会说或者听不懂法庭审理所用的语言,被告还有权免费获得口译员的协助,以使他能够作出陈述。被告得到口译员的协助的权利既适用于初审法院的审理,也适用于诉讼的所有阶段。本项条文引用了《盟约》第十四条第三款(己)项。

(20) 第1款(h)项禁止使用威胁、酷刑或其他胁迫手段来迫使被告在审理过程中作出不利于自己的证明,也禁止使用这类手段来取得供词。使用胁迫性措施迫使个人作出有罪的供述意味着剥夺了正当程序,也是与正当执法相违背的。另外,用此种手段获得的任何信息是否可靠极为令人怀疑。本项条文引用了《盟约》第十四条

第三款(庚)项。

(21) 第2款规定,被判定犯有治罪法所涵盖的罪行的任何个人都有权要求依法对定罪和判刑进行复审。本条款在一读通过时并没有考虑到上诉权。《纽伦堡宪章》并没有规定被告有权就一项定罪或判刑向上级法庭提出上诉。纽伦堡法庭是作为最高国际刑事管辖法庭设立的,目的是审判欧洲轴心国的重大战犯。⁹⁰当时没有负责对该法庭的判决进行复审的“上级法庭”。委员会在《盟约》以及安全理事会设立的关于前南斯拉夫和卢旺达国际刑事法庭规约中注意到了纽伦堡审判以来关于确认刑事案件中的上诉权的法律发展。还应当指出的是,委员会拟定的国际刑事法院规约草案规定了上诉权。委员会认为,鉴于治罪法所涉罪行性质严重而且相应的惩罚也极为严厉,有必要为被判定犯有治罪法所涉罪行的人规定上诉权。上诉权既适用于初审法院的定罪,也适用于此种法院判处的刑罚。本项条文引用了《盟约》第十四条第五款。为避免引起混淆,《盟约》中采用的“较高级法庭”一语没有在本项条文中得到采用,原因是上诉可能由组成单一“法庭”的属于同一司法机构的一部分的上级法庭受理,如同由安全理事会设立的两个特设法庭那样。上诉权的实质是,已定罪者有权要求“上级司法机关对不利的判决和刑罚进行复审,该机关依法有权进行此种复审,并酌情推翻判决或修改刑罚,其裁决具有法律约束力。本条款并没有涉及某一国家或国际刑事审判系统的等级结构,原因是国家刑事审判系统由有关国家的国内法加以规定,而国际刑事审判系统则由规定设立国际法庭或法院的组成文书加以规定。

第 12 条

一事不再理

1. 任何人不得就已由一个国际刑事法院对其最终定罪或宣告无罪的危害人类和平及安全罪行而受审。

2. 已就危害人类和平及安全罪行由一个国家法院最终定罪或宣告无罪的个人,即不应就该罪行再度受审,但下列情况除外:

⁹⁰ 《纽伦堡宪章》第1条。

- (a) 由国际刑事法院受理,如果:
 - (一) 作为该国家法院审判和判决之主题的行为已由该法院定性为普通罪行而不是危害人类和平及安全罪行;或
 - (二) 该国家法院的诉讼不公正或不独立、蓄意使被告逃避国际刑事责任、或不曾认真追究此案。
- (b) 由另一国的国家法院受理,如果:
 - (一) 作为前一判决的主题的行为发生在该国境内;或
 - (二) 该国是该罪行的主要受害国。

3. 如果一个人随后按本治罪法被定罪,法院在判刑时应将国家法院对这个人的同一行为所判处并已执行的任何刑罚扣除。

评 注

(1) 刑法规定了个人必须遵守的行为标准,个人如果违反这项标准,就会被起诉并受到惩罚。每个国家都希望切实执行刑法,对违犯刑法的个人进行起诉并给予惩治,同样,国际社会也希望确保犯有治罪法所涵盖的国际罪行的个人受到审判并得到惩治。

(2) 第8条设想由国际法院和治罪法缔约国的国内法院对第二部分17条至20条所列罪行实行共同管辖,这就使得一个人有可能因同一罪行而受到不止一次的审理和惩罚。此外,对于第16条所列的侵略罪,此种可能性也不能完全排除,因为根据第8条的规定,所设想的国际刑事法院对此项罪行的专属管辖权并不排除由实施侵略的国家的国内法院行使管辖权这一有限的例外。不同国家的国内法院以及国际刑事法院进行多次审判的可能性引起了一事不再理原则是否应在国际法中得到适用这一问题。委员会确认,这一问题既涉及理论方面也涉及实际方面。从理论角度来看,有人指出,这项原则可在国内法中得到适用,在国家间关系中执行这项原则会引起一国应否尊重另一国宣布的最终判决这一问题,原因是国际法并没有规定各国负有义务承认某一外国作出的刑事判决。从实际角度来看,有人指出,一国可以为犯下危害人类和平及安全罪并且在其领土上的个人提供保护,办法是进行一次假审判,将其无罪开释,或者将其定罪,判处与罪行的严重性根本不相称的刑罚,但此种刑罚将使其能够在另一国被定罪或受到更严厉的惩罚,尤其不在罪行发生地国或罪行的主要受害国被定罪或受到更严厉的惩罚。

(3) 为了使被指控犯有罪行者不因同一罪行而受到不止一次的起诉或惩治,有必要在国际法中适用一事不再理原则。这项基本保证能为个人提供保护,使其不因同一罪行而受到某一国家的多次起诉或惩罚,《公民权利和政治权利国际盟约》规定了这项保证(第十四条第七款)。不应该轻率地要求已经受到适当审判并被宣告无罪的人再次经历刑事起诉的折磨。此外,已经受到正式审判并被定罪的人所受的与罪行相称的惩罚应当只是一次。不止一次地因同一罪行对某一个人实施此种惩罚会超出司法的要求。

(4) 委员会决定在本条款中列入一事不再理原则,但规定了几项例外,这几项例外旨在处理对这项原则的各种关切。委员会恰当兼顾了尽最大可能维持一事不再理原则的完整性这一需要和正当执法方面的需要。委员会指出,关于前南斯拉夫国际刑事法庭规约和关于卢旺达国际刑事法庭规约分别在第10条和第9条中规定了这项原则在国际一级的适用问题。委员会还指出,这项原则已被列入国际刑事法院规约草案(第42条)。

(5) 第12条对在个人是先由国际刑事法院对其进行审判还是先由国内法院对其进行审判这两种不同情形之下针对治罪法所涵盖的罪行适用一事不再理原则作了规定。

(6) 第1款涉及的情形是:一个人已经因治罪法所涵盖的罪行而得到国际刑事法院的审判,并且已经被定罪或者被宣告无罪。在这一情形中,一事不再理原则完全并且毫无任何例外地适用于国际刑事法院的裁决。因而,已经因治罪法中的罪行而得到国际法院审判的个人不能因同一罪行而再次受到任何其他法院的审判,不论该法院是国内法院还是国际法院。制定该款旨在考虑到今后可能设立一个国际刑事法院这一情况,该法院将负责治罪法的实施。在这里,“国际刑事法院”一词用来指负责因治罪法中的罪行而对所涉个人进行审判、由治罪法缔约国或整个国际社会设立或在治罪法缔约国或整个国际社会的支持下得到设立的一个国际法院,正如在第8条评注中所讨论的那样。

(7) 第1款和第2款都使用了“最终定罪或宣告无罪”这一短语,目的是表示一事不再理原则仅适用于根据对被告指控的是非曲直所作出的最终裁决,不能就这项裁决提出进一步上诉,该裁决也不能得到复审。具体而言,“宣告无罪”一词用来指在根据案件的是非曲直作出判决后宣告无罪而不是由于履行诉讼手续而宣告无罪。

(8) 第2款涉及的情形是:一个人已经由于某项罪行而得到某一国内法院的审判并且已被该法院定罪或宣告无罪。该款规定,一个人不得因源自曾是国内法院先前刑事诉讼案由的同一作为(或不作为)的一项治罪法中的罪行而受审。第12条第1

款在国际刑事法院的判决方面没有确认一事不再理原则有任何例外,但该条第2款在国内法院的判决方面则没有要求同样严格适用这项原则。第2款针对国内法院的判决申明了这项原则,但同时考虑了某些有限的例外情形,这些情形列于(a)项和(b)项。

(9) 第2款规定一事不再理原则适用于国内法院根据案件的是非曲直作出的不能进一步上诉或得到复审的最终裁决。这项原则对最终定罪的应用并不要求实行相称的惩罚或者完全或部分执行此种惩罚。未能实行与罪行相称的惩罚或未能采取步骤执行某种惩罚可能表明执法方面存在弄虚作假问题。委员会决定尽最大可能在本款中保留一事不再理原则,并在第2款(a)项(二)分项规定的这项原则的例外情形之下处理执法过程中可能存在的弄虚作假问题。

(10) 第2款(a)项确认了一个人在国内法院先前已作出判决的情况下可能因治罪法中的罪行而在国际刑事法院受审的两种例外情形。首先,如果一个人因一项“普通”罪而不是治罪法中的一项更为严重的罪行而在国内法院受到审判,该个人可能因作为国内法院先前审理的案由的同一行为所引起的一项危害人类和平及安全罪而受到国际刑事法院的审判。在这种情况下,该个人并没有因同一罪行而受到审判或惩罚,而是因没有包含其犯罪行为的全部程度的一项“较轻的罪行”而受到审判或惩罚。因此,根据第2款(a)项(一)分项中的同一行为,一个人可因凶杀罪而受到国内法院的审判,还可能因灭绝种族罪而再次受到国际刑事法院的审判。

(11) 其次,如果“该国家法院的诉讼不公正或不独立、蓄意使被告逃避国际刑事责任、或不曾认真追究此案”,一个人可因治罪法所列的由同一行为引起的一项罪行甚至因作为国内法院先前裁决的案由的同一罪行而受到国际刑事法院的审判。在这种情况下,由于国家主管当局在对案件进行起诉或审判过程中滥用权力或者执法不当,该个人并没有因同一行为或同一罪行而得到适当的审判或惩罚。国际社会不应当被要求承认一项由于刑事审判程序遭到严重违反而产生的裁决。应当指出,这些例外仅允许有一个国际刑事法院在随后开展审理活动。第2款(a)项(二)分项与关于前南斯拉夫和关于卢旺达的国际刑事法庭规约所载相应条款(分别为第10条第(2)款和第9条第(2)款)相似。

(12) 第2款(b)项确认一个人在尽管先前已由一国的国内法院作出裁决的情况下可因治罪法中的一项罪行而在另一国国内法院受审的两个例外情形。这两个例外情形确认,尽管治罪法的任何缔约方都有权案犯进行审判,但有两类国家在确保罪犯切实得到审判和惩治方面有着特殊利益。首先,作为犯罪地点的国家强烈希望切实有效地对犯罪者进行审判和惩治,因为罪行是在由该国管辖的境内犯下的。发生地

国在这方面受罪行的影响要比其他国家更为直接。其次,作为罪行主要目标的国家也强烈希望对犯罪者进行切实有效的审判和惩治,此种国家的国民是罪行的主要受害者,其利益受到了直接和相当大的影响。与其他国家相比,作为罪行“主要受害者”的国家由于所涉罪行而遭受的伤害更大、更为直接。第2款(b)项(一)和(二)分项规定,发生地国或受害国或其国民属于受害者的国家可就治罪法所列罪行对所涉个人提起刑事诉讼,即使该个人已因同一罪行而在另一国的国内法院受到审判。上述两类国家如果认为先前的裁决并没有恰当地评判所涉行为或其严重性,都可以选择在事后提起诉讼。如果这两类国家确信正义已经得到伸张,则它们都没有义务提起诉讼。

(13) 第3款要求在随后的审判中给犯有治罪法所列罪行的个人定罪的法院在酌情判处刑罚时考虑到由于先前的审判而就同一罪行或同一行为已经对该个人判处并已执行的刑法的程度。法院在考虑到先前的刑罚执行的程度时,可采用两种方式。第一,法院可对治罪法所列的个人判处同他在随后审判中被定罪的罪行完全相称的刑罚,并顾及已经执行的刑罚进一步宣判尚待执行的刑罚。第二,法院可以确定与罪行相称的刑罚,然后判处较轻的刑罚,以反映先前已执行的刑罚。就第二种做法而言,法院仍可宣布完全相称的刑罚,以表明正义已得到伸张并在惩治已被判定犯有治罪法所涉罪行人员方面寻求某种程度的一致性。如果国内法院或国际刑事法院随后进行定罪,本款将在同等程度上得到适用。本款与关于前南斯拉夫和关于卢旺达的国际刑事法庭规约所载相应条款(分别为第10条第(3)款和第9条第(3)款)相似。

第 13 条

不溯及既往

1. 任何人不得因本治罪法生效前的行为而被依照本治罪法定罪。
2. 本条的任何规定不排除对任何人的、在实行时根据国际法或国内法构成犯罪的任何行为进行审判。

评 注

(1) 刑法的基本目的是禁止、惩治并阻止据认为性质十分严重,足以使其(包括不作为)被定为罪行的行为。此种法律规定了一个行为标准,以指导个人随后的行

为。基于一项在个人决定作出某种行为或不作出任何行为的时候并不存在的标准来判定该个人的行为是否合法,显然是没有道理的。就个人在决定作出某项行为或不作出某项行为之时并没有被禁止的某项行为或不作为对该个人进行审判和惩治显然是不公正的。禁止追溯适用刑法反映在法无明文不为罪这项原则中。一些国际文书都采用了这项原则,这些文书有:《世界人权宣言》(第十一条第二款)、《公民权利和政治权利国际盟约》(第十五条第一款)、《欧洲人权公约》(第7条第(1)款)、《美洲人权公约》(第9条)、以及《非洲人权和人民权利宪章》(第7条第(2)款)。

(2) 就本治罪法而言,第13条确认了刑法的不溯及既往原则。如果将治罪法适用于在该法生效之前犯下的罪行,这项原则就会遭到违反。制定第1款是为了不使该原则遭到违反,办法是将治罪法的适用限于在该法生效之后的行为。因此,由于“在治罪法生效之前”的行为而“依照本治罪法”就某项罪行对所涉个人进行审判乃至定罪,是不允许的。

(3) 本款仅适用于就“依照本治罪法”被确定为罪行的某一行为对个人提起的刑事诉讼。该款并不排除依照另一项法律依据就治罪法生效前的行为对个人提起此类诉讼。例如,在治罪法生效前有灭绝种族行为的个人不能因这项文书的危害人类和平及安全罪而受到审判。然而,可以一项单独和截然不同的法律为依据,就同一行为对该人提起刑事诉讼。可以就国际法(《防止及惩治灭绝种族罪公约》)、习惯法或国内法中的灭绝种族罪或国内法中的谋杀罪对该个人进行审判并惩治。第二款述及利用国际法或国内法提供的独立的法律依据就治罪法生效前的行为提起刑事诉讼的可能性。

(4) 本条中所扼述的不溯及既往原则也适用于比罪行发生时可以适用的刑罚还重的刑罚的实施。

(5) 在拟定第13条第2款时,委员会有两个考虑。一方面,委员会不希望本治罪法所载的不溯及既往原则妨碍以别的法律为依据——例如基于一国加入的先于治罪法而存在的某项公约,或者按照习惯国际法对在治罪法生效前的行为提起诉讼的可能性。因此委员会拟定了第2款所列的条文。另一方面,委员会并不希望这种较大的可能性过于灵活地得到利用,以致于可能引起以故意模糊的法律为依据来提起诉讼这一问题。为此,委员会在第2款中倾向于采用“根据国际法”这一表达方式而不是诸如“根据一般国际法原则”这类较不具体的表达方式。

(6) 第2款还设想了依照先于治罪法而存在的国内法就某项罪行对个人提起诉讼的可能性,但是,“国内法”一词应理解为指的是适用符合国际法的国内法。

第 14 条

抗 辩

主管法院应按照每一罪行的特性决定是否允许依照一般法律原则抗辩。

评 注

(1) 本条规定,由主管法院决定在危害人类和平与安全罪的具体案件中,被告可能提出的任何抗辩是否可以接受的问题。它规定,主管法院应依照“一般法律原则”履行这一任务,并考虑到每一罪行的特性。

(2) 这一条的题目是“抗辩”。不同的法律制度以不同方式划定被告可对一项犯罪指控提出答辩的范围。有些国家的法律制度在正当理由(*faits justificatifs*)和辩解(*faits excusatoires*)之间作了区分。因此,自卫是一种正当理由,从各方面排除了有关行为的犯罪特性。相反,胁迫--如对某项犯罪接受此辩解--则只是一种辩解,可能用来为某一被告申辩。其他的法律制度则没有作这种系统的划分,而采用一般性的说法“辩护”,既包括正当理由,也包括辩解。第14条拟包括所有这类辩护。

(3) 主管法庭在作出第14条要求的决定时,必须考虑两个标准。第一,法院必须根据一般法律原则考虑被告提出的抗辩是否有效。这第一条标准把对《治罪法》范围内罪行可能提出的辩护,限于在国内法和国际法中对类似严重犯罪可以接受的那些确定和普遍承认的抗辩。第二,被告因在一具体案件中所犯罪行的性质而被指控犯有《治罪法》范围内的罪行,法院必须考虑对该项罪行提出的抗辩是否适当的问题。

(4) 《纽伦堡宪章》不承认对危害和平罪、战争罪和危害人类罪的任何抗辩。开释某些被告的依据,是法庭作出的结论认为没有充分的证据以必需的确凿程度确定那些人犯有对他们指控的罪行。⁹¹ 这涉及举证责任,而不是前面第2段中所讲意义上的抗辩。

⁹¹ 例如,纽伦堡法庭裁定被告Schacht被指控的罪名不成立,因为公诉人对有关罪行定义的主要内容提供的证据不足以为确定其罪责排除一切合理怀疑。《纽伦堡判决书》p.137。

(5) 纽伦堡审判以来,国际社会通过了一系列有关的公约,这些公约也没有承认对罪行的任何抗辩。1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》重申了对灭绝种族罪的个人刑事责任原则,而未承认对该项罪行提出任何抗辩的可能。1949年的《日内瓦四公约》和更近的1977年公约《第一附加议定书》,均承认对严重违反《公约》和《议定书》的个人刑事责任原则,也未承认对那些违反行为的任何抗辩。1973年的《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》承认对种族隔离罪的个人刑事责任原则,而未承认该项罪行的任何抗辩。

(6) 联合国战争罪行委员会编辑整理了第二次世界大战结束后9个国家进行的将近2,000次战争罪行审判的司法决定以及一些国家通过的有关立法,对国际法中的罪行可以接受抗辩或减轻罪行的情况得出了一些结论。⁹² 将由主管法庭决定,具体案件中的事实是否构成本条所言的抗辩,或根据第二次世界大战的判例法及以后法律方面的发展,构成第15条下使罪行减轻的情况。

(7) 对一项罪行最典型的抗辩,是自卫。重要的是,要区别刑法中自卫的概念和《联合国宪章》第51条中自卫的概念。刑法中自卫的概念可免除一个人对另一个人采取暴力行为的责任,否则该行为将构成犯罪,如谋杀。而在《联合国宪章》下的自卫概念是指一个国家为行使单独或集体自卫的固有权利而合法地使用武力,因此不构成该国的侵略。由于一个国家的侵略行为是根据第16条使个人对侵略罪行承担责任的必要条件,在国家未采取必要的相应行为的情况下,不能判定个人对该项罪行负责,第16条的评注中对此有所论述。

(8) 第二次世界大战之后进行的一些战争罪行审判,承认自卫可作为一种抗辩。联合国战争罪行委员会的结论是:“在对战争罪行的审判和根据国内法进行的审判中,可在适当情况下提出自卫作为辩护而取得胜诉。”⁹³ 因对另一个人的暴力

⁹² 《……法律报告书》第十五卷,p.155。

⁹³ 《……法律报告书》第十五卷,p.177。1947年在德国的英国军事法庭审判Willi Tessman等人的军法官,阐述了有效自卫辩护的一般要求:“法律允许一个人为了挽救自己的生命而果断地结束另一个人的生命,但必须是在万不得已的情况下。他必须是在没有退路的情况下,反击和干掉向他进攻的人;当然还必须考虑其他一些因素,如被告手持的武器性质如何,进攻的人是否持有任何武器等等。换句话说,是不是在万不得已的情况下?在结束另一个人的生命之前,他是不是已经没有退路了?”同上。

犯罪造成死亡或严重身体伤害而受到起诉的被告,可以提出自卫的抗辩。自卫的概念可免除被告因对另一个人使用武力造成死亡或严重伤害承担刑事责任,如果该使用武力的行为乃为避免另一个人对他本人的生命造成直接威胁或严重伤害所必须。《联合国人员和有关人员安全公约》中的保留条款(第21条),明确承认个人采取自卫行动的权利。⁹⁴

(9) 对国际法规定的罪行提出抗辩,常常讨论的一个问题,是“上级的命令”。条文中的第5条明确规定,上级的命令不能作为抗辩的理由;第7条的情况类似,不许被告以其官方身份为理由提出抗辩。但上级的命令有时可以在另外的威胁或强迫问题上成立。

(10) 二次大战后进行的一些战争罪行审判,承认威胁或强迫可以作为抗辩或减轻罪行的情况。⁹⁵ 联合国战争罪行委员会认为,威胁一般必需具备三个基本要素,即:“(a) 被起诉的行为是为了避免严重而无法弥补的直接危险;(b) 没有其他适当的办法逃避;(c) 采用的手段与罪恶相比并不过分。”⁹⁶ 虽然《纽伦堡宪章》和判决书排除了单纯以上级命令作为抗辩的理由,但上级命令的事实在确定是否存在以受到威胁为理由提出有效抗辩的必要条件方面,则可成为一个重要因素。在这方面,纽伦堡法庭认为:“军人接受命令,违反有关战争的国际法杀人或实施酷刑,这种情况从未被认为可构成对那种野蛮行为的抗辩,尽管此处的《宪章》规定,在减轻处罚方面可强调命令的问题。在大多数国家的刑法中都可不同程度地找到真正的检验标准,即不是有无命令,而是事实上是否有可能从道义上作出选择。”⁹⁷ 显然,在一定程度上对发布或执行命令负有责任或其参与的程度超出了命令中的要求的个人

⁹⁴ 大会第49/59号决议附件。见M.-Christiane Bourloyannis-Vrailas,“联合国人员和有关人员安全公约”,《国际法和比较法季刊》第44卷,pp.560、586-87。

⁹⁵ 进行“Einsatzgruppen”审判的美国军事法庭作过如下陈述:“应立即说明,没有一项法律要求一个清白无辜的人为了避免犯下他对之加以谴责的罪行,而必须放弃他自己的生命或受到严重伤害。但对他的威胁必须是迫在眉睫的、实在的和不可避免的。一个人在一枝装有子弹的枪对准他的脑袋时,被迫抠动致命的扳机,没有任何法庭会给予惩罚。”《法律报告书》第十五卷,第174。

⁹⁶ 《法律报告书》,第十五卷,p.174。

⁹⁷ 《纽伦堡判决书》,pp.53-54。

不能对他的行为提出被剥夺作出道义选择的辩解。⁹⁸ 被控犯有各种罪行的被告可以用受到威胁作为辩解。对特别严重的犯罪,如杀害一个无辜的人,即使受到极端的威胁,它是否可以作为有效的抗辩或减罪情节,对此也有不同的观点。这个问题需要考虑,是否一个人为了挽救另一个人可以理所当然地杀人,换句话说,救人采用的办法,根据第三个要素,是否从根本上与杀害另一个人的罪恶不成比例。⁹⁹ 威胁不能作为解除一个人所有罪责的有效抗辩,但却可以作为减轻罪责的情节,导致给予较轻的处罚。

(11) 二次大战后进行的一些战争罪行审判,在非常有限的情况下承认军事需要可以作为抗辩或减轻罪责的情节。进行“统帅部审判”的美国军事法庭,否定了军事需要可作为对战争罪行的一般抗辩¹⁰⁰,和作为对某些类型战争罪行——如“从被其占领的领土强行征募劳工……用于军事行动”——的抗辩的理论。然而,法庭承认,军事上之必要可作为对劫掠罪责的抗辩,因为禁止这种无军事上之必要的行为是有

⁹⁸ 审判I.G.Garben一案的美国军事法庭,对上级命令是否可用来确定“危急情况的抗辩”有效,有如下论述:“从对IMT、Flick和Roehling判决书考虑,我们推论,上级军官的命令、法律或政府的法令不能作为危急情况抗辩的理由,除非在命令的执行中它具有使执行者无法在自己的行为上作出合乎道义的选择。因此,在寻求援引‘危急情况抗辩’的当事人自己应对该项命令或法令的存在或执行负责、或他对命令或政令的参与超出了其中的要求,或者是由于他自己的倡议的情况下,危急情况抗辩便不能成立。”《纽伦堡军事法庭战犯审判》,第八卷,p.1179。联合国战争罪行委员会根据法庭审理的指称的事实,把该案中审议的辩解定性为强迫或威胁,而不是危急情况。《法律报告书》,第十五卷,pp.155-157和170-171。

⁹⁹ 例如,1946年在德国的加拿大军事法庭主持审判Robert Holzer等人的军法官说:“在罪行不具有严重性质时,对于以‘被迫’作为抗辩的理由,不会有疑问。但杀害无辜的人永远得不到辩解。”《法律报告书》第十五卷,p.173。1948年在德国的英国军事法庭主审Valentin Fuerstein等人的军法官也表示,不能以受到强迫和威胁作为杀害他人的理由。同上。

¹⁰⁰ “对这个问题(军事上之必要的说法),我们确信这种观点将使战争不再具有任何人道和尊严以及任何法律,本法庭拒绝接受这种论点,认为它违背文明国家所接受的惯例。”《法律报告书》,第十二卷,p.93。

明文规定的。¹⁰¹ 同样,进行“劫人为质案审判”的美国军事法庭,在国际法的规则方面,驳回了以军事上之必要提出的抗辩,国际法规则没有明确承认任何这样的例外。¹⁰² 另一方面,法庭以军事上之必要的例外情况为理由,宣布被告 Rendulic 对恣意破坏私人 and 公共财产的指控无罪,这种例外在有关的《海牙条例》中有明确规定。¹⁰³ 联合国战争罪行委员会的结论是,以军事上之必要的理由作为抗辩或减轻罪行的情况,更多的是遭到拒绝而不是得到接受,“统帅部审判”和“劫人为质案审判”是两个突出的例外。¹⁰⁴

¹⁰¹ 美国军事法庭讨论了对破坏行为罪责的军事危急状况抗辩,情况如下:“海牙规则和战争惯例禁止的破坏行为是无军事上之必要的行为。这个规则是足够明确的,但是,对于什么构成军事上之必要的实际确定是难于着手的。本案被告们常常在他们的指挥有被切断之严重危险的艰苦条件下进行撤退。在这种情况下,指挥官必须迅速作出决定以符合他的指挥的特殊情况。在这种情况下,必须给予他充分的自由。在这种情况下,什么构成无军事上之必要的破坏需要有军事行动上的和策略上的证据。我们不认为,在本案中,有充分的证据可供确定涉案的任何被告的罪责。”《法律报告书》,第十二卷,pp. 93-94。

¹⁰² “军事上之必要或权宜之计不能成为违反成文规定的理由。国际法是限制性的法律。1907年的《海牙条例》第46、47和50条都没有为其执行作这种例外规定。即使是在军事上之必要或权宜之计与之相悖的情况下也必须尊重其中规定的无辜人民的权利。《法律报告书》第八卷,pp. 66-67。

¹⁰³ “《海牙条例》禁止‘破坏或夺取敌产,除非这种破坏或夺取是在战争需要的紧迫情况下。’第23条(g)项。《海牙条例》是国际法的强制性规定。其中的禁止包含控制,高于性质最为紧迫的军事上之必要,除非《条例》本身另有明文作出的相反规定。撤退中的军队破坏会给敌方带来帮助或方便的公共和私人财产,可作为第23条(g)项中所载例外的情况。”《法律报告书》,第八卷,p. 69。

¹⁰⁴ 《法律报告书》,第十五卷,p. 176。

(12) 第二次世界大战后进行的一些战争罪行审判也承认事实的错误是可能的抗辩或减罪情况。联合国战争罪行委员会认为：“然而，事实的错误可在战争罪行的审判中作为抗辩，如同它可在国内法院的审判中作为抗辩理由一样。”¹⁰⁶ 为了提出事实的判断错误，必需有与罪行的要素有关的重要事实。此外，事实的错误必须是合理和诚实的错误，而不是故意忽略明显的事实造成的。¹⁰⁶

(13) 国际法中没有说明个人承担刑事责任所需的最低年龄。尽管如此，主管法院可能必须作出决定，是否应考虑到在指称的罪行发生时被告年轻，和在具体的案件中构成抗辩或减罪情节。¹⁰⁷ 联合国战争罪行委员会没有对二次大战后进行的战争罪行审判中被定罪人的年龄作逐一分析，但指出，在其中的部分审判中被定罪和受到审判的，有年龄仅为15岁者。¹⁰⁸

第 15 条

减罪情况

法院在判刑时应按照一般法律原则酌情顾及减罪情况。

¹⁰⁶ 《法律报告书》，第十五卷，p.184。

¹⁰⁶ 进行劫人为质案审判的美国军事法庭认定事实的错误在下列情况下可能构成开脱因素：“任何军事指挥官在被控告没有或拒绝给予从抵抗部队俘虏的人员以交战地位的情况下，对于他是有罪或无辜的确定首先必须考虑到显示在他面前的情况。在达成结论时不能容许这种指挥官漠视明显的事实。受过军事科学培训的人通常不难作出正确的决定，如果他基于任何理由故意不这么做，就需要为他对有资格享有交战者权利的人员犯下的错误负刑事责任。在宽容诚实的判断错误的情况下，这种军队指挥官有权通过假设他的无辜受到宽容。”《法律报告书》，第十五卷，p.184。

¹⁰⁷ 刑事责任的最低限度年龄要件的一般原则在《联合国少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）的规则4.1中受到确认，大会第40/33号决议，附件。但是，《北京规则》不曾规定刑事责任年龄的国际标准。此外，为了免于适用刑法，少年的定义在不同的法律体系中极其不同，从7岁到18岁，或更高的上限。规则4.1的评注指出，目前的趋势是考虑“是否儿童能够在道德和心智方面达到预期的标准；即：是否能够凭借儿童个人的辨识和理解，为基本上有反社会倾向的行为负责。”《联合国预防犯罪和罪犯审判标准和规范汇编》，p.172。

¹⁰⁸ 《法律报告书》，第十五卷，p.185。

(1) 个人应对本治罪法所包括的罪行受到惩罚的责任的一般原则载于第3条。确定某一个人有这种罪行的主管法院所受托的任务是按照它所适用的实质性和程序性刑法的有关规定为这种罪行确定适当的刑罚。在这方面，法院在按照第3条量刑时必须考虑到罪行的性质和严重程度。

(2) 第3条的目的是为了保证法院的量刑与罪行相称，而第15条则是为了保证法院在就处罚问题作出决定之前，考虑到一切有关的减轻罪行的情节和因素。给予被定罪人过度的惩罚，使刑罚与罪行的性质或罪责程度不相称，或没有考虑到可以减轻罪责程度或以其它理由给予较轻处罚的任何减罪情节，都无益于伸张正义。

(3) 主管法院应分两步考虑是否应由于减罪情节而对被定罪的人给予较轻的处罚。首先，法院必须确定在一般法律原则下被告提出的减罪情节是否可以接受。这个标准把可能对《治罪法》范围内的罪行提出的减罪情节限于国内法或国际法中对类似严重罪行所确定并已公认可以接受的情况。其次，法院必须确定在具体的案件中减罪情节是否有足够的证据。

(4) 法院考虑的减罪情节因具体案件的事实而异。在确定具体案件中可能应予考虑的减罪情节时，法院应以一般法律原则为指导。这类情节属一般类别的因素，是已确定并公认可减轻个人罪责程度或在其他方面有理由减轻处罚的因素。例如，法院可考虑被定罪人所作的任何努力，减轻受害人的痛苦或减少受害者的人数，被定罪的人与其他负有责任的个人相比参与犯罪的情节有任何较轻的情况，或任何拒绝滥用在政府中的地位或军事权威执行犯罪政策者。纽伦堡法庭考虑到了这类减罪因素，决定对一些被定罪的人判处监禁，而未判处死刑。¹⁰⁹ 二次大战结束后纽伦堡法庭审判主要战犯之后，各种军事法庭和国家的法院继续对战争罪行进行审判，其大量判例可为主管法院提供某种指导，对分别属《治罪法》第14条和第15条范围内的罪行，在抗辩或减罪情节是否可以接受的问题上，确定一般性原则，如第14条的评注所述。在这方面，联合国战争罪行委员会注意到，二次大战后进行的第二批战争罪行审判中，一些被定罪的人以他们的年龄、经历和家庭责任为理由提出减刑要求。¹¹⁰ 此外，在对其他犯有类似罪行的个人提出起诉过程中，被告给予大量合作，也可构成减轻罪行的因素，对关于前南斯拉夫(规则101)¹¹¹ 和卢旺达(规则101)¹¹² 的国际刑事法庭程序及证据规则都有此规定。

¹⁰⁹ 《纽伦堡判决书》，pp.134、158-159和161。

¹¹⁰ 《法律报告书》，第十五卷，p.187。

¹¹¹ 联合国文件IT/32/Rev.8，p.62。

¹¹² 联合国文件ITR/3/Rev.1，p.91。

第 16 条

侵略罪行

作为领袖或组织者积极参与或下令计划、准备、发动或进行一国实行之侵略行为的个人应对侵略罪行负责。

评 注

(1) 本治罪法第16条中所载把侵略罪行定性为危害人类和平及安全罪行的案文沿用了纽伦堡法庭所解释和适用的纽伦堡宪章的有关规定。就个人刑事责任来说,第16条载述了侵略罪行的几个重要的方面。“……的个人应对侵略罪行负责”的短语是用于表明就个人刑事责任来说本条的范围限于侵略罪行。因此,本条不载述一国实行之侵略的定义,它不属于本治罪法的范围。

(2) 只有在有必要的权威或权力,处在有可能于进行侵略过程中发挥一种决定性作用的地位上的各种个人当中,才会出现侵略行为的实行者。这些个人即第16条指作为“领袖”或“组织者”的个人。这两个用语来自纽伦堡宪章,必须加以广义的理解,即指除政府成员之外,在军方、外交使团政党和产业界身居高位的人,正如纽伦堡法庭确认的那样:“希特勒单靠自己是无法进行侵略战争的。他必须得到政治家、军事领导人、外交官和企业主们的合作”¹¹³

(3) 但是,仅有参加侵略行为的实情还不足以认定一名领袖或组织者有罪。这种参与必须是故意的,而且是在知情条件下作为一项侵略计划或政策的一部分发生的。在这方面,纽伦堡法庭在分析某些被告的行为时说:“当这些人在了解希特勒的目的的情况下与其合作时,他们自己也就参与了希特勒发起的计划。如果他们明知

¹¹³ 《纽伦堡判决书》,p.55。

自己在干什么,就不能因为希特勒利用了他们而将其看作是无辜的”。¹¹⁴

(4) 本条指“一国实行的侵略”。个人作为领袖或组织者是参与这种侵略。第16条定义为危害人类和平及安全罪行的正是这种参与。换言之,本条重申了侵略罪行参与者的刑事责任。个人对此种罪行的责任与国家进行侵略之间有着固有和不可分割的联系。禁止侵略的国际法规则适用于一国对另一国实行的行为。因此,只有一个国家才具有通过违反禁止此种行为的这项国际法规则犯下侵略罪的行为能力。与此同时,一个国家是一个抽象的实体,其本身没有行为能力。国家只有在具备计划、准备、发起或进行侵略的必要权威或权力的个人积极参与的情况下,才有可能进行侵略。纽伦堡法庭清楚地确认了关于国家和个人之作用的这一现实,声明,“实行违反国际法罪行的是人,而不是抽象的实体,只有通过惩治实行此种罪行的人才能够执行国际法的规定”。因此,一国违反禁止侵略的国际法规则引起的是在计划、准备、发起或进行侵略的过程中起决定性作用的个人的刑事责任。“一国实行之侵略”清楚地表明,国家的这种违法行为是侵略罪中个人刑事责任的必要条件。不过,就个人刑事责任来说本条的范围限于对侵略罪行的参与。因此,本条没有述及禁止一国实行之侵略的国际法规则。

¹¹⁴ 但是,该法庭裁定,沙赫特、德尼茨和博尔曼未犯有对其指控的危害和平罪,纽伦堡法庭声明:“显然,沙赫特在德国的重建军备计划中是一个中心人物,他采取的步骤,尤其是在纳粹政权早期采取的步骤,是纳粹德国作为一个军事国家迅速崛起的原因。但是,重建军备并不是《纽伦堡宪章》所列的罪行。根据《纽伦堡宪章》第6条成立危害和平罪就必须表明,沙赫特是作为发起侵略战争的纳粹计划的一部分执行这一重建军备计划的。”关于上述第二名被告,纽伦堡法庭声明:“虽然德尼茨建设和训练了德国的潜艇部队,但没有证据表明他暗中参与了发起侵略战争的阴谋,或准备和发起了此种战争。他是严格履行战术职责的一名舰艇指挥官。他没有出席宣布战争计划的一系列重要会议,而且也没有证据表明曾经向他通报在这些会议上作出的决定。关于上述第三名被告,纽伦堡法庭提到了应个人职务间接了解情况的可能性:“没有证据表明博尔曼了解希特勒准备、发动或进行侵略战争的计划。他没有出席希特勒一点一点透露这些侵略计划的重要会议。他也不可能由于担任的职务而间接地了解这些情况。”同上,pp.135、137、164。

(5) 只有在国家行为对《联合国宪章》第二条第4款所载禁止规定构成了足够严重的违反时,国家行为才会引起侵略罪的个人责任。在这方面,主管法院可能需要考虑两个密切相关的问题,第一个是,国家的行为是否构成了对《联合国宪章》第二条第4款的违反;第二个问题是,这一行为对这项国际义务的违反是否严重到了足以将其定性为引起个人刑事责任的程度。在关于侵略的个人刑事责任方面,《纽伦堡宪章》和《纽伦堡判决书》是主要的权威来源。

(6) 第16条列明了侵略的若干阶段。这就是:侵略命令以及此后为执行侵略命令而计划、准备、发起和进行的行动。这些不同的阶段不是截然划分的。只要参加了侵略的某个阶段就足以引起刑事责任。

第 17 条

灭绝种族罪行

灭绝种族罪行指蓄意全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教群体而实行任何下列行为:

- (a) 杀害该群体的成员;
- (b) 使该群体的成员在身体或精神上遭受严重伤害;
- (c) 故意使该群体处于某种生活状况之下,企图从形体上全部或局部消灭该群体;
- (d) 强制施行办法,意图防止该群体内的声誉;
- (e) 强迫转移该群体的儿童至另一群体。

评 注

(1) 《纽伦堡宪章》第6条(c)项承认了性质独特的两种危害人类罪。第一种涉及不人道行为的危害人类罪在第18条中载述。第二种涉及迫害的危害人类罪由本条根据自纽伦堡审判以来关于此类罪行的国际法的进一步发展予以载述。

(2) 《纽伦堡宪章》将第二类危害人类罪界定为“基于政治、种族或宗教的理由,而为执行或有于本法庭裁判权内之任何犯罪而作出的迫害行为”。纽伦堡法庭基于此种类型的行为对部分危害人类罪的被告进行了判决,因而确认了这一依

国际法为犯罪行为的个人责任和惩治原则。¹¹⁵ 在纽伦堡判决书之后不久,大会确认了危害人类罪或“灭绝种族”¹¹⁶一类的迫害构成依照国际法个人需受到惩治的一种罪行。¹¹⁷ 大会后来承认灭绝种族在人类历史上造成巨大损失,因而通过了《防止及惩治灭绝种族罪公约》,为将人类从这一万恶的灾祸中解放出来进行国际合作奠定了基础。¹¹⁸

(3) 由于大会早在1946年就承认了灭绝种族罪的极端严重性并且早在1948年就起草了一项防止和惩治方面的国际公约,有必要将此一罪行列入本治罪法草案,从而促进委员会的工作。该公约已得到国际社会的广泛接受并且已为绝大多数国家所批准。此外,该公约所依据的原则已得到国际法院的认可,即使无任何常规义务,也认为对于各国具有约束力。¹¹⁹ 该公约第二条载有对灭绝种族罪的定义,它体现了国际法在涉及《纽伦堡宪章》所承认的危害人类罪一类的迫害方面的进一步重要发展。它从必要的意图和所禁止的行为方面为灭绝种族罪下了一个精确的定义。该公约还在第一条中确认灭绝种族行为不论发生于平时或战时均系国际法上的一种罪行。因此,该公约并未包含《纽伦堡宪章》所载的那种危害和平罪或战争罪之间联系的要求,《纽伦堡宪章》曾提到“为执行或有关于本法庭裁判权内之任何犯罪而作出的迫害行为”。该公约第二条中所载的关于灭绝种族的定义已为广泛接受并且被普遍承认为是关于该罪行的具有权威性的定义,因此为本治罪法草案第17条所沿用。该公约的同一条款也为关于前南斯拉夫和卢旺达的《国际刑事法庭规约》所引用。的确,卢旺达所发生的悲惨事件清楚地表明,灭绝种族罪即使主要发生在一国境内也会给国际和平与安全带来严重的后果,因此证明将这一罪行列入本治罪法草案是恰当的。

(4) 第17条中所载的灭绝种族罪的定义载有两个重要内容,即需要有犯罪意图(*mens rea*)和所禁止的行为(*actus reus*)。这两项内容在第17条的句首就明确提到“灭绝种族罪行指蓄意...而实行任何下列行为”。该定义的第一个内容是在第17条句首一款中就提到的,而第二个内容是在(a)至(e)项中提到的。

¹¹⁵ 纽伦堡判决书, pp. 84、129-131和144-146。

¹¹⁶ “灭绝种族”一词最初是由拉发尔·莱姆金创造的。见R. 莱姆金,“被占欧洲的轴心统治”,卡内基国际和平基金会(1994年,华盛顿), pp. 79-95。

¹¹⁷ 大会决议第96(I)号。

¹¹⁸ 大会决议第260 A(III)号,《联合国条约汇编》第78卷, p. 277。

¹¹⁹ 对于《灭绝种族罪公约》的保留意见,咨询意见书,《国际法院报告书》1951年, p. 12。

(5) 关于第一项内容,灭绝种族罪定义要求有一种具体的意图,它是国际法中这一特定罪行的特征。(a)至(e)项中所列举的被禁止的行为从本质上说属于有意识的、蓄意的或出于自我意志的行为,个人通常在实行这些行为时不可能不知道它们会造成某些后果。它们不是通常因意外或甚至只是由于疏忽而导致的那类行为。然而,具有从事所列举的行为的一种总的意向加上总的意识到这样一种行为给直接受害者或受害者可能带来的后果并不足以构成灭绝种族罪。该罪行的定义要求对于所禁止的行为的全面后果有一种特定的心态或具体的意图。正如第17条首句所指出的,个人只有“企图从形体上全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教群体而实行”所禁止的行为时才引起责任。

(6) 灭绝种族罪所需要的意图有若干重要方面。首先,意图必须是消灭某一群体,而不只是恰巧属于某一特殊群体的成员的个人。从事所禁止的行为必须是由于某个人在某一特殊群体中的成员地位而针对他作出的并且作为消灭这一群体的整体目标的渐进步骤。确定灭绝种族罪直接受害者的决定性标准是这一个人是在某一特殊群体中的成员资格而不是这一个人的身份。该群体本身是这种大规模犯罪行为的目标和蓄意的受害者。¹²⁰ 针对群体个别成员采取的行动是用于实现针对该群体的最终犯罪的目标的手段。

(7) 第二,意图必须是“如此”消灭这一群体,意指一个单独的和有别于其他的实体,而不只是由于他们在某一群体中的成员地位的一些个人。在这方面,大会在第96(I)号决议中对灭绝种族罪和杀人罪作出了区分,将灭绝种族形容为“剥夺群体所有人的生存权利”,将杀人罪描述为“剥夺个人的生命权”。

(8) 第三,意图必须在于“全部或局部消灭一群体”不必意图从全球的每一角落彻底歼灭该群体。即便如此,灭绝种族罪依其性质本身必须要有至少消灭某一群体的大部分的意图。

¹²⁰ “灭绝种族的主要特征在于其对象:行为必须针对消灭一个群体。群体由个人组成,因此,说到底毁灭行为必须是对个人采取的,然而,这些个人之所以重要不在于本身而只是因为他们属于该群体成员。”尼赫迈亚·鲁滨逊,《对灭绝种族公约的评论》(1960年) p. 58。

(9) 第四,意图必须是消灭该公约所包含的四类群体之一,即,民族、族裔、种族或宗教群体。政治群体列入在《纽伦堡宪章》所载的迫害定义中,但并未列入该公约所载的灭绝种族定义内,因为这一类型的群体就后一种罪行而言被认为不够稳定。即便如此,正如第18条(e)项所载明的,针对某一政治群体成员所进行的迫害仍然构成危害人类罪。种族和宗教群体列入在《纽伦堡宪章》和该公约中。此外,该公约还包含了民族或族裔。第17条承认了与该公约属于同种类型的受保护群体。该公约中所用的“ethnic”一词在第17条中由“ethnical”一词取代以体现现代英语用法,丝毫无碍该款的内容。此外,委员会认为,本条包含蓄意针对部落群体所从事的被禁止的行为。

(10) 正如对第5条的评注所承认的,本治罪法草案所包含的罪行就其范围来说常常需要有高级政府官员或军事指挥人员及其下属的某种参与。的确,该公约在第四条中明确承认,灭绝种族罪可能属于依宪法负责的统治者、公务员或私人所为。灭绝种族罪定义同样适用于蓄意从事所禁止的行为的任何个人。对于从事灭绝种族罪的计划或政策的详情的了解程度依犯罪者在政府权力部门或军事指挥机构中的地位而有不同。这并不意味着实际执行计划或政策的下属只是因为与其上司比较并不掌握相同程度的关于整体计划或政策的情况而不能负责。灭绝种族罪的定义要求的是,对于该犯罪行为最终目标有一定程度的了解而不是对灭绝种族的全面计划或政策的细节的了解。设想下属在接受命令针对属于某一群体的个人从事被禁止的行为时了解其上司的意图。如果他执行命令针对因在其某一群体中的成员地位而被挑出来成为消灭行为的受害者,他就不能声称他并未暗中参与灭绝种族的全面计划或政策的所有方面而可以回避责任。法律不允许个人以无视明显的事实而为其犯罪责任开脱。例如,一个被命令挨家挨户地杀死某一群体成员的士兵不能不意识到受害者的身份无关紧要,而重要的在于他们是某一群体的成员。他不可能不意识到这一犯罪行为对于该群体本身的毁灭后果。因此,由于奉命针对属于某一群体因而被挑出来作为大规模犯罪行为的直接受害者实行被禁止的毁灭行为从命令的性质就能够推导出必要的了解程度和意图。

(11) 关于灭绝种族定义的第二个要素,本条(a)至(e)项列示了《公约》第二条所载被禁止的行为。1954年治罪法草案第2条第(10)款用“其中包括”字样表示构成灭绝种族行为的一个列举的但并非详尽无遗的清单,而委员会决定使用《公约》第二条的措词,表示载于第17条的被禁止的行为清单是详尽无遗的。委员会决定赞成这一解决办法是因为考虑到必须遵守国际社会普遍接受的案文。

(12) 该公约的起草过程清楚地表明,所说的消灭,是通过肉体或生物学方面的手段从形体上消灭一个群体,而不是消灭一特定群体的民族、语言、宗教、文化或其他方面的特征。在“消灭”一词的定义中,未考虑民族或宗教因素以及种族或人种因素。这一措词仅表示形体上的意义、肉体上或生物学上的意义。确实,秘书长1947年编写的公约草案以及1948年灭绝种族问题特设委员会编写的草案都载有关于“从文化上灭绝种族”的条款,其内容涉及意在消灭一群体的语言、宗教或文化方面所犯下的任何预谋行为,例如在日常交际中或在学校中禁止使用一群体的语言,或禁止印刷、发行用该群体的语言所编写的出版物,摧毁或禁止使用该群体的图书馆、博物馆、学校、历史纪念物、宗教仪式场所或其他文化机构和物品。但是,第六委员会拟订的和大会通过的公约文本都没有包括两个草案中所载的“从文化上灭绝种族”的概念,而仅限于列举属于“肉体”或“生物”类型的灭绝种族行为。¹²¹ 本条前三款列举了“从形体上灭绝种族”的行为,后二款列举了“从生物上灭绝种族”的行为。

(13) 关于(a)项,“杀害该群体的成员”一语引自《公约》第二条(a)项。¹²²

(14) 关于(b)项,“使该群体的成员在身体或精神上遭受严重伤害”一语引自《公约》第二条(b)项。本款涵盖可能对个人施加的两类伤害,即人体伤害,涉及某种类型的人身伤害和精神伤害,涉及某种类型的心理机能损害。对一群体成员施加的人体伤害或精神伤害性质必须严重到有可能消灭整个群体或其一部分。

¹²¹ 尽管如此,本段所指的有些行为在某些情况下可构成危害人类和平与安全罪,例如,第18条(e)款或(f)款之下的危害人类罪,或第19条(c)(四)款之下的战争罪。

¹²² “‘杀害’行为((a)项)比‘谋杀’更宽泛;选用该词以对应于法文的‘meurtre’一词,其含义宽于‘assassinat’;否则它很难有各种解释。”尼赫迈亚·鲁滨逊,《灭绝种族罪公约:评注》,(1960年),原文第63页。

(15) 关于(c)项,“故意使该群体处于某种生活状况之下,企图从形体上消灭其全部或局部”一语引自《公约》第二条(c)项。¹²³有人建议应将驱逐列入(c)项。但委员会认为,该款涵盖驱逐,若实行驱逐意在全部或部分毁灭该群体。

(16) 关于(d)项,“强制施行办法,意图防止该群体内的生育”一语引自《公约》第二条(d)项。¹²⁴本款使用“强制施行办法”一语来表示必须有强迫的因素。¹²⁵因此,本规定不适用于国家作为一项社会政策而提倡的自愿计划生育方案。

(17) 关于(e)项,“强迫转移该群体的儿童至另一群体”一语引自《公约》第二条(e)项。强迫转移儿童对一个群体本身未来的生存具有特别严重的后果。尽管本条并不及于转移成人,但这类行为在某些情况下可以构成第18条(g)项之下的危害人类罪或第20条(a)项(四)分项之下的战争罪。而且,强制转移一个群体的成员,尤其是在涉及分离家庭成员之时,还可构成(c)项之下的灭绝种族罪。

(18) 本条清楚地表明,不必等到消灭一群体的最终结果实现以后才算实行了灭绝种族罪。只要实行本条所列的任何一项行为,其明显意图在于全部或部分消灭一个被保护群体,就足以定罪了。

¹²³ “在此使用了‘故意’一词,以指明消灭的确切意图,即有关造成某种生活条件的预谋……不可能预先一一列举在第二条所禁之列的‘生活条件’;在每一单独的案件中,意图和实现最终目的的可能性本身就可确定是否实行(或企图实行)灭绝种族的行为。可列在(c)项之下的灭绝种族的事例如使一个人民的群体仅能得到维持生命所需要的最小限度食物、将所需医疗服务减到最低限度之下、扣留充分的生活必需品等,只要强加这些限制意在全部或部分毁灭该群体。”尼赫迈亚·鲁滨逊,《灭绝种族罪公约:评注》,(1960年,原文第60页和63-64页。

¹²⁴ 所强加的措施不一定为传统的绝育行为;男女分离、禁止婚嫁等等均为具有同样限制性的措施,可产生同样的结果。”尼赫迈亚·鲁滨逊,《灭绝种族罪公约:评注》,(1960年),原文第64页。

¹²⁵ 消除对妇女歧视委员会承认强制绝育或流产为违反《消除对妇女一切形式歧视公约》的事项。《消除对妇女歧视委员会的报告,大会正式记录,第四十七届会议,补编第38号(A/47/38)》,第22段。

(19) 委员会注意到,被要求在一特定案件中适用本条所载灭绝种族罪定义的法院可能发现有必要求助于《公约》所载其他有关规定,作为协定或习惯国际法援用。例如,在和平时期是否可能实行本条所列灭绝种族罪的问题,法院可就此问题在《公约》第一条中找到权威的答案,该条确认了这种可能性。

(20) 委员会还注意到,本条引自《公约》这一事实并不以任何方式影响该法律文件的自主性。而且,委员会提请人们注意本治罪法第4条,该条明确规定,“不影响国际法上国家责任的任何问题”。其中包括与国家就《公约》第九条所指灭绝种族的责任有关的任何问题。

第 18 条

危害人类罪行

危害人类罪行是有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的任何下列行为:

- (a) 谋杀;
- (b) 灭绝;
- (c) 酷刑;
- (d) 奴役;
- (e) 基于政治、种族、宗教或族裔原因进行迫害;
- (f) 基于种族、族裔或宗教原因进行侵犯人类的基本权利和自由、致使全体居民中的一部分处于严重不利地位的体制化歧视;
- (g) 任意驱逐出境或强迫转移人口;
- (h) 任意拘禁;
- (i) 迫使人员失踪;
- (j) 强奸、逼良为娼和其他形式的性虐待;
- (k) 截肢和严重伤害身体等严重损害身体或精神完整、健康或人性尊严的其他不人道行为。

(1) 第18条将某些不人道行为认定为构成危害人类的罪行。

(2) 第18条所载危害人类罪行的定义以经纽伦堡法庭解释和适用的《纽伦堡宪章》为基础,同时还考虑到了自纽伦堡审判以来的此后发展动态。

(3) 这一定义的起始句确定了将一被禁止行为定性为本治罪法涵盖的危害人类罪所必须符合的两项一般条件。第一项条件要求,这一行为是“有计划或大规模实行”的。在这第一项条件中,含有两项互替性要求。第一项替代性要求是,不人道行为是以有计划的方式进行的,即按照一项预谋计划或政策进行。这种计划或政策的实施可引起不人道行为的一再或连续进行。这项要求的主旨是将并非作为一项较大计划或政策之一部分进行的偶发行为排除在外。《纽伦堡宪章》中没有这样的规定。但是,纽伦堡法庭在考虑此种行为是否构成危害人类罪行时强调,不人道行为是作为恐怖政策的一部分进行的,“在许多情况下是....有组织和有计划的”。¹²⁶

(4) 第二项替代性要求是,不人道行为必须是大规模实行的,亦即是针对许多受害者进行的。这项要求排除了犯罪者自行和对单一受害者实行的孤立的不人道行为。《纽伦堡宪章》中也没有载列这个第二项要求。但是,纽伦堡法庭在考虑此种罪行是否可能构成危害人类罪行时进一步强调,恐怖政策“的确是大规模实行的”。¹²⁷ 一读通过的案文中使用“mass scale”一词来表明多名受害者的条件。本案文用“large scale”取代了这一用语。后者的范围足以涵盖涉及多名受害者的各种情况,例如,因一连串非人道行为的累积效应产生的结果,或因规模特大的某一非人道行为的单一效应产生的结果。第一项条件是采用两种互替性标准拟订的。因此,如果某一行为合乎其中任一条件,即构成危害人类罪行。

¹²⁶ 《纽伦堡判决书》p.84。

¹²⁷ 《纽伦堡判决书》p.84。

(5) 第二项条件要求,此种行为是“由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥”。作为必要条件的唆使或指挥可能来自某一政府或某一组织或团体。¹²⁸ 规定这一替代性条件的用意是,排除某一个人按其自己的犯罪计划,出于个人自己的动机,在没有任何政府或团体或组织的任何鼓励的情况下犯有非人道行为的情况。某一个别人的这种孤立的罪行不构成危害人类罪行。个别人单凭自己极难进行第18条所指的非人道行为。政府或可能附属于政府或不附属于政府的任何组织或团体的唆使或指挥,使此种行为具有其重大份量,并使这种行为变成可归于个人或国家代理人员的危害人类罪行。¹²⁹

(6) 同纽伦堡宪章一样,本条所载危害人类罪行的定义不包括在战时实行孤或与危害和平罪或战争罪相关联所从事的行为这样一项条件。不含本项条件的此后法律文书承认危害人类罪的自主性。如第17条的评注所述,《灭绝种族公约》中没有载列对于第二类危害人类罪的任何此种规定。同样,自纽伦堡审判以来通过的各项法律文书所载第一类危害人类罪行的定义也不以与涉及到战争状态的其他罪行之间的关联为条件,即继柏林议定书之后不久通过的《管制委员会法第10号》,以及较近期的关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)。¹³⁰ 关于前南斯拉夫的法庭也确认,不要求以国际武装冲突作为危害人类罪行的前提:“危害人类罪并不需要与国际武装冲突相关联,现在这已经成为习惯国际法的一条既定规则。”¹³¹

(7) 关于第18条所列被禁止的行为,第一种此类行为是(a)项提及的谋杀。谋杀是一项罪行,这在每个国家的国内法中都有清楚的理解和明确的定义。这种被禁

¹²⁸ 纽伦堡法庭宣布了为从事危害和平罪、战争罪和危害人类罪的目的建立和利用的若干组织的罪恶性质。《纽伦堡宪章》和《纽伦堡判决书》承认以个人是此种罪恶组织中的成员为依据认定刑事责任的可能性。《纽伦堡宪章》第9和第10条;《纽伦堡判决书》p.84。如第2条所示,本治罪法不规定任何此种集体刑事责任。

¹²⁹ 见《纽伦堡法庭》关于被告人斯特莱彻尔和冯·施拉克的判决书内容,pp.129和144。

¹³⁰ 见秘书长依照安理会第955(1994年)号决议第5段提出的报告,S/1995/134号文件,n.5。又见 Morris and Scharf,《关于前南斯拉夫的国际刑事法庭的内部人员手册》,p.81。

¹³¹ The Prosecutor v. Dusko Tradic, 上诉分庭就被告方对有关裁判权的非最后上诉动议所作的裁决,p. 73。

止的行为不需要任何进一步的解释。《纽伦堡宪章》(第6条(c)项)、《管制委员会法第10号》(第二条c项)、关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)以及《纽伦堡原则》(原则六)和1954年治罪法草案(第2条第11款)一律将谋杀列为一种危害人类罪行。

(8) 在(b)项中提及的是第二类被禁止行为,即灭绝。这前两类被禁止行为是相互不同但又密切相联的罪行,涉及到夺取无辜者的生命。灭绝是一种由其本身性质决定以个人组成的某一群体为对象的罪行。此外,借以实施灭绝罪行的行动必须是大规模毁灭行为,这是谋杀所不需要的一项要素。在这方面,灭绝与灭绝种族罪是密切相联的,两者均以许多受害者为对象。但是,灭绝罪适用于与灭绝种族罪涵盖的情况不同的情况。灭绝涵盖的情况是,在被杀害的群体中,个人之间没有任何共同的特征。灭绝还适用于一个群体中有些人被杀,有些人被放过的情况。灭绝作为危害人类罪载于《纽伦堡宪章》(第6(c)项)、《管制委员会法第10号》(第二条c项)、关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)以及《纽伦堡原则》(原则六)和1954年治罪法草案(第2条第11款)。

(9) (c)项提及的是第三类被禁止的行为,即酷刑。这种被禁止行为的定义载于《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(第1条第1款)¹³²。的确,酷刑公约中的定义将该公约的适用范围限定于以官方身份的或在官方默许的情况下实行的行为。但是第1条第1款考虑到,“酷刑”一词可能在其他国际文书中具有比较广泛的适用范围。在不仅由政府而且由一些组织或团体实行的危害人类罪行的情况下,在这里作出这样的规定是适当的。对本治罪法来说,如果是由任何政府、组织或团体有计划或大规模实行的酷刑行为,就包括在适用范围内。《管制委员会法第10号》(第二条c款)和关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)将酷刑列为一种危害人类罪行。

¹³² 《公约》第1条含有如下定义:

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

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

(10) (d)项列有第四类被禁止的行为,即奴役。奴役是指违反牢固确立和广为公认的国际法标准,对人身建立或维持一种奴隶制、劳役或强迫劳动状态,这方面的国际法标准包括:1926年《禁奴公约》(奴隶制)、1956年《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》(奴隶制和苦役)、《公民权利和政治权利国际盟约》(奴隶制和苦役)以及国际劳工组织大会通过的1957年第29号公约(强迫劳动)。《纽伦堡宪章》(第6条(c)项)、《管制委员会法第10号》(第二条c项)、关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)以及《纽伦堡原则》(原则六)和1954年治罪法草案(第2条第11款)将奴役列为一种危害人类罪。

(11) 第五类被禁止行为是(e)项所列的基于政治、种族、宗教或族裔原因进行迫害。不人道的迫害行为可采取多种形式,但其共有的特点是剥夺每一个人毫无差别一律具有的,得到《联合国宪章》(第一和第五十五条)及《公民权利和政治权利国际盟约》(第2条)确认的人权和基本自由。本项规定适用于没有第17条之下灭绝种族罪所需特定意图的迫害行为。《纽伦堡宪章》(第6条(c)款)、《管制委员会法第10号》(第二条c项)、关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)以及《纽伦堡原则》(原则六)和1954年治罪法草案(第2条第11款)将基于政治、种族或宗教理由的迫害列为一种危害人类罪行。

(12) 第六类被禁止行为是(f)项所列,基于种族、族裔或宗教原因侵犯人类的基本权利和自由、致使全体居民中的一部分处于严重不利地位的体制化歧视。第五和第六类被禁止行为是相互不同但又密切相联的罪行,涉及到基于毫无道理的歧视性标准剥夺个人的人权和基本自由。虽然这两类被禁止的行为都必须是有计划或大规模实行才能构成本条之下的危害人类罪,但第六类被禁止的行为还要求以歧视性计划或政策的体制化为条件,例如采取一系列立法措施剥夺属于某一特定种族、族裔或宗教群体的个人的人权或自由。本项之下被禁止的行为含有三个要素:因个人属于某一种族、族裔或宗教群体而对此种个人采取的歧视行为,这需要有一定程度的积极参与,剥夺此种个人的人权和基本自由,这需要有足够严重程度的歧视;以及由此使全体居民中的一部分人处于严重不利地位。按比较一般性的类别看,这是种

族隔离罪行。¹³³ 上文提到的各项文书未把体制化的歧视列为危害人类罪。由于这个原因,本委员会决定将此种罪行限于种族、族裔或宗教歧视。本委员会注意到,《种族隔离公约》(第一条)将此种种族歧视定性为危害人类罪。

¹³³ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第二条对此种罪行的定义如下:

为本公约的目的,所谓“种族隔离的罪行”应包括与南部非洲境内所推行的相类似的种族分离和种族歧视的政策和办法,是指为建立和维持一个种族群体对任何其他种族群体的主宰地位,并且有计划地压迫他们而作出的下列不人道行为:

- (a) 用下列方式剥夺一个或一个以上种族群体的一个或一个以上成员的生命和人身自由的权利:
 - (一) 杀害一个或一个以上种族群体的成员;
 - (二) 使一个或一个以上种族群体的成员受到身体上或心理上的严重伤害,侵犯它们的自由和尊严,或者严刑拷打他们或使他们受残酷、不人道或屈辱的待遇或刑罚;
 - (三) 任意逮捕或非法监禁一个或一个以上种族群体的成员;
- (b) 对一个或一个以上种族群体故意加以旨在使其全部或局部灭绝的生活条件;
- (c) 任何立法措施及其他措施,旨在阻止一个或一个以上种族群体参与该国政治、社会、经济和文化生活者,以及故意造成条件,以阻止一个或一个以上这种群体充分发展,特别是剥夺一个或一个以上种族群体的成员的基本人权和自由,包括工作的权利、组织已获承认的工会的权利、受教育的权利、离开和返回自己国家的权利、享有国籍的权利、自由迁移和居住的权利、自由主张和表达的权利以及自由和平集会和结社的权利;
- (d) 任何措施,包括立法措施,旨在用下列方法按照种族界线分化人民者;为一个或一个以上种族群体的成员建立单独的保留区或居住区,禁止不同种族群体的成员互相通婚,没收属于一个或一个以上种族群体或其成员的地产;
- (e) 剥削一个或一个以上种族群体的成员的劳力,特别是强迫劳动;
- (f) 迫害反对种族隔离的组织或个人,剥夺其基本权利和自由。

(13) 如(g)项所列,第七类被禁止行为是,任意驱逐出境或强迫转移人口。驱逐出境具有从本国领土逐出的含意,而强迫转移人口可能完全发生在同一国家的疆界以内。“任意”一词用于排除在符合国际法的情形下出于合法原因而实行的行为,例如为了公众健康和福祉。《纽伦堡宪章》(第6条第(c)项)、《管制委员会法第10号》(第二条c项)、关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5和第3条)以及《纽伦堡原则》(原则六)和1954年治罪法草案(第2条第11款)均将驱逐出境列为一种危害人类罪。

(14) 第八类被禁止的行为是(h)项下的“任意拘禁”。拘禁包含剥夺个人的自由,“任意”一词则确定了剥夺是未经正式法律程序的必要条件。这种行为侵犯了世界人权宣言(第9条)以及公民权利和政治权利国际盟约(第9条)中所确认的人权。后一文书具体规定“除非由于法律规定的原因和按照法律规定的程序,不得剥夺任何人的自由”。本项包括有计划或大规模任意拘禁的情况,例如集中营、拘留营或其他形式的长期拘禁。“拘禁”列为危害人类罪行载于管制委员会法第10号(第二条(c)项)以及关于前南斯拉夫的国际刑事法庭规约(第5条)和关于卢旺达国际刑事法庭规约(第3条)。

(15) (i)项列有第九种被禁止行为,即迫使人员失踪。联合国大会在1992年通过《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》¹³⁴时对在“许多国家”发生的人员被迫失踪情况深表关注。1994年的《美洲人员被迫失踪公约》也述及了人员失踪的问题。¹³⁵ 在此将“迫使人员失踪”用作一种专称,指《公约》和《宣言》中处理的罪行类别。在过去的文书中,迫使失踪未被列为危害人类罪。虽然这类罪行是一种相对较近期的现象,但本治罪法由于这类罪行极其残酷而且极为严重,因此建议将其列为一种危害人类罪行。

¹³⁴ 大会提及的情况是“政府不同部门或不同级别的官员,或一些代表政府行事或得到政府直接或间接支持、同意或默许的有组织团体或个人,违反其本人的意愿而予以逮捕、拘留或绑架,或剥夺他们的自由,随后又拒绝透露有关人员的命运或下落,或拒绝承认剥夺了他们的自由,结果将这些人置于法律保护之外。”大会第47/133号决议。

¹³⁵ 该项公约第二条载有如下定义:

为本公约的目的,迫使失踪被视为国家人员或在国家授权、支持或默许下行事的人或集团以任何方式剥夺他人自由,而后隐瞒消息或拒不承认此种对自由的剥夺,或拒不提供被剥夺自由者下落的情报,以此阻挠该人等诉诸可适用的法律补救办法和程序性保障的行为。

(16) 第十类被禁止行为是(j)项所列的强奸、逼良为娼和其他形式的性虐待。现有大量报告指出,在前南斯拉夫境内发生了有计划或大规模的强奸事件。在这个问题上,大会一致重申,强奸在一定条件下即构成危害人类罪。¹³⁶ 另外,海地全国真相和公理委员会于1994年得出结论,在海地出于政治原因有计划地对妇女施行性暴力构成危害人类罪。¹³⁷ 强奸、逼良为娼和其他形式的性虐待是可能专门针对妇女的暴力形式,因此构成违反《消除对妇女一切形式歧视公约》的行为。¹³⁸ 《管制委员会法第10号》(第二条c项)和关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)将强奸列为危害人类罪。本委员会指出,如果合乎两项一般性标准,以性别为理由的迫害也可构成(e)项下的危害人类罪,但同时决定,将可能的迫害原因限于现有法律文书载明的原因。同样,委员会指出,基于性别的迫害也可能构成(f)项下的危害人类罪,尽管不一定是危害人类和平及安全罪。¹³⁹

(17) 第十一类被禁止的行为是(k)项所列截肢和严重伤害身体等严重损害身体或精神完整、健康或人性尊严的“其他不人道行为”。本委员会承认,对于可能构成危害人类罪行的不人道行为,不可能制定出一份详尽无遗的清单。应当指出,其他不人道行为由两个条件限定。第一,列出这类行为的用意是将严重程度与此前所列各项行为的严重程度相似的其他行为包括在内。第二,行为必须在事实上造成人在身体或精神完整、健康或人性尊严方面的损害。本项提供了合乎这两项条件的行为类别的两个例子,即截肢和其他类型的严重身体损害。《纽伦堡宪章》(第6条(c)项)、《管制委员会法第10号》(第二条c项)、关于前南斯拉夫和卢旺达的国际刑事法庭规约(分别为第5条和第3条)以及《纽伦堡原则》(原则六)也均列有“其他不人道行为”。

¹³⁶ 大会第50/192号决议。

¹³⁷ 全国真相和公理委员会, SI M PA RELE: 1991年9月29日-1994年10月14日, 1996年2月6日在太子港发布的新闻稿。

¹³⁸ 《公约》第1条内界定对妇女的歧视。歧视的定义包括基于性别的暴力,即因为女人是女人而对之施加暴力,或女人受害比例特大。它包括施加身体的、心理的或性的伤害或痛苦,威胁施加这类行动、胁迫和其他剥夺自由行动。基于性别的暴力可能违犯《公约》的具体条款,不论这些条款是否明文提到暴力。消除对妇女歧视委员会的报告,大会正式记录,第四十七届会议,补编第38号(A/47/38),p.1。

¹³⁹ 基于性别的迫害或歧视以致剥夺人权和基本自由违反《联合国宪章》;《公民权利和政治权利国际盟约》;1952年《妇女政治权利公约》,联合国条约汇编Vol. 193, p. 135; 1967年《消除对妇女歧视宣言》,大会第2263(XXII)号决议;1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》,联合国条约汇编, Vol. 1249, p.13。

第 19 条

危害联合国人员和有关人员罪行

1. 故意和有计划或大规模地对参与联合国行动的联合国人员和有关人员实行的任何下列罪行构成危害人类和平及安全罪行：

- (a) 对任何此类人员实行谋杀、绑架或对其人身或自由的其它攻击行为；
- (b) 对任何此类人员的办公房地、私人住所或交通工具实行有可能危害其人身或自由的暴力攻击。

2. 本条不适用于经安全理事会根据《联合国宪章》第七章作为强制行动授权的、有任何人员作为与有组织的武装部队作战的战斗人员参与并且适用国际武装冲突法的联合国行动。

评 注

(1) 设立联合国的主要目的是维持国际和平与人类安全，并根据《联合国宪章》第一条为此目的采取有效集体办法，以防止且消除对于和平之威胁，制止侵略行为或其他破坏和平行为。联合国秘书长指出“过去打着联合国旗帜行事，工作人员便安全无虞，因为具有一种不成文法的保障，现在情况不再如此，工作人员往往仅因为就职于联合国系统组织而遭致危险。”¹⁴⁰ 对联合国人员和有关人员的攻击急剧增加，不仅秘书长，而且安全理事会和大会均强调其严重性和规模。在具有里程碑意义的题为“和平纲领”的报告中，秘书长提请人们注意下述问题：在进行预防性外交、缔造和平、维持和平、建立和平或为人道主义目的而在冲突情况中部署联合国人员时，要确保他们的安全，因为此种人员受到攻击而死亡的人教急剧增加。¹⁴¹

¹⁴⁰ 联合国文件 A/AC.242/1, 第4段。

¹⁴¹ 联合国文件 A/47/277-S/24111, 第66段。

安全理事会赞扬秘书长提请人们注意这一问题，确认它日益认为在履行维持国际和平与安全的责任时，有必要将联合国部队和人员部署在具有真正危险的局势之中，它进一步要求各国采取迅速有效的行动，制止并在必要时起诉并惩罚应对袭击或以其他暴力行为危害联合国部队或人员的任何行为负责任的人。¹⁴² 对于蓄意的敌对行动在危险部署地区造成联合国维持和平人员和其他人员的伤亡人数日益增加，大会在若干场合也表示严重关注。¹⁴³ 此外，大会承认联合国人员参与预防性外交、缔造和平、维持和平、建立和平和人道主义行动至关重要，坚决谴责对此种人员的任何敌对行动，包括谴责蓄意攻击联合国维持和平行动人员导致伤亡人数剧增的行为。¹⁴⁴ 随后，大会于1994年一致通过了《联合国人员和有关人员安全公约》¹⁴⁵，以期制止并在必要时保证有效地起诉和惩罚应对此种攻击行为负责的个人。

(2) 对联合国人员和有关人员的攻击是特别严重的暴力罪行，同时给受害者和国际社会带来严重后果。这些罪行是整个国际社会所关注的问题，因为所犯罪行针对的是代表国际社会并且在维持国际和平和人类安全方面为保护国际社会根本利益而冒生命危险的人。这些人员参加联合国行动、在联合国行动区域具有正式身份或以其他方式与联合国行动有关，如该公约序言所承认的那样，该联合国行动是“为了国际社会的共同利益并根据《联合国宪章》的目标与宗旨进行的”。对这些人员的攻击事实上是针对国际社会的，所攻击的是国际法律制度的核心，而建立这种制度的目的是采取集体安全措施，防止和消除对和平的威胁，从而维持国际和平和安全。对联合国人员和有关人员的犯罪性攻击往往发生在国家执法部门或刑事司法系统不能充分运作或不能对罪行作出反应的形势下，国际社会有着特别的责任，确保有效地起诉和惩罚对此种攻击负有责任的个人。此外，由于这些人员所卷入的形势，由于这些罪行造成的消极影响使他们不能有效履行所赋予的任务并在更广范围内消极影响联合国，使它不能有效发挥维护国际和平与安全这一中心作用。这些罪行就其本身性质而言，往往威胁国际和平与安全。此种攻击会造成更广泛的消极影响：人们可能越来越犹豫或不愿意参加联合国行动，会员国可能越来越犹豫或不愿意为此种行动的目的向联合国提供合格人员。由于这些原因，国际法委员会决定在本治罪法中列入这类罪行。

¹⁴² 联合国文件 S/25493。

¹⁴³ 大会第 47/120 B、第47/72和第48/37号决议。

¹⁴⁴ 大会第 47/72号决议。

¹⁴⁵ 大会第 49/59号决议，附件。

(3) 第19条包括两款，述及危害联合国人员和有关人员罪行。第一款载有为本治罪法的目的而对这些罪行所下的定义。第二款限制这一定义的适用范围，排除了某些形势下实施的攻击。

(4) 本条第一款首句规定了危害联合国人员和有关人员罪行要构成本治罪法中的危害人类和平与安全罪所必须满足的一般标准，即犯罪性攻击必须是有计划进行或大规模进行的。第一项替代性标准规定，罪行必须是有计划进行，即根据预想的计划和政策进行。可能满足这一替代标准的是实际上实施的一系列攻击，作为计划好的一系列攻击中的第一次的、单独的一次攻击，或根据一项预想的计划或政策而实施的、具有非常重大意义的单独的一次攻击，例如，谋杀受命解决冲突形势的调解人，贝纳多特伯爵遭刺即为一例。第二项替代性标准规定罪行必须是大规模进行，即犯罪行为针对许多受害者，而导致这一结果的是一系列攻击或造成重大伤亡的单独一次大规模攻击。这种双重标准也出现在第18条中，该条评注作了更详细的讨论，而在此方面该评注同样适用于本条。对联合国人员和有关人员的任何攻击行为均应受谴责，但本项标准确保此种攻击还必须引起对国际和平与安全的威胁，才能构成本治罪法包括的罪行。不过，一项行为若未能满足为本治罪法的目的而要求的一般标准，仍会构成公约下的罪行，因为公约不要求任何此种标准的、也不受本规定影响。第一款首句就承认了此点，它说：“对...实行的下列罪行构成危害人类和平及安全罪行”。如同第二部分所包括的其他罪行一样，本治罪法未涉及某些行为这一事实并不影响根据国内法或国际法，包括根据公约，将该行为定性为罪行。

(5) 为了第19条的目的，只有在显示被告怀着必要的意图实行了(a)项和(b)项中所指行为的情况下，才能说罪行已经发生。关于这一意图，必须具备两个要素。第一个要素是对联合国人员的攻击必须是“故意”进行的。“故意”一词用于表示罪行的实行者必须实际注意到被攻击的人员是联合国行动的成员或有关人员。“故意”一词是在这个意义上使用的，例如1973年12月14日《关于防止和惩治侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第2条。¹⁴⁶ 1994年公约第9条也是在这个意义上使用该用语的。因此，对联合国人员或有关人员的攻击有一个就此而论的必要条件。

¹⁴⁶ 如第2条草案的评注所示，国际法委员会采用“‘故意’一词，……既是为了表明犯罪者必须知道受害人作为受国际保护人员所享有的地位，也是为了在该条不适用于某些犯罪行为问题上消除任何怀疑，否则这些行为可能被认为属(a)项和(b)项的范围，例如由于它方的忽略，受国际保护人员在车祸中受重伤。”《……1972年年鉴》，第二卷，第8段。

(5) (a) 此外,第19条还规定:进行攻击行为应该是“以期防止或妨碍该项行动履行其任务”。1994年公约中没有载列任何寻求保护联合国人员和有关人员免受一切故意攻击的此类规定。但是,在《危害人类和平及安全治罪法》的范围内,委员会认为,对此种人员的攻击行为中唯一应予载入在治罪法中的是预谋或意图防止或妨碍行动本身的行为。在任何特定情况下是否如此将是一个事实问题。1994年公约第9条的较为广泛的范围当然不受影响。

(6) 第一款(a)项和(b)项规定了两类被禁止的行为。第一类行为包括对受保护人员实行的严重暴力行为,即“谋杀、绑架或对其人身或自由的其它攻击行为”。第二类行为包括对特定地点或运输方式实行的、危及受保护人员的严重暴力行为,即“对任何此类人员的办公房地、私人住所或交通工具实行有可能危害其人身或自由的暴力攻击。”这两类被禁止的行为均包括严重暴力攻击,它们取自《联合国人员和有关人员安全公约》所载的罪行定义(第9条第1款(a)项和(b)项)。公约所载的附属罪行未载入本条,因为关于本治罪法包括的所有罪行的第2条讨论了这些罪行。

(7) 由于所提到的是对联合国人员¹⁴⁷和有关人员¹⁴⁸犯下的罪行,这表明可能受本条所载罪行之害的限于这些人员。公约对这些用语下了定义,在本条中,应将其理解为具有同样意思。此外,罪行必须是针对“参与联合国行动”的受保护人员进行的。使用“参与”一词是为了包括各类受保护人员,如公约所载的受保护人员

¹⁴⁷ 公约第1条(a)项载有以下定义:

(a) “联合国人员”指:

- (一) 由联合国秘书长聘用或部署、担任联合国行动的军事、警察或文职部门的成员的人;
- (二) 由联合国或其专门机构或国际原子能机构派遣、在进行联合国行动的地区具有正式身份的其他官员和专家……

¹⁴⁸ 公约第1条(b)项载有以下定义:

(b) “有关人员”指进行活动以协助完成联合国行动的任务的下列人员:

- (一) 由一国政府或政府间组织根据同联合国主管机关的协议派遣的人;
- (二) 由联合国秘书长或专门机构或国际原子能机构聘用的人;
- (三) 由人道主义非政府组织或机构根据同联合国秘书长或专门机构或国际原子能机构的协议所部署的人……

的定义所表明的那样，他们参加联合国行动、在联合国行动区域具有正式身份或以其他方式与联合国行动有关。公约对“联合国行动”下了定义，在本条中，应将其理解为具有同样的意思。¹⁴⁹

(8) 本条第2款的目的是避免将针对下述人员的任何行为定性为罪行，这些人员参与的是根据《联合国宪章》第七章授权的联合国行动，他们参加强制行动并事实上参加与有组织的武装部队作战的、可适用国际武装冲突法的联合国行动。¹⁵⁰制订本款是为了确保本条包括联合国人员，除非他们已被国际武装冲突法包括，而国际武装冲突法是第20条讨论的问题。

第 20 条

战争罪行

有计划或大规模实行的任何下列战争罪行构成危害人类和平及安全罪行：

(a) 实行违反国际人道主义法的任何下列行为：

- (一) 故意杀害；
- (二) 酷刑或不人道待遇，包括生物学实验；
- (三) 故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害；
- (四) 无军事上之必要而以非法和横蛮之方式对财产进行大规模的破坏与占用；
- (五) 强迫战俘或其他受保护的人员在敌对国军中服务；
- (六) 故意剥夺战俘或其他受保护的人员受到公平和正常审讯的权利；

¹⁴⁹ 公约第1条(c)项载有以下定义：

(c) “联合国行动”指联合国主管机关根据《联合国宪章》设立、并在联合国的权力和控制之下进行的行动，但须：

- (一) 该行动是以维持或恢复国际和平与安全为目的；或
- (二) 为本公约目的，安全理事会或大会宣布参加行动人员的安全面临特殊危险……

¹⁵⁰ 见人道主义法对核武器的威胁或使用之合法性的讨论(联合国秘书长请求提供的咨询意见)，第75段，将予列入《国际法院报告书》(1996)出版。

- (七) 将受保护人员非法驱逐出境或移送或非法禁闭；
- (八) 劫人为质；
- (b) 故意实行违反国际人道主义法并造成死亡或对身体健康造成严重伤害的任何下列行为：
 - (一) 使平民居民或平民个人成为攻击的对象；
 - (二) 知悉攻击将造成过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害，却发动使平民居民或民用物体受影响的不分皂白的攻击；
 - (三) 知悉攻击将造成过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害，却发动对含有危险力量的工程或装置的攻击；
 - (四) 知悉为失去战斗力的人而使其成为攻击的对象；
 - (五) 背信弃义地使用红十字、红新月或红狮与太阳的特殊标志或其它公认的保护记号；
- (c) 故意实行违反国际人道主义法的任何下列行为：
 - (一) 占领国将其本国平民居民的一部分迁往所占领的领土；
 - (二) 对遣返战俘或平民的无理延迟；
- (d) 实行违反国际人道主义法的对于人性尊严的侵犯，特别是羞辱和贬损、强奸、逼良为娼以及任何形式的粗鄙攻击；
- (e) 实行违反战争法或惯例的任何下列行为：
 - (一) 使用有毒武器或其它武器，以造成不必要的痛苦；
 - (二) 无军事上之必要，横蛮地摧毁城市、乡镇或村庄，或予以破坏；
 - (三) 以任何手段攻击或轰炸不设防的城镇、村庄、住所或建筑物或非军事化地区；
 - (四) 夺取、摧毁或故意损坏专门用于宗教、慈善事业和教育、艺术与科学的机构、历史纪念物和艺术及科学作品；
 - (五) 劫掠公私财产。
- (f) 违反适用于不具国际性质之武装冲突的国际人道主义法而实行的任何下列行为：
 - (一) 残暴对待人的生命、健康以及身体或精神福祉，特别是谋杀以及诸如拷打、截肢或任何形式的体罚等酷刑；
 - (二) 集体处罚；
 - (三) 劫人为质；
 - (四) 恐怖主义行为；

- (五) 对人性尊严的侵犯，特别是羞辱和贬损、强奸、逼良为娼以及任何形式的粗鄙攻击；
 - (六) 掠夺行为；
 - (七) 事先未经正规组成的、提供文明人所承认且不可或缺的司法保证之法院的审判而运行宣判和执刑。
- (g) 在武装冲突的情形下，无军事上之必要而使用意图对自然环境造成广泛、长期和严重的损害从而严重妨害居民的健康或生存的作战方法或手段。

评 注

(1) 关于本条的标题，委员会倾向于保留“战争罪行”一语，而不用“违反适用于武装冲突的人道主义法”一语。尽管第二种表述在法律上比较正确，但委员会选用了更加简短的第一种表述。委员会参考了最初提交的报告，宁愿保留“战争罪行”一语。然而，报告案文中也使用了“违反战争法律和惯例”和“违反适用于武装冲突的人道主义法规则”这些表述。

(2) 《纽伦堡法庭宪章》以“违反战争法律和惯例”这一一般措词指战争罪，没有涉及任何普遍的定义。

(3) 该《纽伦堡宪章》的制定者采用了列举法，¹⁵¹同时指出这一清单并非限制性的。法庭还指出，所列违反行为在1907年《海牙公约》和1929年《日内瓦公约》中已有叙述。

(4) 目前的第20条除了别的以外抄录了1907年和1929年公约以及1949年各项日内瓦公约及其附加议定书中所列的各类战争罪行。同时，委员会认为，上述行为要构成本治罪法意义上的罪行，即危害人类和平及安全罪，还必须具有第20条起首句中所指明的一般标准，即必须是有计划或大规模实行的。

(5) 治罪法中战争罪行应具有的这些一般标准出于下列考虑，即危害人类和平及安全罪是国际违法行为最为严重的罪行，一项违法行为要被视作一项危害人类和平及安全的罪行，必须符合使它达到严重程度某些附加标准。本条起首句中叙述了这些一般标准：必须是有计划或大规模实行的。

¹⁵¹ 所列战争罪行清单包括、但并不限于以下罪行：“为奴役或为其他目的而谋杀、虐待或放逐占领地平民，谋杀或虐待战俘或海上的人员，杀害人质，掠夺公私财产，恣意破坏城镇或村庄或无军事上之必要而予以摧毁。”

(6) 这一补充要求依据的事实是,直至纽伦堡判决之时,“战争罪行”一语中的“罪行”一词仍未具有表示刑事犯罪中最严重罪行的技术意义,而只具有关于违法行为的一般意义,即没有履行刑法所规定的义务,而不论其严重程度如何。因此,委员会认为,有必要提高为了使战争罪行足以构成危害人类和平及安全罪行所必须达到的严重程度要求。从而规定了有计划或大规模实行的标准。

(7) 根据预先制定的计划或政策所犯罪行即为有计划的犯罪。针对众多的受害者进行一系列攻击或一次大规模的攻击即为大规模实行的罪行。

(8) 因此,并非所有战争罪行行为危害人类和平及安全罪行。一项违法行为必须具有上述一般特性才构成危害人类和平及安全罪行。

(9) 第20条所列罪行清单并非无中生有。所列的大部分罪行均得到国际人道主义法的确认并且载于各项文书。

(10) (a)项所列第一类战争罪行是严重违反1949年日内瓦四公约所体现人道主义法的行为。(a)项(一)分项至(三)分项论述1949年日内瓦四公约共同规定的严重违约行为,这些公约是:改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约(第一项日内瓦公约,第50条);¹⁵² 改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约(第二项日内瓦公约,第51条);¹⁵³ 关于战俘待遇之日内瓦公约(第三项日内瓦公约,第130条);¹⁵⁴ 关于战时保护平民之日内瓦公约(第四项日内瓦公约,第147条)。¹⁵⁵ (a)项(四)分项论述第一项、第二项和第四项日内瓦公约共同规定的严重违约行为。(a)项(五)分项和(六)分项论述第三项和第四项日内瓦公约规定的严重违约行为。(a)项(七)分项和(八)分项论述第四项日内瓦公约规定的严重违约行为。本项的规定应理解为与这些公约所载的相应条款具有同样的意义的适用范围。¹⁵⁶ 本项规定与《前南斯拉夫问题特设法庭规约》的对应条款(第3条)十分相近。

¹⁵² 联合国条约汇编,第75卷,p.31。

¹⁵³ 联合国条约汇编,第75卷,p.85。

¹⁵⁴ 联合国条约汇编,第75卷,p.135。

¹⁵⁵ 联合国条约汇编,第75卷,p.287。

¹⁵⁶ 在这方面,红十字国际委员会编写的1949年日内瓦四公约的权威性评注同样适用于本规定。

(11) (b)项和(c)项所列的第二类和第三类战争罪行载述1949年日内瓦四公约第一附加议定书所列的严重违约行为。¹⁵⁷ 关于第二类罪行, (b)项载述第一附加议定书第85条第3款所列严重违约行为。该项开头一句转述第85条第3款的两个一般标准, 即这类行为必须是故意作出的, 并造成死亡或对身体或健康造成严重伤害。(b)项(一)分项至(五)分项载述第85条第3款(a)项至(c)项、(e)项和(f)项分别列出的严重违约行为。¹⁵⁸ 关于第三类, (c)项载述第一附加议定书第85条第4款所列的严重违约行为。本项开头一句转述第85条第4款的一般标准, 即这类行为必须是故意作出的。(c)项(一)分项和(二)分项载述第85条第4款(a)项和(b)项所列的严重违约行为。¹⁵⁹ (b)和(c)项应被理解为与议定书所载的相应规定具有同样的意义和适用范围,¹⁶⁰ 这些条款用一般性的用语拟就, 没有转述第一附加议定书具体条款的词语, 这些条款为第85条所载严重违约行为的目的提出了基本行为标准。不过, 有关的行为标准同样适用于这两项条款。

(12) (d)项所载的第四类战争罪为“实行违反人道主义法的对人性尊严的侵犯, 特别是羞辱和有辱人格的待遇、强奸、逼良为娼以及任何形式的粗鄙攻击”。在(a)项(二)和(三)分项下, 这种行为显然严重违反《日内瓦四公约》。然而, 鉴于有计划或大规模地在前南斯拉夫实行这种罪行的报告空前之多, 委员会认为必须明确重申, 在国际性武装冲突中犯下的这种罪行具有战争罪的犯罪性质。这项规定根

¹⁵⁷ 1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(以下称第一号附加议定书), 联合国条约汇编, 第1125卷, p.3。

¹⁵⁸ (e)项(三)分项包含了第85条第3款(d)项列出的余下的一项严重违约行为。

¹⁵⁹ 本条的其他规定载述第85条第4款列出的其他严重违约行为; (a)项(六)分项载述第85条第4款(e)项列出的严重违约行为; (a)项(七)分项载述第85条第4款(a)项列出的关于驱逐或移送的严重违约行为; (d)项载述第85条第4款(c)项列出的严重违约行为。(e)项(四)分项载述第85条第4款(d)项列出的严重违约行为。第85条第4款(c)项所列的严重违约行为不仅作为战争罪行在本条(d)项中以较一般性用语加以载述, 而且作为危害人类罪, 在第18条(f)项中载述, 该项不要求存在武装冲突。

¹⁶⁰ 在这方面, 红十字国际委员会编写的第一附加议定书权威性评注也同样适用本条款的规定。

据《1949年日内瓦四公约第二号附加议定书》第4条第2款(e)项制订,该款将这种行为定性为违反所有受保护的人在非国际性武装冲突期间有权享受的基本保证。¹⁶¹委员会指出,适用于非国际性武装冲突的法律所规定的基本保证是对受保护者实行人道主义待遇的最低标准,这一标准适用于各种武装冲突,不管是国际性的还是非国际性的。《1949年日内瓦四公约》中共同的第3条和《第二号附加议定书》第4条第2款明确承认了这一点。

(13) (e)项所载的第五类战争罪主要为严重违反《1907年陆战法规及惯例海牙第四公约》及其所附的条例的行为。¹⁶²委员会注意到,(e)项(四)分项主要适用于受《1954年保护文化财产的海牙公约》¹⁶³保护的文化财产以及受《保护文学艺术作品伯尔尼公约》¹⁶⁴保护的文学艺术作品。这项规定的基础是《纽伦堡宪章》(第6条(c)项)和《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(第3条)。与这些文书形成鲜明对照的是,该条款在违反战争法规和惯例的行为方面开列了详尽的清单,在本治罪法所适用的行为方面增加了确定性。此外,(e)项(三)分项适用于关于非军事化地区的第85条第3款(d)项所列的严重违约行为。该条款中“非军事化地区”一词的意义与《第一号附加议定书》第60条的意义相同。¹⁶⁵

¹⁶¹ 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(以下称《第二号附加议定书》),《联合国条约汇编》,第1125卷, p.609。

¹⁶² 《陆战法规及惯例海牙(第四号)公约》以及条例附件, Bevens, 第一卷, p.631。

¹⁶³ 《联合国条约汇编》,第249卷, p.216。

¹⁶⁴ 知识产权组织第287号出版物(英文本)。

¹⁶⁵ 相当明确,第60条的起草者尽管规定在和平时期已经可以建立非军事化地区,但是他们没有想到这种地区。实际上,由条约建立的这种不同类型的非军事化地区……并不是为战时而建立,而是为和平时期而建立,或者至少是为停战而建立。事实上,这是第60条建立的地区的主要特征:它们的目的是政治性的,而是人道主义性的;它们专门是为了使生活在那里的居民免受攻击。应该承认的是,在武装冲突的情况下,没有任何情况能够不使和约、停战或任何其他国际协议建立的非军事化地区按第60条成为非军事化地带,除非通过新的协议。”《第一号附加议定书》评注, p.709。

(14) (f)项所载的第六类战争罪为严重违反适用于《1949年日内瓦四公约》共同的第3条和《日内瓦四公约第二号附加议定书》¹⁸⁶第4条所载非国际性武装冲突的国际人道主义法的行为。应将该分款的规定理解为与四公约和《议定书》所载的相应规定具有同样的意义和适用范围。¹⁸⁷ (f)项(一)分项适用于违反《日内瓦四公约》共同的第3条第1款(a)项和《第二号附加议定书》第4条第2款(a)项的行为。(f)项(二)分项适用于违反《第二号附加议定书》第4条第2款(b)项的行为。(f)项(三)分项适用于违反《日内瓦四公约》共同的第3条第1款(b)项和《第二号附加议定书》第4条第2款(c)项的行为。(f)项(四)分项适用于违反《第二号附加议定书》第4条第2款(d)项的行为。(f)项(五)分项适用于《日内瓦四公约》共同的第3条第1款(c)项和《第二号附加议定书》中更详细的第4条第2款(e)项的行为。¹⁸⁸ (f)项(六)分项适用于违反《第二号附加议定书》第4条第2款(g)项的行为。(f)项(七)分项适用于违反《日内瓦四公约》共同的第3条第1款(d)项的行为。该项根据《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(第4条)制定,该条是对有关法律的最新陈述。鉴于近年来非国际性武装冲突频仍,委员会认为该项尤其重要。委员会指出,关于前南斯拉夫的国际刑事法庭重申了违反适用于国内武装冲突的法律的个人刑事责任原则。¹⁸⁹

¹⁸⁶ 下称第二号附加议定书。

¹⁸⁷ 在这方面,红十字国际委员会编写的对《1949年日内瓦四公约》和《第二号附加议定书》的权威性评注也同样适用于这些规定。

¹⁸⁸ 这些违反行为,若在国际性武装冲突中发生,则适用本条(d)项所载的相同规定。

¹⁸⁹ 检察官诉 Dusko Tadic 案,上诉分庭就被告方对关于裁判权的非最后上诉动议作出的裁决, p.68。

(15) (g)项所载的第七类战争罪适用于违反《第一号附加议定书》第35和第55条的行为。违反这些条款的行为未被定性为引起《议定书》中个人刑事责任的严重违约行为。该项含有违反《议定书》行为构成本治罪法适用的战争罪所必须的三个附加成分。第一,军事上的必要性不是使用被禁止的作战方法或手段的理由。该项所用的“军事上之必要”一词是为了表达与现行法律文件的有关条款同样的意义,如:《1907年海牙第四公约条例》第23条(g)项,¹⁷⁰《日内瓦第一公约》第50条、《日内瓦第二公约》第51条和《日内瓦第四公约》第147条所载的关于严重破坏行为的规定,《日内瓦第一公约》第33条¹⁷¹以及《日内瓦第四公约》第53条。¹⁷²第二,凡这种行为要有具体的“意图对自然环境造成广泛、长期和严重的损害从而严重妨害居民的健康或生存”。在这方面,本项规定要求这种行为对居民造成较严重的后果,以构成本治罪法适用的战争罪,与违反《第一号附加议定书》的行为所要求的有害后果相比,这种后果为“严重的”损害后果。第三,该项要求因被禁止的行为而实际发生这种损害。委员会认为,这种行为,如在国际性或非国际性武装冲突中发生,可以构成本治罪法适用的战争罪。因此,该项与《第一号附加议定书》对国际性武装冲突较有限的适用范围正相反,它适用于不管是国际性还是非国际性的“武装冲突的情形”。该项的开头没有列入“违反国际人道主义法的行为”一语,以免造成这种行为一定会在现行国际法下构成与前面各项截然相反的战争罪。¹⁷³

¹⁷⁰ 第23条(g)项说,“明确禁止……破坏或没收敌方的财产,除非这种破坏或没收是因战争的必要而必须要求的”。

¹⁷¹ 《日内瓦第一公约》第33条禁止将属于敌方医疗队的建筑物或物资移作别用,只有一个有限的限制,即“遇紧急军事需要时”。对该条款的评述将“唯……遇紧急军事需要”称作是“一个被接受的国际法原则”。《日内瓦第一公约》评注,p. 275。

¹⁷² 第53条承认在禁止破坏某些财产方面若“为军事行动所绝对必要者”为例外。

¹⁷³ 红十字国际委员会编写的关于武装冲突中的环境保护的军事手册和指南准则声明,“无军事上之必要而破坏环境得视为违反国际法。在某些情况下破坏行为可作为严重违反国际人道主义法,施以惩罚。”A/49/323号文件,附件。

第三章

国家责任

A. 导言

51. 委员会在1949年的第一届会议上从其认为适于编纂的诸项专题中挑选了国家责任专题。大会1953年12月7日第799(VIII)号决议请委员会在认为可行时立即着手编纂关于国家责任的国际法原则。为响应这一大会决议,委员会在1955年的第七届会议上决定开始研究国家责任专题,并任命了加西亚·阿马多先生为这项专题的特别报告员。特别报告员在委员会自1956年至1961年期间的此后六届会议上接连提出了六份报告,从总体上处理了对外国人和财产造成损害的责任问题。¹⁷⁴

52. 委员会在1962年的第十四届会议上设立了一个小组委员会,其任务是编写一份初步报告,提出关于未来研究的范围和方法的建议。¹⁷⁵

53. 在1963年的第十五届会议上,委员会在一致核可了小组委员会的报告之后任命罗伯托·阿戈先生为此项专题的特别报告员。

¹⁷⁴ 《1969年…年鉴》,第二卷,p.229。

¹⁷⁵ 同上,p.229及以下各页。

54. 在第二十一届(1969年)至第三十一届(1979年)会议期间,委员会收到了特别报告员的八份报告。¹⁷⁶

55. 对于“国家责任”这个专题的条款草案,1975年委员会第二十七届会议通过的总计划所设想的条款草案结构如下:第一部分载述国际责任的起源;第二部分载述国际责任的内容、形式和程度;委员会可能决定列入的第三部分则载述解决争端和履行国际责任的问题。¹⁷⁷

56. 1980年委员会第三十二届会议暂时一读通过了关于“国际责任的起源”的条款草案第一部分。¹⁷⁸

57. 鉴于罗伯托·阿戈先生当选为国际法院法官,委员会在第三十一届会议(1979年)上任命威廉·里普哈根先生为这一专题的特别报告员。

¹⁷⁶ 特别报告员的这八份报告见:

《1969年...年鉴》第二卷,文件A/CN.4/217和Add.1, pp.125-156。

《1970年...年鉴》第二卷,文件A/CN.4/233, pp.177-198。

《1971年...年鉴》第二卷(第一部分),文件A/CN.4/246和Add.1-3, p.199。

《1972年...年鉴》第二卷,文件A/CN.4/264和Add.1, p.71。

《1976年...年鉴》第二卷(第一部分),文件A/CN.4/291和Add.1和2, pp.3-55。

《1977年...年鉴》第二卷(第一部分),文件A/CN.4/302和Add.1-3。

《1978年...年鉴》第二卷(第一部分),文件A/CN.4/318和Add.1-4, 及1980年文件A/CN.4/318/Add.5-7。

¹⁷⁷ 《1975年...年鉴》,第二卷, pp.55-59, 文件A/10010/Rev.1, 第38-51段。

¹⁷⁸ 《1980年...年鉴》,第二卷(第二部分), pp.26-63, 文件A/35/10, 第三章。

58. 委员会从第三十二届会议(1980年)至第三十八届会议(1986年)共收到前任特别报告员威廉·里普哈根先生就条款草案第二和第三部分提交的七次报告。^{179 180}

59. 委员会委员威廉·里普哈根先生的任期于1984年12月31日届满,委员会在1987年的第三十九届会议上任命加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生接替他为特别报告员。委员会从第四十届会议(1988年)到第四十八届会议(1996年)收到了加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生提交的八份报告。¹⁸¹

¹⁷⁹ 特别报告员的七次报告见:《1980年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.107,文件A/CN.4/330;《1981年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.79,文件A/CN.4/334;《1982年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.22,文件A/CN.4/354;《1983年...年鉴》,第二卷(第一部分)p.3,文件A/CN.4/366和Add.1;《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.1,文件A/CN.4/380;《1985年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.3,文件A/CN.4/389;和《1986年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.1,文件A/CN.4/397和Add.1。

¹⁸⁰ 委员会在第三十四届会议(1983年)上将第二部分的第1至6条条款草案交给起草委员会。委员会在第三十七届会议(1985年)上决定将第二部分第7至16条条款草案交给起草委员会。委员会在第三十八届会议(1986年)上决定将第三部分第1至5条条款草案及其附件交给起草委员会。

¹⁸¹ 特别报告员的这八份报告见:《1986年...年鉴》,第二卷,第一部分p.6,文件A/CN.4/416和Add.1;《1990年...年鉴》,第二卷,第一部分,文件A/CN.4/425和Add.1;《1991年...年鉴》,第二卷,第一部分,文件A/CN.4/440和Add.1;文件A/CN.4/444和Add.1-3;A/CN.4/L.453和Add.1及其Corr.1、2和3以及Add.2和3;A/CN.4/461和Add.1和2;A/CN.4/469和Corr.1(仅有英文本)和Add.1和2;A/CN.4/476和Corr.1(仅有英文本)和Add.1。委员会在第四十一届会议(1989年)上将条款草案第二部分第二章的第6和7条(国际不法行为的法律后果)交给了起草委员会。委员会在第四十二届会议(1990年)上将条款草案第二部分第8、9和10条交给了起草委员会。委员会在第四十四届会议(1992年)上将条款草案第11至14条和第5条之二交给起草委员会,列入条款草案的第二部分。委员会在第四十五届会议(1993年)上将条款草案第三部分第1至6条和附件交给起草委员会。委员会在第四十七届会议(1995年)上将处理在条款草案第一部分第19条下被定性为国际不法行为的法律后果的第一部分第15至20条草案及新的第7条草案交给了起草委员会,列入草案第三部分。

60. 第四十七届会议结束时,委员会暂时通过在条款草案第二部分中列入第1至第5条、¹⁸² 和第6条(停止不法行为)、第6条之二(赔偿)、第7条(恢复原状)、第8条(补偿)、第10条(满足)、第10条之二(保证不重复)¹⁸³、第11条(受害国采取的反措施)、第13条(相称)和第14条(禁止采取的反措施)¹⁸⁴。此外,委员会又收到了起草委员会提交的草案第12条(同诉诸反措施有关的条件),委员会决定延迟对此条采取行动。¹⁸⁵ 委员会在第四十七届会议上暂时通过在第三部分中列入第1条(谈判)、第2条(斡旋与调停)、第3条(调解)、第4条(调解委员会的任务)、第5条(仲裁)、第6条(仲裁法庭的职权范围)、第7条(仲裁裁决的效力)及附件第1条(调解委员会)和第2条(仲裁法庭)。

¹⁸² 第1至第5条(第1款)及其评注,见《1985年……年鉴》,第二卷(第二部分),p. 24起。

¹⁸³ 第5条第2款和第6条、第6条之二、第7条、第8条、第10条和第10条之二及其评注,见《大会正式记录,第四十八届会议,补编第10号》(A/48/10),第 页起。

¹⁸⁴ 第11条、第13条和第14条的案文见同上,《第四十九届会议,补编第10号》(A/49/10),脚注362。委员会通过了第11条,有一项理解是:它可能需要参照最终通过的第12条案文重新审查(见同上,第352段)。

¹⁸⁵ 见同上,第352段。

B. 本届会议审议此项专题的情况

61. 委员会在本届会议上收到了特别报告员阿兰焦-鲁伊斯先生提交的第八份报告。¹⁸⁶ 该份报告处理的问题涉及到根据第一部分第19条被定为“罪行”的国际不法行为制度以及该特别报告员认为有必要请委员会注意的其他一些问题。委员会在1996年6月5日的第2436次会议上审议了这一报告。

62. 在1996年6月7日的委员会第2438次会议上，阿兰焦-鲁伊斯先生宣布辞去特别报告员的职务。

63. 起草委员会完成了国家责任条款草案第二和第三部分的一读。委员会在1996年6月3日至7月12日的第2452次至2459次会议上审议了起草委员会的报告。¹⁸⁷

64. 国际法委员会根据其章程第16和第21条，在1996年7月26日第2473次会议上决定，通过秘书长将本章D节所列条款草案转发给各国政府征求评论和意见，并请将此种评论和意见于1998年1月1日之前提交秘书长。

C. 赞扬特别报告员

65. 委员会在通过了关于国家责任的条款草案案文之后于1996年7月12日第2459次会议上鼓掌通过下列决议：

“国际法委员会，

暂时通过了关于国际责任的条款草案，

希望表示深切赞赏阿戈法官、威廉·里普哈根先生和阿兰焦-鲁伊斯先生三位特别报告员以其学术研究和广博经验对此项专题的处理做出杰出贡献，使本委员会得以圆满完成国家责任条款草案的一读。”

¹⁸⁶ A/CN.4/476和A/CN.4/476/Add.1和Corr.1(仅有英文本)和Add.1号文件。

¹⁸⁷ 起草委员会的报告见文件A/CN.4/L.524。

D. 国家责任条款草案

1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文

国家责任

第一部分

国际责任的起源

第一章

一般原则

第 1 条¹⁸⁸

一国对其国际不法行为的责任

一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任。

第 2 条¹⁸⁹

每一国家都有可能被认定实行了国际不法行为

每一国家都有可能被认定实行了引起国际责任的国际不法行为。

¹⁸⁸ 本条评注见《1973年...年鉴》，第二卷，pp. 173-176。

¹⁸⁹ 本条评注见同上，pp. 176-179。

第 3 条¹⁹⁰

一国国际不法行为的要素

一国的国际不法行为在下列情况下发生：

- (a) 由作为或不作为组成的行为按国际法规定可归于该国；
- (b) 该行为构成对该国国际义务的违背。

第 4 条¹⁹¹

把一国的行为定性为国际不法行为

只有国际法可以把一国的行为定性为国际不法行为。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受影响。

第 二 章

国际法所指的“国家行为”

第 5 条¹⁹²

国家机关的行为归于国家

为本条款的目的，任何国家机关依该国国内法具有此种地位者，其行为依国际法应视为该国的行为，但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。

¹⁹⁰ 本条评注见同上，pp.179—184。

¹⁹¹ 本条评注见同上，pp.184—188。

¹⁹² 本条评注见同上，pp.191—193。

第 6 条¹⁹³

不论机关在国家组织中所处的地位为何

一个国家机关,不论是属于制宪、立法、行政、司法或其他权力之下,不论担任国际性或国内性职务,也不论在国家组织中处于上级或下级地位,其行为依国际法应视为该国的行为。

第 7 条¹⁹⁴

经授权行使政府权力要素的其他实体的行为归于国家

1. 一个国家内地方政治实体的机关的行为依国际法亦应视为该国的行为,但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。

2. 虽非国家或地方政治实体正式结构的一部分,但经该国的国内法授权行使政府权力要素的实体,其机关的行为依国际法亦应视为该国的行为,但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。

第 8 条¹⁹⁶

实际上代表国家行事的人的行为归于国家

一个或一群人的行为,在以下情况,依国际法亦应视为国家的行为:

- (a) 经确定该人或该群人实际上系代表该国行事; 或
- (b) 该人或该群人,在正式当局不存在和有理由行使政府权力要素的情况下,实际上行使这些权力要素。

¹⁹³ 本条评注见同上, pp.193—198。

¹⁹⁴ 本条评注见《1974年...年鉴》,第二卷(第一部分),pp. 277—283。

¹⁹⁶ 本条评注见同上, pp.283—286。

第 9 条¹⁹⁶

另一国或一国际组织交由一国支配的机关的行为归于国家

由另一国家或一国际组织交由一国支配的机关，如为行使其国家的政府权力要素而行事，其行为依国际法应视为支配该机关的国家的行为。

第 10 条¹⁹⁷

逾越权限行事或违背关于其活动的指示行事的机关的行为归于国家

国家、地方政治实体或经授权行使政府权力要素的实体的机关，如以此种资格行事，即使在某一特定事件中逾越国内法规定的权限或违背关于其活动的指示，其行为依国际法仍应视为国家的行为。

第 11 条¹⁹⁸

不代表国家行事的人的行为

1. 不代表国家行事的一个人或一群人的行为，依国际法不视为国家的行为。
2. 第1款不妨碍把与该款所称的人或一群人的行为有关而按第5至第10条的规定应视为国家的行为的任何其他行为归于国家。

¹⁹⁶ 本条评注见同上，pp.286—290。

¹⁹⁷ 本条评注见《1975年...年鉴》，第二卷，pp. 61—70。

¹⁹⁸ 本条评注见同上，pp.70—83。

第 12 条¹⁹⁹

另一国机关的行为

1. 一国的机关以此种资格行事，在另一国领土或其管辖下的任何其他领土内所进行的行为，依国际法不应视为该另一国的行为。

2. 第1款不妨碍把与该款所指行为有关而按第5至第10条的规定应视为该国的行为的任何其他行为归于该国。

第 13 条²⁰⁰

国际组织的机关的行为

一个国际组织的机关以此种资格行事的行为，依国际法不应仅因该行为发生于一国的领土或该国管辖下的任何其他领土，即视为该国的行为。

第 14 条²⁰¹

叛乱运动的机关的行为

1. 在一国领土或在其管辖下的任何其他领土内成立的叛乱运动的机关的行为，依国际法不应视为该国的行为。

2. 第1款不妨碍把与一国叛乱运动的机关的行为有关而按第5至第10条的规定应视为该国的行为的任何其他行为归于该国。

3. 同样地，第1款绝不妨碍依国际法可把叛乱运动的机关的行为归于该运动时，作这种归属。

¹⁹⁹ 本条评注见同上，pp. 83—86。

²⁰⁰ 本条评注见同上，pp. 87—91

²⁰¹ 本条评注见同上，pp. 91—99

第 15 条²⁰²

成为一国新政府或导致组成一个新国家的 叛乱运动的行为归于国家

1. 成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为该国的行为。但此种归属不妨碍把按照第5至第10条的规定先前视为国家行为的行为归于该国。

2. 其行动导致在一个先已存在的国家的一部分领土或其管理下的领土内组成一个新国家的叛乱运动的行为应视为该新国家的行为。

第 三 章

违背国际义务

第 16 条²⁰³

违背国际义务行为的发生

一国的行为如不符合国际义务对它的要求,即为违背国际义务。

第 17 条²⁰⁴

不论所违背的国际义务的起源

1. 一国的行为如构成对国际义务的违背,即为国际不法行为,而不论该义务的起源为习惯法、条约或其他。

²⁰² 本条评注见同上, pp. 99—106

²⁰³ 本条评注见《1976年...年鉴》, 第二卷(第二部分), pp. 78—79。

²⁰⁴ 本条评注见同上, pp. 79—87。

2. 一国所违背的国际义务的起源不影响该国由于国际不法行为而引起的国际责任。

第 18 条²⁰⁵

国际义务必须对一国为有效

1. 一国不符合国际义务对它的要求的行为，必须是在该义务对该国为有效的时期所作出，才构成对该义务的违背。

2. 但是，一国的行为在进行的时候虽不符合对该国有效的国际义务对它的要求，但如以后由于一般国际法的强制性规范而使此种行为成为强制性行为时，即不再视为国际不法行为。

3. 如果一国不符合国际义务对它的要求的行为具有持续性，则只在该行为持续进行而该义务对该国有效的期间，才构成对该义务的违背。

4. 如果一国不符合国际义务对它的要求的行为是由有关个别事件的一系列行为或不行为组成，倘若此种行为可视为由该义务对该国有效期间发生的行为或不行为所组成，即是违背该义务的行为。

5. 如果一国不符合国际义务对它的要求的行为是由该国同一机关或不同机关对同一事件的行为或不行为所构成的复合性行为，倘若此项不符合该义务的复合性行为是由发生于该义务对该国有效期间的行为或不行为开始，即是违背该义务的行为，即使该行为在该期间以后才完成。

第 19 条²⁰⁶

国际罪行和国际不法行为

1. 一国行为如构成对国际义务的违背，即为国际不法行为，而不论所违背的义务的主题为何。

²⁰⁵ 本条评注见同上，pp.87—95。

²⁰⁶ 本条评注见同上，pp.95—122。

2. 一国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，其因而产生的国际不法行为构成国际罪行。

3. 在第2款的限制下，并根据现行国际法规则，国际罪行除了别的以外，可由下列各项行为产生：

- (a) 严重违背对维护国际和平与安全具有根本重要性的国际义务，例如禁止侵略的义务；
 - (b) 严重违背对维护各国人民的自决权利具有根本重要性的国际义务，例如禁止以武力建立或维持殖民统治的义务；
 - (c) 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，例如禁止奴隶制度、灭绝种族和种族隔离的义务；
 - (d) 严重违背对维护和保全人类环境具有根本重要性的国际义务，例如禁止大规模污染大气层或海洋的义务。
4. 按照第2款的规定并非国际罪行的任何国际不法行为均构成国际不法行为。

第 20 条²⁰⁷

违背要求它采取某一特定行为准则的国际义务的情况

一国的行为如不符合要求它采取某一特定行为准则的国际义务所规定的行为，即为违背该义务。

第 21 条²⁰⁸

违背要求它达成某一特定结果的国际义务的情况

1. 一国如不能以所采取的行为达成某项国际义务要求它以自己选择的方法达成的特定结果，即为违背该国际义务。

²⁰⁷ 本条评注见《1977年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 11—18。

²⁰⁸ 本条评注见同上，pp. 18—30。

2. 如一国的行为所造成的情况不符合某项国际义务要求它达成的结果，但该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果，则该国只在它其后的行为亦未能达成该项国际义务要求达成的结果时，才算违背该国际义务。

第 22 条²⁰⁹

用尽当地补救办法

如一国的行为造成不符合某项国际义务要求它给予外国人，不论自然人或法人的那种待遇的情况，但该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果，则该国只在有关外国人用尽他们所能利用的一切有效的当地补救办法，而仍未能得到该国际义务所规定的待遇或相当的待遇时，才算违背该国际义务。

第 23 条²¹⁰

违背要求它防止某一特定事件的 国际义务的情况

如国际义务规定某一国家必须达成的结果，是指以它自己选择的方法防止发生某一特定事件，则该国仅在所采取的行动未能达成该项结果时，才算违背该项国际义务。

²⁰⁹ 本条评注见同上，pp.30—50。

²¹⁰ 本条评注见《1978年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 81—86。

第 24 条²¹¹

时间上无延续性的国家行为违背 国际义务的时刻和期间

时间上无延续性的国家行为，违背国际义务时，该行为进行的时刻，即为违背义务行为发生的时刻。违背义务行为的实行时间不延续至该时刻之外，即使该国家行为的效果后来继续存在。

第 25 条²¹²

时间上有延续性的国家行为违背 国际义务的时刻和期间

1. 有持续性的国家行为违背国际义务时，该行为开始的时刻即为违背义务行为发生的时刻。但违背义务行为的实行时间为该行为持续并且一直不符合国际义务的整个期间。

2. 由有关个别事件的一系列行为或不行为组成的国家行为违背国际义务时，该系列的行为或不行为完成而使综合行为存在的时刻，即为违背义务行为发生的时刻。但违背义务行为的实行时间为构成该不符合国际义务的综合行为的第一个行为或不行为开始发生到此类行为或不行为不再发生为止的整个期间。

3. 由一国同一机关或不同机关对同一事件的一系列行为或不行为组成的国家复合行为违背国际义务时，该复合行为的最后一个组成部分完成的时刻，即为违背义务行为发生的时刻。但违背义务行为的实行时间为开始构成违背义务行为的行为或不行为发生到完成违背义务行为的行为或不行为结束的整个期间。

²¹¹ 本条评注见同上，pp.86—89。

²¹² 本条评注见同上，pp.89—97。

第 26 条²¹³

违背了防止某一特定事件的国际义务的时刻和期间

一国违背要求它防止某一特定事件的国际义务的行为，于该事件开始时即发生。但违背义务行为的实行时间为该事件持续的整个期间。

第 四 章

一国牵连另一国的国际不法行为

第 27 条²¹⁴

一国援助或协助另一国实行国际不法行为

一国对另一国的援助或协助，如经确定是为了使另一国实行国际不法行为，则该项援助或协助本身构成国际不法行为，即使该项援助或协助，单独来看，并不构成对国际义务的违背。

第 28 条²¹⁵

一国对另一国国际不法行为的责任

1. 一国在受制于另一国的指挥或控制权力的活动领域内实行的国际不法行为引起该另一国的国际责任。

2. 一国由于受到另一国的胁迫而实行的某项国际不法行为引起该另一国的国际责任。

²¹³ 本条评注见同上，pp. 97—98。

²¹⁴ 本条评注见同上，pp. 99—105。

²¹⁵ 本条评注见《1979年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 94—106。

3. 第1和第2款不妨碍实行国际不法行为的国家按本条款其他规定应负的国际责任。

第五章

解除行为不法性的情况

第 29 条²¹⁶

同 意

1. 一国以有效方式表示同意另一国实行某项与该另一国对其所负义务不符的特定行为时,该特定行为的不法性在对该国的关系上即告解除,但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

2. 第1款不适用于因一般国际法强制性规范而产生的义务。为本条款的目的,一般国际法强制规范是指得到国家组成的整个国际社会的接受和承认和不容减损的规范,此类规范只能由以后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

第 30 条²¹⁷

国际不法行为的反措施

一国不符合该国对另一国所负义务的行为,如果是该另一国的某项国际不法行为所引起的、对抗该另一国的、国际法上合法的措施,则该行为的不法性即不成立。

²¹⁶ 本条评注见同上, pp.109—115。

²¹⁷ 本条评注见同上, pp.115—122。

第 31 条²¹⁸

不可抗力和偶然事故

1. 一国不符合该国国际义务的行为，如起因于不可抗拒的力量或该国无力控制的无法预料的外界事件，以致该国实际上不可能按照该项义务行事或知道其行为不符合该项义务，则该行为的不法性即告解除。
2. 如果实际上不可能之情况的发生是由该国所促成，则不适用第1款。

第 32 条²¹⁹

危 难

1. 一国不符合该国国际义务的行为，如构成该国行为的行为人在遭遇极端危难的情况下为了挽救其生命或受其监护者的生命，除此行为之外别无他法，则该行为的不当性即告解除。
2. 如果极端危难的发生是由该国所促成，或该行为可能造成同样或更大的灾难，则不适用第1款。

第 33 条²²⁰

危急情况

1. 一国不得援引危急情况作为理由解除该国不符合其所负某项国际义务的行为的不法性，除非：
 - (a) 该行为是保护该国基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法；
且
 - (b) 该行为并不严重损害作为所负义务之对象的国家的基本利益。

²¹⁸ 本条评注见同上，pp.122—133。

²¹⁹ 本条评注见同上，pp.133—136。

²²⁰ 本条评注见《1980年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 34—52。

2. 一国绝不得在以下情况援引危急情况作为解除其行为不法性的理由：
- (a) 该国行为所不符合的国际义务是基于一般国际法的强制性规范而产生的；或
 - (b) 该国所不符合的国际义务是由条约加以规定的，该条约明示地或默示地禁止对该项义务援引危急情况；或
 - (c) 危急情况的发生是由该国促成的。

第 34 条²²¹

自 卫

一国不符合该国国际义务的行为，如构成按照联合国宪章采取的合法自卫措施，则该行为的不法性即告解除。

第 35 条²²²

关于赔偿损害的保留

根据第29、第31、第32或第33条的规定解除国家行为的不法性，并不预断关于赔偿该行为所造成的损害方面可能引起的任何问题。

²²¹ 本条评注见同上，pp.52—61。

²²² 本条评注见同上，pp.61—62。

第二部分

国家责任的内容、形式与程度

第一章

一般原则

第 36 条²³³

国际不法行为的后果

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

2. 第1款所指的法律后果不影响实行了国际不法行为的该国履行其已违背之义务的持续责任。

第 37 条²³⁴

特别法

在一国国际不法行为的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予以确定的情况下并且只有在这种情况下，本部分各项规定不予适用。

²³³ 本条第1款(原第1条)评注见《1983年...年鉴》，第二卷(第二部分)，p.42。第2款评注见《1993年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 54—55。

²³⁴ 本条(原第2条)评注见《1983年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 42—43。

第 38 条²²⁵

习惯国际法

本部分各项规定未列出的一国国际不法行为的法律后果仍应受到习惯国际法规则的制约。

第 39 条²²⁶

同《联合国宪章》的关系

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

²²⁵ 本条(原第3条)评注见同上, p.43。

²²⁶ 本条(原第4条)评注见同上。

委员会确认, 条款一旦以公约形式最终制定, 则这一公约同宪章的关系受到宪章第103条的制约。鉴于宪章的规定占优势, 委员会有许多委员担心:(以国家责任法为依据的)公约范围内的国家权利和义务可能被安全理事会根据宪章第七章作出的决定所压制, 因根据宪章第25条会员国必须接受和执行这些决定。

例如, 为了维持或恢复国际和平及安全而采取行动时, 安理会能否拒绝一国援引危急状况的请求(第33条), 或一国采取反措施的权利(第47和第48条), 或强加仲裁义务(第58条)呢?

一种看法认为, 安全理事会通常不能剥夺一国的合法权利, 或在一般国际法和宪章本身引起的义务以外强加另一些义务。作为例外情况, 它可能要求一国暂不行使其合法权利, 例如根据宪章第40条要求作为临时办法中止反措施。在一国决心成为侵略者的情况下, 对合法权利的否认可能为期较久。但是, 这种看法认为, 安全理事会通常应该充分顾及国家的合法权利行事。

另一种看法认为上述着手方式限制太多, 过于讲求“合法”, 极力贬低整个国际社会维护国际和平的凌驾一切的利益。

第39条不拟设法解决这个问题。委员会欢迎各国对提出的问题给予相当具体的评论, 以便委员会能够在在进行二读期间恢复审议这些重要问题。

第 40 条²²⁷

受害国的含义

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

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，则条约的另一缔约国即为受害国；
- (b) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭的判决或其他具有拘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拘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，该多边条约的任何缔约国或受习惯国际法有关规则约束的任何其他国家即为受害国：
 - (一) 按照对该国有利的方式设定或确立了该权利；
 - (二) 一国侵犯该权利必然影响多边条约其他缔约国或受习惯国际法规则约束的其他国家享受权利或义务；或
 - (三) 设定或确立该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是为了保护缔约国的集体利益的条件下，则该多边条约的任何其他缔约国即为受害国。

²²⁷ 本条(原第5条)评注见《1985年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp.25—27。

3. 此外,如国际不法行为构成国际罪行*,则“受害国”指所有其他国家。

第二章

受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务

第 41 条²²⁸

停止不法行为

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

第 42 条²²⁹

赔偿

1. 受害国有权从实行了国际不法行为的国家获得以恢复原状、补偿、满足以及承诺和保证不重复的方式单独或配合提供的充分赔偿;
2. 在确定赔偿时,应该考虑到:
 - (a) 受害国;或
 - (b) 以其名义提出索赔的该国国民的;起到损害作用的过失、或故意的行为或不行为。
3. 在任何情况下,赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段。

* “罪行”一词用于与条款第一部分第19条保持一致。但据指出,还可以使用“具有严重性质的国际不法行为”或“特别严重的不法行为”来取代“罪行”一词以便除了别的以外,避免“罪行”一词所涉刑事问题。

²²⁸ 本条(原第6条)评注见《1993年...年鉴》,第二卷(第二部分),pp. 55—58。

²²⁹ 本条第1、第2、和第4(原第3)款评注见同上,pp. 58—61。第3款评注见下文D(2)节。

4. 实行了国际不法行为的国家不得援引其国内法的规定作为不提供赔偿的理由。

第 43 条²³⁰

恢复原状

受害国有权促使实行了国际不法行为的国家恢复原状，即恢复实行不法行为以前所存在的状况，但这种恢复原状具有以下条件和限制：

- (a) 并非实际做不到的；
- (b) 不致违背根据一般国际法的强制性规范所产生的义务；
- (c) 受害国从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例；或
- (d) 不致严重危害实行了国际不法行为之国家的政治独立或经济稳定，而如不恢复原状，受害国也不会受到类似影响。

第 44 条²³¹

补 偿

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

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

²³⁰ 本条(原第7条)评注见《1993年...年鉴》，第二卷(第二部分)，pp. 61—67。

²³¹ 本条(原第8条)评注见同上，pp. 67-76。

第 45 条²³²

满 足

1. 受害国有权在实行了国际不法行为的国家必需为该行为所造成的损害--尤其是精神损害--提供充分赔偿的条件和必要限制下从它获得满足。
2. 满足可采取以下的一个或多个方式：
 - (a) 赔礼道歉；
 - (b) 名义赔偿金；
 - (c) 在严重侵犯受害国权利的情形下，反映侵犯之严重性的赔偿金；
 - (d) 在国际不法行为由官员的严重渎职或由官员的犯罪行为引起的情形下，对应责任者的惩罚或纪律处分。
3. 受害国获得满足的权利不能据以伤害实行了国际不法行为之国家的尊严。

第 46 条²³³

承诺并保证不重复

受害国有权在适当情况下要求实行了国际不法行为的国家承诺并保证不重复不法行为。

²³² 本条(原第10条)评注见同上, pp.76-81。

²³³ 本条(原第10条之二)评注见同上, pp.81-83。

第三章

反措施

第 47 条²³⁴

受害国的反措施

1. 为本条款草案的目的,反措施的采取指受害国在实行了国际不法行为的国家不遵守依第41至第46条应负义务的情况下,于必要时,参酌该国对其要求的反应不遵守对该国的一项或多项义务以促使该国遵守应负的义务。

2. 反措施的采取必须遵守第48至第50条所述条件和限制。

3. 若针对实行了国际不法行为的国家的反措施涉及对第三国的某项义务的违背,本章不得成为针对第三国的此种违反的理由。

第 48 条²³⁵

与采取反措施有关的条件

1. 采取反措施以前,受害国应履行第54条中所规定的谈判义务。这项义务不妨碍受害国在第54条所规定的谈判得出结果以前另行遵照本章的规定采取为维护其权利所必需的临时性保护办法。

2. 采取反措施的受害国应履行由第三部分引起的解决争端义务或对受害国和实行了国际不法行为的国家具有约束力的任何其它正式生效的解决争端程序的义务。

²³⁴ 本条(原第11条)评注见下文D(2)节。

²³⁵ 本条(原第12条)评注见下文D(2)节。

3. 只要国际不法行为已经停止,当实行了国际不法行为的国家正在以诚意执行第2款所指的解决争端程序而争端已提交有权发布对当事国具有约束力的指令的法庭,在这样的情况下,应暂不采取反措施。

4. 实行了国际不法行为的国家如果不履行由解决争端程序产生的要求或命令,则对受害国采取反措施的权利的暂停适用应予终止。

第 49 条²³⁶

相 称

受害国采取的反措施不应与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例。

第 50 条²³⁷

禁止采取的反措施

受害国不应以反措施方式诉诸:

- (a) 《联合国宪章》所禁止的武力威胁或使用武力;
- (b) 旨在危害实行了国际不法行为国家领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫;
- (c) 侵犯外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性的任何行为;
- (d) 减损基本人权的任何行为; 或
- (e) 违反一般国际法强制性规范的任何其他行为。

²³⁶ 本条(原第13条)评注见委员会第四十七届会议工作报告(《大会正式记录, 第五十届会议》), 补编第10号(A/50/10), 第101-105页。

²³⁷ 本条(原第14条)评注见同上, 第105-122页。

第四章

国际罪行

第 51 条²³⁸

国际罪行的后果

国际罪行引起任何其它国际不法行为的一切法律后果以及诸如以下第52和第53条中所述的进一步的后果。

第 52 条²³⁹

特定后果

在一国的国际不法行为是国际罪行的情况下：

- (a) 受害国要求恢复原状的权利不受制于第43条(c)项和(d)项中所述的限制因素；
- (b) 受害国要求给予满足的权利不受到第45条第3款的限制。

第 53 条²⁴⁰

所有国家的义务

一国的国际罪行引起每一其它国家的下列义务：

²³⁸ 本条评注见下文D(2)节。

²³⁹ 本条评注见同上。

²⁴⁰ 本条评注见同上。

- (a) 不承认国际罪行所造成的状况为合法；
- (b) 不援助或协助实行了该罪行的国家维持所造成的状况；
- (c) 同其它国家合作履行(a)和(b)项下的义务；并
- (d) 同其它国家合作实施旨在消除该罪行的后果的措施。

第 三 部 分

争端的解决

第 54 条²⁴¹

谈 判

如果本条款的两个或多个缔约国之间在解释或适用本条款方面发生争端，当事各国应按其中任何一国的请求争取通过谈判予以和平解决。

第 55 条²⁴²

斡旋与调停

不属争端当事国的、本条款的任何缔约国可以根据争端的任何当事国的请求或它自己的倡议进行斡旋或调停，以期促进该争端的和平解决。

²⁴¹ 本条(原第1条)评注见委员会第四十七届会议工作报告(《大会正式记录, 第五十届会议》), 补编第10号(A/50/10), 第123-124页。

²⁴² 本条(原第2条)评注见同上, 第124-125页。

第 56 条²⁴³

调 解

如果在提出首次谈判要求后三个月内,争端未以协议方式解决,也没有诉诸任何具有约束力的第三方解决方式,争端的任何当事国可将争端提交根据本条款附件一中所载程序进行的调解。

第 57 条²⁴⁴

调解委员会的任务

1. 调解委员会的任务是阐明所争执的问题,为此以调查的方式或其它方式收集一切必要的资料,并且努力促使争端当事国达成解决办法。

2. 为了上项目的,争端当事国应向委员会说明它们对争端的立场、以及这种立场所依据的事实。此外,争端当事国应向委员会提供它可能要求提供的任何进一步的资料或证据,并应在委员会或许会进行的任何独立的事实调查--包括在任何争端当事国境内进行的事实调查--中予以协助,除非有特殊原因使得这种调查无法进行。在那种情况下,该缔约国应向委员会说明这些特殊原因。

3. 委员会可以根据自己的裁量在不妨碍其提出稍后建议的情形下向任何或所有的当事国提出初步建议。

4. 向当事国提出的建议应列入在不晚于委员会正式成立后三个月提出的一份报告中,委员会可以指明当事国应就这些建议提出答复的期间。

5. 如果争端当事国对委员会的建议所提出的答复未能导致争端的解决,委员会可向它们提交一份最后报告,载述委员会自己对争端的评议和它的解决建议。

²⁴³ 本条(原第3条)评注见同上,第125-126页。

²⁴⁴ 本条(原第4条)评注见同上,第127-129页。

第 58 条²⁴⁵

仲 裁

1. 如果未能将争端提交第56条中规定的调解委员会或未能在调解委员会提出报告后六个月内议定解决办法，争端当事国可通过协议将争端提交遵照本条款附件二设立的仲裁法庭。

2. 但是，在本条款的两个缔约国中有一个向另一个采取反措施因而引起争端的情况下，受到反措施的国家有权在任何时候单方面将争端提交遵照本条款附件二设立的仲裁法庭。

第 59 条²⁴⁶

仲裁法庭的职权范围

1. 应就本条款中任何规定所载列可能在当事国之间有争议的或有关的任何事实或法律问题作出具有约束力的裁决的仲裁法庭，应根据本条款附件二中所列或所指的规则运作，并应在当事国完成书面或口头申诉和提交诉状之日起六个月内向当事国提出其裁决。

2. 仲裁法庭应有权进行其认为必要的任何事实调查，以确定案件事实。

²⁴⁵ 本条(原第5条)评注见同上，第130-131页。

²⁴⁶ 本条(原第6条)评注见同上，第131页。

第 60 条²⁴⁷

仲裁裁决的效力

1. 如果争端的任一当事国对仲裁裁决的效力提出异议, 而且如果当事国未能在提出异议之日起三个月内就提交另一法庭事宜达成一致意见, 国际法院在任何当事国及时提出请求的情形下有权确认该裁决的效力或宣告该裁决全部无效或部分无效。

2. 由于裁决无效而未能解决的任何争执问题, 在任何当事国提出请求的情形下, 可提交遵照本条款附件二设立的仲裁法庭予以重新裁决。

附 件 一²⁴⁸

调解委员会

1. 联合国秘书长应起草并保有由合格的法学家组成的调解员名单。为此目的, 应请联合国每一会员国或本条款的每一缔约国提名两位调解员, 被提名者的名字均应列入名单。调解员的任期, 包括被提名补缺的调解员的任期, 应为五年, 并可展期。任期已满的调解员应继续履行根据第2款规定选定他担任的任何职务。

2. 当事国可按第56条的规定将争端提交调解, 为此向秘书长提出要求, 秘书长应设立按如下方式组成的调解委员会:

(a) 构成争端当事国一方的一国或数国应指派:

(一) 一名具有该国、或该等国家中任何一国之国籍的调解员, 该调解员可从也可以不从第1款所提到的名单中选出。

(二) 一名不具有该国、或该等国家中任何一国之国籍的调解员, 该调解员应从上述名单中选出。

²⁴⁷ 本条(原第7条)评注见同上, 第133-135页。

²⁴⁸ 附件(附件一第1条)评注见同上, 第135-137页。

- (b) 构成争端当事国的另一方的一国或数国应按同样方法指派两名调解员。
 - (c) 由争端当事国双方选出的四名调解员应在秘书长收到要求之日起六十天内指派。
 - (d) 四名调解员应在他们之中最后一名被指派之日起六十天内从上述名单中指定第五名调解员,第五名调解员应担任庭长。
 - (e) 如果主席或任何其他调解员未能在上述为此类指派规定的期限内指定,则应由秘书长在该期限届满后六十天内从名单中指定。必须指派调解员的任一期限经双方协议均可展期。
 - (f) 任何空缺均应按为最初指派规定的方式填补。
3. 争端当事国一方或双方未参加调解程序不应构成不准诉讼的理由。
 4. 关于按本附件行事的委员会是否有权的意见分歧应由该委员会裁决。
 5. 委员会应规定它自己的程序,该委员会的裁决应以五个成员的多数票作出。
 6. 在争端涉及利害关系不同的两个以上的争端各方、或对彼此是否利害关系相同意见不一致的情形下,争端各方应在最大可能范围内适用第2款的规定。

附 件 二²⁴⁰

仲裁法庭

1. 第58条和第60条第2款所指的仲裁法庭应由五位仲裁员组成。争端当事国应各自提名一位仲裁员,仲裁员可从其各自的国民中选出。另外三位仲裁员包括庭长应通过共同的协议从第三国国民中选出。

2. 如果从一当事国要求另一当事国组成仲裁法庭之日起三个月内,仲裁法庭的仲裁员仍未任命,应由国际法院院长作出必要的任命。若院长不能采取行动或他是当事国之一的国民,任命应由副院长作出。若副院长不能采取行动或他是当事国之一的国民,任命应由法院资历最深而又非当事国之一国民的法官作出。这样任命的仲裁员必须具有不同的国籍,并且除非由于任一当事国未能指派仲裁员,他不能是任一当事国的国民、工作人员或其境内的通常居民。

²⁴⁰ 附件(附件原第2条)评注见同上,第137-138页。

3. 因死亡、辞职或任何其他原因而出现的任何空缺应按照为最初指派规定的方式在尽可能最短的期间内填补。

4. 法庭成立以后，当事国应拟订一份协定，确定争端的事由，除非他们已有这种协定。

5. 若在法庭组成之日起三个月内未能缔结一份协定，该争端的事由得由法庭根据向它提交的请诉书确定。

6. 当事国一方或双方未参加仲裁程序不应构成不准诉讼理由。

7. 除非当事国另行议定，仲裁法庭应规定它自己的程序。法庭的裁决应以五个成员的多数票作出。

2. 委员会第四十八届会议暂时通过第42条(第3款)、 第47、第48和第51至第53条草案案文及其评注

66. 现将委员会第四十八届会议暂时通过第42条(第3款)、第47、第48和第51至第53条草案案文及其评注载录于下文。

第 42 条

赔 偿

...

3. 在任何情况下，赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段。

...

评 注

8(a).^{*} 在一些赔偿的具体形式的范围内(特别是恢复原状和满足)，无论对充分赔偿的概念有无任何限制，这个问题都发生了。历史上有过“充分赔偿”的负担达到危害有关国家整个社会制度的程度的事例，例如特定国家在战败以后签订和平条约的情况。当然有些极端的事例，但是在国家责任的一切可能发生的情况中，不能排除极端的事例。因此，第3款规定，赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手

* 这两段应该放在委员会1993年通过的本条现有评注的后面。

段。当然，这同停止，包括归还从受害国非法取得的领土等义务，没有任何关系。但是，在其它情况下——例如补偿或满足的付款——所要求的款额或要求付款的条件不应达到使得居民丧失其维持生活手段的程度。第3款的用语取自1966年有关人权的国际盟约第1条第2款，反映普遍适用的法律原则。

8(b). 有些委员反对列入第3款。他们认为这项规定不适当，在受害国居民由于这样的理由而未能得到充分赔偿因此处于同样不利地位的情况下这项规定绝对不应该适用。接着删除第42条评注第(16)段。

第三章

反措施

一般性评注

(1) 第三章阐述了一系列条文，所载述的也许是整个国家责任制度中最困难和引起争议的方面，即反措施。²⁵⁰ 在对大多数争端缺乏强制性解决方法的分散的国际系统里，各国家采取单方面的自助措施(在这些条款草案里称为反措施)。反措施采取不使用武力或以武力相威胁的行动方式——反措施如果不是对受害国的权利受到侵犯的反应而被证实为合理，则是对受到反措施的国家的不法行为²⁵¹。根据第30条，构成反措施的行为的不法性可以解除。为了确保违法国遵守其法律义务，反措施可能是必要的。但与此同时，不能将其视为完全令人满意的法律补救办法，一则由于每个国家在缺乏商定的或第三方解决办法的情况下认为自己原则上是本国权利的法官，再则由于各国采取反措施或对反措施作出反应的能力并不相等。总之，这个制度是不完全的。因此本条款草案对采取反措施的可能性的确认——鉴于长期的实践，这种确认可能确实合理——都必须相应遵守一些条件和限制，将反措施限于为了对付国际不法行为有其必要的情况。

²⁵⁰ 见1992年委员会和第六委员会中关于反措施的辩论，载于关于国家责任的第五次报告，第A/CN.4/453号，第30-36段。

²⁵¹ 反措施应与虽然可能被视为“不友善”、但并不是实际上的非法行为区别开来，例如断绝外交关系，本条款草案不载述这种报复行为。

(2) 无论对反措施施加什么条件和限制,反措施有一种基本的缺陷,一方面是单方面评量受害国的权利及其受到侵犯的情况,另一方面是所做反应的合法性,一个反应又可能引起实行了国际不法行为的国家进一步的单方面反应。的确,由于反措施具有潜在地消极方面,委员会的一些委员对是否需要在国家责任的框架内规定反措施的任何法律制度表示质疑,特别指出当反措施在实力或手段不相等的国家间得到使用时,可能导致不公正结果。但是,有两项考虑因素导致把反措施列入。第一、有足够的证据显示,反措施的实践在习惯国际法范围内作为回击非法行为的手段是被允许的。委员会实际上已经在第一部分的范围内讨论了反措施的问题。第二、人们不应过低估计限制受害国采取反措施之能力,即规定反措施为对非法行为的合法反应之条件的重要性。因此,在本条款草案中载列关于反措施的规定既是必要的,也是有用的。

第 47 条

受害国的反措施

1. 为本条款草案的目的,反措施的采取指受害国在有国际不法行为的国家不遵守依第41至第46条应负义务的情况下,于必要时,参酌该国对其要求的反应不遵守对该国的一项或多项义务以促使该国遵守应负的义务,
2. 反措施的采取必须遵守第48至第50条所述条件和限制。
3. 若针对实行了国际不法行为的国家的反措施涉及对第三国的义务的违反,本章不得成为对第三国的这种违反的理由。

(1) 反措施的基本概念是受害国有权不遵守对违法国的一项或多项义务。²³² 任何合法反措施的基本先决条件是有侵犯采取反措施之国家的国际不法行为存在。²³³ 虽然这不一定需要由权威性的第三方确定这种行为的存在,被证实缺乏根据的、供受害国据以采取反措施的真诚认定并不足以证明它采取反措施是合乎法理的。因此,凭借它自己对情势的估计采取反措施的受害国这样做要自行承担风险,万一估计得不正确,可能需要为非法行为承担责任。虽然在评量责任程度时可以顾及自称受害国的这种真诚认定或错误,但不能解除所采取之措施的非法性。

(2) 受害国采取反措施的任何决定受到可以允许的作用的限制,或者说着眼于以这些措施加以实现。²³⁴ 国家实践表明,在采取反措施上,受害国可设法制止违法行为并寻求广义的赔偿。反之,反措施的作用不得超越受害国对停止和赔偿的要求。受害国所采取的超乎合法活动或目标的任何措施将构成非法行为。具体地说,受害国不得采取措施对据称的违法国施加惩罚。

(3) 受害国采取反措施之权利的本质在第47条中以“不遵守其对实行了国际不法行为的国家的一项或多项义务”的措词加以表达。一般认为这一用语比“中止履行”好,因为后者把反措施的适用范围限定于持续性的义务,而排除了需要达成特定结果的义务。

²³² 里普哈根先生作为特别报告员曾经主张区别“交互反措施”和其它措施;见《1985年...年鉴》第二卷(第一部分),p.10,第8条及其评注。交互反措施是对与最初的非法行为相同的义务或一类行为采取的反措施。这个类别没有在本条款草案中保留下来。基本的标准应该是在各种情况下为了促使停止和赔偿而采取特定反措施的必要性和相称性。此外,如果规定反措施应该是交互的,那么,在受害国无法采取同样措施的情况下,执行起来会是不平等的,情况往往是这样。

²³³ 虽然法律著作的作者多半认为,以合法方式采取反措施事先便假定有瞬间的或持续性的国际不法行为,有些学者则似乎认为,即使是在行为国有真诚的信念认为它已经或正在受到某一国际不法行为的伤害而采取措施也是合乎法理的。对这一学说的详细讨论,见关于国家责任的第三次报告,第A/CN.4/440号文件,第37段起。

²³⁴ 关于国家责任的第四次报告中从头到尾审议了有关的国家实践,见第A/CN.4/444和Add.1号文件。对关于反措施之作用的学说的详细讨论和所要实现的目标,见关于国家责任的第三次报告,第A/CN.4/440号文件第39段起。

(4) 除了规定反措施的要素以外,第47条在三个方面限制了受害国采取反措施的权利。它首先规定,必须是违法国未能遵守其根据第41条至第46条所负义务。在句子结构上把这一以合法方式采取反措施的基本条件放在条文的开头。其次,案文使受害国采取反措施的权利受到第48、第49和第50条所述情况和限制因素的限制。这几条规定了防止滥用的一些防护办法。再次,或许是最重要的一点是,它规定“在必要时采取反措施...以促使(违法国)遵守其根据第41至第46条所负义务”。这一用语是为了限制反措施可被允许的作用和目标并且明确地意味着在有些情况下可能不需要采取或持续采取反措施。更加具体地说,“在必要时”发挥了双重的作用。它明确指出,反措施是在不涉及不遵守受害国的义务的其它手段都未能奏效或显然无法促使违法国遵守其义务的时候才作为最后手段采取的。它还表明,受害国采取反措施的决定必须是合理的、真诚的、而且必须自行承担风险。

(5) 受害国对采取反措施的“必要”的评量首先由受害国自己作出、但也由违法国自己、和任何有关的第三方“参酌有国际不法行为的国家对其要求的反应”作出(参看第58条仲裁第2款)。这一用语是为了强调受害国和违法国需要对话,并尽量争取这种机会。这一用语有双重目的:鼓励受害国在评量是否需要采取反措施的时候适当顾及违法国的反应。期望受害国在采取对策的时候考虑到违法国对受害国提出停止和赔偿要求的反应是合理的。对不法行为引起的情况有不同的处理方式,取决于:据称的违法国是否认为受害国无权提出要求而断然否定责任、或者愿意提供充分和及时的赔偿、或将这一事项提交有约束力的第三方解决程序、甚或以能够让受害国满意的方式解释说,它没有实施任何国际不法行为。

(6) 要求受害国考虑到违法国对其要求的反应是“适当”的程度²⁶⁶是为了在受害国和违法国的立场之间达成适当的平衡。它着眼于避免受害国在使用反措施迫使停止和赔偿上有一可能损害违法国的--过多的自由。只有在“必要”的情况下反措施才是合法的。对于停止来说,受害国本来可能使用反措施,不让违法国有机会解释说从来就没有不法行为或该不法行为不能归因于它。受害国在采取反措施以前,通过进行对话和评量据称违法国的反应可避免根据不完全或不精确的信息采取反措施而犯下国际不法行为。对于赔偿来说,违法国本来可能在承认责任以后和提供赔偿和满足以后还会继续成为反措施的目标。反措施的必要性同其合法目标的达成成反比例。因此,受害国应该参酌违法国对其要求的反应评量反措施的持续必要性。

²⁶⁶ 特别报告员在其第四次和第六次报告中讨论了“适当反应”的概念,分别载于第A/CN.4/444号文件第17-23段和第A/CN.4/461号文件第69段。

(7) 第47条第2款确认,不涉及受害国和违法国之间责任关系的国家的权利不得受到受害国对违法国采取的反措施的损害。委员会认为,在本条载述这一事项而不在关于禁止采取的反措施的第50条中处理是适当的,因为后一种办法似乎否定了偶尔影响第三国立场的任何反措施的合法性。在各国日益受到多边义务的限制的相互依存的世界里,这一办法被认为过于总括。鉴于这些考虑因素,委员会通过对反措施的基本特性提出答复而选择了保护第三国权利的做法,即通过反措施采取的行为的非法性只能在受害国和违法国之间予以解除。如同委员会在本条款草案第一部分第30条评注第(18)段中强调过的,“以合法方式对某一国家实施的制裁行为本身绝不能构成使侵犯第三国主观国际权利行为的非法性得到解除的情况,对该第三国的任何制裁都不“合乎法理””。²⁸⁶

(8) 因此,第47条第2款规定,如果某一反措施违背对某一第三国的义务,这一违背行为的非法性不能由于允许这样对待违法国而得到解除。第2款是对受害国的一项警告:侵犯第三国权利的任何措施就第三国来说将构成不法行为。在受害国可能违背载述普遍性义务的规则的形势下这项警告是特别有关的。它也鼓励受害国采取诸如同第三当事国磋商、权衡备选行动方针的后果并且确定已经别无选择的预防步骤。

第 48 条

与采取反措施有关的条件

1. 采取反措施以前,受害国应履行第54条所规定的谈判义务。这项义务不影响受害国在第54条所规定的谈判得出结果以前另行遵照本章的规定采取为维护其权利所必需的临时性保护办法。

2. 采取反措施的受害国应履行由第三部分引起的解决争端义务或对受害国和实行了国际不法行为的国家具有约束力的任何其它正式生效的解决争端程序的义务。

3. 只要国际不法行为已经停止,当实行了国际不法行为的国家正在以诚意执行第3款所指的解决争端程序而争端已提交有权发布对当事国具有约束力的指令的法庭,在这样的情况下,应暂时停止反措施。

²⁸⁶ 《1979年国际法年鉴》,第二卷(第二部分),p.120,A/CN.4/SER.A/1979/Add.1(第2部分),第三章,B.2节。

4. 实行了国际不法行为的国家如果不履行由解决争端程序产生的要求或命令,则对受害国采取反措施的权利的暂停适用应予终止。

评 注

(1) 第47条所界定的采取反措施的权利有某些条件,限制和排除,载于其后3条。具体而言,与解决争端有关的某些条件适用于合法反措施;第48条涉及这一问题。此外,反措施必须总是相称的,这一基本要求载于第49条。最后,第50条将某些类行为完全排除在反措施之外。

(2) 在这三个条款中,最有争议和辩论最多的是第48条,该条涉及和平解决争端的要求。²⁰⁷ 尽管委员会全体同意应当为和平解决争端进行谈判并利用所有其他现有程序,但有人对在采取反措施之前是否必须这样做有不同意见。这一困难有两个方面。第一,谈判或其他争端解决形式可能相当冗长,寻求避免其不法行为后果的国家几乎可以无限期地采用。第二,有些形式的反措施(包括一些极其容易扭转的形式,如冻结资产)只有迅速采取才有效。因此,人们认为,根据《联合国宪章》第33条,要求穷尽所有现有程序,以此作为反措施的一个先决条件将使受害国处于不利地位。第48条并未要求将穷尽所有现有程序作为一个先决条件,而是注重为反措施目标国提供一种解决争端的适当和有效的程序。该条还允许被指称的违法国要求中止反措施,如果该国在一个有约束力的第三方争端解决机制中诚意合作,即使该国可以继续对其最初的行为是否为非法提出异议。但是,另一方面,它并没有规定,受害国在采取反措施之前应该设法通过谈判解决问题。但是,这一规定并不妨碍采取紧急的临时措施或临时性办法以维护受害国的权利。委员会的若干委员认为,本条第1款中所规定在采取反措施以前受害国进行谈判的义务在国际罪行,尤其是灭绝种族的情况下并不适用。

²⁰⁷ 有关诉诸其他补救办法要求的国家实践和学说的全面讨论,见阿兰焦-鲁伊斯先生关于国家责任的第四次报告,A/CN.4/444,英文第20至33页。

(3) 有关反措施条款的这一基本和核心的要素,即设法解决争端的义务,是以逐渐的方式实施的。其基础是区别以“临时性保护办法”的方式对非法行为采取的初步措施和其它反措施。一旦据称的违反行为受到她的注意,受害国可能认为必需采取措施以维护其合法权利。但是,委员会最后总结指出,不应该不首先试图采取通过谈判解决争端的方式就采取大规模的反措施。第1款以下列方式使上述考虑因素达到平衡。一方面,受害国根据第54条有义务应要求同其它当事国解决争端。另一方面,尽管有这项义务,它有权在第54条中规定的谈判得出结果以前另行遵照本章的规定立即采取为维护其合法地位有其必要的临时性保护措施。

(4) “临时性保护措施”一词取自有权或可能有权发布临时指令或指示应该如何采取步骤以保护争端当事国各自的权利的有关国际法院或法庭的程序。但是,在这一点上,差别在于:在有关的时间内—紧接着发生不法行为以后,对争端具有管辖权的任何此类法院或法庭可能不存在。此外,有些措施必需立即采取或者根本不可能采取,例如冻结资产,(可能在很短期间内被移出管辖范围)。就本条的意义来说,这种临时性措施是如果争端得到解决便可加以扭转的措施:比如暂时查封财产而不予没收或暂时吊销执照而不予撤销。

(5) 第一阶段谈判义务的范围没有受到特定的时间限制。什么是合理的谈判时间取决于一切情况,包括违法国的态度、利害攸关问题的紧急程度、如果不能迅速解决则损害会增加的可能性等等。鉴于情况多种多样,规定时限的做法是不切实际的。

(6) 如果谈判显然不可能成功,就有可能采取超越上述临时性保护措施的反措施,不过这些措施必需遵守第三章的各项规定。尤其,虽然有引起反措施的争端,第48条第2款载明,无论引起反措施的争端如何,现有第三方争端解决机制均有效,受害国本身必须继续履行其有关解决争端的义务。因此,一国并不通过采取反措施而有权中止或不履行有关解决争端的义务。此种义务有着明确的法律特性和实际目的,甚至在关系恶化的情况下也必须有效。²⁸⁸

²⁸⁸ “参阅美国在德黑兰的外交和领事工作人员”,《1980年国际法院报告书》, p.3, p.28。

(7) 除了在有关国家之间维持“任何其他现行有约束力的争端解决程序”(如, 双方接受《国际法院规约》第36(2)条有关争端或双边条约仲裁条款问题的任择条款)之外,第48条第2款还提到由目前条款第三部分引起的解决争端义务。对于在反措施情况下引起的争端,提到第三部分特别重要,因为第58条第2款规定,“在本条款的两个当事国中有一个向另一个采取反措施因而引起”争端的情况下,被指称的违法国——即受到反措施的国家——有权在任何时候单方面遵照本条款附件二将争端提交有待设立的仲裁法庭。其后果是,若一国按照第48条采取反措施,它实际上就给被指称的违法国提供了通过一个有约束力的第三方仲裁程序解决其争端的机会。即使在双方之间不存在现行其他有约束力的第三方解决争端义务的情况下也是如此。

(8) 在这方面,第48条第3款使用了“有权作出对当事方有约束力的命令的法庭”这些措词。此处所指的是就争端的实质对当事方有约束力的命令。法庭也必须有权命令采取临时保护措施。

(9) 在实践中,这两个问题(初始行为的合法性和反措施的合法性)很可能交织在一起。法庭的管辖不会仅仅由于采取反措施的当事国不将其行为界定为“反措施”而被排除。根据第58条第2款,对“本条款的两个当事国中有一个向另一个采取反措施因而引起的”任何争端,仲裁法庭具有管辖权。一项特定措施是否构成反措施是一个客观的问题:如第47条评注第(3)段所解释,指称的受害国主观上相信它在(或为此而没有在)采取反措施还不够。因此,一项特定措施是否确实为一项反措施是第58条第2款所指仲裁法庭管辖的一个初步问题,根据一般原则,是由法庭本身来确定的一个问题。²⁵⁹

(10) 在采取了反措施的争端中诉诸有约束力的第三方解决争端程序具有几种作用。首先和最为重要的是,为解决争端提供了一种程序,即使是在其他情况下没有此类程序的案件也是如此。但除此之外,根据第48条第3款,在执行争端解决程序时,受害国继续采取反措施的权利暂停适用。暂停的唯一条件是,第一,国际不法行为必须已经停止(即受害国不因不法行为的继续而继续受害),第二,违法国诚意执行争端解决程序。如果将案件提交有权发布对当事方有约束力的命令的一个法庭”,则有关解决争端程序具有这种中止作用;例如提交国际法院以及第58条所指的仲裁法庭。

²⁵⁹ 第(9)段中提出的一些问题在关于仲裁的第58条评注中有比较充分的讨论。

(11) 总而言之,如果满足第47条所列有关反措施的基本条件,受害国得采取反措施,而无需事先诉诸第三方解决争端程序。但如果该国确实采取反措施,则被采取反措施的国家得根据第58条第2款诉诸有约束力的仲裁程序,或任何其他适用的有约束力的第三方争端解决程序。如果指称的违法国确实诉诸此种程序,并诚意执行,只要不法行为本身已经停止,反措施就必须暂停。

(12) 然而,第48条所体现的程序制度还有一个必要的进一步的细微区分。尽管在诚意提交有约束力的第三方解决争端程序期间,受害国必须中止反措施,但可能出现临时保护措施问题,如果违法国未能遵循法院或法庭有关临时保护措施的任何命令或指示,不应让受害国没有补救办法。因此,第48条第4款规定,不法行为国未能履行法院或法庭的要求或命令,“则对受害国采取反措施的权利的暂停适用应予终止”。即使该法院或法庭的要求或命令从技术上讲没有约束力,情况也是如此。然而,不法行为国未能遵循有关临时或暂时措施的指示没有其他具体影响,尽管这可能使其应当对恢复反措施负责。特别是,法院或法庭仍然具有对该争端的管辖权。其程序仍然可用于处理该争端,只要涉及当事双方。

(13) 委员会认为,这一制度是解决涉及反措施的争端的各种现有安排的一个重大进步,除了通过外交或其他手段解决其争端的各种现有可能性之外,这一制度还为当事方提供了通过仲裁解决争端这种备选办法,从而避免继续采取反措施可能造成的争端加剧和关系恶化。从较长期来看,它将减少反措施制度中总是使反应不断升级的要素。

(14) 如上所述,第48条第2款的效果是维持现有解决争端义务,并提供第58条第2款所指的额外程序,供被采取反措施的国家选择。第48条并未具体指明两项或多项有约束力的适用争端解决程序之间的任何优先顺序,而把它留给当事国议定(事先表示或临时表示)或留给有关法庭决定如何解决任何重叠问题。

第四章

国际罪行

第 51 条

国际罪行的后果

国际罪行引起任何其它国际不法行为的一切法律后果以及诸如以下第52和第53条中所述的进一步的后果。

评 注

(1) 本条基本上是第四章的起首语。第一部分第19条导言的作用是确认由于性质严重应该附加特别后果的一个违法行为类别。把这个类别称为“罪行”或“特别严重的违法行为”并不重要，因为无论如何称呼，都应该附加特别后果；否则就不用把这个类别同其它国际不法行为区别开来了。有些委员维持他们对国家罪行概念的效用和认识的保留。

(2) 委员会所遇到的头一个问题是决定如何和由谁来进行各种区别。委员会审议了许多富创新性的提案以期克服这个难题，但最后决定只审议第三部分中的解决争端机制和第39条“同联合国宪章的关系”。

(3) 因此，首先应由一个或多个受害国决定某一罪行已经实施。这种认定会反映在它们的赔偿要求中，因为如同第52条所规定的，它们要求恢复原状和满足的权利不受适用于普通违法行为的若干限制。委员会期望受害国如果在较早时的抗议中没有指明、则在要求赔偿时指明它们所控诉的行为构成罪行。

(4) 第53条强加于所有国家的义务(不承认的义务...等等)是在每一国家形成某一罪行已经实施的看法时发生的。每一国家应为其决定承担责任，虽然可以补充指出，可能会出现一些情况，在这些情况下，不承认的义务或不协助的义务等等可能源自安全理事会的强制性决议。

(5) 总之，如果违法国选择对另一些国家认为它有某一罪行的决定提出异议，争端便随即发生。这种争端可随即通过第三部分所载解决争端程序处理。谈判、调解、仲裁--或者，确切地说，按照国际法院规约提交该法院--都是可供据指控有罪行

的国家采用的备选办法。

(6) 委员会认识到,被告国可能对其争端寻求比第三部分所载程序所容许的更为迅速的解决办法。尤其是采取宪章中所规定的办法。

(7) 但是,应该指出,委员会有一些委员赞成不同的提议。委员会认为会员国应该注意到这些提议,如果它们愿意则请对这些提议提出具体评论。如果任一提议得到广泛的支持,委员会便可以在二读期间恢复对它的审议。

(8) 有一个这样的提议载于特别报告员在其第7次报告(1995)中提交的条款草案中,委员会在审议了这份报告后,把它交给了起草委员会。²⁰⁰

(9) 另一个这样的提议分为两个阶段。在第一阶段,任一方可以要求调解委员会在其最后报告中说明是否有初步证据显示某一罪行已经发生。这种做法需要在第57条增添条款。

(10) 调解委员会的肯定看法将“触发”第二阶段,容许任一方单方面提交仲裁。这种做法可通过修改第58条予以实现,实际上象对待反措施那样,规定对罪行实行强制仲裁。

(11) 第一阶段的作用有如过滤器,预防滥用,实行强制仲裁的第二阶段被认为与国际法院对《维也纳条约法公约》第53条或第64条范围内的强行法请求所产生的争端实施强制管辖的规定可能具有某种类比关系。

(12) 以上各段(第8至第11)中所载述的提议对是否有某一罪行发生的争端采用分两步确定的程序机制所依据的看法是:这种争端太重要了,不能使用第三部分的一般程序。因此,有必要避免任何滥用情事,而规定对第19条的适用的争端应该提交具有裁决权的公平第三方。

(13) 另一方面,委员会的一些委员认为,第(11)段中提到的、同维也纳条约法第66条(a)项下强行法的类比应该总结。完成这项任务的唯一的适当机构是联合国的主要机关--国际法院,几乎所有国家都是其规约的缔约国,其他国家可以参加其诉讼。另一些委员认为同强行法的类比会导致误解,不能令人信服。

(14) 罪行的特殊后果分为两种。第一种载于第52条,涉及违法国和每一受害国之间的关系,记得在第40条第2款(g)项下,所有其它国家都被定义为这个意义上的“受害国”。第二种涉及什么是罪行的最低限度集体后果,载于第53条。

²⁰⁰ 文件A/CN.4/469/Corr.1T Add.1和2。也参看第5次报告,文件A/CN.4/453/Add.2和3。

第 52 条

特定后果

在一国的国际不法行为是国际罪行的情况下：

- (a) 受害国要求恢复原状的权利不受制于第43条(c)项和(d)项中所述的限制因素；
- (b) 受害国要求给予满足的权利不受到第45条第3款的限制。

评 注

(1) 在罪行情况下，违法国和受害国之间关系的特定后果主要在涉及赔偿的第41至第45条中做了充分的载述。当然，这些条文对国际法上最严重违法行为，例如罪行的适用会引起严重的后果：不外由于，在很大程度上，第41至第45条的措词足以对付国际法上最严重的和比较轻微的违法行为。

(2) 但是，第41至第45条对赔偿所施加的限制在国际罪行的情况下似乎不相称，有必要作一些调整。这种调整只涉及第43条(恢复原状)和第45条(满足)。

(3) 关于恢复原状，第43条第1款(c)和(d)项中所载受害国行使这一补救办法的权利受到两项限制，委员会认为在“罪行”的情况下不得施加这种限制。(c)项中的第一项限制通常是在违法国能够证明给予恢复原状(与给予补偿相反)会对它——违法国造成与受害国通过恢复原状所得到的利益不相称的负担。委员会认为，在罪行的情况下，应该取消这项限制。恢复原状基本上是恢复到发生违法行为以前的状况，委员会认为，违法国绝对不应该保有罪行的果实，或从违法罪行得到利益，无论恢复起来多么痛苦。负担多么沉重。

(4) 委员会要强调，在消除这一限制的情况下，并不取消“相称性”，相称性作为一般性概念，渗透在补救措施的整个领域。委员会认为，在大多数情况下，很难说恢复原来的状况是“不相称”，在罪行的情况下则绝对不能这样认为。

(5) 第43条(d)项中的第二项限制规定如果恢复原状会“严重危害”违法国的“政治独立和经济稳定”则免于恢复。委员会不认为在要求违法国放弃罪行果实的情况下，这项限制可以成为拒绝恢复原状的有效理由。

(6) 关于满足，第45条第3款的作用是取消会“伤害”违法国“尊严”的满足要求。委员会将在“罪行”情况下的满足方面取消这项限制，只因为由于其“罪

行”，违法国已经自己放弃了尊严。但是，委员会要指出，第2款(c)项中的限制仍将保留，使得损害的索赔要求仍能与“罪行”的严重程度相称。

(7) 委员会认为无需改动或限制第41至第45条中所列罪行的其它法律后果。停止的义务必须同样适用于违法行为和罪行。给予充分赔偿的义务也必须这样适用。委员会同样毫不怀疑：受害国取得补偿的权利应该不受影响。因此，第41、42和44条将不作任何修改。

(8) 委员会不确定，在罪行的情况下，要求“惩罚性赔偿金”或“惩戒性赔偿金”是否适当，但就满足可能“在严重侵犯受害国权利的情况下”包括了“反映侵犯之严重性的赔偿金”来说，关于满足的第45条事实上已经考虑到这种可能性。而就最后一点来说，在罪行和其它违法行为的情况下，要求承诺并保证不重复的权利都是适当的。

第 53 条

所有国家的义务

一国的国际罪行引起每一其它国家的下列义务：

- (a) 不承认国际罪行所造成的状况为合法；
- (b) 不援助或协助实行了该罪行的国家维持所造成的状况；
- (c) 同其它国家合作履行(a)和(b)项下的义务；并
- (d) 同其它国家合作实施旨在消除该罪行的后果的措施。

评 注

(1) 通过这一案文引起所有国家的义务，所有国家的参与被认为是反映所有国家在预防及惩治国际罪行方面的关注(第19条)，按照定义，这种罪行侵犯了“国际社会的根本利益”。

(2) 义务既是消极的，也是积极的。在第一类义务中，有不承认的义务和不协助违法国的义务：这些义务载于(a)和(b)项。这些义务反映了已经极其确定的做法。例如，安全理事会关于罗德西亚的决议(例如安全理事会第216(1965)号决议)和关于科威特的决议(例如安全理事会第661(1990)号决议)中规定了不承认的义务。不援助或不协助违法国的义务载于安全理事会关于南非的决议(例如安全理事会第

301(1971)、418(1977)和569(1985)号决议)和关于葡萄牙殖民统治的决议(安全理事会第218(1965)号决议)中。协助有罪行的国家这一行为本身就是非法行为,因此加以禁止是适当的。

(3) 第二类是积极义务,要同其它国家合作执行(a)项和(b)项义务以及它们为消除罪行后果可能采取的任何措施。所有这些义务都建立在面临国际罪行时的国际团结的假设上。它们根源于这样的确认:未来抵销国际罪行的影响,由所有国家集体反应是必要的。实际上,这种集体反应有可能由联合国的主管机关进行协调--有如上述决议的情况。本条款草案的作用不是调节宪章机关的宪法权力和权限的范围和运作--鉴于宪章第103条,它也甚至不可能这么做。但是,除了通过有组织的国际社会采取的国家间的集体反应以外,委员会认为,所有国家必需对罪行作出一些最低限度的反应。第53条的拟订是为了表示这个最低限度的要求,并且加强和支持一些国家可能通过国际组织针对罪行作出反应而采取的任何更加广泛的措施。

第四章

国家继承及其对自然人和法人国籍的影响

A. 导言

67. 委员会于1993年在其第四十五届会议上决定在议程中列入题为“国家继承及其对自然人和法人国籍的影响”的专题。²⁶¹大会在其1993年12月9日第48/31号决议第7段中核可了委员会的决定,但有一项理解,即:关于这一专题的工作最后采取何种形式将在向大会呈交一份初步报告后再予决定。委员会于1994年的第四十六届会议上任命瓦茨拉夫·米库尔卡先生为该专题的特别报告员。²⁶²大会在其1994年12月9日第49/51号决议第6段中核可了委员会就此专题开展工作的意向,但又有一项理解,即:关于这一专题的工作最后采取何种形式将在向大会呈交一份初步报告后再予决定。

68. 委员会在第四十七届会议上收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/467)。在审议了这份报告以后,委员会设立了有关这一专题的工作组,工作组受托的任务是:认明由本专题引起的各种问题,将相互密切相关的问题归纳分类,就处理当代人们关注的哪些问题最为有利向委员会提供指导,并向委员会提出一份行动日历。²⁶³工作组向委员会提交了一份报告,就中载述关于国家继承对自然人国籍的影响的一些初步结论。²⁶⁴经特别报告员建议,委员会决定在第四十八届会议上重新召集工作组完成其任务,使它能够满足大会第49/51号决议第6段中所载述的要求。²⁶⁵

²⁶¹ 大会正式记录,第四十八届会议,补编第10号(A/48/10)第440段。

²⁶² 同上,第四十九届会议,补编第10号(A/49/10)第383段。

²⁶³ 同上,第五十届会议,补编第10号(A/50/10)第147段。工作组的人员构成见上文第一段。

²⁶⁴ 同上,附件。

²⁶⁵ 同上,第229段。

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 审议特别报告员的第二次报告

69. 在本届会议上,委员会收到特别报告员的第二次报告A/CN.4/474和Corr.1和Corr.2(只有中文本),在1996年6月4日和7月2日举行的第2435次会议和第2451次会议上审议了这份报告。

70. 特别报告员说,本报告的目的是使委员会能够完成对这个专题的初步研究,从而遵守大会的要求。本报告特别着眼于便利本专题的工作组在本届会议上对法人的国籍、委员会对本专题开展实质性研究时所能作出的选择和可能采用的时间表等问题进行初步审议工作。

71. 特别报告员认为,粗略介绍一下从十九世纪到最近的过去在世界上所有地区有关领土变更的各种类型的国家实践是有用的。他不分析这些实践情况,认为如果大会请委员会这样做,则这种分析工作就会成为委员会所进行的实质性研究的一部分。

72. 本报告分为导言(第一章)和三个实质性章节。第二章载述自然人的国籍,试图摘述已经就专题的这个方面进行的工作成果、将问题分成几大类并建议供委员会在工作的稍后阶段进行分析的材料。特别报告员强调他重视第六委员会对该章所讨论的下列每一具体问题所表示的意见:进行谈判达成协议以解决由国家继承所造成的国籍问题的义务;继承国国籍的给予;先前国国籍的注销或丧失;选择的权利;为了国籍的给予或注销确定人的有关类别或为了确认选择的权利所使用的标准;不得歧视;以及国家不遵守适用于国籍的注销或给予原则的后果。

73. 特别报告员表示,就自然人的国籍问题来说,大体上可以推论:他的第一次报告、工作组的初步报告以及委员会和第六委员会的辩论情况将为完成本专题这个方面的初步研究提供一切必要组成部分。

74. 对另一个方面--法人的国籍来说,还没有出现这样的情况。第三章载述法人的国籍,这个方面应该是工作组在本届会议上的主要中心点。特别报告员已经力图扼述这个议题的范围和特性,并且阐述它的许多相当程度的复杂现象,包括法人可能采取的各种形式。他认为,除了国家继承以外,法人的国籍问题主要发生在有关外国人和外交保护以及有关国家继承的法律互相抵触的领域。

75. 特别报告员指出,国际法委员会和第六委员会都对是否应该在现阶段更加深入地审议这个方面发生意见分歧。他自己在前一届会议上表示过,他在该阶段的优选意见是将这个问题搁置而集中探讨自然人的国籍问题,但由于委员会要求为辩论提供更多的资料,他认为必须照办。

76. 在载述关于这个专题今后工作的建议的第四章里,特别报告员再度建议将这个议题分成两个部分,首先集中探讨自然人的国籍。他也建议,如果外交保护专题被列入委员会议程,则将国籍的连续性规则问题放在这个专题的范围内进一步审议。至于工作方法,特别报告员除了已经在第一次报告中就下列事项说过的以外没有什么要补充:采取编纂和逐渐发展国际法齐头并进的着手方式、用语、国家继承的类别和这个问题的范围。工作组可以审查这些组成部分并向全会提出有关建议。

77. 至于工作成果可能采取的形式,特别报告员指出,他的优选意见是拟定由带有评注的条文组成的大会宣言。如果委员会同意这个着手方式,就有可能在下届会议期间完成所有条文和评注的一读,工作组也可以讨论这个任择办法。

2. 工作组审议此项专题的情况

78. 本专题工作组主席兼特别报告员在1996年7月2日和12日的第2451次和2459次会议上就工作组在本届会议期间开展的工作向全体会议做了口头报告。

79. 工作组在1996年6月4日至7月12日期间举行了五次会议,以下列问题为工作重点:法人的国籍问题、关于此项专题的工作应当采取的形式、以及工作日历。工作组还较为深入地分析了在国家继承情况下的自然人国籍问题。

80. 工作组向委员会建议,将审议自然人国籍问题与审议法人国籍问题分开,因为这两个议题引起的问题差异很大。此项专题的第一个方面涉及到享有国籍的基本人权,因而国家的义务产生于尊重这一权利的责任,而第二个方面涉及到的大多是经济问题,以在继承所涉国境内经营的企业可能会主张的开业权为中心。另外,工作组还认为,不必以相同程度的紧迫感处理这两个方面。

81. 工作组认为,应优先处理自然人国籍的问题,并得出结论,认为此项专题的工作结果应采取由附带评注的条款构成的一项无约束力文书的形式。这些条款的一读可在委员会第四十九届会议或最迟在第五十届会议期间完成。

82. 在完成自然人国籍的工作时,委员会将参照请各国提出的评注意见,就是否需要审议国家继承对法人国籍的影响做出决定。

83. 工作组还建议委员会,在“国籍与国家继承的关系”的标题下对此项议题开展实质性研究。

84. 关于国家继承情况下的自然人国籍问题,工作组着重处理了有关此一问题的未来可能文书的结构问题和将列入此项文书的各项主要原则,工作组以主席为此目的提出的一份工作文件作为自己的讨论基础。

85. 目前设想,未来的有关文书分为两个部分:第一部分处理有关一切国家继承情况下国籍问题的一般性原则,第二部分载列针对具体国家继承情况的规则。

86. 第一部分将载列“有关国家”(即国家继承所涉国家—视情形而定,指先前国和继承国两者或其中之一方)应予遵守的若干基本原则:

- (a) 在国家继承日期具有先前国国籍的每一个人有权至少享有有关国家之一的国籍;
- (b) 对于在国家继承日期具有先前国国籍,其习惯住所设在有关国家各自领土内的人,有关国家有避免使其因此种继承而成为无国籍人的必然义务;
- (c) 及时颁布关于国籍和因国家继承而产生的任何其他问题的国家立法,并确保所涉个人在合理的期间内被告知此种立法对其国籍的影响和对自身地位可能做出选择具有的后果的义务;
- (d) 有关国家在不妨碍其有关多重国籍的政策的前提下,应考虑一样能够全部或部分符合条件的个人获得两个或多个此种国家国籍的愿望的义务;
- (e) 根据工作组在上届会议上得出的有关结论列明无歧视原则;²⁶⁶
- (f) 禁止就获得和取消国籍和实行选择权做出任意的决定;
- (g) 迅速发给有关申请书及以书面形式签发决定和使决定接受行政或司法复审的义务;
- (h) 对于自国家继承日至国籍确定日之间这一过渡期内其习惯住所设在此种国家领域之内或以其他方式处于此种国家管辖之下的人,采取一切必要措施确保其基本人权和自由受到保护的义务;
- (i) 对于个人自愿放弃一国国籍之后须将其住所移出有关国家领土的规定,凡国家立法中有此项规定者,该国须为执行此项规定提供一个合理的时间限制的义务;

²⁶⁶ 大会第五十届会议正式记录,补编第10号(A/50/10)附件。

- (j) 适用国内法或条约规定会侵害家庭团聚时，采取一切合理措施使此种家庭保持团聚或重新团聚的义务；
- (k) 有关国家为确定国家继承是否对个人的国籍或其地位的其他方面有任何不良后果而进行协商和谈判，及在有此种后果时争取通过谈判解决这些问题的义务；
- (1) 非有关国家在遇到因有关国家不遵守未来文书的规定而引起无国籍情况时具有的权利和义务。

87. 为了便利所涉国家之间进行谈判，第二部分将载有另外一套原则，为在不同的国家继承情况下批准或取消国籍或给予选择权规定较为具体的规则。这些原则将以工作组在上届会议得出的结论为基础。

3. 委员会采取的行动

88. 委员会在1996年7月12日第2459次会议上按照工作组的结论决定，建议大会注意到此项专题的初步研究已经完毕，请委员会就题为“与国家继承有关的国籍”的专题开展实质性研究，对此的理解是：

- (a) 自然人的国籍问题与法人的国籍问题将分开审议，前者优先；
- (b) 为当前的目的——并且不会妨碍最后的决定——关于自然人国籍的工作结果应采用由附带评注的条款构成的一份大会宣言的形式；
- (c) 此类条款一读应在委员会第四十九届会议或最迟在第五十届会议期间完成；
- (d) 将在完成关于自然人国籍的工作时，参照大会可能请各国提交的关于国家继承对法人国籍引起的实际问题的评论意见，做出如何着手处理这方面问题的决定。

第五章

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

A. 导言

89. 委员会第三十届会议(1978年)将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题列入工作计划,并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。²⁶⁷

90. 委员会从第三十二届会议(1980年)到第三十六届会议(1984年)共收到并审议了特别报告员提交的五份报告。²⁶⁸ 这些报告试图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要,并载有五个条文草案建议。专题纲要载于特别报告员提交1982年委员会第三十四届会议的第三份报告。这五个条文草案是在特别报告员提交1984年委员会第三十六届会议的第五份报告中提出的。委员会审议了这些条文草案,但未做出将它们交给起草委员会的任何决定。

91. 委员会在其第三十六届会议(1984年)上还收到对联合国法律顾问于1983年向16个选定的国际组织所发调查表的答复。除其他事项外,调查表是要查明各国彼此应尽的义务、以及作为国际组织的成员应尽的义务是否足以履行或取代某些专题纲要中提到的程序。²⁶⁹ 委员会还收到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”。²⁷⁰

²⁶⁷ 在该届会议上,委员会成立了一个工作组,由它初步审议这一专题的范围和性质。工作组的报告见《1978年...年鉴》,第二卷(第二部分),pp.150-152。

²⁶⁸ 关于特别报告员的五份报告,见《1980年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.247,文件A/CN.4/334和Add.1和2;《1981年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.103,文件A/CN.4/346和Add.1和2;《1982年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.51,文件A/CN.4/360;《1983年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.201,文件A/CN.4/373;《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.155,文件A/CN.4/383和Add.1。

²⁶⁹ 《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.129,文件A/CN.4/378。

²⁷⁰ 《1985年...年鉴》,第二卷(第一部分),增编,文件A/CN.4/384。

92. 委员会第三十七届会议(1985年)任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从第三十七届会议(1985年)到第四十八届会议(1996年)共收到特别报告员提交的十二份报告。²⁷¹

93. 委员会在第四十届会议(1988)上向起草委员会提交了特别报告员为第一章(一般规定)和第二章(原则)提交的第1至第10条草案。²⁷²委员会推迟了对特别报告员第十份和第十一份报告的审议,而将工作重点放在已经提交起草委员会的本专题的一些条款上,起草委员会收到下列条款草案:第一章(一般规定)和第二章(原则)的第1至第10条草案。²⁷³;还收到一份编为第10条(不歧视)至第20条之二的草案²⁷⁴。

²⁷¹ 关于特别报告员的十二份报告,见《1985年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.97,文件A/CN.4/394;《1986年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.145,文件A/CN.4/402;《1987年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.47,文件A/CN.4/405;《1988年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.251,文件A/CN.4/413;《1989年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.131,文件A/CN.4/423;《1990年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.83,文件A/CN.4/428;《1991年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.71,文件A/CN.4/437;《1992年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.75,文件A/CN.4/443;《1993年...年鉴》,第二卷(第一部分)文件A/CN.4/450;文件A/CN.4/459;文件A/CN.4/468;文件A/CN.4/475和Add.1。

²⁷² 案文见《1988年...年鉴》,第二卷(第二部分),p.9。在第四十一届会议(1989)上,委员会还向起草委员会提交了已在上届会议上提交起草委员会的条款的修订案文。见《1989年...年鉴》,第二卷(第二部分),第311段。特别报告员在第六份报告中又就其中一些条款提出了进一步修改建议,见《大会正式记录,第四十五届会议,补编第10号》(A/45/10),p.471段。

²⁷³ 这些条款载于《1988...年鉴》第二卷(第一部分),p.251,文件A/CN.4/413,在1988年第四十届会议上提交起草委员会。

²⁷⁴ 这些条款载于《1993...年鉴》第二卷(第一部分),文件A/CN.4/450,在1993年第四十五届会议上提交起草委员会。

94. 委员会第四十四届会议(1992年)设立了一个工作组,目的是审议与这一专题的范围、应就该专题采取的办法以及该专题方面今后工作的可能的方向有关的一些一般性问题。²⁷⁵ 按照工作组的建议,委员会在1992年7月8日第2282次会议上决定分阶段继续进行这一议题方面的工作。先完成关于防止跨界损害的工作,然后进行补救措施方面的工作²⁷⁶。鉴于本专题的标题含义不够明确,委员会决定继续依本专题应处理“活动”这一工作假设行事,并暂时不对标题作正式修改。

95. 委员会第四十六届(1994)和第四十七届(1995)会议一读暂时通过了下列条款草案及其评注:第1条(本条款的范围)、第2条(用语)、第11条(事前核准)、第12条(对危险的评估)、第13条(核准前已进行的活动)、第14条(预防或尽量减少危险的措施)、第14条之二(第20条之二)(不转移危险)、第15条(通知和资料)、第16条(交换资料)、第16条之二(通知民众)、第17条(国家安全和工业机密)、第18条(关于预防措施的协商)、第19条(可能受到影响的国家的权利)、第20条(公平利益均衡所涉及的因素)、A条(第6条)(行动自由及其限制);B条(第8和第9条)(预防);C条(第9和第10条)(责任和补偿);D条(第7条)(合作)²⁷⁷。

B. 本届会议审议这个专题的情况

96. 委员会本届会议收到了特别报告员的第十二份报告²⁷⁸,特别报告员曾在1996年6月28日第2450次会议上介绍该报告。报告审查了特别报告员在前几份报告中提出的各种责任制度。委员会也收到一份题为“同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有关的责任制度概览”的秘书处研究报告(A/CN.4/471)。

²⁷⁵ 《大会正式记录,第四十七届会议,补编第10号》(A/47/10),第84-85页。

²⁷⁶ 关于委员会的详细建议,见《大会正式记录,第五十届会议,补编第10号》(A/50/10),第140-142页。

²⁷⁷ 第1、第2条以及第11至第20条于1994年获通过,A至D条于1995年获通过。

²⁷⁸ 文件A/CN.4/475。

1. 设立工作组

97. 委员会在1996年6月28日第2450次会议上决定设立一个工作组，以便结合特别报告员的报告和委员会几年来进行的讨论情况审查该专题的各个方面，并向委员会提出建议。²⁷⁹。

2. 工作组的工作成果

98. 上文第9段中提到的工作组提交了它的主席在委员会1996年7月19日和25日第2465次会议和第2471次会议上介绍过的报告。工作组的这份报告列入在本报告的附件中。

99. 委员会认为，工作组的这份报告显示有关这个专题的工作有了实质性的进展。它展示了本专题的全貌，说明了预防原则和对补偿或其它补救办法的责任原则，提出了条文及其评注。虽然委员会无法在本届会议上审议这份条款草案，却认为，从原则上说，提议的条款草案为大会在第五十一届会议上进行的审议工作提供了基础。

100. 委员会欢迎大会对第1条评注第(26)段中提到的问题、第三章中载述的补偿或其它补救办法的处理方式以及列入在工作组报告中的条款草案提出评论。也欢迎各国政府提出书面意见。这些意见将对委员会随后按照其正规程序进行的有关这个专题的工作提供有用的指导。

101. 委员会对胡利奥·巴尔沃萨先生十二年来作为这个重要而复杂的专题的特别报告员所表现的工作热诚和专业能力表示深切感谢。

²⁷⁹ 关于工作组的构成情况，见上文第9段。

第六章

对条约的保留

A. 导言

102. 大会在1993年12月9日的第48/31号决议中批准国际法委员会第四十六届会议(1994年)关于将“对条约的保留的法律和实践”这一专题列入其工作计划的决定。

103. 委员会在其第四十六届会议上任命阿兰·佩莱先生为该专题的特别报告员。²⁸⁰

104. 委员会第四十七届会议收到了特别报告员就此专题提出的第一份报告。²⁸¹ 委员会在第2400次至2404次会议、第2406次和第2407次以及第2412次和第2416次会议上审议了这一报告。

105. 特别报告员从委员会对这项专题的讨论中摘要得出了如下结论：

- (a) 委员会认为，这一专题的名称应改为：“对条约的保留”；
- (b) 委员会应制定对保留方面之实践的某种指导。根据委员会的章程和通常惯例，此种指导应采取条款草案的形式，其中的规定将成为国家和国际组织在保留方面的指导原则，如有必要，此种规定应附有示范条款；
- (c) 对以上安排应做灵活的解释，如果委员会认为必须在很大程度上脱离此种安排，可就这方面工作结果的可能形式向大会提出新的建议；
- (d) 委员会的一项协商一致意见是，不应改变1969年、1978年和1986年《维也纳公约》的有关规定。

106. 委员会认为，这些结论即为大会1993年12月9日第48/31号和1994年12月9日第49/51号决议要求开展初步研究得出的结果。委员会认为，将插入多边条约的关于保留的示范条款应着眼于尽量减少未来的争议。

²⁸⁰ 《大会正式记录，第四十九届会议，补编第10号》(A/49/10)第382段。

²⁸¹ 文件A/CN.4/470和Corr.1。

107. 委员会根据以往的惯例,²⁸² 还在1995年7月13日的第2416次会议上授权特别报告员编写一份详尽的有关对条约保留意见的调查问卷,以判明各国和各国际组织,特别是多边公约保存国的实践和遇到的问题。该调查问卷将由秘书处分送。

B. 本届会议审议这个专题的情况

108. 委员会本届会议收到了特别报告员有关这个专题的第二份报告。²⁸³ 特别报告员在1996年7月16日举行的委员会第2460次会议上介绍了这份报告。

109. 该报告分为界线相当分明的两章:

110. 第一章:“对研究的总看法”述及委员会有关对条约保留专题的未来工作,并提出了此项研究的暂定大纲。第二章“关于对条约保留的法律制度的统一性和多样性”一方面处理有关保留的一般性法律制度和适用于保留的实质性规则,另一方面处理这一一般性制度对人权条约的适用问题。报告附有对条约的保留的一份参考书目。

111. 特别报告员在第一章中提到了他第一份报告的结论及他为了了解各国实践和遇到的问题而编写的关于对条约的保留的详尽调查问卷。到目前为止有十四个国家答复了这一问卷。特别报告员在第一章中提出了研究所涵盖的领域。继介绍了第一份报告之后进行的讨论主要围绕着五个实质性的大问题进行:

- (一) 保留的定义、保留与解释性声明的区别以及这两者特有的法律制度的差别;
- (二) “许可派”与“反对派”之间在学说上的争论(但这种争论有着重要的实际影响),这些争论最终涉及何者可视为本专题所涉主要问题:允许和反对保留的条件初步证据;
- (三) 争端的解决;
- (四) 国家继承对保留和反对保留的影响;
- (五) 适用于对条约目的提出的保留的法律制度的统一性或多样性问题。

²⁸² 见《1993年...年鉴》第二卷(第二部分)第286段。

²⁸³ A/CN.4/477和A/CN.4/477/Add.1号文件。

112. 继在第六委员会讨论之后,委员会委员与各国代表在当前关于对条约保留的法律制度构成或未解决的各种层次的问题有着相当突出的一致意见,这是十分重要的。引起困难的主要议题如下:

- (一) 保留的定义本身的问题;
- (二) 解释性声明的法律制度;
- (三) 对保留的反对;及
- (四) 酌情适用于对某些种类的条约尤其是人权条约的保留的规则。

113. 特别报告员提到了进一步研究这个专题所采用的形式,这种形式应保持1969年、1978年和1986年《维也纳公约》有关规定的成果,并在必要时发展为“对保留实践的指导”。此种指导如果要想对各国和国际组织有任何实际价值,就应以下列形式分成不同的章节:

- (一) 审查1969年1978年或1986年《维也纳公约》的有关规定;
- (二) 对这些规定的评注,说明其含意、范围和含糊及空白之处;
- (三) 为填补空白或澄清含糊的条款草案,
 - 对条款草案的评注;
- (四) 可在必要时写入具体条约内作为条款草案的例外的示范条款;
 - 对示范条款的评注。

114. 特别报告员设想的暂定大纲原则上由下列各章组成:

- 一 对多边条约的保留的法律制度的统一性或多样性(对人权条约的保留);
- 二 保留的定义;
(这一章将讨论解释性声明及其法律制度的问题)
- 三 提出和撤回保留、接受和反对;
- 四 保留、接受和反对的效果;
- 五 在国家继承情况下保留、接受和反对的地位;
- 六 解决与保留制度有关的争端。²⁸⁴

115. 特别报告员估计,如不遇到意外困难按照纯属暂定性质的估计,这一任务可在四年之内完成,这样可在1999年审议第五和第六章,完成关于对条约的保留之实践指导的一读。

²⁸⁴ 见文件A/CN.4/477第37段。

116. 该报告第二章一方面处理有关对条约保留的法律制度的统一性和多样性问题,另一方面处理对人权条约的保留的具体问题。在这方面,特别报告员强调,这章(其报告第一章提出的大纲第一项)是要力图判明适用于对条约的保留的规则(无论是1969年或1986年公约编纂的规则还是习惯性规则)是否适用于所有条约尤其是人权条约而无论其目的如何。他提到,在第五十届联大的辩论过程中和第六委员会讨论过程中一直有人坚持提出这个问题。这个问题相当于人权条约监测机构在保留问题上的实践和近期引起争议的判例所引起的关注。因此,在他看来,国际法委员会需要说明一般国际法的观点,委员会正是这种法律的机关之一。出于这个原则,特别报告员认为,应当在他的第二份报告中处理此项议题,因为在他看来这是有一定紧迫性的问题。

117. 第一个问题涉及到适用于保留的法律制度的统一性或多样性,可用以下方式提出:有些条约(例如“规范性”条约)是否因其目的而逃避或应否逃避维也纳制度的适用?如的确如此,制约这些条约的具体制度是什么,或是否这些条约应当在保留方面受到制约?应分三个阶段研究这一原则问题。

118. 首先,特别报告员讨论了条约及保留的法律制度的多样性。他认为,将研究仅限于规范性条约是慎重的办法,其他类别的条约(有限条约、国际组织的章程性文书、双边条约等)应搁置起来,因为这类条约要么是已另有处理(尤其是在1969年和1986年《维也纳公约》中),要么是他打算在研究的以后某个阶段再行处理。另一方面,“规范性”条约(“法典编纂”或人权公约或在法律、技术、社会、人道主义和其他领域确立所有国家行为规则的公约)对于所审议的这一专题构成了特殊问题,因为有些人认为,保留的一般性法律制度不适用于此类条约,或因为这类条约的性质本身就决定不能对其提出保留,尤其是人权条约。他指出,这项条件往往涵盖了性质不同的数类条约,这些条约不属同一类别。另外,首先为了在共有的价值观基础上建立共同的国际规章而赋予这些条约的“规范性”决定,这些条约确定有一些基本的特点,尽管如此,重要的是不能过于简单地看问题:此种条约仍然含有典型的契约条款。

119. 在这方面,特别报告员首先考虑了保留的法律制度的职能。在这方面有两种似乎冲突的利益:一方面是扩大公约的利益,另一方面是公约的完整性。适用于保留的规则的功能是在如下相互冲突的要求之间求得平衡:争取广泛参加的目标和同时维护构成条约存在理由的订约理由。

120. 另外,从条约法的协商一致基础看,就同意而言也会产生问题:从这一观点看,在保留国的同意自由和其他当事国的同意自由之间应当找到一种平衡。从这些要求看,特别报告员不知道1969年和1986年《维也纳公约》列明的保留法律制度是否普遍适用,尤其是它是否适合“规范性”条约(或者说一般性多边条约中的“规范性”条款)的具体性质。

121. 在这方面,特别报告员讨论了“维也纳制度”的背景及起源(筹备工作、国际法委员会过去的工作等等),以求表明这一制度的建立人当初是意识到了这些要求的,并为加以处理,力求通过可普遍适用的规则。国际法委员会和编纂条约法的会议都试图建立一种适用于对条约的保留的单一制度,无论这些条约的性质或目的如何。

122. 其次,特别报告员考虑了“维也纳制度”是否可较具体地适用于规范性条约,特别是人权条约的问题。(这个问题与接受对此种文书的保留的问题相联,但却是一个仍然无法得出结论,取决于政治或意识形态考虑的问题),赞成肯定性回答的看法不乏其论据(扩大各国对此种条约的加入、加入比不加入好),主张否定性回答的观点也有其理由(“保留”与人权相冲突、此类条约由其准立法职能决定的特殊性质及适用的统一性)。

123. 然而,特别报告员指出,真正的法律问题在于这一点:在缔约方对保留的法律制度保持沉默的情况下,1969和1986年两项公约所载的规则是否对包括诸如人权条约等“规范性”条约在内的任何类型的条约都适合。

124. 为了肯定地回答这一问题,特别报告员指出,维也纳两公约中适用于此类条约的规则很好地兼顾了赞成保留者和反对保留者双方表示的关切。他还指出,由于“维也纳制度”具有灵活性和适应性等基本特点,它能满足各类条约或条约条款的特殊需要和特点,并使国际法委员会在1963年和1966年为规范性条约排除了任何例外。

125. 国际法院在关于“对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留”的咨询意见中已提请注意了多边公约方面的国际实践中更大的灵活性的好处,国际法将此种灵活性适用于一项典型的人权条约。特别报告员确定了下列三个方面,这三个方面能使“维也纳制度”很好地适用于包括人权条约在内的各项条约,不论其目标如何:

- (a) 是否允许作出保留,应视条约的目标和宗旨加以评断;
- (b) 其他缔约方同意的权利通过接受和反对机制得到充分维持;
- (c) “提出”保留的权利仅具有备用性质,因为各项条约均可限制此种权利,甚至禁止作出任何或某些保留。

126. 因而“维也纳”制度适合规范性条约的特点。特别报告员指出，与规范性条约的“完整性”有关的问题、承诺的“非相互性”方面的问题以及缔约方之间相互平等问题是不会使得“维也纳制度”无法适用的。显然：

- (a) 1969年和1968年公约所订立的保留制度被其订立者设想为能够并且有必要适用于所有多边条约而不论其目标为何。数目有限的缔约方缔结的规定了一些有限的例外某些条约和国际组织的组织文书除外；
- (b) 由于该制度具有灵活性，它适合包括人权文书在内的规范性条约的特点；
- (c) 尽管该制度并不确保这些条约的绝对完整性——这几乎与保留的实际定义不一致，却保持了实际定义的基本内容，并保证它不被歪曲；
- (d) 这项结论并不抵触所谓违反相互性原则和缔约方相互平等原则的论点：如果出现此种违反，造成此种违反的将是保留本身，而不是适用于保留的规则；此外，这些异议与规范性条约的实际性质几乎不一致，这些规范性条约并不是以缔约方所作承诺的相互性为基础；
- (e) 无需就是否宜于批准对规范性条约包括与人权有关的条约的保留采取立场：如果认为这些保留应当禁止，缔约方完全可以将其排除或作出必要的限制，为此在条约中列入一项明示条款，这一程序与“维也纳规则”完全一致，这些规则仅具有备用性质。

127. 第三，特别报告员考虑了一般保留制度的执行情况，尤其是“维也纳制度”对人权条约的适用情况。实际上，条约的目标和宗旨的基本标准适用于对此类条约的保留（包括无保留条款的情形）。这项基本原则体现在若干人权条约和各国的实践中：因此规范性条约的特殊性质对保留制度不产生任何影响。

128. 关于监督保留制度的执行的机制，特别报告员指出，自订立维也纳两个公约以来，又出现了直接由人权条约监督机构进行监督的形式。因此，在对允许作出的保留进行监督方面有两个并行的类型：传统机制（由缔约方负责监督以及在解决争端方面酌情由法院负责监督）和人权条约监督机构。在过去15年中后者在保留方面的作用的确变得很重要，在区域一级是这样（欧洲人权法院和美洲人权法院的实践），在国际一级也是这样（消除对妇女歧视委员会，尤其是人权事务委员会²⁸⁵等等）。

²⁸⁵ 见第24号一般性评论，CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 1994年11月11日。

129. 监督机构实行监督的依据与其权限本身有关。由于这些文书设立了监督其执行的机构,依照一项早已在一般国际法中得到确立和承认的一般法律原则,这些机构依其本身的权力拥有权限。这些机构只有在明确其对有关国家的权限的确切程度的前提下才能行使其职能,此种权限取决于明示同意接受约束的范围和效力。另外,实际上,监督机构是根据条约的目标和宗旨这一标准来核实允许保留程度的。特别报告员指出,因而,鉴于这项发展,就人权条约而言,核实允许保留程度的各种手段被结合在一起得到采用(由缔约方进行传统监督的同时也由一依照条约设立和监督机构进行监督;另外还有其他机构,例如为解决争端而设立的国际管辖或仲裁机构;甚至还有国内法院)。此种情形并不排除--事实上意味着--各种监督方法之间一定程度上的相互补充以及负责实行监督的机构间的合作。

130. 特别报告员探讨了监督机构所作裁决的影响。根据一些基于保留的“可分开性”原则(可将其与一国所作的同意受到约束的其他表示分开)的意见,只有“不能允许的”保留才应被视为无效,而所涉国家继续是条约的缔约方。然而,这一做法是与作为任何条约承诺基础的协商一致原则相违背的。

131. 不过,特别报告员认为,监督机构在行使其判断权力过程中得出的调查结果的法律效力不能超出这类机构为发挥一般监督作用而被赋予的权力所产生的效力。因此,即便一项保留被判定为不能允许,这些判定也不能代替国家确定它是否准备在不允许作出保留的情况下受条约的约束。应当一律由国家并且仅由国家负责在真诚地审查裁决之后修改任何不能允许的保留。

132. 负责判定保留是否允许的任何机构都绝不能代替作出保留的国家判定该国对它愿意承担的条约义务范围的意图;因此,国家本身负责决定如何弥补因不许保留而在同意的表示方面产生的缺陷。这一“补救办法”的形式有:撤销不允许作出的保留;依照与条约的目标和宗旨相一致的方式对保留作出修改;或者终止国家对条约的参加。

133. 最后,特别报告员概述了他的报告所载的主要结论。他指出,对条约的保留并不需要制定多种规范;现行制度的特点是具有灵活性和可适应性,该制度视需要恰当兼顾了条约的完整性和普遍性这两个相抵触的要求。这一平衡兼顾的目的是普遍性的。不论其目标如何,条约仍是条约,它表达了作为缔约方的各国(或国际组织)的意愿。保留制度的目的是使这些意愿以均衡方式得到表达,该制度做到了这一点,它在这方面的情况总的来说是令人满意的。过分强调完全可以在现行制度范围内得到处理的一些片面的考虑,从而对该制度提出疑问,是令人遗憾的做法。

134. 不过,特别报告员认为,这一一般结论应当加上两项考虑:

- (a) 首先,不可否认,法律并没有停滞在1951年或1961年,自那时以来,出现了当时并没有或几乎没有出现的问题,这些问题需得到解决,可本着“维也纳规则”的精神寻求解决办法,但只要有必要,就应酌情修改并扩充这些规则;
- (b) 其次,应当考虑到的是,为使一般国际法规则适应特殊需要和情况,通常采用的办法是缔结条约,以采用恰当的规则——在保留方面很容易做到这一点,办法是在缔约方认为有必要的情况下制订限制性保留条款。

135. 似乎没有任何决定因素要求为规范性条约甚至为人权条约通过一项特别的保留制度。1951年的法官以及随后若干年的“编纂者”充分考虑到了这些文书的特殊性质,而且在他们看来,没有必要因此建立一项总的限制性制度。

136. 然而,有理由认为,维也纳两公约的起草者从未设想过,负责监督某些条约的机构可能须在适用由他们建立的保留制度中发挥的作用,尤其是在保护人权领域。但只要适用一般国际法原则并考虑到保留制度的职能和分配给这些机构的职责,就能界定这项作用。

137. 特别报告员提请注意这一点:他的报告载有涉及对多边规范性条约包括人权条约的保留的一项决议草案,该决议是提交给大会的,目的是提请注意澄清该事项的法律问题。²⁸⁸

²⁸⁸ 特别报告员建议委员会通过下列决议:

国际法委员会关于对规范性多边条约
——包括人权条约的保留的决议

国际法委员会,

在其第四十八届会议上审议了对保留的法律制度的统一和多样性问题,

意识到其它议坛目前正在进行的关于对规范性多边条约——尤其是有关人权的条约的保留的讨论,

希望这些讨论能够听取国际法的声音,

1. 重申重视对1969年和1986年《关于条约法的维也纳公约》第19条至第23条规定的保留制度的有效适用——尤其是对作为确定保留可允许程度之基本标准的条约目标和宗旨之基本标准的有效适用;

2. 认为, 由于它的灵活性, 这个制度适合所有条约的要求而不论其目标或性质为何, 在维护条约案文完整性和对条约之参与的普遍性各项目标之间达成令人满意的平衡;

138. 由于时间关系,委员会未能审议该报告和该决议草案。委员会决定推迟到明年讨论该议题。但是,有些委员祝贺特别报告员就一个极为复杂、敏感的问题编写了一份报告。因此,这些委员指出,委员会应该在考虑到其他几类规范性条约的情况下详细审议该报告中提出的一些问题。特别报告员在报告后面附了参考书目,这一点也受到了称赞。一些委员对委员会没能拨出时间在第四十八届会议上就该报告采取行动表示遗憾。

139. 有些委员还表示,他们原则上同意按照特别报告员提议的方式通过一项决议的主张。另一些委员不反对这样做,但对通过这样一项决议是否恰当提出疑问。

140. 还有委员提出了设立一个关于这一专题的工作组的问题。

226

(续)

3. 认为,这些目标同样适用于对规范性多边条约——包括人权领域的条约作出保留的情况,因此,上面提到的维也纳公约中所宣示的一般规则完全适用于对上述文书作出的保留;

4. 但认为,许多人权条约建立监督机构是当初起草上述公约的时候所不曾设想到的、涉及各国对条约作出保留的可允许程度之确定的特殊问题;

5. 还认为,虽然上述条约没有对这个问题作出规定,各条约所建立的机构为了履行受托的职务,必然有供其执行确定职能所不可或缺的权限。但是,从另一方面来说,条约机构对保留之可允许程度所实行的监督并不排除缔约方按照1969年和1986年维也纳公约的上述规定实行传统式监督并在适当情况下由一些机关解决条约的履行上可能引起的任何争端;

6. 也坚决认为,只有作出保留的国家才有责任在它所作的保留同条约的目标和宗旨抵触的情形下采取适当行动。这一行动可能是由该国放弃缔约国地位或撤销其保留,或修改保留内容以便改变历来得到遵守的不可允许程度;

7. 吁请各国同负责确定保留之可允许程度的任何此类机构充分真诚合作;

8. 认为,将来应该在多边规范性条约——包括人权条约中增添特定条款以便消除有关可适用的保留制度、条约所建立的机构所享有的确定保留可允许程度的权力、以及这种确定的法律效力的不确定情况;

9. 表示希望,上面宣示的原则将有助于澄清适用于规范性多边条约——尤其是人权领域的条约的保留制度;

10. 建议大会将本决议提请各国和可能必须确定上述保留的可允许程度的机构注意。

第七章

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

141. 考虑到大会1995年12月11日第50/45号决议²⁸⁷第9段,委员会在题为“委员会的计划、程序和工作方法及其文件”的议程项目7下审议这一事项,并将其提交扩大主席团的规划小组。

142. 规划小组举行六次会议。它收到了大会第五十届会议期间第六委员会举行讨论的这部分专题概要,题为“委员会的其他决定和结论”。²⁸⁸副秘书长,法律顾问汉斯·科雷尔先生在规划小组第二次会议上发了言。

1. 程序和工作方法

143. 规划小组设立了一个讨论所有有关问题的非正式工作组²⁸⁹。它就这一专题编写了一份草稿,这是规划小组报告的基础。

144. 委员会在1996年7月12至16日第2459至2461次会议上审议并核准了规划小组的报告。

²⁸⁷ 见下文第149段。

²⁸⁸ 第A/CN.4/472/Add.1, 第175-190段。

²⁸⁹ 它由詹·克劳福德先生(召集人)、德·鲍韦特先生、卡·伊德里斯先生、阿·佩莱先生和斯·拉奥先生组成。

第一部分

内容摘要和主要结论

大会的要求

145. 1995年，大会请委员会“审查其工作程序，以期进一步增进其对国际法的逐渐发展和编纂的贡献，并将其意见写入其提交大会第五十一届会议的报告”。大会还请各国政府就“联合国系统内编纂程序的现况提出意见”。

146. 为响应大会的要求，本报告第二部分审查了委员会的程序，并且设法查明可能提高其效用和效率的改革事项。这些改革有的可由委员会独自进行；另一些改革则需要其它机构，特别是第六委员会合作。

147. 本提要载述本报告的主要结论和建议。

一般结论和建议

结 论

148. 为了决定哪些方法能够促进国际法的逐渐发展和编纂，人们需要考查一下委员会在工作了将近50年以后在逐渐发展和编纂方面取得进展的目前范围。关于这个问题，规划小组得出了下列结论。

- (a) 在编纂和逐渐发展之间作一区别如果不是不可能，实际上却是困难的；委员会历来是根据编纂和逐渐发展的综合构想进行工作的。《章程》中对两个过程所做的区别已经证实是行不通的，对《章程》作出的任何审查都可能取消这一区别(第157-160段)。
- (b) 尽管自从1949年以来，国际法和国际组织发生了许多变革，编纂和逐渐发展的有序进程具有持续的重要价值(第168-171段)。

- (c) 目前有许多方式可以使得委员会的工作方法更能作出反应和更有效率,并且使得与第六委员会的关系更加严整并且得到改进(第172-177段)。

建 议

149. 基于第二部分中所述的理由,规划小组提出了下列具体建议。

- (a) 应按照委员会1992年规定的程序继续工作,以确定今后工作中可能探讨的专题,并向大会建议(第165-166段)。
- (b) 与此同时,应该鼓励大会和通过大会鼓励联合国系统内的其它机构向委员会提交可能采用的涉及国际法的编纂和逐渐发展的专题(第165、第178-179段)。
- (c) 委员会应该扩大使用它用以查明需要具体征求第六委员会意见之问题的办法,如果能够办到,在通过有关要点的条款草案以前就着手(第182段)。
- (d) 送交各个政府的调查表应该“对用户方便”;尤其应该指明问什么,为什么问(第182段)。
- (e) 委员会的报告应该简短,侧重主题,应该尽量突显关键问题并加以说明,以期有助于作出在第六委员会就报告进行辩论的安排(第182段)。
- (f) 应该请特别报告员说明下一届会议计划进行之工作的性质和范围(第189段)。特别报告员的报告应在审议这一报告的届会开始以前够早的时日备齐(第190段)。
- (g) 应请特别报告员同由委员组成的磋商小组一起工作;这一做法也应该扩大适用于国家责任条款草案的二读(第192-196段)。
- (h) 应请特别报告员尽量在提交条款草案时也提交评注草稿或说明,并根据起草委员会所做的更改予以修订,以便在全会辩论时备齐评注(第197-201段)。
- (i) 应对全会的辩论制度作改革,以提供更多的结构,考虑到由主席在辩论结束时作出结论的指示性摘要,必要时以指示性表决为基础(第202-210段);
- (j) 应维持起草委员会当前对不同专题有不同成员的制度(第215段)。

- (k) 应该更加广泛地使用工作组，以解决特定的意见分歧，或在适当情况下以之作为处理整个专题的迅速方式；在后一个情况下，工作组通常代替起草委员会采取行动(第218-219段)。
- (l) 委员会应规定下一个五年期的指标，向大会提出报告，并应在每一五年期终了时审查未来的工作方案(第222段)。
- (m) 委员会应恢复过去一届会议为期10周的做法，必要时可以延长到12个星期，在五年期的最后一届会议期间尤其需要延长(第227段)。
- (n) 应从1998年起试行召开分期届会(第228-233段)。
- (o) 应保持和加强秘书处对委员会工作的贡献(第234-235段)。
- (p) 应保留国际法讲习班(第236段)。
- (q) 应更加鼓励和发展与区域法律机构等其它机构的关系(第240段)。
- (r) 委员会应争取与在自己的领域负有制订法律职责的联合国其他专门机构发展关系，特别应探讨在若干专题方面交换资料甚至进行合作的可能性(第241段)。
- (s) 可考虑合并和更新《委员会章程》以配合在1999年纪念委员会50周年活动(第242-244段)。

第二部分

详细分析

1. 导言

150. 联合国大会在1995年12月11日第50/45号决定中，除其它事项外：

“9. 请国际法委员会：

- (a) 审查其工作程序，以期进一步增进其对国际法的逐渐发展和编纂的贡献，并将其意见写入其提交大会第五十一届会议的报告；

(b) 继续特别注意在其年度报告中,就每一专题,指明在哪些具体问题上,如果各国政府在第六委员会或以书面形式表示意见,会特别有助于为委员会今后的工作提供有效的指导;

10. 请秘书长邀请各国政府就联合国系统内编纂程序的现况提出意见,并就此向大会第五十一届会议提出报告……”

151. 国际法委员会几年来对其工作方法进行了连续性相当强的审查,并做了若干更改。²⁰⁰ 但是,以上各段及第六委员会1995年就国际法委员会报告开展的辩论表明,²⁰¹ 人们认识到需要更为全面地审查“联合国系统内编纂程序的现况”,并在这一进程之内较全面地审查国际法委员会的今后作用。大会第50/45号决议第9段要求国际法委员会在这方面审查其工作程序。

²⁰⁰ 早先讨论工作方法的例子见以祖雷克先生的一份报告(A/CN.4/108)为基础开展的辩论,载于《1958年国际法委员会年鉴》第二卷(PP.107-110)。在本五年期(1992-1996年)内,国际法委员会力图改进其年度报告(《1992年...年鉴》第二卷(P.136)),修改了起草委员会的工作安排(《1992年...年鉴》第二卷(PP.135-136)),通过利用一个特设工作组在三届会议之内处理了一项重大专题(拟议的国际刑事法院)(最后建议见A/48/10,第23,184-249页),并为审议可能探讨的新专题实行了一种较有条理和较为全面的程序。

²⁰¹ 见大会第五十届会议期间第六委员会讨论情况专题摘要(A/CN.4/472/Add.1,1996年1月10日,pp.45-49。

152. 本报告由国际法委员会²⁹²编制，既是国际法委员会内继续审议工作方法和程序的一部分，也是响应大会第50/45号决议第9段的要求而迈出的第一步，本报告力求阐明国际法委员会的工作程序中有可能增强委员会的作用和效率的任何更改。²⁹³下文将表明，这些更改当中有些以委员会的权力即可实行，另一些将需要其他机构，特别是第六委员会本身的主动行动或合作。

153. 对委员会程序的讨论需要考虑到委员会近年来所采取的一些改革和外部因素对它的工作带来的限制。本报告在此不做一般性的叙述，而将根据需要在每一个标题下提及委员会工作方法的各个方面。

2. 持续编纂和逐渐发展的范围

154. 大会第50/45号决议第9段中所提请求的基本目标是，“增进(国际法委员会)对国际法的逐渐发展和编纂的贡献”。用什么样的工作程序才能最好地实现这一结果，这个问题要求人们对于国际法委员会工作了将近50年后逐渐发展和编纂国际法的目前范围有所了解。

155. 国际法委员会是依照大会1947年11月21日第174(II)号决议设立的，²⁹⁴于1949年举行了为时将近9个星期的第一届会议。当时有相当强烈的意见主张将委员会设为全时制机构。

²⁹² 由克劳福德先生(召集人)、鲍韦特先生、伊德里斯先生、佩莱先生、拉奥先生组成的工作小组编写初步草案以后由工作组进行修订，以反映规划小组内的讨论情况。

²⁹³ 实际上在本五年期内作了若干此类改动(参看上文注290)。

²⁹⁴ 《章程》曾经过6次修改，最近一次是通过1981年11月18日第36/39号决议所做的修改，将委员人数从18人增加为34人。

156. 为国际法委员会规定的目标为,“促进国际法的逐渐发展和编纂(《章程》第1条第1款);委员会“主要”关心的是国际公法,但不妨碍它介入国际私法的领域(《章程》第1条第2款)。国际法委员会近年来没有介入国际私法领域,仅在偶然情况下和处理国际公法专题的工作过程中有所例外;除了联合国国际贸易法委员会和海牙国际私法会议这类机构的工作之外,似乎不可能要求国际法委员会介入这一领域。

(a) 编纂与逐渐发展之间的“区别”

157. 《章程》第1条在“国际法的逐渐发展”与“编纂”之间划了一条界线。在第15条中,这一界线又进一步有所延伸,将逐渐发展的想法与编写公约草案联系起来(“为便利起见”),而与编纂国际法的设想联系在一起的是,“更精确地制订并系统整理广泛存在国家实践、判例和学说的国际法规则”。然而,众所周知,在实践中将编纂与逐渐发展区分开来即使不是不可能,也是难以做到,尤其在为了使某项原则具有较确切的效力而涉及到必要的细节时更是困难。²⁰⁵ 另外,把逐渐发展看作是有别于编纂而与公约的起草有特定的联系也是过于简单的认识。对于各种不同的情况来说,出于各种各样的原因,需要有灵活性。

158. 于是,国际法委员会不可避免地以“编纂和逐渐发展”这样一种相互结合的概念为基点开展工作。换言之,其工作是拟订与所有国家或许多国家关注的普遍性议题相关的多边案文,此种案文既要力求反映公认的规章原则,又要视需要提出概念的细节、特性并加以进一步发展。

(b) 挑选委员会工作的专题

159. 《章程》将编纂与逐渐发展相区别的另一个方面是挑选委员会工作的专题。《章程》推论,大会或其他机构将采取主动行动,提出审议逐渐发展国际法的建

²⁰⁵ 参看 H.W. Briggs,《国际法委员会》(伊萨卡:康奈尔大学出版社,1965)PP. 129-141; S. Rosenne,《国际法委员会的实践和方法》(纽约:欧欣阿纳,1984)PP. 73-74; I. Sinclair,《国际法委员会》(剑桥:格罗修斯,1987)PP. 46-47, 120-126; R. Ago,“对国际法编纂的新思考”(1988)92 RGDIP 539。也参看 Y. Daudet,《联合国国际法编纂会议》(L.G.D.J., 巴黎,1968)。

议(第16条和第17条),而委员会则自行挑选可向大会建议的编纂专题(第18条第1和2款)。²⁹⁶ 第18条第1款规定:

“委员会应对整个国际法领域进行调查,以期选择有待编纂的专题,并应同时顾及政府或非政府方面现有的草案。”

160. 在实践中,审议委员会处理的多数专题的程序是大体相同的,无论所侧重的是逐渐发展方面还是编纂方面。自1970年以来,开展下一步工作的建议多半发自委员会,尽管在1981年要求重新开展危害人类和平及安全治罪法工作的是大会,²⁹⁷请国际法委员会研究国际刑事法院可行性的也是大会。²⁹⁸应当强调,委员会在就任何项目着手开展细致的工作之前,一向都征求大会的核可。

161. 第18条第1款要求的“对整个国际法领域进行调查”最初是以一份秘书处备忘录为依据进行的,备忘录的撰写人事实上就是后来成为委员会委员的赫什·劳特帕赫特教授。²⁹⁹该备忘录审查了25项专题,委员会也予以审议,并在此基础上拟订了一份“挑选编纂的14个专题暂定清单”。³⁰⁰选定了其中若干专题开始初步的工作。

²⁹⁶ 另一方面,大会可要求委员会就任何编纂问题开展工作,此种要求具有优先地位:第18条第3款。

²⁹⁷ 大会1981年12月10日第36/106号决议。

²⁹⁸ 大会1990年11月28日第45/41号决议第3段;大会1991年12月9日第46/54号决议。

²⁹⁹ A/CN.4/1/Rev.1;载录于埃·赫什劳特帕赫特编辑的《赫什·劳特帕赫特爵士论文集》(剑桥:剑桥大学出版社,1970),第二卷,P.445。

³⁰⁰ 1949年《国际法委员会年鉴》,P.281。

162. 到1996年为止,在初步和暂时选定的14个专题当中,委员会已对其中9个做了全部或相当大部分的处理。³⁰¹至于其余5个专题,有一个经过处理但未成功,此后被搁置,但委员会最近建议在外交保护的标题之下重新做部分性处理;³⁰²有一个仍在审议之中;³⁰³有三个从未处理过。³⁰⁴

³⁰¹ 这些专题如下(附带说明工作的最终结果):

- (a) 国家和政府的继承(委员会处理了国家继承的大部分领域,由此而产生了1978年和1983年的维也纳公约;目前新审议的一个领域是国籍的继承问题。至今为止从来没有积极地建议研究政府的继承问题,这无疑是因为尽管政府发生更迭,但在国家义务的连续性方面有着几乎一致的惯例,没有多少要做的事);
- (b) 国家及其财产的管辖豁免(1991年编写了条款草案,但大会将草案的审议推迟了3-4年);
- (c) 公海制度(1958年日内瓦公海公约)和领水制度(1958年日内瓦领海和毗连区公约)。事实上委员会还拟订了关于公海和大陆架渔业和保护生命资源的条款草案(由此而产生了有关这些议题的另外两项1958年日内瓦公约);
- (d) 国籍,包括无国籍状态(关于消除/减少未来无国籍状态的两项公约草案,结果制定了1961年关于减少未来无国籍状态的公约草案);
- (e) 条约法(1968年维也纳条约法公约);
- (f) 外交关系与豁免(1961年维也纳外交关系公约);
- (g) 领事关系与豁免(1963年维也纳领事关系公约);
- (h) 仲裁程序(1958年仲裁程序规则范本)。

³⁰² 即外侨的待遇。见 H. Garcia Amador 的报告,《1958年国际法委员会年鉴》第二卷pp.47-73; 1959年第二卷pp.1-37; 1960年第二卷pp.41-67; 1961年第二卷, pp.1-54。

³⁰³ 委员会1963年决定研究一般性或“次级”责任规则:《1963年...年鉴》第二卷p.224。细致的工作至1969年才开始,在相继数位报告员(阿戈、里普哈根、阿兰焦·鲁伊斯)的主持下延续至本届会议。

³⁰⁴ 即国家和政府的承认;对国家领土以外罪行的管辖权;庇护权。关于其中第二项,关于对法院地国之外发生的事项的民事管辖权专题没有列入1949年清单,实际上该清单取自难以从中辨认这一专题的一份更长的清单:见《1949年...年鉴》,p.281。

163. 曾以若干方式在工作方案中列入另一些专题。尤其是在委员会的早期,大会特别把一些事项提交委员会:大会总共提出过16项此种请求或建议,但其中在委员会初期年份中处理的不少于7项。

164. 委员会1971至1972年在一系列秘书处文件的基础上对其工作进行了一次进一步和相当彻底的审查。³⁰⁵得出的结论是中肯的:将就审议中的各主要专题继续工作,应大会的请求,增加国际水道的非航行使用专题。³⁰⁶

165. 委员会于1992年开始实行一种较为严格的专题挑选程序。³⁰⁷由一个工作组将12项专题暂定为今后工作的可能议题,请个别的委员编写一篇简短的概要,说明专题的性质、应涵盖的主题事项、专题在条约或国际法协会或国际法学会这类机构私自编纂的项目中已得到处理的程度。这些概要已予发表,³⁰⁸委员会在此基础之上于1993年建议并得到大会同意,应就对条约的保留和国家继承对自然人和法人国籍的影响开始工作。³⁰⁹

166. 国际法委员会认为,这一挑选方法是一个改进。接手任何新的专题都会遇到一些无法确定的情况,需要作出一定程度的判断,如果委员会不必保证承接专题,在挑选处理专题的方式方面也不受任何特定的约束,能够在认真审议以后再做出选择,就能减少无法确定的情况,而有助于作出判断。同时,应该鼓励大会--并通过大会鼓励联合国系统内其它机关--向国际法委员会提交可能需要编纂和逐渐发展国际法的专题。委员会的议程应该载列向它提交的专题和它按照上述程序产生并得到大会批准的专题。

³⁰⁵ 见《1969年...年鉴》第二卷pp.234-235;《1970年...年鉴》第二卷pp.247-269;《1971年...年鉴》第二卷(2),1-99。委员会的讨论和结论见《1971年...年鉴》第二卷(1),pp.350-1;《1972年...年鉴》第二卷pp.205-214;《1973年...年鉴》第二卷,pp.225-231。此前的一次审查于1962年进行:《1962年...年鉴》第二卷pp.84,190,当时委员会的工作负担已经很重,拒绝增加新的专题。

³⁰⁶ 见《1973年国际法委员会年鉴》第二卷pp.230-231;大会1971年12月3日第2780(XXVI)号决议。国际水道非航行使用法条款草案的二读于1994年完成:见A/49/10,第152-255页。

³⁰⁷ 《1992年...年鉴》第二卷p.54。

³⁰⁸ A/CN.4/454。

³⁰⁹ 《1993年...年鉴》第二卷pp.243-248。外交保护专题在1995年被选为一项可行性研究,没有通过编写概要作事先的讨论:《大会正式记录》第五十届会议,补编第10号》(A/50/10),第192页。大会1995年12月11日第A/50/45号决议第8段注意到这一“建议”并请各国政府提出有关的评论意见。

167. 委员会设立了一个长期工作计划问题工作组,该工作组制定了一个国际法专题的一般性计划,其中包括委员会已经审议的专题,委员会正在审议的专题和今后可能审议的专题。(见下文附件二)

(c) 50年来的编纂和逐渐发展

168. 在1945年以后得到普遍公认的是,国际法在许多方面并不确定,发展不够,既需要编纂,也需要逐渐发展。以一种单一“法典”就可以表示全部国际法或甚至应该这样做的简单想法很快就被抛弃了。³¹⁰ 除去其他考虑不谈,起草这样一部法典就成了拿破仑一世时代的工作。但是,在条约法、外交和领事关系及海洋法等领域中,可以看到长期编纂和逐渐发展结出的成果。³¹¹ 各案文中载有以上每一领域适用的国际规则,这些案文是可能产生的任何法律考虑的起点。这标志着国与国之间关系中的一个明显进步。它表明了“编纂和逐渐发展”的有序进程所具有的持续价值。

169. 另一方面,国家间关系和各种国际体制在过去的50年中发生了许多变化,对于委员会可从事的有益工作有着潜在的影响。有关的变化包括:

- (一) 许多新的法律问题的技术和行政特性;
- (二) 在区域范围处理某些法律问题的趋势(例如一些环境问题),或甚至在双边范围加以处理(如投资保护);
- (三) 具有特殊立法职权的机构(无论是联合国国际贸易法委员会或和平利用外空委员会法律小组委员会等常设机构或第三次联合国海洋法会议等特设机构)或在某一特定领域有主要的体制权限的机构(联合国人权委员会、人权事务委员会、环境署、世贸组织等)的扩散;
- (四) 联合国各专门机构(国际海事组织、国际民航组织等普遍开展的工作)。

³¹⁰ 见《1973年...年鉴》第二卷pp.227-228(第152-158段)。

³¹¹ 虽然《1982年联合国海洋法公约》现在是关键方面特别是有关领海和公海的指导性文书,它却融合了1958年各公约的规定。

170. 这些因素发生作用的方向并不完全一致。由于在法律或实践的特定领域有具体责任的机构不断扩散，国际法委员会在不与其他机构的工作发生重复的条件下开展工作的余地缩小了；但在引起一般和特殊兴趣的发展中国际法领域有了与此类机构协作的可能。将特定问题双边化的趋势可能是为了应付一般法律中已被察觉的缺陷，这种缺陷无论如何是应该加以解决的。总的看来，国际法律和实践存在着一种支离破碎的危险，国际法委员会有着全面的职权和专才，可有助于应付这种危险。

171. 因而，虽然历来被认为编纂时机已经成熟的重大专题当中有许多业已完成，如海洋法、条约法、外交关系和领事关系法，但是，编纂已不再必要的想法有欠妥当。即使是在条约目前所包含的一些领域，实践也可能有所发展，会产生需要进一步审议的新难点，例如对条约的保留问题。在国际一级，“编纂和逐渐发展”是一个持续性的进程。另外，国际法发展的速度现在也很快，事实上国际法协会和国际法学会这类研究当前问题的民间机构似乎在认明需要法律的领域方面没有什么困难，这些领域即使不需要编纂，也需要加以澄清、发展和阐明。民间机构缺少的是国际法委员会作为联合国系统内的一个机构从各国政府获取资料 and 同它们开展对话的能力。委员会可通过第六委员会、通过向政府征求资料和评论意见，并通过委员会与区域性协商委员会的直接联系开展这种工作。只要联系和对话的进程切实有效，就还是需要象国际法委员会这样的机构。

172. 另一方面，委员会的工作中产生了困难，甚至在第一代项目方面也出现了困难。出于种种原因，委员会议程上有些重大专题是花费了很长时间才完成的。这些原因包括有关专题的重要性、规模和难度。但是这种情况的影响是减慢了委员会就议程上其他专题取得的进展，并且对于是否应在原有工作未完成时给委员会新的工作方面引起了怀疑。

173. 委员会认为，为了应付当前的形势，需要改变其工作方法。本报告下文各节分别在如下标题内专门阐述应实行何种变革的问题：

- (一) 国际法委员会与大会(第六委员会)的关系(第3节)；
- (二) 特别报告员的作用(第4节)；
- (三) 国际法委员会、其起草委员会和各工作组之间的关系(第5节)；
- (四) 届会的会期和结构(第6节)；
- (五) 国际法委员会与其他机构的关系(第7节)；
- (六) 修正《章程》的可能性(第8节)。

3. 国际法委员会与大会(第六委员会)的关系

174. 大会在第50/45号决议序言部分第7段中专门提到了这个问题,指出需要…

“进一步加强第六委员会作为政府代表机构同国际法委员会作为独立法律专家机构之间的相互作用,以期改善两个机关之间的对话。”

该段简要地再度说明了这两个机构的特性,同时又清楚地示意它们之间的对话可加以改善。

175. 按照委员会《章程》第3条,委员会委员由大会根据联合国会员国政府所提名单选出。选举人“应铭记:凡当选委员会委员的人士,本人必须具备必要的资格,而委员会全体则应确实代表世界主要文明形象和各主要法系”(《章程》第8条)。经1981年修正的《章程》(第9条)明确承认区域集团的存在,这有助于确保委员会作为一个整体具有的代表性。另一方面,委员会内部有一个与委员们的地位完全相符的健全传统,即所有委员是以个人身份参加工作,他们绝对不是“代表”。³¹²

176. 关于个人的资格,第2条第1款规定,委员“应为公认胜任的国际法界人士”。委员连选得连任,不受限制(《章程》第10条);没有年龄限制,尽管有些政府在提名时似乎将此因素考虑在内,应该指出,委员中从来没有过女委员。

177. 在这种背景之下,委员会着手处理涉及“作为政府代表机构的第六委员会与作为独立法律专家的国际法委员会之间互动作用”的实质性问题。

(a) 开展特定专题的工作

178. 可为委员会提出新任务的一种重要方式是应大会或联合国其它机关的请求行事。《章程》第16条和第18条第3款对此作了明确的设想,但近年以来,这些规定很少被援用;联系“国际法十年”进行的辩论也没有发展出供第六委员会列入国际法委员会议程的新概念。委员会就依国际法应受特别保护的外交代表和其他人员的保护和不得侵犯议题开展的工作³¹³及较近期就国际刑事法院规约草案³¹⁴开展的工作表明,它是有能力对此类要求迅速作出反应的。其反应可能是提出评注或咨询意见,或(如上述两项工作)以适于在外交会议上通过的形式拟订条款草案。

³¹² 《章程》本身没对这一点作出规定。

³¹³ 这一要求由安全理事会通过大会提出:参看 A/9407;大会1973年12月14日第3166(XXVIII)号决议;还参看《1972年...年鉴》第二卷p.312.

³¹⁴ 参看大会1990年11月28日第45/41号决议第3段;《规约草案》参看《1994年国际法委员会报告》(A/49/10),第25页。

179. 委员会认为，委员会的工作负担应该包括由委员会内部提出而得到大会批准的专题和由联合国系统内其它机关提出而由大会根据章程特别提交委员会的专题。这种要求可以避免重复工作并可鼓励在国际立法工作进行协调。当然，所提交的专题应该适合委员会以一般国际法领域内“独立法律专家”身份加以处理。

(b) 审查和评论正在开展的工作

180. 各国对委员会工作的讨论和反馈采取了多种多样的形式。尤其是在对某一专题进行工作的早期阶段，各国被要求就它们的实践和立法情况提供资料，回答问题单。第六委员会内的会员国代表对委员会的年度报告提出口头意见，第六委员会对这一报告的讨论目前采取了分开讨论的有益方式，以便专心探讨报告的各个组成部分。除此以外，各国还被要求应委员会在其报告中所提出的特定要求，以及就任何专题一读通过的条款案文，提出书面意见。

181. 但是，各国提供资料和对委员会的报告和条款草案提出意见的程度有很大的差异。有些政府可能乐意让某一专题的工作发展下去，或者由于大体上能够接受工作方针而认为无需评论。另一些政府或许希望改变特定工作的方针而提出较多的意见。许多政府，尤其是发展中国家的政府能够用以专门探讨这一工作的资源极为有限。但是，事实显示，在许多情况下，委员会征求评论、甚或要求提供资料的要求都得不到答复。³¹⁵ 委员会与会员国政府之间的互动关系对于委员会的作用极其重要，双方都有加以改进的余地。

³¹⁵ 各国政府对委员会最近有关一些专题的问题单提出书面答复的情况如下：

国家责任：	15件	(《1980年...年鉴》第二卷(1), p.153; 《1981年...年鉴》第二卷(1), p.71)
水道：	21件	(A/CN.4/447和Add.1-3)
治罪法草案：	13件	(《1985年...年鉴》第二卷(1), p.84 《1987年...年鉴》第二卷(1), p.11 《1990年...年鉴》第二卷(1), p.23)
国家豁免：	28件	(《1988年...年鉴》第二卷(1), p.45)
外交邮袋：	30件	(《1988年...年鉴》第二卷(1), p.121; 《1989年...年鉴》第二卷(1), p.75)
对条约的保留：	13件	(截至1996年6月5日)。

182. 委员会本身认为,委员会应该努力扩大查明需要特别征求评论的问题的实践,如果可能的话,在通过有关条款草案以前,就开始进行。这些问题应该比较具有一般性、“战略性”,而不是涉及起草技术问题。委员会应该力求确保送交各国政府的报告和问题单比较“方便用户”,确切说明要问些什么和为什么要问。尤其,委员会的报告应该更加简短。更加切中主题、应该力求突显和说明关键问题。拟订报告的总报告员的作用应该加强。³¹⁶ 委员会应该在新的五年期内重新探讨这些问题。

(c) 第六委员会在处理国际法委员会的最后草案方面的作用

183. 国际法委员会在将有关某一专题的一套完整的条款草案提交第六委员会时,即已完成了自己的作用。据认为,如果这些条款草案以普遍适于各国制定的方式阐明了有关的原则,国际法委员会就已经充分地履行了它的职能。另一方面,特定的一套条款草案在某一特定的时间是否可被接受或适于制定基本上是第六委员会和会员国的政策问题。

184. 对一套条款草案或委员会其它工作的反应可能采取多种形式。在递交工作报告时,委员会本身将就有关问题提出初步建议,³¹⁷ 但是,方法的选择是第六委员会的工作事项。在不建议将某一案文制定为公约的情况下,所需要做的可能只是采取比较简短的程序予以注意到或将其纳入大会的一项决议。如果是可能形成某一公约的基础的条款草案,第六委员会只能注意到该项结果,通过某一工作组以初步的方式加以处理或为了类似的目的召开一次筹备会议,能够立即召开外交会议,或(象处理国际水道的非航行使用法条款草案那样)采取自行研讨条款草案的方式。《章程》第23条第2款也设想到大会“认为合适时得将草案送回委员会重新审议或重新起草”。这种可能性可能得到比较有效的利用。

185. 委员会将仅指出,在对某一专题的任何案文的可接受程度持重大怀疑的情形下,最好能够由大会和各国政府在早期阶段作出具有权威性的表示,而不要拖延或将困难搁置到委员会完成该项工作以后或将案文提交第六委员会。

³¹⁶ 参看A/CN.4/L.473, P.7。

³¹⁷ 《章程》第23条。

4. 特别报告员的作用

(a) 任命

186. 在委员会工作中历来占中心位置的是特别报告员的作用。事实上《章程》仅就逐渐发展国际法的项目明确设想了此种任命(第16条(a)项)。³¹⁸ 但是,从一开始委员会的做法就是在审议某一项目的初期任命一名特别报告员,无论这个项目属于编纂类还是逐渐发展类。³¹⁹

187. 在实践中,报告员职务趋于在委员会内的区域组别之间分配。如果在某种程度上灵活运用这种制度,便有许多好处,主要是它有助于确保在编写报告和拟定提案时能够兼顾不同的着手方式和不同的法律文化。

188. 应当强调,委员会工作中遇到的各种困难在很大程度上并不是由任命专题特别报告员引起的,而是由于特别报告员趋向于、甚至是被期望在与委员会隔绝的状况下工作,在编写关于未来工作方向的报告时得不到什么指导。以下各段大体上就是针对本规划小组认明的这一基本点的。

(b) 报告的拟议

189. 特别报告员通过编写报告(通常是年度报告)突显和研讨专题、说明法律状况并提出条款草案。在报告的编写上出现一些问题。

(一) 委员会需要事先批准计划于下届会议开展的工作的性质和范围

190. 委员会内的目前作法不统一。有些报告员相当详细地公开说明自己打算向下届会议提交什么样的报告,另一些报告员不这么做。总的说来,在承认报告员需要有一定独立性的同时,应把公开说明作为规律。至关重要的一点是,未来的报告应当满足整个委员会的需要。就一般方向事项和特定的实质要点两者而言,都需要公开说明才有可能进行反馈。相形之下,如果一份报告处理的是委员会认为是次要的问题,或未处理委员会认为是主要的问题,实际上就会意味着一届会议被浪费了。

³¹⁸ 第16条以“大致”一词允许这样做,但报告员被明确认为在规定的程序中占中心位置(如(d)、(f)、(i)项)。

³¹⁹ 例如,见《1949年国际法委员会年鉴》P.281(初步任命条约法、仲裁程序和公海制度专题的报告员):委员会还在同时依《章程》第19条第2款征求政府的资料,这种做法仅正式适用于编纂项目:同上。

(二) 在每届会议开始以前备齐报告

191. 就这点来说, 目前的做法也是不一致的。有些报告在届会开始以前备齐, 另一些则不是。由于联合国财力拮据或其文件规则在翻译和分发上造成延误当然是特别报告员所控制不了的情况。³²⁰ 但是应该极力做到在每届会议开始以前几个星期就向委员们分发一切报告, 以便研读和思考。在会期较短的情况下, 更是这样。

(c) 需要一个常设协商组

192. 《章程》第16条(d)项设想, “大会将逐渐发展国际法的建议交付委员会后”, 委员会可“委派部分委员与报告员合作”, 在收到对发给政府的调查表的答复前“着手编写草案。这可以解释为, 特别报告员在得到答复之后可独立开展工作。但在多数情况下, 既定的作法一向是允许特别报告员在很大程度上独自编写报告。换言之, 特别报告员在两届会议间隔期内与委员会的其他委员没有正式的联系。

193. 其他机构, 如国际法协会和国际法学会, 采用的工作方法与此不同。它们选出多名成员以协商组的形式活动, 这样, 报告员在届会间隔期内可就应采取的最佳和最可接受的方法及下一份报告的基本要点与他人协商。协商组可借助问题调查表、分发报告或例外地举行临时会议提出咨询意见。虽然报告仍由报告员编写, 但所获得的投入就有可能确保报告得到委员会成员、乃至整个机构的成员接受。

194. 规划小组注意到, 最近在国家继承对国籍的影响这一专题方面采用这一工作方法是有成果的。规划小组认为, 至少就新项目和有关某一专题的战略规划等早期工作而言, 应普遍采用这个方法。协商组成员应由委员会自己任命, 应该具有广泛的代表性。³²¹

195. 无疑应该小心, 不要使问题过于正式化。还应该着重指出, 报告的编写仍然是特别报告员、而不是整个小组的责任。小组的职务并不是核准特别报告员的报告, 而是对报告的一般方针和对特别报告员愿意提出的任何问题提供投入。小组成员的任期是五年还是较短的期间可以在同特别报告员磋商的情形下逐案决定。

³²⁰ 应该指出, 对前一年九月收到的调查表提出答复的期限往往订得很迟——例如下一年的三月或四月, 特别报告员很难在这一年的报告中充分考虑到这些答复。

³²¹ 在对国家责任条款草案进行二读时也可采用这个办法。这部分条款草案的二读最好于下一五年期內完成。

196. 虽然无需修订章程便可以执行上述改动事项,委员会还建议,如果对章程进行任何修订,这一小组的原则应该受到确认。如现行章程不同的是(见上文第185段),这样做时不应区别编纂或逐渐发展。

(d) 编写附有评注的条款草案

197. 分析所研究的法律与实践领域的一般性报告与对条款草案的重点评注两者之间是有区别的。当然,编写前者是特别报告员的一项关键任务,但后者也是。目前,向起草委员会提交条款草案时不编写评注的现象并不少见,这有悖于委员会早先的作法。的确,委员会有时也将没有附加评注的条款草案提请最后审议,评注只是在届会的最后阶段才以极少的时间审议就予以通过。

198. 据说这样做的理由是,由于起草委员会可能会对条款草案大加修改,提供评注为时过早。反之,如果起草委员会能够在收到条款草案的同时也收到评注(或至少是评注的内容纲要,事情便好办得多。)评注有助于解释条款的目的并澄清其范围和作用。对于一项条款草案某些方面发生的分歧意见在提供附加评注或将某些规定在案文和评注之间互调位置时经常能够得到解决。仅仅提出无评注的条款就排除了这种灵活性,并可能会使在案文中列入某些内容具有超出应有程度的重要性。就案文和评注同时开展工作能够有助于提高两者的可接受性。这可能有助于避免在条款的案文中插入实例--像目前国家责任第一部分条款草案第19条第3款那样。它也将形成可能根据所提议的案文得到通过的任何条约条款的准备工作中的一个宝贵部分。

199. 应该着重指出,评注的定本基本上是为了说明最后通过的案文。虽然说明案文的沿革是适当的,评注的主要作用却是说明案文本身,适当参照关键的决定、学说和国家实践,使读者能够了解委员会案文所反映的范围,或者视情况发展或延伸法律。一般说来,这些评注的作用不是反映对二读通过之案文的分歧;这种分歧可以在最后通过案文时在全体会议上反映并且在报告中予以适当反映。³²²

³²² 一读时的立场很不一样。(此外对编纂采取与逐渐发展不同的着手方式的)《章程》第20条(c)款(二)项规定关于一读通过的案文的评注应该说明“所存在的分歧和异议以及为了支持这一项或另一项解决办法所援引的论据”。但是《章程》对于最后条款草案并没有这样指明:参看第22条。

200. 鉴于已有的工作压力，不能期望起草委员会自己编写精确的评注。但是，一旦起草委员会通过某一条文，特别报告员便应该在秘书处的协助下编写这一条文的评注，或者视情况予以修改。接着应该将它发给起草委员会成员或(酌情)发给该专题协商组的成员，使他们能够个别地对它提出意见。《章程》明文规定³²³在委员会批准评注以前条款草案不应被认为最后通过。

(e) 特别报告员在起草委员会中的作用

201. 在实践中，对于专题的分歧意见表现得最清楚并必须加以调和的地方是在起草委员会之内，同样，也正是在起草委员会内，特别报告员的独立作用必须兼顾到整个国际法委员会的意见。特定专题的需要和特定特别报告员的方法总是会产生一些多样的作法。但作为一般规律，规划小组建议，特别报告员在起草委员会中的作用应含有下列构成部分：

- (一) 编写清晰和完整的条款，尽可能附上评注或可形成评注之基础的说明；
- (二) 简明地解释起草委员会面前的条款草案和评注的理论基础，包括可能标出的任何改动；
- (三) 最终接受整个起草委员会的意见，即使这种意见不同于特别报告员提出的看法，并视需要以修订的条款和/或评注来反映起草委员会的意见。在执行这项职务时，特别报告员应该是委员会的公仆，而不是任何不成熟的个人见解的维护人。

202. 当然，对起草委员会的最终看法持不同意见的特别报告员完全有权利于提出起草委员会的报告时在全体会议上解释其不同意见。在这种情况下，由全体会议决定在特别报告员的见解和起草委员会的意见中倾向于何者。但是，考虑到起草委员会的人数和对全体会议的作用，这种情况可能很少。另外，最好把起草委员会内无法解决的重大分歧早日向全体会议报告，可能的话以示意表决解决问题。(见下文第203-205段)。

³²³ 《章程》第16条(i)项规定“特别报告员和为此目的任命的成员应……编写最后草案和解释性报告，提请委员会审议和通过”。类似的做法可参看第22条。

5. 全体会议对起草委员会和工作组的作用与关系

(a) 全体会议的一般性辩论

203. 全体会议一般性辩论的主要作用，是确立国际法委员会处理某一专题的大体办法。起草委员会，或工作组需在从事工作时有所把握，就必须这样做。这种附属机构需要确信它们的工作符合整个国际法委员会大体上接受的方针。

204. 全体会议当前的辩论没有完全达到这一目的，主要原因有两个。第一是全体会议的辩论往往太笼统，所涉的可能是整篇大报告，对各种问题没有区分，有时还讨论可在起草委员会得到更好的处理的案文细节问题。

205. 第二个原因是长篇发言的倾向，似乎国际法委员会的委员是来听课的，只需训诲，不用说服。长篇大论并不是辩论的理想形式，显得散漫冗长，达不到就所要采取的方针向国际法委员会、起草委员会和特别报告员提供指导的主要目的。

206. 委员会建立初期，发言几乎都很短，着重于可能会产生的困难或意见不一致的问题。委员会认为，这种做法好得多，委员会应采取步骤将这种办法当作准则恢复起来。

207. 可采取的补救办法包括如下几点：

- (一) 第一，应争取为辩论提供一个结构，使委员会能够一个问题一个问题的逐个讨论，发表意见也限于正在讨论的问题。³²⁴
- (二) 第二，委员应力行克制。规划小组认为，这方面的最佳做法是适当地组织辩论过程。此外，不妨采取使发言较为简短的非正式的“行为守则”：主席可以在必要时经常提醒发言者注意。
- (三) 第三，在辩论结束时，主席应总结委员会对这一问题的大体结论，同时指出发表的不同意见。³²⁵无疑，这项工作有时可能较困难，但如果认真去作，如果委员们普遍接受其精确性，这将大大有助于起草委员会或工作组随后对这些问题的审议。审议条款草案最后案文的工作应该由起草委员会会同特别报告员一起进行。

³²⁴ 在讨论锡亚姆先生关于治罪法草案的第九次报告时有效地采用了这个方法：《1991年...年鉴》第一卷，第2205-2215次会议。

³²⁵ 目前，这项工作即使在进行的话，也是由各位报告员在做，但由主席来做也许更好，可以让编写正在讨论的报告的特别报告员提出说明和对评述进行反驳。

208. 这就引出表决方法的问题。委员会及其附属机构目前力图达成一致，作为一般规则，这无疑是正确的。

209. 但是，通过切实有效的最后决定与我们建议主席在总结全会辩论时宣布的那种结论是有区别的。结论可以是临时的，暂定的；它们可能只是指导性的，在作出最后决定前可能还有许多工作要做。在有争议的一些具体问题上，主席通过要求进行指示性表决来检验他的结论是否能被接受的做法很好。对于一些细节问题，最好设法加以解决，然后再继续讨论下一个问题的，主席这样做就更为可取了。少数人的意见当然可以在简要记录中反映出来，必要时还可以在委员会的报告中反映出来。

210. 起草委员会的附属机构将发生类似情况。随着工作的进展，需要采取一些“决定”，而这些决定远远不是最后决定，要求对所有这些问题协商一致，既负担繁重，也旷日费时。在指示性表决中不属于多数的委员仍可以在以后坚持他们的意见。但是，对于原则性问题有重大分歧，应当把它提交全体会议以指示性表决或其它方法作出决定。

211. 如果最后要作出决定，则也应尽力达成一致意见，但如果在现有时间内不能做到这一点，也许需要进行表决。在表决之前容许有一段“冷却期”供讨论和思考。这种表决比起单单为了节约时间而通过的“虚假的协商一致意见”，也许更能表明委员会的意见。

212. 可以采取的一个有用的小改革，是确立一种惯例，即需要作的任何表示祝贺或尊敬的发言均应由主席一人代表整个委员会来作。委员会的时间应花在实质性工作上。

(b) 起草委员会

213. 1958年，委员会正式承认起草委员会“不仅是可交托纯属起草方面的问题的委员会，而且还是一个可以交托国际法委员会全体未能解决或者似乎可能造成讨论不必要延长的实质性问题的委员会”。³²⁶ 由于国际法委员会的委员在1981年进一步增加，就更有必要让起草委员会来发挥这一作用了。毋庸置疑，这种作用仍然至关重要。

³²⁶ 见《1958年...年鉴》，第二卷，p.108。

214. 这并不是说起草委员会应该成为发挥这一作用的唯一机构。遇有明确原则分歧的问题,往往宜提交较小的工作组讨论。即使该工作组不能解决问题,通常也可以发表不同意见的要点,并向全体会议提出,以便作出决定,或者进行指示性表决。但在其他许多情况下,会产生一些较小的问题,或者在起草过程中产生始料未及的原则问题,起草委员会不可避免地将承担争取解决这些问题的任务。

215. 起草委员会成员的工作繁重:他们几乎每天要开会,有时上下午都要开会。因此,应欢迎最近让组成成分有相当不同的起草委员会处理不同专题的做法,因为这样作可以在更多的成员之间分担繁重的工作。³²⁷

216. 在任何特定专题上,起草委员会通常有12-14名成员组成(其他成员作为观察员参加,只偶尔发言)。这样做的优点是,起草委员会的协商一致意见很可能会吸引全体会议提供有力的支持。

217. 长篇发言是很少见的(并且将予以阻止)。常常有真正的辩论。讨论主要用英语和法语,恰好与讨论中的案文的工作语言一致,但成员可随时使用其他正式语言。我们认为,起草委员会的运转良好。

(c) 工作组

218. 委员会或规划小组为不同目的和不同任务设立了各种工作组。例如,通常在特别报告员任命之前便为新专题设立工作组,以帮助确定工作范围和工作方向。另一种工作组的职能是处理,如可能的话解决僵局³²⁸。有时还为处理整个专题(如在紧急情况下)设立工作组,这种工作组通常成员很多。这种工作组与起草委员会的区别在于:起草委员会就特别报告员编写的条款案文(最好也有评注)从事工作,而工

³²⁷ 1992年采取了这个办法。见《1992年...年鉴》,第二卷(2),p.54。

³²⁸ 参看1995年设立的关于“各国保护环境的权利和义务”的工作组,上文脚注300,A/50/10,第192-193页。

工作组则在意见尚在形成中的工作初期就着手工作。³²⁹ 它的工作可以持续若干次届会,成员大多保持连续性,而起草委员会的组成每年有变化。因此,这种工作组与一种处理办法的形成和草案的拟定关系更加密切。拟定《常设国际刑事法院规约》的工作组先是着眼于可能达成协议的一些基本提议,然后才设法起草条款,³³⁰ 这是一个很好的例子。起草委员会当然不可能起到象它那样的作用。

219. 这样一个工作组可能没有特别报告员,或者即使有,其作用也有限。在大多数情况下,如果工作组在起草工作是认真的,我们认为在提交全体会议之前起草委员会将该工作组的工作重作一遍没有任何可取之处。这样做会造成重复工作,或者如果起草委员会成员未曾参加专门详细讨论某一案文的会议,甚至会造成失误,起草委员会有时可以从是否充分或措词的一致性角度起最后审查(“修整”)案文的作用。但在这种情况下,通过某一工作组执行的程序是在起草委员会进行讨论的一种替代办法,不纯是预备程序。

220. 一个工作组,不管其职权如何,永远服从于全体会议、规划小组或设立该工作组的其他机构。应由有关机构发布必要的授权,规定研究的范围,审查并在必要时修订提案,并对工作结果作出决定。

6. 委员会会议的结构

221. 鉴于以上讨论情况,我们转入委员会会议的结构问题包括五年期工作规划和届会的会期与安排问题。

³²⁹ 就国际刑事法院工作组而言,它一度分成工作小组,以便于起草。

³³⁰ 《大会正式记录:第四十七届会议,补编第10号》(A/47/10),第92页。

(a) 五年期工作规划

222. 在1992年的本五年期第一届会议上，委员会规定了五年期的指标，实现了这些指标，有一个方面超过了指标。³³¹ 委员会期望在下一个五年期的第一年1997年实行类似的做法。也有必要在五年期的终了时审查一下所规定的各项目标，并且审查应该进行的准备工作，以便能够在下一个五年期的第一年开始时迅速决定该五年期的规划。

(b) 届会的会期

223. 《章程》没有具体规定届会的会期(不过它也没有说届会通常将在日内瓦举行(1955年修订本第12条)。事实上，除1954年的届会在巴黎举行和1966年的届会在日内瓦和摩纳哥两地分摊之外，所有其他届会都在日内瓦举行。人们毫无疑问都认为，届会应每年举行，实际上，自1949年以来情况一直如此。届会的时间通常为10个星期，但1974年12月14日大会通过第3315(XXIX)号决议以后，12个星期就成了规范做法。除1996年的届会外，各届会议一直都一次性连续举行。

224. 1996年由于预算问题，通常12个星期的届会被减到10个星期，但因委员会表示了强烈的意见，第二年又恢复到12个星期，此后一直维持于12个星期。大会重申委员会必须以通常的12个星期为会期举行会议。³³² 委员会现在的委员几乎是原先的两倍。它的会议录必然要增加篇幅，在作比较时必须记住这一因素。

225. 原则上，委员会应该能够逐年决定下一届会议可能需要的会期(即12星期或少于12星期)，需要考虑到工作状况和大会为完成某些专题所规定的任何优先次序。

³³¹ 1992年规定的目标可参看A/CN.4/L.473, 第15段。委员会一贯地按照这些目标分别在1994年和1996年完成了水道专题和治罪法草案的二读。委员会在1996年完成国家责任条款草案的一读。它通过一个工作组在国际法不加禁止的行为所引起的损害性后果的国际责任专题方面(具体地说是有关预防的方面)取得了进展，并且开始进行两个新专题的工作。另一项成就是开始并且完成了国际刑事法院规约草案，这是1992年报告中所没有设想到的。

³³² 参见大会1986年12月3日第41/81号决议，1987年12月7日第42/156号决议，以及大会最近的1995年12月11日第50/638号决议第11段。

226. 在某些年度,会期少于12星期即已足够。在另一些年度,尤其在五年期的最后一年,为了由同样的委员完成全部案文的一读或二读,会期不能少于12星期。基于各种原因,规划小组认为1997年届会只需10星期便足以处理进行中的工作。

227. 在较长的期间里,届会会期的问题与届会的安排问题有关系,特别是与能否分两期举行届会的问题有关系,以下将予以讨论。尤其是如果采取届会分两期举行的办法,规划小组认为,委员会可以在每年少于12个星期的会期内有效地完成工作。它认为有充分的理由恢复到一年总共10个星期的老做法,但在任务特别某些年份,特别是五年期的最后一年,如有需要,则可以延长至12个星期。

(c) 届会的分期问题

228. 《章程》(1955年修正本)第12条规定,委员会应在联合国日内瓦办事处举行会议,但“经与秘书长协商后”,委员会“有权在其他地方举行会议”。因此,章程没有限制委员会每年一度的届会分两期举行,并且也没有限制届会的其中一期在联合国纽约总部举行。1991至1992年提出了届会分期举行的程序,但暂时被搁置。³³³

229. 赞成届会一次性举行者认为,只有通过连续不断的工作,全体会议和起草委员会才能对提议的条款草案给予必要的认真审议。在任何一届会议上,委员会通常要对4-5个专题积极从事工作,其中有两个可能是优先事项。如果届会会期缩短,并分期举行,该届会对不属于优先事项的专题的审议可能会敷衍了事,造成这些专题方面的进展断断续续,使特别报告员得到不到指导。应该强调,就条款草案达成真正的协商一致意见,这一任务非常艰巨,必然需要时间。委员会不仅要核准特别报告员的提议,而且还要认真审慎地审议这些提议。委员会有34名委员,来自不同的法律、文化和语言背景,因此这一过程不能急于求成。还有一个“足够人数”的问题,只有通过全体会议和起草委员会的集体认真审议,才能得出真正令人满意的结论,而将届会分期,则可能打断这一进程,使之分裂。这些委员认为,要保证优先专题产生最好的结果,同时保持其他专题的进展和方向,届会必须连续不断。

³³³ 《1992年...年鉴》第二卷第二部分,p.55。

230. 但赞成届会分期者认为,这样作有利于委员会委员的思考和研究,特别是能使闭会期间的准备工作得以进行,使届会第二期会议更有成果。例如,届会第一期会议期间在全体会议上辩论的报告或提议可以由委员会在第二期会议期间予以处理。反之,在起草委员会在第一期会议上完成审议某些条款后,修订的条款及其评注便可准备好供第二期会议在全会上审议,委员们将有机会事先阅读和审议这些条款及其评注。届会分期可以鼓励举行非正式的闭会期间工作,使特别报告员有时间重新考虑在届会第一期会议上讨论的提议。例如,它可以使起草委员会或工作组在第一期会议结束时或第二期会议开始时占用一个星期,不必要求不属于起草委员会或工作组成员的委员会委员参加,从而造成节约。此外,对于专业或其他原因而不能保证12个星期自始至终在日内瓦的人来说,届会分期进行的办法使他们有可能成为委员。承担其他义务(不管是作为政府法律顾问、私营企业律师,还是作为大学的法律教授)的委员会委员能够自始至终参加4-5个星期的会议,而要他们12个星期这样做,可能性则较小。目前,委员会有些委员认为有必要离开日内瓦相当一段时间。虽然永远不能排除承担的义务有冲突的问题,但届会分成两期较短的会议,可能使得出席情况更好,更连续。简言之,这样做更加灵活。

231. 如何选择,在某种程度上受委员会无法控制的财政问题的影响。初步的计算显示:将10个星期的届会平分,而在纽约和日内瓦分别举行5个星期会比持续举行12个星期的届会便宜得多,即使对相同的总会期来说,看来,分开举行不会明显地多花钱,因为将常驻纽约的秘书处人员送往日内瓦的费用所减少的部分基本上可用以抵充所增加的委员旅费。

232. 委员会认为应试行分期举行届会,基于种种原因,包括预算的限制和1997年是下一个五年的第一年,1998年将是试行届会分期的适当时间。这将有助于为分期举行届会进行适当的规划,可以在实践中评量这个办法的优点和缺点。

233. 有必要规划两期届会之间的工作分配。规划必须按年度进行,必须要有所灵活。但这样做可能需在第一期届会上审议特别报告员的报告,而在第二期届会期间则要在全会上审议起草委员会和其他小组的报告以及委员会本身的报告。第二期届会不得晚于7月底结束,以便委员会能够在9月初完成提交联大的报告。

(d) 秘书处的主要贡献

234. 《委员会章程》第14条只规定秘书长应“在力所能及的范围内,尽量提供委员会完成任务所需的工作人员和设施”。

235. 实际上,秘书处的贡献是必不可少的。除了为委员会及其附属机构提供服务外,秘书处还从事相当多的研究工作,而且往往很急。秘书处的成员协助委员会的工作人员提供议程,作记录,编写提交全体会议的报告草稿等等。他们有时还协助编写对条款草案的评注,尽管委员会一直认为这是特别报告员的主要责任。在可能没有特别报告员的工作组内,这种帮助是非常宝贵的。应鼓励秘书处成员对委员会的工作作出更大贡献。

(e) 国际法讲习班

236. 讲习班是多年来委员会届会独具特色的一部分,讲习班向数百名青年专业人员介绍了联合国和国际法委员会的工作。尽管当前财政紧张,还是希望能够继续举办。

(f) 出版委员会的工作报告

237. 委员会提交第六委员会的年度报告是在届会结束后的几个星期内编制的。《年鉴》载有全体辩论的简要记录、最后通过的条款草案及其评注的全文、特别报告员的报告和选录的其它文件。在补做需列入《年鉴》的积压文件方面取得了一些进展。此外,联合国定期出版一份最有用的概览:《国际法委员会的工作》。这份概览总结委员会的工作并且重新刊印委员会通过的条款草案或者视情况刊载根据这些条款草案缔结的公约或其它案文。第五版于1996年面世。

238. 对委员会工作的非正式说明载于国际法文献。例如,《美国国际法学报》和《法国国际法年鉴》对委员会的工作刊载年度评论。应该鼓励以委员会的其它语文刊载类似的文章。

7. 国际法委员会与(联合国内外)其他机构的关系

239. 委员会最重要的关系是它通过第六委员会向大会提交报告的关系。但《委员会章程》设想它可与其他机构有一系列关系：

- (a) 根据第16(c)、17(2)(b)和21(2)条，委员会必须就它正在审议的任何项目向各国政府寄发调查表，或者要求它们提出评论。
- (b) 根据第17条，委员会得审议“联合国会员国、大会以外的联合国主要机构、专门机构、或根据政府间协定成立以鼓励以国际法的逐渐发展及其编纂为宗旨的官方机关提出并请秘书长为此目的转交委员会的提议和多边公约草案”。
- (c) 根据《委员会规约》第三章，委员会拥有相当广泛的权力，可就任何问题与主管该问题的联合国机构磋商，就交付其处理的任何问题与其他任何政府间或非政府的国家或国际组织进行磋商（见第25(1)、26(1)条）。
- (d) 委员会在有些情况下与一些专门机构进行系统磋商（如与粮农组织在领水外捕鱼的问题上磋商）。它还征求专家的意见（如在海洋划界和基线划定等问题上）。

240. 通常，委员会要在每届会议期间听取亚非法律协商委员会、欧洲理事会法律咨询委员会和美洲国家司法委员会的代表的报告。这些报告有用，但往往言词相当正式，客套话相当多。委员会欢迎这些交流但认为，为了加以改进应该欢迎以简短的书面报告说明各该组织目前的工作，附上有关文件，事先予以分发。除了举行记录在案的简短的正式意见交换以外，还可以举行一次有委员会委员参加的较不正式的讨论会，处理对两个机构都有关的若干实质性问题。还应该鼓励这些机构多多与委员会的特别报告员进行切实的合作，也应鼓励国际法委员会秘书处和这些机构的秘书处进行合作并交换资料。

241. 目前有一系列具有潜在重要性的关系被忽视。我们指的是联合国以及其他有法律影响和责任的专门机构的工作。至少，应当请在特定领域负有特定职责的各机构交换资料并对委员会的有关工作提出评论。但是，联合国系统各组成部分在工作上大多互不通气。另一个可能的做法是开始由委员会同在特定领域负有职责的机构联合进行特定法律专题的研究。各国法律委员会在海关法和破产等领域进行了这种联合研究。不应该根据什么先验性的理由排除在国际一级上进行这种合作的可能性。

8. 对《章程》可能作的修正

242. 委员会的《章程》是在二战结束后不久拟订的,虽然几经修订,却从来不曾彻底审查和订正过,《章程》足够灵活,可以在实践中予以修改。例如,《章程》对核准专题工作计划³³⁴和任命与特别报告员一起工作的一组委员³³⁵等事项多少作了充分的规定。对于这里讨论的其他问题(如分期会议),《章程》没有不允许作出适当变动。本报告中所讨论的改革大多可以在不修正《章程》的情况下实行。

243. 虽然,委员会成立以后已经将近50年,《章程》的一些方面需要审查和订正。《章程》的一些条款已经不合时宜,应予取消:例如,第26条第3款提到的“涉及佛朗哥西班牙关系的”和“曾与纳粹及法西斯合作的组织”。第26条第4款中提到的职司编纂国际法的政府间组织可以扩大到泛美联盟以外,使它包括亚非法律协商委员会、海牙国际司法会议和国际统一司法学社等。在比较实际的层次上,第1条、第15条和其它地方对国际法的编纂和逐渐发展所做的区分已经证实无效,两者的程序应该明确归并。尤其,明确承认委员会在“编纂”方面具有的“通过配合每一项任务的工作计划”(《章程》第19条第1款)的自由,应予正式扩大到包括委员会的所有工作。还需要审议其他一些实质性问题。

244. 规划小组建议委员会在下一届会议上考虑能否建议大会审查《章程》,以配合在1999年纪念委员会50周年的活动。

³³⁴ 《国际法委员会章程》,第16(b)、第17(2)(a)、第19(1)条。

³³⁵ 同上,第16(2)(d)条(虽然这一规定只涉及向各国政府寄发调查表以后并指“在收到这项调查表的答复后”的一段时期):这一条款可以重新起草,范围可更广一些,不管是否要任命特别报告员,均适用于审议一个专题的整个进程。

2. 长期工作计划

245. 考虑到本届会议取得的进展和完成的工作,委员会重新设立了一个工作组,以协助它挑选今后研究的专题。

246. 委员会通过了该工作组的报告,并决定将其列作委员会报告的附件。³³⁶

247. 委员会注意到,虽然委员会成立近50年来审议并完成了国际公法各种领域的许多专题,但仍然有许多工作要做。从国际法议题的总清单以及委员会在不同时期作为可能编纂和逐渐发展国际法的专题而提出的各种专题中都可以看出这一点。

248. 为了全面审查一般国际公法的主要领域,委员会编制了一个大纲,将专题分列在国际公法的13个主要领域下(如:渊源、国家管辖权、国际刑法、国际组织和国际空间等等)。³³⁷这份清单包括了委员会已经完成的专题、已着手审议但出于各种原因“放弃”的专题、目前正在审议的专题和今后可能审议的专题,但它并非详尽无遗。

249. 就目前的情况而言,已确定了适合于编纂和逐渐发展的三个专题:外交保护、国家海事管辖范围外沉船的所有权和保护、国家的单方面行为。目前受到关注的原因在每一增编的说明中叙述。

3. 下届会议的会期

250. 鉴于本组织目前面临的财政困难,委员会决定作为一项例外措施,将下届会议的会期从十二周减为十周。

³³⁶ 见附件二。

³³⁷ 同上。

251. 但是，委员会要着重指出，它在本届会议期间充分利用了向它提供的时间和服

B. 同其他机构的合作

252. 约翰·德萨拉姆先生代表委员会参加了美洲法律委员会1995年届会，卡米勒·伊德里斯先生代表委员会参加了亚非法律协商委员会1996年在马尼拉举行的届会，委员会前主席彭·斯·拉奥先生参加了亚非法律协商委员会在新德里举行的一些会议。

253. 亚非法律协商委员会秘书长唐承元先生在1996年5月28日委员会第2433次会议上讲话，谈论了共同关注的事项。

254. 欧洲法律合作委员会代表V. 谢德先生在1996年5月28日委员会第2433次会议上讲话，向委员会介绍了欧洲法律合作委员会的工作计划和共同关注的活动。

255. 米格尔·安赫尔·埃斯佩切·希尔大使代表美洲法律委员会在1996年6月21日委员会第2446次会议上讲了话。

C. 第四十九届会议的日期和地点

256. 委员会议定，它的下届会议将于1997年5月20日至7月25日在联合国日内瓦办事处举行。

D. 派代表参加大会第五十一届会议

257. 委员会决定由主席艾哈迈德·马希乌先生代表委员会参加大会第五十一届会议。³³⁸

³³⁸ 1996年7月26日第2473次会议上，委员会请危害人类和平及安全治罪法草案特别报告员杜杜·锡阿姆先生按照大会第44/35号决议第5段的规定出席大会第五十一届会议。

E. 对国际法十年的贡献

258. 委员会重申,它决定出版委员会委员的论文集,作为对国际法十年的贡献。论文集将是双语的,包含英文和法文的论文。秘书处将致力于确保把用其它正式语文提交的论文译成英文或法文。还请秘书处作出适当安排,在现有财力范围内出版这些论文。请委员们尽早、但不晚于1996年8月31日将论文通过秘书处送交关于这个事项的工作组主席阿兰·佩莱先生。

F. 国际法讲习班

259. 根据大会第50/45号决议,委员会本届会议期间于1996年6月17日至7月5日在万国宫举办了第三十二届国际法讲习班。讲习班是为国际法专业的学生和打算在本国的公务员中从事学术或外交生涯或职务的年轻教授或政府官员举办的。

260. 不同国籍的二十四名学员,大多来自发展中国家,都参加了这一届讲习班。³³⁹ 讲习班学员参加了委员会的会议和专门安排的讲座。

261. 讲习班由艾哈迈德·马希乌先生主持开幕。联合国日内瓦办事处的高级法律干事乌尔里齐·冯·布卢门塔尔先生负责讲习班的行政和组织工作。

³³⁹ 下列人员参加了第三十二届国际法讲习班: Isabel Albornoz Garzon 女士(厄瓜多尔)、 Soraya Elena Alvarez Nunez女士(古巴)、 Okia Ardanaz女士(阿根廷)、 Charles Assamba Ongodo先生(喀麦隆)、 Marc Arthur Asse先生(海地)、 Sumudu Atapattu女士(斯里兰卡)、 Mohsen Baharvand先生(伊朗)、 Nino Burjanadze女士(格鲁吉亚)、 Howard Calleja先生(菲律宾)、 Astrid Agerholm Danielsen女士(丹麦)、 Abdoulaye Diop先生(马里)、 Shiva Kumar Giri先生(尼泊尔)、 Khoti Kamanga先生(马拉维)、 Paivi Kaukoranta女士(芬兰)、 Mariko Kawano女士(日本)、 Fadi Makki先生(黎巴嫩)、 Suzanne Mallstrom女士(瑞典)、 Phakiso Mochochoko先生(莱索托)、 Souheil Nabil先生(突尼斯)、 Martin Ortega先生(西班牙)、 Rosemary Rayfuse女士(加拿大)、 Sara Haydee Sotelo Aguilar女士(秘鲁)、 Vincent Zakane先生(布基纳法索)和 Ineta Siemele女士(拉脱维亚)。由 Nguen-Huu Tru教授(日内瓦大学国际研究院)担任主席的甄选委员会于1996年4月1日举行会议,在审议了约80份要求参加讲习班的申请书后,挑选出24名候选人。

262. 委员会委员作了下列讲座：艾哈迈德·马希乌先生：“国际法委员会的工作”；克里斯蒂安·托穆沙特先生：“环境污染—危害人类和平及安全治罪法下的罪行？”；莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生和亚历山大·扬科夫先生：“海洋法—最近的发展”；胡利奥·巴尔沃萨先生：“国际法未予禁止的行为的责任”；伊戈尔·卢卡舒克先生：“国际法委员会与习惯国际法的新趋势”；穆罕默德·本努纳先生：“国际刑事管辖权的创立与国家主权”；詹姆斯·克劳福德先生：“国家责任”；古兹蒙迪尔·埃里克松先生：“在渔业方面国际法的新发展”；山田中正先生：“多边裁军的法律问题”。

263. 此外，还举行了下列讲座：联合国人权事务高级专员何塞·阿亚拉·拉索先生：“人权事务高级专员的授权：使人权成为现实”；法律事务厅编纂司司长兼国际法委员会秘书李世光先生：“联合国维持和平行动—法律方面的问题”；红十字国际委员会法律司弗朗索瓦·米埃维尔先生：“红十字委员会在国际人道主义法方面的活动”；人权事务中心协调涉及与在前南斯拉夫行动研究有关的各种活动的协调员布鲁纳·莫利纳-艾布拉姆女士：“特设法庭—卢旺达和前南斯拉夫”；联合国难民事务高级专员办事处难民法促进科科长让·迪里厄先生：“从难民署的角度看难民的保护和人道主义干预”。

264. 有两课国际法是用录像上的，然后请学员作评论。

265. 学员被带着参观了阿拉巴马厅和州议会，然后受到了日内瓦共和国和州政府的招待。

266. 讲习班结束时，委员会副主席罗伯特·罗森斯托克先生代表主席，乌尔里齐·冯·布卢门塔尔先生代表联合国日内瓦办事处向学员作了发言。Sara Haydee Sotelo Aguilar女士代表学员向委员会致词。在这简短的仪式中，向每一位学员颁发了参加第三十二届讲习班的证书。

267. 委员会特别赞赏地注意到，塞浦路斯、丹麦、芬兰、匈牙利、冰岛、日本、挪威和瑞士等国的政府对联合国国际法讲习班信托基金提供了自愿捐款。有了这些捐款，才能颁发足够数量的奖学金，充分实现学员的地域分配，使本来会无法参加讲习班的发展中国家合格人选得以参加。今年，向11名学员颁发了全额奖学金（旅费和生活津贴），向6名学员颁发了部分奖学金（生活费或者旅费）。

268. 自从1965年开始举办讲习班以来，140个国籍的714名学员中已有389名获得了奖学金。

269. 委员会强调它对讲习班的重视，这些讲习班使得青年法律工作者，特别是发展中国家的青年法律工作者能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦许多国际组

织的活动。由于现有费用都已用完,委员会建议大会再次呼吁有条件的会员国为1997年度讲习班所需经费提供自愿捐款,使尽可能多的学员前来参加。

270. 委员会满意地注意到,1996年讲习班得到完备的口译服务。它希望尽管现在财政拮据,下届讲习班也能得到同样的服务。

G. 希尔维托·阿马多纪念讲座

271. 为纪念杰出的巴西法学家、国际法委员会前委员希尔维托·阿马多,于1971年决定以讲座的形式举行纪念活动,邀请委员会委员、国际法讲习班学员和其他国际法专家参加。

272. 第十三次纪念讲座于1996年6月18日举行,由巴西常驻联合国日内瓦办事处代表Celso Lafer教授主讲,讲题为:“世界贸易组织中的争端解决制度”。然后举行了希尔维托·阿马多纪念晚宴。

273. 希尔维托·阿马多纪念讲座得以举行,要归功于巴西政府的慷慨捐助,委员会对巴西政府表示感谢。它请主席转达委员会对巴西政府的谢意。

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的
国际责任工作组的报告

介绍性说明

(1) 成立由特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生主持的工作组是为了加强已经着手的有关这个专题的工作,并且着眼于针对一些未决问题研拟暂时性解决办法,以期编写一份供递交大会的单一案文。¹ 希望委员会由此能够在其第四十九届会议上针对如何在下一个五年期处理这个专题作出知情的决定。

(2) 工作组严格地在“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”范围内进行工作。因此以下载列的条款草案的范围受到限制,而具有备用的性质。现行的和未来的国际法规则,无论具有协约或习惯的渊源,只要它们禁止若干行为或后果(在环境方面就是这样),这些规则将在国家责任的领域施行,顾名思义,将不属于本条款草案的范围。² 另一方面,违法行为的国家责任领域同这些条款截然分开,而允许起源国“在自行承担风险的情形下”继续进行。³

(3) 本专题涉及与责任问题不同的问题。它基本上分为两个组成部分,第一个组成部分是预防国际法不加禁止的行为所产生的跨界损害(换言之,即预防国家责任领域以外的一些有害后果)。第二个组成部分是在上述行为或活动进行期间发生跨界损害所造成的损失的最终分配。本条款草案的第一个组成部分载述广义的预防,包括通知损害的危险,无论这些危险是活动的进行中所隐含的或产生或在一些稍后

¹ 工作组的成员是:胡利奥·巴尔沃萨先生(特别报告员兼工作组主席)、侯赛因·巴哈纳先生、穆罕默德·本努纳先生、詹姆斯·克劳福德先生、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、萨利福·冯巴先生、皮特·卡巴齐先生、伊戈尔·卢卡舒克先生、帕特里克·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森斯托克先生、阿尔维托·塞克利先生和弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。

² 见条款草案第8条及其评注。

³ 见第11条末尾和第17条。

时日察觉到正在产生。⁴ 第二个组成部分在以下原则的基础上进行：一方面，各国并不是不可以进行国际法不加禁止的活动——虽然这些活动可能有产生跨界损害的危险，但是，另一方面，他们在这方面的行动自由不是没有限制，尤其可能引起按照本条款草案提供补偿和其它补救的责任，虽然继续把这些行为称为合法行为。⁵ 具有特殊意义的是不应让受害者承担全部损失的原则。⁶

(4) 由于委员会第四十八届会议期间的优先工作事项是完成另一些专题，本专题草案一直没有能够由起草委员会加以讨论，也没有能够在本届会议期间在全会对它进行详细辩论。另一方面，大会1995年12月11日第50/45决议第3段(c) 促请委员会恢复关于本专题的工作，“以便完成有造成跨界损害之危险的活动的有关条款草案一读”。工作组认为，委员会在目前情况下在其提交大会的报告中附载工作组的本报告并将其递交各国政府征求评论，作为委员会有关这一专题的未来工作的基础是适当的。在这样做的时候，委员会既不对本专题的方针、也不就特定的措词作出任何具体决定，虽然第一章里的许多内容和第二章的全部内容已经在早先的几届会议上得到委员会的批准。

(5) 在提出这项建议的时候，工作组意识到委员会在1992年就国际刑事法院工作组的报告所通过的类比程序附载于委员会报告中，一直没有机会在全会上对案文进行全文一读、递交大会并转交各国政府征求评论。⁷ 在这些程序的基础上，委员会在1994年迅速拟订了国际刑事法院规约草案。⁸ 在本专题的情况下，工作组认为，按照以上第(4)段中所载述的建议，将提交条款草案全文，以供评论，可能形成有关这一专题的未来工作的基础，从而使委员会下一届会议能够在完全知情的情形下作出如何进行的决定。

(6) 在这个基础上，工作组向委员会提交附载的条款草案及其评注。

⁴ 见第4和第6条及其评注。

⁵ 见第3和第5条及其评注。

⁶ 见第21条及其评注。

⁷ 见A/47/10，第23页和附件。

⁸ 委员会于1994年完成关于建立国际刑事法院规约草案最后案文。见A/49/10，第14-127页。

第一部分

条款草案案文

第一章 一般规定

第 1 条

本条款所适用的活动

本条款适用于：

- (a) 国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大跨界损害之危险的活动
(；和
- (b) 不造成上述危险但造成重大跨界损害的活动。国际法不加禁止的、不造成(a)项所指危险、但其有形后果造成重大跨界损害的其它法律。)

第 2 条

用 语

为本条款的目的：

- (a) “造成重大跨界损害之危险”指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险；
- (b) “跨界损害”指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其它地方造成的损害，不论有关各国是否有共同边界；
- (c) “起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行第1条所指活动的国家。
- (d) “受害国”指在其领土内或在其管辖或控制下的任何其它地方发生重大损害的国家。

第 3 条

行动自由及其限制

各国在其领土或其管辖或控制下进行或允许进行活动的自由并非不受限制。这一自由必须符合在跨界损害方面对其它国家负有的任何法律义务和关于预防或尽量减少造成重大跨界损害之危险的一般义务。

第 4 条

预 防

各国应采取一切适当的措施，以预防或尽量减少重大的跨界损害危险，如果这种损害已经发生，则尽量减少其影响。

第 5 条

责 任

按照本条款，责任来源于第1条中所指活动造成的重大跨界损害并应给予补偿或其它补救。

第 6 条

合 作

当事国应真诚合作，并于必要情形下要求任何国际组织提供协助，以预防或尽量减少重大跨界损害危险，如果这种损害已经发生，则尽量减少损害在受影响国和起源国的影响。

第 7 条

履 行

各国应采取必要的立法、行政或其他行动,以履行本条款的规定。

第 8 条

同其它国际法规则的关系

本条款不适用于一国的违法行为或不作为所引起的跨界损害的事实不影响有关这种行为的任何其它国际法规则的存在或执行。

第二章 预 防

第 9 条

事前核准

各国应确保第1条(a)项所述的活动未经其事前核准不在其领土内或在其管辖或控制下进行。如计划作出可能使某项活动转变为第1条(a)项所指活动的重大改变,亦须经事先核准。

第 10 条

对于危险的评估

在决定授权进行第1条(a)项所指活动以前,一国应确保对此类活动的危险进行评估。这种评估应包括该项活动对于人身或财产以及对于其他国家环境可能产生之影响的评价。

第 11 条

核准前已进行的活动

若一国在承担这些条款中所载义务后确定：第1条(a)项所指的有造成重大跨界损害之危险的活动，未经第9条中所要求的核准，已在其领土或在其管辖或控制下的其它地方进行，即应指示负责进行此项活动的人员获得必要的核准。在核准以前，该国可允许所涉活动在自行承担风险的情形下继续进行。

第 12 条

不转移危险

各国在采取措施以预防或尽量减少第1条(a)项所指活动造成重大跨界损害的危险时，应确保该危险不是仅仅直接或间接地从一个地区转移到另一个地区或从一种危险转变为另一种危险。

第 13 条

通知和资料

1. 如果第10条所指的评估表明有造成重大跨界损害的危险，起源国应立即通知可能受影响的国家，并应向它们提供评估工作所依据的现有技术和其他有关资料，并且指明需要提出答复的合理期限。

2. 如果随后起源国获知还有其他国家可能受到影响，应毫不延迟地向这些国家发出通知。

第 14 条

交换资料

该项活动进行期间，有关各国应及时交换有关预防或尽量减少会造成重大跨界

损害的危險的一切資料。

第 15 条

通知民众

各国应尽可能、并用适当的方式向可能遭受第1条(a)项所述活动影响的本国民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料，并查明他们的意见。

第 16 条

国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业秘密至为重要的数据和资料，但起源国应本着诚意同其他有关国家合作，视情况许可尽量提供资料。

第 17 条

关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时，应毫不延迟地进行协商，以期预防或尽量减少造成重大跨界损害危险所需采取的措施找出可以接受的解决办法，并合作执行这些措施。

2. 各国应参照第19条寻求基于公平利益均衡的解决办法。

3. 如果第1款所指协商未能取得一致同意的解决办法，起源国也应考虑到可能受到影响的国家的利益，并可自行承担风险从事该活动，但不得妨碍不予同意的任何国家行使根据这些条款或其他文书可能具有的权利。

第 18 条

可能受到影响的国家的权利

1. 若没有就在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的活动发出通知，任何有严正理由相信该活动产生了对它造成重大损害的危險的其他国家，都可按第17条要求协商。

2. 要求协商的国家应提出技术评估阐述持上述看法的理由。如果该活动确属第1条(a)项所述活动中的一项，要求协商的国家可要求起源国支付评估费用的公平份额。

第 19 条

公平利益均衡所涉及的因素

为了达到第17条第2款所提到的公平利益均衡，有关国家应考虑到所有有关因素和情况，包括：

- (a) 重大跨界损害的危險程度以及是否有办法预防或尽量减少此种危險或补救造成的损害；
- (b) 有关活动的重要性，考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国家的潜在损害；
- (c) 对环境产生重大损害的危險；以及是否有办法预防或尽量减小此种危險或恢复环境；
- (d) 该活动的经济可行性，考虑可能受影响国家所要求的预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性；
- (e) 可能受影响的国家愿意承担预防费用的程度；
- (f) 可能受影响的国家对同样或类似活动所适用的保护标准以及类似的区域或国际实践中所适用的标准。

第三章 补偿或其它补救办法

第 20 条

不歧视

1. 有第1条所指活动在其领土上进行的国家不应基于国籍、住处、或损害地点在按照其法律制度给予遭受重大跨界损害的人利用司法或其它程序的机会、或要求补偿或其它补救的权利方面实行歧视；

2. 第1款不影响有关国家为保护遭受重大跨界损害的人的利益而提供特别安排的情况。

第 21 条

补偿或其它补救办法的性质和程度

起源国和受害国应在任一方提出要求的情况下为第1条所指活动造成的重大跨界损害谈判补偿或其它补救办法的性质和程度，同时考虑到第22条中所列各项因素并遵守受害者不应承担全部损失的原则。

第 22 条

谈判的因素

在第21条中所指的谈判中，有关国家除了其它事项以外应考虑到下列因素：

- (a) 在第1条(a)项所指活动的情况下，起源国遵守第二章所指预防义务的程度；
- (b) 在第1条(a)项所指活动的情况下，起源国在预防或尽量减少损害方面履行适当责任的程度；
- (c) 起源国知悉或有办法知悉第1条所指的活动正在或将要在其领土内或在其管辖或控制下进行的情况；
- (d) 起源国从该活动取得利益的情况；

- (e) 受害国从该活动分享利益的情况；
- (f) 第三国或国际组织可以或已经向任一国提供援助的情况；
- (g) 通过在起源国提出诉讼或以其它方式确实能够或已经向受害人提供补偿的情况；
- (h) 受害国的法律就同一损害规定补偿或其它补救办法的情况；
- (i) 联系受害国所进行的和区域及国际实践中的类似活动所适用的保护标准；
- (j) 起源国采取措施协助受害国尽量减少损害的情况。

第二部分

条款草案案文及其评注

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

一般性评注

(1) 基于科学的当前文明特征是,许多不同形式的地球资源日益用于经济、工业或科学目的。此外,自然资源的不足、对更有效率地使用资源的需要、创造代用资源以及操纵生物体和微生物体的能力都在促使人们谋求创新的生产方法,有时候引起不可预测的后果。由于经济和生态上的相互依存关系,发生在一国领土、管辖或控制范围内涉及资源利用的活动对其他国家或其国民可能产生损害性影响。这类活动的进行在国家领土管辖或控制范围以外屡次造成损害的事件都可表明全球相互依存关系这一事实情况。国际法所容许但有跨界损害性后果的活动不绝如缕,加上科学进步以及人们对这些活动的损害和生态影响程度的更多理解,都要求有必要在这方面实施某种国际管制。

(2) 就这类活动建立国际管制的法律基础在一些国家做法和司法裁决中已有所表明,尤其是国际法院在科孚海峡案中注意到在国际法涉及“每一国家都有义务不得有意地让其领土用于违反他国权利”方面已存有“普遍公认的原则”。⁹特雷耳冶炼厂案法庭也作出了类似结论,即“根据国际法原则以及美国的法律原则,在后果严重且有明确可信的证据证实损害的情形下任何国家都无权利使用或准许使用其领土以致产生烟气在他国领土或对他国领土或他国的财产或国民造成损害。”¹⁰

(3) 关于人类环境的斯德哥尔摩宣言的原则21也支持这样的原则,即“各国具有依照本国的环境政策开发其本国资源的主权和确保在其管辖或控制范围内的活动不致对他国或国家管辖范围以外地区的环境造成损害的责任。”¹¹ 原则21在大会1972年12月15日关于各国在环境方面的合作的第2995(XVII)号决议¹²、1973年12月13日环境领域内关于两个或两个以上国家共有的自然资源的合作的第3129(XXVIII)号决议¹³、1974年12月12日关于各国经济权利和义务宪章的第3281(XXIX)

⁹ 科孚海峡案(案情)(联合王国/阿尔巴尼亚),《国际法院报告书(1949)》,p. 22。

¹⁰ 特雷耳炼锌仲裁案,联合国,《国际仲裁裁决汇编》,第3卷,p.1965。

¹¹ 《联合国人类环境会议报告,斯德哥尔摩,1972年6月5—16日》(联合国出版物出售品编号:E.73.II.A.14和Corr.),第一章。

¹² 《大会正式记录,第二十七届会议,补编第30号》,(A/8730)p. 42。

¹³ 《同上,第二十八届会议,补编第30号》(A/9030),p. 48。

号决议¹⁴以及关于发展和环境的里约宣言的原则2¹⁵中都得到了重申。大会第2995 (XXVII)号决议的执行部分第1段还进一步澄清了斯德哥尔摩宣言的原则21, 申明“各国在勘探、开发和发展自然资源时务须避免对其本国管辖范围以外地区引起重大的有害影响。”¹⁶对原则21的支持还载见于环境规划署的环境领域指导各国保护及和谐开发两个或两个以上国家¹⁷共有自然资源的行动原则以及经合发组织理事会的若干建议。¹⁸本条款草案遵循国际法中的牢固原则：使用自己的财产应不损及他人的财产。如同劳特帕赫特所说的，这一格言“适用于个人之间，...也完全适用于国家之间的关系；这是常设法院必须依其规约第38条适用的一项普遍性法律原则”。¹⁹

(4) 国际和区域组织的司法声明、原则和宣告，连同非司法形式的国家惯例，都可为下列条款提供充分基础，这些条款的用意是就进行国际法不加禁止但可能产生跨界损害性后果的活动的进行和影响制订行为标准。下列条款更详细地阐明各国在这方面的特定义务。它们确认各国可以在本国境内自由利用自己的资源，但不得对其他国家造成重大损害。

(5) 本条款草案分为三章。第一章(第1—8条)界定整套条款草案的范围，定义各种用语，并且载述对跨界损害的预防和可能的责任都适用的一般原则。第二章(第9—19条)涉及第一章第4条所述预防原则的执行，包括通知问题和协商问题等。第三章(第20—22条)处理实际发生的损害的补偿或其它补救，包括可能从起源国国内法院取得的或通过起源国和一个或多个受害国之间的安排取得的补偿。因此，它涉及第一章第5条所述责任的一般原则的履行。

¹⁴ 《同上，第二十九届会议，补编第30号》(A/9361), p. 50, 尤其是第2、30和32(2)条。

¹⁵ A/CONF.151/Rev.1(第一卷), p. 3。

¹⁶ 见上文脚注12。

¹⁷ 联合国文件 UNEP/IG.12/2(1978), 载于《国际法律材料》, vol.17, p. 1097。

¹⁸ 见关于跨界污染的经合发组织理事会建议C(74)224(附件B编), 经合发组织, 《经合发组织和环境》, 1986年, p. 142; 关于控制水的富养作用的1974年建议C(74)220, 同上, p. 44; 关于特定水污染物质控制的1974年建议C(74)221, 同上, p. 45。

¹⁹ 奥本海姆, 《国际法》(第八版, 劳特帕赫特编, 1955年), pp. 346-347。

第一章 一般规定

第 1 条

本条款所适用的活动

本条款适用于：

- (a) 国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大跨界损害之危险的活动
(；和
- (b) 国际法不加禁止的、不造成(a)项所指危险、但其有形后果造成重大跨界损害的其它活动。)

评 注

(1) 第1条规定本条款的范围。它把国际法不加禁止的活动分为两类：第一类是有造成重大跨界损害之危险的活动(第1条(a)项)；第2类是不造成上述危险但造成重大跨界损害的活动(第1条(b)项)。其后，各条款草案根据它们的特定范围视情况指第1条(a)项所指活动或第1条(b)项所指活动，在某些情况下则兼指两类活动。

(2) 第1条将本条款的范围限定在国际法不加禁止的活动有造成重大跨界损害之危险的活动或国际法不加禁止但其有形后果实际造成重大跨界损害的活动。第2条(c)项进一步把条款的范围限定于在一国领土内或在其管辖或控制下进行的活动。由于条款具有一般性和承受的性质，在本阶段没有试图列举它们所适用的活动。工作组成员基于不同的理由支持这项结论。有些委员认为，任何活动清单都可能不够完备，而且需要时时参酌变动中的技术情况加以修改。通用的清单无法抓住这些要素。另一些成员比较愿意接受拟订活动清单的构想。但是，他们认为，在条款的形式、范围和内容都还没有得到进一步落实以前，在现阶段拟订一份清单是为时太早的。而且，他们认为，这种清单在考虑将条款制定为公约的外交会议上由有关的技术专家拟订比较适当。

(3) (a)项所指活动的范围的定义包含四个准则。

(4) 第一个准则提到本专题的标题，即本条款适用于“国际法不加禁止的活动”。它强调在本专题范围和“国际不法行为”的国家责任这一专题的范围之间作出区别。请进一步参看第8条及其评注。

(5) 载于第2条(c)项的第二个准则是,适用于预防措施的活动是“在一国领土内或在该国管辖或控制下的领土内进行的”。这一准则中使用了三个概念:“领土”、“管辖”和“控制”。即便“一国的管辖或控制”这一提法是有些文书²⁰中较常用的语句,委员会认为也提到“领土”这一概念以便强调这些条款下的活动和一国之间领土联系的重要性——如存在这一联系的话——是有用的。

(6) 为了这些条款的目的,“领土”是指一国对之行使主权的地区。委员会提到依据过去的国家惯例,一国对在其领土发生的、有损害性领土外影响的活动负有责任。在帕尔马斯岛案中,独任仲裁员马克斯·休伯尔说“主权”不完全由受益权组成。一国要求对某一领土或事件具有专属管辖权,辅之以要求所有其他国家都应当承认这一专属管辖权,是会有必然结果的。这对所有其他国家表示主权国会就其管辖范围内的事件考虑到所有其他国家的合理利益,尽量减少或防止对它们的损害,否则将接受责任:

“国家之间关系中的主权意味独立。独立对于地球的一部分而言是在其中行使一国功能的权利,而任何其他国家都被除外。各国在过去几个世纪中国家组织的发展以及随之产生的国际法的发展形成了国家对其本身领土的专属权限这一原则,从而使它成为解决涉及国际关系的大多数问题方面的出发点。”²¹

(7) 休伯尔法官接着强调了伴随着一国主权而产生的义务:

“业已提到的领土主权涉及展示一国活动的专有权。这一权利必然随之产生义务:即有义务在其领土内保护其他国家的权利,尤其是它们在和平和战时享有完整和不可侵犯的权利以及每一国家都可为其在外国领土上的国民要求应享的权利。如国家表明领土主权不符合情况,就不能履行这一义务。领土主权本身不限于其消极面,即不限于排除其他国家的活动;因为领土主权可用来自国家之间提供从事人类活动的空间,以便在所有方面向它们保证享有最低限度的保护,而国际法为此种保护的监护人”。²²

²⁰ 例如,见斯德哥尔摩会议报告中斯德哥尔摩宣言的原则21,A/CONF.48/14号联合国文件,1982年联合国海洋法公约,A/CONF.62/122,第194条第2款;里约宣言的原则2,A/CONF.151/26(第一卷),p.3;联合国生物多样性公约的第3条,1992年6月5日,DPI/1307号文件。

²¹ 联合国,《国际仲裁裁决集》,第2卷,p.838。

²² 同上,p.839。

(8) 科孚海峡案是另一恰当的例子。在这一案件中,国际法院认为,根据国际法阿尔巴尼亚应对在其水域内发生的爆炸和由此爆炸对英国船舶造成的财产和生命损失负责。在该案件中,国际法院的依据是国际法而非也可能认为阿尔巴尼亚应负责的任何特别协定。法院说:

“阿尔巴尼亚当局应尽的义务包括为一般的航行利益起见应通告在阿尔巴尼亚领海设有布雷区并应警告趋近的英国军舰布雷区可对它们造成紧急危险。这些义务的依据不是适用于战时的1907年海牙公约(第八号),而是某些普遍公认的原则:即对人道的基本考虑,在和平时期比战时更须如何要求;海上往来自由原则,每一国家都有义务不得有意地让其领土用于违反他国权利的行为”。²³

(9) 国际法院虽未指明在预期一国行使其管辖权的情形下“有意地”一词应当如何解释,但却从该国展示专属领土控制权中得出了某些结论。法院说,因为领土国展示专属领土控制权而要受害方证实该国已知道活动或事件可对他国造成损害,将是不可能的。法院说:

“在另一方面,一国在其领土内行使的专属领土控制权对可用于证实该国已知道此类事件的证明方法而言是有其影响的。由于这一专属控制权,其他国家—受害于违反国际法的国家—常常无法就构成责任的事实提供直接证据。这一国家应当有更大自由诉诸事实推断和情况证据。这种间接证据在所有法律体系中都是允许的,其使用也被国际裁决所承认。这种证据倘若基于一系列相联的事实且在逻辑上可导致单一结论,则必须视为具有特别的重要性。”²⁴

(10) 在特雷耳冶炼厂案中,法庭提到随着领土主权必然产生的义务。在该案件中,法庭虽然应用美国和加拿大自治领土之间一项条约所规定的义务,并审查了许多美国案例,但它作出的一般性声明法庭认为是符合国际法原则的。法庭的裁决是:“根据国际法原则以及美国的法律,在后果严重且有明确可信的证据证实损害的情形下任何国家都无权利使用或准许使用其领土以致产生烟气在他国领土或对他国领土或他国的财产或国民造成损害。”²⁵ 法庭引述了伊格尔顿教授的意见,大意是“一国在任何时候都有义务保护其他国家免于个人在其管辖范围内作出的损害性行为,”并指出自亚拉巴马案以来,国际裁决均系基于同一普遍原则。²⁶

²³ 上文脚注9。

²⁴ 同上,p.18。

²⁵ 上文脚注9。

²⁶ 联合国,《仲裁裁决汇编》第3卷,p.1963,C.伊格尔顿著,《国际法中国家的责任》,1928年,p.80。

(11) 在拉诺湖案裁决中, 法庭提到禁止上游河岸国对其他河岸国造成严重损害的改变河流水道做法的原则:

“因此尽管应该承认, 有一项规则规定, 在据估计可能会给下游河岸国造成严重损害的情况下, 上游河岸国不得改变河流水道, 但此项原则不适用于本案, 因为法庭同意……法国项目并未改变卡罗尔河水道。”²⁷

(12) 其他形式的国家惯例也支持上述司法裁决维护的原则。例如, 1892年, 在法国与瑞士的一起边境事件中, 法国政府决定停止在瑞士边境附近进行的军事目标演习, 直到采取了避免偶发性跨界损害的步骤为止。²⁸ 另外, 美国和墨西哥于1961年就设在墨西哥边境两家美国公司 Payton Packing 和 Casuco 对墨西哥造成损害的活动相互照会, 此后两家公司采取了重大措施, 确保其经营活动不再对墨西哥边境城市造成不便。²⁹ 这些措施包括逐步减少某些活动, 改变工作时间和制定消毒制度。³⁰ 1972年, 华盛顿切里波因特石油溢出造成不列颠哥伦比亚海滩污染, 加拿大对美国援引特雷尔冶炼厂原则。³¹ 还有其他一些国家惯例运用同样的原则。³²

²⁷ 拉诺湖案仲裁(法国-西班牙), 联合国《国际仲裁裁决汇编》, 第12卷, p. 281。

²⁸ P. Guggenheim, “瑞士的实践(1956)”, 《瑞士国际法年鉴》, 1957(Zurich), vol. XIV, p. 168。

²⁹ M. M. Whiteman, ed., 《国际法文摘》(Washington D. C.), vol. 6, pp. 258-259。

³⁰ 同上。

³¹ 见《加拿大国际法年鉴》, 第11卷, pp. 333-334, 1972年, 在诉 Mines Domaniales de Potasse d'Alsace案中, 荷兰鹿特丹地区法院也运用特雷尔冶炼厂原则, 见J. G. Lammers, 《国际水道的污染》, p. 198(1984)。

³² 在前捷克斯洛伐克的杜科瓦尼, 两个苏联设计的440兆瓦发电反应堆预定于1980年投入使用。由于它们靠近奥地利边境, 奥地利外交部要求讨论该设施的安全问题, 捷克斯洛伐克政府表示接受。Osterreichische Zeitschrift fur Aussenpolitik, vol. 15, p. 1 cited in G. Handl, “边境地区异常危险活动的进行: 核电厂选址案”, 《生态法律季刊》加州柏克莱城, vol. 7, 1978, p. 1。1973年, 比利时政府宣布准备在荷兰边境附近的拉纳耶建造一个炼油厂。荷兰政府表示关注, 因为这一项目不仅威胁到附近的荷兰国家公园, 而且还威胁到其他邻国。它指出, 欧洲的既定原则是, 在发起可能会对邻国造成损害的任何活动之前, 行为国必须同这些国家谈判。荷兰政府似乎是指一种现有的或预期的区域行为标准。比利时议会表示同样的关注, 它问政府准备如何解决这一问题。政府表示, 该项目已经推迟, 并正在同荷兰政府谈判这一问题。比利时政府向议会进一步保证, 它尊重荷比卢, 协议确定的原则, 大意是各方应将可能会对其他成员国造成有害后果的其本国的活动通知对方。比利时议会, 《问答公报》, 19, July 1973。

(13) 《人类环境斯德哥尔摩宣言》原则21³³ 和《环境与发展里约宣言》原则2³⁴ 规定了类似于特雷尔冶炼厂和科孚海峡的原则。

(14) 第1条中“领土”一词的用法可能来自于对现代国际法中可能无法肯定国家对某些活动行使域外管辖的程度表示的关注。委员会认为,为了这些条款的目的,属地管辖权是主要标准。因此一旦在一国的领土上展开某项活动,该国必须遵守预防措施义务。因此“领土”是管辖权的决定性证明。有鉴于此,如果对于这些条款述及的一项活动的管辖权有冲突,属地管辖权优先。然而,委员会考虑到在有些情况下,依据国际法,一国必须将其领土上的管辖权让给另一国。这种情况的首要事例是外国船舶无害通过领海或领水。在这种情况下,如果外国船舶的活动造成严重跨界损害,船旗国,而不是领土所属国必须遵守本条款的规定。

(15) 就这些条款来说,“领土”概念是狭窄的,因此也使用了“管辖”和“控制”概念。除了在一国领土上展开的活动以外,“管辖权”一词还意在包括一国依照国际法有权行使职权和权力的一些活动。委员会意识到,确定管辖权的问题是复杂的,有时是争端的核心。本条无疑并不是为了解决所有管辖权冲突问题。

(16) 有时由于活动的地点,一国与活动之间没有属地联系,例如在外层空间或公海上展开的活动。最常见的事例是船旗国对船只的管辖权。《1958日内瓦海洋法公约》和《1982联合国海洋法公约》载列了船旗国的许多管辖能力。

(17) 在根据国际法一个以上的国家有权行使并不相互矛盾的特定管辖权的地方也可展开活动。存在功能性混合管辖权的最常见的方面是航行和通过领海、毗连区的专属经济区。在这种情况下,有权对本专题所列活动行使管辖权的国家当然必须遵守这些条款的规定。

(18) 在一个以上的国家对这些条款所列活动拥有并行管辖权的情况下,各国应分别遵守,必要时应共同遵守这些条款的规定。

(19) 国际法中“控制”这一概念的功能,其目的是使其对某些活动或事件的管辖权未得到国际法承认的国家承担某些法律后果;这包括一国行使事实上的管辖权,即使它没有法律上的管辖权等各种情况,例如尚未得到国际法承认的干涉、占领和非法吞并。在这一方面可以参照国际法院在无视安全理事会第276(1970)号决议南非在纳米比亚(西南非洲)继续存在对各国的法律后果中提出的咨询意见。³⁵ 在这

³³ 上文脚注11。

³⁴ 上文脚注15。

³⁵ 1971年国际法院报告书, p. 14。

一案件中，法院判定南非对于产生并维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任，并认定南非有义务从纳米比亚撤销其政府，但随后认为南非对纳米比亚的事实上的控制产生了某些法律后果。法院判定：

“南非不再有权管理该领土，这一事实并不免除它根据国际法在对该领土行使其权力方面对其他国家的义务和责任。对某一领土的实际控制，而不是主权或权利的合法性，正是对影响到其他国家的行为的国家责任的基础。”³⁶

(20) 控制的概念也可用于干涉的情况，赋予行使控制权而不是管辖权的国家以某些义务。此处的干涉是指一国对置于另一国管辖之下的事件或活动实行短期的有效控制。委员会认为，在这种情况下，如果管辖国表明，它实际上已被剥夺对这些条款所列活动的管辖权行使，控制国则有责任遵守这些条款规定的义务。

(21) 第三项准则是这些条款所列活动必须具有“造成严重跨界损害的危險”。第2条中为用语下了定义(见第2条评注)。“跨界损害”一语意在排除仅在活动所在国领土上造成损害而不损害任何其他国家的那些活动。对“重大”一词的讨论见第2条评注。

(22) 关于“危險”的要素，按照定义，它涉及未来的可能性，因此包含对危险的鉴定或评估因素。如果在进行活动的时候，没有任何以适当方式得到情报的观察员注意到或已经注意到该活动所涉及的危險，光凭损害毕竟是由某一活动造成的事实并不能说该活动有危險。反之，某一活动可能有造成重大损害的危險，即便那些负责进行活动的人低估了或甚至没有觉察到危險。因此，必须客观对待危险概念，象适当得到情报的观察员已经或应该做到的那样，指出对某一活动造成的可能损害的评估情况。

(23) 在这一点上，应该着重指出，这些条款作为一个整体，具有持续的运作和效力，即：除非另外说明，它们适用于不时进行的活动。因此有可能发生这样的情况：某一活动刚刚开展的时候并不涉及危險(就第(22)段中所解释的情况来说)可能由于某些事件或事态发展而有危險。例如，本来绝对安全的蓄水库却由于地震而变成危險，继续使用该水库就成了有危險的活动了。或者，科学知识的发展可能揭示某种结构或材料的内在弱点，可能因此而断裂或倒塌，在这种情况下，本条款草案可能根据其用语适用于有关的活动。

³⁶ 同上，第118段。

(24) 第四项准则是，严重跨界损害必须是这些活动的“实际后果”造成的。委员会同意，为了把这一专题限制在一个可以处理的范围内，应该排除金融、社会经济或类似领域的国家政策可能造成的跨界损害。委员会认为，限制这些条款之范围的最有效的方法是规定这些活动须产生跨界实际后果，并产生了严重损害。

(25) 实际联系必须把这种活动同其跨界影响联系起来。这意味着涉及到一种非常特定的影响——这种活动或有关情况对一种自然法产生或可能产生的一种后果。这意味着，这些条款所列活动其本身必须具有一种实际性质，而且后果必须产生于这种性质，而不是产生于某一项干预政策决定。因此武器的储存并不产生储存的武器会被交战方使用的后果。但这种储存可定性为由于储存物质的爆炸或燃烧性质可能会带来灾难性事故的潜在危险的一种活动。

(26) 造成重大跨界损害的其它活动。此外，工作组的一些成员认为，本条款草案在某些方面应该适用于国际法不加禁止、却实际造成重大损害的活动，即便在上述说明的意义上说，这些活动并没有造成损害的危险，绝不可能所有条款草案都能够适用于第1条(b)项所指的活动，有些条文却是适用的。工作组的另一些成员对条款草案中是否有任何条文应该适用于第1条(b)项所载述的情况表示怀疑，不过，他们同意这是个可能性，在委员会现阶段的工作中，不能够先验地予以排除。因此，把第1条(b)项的案文置于方括号内，随后凡是提到该项所载述的活动，应该理解为暂时性的。要对这个问题具体征求各国政府的意见：第1条(b)项所指的哪些活动(如果有的话)应该在本条款草案中处理，在哪些方面处理。

(27) 如同(a)项中所指的活动，(b)项活动的范围是按照下列准则加以定义的：这些活动不是“国际法禁止的行为”；它们是“在一国领土内或在该国管辖或控制下进行”；其“有形后果”必须已经造成重大跨界损害。

第 2 条

用 语

为本条款的目的：

- (a) “造成重大跨界损害之危险”指造成灾难性损害的可能性较小而造成其他重大损害的可能性较大的危险；
- (b) “跨界损害”指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其它地方造成的损害，不论有关各国是否有共同边界；

- (c) “起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下进行第1条所指活动的国家。
- (d) “受害国”指在其领土内或在其管辖或控制下的任何其它地方发生重大损害的国家。

评 注

(1) (a)项把“造成重大跨界损害之危险”的概念定义为包括造成灾难性损害的较小可能性和造成其他重大损害的较大可能性。委员会觉得,与其分别给“危险”和“损害”的概念下定义,不如将“造成重大跨界损害之危险”作为一个概念给予定义,这是因为考虑到“危险”和“损害”之间的相互关系以及二者和形容词“重大”之间的关系。

(2) 为本条款之目的,“造成重大跨界损害之危险”是指发生事故的可能性及其损害性影响之程度的综合效应。因此,决定限度的是“危险”和“损害”的综合效应。委员会从欧洲经济委员会在其于1990年通过的《关于跨界内陆水域意外污染的行为准则》⁵⁷中得到启示。根据《行为准则》第1条(f)款,“危险”系指发生不良事件的可能性及其程度的综合效应;”。委员会认为,根据“危险”和“损害”的综合效应所下的定义对本条款更为合适,综合效应应达到可被认为重大的程度。委员会中的普遍意见是,给缔约国规定的预防义务不仅应当合理,而且应当足够有限以避免在实际上任何活动方面都规定这种义务,因为所讨论的活动是国际法所不禁止的活动。这样做的目的是要均衡有关各缔约国的利益。

(3) 前一段中的定义使“危险”和“损害”之间的关系有一个范围,二者均要达到“重大”程度。这个定义确定了两个极限,本条款所指活动都将在两个极限之内。一个极限是造成灾难性损害的较小可能性。这通常是极危险活动的特点。另一个极限是造成其他重大损害的较大可能性。这包括那些有造成损害的较大可能性的活动,这种损害虽然不是灾难性的,但仍然是重大的。但这不包括造成跨界重大损害的可能性非常小的活动。第一行中“包括”一词意在突出表示,定义是要为本条款所指活动标明其所属范围。

⁵⁷ 文件 E/ECE/1225 - ECE/ENVWA/16。

(4) 关于“重大”一词的含义,委员会知道,它并非没有含糊性,在每一具体情况下都要进行确定。它要求较多的是对事实的考虑,而不是法律上的确定。一般理解到,“重大”的程度超过“察觉”,但不必达到“严重”或“显著”的程度。损害必须对一些方面有实际破坏作用,如其他国家中人的健康、工业、财产、环境或农业。这些破坏作用必须能以实际和客观的标准衡量。

(5) 本星球的生态整体并不和政治边界相联系。各国在本国境内进行的各种合法活动时相互影响。这种相互的影响,只要没有达到“重大”程度,就被认为是可以容忍的。考虑到本条款给缔约国规定的义务涉及国际法不加以禁止的活动,损害不能被容忍的门槛不能低于“重大”的水平。

(6) 门槛的概念在特雷尔冶炼厂仲裁案和拉诺法庭裁决案中得到反映,前者使用了“严重后果”的措辞方式,³⁸ 后者则依靠“严重地”这一概念。³⁹ 一些公约也以“重大”、“严重”或“显著”为门槛。⁴⁰ 其他法律文书和国内法中也使用了“重大”一词。⁴¹

³⁸ 上文脚注10。

³⁹ 上文脚注39。

⁴⁰ 参见1988年6月2日通过的《关于管理南极矿物资源开发活动的公约》(《国际法律资料》,第28卷,p.868),第4条第2款;1991年2月25日通过的《关于评估跨界性环境影响的公约》(E/ECE/1250,载于《国际法律资料》,第30卷,p.800),第2条第1款和第2款;1990年通过的《关于跨界内陆水域意外污染的行为准则》(E/ECE/1225)第一条(b)项,上文脚注37。

⁴¹ 参见关于环境领域的国家间合作的大会1972年12月15第2995(XXVII)号决议(《大会正式记录:第二十七届会议,补编第30号》,p.42(1973年)执行部分第1和第2段;经济合作与发展组织1974年提出的关于有关跨界污染的原则的建议,p.6(经合发组织:《有关跨界污染的不歧视问题:经合发组织主要文件》(1978),p.35,另转载于1975年《国际法律资料》,第14卷,p.246);《赫尔辛基国际河流水的使用规则》,第10条,国际法律协会,《第五十二届会议报告,赫尔辛基,1966年》,p.496;泛美司法委员会于1965年拟订的《关于工业和农业利用国际河流与湖泊的公约草案》(美洲国家组织,Rios y Lagos Internacionales,p.132(第4版,1971年))。

另见《1980年美国 and 加拿大关于跨界空气污染的意向备忘录》,32 U.S.T.,p.2541,T.I.A.S.No.9856;《1983年美国 and 墨西哥关于合作解决边境地区环境问题的协定》,第7条(《国际法律资料》,第22卷,p.1025(1983年))。

美国在其处理环境问题的国内法中也使用了“重大”一词。见美国法律研究所:《重申法律》第601节,报告员说明3,p.111-112。

(7) 委员会还认为,根据实际和客观标准确定的“重大”一词也涉及价值的确定,这将取决于具体案件的情况以及进行确定的时期。例如,某一具体损失在某一特定时期可能不被认为是“重大”,因为在那一时期,科学知识或人对某一具体资源的认识还没有达到能赋予该资源很大价值的程度。但一段时间以后,这种观点可能会改变,同样的损害可能被认为是“重大”的。

(8) (b)项给“跨界损害”下的定义为:在起源国之外的一国领土内或其管辖或控制下的地方造成的损害,不论有关各国是否有共同边界。这一定义,除所设想的在一国境内进行的对另一国产生有害影响的典型活动以外,还包括在一国管辖或控制下进行的各种活动,如在公海上进行的对另一国领土有影响的的活动,或在其管辖或控制下的地方进行的活动。例如,这种影响包括对其他国家在公海的船舶或钻井平台的有害影响。这也包括在一国领土上进行的,例如,对公海上的其他国家船舶或钻井平台有有害影响的的活动。委员会不能预测所有可能的未来“跨界损害”。但是,它想明确的一点是:其意图是划出一条界线以明确区分进行本条款所包括活动的国家和受到有害影响的国家。分界线就是领土界线、管辖界线和控制界线。因此,“跨界损害”一语中的“跨界”一词应结合第1条中所用“在其领土内或在其管辖或控制下的领土内”一语来理解。

(9) 在(c)项中,“起源国”一语指:在其领土内或在其管辖或控制下进行第1条所指活动的国家。(见第1条评注第(4)至(20)段)。

(10) 在(d)项中,“受害国”一语指在其领土内或在其管辖或控制的其它地方发生重大跨界损害的国家。任何既定活动的受害国可能不只一个。

第 3 条

行动自由及其限制

各国在其领土内或在其管辖或控制下进行或允许进行活动的自由并非不受限制。这一自由必须符合在跨界损害方面对其它国家负有的任何法律义务和关于预防或尽量减少造成重大跨界损害之危险的一般义务。

(1) 本条载述构成整个专题基础的原则。它是受到《联合国人类环境会议宣言》原则21⁴²和《关于环境与发展的里约宣言》原则21⁴³的启发。这两项原则重申依照联合国宪章和国际法原则，各国具有开发其资源的主权权利。

(2) 通过的起草案文使得原则21一般化了，因为第3条不只限于旨在开发资源的活动，其含义也包括在一国领土上或在其管辖或控制下的一切活动。另一方面，提到一国进行或核准进行活动的自由的限制规定得比原则21还要具体，因为这种限制由一国必须预防或尽量减少造成重大跨界损害之危险的一般性义务以及在这方面对其他国家负有的具体义务构成。

(3) 本条所适用的活动载于第1条。本条谈到造成重大跨界损害的危险，另两项原则——《斯德哥尔摩宣言》原则21和《里约宣言》原则2——则谈到造成跨界损害。但是，在实际上，预防或尽量减少造成损害的危险是预防损害本身的第一步。

(4) 在这个意义上，本条中所揭示的原则还进而保护受害国的权利和利益，并且具体适用于公害活动，即有造成跨界损害之危险的活动。

⁴² 《联合国人类环境会议宣言》原则21的内容如下：

“依照联合国宪章和国际法原则，各国具有按照其环境政策开发其资源的主权权利，同时亦负有责任，确保在它管辖或控制范围内的活动，不致对其他国家的的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。”

上文脚注11。

⁴³ 《关于环境与发展的里约宣言》原则2内容如下：

“根据联合国宪章和国际法原则，各国拥有按照本国的环境与发展政策开发本国自然资源的主权权利，并负有确保在其管辖范围内或在其控制下的活动不致损害其他国家或在各管辖范围以外地区的环境的责任。”

上文脚注15。

这项原则也在联合国海洋法公约第193条中得到宣示。该条款文如下：

“各国在依据其环境政策和按照其保护和保全海洋环境的职责开发其自然资源的主权权利。”

上文脚注20。

(5) 预防跨界损害的一般性义务明文载于国际法⁴⁴，但第3条确认起源国有预防或尽量减少造成跨界损害之危险的一般性义务，其含义是：国家必须确保在第1和第2条范围内的某项活动的经营人采取一切适足的预防措施，以便不致发生跨界损害，或者在这项活动属于不容彻底消除危险之活动的情形下，无论提出了哪样的警告，起源国都必须随即采取一切必要措施，包括与可能受到影响的某一个或几个国家协商，使经营人采取必要的上述措施以尽量减少危险。

(6) 与上一段普遍一致的是《关于环境保护与可持久发展的法律原则》的第10条，这一条是环境与发展世界委员会环境法律专家组拟订的：

“各国应在不妨碍第11和第12条所规定各项原则的情形下预防或缓解任何跨界环境干扰或造成重大损害——即不是微小或不显著的损害——的重大危险。”⁴⁵

(7) 这一条的评注中提到：

“在以下所载若干条件的限制下，第10条载列了用以制约在其他国家或在各国管辖范围以外地区造成重大损害或造成重大损害之危险的既定原则”。⁴⁶

(8) 在这项工作中，据认为，本原则是不造成跨界损害之责任的内含后果：

“应该指出，上列原则不只是说，各国负有义务预防或缓解实际造成重大损害的跨界环境干扰，也有义务预防或缓解有在国外造成这种损害之重大危险的活动。第二项陈述实际上明确指出哪些义务已经被认为是预防实际造成重大损害之跨界环境干扰的内涵，从而有助于排除有关这一点的误解。”⁴⁷

⁴⁴ 各国的一般性义务在国际实践上有其基础。见上文，一般性评注，和第1条评注。

⁴⁵ 环境和发展世界委员会环境法律专家组通过的环境保护和可持续的发展、法律原则和建议。（伦敦、多德雷赫特和波士顿、格雷厄姆和特罗塔姆、尼伊霍夫），p.75。着重号是后加的。

⁴⁶ 同上，p.75。着重号是后加的。

⁴⁷ 同上，p.78。但是，“产生重大危险的活动原则上必须予以预防或减轻，在若干危险活动的情况下，一旦采取了一切可能采取的预防措施来排除危险的发生，该活动原来的不合法性即可消除，因此，必须将该活动所产生的利益，视为远远超过停止该活动本身而消除了危险以后所获得的利益”（p.79）

(9) 摆明上述的一般性预防义务已经是涉及跨界损害之法律的一项重大进步,这是由于它为同参加一般性预防程序之一般性预防义务相对应的一切其他预防义务——特别是来源于可能受害之国家的权利的通知、交换资料和协商的义务——提供了明确的基础。

(10) 本条分为两部分。第一部分申明国家的行动自由,第二部分则载述对这项自由的限制。第一部分规定各国在其领土或其管辖或控制下进行或允许进行活动的自由并非不受限制。这是说明各国在这些事项上的自由受到限制的另一种方式。但是,委员会认为,以正面的方式叙述这项原则比较适当,这种方式预先假定各国拥有行动自由,反面的方式则强调对这些自由的限制。

(11) 本条第二部分列举了对于上述自由的两项限制。第一、这种自由不得违反关于预防或尽量减少造成重大跨界损害之危险的一般性义务。第二、这种自由不得违反该国在这面对其他国家负有的义务。“在这方面”一语是指预防或尽量减少造成重大跨界损害之危险。

(12) 第1条中所指各国进行或容许进行活动之自由的第一项限制是由各国应预防或尽量减少造成重大跨界损害之危险的一般性义务加以规定的。本条下所规定的一般性义务应该被理解为规定了进行的义务。本条并不要求一国保证不产生跨界损害,而是说它应该采取一切必要措施以预防或尽量减少这种损害。这项理解也符合关于预防的各条文中所规定的具体义务。

(13) 采取适当措施之义务的含义和范围已经在第4条(第8和第9条)评注第4至第13段中作了解释。

第 4 条

预 防

各国应采取一切适当的措施,以预防或尽量减少重大的跨界损害危险,如果这种损害已经发生,则尽量减小其影响。

评 注

(1) 本条连同关于“合作”的D条(第7条)为委员会去年通过的有关预防的条文规定了理论基础。这些条文规定了各国应预防或尽量减少重大跨界损害的具体与详尽义务。这个条文简短而精要。它规定各国应采取一切适当措施以预防或尽量减少造成重大跨界损害之危险。“措施”一词指已经通过的关于预防和尽量减少跨界损害的各条文中所规定的一切具体行动和步骤。

(2) 作为一般原则，按照第2条对这些用语所下的定义，第4条中的预防或尽量减少危险的义务只适用于有造成重大跨界损害危险的活动。大体上，在预防方面，一国不产生在其领土或在其管辖或控制下进行的、国际法不加禁止的活动对其它国家的不可预见的后果的危险。另一方面，“采取适当措施以预防或尽量减少损害的危险的义务”不能够只限于已经适当地被评鉴为有这种危险的活动。这项义务扩及于采取适当措施以查明有这种危险的活动，而且这项义务具有持续的性质。

(3) 本条接着规定了涉及每一国家有关第1条(a)项之活动的预防原则。起源国履行其依本原则规定之预防义务的方式包括为执行该国已经通过的法律、行政决定与政策采取立法、行政或其他行动。参看第7条及其评注。

(4) 各国采取预防措施或尽量减少损害措施是适当措施之一，需要由各国采取若干单方面的措施以预防或尽量减少重大跨界损害之危险。本条所规定的义务并不是一项结果的义务。据以确定一国是否遵守本条款下之义务的是一国的行为。

(5) 给予适当注意的义务作为保护环境使其不受损害的标准基础可以追溯到一些国际公约⁴⁸ 以及一些国际会议与国际组织的决议与报告。⁴⁹ 给予适当注意的义务最近在德国与瑞士之间有关桑多斯制药公司污染莱茵河的一件纠纷得到讨论；瑞士政府承认应为此事负责，因为它没有履行适当责任为预防事故对制药业进行适当的管理。⁵⁰

⁴⁸ 参见联合国海洋法公约第194条第1款，A/CONF.62/122；防止倾弃废物与其他物质造成海洋污染公约第、第二和第七(2)条，载于《国际法资料》，第二卷，p.1294；维也纳保护臭氧层公约第2条；同上，第26卷，p.1529；管理南极区矿物资源活动公约第7条第5款，《国际法资料》，第28卷，p.868；跨界情况下环境影响评估公约第2条第1款，文件E/ECE/1250；保护和使用跨界水道与国际湖泊公约第2条第1款，《国际法资料》，第31卷，p.1313。

⁴⁹ 见世界自然宪章原则21，大会1982年10月28日通过的第37/7号决议；卫生组织和环境署编写的关于气候变化的原则草案原则六，载于《美国国际法实践文摘》，1978，p.1205。

⁵⁰ 见《纽约时报》，1986年11月11日，p.A 1；1986年11月12日，p.A 8；1986年11月13日，p. A3。也参见亚历山大·基斯所写“切诺比”或化学品对莱茵河的污染事故，载于《法国国际法年鉴》，第33卷，1987，pp.719-727。

(6) 在(美国诉英国)阿拉巴马案中, 法庭核阅了当事国对给予适当注意所下的不同定义。美国对给予适当注意所下的定义是:

“(某种)与案情的重要性相称、并且同给予注意之国家的尊严与力量相称之应有的注意; 将在和解的一切阶段使用积极警惕和在中立国的一切其他手段防止其土地遭受侵犯之应有的注意; 以同样方式阻止在违反中立国意志之情形下在其土地上实行战争行动之图谋……”⁵¹

(7) 英国对“适当责任”所下的定义是“政府通常对国内事项所给予的注意”。⁵² 法庭似乎采纳美国提出的含义较广的对于“应有之注意”的标准, 并且对英国提出的对于“应有之注意”的“国家标准”表示关切。法庭指出“英国的事例似乎也窄化了一国政府应行使国内法所赋约束力量之国际责任的范围, 并且忽视了中立国在法律不够完备情况下应予修订的义务”。⁵³

(8) 阿特金爵士在多诺霍诉斯蒂芬森一案中对给予应有之注意的义务的范围与标准阐述如下:

“要爱邻人的规则在法律上成为了你不能伤害邻人, 而法律提出的问题: ‘谁是邻人’得到了有限度的回答。你必须合理地小心避免你可以合理地预见有可能伤害邻人的作为或不作为。那么, 在法律上, 谁是你的邻人呢? 对这个问题的回答似乎是——邻人是会由于我的行为或不行为而受到密切和直接的影响的人, 因此当我采取了变为有实际重要性的行为或不行为时, 应该合理地考虑到他们。”⁵⁴

(9) 在本条款的情形下, 应有的注意表现为一国作了合理的努力, 认识到预期会涉及所拟订之程序的事实和法律组成部分, 并且及时采取适当措施来面对它们。因此, 国家有义务采取单方面的措施来预防或尽量减少第1条范围内的活动造成重大跨界损害的影响。这些措施包括: 一、旨在预防或尽量减少重大跨界损害的政策; 二、执行这些政策。这些表现为立法与行政规章并且通过各种执行办法予以落实。

⁵¹ 日内瓦仲裁(阿拉巴马案), 载于J.B. Moore, 《以美国为其当事国的国际仲裁的历史与摘要》, vol. I, 1898, pp. 572-73。

⁵² 同上, p. 612。

⁵³ 同上。

⁵⁴ (1932) A.C., p. 580(H.L. (Sc))。

(10) 委员会认为,应该研讨的将据以判断一国行为的应有之注意的标准通常被认为是与在特定情况下发生跨界损害之危险程度相称的适当的标准。例如,可能被认为特别有害的活动需要在拟订政策时采取高得多的注意标准,国家执行这些政策的努力程度也高得多。经营规模、区位、特别气候条件、活动中所使用的材料以及在特定情况下适用上述因素所得出的结论是否合理等问题都是在每种情况下确定应有注意要件时所应该考虑到的因素。委员会也认为,被认为合理的、关于小心或应有之注意的标准是会随着时间而改变的;在一时一地被认为适当而合理的程序、标准或规则,在将来的某些时候可能不再是那么一回事了。因此,应有的注意要求一国赶上技术变革以及科学发展,所要确定的不仅是用于某一特定活动的设备是否能够正常操作,还要看它是否符合目前的规格与标准。

(11) 委员会注意到《关于环境与发展的里约宣言》原则11:

“各国应制定有效的环境立法。环境标准、管理目标和优先次序应反应它们所适用的环境与发展情况。一些国家所实施的标准对别的国家特别是发展中国家来说可能是不适当的,也许会使它们承担不必要的经济和社会代价。”⁸⁸

(12) 《斯德哥尔摩宣言》原则23也是这样说。但是,这项原则指明这种国内的标准“不得妨害国际社会可能同意的一般准则”。⁸⁹委员会认为,各国的经济水平是在确定一国是否给予应有之注意有适当标准时应该考虑到的因素之一。但是,不能以一国的经济水平作为不履行这一条所规定之义务的借口。

(13) 国家的义务首先是设法拟订政策并且予以实施以预防重大跨界损害。如果办不到这一点,那么,这项义务就是设法减少这种损害。委员会认为,“尽量减少”一词的含义在这个情形下应该被理解为使可能发生的损害减少到最低点。

⁸⁸ 第A/CONF.151/26/Rev.1号文件,第一卷,p.3。

⁸⁹ 联合国人类环境会议报告,斯德哥尔摩,1972年6月5至16日,第A/CONF.48/Rev.1号文件。

第 5 条

责 任

按照本条款，责任来源于第1条中所指活动造成的重大跨界损害并应给予补偿或其它补救。

评 注

(1) 本条款涉及从活动本身或从它们的后果来说的国际法不加禁止的活动。在这一点上，按照定义，无疑重大跨界损害的发生会引起国家责任的情况，涉及在某一方面受到国际法禁止的行为，即非法行为。见第8条及其评注。

(2) 反之，在国家执行可造成或的确造成重大跨界损害的活动——即便这些活动或其后果并非不合法——的情况下，就引起对损害的补偿问题，这个要素基本上反映在“国际责任”一语。在国家责任的领域以外，问题不是赔偿问题（从国家责任条款草案第41条的定义来说）。但是，补偿或其它补救（例如修改活动的作业方式以避免或尽量减少将来的损害）从原则上说是应该提供的。否则，各国便能够把进行活动的成本外部化，将其中一些成本施加给没有从这些活动得到任何利益、对活动的发生与否无从控制、但是受到重大跨界损害的第三方而不予补偿。因此，第5条作为一项基本原则载述：责任来源于第1条所适用的活动造成的重大跨界损害并应给予补偿或其它补救。但是，这一基本原则受到“按照本条款”一语的限制。本条款引起补偿或其它补救的范围载于第三章。当然，这不妨碍不以本条款为转移的——例如按照当事国为缔约国的某项条约——任何给予补偿或提供补救的义务。

(3) 应该指出，在目前的案文中，第5条所述原则同时适用于引起危险的活动（第1条(a)项）和即便事先没有觉察到会造成损害的危險却造成了损害的活动（第1条(b)项）。的确，上一段中所论述的理由比较明确地适用于第1条(a)项所包括的活动——相对于第1条(b)项所包括的活动来说。但是，就算活动在进行的时候没有造成重大跨界损害的危險，按照第2条的定义，却不能排除可能需要给予补偿或提供其它补救的问题。把责任只限定在有危险的情况无异是说——与此相反——无论损失多么重大或发生任何其它情况，第三国都必须承担起源国（的国际法不加禁止的）活动所引起的任何损失。作为一般适用事项，对在一国领土内或在其管辖或控制下合法进

行的活动所包括的所有的和任何的损失实施严格的责任规则，如果不是无法维持，也是难以办到的。当然，某一条约可能包含这项规则，但是它不一定表明一般国际法规则与项条约之间的分际。但是，可以指出，在发生重大损害的情况下，即便引起损害的是合法活动而发生损害的危险不是实际发生以前所觉察到的，也不能排除补偿或其它补救的问题。在这种情况下，并没有任何规则载述受害第三国必须承担损失。因此，第5条中的原则能够适当地适用于第1条所包括的一切活动，同时考虑到在第三章中把载述补偿或其它补救的这些条文拟订得非常灵活而不硬性规定绝对的义务。但是，基于第1条评注第(26)段中所解释的理由，这个立场是暂时采取的。

(4) 第5条中所载述的原则对委员会来说并不是新的。委员会在其1988年第四十届会议载述如下：委员们普遍同意特别报告员在其第四次报告第86段中确定的原则与本专题有关，其总的轮廓是可以接受的。这些原则如下：

“ (1) 条款草案须确保每个国家在其领土内享有不抵触其它国家权利和利益的最大的选择自由；(2) 为保护这些权利和利益，需要采取预防措施，但如果仍发生损害，则需采取赔偿措施；(3) 在和上述两原则相一致的情况下，不应由无辜受害者承担其损失或损害。”⁵⁷

(5) 责任原则和赔偿原则是第4条的必要推论和补充。该条责成各国预防或尽量减少国际法不加禁止的活动引起的危险。另一方面，第5条规定了在发生重大跨界损害的时候给予赔偿或其它补救的义务。因此，该条拒绝这样的制度：容许进行对其他国家有害的活动而一旦发生损害却无需给予任何形式的赔偿或其它补救。

(6) 关于责任的原则不得妨害以下问题：(a) 负有责任因此必须赔偿的实体；(b) 赔偿的形式和程度；(c) 需要赔偿的损害；(d) 责任的依据。

(7) 上述问题以不同的方式在上述条文的第三章中得到处理，根据这种处理方式，上述问题可以按照起源国的法律或在不歧视的基础上通过起源国的法院处理（见第20条及其评注），或根据上述条文（见第21和第22条及其评注）中所规定的一些一般性标准由起源国和一个或多个受害国进行谈判。

⁵⁷ 《1988年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第A/43/10号，第82段。

(8) 事实上,在国际实践中,已经有了几种用以补救公害活动对人或财产或环境造成之跨界损害的办法。一种是国家的绝对责任,例如1992年3月29日空间物体造成损害的国际责任公约⁵⁸,这是国家绝对责任的唯一情况。另一种是把责任归于经营者,让国家不受牵连,1993年3月9日对环境有危险的活动引起损害的民事责任公约属于这种情况。⁵⁹还有另一个办法是针对未能由经营者予以满足的补偿数额将一些附属责任分派给国家,例如1960年7月29日核能方面的第三方责任公约⁶⁰和1963年5月21日关于核损害民事责任的维也纳公约便采取这种办法。⁶¹

(9) 在其它争议中,按照类似于国际水道的非航行适用法条款草案第7条的方式,国家可能只在没有履行适当责任的情况下有责任,⁶²不过这一规则可在国家责任的范围内规定某种义务(因而属于本条款草案的范围以外)。

(10) 在把本条列入本专题这套基本原则的时候,委员会注意到《斯德哥尔摩宣言》原则22和《里约宣言》原则13,其中鼓励各国互相合作,进一步发展关于一国管辖或控制范围以内的活动对其管辖范围以外地区所造成的环境损害的责任与赔偿问题的国际法。这些原则展示了国际社会的愿望与受优先偿还的权利。

(11) 应该指出,所用的术语是“补偿或其它补救”。补偿是支付一笔数额的金钱,很难适用于以恢复为对环境损害进行补救的最佳方式的一些情况。恢复,作为回复先前状况的某种意图来说,有可能被视为自然恢复的形式,此外,在环境损害方面,以赔偿的方式,对受到了损害的生态系统引进若干被减少了的或被毁坏了的对应组成部分,并不是一种金钱上的补偿,虽然它可能被视为一种补救形式。若干文书中载述了这种解决办法。⁶³

⁵⁸ 联合国,《条约汇编》(UNTS),第961卷, p.187。

⁵⁹ 《欧洲条约汇编》,第150号。

⁶⁰ 联合国《条约汇编》,第956卷, p.251。

⁶¹ 同上,第1063卷, p.265。

⁶² 《大会正式记录,第四十九届会议,补编第10号》(A/49/10), p.251。

⁶³ 参见《对环境有危险的活动所引起的损害民事责任公约》第2条第8款,上文脚注59。

(12) 各国确定了具有损害性跨界后果的某种活动或物质的值得注意的条约实践，并且规定了跨界损害的责任制度。有关石油运输、石油污染和核能或材料的活动是这些条约的主要目标。⁶⁴ 有些公约处理不是与石油或核能或材料有关的活动所引起的责任问题。⁶⁵ 另外有许多条约提到责任问题而没有进一步澄清责任的实质性规则或程序性规则。这些条约虽然确认责任原则与条约的运作有关，却不一定说明责任的精确原则。⁶⁶ 但是，有另一些条约表明，当事国将拟订另一项文书，以

⁶⁴ 参看1969年11月29日石油污染损害民事责任国际公约，政府间海事协商组织，《海洋污染损害国际法律会议正式记录》，伦敦，1969；1969年公约的1984年议定书，国际海事组织，《海上运输若干物质情况下之损害的责任与赔偿问题国际会议》，1984年5月25日第LEG/CONF.6/66号文件；1976年12月17日勘探和开采海床矿物资源引起的石油污染损害民事责任公约，环境署，《环境方面的若干公约选编》，p.474；1960年7月29日核能方面的第三方责任公约，联合国，《条约汇编》，第956卷，p.251；1962年5月25日关于核动力船舶责任或经营人的公约，国际原子能机构，《关于核损害民事责任的国际公约》，法律汇编第4号，修订版（维也纳，1976年），p.34；1963年5月21日关于核损害民事责任的维也纳公约，联合国条约汇编，第1063卷，p.265；1971年12月17日关于运输核材料方面民事责任的公约，同上，第974卷，p.255；1989年12月10日关于因公路、铁路和内河航行船舶运输危险货物造成损害的民事责任公约，Revue de droit uniform(UNIDROIT)，1989，p.280。

⁶⁵ 见《关于外空物体造成损害的国际责任公约》，上文脚注26，和《关于对环境有危险的活动引起损害的民事责任公约》，上文脚注59。

⁶⁶ 在这方面，参看1978年4月24日关于为保护海洋环境不受污染进行的科威特区域公约，联合国《条约汇编》，第1140卷，p.133；1972年12月29日关于预防因倾弃废物和其他物质污染海洋公约，同上，第1046卷，p.120；1976年2月16日关于保护地中海不受污染的公约，环境署，《环境方面的多边条约选编》，p.448；1992年4月9日关于保护波罗的海地区海洋环境的公约，（国际海事组织1），第LDC.2/Circ.303号；1992年4月21日关于保护黑海不受污染的公约，同上，Circ.302；1992年3月17日关于工业事故之跨界影响的公约，《国际法资料》，第31卷，p.1330；1992年3月17日关于保护和利用跨界水道与国际湖泊的公约，上文脚注40。

解决可能在条约范围内发生的问题。⁸⁷

(13) 责任概念也在国家实践中得到有限度的发展。例如，在特雷尔冶炼厂案中，该冶炼公司获许继续进行活动，但是法庭制订了一项长期办法，它规定，在若干条件下，对美国的利益由于烟尘的排放所受到的损害给予补偿，即使该冶炼厂的活动完全符合该项决定中所规定的长期办法：

“法庭认为，所规定的办法可能会消除引起目前争论的原因，而且如同以前已经说过的那样，将来可能在华盛顿州防止任何重大损害的发生。但是，由于需要为此制订并由冶炼厂予以维护的该制度或控制措施的合乎需要的和预期的结果可能不会发生，并且由于法庭在对第二号问题提出的答复中曾经要求特雷尔冶炼厂将来不要在华盛顿州造成其中提到的损害，……法庭对第二号问题提出了这样的答复：(a) 如果第二号问题中所办公室的那种损害从1940年10月1日起有所发生，或者会在其后发生，无论是由于冶炼厂未能遵守其中所规定的规章或虽然为了维护该项办法，这种损害必须得到某种补偿，以及如果政府将为处理索赔作出安排……”⁸⁸。

⁸⁷ 参看关于管理南极区矿物资料活动的公约，它使得责任规则的拟订成了勘探和开采南极区矿物资料的先决条件。上文脚注40。1989年3月22日关于工会废物的跨界移动及其处理的巴塞尔公约在其第12条中规定：缔约国应就责任与补偿事宜拟订议定书，《国际法律资料》，第28卷，p.657。也参看1991年1月29日关于向非洲进口公害废物并控制它在非洲内部的跨界移动与管辖的巴马科公约，其中也规定：本公约缔约国应就责任与补偿事宜拟订议定书，同上，第30卷，p.773。

⁸⁸ 上文脚注10。pp.1980-1981。着重号是后加的。

(14) 另一方面，法庭在拉诺湖案中针对西班牙关于法国项目会对西班牙造成异常危险的指控，作为一般事项指出，只要对损害事件的发生采取可能办到的一切预防措施，那种责任就不会发生。⁶⁹ 法庭简短地提到危险活动问题指出，“它从来不曾确切申明，(法国)拟议进行的工程会在睦邻关系中或在水的利用中带来异常的危险。”这段文字的含义可以解释为：法庭认为，异常的危险活动(与原来有可能加以控制的危险相反)构成特殊的问题，并且：如果西班牙确认，拟订进行的法国工程项目会对西班牙带来异常的跨界损害危险，法庭的裁决可能就不一样了。

(15) 在核试验案中，国际法院法官在1973年6月22日作出的决议正式宣示了澳大利亚的关切声明：

“法国在太平洋进行的大气层核爆炸在澳大利亚领土和南半球其他地方造成普遍的放射性落尘，在食品和人体中引起可测量的放射性核素浓缩，致使住在南半球，特别是澳大利亚的人放射性剂量增加；储积在澳大利亚领土上的任何放射性物质对澳大利亚及其人民具有潜在的危险性，因此而造成的损害将是无法予以补偿的；法国在大气层进行核试验的行为在澳大利亚人民中引起焦虑和担心；法国核试验对海洋资源和环境状况的影响将永远无法恢复，无法以损害赔偿款予以补救；法国对澳大利亚及其人民在公海和上空行动自由权利的侵害是无法挽回的”⁷⁰。

(16) 伊格纳西奥法官在提出的反对意见中认为法院没有受理本案的管辖权，他说：

⁶⁹ 法庭指出：

“西班牙的反诉状中稍微提到这个问题，它强调控制程序‘异常复杂’、‘非常麻烦’、有在水门的操作上造成损害或疏忽以及堵塞隧道的危险。但是，它从来不曾指称，拟议中的工程项目，比起当今世界各地的同类工程来，还具有别的特性或者会带来别的危险。它从来不曾确切申明，拟议中的工程会在睦邻关系中或在水的利用中带来异常的危险。如上所述，恢复供水的技术保证会尽可能得到满足。如果采取了预防措施以后，恢复供水的项目还是遇到事故，这种事故也是在偶然情形下发生的，根据当事国双方的看法，这种情况并不构成对第9条的违反。”

上文脚注27，pp.123-124，裁决第6段。

⁷⁰ 核试验案 (澳大利亚诉法国)，(1973年6月22日决议)，1973，国际法院《报告书》，p.104。法院不曾就案情的是非曲直作出裁决。

“如果法院接受澳大利亚要求中的论点，那就迹近于实行了国际法中的一个崭新概念，各国将因而被禁止在其领土主权范围内进行任何有危险的活动；但是，这将使得任何国家有权以予以为由于干涉其他国家的内部事务。”⁷¹

(17) 他还指出：“在国际法的现况中，一国的‘忧虑’或‘担心’、‘原子辐射’的危险，在我看来，并不足据以对所有国家实行一些更高等的法律从而限制它们在大气层核试验方面的主权。”⁷² 他认为，“持反对意见的人也许是逐步发展国际法系统中的头面人物或先锋，但是不容许采取他们的愿望以便改变国际法现状。”⁷³

(18) 委员会也注意到在一些事故中，没有承认责任，但对重大跨界损害的受害者支付补偿金的情况。在这方面，应该提到下列情况。

(19) 美国于1954年3月1日在埃尼威托克岛环礁进行的一系列核试验在远远超过危险地区以外的地方造成损害。伤害了在公海上的日本渔民，污染了一大部分的大气层和大量的鱼，严重地干扰了日本的渔市场。日本要求赔偿。美国政府于1955年1月4日的照会中，对法律责任只字不提，但是同意对这些试验所造成的损害支付补偿金。⁷⁴

⁷¹ 同上，p.132。

⁷² 同上。

⁷³ 同上。

⁷⁴ 美国政府说：

“……美利坚合众国政府已经表明愿意支付补偿金表示对持续存在的损害感到关心和遗憾……美利坚合众国特此出于恩惠，在不提及责任问题的情形下向日本政府偿付两百万美元以补偿1954年在马绍尔群岛进行试验所造成的伤害或损害……”

美国政府的理解是，日本政府如接受所偿付的这两百万美元就完全解决了它为上述核试验产生的任何与全部的伤害、灭失或损害对美利坚合众国、或其人员、国家或司法实体提出的任何或全部要求。”

见《国务院公报》，华盛顿特区，第32卷，第812期，1955年1月17日，pp.90-91。

(20) 在1954年仍由美国托管的马绍尔群岛居民遭受损害案中，美国同意支付补偿金。美国参议院内部及海岛事务委员会的报告指出：由于紧接着核爆炸之后，风向突然转变，朗格拉普环礁的居民蒙受大量的放射性落尘。说明了居民在人员和财产上所受到的损害和美国立即提供的广泛医疗援助以后，该报告总结指出：“但是，不能说到目前为止采取的补偿措施已经完全充分……”。该报告透露，1960年2月，有人在托管领土高等法院向美国提出申诉，要求为其财产损失、放射性疾病、烧伤、身体与精神上的痛苦、配偶权利的灭失以及医疗费用支付85万美元的补偿金。这项诉讼由于该法院没有管辖权而不予受理。但是，该报告表明，向众议院提出的（关于补偿付款的）第1988号议案“需予通过，以便公平对待这些人民”。1964年8月22日，约翰逊总统将一项法律签署为法律，规定美国承担“有同情心的责任，向太平洋岛屿托管领土朗格拉普环礁上由于1954年3月1日马绍尔群岛比基尼环礁热核引爆受到幅射的居民提供补偿”，核准向朗格拉普的受害居民发放等额付款95万美元。⁷⁵ 另一份报告说，1982年6月，里根政府表示愿意向马绍尔群岛政府支付1亿美元，以偿付由于美国于1946和1963年间在太平洋进行核武器试验致使健康与财产受害的岛民对美国提出的所有索赔要求。⁷⁶

(21) 1948年意大利靠近瑞士的边城阿尔奇萨铁弹药厂爆炸，对瑞士社区造成不同程度的损害。瑞士政府就所受到的损害要求意大利政府赔偿；它援引了睦邻关系原则，声称意大利政府应该负责，因为它容许会引起公害的弹药厂设在那么靠近国际边界的地方。⁷⁷

(22) 1971年，利比里亚油轮朱莉安娜号在日本本州西海岸的新泻冲到陆地上爆裂开来。油轮的石油撒在海岸上，对当地的渔业造成广泛的损害。利比里亚（船旗国）政府愿意为渔民受到的损害偿付2亿日圆，渔民予以接受。⁷⁸ 在这个事件中，利比里亚政府接受了对私人所造成之损害提出的索赔要求。看来没有在正式外交的层面上提出对利比里亚违法行为的指控。

⁷⁵ 上文脚注29，第4卷，p.567。

⁷⁶ 《国际先锋论坛报》，1982年6月15日，p.5，第2栏。

⁷⁷ 古根海姆，上文脚注28，p.169。

⁷⁸ 《伦敦时报》，伦敦，1974年10月1日，《国际公法综合评论》，巴黎，第80卷，1975，p.842。

(23) 华盛顿州切里岬海面12,000加仑原油溢出、对加拿大的海滩造成污染的事故发生以后,加拿大政府向美国政府提出一项照会,表示严重关切此一“不幸事故”,指出“政府希望接到确切的保证,表示在法律上应负责的人将对一切损害予以彻底补偿并且支付清洁作业所需费用”。⁷⁹加拿大外交部长在加拿大议会谈起该事故所涉法律问题指出:

“我们特别关心的是1938年加拿大与美国之间特雷尔冶炼厂案的仲裁原则务必得到遵守。该原则确定:一国不得容许其领土之使用对另一国的领土造成损害,并且应该负责为所造成的任何损害支付补偿金。加拿大在特雷尔冶炼厂案中接受了这种责任,我们在目前的情况下,同样的原则将得到遵守。事实上,这项原则已经得到许多国家的接受,我们希望斯德哥尔摩会议能够把这项原则制定为国际环境法律中的基本规则。”⁸⁰

(24) 加拿大提到特雷尔冶炼厂案的先例,声称:不管是否美国的过错,美国都应该对在其领土控制下发生的行为所造成的域损害负责。这个争端的最终解决没有涉及加拿大所援引的法律原则;应为污染负责的私营公司愿意支付进行清洁作业的费用。

(25) 1973年,瑞士边境对过法国境内一家化学工厂由于生产杀虫剂对瑞士巴塞尔州造成重大污染。这一污染对该州的农业和环境造成损害,每个月大约毁损一万公升的牛奶产量。⁸¹有关这一案件的事实和其后的谈判并不容易确定。瑞士政府显然介入这件事并且同法国当局谈判,以便制止污染并对损害索取补偿。法国当局的反应不清楚;但是,看来,受害的人向法国法院提出了控告。

(26) 美国与加拿大针对在靠近阿拉斯加边界的波弗特海勘探石油的计划进行谈判期间,加拿大政府承诺为进行勘探活动的私营公司可能在美国境内造成的任何损害担保付款。⁸²虽然该私营公司提交愿意对美国方面的可能受害者提供补偿的付款保证书,加拿大政府还是采取补贴办法,愿意在保证付款安排不够完善的情形下接受付款责任。⁸³

⁷⁹ 《加拿大国际法年鉴》,1973(温哥华),第十一卷,pp.333-334。

⁸⁰ 同上,p.334。

⁸¹ 见《1974年瑞士国际法年鉴》,苏黎世,第30卷,p.147。有关本案的事实和随后的外交关系难于确定。

⁸² 《国际的加拿大》,多伦多,第7卷,1976,pp.84-85。

⁸³ 同上。

(27) 关于在墨西哥靠近美国边界的地方建造一条公路这件事情，美国政府由于考虑到，该公路尽管应它的要求作了技术改革，并没有为美国境内财产的安全提供足够的保证，因此保留了万一建造公路引起损害时提出索赔的权利。美国驻墨西哥大使在1959年致墨西哥外交部长的一项照会中总结指出：

“鉴于上述，我奉政府训示保留美国万一由于该公路的建造受到损害时依据国际法应有的权利。”⁸⁴

(28) 在玫瑰街运河案中，对于从事营建活动而可能在其他国家境内造成损害之国家的责任，美国与墨西哥双方都保留了追究的权利。⁸⁵

(29) 加拿大针对美国在安奇特卡岛进行 Cannikin 地下核试给美国的信件中保留了万一受到损害时要求补偿的权利。⁸⁶

(30) 条约实践显示了要求活动经营人或其保险人对域外损害承担无过错责任。⁸⁷ 这是主要涉及商业活动的条约的标准做法。对主要由私人经营者进行的活

⁸⁴ 怀特曼，上文脚注29，第6卷，p.262。

⁸⁵ 同上，p.264。

⁸⁶ 《国际的加拿大》，多伦多，第2卷，1971，pp.97和185。

⁸⁷ 在石油污染方面，参见《1969年11月29日关于石油污染损害的民事责任国际公约》，（联合国条约汇编，第973卷，p.3）；《关1971年12月18日关于为石油污染损害建立国际赔偿基金的国际公约》（同上，第1110卷，p.57）；《1976年12月17日关于勘探或开采海床矿物资源引起石油污染损害的民事责任公约》（环境署，……多边条约选编》，p.474）；《1984年12月1日关于修改1969年石油污染损害民事责任国际责任公约的议定书》（国际海事组织，LEG/CONF.6/66）- 在核能与材料方面，《1960年7月29日关于核能方面第三方责任的公约》（联合国条约汇编，第956卷，p.251）；1960年7月29日关于核能方面第三方责任的巴黎公约的补充公约》（环境署，《……多边条约选编》，p.171）；《1962年核动力船舶经营人责任公约》（美国国际法学报，第57卷，p.268）；《1963年5月21日关于核损害民事责任的维也纳公约》（联合国条约汇编，第1063卷，p.265）；《1971年12月17日关于海上运输核材料的民事责任的公约》（同上，第974卷，p.255）- 在其他活动方面，《1972年3月29日关于空间物体造成损害的国际责任公约》（联合国条约汇编，第610卷，p.205）和《1993年3月9日关于对环境有危险的活动引起损害的民事责任公约》。

动加以管理的一些公约规定政府应承担若干义务，以确保经营人遵守规章。如果国家不能确保这一点，它就必须为经营人所造成的损害负责赔偿全部数额或经营人未能予以满足的那一部分。⁸⁸

(31) 另一方面，1972年空间物体造成的损害国际责任公约⁸⁹认为发射国对跨界损害确实负有责任。该公约相当独特，在缔结的时候，人们预期，所管理的活动，由于它们的性质，将只由国家进行。该公约更加独特的是，它容许受害国作出选择：通过本国法院要求补偿，或通过外交渠道向发射国提出直接要求。

(32) 应该指出，要求补偿的趋势是重实效的，而不是以连贯的责任学说作为理论根据。私人经营者、它们的保险人、乃至国家的责任在特殊情况下采取许多形式。但是，应该可以从上面考察到的相当多样的实践中归纳出一项原则（尽管在一些情况下属于拟议法）：就算活动本身是国际法不加禁止的行为——因而不受停止义务或恢复原状义务的限制，在发生诸如第1条所指活动引起的重大跨界损害的时候是应该追究责任的。另一方面，在国际实践的现况中，申明这项原则的时候不能不加以限制，因而需要由上述条文在别处载述的规定提到一般原则的实施。

第 6 条

合 作

当事国应真诚合作，并于必要情形下要求任何国际组织提供协助，以预防或尽量减少重大跨界损害危险，如果这种损害已经发生，则尽量减少损害在受害国和起源国的影响。

评 注

(1) 各国必须遵守合作原则，拟订并执行有效政策，以预防或尽量减少重大跨界损害危险。在规划与执行的所有阶段，各国都需要进行合作。《斯德哥尔摩宣言》原则24和《里约宣言》原则7都确认合作是任何有效环境保护规划的必要组成部分。在第二章，尤其是第13条至第18条，规定了更加具体的合作方式。这些条文规定，为了提高预防行动的效能，必须有受害国参与。受害国比谁都清楚有关活

⁸⁸ 参见《1962年关于核动力船舶责任的公约》第三条，上文脚注64，和《关于管理南极区矿物资源的公约》第8条，上文脚注40。

⁸⁹ 上文脚注58。

动的哪些特征对它最为有害，或其领土中靠近边界的哪些区——例如特别容易受到损害的生态系统——可能由于该活动受到较大的跨界影响。

(2) 本条规定当事国应真诚合作。联合国宪章第2条第2项规定各会员国“应一秉善意，履行其依宪章所担负之义务。”《维也纳条约法公约》和《关于国家在条约方面的继承公约》都在序言部分声明真诚原则受到普遍确认。此外，《维也纳条约法公约》第26条和第31条第1款都确认这一原则在条约结构中的重要地位。国际法院在核试验案中的裁决触及真诚的适用范围。在该案中，法院宣告“无论其渊源为何，制约法律义务之产生与执行的一项基本原则是真诚原则。”⁹⁰ 法院对此案的意见意味着真诚也适用于单方面行为。⁹¹ 事实上，真诚原则包含了“国际关系的整个结构”。⁹²

(3) 英国与法国就圣劳伦斯布列塔尼海湾过滤争端组成的仲裁法庭认为，真诚原则是对预防一当事方滥用其权利的任何危险提供充分保证的因素之一。⁹³

(4) 本条中“当事国”一词指起源国与一个或数个受害国。虽然鼓励能够为条文目标作出贡献的其他国家进行合作，但这些国家并没有义务这么做。

(5) 本条规定各国应于必要时寻求任何国际组织的协助，以执行他们依这些条文应有的预防义务。各国应只在它认为有必要时才这么做。于必要时一语是为了考虑到一些可能的情况，包括下列情况：

(6) 第一、寻求国际组织的协助可能不是在预防或尽量减少跨界损害的每一种情况下都适当或有必要。例如，起源国或受害国自己可能具有先进技术，并且可能具有与国际组织样、甚至更好的技术能力，一来预防或尽量减少重大跨界损害。显然，在这种情况下，并没有寻求国际组织协助的任何义务。

(7) 第二、“国际组织”一词指与这种事项有关、而且有能力协助的组织。尽管国际组织日益增加，却不能假定，一定会有某一个国际组织具有某一特定情况下所需要的协助能力。

⁹⁰ 上文脚注70, p.268。

⁹¹ 见M. Virally, E. Zoller论文评述, 国际法上的真诚, 1977, 载于《美国国际法学报》, 第77卷, p.130。

⁹² 见R. Rosenstock, “关于友好关系的国际法原则宣言: 概况”, 载于《美国国际法学报》, 第65卷, p.734。

⁹³ 《国际法报告书》, 第82卷, p.614。

(8) 第三、尽管有有关的国际组织,它们的组织法却可能不许它们响应各国的请求。例如,某些组织可能只要求(或容许)响应其成员国的协助请求,它们也可能为了章程上的另一些障碍而苦恼。显然,本条的拟订不是为了规定:各国际组织有响应依本条提出之协助请求的义务。

(9) 第四、要求国际组织协助可以由一个或多个当事国提出。合作原则的含义是:最好这种要求由所有当事国提出。但是,所有当事国不寻求必要协助的事实并不解除个别国家寻求协助的义务。当然,在只有一个国家提出请求的情况下,国际组织的反应与参与方式将取决于请求的性质、所需协助的类型、国际组织必须实行这种援助的地点等等。

(10) 本条后半部谈到尽量减少“在受害国和在起源国”的影响。它设想到,由于发生事故,除了重大跨界损害以外,起源国本身也受到大规模损害的情况。因此,这些字眼都是为了说明,重大损害有可能以多种方式对所有当事国显示,它是对起源国和其他受害国都造成损害的一种公害。因此,应该在最大限度上把跨界损害视为需要共同努力并且相互合作,以尽量减少其不良后果的一个问题。当然,这些字眼并不是为了令受害国尽量减少损害或令起源国进行清洁作业而承担任何财政费用。

第 7 条

履 行

各国应采取必要的立法、行政或其它行动,以履行本条款的规定。

评 注

(1) 本条载述了可能被认为显然的事实,即成为本条款的缔约国以后,各国必须采取必要的履行措施,无论是立法、行政或其它性质的措施。第7条载列在这里,一则为了强调本条款的持续性质,需要时时采取行动以预防或尽量减少本条款所适用的活动引起的跨界损害,再则规定发生重大跨界损害的若干情况下的责任。⁹⁴

⁹⁴ 本条类似于《跨界情况下环境影响评估公约》第2条第2款,其案文为:“每一当事国应采取一切必要的法律、行政或其它措施以履行本公约的规定,包括在附录一所列可能造成相当不利跨界影响的拟议的活动方面规定一套环境影响评估程序,允许公众参与并编制附录二中所述环境影响评估文件。”上文脚注40。

(2) 说各国必须采取必要措施的含义并不是它们必须自己参与第1条所适用的有关活动的执行问题。在这些活动是由私人或企业经营的情形下，国家的义务仅限于建立适当的管理准则，按照本条款加以实施。在既定情况下，管理准则的适用将随而成为普通行政事项，在发生争议的情况下，则由有关法院或法庭借助第21条中载述的不歧视原则办理。

第 8 条

同其它国际法规则的关系

本条款不适用于一国的违法行为或不作为所引起的跨界损害的事实不影响有关这种行为的任何其它国际法规则的存在或执行。

评 注

(1) 已经着重指出：本条款仅适用于国际法不加禁止的活动，无论这种禁止是针对活动的进行或活动的后果。本条款草案在执行上具有填补空白的性质。它们仅适用于没有更具体的起指导作用的国际规则或制度的情况。

(2) 因此，第8条是为了尽量澄清本条款不妨碍任何其它国际法规则的存在、执行或作用，只有在人们认为适用本条款的有关作为或不作为的国际法规则欠缺的情况下才适用本条款。因此，不能从某一活动明显属于本条款草案的范围的事实推论任何其它国际法规则——包括在国家责任法领域内实行的任何其它初级规则的存在或不存在，或推论有关活动或其实际或潜在的跨界影响。在第8条中提到任何其它国际法规则是为了同时包括条约规则和习惯国际法规则。同样，也有意把两者扩及于具有特定适用——无论是对某一区域或指明的活动——的规则和在范围上具有普遍性和一般性的规则。本条款草案的背景性质由此得到进一步强调。

第二章 预 防

第 9 条

事前核准

各国应确保第1条(a)项所述的活动未经其事前核准不在其领土内或在其管辖或控制下进行。如计划作出可能使某项活动转变为第1条(a)项所指活动的重大改变，亦需经事先核准。

评 注

(1) 本条规定各国有义务保证有造成重大跨界损害危险的活动未经其事前核准不在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行。“核准”一词指政府当局准许进行这些条款所涉及的一项活动。各国可随意选择核准的形式。这一条是关于履行第4条所述预防原则的这一章(预防)的导言。

(2) 委员会认为,核准的要求责成一国查明是否有会造成重大跨界损害之危险的活动正在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行,该国应该采取这些条款规定的措施。这条要求该国起到一种比较负责和积极的作用,对在其领土或其管辖和控制下的其他地方进行的可能造成重大跨界损害的活动进行管理。委员会在这方面注意到,特雷尔冶炼厂仲裁法庭认为,加拿大政府“有责任…保证这项活动符合该自治领根据这里确定的国际法所负有的义务。”⁹⁵ 法庭认为特别“应该要求特雷尔冶炼厂避免放出烟尘而给华盛顿州造成损害”。⁹⁶ 委员会认为,第9条符合这项要求。

(3) 国际法院在对科孚海峡案的裁决中认为,一国有义务“不故意允许使用其领土进行有违其他国家权利的行为。”⁹⁷ 委员会认为,事前核准的要求立下了这样一种假定,即这些条款所涉的活动正在一国的领土上或在其管辖或控制下的其他地方在该国知情的情况下进行。

⁹⁵ 见上文脚注10, pp.1965-66。

⁹⁶ 同上, p. 1966。

⁹⁷ 上文脚注9, p. 22。

(4) “在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方”字样引自第2条中“起源地”的定义。“第1条(a)项所指的活动”的措辞方式提出了该条对于某一活动属于这些条文范围以内的所有要求。

(5) 第9条的第二句考虑到这样一种情况,即建议对一项本来无害的活动的进行方式作重大的改变,而这种改变会将这项活动变成有造成重大跨界损害之危险的活动。实行这种改变也需要国家的核准。显然,一项活动本已在第1条(a)项的范围内,如计划作出重大改变,而且这种改变可能会增加危险或改变其危险的性质或危险的影响范围时,这种改变也需要事先核准。

第 10 条

对于危险的评估

在决定核准进行第1条(a)项中所指活动以前,一国应确保对此类活动的危险进行评估。这种评估应包括该项活动对于人身或财产以及对于其他国家环境可能产生之影响的评价。

评 注

(1) 根据第10条规定,一国在准许经营厂商开展第1条(a)项所提及的活动之前,应确保对有可能造成重大跨界损害的活动进行评估。通过这项评估可以使该国能够确定活动所涉危险的程度和性质,从而确定其应该采取的预防措施。委员会认为,由于这些条款全球适用,因而不能过份详细,而只应以规定清楚为限。

(2) 虽然在特雷尔冶炼厂案中所做的影响评估可能不直接涉及对危险的责任,但是,它强调了对造成重大危险的活动的后果加以评估的重要性。该案的仲裁法庭指出,由老牌的知名科学家进行的这项调查研究“可能是在受到由工业烟尘引起的大气污染的任何地区所做过的、历来最为彻底的(一次)调查研究。”⁸⁸

(3) 第10条的要求完全符合《里约环境和发展宣言》的原则17,原则17也规定就可能对环境造成重大不良影响的活动,进行影响评估:

⁸⁸ 见上文脚注10, p. 1973-1974。

“环境影响评估，作为一种国家手段，应针对拟议开展的、可能对环境有重大不良影响的活动进行，并须由主管国家当局作出决定。”⁹⁹

许多国际协定以各种形式收入了对活动的不良影响进行评估的规定。¹⁰⁰其中最突出的是1991年2月25日的《关于在越界情况下环境影响评估的公约》，该公约专门载述影响评估的进行程序和内容。¹⁰¹

(4) 应该由谁进行评估的问题由各国自己决定。这种评估一般由经营厂商根据国家制定的某些指导原则进行。这些事项必须由各国自己通过其国内法或可适用的国际文书加以解决。但是一般认为应由国家指定一个政府的或非政府的机构代表政府对评估工作进行评价，并对该机构得出的结论承担责任。

⁹⁹ 上文脚注15。

¹⁰⁰ 参见《联合国海洋法公约》第205和205条(A/CONF.62/122); 1988年6月2日的《管理南极矿物资源活动公约》第4条，《国际法律资料集》，第28卷，p.868; 1991年10月4日的《南极条约环境保护议定书》第8条，《同上》第30卷，p.1461; 1992年6月5日的《联合国生物多样性公约》的第14(1)(a)和(b)条，DPI/1307号文件; 1985年7月9日的《东盟保护自然和自然资源协定》第14条，环境规划署，《环境方面多边条约选集》第二卷，p.343; 1986年11月24日的《努美阿保护南太平洋区域自然资源和环境公约》，《国际法律资料集》第26卷，p.38; 1978年4月24日的《科威特合作保护海洋环境免受污染区域公约》第十一条，《同上》，第17卷，p.511; 以及1982年2月14日的《吉达保护红海和亚丁湾区域环境的区域公约》，《环境方面多边条约选集》第二卷，p.144。有些条约含蓄规定了影响评估的要求。例如，两项关于通讯系统的多边条约要求签约国使用其通讯设施时不对其他缔约国的设施产生干扰。1927年《国际无线电报公约》第10条第2款要求公约缔约国的无线电台的操作方式不至于影响到其他缔约国或受这些国家政府核准的个人的无线电通讯。国际联盟，《条约汇编》第84卷，p.97。1936年的广播用于和平事业的国际公约禁止向另一国广播旨在挑动民众以不符合该国国内治安秩序的方式行事的材料。《同上》第186卷，p.301。

¹⁰¹ 公约的条文见E/ECE/1250号文件，载于《国际法律资料》，第30卷，p.800。

(5) 本条没有具体说明危险评估的内容是什么。显然活动危险评估工作只有将危险与可能造成的损害联系起来才能有的放矢地进行准备。现有的国际公约和法律文书多数都没有说明评估的内容。但也有例外,例如《关于在越界情况下环境影响评估的公约》就详细规定了这种评估的内容。¹⁰² 大会1983年3月24日关于环境方面国际合作的第3/217号决议在第8条节段中也详细规定了对沿海采矿和钻探活动的评估内容¹⁰³。

(6) 委员会内的普遍看法是将评估的具体内容留给进行这种评估的国家的国内法去规定。这种评估至少应该含有对有关活动可能给人身和财产以及对其他国家的环境可能造成有害影响的估价。这个由第10条第二句规定的要求的目的是要进一步澄清第一句中提到的对“会造成重大跨界损害之活动的危险”的估价。委员会认为进一步澄清之所以必要仅仅是因为起源国必须将危险评估报告转交给可能受哪项活动损害的国家。为便于这些国家评估可能遇到的危险,他们需要知道哪项活动可能对他们造成有害影响以及产生这种损害的可能性大小。

(7) 评估不仅应该包括对人身和财产而且也应包括对其他国家环境的影响。委员会深信有这种必要性,深信保护环境的重要性不以是否对个人或财产造成任何损害为转移。

¹⁰² 《公约》第4条规定,与缔约国的环境影响评估最低限度应该载有公约附件二所述的资料。附件二开列有如下几项资料:

环境影响评估文献的内容

根据第4条的规定,须收入环境影响评估文献的资料最低限度应该有:

- (a) 说明拟议的活动及其目的;
- (b) 酌情说明能够合理取代拟议活动的办法(例如,地点或技术性取代办法以及不行动取代办法;)
- (c) 说明可能受到拟议活动重大影响的环境及其替代环境;
- (d) 说明拟议活动可能产生的环境影响及其替代活动并对其意义作出估计;
- (e) 说明使不利的环境影响降至最低程度的缓解措施;
- (f) 明确说明各种预测办法和基本假设以及所使用的有关环境资料;
- (g) 查明汇编所需资料过程中遇到的知识差距;
- (h) 酌情编制监测和管理方案的纲要以及项目后分析计划;
- (i) 非技术性的简要说明,包括酌情以图象说明(地图、统计图表等)。

¹⁰³ 《大会正式记录:第三十七届会议,补编第51》(A/37/51)。

(8) 本条并不规定各国必须对任何在其领土或在其管辖或控制下的其他地方进行的活动作危险评估。可能造成重大跨界损害的活动有一些可识别的一般特征,可以在某种程度上向各国指明哪些活动可能属于这些条款的规定的范围之内。例如,制造过程中的使用的能源类型、活动的地点以及活动靠近边界地区等等都能够表明这项活动是否可能属于这些条款范围内的。有一些物质在某些工业中被称为危险或有害物质,任何活动中使用这些物质本身就可能表明这些活动可能造成重大跨界损害。¹⁰⁴ 另外还有一些公约开列了据认为是有害的活动,这可能表明那些活动可能属于这种活动范畴之内的。¹⁰⁵ 委员会认识到需要制定一些附加标准,用以更加精确地确定属于这些条款范畴的那类活动。因此,委员会有意在下一阶段考虑这个问题,并建议制定一个条款,不是界定属于这些条款范畴的活动,就是列明这种活动或者这类活动的某些品质。

¹⁰⁴ 例如,1974年《防止陆源物质污染海洋公约》第四条规定缔约国有义务消除或限制某些物质对环境的污染,公约附件中开列了这些物质,环境规划署,《环境方面多边公约选集》,参考丛书第三卷,1983年,p.430。同样,1974年《保护波罗地海区域海洋环境公约》附件一中也列有各种有害物质,附件二列有各种有毒物质和材料,公约禁止或严格限制将这些物质投入海洋,《防止陆源物质污染海洋公约》,p.405。另见1976年《保护地中海免受污染公约》的议定书,同上,p.448;以及1976年《保护莱茵河免受化学污染公约》,载于联合国《条约集》第1124卷,p.375。

¹⁰⁵ 例如见1991年《关于在越界情况下环境影响评估的公约》附件一,其中把一些活动,例如原油冶炼厂、热电厂、核燃料提炼装置等确定为对环境可能有危险需要根据公约进行环境影响评估,《国际法律资料集》第三十卷,p.800;1993年《关于因危害环境活动造成的损害之民事责任公约》附件二,其中将通过陆上或海上焚化办法部分或全部处理固态、液态废物的装置或场地、固态、气态或液态废物在供氧降低的情况下进行热降解的装置或场地等确定为危险活动。本公约附件一中也列有危险物质的清单。

第 11 条

核准前已进行的活动

若一国在承担这些条款中所载义务后确定：第1条(a)项所指的有造成重大跨界损害之危险的活动，未经第9条中所要求的核准，已在其领土或在其管辖或控制下的其他地方进行，即应指示负责进行此项活动的人员获得必要的核准。在核准以前，该国可允许所涉活动在自行承担风险的情形下继续进行。

评 注

(1) 第11条针对的是第1条(a)项范围内的活动，这些活动在一国承担这些条款所载明的义务之前即已在该国进行。“已承担这些条款中所载义务”字样不妨碍这些条款的最终形式。

(2) 根据这一条款的规定，当该国“确定”这种活动在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行，当它承担条约规定的义务时，它应该“指示”负责进行此项活动的人员获得必要的核准。“必要的核准”一语在这里指的是根据该国的国内法规定需要的许可，以便根据这些条款的规定履行其义务。

(3) 委员会认识到，要求各国在承担这些条文规定的义务时对现有活动立即适用这些条款可能不合理。要求立即适用这些条款可能使一国一承担这些条文所规定的义务即已违反这些条文。此外，一国在承担这些条款所载义务时，可能还不知道在其领土上或在其管辖或控制的其他地方存在这一切活动。为此，本条规定，当一国“确定”存在这种活动时，即应履行义务。但是，对本条中“确定”一词的解释不应使各国以此为理由只是等待其他国家或私人实体将这种情况通知它们。对“确定”一词应该在适当履行责任的范围内来加以理解，要求各国合理而真诚地查明这种活动。

(4) 进行该项活动的厂商履行核准要求可能需要一段时间。委员会认为，究竟在获得核准前应该停止这项活动还是在有关厂商申请获得核准的同时继续进行活动，这个问题应由起源国决定。如果该国决定让这项活动继续下去，则要自行承担风险。委员会认为，鉴于条款中没有表示可能产生的影响的字样，起源国不会有遵守或立即遵守这些条款要求的动力。因此，“自行承担风险”一语的用意是(a) 在发生损害的情况下为第三章中所指有关补偿或其它救济的谈判提供某种联系；(b) 仍

有可能适用关于这种情况下的责任的任何国际法规则。

(5) 委员会的某些委员主张删去“自行承担风险”的字样。他们认为,这些字眼意味着起源国得对这种活动获得核准前造成的任何损害负责。这些委员的保留意见也针对第17条第3款采用的这种字眼。但是委员会的其他委员主张保留这些字眼。他们认为,这些字眼并不意味着起源国应对任何造成的损害负责,而只是不排除应根据第三章谈判的这种责任。他们还认为,删除这些字眼还会改变本条中对起源国的利益和可能受影响国家的利益的平衡兼顾。

(6) 起源国如果拒绝予以核准,则推定起源国将制止这项活动。如果起源国未予制止,则将推定这项活动是在起源国知情和同意的情况下进行的,如果发生损害,这一情况将成为第22条,尤其是其中(a)项所指就补偿或其它补救进行谈判的一个因素。

第 12 条

不转移危险

各国在采取措施以预防或尽量减少第1条(a)项所指活动造成重大跨界损害的危险时,应确保该危险不是仅仅直接或间接地从一个地区转移到另一个地区或从一种危险转变为另一种损害危险。

评 注

(1) 本条阐明了不转移危险的一条总原则。它吁请各国在采取措施预防或尽量减少引起重大跨界损害的某一危险时,确保并不是“简单地”把风险直接地或间接地从一个地区转移到另一个地区,或从一种危险转变为另一种风险。本条的规定借鉴于环境法的新趋势,首先是斯德哥尔摩人类环境会议核可为保护环境而制定全面政策。由海洋污染问题政府间工作组提出的并经联合国人类发展会议核可的《评价和控制海洋污染的一般性原则》第13项规定:

“防止和控制海洋污染的行动(特别是直接禁止和特定的排放限度)必须提防徒然把损害或危险从环境的一部分转移到另一部分所产生的影响。”¹⁰⁶

¹⁰⁶ 上文脚注11。

(2) 这一原则现已写入《联合国海洋法》第195条,该条规定:

“在采取措施防止、减少和控制对海洋环境的污染时,各国在行动上务必不把损害或危害直接或间接地从一个地区转移到另一个地区或将一种污染转变为另一种污染。”¹⁰⁷

《关于跨国境内陆水域意外污染的行为守则》第二条第2款也规定了类似的原则:

“在采取措施控制和管制危险性活动和物质、预防和控制意外污染、减缓由于意外污染造成的损害时,各国应尽一切力量务必不使损害或危险直接或间接地在不同的环境介质之间转移或从一种污染转化为另一种污染。”¹⁰⁸

(3) 关于环境与发展的里约热内卢宣言的原则14促使各国防止将有害于环境和人类健康的活动及物质迁移和转移到其他国家。这一原则尽管主要针对另一问题,但比之评价和控制海洋污染的原则(原则13)、海洋法和上面提到的行为守则,限制性更大一些。原则14规定:

“各国应进行有效合作,劝阻或防止任何造成环境严重退化或证实有害人类健康的活动及物质移至或转至他国。”¹⁰⁹

(4) “单是…转移或…转变”一语的用意是防止有些行动名义上是预防或尽量减少损害危险,但实际上只不过把危险推向界外,转到另一种活动系列,并没有认真减少所述危险(见1972年斯德哥尔摩会议核可的《评估和控制海洋污染的原则》的原则13)。委员会认识到,在这一题目之内,某项活动的选择,进行活动的地点以及采用何种措施来防止或减少跨界危害危险,这些事项一般而言都得经过对有关各方的利益找出某种均势平衡之后才能决定;显然,本条的要求应放在这一特定条件下来理解。但委员会的观点认为,在找出有关各方的利益平衡过程中,有关各方应考虑到本条内所规定的总原则。

(5) “转移”一词意指从一个地方向另一个地方的有形移动。“转变”一词用于《海洋法公约》第195条,意指危险的质量或性质改变。“直接或间接地”一语也用于《海洋法公约》第195条,用以对各国遵守本条规定的义务提出更高层次的防范要求。

¹⁰⁷ 上文脚注43。

¹⁰⁸ 上文脚注37。

¹⁰⁹ 上文脚注15。

第 13 条

通知和资料

1. 如果第10条所指的评估结果表明有造成重大的跨界损害的危險，起源国应毫不延迟地通知可能受影响的國家，并应向它们提供评估工作依据的现有技术和其他有关资料，并且指明需要提出答复的合理期限。

2. 如果随后起源国获知还有其他国家可能受到影响，则应毫不延迟地向这些國家发出通知。

评 注

(1) 第15条涉及到这样一种情况：一国根据第12条进行的评估结果表明所计划的活动的确有造成重大的跨界损害的危險。这一条款和第16、16之二、18和19条构成了平衡有关各國利益所需的必要程序，使它们有合理机会在设法开展活动的同时采取旨在预防或尽量减少跨界损害的合理措施。

(2) 第15条要求一国通知可能受到计划中的活动所影响的其他國家。这里所指的活动包括该国本身和私人实体所计划的活动。通知要求是任何一种旨在预防或尽量减少跨界损害的制度所不可或缺的一部分。

(3) 向面临重大损害的危險的其他國家发出通知的义务反映在科孚海峡案中，国际法院在该案中将警告的义务定性为出于“基本的人道考虑”。¹¹⁰ 这一原则已在国际水道使用法方面得到确认，而且也载于一些国际协定、国际法院和法庭的决定、政府间组织和各种会议所通过的宣言和决议以及政府间组织和国际非政府组织的研究报告之中。¹¹¹

¹¹⁰ 上文脚注9, p.22。

¹¹¹ 关于在水道方面涉及预先通知和交换资料的条约，见《国际水道非航行使用法》条款草案“关于可能造成不利影响的计划的措施的通知”的第12条评注，上文脚注62。

(4) 除了国际水道使用之外，通知原则也已在具有跨界影响的其它活动中得到确认。例如《跨界的环境影响评估公约》¹¹² 第3条和《工业事故跨界影响公约》¹¹³ 第3条和第10条。《里约环境和发展宣言》第19条谈到了及时通知问题：

“各国应就可能具有重大不利的跨国界环境影响的活动向可能受影响的国家预先和及时地发出通知和提供有关资料，并应在早期阶段诚意地同这些国家进行磋商。”¹¹⁴

(5) 经合发组织的一些决议也规定了通知程序。例如就某些化学品而言，经合发组织1971年5月18日第C(71)73号决议便规定，成员国若要求就对人类或环境有不利影响的化学品采取措施，而这些措施可能会对其他国家的经济和贸易产生重大影响，则必须预先通知其他成员国。¹¹⁵ 经合发组织在1974年11月14日关于“跨界污染原则”的第C(74)224号决议中的“提供资料和磋商原则”中规定，在进行一项可能会造成重大跨界污染危险的活动之前应发出通知和进行磋商。¹¹⁶

(6) 在环境发生紧急情况时发出通知的原则已成为一种成规。《里约环境与发展宣言》¹¹⁷ 第18条原则、《联合国海洋法公约》¹¹⁸ 第198条、《及早通报核事故公约》¹¹⁹ 第2条、《生物多样化公约》¹²⁰ 第14(1)(d)和(3)条、《关于油污准备、响应和合作的国际公约》¹²¹ 第5(1)(c)条都规定了通知的责任。

(7) 当评估结果表明有造成重大的跨界损害的危险时，按照第1款，打算进行这一活动的国家有义务通知可能受影响的国家。随通知应附上评估工作依据的现有技术资料。案文中提到“现有”技术和其他有关资料是为了表明起源国的义务仅限于

¹¹² 公约第3条规定了详细的通知方法。上文脚注101。

¹¹³ 《国际法律资料》，第31卷，p.1333。

¹¹⁴ 上文脚注15。

¹¹⁵ 经合发组织，《经合发组织与环境》，1986年，p.89，附件，第4段。

¹¹⁶ 同上，p.142。

¹¹⁷ 上文脚注15。

¹¹⁸ 上文脚注20。

¹¹⁹ 《国际法律资料》，第25卷，p.1369。

¹²⁰ 上文脚注101。

¹²¹ 《国际法律资料》，第30卷，p.735。

提供与活动有关的已有技术和其他资料。这种资料一般在按照第12条对活动进行评估时便已显示。第1段假定来自评估的技术资料不仅包括所谓的原始数据，如情况说明书、统计数字等，而且还包括起源国本身用以确定跨界损害危险的资料分析。

(8) 各国可自由决定如何通知可能受影响的国家。通常是假定有关国家会通过外交渠道同其他国家直接接触。在没有外交关系的情况下，各国可通过第三国向其他国家发出通知。

(9) 第2段是针对下列一种情况而规定的：尽管起源国作出了种种努力，但仍无法在授权进行该项活动之前辨认所有会受影响的国家，而只是在活动进行后才认识到这一点。根据这一段，在这种情况下，起源国有义务毫不延迟地发出通知。案文中提到毫不延迟地是为了要求起源国一旦获得有关资料，并在合理期间内有机会确定某些其他国家可能会受到该项活动的影响时尽早发出通知。

第 14 条

交换资料

该项活动进行期间，有关各国应及时交换有关预防或尽量减少会造成重大跨界损害的危险的一切资料。

评 注

(1) 第16条涉及到一项活动开始进行后要采取的步骤。所有这些步骤的目标都与前面各条的一样，即预防或尽量减少会造成重大跨界损害的危险。

(2) 第16条要求起源国和可能受影响各国在活动开始进行后交换有关该项活动的资料。委员会认为，基于“适当的努力”的概念来预防和尽量减少跨界损害的危险并不是一次过的努力，而是需要持续不断的努力。这意味着“适当的努力”这一责任并不因为已授权进行活动和开始技术活动而告终；相反，只要该项活动仍在继续进行，则在监督活动执行的过程中一直必须负起这种责任。

(3) 根据第16条需交换的资料包括一切在具体情况下对预防重大损害的危险有用的资料。一般来说，获得这种资料的是起源国，但当可能会受影响的国家获得任何可能会有助于预防目的的资料时，它应向起源国提供这种资料。

(4) 要求交换资料的规定在旨在预防或减少环境和跨界损害的公约中非常普

遍。这些公约规定有各种收集和交换资料的方法,或是在有关各方之间交换,或是通过向一个国际组织提供资料,而由该组织将资料提供其他国家。¹²²在这些条款中,如果有关活动很可能只涉及少数一些国家,则资料直接在有关国家之间交换。若资料涉及很多国家,有关资料可通过主管国际组织一类的其他渠道交换。

(5) 第16条要求这种资料应及时交换。这意味着一旦一国获得这种资料,它应尽快通知其他国家,以便有关国家有足够的时间探讨适当的预防措施,或使可能会受影响的国家有足够的时间采取适当的行为。

(6) 本条没有规定交换资料的频率。只有当一国得到任何与预防或尽量减少跨界损害有关的资料,第16条的规定才开始生效。

第 15 条

通知民众

各国应尽可能以适当方式向可能遭受第1条(a)项所述活动影响的本国民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料,并查明他们的意见。

评 注

(1) 第16条之二要求各国尽可能以适当方式向本国民众提供有关的资料,说明一项须经授权进行的活动可能引起的危险和损害,并查明他们对这事的意见。因此,

¹²² 例如《关于保护海洋免受来自陆地的污染公约》(《国际法律资料》)第13卷, p.352)第10条;《维也纳保护臭氧层公约》(同上,第26卷, p.1529)第4条和《联合国海洋法公约》(A/CONF.62/122)第200条都谈到了缔约国就预防或减少污染进行的个别研究或联合研究,以及将这样得出的资料直接或通过主管国际组织发给其他缔约国。《关于长程跨界空气污染公约》规定就公约缔约国所进行的活动的影响进行调查并交换所得资料(《国际法律资料》,第18卷,p.1442)。其他公约也载有这方面的例子:《跨界内河水意外污染行为守则》(文件E/ECE/1225-ECE/ENVA/16),第六条第1(三)款;《生物多样性公约》(文件DPI/1307)第17条;《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》(《国际法律资料》,第31卷, p.1313)第13条。

这一条要求各国：(a) 向其民众提供有关这项活动及其所涉危险和损害的资料；(b) 查明民众的意见。向民众提供资料的目的是让人们彼此通传消息，而后查明他们的意见。没有这第二步，本条的目的就落空了。

(2) 应向民众提供的资料包括关于活动本身及其带来的危险和损害的性质和范围的资料。这种资料载于根据第15条提出的通知所附文件中，或载于可能受影响国家根据第19条提出的评估中。

(3) 这一条受到国际法、特别是环境法的新趋势的启发。这种趋势设法让那些生命、健康、财产及环境可能受到影响的个人参与决策进程，让他们有机会提出意见，并让负责最后决策者听取他们的意见。

(4) 关于环境和发展的《里约宣言》中的原则10，对公众参与决策进程规定如下：

“环境问题最好是在所有关心环境的市民的参与下，在恰当的级别上加以处理。在国家一级，每一个人都应能适当取用公共当局所持有的关于环境的资料，包括关于在其社区内的危险物质和活动的资料，并应有机会参与各项决策进程。各国应通过广泛提供资料来便利及鼓励公众的认识和参与。应规定人人都能有效地使用司法和行政程序，包括补偿和补救程序。”¹²³

(5) 近时一些关于环境问题的其他国际法律协定也要求各国向公众提供资料，并让他们有机会参加决策进程，《跨界内陆水意外污染行为守则》第五条第1、2两款同这方面有关：

“1. 为促进中央、地区或地方当局在关于跨界内陆水意外污染事件中作出有见识的决策，各国应便利可能受到影响的公众参加听证会和初步调查并就拟作的决定提出异议，以及进行行政和司法程序。

2. 发生事件国家应采取一切适当措施，向可能因跨界内陆水意外污染遭受重大危险的自然人或法人提供充分资料，使他们能够行使国家法律按照本守则的目标所赋予他们的各项权利。”¹²⁴

¹²³ 上文脚注15。

¹²⁴ 上文脚注37。

以下各项协定都有向公众提供资料的规定：《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》¹²⁵ 第16条；《跨界的环境影响评估公约》¹²⁶ 第3条第8款；《保护波罗的海地区海洋环境公约》¹²⁷ 第17条；《联合国气候变化框架公约》¹²⁸ 第6条。

(6) 参与决策进程的方式很多。有一种参与决策的方式是：审阅作为决定基础的数据和资料，有机会通过行政法庭、法院或关心此事的公民团体来对其中的事实、分析和政策考虑等的正确性表示确认或提出质疑。委员会认为，这种公众参与形式可增进防止跨界环境损害的努力。

(7) 第16条之二所载义务受到“尽可能以适当方式”一语的限制。在此，“尽可能”三字是规范性而不是事实性的，用意是照顾到可能存在的宪法限制和其他国内限制，有些地方可能没有参与听证之类的权利。“以适当方式”五字旨在让国家、国内法律规定和国家政策来确定提供资料的方式，例如是否应通过传播媒介、非政府组织、公共机构、地方当局等来提供这种资料。

(8) 第16条之二把每个国家的义务限于向本国民众提供这种资料。“各国应向本国民众”一语不要求一国承担向别国民众提供资料的义务。例如，可能遭受影响的国家从起源国收到通知和资料后，应在对通知作出答复之前，尽可能以适当方式向可能遭受影响的那些本国民众提供资料。

第 16 条

国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或工业机密的保护至为重要的数据和资料，但起源国应本着诚意同其他有关国家合作，视情况许可尽量提供资料。

¹²⁵ 上文脚注48。

¹²⁶ 上文脚注40。

¹²⁷ 上文脚注66。

¹²⁸ 《国际法律资料》，第31卷，P.851。

(1) 第16条旨在就各国按照第13条、第14条和第15条提供资料的义务订出一种范围有限的例外情况。委员会认为,不应使各国有义务披露对其国家安全至为重要的资料,或属于工业机密的资料。在各项要求交换资料的条约中,这种条款并不罕见。《国际水道非航行使用法》条款草案¹²⁹第31条也对披露资料要求作了类似的例外规定。

(2) 第16条中除国家安全外还包括工业机密。从这些条款的上下文看来,第1条范围内的某些活动极可能采用尖端技术,所涉及的若干资料即使按国内法来说也是受保护的。通常,各国的国内法确定哪些是属于工业机密的资料并予以保护。这类保障条款在涉及交换工业活动资料的法律文书中并不罕见。例如,《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》¹³⁰第8条、《跨界的环境影响评估公约》¹³¹第2条第8款都有类似的保护工业和商业机密的规定。

(3) 第17条认识到有必要在起源国和可能受影响国家双方的正当利益之间取得平衡,因此,这一条要求,根据安全和工业机密理由拒绝提供资料的起源国本着诚意同其他国家合作,视情况许可尽量提供资料。“尽量提供资料”包括,比方说,对危险的一般性说明,一国可能遭受的损害类型及其程度等。“视情况”三字指拒绝提供资料时提到的情况。第16条靠的是各方的诚意合作。

第 17 条

关于预防措施协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时,应毫不延迟地进行协商,以期就为预防或尽量减小造成重大的跨界损害危险所需采取的措施找出可以接受的解决办法,并合作执行这些措施。
2. 各国应参照第19条寻求基于公平利益均衡的解决办法。

¹²⁹ 上文脚注62。

¹³⁰ 上文脚注48。

¹³¹ 上文脚注40。

3. 如果第1款所指的协商未能取得一致同意的解决办法,起源国仍应考虑到可能受到影响的国家的利益,并可自行承担风险从事该活动,但不得妨碍不予同意的任何国家行使根据这些条款或其他文书而具有的权利。

评 注

(1) 第17条要求各当事国,即起源国和可能受到影响的国家,进行协商,以便就预防或尽量减小造成重大跨界损害危险的措施达成协议。协商可能在批准和开始一项活动之前,或者在进行该活动期间,这取决于何时援引第17条。

(2) 在本条里,委员会试图在两项同等重要的考虑之间保持平衡。首先,本条所处理的活动不是国际法所禁止的,并且通常对于起源国的经济发展而言很重要。其次,容许在不与其他国家协商和不采取适当预防性措施的情况下进行这些活动,对其他国家而言不公平。因此,本条的规定既不是单纯的手续,起源国不能只经过一下这种手续而并无达成其他国家可以接受的解决办法的真正打算;也不是为很可能受到影响的国家规定否决权。为维持平衡,本条依靠了各当事方进行协商的方式和目的。各当事方必须怀着诚意进行协商,都必须考虑到对方的正当利益。各当事方相互征求意见,以期就为预防或尽量减小造成重大的跨界损害危险而需采取的措施找到可以接受的解决办法。

(3) 委员会认为,诚意原则是任何协商和谈判要求的组成部分。拉诺湖案的裁决承认了真正并怀着诚意进行协商和谈判的义务,仲裁庭在裁决书里说:

“两国之间的协商和谈判必须是真实的,必须符合诚意规则,不应仅仅成为手续。合理规则和诚意规则适用于与分享国际河流的使用有关的程序性权利和义务。”¹³²

(4) 关于诚意这一点,委员会还依靠了国际法院在捕鱼区管辖(联合王国诉冰岛)案上的判决。法院在判决书里说:“(各当事方的)任务是在每一方必须怀着诚意对另一方的合法权利给予合理尊重的基础上进行谈判”。¹³³ 委员会还发现法院在北海大陆架(德意志联邦共和国诉丹麦、德意志联邦共和国诉荷兰)案¹³⁴上关于应如何进行谈判的判决与本条有关。在这些案件上,法院裁定如下:

¹³² 上文脚注27。

¹³³ 捕鱼区管辖(联合王国诉冰岛)案,案情实质,1974年7月25日的判决,《1974年国际法院报告书》,第78段。

¹³⁴ 北海大陆架(德意志联邦共和国诉丹麦、德意志联邦共和国诉荷兰)案,1969年1月20日的判决,《1969年国际法院报告书》,特别是p.47,第85和87段。

“(a) 各当事方有义务进行谈判，以期达成协议，不是单单经过一种正式的谈判程序，把此种程序作为在缺乏协议的情况下自动实施某种划界方法的某种预先条件；各当事方有义务恰当行事，使谈判具有意义。如果任何一方坚持自己的立场而不考虑对自己的立场作任何修改，出谈判便失去了意义。”¹³⁵

即使法院在这一判决里说的是“谈判”，但委员会认为，各当事方不论是进行协商还是进行谈判，诚意的要求应是相同的。

(5) 按照第1款，各当事国在其中任何一国提出要求时，应进行协商。这既可能是起源国，也可能是可能受影响的任何一国。各当事方应毫不延迟地进行协商。之所以用毫不延迟地，是为了避免如下情况的产生：一国在被要求进行协商时，以各种不合理的借口拖延协商。

(6) 各当事方协商的目的是：(a) 就为预防或尽量减小造成重大跨界损害的危险而需采取的措施找到可以接受的解决办法；(b) 合作执行这些措施。在论及采取预防措施时，使用了“可以接受的解决办法”这一短语，这指的是各当事方按照第2款所定的准则而接受的措施。一般而言，各当事方将通过一定形式的协议来表示对预防措施的同意。

(7) 各当事方的目标显然首先是选定那些可能避免造成重大的跨界损害的措施，如果这不可能，则选定尽量减小这种损害危险的措施。一旦选定这些措施，各当事方必须按照第1款最后子句，合作执行这些措施。这一规定也是源自委员会的如下看法，即应有的注意义务，作为预防或尽量减小重大跨界损害的规定的核心基础，是连续性的义务，影响到进行该活动的每个阶段。

(8) 不论何时，只要对采取预防措施的必要性有了疑问，便可援引第17条。这些疑问显然可能由第13条引起，因为起源国向别的国家发出了通知，说它打算进行的活动可能具有造成重大跨界损害的危险；也可能在按照第14条交换资料的过程中或者在涉及第18条所指的可能受到影响的国家的权利时产生。

(9) 第17条具有很广的适用范围。它适用于与预防措施有关的所有问题。例如，当当事方按照第13条发出通知或按照第14条交换资料时，并且来往文函中有含糊不清之处时，便可单单为了澄清那些模糊之处而提出进行协商的要求。

¹³⁵ 同上，第段85。

(10) 第2款为就预防措施而进行协商的国家提供了指导原则,各当事方应参照第19条(利益均衡所涉及的因素)寻求基于公平的利益均衡的解决办法。本条第2款和第19条都没有排除各当事方在实现公平的利益均衡时考虑到它们认为有关的其他因素。

(11) 第3款处理的是如下可能的情况:尽管各当事方都作出了最大努力,但它们仍然不能就可以接受的预防措施达成协议。正如上文第(3)段所说明的,本条在两项考虑之间维持平衡,其中一项考虑是不给可能受到影响的国家以否决权。在这一点上,委员会愿提及拉诺湖案的裁决,仲裁庭在裁决书里说,可能受到影响的国家有可能违反诚意原则,使真正的谈判努力瘫痪。¹³⁶考虑到这种可能,本条规定起源国可以照旧进行其活动,不这样做,等于事实上为可能受到影响的国家创造了否决权。起源国虽然可以照旧进行其活动,但仍然有义务考虑到可能受到影响的国家的利益。由于进行了协商,起源国认识到可能受到影响的国家所关切的问题,更有可能在进行其活动时认真考虑到它们的关切。此外,起源国“在自行承担风险”的情形下进行该活动。这一短语在关于“事先核准的活动”的第11条里也用过。第11条的评注第(4)段对这一短语作了解释,这里同样适用。

(12) 第3款最后部分还保护可能受到影响的国家的利益,容许它们实现根据这些条款或任何其他条款而具有的任何权利。“任何其他条款”意在扩大范围,把可能受到影响的国家根据任何国际法规则、一般法律原则、国内法等而具有的权利都包括在内。

第 18 条

可能受到影响的国家的权利

1. 若没有就在一国领土内或在该国管辖或控制下进行的活动的通知,任何有严正理由相信该活动产生了能对它造成重大损害的危​​险的其他国家,都可按第17条,要求协商。

2. 要求协商的国家应提出技术评估阐述持上述看法的理由。如果该活动确属第1条(a)项所述活动中的一项,要求协商的国家可要求起源国支付评估费用的公平份额。

¹³⁶ 上文脚注27, p. 128。

(1) 本条处理的是如下情形：一国虽然没有收到应按照第13条发出的关于一项活动的通知，但认识到在另一个国家里有一项活动正在进行，该活动或由那个国家自己进行，或由一个私人实体进行，并且认识到该活动具有给它造成重大损害的危險。

(2) 本条意在保护那些有理由相信可能受到该活动不利影响的国家的权利和正当利益。第18条使它们能够要求协商并给起源国规定了同意协商要求的同等义务。如果没有第18条，可能受到影响的国家便不能迫使起源国进行协商。其他法律文件中也有类似的规定。国际水道非航行使用法条款草案第18条¹³⁷和《关于在越界情况下环境影响评估的公约》第3条第7款¹³⁸也规定了这样的程序，可能受到影响的国家可据此程序要求与起源国进行协商。

(3) 第1款允许有严重理由相信在另一国境内进行或在另一国管辖或控制下进行的活动产生了能对它造成重大损害的危險的国家按照第17条，要求协商。第1款第2行中的严正理由一词意在避免其他国家只是凭怀疑或猜测而要求协商，从而为起源国制造不必要的困难。当然，声称面对重大跨界损害危險的国家如果能证明它已经由于该活动而遭受了损害，则理由会更有说明力。

(4) 协商一旦开始，各当事国或者会同意认为该活动是第1条(a)项范围内的活动，因此起源国应采取预防措施；或者各当事方得不出一致意见，起源国继续认为该活动不在第1条(a)项范围之内。如果是前种情况，所有当事方必须按照第17条进行协商，找到基于公平的利益均衡的可以接受的解决办法。如果是后一种情况，即各当事方对活动的性质有意见分歧，本款没有对下一步行动作任何设想。委员会一旦讨论了解决争端的方式和手段问题，会再回到这个问题上。

(5) 本款不适用于起源国仍处在活动的规划阶段这类情形，因为可以假定，起源国仍可能通知可能受到影响的国家。但是，如果没有给予这种通知，可能受到影响的国家便可以一俟活动开始就要求协商。在活动的最初阶段，例如在建设阶段，也可要求协商。

(6) 第2款在第一句里试图在两者之间取得平衡，一是被要求进行协商的起源国的利益，一是认为受到影响或可能受到影响的国家的利益，所以要求后一类国家

¹³⁷ 上文脚注62。

¹³⁸ 上文脚注40。

提供支持这种看法的理由并附以载有自己对所称的危险所作的技术评估的文件。要求协商的国家必须如上所说，有“严正理由”相信存在着危险并且它可能因之受害。考虑到该国没有从起源国得到关于该活动的任何资料，因此不一定知悉所有有关的技术数据，因此支持性文件和必要的技术评估不必是完整的，但应足以为其看法提供足够的根据。“严正理由”一词应作如是解释。

(7) 第2款第二句处理的是证明所说的活动是在第1条(a)项范围之内时而产生的财政后果。在这种情况下，可要求起源国支付评估费用的公平份额。在委员会看来，这种分摊评估费用的做法是合理的，有三点理由：(1) 不论怎样，起源国也是须按照第10条进行这种评估的；(2) 期待评估的费用全由可能遭受另一国境内的活动之害而得不到任何其利的国家承担，是不公平的；(3) 如果起源国没有义务分担可能受到影响的国家所进行的评估的费用，这可能鼓励起源国不进行它按照第10条本应进行的评估，把评估留给可能受害的那些国家来做，因而把费用也转移给它们。

(8) 但是，委员会也设想如下情形：起源国没有发通知有可能是完全无辜的。起源国可能诚实地认为该活动不具有造成重大跨界损害的危险。基于这个理由，可能受到影响的国家“可要求支付“评估费用的公平份额”。这些词语的含义是，如果在讨论之后发现，评估没有揭示重大损害的危险，则此事到此为止，而且显然分摊费用的问题也不存在。但是，如果揭示出存在着这种危险，那么要求起源国支付评估费用的公平份额则是合理的。这笔费用不是全部费用，因为不论怎样，可能受到影响的国家会自动作一些评估。起源国支付的费用仅限于直接由该国没有按照第13条发出通知以及没有提供技术资料所造成的那部分费用。

第 19 条

公平利益均衡所涉及的因素

为了达到第17条第2款所提到的公平的利益均衡，有关国家应考虑到所有有关因素和情况，包括：

- (a) 重大跨界损害的危险程度以及是否有办法预防或尽量减少此种危险或补救造成的损害；
- (b) 该活动的重要性，考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国家的潜在损害；
- (c) 对环境产生重大损害的危险；以及是否有办法预防或尽量减小此种危险或恢复环境；
- (d) 该活动的经济可行性，考虑可能受影响国家所要求的预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性；

- (e) 可能受影响国家愿意承担预防费用的程度;
- (f) 可能受影响国家对同样或类似活动所适用的保护标准以及类似的区域或国际实践中所适用的标准。

评 注

(1) 本条文的目的,是为进行协商以求达到公平的利益均衡的国家提供指导。在达到公平的利益均衡时,必须确定事实,权衡所有有关因素和情况。

(2) 本条的主要条款规定,为了“达到第17条第2款所提到的公平的利益均衡,有关国家应考虑到所有有关因素和情况”。该条接着述及一份并非详尽无遗的清单,列举了此种因素和情况。这些条款包括类别广泛不同的活动,这些活动又将在不同的形势和情况下开展,使人们不可能详尽地编写出与所有个案有关的各种因素的清单。有些因素在特定情形下是相关的,其他因素可能并不相关,而又有一些未载于清单的因素可能被证明是相关的。没有指明所列因素和情况的优先次序或份量,因为在某些情形下,一些因素和情况可能更加重要,而在其他情形下,其他因素和情况可能值得给予更多份量。总之,所列因素和情况允许缔约国一特定情形可能涉及的费用和利益进行比较。

(3) (a)项款对于重大跨界损害的危險程度与是否有办法预防或尽量减少此种危險及是否可能补救造成的损害,做了比较。例如,损害的危險程度可能很大,但是也可能存在一些措施,可防止或减少该危險,或者有可能补救造成的损害。这里既是数量比较也是质量比较。

(4) (b)项对于在社会、经济和技术益处方面活动对起源国的重要性与对可能受影响国家的潜在损害,做了比较。在此方面委员会回顾到,法院在多瑙申根案的判决中指出:

“必须公平地权衡有关各国的利益。不仅必须考虑对邻国造成的绝对损害,而且必须考虑一国所获利益与对另一国所造成损害之间的关系。”¹³⁰

¹³⁰ Wurttemberg and Prussia v. Baden (Donauversinkung case) (1927) in *Entscheidungen des Reichsgerichts Zivilsachen* (Berlin, de Gouyter) vol. 116 附录, pp.18-45 (1927),载于《国际公法案件文摘》,(1927-1928) (London, 1931), p. 131; 参看 Kansas 诉 Colorado (1907) 206 US 100, and Washington 诉 Oregon (1936) 297 US 517.

(5) (c)项以与(a)项同样的方式,对于重大环境损害的危险与是否有办法预防或尽量减少此种危险及是否可能恢复环境,做了比较。委员会强调,保护环境的特别重要性。委员会认为《里约宣言》原则15与此项有关,该原则指出:“遇有严重或不可逆转损害的威胁时,不得以缺乏科学的充分可靠性为理由,延迟采取符合成本效益的措施防止环境退化”。¹⁴⁰

(6) 委员会知道,(a)项所用的跨界损害的概念可能被做广义解释,可包括对环境的损害。但是,委员会为本条的目的,将可转换成对个人价值剥夺的并可以标准经济手段测量的部分环境损害,区别于不可能进行此种测量的环境损害。(a)项意欲包括前者,而本款则包括后者。

(7) (d)项述及必须加以比较和考虑的若干因素。必须将活动的经济可行性与可能受影响国家所要求的预防费用相比。预防措施的费用不应太高,使活动在经济上不可行。还应从改变地点的可能性、或以其他手段开展活动、或以其他活动取代该项活动的角度,评估活动的经济可行性。“以其他手段开展(活动)”一语的目的是考虑到这样的情形:例如,在活动中使用的可能成为跨界损害来源的某种化学物质可由另一种化学物质替代;或者,装置或工厂中的机械设备可由不同的设备替代。“以其他(活动)取代该项活动”一语的目的是考虑到这样的可能性,即另一种没有重大跨界损害的危险或危险程度低得多活动可能可达到同样或类似的结果。

(8) (e)项规定,决定预防措施之选择的因素之一是可能受影响国家是否愿意承担预防费用。例如,如果可能受影响国家准备承担预防措施的支出,在考虑到其他因素的情况下,有理由期望起源国采取耗资较大但更有效的预防措施。

(9) (f)项对于起源国所要求的预防标准与在可能受影响国家适用于同样或类似活动的预防标准做了比较。根据在于,在一般情况下,可能没有理由要求起源国遵守比在可能受影响国家采用的预防标准高得多的标准。但是这一因素本身并非是绝对的。在某些情形下,可能会指望起源国适用的预防标准高于在可能受影响国家所适用的标准,即:起源国是高度发达的国家,适用的是国内既定的环境法律的规章。比起不发达的、在预防标准问题上即使可能(实际上需要)有规章、但也是很少的起源国所适用的规章,这些规章的要求要高得多。考虑到其他因素,起源国可能必须适用自己的预防标准,而这些标准高于可能受影响国家的标准。

(10) 如果其他区域有适用于同样或类似活动的预防标准,各国还应当考虑到这些标准,并考虑到适用于类似活动的国际预防标准。例如,在有关国家没有此种活动的任何预防标准或它们愿意改善现有标准时,这一点就特别相关。

¹⁴⁰ 上文脚注15。

第三章 补偿或其它补救

一般性评注

(1) 如同在第5条评注中所解释过的，关于这个专题的条款并不遵循通常所理解的那种“严格”或“绝对”责任。它们确认，虽然上述概念是人们熟悉的并且拟订于许多国家的国内法中，也涉及国际法中的若干活动，却没有在国际法上加以充分研拟。¹⁴¹ 如同在国内法中的情况一样，公正和公平原则以及其它社会政策表明了由于别人的活动而受害的人应该得到补偿。(也参看第一章第5评注)。因此，第三章规定了受害方可借以寻求补救的两个程序：在起源国的法院进行诉讼，或由起源国和一个或多个受害国进行谈判。当然，这两个程序不妨碍当事国可能议定的任何其它安排，或妨碍发生损害的国家法院管辖权的正当行使。后者的管辖权按照适用的国际私法原则可能存在：如果存在，则不受本条款的影响。

(2) 当通过起源国的法院寻求补救时，它是按照该国的适用法律办理的。如果通过谈判寻求补救，第22条开列了应该引导当事国达成友好解决办法的一些因素。

(3) 对补偿的性质和范围的说明显然基于初步的确定，即：第1条所指活动引起的重大跨界损害已经发生。这种事实的确定将在受害方到国家法院提出申诉的情况下由法院办理，在选择通过谈判取得补偿的情况下则由国家自己办理。

(4) 在上述国家实践情况下，当对第1条所指的那种活动引起的重大跨界损害的补偿得到支付时，它采取了多种方式，对受害国一次整付以便由它解决索赔要求(通常通过适用国内法)或直接付给个人索赔者。在国家之间惯用的补偿方式总的说来与国内法中现有的补偿方式类似。的确，有些公约规定，国内立法是为了规制补偿问题。当损害以金钱补偿时，各国通常要求支付可以立即兑换的货币。¹⁴²

(5) 要求各国采取立法、行政或其它行动执行本条款规定的关于执行上述条款的第一章第6条应该联系第三章来解释为包括一项义务，即：向在其领土内或在其管辖或控制下进行的活动的跨界损害受害者提供要求补救的实质性和程序性权利。

¹⁴¹ 对于国内法和国际法中侵权行为的“严格”或“绝对”责任概念的发展，参看“有关国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题的责任制度概览”，秘书处编写，A/CN.4/471,1995,第16—60段。

¹⁴² 见同上，第272—280段。

第 20 条

不歧视

1. 有第1条所指活动在其领土上进行的国家不应基于国籍、住处、或损害地点在按照其法律制度给予遭受重大跨界损害的人利用司法或其它程序的机会、或要求补偿或其它补救的权利方面实行歧视；

2. 第1款不影响有关国家为保护遭受重大跨界损害的人的利益而提供特别安排的任何协议。

评 注

(1) 本条载述起源国在不基于国籍、住处或发生损害的地点实行任何歧视的基础上允许利用其司法程序和其它程序的基本原则。

(2) 第1款包含两个基本要素，即不基于国籍。或住处实行任何歧视和不基于发生损害的地点实行任何歧视。所载述的规则责成各国确保遭受第1条所指活动引起的重大跨界损害的任何人不论其国籍或住处为何，均得享有起源国在发生国内损害的情况下给予其国民的同样的待遇。这项义务不是为了影响某些国家的现行办法，即要求非住民或外国侨民缴备供支付法院费用或其它费用的保证金，以之作为利用其法院系统的条件。这种办法按照本条来说并不是“歧视性的”，而且已经在“按照其法律制度”一语中考虑到了。

(3) 第1款也规定，起源国不得基于发生损害的地点实行歧视。换言之，如果损害是在B国进行的第1条所指活动在A国造成的重大损害，B国不得以该项是在其管辖范围以外发生为由阻止诉讼。

(4) 第2款说明，该项规则是备用性质。因此，当事国可就向遭受重大损害的人提供补救的最佳方式达成协议，例如双边协议。本条款草案第二章鼓励各当事国议定关于如何处理有发生重大跨界损害之危险的活动的特别制度。在这样的安排中，各国也可规定在发生重大跨界损害的情况下保护受害者的方法和方式。“为保护受害者的利益”一语的使用是为了澄清本款并不是为了说明：各国可通过相互协议决定在允许利用其司法程序或其它程序或要求补偿权利方面实行歧视。国家间协议的目的应该总是为了保护受害者的利益。

(5) 本条所载义务的先例可以在国际协定和国际组织的建议中找到。例如，

1974年2月19日由丹麦、芬兰、挪威和瑞典缔结的保护环境公约载有如下规定：

“受到或可能受到在另一国进行的对环境有害的活动造成的公害之影响的人应有权将是否允许进行这种活动的问题，包括预防损害的措施问题提交该国主管法院或行政当局，并按照与活动所在国的法律实体一样的条件和规定对法院或行政当局的裁决提出上诉。

本条第1款的规定应该同样适用于由对环境有害的活动所造成的损害要求补偿的诉讼情况。补偿问题不应按照比活动所在国的补偿规则不利的规则对受害方实行判决。”¹⁴³

经济合作和发展组织（经合组织理事会采取了关于在跨界污染情况下给予同等权利和不得歧视的建议。该建议第4款(a)项的内容如下：

起源国应确保遭受跨界污染损害或有遭受跨界污染的重大危险的任何人至少应得到与起源国在国内污染情况下和可比较的情况下给予…情况或状况相同的人享有的同等的待遇。¹⁴⁴

第 21 条

补偿或其它补救的性质和程度

起源国和受影响国应在任一方提出要求的情况下为第1条所指活动造成的重大跨界损害谈判补偿或其它补救的性质和程度，同时考虑到第22条中所列各项因素并遵守受害者不应承担全部损失的原则。

¹⁴³ 1974年2月19日由丹麦、芬兰、挪威和瑞典缔结的保护环境公约，第3条，联合国《条约汇编》，第1092卷，p.279。收录于《国际法律资料》，第八卷，1974，p.591。类似的规定载于1991年2月25日欧经会《跨界情况下环境影响评估公约》第2条第6款，第E/ECE/1250号文件；关于跨界水污染的责任和赔偿责任的准则，第二部分，B.6节，1991年2月25日—3月1日举行的环境法专家会议编写，第ENVWA/R.38号文件，附件一。

¹⁴⁴ 经合组织第C(77)28号(最后)文件，附件，载于经合组织，《经合组织和环境》。1986，p.150。同样的内容载于《在环境方面指导各国养护与和谐利用两个或多个国家共有自然资源的行为原则》原则14，经环境规划署(环境署)规划理事会1978年5月19日第6/14号决定批准。关于同样机会的原则的讨论可参看Van Hoogstraten，《环境政策和法律》，第2卷，1976，77。

(1) 除根据第20条在起源国法院诉讼外，第21条规定了另一程序，即在起源国和受害国之间进行谈判，通过这一程序可确定补偿的性质和程度。该条并不意味着这一程序必然比诉诸国家法院更为可取。它只是承认可能存在下述情形，其中可能证明谈判是获得补偿或救济的唯一方式，或者，考虑到特殊形势下的情形，从外交上说，谈判是更合适的方式。例如，在一跨界损害的特殊事故中，除了受害国的公民或居民外，受害国本身可能受到重大损害，因此有关国家可能倾向于通过谈判解决问题。还可能有这样的形势：或是由于受伤害人员很多、存在程序上的障碍，或是由于起源国与受害国距离遥远，或者受伤害人员缺乏经济手段，无法在起源国法院进行索赔，或者在起源国的实体法中不存在任何补救办法，因此，受伤害国家的受伤害公民或居民无法或不可能在起源国法院进行诉讼。

(2) 然而，本条的目的是允许受伤害人员在起源国法院提起诉讼，并在诉讼程序尚未结束时，不寻求就索赔问题进行谈判。同时，如果有关各国决定通过谈判解决这一问题，则在谈判尚无结果之时，推迟在起源国法院进行诉讼。当然，这种谈判应向受伤害的各方提供有效的补救措施。本条并不算适用于这样的谈判：其中由于其他双边安排，两国经相互同意，剥夺受伤害方，使其不能得到有效补救。

(3) 本条规定了两个标准，应当在其基础上确定补偿的性质和程度。第一是根据第22条所列的一系列因素。第二是下述原则：任何人，凡从事第1条(a)项所指性质的一项活动的，要承担不良后果的风险以及享受这一活动的益处；关于第1条(b)项所指的活动，“受害者不应承担全部损失。”第二条标准所依据的是人类的下述基本概念：因他人活动而遭受损害或伤害的个人应得到救济。在现代人权原则中，可以找到非常类似的内容。

(4) 受害者不应承担全部损失的原则意味着补偿或其它救济可能并不总是充分。可能存在这样的情形，其中重大跨界损害的受害者可能不得不承担某些损失。谈判各方处理这一问题时，第22条中的这一标准将给予它们指导。

(5) “补偿和其它救济的性质和程度”一语的目的是表明，跨界损害的补救措施可能采取补偿以外的形式。在国家实践中，除金钱补偿外，补偿有时采取消除危险或恢复原状的形式。在某些情形中，对一项重大跨界损害的补救可能是恢复环境。在1966年的帕洛马雷斯事件中，情况就是这样，当时，美国一架核轰炸机与加油机碰撞之后，核炸弹掉在西班牙海岸附近的西班牙领土上。美国收回了炸弹，将

受污染的西班牙土壤运走埋在本国领土上，¹⁴⁵ 从而在西班牙消除了危险的原因。清除污染行动并不是恢复原状，但这一行动背后的意图和政策使得这一行动成为补救措施。

(6) 可或应起源国或应受害国的请求而发起谈判。但是，本条无意阻碍起源国与受伤害私人各方之间进行谈判，也无意阻碍受伤害各方与引起重大跨界损害的活动进行者之间进行谈判。

(7) 谈判应本着“诚意”，这是一般的法律原则。见第6条的评注第(2)和(3)段。

(8) 工作组的一些成员认为，应让受伤害的私人各方选择遵循何种程序。他们认为，在某些情形下，由于谈判的两国之间可能存在若干其他双边问题，会影响它们在这一特定问题上看法，因此，谈判产生的补救措施未必会如起源国法院本会产生产生的补救措施那样有利。

第 22 条

谈判的因素

在第21条中所指的谈判中，有关国家除了其它事项以外应考虑到下列因素：

- (a) 在第1条(a)项所指活动的情况下，起源国遵守第二章所指预防义务的程度；
- (b) 在第1条(a)项所指活动的情况下，起源国在预防或尽量减少损害方面履行适当责任的程度；
- (c) 起源国知悉或有办法知悉第1条所指的活动正在或将要在其领土内或在其管辖或控制下进行的情况；
- (d) 起源国从该活动取得利益的情况；
- (e) 受害国从该活动分享利益的情况；

¹⁴⁵ 1966年4月12日《纽约时报》第28版第3栏。此外，据报道，美国在马绍尔群岛进行核试验后，花费了约1.1亿美元清除埃尼威托克群岛环礁的一些岛屿，使其重新适于居住。见1982年6月15日《国际先驱论坛报》第5版第2栏。

- (f) 第三国或国际组织可以或已经向任一国提供援助的情况；
- (g) 通过在起源国提出诉讼或以其它方式确实能够或已经向受害人提供补偿的情况；
- (h) 受害国的法律就同一损害规定补偿或其它补救的情况；
- (i) 联系受害国所进行的和区域及国际实践中的类似活动所适用的保护标准；
- (j) 起源国采取措施协助受害国尽量减少损害的情况；

评 注

(1) 本条的目的是为谈判补偿或其他救济的性质和程度的国家提供指导。为达成公正和公平的结果，必须对所有有关因素和情况加以衡量。所用词语“除了其它事项以外”是为了表明本条无意详尽地列出所有因素。

(2) (a)项表示了第二章和补偿责任与这种补偿或其他救济的性质和程度的关系。(a)表明，虽然第二章所规定的涉及具有重大跨界损害危险的活动的预防义务不应视为所谓的“硬”义务，也就是说，不履行义务不引起国家责任问题，但这的确会影响补偿责任的程度和这种补偿或其他救济的数量。对其他国家的安全和利益明显地缺乏关心和照顾有违睦邻关系原则。使其他国家遭受危险将是一个重要的因素，促使人们预想谁将承担补偿责任并在多大程度上承担。若是起源国遵守了第二章所载的预防措施标准，那么重大跨界损害便不会发生，或者说至少不会发生到那种程度。如果这一点变得很明显，那么这一发现可影响到责任的程度和补偿数量，更不用说起源国也应提供补偿的结论了。但是，如果起源国不遵守预防措施经证明对跨国损害的发生或此种损害的程度没有任何影响，那么这一因素便可能不具有意义。这一情况类似于关于“国家责任”的条款草案第45条第2款(c)项所规定的情况，该项规定，为了提供充分的赔偿，受害国可能有权从违法国获得满足，其中可能包括“在严重侵犯受害国的权利时，反映侵害程度的赔偿”。

(3) (b)项规定，应考虑到起源国在多大程度上给予了应有的注意以防止损害或把损害降到最小程度。这一因素是确定起源国是否诚信的另一个要素，即确定起源国是否遵守了睦邻原则和给予了应有的注意，是否表现出对受到跨国损害不利影响的他国利益的关心。当起源国在遵守了第二章规定的预防措施之后又采取了另外这类措施时，这一因素的影响力便增大。

(4) (c)项规定了一个重要的注意因素--就是说起源国知道或有办法知道第1条所指的活动正在其领土上进行，然而没有采取行动。当起源国未遵守第二章的预防措施并提出了它不知道该项活动这一辩护理由时，这一因素虽然是有关的。

(5) 显然,一国只有当它知道其领土上或受其管辖或控制的其他领土上正进行着活动时,才能遵守预防措施。不能期望一国在无法知道其领土上正进行的秘密活动的情况下采取预防措施,尽管它给予了一切合理的应有的注意。

(6) 这一因素来自国际法院在科孚海峡案(案情)上的法官意见。在该意见中,法院认为阿尔巴尼亚有义务就其领海内布有水雷发出通知,不仅根据1907年《第八号海牙公约》应这样做,而且根据如下原则,即“某些一般和公认的原则,即:对人类的基本考虑,在和平时期比在战争时期尤为如此……以及每个国家不故意容许其领土被用来进行对其他国家权利有害的行为的义务。”¹⁴⁶ 起源国如不能证明它不了解这种活动或无法知道这种活动正在其领土上或受其管辖或控制的其他领土上进行,这一点便证明它没有履行(a)项和(b)项所规定的应有注意的义务。¹⁴⁷

(7) (d)项和(e)项指在多大程度上指望起源国和受影响国,根据其本身从造成跨界损害活动中获得利益的情况,分担提供补偿和救济的负担。

(8) (e)项指在重大跨界损害情况下应负赔偿责任所依据的一个要素,即国家不应将其进步和发展的成本外部化,使他国面临仅有本国从其中直接受益的活动带来的风险。若受影响国也受益于造成跨界损害的活动,考虑到其他因素,特别是有关适当注意的因素,可以指望受影响国也分担一些费用。这一因素并不打算对受害的私人方面补偿或其他救济的程度产生负面影响。

(9) (f)项提出了两个要素:第三国或国际组织对起源国的援助情况;第三国或国际组织对受影响国的援助情况。关于前者,若第三国提出、或通过国际组织可以得到有关预防或最大限度减少重大跨界损害方面的援助,而起源国仅由于忽视或不关心受影响国的利益而没有利用这些机会,这一点就表明该国没有给予适当注意。关于后者,受影响国还被指望保持警惕,最大限度地减少对自身的损害,甚至是由其领土之外的活动造成的损害。因此,如果由于第三国提议或通过国际组织,受影响国可以得到减少损害的机会,而受影响国没有利用这些机会,则该国也没有达到适当注意的标准。另一方面,若受影响国得到了此类援助,在确定补偿或其他救济的程度和数额时,可以考虑到此类援助的程度。

¹⁴⁶ 见1949年国际法院报告书, P.22。

¹⁴⁷ 在科孚海峡案件上,国际法院发现阿尔巴尼亚没有试图防止灾难的发生,因此认为阿尔巴尼亚“按照国际法应对发生的爆炸……及损害和人员的死亡负责……”。同上, P.36。

(10) (g)项考虑到了两种可能性：第一，在私人受害方在起源国法院提出索赔，或通过与从事造成跨界损害活动者谈判寻求解决之前进行谈判；或在此类程序进行期间或完成之后进行谈判。在这两种情况下，在确定受害方是否已经或将要得到公平的补偿或救济方面，这一因素都是有关的。

(11) (h)项指在确定跨界损害当事方有关补偿或其他救济的期望是否正当方面的一个要素。受影响国法律就一些具体类型伤害所规定的补偿的范围在评估就一特定伤害期望补偿是否正当方面很重要。即使受影响国一位受害者根据受影响国的法律不可能采取行动，也不能因此得出受影响国认为此类伤害为不可补偿的结论。需要参照有关情况审查该法律，以确定他国政府的程序是否能发挥同等作用。问题是伤害应当补偿。不应使其得到“意外之财”。另一方面，受影响国的法律也可能就更大类别的伤害规定补偿，或补偿额大大高于起源国法律的规定。国家间的谈判应考虑到这些比较问题。

(12) (i)项也指重大跨界损害当事方共有的期望，以及适当注意和睦邻关系问题。尽管有第二章规定的预防措施，但在有关造成跨界损害的活动方面，如果受害国进行相同或相似的活动所适用的保护标准大大低于起源国所适用的标准，受影响国抱怨起源国没有达到适当注意的有关标准就缺乏说服力了。同样，若起源国能够表明，其保护标准与区域或国际标准相当，关于违反适当注意标准的指控，它就有更好的辩护理由。

(13) (j)项与确定起源国在多大程度上给予了适当注意和考虑到睦邻关系有关。在有些情况下，由于对跨界损害来源的原因的了解，起源国可能处于更好的地位，协助受影响国减少伤害。因此，应鼓励此种援助，因为首要的目标是预防或最大限度减少伤害。¹⁴⁸

¹⁴⁸ 例如，1972年，在Cherry Point事件中，在利比里亚注册的World Bond号油轮在华盛顿州Cherry Point向Atlantic Richfield Corporation的炼油厂卸油时，向海中泄漏了12,000加仑原油。原油漫到加拿大水域，污染了不列颠哥伦比亚五英里的海滩。该炼油厂和边境两边的当局迅速采取行动，抑制和限制损害，从而将对加拿大水域及沿岸的伤害减到了最小。见《加拿大国际法年鉴》，1973年，第十一卷，pp.333-334。

附件二

关于长期工作方案的报告

1. 委员会存在了将近50年，在这段期间内，进行了并且完成了属于公共国际法各个领域的许多专题。¹ 但是，如果把已经完成的工作同国际法的主要部分甚或同委员会在某一时日或另一时日提出的可供进行国际法的编纂和逐渐发展的专题清单² 对照一下，就可以明显地看出还有许多尚待完成的工作。

2. 本文件的目的是为可能的专题提供完备的概览（尤其是鉴于“可能着手的未来专题”的建议反映了一些委员在不同时日的提案）。的确，过去所提议的专题有些已经由其它机关予以审议整份报告的目标是：

- (a) 将公共国际法中主要受习惯国际法规则制约的一些极其一般性的领域分门别类；
- (b) 在上述极其一般性的标题之下列举委员会或个别委员在某些时日或另一些时日向委员会提出的可供着手的各个专题（原先提议的日期载于下文方括号内）；
- (c) 增添一些可能着手、但委员会不拟对将来着手的可行性采取坚定立场的专题；
- (d) 指出已经全部完成或部分完成的那些专题；和
- (e) 为委员会认为适当、可以立即编纂和逐渐发展的三个可能着手的未来专题所提出的主要法律问题开列一个极其概括的提纲。这三个专题是：
 - (一) 外交保护（增编1）；
 - (二) 国家管辖范围外沉船的所有权和保护（增编2）；
 - (三) 国家的单方面行为（增编3）。

这三个专题在下文大纲中用黑体打印。

¹ 详见下文《大纲》。

² 同上。

3. 下文提议的大纲是一个实例，它说明委员会认为可以在对一般公共国际法的主要领域通盘着眼的情况下统筹兼顾委员会可在将来着手研究的一些专题的总体着手方式。委员会充分意识到，所提到的一些专题属于其它机构的工作范围；提到这些专题是为了表明国际法的范围。委员会不打算重叠有关机构的职权范围。

4. 如果委员会认为这种着手方式富有成果，就建议在委员会下届会议期间进一步研讨尚未列入在增编1-3中的更多的专题。

大纲³

一、国际法的来源

1. 已经完成的专题：

(a) 条约法：

(一) 维也纳条约法公约, 1969;

(二) 关于国家和国际组织间或两个或两个以上国际组织相互间条约法的维也纳公约, 1986

(三) 关于最惠国条款的条文草案, 1978

2. 委员会正在审议的专题：

对条约的保留

3. 可能着手的未来专题：

(a) 条约法：

多边订约程序(1979)

(b) 单边行为法(1971)：

(一) 国家的单边行为(见提纲—增编3)；

(二) 适用于国际组织决议的法律；

(三) 国际组织决议效力的控制。

(c) 习惯国际法：

(一) 习惯规则的形成

(二) 习惯规则的法律效力

(d) 强行法(和有关概念)(1972)

(e) 没有约束力的文书

³ 本表是为了说明的目的而开列的；它的措词或内容都不表示委员会将来一定要这样拟订。

二、国际法的主题

1. 已经着手但又放弃的专题：

- (一) 国家的基本权利和义务(1949)
- (二) 政府的“继承”(1949)

2. 可能着手的未来专题：

- (a) 国际法主题(1949)
- (b) 国家地位
 - (一) 国家在国际法中的地位(1971)
 - (二) 承认的标准(1949)
 - (三) 国家的独立和主权(1962)
- (c) 政府
 - (一) 政府的承认(1949)
 - (二) 代议制

三、国家和其他法人的继承

1. 已经完成的专题：

- (a) 关于国家在条约方面的继承的维也纳条约，1978
- (b) 关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约，1986

2. 委员会正在审议的专题：

关于国家在国籍方面的继承

3. 可能着手的未来专题：

- (a) 在国际组织的成员资格和对国际组织的义务方面的国家继承；
- (b) 同国家继承有关的“既得权利”；
- (c) 国际组织的继承

四、国家管辖/管辖豁免

1. 已经完成的专题：

国家及其财产的管辖豁免,1991

2. 可能着手的未来专题：

- (a) 执行豁免
- (b) 治外法权
 - (一) 对外国的行为的承认(1949)
 - (二) 对外国的管辖权(1949)
 - (三) 对于在国家领土外实施的罪行的管辖权(1949)
 - (四) 国内立法的境外适用(1992)
- (c) 领土管辖权
 - 国家的领域(1949)
- (d) 对公务的管辖权(“competences relatives aux services publics”)

五、国际组织的法律

1. 已经完成的专题：

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,1975

2. 已经着手但没有继续的专题：

国际组织、其工作人员、专家等的地位、特权和豁免

3. 可能着手的未来专题：

- (a) 国际公务员制度的一般原则
- (b) 国际组织的国际法律人格
- (c) 国际组织的管辖权
 - (一) 默示权力
 - (二) 个人管辖权
 - (三) 领土管辖权

六、个人在国际法中的地位

1. 已经完成的专题：

关于减少无国籍状态的公约,1961

2. 可能着手的未来专题：

- (a) 关于个人的国际法(1971)
国际法上的个人
- (b) 外侨的待遇(1949)
 - (一) 庇护权(1949)
 - (二) 引渡(1949)
- (c) 关于国际移徙的法律(1992)
- (d) 人权和民主制度的维护(1962)

七、国际刑法

1. 已经完成的专题:

- (a) 国际刑事法院规约草案, 1994
- (b) 危害人类和平及安全治罪法草案, 1996

2. 可能着手的未来专题:

- (a) “或引渡或审判”原则
- (b) 危害人类和平及安全治罪法中未提到的国际罪行

八、国际空间的法律

1. 已经完成的专题:

- (a) 海洋法
 四项日内瓦公约, 1958
- (b) 国际河川的法律制度
 国际水道非航行使用法条款草案, 1994

2. 已经着手但又放弃的专题:

历史水域的法律制度, 1962

3. 可能着手的未来专题:

- (a) 海洋法
 在国家海事管辖范围外沉船的所有权和保护(见大纲-增编2)
- (b) 国际河川的法律制度和有关专题
 国际河川的航行
- (c) 空气法(1971)

- (d) 空间法(1962)
- (e) 共享自然资源
 - (一) 全球公域(1992)
 - (二) 人类共同继承财产
 - (三) 跨界资源
 - (四) 封闭地下水
 - (五) 人类的共同利益

九、国际管辖/责任的法律

1. 已经完成的专题:

- (a) 外交和领事关系
 - (一) 维也纳外交关系公约, 1961
 - (二) 维也纳领事关系公约, 1963
 - (三) 维也纳特别使团公约, 1969
 - (四) 防止及惩治危害国际上受保护人员, 包括外交代表的罪行公约
 - (五) 外交信使和没有信使护送的外交邮袋的地位草案, 1989

2. 委员会正在审议的专题:

- (a) 国家责任
- (b) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

3. 可能着手的未来专题:

- (a) 国际责任
 - (一) 外交保护(见大纲-增编1)
 - (二) 国际组织的国际责任
 - (三) 职能性保护
- (b) 国际组织的国际代表权

十、环境法

可能着手的未来专题：

环境法

各国保护人类环境的权利和义务 (1992)

十一、经济关系法

- (一) 经济和贸易关系 (1971)
- (二) 资本投资的法律情况及有关协定 (1993)
- (三) 与国家财产私有化相关连的国际法律问题
- (四) 适用于发展援助的一般法律原则

十二、武装冲突法/裁军

可能着手的未来专题：

- (a) 关于国家间军备、武器和军事设备出售或其它转让的登记的必要法律机制 (1992)
- (b) 适用于非军事化和/或中立地区的一般法律原则
- (c) 适用于根据联合国宪章第七章进行武装制裁的一般法律原则

十三、争端的解决

1. 已经完成的专题：

仲裁程序规则范本，1958

2. 可能着手的未来专题：

- (a) 国际争端的和平解决(1949)
- (b) 解决有关未来编纂公约的适用和解释的争端条款范本
- (c) 通过联合国机关调停和调解的程序

增 编 1

外交保护

大 纲

1. 委员会在提议本专题适合在未来着手探讨的时候并没有编写可与1993年11月9日第A/CN.4/454号文件所载大纲相比的任何专题大纲。规划小组在其1996年第四十八届会议上决定：一份简短的大纲可能有助于各国政府决定是否批准未来的工作。

2. 下列大纲当然是暂定的。特别报告员可以自由提出改动建议，就象各国政府在第六委员会中所做的那样。但是，这个专题具有这样的吸引力：它将成为委员会关于国家责任的研究的姐妹篇。这项研究可能依循历来的条文加评注的格局，但是把最后形式问题留待将来决定。委员会不认为这项具体研究必须最终成为公约。它很可能采取有助于各国政府处理国际求偿的准则的形式。

3. 在有些章节中增添了简短的解释性说明，以解释为什么这个事项在目前引起关注。

1. 外交保护的依据和基本原因

2. 要求外交保护的人

A. 自然人

(一) 国民：国籍证明和“真正联系”；

(二) 双重和多重国籍：“有效国籍”的作用

(a) 对第三国来说

(b) 对国籍国之一来说

说 明

4. 在个人求偿者具有两个国籍的情形下，通常公认的情况是，适当的求偿国，与第三国相对，是他的“有效”国籍国。但是，会有“有效”国籍国未能提供保护而他的第二国籍国应该提出要求的情况。这种情况与“真正联系国”未能采取行动的例外情况并无不同。更加难办的是求偿者的一个国籍国对他的另一个国籍国提出要求的情况。这种情况在美国/伊朗求偿委员会(见A.18号案件)中引起了争议，法庭必须考虑到以双重国籍者名义提出的要求应该或不应该得到允许的情况。

(三) 为国家服务的个人(在军队、船上、使馆服务的外国人)；

(四) 无国籍人；

(五) 在全国求偿者团体中形成少数群体的外国侨民

说 明

5. 一些情况(比如在击落飞机或炸沉船舶)可能发生，在这种情况下，乘客和个人求偿者基本上是同一个国家的国民，但是有少数人具有不同的国籍。接着发生的问题是是否多重要求(多重求偿国)必定发生，或者单一求偿国可用具代表性的名义提出要求。

B. 法 人

(一) 公司，社团法人等

(二) 合伙关系

(三) 保险人

说 明

6. 关于合伙关系的法律不够明确，在合伙人分别属于不同国籍和对某项要求到底是“合伙关系”要求、还是个人要求、有分歧意见的情况下，尤其是这样。

7. 关于保险人的法律更是落后。对保险所承保之财产的破坏或损害往往导致由保险人承受的真正损失。求偿的“代位权”绝对不是明确到可以令人接受、以致保险人的国籍国可以成为适当求偿者的程度。

3. 保护若干形式的国有财产，只是附带地保护个人

- (a) 使馆
- (b) 国家拥有的船舶、飞机
- (c) 军事基地

说 明

8. 委员会在这个阶段没有对是否将保护国有财产列为拟议的研究的一部分这一问题采取坚定的立场。但是，委员会认为，应该对该问题的这个方面进行一些初步研究。这种问题不同于对国有财产的豁免。它们更多地涉及出现任何正式求偿之前国家所具有的保护手段问题。

4. 保护的先决条件

- (a) 权利要求以外的“保护”形式
- (b) 国际要求的提出
 - (一) 损害作为求偿的附带条件的適切性
 - (二) 国籍国的外交保护和国际组织对其代表的“职能性”保护之间的关系
 - (三) 要求的国籍规则
 - 真正联系和“连续性”的必要条件
 - 同国际组织的“职能”保护的关系

- (四) 用尽当地补救办法的规则
 - 范围和意义
 - 司法、行政和裁量补救办法
 - 用尽上诉、复审等办法的义务
- (五) 备选国际补救办法的影响
 - 向人权机构提出申诉的权利
 - 国际要求委员会

说 明

9. 在个人有申述权利的情况下，比较传统的外交保护形式是否中止或终止呢？这项机构得到的结论对于未来的外交求偿来说是否定论呢？

5. 缺乏外交关系情形下的外交保护机制

6. 提出保护要求的正式要件

- (a) 国籍、提出要求的充分理由等的证据要件
- (b) 及时性 - 在缺乏时效规则的情形下由于延误所造成的影响

7. 解决要求的确定性

- (a) 要求国接受解决要求提议对提出要求的个人的影响
- (b) 通过国际要求委员会、仲裁等解决
- (c) 一次总付和国家要求委员会的仲裁
- (d) 随后发现
 - (一) 诈欺
 - (二) 新事实对解决要求的影响。

国家海事管辖范围外沉船的所有权和保护

大 纲

1. 工作组认为,已经列入1993年11月9日第A/CN.4/454号文件中的这个专题得到特别的关注。的确,这个专题的范围界定得很清楚,从来没有研究过,具有相当实际的价值。而且,一般认为,这个专题的研究能够在比较短的期间内得出结论,因而具有更多的优点。

2. 下列大纲是暂定的。委员会和特别报告员可以自由地加以完善,并且提出改动建议。

3. 地下水勘探的科学和技术进步便利了沉船及其船货的发现和追索。

围绕这个专题的竞争性利益包括:

- (a) 体育和休闲(业余爱好者);
- (b) 经济上的(有价值的船货);
- (c) 政府的(安全、国家遗产等);
- (d) 科学的(海事科学研究)。

1. “沉船”的定义

说 明

4. 就救助法来说,这个法律定义侧重“海难”船舶的概念,救助法预先假定,有一个船主,救助者有权从船主取得有效救助的报酬。

5. 但是,对于“沉船”是否因“海难”而需要救助有相当程度的不确定性。

6. 与这个问题有关的是美国的一些联邦案件、1910年布鲁塞尔关于救助法的公约、1967年布鲁塞尔公约议定书和1989年国际海事组织的国际救助公约。(这些公约不解决问题,但将问题留给国内法处理)。

2. 沿海国管辖权

- (a) 为了航行的安全打捞沉船的权力；
- (b) 采纳救助要求的管辖权；
- (c) “保护”沉船和管理进出沉船基址的通路的管辖权；
- (d) 采纳对沉船和/或它的船货的所有权的要求。

说 明

7. 原则上，(a)、(b)和(c)项所述管辖权仅限于国际水域和领水。

8. 但是，就海上发现的考古文物和有历史渊源的文物来说，1982年联合国海洋法公约第303条第2款规定了毗邻区内的另一管辖权。

9. 在这方面，大陆架/专属经济区区域和国家管辖范围以外的公海区域还是有相当的不确定性，显然，1982年公约并未规定包括沉船在内的任何全面制度。

10. 尽管有些国家努力将沿海国管辖权扩展到包括200英里范围内的具有考古或历史意义的沉船，大多数国家反对将沿海国管辖权扩展到包括“自然”资源以外的资源。但是，有些国家的实践支持这种权力，1982年联合国海洋法公约(第303条第1款)对于保护考古和历史性文物的比较有限的责任当然包括这些区域。

11. 对于国家管辖以外的公海来说，没有任何普遍的制度，但是在1982年公约第149条中有一个载述考古和历史性文物的特别条款。

3. 所有权或所有权凭证问题

- (a) 非为商业目的开动的海军舰只、军用飞机和其它国有船舶；
- (b) 具有考古或历史意义的沉船。

说 明

12. 有没有据以确定是否保有或失去所有权，使得该财产成为弃物的标准呢？有哪些法律规定了这种标准呢？

13. 沉船可能丧失了船旗登记，因此根据一些国家的法律在过了一段期间以后失去国籍，“脱离了登记”；但这并不影响所有权。

14. 国家继承法是否充分地载述了已经失踪的国有船舶问题呢？

15. 目前的实践情况显示，对放弃海军舰只或国有船舶的所有权凭证有一种预先所假设，需要有一种明示的转让行为或放弃行为。之所以持这种看法一方面是鉴于被未经授权的人持有的船舶或飞机所涉安全问题，另一方面则是希望沉船作为“战争坟墓”不被触动。

16. 在1982年海洋法公约中对具有考古或历史意义的沉船采用一种特别制度的意图失败了，但是该公约的确载有一些有限的条款，例如第149条和第303条第1和第3款。

17. 要从中抽取一种在毗邻区以外利用国家的立法、行政和司法权力的普遍的保护制度是困难的。因此，在这个毗邻区以外，基本的问题是：谁来保护这些沉船？随之发生的问题涉及所有权和对沉船及其船货的处置。若干国家辩称潜在的所有权应归拥有该船舶文化遗产的国家。

18. 此外，教科文组织订立了载述文化遗产的一些公约。但是，这些公约没有一个明文载述沉船，国家的义务照说不能在领海以外适用。

19. 欧洲委员会订立了1985年涉及文化财产的违法行为公约（同样不超过领海范围）；更加切题的是，在普罗特报告提出以后拟订了水下遗产公约草案。

20. 但是除了一些例外（澳大利亚：1976年历史上沉船法；美利坚合众国：R.M.S. 1986年巨大的海上纪念物法和1987年受领沉船法），极少具体立法。而且，有一些双边条约，例如澳大利亚与荷兰之间有关古代荷兰沉船的协定；1978年澳大利亚和巴布亚新几内亚关于划定海上界线的协定。

4. 处置捞出的船舶或从中发现的文物

说 明

21. 假定进出基址的通路是合法的，就会发生“找到的人”是否取得所有权的问题，接着又会发生各种问题：

- (a) 哪个法院对裁定关于所有权的争端有管辖权？（如果沿海国取得200英里以内的管辖权，大多数情况都会包括在内。大多数沉船在岸外的这个距离范围内发现，因为历来贸易路线都沿着海岸航行，而在气候或错误迫使船舶太靠近海岸的情况下失事）。
- (b) 若干国家是否应该对禁止出售或购买沉船或其内容具有居先的或特惠的权利呢？

国家的单方面行为

大 纲

1. 委员会的主要成就之一是导致两项主要公约——1969年维也纳条约法公约和1986年关于国家和国际组织间或两个或两个以上国际组织相互间条约法的维也纳公约——通过的条约法的编纂，目前正通过研究对条约的保留继续进行这一工作，从原则上说，其结果应该为国家和国际组织提供准则。

2. 但是，条约法远远没有用尽“国际法的渊源”这个远较概括的专题，秘书处的1949年研究报告中把它设想为编纂的全面性专题。这不是一个就其本身来说可予完全编纂的主题；但是，看来，一些比较确切的专题已经条件成熟，可以进行富有成果的研究，成为拟订条款草案的对象。

3. 在已经提出的一些专题中，工作组认为，“国家的单方面行为”是个可供立即审议的主题：

- 这是个界定得很清楚的专题，历来有一些重要的法律学说论述到它，但是从来没有国际正式机构研究过它；
- 国际法院的一些判决书，特别是核试验案件，已经触及这个专题，但是，该一著名的法官意见还为不确定情况和问题留有余地；
- 各国往往诉诸单方面行为，它们的实践当然应予研究，以期拟订一般法律原则；
- 虽然条约法和适用于国家单方面行为的法律在许多方面有所不同，现行的条约法当然提供了一个有帮助的出发点，可以着手拟订一个有关单方面行为的规则的参考大纲。

4. 下列大纲是暂定的，在确切采用以供委员会进行研究之前还需要加以完善，和进一步讨论。

1. 定义和分类方法

(a) 定义

如何区别于：

- (一) 单方面的没有约束力的文书
- (二) 条约(“多边行为”(集体单边行为)的可能性)?

说 明

5. 无论这种比较是否应该在定义的开头或在定义之后作出，它当然都是有待进一步研究的事项。

- (三) 实质标准：接受约束的意志
- (四) 多种多样的形式(参看核试验案件)，口头上单方面行为的可能性(参看东格陵兰)，静默?

说 明

6. 静默是否单方面行为这个问题是个难题。委员会或许愿意在早期阶段决定是否有意将其列入在它的研究报告中。

- (五) 提交国际法
- (六) 行为者—归因于国家
 - 与国家机关的职能(行政或立法，司法?)无关
 - 在国际上约束国家的行为能力的必要性
 - 有关国家的肢解和对单方面行为的继承问题

说 明

7. 条约法很可能在这个最后问题上提供有用的准则，但是，这并不是说有关条约法中行为能力的规则能够简单地转换为单方面行为。

(b) 分类方法

- (一) “双边”(指另一个确定的国家)
“多边”(指整个国际社会)
- (二) “自主”行为(通知,承认,默许,抗议,放弃,承诺....),这种行为涉及条约(例如国际法院第36条第2款规定的任择声明书,按照某一条约条款发出的通知)

说 明

8. 在这一点上,提议的极其粗略的分类方法也需要小心采择;之所以把它列入在这里,首先是为了提供实例和显示专题所提出的问题的复杂性,其次才是提议任何种类的确切分类。而且,下列第2-4节中的原则可能不会一律适用于所有不同种类的单方面行为,因而应该加以区别。

2. 法律作用和适用

(a) 对“行为国”的单方面行为的约束性质

- (一) “核试验”原则
- (二) 法律后果;
 - 善意适用(“约定必须遵守”)
 - 为其它国家创设权利(“约定对第三者有利益”)
 - 其它国家提出采取单方面行为的条件

说 明

9. 这些条件不同于以下第3节范围内的“效力条件”;在这一点上,问题在于确定什么时候某一国家可以采取单方面行为。

(b) 对其它国家的不反对程度

- (一) 原则：一国不能对其它国家摊派责任(“约定对第三者有损害”)
- (二) 例外情况：
- (三) “收信国”的正式或默示接受
- (四) 在适用国际法一般规则方面采取的单方面行为

说 明

10. 可以说明后者的实例是在没有任何其它相邻沿海国的情况下单方面划定领海或专属经济区。

(c) 解释

说 明

11. 在这一点上，也请参看维也纳条约法公约的规则，如同法院已经宣告过的，转换务必审慎。

3. 效力条件

(a) 国家意志表示的不足之处

- (一) 行为机关法律行为能力不足
- (二) 错误
- (三) “一个或多个收信国”行为方面的不足
 - 欺诈？
 - 贪污腐败
 - 行为国受到威胁
- (四) 违法一般国际法强制性规范的行为(强行法)

说 明

12. 条约法提供了一个不可或缺的出发点,但是要加以转换可能不是那么单纯和简易。

(b) 意志表示不足的法律后果

- (一) 国家意志表示不足情况下的程序
- (二) 行为无效及其后果(取决于不足之类型、也有可能取决于行为本身之不足的各种后果)

4. 持续时间、修正和终止

说 明

13. 这一点的确是实践中最重要的问题,整个研究的真正核心就在这里:没有人能有郑重的理由怀疑一国受到自己单方面行为的约束(参看国际法院在核试验案件中的判决书);但是,提出一国永远不能撤回其意志表示的原则是荒谬的。然而,国际判例似乎在这方面鲜少帮助,委员会可能必须进行逐渐发展。

(a) “行为国”的终止或修正

- (一) 明示还默示的有限持续时间
- (二) 对行为国终止或修正其行为之权利的一般性限制

(b) 外在情况促成的终止或修正

- (一) 情况的基本改变
- (二) 不可能适用的程度
- (三) 武装冲突?
- (四) 国家继承?
