



大会

Distr.
GENERAL

A/CN.4/464/Add.1
22 February 1995
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

国际法委员会

第四十七届会议

1995年5月2日至7月21日,日内瓦

国际法委员会第四十六届会议(1994年)工作报告

秘书处编写的大会第四十九届会议期间

第六委员会讨论情况专题摘要

增编

目录

	<u>段次</u>	<u>页次</u>
B. 《危害人类和平及安全治罪法》草案(续)		3
.....		
2. 国际刑事法院规约.....	1 - 188	3
(a) 一般意见.....	1 - 27	3
(b) 序言部分.....	28 - 30	9
(c) 规约草案第一部分(法院的建立:第1条 至第4条).....	31 - 51	10
(d) 规约草案第2部分(法院的组成和管理: 第5至第19条).....	52 - 75	15

95-02337 (c) 040495 050495 070495

目录(续)

	<u>段次</u>	<u>页次</u>
(e) 规约草案第3部分(法院的管辖权:第20至24条).....	76 - 124	19
(f) 规约草案第四部分(调查和起诉:第25至31条).....	125 - 135	31
(g) 规约草案第五部分(审判:第32至47条).....	136 - 172	33
(h) 规约草案第六部分(上诉和审查:第48至50条).....	173 - 177	41
(i) 规约草案第七部分(国际合作和司法协助:第51至57条).....	178 - 182	42
(j) 规约草案第八部分(执行:第58至60条).....	183 - 184	43
(k) 附录一(一个与规约草案一起的条约的可能条款).....	185 - 188	43
C. 国际水道非航行使用法	189 - 266	44
1. 一般意见	189 - 196	44
2. 条款草案所应采取的最后形式	197 - 200	45
3. 通过公约的论坛问题	201 - 203	46
4. 不相连封闭地下水的问题	204 - 206	46
5. 对具体条款的评论	207 - 266	47

B. 《危害人类和平及安全治罪法》草案 (续)

2. 国际刑事法院规约

(a) 一般意见

1. 许多代表团表示赞扬国际法委员会拟订完成了国际刑事法院规约草案,并特别赞扬国际刑事法院规约草案工作组及其主席取得了重大的成就。他们认为,草案比上一版有确实的改进,是一个具有灵活性而又很均衡的文件,为若干根本性的问题提出了实际的解决办法。特别是,许多代表团满意地注意到,草案建立了一个国际刑事司法制度,它主要是基于与所指控的罪行有关的国家的同意,是对现有的国家管辖权的补充,并且定下了在刑事事项上进行国际司法合作的程序,从而在需要有一个国际刑事法院和尊重国家主权这两者之间取得了调和。

2. 草案的基本前提也得到支持,就是这个法院应该是一个常设机构,但是只在有必要审理案件的时候才开庭;它应该是一个独立的司法机关,按照条约建立,但是同联合国保持密切关系。草案中对于被告权利应受基本保障的强调也受到欢迎。

3. 许多代表团强烈赞成立即建立国际刑事法院。有人说,残暴的罪行在越来越多的国家发生,因此迫切需要建立一个常设刑事法院,以确保把干了残害人类罪行的人绳之以法,和阻吓这种罪行的发生。有人指出,一些国家的国内法所包含的普遍管辖权原则,和国际司法合作的机制,都不足以实现上述的目标,虽然将这种人绳之以法是各国政府的责任,不过国际社会可以补充和协助各国的努力,特别是如果有关当局不具备维持法治的能力。

4. 有人指出,起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭和卢旺达问题国际法庭的设立,清楚地证明了一个国际刑事司法机构的必要性,但是,设立这种特设法庭虽然有用,对于建立一个具有广泛基础的国际刑事司法制度却还不完全足够。而且,这种特设法庭设立得多了,可能会在国际刑事法的制订和适用上引起互相矛盾的情况。因此,有人表示,建设单一个国

际刑事法院,将能更好地为法治服务,因为同短暂的特设司法机构比较,它能够更充分地保障将来的《危害人类和平及安全治罪法》得到客观、公正和一贯的适用。近来,只有经联合国安全理事会授权才设立这种特设法庭,这种做法也使人感到关切。

5. 又有人评论说,鉴于国际舞台上所发生的种种决定性变化,和前南斯拉夫问题国际法庭的存在,常设刑事法院的建立是有现实的成功机会的。

6. 在另一方面,有若干个代表团认为,设立国际刑事法院的问题要慎重考虑,特别是因为这样一个法院可能需要各国对其国内立法和法律惯例作出修改,所以他们要在有关法院的性质、管辖权和运作方法的某些基本前提得到满足之后才能给予支持。

7. 尤其是,有人强调,规约草案必须进一步保证,拟议的法院是对国家法院的补充,新的制度不会损害现有的执法努力。有一位代表提请注意一个事实,就是各国的法院越来越多地实施国际法律文书来惩办犯了国际罪行的人,因此不应该使人觉得国际刑事法院建立之后,给予国家法院的普遍管辖权和各国为了执法目的进行的司法合作就不再有效了。另一位代表指出,规约草案不够明确,因为它没有表明这种互相补充的关系是不是一种等级关系,也没有说国际刑事法院相对于国家法院是不是起一种咨询作用,不是甚至有权在国际法的适用上更改后者的判决。

8. 因此,有人提出,一定要制订指导准则,以便确定哪些案件应该由这个法院审理。有人指出,战争罪行、危害人类的罪行和种族灭绝罪行是支持建立常设法院的最令人信服的理由,因为它们直接影响到和平及安全的问题,但是在其他情况下这种必要性看来没有那么明显。有人提出,关键的问题是,要确定一个常设法院能够在多大程度上确保犯了严重罪行的人受到起诉,以及这个法院到底是会帮助还是仅仅妨碍各国为此目的所作的努力。有人又提出,如果这个法院的管辖权包括属于各种关于恐怖主义的公约范围的罪行,应该只在涉及其直接利益的国家同意的情况下才提起诉讼。并且,有人说,同羁押国签订了引渡条约或部队地位协定的国家应该有权拒绝这个法院的管辖权。有人又提出,与药品有关的罪行不应该列入这个法院的管

辖范围,因为《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》不够具体,不足以构成刑事控告的基础,所以这种案件应该提交国家法院。这种意见认为,对于恐怖主义案件,规定这个法院要在涉及其直接利益的国家表示同意之后才具有管辖权,将有助于确保不会损害各国自己作出的努力,包括在引渡和互相协助方面的现有合作。

9. 又有人表示意见说,法院的规约要与各国的司法制度相容,而每个国家的司法制度是由该国的宪法决定的。在这方面,有人认为,规约中确认了这个法院对种族灭绝罪行的固有管辖权,这是不恰当的。并且,有人说,缔约国提供证据和引渡罪犯的义务,以及同一罪名受两次审理的问题(一事不再理),都需要参照各国的法律制度来仔细审查。

10. 又有人指出,为了使这个法院能够好好运作,并且保障嫌疑犯和被告的权利,需要明确地制订适用的实体法、程序法和法院规则。因此,有人建议规约草案进一步阐明:第一是实体法,就是要写明哪些种类的行为构成罪行,以及对那种罪行施加的惩罚的性质和限度;第二是程序法,就是详细规定进行调查和审判的程序以及制订采集证据的规则;第三是法院的组织法,就是订明要求法官具备的资格、对法官采取纪律措施的程序等等。有人指出,由于在拟议的国际刑事法院制度之下,是国际社会对个人进行起诉,所以应该特别注意保护被告的权利,因为在大多数情况下,被告将由来自不同文化背景的法官审判。

11. 基于类似的想法,有人评论说,虽然规约草案对被告提供了某些保障,但是整个制度的公平问题到底有没有经过充分的研讨,还不是很清楚。有人举个例子问说,把被告从一个国家法院移交到一个国际法院,特别是当后者是一个常设机构的时候,到底是不是一种公平的作法。

12. 又有人强调说,建立国际刑事法院的先决条件,是必须得到国际社会的支持。在这方面,有人评论说,对建立法院的问题必须采取灵活、现实的态度,逐步地进行;不是要搞一部完美的规约,但是必须争取把规约订得尽可能好,使它能够得到很多国家的支持,从而为它的合法性和普遍性提供一个极其重要的基础。

13. 有一位代表提请注意在取得这种支持方面所遇到的种种困难,并向那些其宪法的地位高于条约,因而在通过规约草案方面受到限制的国家建议,修正宪法是解决这个问题的一种办法。不过,有人注意到,这种办法既不是简单易为,也不是普遍可以采用的,所以宪法上的问题很可能会使这种国家拒绝接受规约,或者至少要对它表示保留。

14. 还有另一类问题,有人认为在着手建立国际刑事法院之前有必要加以审查,就是关于法院经费筹措的问题。在这方面,有人说,建立国际刑事法院以及第5条所述的各个附属机关和其他基础结构,将会需要庞大的经费支出,可能会给发展中国家带来额外的负担。又有人说,要认真考虑到一个事实,就是国际诉讼的花费是极其庞大的;因此,缔约国应该事先明白建立这个法院所引起的财务后果。基于类似的想法,有人评论说,这个法院的工作既然无可避免要花很大的费用,所以应该作一个严谨的成本效益研究,来衡量所涉及的各种财务因素。还有人建议说,经费筹措问题应该在规约里面处理,包括写入一条关于预算的条款。

15. 有一位代表指出,按照安全理事会第827(1993)号决议设立的前南斯拉夫问题国际法庭的经验在这方面特别具有相关意义。他认为,许多问题是互相牵连的;例如,为了提起控诉以及特别是为了进行调查而对稀少的资源产生的需求,取决于这个法院的管辖权的范围大小。他指出,虽然国际法委员会在第10条中提出了一个办法巧妙的提议,就是如果在实践中发现对其惩治功能的需要大于它仅仅存在而产生的阻吓作用,可以从一个非专职法院过渡成为一个专职法院,但是对资源的需求主要是来自调查和起诉方面(以及其后的刑罚),而不是审判本身。各国政府有权知道预期需要多少资源;因此,他希望筹备过程包括尝试对预算作出初步估计,并把这项任务交给秘书处。

16. 至于经费的来源,有一些代表认为,这个法院的经费应该完全由联合国支付。有人说,由于这个法院是为整个国际社会的利益服务的,所以最好是由联合国的经常预算来提供经费。另一个代表团认为,这个法院的经费应该完全由联合国提供,

而不是如国际法委员会在第2条中所建议,由规约的缔约国提供。

17. 至于规约草案与《危害人类和平及安全治罪法》草案的关系,若干个代表团强调了《治罪法》作为实体法的重要性,并指出,《治罪法》草案的最后定稿和通过,将大大有助于推进拟订规约的工作。因此,有人认为,确保规约和《治罪法》草案的条文做到必要的协调是极其重要的。有人评论说,鉴于《治罪法》草案所处理的国际罪行的严重性,而这个法院的宗旨是加强国际合作来对付这种罪行,所以必须把《治罪法》草案中所列的各种罪行放在这个法院的属物理由管辖权之下。

18. 在这方面,有人满意地注意到,国际法委员会正确地决定了要建立一种特别机制来使规约草案与《治罪法》草案的条文取得一致。有人进一步建议,在将来某个阶段,可以把规约与《治罪法》联系起来,成为它的一个整体构成部分。不过,有一位代表指出,国际法委员会没有在规约草案的附件中列举以后为这种罪行下定义 的条约,这就可能排除了在《治罪法》草案得到各国批准之后把它并入规约的可能性。

19. 在另一方面,有一些代表团认为,规约草案所包含的程序法与《治罪法》草案中的实体法有不可分割的关系;他们建议,为了使这个法院能够有效地运作,必须完成拟订《治罪法》草案的工作,从而基本上澄清这个法院的属物理由管辖权。

20. 因此,有一位代表说,尽管建立法院的问题十分迫切,但是他坚持认为,如果不首先确定适用的法律,就急着通过法院的规约,是不恰当的。他的意见是,规约草案为了避免这个困难而采取的做法,就是在第20条中把属于法院管辖权范围的罪行列举出来,并不是一个令人满意的解决办法,因为在所列出的五类罪行之中,只有种族灭绝罪行不引起重大障碍,因为在这个问题上有1949年的《公约》。其他几类罪行,除了侵略罪行之外,之所以列入法院规约,是因为前南斯拉夫问题国际法庭的规约把它们定为罪行。他认为,矛盾的是,现在努力想要做的,是创设一个国际刑事法院来适用由一个政治机关(安全理事会)的决定订立的法律,这就使人以为这个政治机关几乎就是国际法的最高渊源。他指出,国际司法一定要独立于政治机关的决定,

而在实在国际法的当前状况之下,只有通过了《治罪法》草案,将来的这个法院所适用的法律才可能有一个主体基础。

21. 另一些代表团同意国际法委员会的立场,认为不应该搁置拟订规约草案的工作来等待一般可以接受的治罪法拟订完成,因此他们支持法院规约独立于《治罪法》草案而通过。这些代表们也认识到,这两个文书之间有无可否认的互相牵连的关系,但是他们赞成使规约与《治罪法》草案互相脱离,特别是因为他们认为,《治罪法》草案的现有版本还具有很大的争议性,所以恐怕在很长一段时期内都不能达成协议。因此,有人建议,在不能达成一致意见的情况下,各国不应该坚持要有《危害人类和平及安全治罪法》草案,因为将这类罪行包括在这个法院的管辖权范围之内,将会引起若干额外的令人关切的问题。

22. 有一位代表提议,如果设想根据无法律即不构成犯罪的原则来拟订一套新的国际治罪法,也许是恰当的做法。他建议,这套治罪法可以参考国际法委员会关于《治罪法》草案的工作、各种国际条约所订明的罪行以及规约草案第20条所提到的其他罪行。

23. 关于将来怎么做的问题,大多数代表团支持国际法委员会在它的报告¹第90段中提出的建议,就是由大会召开一次国际全权代表会议来研讨规约草案,并缔结一项关于建立国际刑事法院的公约。很多代表团赞同一种意见,认为迫切需要一个常设的国际机构来采取有效行动,惩治应对国际关心的严重罪行负责的个人,而一般来说,规约草案为法律编纂工作提供了一个极好的基础,所以他们提议大会本届会议通过召开这一会议的决定,并且定一个早一点的日期,以便规约能够尽快获得通过。在这方面,许多人建议这个会议最迟应该在1996年举行,有些人更主张在1995年立即召开。有一位代表说,她的政府愿意担任这个会议的东道国。

¹ 《大会正式记录,第四十九届会议,补编第10号》(A/49/10)。

24. 有一些代表团表示愿意支持第六委员会为了促进讨论以期使规约草案最终获得通过而采取的任何措施,无论是通过召开全权代表会议还是通过大会来进行。

25. 不过,另一些代表团建议采取一种比较谨慎的做法。在大会本届会议就决定召开外交会议是言之过早的,因此提议只作出决定设立一个特设筹备委员会,来讨论与建立国际刑事法院有关的各种问题,包括那些尚需在各国政府之间而不是由国际法委员会来讨论的问题,然后就召开此一会议的问题向大会提出建议。在这方面,有一位代表说,国际法委员会在拟订规约草案方面做了很有益的工作,这一点应该确认,不过如果立即召开全权代表会议来审议规约草案,就过于乐观了。他强调指出,必须给予时间,让各国政府和它们的各个部能够充分了解各项条文草案和它们的影响。他认为,为了使这个会议开得成功,在会前做大量规划工作是绝对必要的。应该在会前文件内明确提出各项关键的问题,以及各种可供选择的拟议解决办法。

26. 一般都支持在举行这个会议之前的期间设立一个特设筹备委员会。有人建议,这个委员会可以对规约进行审查,以期为可能在会议上引起困难的问题找出一般可以接受的解决办法。又有人建议,这个委员会应该拟订有关规约的生效、对规约的一般保留、关于规约的解释或执行的争端的解决和修正规约的规则等条文,提交给全权代表会议。

27. 有一位代表既赞同召开全权代表会议,也赞同设立一个筹备委员会,但同时强调,后者必须为使会议取得成功结果铺平道路,而不是进行没完没了又没有结果的辩论来破坏这个会议。因此,他认为,设立这个委员会的一个必要先决条件,是明确、严格地规定它的任务范围。

(b) 序言部分

28. 一般都赞同序言部分各项条文,特别是第三段,其中强调这个法院的意图是补充而不是超越各国的刑事司法系统。

29. 有一位代表指出,第2段和第3段的条文强调这个法院只拟对最严重的罪行

行使管辖权,又强调它拟对国家刑事司法系统起补充作用,反映出在那些希望建立国际刑事法院来处理国际关心的一大类罪行的国家与那些把这个法院主要看作用来打击一般国际法下某些罪行的一种工具的国家之间一种微妙的平衡。他认为,关于法院管辖权的这种性质的条文,应该放在规约草案的执行部分,而不是放在序言部分。

30. 不过,另一位代表则认为,序言部分在国家间关系以及国家与个人的关系方面,引起了若干根本性的问题,必须在召开国际全权代表会议来通过规约之前予以解决。他说,有必要评估建立这个法院对国际法的发展所产生的法律影响,并且要展望到这个法院在国际法律秩序中所起的作用。他还说,序言部分明文规定,这个法院将以联合国的权威性和普遍性行事。

(c) 规约草案第一部分(法院的建立:第1条至第4条)

31. 关于法院的建立的第1条,和关于法院与联合国的关系的第2条,处理了两个密切相关的问题,受到许多代表团的赞扬。

32. 关于第1条--法院的建立,有几个代表团所持的看法是,这个法院应该以修正《联合国宪章》的方式,作为联合国的一个机关来建立。有人说,这个法院如果根据《宪章》来建立,就会得到联合国的道义权威性和普遍性的支持,并且确保了国际法律秩序在刑事事情上的统一性。而另一方面,如果以一项条约来建立这个法院,就无法保证它能具有这些必要的特性,因为不确定条约会得到各国多广泛的接受。又有人评论说,建立一个这样重要、范围这样大的机构,显然需要对《联合国宪章》作出修正。

33. 有一些代表认为,修正《宪章》不应该构成一个不能克服的问题,特别是因为人们越来越认识到,《宪章》在其他方面也需要修订。因此,有人表示意见说,提议在《宪章》之下建立这个法院,作为拟议进行的一揽子改革的一部分,看来并非不可思议的事情;应该有可能援引第一〇九条,召开一次检讨《宪章》的全体会议。

34. 另一些代表团倾向于把法院建立为联合国的一个附属机关,从而使法院具

有联合国的普遍性、权威性和永久性。有人评论说,虽然这可以通过一项大会决议来实现,但是如果由全权代表会议通过一项公约来建立这个法院,会更好一些。

35. 不过,大多数代表团倾向于以一项多边条约,把这个法院建立成为一个独立的机关,所以他们赞同国际法委员会的建议,就是把法院规约附在缔约国为建立法院而缔结的一项条约里面。有人说,采取条约方式,各国将能够自由地决定是否接受这个法院的规约和它的管辖权,从而确保有一个必要的共同同意的基础,使这个法院作为一个独立司法机构的合法性、权威性和有效性得到保证。又有人说,鉴于国家刑事管辖权这个敏感的问题,以及国家主权的原则,各国事先明确表示同意,是作为国际刑事司法系统建立这个法院的一个先决条件。

36. 一些支持采取条约方式的代表提请注意以其他方式建立这个法院所会碰到的种种困难。例如,有人指出,通过修正《联合国宪章》来创设这个法院,会引起严重的实际问题,还有拖延时日的危险;而另一方面,以一项大会或者安全理事会的决议来建立这个法院,也同样是问题重重,因为大会决议属于建议性质,不能为建立一个常设司法机关提供健全的法律基础,而安理会决议虽然能够规定具有法律拘束力的义务,却只能针对《宪章》第七章范围的某一特定情况。又有人提出质疑,把一个司法机关的问题置于大会或安全理事会的政治决定之下,到底是否恰当。

37. 有一位代表虽然不反对以条约方式建立这个法院,但是他告诫大家注意一种危险,就是规约从通过到生效将会有一段相当长的时间;他建议采取一种措施,在遇到《宪章》第七章所述的对维持国际和平及安全造成威胁的情况时,经安全理事会提出具体要求,可以临时适用该规约。

38. 至于第2条所处理的法院与联合国的联系,一般同意这个法院与联合国建立密切联系,以确保它的普遍性和道义权威性,并在它的运作中取得联合国的有效合作,是很重要的。有一位代表认为,这个法院与联合国的联系是一个非常重要的方面,需要多作审议。他说,虽然第2条的条文似乎照顾到了所有可能采取的办法,但是这个问题不可能在现阶段得到最后解决,因为它与这个法院的性质是相连的,而这是

最引起争议的其中一个方面。

39. 又有人表示意见说,国际法委员会在规约草案附录三中提出的各种模式应该细心加以审议,以确保这个法院不是从属于政治机构,以免以任何方式损害它的司法独立性。他又说,还需要审议的一个问题是,这个法院在运作上怎样能够同联合国联系起来,以及怎样能够在行政上和财务上把这个法院结合到联合国系统里面去。其中一种联系是这个法院的经费筹措办法。他指出,第23条规定了更多的内部联系,全都是涉及到安全理事会,并且全都是直接关系到这个法院的管辖权或者其司法职能的执行。他说,这些问题对于《宪章》赋予安全理事会的作用和特权,以及对于维护司法程序的正直性,都是具有根本重要性的。

40. 有一位代表重申了他的代表团立场,即这个法院与联合国之间不应有任何关系;他重申要求修订规约草案中关于安全理事会把某些事项提交到这个法院的权力的各项条款。他说,保留规约草案的第23条,就意味着这个法院将会受到安全理事会的政治影响,从而失去了它的独立性和特殊性。他又评论说,鉴于这个法院与安全理事会之间的关系,安全理事会的常任和非常任理事国在提起刑事起诉方面,将享有规约的其他缔约国所没有的有利条件。不过,另一些代表则支持安全理事会向这个法院提出控诉的权力,因为这个法院的管辖权不能完全依赖于各国的同意。

41. 至于怎样在法院与联合国之间建立这种所需的关系的问题,有几个代表团的意见是,这个法院与联合国建立关系的方式,应该是给予它作为一个联合国机关的地位。有人建议,这个法院最好是作为一个主要机关,具有与国际法院相似的权力。他说,联合国系统需要一个司法机关来处理涉及国际刑事法的事项,和填补一个法律空白,免得要依靠特别的司法机构。况且,他指出,由作为一个政治机关的安全理事会来设立这种机构,基于宪法上的理由和严格遵守法律的考虑,是无法得到一致支持的。

42. 另一些代表团倾向于让这个法院成为联合国的一个附属机关。有人说,这个办法将确保它能够得到充足的资源,又不会损害它的正直性或独立性。

43. 又有另一些代表团建议了联合国与这个法院建立联系,但是不一定使法院成为一个联合国机关的其他方式。例如,有一位代表认为,以一项条约建立这个法院,作为一个独立的实体,也仍然可以把它结合到联合国的结构里面去。为了加强这种地位,他提议在第1条中,在“建立”两字之前插入“在联合国的框架内”等字,这样,这个法院将不具有联合国一个司法机关的性质,也没有需要写入好象第2条那样关于它与联合国的关系的条款,因此可以将第2条删去。他说,这样将能确保普遍性原则,并且给予这个法院必要的合法性和政治权威性。又有人表示意见说,这个法院应该是以一项条约建立的一个常设的自主机构,但是也应该结合到联合国系统里面去,就如国际联盟时代的国际常设法院一样。另一位代表建议,建立这个法院的条约应该由大会通过,然后须经各国批准。又有另一个代表团提议,应该考虑让联合国自己也成为这样一项条约的一个缔约方的设想,这将使它成为建立这个法院的一个直接参与者。

44. 不过,许多代表团赞成按照规约草案第2条缔结一项特别协定。按照扼要列在规约草案附录三的B.一部分中的程序,这个法院将根据一项条约,作为一个单独的实体而建立,并将通过这个法院和联合国之间的一项协定,与联合国建立关系,就如各个专门机构根据《联合国宪章》第五十七条和第六十三条通过缔结合作协定同联合国建立关系一样。有人说,这种做法将使这个法院能够同联合国的各个主要机关建立联系,而不是成为一个附属机关。有人建议,应该细心研究附录中所提到的各个先例,也许在最后拟订条约的时候加以考虑。在这方面,有一些代表团提议,这个法院与联合国的关系,应该仿效联合国与国际海洋法法庭的关系。

45. 另一位代表也支持通过一项特别协定来建立这个法院与联合国的关系,他指出,规约附录三所提议的其他办法都引起严重的困难。他首先指出,把这个法院视为联合国的主要司法机关这种设想,与《国际法院规约》第一条互相冲突,因此,将需要修正该《规约》和《联合国宪章》。他接着指出,第二种办法,就是把这个未来的法院当作国际法院的一个附属机关,获得接受的机会很小,因为这两个法院的性质

和管辖权并不相同,不适合建立一种等级关系。对于由大会通过一项决议来建立它与联合国的关系这一提议,这位代表说,在若干国际公约的适用上已经采取了这种办法。在这方面,他举出了人权事务委员会和消除种族歧视委员会作为例子。不过,它们所涉及的情况有根本的不同:鉴于这个法院的地位和它的职能的性质,它必须具有最高程度的独立性;而且,与上述两个委员会的情况不同的是,它并不要求联合国为它的运作提供很多的行政支助。

46. 有一些代表团虽然支持第2条关于缔结特别协定的规定,但是认为第2条的条文需要进一步细细审查。例如,有人提出,“适当关系”一语留下了作不同程度解释的空间,对于这个法院是否能够得到普遍接受可能产生消极的影响。又有人建议,第2条可以同第1条合并起来,而不至于损害这个法院与联合国的关系。又有人说,第2条并没有表明应该通过什么机制来建立这个法院和联合国之间的适当关系。还有人指出,第2条虽然规定,特别协定应经会员国批准,但是没有明确规定用什么程序来取得这种批准。又有人表示意见说,由院长经缔约国批准来缔结在法院和联合国之间建立适当关系的协定,是不足够的。又有人建议,第2条的条文应该澄清各种预算安排,并且应该规定由联合国承担它的经费。

47. 有一位代表认为,关于法院所在地的第3条,加上关于审判地点的第32条,一般地说是一个良好的折衷办法,满足了小国家的要求,就是有一个国际刑事法院,使它们免除举行审判的负担,同时又保留一种可能性,就是在某些情况下,可以在它们本国领土举行审判和执行刑罚。

48. 有人建议,第3条第3款关于法院可在一个缔约国领土内并根据特别协定在任何其他国家领土内行使其权力和职能的规定,以及第4条第2款关于法院在每一缔约国境内享有的法律行为能力的规定,应该另外以一条题为“法院的法律行为能力”的条款来处理,因为关于法院所在地的第3条似乎不是处理这个问题的适当地方。他还建议,第3条第3款中的“协定”一词改为“议定书”会更好一点。

49. 对于关于地位和法律行为能力的第4条,大家广泛同意第1款中关于建立一

个常设机构,但是只在有案件提交给它时才开庭的规定。有一位代表表示,连同第17条关于法官不是一定要专职担任的规定一起来看,所提议的案文将能确保采取一种灵活而且具有成本效益的做法,这在建立法院的早期看来是最适当的做法。不过,他着重指出,这种安排不应该妨碍在以后某个阶段,按照第17条第4款的设想,决定法官应专职担任的可能性。另一位代表也表示,鉴于这个法院的性质、复杂性和具体活动,以及提交给它审理的案件数目可能越来越多,所以她认为有一个专职工作的常设机构会更好,不过考虑到可能涉及的经济和实际困难,她也支持一种比较灵活的解决办法。

50. 对于谁可以把案件提交给这个法院的问题,有一位代表建议把第4条第1款修订成为:“法院按照本规约随时对联合国会员国和所有其他国家开放。”他说,这种措词是比较恰当的,因为尽管把这个法院称为一个“常设机构”,但是,它并没有一个常设的结构。他认为,工作组的报告(A/CN.4/L.491/Rev.2/Add.1)里面对第4条的评注所提出的关于灵活性和降低费用的理由都不是很有说服力。

51. 有一个代表团对于第2款中关于这个法院的法律行为能力的规定感到关切,并说,举个例子,他本国当局不能接受法院指令的直接执行,但是愿意按照国际法规定的法律互助安排来遵守执行。

(d) 规约草案第2部分(法院的组成和管理:第5至第19条)

52. 普遍同意提议的法院结构,包括作为一个独立机关设立检查处,将审判和上诉职能分开,以及法官与检查处成员独立行事的基本原则。

53. 一名代表说,为了避免任何意义不明确的情况,必须较清楚地规定法官须具备的资格、法官可受到的纪律处分、调查和审判程序。

54. 一些代表团明确支持规定法官的资格和选举的第6条。其中一个代表团指出,连同规定法院仅在需要审理向它提交的案件时才开庭的第4条,这适当地兼顾到灵活性和连续性的需要。另一名代表也支持第6条的规定,但认为应进一步澄清法院

作为一个“半常设”机构行事的规定。他说,尽管第4段是在常设法院和专案法院之间的折衷解决办法,但仍须认识到作为一个半常设机构设立法院对其稳定和独立性所造成的威胁。因此,他认为规则可能需要更多的保障,保证法院及其人员的独立性。此外,同一代表认为,这些规则应包括在条约内而不是在法官通过的《法院规则》内。

55. 另一方面,若干代表对关于法官的资格和选举的第6条第1和第2款的规定表示了保留意见。例如,有人表示感到关注,具有刑事审判经验的法官和具有公认的国际法专业能力之间的区别过分僵硬,结果是尽管对第6条的评注的第(2)段否定这种看法,国家多数将提名具有其中一类资格而非具有两类资格的候选人。还指出的是,这种僵硬的区分办法将造成一个不合理的,在各个现有国际法院中没有先例的限额制度,而且可能在选举法官和组设上诉分庭及审判分庭和其他分庭时引起实践上的问题。

56. 一些代表认为,完全没有必要作出区别,条款仅需规定法官须具有开列的其中一类资格。但一名代表建议,他认为不必硬性规定所有法官具有刑事审判经验,但多数法官、特别是审判分庭法官,必须具有这方面的经验。

57. 其他一些代表主张,较简单的解决办法是任命兼具刑法和国际法专门知识的法官。在这方面有人提到《前南斯拉夫国际法庭规约》第13条所提供的先例。

58. 另外有人建议,规约草案应确定资格标准,法律资格问题由各国自行决定。

59. 关于选举法官的第6条第3款的规定也引起一些保留意见。特别是有人认为该款的局限性过强,因为它规定只有规约缔约国方可参与选举进程。建议将该项职能授与大会和安全理事会,或单独交给大会。

60. 关于选举的法官数目,表示的意见分两种:一种意见是保留将来可能要修订第3款的可能性,以提供较多的法官;另一种意见认为任命的法官数目应从18名下调至11名(每一审判分庭3名、上诉分庭5名),即前南斯拉夫国际法庭根据许多国家的财政状况所采取的办法。

61. 关于第6条第5款,即选举的法官应代表世界上各主要法律体系的问题,一名代表坚持该款应说明世界上各主要法律体系为何并应提到伊斯兰刑法。

62. 几个代表表示,选举法官时应考虑到公平地域代表性原则及公平代表各大法律体系的原则。在这方面,有人提议第6条第5款的规定应予扩大,改为:“选举法官时,各国应考虑到他们确实代表各大文化形式、各主要法律体系和公平地域分配原则。”但一名代表认为,不宜为设立国际刑事法院的目的适用公平地域分配原则。

63. 关于第6款,一些代表欢迎法官的任期从12年减至9年,从而使规约草案与《国际法院规约》和安全理事会设立或考虑设立的专案法庭的规约内的有关规定相一致。

64. 第9条第1款关于上诉分庭的组设。一名代表认为该款的规定反映一项假定,即上诉法官在国际法方面的能力比其刑事审判经验更为重要。这项假定是错误的,因为上诉很可能不提出任何国际法问题而提出一项仅需要刑事审判经验的问题,如评价在审讯中援引的证据的效力。同一代表辩称,另一方面,第9条第5款的条文规定,审判分庭法官在刑事审判方面的经验比其在国际法方面的能力更为重要,也是以错误的前提作为根据。指出的是,在多数情况下,涉及的问题错综复杂,证明第6和第9条作为根据的二分法是错误的。

65. 一名代表对题为“法官的独立性”的第10条及有关评注表示感到关注,因为该条似乎规定公务员没有资格参加法院的选举。他说,尽管其他国际机构有这种做法的先例,但规约草案采用此一做法令人感到遗憾,因为这使法院无法利用大批合格人选。还指出的是,许多国家的公务员并非政客而只是在技术上附属于行政部门。

66. 第11条第3款允许检查官或被告要求暂停某一法官的资格,如果案件是法官先前曾以任何身份介入的案件、或者是由于任何理由法官的公正性可能受到合理怀疑的案件。有人说应进一步澄清可要求暂停法官资格的理由。

67. 关于作为独立机关设立检查处的第12条普遍获得赞同。但有人建议,为了保持其独立性,检查处应按自己的内部规则运作,而不是如目前第12条第7款所构想,根据检查官拟订的工作人员条例行事。还有人认为,检查处应独立于法院而不是法院的一个机关。在这方面,有人认为第12条的措词,即“检查处是法院的独立机关”是自相矛盾的说法。

68. 另一方面,有人对第12条规定检查官办公室绝对独立表示感到关注。这种意见认为,为了确保国际社会在法院的利益,检查官的活动应以尚待确定的方式与联合国一个机构的决定联系起来。检查官同时负责调查和起诉涉嫌罪行的办法也有人质疑。有人进一步说,第12条没有说明以缔约国的绝对多数票选举产生的副检查官的数目。建议改写该条以进一步澄清该点。

69. 一名代表就关于免职的第15条重申其代表团以前表示的保留意见:该代表团认为《国际法院规约》第十八条采用的办法更为可取,(该条规定法官除由其余法官一致认为不复适合必要条件外,不得免职),因为该条作出一般性规定,避免例举必然很少发生的具体事例。此外,他认为一致规则比第2款规定的三分之二多数规则较有保障,因为这有助于加强法官职位的独立性。

70. 还有人说,现有的规约草案缺乏条文防止法官或其他官员的不当行为,也没有规定受不当行为影响的人的申诉途径。指出的是,鉴于将由法官自行拟订的法官弹劾规定不可以包括在法院规则内,这类规定应成为条约的一部分。

71. 还有人建议,应该象《国际法院规约》那样,规定法官有权辞职。

72. 关于涉及特权和豁免问题的第16条,一名代表认为,与《国际法院规约》第十九条比较,本条规定法官在任期间,包括在法院休会期间享有特权和豁免似乎过于广泛。

73. 关于题为“法院的规则”的第19条,一些代表认为,有关调查和审判工作的进行,特别是证据记录工作的进行的规则应在规约本身规定。其他代表也承认证据规则在刑事审判中具特别重要性,但质疑在规约内列出这些规则的适当性,不过他们

同意也许应该扩大第41条第1款(g)项和第44条规定的规则,列出一些基本的证据规则。

74. 一名代表提请注意第2款的规定的所涉经费问题。该条规定,《法院规则》须送交缔约国会议批准,如法官作出决定,对《规则》的任何修订也须经同一程序审批。他认为国际法院和前南斯拉夫国际法庭的办法较值得借鉴。两者均自行草拟规则,没有借助国家或安全理事会。

75. 但另一名代表认为,《法院规则》包括证据规则原则上应由缔约国批准。因此,他对第3款规定的简易程序感到关注。该条规定,关于履行法院工作的规则应递交缔约国并由院长会议予以确认,除非缔约国的多数在六个月内表示异议。他认为委员会在其评注第3段对条款作出的解释澄清了一个重要问题,即较迅速的简易程序将用于小的改动,特别是不引起一般原则问题的改动,因此,不应被贬到评注而应该反映在第3款案文内。

(e) 规约草案第3部分(法院的管辖权:第20至24条)

76. 第3部分涉及法院的管辖权,各代表团一般认为该部分是规约草案的中心部分,因此对其进行了广泛评论。

77. 一般认为提议的新草案比旧草案有了相当的改进,虽然有些代表团认为需要作进一步澄清,以便各国对一个严格和限制性法律制度的承诺不致受到影响。

78. 许多代表团支持第28条的订正结构,该条将关于法院对事管辖权的各项条款并为一条,并界定法院根据规约具有管辖权的罪行。它们认为,说明一般国际法下的罪行以及消除界定属于国际罪行的罪行的条约与镇压构成国内法下罪行的行为的条约之间的区别,大大减少了法院标的物管辖的复杂性和含糊性。在这方面有人指出,精确界定刑事法院的管辖权对法院有效工作和对刑事司法的基本保证--即罪行法定原则--是非常重要的。

79. 若干代表虽然一般支持列明属于法院管辖范围的罪行,但认为第20条中

所列的若干罪行,尤其是侵略罪和危害人类罪,缺乏刑事法所需要的精确定义。又有人指出,(e)款下构成“国际关注的特别严重罪行”的条约罪行的概念不十分清楚。一名代表认为,第20条的一个毛病是在列出该条下的罪行时没有提到界定这些罪行的国际文书。应特别参照关于前南斯拉夫的国际法庭规约的相应条款来纠正这种情况,该规约提及具体文书或根据条约法界定罪行。

80. 许多代表团认为,规约主要是程序工具这项事实突出了有必要制订一项适用的实体法以更明确地限定法院的对事管辖权,使刑事法的两项基本原则,即“罪行法定”和“无法律即不能判刑”获得遵守。在这方面,有些代表团重申它们认为治罪法草案是规约草案的重要补充。一名代表强调指出,虽然可以按照第20条中所列的各项罪行制订法院管辖权,而不需要等待治罪法的通过,但是可以也需要为治罪法的编制作出所需的“大量立法工作”。因此他认为委员会应奋起面对这项挑战,通过未来的治罪法提供国际罪行管辖权正常工作所需的实体法。其他代表认为治罪法草案的目前形式太具争议性,不能提供法院适用的实体法。

81. 关于法院对事管辖的范围问题,有人强调法院应对国际社会所关注的最严重罪行拥有管辖权,不论规约中所规定的条约或一般国际法是否已包括这些罪行。又有人强调法院必须对习惯国际法下的罪行拥有管辖权,以避免出现空隙使犯条约中没有规定的恶劣罪行的人不受法院管辖。但是,有些代表认为这个问题值得进一步审查,以确保刑事法的基本原则,即“罪行法定”和“无法律不判刑”获得遵守。

82. 在这方面,有人提议违法行为必须在满足三项准则后才能归法院的对事管辖权内:首先,违法行为必须构成违反基本人道主义原则和严重违反人类良知。第二,这种行为必须是更适宜在国际一级而不是在国家一级进行起诉;第三,必须可能让一个或多个个人对此种行为负责。根据这些标准,只有种族灭绝和侵略罪行、严重的战争罪行及有系统和大规模侵犯人权的行径才被视为归法院管辖。有人指出,这种限制是必要的,因为只有在这种例外情况下,各国才愿意放弃主权,交由国际机制处理。

83. 有人建议,如果法院的管辖权限于第 20 条(a)至(d)所述的罪行,选择优先管辖制度也许更为合适。在管辖权出现冲突的情况下,法院可优先决定是否处理某一案件。如法院决定不审理该案,管辖权就回到国家司法机关。又有人提议,在开始时,法院的管辖权应限于所谓的固有管辖权;随着对法院的信心增加以及更广泛管辖权的需要获得承认,可将其范围加以扩大。

84. 另一方面,有人指出,鉴于委员会对有关提出种族灭绝案件的一般国际法的适用继续有怀疑,应采取1992年国际法委员会报告中关于将法院按标的物确定的管辖权限于有效条约中所界定的罪行。

85. 又有人提请注意在规约草案中为法院提供咨询功能的可能性。这种咨询功能在其他国际文书范围内非常有用,曾经对国家法院解释它们需要适用的国际文书帮助很大。

86. 关于第 20 条列举的具体罪行,大家一致同意该条款草案中对法院管辖的两类罪行,即一般国际法下的罪行和条约下的罪行,所作的区别。但是,有些代表指出,很难区别条约罪行和一般国际法下的罪行,并且在这方面,第 20 条引起了一些需要进一步审议的问题。

87. 关于第(a)款中所规定的种族灭绝罪,将其列入法院管辖范围的重要性获得承认。但是一名代表指出,1948年防止和惩治种族灭绝罪行公约或一般国际法都没准许任何缔约国提请法院调查(第25(1)条)和审讯(第20(a)条)种族灭绝罪行的权力,并进一步指出,委员会有些成员认为该项规定是国际法的一项发展。他认为,虽然大家一致认为有必要坚决处理种族灭绝罪行,但是否应在法律中建立完全忽视,甚至违反现有条约安排的先例是有疑疑问的。因此,一种可能的解决办法是修正有关公约。

88. 关于第(b)款下列出的侵略罪行,拟议的规定获得一些支持,但有些代表团担心这会导致不少困难,因为任何条约都没有界定侵略,并且尽管工作组有不同的看法,如大会第3314号决议所确定,侵略涉及国家和政府,而不涉及个人。有人指出,

规约草案第 23 条规定安理会是决定是否已犯下某一侵略行为的主管机构,但是不明确的是如何能够将一项由一个国家负责的行为变成由一个或多个个人负责的行为。在这方面,必须强调有必要使第 20 条的规定同关于国家责任的条款草案第一部分第 19 条的规定一致,后者将国际罪行和违法行为与国家除了必须为罪行提供赔偿还可能受到制裁的情况加以区别。该代表进一步建议,使侵略罪行的定义同危害人类和平及安全治罪法草案第 15 条一致。

89. 关于第(c)款,将严重违反适用于武装冲突的法律和习惯列入法院管辖范围内受到欢迎,但“严重违反”一词被视为不清楚。有人就此表示意见,认为四项日内瓦公约和1997年第一号附加议定书内使用的“严重违反”一词实际上适用于(c)款内所列的所有情况。这些文书,尤其是四项日内瓦公约,毫无疑问地表达了一种根深蒂固的国际惯例,并由于有许多国家已批准这些公约,因此同防止和惩罚种族灭绝罪行公约属于同一级,虽然它们没有被授予同样的首先和法律权力。又有人关切的是,不应明文指出同国内武装冲突有关的以残暴和侵犯最基本人道主义法著称的罪行属法院管辖。在这方面,有人指出,根据其规约第 5 条,前南斯拉夫问题国际法庭有权起诉在国际或国内武装冲突中须对危害人类罪负责的人。

90. 有人建议,法院管辖的一般国际法下的罪行名单,除(a)至(d)款所列罪行外,应包括酷刑、海盗行为、恐怖主义、种族隔离和非法贩运麻醉药品等其他罪行。

91. 关于(e)款所规定的条约罪行,有些代表团满意地注意到附件所载条约一览表中列入了《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》。

92. 一名代表认为,虽然可能需要(e)款中对法院所管辖的违反条约行为作出各种限制以确保法院只处理特别严重的违约行为,它们会产生严重的解释和适用问题。另一名代表指出,提交法院处理的各项条约罪行的迫切性有不同,其中有相当大的差异。

93. 有人建议,附件的条约一览表中应增列已生效的1988年2月24日《禁止危及

大陆架固定平台安全非法行为议定书》、《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》和《1949年日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的第一号附加议定书》。各代表对后两份文书有不同的看法：一个代表认为，将它们列入一览表是有道理的，因为它们虽然没有载列关于严重罪行的条款或强制执行规定，但它们日益被视为国际人道主义法的一部分。根据另一个观点，第一号附加议定书同日内瓦公约不一样，没有满足被普遍或广泛接受的要求。

94. 有些代表团强调，附件所载的条约一览表不应是详尽无遗的。它们认为，应为国际罪行一览表留有扩展的余地，以便规约缔约国可以在日后阶段就进一步的罪行，包括各公约界定的罪行，达成协议。在这方面，有人提到大会1994年12月9日第49/59号决议通过的联合国和有关人员安全公约，建议应制定办法以便能够将新条约列入法院管辖范围，而不需要每次修改规约。

95. 但是另一些代表团认为附件中的条约罪行一览表太长，并且无论如何是具有争议性的。有人说，给予法院如此广泛的管辖权，至少在初期会影响其履行职责的能力，因为在目前，种族灭绝和其他严重违反人道主义法的罪行都可以不受到惩罚地进行。又有人认为，应对附件所列罪行进行仔细分析，因为有些罪行更适宜通过基于不引渡那审判原则的国际合作方式进行起诉。在这方面，有人指出，第20(e)条将对事管辖权的范围扩大到目前看来可以接受的限度以外，它包括了适用不引渡即审判原则足以适当处理的罪行。有人指出，可能应对“个人”和“系统”罪行作出区别。又有人指出，附件中列出的一些条约只是在国与国之间的基础上管制或禁止行为，因此可能引起各国对国内法和国际法之间关系有不同手法的问题。

96. 关于第21条规定行使法院管辖权的先决条件问题，若干代表团支持规约草案所载的订正案文，该案文结合了对种族灭绝罪行的固有管辖权和对第20条所提其他罪行的任择管辖权。有人指出，本草案适当地平衡了各国目前接受对种族灭绝罪行的强制性管辖权的意愿和确保将这种“固有”管辖权限于其标的管辖权中一个小范围内的需要。

97. 许多代表团赞成第1(a)款下法院对种族灭绝罪行的固有管辖权。它们说,各国接受固有管辖权将显示国际社会在何种程度上准备使法院成为一个真正有效的机关,如果和国不接受本草案所提议的最低限度的固有管辖权,法院的效能将受到质疑。在这方面,有人关切地指出,根据提议的制度,一个已经批准法院规约的公约缔约国,不按照事实接受其对种族灭绝罪行的管辖权,将导致规约中关于法院对种族灭绝罪行的“固有”管辖权仍然含糊不清。

98. 但是有些代表团认为,委员会对法院管辖权采取的办法太具限制性,尤其是各国预先接受的规定在许多情况下会对法院的工作产生不利影响。因此,其中一个代表团说,行使第21条(该条规定:第一,提出控诉的国家必须是规约缔约国;第二,该国必须已接受法院对待审罪行的管辖权)所列管辖权的先决条件替法院受理案件制造了不必要的障碍。他认为,一国加入规约即自动表示该国接受法院对第20条所列罪行的管辖权,而不需要对其作出任何进一步的正式接受。国际刑事法不可以完全置于国家的同意之下;它还须视国际公共秩序的需要而定。公共秩序的概念应决定国际刑事法院规约和国际法院规约之间的差异--国际法院主要处理国家之间的争端,而国际公共秩序不一定是这种争端的一个问题。因此,如按照委员会的建议试图以国际法院规约作为国际刑事法院规约的模式,将是徒劳和危险的。弱小国家需要一个所有国家都受其强制管辖的国际刑事法院。

99. 另一名代表也对在国际法院和国际刑事法院之间进行比拟表示怀疑,并建议这种比拟在法律上是错误的,在政治上是令人惋惜的,其原因有三:第一,国际法院是二十世纪初期的机构而刑事法院可以属于下一个世纪,在这两个时期之间已发生了许多变化,尤其是在国际刑事法方面。第二,法院规约是附在《联合国宪章》的,因此,宪章缔约国依事实是国际法院规约的缔约国;因此,可以理解为何可让各国选择是否接受法院的任择管辖权,而根据委员会的建议,拟议的新法院规约将是一个完全自主的国际公约,该公约可以,例如管制法院的管辖权。第三,国际法院的管辖权是一般性的,可以包括任何类型的法律争端,而拟议的法院的管辖权只专限于人道主

义领域,因为其任务是惩罚危害人类基本利益的最严重国际罪行。还被指出的是规约草案第20条所列罪行是绝对违反一般国际法公认规范(绝对法)的行为。

100. 一些代表团认为,根据规约草案第20条,法院的固有管辖权只限于种族灭绝罪,但这种管辖权应予扩充,以包括第20(b)、(c)和(d)条下列的罪行,而且法院应对这些罪行行使管辖权,无须缔约国就指定法院对这些罪行的管辖权而作出任何特别声明。有人进一步表示,固有管辖权应予扩充,因为提出接受声明的制度可能导致法院不能行使或行使极少实际的职能,理由是声明的数目不够,虽然有足够数目的国家同意设立法院。

101. 其他代表团则认为规约在赋予法院固有管辖权方面的尺度过宽,即使就种族灭绝罪来说。关于这一点,有人表示,由于国际刑法是一个尚未充分发展的领域,而且法院的规约肯定对国家的法律制度产生影响,管辖权应在共识的基础上确立,要充分考虑到基本的主权原则,而且这项原则应在规约的所有确定中反映出来。因此,有人怀疑第21条第1(b)项和第25条第2款所规定的行使管辖权先决条件就种族灭绝罪来说是否可予免除,而就第20条第(b)至(d)项所述的其他罪行来说则不可免除,因为它们理应也是一般国际法下的罪行。这样做意味着提出申诉的国家拘留疑犯的国家 and 犯罪地国都无须接受法院对种族灭绝罪的管辖权。此外,法院实际上可以通过正常适用上述条款所规定的接受管辖权先决条件,对种族灭绝行使固有管辖权,因为《种族灭绝罪公约》有110个缔约国,其中大多数都可能成为规约缔约国,接受法院对种族灭绝罪的管辖权。

102. 有人也表示,成为《种族灭绝罪公约》缔约国并不自然其然地意味着接受国际刑事管辖权,特别是如果拟议的法院将由条约设立。因此,有必要确定如何行使规约的规定与有关国际条约的规定以及与法院的特性协调一致。这个问题须予进一步研究。

103. 第1(b)项规定了法院对第20条第(b)至(e)项所列罪行行使管辖权的先决条件。关于这一项,一些代表团赞成关于拘留国和犯罪地国都应接受法院管辖权的规

定。有人进一步表示,拘留国应是被告实际被拘留的国家而不是因为认为有审理案件的管辖权而发出拘留令的国家。

104. 关于这一点,一名代表指出,法院对一项罪行行使管辖权应以拘留疑犯的国家接受这种管辖权为先决条件的概念引起了一个问题:一个国家在什么情况下具有足以妨碍法院管辖权的拘留权。他表示关切的是,规约可能被利用来允许(或被解释为允许)通过很可能违反关于主权和领土完整的国际法基本原则的手段以取得拘留权。因此,他建议规约应承认一项基本原则,即:不得违反国际法以取得拘留权,而且应在第21条第1(b)(一)项的句末插入“依国际法”等字。

105. 另一名代表说,他宁可保留1993年规约草案第24条的规定,根据这项规定,法院可以行使管辖权,如果根据有关条约拥有管辖权的国家接受法院管辖权的话,但同一草案关于国家接受法院管辖权的第23条所述的例外除外。此外,由于附件所列的大多数条约都是基于普遍管辖权原则,有关条约的任何缔约国对法院管辖权表示接受,在理论上应足以确立法院的管辖权。但实践中,人们则认为最好明确规定必须有两个特定国家表示接受,如第21(b)条所规定那样。

106. 有人进一步表示,在清单上增列任何国家都会使先决条件过于累赘,限制了法院的效力。

107. 但有人却表示,应有一项关于被告国籍国接受法院管辖权的规定,以补充第1(b)项,因为就忠诚和管辖权目的来说,国籍是一个有重大意义的具体联系。在这方面,第21条第2款局部地处理了这个问题,因为在许多情况下,要求交出疑犯的国家都是国籍国。但是,一名代表却赞成不应要求被告国籍国接受法院管辖权的意见,因为该国不能取代所在地国,特别是在刑事问题方面,而且为了实际理由,也不能取代拘留国。他认为如果将被告国籍国增列在必须接受法院管辖权的国家名单上,这将不必要地使为法院确立的职权复杂化。但另一方面,他却同意虽然要求开展引渡程序的国家接受法院管辖权可能似乎过分,但这是与规约草案认为国际刑事法院应补充国家法院的一般精神完全相符。

108. 关于法院属人管辖权,有人赞成第21条将法院管辖权限于个人的规定。一名代表认为属人管辖权问题必须在单独一条内明确地处理。另一名代表则认为法院只能审判个人,而且法院的管辖权是专属的,但他却指出被告有可能由拘留国、与拘留国有引渡协定的另一国或法院审判。他认为国家应有选择,既可向法院交出被告,又可依本国法律进行审判。

109. 第22条涉及国家接受法院对第20条所列罪行的管辖权。鉴于这一条,许多代表团都赞成拟议的“选入”制度。在这制度下,法院规约缔约国通过提出一项特别声明接受法院的管辖权,但种族灭绝罪或安全理事会转交法院的案件除外。这种制度为人们所接受,因为它为国家提供了更多灵活性和选择自由,以便决定是否成为规约缔约国,或全部或局部接受法院的管辖权,从而使它易于更广为各国所接受,更好地反映出这种管辖权的协商一致基础。

110. 若干代表团虽然表示和它们原则上仍然比较喜欢一个可以使一些罪行排除在法院管辖权外的制度,即“选出”制度,不然的话规约缔约国都必须强制接受这种管辖权,但它们却承认,虽然“选入”制度由于个别国家的总和而有对法院的管辖权施加过分限制的危险,但这种制度的优点是它将鼓励更多国家成为规约缔约国,从而表示愿意支持规约。因此,虽然理想的办法是法院有强制管辖权,从而实行排除或“选出”制度,但国际法委员会拟议的规定比较切合实际,因为它们消除了早日设立法院的一些障碍。

111. 第23条关于安全理事会采取的行动。就这一条来说,许多代表团原则上都同意安全理事会应有权将案件转交法院审理,因为其主要责任是维持国际和平与安全,因此它们都赞成第1款的规定。有人表示这种联系将加强法院与联合国的关系,使法院不必待各国家接受其管辖权才能审理甚至在非规约缔约国境内犯下的罪行,因为无可能通过非缔约国的法院来执法。有人还建议,安全理事会不就每一具体案件设立特设法庭而选择利用法院,将避免特设管辖权的激增,从而确保能制订连续一致的国际案例法。关于安全理事会滥用权力的可能性问题,有人表示各国必须警惕,

确保安理会不超越其权力。因此,上述代表团同意,只要安全理事会将自己局限于向法院转交“事件”而不是“案件”,而法院自己将展开调查并决定是否提起诉讼,则安理会应有特权将某些事件转交法院审理是完全适当的。

112. 有人还建议,将事件转交法院审理的权利不应纯粹保留给安全理事会,这项权利也应给予大会以处理属于其任务范围内的事项,从而正式确认它是联合国最有代表性的机关,而且考虑到由于否决权的使用,安全理事会不一定能行使其权力。更广泛地说,有人提议各国际组织,特别是积极捍卫人权和人道主义法的国际组织,也应能在涉及严重蓄意违法的行为时向法院提出申诉。

113. 一些代表团认为更应审慎地审议有关特权的问题,并建议安全理事会将某些事件转交法院审理的权限不应妨害一国接受法院管辖权的应有权利。关于这一点,一名代表指出,可以想象会有下列情况出现:法院决定放弃其管辖权,理由是规约和附件所提到的国际公约没有被违反,或安全理事会将某事件转交法院审理的决定是出于政治压力,即使安理会以维持国际和平与稳定为理由。一名代表指出,由于各国间对安全理事会是否有权根据《宪章》设立一个强制审判机构的问题仍有异议,而且就前南斯拉夫问题国际法庭来说,它们已表示保留,因此该名代表对规约以这样一个有争议的假定为基础是否明智表示怀疑。他的看法是,规约应规定安全理事会也许在具体情况下有利用法院的可能性,但它所采取的办法必须符合法院作为一个独立的国际司法机构的性质,并符合国家自愿接受其管辖权的原则。因此,他建议在安全理事会决定利用法院的情况下,规定有关国家须事先接受其管辖权,这样做可能是有用的。

114. 有人还表示第23条目前的措词似乎不适当,因为它使一个国际刑事法院可能会受一个诸如安全理事会的机构所通过的政治决定支配,在这样的机构内,一些国家的否决权可能会妨碍提起诉讼的进行。

115. 另一方面,一些代表团对安全理事会以任何方式参与法院活动都表示严重保留。因此,有人认为只有规约缔约国才可以而且应该有权向法院提出申诉,而安全

理事会是一个政治机关,绝对不应在起诉个人方面起任何作用。有人还表示,赋予安全理事会权力根据《宪章》第七章直接向法院提出申诉不符合第21条所制定的基本规则(其中规定法院的管辖权以国家的接受为条件),缺乏稳当的法律根据。此外,有人认为没有充分考虑到大大扩充安全理事会根据《宪章》所具有的职能的后果,特别是这种扩充对第23条的适用的含义。因此,他建议从规约草案中将第23条全部删除。

116. 有人认为第23条对国家审判机构的特权所施加的事先限制很可能会引起关注,并使各国对成为规约缔约国更加犹豫不决。为此,他建议比较可取的办法是在规约中写一段序言,以大会关于侵略定义的第3314(XXIX)号决议附件所载的序言为样板,说明有关于文书的任何内容都绝不应被解释为影响到《宪章》关于联合国各机关的职能和权力范围。

117. 还令人关注的是,授权安全理事会将某些事件转交法院将使规约缔约国之间有显著的不平等,即安全理事会成员国与非成员国之间以及安全理事会常任理事国与其他国家之间的不平等——这将阻止尽可能多的国家加入规约。

118. 一名代表认为,如果安全理事会本身与法院没有发生任何相互作用,这也是对安全理事会有益处的,因为没有保证它可能转交法院审理的案件会被宣布为可予受理。如果对法院是否可予受理的问题提出一系列异议,则这将会削弱安全理事会对有关事件的权力,而且很可能使它与法院公开冲突,这种局面对提高它的声誉毫无好处。

119. 第2款规定安全理事会须先行断定一国犯有侵略行为,法院才可以行使管辖权,一些代表团赞成这项规定,认为它与安理会的任务规定是一致的。其中一个代表团认为这项规定纯属程序性质,对实体法没有任何影响。

120. 但有几个代表团却对这项规定表示异议。有人认为第2款的规定使司法程序受制于政治程序,从而削弱法院的独立性。虽然根据《宪章》第三十九条是合法的,但安全理事会对一项侵略行为的断定却受制于否决权的行使。这种情况将大大

限制法院的运作,特别是可能有若干与据称是一项侵略行为直接有关的,而且也属法院管辖内其他罪行,但这些罪行不一定转交法院审理。

121. 有人进一步表示,一国是否犯下侵略行为的政治问题,与是否可以认为某一国家的个人要对该行为负责的法律问题,在原则上是分开;法院将完全有能力注意到一项侵略行为而无须由安全理事会先行断定。关于这一点,有人指出国际法院本身没有受到这种限制,国际法院的管辖权适用于《联合国宪章》特别规定的所有事件,包括与威胁使用或使用武力有关的事件。因此他建议删除第2款。该名代表进一步提议采取较温和的解决办法,如果安全理事会作出肯定或否定的决定,则法院将受该项决定约束,如果安全理事会不作出任何决定,则法院可自由行使其管辖权。

122. 关于第3款,有人对由于安全理事会采取的行动而使得司法程序政治化表示类似的关注。一名代表建议,安全理事会应有权断定对和平的威胁和破坏和平的行为是否存在,但它不能垄断对这些情况所产生的局势的审议。他认为如果在安全理事会审议这种局势期间法院不得审判嫌疑犯,则法院的管辖权将被过分限制。此外,安全理事会近年往往根据日益广泛的意义来解释“对和平的威胁”的概念,从而使可能会有规约分类开列的罪行出现的所有局势都实际上归它管辖。因此,根据在别的论坛上所作的政治声明而妨碍规约规定的机制运作,似乎不合逻辑。为此,他建议删除第3款。

123. 另一名代表提议,鉴于根据《宪章》第二十五条和第一百零三条安全理事会断定国际和平与安全的威胁是具有约束力和最优先性质的,因此应制订准则,说明应援引第3款规定的情况。例如,他注意到一国根据规约将任何疑犯移交法院的义务可以作废,如果安理会作出相反决定要将某一疑犯交给某一国家。他认为保障法院适当运作的最佳解决办法只不过是删除第23条;或删除第23条但在序言中写入一项条款,保持安全理事会在《宪章》下的功能和权力;或删除第23条第1款和修正第3款,确保只有在安理会已根据《宪章》第七章就有关事件采取行动时才禁止根据规约提出起诉。

124. 另一方面,有人表示第3款的规定是可以支持的,因为它既确认给予安全理事会的优先权,又确认有必要协调安理会和法院的活动。此外,他还认为第23条似乎引进的使安全理事会成员国与非成员国之间存在显著的不平等,是源于安理会的组成,而不是源于有关规定所造成的不平衡。

(f) 规约草案第四部分(调查和起诉:第25至31条)

125. 一些代表认为,有关调查和起诉的第四部分,条款一般而言可以接受。他们认为这些条款尽管某些细节部分还须修改,但可以作为未来国际刑事诉讼程序的坚实基础,建立了一个与正义和保护被告基本权利原则相一致的体系。

126. 但也有人认为这些条款过于笼统。一名代表指出。草案没有关于发布命令的条件、其执行的程序、证据的可接受性的条件以及就判决提出上诉的时限等方面的规定。此外,审前扣留时期应该是尽可能短的,但是如果院长会议核准的话可以是无限期的。在许多情况下法院起诉的罪行是在政治动荡的情况下提交法院的,为政治目标滥用法律程序的考虑是合理的。因此,应该考虑采取保障,其中包括执行制裁的必要。

127. 关于第25条:申诉,代表们普遍同意第1款应仅限于缔约国和根据《宪章》第七章采取行动的安全理事会向法院提出申诉。一名代表指出,在这方面如果条件放松,就可能妨碍各国成为规约的缔约国或接受法院的管辖权,因为他们担心没有这样做的其他国家可能会滥用它们的特权。该代表又坚持说,缔约国即使不接受法院的管辖,也会受到能够有效补充这种管辖制度的其他义务的限制。

128. 另一代表表示以下见解是正确的,即在没有任何申诉的情况下不应授权检察官提起调查程序。他认为,检察官的自主权在国际法中是多余的,并强调以下原则:申诉是激发调查程序的机制。一旦申诉被判定可以接受,则检察官即享有对据称犯下国际罪行的人提起诉讼程序的自主权。院长会议必须确认检察官草拟的起诉书这一要求经视为是对被告权利的又一保障。只有在得到此种确认的基础上嫌犯才成为被

告。当然,起诉的确认不能用以预断法院的判决。

129. 另一方面,某些代表认为,第25(1)条规定只有《防止及惩治灭绝种族罪行公约》的缔约国才可提出灭绝种族的申诉这种限制是没有道理的:在规约中,种族灭绝是属于一般国际法规定的罪行,和法院固有管辖权内的唯一罪行。因此,法院规约的任何缔约国都有权提出有关种族灭绝的申诉。另一代表指出,对灭绝种族以外的其他罪行而言,目前的案文只规定只有扣留嫌疑犯的国家或罪行在其领土内发生的国家才可以提出申诉。一个更广泛的办法是比较适当的,例如让其国民是罪行的受害者并有兴趣和愿意提出申诉的国家提出申诉。

130. 另有人表示,非规约缔约国是否也可以有申诉法院权利的问题也需要进一步审议;应鼓励所有国家援用国际管辖权,该管辖权的作用是通过实行法制,确保和平。

131. 关于第26条:对指控罪行的调查,有人强调必须确保在调查的初步阶段,罪行嫌犯享有《公民权利和政治权利国际盟约》规定一切受保障的权利。

132. 第5段规定院长会议有权复检察官不予调查或起诉的决定,这一点受到一名代表的反对,认为会大大损害检查官的独立性。另一代表指出,第5款没有说明当检察官坚持己见时将会如何。他认为完全由检察官斟酌决定或者允许当事方向履行上诉法庭职责的机构提出上诉,似乎较为可取。

133. 关于第27条起诉:有人表示,应授权检察官修正院长会议的起诉书。

134. 一名代表认为,第28条:逮捕很不完善:规约应订出逮捕嫌犯的明确条件,确保短期间内将嫌犯押上法庭。还有人表示,似乎有必要调和第28条的规定与第52条关于临时逮捕的规定,《规约》没有提到如果不在规定时限内提出正式请求,将如何进行。在这方面,尽管与引渡的类比可能误导,应当指出,在大多数引渡条约之下,如果有关国家在特定时间(通常为40天)所未提出引渡的正式请求任何被临时逮捕的涉嫌者享有被释放的权利。

135. 由于所涉罪行的严重性,一名代表对于第29条:审前拘留或释放中规定被捕

者可能交纳保释金而释放是否适当表示疑问。

(g) 规约草案第五部分(审判:第32至47条)

136. 一些代表对第五部分整体表示支持,一名代表认为这一部分的条款建立了一个与正义和保护被告基本权利的原则相一致的完善制度。但有人建议尽量简化有关条款,只要满足公平审判的条件即可。

137. 第32条:审判地点获得某一代表赞同,他认为第32条的条文加上第58条的规定解决了一些小国所关切的问题,即审判和监禁某些国际罪犯,例如从事大规模毒品贩运者,是它们的司法制度应付不了的,对它们的安全造成严重威胁。

138. 第33条:适用的法律一般而言得到赞同。一名代表欢迎这条的规定,他认为可以确保对“法无明文不为罪”原则的遵守。但另有人对这一条包括的适用法律的确切范围提出疑问。

139. 一些代表认为,适用的法律必须是明确界定并得到国际社会普遍接受的国际公法。在这一点上,有人提到必须尽快订定《危害人类和平及安全治罪法》草案的案文,治罪法除其他外,订立了法院管辖范围内每一罪行的具体刑罚。一名代表对第33条没有提到其他实质性国际法来源表示惊讶,他建议重新拟订以扩大适用规则的范围,使法院在《规约》之外首先适用与某些特定罪行相关的条约、国际法原则和规则、国际组织的有关文件、以及必要的任何国家法律规则。同样地,另一代表说,尽管条约法和习惯法应视为国际刑事法的主要来源。次要来源,诸如国际法学说和法理,包括国际法一些新来源,例如国际组织的决议等,应一并考虑在内。

140. 关于(b)项提到的“一般国际法的原则和规则”,一些代表虽然承认应构成适用法律的基础,但认为某种规则和原则的内容必须有较明确的定义。一名代表认为有必要言明第(b)款专指国际法规,因为它无法同意国际法委员会在对该条的评注第2段中提出的意见,即该段所列举的原则和规则包括了整套国内法,即使第(b)段提到“法律一般原则”,而非“国际法一般原则”,这一提法也只涵盖大多数一般原

则,绝不涵盖国内法整个主体。另一代表关切的是,(b)项当前的案文所指习惯法范围太广泛,性质上很不严格,因此,不易有系统地执行。假如这一条的目的在于说明刑事程序的一般法律原则,那么他认为应当加以明确说明。

141. 一些代表认为,(c)项在国际刑事法院的范畴内提及适用的国内法是不恰当的。一名代表说,《规约》、有关条约和一般国际法的原则和规则的适用留下给国内法填补的空白将十分有限。第一,第20(e)条所提的条约都载有要求适用国际法的周详明确规定。第二,评注说“一般国际法的原则和规则”包括“一般法律原则,因此法院一旦在条约没有明确规定的问题上需要指导,就可以正当地求助于无论在国内法庭上还是在国际惯例中发现的整套刑事法律”。

142. 其他一些代表认为,国内法对于当前所述问题不是无关的。一名代表说,从可以适用的国内法的规则来说,法院自然有一定局限性。此类规则如果不符合国际法,显然不能适用。不能依据国家法限定某项行为或不行为为国际法规定的罪行;如果两者之间发生抵触,国际法必须优先国内法。他说,就事而言的管辖权就包括国际文书所限定的罪行,这些文书规定了首先由国内法惩办这些罪行。此外,所有国家在保护基本权利和刑事诉讼程序方面都有共同的法律规定。因此,虽然国际法为就事而言的管辖权提供了充足的基础,但有些问题也可能需要诉诸国内法。另一代表说,在国际法一级应用国家法来补充实质性刑事法的缺陷是可以考虑的,虽然需要细心研究使用该办法的方式。

143. 一些代表认为,(c)项规定法院可适用“国内法的任何可适用规则”的措词过分笼统。而须作更细致的规定,铭记国际法尚不包含完整的实质性和程序性刑法规则。有人建议提到“适用的刑法规则和管辖权”。此外还建议将第33条移到第三部分。

144. 一名代表指出,委员会认为第33条提到国内法的规则是很重要的,按照评注所说,由于附件列入一些条约,一些条约对上述罪行有明确的说明,但是惩处的办法比国内法为轻。假如这一条的目的载于强调一罪不二审的问题,就应当更明确的说

明。

145. 关于适用的法律与证据规则之间的关系,有人表示,如果证据规则是实质法的一部分,那么在原则上第33条应管辖这些规则的制定,这些规则将基于关于国际作法以及在适当时基于国内法。因此,尽管证据规则一般须经缔约国批准,规约加规定在制定这些规则时,法院应以第33条规定为其指引,可能是有益的。当然,另一意见很可能是这种规定是不必要的,因为,假定证据规则构成实质法,第33条无论如何将适用。

146. 第34条:对管辖权提出质疑的规定某一代表认为极端重要,因为这项规定有利于确定法院的管辖权。但他认为必须定义“有关国家”一词,若是解释过于广泛可能会妨碍法院的工作及其作业。另一代表则认为凡对某一罪行具有管辖权的所有国家均应有权质疑法院的管辖权。

147. 一名代表认为第35条:受理的问题是多余的,因为其他两条(第24和34条)提供机会,确保法院管辖权只限于序言部分所订目的。他还建议,如果要保留第35条;在第34条最好规定也可根据第35条所订的三个理由向管辖权提出质疑。另一代表首先指出《规约》草案对于法定时效或其不适用方面没有任何明文规定。然后说,为了维护法律安全原则,一个常设的国际刑事法院如果成为现实,该法院在时间上的管辖权必须加以确定。她提醒委员会说,法院具有管辖权的各种反恐怖主义公约所列的各项罪行,不属于战争罪和危害人类罪的范畴。关于这一类罪行,《1968年战争罪和危害人类罪不适用法定时效公约》以及许多国家的国内刑事法规都规定不适用法定时效,包括斯洛文尼亚在内。当然,法院对于自然人可以根据其个人的罪责应“基于对人的理由”而享有管辖权,但对这一类事项没有制定一般性的规则。这是一缺点,特别是前南斯拉夫国际法庭规约载有关于个人管辖权和个人刑事责任的规定,包括政府官员的责任和根据上级命令作出的犯罪责任。

148. 第37条有关被告缺席时审判的原则一般获得代表们的赞同,认为是一项基本的法律保障。特别是强调被告的出席以及在被告缺席情况下进行审判的特殊例外

性质,是较原先所提议的详尽得多的均衡案文。在这一点上,有人提到,被告审判时出庭的一般规则只有在明确界定的例外情况,例如该条第2款所述情况下才许可免于遵行,且在被告缺席时,他的一切权利都必须受到尊重。又有人说,尽管从严格的法律观点言,国际法并不禁止缺席审判,但一如《公民权利和政治权利国际盟约》第14条第3(d)款所表明的,人权方面当前的趋势是限制这一方式的审判。

149. 部分代表虽然一般支持本条的主旨,但对于准许进行缺席审判的案件,认为必须进一步澄清其标准。一位代表觉得所适用的标准过于狭窄或武断。他认为1993年规约草案(A/48/10)第44条第(h)款所采用的标准似乎比较可取。他又强调,一旦确定被告的在案,必须重新审判,以便让被告充分利用普遍确认的各项人权文书所保障的所有权利。另一位代表指出,该国只有在极为特殊的情况下,即被告有意避免受审和提供审判前证词的情况下,才准许进行缺席审判,但涉及刑事的青少年罪犯不得缺席审判。该代表虽然认识到,一个有效的国际司法制度的基本成分之一就是将被被告带上法庭的能力,但他慎重指出,该国的宪法禁止引渡其公民。

150. 一位代表着重指出,该国政府仍然支持不接受法院判决的可能性,并对规约第37条规定的这种可能性表示欢迎。他认为这一条文的整体已经对那些不熟悉缺席审判制度的国家提供了足够的保障。

151. 关于第2款(c)项,有人表示不解的是,第2款(c)项规定在被告逃脱合法监管或在保释中逃跑时准许进行缺席审判,但在被告从来没有被捕的情况下,法院却没有进行缺席审判的可能性。有人指出,上述的分别及其后果很不清楚,虽然应该适当尊重《公民权利和政治权利国际盟约》第14条所载的原则,即必须在“被告出庭时进行审判”,但就国际社会的利益而言,似应让法庭有可能进行不到案审判,以便让世界舆论了解一些事实,并至少查明和宣布从事恶毒犯罪的罪犯非法,有些案件还可能不必自动执行不到庭宣布的判决,以便等被告出庭并重新定罪,这类案件尤其有此需要。

152. 关于第4和第5款,一位代表强调指出,该国代表团虽然对第37条的修改表示

欢迎,并对制定规则以排除缺席审判作为主要规则表示欢迎,但应进一步审议上述的两款,以便避免根据国际人权文书产生的任何疑问。

153. 第39条所体现的法无明文不处罚的原则一般获得支持,但拟议案文的某些部分引起了批评。因此有人指出,第20条(a)至(d)款有关适用法无明文不处罚的原则所作的区别,可能导致争议,更合理的办法应该是在第39条制定一条统一的规则如下:“任何人的行为或不行为如果在触犯当时不构成国际法的罪行时,不得视为有罪”。

154. 关于(a)项,有人建议这一规定该写得更具体,“除非”的一句应该写成:“除非有关的行为或不行为构成第20条所规定的罪行”或“除非这一行为或不行为在这一行为或不行为发生时构成有关条约所规定的罪行”。还有人指出,(b)项对于如何断定被告在行为或不行为发生时某一条约是否适用,很不明确:这项条约在国际一级生效后是否就足够,或,这项条约是否还必须完全纳入国内法系统;是否要求这些国家必须确认法院的管辖权,成为有关条约的缔约国?

155. 关于无罪推定的第40条,已经被确认为体现了刑事法的公认原则,这项原则要求检查官有责任确定罪责超出合理怀疑的范围。但有人指出,被告也有举证责任,即有责任证明习惯法上原告同意的答辩、胁迫、自辩或一般性的合法理由。

156. 关于被告权利的第41条也获得支持,认为一般提供了必要的公平审判的国际保障,包括被告必须出席审判的权利。

157. 但有人指出,这一条文可能需要增加新的内容,以便提供必要的心理保障,从而抵消一名被告在外国和文化相异的环境中应付刑事控诉可能遭遇的任何困难。有人进一步指出,应该增加关于法律援助的规定,特别是法院必须委任辩护律师的案件。

158. 一位代表提到第1款(g)项时指出,按照该国法律,被告享有沉默权和不提供证据的权利,但这种沉默可能被解释为增加检方证据的分量,并在必要时为检方的证据提供佐证。

159. 关于一罪不二审原则的第42条,一般都加以支持,认为体现了刑法的基本原则。但也有人对拟议案文的某些方面提出保留。因此有人表示,第2款留下了一个可能性,即在某种情况下,一个已经在一个法庭受审的人事实上可以根据《规约》再度受审。这不仅违反了一罪不二审原则,而且把法院的地位提高到国家法院以上。还有人表示意见,第2(a)项和第2(b)项公然违反了《公民权利和政治权利国际盟约》第14条第7款,还应该考虑的事实是,一个国际刑事法院的目的在于辅助国家刑事司法制度,这是《规约》草案序言中所声明的。关于第2(a)项,有人指出,一罪不二审原则的适用不完全在于如何界定一项罪行,而在于这项行为本身是否成为再次提起诉讼程序的对象。关于第2(b)项,有人指出,涉及已决案件原则的规定应该严格重新评估,因为有些国家可能认为有损于该国有关刑事审判的主权。

160. 有人建议:(a) 将这一条的适用限于已经事前接受法院管辖权的国家;(b) 重新起草第2(a)项和第3款,以确保各国家法院的合作,国际法院只能作为国家司法的补充,不得取代国家司法功能或置其判决于不顾;(c) 改进第2款的措词,特别是“普通罪行”和“未积极起诉”等。

161. 关于证据的第44条,一位代表表示支持,他特别赞同排除任何以非法手段取得的证据的建议。

162. 其他一些代表说,虽然他们同意这一款所含的原则,但认为拟议案文需要进一步审查。因此有人指出,第2款似乎不足以处理伪证案件,应交由法院本身负责处理这些案件。

163. 还有人表示关切,如果预期的合作未能获得,则宣布判决程序的一个主要部分就将失效。关于这一点,第19条第1款(b)项在适用证据规则的问题方面被认为更为有效。

164. 有人建议第3款应作出规定,对于证据的相关性或是否采证的问题应该在听取当事各方或其代表的陈述后再作裁决。一位代表一方面确认第44条所载的有关证据的规定构成一公共领域,主张《规约》应该涵盖这一问题的人,和主张应该列入基

本规定的人都可能运用,但仍认为这些规定必须更加严格,因此建议将第5款修正如下:“以非法方式直接或间接取得的证据,或以违反《规约》各项规则或国际法取得的证据,不得采用”。还有人建议第44条应增加一款如下:“证据规则内应列入其他证据规则,以便列入根据第19条所定的《法院规则》”。

165. 关于法定人数和判决的第45条的某些方面,有人表示不同的意见。关于第1款,有人认为规定所有审判庭的成员在审判的所有阶段都应出席,这样的话就应该删去第3款,因为所有审判庭将由不同数目的法官组成。另一种看则认为第3款不能接受。关于这方面有人指出,一个审判庭不能作出裁决的案件不应该再由同一审判庭重新审判,于是有人质问,是否不能协议作出判决就等于宣判无罪。

166. 关于第5款,部分代表认为判决中不能允许有任何以异议或单独表示的意见,否则法院的权威就将受损。其他一些人则表示,由于法院可以运用的判例法和国际刑事法方面的先例有限,为了连贯性和上诉的目的,显然必须允许不同的判决意见,特别是在审判的这一层次。这方面有人表示,如果上诉庭有机会全面审查案件,从审判庭各位法官的多数和少数两种观点来加以审查,他就可以了解低级法院提出的所有论辩。

167. 关于判刑的第46条引起了一些保留意见。一位代表坚持这一款应该列入更客观的标准,特别是在第(2)项。另一位代表认为,这一条的规定应明确说明,犯罪者的罪是主要的,宣判有罪者的个别情况和罪行的分量只发挥辅助作用。他认为第46条第(2)项的措词是可以接受的,只要将“法院可以认为”改成“法院必须认为”。

168. 关于适用刑罚的第47条,部分代表支持排除第1款所确立的各项可能处罚范围内的死刑。一位代表认为,这个做法符合目前废除死刑的趋势,这种趋势反映在若干人权文书中。有人进一步指出,虽然有些国家可能很难排除有关死刑的规定,但这种规定还是站得住的,因为联合国已经谴责死刑。

169. 但有人表示,应该适当考虑许多刑法制度仍然对最恶毒罪行的犯罪者实施死刑,特别是《规约》草案中所提到的那些罪行。有人建议,确定刑期或确定罚款额

的选择权应该扩大运用于确定一般刑罚的选择。

170. 一位代表对整个第1款表示支持,他欢迎增列一项关于具体年限有期徒刑和无期徒刑的规定。另一方面,部分代表仍然对这一款处理各种刑罚的问题表示不满。他们认为,拟议案文未适当尊重《公民权利和政治权利国际盟约》第15条第1款所奠定的法无明文不处罚原则,这项原则禁止对犯罪当时所适用的刑罚科处更重的刑罚。一位代表认为让法官一方面有权判处无期徒刑或若干年限的有期徒刑,另一方面又可以判决罚款,似乎不合逻辑。他认为,《规约》草案所处理的严重罪行性可仅仅以罚款了事,或以判处罚款来排除若干月份的徒刑也不恰当,更严重的是第47条所表现的笼统含混,这种情况完全无视于法无明文不处罚的原则,因为这一条既没有具体规定刑期,也没有具体规定罚款数额。

171. 若干代表对第2款有关适用刑罚方面不够确定表示保留。一位代表表示关切的是,由于目前的写法未能指出第(a)、(b)和(c)各项之间的相对重要性。如果提到的刑罚在一国与另一国之间有所不同,则可能引起矛盾。另一位代表指出,“可能涉及”(国内法所规定的刑罚)这个写法极为笼统;一方面,它让法院不必考虑这些法律;另一方面,它又让法院从若干国家立法中进行选择,而不提供任何选择的标准。他因此主张,最好的解决办法是以前南斯拉夫国际法庭为先例,即适用单一的国家立法,也就是适用犯罪发生地的国家法律。同理,有人又认为,关于适用刑罚方面必须有极为确定的规定,被告应首先按照犯罪发生国的法规判刑,被告本来就应该带到该国受审。有人表示关切,第2款的各项规定目前这种写法,不同于《公民权利和政治权利国际盟约》第15条的规定,并没有排除对被告处以犯罪发生时适用刑法更重处罚的可能性。有人建议,为了解决这个问题,应要求法院运用国内法。关于这一点,有人回顾,在委员会以前的一届会议上,曾建议在第2款之后增加以下一句:“在任何情况下,不得对被告处罚刑期超过(a)、(b)和(c)项所述任何法律规定的刑期,或课以超过任何这类法律所规定的罚款。”

172. 一位代表注意到适用刑罚的有限范围,呼吁积极适用有关处罚,例如第47条

第3款所规定的罚款。此外,有人建议授权将罚款的一部分移交给罪犯服刑的任何国家。还有人说,条文草案还应该就判定有罪的人归还非法据有的物品制定规则。

(h) 规约草案第六部分(上诉和审查:第48至50条)

173. 一般同意应规定两个层次的管辖权。有代表说这两个层次--审判层次以及就审判所作决定进行上诉的层次,提供了机会,普遍确立各项人权公约确认为基本程序保证的双重管辖权的原则。他说在法院之内结合上诉和推翻判决乃是对迅速议事的关切作出回应,至于授予主席修正权力的作用也是如此,从而完成了整个程序周期,满足了国际社会在各项人权公约中所表示的对公正的愿望。

174. 一位代表认识到,通过上诉和废除判决相结合,上诉乃是谋求确保对合法性的控制--这一控制不仅针对事实认定有误以及法律适用不当,同时也针对程序和证据的提出(error in processando和 error judicando)--他建议肯定可将这种广泛的权力授予上诉分庭,条件是规约载有比现有更精确的证据规则。他特别指出微妙的程序问题,诸如权衡证据时法律适用不当,对任何法学家,不论是法官还是律师,所造成的实际困难;为了这个理由,将须进一步修订规约中的有关规定。

175. 关于对判决或判刑的上诉的第48条招致一位代表的批评,该名代表认为第1款区分程序性错误、事实认定有误、法律适用不当的理由,这把人的弄糊涂了,程序性错误可能只是简单违反程序性规定或者是某种形式的程序不当,而事实上正是法律适用不当。因此,他建议删除第49条第2款中“程序性错误”字样,将开首语改为:“如果上诉分庭断定在行为或法律方面的错误使该项决定失效,该分庭可……”,从而使该段案文与关于前南斯拉夫问题国际法庭规约的第25条更为相似。另一位代表建议由于第48条的规定允许对判决无罪提出上诉,对该条应进一步审议。

176. 关于第49条,有代表表示,在第50条第3款的限制下,除了证据被审判分庭不当排除的情况以外,上诉分庭不应听取证据。他因此建议在第2款(a)和(b)项中加添规定,授权上诉分庭将案子连同它认为适当的指示发回审判分庭,适当指示可包括听

取新的证据和作出新的判决等。

177. 此外,有代表建议,第49条的规定应进一步予以澄清,即到底法院是否受它自己决定的拘束,特别是在上诉一级关于这一点,有代表表示,为求前后一贯起见,法院至少应受到它自己关于上诉的决定的拘束。

(i) 规约草案第七部分(国际合作和司法协助:第51至57条)

178. 一些代表强调各国刑事管辖和现有刑事管辖之间相互支援和合作的重要性,尤其是在调查、证据提供和假定罪犯的引渡方面。他们认为第七部分的规定一般是可接受的。不过,一位代表告诫说考虑到法院的目的并非在司法管辖方面取代国家法院,必须妥善考虑国家刑事管辖。

179. 关于合作的司法协助的第51条,一位代表说法院应有权为对质和引证的目的,暂时移交证人,并且为此提供必要的生活津贴和旅费。

180. 有代表强调就临时逮捕来说,有必要调和第52条关于临时措施的规定与第28条关于逮捕的规定,他说规约不曾规定如在所订期限内未曾提出正式请求,将应如何进行。关于这一点,他提请注意根据大多数引渡条约如在特定期间(通常为40天)内未曾提出引渡的正式请求任何被临时逮捕的嫌疑犯应有权获释。

181. 关于将被告移交法院的第53条,一位代表表示应规定被告有权质疑逮捕状,并且在移交时应引渡公约一般规定的方式进行并符合一般规定的程序并应载有在移交前保释的规定。他说该条第4款引起关于法院的引渡请求优先于现有引渡协定之下的请求国的引渡请求的问题。因此,他建议让被请求国在这方面能有选择。

182. 几位代表质疑关于引渡或起诉的义务的第54条的适用范围。一位代表认为,对任何请求引渡的国家,不论其是否缔约国,是否一概有引渡的义务。同样的问题适用于第53条第2(b)款中提到“请求国”之处。他认为,这两项规定应予调和。其他一些代表表示关注规约草案中,对于第20条(a)至(d)项所规定的罪行,即一般国际法所涵盖的罪行,无引渡义务。尽管就种族灭绝罪来说,对此能有解释,因为单

是境内发生罪行的国家有管辖权,规约草案必须规定对所列举的其他罪行有引渡或起诉义务。有代表指出,一般来说,国际法委员会认为在没有稳固的司法基础或广为接受的引渡制度的情况下,很难要求各缔约国对第20条(b)至(d)款中国际法之下的罪行,负同等的引渡义务,这一点不无道理,不过,不引渡即审判的义务的依据不是第20条(e)项所提的条约,而是规约本身第54条。

(j) 规约草案第8部分(执行:第58至60条)

183. 规约草案第8部分所载的关于执行的规定引起一位代表的关切,因为对许多会员国来说,这些规定引起了重要的宪政问题。他提议作为一个任选办法,法院命令可以符合国际法下界定的各种规定的方式执行。

184. 关于执行判决的第59条,一位代表提议列入一个条款,规定通过扣押缔约国的资产的方式,执行判决。

(k) 附录一(一个与规约草案一起的条约的可能条款)

185. 几位代表团评论了在附录一中国际法委员会关于一个与规约草案一起的条约在诸如生效、行政、融资、修正和审查规约、保留和解决争端方面的可能内容的各项建议。

186. 关于条约生效,一位代表重申加入书数目过少将使法院失去代表国际社会行事的必要代表性和权威而加入书数目过多则可能引起设立法院方面过分延误,他建议也许将数目订为联合国会员国的三分之一和四分之一之间,作为面面俱到的解决办法。不过,另一个代表认为规约相当于在《维也纳条约法公约》第20条第3款的意义之上的国际组织的组织文书,因此它的生效应建立在大数量的批准书之上。

187. 关于审查问题,有代表说,规约要适合国际社会任何变化中的要求,必须与一个具有灵活性的审查或修改程序一起。在这方面,一位代表质疑国际法委员会所建议的对规约的订正暂缓五年。他指出这种暂缓将把一些有关的国际文书,诸如不

久生效的《联合国及有关人员安全公约》，排除在法院管辖范围以外。

188. 关于保留问题，一位代表表示关切：关于仅批准有限保留的建议可能使将来缔约国的数目大为减少。他指出可能与规约草案一起的条约是设立依据条约的国际刑事法院的一个基本组成部分。他建议应十分认真地处理这个问题。他着重指出，宜乎就保留采取更灵活的立场，因为将规约纳入国家法必然会引起宪法的基本问题。

C. 国际水道非航行使用法

1. 一般意见

189. 有几位代表赞扬国际法委员会作了杰出的工作，完成了国际水道非航行使用法条款草案和关于封闭跨界地下水的决议。有人指出，完全不是水道国的国家很少，所以这套可以称作将来的国际水道基本法的条款草案的法律范围和适用范围几乎涵盖全世界，所以应该相应地以认真慎重的态度来对待它。

190. 这些代表认为，国际法委员会所通过的最后草案是一个全面的、均衡的文件，为将来谈判关于国际水道的利用的协定订下了一般的指导方针。

191. 许多代表又赞扬国际法委员会以简单、直接的风格写成这套条款草案，评注也写得很清楚。他们也欢迎条款草案中订出明文规则，让水道国有权根据自己的具体需要，缔结双边或多边协定，只要它们尊重这套条款中所订的一般原则。这种灵活的做法将能保证国际水道得到最充分的开发和使用。草案还有一个优点，就是留有余地，让已经缔结的双边或多边协定能够继续适用。当然，各国如果愿意，也可以根据条款草案所订的一般原则来修订现有的协定。

192. 有一些代表在表示支持这整套条款草案的同时，也表示希望确保现有的双边协定能够继续适用。在这方面，他们认为重要的一点是，第1条应该写明这套条款草案不适用于现有的条约和习惯规则，就如《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》中所载的那样。他们认为，这样一项规定保护了现有的条约，所以将能吸引更多

的国家加入为拟议的框架协定的缔约国。

193. 有一些代表认为,条款草案大体上已经适当地考虑到现有的条约法和先例;他们表示欢迎草案中写入了关于保护环境的规则,认为这样做与最近通过了一些国际公约是一致的。另一些代表则认为,条款草案应该把最近一些国际文书所制定和发展的另一些概念也写进去,例如1992年《里约环境与发展宣言》里面关于可持续发展概念的一组条款。他们指出,《21世纪议程》第18章是关于保护淡水资源的质量和供应以及在水资源的开发、管理和使用方面采用综合一体的做法,其中也包含一些必要的内容,可以写入条款草案。

194. 又有人表示意见说,条款草案应该设想以环境影响研究作为事先考虑到对水道和整个生态系统造成的可以预见的后果的一种手段。

195. 关于条款草案中使用“重大损害”一语,有几位代表表示赞同把“明显的损害”改成“重大损害”,认为这样比较清楚和直截了当。他们认为,这种用法与处理环境保护问题的其他国际文书是一致的,因此会更能够得到各国的接受。不过,新的措辞并不排除各国在实践上适用更严格的标准的可能性。

196. 有一位代表表示意见说,从用语的角度来说,把连成一片或者毗连的水道与前后接连的水道两者的差别突出出来会有它的好处,因为每一种系统有它独特的特点,不能假设一条规则对这两种水道都能适用。

2. 条款草案所应采取的最后形式

197. 谈到这个问题的代表大多数表示支持通过一项框架公约,载列在没有具体协定的情况下使用水道的一般法律原则,并为谈判将来的协定提供指导方针。同时,这样一项公约将允许各国根据具体国际水道的特性和使用,对条款作出调整。

198. 若干代表认为,草案的最后形式应该采取示范规则或指导方针的形式,因为除了必要的一般原则之外,草案中还有一些可能影响到现有的条约或者不适当地限制了水道国的斟酌决定权或行动灵活性的规定。

199. 另一些代表认为,采取框架公约的形式,与示范规则或建议没有互不相容的差别,所以对两种做法都可以支持。

200. 有一些代表对这个文书的确切性质表示存在疑问。他们认为,尽管有草案第3条的评注中所用的措辞,但是这里所涉及的内容似乎更接近于示范规则,而不是框架协定。而且,他们说,没有一条条文清楚地表明条款草案即使在没有特别协定的情况下也适用,而只是请各国适用将来的公约中的规定,和根据某一特定国际水道的特性和使用来调整这些规定。他们认为,如果要使条款草案变成公约,各国就需要知道,当它们成为缔约国的时候,作出了哪些承诺。还有,某些规定,例如第5条里面的规定,还是具有拘束力而且是直接适用的,因为可以把它们视为习惯国际法中的一般规则。

3. 通过公约的论坛问题

201. 就这个问题发言的一些代表认为,通过公约的最适当论坛是全权代表会议,但是参加会议的不仅是法学家和外交官员,而且技术专家也能参加。

202. 另一些代表认为,进一步详细拟订公约的论坛应该是通过大会,用国际法委员会所起草的条款草案作为基础来进行。

203. 有一些代表提议,在召开外交会议以前,以及在大会通过最后文件之前,应该召开一次政府专家会议来解决仍然存在的困难。

4. 不相连封闭地下水的问题

204. 有一些代表赞同地注意到,国际法委员会决定不把不相连地下水的问题包括在草案之中,而是建议各国考虑将条款草案中的原则适用于封闭跨界地下水。他们认为,这项建议反映了在全球水资源的综合管理和对环境的整体协调保护方面一种正在形成的趋势。这些代表认为,与国际水道的地面水不相连的地下水问题固然需要进一步研究,但是各国也可以有效地适用条款草案中所制订的一些一般原则来

管理和共同使用不相连的地下水。

205. 若干代表表示意见说,鉴于还需要进一步收集关于封闭地下水的科学资料,国际法委员会在这个问题上采取灵活的做法是完全恰当的。将来可以用国际法委员会所通过的建议来拟订一项关于跨界封闭地下水的协定。

206. 另一些代表说,将来对这个问题进行讨论时,应该集中在封闭的和非封闭的地下水之间的关系。在这方面,有人提出一个提议,例如,或许可以有一个以公约作为基础的法律制度来专门处理地面水的问题,又另外有一个以决议作为基础的法律制度来处理所有名类地下水。

5. 对具体条款的评论

第一部分(一般原则)

第1条(本条款的范围)

207. 有一些代表认为,案文没有完全排除为航行目的使用国际水道,只是不受它制约而已。他们认为,第1条意味着在水道的航行和非航行使用发生冲突的时候,这些条款就会对国际水道的航行使用发生效力。这条规定作出的假定是,这种利益冲突应该按照国际水道应受到公平合理利用的原则予以解决。

208. 有一位代表说,她的理解是,条款草案也适用于航行使用对水道造成的污染。

209. 为了确保现有的水道协定继续适用,有一位代表建议在草案第1条第1款末尾添加“除非水道国之间的公约、协定或有拘束力的习惯法另有规定”等字。

第2条(用语)

210. 有一位代表说,在第2条中,就如在条款草案的其他各条中一样,国际法委员会采纳了各国的意见。水道的定义现在成功地集合了两种不同的意见——一种主张维

持“流入共同的终点”的措词,另一种主张删去这些字眼--而采用了“通常流入共同的终点”的写法。新的措词为水系统提供了一个科学上精确的定义,并且更好地确定了水道的地理范围。

211. 另一位代表表示意见说,第2条所采用的关于水道国之间关系的定义,没有说明“国际水道”的概念,而只是指出,“‘水道’是指地面水和地下水的系统,由于它们之间的自然关系,构成一个整体单元并且通常流入共同的终点”。不过,使用“系统”一词的用意,是为了把水文系统之中有水流动的各种不同组成部分,包括河流、湖泊、含水层、冰川、蓄水池和运河,都包含进去,只要这些组成部分互相相连,就构成一个整体单元,各自形成水道的一部分。第2条(b)项中的定义还提到“流入共同的终点”,这是确定国际水道的另一个标准。写入这个标准,基本上也是为了界定条款草案的范围,从而限定两个或以上的水道国之间的法律关系。这个标准在二读的时候作了轻微的修订,加了“通常”两个字,这是因为有人提出,有些河流在流入大海之前自己分成地面水和地下水,因此可能会被认为不符合“流入共同的终点”这个标准。这位代表认为,加了“通常”两个字,国际法委员会就清楚地表明,对于不是流入一个共同终点的河流,如果一个国家想要以它们在沿着水道的大部分地方存在自然的关系而且构成一个整体单元作为理由来适用这套条款草案,就要自己提出证明。

212. 有一位代表认为,根据第2条(b)项中的定义,即水道是构成一个整体单元并且流入共同终点的地面水和地下水的系统,则封闭地下水将被排除在条款草案的范围以外。这种做法是可以理解的,不过还是应该把封闭地下水包括进去,因为它的利用也对整个系统产生影响。他认为,在关于封闭跨界地下水的决议草案中提出的替代办法,不是处理这个问题的理想做法。

第3条(水道协定)

213. 有一位代表说,根据关于第3条的评注第(2)段,国际法委员会明确地确认,

某一特定国际水道的最佳利用、保护和开发,最好是通过订立一项适应该水道特性和有关国家需要的协定来实现。他坚决认为,建立法律制度来管理一条国际水道的非航行使用的问题,应该留给有关的国家自己斟酌决定。

214. 另一位代表表示意见说,根据评注中的说法,第3条第2款选用“重大”一词,是为了能够凭客观证据来衡量一个水道国的行动对另一个水道国造成的影响。可是,第3条的实际措词并没有反映对客观证据的要求。她认为,有必要用客观的标准,精确地确定“重大”一词是什么意思;这是特别重要的一点,因为这是草案案文中的关键性用词之一,也见于第7条。

215. 第3条第3款是关于进行协商以期为缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。关于这一款,有一位代表认为,谈判过程本身应该是一种义务。她说,第3条的评注中论述拉诺湖一案的裁决的第(18)和(21)段也证明了这个看法是正确的。

第4条(水道协定的当事国)

216. 有一位代表认为,第4条第1款还应该对参加协商、谈判或起草一项水道协定的水道国规定一项义务,就是如果一种现有的或者拟议的使用可能对水道产生重大影响,就要尽快通知其他水道国。

217. 另一位代表认为,第4条规定,一项拟议的水道协定的执行必须对一个水道国使用水道产生“重大影响”,该水道国才能参加关于该协定的协商和谈判,但是这项限制的必要性不是十分明显。她认为,一项拟议的水道协定只要对一个国家使用水道产生任何不利影响,那个国家都应该有权参加谈判。

218. 有一位代表表示意见说,根据国际法委员会的设想,将来关于这个专题的公约是一项总括性的公约,所以条款草案除了第二部分(一般原则)之外,应该视为具有决定性的性质。她认为,如果水道国有成为水道协定当事国的可能性,将有助于加强水道国之间的合作,从而减少了发生争端的可能性。从这个角度来看,她认为条款草案第4条第2款不够明确,在最后通过之前,应该慎重地再作审议。

第二部分(一般原则)

219. 若干位代表表示意见说,草案的第二部分是案文的核心。他们认为,特别是关于“公平合理的利用”的原则和作出“适当的努力”以免造成重大损害的义务,都是基于各国的惯常做法和一般国际法,有充分的根据。他们认为,国际法委员会在这两项原则之间取得了必要的平衡,从而保证了水道国能够加以最佳的利用,而这正是草案的主要目的。

第5条(公平合理的利用和参与)

220. 有一位代表表示同意国际法委员会的见解,就是与公平合理的使用这个概念相对应的,是保护国际水道的概念。他认为,草案第5条所体现的平衡各种利益的原则,是任何国际水道制度的基石,特别是对其邻国比它大、比它强的小国来说。

221. 另一位代表认为,第5条所载的公平合理的利用和参与的原则,应该理解为是水道国对属于它的一部分国际水道的主权与其他水道国的正当使用和利益之间的一个平衡因素。她赞同评注中所表达的看法,就是最佳利用的原则并不一定是指水道的“最大限度的”利用,而是最经济可行的,并且如果可能的话,最有效率的利用,因为国际水道不是用之不尽的自然资源。

222. 有一些代表表示意见说,第5条第1款应该进一步完善最佳利用和受益的概念,并且应该明文提出可持续性的原则。

第6条(与公平合理利用有关的因素)

223. 有一位代表提议在第6条第1款中增加一个分项,提及一种新的使用或者改变一种现行的使用可能给水道国带来的利益和损害之间的平衡。还有,在第6条第1款(g)项中“价值相当的”一语,也许应予澄清,或者改成具有类似成本效益比率的

其他可行备选方案这样的意思。

224. 有人提议在第6条第2款中写入一项义务,就是要针对每一种特定情况,就第1款中所列的各种因素进行谈判,以期确定什么是公平合理。他还提议删去第2款中“在需要时”等字,因为可以认为,在每一个情况下,进行协商都是可取的。否则,一个国家可能自己认为它对水道的利用是公平合理的,但是它这样做可能对其他水道国造成重大损害。

225. 另一位代表认为,第6条第2款规定了水道国应在需要时本着合作精神,并铭记着国际水道公平合理利用原则,进行协商,然而第6条第1款中列出的关于公平合理利用的标准,主要只是关系到利用上的所谓横向冲突,就是说,当事各方使用水道都是为了类似的目的。没有条文规定在当事各方把水道用于不同目的的情况下怎样解决争端,虽然第10条第2款试图提出了一种程序上的解决办法。因此,她提议在草案中提供实质性的指导方针来补充程序上的解决办法,使争端的结果比较能够预料得到。

226. 有一位代表对于条款草案是否能够为国际水道提供足够的环境保护提出质疑,特别是这样强调最佳利用,会不会使人忘记了保持水道的原始状态这个目标。社会 and 经济发展需要一个可持续的环境,所以他认为,最好能够在利用和保护措施之间取得更好的平衡。他提议,除了第6条所列的与公平合理的利用有关的因素之外,还必须如《赫尔辛基规则》第5条那样,列入另一些因素,以促进可持续的使用,并使水道得到保护。

第7条(不造成重大损害的义务)

227. 有几位代表赞扬了草案第7条所作出的规定。若干位代表指出,草案第7条和它与草案第5条和第6条的关系,是整个问题的核心所在,国际法委员会找到这种办法来处理不造成重大损害的义务与平合理的利用和参与两项原则,看来是解决一个非常困难的问题的一种巧妙的办法。

228. 有一些代表表示意见说,水道国不对其他水道国造成重大损害的义务,是使用时自己财产时不得损害别人财产这一基本原则的重要体现,草案把它写成一种行为义务,要求水道国作出“适当的努力”,而不是针对结果。他们认为,虽然它所牵涉的法学概念并不明确,但是提出适当努力这个想法是值得支持的,因为没有可能制定更加精确的标准。他们觉得,在同一条里面提到公平使用的原则也是恰当的,因为它意味着不造成重大损害的义务是从属于这个原则的。

229. 有一位代表满意地注意到,适当努力的概念是这一条规定的核心内容,而国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任条款草案³也包含这个概念。他认为,重要的是要明白使用这一用语的根据。他指出,在国际责任条款草案第14条的评注第(5)和(6)段中,国际法委员会申明,适当的努力表现为一个国家作出合理努力,让自己得知与设想中的程序有关而可以预见到的事实成分和法律成分,并及时地采取适当措施加以处理,而在审查一个国家的行为时,适当努力的标准是一般认为在那种具体情况下对跨界损害的危险程度来说是适当和相称的标准。他认为,这些概念应该进一步彻底探讨。

230. 有一位代表提议,在执行可能损害一条国际水道的措施之前,应该进行环境影响研究,并同可能受到影响的其他国家谈判缔结一项协定。因此,她提议改写第7条,把这项义务写进去。

231. 这位代表又说,应该规定,凡是使用一条国际水道的国家事先知道这种使用可能造成重大损害,那个国家都要暂停进行有害的活动,作出赔偿,并同受到影响的国家进行谈判,以期采取必要的措施,使活动能够在不造成损害的情况下继续进行。

232. 有一些代表说,草案第7条所作的修改破坏了经过多年工作才达成的一种折衷解决办法。结果是,什么事情都取决于“适当的努力”这个概念,这样,一个国家只要是在“适当努力”的界限以内,就可以合法地对其他水道国造成重大损害。在

³ 见《大会正式记录,第四十九届会议补编第10号》(A/49/10),第五章。

现在这个版本中,只是考虑适当努力这个主观因素,而不管重大损害这个客观因素。他们认为,国际法委员会采用适当努力作为检验标准,就是采取了一种立场,认为一个国家对于它的行为或者对于在它主权下造成的损害无须负起绝对责任。又有人指出,条款草案完全没有提到水道国对损害的赔偿责任。基于这些理由,有人提议不要这个新的版本,而恢复上一个版本。

233. 有一些代表认为,第2款特别是(b)项,应该理解为要消除或减轻所造成的损害,并且在理应赔偿的情况下,应该强制性要求作出赔偿。此外,他们认为,结合草案第20条和第21条来看,“无损害”原则特别重要。他们说,这种联系,以及第5条与上述两条之间的联系,已经在条约法最近的发展中得到再次确认,特别是《保护与使用越界水道和国际湖泊公约》。该《公约》和《里约环境与发展宣言》都强调环境保护,甚至规定不能以科学上未能确定作为理由来推迟防止环境受到损害的行动。

234. 另一位代表表示意见说,第7条所规定的义务并不影响赔偿责任的问题。她还表示欢迎该条的第2款(b)项提到即使作出了适当的努力,还是要对所造成的损害作出赔偿的可能性。

235. 有一位代表就第5条和第7条之间的平衡问题表示意见说,一条水道的公平合理利用,应该从属于确保任何特定的使用具有可持续性的义务。他建议对这两条条款作一次审查,以反映可持续发展的原则。他认为,这些使人关切的问题可以得到解决,而不致影响所提议的制度的完整性。

第8条(一般合作义务)

236. 有一位代表表示意见说,第8条所体现的,是国与国之间进行合作的一种广泛采用的惯常做法。

237. 有一位代表提议,第8条还应该写入诚意和睦邻两项原则。

第9条(定期交换数据和资料)

238. 有一位代表认为,第9条同第8条一样,也是体现了国与国之间进行资料交换的一种广泛采用的惯常做法。

239. 另一位代表说,确保所有水道国负有共同责任这一原则得到尊重,是这套条款草案的基本目的。鉴于这个原因,他提议把第9条写得更加详尽一些。

第10条(各种使用之间的关系)

240. 有一位代表表示意见说,第10条要特别加以注意,因为它规定国际水道的任何使用不对其他使用享有固有优先地位。诚然,案文中写明特别顾及维持生命所必需的人的需求,不过她主张更加强调地突出这一点,因为饮用水是与生命权利密切相连的一种基本需要。

241. 关于第2款,有一位代表提议,如果在案文中提到解决冲突的规定程序,并且规定谈判的义务,也许会好处。

第三部分(计划的措施)

242. 有一位代表提议,条款草案应该规定就计划的措施对国际水道目前或将来的使用可能产生的影响进行研究,并将研究结果送交其他水道国的义务。

第12条(关于可能造成不利影响的计划的措施的通知)

243. 有一位代表认为,不应该完全由执行计划的措施的国家自己来决定这些措施是否可能对其他水道国造成重大不利影响。

244. 另一位代表表示欢迎第12条和以下各条所制定的协商机制。不过,他不知道这些程序是否符合公平审判的标准,也不知道是否会导致拖延,以致造成不利的影

响,包括使公民权利受到侵犯。

第16条(对通知不作答复)

245. 有一位代表认为,条款草案在把它们可能采取的措施可能对水道产生的影响通知其他国家的那些国家和收到关于这种措施的通知的那些国家的权利和义务之间建立了一种均衡的关系。

第17条(关于计划的措施的协商和谈判)

246. 有一位代表提议,第17条第3款应该规定暂停执行计划的措施,直到达成协议定下谈判的期限为止;如果无法找到解决办法,可以采取其他和平解决的方法,包括必要时提交给法院解决。

第18条(没有通知时的程序)

247. 有一位代表说,他认为就第17条第3款提出的意见,也适用于第18条第2款。

第19条(紧急执行计划的措施)

248. 关于第19条第2款,有一位代表说,与其发出该款中所述的正式声明,不如要求向所有水道国发出通知,以便它们能够各自评价自己受到什么程度的影响。紧急状态一旦过去,执行措施的国家就应该同其他水道国合作展开谈判,使问题得到最后解决。而且,执行措施的国家应该为可能造成的任何损害向其他水道国作出赔偿。此外,任何水道国,特别是收到通知的水道国,应该有权检查正在进行的工程,以便确定它们是否符合所提出的计划。

第四部分(保护、保全和管理)

249. 关于草案第四部分,有一位代表满意地注意到,关于保护、保全和管理国际

水道生态系统的各项规定,与联合国环境与发展会议所赞同并且反映在《21世纪议程》里面的综合处理水资源管理和环境保护问题的做法是一致的。

第20条(保护和保全生态系统)

250. 有一位代表提议把“单独或共同”里面的“或”字改成“和”字。

251. 有一位代表认为,提及环境上的不歧视原则会有好处,就是说,在起草和适用关于污染的防止和赔偿问题的立法和管制规定的时候,水道国不应该在本国的环境和其他水道国的环境之间作出区分。该代表又提议,草案还应该规定对国际水道造成污染的国家的赔偿责任,并且不应允许在使用国际水道时造成损害的国家行使管辖豁免权。

第21条(预防、减少和控制污染)

252. 与提议对第20条作出的修正一样,有一位代表建议在第21条第2款中,也把“单独或共同”中的“或”字改成“和”字。

第23条(保护和保全海洋环境)

253. 若干位代表说,鉴于海洋生态系统和与它相连的食物资源日益受到威胁,国际社会迫切需要保护海洋环境,特别是防止来自陆地的污染,因为这占了海洋污染的一个很大部分。他们提到《联合国海洋法公约》第一九二条,其中规定各国负有保护和保全海洋环境的义务。关于国际水道的条款草案第23条包含着水道国不使海洋环境受到污染的义务。不过,这项义务只适用于国际水道有一部分位于其领土之内的那些国家,但是不适用于水道经过其领土流入大海的那些国家。这些代表认为,在针对源自陆地的污染的管制条例方面,后一种国家可能占了不公平的便宜。基于这个理由,他们说,第23条应该整条删除。

254. 有一位代表对第23条中的规定表示关切,认为这一条在国际水道的使用上

提出了长距离水污染的处理办法。他认为,根据国际法理论和各国的惯常做法,国家在跨界损害与长距离污染两种情况下的义务是不同的。条款草案除了第23条之外,基本上都是适用于一个水道国对另一个水道国造成的跨界影响。他认为有问题的是,按照草案第23条的规定,一个水道国,即使它不一定是共同终点所流入的海洋地区的海岸国,或者根本就是内陆国,却有可能要参与采取措施来保护或保全海洋环境。

第24条(管理)

255. 有一位代表认为,水道国互相合作,将确保它们自己受到保护,并使所有有关的水道国都获得最大的利益。因此,他认为,第24条的用意,是促进各国就国际水道的管理问题,包括设立一个联合组织或其他机制的问题,进行协商。他表示赞同第24条中的规定,同时指出,发展中国家也正在越来越多地设立管理国际水道的多边和双边委员会。

第28条(紧急情势)

256. 有一位代表表示意见说,应该订出更详细的规则来援助受到紧急情势影响的水道国,而且任何有关环境方面的协定都应该拟订应急计划,作为它不可缺少的一部分。

第29条(武装冲突期间的国际水道和设施)

257. 有一位代表表示赞同在条款草案中写入关于武装冲突期间的国际水道和设施的规定。他认为,这些规定也应该适用于战争时期的报复行动。

第32条(不歧视)

258. 有一位代表认为,第32条关于不歧视的规定,似是以《公民及政治权利国际

盟约》中的规定作为根据。他认为,不仅要保证不歧视,而且必须保证所有人在本国和其他国家的法院立即、迅速使用司法程序的权利。

259. 另一位代表说,即使是有一定理由对受到损害的外国国民作出补偿,但是不应该把不歧视外国国民的原则写入拟议的公约,因为条款草案基本上是处理共同水边国之间的关系。而且,他说,如果所计划的措施是为了一个国家的发展的话,在其自然资源的利用上,任何优先次序应该只限于政策问题和该国国民的利益。

第33条(争端的解决)

260. 许多代表认为,国际法委员会提出关于解决争端的规则,是非常恰当的,特别是因为淡水的使用常常引起激烈的意见分歧。他们还认为,开动解决程序的机制是令人满意的。此外,这些代表认为,由联合国主持缔结的所有多边立法条约,都应该包含有效的、快速的争端解决程序。有人说,总的来说,国际法委员会在编纂关于这个主题的现有法律和促进其逐渐发展方面做了很好的工作。

261. 有一些代表认为,如果鼓励各国把争端提交给具有拘束力的仲裁,解决争端的程序就会更加有效。这样一种做法还有预防性的作用,因为各国如果知道其他国家可以把争端提交给第三方进行具有拘束力的解决程序,就会比较愿意遵守各种法律要求。因此,有人提议改写这条草案,规定要强制性采取和平解决方法来解决争端。

262. 有一些代表特别表示支持写入关于实况调查的规定,也赞同要求各国首先通过协商和谈判来解决争端,但在这种努力失败之后可以诉诸各种法律程序的规定。

263. 另一些代表说,他们也欢迎写入关于解决争端的规定,但是他们认为,国际法委员会最好更多地集中在既有的解决程序,而不是设立实况调查委员会这样耗费时间的程序。他们认为,按照草案第33条现有的措词,这个委员会的调查结果对当事各方没有拘束力,而且所述的其他程序都需要争端的当事各方一致同意,这是向后倒

退的一步,尤其是在自然资源的分配这样一个容易引起讼争的领域。

264. 有一位代表表示意见说,鉴于草案第3条给予“水道协定”异常大的重要性,国际法委员会不应该忽视一个事实,就是已经有许多现行有效的类似协定,其中也包含关于解决争端的条款,比条款草案所提议的更为有效。他认为,国际法委员会也应该在第33条中写明,各种水道协定都有一些义务列入关于解决争端的条款。

265. 有一位代表认为,强制性规定设立实况调查委员会,是向前迈进了一步,但是相对于最近几十年所缔结的编纂国际法的公约来说,提交调解只是一种可供选择的办法,则是向后倒退的一步。

266. 另一位代表的意见是,强制性规定设立由三位成员组成的实况调查委员会这一规则,反映出有需要订立一种全面的、强制性的争端解决程序。他认为,这种安排需要进行更多的讨论和详细拟订,尽管其基本精神是,争端应该通过互相协议和平地解决。
