



联合国

# 国际法委员会报告

## 第七十一届会议

(2019年4月29日至6月7日和7月8日至8月9日)

大会

正式记录

第七十四届会议

补编第10号(A/74/10)





大 会  
正式记录  
第七十四届会议  
补编第 10 号

## 国际法委员会的报告

第七十一届会议  
(2019 年 4 月 29 日至 6 月 7 日和 7 月 8 日至 8 月 9 日)



联合国·纽约，2019 年

#### 说明

联合国文件用大写英文字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

前有年份和省略号的“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《2019年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

ISSN: CHI 0251-8562

## 简要目录

| 章次                                   | 页次  |
|--------------------------------------|-----|
| 一. 导言.....                           | 1   |
| 二. 委员会第七十一届会议工作概况.....               | 6   |
| 三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....              | 8   |
| 四. 危害人类罪.....                        | 10  |
| 五. 一般国际法强制性规范(强行法).....              | 134 |
| 六. 与武装冲突有关的环境保护.....                 | 196 |
| 七. 国家责任方面的国家继承.....                  | 281 |
| 八. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....                | 294 |
| 九. 一般法律原则.....                       | 311 |
| 十. 与国际法有关的海平面上升.....                 | 321 |
| 十一. 委员会的其他决定和结论.....                 | 323 |
| 附件                                   |     |
| A. 关于条约的暂时适用的示范条款草案.....             | 333 |
| B. 就严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为对个人的赔偿..... | 337 |
| C. 防止和打击海盗和海上武装抢劫行为.....             | 349 |

## 目录

| 章次                       | 页次 |
|--------------------------|----|
| 一. 导言.....               | 1  |
| A. 委员.....               | 1  |
| B. 主席团成员和扩大的主席团.....     | 2  |
| C. 起草委员会.....            | 3  |
| D. 工作组和研究组.....          | 4  |
| E. 秘书处.....              | 5  |
| F. 议程.....               | 5  |
| 二. 委员会第七十一届会议工作概况.....   | 6  |
| 三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....  | 8  |
| A. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....    | 8  |
| B. 一般法律原则.....           | 8  |
| C. 与国际法有关的海平面上升.....     | 8  |
| 四. 危害人类罪.....            | 10 |
| A. 导言.....               | 10 |
| B. 本届会议审议此专题的情况.....     | 10 |
| C. 委员会的建议.....           | 11 |
| D. 向特别报告员表示感谢.....       | 11 |
| E. 防止及惩治危害人类罪条款草案案文..... | 11 |
| 1. 条款草案案文.....           | 11 |
| 2. 条款草案案文及其评注.....       | 21 |
| 总评注.....                 | 21 |
| 序言.....                  | 23 |
| 评注.....                  | 23 |
| 第 1 条 范围.....            | 25 |
| 评注.....                  | 26 |
| 第 2 条 危害人类罪的定义.....      | 26 |
| 评注.....                  | 27 |
| 第 3 条 一般义务.....          | 46 |
| 评注.....                  | 47 |

|        |   |     |
|--------|---|-----|
| 第 4 条  | 防止义务.....                                 | 52  |
|        | 评注.....                                   | 53  |
| 第 5 条  | 不推回.....                                  | 60  |
|        | 评注.....                                   | 60  |
| 第 6 条  | 在国内法中定为刑事犯罪.....                          | 64  |
|        | 评注.....                                   | 64  |
| 第 7 条  | 确立国家管辖权.....                              | 81  |
|        | 评注.....                                   | 81  |
| 第 8 条  | 调查.....                                   | 84  |
|        | 评注.....                                   | 84  |
| 第 9 条  | 当被指控罪犯在境内时的初步措施.....                      | 87  |
|        | 评注.....                                   | 87  |
| 第 10 条 | 或引渡或起诉.....                               | 89  |
|        | 评注.....                                   | 89  |
| 第 11 条 | 公平对待被指控罪犯.....                            | 94  |
|        | 评注.....                                   | 94  |
| 第 12 条 | 受害人、证人及其他人.....                           | 97  |
|        | 评注.....                                   | 98  |
| 第 13 条 | 引渡.....                                   | 105 |
|        | 评注.....                                   | 106 |
| 第 14 条 | 司法协助.....                                 | 116 |
|        | 评注.....                                   | 117 |
| 第 15 条 | 争端的解决.....                                | 123 |
|        | 评注.....                                   | 123 |
|        | 附件.....                                   | 125 |
|        | 评注.....                                   | 128 |
| 五.     | 一般国际法强制性规范(强行法).....                      | 134 |
| A.     | 导言.....                                   | 134 |
| B.     | 本届会议审议此专题的情况.....                         | 134 |
| C.     | 委员会一读通过的关于一般国际法强制性规范<br>(强行法)的结论草案案文..... | 135 |
| 1.     | 结论草案案文.....                               | 135 |
| 2.     | 关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案案文及其评注.....         | 140 |

|                      |  |     |
|----------------------|--|-----|
| 第一部分                 |  |     |
| 导言                   |  |     |
| 结论 1                 | 范围.....                                | 140 |
|                      | 评注.....                                | 140 |
| 结论 2                 | 一般国际法强制性规范(强行法)的定义.....                | 141 |
|                      | 评注.....                                | 141 |
| 结论 3                 | 一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质.....              | 143 |
|                      | 评注.....                                | 143 |
| 第二部分                 |  |     |
| 一般国际法强制性规范(强行法)的识别   |  |     |
| 结论 4                 | 一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准.....              | 149 |
|                      | 评注.....                                | 150 |
| 结论 5                 | 一般国际法强制性规范(强行法)的基础.....                | 151 |
|                      | 评注.....                                | 151 |
| 结论 6                 | 接受和承认.....                             | 156 |
|                      | 评注.....                                | 156 |
| 结论 7                 | 国家组成之国际社会全体.....                       | 157 |
|                      | 评注.....                                | 158 |
| 结论 8                 | 接受和承认的证据.....                          | 160 |
|                      | 评注.....                                | 160 |
| 结论 9                 | 确定一般国际法规范强制性的辅助手段.....                 | 162 |
|                      | 评注.....                                | 162 |
| 第三部分                 |  |     |
| 一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果 |  |     |
| 结论 10                | 与一般国际法的强制性规范(强行法)抵触的条约.....            | 166 |
|                      | 评注.....                                | 166 |
| 结论 11                | 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约<br>规定的可分离性.....  | 168 |
|                      | 评注.....                                | 168 |
| 结论 12                | 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约<br>无效和终止的后果..... | 169 |
|                      | 评注.....                                | 170 |



|                        |   |     |
|------------------------|---|-----|
| 结论 13                  | 对条约的保留对一般国际法强制性规范<br>(强行法)不具效果 .....              | 171 |
|                        | 评注 .....  | 171 |
| 结论 14                  | 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的<br>习惯国际法规则 .....              | 172 |
|                        | 评注 .....  | 172 |
| 结论 15                  | 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的<br>国家单方面行为所创设的义务 .....        | 176 |
|                        | 评注 .....  | 176 |
| 结论 16                  | 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际组织<br>决议、决定或其他行为所创设的义务 ..... | 178 |
|                        | 评注 .....  | 178 |
| 结论 17                  | 一般国际法强制性规范(强行法)作为对整个<br>国际社会承担的义务(普遍义务) .....     | 180 |
|                        | 评注 .....  | 180 |
| 结论 18                  | 一般国际法强制性规范(强行法)和解除不法性的情况 .....                    | 182 |
|                        | 评注 .....  | 182 |
| 结论 19                  | 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的特定后果 .....                    | 183 |
|                        | 评注 .....  | 183 |
| 结论 20                  | 解释和适用与一般国际法强制性规范(强行法)相一致 .....                    | 187 |
|                        | 评注 .....  | 187 |
| 结论 21                  | 程序性要求 .....                                       | 188 |
|                        | 评注 .....  | 189 |
| 第四部分                   |   |     |
| 一般规定                   |   |     |
| 结论 22                  | 不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)<br>可能引起的其他后果 .....          | 191 |
|                        | 评注 .....  | 191 |
| 结论 23                  | 非详尽无遗的清单 .....                                    | 192 |
|                        | 评注 .....  | 192 |
| 附件 .....               |   | 195 |
| 六. 与武装冲突有关的环境保护 .....  |   | 196 |
| A.  导言 .....           |   | 196 |
| B.  本届会议审议此专题的情况 ..... |   | 197 |

|    |                                  |     |
|----|----------------------------------|-----|
| C. | 委员会一读通过的与武装冲突有关的环境保护原则草案案文 ..... | 198 |
| 1. | 原则草案案文 .....                     | 198 |
| 2. | 与武装冲突有关的环境保护原则草案案文及其评注 .....     | 202 |
|    | 第一部分                             |     |
|    | 引言                               |     |
|    | 评注 .....                         | 202 |
|    | 原则 1  范围 .....                   | 203 |
|    | 评注 .....                         | 203 |
|    | 原则 2  宗旨 .....                   | 204 |
|    | 评注 .....                         | 204 |
|    | 第二部分                             |     |
|    | 一般适用原则                           |     |
|    | 原则 3  加强环境保护的措施 .....            | 204 |
|    | 评注 .....                         | 204 |
|    | 原则 4  指定受保护区 .....               | 208 |
|    | 评注 .....                         | 208 |
|    | 原则 5  保护土著人民的环境 .....            | 212 |
|    | 评注 .....                         | 212 |
|    | 原则 6  与武装冲突有关的驻军协议 .....         | 214 |
|    | 评注 .....                         | 214 |
|    | 原则 7  和平行动 .....                 | 216 |
|    | 评注 .....                         | 216 |
|    | 原则 8  人员流离失所 .....               | 218 |
|    | 评注 .....                         | 218 |
|    | 原则 9  国家责任 .....                 | 221 |
|    | 评注 .....                         | 221 |
|    | 原则 10  公司应尽职责 .....              | 224 |
|    | 评注 .....                         | 224 |
|    | 原则 11  公司的赔偿责任 .....             | 229 |
|    | 评注 .....                         | 230 |

## 第三部分

## 武装冲突期间适用的原则

|       |                            |     |
|-------|----------------------------|-----|
| 原则 12 | 与武装冲突有关的环境保护方面的马顿斯条款 ..... | 233 |
|       | 评注 .....                   | 233 |
| 原则 13 | 武装冲突期间对自然环境的一般保护 .....     | 237 |
|       | 评注 .....                   | 237 |
| 原则 14 | 对自然环境适用武装冲突法 .....         | 240 |
|       | 评注 .....                   | 240 |
| 原则 15 | 环境因素 .....                 | 243 |
|       | 评注 .....                   | 243 |
| 原则 16 | 禁止报复 .....                 | 243 |
|       | 评注 .....                   | 243 |
| 原则 17 | 受保护区 .....                 | 246 |
|       | 评注 .....                   | 246 |
| 原则 18 | 禁止掠夺 .....                 | 246 |
|       | 评注 .....                   | 247 |
| 原则 19 | 改变环境的技术 .....              | 250 |
|       | 评注 .....                   | 250 |

## 第四部分

## 在占领局势下适用的原则

|          |                  |     |
|----------|------------------|-----|
| 导言 ..... | 251              |     |
|          | 评注 .....         | 251 |
| 原则 20    | 占领方的一般义务 .....   | 254 |
|          | 评注 .....         | 255 |
| 原则 21    | 自然资源的可持续利用 ..... | 261 |
|          | 评注 .....         | 261 |
| 原则 22    | 应尽职责 .....       | 264 |
|          | 评注 .....         | 264 |

## 第五部分

## 武装冲突后适用的原则

|       |            |     |
|-------|------------|-----|
| 原则 23 | 和平进程 ..... | 266 |
|       | 评注 .....   | 266 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 原则 24 | 共享与准许获取信息.....                            | 268 |
|       | 评注.....                                   | 269 |
| 原则 25 | 武装冲突后的环境评估与补救措施.....                      | 273 |
|       | 评注.....                                   | 273 |
| 原则 26 | 救济和援助.....                                | 274 |
|       | 评注.....                                   | 274 |
| 原则 27 | 战争遗留物.....                                | 277 |
|       | 评注.....                                   | 277 |
| 原则 28 | 海上战争遗留物.....                              | 279 |
|       | 评注.....                                   | 279 |
| 七.    | 国家责任方面的国家继承.....                          | 281 |
| A.    | 导言.....                                   | 281 |
| B.    | 本届会议审议此专题的情况.....                         | 281 |
| 1.    | 特别报告员介绍第三次报告.....                         | 283 |
| 2.    | 辩论摘要.....                                 | 285 |
| 3.    | 特别报告员的总结.....                             | 288 |
| C.    | 委员会迄今为止暂时通过的关于国家责任方面的国家继承的<br>条款草案案文..... | 290 |
| 1.    | 条款草案案文.....                               | 290 |
| 2.    | 委员会第七十一届会议暂时通过的条款草案案文及其评注.....            | 290 |
| 第 1 条 | 范围.....                                   | 290 |
|       | 评注.....                                   | 290 |
| 第 2 条 | 用语.....                                   | 291 |
|       | 评注.....                                   | 292 |
| 第 5 条 | 本条款草案所涵盖的国家继承情况.....                      | 292 |
|       | 评注.....                                   | 292 |
| 八.    | 国家官员的外国刑事管辖豁免.....                        | 294 |
| A.    | 导言.....                                   | 294 |
| B.    | 本届会议审议此专题的情况.....                         | 295 |
| 1.    | 特别报告员介绍第六和第七次报告.....                      | 296 |
| 2.    | 辩论摘要.....                                 | 302 |
| 3.    | 特别报告员的总结.....                             | 308 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 九.  | 一般法律原则.....  | 311 |
| A.  | 导言.....  | 311 |
| B.  | 本届会议审议此专题的情况.....                                    | 311 |
| 1.  | 特别报告员介绍第一次报告.....                                    | 312 |
| 2.  | 辩论摘要.....  | 314 |
| 3.  | 特别报告员的总结.....  | 318 |
| 十.  | 与国际法有关的海平面上升.....                                    | 321 |
| A.  | 导言.....  | 321 |
| B.  | 本届会议审议此专题的情况.....                                    | 321 |
| 十一. | 委员会的其他决定和结论.....                                     | 323 |
| A.  | 条约的暂时适用.....   | 323 |
| B.  | 与国际法有关的海平面上升.....                                    | 325 |
| C.  | 委员会请秘书处就委员会议程上的专题编写研究报告.....                         | 325 |
| D.  | 委员会的方案、程序和工作方法以及文件.....                              | 325 |
| 1.  | 长期工作方案工作组.....                                       | 325 |
| 2.  | 委员会工作方法工作组.....                                      | 326 |
| 3.  | 审议联大 2018 年 12 月 20 日关于国内和国际法治的<br>第 73/207 号决议..... | 326 |
| 4.  | 酬金.....  | 327 |
| 5.  | 文件和出版物.....  | 327 |
| 6.  | 《国际法委员会年鉴》.....                                      | 328 |
| 7.  | 编纂司的协助.....  | 329 |
| 8.  | 网站.....  | 329 |
| 9.  | 联合国国际法视听图书馆.....                                     | 329 |
| E.  | 委员会第七十二届会议的日期和地点.....                                | 329 |
| F.  | 与其他机构的合作.....  | 329 |
| G.  | 出席联大第七十四届会议的代表.....                                  | 330 |
| H.  | 国际法讲习班.....  | 330 |
| 附件  |  |     |
| A.  | 关于条约的暂时适用的示范条款草案.....                                | 333 |
| B.  | 就严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为对个人的赔偿.....                    | 337 |
| C.  | 防止和打击海盗和海上武装抢劫行为.....                                | 349 |



## 第一章 导言

1. 国际法委员会分别于 2019 年 4 月 29 日至 6 月 7 日和 2019 年 7 月 8 日至 8 月 9 日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第七十一届会议第一期会议和第二期会议。本届会议由委员会第七十届会议主席爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生主持开幕。

### A. 委员

2. 委员会由下列委员组成：

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生(尼加拉瓜)

波格丹·奥雷斯库先生(罗马尼亚)

雅库巴·西塞先生(科特迪瓦)

康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)

帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(葡萄牙)

胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生(墨西哥)

克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(智利)

侯赛因·哈苏纳先生(埃及)

马哈茂德·哈穆德先生(约旦)

黄惠康先生(中国)

查尔斯·切尔诺·贾洛先生(塞拉利昂)

艾哈迈德·拉腊巴先生(阿尔及利亚)

玛丽亚·莱赫托女士(芬兰)

村濑信也先生(日本)

肖恩·墨菲先生(美利坚合众国)

阮洪滔先生(越南)

格奥尔格·诺尔特先生(德国)

尼吕费尔·奥拉尔女士(土耳其)

哈桑·瓦扎尼·恰迪先生(摩洛哥)

朴基甲先生(大韩民国)

克里斯·马伊纳·彼得先生(坦桑尼亚联合共和国)

埃内斯特·彼得里奇先生(斯洛文尼亚)

阿尼鲁达·拉吉普特先生(印度)  
 奥古斯特·赖尼希先生(奥地利)  
 胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(秘鲁)  
 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)  
 帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)  
 迪雷·特拉迪先生(南非)  
 爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生(哥伦比亚)  
 马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生(厄瓜多尔)  
 阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)  
 迈克尔·伍德爵士(大不列颠及北爱尔兰联合王国)  
 耶夫格尼·扎加伊诺夫先生(俄罗斯联邦)

## B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 在 2019 年 4 月 29 日举行的第 3453 次会议上，委员会选出了下列主席团成员：

主席：帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)  
 第一副主席：马哈茂德·哈穆德先生(约旦)  
 第二副主席：尼吕费尔·奥拉尔女士(土耳其)  
 起草委员会主席：克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(智利)  
 报告员：查尔斯·切尔诺·贾洛先生(塞拉利昂)

4. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席<sup>1</sup> 和特别报告员<sup>2</sup> 组成。

5. 在 2019 年 5 月 24 日举行的第 3470 次会议上，委员会设立了由下列委员组成的规划组：马哈茂德·哈穆德先生(主席)；卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、黄惠康先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生、

<sup>1</sup> 格奥尔格·诺尔特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生。

<sup>2</sup> 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生。



迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

### C. 起草委员会

6. 在分别于2019年4月30日、5月7日、5月27日、7月9日、7月23日和7月30日举行的第3454、3458、3471、3476、3488和3494次会议上,委员会为下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会:

(a) 一般国际法强制性规范(强行法): 克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(主席)、迪雷·特拉迪先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

(b) 危害人类罪: 克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(主席)、肖恩·墨菲先生(特别报告员)、波格丹·奥雷斯库先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

(c) 与武装冲突有关的环境保护: 克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(主席)、玛丽亚·莱赫托女士(特别报告员)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

(d) 国家责任方面的国家继承: 克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(主席)、帕维尔·斯图尔马先生(特别报告员)、波格丹·奥雷斯库先生、黄惠康先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

(e) 国家官员的外国刑事管辖豁免: 克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(主席)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格

奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

(f) 一般法律原则：克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(主席)、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、迪雷·特拉迪先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

7. 起草委员会就上列六项专题一共举行了 43 次会议。

#### D. 工作组和研究组

8. 规划组设立了以下工作组：

(a) 长期工作方案工作组：马哈茂德·哈穆德先生(主席)、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、黄惠康先生、艾哈迈德·拉腊巴先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、克里斯·马伊纳·彼得先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、阿莫斯·瓦科先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

(b) 工作方法工作组：侯赛因·哈苏纳先生(主席)、波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、黄惠康先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、埃内斯特·彼得里奇先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士、耶夫格尼·扎加伊诺夫先生和查尔斯·切尔诺·贾洛先生(当然成员)。

9. 在 2019 年 5 月 21 日举行的第 3467 次会议上，委员会设立了一个与国际法有关的海平面上升不限成员名额研究组，拟由以下委员共同轮流主持：波格

丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、尼吕费尔·奥拉尔女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生。

## E. 秘书处

10. 主管法律事务的副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·塞尔帕·苏亚雷斯先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长休·卢埃林先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时代表秘书长。首席法律干事阿诺德·普龙托先生和杰西卡·艾尔贝兹女士担任委员会首席助理秘书。高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生担任委员会高级助理秘书。法律干事戴维·纳诺波利斯先生、卡拉·霍伊女士和克里斯蒂安·阿尔伯恩女士以及协理法律干事麦欣怡女士担任委员会助理秘书。

## F. 议程

11. 委员会通过了第七十一届会议议程，包括下列项目：

1. 本届会议工作安排。
2. 国家官员的外国刑事管辖豁免。
3. 危害人类罪。
4. 与武装冲突有关的环境保护。
5. 一般国际法强制性规范(强行法)。
6. 国家责任方面的国家继承。
7. 一般法律原则。
8. 与国际法有关的海平面上升。
9. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件。
10. 第七十二届会议的日期和地点。
11. 与其他机构的合作。
12. 其他事项。

## 第二章

### 委员会第七十一届会议工作概况

12. 关于“危害人类罪”专题，委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/725 和 Add.1)，以及各国政府、国际组织和其他方面提交的评论和意见(A/CN.4/726、Add.1 和 Add.2)。第四次报告阐述了各国政府、国际组织和其他方面就一读通过的条款草案及评注提出的评论和意见，并就每一项条款草案提出了建议。

13. 委员会二读通过了关于防止及惩治危害人类罪的一整套条款草案，其中包括序言草案、15 项条款草案和一个附件草案以及评注。委员会根据其章程第 23 条，决定向联合国大会推荐关于防止及惩治危害人类罪的条款草案。具体而言，委员会建议由联大或由一次全权代表国际会议在该条款草案基础上拟订一项公约(第四章)。

14. 关于“一般国际法强制性规范(强行法)”专题，委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/727)，其中讨论了区域强行法的存在问题和根据委员会先前确认的具有强制性的规范纳入一份说明性清单的问题。经全体会议辩论之后，委员会决定将第四次报告所载结论草案转交起草委员会。

15. 委员会随后一读通过了关于一般国际法强制性规范(强行法)的 23 项结论草案和一份附件草案及其评注。委员会根据其章程第 16 至 21 条，决定通过秘书长向各国政府转发这些结论草案，征求其评论和意见，并要求在 2020 年 12 月 1 日前向秘书长提交这种评论和意见(第五章)。

16. 关于“与武装冲突有关的环境保护”专题，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/728)，其中讨论了在非国际性武装冲突中保护环境的相关问题，以及与环境损害的责任和赔偿责任有关的事项。经全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员在第二次报告中建议的七条原则草案转交起草委员会。

17. 委员会本届会议在对该专题进行审议之后，一读通过了关于与武装冲突有关的环境保护问题的 28 项原则草案，包括评注。委员会根据其章程第 16 至 21 条，决定通过秘书长向各国政府、包括联合国及其环境规划署在内的各国际组织、红十字国际委员会、环境法学会等转发这些原则草案，征求其评论和意见，并要求在 2020 年 12 月 1 日前向秘书长提交这种评论和意见(第六章)。

18. 关于“国家责任方面的国家继承”专题，委员会收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/731)，其中讨论了先导性问题，包括某些一般考虑因素、对被继承国及其国民遭受的国际不法行为所造成的损害的赔偿问题，以及与条款草案整体构架有关的技术性建议。经全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员第三次报告所载第 2 条草案(f)段、第 X 条、第 Y 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条和第 15 条草案以及第二部分和第三部分的标题转交起草委员会。在审议了起草委员会的首次报告之后，委员会暂时通过了第 1 条、第 2 条和第 5 条草案及其评注。此外，委员会注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的关于第 7 条、第 8 条和第 9 条草案的临时报告，该报告提交给委员会仅供参考(第七章)。

19. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/722)和第七次报告(A/CN.4/729)，这些报告专门讨论外国刑事

管辖豁免的程序性问题。具体而言，2018 年第七十届会议上没有完成辩论的第六次报告分析了与管辖权概念有关的程序性方面的三项内容，即：(a) 时间；(b) 受影响的行为种类；(c) 豁免的确定。第七次报告完成了对豁免的程序性问题的审查，涉及管辖权与豁免的程序性问题之间的关系；处理了有关援引豁免和放弃豁免的问题；审查了法院地国和官员所属国之间的程序保障问题，审议了与该官员有关的程序性权利和保障措施，并提出了九项条款草案。经全体会议辩论之后，委员会考虑到全体会议上进行的辩论情况和提出的建议，决定将第 8 条至第 16 条草案转交起草委员会。委员会收到并注意到起草委员会主席关于第 8(前)条草案的临时报告，该报告提交给委员会仅供参考(第八章)。

20. 关于“一般法律原则”专题，委员会收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/732)，其中讨论了该专题的范围和有待委员会在工作过程中处理的主要问题。报告还论述了委员会以往与法律一般原则有关的工作，并概述了法律一般原则随着时间推移而发展的情况，并对该专题的某些基本方面和今后关于该专题的工作进行了初步评估。经全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员报告所载第 1 条至第 3 条结论草案转交起草委员会。委员会还注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第 1 条结论草案的临时报告，该报告提交给委员会仅供参考(第九章)。

21. 关于“与国际法有关的海平面上升”专题，委员会决定将这一专题列入其工作方案，并设立一个研究组，由波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、尼吕费尔·奥拉尔女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生轮流担任共同主席。研究组举行了一次会议，在会上商定了研究组组成，并基于其提纲所列三个分专题商定了工作方法和方案。委员会随后注意到研究组共同主席的联合口头报告(第十章和第十一章 B 节)。

22. 关于“委员会的其他决定和结论”，委员会注意到“条约的暂时适用”专题特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗布莱多先生的口头报告。口头报告说明了为审议关于条约的暂时适用的示范条款草案进行非正式协商的情况。委员会决定将特别报告员关于示范条款草案的订正建议附于报告后，以期在委员会第七十二届会议开始对条约的暂时适用指南草案进行二读之前，征求各国政府的意见(第十一章 A 节和附件 A)。

23. 委员会重新设立了规划组，以审议委员会的方案、程序和工作方法，规划组又决定重新设立长期工作方案工作组(由马哈茂德·哈穆德先生担任主席)和工作方法工作组(由侯赛因·哈苏纳先生担任主席)(第十一章 D 节)。委员会决定在其长期工作方案中列入以下专题：(a) 就严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为对个人的赔偿；(b) 防止和打击海盗和海上武装抢劫行为(第十一章 D 节，及附件 B 和 C)。

24. 委员会接待了国际法院院长阿卜杜勒卡维·艾哈迈德·优素福先生，并继续与欧洲委员会国际公法法律顧問委员会、美洲法律委员会、亚非法律协商组织和非洲联盟国际法委员会进行了传统的信息交流。委员会委员还与红十字国际委员会进行了非正式的意见交流(第十一章 F 节)。

25. 委员会决定其第七十二届会议于 2020 年 4 月 27 日至 6 月 5 日和 7 月 6 日至 8 月 7 日在日内瓦举行(第十一章 E 节)。

## 第三章

### 委员会特别想听取意见的具体问题

26. 委员会谨回顾，2018 年第七十届会议通过了条约的暂时适用指南草案的一读案文，并随后请各国政府和国际组织提交评论和意见。<sup>3</sup> 委员会请各国政府和国际组织也考虑对本报告附件 A 所载关于条约的暂时适用的示范条款草案提交评论和意见。

27. 委员会认为，第七十届会议(2018 年)报告第三章中关于“国家责任方面的国家继承”专题的资料征集请求<sup>4</sup> 仍然具有意义，并欢迎提供任何补充资料。

28. 委员会还欢迎在 2019 年 12 月 31 日之前(另有规定的除外)，就下列问题和请求提供资料，以便各位特别报告员和与国际法有关的海平面上升研究组共同主席在其各自报告中加以考虑。

#### A. 国家官员的外国刑事管辖豁免

29. 委员会欢迎各国提供资料，说明是否面向有权做出可能会影响外国官员及其在法院地国领土内刑事管辖豁免的任何决定的国家官员和机构，发过有关手册、指南、规程或业务指示。

#### B. 一般法律原则

30. 委员会请各国提供资料，说明其在《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的与一般法律原则有关的实践，包括：

- (a) 国家法院的判决、立法和国内层面的任何其他相关实践；
- (b) 向国际性法院和法庭提出的陈述；
- (c) 在国际组织、国际会议和其他论坛上所作的发言；以及
- (d) 条约实践。

#### C. 与国际法有关的海平面上升

31. 委员会欢迎各国、国际组织及国际红十字会和红新月会运动提供资料，说明其在与国际法有关的海平面上升问题方面的实践，并提供其他相关资料。

32. 在第七十二届会议上(2020 年)，研究组将侧重于与海洋法有关的海平面上升问题。在这方面，委员会希望各国能够在 2019 年 12 月 31 日之前提供相关实践的例子，这种实践可能与海平面上升或类似情况下的其他变化相关(即使是间接地相关)。譬如这种实践可能涉及基线和群岛基线(如适用)、封闭线、低潮高地、岛屿、人工岛屿、填海造地和其他海岸加固措施、海区界线、海洋划界以及与此专题有关的任何其他问题。相关资料可包括：

<sup>3</sup> 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 88 段。

<sup>4</sup> 同上，第 36 段。

- (a) 双边或多边条约，特别是海洋划界条约；
- (b) 国家立法或规章，特别是与海平面上升对基线的影响和(或)一般地说对海区的影响有关的任何规定；
- (c) 与条约或国家实践有关的声明、发言或其他函件；
- (d) 解决与海洋法相关的争端的国家法院或国际性法院或法庭判例和其他有关程序结果；
- (e) 在缔约国根据《联合国海洋法公约》规定的义务交存海图和(或)各点地理坐标表时就海平面上升提出的任何意见；以及
- (f) 任何其他相关资料，例如在国际论坛上所作的发言，以及法律意见、研究报告等。

33. 委员会还欢迎在适当时依照本专题提纲所述，<sup>5</sup> 提交与国家地位和保护受海平面上升影响的人员有关的任何资料，研究组将在委员会第七十三届会议(2021年)期间审议这两方面的资料。

---

<sup>5</sup> 同上，附件 B。



## 第四章 危害人类罪

### A. 导言

34. 委员会第六十六届会议(2014 年)决定将“危害人类罪”专题列入工作方案，并任命肖恩·墨菲先生为该专题特别报告员。<sup>6</sup> 联大随后在 2014 年 12 月 10 日第 69/118 号决议第 7 段中注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。

35. 从第六十七届会议(2015 年)至第六十九届会议(2017 年)，委员会在特别报告员连续提交的三份报告<sup>7</sup> 和秘书处编写的一份备忘录<sup>8</sup> 基础上审议了这一专题。

36. 委员会第六十九届会议(2017 年)一读通过了关于危害人类罪的一整套条款草案，包括序言草案、15 项条文草案和一个附件草案及其评注。<sup>9</sup> 委员会根据其章程第 16 至第 21 条，决定通过秘书长向各国政府、国际组织和其他方面转发这些条款草案，以征求评论和意见。<sup>10</sup>

### B. 本届会议审议此专题的情况

37. 委员会本届会议收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/725 和 Add.1)，以及各国政府、国际组织和其他方面提交的评论和意见(A/CN.4/726、Add.1 和 2)。

38. 在 2019 年 4 月 29 日至 5 月 7 日举行的第 3453 至第 3458 次会议上，委员会审议了特别报告员的第四次报告，并指示起草委员会根据特别报告员的建议开始对整套条款草案进行二读，同时考虑到各国政府、国际组织和其他方面的评论和意见，以及全体会议对特别报告员报告进行的辩论情况。

39. 委员会在 2019 年 5 月 22 日举行的第 3468 次会议上审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.935)，并二读通过了关于防止及惩治危害人类罪的整套条款草案(下文 E.1 节)。

40. 在 2019 年 7 月 31 日至 8 月 5 日举行的第 3496 至第 3499 次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注(见下文 E.2 节)。

41. 委员会根据其章程向联大提交该条款草案，并提出以下建议。

<sup>6</sup> 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 266 段。

<sup>7</sup> 见 A/CN.4/680 和 Corr.1(第一次报告)、A/CN.4/690(第二次报告)以及 A/CN.4/704(第三次报告)。

<sup>8</sup> A/CN.4/698。

<sup>9</sup> 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 38 至第 42 段。

<sup>10</sup> 同上，第 43 段。



## C. 委员会的建议

42. 在 2019 年 8 月 5 日举行的第 3499 次会议上，委员会根据其章程第 23 条，决定向联大建议关于防止及惩治危害人类罪的条款草案。特别是，委员会建议由联大或一次国际全权代表会议在该条款草案基础上拟订一项公约。

## D. 向特别报告员表示感谢

43. 在 2019 年 8 月 5 日举行的第 3499 次会议上，委员会在通过关于防止及惩治危害人类罪的条款草案后，以鼓掌方式通过了以下决议：

“国际法委员会，

通过了关于防止及惩治危害人类罪的条款草案，

向特别报告员肖恩·墨菲先生表示深挚感谢和热烈祝贺，感谢并祝贺他以不懈的努力和专注的工作为起草结论草案做出杰出贡献，并使关于防止及惩治危害人类罪的条款草案的拟订工作取得成果。”

## E. 防止及惩治危害人类罪条款草案案文

### 1. 条款草案案文

44. 委员会第七十一届会议二读通过的条款草案案文载录如下。

### 防止及惩治危害人类罪

.....

注意到有史以来，使全人类的良知深受震动的罪行残害了无数儿童、妇女和男子，

认识到危害人类罪危及世界的和平、安全与福祉，

忆及《联合国宪章》所载的国际法原则，

又忆及禁止危害人类罪是一项一般国际法强制性规范(强行法)，

申明危害人类罪是整个国际社会关切的最严重罪行之一，必须按照国际法予以防止，

决心使这些罪行的犯罪者不再逍遥法外，从而有助于防止这种犯罪，

考虑到《国际刑事法院罗马规约》第七条所载的危害人类罪的定义，

忆及每个国家都有义务对危害人类罪行使刑事管辖权，

考虑到与危害人类罪相关的受害人、证人和其他人的权利以及被指控罪犯受到公平对待的权利，

又认为对危害人类罪绝不能听之任之不予惩罚，为确保有效起诉这种罪行，必须在国家一级采取措施并加强国际合作，包括在引渡和司法协助方面加强合作，

.....

## 第 1 条 范围

本条款草案适用于防止及惩治危害人类罪。

## 第 2 条 危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案的目的，“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
- (h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、性别或公认为国际法所不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关；
- (i) 强迫人员失踪；
- (j) 种族隔离罪；
- (k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相当的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

(a) “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第 1 款所述行为的一系列行为；

(b) “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

(c) “奴役”是指对人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

(d) “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

(e) “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

(f) “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

(g) “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

(h) “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施与第1款所述行为性质相当的不人道行为，目的是维系该制度的存续；

(i) “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其授权、支持或默许下，逮捕、拘留或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 本条草案不妨碍任何国际文书、习惯国际法或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

### 第3条

#### 一般义务

1. 各国有义务不参与构成危害人类罪的行为。
2. 各国承诺防止及惩治危害人类罪，此种罪行不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行。
3. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

### 第4条

#### 防止义务

各国承诺依据国际法防止危害人类罪，办法是：

(a) 在其管辖的任何领土内采取有效的立法、行政、司法措施或其他适当的防止措施；

(b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

### 第5条

#### 不推回

1. 如有充分理由相信任何人在另一国将有遭受危害人类罪的危险，则任何国家不得将该人驱逐、遣返(推回)、移交或引渡至该国。
2. 为了确定这种理由是否存在，主管当局应考虑到所有有关因素，包括在适当情况下考虑到在有关国家内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权或严重违反国际人道法的情况。

## 第 6 条

### 在国内法中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定危害人类罪构成犯罪。
2. 各国应采取必要措施，确保本国刑法将下列行为定为犯罪：
  - (a) 实施危害人类罪行；
  - (b) 企图实施这种罪行；以及
  - (c) 命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。
3. 各国还应采取必要措施，确保指挥官和其他上级人员如知道或理应知道下属即将实施或正在实施危害人类罪，却没有在其权力范围内采取一切必要和合理措施防止实施这种罪行，或没有在这种罪行已经实施的情况下对责任人予以惩罚，则对这种罪行负刑事责任。
4. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。
5. 各国应采取必要措施，确保根据本国刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由。
6. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定，本条草案所述罪行不应受到任何时效限制。
7. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定，对本条草案所述罪行，应考虑到其严重性，处以适当的刑罚。
8. 在不违反本国法律规定的情况下，各国应酌情采取适当措施确定法人对本条草案所述罪行的责任。在不违反本国法律原则的情况下，法人的这一责任可以为刑事、民事或行政责任。

## 第 7 条

### 确立国家管辖权

1. 各国应采取必要措施，确立在下列情况下对本条款草案所述罪行的管辖权：
  - (a) 罪行发生在该国管辖的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞行器上；
  - (b) 被指控罪犯为该国国民，或该国认为应予管辖的、惯常在该国领土内居住的无国籍人；
  - (c) 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。
2. 各国还应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内而本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对本条款草案所述罪行的管辖权。
3. 本条款草案不排除一国行使根据其国内法确立的任何刑事管辖权。

## 第 8 条 调查

各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪的行为时，其主管当局展开及时、彻底、公正的调查。

## 第 9 条 当被指控罪犯在境内时的初步措施

1. 任何国家，如果被指控犯有本条款草案所述任何罪行的人在其管辖的领土内，经审查所获情报后认为根据情况有此必要，应将此人羁押或采取其他法律措施确保此人留在境内。羁押和其他法律措施应符合该国法律的规定，但持续时间只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。
2. 该国应立即对事实进行初步调查。
3. 一国如果根据本条草案将某人羁押，应立即向第 7 条草案第 1 款所述国家通知此人受到羁押的事实和拘留此人之所以必要的情况。进行本条草案第 2 款所述初步调查的国家应酌情立即向所述有关国家通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。

## 第 10 条 或引渡或起诉

被指控罪犯在其管辖领土内的国家，如不将此人引渡或移交至另一国家或移交至有管辖权的国际性刑事法院或法庭，则应为起诉之目的将该案提交主管当局。主管当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定。

## 第 11 条 公平对待被指控罪犯

1. 对于任何因本条款草案所述罪行而被采取措施的人，在有关程序的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护此人按照适用的国内法和国际法，包括人权法和国际人道法所享有的各项权利。
2. 在非本人国籍国被监禁、羁押或拘留的任何此类人员应有权：
  - (a) 立即联络与其距离最近的下述国家的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家；如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；
  - (b) 受到此类国家代表的探视；以及
  - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合此人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第 2 款所规定权利的预期目的得到充分实现。

## 第 12 条

### 受害人、证人及其他人

1. 各国应采取必要措施，确保：

(a) 声称有人实施了或正在实施构成危害人类罪的行为的任何人有权向主管当局提出申诉；以及

(b) 申诉人、受害人、证人及其家属和代表以及在本条款草案范围内参加任何调查、起诉、引渡或其他程序的其他人得到保护，不因提出任何申诉，以及提供任何信息、证词或其他证据而受到虐待或恐吓。这些措施应不妨害第 11 条草案所述被指控罪犯的权利。

2. 各国应根据本国法律，在对被指控罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不妨害第 11 条草案所述权利的方式使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。

3. 各国应采取必要措施，在其法律体系内确保危害人类罪受害人有权就受到的物质和精神损害以个人或集体方式获得赔偿，无论此种罪行是通过依国际法可归属于该国家的行为实施，还是在其所管辖的任何领土内实施。这种赔偿酌情包括以下一种或多种形式或其他形式：恢复原状；补偿；抵偿；康复；停止和保证不再犯。

## 第 13 条

### 引渡

1. 当请求国寻求引渡处于被请求国管辖领土内的某人时，本条款草案适用于本条款草案所述罪行。

2. 本条款草案所述各种罪行应被视为属于国家间现有的任何引渡条约所列的可引渡罪行。各国保证将此种罪行作为可引渡罪行列入将来相互之间缔结的每项引渡条约。

3. 为了国家间引渡的目的，本条款草案所述罪行不应视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的犯罪或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种罪行提出的引渡请求。

4. 以订有条约为引渡条件的国家如果收到另一个未与之签订引渡条约的国家提出的引渡请求，可将本条款草案视为对本条款草案所述任何罪行给予引渡的法律依据。

5. 对于本条款草案所述的任何罪行，以订有条约为引渡条件的国家应：

(a) 通知联合国秘书长它是否将利用本条款草案作为与其他国家进行引渡合作的法律依据；以及

(b) 如果不以本条款草案作为引渡合作的法律依据，则应在适当情况下寻求与其他国家缔结引渡条约，以执行本条款草案规定。

6. 不以订有条约为引渡条件的国家，应承认本条款草案所述罪行为彼此之间可引渡的罪行。

7. 引渡应遵从被请求国国内法或适用的引渡条约所规定的条件，包括遵从被请求国可能拒绝引渡的理由。
8. 请求国和被请求国应在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。
9. 为了国家间引渡的目的，必要时应将本条款草案所述罪行视为不仅在发生地实施，而且也在按照第 7 条草案第 1 款确立管辖权的国家领土内实施。
10. 如为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求国的国民而遭到拒绝，被请求国应在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求国的申请，考虑执行按请求国本国法律作出的判刑或剩余刑期。
11. 如果被请求国有充分理由认为，提出引渡请求的目的，是因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔、文化、属于某一特定社会群体或政治见解或因公认为国际法所不容的其他理由而对之进行起诉或惩罚，或同意引渡将因上述任一理由而对某人地位造成损害，则本条款草案的任何内容不得解释为硬性规定了引渡义务。
12. 被请求国应考虑被指控罪行发生在其管辖领土内的国家的请求。
13. 被请求国在拒绝引渡前应酌情与请求国磋商，以使请求国有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的信息。

#### **第 14 条 司法协助**

1. 各国应按照本条草案，在对本条款草案所述的罪行进行的相关调查、起诉和司法程序中相互提供最广泛的司法协助。
2. 对于请求国依照第 6 条草案第 8 款可能追究法人责任的罪行所进行的调查、起诉、司法和其他程序，应根据被请求国的有关法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。
3. 可为下列任何目的请求按照本条草案给予司法协助：
  - (a) 查明被指控罪犯的身份和所在地，适当时也可查明受害人、证人或其他人的身份和所在地；
  - (b) 向个人获取证据或陈述，包括以视频会议方式；
  - (c) 送达司法文书；
  - (d) 执行搜查和扣押；
  - (e) 检查实物和现场，包括获取法医学证据；
  - (f) 提供信息、物证以及专家评估；
  - (g) 提供有关文件和记录的原件或经核证的副本；
  - (h) 为取证目的或其他目的而查明、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或其他物品；

- (i) 为有关人员自愿在请求国出庭提供方便；或
  - (j) 不违反被请求国本国法律的任何其他形式的协助。
4. 各国不得以银行保密为理由拒绝提供本条草案所规定的司法协助。
  5. 各国应视需要考虑缔结有助于实现本条草案目的、具体实施本条或者加强本条规定的双边或多边协定或安排的可能性。
  6. 一国主管当局如果认为与危害人类罪有关的信息可能有助于另一国主管当局进行或顺利完成调查、起诉和司法程序，或者可以促成其根据本条款草案提出请求，则在不妨碍本国法律的情况下，可以在没有事先请求的情况下，向该另一国主管当局提供此类信息。
  7. 本条草案各项规定概不影响规范或将要规范有关国家之间整个或部分司法协助问题的任何其他双边或多边条约所规定的义务。
  8. 如果有关国家无司法协助条约的约束，则本条款草案的附件草案应适用于根据本条草案提出的请求。如果有关国家受此类条约的约束，则适用条约的相应规定，除非这些国家同意代之以适用附件草案的规定。鼓励各国在附件草案有助于合作时适用附件草案。
  9. 各国应酌情考虑与联合国或其他国际组织设立的、负责收集与危害人类罪相关的证据的国际机制缔结协定或安排。

## 第 15 条 争端的解决

1. 各国应努力通过谈判解决与本条款草案的解释或适用有关的争端。
2. 两个或两个以上国家对于本条款草案的解释或适用发生的任何争端不能通过谈判解决的，应按其中一方请求提交国际法院，除非这些国家同意将争端交付仲裁。
3. 各国可声明不受本条草案第 2 款的约束。在与作此声明的任何国家的关系上，其他国家也不受本条草案第 2 款的约束。
4. 凡根据本条草案第 3 款作出声明的国家，均可随时撤销该项声明。

## 附件

1. 本附件草案按照第 14 条草案第 8 款适用。

### 中央机关的指定

2. 各国应指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管当局执行。一国如有实行单独司法协助制度的特区或领土，可另指定一个对该特区或领土具有同样职能的中央机关。中央机关应确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管当局执行时，应鼓励该主管当局迅速而妥善地执行请求。各国应将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何来文均应送交各国指定的中央机关。此项要求不得妨害一国要求通过外交渠



道以及在紧急和可能的情况下经有关国家同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和来文的权利。

#### 提出请求的程序

3. 请求应以被请求国能够接受的语言以书面形式提出，或在可能的情况下以能够生成书面记录的任何形式提出，但须能够使该国鉴定其真伪。各国应将其所能够接受的语言通知联合国秘书长。在紧急情况下，如果经有关国家同意，请求可以口头方式提出，但应立即加以书面确认。

4. 司法协助请求应包括：

(a) 提出请求的机关；

(b) 请求所涉及的调查、起诉或司法程序的事由和性质，以及进行该项调查、起诉或司法程序的机关的名称和职能；

(c) 有关事实的概述，但为送达司法文书提出的请求除外；

(d) 对请求协助的事项和请求国希望得到遵循的特定程序细节的说明；

(e) 可能的话，任何有关人员的身份、所在地和国籍；以及

(f) 索取证据、信息或要求采取行动的目的。

5. 被请求国可要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充信息。

#### 被请求国对请求的答复

6. 请求应按照被请求国的本国法律执行。在不违反被请求国本国法律的情况下，如有可能，应按照请求书中列明的程序执行。

7. 被请求国应尽快执行司法协助请求，并应尽可能充分地考虑到请求国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。被请求国应依请求国的合理要求，就其处理请求的进展情况作出答复。请求国应在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求国。

8. 在下列情况下可拒绝提供司法协助：

(a) 请求未按本附件草案的规定提出；

(b) 被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益；

(c) 被请求国的机关依其管辖权对任何类似罪行进行调查、起诉或司法程序时，其本国法律已经规定禁止对此类罪行采取被请求的行动；

(d) 同意这项请求将违反被请求国关于司法协助的法律制度。

9. 拒绝司法协助时应说明理由。

10. 被请求国可以司法协助妨碍正在进行的调查、起诉或司法程序为理由而暂缓提供司法协助。

11. 被请求国在根据本附件草案第 8 款拒绝某项请求或者根据本附件草案第 10 款暂缓执行请求事项之前，应与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条款和条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，则应遵守有关的条件。

12. 被请求国：

(a) 应向请求国提供其所拥有的根据其本国法律可向公众提供的政府记录、文件或信息的副本；并且

(b) 可自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众提供的任何政府记录、文件或信息的副本。

#### 请求国对信息的使用

13. 未经被请求国事先同意，请求国不得为了请求书所述以外的调查、起诉或司法程序而发送或使用被请求国提供的信息或证据。本款规定不得妨碍请求国在其程序中披露可证明被告人无罪的信息或证据。就后一种情形而言，请求国应在披露之前通知被请求国，若被请求国提出磋商要求，则应与被请求国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，请求国应毫不迟延地将披露一事告知被请求国。

14. 请求国可要求被请求国对其提出请求一事及请求内容保密，但为执行请求所必需的除外。如果被请求国不能遵守保密要求，应立即告知请求国。

#### 被请求国人员作证

15. 在不妨碍本附件草案第 19 款的适用的情况下，对于依请求国请求而同意到请求国所管辖领土就某项诉讼作证或者为某项调查、起诉或司法程序提供协助的证人、专家或其他人员，不应因其离开被请求国所管辖领土之前的作为、不作为或定罪而在请求国领土内对其起诉、拘留、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、专家或其他人员已经得到司法机关不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续十五天内或在有关国家所商定的任何期限内，有机会离开但仍自愿留在请求国所管辖领土内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。

16. 当在某一国所管辖领土内的某人须作为证人或专家接受另一国司法机关询问，而且该人不可能或不宜到请求国领土出庭时，被请求国可依该另一国的请求，在可能而且符合国内法基本原则的情况下，允许以视频会议方式进行询问。有关国家可商定由请求国司法机关进行询问，询问时应有被请求国司法机关人员在场。

#### 在被请求国拘留的人员为作证予以移送

17. 在一国领土内被拘留或服刑的人，如果被要求到另一国进行辨认、作证或提供其他协助，以便为就与本条款草案所述的罪行有关的调查、起诉或司法程序取得证据，在满足下列条件的情况下，可予以移送：

(a) 该人在知情后自由表示同意；并且

(b) 在遵守两国认为适当的条件前提下，两国主管当局同意。

18. 为本附件草案第 17 款的目的：

(a) 该人被移送前往的国家应有权力和义务羁押被移送人，除非移送国另有要求或授权；

(b) 该人被移送前往的国家应毫不迟延地履行义务，按照两国主管当局事先达成的协议或其他协议，将该人交还移送国羁押；

(c) 该人被移送前往的国家不得要求移送国为该人的交还而启动引渡程序；

(d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送国执行的刑期。

19. 除非依照本附件草案第 17 款和第 18 款的规定移送某人的国家同意，否则，不论该人国籍为何，均不得因其在离开移送国所管辖领土前的作为、不作为或定罪而在被移送前往的国家所管辖领土内使其受到起诉、拘留、处罚或对其人身自由进行任何其他限制。

#### 费用

20. 除非有关国家另有协议，执行请求的一般费用应由被请求国承担。如果执行请求需要或将需要支付巨额或异常费用，则应由有关国家进行协商，以确定执行该请求的条款和条件以及承担费用的办法。

## 2. 条款草案案文及其评注

45. 委员会二读通过的条款草案案文及其评记载录如下。

### 防止及惩治危害人类罪

#### 总评注

(1) 有三种罪行通常属于国际性刑事法院和法庭的管辖范围：灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪。灭绝种族罪<sup>11</sup>和战争罪<sup>12</sup>是一些全球性公约的主题，这些公约要求各国在国内法中防止及惩治这些罪行，并为此目的开展合作。相比之下，虽然危害人类罪的发生率可能并不低于灭绝种族罪或战争罪，却没有一项全球性公约专门述及防止及惩治危害人类罪及促进这方面国家间合作的问题。危害人类

<sup>11</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页。

<sup>12</sup> 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页(下称“《日内瓦第一公约》”)；《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》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 971 号，第 85 页(下称“《日内瓦第二公约》”)；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 972 号，第 135 页(下称“《日内瓦第三公约》”)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 973 号，第 287 页(下称“《日内瓦第四公约》”)。《一九四九年八月十二日四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》，(1977 年 6 月 8 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页(下称“《第一附加议定书》”)。

罪与战争罪不同，可能在不涉及武装冲突的情况下发生。此外，危害人类罪也不需要确立灭绝种族罪所需的特殊意图。<sup>13</sup>

(2) 许多严重程度远远不及危害人类罪的罪行，如腐败犯罪<sup>14</sup>和跨国有组织犯罪<sup>15</sup>都已订立了重在防止、惩治及国家间合作的条约。因此，关于防止及惩治危害人类罪的一项全球性公约可能是对现有的国际法框架，特别是国际人道法、国际刑法和国际人权法的重要补充。这样的公约可推动进一步关注防止及惩治这种行为的必要性，并有助于各国通过和统一有关这种行为的国内法律，从而为防止、调查和起诉这种罪行开展更有效的国家间合作开辟途径。为应对其他犯罪行为，已经建立了合作网络。如果在应对危害人类罪方面也这样做，罪犯将无藏身之地，从而有望防患于未然，并确保事发后即予追究责任。不受此公约规范的事项将继续受包括习惯国际法在内的其他国际法规则管辖。

(3) 因此，委员会 2013 年第六十五届会议通过的关于这一专题的建议指出，“国际法委员会在此专题上的目标便是起草一套条款草案，使之成为一项《防止及惩治危害人类罪公约》”。<sup>16</sup> 尽管这些条款草案的某些方面可能反映了习惯国际法，但是编纂现有法律并非这些条款草案的目标；相反，目标是在普遍遵守的有关犯罪的条约的常用条款基础之上，起草那些有效且可能会为各国所接受的条款，以作为可能的未来公约之基础。并且，这些条款草案不妨碍现有的习惯国际法。按照委员会的惯例，在各国就是否将这些条款草案作为一项公约的基础做出决定之前，委员会没有采用条约的技术性措辞(例如提及“缔约国”)，也未起草关于批准、保留、生效或修正等事项的最后条款。

(4) 本条款草案避免与在如国际刑事法院等国际性刑事法院和法庭(以及兼有国际法和国内法要素的“混合”法庭)的组织章程之下产生的国家义务发生冲突。1998 年《国际刑事法院罗马规约》<sup>17</sup> 规范国际刑事法院与缔约国的关系(“纵向”关系)，而本条款草案的着重点则是国内法的制定和国家间的合作(“横向”关系)。《罗马规约》关于“国际合作和司法协助”的第九编默示承认，在处理国际刑事法院管辖范围内的罪行问题上的国家间合作将继续存在，而不妨碍《罗马规约》，但没有对这种合作作出规定。本条款草案既涉及在防止危害人类罪方面的国家间合作，也涉及在国家法律系统内调查、缉捕、起诉、引渡和处罚这种罪行的行为人方面的国家间合作，这是与《罗马规约》一致的目标。通过这样做，本条款草案有助于实现《罗马规约》规定的补充作用原则。同时，本条款草

<sup>13</sup> 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，判决，《2015 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 64 页，第 139 段(“法院回顾说，2007 年法院认定摧毁民族、族裔、种族或宗教群体的意向是灭绝种族的特定要件，使这种犯罪与诸如危害人类罪、迫害等其他有关犯罪行为相区分”)(引自《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页起，见第 121-122 页，第 187-188 段)。

<sup>14</sup> 《联合国反腐败公约》(2003 年 10 月 31 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2349 卷，第 42146 号，第 41 页。

<sup>15</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000 年 11 月 15 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2225 卷，第 39574 号，第 209 页。

<sup>16</sup> 见国际法委员会第六十五届会议工作报告(2013 年)，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，附件 B，第 3 段。

<sup>17</sup> 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页(下称“《罗马规约》”)。

案设想各国可能承担的义务，无论其是否为《罗马规约》缔约国。最后，国际性刑事法院或法庭的组织章程处理的是对犯下其管辖内罪行的人的起诉，但这种章程并未规定国家为事先防止此类罪行或在此类罪行发生时而应采取的步骤。

## 序言

.....

注意到有史以来，使全人类的良知深受震动的罪行残害了无数儿童、妇女和男子，

认识到危害人类罪危及世界的和平、安全与福祉，

忆及《联合国宪章》所载的国际法原则，

又忆及禁止危害人类罪是一项一般国际法强制性规范(强行法)，

申明危害人类罪是整个国际社会关切的最严重罪行之一，必须按照国际法予以防止，

决心使这些罪行的犯罪者不再逍遥法外，从而有助于防止这种犯罪，

考虑到《国际刑事法院罗马规约》第七条所载的危害人类罪的定义，

忆及每个国家都有义务对危害人类罪行使刑事管辖权，

考虑到与危害人类罪相关的受害人、证人和其他人的权利以及被指控罪犯受到公平对待的权利，

又认为对危害人类罪绝不能听之任之不予惩罚，为确保有效起诉这种罪行，必须在国家一级采取措施并加强国际合作，包括在引渡和司法协助方面加强合作，

.....

## 评注

(1) 序言草案旨在为本条款草案提供一个概念框架，阐述讨论本条款草案的一般背景和其主要目的。其措辞在一定程度上受到与整个国际社会关切的最严重罪行有关的国际条约序言的启发，包括 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《罗马规约》。

(2) 序言部分第一段指出了—个事实，即在历史上，使全人类的良知深受震动的行为给无数人造成了伤害。当此类行为因其严重性而构成对人类自身的严重攻击时，就称为危害人类罪。

(3) 序言部分第二段认识到这种罪行危及当代的重要价值观(“世界的和平、安全与福祉”)，从而就体现了《联合国宪章》第一条所载的宗旨，并强调了实现刑事正义同维护和平与安全之间的联系。

(4) 序言部分第三段忆及《联合国宪章》所载的国际法原则，其中包括所有国家主权平等的原则，以及各国在其国际关系上应避免威胁使用或使用武力，或以任

何与联合国宗旨不符的其他方式侵害任何国家的领土完整或政治独立的原则。<sup>18</sup> 因此, 和第 4 条草案一样, 本序言段强调, 尽管危害人类罪可能危及世界的和平、安全和福祉, 但必须依照国际法, 包括关于威胁使用或使用武力的规则, 来防止及惩治这类罪行。本序言段的措辞以《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的序言为蓝本, 并与《罗马规约》的序言一致。<sup>19</sup>

(5) 序言部分第四段又忆及禁止危害人类罪不仅是一项国际法规则, 而且是一项一般国际法强制性规范(强行法)。因此, 这种禁止为各国组成的国际社会整体所接受和承认, 作为一项不容减损的规范, 且只能由嗣后具有同样性质的一般国际法规则方可加以更改。<sup>20</sup> 委员会以前曾指出, 禁止危害人类罪“被明确接受和承认”为一项国际法强制性规范。<sup>21</sup> 国际法院认定, 禁止某些行为, 例如酷刑,<sup>22</sup> 具有强行法的性质,<sup>23</sup> 这更加表明, 对于构成危害人类罪, 广泛或有系统地实施此种行为的禁止规定也具有强行法性质。区域人权法院、<sup>24</sup> 国际性刑事法院和法庭<sup>25</sup> 以及一些国内法院<sup>26</sup> 也注意到禁止危害人类罪的强行法地位。虽然

<sup>18</sup> 《联合国宪章》(1945 年 6 月 26 日, 旧金山), 第二条, 第一和第四款。见《关于各国依联合国宪章建立友好关系与合作的国际法原则宣言》, 1970 年 10 月 24 日联大第 26/25(XXV)号决议。

<sup>19</sup> 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004 年 12 月 2 日, 纽约), 《大会正式记录, 第五十九届会议, 补编第 49 号》(A/59/49)。第一卷, 第 59/38 号决议, 序言; 《罗马规约》, 序言。

<sup>20</sup> 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日, 维也纳), 联合国, 《条约汇编》, 第 1155 卷, 第 18232 号, 第 331 页, 第五十三条。另见委员会一读通过的关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案中的结论草案 2(见下文第 56 段)。

<sup>21</sup> 《2001 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)和更正, 第 85 页, 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条评注第(5)段(认为“已经被明确接受和承认的强制性规范包括[禁止]……危害人类罪行”)。另见委员会一读通过的关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案中的结论草案 23(见下文第 56 段); “国际法不成体系问题: 国际法多样化和扩展引起的困难”, 马尔蒂·科斯基涅米定稿的国际法委员会研究组报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1), 第 374 段(指出危害人类罪是“最常援引的具有强行法地位的备选规范”之一)。

<sup>22</sup> 见《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》(1984 年 12 月 10 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1465 卷, 第 24841 号, 第 85 页(下称“《禁止酷刑公约》”)。

<sup>23</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔), 判决, 《2012 年国际法院案例汇编》, 第 422 页起, 见第 457 页, 第 99 段。

<sup>24</sup> 见 Almonacid-Arellano 等人诉智利案, 2006 年 9 月 26 日的判决(初步反对意见, 实质问题、赔偿和费用), 美洲人权法院, C 辑, 第 154 号, 第 99 段(承认危害人类罪的强行法地位); Miguel Castro-Castro Prison 诉秘鲁案, 判决(实质问题、赔偿和费用), 美洲人权法院, 2006 年 11 月 25 日, C 辑, 第 160 号, 第 402 段(在这一点上引用 Almonacid-Arellano 案); Manuel Cepeda Vargas 诉哥伦比亚案, 判决(初步反对意见、实质问题、赔偿和费用), 美洲人权法院, 2010 年 5 月 26 日, C 辑, 第 213 号, 第 42 段(声明“禁止危害人类罪……是强行法”)。

<sup>25</sup> 见检察官诉 Zoran Kupreškić 等人案, 案件号 IT-95-16-T, 判决, 2000 年 1 月 14 日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭, 《司法补编第 11 号》, 第 520 段(“此外, 大多数国际人道法规范, 尤其是那些禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的规范, 也是国际法强制性规范或强行法, 即具有不可减损和压倒一切的性质”); 检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang 案, ICC-01/09-01/11, 关于 Ruto 先生要求免除持续出庭的决定, 2013 年 6 月 18 日, 国际刑事法院审判分庭, 第 90 段(“普遍认为, 禁止危害人类罪具有强行法地位”)。

<sup>26</sup> 见 Mazzeo、Julio Lilo 等人案, 上诉判决, 阿根廷最高法院, 2007 年 7 月 13 日, 第 330:3248 号判决, 第 15 段(承认禁止危害人类罪是强行法); Arancibia Clavel、Enrique Lautaro 案, 上诉判决, 阿根廷最高法院, 2004 年 8 月 24 日, 第 327:3312 号判决, 第 28 段(指出《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》意味着承认禁止危害人类罪是强行法规则); Priebke、Erich



本序言段忆及禁止危害人类罪是一项强行法规范，但本段和本条款草案均无意讨论此一禁止具有这种地位的后果。

(6) 如下文第 1 条草案所示，本条款草案有两个总体目标：防止及惩治危害人类罪。序言部分第五段侧重于这两个目标中的第一个(防止)；它与本条款草案的第 3、第 4 和第 5 条草案所载的义务相对应，申明必须按照国际法防止危害人类罪。因此这一段表明，此类罪行是整个国际社会关切的最严重罪行之一。

(7) 序言部分第六段申明了本条款草案第一个总体目标(防止)与第二个总体目标(惩治)之间的联系，指出使这些罪行的犯罪者不再逍遥法外，可推动这种犯罪的防止工作。

(8) 序言部分第七段考虑到《罗马规约》第七条所载危害人类罪定义这一出发点。该定义为起草本条款草案第 2 条草案所载定义提供了有益的范例，并与第 6 和第 7 条草案一起，确定了各国必须在国内刑法中确立管辖权的罪行。

(9) 序言部分第八至第十段的重点是两个总体目标中的第二个(惩治)。序言部分第八段忆及每个国家都有义务对危害人类罪行使刑事管辖权。除其他外，这一段与第 8 至第 10 条草案相对应，它们分别涉及：调查危害人类罪，当被指控罪犯在境内时采取某些措施，以及将案件提交检察机关——除非被指控罪犯被引渡或移交给另一国家或有管辖权的国际性法院或法庭。

(10) 序言部分第九段指出，在处理危害人类罪时，必须注意个人的权利。所提及的受害者、证人和其他人的权利以第 12 条草案的规定作为呼应，其中包括向主管当局提出申诉，参与刑事程序和获得赔偿的权利。同时，所提及的被指控罪犯受到公平对待的权利则以第 11 条草案的规定作为呼应，其中包括公平审判权，以及酌情与领事机构联系的权利。

(11) 序言部分第十段认为，为确保有效起诉危害人类罪，必须在国家一级采取措施并加强国际合作。这种合作包括引渡和司法协助方面的合作，这是第 13 和第 14 条草案及附件草案的重点。

## 第 1 条 范围

本条款草案适用于防止及惩治危害人类罪。

---

案，判决，阿根廷最高法院，1995 年 11 月 2 日，第 318:2148 号判决，第 2-5 段(承认禁止危害人类罪为强行法)；Exp No. 0024-2010-PI/TC，判决，秘鲁宪法法院，2011 年 3 月 21 日，第 53 段，可查阅 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html> (相同)；南非警察部长诉南部非洲诉讼中心和另一方案，判决，南非宪法法院，2014 年 10 月 30 日，《2015 年南非法律报告》，第一卷，第 315 页，第 37 段(“与酷刑一样，海盗罪、贩奴罪、战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪和种族隔离罪这些国际罪行，即使不存在具有约束力的国际条约法，各国也必须予以制止，因为‘这些行为违反了构成世界公共秩序基础的价值观，所有国家均与之相关’。根据《宪法》第 232 条，酷刑无论是否达到危害人类罪的规模，在南非都是一种罪行，因为习惯国际法中对酷刑的禁止具有强制性规范的地位”)；司法部长和其他 2 人诉国际法学家委员会肯尼亚分会案，判决，肯尼亚上诉法院，2018 年 2 月 16 日，可查阅 <http://kenyalaw.org/caselaw/case/view/148746/>(“这些准则不可减损、对国家和非国家行为体同样具有强制性，被广为接受的例子包括对以下行为的禁止：灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑、海盗和奴役”)。

## 评注

(1) 第 1 条草案确定本条款草案的范围，即写明本条款草案适用于防止及惩治危害人类罪。防止危害人类罪所侧重的是阻止这种罪行的发生，惩治危害人类罪所侧重的是发生这种行为后或在这种行为发生过程中对有关个人的刑事程序。

(2) 本条款草案全部侧重点就是危害人类罪，这种罪行无论发生在何地都属严重国际罪行。本条款草案不处理其他严重国际罪行，诸如灭绝种族罪、战争罪或侵略罪。

(3) 若本条款草案最终成为一项公约的基础，除非另有意图，缔约国在该公约之下的义务将仅适用于公约对该国生效后发生的行为或事实或存在的任何情势。1969 年《维也纳条约法公约》第二十八条规定，“除条约表示不同意思，或另经确定外，关于条约对一当事国生效之日以前所发生之任何行为或事实或已不存在之任何情势，条约之规定不对该当事国发生拘束力”。<sup>27</sup> 国际法院在“与起诉或引渡义务有关的问题”案中，在针对(酷刑)罪行的条约方面适用了第二十八条，法院认定，“根据《公约》起诉被指控罪犯实施酷刑的义务仅适用于《公约》对有关国家生效后发生的事实”。<sup>28</sup> 然而，各国将始终受到根据包括习惯国际法在内的其他国际法规则承担的一切义务的约束。此外，上述条约法规则不妨碍一国在任何时候通过一项与危害人类罪有关的国内法，只要该法律符合该国根据国际法承担的义务。

(4) 本条款草案各项条款中使用“国内法(national law)”一词指一国内部(internal)或国内(domestic)的法律。使用这一术语旨在涵盖一国内部法律的所有方面，包括确定这种法律应在哪一级别(如联邦或省级)得到通过和适用。

## 第 2 条

### 危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案的目的，“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；

<sup>27</sup> 《维也纳条约法公约》，第二十八条。

<sup>28</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 23)，第 457 页，第 100 段。



(h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、性别或公认为国际法所不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关；

(i) 强迫人员失踪；

(j) 种族隔离罪；

(k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相当的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

(a) “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第 1 款所述行为的一系列行为；

(b) “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

(c) “奴役”是指对人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

(d) “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

(e) “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

(f) “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

(g) “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

(h) “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施与第 1 款所述行为性质相当的不人道行为，目的是维系该制度的存续；

(i) “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其授权、支持或默许下，逮捕、拘留或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 本条草案不妨碍任何国际文书、习惯国际法或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

## 评注

(1) 第 2 条草案的头两款为本条款草案的目的，确定了“危害人类罪”的定义。这两款案文几乎逐字采用了《罗马规约》第七条的案文，只有下文讨论的几处改动。第 2 条草案第 3 款是一项“不妨碍”条款，表明这一定义不影响国际文书、习惯国际法和国内法规定的任何更为宽泛的定义。

## 其他文书中的定义

(2) 1945 年以来使用的“危害人类罪”的定义有多种，既见于国际文书，也见于将该罪编纂入法的国内法。在纽伦堡设立的国际军事法庭的宪章(下称“《纽伦堡宪章》”)第 6 条(c)项将“危害人类罪”定义为：

在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施本法庭管辖范围内任何罪行而起或与之有关者，不论其是否违反犯罪地国之国内法规。<sup>29</sup>

(3) 委员会 1950 年“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则”原则六(三)对危害人类罪的界定是：“对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施任何危害和平罪或战争罪而起或与之有关者”。<sup>30</sup>

(4) 此外，委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》确定其中的一项罪行是：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为”。<sup>31</sup>

(5) 1993 年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 5 条规定，法庭“应有权对国际或国内武装冲突中犯下针对平民的”(谋杀、酷刑和强奸等)一系列行为“负有责任的人予以起诉”。<sup>32</sup> 虽然联合国秘书长在提出该条草案的报告中指出，危害人类罪“指非常严重的不人道行为……基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在广泛或有系统的攻击平民中……”，<sup>33</sup> 但这一特定用词并未写入第 5 条的案文。

(6) 相反，1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 3 条保留了上述的一系列行为，但起首语采用了 1993 年秘书长报告的用词“在广泛的或有系统的攻击平民中实施的罪行”，该条中还写明：“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因”。<sup>34</sup> 如此，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》就明确规定了，只有具备歧视性意图，此罪方能成立。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》

<sup>29</sup> 《关于控诉和惩处欧洲各轴心国主要战犯的协定》，以及《国际军事法庭宪章》第 6 条(c)项(1945 年 8 月 8 日，伦敦，联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 251 号，第 279 页(下称“《纽伦堡宪章》”)。

<sup>30</sup> 《1950 年……年鉴》，第二卷，A/1316 号文件，第三部分，第 377 页，第 119 段。

<sup>31</sup> 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页，第 50 段(第 2 条第 11 款)。

<sup>32</sup> 《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法行为负责者的国际刑事法庭规约》，经安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议通过，载于秘书长按照安理会第 808(1993)号决议第 2 段提出的报告，S/25704 号文件和 Add.1，附件，第 5 条(下称《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》)。

<sup>33</sup> 秘书长按照安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的报告，S/25704 号文件和 Corr.1，第 13 页，第 48 段。

<sup>34</sup> 《起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 12 月 31 日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭规约》，安全理事会 1994 年 11 月 8 日第 955(1994)号决议批准，附件，第 3 条(下称《卢旺达问题国际刑事法庭规约》)。

还将“危害人类罪”定义为“有系统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”的一系列所指明的行为，但没有包括关于歧视性意图的表述。<sup>35</sup>混合刑事法院或法庭的判例也对危害人类罪下过定义。<sup>36</sup>

(7) 1998年《罗马规约》第五条第(一)款第2项将危害人类罪列入了国际刑事法院的管辖范围。第七条第(一)款将“危害人类罪”定义为“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的”一系列行为中的任何一种。第七条第(二)款载有一系列定义，除其他外，澄清了针对任何平民人口进行的攻击“指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的系列行为(第(二)款第1项)。”第七条第(三)款规定，“‘性别’一词应被理解是指社会上的男女两性。‘性别’一词仅反映上述意思。”第七条第(一)款第8项并未保留《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》所下定义中特有的与武装冲突的联系，也未保留《卢旺达问题国际刑事法庭规约》特有的歧视性意图条件(关于迫害行为的规定除外)。

(8) 截至2019年年中，《罗马规约》第七条中“危害人类罪”的定义已被该规约的122个缔约国所接受，其中许多国家在通过和修正国内法时，正在使用这一定义。<sup>37</sup>委员会认为第七条是第2条草案第1和第2款定义此类罪行的适当基础。事实上也确实逐字采用了第七条的案文，仅有三处改动。第一处是，第1款起首语改为“为了本条款草案的目的”，而非“为了本规约的目的”。第二处是，1998年《罗马规约》第七条第(一)款第8项规定属于犯罪的是“与任何一种本法院管辖权内的犯罪”结合发生的迫害行为，如下文进一步讨论的那样，第2条草案第1款(h)项未保留这一短语。第三处是，《罗马规约》关于“性别”定义的第七条第(三)款(以及第(一)款第8项中对该款的交叉引用)，第2条草案未予保留，下文对此也做了进一步讨论。

### 第1和第2款

(9) 第2条草案第1和第2款所列“危害人类罪”的定义含有三项应予讨论的总体条件。这些条件均出现于第1款，已经通过国际刑事法院在《罗马规约》之下的“犯罪要件”、<sup>38</sup>国际刑事法院和其他国际性刑事法院和法庭的判例，以及越来越多的国内法院判例，得到了说明。定义还列出了危害人类罪项下禁止的各

<sup>35</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页，第18条。

<sup>36</sup> 例如见《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂特别法庭协定》(附《规约》)(2002年1月16日，弗里敦)，联合国，《条约汇编》，第2178卷，第38342号，第137页起，见第145页，第2条(下称《塞拉利昂问题特别法庭规约》)；《建立柬埔寨特别法庭以起诉民主高棉期间所犯罪行法》，2004年10月27日，第5条(下称《柬埔寨特别法庭法》)。

<sup>37</sup> 关于各国政府在这方面的委员会提交的国内法资料，见 [http://legal.un.org/ilc/guide/7\\_7.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml)。关于各国国内法汇编表格，见国际刑事法院联盟，“《罗马规约》及《特权和豁免协定》批准和执行情况表”(2012年)，可查阅 [http://iccnow.org/documents/Global\\_Ratificationimplementation\\_chart\\_May2012.pdf](http://iccnow.org/documents/Global_Ratificationimplementation_chart_May2012.pdf)。但是目前，并非所有处理危害人类罪的国内法都包含与《罗马规约》第七条相同的定义。

<sup>38</sup> 见国际刑事法院，《犯罪要件》，2002年9月3日至10日在纽约举行的国际刑事法院罗马规约缔约国大会第一届会议通过(《正式记录》，ICC-ASP/1/3)，并经2010年5月31日至6月11日在坎帕拉举行的国际刑事法院罗马规约审查会议修订(国际刑事法院出版物，RC/11)，2011年合订本，可查阅 [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)，第5-12页。

种行为，并界定了在这一定义之内使用的若干术语(亦即在定义内提供定义)。无疑，国际刑事法院和其他国际性刑事法院和法庭不断演变的判例将继续帮助包括法院在内的国内当局了解这一定义的含义，从而促进国家层面处理方法的协调。委员会注意到，相关的判例仍在随时间而发展，因此以下讨论仅是为了说明截至2019年中期这些术语的一些限制要素。

### “广泛或有系统的攻击”

(10) 第一项总体条件是，有关行为必须是在“广泛或有系统”的攻击中实施的。这一条件最初出现于《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，<sup>39</sup> 不过前南斯拉夫问题国际刑事法庭的一些裁决认为该法庭的《规约》也已隐含这一条件，因为秘书长提出该规约的报告中包括了这一用语。<sup>40</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例均主张，“广泛”和“有系统”这两个条件是择一条件而非联合条件；达到其中任意一个，即能认定犯罪成立。<sup>41</sup> 对广泛/有系统条件的这一解读也反映在委员会对1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》的评注中，委员会在其中指出，“如果某一行为合乎其中[规模或系统性]任一条件，即构成危害人类罪行”。<sup>42</sup>

(11) 在为1998年《罗马规约》审议这一标准时，一些国家表示认为，“广泛”和“有系统”这两个条件应当是联合条件，只有二者皆达到，才能确认罪行存在，否则这一标准的覆盖面将过宽。<sup>43</sup> 的确，这些国家认为，如果仅仅“广

<sup>39</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第3条的法文本与英文本不同，使用了联合式的表述(“généralisée et systématique”)。在Akayesu案中，审判分庭指出：“在《规约》最初的法文本中，对这些条件使用了累加式措辞……进而大大提高了适用这一条款的门槛。习惯国际法只要求有关攻击是广泛或有系统的，鉴此，有充分理由认为法文本存在翻译错误。”检察官诉Jean-Paul Akayesu案，案件号ICTR-96-4-T，判决，1998年9月2日，卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭，第579段，脚注144。

<sup>40</sup> 检察官诉Tihomir Blaškić案，案件号IT-95-14-T，判决，2000年3月3日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，《2000年司法案例汇编》，第202段；检察官诉Duško Tadić a/k/a“Dule”案，案件号IT-94-1-T，意见和判决，1997年5月7日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，《1997年司法案例汇编》，第648段。

<sup>41</sup> 例如见检察官诉Mile Mrkšić、Miroslav Radić和Veselin Šljivančanin案，案件号IT-95-13/1-T，判决，2007年9月27日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭，第437段(“攻击必须是广泛或有系统的，这是择一条件而非累加条件”)；检察官诉Clément Kayishema和Obéd Ruzindana案，案件号ICTR-95-1-T，判决，1999年5月21日，卢旺达问题国际刑事法庭第二审判分庭，第123段(“有关攻击必须包括广泛或有系统这两个条件中的任意一个”)；Akayesu案，判决，1998年9月2日(上文脚注39)，第579段；Tadić案，意见和判决，1997年5月7日(上文脚注40)，第648段(“只要认定存在广泛性……或系统性……二者之一，即达到这一条件”)。

<sup>42</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页，第18条评注第(4)段。另见设立国际刑事法院问题特设委员会的报告，《大会正式记录：第五十届会议，补编第22号》(A/50/22)，第17页，第78段(“关于危害人类罪行定义中所应反映[的]成分……罪行通常涉及广泛或有系统的……攻击”)强调是后加的)；《1995年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第25页，第90段(“‘有系统’和‘大规模’侵害等概念是有关罪行的补充要素”)；《1994年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第40页，第20条评注第(14)段(“危害人类罪的定义包括……性质非常严重的不人道行为。这种罪行的特点在于其广泛或有系统的性质”)强调是后加的)；《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第103页，第21条评注第(3)段(“实现……所列举的任何一项行为，无论是有系统还是大规模，只要具有其中一方面，就足以构成侵害行为”)。

<sup>43</sup> 见《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议，1998年6月15日至7月17日，罗马，正式记录，第二卷》(A/CONF.183/13 (Vol. II))，第148页(印度)；同上，第150页(大不列颠及北



泛”实施有关行为就足够，则同时发生的广泛但无关联的犯罪行为也会构成危害人类罪。出于这一关切，拟出的是折中的案文，将这些条件仍列为择一条件，<sup>44</sup>即意味着它们仍是替代性的，但在《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项中增加了“针对任何平民人口进行的攻击”的定义，正如下文本条款草案评注第(17)至第(33)段所讨论的，该定义中加入了一项“国家或组织的政策”要件。

(12) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在 *Kunarac* 案中指出，“‘广泛’这一形容词说明了攻击的大规模性质及其受害者人数的众多”。<sup>45</sup>因此，这一条件指“受害者人数的众多”，<sup>46</sup>并排除了孤立的暴力行为，<sup>47</sup>例如出于本人意志而非按照某更广泛的计划而谋杀个人受害者的行为。“广泛”攻击可为“集体开展的大规模、频繁的行动，具有相当大的严重性，并针对众多的受害者”。<sup>48</sup>

爱尔兰联合王国、法国); 同上, 第 151 页(泰国、埃及); 同上, 第 152 页(伊朗伊斯兰共和国); 同上, 第 154 页(土耳其); 同上, 第 155 页(俄罗斯联邦); 同上, 第 156 页(日本)。

<sup>44</sup> 国际刑事法院判例已经确认,《罗马规约》第七条中“广泛”和“有系统”这两项条件为择一条件。见肯尼亚共和国状况案,案件号 ICC-01/09,根据《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查肯尼亚共和国状况案的决定,2010年3月31日,国际刑事法院第二预审分庭,第94段。另见检察官诉 Jean-Pierre Bemba Gombo 案,案件号 ICC-01/05-01/08,根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于检察官对 Jean-Pierre Bemba Gombo 所提指控的决定,2009年6月15日,国际刑事法院第二预审分庭,第82段;检察官诉 Jean-Pierre Bemba Gombo 案,案件号 ICC-01/05-01/08,根据《罗马规约》第七十四条作出的判决,2016年3月21日,国际刑事法院第三审判分庭,第162段。

<sup>45</sup> 检察官诉 Dragoljub Kunarac、Radomir Kovač 和 Zoran Vuković 案,案件号 IT-96-23-T & IT-96-23/1-T,判决,2001年2月22日,前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭,第428段,《司法补编第23号》,2001年2月/3月。另见 Bemba 案,判决,2016年3月21日(上文脚注44),第163段;检察官诉 Germain Katanga 案,案件号 ICC-01/04-01/07,根据《规约》第七十四条作出的判决,2014年3月7日,国际刑事法院第二审判分庭,第1123段;检察官诉 Germain Katanga 和 Mathieu Ngudjolo Chui 案,案件号 ICC-01/04-01/07,关于确认指控的决定,2008年9月30日,国际刑事法院第一预审分庭,第394段;检察官诉 Vidoje Blagojević 和 Dragan Jokić 案,案件号 IT-02-60-T,判决,2005年1月17日,前南斯拉夫问题国际刑事法庭第一审判分庭 A 庭,第545-546段;检察官诉 Dario Kordić 和 Mario Čerkez 案,案件号 IT-95-14/2-A,判决[和更正],2004年12月17日,前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭,第94段。

<sup>46</sup> Bemba 案,决定,2009年6月15日(见上文脚注44),第83段;Kayishema 案,判决,1999年5月21日(见上文脚注41),第123段;Akayesu 案,判决,1998年9月2日(见上文脚注39),第580段;《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第47页,第18条(使用了“大规模”这一短语,而非“广泛”);另见 Mrkšić 案,判决,2007年9月27日(见上文脚注41),第437段(“‘广泛’指攻击的大规模性质及其受害者人数的众多”)。在检察官诉 Bosco Ntaganda 案,案件号 ICC-01/04-02/06,根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于检察官对 Bosco Ntagand 提出指控的决定,2014年6月9日,国际刑事法院第二预审分庭,第24段,分庭认定对平民人口的攻击是广泛的,“因为产生了大量平民受害者。”

<sup>47</sup> 见检察官诉 Bosco Ntaganda 案,案件号 ICC-01/04-02/06,根据第五十八条作出的关于检察官申请书的决定,2012年7月13日,国际刑事法院第二预审分庭,第19段;检察官诉 Ahmad Muhammad Harun 和 Ali Muhammad al abd-al-Rahman 案,案件号 ICC-02/05-01/07,根据《规约》第五十八条第(七)款作出的关于检察官申请书的决定,2007年4月27日,国际刑事法院第一预审分庭,第62段。另见检察官诉 Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda 案,案件号 ICTR-96-3-T,判决和判刑,1999年12月6日,卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭,第67-69段;Kayishema 案,判决,1999年5月21日(上文脚注41),第122-123段;《危害人类和平及安全治罪法草案》第18条评注第(4)段,《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第47页;《危害人类和平及安全治罪法草案》第21条评注第(3)段,《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第103页。

<sup>48</sup> Bemba 案,判决,2016年3月21日(见上文脚注44),第163段(引自 Bemba 案,决定,2009年6月15日(见上文脚注44),第83段)。

与此同时，个人行为实施的单一罪行，若发生在某个更广泛的运动的背景之下，也可构成危害人类罪。<sup>49</sup> 攻击行为不需受害者人数达到某具体下限即可属于“广泛”攻击。

(13) “广泛”亦可有地域层面的意思，指攻击发生在不同地点。<sup>50</sup> 因此，国际刑事法院一预审分庭在 *Bemba* 案中，根据广大地域诸多地点的攻击报告，包括上千起强奸、群葬坑和大量受害者的证据，认定证据充分，足以确定有关攻击属于“广泛”攻击。<sup>51</sup> 但所涉地域广大并不是必要条件；前南斯拉夫问题国际刑事法庭认定，在一较小地域内针对大量平民的攻击也属于“广泛”攻击。<sup>52</sup>

(14) 国际刑事法院预审分庭在肯尼亚共和国状况案的決定中表示，“评估并非仅考察数量或地域，而是必须根据个体事实予以分析”。<sup>53</sup> 若多起不人道行为造成累加影响，或单起不人道行为情节极为严重，有关攻击也可属于广泛攻击。<sup>54</sup>

(15) 与“广泛”一样，“有系统”一词也不包括孤立或没有联系的暴力行为，<sup>55</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院的判例所反映的对这一术语含义的理解相似。前南斯拉夫问题国际刑事法庭将“有系统”定义为“暴力行为是有组织的，且不是随机发生的”，<sup>56</sup> 并认定，只要有行为规律的证据或方法计划的证据，就可确定有关攻击是有系统的。<sup>57</sup> 因此，上诉分庭在 *Kunara* 案中确认，“犯罪的规律，即相似犯罪行为频频非意外地重复发生，是这种有系统攻击的一种常见表现”。<sup>58</sup> 卢旺达问题国际刑事法庭也采用了类似的处理方法。<sup>59</sup>

<sup>49</sup> Kupreškić 案，判決，2000 年 1 月 14 日(见上文脚注 25)，第 550 段；Tadić 案，意見和判決，1997 年 5 月 7 日(见上文脚注 40)，第 649 段。

<sup>50</sup> 例如见 Ntaganda 案，決定，2012 年 7 月 13 日(上文脚注 47)，第 30 段；檢察官訴 William Samoei Ruto、Henry Kiprono Kosgey 和 Joshua Arap Sang 案，案件号 ICC-01/09-01/11，根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于确认指控的決定，2012 年 1 月 23 日，国际刑事法院第二预审分庭，第 176-177 段。

<sup>51</sup> Bemba 案，決定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 117-124 段。见 Bemba 案，判決，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 688-689 段。

<sup>52</sup> Kordić 案，判決，2004 年 12 月 17 日(见上文脚注 45)，第 94 段；Blaškić 案，判決，2000 年 3 月 3 日(见上文脚注 40)，第 206 段。

<sup>53</sup> 肯尼亚共和国状况案，決定，2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 44)，第 95 段。另见 Bemba 案，判決，2016 年 3 月 21 日(上文脚注 44)，第 163 段。

<sup>54</sup> 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页；《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条评注第(4)段。另见 Bemba 案，決定，2009 年 6 月 15 日(上文脚注 44)，第 83 段(认定广泛“指在广大地域实施的攻击或在较小地域针对大量平民实施的攻击”)。

<sup>55</sup> 见《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条评注第(3)段，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页；《危害人类和平及安全治罪法草案》第 21 条评注第(3)段，《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103 页。

<sup>56</sup> Mrkić 案，判決，2007 年 9 月 27 日(见上文脚注 41)，第 437 段；Kunarac 案，判決，2001 年 2 月 22 日(见上文脚注 45)，第 429 段。

<sup>57</sup> 例如见 Tadić 案，意見和判決，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 648 段。

<sup>58</sup> 檢察官訴 Kunarac 案，案件号 IT-96-23 & IT-96-23/1-A，判決，2002 年 6 月 12 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，第 94 段，《司法补编第 34 号》，2002 年 6 月。

<sup>59</sup> Kayishema 案，判決，1999 年 5 月 21 日(见上文脚注 41)，第 123 段；Akayesu 案，判決，1998 年 9 月 2 日(见上文脚注 39)，第 580 段。

(16) 国际刑事法院一预审分庭与前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭判例保持一致，在 *Harun* 案中认定，“有系统”指“暴力行为是有组织的，且不是随机发生的。”<sup>60</sup> 国际刑事法院一预审分庭在 *Katanga* 案中认定，该术语“已被理解为推行某项共同政策的有组织计划，该计划遵循某种规律，并造成有关行为得到不断实施，或被理解为导致有关犯罪构成‘相似犯罪行为频频非意外的重复发生’的‘犯罪规律’。”<sup>61</sup> 国际刑事法院一预审分庭适用了这一标准，在 *Ntaganda* 案中认定有关攻击属于有系统攻击，因为“行为人采用了相似的方式和方法攻击不同地点：他们聚集许多人同时从不同方向逼近目标、用重武器攻击村庄，且有系统地用相似方法驱赶民众，逐户将民众驱入荒野，同时焚烧所有房地并劫掠财物”。<sup>62</sup> 此外，一预审分庭在 *Ntaganda* 案的确认指控决定中认定，有关攻击是有系统攻击，因为攻击遵循某种“规律”，“反复采用同样的作案手法，包括设立路障、布设地雷，以及协同实施非法行为……以攻击非赫马族平民人口”。<sup>63</sup> 在 *Gbagbo* 案中，国际刑事法院一预审分庭认定有关攻击属于有系统攻击，因为“攻击预先经过准备”且是有计划并协同实施的，暴力行为表现出了“明显的规律”。<sup>64</sup>

#### “针对任何平民人口”

(17) 第二项总体条件是，有关行为必须是作为“针对任何平民人口”的攻击的一部分实施的。第 2 条草案第 2 款(a)项为了第 1 款的目的，将“针对任何平民人口进行的攻击”定义为“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第 1 款所述行为的行为过程”。<sup>65</sup> 如下文所讨论的，前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院的判例已经解释了以下这些术语的含义：“针对”、“任何”、“平民”、“人口”、“多次实施行为的一系列行为”和“国家或组织的政策”。

(18) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭认定，“针对”一词要求平民是攻击的首要预定目标，而不是附带受害者。<sup>66</sup> 之后，国际刑事法院预审分庭在 *Bemba* 案和肯尼亚共和国状况案中采用了这一解释，<sup>67</sup> 国际刑事法院审判分庭在 *Katanga* 案

<sup>60</sup> *Harun* 案，决定，2007 年 4 月 27 日(见上文脚注 47)，第 62 段(引自 *Kordić* 案，判决，2004 年 12 月 17 日(见上文脚注 45)，第 94 段，原引自 *Kunarac* 案，判决，2001 年 2 月 22 日(见上文脚注 45)，第 429 段)。另见 *Ruto* 案，决定，2012 年 1 月 23 日(见上文脚注 50)，第 179 段；肯尼亚共和国状况案，决定，2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 44)，第 96 段；*Katanga* 案，决定，2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 45)，第 394 段。

<sup>61</sup> *Katanga* 案，决定，2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 45)，第 397 段。

<sup>62</sup> *Ntaganda* 案，决定，2012 年 7 月 13 日(见上文脚注 47)，第 31 段。另见 *Ruto* 案，决定，2012 年 1 月 23 日(见上文脚注 50)，第 179 段。

<sup>63</sup> *Ntaganda* 案，决定，2014 年 6 月 9 日(见上文脚注 46)，第 24 段。

<sup>64</sup> 检察官诉 *Laurent Gbagbo* 案，案件号 ICC-02/11-01/11，关于确认对 *Laurent Gbagbo* 指控的决定，2014 年 6 月 12 日，国际刑事法院第二预审分庭，第 225 段。

<sup>65</sup> 见《罗马规约》；另见国际刑事法院，《犯罪要件》(上文脚注 38)，第 5 页。

<sup>66</sup> 例如见 *Kunarac* 案，判决，2001 年 2 月 22 日(上文脚注 45)，第 421 段(“‘针对’这一表述说明，在某危害人类罪的罪行中，平民人口是攻击的首要目标”)。

<sup>67</sup> 肯尼亚共和国状况案，决定，2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 44)，第 82 段；*Bemba* 案，决定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 76 段。

和 Bemba 案的审判判决中也是一样。<sup>68</sup> 在 Bemba 案中，国际刑事法院一预审分庭认定有充分证据显示，有关攻击是“针对”中非共和国平民的。<sup>69</sup> 分庭根据平民在自己家中或院子里受到攻击的直接证据，断定刚果解放运动（“刚解运”）士兵知道受害者是平民。<sup>70</sup> 分庭还认定，平民是刚解运士兵的首要目标，证据是刚解运士兵攻击了一处地点，却并未找到任何他们声称正在追捕的叛军部队。<sup>71</sup> “针对”一词强调攻击者的意图而非攻击的实际结果。<sup>72</sup> 必须“针对”目标人口的是攻击本身，而非个别行为人的行为。<sup>73</sup> 后来，审判分庭在 Bemba 案中确认，“平民人口是攻击的主要而不是附带目标，因此，攻击是针对[中非共和国]平民人口的。”<sup>74</sup> 对此，分庭解释说，“当攻击是在既有平民也有非平民的地区实施时，确定攻击是否针对平民人口的相关因素包括攻击过程中采用的方式方法、受害者的身份、人数、攻击的歧视性、攻击过程中实施的犯罪的性质、攻击时对攻击者的反抗形式、以及攻击部队在多大程度上遵守了战争法的预防要求等”。<sup>75</sup>

(19) “任何”一词表明“平民人口”具有广泛的定义，因此应予以广泛地解释。<sup>76</sup> 实施攻击的对象可以是任何平民，“不论其属于哪个民族、族裔或具有其他特征”<sup>77</sup>，而且攻击对象既可以是本国国民，也可以是外国人。<sup>78</sup> 攻击目标可“包括由(别人认为的)政治从属而划分的群体”。<sup>79</sup> 攻击目标必须本质上“主要”是平民，才可算作武装冲突中的“平民人口”；<sup>80</sup> 人口中有一定数量的战斗人员并不改变人口性质。<sup>81</sup> 这一处理方法符合国际人道法产生的其他规则。

<sup>68</sup> Katanga 案，判决，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1104 段；Bemba 案，判决，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 154 段。

<sup>69</sup> Bemba 案，决定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 94 段。另见 Ntaganda 案，决定，2012 年 7 月 13 日(见上文脚注 47)，第 20-21 段。

<sup>70</sup> Bemba 案，决定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 94 段。

<sup>71</sup> 同上，第 95-98 段。

<sup>72</sup> 例如见 Blaškić 案，判决，2000 年 3 月 3 日(上文脚注 40)，第 208 段，脚注 401。

<sup>73</sup> Kunarac 案，判决，2002 年 6 月 12 日(见上文脚注 58)，第 103 段。

<sup>74</sup> Bemba 案，判决，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 674 段。

<sup>75</sup> 同上，第 153 段(引自各国际性法院和法庭的判例)。

<sup>76</sup> 例如见 Mrkšić 案，判决，2007 年 9 月 27 日(上文脚注 41)，第 442 段；Kupreškić 案，判决，2000 年 1 月 14 日(上文脚注 25)，第 547 段(“对‘平民’和‘人口’予以广泛定义是有意之举。这首先是人道法各项一般原则和规则(特别是禁止危害人类罪的规则)的目的和宗旨所保障的”)；Kayishema 案，判决，1999 年 5 月 21 日(上文脚注 41)，第 127 段；Tadić 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 643 段。

<sup>77</sup> Katanga 案，决定，2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 45)，第 399 段(引自 Tadić 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(见上文脚注 40)，第 635 段)。另见 Katanga 案，判决，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1103 段；Bemba 案，判决，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 155 段。

<sup>78</sup> 例如见 Kunarac 案，判决，2001 年 2 月 22 日(上文脚注 45)，第 423 段。

<sup>79</sup> Ruto 案，决定，2012 年 1 月 23 日(见上文脚注 50)，第 164 段。

<sup>80</sup> 见《第一附加议定书》，第五十条第一款；Blaškić 案，判决，2000 年 3 月 3 日(上文脚注 40)，第 180 段(承认，为 1949 年日内瓦四公约共同第三条之目的，平民是“不是或不再属于武装部队成员的人”)。



例如，《1949 年日内瓦四公约第一附加议定书》写道：“在平民人口中存在有不属于平民的定义范围内的人，并不使该平民人口失去其平民的性质。”<sup>82</sup> 卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭在 *Kayishema* 案中认定，在和平时期，“平民”一词应包括除负责维护公共秩序并为此在遇袭时有合法手段行使武力的人员之外的所有人员。<sup>83</sup> 分析任何给定受害者的法律身份时，必须结合罪行发生时情况；<sup>84</sup> 若对某人的法律身份存在任何疑问，应将其视为平民。

(20) “人口”一词并不意味着某给定地点的所有人口都要遭到袭击；<sup>85</sup> 而是意指有关犯罪是对多名受害者的攻击，具有集体性。<sup>86</sup> 正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在 *Gotovina* 案中提到的，这一概念指攻击的受害者不只是“人数有限的随机选择的个人”。<sup>87</sup> 国际刑事法院在 *Bemba* 案中的决定和肯尼

<sup>81</sup> 例如见 *Katanga* 案，判决，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1105 段(裁定目标人口“必须主要由平民组成”，“因此，其中存在非平民人员不影响其平民人口的法律身份”)；*Mrkšić* 案，判决，2007 年 9 月 27 日(见上文脚注 41)，第 442 段；*Kunarac* 案，判决，2001 年 2 月 22 日(见上文脚注 45)，第 425 段(“其中存在一定数量的非平民人员不改变人口的性质”)；检察官诉 *Dario Kordić* 和 *Mario Čerkez* 案，案件号 IT-95-14/2-T，判决，2001 年 2 月 26 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第 180 段；*Blaškić* 案，判决，2000 年 3 月 3 日(上文脚注 40)，第 214 段(“被蓄意针对的平民人口中存在士兵不改变这一人口的平民性质”)；*Kupreškić* 案，判决，2000 年 1 月 14 日(上文脚注 25)，第 549 段(“某人口中存在活跃参与冲突的人员不应影响将这一人口划为平民”)；*Kayishema* 案，判决，1999 年 5 月 21 日(上文脚注 41)，第 128 段；*Akayesu* 案，判决，1998 年 9 月 2 日(上文脚注 39)，第 582 段(“若平民人口中有一定数量的人员不符合平民的定义，这并不使这一人口失去平民性质”)；*Tadić* 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 638 段。

<sup>82</sup> 《第一附加议定书》，第五十条第三款。

<sup>83</sup> *Kayishema* 案，判决，1999 年 5 月 21 日(见上文脚注 41)，第 127 段(指“除负责维护公共秩序并有合法手段行使武力的人员之外的所有人员。举例而言，非平民包括：卢旺达武装部队、卢旺达爱国阵线、警察和国家宪兵队的成员”)。

<sup>84</sup> 关于武装部队成员，表达了不同观点。*Blaškić* 案上诉分庭认为，武装部队、民兵、志愿部队人员和抵抗团体成员，即使丧失战斗能力，也不能为这一目的被视为平民。检察官诉 *Tihomir Blaškić* 案，案件号 IT-95-14-A，判决，2004 年 7 月 29 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，《2004 年司法案例汇编》，第 110-114 段。然而，其他一些法庭沿用了 *Blaškić* 案审判分庭的处理办法，*Blaškić* 案，判决，2000 年 3 月 3 日(见上文脚注 40)，第 214 段，其中指出，“在确定受害者是否属于平民时，必须考虑其在犯罪实施时的具体情况而非法律身份”。例如见，关于在涉及国家或政权本国武装部队危害人类罪背景下“攻击平民人口”的解释通告，案件号 3/07-09-2009-ECCC-OCIJ，2017 年 2 月 7 日，柬埔寨法院特别法庭，第 56 段(“原则上，1975 至 1979 年期间，一个国家或组织对其本国武装部队的攻击，若是在和平时期施行，则符合攻击平民人口的首要标准。”)。另见检察官诉 *Paul Bisengimana* 案，案件号 ICTR-00-60-T，判决和判刑，2006 年 4 月 13 日，卢旺达问题国际刑事法庭第二审判分庭，第 48-51 段；检察官诉 *Tharcisse Muvunyi* 案，案件号 ICTR-00-55A-T，判决，2006 年 9 月 12 日，卢旺达问题国际刑事法庭第二审判分庭，第 513 段。

<sup>85</sup> 见肯尼亚共和国状况案，决定，2010 年 3 月 31 日(上文脚注 44)，第 82 段；*Bemba*，决定，2009 年 6 月 15 日(上文脚注 44)，第 77 段；*Kunarac* 案，判决，2001 年 2 月 22 日(上文脚注 45)，第 424 段；*Tadić* 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 644 段；另见《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页，第 21 条评注第(14)段(将危害人类罪定义为“针对全体或部分平民人口广泛或有系统地施加暴行的、性质非常严重的不人道行为”(强调是后加的))。

<sup>86</sup> 见 *Tadić* 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 644 段。

<sup>87</sup> 检察官诉 *Ante Gotovina*、*Ivan Čermak* 和 *Mladen Markač* 案，案件号 IT-06-90-T，判决，第二卷，2011 年 4 月 15 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭第一审判分庭，第 1704 段。

亚共和国状况案的決定都采用了类似处理方法，宣称检察官必须证实有关攻击针对的对象不只是一群人数有限的个人。<sup>88</sup>

(21) 第 2 条草案第 2 款(a)项后半部分提到“针对任何平民人口多次实施第 1 款所述行为的一系列行为。”这种表述虽未载入前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭对危害人类罪的法定定义，但反映了这两个法庭的判例，<sup>89</sup> 并明确见于 1998 年《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项。《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，第七条第(二)款第 1 项所述的“行为”“不需要构成军事攻击”。<sup>90</sup> 审判分庭在 *Katanga* 案中表示“有关攻击不一定要具备军事攻击的本质，可包括任何形式的暴力侵害某平民人口的行为”。<sup>91</sup>

(22) 第 2 条草案第 2 款(a)项前半部分指出，攻击必须是“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策”实施的。在《罗马规约》得到通过之前，各国际性法院和法庭规约对危害人类罪的定义中一直没有包括对“政策”要件的要求。<sup>92</sup> 尽管前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭规约的危害人类罪定义都不包括政策要件，<sup>93</sup> 但一些早期的判例要求有这一要件。<sup>94</sup> 事实上，*Tadić* 案的审判分庭在前南斯拉夫问题国际刑事法庭工作初期就对政策要件进行了重要的讨论，这一讨论后来影响了《罗马规约》的草拟工作。审判分庭认定：

危害人类罪之所以如此撼动人类的良知并要求国际社会予以干预，是因为它们不是个人孤立、随机的行为，而是蓄意试图针对某平民人口的结果。传统上，将这一条件理解为必定存在实施这些行为的某种形式的政

<sup>88</sup> 肯尼亚共和国状况案，决定，2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 44)，第 81 段；*Bemba* 案，决定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 77 段；*Bemba* 案，判决，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 154 段。

<sup>89</sup> 例如见 *Kunarac* 案，判决，2001 年 2 月 22 日(上文脚注 45)，第 415 段(将攻击定义为“涉及实施暴力行为的行为过程”)；*Kayishema* 案，判决，1999 年 5 月 21 日(上文脚注 41)，第 122 段(将攻击定义为“必定包括所列举罪行的活动”)；*Akayesu* 案，判决，1998 年 9 月 2 日(上文脚注 39)，第 581 段(“可将攻击这一概念定义为[《规约》中]列举的非法行为。……攻击也可以是性质上并不暴力的行为，比如强制实施隔离制度……或向人口施加压力，要他们以某种特定方式行事”)。

<sup>90</sup> 见国际刑事法院，《犯罪要件》(上文脚注 38)，第 5 页。

<sup>91</sup> *Katanga* 案，判决，2014 年 3 月 7 日(上文脚注 45)，第 1101 段。

<sup>92</sup> 《纽伦堡宪章》第 6(c)条没有明确提到计划或政策。但《纽伦堡判决书》在以“攻击”概念为背景整体讨论第 6(c)条时确实使用了“政策”这一描述词。见 1946 年 9 月 30 日判决，国际军事法庭，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》(1945 年 11 月 14 日至 1946 年 10 月 1 日，纽伦堡)，第 22 卷(1948 年)，第 493 页(“恐怖政策无疑是大规模实施的，在许多情况下是有组织和有系统地实施的。1939 年大战之前，德国以最无情的方式执行了对可能敌视政府的平民进行迫害、压迫和谋杀的政策”)。管制委员会关于惩治战争罪、危害和平罪和危害人类罪罪犯的第 10 号法令第二条第 1 款(c)项在对危害人类罪的定义中也未提到计划或政策。管制委员会关于惩治战争罪、危害和平罪和危害人类罪罪犯的第 10 号法令，1945 年 12 月 20 日，德国管制委员会官方公报，第 3 卷第 52 页(1946 年)。

<sup>93</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭确定，习惯国际法中危害人类罪没有政策要件，见 *Kunarac* 案，判决，2002 年 6 月 12 日(上文脚注 58)，第 98 段(“在所称行为发生时，《规约》和习惯国际法均未要求证明存在实施这些罪行的计划或政策”)，但该立场受到了一些文章的批评。

<sup>94</sup> 例如见 *Tadić* 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 626、644 和 653-655 段。

策……。然而，重要的是，这一政策不需要具有正式的形式，而是可以从有关行为的发生方式推导得出。<sup>95</sup>

该审判分庭还指出，因为存在政策要件，此类犯罪“不可能仅是单独的个人所造成的”。<sup>96</sup> 不过，前南斯拉夫问题国际刑事法庭后来在判例中淡化了政策要件，认为只要证明存在广泛或有系统的攻击就已足够。<sup>97</sup>

(23) 在《罗马规约》之前，委员会在治罪法草案的工作中常常要求政策要件。委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》将危害人类罪定义为：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为。”<sup>98</sup> 委员会决定加入国家唆使或容忍这一条件，以便排除个人在国家没有任何介入的情况下自行实施的不人道行为。<sup>99</sup> 同时，1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》所载的危害人类罪的定义未包括任何规模(“广泛”)或系统性的条件。

(24) 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也承认了政策条件，将危害人类罪定义为“有系统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”。<sup>100</sup> 委员会之所以加入这一条件，是为了排除个人“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或指挥的情况下”实施的不人道行为。<sup>101</sup> 换言之，该政策要件旨在排除个人出于自身动机，在与国家或组织无关的情况下实施的“普通”罪行。

(25) 第 2 条草案第 2 款(a)项载有与 1998 年《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项所列的同样的政策要件。《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，“‘攻击平民人口的政策’要求‘国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为’”<sup>102</sup> 且“在特殊情况下，这种政策的实施方式可以是故意不采取行动，刻意以此助长这种攻击”。<sup>103</sup>

<sup>95</sup> 同上，第 653 段。

<sup>96</sup> 同上，第 655 段(引自检察官诉 Dragan Nikolić a/k/a “Jenki” 案，案件号 IT-94-2-R61，根据《程序和证据规则》规则 61 审查起诉书，1995 年 10 月 20 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第 26 段)。

<sup>97</sup> 例如见 Kunarac 案，判决，2002 年 6 月 12 日(上文脚注 58)，第 98 段；Kordić 案，判决，2001 年 2 月 26 日(上文脚注 81)，第 182 段(认定“宜将计划或政策的存在视作被指控为危害人类罪的罪行具有系统性的标志”)；Kayishema 案，判决，1999 年 5 月 21 日(上文脚注 41)，第 124 段(“大规模侵害行为只有包含政策要件，才能构成危害人类罪。具备广泛或有系统这两个条件之一，即足以证明有关行为是作为某更广泛的政策或计划的一部分实施的”)；Akayesu 案，判决，1998 年 9 月 2 日(上文脚注 39)，第 580 段。

<sup>98</sup> 《危害人类和平及安全治罪法草案》第 2 条第 11 款，《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页(强调是后加的)。

<sup>99</sup> 同上。

<sup>100</sup> 《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(强调是后加的)。

<sup>101</sup> 《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条评注第(5)段，同上。委员会在解释为何加入这一政策要件时表示：“个别人单凭自己极难进行第 18 条所指的非人道行为”。同上。

<sup>102</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注 38)，第 5 页。

<sup>103</sup> 同上。其他先例也强调，故意不采取行动可满足政策要件。见 Kupreškić 案，判决，2000 年 1 月 14 日(上文脚注 25)，第 554-555 段(讨论了“批准的”、“纵容的”、“明确或暗中许可”

(26) 国际刑事法院的若干案件都涉及了这一“政策”要件。<sup>104</sup> 在 *Katanga* 案 2014 年的判决中，国际刑事法院一审判分庭强调，政策条件与“有系统”条件的意义并不相同，若是相同就会违背 1998 年《罗马规约》第七条对攻击的“广泛”或“有系统”择一的要求。<sup>105</sup> “有系统”要求的是高度的组织性和行为的规律或暴力的反复发生，<sup>106</sup> 而要“确定存在‘政策’，则只需证明国家或组织有意对平民人口实施攻击。因此，分析有关攻击是否具有系统性，不仅是确定是否存在任何旨在消灭、迫害或损害某一社群的政策。”<sup>107</sup> 此外，“政策”条件不要求有正式的设计或预先制定的计划，可以由作为或者不作为实现，也可从有关情况推导得出。<sup>108</sup> 审判分庭认定，政策不需要在攻击之前正式推行或颁布，可从有关行为的重复发生、从准备活动，或从集体动员中推导得出。<sup>109</sup> 此外，政策不需要具体或精确，且可随着时间的推移根据情况的发展而变化。<sup>110</sup> 另外，审判分庭在 *Bemba* 案中认为，根据国家和组织政策或为推行这种政策而实施一系列行为的要求在下列情况下均得到满足：其一是行为者为推行政策而蓄意为之，其二是行为者在明知的情况下实施了政策所设想的行为。<sup>111</sup>

(27) 同样，国际刑事法院一预审分庭在确认起诉 *Laurent Gbagbo* 的决定中强调，“政策”不应与“系统性”混淆。<sup>112</sup> 具体而言，审判分庭表示，“国家或组织计划、组织或指挥有关攻击的证据可能与证明攻击的政策性和系统性有关，但这两个概念目的不同，并且在《规约》第七条第(一)款和第(二)款第 1 项下分别指不同的门槛，因此不应混淆”。<sup>113</sup> 政策要件要求有关行为与国家和组织“相关联”，<sup>114</sup> 且排除了“自发或孤立的暴力行为”，但政策本身并不需要得到正式通过<sup>115</sup>，且不需要证明存在具体的理由或动机。<sup>116</sup> 在 *Bemba* 案中，国际刑事法院一预审分庭根据刚解运部队“遵循同一规律实施攻击”的证据认定，有

---

的行为)；《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页，《危害人类和平及安全治罪法草案》第 2 条第 11 款(“容忍”)；安全理事会，安全理事会第 780(1992)号决议所设专家委员会的最后报告，S/1994/674 号文件，第 85 段(“不愿意管理、起诉和惩罚”)。

<sup>104</sup> 例如见 *Ntaganda* 案，决定，2012 年 7 月 13 日(上文脚注 47)，第 24 段；*Bemba* 案，决定，2009 年 6 月 15 日(上文脚注 44)，第 81 段；*Katanga* 案，决定，2008 年 9 月 30 日(上文脚注 45)，第 396 段。

<sup>105</sup> *Katanga* 案，判决，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1111-1112 段。另见同上，第 1101 段；*Gbagbo* 案，决定，2014 年 6 月 12 日(见上文脚注 64)，第 208 段。

<sup>106</sup> *Katanga* 案，判决，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1111-1113 段。

<sup>107</sup> 同上，第 1113 段。

<sup>108</sup> 同上，第 1108-1109 段和第 1113 段。

<sup>109</sup> 同上，第 1109 段。另见 *Gbagbo* 案，决定，2014 年 6 月 12 日(见上文脚注 64)，第 211-212 段，和第 215 段。

<sup>110</sup> *Katanga* 案，判决，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1110 段。

<sup>111</sup> *Bemba* 案，判决，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 161 段。

<sup>112</sup> *Gbagbo* 案，判决，2014 年 6 月 12 日(见上文脚注 64)，第 208 段和第 216 段。

<sup>113</sup> 同上，第 216 段。

<sup>114</sup> 同上，第 217 段。

<sup>115</sup> 同上，第 215 段。

<sup>116</sup> 同上，第 214 段。



关攻击是按照组织政策实施的。<sup>117</sup> 审判分庭后来认为，刚解运部队知道他们的具体行为是对中非共和国平民人口实施的广泛攻击的一部分。<sup>118</sup>

(28) 第 2 条草案第 2 款(a)项前半部分提到“国家”或“组织”攻击平民人口的政策，与 1998 年《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项相同。国际刑事法院一预审分庭在肯尼亚共和国状况案的決定中表示，第七条第(二)款第 1 项中“国家”的含义是“不言自明的”。<sup>119</sup> 该分庭随后指出，国家区域机关或地方机关通过的政策可以满足国家政策这一条件。<sup>120</sup>

(29) 国际刑事法院的判例显示，“组织”包括任何有能力和资源计划和实施广泛或有系统攻击的组织或团体。例如，一预审分庭在 Katanga 案中表示：“制定这种政策的，可以是管理某特定地区的人群，或任何有能力针对平民人口实施广泛或有系统攻击的组织”。<sup>121</sup> 国际刑事法院一审判分庭在 Katanga 案中裁定，有关组织必须具有“充足的资源、手段和能力，能够实现涉及多次实施有关行为的系列行为或行动”和“一系列足够高效的结构或机制，无论是哪种结构或机制，要能确保具备实施针对平民人口的攻击所需的协调”。<sup>122</sup>

(30) 在肯尼亚共和国状况案的決定中，国际刑事法院一预审分庭的多数意见不同意“只有类似国家的组织才可算作”符合第七条第(二)款第 1 项的组织，并进而指出，“团体是否具有正式性质及其组织性的高低不应成为决定性标准。反之……应当区分有关团体是否有能力从事违反基本人类价值观的行为”。<sup>123</sup> 2012 年，国际刑事法院一预审分庭在 Ruto 案中表示，在确定某团体是否属于 1998 年《罗马规约》第七条所指的“组织”时：

分庭可考虑若干因素，除其他外：(一) 有关团体是否由负责任的领导指挥，或具备既定的等级结构；(二) 有关团体事实上是否具备针对平民人口实施广泛或有系统攻击的手段；(三) 有关团体是否控制着一国的部分领土；(四) 有关团体是否将针对平民人口的犯罪活动作为首要目标；(五) 有

<sup>117</sup> Bemba 案，決定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 115 段。

<sup>118</sup> Bemba 案，判決，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 669 段。

<sup>119</sup> 肯尼亚共和国状况案，決定，2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 44)，第 89 段。

<sup>120</sup> 同上。

<sup>121</sup> Katanga 案，決定，2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 45)，第 396 段(引用前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭判例，以及委员会 1991 年《危害人类和平及安全治罪法草案》，《危害人类和平及安全治罪法草案》第 21 条评注第(5)段，《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103 页)。另见 Bemba 案，決定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 81 段。

<sup>122</sup> Katanga 案，判決，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1119 段。

<sup>123</sup> 肯尼亚共和国状况案，決定，2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 44)，第 90 段。Katanga 案的审判分庭也采用了类似理解，表示：“必须进一步确定攻击是广泛的或有系统的，但这并不意味着推动或鼓励有关攻击的组织的结构必须具备国家特征。” Katanga 案，判決，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1120 段。该审判分庭还认定，“‘被接受为法律的一般惯例’……指向由国家和由未被具体界定为需有半国家特点的组织所实施的危害人类罪。” 同上，第 1121 段。

关团体是否明确或隐晦地表露了攻击平民人口的意图；(六) 有关团体是否属于某符合上述部分或全部标准的更大团体。<sup>124</sup>

(31) 由于“政策”也可出自非国家组织，第 2 条草案第 1 和第 2 款所载定义并不要求犯罪人是国家官员或代理人。这一处理方法与国际法之下危害人类罪的发展情况相符。1991 年，委员会在评论关于危害人类罪条文草案(最终形成 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》)时表示：“本条草案没有把可能犯此种罪行的人仅仅局限于政府官员或代表”，且“没有排除这样的可能性：具有实际权力或者加入犯罪团伙或集团的个人也能够犯下本条规定的那种系统性或大规模侵害人权的行爲，遇此情况，他们的行爲即属治罪法草案的范围”。<sup>125</sup> 如先前讨论的，1996 年《治罪法草案》增加了一项条件，即不人道行爲要构成危害人类罪，必须是“由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的”。<sup>126</sup> 委员会在对这一条件的评注中指出：“政府或不管是否附属于政府的任何组织或团体的唆使或指挥，使此种行爲与其高度相关，并使这种行爲变成可归于个人或国家代理人员的危害人类罪行”。<sup>127</sup> 尽管有组织犯罪集团或团伙通常不会实施第 2 条草案规定的这种广泛或有系统的暴行，但某些情况下也可能这样做。

(32) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭判例接受以危害人类罪起诉非国家行为体的可能性。例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭一审判分庭在 Tadić 案中表示，“危害人类罪方面的法律已经有所发展，纳入了虽不隶属于合法政府但实际上控制着指定领土，或者可在该领土上自由行动的军事力量”。<sup>128</sup> 这一裁决在 Limaj 案中得到了响应，该案审判分庭认为能够以危害人类罪起诉科索沃解放军的被告成员。<sup>129</sup>

(33) 国际刑事法院在 Ntaganda 案中，确认了对一名与刚果民主共和国境内的刚果爱国者联盟和争取刚果自由爱国力量这两个准军事团体有关的被告的多项指控。<sup>130</sup> 同样，在 Mbarushimana 案中，检察官对一名与解放卢旺达民主力量有关的被告提出了多项指控，根据该组织条例的描述，这一组织是“旨在‘收回和保

<sup>124</sup> Ruto 案，决定，2012 年 1 月 23 日(见上文脚注 50)，第 185 段；另见肯尼亚共和国状况案，决定，2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 44)，第 93 段；科特迪瓦共和国状况案，案件号 ICC-02/11，根据 1998 年《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查科特迪瓦共和国状况的决定的更正，2011 年 11 月 15 日，国际刑事法院第三预审分庭，第 45-46 段。

<sup>125</sup> 《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 103-104 页，《危害人类和平及安全治罪法草案》第 21 条评注第(5)段。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》将“有组织犯罪集团”定义为“由三人或多人所组成的、在一定时期内存在的、为了实施一项或多项严重犯罪或根据本公约确立的犯罪以直接或间接获得金钱或其他物质利益而一致行动的有组织结构的集团。”《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 2 条(a)项。

<sup>126</sup> 《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(强调是后加的)。

<sup>127</sup> 同上，《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条评注第(5)段。

<sup>128</sup> Tadić 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(见上文脚注 40)，第 654 段。关于非国家行为体的进一步讨论，见同上，第 655 段。

<sup>129</sup> 检察官诉 Fatmir Limaj、Haradin Bala 和 Isak Musliu 案，案件号 IT-03-66-T，判决，2005 年 11 月 30 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭，第 212-214 段。

<sup>130</sup> Ntaganda 案，决定，2012 年 7 月 13 日(见上文脚注 47)，第 22 段。

卫’卢旺达‘国家主权’的武装团体”。<sup>131</sup> 在与乌干达状况有关的诉 Joseph Kony 案中，被告据称与圣灵抵抗军这一“对乌干达政府和乌干达军队实施叛乱的武装团体”<sup>132</sup> 有关，该团体“组织结构采用军事化的等级划分并作为军队从事活动”。<sup>133</sup> 关于肯尼亚的状况，一预审分庭确认了对多名被告的危害人类罪指控，因为他们与一“系列”行为人有关，“包括知名的[橙色民主运动(橙民运)]政党代表、媒体代表、肯尼亚前警员和军人、卡伦金长老和地方领袖”。<sup>134</sup> 同样，对其他被告的指控也得到了确认，这些被告涉嫌参与“群众帮与民族团结党青年在纳库鲁和奈瓦沙不同地区使用查询名单、辨别外貌、设置路障和辨识语言等多种识别手段，针对其认为的[橙民运]支持者的协同攻击”。<sup>135</sup>

“在明知这一攻击的情况下”

(34) 第三项总体条件是，行为人必须是“在明知这一攻击的情况下”实施有关行为。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例断定，行为人必须对攻击平民人口一事知情，且明知自身的行为就是该攻击的一部分。<sup>136</sup> 1998 年《罗马规约》之下的《犯罪要件》反映了这一“两部分”处理方法，规定每项禁止的行为的最后一项要件均为：“行为人知晓有关行为是对平民人口广泛或有系统的攻击的一部分，或有意让有关行为成为上述攻击的一部分”。即便如此，

最后一项要件不应被解释为必须证明行为人知道攻击的所有特性，或国家或组织的计划或政策的详情。如果广泛或有系统地针对平民人口进行攻击为新出现的情况，最后一项要件的故意要素是指，行为人如果有意推行这种攻击，即具备这一心理要件。<sup>137</sup>

(35) 国际刑事法院一预审分庭在确认对 Laurent Gbagbo 的指控的决定中认定，“仅需确证该人大体上知道攻击之事”。<sup>138</sup> 实际上，不需要证明行为人知悉攻击的具体细节；<sup>139</sup> 相反，行为人知情与否可以从间接证据推导得出。<sup>140</sup> 因此，

<sup>131</sup> 检察官诉 Callixte Mbarushimana 案，关于确认指控的决定，案件号 ICC-01/04-01/10，2011 年 12 月 16 日，国际刑事法院第一预审分庭，第 2 段。

<sup>132</sup> 乌干达状况案，案件号 ICC-02/04-01/05，2005 年 7 月 8 日签发、2005 年 9 月 27 日修正的对 Joseph Kony 的逮捕令，2005 年 9 月 27 日，国际刑事法院第二预审分庭，第 5 段。

<sup>133</sup> 同上，第 7 段。

<sup>134</sup> Ruto 案，决定，2012 年 1 月 23 日(见上文脚注 50)，第 182 段。

<sup>135</sup> 肯尼亚共和国状况案中检察官诉 Francis Kirimi Muthaura、Uhuru Muigai Kenyatta 和 Mohammed Hussein Ali 案，案件号 ICC-01/09-02/11，根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第 1 项和第 2 项作出的关于确认指控的决定，2012 年 1 月 23 日，国际刑事法院第二预审分庭，第 102 段。

<sup>136</sup> 例如见 Kunarac 案，判决，2001 年 2 月 22 日(上文脚注 45)，第 418 段；Kayishema 案，判决，1999 年 5 月 21 日(上文脚注 41)，第 133 段。

<sup>137</sup> 国际刑事法院，《犯罪要件》(见上文脚注 38)，第 5 页。

<sup>138</sup> Gbagbo 案，决定，2014 年 6 月 12 日(见上文脚注 64)，第 214 段。

<sup>139</sup> Kunarac 案，判决，2001 年 2 月 22 日(见上文脚注 45)，第 434 段(认定知情条件“不需要知晓攻击的详情”)。

<sup>140</sup> 见 Blaškić 案，判决，2000 年 3 月 3 日(上文脚注 40)，第 259 段(认定对攻击的更广泛背景的知情可从若干事实推测得出，包括：“所犯犯罪的性质及其为人所共知的程度”)；Tadić 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 657 段(“虽然因此要求知情这一条件，但知

国际刑事法院一预审分庭在 *Bemba* 案中认定刚解运部队在行事时对攻击知情，同时指出部队的知情可从“他们采取的攻击方法中推导得出”，这些攻击方法反映出了明确的规律。<sup>141</sup> 在 *Katanga* 案中，国际刑事法院一预审分庭认定：

对攻击知情与否，以及行为人是否意识到自己的行为是此种攻击的一部分，可从间接证据推导得出，例如：被告在军队等级中的位置；他在更广泛的犯罪活动中是否发挥重要作用；他是否出现在犯罪现场；他是否提到本人所属团体比敌对团体优越；以及发生有关行为的总体历史和政治环境。<sup>142</sup>

(36) 再者，行为人参与攻击的个人动机无关紧要；行为人不需要拥有与更广泛攻击相同的目的或目标。<sup>143</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在 *Kunarac* 案中指出，证明行为人是出于个人原因实施违禁行为的证据最多可以“表示存在一种可反驳的假定，即他没有意识到自己的行为是有关攻击的一部分”。<sup>144</sup> 行为人知道自己的行为是攻击的一部分或有意让自己的行为成为攻击的一部分，这才是与满足这一条件有关的问题。此外，若能证明所涉罪行是直接利用更广泛攻击实施的，或其实施有延长更广泛攻击的效果，亦能满足这一要件。<sup>145</sup> 例如，在 *Kunarac* 案中，行为人被指控犯下各种形式的针对穆斯林妇女和女童的性暴力、酷刑行为和奴役。<sup>146</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭一审判分庭认定，被告满足知情这一要件，因为他们不仅了解对穆斯林平民人口的攻击，还“直接利用攻击所创造的局面”延长了攻击，并“充分接受这一基于族裔的侵略行为”。<sup>147</sup> 同样，国际刑事法院一审判分庭认定，行为人必须知道有关行为是针对平民人口的广泛或有系统攻击的一部分，但行为人的动机与是否将有关行为定为危害人类罪无关。<sup>148</sup> 行为人不需要了解攻击的所有特点或详情，也不需要赞同“国家或组织的犯罪设想”。<sup>149</sup>

### 禁止的行为

(37) 与 1998 年《罗马规约》第七条相同，第 2 条草案第 1 款(a)项至(k)项列出了所禁止的危害人类罪行为。这些禁止的行为也出现在委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条所载的危害人类罪的定义中，但用语略有不同。个人实施这些行为之一，即可构成犯危害人类罪；该人的行为不必是多项行

情与否要经过客观分析，并可根椐有关情况从事实上推导得出”。另见 *Kayishema* 案，判决，1999 年 5 月 21 日(上文脚注 41)，第 134 段(认定“对攻击的更广泛背景实际知情或推定知情”即可)。

<sup>141</sup> *Bemba* 案，决定，2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 44)，第 126 段。见 *Bemba* 案，判决，2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 44)，第 166-169 段。

<sup>142</sup> *Katanga* 案，决定，2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 45)，第 402 段。

<sup>143</sup> 例如见 *Kunarac* 案，判决，2002 年 6 月 12 日(上文脚注 58)，第 103 段；*Kupreškić* 案，判决，2000 年 1 月 14 日(上文脚注 25)，第 558 段。

<sup>144</sup> *Kunarac* 案，判决，2002 年 6 月 12 日(见上文脚注 58)，第 103 段。

<sup>145</sup> 例如见 *Kunarac* 案，判决，2001 年 2 月 22 日(上文脚注 45)，第 592 段。

<sup>146</sup> 同上，第 2-11 段。

<sup>147</sup> 同上，第 592 段。

<sup>148</sup> *Katanga* 案，判决，2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 45)，第 1125 段。

<sup>149</sup> 同上。



为，但行为必须是针对任何平民人口的广泛或有系统攻击的“一部分”。<sup>150</sup> 要确定是否存在必要的联系，需要开展“客观的评估，特别是要考虑行为的特点、目的、性质和/或后果。孤立行为所处的背景和情形明显不同于攻击期间发生的其他行为，不属于第 2 条草案第 1 款的范围”。<sup>151</sup> 要满足这一条件，所涉罪行并不需要是在对平民人口的攻击最激烈时实施的；只要可以充分将其与攻击联系起来，就可以是攻击的一部分。<sup>152</sup>

(38) 上述几项案文中有两个方面值得提及。首先是(h)项：1998 年《罗马规约》第七条第(一)款第 8 项规定属于犯罪的是与“任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪”结合发生的迫害行为。第 2 条草案第 1 款(h)项未保留“或任何一种本法院管辖权内的犯罪”这一短语。委员会认为该短语旨在确立国际刑事法院特定的管辖权，而不是为了指明在更普遍意义上或为国内法之目的，构成危害人类罪的迫害行为的范围。当代其他国际性刑事法庭没有采用此种短语作为管辖权的门槛。<sup>153</sup> 与此同时，“与本款提及的任何一种行为有关”一语得到保留，原因有二：(a) 担心若不予保留，案文会将多种未必构成危害人类罪的歧视性做法纳入危害人类罪的定义；(b) 确认第 1 款(k)项依照其规定涵盖其他不人道行为。这样，“与本款提及的任何一种行为有关”这一短语就构成危害人类罪的迫害行为的性质提供指导，具体而言是与第 1 款其他各项所列行为的性质和严重程度相似的迫害行为。另外需指出，(h)项中“或其他理由……”一语留有余地，包含了明确列出的理由之外的其他理由的迫害，只要这些理由“公认为国际法所不容”。已就此提出某些其他理由，例如基于年龄或出生针对儿童的迫害行为。<sup>154</sup>

(39) 其次，对于涉及“其他不人道行为”的(k)项，1998 年《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，构成危害人类罪需满足下列条件：

- (1) 行为人以不人道行为造成重大痛苦，或对人体或精神或身体健康造成严重伤害。
- (2) 行为的性质与《规约》第七条第(一)款提及的任何其他行为相当。

<sup>150</sup> 例如见 Kunarac 案，判决，2002 年 6 月 12 日(上文脚注 58)，第 100 段；Tadić 案，意见和判决，1997 年 5 月 7 日(上文脚注 40)，第 649 段。

<sup>151</sup> Bemba 案，判决，2016 年 3 月 21 日(上文脚注 44)，第 165 段。

<sup>152</sup> 例如见检察官诉 Mile Mrkšić 和 Veselin Šljivančanin 案，案件号 IT-95-13/1-A，判决，2009 年 5 月 5 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，第 41 段；检察官诉 Mladen Naletilić aka “Tuta” 和 Vinko Martinović aka “Štela” 案，案件号 IT-98-34-T，判决，2003 年 3 月 31 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第 234 段，《司法补编第 42 号》，2003 年 6 月；Mrkšić 案，判决，2007 年 9 月 27 日(上文脚注 41)，第 438 段；检察官诉 Duško Tadić 案，案件号 IT-94-1-A，判决，1999 年 7 月 15 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，第 249 段，《司法补编第 6 号》，1999 年 6 月/7 月。

<sup>153</sup> 见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 5 条(h)项(尽管注意到该法庭对危害人类罪的定义包括“在武装冲突中犯下”)；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 3 条(h)项；《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 2 条(h)项；《柬埔寨特别法庭法》，第 5 条；《非洲司法和人权法院规约议定书修正议定书》(《马拉博议定书》)(马拉博，2014 年 6 月 27 日)，第 28 C 条第 1 款(h)项，可查阅 <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>。

<sup>154</sup> 国际刑事法院检察官办公室，“儿童政策”(2016 年)，第 51 段(“本办公室认为……基于年龄或出生针对儿童的行为可被指控为基于‘其他理由’的迫害”)。

- (3) 行为人知道确定行为的性质的事实情况。
- (4) 实施的行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分。
- (5) 行为人知道或有意使该行为属于广泛或有系统地针对平民人口进行的攻击的一部分。<sup>155</sup>

#### 定义内的定义

(40) 如上文所述，为了第 2 条草案第 1 款的目的，第 2 条草案第 2 款(a)项界定了“针对任何平民人口进行的攻击”。第 2 条草案第 2 款余下的(b)项至(i)项界定了第 1 款中出现的其他术语，具体是：“灭绝”、“奴役”、<sup>156</sup>“驱逐出境或强行迁移人口”、“酷刑”、“强迫怀孕”、“迫害”、“种族隔离罪”，以及“强迫人员失踪”。这些定义也见于 1998 年《罗马规约》第七条，委员会认为有必要在第 2 条草案中予以保留。

(41) 1998 年《罗马规约》第七条第(三)款为该规约的目的规定，“性别”的定义是指“社会语境下的男女两性。‘性别’一词仅反映上述意思”。该条款(以及第七条第(一)款第 8 项中对该款的交叉引用)在第 2 条草案未予保留。自《罗马规约》通过以来，国际人权法和国际刑法出现了若干发展，反映了对“性别”一词含义的当代解读，主要有：2004 年红十字国际委员会的指导文件；<sup>157</sup> 2010 年消除对妇女歧视委员会第 28 号一般性建议；<sup>158</sup> 2011 年《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》；<sup>159</sup> 以及联合国特别报告员或独立专家近期的报告。<sup>160</sup> 此外，国际刑事法院检察官办公室于 2014 年发布了“关于性犯罪和基于性别的犯罪的政策文件”，其中指出：

<sup>155</sup> 见国际刑事法院，《犯罪要件》(上文脚注 38)，第 12 页。

<sup>156</sup> “奴役”的定义部分是指“人口贩运”。《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》(2000 年 11 月 15 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2237 卷，第 39574 号，第 319 页，第 3 条(a)项对“人口贩运”做出如下定义：

“‘人口贩运’系指为剥削目的而通过暴力威胁或使用暴力手段，或通过其他形式的胁迫，通过诱拐、欺诈、欺骗、滥用权力或滥用脆弱境况，或通过授受酬金或利益取得对另一人有控制权的某人的同意等手段招募、运送、转移、窝藏或接收人员。剥削应至少包括利用他人卖淫进行剥削或其他形式的性剥削、强迫劳动或服务、奴役或类似奴役的做法、劳役或切除器官”。

<sup>157</sup> 红十字委员会，“解决受武装冲突影响的妇女的需要：红十字委员会指导文件”，日内瓦，2004 年，第 7 页(“‘性别’一词是指男子和妇女根据其生物性别所赋予的角色、态度和价值观念，在文化上的预期行为；而‘性’是指生物学特征和生理特征”)。

<sup>158</sup> 消除对妇女歧视委员会，关于缔约国在《消除对妇女一切形式歧视公约》第二条之下的核心义务的第 28 号一般性建议(2010 年)，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 38 号》(A/66/38 (第二部分))，附件三，第 108 页。该建议第 5 段称性别是指“妇女与男子由社会构建的身份、属性和角色，以及社会对这类生理差异赋予的社会和文化含义”。

<sup>159</sup> 《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》(2011 年 5 月 11 日，伊斯坦布尔)，欧洲委员会，《条约汇编》，第 210 号。该公约第 3 条(c)项规定，为该公约的目的，“性别”的定义“是指某一社会认为适于妇女和男子的由社会构建的角色、行为、活动和特质”。

<sup>160</sup> 例如见法外处决、即决处决或任意处决问题特别报告员关于对任意处决采取性别敏感办法的报告(2017 年)(A/HRC/35/23)，第 17 段起；防止基于性取向和性别认同的暴力和歧视问题独立专家的报告(2018 年)(A/73/152)，第 2 段(“性别认同是指每个人深刻感受到的内在及个体的性

《规约》第七条第(三)款规定,“性别”的定义是指“社会语境下的男女两性。‘性别’一词仅反映上述意思。”该定义承认性别的社会构建,以及分派给妇女和男子及女童和男童的相应角色、行为、活动和特质。对此,本办公室将依照[1998年《罗马规约》]第二十一条第(三)款,根据国际上承认的人权,加以适用和解释。<sup>161</sup>

其他各类国际机构<sup>162</sup>及国际性刑事法院和法庭在判例中<sup>163</sup>也采取了类似办法,认为性别是一个社会构建(而非生物学)概念。

(42) 因此,委员会决定不列入1998年《罗马规约》第七条第(三)款中的“性别”定义,从而允许为本条款草案的目的,依据对其含义逐步形成的理解,适用这一术语。本条款草案没有界定这一术语,同时也没有界定第2条草案第1款(h)项中使用的其他各种术语,例如“政治”、“种族”、“民族”、“族裔”、“文化”或“宗教”。然而,各国在理解“性别”一词的含义时,可以上述渊源为指导。

### 第3款

(43) 第2条第3款草案规定:“本条草案不妨碍任何国际文书、习惯国际法或国内法规定的任何更为宽泛的定义。”这一条款与1984年《禁止酷刑和其他残

---

别体验,这种体验可能符合或不符合出生时被派定的性别,包括个人对身体的感觉(如果自由选择,这可能涉及到通过医疗、手术或其他手段对身体外观或功能作出改动)和其他性别表达方式,包括衣着、言谈和举止”。

<sup>161</sup> 国际刑事法院检察官办公室,“关于性犯罪和性别犯罪的政策文件”(2014年),第15段。《罗马规约》第二十一条“适用的法律”第(三)款起首如下:“依照本条适用和解释法律,必须符合国际承认的人权……”。

<sup>162</sup> *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* [性别认同与同性伴侣的平等和不歧视], 2017年11月24日第OC-24/17号咨询意见,美洲人权法院,第32段(只有西班牙文本);禁止酷刑委员会,防范酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚小组委员会第九次年度报告(2016年)(CAT/C/57/4和Corr.1),第53段;禁止酷刑委员会,关于执行第2条的第2号一般性意见(2007年),《大会正式记录,第六十三届会议,补编第44号》(A/63/44),附件六;消除对妇女歧视委员会,关于妇女获得司法救助的第33号一般性建议(2015年),《CEDAW/C/GC/33》;禁止酷刑委员会,关于缔约国执行第14条的第3号一般性意见(2012年),《大会正式记录,第六十八届会议,补编第44号》(A/68/44),附件十;经济、社会及文化权利委员会,关于男女在享受一切经济、社会及文化权利方面的平等权利(《公约》第三条)的第16号一般性意见(2005年),《经济及社会理事会正式记录,第三十四届和第三十五届会议报告,补编第2号》(E/2006/22-E/C.12/2005/4),附件八;秘书长的报告:酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题(2001年)(A/56/156);人权事务委员会,关于第三条(男女权利平等)的第28号一般性意见(2000年),《大会正式记录,第五十五届会议,补编第40号》(A/55/40),第一卷,附件六B;秘书长的报告:第四次妇女问题世界会议成果的执行情况(1996年)(A/51/322);消除对妇女歧视委员会,关于对妇女的暴力行为的第19号一般性建议(1993年),《大会正式记录,第四十七届会议,补编第38号》(A/47/38),第一章。

<sup>163</sup> 检察官诉 Ferdinand Nahimana, Jean Bosco 和 Hassan Ngeze 案,案件号 ICTR-99-52-T, 判决和判刑,2003年12月3日,卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭,《2003年命令、决定和判决汇编》,第376页起,见第1116页,第1079段;检察官诉 Miroslav Kvočka 等人案,案件号 IT-98-30/1-T, 判决,2001年11月2日,前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭,第327段;检察官诉 Miroslav Kvočka 等人案,案件号 IT-98-30/1-A, 判决,2005年2月28号,前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭,第369-370段;刚果民主共和国状况案中检察官诉 Lubanga Dyilo 案,案件号 ICC-01/04-01/06, 确定对赔偿适用的原则和程序的决定,2012年8月7日,国际刑事法院第一审判分庭,第191段。

忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 1 条第 2 款类似，该款规定：“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内法”。<sup>164</sup> 1998 年《罗马规约》第十条(见于第二编“管辖权、可受理性和适用的法律”)也包含一项“不妨碍条款”，内容是：“除为了本规约的目的以外，本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则”。

(44) 第 3 款旨在确保第 2 条草案头两款所载的“危害人类罪”定义不会引起对国际法(特别是国际文书或习惯国际法)或国内法中可能存在的更宽泛定义的疑问。对“国际文书”范围的理解应更为广泛，不只是具有约束力的国际协定，但须限于由各国或联合国等国际组织制定的文书。习惯国际法中的危害人类罪定义在某些方面更为宽泛，此种情形下，本条款草案也不妨碍此类法。各国也可以通过载有更宽泛的危害人类罪定义的国内法，这可能是受到国际文书或习惯国际法中可能存在的更宽泛定义的影响。因此，尽管本条款草案的一项重要目标是协调各个国内法，使其可以成为坚实的国家间合作的基础，但如果某国希望在国内法中采用或保留更为宽泛的定义，本条款草案并不妨碍它这么做。

(45) 例如，第 2 条草案所载的“强迫人员失踪”的定义沿用 1998 年《罗马规约》第七条，但与 1992 年《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》<sup>165</sup>、1994 年《美洲被迫失踪人士公约》<sup>166</sup> 以及 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》<sup>167</sup> 所载的定义不同。区别主要是后面的三项文书没有包括“目的是将其……置于法律保护之外”这一要件，不包括“长期”这一词语，以及没有提到组织也可在国家没有参与的情况下成为这一犯罪的潜在行为人。

(46) 鉴于上述区别，委员会认为慎重的做法是列入第 2 条草案第 3 款中的“不妨碍”条款。然而，国内法中通过的不属于本条款草案范围的任何要件，包括关于引渡和司法协助的要件，不受益于本条款草案所载的规定，除非有关国家对此同意。

### 第 3 条 一般义务

1. 各国有义务不参与构成危害人类罪的行为。
2. 各国承诺防止及惩治危害人类罪，此种罪行不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行。
3. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

<sup>164</sup> 《禁止酷刑公约》，第 1 条第 2 款。

<sup>165</sup> 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，联大 1992 年 12 月 18 日第 47/133 号决议，第 1 条。

<sup>166</sup> 《美洲被迫失踪人士公约》(1994 年 6 月 9 日，贝伦)，美洲国家组织，《条约汇编》，第 60 号，第 2 条。

<sup>167</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年 12 月 20 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页，第二条。



## 评注

(1) 第 3 条草案第 1 款规定国家不得参与构成危害人类罪的行为的一般义务。第 2 款进一步规定防止及惩治危害人类罪的一般义务。第 3 款明确指出，任何特殊情况均不得援引为危害人类罪的理由。

(2) 第 3 条草案第 1 款规定第一项一般义务，即“各国有义务不参与构成危害人类罪的行为”。之前的公约，包括 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》和 1984 年《禁止酷刑公约》，通常未明确规定各国不得实施公约针对的行为。然而，委员会认为，宜在第 3 条草案中明确规定这一义务。要求各国“不参与”“构成”危害人类罪的行为这一表述是恰当的，因为国家本身不会犯罪；相反，罪行由个人所犯，但“构成”这种罪行的“行为”，可根据国家对国际不法行为的责任规则归于国家。

(3) “不参与……行为”这项一般义务包括两部分。首先，各国有义务不“通过本国的机关或者本国能够稳固控制、因而根据国际法其行为可归于相关国家的人，实施此类行为”。<sup>168</sup> 在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)中，国际法院认定，认定灭绝种族为一罪行，以及一国防止灭绝种族的义务必然意味该国有义务不实施种族灭绝：

根据第一条，各缔约国有义务防止实施此类行为，该条将此类行为称为‘国际法认定的犯罪行为’。该条没有明文规定各国自己不要实施种族灭绝。不过，法院认为，考虑到该《公约》的既定目的，第一条的含义就是要禁止各国自己实施灭绝种族。推定这一禁止含义的第一个依据是，该条将灭绝种族归为‘国际法认定的罪行’：而缔约国要是同意这一归类，在逻辑上就必须保证不实施所述行为。第二个依据是，明确规定有义务防止实施灭绝种族行为。这一义务要求缔约国在该判决书后文具体说明的情况下，除其他外，利用所掌握的手段，防止不直接受其权力支配的个人或群体实施灭绝种族行为或第三条所述的任何其他行为。因此，如果说一方面规定国家有义务在其权力范围内防止它们能施加一定影响力的个人实施犯灭绝种族行为，另一方面却又不禁止各国通过自身的机关或通过受其严密控制因而根据国际法其行为被归于国家的个人实施此类行为，那将是自相矛盾的。简言之，防止灭绝种族的义务必然意味着禁止实施灭绝种族。<sup>169</sup>

(4) 法院还认定，第一条所反映的实质性义务字面上看并不受地域限制，而是适用于“可能正在或也许能以与履行有关义务[……]相适合的方式行事的国家”。<sup>170</sup>

(5) 如果相关行为根据国家责任规则归责于国家，则违反不直接实施此类行为的义务意味着国家要承担责任。实际上，就可能出现的关于 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的争端而言，第九条除其他外提到“关于某一国家对于灭绝种族罪……的责任的”争端。虽然 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的重点主要是起诉犯有灭绝种族罪的个人，但是国际法院强调，违反防止义务不是国家

<sup>168</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决(见上文脚注 13)，第 43 页起，见第 113 页，第 166 段。

<sup>169</sup> 同上。

<sup>170</sup> 同上，第 120 页，第 183 段。

实施的属于刑事犯罪的违反行为，而是一种涉及国家责任的违反国际法行为。<sup>171</sup> 法院的做法同委员会曾经表达过的意见一致，<sup>172</sup> 包括关于 2001 年《国家对国际不法行为的责任条款草案》的评注：“当国家官员实施违反国际法罪行时，通常的情况是国家对此行为负责或对没有防止或惩治这种行为的结果负责”。<sup>173</sup>

(6) 其次，各国根据国际法有义务避免援助或协助、或指挥、控制或胁迫另一国实施一国际不法行为。<sup>174</sup>

(7) 第 3 条草案第 2 款规定第二项一般性义务：“各国承诺防止及惩治危害人类罪，此种罪行不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行。”在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)中，国际法院(还是在审议 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条时)指出，各国有义务“采取能够动用的各种手段，……防止不属于本国直接管辖的人或团体实施”灭绝种族行为。<sup>175</sup> 在这种情况下，当缔约国在“有能力对很可能实施、或者已经在实施灭绝种族行为的人的行动产生有效影响的情况下”尽最大努力(尽责标准)，而这种能力反过来又取决于缔约国同所涉个人或团体的地域、政治和其他联系。<sup>176</sup> 同时，法院认为，“只有灭绝种族实际发生时，才能追究有关国家违反防止灭绝种族义务的责任”。<sup>177</sup> 第二项一般义务的更多内容通过在随后从第 4 条草案开始的若干条款草案中规定各种更为具体的义务加以处理。这些具体义务规定各国在自己国内法律系统内须采取的步骤，以及与其他国家合作、与有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

(8) 国际法院还分析了 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条所载“承允”的含义。在临时措施阶段，法院判定这种承允对缔约国施加了“尽其所能防止将来发生此种行为”的“一项明确义务”。<sup>178</sup> 在审理实质问题阶段，法院对“承允”一词在该语境下的通常含义描述如下：

做出正式承诺，使自身负有义务或允诺，做出保证或承诺，同意，接受义务。该词通常用于规定缔约国义务的条约中……它不仅是为了告诫性或宗旨性的。承允是不受条件限制的……；不应把它仅解读为后文明确提到立

<sup>171</sup> 同上，第 114 页，第 167 段(指出国际责任“与刑事责任截然不同”)。

<sup>172</sup> 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 页，第 249 段(结论是：“防止及惩治灭绝种族罪公约”“没有在关于国家责任的第九条中设想国家罪行或国家刑事责任的问题”)。

<sup>173</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 142 页，对《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 58 条的评注第(3)段。

<sup>174</sup> 同上，第 27 页，《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 16-18 条。

<sup>175</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)(见上文脚注 13)，第 43 页起，见第 113 页，第 166 段。

<sup>176</sup> 同上，第 221 页，第 430 段。

<sup>177</sup> 同上，第 221 页，第 431 段。见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 27 页(《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 14 条第 3 款：“违反国家须防止某一特定事件的国际义务产生于该事件发生之时”)。

<sup>178</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，1993 年 4 月 8 日临时措施令，《1993 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 22 页，第 45 段。

法、起诉和引渡之处的引言。这些特征支持的是这样一个结论：第一条(尤其是承允防止部分)产生了与后续条款中出现的义务不同的义务。<sup>179</sup>

第3条草案第2款制定的对防止危害人类罪的承允，意在表达对各国同样的法律约束力：它也不仅是告诫性或宗旨性的，并且不仅仅是对之后各条草案的引言。

(9) 国际法院还指出，在1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》语境下的惩治职责与防止职责有联系，但有区别。虽然“总体上，防止犯罪的一个最有效的办法是规定对实施此类行为的人的刑罚，并对实施所要防止的行为的人切实处以此类刑罚，”<sup>180</sup>但法院认定“防止灭绝种族的义务与惩治行为人的责任……是……两项截然不同但彼此联系的义务。”<sup>181</sup>的确，“每一缔约国防止灭绝种族的义务是规范性和强制性的。这个义务没有并入惩治的职责，也不能被视为只是惩治职责的一个组成部分”。<sup>182</sup>

(10) 第3条草案第2款陈述“防止及惩治危害人类罪”的第二项一般义务，承认此种罪行“不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行”。尽管这一表述也可列入第3条草案第1款，但还是列入第2款，重点强调防止及惩治个人犯下的“罪行”，而不是国家行为。

(11) 关于危害人类罪是“国际法上的罪行”，《纽伦堡宪章》将“危害人类罪”列为该法庭管辖的内容。除其他外，该法庭指出，“个人可因违反国际法而受到惩治。违反国际法的罪行是由人而不是由抽象实体实施的，只有惩处实施这些罪行的个人，国际法的规定才能得到执行。”<sup>183</sup>危害人类罪也在远东国际军事法庭(下称“东京法庭”)的管辖之内。<sup>184</sup>

(12) 联大在1946年提到并重申了《纽伦堡宪章》所确认的国际法原则。<sup>185</sup>联大还指示委员会“编订”《纽伦堡宪章》原则并拟订一个治罪法草案。<sup>186</sup>委员会于1950年拟出了《纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之国际法原则》，说明危害人类罪为“违反国际法应受处罚的罪行”。<sup>187</sup>此外，委员会于1954年完成了《危害人类和平及安全治罪法草案》，其第二条第11款中列出了视为罪行的一系列不人道行为，这些行为今天均视为危害人类罪。该草案在第一条中写

<sup>179</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决(见上文脚注13)，第43页起，见第111页，第162段。

<sup>180</sup> 同上，第219页，第426段。

<sup>181</sup> 同上，第425段。

<sup>182</sup> 同上，第220页，第427段。

<sup>183</sup> 1946年9月30日判决，(见上文脚注92)，第466页。

<sup>184</sup> 《远东国际军事法庭宪章》第5条(c)款，(1946年1月19日，东京)(1946年4月26日修正)，*Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, C. Bevans ed. (Washington, D.C., Department of State, 1968), p. 20, at p. 23, art. 5(c) (下称《东京宪章》)。不过，在东京法庭上无人被判定犯有此罪。

<sup>185</sup> “确认纽伦堡法庭组织法所认定之国际法原则”，联大1946年12月11日第95(I)号决议。

<sup>186</sup> “纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认原则之编订问题”，联大1947年11月21日第177(II)号决议。

<sup>187</sup> 《1950年……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第三部分，第376页，《纽伦堡原则》原则六。

明：“本法所定之危害人类和平及安全的罪行系国际法上的罪行，其责任人应受惩罚”。<sup>188</sup>

(13) 将危害人类罪定性为“国际法上的罪行”，表明这种罪行是自然成立的，不论相关行为在国内法之下是否被定为罪行。《纽伦堡宪章》第6条(c)项界定危害人类罪是实施某些行为，“不论是否违反此等行为所在地的国内法”。1996年，委员会完成了《危害人类和平及安全治罪法草案》，其中除其他外规定危害人类罪是“在国际法范围内，就此而论可予惩罚，而不论是否可依国内法予以惩罚的罪行”。<sup>189</sup> 这种罪行的严重性是很清楚的；委员会以前就指出过，禁止危害人类罪“被明确接受和承认”为一项国际法强制性规范。<sup>190</sup>

(14) 第3条草案第2款还确定危害人类罪“不论是否发生于武装冲突之时，”都是国际法上的罪行。提及“武装冲突”应理解为包括国际和非国际武装冲突。<sup>191</sup> 经《柏林议定书》<sup>192</sup> 修正的《纽伦堡宪章》关于危害人类罪的定义将国际军事法庭对危害人类罪的管辖权与国际武装冲突的存在相联系；只有所涉行为发生“系随实施”国际军事法庭管辖范围内“任何罪行”——即危害和平罪或战争罪——“而起或与之有关者”，方归属该法庭管辖。在这个意义上，虽然《宪章》并未排除对武装冲突前所犯行为的管辖权，但处理传统上属一国国内管辖范围的事实的依据在于罪行与国家间冲突的联系。而这种联系又意味着大规模发生最严重罪行，可能作为某种行为模式的一部分。<sup>193</sup> 负责审判第三帝国高级政治和军事领导人的国际军事法庭判定若干被告在武装冲突期间犯危害人类罪，尽管有些情况下这些罪行与国际军事法庭管辖范围内的其他罪行之间的关系不够明确。<sup>194</sup>

<sup>188</sup> 《1954年……年鉴》，第二卷，第150页，《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条。

<sup>189</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页，第50段，《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条。1996年《治罪法草案》列出五类罪行，其中之一是危害人类罪。

<sup>190</sup> 见上文脚注21和所附案文。

<sup>191</sup> 见红十字委员会，《〈日内瓦第一公约：改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约〉评注》，第二版，2016年，共同第二条的评注(下称“红十字委员会，2016年《〈日内瓦第一公约〉评注》)第218段(“第2条第1款意义上的武装冲突是指那些缔约国(即国家)之间的对抗，在一国或多国针对另一国诉诸武力时就会发生，而不论对抗产生的原因或激烈程度”)；同上，共同第三条的评注第387段(“当有组织的冲突方与另一方发生达到一定强度的暴力时，这种局势便超过了“非国际性武装冲突”所要求的最低标准。这些都需要基于事实作出判断”)。

<sup>192</sup> 《关于纠正组织法案文偏差的议定书》(1945年10月6日，柏林)，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》(1945年11月14日至1946年10月1日，纽伦堡)，第1卷(1947年)，第17-18页(下称“《柏林议定书》”)。《柏林议定书》将英文“during the war”之后的分号改为逗号，以便使英文和法文本与俄文本取得一致。同上，第17页。这样就将该项规定的第一部分与后一部分联系在一起(“与本法庭管辖范围内的任何罪行有关者”)，由此也就与国际武装冲突的存在联系在一起。

<sup>193</sup> 见联合国战争罪行委员会，《联合国战争罪行委员会的历史和战争法的发展》(His Majesty's Stationery Office, 1948)，第179页(“只有当罪行的规模、野蛮程度、数量或在不同时期和地点采用的类似模式危及到国际社会或震撼人类良知时，发生上述罪行所在国或国民沦为受害者的国家以外的国家才有理由进行干预”)。

<sup>194</sup> 例如见 Kupreškić 案，判决，2000年1月14日(上文脚注25)，第576段(其中指出 Baldur von Schirach 所犯危害人类罪与国际军事法庭管辖范围内其他罪行之间关系薄弱)。



(15) 委员会 1950 年《纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则》在原则六(三)中界定危害人类罪时也要求存在与武装冲突的联系。<sup>195</sup> 在该原则的评注中, 委员会强调罪行并非必须是在战争期间所发生, 但对于战前罪行则主张必须存在与危害和平罪的联系。<sup>196</sup> 与此同时, 委员会主张“行为仍可属危害人类罪, 即便该行为是行为人针对本国人口所为”。<sup>197</sup> 1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》在第一条(乙)项中写明, “一九四五年八月八日纽伦堡国际军事法庭组织法明定并经联合国大会一九四六年二月十三日第 3(I)号决议及一九四六年十二月十一日第 95(I)号决议确认的危害人类罪, 无论犯罪系在战时抑或在平时。”<sup>198</sup>

(16) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭的管辖范围包括“危害人类罪”。其《规约》第 5 条规定, 该法庭可对“国际或国内武装冲突中犯下”一系列“针对平民的”行为(诸如谋杀、酷刑或强奸)负有责任的人提起诉讼。<sup>199</sup> 所以, 第 5 条所用的措词保留了与武装冲突的联系, 但结合相关背景很容易理解: 该法庭《规约》是 1993 年拟订的, 当时的理解是, 前南斯拉夫境内实际存在着武装冲突。就此而言, 第 5 条所用的措词(“武装冲突”)主要是为了消除一种认为危害人类罪须与“国际武装冲突”存在联系的观念。鉴于这种措词可能被解读为习惯国际法要求须存在与武装冲突的联系, 该法庭上诉分庭后来澄清说, 保留与武装冲突的联系“没有逻辑或法律基础”, 因为自纽伦堡审判以来, 在国家实践中这种联系“已被放弃”。<sup>200</sup> 上诉分庭还指出, “关于种族灭绝和种族隔离的国际公约显示, 联系要求已经过时, 这两项公约都禁止某些种类的危害人类罪而不论是否与武装冲突有联系”。<sup>201</sup> 事实上, 上诉分庭此后还表示认为, 该法庭《规约》中的这种联系只是限定其属事管辖, 并非对习惯国际法的编纂。<sup>202</sup>

(17) 1994 年, 安全理事会设立了卢旺达问题国际刑事法庭并规定了它对“危害人类罪”的管辖权。虽然该法庭《规约》第 3 条保留了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》中的同样一系列行为, 但起首部分没有保留武装冲突的提法。<sup>203</sup>

<sup>195</sup> 《1950 年……年鉴》, 第二卷, A/1316 号文件, 第三部分, 第 377 页, 《纽伦堡原则》原则六(三)。

<sup>196</sup> 同上, 第 123 段。

<sup>197</sup> 同上, 第 124 段。

<sup>198</sup> 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》(1968 年 11 月 26 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 754 卷, 第 10823 号, 第 73 页。截至 2019 年 7 月, 该公约有 55 个缔约国。类似性质的区域公约, 见《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》(1974 年 1 月 25 日, 斯特拉斯堡), 欧洲委员会, 《条约汇编》, 第 82 号。截至 2019 年 7 月, 该公约有 8 个缔约国。

<sup>199</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》, 第 5 条。

<sup>200</sup> 检察官诉 Duško Tadić a/k/a “Dule” 案, 案件号 IT-94-1-AR72, 1995 年 10 月 2 日对辩方就管辖权问题提出中间上诉的请求所做的裁决, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭, 《1994-1995 年案例汇编》, 第一卷, 第 140 段。

<sup>201</sup> 同上。

<sup>202</sup> 例如见 Kordić 案, 判决, 2001 年 2 月 26 日(上文脚注 81), 第 33 段; Tadić 案, 判决, 1999 年 7 月 15 日(上文脚注 152), 第 251 段。(“证明存在武装冲突即满足了需存在武装冲突的要求; 《规约》的要求仅此而已, 而这样要求即已超过习惯国际法”)。

<sup>203</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》, 第 3 条。见 Semanza 诉检察官案, 案件号 ICTR-97-20-A, 判决, 2005 年 5 月 20 日, 卢旺达问题国际刑事法庭上诉分庭, 第 269 段(“……与[《前南

同样，1998年《罗马规约》第七条也没有再提及武装冲突，其他有关刑事法庭也不存在这种提法。<sup>204</sup>

(18) 就此而言，虽然危害人类罪的早期定义要求相关行为须与武装冲突有联系，但这种联系已不再见诸包括1998年《罗马规约》在内的当代国际性刑事法院和法庭规约。取而代之的是，如关于第2条草案第1款(结合第2款(a)项)“起首部分”要求的讨论所述，罪行必须是作为根据国家或组织的政策或为了推行这种政策，针对任何平民人口实施的广泛或有系统的攻击的一部分。

(19) 这种条约实践、判例以及深为各国接受的观点证实，危害人类罪无论是否在武装冲突时发生，也无论是否被国内法定为犯罪，都是国际法上应当防止及惩治的罪行。

(20) 第3条草案第3款写明，任何情况均不得用来作为危害人类罪的辩护理由。这段文字受到了1984年《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2条第2款的启发，<sup>205</sup> 但为适应危害人类罪的上下文做了调整。与第3条草案第2款一样，用“武装冲突”一语取代了“战争状态或战争威胁”的表述。另外，用“诸如”一词是为了强调所举例子并非详尽无遗。

(21) 在全球或区域层面处理严重罪行的其他条约中可以找到相似的语言。例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第一条第二款<sup>206</sup>，以及1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》第5条<sup>207</sup> 都载有类似语言。

(22) 用第3条草案第3款的方式表述危害人类罪的好处之一是，这种写法既可以指向国家行为体的行为，也可以指向非国家行为体的行为。同时，本款处理这一问题所联系的仅是第1和第2款规定的国家义务，而不是刑事诉讼中个人可用的辩护理由或是其他排除刑事责任的理由等。

#### 第4条 防止义务

各国承诺依据国际法防止危害人类罪，办法是：

(a) 在其管辖的任何领土内采取有效的立法、行政、司法措施或其他适当的防止措施；

拉夫问题国际刑事法庭规约]第5条相反，[《卢旺达问题国际刑事法庭规约》]第3条没有关于犯罪须与武装冲突相关的规定。这是一个重要的差别” )。

<sup>204</sup> 例如见第002/19-09-2007-ECCC/SC号案件，上诉判决，2016年11月23日，最高法院分庭，柬埔寨法院特别法庭，第721段(认定到1975年，习惯国际法中危害人类罪的定义并不要求存在与武装冲突的联系)。

<sup>205</sup> 《禁止酷刑公约》，第2条第2款(“任何特殊情况，不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态，均不得援引为施行酷刑的理由” )。

<sup>206</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第一条第二款(“任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为强迫失踪的辩护理由” )。

<sup>207</sup> 《美洲防止和惩处酷刑公约》(1985年12月9日，卡特赫纳)，美洲国家组织，《条约汇编》，第67号，第5条(“存在诸如战争状态、战争威胁、戒严状态或紧急状态、国内骚乱或动乱、中止宪法保障、国内政局不稳等情况，或者其他公共紧急状态或灾难，均不得援引或容许为酷刑犯罪的理由” )。

(b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

## 评注

(1) 第4条草案详细阐述第3条草案第2款笼统规定的防止危害人类罪的义务。委员会在审议这一义务时认为，与此相关的工作是考察防止犯罪和其他行为的现有条约实践。很多情况下，这些条约处理的是在一定情形下可能构成危害人类罪的行为(例如灭绝种族、酷刑、种族隔离或强迫失踪)。因此，当有关行为也构成危害人类罪时，这些条约规定的防止义务也延伸到对这些行为的防止。

(2) 早先的一个重要的防止义务例子可见于1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》，该公约第一条规定：“缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之”。<sup>208</sup> 此外，第五条规定：“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”。第八条规定：“任何缔约国得提请联合国的主管机关遵照联合国宪章，采取其认为适当的行动，以防止及惩治灭绝种族的行或第三条所列任何其他行为”。因此，1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》中包含了几个与防止相关的要素：防止灭绝种族的总体义务，制定国家措施以实施《公约》规定的义务，以及缔约国提请联合国主管机关就防止灭绝种族作出行动的规定。

(3) 这一采取防止措施的义务是1960年代以来处理犯罪问题的多数多边条约的一个特征。例如：1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、<sup>209</sup> 1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、<sup>210</sup> 1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、<sup>211</sup> 1979年《反对劫持人质国际公约》、<sup>212</sup> 1984年《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》、<sup>213</sup> 1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》、<sup>214</sup> 1994年《美洲

<sup>208</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第一条。

<sup>209</sup> 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(1971年9月23日，蒙特利尔)，联合国，《条约汇编》，第974卷，第14118号，第177页。第十条第一款规定：“缔约各国应根据国际法和本国法，努力采取一切可能的措施，以防止发生第一条所指的罪行。”

<sup>210</sup> 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第1035卷，第15410号，第167页，第四条(“各缔约国应特别以下列方式进行合作，以防止第二条所列举的罪行：(a) 采取一切切实可行的措施，以防止在各该国领土内策划在其领土以内或以外实施这些罪行”)。

<sup>211</sup> 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973年11月30日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第1015卷，第14861号，第243页，第四条(“本公约缔约国承诺……采用任何必要的立法或其他措施，来禁止并防止对于种族隔离罪行和类似的分隔主义政策或其表现的鼓励，并惩治触犯此种罪行的人”)。

<sup>212</sup> 《反对劫持人质国际公约》(1979年12月17日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第1316卷，第21931号，第205页，第四条(“各缔约国应合作防止第一条所称罪行，特别是：(a) 采取一切切实可行的措施，以防止为在其领土内外进行犯罪行为而在其领土上所做的准备，包括禁止鼓励、煽动、策划或参与劫持人质的行为的个人、团体和组织在其领土内从事非法活动的措施”)。

<sup>213</sup> 《禁止酷刑公约》，第二条第1款(“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为”)。

被迫失踪人士公约》、<sup>215</sup> 1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》、<sup>216</sup> 1997 年《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》、<sup>217</sup> 2000 年《联合国打击跨国组织犯罪公约》、<sup>218</sup> 2000 年《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》、<sup>219</sup> 2000 年《联合国打击跨国组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》、<sup>220</sup> 2001 年《联合国打击跨国组织犯罪公约关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的补充议定书》、<sup>221</sup> 2002 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的

- <sup>214</sup> 《美洲防止和惩处酷刑公约》第 1 条(“缔约国承诺根据本公约的规定, 防止和惩处酷刑”)。第 6 条规定: “缔约国同样应采取有效措施, 以在其管辖范围内防止和惩处其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”。
- <sup>215</sup> 《美洲被迫失踪人士公约》, 第 1 条(“本公约缔约国承诺……(c) 相互合作协助防止、惩处和消除人员被迫失踪问题; (d) 采取立法、行政、司法和其他任何必要措施, 从而遵守对本公约所作承诺” )。
- <sup>216</sup> 《联合国人员和有关人员安全公约》(纽约, 1994 年 12 月 9 日), 联合国, 《条约汇编》, 第 2051 卷, 第 35457 号, 第 363 页, 第 11 条(“缔约国应合作以防止第 9 条所列举的罪行, 尤其应: (a) 采取一切实际可行的措施, 以防止在其各自境内策划在其境内或境外犯下此种罪行; (b) 按照国内法律的规定交换情报, 酌情采取行政的或其他方面的措施, 以防止发生此种罪行” )。
- <sup>217</sup> 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》(1997 年 12 月 15 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2149 卷, 第 37517 号, 第 256 页, 第 15 条(“缔约国应在防止第 2 条所述的罪行方面进行合作” )。
- <sup>218</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约》, 第 9 条第 1 款(“除本公约第 8 条所列各项措施外, 各缔约国均应在适当时并在符合其法律制度的情况下, 采取立法、行政或其他有效措施, 以促进公职人员廉洁奉公, 并预防、调查和惩治腐败行为”); 第 9 条第 2 款(“各缔约国均应采取措施, 确保本国当局在预防、调查和惩治公职人员腐败行为方面采取有效行动, 包括使该当局具备适当的独立性, 以免其行动受到不适当的影响”); 第 29 条第 1 款(“各缔约国均应在必要时为其执法人员, 包括检察官、进行调查的法官和海关人员及其他负责预防、侦查和控制本公约所涵盖的犯罪的人员开展、拟订或改进具体的培训方案”); 第 31 条第 1 款(“缔约国应努力开发和评估各种旨在预防跨国组织犯罪的国家项目, 并制订和促进这方面的最佳做法和政策” )。
- <sup>219</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》, 第 9 条第 1 款(“缔约国应制定综合政策、方案和其他措施, 以便: (a) 预防和打击人口贩运; 并(b) 保护人口贩运活动被害人特别是妇女和儿童免于再度受害” )。
- <sup>220</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》(2000 年 11 月 15 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2241 卷, 第 39574 号, 第 480 页, 第 11 条第 1 款(“在不影响关于人员自由流动的国际承诺的情况下, 缔约国应尽量加强必要的边界管制, 以预防和侦查偷运移民活动”); 第 11 条第 2 款(“各缔约国均应采取立法或其他适当措施, 以尽量防止商业承运人经营的运输工具被用于实施根据本议定书第 6 条第 1 款(a)项确立的犯罪”); 第 14 条第 1 款(“缔约国应为其移民事务和其他有关官员提供或加强预防本议定书第 6 条所列行为的专门培训” )。
- <sup>221</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的补充议定书》(2001 年 5 月 31 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2326 卷, 第 39574 号, 第 208 页, 第 9 条(“根据本国法律不承认已停用的枪支为枪支的缔约国应采取必要措施, 包括酌情规定具体的犯罪, 以便防止非法重新启用业已停用的枪支”); 第 11 条(“为了侦查、预防和杜绝枪支及其零部件和弹药的失窃、丢失或转移用途以及非法制造和贩运, 各缔约国均应采取以下适当措施: (a) 要求确保枪支及其零部件和弹药在制造、进口、出口和通过本国领土时的安全; (b) 提高进口、出口和过境管制的有效性, 在适当情况下还包括提高边境管制以及警方和海关跨境合作等方面的有效性”); 第 14 条(“缔约国应当相互合作并酌情与有关国际组织合作, 使缔约国在提出请求后能获得必要的培训和技术援助, 以增强其预防、打击和消除非法制造和贩运枪支的能力” )。



待遇或处罚公约任择议定书》、<sup>222</sup> 2003 年《联合国反腐败公约》<sup>223</sup> 和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》<sup>224</sup>。

(4) 一些多边人权条约虽然不侧重于防止及惩治此类罪行，但载有与防止和遏制侵犯人权行为相关的义务。例如：1966 年《消除一切形式种族歧视国际公约》<sup>225</sup>、1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》<sup>226</sup> 和 2011 年《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》<sup>227</sup>。一些条约没有明确提到“防止”或“消除”此种行为，而是把重点放在采取适当的立法、行政和其他措施的义务上，从而“实施”或“执行”条约；可以将此视为包含了防止此类行为的必要或适当措施。例如 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》<sup>228</sup> 和 1989 年《儿童权利公约》<sup>229</sup>。

<sup>222</sup> 《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任择议定书》(2002 年 12 月 18 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2375 卷, 第 24841 号, 第 237 页, 序言部分(“忆及有效防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚要求, 进行教育并综合采取立法、行政、司法或其他措施”); 第 3 条(“每一缔约国应在国内一级设立、指定或保持一个或多个预防酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的查访机构”)。

<sup>223</sup> 《联合国反腐败公约》, 第六条第一款(“各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则, 确保设有一个或酌情设有多个机构预防腐败”); 第九条第一款(“各缔约国均应当根据本国法律制度的基本原则采取必要步骤, 建立对预防腐败特别有效的以透明度、竞争和按客观标准决定为基础的适当的采购制度”); 第十二条第一款(“各缔约国均应当根据本国法律的基本原则采取措施, 防止涉及私营部门的腐败, 加强私营部门的会计和审计标准, 并酌情对不遵守措施的行为规定有效、适度而且具有警戒性的民事、行政或者刑事处罚”)。

<sup>224</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》, 序言部分(“决心防止强迫失踪, 制止犯有强迫失踪罪而不受惩罚的现象”); 第二十三条(“一、各缔约国应确保, 对执法人员、文职或军事人员、医务人员、国家官员和其他可能参与监押或处置任何被剥夺自由者的人的培训, 应包括对本公约相关规定的必要教育和信息, 以便:(一) 防止这类官员卷入强迫失踪案件;(二) 强调防止和调查强迫失踪案件的重要性;(三) 确保认识到解决强迫失踪案件的迫切性。二、各缔约国应确保禁止发布任何命令和指示, 指令、授权或鼓励制造强迫失踪。各国应保证, 拒绝遵守这类命令的人不得受到惩罚。三、各缔约国应采取必要措施, 确保当本条第一款所指的人有理由相信强迫失踪案件已经发生或正在计划之中时, 应向上级报告, 并在必要时报告拥有审查权或补救权的有关当局或机关”)。

<sup>225</sup> 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1966 年 3 月 7 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 660 卷, 第 9464 号, 第 195 页, 第三条(“缔约国特别谴责种族分隔及‘种族隔离’并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除具有此种性质的一切习俗”)。

<sup>226</sup> 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979 年 12 月 18 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1249 卷, 第 20378 号, 第 13 页, 第二条(缔约各国谴责对妇女一切形式的歧视, 协议立即用一切适当办法, 推行政策, 消除对妇女的歧视)和第三条(“缔约各国应承担在所有领域, 特别是在政治、社会、经济、文化领域, 采取一切适当措施, 包括制定法律, 保证妇女得到充分发展和进步, 其目的是为确保她们在与男子平等的基础上, 行使和享有人权和基本自由”)。

<sup>227</sup> 《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》, 第 4 条第 2 款(“缔约国谴责对妇女一切形式的歧视, 立即采取必要的立法和其他措施来防止歧视, 尤其是: 在国家宪法和其他适当立法中纳入男女平等原则, 并确保该原则在实践中得以实现; 禁止歧视妇女, 包括适时采用制裁措施等方式; 废除歧视妇女的法律和做法”)。

<sup>228</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 999 卷, 第 14668 号, 第 171 页, 第二条第 2 款(“凡未经现行立法或其他措施予以规定者, 本公约每一缔约国承担按照其宪法程序和本公约的规定采取必要的步骤, 以采纳为实施本公约所承认的权利所需的立法或其他措施”)。

<sup>229</sup> 《儿童权利公约》(1989 年 11 月 20 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1577 卷, 第 27531 号, 第 3 页, 第 4 条(“缔约国应采取一切适当的立法、行政和其他措施以实现本公约所确认的权利”)。

(5) 国际法院曾指出，在采取防止措施时，“各国明显只能在国际法允许的限度内行事”。<sup>230</sup> 委员会认为，应该在第 4 条草案起首部分中把这个要求明确表述出来，因而加入了任何防止措施都必须“按照国际法”的字句。因此，国家为履行其防止危害人类罪的义务而采取的措施必须符合国际法规则，包括《联合国宪章》、国际人道法和人权法中规定的关于使用武力的规则。国家仅有义务根据国际法为防止危害人类罪采取法律允许的措施。

(6) 第 4 条草案从(a)项和(b)项分别所述的两个具体方面规定各国有义务防止危害人类罪。

(7) 首先，根据第 4 条草案(a)项，各国必须积极推进并事先采取旨在帮助防止该罪行发生的措施，办法包括采取“在其管辖的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他适当防止措施”。这一条文受到了 1984 年《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 2 条第 1 款的启发，该条款规定：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为”。<sup>231</sup>

(8) 使用“其他适当防止措施”这一用语，而不是仅仅用“其他措施”，是为了强调(a)项所涉及的措施仅仅是旨在防止的措施。“适当”一词为国家履行义务提供了一些灵活性，允许其在特殊情况下自由采取其他的防止措施。“有效”一词意味着国家应保持其已经采取的相关措施，并在这些措施有缺陷的情况下应通过更有效的措施加以改进。禁止酷刑委员会在关于 1984 年《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》所载类似条款的意见中说：

缔约国有义务消除任何阻碍根除酷刑和虐待的法律或其他障碍，并有义务采取积极有效措施，确保有效防止此类行为的发生和重演。缔约国还有义务不断审查其本国法律和执行《公约》的情况，并按照委员会就个别来文通过的意见和结论性意见加以改进。如果缔约国采取的措施未能实现杜绝酷刑行为这一目标，则按照《公约》的要求，缔约国须作出改进和/或采取新的、更为有效的措施。<sup>232</sup>

(9) 至于国家应努力采取哪些具体类别的措施，人权理事会于 2015 年通过了一份关于防止灭绝种族的决议<sup>233</sup>，使得人们能够有所了解为履行 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条而应采取何种措施。该决议：(a) 重申“每个国家都有责任通过适当和必要的手段保护其人民免遭种族灭绝，这意味着要防止此种罪行，包括防止煽动灭绝种族”；<sup>234</sup> (b) 鼓励“会员国通过培养个人专门技能和在政府内部设立适当单位加强防止工作，建立防止灭绝种族罪的能力”；<sup>235</sup> (c) 鼓励“各国考虑指定关于防止灭绝种族罪的协调中心，以便在相互间并与秘书长防

<sup>230</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决(见上文脚注 13)，第 221 页，第 430 段。

<sup>231</sup> 《禁止酷刑公约》，第 2 条第 1 款。

<sup>232</sup> 见禁止酷刑委员会，第 2 号一般性意见(2007 年)。

<sup>233</sup> 人权理事会的报告，《大会正式记录，第七十届会议，补编第 53 号》(A/70/53)，第二章，关于防止灭绝种族的第 28/34 号决议，人权理事会 2015 年 3 月 27 日通过。

<sup>234</sup> 同上，第 2 段。

<sup>235</sup> 同上，第 3 段。

止灭绝种族问题特别顾问、联合国有关机构及区域和次区域机制进行合作并交流信息和最佳做法”。<sup>236</sup>

(10) 从区域方面看，1950年《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)<sup>237</sup>没有规定“防止”违反该《公约》的行为的明确义务，但欧洲人权法院已作出解释，(关于生命权的)第2条第1款含有一项积极义务，要求缔约国保障其管辖范围内的人的生命，这项义务包括两个方面：(a) 提供监管框架的义务；(b) 采取防止措施的义务。<sup>238</sup>同时，法院确认缔约国在这方面的义务是有限的。<sup>239</sup>法院同样认为，根据《公约》第3条，缔约国有义务防止酷刑和其他形式的虐待。<sup>240</sup>同样，虽然1969年《美洲人权公约》<sup>241</sup>未载有“防止”违反该《公约》的明确义务，但美洲人权法院在解释缔约国应“确保”该《公约》认可的各项权利得到自由且充分的行使的义务<sup>242</sup>时认定，这一义务意味着缔约国有“防止的职责”，而这又要求缔约国采取某些步骤。法院说：

这一防止职责包括采取一切法律、政治、行政和文化手段，促进保护人权，确保任何侵权行为均被视为非法行为，并当作非法行为来处理，因而可能导致对负责任者加以处罚，并产生对损害的受害者提供补偿的义务。此类措施不可能详细列出，因为它们因每个缔约国的法律和情况的不同而存在差异。<sup>243</sup>

<sup>236</sup> 同上，第4段。

<sup>237</sup> 《保护人权与基本自由公约》(1950年11月4日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第213卷，第2889号，第221页。

<sup>238</sup> Makaratzis 诉希腊案，第50385/99号申诉，欧洲人权法院大审判庭2004年12月20日的判决，《2004年欧洲人权法院案例汇编》，第十一卷，第57段；见 Kiliç 诉土耳其案，第22492/93号申诉，欧洲人权法院2000年3月28日的判决，《2000年欧洲人权法院案例汇编》第三卷，第62段(结论：第2条第1款使国家不仅有义务不得故意、非法剥夺生命，且有义务在其国内法律体系中采取适当步骤以保障其辖内人员的生命)；法律资源中心代表 Valentin Câmpeanu 案，第47848/08号申诉，2014年7月17日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，《2014年欧洲人权法院案例汇编》，第130段。

<sup>239</sup> Mahmut Kaya 诉土耳其案，第22535/93号申诉，欧洲人权法院第一庭2000年3月28日的判决，《2000年欧洲人权法院案例汇编》，第三卷，第86段(“考虑到现代社会中维持治安的难度、人的行为的不可预测性，在优先事项和资源方面必须做出实际操作上的选择，对[第2条第1款中]积极义务的解释办法须不得对当局施加难以达成或不成比例的负担”)；另见 Kerimova 等人诉俄罗斯案，第17170/04、第20792/04、第22448/04、第23360/04、第5681/05和第5684/05号申诉，欧洲人权法院第一庭2011年9月15日的终审判决，第246段；Osman 诉联合王国案，欧洲人权法院大审判庭1998年10月28日的判决，《1998年案例汇编》，第八卷，第116段。

<sup>240</sup> A 诉联合王国案，1998年9月23日的判决，欧洲人权法院，《判决和决定汇编》，1998年第六辑，第22段；O’Keeffe 诉爱尔兰案[大审判庭]，第35810/09号申诉，2014年1月28日的判决，欧洲人权法院，《2014年欧洲人权法院案例汇编》，第144段。

<sup>241</sup> 《美洲人权公约：哥斯达黎加圣何塞公约》(1969年11月22日，圣何塞)，美洲国家组织，《条约汇编》，第1144卷，第17955号，第123页。

<sup>242</sup> 第1条第1款规定：“本公约的缔约国承诺尊重本公约认可的各项权利和自由，并确保受其管辖的所有人员得以不受歧视地自由、充分行使这些权利和自由”。人们注意到，《非洲人权和民族权利宪章》第1条规定，缔约国“应承认宪章所载的权利、义务和自由，应采取立法或其他措施予以落实”。《非洲人权和人民权利宪章》(《班珠尔宪章》)(内罗毕，1981年6月27日)，联合国，《条约汇编》，第1520卷，第26363号，第217页。

<sup>243</sup> Velasquez Rodríguez 诉洪都拉斯案，1988年7月29日判决(实质问题)，美洲人权法院C辑第4号，第175段；另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁案，2004年7月8日判决(实质问



法院也是依据类似的推理对 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》第 6 条作出了解释。<sup>244</sup>

(11) 因此，任何具体国家对危害人类罪应采取的具体防止措施取决于这些犯罪行为对该国而言的相关背景和风险。这一义务通常要求国家至少：(a) 制定必要的国家法律和政策，培养人们对此类行为犯罪性质的认识，促使早发现此类行为发生的风险；(b) 不断审查这些法律和政策并作出必要改进；(c) 就相关条约制度下国家的义务对政府官员进行教育；(d) 对警察、军队、民兵和其他相关人员开展必要的培训项目，从而帮助防止危害人类罪的发生；(e) 一旦违禁行为发生，即善意履行关于调查并起诉或引渡行为人的其他义务，因为这样做在一定程度上可以遏制他人今后的行为。<sup>245</sup> 某些用以防止与危害人类罪有关的不法行为(诸如谋杀、酷刑、强奸等)的措施，例如培训方案等，可能在该国已经存在。该国义务视必要对那些措施加以补充，专门防止危害人类罪的发生。在这里，如果缔约国没有视需要和情况尽最大努力动用政府和行政机器尽量防止危害人类罪的发生，也会产生国家的国际责任。<sup>246</sup>

(12) 第 4 条草案(a)项提到国家应“在其管辖的任何领土内”采取有效的立法、行政、司法或其他防止措施。本条款草案各处均采用的这一表述方式，不仅涵盖一国的领土，也涵盖该国管辖下的其他领土。正如委员会曾作出的如下解释：

题、赔偿及费用)，美洲人权法院 C 辑第 110 号，第 155 段；Juan Humberto Sánchez 诉洪都拉斯案，2003 年 6 月 7 日判决(初步反对意见、实质问题、赔偿及费用)，美洲人权法院 C 辑第 99 号，第 137 和第 142 段。

<sup>244</sup> Tibi 诉厄瓜多尔案，2004 年 9 月 7 日判决(初步反对意见、实质问题、赔偿及费用)，美洲人权法院 C 辑，第 114 号，第 159 段；另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁(上文脚注 243)，第 155 段。

<sup>245</sup> 可与某些特定类别的侵犯人权行为的防止措施进行比较，见消除对妇女歧视委员会，关于有效的国家机制和宣传的第 6 号一般性建议(1988 年)，第 1-2 段，《大会正式记录，第四十三届会议，补编第 38 号》(A/43/38)，第五章，第 770 段；消除对妇女歧视委员会，关于在预防及控制获得性免疫缺陷综合征(艾滋病)国家战略中避免歧视妇女的第 15 号一般性建议(1990 年)，同上，《大会正式记录，第四十五届会议，补编第 38 号》(A/45/38)，第四章，第 438 段；消除对妇女歧视委员会，关于对妇女的暴力行为的第 19 号一般性建议(1992 年)，第 9 段，同上，《第四十七届会议，补编第 38 号》(A/47/38)，第一章；儿童权利委员会，关于执行《公约》的一般措施的第 5 号一般性意见(2003 年)，第 9 段，同上，《第五十九届会议，补编第 41 号》(A/59/41)，附件十一；人权事务委员会，关于《公约》缔约国的一般法律义务性质的第 31 号一般性意见(2004 年)，第 6-7 段，载于同上，《第五十九届会议，补编第 40 号》(A/59/40)，第一卷，附件三；儿童权利委员会，关于远离原籍国无人陪伴和无父母陪伴的儿童待遇的第 6 号一般性意见(2005 年)，第 50-63 段，同上，《第六十一届会议，补编第 41 号》(A/61/41)，附件二；消除种族歧视委员会，关于在刑事司法制度的司法和运作中防止种族歧视的第 31 号一般性建议(2005 年)，第 5 段，同上，《第六十届会议，补编第 18 号》(A/60/18)，第九章，第 460 段；另见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，联大 2005 年 12 月 16 日第 60/147 号决议附件，原则 3(a) (“按相应法律体系的规定尊重、确保尊重和实施国际人权法和国际人道法的义务，除其他外，包括下列义务：(a) 采取适当的立法和行政措施及其他适当措施，防止违法行为发生”。)

<sup>246</sup> 在国际人道法和防止犯下战争罪的必要性方面，可能已经存在培训或传播方案。1949 年日内瓦四公约共同第一条规定，各缔约国有义务“尊重和确保尊重”国际人道法规则，这项规定或许鼓励了此类方案的执行。见红十字委员会，2016 年《〈日内瓦第一公约〉评注》，第 145-146、150、154、164 和 178 段(关于共同第一条)。此外，《日内瓦第一公约》第四十九条(其他三项公约的共同条款)也规定了颁布立法、处以有效刑事制裁和制止违反《公约》行为的义务。见同上，第 2842、2855 和 2896 段(关于第四十九条)。



这涵盖一国即便没有法律上的管辖权但却行使事实上的管辖权的情况，例如非法干涉、占领和非法吞并。在这一方面可以参照国际法院在纳米比亚案中作出的咨询意见。在这份咨询意见中，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回其行政管理，但仍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。<sup>247</sup>

(13) 其次，根据第 4 条草案(b)项，各国义务彼此间，与相关政府间组织，以及酌情与其他组织开展某些形式的合作。各国合作防止危害人类罪的义务第一次出现在《联合国宪章》第一条第三款中：该款指出《宪章》的宗旨之一是“促成国际合作，以解决国际间属于……人类福利性质之国际问题，且增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”。此外，在《宪章》第五十五和第五十六条中，联合国所有会员国担允“采取共同及个别行动与本组织合作，以达成”某些宗旨，包括“全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守”。在具体防止危害人类罪的方面，联合国大会在 1973 年《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》中承认，为了防止实施战争罪和危害人类罪而应开展国家间合作、采取国家间行动的一般义务。除其他事项外，联大宣布“各国应在双边和多边基础上相互合作，以期制止并防止战争罪和危害人类罪，并为此目的，采取必要的国内和国际措施”。<sup>248</sup>

(14) 因此，第 4 条草案(b)项写明各国应互相合作防止危害人类罪，并与有关政府间组织合作。“有关”一词意在表明与任何特定政府间组织的合作将取决于该组织的职能和任务、国家与该组织的法律关系、需要开展合作的背景，等等。(b)项还进一步规定各国应酌情与其他组织如国际红十字和红新月运动的组成部分，在其各自任务范围内合作。<sup>249</sup> 这些组织包括可以在具体国家防止危害人类罪中发挥重要作用的非政府组织。使用“酌情”一词是为了表明合作义务在本质上取决于具体情况，而且对这些组织的适用程度不同于对国家和相关政府间组织的适用程度。

<sup>247</sup> 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，对《关于预防危险活动引起跨界损害的条款草案》第 1 条的评注第(12)段，第 151 页(引述《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果》，《咨询意见》，《1971 年国际法院判例汇编》，第 16 页起，见第 54 页，第 118 段)。另见《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 70 页，对《关于危险活动造成的跨界损害的损失分配的原则草案》第 2 条原则的评注第(25)段；《使用或威胁使用核武器的合法性》，《咨询意见》，《1996 年国际法院判例汇编》，第 226 页起，见第 242 页，第 29 段(提到“各国应履行一般义务以确保在其管辖和控制范围内的活动尊重其他国家或国家控制范围以外地区的环境”)。

<sup>248</sup> 《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》，联大 1973 年 12 月 3 日第 3074(XXVIII)号决议，第 3 段。

<sup>249</sup> 国际红十字和红新月运动(运动)由红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会和 191 个国家红十字会与红新月会组成。依照《运动章程》等分别规定的任务，各组成部分在确保尊重国际人道法方面具有不同作用，包括防止违反国际人道法的行为，其中也可包括危害人类罪。该运动在参与防止国际罪行方面所受的限制，体现在其基本原则特别是中立原则上。1986 年在日内瓦举行的第 25 届国际红十字大会通过，并于 1995 年和 2006 年修正的《国际红十字和红新月运动章程》，序言部分，可查阅 [www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf](http://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/statutes-en-a5.pdf)。依据这项原则，运动各组成部分不参与、不协助这类罪行的调查和起诉，也避免牵涉其中，因为这可能被视为支持一方反对另一方，或是参与政治、种族、宗教或意识形态性质的纷争。大致内容见 [www.icrc.org/en/who-we-are/movement](http://www.icrc.org/en/who-we-are/movement)。

## 第 5 条 不推回

1. 如有充分理由相信任何人在另一国将有遭受危害人类罪的危险，则任何国家不得将该人驱逐、遣返(推回)、移交或引渡至该国。
2. 为了确定这种理由是否存在，主管当局应考虑到所有有关因素，包括在适当情况下考虑到在有关国家内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权或严重违反国际人道法的情况。

### 评注

(1) 根据第 4 条草案所述的广泛的防止目标，第 5 条草案第 1 款规定，如有充分理由相信任何人在另一国将有遭受危害人类罪的危险，则任何国家不得将该人送至该国。因此，这一规定利用不推回原则来防止个人在某些情形下遭受危害人类罪。

(2) 总的来说，不推回原则要求一国在有充分理由相信任何人在另一国将有可能遭到迫害或其他特定伤害的情况下，不得将该人遣返或以其他方式移送至该国。第 1 款称此种移送为“至另一国”，而不是“至另一国管辖的领土”，是为了同时涵盖将人员由一国控制下移送至另一国控制下的情况，即使移送发生在同一领土内或发生在任何领土之外(如公海海域和空域)。此项原则在二十世纪已写入多项条约，包括 1949 年《日内瓦第四公约》，<sup>250</sup>但在大多数情况下则列入了国际难民法，特别是 1951 年《关于难民地位的公约》第三十三条。<sup>251</sup>其他涉及难民的公约和文书<sup>252</sup>列入了这项原则，如 1969 年《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》。<sup>253</sup>

(3) 在各种文书<sup>254</sup>和条约中，这项原则也被适用于所有外国人(不仅是难民)，如 1969 年《美洲人权公约》<sup>255</sup>和 1981 年《非洲人权和人民权利宪章》。<sup>256</sup>事实上，委员会 2014 年关于驱逐外国人的条款草案就在这种更广泛的意义上述及

<sup>250</sup> 《日内瓦第四公约》，第四十五条。红十字委员会将日内瓦四公约的共同第三条解释为暗含不推回义务。红十字委员会，《〈日内瓦第一公约〉评注》，2016 年，关于共同第三条的第 708-716 段。

<sup>251</sup> 《关于难民地位的公约》(1951 年 7 月 28 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，第 137 页，第三十三条第(一)款(“任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回(‘推回’)至其生命或自由因为他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界”)。

<sup>252</sup> 例如见《关于难民的卡特赫纳宣言》，中美洲、墨西哥和巴拿马关于难民国际保护问题的座谈会 1984 年 11 月 22 日在哥伦比亚卡特赫纳通过，结论 5。

<sup>253</sup> 《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》(1969 年 9 月 10 日，亚的斯亚贝巴)，联合国，《条约汇编》，第 1001 卷，第 14691 号，第 45 页，第二条第 3 款。

<sup>254</sup> 例如见《领土庇护宣言》，联大 1967 年 12 月 14 日第 2312(XXII)号决议(A/67/16)，第 3 条；亚非法律协商组织 1966 年《关于难民地位和待遇的曼谷原则》最后案文，亚非法律协商组织 2001 年 6 月 24 日在新德里举行的第四十届会议通过，第三条；欧洲委员会，部长委员会关于保护符合《日内瓦公约》标准、但未被正式承认为难民者的 R(84)1 号建议，部长委员会 1984 年 1 月 25 日通过。

<sup>255</sup> 《美洲人权公约》，第 22 条第 8 款。

<sup>256</sup> 《非洲人权和人民权利宪章》，第 12 条第 3 款。

该原则。<sup>257</sup> 人权事务委员会和欧洲人权法院将分别载于 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第七条<sup>258</sup> 和 1950 年《保护人权与基本自由公约》第 3 条<sup>259</sup> 的禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇的规定解释为含蓄地提到不推回义务，尽管这两个公约未明确规定此项义务。此外，不推回原则还经常被列入引渡条约，其中指出，如果被请求缔约国有充分理由认为提出引渡请求的目的是以特定理由对被指控罪犯实施迫害，则条约中的任何内容均不得理解为规定了引渡被指控罪犯的义务。本条款草案的第 13 条草案第 11 款就属于这类规定。

(4) 与本条款草案特别相关的是，这项原则载于涉及特定罪行，如酷刑和强迫失踪的条约。例如，1984 年《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 3 条规定：

1. 如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返(推回)或引渡至该国。
2. 为了确定这种理由是否存在，有关当局应考虑到所有有关的因素，包括在适当情况下，考虑到在有关国家境内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权的情况。

(5) 上述条款仿照了 1951 年《关于难民地位的公约》，但额外增加了“引渡”内容，以涵盖将某人移送至另一国家的另一可能方式。<sup>260</sup> 同样，2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十六条规定：

- 一、如果有充分理由相信，将某人驱逐、送返(“驱回”)、移交或引渡到另一国家，有造成此人遭受强迫失踪的危险，任何缔约国均不得采取上述行动。
- 二、为确定是否存在这种理由，主管当局应斟酌一切有关因素，包括在适用的情况下，考虑有关国家是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权或严重违反国际人道法的情况。

(6) 尽管如以前的公约那样，第 5 条草案第 1 款规定的国家义务重在使个人免遭危害人类罪，但此项义务不妨碍依据条约或习惯国际法产生的其他不推回义务。事实上，所有相关条约所载的国家义务继续按照其条款适用。

(7) 第 5 条草案第 1 款规定，“如有充分理由相信任何人将有”遭受危害人类罪的“危险”，则该国不得将该人送往另一国。许多专家条约机构和国际性法院都

<sup>257</sup> 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 44 段，关于驱逐外国人的条款草案第 23 条第 1 款(“不得将任何外国人驱逐至其生命可能会因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份等理由或因国际法不容许的任何其他理由而受到威胁的国家”)。

<sup>258</sup> 见人权事务委员会，关于禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题的第 20 号一般性意见(1992 年)，第 9 段，《大会正式记录，第四十七届会议，补编第 40 号》(A/47/40)，附件六 A 节(“缔约国不得通过引渡、驱逐或推回手段使个人回到另一国时有可能遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚”)。

<sup>259</sup> 例如见 Chahal 诉联合王国案，第 22414/93 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 1996 年 11 月 15 日的判决，《1996 年欧洲人权法院案例汇编》第五卷，第 80 段。

<sup>260</sup> 类似的规定载于 2000 年 12 月 7 日在尼斯通过的《欧洲联盟基本权利宪章》，《欧洲共同体公报》，C 364 号，2000 年 12 月 18 日，第 19 条第 2 款(“任何人不得被递解、驱逐或引渡至将使其极有可能遭受死刑、酷刑和其他不人道或有辱人格的待遇和处罚的国家”)。

讨论过“充分理由”这一标准。例如，禁止酷刑委员会在审议指称一国违反1984年《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3条的来文时指出，只要遭受酷刑的风险是可预见的、针对个人的、现实存在的和真实的，即有“充分理由”。<sup>261</sup> 该委员会还解释称，每个人的“案件应由缔约国通过主管的行政和(或)司法当局进行单独、公正和独立的审查，审查应符合关键的程序性保障”。<sup>262</sup>

(8) 人权事务委员会在对各国的指导意见中指出，“如果有重大理由相信，在实施驱赶的国家或者有关人士可能最终被赶往的国家之中确实存在《公民权利和政治权利国际公约》第六条和第七条所设想的那种会造成不可弥补伤害的风险”，一国“有义务不采取引渡、驱逐出境或者其他手段将有关人士逐出其国境。”<sup>263</sup> 在解释这一标准时，人权事务委员会认为，各国不得因驱逐的“必然和可预见的后果”而给个人造成其根据《公约》享有的权利可能受到侵犯的实际风险。<sup>264</sup> 委员会还认为，必须“参考缔约国当局在引渡时已知或应知资料”，判定是否存在这种实际风险，但不需要“提供证据证明随后发生的实际酷刑，尽管关于随后事件的资料关系到初始风险评估。”<sup>265</sup>

(9) 欧洲人权法院认定，如果有充分理由相信一个人将面临有违1950年《保护人权与基本自由公约》第3条的待遇的实际风险，则国家有义务不予推回。<sup>266</sup> 在适用这种法律标准时，各国必须审查将个人送到接受国的“可预见的后果”。<sup>267</sup> 虽然“仅有”虐待的“可能性”还不够，但欧洲法院认为无需证明虐待达到“很有可能”的程度。<sup>268</sup> 欧洲法院强调指出，必须“严格”审查实际风险的证据。<sup>269</sup>

<sup>261</sup> 禁止酷刑委员会，关于参照《公约》第22条执行第3条的第4号一般性意见(2017年)(CAT/C/GC/4)，第11段。相关来文，见禁止酷刑委员会，Dadar 诉加拿大案，第258/2004号来文，2005年11月23日通过的意见，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第44号》(A/61/44)，附件八A节，第241页，第8.4段；N.S.诉瑞士案，第356/2008号来文，2010年5月6日通过的意见，同上，《第六十五届会议，补编第44号》(A/65/44)，附件十三A节，第335页，第7.3段；Subakaran R.Thirugnanasampanthar 诉澳大利亚案，第614/2014号来文，2017年8月9日通过的决定(CAT/C/61/D/614/2014)，第8.3段。

<sup>262</sup> 禁止酷刑委员会，第4号一般性意见，第13段。

<sup>263</sup> 人权事务委员会，第31号一般性意见，第12段。另见人权事务委员会，关于《公民权利和政治权利国际公约》第六条(生命权)的第36号一般性意见(2018年)(CCPR/C/GC/36)[本一般性意见尚未发表，因此引述的内容和段号在最后文本中可能会有所变动]，第30段。

<sup>264</sup> 例如见人权事务委员会，Chitat Ng 诉加拿大案，第469/1991号来文，1993年11月5日通过的意见，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第40号》(A/49/40)，第二卷，附件九CC节，第15.1(a)段；A.R.J.诉澳大利亚案，第692/1996号来文，1997年7月28日通过的意见，同上，《第五十二届会议，补编第40号》(A/52/40)，第二卷，附件六T节，第6.14段；Hamida 诉加拿大案，第1544/2007号来文，2010年3月18日通过的意见，同上，《大会正式记录，第六十五届会议，补编第40号》(A/65/40)，第二卷，附件五V节，第8.7段。

<sup>265</sup> 例如见人权事务委员会，Maksudov 等人诉吉尔吉斯斯坦案，第1461/2006号、第1462/2006号、第1476/2006号和第1477/2006号来文，2008年7月16日通过的意见，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第40号》(A/63/40)，第二卷，附件五W节，第12.4段。

<sup>266</sup> 例如见 Soering 诉联合王国案，第14038/88号申诉，1989年7月7日的判决，欧洲人权法院，A辑，第161卷，第88段；Chahal 诉联合王国案(上文脚注259)，第74段。

<sup>267</sup> 例如见 Saadi 诉意大利案，第37201/06号申诉，欧洲人权法院大审判庭2008年2月28日的判决，《2008年欧洲人权法院案例汇编》第二卷，第130段。

<sup>268</sup> 同上，第131和第140段。

<sup>269</sup> 同上，第128段。



此外，与人权事务委员会的观点相类似，该法院认为在“评估”相关风险的证据时“必须主要看缔约国在驱逐出境时已知或应该已知的事实”，<sup>270</sup>但也要顾及此后了解到的情况。<sup>271</sup>

(10) 第5条草案第2款规定，在为第1款的目的确定是否有充足理由时，各国应考虑到“所有有关因素”。这些因素包括但不限于“在有关国家内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权行为或严重违反国际人道法的情况”。事实上，很多因素可能都具有相关性。人权事务委员会在解释1966年《公民权利和政治权利国际公约》时指出，所有相关因素均应予以考虑，“保证的存在和内容以及执行机制的存在和实施都是相关因素，关系到总体判定事实上是否存在发生被禁止的虐待行为的切实风险”。<sup>272</sup>为了1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的目的，禁止酷刑委员会详细列出了“可能构成酷刑风险迹象的一些人权状况，[缔约国]在做出遣返某人离开其领土的决定及适用“不推回”原则时应予以考虑，这些例子并非详尽无遗”。<sup>273</sup>在审议各国依赖其他国家作出的保证是否适当时，<sup>274</sup>欧洲人权法院考虑了如下因素：这些保证是具体的还是笼统而模糊的；<sup>275</sup>是否能够通过外交机制或其他监测机制客观核实遵守这些保证的情况；<sup>276</sup>接受国是否存在防止违反行为的有效保护制度。<sup>277</sup>

(11) 1951年《关于难民地位的公约》载有不推回义务的例外情况，以允许遣返实施犯罪或造成严重安全风险的个人。<sup>278</sup>但此后订立的条约并不包含此类例外情况，从而将不推回义务视为一项绝对义务。<sup>279</sup>委员会认为第5条草案不包含这种例外是适当的。

<sup>270</sup> 同上，第133段。

<sup>271</sup> 例如见 *El-Masri* 诉前南斯拉夫的马其顿共和国案，第39630/09号申诉，2012年12月13日的判决，大审判庭，欧洲人权法院，《2012年欧洲人权法院案例汇编》第六卷，第214段。

<sup>272</sup> 例如见 *Maksudov* 诉吉尔吉斯斯坦案(上文脚注265)，第12.4段。

<sup>273</sup> 禁止酷刑委员会，第4号一般性意见，第29段。

<sup>274</sup> 同上，第20段(“委员会认为，如有充分理由相信某人在将被递解至的本公约缔约国内有遭受酷刑的危险，则不得以该缔约国的外交保证为借口，损害《公约》第3条规定的“不推回原则”)。

<sup>275</sup> 例如见 *Saadi* 诉意大利案(上文脚注267)，第147-148段。

<sup>276</sup> 例如见 *Chentiev* 和 *Ibragimov* 诉斯洛伐克案，第21022/08 & 51946/08号申诉，2010年9月14日关于可否受理的决定，欧洲人权法院第四庭。

<sup>277</sup> 例如见 *Soldatenko* 诉乌克兰案，第2440/07号申诉，2008年10月23日的判决，欧洲人权法院第五庭，第73段。法院可能考虑的其他因素包括：保证的条件是否向法院披露；保证由谁做出以及保证对接受国是否具有约束力；保证是否由一国中央政府作出；地方当局是否会遵守这些保证；保证是否涉及在接受国合法或非法的待遇；遣送国与接受国之间双边关系的长度和强度；个人是否曾在接受国受过虐待；以及遣送国的国内法院是否已审查这些保证的可靠性。*Othman (Abu Qatada)* 诉联合王国案，第8139/09号申诉，2012年1月17日的判决，欧洲人权法院第四庭，《2012年欧洲人权法院案例汇编》(节选)，第189段。

<sup>278</sup> 《关于难民地位的公约》，第三十三条第(二)款。

<sup>279</sup> 例如见 *Maksudov* 诉吉尔吉斯斯坦案(上文脚注265)，第12.4段；*Othman (Abu Qatada)* 诉联合王国案(上文脚注277)，第185段；禁止酷刑委员会，*Tapia Paez* 诉瑞典案，第39/1996号来文，1997年4月28日通过的意见，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第44号》(A/52/44)，附件五，B 4节，第14.5段；*Abdussamatov* 等人诉哈萨克斯坦案，第444/2010号来文，2012年6月1日通过的意见，同上，《第六十七届会议，补编第44号》(A/67/44)，附件十四，A节，第530页，第13.7段。

## 第 6 条

### 在国内法中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定危害人类罪构成犯罪。
2. 各国应采取必要措施，确保本国刑法将下列行为定为犯罪：
  - (a) 实施危害人类罪行；
  - (b) 企图实施这种罪行；以及
  - (c) 命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。
3. 各国还应采取必要措施，确保指挥官和其他上级人员如知道或理应知道下属即将实施或正在实施危害人类罪，却没有在其权力范围内采取一切必要和合理措施防止实施这种罪行，或没有在这种罪行已经实施的情况下对责任人予以惩罚，则对这种罪行负刑事责任。
4. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。
5. 各国应采取必要措施，确保根据本国刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由。
6. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定，本条草案所述罪行不应受到任何时效限制。
7. 各国应采取必要措施，确保本国刑法规定，对本条草案所述罪行，应考虑到其严重性，处以适当的刑罚。
8. 在不违反本国法律规定的情况下，各国应酌情采取适当措施确定法人对本条草案所述罪行的责任。在不违反本国法律原则的情况下，法人的这一责任可以为刑事、民事或行政责任。

### 评注

(1) 第 6 条草案规定了各国为确保危害人类罪构成犯罪，排除某些辩护理由或任何法定时效，实行与此类罪行严重性质相称的惩治而必须在本国刑法上采取的各种措施。对以下就被指控罪犯建立和行使管辖的相关条款草案的妥善运作而言，这类措施是至关重要的。

#### 确保本国刑法规定“危害人类罪”构成犯罪

(2) 第 6 条草案第 1 款规定：各国“应采取必要措施，确保本国刑法规定危害人类罪构成犯罪。”纽伦堡国际军事法庭认识到惩治犯有危害人类罪等罪行的个人的重要性，宣布：“犯下违反国际法罪行的是人，而不是抽象的实体，只有通过惩治犯有此种罪行的人才能够执行国际法的规定”。<sup>280</sup> 委员会 1950 年“纽伦堡法庭宪章及法庭判决中所确认之原则”规定：“任何人所犯行为如构成国际法规定之罪行，则须为其承担责任并受到处罚”。<sup>281</sup> 1968 年《战争罪及危害人类罪

<sup>280</sup> 1946 年 9 月 30 日判决(见上文脚注 92)，第 466 页。

<sup>281</sup> 《1950 年……年鉴》，第二卷，A/1316 号文件，第三部分，第 374 页，第 97 段(原则 1)。

不适用法定时效公约》序言部分宣布，“有效惩治……危害人类罪为防止此种罪行、保障人权与基本自由、鼓励信心、促进民族间合作、及增进国际和平与安全的一个重要因素”。1998年《罗马规约》的序言申明，“对整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”。

(3) 很多国家通过了关于危害人类罪的法律，规定了本国体系中对此类罪行的惩治。特别是在1998年《罗马规约》的影响下，一些国家颁布或修订了关于危害人类罪的国家法律，以与《规约》第七条所述相同或非常相似的措辞界定了此种罪行。同时，也有很多国家通过了与《规约》第七条不同的本国法律，有些还有重大差异。另外，还有一些国家尚未就危害人类罪通过本国法律。这些国家的刑法一般都对谋杀、酷刑、强奸等多种行为确实有某种形式的惩治规定，而此类行为在某些情况下可能构成危害人类罪。<sup>282</sup>然而，由于这些国家尚未将危害人类罪本身定为犯罪，这种空白可能会妨碍对犯罪行为进行起诉和惩治，包括与行为的严重性相称的起诉和惩治。

(4) 1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第4条第1款规定：“每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事罪行”。<sup>283</sup>禁止酷刑委员会强调必须履行此项义务以避免《公约》中的定义与国内法中纳入的定义有重大差距：

《公约》中的定义如与国内法中纳入的定义有重大差距，就会出现实际或可能的漏洞，从而导致有罪不罚现象。在某些情况下，尽管用语也许相近，但国内法或司法解释可能对其含义做了限定，因此委员会要求每一缔约国确保政府所有部门都根据《公约》中的定义来界定国家义务。<sup>284</sup>

(5) 为了帮助避免在危害人类罪问题上出现此类漏洞，第6条草案第1款规定各国应采取必要措施确保本国刑法规定危害人类罪本身构成犯罪。第6条草案第2和3款(讨论如下)则进一步规定了国家在此类罪行由自然人以某些方式实施时将这些方式定为犯罪的义务。

(6) 由于第2条草案第1和第2款界定了“危害人类罪”一词，第6条草案第1款规定的义务要求符合此种定义的罪行在各国刑法中被定为犯罪。虽然为了照顾任何具体国家可能有特定的术语或其他问题，措辞上可能与第2条草案第1和第2款的确切用语有所偏离，但这种偏离造成的限定或改变不应当严重脱离第2条草案第1和第2款所界定的危害人类罪含义。但是，第6条草案(及其他各条款草案)中使用的“危害人类罪”一词并不包括第2条草案第3款具有的“不妨碍”条款。该款承认在任何国际文书、习惯国际法或国内法中“危害人类罪”可

<sup>282</sup> 见2015年5月27日国际刑事法院上诉庭在检察官诉Simone Gbagbo案，案件号ICC-02/11-01/12 OA，关于科特迪瓦对2014年12月11日第一预审分庭题为“关于科特迪瓦质疑Simone Gbagbo案件可受理性的裁定”提起上诉的判决，第63-72段(其中认定，国家起诉扰乱和平、组织武装团伙和破坏国家安全等国内普通罪行不是基于和本案行为大体相同的行为，即所指的谋杀、强奸、其他不人道行为和迫害等危害人类罪。

<sup>283</sup> 《禁止酷刑公约》第4条第1款。

<sup>284</sup> 见禁止酷刑委员会第2号一般性意见(2007年)，第9段。另见禁止酷刑委员会，《大会正式记录，第五十八届会议，补编第44号》(A/58/44)，第三章，审议缔约国在《公约》第19条下提交的报告，斯洛文尼亚，第115(a)段，比利时，第130段。

能具有更广泛的定义，但就本条款草案而言，“危害人类罪”的定义限于第2条草案第1和第2款的范围。

(7) 与1984年《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》一样，国际人道法、人权和国际刑法领域中的很多条约都要求缔约各国确保被禁止的行为在国内法中被定为“犯罪”或“可予惩罚”的行为，尽管关于这方面义务的措辞有所不同。<sup>285</sup> 有些条约，如1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》<sup>286</sup>和1949年日内瓦四公约<sup>287</sup>载有颁布“立法”的义务，但委员会认为，以较为近期的条约如1984年《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》作为第6条草案第1款的模板是恰当的。

实施、企图实施、协助或促成危害人类罪

(8) 第6条草案第2款规定，各国应采取必要措施确保自然人借以犯下危害人类罪的某些方式在本国法律中被定为犯罪，具体为：实施危害人类罪行，企图实施这种罪行，命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

(9) 考察表明，国际文书和国内法均就危害人类罪的各类(或各种形式)个人刑事责任作出了规定。首先，将“危害人类罪”定为犯罪的所有司法体系都规定“实施”罪行者(有的国内法称之为“直接”实施罪行者，有的称之为“犯下”罪行者，有的称之为实施罪行的“主犯”)都负有刑事责任。例如，《纽伦堡宪章》第6条规定，国际军事法庭对“无论作为个人还是组织成员、为欧洲轴心国之利益行事而犯有任何下列罪行之人”具有管辖权。同样，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》<sup>288</sup>和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》<sup>289</sup>也规定，凡“实施”危害人类罪的人“应当为该项犯罪负个人责任”。1998年《罗马规约》规定，“实施本法院管辖权内的犯罪的人，应依照本规约的规定负个人责任，并受到处罚”，而且“有下列情形之一的人，应依照本规约的规定，对一项

<sup>285</sup> 例如见《禁止酷刑公约》，第4条；《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970年12月16日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第860卷，第12325号，第105页，第2条；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第2条第2款；《反对劫持人质国际公约》，第2条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第6条；《联合国人员和有关人员安全公约》，第9条第1款；《美洲被迫失踪人士公约》，第3条；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，第4条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年12月9日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2178卷，第38349号，第197页，第4条；《非洲统一组织(非统组织)防止和打击恐怖主义公约》(1999年7月14日，阿尔及尔)，同上，第2219卷，第39464号，第179页，第2条(a)项；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第5条第1款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第7条第1款；《东南亚国家联盟反恐怖主义公约》(2007年1月13日，宿务)，第9条第1款，见《与预防和打击国际恐怖主义有关的国际文书》，联合国出版物，出售品编号E.08.V.2(2008年，纽约)，第336页。

<sup>286</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第五条。

<sup>287</sup> 《日内瓦第一公约》，第四十九条；《日内瓦第二公约》，第五十条；《日内瓦第三公约》，第一百二十九条；《日内瓦第四公约》，第一百四十六条。见红十字委员会，2016年《〈日内瓦第一公约〉评注》，第896段(关于国际性冲突的共同第三条)和第2838-2846段(关于刑事制裁的第四十九条)。另见《第一附加议定书》，第八十五条和第八十六条第一款。

<sup>288</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第7条第1款。

<sup>289</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第6条第1款。



本法院管辖权内的犯罪负刑事责任，并受到处罚：(a) 单独[或]伙同他人，实施这一犯罪。<sup>290</sup> 同样，塞拉利昂问题特别法庭、<sup>291</sup> 东帝汶重罪特别审判分庭、<sup>292</sup> 柬埔寨法院特别法庭、<sup>293</sup> 伊拉克最高刑事法庭、<sup>294</sup> 塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭<sup>295</sup> 的规约文书均规定，“实施”危害人类罪的人负有刑事责任。处理危害人类罪的各国国内法无不将“实施”该罪行认定为犯罪。针对其他类型罪行的条约也要求缔约国通过禁止直接犯下相关罪行的国内法。例如，1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定“实施”灭绝种族罪须负个人刑事责任，<sup>296</sup> 1949 年日内瓦四公约及《第一附加议定书》要求缔约国制定任何必要立法，对“实施”任何严重破坏公约之行为的人，处以有效刑事制裁。<sup>297</sup> 有鉴于此，第 2 款(a)项要求各国采取必要措施，确保本国刑法将“实施危害人类罪行”的行为定为犯罪。

(10) 第二，几乎所有这些国内或国际司法机构在某种程度上也规定以“企图”实施犯罪的形式参与罪行的人承担刑事责任。前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和塞拉利昂问题特别法庭规约没有对这类责任做出规定。相比之下，1998 年《罗马规约》规定了企图实施犯罪者的刑事责任，除非此人放弃实施犯罪或以其他方式防止完成犯罪。<sup>298</sup> 在 *Benda and Jerbo* 案中，一预审分庭指出，对未遂罪承担刑事责任的“前提是：若非不受犯罪人控制的外部环境干预，则犯罪人的行为在正常情况下本来会导致完成犯罪。”<sup>299</sup> 考虑到这一点，第 2 款(b)项要求各国采取必要措施，确保本国刑法将“企图实施危害人类罪行”的行为定为犯罪。

(11) 第三，几乎所有这些国内或国际司法机构在某种程度上也规定以“从犯”责任的形式参与罪行的人承担刑事责任。国际文书通过各种不同的术语界定这一

<sup>290</sup> 见《罗马规约》，第二十五条第(二)款和第(三)款第 1 项。

<sup>291</sup> 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条。

<sup>292</sup> 联合国东帝汶过渡行政当局，《关于设立具有重大刑事罪专属管辖权的审判小组的第 2000/15 号条例》(UNTAET/REG/2000/15)，第 14.3(a)节(2000 年)(下称《东帝汶法庭宪章》)。

<sup>293</sup> 《柬埔寨特别法庭法》，第 29 条。另见《联合国和柬埔寨王国政府关于按照柬埔寨法律起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的协定》(2003 年 6 月 6 日，金边)，联合国，《条约汇编》，第 2329 卷，第 41723 号，第 117 页。

<sup>294</sup> 《伊拉克特别法庭规约》，《国际法律资料》，第 43 卷(2004 年)，第 231 页，第 15 条(2004 年)(下称“伊拉克最高刑事法庭”)。伊拉克临时政府 2005 年在原规约的基础上颁布了新的规约，将法庭更名为“伊拉克最高刑事法庭”。见《伊拉克特别法庭法》，第 10 号，《伊拉克共和国政府公报》，第 47 卷，第 4006 号(2005 年 10 月 18 日)。

<sup>295</sup> 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》，《国际法律资料》，第 52 卷(2013 年)，第 1028 页，第 4 条(b)项、第 6 条和第 10.2 条(下称《非洲特别法庭规约》)。

<sup>296</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第三条(a)项和第四条。

<sup>297</sup> 《日内瓦第一公约》，第四十九条；《日内瓦第二公约》，第五十条；《日内瓦第三公约》，第一百二十九条；《日内瓦第四公约》，第一百四十六条。另见《第一附加议定书》，第十一和第八十五条。

<sup>298</sup> 《罗马规约》，第二十五条第(三)款第 6 项。

<sup>299</sup> 检察官诉 Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus 案，案件号 ICC-02/05-03/09，关于“确认指控的决定”的更正，2011 年 3 月 7 日，国际刑事法院第一预审分庭，第 96 段。

概念，如“命令”、“怂恿”、“引诱”、“煽动”、“鼓动”、“协助或唆使”、“进行共谋”、“作为共犯”、“参与”、“策划”或“共同犯罪活动”。因此，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定，“凡计划、教唆、命令、犯下或协助或煽动他人计划、准备或进行本规约第 2 至 5 条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任”。<sup>300</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》使用的措词几乎如出一辙。<sup>301</sup> 两个法庭均已就被告参与其各自管辖范围内的罪行将被告定罪。<sup>302</sup> 同样，塞拉利昂问题特别法庭、<sup>303</sup> 东帝汶重罪特别审判分庭、<sup>304</sup> 柬埔寨法院特别法庭、<sup>305</sup> 伊拉克最高刑事法庭<sup>306</sup> 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭<sup>307</sup> 的文书均规定，以任何形式参与实施危害人类罪的人负有刑事责任。

(12) 1998 年《罗马规约》规定，如果某人“通过……另一人实施这一犯罪”，如果此人“命令、唆使、引诱实施这一犯罪，而该犯罪事实是既遂或未遂的”，如果此人“为了便利实施这一犯罪，帮助、教唆或以其他方式协助实施或企图实施这一犯罪，包括提供犯罪手段”，或如果此人在符合某些条件的情况下“以任何其他方式支助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪”，则应负刑事责任。<sup>308</sup> 为使各国法律制度能够以与本国刑法相一致的方式处理这种从犯责任，委员会决定采用 1998 年《罗马规约》中的各条措辞的简化版本作为第 6 条草案第 2 款(c)项的基础。

(13) 委员会考虑了是否在第 6 条草案第 2 款中明确提及“共谋”或“煽动”。1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》不仅处理了灭绝种族罪的实施，而且还有“预谋灭绝种族”和“直接公然煽动灭绝种族”。<sup>309</sup> 1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》的概括规定是：“遇犯有第一条所称各罪情事，本公约的规定适用于以正犯或从犯身份参加或直接煽动他人犯各该罪，或共谋犯各该罪的国家当局代表及私人，不问既遂的程度如何，并适用于容许犯此种罪的国家当局代表”。<sup>310</sup> 在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》中，委员会明确提及“煽动”和“共谋”，但仅在“罪行……实际发生”的情况下才包括在

<sup>300</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 7 条第 1 款。该法庭的各项裁决分析了此种刑事责任。例如见 Tadić 案，1999 年 7 月 15 日判决，(上文脚注 152)(认定“共同策划概念作为共犯罪责的形式之一已为习惯国际法牢固确立”)。

<sup>301</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 6 条第 1 款。

<sup>302</sup> 例如见检察官诉 Anto Furundžija 案，案件号 IT-95-17/1-T，前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭 1998 年 12 月 10 日的判决，《1998 年司法报告》，第 246 段(认定“如果[被告]知道很可能将实施一些罪行之一，而且实际上确实实施了其中一个罪行，那么他意图协助实施这一罪行，并犯有协助和煽动罪”)。

<sup>303</sup> 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条第 1 款。

<sup>304</sup> 《东帝汶法庭宪章》，第 14 节。

<sup>305</sup> 《柬埔寨法院特别法庭法》，第 29 条。

<sup>306</sup> 《伊拉克最高刑事法庭规约》，第 15 条。

<sup>307</sup> 《非洲特别法庭规约》，第 10.2 条。

<sup>308</sup> 《罗马规约》，第二十五条第(三)款第 1-4 项。

<sup>309</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第三条(b)-(c)项。

<sup>310</sup> 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，第二条。

内。<sup>311</sup> 《罗马规约》在危害人类罪方面并未提及“共谋”或“煽动”，委员会选择在本条款草案中沿用这一做法。《罗马规约》确实提到公然煽动灭绝种族，<sup>312</sup> 但谈判过程表明，各国有意识地选择不将直接公然煽动实施危害人类罪列入《罗马规约》。<sup>313</sup> 第 2 款不涵盖“煽动”这一未完成或不完整犯罪(即使罪行没有得到完全发展也能发生的犯罪，如第 2 款(b)项中的“企图”)的概念。同时，第 2 款(c)项中的各种用语的确包含罪行实际发生时煽动危害人类罪的概念。

(14) 这些不同文书中的“命令”犯罪这一概念不同于“指挥”或其他上级责任的概念，并补充了后者。在这里，“命令”涉及上级明确指示实施构成犯罪的行为的刑事责任。与之相对，指挥或其他上级责任涉及上级未采取行动的刑事责任；具体而言，是上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有在其权力范围内采取必要和合理的措施予以阻止或处罚犯罪者的情况。

(15) 一般而言，关于对危害人类罪以外的罪行确立和行使国家管辖权的条约通常使用的宽泛术语要求个人承担刑事责任，以便各国不需要改变国内刑法中已牢固确立的首选术语或方式。换言之，这些条约使用笼统术语而不是具体用语，使各国能够通过现有国内法规、判例或法律传统规定刑事责任的确切范围。例如，2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》做出宽泛规定：“各缔约国应采取必要措施，至少追究下列人员的刑事责任：……所有制造、指令、唆使或诱导制造或企图制造强迫失踪的人，以及同谋或参与制造强迫失踪的人”。<sup>314</sup> 第 6 条草案第 2 款采取了类似的办法。

#### 指挥责任或其他上级责任

(16) 第 6 条草案第 3 款处理的是指挥官或其他上级人员的责任问题。该款一般性地规定，如果上级人员对下属的行为未能采取措施，则应对下属实施的危害人类罪负刑事责任。

(17) 处理了危害人类罪的国际司法机构将下级在某些情况下实施罪行的刑事责任归咎于其军事指挥官或其他上级。<sup>315</sup> 值得注意的是，纽伦堡和东京法庭针对

<sup>311</sup> 见委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 18 页，第 50 段，见第 2 条第 3 款(e)项(“个人应……负责，如果该个人直接参与计划或共谋实施实际发生的该罪行”)；同上，第 2 条第 3 款(f)项(“个人应……负责，如果该个人直接和公开地煽动另一人实施实际发生的该罪行”)。

<sup>312</sup> 见《罗马规约》第二十五条第(三)款第 5 项(结合第六条)。同样，下列机构组织章程——前南斯拉夫问题国际刑事法庭(《规约》，第 4 条)、卢旺达问题国际刑事法庭(《规约》，第 2 条)和东帝汶重大刑事罪专属管辖权审判小组(《东帝汶法庭宪章》，第 14(e)节)——规定直接公然煽动实施灭绝种族罪为犯罪，但在危害人类罪方面仅提及诱使或教唆。

<sup>313</sup> 见设立国际刑事法院筹备委员会的报告，规约草案和最后文件草稿，A/CONF.183/2/Add.1，第 50 页。另见 W.K. Timmermann, “Incitement in international criminal law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88 (December 2006), p. 843 (“罗马外交会议期间，起草人未接受扩展煽动条款使之也适用于危害人类罪、战争罪和侵略罪这一建议”)。

<sup>314</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 6 条第 1 款(a)项。

<sup>315</sup> 例如见美利坚合众国诉 Wilhelm von Leeb 等人案(“高级指挥官案”)，纽伦堡军事法庭的战犯审判，第 11 卷(华盛顿哥伦比亚特区，美国政府出版局，1950 年)，第 543-544 页。

军事和文职指挥官均运用了指挥责任概念，这一做法影响到后来的法庭。<sup>316</sup> 正如卢旺达问题国际刑事法庭一审判分庭在检察官诉 Alfred Musema 案中所述，“对于《[卢旺达问题国际刑事法庭]规约》第 6 条第 3 款中所述个人刑事责任的形式是否也适用于军事和文职当局人员，值得注意的是，在东京审判期间，文职官员根据这项原则被宣判犯有战争罪行”。<sup>317</sup>

(18) 1949 年日内瓦四公约《第一附加议定书》第八十六条第二款载有关于指挥(上级)责任的一般规定：

部下破坏各公约或本议定书的事实，并不使其上级免除按照情形所应负的刑事或纪律责任，如果上级知悉或有情报使其能对当时情况作出结论，其部下是正在从事或将要从事这种破约行为，而且如果上级不在其权力内采取一切可能的防止或取缔该破约行为的措施。<sup>318</sup>

(19) 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》沿用了这种一般办法，规定：

如果一个部下犯下本《规约》第 2 至 5 条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任。<sup>319</sup>

法庭以此为依据将若干名被告定罪。<sup>320</sup> 同样的措辞出现在《卢旺达问题国际刑事法庭规约》中，<sup>321</sup> 该法庭也以同样依据将几名被告定罪。<sup>322</sup> 类似的措词出现在塞拉利昂问题特别法庭<sup>323</sup>、黎巴嫩问题特别法庭<sup>324</sup>、东帝汶重罪特别审判分

<sup>316</sup> 同上；另见 *International Criminal Law: International Enforcement*, M.C. Bassiouni, ed., vol. III, 3rd ed. (Leiden, 3tinus Nijhoff, 2008, p. 461); and K.J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 262-263.

<sup>317</sup> 见检察官诉 Alfred Musema 案，案件号 ICTR-96-13-A，判决和判刑，2000 年 1 月 27 日，卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭，第 132 段。

<sup>318</sup> 《第一附加议定书》第八十六条第二款。见红十字委员会，2016 年《〈日内瓦第一公约〉评注》，第 2855 段(关于第四十九条)(“可以追究指挥官和其他上级人员对按照其命令犯下的严重破坏人道法和其他严重违反人道法行为所负刑事责任。若其未能采取适当措施防止下属实施此类违法行为，或如果违法行为已经实施，未能惩处责任人，也可以追究其个人责任。若要打击违法行为的制度在武装冲突期间取得效果，国家法律就必须对指挥官或上级人员规定有效制裁”)。其他处理犯罪的条约也载有这种标准。例如见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 6 条第 1 款(b)项。

<sup>319</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 7 条第 3 款。

<sup>320</sup> 例如见检察官诉 Zlatko Aleksovski 案，案件号 IT-95-14/1-T，判决，1999 年 6 月 25 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，《司法补编第 6 号》，1999 年 6 月/7 月，第 66-81 段和 90-118 段；检察官诉 Zejnil Delalić 等人案，案件号 IT-96-21-T，判决，1998 年 11 月 16 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第 330-400 段和第 605-775 段。

<sup>321</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 6 条第 3 款。

<sup>322</sup> 例如见检察官诉 Jean Kambanda 案，案件号 ICTR-97-23-S，判决和判刑，1998 年 9 月 4 日，卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭，第 40 段。

<sup>323</sup> 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条第 3 款。

<sup>324</sup> 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，安全理事会 2007 年 5 月 30 日第 1757(2007)号决议，(包括附件和附录)，第 3 条第 2 款。



庭<sup>325</sup>、柬埔寨法院特别法庭<sup>326</sup>、伊拉克最高刑事法庭<sup>327</sup> 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭<sup>328</sup> 的规范文书中。

(20) 1998 年《罗马规约》第二十八条载有将他人行为的刑事责任归于军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人的更详细标准。<sup>329</sup> 一般而言，下列情况会引发刑事责任：(a) 有从属关系；(b) 指挥官知道或本应知道他的部下正在实施或即将实施罪行；(c) 指挥官未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请就此事进行调查和起诉。<sup>330</sup> 第二十八条还述及非军事或文职方面出现的“上下级关系”问题。<sup>331</sup> 这种上级包括“担任领导”但不“参与”军事活动的文官。

(21) 受条约义务和相关国际机构的呼吁的影响，国内法和军事手册也经常载有关于战争罪、有时也有关于灭绝种族罪和危害人类罪的这类刑事责任规定。<sup>332</sup> 在详细分析了国家实践以及国际和国家判例的基础上，红十字国际委员会 2005 年关于习惯国际人道法的研究报告制定了战争罪的一般标准如下：

指挥官和其他上级人员如知道或理应知道下属即将实施或正在实施战争罪，却没有在其权力范围内采取一切必要和合理措施防止实施这种罪行，或没有在这种罪行已经实施的情况下对责任人予以惩罚，则对这种罪行负刑事责任。<sup>333</sup>

(22) 第 6 条草案第 3 款采用类似措辞来表达处理危害人类罪中指挥(上级)责任的一般标准。虽然可以使用更详细的标准，但第 6 条草案总体上力求避免作出过于硬性的规定，以便各国能够以考虑到现有国内法律、实践和判例的方式履行其

<sup>325</sup> 《东帝汶法庭宪章》，第 16 节。

<sup>326</sup> 《柬埔寨特别法庭法》，第 29 条。

<sup>327</sup> 《伊拉克最高刑事法庭规约》，第 15 条(d)项。

<sup>328</sup> 《非洲特别法庭规约》，第 10 条第 4 款。

<sup>329</sup> 《罗马规约》，第二十八条第(一)款。例如见 Kordić 案，判决，2001 年 2 月 26 日 (上文脚注 81)，第 369 段。

<sup>330</sup> 国际刑事法院上诉分庭 2018 年撤销第三审判分庭于 2016 年对 Jean-Pierre Bemba Gombo 危害人类罪和战争罪的定罪时适用了这一标准。审判分庭认定，Bemba 先生实际上是以军事指挥官身份行事的人，他当时知道在他有效领导和控制之下的刚果解放运动武装(刚果解运)正在或将要实施所控告的罪行。Bemba 案，2016 年 3 月 21 日的判决(见上文脚注 44)，第 697 和第 700 段。然而，上诉分庭得出结论：审判分庭犯了严重错误，认定 Bemba 先生未采取一切必要和合理的措施防止或制止刚果解运军队 2002 和 2003 年在中非共和国的军事行动中实施犯罪。检察官诉 Jean-Pierre Bemba Gombo 案，案件号 ICC-01/05-01/08，关于 Jean-Pierre Bemba Gombo 先生就第三审判分庭“根据《规约》第七十四条作出的判决”提起上诉的判决，2018 年 6 月 8 日，国际刑事法院上诉分庭，第 170-173 段和第 189-194 段。

<sup>331</sup> 《罗马规约》，第二十八条第(二)款。

<sup>332</sup> 见人权委员会第六十一届会议报告，《经济及社会理事会正式记录，2005 年，补编第 3 号》(E/2005/23-E/CN.4/2005/135)，2005 年 4 月 21 日关于有罪不罚问题的第 2005/81 号决议，第 6 段(敦促“各国确保各级军事指挥官和其他长官意识到根据国际法他们要对……危害人类罪……负有刑事责任的情况，包括在某些情况下，他们要对在其有效指挥和控制下的下属所犯罪行负有刑事责任”)。

<sup>333</sup> J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1: *Rules*, Cambridge University Press, 2005, pp. 558–563 (Rule 153).

国际义务。然而，这样处理第 3 款并不妨碍任何国家按照自身意愿，在国内法中采用更详细的标准，如《罗马规约》第二十八条中的标准。

### 上级命令

(23) 第 6 条草案第 4 款规定，各国应采取必要措施，确保依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。

(24) 所有处理危害人类罪的司法体系均在一定程度上允许依据某些理由免除实质性刑事责任。例如，如果被指控施害者患有精神疾病，无法认识到其行为是非法的，则大多数司法体系会免除其刑事责任。有些司法体系规定，至少在某些情况下，也免除处于醉酒或药物麻醉等神志不清状态者的刑事责任。为自卫采取的行动以及因迫近伤害或死亡的威胁带来的胁迫所采取的行动也可以免负责任。在有些情况下，当事人必须达到一定的年龄，才须负刑事责任。各司法体系允许提出的确切理由各不相同。就国内制度而言，这些理由通常根植于该司法体系处理刑事责任的一般做法，而并不单单针对危害人类罪。

(25) 与此同时，大多数处理危害人类罪的司法体系规定，犯下这类罪行的人不能以上级命令他们犯下该罪行作为辩护理由。<sup>334</sup> 《纽伦堡宪章》第八条规定：“被告不得因按照政府或上级命令犯罪而免除刑事责任，但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。因此，国际军事法庭按照第八条认定：“士兵按照命令违反国际战争法而杀人或实施酷刑，从未被承认是实施此种暴行的理由”。<sup>335</sup> 与此相似，《东京法庭宪章》第六条规定：“被告在任何时期所曾任之官职，以及被告系遵从其政府或上级长官之命令而行动之事实，均不足以免除其被控所犯任何罪行之责任。但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。<sup>336</sup>

(26) 虽然 1998 年《罗马规约》第三十三条允许以上级命令为由作出有限辩护，但仅针对战争罪；实施灭绝种族行为或危害人类罪的命令不属于该辩护规定的范围。<sup>337</sup> 规范前南斯拉夫问题国际刑事法庭<sup>338</sup>、卢旺达问题国际刑事法庭<sup>339</sup>、塞拉利昂问题特别法庭<sup>340</sup>、黎巴嫩问题特别法庭<sup>341</sup>、东帝汶重罪特别审判分庭<sup>342</sup>、

<sup>334</sup> 见人权委员会关于有罪不罚问题的第 2005/81 号决议，第 6 段(敦促所有各国“确保所有有关人员都得知国际法对以上级命令为理由进行的辩护作出的限制”)。

<sup>335</sup> 9 月 30 日的判决(见上文脚注 92)，第 466 页。

<sup>336</sup> 《东京宪章》，第六条。

<sup>337</sup> 《罗马规约》，第三十三条(如果命令明显不合法，而且“为了本条的目的，实施灭绝种族罪或危害人类罪的命令是明显不合法的”，则不能作为辩护理由)。关于针对战争罪可用的辩护理由，见红十字委员会，2016 年《〈日内瓦第一公约〉评注》，第 2856 段(关于第四十九条)(“普遍认为，若下属知道被命令的行为是不合法的，或由于该行为明显的不合法性性质而理应知道，则服从上级命令不能免除下属的刑事责任。这条规则引出的推论是，每个战斗人员都有义务不服从明显不合法的命令。然而，因上级命令而犯下战争罪的事实已被视为一项减轻处罚的因素”)。

<sup>338</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 7 条第 4 款。

<sup>339</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 6 条第 4 款。

<sup>340</sup> 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条第 4 款。

<sup>341</sup> 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 3 条第 3 款。

<sup>342</sup> 《东帝汶法庭宪章》，第 21 节。

柬埔寨法院特别法庭<sup>343</sup>、伊拉克最高刑事法庭<sup>344</sup>和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭<sup>345</sup>的文书中均同样不允许将上级命令作为危害人类罪的辩护理由。虽然不允许将上级命令作为起诉犯罪的辩护理由，但上述一些国际和国家司法体系允许在量刑阶段将上级命令作为一种减刑因素。<sup>346</sup>

(27) 一系列针对犯罪的条约中均做出了此类不允许将上级命令作为辩护理由的规定，例如：1984年《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》<sup>347</sup>、1985年《美洲防止和惩处酷刑公约》<sup>348</sup>、1994年《美洲被迫失踪人士公约》<sup>349</sup>和2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》<sup>350</sup>。关于1984年《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》，禁止酷刑委员会批评了允许以此作为辩护理由的国家立法或在此问题上暧昧不清的国家立法。<sup>351</sup>在某些情况下，问题源于一国的国内法允许以所谓“正当服从”作为辩护理由。<sup>352</sup>

### 公职

(28) 第6条草案第5款规定，罪行“由担任公职的人实施”这一事实不得排除实质上的刑事责任。在国际性刑事法院和法庭不得以公职的存在作为刑事责任的实质性辩护理由是一项牢固确立的国际法原则。《纽伦堡宪章》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轻刑罚的因素”。<sup>353</sup>经《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》确认的委员会1950年《国际法原则》规定：“从事构成国际法所涉犯罪行为[即危害人类罪、

<sup>343</sup> 《柬埔寨特别法庭法》，第29条。

<sup>344</sup> 《伊拉克最高刑事法庭规约》，第15条(e)项。

<sup>345</sup> 《非洲特别法庭规约》，第10条第5款。

<sup>346</sup> 例如见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第7条第4款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第6条第4款；《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第6条第4款；《东帝汶法庭宪章》，第21节。特别见检察官诉Darko Mrđa案，案件号IT-02-59-S，量刑判决，2004年3月31日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第65和67段。

<sup>347</sup> 《禁止酷刑公约》，第2条第3款(“上级官员或政府当局的命令不得援引为施行酷刑的理由”)。

<sup>348</sup> 《美洲防止和惩处酷刑公约》，第4条(“按照上级命令行事这一事实不能豁免相应的刑事责任”)。

<sup>349</sup> 《美洲被迫失踪人士公约》，第8条(“不应受理以正当服从规定、授权或鼓励强迫失踪的上级命令或指示作为辩护理由。所有接受此类命令的人均有权利和义务不服从命令”)。

<sup>350</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第6条第2款(“不得援引任何公共机构包括民政、军事或其他机构的任何命令或指示作为被强迫失踪的理由”)。这条规定在起草阶段“得到了广泛赞同”。见人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第72段。另见《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，联大1992年12月18日，第47/133号决议，第6条。

<sup>351</sup> 禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第44号》(A/61/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，危地马拉，第32(13)段。

<sup>352</sup> 例如见禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第44号》(A/59/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，智利，第56(i)段。另见，同上，《第六十届会议，补编第44号》(A/60/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，阿根廷，第31(a)段(赞扬阿根廷宣布其正当服从法案“绝对无效”)。

<sup>353</sup> 《纽伦堡宪章》，第7条。

破坏和平罪及战争罪]的人是作为国家元首或政府负责官员而采取行动的事实，不能免除其根据国际法承担的责任。”。<sup>354</sup> 《东京宪章》规定：“被告在任何时期所曾任之官职，以及被告系遵从其政府或上级长官之命令而行动之事实，均不足以免除其被控所犯任何罪行之责任。但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。<sup>355</sup>

(29) 委员会的 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》规定：“个人以国家元首或政府首脑的身份行事的事实，不能免除其犯下本法案所规定的任何罪行的责任”。<sup>356</sup> 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》规定：“实施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，其官职也不能使其免除刑事责任或减轻处罚。”<sup>357</sup> 1998 年《罗马规约》规定：“本规约对任何人一律平等适用，不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由”。<sup>358</sup>

(30) 有关国内刑事管辖权的一些条约也处理了不得利用公职作为刑事责任实质性辩护理由的问题。例如 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定：“无论其为依宪法负责的统治者、公务员或私人，均应惩治之”。<sup>359</sup> 1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行公约》规定，“国家代表……应负国际罪责，不论是住在行为发生地的国家的领土内或其他国家”。<sup>360</sup>

(31) 鉴于此类先例，委员会认为列入第 5 款是适宜的，其中规定“各国应采取必要措施，确保根据本国刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由”。为本条款草案的目的，第 5 款意味着，被控犯罪者不能以他或她担任公职的事实作为实质性辩护理由，借以否定任何刑事责任。相反，第 5 款对于外国国家官员面对一国刑事管辖可能享有的任何程序性豁免没有影响，这仍然是由条约和习惯国际法决定的事务。<sup>361</sup> 此外，第 5 款不妨碍委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题的工作。

(32) 委员会认为没有必要在第 5 款中列入措词以具体规定某人担任公职不能作为减弱或减轻刑罚的理由，因为刑罚问题是在第 6 条草案第 7 款中处理的。根据该款，对危害人类罪，各国必须在所有情况下确保考虑到罪行的严重性，处以适

<sup>354</sup> 经《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》确认的国际法原则及其评注，《1950 年……年鉴》，第二卷，文件 A/1316，第三部分，第 375 页，原则三。虽然原则三以《纽伦堡宪章》第 7 条为依据，但委员会省略了“或减轻刑罚”的短语，因为委员会认为减刑问题应由“主管法院决定”（同上，第 104 段）。

<sup>355</sup> 《东京宪章》，第 6 条。

<sup>356</sup> 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 152 页，第 54 段，第 3 条。

<sup>357</sup> 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章 D 节，第 26 页，第 7 条。

<sup>358</sup> 《罗马规约》，第二十七条第(一)款。

<sup>359</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第四条。

<sup>360</sup> 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第三条。

<sup>361</sup> 例如见 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 25 页，第 60 段(“刑事管辖豁免和个人的刑事责任是完全不同的概念。管辖豁免是程序性的，而刑事责任是一个实体法问题”。



当的惩罚。这种措辞应理解为排除了援引公职地位作为减弱或减轻刑罚的理由的可能。

## 时效

(33) 国内法中就危害人类罪起诉个人可能受到的一种限制是适用“时效”(“时效期限”),即禁止就早于开始起诉前特定年数的犯罪对被指控罪犯提出起诉。第6条草案第6款规定,各国应采取必要措施确保该条草案所述罪行不应受到任何时效限制。此条款并未规定一国义务起诉在国内法将本条草案所指罪行定为刑事犯罪之前发生的此类罪行。此外,如第1条草案评注所述,若本条草案最终成为一项公约的基础,除非另有意图,缔约国在该公约之下的义务将仅适用于公约对该国生效后发生的行为或事实或存在的任何情势。

(34) 《纽伦堡宪章》或《东京宪章》或前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭或塞拉利昂问题特别法庭的组成文书都没有就包括危害人类罪在内的国际罪行规定时效规则。相形之下,占领德国的盟国在1945年12月为确保继续起诉被指控罪犯通过了管制委员会第10号法令,规定在任何关于危害人类罪(以及战争罪和危害和平罪)的审判或起诉中,“被告无权获益于任何有关1933年1月30日至1945年7月1日期间的时效限制”。<sup>362</sup>与此相似,《罗马规约》明确处理了这一问题,规定“本法院管辖权内的犯罪不适用任何时效”。<sup>363</sup>《罗马规约》的起草人坚决支持对危害人类罪适用这一规定。<sup>364</sup>同样,《设立柬埔寨法院特别法庭法》以及伊拉克最高刑事法庭和东帝汶重罪特别审判分庭的规约都明确界定危害人类罪是不适用时效的罪行。<sup>365</sup>

(35) 关于时效是否可在国内法院适用于对被指控罪犯的起诉,联大在1967年指出,“国内法关于普通罪行之时效规则适用于战争罪及危害人类罪,为世界舆论极感忧虑之事,因其足以防止诉究与惩治犯该罪之人”。<sup>366</sup>次年,众多国家通过了1968年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》,规定缔约国采取“必要立法或其他措施,以确保法定或他种时效不适用于(这两类罪行)之追诉权及行刑权”。<sup>367</sup>同样,欧洲委员会1974年通过了《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》,采用的措辞大体相同。<sup>368</sup>目前看来,没有一个国家有禁止在一段时间后提出起诉的危害人类罪相关法律。相反,众多国家还专门立法反对此类限制。

<sup>362</sup> 管制委员会关于惩治战争罪、危害和平罪和危害人类罪罪犯的第10号法令,第2条第5款。

<sup>363</sup> 《罗马规约》,第二十九条。

<sup>364</sup> 《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议,1998年6月15日至7月17日,正式记录,第二卷,第2次会议》(A/CONF.183/13),第138页,第45-74段。

<sup>365</sup> 《柬埔寨特别法庭法》,第5条;《伊拉克最高刑事法庭规约》第17条(d)项;《东帝汶法庭宪章》,第17.1节。另见第三委员会的报告(A/57/806),第10段(审判红色高棉)和联大2003年5月13日第57/228 B号决议。此外,应该指出,柬埔寨法院特别法庭获得对在其成立前数十年(即1975年至1979年红色高棉执政时期)犯下的危害人类罪的管辖权。

<sup>366</sup> 联大1967年12月18日题为“惩治战争罪犯及危害人类罪犯问题”的第2338(XXII)号决议,序言部分。另见联大1970年12月15日第2712(XXV)号决议和1971年12月18日第2840(XXVI)号决议。

<sup>367</sup> 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》,第四条。

<sup>368</sup> 《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》,第1条。

(36) 许多处理国内法其他罪行的条约没有载列禁止时效的规定。例如，1984年《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》就没有载列禁止对酷刑相关罪行适用时效的规定。即使如此，禁止酷刑委员会声明，考虑到此类罪行的严重性质，这些罪行不应受到任何时效限制。<sup>369</sup> 与此相似，虽然1966年《公民权利和政治权利国际公约》<sup>370</sup> 没有直接论及这一问题，但人权事务委员会呼吁对严重违反该《公约》的罪行取消时效限制。<sup>371</sup> 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》要求规定较长的时效期限，<sup>372</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约》<sup>373</sup> 和《联合国反腐败公约》<sup>374</sup> 也作出同样规定。2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》规定：“对强迫失踪案件实行诉讼时效的缔约国，应采取必要措施，确保对刑事诉讼的时效……(a) 有较长的时段，并与此种犯罪的极端严重性相称”。<sup>375</sup> 《公约》的准备工作文件表明，这一条款旨在区分两类罪行，一是可能构成危害人类罪的罪行，此类罪行不应有时效限制，二是《公约》规定的所有其他罪行。<sup>376</sup>

### 适当惩罚

(37) 第6条草案第7款规定，各国应确保对该条草案所述罪行应考虑到罪行的严重性处以适当的惩罚。

(38) 国际法委员会在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》中规定，“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”。<sup>377</sup> 评注进一步解释说，“某一罪行的特性是它有别于另一罪行的性质……，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

<sup>369</sup> 例如见禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第六十二届会议，补编第44号》(A/62/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第19条提交的报告，意大利，第40(19)段。

<sup>370</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》，第171页。

<sup>371</sup> 例如见人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第40号》(A/63/40)，第一卷，第四章，审议缔约国根据《公约》第40条提交的报告和由于未提交报告而公开发表结论性意见的国别情况，巴拿马，(A节，第79段)，第(7)段。

<sup>372</sup> 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988年12月20日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第1582卷，第27627号，第95页，第3条第8款(“各缔约国应酌情在其国内法中对于按本条第1款确定的任何犯罪，规定一个长的追诉时效期限，当被指称的罪犯已逃避司法处置时，期限应更长”)。

<sup>373</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第11条第5款(“各缔约国均应在适当情况下在其本国法律中对于本公约所涵盖的任何犯罪规定一个较长的追诉时效期限，并在被指控犯罪的人逃避司法处置时规定更长的期限”)。

<sup>374</sup> 《联合国反腐败公约》，第二十九条(“各缔约国均应当根据本国法律酌情规定一个较长的时效，以便在此期限内对根据本公约确立的任何犯罪启动诉讼程序，并对被指控犯罪的人员已经逃避司法处置的情形确定更长的时效或者规定不受时效限制。”)。

<sup>375</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第8条第1款(a)项。相形之下，《美洲被迫失踪人士公约》第七条规定，所有被迫失踪案件的刑事起诉和惩治不受时效限制。

<sup>376</sup> 见起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第43-46段。

<sup>377</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章D节，第3条。

推论的”。<sup>378</sup> 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”。<sup>379</sup>

(39) 在国际性法院或法庭对危害人类罪有管辖权的情形下，对此类罪行适用的惩罚可能是不同的，但要求其与罪行的严重性相称。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定，“审判分庭判处的刑罚只限于监禁。审判分庭在决定监禁期限时应诉诸前南斯拉夫法庭适用的徒刑惯例”。<sup>380</sup> 此外，前南斯拉夫问题国际刑事法庭应“考虑到像罪行的严重性和被定罪者的个人情况这样的因素”。<sup>381</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》有相同的措辞，区别是应诉诸“卢旺达问题法庭适用的徒刑惯例”。<sup>382</sup> 即便是对国际社会关注的最严重国际罪行的定罪，这也可能导致各种量刑结果。1998 年《罗马规约》第七十七条也具有这种灵活性，规定最高不超过三十年的有期徒刑或无期徒刑，“以犯罪极为严重和被定罪人的个人情况而证明有此必要的情形为限”。<sup>383</sup> 在塞拉利昂问题特别法庭<sup>384</sup>、黎巴嫩问题特别法庭<sup>385</sup>、东帝汶重罪特别审判分庭<sup>386</sup>、伊拉克最高刑事法庭<sup>387</sup> 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭<sup>388</sup> 的规范文书中，都可发现类似的表述。同样，在一国司法体系把危害人类罪定为刑事犯罪的情形下，对此类罪行适用的惩罚也可能是不同的，但要求其与罪行的严重性相称。

(40) 针对犯罪的国际条约没有规定缔约国应施加(或不施加)什么惩罚，而是由缔约国自由裁量，依据特定犯罪者和罪行的情况，决定施加的惩罚。<sup>389</sup> 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》仅规定，“对于犯灭绝种族罪或有……所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治”。<sup>390</sup> 1949 年日内瓦四公约也规定了一条普遍性标准，但赋予各国制订恰当处罚的自由裁量权，仅规定“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁”。<sup>391</sup> 较近期的有关一国法律制度所定罪行的条约通常规

<sup>378</sup> 同上，对第 3 条的评注第(3)段。

<sup>379</sup> 同上。

<sup>380</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 24 条第 1 款。

<sup>381</sup> 同上，第 24 条第 2 款。

<sup>382</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 23 条第 1 款。

<sup>383</sup> 《罗马规约》，第七十七条。

<sup>384</sup> 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 19 条。

<sup>385</sup> 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 24 条。

<sup>386</sup> 《东帝汶法庭宪章》，第 10 节。

<sup>387</sup> 《伊拉克最高刑事法庭规约》，第 24 条。

<sup>388</sup> 《非洲特别法庭规约》，第 24 条。

<sup>389</sup> 见起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 58 段(表示“若干代表团欢迎在这方面赋予缔约国灵活的余地”)；人权委员会关于有罪不罚问题的第 2005/81 号决议，第 15 段(呼吁“各国确保……量刑适当，适合所犯罪行的严重程度”)。

<sup>390</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第五条。

<sup>391</sup> 《日内瓦第一公约》第四十九条、《日内瓦第二公约》第五十条、《日内瓦第三公约》第一百二十九条、《日内瓦第四公约》第一百四十六条；见红十字委员会，2016 年《〈日内瓦第一公约〉评注》，第 2838-2846 段(关于第四十九条)。

定，惩罚应是“适当的”。虽然委员会最初提议在其关于外交代表和其他应受保护人员的条款草案中使用“严厉惩罚”一词，但实际上诸国在 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》中使用了“适当的惩罚”这一术语。<sup>392</sup> 该术语成为后续各项条约的模板。同时，在 1973 年《公约》中，除规定“适当的惩罚”外，还呼吁在确定如何惩罚时考虑到罪行的“严重性”。委员会评论说，这样的提法意在强调在惩治此类犯罪时，处罚措施应考虑到其中所涉的重要“全球利益”。<sup>393</sup> 自 1973 年以来，每一“缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”这一处理办法已被众多条约采纳，其中包括 1984 年《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》。<sup>394</sup> 一些条约使用罪行的“极端严重性”、“严重的本质”或“极端严峻性”等词语来表述严重性问题。<sup>395</sup>

## 法人

(41) 第 6 条草案第 1 至第 7 款涉及自然人的刑事责任，虽然按照关于罪行的条约的一贯做法，没有使用“自然人”一词。第 8 款则涉及“法人”对第 6 条草案所指罪行的责任。

(42) 近年来，法人的刑事责任已成为许多国家国内法的一个重点，但在许多其他国家仍然很陌生。<sup>396</sup> 存在这一概念的国家中，在国际罪行方面有时存在这种责任。<sup>397</sup> 可导致这种责任的行为当然是自然人以公务员、指挥官、军官身份所为，或通过其他一些法人职位或机构犯下的。存在这一概念的国家中，通常是在自然人代表法人或为了法人的利益犯下相关罪行时，加诸此种责任。

(43) 迄今为止，国际性刑事法院和法庭尚未太多地涉及法人的刑事责任。《纽伦堡宪章》第 9 和第 10 条授权国际军事法庭在审判个人期间宣布任何团体或组织为犯罪组织，这可能导致对作为该组织成员的其他个人的审判。在纽伦堡军事

<sup>392</sup> 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第二条第 2 款(“每一缔约国应按照这类罪行……处以适当的惩罚”)。

<sup>393</sup> 《1972 年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1 号文件，第三章 B 节(《关于防止和惩治对外交代表和其他应受国际保护人员犯罪的条款草案》)，对第 2 条草案第 2 款的评注第(12)段。

<sup>394</sup> 《禁止酷刑公约》第 4 条。另见《反对劫持人质国际公约》，第 2 条；《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988 年 3 月 10 日，罗马)，联合国，《条约汇编》第 1678 卷，第 29004 号，第 201 页，第 5 条；《联合国人员和有关人员安全公约》，第九条第 2 款；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，第四条(b)项；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第四条(b)项；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 11 条第 1 款；《联合国反腐败公约》，第三十条第一、第五和第七款；《制止核恐怖主义行为国际公约》(2005 年 4 月 13 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2445 卷，第 44004 号，第 89 页，第五条第(二)款和第六条；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第二条(a)项。

<sup>395</sup> 例如见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第七条第 1 款；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 6 条；《美洲被迫失踪人士公约》，第 3 条。

<sup>396</sup> 例如见 New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat 案，案件号 STL-14-05/PT/AP/AR126.1，黎巴嫩问题特别法庭上诉分庭 2014 年 10 月 2 日就关于藐视法庭诉讼中的属人管辖权的中间上诉作出的裁决，第 58 段(“不同国家体系关于企业刑事责任和相关处罚的做法各异”)。

<sup>397</sup> 例如见 Ecuador Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial, Suplemento, Año 1 N° 180, 2014 年 2 月 10 日，第 90 条(关于危害人类罪的一节规定：“对于对本节所述任何罪行负有责任的法人，将处以解散该法人的惩罚”)。



法庭的诉讼中，以及根据管制委员会第 10 号法令进行的后续诉讼中，认定了许多这类组织，但只有自然人受到审判和惩罚。<sup>398</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭对法人没有刑事管辖权，塞拉利昂问题特别法庭、东帝汶重罪特别审判分庭、柬埔寨法院特别法庭、伊拉克最高刑事法庭以及塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭对法人也没有刑事管辖权。1998 年《罗马规约》的起草者指出，“对于规约是否应包括法人刑事责任的问题存在重大分歧”，<sup>399</sup> 虽然有人提议列入一项关于法人刑事责任的规定，但《罗马规约》最终并未载入此类规定。

(44) 许多关于国家一级罪行的条约也没有列入法人的责任，包括：1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》、1949 年日内瓦四公约、1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》、1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1984 年《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》、1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》仅涉及“个人”的刑事责任。<sup>400</sup>

(45) 另一方面，修正《非洲司法和人权法院章程》的 2014 年非洲联盟议定书虽然尚未生效，但是授予了新设立的非洲法院对法人(除国家外)的国际罪行(包括危害人类罪)的管辖权。<sup>401</sup> 再者，《黎巴嫩问题特别法庭规约》虽然没有明文规定对法人(以及对危害人类罪)的刑事管辖权，但是该法庭的上诉分庭 2014 年得出结论，该法庭有权以藐视法庭罪名起诉法人。<sup>402</sup>

(46) 此外，有一些条约涉及法人对刑事犯罪的责任，特别是 1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》<sup>403</sup>、1989 年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》<sup>404</sup>、1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》<sup>405</sup>、2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》<sup>406</sup>、2000 年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖

<sup>398</sup> 例如见美国诉 Krauch 及其他人(I.G. Farben 案)，载于纽伦堡军事法庭对战犯的审判，第七至八卷(华盛顿特区，纽伦堡军事法庭，1952 年)。

<sup>399</sup> 见《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议正式记录，1998 年 6 月 15 日至 7 月 17 日，罗马，第三卷》(A/CONF.183/13)，第 23 条第 6 款，脚注 71。

<sup>400</sup> 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章 D 节，第 23 页，第 3 条。

<sup>401</sup> 见修正《非洲司法和人权法院章程》的议定书，2014 年 6 月 27 日，第 46C 条。

<sup>402</sup> Al Khayat 案，2014 年 10 月 2 日的裁决(见上文脚注 396)，第 74 段。法庭最终判定法人 Al Jadeed 电视台无罪。见 Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat 案，案件号 STL-14-05/T/CJ，黎巴嫩问题特别法庭藐视法庭案法官 2015 年 9 月 18 日的裁决，第 55 段；Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat 案，案件号 STL-14-05/A/AP，上诉分庭，2016 年 3 月 8 日的裁决。

<sup>403</sup> 见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第一条第 2 款(“本公约缔约国宣布：凡是犯种族隔离罪行的组织、机构或个人即为犯罪”)。

<sup>404</sup> 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989 年 3 月 22 日，巴塞尔)，联合国，《条约汇编》，第 1673 卷，第 28911 号，第 57 页，第 2 条第 14 款(“为本公约的目的：……“人”是指任何自然人或法人”)和第 4 条第 3 款(“各缔约国认为危险废物或其他废物的非法运输为犯罪行为”)。

<sup>405</sup> 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 5 条。谈判期间提出的促成第 5 条的提案见《消除国际恐怖主义的措施：工作组的报告》(A/C.6/54/L.2)(1999 年 10 月 26 日)。

<sup>406</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 10 条。

淫和儿童色情制品问题的任择议定书》<sup>407</sup>、2003 年《联合国反腐败公约》<sup>408</sup> 以及欧洲委员会内缔结的一系列条约。<sup>409</sup> 还有一些区域文书也涉及法人的刑事责任，主要是在腐败方面。<sup>410</sup> 这些条约通常不对“法人”一词下定义，留给国内法律体系适用国内通常适用的定义。

(47) 委员会考虑到法人可能卷入在广泛或有系统地针对平民人口的攻击中实施的行为，决定加上一项关于法人对危害人类罪的责任的规定。委员会特别采用了在其他罪行背景下已被各国广泛接受、并且让各国在履行义务方面有较大灵活性的措辞。

(48) 第 6 条草案第 8 款以 2000 年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》为范本。《任择议定书》于 2000 年经联大通过，自 2002 年起生效。截至 2019 年中，有 176 个国家加入了《任择议定书》，另有 9 个国家已签署但尚未批准该议定书。《任择议定书》第 3 条第 1 款要求每一缔约国确保本国刑法涵盖特定行为，例如出于性剥削目的出售儿童或提供儿童卖淫。第 3 条第 4 款规定：“在不违反本国法律规定的情况下，每一缔约国应酌情采取适当措施确定法人对本条第 1 款规定的罪行的责任。在不违反缔约国的法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任”。

(49) 第 6 条草案第 8 款使用同样的措辞，但是将“缔约国”改为“国家”，将“本条第 1 款规定的罪行”改为“本条草案所指罪行”。第 8 款从而规定了国家“应采取措施”的义务，意味着国家必须本着善意采取这类措施。与此同时，第 8 款在根据国内法来确定这些措施方面，赋予了国家相当大的灵活性。首先，“在不违反本国法律规定的情况下”应理解为在将采取的措施方面，赋予国家相当大的裁量权；这一义务“不违反”国内法规定的国家关于法人刑事责任的现有做法。例如，在大多数国家，法人对刑事犯罪的责任只根据国内法对特定类型的法人适用。实际上，按照大多数国家的法律，这种情况下的“法人”可能排除了国家、政府、行使国家权力的其他公共机构，以及公共国际组织。<sup>411</sup> 同样，国内法规定的法人责任可能存在差异，取决于：其行为可归咎于法人的自然人的范

<sup>407</sup> 《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(2000 年 5 月 25 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2171 卷，第 27531 号，第 227 页，第 3 条第 4 款。

<sup>408</sup> 《联合国反腐败公约》，第二十六条。背景见联合国毒品和犯罪问题办公室，《谈判拟订〈联合国反腐败公约〉的准备工作文件》(联合国出版物，出售品编号 E.10.V.13)，第 233-235 页，《执行〈联合国反腐败公约〉的立法指南》(修订版第 2 版，2012 年)，第 107-113 页。经济合作与发展组织通过的类似公约见《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1997 年 11 月 21 日，巴黎)，第二条(“每一缔约方应依照其法律准则采取必要措施以确定法人因行贿外国公职人员而承担的责任”)。

<sup>409</sup> 例如见欧洲委员会《反腐败刑法公约》(1999 年 1 月 27 日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第 2216 卷，第 39391 号，第 225 页，第 18 条，以及《关于贿赂仲裁员和陪审员的补充议定书》(2003 年 5 月 15 日，斯特拉斯堡)，同上，第 2466 卷，第 39391 号，第 168 页。

<sup>410</sup> 例如见《美洲国家反腐败公约》(加拉加斯，1996 年 3 月 29 日，《国际法律资料》第 35 卷，第 3 号(1996 年 5 月)，第 727 页，第八条；《南部非洲发展共同体反腐败议定书》(2001 年 8 月 14 日，马拉维布兰太尔)，第 4 条第 2 款。另见《非洲联盟预防和打击腐败公约》(2003 年 7 月 11 日，马普托)，第 11 条(“各缔约国承诺：1) 采取立法措施和其他措施，防止和打击在私营部门实施和由私营部门代理人实施的腐败行为和相关犯罪”)。

<sup>411</sup> 例如见欧洲委员会《反腐败刑法公约》明文作出了这种排除(例如见第 1 条(d)项，“为本公约的目的，……“法人”应指根据适用的国内法具有此种地位的任何实体，但不包括国家或行使国家权力的其他公共机构以及公共国际组织”)。



围；自然人哪些形式的责任可导致法人责任；确定法人责任是否需要证明自然人的犯罪意图；或是否需要证明某个自然人犯下了有关罪行。<sup>412</sup>

(50) 第二，每个国家有“酌情”采取措施确定法人法律责任的义务。即使国家依据其国内法一般能够要求法人对刑事犯罪承担责任，但国家也可得出结论认为，此种措施在危害人类罪这一具体背景下不适当。

(51) 对于已采取的措施，第 8 款第二句规定：“在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任”。这样的句子似乎不仅见于上文讨论过的 2000 年《任择议定书》，而且出现在其他广泛遵行的条约中，如 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》<sup>413</sup> 和 2003 年《联合国反腐败公约》。<sup>414</sup> 这种措辞体现的灵活性再次确认并顾及不同国家的法律体系做法的多样性。因此，如果确立法人刑事责任不符合本国的法律原则，国家就没有义务那样做；而是可以取而代之以民事或行政责任。无论如何，不论定为刑事、民事还是行政责任，该责任都不妨碍第 6 条草案规定的自然人的刑事责任。

## 第 7 条

### 确立国家管辖权

1. 各国应采取必要措施，确立在下列情况下对本条款草案所述罪行的管辖权：

(a) 罪行发生在该国管辖的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞行器上；

(b) 被指控罪犯为该国国民，或该国认为应予管辖的、惯常在该国领土内居住的无国籍人；

(c) 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 各国还应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内而本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对本条款草案所述罪行的管辖权。

3. 本条款草案不排除一国行使根据其国内法确立的任何刑事管辖权。

## 评注

(1) 第 7 条草案规定，各国必须确立在某些情况下，如罪行发生在其管辖的领土内、由其国民实施、或罪犯处于其管辖的任何领土内时，对本条款草案所述罪行的管辖权。

<sup>412</sup> 关于不同普通法和民法对法人责任管辖权差异的概述，见 Al Jadeed 案，藐视法庭案法官 2015 年 9 月 18 日的裁决(上文脚注 402)，第 63-67 段。

<sup>413</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 10 条第 2 款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可包括刑事、民事或行政责任”)。另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 5 条第 1 款(“每一缔约国应根据其本国法律原则采取必要措施，以致当一个负责管理或控制设在其领土内或根据其法律设立的法律实体的人在以该身份犯下了本公约第 2 条所述罪行时，得以追究该法律实体的责任。这些责任可以是刑事、民事或行政责任”)。

<sup>414</sup> 《联合国反腐败公约》，第二十六条第二款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可以包括刑事责任、民事责任或者行政责任”)。

(2) 一般说来, 国际文书力求鼓励各国根据国内法确立相对广泛的各种管辖权依据, 以处理国际社会关注的最严重犯罪, 使实施犯罪者没有庇护所。因此, 依照委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》, “每一缔约国应采取必要措施确定其对”《治罪法草案》所载罪行(侵略罪除外)“的管辖权而不论这些罪行的实施地点或实施者为何”。<sup>415</sup> 这样的管辖权范围是必要的, 因为“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性刑事法院管辖权为基础综合处理管辖权问题”。<sup>416</sup> 1998 年《罗马规约》序言规定, “对于整个国际社会关注的最严重犯罪, 绝不能听之任之不予处罚, 为有效惩治罪犯, 必须通过国家一级采取措施”, 以及“各国对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

(3) 因此, 涉及犯罪行为的条约在处理国内法实施的问题时, 通常会纳入一项确立国内管辖权的条款。例如, 人权委员会起草强迫失踪问题国际文书工作组的讨论决定, “为了使今后文书行之有效, 看来必须为国内刑事法庭确立强迫失踪方面尽可能广泛的管辖权。”<sup>417</sup> 与此同时, 此类条约通常只规定缔约国必须在被指控罪犯处于其境内时行使管辖权(见下文第 9 条草案), 结果可能是把事项提交该缔约国的起诉机关, 或者是把被指控罪犯引渡或移交给另一缔约国或有管辖权的国际性法庭(见下文第 10 条草案)。

(4) 关于接受确立管辖权这一条约义务, 并结合 1984 年《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》, 国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中指出:

许多旨在打击国际犯罪的国际公约均规定, 国家有义务将酷刑定为刑事罪, 并有义务确定国家有权管辖此类罪行。有关国家在接受该《公约》的约束后, 必须立即履行此义务, 而该义务尤其具有防止和威慑性质, 因为缔约国一旦为起诉这类罪行确立必要的法律工具, 便确保其法律制度可为此开展活动, 而且也承诺协同消除任何发生有罪不罚现象的风险。随着缔约国数目不断增加, 这种防止性质也日益明显。<sup>418</sup>

(5) 许多处理犯罪问题的条约中都有与第 7 条草案中出现的条款类似的规定。<sup>419</sup> 虽然还没有关于危害人类罪的条约, 但希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在

<sup>415</sup> 《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第二章 D 节, 第 8 条。

<sup>416</sup> 同上, 第 8 条的评注第(5)段。

<sup>417</sup> 人权委员会, 起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2003/71), 第 65 段。

<sup>418</sup> 见与起诉或引渡义务有关的问题案(上文脚注 23), 第 451 页, 第 75 段。

<sup>419</sup> 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》, 第 4 条; 《制止危害民用航空安全非法行为公约》, 第 5 条第 1 款(a)-(b)项; 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》, 第 3 条; 《反对劫持人质国际公约》, 第 5 条; 《禁止酷刑公约》, 第 5 条; 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》, 第 4 条; 《联合国人员和有关人员安全公约》, 第 10 条; 《美洲被迫失踪人士公约》, 第四条; 《制止恐怖主义爆炸国际公约》, 第 6 条; 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》, 第 7 条; 《非统组织防止和打击恐怖主义公约》, 第 6 条第 1 款; 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》, 第 15 条; 《联合国反腐败公约》, 第四十二条; 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》, 第 9 条第 1-2 款; 《美洲防止和惩处酷刑公约》, 第 12 条; 《东盟打击恐怖主义公约》, 第七条第 1-3 款。

2000年4月11日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)中发表的联合个别意见指出:

一系列带有特别管辖权条款的多边条约反映了国际社会的决心,即实施战争罪、劫机、劫持人质、酷刑者不能逍遥法外。虽然危害人类罪尚不是一项明确的公约的客体,但国际社会对此类行为同样愤慨是不容置疑的。<sup>420</sup>

(6) 第7条草案第1款(a)项规定在罪行发生在一国领土内的情况下应确立管辖权,此类管辖权通常称为“属地管辖权”。相对于单单提及一国的“领土”,委员会认为宜表述为“[该国]管辖的任何领土”,这与第4条草案的情况一样,用意是涵盖该国的合法领土及其管辖下的任何其他领土。第7条草案第1款(a)项还规定对发生在该国注册的船只或飞行器上的罪行确立管辖权。已通过关于危害人类罪的国内法律的国家通常确立对发生在此类船只或飞行器上的行为的管辖权。

(7) 第7条草案第1款(b)项要求在被指控罪犯为该国国民时应确立管辖权,此类管辖权有时称为“国籍管辖权”或“积极属人管辖权”。第1款(b)项还指出,若罪犯为“惯常在该国领土内居住的无国籍人”,该国可以有选择地确立管辖权。<sup>421</sup>这种表述是基于一些现行公约的用语,例如1979年《反对劫持人质国际公约》第5条第1款(b)项。

(8) 第7条草案第1款(c)项涉及犯罪受害人为该国国民时的管辖权,此类管辖权有时称为“消极属人管辖权”。鉴于许多国家更倾向于不行使此类管辖权,这种管辖权是选择性的;“若一国认为应予管辖”便可以确立管辖权,但该国没有义务这样做。这种表述也是基于大量现行公约的用语。

(9) 第7条草案第2款涉及可能不存在其他类型的管辖权,但被指控罪犯“处于”一国管辖的领土内,而且该国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况。此类情况下,即使罪行不是在该国领土内发生,被指控罪犯不是其国民,犯罪受害人也不是其国民,但鉴于被指控罪犯处于该国管辖的领土内,因此该国仍有义务确立管辖权。此项义务有助于防止被指控罪犯在本来与罪行没有任何关联的国家寻求庇护。采取“必要措施”确立这一类型的管辖权时,国家应采取程序保障,以确保适当行使这一管辖权。<sup>422</sup>

(10) 第7条草案第3款明确指出,虽然各国义务确立上述各类管辖权,但不排除根据该国国内法可以确立的任何其他管辖权。事实上,为维护缔约国在条约

<sup>420</sup> 2000年4月11日逮捕令案(见上文脚注361),希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见,第51段。

<sup>421</sup> 见《关于无国籍人地位的公约》(1954年9月28日,纽约),联合国,《条约汇编》,第360卷,第5158号,第117页,第一条(“‘无国籍人’一词是指任何国家根据它的法律不认为它的国民的人”)。

<sup>422</sup> 应联合国大会的要求,秘书长编写了一系列报告,汇编了关于“普遍管辖权原则的范围和适用”的国内法律和程序的资料,其中包括“行使管辖权的条件、制约或限制”一节。见A/73/123(2018年),第二.B节。这方面的国内法律和程序实例,见西班牙第1/2014号组织法第23条第5款(b)项(2)(根据该法,如果在犯罪发生国或被告国籍国启动了调查和起诉犯罪的程序,则不会在西班牙起诉,除非最高法院确定犯罪发生国或被告国籍国不愿意或没有能力真正开展调查);联合国政府,“关于调查和起诉普遍管辖罪行的说明”(2018年)(规定联合国启动诉讼必须得到高级官员的明确同意,且此类案件中启动初步措施所要求的必要证据门槛不得低于每一具体刑事司法体系的一般必要门槛及其他程序保障)。

范围之外确立国家管辖权的权利，同时不妨碍任何适用的国际法规则，涉及犯罪行为的条约通常留有余地，让缔约国可以确立其他管辖权依据，据以追究被指控罪犯的责任。<sup>423</sup> 希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在逮捕令案的联合个别意见中特别引用了《禁止酷刑公约》的这一条款，指出：

我们反对这样的想法，即认为打击有罪不罚现象的斗争已‘移交’给国际条约和法庭，各国法院无权处理此类事项。在制定相关条约规定时曾十分小心，力求不排除其他可在自愿基础上行使管辖权的依据。<sup>424</sup>

(11) 确立第 7 条草案所列的各类国内管辖权，对于支持下文第 10 条草案所述“或引渡或起诉”义务也十分重要。纪尧姆法官在逮捕令案的个别意见中谈及这类条约建立的“制度”：

一经发现这些公约所述罪行的犯罪人在一国领土内，该国就有义务将其逮捕，然后引渡或起诉。该国一定先向法院授予了管辖权，若不引渡就对其进行审判。这样便可保证所有相关罪行均受到惩罚，因为所有国家都拒绝庇护犯罪人。<sup>425</sup>

(12) 涉及犯罪行为的条约通常要求多个国家确立对犯罪行为的管辖权，但不试图要求各国行使这种管辖权，除非被指控的罪犯在该国管辖的任何领土内(见下文第 9 条和第 10 条草案)。当被指控罪犯现身时，有可能其他一个或多个国家将确立对该罪行的管辖权，并希望行使这一管辖权，在这种情况下，它们可以试图将被指控罪犯从其所在的国家引渡。如果是这样，第 13 条草案第 12 款要求被指控罪犯所在的国家“应适当考虑被指控罪行发生在其管辖领土内的国家的请求”。<sup>426</sup>

## 第 8 条 调查

各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪的行为时，其主管当局展开及时、彻底、公正的调查。

### 评注

(1) 第 8 条草案涉及有合理依据认为在一国管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪的行为的情况。该国最适合开展这一调查，以便确定罪行是否确已发生或正在发生，如果是，则确定犯罪者是该国控制的政府武装力量、另一国控制的武装力量还是非国家组织成员。这样的调查——必须善意履行——不仅可以为

<sup>423</sup> 见拟订一项打击跨国组织犯罪国际公约特设委员会，《联合国打击跨国组织犯罪公约》修订草案(A/AC.254/4/Rev.4)，第 20 页，脚注 102。另见欧洲委员会，《反腐败刑法公约》解释性报告，《欧洲条约汇编》，第 173 号，第 83 段(“管辖权历来依据属地或国籍。然而，在反腐败领域，这些原则有时可能不足以用于行使管辖权，例如在发生于缔约方领土之外，不涉及其国民但仍然影响其利益(如国家安全)的案件中。本条第 4 款允许缔约方依照其国内法，确定其他类型的管辖权”)。

<sup>424</sup> 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见上文脚注 361)，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见，第 51 段。

<sup>425</sup> 同上，纪尧姆法官的个别意见，第 9 段(强调是后加的)。

<sup>426</sup> 见下文第 13 条草案的评注，第(29)-(30)段和第(33)-(34)段。



查明被指控罪犯及其方位奠定基础，还有助于追本溯源以阻止(根据第 3 条草案)罪行延续或再度发生。应将这一调查与下文第 9 条草案第 2 款所述对一国境内被指控罪犯的相关事实进行的初步调查加以对照。

(2) 关于其他罪行的一些条约也载有类似义务。<sup>427</sup> 例如，1984 年《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 12 条规定：“每一缔约国应确保在有适当理由认为在其管辖的任何领土内已发生酷刑行为时，其主管当局立即进行公正的调查”。此项义务有别于缔约国根据 1984 年《禁止酷刑公约》第 6 条第 2 款承担的对某被指控罪犯的有关事实进行调查的义务。

(3) 第 8 条草案要求在有“合理依据认为”已发生犯罪行为时开展调查。根据《禁止酷刑公约》，无论受害人是否已向主管当局正式提出申诉，在主管当局获得或掌握相关信息时，即可以这样“认为”。<sup>428</sup> 事实上，很可能酷刑做法越普遍的国家，正式提出酷刑申诉的数目越少，所以即使一国没有接到任何申诉，也可能发生违反 1984 年《禁止酷刑公约》第 12 条的行为。禁止酷刑委员会已经指出，凡有适当理由认为发生了酷刑或虐待，国家当局就必须“自动进行”调查，而“无需特别注重怀疑的依据”。<sup>429</sup>

(4) 要求“及时”调查意味着一旦有合理依据认为危害人类罪已经或正在发生，国家应毫不拖延地启动调查。在禁止酷刑委员会认为调查不够及时的大多数案件中，或是根本没有进行任何调查，或是过了很长时间才开始调查。例如，委员会认为“对酷刑指控的调查如在酷刑发生后耽搁 15 个月才启动，属于时间过长，违反了《公约》第 12 条的规定。”<sup>430</sup> 要求及时调查所依据的理由是，可证明酷刑的物质痕迹可能会很快消失，提出申诉的受害人也有再次遭受酷刑的危险，而及时调查有可能防止这些情况。<sup>431</sup>

(5) 要求“彻底”调查意味着国家在进行调查时，必须采取一切可供采取的合理步骤获取证据并且能够对证据进行认真评估。<sup>432</sup> 纳入这一要素符合《保护所有

<sup>427</sup> 例如见《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 8 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 12 条第 2 款；另见《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》，第 55 条第 1 款。

<sup>428</sup> 见禁止酷刑委员会，Encarnación Blanco Abad 诉西班牙，第 59/1996 号来文，1998 年 5 月 14 日通过的意见，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 44 号》(A/53/44)，附件十，A.3 节，第 8.2 段；Danilo Dimitrijevic 诉塞尔维亚和黑山，第 172/2000 号来文，2005 年 11 月 16 日通过的意见，同上，《第六十一届会议，补编第 44 号》(A/61/44)，附件八，A 节，第 7.3 段。

<sup>429</sup> 见 Dhaou Belgacem Thabti 诉突尼斯，第 187/2001 号来文，2003 年 11 月 14 日通过的意见，同上，《第五十九届会议，补编第 44 号》(A/59/44)，附件七，A 节，第 10.4 段。

<sup>430</sup> Qani Halimi-Nedzibi 诉奥地利，第 8/1991 号来文，1993 年 11 月 18 日通过的意见，同上，《第四十九届会议，补编第 44 号》(A/49/44)，附件五。另见 Bairamov 诉哈萨克斯坦，第 497/2012 号来文，2014 年 5 月 14 日，第 8.7-8.8 段，同上，《第六十九届会议，补编第 44 号》(A/69/44)，附件十四，第 13.5 段。

<sup>431</sup> Encarnación Blanco Abad 诉西班牙(见上文脚注 428)，第 8.2 段。

<sup>432</sup> 例如见 Barabanshchikov 诉俄罗斯，第 36220/02 号申诉，欧洲人权法院第一庭 2009 年 1 月 8 日的判决，第 54 段(“彻底”是指“当局必须始终努力查明发生了什么，不应依赖草率或毫无根据的结论来结束调查或作为其决定的依据。当局必须采取一切可利用的合理步骤，获取与事件有关的证据，除其他外，包括目击者证词、法医证据等。调查中任何使之无法确定伤害原因或责任人身份的缺陷，都有可能导致达不到这一标准”)。

人免遭强迫失踪国际公约》第十二条。联合国大会、<sup>433</sup> 人权事务委员会<sup>434</sup> 和区域人权法院也强调了彻底调查的要求。<sup>435</sup>

(6) 要求“公正”调查意味着国家必须以严肃、有效和不偏不倚的方式进行调查。可以由政府主管部门，也可以由某个其他实体，如独立调查委员会、真相与和解委员会或国内人权机构，开展这类调查。禁止酷刑委员会曾在一些情况下建议，对犯罪行为的调查应“处于司法机构独立成员的直接监督之下”。<sup>436</sup> 委员会曾在另一些情况下表示，“应严格禁止所有无权进行刑事案件调查的政府机构进行此种调查。”<sup>437</sup> 委员会指出，公正的调查对犯罪行为为发生或未发生的说法给予同等重视，然后通过适当的调查渠道追查，例如检查现有的政府记录、审查相关政府官员、或下令挖尸检验。<sup>438</sup>

(7) 一些条约没有明确载列这种调查义务，但被理解为其行文暗含这一义务。1949 年日内瓦四公约呼吁缔约国搜寻并起诉被指控的罪犯。这被解释为意味着每个缔约国必须在其本国立法中规定机制和程序，以确保能够积极搜寻被指控的罪犯，对事实进行初步调查，并在有必要的情况下，将任何此类案件提交有关当局起诉。<sup>439</sup> 此外，1966 年《公民权利和政治权利国际公约》没有明确载列这种调查义务，但人权事务委员会一再申明各国必须本着善意调查违反《公约》的情况。<sup>440</sup> 区域人权机构也将其法律文书解释为隐含着进行调查的义务。<sup>441</sup>

<sup>433</sup> 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，联大 1992 年 12 月 18 日第 47/133 号决议，第 13 条第 1 款。

<sup>434</sup> 例如见人权事务委员会，第 36 号一般性意见(2018 年)，第 28 和第 58 段和人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 15 段；人权事务委员会，关于生命权的第 6 号一般性意见(1982 年)，《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 40 号》(A/37/40)，附件五，第 4 段；Bousroual 诉阿尔及利亚，第 992/2001 号来文，2006 年 3 月 30 日通过的意见，同上，《第六十一届会议，补编第 40 号》(A/61/40)，第二卷，附件五，I 节，第 9.11 和第 11 段，附件六，第 9.11 和第 11 段(CCPR/C/86/D/992/2001)；Herrera Rubio 诉哥伦比亚，第 161/1983 号来文，1987 年 11 月 2 日，同上，《第四十三届会议，补编第 40 号》(A/43/40)，第二卷，附件七，B 节，第 10.3 段。

<sup>435</sup> 例如见 Kurt 诉土耳其，欧洲人权法院 1998 年 5 月 25 日的判决，《1998 年判决和决定汇编》，第三卷，第 140 段。

<sup>436</sup> 禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 44 号》(A/49/44)，第四章，审议缔约国根据《公约》第 19 条提出的报告，厄瓜多尔，第 97-105 段，见第 105 段。见经济及社会理事会 2006 年 7 月 27 日关于加强司法行为基本原则的第 2006/23 号决议，附件(《班加罗尔司法行为原则》)，价值 2。

<sup>437</sup> 禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 44 号》(A/56/44)，第四章，审议缔约国根据《公约》第 19 条提出的报告，危地马拉，第 67-76 段，见第 76 段(d)分段。

<sup>438</sup> Khaled Ben M'Barek 诉突尼斯，第 60/1996 号来文，1999 年 11 月 10 日，同上，《第五十五届会议，补编第 44 号》(A/55/44)，附件八，A 节，第 11.9-11.10 段。

<sup>439</sup> 见《日内瓦第一公约》，第四十九条第二款；红十字国际委员会，《日内瓦第一公约评注》，2016 年，第 2859-2860 段(关于第四十九条)。

<sup>440</sup> 见人权事务委员会第 31 号一般性评论，第 15 段。另见 Nazriev 诉塔吉克斯坦，第 1044/2002 号来文，2006 年 3 月 17 日通过的意见，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 40 号》(A/61/40)，第二卷，附件五，P 节，第 8.2 段；Kouidis 诉希腊，第 1070/2002 号来文，2006 年 3 月 28 日通过的意见，同上，T 节，第 9 段；Agabekov 诉乌兹别克斯坦，第 1071/2002 号来文，2007 年 3 月 16 日通过的意见，同上，《第六十二届会议，补编第 40 号》(A/62/40)，第二卷，附件七，I 节，第 7.2 段；Karimov 诉塔吉克斯坦和 Nursatov 诉塔吉克斯坦，第 1108/2002 号和第 1121/2002 号来文，2007 年 3 月 26 日通过的意见，同上，H 节，第 7.2 段。



## 第 9 条

### 当被指控罪犯在境内时的初步措施

1. 任何国家，如果被指控犯有本条款草案所述任何罪行的人在其管辖的领土内，经审查所获情报后认为根据情况有此必要，应将该人羁押或采取其他法律措施确保该人留在境内。羁押和其他法律措施应符合该国法律的规定，但持续时间只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。
2. 该国应立即对事实进行初步调查。
3. 一国如果根据本条草案将某人羁押，应立即向第 7 条草案第 1 款所述国家通知该人受到羁押的事实和拘留该人之所以必要的情况。进行本条草案第 2 款所述初步调查的国家应酌情立即向所述有关国家通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。

### 评注

(1) 第 9 条草案规定了被指控罪犯在其管辖的领土内时，一国应采取的某些初步措施。第 1 款促请该国在根据情况认为有此必要时，<sup>442</sup> 依照本国法律将该人羁押或采取其他法律措施<sup>443</sup> 确保该人留在境内，但只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。此类措施是一国刑事诉讼程序中的惯常步骤，特别是为了避免进一步的犯罪行为和被指控罪犯逃跑的风险，以及防止被指控罪犯篡改证据。

(2) 第 2 款规定该国应立即对事实真相进行初步调查。各国刑法通常规定进行这种初步调查，以确定是否存在可起诉的罪行。

(3) 第 3 款规定，一国在将某人羁押后，应立即向第 7 条草案第 1 款所述国家通知该人受到拘留的事实和拘留该人之所以必要的情况。此外，该国在进行初步调查后，应立即向上述有关国家通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。这种做法使其他国家得以考虑是否希望行使管辖权；如果是，它们有可能要求引渡。有些情况下，该国也许并不充分了解哪些其他国家已经确立了管辖权(例如选择对惯常在该国领土内居住的无国籍人确立管辖权的另一国)；此种情况下，履行此项义务的可行性也许要视具体情况而定。国家只需“酌情”通报调查结果，这意味着在某些情况下，该国可能需要扣留其掌握的某些信息，以保护受害者或证人的身份，或保护正在进行的调查。不过，这种不予通报必须本着善意进行。

<sup>441</sup> 例如见 *Ergi 诉土耳其*，欧洲人权法院 1998 年 7 月 28 日的判决，《1998 年判决和决定汇编》，第四卷，第 82 段和第 85-86 段；*Bati 等诉土耳其*，第 33097/96 和第 57834/00 号申诉，欧洲人权法院第一庭 2004 年 9 月 3 日的判决，《2004 年欧洲人权法院案例汇编》，第四卷，第 133 段；*Paniagua Morales 等诉危地马拉*，美洲人权法院 1998 年 3 月 8 日的判决，C 辑，第 37 号；“法外处决和强迫失踪—秘鲁”，第 101/01 号报告，2001 年 10 月 11 日，美洲人权委员会，OEA/Ser./L/V/II.114 doc.5 rev.，第 563 页。

<sup>442</sup> 此处的“情况”不仅指与被指控罪犯先前行为有关的事实情况，还指与被指控罪犯行使管辖权有关的法律情况(包括任何程序保障)。

<sup>443</sup> 《联合国非拘禁措施最低限度标准规则》(《东京规则》)，联大 1990 年 12 月 14 日第 45/110 号决议，附件；《联合国女性囚犯待遇和女性罪犯非拘禁措施规则》(《曼谷规则》)，联大 2010 年 12 月 21 日第 65/229 号决议，附件。

(4) 联合国大会和安全理事会均认识到在危害人类罪方面采取此种初步措施的重要性。因此，联大促请“一切有关国家采取必要措施，以彻底调查……危害人类罪……并对所有尚未交付审判或惩治之……危害人类罪犯施行侦查、逮捕、引渡及惩治”。<sup>444</sup> 同样，联大还申明，“各国拒绝合作，不肯逮捕、引渡、审判和惩治……危害人类罪犯，便是违反联合国宪章的宗旨和原则以及国际法的公认规范”。<sup>445</sup> 安全理事会强调，“各国负有责任遵守相关义务，终止有罪不罚的现象，彻底调查并起诉应对……危害人类罪或其他严重违反国际人道法行为负责的人，以防止违犯行为，避免这类行为重演，寻求持久和平、正义、真相与和解”。<sup>446</sup>

(5) 关于犯罪问题的条约通常会规定此类初步措施，<sup>447</sup> 1984 年《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 6 条便是如此。<sup>448</sup> 国际法院除其他外在回顾第 6 条所载规定时解释说，“将适当立法纳入国内法……可使嫌疑人所在国家立即对事实真相进行初步调查……这是使该国在了解事实后将案件提交其主管当局以便起诉的必要步骤……”。<sup>449</sup> 法院认为初步调查与主管当局进行的任何调查一样，是为了证明对所涉人员的怀疑是否属实。开展调查的机关负责起草案卷，其中载有相关事实和证据：“这可能包括与所讨论的事件和与嫌疑人在相关事件中可能的参与情况有关的文件或目击者证词”。<sup>450</sup> 法院进一步指出，“选择什么方式进行调查仍然取决于缔约国”，但“确定嫌疑人在该国境内之后，应立即采取步骤对该案件进行调查。”<sup>451</sup> 再者，这种初步措施的目的是“在嫌疑人未被引渡的情况下对其展开司法程序，实现《公约》的宗旨和目标，即通过避免这类行为实施者有罪不罚的现象提高打击酷刑斗争的成效”。<sup>452</sup> 关于进行初步调查的适当时间，法院认定，塞内加尔违反了第 6 条，因为塞内加尔“没有在[它]有理由怀疑在[其]境内的[被指控犯罪人]应对酷刑行为负责时，立即启动初步调查”。<sup>453</sup>

<sup>444</sup> 联大 1969 年 12 月 15 日关于战争罪犯及危害人类罪犯之惩治问题的第 2583(XXIV)号决议，第 1 段。

<sup>445</sup> 联大 1971 年 12 月 18 日关于战争罪犯及危害人类罪犯的惩治问题的第 2840(XXVI)号决议，第 4 段。

<sup>446</sup> 安全理事会 2009 年 11 月 11 日第 1894(2009)号决议，第 10 段。

<sup>447</sup> 例如见《日内瓦第一公约》，第四十九条第二款；红十字国际委员会，《日内瓦第一公约评注》，2016 年，第 2860 段(关于第四十九条)；《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 6 条；《制止危害民用航空安全非法行为公约》，第 6 条；《反对劫持人质国际公约》，第 6 条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 6 条；《制止恐怖主义爆炸国际公约》，第 7 条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 9 条；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第 7 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 10 条；《东盟打击恐怖主义公约》，第八条。

<sup>448</sup> 《禁止酷刑公约》，第 6 条。

<sup>449</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 23)，第 450 页，第 72 段。

<sup>450</sup> 同上，第 453 页，第 83 段。

<sup>451</sup> 同上，第 454 页，第 86 段。

<sup>452</sup> 同上，第 451 页，第 74 段。

<sup>453</sup> 同上，第 454 页，第 88 段。

## 第 10 条 或引渡或起诉

被指控罪犯在其管辖领土内的国家，如不将该人引渡或移交至另一国家或移交至有管辖权的国际性刑事法院或法庭，则应为起诉之目的将该案提交主管当局。主管当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定。

### 评注

(1) 第 10 条草案规定，被指控罪犯在其管辖领土内的国家，有义务将该案提交主管当局以便起诉。履行这项义务的唯一替代手段是该国将被指控罪犯引渡或移交至愿意且有能力自行将该案提交起诉的另一国家或移交有管辖权的国际性刑事法院或法庭。这项义务通常称为“或引渡或起诉”(*aut dedere aut judicare*)原则，这是委员会最近研究的一项原则，<sup>454</sup> 许多有关罪行的多边条约也载有该原则。<sup>455</sup> 虽然 *aut dedere aut judicare* 的直译可能无法充分体现该义务的含义，但鉴于提及此种义务时普遍使用这一短语，委员会决定在标题中保留这一术语。

(2) 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条为“危害人类罪”作了定义，并在第 9 条中进一步规定，“在不妨害国际性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”。<sup>456</sup>

(3) 载有这一义务<sup>457</sup> 的大多数多边条约使用得名于 1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》的所谓的“海牙套语”。<sup>458</sup> 该套语规定，只要被指控罪犯在缔

<sup>454</sup> 见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第六章。

<sup>455</sup> 《对国际法委员会就“引渡或起诉的义务”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查》，秘书处的研究报告(A/CN.4/630)。

<sup>456</sup> 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章 D 节(第 9 条)。另见人权委员会关于有罪不罚问题的第 2005/81 号决议，第 2 段(确认“各国必须按照国际法规定的义务起诉或引渡……危害人类罪等国际罪行的肇事者及其同谋，以将其绳之以法，并敦促各国采取有效措施履行这些义务”)。

<sup>457</sup> 见美洲国家组织(美洲组织)，《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》(1971 年 2 月 2 日，华盛顿特区)，联合国，《条约汇编》，第 1438 卷，第 24371 号，第 195 页，第 5 条；《非洲统一组织消除非洲雇佣军制度公约》(1977 年 7 月 3 日，利伯维尔)，同上，第 1490 卷，第 25573 号，第 89 页，第 8 条和第 9 条第 2-3 款；《欧洲制止恐怖主义公约》(1977 年 1 月 27 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1137 卷，第 17828 号，第 93 页，第 7 条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 14 条；《南亚区域合作联盟(南盟)制止恐怖主义活动区域公约》(1987 年 11 月 4 日，加德满都)，载于《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》，联合国出版物，出售品编号：E.08.V.2 (2008 年，纽约)，174 页，第四条；《美洲被迫失踪人士公约》，第六条；《美洲国际贩卖未成年人问题公约》(1994 年 3 月 18 日，墨西哥城)，美洲组织，《条约汇编》，第 79 号，第 9 条；《美洲国家反腐败公约》，第十三条第 6 款；《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他有关材料公约》(1997 年 11 月 14 日，华盛顿特区)，第十九条第 6 款；阿拉伯国家联盟，《阿拉伯制止恐怖主义公约》(1998 年 4 月 22 日，开罗)《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》，联合国出版物，出售品编号：E.08.V.2 (2008 年，纽约)，第 178 页，第 5 条；欧洲委员会，《反腐败刑法公约》，第 27 条第 5 款；《伊斯兰会议组织关于打击国际恐怖主义的公约》(1999 年 7 月 1 日，瓦加杜古)，第 59/26-P 号决议附件，第 6 条；欧洲委员会，《网络犯罪公约》(2001 年 11 月 23 日，布达佩斯)，《欧洲条约汇编》，第 185 号，第 24 条第 6 款；《非洲联盟预防和打击腐败公约》，第 15 条第 6 款；欧洲委员会，防止恐怖主义公约(2005 年 5 月 16 日，华沙)，《欧洲委员会条约汇编》，第 196 号，第 18 条第 1 款；《欧洲委员会

约国领土上，不管其他缔约国是否要求引渡，都会产生此种义务。<sup>459</sup> 虽然经常被称为引渡或“起诉”义务，但所要求的义务是“将该案提交主管当局以便起诉”，这意味着将案件提交警察和检察机关，该机关可依据相关程序和政策，决定是否起诉。例如，如果主管当局确定没有足够证据定罪，或确定其他地方已对指控进行了调查并认定没有依据，则不需要起诉被指控罪犯，也不需要对其进行审判或惩处。<sup>460</sup> 1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》的准备工作文件指出，该套语确立了“逮捕被指控罪犯的义务、引渡的可能性、移交给主管当局的义务以及进行起诉的可能性。”<sup>461</sup>

(4) 在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中，国际法院分析了1984年《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7条中的海牙套语：

90. 从《公约》的准备工作文件中可以明显看出，第7条第1款是基于1970年12月16日在海牙签署的《关于制止非法劫持航空器的公约》中载有的一个类似规定。有关将该案提交主管当局以便起诉的义务(以下称“起诉义务”)的规定是以交由主管当局决定是否要开始诉讼程序的方式作出的，从而显示对缔约国司法系统的独立性的尊重。此外，这两项公约都强调主管当局应根据该国法律，以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定(《禁止酷刑公约》第7条第2款和1970《海牙公约》第7条)。因此，有关国家当局仍有责任决定是否根据已经掌握的证据和有关的刑事诉讼规则提起诉讼。

91. 第7条第1款中规定的起诉义务通常是在该国已履行《禁止酷刑公约》该款之前各项条款中规定的其他义务后履行的，其他条款要求该国通过适当立法，使其可以将酷刑定为刑事犯罪、赋予其法院对该问题的普遍管辖权，并对事实展开调查。这些义务作为一个整体可视为一个单一的公约机制的要素，旨在防止嫌疑人逃脱其经证实的刑事责任的后果……

……

94. 法院认为，第7条第1款要求有关国家将案件提交其主管当局以便起诉，无论此前有无引渡嫌疑人的请求。这就是为何第6条第2款规定，自嫌疑人在境内出现时起，该国必须立即进行初步调查。第7条第1款规定的将案件提交主管当局的义务，可能会，也可能不会导致提起诉讼，这要看主管当局得到的关于嫌疑人所受指控的证据。

打击人口贩运公约》(2005年5月16日，华沙)，《欧洲委员会条约汇编》，第197号，第31条第3款；《东南亚国家联盟反恐公约》，第十三条第1款。

<sup>458</sup> 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第7条。

<sup>459</sup> 在1949年日内瓦四公约中，搜寻、调查和起诉的义务列在可能的引渡之前。这些义务独立于任何引渡请求而存在。红十字国际委员会，《日内瓦第一公约评注》，2016年，第2859段(关于第四十九条)。

<sup>460</sup> 《对国际法委员会就“引渡或起诉的义务”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查》，秘书处的研究报告(A/CN.4/630)，第74-75页。

<sup>461</sup> 主席 Gilbert Guillaume(法国代表)的发言，国际民航组织，法律委员会第十七届会议，1970年2月9日至3月11日，蒙特利尔，《关于非法劫持航空器问题的会议记录和文件》(1970年，蒙特利尔)，第30次会议(1970年3月3日)(8877-LC/161号文件)，第15段。



95. 然而，如果嫌疑人所在国已经在《公约》条款中设想的任一情况下收到了引渡请求，该国可以通过接受此请求免除起诉的义务。由此可见，《公约》虽然规定可以选择引渡或选择予以起诉，但不意味着两种选择分量相当。引渡是《公约》提供给国家的一个备选办法，而起诉是《公约》规定的一项国际义务，违反这项义务属于不法行为，国家为此要承担责任。

.....

114. 尽管《公约》第 7 条第 1 款没有关于履行其规定义务的时间框架的规定，在案文中必定暗示此种义务须在合理的时间内以符合《公约》的宗旨和目的的方式履行。

115. 法院认为，《公约》第 7 条第 1 款中规定国家有起诉义务，其意图是实现《公约》的宗旨和目的，即“在全世界更有效地开展反对酷刑的斗争”（《公约》序言）。为此，应毫不拖延地开展程序。

.....

120. 这些条约规定的目的是防止被指控的酷刑行为犯罪人免受处罚，方法是确保他们无法在任何缔约国避难。嫌疑人所在国确实可选择将其引渡到提出此种要求的国家，但根据《公约》第 5 条，这样做的条件是引渡的目的地国具有起诉和审判嫌疑人方面的管辖权。<sup>462</sup>

(5) 法院还认定，下述多种因素不能成为不履行这些义务的理由：国家财政困难；<sup>463</sup> 将问题提交区域组织；<sup>464</sup> 或根据国家的国内法难以履行此种义务。<sup>465</sup>

(6) 第 10 条草案第一句确认，履行国家义务可通过将被指控罪犯引渡或移交另一国家。正如就第 7 条草案所指出的，有可能其他一个或多个国家将确立对该罪行的管辖权，并希望行使这一管辖权，在这种情况下，它们可以试图将被指控的罪犯从其所在的国家引渡。如果是这样，第 13 条草案第 12 款要求被指控罪犯所在的国家“应适当考虑被指控罪行发生在其管辖领土内的国家的请求”。<sup>466</sup>

(7) 第 10 条草案第一句还确认，履行国家义务可通过将被指控罪犯引渡或移交有权起诉罪犯的国际性刑事法院或法庭。随着国际刑事法院以及其他国际性刑事法院和法庭的设立，出现了这种选择。<sup>467</sup> “有权起诉罪犯的”一词有两个目的：一是强调国际性刑事法院或法庭必须对罪行和罪犯拥有管辖权，二是强调有关国家与能够接收引渡或移交的法院或法庭存在法律关系。因此，它包含了一些条约中表达的观点，即法院或法庭必须是移交国承认其管辖权的法院或法庭。<sup>468</sup>

<sup>462</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 23)，第 454-461 页，第 90-91 段、第 94-95 段、第 114-115 段和第 120 段。

<sup>463</sup> 同上，第 460 页，第 112 段。

<sup>464</sup> 同上。

<sup>465</sup> 同上，第 113 段。

<sup>466</sup> 见下文第 13 条草案评注，第(31)-(32)段。

<sup>467</sup> 见国际法委员会第六十六届会议工作报告(2014 年)，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第六章 C 节(或引渡或起诉专题的最后报告)，第 155-156 页，第(34)-(35)段。

<sup>468</sup> 见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十一条第一款。

(8) 虽然“引渡”一词通常涉及将某人送往一国，“移交”一词通常用于将某人送往有管辖权的国际性刑事法院或法庭，但第 10 条草案如此编写是为了不以这种方式限制术语的使用。国内刑事系统和国际关系中使用的术语可能各不相同，<sup>469</sup> 因此，委员会认为更笼统的措辞是可取的。

(9) 第 10 条草案第二句规定，当一国将案件提交起诉时，其“当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定”。载有海牙套语的大部分条约都包括这样一个条款，其目的是确保与严重罪行有关的正规程序和标准得到适用。这类当局保留根据国内法可能拥有的起诉裁量权，特别是在确定是否有合理的事实或法律依据继续审理案件时。按照《罗马规约》，裁量权的依据是掌握的资料是否“提供了合理根据，可据以认为有人已经实施或正在实施……犯罪”，以及“考虑到所有情况，包括犯罪的严重程度、被害人的利益、被控告的行为人的年龄或疾患，及其在被控告的犯罪中的作用”，对该人的起诉是否有助于“实现公正”。<sup>470</sup> 虽然可能存在这种裁量权，但国家若完全出于使被指控罪犯逃脱责任的目的而不起诉或进行“虚假”诉讼，则没有履行第 10 条草案规定的义务。

(10) 一国将案件提交主管当局的义务可能影响该国实施大赦的努力，大赦指的是有可能阻止就据称在大赦颁布前实施的特定犯罪行为对某些个人(或某类个人)提起刑事诉讼的法律措施，或追溯性地取消先前确立的法律责任的法律措施。<sup>471</sup> 犯罪发生地所在国可以根据其宪法、成文法或其他法律授予大赦，大赦也可能是结束武装冲突的和平协议的产物。这种大赦可能具有普遍性质，也可能以某些要求为条件，如解除非国家武装团体的武装，被指控罪犯愿意公开为所犯罪行作证，或者被指控罪犯向受害人或其家人道歉。

(11) 关于在国际性刑事法院或法庭进行的起诉，在谈判 1998 年《国际刑事法院罗马规约》时讨论了列入一项大赦条款的问题，但最后没有列入这种条款。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约也不包含这样的规定。不过，前者认为，国内法就酷刑罪通过的大赦“得不到国际法律承认”。<sup>472</sup> 设立塞拉利昂问题特别法庭的文书<sup>473</sup> 规定，国内法通过的大赦不妨碍其管辖权。设立柬埔寨法院特别法庭的文书规定，政府不得要求赦免因危害人类罪而被调查或被定罪的人，由特别法庭决定在颁布本法前授予的任何大赦的范围。<sup>474</sup> 此外，塞拉利昂问题特别法庭和柬埔寨法院特别法庭认识到，有一种“正在具体

<sup>469</sup> 例如见欧洲联盟，理事会 2002 年 6 月 13 日关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的框架决定，《欧洲共同体公报》，L 190 号，2002 年 7 月 18 日，第 1 页。该框架决定第 1 条规定：“欧洲逮捕令是成员国签发的司法判决，其目的是使另一成员国逮捕和移交所要求的人，以便进行刑事起诉或执行监禁判决或拘留令”（强调是后加的）。

<sup>470</sup> 《罗马规约》第五十三条第(一)至第(二)款。

<sup>471</sup> 联合国人权事务高级专员办事处，《冲突后国家的法治工具：大赦》(2009 年)，HR/PUB/09/1，第 5 页。

<sup>472</sup> 见检察官诉 Furundžija 案，1998 年 12 月 10 日的判决(上文脚注 302)，第 155 段。

<sup>473</sup> 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 10 条(“向属于特别法庭管辖权内的任何人授予关于本规约第 2 条至第 4 条所提及犯罪的大赦不应构成起诉限制”)。

<sup>474</sup> 《柬埔寨法院特别法庭法》，第 40 条(“柬埔寨王国政府不应要求对被调查的人或犯有本法第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条和第 8 条所提及罪行的人颁布大赦或赦免。在颁布本法前可以授予的任何大赦或赦免范围是由特别法庭决定的事项”)。



化的国际准则”<sup>475</sup> 或“新共识”<sup>476</sup>，基于调查和起诉严重国际犯罪和惩罚犯罪者的义务，禁止与这些犯罪有关的大赦，特别是集体大赦或全面大赦。国际刑事法院的一个预审分庭认定，“对构成危害人类罪的谋杀等严重行为给予大赦和赦免有悖国际公认的人权。”<sup>477</sup>

(12) 关于在国内法院进行的起诉，最近谈判达成的涉及国内法中罪行的条约——包括涉及严重犯罪的条约——不明确排除大赦。例如，在 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的谈判过程中，提出了列入一项大赦条款的可能性，但最终并未包括该条款。<sup>478</sup> 但区域人权法院和机构，包括美洲人权法院、欧洲人权法院及非洲人权和民族权委员会在内，都认为大赦是不被容许的，或不妨碍按照区域人权条约进行问责。<sup>479</sup> 专家条约机构对其各自条约的解释是，缔约国不得通过、适用或不废除大赦法。<sup>480</sup> 此外，联合国秘书长的立场是，联合国核可的和平协定不承认或宽恕对灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪或严重侵犯人权行为的大赦。<sup>481</sup> 自《罗马规约》生效以来，一些国家通过了禁止对危害人类罪实行大赦和类似措施的国内法。<sup>482</sup>

<sup>475</sup> 见检察官诉 Morris Kallon 和 Brima Bazzy Kamara 案，案件编号：SCSL-2004-15-AR72(E)和 SCSL-2004-16-AR72(E)，关于质疑管辖权的裁决：洛美协定大赦，2004 年 3 月 13 日，第 66-74 段和第 82-84 段。

<sup>476</sup> 关于英萨利规则第 89 条初步反对意见的裁定(一罪不二审和大赦与赦免)，案件编号：002/19-09-2007/ECCC/TC，柬埔寨法院特别法庭审判分庭 2011 年 11 月 3 日的判决，第 40-53 段。

<sup>477</sup> 检察官诉 Saif al-Islam Gaddafi 案，案件编号：ICC-01/11-01/11，关于“Saif Al-Islam Gaddafi 博士根据《罗马规约》第十七条第(一)款第 3 项、第十九条和第二十条第(三)款对可受理性提出的质疑”的决定，2019 年 4 月 5 日，国际刑事法院第一预审分庭，第 77 段。

<sup>478</sup> 起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 73-80 段。

<sup>479</sup> 例如见 Barrios Altos 诉秘鲁，美洲人权法院 2001 年 3 月 14 日的判决，C 辑，第 75 号，第 41-44 段；Almonacid Arellano 等人诉智利，2006 年 9 月 26 日的判决(见上文脚注 24)，第 114 段；津巴布韦人权非政府组织论坛诉津巴布韦，第 245/02 号来文，2006 年 5 月 15 日的裁决，非洲人权和民族权委员会，第 211-212 段。欧洲人权法院采取了更谨慎的态度，认识到“国际法中越来越倾向于”认为，对严重违法基本人权行为予以大赦是不可接受的，因为这不符合国家起诉和惩罚此类犯罪的公认义务，但也指出：“即使接受在某些特殊情况下可以有赦免，例如作为和解进程和/或对受害者的一种赔偿，但本案中给予申请人的大赦仍然是不可接受的，因为没有迹象表明存在任何特殊情况。”见 Marguš 诉克罗地亚，第 4455/10 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2014 年 5 月 27 日的判决，《2014 年欧洲人权法院案例汇编》(节选)，第 139 段。

<sup>480</sup> 例如见人权事务委员会第 20 号一般性意见，第 15 段；人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 18 段；人权事务委员会，Hugo Rodríguez 诉乌拉圭，第 322/1988 号来文，1994 年 7 月 19 日通过的意见，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 40 号》(A/49/40)，第二卷，附件九，B 节，第 12.4 段。禁止酷刑委员会认为，对酷刑的大赦不符合缔约国根据《禁止酷刑公约》承担的义务。例如见禁止酷刑委员会关于执行第 14 条的第 3 号一般性意见(2012 年)，第 41 段。消除对妇女歧视委员会也建议缔约国确保过渡时期司法机制在实质性方面通过拒绝基于性别的暴力实行大赦等方法，保证妇女诉诸司法的机会。消除对妇女歧视委员会关于妇女在防止冲突、冲突期间及冲突后局势中的作用的第 30 号一般性建议(2013 年)，同上，《第六十九届补编第 38 号》(A/69/38)，第七章第 44 段和 CEDAW/C/GC/30 第 81(b)段。

<sup>481</sup> 例如见秘书长 2004 年 8 月 23 日关于冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法的报告(S/2004/616)，第 10、第 32 和第 64(c)段。这种做法首次见于联合国秘书长特别代表对 1999 年《塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线和平协议》后所附的免责声明，其中指出，“本协议第九条载有的大赦条款(‘绝对和自由的赦免’)不应适用于国际种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和其他严重违法国际人道法的行为”。秘书长关于设立塞拉利昂特别法庭的报告(S/2000/915)，第 23 段。更多的意见，见联合国人权事务高级专员办事处，《冲突后国家的法

(13) 关于本条款草案，有人指出，一国实行的大赦不得妨碍对罪行拥有共同管辖权的另一国的起诉。<sup>483</sup> 在已实行大赦的国家，应特别结合该国根据本条款草案承担的将危害人类罪定为刑事犯罪的义务、遵守或引渡或起诉义务、以及履行对受害人和他人承担的义务等，对其可容许性进行评估。

## 第 11 条 公平对待被指控罪犯

1. 对于任何因本条款草案所述罪行而被采取措施的人，在有关程序的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护该人按照适用的国内法和国际法，包括人权法和国际人道法所享有的各项权利。
2. 在非本人国籍国被监禁、羁押或拘留的任何此类人员应有权：
  - (a) 立即联络与其距离最近的下述国家的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家；如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；
  - (b) 受到此类国家代表的探视；以及
  - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第 2 款所规定权利的预期目的得到充分实现。

## 评注

(1) 第 11 条草案侧重国家给予任何因本条款草案所述罪行而被采取措施的人公平待遇和充分保护其权利的义务。此外，第 11 条草案承认在非本人国籍国被监禁、羁押或拘留的这类人员联络和接触其国籍国代表的权利。

(2) 第 11 条草案的标题提到公平对待“被指控罪犯”，但该条草案的范围更广，涵盖“在有关程序的所有阶段”被采取任何措施的任何“人”。因此，可就本条款草案所述罪行，在起诉前(如调查阶段)、引渡或移交时、或定罪后(如监禁阶

---

治工具：大赦》(2009 年)，HR/PUB/09/1，第 11 页(“根据国际法的各种渊源及联合国的政策，具有下列特点的大赦是不允许的：(a) 免于起诉可能犯有战争罪、种族灭绝、危害人类罪及其他严重侵犯人权罪行的个人；(b) 妨碍受害者获得有效补救，包括获得赔偿的权利；或(c) 限制受害者或社会了解侵犯人权和违反人道法真相的权利。此外，力求恢复人权的大赦必须确保不限制已恢复的人权，或不会在某些方面使原有的侵权行为持续下去”)；《酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员的报告》(A/56/156)，第 33 段。

<sup>482</sup> 例如见阿根廷 2015 年 7 月 31 日第 27.156 号法律；布基纳法索第 052/2009 号法律第 14 条，该法律涉及权限的确定及布基纳法索各司法体系实施《国际刑事法院罗马规约》的程序；布隆迪 2009 年 4 月 22 日第 1/05 号法律(《布隆迪刑法》)第 171 条；中非共和国 2008 年 10 月 13 日第 08-020 号法律第 2 条，该法律涉及对名人、军人、叛乱团体文职成员和负责人予以大赦事宜；哥伦比亚 2016 年 11 月 24 日《和平协议》第 40 条；科摩罗 2011 年 12 月 13 日第 011-022 号法律第 14 条，该法律涉及该国实施《罗马规约》问题；刚果民主共和国 2014 年 2 月 11 日第 014/006 号法律第 4 条，该法律涉及对起义行为、战争行为、政治罪行予以赦免的问题；巴拿马国《巴拿马刑法典》第 115 条第 3 款；乌拉圭 2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法律第 8 条。

<sup>483</sup> 例如见 Ould Dah 诉法国，第 13113/03 号申诉，2009 年 3 月 17 日关于可否受理的裁决，欧洲人权法院第五庭，《2009 年欧洲人权法院案例汇编》，第 49 段。

段)，对某人采取措施。在这种情况下，此人可能不会被视为“被指控的”罪犯。然而，第 11 条草案旨在涵盖所有此类阶段对相关人员采取的措施，并承认该人可享有的权利可能因阶段而异；例如，定罪后就不再享有无罪推定权。<sup>484</sup>

(3) 主要人权文书力求规定具体的适用标准，例如 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第十四条所载标准，而涉及在国内法中惩治罪行的条约通常规定笼统的“公平待遇”标准。<sup>485</sup> 涉及国内法的条约没有定义“公平待遇”一词，但该词被视为包含被指控罪犯根据国际法享有的具体权利。

(4) 因此，委员会在起草《关于防止和惩治对外代表犯罪的条款草案》第八条时指出，“在有关程序的所有阶段受到公平待遇”的表述“旨在涵盖公认被拘留者或被告应得到的一切保证”，并指出“这类保障的一个例子见《公民权利和政治权利国际公约》第十四条”。<sup>486</sup> 此外，委员会还指出“‘适当程序’、‘公平审理’或‘公平审判’等较常见的表述可能被人从狭义的技术意义上加以解释。与之相比，‘公平待遇’的表述比较广义，因此更可取”。<sup>487</sup>

(5) 虽然“公平待遇”一词包含“公平审判”概念，但许多条约明确提及公平审判，以强调其特别重要性。事实上，人权事务委员会认为，获得公平审判的权利是“人权保护的一项关键内容”，也是“保障法治的一项程序手段”。<sup>488</sup> 因此，第 11 条草案第 1 款中称公平待遇“包括公平审判”。

(6) 除了公平待遇，第 1 款还规定有关人员有权得到对其权利的充分保护，无论这种权利产生于适用的国内法还是国际法。就国内法而言，基本上所有国家的法律都对因刑事犯罪而受到调查、拘留、审判或惩处的人提供某种程度的保护。这种保护可能在宪法、法规、行政规则或司法决定中有具体规定。此外，还可能编纂详细规则，或确立大略标准，提及“公平待遇”、“正当程序”、“司法保障”、或“平等保护”。这种保护极为重要，因为它能避免国家刑事司法机构将其超常权力不当地施加于嫌疑人，其效果包括使该个人能够向独立法庭充分质疑该国的指控(因而保障“权利平等”)。

<sup>484</sup> 例如，比较《罗马规约》第五十五条(调查期间的个人权利)与第六十六至第六十七条(无罪推定和被告人的权利)。

<sup>485</sup> 例如见《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第九条；《反对劫持人质国际公约》，第八条第 2 款；《禁止酷刑公约》，第 7 条第 3 款；《制止危及海上航行安全非法行为公约》，第十条第 2 款；《儿童权利公约》，第 40 条第 2 款(b)项；《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989 年 12 月 4 日，纽约)，同上，第 2163 卷，第 37789 号，第 75 页，第 11 条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 14 条；《1954 年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999 年 3 月 26 日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第 2253 卷，第 3511 号，第 17 条第 2 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 17 条；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 13 款；《联合国反腐败公约》，第四十四条第十四款；《制止核恐怖主义行为国际公约》，第十二条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十一条第三款；《东盟反恐公约》，第八条第 1 款。

<sup>486</sup> 《1972 年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1 号文件，第三章 B 节(《关于防止和惩治对外代表和其他应受国际保护人员犯罪的条款草案》)，第 320 页，第 8 条的评注。

<sup>487</sup> 同上。

<sup>488</sup> 人权事务委员会关于在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利的第 32 号一般性意见(2007 年)，载于《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 40 号》(A/62/40)，第一卷，附件六，第 2 段。

(7) 就国际法而言，人权法和国际人道法都特别相关。在最普遍的层面上，1948年《世界人权宣言》第十和第十一条确认了对人权的保护，<sup>489</sup> 而1966年《公民权利和政治权利国际公约》第十四条、区域人权条约<sup>490</sup> 或其他适用文书<sup>491</sup> 规定了对各国具有约束力的更具体的标准。在国际人道法方面，1949年日内瓦四公约规定对在武装冲突期间遭到刑事起诉的人提供公平待遇、公平审判和充分保护其权利等最基本保障，这一规定既适用于国际武装冲突，也适用于非国际武装冲突。<sup>492</sup> 虽然这些保障的范围和适用可能取决于所涉武装冲突的形式，但其中许多保障，即使不是全部，被视为所有形式武装冲突中的习惯国际法。<sup>493</sup> 国际法规定的相关权利包括：被告有权被告知对他/她的指控；有权不被强迫证明自己无罪；有权仅因实施时被法律定为有罪的行为而面临处罚(“法无明文，不罪不罚”原则)；以及在证明有罪之前有权被推定无罪。

(8) 第11条草案第2款阐述了国家对在非本人国籍国“被监禁、羁押或拘留”的人员的义务。这一表述应被理解为包括国家限制人员与下述国家的代表自由联络和接受这些代表探视的所有情况：(a) 其国籍国；(b) 有权保护其权利的其他国家；(c) 如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家。在这些情况下，要求被指控罪犯在其管辖领土内的国家允许被指控罪犯立即联络上述国家的距离最近的适当代表。再者，被指控罪犯有权受到此类国家代表的探视。最后，被指控罪犯有权立即被告知这些权利。

(9) 1963年《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款<sup>494</sup> (将权利赋予被拘留者和国籍国<sup>495</sup>)和习惯国际法更为详细地阐述了这些权利。最近的针对罪行的条

<sup>489</sup> 《世界人权宣言》，联大1948年12月10日第217 A (III)号决议，第十至第十一条。

<sup>490</sup> 例如见《美洲人权公约》，第八条；《非洲人权和民族权宪章》，第七条；《保护人权与基本自由公约》，第六条。

<sup>491</sup> 例如见第九届美洲国家国际会议通过的《美洲关于人的权利和义务宣言》(1948年5月2日，波哥大)；《开罗伊斯兰人权宣言》，伊斯兰合作组织第49/19-P号决议，附件；2000年12月7日在尼斯通过的《欧洲联盟基本权利宪章》，《欧洲共同体公报》，C 364号，2000年12月18日，第1页；《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》(《纳尔逊·曼德拉规则》)，联大2015年12月17日第70/175号决议，附件，规则62；《曼谷规则》(上文脚注443)，规则2，第1段；《联合国关于在刑事司法系统中获得法律援助机会的原则和准则》，联大2013年3月28日第67/187号决议，附件，原则3和6。

<sup>492</sup> 例如见《日内瓦第一公约》，第四十九条第四款；日内瓦四公约，共同的第三条；《第一附加议定书》，第七十五条；《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》(1977年6月8日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17513号，第609页(下称《第二附加议定书》)，第六条；红十字国际委员会，《日内瓦第一公约评注》，2016年，第685-686段(关于共同的第三条)和第2901-2902段(关于第四十九条)。除其他外，包括：有义务告知被告所指控罪行的性质和原因；要求被告必须拥有必要的权利和辩护手段；被推定无罪的权利；亲自受审的权利；不被强迫证明自己有罪或认罪的权利；出庭和讯问证人的权利；同一当事方不因同一行为或同一指控被起诉或惩罚一次以上的权利(一罪不二审)。

<sup>493</sup> 见 Henckaerts 和 Doswald-Beck，《习惯国际人道法》，第1卷，《规则》(见上文脚注333)，第352-371页(规则100)。

<sup>494</sup> 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第596卷，第8638号，第261页，第三十六条第一款。

<sup>495</sup> LaGrand 案(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001年国际法院案例汇编》，第466页起，见第492页，第74段，“(“第三十六条第一款规定了一项旨在促进执行领事保护制度的互相关联的制度”)”，并见第494页，第77段(“基于这些规定的案文，法院认为，第三十六条第一款确立了个人权利”)。



约通常不会如此详细，而是与第 11 条草案第 2 款一样，仅重申被指控罪犯有权联络其国籍国并接受其探视(或者，对无国籍人而言，则有权联络其通常居住的国家或其他愿意保护此人权利的国家)。<sup>496</sup> 与第 1 款一样，在适用国际人道法的情况下，这些权利的实现方式可能有所不同，例如通过保护国或红十字国际委员会进行联络和探视。

(10) 第 11 条草案第 3 款规定，第 2 款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但这些法律和规章不得妨碍这些权利的预期目的得到充分实现。这些国内法律和规章可涉及调查官员为保护受害人和证人而对联络施加限制的能力以及探视被关押在拘留场所的人的标准条件等问题。1963 年《维也纳领事关系公约》第三十六条第二款<sup>497</sup> 中存在一个类似条款，该条款还被列入了许多关于犯罪的条约。<sup>498</sup> 委员会在后来成为 1963 年《维也纳公约》的条款草案评注中对该条款作了如下解释：

“ (5) 上述各项权利依照接收国的法律和规章行使。因此，依照刑事诉讼法和监狱规章的规定，探视被羁押和监禁者是可允许的。作为一项一般规则，为了探视正在受到刑事调查或刑事审判的被羁押者，刑事诉讼法要求得到预审法官的许可，预审法官将根据调查要求作出决定。在这样的案件中，领事官员必须向预审法官申请许可。在一人根据一项判决而被监禁的情况下，关于探视囚犯的监狱规章也适用于领事官员对身为派遣国国民的犯人的探视。

.....

(7) 虽然本条规定的权利的行使必须符合接收国的法律和规章，但这并不意味着这些法律和规章可以宣布有关权利无效。”<sup>499</sup>

(11) 在 LaGrand 案中，国际法院认定，1963 年《维也纳公约》第三十六条第二款中所述“权利”“必须被解读为不仅适用于派遣国的权利，而且也适用于被拘禁的个人的权利”。<sup>500</sup>

## 第 12 条

### 受害人、证人及其他人

#### 1. 各国应采取必要措施，确保：

<sup>496</sup> 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》，第六条；《制止危害民用航空安全非法行为公约》，第六条第三款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第六条第 2 款；《反对劫持人质国际公约》，第六条第 3 款；《禁止酷刑公约》第 6 条第 3 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第十七条第二款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 7 条第 3 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 9 条第 3 款；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第七条第 3 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十条第三款；《东盟反恐公约》，第八条第 4 款。

<sup>497</sup> 《维也纳领事关系公约》，第三十六条第二款。

<sup>498</sup> 例如见《反对劫持人质国际公约》，第六条第 4 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 7 条第 4 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 9 条第 4 款；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》第七条第 4 款；《东盟反恐公约》，第八条第 5 款。

<sup>499</sup> 《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，关于领事关系的条款草案和评注，第 36 条的评注第(5)和(7)段。

<sup>500</sup> LaGrand 案(见上文脚注 495)，第 497 页，第 89 段。



(a) 声称有人实施了或正在实施构成危害人类罪的行为的任何人有权向主管当局提出申诉；以及

(b) 申诉人、受害人、证人及其家属和代表以及在本条款草案范围内参加任何调查、起诉、引渡或其他程序的其他人得到保护，不因提出任何申诉，以及提供任何信息、证词或其他证据而受到虐待或恐吓。这些措施应不妨害第 11 条草案所述被指控罪犯的权利。

2. 各国应根据本国法律在对被指控罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不妨害第 11 条草案所述权利的方式使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。

3. 各国应采取必要措施，在其法律体系内确保危害人类罪受害人有权就受到的物质和精神损害以个人或集体方式获得赔偿，无论此种罪行是通过依国际法可归属于该国家的行为实施，还是在其所管辖的任何领土内实施。这种赔偿酌情包括以下一种或多种形式或其他形式：恢复原状；补偿；抵偿；康复；停止和保证不再犯。

## 评注

(1) 第 12 条草案涉及受实施危害人类罪影响的受害人、证人及其他人的权利。

(2) 1980 年代以前许多涉及国内法规定的犯罪的条约都不包含关于受害人或证人的规定，<sup>501</sup> 甚至在 1980 年代以后，大多数关于恐怖主义的全球性条约也不涉及受害人和证人的权利。<sup>502</sup> 不过，自 1980 年代以来，许多关于其他犯罪的条约都有与第 12 条草案所列相类似的规定，<sup>503</sup> 包括处理在某些情况下可能构成危害人类罪(如酷刑和强迫失踪)的行为的条约。<sup>504</sup> 对危害人类罪有管辖权的一些国际性法院和法庭的规约，特别是 1998 年《罗马规约》，<sup>505</sup> 均涉及受害人和证人的权利，联合国大会也为各国提供了关于犯罪受害人的权利，包括危害人类罪受害人权利的指导。<sup>506</sup>

<sup>501</sup> 例如见《防止及惩治灭绝种族罪公约》；《关于制止非法劫持航空器的公约》；《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；《反对劫持人质国际公约》。

<sup>502</sup> 例如见《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》；《非洲统一组织(非统组织)防止和打击恐怖主义公约》；《制止核恐怖主义行为国际公约》；《东南亚国家联盟反恐公约》。

<sup>503</sup> 例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 至第 25 条；《联合国反腐败公约》，第三十二至第三十三条。

<sup>504</sup> 例如见《禁止酷刑公约》，第 13 至第 14 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十二和第二十四条。

<sup>505</sup> 例如见《罗马规约》，第六十八条；《国际刑事法院程序和证据规则》，载于《国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录，第一届会议，2002 年 9 月 3 日至 10 日，纽约》(ICC-ASP/1/3 和 Corr.1)，第四章，第三.1 节，规则 86-88(下称“《国际刑事法院程序和证据规则》”)。关于其他法庭，见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 22 条；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 21 条；《柬埔寨特别法庭法》，第 33 条；《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 16 条第 4 款；《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 12 条第 4 款。

<sup>506</sup> 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》，联大 1985 年 11 月 29 日第 40/34 号决议，附件；《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，联大 2005 年 12 月 16 日第 60/147 号决议，附件。

(3) 大多数涉及国内法规定的受害人权利的条约并没有界定“受害人”这一术语，而是允许各国适用本国的现行法律和惯例，<sup>507</sup> 只要其与该国在国际法下的义务相一致。与此同时，与这些条约相关的以及依习惯国际法进行的实践提供了关于应当如何看待该术语的指导。例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》为该公约的目的，将“受害人”定义为“失踪的人和任何因强迫失踪而受到直接伤害的个人”。<sup>508</sup> 《集束弹药公约》为该公约的目的，将“集束弹药受害人”定义为“使用集束弹药而被炸死或遭受心身伤害、经济损失、社会边缘化或在实现其权利方面受到严重阻碍的所有人，包括受集束弹药直接影响的人及其家庭和社区”。<sup>509</sup>

(4) 1984年《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》虽未界定第14条所述“受害者”的含义，但禁止酷刑委员会就其含义提供了详细指导。禁止酷刑委员会在第3号一般性意见中指出：

受害者系指由于构成违反《公约》的行为或不作为而遭受单独或集体伤害的人，这种伤害包括身体或精神伤害、感情痛苦、经济损失或对其基本权利的重大损害。一个人应被视为受害者，无论侵权犯罪人是否被确定身份、逮捕、起诉或定罪，也无论犯罪人和受害者之间是否存在任何家庭或其他关系。‘受害者’还包括受害者的直系亲属或受扶养人以及出面干预以援助受害者或防止受害情况而蒙受损害的人。<sup>510</sup>

(5) 在区域一级，1950年《保护人权与基本自由公约》允许声称是违反该公约行为“受害人”的“任何个人、非政府组织或个人团体”提出申诉。<sup>511</sup> 欧洲人权法院认定，这些“受害人”可能直接或间接受到伤害，<sup>512</sup> 而严重侵犯人权行为的受害人的家属本身也可能是“受害人”。<sup>513</sup> 虽然1969年《美洲人权公约》所载的保障仅限于自然人，<sup>514</sup> 但美洲人权法院也承认直接和间接受害人，包括家庭成员，<sup>515</sup> 以及受害人群体。<sup>516</sup> 《非洲人权和民族权宪章》（《班珠尔宪

<sup>507</sup> 例如见墨西哥《一般受害人法》(Ley General de Víctimas, Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013)，其中载有关于受害人权利的详细规定，但对哪些人可以声称是受害人未作限制。

<sup>508</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二十四条第一款。

<sup>509</sup> 《集束弹药公约》(2010年8月1日，都柏林)，联合国，《条约汇编》，第2688卷，第47713号，第39页，第二条第一款。

<sup>510</sup> 禁止酷刑委员会，第3号一般性意见，第3段。

<sup>511</sup> 《保护人权与基本自由公约》，第34条。

<sup>512</sup> 例如见 Vallianatos 等人诉希腊，第29381/09号和第32684/09号申诉，欧洲人权法院大审判庭2013年11月7日的判决，《2013年欧洲人权法院案例汇编》(节选)，第47段。

<sup>513</sup> 欧洲人权法院强调，家庭成员是否是受害人，取决于是否有一些特殊因素使申诉人所受痛苦的程度和特点有别于必然给严重侵犯人权行为受害人的亲属所造成的感情痛苦。相关要素包括家庭联系的紧密程度和当局回答亲属询问的方式。例如见 Çakici 诉土耳其，第23657/94号申诉，欧洲人权法院大审判庭1999年7月8日的判决，《1999年欧洲人权法院案例汇编》第四卷，第98段；Elberte 诉拉脱维亚，第61243/08号申诉，欧洲人权法院第四庭2015年1月13日的判决，《2015年欧洲人权法院案例汇编》，第137段。

<sup>514</sup> 《美洲人权公约》，第1条。

<sup>515</sup> 例如见街头儿童(Villagrán-Morales 等人)诉危地马拉，美洲人权法院1999年11月19日的判决(实质问题)，C辑，第63号，第174-177段和第238段；Bámaca-Velásquez 诉危地马拉，美洲人权法院2000年11月25日的判决(实质问题)，C辑，第70号，第159-166段。

章》)没有使用“受害人”一词,但非洲人权和民族权委员会在第4号一般性意见中指出,“受害人是因违反《非洲宪章》的行为或不作为而单独或集体遭受伤害,包括身体或心理伤害的人”。<sup>517</sup>此外,非洲人权和民族权委员会得出结论称,“无论侵权犯罪人是否被确定身份、逮捕、起诉或定罪,也无论犯罪人和受害者之间是否存在任何家庭或其他关系,上述人员均为受害人”。<sup>518</sup>根据这些条约,不能以狭隘或歧视性的方式解释“受害人”一词。

(6) 同样,尽管国际性刑事法院和法庭的规约没有界定“受害人”一词,但在法庭的规则或判例中可能有一些指导。因此,《国际刑事法院程序和证据规则》的规则85(a)将“受害人”定义为“任何本法院管辖权内的犯罪的受害自然人”,<sup>519</sup>可理解为包括直接和间接的受害人,<sup>520</sup>规则85(b)则将这一定义扩大到法人,条件是这些法人受到直接损害。<sup>521</sup>

(7) 第12条草案第1款规定,各国应采取必要措施,确保声称有人实施了或正在实施构成危害人类罪行为的任何人有权向主管当局提出申诉,并要求各国保护申诉人或在本案草案范围内参加有关程序的其他人不受虐待或恐吓。国际条约

<sup>516</sup> 例如见 *Yakye Axa* 土著社区诉巴拉圭,美洲人权法院2005年6月17日的判决(实质问题、赔偿和费用),C辑,第125号,第176段。

<sup>517</sup> 非洲人权委员会,关于酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的处罚或待遇的受害者获得补救的权利(第5条)的第4号一般性意见(2017年),第16段。

<sup>518</sup> 同上,第17段。

<sup>519</sup> 《国际刑事法院程序和证据规则》,规则85(a)。该法院认为,规则85(a)“规定了获得受害人身份必须满足的四个标准:受害人必须是自然人;必须受到了伤害;造成伤害的犯罪行为必须属于本法院的管辖范围;犯罪行为与所受伤害之间必须有因果关系。”刚果民主共和国状况案,ICC-01/04号案件,关于申请参加VPRS1号、VPRS2号、VPRS3号、VPRS4号、VPRS5号和VPRS6号诉讼程序的裁定的公开节录版,2006年1月17日,国际刑事法院第一预审分庭,第79段。此外,为了规则85(a)的目的,受害人受到的伤害必须是“个人”伤害,但不一定是“直接”伤害。见刚果民主共和国状况案中的检察官诉Thomas Lubanga Dyilo案,ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10号案件,就检察官和被告对第一审判分庭2008年1月18日关于受害人参加诉讼的裁定提出的上诉所作的判决,2008年7月11日,国际刑事法院上诉分庭,第32-39段。

<sup>520</sup> 见刚果民主共和国状况案中的检察官诉Thomas Lubanga Dyilo案,ICC-01/04-01/06号案件,国际刑事法院第一审判分庭2009年4月8日关于间接受害人的裁定节录版,第44-52段。在涉及文化遗产的危害人类罪方面,国际刑事法院第一审判分庭认定,受罪行“影响”的人“不仅包括罪行的直接受害者,即廷巴克图的信徒和居民,而且包括马里全国人民和国际社会”。检察官诉Ahmad Al Faqi Al Madhi案,ICC-01/12-01/15号案件,赔偿令,2017年8月17日,国际刑事法院第八审判分庭,第51段。不过,该分庭出于赔偿目的,将评估限于“廷巴克图社区或其内部遭受的伤害,即犯罪发生时通常居住在廷巴克图的组织或个人,或与该城市关系密切、在攻击发生时可被视为该社区一部分的组织或个人”。同上,第56段。

<sup>521</sup> 《国际刑事法院程序和证据规则》,规则85(b) (“被害人可以包括其专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业目的的财产,其历史纪念物、医院和其他用于人道主义目的的地方和物体受到直接损害的组织或机构”)。联大2005年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》第8段规定:“为本文件的目的,受害人是指由于构成严重违反国际人权法或严重违反国际人道法行为的作为或不作为而遭受损害,包括身心伤害、精神痛苦、经济损失或基本权利受到严重损害的个人或集体。适当时,根据国内法,‘受害人’还包括直接受害人的直系亲属或受扶养人以及介入干预以帮助处于困境的受害人或阻止加害他人行为而遭受损害的人。”类似的定义,见《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》,第1-2段。

也有类似的规定，包括 1984 年《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》<sup>522</sup> 和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。<sup>523</sup>

(8) 第 1 款(a)项将申诉权赋予声称有人实施了或正在实施构成危害人类罪的行为的“任何人”。“任何人”一语包括但不限于危害人类罪的受害人或证人，还可包括法人，如宗教团体或非政府组织。

(9) 这些人有权向“主管当局”提出申诉，为有效起见，主管当局在有些情况下可能需为司法机关。提出申诉后，只要有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪的行为，国家主管当局即有义务根据第 8 条草案立即开展公正的调查。

(10) 第 1 款(b)项要求各国保护“申诉人”以及所列其他类别人员(即使他们没有提出申诉)；这些人员为“受害人、证人及其家属和代表以及在本条款草案范围内参加任何调查、起诉、引渡或其他程序的其他人”。近来的国际条约也同样扩大了应予保护的人员类别，包括 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、<sup>524</sup> 2003 年《联合国反腐败公约》<sup>525</sup> 和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。<sup>526</sup> 要求对这些人采取保护措施的不但有涉及国内法规定的犯罪的条约，还有国际性刑事法院和法庭的规约。<sup>527</sup>

(11) 第 1 款(b)项要求保护所列人员不因提出任何申诉，以及提供任何信息、证词或其他证据而受到“虐待或恐吓”。“虐待”不仅涉及人的身体健康，还包括其心理健康、尊严或隐私。<sup>528</sup>

(12) (b)项没有列出各国应采取的保护措施，因为这些措施必然因具体情况、相关国家的能力和所涉个人的倾向而异。但这些措施可包括：允许以电子或其他特别方式提供而不是亲身提供证据；<sup>529</sup> 旨在保护证人和受害人隐私和身份的措施；<sup>530</sup> 不公开审理；<sup>531</sup> 如果披露证据或信息可能使证人或其家属的安全受到严重威胁，则不予公开信息；<sup>532</sup> 将受害人和证人转移；<sup>533</sup> 关于儿童的保护措施。<sup>534</sup>

<sup>522</sup> 《禁止酷刑公约》，第 13 条。

<sup>523</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十二条。

<sup>524</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 1 款。

<sup>525</sup> 《联合国反腐败公约》，第三十二条第一款。

<sup>526</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十二条第一款。

<sup>527</sup> 例如见《罗马规约》，第六十八条第(一)款；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 22 条；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 21 条；《柬埔寨特别法庭法》，第 33 条；《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 16 条；《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 12 条。

<sup>528</sup> 例如见《罗马规约》，第六十八条第(一)款。

<sup>529</sup> 例如见《罗马规约》，第六十八条第(二)款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款(b)项；《联合国反腐败公约》，第三十二条第二款第(二)项。

<sup>530</sup> 例如见《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 8 条第 1 款(e)项；《柬埔寨特别法庭法》，第 33 条。

<sup>531</sup> 例如见《罗马规约》，第六十八条第(二)款；《柬埔寨特别法庭法》，第 33 条。

<sup>532</sup> 例如见《罗马规约》，第六十八条第(五)款。



(13) 另一方面，各国必须铭记，一些保护措施可能会对被告指控罪犯的权利产生影响，例如质询控方证人的权利。因此，第 1 款(b)项规定，保护措施应当不损害第 11 条草案所述被告指控罪犯的权利。<sup>535</sup>

(14) 第 12 条草案第 2 款规定，各国应根据本国法律，在刑事程序的适当阶段，使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。尽管该款表达了一种确定的义务，但“根据本国法律”和“适当阶段”这两个短语为国家提供了履行该义务的灵活性，允许各国根据其刑法制度的独特性来适应这一要求。例如，在某些司法体系，可通过允许受害人在判刑时发表影响声明来履行这一义务。虽然这里只提到“受害人”，但各国也不妨允许其他人(如家庭成员或代理人)提出意见和关切，特别是在危害人类罪的受害人死亡或失踪的情况下。第 2 款不妨碍各国依照国际法所承担的其他现有义务。

(15) 许多条约都有像第 2 款这样的规定，如 1998 年《罗马规约》<sup>536</sup>、2000 年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》<sup>537</sup>、2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》<sup>538</sup>、2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》<sup>539</sup> 和 2003 年《联合国反腐败公约》<sup>540</sup>。

(16) 第 12 条草案第 3 款涉及危害人类罪受害人获得赔偿的权利。起首语——“各国应采取必要措施，在其法律体系内确保”——要求各国拥有或制定必要的法律、条例、程序或机制，使受害人能够就所受伤害提出索赔，并从造成伤害者，无论是国家本身还是其他行为体那里获得补救。<sup>541</sup> 与此同时，对于任何特定的危害人类罪情况，必须采取此类措施的国家(一个或多个)将取决于具体情况。这类国家包括：(a) 构成危害人类罪的行为根据国际法可归责于该国；或(b) 该国对犯罪发生地行使管辖权。

<sup>533</sup> 例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款(a)项；《联合国反腐败公约》，第三十二条第二款第(一)项。

<sup>534</sup> 例如见《联合国消除预防犯罪和刑事司法领域内暴力侵害儿童行为的示范战略和实际措施》，联大 2014 年 12 月 18 日第 69/194 号决议，附件，措施六、八、十二；《联合国关于在刑事司法系统中获得法律援助机会的原则和准则草案》(上文脚注 491)、原则 4-5 以及准则 7 和 10；《关于在涉及罪行的儿童被害人和证人的事项上坚持公理的准则》，经济及社会理事会 2005 年 7 月 22 日第 2005/20 号决议，附件。

<sup>535</sup> 其他提供类似保护的条约包括：《罗马规约》，第六十八条第(一)款；《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 8 条第 6 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款；《联合国反腐败公约》，第三十二条第二款。

<sup>536</sup> 《罗马规约》，第六十八条第(三)款。

<sup>537</sup> 《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 8 条第 1 款。

<sup>538</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 25 条第 3 款。

<sup>539</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 6 条第 2 款。

<sup>540</sup> 《联合国反腐败公约》，第三十二条第五款。

<sup>541</sup> 《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，原则 12 至 23。



(17) 第 3 款提到受害人“有权……获得赔偿”。涉及这一问题的条约和文书使用了不同术语，有时提到获得“救济”或“补救”的权利，有时使用“赔偿”一词，有时则只提及具体的赔偿形式，例如“补偿”。<sup>542</sup> 因此，1948 年《世界人权宣言》<sup>543</sup>、1966 年《公民权利和政治权利国际公约》<sup>544</sup> 和一些区域人权条约<sup>545</sup> 均提到获得“有效救济”的权利。1984 年《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 14 条提到受害人应得到“补救”，并享有获得“补偿”，包括“康复”的权利。<sup>546</sup> 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第二十四条提到“有权取得赔偿和及时、公正和充分的补偿”。<sup>547</sup>

(18) 国际法委员会决定采用“有权……获得赔偿”的提法，以全面涵盖补救办法，这种做法似乎已在各种条约制度中得到确立。因此，虽然上述 1984 年《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》提到“补救”、“补偿”和“康复”等词，但禁止酷刑委员会认为，该条款作为一个整体，体现了“全面的赔偿概念”，<sup>548</sup> 该委员会指出：

第 14 条规定的缔约国提供补救的义务有两个方面：程序性和实质性。为履程序性义务，缔约国应颁布法律并设立申诉机制、调查机关和机构，包括独立司法机构，这些机构能够裁定酷刑和虐待受害者是否有权获得补救并向其判付补救；缔约国还应确保这种机制和机构行之有效而且所有受害者都可加以利用。在实质性方面，缔约国应确保酷刑或虐待受害者获得充分、有效补救和赔偿，包括补偿和尽量使其完全康复。<sup>549</sup>

(19) 这种向更全面的赔偿概念的转变产生了一些列出各种赔偿形式的条约规定。例如，2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》指出，涵盖“物质和精神损害”的“获得赔偿的权利”不仅包括补偿，“视情况而定”还包括“其他形式的赔偿，如：(一) 恢复原状；(二) 康复；(三) 抵偿，包括恢复尊严和名誉；(四) 保证不再犯。”<sup>550</sup>

<sup>542</sup> 例如见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 8 条第 4 款；《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 9 条第 4 款，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 14 条第 2 款和第 25 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 6 条第 6 款；《联合国反腐败公约》，第三十五条。

<sup>543</sup> 《世界人权宣言》，第八条。

<sup>544</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》，第二条第三款。另见人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 16-17 段。

<sup>545</sup> 例如见《保护人权与基本自由公约》，第 13 条；《美洲人权公约》，第 25 和第 63 条。另见非洲统一组织，《非洲人权和民族权宪章关于设立非洲人权和民族权法院的议定书》(1998 年 6 月 10 日，卡加杜古)，联合国难民事务高级专员公署(难民署)，《关于难民和难民署关注的其他人的国际文书和法律案文汇编》，第 3 卷，区域文书：非洲、中东、亚洲、美洲》，难民署，2007 年，日内瓦，第 1040 页起，见第 1045 页，第 27 条。

<sup>546</sup> 《禁止酷刑公约》，第 14 条第 1 款。

<sup>547</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二十四条第四款。

<sup>548</sup> 禁止酷刑委员会，第 3 号一般性意见，第 2 段；Urta Guridi 诉西班牙，第 212/2002 号来文，2005 年 5 月 24 日通过的決定，《大会正式记录，第六十届会议，补编第 44 号》(A/60/44)，附件八，A 节，第 147 页，第 6.8 段。

<sup>549</sup> 禁止酷刑委员会，第 3 号一般性意见，第 5 段。

<sup>550</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二十四条第四至第五款。

(20) 第 12 条草案第 3 款遵循了这一做法，列出了一些形式的赔偿，其中包括但不限于恢复原状、补偿、抵偿、康复、停止和保证不再犯。在危害人类罪背景下，所有传统形式的赔偿都可能是相关的。恢复原状可能是一种适当的赔偿形式，包括受害人能够返回家园，归还可移动财产或重建公共或私人建筑，包括学校、医院和宗教礼拜场所等。补偿可能适用于物质和精神损害。在某些情况下，可能需要针对大量人员的康复方案，例如医治、提供假肢或创伤治疗方案。抵偿，如发表道歉或遗憾声明，也可能是一种可行的赔偿形式。同样，对危害人类罪的赔偿还可包含保证或保障不再发生。

(21) 不过，在赔偿形式的指示性清单之前，有“酌情”二字。这一措辞确认各国必须拥有一定灵活性和裁量权来确定适当的赔偿形式，承认在危害人类罪发生之后，可能会出现各种情况，包括实施过渡期正义的情况，赔偿必须适合具体情况。例如，在一些情况下，对危害人类罪负责的可能是国家，而在另一些情况下，负责的可能是非国家行为体。这些犯罪可能会涉及大规模暴行，在这种情形下，一国可能要努力重建自身，因此向受害人提供实质性补救的资源或能力有限。任何特定犯罪人的赔偿能力也会有所不同。即便如此，有关国家必须善意履行这一义务，不得滥用灵活性以逃避恰当的赔偿。第 3 款不妨碍各国依照国际法所承担的其他现有义务。

(22) 第 3 款规定，这种赔偿可“以个人或集体方式”进行。可能需要作出针对每个受害人的具体赔偿，例如通过利用国内法院的常规民事索赔程序，或通过特定的集体求偿程序进行赔偿。在适当的情况下，应考虑采取措施，不适用民事求偿的诉讼时效。但在某些情况下，只有集体赔偿形式可行或更为可取，例如建造纪念馆或重建学校、医院、诊所和礼拜场所。当一国正努力为一段时期大规模的侵犯人权行为收拾残局，需要有创造性的过渡期正义机制时，尤其如此。还有一些情况下，可能适于将个人和集体赔偿相结合。

(23) 从国际性刑事法院和法庭的赔偿做法中可以看出对这种办法的支持。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约载有专门述及归还财产的可能性而不是补偿或其他形式赔偿的规定。<sup>551</sup> 不过，在设立其他国际性刑事法院和法庭时，各国似乎已经认识到，只注重恢复原状是不够的(而是使用了更笼统的措辞“赔偿”)，而且，只确立每个受害人获得赔偿的个人权利，在大规模暴行背景下可能会成问题。因此考虑了赔偿个别受害人或进行集体赔偿的可能性。<sup>552</sup> 例如，《国际刑事法院程序和证据规则》规定，在根据第七十五条对受害人进行赔偿时，考虑到任何损害、损失和损伤的范围和程度，“本法院可以裁定作出个别赔偿，或在本法院认为适当的情况下，裁定作出集体或个别与集体赔偿。”<sup>553</sup> 在红色高棉统治下的柬埔寨发生的暴行背景下，根据《柬埔寨法院特别法庭内部规则》，只考虑“集体性和道义性赔偿”。<sup>554</sup>

<sup>551</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 24 条第 3 款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 23 条第 3 款。

<sup>552</sup> 例如见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，原则 13。

<sup>553</sup> 《国际刑事法院程序和证据规则》，规则 97，第 1 段。

<sup>554</sup> 2015 年 1 月 16 日修订的《柬埔寨法院特别法庭内部规则》(第 9 次修订版)，规则 23 和 23 之五。

(24) 第 12 条草案中列出的具体权利不应被理解为排除受害人、证人或其他人根据国际法或国内法享有的其他权利。例如，虽然涉及人权的条约没有明确规定国家有义务向严重侵犯人权行为的受害人提供信息，但一些机构从这些条约中推断出受害人的“知情权”或“了解真相的权利”。例如，人权事务委员会从 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》中推断出这一权利，作为结束或防止强迫失踪或秘密处决受害人家属遭受心理折磨的一种方式。<sup>555</sup> 该委员会还认为，为了履行提供有效救济的义务，缔约国应提供关于侵权行为的信息，或在失踪人员死亡的情况下，提供埋葬地点的信息。<sup>556</sup> 同样，欧洲人权法院从 1950 年《保护人权与基本自由公约》中推断出这一权利是免受酷刑或虐待的权利、获得有效救济的权利以及获得有效调查和被告知结果的权利的一部分。<sup>557</sup> 非洲人权和民族权委员会就《非洲人权和民族权宪章》采取了类似做法。<sup>558</sup> 美洲人权委员会在《美洲人权公约》中将这一权利描述为不仅是为了受害人的利益，也为了整个社会，因为确保未来的权利需要社会从过去的伤害中吸取教训。<sup>559</sup>

### 第 13 条 引渡

1. 当请求国寻求引渡处于被请求国管辖领土内的某人时，本条草案适用于本条款草案所述罪行。
2. 本条款草案所述各种罪行应被视为属于国家间现有的任何引渡条约所列的可引渡罪行。各国保证将此种罪行作为可引渡罪行列入将来相互之间缔结的每项引渡条约。
3. 为了国家间引渡的目的，本条款草案所述罪行不应视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的犯罪或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种罪行提出的引渡请求。
4. 以订有条约为引渡条件的国家如果收到另一个未与之签订引渡条约的国家提出的引渡请求，可将本条款草案视为对本条款草案所述任何罪行给予引渡的法律依据。
5. 对于本条款草案所述的任何罪行，以订有条约为引渡条件的国家应：

<sup>555</sup> 例如见 Lyashkevich 诉白俄罗斯，第 887/1999 号来文，2003 年 4 月 3 日通过的意见，《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 40 号》(A/58/40)，第二卷，附件五，附录 P，第 9.2 段。

<sup>556</sup> 同上，第 11 段。

<sup>557</sup> 例如见 Kurt 诉土耳其(上文脚注 435)，第 130-134 段和第 140 段；Taş 诉土耳其，第 24396/94 号申诉，欧洲人权法院 2000 年 11 月 14 日的判决，第 79-80 段和第 91 段；塞浦路斯诉土耳其，第 25781/94 号申诉，欧洲人权法院大审判庭的判决，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》，第四卷，第 156-158 段。

<sup>558</sup> 大赦国际诉苏丹，第 48/90 号、第 50/91 号、第 52/91 号、第 89/93 号来文，非洲人权和人民权利委员会 1999 年 11 月 15 日的决定，第 54 段。另见非洲人权和民族权委员会，《非洲公平审判和法律援助权的原则和指导方针》，非洲联盟文件 DOC/OS(XXX)247，原则 C，(b)段(规定“获得有效补救的权利包括：……3. 获取有关侵权行为的事实信息。”)。

<sup>559</sup> 美洲人权委员会，Ignacio Ellacría 等人诉萨尔瓦多案，第 10.488 号案件，1999 年 12 月 22 日第 136/99 号报告，第 221-228 段。

(a) 通知联合国秘书长它是否将利用本条款草案作为与其他国家进行引渡合作的法律依据；以及

(b) 如果不以本条款草案作为引渡合作的法律依据，则应在适当情况下寻求与其他国家缔结引渡条约，以执行本条草案规定。

6. 不以订有条约为引渡条件的国家，应承认本条款草案所述罪行为彼此之间可引渡的罪行。

7. 引渡应遵从被请求国国内法或适用的引渡条约所规定的条件，包括遵从被请求国可能拒绝引渡的理由。

8. 请求国和被请求国应在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。

9. 为了国家间引渡的目的，必要时应将本条款草案所述罪行视为不仅在发生地实施，而且也在按照第 7 条草案第 1 款确立管辖权的国家领土内实施。

10. 如为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求国的国民而遭到拒绝，被请求国应在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求国的申请，考虑执行按请求国本国法律作出的判刑或剩余刑期。

11. 如果被请求国有充分理由认为，提出引渡请求的目的，是因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔、文化、属于某一特定社会群体或政治见解或因公认为国际法所不容的其他理由而对之进行起诉或惩罚，或同意引渡将因上述任一理由而对某人地位造成损害，则本条款草案的任何内容不得解释为硬性规定了引渡义务。

12. 被请求国应适当考虑被指控罪行发生在其管辖领土内的国家的请求。

13. 被请求国在拒绝引渡前应酌情与请求国磋商，以使请求国有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的信息。

## 评注

(1) 第 13 条草案涉及根据本条款草案引渡被指控罪犯所适用的权利、义务和程序。引渡通常是指一国(请求国)请求另一国(被请求国)将被请求国境内的某人交给请求国，以便在请求国对其进行刑事审判的过程。这一过程也可能发生在罪犯在请求国被定罪后逃脱合法监管，而在被请求国被发现的情况下。两国之间的引渡通常由多边<sup>560</sup> 或双边条约<sup>561</sup> 规定，但不是所有国家都要求引渡需以订有条约为条件。

<sup>560</sup> 例如见《欧洲引渡公约》(1957 年 12 月 13 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 359 卷，第 5146 号，第 273 页；《美洲国家间引渡公约》(1981 年 2 月 25 日，加拉加斯)，联合国，《条约汇编》，第 1752 卷，第 30597 号，第 177 页。另见理事会 2002 年 6 月 13 日关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的框架决定(2002 年，卢森堡)，《欧洲共同体公报》，L 190 号，第 45 卷(2002 年 7 月 18 日)，第 1 页。

<sup>561</sup> 1990 年《联合国引渡示范条约》是为协助各国制定能够涵盖多种罪犯的双边引渡协定而做出的一项努力。见联大 1990 年 12 月 14 日第 45/116 号决议，附件(后经联大 1997 年 12 月 12 日第 52/88 号决议修正)。



(2) 1973 年，联合国大会第 3074(XXVIII)号决议强调了国际合作对于引渡被指控犯有危害人类罪的人员的重要性，必要时可确保对其进行起诉和惩治。<sup>562</sup> 2001 年，人权委员会促进和保护人权小组委员会重申了联大第 3074(XXVIII)号决议规定的各项原则，<sup>563</sup> 并敦促“各国进行合作以便侦察、逮捕、引渡、审判和惩治犯有战争罪和危害人类罪的罪犯”。<sup>564</sup>

(3) 第 13 条草案应在本条款草案的整个范围内加以审视。第 7 条草案第 2 款规定，各国应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内而本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对本条款草案所述罪行的管辖权。如果被指控罪犯在一国境内，并且已被羁押，则根据第 9 条草案第 3 款，该国有义务通知对起诉被指控罪犯拥有管辖权的其他国家，而这可能导致后者要求引渡该被指控罪犯。此外，第 10 条草案要求该国将案件提交主管当局以便起诉，除非该国将该人引渡或是移交另一国家或有管辖权的国际性刑事法院或法庭。

(4) 因此，根据本条款草案，一国可通过将被指控罪犯引渡至(或移交)另一国进行起诉，来履行第 10 条草案规定的或引渡或起诉义务。国家并无引渡被指控罪犯的义务；但被指控罪犯在其管辖领土之内的国家有义务将案件提交其主管当局以便起诉，除非该人员被引渡或移交至另一国家(或有管辖权的国际性法院或法庭)。也可通过将被告引渡到另一国来履行这一义务。为便利这种引渡，宜明确规定与引渡有关的权利、义务和程序，这正是第 13 条草案的目的。

(5) 委员会决定第 13 条草案应仿照 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条的措辞，而该条又仿照了 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 16 条。尽管危害人类罪就其性质而言与腐败犯罪有很大区别，但无论所涉犯罪的性质如何，引渡问题是基本相同的，委员会认为第四十四条为危害人类罪的引渡方面的各项相关权利、义务和程序提供了充分指导。再者，2003 年《联合国反腐败公约》的 186 个缔约国(截至 2019 年年中)对于该公约的规定有着深刻的理解，特别是通过联合国毒品和犯罪问题办公室编写的详细指南和其他资料。<sup>565</sup>

#### 在一国提出引渡请求时适用本条草案

(6) 第 13 条草案第 1 款规定，每当请求国寻求引渡处于被请求国管辖领土内的某人时，本条款草案适用于本条款草案所述罪行。这一表述仿照 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第一款。

<sup>562</sup> 联大 1973 年 12 月 3 日第 3074(XXVIII)号决议。

<sup>563</sup> “关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪罪犯和危害人类罪罪犯的国际合作”，2001 年 8 月 16 日第 2001/22 号决议，第 3 段，促进和保护人权小组委员会第五十三届会议报告(E/CN.4/2002/2-E/CN.4/Sub.2/2001/40)。小组委员会在其决议中基本上复述了联大提出的各项原则，但也做了一些修改。

<sup>564</sup> 同上，第 2 段。

<sup>565</sup> 例如见联合国毒品和犯罪问题办公室，《联合国反腐败公约实施立法指南》；《联合国反腐败公约技术指南》(联合国，2009 年，纽约)；以及《关于拟订联合国反腐败公约的谈判准备工作文件》。联合国毒品和犯罪问题办公室为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》也编写了类似资料，其中多项规定与《联合国反腐败公约》关于引渡的条款相同。例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书实施立法指南》，联合国出版物(出售品编号：E.05.V.2)。另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)。



(7) 如上所述，本条款草案没有规定一国将某人引渡到另一国的任何义务。相反，根据第 10 条草案，被指控罪犯在其管辖领土内的国家，有义务就相关事宜提起诉讼，除非该国将该人引渡至或移交另一国家(或有管辖权的国际性刑事法院或法庭)。因此，引渡是一国在另一国提出请求时可以选择采取的一种做法。当一国提出引渡请求时，适用本条草案的规定。

#### 在现行和今后引渡条约中列为可引渡的犯罪

(8) 第 13 条草案第 2 款参照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第四款，要求被请求国将本条款草案所涵盖各种罪行(见上文第 6 条草案，第 1 至第 3 款)视为它与请求国之间现有的任何引渡条约，以及这些国家今后缔结的任何此类条约所列的可引渡罪行。<sup>566</sup> 这一规定常见于其他公约。<sup>567</sup>

#### “政治犯罪”免于引渡原则不适用

(9) 第 13 条草案第 3 款规定不得将“政治犯罪”免于引渡原则作为拒绝引渡请求的理由。

(10) 根据某些引渡条约，被请求国如果认为要求引渡的犯罪属于政治犯罪，则可以拒绝引渡。但有观点认为灭绝种族罪和战争罪等罪行不应被视为“政治犯罪”，这种观点得到了支持。例如，1948 年《防止及惩治灭绝种族公约》第七条规定，灭绝种族罪及所列其他行为“不得视为政治罪行，俾便引渡”。<sup>568</sup> 类似地，《1957 年欧洲引渡公约附加议定书》第 1 条规定，1949 年日内瓦四公约载列的战争罪不得视为构成政治罪，也不能基于此而免于引渡。<sup>569</sup> 出于类似的原因，不得将危害人类罪视为“政治犯罪”以免于引渡。<sup>570</sup> 《联合国关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册》指出，“国际社会认为，某些罪行，如灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪极为恶劣，此项引渡限制不能适用

<sup>566</sup> 关于《关于防止和惩治对外交代表和其他应受国际保护人员犯罪的条款草案》第 7 条，《1972 年……年鉴》，第二卷，第 319-320 页；以及《危害人类和平及安全治罪法草案》第 10 条，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页。

<sup>567</sup> 以下文书中有类似的规定：《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 1 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 1 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第八条第 1 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 1 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 15 条第 1 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 9 条第 1 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 3 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第二至第三款。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 10 条第 1 款规定：“如果各缔约国之间的任何现行引渡条约未将[灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行]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”。《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页。

<sup>568</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第七条。

<sup>569</sup> 《欧洲引渡公约附加议定书》(1975 年 10 月 15 日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第 1161 卷，第 5146 号，第 450 页，第 1 条。

<sup>570</sup> 例如见 Mousa Mohammed Abu Marzook 引渡案，美国纽约州南部地区地方法院，924 F. Supp. 565 (1996)，第 577 页(“假如被控行为性质极其恶劣，构成危害人类罪，必然不适用政治犯罪免于引渡原则”)。

于相关犯罪者”。<sup>571</sup> 人权委员会促进和保护人权小组委员会也声明：“被指控犯有战争罪和危害人类罪的个人不得以其行为属于‘政治犯罪’为借口而免受引渡。”<sup>572</sup>

(11) 当代双边引渡条约通常会明确说明哪些特定犯罪不应被视为“政治犯罪”而免于引渡。<sup>573</sup> 尽管一些关于特定犯罪的公约没有涉及这一问题，<sup>574</sup> 但许多关于特定罪行的当代多边条约都包含针对该特定罪行禁止适用“政治犯罪”免于引渡原则的规定。<sup>575</sup> 例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十三条第一款规定：

就缔约国之间的引渡而言，不应将强迫失踪罪视为政治犯罪，与政治犯罪有联系的普通犯罪，或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡要求。

(12) 委员会认为，第13条草案第3款宜仿照2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十三条第一款的案文。第3款明确指出，实施危害人类罪的行为不能被视为“政治犯罪”。不过，这个问题不同于请求国因某人的政治观点而试图引渡的情况；换言之，它不同于一国因某人的政治观点而声称该人犯有危害人类罪并提出引渡请求以便实施迫害的情况。关于迫害问题，将在第13条草案第11款中单独阐述。第3款中的“仅以这些理由”表明，国家可援引其他理由拒绝引渡(见下文第(18)至(20)段和第(27)至(30)段)，前提是这些其他理由实际存在。

#### 以订有条约为引渡条件的国家

(13) 第13条草案第4款和第5款涉及被请求国要求以订有条约作为将个人引渡到请求国的条件的情况。

(14) 第4款规定，在这种情况下，被请求国“可”将本条款草案作为对危害人类罪给予引渡的法律依据。因此，一国没有义务为此目的使用本条款草案，但可以选择这么做。本款仿照了2003年《联合国反腐败公约》第四十四条第五款，其中规定：“以订有条约为引渡条件的缔约国如果接到未与之订有引渡条约的另

<sup>571</sup> 联合国毒品和犯罪问题办公室，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册》，第一部分：关于引渡示范条约的订正手册》，第45段。

<sup>572</sup> 促进和保护人权小组委员会关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪罪犯和危害人类罪罪犯的国际合作的第2001/22号决议，第3段。

<sup>573</sup> 例如见《美利坚合众国政府与南非政府引渡条约》(1999年9月16日，华盛顿)，联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第50792号，第4条第2款(“为本条约目的，不得将如下犯罪视为政治犯罪：……(b) 请求国和被请求国根据多边国际协定均有义务引渡某人或将案件提交本国主管机关以便提出起诉的犯罪；……”)；《澳大利亚与大韩民国引渡条约》(1990年9月5日，首尔)，同上，第1642卷，第28218号，第4条第1款(a)项(“政治犯罪不应包括……(二) 缔约国根据其加入的多边国际协定有义务确定管辖权或进行引渡的犯罪；以及(三) 违反灭绝种族问题相关法律的犯罪”)；《墨西哥合众国政府与加拿大政府引渡条约》(1990年3月16日，墨西哥城)，同上，第1589卷，第27824号，第四条(a)项(“为本款目的，政治犯罪不应包括缔约国根据多边国际协定有义务引渡某人或将案件提交本国主管机关以便提出起诉的犯罪”)。

<sup>574</sup> 例如见《反对劫持人质国际公约》；《禁止酷刑公约》。

<sup>575</sup> 例如见《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第11条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第14条；《联合国反腐败公约》，第四十四条第四款。

一缔约国的引渡请求，可以将本公约视为对本条所适用的任何犯罪予以引渡的法律依据。”<sup>576</sup> 许多其他条约都有相同或相似的规定，<sup>577</sup> 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也包含这种规定。<sup>578</sup>

(15) 第 5 款仿照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第六款。第 5 款(a)项要求以订有条约为引渡条件的国家通知联合国秘书长它是否将利用本条款草案作为就危害人类罪进行引渡的法律依据。

(16) 第 13 条草案第 5 款(b)项要求不以本条款草案作为引渡的法律依据的缔约国“在适当情况下寻求”与其他国家“缔结”引渡条约。因此，本条款草案没有规定各国与每个其他缔约国就危害人类罪缔结引渡条约的义务，而是鼓励各国在这方面作出适当努力。<sup>579</sup>

#### 不以订有条约为引渡条件的国家

(17) 第 13 条草案第 6 款适用于不以订有条约为引渡条件的国家。关于这些国家，第 6 款要求它们“承认本条款草案所述犯罪为彼此之间可引渡的犯罪”。本款仿照的是 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第七款。<sup>580</sup> 类似规定载于许多关于犯罪的其他条约。<sup>581</sup> 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》也包含这种规定。<sup>582</sup>

#### 被请求国国内法或适用条约的要求

(18) 第 13 条草案第 7 款规定，引渡“应遵从被请求国国内法或适用的引渡条约所规定的条件，包括遵从被请求国可能拒绝引渡的理由”。各种全球<sup>583</sup> 和

<sup>576</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十四条第五款。

<sup>577</sup> 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 2 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第八条第 2 款；《反对劫持人质国际公约》，第十条第 2 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 2 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 9 条第 2 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 11 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 4 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第四款。

<sup>578</sup> 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页，第 10 条第 2 款(“以订有引渡条约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”)。

<sup>579</sup> 见联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约方会议，《秘书处的分析报告，联合国打击跨国有组织犯罪公约的执行情况：以第一报告周期内收到的各国补充答复为依据的增订资料》(CTOC/COP/2005/2/Rev.1)，第 69 段。

<sup>580</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十四条第七款(“不以订有条约为引渡条件的缔约国应当承认本条所适用的犯罪为它们之间可以相互引渡的犯罪”)。

<sup>581</sup> 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 3 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 3 款；《反对劫持人质国际公约》，第十条第 3 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 3 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 6 条第 4 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第五款。

<sup>582</sup> 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页，第 10 条第 3 款(“不以订有引渡条约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”)。

<sup>583</sup> 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 2 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 2 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第八条第 2 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 2 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 15 条第 2 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 9 条第 2 款；《制

区域<sup>584</sup> 条约都有类似的规定。本款仿照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第八款，但在“包括”一词后未保留“关于引渡的最低限度刑罚要求和……等条件”这一措辞。<sup>585</sup> 委员会认为，对于危害人类罪的指控，不宜提到最低刑罚要求。

(19) 本款规定了一般规则，即引渡虽然应按本条款草案规定的权利、义务和程序进行，但仍需遵从被请求国国内法或引渡条约所规定的条件。这种条件可能涉及程序性步骤，例如国内法院的裁决或部长在引渡之前的证明，也可能涉及禁止引渡的情况，例如禁止引渡该国的国民或常住居民；在相关犯罪可判处死刑的情况下，禁止引渡；禁止为服缺席审判所判的刑期而进行引渡；或者基于特定规则禁止引渡。<sup>586</sup> 同时，根据本条款草案或根据其他国际法规则，国内法中一些拒绝的理由是不允许的，例如违反第 6 条草案第 6 款而援引时效法。

(20) 在本条款草案中，无论出于何种原因拒绝引渡，根据第 10 条草案，罪犯所在的被请求国都有义务将案件提交本国主管当局以便起诉。

#### 加快引渡程序和简化证据要求

(21) 第 13 条草案第 8 款规定，请求国和被请求国应在符合本国法律的情况下，努力加快引渡程序并简化与之有关的证据要求。这一表述仿照 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第九款。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》缔约方会议国际合作工作组评估并建议了加快此类程序和简化此类要求的方法。<sup>587</sup>

#### 将罪行视为发生在请求国

(22) 第 13 条草案第 9 款涉及被请求国根据国内法只能将某人引渡到罪行发生国的情况。<sup>588</sup> 为便利向更多国家引渡，第 9 款规定，“为了国家间引渡的目的，必要时应将本条款草案所述罪行视为不仅在发生地实施，而且也在按照第 7 条草案第 1 款确立管辖权的国家领土内实施”。这一案文仿照了 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 11 条第 4 款，<sup>589</sup> 并被用于许多关于犯罪的条约。<sup>590</sup>

---

止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 11 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 7 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第六款。

<sup>584</sup> 例如见《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 13 条；《美洲被迫失踪人士公约》，第五条；《欧洲委员会反腐败刑法公约》，第 27 条第 4 款。

<sup>585</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十四条第八款（“引渡应当符合被请求国本国法律或者适用的引渡条约所规定的条件，其中包括关于引渡的最低限度刑罚要求和被请求国可以据以拒绝引渡的理由等条件”）。

<sup>586</sup> 例如见《联合王国引渡法》，第 17 条。

<sup>587</sup> 例如见 2018 年 10 月 16 日在维也纳举行的国际合作工作组会议报告(CTOC/COP/WG.3/2018/6)；在加快引渡进程方面面临的挑战，包括处理健康与安全及其他人权问题，以及被告为阻延解决引渡请求而采取的诉讼策略(CTOC/COP/WG.3/2018/5)。

<sup>588</sup> 见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 33 页，第 10 条草案评注第(3)段（“根据一些条约和国内法，羁押国只能批准罪行发生的所在国提出的引渡请求”）。

<sup>589</sup> 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 11 条第 4 款。

<sup>590</sup> 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 4 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 4 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪



(23) 这类条约规定涉及根据条约基于被指控罪犯或犯罪受害人的国籍等关系“已确立管辖权的国家”(因此,第13条草案第9款与第7条草案第1款互相参照)。此种规定不涉及因罪犯在其境内而确立管辖权的国家(第7条草案第2款),因为请求引渡的国家肯定不是被指控罪犯所在国。在这种情况下,也不参照第7条草案第3款,该款不要求国家确立管辖权,而是保留国家在本条款草案范围之外确立本国管辖权的权利。

(24) 1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第10条第4款包含类似的规定,<sup>591</sup>委员会在评注中指出,“第4款保证了羁押国批准……任何缔约国就”本治罪法草案规定的“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[这些]罪行确定其管辖权的一般性义务”。<sup>592</sup>

#### 执行对一国国民所作判决

(25) 第13条草案第10款涉及被请求国的国民在外国被定罪和判刑,然后逃到被请求国,但被请求国根据本国法律不能引渡其国民的情况。在这种情况下,第10款规定,“被请求国应在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下,根据请求国的申请,考虑执行按请求国本国法律作出的判刑或剩余刑期”。2000年《联合国打击跨国组织犯罪公约》<sup>593</sup>和2003年《联合国反腐败公约》中也有类似规定。<sup>594</sup>

(26) 委员会还考虑到是否在第13条草案中列入一款,明确述及这样一种情况:被请求国可以引渡本国国民,但条件是被指控罪犯将被送回被请求国,以按照请求国的任何判决服刑。2000年《联合国打击跨国组织犯罪公约》<sup>595</sup>和2003年《联合国反腐败公约》中有这样的规定。<sup>596</sup>委员会认为这种情况属于可根据本条款草案第13条草案第7款适用的条件范围,因此决定无需就这个问题作出明确规定。

#### 以不被允许的理由提出的引渡请求

(27) 第13条草案第11款明确指出,如果有充分理由认为,提出引渡请求的理由公认为国际法所不容,则第13条草案任何内容均不得解释为要求一国向另一

---

行的公约》,第八条第4款;《反对劫持人质国际公约》,第十条第4款;《禁止酷刑公约》,第8条第4款;《联合国人员和有关人员安全公约》,第15条第4款;《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》,第9条第4款。但最近的一些条约未载有此类规定。例如见《联合国打击跨国组织犯罪公约》;《联合国反腐败公约》;《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。

<sup>591</sup> 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第32页,第10条第4款(“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,而且发生于任何其他缔约国境内”)。

<sup>592</sup> 同上,第33页(第10条草案的评注第(3)段)。

<sup>593</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约》,第16条第12款。

<sup>594</sup> 《联合国反腐败公约》,第四十四条第十三款。

<sup>595</sup> 《联合国打击跨国组织犯罪公约》,第16条第11款。

<sup>596</sup> 《联合国反腐败公约》,第四十四条第十二款。



国进行引渡。这种规定载于一般涉及引渡的各种多边<sup>597</sup> 和双边条约<sup>598</sup> 及国内法，<sup>599</sup> 并载于涉及特定犯罪的引渡条约。<sup>600</sup>

(28) 第 11 款参照 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 16 条第 14 款，以及 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第十五款，这两款都规定：

如果被请求缔约国有充分理由认为提出引渡请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或者政治观点为理由对其进行起诉或者处罚，或者按请求执行将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何条款作规定了被请求国引渡义务的解释。

第 11 款虽然参照了上述规定，但在英文中将“sex”一词改为了“gender”，并按照第 2 条草案第 1 款(h)项的用语，在各项因素中增加了“文化”一词。此外，还仿照 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，在各项因素中增加了“属于某一特定社会群体”这一短语。<sup>601</sup> 第 11 款可被视为第 11 条草案第 1 款所要求的在所有阶段保障被指控罪犯按照国际法所具有的权利得到充分保护的一个方面。的确，可能还有其他与充分保护被指控罪犯的人权有关的原因，使被指控罪犯免于引渡。

(29) 鉴于第 11 款未载有引渡任何人员的义务，因此严格来讲，第 11 款对于仅根据本条款草案进行的引渡而言，并不必要。根据本条款草案，一国可拒绝引渡任何人，前提是该国必须将案件提交本国的主管当局进行起诉。但如果引渡请求是根据一国的引渡条约或国内法提出的，且引渡条约或国内法要求在某些情况下引渡，则本款可能适用。第 11 款有助于确保引渡条约或国内法中任何允许在某些情况下(如第 11 款所述情况)免于引渡的条款不受本条款草案的影响。如此，委员会认为宜在本条款草案中加入这样一项规定。

(30) 应区分第 11 款与关于不推回的第 5 条草案。后者广泛涉及人员从一国向另一国的任何转移。这种转移也可能发生在该人没有被指控犯有危害人类罪或根

<sup>597</sup> 例如见《欧洲引渡公约》，第 3 条第 2 款；《美洲国家间引渡公约》，第 4 条第 5 款。

<sup>598</sup> 例如见《印度共和国政府与法兰西共和国政府引渡协定》(2003 年 1 月 24 日，巴黎)，第 3 条第 3 款；《美利坚合众国政府与南非共和国政府引渡条约》，第 4 条第 3 款；《澳大利亚与大韩民国引渡条约》(1990 年 9 月 5 日，首尔)，第 4 条第 1 款(b)项；《墨西哥合众国政府与加拿大政府引渡条约》第四条(b)项。《联合国引渡示范条约》第 3 条(b)项包含这种规定。《关于引渡示范条约的订正手册》第 47 段指出：“(b)项……不会引发争议，世界各地的引渡条约普遍采用这一款(有时会有改动)”。

<sup>599</sup> 例如见《中华人民共和国引渡法：中华人民共和国第 42 号主席令》，2000 年 12 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第 19 次会议通过，第八条第四款(“外国向中华人民共和国提出的引渡请求，有下列情形之一的，应当拒绝引渡：……被请求引渡人可能因其种族、宗教、国籍、性别、政治见解或者身份等方面的原因而被提起刑事诉讼或者执行刑罚，或者被请求引渡人在司法程序中可能由于上述原因受到不公正待遇”)；以及《联合王国引渡法》，第 13 条(“出于以下外部因素，将禁止……引渡某人：(a) 针对某人出具第一类逮捕证(尽管据称是因引渡罪行而出具)的实际目的是因其种族、宗教、国籍、性别、性取向或政治见解而对其进行起诉或惩罚，或(b) 假如被引渡，某人会因其种族、宗教、国籍、性别、性取向或政治见解，在接受审判时受到损害或受到惩罚、拘留或被限制人身自由”)。

<sup>600</sup> 例如见《反对劫持人质国际公约》，第九条；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 6 条第 6 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 12 条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 15 条，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第七款。

<sup>601</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第七款。

本没有犯任何罪的情况。第 5 条草案的重点是确保不会将人员转移至其有可能遭受危害人类罪的国家。就引渡而言，虽然第 5 条草案与第 13 条草案第 11 款有所重合，但可以对这两项规定的区别作如下解释。第 5 条草案的重点是防止任何人因任何被指控的罪行被引渡到其有可能遭受危害人类罪的地方。第 13 条草案第 11 款侧重于引渡被指控犯有危害人类罪的人，并明确规定，如果认为引渡请求是基于国际法不允许的理由提出的，则本条款草案不要求被请求国履行引渡义务。

#### 适当考虑犯罪发生国的请求

(31) 第 13 条草案第 12 款要求被请求国“适当考虑”被指控罪行发生在其管辖领土内的国家的引渡请求。

(32) 如果发生被指控罪行的国家是受害人、证人或与犯罪有关的其他证据的主要所在地，则该国可能是最佳起诉地点。在这方面，有人指出，1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》强调“由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际性刑事法庭”起诉被指控的罪犯。<sup>602</sup>《1949 年日内瓦四公约第一附加议定书》载有如下规定：

除受各公约和本议定书第八十五条第一款所确定的权利和义务的拘束外，并在情况许可下，缔约各方应在引渡事项上合作。缔约各方应对被控罪行发生地国家的请求给予适当的考虑。<sup>603</sup>

此外，按照《罗马规约》的补充制度，在实践中，如果犯罪发生国有能力并且愿意行使管辖权，往往将案件交由犯罪发生国(或被指控罪犯的国籍国，通常为同一国)审理。<sup>604</sup>

#### 拒绝引渡前应磋商

(33) 第 13 条草案第 13 款规定，被请求国在拒绝引渡前“应酌情与请求国磋商，以使请求国有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的信息”。通过这种磋商，请求国也许能够修改请求，打消被请求国的疑虑。但“酌情”这一短语承认，可能有时候被请求国拒绝引渡，但不宜进行磋商，例如被请求国已决定将案件提交本国主管当局以起诉，或出于保密原因不可能进行磋商。尽管如此，委员会强调，在本条款草案的背景下，第 10 条草案要求被请求国在不引渡的情况下将有关事项提交本国的检察机关。

(34) 第 13 款参照了 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》<sup>605</sup> 和 2003 年《联合国反腐败公约》<sup>606</sup>，这两项公约都规定，“被请求缔约国在拒绝引渡前应

<sup>602</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第六条(强调是后加的)。

<sup>603</sup> 《第一附加议定书》，第八十八条第二款。

<sup>604</sup> 《罗马规约》，第十七条第(一)款(“在下列情况下，本法院应断定案件不可受理：1. 对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉，除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉……”)。

<sup>605</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 16 款。

<sup>606</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十四条第十七款。

当在适当情况下与请求缔约国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和提供与其陈述有关的资料”。

### 多重引渡请求

(35) 对于多国请求引渡的情况下哪一个请求国具有优先权的问题，各项述及一般引渡问题或涉及具体犯罪引渡问题的条约通常没有试图对此予以规范。此种文书至多可能承认被请求国可酌情决定是否引渡和引渡到哪一个请求国。例如，1990 年联合国《引渡示范条约》第 16 条仅仅规定：“一缔约国如从另一缔约国和第三国收到引渡同一人的请求，应斟酌决定将其引渡给哪一个国家”。<sup>607</sup>

(36) 因此，委员会参照现有条约，决定不在本条款草案中加入一项规定，具体说明在出现多重请求时，除了第 12 段规定的“适当考虑”义务之外，宜如何行事。尽管如此，如果发生了这种情况，一国在酌情决定时宜考虑多种不同因素。例如，厄瓜多尔《综合刑法》(2014 年)第 405 条规定：“la o el juzgador ecuatoriano podrá determinar la jurisdicción que garantice mejores condiciones para juzgar la infracción penal, la protección y reparación integral de la víctima” (“法官可判定哪个司法体系将确保为起诉刑事犯罪、保护受害人并为受害人提供完整赔偿提供更好的条件”)。<sup>608</sup> 对欧洲联盟而言，有关因素包括：“犯罪的相对严重性和犯罪地点、所涉欧洲国家各自签发逮捕令的日期，以及签发逮捕令是出于起诉目的，还是为了执行监禁刑罚或拘留令”。<sup>609</sup>

### 双重犯罪

(37) 引渡条约通常包含一项“双重犯罪”要求，即对于具体引渡请求而言，有关行为在请求国和被请求国均属于刑事犯罪时，方存在引渡义务。<sup>610</sup> 关于特定类型犯罪的条约如果既包括强制规定为犯罪的行为，又包括非强制规定为犯罪的行为，导致任意两个缔约国内的罪名可能存在差异，则往往包含这种双重犯罪要求。例如，关于腐败，2003 年《联合国反腐败公约》既列出了强制规定为犯罪的行为，<sup>611</sup> 也列出了非强制规定为犯罪的行为<sup>612</sup>。

(38) 相反，关于特定类型犯罪并且只列出了强制规定为犯罪的行为的条约往往不包含双重犯罪要求。因此，1984 年《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》和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》这种定义了具体犯罪并要求缔约国采取必要措施以确保将这些罪行纳入国内刑法的条约，在各自的引渡规定中都没有列入双重犯罪要求。未列入这一要求的理由是，在根据上述任一项公约提出引渡请求时，有关罪行应当已在缔约国双方法律中属

<sup>607</sup> 《联合国引渡示范条约》，第 16 条。

<sup>608</sup> 《综合刑法》，第 405 条。

<sup>609</sup> 例如见理事会 2002 年 6 月 13 日的框架决定，第 16 条第 1 款。

<sup>610</sup> 例如见联合国毒品和犯罪问题办公室，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册，第一部分：引渡示范条约示范订正手册》，第 10 页，第 20 段(“要求引渡的相关罪行根据请求国和被请求国的法律均属于刑事犯罪，这种双重犯罪要求是引渡法的一项根本原则”)。

<sup>611</sup> 《联合国反腐败公约》，第十五条、第十六条第一款以及第十七、第二十三和第二十五条。

<sup>612</sup> 同上，第十六条第二款、第十八至第二十二以及第二十四条。

于刑事犯罪，因此没有必要硬性规定双重犯罪要求。虽然两个国家将某项罪行纳入本国法律的方式或许有细微的差异，但仍然没有必要规定双重犯罪要求，因为只要某行为在本质上被这两个司法体系都定为犯罪，双重犯罪要求是允许这种差异的。另一个理由是，关于特定类型犯罪的条约通常不包含引渡的绝对义务，而是载有或引渡或起诉义务，即被请求国只要将案件提交本国主管当局起诉，就可以选择不引渡。

(39) 关于危害人类罪的本条款草案在第 2 条草案中对危害人类罪下了定义，并以这项定义为基础，在第 6 条草案第 1 至 3 款中要求将“危害人类罪”这一“犯罪”列入各国国内刑法。<sup>613</sup> 如此，一国就本条款草案所述犯罪向另一国发出引渡请求时，有关犯罪应在两国均属于刑事犯罪，因此自动满足双重犯罪要求。此外，第 10 条草案所述的或引渡或起诉义务并未要求各国必须引渡；有关国家只要将案件提交本国主管当局起诉就能满足第 10 条草案所规定的义务。因此，委员会决定，没有必要如 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条前三款所载，在第 13 条草案中加入双重犯罪要求。

#### 第 14 条 司法协助

1. 各国应按照本条草案，在对本条款草案所述的罪行进行的相关调查、起诉和司法程序中相互提供最广泛的司法协助。
2. 对于请求国依照第 6 条草案第 8 款可能追究法人责任的罪行所进行的调查、起诉、司法和其他程序，应根据被请求国的有关法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。
3. 可为下列任何目的请求按照本条草案给予司法协助：
  - (a) 查明被指控罪犯的身份和所在地，适当时也可查明受害人、证人或其他人的身份和所在地；
  - (b) 向个人获取证据或陈述，包括以视频会议方式；
  - (c) 送达司法文书；
  - (d) 执行搜查和扣押；
  - (e) 检查实物和现场，包括获取法医学证据；
  - (f) 提供信息、物证以及专家评估；
  - (g) 提供有关文件和记录的原件或经核证的副本；
  - (h) 为取证目的或其他目的而查明、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或其他物品；
  - (i) 为有关人员自愿在请求国出庭提供方便；或
  - (j) 不违反被请求国本国法律的任何其他形式的协助。

<sup>613</sup> 第 2 条草案第 3 款规定，该条草案不妨碍任何国家法律规定的更为宽泛的危害人类罪定义。如果引渡请求所依据的定义比第 2 条草案第 1 和第 2 款所述定义更为宽泛，则该请求不得以本条款草案所述犯罪为依据。



4. 各国不得以银行保密为理由拒绝提供本条草案所规定的司法协助。
5. 各国应视需要考虑缔结有助于实现本条草案目的、具体实施本条或者加强本条规定的双边或多边协定或安排的可能性。
6. 一国主管当局如果认为与危害人类罪有关的信息可能有助于另一国主管当局进行或顺利完成调查、起诉和司法程序，或者可以促成其根据本条款草案提出请求，则在不妨碍本国法律的情况下，可以在没有事先请求的情况下，向该另一国主管当局提供此类信息。
7. 本条草案各项规定概不影响规范或将要规范有关国家之间整个或部分司法协助问题的任何其他双边或多边条约所规定的义务。
8. 如果有关国家无司法协助条约的约束，则本条款草案的附件草案应适用于根据本条草案提出的请求。如果有关国家受此类条约的约束，则适用条约的相应规定，除非这些国家同意代之以适用附件草案的规定。鼓励各国在附件草案有助于合作时适用附件草案。
9. 各国应酌情考虑与联合国或其他国际组织设立的、负责收集与危害人类罪相关的证据的国际机制缔结协定或安排。

## 评注

(1) 调查或起诉本条款草案所述犯罪的国家可能希望另一国能协助收集信息和证据，包括收集文件、宣誓声明以及受害人、证人或其他人的口头证词。此种事项上的合作被称为“司法协助”。建立法律框架来规范这种协助，有助于为请求国与被请求国提供可预测的合作手段。例如，某些条约载有关于起诉战争罪的司法协助的条款。<sup>614</sup>

(2) 目前，没有专门针对危害人类罪背景下司法协助问题的全球或区域条约。更确切地说，各国之间开展此类合作，或是作为一种礼让自愿开展，或是在订有针对一般犯罪方面司法协助的双边或多边条约(被称为司法协助条约)的情况下，通过条约开展。尽管与危害人类罪有关的司法协助可以通过这样的条约进行，但在许多情况下，请求国与被请求国之间并没有司法协助条约。<sup>615</sup> 与引渡的情况一样，一国常常与其他很多国家没有关于一般罪行的司法协助条约关系，因此，在需要就危害人类罪开展合作时，没有现成的能方便此种合作的法律框架。

(3) 第 14 条草案试图提供这样一个法律框架。第 1 至第 8 款旨在论述将在请求国与被请求国之间适用的司法协助的各种重要要素，同时铭记上述国家之间有的可能存在司法协助条约，有的可能没有。正如下文所进一步讨论的，如果请求国与被请求国之间没有司法协助条约，则第 14 条草案和附件草案均适用。如果两

<sup>614</sup> 例如，见《第一附加议定书》，第八十八条第一款(“缔约各方应在对严重破坏各公约或本议定书的行为提出刑事诉讼方面，彼此提供最大限度的协助”)；《1954 年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》，第 19 条第 1 款(“在对第 15 条所述之违约行为进行的调查和刑事诉讼或引渡程序中，缔约国之间应相互提供最大程度的司法协助，包括协助取得它们所掌握的、为诉讼程序所必须的证据”)。另见红十字国际委员会，《日内瓦第一公约评注》，2016 年，第 2892-2893 段(关于第四十九条)。

<sup>615</sup> 见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》(联合国出版物，出售品编号：E.98.XI.5)，第 185 页，第 7.22 段(认定“仍有许多国家不加入一般性相互法律协助条约，并在具体事项上无双边条约规范有关国家之间的关系的许多情况”)。



国之间存在司法协助条约，则适用条约，除非：(a) 第 14 条草案的特定条款要求提供比司法协助条约规定的更高水平的协助，则这些条款也应适用；(b) 如果请求国和被请求国同意使用附件草案以方便合作，则附件草案也适用。

(4) 第 14 条和附件草案所载有关司法协助的详细规定也见于若干针对具体犯罪的近期的公约。虽然之前也有较不详细的规定，<sup>616</sup> 但各国似乎更青睐较为详细的规定，从 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的起草过程就可看出这一点。在最初的草案中，司法协助条款的篇幅为两段。<sup>617</sup> 但参与谈判的国家很早就决定，<sup>618</sup> 应当放弃这种较不详细的起草方法，以 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 7 条为基础，起草更为详细的条款来取而代之。<sup>619</sup> 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条的详细规定因此产生。2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条几乎原文照搬了这一条的内容。1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》中也载有类似规定。<sup>620</sup>

(5) 委员会决定，对于有关危害人类罪的条款草案，较为详细的规定最为适合。此种规定能向各国提供广泛的指导，在请求国与被请求国之间没有司法协助条约时尤为有用。<sup>621</sup> 再者，与第 13 条草案所载有关引渡的详细规定一样，此种有关司法协助的规定已证明为各国所接受。例如，截至 2019 年年中，已有 190 个国家加入 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、186 个国家加入 2003 年《联合国反腐败公约》。这两项公约的缔约国中，没有任何国家对司法协助条款的用语或内容提出保留。另外，此种规定还时常得到各国国内执法部门的适用，并已在诸多指南和其他资源中，例如在联合国毒品和犯罪问题办公室发布的指南和其他资源中得到阐释。<sup>622</sup>

(6) 第 14 条草案和附件草案参照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条，但有一些改动。就结构而言，委员会认为宜在条款草案的正文中加入不论两国之间是否有司法协助条约都适用的规定，而在附件草案中加入仅在没有这类条约时适用的规定(虽然即便有这类条约，使用附件草案也可能被认为有助于方便合作)。这样做有助于保持条款草案的平衡感，同时将只在特定情况下自动适用的规定集中在一处(附件草案)。此外，如下文所解释的，修改、移动或删除了第四十六条的一些规定。

<sup>616</sup> 例如见《禁止酷刑公约》，第 9 条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 10 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十四条。

<sup>617</sup> 见预防犯罪和刑事司法委员会，秘书长关于拟订一项打击有组织跨国犯罪国际公约的问题的报告(E/CN.15/1997/7/Add.1)，第 15 页。

<sup>618</sup> 同上(澳大利亚和奥地利的建议)。

<sup>619</sup> 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条。

<sup>620</sup> 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》中的司法协助规定分布在若干条款中，其中许多条款都既涉及协助也涉及引渡。见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 7 条第 5 款和第 12 至第 16 条。更为常见的情况是，司法协助规定集中在一项单独的条款中。

<sup>621</sup> 见联合国毒品和犯罪问题办公室，《〈联合国反腐败公约〉的执行情况：定罪、执法及国际合作》(联合国，2017 年，纽约，第 2 版)，第 221-225 页。

<sup>622</sup> 见联合国毒品和犯罪问题办公室，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册，第一部分：关于引渡示范条约的订正手册》，第 45 段。

(7) 第 14 条草案第 1 款规定了缔约国就本条款草案所述犯罪“相互提供最广泛的司法协助”的一般义务。本案文除了“本条款草案所述的犯罪”这一提法外，逐字照搬 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第一款。<sup>623</sup> 重要的是，各国互助的义务不仅适用于“调查”，还适用于“起诉”和“司法程序”。这样，这项义务旨在确保各国在执法过程的所有阶段都开展全面合作，以推进实现本条款草案的广泛目标。

(8) 第 14 条草案第 2 款述及在追究法人责任的具体情况下开展此种合作的问题，使用的标准与第 1 款不同。这种合作只“应根据被请求国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供”。这一标准承认了各国法律制度对待涉嫌犯罪的法人的方式存在显著差异，这种差异还催生了第 6 条草案第 8 款的用语。考虑到这些差异，此种情况下的司法协助只能在条件允许的前提下开展。

(9) 第 14 条草案第 2 款的案文几乎原文照搬 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二款，<sup>624</sup> 但有三处修改。第一，第 14 条草案第 2 款英文将第四十六条第二款的最后一个分句移到开头[中文无改动]，以便在开头就明确表示该款涉及与法人有关的司法协助。第二，该分句中提到的依照的条款，根据本条款草案做了相应修改。第三，在“调查、起诉、司法和其他程序”中增加了“和其他”三个字。委员会之所以认为宜作第三个改动，是因为在某些国家的法律制度中，可能会有其他类别的程序与法人有关，例如行政程序。

(10) 第 14 条草案第 3 款列出了可以提供的协助的类别。“下列任何目的”这一短语表示一个或多个目的。这些协助类别是泛泛划定的，大多照搬了许多多边<sup>625</sup> 和双边<sup>626</sup> 司法协助条约所列的协助类别。事实上，此种措辞非常宽泛，足以包含可能与调查和起诉危害人类罪有关的各种协助，包括要求：警方和安全机构的记录；法院卷宗；国籍、移民、出生、婚姻和死亡记录；健康记录；司法鉴

<sup>623</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十六条第一款(“缔约国应当在对本公约所涵盖的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助”)。另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 1 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 1 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 1 款。

<sup>624</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十六条第二款(“对于请求缔约国中依照本公约第二十六条可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序，应当根据被请求缔约国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助”)。在 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的谈判过程中，由于各国在法人责任问题上(特别是刑事案件中法人责任问题上)的做法差异较大，若干代表团提议拟订一项专门关于法人的司法协助规定，这项规定最终得到通过，成为第 18 条第 2 款。后来在 2003 年《联合国反腐败公约》的谈判过程中，就司法协助规定提出了三项提案，其中一项没有明文对关于法人的司法协助作出规定。见联合国毒品和犯罪问题办公室，《关于拟订联合国反腐败公约的谈判准备工作文件》(联合国，2010 年，纽约)，第 374-377 页，脚注 5。到第二次谈判会议时，这项提案已被撤下，不在考虑之列(同上，第 378 页，脚注 7)，最终促成通过了第四十六条第二款。

<sup>625</sup> 例如见《美洲刑事事项互助公约》(1992 年 5 月 23 日，拿骚)，美洲国家组织，《条约汇编》，第 75 号，第 7 条；《东南亚国家联盟(东盟)刑事事项司法协助条约》(2004 年 11 月 29 日，吉隆坡)，联合国，《条约汇编》，第 2336 卷，第 41878 号，第 271 页，第 1 条第 2 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 3 款。

<sup>626</sup> 例如见《联合国刑事事项互助示范条约》，联大 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议(后经联大 1998 年 12 月 9 日第 53/112 号决议修订)，附件，第 1 条第 2 款；《美利坚合众国与俄罗斯联邦刑事事项司法协助条约》(1999 年 6 月 17 日，莫斯科)，联合国，《条约汇编》，第 2916 卷，第 50780 号，第 2 条。

定材料；以及生物特质资料。所列内容并非详尽无遗，该款(j)项载有一项宽泛的规定，涉及“不违反被请求国本国法律的任何其他形式的协助”。

(11) 第 3 款参照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第三款。该公约规定，对于缔约国之间任何现有的、不具备第三款所列合作形式的双边司法协助条约，一般应将之视为“由这些合作形式自动加以补充”。<sup>627</sup> 委员会考虑到本条款草案的重点是危害人类罪而非腐败，为了第 14 条草案第 3 款的目的，在《联合国反腐败公约》第四十六条第三款案文的基础上作了一些改动。

(12) 为此，增加了新的(a)项，以强调为“查明被指控罪犯以及适当时受害人、证人或其他人的身份和所在地”而提供的司法协助。“适当时”这一短语确认，对于这些人员应考虑隐私方面的关切。同时“其他人”这一短语应理解为包括专家或其他有助于调查或起诉被指控罪犯的人员。(b)项也有改动，以涵盖缔约国通过视频会议提供司法协助以便从有关人员处取得证词或其他证据的可能性。之所以认为宜作如此改动，是考虑到这类证词的使用越来越多并且在跨国执法方面具有特别的优势，附件草案第 16 款也认可了这一点。<sup>628</sup> (e)项允许一国在“检查实物和现场”方面请求司法协助，该项有所改动，以强调收集危害人类罪法医学证据的能力，因为这种证据(例如墓穴发掘和检查)对于彻底调查此类犯罪具有重要作用。

(13) (g)项允许一国请求协助以获取“有关文件和记录的原件或者经核证的副本”，该项有所改动，删去了 2003 年《联合国反腐败公约》所载的示例；<sup>629</sup> 委员会认为示例过于强调财务记录。虽然此种记录可能与危害人类罪相关，但其他类别的记录(例如死亡证明和警方报告)很可能同样相关，甚至更为相关。同样，2003 年《联合国反腐败公约》在(j)项和(k)项所列的两类协助<sup>630</sup> 未被包括在内，因为这两类协助专门涉及该公约关于资产追回的具体规定，而本条款草案并不包含这方面的内容。

(14) 尽管 2003 年《联合国反腐败公约》将“执行搜查和扣押并实行冻结”<sup>631</sup> 列在一起，但委员会认为宜将“冻结”移至关于犯罪所得的(h)项，使该项变为“为取证目的或其他目的而查明、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或其他物品”。增加了“或其他目的”几个字，以涵盖性质上不属于取证的目的，例如将财产归还给受害人。

(15) 第 14 条草案第 4 款规定，各国“不得以银行保密为理由拒绝提供本条款草案所规定的司法协助”。2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第八款<sup>632</sup> 使

<sup>627</sup> 《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 170 页，第 605 段(该段还指出，在有些国家法律制度中，可能需要修订法律才能增加额外的合作依据)。

<sup>628</sup> 第 16 款允许一国在“该人不可能或不宣到请求国领土出庭时”，“允许以视频会议方式进行询问”。该款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十八款。

<sup>629</sup> 同上，第四十六条第三款(“(六) 提供有关文件和记录的原件或者经核证的副本，其中包括政府、银行、财务、公司或者商业记录”)。

<sup>630</sup> 同上，第四十六条第三款(“(十) 根据本公约第五章的规定辨认、冻结和追查犯罪所得；(十一) 根据本公约第五章的规定追回资产”)。

<sup>631</sup> 同上，第四十六条第三款第(三)项。

<sup>632</sup> 见《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 171 页，第 611-12 段；《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 228-229 页。

用了相同的用语，而类似用语也见于其他多边和双边司法协助条约。<sup>633</sup> 本条款草案所涉及的犯罪本质上很可能不是财务犯罪，通常可能并不需要这一条款，但是危害人类罪可导致资产被盗的情况，而关于这些资产的司法协助可能不仅对证明犯罪事实，而且对追回资产并将之归还受害人，都有宝贵作用。这项规定虽然提到的是“银行”保密，但旨在涵盖所有金融机构，不论这些机构在严格意义上是否被视为银行。<sup>634</sup>

(16) 第 14 条草案第 5 款规定，“各国应视需要考虑缔结有助于实现本条草案目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性”。这项规定基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第三十款，<sup>635</sup> 并未规定各国负有义务在这方面采取任何具体措施，而是鼓励各国考虑缔结额外的多边或双边条约，以促进第 14 条的实施。

(17) 第 14 条草案第 6 款承认，一国如果认为向另一国提供信息可协助该国进行或顺利完成调查、起诉和司法程序，或者可以促成该国提出正式请求，则即便在没有正式请求的情况下也可以向该国提供信息。2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》<sup>636</sup> 首次创新地使用了这项规定，2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第四款又照搬了这项规定。规定的措辞保留了裁量的余地，指出一国“可以”提供信息，并用“在不妨碍本国法律的情况下”这一分句作了进一步限定。在实践中，各国经常进行此种非正式的信息交换。<sup>637</sup>

(18) 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和 2003 年《联合国反腐败公约》中，都另有一项规定更加具体地说明了应如何对待提供的信息。<sup>638</sup> 虽然这些具体内容可能在有些情况下具有作用，但委员会为了本条款草案的目的，认为第 14 条草案第 6 款足以为此种合作提供依据。

(19) 第 14 条草案第 7 款述及第 14 条草案与请求国和被请求国之间缔结的任何司法协助条约的关系。第 7 款明确指出，“本条草案各项规定概不影响规范或将要规范有关国家之间整个或部分司法协助问题的任何其他双边或多边条约所规定

<sup>633</sup> 例如见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 5 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 8 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 2 款；《刑事事项互助示范条约》，第 4 条第 2 款；《东盟刑事事项司法协助条约》，第 3 条第 5 款。

<sup>634</sup> 《刑事事项互助示范条约》提到不得以“银行和类似金融机构”的保密为由拒绝提供协助。《刑事事项互助示范条约》，第 4 条第 2 款。但大部分条约只提到“银行保密”，将这一表述解释为也包括其他金融机构。例如见《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 183-184 页。

<sup>635</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十六条第三十款。见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 30 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 20 款。

<sup>636</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 4 款。

<sup>637</sup> 《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 227-228 页。

<sup>638</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 5 款；《联合国反腐败公约》，第四十六条第五款。在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的通过过程中，一份正式解释性说明写道：“(a) 当缔约国考虑是否自发提供特别敏感性资料或考虑对所提供的资料使用实行严格限制时，该缔约国似宜事先与潜在的接收国协商；(b) 根据本款规定接收资料的缔约国如果已经掌握了类似的资料，即无义务遵守提供资料国所规定的任何限制”。见《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)，第 37 段。



的义务”。换言之，尽管存在第 14 条草案，但请求国与被请求国之间缔结的任何其他司法协助条约所载义务仍然适用。<sup>639</sup> 但如果第 14 条草案的特定条款要求提供比司法协助条约规定的更高水平的协助，则这些条款中规定的义务也应适用。<sup>640</sup> 这项规定借鉴了之前关于犯罪的条约的内容。<sup>641</sup>

(20) 第 14 条草案第 8 款述及附件草案的适用问题。附件草案是本条款草案不可或缺的组成部分。第 8 款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第七款，<sup>642</sup> 规定如果请求国与被请求国之间没有司法协助条约，则附件草案适用。同理，如果请求国与被请求国之间订有司法协助条约，则附件草案不适用。但第 8 款还指出，两国如果有意愿，可以商定适用附件草案的规定，并且鼓励各国在附件草案有助于合作时适用附件草案。

(21) 第 14 条草案第 9 款规定，“各国应酌情考虑与联合国或其他国际组织设立的、负责收集与危害人类罪相关的证据的国际机制缔结协定或安排”。1949 年《日内瓦四公约第一附加议定书》最先规定了在发生严重罪行的情况下国家与联合国之间的合作。<sup>643</sup> 虽然第 9 款不涉及第 14 条草案的重点——国家间的“横向”司法协助，但惩处方面的这种合作很重要，并将作为第 4 条草案涉及的防止方面的国家与国际组织之间的合作的补充。有人指出，一些国家需要法定机构或正式框架来与上述国际机制合作。<sup>644</sup> 第 9 款鼓励各国考虑缔结协定或安排，以便开展这种合作。然而，与本条草案第 5 款一样，第 9 款没有规定各国在这方面采取任何具体行动的义务。

(22) 第 9 段不涉及国家与负责起诉被指控罪犯的国际性刑事法院或法庭的合作。此种合作仍然受这些法院或法庭的章程以及任何具体国家与这些法院或法庭的法律关系的约束。

<sup>639</sup> 第 10 条评注第(1)段，《1972 年……年鉴》，第二卷，第 321 页（在提到《关于防止和惩治对外交代表和其他应受国际保护人员犯罪的条款草案》中一项类似规定时指出：“司法事项上的协助始终是各国关切的一个问题，并且是大量双边和多边条约的主题。本草案缔约国之间现有的任何此种条约所产生的义务在本条中完全得到了保留”）。

<sup>640</sup> 例如见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 184 页，第 7.20 段（关于第 7 条第 6 款：“凡是对非法贩运案件该公约规定提供的协助水平高于适用的双边或多边相互法律协助条约条款规定的水平，就执行该公约的规定”）。

<sup>641</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十六条第六款（“本条各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务”）。另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 6 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 6 款。

<sup>642</sup> 见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 7 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 7 款。另见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 185 页，第 7.23 段；《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 171 页，第 608 段。

<sup>643</sup> 《第一附加议定书》，第八十九条（“在严重违反本公约或本议定书的情形下，缔约各方承诺在与联合国合作下按照联合国宪章采取共同或单方行动”）。

<sup>644</sup> 见《协助调查和起诉自 2011 年 3 月以来在阿拉伯叙利亚共和国境内犯下国际法所规定最严重罪行者的国际公正独立机制的报告》(A/73/295)，第 39 段。



(23) 与关于引渡的第 13 条草案一样，委员会决定没有必要在第 14 条草案中列入双重犯罪要求，例如 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第九款<sup>645</sup> 所载的双重犯罪要求。如前文所述，关于危害人类罪的本条款草案在第 2 条草案中对危害人类罪下了定义，并以这项定义为基础，在第 6 条草案第 1 至 3 款中要求将“危害人类罪”的“犯罪”列入各国国内刑法。如此，根据本条款草案提出司法协助请求时，双重犯罪要求应自动得到满足。

## 第 15 条 争端的解决

1. 各国应努力通过谈判解决与本条款草案的解释或适用有关的争端。
2. 两个或两个以上国家对于本条款草案的解释或适用发生的任何争端不能通过谈判解决的，应按其中一方请求提交国际法院，除非这些国家同意将争端交付仲裁。
3. 各国可声明不受本条草案第 2 款的约束。在与作此声明的任何国家的关系上，其他国家也不受本条草案第 2 款的约束。
4. 凡根据本条草案第 3 款作出声明的国家，均可随时撤销该项声明。

## 评注

(1) 第 15 条草案述及与本条款草案的解释或适用有关的争端的解决问题。目前，各国没有义务解决具体与防止和惩罚危害人类罪有关的国家间争端。如果这种争端可以得到处理，则是因为存在解决纠纷的义务，但这种义务并不专门针对危害人类罪。<sup>646</sup> 欧洲人权法院和美洲人权法院在评估公正审判权、<sup>647</sup> 一罪不二审、<sup>648</sup> 法无明文者不罚<sup>649</sup> 和大赦规定合法性等问题时也提到了危害人类罪。<sup>650</sup>

<sup>645</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十六条第九款。见《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 172 页，第 616 段（“各缔约国仍然可以以并非双重犯罪为由拒绝此类请求。同时，缔约国应在符合其法律制度基本概念的情况下提供不涉及强制行动的协助”）。

<sup>646</sup> 例如，国际法院曾审理过涉及危害人类罪的案件，当时德国根据 1957 年《关于和平解决争端的欧洲公约》提出了诉讼，而意大利提出了反诉。国家的管辖豁免(德国诉意大利)，反诉，2010 年 7 月 6 日的命令，《2010 年国际法院案例汇编》，第 310 页起，见第 311-312 页，第 3 段。但国际法院在该案中认定，意大利的反诉涉及 1957 年 4 月 29 日《关于和平解决争端的欧洲公约》生效之前就存在的事实和情形，因此不在该法院的管辖范围内(同上，见第 320-321 页，第 30 段)。

<sup>647</sup> Strelitz、Kessler 和 Krenz 诉德国，第 34044/96、第 35532/97 和第 44801/98 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2001 年 3 月 22 日的判决，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》，第二卷(Loucaides 法官的赞同意见)；以及 K.-H. W. 诉德国，第 37201/97 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2001 年 3 月 22 日的判决，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》，第二卷(节选)(Loucaides 法官的赞同意见)。

<sup>648</sup> Almonacid-Arellano 案，2006 年 9 月 26 日的判决(见上文脚注 24)，第 154 段。

<sup>649</sup> Kolk 和 Kislyiy 诉爱沙尼亚，第 23052/04 和第 24018/04 号申诉，欧洲人权法院第四庭 2006 年 1 月 17 日关于可否受理的决定，《2006 年欧洲人权法院案例汇编》，第一卷。

<sup>650</sup> Barrios Altos 诉秘鲁，2001 年 3 月 14 日的判决(见上文脚注 479)(Sergio García-Ramírez 法官的赞同意见)，第 13 段；Gelman 诉乌拉圭，美洲人权法院 2011 年 2 月 24 日的判决(实质问题和赔偿)，C 辑，第 221 号，第 198 和第 210 段；以及 Marguš 诉克罗地亚(见上文脚注 479)，第 130-136 段。

(2) 第 15 条草案第 1 款规定“各国应努力通过谈判解决与本条款草案的解释或适用有关的争端”。这一案文参照了 2003 年《联合国反腐败公约》第六十六条第一款。<sup>651</sup> 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》类似规定的准备工作文件表明,此种规定“宜……作广义的理解,以表示鼓励各国尽可能使用各种和平解决争端的途径,包括和解、调解和诉诸区域机构”。<sup>652</sup>

(3) 第 15 条草案第 2 款规定,对于与本条款草案的解释或适用有关的争端“不能通过谈判解决的”,应诉诸强制争端解决。虽然没有规定寻求这种谈判的方式或时间,但一国应真正试图进行谈判,<sup>653</sup>而不是仅仅抗议另一国的行为。<sup>654</sup> 如果谈判失败,大部分谈及国内法中犯罪的条约规定,申诉国有义务在将争端提交国际法院之前先尝试仲裁。<sup>655</sup> 但委员会认为,对于针对危害人类罪的本条款草案,宜规定有关国家可以立即诉诸国际法院,除非两国同意将有关事项交付仲裁。1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》也规定,应立即诉诸国际法院解决争端。<sup>656</sup>

(4) 第 15 条草案第 3 款规定,“各国可声明不受……第 2 款的约束”,在这种情况下,在与这个国家的关系上,“其他国家也不受本条草案第 2 款的约束”。大部分针对国内法中犯罪并规定了国家间争端解决的条约都允许缔约国选择不接受强制争端解决。<sup>657</sup> 例如,2003 年《联合国反腐败公约》第六十六条第三款规

<sup>651</sup> 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》,第 35 条第 1 款;《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》,第 15 条第 1 款。

<sup>652</sup> 拟订一项打击跨国有组织犯罪公约特设委员会,《联合国打击跨国有组织犯罪公约谈判正式记录(准备工作文件),第十届会议,2000 年 7 月 17 日至 28 日,维也纳》(A/AC.254/33),第 34 段。

<sup>653</sup> 对类似规定的分析,见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用问题案(格鲁吉亚诉俄罗斯联邦),初步反对意见,判决,《2011 年国际法院案例汇编》,第 70 页起,见第 132 页,第 157 段(认定,“至少[, ]争议方中的一方应真正试图以解决争议为目的与另一争议方进行讨论”);同上,第 133 页,第 159 段(“只有在谈判失败时或者在谈判不起作用或陷入僵局时才能满足谈判的前提条件”);与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)(上文脚注 23),见第 445-446 页,第 57 段(“……的要求不能被理解为理论上无法达成协议”);西南非洲案(埃塞俄比亚诉南非;利比里亚诉南非),初步反对意见,判决,《1962 年国际法院案例汇编》,第 319 页起,见第 345 页(该项要求意味着“进一步谈判已无任何实现解决的合理可能” )。

<sup>654</sup> 例如见刚果领土上的武装活动案(新申诉:2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达),管辖权和可否受理,判决,《2006 年国际法院案例汇编》,第 6 页起,见第 40-41 页,第 91 段。

<sup>655</sup> 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》,第十二条第一款;《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》,第十三条第 1 款;《反对劫持人质国际公约》,第十六条第 1 款;《禁止酷刑公约》,第 30 条第 1 款;《联合国人员和有关人员安全公约》,第 22 条第 1 款;《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》,第 20 条第 1 款;《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》,第 24 条第 1 款;《联合国打击跨国有组织犯罪公约》,第 35 条第 2 款;《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》,第 15 条第 2 款;《联合国反腐败公约》,第六十六条第二款。《消除一切形式种族歧视国际公约》第二十二条要求将争端首先提交消除种族歧视委员会,该委员会随后可指派一个专设和解委员会处理有关事项。《消除一切形式种族歧视国际公约》,第十一至第十三条和第二十二条。

<sup>656</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》,第九条。另见《非洲统一组织防止和打击恐怖主义公约》,第 22 条第 2 款。

<sup>657</sup> 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》,第十二条第二款;《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》,第十三条第 2 款;《反对劫持人质国际公约》,第十六条第 2 款;《禁止酷刑公约》,第 30 条第 2 款;《联合国人员和有关人员安全

定，“各缔约国在签署、批准、接受、核准或者加入本公约时，均可以声明不受本条第二款的约束。对于作出此种保留的任何缔约国，其他缔约国也不受本条第二款的约束”。如前文所述，截至 2019 年年中，2003 年《联合国反腐败公约》有 186 个缔约国；其中超过 40 个国家声明不受第六十六条第二款的约束。<sup>658</sup>

(5) 载有这种条款的条约通常规定，声明不得迟于国家表示同意受条约约束时作出。根据委员会的惯例，在各国尚未决定是否将这些条款草案作为公约的基础之前，委员会没有在本条款草案中使用条约特有的语言(例如，缔约国应至迟在批准、接受、核准或加入公约时作出这种声明)。

(6) 第 15 条第 4 款规定，“凡根据本条草案第 3 款作出声明的国家，均可随时撤销该项声明”。近年来制定的针对国内法中犯罪和规定了国家间争端解决的多项条约也包含这一规定。<sup>659</sup> 例如，2003 年《联合国反腐败公约》第六十六条第四款规定：“凡根据本条第三款作出保留的缔约国，均可以随时通知联合国秘书长撤销该项保留”。

## 附件

1. 本附件草案按照第 14 条草案第 8 款适用。

### 中央机关的指定

2. 各国应指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管当局执行。一国如有实行单独司法协助制度的特区或领土，可另指定一个对该特区或领土具有同样职能的中央机关。中央机关应确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管当局执行时，应鼓励该主管当局迅速而妥善地执行请求。各国应将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何来文均应送交各国指定的中央机关。此项要求不得妨害一国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关国家同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和来文的权利。

### 提出请求的程序

3. 请求应以被请求国能够接受的语言以书面形式提出，或在可能的情况下以能够生成书面记录的任何形式提出，但须能够使该国鉴定其真伪。各国

公约》，第 22 条第 2 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 20 条第 2 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 24 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 35 条第 3 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 15 条第 3 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第四十二条第二款。

<sup>658</sup> 欧洲联盟也对第六十六条第二款提出了一项声明，表示：“关于第六十六条第二款，本共同体指出，按照《国际法院规约》第三十四条第一款，在法院得为诉讼当事国者限于国家。因此，根据《公约》第六十六条第二款，在涉及本共同体的争端中，仅可通过仲裁进行争端解决”。

<sup>659</sup> 例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 35 条第 4 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 15 条第 4 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第四十二条第三款。

应将其所能够接受的语言通知联合国秘书长。在紧急情况下，如果经有关国家同意，请求可以口头方式提出，但应立即加以书面确认。

4. 司法协助请求应包括：

(a) 提出请求的机关；

(b) 请求所涉及的调查、起诉或司法程序的事由和性质，以及进行该项调查、起诉或司法程序的机关的名称和职能；

(c) 有关事实的概述，但为送达司法文书提出的请求除外；

(d) 对请求协助的事项和请求国希望得到遵循的特定程序细节的说明；

(e) 可能的话，任何有关人员的身份、所在地和国籍；以及

(f) 索取证据、信息或要求采取行动的目的。

5. 被请求国可要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充信息。

被请求国对请求的答复

6. 请求应按照被请求国的本国法律执行。在不违反被请求国本国法律的情况下，如有可能，应按照请求书中列明的程序执行。

7. 被请求国应尽快执行司法协助请求，并应尽可能充分地考虑到请求国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。被请求国应依请求国的合理要求，就其处理请求的进展情况作出答复。请求国应在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求国。

8. 在下列情况下可拒绝提供司法协助：

(a) 请求未按本附件草案的规定提出；

(b) 被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益；

(c) 被请求国的机关依其管辖权对任何类似罪行进行调查、起诉或司法程序时，其本国法律已经规定禁止对此类罪行采取被请求的行动；

(d) 同意这项请求将违反被请求国关于司法协助的法律制度。

9. 拒绝司法协助时应说明理由。

10. 被请求国可以司法协助妨碍正在进行的调查、起诉或司法程序为理由而暂缓提供司法协助。

11. 被请求国在根据本附件草案第 8 款拒绝某项请求或者根据本附件草案第 10 款暂缓执行请求事项之前，应与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条款和条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，则应遵守有关的条件。

12. 被请求国：

(a) 应向请求国提供其所拥有的根据其本国法律可向公众提供的政府记录、文件或信息的副本；并且

(b) 可自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众提供的任何政府记录、文件或信息的副本。

#### 请求国对信息的使用

13. 未经被请求国事先同意，请求国不得为了请求书所述以外的调查、起诉或司法程序而发送或使用被请求国提供的信息或证据。本款规定不得妨碍请求国在其程序中披露可证明被告人无罪的信息或证据。就后一种情形而言，请求国应在披露之前通知被请求国，若被请求国提出磋商要求，则应与被请求国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，请求国应毫不迟延地将披露一事告知被请求国。

14. 请求国可要求被请求国对其提出请求一事及请求内容保密，但为执行请求所必需的除外。如果被请求国不能遵守保密要求，应立即告知请求国。

#### 被请求国人员作证

15. 在不妨碍本附件草案第 19 款的适用的情况下，对于依请求国请求而同意到请求国所管辖领土就某项诉讼作证或者为某项调查、起诉或司法程序提供协助的证人、专家或其他人员，不应因其离开被请求国所管辖领土之前的作为、不作为或定罪而在请求国领土内对其起诉、拘留、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、专家或其他人员已经得到司法机关不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续十五天内或在有关国家所商定的任何期限内，有机会离开但仍自愿留在请求国所管辖领土内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。

16. 当在某一国所管辖领土内的某人须作为证人或专家接受另一国司法机关询问，而且该人不可能或不宜到请求国领土出庭时，被请求国可依该另一国的请求，在可能而且符合国内法基本原则的情况下，允许以视频会议方式进行询问。有关国家可商定由请求国司法机关进行询问，询问时应有被请求国司法机关人员在场。

#### 在被请求国拘留的人员为作证予以移送

17. 在一国领土内被拘留或服刑的人，如果被要求到另一国进行辨认、作证或提供其他协助，以便为就与本条款草案所述的罪行有关的调查、起诉或司法程序取得证据，在满足下列条件的情况下，可予以移送：

(a) 该人在知情后自由表示同意；并且

(b) 在遵守两国认为适当的条件前提下，两国主管当局同意。

18. 为本附件草案第 17 款的目的：

(a) 该人被移送前往的国家应有权力和义务羁押被移送人，除非移送国另有要求或授权；



(b) 该人被移送前往的国家应毫不迟延地履行义务，按照两国主管当局事先达成的协议或其他协议，将该人交还移送国羁押；

(c) 该人被移送前往的国家不得要求移送国为该人的交还而启动引渡程序；

(d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送国执行的刑期。

19. 除非依照本附件草案第 17 款和第 18 款的规定移送某人的国家同意，否则，不论该人国籍为何，均不得因其在离开移送国所管辖领土前的作为、不作为或定罪而在被移送前往的国家所管辖领土内使其受到起诉、拘留、处罚或对其人身自由进行任何其他限制。

### 费用

20. 除非有关国家另有协议，执行请求的一般费用应由被请求国承担。如果执行请求需要或将需要支付巨额或异常费用，则应由有关国家进行协商，以确定执行该请求的条款和条件以及承担费用的办法。

### 评注

(1) 如第 14 条草案第 8 款所述，如果请求国与被请求国之间没有司法协助条约，则第 14 条草案和附件草案均适用。如果两国之间存在司法协助条约，则只有在请求国和被请求国选择适用附件草案以方便合作时，才附加地适用附件草案。

(2) 附件草案是本条款草案不可或缺的组成部分。因此，附件草案第 1 款规定，附件草案“按照第 14 条草案第 8 款适用”。

### 中央机关的指定

(3) 附件草案第 2 款要求各国指定一个中央机关，负责处理来往协助请求，并将所选定的中央机关通知联合国秘书长。在指定“中央机关”时，重点不在于机关的地理地点，而是在于其对国家或区域具有中央化机构作用。<sup>660</sup> 本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十三款。<sup>661</sup> 截至 2017 年，该公约所有缔约国中只有八个国家尚未指定中央机关。<sup>662</sup>

### 提出请求的程序

(4) 附件草案第 3 至第 5 款述及一国向另一国请求司法协助的程序。

<sup>660</sup> 见《联合国打击跨国组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1), 第 40 段。

<sup>661</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 8 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 13 款。

<sup>662</sup> 《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 231 页。

(5) 附件草案第 3 款规定，请求必须以被请求国能够接受的语言以书面形式提出。此外，该款还规定各国有义务将其所能接受的一种或多种语言通知联合国秘书长。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十四款。<sup>663</sup>

(6) 附件草案第 4 款说明了司法协助请求书中必须包含的信息，例如提出请求的机关、索取证据、信息或要求采取行动的目的，以及对有关事实的陈述。这项规定载列的是对司法协助请求书的最低要求，不应将该项规定解读为不得在请求书内加入可加快或澄清请求的进一步信息。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十五款。<sup>664</sup>

(7) 附件草案第 5 款允许被请求国要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充信息。本款旨在涵盖多种不同的情形，例如被请求国的国内法律要求取得更多信息，方能批准和执行请求，或者被请求国要求请求国提供新的信息或指导，说明如何着手开展某项具体的调查。<sup>665</sup> 本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十六款。<sup>666</sup>

#### 被请求国对请求的答复

(8) 附件草案第 6 至第 12 款述及被请求国对司法协助请求的答复。

(9) 附件草案第 6 款规定，请求“应按照国家法律执行”，并且在“不违反此种法律的情况下，如有可能，‘应按照国家法律执行’”。这项规定措辞严密，仅述及各国执行请求的程序，而没有提供拒绝答复请求的依据，拒绝答复请求是附件草案第 8 款的内容。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十七款。<sup>667</sup>

(10) 附件草案第 7 款规定，应考虑到请求国提出的任何最后期限，尽快处理请求，并且被请求国应将请求的处理进展情况合理告知请求国。与第 6 款一并解读的第 7 款规定被请求国有义务高效、及时地执行司法协助请求。与此同时，解读第 7 款时也应考虑到被请求国可以第 10 款所载理由暂缓执行请求。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十四款。<sup>668</sup>

(11) 附件草案第 8 款列出了可拒绝提供司法协助请求的四种情况，该款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十一款。<sup>669</sup> (a)项规定，如果请求

<sup>663</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 9 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 14 款。另见《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 234-235 页。

<sup>664</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 10 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 15 款；《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 189-190 页，第 7.30-7.33 段。

<sup>665</sup> 《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 189-190 页，第 7.34 段。

<sup>666</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 11 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 16 款。

<sup>667</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 12 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 17 款。

<sup>668</sup> 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 24 款。

<sup>669</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 15 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 21 款；《欧洲刑事事项互助公约》(1959 年 4 月 20 日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第 472 卷，第 6841 号，第 185 页，第 2 条；《刑事事项互

不符合附件草案的要求，被请求国可拒绝提供司法协助。(b)项规定，“如果被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益”，可拒绝提供司法协助。(c)项规定，“如果被请求国的机关……对任何类似犯罪”在被请求国进行起诉时，“其本国法律已经规定禁止对此类犯罪采取被请求的行动”，则被请求国可拒绝提供司法协助。(d)项规定，如果同意请求将违反被请求国的法律制度，被请求国可拒绝提供司法协助。委员会曾考虑过是否应增加一项基于不歧视原则的拒绝理由，但最后决定现有理由(特别是(b)项和(d)项)已足够宽泛，涵盖了这种理由。除其他外，有人指出在 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的起草过程中就曾考虑过增加这种理由的提案，但最终未予采纳，因为认为(b)项已经涵盖了这种理由。<sup>670</sup>

(12) 附件草案第 9 款规定，“拒绝司法协助时应说明理由”。这一要求确保请求国了解请求被拒的原因，从而使请求国能够更好地了解不仅制约此次特定请求、而且制约今后其他请求的因素。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十三款。<sup>671</sup>

(13) 附件草案第 10 款规定，“被请求国可以司法协助妨碍正在进行的调查、起诉或司法程序为理由而暂缓提供”司法协助。这项规定使被请求国能够享有一定的灵活性，在必要时暂缓提供信息，以免影响该国本身正在进行的调查或程序。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十五款。<sup>672</sup>

(14) 附件草案第 11 款规定，被请求国在拒绝请求之前，有义务“与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条款和条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，则应遵守有关的条件”。某些情况下，拒绝请求可能完全是技术问题造成的，请求国可以很容易地予以弥补，在这种情况下，协商有助于澄清有关问题，使请求能够继续推进。1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》对该款的表述只提到，对于司法协助请求可能暂缓进行的情况，应进行协商。<sup>673</sup> 而 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》则扩大了这项规定的适用范围，使其也适用于拒绝协助的情况。<sup>674</sup> 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十六款<sup>675</sup> 沿用了这一方法，该款也是第 11 款的基础。

---

助示范条约》，第 4 条第 1 款。评注见欧洲委员会，《欧洲刑事事项互助公约》解释性报告，20.IV.1959 号文件，第 4-5 页；《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 194-196 页，第 7.46-7.51 段。另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)，第 42 段。

<sup>670</sup> 见《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)，第 42 段。

<sup>671</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 16 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 23 款；《刑事事项互助示范条约》，第 4 条第 5 款。

<sup>672</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 17 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 25 款；《联合国刑事事项互助示范条约》，第 4 条第 3 款。

<sup>673</sup> 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 17 款。

<sup>674</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 26 款。

<sup>675</sup> 《联合国反腐败公约》，第四十六条第二十六款(“被请求缔约国在根据本条第二十一款拒绝某项请求或者根据本条第二十五款暂缓执行请求事项之前，应当与请求缔约国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条件下给予协助。请求缔约国如果接受附有条件限制的协助，则应当遵守有关的条件”)。

(15) 附件草案第 12 款述及被请求国向请求国提供政府记录、文件和信息的问题，指出“应”提供可向公众公开的此种信息，而“可”提供不向公众公开的信息。这种表述鼓励但不要求被请求国披露保密信息。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十九款。<sup>676</sup>

#### 请求国对信息的使用

(16) 附件草案第 13 和第 14 款述及请求国使用被请求国提供的信息的问题。

(17) 附件草案 13 款规定，请求国不得将信息转交给第三方，例如另一国，并且“未经被请求国事先同意”，也不得将信息用于“请求书所述以外的调查、起诉或司法程序”。如附件草案第 4 款所述，请求国必须在请求书中说明“索取证据、信息或要求采取行动的目的”。与此同时，如果请求国收到的信息能够证明某被告人无罪，则请求国在尽可能事先通知被请求国后，可将信息披露给此人（该国法律可能规定了这样做的义务）。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十九款。<sup>677</sup>

(18) 附件草案第 14 款允许请求国要求被请求国对其提出请求一事及请求内容保密，但为执行请求所必需的除外。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十款。<sup>678</sup>

#### 被请求国人员作证

(19) 附件草案第 15 和第 16 款述及请求国要求被请求国境内人员作证的程序。

(20) 附件草案第 15 款本质上是一项“安全行为”规定，保护从被请求国前往请求国作证的人员在作证期间免于因其离开被请求国之前的行为而遭到请求国的起诉、拘留、处罚或其他人身自由限制。如第 15 款所述，此种保护不涵盖该人离开被请求国之后的行为，也并非在该人作证之后无限期有效。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十七款。<sup>679</sup>

(21) 附件草案第 16 款述及证人通过视频会议这种具有成本效益并且越来越常见的技术作证的情况。通过视频会议作证并非强制，如果“该人不可能或不宜到请求国所管辖领土出庭”，则被请求国可允许以视频会议方式进行询问。但前提是这种作证方式“可能而且符合国内法基本原则”，这一分句既指被请求国的国内法，也指请求国的国内法。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六

<sup>676</sup> 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 29 款。

<sup>677</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 13 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 3 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 19 款。评注见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 193 页，第 7.43 段。

<sup>678</sup> 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 20 款；《刑事事项互助示范条约》，第 9 条。

<sup>679</sup> 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 27 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 18 款；《联合国刑事事项互助示范条约》，第 15 条；《欧洲刑事事项互助公约》，第 12 条；《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 197-198 页，第 7.55 段。



条第十八款。<sup>680</sup> 2003 年《联合国反腐败公约》2017 年执行报告指出，这项规定已得到广泛使用：

普遍认为，在刑事司法协助方面，通过视频会议听取证人和专家的陈述是一个省时省钱的办法，还可以帮助克服实际困难，比如，当被寻求提供证据的人不能或不愿前往外国作证时。视频会议在大多数缔约国的国内法中都得到了认可。<sup>681</sup>

#### 在被请求国拘留的人员为作证予以移送

(22) 附件草案第 17 至第 19 款述及请求国要求被请求国移送正在该国被拘留或服刑的人员的情况。

(23) 附件草案第 17 款允许将被请求国羁押人员移送至请求国，前提是所要移送的人员“在知情后自由表示同意”并且两国“主管当局”同意移送。对于这项规定，应理解为涵盖因刑事程序而被羁押或服刑的人员，进行强制社区服务的人员，或根据某缓刑制度而不得离开特定区域的人员。尽管作证可能为此种移送的主要目的，但这项规定也广泛地涵盖了因为“调查、起诉或司法程序”而需要上述人员任何其他类别协助的移送。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十款。<sup>682</sup>

(24) 附件草案第 18 款描述了请求国的以下义务：除非另有协议，应继续羁押被移送人员；应按照移送协议将被移送人员交还被请求国，而不需要被请求国启动引渡程序。本款还述及被请求国有义务将被移送人员在请求国的羁押时间折抵刑期。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十一款。<sup>683</sup>

(25) 附件草案第 19 款与第 15 款所载的“安全行为”规定类似，保护被移送人员在请求国期间免于因其离开被请求国之前的行为而遭到请求国的起诉、拘留、处罚或其他人身自由限制。但第 19 款也规定，被请求国可以同意请求国采取此类行动。此外，这项规定必须与第 18 款一并解读，该款规定，除非另有协议，请求国有义务根据被移送人员在被请求国的拘留和服刑规定，继续予以羁押。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十二款。<sup>684</sup>

#### 费用

(26) 附件草案第 20 款述及费用问题，除其他外，该款写道：“除非有关国家另有协议，执行请求的一般费用应由被请求国承担”。该款第二句规定，在执行

<sup>680</sup> 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 18 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)，第 41 段；《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 174-175 页，第 629 段。

<sup>681</sup> 《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 236 页。

<sup>682</sup> 另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 16 条第 1 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 10 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)，第 39 段。

<sup>683</sup> 另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 16 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 11 款。

<sup>684</sup> 另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 16 条第 3 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 12 款。



请求将需要“支付巨额或者异常费用”时，有关国家可相互协商。本款基于2003年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十八款。<sup>685</sup>

(27) 对其他条约中类似规定的各种解释性说明或评注为这项规定的含义提供了指导。例如，1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》评注写道：

这条规则很简单，避免记复杂的账目，它基于这样一种观念，即在一段时间内缔约国之间大体上能保持平衡，因为它有时是请求国，有时是被请求国。然而实际上，这种平衡并不是总能保持的，因为事实可能证明，某一对缔约国之间请求的流量多半是朝一个方向的。为此，第1句话开头的短语使得缔约国能够同意即使在一般费用问题上也不受一般规则的束缚。<sup>686</sup>

(28) 《联合国刑事事项互助示范条约》的一条脚注写道：

例如被请求国将负担执行该协助请求的一般费用，但请求国负担：(a) 为执行该请求所需的特别或特殊开支，如被请求国提出要求，并经事先协商；(b) 派出任何人来往被请求国领土所涉的开支，以及应付给该人员……在请求国期间的任何费用、津贴或支出；(c) 派出押送或护送人员所涉的开支；(d) 取得专家报告所涉开支。<sup>687</sup>

(29) 2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的一份解释性说明写道：

准备工作文件应表明，为满足[关于移送人员或举行视频会议的]请求所涉的许多费用一般应视为特殊性质的费用。另外，准备工作文件应表明这样一项谅解：即使是应付一般费用，发展中国家也会有困难，因此应当提供适当援助，使其能够满足本条的要求。<sup>688</sup>

(30) 最后，2003年《联合国反腐败公约》的准备工作文件指出：

此外，准备工作文件还将表明对此的理解是，发展中国家甚至在满足一般费用方面也可能遇到困难，因此应当向其提供适当的援助，以使其能够达到本条的要求。<sup>689</sup>

<sup>685</sup> 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第7条第19款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第18条第28款；《联合国刑事事项互助示范条约》，第20条。

<sup>686</sup> 《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第198页，第7.57段。

<sup>687</sup> 《联合国刑事事项互助示范条约》，第20条，脚注27。

<sup>688</sup> 《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)，第43段。

<sup>689</sup> 《联合国反腐败公约谈判工作的正式记录(准备工作文件)注释》(A/58/422/Add.1)，第44段。

## 第五章

### 一般国际法强制性规范(强行法)

#### A. 导言

46. 委员会第六十七届会议(2015 年)决定将“强行法”专题列入工作方案,并任命迪雷·特拉迪先生为专题特别报告员。<sup>690</sup> 联大随后在 2015 年 12 月 23 日第 70/236 号决议中注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

47. 特别报告员自 2016 年至 2018 年提交了三次报告,委员会分别在第六十八届至第七十届会议(2016 至 2018 年)上审议了这些报告。<sup>691</sup> 对报告进行讨论后,委员会决定将其中所载的结论草案转交草委员会。委员会分别在第六十八届至第七十届会议上听取了起草委员会主席关于一般国际法强制性规范(强行法)的临时报告,其中载有起草委员会暂时通过的结论草案。

48. 委员会第六十九届会议(2017 年)按照特别报告员第二次报告的建议,<sup>692</sup> 决定将专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。<sup>693</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

49. 委员会本届会议收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/727)。第四次报告讨论了委员会和联大第六委员会以往审议这一专题的情况。报告还讨论了区域强行法和在结论草案中列入一份一般国际法强制性规范(强行法)说明性清单的问题。特别报告员在其所作分析的基础上,提出了一项包含一般国际法强制性规范(强行法)非详尽无遗清单的结论草案。

50. 委员会在 2019 年 5 月 8 日至 10 日和 5 月 14 日至 16 日举行的第 3459 次至第 3463 次和第 3465 次会议上审议了第四次报告。

51. 在 2019 年 5 月 16 日第 3465 次会议上,委员会将特别报告员第四次报告所载的结论草案 24 转交起草委员会,但有一项谅解,即该条结论草案所载清单将移至附件,且仅限于委员会以前提到的一般国际法强制性规范(强行法)。

52. 委员会在 2019 年 5 月 31 日举行的第 3472 次会议上审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.936),并一读通过了关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案(见下文 C.1 节)。

53. 在 2019 年 8 月 5 日至 7 日举行的第 3499 至第 3504 次会议上,委员会通过了上述结论草案的评注(见下文 C.2 节)。

<sup>690</sup> 在 2015 年 5 月 27 日举行的第 3257 次会议上(《大会正式记录,第七十届会议,补编第 10 号》(A/70/10),第 286 段)。委员会第六十六届会议(2014 年)按照委员会报告附件所载的建议(同上,《第六十九届会议,补编第 10 号》(A/69/10),第 23 段)将此专题列入长期工作方案。

<sup>691</sup> A/CN.4/693(第一次报告)、A/CN.4/706(第二次报告)及 A/CN.4/714 和 Corr.1(第三次报告)。

<sup>692</sup> A/CN.4/706,第 90 段。

<sup>693</sup> 《大会正式记录,第七十二届会议,补编第 10 号》(A/72/10),第 146 段。

54. 委员会在 2019 年 8 月 7 日第 3504 次会议上，根据其《章程》第 16 至第 21 条，决定通过秘书长将结论草案(见下文 C 节)转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在 2020 年 12 月 1 日之前向秘书长提交此类评论和意见。

55. 在 2019 年 8 月 7 日第 3504 次会议上，委员会还向特别报告员迪雷·特拉迪先生深表感谢，由于他的杰出贡献，委员会得以圆满结束对关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案的一读。

## C. 委员会一读通过的关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案案文

### 1. 结论草案案文

56. 委员会一读通过的结论草案案文载录如下。

#### 一般国际法强制性规范(强行法)

##### 第一部分

##### 引言

##### 结论 1

##### 范围

本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。

##### 结论 2

##### 一般国际法强制性规范(强行法)的定义

一般国际法强制性规范(强行法)是指被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

##### 结论 3

##### 一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质

一般国际法强制性规范(强行法)反映并保护国际社会的基本价值观，其等级高于国际法其他规则且普遍适用。

##### 第二部分

##### 一般国际法强制性规范(强行法)的识别

##### 结论 4

##### 一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准

要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须确定该规范符合以下标准：

(a) 它是一般国际法规范；并且

(b) 被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

## 结论 5

### 一般国际法强制性规范(强行法)的基础

1. 习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)的最常见的基础。
2. 条约规定和一般法律原则也可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础。

## 结论 6

### 接受和承认

1. 作为识别一般国际法强制性规范(强行法)标准的“接受和承认”要求不同于接受和承认为一般国际法规范的要求。
2. 要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须有证据表明该规范被接受和承认为不容克减的规范，且只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

## 结论 7

### 国家组成之国际社会全体

1. 在识别一般国际法强制性规范(强行法)时，具有相关意义的是国家组成之国际社会全体的接受和承认。
2. 识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)需要绝大多数国家接受和承认；不要求所有国家都接受和承认。
3. 其他行为体的立场虽可有助于提供背景和评估国家组成之国际社会全体的接受和承认，但这些立场本身不能构成此种接受和承认的一部分。

## 结论 8

### 接受和承认的证据

1. 表明一项一般国际法规范被接受和承认为强制性规范(强行法)的证据可具有广泛多样的形式。
2. 此种证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；立法和行政行为；各国法院的判决；条约规定；国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议。

## 结论 9

### 确定一般国际法规范强制性的辅助手段

1. 国际性法院和法庭的决定，特别是国际法院的决定，是确定一般国际法规范强制性的辅助手段。
2. 各国或国际组织设立的专家机构的工作成果和各国权威最高的公法学家学说也可作为确定一般国际法规范强制性的辅助手段。

## 第三部分

### 一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果

**结论 10****与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约**

1. 条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触者无效。此种条约的规定无法律效力。
2. 新的一般国际法强制性规范(强行法)产生时, 与该项规范相抵触的任何现行条约即为无效并终止。条约缔约方继续履行条约之义务解除。

**结论 11****与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约规定的可分离性**

1. 条约如在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触则整体无效, 条约任何规定均不可分离。
2. 因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而无效的条约整体终止, 除非:
  - (a) 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的规定就其适用而言, 可与条约的其余部分分离;
  - (b) 条约本身规定或通过其他方式确定, 接受有关规定并非任何缔约方同意受整个条约约束之必要基础; 并且
  - (c) 该条约其余部分继续实施不致有失公正。

**结论 12****与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约无效和终止的后果**

1. 因在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的条约的缔约方有以下法律义务:
  - (a) 尽量消除依据与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约之任何规定所实施的任何行为之后果; 以及
  - (b) 使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。
2. 一项条约因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而终止, 不影响在该条约终止前因实施该条约而产生的任何权利、义务或法律情势, 条件是此后这些权利、义务或情势的保持仅以与新的一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触为限。

**结论 13****对条约的保留对一般国际法强制性规范(强行法)不具效果**

1. 对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定的保留不影响该强制性规范的约束性, 该规范应继续作为强制性规范适用。
2. 保留不得以违反一般国际法强制性规范(强行法)的方式排除或更改条约的法律效力。

**结论 14****与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的习惯国际法规则**



1. 习惯国际法规则如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触, 则不会形成。这不妨碍一般国际法强制性规范(强行法)由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更的可能性。
2. 不具有强制性的习惯国际法规则如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触, 则在抵触范围内停止存在。
3. 一贯反对者规则不适用于一般国际法强制性规范(强行法)。

#### 结论 15

##### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国家单方面行为所创设的义务

1. 表明有意接受与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际法义务约束的国家单方面行为, 不创设此种义务。
2. 国家单方面行为所创设的国际法义务如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触, 则在抵触范围内停止存在。

#### 结论 16

##### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际组织决议、决定或其他行为所创设的义务

国际组织本应具有约束力的决议、决定或其他行为如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触, 则在抵触范围内不创设国际法义务。

#### 结论 17

##### 一般国际法强制性规范(强行法)作为对整个国际社会承担的义务(普遍义务)

1. 一般国际法强制性规范(强行法)产生对整个国际社会承担的义务(普遍义务), 关乎所有国家的合法利益。
2. 根据关于国家对国际不法行为的责任的规则, 任何国家均有权援引另一国对违反一般国际法强制性规范(强行法)的责任。

#### 结论 18

##### 一般国际法强制性规范(强行法)和解除不法性的情况

对于违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务的任何国家行为, 不得援引关于国家对国际不法行为的责任的规则所规定的任何解除不法性的情况。

#### 结论 19

##### 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的特定后果

1. 各国应进行合作, 通过合法手段制止一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务的任何行为。
2. 任何国家均不得承认因一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务而造成的状况为合法, 也不得为维持这种状况提供援助或协助。

3. 违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务如涉及责任国严重或系统性地不履行该义务, 则为严重违反。

4. 本条结论草案不妨碍一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务可能依国际法引起的其他后果。

#### 结论 20

##### 解释和适用与一般国际法强制性规范(强行法)相一致

在一般国际法强制性规范(强行法)似与另一国际法规则抵触的情况下, 后者的解释和适用应尽可能与前者相一致。

#### 结论 21

##### 程序性要求

1. 一国如援引一般国际法强制性规范(强行法)作为一项国际法规则无效或终止之理由, 应将其主张通知其他有关国家。通知应以书面形式发出, 并说明拟就有关国际法规则采取的措施。

2. 如其他有关国家在除特别紧急情况外不短于三个月的期间内无一表示反对, 则援引国可采取其所提议的措施。

3. 如任何有关国家表示反对, 则有关国家应通过《联合国宪章》第三十三条所述方法寻求解决。

4. 如在十二个月内未能达成解决办法, 而表示反对的一个或多个有关国家提出将该事项提交国际法院, 则在争端解决之前, 援引国不得采取其所提议的措施。

5. 本条结论草案不妨碍《维也纳条约法公约》、关于国际法院管辖权的有关规则或有关国家商定的其他适用的争端解决规定所载的程序性要求。

#### 第四部分

##### 一般规定

#### 结论 22

##### 不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能引起的其他后果

本结论草案不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能依国际法引起的其他后果。

#### 结论 23

##### 非详尽无遗的清单

在不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现的情况下, 本结论草案附件载有国际法委员会以前提到的具有这种地位的规范的非详尽无遗清单。

#### 附件

- (a) 禁止侵略;
- (b) 禁止灭绝种族;

- (c) 禁止危害人类罪；
- (d) 国际人道法的基本规则；
- (e) 禁止种族歧视和种族隔离；
- (f) 禁止奴役；
- (g) 禁止酷刑；
- (h) 自决权。

## 2. 关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案案文及其评注

57. 委员会一读通过的关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案案文及其评注载录如下。

### 一般国际法强制性规范(强行法)

#### 第一部分

#### 导言

#### 结论 1

#### 范围

本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。

#### 评注

- (1) 与委员会以往工作成果一样，本结论草案应结合评注来解读。
- (2) 本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)，这些规范已越来越多地被国际和区域性法院、国家法院、各国和其他行为体提及。本结论草案旨在为所有可能需要确定一般国际法强制性规范(强行法)的存在及其法律后果的人提供指导。鉴于强制性规范的重要性和可能具有的深远影响，必须根据一个普遍接受的方法，系统地识别这些规范及其法律后果。
- (3) 结论草案 1 具有导言性，说明了本结论草案的范围。它简单地规定，本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。本结论草案处理的是识别和法律后果，主要涉及方法，而不是要讨论一般国际法个别强制性规范(强行法)的内容。还应指出的是，评注将援引不同材料来说明实践中采用的方法。作为实例提及的材料，包括各国的意见，目的在于说明一般国际法强制性规范(强行法)的识别方法及其后果，并不表明委员会同意或认可其中表达的看法。
- (4) 本结论草案主要涉及识别一般国际法的一项规范是否具有强制性这一附加特征的方法(即被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范(强行法)加以变更)。因此，本结论草案不涉及确定强制性规范本身的内容。识别一项国际法规范是否是强制性规范的进程，需要适用本结论草案中制定的标准。
- (5) 除了识别一般国际法强制性规范(强行法)外，本结论草案还涉及这些规范的法律后果。使用“法律后果”一词是因为它含义广泛。一般国际法强制性规范(强行法)虽然可能有非法律后果，但只有法律后果才是本结论草案的主题。此

外，个别一般国际法强制性规范(强行法)可能会有不同于所有强制性规范一般后果的具体后果。不过，本结论草案不涉及这种具体后果，也不试图确定个别强制性规范是否有具体后果。本结论草案仅涉及一般国际法强制性规范的一般法律后果。

(6) 在国家实践、国际判例和学术著作中，“强行法”、“强制性规范”和“一般国际法强制性规范”等词语有时交替使用。<sup>694</sup> 委员会决定采用“一般国际法强制性规范(强行法)”一语，因为它更清楚，而且也是 1969 年《维也纳条约法公约》(“1969 年《维也纳公约》”)中的用语。<sup>695</sup>

(7) “一般国际法强制性规范(强行法)”一语还有助于表明，本专题仅涉及一般国际法规范。例如，国内法律体系中的强行法规范不构成本专题的一部分。同样，纯双边性质和区域性质的规范也被排除在本专题范围之外。

(8) “规范”一词有时被认为具有比“规则”和“原则”等其他相关词语更加广泛的含义，涵盖了后二者的意思。但是，应当指出，在有些情况下，“规则”、“原则”和“规范”等词语可以交替使用。委员会在 1966 年《条约法条款草案》中，在后来成为 1969 年《维也纳公约》第五十三条的第 50 条草案中使用了“规范”一词，在评注中则用了“规则”一词。<sup>696</sup> 为与在第五十三和第六十四条中使用“规范”一词的该公约相一致，保留了“规范”一词。

## 结论 2

### 一般国际法强制性规范(强行法)的定义

一般国际法强制性规范(强行法)是指被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

## 评注

(1) 结论草案 2 给出了一般国际法强制性规范(强行法)的定义。它以 1969 年《维也纳公约》第五十三条为基础，为适合本结论草案的背景作了修改。首先，只照搬了 1969 年《维也纳公约》第五十三条第二句。第一句涉及条约的无效，不是定义的一部分，而是一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果，法律后果问题在结论草案 10 中述及。其次，定义中省略了“就适用本公约而言”一语。如下文所示，第五十三条中的定义虽然最初是为了适用 1969 年《维也纳公约》，但已被接受为一般性定义，其适用范围超出了条约法。最后，为与本专题的做法保持一致，委员会决定在“一般国际法强制性规范”之后添加“强行法”一词，并放在括号内。

(2) 之所以选择这一措辞，是因为它是国家实践及国际性法院和法庭裁决中最广为接受的定义。学术著作也常用这一定义。各国普遍支持以 1969 年《维也纳公

<sup>694</sup> 关于术语的讨论，见 D. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, 2017, at pp. 11 *et seq.*

<sup>695</sup> 例如，见 1969 年《维也纳公约》第五十三条。

<sup>696</sup> 见《条约法条款草案》第 50 条草案，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 183 页，其中使用了“规范”一词。但是，评注中则提到“具有强行法性质的国际法一般规则”和“强行法规则”(同上，第 248 页，第 50 条草案的评注(2)-(3)段)。

约》为基础的想法。<sup>697</sup> 各国法院的裁决在界定一般国际法强制性规范(强行法)时,通常也提到第五十三条。<sup>698</sup> 同样,国际性法院和法庭也以1969年《维也纳公约》第五十三条作为处理一般国际法强制性规范(强行法)的基础。<sup>699</sup> 在学术著作中,1969年《维也纳公约》第五十三条也被接受为一般国际法强制性规范(强行法)的一般性定义。<sup>700</sup> 虽然1969年《维也纳公约》第五十三条的措辞是为了“适用本公约”,但它也适用于其他情况,包括与国家责任有关的情况。<sup>701</sup>

<sup>697</sup> 例如,见捷克共和国的发言(A/C.6/71/SR.24,第72段)。另见加拿大(A/C.6/71/SR.27,第9段)、智利(A/C.6/71/SR.25,第101段)、中国(A/C.6/71/SR.24,第89段)、伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/71/SR.26,第118段)(“委员会关于这个专题的工作的目的并不是要质疑……第五十三条确立的两个标准……相反,其目的是要清楚说明这两个标准的含义与范围”)和波兰(同上,第56段)的发言。又见爱尔兰的发言(A/C.6/71/SR.27,第19段)(“爱尔兰代表团同意这样的观点,即1969年《维也纳条约法公约》第五十三条和第六十四条应为就该专题开展工作的核心”)。

<sup>698</sup> 例如,见 Al Shimari 等人诉 CACI Premier Technology 公司案,第1:08-cv-827 (LMB/JFA)号案件,2016年3月22日的意见,2019 WL 1320052 (E.D. Va. 2019),第26页;在尼加拉瓜居住的美国公民委员会诉里根案,第87-5053号案件,1988年10月14日的意见,859 F.2d 929(D.C. Cir.1988),第940页;Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案,第1A 45/2007号案件,瑞士联邦最高法院2007年11月14日的行政上诉判决,BGE 133 II 450,第7.1段;南非警察总署国家专员诉南部非洲人权诉讼中心和另一被告案,案件号CC 02/14,南非宪法法院2014年10月30日的判决,[2014] ZACC 30,第35段;Priebke, Erich s/ solicitud de extradición 案,第16.063/94号案件,阿根廷最高法院1995年11月2日的判决,第70段;Bouzari 诉伊朗伊斯兰共和国案,备审案件号C38295,安大略省上诉法院2004年6月30日的决定,71 OR (3d) 675 (Ont CA), ILDC [International Law in Domestic Courts] 175 (CA 2004),第86段;以及Gabriel Orlando Vera Navarrete 案,备审案件号2798-04-H/TC,秘鲁宪法法庭2004年12月9日的裁决,第8段。

<sup>699</sup> 例如,见以核武器相威胁或使用核武器的合法性,咨询意见,《1996年国际法院案例汇编》,第226页起,见第258页,第83段;检察官诉Furundžija 案,案件号IT-95-17/1-T,前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭1998年12月10日的判决,《1998年司法案例汇编》,第571页,第155段;以及检察官诉Jelisić 案,案件号IT-95-10-T,前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭1999年12月14日的判决,《1999年司法案例汇编》,第431-433页,第60段。另见Jaime Córdoba Triviño 案,案件号C-578/95,哥伦比亚宪法法庭1995年12月4日的判决。特别见杜加尔德专案法官在刚果境内武装活动案(新申诉:2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达)中的个别意见,管辖权和可否受理,判决,《2006年国际法院案例汇编》,第6页起,见第88页,第8段。

<sup>700</sup> 例如,见S. Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, Zurich, Schulthess, 2015,第19页(“鉴于第五十三条提供了关于强行法效力的唯一书面法律定义……以及这些规范形成的过程……第五十三条是分析这个概念的必要出发点”);S. Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016),第147-172页,见第166页,其中指出,“关于强行法的论文通常以”《维也纳公约》第五十三条为起点,和第162页,依据1969年《维也纳公约》第五十三条评估强化的责任和强行法的普遍效力;以及U. Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”,同上,第51-84页,见第52页。一般而言,另见Costelloe(上文脚注694),他虽然从未指出1969年《维也纳公约》第五十三条是定义,但无疑是以此为基础的。同样,见L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988,特别是第5-12页;以及L. A. Alexidze, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981),第219-263页,见第246页。

<sup>701</sup> 见T. Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, 2015,第6-7页(“虽然《维也纳公约》涉及条约法,并且仅对签署国有约束力……但第五十三条反映的概念具有超越条约范围的法律效力……国际和国内司法机关的当代实践,即在有关强行法的任何考虑中提及第五十三条,与上述概念超出条约范围的观点相一致”);E. Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016),第211-240页,见第223-224页(“不过,强行法的潜在



委员会在其他专题中提及一般国际法强制性规范(强行法)时,也使用了1969年《维也纳公约》第五十三条中的定义。<sup>702</sup>因此,本结论草案依据第五十三条来定义一般国际法强制性规范(强行法)是适当的。

(3) 第五十三条中强制性规范的定义包含两个主要要素。第一,有关规范必须是一般国际法规范。第二,它必须被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范,只能由具有相同性质的规范加以变更。这两个要素构成了识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准,在结论草案4至9中有进一步的阐述。

### 结论 3

#### 一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质

一般国际法强制性规范(强行法)反映并保护国际社会的基本价值观,其等级高于国际法其他规则且普遍适用。

### 评注

(1) 结论草案3说明了一般国际法强制性规范(强行法)的一般性质。该一般性质是通过一般国际法强制性规范(强行法)的基本特点来描述的。本条结论草案放在第一部分结尾,是为了表明它为后面的规定提供了一个总的方向。然而,有一种观点认为,这类“特点”在国际法中的依据不足,对这些规范的识别及其效果可能产生不必要的混淆,可能导致它们被视为确定是否存在一项特定的一般国际法强制性规范(强行法)的额外标准。

(2) 结论草案3提到的第一个特点是,一般国际法强制性规范“反映并保护国际社会的基本价值观”。委员会选择使用“反映并保护”一语来强调基本价值观对一般国际法强制性规范的双重作用。“反映”一词是为了表明,相关基本价值观提供了相关一般国际法规范的强制性地位的部分理由。此外,“反映”一词旨在确立一种观念,即相关规范可以落实特定的价值观。“保护”一词意在传达强制性规范对价值观产生的效果——特定的强制性规范可以保护相关价值观。在某些方面,这是相辅相成的两个概念。一般国际法强制性规范(强行法)所反映的价值观将通过对该规范的遵守而得到保护。

效力不仅超出了条约法,而且在与条约法无关的情况下甚至更为显著”);以及 A. Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*”, in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, 第158-171页,见第160页(“幸运的是,国家、各国法院和国际司法机构在缔约以外的领域援引了强制性规范。通过这种做法,这些实体扩大了强制性规范的范围和规范性影响”(强调是原有的))。另见 H. Charlesworth and C. Chinkin, “The gender of *jus cogens*”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), 第63-76页,见第63页(“关于国际法的强行法概念的正式程序性定义见《维也纳条约法公约》”)。

<sup>702</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第26条的评注第(5)段,《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第85页(“识别一般国际法强制性规范的标准是严格的。1969年《维也纳公约》第五十三条不仅要求有关规范应符合被承认为一般国际法准则的所有标准……而且还应被国家之国际社会全体承认具有强制性性质”)。另见“国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难”研究组的结论(A/CN.4/L.702),结论(32)(“可依据其内容及其被普遍接受的优先等级来决定一个国际法规则优于其他规则。这是国际法强制性规范(强行法,[1969年《维也纳公约》第五十三条])的情况。也就是说,‘国际社会全体接受并公认为不许损抑’的规范”)。又见“国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难”研究组的报告(由马尔蒂·科斯肯涅米定稿)(A/CN.4/L.682及Corr.1和Add.1),第375段(“[制定标准的]起点必须是第五十三条本身的措辞,参照‘国家之国际社会全体接受并公认’的规范来识别强行法”)。

(3) 一般国际法强制性规范(强行法)反映并保护国际社会基本价值观的特点与相关规范的内容有关。早在 1951 年,即通过 1969 年《维也纳公约》或 1966 年《条约法条款草案》之前,国际法院就已将如今被广泛接受和承认为强制性规范的禁止种族灭绝与基本价值观联系起来,指出这种禁止源于如下承诺:“谴责和惩治灭绝种族行为,视之为‘国际法上的一种罪行’,因为此等行为否认整个人类的生存权,此种否认震撼人类良知,致使人类蒙受重大损失,与道德法以及联合国的精神和宗旨大相悖谬。”<sup>703</sup>

(4) 国际法院在关于“对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留”的咨询意见中提到的“人类良知”和“道德法”让人想到国际社会共同的基本价值观。在随后的裁决中,国际法院重申了这种关于禁止灭绝种族依据的说法,同时申明了禁止灭绝种族的强制性地位。<sup>704</sup>此外,法院在 2007 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案的判决中,同时提及强制性规范与“保护基本人道主义价值观的义务”,从而指明二者之间存在的联系。<sup>705</sup>其他国际性法院和法庭也提到价值观与规范的强制性之间的联系。<sup>706</sup>

(5) 一般国际法强制性规范(强行法)与基本价值观之间的联系同样在各国法院的裁决中得到承认。<sup>707</sup>例如,在 *Siderman de Blake 诉阿根廷共和国案*中,美国第

<sup>703</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留,咨询意见,《1951 年国际法院案例汇编》,第 15 页起,见第 23 页。另见 P. Bisazza, “Les crimes à la frontière du *jus cogens*”, in L. Moreillon, *et al.*, (eds.), *Droit pénal humanitaire*, Series II, vol. 4, Brussels, Bruylant, 2009, 第 164 页,她引用 Bassiouni 的论述,提到“人类的良知”;以及 L. Boisson de Chazournes, “Commentaire”, in R. Huesa Vinaixa and K. Wellens (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international : travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 Mai 2005*, Brussels, Bruylant, 2006, 第 76 页,其中提到“普遍良知”。

<sup>704</sup> 例如,见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山),判决,《2007 年国际法院案例汇编》,第 43 页起,见第 110-111 页,第 161 段;以及《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚),判决,《2015 年国际法院案例汇编》,第 3 页起,见第 46 页,第 87 段。

<sup>705</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)(见上文脚注),第 104 页,第 147 段。

<sup>706</sup> 检察官诉 *Furundžija* 案(见上文脚注 699),第 569 页,第 153-154 段,其中法庭明确将禁止酷刑作为一般国际法强制性规范(强行法)的地位与“它所保护的价值观的重要性”联系起来,指出“显然,禁止酷刑的强行法性质表明了如下概念,即禁止酷刑现已成为国际社会最基本的标准之一”。欧洲人权法院在 *Al-Aldsani 诉联合王国案*中赞同地引用了这一裁决,申诉号: 35763/97,欧洲人权法院大审判庭 2001 年 11 月 21 日的判决,《判决和决定汇编》,2001 年第十一辑,第 30 段。在 *Goiburú 等人诉巴拉圭案*(美洲人权法院 2006 年 9 月 22 日关于案情实质、赔偿和费用的判决, C 辑,第 153 号,第 128 段)中,法院将强行法禁止的罪行描述为“损害国际社会基本价值观和权利”的罪行。另见 *Michael Domingues 诉美国案*(第 12.285 号案件,美洲人权委员会 2002 年 10 月 22 日的判决,第 62/02 号报告,第 49 段),在该案中,美洲人权委员会将一般国际法强制性规范(强行法)与“公共道德”联系起来,更重要的是,该委员会指出,“其地位源于国际社会持有的基本价值观”,并指出违反强制法的行为“使人类的良知受到震撼”。

<sup>707</sup> 例如,见由 *Satur Ocampo* 代表所代表的 *Bayan Muna* 等人诉作为执行秘书的 *Alberto Romulo* 等人案,菲律宾共和国最高法院(2011 年),第 56 页指出,强制法规范“被视为……一个公正的国际秩序存在的基础”。*Kaunda* 等人诉南非共和国总统等人(南非废除死刑协会作为法庭之友介入)案,2005(4)SA235(CC);司法部长和其他人诉南非诉讼中心和其他方面案,法院在该案中表示同意以下观点:“由于国家主权越来越被视为取决于对国际社会共同价值观的尊重,所以光有主权已不足以对高级官员提供绝对保护,使之免受违反强行法行为的起诉,这或许不足为奇”。*Alessi* 等人诉德国和意大利共和国部长理事会主席(参与诉讼)案,转交宪法法院,第 85/2014 号命令, ILDC 2725(IT 2014),2014 年 1 月 21 日,意大利;托斯卡纳;佛罗

九巡回上诉法院赞同地引述了如下说法，即一般国际法强制性规范(强行法)“源自国际社会认同的基本价值观”。<sup>708</sup> 秘鲁宪法法庭提到强行法义务“所体现的价值观非常重要”。<sup>709</sup> 同样，在 *Arancibia Clavel* 案中，阿根廷最高法院认为，一般国际法强制性规范(强行法)的目的是“保护各国不受违反国家组成之国际社会全体的一些价值观和普遍利益而缔结的协定的约束”。<sup>710</sup>

(6) 一般国际法强制性规范(强行法)与价值观之间的关系在学术著作中也得到接受。Kolb 指出，关于一般国际法强制性规范(强行法)与基本价值观有某种联系的观点是“绝对占主要地位的理论”。<sup>711</sup> Hannikainen 在述及一般国际法强制性规范(强行法)的作用时指出，“法律界可能认为有必要确立强制性规范来保护其本

---

伦萨；一审法院(*Non è in contestazione la natura di crimine internazionale del fatto oggetto di causa e la sua potenzialità lesiva di diritti fondamentali della persona umana come consacrati nella Costituzione italiana e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01). Anche considerato che nell'ordinamento interno, i diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Costituzione si saldano necessariamente con le norme di jus cogens poste a tutela dei diritti fondamentali della persona dal diritto internazionale venendo in rilievo i medesimi valori tendenzialmente universali di tutela della dignità della persona*)。

<sup>708</sup> *Siderman de Blake* 诉阿根廷共和国案，美国上诉法院，965 F.2d 699 (9th Cir 1992)，第 715 页。该裁决得到美国第九巡回上诉法院较低法院的赞同和引用，包括：*Hernandez-Rojas* 财产托管方诉美国案，2013 U.S. Dist. LEXIS136922 (SD Cal. 2013)，第 13 页；*Hernandez-Rojas* 财产托管方诉美国案，2014 U.S. Dist. LEXIS101385 (SD Cal. 2014)，第 9 页；以及 *Doe I* 诉 Reddy 案，2003 U.S. Dist. LEXIS26120 (ND Cal 2003)，第 32 和 34 页。另见第九巡回上诉法院在 *Alvarez-Machain* 诉美国案(331 F.3d 604 (9th Cir. 2003))中发表的意见，第 613 页。尽管该裁决最终被最高法院在 *Sosa* 诉 *Alvarez-Machain* 等人案(542 U.S. 692 (2004))中推翻，但最高法院没有讨论强制性规范反映国际社会价值观这一观点本身。

<sup>709</sup> *25% del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo* 第 1097 号案，备审案件号 0024-2010-PI/TC，秘鲁宪法法庭，司法全体会议 2011 年 3 月 21 日的判决，第 53 段(*de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal [jus cogens] obligación* (“[强行法]义务所体现的价值观非常重要”)。

<sup>710</sup> *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*，第 259 号案件，阿根廷最高法院 2004 年 8 月 24 日的判决，第 29 段(*es proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto*)。

<sup>711</sup> R. Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens – a General Inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, at p. 32. H. Olasolo Alonso, A. Mateus Rugeles and A. Contreras Fonseca, “La naturaleza imperativa del principio ‘no hay paz sin justicia’ respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada ‘justicia de transición’”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 49 (2016), pp. 135–171; C. Zelada, “Ius cogens y derechos humanos: luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos”, *Agenda Internacional*, vol. 8 (2002), pp. 129–156, at p. 139. A.A. Caçado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, XXXV Course of International Law organized by the OAS Inter-American Juridical Committee in Rio de Janeiro (August 2008), at pp. 6 and 12; K. Hossain, “The concept of *jus cogens* and the obligation under the U.N. Charter”. *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 3 (2005), pp.72–98, at p. 73; L. Henkin, “International law and the inter-State sys”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 216 (1989), at p. 60; J.R. Argés, “‘Ius cogens’: descripción, valoración y propuestas de aplicación actual de un tópico jurídico clásico”, doctoral dissertation, Universidade de Santiago de Compostela, 2017, at p. 273; A. de Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism* (Leiden, Brill, 2019), pp. 79–83. E. Petrič, “Principles of the Charter of the United Nations: *Jus cogens*?” *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 17 (2016).

身的这些最高利益和价值观”。<sup>712</sup> 同样, Pellet 认为一般国际法强制性规范(强行法)为建立一个更加“以道德价值观为导向的公共秩序”铺平了道路,<sup>713</sup> Tomuschat 则将这些规范称为“保护国际社会基本价值观的一类规范”。<sup>714</sup>

(7) 从上面的讨论可以看出,法院和学术著作采用了不同说法来表明价值观的相关性。例如,“基本价值观”<sup>715</sup> 和“利益”<sup>716</sup> 或其不同表述形式被交替使用。但这些不同措词并不是相互排斥的,它们表明了有关规范的重要规范和道德背景。

(8) 作为第二个特点,结论草案 3 指出,一般国际法强制性规范的等级高于国际法其他规范。一般国际法强制性规范(强行法)在等级上高于其他国际法规范,这既是一般国际法强制性规范(强行法)的特点,也是其后果。说它是一种后果是因为,识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法),即具有该规范高于其他规范的后果。但它也是一个特点,因为等级优先说明了一般国际法强制性规范(强行法)的性质。

(9) 国际性法院和法庭经常提到一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。例如,前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为,禁止酷刑的一个特征“涉及国际规范秩序中的规则等级”,这种禁止“已演变成一项强制性规范或强行法,即在国际等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高等级的规范”。<sup>717</sup> 美洲人权法院同样接受一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。<sup>718</sup> 在 Kadi 诉理事会和委员会案中,欧洲共同体初审法院将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“一套地位较高的国际公法规则”。<sup>719</sup> 欧洲人权法院在 Al-Adsan 诉联合王国案

<sup>712</sup> Hannikainen (见上文脚注 700), 第 2 页。

<sup>713</sup> A. Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), pp. 83-90, at p. 87.

<sup>714</sup> C. Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”, in E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza Università Editrice, 2015, at p. 8, 将强行法描述为“保护国际社会基本价值观的一类规范”, 另见 H. Ruiz Fabri, “Enhancing the rhetoric of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 23, No. 4 (2012), p. 1049, at p. 1050; M. den Heijer and H. van der Wilt “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), pp. 3-21, at p. 15; and D. Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, 同上, 第 23-50 页, 特别是自第 42 页起。

<sup>715</sup> Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (见上文脚注 714), 第 8 页。另见 Sideman de Blake 诉阿根廷共和国案(上文脚注 708), 第 715 页, 其中美国上诉法院提到“国际社会认同的基本价值观”, 秘鲁宪法法庭在 25% del número legal de Congresistas 案中提出“价值观非常重要”(见上文脚注 709)。

<sup>716</sup> Hannikainen (见上文脚注 700), 第 2 页, 提到“最高利益”。另见 *Arancibia Clavel* (上文脚注 710), 其中阿根廷最高法院提到“国际社会的普遍利益”是强制性规范的基本来源。

<sup>717</sup> 检察官诉 Furundžija 案 (见上文脚注 699), 第 569 页, 第 153 段。

<sup>718</sup> García Lucero 等人诉智利案, 美洲人权法院 2013 年 8 月 28 日的判决, C 辑, 第 267 号, 第 123 段, 注 139, 其中赞同地引述了检察官诉 Furundžija 案(见上文脚注 699)。另见 Michael Domingues 诉美国案(上文脚注 706), 第 49 段, 其中将强行法规范描述为源于“更高等级的法律规范”。

<sup>719</sup> Yassin Abdullah Kadi 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案, 案件号 T-315-01, 欧洲共同体初审法院第二分庭 2005 年 9 月 21 日的判决, [2005] ECR II-3649, 第 226 段。另见 Hassan 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案, 案件号 T-49/04, 欧洲共同体初审法院第二分庭 2006 年 7 月 12 日的判决, 第 92 段。



中，也同样将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“在国际等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高等级的规范”。<sup>720</sup>

(10) 在国家实践中也可看到对一般国际法强制性规范(强行法)优先等级的承认。例如，津巴布韦最高法院在 *Mann 诉赤道几内亚共和国案* 中，将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“在构成国际规范秩序的规则等级中具有首要地位”的规范。<sup>721</sup> 美国的法院也同样确认了一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。在 *Siderman de Blake 诉阿根廷共和国案* 中，第九巡回上诉法院指出，一般国际法强制性规范(强行法)是“应在国际法中享有最高地位”的规范。<sup>722</sup> 不同国家法院使用了各种表示等级优先的用语来描述一般国际法强制性规范(强行法)。这些规范被认为是“在所有其他习惯规范和原则中占据最高等级位置”的规范，<sup>723</sup> “不仅高于条约法，还高于一切其他法律渊源”，<sup>724</sup> 是“高于习惯国际法和条约”的规范。<sup>725</sup> 各国在其声明中也提到一般国际法强制性规范(强行法)的优先等级。<sup>726</sup>

<sup>720</sup> *Al-Adsani 诉联合王国案*(见上文脚注 706)，第 60 段。

<sup>721</sup> *Mann 诉赤道几内亚共和国案*，第 507/07 号案件，津巴布韦最高法院 2008 年 1 月 23 日的判决，[2008] ZWHHC 1。

<sup>722</sup> *Siderman de Blake 诉阿根廷共和国案*(见上文脚注 708)，第 717 页。

<sup>723</sup> 由 *Satur Ocampo* 代表所代表的 *Bayan Muna* 等人诉作为执行秘书的 *Alberto Romulo* 等人案，G.R 案件号 159618，菲律宾共和国最高法院 2011 年 2 月 1 日的判决，ILDC 2059 (PH2011)，第 92 段。另见 *Sidhu & Sons Nursery 有限公司* 的某些员工等人案，第 61942、61973、61966、61995 号案件，2012 年 2 月 1 日的裁决，BCLRB No. B28/2012，第 44 段，其中不列颠哥伦比亚省劳工关系理事会(加拿大)指出一般国际法强制性规范(强行法)“在国际等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高的等级”。又见 *R(Al Rawi 等人提出申诉)诉外交和联邦事务大臣及另一人案*，案件号 C1/2006/1064，英格兰和威尔士上诉法院(民事分庭)2006 年 10 月 12 日的判决，[2006] EWCA Civ 1279；以及 *女王诉 Bow Street 都市领薪专职治安官等人；皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)*，英国上议院 1999 年 3 月 24 日的裁决，[2000] 1 A.C. 147，第 198 页。

<sup>724</sup> *Julio Héctor Simón y otros s/ privación ilegítima de la libertad 案*，第 17/768 号案件，阿根廷最高法院 2005 年 6 月 14 日的判决，第 48 段(*que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho* (“不仅高于条约，甚至高于一切法律渊源”))。另见 *Julio Lilo Mazzeo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad 案*，阿根廷最高法院 2007 年 7 月 13 日的判决，第 15 段(强行法是“国际法的最高渊源”(se trata de la más alta fuente del derecho internacional))。

<sup>725</sup> *Mani Kumari Sabbithi 等人诉 Major Waleed KH N.S. Al Saleh 等人案*，605 F. Supp 2d 122 (美国哥伦比亚特区地区法院，2009 年)，第 129 页。另见 *Mario Luiz Lozano 诉意大利共和国总检察官案*，第 31171/2008 号案件，意大利最高上诉法院第一刑事分庭 2008 年 7 月 24 日的上诉判决，第 6 页 (*dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di jus cogens* (“应优先考虑强行法等级较高原则”))。

<sup>726</sup> 例如，见荷兰的发言(A/C.6/68/SR.25，第 101 段) (“在国际法体系内，无论采取成文法或习惯法的形式，强行法的等级都较高”)；以及联合王国的发言(《联合国条约法会议正式记录，第一届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.39/11)，第 53 次会议，第 53 段) (“在一个组织有序的国际社会，需要有等级更高的国际法规则，这些规则高于性质仅为酌处性、各国可以通过协约方式保证不受之约束的规则”)。



(11) 委员会国际法不成体系问题研究组的工作结论承认一般国际法强制性规范(强行法)在等级上优先。<sup>727</sup> 这一特点在学术著作中也得到普遍承认。<sup>728</sup>

(12) 最后,关于第三个特点,结论草案 3 规定,一般国际法强制性规范(强行法)具有普遍适用性。一般国际法强制性规范(强行法)的普遍适用性意味着这些规范对其处理的所有国际法主体具有约束力。一般国际法强制性规范(强行法)普遍适用的概念,同其等级优先一样,源于不容克减。一项规范不容克减,意味着它适用于所有国家,因为各国不能通过制定与之相冲突的特殊规则来对其进行克减。一般国际法强制性规范(强行法)的普遍适用性,既是一般国际法强制性规范(强行法)是的特点,也是其后果。

(13) 国际法院在关于“对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留”的咨询意见中提到“灭绝种族行为普遍受到谴责”,认为这是因为灭绝种族“震撼人类良知,致使人类蒙受重大损失,与道德法大相悖谬”。<sup>729</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在各种情况下的判决也确认了一般国际法强制性规范(强行法)的普遍性。<sup>730</sup> 美洲人权法院称一般国际法强制性规范(强行法)“适用于所有国家”并“对所有国家具有约束力”。<sup>731</sup> 同样,在 Michael Domingues 诉美国案中,美洲人权委员会认定,一般国际法强制性规范(强行法)“对整个国际社会具有约束力,不管有无抗议、确认或默许”。<sup>732</sup>

(14) 一般国际法强制性规范(强行法)的普遍性进一步反映在各国法院的裁决中。在 Tel-Oren 等人诉阿拉伯利比亚共和国等一案中,美国哥伦比亚特区上诉

<sup>727</sup> 见国际法不成体系问题研究组的工作结论之结论(32)(见上文脚注 702),第 182 页,第 251 段(“可依据其内容及其被普遍接受的优先等级来决定[一项]国际法规则优于其他规则。这是国际法强制性规范(强行法)的情况”)。又见国际法不成体系问题研究组的报告(上文脚注 702)。

<sup>728</sup> 关于文献中对一般国际法强制性规范(强行法)等级优先的支持,见 A.Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, at p. 8; G. M. Danilenko, “International jus cogens: issues of law-making”, *European Journal of International Law*, vol. 2, No. 1 (1991), pp. 42-65, at p. 42; and W. Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *ibid.*, vol. 23, No. 3, pp. 837-861, at p. 838 (“强制性规范的可能性本身再次显示,存在国际法规则的等级,其中强制性规范是最高等级的‘国际社会基本标准’”)。另见 M. M. Whiteman, “Jus cogens in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, No. 2 (1977), pp. 609-626, at p. 609; and M. W. Janis, “The nature of jus cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, No. 2 (Spring 1988), pp. 359-363, at p. 359。例如, Tomuschat 称一般国际法强制性规范(强行法)高于其他规范这一点是肯定的。见 C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate on jus cogens and obligations erga omnes: concluding observations”, in C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, at p. 425 (“但有一点是肯定的:国际社会如今接受存在等级优于‘普通’国际法规则的一类法律规范”)。另见 Cassese (上文脚注 701),第 159 页。相反的观点见 Kolb (上文脚注 711),第 37 页,建议避免使用等级这种措辞,重点应放在无效性上,因为前一个概念——等级概念——导致混淆和误解。

<sup>729</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留(见上文脚注 703),第 23 页。国际法院在最近的判决中重申了这一说法。例如,见上文脚注 699 中提到的判决。

<sup>730</sup> 例如,见检察官诉 Furundžija 案(上文脚注 699),第 571 页,第 156 段。另见检察官诉 Jelisić 案(上文脚注 699),第 399 页和第 431-433 页,第 60 段。

<sup>731</sup> “无证移民的法律地位和权利”,美洲人权法院应墨西哥合众国请求,于 2003 年 9 月 17 日提出的 OC-18/03 号咨询意见, A 辑,第 18 号,第 113 页,第 4-5 段。

<sup>732</sup> Michael Domingues 诉美国案(见上文脚注 706),第 49 段。

法院将一般国际法强制性规范(强行法)称为“普遍的强制性规范”。<sup>733</sup> 在 Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处案中, 瑞士联邦最高法院将一般国际法强制性规范(强制法)描述为“对所有国际法主体都具有约束力”的规范。<sup>734</sup> 一般国际法强制性规范(强行法)具有普遍性的观念还反映在学术著作中。<sup>735</sup>

(15) 一般国际法强制性规范(强行法)普遍适用的特点本身有两个含义。第一, 一贯反对者规则或理论不适用于一般国际法强制性规范(强行法)。这个方面在结论草案 14 中进一步讨论。如结论草案 1 的评注第(7)段所述, 一般国际法强制性规范(强行法)普遍适用的第二个含义是这些规范不适用于区域或双边层面。<sup>736</sup>

(16) 结论草案 3 所载的特点本身并不是识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准。识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准载于结论草案第二部分。结论草案 3 所载的特点存在本身虽然不是标准, 但可以表明特定的一般国际法规范的强制性地位。换言之, 一项规范反映和保护国家组成之国际社会整体的基本价值观, 在等级上高于国际法其他规范且普遍适用的证据, 可能有助于支持或确认一项规范的强制性地位。委员会中有一种观点认为, “标准”和“特点”之间的区别是模糊的, 一如关于这些“特点”提供了补充证据的主张。

## 第二部分

### 一般国际法强制性规范(强行法)的识别

#### 结论 4

#### 一般国际法强制性规范(强行法)的识别标准

要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法), 必须确定该规范符合以下标准:

<sup>733</sup> Tel-Oren 等人诉阿拉伯利比亚民众国等, 1984 年 2 月 3 日的判决, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), 233 U.S.App. D.C. 384。另见 Smith 诉阿拉伯利比亚人民社会主义民众国案, 1996 年 11 月 26 日的判决, 101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996), 第 242 页, 美国第二巡回上诉法院在其中指出, 强制性规范“不依赖个别国家的同意, 因其性质而具有普遍约束力”。

<sup>734</sup> Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处案(见上文脚注 698), 第 7 段。

<sup>735</sup> 例如见 Conklin (上文脚注 728); C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976, at p. 78; G. Gaja, “Jus cogens beyond the Vienna Convention”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), pp. 271-289, at p. 283; G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, at p. 211; Alexidze (footnote 700 above); P-M. Dupuy and Y. Kerbrat, *Droit international public*, 11th ed., Paris, Précis Dalloz, 2012, at p. 322 (*la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d'un minimum de règles imperatives* ( “这套标准的一致性要求所有主体都公认有最低限度的强制性规则” ) (强调是原有的)); A. Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, Buenos Aires, SGN Editora, 2015, at p. 6; D. Dubois, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (2009), pp. 133-175, at p. 135 ( “无论各国同意与否, 强行法或强制性规范……对所有国家均适用” ); and M. Saul, “Identifying jus cogens norms: the interaction of scholars and international judges”, *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2014), pp. 26-54, at p. 31 ( “强行法规范应该对所有国家具有约束力” )。

<sup>736</sup> 各国在这点上的意见几乎是一致的: 例如, 见芬兰(代表北欧国家)(A/C.6/73/SR.24, 第 126 段)、希腊(A/C.6/73/SR.27, 第 9 段)、马来西亚(同上, 第 104 段)、葡萄牙(A/C.6/73/SR.26, 第 119 段)、南非(A/C.6/73/SR.27, 第 46 段)、泰国(A/C.6/73/SR.26, 第 96 段)、联合王国(A/C.6/73/SR.22, 第 84 段)和美国(A/C.6/73/SR.29, 第 34 段)。

(a) 它是一般国际法规范；并且

(b) 被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

## 评注

(1) 结论草案 4 规定了识别一般国际法强制性规范(强行法)的标准。这些标准参照了 1969 年《维也纳公约》第五十三条所载、结论草案 2 照搬的强制性规范定义。要确定一项规范具有强制性，必须证明存在这些标准。

(2) 本条结论草案的起首部分指出，“要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须确定该规范符合以下标准”。“必须确定”一语表示，必须证明这些标准存在，而不应假定它们存在。因此，要证明一项规范的强制性，仅仅指出它的重要性或作用是不够的，而是“必须确定”存在本条结论草案中所列举的标准。

(3) 根据结论草案 2 所载的定义，结论草案 4 列出了两个标准。第一，有关规范必须是一般国际法规范。这项标准源于强制性规范(强行法)定义中的“一般国际法规范”一语，也是结论草案 5 的主题。第二，该规范必须被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，并且只能由具有相同性质的规范加以变更。值得指出的是，第二个标准虽然由各种要素组成，但却是单一的综合标准。这一标准是结论草案 6 至 9 的主题。这两个标准是累积的：它们都是确定一般国际法规范强制性的必要条件。

(4) 1969 年《维也纳公约》第五十三条的措辞很复杂，产生了不同的解释。例如，可将“此类规范只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更”视为一项单独的标准。<sup>737</sup> 然而，第二个标准的实质是国家组成之国际社会全体接受和承认：该规范不仅是不容克减的规范，而且只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。因此，不容克减和变更这两个要素本身不是标准，而是“接受和承认”标准的组成部分。从这个意义上说，第二个标准虽然由几个要素组成，却是一个单一的标准。

(5) 或者，有人认为，“被接受和承认”修饰的是“一般国际法”，而不是不容克减和变更。从这个角度看，第五十三条有三个标准来证明一项规范具有强制性：(a) 该规范必须是被国家组成之国际社会全体接受和承认(为一般国际法规范)的一般国际法规范；(b) 它必须是不容克减的规范；(c) 它必须是只能由嗣后一般国际法强制性规范(强行法)变更的规范。但这种解释至少有两个问题。首先，它会使第一个标准同义反复，因为“一般国际法”理应就是国际社会普遍接受和/或承认的法律。其次，以这种形式，第二和第三项标准都不是标准，而分别是强行法的后果和对如何变更一般国际法强制性规范(强行法)的描述。

(6) 综上所述，结论草案 4 中的两个累积标准意味着采用两步法来识别一般国际法强制性规范(强行法)。首先，需要有证据证明有关规范是一般国际法规范。第二，必须表明该规范是国家组成之国际社会全体接受和承认为具有强制性的规

<sup>737</sup> 但参见 Knuchel (上文脚注 700)，第 49-136 页。另见伊朗伊斯兰共和国的发言(A/C.6/71/SR.26, 第 118 段)，其中称所确定的两个标准是：首先是由国家组成的整个国际社会公认为不许损抑的规范，其次是只能由以后的强行法规范加以更改的规范。

范。委员会在《国家对国际不法行为的责任条款草案》评注中恰当地描述了这种两步法：

识别一般国际法强制性规范的标准是严格的。1969年《维也纳公约》第五十三条不仅要求有关规范符合被承认为一般国际法规范的所有标准，具有一般国际法规范的约束力，还进一步要求它被国家组成之国际社会全体承认具有强制性。<sup>738</sup>

## 结论 5

### 一般国际法强制性规范(强行法)的基础

1. 习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)的最常见的基础。
2. 条约规定和一般法律原则也可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础。

## 评注

(1) 结论草案 5 涉及一般国际法强制性规范(强行法)的基础。它述及结论草案 4 规定的识别一般国际法强制性规范(强行法)的第一个标准，即有关规范必须是“一般国际法”规范。本条结论草案由两部分组成。第一段述及作为一般国际法强制性规范(强行法)基础的习惯国际法，第 2 段则述及可能作为此类规范基础的条约规定和一般法律原则。

(2) 委员会设立的国际法不成体系问题研究组指出，“‘一般国际法’没有公认的定义”。<sup>739</sup> 一般国际法的含义将始终根据具体情况而定。<sup>740</sup> 在某些情况下，“一般国际法”可解释为与特别法相对。<sup>741</sup> 但在一般国际法强制性规范(强行法)范围内，“一般国际法”并不是指一般法，或特别法以外的法律。实际上，在强制性规范范围内，“一般国际法规范”中的“一般”一词指的是有关规范的

<sup>738</sup> 《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条草案的评注第(5)段(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页)(强调是后加的)。另见 Rivier, *Droit international public*, 2nd ed., Paris, Presses universitaires de France, 2013, 第 566 页(*Ne peut accéder au rang de règle impérative qu'une provision déjà formalisée en droit positif et universellement acceptée comme règle de droit* (“只有已在实在法中正式确立并被普遍接受为法律的规定才能达到强制性规范的等级”))。另见 U. Linderfalk, “The creation of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 71 (2011), 第 359-378 页，见第 371 页(“我说的‘创立强行法规则’，并不是指创立法律规则，而是将法律规则提升到强行法地位”))。

<sup>739</sup> “国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究组的报告(A/CN.4/L.702)，第 14(10)段，注 11。

<sup>740</sup> 同上。另见关于习惯国际法的识别的结论草案中结论草案 1 的评注第(2)段脚注 667，《国际法委员会第七十届会议工作报告》(A/73/10)(“一般国际法有多种不同用法(含义并非始终明确)，包括用于指代通用国际法规则，不论是条约法、习惯国际法，还是一般法律原则”)。

<sup>741</sup> 例如见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，实质问题，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 137-138 页，第 274 段。另见加布奇科沃一大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页起，见第 76 页，第 132 段。



适用范围。因此，一般国际法规范是——用国际法院的话来说——“必须对国际社会所有成员具有同等效力”的国际法规范。<sup>742</sup>

(3) 结论草案 5 第 1 段中的“基础”(basis)和第 2 段中的“基础”(bases)应作灵活和广义的理解。它们是为了反映各种国际法渊源可能导致产生一般国际法强制性规范的一系列方式。

(4) 结论草案第 1 段指出，习惯国际法——指被接受为法律(法律确信)的一般惯例——是一般国际法强制性规范(强行法)最常见的基础。这是因为，习惯国际法是一般国际法最明显的表现形式。<sup>743</sup> 这一立场在国家实践中得到体现，国家实践证实，习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)最常见的基础。<sup>744</sup> 例如，阿根廷最高法院确认，与战争罪和危害人类罪有关的强制性规范来自已经生效的习惯国际法规则。<sup>745</sup> 同样，秘鲁宪法法庭也指出，一般国际法强制性规范(强行法)是指“依据法律必要确信的的习惯国际规范”。<sup>746</sup> 在 *Bayan Muna 诉 Alberto Romulo* 案中，菲律宾最高法院将强行法界定为“在所有其他习惯规范和原则中占据最高等级位置”。<sup>747</sup> 同样，在国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人案中，肯尼亚高等法院认定“起诉国际罪行的责任”既是习惯国际法规则也是一般国际法强制性规范(强行法)。<sup>748</sup> 在 *Kazemi 财产托管方诉伊朗伊斯兰共和国案*中，加拿大最高法院将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“较高形

<sup>742</sup> 北海大陆架案，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 38 至 39 页，第 63 段。

<sup>743</sup> 见 Cassese (上文脚注 701)，第 164 页(“第二个问题等于询问一个国际法庭如何确定国际法的一般规则或原则是否已获得强制性规范的地位。从逻辑上说，前提是存在这样一种习惯规则或原则”) (强调是原有的)；G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pédone, 2001, 第 615 页，其中指出，习惯国际法即使不是形成强行法规范的唯一方式，也是通常的方式(*voie normale et fréquente sinon exclusive*)。另见 Rivier (上文脚注 738)，第 566 页(*Le mode coutumier est donc au premier rang pour donner naissance aux règles destinées à alimenter le droit impératif*) (“因此习惯国际法是构成强制法基础的各项规则的主要渊源”)。又见 J. E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, Zurich, Schulthess, 2016, 第 115 页(“作为一般国际法的最有可能的来源，习惯规范将构成强行法规范的事实上和法律上的优先来源”)；以及 A. Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), 第 491 页起，见第 493 页(“可以通过条约创立强行法的观念与强制性规范只能源自习惯法这种看法形成了鲜明的对比”)。相反的观点见 Janis (上文脚注 728)，第 361 页。

<sup>744</sup> 关于各国的发言，见巴基斯坦在联大第三十四届会议上的发言(A/C.6/34/SR.22, 第 8 段)(“不使用武力原则及其必然结果都是强行法，其依据不仅是《[联合国]宪章》第一百零三条，而且也是因为它们已成为国际社会公认的习惯国际法规范”)。另见联合王国(A/C.6/34/SR.61, 第 46 段)和牙买加的发言(A/C.6/42/SR.29, 第 3 段)(“人民自决和独立的权利是习惯国际法规定的权利，或许甚至是一般国际法强制性规范”)。

<sup>745</sup> *Arancibia Clavel* 案(见上文脚注 710)，第 28 段。

<sup>746</sup> *25% del número legal de Congresistas* 案(见上文脚注 709)，第 53 段(*Las normas de ius cogens parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una opinio iuris seu necessitatis*) (“强行法规范似乎更多地指的是国际习惯规范，而不是法律必要确信”)。

<sup>747</sup> *Bayan Muna 诉 Alberto Romulo* 案(见上文脚注 723)，第 92 段。

<sup>748</sup> 国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人案，2010 年杂项刑事申诉第 685 号，肯尼亚高等法院 2011 年 11 月 28 日的判决，[2011] eKLR, 第 14 页。



式的习惯国际法”。<sup>749</sup> 在 *Siderman de Blake* 诉阿根廷共和国案中，美国第九巡回上诉法院将一般国际法强制性规范(强行法)描述为“被承认为习惯国际法的规范的上层子集”。<sup>750</sup> 该法院还指出，“与习惯国际法的普通规则相反，强行法规范“包含对所有国家均有约束力的习惯法”。<sup>751</sup> 在 *Buell* 诉 *Mitchell* 案中，美国第六巡回上诉法院指出，“有些国际法习惯规范”达到了“更高地位”，即一般国际法强制性规范(强行法)的地位。<sup>752</sup> 在确定禁止死刑不是一般国际法强制性规范(强行法)时，法院提出以下意见：

此外，由于废除死刑不是国际法习惯规范，因此它不能上升到被整个国际社会承认为强行法或不容克减的规范的地位。<sup>753</sup>

(5) 国际法院的判例也为习惯国际法中的一般国际法强制性规范(强行法)基础提供了有力证据。在与起诉或引渡义务有关的问题案中，国际法院承认禁止酷刑是“已成为强制性规范(强行法)”的“习惯国际法的一部分”。<sup>754</sup> 同样，法院将“人道法[的]许多规则”描述为“国际习惯法不可违反的原则”，表明强制性规范——即这里所称“不可违反的原则”——具有习惯法的基础。<sup>755</sup>

(6) 其他国际性法院和法庭也接受以习惯国际法作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础。<sup>756</sup> 例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭指出，禁止酷刑是“习惯国际法规范”，同时“它进一步构成强行法规范”。<sup>757</sup> 在检察官诉 *Furundžija* 案中，该法庭将强制性规范描述为“在国际法等级体系中享有比条约法甚至是‘普通’习惯规则更高等级”的规范。<sup>758</sup> 同样，在检察官诉 *Jelisić* 案中，该法

<sup>749</sup> *Kazemi* 财产托管方诉伊朗伊斯兰共和国案，案卷号 35034，加拿大最高法院 2014 年 10 月 10 日的上诉裁决，2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, 第 249 页，第 151 段。德国诉 *Milde* (Max Josef) 案，第 1072/2009 号案件，意大利最高上诉法院第一刑事分庭 2009 年 1 月 13 日的上诉判决，ILDC 1224 (IT 2009)，第 6 段(“旨在保护不可侵犯人权的习惯规则不许克减，因为它们属于强制性国际法或强行法”)。

<sup>750</sup> *Siderman de Blake* 诉阿根廷共和国案(见上文脚注 708)，第 715 页，其中援引了在尼加拉瓜居住的美国公民委员会诉里根案(见上文脚注 698)，第 940 页。

<sup>751</sup> 同上。习惯国际法“普通”规则和强行法之间的这种对比——表明后者构成习惯国际法特殊规则——往往是以前南斯拉夫问题国际刑事法庭在检察官诉 *Furundžija* 案(见上文脚注 699)中的裁决为依据的。见第 569 页，第 153 段，该案作了类似的区分。多项裁决，包括联合国王法院的裁决，一再赞同地提到这种区分。例如见女王诉 *Bow Street* 都市领薪专职治安官等人；皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)(上文脚注 723)，第 198 页。另见 *R(Al Rawi)* 等人提出申诉一案(同上)。

<sup>752</sup> *Buell* 诉 *Mitchell* 案，274 F.3d 337 (6th Cir. 2001)，第 372-373 页。

<sup>753</sup> 同上，第 373 页。

<sup>754</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 457 页，第 99 段。

<sup>755</sup> 以核武器相威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注 699)，第 257 页，第 79 段。

<sup>756</sup> 例如见“*Las Dos Erres*”大屠杀诉危地马拉案，美洲人权法院 2009 年 11 月 24 日的判决，C 辑，第 211 号，第 41 页，第 140 段。

<sup>757</sup> 检察官诉 *Delalić* 等人案，案件号 IT-96-21-T，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭 1998 年 11 月 16 日的判决，第 454 段。

<sup>758</sup> 检察官诉 *Furundžija* 案(见上文脚注 699)，第 569 页，第 153 段。

庭指出，“毫无疑问”，《防止及惩治灭绝种族罪公约》禁止种族灭绝的规定属于“习惯国际法”，现已达到“强行法级别”。<sup>759</sup>

(7) 虽然习惯国际法是形成一般国际法强制性规范(强行法)的最常见基础，但《国际法院规约》第三十八条第一款所列的其他渊源只要可被视为一般国际法规范，也可以构成一般国际法强制性规范(强行法)的基础。为体现这一点，结论草案 5 第 2 段指出，“条约规定和一般法律原则也可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础”。“也可”二字是为了表明，条约规定和一般法律原则构成一般国际法强制性规范基础的情况并非不可能。

(8) 结论草案 5 第 2 段中的“一般法律原则”一语是指《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。提及一般法律原则有可能构成一般国际法强制性规范(强行法)的基础，是适当的。<sup>760</sup> 一般法律原则是一般国际法的一部分，因为它们有“对国际社会所有成员具有同等效力”的普遍适用范围。<sup>761</sup> 在根据 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项解释条约方面，国际法不成体系问题研究组的结论区分了条约法和一般法律的适用。<sup>762</sup> 委员会认为后者包括“习惯国际法和一般法律原则”。<sup>763</sup> 此外，在学术著作中也能找到对将一般国际法原则作为一般国际法强制性规范来源的支持。<sup>764</sup> 但有人认为，在国家

<sup>759</sup> 检察官诉 Jelisić 案(见上文脚注 699)，第 431-433 页，第 60 段。

<sup>760</sup> 虽然支持以一般法律原则作为一般国际法强制性规范(强行法)基础的实践极少，但除其他外，以下案件可视为与此问题相关：检察官诉 Jelisić 案(上文脚注 699)，第 431-433 页，第 60 段，在该案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭接受禁止灭绝种族是强行法规范，指出禁止种族灭绝的基本原则是“为文明国家所承认的原则”。美洲人权法院在其关于无证移民的法律地位和权利的咨询意见(见上文脚注 731)第 99 页第 101 段中，根据平等权具有的一般法律原则地位而认定其为一般国际法强制性规范，“因此，本法院认为，法律面前平等、受到法律平等保护和不歧视的原则属于强行法，因为国家和国际公共秩序的整体法律结构都以此为基础，这是贯穿所有法律的一项基本原则。”另见伊朗伊斯兰共和国的发言(A/C.6/71/SR.26, 第 120 段)：“《国际法院规约》第三十八条提到的一般法律原则是强制性规范的最佳规范性基础”。

<sup>761</sup> 见北海大陆架案(见上文脚注 742)，第 38-39 页，第 63 段，法院在其中将一般国际法描述为“就其本质而言，必须对国际社会的全体成员具有平等效力”的规则。

<sup>762</sup> 国际法不成体系问题研究组的结论(见上文脚注 727)，第 20-21 段。

<sup>763</sup> 同上。

<sup>764</sup> 例如见 Knuchel (上文脚注 700)，第 52 页(“一般[法律]原则可以提升为强行法，如果国家组成之国际社会承认和接受它们是强行法的话”)；Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*” (上文脚注 714)，第 30-34 页；A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, in *Organization of American States, Inter-American Juridical Committee, XXXV Curso de Derecho Internacional*, 2008, 第 27 页。另见 Weatherall (上文脚注 701)，第 133 页；以及 T. Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), 第 173 页起，见第 195 页(“强制性规范必须首先成为一般国际法，即 [《国际法院规约》] 第三十八条第一款规定的国际习惯法或一般法律原则”)。又见 Conklin (上文脚注 728)，第 840 页；O. M. Dajani, “Contractualism in the law of treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 34 (2012), 第 1 页起，见第 60 页；R. Nieto-Navia, “International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law”, in L. Chand Vorah, et al. (eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, 2003, 第 595 页起，见第 613 页及以后各页(“可以笼统地说，强行法规范一般源于下列已确定的国际法渊源：(一) 一般条约……及(二) 文明国家承认的一般法律原则”)；Orakhelashvili(上文脚注 728)，第 126 页；以及 Santalla Vargas (上文脚注 701)，第 214 页(“强行法源于习惯法和国际法一般原则”)。

立场和国际判例中没有足够的依据，支持关于一般国际法强制性规范(强行法)可能基于一般法律原则的主张。

(9) 根据《国际法院规约》第三十八条第一款(子)项的规定，条约是国际法的重要渊源。结论草案 5 第 2 段还指出，条约规定是一般国际法强制性规范的可能基础。使用“条约规定”一词而不是“条约”，是为了表明，这里涉及的是条约所载的一项或多项规范，而不是条约本身。在大多数情况下，条约不是“一般国际法”，因为它们通常不具备“对国际社会所有成员具有同等效力”的普遍适用范围。<sup>765</sup> 然而，在学术著作中可找到对条约规定可以构成国际法强制性规范(强行法)基础的支持。<sup>766</sup> 在承认《联合国宪章》特殊性质的同时，值得注意的是，委员会在 1966 年《条约法条款草案》第 50 条草案的评注中，将“[联合国]宪章中关于禁止使用武力的规则”列为一个“具有强行法性质的国际法规则的显著例子”。<sup>767</sup> 条约是一般国际法强制性规范(强行法)的一个例外基础，这种作用可理解为国际法院在北海大陆架案中所描述的条约规则与习惯国际法之间关系的结果。<sup>768</sup> 在该案中，法院认为，条约规则可以编纂(或宣示)一项现有的一般国际法规则，<sup>769</sup> 或者，缔结一项条约规则可有助于将新出现的一般国际法规则具体

<sup>765</sup> 北海大陆架案(见上文脚注 742)，第 38-39 页，第 63 段(“因为，一般而言，纯公约性规则和义务的一个特点是，允许对它们有限度地作出单方面保留的某些能力；一而对于一般或习惯法规则和义务则不允许，习惯法规则和义务根据其性质，必须对国际社会所有成员具有同等效力”)。另见 Bianchi (上文脚注 743)，第 493 页(“可以通过条约创立强行法的观念与强制性规范只能源自习惯法这种看法形成了鲜明的对比”)。

<sup>766</sup> G. I. Tunkin, “Is general international law customary law only?”, *European Journal of International Law*, vol. 4 (1993), 第 534 页，特别是第 541 页(“我认为国际律师应当接受，一般国际法现在包括国际法的习惯规则和公约性规则两者”)。在强行法方面，尤其见 G. I. Tunkin, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *The University of Toledo Law Review*, vol. 1971, Nos. 1-2 (Fall-Winter 1971), 第 107 页起，见第 116 页(“强行法原则包括‘通过条约明示接受或通过习惯默示接受的规则……’。一般国际法的许多规范都是通过条约和习惯共同创立的”)。另见 Knuchel(上文脚注 700)，第 50 页(“用[国际法院]的话来说，当代国际法包括‘普遍或准普遍性质的文书’，没有任何规定不容日后的公约创立具有普遍约束力且可以提升为强行法的规范”)。另见 Nieto-Navia (上文脚注 764)，第 613 页(“可以笼统地说，强行法规范一般源于下列已确定的国际法渊源：(一)一般条约……及(二)文明国家公认的一般法律原则”)。不过，见 Weatherall (上文脚注 701)，第 125-126 页；Hannikainen (上文脚注 700)，第 92 页；E. J. Criddle and E. Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), 第 331 页。又见 Orakhelashvili (上文脚注 728)，第 113 页(“学术界倾向于把重点放在习惯上，似是由于普遍认为不宜通过条约创立强制性规范”)；以及 U. Linderfalk, “The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora’s Box, did you ever think about the consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), 第 853 页起，见第 860 页。

<sup>767</sup> 《条约法条款草案》第 50 条评注第(1)段(见上文脚注 696)，第二卷，第 247 页。

<sup>768</sup> 北海大陆架案(见上文脚注 742)。另见关于习惯国际法的识别的结论草案中的结论草案 11。

<sup>769</sup> 北海大陆架案(见上文脚注 742)，第 38 页，第 61 段。

化，<sup>770</sup> 或条约规则通过后，可以在嗣后实践的基础上反映一般规则。<sup>771</sup> 在其他国际性法院和法庭的判决中也可以看到这种一般性方法。<sup>772</sup>

(10) “得到接受和承认”一语对可作为一般国际法强制性规范(强行法)基础的来源尤为重要。联合国条约法会议通过的“得到国家组成的国际社会全体接受和承认”的案文，是基于芬兰、希腊和西班牙就后来成为第五十三条(“得到国际社会的承认”)的联合提案，<sup>773</sup> 起草委员会在会议上在该条中插入了“接受”一词。正如起草委员会主席解释的那样，这样做是因为《国际法院规约》第三十八条既包括“承认”一词，也包括“接受”一词；“承认”用于公约和条约以及一般法律原则，而“接受”则用于习惯国际法。<sup>774</sup>

## 结论 6

### 接受和承认

1. 作为识别一般国际法强制性规范(强行法)标准的“接受和承认”要求不同于接受和承认为一般国际法规范的要求。
2. 要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，必须有证据表明该规范被接受和承认为不容克减的规范，且只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。

## 评注

(1) 识别一般国际法强制性规范(强行法)的第二个标准是，有关规范必须是被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，且只能由嗣后具有相同性质的规范加以变更。如结论草案 4 的评注第(4)段所指出的，这是一个由不同要素组成的单一标准。其中一个要素表明，要识别一项一般国际法规范为强制性规范，国家组成之国际社会全体必须接受和承认该规范的强制性。因此，这一标准的重点在于“接受和承认”。该标准的其他要素表明了承认和接受的两个方面。首先，这些要素表明了必须接受和承认的内容，即该规范是不容克减的规范，且只能由具有相同性质的规范加以变更。其次，这些要素表明了必须由谁接受和承认，即国家组成之国际社会全体。结论草案 7 述及后一个方面。

<sup>770</sup> 同上，第 38-41 页，第 61-69 段。

<sup>771</sup> 同上，第 41-43 页，第 70-74 段。另见 Margellos 等人诉德意志联邦共和国案，第 6/2002 号案件，上诉申请，希腊特别最高法院 2002 年 9 月 17 日的判决，第 14 段(“载于 1907 年《海牙第四公约》所附《海牙章程》的规定已成为国际法习惯规则(强行法)”。

<sup>772</sup> 例如，见检察官诉 Tolimir 案，案件号 IT-05-88/2-T，前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭 2012 年 12 月 10 日的判决，第 733 段(“[《防止及惩治灭绝种族罪公约》]的这些条款被广泛接受为已达到强行法级别的习惯国际法”)；以及与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 754)。另见 Ago 先生在 1966 年委员会第 828 次会议上的发言，《1966 年……年鉴》，第一卷(第一部分)，第 37 页，第 15 段(“即使一项强行法规则来源于条约，它也不是从条约本身取得这种性质，之所以有这种性质，是因为尽管它衍生自条约……，却本已是一般国际法规则”)。

<sup>773</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议》，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，第三卷，会议文件，第 174 页，文件 A/CONF.39/C.1/L.306 及 Add.1 和 2。

<sup>774</sup> 同上，第一届会议，全体会议和全体委员会会议简要纪录，全体委员会第八十次会议简要纪录，第 471 页，第 4 段。



(2) 结论草案 6 第 1 段旨在表明，本条结论草案中提到的接受和承认不同于其他国际法规则所要求的接受和承认。换言之，例如，结论草案 6 中提到的“接受和承认”与接受为法律(法律确信)不同，后者是识别习惯国际法的要素。结论草案 6 中提到的接受和承认有质的差异。接受为法律(法律确信)涉及的是国家是否接受某一实践为法律规则的问题，它是习惯国际法的一个构成要素。承认为一项一般法律原则，处理的是一项原则是否根据《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项得到承认的问题。作为一般国际法强制性规范(强行法)的标准，接受和承认涉及国家组成之国际社会全体是否承认一项国际法规则具有强制性。

(3) 第 2 段解释了将一项一般国际法规范提升为一项一般国际法强制性规范(强行法)的地位所需的接受和承认的含义。它指出，有关规范必须被接受和承认为不容克减的规范，且只能由嗣后具有相同性质的规范加以更改。这意味着，要表明一项规范是一般国际法强制性规范(强行法)，必须提供证据表明该规范被接受和承认为具有所提到的性质，换言之，它是一种不容克减的规范，并只能由嗣后具有相同性质的规范加以变更。虽然结论草案 6 要求有证据表明对两个要素的承认和接受，但没有必要提供证据先证明承认，再证明接受。一般来说，只要表明“接受和承认”该一般国际法规范具有强制性即可。

(4) “证据”一词用于表明，仅仅声称一项规范被国家组成之国际社会全体接受和承认为不容克减的规范是不够的。必须通过提供证据来证实这种说法。结论草案 8 和 9 述及可以依赖的证据。

(5) 国家组成之国际社会全体接受和承认这一框架基于对 1969 年《维也纳公约》第五十三条作出的普遍接受的解释。<sup>775</sup>

## 结论 7

### 国家组成之国际社会全体

1. 在识别一般国际法强制性规范(强行法)时，具有相关意义的是国家组成之国际社会全体的接受和承认。
2. 识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)需要绝大多数国家接受和承认；不要求所有国家都接受和承认。

<sup>775</sup> 见在尼加拉瓜居住的美国公民委员会案(上文脚注 698)，第 940 页，(“最后，为了使这种习惯国际法规范成为强制性规范，必须得到‘……国际社会全体’进一步承认，该规范是不许克减的规范”)；以及 *Michael Domingues* 诉美国案(上文脚注 706)，第 85 段(“此外，委员会根据所收到的资料，确信本规则已被承认具有不可磨灭的效力，时至今日，足能构成强行法规范，这是委员会早在 *Roach* 和 *Pinkerton* 案的裁决中就已预料到的事态发展”)。另见检察官诉 *Simić* 案，案件号 IT-95-9/2-S，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭 2002 年 10 月 17 日的判决，第 34 段。讨论情况见 J. Vidmar，“Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”，in E. de Wet and J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights*, Oxford, 2011，第 26 页。另见 C. Costello and M. Foster，“Non-*refoulement* as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”，*Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016)，第 273 页起，见第 281 页(“要成为强行法，一项规范必须符合习惯国际法的正常要求……此外，其不可克减性还要得到更广泛的认可”)；以及 A. Hameed，“Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law”，*British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014)，第 52 页起，见第 62 页。又见 G. A. Christenson，“*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society”，*Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1987-1988)，第 585 页起，见第 593 页(“证据还要通过表明规范的头等重要性质已获接受，来证明义务是强制性的这一点已存在必要法律确信”)。



3. 其他行为体的立场虽可有助于提供背景和评估国家组成之国际社会整体的接受和承认，但这些立场本身不能构成此种接受和承认的一部分。

## 评注

(1) 如结论草案 6 所已经指出的，关于一项规范强制性的第二个标准是，有关规范必须被接受和承认具有强制性。结论草案 7 涉及谁的接受和承认在识别一般国际法强制性规范(强行法)方面具有相关性的问题。值得回顾的是，委员会本身在通过 1966 年《条约法条款草案》第 50 条草案时，并没有纳入国家组成之国际社会全体承认和接受这项要素，而只是指出一般国际法强制性规范(强行法)是“不容克减”的规范。<sup>776</sup> 实际上，这一要素是各国在使 1969 年《维也纳公约》得以通过的 1968-1969 年联合国条约法会议期间添加的。然而，即便在委员会审议期间，也有一些委员表示认为一般国际法强制性规范(强行法)与“国家组成之国际社会”的接受和承认之间有联系。<sup>777</sup>

(2) 结论草案 7 第 1 段指出，具有相关意义的是国家组成的国际社会整体的接受和承认。该段旨在明确说明，相关的是国家的立场，而不是其他行为体的立场。虽然有人呼吁列入其接受和承认可能与确立一般国际法强制性规范(强行法)有关的其他行为体，<sup>778</sup> 但国际法现况是仍将国家作为其接受和承认具有相关性的实体。在《国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的条款草案》中，委员会曾考虑使用“整个国际社会”一语，而不包括“国家”一词。<sup>779</sup> 但是，经思考后，委员会决定，“在国际法现况中，被要求确立或承认强制性规范的是国家”。<sup>780</sup>

(3) 国家实践及国际性法院和法庭的裁决继续将一般国际法规范提升到强制地位的问题与国家的接受和承认相联系。例如，国际刑事法院指出，一般国际法强制性规范(强行法)要求各国的承认。<sup>781</sup> 同样，国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案中，根据各国制定的文书确定了禁止酷刑的强制性。<sup>782</sup> 国内法院也继续将一般国际法强制性规范(强行法)的确立与国家承认联系起来。例如，在确定禁止死刑不是一般国际法强制性规范(强行法)时，美国第六巡回上诉法院在 *Buell v. Mitchell* 案中指出，“只有 61 个国家，即大约 32% 的国家，完全废除了死

<sup>776</sup> 见《条约法条款草案》第 50 条(上文脚注 696)，第 247 页。

<sup>777</sup> 见 Luna 先生的发言，第 828 次会议简要记录(上文脚注 772)，第 34 段 (“[强行法]是国家非作为个体而是作为国际社会机关所创立的实在法”)。

<sup>778</sup> 例如，见加拿大(A/C.6/71/SR.27, 第 9 段)，其中指出，“委员会……若将接受和承认强制性规范的概念扩大到国际组织和非政府组织等其他实体，将会很有用。”

<sup>779</sup> 见《国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的条款草案》第 53 条草案评注第(3)段。《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 56 页。就本专题而言，另见加拿大的发言(上文脚注)。

<sup>780</sup> 《国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的条款草案》第 53 条草案评注第(3)段。

<sup>781</sup> 检察官诉 *Katanga* 案，案件号 ICC-01/04-01/07-34-05-tENg，国际刑事法院第二审判分庭 2013 年 10 月 1 日就暂时释放在押证人的申请作出的决定，第 30 段 (“[不推回原则的]强制性日益获得各国承认”)。

<sup>782</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 754)，第 99 段。除其他外，法院援引了《世界人权宣言》、关于保护战争受难者的日内瓦四公约、《公民权利和政治权利国际公约》、联大 1975 年 12 月 9 日第 3452 (XXX)号决议和国内立法。

刑”。<sup>783</sup> 虽然在实践和学术著作中，一般国际法强制性规范(强行法)继续与人类良知的观念联系在一起，<sup>784</sup> 但用来表明承认有关规范是一般国际法强制性规范(强行法)的材料仍然是国家产生的行为和实践，包括国际组织内部产生的行为和实践，例如条约和联大决议。

(4) 虽然结论草案 7 指出，在识别一项规范是否具有强制性时，具有相关意义的是国家的接受和承认，但这并不意味着其他行为体不起作用。其他行为体可以提供背景，并可有助于评估由国家组成的国际社会整体的接受和承认。委员会在其他专题中承认了其他行为体的这种辅助作用。在关于习惯国际法的识别的结论草案中，委员会指出，“有助于习惯国际法规则的形成或表述的国家实践，主要……是国家实践”，并同时指出，“在某些情况下，国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表述。”委员会还指出，非国家行为体的行为即使不是为此目的的实践，但“在评估”国家“实践时可能相关”。<sup>785</sup> 同样，在与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践专题中，委员会得出结论认为，就解释 1969 年《维也纳公约》第三十一条而言，非国家行为体的行为不构成实践，但“在评估条约缔约方的嗣后实践时可能相关”。<sup>786</sup> 在确定一项规范是否具有强制性时，国际组织的行为和实践可为国家的接受和承认提供证据。<sup>787</sup> 但归根结底，国家以外实体的立场本身不足以确定将一般国际法规范提升到强制性地位所需的接受和承认。这一考虑反映在结论草案 7 第 3 段中。

(5) 结论草案 7 第 2 段旨在解释“全体”的含义。它指出，所需要的是绝大多数国家的接受和承认。如起草委员会主席在联合国条约法会议上解释的那样，“全体”二字是要表明有关规范的强制性不必“由……所有国家接受和承认”，“只要绝大多数国家接受和承认”就可以了。<sup>788</sup> 这种意义也体现在使用了“国家组成之社会”一语，而不仅仅是“国家”中。将“全体”和“国家组成之社会”这两个短语组合起来，是为了强调，一项规范要成为一般国际法强制性规范(强行法)，必须由作为一个集体或社会的各国接受和承认其不容克减性。

<sup>783</sup> 例如见 Buell 诉 Mitchell 案(上文脚注 752)，第 373 页。另见“关于一般管辖权法院对普遍公认的国际法原则和规范及俄罗斯联邦国际条约的适用”，2003 年 10 月 10 日第 5 号裁决(2013 年 3 月 5 日修正)，俄罗斯联邦最高法院全体会议的决定，第 1 段(“普遍公认的国际法原则应理解为整个国际社会接受和承认的国际法基本强制性准则，偏离这些准则是不允许的”)。

<sup>784</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)(见上文脚注 704)，第 46 页，第 87 段；以及 A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)*, Leiden, 2010, 第 316 页(“我认为，在我们这个时代的多元文化世界中，有一个不能再低的起码标准，就制订国际法而言，其所依据的最最重要的来源是：人类的良知”)。

<sup>785</sup> 关于习惯国际法的识别的结论草案中的结论草案 4。

<sup>786</sup> 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案中的结论草案 5(A/73/10, 第四章)。

<sup>787</sup> 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留(上文脚注 703)，第 23 页：“《公约》的起源表明，联合国欲谴责和惩治灭绝种族行为，……因此，大会和缔约国欲使《灭绝种族罪公约》在适用范围上具有绝对普遍性”；另见关于习惯国际法的识别的结论之结论 12。

<sup>788</sup> 起草委员会主席 Yasseen 先生，《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》(见上文脚注 726)，第 80 次会议，第 12 段。另见 E. de Wet, “*Jus cogens and obligations erga omnes*”, in D. Shelton (ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, 第 541 页起，见第 543 页(“取得强制性地位的这一门槛很高，因为它虽然不要求所有国家的一致意见……但确实需要大多数国家接受”)。又见 Christófolo (上文脚注 743)，第 125 页(“[强制性规范的形成反映]代表绝大多数国家表示同意的共同意愿。任何一个国家和少数国家都不能阻挠强制性规范的形成过程”)。

(6) 委员会认为, 简单“多数”国家的接受和承认不足以确立规范的强制性地位。这一多数必须是绝大多数。但是, 确定是否绝大多数国家接受和承认一项规范的强制性地位, 并不是机械地计算国家的数量。国家组成之国际社会全体的接受和承认要求各种区域、法律制度和文化的接受和承认。<sup>789</sup> 有意见认为, 鉴于国家同意的重要性和一般国际法强制性规范(强行法)格外强大的法律效力, 因此要求“绝大多数国家”、“几乎所有国家”、“基本上所有国家”或“国家组成的国际社会全体”的承认和接受。<sup>790</sup>

## 结论 8

### 接受和承认的证据

1. 表明一项一般国际法规范被接受和承认为强制性规范(强行法)的证据可具有广泛多样的形式。
2. 此种证据形式包括但不限于: 以国家名义发表的公开声明; 官方出版物; 政府的法律意见; 外交信函; 立法和行政行为; 各国法院的判决; 条约规定; 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议。

## 评注

(1) 要将一项规范确定为一般国际法的强制性规范(强行法), 就有必要表明国家组成之国际社会全体接受和承认这一规范的不可克减性。正如结论草案 7 第 2 款所暗示的, 这要求必须举出接受和承认的证据。结论草案 8 涉及确定国家组成之国际社会全体接受和承认这一规范具有强制性的必要证据类型。结论草案 9 讨论了可能与确定一般国际法的强制性规范(强行法)有关的其他辅助材料。

(2) 结论草案 8 第 1 款是一般性声明。此款规定, 接受和承认的证据可具有广泛多样的形式。在与起诉或引渡义务有关的问题一案的判决中, 国际法院依据各种材料, 作为禁止酷刑的强制性的证据。<sup>791</sup> 应当指出, 国家组成之国际社会全体接受和承认是关键所在。因此, 任何能够表达或反映各国意见的材料都可以作为接受和承认的证据。

(3) 结论草案 8 第 2 款描述了可用作一般国际法的强制性规范(强行法)的证据的材料形式。根据上文关于接受和承认的证据可具有广泛多样形式的说法, 结论草案 8 第 2 款指出, 证据的形式“包括但不限于”。因此, 结论草案 8 第 2 款所载清单并不是一个封闭的清单。结论草案 8 第 2 款中未提及的其他形式的证据, 如果反映或表达了各国接受和承认的意思, 可援引这些证据, 以证明一项规范的强制性。

(4) 应当指出, 结论草案 8 第 2 款所列的证据形式与委员会关于习惯国际法的识别的结论草案中关于被接受为法律(法律确信)的证据形式的结论 10 第 2 段中规定的形式相似。<sup>792</sup> 之所以存在这种相似性, 是因为所列证据形式一般来说正是

<sup>789</sup> 见 Michael Domingues 诉美国案(上文脚注 706), 第 85 段(“接受这一规范超越了政治和意识形态界限, 国际社会成员强烈谴责偏离这一标准的做法, 这是当代人权标准所不允许的”)。

<sup>790</sup> 例如, 见大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他), 判决, 《1985 年国际法院案例汇编》, 第 13 页起, 见第 30 页, 第 27 段。

<sup>791</sup> 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 754), 第 99 段。

<sup>792</sup> 关于习惯国际法的识别的结论之结论 10, 联大 2018 年 12 月 20 日第 73/203 号决议, 附件。

体现出各国的立场、意见和看法的形式。一方面是为了满足一般国际法强制性规范(强行法)的接受和承认标准而可能使用这些材料,另一方面是为了识别习惯国际法的目的而使用这些材料,必须对这两方面加以区分。对于前者而言,这些材料必须使国家组成之国际社会全体确定接受和承认,即有关规范是不容克减的,而对于后者而言,这些材料被用于评估各国是否接受该规范作为习惯国际法的规则。

(5) 结论草案 8 第 2 款中非详尽无遗的清单所列证据形式有一个共同之处,即它们是表达或反映各国意见的材料。这些材料是能够揭示各国立场和观点的进程的结果。各国在国际组织或政府间会议上通过的条约和决议可能是这种材料的一个明显实例。<sup>793</sup> 国家法院的裁决同样也可反映出各国的意见,曾充当确定规范的强制性的依据。<sup>794</sup> 立法和行政措施是各国表达意见的另一种方式,因此也可以为一般国际法规范的强制性提供证据。<sup>795</sup> 各国还经常通过公开声明和在国际论坛上发表声明,就特定规范的强制性发表意见。<sup>796</sup>

(6) 除了结论草案 8 第 2 款关于证据形式并非详尽无遗这一提醒之外,还应当回顾的是,这些材料必须说明规范是否具有强制性。问题不是某一特定规范是否在

<sup>793</sup> 在与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 754)第 99 段中,国际法院提到两项条约(“1949 年《关于保护战争受害者的日内瓦公约》;1966 年《公民权利和政治权利国际公约》”)及不同决议(“1948 年《世界人权宣言》;……联大 1975 年 12 月 9 日关于保护所有人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的第 3452/30 号决议”),表示承认禁止酷刑是一般国际法的一项强制性规范(强行法)。另见检察官诉 Mucić 案,前南斯拉夫问题国际刑事法庭 1998 年 11 月 16 日的判决(IT-96-21-T)及检察官诉 Delalić 等人案(见上文脚注 757),第 454 段,该案的依据包括 1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)、1966 年《公民权利和政治权利国际公约》、1984 年《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》,及 1969 年《美洲人权公约》(“哥斯达黎加圣何塞公约”)。另见检察官诉 Furundžija 案(上文脚注 699),第 563 页,第 144 段。美洲人权委员会在 Michael Domingues 诉美国案(见上文脚注 706)第 85 段中就禁止处决未满 18 岁的人的强制性作出裁决时,依据的是各国批准的条约,如 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》、1989 年《儿童权利公约》和 1969 年《美洲人权公约》(“哥斯达黎加圣何塞公约”),该委员会指出,“这些条约承认这一禁止是不可克减的”。另见副院长安蒙关于南非不顾安全理事会第 276 (1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果的个别意见,咨询意见,《1971 年国际法院案例汇编》,第 16 页,第 79 页,其中依据联大和安全理事会决议得出结论,认为自决权是一项强制性规范。另见所罗门群岛政府向国际法院提交的书面意见,回应世界卫生组织从使用核武器对人的健康和环境产生的影响出发,就其合法性问题征求咨询意见的请求,第 39-40 页,第 3.28 段(“国际法中最常见和最根本的规则被重申并一再纳入各项条约是相当正常的”)。

<sup>794</sup> 例如,见检察官诉 Furundžija 案(上文脚注 699),第 569 页,注 170。另见 Al-Adsani 诉联合王国案(上文脚注 706),第 60-61 段,除其他外,法院在评价禁止酷刑的强制性时,依据的是女王诉 Bow Street 都市领薪专职治安官等人;皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)(上文脚注 723)及“国家法院……审理的其他案件”。

<sup>795</sup> 在得出禁止酷刑具有强制性的结论时,国际法院在关于与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 754)第 99 段中提到,这一禁令“已被纳入几乎所有国家的国内法”。同样,美洲人权委员会在 Michael Domingues 诉美国案(见上文脚注 706)关于禁止处决未满 18 岁的人的裁决第 85 段中指出,各国已对国家立法提出了相关修正。

<sup>796</sup> 例如,见:关于侵略:加纳(《联合国法律条约会议正式记录,第一届会议……》(上文脚注 726),第 53 次会议,第 15 段);荷兰(A/C.6/SR.781,第 2 段);乌拉圭(《联合国法律条约会议正式记录,第一届会议……》(上文脚注 726),第 53 次会议,第 48 段);日本(S/PV.2350);白俄罗斯(A/C.6/73/SR.26,第 90 段);及莫桑比克(A/C.6/73/SR.28,第 3 段)。在这方面,在与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 754)第 99 段中,国际法院在断言禁止酷刑的强制性时,提到“国家和国际论坛经常谴责酷刑行为”的事实。



这些材料中得到反映，而是这些材料是否确定了国家组成的国际社会全体的接受和承认。这些材料单独而言并不能确定一项规范的强制性。这些材料必须在其背景下一同加以权衡和评估，以确定它们是否明显体现出国家组成的国际社会全体对有关规范的强制性接受和承认。

## 结论 9

### 确定一般国际法规范强制性的辅助手段

1. 国际性法院和法庭的决定，特别是国际法院的决定，是确定一般国际法规范强制性的辅助手段。
2. 各国或国际组织设立的专家机构的工作成果和各国权威最高的公法学家学说也可作为确定一般国际法规范强制性的辅助手段。

## 评注

(1) 要识别一项规范为一般国际法强制性规范(强行法)，就有必要提供证据，表明该规范被国家组成的国际社会全体接受和承认为不容克减的规范，且只能由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。如结论草案 8 的解释，表示或反映各国意见的材料是与此目的有关的证据形式。未反映各国意见的其他材料也可作为确定一项规范的强制性的辅助手段。结论草案 9 涉及一些这类辅助手段。必须强调的是，此背景下的“辅助”一词并不是要削弱这类材料的重要性，而是旨在表达这些材料有助于对“接受和承认”加以识别，但其本身并不构成这种接受和承认的意思。<sup>797</sup> 结论草案 9 涉及其他这类材料。

(2) 结论草案 9 第 1 款规定，国际性法院和法庭的决定，是确定一般国际法规范强制性的辅助手段。这条规定仿效了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，除其他外，该项规定，“司法判例”是“确定法律原则之补助资料者”。正是部分出于这一原因，结论草案 9 第 1 款使用了“确定……的手段”而非本结论草案中经常使用的“识别”一词。虽然《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项提及的“司法判例”既包括国际性法院的决定，也包括国家法院的决定，但结论草案 9 第 1 款仅提及国际性法院和法庭的决定。除了作为《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项之下的辅助手段以外，国家法院的决定也可能构成结论草案 8 的主要证据。

(3) 有大量国际性法院的决定以其他国际性法院和法庭的决定作为依据的实例。例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在检察官诉 Furundžija 一案中裁定，禁止酷刑是一般国际法的一项强制性规范(强行法)，除其他外，其依据包括“禁止”国家将一个人“驱逐、遣返或引渡”到他们可能遭受酷刑的地方这一禁令的广泛性。<sup>798</sup> 为了表明这种禁止的广泛性，除其他外，法院提到了欧洲人权法院的判决。<sup>799</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭对检察官诉 Furundžija 案的判决本身

<sup>797</sup> 另见关于习惯国际法的结论草案结论 13 的评注第(2)段(上文脚注 740) (“‘辅助手段’一词指明这类判决在阐明法律方面发挥辅助作用，但它们本身并非国际法的来源(条约、习惯国际法和一般法律原则也是如此)。“辅助手段”一词的使用不是也无意表明这类判决对于习惯国际法的识别不重要”)。

<sup>798</sup> 检察官诉 Furundžija 案(见上文脚注 699)，第 144 段。

<sup>799</sup> Soering 诉联合王国案，第 14038/88 号申诉，欧洲人权法院 1989 年 7 月 7 日的判决；Cruz Varas 等人诉瑞典案，第 15576/89 号申诉，欧洲人权法院 1991 年 3 月 20 日的判决，A 辑：



常常被提及，以说明禁止酷刑的强制性地位。<sup>800</sup>“黎巴嫩问题特别法庭在检察官诉 Ayyash 等人一案的结论中指出，“国际性刑事法院在对罪行进行国际起诉方面如此频繁地坚持合法性原则(法无明文不为罪)，以致于完全有理由认为，该原则现已具有强制性规范(强行法)的地位”。<sup>801</sup>黎巴嫩问题特别法庭在 El Sayed 案中裁定，诉诸司法的权利已“获得强制性规范(强行法)的地位”，除其他外，其依据包括国家法院和国际性法院的判例。<sup>802</sup>El Sayed 案的裁决特别恰当地说明，国际性法院和法庭的决定可作为识别一般国际法强制性规范(强行法)的辅助手段。在该案中，法庭当时的庭长安东尼奥·卡塞塞在判决书中采用了各种证据形式，包括结论草案 8 所列的证据，从而得出结论认为，从整体上看，证据表明，诉诸法院的权利的强制性得到了接受和承认。<sup>803</sup>该判决随后提及 Goiburú 等人诉巴拉圭一案的裁决，在该案中，美洲人权法院裁定，诉诸法院的权利是一项一般国际法强制性规范(强行法)，目的是为所依赖的主要证据提供背景，并固化这一证据。<sup>804</sup>

(4) 结论草案 9 第 1 款明确提及国际法院是确定规范的强制性的辅助手段之一。明确提到国际法院有若干原因。首先，它是联合国的主要司法机关，其成员由联合国主要政治机关选出。其次，它仍然是唯一具有一般属事管辖权的国际法院。此外，虽然法院不愿就强制性规范发表意见，但其判例为强制性规范的一般概念的发展，尤其是为特别强制性规范的发展留下了印记，即使在没有明确援引一般国际法强制性规范(强行法)的情况下也是如此。具体而言，法院在关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留意见、南非继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果、在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见中，以及在关于巴塞罗那电车公司、电灯及电力有限公司、东帝汶和尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动的决定中，都为理解一般国际法的强制性规范(强行法)及其演变作出了重大贡献，尽管这些咨询意见和决定没有明确和清楚地援引强制性规范作为各自的结论。<sup>805</sup>当国际法院就强制性规范作出明确裁决时，这

判决和决定，第 201 卷；及 Chahal 诉联合王国案，第 22414/93 号申诉，欧洲人权法院大审庭 1996 年 11 月 15 日的判决。

<sup>800</sup> 例如，见 Al-Adsani 诉联合王国案(上文脚注 706)，第 30 段，及 García Lucero 等人诉智利案(上文脚注 718)，第 123-124 段，尤其见注 911。另见女王诉 Bow Street 都市领薪专职治安官等人：皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)(上文脚注 723)，其中几位上院议员提到“检察官诉 Furundžija”案(上文脚注 699)。

<sup>801</sup> 检察官诉 Ayyash 等人案，STL-11-01/I 号案件，黎巴嫩问题特别法庭上诉分庭 2011 年 2 月 16 日关于适用法律的中间决定：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、加重指控，第 76 段。在作出这项裁决时，除其他外，法院依据了前南斯拉夫问题国际刑事法庭对检察官诉 Duško Tadić 案的判决(案件号 IT-94-1-AR-72，前南斯拉夫问题国际刑事法庭 1995 年 10 月 2 日对辩方就管辖权问题提出的中间上诉动议作出的决定；检察官诉 Delalić 等人案(见上文脚注 757)；及检察官诉 Akayesu 案，案件号 ICTR-96-4-T，卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭 1998 年 9 月 2 日的判决。

<sup>802</sup> El Sayed 案，案件号 CH/PRES/2010/01，2010 年 4 月 15 日关于将事项分配给预审法官的命令，黎巴嫩问题特别法庭庭长，第 29 段，其中特别提到 Goiburú 等人诉巴拉圭案(见上文脚注 706)。

<sup>803</sup> 见，同上，第 21 至 28 段。

<sup>804</sup> 同上，第 29 段。

<sup>805</sup> 见对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留(上文脚注 703)；南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 793)，第 16 页；在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页；“以核武器相威胁或使用核武器的合法性”

些裁决甚至更具影响力。例如，法院对与起诉或引渡义务有关的问题案的判决确认了禁止酷刑的强制性地位。<sup>806</sup>

(5) 结论草案 9 第 2 款涉及确定一般国际法规范强制性的其他一些辅助手段。与国际性法院和法庭的裁决一样，其他这类手段属于辅助手段，因为它们有助于确定国家是否接受和承认，但它们本身并不是这种接受和承认的证据。作为其他辅助手段的实例，该款列举了专家机构的工作成果和各国权威最高的公法学家学说，也称为学术著作。与第 1 款中用来限定国际性法院和法庭裁决的“是”一词不同的是，第 2 款中使用的“也可”一词表明，给予专家机构的工作成果和学术著作的权重可低于司法决定。其他这些材料作为辅助手段的相关性取决于另一些因素，包括工作成果或著作的推理、表达的意见在多大程度上为各国所接受，以及这些意见在多大程度上得到结论草案 8 所列其他形式的证据或国际性法院和法庭裁决的证实。

(6) 第一类涉及专家机构的工作成果。“各国或国际组织设立的”一语指的是由国际组织设立的机关和此类组织的附属机构，如国际法委员会以及专家条约机构。这一限定是必要的，以强调有关专家机构必须具有政府间任务授权，而且必须由各国设立。使用“各国或国际组织设立的”一语意味着没有政府间任务授权的私营组织不属于专家机构类别。这并不意味着没有政府间任务授权的专家机构的工作成果无关紧要。例如，根据结论草案 9 第 2 款，国际法学会或国际法协会的工作成果可被视为“权威最高的公法学家学说”。<sup>807</sup> “工作成果”一词不仅包括专家机构的最终成果，而且还包括形成最终成果的工作。

(7) 法院也支持使用其他材料作为依据。例如，在 RM 诉总检察长一案中，肯尼亚高等法院依据了人权事务委员会关于不歧视的第 18 号一般性意见<sup>808</sup>，确定不歧视是一般国际法的强制性规范(强行法)。<sup>809</sup> 同样，为了提出不驱回原则是一般国际法强制性规范(强行法)的结论，国际刑事法院，除其他外，以联合国难民事务高级专员公署的一项咨询意见作为依据。<sup>810</sup> 同样，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在检察官诉 Furundžija 一案的裁决中指出，禁止酷刑是强行法的一项规范，其依据除其他外包括美洲人权委员会的意见、人权事务委员会的意见以及特别报告员科艾曼斯先生的一份报告。<sup>811</sup>

(上文脚注 699)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页；东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案，判决，《1995 年国际法院判例汇编》，第 90 页；及尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 741)。

<sup>806</sup> 见与起诉或引渡义务有关的问题案(上文脚注 754)，第 99 段。

<sup>807</sup> 关于习惯国际法的识别的结论草案之结论草案 14，评注第(5)段。

<sup>808</sup> 人权事务委员会，关于不歧视的第 18 号一般性意见(1989 年)，(《大会正式记录，第四十五届会议，补编第 40 号》，第一卷(A/45/40 (Vol. I))，附件六，A 节，第 1 段。

<sup>809</sup> RM 诉总检察长案，第 1351 2002(O.S.)号民事案件，内罗毕肯尼亚高等法院 2006 年 12 月 1 日的判决，[2006] eKLR，第 18 页。

<sup>810</sup> 见检察官诉 Katanga 案(上文脚注 781)，第 30 段，其中提及联合国难民事务高级专员公署 2007 年关于 1951 年《关于难民地位的公约》及其 1967 年《议定书》规定的不驱回义务域外适用问题的咨询意见。法院还提及联合国难民事务高级专员公署的若干执行委员会结论。

<sup>811</sup> 见检察官诉 Furundžija 案(上文脚注 699)，第 144 和 153 段。法庭提到了《美洲人权公约》、人权事务委员会关于第 7 条的一般性意见和第 24 号一般性意见，以及特别报告员科艾曼斯的一份报告。

(8) 在评估某项规范是否已达到强制性地位时，国际法委员会也常被提及。在评估禁止使用武力的地位时，国际法院注意到“国际法委员会……认为‘关于禁止使用武力的《联合国宪章》法律本身就是一个具有强行法性质的国际法规则的突出例子’”。<sup>812</sup> 提供普遍接受的一般国际法强制性规范(强行法)清单的学术著作，往往以委员会在《国家对国际不法行为的责任条款》中在条款草案 26 条的评注中提供的清单为依据。<sup>813</sup> 因此，委员会本身的工作也可能有助于识别一般国际法的强制性规范(强行法)。

(9) 第 2 款提到“权威最高的公法学家学说”，这些学说也可用作识别国际法强制性规范的辅助材料。<sup>814</sup> 这指的是学术著作和其他作品也可用作次要材料，用于评估接受和承认强制性地位的主要形式并提供背景参考。必须强调的是，给予这类学说的权重将因其推理的质量以及它们在国家实践中以及得到国际性法院和法庭的裁决的支持程度而大不相同。<sup>815</sup>

(10) 值得指出的是，结论草案 9 第 1 和第 2 款中列出的辅助手段并不是详尽无遗的。但是，结论草案 9 中列出的手段的确是在识别一般国际法强制性规范(强行法)时所依赖的最常见的辅助手段。

### 第三部分

#### 一般国际法强制性规范(强行法)的法律后果

<sup>812</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 741)，第 100-101 页，第 190 段。另见 *Re Víctor Raúl Pinto, Re, Pinto(Víctor Raúl)诉 Tomás Rojas* 的亲属案，第 3125-94 号案件，智利最高法院 2007 年 3 月 13 日关于宣告判决无效的裁决，ILDC 1093(CL 2007)，第 29 和 31 段。

<sup>813</sup> 《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条评注第(5)段。见 *den Heijer and van der Wilt* (上文脚注 714)，第 9 页，其中提到清单上的规范是“无可争议”的。另见 *Christófolo* (上文脚注 743)，第 151 页；及 *Weatherall* (上文脚注 701)，第 202 页。另见 *de Wet* (上文脚注 788)，第 543 页。但她所依据的不是委员会的清单，而是委员会研究组的报告第 374 段提供的清单(见上文脚注 702)，并对研究组的报告作了轻微改动。例如，在 *de Wet* 提供的清单中，“自卫权”本身被列为一般国际法强制性规范(强行法)，而研究组的清单所载的独立强行法规范是“禁止侵略”，而不是“自卫”。

<sup>814</sup> 例如，见 *Nguyen Thang Loi 诉陶氏化学公司案(关于橙剂产品的责任诉讼案)*，373 F.Supp.2d 7 (E.D.N.Y. 2005)，第 108 页，依据的是 M. C. Bassiouni, “Crimes against humanity”, in R. Gutman and D. Rieff (eds.), *Crimes of War: What the Public Should Know*, Norton, 1999; 检察官诉 *Kallon 和 Kamara* 案，案件编号：SCSL-2004-15-AR72(E)和 SCSL-2004-16-AR72(E)、2004 年 3 月 13 日关于对管辖权提出异议的裁定：洛美协议大赦，塞拉利昂问题特别法庭，上诉分庭，第 71 段，依据的是 L.Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2002; 及 *Bayan Muna 诉 Alberto Romulo* 案(见上文脚注 723)，第 55 页，引述 M.C.Bassiouni, “International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), p. 63。另见 *Siderman de Blake 诉阿根廷共和国案*(上文脚注 708)，第 717 页，引述了几位作者，包括 K.Parker 和 L.B. Neylon, “Jus cogens: compelling the law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, No. 2 (Winter 1989), pp. 411-463; 及 K.C.Randall, “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, vol. 66 (1987-1988), pp. 785-841，以支持禁止酷刑是普通国际法的强制性规范(强行法)的主张。

<sup>815</sup> 另见关于习惯国际法的识别的结论草案之结论草案 14 的评注第(3)段(“在借鉴论著时必须保持警惕，因为它们在确定某项习惯国际法规则存在方面的价值可能有差异：‘可用作’这一措辞即反映了这种提醒。首先，著述者有时不仅试图记录法律的现状(现行法)，还设法支持其发展(拟议法)。在这么做时，他们并不总是区分(或清楚地区分)法律的现状和他们所设想的法律的状况。其次，论著可反映著述者本国的观点或其他个人观点。第三，论著的质量参差不齐。因此，评估特定著述的权威性至关重要”)。



## 结论 10

### 与一般国际法的强制性规范(强行法)抵触的条约

1. 条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触者无效。此种条约的规定无法律效力。
2. 新的一般国际法强制性规范(强行法)产生时, 与该项规范相抵触的任何现行条约即为无效并终止。条约缔约方继续履行条约之义务解除。

### 评注

(1) 结论草案 10 涉及与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约无效和终止的问题。条约无效是与一般国际法强制性规范最密切相关的法律效力。<sup>816</sup> 1969 年《维也纳公约》第五十三条很少用作条约无效的依据, 以致该条是否仍然有效受到质疑。<sup>817</sup> 然而, 条约很少因与强制性规范相抵触而无效, 这一事实并不是因为第五十三条所载规则不为各国所接受, 而只是因为各国一般不缔结与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约。因此, 与强制性规范相抵触的条约无效的规则继续适用, 尽管很少适用该规则。

(2) 虽然因与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而使条约无效的情况很少, 但这并不意味着根本没有可能与此问题相关的实践。有些国家做出了声明, 评估某一特定条约是否符合一项一般国际法强制性规范(强行法), 以及是否因此可能被视为无效的问题。<sup>818</sup> 对联大通过的决议,<sup>819</sup> 一些人的解释是, 决议承认某些

<sup>816</sup> Danilenko, *Law-Making in the International Community*(见上文脚注 735), 第 212 页(“正如最初在条约法编纂进程中设想的那样, 强行法的概念只适用于条约关系…使违反被公认为‘更高一级法律’的基本共同体规则的双边和多边协定失效”)。另见 Kleinlein (上文脚注 764), 第 181 页; K.Kawasaki, “A brief note on the legal effects of jus cogens in international law”, *Hitsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), p. 27; 及 den Heijer and van der Wilt(上文脚注 714), 第 7 页。

<sup>817</sup> Costelloe(见上文脚注 694), 第 55 页(“相关的[1969 年《维也纳公约》的规定]非常狭窄, 以及它们是否仍然具有很大相关性的问题……以及现在几乎是一纸空文的说法, 是有道理的”)。见 Charlesworth and Chinkin(上文脚注 701), 第 65-66 页(“尽管担心纳入[《维也纳公约》第五十三条]将破坏条约必须遵守的原则, 并可能打破条约承诺提供的确定性, 但在这方面极少援引强行法理论。因此, 它对条约的实施几乎没有实际影响”); 及 Kadelbach(上文脚注 700), 第 161 页(“从条约有非法主题事项的意义上说, 直接抵触是一种理论上的情况”)。另见 Cassese(上文脚注 701), 第 159-160 页(“我们是否应得出结论认为, 通常所称的 1969 年《维也纳公约》所取得的重大进展……经过这些年后实际上证明是彻底的失败吗?”)。例如, 见 Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of jus cogens” (上文脚注 714), 第 36 页; 及 Kadelbach(上文脚注 700), 第 152 页。关于讨论, 见 Knuchel(同上), 第 141 页。

<sup>818</sup> 关于这方面的一般性声明, 见荷兰在第六委员会第十八届会议期间的发言, 议程项目 69, 国际法委员会的报告, 第 2 段(关于强行法问题, “1938 年 9 月 29 日在慕尼黑签署的《关于苏台德德国领土的协定》是少数被认为违反国际公共秩序的条约之一”)。在同次会议上, 为了表明支持因与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而导致无效的做法, 塞浦路斯列出了一些条约, 这些条约对于与禁止使用武力这一强制性规范相抵触而无效的问题做了规定(《国际联盟盟约》、《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(称为“《白里安-凯洛格公约》); 《纽伦堡法庭宪章》; 审判远东重要战犯的《国际军事法庭宪章》, 以及通过非法使用武力达成的条约自始无效最近因《联合国宪章》第二条第四款被规定为现代国际法中的现行法”)。另见以色列在第六委员会第十八届会议期间的发言, 议程项目 69, 国际法委员会的报告, 第 8 段。更具体的陈述, 见东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案, 澳大利亚政府 1992 年 6 月 1 日的辩诉状, 第 223 段, 其中宣布《帝汶沟条约》(1989 年 12 月 11 日就合作地带签署的《关于在印度尼西亚东帝汶省与澳大利亚北部之间地区建立合作区的条约》, 联合国《条约汇编》, 第 1654 卷, 第 28462 号, 第 105 页)如果与自决权相抵触, 则因违反强制法规范而无效; 国务院法律顾问 Roberts B. Owen 给代理国务卿的备忘录, 1979 年 12 月 29 日, 载于 U.S.

协定的合法性取决于它们是否提及符合某些基本原则。还有一些司法决定认为某些条约无效，因为这些条约可能不符合一般国际法的强制性规范(强行法)。在检察官诉 Taylor 一案中，塞拉利昂问题特别法庭必须确定其《规约》中取消官员豁免的规定是否无效。<sup>820</sup> 法院认为，因为这些规定“并未与一般国际法任何强制性规范相抵触”，所以法院“必须赋予[其]效力”。<sup>821</sup> 接下来似乎应该是，如果该规定存在抵触情况，法院就不会赋予其效力。同样，美洲人权法院审理的 Aloeboetoe 等人诉苏里南案依据的就是荷兰出于赔偿目的与萨拉马卡社区之间缔结的一项协定。<sup>822</sup> 法院指出，根据该条约的某些规定，萨拉马卡人承诺抓获逃脱的奴隶并使其重新为奴。<sup>823</sup> 有鉴于此，法院认为，如果所涉协定是一项条约，则该条约“无效，因为它与新的强行法规范相抵触”。<sup>824</sup>

(3) 结论草案 10 遵循 1969 年《维也纳公约》的做法，对以下两种情况作了区分：一种是在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约(第 1 款)，另一种是在缔结条约后产生的与一般国际法强制性规范相抵触的条约(第 2 款)。<sup>825</sup> 1969 年《维也纳公约》第五十三条第一句处理了第一种情况，该公约第 64 条处理了第二种情况。这两款非常贴近 1969 年《维也纳公约》文本。

(4) 结论草案 10 第 1 款第一句话仅声明，条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触者无效。这一句非常贴近第五十三条第一句话。这句话的意思是，这样一项条约自始无效。结论草案 10 第 1 款第二句话摘自 1969 年《维也纳公约》第六十九条第一款，规定因在缔结时与强制性规范相抵触而无效的条约的规定没有法律效力。

---

Digest, 第 2 章第 1 节, 第 4 段, 转载于 M.L.Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, “美国国际法学报”, 第 74 卷, 第 2 号(1980 年 4 月), 第 418 页, 第 419 页(“也不清楚苏联和阿富汗之间的条约……是否有效。如果该条约真的支持苏联对阿富汗的这类干预, 根据当代国际法原则, 条约无效, 因为它与《维也纳条约法公约》所称的‘一般国际法强制性规范’相抵触……, 即与《联合国宪章》第二条第四款所载规范相抵触”)。

<sup>819</sup> 联大 1978 年 12 月 7 日第 33/28A 号决议; 联大 1979 年 11 月 29 日第 34/65 B 号决议; 联大 1981 年 11 月 24 日第 36/51 号决议; 及联大 1984 年 12 月 5 日第 39/42 号决议。

<sup>820</sup> 检察官诉 Taylor 案, 案件编号 SCSL-2003-01-I, 塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭 2004 年 5 月 31 日关于管辖豁免问题的裁决, 第 53 段。另见检察官诉 Kallon 案, 案件编号 SCSL-2004-15-AR72(E), 塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭 2004 年 3 月 13 日关于合宪性和缺乏管辖权的裁决。

<sup>821</sup> 检察官诉 Taylor 案(见上文脚注), 第 53 段。

<sup>822</sup> Aloeboetoe 等人诉苏里南案, 美洲人权法院 1993 年 9 月 10 日关于赔偿和费用的判决, C 辑, 第 15 号。

<sup>823</sup> 同上, 第 57 段。

<sup>824</sup> 同上。

<sup>825</sup> 见《条约法条款草案》第 50 条的评注第(6)段, 《1966 年……年鉴》, 第二卷, 第 248 页(第 50 条草案“须结合第 61 条(强行法新规则的产生)来解读, 并且委员会认为, 毫无疑问本条具有追溯力。它涉及的是条约在缔结时由于其规定与已经存在的强行法现有规则抵触, 因而条约无效的情况。条约因其实际缔结与一般国际法强制性规范抵触而整体无效……另一方面, 第 61 条所涉情况是, 一项条约在缔结时有效, 但因其规定与嗣后拟定的一项强行法新规则抵触而成为无效并终止。‘成为无效并终止’的措辞极为清楚地说明, 委员会认为, 新的强行法规则的出现对条约效力将不具追溯力。无效仅是从拟定新的强行法规则之时起产生效力”(强调是原有的)。



(5) 结论草案 10 第 2 款涉及新出现的一般国际法强制性规范对现有条约的后果。该款规定，这样一项条约即为无效并终止。“即为无效并终止”的措辞说明，该条约不是自始就无效，而是在强制性规范产生之时成为无效。从有关规范作为不容克减的规范被承认和接受那一刻起，条约方告无效。条约无效的后果是，只有条约条款的持续法律效力或随后的法律效力终止。正因为如此，第 2 款第二句规定，这样一项条约的缔约方继续履行条约之义务解除。这一措辞源自 1969 年《维也纳公约》第七十一条第二款(a)项。案文的效果是承认条约规定在一般国际法强制性规范(强行法)出现之前是有效的，并可能产生法律后果。依照结论草案 12，只有“继续”履行的义务受到任何条约终止的影响。在规范得到接受和承认之前，受责难的条约规定的权利和义务是完全有效和适用的。

(6) 关于条约因与强制性规范相抵触而无效的结论草案 10 应与关于援引无效的程序性要求的结论草案 21 一并解读。根据结论草案 21，条约缔约方不能单方面宣布因为自己认为该条约违反强制性规范而解除其根据该条约履行的义务。在将条约无效的任何后果作为依据之前，应遵循结论草案 21 规定的程序，以客观地确认条约无效。

### 结论 11

#### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约规定的可分离性

1. 条约如在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触则整体无效，条约任何规定均不可分离。
2. 因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而无效的条约整体终止，除非：
  - (a) 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的规定就其适用而言，可与条约的其余部分分离；
  - (b) 条约本身规定或通过其他方式确定，接受有关规定并非任何缔约方同意受整个条约约束之必要基础；并且
  - (c) 该条约其余部分继续实施不致有失公正。

### 评注

(1) 结论草案 11 涉及的是一项条约的某些规定与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触，而另一些规定则与这种规范并无抵触的情况。正如关于条约无效的结论草案 10，这项结论草案遵循了 1969 年《维也纳公约》的一般性做法，即对以下两种情况作了区分：一种是在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约，另一种是在缔结后与新出现的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的条约。这项结论草案也非常贴近了 1969 年《维也纳公约》有关条款所载案文。

(2) 结论草案 11 第 1 款涉及条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的情况。根据 1969 年《维也纳公约》，在这种情况下，条约整体无效。《公约》第五十三条规定“条约无效”，而不是有关条约的有关规定无效。此外，1969 年《维也纳公约》第四十四条第五款明确规定，在这种情况下，受责难的条款与条约不许分离。条约整体自始无效。因此，结论草案 11 明确指出，整个条约都是无效的，不可能将那些与强制性规范相抵触的规定与条约的其他规定分

离。首先，结论草案中的“整体无效”一语意在澄清，整个条约无效，而不仅仅是存在抵触的规定无效。第二，为了强调这一基本点，这句话的第二部分明确声明，“条约任何规定均不可分离”。该句第一部分贴近 1969 年《维也纳公约》第五十三条的案文，第二部分以该公约第四十四条第五款为依据，该款从第四十四条关于可否分离的规则中排除了第五十三条规定的无效情况。但有意见认为，在某些情况下，也许将一项条约的不同条款分离是合理做法。

(3) 第 2 款涉及条约(或条约的特定规定)与在条约缔结后产生的强制性规范相抵触的情况。第 2 款的措词非常贴近 1969 年《维也纳公约》第四十四条第三款的措辞。该款承认在条约缔结后因一般国际法强制性规范的出现而使条约无效的情况下分离的可能性。

(4) 第 2 款的导语直白地表明，作为一般规则，如果一项条约与一般国际法的强制性规范(强行法)相抵触，即使强制性规范(强行法)是在条约缔结后出现的，条约整体无效。因此，结论草案 11 第 2 款导语的第一部分规定，因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而无效的条约整体终止。导语末尾处的“除非”一词表示，只有在(a)至(c)分段所涵盖的有限情况下，才可能发生分离。(a)至(c)分段所列要素为累加性质。换言之，所有这三个要素都必须存在，才可以将与强制性规范相抵触的规定与条约的其他部分分离。

(5) 结论草案 11 第 2 款列举的要素取自 1969 年《维也纳公约》第四十四条第三款。(a)分段规定的第一项要素是，与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的规定就其适用而言，必须可以与条约的其余部分分离；这意味着，在与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的规定不存在的情况下，必须有可能适用条约的其余部分。例如，如果其他规定的作用是促进执行受责难的规定，则显然不能将受责难的规定与条约其他规定的适用分离。

(6) 仅有可能在受到责难的规定不存在的情况下适用条约是不够的。结论草案 11 第 2 款(b)分段声明，必须通过条约本身规定或通过其他方式确定，接受有关规定并非任何缔约方同意受整个条约约束之必要基础。即使一项条约可以在受责难的规定不存在的情况下适用，它也会违背条约的协商一致性质，即条约是在不存在作为缔结条约的“必要基础”的规定的情况下适用的，因为如果没有这项规定，就不会有对条约的同意。

(7) 根据(c)分段，将一项与条约缔结后产生的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的规定分离，必须满足最后一个条件，即条约继续实施不致有失公正。在这种情况下，“有失公正”一词指的是条约产生的权利和义务的基本平衡，只有在一些规定被分离而另一些规定被保留的情况下，才会破坏这种平衡。此外，决定继续实施条约是否“有失公正”，不仅需要考虑对条约缔约方的影响，如果相关且必要，还应考虑在缔约方以外产生的影响。第 2 款所列条件是否存在，是通过考虑所有相关情况确定的，包括该规定的主题、该主题与条约其他条款的关系、准备工作文件以及其他因素。<sup>826</sup>

## 结论 12

### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约无效和终止的后果

<sup>826</sup> 见《条约法条款草案》第 41 条草案评注第(5)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 238 页。

1. 因在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的条约的缔约方有以下法律义务:

(a) 尽量消除依据与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约之任何规定所实施的任何行为之后果; 以及

(b) 使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。

2. 一项条约因出现新的一般国际法强制性规范(强行法)而终止, 不影响在该条约终止前因实施该条约而产生的任何权利、义务或法律情势, 条件是此后这些权利、义务或情势的保持仅以与新的一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触为限。

## 评注

(1) 与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的后果之一是条约无效, 或在条约通过后出现强制性规范的情况下, 条约成为无效。然而, 一项条约, 即使是一项无效的条约, 也可能产生后果, 例如因为缔约方根据条约行事而产生后果。这些后果可能通过产生权利和义务或通过确立事实情况而表现出来。结论草案 12 涉及条约因为与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而无效之后果。因此, 结论草案 10 和结论草案 12 之间存在密切关系。结论草案 12 涉及被宣布无效的条约的后果。

(2) 与结论草案 10 和 11 的情况一样, 结论草案 12 的结构依据的是 1969 年《维也纳公约》第五十三条和第六十四条之间的区别: 即因与现有的一般国际法强制性规范相抵触而无效的情况, 以及因与条约通过后产生的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而无效的情况。此外, 与结论草案 10 和 11 一样, 结论草案 12 也非常贴近 1969 年《维也纳公约》的案文。最后, 与结论草案 10 一样, 条约无效的后果也受结论草案 21 中规定的程序性要求的影响。

(3) 结论草案 12 第 1 款涉及条约在缔结时与一般国际法强制性规范(强行法)抵触而无效的情况。本款的措词非常贴近 1969 年《维也纳公约》第七十一条第一款关于“条约依第五十三条无效者”的措词。鉴于在这种情况下不能缔结条约——这也是自始无效之实质——因此不得以条约规定为依据。尽管如此, 可能已一秉诚意地依据该无效条约采取了行动, 并产生了特定后果。为了处理这些后果, 结论草案 12 第 1 款提到两项义务。

(4) 无效条约缔约方的第一项义务是尽量消除依据与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的条约之任何规定所实施的任何行为之后果。首先应当指出的是, 这项义务在于“尽量”消除。因此, 该义务不在于结果, 而是在于行为。该款认识到, 也许不可能消除相关后果, 但要求各国尽最大努力消除任何此类后果。第二, 这里的责任不是消除因依据条约任何部分而实施的任何行为的后果, 而只是消除依据条约受责难的规定而实施的那些行为的后果。因此, 虽然条约整体无效, 但并没有义务消除依据不与一般国际法的强制性规范(强行法)抵触的条约条款而实施的行为的后果。第二项义务源自第一项义务, 即各方应使彼此关系符合一般国际法强制性规范(强行法)。这意味着, 在前进过程中, 条约缔约方应确保彼此关系符合所涉强制性规范。因此, 第一项义务涉及过去的行为, 而第二项义务则涉及未来的行为。

(5) 第 2 款涉及 1969 年《维也纳公约》第六十四条处理的情况，即条约因其通过后产生的强制性规范而失效的情况。结论草案 12 第 2 款的措词非常贴近 1969 年《维也纳公约》第七十一条第二款的案文。必须重申，在这种情况下，条约只有在一般国际法的强制性规范(强行法)出现之后才会失效。换言之，在条约通过和强制性规范出现之间的这段时间内，条约仍然有效，因此，根据条约实施的行为和产生的权利和义务仍然有效。因此，不存在消除实施有效行为的后果的义务。结论草案指出，一项条约因与其通过后产生的强制性规范抵触而终止，不影响在该条约终止前因实施该条约而产生的任何权利、义务或法律情势。因此，虽然条约成为无效，但通过合法实施条约而产生的权利、义务或法律情势不会受到影响。然而，只有在这些权利、义务或法律情势的继续存在本身不违反一般国际法强制性规范(强行法)的情况下，才可以对它们予以保持和以之作为依据。

### 结论 13

#### 对条约的保留对一般国际法强制性规范(强行法)不具效果

1. 对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定的保留不影响该规范的约束性，该规范应继续作为强制性规范适用。
2. 保留不得以违反一般国际法强制性规范(强行法)的方式排除或更改条约的法律效力。

### 评注

(1) 结论草案 13 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对有关对条约的保留的国际法规则的影响。结论草案的目的不是为了规范 1969 年《维也纳公约》第十九条至第二十三条处理的保留问题。结论草案源于该公约规定的保留的效果。

(2) 第 1 款涉及对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定提出保留的情况。结论草案 13 第 1 款的措辞依据的是委员会《对条约的保留实践指南》。<sup>827</sup> 该款指出，对反映强制性规范的条约规定的保留不影响该规范的约束性，该规范应继续作为强制性规范适用。“作为强制性规范”一语意在表明，即使反映在条约规定中，但一般国际法强制性规范(强行法)仍保持其有效性，不受条约规定的影响。这意味着，虽然保留很可能影响条约规则和条约规则的适用，但作为一般国际法强制性规范(强行法)的规范将不受影响，并将继续适用。结论草案 13 这一款所反映的规则源于国际法的正常运行。它尤其源于一个事实，即提具保留的条约规定和有关的一般国际法强制性规范(强行法)是分别存在的。<sup>828</sup>

(3) 结论草案 13 第 1 款中的规则与保留的有效性无关。保留是否有效以及任何无效的后果，都属于 1969 年《维也纳公约》所载规则管辖的事项。直接禁止对条约中反映一般国际法强制性规范(强行法)的规定提出保留是过分的，因为这种裁断应始终取决于对有关条约的目的和宗旨的确定——这项工作只能通过对每项具体条约的解释来进行。然而，必须强调的是，无论有关保留的有效性如何，一

<sup>827</sup> 《对条约的保留实践指南》，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10/Add.1)，准则 4.4.3。

<sup>828</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 741)，第 93-94 页，第 175 段(在对一项声明提出保留、根据法院《规约》第三十六条第二款承认法院管辖权强制性的背景下处理此问题)。

国不能通过对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定提具保留的办法,逃避该规范的约束性。

(4) 结论草案 13 第 2 款涉及表面上为中性、与强制性规范无关,但其适用会违反一般国际法的强制性规范(强行法)的保留。这类保留是无效的。根据《对条约的保留实践指南》所载准则 4.4.3 第 2 段,结论草案 13 指出,保留不能以违反一般国际法强制性规范(强行法)的方式排除或更改条约的法律效力。准则 4.4.3 的评注中指出的典型例子是“意图将某一类人排除在外,使其不能受益于条约所赋予的某些权利”的保留。<sup>829</sup> 受教育权虽然非常重要,但目前并不是一般国际法(强行法)的强制性规范。因此,对宣称受教育权的条约规定提出保留本身并不违反一般国际法强制性规范(强行法),也不构成对反映一般国际法强制性规范(强行法)的条约规定的保留。但是,如果一项保留限定对某一特定种族群体落实这一权利,或不让某一特定种族群体享有这一条约权利,则可认定该保留违反了一般国际法禁止种族歧视这一普遍承认的强制性规范。<sup>830</sup>

## 结论 14

### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的习惯国际法规则

1. 习惯国际法规则如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触,则不会形成。这不妨碍一般国际法强制性规范(强行法)由嗣后具有相同性质的一般国际法规范加以变更的可能性。
2. 不具有强制性的习惯国际法规则如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触,则在抵触范围内停止存在。
3. 一贯反对者规则不适用于一般国际法强制性规范(强行法)。

## 评注

(1) 结论草案 14 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对习惯国际法的影响。结论草案 14 分为三段。第一段涉及现有一般国际法强制性规范(强行法)对形成新的习惯国际法规则的影响。第二段涉及新的一般国际法强制性规范(强行法)对现有习惯国际法规则的影响。第三段论述一贯反对者规则的不适用性。前两段反映了结论草案 10, 该草案区分了与条约缔结时已存在的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况和与条约缔结后才出现的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况。

(2) 结论草案 14 第一段第一句规定,如果习惯国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触,则该规则不会形成。“不会形成”一词意在表明,即使习惯国际法的组成要素存在,在假定规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况下,该习惯国际法的规则不会形成。与条约不同的是,“无效”或“失效”这两个术语不合适,因为习惯国际法的假定规则本来就不存在。

(3) 一般国际法强制性规范(强行法)在等级上优越于其他国际法规范,因此在相互抵触情况下可以否定后一类规范。国家法院的决定承认,一般国际法的强制性

<sup>829</sup> 《对条约的保留实践指南》(见上文脚注 827), 准则 4.4.3 评注第(5)段。

<sup>830</sup> 例如,见《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条的评注第(5)段,《2001 年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第 85 页。



规范(强行法)优先于与之相抵触的习惯国际法规则。在 *Siderman de Blake* 诉阿根廷共和国一案中, 美国第九巡回上诉法院认为 “[i]事实上……强行法的至高无上超越了国际法的所有规则”, 并指出 “已达到强行法地位的规范优先于并使与之相抵触的国际协定和其他国际法规则无效”。<sup>831</sup> 阿根廷最高法院同样指出, 危害人类罪具有 “强行法的性质, 这意味着[禁令]高于条约法和所有其他国际法渊源”。<sup>832</sup>

(4) 国际法院和法庭的决定也承认一般国际法强制性规范(强行法)优先于相抵触的习惯国际法规则的立场。在国家管辖豁免案中, 国际法院注意到意大利的主张, 即 “强行法规则总是优先于任何不一致的国际法规则, 无论是条约还是习惯国际法所载国际法规则”。<sup>833</sup> 法院未驳回这一立场, 但拒绝认定民事诉讼中的国家豁免规则与一般国际法强制性规范(强行法)之间存在冲突。<sup>834</sup> 一般国际法强制性规范(强行法)相对于习惯国际法的等级优势也在 *Al-Adsani* 诉联合王国一案中得到承认, 欧洲人权法院在该案中参照检察官诉 *Furundžija* 案的结论认定, 一般国际法强制性规范(强行法)是那些 “在国际等级中比条约法甚至 ‘普通’ 习惯规则享有更高等级” 的规范。<sup>835</sup> 一般国际法强制性规范(强行法)对与之相抵触的习惯国际法规则的存在产生的后果, 在罗萨基斯(*Rozakis*)法官和卡弗利施(*Cafilich*)法官在 *Al-Adsani* 诉联合王国案中的联合反对意见中体现得恰如其分:

大多数人接受禁止酷刑规则是一项强行法规则, 因此承认它在等级上高于国际法的任何其他规则……。因为强行法规则的基本特征是……它优先于不具有同样地位的任何其他规则。如果强行法规则与任何其他国际法规则发生冲突, 前者优先。<sup>836</sup>

(5) 结论草案 14 第一段第一句中的规则指出, 如果习惯国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触, 则该规则不会形成, 这源于一个事实, 即一般国际法强制性规范(强行法)优先于与之相抵触的习惯国际法规则。因此, 肯尼亚高

<sup>831</sup> *Siderman de Blake* 诉阿根廷共和国案(见上文脚注 708), 第 715 页(引述《美国外交关系法注释汇编》(第三版)(1987 年), §102 评论 k)。

<sup>832</sup> *Julio Héctor Simón y otros s/ privación ilegítima de la libertad* 案(见上文脚注 724), 第 48 段(原文: “el carácter de ius cogens de modo que se encuentra no sólo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho” “强行法的性质使得它不仅高于条约, 甚至高于所有法律渊源”)。

<sup>833</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利: 希腊参加诉讼), 判决, 《2012 年国际法院案例汇编》, 第 99 页起, 见第 140 页, 第 92 段。

<sup>834</sup> 同上, 第 92-93 段。就此问题, 另见 Ulf Linderfalk, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse* (即将发表, 2019 年), 第 1.3.1 节(实例包括国际法院在国家的管辖豁免案中间接确认的优先规则: 当一项强行法规范与一项习惯国际法规则相抵触时, 国家必须依照前者行事)。

<sup>835</sup> *Al-Adsani* 诉联合王国案(见上文脚注 706), 第 60 段。另见检察官诉 *Furundžija* 案(上文脚注 699), 第 153 段。

<sup>836</sup> 罗萨基斯法官和卡弗利施法官(后维尔德哈伯法官、科斯塔法官、卡布拉尔·巴雷托法官和瓦吉奇法官加入)在 *Al-Adsani* 诉联合王国案中的联合反对意见(见上文脚注 706), 第 1 段。另见 T.Kleinlein (上文脚注 764), 第 187 页(“认为强行法与区域或地方习惯规则之间存在结构等级是一个相对简单明了的论述”)。

等法院在国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人一案中指出，一般国际法强制性规范(强行法)“使任何其他与之抵触的既定规则无效”。<sup>837</sup>

(6) 结论草案 14 第一段第二句规定，第一句中的一般原则不妨碍嗣后具有相同性质的一般国际法规范对一般国际法强制性规范(强行法)加以变更的可能性。这是基于这样一种认识，即如结论草案 5 所述，习惯国际法是一般国际法强制性规范(强行法)最常见的基础。因此，通过嗣后接受和承认习惯国际法规则为一般国际法强制性规范(强行法)，或出现一个被如此接受和承认的习惯国际法新规则，可能需要对一般国际法强制性规范(强行法)进行变更。然而，为了能够变更一般国际法强制性规范(强行法)，有关习惯国际法的规则必须与需要变更的一般国际法强制性规范(强行法)具有相同的性质。取自 1969 年《维也纳公约》第五十三条的“具有相同性质”一语表明，必须承认和接受这种习惯国际法规则本身为不允许克减的规则，并且只能由嗣后的一般国际法强制性规范(强行法)加以变更。一项习惯国际法规则只有在其本身也具有强制性的情况下，才能对一项一般国际法强制性规范(强行法)予以克减并变更。英格兰和威尔士高等法院女王王座法庭在 R (Mohamed) 诉外交和联邦事务大臣一案的判决中支持这一观点。判决提到一般国际法强制性规范(强行法)的优越等级后，指出“不允许国家通过不具有同等地位的条约或习惯法规则克减这些规范”。<sup>838</sup>

(7) 结论草案 14 第二段涉及习惯国际法规则形成时与现有一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触，但在习惯国际法规则形成后与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况。该段规定，这种习惯国际法规则“如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则在抵触范围内停止存在”。“停止存在”一词表明，在新的一般国际法强制性规范(强行法)出现之前，习惯国际法规则已经生效，但在一般国际法强制性规范(强行法)出现时，则停止存在。“如……则在抵触范围内”一语意在表明，习惯国际法规则只有与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的部分将停止存在。这一短语的作用就像一个分离条款，目的是保留习惯国际法规则中与一般国际法强制性规范(强行法)相一致的部分。限定词“如……则在抵触范围内”不适用于结论草案 14 的第一段，因为就先前存在的一般国际法强制性规范(强行法)而言，所涉习惯国际法规则根本不存在。

(8) 结论草案 14 第三段涉及一贯反对者规则。该段规定，一贯反对者规则不适用于一般国际法强制性规范(强行法)。委员会关于习惯国际法的识别的结论草案之结论草案 15 指出，在习惯国际法规则形成过程中，只要一个国家坚持反对，该习惯国际法规则就不对一贯反对该规则的国家适用。然而，关于习惯国际法的

<sup>837</sup> 国际法学家委员会肯尼亚分会诉总检察长等人案(上文脚注 748)。另见 C 诉入境事务处处长案，HCAL 132/2006、[2008] 2 HKC 165、[2008] HKCFI 109、ILDC 1119 (HK 2008)，2008 年 2 月 18 日，第 75 段。

<sup>838</sup> R(穆罕默德)诉外交和联邦事务大臣案，[2008] EWHC 2048 年(Admin)，[2009] 1 WLR 2579，第 142(ii)段。另见 A. Caro de Beer 和 D. Tladi，“因叙利亚涉嫌使用化学武器而对叙利亚使用武力：恢复人道主义干预？”《海德堡国际法杂志》，第 79 卷，第 2 期(2019 年)，第 217 页，作者在其中指出，如果禁止使用武力被视为一般国际法的强制性规范(强行法)，只有当习惯国际法的嗣后规则被“接受和承认”为具有强制性时，才能出现，从而修改以前存在的一般国际法强制性规范(强行法)。

识别的结论草案之结论草案 15 也指出，这一规则不妨碍一般国际法强制性规范(强行法)所涉任何问题。<sup>839</sup>

(9) 一贯反对不适用于一般国际法强制性规范(强行法)的规则源于结论草案 3 所反映的一般国际法强制性规范的普遍适用和等级优越。<sup>840</sup> 这意味着一般国际法强制性规范(强行法)适用于所有国家。在这方面，瑞士联邦最高法院在 *Youssef Nada* 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案中指出，强行法规范“对国际法的所有主体都具有约束力”。<sup>841</sup> 美洲人权法院的结论认为，一般国际法强制性规范(强行法)“约束所有国家”。<sup>842</sup> 由于普遍适用和等级优越，一般国际法强制性规范(强行法)不受制于一贯反对者规则的规定也反映在各国的论述中。<sup>843</sup> 具体针对一贯反对者规则的一个论点，美洲人权委员会在 *Michael Domingues* 诉美国一案中裁定，一般国际法强制性规范(强行法)“对整个国际社会具有约束力，无论是抗议、承认或默许”。<sup>844</sup>

(10) 学术著作中产生的一个问题是，一项一般国际法强制性规范(强行法)面对一个或几个国家的一贯反对，是否还会出现？<sup>845</sup> 答案是还会出现，因为少数国家对习惯国际法规则的一贯反对并不妨碍该规则的出现；相反，这种反对只是使该规则不对坚持反对意见的一个或多个有关国家适用。因此，一贯反对者规则不

<sup>839</sup> 关于习惯国际法的识别的结论草案之结论草案 15，国际法委员会第七十届会议工作报告，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 121 页。

<sup>840</sup> 关于这些规范的普遍适用，例如，见 1995 年 6 月 19 日墨西哥政府关于联大第四十九届会议请求国际法院提出咨询意见的书面声明(第 49/75K 号决议)，第 7 段(“规范……对所有国家都具有法律约束力(强行法)”)。

<sup>841</sup> *Youssef Nada* 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案(见上文脚注 698)，第 7 段(强调是后加的)。

<sup>842</sup> “无证移民的法律地位和权利”(见上文脚注 731)，第 113 页，第 4-5 段。

<sup>843</sup> 另见伊朗伊斯兰共和国，“一贯反对者”……在强行法形成过程中没有地位”(A/C.6/68/SR.26, 第 4 段)。另见各国 2016 年和 2018 年在第六委员会会议上的发言(议程项目 78:国际法委员会的报告)，特别是以下发言：巴西“欢迎[关于习惯国际法的识别的结论草案]结论草案 15 的澄清，即纳入一贯反对者规则不影响任何强行法问题”(A/C.6/71/SR.22, 第 18 段)；智利指出，“就强行法规则而言，一贯反对者制度不适用(A/C.6/71/SR.21, 第 102 段)；塞浦路斯“欢迎关于习惯国际法识别的结论草案之结论草案 15 第 3 段……不妨碍关于一般国际法强制性规范(强行法)的任何问题”(A/C.6/73/SR.23, 第 43 段)；萨尔瓦多“同意特别报告员的意见，即一贯反对者的理论不适用于强行法规范”(A/C.6/71/SR.25, 第 63 段)；芬兰代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)发言，“欢迎在结论草案中纳入[关于习惯国际法识别的]一贯反对者规则。然而，应顾及国家反对的规则类别，必须特别考虑普遍尊重各个基本规则，特别是与保护个人有关的规则”(A/C.6/71/SR.20, 第 52 段)；希腊“重申[该国代表团对一贯反对者规则既适用于强行法规则，也适用于更广泛的国际法一般原则表示怀疑”(A/C.6/71/SR.22, 第 10 段)；冰岛代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)发言说，“一贯反对者的概念与强行法的概念不相符合”(A/C.6/71/SR.24, 第 63 段)；墨西哥指出，“强行法规则不可能有持久的反对意见”(A/C.6/71/SR.22, 第 25 段)；斯洛文尼亚“同意强行法规范具有特殊和例外性质的表述，反映了国际社会坚持的共同和首要价值观。为此，代表团重申它的观点，即一贯反对者概念与强行法的性质不相符合”(A/C.6/71/SR.26, 第 114 段)；南非“同意[特别报告员]的初步意见，即不能反对强行法规范”(A/C.6/71/SR.26, 第 86 段)；西班牙指出，“令人遗憾的是，[关于习惯国际法的识别的结论草案]之结论草案 15[没有明确指出，不能持续反对一般国际法的强制性规范”(A/C.6/73/SR.21, 第 91 段)。

<sup>844</sup> *Michael Domingues* 诉美国案(见上文脚注 706)，第 49 段。

<sup>845</sup> C. Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law”, 《波兰国际法年鉴》，第 33 卷，第 27 号(2013 年)，第 50 页。另见 D. Costelloe(上文脚注 694)，第 21-23 页。

妨碍基于一个或更多国家一贯反对的习惯国际法规则的一般国际法强制性规范(强行法)的出现。与此同时,如果一国一贯反对的习惯国际法规则被整个国际社会接受和承认为不可克减的规则,并且只能由嗣后具有同样性质的一般国际法规范加以变更,则一贯反对的效果就会消失。

(11) 一项一般国际法规范(强行法)是否得到这种接受和承认,可能受到反对的影响。根据结论草案 7 第二段,“国际社会全体”一词不要求所有国家接受和承认,但要求绝大多数国家接受和承认。因此,如果一项习惯国际法规则遭到若干国家的一贯反对,这种反对可能不足以妨碍习惯国际法规则的出现,但可能足以妨碍该规范被承认为一般国际法强制性规范(强行法)。换句话说,如果这种一贯反对意味着有关规范不被整个国际社会接受和承认为不可克减的规范,那么一般国际法强制性规范(强行法)可能不会出现。

(12) 有人认为,对习惯国际法规则的“一贯反对”不应被定性为“规则”,而应被定性为“理论”。然而,委员会决定使用“一贯反对者规则”一词,因为这一概念经常被称为“规则”,而且委员会在以前的工作中已经将其称为“规则”或“理论”。<sup>846</sup>

(13) 结论草案 14 的适用应与结论草案 20 中提出的解释性规则和结论草案 21 中提出的程序要求一并解读。

### 结论 15

#### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国家单方面行为所创设的义务

1. 表明有意接受与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际法义务约束的国家单方面行为,不创设此种义务。
2. 国家单方面行为所创设的国际法义务如与新的一般国际法强制性规范(强行法)抵触,则在抵触范围内停止存在。

### 评注

(1) 结论草案 15 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对表明有意接受国际法义务约束国家的单方面行为的法律后果。<sup>847</sup> 结论草案 15 基于这样一项理解,即单方面行为,在下述某些条件下,可以对实施此种单方面行为的国家产生义务。结论草案 15 第一段涉及单方面行为在实施时与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的情况。该段规定,在这种情况下,单方面行为不产生任何此种义务。一般国际法强制性规范(强行法)的这一后果与本结论草案之结论草案 10 第一句和结论草案 14 第一段所述的后果是一致的,即根本不会产生任何义务。

(2) 结论草案 15 第一段受 1969 年《维也纳公约》第五十三条的启发。<sup>848</sup> 委员会在其《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》中,对这一规则

<sup>846</sup> 例如,见关于习惯国际法的识别的结论第六部分的评注,以及结论 15 的评注第 4 段。

<sup>847</sup> 本结论草案的范围因此比国际法委员会 2006 年关于适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则的范围更为宽泛,那些原则“仅涉及严格意义上的单方面行为,即那些以国家出于创立国际法义务之意图而所作的正式声明为形式的单方面行为”。

<sup>848</sup> 另见《对条约的保留实践指南》(上文脚注 827),准则 3.1.5.3 评注第(18)段,其中指出,“禁止减损强行法规则的规则不仅适用于条约关系,而且适用于所有法律行为,包括单方面行为”。



使用以下措辞：“与一般国际法强制性规范相抵触的单方面声明是无效的”。<sup>849</sup> 虽然《指导原则》使用了声明“无效”一词，但本结论草案使用了更宽泛的术语，即“不创设此种义务”和“停止存在”，以便更充分地反映结论草案的更宽泛背景，即从更广泛意义上处理单方面行为。因此，重点是有关单方面行为打算产生的法律义务。如第一段所述，这种义务如果与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触，则不会产生。

(3) 第二段涉及一般国际法强制性规范(强行法)在单方面行为产生国际法义务以后才出现的情况。该段的范围不同于第一段，第二段涉及单方面行为业已产生的义务。第二段规定，如果这种义务在产生以后与新的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触，此种义务将停止存在。结论草案 15 第二段反映了结论草案 10 第二段和结论草案 14 第二段的论述。该段承认，在这些情况下，义务已经确实形成，只有在新的一般国际法强制性规范(强行法)出现后停止存在。结论草案 15 第二段的规则受到 1969 年《维也纳公约》第六十四条的启发。

(4) 单方面行为所产生的义务与单方面行为实施后出现的新的一般国际法强制性规范(强行法)相抵触，这种义务只有在与新的一般国际法强制性规范(强行法)不一致的范围内停止存在。如同结论草案 14 第二段，“如……则在抵触范围内”一语意在表明，有关义务只有与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的那些方面将停止存在。义务的其他方面将继续存在和适用，但前提是在相抵触的方面停止存在的情况下其他方面仍有可能维持。

(5) 结论草案 15 不涉及所有单方面行为，也不涉及创设义务的所有行为。它关注的是仅一国打算对该国本身创设义务的单方面行为。本结论草案不涉及义务的来源，如条约和习惯国际法，这些在以前的结论草案中都有涉及。同样，本结论草案也不涉及结论草案 13 中论述的保留。此外，结论草案 15 不涵盖与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的其他行为，那些行为由关于国际法之下不法行为的责任的其他结论草案处理。例如，不打算对国家创设义务但却构成违反一般国际法强制性规范(强行法)的单方面行为见本结论草案 17、18、19 和 22。结论草案 15 只涉及一国表示有意单方面承担义务的单方面行为，而不涉及其他行为。<sup>850</sup>

(6) 结论草案 15 第一段将有关的单方面行为描述为“表明有意接受国际法义务约束的单方面行为”。因此，实施单方面行为的国家必须有意确立国际法下的义务。这需要确定实施单方面行为国家的意图。在边界争端案(布基纳法索/马里)中，国际法院裁定，单方面行为是否能够产生义务“完全取决于有关国家的意图”。<sup>851</sup> “表明有意”一词旨在表明，尽管寻求的是国家的主观意图，但这一意图必须根据每个具体案件的总体事实和情况来确定。<sup>852</sup> 因此，主观意图要依靠客观事实来寻求。用国际法院的话说，单方面行为是否有意创设法律义务，将

<sup>849</sup> 指导原则 8，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 165 页。

<sup>850</sup> 同上，指导原则 2 的评注。

<sup>851</sup> 边界争端案(布基纳法索/马里)，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页起，见第 573 页，第 39 段。另见核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 253 页起，见第 267 页，第 43 段(“当发表声明的国家打算根据其条款接受约束时，这一意图赋予声明以法律承诺的性质，从那时起，法律要求该国遵循与声明相一致的行为方针”)。

<sup>852</sup> 边界争端案(见上文脚注 851)，第 40 段。



“通过对该行为的解释来确定”。<sup>853</sup> 同样，结论草案 15 第二段仅适用于第(5)款所述的单方面行为。

(7) 结论草案 15 适用于国家的单方面行为。结论草案 16 论述国际组织为该国际组织创设或打算创设义务的单方面行为。结论草案 15 涉及国家的单方面行为，这一事实不影响一般国际法强制性规范(强行法)可能对非国家行为者单方面行为产生的法律后果。

(8) 结论草案 15 的适用问题应与结论草案 20 中提出的解释性规则和结论草案 21 中提出的程序要求一并解读。

## 结论 16

### 与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际组织决议、决定或其他行为所创设的义务

国际组织本应具有约束力的决议、决定或其他行为如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触，则在抵触范围内不创设国际法义务。

## 评注

(1) 结论草案 16 涉及一般国际法强制性规范(强行法)对国际组织的决议、决定和其他行为的法律后果。

(2) 结论草案 16 适用于国际组织的决议、决定或其他行为，无论其名称如何。国际组织的“决议、决定或其他行为”一语意在表达关于习惯国际法的识别结论草案之结论草案 12 评注第(2)段中对“决议”的称谓。<sup>854</sup> 它还涵盖国际组织表明有意接受约束的单方面行为。“本应具有约束力”一语希望将结论草案的范围限制在通常具有约束力的国际组织的决议、决定和行为，除非与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触。国际组织“本应具有约束力”的决议、决定或行为的实例包括安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的一项决议中的决定，<sup>855</sup> 或联大接纳一国成为本组织成员的决定。这种决定是否具有约束力(或者本应具有约束力)的问题将通过对相关决定的解释来确定。<sup>856</sup> 欧洲联盟还以指令、条例和决定的形式产生对成员国具有约束力的法规。其他国际组织，如国际民用航空组织、非洲联盟和世界贸易组织也可能产生具有约束力的决议、决定或其他行为，但本结论草案中规定的情况除外。因此，结论草案 16 意在宽泛，涵盖本应产生国际法义务的所有决议、决定和行为。

<sup>853</sup> 核试验案(见上文脚注 851)，第 44 段。

<sup>854</sup> 见关于习惯国际法的识别的结论草案之结论草案 12 的评注第 2 段。见国际法委员会第七十届会议工作报告，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 147 页。

<sup>855</sup> 《联合国宪章》第二十五条规定，“联合国会员国同意接受并履行安全理事会之决议”，根据该条，安全理事会根据《宪章》第七章作出的决定具有约束力。

<sup>856</sup> 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 793)，第 53 页，第 114 段。(“在得到结论认为一项安全理事会决议具有约束力之前，应仔细分析该决议的措辞。鉴于第二十五条规定的权力的性质，实际上是否行使了这些权力的问题应根据每一种情况来加以确定，同时考虑到需要解释的决议的条款、通过该决议前的讨论、援引的《宪章》条款以及总的来说可能有助于确定安全理事会决议的法律后果的所有情况”)。

(3) 遵循结论草案 14 和 15 的措辞, 结论草案 16 指出, 第(2)段所述决议、决定和其他行为如与一般国际法强制性规范(强行法)抵触, 则在抵触范围内不创设国际法义务。与结论草案 14 第二段和结论草案 15 第二段一样, “如……则在抵触范围内”一语的意思是, 只有那些与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触的义务才会受到结论草案实施的影响。与一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触的其他义务不受结论草案 16 实施的影响。国际组织的决议、决定或其他行为中与一般国际法强制性规范(强行法)不相抵触的部分, 如果可以分离, 将继续适用。

(4) 结论草案 16 中一项决议、决定或行为如与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触则不创设国际法义务的规则, 源于一般国际法强制性规范(强行法)的等级优越性。如果不能通过条约、习惯国际法和单方面行为产生与一般国际法强制性规范(强行法)不一致的国际法规则, 那么也不能通过国际组织的决议、决定或其他行为产生此种规则。然而, 安全理事会的决议、决定或行为则另当别论, 因为根据《联合国宪章》第一百零三条, 《宪章》规定的义务优先于国际法的其他规则。<sup>857</sup> 因此, 委员会认为, 考虑到一般国际法强制性规范(强行法)的等级优越性, 必须强调, 结论草案 16 同样适用于安全理事会具有约束力的决议、决定和行为。<sup>858</sup>

(5) 结论草案 16 中规则的适用应与结论草案 20 中提出的解释性规则和结论草案 21 中提出的程序要求一并解读。

<sup>857</sup> 《联合国宪章》第一百零三条规定, “联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时, 其在本宪章下之义务应居优先”。虽然这一条款只提到国际协定, 但它被解释为适用于习惯国际法, 当然也适用于其他国际组织的决议、决定和行为。关于讨论, 见“国际法不成体系问题研究组的报告: 国际法多样化和扩展引起的困难”(由马尔蒂·科斯肯涅米定稿), (A/CN.4/L.682、Corr.1 和 Add.1), 第 344-345 段, 特别是第 345 段。(“因此, 似乎应该认可主流意见, 即应广泛阅读第一百零三条, 以确认宪章义务也优先于联合国会员国的习惯法义务”)。

<sup>858</sup> 各国的发言, 例如, 见瑞士代表德国、瑞典和瑞士(“一些法院也表示愿意确保安全理事会的决定符合”一般国际法强制性规范(强行法), “会员国和联合国均不得加以克减”(S/PV.5446, 第 28 页); 卡塔尔(虽然根据《宪章》第一百零三条, 安全理事会决议产生的义务优先于其他义务, 但这不适用于一般国际法强制性规范(强行法)(S/PV.5779, 第 23 页)。另见阿根廷和尼日利亚(分别见 S/PV.5474, 第 20 页; S/PV.5474 (复会一), 第 19 页); 芬兰代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)发言说, “人们普遍认为, 安全理事会的权力虽然非常广泛, 但受到国际法强制性规范的限制”(A/C.6/60/SR.18, 第 18 段); 伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/66/SR.7, 第 84 段)。其他国家的意见, 见美国(A/C.6/60/SR.20, 第 36 段), 其中提醒说, “应当避免”对一般国际法强制性规范(强行法)和安全理事会决议之间的“关系做出笼统声明”; 大不列颠及北爱尔兰联合王国(A/C.6/73/SR.27, 第 73 段, 引述书面陈述附件第 5 段), 声明没有任何“国家实践支持一国可以违反强行法规范为由拒绝遵守一项有约束力的[安全理事会]决议的论点; 俄罗斯联邦(A/C.6/73/SR.26, 第 131 段), 其中强调, 就安全理事会决议问题与强行法规范有关的讨论“不是以任何实践为基础的”, 结论草案可能会被误解, “从而破坏安全理事会的活动”。不同法院的意见, 例如, 见 R (Al-Jedda 的申诉)诉国防部长案, 2007 年 12 月 12 日上诉判决, 上议院, [2008] 3 All ER 28 (宾汉勋爵), 第 35 段; Youssef Nada 诉国家经济事务秘书处和联邦经济事务部案(见上文脚注 698), 第 7 段。(“然而, 强行法, 即对国际法所有主体具有约束力的强制性法律, 限定了适用安全理事会决议的义务。为此, 正如请愿人所声称的, 必须确定安全理事会通过的制裁决议是否违反强行法”(原文为德文, 译文由《牛津国内法院适用国际法报告》提供); Tadić 案, 1999 年 7 月 15 日的判决(上文脚注 152), 第 296 段; Yassin Abdullah Kadi 诉欧洲联盟理事会和欧洲共同体委员会案(见上文脚注 719), 第 226 段(上诉案, 欧洲法院未处理此事)。

## 结论 17

### 一般国际法强制性规范(强行法)作为对整个国际社会承担的义务(普遍义务)

1. 一般国际法强制性规范(强行法)产生对整个国际社会承担的义务(普遍义务), 关乎所有国家的合法利益。
2. 根据关于国家对国际不法行为的责任的规则, 任何国家均有权援引另一国对违反一般国际法强制性规范(强行法)的责任。

## 评注

(1) 结论草案 17 涉及普遍义务问题, 由两个段落组成。第一段指出, 一般国际法强制性规范(强行法)产生对整个国际社会承担的义务(普遍义务)。一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间的关系, 已在国家实践当中得到承认。例如, 刚果民主共和国(旧称扎伊尔)在联大第六委员会的一次发言中提议缔结一项禁止使用武力条约, 并指出, 鉴于禁止使用武力是一项一般国际法强制性规范(强行法), 所提议的条约应具有普遍效力。<sup>859</sup> 同样, 捷克共和国指出, “强行法义务是普遍义务, 不容有任何克减, 包括协议克减。”<sup>860</sup> 澳大利亚联邦法院在 *Nulyarimma 等人诉 Thompson* 一案中也接受了当事方的主张, 即“禁止灭绝种族是一项习惯国际法强制性规范(强行法), 产生不可克减的普遍义务, 即每个国家对整个国际社会承担的强制执行义务”。<sup>861</sup> 同样, 美国马萨诸塞州联邦地区法院在 *Kane 诉 Winn* 一案中裁定“禁止酷刑”是一项普遍义务, “作为一项强行法规则……是‘不可克减且具有强制性的’”。<sup>862</sup>

(2) 国际法院尚未明确宣布一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间存在的关联。尽管如此, 可以从该法院的一些判决和咨询意见当中推断出此种关联。首先, 曾被该法院描述为具有普遍性的每一项规范,<sup>863</sup> 均同时出现于委员会以

<sup>859</sup> 扎伊尔(A/C.6/35/SR.32, 第 38 段)。另参见荷兰在联大第四十九届会议期间在第六委员会第 25 次会议上的发言。荷兰在发言中指出, “国际罪行总会涉及到违反强行法或普遍义务”(A/C.6/49/SR.25, 第 38 段)。

<sup>860</sup> 另见捷克共和国(A/C.6/49/SR.26, 第 19 段)和布基纳法索(A/C.6/54/SR.26)。

<sup>861</sup> *Nulyarimma 等人诉 Thompson* 案, 1999 年 9 月 1 日的上诉裁定, [1999] FCA 1192, 165 ALR 621, 96 FCR 153, ILDC 2773(AU 1999), 第 81 段。

<sup>862</sup> *Kane 诉 Winn* 案, 31 F. Supp. 2d 162, 199(D. Mass. 2004)。另见 R 和联合国难民事务高级专员公署诉外交和联邦事务大臣和内政大臣案, 高等法院 2006 年 10 月 12 日的上诉判决, [2006] ALL ER (D) 138, 第 102 段, 提及“普遍强行法”。另见 *Jorgic* 案, J(波斯尼亚塞族人), 个人申诉, 德国宪法法院 2000 年 12 月 12 日的判决, 2 BvR 1290/99, ILDC 132 (DE 2000), 第 17 段。

<sup>863</sup> 例如, 见 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果, 2019 年 2 月 25 日的咨询意见, 第 180 段(将自决权视为具有普遍性)。另见东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案(上文脚注 805), 第 102 页, 第 29 段, 法院将自决具有普遍性一说描述为“无懈可击”。在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)案判决(《2015 年国际法院案例汇编》, 第 3 页起, 第 47 页, 第 87 段)当中, 法院申明, “《灭绝种族罪公约》内含普遍义务”, 且“灭绝种族禁令具有强制性规范(强行法)性质”。见在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果, 咨询意见(上文脚注 805), 第 88、第 149 和第 155 段; *巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案*(上文脚注 805), 第 32 页, 第 33-34 段, 法院在其中裁定, “义务源自……法律上对侵略行为和灭绝种族行为的禁止……以及对免遭奴役和种族歧视的保护”。另见国际法不成体系问题研究组的结论, 结论 33(A/CN.4/L.702, 第 21 页)。上述结论另见《2006 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 251 段。

往提出的具有强制性地位的规范的非详尽清单。该清单载于本结论草案附件。其次，国际法院曾针对违反此类普遍义务情事(相关情事涉及违反强制性规范)适用《国家对国际不法行为的责任条款》第 41 条之下的法律后果。<sup>864</sup> 在承认普遍义务与一般国际法强制性规范(强行法)之间关系密切方面，委员会本身的态度更为明确。<sup>865</sup> 强制性规范与普遍义务之间的关系在学术著作当中也得到承认。<sup>866</sup>

(3) 虽然所有一般国际法强制性规范(强行法)均产生普遍义务，但普遍认为，并非所有的普遍义务均源自一般国际法强制性规范(强行法)。<sup>867</sup> 例如，某些与共同空间有关的规则，尤其是共同遗产制度，无论是否具有强制性地位，均可能产生普遍义务。

(4) 结论草案 17 第一段意在从总体上把握上文所述一般国际法强制性规范(强行法)与普遍义务之间的关系。该段指出，一般国际法强制性规范(强行法)“产生”普遍义务。这一措辞系基于委员会的《国家对国际不法行为的责任条款》。在上述条款当中，普遍义务被描述为“一般国际法强制性规范产生”的义务。<sup>868</sup> “关乎所有国家的合法利益”语句描述了一般国际法强制性规范(强行法)具有普遍性的主要后果。<sup>869</sup> “合法利益”词语涵盖对法律规范本身的保护，包括权利和义务在内。

(5) 结论草案 17 第二段在第一段基础上更进一步，描述了普遍义务与一般国际法强制性规范(强行法)之间联系的一个确切后果。该段以更精确的语言，描述了第一段当中“关乎所有国家的合法利益”语句的含意。上述后果是，任何国家均有权就另一国违反一般国际法强制性规范(强行法)情事援引后者的责任。结论草

<sup>864</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款草案》(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)及更正，第 76 段，以及条款草案评注，第 77 段)。上述条款另见经 A/56/49(Vol. I)/Corr.4 修改的联大 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议附件。特别参见：1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(上文脚注 863)，第 180 段；在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(上文脚注 805)，第 159 段。

<sup>865</sup> 《国家对国际不法行为的责任条款》第二部分第三章，尤其是：该章总评注第(4)段，其中将“承认国际法强制性规范概念”称为一个与普遍义务“有密切联系”的进展情况；总评注第(7)段，其中委员会指出普遍义务与一般国际法强制性规范(强行法)之间“至少存在着相当大的重叠”。

<sup>866</sup> 例如，见：M. Cherif Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, No. 4 (1996), p. 63; I. Scobbie, “The invocation of responsibility for the breach of ‘obligations under peremptory norms of general international law’”, *European Journal of International Law*, vol. 13, No. 5 (2002), p. 1210 (“Following *Barcelona Traction*, the Commission has taken the view that peremptory norms and obligations ‘owed to the international community as a whole’ are essentially two sides of the one coin”); F. Forrest Martin, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), p. 353; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans de la Responsabilité des États* (Paris, Presses Universitaires de France, 2005), p. 106; C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate ...” (footnote 728 above), p. 430; A. Pellet, “Conclusions”, in Tomuschat and Thouvenin (*ibid.*).

<sup>867</sup> 例如，见 Villalpando(上文脚注 866)和 Forrest Martin(上文脚注 866)。

<sup>868</sup> 《国家对国际不法行为的责任条款》，第二部分第三章总评注第(7)段。

<sup>869</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(见上文脚注 863)，第 180 段(“所有国家都有保护该权利的合法利益”)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(上文脚注 805)，第 32 页，第 33 段(“可认为所有国家都有对其进行保护的合法利益”)。



案 17 第二段所采用的措辞系遵循委员会《国家对国际不法行为的责任条款》第 48 条案文。该条规定，“任何国家有权……对另一国援引责任……被违反的义务是对整个国际社会承担的义务。”<sup>870</sup> 虽然结论草案 17 提到的是“另一国的责任”，但不影响国际组织的责任。应回顾，根据《国际组织的责任条款》第 49 条，国家或国际组织有权就某国际组织违反对整个国际社会所承担义务之情事援引其责任。

(6) 根据结论草案 17 第二段，一国就另一国违反一般国际法强制性规范(强行法)情事援引后者责任的权利，须根据关于国家对国际不法行为的责任相关规则行使。这一限定旨在强调受害国援引责任与任何其他国家援引责任之间的区别。根据《国家对国际不法行为的责任条款》，受害国就违反一般国际法强制性规范(强行法)情事援引另一国责任的权利须根据第 42 条行使；而第三国则有权根据第 48 条就此类违反情事援引责任。<sup>871</sup> 受害国在以受害国身份援引另一国责任时，有权就《国家对国际不法行为的责任条款》第二部分第二章规定的所有形式赔偿提出主张。但是，受害国以外的国家就另一国违反一般国际法强制性规范(强行法)情事援引后者责任时，只可主张“停止国际不法行为，并提供不重复的承诺和保证”。<sup>872</sup> 受害国以外的国家只可为“受害国或被违反之义务的受益人”，提出赔偿主张，不可为使本国获益提出赔偿主张。<sup>873</sup>

## 结论 18

### 一般国际法强制性规范(强行法)和解除不法性的情况

对于违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务的任何国家行为，不得援引关于国家对国际不法行为的责任的规则所规定的任何解除不法性的情况。

## 评注

(1) 结论草案 18 涉及解除违反一般国际法强制性规范(强行法)情事不法性的情况。一般规则是，特定情况的存在可有助于解除原本不合法之国家行为的不法性。<sup>874</sup> 结论草案 18 规定在相关违反情事涉及一般国际法强制性规范(强行法)时不得援引解除不法性的情况，从而为上述有关国家责任的一般规则阐明了一种例外情况。

(2) 结论草案 18 系基于《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条。该条不允许就违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的任何行为，援引条款第一部分第五章所列解除不法性的理由。该规则的效力在于，在就违反一般国际法强制性规范(强行法)情事援引了一国责任的情况下，因违反情事而被援引责任的国家不能通过提出任何通常情况下可能解除不法性的情况，寻求为本国免除责任。即便在解除不法性情况本身涉及到一般国际法强制性规范(强行法)时，该规则也

<sup>870</sup> 同上，第 48 条，第 1(b)段。

<sup>871</sup> 同上，第 48 条评注第(1)段。

<sup>872</sup> 同上，第 48 条，第 2(a)段。

<sup>873</sup> 同上，第 48 条，第 2(b)段。

<sup>874</sup> 同上，一般见第一部分第五章。第一部分第五章总评注第(1)段指出，上述理由的存在“可提供一面盾牌，用以对抗否则是理由充分的对违背某项国际义务的索偿要求”。



同样适用。正如委员会此前指出的那样，不能援引灭绝种族作为以牙还牙的正当理由。<sup>875</sup>

(3) 结论草案 18 不影响国际组织及其他实体援引此类情况。《国际组织的责任条款》第 26 条还规定，国际组织违反一般国际法强制性规范(强行法)之行为的不法性，不会因援引解除该行为不法性的情况而解除。

## 结论 19

### 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)的特定后果

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务的任何行为。
2. 任何国家均不得承认因一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务而造成的状况为合法，也不得为维持这种状况提供援助或协助。
3. 违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务如涉及责任国严重或系统性地不履行该义务，则为严重违反。
4. 本条结论草案不妨碍一国严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务可能依国际法引起的其他后果。

## 评注

(1) 结论草案 19 涉及严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的特定后果。此结论草案系基于《国家对国际不法行为的责任条款》第 41 条。结论草案 19 仅涉及严重违反一般国际法强制性规范(强行法)引起的“更多的后果”。<sup>876</sup> 此结论草案不涉及违反不具强制性的国际法规则所产生的后果，也不涉及性质并不严重的违反强制性规范情事所产生的后果。

(2) 严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的第一个特定后果见结论草案 19 第一段。结论草案 19 第一段系基于《国家对国际不法行为的责任条款》第 41 条第 1 款，该款规定各国应进行合作，制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务之情事。“进行合作，通过合法手段制止”严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事的义务，是基于在国际法下进行合作的一般义务。<sup>877</sup> 虽然在通过《条约法条款》时，委员会对第 41 条第 1 款中表述的义务是否构成习惯国际法表达过一些疑问<sup>878</sup>，但合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务之情事的义务，如今已在国际法下得到了承认。例如，联合王国上议院在 A、大赦国际(参与诉讼)和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣案中明确提到根据国际法“进行合作，通过合法手段制止任何严重违反一般国际法强制性规范所产生义务之情事”的义务，并援引了委员会《国家对国际不

<sup>875</sup> 同上，第 26 条评注第(4)段。

<sup>876</sup> 同上，第二部分第三章总评注第(7)段。

<sup>877</sup> 例如，见《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》，联大 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV)号决议，附件，第 1 段(各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利、及不受此种差异所生歧视之国际合作。)

<sup>878</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》，第 41 条评注第(3)段。

法行为的责任条款》第 41 条和国际法院关于在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见。<sup>879</sup> 委员会承认了上述义务，尽管只是在《发生灾害时的人员保护条款草案》中概括承认。<sup>880</sup> 自《国家对国际不法行为的责任条款》通过以来，国际法院已在其在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果咨询意见当中确认，存在着合作以制止违反“尊重……自决权的义务以及……按照国际人道法应遵守的某些义务”，<sup>881</sup> 这些是被广泛承认为具有强制性的规范。国际法院确认，因违反这类义务而产生的义务之一是，其他国家“在遵守《联合国宪章》及国际法的同时，应确保终止任何”通过违反情事“造成阻碍”的行为。<sup>882</sup> 同样，国际法院在 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果咨询意见当中确认，所有国家均“必须与联合国合作”，制止违反因民族自决权而产生的义务情事。<sup>883</sup> 同样，美洲人权法院在 La Cantuta 诉秘鲁案中，将“各国之间”以消除违反情事为目的“进行合作之责”本身确认为违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务的一个后果。<sup>884</sup>

(3) 合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生义务情事的义务，须“通过合法手段”履行。这意味着违反一般国际法强制性规范(强行法)的行为不得成为违反其他国际法规则的合理理由。虽然国际法并不禁止采取单边措施制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事，只要此类单边措施符合国际法，但结论草案 19 第一段的重点在于集体措施。这是“合作”的精髓。<sup>885</sup>

(4) 取决于违反情事的类型以及相关强制性规范的类型，联合国的集体机制是首选的合作行动框架。出于这一原因，鉴于国际法院已裁定违反了“自决权”和“人道法基本原则”，该法院指出，“联合国，尤其是联大和安全理事会，应该考虑须采取何种进一步行动，终止……的非法状况。”<sup>886</sup> 同样，国际法院在 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果咨询意见当中提到了“所有会员国与联合国合作”以终止相关违反情事的义务。<sup>887</sup> 也可在其他享有授权的国际组织之下采取集体措施，以制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事。另一个其授权准许其采取措施制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事

<sup>879</sup> A、大赦国际(参与诉讼)和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣案，上议院 2005 年 12 月 8 日的判决，[2006] 1 All ER 575, 第 34 段。

<sup>880</sup> 见附有评注的《发生灾害时的人员保护条款草案》(国际法委员会第六十八届会议工作报告，《大会第七十一届会议正式记录，补编第 10 号》(A/71/10))，第 7 条草案评注第(1)段(“合作的义务是一项公认的国际法原则，在众多国际文书中均有表述”)。

<sup>881</sup> 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 805)，第 155 段。

<sup>882</sup> 同上，第 159 段。

<sup>883</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(见上文脚注 863)，第 182 段。

<sup>884</sup> La Cantuta 诉秘鲁案，实质问题、赔偿和费用，美洲人权法院 2006 年 11 月 29 日的判决，第 160 段(“正如已反复指出的那样，本案所涉行为违反了国际法强制性规范(强行法)。……鉴于事件的性质和严重程度……消除有罪不罚现象的必要性已向国际社会表明，各国之间有责任进行合作。”)

<sup>885</sup> 例如，见《国家对国际不法行为的责任条款》，第 41 条评注第(3)段(“在严重违背行为面前所需要的，是所有国家共同、协调地作出努力，抵消违背行为的影响”)。

<sup>886</sup> 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 805)，第 160 段。

<sup>887</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(见上文脚注 863)，第 182 段。

的组织实例是非洲联盟。<sup>888</sup> 不过，不仅是在制度化合作机制之下可采取措施。合作制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事的义务也可通过非制度化合作来履行，包括为此对一组国家共同行动进行特定安排，以制止违反强制性规范情事。<sup>889</sup> 事实上，国际法院在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果咨询意见当中似乎间接表示，除集体行动外，单个国家有义务作出努力，以终止违反行为所造成的局面。<sup>890</sup> 在上述意见当中，国际法院除提到联大和安全理事会可以采取的措施外，还指出“所有各国……应”采取措施制止违反一般国际法强制性规范(强行法)情事，但要求是此类措施应符合国际法。<sup>891</sup>

(5) 各国集体采取行动制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事的义务，对于联合国机构的内部合作和对其他国际组织有着特别的影响。该义务意味着，在面临严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事时，国际组织应在国际法许可的情况下，在各自的授权范围内采取行动制止此类违反情事。由此，在国际组织具备采取行动的酌处权情况下，合作之义务赋予该国际组织成员采取行动的责任，使组织能够行使上述酌处权，以制止违反一般国际法强制性规范(强行法)情事。国际组织以旨在制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事的方式行使酌处权的责任，是结论草案 19 第一段所规定之合作义务推导出的一个必然结果。

(6) 结论草案 19 第二段指出，各国不得“承认”因违反一般国际法强制性规范(强行法)所产生的义务而造成的状况为“合法”，也不得为维持这种状况“提供援助或协助”。结论草案 19 第二段系源自《国家对国际不法行为的责任条款》第 41 条第 2 款，内含两项不同的义务。第一项是不承认严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事所造成状况为合法的义务。第二项是不为维持严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事所造成状况提供援助或协助的义务。上述两项义务各自独立、各有不同，但是，不协助义务是从不承认某种状况为合法的义务中推导出的必然结果，从这个意义上讲，二者之间是相互关联的。与结论草案 19 第一段所载义务不同的是，不承认和不协助的责任是消极责任。换言之，结论草案 19 第一段要求各国采取某种行动，即进行合作以制止严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事，而第二段所载的不承认和不协助责任则要求各国不要采取行动。可见，结论草案 19 第二段所载责任较易履行。

(7) 委员会早在 2001 年即已承认不承认和不协助之责是习惯国际法的组成内容。<sup>892</sup> 联合王国上议院在科威特航空公司诉伊拉克航空公司及其他方一案当中，拒绝赋予伊拉克入侵科威特所产生之行为以法律效力——伊拉克入侵科威特系违反与使用武力有关的一般国际法强制性规范(强行法)。<sup>893</sup> 不承认义务已在

<sup>888</sup> 见《非洲联盟组织法》(2000 年)第 4 条第 h 款，其中允许非洲联盟进行干预，以制止违反灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪禁令之情事。

<sup>889</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》，第 41 条评注第(2)段。

<sup>890</sup> 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 805)，第 159 段。

<sup>891</sup> 同上。(“所有各国在遵守《联合国宪章》及国际法的同时，应确保终止任何通过修建隔离墙而对巴勒斯坦人民行使民族自决权造成阻碍的行为。”)(强调是后加的)。

<sup>892</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》，第 41 条评注第(6)、第(11)和第(12)段。

<sup>893</sup> 科威特航空公司诉伊拉克航空公司及其他方案(第 4 和第 5 号) [2002] UKHL 19, [2002] 2 AC 883, 第 29 段。另见 A、大赦国际(参与诉讼)和英联邦律师协会(参与诉讼)诉内政大臣案(脚注 879)，第 34 段。

国际法院的决定以及在国际组织内行事的各国的实践当中得到承认。例如，国际法院在南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果咨询意见当中回顾指出，“将某种状况定性为非法本身并不能终止”该状况。<sup>894</sup> 该法院认为，第三方国家有义务“承认南非继续留驻的非法性和无效性”。<sup>895</sup> 同样，该法院在其在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果咨询意见当中确认，“所有国家都有义务不承认”违反被广泛承认为具有强制性义务“所导致的非法状况”。<sup>896</sup> 安全理事会也承认各国义务不承认违反种族隔离禁令所造成的状况，且承认尊重民族自决的义务。<sup>897</sup> 对违反民族自决权及种族隔离禁令等强制性规范所产生义务之行为不予承认的义务，另见联大要求不承认南非违反民族自决权推进种族隔离所创建的“班图斯坦”的决议当中。<sup>898</sup> 不为维持严重违反强制性规范之下义务所产生状况提供协助或援助的义务，也已在国际法院的决定以及联合国的决议当中得到承认。<sup>899</sup>

(8) 虽然不予承认的义务已经确立，但这一责任的履行不应损害受影响人口，剥夺其可从国际合作中获得的利益。<sup>900</sup> 国际法院在南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果咨询意见当中宣布：不予承认所导致的后果不应受影响人口造成消极影响或使其沦入不利境地；因此，诸如出生、死亡和婚姻登记等与平民人口有关的行为，尽管存在违反行为，亦应得到承认。<sup>901</sup>

(9) 结论草案 19 所载义务仅适用于严重违反一般国际法强制性规范(强行法)情事。结论草案 19 第三段将严重违反界定为“涉及责任国严重或系统性地不履行”相关“义务”。这一定义源自《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条第 2 款。<sup>902</sup> 有意见认为，“严重”一词应从结论草案 19 中删除，因为不承认和不协助的义务并不繁冗。

(10) 结论草案 19 第四段规定，结论草案 19 所载义务不妨碍严重违反情事可能依国际法引起的其他后果<sup>903</sup>。例如，结论草案 19 并未具体谈及违反情事对于责任国有何后果。国际法院的惯常做法是宣布责任国有义务停止其行为。<sup>904</sup> 未谈

<sup>894</sup> 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注 793)，第 111 段。

<sup>895</sup> 同上，第 119 段。

<sup>896</sup> 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 805)，第 159 段。

<sup>897</sup> 见安全理事会 1970 年 1 月 30 日第 276(1970)号决议。

<sup>898</sup> 联大 1975 年 11 月 28 日第 3411 D (XXX)号决议，第 3 段。

<sup>899</sup> 例如，见南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 793)，第 119 段，其中指出各国义务“不就南非占领纳米比亚向其提供任何支持或任何形式的协助”。另见：在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(上文脚注 805)，第 159 段；联大第 3411 D (XXX)号决议，第 3 段。

<sup>900</sup> 南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(见上文脚注 793)，第 125 段。

<sup>901</sup> 同上。

<sup>902</sup> 关于严重违反情事(即严重或系统性的违反情事)要素的详细阐述，见《国家对国际不法行为的责任条款》，第 40 条评注第(7)和第(8)段。

<sup>903</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》，第 41 条评注第(13)段。

<sup>904</sup> 例如，见：1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果(上文脚注 863)，第 178 段；在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果(上文脚注 805)，第 149 段及其后段落；南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果(上文脚注 793)，第 118 段。



及的违反国际法义务引起的其他后果实例，见《国家对国际不法行为的责任条款》第二部分第一章和第二章。<sup>905</sup> 相关责任的上述其他后果虽在本结论草案当中未予谈及，但依然适用。

(11) 正如结论草案 17 和 18 一样，结论草案 19 不影响对国际组织适用结论草案 19 中的责任。<sup>906</sup>

## 结论 20

### 解释和适用与一般国际法强制性规范(强行法)相一致

在一般国际法强制性规范(强行法)似与另一国际法规则抵触的情况下，后者的解释和适用应尽可能与前者相一致。

## 评注

(1) 结论草案 20 载有一条适用于一般国际法强制性规范(强行法)与其他国际法规则之间存在潜在抵触情况的解释性规则。结论草案 10、14、15 和 16 规定，与一般国际法强制性规范(强行法)相冲突的国际法规则无效或不存在。一项国际法规则是否与一般国际法的强制性规范(强行法)相抵触，是一个要通过解释来确定。结论草案 20 中的规则作为依照适用的解释规则开展解释过程的一部分加以适用。

(2) 结论草案 20 并不适用于所有关于解释一项规则或确定其内容的情况。只有在非强制性的国际法规则与一般国际法的强制性规范(强行法)之间“似与……抵触”的有限情况下，才能适用。在这种情况下，解释者受到引导，按照与一般国际法的强制性规范(强行法)相一致的方式解释不具有强制性的国际法规则。结论草案中的“尽可能”一词旨在强调，在以符合一般国际法强制性规范(强行法)的方式解释国际法规则时，不得超出其解释范围。换言之，为实现一致性，有关规则可能不被赋予非源于正常适用解释规则和方法的含义或内容。

(3) 结论草案 20 使用了“解释和适用”一语。规则的解释和适用是相互关联而又相互独立的概念。《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条的评注第(3)段也使用了“解释和适用”一词，其中涉及一般国际法强制性规范(强行法)的这一解释效果。它承认，在某些情况下，可能有争议的不是对有关规则的解释，而是对规则的适用。例如，如果一项规则表面上符合一般国际法的有关强制性规范(强行法)，但以特定方式适用它将违反相关的强制性规范，可能就是这种情况。

(4) 就条约规则而言，结论草案 20 中的规则可被视为对 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项的适用，该款规定，在解释条约时，“一并考虑者尚有”“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。一般国际法强制性规范

<sup>905</sup> 一般见《国家对国际不法行为的责任条款》，第二部分。后果包括停止和不重复(第 30 条)以及赔偿(第 31 条)。赔偿本身可以不同形式进行，包括恢复原状(第 35 条)、补偿(第 36 条)、抵偿(第 37 条)和利息(第 38 条)。

<sup>906</sup> 就国际组织而言，见《国际组织的责任条款》第 41 和 42 条。上述条款草案及其评注见《2011 年……年鉴》第二卷(第二部分)，第 87-88 段。条款本身，见联大 2011 年 12 月 9 日第 66/100 号决议附件。



(强行法)是主要适用于国家与国际组织之间关系的国际法规则，因此在解释条约时必须酌情加以考虑。<sup>907</sup>

(5) 虽然结论草案 20 中的解释性规则构成 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项的具体适用，但它不仅适用于条约，而且适用于所有其他国际法规则的解释和适用。在这方面，委员会指出，“在一些主要义务看来互相抵触的情况下，若其中有一项义务属于一国直接根据一般国际法强制性规范而具有的义务，该义务明显必须优先……一般国际法强制性规范会产生强有力的解释原则，足以解决所有或大部分明显抵触的情况”。<sup>908</sup>

(6) 如本评注第(2)段所述，“尽可能”一词意在表明，本结论草案中的规则不得超出解释的限度。如果不能对非强制性的规则作出与一般国际法强制性规范(强行法)相一致的解釋，则不具有强制性的规则将根据结论草案 10、14、15 和 16 而无效。

(7) 结论草案 20 中的“另一国际法规则”一语应理解为指国际法规定的义务，不论是条约、习惯国际法、一般法律原则、单方面行为或国际组织的决议、决定或其他行为所产生的义务。因此，结论草案 20 适用于对结论草案 10、14、15 和 16 所确定的规则或义务的解释。

## 结论 21

### 程序性要求

1. 一国如援引一般国际法强制性规范(强行法)作为一项国际法规则无效或终止之理由，应将其主张通知其他有关国家。通知应以书面形式发出，并说明拟就有关国际法规则采取的措施。
2. 如其他有关国家在除特别紧急情况外不短于三个月的期间内无一表示反对，则援引国可采取其所提议的措施。
3. 如任何有关国家表示反对，则有关国家应通过《联合国宪章》第三十三条所述方法寻求解决。
4. 如在十二个月内未能达成解决办法，而表示反对的一个或多个有关国家提出将该事项提交国际法院，则在争端解决之前，援引国不得采取其所提议的措施。
5. 本条结论草案不妨碍《维也纳条约法公约》、关于国际法院管辖权的有关规则或有关国家商定的其他适用的争端解决规定所载的程序性要求。

<sup>907</sup> 例如，见国际法不成体系问题研究组的报告(上文脚注 857)，第 414 段。例如，欧洲联盟理事会诉萨基亚阿姆拉和里奥德奥罗人民解放阵线(波利萨里奥阵线)C-104/16 P 号案，2016 年 12 月 21 日的判决书，欧洲联盟法院(大审判庭)，《欧洲联盟公报》，C 53/19(2017 年 2 月 20 日)，第 88 段及其后各段，特别是第 114 段，其中，法院确定自决原则是“国际法的一项基本原则”，也是确立普遍义务的原则之一(第 88 段)，随后以尊重这一规则的方式解释了欧洲联盟委员会与摩洛哥之间的一项条约(“因此，在缔结《自由化协定》时，不能将之理解为其领土范围包括西撒哈拉领土”(第 114 段)。

<sup>908</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》，第 26 条评注第(3)段。见国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难研究组的工作，结论 42(《2006 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 251 段)；另见 Mik(上文脚注 845)，第 73 页及其后各页。

## 评注

(1) 结论草案 21 涉及援引和依据包括条约在内的国际法规则无效的程序，因为这些规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触。必须回顾指出，在联合国条约法会议期间，各国普遍支持与一般国际法强制性规范(强行法)有关的规定，对第五十三条和第六十四条的关切源于另一个关切，即国家可能通过单方面援引第五十三条和第六十四条，滥用援引条约无效的权利，从而威胁到条约关系的稳定。<sup>909</sup> 为处理这一关切，1969 年《维也纳公约》规定，任何依据第五十三条和第六十四条的情况都必须经过涉及司法解决程序的进程。<sup>910</sup> 就本结论草案而言，在没有某种可避免单边措施的机制的情况下援引第三部分提出的规则，会引起与联合国条约法会议提出的关切类似的关切。

(2) 然而，为本结论草案的目的拟订一项适当的规定并非没有困难。主要困难在于，详细的争端解决条款已纳入条约，而不是作为习惯国际法的问题出现。因此，关于一般国际法强制性规范(强行法)，1969 年《维也纳公约》载有一个详尽的争端解决框架。<sup>911</sup> 在这一框架下，一国以任何理由宣称一项条约无效，包括以与一般国际法强制性规范相抵触为由宣称条约无效，必须将宣称的内容通知其他缔约国。如果在指定期限结束后，没有收到对其通知的反对意见，则可以实施无效的后果。但是，如果收到反对意见，1969 年《维也纳公约》要求有关国家通过《联合国宪章》规定的手段寻求解决办法。这些手段包括谈判、调停、和解、仲裁、司法解决、诉诸区域机构或其他和平手段。<sup>912</sup> 如果依据与第五十三条或第六十四条规定的强制性规范相抵触而提出无效主张，并且不能使用这类手段找到解决冲突的办法，则争端的任何当事方都可以将此事提交国际法院，除非各方同意对其进行仲裁。

(3) 在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，国际法院声明，“双方同意，如果不编纂习惯国际法，《维也纳条约法公约》第六十五至六十七条至少总体上反映习惯国际法，并含有以真诚行事义务为基础的某些程序性原则”。<sup>913</sup> 法院的这一观察主要指的是导致任何协议终止的协商进程。法院做出这一声明并非决定存在一项关于确定法院在争端解决方面的管辖权的习惯国际法规则，以处理基于一般国际法强制性规范(强行法)的条约无效问题。1969 年《维也纳公约》第六十五至六十六条的规定，特别是关于向国际法院提交争端的规定，不能被视为反映了习惯国际法。作为条约规定，不能将其强加于非 1969 年《维也纳公约》缔约国的国家。此外，即使是在该公约缔约国中，也有一些国家对争端解决机制的适用提出

<sup>909</sup> 《联合国条约法会议正式记录，第一届会议……》(见上文脚注 726)，1968 年 5 月 4 日，以下国家的发言：法国，第 54 次会议，第 29 段(“现有的条款没有说明法治如何被承认具有强行法的性质，在讨论期间对条款内容提出了不同、甚至是相互矛盾的解释。……此外，也没有关于对这一不精确的新概念的适用实行任何管辖权控制的规定”)；及挪威，第 56 次会议，第 37 段(“该条款没有就一些重要问题提供指导，即有哪些现有的强行法规则，这些规则是如何形成的？委员会的案文指出了这些规则的影响，但没有定义这些规则，因此国家之间可能出现严重的争端；而且案文没有提供解决这种争端的有效手段”)。

<sup>910</sup> 同上。

<sup>911</sup> 见 1969 年《维也纳公约》，第六十五和六十六条。

<sup>912</sup> 见《联合国宪章》，第三十三条第一款。

<sup>913</sup> 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 741)，第 66 页，第 109 段。

了保留，特别是有关向国际法院提交争端和仲裁问题的保留(1969年《维也纳公约》第六十六条(a)款)。<sup>914</sup>

(4) 委员会在就国际法规则因为不符合一般法律强制性规范(强行法)而无效的问题制定解决争端的规定时，必须一方面确保该规定并非旨在将条约规则强加给不受这类规则约束的国家，而另一方面还要确保考虑到关于有必要避免单方面使规则无效的关切。结论草案 21 列出了旨在实现这种平衡的程序性要求。并非结论草案 21 规定的详细程序的每个方面都构成习惯国际法。

(5) 结论草案 21 的前三款仿照了 1969 年《维也纳公约》第六十五条。第 1 款要求因国际法规则与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而对其加以非难的国家将其主张通知其他国家。虽然该款紧贴 1969 年《维也纳公约》的措辞，但此款提及“国际法规则”，以表明程序性要求适用于源自其他国际法来源的条约和其他国际义务。因此，本款用“有关国家”的表述，以表明通知的潜在对象比条约缔约方更广泛。结论草案 21 第 1 款还规定，通知的目的是为了指明拟就对冲突予以补救采取的措施。这些措施可以是结论草案 10 至 13 中提到的措施。具体说明拟议措施的要求符合通知的目的，目的是使其他国家能够在必要时作出适当回应。通知可以通过各种方式分发给其他国家，包括通过联合国秘书长分发。

(6) 结论草案 21 第 2 款指出，如果其他国家无一对通知表示反对，则提出请求的国家可采取拟议的措施。然而，采取这些措施的权利只能在“除特别紧急情况外不短于三个月的期间”之后行使。这意味着，首先，第 1 款所指的通知应明确规定必须对通知提出反对的期限。这个期限应该是一个合理的时间段，委员会决定，作为一般性规则，至少三个月是一个合理的时间段。其次，只有在所述期限到期之后，且如果没有人表示反对，则援引一项条约无效的国家才能采取提议的措施。在某些情况下，三个月的期限可能太长。因此，结论草案 21 第 2 款规定了在“特别紧急情况”下缩短期限的可能性。结论草案没有界定“特别紧急情况”。这须依据每个具体情况的事实而定。然而，可以说，“特别紧急情况”将是那些时间至关重要的情况。有意见认为，习惯国际法包含这样一个三个月等待期(或结论草案第 4 款中的十二个月等待期)的立场是没有根据的。

(7) 结论草案 21 第 3 款涉及任何有关国家对国际法规则因与一般国际法强制性规范(强行法)相抵触而无效的主张提出反对的情况。如果出现这种反对情况，则援引国不能单方面采取拟议的措施。在这种情况下，有关国家以及援引国应通过自己选择的《联合国宪章》第三十三条所述手段寻求解决办法。

(8) 结论草案 21 第 4 款规定，如在十二个月内未能达成解决办法，而表示反对的一个或多个有关国家提出将该事项提交国际法院，则在争端解决之前，援引国不得采取其拟议的措施。第 4 款处理的是有关国家无法通过《联合国宪章》第三十三条所述手段找到解决办法的情况。委员会的依据是，因一项国际法规则与一

<sup>914</sup> 截至 2019 年 4 月，在总共 116 个缔约国中，有 23 个国家对争端解决框架提出了保留。在这些国家中，有 15 个国家试图就因与强制性规范相抵触而无效的声明向国际法院提交争端的问题，排除第六十六条(a)款的适用(阿尔及利亚、亚美尼亚、白俄罗斯、巴西、中国、古巴、捷克共和国、危地马拉、匈牙利、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、斯洛伐克、突尼斯、乌克兰和越南)；有四个国家宣布，第五十三条和第六十四条的规定将不适用于它们和那些就争端解决框架的适用提出保留的国家之间的关系(比利时、丹麦、芬兰和葡萄牙)。另有四个国家宣布，如果根据任何其他文书存在国际法院的管辖权，则第六十六条的规定不会限制该法院的管辖权(加拿大、德国、新西兰和联合王国)。

般国际法的强制性规范不一致而援引其无效性，本身并不构成国际法院管辖权的基础。<sup>915</sup> 然而，本着避免单边主义的精神，委员会认为，鼓励将争端提交国际法院是适当的，而国际法院不强迫提交争端。

(9) 结论草案 21 是一项程序性规定，对可能采取的任何措施的合法性没有影响。如果其他有关国家在十二个月期限到期后没有提出将此事提交国际法院，则援引国不再受制于阻止其采取措施的结论草案 21 的程序性规定。必须强调的是，根据这条规定，不存在将此事提交国际法院的义务，该规定也没有确定强制管辖权。相反，如果其他有关国家提出将该事项提交国际法院，则这条规定排除了援引无效的国家采取拟议措施的可能性。如果有国家提出将此事提交国际法院，那么援引无效的国家只有在争端解决后，且根据法院关于这些措施依照国际法属于合理措施的决定，才有权采取拟议的措施。

(10) 第 5 款是一个不妨碍条款。如上文所述，结论草案 21 既没有确立国际法院的管辖权，也没有规定任何国家向法院提交事项或接受法院管辖权的义务。同样，结论草案 21 不影响国际法任何其他规则下可能存在的管辖权依据，包括 1969 年《维也纳公约》下的争端解决机制或有关国家(包括援引国)商定的其他适用的争端解决规定。

#### 第四部分 一般规定

##### 结论 22 不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能引起的其他后果

本结论草案不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能依国际法引起的其他后果。

#### 评注

(1) 结论草案 22 是一个不妨碍条款。它规定，本结论草案不妨碍特定的一般国际法强制性规范(强行法)可能依国际法引起的其他后果。

(2) 本结论草案涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。正如结论草案 1 评注第(3)段所述，本结论草案无意处理一般国际法的个别强制性规范(强行法)的内容。除了识别一般国际法强制性规范(强行法)的方法和程序外，结论草案还涉及一般国际法强制性规范(强行法)产生的一般法律后果。这包括对条约规则、习惯国际法、单方面行为和具有约束力的国际组织决议、决定或其他行为的后果。一般国际法个别强制性规范(强行法)的内容本身可能产生的法律后果不同于本结论草案所确定的一般法律后果。因此，结论草案 22 意在表明，结论草案不妨碍一般国际法特定强制性规范(强行法)可能产生的任何此类法律后果。

(3) 本结论草案不处理因一般国际法强制性规范(强行法)之间存在抵触导致的后果问题。

<sup>915</sup> 刚果境内武装活动案(见上文脚注 699)，第 32 页，第 64 段(“这同样适用于一般国际法强制性规范(强行法)与确立法院管辖权之间的关系：一项争端涉及是否遵守具有这种性质的规范，禁止灭绝种族罪无疑属于这种情况，但这一事实本身不能为法院的管辖权提供依据”)。



(4) 提出具体强制性规范的法律后果问题的一个领域是一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的犯罪后果,例如禁止灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪,特别是针对国家法院的豁免权和管辖权可能产生的后果。这些后果并非一般国际法强制性规范(强行法)的一般后果,而是与一般国际法的具体强制性规范有关。因此,本结论草案没有涉及这些问题。

### 结论 23

#### 非详尽无遗的清单

在不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现的情况下,本结论草案附件载有国际法委员会以前提到的具有这种地位的规范的非详尽无遗清单。

### 评注

(1) 结论草案 1 阐述了本结论草案的范围,涉及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。正如结论草案 1 评注第(3)段和结论草案 22 评注第(2)段所述,本结论草案的本质是方法问题,无意处理个别一般国际法强制性规范(强行法)的内容。因此,本结论草案无意详细列出一般国际法强制性规范(强行法)的清单。拟订一份一般国际法强制性规范(强行法)清单,包括一份非详尽无遗的清单,需要对许多可能的规范进行详细严格的研究,以首先确定其中哪些可能的规范符合本结论草案第二部分所载的标准,其次,哪些符合标准的规范应列入一份非详尽无遗的清单。这种做法超出了拟订关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案的范围。

(2) 虽然识别具有强制性的具体规范不属于本结论草案的范围,但委员会决定在附件中列入一份非详尽无遗的清单,列出委员会以前提到的具有强制性的规范。结论草案 23 提及该附件。首先,它规定,本附件不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现。“在不妨碍其他一般国际法强制性规范(强行法)的存在或嗣后出现的情况下”一语意在表明,将该清单列入附件绝不排除目前可能具有强制性的其他规范的存在,亦不排除今后出现具有此种性质的其他规范。其次,作为事实说明,结论草案 23 规定,附件所载的规范是委员会以前提到的具有强制性地位的规范。最后,结论草案 23 指出,附件所载清单并非详尽无遗,它强化了该清单并不妨碍具有同样性质的其他规范这一事实。<sup>916</sup> 清单在两个方面并非详尽无遗。首先,它并非详尽无遗,因为在清单所确定的规范之外,还有或可能有其他一般国际法强制性规范(强行法)。第二,它并非详尽无遗,因为除了附件所列的规范外,委员会以前还提到过其他具有强制性的规范。因此,不应视附件为排除了其他规范的强制性。

(3) 结论草案 23 中提到的附件载有委员会以前提到的规范,这一事实显示出关于清单的两个含义。首先,每一项规范的拟订都是基于委员会以前使用的一种提法。因此,委员会没有试图重新拟订清单上的规范。从结论草案 23 评注的以下

<sup>916</sup> 另见《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条的评注第(6)段,其中述及这些条款中提到的规范并非详尽无遗(“应当强调指出,上文所举的例子可能不是详尽无遗的。而且,1969 年《维也纳公约》第六十四条考虑到,如第五十三条所言,一般国际法的强制性规范随着整个国际社会的接受和承认还会有新的强制性规范出现。因此,此处所举的例子并不损害能够满足第五十三条下强制性规范标准的现有和正在制订中的国际法规则”)。



段落中不难看出，在某些情况下，委员会在以前的工作中采用了不同的提法。第二个含义是没有对确定的规范的范围、内容或适用范围加以界定的企图。该附件仅列出了委员会以前确定的规范，依据的是同样的提法，并不涉及规则内容的任何方面。

(4) 在以前的工作中，委员会使用了不同的措辞来限定它所提到的规范。在《条约法条款草案》第 50 条草案的评注中，委员会在提及其中两项规范时分别使用了“明显的例子”和“例子”这两个短语。<sup>917</sup> 在《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 条草案的评注中，委员会提到其清单上的规范是“明确接受和承认的”，<sup>918</sup> 而在同一条款第 40 条的评注中，委员会使用“普遍同意”一词将“侵略”的规范限定为强制性规范，并说对该段所列其他规范“似乎有广泛的一致意见”。<sup>919</sup>

(5) 附件中确定的第一个规范是禁止侵略。委员会在《国家对国际不法行为的责任条款》的评注中提到了禁止侵略。<sup>920</sup> 1966 年，委员会指出，“《宪章》中关于禁止使用武力的规则本身即构成具有强行法性质的国际法规则的一个显著例子”。<sup>921</sup> 虽然严格说来并非委员会本身的产出，但委员会的国际法不成体系问题研究组 2006 年的工作也值得注意。如同《国家对国际不法行为的责任条款》的评注一样，国际法不成体系问题研究组的结论也提到禁止侵略是一项强制性规范。<sup>922</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告在提到委员会确定的禁止侵略之后，将“禁止侵略性使用武力”列入其“最常援引的具有强行法地位的备选规范清单”。<sup>923</sup>

(6) 附件中确定的第二个规范是禁止灭绝种族。委员会在其所有相关工作中都一致的措辞提到了禁止灭绝种族。具体而言，《国家对国际不法行为的责任条款草案》，无论是在第 26 条草案的评注中，还是在第 40 条草案的评注中，都提到禁止灭绝种族。<sup>924</sup> 同样，国际法不成体系问题研究组的结论和报告都提到禁止灭绝种族。<sup>925</sup>

(7) 禁止危害人类罪是附件所载的第三项规范。2019 年《危害人类罪条款草案》序言第四段回顾，“禁止危害人类罪是一般国际法的强制性规范(强行法)”。<sup>926</sup> 在《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条的评注中，委员会没

<sup>917</sup> 见《条约法条款草案》第 50 条草案评注第(1)和(3)段。

<sup>918</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 26 评注第(5)段。

<sup>919</sup> 同上，第 40 条评注第(4)段。

<sup>920</sup> 同上。(“在这类禁止中，人们普遍认为，禁止侵略应被视为强制性的”)。另见第 26 条评注第(5)段(“明确接受和承认的强制性规范包括禁止侵略”)。

<sup>921</sup> 见《条约法条款草案》第 50 条草案评注第(1)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 38 段。在同一评注第(3)段中，委员会提到“违反《宪章》原则非法使用武力”。

<sup>922</sup> 见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 863)。

<sup>923</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告(见上文脚注 857)，第 374 段。应当指出，作为一项单独的规范，研究组的报告还提到自卫权。

<sup>924</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条评注第(5)段和第 40 条草案评注第(4)段。

<sup>925</sup> 国际法不成体系问题研究组结论(33)(见上文脚注 863)和研究组的报告(见上文脚注 857)，第 374 段。

<sup>926</sup> 本报告第四章，《危害人类罪条款草案》，序言部分。

有单独提到禁止危害人类罪，而是提到禁止“危害人类罪和酷刑”。<sup>927</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告还提到，禁止危害人类罪是具有强行法地位规范中“最常被援引的备选规范之一”。<sup>928</sup>

(8) 国际人道法的基本规则是附件中的第四项规范，委员会在其《国家对国际不法行为的责任的条款》第 40 条的评注中提到了这一规范。<sup>929</sup> 国际法不成体系问题研究组的结论提到适用于武装冲突的国际人道法的基本规则。<sup>930</sup> 另一方面，国际法不成体系问题研究组的报告提到“禁止针对平民的敌对行动(‘国际人道法基本规则’ )”。<sup>931</sup>

(9) 附件中的第五项规范是禁止种族歧视和种族隔离。《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条的评注提到禁止种族歧视和种族隔离。<sup>932</sup> 但是，《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条的评注只提到禁止种族歧视，而没有提到种族隔离。<sup>933</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告也提到禁止种族歧视和种族隔离。<sup>934</sup> 然而，国际法不成体系问题研究组的结论提到禁止种族隔离和酷刑，而没有提到种族歧视。<sup>935</sup>

(10) 附件还将禁止奴役列为委员会以前提到的一般国际法强制性规范(强行法)清单上的第六项规范。委员会在《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条草案的评注中提到，禁止奴役是一般国际法的一项强制性规范(强行法)。<sup>936</sup> 《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条草案的评注中提到禁止奴隶制和奴隶贸易。<sup>937</sup> 《条约法条款草案》的评注提到禁止奴隶贸易。<sup>938</sup>

(11) 禁止酷刑是附件中的第七项规范。委员会在《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条草案的评注中提到禁止酷刑。<sup>939</sup> 在《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条草案的评注中，委员会提到禁止“危害人类罪和酷刑”。<sup>940</sup> 另一方面，国际法不成体系问题研究组的结论提到禁止“种族隔离和酷刑”。<sup>941</sup>

<sup>927</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条草案评注第(5)段。

<sup>928</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告(见上文脚注 857)，第 374 段。

<sup>929</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条草案评注第(5)段。

<sup>930</sup> 见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 863)。

<sup>931</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告(见上文脚注 857)，第 374 段。

<sup>932</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条评注第(4)段。

<sup>933</sup> 同上，第 26 条评注第(5)段。

<sup>934</sup> 国际法不成体系问题研究组的报告(见上文脚注 857)，第 374 段。

<sup>935</sup> 见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 863)。

<sup>936</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条评注第(5)段。

<sup>937</sup> 同上，第 40 条评注第(4)段。这同样是国际法不成体系问题研究组报告中使用的提法(见上文脚注 857)，第 374 段。

<sup>938</sup> 见《条约法条款草案》第 50 条草案评注第(3)段。

<sup>939</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条评注第(5)段。国际法不成体系问题研究组的报告(见上文脚注 857，第 374 段)还提到禁止酷刑是一般国际法强制性规范(强行法)的一个例子。

<sup>940</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条评注第(5)段。

<sup>941</sup> 见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 863)。

(12) 附件所列的最后一项规范是自决权。在将规范描述为具有强制性时，委员会使用了“the right of self-determination”（自决权）这一行文，尽管它有时使用the right to self-determination(自决权)。<sup>942</sup>

(13) 正如第(2)段所解释的那样，该清单并非详尽无遗，不仅因为它无意涵盖可能存在或将来可能出现的所有一般国际法强制性规范(强行法)，而且也因为它没有反映委员会以某种方式提到的所有具有强制性的规范。这包括委员会在审议过程中审议的规范。例如，委员会在《条约法条款草案》第 50 条草案的评注中，除其他外，提到禁止海盗行为和《联合国宪章》中的一项基本原则——主权“国家平等”原则。<sup>943</sup> 委员会还提及《联合国宪章》的重要作用，尤其是《宪章》中为联合国发展一般国际法强制性规范(强行法)规定宗旨和原则的条款。在 1976 年一读通过的“国家的责任”专题条款草案中，委员会还提到“对保护和维护人类环境至关重要的”义务，“例如禁止大规模污染大气层或海洋”的义务，作为一般国际法的强制性规范(强行法)。<sup>944</sup>

(14) 附件中的规范未按特定顺序列出。排列顺序丝毫不代表它们之间的重要性排序。

#### 附件

- (a) 禁止侵略；
- (b) 禁止灭绝种族；
- (c) 禁止危害人类罪；
- (d) 国际人道法的基本规则；
- (e) 禁止种族歧视和种族隔离；
- (f) 禁止奴役；
- (g) 禁止酷刑；
- (h) 自决权。

<sup>942</sup> 见《国家对国际不法行为的责任条款》第 40 条评注第(5)段，委员会在其中提到“尊重自决权的义务”。另见国际法不成体系问题研究组的结论(33)(上文脚注 863)和国际法不成体系问题研究组的报告(上文脚注 857)，第 374 段。在《条约法条款草案》第 50 条草案的评注第(3)段中，委员会提到“自决原则”。在《国家对国际不法行为的责任条款》第 26 条的评注第(5)段中，委员会提到自决权。

<sup>943</sup> 见《条约法条款草案》第 50 条草案评注第(3)段。

<sup>944</sup> 《国家的责任条款草案》，第 19 条草案第 3 款(d)项段，《1976 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 95-96 页，结合第 19 条草案评注第(17)和(18)段阅读(同上，第 102 页)。

## 第六章 与武装冲突有关的环境保护

### A. 导言

58. 国际法委员会第六十五届会议(2013 年)决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入工作方案，并任命玛丽·雅各布松女士为该专题特别报告员。<sup>945</sup>

59. 从第六十六届会议(2014 年)至第六十八届会议(2016 年)，委员会收到并审议了三份报告。<sup>946</sup> 在第六十六届会议(2014 年)上，委员会审议了特别报告员的初步报告。<sup>947</sup> 在第六十七届会议(2015 年)上，委员会审议了特别报告员的第二次报告，<sup>948</sup> 并注意到起草委员会暂时通过的导言部分规定草案和原则草案，起草委员会后来在第六十八届会议上出于技术原因对这些草案作了重新编号和修订。<sup>949</sup> 因此，委员会在该届会议上暂时通过了原则草案 1、2、5、9、10、11、12 和 13 以及评注。<sup>950</sup> 在同一届会议上，委员会还审议了特别报告员的第三次报告，<sup>951</sup> 并注意到起草委员会暂时通过的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18，<sup>952</sup> 未暂时通过任何评注。

60. 在第六十九届会议(2017 年)上，由于雅各布松女士已不再担任委员会委员，委员会设立了一个工作组，以考虑此专题今后的方向。<sup>953</sup> 巴斯克斯-贝穆德斯先生担任工作组主席，尽管特别报告员雅各布松女士已不再担任委员会委员，但工作组收到了她编写的关于起草委员会在第六十八届会议上暂时通过的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18 的评注草案，委员会在同一届会议上注意到这些原则草案。工作组建议委员会为本专题任命一名新的特别报告员，以协助顺利完成关于本专题的工作。<sup>954</sup> 在工作组主席作出口头报告后，委员会决定任命玛丽亚·莱赫托女士为特别报告员。<sup>955</sup>

61. 在第七十届会议(2018 年)上，委员会设立了一个工作组，由巴斯克斯-贝穆德斯先生担任主席，协助特别报告员编写起草委员会在第六十九届会议上暂时通过的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18 的评注草案，委员会在同一届会议上注意到

<sup>945</sup> 委员会 2013 年 5 月 28 日第 3171 次会议做出了这一决定(见《2013 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 78 页，第 167 段)。本专题的大纲见《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件五。

<sup>946</sup> A/CN.4/674 和 Corr.1(初步报告)、A/CN.4/685(第二次报告)以及 A/CN.4/700(第三次报告)号文件。

<sup>947</sup> 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第十一章。

<sup>948</sup> 同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第九章。

<sup>949</sup> A/CN.4/L.870 和 A/CN.4/L.870/Rev.1 号文件。

<sup>950</sup> 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 188 段。

<sup>951</sup> 同上，第十章。

<sup>952</sup> A/CN.4/L.876 号文件。

<sup>953</sup> 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 255 段。

<sup>954</sup> 同上，第 260 段。

<sup>955</sup> 同上，第 262 段。

这些原则草案。<sup>956</sup> 委员会在该届会议上暂时通过了原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18 以及评注。<sup>957</sup> 在第七十届会议上，委员会还审议了特别报告员的第一次报告，<sup>958</sup> 并注意到起草委员会暂时通过的原则草案 19、20 和 21。<sup>959</sup>

## B. 本届会议审议此专题的情况

62. 在本届会议上，委员会在 2019 年 5 月 1 日第 3455 次会议上暂时通过了起草委员会在第七十届会议上暂时通过的原则草案 19、20 和 21。

63. 在 2019 年 5 月 15 日至 5 月 27 日举行的第 3464 至第 3471 次会议上，委员会审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/728)。

64. 特别报告员在其第二次报告中阐述了与在非国际性武装冲突中保护环境有关的某些问题，重点关注有关自然资源的国际规则和实践如何能够在此类冲突期间和冲突后加强对环境的保护。第二次报告还阐述了与国家或非国家行为体的责任和赔偿责任有关的某些问题。由此，特别报告员提出了七项原则草案。<sup>960</sup>

65. 在 2019 年 5 月 27 日第 3471 次会议上，委员会考虑到委员会全体会议期间的辩论，将特别报告员第二次报告所载的原则草案 6 之二、原则草案 8 之二、原则草案 13 之二、原则草案 13 之三、原则草案 13 之四、原则草案 13 之五和原则草案 14 之二转交起草委员会。

66. 在 2019 年 7 月 8 日第 3475 次会议上，起草委员会主席提交了<sup>961</sup> 起草委员会关于“与武装冲突有关的环境保护”的报告(A/CN.4/L.937)。在同一次会议上，委员会一读暂时通过了关于与武装冲突有关的环境保护的整套原则草案(见下文 C.1 节)。

67. 在 2019 年 8 月 7 日和 8 日第 3504 至第 3506 次会议上，委员会通过了与武装冲突有关的环境保护原则草案的评注(见下文 C.2 节)。

68. 在 2019 年 8 月 8 日第 3506 次会议上，委员会根据其章程第 16 至第 21 条，决定通过秘书长将与武装冲突有关的环境保护原则草案(见下文 C 节)转交给各国政府、各国际组织(包括联合国机构和联合国环境规划署)和其他组织(包括红十字国际委员会和环境法学会)征求评论和意见，要求在 2020 年 12 月 1 日之前向秘书长提交此类评论和意见。

69. 在 2019 年 8 月 8 日第 3506 次会议上，委员会向特别报告员玛丽亚·莱赫托女士深表感谢，由于她的杰出贡献，委员会得以圆满结束对与武装冲突有关的环境

<sup>956</sup> 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第九章。

<sup>957</sup> 同上，第 218 段。

<sup>958</sup> A/CN.4/720 号文件。

<sup>959</sup> 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 172 段。

<sup>960</sup> 见特别报告员第二次报告(A/CN.4/728)：原则草案 6 之二(公司应尽职责)、原则草案 8 之二(马顿斯条款)、原则草案 13 之二(改变环境的技术)、原则草案 13 之三(掠夺)、原则草案 13 之四(责任与赔偿责任)、原则草案 13 之五(企业责任)和原则草案 14 之二(人员流离失所)。

<sup>961</sup> 起草委员会主席的声明可查阅委员会网站(<http://legal.un.org/ilc>)。



境保护原则草案的一读。委员会还再次对前任特别报告员玛丽·雅各布松女士对该专题工作的宝贵贡献深表感谢。

## C. 委员会一读通过的与武装冲突有关的环境保护原则草案案文

### 1. 原则草案案文

70. 委员会一读通过的原则草案案文载录如下。

#### 与武装冲突有关的环境保护

##### 第一部分

##### 引言

##### 原则 1

##### 范围

本原则草案适用于武装冲突之前、期间和之后的环境保护。

##### 原则 2

##### 宗旨

本原则草案旨在通过将武装冲突期间对环境损害减少至最低限度的预防措施以及通过补救措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

##### 第二[一]部分

##### 一般适用原则

##### 原则 3 [4]

##### 加强环境保护的措施

1. 各国应依照其国际法义务，采取有效的立法、行政、司法措施和其他措施，加强与武装冲突有关的环境保护。
2. 此外，各国应当酌情采取进一步措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

##### 原则 4 [I-(x), 5]

##### 指定受保护区

各国应当以协议或其他方式，指定具有重大环境和文化意义的区域为受保护区。

##### 原则 5 [6]

##### 保护土著人民的环境

1. 各国应当采取适当措施，在发生武装冲突时保护土著人民所居住领土的环境。

2. 如武装冲突对土著人民所居住领土的环境造成有害影响，各国应当在冲突结束后借助适当程序，特别是通过土著人民自己的代表机构，与有关土著人民开展有效的协商与合作，以便采取补救措施。

#### **原则 6 [7]**

##### **与武装冲突有关的驻军协议**

各国和国际组织应当酌情将环境保护条款纳入与武装冲突有关的驻军协议。此种条款可包括预防措施、影响评估、恢复以及清理措施。

#### **原则 7 [8]**

##### **和平行动**

参加与武装冲突有关的和平行动的各国和国际组织应考虑此种行动对环境的影响，并采取适当措施，防止、减轻和补救其负面的环境后果。

#### **原则 8**

##### **人员流离失所**

各国、国际组织和其他有关行为体应当采取适当措施，防止和减轻因武装冲突而流离失所者所在地区的环境退化，同时向这些人员和地方社区提供救济和援助。

#### **原则 9**

##### **国家责任**

1. 一国与武装冲突有关的国际不法行为如对环境造成损害，则引起该国的国际责任，该国有义务对此种损害，包括单纯对环境本身的损害，作出充分赔偿。

2. 本原则草案不妨碍关于国家对国际不法行为的责任的规则。

#### **原则 10**

##### **公司应尽职责**

各国应当采取适当的立法措施和其他措施，以确保在其领土内或从其领土上开展活动的公司和其他工商企业，在武装冲突地区或冲突后局势中开展活动时就保护环境，包括保护人员健康履行应尽职责。此种措施包括旨在确保以环境上可持续的方式采购和获取自然资源的措施。

#### **原则 11**

##### **公司的赔偿责任**

各国应当采取适当的立法措施和其他措施，以确保在其领土内或从其领土上开展活动的公司和其他工商企业，对于在武装冲突地区或冲突后局势中由它们对环境、包括对人员健康造成的损害，可被认定负有赔偿责任。此种措施应酌情包括旨在确保公司或其他工商企业对事实上由其控制的子公司所造成的此种损害可被认定负有赔偿责任的措施。为此，各国应当酌情提供，特别是向此种损害的受害者提供充分和有效的程序和补救措施。

### 第三〔二〕部分 武装冲突期间适用的原则

#### 原则 12 与武装冲突有关的环境保护方面的马顿斯条款

在国际协议所未包括的情形下，环境仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。

#### 原则 13 [II-1, 9] 武装冲突期间对自然环境的一般保护

1. 应按照适用的国际法，特别是武装冲突法，尊重和保护环境。
2. 应注意保护环境免遭广泛、长期和严重的损害。
3. 除非自然环境成为军事目标，否则任何一部分都不得受到攻击。

#### 原则 14 [II-2, 10] 对自然环境适用武装冲突法

应对自然环境适用武装冲突法，包括关于区分、相称性、军事必要性和攻击中采取预防措施的原则和规则，以期保护环境。

#### 原则 15 [II-3, 11] 环境因素

适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

#### 原则 16 [II-4, 12] 禁止报复

禁止作为报复而对自然环境进行攻击。

#### 原则 17 [II-5, 13] 受保护区

以协议方式指定为受保护区的具有重大环境和文化意义的地区，只要不包含军事目标，应保护其不受任何攻击。

#### 原则 18 禁止掠夺

禁止掠夺自然资源。

#### 原则 19 改变环境的技术

各国根据其国际义务，不得为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、长期或严重后果的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害任何其他国家的手段。

## 第四部分 在占领局势下适用的原则

### 原则 20 [19]

#### 占领方的一般义务

1. 占领方应按照适用的国际法尊重和保护被占领土的环境，并应在管理此种领土时将环境因素纳入考虑。
2. 占领方应采取适当措施，防止对被占领土的环境造成可能有损被占领土居民健康和福祉的重大损害。
3. 占领方应尊重被占领土关于环境保护的法律和制度，并仅可在武装冲突法规定的限制内予以改动。

### 原则 21 [20]

#### 自然资源的可持续利用

在占领方为了被占领土居民的利益和出于武装冲突法规定的其他合法目的而获准管理和利用被占领土内自然资源的情形下，其管理和利用方式应确保这些自然资源的可持续利用，并将对环境的损害减少至最低限度。

### 原则 22 [21]

#### 应尽职责

占领方应履行应尽职责，确保被占领土内的活动不对被占领土以外地区的环境造成重大损害。

## 第五[三]部分

### 武装冲突后适用的原则

### 原则 23 [14]

#### 和平进程

1. 武装冲突各方应当作为和平进程的一部分，处理与遭冲突损害的环境的恢复和保护有关的问题，包括酌情在和平协议中处理此事。
2. 有关国际组织应当酌情在这方面发挥协助作用。

### 原则 24 [18]

#### 共享与准许获取信息

1. 为便利武装冲突后采取补救措施，各国和有关国际组织应按照其国际法义务，共享并准许获取相关信息。
2. 本项原则草案中并无任何内容要求一国或国际组织必须共享或准许获取对其国防或安全至关重要的信息。但国家或国际组织应善意合作，根据具体情况提供尽可能多的信息。

**原则 25 [15]****武装冲突后的环境评估与补救措施**

鼓励包括国际组织在内的有关行为体在武装冲突后的环境评估与补救措施方面开展合作。

**原则 26****救济和援助**

当与武装冲突有关的环境损害的来源不明或赔偿无法获得时，鼓励各国采取适当措施，以使该损害不会持续得不到修复或补偿，并可考虑设立特别补偿基金或其他形式的救济或援助。

**原则 27 [16]****战争遗留物**

1. 武装冲突后，冲突各方应争取移除其管辖或控制下正在造成或可能造成环境破坏的有毒和危险的战争遗留物或使之无害。在采取此种措施时应遵守适用的国际法规则。

2. 冲突各方还应努力相互达成并酌情与其他国家和国际组织达成关于技术与物资援助的协议，包括在适当情况下开展联合行动，以移除此种有毒和危险的战争遗留物或使之无害。

3. 第 1 和第 2 段不妨碍任何关于清除、移除、销毁或维护雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置的国际法权利或义务。

**原则 28 [17]****海上战争遗留物**

各国和有关国际组织应当开展合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。

**2. 与武装冲突有关的环境保护原则草案案文及其评注**

71. 委员会第七十一届会议一读通过的原则草案案文及其评注载录如下。

**与武装冲突有关的环境保护****第一部分****导言****评注**

(1) 与委员会以往工作成果一样，本原则草案应结合评注来解读。

(2) 从结构上看，本套原则草案分为五个部分，起首部分标题为“导言”，其中载有关于原则草案范围和宗旨的几项原则草案。第二部分涉及为武装冲突爆发之前保护环境的问题提供的指导，但也载有与冲突之前、期间和之后三个时间段中不止一个时间段有关的更具一般性的原则草案。第三部分涉及武装冲突期间保护环境的问题，第四部分涉及在占领局势下保护环境的问题。第五部分载有关于武装冲突之后保护环境的几项原则草案。



(3) 这些条款被定为“原则”。委员会以前曾选择将其工作成果制定为原则草案，既包括阐述国际法原则的规定，也包括旨在促进国际法逐渐发展和向各国提供适当指导的不具约束力的宣言。<sup>962</sup> 本套原则草案包含具有不同规范意义的条款，包括可被视为反映习惯国际法的条款，以及更具建议性质的条款。

(4) 编写原则草案时考虑到了与环境有关的国际法和武装冲突法之间互相交织的情况。

(5) 关于用语的使用，委员会将在二读时决定在参照《日内瓦四公约第一附加议定书》的第三部分各项条款中使用“自然环境”还是“环境”一词。<sup>963</sup>

## 原则 1

### 范围

本原则草案适用于武装冲突之前、期间和之后的环境保护。

### 评注

(1) 本条款确定了原则草案的范围。本条规定，原则草案的范围涵盖三个时间段：武装冲突之前、期间和之后。大家认为必须在开始即表明原则草案涉及这三个阶段。“或”这一反义连接词的目的在于重点说明并不是所有原则草案都在所有阶段适用。但值得强调的是，这三个阶段有时有一定程度的重叠。而且，这一提法是在委员会内部和联大第六委员会的讨论基础上提出的。<sup>964</sup>

(2) 将原则分为上述三个时间段(尽管没有严格的分界线)确立了原则草案的属时管辖权范围。大家认为，从时间角度，而不是从国际法不同方面，如国际环境法、武装冲突法和国际人权法的角度处理本专题，可以使专题较容易管理并较容易界定。将按时间段规定在武装冲突之前、期间和之后采取的法律措施。这一方式使委员会可以查明在武装冲突的不同阶段所产生的与本专题有关的法律问题，从而方便了原则草案的发展。<sup>965</sup>

(3) 关于原则草案的属事管辖权范围，请参考与“武装冲突”有关的“环境保护”这一术语。对于国际武装冲突与非国际性武装冲突一般未作区分。

<sup>962</sup> 纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则，《1950年……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第三部分，第374页。另见危险活动所致跨界损害的损失分配原则，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第66-67段，第58-90页；适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第176段，第161页。

<sup>963</sup> 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一附加议定书》)(1977年6月8日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第1125卷，第17512号，第3页。另见本原则草案的原则草案13、14和16。

<sup>964</sup> 本专题于2011年列入委员会的长期工作方案，并于2013年转列入当前工作方案，见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，附件E，并见同上，《第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)第131段。

<sup>965</sup> 见同上，《第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)第135段，以及同上，《第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)第192-213段。

## 原则 2

### 宗旨

本原则草案旨在通过将武装冲突期间对环境损害减少至最低限度的预防措施以及通过补救措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

### 评注

(1) 本条款列出了原则草案的基本宗旨，表明原则草案的目的是加强与武装冲突有关的环境保护，并表明为提供必要的保护所需采取的措施的一般类型。这些措施包括旨在最大限度地减少武装冲突期间对环境损害的预防措施和旨在在武装冲突已经造成损害后恢复环境的补救措施。

(2) 本条款与关于范围的条款类似，涵盖所有三个时间段。虽然国际法委员会内部<sup>966</sup>和联大第六委员会内部<sup>967</sup>都承认，这三个时间段是密切相连的，<sup>968</sup>但是，“最大限度地减少……损害的预防措施”的说法主要是指武装冲突之前和武装冲突期间的情况，而“补救措施”的说法则主要是指冲突后阶段。应该指出，一国可在冲突结束前就采取补救措施恢复环境。

(3) 大家倾向于用“补救措施”而非“恢复措施”这一术语是因为，“补救措施”被认为更加清楚，范围更广，涵盖任何为恢复环境而可能采取的补救性质的措施。这可能还包括损害环境所造成的损失或损害、合理的恢复措施所涉的费用以及与合理反应措施的费用相关的合理清理费用。

## 第二部分

### 一般适用原则

## 原则 3

### 加强环境保护的措施

1. 各国应依照其国际法义务，采取有效的立法、行政、司法措施和其他措施，加强与武装冲突有关的环境保护。
2. 此外，各国应当酌情采取进一步措施，加强与武装冲突有关的环境保护。

### 评注

(1) 原则草案 3 确认，各国须采取有效措施，加强与武装冲突有关的环境保护。第 1 段回顾了依国际法具有的义务，第 2 段鼓励各国自愿采取进一步的有效措施。这两段中均包含的“加强环境保护”一语与本套原则草案的目的相对应。同样，两段中“与武装冲突有关的”一语是为了强调环境保护与武装冲突的关系。

<sup>966</sup> 例如，见 A/CN.4/685，第 18 段。

<sup>967</sup> 同上，脚注 18，挪威(代表北欧国家)(A/C.6/69/SR.25，第 133 段)、葡萄牙(A/C.6/69/SR.26，第 6 段)、新加坡(A/C.6/69/SR.26，第 66 段)、新西兰(A/C.6/69/SR.27，第 3 段)和印度尼西亚(A/C.6/69/SR.27，第 67 段)。

<sup>968</sup> 例如，在占领期间可能需要采取补救措施。

(2) 第 1 段反映出依照国际法各国义务加强与武装冲突有关的环境保护，并述及各国为此须采取的措施。这项义务通过“应”字来体现。该款有一个限定语“依照其国际法义务”，表明该款不要求各国采取超出其现有义务范围的措施。一国根据该规定承担的特定义务将有所不同，具体取决于其受国际法下的哪些相关义务约束。

(3) 因此，第 1 段采用一般性措辞，以涵盖各种措施。该款列出了各国可采取的措施类型，即“立法、行政、司法措施和其他措施”。如“其他措施”这一开放性类别所示，这些例子并不是详尽无遗的。事实上，它们是为了强调各国应采取的最相关的措施类型。

(4) 武装冲突法对直接或间接为加强武装冲突有关的环境保护这一目标做出贡献的国家规定了一些义务。但“依照国际法”这一概念的范围更广，还涵盖与武装冲突之前、期间或之后的环境保护有关的其他相关条约义务或习惯义务，无论这些义务是源于国际环境法、人权法还是其他法律领域。

(5) 就武装冲突法而言，向武装部队并尽可能向平民等各方传播武装冲突法的义务有助于保护环境。<sup>969</sup> 这方面的一个相关条款是《第一附加议定书》第八十三条，其中规定缔约方有义务向其部队传播第三十五条和第五十五条<sup>970</sup> 等条款。这项义务还可与日内瓦公约四公约共同的第一条相联系，在该条中，缔约国承诺在所有情况下尊重和确保尊重这些公约。<sup>971</sup> 可通过将有关信息纳入军事手册来

<sup>969</sup> 《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》(《第一公约》)(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦), 联合国, 《条约汇编》, 第 75 卷, 第 970 号, 第 31 页, 第四十七条; 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》(《第二公约》)(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦), 同上, 第 971 号, 第 85 页, 第四十八条; 《关于战俘待遇的日内瓦公约》(《第三公约》)(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦), 同上, 第 972 号, 第 135 页, 第一百二十七条; 《关于战时保护平民的日内瓦公约》(《第四公约》)(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦), 同上, 第 973 号, 第 287 页, 第一百四十四条; 《第一附加议定书》, 第八十三条; 《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》(第二附加议定书)(1977 年 6 月 8 日, 日内瓦), 同上, 第 17513 号, 第 609 页, 第十九条; 《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于采纳一个新增特殊标志的附加议定书》(第三附加议定书)(2005 年 12 月 8 日, 日内瓦), 同上, 第 2404 卷, 第 43425 号, 第 261 页, 第七条; 以及《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(1980 年 10 月 10 日, 日内瓦), 同上, 第 1342 卷, 第 22495 号, 第 137 页, 第六条。另见 J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck, 《国际人道主义习惯法》, 第 1 卷: 规则(剑桥, 剑桥大学出版社, 2005 年), 规则 143, 第 505-508 页。

<sup>970</sup> 《第一附加议定书》第三十五条规定:

- “一、在任何武装冲突中, 冲突各方选择作战方法和手段的权利, 不是无限制的。
- 二、禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射体和物质及作战方法。
- 三、禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段。”

第五十五条规定:

- “一、在作战中, 应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段。
- 二、作为报复对自然环境的攻击, 是禁止的。”

<sup>971</sup> 《日内瓦第一公约》第一条; 《日内瓦第二公约》第一条; 《日内瓦第三公约》第一条; 《日内瓦第四公约》第一条。

进行这种传播，<sup>972</sup> 如红十字国际委员会《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》所鼓励的那样。<sup>973</sup>

(6) 共同的第一条还被解释为要求各国在有能力时发挥影响力，防止和制止武装冲突各方违反日内瓦四公约的行为。<sup>974</sup> 就保护环境而言，这些要求可能包括分享某些类型武器对自然环境造成的损害性质方面的科学专业知识，或就如何保护具有特殊生态重要性或脆弱性的地区提出技术建议等。

(7) 《第一附加议定书》第三十六条还规定了进行“武器审查”的义务。根据这项规定，缔约方有义务断定，在某些或所有情况下，新武器的使用是否为《第一附加议定书》或适用的任何其他国际法规则所禁止。<sup>975</sup> 值得注意的是，这项义务涵盖一切作战手段或方法的研究、发展、取得或采用：包括武器及其使用方式。<sup>976</sup> 根据红十字国际委员会关于各项附加议定书的评注，第三十六条“意味着为阐明合法性问题而建立内部程序的义务”。一些国家，包括非《第一附加议定书》缔约国在内，已经建立了这种程序。<sup>977</sup>

(8) 进行“武器审查”的义务对《第一附加议定书》的所有缔约国都有约束力。“任何其他国际法规则”一语表明，该义务可能不仅仅在于研究某种武器的使用是否会违反武装冲突法。这意味着首先要审查新的武器、作战手段或方法的使用在某些或所有情况下是否为《第一附加议定书》，包括与环境保护直接相关的第三十五条和第五十五条所禁止。其次，有必要超出《第一附加议定书》的范围，分析武装冲突法、无论是条约法还是习惯法的任何其他规则或任何其他国际法领域是否可能禁止使用新的武器、作战手段或方法。这种审查将包括考虑到任何适用的国际环境法和人权义务。<sup>978</sup>

<sup>972</sup> 在军事手册中纳入这些规定的国家有：阿根廷、澳大利亚、比利时、贝宁、布隆迪、加拿大、中非共和国、乍得、哥伦比亚、科特迪瓦、法国、德国、意大利、肯尼亚、荷兰、新西兰、秘鲁、俄罗斯联邦、南非、西班牙、瑞典、瑞士、多哥、乌克兰、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。相关信息见 [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule45](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45) (2019年7月8日访问)。

<sup>973</sup> 《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》(A/49/323, 附件)的准则 17 指出：“各国应传播这些规则，各自在其国内广为宣传，并将这些规则编入其军事和民事教学方案中”。

<sup>974</sup> 见红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016年)，第一条(日内瓦四公约及其附加议定书的评注可查阅 [www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions](http://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions) (2019年7月8日访问))。红十字国际委员会关于习惯国际法的研究提供了较广义的解释，根据这一解释，尊重和确保尊重的义务不限于日内瓦四公约，而是指对某一特定国家具有约束力的整个国际人道法(J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck 编，《习惯国际人道法》(上文脚注 969)，规则 139，第 495 页)。

<sup>975</sup> 《第一附加议定书》，第三十六条。

<sup>976</sup> C. Pilloud and J. Pictet, “Article 35: Basic rules”, *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmerman (eds.) (Geneva, Martinus Nijhoff, 1987), 第 398 页，第 1402 段。关于“第三十六条：新武器”的评注在第 425 页第 1472 段作为对手段和方法的解释提到本节。

<sup>977</sup> 已知建立审查武器合法性的国家机制并向红十字国际委员会提供设立这些机制的文书的国家有：澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、德国、荷兰、挪威、瑞典、联合王国和美国。另一些国家向红十字国际委员会表示它们根据国防部的指令进行审查，但尚未提供这些指令。2017年12月31日从红十字国际委员会收到的资料。

<sup>978</sup> 瑞典、瑞士和联合王国等一些国家认为有必要在审查军事武器时考虑到国际人权法，因为军事人员可能在某些情况下(例如维和特派团)使用武器履行执法任务。进一步的评论，见 S. Casey-Maslen, N. Corney and A. Dymond-Bass, “The review of weapons under international



(9) 虽然《第一附加议定书》仅适用于国际性武装冲突，但第三十六条规定的武器审查也可促进在非国际性武装冲突中遵守法律。此外，习惯国际法禁止使用本质上具有滥杀滥伤作用的武器，以及会造成过分伤害或不必要痛苦的作战手段或方法。<sup>979</sup> 这些规则不限于国际性武装冲突。<sup>980</sup> 因此，应根据所有适用的国际法，包括有关非国际性武装冲突的法律，审查新的武器和作战方法，特别是在保护平民和区分原则方面。不使用本质上具有滥杀滥伤作用的武器、作战手段或方法的义务在非国际性武装冲突中具有保护环境的间接作用。另外，必须遵守禁止可能造成严重环境损害的某些武器(如生物和化学武器)的特殊条约规定。

(10) 各国还有义务有效行使管辖权，起诉涉嫌犯下与武装冲突中的环境保护有关、严重违反日内瓦四公约的某些战争罪行的人。<sup>981</sup> 严重违反的例子包括故意造成重大痛苦或对身体或健康的严重伤害，以及广泛破坏和占用财产，这些行为并非出于军事必要性，而是肆意和非法的，阻止这些行为可为自然环境的某些组成部分提供间接保护。

(11) 另一项基于条约的义务是各国应记录地雷埋设情况，以便于今后清除地雷。<sup>982</sup>

(12) 原则草案第 2 段涉及进一步加强与武装冲突有关的环境保护的自愿措施。因此，该段的规定性比第 1 段要弱，使用了“应当”一词来反映这种差异。“此外”和“进一步措施”这两个短语都表明，该段超出了第 1 段述及的各国应依照国际法义务采取的措施范围。与第 1 段所述措施一样，各国采取的措施可具有立法、司法、行政性质或其他性质。此外还可包括在武装冲突情况下为自然环境提供额外保护的特别协议。<sup>983</sup>

(13) 除了鼓励各国采取超出其现有国际法义务范围的自愿措施来加强与武装冲突有关的环境保护外，该段还反映了各国在这方面实践的最新发展情况。<sup>984</sup> 关

---

humanitarian law and human rights law”, *Weapons under International Human Rights Law*, Casey-Maslen (ed.) (Cambridge University Press, Cambridge, 2014)。

<sup>979</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(见上文脚注 969), 规则 70 和 71, 第 237–250 页。

<sup>980</sup> 由于习惯法规定不得将平民作为攻击目标，因此在非国际性武装冲突中也禁止本质上具有滥杀滥伤作用的武器。适用于非国际性武装冲突的一些军事手册，例如澳大利亚、哥伦比亚、厄瓜多尔、德国、尼日利亚和大韩民国的军事手册也规定禁止本质上具有滥杀滥伤作用的武器。可查阅 [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule71#Fn\\_1\\_19](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule71#Fn_1_19) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>981</sup> 《日内瓦第一公约》第四十九条；《日内瓦第二公约》第五十条；《日内瓦第三公约》第一百二十九条；《日内瓦第四公约》第一百四十六条。

<sup>982</sup> 例如见《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附的经 1996 年 5 月 3 日修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的第二号议定书》(《经 1996 年 5 月 3 日修正后的第二号议定书》)(1996 年 5 月 3 日, 日内瓦)(下称“《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》”), 联合国, 《条约汇编》, 第 2048 卷, 第 22495 号, 第 93 页。

<sup>983</sup> 关于特别协议, 见《日内瓦第一公约》第六条、《日内瓦第二公约》第六条、《日内瓦第三公约》第六条、《日内瓦第四公约》第七条。另见日内瓦四公约共同的第三条。

<sup>984</sup> 例如见斯洛文尼亚, 《斯洛文尼亚武装部队服役规则》, 第 210 项; 巴拉圭国防委员会, *Política de Defensa Nacional de la Republica de Paraguay* [巴拉圭共和国国防政策], 1999 年 10 月 7 日, 第 I (A) 段; 以及荷兰, 2016 年 4 月 20 日荷兰常驻联合国代表团致秘书处的普通照会, 第 5 段。另见以下国家向第六委员会提供的资料: 克罗地亚(A/C.6/70/SR.24, 第 89 段),



于各国如何继续这种发展，一个例子是在其军事手册中规定更加明确的环境保护准则。<sup>985</sup> 例如，这些准则的目的可以是确保对参与和平行动的军事人员进行关于该行动环境方面和开展环境评估的培训。<sup>986</sup> 各国应当采取的其他措施可酌情以加强与其他国家和有关国际组织的合作为目的。

(14) 第 2 段旨在反映和鼓励的总体发展还以国际组织的实践为基础。这种实践的一个例子是旨在作为一个可持续环境管理方案的联合国“绿动蓝盔”倡议。<sup>987</sup> 另一个例子是联合国维持和平行动部和外勤支助部制定的联合环境政策。该政策包含开展环境基线研究和遵守一些多边环境协议的义务。其中提到以各种条约和文书，包括《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)<sup>988</sup>、《世界自然宪章》<sup>989</sup>、《濒危野生动植物种国际贸易公约》<sup>990</sup>、《生物多样性公约》<sup>991</sup> 和《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》(《拉姆萨尔公约》)<sup>992</sup> 作为特派团制定其环境目标和程序时应当考虑的标准。<sup>993</sup>

#### 原则 4 指定受保护区

各国应当以协议或其他方式，指定具有重大环境和文化意义的区域为受保护区。

#### 评注

(1) 原则草案 4 的标题为“指定受保护区”，其中规定，国家应当以协议或其他方式，指定具有重大环境和文化意义的区域为受保护区。这项条款所在的第二部分(“一般适用原则”)涉及冲突前阶段，即和平处于主导地位的时期，但也载有与不止一个时间段有关的更具一般性的原则。因此，原则草案 4 并不排除在武装

古巴(同上，第 10 段)，捷克共和国(同上，第 45 段)，新西兰(A/C.6/70/SR.25，第 102 段)和帕劳(同上，第 27 段)。

<sup>985</sup> 已经这样做的国家包括澳大利亚、布隆迪、喀麦隆、科特迪瓦、荷兰、大韩民国、瑞士、乌克兰、联合王国和美国。可查阅 [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule44](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule44) (2019 年 7 月 8 日访问)。更多的例子见 A/CN.4/685，第 69-76 段和 A/CN.4/700，第 52 段。

<sup>986</sup> 见联合国环境规划署网站上关于危机后环境恢复的信息，可查阅 [www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery](http://www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>987</sup> 联合国环境规划署，《绿动蓝盔：环境、自然资源和联合国维持和平行动》(2012 年，内罗毕)。

<sup>988</sup> 《联合国人类环境会议报告》(A/CONF.48/14/Rev.1；联合国出版物，出售品编号：E.73.II.A.14)，第一章。

<sup>989</sup> 联大 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议，附件。

<sup>990</sup> 1975 年 3 月 3 日，华盛顿，联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14537 号，第 243 页。

<sup>991</sup> 《生物多样性公约》(1992 年 6 月 5 日，里约热内卢)，同上，第 1760 卷，第 30619 号，第 79 页。

<sup>992</sup> 1971 年 2 月 2 日，拉姆萨尔，同上，第 996 卷，第 14583 号，第 245 页。

<sup>993</sup> 联合国维持和平行动部和外勤支助部，“联合国外地特派团环境准则”，2009 年 7 月 24 日。另见外勤支助部网站，可查阅 <https://fieldsupport.un.org/en/environment> (2019 年 7 月 8 日访问)。

冲突期间或在武装冲突后不久指定受保护区的情况。而且，原则草案 4 在第三部分“武装冲突期间适用的原则”中有一条对应的原则草案(原则草案 17)。

(2) 一国可能已经在采取必要措施保护总体环境。这类措施尤其可能包括在可能发生武装冲突时采取的预防措施。赋予实际地理区域特殊法律地位，以此来保护和保全某个区域，这种做法较常见。可以通过国际协议或国家立法来达到上述目的。在某些情况下，这些区域不仅在平时时期受保护，在武装冲突期间也免受攻击。<sup>994</sup> 通常“非军事区”和“中立区”便是如此。应当指出，“非军事区”一词在武装冲突法范畴内具有特殊含义。非军事区是冲突各方建立的，这意味着，若将其军事活动扩展至该地区会违反协议规定，则这种扩展便是禁止的。<sup>995</sup> 在平时时期也可以建立非军事区。<sup>996</sup> 这类区域的非军事化程度可以不同，它们可以是完全非军事化的区域，也可以是部分非军事化的区域，如无核武器区。<sup>997</sup>

(3) 在指定本项原则草案所指的受保护区时，应特别着重考虑对具有重大环境意义的区域的保护，这些区域很容易遭受敌对行动的不良后果。<sup>998</sup> 在起草日内瓦四公约附加议定书时就已建议对具有重大生态意义的区域给予特别保护，<sup>999</sup> 虽然这项提案没有获得通过，但应当承认，这是在国际环境法发展相对较早阶段提出的。与此相关的还有其他类型的一些地区，下文将再作讨论。

(4) 本项原则草案所涉的区域可以以协议或其他方式指定。“以协议或其他方式”的说法是为了具有一定的灵活性。可能预见到的情况有：口头协议或书面协议，相互而一致的声明，以及通过单方宣告或通过国际组织指定设立的保护区。应当指出，采用“国家”一词并不排除非国家行为体订立协议的可能性。宣布的区域必须“具有重大环境和文化意义”。这一措辞故意不设定这项规定的确切含义，以便留有发展余地。尽管任何时候都可以指定保护区，但最好在武装冲突之前或至少在武装冲突一开始就指定保护区。

<sup>994</sup> A/CN.4/685, 第 210 段。

<sup>995</sup> 见《第一附加议定书》), 第六十条。另见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 36, 第 120 页。红十字国际委员会关于习惯国际法的研究报告认为, 这构成习惯国际法下的一条规则, 对国际和非国际性武装冲突均适用。

<sup>996</sup> 例如, 见《南极条约》(1959 年 12 月 1 日, 华盛顿), 联合国, 《条约汇编》, 第 402 卷, 第 5778 号, 第 71 页, 第一条。例如, 见 M. Björklund 和 A. Rosas 著 *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering* (Åbo, Åbo Academy Press, 1990) 中的定义。奥兰群岛既是非军事区, 又是中立区。Björklund 和 Rosas 还列举了斯匹次卑尔根、南极洲和麦哲伦海峡等中立区(见第 17 页)。另见 L. Hannikainen, “The continued validity of the demilitarized and neutralized status of the Åland Islands”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 54 (1994), 第 614 页起, 见第 616 页。

<sup>997</sup> 同上。

<sup>998</sup> 见 A/CN.4/685, 第 225 段。C. Droegge and M.-L. Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict – existing rules and need for further legal protection”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), pp. 21–52, at p. 43.

<sup>999</sup> 会议第三委员会工作组提出了一项提案, 即条款草案 48 之三, 其中规定“向对方宣布了的具有适当标记和界线的公认自然保护区应受保护和尊重, 除非这种保护区被专用于军事目的”。见 C. Pilloud and J. Pictet, “Article 55: Protection of the natural environment” in *ICRC Commentary on the Additional Protocols ...*, Sandoz et al. (上文脚注 976), 第 664 页, 第 2138–2139 段。

(5) 毫无疑问,根据国际法,原则上,不经第三方同意,任何协议都不能对其有约束力。<sup>1000</sup> 因此,两个国家不能在第三国指定受保护区。不论是以协议还是以其他方式,国家均不能以对第三国具约束力的方式管制其主权或管辖以外的区域,这一点在特别报告员的第二次报告中也有说明。<sup>1001</sup>

(6) 最初对于是否应列入“文化”一词有不同观点。最后,委员会决定列入该词。有人指出,有时难以对具有重大环境意义和具有重大文化意义的区域作严格区分。《保护世界文化和自然遗产公约》(下称《世界遗产公约》)<sup>1002</sup>中也承认了这一点。该公约下的遗址是按 10 项标准选择的,其中既包括文化标准,也包括自然标准(但对其不作区分),这便说明了这一点。<sup>1003</sup>

(7) 应当指出,根据 1954 年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》<sup>1004</sup>(下称 1954 年《海牙公约》)1999 年《议定书》第 11 条第 1 款的规定,在武装冲突之前,《公约》及其《议定书》的缔约国有义务建立一份它们希望在武装冲突时享有保护资格的文化财产目录。<sup>1005</sup> 根据《公约》第三条,在和平时期,缔约国必须采取其认为适当的其他措施,以保护其文化财产免受武装冲突可预见的不良影响。

(8) 本项原则草案的目的不是要影响 1954 年《海牙公约》所规定的制度,因为其范围和宗旨均不相同。委员会着重指出,1954 年《海牙公约》及其各项《议定书》是为在和平时期和武装冲突期间保护文化财产而设的专门制度。本项原则草案无意复制这项制度。其目的是保护具有重大“环境意义”的区域。在这里使用“文化”一词是为了表明与环境存在的密切联系。原则草案的范围不延伸至文物本身。不过,举例而言,这一用语包括土著人民的祖传土地,因为他们依赖环境维持饮食和生计。

(9) 指定本项原则草案设想的区域的工作可能与土著人民的权利相关,尤其是如果保护区也是需要特别保护的一块圣地。在某些情况下,保护区也可以用来保护住在里面的土著居民的特定文化、知识和生活方式。根据《生物多样性公约》,保存土著文化和知识的重要性现已在国际法中得到正式承认。第 8 条(j)款规定,每一缔约国应尽可能并酌情:“依照国家立法,尊重、保存和维持土著和地方社区体现传统生活方式而与生物多样性的保护和持久使用相关的知识、创新和做法并促进其广泛应用,由此等知识、创新和做法的拥有者认可和参与其事并鼓励公平地分享因利用此等知识、创新和做法而获得的惠益”。此外,《联合国土著人

<sup>1000</sup> 这一点在常设法院霍茹夫工厂案(常设国际法院,《A 辑》,第 17 号,第 45 页)中得到承认;并反映在《维也纳条约法公约》第三十四条(1969 年 5 月 23 日,维也纳)中,联合国,《条约汇编》,第 1155 卷,第 18232 号,第 331 页。

<sup>1001</sup> A/CN.4/685, 第 218 段。

<sup>1002</sup> 《保护世界文化和自然遗产公约》(世界遗产公约)(1972 年 11 月 16 日,巴黎),同上,第 1037 卷,第 15511 号,第 151 页。

<sup>1003</sup> 教科文组织,《实施〈世界遗产公约〉操作指南》(2015 年 7 月 8 日)WHC.15/01,第 77.1 段。目前,全世界共有 197 处自然遗产列入了《世界遗产名录》。根据《世界遗产公约》第 11 条第 4 款,其中一些遗产也列入了《濒危世界遗产名录》。

<sup>1004</sup> 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》(1954 年 5 月 14 日,海牙),联合国,《条约汇编》,第 249 卷,第 3511 号,第 240 页。

<sup>1005</sup> 《1954 年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999 年第二议定书)(1999 年 3 月 26 日,海牙),同上,第 2253 卷,第 3511 号,第 172 页。

民权利宣言》<sup>1006</sup> 虽不是一项有约束力的文书，但其中提到了管理、进出和保护宗教和文化场所的权利。

(10) 保护自然环境本身与保护具有文化和自然意义的场所两者有时相互呼应，有时又相互重叠。原则草案 17 也采用了“文化意义”一语，其根据是 1993 年《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》等环境保护文书中对自然环境、文物和地貌景观之间密切联系的认识。<sup>1007</sup> 第 2 条第 10 款为《公约》之目的规定，“环境”一词的定义包括“生物性和非生物性自然资源，例如空气、水、土壤、动物和植物等以及这些因素之间的相互作用；作为文化遗产的财产；以及景观的特征部分”。此外，《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》第 1 条第 2 款规定，“对环境的影响包括对人类健康和安、植物、动物、土壤、空气、水、气候、地貌和历史纪念物或其他物理结构影响或这些因素之间的互动；它们也包括上述因素的变化对于文化遗产或社会经济状况而产生的影响。”<sup>1008</sup>

(11) 此外，《生物多样性公约》还涉及生物多样性的文化价值问题。《生物多样性公约》序言重申，缔约国：“意识到生物多样性的内在价值，和生物多样性及其组成部分的生态、遗传、社会、经济、科学、教育、文化、娱乐和美学价值”。<sup>1009</sup> 同样，《生物多样性公约》附件 1 第 1 款重点指出必须确保以下生态系统和生境得到保护：“内有高度多样性，大量地方特有物种或威胁物种或原野；为移栖物种所需；具有社会、经济、文化或科学重要性，或具有代表性、独特性或涉及关键进化过程或其他生物进程”。

(12) 除了这些有约束力的文书之外，一些不具约束力的文书也采用文化重要性和价值的视角来确定保护区。例如，由国际自然及自然资源保护联盟环境法委员会和国际环境法理事会编写的禁止在国际保护区开展敌对军事活动公约草案对“保护区”一语的定义如下：“从生态、历史、艺术、科学、人种学、人类学或自然风光的角度看具有突出国际意义的自然或文化区[原文如此]，可包括根据任何国际协定或政府间方案指定的满足这些标准的区域”。<sup>1010</sup>

(13) 在此，还可以提到国内立法提及保护文化和环境区的几个例子。例如，日本 1950 年 8 月 29 日《文化财产保护法》规定，将有高度科学价值的动植物列为“受保护的文化财产”。<sup>1011</sup> 澳大利亚新南威尔士州 1974 年《国家公园和野生生物法》可适用于任何具有自然、科学或文化意义的区域。<sup>1012</sup> 最后，意大利

<sup>1006</sup> 联大第 61/295 号决议附件，第 12 条。

<sup>1007</sup> 《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》(1993 年 6 月 21 日，卢加诺)，欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 150 号。欲了解有关多边环境协议对具有特别环境意义的区域的适用问题的更多情况，可参阅 B. Sjöstedt, *Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict: The Role of Multilateral Environmental Agreements* (PhD thesis, Lund University 2016)。

<sup>1008</sup> 《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》(1992 年 3 月 17 日，赫尔辛基)，联合国，《条约汇编》，第 1936 卷，第 33207 号，第 269 页。

<sup>1009</sup> 《生物多样性公约》序言。

<sup>1010</sup> 国际自然保护联盟，禁止在国际保护区开展敌对军事活动公约草案(1996 年)，第 1 条。

<sup>1011</sup> 日本，《文化财产保护法》，第 214 号法，1950 年 5 月 30 日。见 [www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/japan/japan\\_lawprotectionculturalproperty\\_engtof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/japan/japan_lawprotectionculturalproperty_engtof.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1012</sup> 澳大利亚，新南威尔士州综合法，《国家公园和野生生物法》，1974 年第 80 号法。见 [www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/npawa1974247/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/npawa1974247/) (2019 年 7 月 8 日访问)。



1991年12月6日《保护区法》对“自然公园”的定义为：由以自然元素、地貌景观和审美价值以及当地居民的文化传统为特征的同质系统组成的具有自然和环境价值的区域。<sup>1013</sup>

## 原则 5

### 保护土著人民的环境

1. 各国应当采取适当措施，在发生武装冲突时保护土著人民所居住领土的环境。

2. 如武装冲突对土著人民所居住领土的环境造成有害影响，各国应当在冲突结束后借助适当程序，特别是通过土著人民自己的代表机构，与有关土著人民开展有效的协商与合作，以便采取补救措施。

## 评注

(1) 原则草案 5 确认，由于土著人民与其环境之间的特殊关系，各国应当采取适当措施，在武装冲突中保护这种环境。该原则进一步确认，如武装冲突对土著人民领土的环境造成有害影响，各国应当努力采取补救措施。鉴于土著人民与其环境之间的特殊关系，采取这些措施时应当通过土著人民自己的领导机构和代表机构与之进行协商与合作，从而尊重这种关系。

(2) 土著人民与其环境之间的特殊关系在国际文书，如国际劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)和《联合国土著人民权利宣言》<sup>1014</sup> 以及各国的实践和国际性法院和法庭的判例中得到承认、保护和支持。为此，土著人民的土地被认为“对他们作为人民的集体实际生存和文化生存具有根本重要性”。<sup>1015</sup>

(3) 第 1 段特别基于《联合国土著人民权利宣言》第 29 条第 1 款，其中指出土著人民有权“养护和保护其土地或领土和资源的环境和生产能力”，<sup>1016</sup> 以及劳

<sup>1013</sup> 意大利，制定保护区的法律框架的《第 394 号法》，1991 年 12 月 6 日，可查阅 <http://faolex.fao.org>。

<sup>1014</sup> 见国际劳工组织(劳工组织)，《关于独立国家土著和其他部落人民的公约》(1989 年 6 月 27 日，日内瓦)(1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号))，该公约修订了 1957 年《土著和部落人口公约》(第 107 号)；《联合国土著人民权利宣言》，联大 2007 年 9 月 13 日第 61/295 号决议，附件，第 26 条。土著人民权利问题特别报告员和人权与环境问题特别报告员(前人权与环境问题独立专家)的报告概述了土著人民在环境和自然资源方面的权利的落实情况(例如，分别见 A/HRC/15/37 和 A/HRC/4/32)。

<sup>1015</sup> 例如见里奥内格罗屠杀诉危地马拉案，在该案中，美洲人权法院确认“土著社区成员的文化符合他们在世界中特有的存在、观察和行动方式，并系在他们同其传统土地和自然资源的密切关系基础上构成，不仅因为传统土地和自然资源是他们主要的生存手段，而且因为这些土地和自然资源是他们的世界观和宗教信仰的组成部分，因此，也是他们的文化特性的组成部分”。里奥内格罗屠杀诉危地马拉案，判决(初步反对意见，实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 250 号案件，2012 年 9 月 4 日，第 177 段，脚注 266。参照 Yakyé Axa 土著社区诉巴拉圭案，判决(实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 125 号案件，2005 年 6 月 17 日，第 135 段，以及 Chitay Nech 等人诉危地马拉案，判决(初步反对意见，实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 212 号案件，2010 年 5 月 25 日，第 147 段，脚注 160。

<sup>1016</sup> 另见 2016 年 6 月 15 日通过的《美洲土著人民权利宣言》，美洲国家组织，大会，《第四十六届常会报告，2016 年 6 月 13 日至 15 日，多米尼加共和国圣多明各》，XLVI-O.2，会议录，第一卷，AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)号决议，第十九条，第 4 款。



工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)第七条第 4 款, 该条确认“各政府应与有关民族合作, 采取措施保护并保持他们居住领土的环境”。

(4) 土著人民对某些土地或领土的特定权利在不同国家可能是不同法律制度的主题。此外, 在关于土著人民权利的国际文书中, 采用了不同措辞来阐述与土著人民有关联的土地或领土, 他们对这些土地或领土拥有各种权利和保护地位。<sup>1017</sup>

(5) 武装冲突可能会增加有关领土易受环境危害影响的现有脆弱性, 或造成新的环境危害, 从而影响到与之有关联的人民的生存和福祉。根据第 1 段, 在发生武装冲突时, 各国应当采取适当措施, 保护土著人民与其祖传土地之间关系。可采取第 1 段所述的适当保护措施, 特别是在武装冲突之前或期间。该段的措辞足够宽泛, 从而可根据具体情况调整相关措施。

(6) 例如, 有关国家应当采取步骤, 确保不在土著人民的土地或领土上进行军事活动, 除非是基于相关公共利益有理由这样做, 或经有关的土著人民自由同意, 或应其要求这样做。<sup>1018</sup> 这一要求可以通过避免在土著人民的土地或领土上安装军事设施, 以及如原则草案 4 所规定的那样将其领土划为保护区来实现。总的来说, 有关国家应当在使用有关土著人民的土地或领土进行军事活动前与他们进行有效协商。<sup>1019</sup> 在武装冲突期间, 土著人民的权利、土地和领土还享有武装冲突法和适用的人权法所提供的保护。<sup>1020</sup>

(7) 第 2 段侧重于武装冲突结束后的阶段。这项规定的目的是为了便利在武装冲突对土著人民所居住领土的环境产生不利影响的情况下采取补救措施。<sup>1021</sup> 该段通过这一点, 力求确保土著人民在冲突后环境下, 在与其领土有关的问题上享有参与权, 同时重点将国家作为该段的主要对象。

(8) 在这种情况下, 有关国家应当借助适当程序, 特别是通过土著人民自己的代表机构, 与有关土著人民进行有效的磋商与合作。在此过程中, 各国应当考虑土

<sup>1017</sup> 例如见劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)第十三条第 1 款中使用的“其所占有或使用的土地或领域——或两者都适用”, 或《联合国土著人民权利宣言》序言中使用的“土地、领土和资源”。

<sup>1018</sup> 见《联合国土著人民权利宣言》第 30 条:

“1. 不得在土著人民的土地或领土上进行军事活动, 除非是基于相关公共利益有理由这样做, 或经有关的土著人民自由同意, 或应其要求这样做。

2. 各国在使用土著人民的土地或领土进行军事活动前, 应通过适当程序, 特别是通过其代表机构, 与有关的土著人民进行有效协商。”

<sup>1019</sup> 同上。

<sup>1020</sup> 见《美洲土著人民权利宣言》, 第三十条, 第 3 和第 4 款, 内容如下:

“3. 根据国际人道法, 土著人民有权在国内或国际性武装冲突情况下或在此期间获得保护和他安全。

4. 各国根据所加入的国际协定, 特别是国际人道法和国际人权法, 包括《关于战时保护平民之日内瓦公约》及其《关于保护非国际性武装冲突受难者的第二议定书》, 应在发生武装冲突时, 采取适当措施保护土著人民及其社区的人权、机构、土地、领土和资源。”

<sup>1021</sup> 根据《联合国土著人民权利宣言》第 28 条, “土著人民传统上拥有或以其他方式占有或使用的土地、领土和资源, 未事先获得他们自由知情同意而被没收、拿走、占有、使用或损坏的, 有权获得补偿, 方式可包括归还原物, 或在不可能这样做时, 获得公正、公平、合理的赔偿。”同样, 《美洲土著人民权利宣言》第三十三条规定: “土著人民和个人有权获得有效和适当的补救, 包括迅速的司法补救办法, 以赔偿其集体和个人权利受到的任何侵犯。各国应在土著人民充分有效的参与下, 为行使这项权利提供必要的机制。”

著人民与其领土之间关系的特殊性——在社会、政治、精神、文化等方面。此外，各国还应当考虑到，这种关系往往具有“集体”性质。<sup>1022</sup>

(9) 列入借助适当程序和通过土著人民代表机构的必要性，是为了确认不同国家可藉以与土著人民进行有效磋商与合作的现有程序的多样性，以及土著人民代表模式的多样性，以便在采取可能影响到他们的措施之前，事先征得他们的自由知情同意。<sup>1023</sup>

## 原则 6

### 与武装冲突有关的驻军协议

各国和国际组织应当酌情将环境保护条款纳入与武装冲突有关的驻军协议。此种条款可包括预防措施、影响评估、恢复以及清理措施。

## 评注

(1) 原则草案 6 涉及各国之间以及国家和国际组织之间订立的与武装冲突有关的驻军协议。“与武装冲突有关的”一语反映了本套原则草案的目的，即加强与武装冲突有关的环境保护。因此，这项规定没有提到武装部队的部署同武装冲突没有任何关系的情况，因为这种情况超出了本专题的范围。

(2) 本项原则草案采用了“与武装冲突有关的驻军协议”这种一般性措辞。这些协议的具体名称和目的可能会有所不同，根据具体情况，可包括部队地位协议和特派团地位协议。本项原则草案的目的是反映最新动态，即各国和国际组织已开始在东道国缔结的驻军协议中处理与环境保护有关的事项。<sup>1024</sup> “应当”一词，表明这一规定不是强制性的，而是为了认可和鼓励这一动态。

(3) 在驻军协议中列入环境条款的例子包括美国与伊拉克之间关于美国部队撤出伊拉克和在伊拉克暂时驻留的协议，其中包含关于环境保护的明确规定。<sup>1025</sup> 另一个例子是北大西洋公约组织(北约)与阿富汗之间的部队地位协议，其中双方同

<sup>1022</sup> 例如见劳工组织 1989 年《土著和部落人民公约》(第 169 号)第十三条，其中规定：“在实施本公约这部分的条款时，各国政府应重视有关民族与其所占有或使用的土地或领域——或两者都适用——的关系对于该民族文化和精神价值的特殊重要性，特别是这种关系的集体方面”。虽然具体针对的是该公约的适用，但它明确指出了土著人民与其土地或领土间关系的集体方面。

<sup>1023</sup> 例如见《联合国土著人民权利宣言》第 19 条。美洲人权法院确立了保障措施，要求各国“根据[土著人民]的习俗和传统”获得“他们自由、事先且知情的同意”。见萨拉马卡人诉苏里南案，判决(初步反对意见，实质问题，赔偿和费用)，C 辑，第 172 号案件，2007 年 11 月 28 日，第 134 段。

<sup>1024</sup> 《欧洲联盟与前南斯拉夫的马其顿共和国关于欧洲联盟领导的部队在前南斯拉夫的马其顿共和国地位的协议》(官方公报 L 082, 29/03/2003 P. 0046 - 0051, 附件；下称《康科迪亚部队地位协议》)第 9 条规定，部队有义务尊重国际规范，尤其是关于可持续利用自然资源的规范。见《欧洲联盟与前南斯拉夫的马其顿共和国关于欧洲联盟领导的部队在前南斯拉夫的马其顿共和国地位的协议》，可查阅 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0329\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0329(01)) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1025</sup> 《美利坚合众国和伊拉克共和国关于美国部队撤出伊拉克及其在伊拉克暂时驻留期间活动的组织的协议》，(2008 年 11 月 17 日，巴格达)，第 8 条(下称《美国—伊拉克协议》)。可查阅 [https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/US-Iraqi\\_SOFA-en.pdf](https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/US-Iraqi_SOFA-en.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

意采取预防性做法来保护环境。<sup>1026</sup> 欧洲安全和防卫政策下的特派团地位协议也多次提到环境义务。<sup>1027</sup> 有关的条约实践还包括德国与北约其他国家之间的协议，其中规定应对潜在的环境影响进行识别、分析和评估，以免造成环境负担。<sup>1028</sup> 此外，美国与大韩民国《特别谅解备忘录》载有关于环境保护的规定。<sup>1029</sup> 还可参考适用于在一个国家短期驻扎的外国军队进行演习、陆上过境或训练的安排。<sup>1030</sup>

(4) 还可参考其他协议，包括与武装冲突的关系不太清楚的驻军协议，例如美国与澳大利亚的部队地位协议(其中载有关于损害索赔的相关规定)，<sup>1031</sup> 以及美国与菲律宾《加强防务合作协议》，其中包含旨在防止损害环境的条款，并规定了审查程序。<sup>1032</sup>

(5) 本项原则草案还提供了一份非详尽无遗的清单，其中列出了可纳入与武装冲突有关的驻军协议的环境保护条款。因此第二句提到“预防措施、影响评估、恢复以及清理措施”，作为环境保护条款可涉内容的例子。驻军可能会给环境造成不利影响。<sup>1033</sup> 为了尽可能避免这种不利影响，预防性措施非常重要。影响评估是确定驻军结束时可能需要采取的恢复和清理措施所必要的。

(6) 本项原则草案中提到的措施可能涉及各种相关方面。条约实践中所反映的、应特别提及的一些具体例子有：承认环境保护的重要性，包括防止来自准许部署

<sup>1026</sup> 《北大西洋公约组织和阿富汗伊斯兰共和国关于在阿富汗执行共同商定由北约主导活动的北约部队和北约人员地位的协议》(2014年9月30日，喀布尔)，《国际法律资料》，第54卷，第272-305页，第5条第6款、第6条第1款和第7条第2款。

<sup>1027</sup> 《欧洲联盟成员国之间关于借调给欧洲联盟和总部各机构以及部队、可在准备和执行〈欧洲联盟条约〉第17条第2款所述的任务，包括演习时供欧洲联盟使用的军事和文职人员，以及供欧洲联盟为采取这方面行动而支配的成员军事和文职人员地位的协议》(EU SOFA)(2003年11月17日，布鲁塞尔)。可查阅 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A42003A1231%2801%29> (2019年7月8日访问)。

<sup>1028</sup> 《补充北大西洋公约缔约国部队地位协定的关于驻德意志联邦共和国的外国军队的协议》(1959年8月3日，波恩)，联合国，《条约汇编》，第481卷，第6986号，第329页，1971年10月21日和1993年3月18日修订(下称《北约—德国协议》)，第54A条。另见1951年6月19日《北大西洋公约缔约国部队地位协议》，第十五条。

<sup>1029</sup> 美国与大韩民国缔结的《环境保护特别谅解备忘录》(2001年1月18日，首尔)(下称《美国—大韩民国备忘录》)。可查阅 [www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12\\_MOSU.Environmental.Protection.pdf](http://www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12_MOSU.Environmental.Protection.pdf) (2019年7月8日访问)。

<sup>1030</sup> 例如见《芬兰和北约之间关于为执行北约行动/演习/类似军事活动提供东道国支持的谅解备忘录》(2014年9月4日)，可查阅 [www.defmin.fi/files/2898/HNS\\_MOU\\_FINLAND.pdf](http://www.defmin.fi/files/2898/HNS_MOU_FINLAND.pdf) (2019年7月8日访问)，参考号 HE 82/2014。根据第5.3(g)条，派遣国必须遵守东道国环境法规以及东道国有关储存、移动或处置危险材料的规定。

<sup>1031</sup> 《美国驻澳大利亚部队地位协议》(1963年5月9日，堪培拉)，联合国，《条约汇编》，第469卷，第6784号，第55页(下称《美国—澳大利亚协议》)，第12条第7(e)(i)款。

<sup>1032</sup> 《菲律宾与美国加强防务合作的协议》(2014年4月28日，奎松市)(下称《美国—菲律宾协议》)。可查阅 [www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/](http://www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/) (2019年7月8日访问)。

<sup>1033</sup> See e.g. D.L. Shelton and I. Cutting, “If you break it, do you own it?”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6 (2015), pp. 201–246, at pp. 210–211, and J. Taylor, “Environment and security conflicts: The U.S. Military in Okinawa”, *Geographical Bulletin*, vol. 48 (2007), pp. 3–13, at pp. 6–7.

国使用的设施和区域的污染；<sup>1034</sup> 达成谅解，以与保护环境相一致的方式执行协议；<sup>1035</sup> 东道国与派遣国之间就可能影响公民健康和环境的问题进行的合作和信息共享；<sup>1036</sup> 防止环境损害的措施；<sup>1037</sup> 定期的环境绩效评估；<sup>1038</sup> 审查程序；<sup>1039</sup> 适用东道国的环境法；<sup>1040</sup> 或与此相类似，部署国承诺遵守东道国的环境法律、法规和标准；<sup>1041</sup> 遵守关于可持续利用自然资源的国际准则的义务；<sup>1042</sup> 在不利影响不可避免的情况下采取恢复措施；<sup>1043</sup> 以及就环境损害索赔作出规定等。<sup>1044</sup>

(7) “酌情”一词显示了两个不同的考虑。首先，与武装冲突有关的驻军协议有时是在紧急情况下订立的，可能无法谈及环境保护问题。其次，在协议中包含环境保护条款有时可能特别重要。其中一个例子是可能会受到驻军影响的保护区。因此，“酌情”一词为本条文平添了几分微妙性，使其能够反映不同情形。

## 原则 7 和平行动

参与与武装冲突有关的和平行动的各国和国际组织应考虑此种行动对环境的影响，并采取适当措施，防止、减轻和补救其负面的环境后果。

## 评注

(1) 和平行动可以多种方式与武装冲突有关。以前，许多和平行动是在敌对行动结束和签署和平协议后部署的。<sup>1045</sup> 如和平行动问题高级别独立小组所指出的，如今许多特派团是在没有这种政治协议的环境中，或在订立这种协议的努力失败的环境中开展活动。<sup>1046</sup> 此外，现代联合国维和特派团是多层面的，涉及一系列的建设和平活动，从提供安全环境到监测人权，或重建一个国家的能力。<sup>1047</sup> 其

<sup>1034</sup> 见《美国—大韩民国备忘录》。

<sup>1035</sup> 见《美国—伊拉克协议》第 8 条。

<sup>1036</sup> 见《美国—大韩民国备忘录》。

<sup>1037</sup> 见《美国—菲律宾协议》第九条第 3 款和《北约—德国协定》第 54A 条。

<sup>1038</sup> 这些评估可以确定和评估行动的环境方面，并可针对这些要求相应作出规划、计划和预算承诺，如《美国—大韩民国备忘录》所做的那样。

<sup>1039</sup> 见《美国—菲律宾协议》第九条第 2 款。

<sup>1040</sup> 见《北约—德国协议》第 54A 条和《美国—澳大利亚协议》第 12 条第 7(e) (i) 款。

<sup>1041</sup> 见《美国—伊拉克协议》第 8 条。

<sup>1042</sup> 如《康科迪亚部队地位协议》第 9 条那样。

<sup>1043</sup> 见《北约—德国协议》第 54A 条。

<sup>1044</sup> 《北约—德国协议》第 41 条和《美国—澳大利亚协议》第 12 条第 7(e) (i) 款。

<sup>1045</sup> 和平行动问题高级别独立小组关于“集中力量，促进和平：政治、伙伴关系和人民”的报告。(载于 A/70/95-S/2015/446)，第 23 段。

<sup>1046</sup> 同上。

<sup>1047</sup> V. Holt 和 G. Taylor 著，《在联合国维持和平行动中保护平民：成功、挫折和仍存在的挑战》维持和平行动部与人道主义事务协调厅联合委托进行的独立研究（联合国出版物，出售品编号：E.10.III.M.1），第 2-3 页。



任务还包括保护平民。<sup>1048</sup> 原则草案 7 意在涵盖可能涉及武装冲突的多个部分或方面并可能发生在不同时间段的所有此类和平行动。

(2) “与武装冲突有关的”一语确定了本项原则草案的范围。它明确指出了与武装冲突的联系，以确保对这些义务的解释不会过于宽泛(即可适用于国际组织与促进和平有关的每一项行动)。虽然应结合本项原则草案的内容从广泛角度理解该短语，但应当认识到，并非所有此类行动都与武装冲突有直接联系。

(3) 本项原则草案涵盖国家和国际组织参加的与武装冲突有关、可能有多个行为体参与的和平行动。所有这些行为体都会对环境产生一些影响。例如，维持和平行动部和外勤支助部承认维持和平行动可能对当地环境造成的损害。<sup>1049</sup>

(4) 和平行动对环境的影响可能从规划阶段一直延伸到行动的执行阶段，再到行动后阶段。预期目标是和平行动应当尽可能减小其活动对环境的影响。因此，本项原则草案侧重于在环境会受到和平行动不利影响的情况下开展的活动。同时，应采取的“适当”措施被理解为可根据行动背景而有所不同。相关考虑可特别包括：这类措施是与武装冲突前、冲突期间还是冲突后阶段有关，以及在具体情况下哪些措施可行。

(5) 本项原则草案反映出各国以及联合国、欧洲联盟<sup>1050</sup> 和北约<sup>1051</sup> 等国际组织更强烈地认识到和平行动对环境的影响，以及采取必要措施预防、减轻和补救其负面影响的必要性。例如，一些联合国外地特派团有专门的环境部门来制定和执行具体特派团的环境政策并监督环境合规情况。<sup>1052</sup>

(6) 现行国际法中没有“和平行动”或“维持和平”的明确或确切定义。本项原则草案意在广泛涵盖与武装冲突有关的所有此类和平行动。《和平纲领》强调，“建立和平”是采取行动，特别是通过和平手段，使敌对两方达成协议；<sup>1053</sup> “维持和平”是实地部署联合国人员，通常是联合国军事人员和/或警察人员，往往也包括文职人员；<sup>1054</sup> 而“建设和平”则是以合作项目的形式从事互利的事

<sup>1048</sup> 例如见安全理事会决议中联合国主导的特派团的下列任务：联合国塞拉利昂特派团(联塞特派团)(1289(2000))；联合国刚果民主共和国观察团(联刚观察团)(1291(2000))；联合国利比里亚特派团(联利特派团)(1509(2003)和 2215(2015))；联合国布隆迪行动(联布行动)(1545(2004))；联合国海地稳定特派团(联海稳定团)(1542(2004))；联合国科特迪瓦行动(联科行动)(1528(2004)和 2226(2015))；联合国苏丹特派团(联苏特派团)(1590(2005))；非洲联盟—联合国达尔富尔混合行动(达尔富尔混合行动)(1769(2007))；以及联合国中非共和国和乍得特派团(中乍特派团)(1861(2009))。

<sup>1049</sup> 见联合国维持和平行动部和外勤支助部，“外勤部环境战略”(2017 年)。可查阅 [https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116\\_dfs\\_exec\\_summary\\_environment\\_0.pdf](https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116_dfs_exec_summary_environment_0.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。该战略以联合国外地特派团环境政策和环境准则作为补充(见上文脚注 993)。

<sup>1050</sup> 例如见，欧洲联盟，“欧盟领导的军事行动的环境保护和能源效率军事概念”，2012 年 9 月 14 日，EEAS 01574/12 号文件。

<sup>1051</sup> 例如见北约，“关于在北约领导的军事活动期间保护环境的北约联合原则”，2018 年 3 月 8 日，NSO(Joint)0335(2018)EP/7141 号文件。

<sup>1052</sup> “联合国和平行动的未来：执行和平行动问题高级别独立小组的各项建议：秘书长的报告”，(A/70/357-S/2015/682)，第 129 段。

<sup>1053</sup> “和平纲领：预防性外交、建立和平与维持和平”(A/47/277-S/24111)，第 20 段。另见其补编，即秘书长在联合国五十周年提出的立场文件(A/50/60-S/1995/1)。

<sup>1054</sup> 同上。



业，以加强和平所必不可少的互信。<sup>1055</sup> 和平行动问题高级别独立小组的报告涵盖“一系列广泛手段……包括：特使和调解人；政治特派团，包括建设和平特派团；区域预防外交办事处；观察团，包括停火观察团和选举观察团；小型技术专家特派团，例如选举支助团；复合特派团”。<sup>1056</sup> “和平行动”这一用语旨在涵盖所有这些类型的行动以及比联合国维和行动更广泛的行动，包括执行和平行动和区域组织的行动。案文中没有提到“多边”和平行动，因为认为没必要在本项原则草案中明确涉及这一问题。但对“和平行动”一词的一般理解是它涉及多边行动。

(7) “预防”一词的使用确认了一个事实，即和平行动本质上不是孤立的，各国和各国际组织在规划行动时，应当计划或着眼于尽量减少对环境的负面后果。预防义务要求在早期阶段采取行动，“减轻”的概念则是指减少已经发生的危害。“补救”的概念与原则草案 2 中的“补救措施”意义相同，包括可能为恢复环境采取的任何措施。

(8) 原则草案 7 的性质与原则草案 6 明显有别。和平行动不同于与武装冲突有关的驻军协议，不一定涉及武装部队或军事人员。此类行动还可能包括其他类型的行为体，如文职人员和各类专家。原则草案 7 还希望范围更广、更具一般性，并把重点放在这类和平行动的活动上。

(9) 本项原则草案还被理解为包括审查已完成的行动，以确定、分析和评估这些行动的任何负面影响。这是一种“吸取经验教训”的做法，旨在避免未来和平行动对环境的负面影响或将这种负面影响减少至最低限度，并确保不再重犯错误。

## 原则 8

### 人员流离失所

各国、国际组织和其他有关行为体应当采取适当措施，防止和减轻因武装冲突而流离失所者所在地区的环境退化，同时向这些人员和地方社区提供救济和援助。

## 评注

(1) 原则草案 8 涉及与冲突有关的人员流离失所无意间对环境造成的影响。原则草案承认向因武装冲突而流离失所的人提供救济与减少流离失所对环境的影响是相互关联的。本项原则草案既涵盖国际流离失所，也涵盖境内流离失所。

(2) 人口流离失所通常发生在武装冲突爆发之后，会造成严重的人类苦难和环境破坏。<sup>1057</sup> 联合国环境规划署报告称，“难民和境内流离失所者……在全国各地的大规模流动”可能是[利比里亚]“冲突的最直接后果”，<sup>1058</sup> 在苏丹，“流离

<sup>1055</sup> 同上，第 56 段。

<sup>1056</sup> A/70/95-S/2015/446，第 18 段。

<sup>1057</sup> 见联合国难民事务高级专员公署(难民署)，《难民署环境准则》(2005 年，日内瓦)。可查阅 [www.refworld.org/docid/4a54bbd10.html](http://www.refworld.org/docid/4a54bbd10.html) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1058</sup> 联合国环境规划署，《利比里亚环境案头研究》(2004 年，联合国环境规划署)，第 23 页。可查阅 <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/8396> (2019 年 7 月 8 日访问)。

失所与环境之间存在明确而重要的联系”。<sup>1059</sup> 在卢旺达，与 1990-1994 年的冲突和种族灭绝有关的人口流离失所和重新安置“对环境造成了重大影响，大大改变了该国许多地区的土地覆盖和土地使用情况”，<sup>1060</sup> 并对邻国刚果民主共和国的环境造成了巨大破坏。<sup>1061</sup>

(3) 还可参考 2014 年关于武装冲突期间环境保护的研究报告，该报告强调指出了各种冲突中的流离失所对入道主义和环境造成的影响。<sup>1062</sup> 研究报告提及刚果民主共和国时指出，“与旷日持久的冲突有关的大规模冲突造成的平民流离失所可能比实际战斗行动对环境造成了更大的破坏性影响”。<sup>1063</sup> 特别是非国际性武装冲突在流离失所方面造成了重大影响，包括给受影响地区带来环境负担。<sup>1064</sup> 与此相似，联合国环境规划署、联合国开发计划署和世界银行自 1990 年代以来基于冲突后环境评估所开展的研究将人员流离失所确定为冲突造成直接环境损害的六个主要途径之一。<sup>1065</sup>

(4) 正如联合国难民事务高级专员公署(难民署)指出的那样，与获得水、难民营和定居点的位置以及救济和发展机构提供的粮食援助相关的考虑因素“都对环境有直接影响”。<sup>1066</sup> 就难民营设在脆弱保护区还是国际保护区、区域内还是区域附近做出的不知情决定，都可能会对环境造成不可逆转的(局部和远距离)影响。环境价值高的地区受到的影响尤为严重，而这些影响可能与该地区的生物多样性、其作为濒危物种避难所的功能或其提供的生态系统服务有关。<sup>1067</sup> 联合国环境规划署<sup>1068</sup> 和联合国环境大会也同样提请注意流离失所对环境的影响。<sup>1069</sup>

(5) 《非洲联盟保护和援助非洲境内流离失所者公约》(又称《坎帕拉公约》)规定，缔约国应“采取必要措施，防止缔约国管辖范围内或其有效控制地区内的境

<sup>1059</sup> 联合国环境规划署，《苏丹冲突后环境评估》(2007 年，内罗毕)，第 115 页。可查阅 <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/22234> (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1060</sup> 联合国环境规划署，《卢旺达：从冲突后到环境可持续发展》(2011 年，内罗毕)，第 74 页。可查阅 [https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP\\_Rwanda.pdf](https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_Rwanda.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1061</sup> 由于有 200 多万人出入该国，在刚果民主共和国边境的难民营中有多达 80 万人口不得不从附近的维龙加国家公园获取木柴。同上，第 65-66 页。

<sup>1062</sup> 国际法律与政策研究所，《武装冲突中的自然环境保护：实证研究》，2014 年 12 月报告(2014 年，奥斯陆)。

<sup>1063</sup> 同上，第 5 页。

<sup>1064</sup> 同上，第 6 页。

<sup>1065</sup> D. Jensen and S. Lonergan, “Natural resources and post-conflict assessment, remediation, restoration and reconstruction: lessons and emerging issues”, in Jensen and Lonergan (eds.), *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding* (Abingdon, Earthscan from Routledge, 2012), pp. 411–450, p. 414.

<sup>1066</sup> 《难民署环境准则》(上文脚注 1057)，第 5 页。另见 G. Lahn and O. Grafham, “Heat, light and power for refugees: saving lives, reducing costs” (Chatham House, 2015)。

<sup>1067</sup> 同上，第 7 页。

<sup>1068</sup> 见联合国环境规划署，《卢旺达：从冲突后到环境可持续发展》(上文脚注 1060)。另见联合国环境规划署，《苏丹冲突后环境评估》(上文脚注 1059)。

<sup>1069</sup> 见联合国环境大会 2016 年 5 月 27 日关于“受武装冲突影响地区的环境保护”的第 2/15 号决议(UNEP/EA.2/Res.15)，第 1 段。

内流离失所者所在地的环境退化”。<sup>1070</sup> 《坎帕拉公约》适用于“特别是由于武装冲突、普遍暴力情况、侵犯人权行为或天灾人祸等情况或为了避免这些情况的影响而造成的国内流离失所”。<sup>1071</sup>

(6) 与流离失所和环境有关的其他最新动态包括流离失所问题工作队，该工作队是在联合国气候变化框架公约缔约方会议上设立的，其任务是就避免、尽量减少和解决与气候变化不利影响相关的流离失所问题的综合办法提出建议。<sup>1072</sup> 2015年，各国通过了《仙台减少灾害风险框架》，除其他外，该框架呼吁促进跨界合作，以建设抗灾能力并减少灾害风险和流离失所风险。<sup>1073</sup> 最近的《安全、有序和正常移民全球契约》也包含了关于移民与环境退化之间关系的一节。<sup>1074</sup> 尽管这些动态侧重于流离失所问题的环境原因，而不是其对环境的影响，但它们表明各国承认环境与流离失所之间的联系以及促进这一领域合作和监管的必要性。

(7) 原则 8 草案涉及国家、国际组织和其他相关行为体。在受冲突影响地区参与保护流离失所者和环境的国际组织包括难民署、联合国环境规划署和联合国其他机构以及欧洲联盟、非洲联盟和北约。本项原则草案中提到的“其他相关行为体”可能包括国际捐助方、红十字国际委员会和国际非政府组织等行为体。这些行为体都要采取适当措施，防止和减轻因武装冲突而流离失所者所在地区的环境退化，同时向这些人员和地方社区提供救济和援助。“救济和援助”一语泛指发生人口流离失所时所需要的援助种类。使用这些术语并不是为了表达与人道主义工作中对这些术语的理解不同的任何含义。

(8) 原则草案 8 提及向这些人员和地方社区提供救济和援助。《难民署环境准则》在这方面指出，“环境状况将直接影响到居住在该地区附近的人们的福利和福祉，无论是难民、回返者还是当地社区”。<sup>1075</sup> 为流离失所者提供生计，与维护和保护当地社区和收容社区所处的环境密切相关。更好的环境治理可提高收容社区、流离失所者和环境本身的复原力。

(9) 同样，国际移民组织强调，“降低流离失所者的脆弱性及其对接纳地社会和生态系统的影响”是一个正在出现的重要问题，需要加以解决，<sup>1076</sup> 并编制了一

<sup>1070</sup> 《非洲联盟保护和援助非洲境内流离失所者公约》(2009年10月23日，坎帕拉)，第9条第2款(j)项。可查阅 <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-protection-and-assistance-internally-displaced-persons-africa>。《公约》于2012年12月6日生效。

<sup>1071</sup> 同上，第1条(k)项。

<sup>1072</sup> 联合国气候变化框架公约缔约方会议，1/CP.21号决定“通过《巴黎协定》”，第49段，2015年11月30日至12月13日在巴黎举行的缔约方会议第二十一届会议报告，增编(FCCC/CP/2015/10/Add.1)。另见南森倡议，《在灾害和气候变化情况下保护跨境流离失所者议程》，第1卷(2015年)。可查阅 <https://nanseninitiative.org/wp-content/uploads/2015/02/PROTECTION-AGENDA-VOLUME-1.pdf> (2019年7月8日访问)。

<sup>1073</sup> 《2015-2030年仙台减少灾害风险框架》，第28段(第三次联合国世界减少灾害风险大会通过，并由联大在2015年6月3日第69/283号决议中予以认可)。可查阅 [www.unisdr.org/we/inform/publications/43291](http://www.unisdr.org/we/inform/publications/43291) (2019年7月8日访问)。

<sup>1074</sup> 联大2018年12月19日第73/195号决议，附件。

<sup>1075</sup> 《难民署环境准则》(上文脚注1057)，第5页。

<sup>1076</sup> 国际移民组织，《减少灾害风险和抗灾能力活动简编》(2013年，日内瓦)，《移民组织移民、环境和气候变化展望》(2014年，日内瓦)中曾提及，第82页。

份《环境移民地图集》。<sup>1077</sup> 此外，世界银行 2009 年在题为“被迫流离失所——发展挑战”的报告<sup>1078</sup> 中曾提请注意这一问题。该报告强调了流离失所对环境可持续性和发展可能造成的影响，包括环境退化造成的影响。<sup>1079</sup> 还可参考国际自然保护联盟《环境和发展国际盟约草案》，其中包括一个关于流离失所的段落，内容如下：“各方应采取一切必要措施，向包括境内流离失所者在内的因武装冲突而流离失所的人提供救济，同时适当考虑到环境义务”。<sup>1080</sup>

(10) 原则草案 8 中关于向因冲突而流离失所者和当地社区“提供救济”的内容，还应当参照委员会以前关于“发生灾害时的人员保护”专题的工作<sup>1081</sup> 来解读。正如相关评注中所解释的那样，条款草案将适用于规模可被视为“复杂紧急情况”的流离失所情况，包括武装冲突地区发生灾害的情况。<sup>1082</sup>

(11) 考虑到与冲突有关的人员流离失所可能是在武装冲突期间和之后必须处理的一个现象，原则 8 草案被列入第二部分。

## 原则 9

### 国家责任

1. 一国与武装冲突有关的国际不法行为如对环境造成损害，则引起该国的国际责任，该国有义务对此种损害，包括单纯对环境本身的损害，作出充分赔偿。
2. 本原则草案不妨碍关于国家对国际不法行为的责任的规则。

## 评注

(1) 原则草案 9 涉及国家对与武装冲突有关的环境损害的国际责任。第 1 段重申一般规则，即一国的每一国际不法行为均引起该国的国际责任，并产生对该行为可能造成的损害提供充分赔偿的义务。该段还重申，这一原则适用于与武装冲突有关的国际不法行为以及环境损害，包括单纯对环境本身造成的损害。

(2) 第 1 段以《国家对国际不法行为的责任条款》第 1 条和第 31 条第 1 款为范本。虽然未提及其他条款，但本项原则草案应按照关于国家对国际不法行为的责任的规则，包括具体说明国际不法行为条件的规则适用。除其他外，这意味着构成国际不法行为的行为可能包括作为或不作为。此外，要引起一国与武装冲突有

<sup>1077</sup> D. Ionesco, D. Mokhnacheva, F. Gemenne, *The Atlas of Environmental Migration*, (Abingdon, Routledge 2019).

<sup>1078</sup> A.Christensen 和 N.Harild, “强迫流离失所——发展挑战”(世界银行集团社会发展部, 华盛顿哥伦比亚特区, 2009 年)。

<sup>1079</sup> 同上, 第 4 和第 11 页。

<sup>1080</sup> 国际自然保护联盟, 《国际环境和发展盟约草案》(2015 年), 关于军事和敌对活动的第 40 条(上一版本第 38 条)。可查阅 [www.iucn.org](http://www.iucn.org)。

<sup>1081</sup> 发生灾害时的人员保护条款草案, 《大会正式记录, 第七十一届会议, 补编第 10 号》(A/71/10), 第 48-49 段。

<sup>1082</sup> 第 18 条第 2 款草案评注第(9)段, 同上, 第 73 页, 另见第 3 条草案(a): 为本条款草案的目的, “灾害”是指“造成广泛的生命损失、巨大的人类痛苦和危难、大规模流离失所、或大规模的物质或环境损害, 从而严重扰乱社会运转的一个灾难性事件或一系列事件”。同上, 第 14 页。



关的国际责任，这种作为或不作为必须可归于该国，且必须等同于违反其国际义务。<sup>1083</sup>

(3) 如果满足两个条件，可归于一国的造成与武装冲突有关的环境损害的作为或不作为即为不法行为。首先，有关作为或不作为违反了武装冲突法中规定保护环境的一项或多项实质性规则，<sup>1084</sup> 或其他适用于这种情况的国际法规则，包括但不限于使用武力(诉诸战争权)法和国际人权法。<sup>1085</sup> 其次，这样一项或多项规则对国家具有约束力。国家责任的范围以及可赔偿的环境损害的门槛取决于适用的主要规则。

(4) 武装冲突法对国家责任有明确和既定的规则。作为武装冲突中的特别法，武装冲突法将武装冲突当事国的责任扩大到“自己军队的组成人员做出的一切行为”，包括他们的私人行为。<sup>1086</sup> 就使用武力的法律而言，违反《联合国宪章》第二条第四款的情况引起对该侵权行为所造成损害的责任，无论损害是否是因违反武装冲突法造成。<sup>1087</sup> 与冲突有关的环境损害责任的另一个依据体现于国际人权义务，特别是但不完全是在占领情况下。环境条件恶化可能会侵犯一系列具体人权，包括生命权、健康权和食物权，正如区域人权法庭和人权条约机构的判例所确立的。<sup>1088</sup>

<sup>1083</sup> 《国家对国际不法行为的责任条款》(下称“《国家责任条款》”)第1条：“一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任”，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第76至77段，第32至34页。

<sup>1084</sup> 这些规则包括《第一附加议定书》第三十五条第三款和第五十五条及其对应的习惯规则、区分原则、相称原则、军事必要性原则和攻击中采取预防措施原则，以及关于敌对行为的其他规则和占领法，这些规则也都体现在本原则草案中。

<sup>1085</sup> 此外，在国际刑法为武装冲突中的环境提供保护情况下，相关国际罪行可能触发国家责任。见《国家责任条款》第1条，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第76至77段，第58条评注第(3)段，同上，第142页。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007年国际法院案例汇编》，第43页起，见第116页，第173段。

<sup>1086</sup> 《陆战法规和惯例(第四)公约》(海牙第四公约)(1907年10月18日,海牙), J.B. Scott 编, 《1899年和1907年海牙公约和宣言》，第3版(牛津大学出版社, 1915年, 纽约), 第100页, 第三条：“违反该章程规定的交战一方在需要时应负责赔偿。该方应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责”。另见《第一附加议定书》，第九十一条。另见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 150, 第 537 页：“违反国际人道法的责任国必须对所造成的损失或伤害作出充分赔偿”。这一特别规则也适用于武装部队成员的私人行为。

<sup>1087</sup> 见厄立特里亚—埃塞俄比亚索偿委员会，第7号决定，关于诉诸战争权赔偿责任的指导原则，26，国际仲裁裁决汇编(2009年)，第631页，第13段；红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注(1987年)，第九十一条，第3650段。另见 M. Sassòli, “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84 (2002), 第401–434页；C. Greenwood, “State responsibility and civil liability for environmental damage caused by military operations”, in R.J. Grunawalt, J.E. King and R.S. McClain (eds.), “Protection of the environment during armed conflict”, *International Law Studies*, vol. 69 (1996), 第397–415页，见第405–406页。

<sup>1088</sup> 见亚诺玛米人诉巴西，第12/85号案件，美洲人权委员会，第12/85号决议，第7615号案件，1985年3月5日；Öneryildiz 诉土耳其，第48939/99号申请，判决，欧洲人权法院，2004年11月30日，ECHR 2004-XII；Powell 和 Rayner 诉联合王国，第9310/81号案件，判决，欧洲人权法院，1990年2月21日；López Ostra 诉西班牙，第16798/90号案件，判决，欧洲人权法院，1994年12月9日；Guerra 等诉意大利，第116/1996/735/532号案件，判决，欧洲人权法院，1998年2月19日；Fadeyeva 诉俄罗斯，第55723/00号案件，判决，欧洲人权法院，2005年6月9日。另见 R. Pavoni, “Environmental jurisprudence of the European and



(5) 联合国安全理事会于 1991 年设立了联合国赔偿委员会负责处理对伊拉克入侵和占领科威特索赔的问题，<sup>1089</sup> 该委员会首次确认，根据国际法，在武装冲突中造成的环境损害可获得赔偿。联合国赔偿委员会以联合国安全理事会第 687 (1991)号决议为管辖依据，该决议重申，伊拉克按照国际法，应负责赔偿“因其非法入侵和占领科威特而对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害(包括环境的损害和自然资源的损耗)和伤害。”<sup>1090</sup>

(6) 联合国赔偿委员会处理环境索赔的经验在战时环境损害赔偿方面具有开创性意义，是武装冲突范围之外的一个重要参照点。<sup>1091</sup> 一个实例涉及如何对环境损害进行定量。联合国赔偿委员会没有试图界定安全理事会第 687 (1991)号决议中的“直接环境损害”和“自然资源损耗”的概念，而是提出了一份由以下原因导致的可予补偿的损失或费用的非详尽清单：

(a) 减轻和防止环境损害，其中包括与油田灭火和国际水域石油流泄直接有关的费用；

(b) 为清洁和恢复环境已经采取的合理措施，以及有文件可以证明为清洁和恢复环境合理需要的未来措施；

(c) 为了评估和消除损害和恢复环境而对环境损害进行合理的监测和评估；

(d) 为了调查和克服因环境损害引起的健康危险而合理监测公众健康状况和开展医疗普查；

(e) 对自然资源的损耗或破坏。<sup>1092</sup>

(7) 原则草案 9 第 1 段重申，根据国际法对环境本身的损害可予补偿。这一陈述与委员会以前关于国家责任的工作<sup>1093</sup> 和关于危险活动所致跨界损害的损失分配

---

Inter-American Courts of Human Rights: comparative insights”, in B. Boer, *Environmental Law Dimensions of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2015), 第 69-106 页。《与享有安全、清洁、健康和可持续环境有关的人权义务摸底调查，联大和人权理事会个别报告，包括普遍定期审议进程》，第 6 号报告，2013 年 12 月，第 3.C 部分。

<sup>1089</sup> 安全理事会 1991 年 5 月 20 日第 692 (1991)号决议。

<sup>1090</sup> 安全理事会 1991 年 4 月 3 日第 687 (1991)号决议，第 16 段。

<sup>1091</sup> D.D. Caron, “The profound significance of the UNCC for the environment”, in C.R. Payne and P.H. Sand (eds.), *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission Environmental Liability* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 265–275; P. Gautier, “Environmental damage and the United Nations Claims Commission: new directions for future international environmental cases?”, in T.M. Ndiaye and R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law, and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2007), pp. 177–214; P.H. Sand, “Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35 (2005), pp. 244–249.

<sup>1092</sup> 联合国赔偿委员会理事会在 1991 年 11 月 28 日第三届大会第十八次会议上作出的决定，经 1992 年 3 月 16 日第二十四次会议修订(S/AC.26/1991/7/Rev.1)，第 35 段。

<sup>1093</sup> 《国家责任条款》第 36 条评注第(15)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段，见第 101 页：“环境损害往往大大超过可以从清洗费用或财产贬值的角度予以定量的程度。从原则上说，对于这类环境价值的损害(生物多样性、环境的舒适性等——有时称为“非使用价值”)，其真实和应该予以赔偿的程度不亚于对财产的损失，不过可能很难定量”。

的工作<sup>1094</sup> 相一致。还可参考联合国赔偿委员会的陈述，即“没有任何理由主张一般国际法排除补偿纯环境损害”。<sup>1095</sup> 本项原则草案第 1 段还受到国际法院关于某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)案的判决的启发，法院在该判决中认为，“裁定单纯对环境本身造成的损害应予补偿符合关于国际不法行为后果的国际法原则，包括充分赔偿原则。”<sup>1096</sup>

(8) “单纯对环境本身的损害”的概念被解释为指“纯环境损害”。<sup>1097</sup> 联合国赔偿委员会在上述引用中使用了后一术语。这两个概念以及委员会在危险活动所致跨界损害的损失分配原则中使用的“对环境本身的损害”概念具有相同的含义。它们指的是不造成(或不止造成)物质损害，但导致环境提供生态系统服务(例如大气层碳固存、空气质量服务和生物多样性)的能力遭受损害或损失。<sup>1098</sup>

(9) 原则草案 9 第 2 段说明，原则草案不妨碍关于国家对国际不法行为的责任的规则。

(10) 原则草案 9 被列入第二部分，这一部分载有与武装冲突前阶段有关的原则草案，以及适用于一个以上阶段的原则草案，包括一般适用的规定。原则草案 9 属于后一类。

## 原则 10 公司应尽职责

各国应当采取适当的立法措施和其他措施，以确保在其领土内或从其领土上开展活动的公司和其他工商企业，在武装冲突地区或冲突后局势中开展活动时就保护环境，包括保护人员健康履行应尽职责。此种措施包括旨在确保以环境上可持续的方式采购和获取自然资源的措施。

### 评注

(1) 原则草案 10 建议各国采取适当的立法措施和其他措施，以确保在其领土内或从其领土上开展活动的公司，在武装冲突地区或冲突后局势中开展活动时就保护环境，包括保护人员健康履行应尽职责。原则草案 10 第 2 句话具体说明，此种措施包括旨在确保以环境上可持续的方式采购和获取自然资源的措施。原则草案不反映一项具有普遍约束力的法律义务，并相应的采用了建议式的措辞。

<sup>1094</sup> 危险活动所致跨界损害的损失分配原则 3 评注第(6)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66-67 段，第 73 页：“重要的是强调：对环境本身的损害就可能构成需要及时和充分赔偿的损害”。

<sup>1095</sup> 联合国赔偿委员会，理事会，专员小组就第五批“F4”类索赔提出的报告和建议(S/AC.26/2005/10)，第 58 段。

<sup>1096</sup> 尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)案，尼加拉瓜共和国欠哥斯达黎加共和国的赔偿，国际法院，2018 年 2 月 2 日，总表第 150 号，第 41 段。

<sup>1097</sup> 同上，见多诺霍法官的个别意见，第 3 段：“对环境的损害不仅可包括对实物(如植物和矿物)的损害，还可包括对这些实物为其他自然资源(例如生境)和社会提供的‘服务’的损害”。即使受损的货物和服务没有在市场上进行交易或以其他方式用于经济用途，如果确定存在这种损害，也应予以赔偿。因此，哥斯达黎加有权就‘纯粹’环境损害寻求赔偿，法院将这种损害称之为‘单纯对环境本身造成的损害’”。

<sup>1098</sup> 见 J.B. Ruhl and J. Salzman, “The law and policy beginnings of ecosystem services”, *Journal of Land Use and Environmental Law*, vol. 22 (2007), 第 157-172 页。另见尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，所欠赔偿(上文脚注 1096)，第 75 段。

(2) “公司应尽职责”这一概念指的是一个广泛的规范框架网络，这些规范框架旨在促进负责任的企业做法，包括尊重人权和国际环境标准。这种框架包括不具约束力的准则以及具有约束力的国家或区域一级法规，并延伸到企业自己制定的行为守则。原则草案 10 建立在现有监管框架的基础之上，并寻求为这些框架提供补充，这些框架并不总是表现出明确的环境重点，也不总是侧重武装冲突地区和武装冲突后局势。

(3) 联合国《工商企业与人权指导原则》<sup>1099</sup> 以各国尊重、保护及落实人权和基本自由的义务为基础，其实施工作在很大程度上取决于国家行动。<sup>1100</sup> 《工商企业与人权指导原则》提出了国家可采取的多项措施，确保在受冲突影响地区开展业务的企业不会卷入严重侵犯人权的行为。<sup>1101</sup> 这包括“确保其目前的政策、立法、条例和执行措施可有效应对工商企业参与严重侵犯人权的风险”。<sup>1102</sup>

(4) 《经济合作与发展组织(经合组织)跨国企业准则》<sup>1103</sup> 明确涉及环境问题，建议企业“适当考虑保护环境、公共卫生和安全的需要，以及在通常情况下以有助于实现更广泛的可持续发展目标的方式开展活动的需要”。<sup>1104</sup> 2016 年《经合组织关于受冲突影响地区和高风险地区负责任矿产供应链的尽责准则》<sup>1105</sup> 尤其鼓励在受冲突影响和高风险地区经营或采购矿物的企业评估并避免卷入严重侵犯人权行为的风险。<sup>1106</sup> 与自然资源和武装冲突地区更具体相关的监管框架还包括大湖区问题国际会议认证机制<sup>1107</sup> 和《中国负责任矿产供应链尽责管理指南》<sup>1108</sup>。还在与国家、企业和民间社会的合作下，为包括采掘业在内的具体企业建立了应尽职责框架。<sup>1109</sup>

<sup>1099</sup> 《工商企业与人权指导原则：实施联合国“保护、尊重和补救”框架》(A/HRC/17/31, 附件)。人权理事会在 2011 年 6 月 16 日第 17/4 号决议中支持这项指导原则。

<sup>1100</sup> 迄今为止已有 21 个国家公布了实施《指导原则》的国家行动计划，23 个国家正在制定或承诺制定此类计划。另有 9 个国家的国家人权机构或民间社会采取措施推动制定国家行动计划。相关信息可查阅 [www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1101</sup> 《工商企业与人权指导原则》，原则 7。

<sup>1102</sup> 同上，原则 7，(d)段。

<sup>1103</sup> 经合组织，《经合组织跨国企业准则》，支持该准则的 42 国政府于 2011 年 5 月 25 日通过了最新版准则和相关决定。可查阅 [www.oecd.org/corporate/mne](http://www.oecd.org/corporate/mne) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1104</sup> 同上，第六章“环境”，第 42 页。

<sup>1105</sup> 经合组织，《经合组织关于受冲突影响地区和高风险地区负责任矿产供应链的尽责准则》，第三版(2016 年，巴黎)。可查阅 [www.oecd.org/daf/inv/mne/mining.htm](http://www.oecd.org/daf/inv/mne/mining.htm)(2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1106</sup> 同上，第 16 页。

<sup>1107</sup> 见 [www.icglr-rinr.org/index.php/en/certification](http://www.icglr-rinr.org/index.php/en/certification) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1108</sup> 中国五矿化工进出口商会，《中国负责任矿产供应链尽责管理指南》。该指南适用于所有正在开采和/或使用矿产资源及其相关产品的中国企业，并适用于矿产供应链任何节点。可查阅 <http://mneguidelines.oecd.org/chinese-due-diligence-guidelines-for-responsible-mineral-supply-chains.htm> (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1109</sup> 旨在提高石油、天然气和采矿收入管理透明度的《采掘业透明度倡议》，见 <http://eiti.org>；采掘业公司《安全与人权自愿原则》，见 [www.voluntaryprinciples.org](http://www.voluntaryprinciples.org)；金融行业旨在确定、评估和管理项目融资中的社会和环境风险的《赤道原则》，见 [www.equator-principles.com](http://www.equator-principles.com)。

(5) 在一些情况下，这些举措推动各国将类似标准纳入其国家立法，使它们对受其管辖且在受冲突影响区内经营或有生意来往的公司产生约束力。区域一级也制定了具有法律约束力的文书。这种具有法律约束力的区域一级或国家一级框架的例子包括美国 2010 年《多德—弗兰克法》<sup>1110</sup>、大湖区问题国际会议《卢萨卡议定书》<sup>1111</sup>、欧洲联盟冲突矿产条例<sup>1112</sup> 以及欧洲联盟木材条例<sup>1113</sup>。

(6) 原则草案 10 的措辞建立在关于公司应尽职责的现有框架，特别是关于如何采购和获取自然资源的框架基础之上。同时，根据本专题的范围，原则草案 10 特别侧重在武装冲突地区以及武装冲突后局势中保护环境。在这方面，可以参考经合组织《负责任矿产供应链尽责准则》和欧洲联盟《冲突矿产条例》中使用的“受冲突影响和高风险地区”的概念。经合组织《尽责准则》对这一概念的定义采用了“存在武装冲突、普遍暴力或对人员造成伤害的其他风险”的措辞。<sup>1114</sup> 欧洲联盟《冲突矿产条例》给出了以下定义：“处于武装冲突或脆弱的冲突后状态的地区，以及治理和安保薄弱或不存在的地区，如陷于崩溃的国家，以及存在广泛和有系统的违反国际法的情况，包括侵犯人权情况的地区”。<sup>1115</sup> “受冲突影响和高风险地区”这一概念与原则 10 草案的相关性得到了承认。然而，委员会选择使用“武装冲突地区”和“武装冲突后局势”，因为这些术语与原则草案中使用的术语更加一致。应当按照原则草案中使用的“武装冲突”<sup>1116</sup> 和“武装冲突后”<sup>1117</sup> 概念的含义来理解这些术语。

<sup>1110</sup> 该法案旨在通过改善金融体系问责制和透明度促进美国金融稳定，结束“大而不能倒”，通过终止紧急财政援助保护美国纳税人，保护消费者免遭滥用金融服务做法的侵害以及其他目的(《多德—弗兰克法》)，2010 年 7 月 11 日，Pub.L.111-203, 124 Stat.1376-2223。《多德—弗兰克法》中关于原产自刚果民主共和国的冲突矿物的第 1502 条要求在美国注册的公司对原产自刚果民主共和国的某些矿物开展尽责调查。

<sup>1111</sup> 大湖区问题国际会议《禁止非法开采自然资源议定书》(2006 年 11 月 30 日，内罗毕)，可查阅 [https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/icglr\\_protocol\\_against\\_the\\_illegal\\_exploitation\\_of\\_natural\\_resourcess.pdf](https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/icglr_protocol_against_the_illegal_exploitation_of_natural_resourcess.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。第 17 条第 1 款要求缔约国确定法律实体对参与非法开采自然资源的责任。

<sup>1112</sup> 欧洲议会和欧洲理事会 2017 年 5 月 17 日第 2017/821 号(欧盟)条例规定从受冲突影响和高风险地区进口锡、钽、钨及其矿石和黄金的欧盟进口商有供应链尽责调查义务，《欧洲联盟公报》，L130 号，第 1 页(欧洲联盟冲突矿产条例)。该条例将于 2021 年 1 月 1 日生效。该条例规定从受冲突影响和高风险地区进口某些矿产的欧洲联盟进口商有供应链尽责调查义务。

<sup>1113</sup> 欧洲议会和欧洲理事会 2010 年 10 月 20 日第 995/2010 号(欧盟)条例规定了将木材和木材产品投放市场的经营者的义务，(2010 年 11 月 12 日)，《欧洲联盟公报》，L 295 号，第 23 页。木材条例要求经营者开展尽责调查，以最大限度地减少将非法采伐的木材或含有非法采伐木材的木材产品投放欧洲联盟市场的风险。

<sup>1114</sup> 《经合组织……尽责调查准则》(上文脚注 1105)，第 13 页。该准则解释称，“武装冲突可能包括国际性或非国际性冲突等多种形式，可能涉及两个或两个以上国家，也可能包括解放战争、叛乱或内战等。高风险地区可能包括存在政治不稳定或政治压迫、体制薄弱、不安全、民用基础设施崩溃和普遍暴力等现象的地区。这些地区往往经常发生普遍侵犯人权行为及违反国际法律或国际法的行为”。

<sup>1115</sup> 联盟冲突矿产条例(上文脚注 1112)，第 2 条第(f)款。

<sup>1116</sup> 见下文原则草案 13 评注第(7)段。

<sup>1117</sup> 更常被称为“武装冲突之后”。此短语尚未定义。但显然，为了保护环境的目的是，它不能仅限于武装冲突的直接后果。



(7) 原则草案 10 的第一句提到“立法措施和其他措施”。依赖国家一级执行的国际文书通常明确提到立法措施,<sup>1118</sup> 而且, 寻求确保公司应尽职责通常需要立法行动。“其他措施”可能范围很广, 除其他外, 包括司法措施和行政措施。另一个限定词“适当”表明, 各国在国家一级采取的措施可能有所。无论如何, 此类措施应旨在确保在有关国家领土内或从其领土上开展活动的公司和其他工商企业在武装冲突地区或冲突后局势中开展活动时就保护环境履行应尽职责。

(8) 应尽职责指南对于所针对的工商业实体没有统一的称谓。不同的监管框架使用的术语包括“跨国公司”<sup>1119</sup>、“跨国企业”<sup>1120</sup>、“工商企业”<sup>1121</sup>或“公司”<sup>1122</sup>。原则草案选择的“公司和其他工商企业”是一个宽泛的概念, 不会受到不必要的限制。如何解释这一概念将主要取决于每个国家的国内法。同样, 描述一家公司或其他工商企业与一个国家之间的联系也有几种方式。<sup>1123</sup> “在其领土内或从其领土上开展活动”这一短语是《经合组织尽责准则》<sup>1124</sup> 中的标准措辞。

(9) 原则草案中使用的“应尽职责”概念是指公司和其他工商实体在武装冲突地区或武装冲突后局势中采取行动时预期应履行的应尽职责。这一概念的使用与上文第(2)至第(4)段所指的应尽职责框架并无不同。其内容可参考《工商企业与人权指导原则》中解释的“人权尽责”的范围:

人权尽责:

(a) 应涵盖工商企业通过其自身活动可能造成或加剧或因商业关系而与其业务、产品或服务直接相关的负面人权影响;

<sup>1118</sup> 例如见《经济、社会及文化权利国际公约》(1966 年 12 月 19 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 993 卷, 第 14531 号, 第 3 页, 第二条第一款, 其中明确提及立法方法; 同样, 《欧洲委员会预防和打击暴力侵害妇女行为及家庭暴力公约》(2011 年 5 月 11 日, 伊斯坦布尔), 欧洲委员会《条约汇编》, 第 210 号, 第 5 条第 2 款。另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999 年 12 月 9 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2178 号卷, 第 38349 号, 第 197 页, 第 18 条; 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000 年 11 月 15 日, 纽约), 同上, 第 2225 卷, 第 39574 号, 第 209 页, 第 7 条, 提及“在[一国]力所能及的范围内, ……综合性国内管理和监督制度”。在这方面, 还可以参考国际法协会关于应尽职责的工作, 其中明确表示倾向于将立法措施作为履行保护人权义务的手段, 并就国际海洋法法庭的海底咨询意见(国家对区域内活动的责任和义务, 国际海洋法法庭海底争端分庭, 第 17 号案件, 2011 年 2 月 1 日)指出, 如果国家建立了立法和监管框架, 国家的应尽职责义务就得到履行和证明。国际法协会国际法应尽职责问题研究小组, 第一次报告, 2014 年 3 月 7 日, 第 17 和第 26 页。可查阅 [www.ila-hq.org/index.php/study-groups](http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1119</sup> 人权理事会 2014 年 6 月 26 日第 26/9 号决议设立了一个工作组, 拟订一项关于跨国公司和其他工商实体的具有法律约束力的文书。

<sup>1120</sup> 《经合组织跨国企业准则》(上文脚注 1103)。

<sup>1121</sup> 《工商企业与人权指导原则》。

<sup>1122</sup> 《中国负责任矿产供应链尽责管理指南》(上文脚注 1108)。

<sup>1123</sup> 例如, 《工商企业与人权指导原则》使用了“在其领土和/或管辖范围内的工商企业”这一概念, 例如见原则 2。

<sup>1124</sup> 《经合组织尽责调查准则》(上文脚注 1105), 第 9 页; 理事会关于经合组织负责任商业行为尽责准则的建议(2018 年), 第 92-94 页, 可查阅 <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0443>(2019 年 7 月 8 日访问)。另见经合组织, 《执行经合组织尽责准则, 执行摘要》(2018 年 5 月 28 日, 巴黎), 第 6 页, 第 16 段。可查阅 [https://tuac.org/wp-content/uploads/2018/05/140PS\\_E\\_10\\_duediligence.pdf](https://tuac.org/wp-content/uploads/2018/05/140PS_E_10_duediligence.pdf)(2019 年 7 月 8 日访问)。



(b) 随工商企业的规模、产生严重人权影响的风险以及业务性质和背景的不同而在复杂性上有所不同；

(c) 应是持续的，承认人权风险可能随时会因工商企业的业务和经营背景的变化而发生变化。<sup>1125</sup>

欧洲联盟冲突矿产条例使用类似的术语，将供应链尽责调查定义为“一个持续、主动和反应性的过程，经济从业者通过该过程监测和管理其采购和销售，以确保它们不会加剧冲突或其不利影响”。<sup>1126</sup> 此外，经合组织《跨国企业准则》和相关文件包括关于国际环境标准的详细准则。<sup>1127</sup>

(10) “包括保护人员健康”一语强调了环境退化与人员健康之间的密切联系，国际环境文书<sup>1128</sup>、区域条约和判例<sup>1129</sup>、经济、社会及文化权利委员会的工作<sup>1130</sup>

<sup>1125</sup> 《工商企业与人权指导原则》，原则 17。

<sup>1126</sup> 见欧洲联盟冲突矿产条例(上文脚注 1112)，序言部分第 11 段。另见《经合组织……尽责准则》(上文脚注 1105)，第 13 页：“尽责调查是一个持续、主动和反应性的过程，公司可以通过这一过程确保尊重人权，不会加剧冲突”。

<sup>1127</sup> 《经合组织跨国企业准则》(上文脚注 1103)，第一部分，第六章“环境”，第 42-46 页。另见经合组织，“环境与《经合组织跨国企业准则》。公司工具和方法”。可查阅 <https://oecd.org/env/34992954.pdf> (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1128</sup> 例如，以下文书提及“人员健康和环境”：《远距离越境空气污染公约》(1979 年 11 月 13 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1302 卷，第 21623 号，第 217 页，第 7(d)条；《保护臭氧层维也纳公约》(1985 年 3 月 22 日，维也纳)，同上，第 1513 卷，第 26164 号，第 293 页，序言和第 2 条第 2(a)款；《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989 年 3 月 22 日，巴塞尔)，同上，第 1673 卷，第 28911 号，第 57 页，序言、第 2 条第 8 和第 9 款、第 4 条第 2(c)、(d)和(f)款及第 11 款、第 10 条第 2(b)款、第 13 条第 1 和第 3(d)款、第 15 条第 5(a)款；《防止危险废物的越境转移及其处置造成地中海污染议定书》(1996 年 10 月 1 日，伊兹密尔)，同上，第 2942 卷，第 16908 号，第 155 页，第 1(j)和(k)条；《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》(1998 年 9 月 10 日，鹿特丹)，同上，第 2244 卷，第 39973 号，第 337 页，序言、第 1 条和第 15 条第 4 款；《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》(2001 年 5 月 22 日，斯德哥尔摩)，同上，第 2256 卷，第 40214 号，第 119 页，序言、第 1 条、第 3 条第 2(b)(iii)a 款、第 6 条第 1 款、第 11 条第 1(d)款、第 13 条第 4 款；《关于汞的水俣公约》(2013 年 10 月 10 日，熊本)，案文可查阅 <https://treaties.un.org>(交存秘书长的多边条约状况，第二十七章，第 17 号)，序言、第 1 条、第 3 条第 6(b)(i)款、第 12 条第 2 和 3(c)款、第 18 条第 1(b)款、第 19 条第 1(c)款；《拉丁美洲和加勒比关于在环境问题上获得信息、公众参与和诉诸法律的区域协定》(2018 年 3 月 4 日，埃斯卡苏)(埃斯卡苏协定)，案文可查阅 <https://treaties.un.org>(交存秘书长的多边条约状况，第二十七章，第 18 号)，第 6 条第 12 款。

<sup>1129</sup> 例如，《非洲人权和民族权宪章》纳入了健康权，还明文纳入了健康环境权。见《非洲人权和民族权宪章》(1981 年 6 月 27 日，内罗毕)，联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页，第 16 条第 1 款(“健康权”)和第 24 条(“享有有利于[每个人]发展的总体令人满意的环境的权利”)。社会和经济权利行动中心及经济和社会权利中心诉尼日利亚联邦共和国(第 155/96 号来文，决定，非洲人权和民族权委员会，2002 年 5 月 27 日)和社会经济权利和问责项目诉尼日利亚(ECW/CCJ/JUD/18/12 号判决，西非国家经济共同体法院，2012 年 12 月 14 日)中援引了这些权利。《美洲人权公约关于经济、社会和文化权利领域的附加议定书》(1988 年 11 月 17 日，圣萨尔瓦多，美洲国家组织，《条约汇编》，第 69 号)同样包括健康权。区域判例承认健康权包括环境保护这一内容，如无污染的环境。见美洲人权委员会，“1984-1985 年度报告”，第五章“需要采取进一步步骤以落实《美洲关于人的权利和义务宣言》和《美洲人权公约》规定的人权的领域”，OEA/Ser.L/V/II.66；另见美洲人权委员会，《关于古巴人权状况的报告》，1983 年 10 月 4 日，OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 29 rev. 1, 第十三章“健康权”，第 41 段；美洲人权委员会，第 7615 号案件第 12/85 号决议，1985 年 3 月 5 日；美洲人权委员会，土著社区 Yakyé Axa 诉巴拉圭(上文脚注 1015)，第 167 段。

以及人权与环境问题特别报告员的工作<sup>1131</sup> 均确认了这种联系。因此，该短语指的是环境保护背景下的“人员健康”。

(11) 原则草案 10 的第二句指出，要采取的措施包括旨在确保以环境上可持续的方式采购和获取自然资源的措施。上述许多文件中都包括负责任采购的要求。例如，《经合组织准则》建议各国促进在其境内经营以及从受冲突影响和高风险地区采购矿物的企业遵守该准则，“以确保它们尊重人权、避免助长冲突，并成功促进可持续、公平和有效的发展”。<sup>1132</sup> 中国的指南要求企业识别和评估与从受冲突影响及高风险地区采掘、交易、加工及出口资源相关的加剧冲突和严重侵犯人权的风险，<sup>1133</sup> 以及与环境、社会及道德问题上的严重过失相关的风险。<sup>1134</sup> 欧洲联盟《冲突矿产条例》将“供应链尽责调查”定义为“欧盟进口商在其管理系统、风险管理、独立第三方审计和信息披露方面的义务，目的是识别和应对与受冲突影响和高风险地区相关的实际和潜在风险，以防止或减轻与其采购活动相关的不利影响”。<sup>1135</sup>

(12) 有人认为，原则草案 10 第二句应建议“以公平”和环境上可持续的方式采购和获取自然资源。委员会不质疑对可持续性概念的既定理解包括环境、经济和社会方面，也不质疑所有这些方面对公司应尽职责的重要性，但委员会未加入“公平”一词，因为委员会感觉该词在原则草案 10 中可能会造成含义不明。

(13) 原则草案 10 涉及武装冲突地区或武装冲突后局势中的公司活动，但阐述的本质上是预防性措施。因此，这项原则草案被列入第一部分，这部分包括与冲突前时间有关的原则，以及适用于不止一个阶段的原则，包括不限于任何特定阶段的一般原则。

## 原则 11 公司的赔偿责任

各国应当采取适当的立法措施和其他措施，以确保在其领土内或从其领土上开展活动的公司和其他工商企业，对于在武装冲突地区或冲突后局势中由它们对环境、包括对人员健康造成的损害，可被认定负有赔偿责任。此种措施应酌情包括旨在确保公司或其他工商企业对事实上由其控制的子公司所造成的此种损害可被认定负有赔偿责任的措施。为此，各国应当酌情提供，特别是向此种损害的受害者提供充分和有效的程序和补救措施。

<sup>1130</sup> 经济、社会及文化权利委员会，关于享有能达到的最高标准健康的权利(第 12 条)的第 14 号一般性意见(2000 年)，《经济及社会理事会正式记录，2001 年，补编第 2 号》(E/2001/22-E/C.12/2000/21)，附件四，第 30 段。

<sup>1131</sup> 见与享有安全、清洁、卫生和可持续环境有关的人权义务问题特别报告员的报告(A/HRC/37/59)。

<sup>1132</sup> 《经合组织尽责准则》(上文脚注 1105)，第 7-9 页。

<sup>1133</sup> 《中国负责任矿产供应链尽责管理指南》(见上文脚注 1108)，第 5.1 节。

<sup>1134</sup> 同上，第 5.2 节。

<sup>1135</sup> 《欧洲联盟冲突矿产条例》(上文脚注 1112)，第 2 (d)条。

## 评注

(1) 原则 11 草案与关于公司应尽职责的原则 10 草案密切相关。原则草案 11 的目的是阐述武装冲突地区或冲突后局势中对环境、包括与人员健康有关的环境造成的损害的情况。请各国采取适当的立法措施和其他措施，以确保在其领土内或从其领土上开展活动的公司和其他工商企业，对于造成的此种损害，可被认定负有赔偿责任。“立法措施和其他措施”、“公司和其他工商企业”、“环境、包括与人员健康有关的环境”、“在其领土内或从其领土上开展活动”和“在武装冲突地区或冲突后局势中”等概念的解释应当与原则草案 10 中的解释相同。

(2) “损害”和“由它们……造成的”的概念应根据适用的法律来解释，适用的法律可能是公司或其他工商企业母国的法律，或它们造成损害的国家的法律。在这方面，可以参考欧洲联盟适用的法律制度，<sup>1136</sup> 该制度规定，适用于索赔的法律一般应为损害发生国的法律。<sup>1137</sup> 关于“造成”一词，《工商企业与人权指导原则》在人权尽责中提到，工商企业“可能造成或加剧或因商业关系而与其业务、产品或服务直接相关的”负面人权影响。<sup>1138</sup>

(3) 原则草案 11 的第二句沿用了原则草案 10 的措辞，它首先提及前一句，并增加了其范围所包括的另一个考虑因素。原则草案 10 中没有出现的“酌情”一词为原则草案 11 的内容应当如何在国家一级适用平添了几分微妙性。原则草案 11 的第二句建议采取措施，确保在某些情况下，如果一家公司或其他工商企业的子公司对于在武装冲突地区或冲突后局势中由其子公司对环境、包括对人员健康造成的损害，可被认定负有赔偿责任。更具体而言，当子公司在母公司事实上的控制下行事时，应当能够认定母公司负有赔偿责任。为了说明这种控制的重要性，可参考联合王国最高法院在 *Vedanta 诉 Lungowe* 案中关于英国跨国集团 *Vedanta* 资源集团对其子公司向赞比亚水道排放有毒物质可能承担的赔偿责任的声明：“一切取决于母公司在何种程度上以及以何种方式利用接管、干预、控制、监督或建议子公司相关业务(包括土地使用)管理的机会。”<sup>1139</sup>

(4) 事实上的控制的概念应根据每个国家司法管辖机构的要求来解释。在这方面，经合组织《跨国企业准则》指出，组成跨国企业的公司或其他实体可能不同方式协调其业务。“虽然这些实体中的一个或多个或许能够对其他实体的活动施加重大影响，但在不同的跨国企业中，这些实体在整个企业内部的自主程度可能大不相同。”<sup>1140</sup>

<sup>1136</sup> 还适用于冰岛、挪威和瑞士。

<sup>1137</sup> 欧洲议会和欧洲理事会 7 月 11 日关于适用于非契约性义务的法律的第 864/2007 号条例(《罗马条例二》)，《欧洲联盟公报》，L 199 号，第 40 页，第 4 条第 1 款。另见《关于民商事司法管辖和判决执行的公约》(2007 年 10 月 30 日，卢加诺)，《欧洲联盟公报》，第 L 339 号，第 3 页。

<sup>1138</sup> 《工商企业与人权指导原则》，原则 17, (a)段。

<sup>1139</sup> *Vedanta 资源集团股份有限公司和另一方诉 Lungowe 等*，判决，2019 年 4 月 10 日，希拉里开庭期 [2019] UKSC 20, [2017] EWCA Civ 1528 上诉，第 49 段。

<sup>1140</sup> 《经合组织跨国企业准则》(上文脚注 1103)，第一章，第 4 段，第 17 页。

(5) 在这方面，还可参考阐明母公司与其子公司之间关系相关方面的国家司法案件。例如，在 *Bowoto 诉雪佛龙案*<sup>1141</sup> 中，美国加州北区地区法院关注的是：(a) 母公司与子公司之间往来的程度和内容；(b) 母公司为子公司制定或参与制定政策，特别是安全政策的程度；(c) 母公司与子公司共有的高级管理人员及董事；(d) 对子公司创收的依赖程度，以及子公司对母公司经营活动总体取得成功的重要程度；(e) 子公司如以被告的代理人身份行事，在其权限范围内行事的程度。<sup>1142</sup> 在另一起案件<sup>1143</sup> 中，美国纽约州南区地区法院指出，如果母公司与其子公司之间的关系足够密切，则其中一家公司可能要对另一家公司的行动承担法律责任。<sup>1144</sup> 确定这种情况是否属实的相关因素包括未遵守公司手续、资金混合以及所有权、高级管理人员、董事和工作人员重叠。<sup>1145</sup> 在 *Chandler 诉 Cape 案* 中，英格兰和威尔士上诉法院得出结论认为，在适当情况下，母公司可能对其子公司雇员的健康和安全负有关照义务。例如，当母公司和子公司的业务在某一相关方面相同，且母公司对特定行业的健康和安全的方面以及子公司工作制度的缺陷具有或应当具有更多的了解时，就可能出现这种情况。<sup>1146</sup>

(6) 原则草案 11 的第三句与本项原则草案的第一句和第二句都有关。其目的是回顾，各国应对公司或其他工商企业或其子公司武装冲突地区或武装冲突后局势中造成的环境和健康相关损害的受害者提供充分和有效的程序和补救措施。因此，这句提到东道国可能无法有效执行其法律的情况。在这方面，可参考经济、社会及文化权利委员会的一般性意见，其中将保护义务的范围解释为延伸至公司国外不当行为，“凡遇受害人在损害发生国法院无法获得补救或所得补救无效力的情况，域外的保护尤其重要”。<sup>1147</sup>

(7) 可以回顾，国家和地方机构的崩溃是武装冲突的共同后果，这种后果在冲突结束后经常留下长长的阴影，破坏了执法和权利保护以及司法公正。公司和其他工商企业的母国在这种情况下可以发挥的重要作用可以从加丹加采矿案<sup>1148</sup> 中得

<sup>1141</sup> *Bowoto 诉雪佛龙—德士古集团案*, 312 F.Supp.2d 1229 (N.D. Cal. 2004)。雪佛龙—德士古集团涉嫌在尼日利亚卷入侵犯人权行为。

<sup>1142</sup> 同上，第 1243 页。

<sup>1143</sup> 关于南非种族隔离诉讼，617 F. Supp.2d 228 (S.D.N.Y. 2009)。在该案中，来自南非的原告起诉戴姆勒公司和巴克莱国家银行协助和教唆南非政府推行种族隔离政策。

<sup>1144</sup> 同上，第 246 页。

<sup>1145</sup> 同上，第 251 页。

<sup>1146</sup> *Chandler 诉 Cape 股份有限公司*, [2012] EWCA (Civ) 525 (英国)；第 80 段。还要求母公司知道或应该知道子公司或其子公司的员工依靠它来提供保护。另见 R. McCorquodale, “Waving not drowning: *Kiobel* outside the United States”, *American Journal of International Law*, vol. 107 (2013), 第 846-51 页。另见 *Lubbe 和其他人诉 Cape 公司非洲子公司* 以及其他 *人诉 Cape 公司非洲子公司*, 2000 年 7 月 20 日, 1 Lloyd’s Rep. 139, 以及 P. Muchlinski, “Corporations in international litigation: problems of jurisdiction and United Kingdom *Asbestos* cases”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50 (2001), 第 1-25 页。另见 *Akpan 诉荷兰皇家壳牌*, 海牙地区法院, 案件号: C/09/337050/HA ZA 09-1580 (ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854), 2013 年 1 月 30 日。

<sup>1147</sup> 经济、社会及文化权利委员会，关于国家在工商活动中履行《经济、社会及文化权利国际公约》规定的义务的第 24 号一般性意见(2017 年) (E/C.12/GC/24)，第 30 段。该一般性意见将这些措施与保护《公约》权利的义务联系起来。

<sup>1148</sup> *Alberta 公司诉加丹加矿业有限公司* [2008] EWHC 2679 (Comm), 2008 年 11 月 5 日 (Tomlinson J.)。



到说明，在该案中，争端涉及刚果民主共和国境内的事件。加丹加矿业有限公司在百慕大注册成立，为税收目的将总部设在加拿大，<sup>1149</sup> 而其所有实际业务活动均在刚果民主共和国进行。<sup>1150</sup> 各方还在之前的一份合同中商定，任何争端均由科卢韦齐(刚果民主共和国)最高法院解决。然而，鉴于“企图干涉司法公正”的情况“显然是普遍而具有地方性的”，<sup>1151</sup> 英国法院决定，刚果民主共和国不是“为所有当事方的利益和司法目对案件进行适当审理的法庭”。<sup>1152</sup>

(8) 联合国人权条约机构在关于各国情况的评论中也讨论了这个问题。例如，人权事务委员会鼓励相关缔约国“清晰阐明希望所有在本国境内开设和/或在该国司法管辖下的公司，在整个经营生产过程中依据《公约》，尊重各项人权标准”，并“采取适当措施，加强所提供的补救措施，保护因上述公司的海外经营运作活动蒙受伤害的人们”。<sup>1153</sup> 同样，消除种族歧视委员会提请关注土著民族的土地权、健康权、环境权和适当生活水准权因跨国企业的经营活动而受到损害的情况。这个问题上，委员会鼓励相关缔约国“确保不在法律上设立任何障碍，当跨国公司在缔约国境外出现[违反《公约》]行为时，不会阻碍……缔约国法院追究其责任”。<sup>1154</sup>

(9) 还可参考《蒙特勒文件》，该文件提及私营军事和安保公司的母国根据国际法应承担的义务。<sup>1155</sup> 为履行这些义务，国家“在特定情况下，有义务采取适当措施，预防、调查[私营军事和安保公司]及其人员的相关不检行为并提供切实有效的补救措施”。<sup>1156</sup>

(10) “受害者”一词指健康或生计受到原则草案 11 所述环境损害的人。环境损害还可能影响生命权和食物权等其他人权。<sup>1157</sup> “特别是向……的受害者”短语首先表明，环境损害的受害者应当能够获得充分和有效的补救措施。第二，该短语承认这种补救措施还可根据国家立法在更广泛的基础上获得。一种可能的情况是环境协会或无法指称个人权利或利益受到侵犯的群体提起的公共利益诉

<sup>1149</sup> 同上，第 19 段。

<sup>1150</sup> 同上，第 20 段。

<sup>1151</sup> 同上，第 34 段。

<sup>1152</sup> 同上，第 33 段。同样，在美国黑水公司一案中，区法院驳回了该私营军事公司关于伊拉克将是适当的审判法院的主张，并认为没有证据表明存在其他法院。见黑水公司外国人侵权诉讼，665 F Supp 2d 569 (ED Va 2009)。

<sup>1153</sup> 人权事务委员会，关于德国报告的结论性意见(CCPR/C/DEU/CO/6)，第 16 段。

<sup>1154</sup> 消除种族歧视委员会，关于联合王国报告的结论性意见(CERD/C/GBR/CO/18-20)，第 29 段。

<sup>1155</sup> 《关于武装冲突期间各国关于私营军事和安保服务公司营业的相关国际法律义务和良好惯例的蒙特勒文件》(蒙特勒，红十字国际委员会，2008 年)。有 54 个国家支持《蒙特勒文件》，且欧洲联盟于 2012 年 7 月 27 日核可了该文件。

<sup>1156</sup> 同上，第 15 段。另见瑞士联邦外交部和日内瓦民主管制武装力量中心，“国家对私营军事和安保公司进行监管的立法指导工具”(2016 年，日内瓦)，其中还载有最佳做法实例，可查阅 [www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Legislative-Guidance-Tool-EN\\_1.pdf](http://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Legislative-Guidance-Tool-EN_1.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。关于国家立法，另见联合国人权事务高级专员办事处(人权高专办)的研究报告，可查阅 [www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/NationalLegislationStudies.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/NationalLegislationStudies.aspx) (2019 年 7 月 8 日访问)。另见 Al-Quraishi 等人诉 Nahkla 和 L-3 Services 案，728 F Supp 2d 702 (D Md 2010)，第 35-37 页，2010 年 7 月 29 日。该案经过多年诉讼，于 2012 年达成和解。

<sup>1157</sup> 见下文脚注 1304 和 1306。



讼。<sup>1158</sup> 此外，环境损害也可能引起民事索赔，在这种情况下通常不使用“受害者”一词。

(11) “充分和有效的程序和补救措施”是一般性措辞，加上“酌情”一词，使各国在国家一级适用这一规定时有一定的灵活性。

(12) 原则草案 11 作为一项一般适用的规定，被列入第二部分，其原因与原则草案 10 被列入第二部分相同。

### 第三部分

#### 武装冲突期间适用的原则

##### 原则 12

##### 与武装冲突有关的环境保护方面的马顿斯条款

在国际协议所未包括的情形下，环境仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。

#### 评注

(1) 原则草案 12 受到马顿斯条款的启发，该条款最初出现在《1899 年关于陆战法规和惯例的海牙(第二)公约》<sup>1159</sup> 的序言部分，并在后来的若干条约<sup>1160</sup> 中得到重申。马顿斯条款实质上规定：即使在特定国际协定所不包括的情况下，平民和战斗员仍然处于源自既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和权力之下。<sup>1161</sup> 国际法院指出，该条款构成习惯国际法的一部分。<sup>1162</sup> 尽管最

<sup>1158</sup> See L. Rajamani, “Public interest environmental litigation in India: exploring issues of access, participation, equity, effectiveness and sustainability”, *Journal of Environmental Law*, vol. 19 (2007), pp. 293–321. Available at [www.researchgate.net/publication/316876795\\_Public\\_Interest\\_Environmental\\_Litigation\\_in\\_India\\_Exploring\\_Issues\\_of\\_Access\\_Participation\\_Equity\\_Effectiveness\\_and\\_Sustainability](http://www.researchgate.net/publication/316876795_Public_Interest_Environmental_Litigation_in_India_Exploring_Issues_of_Access_Participation_Equity_Effectiveness_and_Sustainability) (accessed on 8 July 2019). 另见印度环境门户网站，公益诉讼，可查阅 [www.indiaenvironmentportal.org.in/category/1255/thesaurus/public-interest-litigation-pil](http://www.indiaenvironmentportal.org.in/category/1255/thesaurus/public-interest-litigation-pil) (2019 年 7 月 8 日访问)。另见《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(《奥胡斯公约》)(1998 年 6 月 25 日，丹麦奥胡斯)，联合国，《条约汇编》，第 2161 卷，第 37770 号，第 447 页，第六条；欧洲议会和欧洲理事会 2003 年 5 月 26 日第 2003/35/EC 号指令，该指令规定公众参与某些与环境有关的计划和方案的起草，并修订关于公众参与和诉诸司法的欧洲理事会第 85/337/EEC 号指令和第 96/61/EC 号指令。

<sup>1159</sup> 《关于陆战法规和惯例的(第二)公约》(1899 年 7 月 29 日，海牙)，J.B. Scott 编，《1899 年和 1907 年海牙公约和宣言》(见上文脚注 1086)。1899 年的马顿斯条款如下：“在颁布更完整的战争法规之前，缔约各国认为应该声明，凡属它们通过的规章中未列出的情况，居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖，因为这些原则源于文明国家之间的惯常做法，源于人性法规和公众良知要求”。一般性概述见《武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查》，秘书处的备忘录(A/CN.4/550)，第 140-142 段。

<sup>1160</sup> 见《日内瓦第一公约》，第六十三条；《日内瓦第二公约》，第六十二条；《日内瓦第三公约》，第一百四十二条；《日内瓦第四公约》，第一百五十八条。《第一附加议定书》第一条第二款。《第二附加议定书》，序言部分第四段。另见《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(1980 年 10 月 10 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1342 卷，第 22495 号，第 137 页，序言部分第五段。

<sup>1161</sup> 《第一附加议定书》第一条第二款。

<sup>1162</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页，第 84 段。

初是在交战占领背景下构思的，但该条款如今有更广泛的适用范围，涵盖武装冲突法的所有领域。<sup>1163</sup>

(2) 马顿斯条款的作用通常被视为是在具体规则所不包括的情况下提供剩余保护。<sup>1164</sup> 国际法院为加强其关于国际人道法是否适用于以核武器进行威胁或使用核武器问题的论点，曾在其核武器合法性咨询意见中提到马顿斯条款。<sup>1165</sup> 同样，红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注提到，该条款的一个积极方面是，它确认“人道主义法的原则和规则适用于新的形势或技术发展，同时也适用于条约法未涉及或未明确涉及的情况”。<sup>1166</sup> 因此，该条款可以防止下列论点，即相关条约<sup>1167</sup> 未明确禁止的任何战争手段或方法都是允许的，或更笼统而言，条约法、习惯国际法或一般法律原则未明确阐述的战争行为事实上都是合法的。<sup>1168</sup>

(3) 然而，除此之外，对马顿斯条款的法律后果存在不同的看法。该条款被视为提醒人们注意习惯国际法在没有适用的条约法的情况下所应发挥的作用以及除条约法之外习惯法也具有持续有效性。<sup>1169</sup> 马顿斯条款也被视为“在条约或习惯规则所提供的法律规定有疑问、不确定或缺乏明确性的任何时候”提供额外的解释性指导。<sup>1170</sup> 还有一种解读将马顿斯条款与一种特别强调法律确信的识别习惯国

<sup>1163</sup> T. Meron, “The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience”, *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), pp. 78–89, at p. 87.

<sup>1164</sup> 对国际水道非航行使用法条款及其评注第 29 条的评注第(3)段和关于跨界封闭地下水的决议，《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，见第 131 页；跨界含水层法条款第 18 条评注第(3)段，《2008 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 53-54 段，第 43 页：“在不适用特定规则的情形下，‘马顿斯条款’给了一些根本的保护。”

<sup>1165</sup> “最后，法院指出，《马顿斯条款》的继续存在和适用性是不容怀疑的，也肯定人道主义法的原则和规则适用于核武器”，以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(上文脚注 1162)，第 87 段。

<sup>1166</sup> 红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016 年)，第六十三条，第 3298 段。另见 C. Greenwood, “Historical developments and legal basis”, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), 第 33-34 页，见第 34 页：“随着不断开发新武器和新的发射系统，包含越来越复杂的机器人和计算机技术，庄严的‘马顿斯条款’将确保技术的发展速度不会超过法律的发展速度”。

<sup>1167</sup> 红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注(1987 年)，第一条第二款，第 55 段；红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注 (2016 年)，第 3297 段。

<sup>1168</sup> 根据德国军事手册，“国际协定或习惯法没有明确禁止某种战争行为并不一定意味着这种行为实际上获得允许”。见联邦国防部，《武装冲突中的人道主义法——手册》，第 129 段(ZDv 15/2, 1992 年)。

<sup>1169</sup> Greenwood, “Historical developments and legal basis” (上文脚注 1166)，第 34 页。另见红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016 年)，第六十三条，第 3296 段，其中将其描述为该条款最低限度内容。

<sup>1170</sup> A. Cassese, “The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?”, *European Journal of International Law*, vol. 11 (2000), pp. 187–216, at pp. 212–213; G. Distefano and E. Henry, “Final provisions, including the Martens Clause”, in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassóli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 155-188, at pp. 185-186. 另见检察官诉 Kupreškić 等人案，IT-95-16-T 号案件，判决，2000 年 1 月 14 日，第 525 和 527 段。

际法的方法联系起来。<sup>1171</sup> 将本项原则草案纳入这套原则草案并不意味着或暗示委员会对关于马滕斯条款法律后果的各种解读采取了某种立场。

(4) 原则草案 12 的标题为“与武装冲突有关的环境保护方面的马滕斯条款”。标题提请注意本项原则草案以环境为重点，其目的是提供辅助性的与武装冲突有关的环境保护。

(5) 这不是第一次在武装冲突保护环境方面援引马滕斯条款。<sup>1172</sup> 红十字国际委员会 1994 年《关于武装冲突中环境保护的准则》包括一项规定，内容如下：“在国际协定所未包括的情形下，环境仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。”<sup>1173</sup> 1994 年，联大请所有国家广为传播订正准则，并“适当考虑将这些准则纳入发给其军事人员的军事手册和其他指南的可能性”。<sup>1174</sup> 此外，世界自然保护联盟 2000 年第二届世界自然保护大会促请联合国会员国核可一项政策，内容如下：

在通过更为完整的国际环境保护法之前，在国际协定和条例所未包括的情形下，生物圈及其所有组成部分和进程仍受来源于既定习惯、公众良心要求以及各项原则和作为后世后代守护者的人类基本价值观的国际法原则的保护和支配。<sup>1175</sup>

这项建议获得一致通过，<sup>1176</sup> 旨在适用于和平时期以及武装冲突期间。<sup>1177</sup>

(6) 本项原则草案采用了《日内瓦四公约第一附加议定书》(第一条第二款)中“马滕斯条款”的措辞。该款规定：“在本议定书或其他国际协定所未包括的情形下，平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。”。委员会一致特别认为，“公众良心要求”是一般性概念，在本质上并不限于某个具体的含义，因此马滕斯条款有理由适用于环境。在这方面，可以参考环境保护公认的重要性以及国际环境法的发展和整合。更具体

<sup>1171</sup> Cassese, “The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?” (see previous footnote), p. 214; Meron, “The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience” (see footnote 1163 above), p. 88.

<sup>1172</sup> 见 P. Sands 等著，《国际环境法原则》，第四版（剑桥，剑桥大学出版社，2018 年），第 832 页：“在现代国际法中，[公众良心要求]没有理由不包括环境保护”。类似内容见 M. Bothe *et al.*, “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92 (2010), pp. 569–592, at pp. 588–589; Droege and Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict: existing rules and need for further legal protection” (footnote 998 above), pp. 39–40; M. Tignino, “Water during and after armed conflicts: what protection in international law?”, *Brill Research Perspectives in International Water Law*, vol. 1.4 (2016), pp. 1–111, at pp. 26, 28 and 41.

<sup>1173</sup> 红十字国际委员会《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》(上文脚注 973)，准则 7。

<sup>1174</sup> 联大 1994 年 12 月 9 日第 49/50 号决议，第 11 段。

<sup>1175</sup> 世界自然保护大会题为“环境保护的马滕斯条款”的第 2.97 号决议(2000 年 10 月 4 日至 11 日，安曼)。

<sup>1176</sup> 美国和美国的机构会员没有加入共识。

<sup>1177</sup> D. Shelton and A. Kiss, “Martens Clause for environmental protection”, *Environmental Policy and Law*, vol. 30 (2000), pp. 285–286, at p. 286.

而言，自旨在编纂武装冲突法的各项条约通过以来，对冲突的环境影响的了解已有很大发展。

(7) 马腾斯条款的另一个重要组成部分，即“人道原则”，显示了与环境保护更间接的关系。鉴于“人道原则”专门用于人类，甚至有人对环境是否仍能受到这些原则的保护怀有疑问。鉴于人道关切和环境关切并不相互排斥，这一提法得到了保留，正如国际法院指出的：“环境不是一个抽象的概念，而是代表人类包括子孙后代的生活空间、生活质量甚至健康”。<sup>1178</sup> 其他权威论述也承认人的生存与他们生活的环境之间的内在联系。<sup>1179</sup> 同样，作为保护对象的环境的现代定义并未在环境与人类活动之间划出严格的界线，而是鼓励将两者的组成部分都纳入定义。<sup>1180</sup> 此外，保留这一概念被认为是保护马腾斯条款完整性的适当做法。另外，“人道原则”这一短语可被理解为更笼统地指国际人道法和国际人权法<sup>1181</sup> (载有重要的环境保护规定<sup>1182</sup>)中均涉及的人道主义标准。

(8) 特别报告员最初提出的本项原则草案中包含“今世后代”的提法。最终删除了这一提法，以便尽可能接近马腾斯条款的既定措辞。还有意见认为，“公共良心”一词可被视为包含代际公平概念，这一概念是国际环境法道德基础的重要组成部分。

(9) 原则草案 12 被列入第三部分，这部分载有武装冲突期间适用的原则草案。该原则草案也适用于占领局势。

<sup>1178</sup> 见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(上文脚注 1162)，第 241 页，第 29 段。

<sup>1179</sup> 《世界自然宪章》指出，“人类是自然的一部分，生命有赖于自然系统的功能维持不坠”。联大 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议，序言部分。人权与环境问题特别报告员还将人的尊严与环境联系起来，将环境视为“人的尊严的最低标准”：“没有健康的环境，我们就无法实现我们的愿望，甚至无法使生活水平与人的尊严的最低标准相称”。见人权高专办，“导言”，可查阅 [www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1180</sup> 见 Sands, 《国际环境法原则》(上文脚注 1172), 第 14 页；但环境的概念包括“自然界和人类文明的特征和产物”。另见 C.R. Payne, “Defining the environment: environmental integrity”, in C. Stahn, J. Iverson and J. Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices* (Oxford, Oxford University Press, 2017), 第 40-70 页，见第 69 页，呼吁考虑“人类活动和环境如何作为一个相互作用的系统发挥功能”，而不是仅关注某一个要素。

<sup>1181</sup> Cassese, “The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?” (上文脚注 1170), 第 212 页，提及从人权标准中推导出的“一般人道标准”。人道原则还可等同于“基本的人道考虑”，根据国际法院的说法，“在和平时期比在战争中更加严格”。见科孚海峡案，1949 年 4 月 9 日判决，《1949 年国际法院案例汇编》，第 4 页，见第 22 页。另见 P.-M. Dupuy, “‘Les considérations élémentaires d’humanité’ dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice”, in L.-A. Sicilianos and R.-J. Dupuy (eds.), *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos: Droit et justice* (Paris, Pedone, 1998), 第 117-130 页。

<sup>1182</sup> 若干法院和法庭已明确认可人类与环境之间的相互依存关系，确认环境损害影响生命权。社会经济权利和问责项目诉尼日利亚案，第 ECW/CCJ/JUD/18/12 号判决，共同体法院，西非国家经济共同体，2012 年 12 月 14 日；Öneryildiz 诉土耳其案，第 48939/99 号申诉，判决，欧洲人权法院，2004 年 11 月 30 日，ECHR 2004-XII，第 71 段。作为最近在这方面的裁决，美洲人权法院环境与人权咨询意见确认了人权与环境保护之间存在着不可分割的关系。美洲人权委员会，OC 23-17 号咨询意见，环境与人权，2017 年 11 月 15 日，A 辑，第 23 号。另见美洲人权委员会在亚诺玛米人诉巴西案中的决议，第 12/85 号决议，第 7615 号案件，1985 年 3 月 5 日。



## 原则 13

### 武装冲突期间对自然环境的一般保护

1. 应按照适用的国际法，特别是武装冲突法，尊重和保护环境。
2. 应注意保护环境免遭广泛、长期和严重的损害。
3. 除非自然环境成为军事目标，否则任何一部分都不得受到攻击。

### 评注

(1) 原则草案 13 由三段组成，对武装冲突期间的自然环境保护作了大体上的规定。这一原则体现的是尊重和保护环境义务、加以注意的责任及除非环境成为军事目标，否则禁止攻击其中任何一部分的规定。

(2) 第 1 段规定的是，在武装冲突中应按照适用的国际法特别是武装冲突法尊重和保护环境这一一般立场。

(3) “尊重”和“保护”用在这一原则草案中被认为是恰当的，因为在若干武装冲突法、国际环境法和国际人权法文书中使用的都是这两个词。<sup>1183</sup> 国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见中认为，“对环境的尊重是评估某项行动是否符合必要性原则的要素之一”，各国有义务“在评估谋求合法军事目标的必要和相称代价时考虑到环境因素”。<sup>1184</sup>

(4) 关于“武装冲突法”一语的使用，应当强调，“武装冲突法”与“国际人道法”这两个用语在传统上是有区别的。<sup>1185</sup> 国际人道法可被看作是狭义的，仅指武装冲突法中以保护武装冲突受害者为目的的部分内容，而武装冲突法可被看作是更为宽泛的总括用语，既包括保护武装冲突的受害者，也包括对战争手段和方法的规范。<sup>1186</sup> 这两个用语在国际法中经常被视为同义词。<sup>1187</sup> 但是，比较倾向使用的是“武装冲突法”，因为这个用语的含义较广，也是为了确保与委员会此前关于武装冲突对条约的影响的条款草案工作保持一致，关于这方面的工作，委员会指出，武装冲突法也包括占领法和中立法。<sup>1188</sup> 本专题与武装冲突对条约的影响专题之间的关系应予以强调。

<sup>1183</sup> 关于武装冲突法、环境法和人权法的很多文书载有“尊重”和“保护”。最为相关的是《世界自然宪章》、联合国大会 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议尤其是其中的序言和原则 1 以及《第一附加议定书》第四十八条第一款，其中规定应当尊重和保护环境。例如，又见《公民权利和政治权利国际公约》(1964 年 12 月 16 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 171 页，第二条；《第一附加议定书》第五十五条以及《里约环境与发展宣言》(《里约宣言》)，《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》，第一卷，《环发会议通过的决议》(联合国出版物，出售品编号：E.93.I.8 和更正)，决议 1，附件一，原则 10。

<sup>1184</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，(上文脚注 1162)，第 30 段。另见同上，第 253 页，第 63 段。

<sup>1185</sup> 语义学说明见 Y. Dinstein (ed.), *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2010)，第 35-37 段和第 41-43 段。

<sup>1186</sup> 例如见 R. Kolb and R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts* (Oxford, Hart, 2008)，第 16-17 页。

<sup>1187</sup> 同上。

<sup>1188</sup> 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，关于第二条的评注，第 182 页。



(5) 关于“适用的国际法”这一用语，必须指出，武装冲突法是武装冲突期间的特别法，但国际环境法和国际人权法等规定保护环境的其他国际法的规则仍然相关。<sup>1189</sup> 因此，在适用武装冲突法的所有三个阶段(武装冲突之前、期间和之后)，原则草案 13 第 1 段都始终相关。该段突出反映的事实是，原则草案的目的是结合国际法的其他规则巩固武装冲突法中关于保护环境的现有内容，以便从整体上加强武装冲突期间对环境的保护。

(6) 第 2 段受到了《第一附加议定书》第五十五条的启发，该条规定的规则是，武装冲突期间应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重地损害。<sup>1190</sup> 对于“应注意”一语，应当解释为表示武装冲突当事各方有义务对军事活动可能对自然环境造成的潜在影响保持警惕。<sup>1191</sup>

(7) 与第五十五条相似，原则草案 13 也使用了“和”一词，表示三重叠加标准。但是，原则草案 13 在适用性和普遍性方面与第五十五条不同。首先，原则草案 13 对国际武装冲突和非国际性武装冲突未作区分，对此的理解是，原则草案的目标是适用于所有武装冲突。<sup>1192</sup> 其中包括国际武装冲突，即传统地理解为两个或更多国家之间的武装冲突，以及人民行使自决权反抗殖民统治和外来占领及反对种族主义制度的武装冲突，也包括一国领土内国家与有组织武装集团之间或有组织武装集团相互之间的非国际性武装冲突。<sup>1193</sup>

(8) 《第一附加议定书》中没有界定“广泛”、“长期”和“严重”的含义。《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(《改变环境技术公约》)使用了同样的用语。<sup>1194</sup> 但是，《改变环境技术公约》中没有《第一附加议定书》规定的三重叠加标准，而是用“或”代替了“和”，而且，《改变环境技术公约》的范围远比《第一附加议定书》窄。

(9) 第二，原则草案 13 与《第一附加议定书》第五十五条不同，具有更强的概括性。原则草案 13 不像第五十五条，没有明确禁止使用旨在或可能预期对自然

<sup>1189</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注 1162)，第 240-242 页，第 25 段和第 27-30 段。

<sup>1190</sup> 第五十五条——对自然环境的保护：

“一. 在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重地损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而伤害居民的健康和生存的作战方法或手段。

二. 作为报复对自然环境的攻击，是禁止的。”

<sup>1191</sup> Pilloud and Pictet, “Article 55: Protection of the natural environment” (see footnote 999 above), p. 663, para. 2133. See also K. Hulme, “Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?” in *International Review of the Red Cross*, vol. 92 (2010), pp. 675–691.

<sup>1192</sup> 见 A/CN.4/674, 第 69-78 段。

<sup>1193</sup> 《日内瓦第一公约》、《日内瓦第二公约》、《日内瓦第三公约》、《日内瓦第四公约》共同的第二条和第三条；《第一附加议定书》第一条；《第二附加议定书》第一条。

<sup>1194</sup> 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(《改变环境技术公约》)，(1976 年 12 月 10 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1108 卷，第 17119 号，第 151 页，第二条。按照对第二条的理解，“广泛”、“长期”和“严重”这三个词的理解如下：“‘广泛’：指包括几百平方公里大小的地区”；“‘长期’：指持续几个月或大约一个季节的时间”；“‘严重’：指人命、自然和经济资源或其他财产受到严重或重大破坏或伤害”(裁军委员会会议的报告，《大会正式记录，第三十一届会议，补编第 27 号》(A/31/27)，第一卷，第 91-92 页。

环境造成损害从而妨害居民健康或生存的作战方法或手段。关于这种排除可能会削弱原则草案案文的关切应结合原则草案的一般性来考虑。应当结合原则草案 14 阅读第 2 段，该项原则草案处理的是以保护环境为目标对自然环境适用武装冲突法原则和规则的问题。

(10) 原则草案 13 第 3 段以必须区分军事目标和民用物体这一基本规则为依据。<sup>1195</sup> 它强调了自然环境固有的民用性质。可以把原则草案 13 第 3 段与《第一附加议定书》第五十二条第二款相联系，其中“军事目标”一语的定义为：

由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体。<sup>1196</sup>

“民用物体”的定义是，“所有不是军事目标的物体”。<sup>1197</sup> 按武装冲突法的用语说就是，只能攻击军事目标，不得攻击民用物体。<sup>1198</sup> 有若干约束性和非约束性文书都表明，这条规则适用于部分自然环境。<sup>1199</sup>

(11) 不过，第 3 段用“成为”一词做了时间上的限定，强调这一规则不是绝对性的：在某些情况下环境有可能变成军事目标，因而对之实施攻击也就可能是合法的。<sup>1200</sup>

<sup>1195</sup> 一般性阐述见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(见上文脚注 969), 规则 7 和规则 43, 第 25-29 页和第 143 页。

<sup>1196</sup> 《第一附加议定书》, 第五十二条第二款。《特定常规武器公约》的下列议定书列有类似定义：《特定常规武器公约》所附《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》(1980 年 10 月 10 日, 日内瓦)(《特定常规武器公约第二号议定书》), 联合国, 《条约汇编》, 第 1342 卷, 第 22495 号, 第 137 页起, 见第 168 页；《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》和《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附的《禁止或限制使用燃烧武器的第三号议定书》(《特定常规武器公约第三号议定书》), 同上, 第 1342 卷, 第 22495 号, 第 171 页, 以及 1999 年《第二议定书》。

<sup>1197</sup> 见《第一附加议定书》第五十二条第一款以及《特定常规武器公约第二号议定书》第二条第五款；《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》第二条第七款和《特定常规武器公约第三号议定书》第一条第四款。

<sup>1198</sup> 一般性阐述见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 7, 第 25-29 页。除其他外, 区别原则的编纂见《第一附加议定书》第四十八条和第五十二条第二款, 以及《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》和《第三号议定书》。这项原则被承认为国际和非国际性武装冲突下习惯国际人道法的一条规则。

<sup>1199</sup> 除其他外, 引述了下列文书：《特定常规武器公约第三号议定书》第二条第四款、《武装冲突期间保护环境准则》、保护战争受难者国际会议通过的《最后宣言》、联合国大会第 49/50 号和第 51/157 号决议附件、澳大利亚和美国的军事手册以及尼加拉瓜和西班牙的国家立法。见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 43, 第 143-144 页。

<sup>1200</sup> See e.g. M. Bothe *et al.*, “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities” (footnote 1172 above), at p. 576; R. Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict” in *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, R. Rayfuse (ed.) (Leiden, Brill Nijhoff, 2015) p. 6; see also C. Droegge and M.-L. Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict ...” (footnote 998 above), pp. 17–19; D. Fleck, “The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules”, *ibid.*, pp. 47–52; E. Koppe, “The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict”, *ibid.*, pp. 76–82; and M. Bothe, “The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict”, *ibid.*, p. 99.

(12) 第 3 段以红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究报告规则 43 第 1 段为基础。但是，由于规则 43 的其他部分引起了某些关切，所以没有列入目前的草案措辞。关于这个问题，重申原则草案属于一般性质是有益的。因此，第 2 段和第 3 段必须同原则草案 14 一并解读，其中具体提到了攻击行动中适用关于区别、相称性、军事必要性和预防措施的武装冲突法规则和原则的问题。

(13) 原则草案 13 达成了一种平衡，一方面要建立起关于武装冲突期间的环境保护指导原则，另一方面又要不改写已经得到武装冲突法承认的规则和原则。

#### 原则 14 对自然环境适用武装冲突法

应对自然环境适用武装冲突法，包括关于区分、相称性、军事必要性和攻击中采取预防措施的原则和规则，以期保护自然环境。

#### 评注

(1) 原则草案 14 的标题是“对自然环境适用武装冲突法”，处理的问题是，对自然环境适用武装冲突法的原则和规则，以期保护自然环境。把原则草案 14 放在原则草案的第二部分表明，意图是要在武装冲突期间适用。这项原则草案的总体目标是在武装冲突期间加强对环境的保护，并不是要重申武装冲突法。

(2) 选用“武装冲突法”一词而不是“国际人道法”，其中的原因与关于原则草案 13 的评注中所作的解释相同。使用这一用语还突出表明，原则草案 14 处理的仅仅是作为特别法的武装冲突法，而不是国际法的其他分支。

(3) 原则草案 14 提到了武装冲突法的一些具体原则和规则，即关于区分、相称性、军事必要性和攻击中采取预防措施的原则和规则。<sup>1201</sup> 这一原则草案本身属于一般性质，并没有阐述应当如何解释这些在武装冲突法之下明确订立的原则和规则。将这些原则和规则明文列入原则草案 14，是因为认为它们是与武装冲突期间保护环境最为相关的原则和规则。<sup>1202</sup> 但是，不当把提及这些原则和规则解释为提出了一个封闭式的清单，因为武装冲突法之下与武装冲突期间保护环境有关的其他规则仍然适用，不得忽视。<sup>1203</sup>

<sup>1201</sup> 提到军事必要性规则，而不是必要性原则，因为有些国家认为，军事必要性不是一种一般性的免责，而是需要以国际条约的条款为依据。

<sup>1202</sup> 见 R. Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict” (上文脚注 1200), 第 6 页; 联合国环境规划署, 《武装冲突中对于环境的保护: 国际法详索及分析》(内罗毕, 联合国环境规划署, 2009 年), 第 12-13 页。

<sup>1203</sup> 除其他外, 其中包括《第一附加议定书》第三十五和第五十五条。《第一附加议定书》和《第二附加议定书》以及其他武装冲突法文书中可能间接有利于保护环境的其他条款, 例如禁止对含有危险力量的工程和装置实施攻击的条款(《第一附加议定书》第五十六条、《第二附加议定书》第十五条)、禁止对平民居民生存所不可缺少的物体的攻击的条款(《第一附加议定书》第五十四条、《第二附加议定书》第十四条)、禁止掠夺(《关于陆战法规和习惯的章程》(1907 年 10 月 18 日, 海牙)(《海牙章程》)第二十八条)、《第二附加议定书》第四条第二款第(七)项和禁止强迫平民迁移(《第二附加议定书》第十七条)。另见联合国环境规划署, “利比里亚人口迁移的环境考虑: 政策制定者和从业人员指南”(2006 年)。

(4) 区分原则是武装冲突法的基石之一，<sup>1204</sup> 规定武装冲突当事各方有义务始终将民用物体与军事目标区别开来，只能攻击军事目标。<sup>1205</sup> 这被视为习惯国际法下的一条规则，既适用于国际武装冲突，也适用于非国际性武装冲突。<sup>1206</sup> 如关于原则草案 13 的评注所解释，自然环境并不具备内在的军事性质，应当作为民用物体对待。然而，在某些情况下，环境的某些部分可能会成为军事目标，在这种情况下对此种部分实施攻击就可能是合法的。

(5) 相称性原则规定，如果可以预期对合法军事目标的攻击会对平民或平民物体造成附带损害，超出预期达到的具体和直接军事优势的范围，则受到限制。<sup>1207</sup>

(6) 相称性原则是武装冲突法之下的一条重要规则，原因还在于这条规则与军事必要性规则之间的联系。<sup>1208</sup> 这条规则编纂入了若干武装冲突法文书，国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见<sup>1209</sup> 中也承认了这条规则的适用性。这被视为习惯国际法的一条规则，适用于国际武装冲突和非国际武装冲突两者。<sup>1210</sup>

(7) 由于环境受到的武装冲突影响往往是间接的而不是直接的，关于相称性的规则在武装冲突期间保护自然环境方面就特别重要。<sup>1211</sup> 红十字国际委员会的习惯法研究报告强调了相称性原则对于武装冲突期间保护环境的特殊重要性，认为需要评估攻击行动对环境的潜在影响。<sup>1212</sup>

(8) 如果在保护自然环境方面适用关于相称性的规则，则意味着，如果对合法军事目标的攻击会对环境造成超出所涉军事目标价值的附带影响，就必须避免实施

<sup>1204</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，(见上文脚注 1162)，第 78 段；M.N. Schmitt, “Military necessity and humanity in international humanitarian law: preserving the delicate balance”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50 (2010), pp. 795–839, at p. 803.

<sup>1205</sup> 区分原则目前的编纂见《第一附加议定书》第四十八条、第五十一条第二款和第五十二条第二款、《第二附加议定书》第十三条第二款、《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》、《特定常规武器公约第三号议定书》以及《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997 年 9 月 18 日，奥斯陆)，联合国，《条约汇编》，第 2056 卷，第 35597 号，第 211 页。

<sup>1206</sup> 见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969)，规则 7，第 25 页。

<sup>1207</sup> 《第一附加议定书》第五十一条第五款第二项。See also Y. Dinstein, “Protection of the environment in international armed conflict” *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), pp. 523–549, at pp. 524–525. See also L. Doswald-Beck, “International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *International Review of the Red Cross*, vol. 37 (1997), pp. 35–55, at p. 52.

<sup>1208</sup> Schmitt, “Military necessity and humanity ...” (footnote 1204 above), p. 804.

<sup>1209</sup> 《第一附加议定书》第五十一条和《第二附加议定书》第五十七条、《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》以及《国际刑事法院规约》第 8 条第 2(b)(iv)款。另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(上文脚注 1162)，第 242 页，第 30 段。

<sup>1210</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969)，规则 14，第 46 页。

<sup>1211</sup> 同上，规则 44，第 150 页；Droegge and Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict ...” (上文脚注 998)，第 19 页；另见联合国环境规划署，“关于利比里亚环境的案头研究”(上文脚注 1058)及联合国环境规划署，“利比里亚人口迁移的环境考虑……”(上文脚注 1203)。

<sup>1212</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969)，规则 44，第 150 页。



此种攻击。<sup>1213</sup> 另一方面，适用相称性原则也意味着“如果目标足够重要，可能有理由加大对环境构成的风险程度”。<sup>1214</sup> 因此，这条规则接受，在某些情况下自然环境受到的“附带损害”可能是法律许可的。

(9) 根据武装冲突法的规定，出于军事必要可以采取“确为实现合法军事目的所需、且未以其他方式受到禁止的措施”。<sup>1215</sup> 这意味着对合法军事目标的攻击，如果可能对环境产生不利影响，只有在此攻击确为实现具体军事目的所需，且不在禁止使用旨在或可能对自然环境造成广泛、长期和严重损害的作战方法或手段的禁令的范围内，<sup>1216</sup> 不在其他禁令范围内，并且符合相称性原则所含各项标准的情况下，<sup>1217</sup> 才允许实施。

(10) 关于攻击时采取预防措施的规则规定，军事行动中必须注意不损害平民居民、平民和民用物体；还须采取一切可行的预防措施，避免并尽可能减少附带造成平民死亡、受伤以及民用物体受损害的情况。此规则已写入若干关于武装冲突的法律文书<sup>1218</sup>，而且被视为国际性和非国际性武装冲突中的习惯国际法规则。<sup>1219</sup>

(11) 关于攻击时采取预防措施的基本规则要求武装冲突各方在计划和决定攻击时采取一切可行的预防措施。因此，在环境保护方面，这意味着武装冲突各方必须采取一切可行的预防措施，避免并尽可能减少对环境的附带损害。<sup>1220</sup>

(12) 最后，“应对自然环境适用……，以期保护环境”这段话为卷入武装冲突或军事行动的各方树立了应力争达到的目标，从而比仅仅申明对环境适用武装冲突规则更进了一步。

<sup>1213</sup> 另见 Dinstein, “Protection of the environment ...” (上文脚注 1207), 第 524-525 页; Doswald-Beck, “International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice ...” (上文脚注 1207); 联合国环境规划署, 《武装冲突中对于环境的保护……》(上文脚注 1202), 第 13 页; Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict” (上文脚注 1200), 第 6 页; Droegge and Tougas, “The protection of the natural environment ...” (上文脚注 998), 第 19-23 页。

<sup>1214</sup> 前那斯拉夫问题国际刑事法庭: 检察官向为审查北约对南斯拉夫联盟共和国的轰炸而设立的委员会提交的最后报告, 第 19 段。可查阅 [www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf](http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。另见 Dinstein, “Protection of the environment ...” (上文脚注 1207), 第 524-525 页。

<sup>1215</sup> M. Sassoli, A. Bouvier and A. Quintin, “How does law protect in war: online glossary”. Available from <https://casebook.icrc.org/glossary/military-necessity> (accessed on 8 July 2019).

<sup>1216</sup> 《第一附加议定书》第三十五条第三款。

<sup>1217</sup> 同上, 第五十一条第五款第(二)项。

<sup>1218</sup> 攻击时采取预防措施的原则已写入 1907 年《关于战时海军轰击的第九公约》第二条第三款(海牙, 1907 年 10 月 18 日), J. B. Scott(编), 《1899 年和 1907 年海牙公约和宣言》(见上文脚注 1086)、《第一附加议定书》第五十七条第一款, 以及《特定常规武器公约经修正的第二号议定书》和 1999 年《第二议定书》。

<sup>1219</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 15, 第 51 页。

<sup>1220</sup> 同上, 规则 44, 第 147 页。



## 原则 15 环境因素

适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

### 评注

(1) 原则草案 15 的标题是“环境因素”，规定在适用相称性原则和军事必要性规则时，应考虑环境因素。

(2) 此案文源自国际法院以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见，并受到了它的启发。该咨询意见认为：“国家在追求合法的军事目标而估量什么手段是必要和相称时，必须考虑到环境因素。在估量一项行动是否符合必要和相称的原则时，尊重环境是必须考虑的因素之一”。<sup>1221</sup>

(3) 原则草案 15 与原则草案 14 密切相关。这项原则草案较原则草案 14 增加的内容是，它在适用相称性原则和军事必要性规则方面提供了具体说明，因此具有实际操作意义。然而，有一种意见认为应将其完全删除。

(4) 原则草案 15 旨在处理军事行为，而不涉及确定何为军事目标的过程本身。这一过程已由武装冲突法加以规范，军事手册和各国国内法也经常有所反映。<sup>1222</sup> 为明确这一点，特别选用了“适用原则时”的措辞。为明确起见，同时为了强调原则草案 14 与原则草案 15 之间的关联，委员会决定明确提及相称性原则和军事必要性规则。上文原则草案 14 的评注部分已对这些原则进行了讨论。

(5) 一旦确认了合法军事目标，原则草案 15 便具有相关性。由于人类对环境及其生态系统的认知不断增加、深入和普及，这意味着随着时间的推移，环境因素不可能一成不变，而应当随着人类对环境的认知的发展而发展。

## 原则 16 禁止报复

禁止作为报复而对自然环境进行攻击。

### 评注

(1) 原则草案 16 的标题是“禁止报复”，其内容与《第一附加议定书》第五十五条第二款相同。

(2) 虽然禁止针对自然环境进行报复的原则草案得到一些委员的欢迎和支持，但另一些委员就其表述方式提出了几个问题，认为根本不应将其纳入原则草案。不同意见主要集中在三点：(a) 原则草案 16 与《第一附加议定书》第五十一条之

<sup>1221</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注 1162)，第 242 页，第 30 段。

<sup>1222</sup> 见《第一附加议定书》第四十八、五十、五十一条(尤其是第四款)、第五十二条(尤其是第二款)、第五十七条第二款和《第二附加议定书》第十三条第二款。见 Y. Dinstein, “Legitimate military objectives under the current *jus in bello*”, *International Law Studies*, vol. 78 (2002), p. 139, and L.R. Blank, “Extending positive identification from persons to places: terrorism, armed conflict, and the identification of military objectives”, *Utah Law Review*, No. 5 (2013), pp. 1227–1261。例如见：联合国国防部，《武装冲突法手册》(牛津，牛津大学出版社，2004 年)，第 5.4 段；加拿大国防部，《作战和战术层面的武装冲突法》(2001 年) B-GJ-005-104/FP-021，第 405-427 页；美国国防部，《战争法手册》(总法律顾问办公室，华盛顿特区，2015 年)。

间的关联；(b) 禁止针对环境进行报复是否体现了习惯法；(c) 如果是，那么此习惯法规则是否涵盖了国际性和非国际性武装冲突。

(3) 表示支持纳入这项原则草案的委员强调原则草案 16 与《第一附加议定书》第五十一条之间的关联。他们认为，第五十一条(列在“防止敌对行动影响的一般保护”之下)是《第一附加议定书》最根本的条款之一。这一条阐明了一项习惯法规则，即必须保护平民免遭敌对行动引发的危险，这一条还特别规定“作为报复对平民居民的攻击，是禁止的。”<sup>1223</sup> 因此，必须纳入原则草案 16。他们认为，如果环境或其一部分成为报复的对象，则相当于攻击平民人口、平民或民用物体，从而违反了武装冲突法。

(4) 在这方面，一些委员认为禁止报复构成习惯国际法的部分内容。但是其他委员质疑是否存在这一规则，认为此规则仅作为《第一附加议定书》之下的条约义务存在。<sup>1224</sup>

(5) 有人关切地指出，纳入仿效《第一附加议定书》第五十五条第二款的原则草案 16，有可能使原则草案与其普遍适用的宗旨背道而驰。虽然《第一附加议定书》已被广泛批准，从而使禁止针对环境进行报复的禁令得到多国承认，但是《第一附加议定书》并未得到普遍批准。<sup>1225</sup> 一些委员感到关切的是，在原则草案 16 中原样照搬第五十五条第二款可被误解为试图为非缔约国设置一条有约束力的规则。还有人就此指出，一些缔约国就第五十五条第二款做出了保留和声明。<sup>1226</sup>

<sup>1223</sup> 《第一附加议定书》，第五十一条，尤其是第六款。见 C. Pilloud and J. Pictet, “Article 51: Protection of the civilian population” in *ICRC Commentary on the Additional Protocols ...*, Sandoz and others (上文脚注 976), 第 615 页, 第 1923 段。

<sup>1224</sup> 关于报复的习惯法地位的讨论，见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 147-149, 第 523-530 页；Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law and its Interaction with International Human Rights Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), pp. 285-289; M. A. Newton, “Reconsidering reprisals” *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20 (2010), pp. 361-388; S. Darcy, *Collective Responsibility and Accountability under International Law* (Leiden, Brill, 2007) pp. 154-156.

<sup>1225</sup> 目前《第一附加议定书》共有 174 个缔约国。见红十字国际委员会网站：[www.icrc.org/ihl/INTRO/470](http://www.icrc.org/ihl/INTRO/470) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1226</sup> 关于各国就第五十五条和其他条款所做的声明、说明和保留的情况，见 [A/CN.4/685](http://A/CN.4/685), 第 129 和 130 段。还应指出，联合王国声明：“接受第五十一条和第五十五条的义务的基础是，联合王国可能交战的任何敌对方本身严格遵守这些义务。如果一敌对方违反第五十一条或第五十二条，对平民人口、平民或民用目标发动严重和蓄意的攻击，或违反第五十三、五十四和第五十五条，对受这些条款保护的目標和物品发动严重和蓄意的攻击，联合王国将认为自己有权采取有关条款禁止的措施，但条件是，联合王国认为出于迫使敌对方依照这些条款停止违约行动的唯一目的，采取这种措施是必要的，而且只是在要求敌对方停止违约行动的正式警告被漠视、并由政府最高领导层做出决定之后才可采取。联合王国据此采取的措施将不会与所涉违约行动不相称，而且不会涉及 1949 年日内瓦四公约所禁止的任何行动，在违约行动停止后，这些措施也将停止。联合王国将向保护国通报发给敌对方的这种正式警告，如果警告遭到漠视，将通报因此而采取的任何措施。”保留的案文可登陆红十字国际委员会网站查阅：[www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument](http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument) (2019 年 7 月 8 日访问)，见(m)段。联合王国国防部《武装冲突法手册》中述及可以在交战中报复自然环境的部分条件(上文脚注 1222)，第 16.18-16.19.1 段。有关《第一议定书》是否仅适用于常规武器而不适用于核武器的理解的声明，见 [A/CN.4/685](http://A/CN.4/685), 第 130 段。见爱尔兰的声明和保留：“第五十五条：为确保在作战中注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害，并考虑到应禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段，爱尔兰声明，核武器即便不直接受《第一附加议定书》管辖，也依然受 1996 年国际法院

(6) 因此，有必要对第五十五条第二款(作为条约条款)的立场做出如下小结：禁止作为报复而对自然环境进行攻击对于《第一附加议定书》174 个缔约国是一项具有约束力的规则。各国做出的与其适用有关的声明或保留的范围，必须逐一评价，因为只有几个国家明确提及第五十五条第二款。<sup>1227</sup>

(7) 另一个值得讨论的争议问题是，日内瓦四公约共同第三条和《第二附加议定书》中都没有与第五十五条第二款对应的规则，明确禁止在非国际性武装冲突中实施报复(包括报复平民、平民居民或民用物体)。《第二附加议定书》的起草过程显示，起草时有些国家认为，在非国际性武装冲突的所有情况下均禁止任何报复。<sup>1228</sup> 然而，也存在有效论据，证明在非国际性武装冲突中，某些情况下可能允许报复。<sup>1229</sup>

(8) 鉴于这一不确定性，一些委员关切地指出，原则草案 16 没有区分国际性武装冲突和非国际性武装冲突中的立场，试图建立一项新的国际法规则。因此，有人建议重新起草这项原则，附带适当的限制条件，或将其完全排除在原则草案之外。

(9) 关于专门针对自然环境的报复，值得一提的是，前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为，“在任何类型的武装冲突中”，禁止报复平民人口均构成一条习惯国际法规则。<sup>1230</sup> 环境应被视为民用物体，除非环境中的一部分成为军事目标；因此，一些委员认为，非国际性武装冲突中禁止针对环境进行报复。

(10) 考虑到围绕这项原则草案的表述方式存在的争议，委员们就如何重新表述这项原则以解决争议问题提出了各种建议。然而，委员们最终认为，除了已通过的案文，其他任何表述方式都可能被解释为削弱了武装冲突法之下的现有规则。鉴于武装冲突法现有规则至关重要，这样的结果并不可取。尽管起草期间出现了令人关切的问题，但是委员们认为，纳入一项禁止针对自然环境进行报复的原则

---

关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中确认的现有国际法规则的制约。爱尔兰将本着能为平民居民提供最好保护的精神来解释并适用本条款。”本声明可登陆红十字国际委员会网站查阅：[www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?documentId=27BBCD34A4918BFBC1256402003FB43A&action=OpenDocument](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?documentId=27BBCD34A4918BFBC1256402003FB43A&action=OpenDocument) (2019 年 7 月 8 日访问)。还应指出，法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见”(见上文脚注 1162，第 246 页，第 46 段)中指出，“某些国家坚称使用核武器进行报复是合法的。在这方面，本院不必审查和平时进行武装报复的问题，因为这被认为是不合法的。本院也不必对交战国的报复问题发表意见，只须指出，在任何情况下，任何采取这种报复的权利都像自卫一样，必须遵守相称性原则。”

<sup>1227</sup> 法国、爱尔兰和联合王国。

<sup>1228</sup> 见《关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法律的外交会议正式记录》(1974-1977 年，日内瓦)第九卷，可查阅 [www.loc.gov/tr/frd/Military\\_Law/RC-dipl-conference-records.html](http://www.loc.gov/tr/frd/Military_Law/RC-dipl-conference-records.html) (2019 年 7 月 8 日访问)，最值得注意的是加拿大(第 428 页)、希腊(第 429 页)、伊朗伊斯兰共和国(第 429 页)、伊拉克(第 314 页)和墨西哥(第 318 页)的发言。另见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969)，规则 148，第 528 页。

<sup>1229</sup> See V. Bílková, “Belligerent reprisals in non-international armed conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), p. 31; S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2012), pp. 449–457.

<sup>1230</sup> 检察官诉 Duško Tadić, IT-94-1-A72 号案，对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所做出的裁决，1995 年 10 月 2 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，《1994-1995 年司法案例汇编》，第一卷，第 353 页起，见第 475-478 页，第 111-112 段。一般性阐述另见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969)，第 526-529 页。

草案尤为重要和必要，因为原则草案的总体目标是加强与武装冲突有关的环境保护。鉴于上述意见，可将纳入这项原则草案视为促进国际法的逐渐发展，而这是委员会的任务之一。

### 原则 17 受保护区

以协议方式指定为受保护区的具有重大环境和文化意义的地区，只要不包含军事目标，应保护其不受任何攻击。

#### 评注

(1) 这项原则草案与原则草案 4 相呼应，规定以协议指定为受保护区的具有重大环境和文化意义的地区，只要不包含军事目标，应保护其不受任何攻击。不同于前面的原则草案 4，这条草案仅涵盖以协议指定的地区。必须有明确的指定协议。此协议可在和平时期或武装冲突期间缔结。“协议”一词应按最广泛的含义理解，包括共同声明和被另一方接受的单方面声明、条约和其他类型的协议，以及与非国家行为体的协议。此类地区得到保护，在武装冲突期间不受攻击。在“只要不包含军事目标”中使用“包含”一词，目的是表示它既可以是整个地区，也可以仅为其中的部分地区。此外，如果其中一方严重违反了设立受保护区的协议，则终止对该地区的保护。

(2) 如上文所述，如果武装冲突一方在按照原则草案 4 设立的指定地区内设军事目标，或在武装冲突期间利用该地区开展任何军事活动，该地区则可能失去保护。这项原则草案中“军事目标”一词出现的背景是“只要不包含军事目标”，有别于原则草案 13 第 3 段中规定的“除非成为军事目标”。这两项原则之间的关系是，原则 17 试图加强原则草案 13 第 3 段中确立的保护。

(3) 有条件的保护是试图平衡处理军事、人道主义和环境关切。这种平衡体现了日内瓦公约《第一附加议定书》第六十条中设立的非军事化地带机制。第六十条规定，如果武装冲突一方将受保护地带用于具体的军事目的，则应取消该地带的受保护地位。

(4) 根据上文提到的 1954 年《海牙公约》，缔约国同样有义务避免破坏已依照《公约》第四条确定为文化财产的财产。然而，只有文化财产不被用于军事目的时，才能给予保护。

(5) 指定某地区为受保护区所产生的法律影响，取决于拟议受保护区的来源和内容以及形式。例如，“条约不约束第三国”原则将限制正式条约对各方的适用。指定一个地区为受保护区至少可以警示武装冲突各方，在适用相称性原则或攻击时采取预防措施的原则时，应考虑到这一点。此外，还可能需要调整预防和补救措施，以便照顾该地区的特殊地位。

### 原则 18 禁止掠夺

禁止掠夺自然资源。



## 评注

(1) 原则草案 18 的目的是重申禁止掠夺以及这一规定对自然资源的适用性。近几十年来，非法开采自然资源一直是许多武装冲突，特别是非国际性武装冲突的驱动因素，<sup>1231</sup> 并在受影响地区造成了严重的环境压力。<sup>1232</sup> 在此背景下，禁止掠夺被确定为武装冲突法的条款之一，为武装冲突中的环境提供保护。

(2) 掠夺是一种得到确认的违反武装冲突法行为，也是一项战争罪。《日内瓦第四公约》载有绝对禁止在武装冲突各方领土和被占领土内进行掠夺的规定。<sup>1233</sup>

《日内瓦四公约第二附加议定书》确认，这一普遍禁令适用于符合《议定书》所列标准的非国际性武装冲突，而且，在这种情况下“无论何时何地”都是如此。<sup>1234</sup> 这项禁令已被广泛纳入国家法律以及军事手册中。<sup>1235</sup> 第二次世界大战和现代国际刑事法庭也有相当多的判例证实掠夺的犯罪性质。<sup>1236</sup> 对于国际冲突

<sup>1231</sup> 据联合国环境规划署称，过去 60 年来，40% 的内部武装冲突与自然资源有关，自 1990 年以来，至少有 18 起武装冲突直接因自然资源而加剧。见《可再生资源与冲突：预防和管理土地和自然资源冲突工具包和指导意见》(联合国机构间预防行动框架小组，纽约，2012 年)，第 14 页，可查阅 [www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/renewable-resources.shtml](http://www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/renewable-resources.shtml) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1232</sup> 《非法开采刚果民主共和国自然资源和其他形式财富问题专家小组的临时报告》(S/2002/565)，第 52 段。另见另见联合国环境规划署，《刚果民主共和国：冲突后环境评估。决策者综合报告》(内罗毕，联合国环境规划署，2011 年)，第 26 至 28 页，可查阅 <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/22069> (2019 年 7 月 8 日访问)；《专家小组根据安全理事会关于利比里亚问题的第 1478 (2003) 号决议第 25 段的规定提交的报告》(S/2003/779)，第 14 段；联合国环境规划署，《利比里亚环境案头研究》(上文脚注 1058)，第 16-18 和 42-51 页；C.Nellemann 等人(编)，《环境犯罪抬头——对自然资源和平、发展和安全的与日俱增的威胁》(联合国环境署—国际刑警组织，2016 年)，第 69 页。

<sup>1233</sup> 《日内瓦第四公约》，第三十三条第二款。另见《日内瓦第一公约》第十五条第一款，该款规定：“无论何时，特别在每次战斗之后，冲突各方应立即采取一切可能的措施以搜寻并收集伤者、病者，加以保护借免抢劫”。

<sup>1234</sup> 《第二附加议定书》，第四条第二款第(七)项。另见《非洲人权和民族权宪章》，第 21 条第 2 款：“一旦遇到掠夺，被剥夺之民族不但有权要求得到足够的补偿，而且有权合法地收回其财产”。此外，《大湖区问题国际会议卢萨卡议定书》转载了同一条款，见《大湖区问题国际会议禁止非法开采自然资源议定书》，第 3 条第 2 款。

<sup>1235</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 52, “禁止掠夺”, 第 182-185 页。

<sup>1236</sup> 例如见 Krupp 等人案, 1948 年 6 月 30 日的判决, 《纽伦堡军事法庭对主要战争罪犯的审判》, 第九卷, 第 1337-1372 页; 美国诉 von Weizsäcker 等人(“部长案”)案, 《纽伦堡军事法庭战犯审判》, 第十四卷, 第 741 页; 检察官诉 Goran Jelisić 案, 第 IT-95-10-T 号案件, 判决, 审判分庭, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 1999 年 12 月 14 日; 检察官诉 Zejnib Delalić, Zdravko Mucić a/k/a “Pavo”、Hazim Delić 和 Esad Landžo a/k/a “Zenga”案, IT-96-21-T 号案件, 判决, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 1998 年 11 月 16 日, 及量刑判决, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 2001 年 10 月 9 日; 检察官诉 Tihomir Blaškić 案, IT-95-14-T 号案件, 判决(附带 Shahabuddeen 法官的声明), 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 2000 年 3 月 3 日, 《2000 年司法案例汇编》; 检察官诉 Dario Kordić 和 Mario Čerkez 案, IT-95-14/2-T 号案件, 判决, 审判分庭, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 2001 年 2 月 26 日。检察官诉 Issa Hassan Sesay, Morris Kallon 和 Augustine Gbao 案, 第 SCSL-04-15-T-1234 号案件, 判决, 审判分庭, 塞拉利昂问题特别法庭, 2009 年 3 月 2 日; 检察官诉 Charles Ghankay Taylor 案, 第 SCSL-03-1-T 号案件, 判决, 2012 年 5 月 18 日(Taylor 审判判决); 检察官诉 Charles Ghankay Taylor 案, 案件编号: SCSL-03-01-A, 判决, 上诉分庭, 塞拉利昂问题特别法庭, 2013 年 9 月 26 日。



和非国际性冲突中的掠夺战争罪，均可根据《罗马规约》提出起诉。<sup>1237</sup> 禁止掠夺被认定为构成习惯国际法规则。<sup>1238</sup>

(3) 根据红十字国际委员会的评注，这一禁令适用于所有类别的财产，无论是公共财产还是私人财产。<sup>1239</sup> 本项原则草案的范围仅限于掠夺自然资源，这是武装冲突中的一种常见现象，会导致对环境的严重影响。虽然这种掠夺只适用于涉及所有权并构成“财产”的自然资源，但高价值自然资源很容易满足这一要求。这一禁令涵盖对国家、社区或私人拥有的自然资源的掠夺。<sup>1240</sup> 对掠夺自然资源的禁令的适用已得到国际法院的确认，国际法院在武装活动案判决中认定，乌干达对乌干达武装部队成员在刚果民主共和国境内实施的“抢掠、抢占和盗采[刚果民主共和国的]自然资源的行为”负有国际责任。<sup>1241</sup>

(4) 掠夺是一个广义术语，适用于武装冲突中违反武装冲突法的任何占用财产行为。同时，武装冲突法规定了一些例外情况，在这些例外情况下，占用或破坏财产是合法的。<sup>1242</sup> 根据红十字国际委员会的评注，禁止掠夺既包括有组织的掠夺，也包括个人行为，<sup>1243</sup> 无论是平民还是军事人员实施的行为。<sup>1244</sup> 掠夺行为未必涉及使用武力或暴力。<sup>1245</sup>

(5) 关于武装冲突中非法占用财产包括占用自然资源的术语并不一致。国际法院在武装活动案判决中提到“抢掠、抢占和盗采(looting, plundering and exploitation)”，<sup>1246</sup> 《前南斯拉夫问题国际法庭规约》提及“劫掠”(plunder)，<sup>1247</sup> 而

<sup>1237</sup> 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第38544号，第3页，第八条第(二)款2项(16)目和5项(5)目。

<sup>1238</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969)规则 52, 第 182-185 页。

<sup>1239</sup> 红十字国际委员会关于《第二附加议定书》的评注(1987年)，第四条第二款第(七)项，评注第4542页。另见红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》的评注(1958年)，第三十三条第二款。

<sup>1240</sup> 在国家一级，财产规则也被广泛用于“解决有关资源获取、使用和控制争端”，因此构成了“环境保护的关键机制”。T. Hardman Reis, *Compensation for Environmental Damage under International Law. The Role of the International Judge* (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011), p. 13.

<sup>1241</sup> 刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005年国际法院案例汇编》，第168页，见第253页，第250段。

<sup>1242</sup> 关于缴获敌方可用于军事目的的可移动公共财产，见《日内瓦第一公约》第五十条。如在迫切的军事需要所要求的情况下，敌方财产也可被合法毁坏或占用；见《海牙章程》(1907年)，第二十三条第(七)项。另见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 50, 第 175-177 页。关于占领方合法使用被占领土的资源以维持和满足占领军的需要，见下文原则草案 21 的评注。

<sup>1243</sup> 红十字国际委员会关于《第二附加议定书》的评注(1987年)，第四条第二款第(七)项，评注第4542段。另见红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》的评注(1958年)，第三十三条第二款。

<sup>1244</sup> 红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016年)，第十五条，第1495段。

<sup>1245</sup> 同上，第1494段。

<sup>1246</sup> 刚果境内的武装活动案(见上文脚注 1241)，第248段。

<sup>1247</sup> 第3(e)条。最初由1993年5月25日安全理事会第827(1993)号决议通过。更新后的《规约》可查阅 [www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf) (2019年7月8日访问)。

《非洲宪章》使用了“强夺”(spoliation)。<sup>1248</sup> 然而, 研究表明, “掠夺”、“劫掠”、“强夺”和“抢掠”等术语具有共同的法律含义, 曾被国际性法院和法庭互换使用。<sup>1249</sup> 因此, 纽伦堡法庭的判决将“掠夺”和“劫掠”当作同义词使用。<sup>1250</sup> 虽然第二次世界大战后的判例倾向于使用“强夺”一词, 但也确认了该术语是《管制理事会第 10 号法》<sup>1251</sup> 中使用的“劫掠”一词的同义词。现代国际性刑事法院和法庭的判例进一步确认, “掠夺”、“劫掠”和“抢掠”都意味着在武装冲突中非法占用公共或私人财产。<sup>1252</sup>

(6) 《海牙章程》<sup>1253</sup>、《日内瓦第四公约》<sup>1254</sup>、《第二附加议定书》<sup>1255</sup> 和《罗马规约》<sup>1256</sup> 中使用了“掠夺”(pillage)一词。《纽伦堡宪章》<sup>1257</sup> 使用了“劫掠”一词。红十字国际委员会关于《日内瓦四公约》和《第二附加议定书》的评注以及国际刑事法庭的判例中对掠夺的概念作了定义。因此, 在原则草案中使用“掠夺”一词被认为是适当的。

(7) 掠夺自然资源是在武装冲突地区和武装冲突后局势中猖獗发展的范围更广的非法开采自然资源行为的一部分。在这方面, 安全理事会和联大提请注意跨国犯罪网络、恐怖主义团体和武装冲突之间的联系, 包括与自然资源非法贸易有关的联系。<sup>1258</sup> 冲突后局势的特点往往是治理不善、普遍腐败和对资源权利的保护薄弱, 容易遭到通过跨国环境犯罪实施的盗采。<sup>1259</sup> 安全理事会在相关决议<sup>1260</sup> 中

<sup>1248</sup> 《非洲人权和民族权宪章》, 第 21 条第 2 款。

<sup>1249</sup> J.G. Stewart, *Corporate War Crimes. Prosecuting the Pillage of Natural Resources* (Open Society Foundations, 2011), pp. 15–17.

<sup>1250</sup> 《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》, 第一卷。(华盛顿特区, 纽伦堡军事法庭, 1945 年), 第 228 页。

<sup>1251</sup> 见美国诉 Krauch 及其他人, 见《纽伦堡军事法庭对战犯的审判》(I.G. Farben 案), 第七至八卷(华盛顿特区, 纽伦堡军事法庭, 1952 年), 第 1081 页起, 见第 1133 页。

<sup>1252</sup> 检察官诉 Delalić 等人案, IT-96-21-T 号案件, 1998 年 11 月 16 日(见上文脚注 1236), 第 591 段: “在武装冲突中非法侵占公共和私人财产的罪行被不同地称为‘掠夺’、‘劫掠’和‘强夺’。……审判分庭得出这一结论所依据的观点是, 《国际刑事法庭规约》”所载的[劫掠]应被理解为包括与国际法个人刑事责任挂钩的武装冲突中所有形式的非法侵占财产行为, 包括传统上被称为‘掠夺’的行为”。另见检察官诉 Alex Tamba Brima 等人, 第 SCSL-04-16-T 号案件, 判决, 塞拉利昂问题特别法庭, 2007 年 6 月 20 日, 第 751 段; 检察官诉 Blagoje Simić 案, 第 IT-95-9-T 号案件, 判决, 审判分庭, 前南斯拉夫问题国际法庭, 2003 年 10 月 17 日, 第 98 段。

<sup>1253</sup> 1907 年《海牙章程》第二十八和第四十七条。

<sup>1254</sup> 《日内瓦第四公约》, 第三十三条第二款。

<sup>1255</sup> 《第二附加议定书》第四条第二款第(七)项。

<sup>1256</sup> 《罗马规约》第八条第(二)款 2 项(16)目和第八条第(二)款 5 项(5)目, 提及“掠夺”。

<sup>1257</sup> 《纽伦堡宪章》, 第 6 (b)条。

<sup>1258</sup> 安全理事会 2004 年 12 月 19 日第 2195(2014)号决议, 第 3 段; 联大 2015 年 7 月 30 日第 69/314 号决议, 第 2-5 段。另见关于安全理事会对参与野生动植物偷猎和贸易的个人和实体实施制裁安全理事会 2014 年 1 月 28 日第 2134(2014)号和 2014 年 1 月 30 日第 2136(2014)号决议。另见联合国环境大会 2016 年 5 月 27 日关于“受武装冲突影响地区的环境保护”的第 2/15 号决议(UNEP/EA.2/Res.15), 第 4 段, 以及 2017 年 12 月 6 日关于“减轻和控制受武装冲突或恐怖主义影响地区污染”的第 3/1 号决议, 第 2-3 段。

<sup>1259</sup> 腐败被认定为野生生物和木材非法贸易背后最重要的促成因素。见 C.Nellemann 等人(编), 《环境犯罪抬头……》(上文脚注 1232), 第 25 页: 跨国环境犯罪在宽松的环境中猖獗发展。

使用的“非法开采自然资源”是一个一般性概念，可涵盖国家、非国家武装团体或其他包括个人在内的非国家行为体的活动。因此，这个概念可指国际法或国内法所指的非法性。虽然“非法开采自然资源”的概念与掠夺的概念部分重叠，但其概念尚未界定，<sup>1261</sup>也可能指在武装冲突时期或和平时期的环境犯罪。这种更广的范围强调，禁止掠夺的规定适用于自然资源。

(8) 原则草案 18 被列入第三部分，这部分载有武装冲突期间适用的原则草案。这项原则草案也适用于占领局势。

### 原则 19 改变环境的技术

各国根据其国际义务，不得为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、长期或严重后果的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害任何其他国家的手段。

#### 评注

(1) 原则草案 19 以 1976 年《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》第一条第 1 款为范本。<sup>1262</sup> 该《公约》禁止为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、长期和严重后果的改变环境的技术。<sup>1263</sup> 《公约》将改变环境的技术的定义是“任何通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物群、岩石圈、水气层和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术”。<sup>1264</sup> 本项原则草案使用同样意义上的改变环境的技术概念。

(2) 本项原则草案中提到的国际义务指《公约》缔约国的条约义务，如果这一禁止规定与红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究报告规定的禁止将环境用作武器的习惯义务重叠，则指习惯国际法所指的义务。引用红十字国际委员会研究：“有足够广泛、有代表性和统一的做法可以得出结论认为，对自然环境的破坏不得用作武器”，这与《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》的规定本身是否是惯例无关。<sup>1265</sup> 红十字国际委员会《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》还载有基于《公约》第一条和第二条的准则。<sup>1266</sup>

另见 C. Cheng and D. Zaum, “Corruption and the role of natural resources in post-conflict transitions”, in C. Bruch, C. Muffett, and S.S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-Conflict Peacebuilding* (Abingdon, Earthscan from Routledge, 2016), 第 461-480 页。

<sup>1260</sup> 例如，见安全理事会 2003 年 1 月 24 日第 1457(2003)号决议第 2 段，其中安理会“强烈谴责非法开采刚果民主共和国自然资源的行动”。

<sup>1261</sup> “非法开采自然资源”一词出现于《大湖区问题国际会议的卢萨卡议定书》。第 17 条第 1 款，但尚未定义。

<sup>1262</sup> 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(1976 年 12 月 10 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1108 卷，第 17119 号，第 151 页。

<sup>1263</sup> 同上，第一条第 1 款。

<sup>1264</sup> 同上，第二条。

<sup>1265</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(见上文脚注 969), 第 156 页。

<sup>1266</sup> 红十字国际委员会《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》(上文脚注 973), 准则 12。

(3) 该《公约》没有明确说明禁止使用改变环境的技术的规定是否可适用于非国际性武装冲突。第一条第 1 款的表述仅禁止对《公约》另一缔约国造成损害的环境改变。有人认为，这种情况在非国际性武装冲突中也可以实现，前提是一国在这种冲突中为敌对目的使用改变环境的技术在另一缔约国境内造成环境破坏或其他破坏。<sup>1267</sup> 《公约》所述改变环境的技术——能够引起“地震、海啸、某一地区生态丧失平衡、天气模式变化(云层、降水、各种气旋和龙卷风暴)；气候型态变化；洋流变化；臭氧层状态变化；以及电离层状态变化”<sup>1268</sup>——很可能产生跨境影响。

(4) 《公约》只涉及国家为敌对或军事目的使用改变环境的技术，不包括非国家行为体为敌对目的使用这种技术的情况。然而，红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究报告得出结论认为，禁止将破坏自然环境作为一种武器的规定是一项“适用于国际武装冲突，也可以说适用于非国际性武装冲突”的习惯国际法规范。<sup>1269</sup>

(5) 原则草案 19 被列入第三部分，这部分载有武装冲突期间适用的原则草案。其位置反映了《公约》最有可能适用的情形，尽管《公约》规定的禁止范围更广，也涵盖为其他敌对目的使用改变环境的技术的行为。

(6) 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》在本原则草案背景下值得特别关注，因为它是第一项也是迄今为止唯一一项专门论述环境战手段和方法的国际条约。将原则草案 19 列入这套原则草案不妨碍关于对环境具有严重影响的特定武器的现有国际法公约性规则或习惯规则。

#### 第四部分 在占领局势下适用的原则

##### 导言

##### 评注

(1) 与占领局势有关的三项原则草案列在单独的第四部分。这个新的原则草案类别并不是为了偏离为本专题选择的分时段方法，而是作为一个务实的解决办法，反映可构成占领局势的多种情形。虽然武装冲突法下的军事占领是国际武装冲突

<sup>1267</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(见上文脚注 969)规则 44, 评注, 第 148 页: “可以认为, 如果给另一国造成影响, 适当注意环境的义务也适用于非国际性武装冲突”。另见 Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), 第 243 页, 提及改变环境的技术造成的跨境损害。另见 T. Meron, “Comment: protection of the environment during non-international armed conflicts”, in J.R. Grunawalt, J.E. King and R.S. McClain (eds.), *International Law Studies*, vol. 69, *Protection of the Environment during Armed Conflicts* (Newport, Rhode Island, Naval War College, 1996), 第 353-358 页, 在第 354 页指出“《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》适用于所有情形”。

<sup>1268</sup> “与第二条有关的理解”, 《大会正式记录, 第三十一届会议, 补编第 27 号》(A/31/27), 第 92 页。

<sup>1269</sup> Henckaerts 和 Doswald-Beck, 《习惯国际人道法》(上文脚注 969), 规则 45 的解释, 第 151 页。另见红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究报告第 2 部分(可查阅 [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule45](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45))和相关实践。



的一种具体形式，<sup>1270</sup> 但占领局势在许多方面不同于武装冲突。最值得注意的是，占领通常不以积极敌对行动为特征，甚至可能发生在入侵武装部队未遇武装抵抗的情况下。<sup>1271</sup> 稳定的占领与冲突后局势有许多共同特征，随着时间的推移，甚至可能出现“近似平时时期”的状况。<sup>1272</sup> 不过，占领也可能不稳定，易发生冲突。占领期间，占领国可能面临武装抵抗，甚至暂时丧失对部分被占领土的控制，但这并不影响对这一局势构成占领局势的定性。<sup>1273</sup> 此外，占领开始时，武装冲突未必也恰好同时开始，现行敌对行动停止时，占领也未必同时终止。因此，一方面，占领与武装冲突之间可能存在类似之处，另一方面，占领与冲突后局势也可能存在类似之处，这取决于占领的性质。

(2) 尽管存在多种情形，但所有的占领都表现出某些共同特征，即管控某领土的权力未经领土国同意从领土国移交至占领国。对占领概念的既定理解以《海牙章程》第四十二条<sup>1274</sup> 为基础，这条规定，“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。占领只适用于该当局建立并行使其权力的地域”。根据对刚果境内的武装活动案的判决，须“[刚果民主共和国]境内的乌干达武装部队不仅驻扎在特定地点，还以其自身权力取代刚果政府权力”。<sup>1275</sup> 在这种情况下，权力是一个以事实为基础的概念；占领“并非向占领者移交主权，而仅是移交行使一些主权利力的权力”。<sup>1276</sup>

(3) 一旦在被占领国领土确立了权力，至少是当整个领土被占领时，占领方的临时权力便延伸至领土国有权行使主权利力的毗邻海域。同样，占领方的权力可延伸至被占领土和领海的上空。这种权力强调占领国有义务采取适当步骤，预防跨界环境损害。<sup>1277</sup>

<sup>1270</sup> 在这方面值得回顾的是，国际性武装冲突结束的标志是军事行动全面结束，或如果存在占领，则是占领终止。见《日内瓦第四公约》第六条，《第一附加议定书》第三条第二项。另见联合国国防部，《武装冲突法手册》(上文脚注 1222)，第 277 页，第 11.8 段；R. Kolb and S. Vité, *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels* (Brussels, Bruylant, 2009), p. 166.

<sup>1271</sup> 《日内瓦第四公约》第二条。

<sup>1272</sup> A. Roberts, “Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967”, *American Journal of International Law*, vol. 84 (1990), 第 44-103 页，见第 47 页。文中提及自第二次世界大战以来时间持续五年以上的若干占领案例。

<sup>1273</sup> 红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016 年)，第二条，第 302 段。同样见联合国国防部，《武装冲突法手册》(上文脚注 1222)，第 277 页，第 11.7.1 段。

<sup>1274</sup> 《海牙章程》第四十二条。国际法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭确认了第四十二条所载定义，称之为确定是否存在武装冲突法规定的占领局势的唯一标准。分别见在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页，见第 167 页，第 78 段；检察官诉 Mladen Naletilić, aka “TUTA”和 Vinko Martinović, aka “ŠTELA”案，IT-98-34-T 号案件，2003 年 3 月 31 日的判决，审判分庭，第 215 段。另见红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016 年)，第二条，第 298 段。

<sup>1275</sup> 刚果境内的武装活动(见上文脚注 1241)，第 173 段；另见联合国国防部，《武装冲突法手册》(上文脚注 1222)，第 275 页，第 11.3 段。

<sup>1276</sup> 美国国防部，《战争法手册》(见上文脚注 1222)，第 11.4 节，第 772-774 页。See also H.-P. Gasser and K. Dörmann, “Protection of the civilian population”, in D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (footnote 1165 above), pp. 231-320, at p. 274, para. 529.

<sup>1277</sup> *Manual of the Laws of Naval War* (Oxford, 9 August 1913), sect. VI, art. 88. Available from <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/265?OpenDocument> (accessed on 8 July 2019). See also Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge University Press, 2009), p. 47; E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2012), p.



(4) 被占领土的地位往往有争议，包括占领方依靠当地代理人、过渡政府或叛乱团体对被占领土行使控制等情形。<sup>1278</sup> 人们普遍承认，只要当地代理人代表一国行事，对被占领土行使有效控制，则占领法适用于这类情况。<sup>1279</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭<sup>1280</sup>、国际法院<sup>1281</sup> 和欧洲人权法院<sup>1282</sup> 都曾承认可能存在这种“间接占领”。

(5) 无论占领方是否援用占领法制度，占领法均适用于满足有效控制外国领土的实际要求的所有局势。<sup>1283</sup> 其适用范围也延伸至处于外国统治下的地位不明的领土。<sup>1284</sup> 与此相同，并且鉴于诉诸战争权与战时法之间的根本区别，占领法平等适用于所有占领情形，无论占领是否源于诉诸战争权意义上的合法使用武力。<sup>1285</sup> 当情况符合《海牙章程》第四十二条的标准时，占领法也可能适用于国际组织管理某一领土的情形。<sup>1286</sup> 即使情况并非如此，如在依赖领土国的同意的

55, referring to the practice of several occupants, and M. Sassòli, “The concept and the beginning of occupation”, in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 1389–1419, at p. 1396.

<sup>1278</sup> Roberts, “Prolonged military occupation ...” (see footnote 1272 above), p. 95; Gasser and Dörmann, “Protection of the civilian population” (see footnote 1276 above), p. 272.

<sup>1279</sup> Benvenisti, *The International Law of Occupation* (see footnote 1277 above), pp. 61-62. 同样，红十字国际委员会，“占领和以其他形式管理外国领土”，专家会议报告(2012年)，第10和第23页(同意了“间接有效控制”理论)。另见联合王国国防部，《武装冲突法手册》(上文脚注1222)，第276页，第11.3.1段(“可能适用”)。另见Kolb and Vité, *Le droit de l'occupation militaire ...* (上文脚注1270)，第181页和红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016年)，第二条，第328-332段。

<sup>1280</sup> 见检察官诉 Duško Tadić, IT-94-1-A 号案件，1997年5月7日的审判判决，《1997年司法案例汇编》，第584段，其中提及“外国仅通过当地事实上的机关或代理人的行为‘占领’某领土或在该领土内活动”的一些情形。另见检察官诉 Tihomir Blaskić, IT-95-14-T 号案件，2000年3月3日的判决，《2000年司法案例汇编》，第149-150段。

<sup>1281</sup> 国际法院在武装活动案中似乎也已认为，若刚果反叛运动处于乌干达“控制之下”，则乌干达便是这些非国家武装团体控制和管理的地区的占领国。见刚果境内的武装活动案(上文脚注1241)，第231页，第177段。另见科艾曼斯法官的个别意见，同上，第317页，第41段。

<sup>1282</sup> 欧洲人权法院确认，《欧洲人权公约》缔约国在其国家领土以外有效控制的地区维护《公约》规定的权利与自由这项义务“源于控制这一事实，无论这种控制是直接进行，通过其武装部队进行，还是通过一个附属的地方行政当局进行”。见 Loizidou 诉土耳其，判决(案情)，1996年12月18日，《判决和决定汇编》1996年第六辑，第52段。

<sup>1283</sup> 人质审判：Wilhelm List 等人的审判，第47号案件，纽伦堡美国军事法庭，《战犯审判法律报告》，第八卷(伦敦，联合国战争罪行委员会，1949年，伦敦)，第55页：“入侵是否发展成占领是一个事实问题”。另见刚果境内的武装活动(上文脚注1241)，第230页，第173段；Naletilić 和 Martinović 案(上文脚注1274)，第221页；红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016年)，第二条，第300段。

<sup>1284</sup> 修建隔离墙的法律后果(见上文脚注1274)，第174-175页，第95段。

<sup>1285</sup> 见红十字国际委员会，“占领和以其他形式管理外国领土”(上文脚注1279)，K. Dörmann 所作的序，第4页。同样，第二次世界大战后的战争罪审判依靠并解释了《海牙章程》和习惯法。

<sup>1286</sup> M. Sassòli, “Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers”, *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), pp. 661–694, at p. 688; T. Ferraro, “The applicability of the law of occupation to peace forces”, ICRC and International Institute of Humanitarian Law, *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, G.L. Beruto (ed.), 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, San Remo, 4–6 September 2008, *Proceedings*, pp. 133–156; D. Shrager, “The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance”, *ibid.* pp. 90–99; S. Wills,

行动中，占领法也可为国际领土管理提供指导和启示，国际领土管理需要在某一领土上行使与武装冲突法中规定的占领方行使的职能和权力相当的职能和权力。<sup>1287</sup> 本原则草案中使用的“占领方”一词足够宽泛，足以涵盖这种情况。

(6) 虽然占领的类型和持续时间不影响占领法作为特别法的适用性，但占领法规定的占领方承担的义务在一定程度上视具体情况而定。红十字国际委员会关于日内瓦四公约共同第二条的评注指出，根据占领法，消极义务(大多是禁止性的)立即适用，而积极义务的履行则取决于“控制的程度、占领初期存在的局限以及外国部队掌握的资源”。<sup>1288</sup> 因此，在执行占领法时承认一定的灵活性，各自义务的确切范围取决于占领的性质和持续时间。换言之，占领方承担的责任“与占领持续的时间相当”。<sup>1289</sup> 此外，虽然长期占领仍须遵从占领法，但人权法和国际环境法等其他法律随着时间的推移会越来越重要。

(7) 鉴于存在各种不同的占领局势，第二、第三和第五部分的原则草案比照适用于占领局势。例如，原则草案第二部分涵盖了在发生武装冲突时为加强环境保护而采取的措施，无论是否发生武装冲突，也无论是否发生占领，这些原则草案始终具有相关性。占领期间一段时间的密集敌对行动遵从开展敌对行动的规则，从这个意义上说，第三部分中涉及在武装冲突“期间”保护环境的原则草案直接相关。此外，被占领土的环境继续享有适用的国际法规定的、原则草案 13 反映的在武装冲突期间为自然环境提供的保护。第五部分中关于武装冲突后局势的原则草案主要与长期占领的局势相关。对于每一部分，原则草案可能需要一些调整，因此采用了比照适用这一短语。

## 原则 20

### 占领方的一般义务

1. 占领方应按照适用的国际法尊重和保护被占领土的环境，并应在管理此种领土时将环境因素纳入考虑。
2. 占领方应采取适当措施，防止对被占领土的环境造成可能有损被占领土居民健康和福祉的重大损害。
3. 占领方应尊重被占领土关于环境保护的法律和制度，并仅可在武装冲突法规定的限制内予以改动。

“Occupation law and multi-national operations: problems and perspectives”, *British Yearbook of International Law*, vol. 77 (2006), pp. 256–332, Benvenisti, *The International Law of Occupation* (see footnote 1277 above), p. 66; 另见红十字国际委员会，“占领和以其他形式管理外国领土”（上文脚注 1279），第 33-34 页。然而，更具保留的意见，见 Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (上文脚注 1277)，第 37 页。

<sup>1287</sup> Gasser and Dörmann, “Protection of the civilian population” (see footnote 1276 above), p. 267; Arai-Takahashi, *The Law of Occupation...* (see footnote 1224 above), p. 605; M. Zwanenburg, “Substantial relevance of the law of occupation for peace operations”, ICRC and International Institute of Humanitarian Law, *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations* (see previous footnote), pp. 157–167.

<sup>1288</sup> 红十字国际委员会关于《日内瓦第一公约》的评注(2016 年)，第二条，第 322 段。

<sup>1289</sup> 同上。

## 评注

(1) 原则草案 20 第 1 段规定，占领国有尊重和保护被占领土的环境以及在管理此种领土时将环境因素纳入考虑的一般义务。这一规定的依据是源自《海牙章程》第四十三条的占领方维护被占领居民福利的义务，该条要求占领方恢复并维持被占领土的公共秩序和安全。<sup>1290</sup> 确保被占领人民在当前局势下尽可能正常生活的义务<sup>1291</sup> 需要履行环境保护这一得到广泛承认的现代国家公共职能。此外，环境方面的关切涉及领土主权的一项根本利益，<sup>1292</sup> 作为临时权力机构的占领国必须予以尊重。

(2) 占领法是武装冲突法的一个子集，应结合原则草案 13 来解读原则草案 20，原则草案 13 规定：“应按照适用的国际法，特别是武装冲突法，尊重和保护自然环境”。两项原则草案都提及按照适用的国际法“保护和尊重”环境的义务，但原则草案 20 更加具体地述及占领局势下的这种义务。<sup>1293</sup>

(3) “适用的国际法”一词特别指的是武装冲突法，但也指环境法和国际人权法。人权法的同时适用与占领局势尤其相关。国际法院曾有一条著名的解释，即尊重国际人权法中适用的规则，系《海牙章程》第四十三条规定占领国承担的部分义务。<sup>1294</sup> 关于环境法的适用，可以参考国际法院 1996 年以核武器进行威胁

<sup>1290</sup> 《海牙章程》第四十三条规定，“合法政府的权力实际上既已落入占领者手中，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并除非万不得已，应尊重当地现行的法律”。第四十三条的法文作准文本所用表述是“公共秩序和公共生活”，因此，该条款被解释为不仅指人身安全，而且还指“构成日常生活内容的社会功能和一般事务，换言之，是指被占领地区的整个社会和经济生活”，见 M. S. McDougal and F.P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: the Legal Regulation of International Coercion* (New Haven, Yale University, 1961), p. 746。另见 Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (footnote 1277 above), p. 89, and Sassòli, “Legislation and maintenance of public order...” (footnote 1286 above)。这一解释得到准备工作材料的进一步支持。在 1874 年布鲁塞尔会议期间，“公共生活”一词被解释为“构成日常生活内容的社会功能和一般事务”。比利时代表的这种解释得到相关委员会的认可。见比利时外交部，*Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une convention internationale concernant la guerre*, 第 23 页。可查阅 <https://babel.hathitrust.org/>。

<sup>1291</sup> T. Ferraro, “The law of occupation and human rights law: some selected issues”, in R. Kolb and G. Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2013), pp. 273–293, p. 279.

<sup>1292</sup> 加布奇科沃—大毛罗斯项目(匈牙利诉斯洛伐克)案，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页，第 53 段。

<sup>1293</sup> 还可参考《里约宣言》，其中指出：“受压迫、遭统治和被占领的人民，其环境和自然资源应予保护”。见《里约宣言》，原则 23。

<sup>1294</sup> 刚果境内的武装活动案(见上文脚注 1241)，第 231 页，第 178 段。另见，第 243 页，第 216 段，其中国际法院确认，国际人权文书适用于一国对其领土以外地区、“特别是被占领土”进行管辖时作出的行为。另见修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 1274)，第 177–181 页，第 102–113 段。前南斯拉夫问题国际刑事法庭同样表示，把敌对阶段和占领局势区别对待，“加诸于占领国的义务比加诸于国际武装冲突当事方的义务更为繁苛”。见 Naletilić 和 Martinović 案(见上文脚注 1274)，第 214 段。另见欧洲人权法院，Loizidou 诉土耳其(初步反对意见)，1995 年 3 月 23 日的判决，A 辑，第 310 号，第 62 段，判决(案情)，1996 年 12 月 18 日，(上文脚注 1282)，第 52 段；Al-Skeini 等诉联合王国[大审判庭]，55721/07 号申诉，《2011 年判决和决定汇编》，第 94 段，其中提到美洲人权法院的案件，即 Mapiripán 屠杀诉哥伦比亚案，2005 年 9 月 15 日判决，C 辑，第 134 号，支持说明调查关于在武装冲突和占领局势下侵犯生命权的指控之义务。人权在占领期间适用，这已进一步得到人权事务委员会的承认，见第 26 号一般性意见(1997 年)：义务的延续性，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 40 号》，第一卷((A/53/40 (Vol. I))，附件七，第 4 段；第 29 号一般性意见(2001 年)：紧急状态期

或使用核武器的合法性咨询意见，该咨询意见为习惯国际环境法和关于环境保护的条约继续适用于武装冲突局势的主张提供了重要的支持。<sup>1295</sup> 同样，委员会2011年关于武装冲突对条约的影响的条款表明，关于对环境进行国际保护的条约、关于国际水道或含水层的条约以及多边造法条约可在武装冲突期间继续施行。<sup>1296</sup> 此外，若此类条约针对具有跨界性质或全球范围的环境问题，且条约获得广泛批准，可能难以想象仅在冲突各方之间中止施行。<sup>1297</sup> 此类条约规定的义务是为了保护集体利益，是对冲突或占领所涉国家以外的更大范围的多个国家承担的义务。<sup>1298</sup>

(4) 第1段也与标题为“环境因素”的原则草案15有关。这两项条款提到环境因素，都是借鉴国际法院以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见并受到其启发。虽然原则15草案评注中提到的声明涉及相称性原则和军事必要性规则，但法院也更笼统地认为，“与保护和保障环境有关的现有国际法表明，在落

---

间的克减问题，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第40号》，第一卷(A/56/40 (Vol. I))，附件六，第3段；第31号一般性意见(2004年)：《公约》缔约国的一般法律义务的性质，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第40号》，第一卷(A/59/40 (Vol. I))，附件三，第10段。另见经济、社会及文化权利委员会，结论性意见：以色列，E/C.12/1/Add.69，2001年8月31日；结论性意见：以色列，E/C.12/ISR/CO/3，2011年12月16日；人权委员会特别报告员瓦尔特·凯林先生根据委员会第1991/67号决议编写的关于伊拉克占领下的科威特的人权情况的报告，E/CN.4/1992/26，1992年6月16日。这种适用在很大程度上受到学术著作的支持。例如见 Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (footnote 1277 above), pp. 69–71; Kolb and Vité, *Le droit de l'occupation militaire ...* (footnote 1270 above), pp. 299–332; A. Roberts, “Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights”, *American Journal of International Law*, vol. 100 (2006), pp. 580–622; J. Cerone, “Human dignity in the line of fire: the application of international human rights law during armed conflict, occupation, and peace operations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2006), pp. 1447–1510; Benvenisti, *The International Law of Occupation* (see footnote 1277 above), pp. 12–16; Arai-Takahashi, *The Law of Occupation ...* (footnote 1224 above); N. Lubell, “Human rights obligations in military occupation”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94 (2012), pp. 317–337; Ferraro, “The law of occupation and human rights law ...” (footnote 1291 above), pp. 273–293; and M. Bothe, “The administration of occupied territory”, in Clapham, Gaeta and Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (see footnote 1277 above), pp. 1455–1484. 不同观点见 M.J. Dennis, “Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation”, *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), pp. 119–141.

<sup>1295</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注 1162)，见第 241-243 页，第 27-33 段。

<sup>1296</sup> 武装冲突对条约影响条款草案，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 106-130 页，第 100-101 段。另见，红十字国际委员会，《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》(上文脚注 973)，准则 5，其中指出，“国际环境协定及习惯法相关规则在武装冲突期间可继续适用，只要它们不与适用的武装冲突法相抵触。对非武装冲突当事国(如邻国)具有约束力以及涉及国家管辖范围以外地区(如公海)的保护环境义务不受武装冲突存在的影响，只要这些义务不与适用的武装冲突法相抵触”。

<sup>1297</sup> K. Bannelier-Christakis, “International Law Commission and protection of the environment in times of armed conflict: a possibility for adjudication?”, *Journal of International Cooperation Studies*, vol. 20 (2013), pp. 129–145, at pp. 140–141; D. Dam-de Jong, *International Law and Governance of Natural Resources in Conflict and Post-Conflict Situations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), pp. 110–111.

<sup>1298</sup> 从关于国家责任的条款第 48 条第 1 款(a)项的意义上讲，相关评注第(7 段)提到这方面的环境条约。见《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段，第 26-143 页，第 126 页。



实武装冲突中适用的国际法原则和规则时，应当适当考虑重要的环境因素”。<sup>1299</sup> 此外，仲裁法庭指出，“若一国在另一国领土内行使国际法下的权利，则也适用环境保护考虑因素”。<sup>1300</sup> 第 1 段中使用的“环境因素(environmental considerations)”一词与“环境因素(environmental factors)”或“环境保护因素(considerations of environmental protection)”类似，因为它没有具体内容。这是一个广为使用但很少被定义的通用概念。<sup>1301</sup> 此外，环境因素是与环境相关<sup>1302</sup> 和不断演变的：随着时间的推移，它们不能一成不变，而是必须反映人类对环境及其生态系统的认知的不断发展。<sup>1303</sup>

(5) 第 2 段规定，占领方应采取适当措施，防止对被占领土的环境造成可能有损被占领土居民健康和福祉的重大损害。这项规定应结合第 1 段中的一般义务解读。第 2 段的目的是表明对被占领土环境的重大损害可能对被占领土居民产生不利影响，特别是在享有某些人权方面，如生命权<sup>1304</sup>、健康权<sup>1305</sup> 或食物权<sup>1306</sup>。

<sup>1299</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注 1162)，第 243 页，第 33 段。

<sup>1300</sup> 比利时王国与荷兰王国莱茵铁路仲裁裁决，2005 年 5 月 24 日，《国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第 35-131 页(莱茵铁路)，第 222-223 段。另见巴基斯坦与印度关于印度河基申甘加工程仲裁的最终裁决，2013 年 12 月 20 日，《国际仲裁裁决汇编》，第三十一卷，第 1-358 页，例如见第 101、第 104 和第 105 段，可查阅 <https://pca-cpa.org/en/cases/20/> (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1301</sup> 然而，见美国国防部，《军事及相关术语词典》(2005 年)，第 186 页：“环境因素：可能影响军事行动计划和执行或受军事行动计划和执行影响的各种环境媒体、资源或方案。因素可包括但不限于环境合规、污染预防、保护、历史和文化遗址保护以及动植物群保护”。可查阅 [www.jcs.mil/Doctrine/Joint-Doctrine-Pubs/Reference-Series/](http://www.jcs.mil/Doctrine/Joint-Doctrine-Pubs/Reference-Series/) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1302</sup> 武装冲突背景下环境因素的实际例子，见 D.E. Mosher *et al.*, *Green Warriors: Army Environmental Considerations for Contingency Operations from Planning Through Post-Conflict* (RAND Corporation, 2008)，第 71-72 页：“鉴于战斗期间军事便利的重要性，部队的环境责任相当有限。最近应急行动的经验表明，环境因素在其他领域更为重要，包括营地、稳定和重建以及部队和物资的流动”；第 75 页：“部队和物资的流动……可能涉及重大的环境因素”；第 121 页：“使环境因素与有助于任务成功的其他因素保持平衡是一项持续的任务，需要更好的认识、培训、信息、理论和准则”；第 126 页：“例如，伊拉克的经验……表明在行动开始前需要关于环境条件和基础设施的高质量信息”。另见《难民署环境准则》(上文脚注 1057)，第 5 页：“在难民署难民和回返者方面的工作的几乎所有方面都需要考虑到环境因素”。另见欧洲联盟委员会，“将环境因素纳入其他政策领域——加的夫进程评价”，COM (2004) 394 final 号文件。

<sup>1303</sup> 见上文原则草案 15 评注第(5)段。

<sup>1304</sup> 见《公民权利和政治权利国际公约》第六条第一款。另见人权事务委员会，第 36 号一般性意见(2018 年)，第 26 段。[本一般性意见尚未发表，因此引文和段落编号可能在最终版中有所变化]，其中委员会将“环境退化”列为可能对生命造成直接威胁或妨碍个人有尊严地享有生命权的社会一般条件之一。另见人权事务委员会，结论性意见：以色列(CCPR/C/ISR/CO/3)，第 18 段。另见《儿童权利公约》(1989 年 11 月 20 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1577 卷，第 27531 号，第 3 页，第 6 条第 1 款。其中规定“缔约国确认每个儿童均有固有的生命权”。儿童权利委员会在其第 16 号一般性意见中将儿童的生命权与商业活动造成的环境恶化和污染联系起来，见关于商业部门对儿童权利的影响方面国家义务的第 16 号一般性意见(2013 年)(CRC/C/GC/16)，第 19 段。进一步见《非洲人权和民族权宪章》(1981 年 6 月 27 日，内罗毕)，联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页，第 4 条，其中规定，人有权要求其生活受到尊重。在社会经济权利和问责项目诉尼日利亚案中，西非国家经济共同体法院申明“人类生活的质量取决于环境的质量”。见社会经济权利和问责项目诉尼日利亚案，ECW/CCJ/JUD/18/12 号判决，2012 年 12 月 14 日，第 100 段。另见《美洲关于人的权利和义务宣言》，美洲国家组织第三十号决议，1948 年 5 月 2 日，转载于《美洲体系中与人权有关的基本文件》，OAS/Ser.L/V/II.4 Rev. 9 (2003)，第 1 条；《美洲人权公约》(1969 年 11 月 22 日，圣何塞)，联合国，《条约汇编》，第 1144 卷，第 17955 号，第 4 条第 1 款以及亚诺玛米人诉巴西



一般而言，关键人权与为保障有生命力的健康生态系统而保护土壤质量和水质、以及生物多样性这两方面之间存在着密切联系。<sup>1307</sup>

(6) 第 2 段的提法以《日内瓦四公约第一附加议定书》第五十五条第一款<sup>1308</sup> 和国际人权法为基础。第五十五条第一款提到居民的“健康和生存”，与此不同，本段使用了“健康和福祉”的提法。在这方面，可以参考经济、社会及文化权利(如健康权)与占领法的共同目标，如居民的福祉。此外，世界卫生组织一贯使用“健康和福祉”概念，该组织回顾指出，健康和福祉影响今世后代的社会，并依赖于健康的环境。<sup>1309</sup> 还可以参考《斯德哥尔摩宣言》，其中重申“在过着尊严和幸福生活的优良环境里享受自由、平等和适当生活条件的基本权利”。<sup>1310</sup>

(7) 关于第 2 段中“重大损害”的标准，可以参考委员会以前关于预防危险活动的跨界损害<sup>1311</sup> 和这种损害的损失分配<sup>1312</sup> 的工作。因此，“重大损害”的程度

案，7615 号案件，美洲人权委员会，第 12/85 号决议，1985 年 3 月 5 日，其中确认，健康的环境与生命权相互联系。另见美洲人权法院，环境与人权(上文脚注 1182)，第 55 和第 59 段。

<sup>1305</sup> 见《世界人权宣言》第二十五条第一款；《经济、社会及文化权利国际公约》第十二条。另见经济、社会和文化权利委员会，关于享有能达到的最高标准健康的权利(第 12 条)的第 14 号一般性意见(2000 年)，《经济及社会理事会正式记录，2001 年，补编第 2 号》(E/2001/22-E/C.12/2000/21)，附件四，第 4 段。另见儿童权利委员会，关于儿童享有可达到的最高标准健康的权利问题的第 15 号一般性意见(2013) (CRC/C/GC/15)，第 49-50 段。《美洲人权公约关于经济、社会和文化权利领域的附加议定书》(《圣萨尔瓦多议定书》)同样纳入了健康权，区域判例在普遍定期审议中承认健康权与环境保护之间的联系。见《美洲人权公约关于经济、社会和文化权利领域的附加议定书》，以及联合国人权事务高级专员办事处，《与享有安全、清洁、卫生和可持续环境有关的人权义务问题摸底，联大和人权理事会个别报告，包括普遍定期审议进程》，第 6 号报告，2013 年 12 月，第 3.C 部分。另见与享有安全、清洁、卫生和可持续环境有关的人权义务问题特别报告员的报告(A/HRC/37/59)。

<sup>1306</sup> 见《经济、社会及文化权利国际公约》第十一条。另见经济、社会及文化权利委员会，关于适当食物权的第 12 号一般性意见(1999 年)(第十一条)，《经济及社会理事会正式记录，2001 年》，补编第 2 号(E/C.12/2000/22-E/C.12/1999/11)，附件五，第 7 段，其中确定了适当性概念与可持续性概念是相互关联的，这意味着子孙后代也必须能够获得食物。另见第 8 和第 10 段，其中要求可用食物必须不含有害物质。此外，食物权还涉及土著社区传统拥有的自然资源枯竭问题。《经济及社会理事会正式记录，2001 年，补编第 2 号》(E/2000/22-E/C.12/1999/11)，第 337 段；同上，《2010 年，补编第 2 号》(E/2010/22-E/C.12/2009/3)，第 372 段；同上，《2012 年，补编第 2 号》(E/2012/22-E/C.12/2011/3)，第 268 段；同上，《2008 年，补编第 2 号》(E/2008/22-E/C.12/2007/3)，第 436 段。

<sup>1307</sup> 例如见，世界卫生组织，“我们的地球、我们的健康、我们的未来：人类健康与里约各公约：生物多样性、气候变化和荒漠化”，讨论文件，2012 年，第 2 页，其中确认生物多样性所发挥的“人类健康的基础”的作用。可查阅 [www.who.int/globalchange/publications/reports/health\\_rioconventions.pdf](http://www.who.int/globalchange/publications/reports/health_rioconventions.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1308</sup> 见《第一附加议定书》，第五十五条，第一款：“在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段”。

<sup>1309</sup> 《世界卫生组织组织法》指出，“健康不仅为疾病或羸弱之消除，而系体格，精神与社会之完全健康状态”。《组织法》于 1946 年 6 月 19 日至 7 月 22 日在纽约举行的国际卫生会议上获得通过，并于 1977 年、1984 年、1994 年和 2005 年进行了修订，综合案文见 [www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1310</sup> 《斯德哥尔摩宣言》，原则 1。另见《难民署环境准则》(上文脚注 1057)，第 5 页：“环境状况……将对生活在附近的人们的福利和福祉产生直接影响”。

<sup>1311</sup> 预防危险活动的跨界损害条款草案第 2 条草案评注第(1)-(7)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97-98 页，见第 152-153 段。

超过‘可察觉’，但不必达到‘严重’或‘显著’的程度。<sup>1313</sup> 这种损害必须是会对环境造成真实的有害影响。同时，“确定‘重大损害’既涉及事实考虑，也涉及客观标准，还涉及价值确定”，取决于具体情况。<sup>1314</sup> 在第 2 段的背景下，可能有损被占领土居民健康和福祉的损害将构成“重大损害”。因此，第 2 段中的两个短语不应理解为两个累积性的阈值。

(8) 第 2 段采用了“被占领土居民”这种一般性措辞。这一措辞与《第一附加议定书》第五十五条第一款相一致，该款提及“居民”，但没有限定形容词“平民”。根据红十字国际委员会的评注，这种措辞“有助于强调，对环境造成的损害可能会持续很长时间，并毫无差别地影响到全体居民”。<sup>1315</sup> 同样，健康和福祉影响着今世后代。<sup>1316</sup>

(9) 原则草案 20 第 3 段规定，占领方应尊重被占领土关于环境保护的法律和制度，并仅可在武装冲突法规定的限制内予以改动。<sup>1317</sup> “法律和制度”一语意在同时涵盖被占领国的国际义务。<sup>1318</sup> 该段以《海牙章程》第四十三条最后一句“除非万不得已，应尊重当地现行的法律”以及《日内瓦第四公约》第六十四条<sup>1319</sup> 为基础。这些规定体现了所谓的自然保护主义原则，强调占领的临时性和维持原状的必要性。

<sup>1312</sup> 关于危险活动所致跨界损害的损失分配原则 2 评注第(1)-(3)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66-67 页，见第 64-65 段。

<sup>1313</sup> 预防危险活动的跨界损害条款草案第 2 条草案评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97-98 页，见第 152 段(取消强调)。

<sup>1314</sup> 关于危险活动所致跨界损害的损失分配原则草案原则 2 评注第(3)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66-67 页，见第 65 段。与此相似，在《国际水道非航行使用法公约》(1997 年 5 月 21 日，纽约)，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 49 号》(A/51/49)，第三卷，第 51/229 号决议，附件)中，“重大损害”也被定义为“根据客观证据确定的对使用的实际损害。要将损害定性为重大损害，这种损害必须不具琐细性质，但也不必达到实质性的水平；这将视具体情况而定”。见“无重大损害规则”，用户指南概况介绍，第 5 号。可查阅 [www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-5-No-Significant-Harm-Rule.pdf](http://www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-5-No-Significant-Harm-Rule.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1315</sup> 红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注(1987 年)，第五十五条第一款，第 663 页，第 2134 段。另见 Payne, “Defining the environment: environmental integrity” (上文脚注 1180)，第 58 页：“使用‘居民’一词时没有附加通常的限定词‘平民’，因为无论是否是战斗人员，所有居民的未来生存和健康都可能面临危险”，而且“就短期和长期生存而言，居民可能是现在的居民，也可能是未来的居民”。

<sup>1316</sup> 见《健康 2020，健康和福祉——共同目标，分担责任》(2012 年，世界卫生组织欧洲区域办事处)，第 1 页。

<sup>1317</sup> 在国家层面，一百多个国家的宪法承认环境权利。但是，在如何看待各自的权利和义务方面仍有极大差异。见 P. Sands, 《国际环境法原则》(上文脚注 1172)，第 816 页。相关宪法清单可查阅：地球正义，《2008 年环境权利报告》，<http://earthjustice.org/sites/default/files/library/reports/2008-environmental-rights-report.pdf>, Appendix (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1318</sup> 大量国家批准了主要的多边环境协定。见 <https://research.un.org/en/docs/environment/treaties>。

<sup>1319</sup> 《日内瓦第四公约》第六十四条内容如下：

“占领地之刑事法规应继续有效，但遇该项法规构成对占领国安全之威胁或对本公约实行之障碍时，占领国得予以废除或停止。在后者之考虑及保证有效的司法之需要之限制下，占领地之法庭对于上述法规涉及之一切罪行，应继续执行职务。

但占领国得使占领地居民服从该国为执行其在本公约下所负之义务，维持该地有秩序之统治，与保证占领国、占领军、与行政机关之人员及财产，以及其所使用之设置与交通线之安

(10) 虽然这两个条款措辞严格，但被解释为使占领国有权在对维护公共秩序和公民生活必要之时制定法律，并且有权修改违反既定人权标准的法律。<sup>1320</sup> 红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》第四十七条的评注指出，对制度的某些修改“可以想象，是必要的，甚至是一种改善”，并解释说，所涉案文旨在“保护人类，而不是保护国家自身的政治制度和政府机构”。<sup>1321</sup> 此外，“公民生活”和“有秩序之统治”显然是不断演变的概念，与“福祉和发展”或“神圣之信托”的概念类似，国际法院在纳米比亚案咨询意见中将后两个概念称为“顾名思义是不断演变的”。<sup>1322</sup> 占领持续的时间越长，就越明显需要采取积极主动的行动，并使占领国能履行占领法规定的义务，包括满足被占领土居民的利益。<sup>1323</sup> 与此同时，占领国不应取代主权立法机构发挥的作用。

(11) 第 3 段考虑到，武装冲突可能对被占领国的环境造成重大压力，并可能造成体制崩溃，这是许多武装冲突的一个共同特点，<sup>1324</sup> 该段还承认，占领方可能必须采取积极主动的措施，处理迫切环境问题。占领持续时间越长，需要占领国

---

全所必要之规定。”红十字国际委员会的评注指出，虽然提到了刑法，但占领当局有义务尊重被占领土的全部法律，见红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》第六十四条的评注(1958年)，第 335 页；另见“Sassòli, *Legislation and maintenance of public order ...*” (上文脚注 1286)，第 669 页；同样见 Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (上文脚注 1277)，第 111 页；Benvenisti, *The International Law of Occupation* (上文脚注 1277)，第 101 页；Kolb and Vit , *Le droit de l'occupation militaire ...* (上文脚注 1270)，第 192-194 页。

<sup>1320</sup> Sassòli, “Legislation and maintenance of public order...” (见上文脚注 1286)，第 663 页。另见联合国王国国防部，《武装冲突法手册》(上文脚注 1222)，第 284 页，第 11.25 段承认由于武装冲突的紧急情况、维持秩序或人民的福利，可能需要新的立法。同样，见 McDougal and Feliciano, *Law and Minimum World Public Order ...* (上文脚注 1290)，第 757 页。

<sup>1321</sup> 红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》的评注(1958年)，第四十七条，第 274 页。

<sup>1322</sup> 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页起，见第 31 页，第 53 段。同样见爱琴海大陆架案，判决，《1978 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 32 页，第 77 段；其中法院指出，某些通用术语的含义“旨在遵循法律的演变，与特定时期所施行法律赋予该表述的含义相符”。另见世贸组织，美国—禁止进口某些虾类和虾制品案，WT/DSS58/AB/R(上诉机构报告)，1998 年 11 月 6 日通过，《争端解决报告》，第七卷(1998 年)，第 2755 页，第 129 段，其中认为，必须根据有关环境保护和养护的当代关切来对“可耗尽自然资源”进行解释。可查阅 <https://docs.wto.org>；常设仲裁法院，莱茵铁路仲裁裁决(上文脚注 1300)，第 79-81 段。另见委员会关于“嗣后协定和嗣后惯例”的工作，结论草案 3(“能够随时间演变的条约用语的解释”)评注，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 39 段，第 24-30 页。

<sup>1323</sup> E.H. Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1942), 第 49 页，作者指出，在占领持续数年的情况下，有必要修改税法，并指出“完全无视这些现实很可能对国家福祉造成影响，并最终影响第 43 条含义所指的‘公共秩序和安全’”。与此相似，见 McDougal and Feliciano, *Law and Minimum World Public Order ...* (上文脚注 1290)，第 746 页。另见红十字国际委员会，“占领和以其他形式管理外国领土”(上文脚注 1279)，第 58 页，其中强调了占领国为履行其根据《日内瓦第四公约》所承担的义务或改善被占领土境内公民生活而制定法律的能力。但是，Sassòli, “Legislation and maintenance of public order...” (见上文脚注 1286)，第 676 页，认为占领国应“仅实行根据其人权义务规定绝对必要的那些改变”。

<sup>1324</sup> See Jensen and Lonergan, “Natural resources and post-conflict assessment, remediation, restoration and reconstruction: lessons and emerging issues” (footnote 1065 above), p. 415. See also K. Conca and J. Wallace, “Environment and peacebuilding in war-torn societies: lessons from the UN Environment Programme’s experience with post-conflict assessment” in *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding* (footnote 1065 above), pp. 63–84.

为保护环境所采取的措施可能也就越多样。此外，由于此类积极主动行动的目标有限，在长期占领的情况下，让当地居民参与决策进程是一种适当的做法。<sup>1325</sup>

(12) 虽然可能因此需要对被占领土关于环境的法律和制度进行某些积极主动的干预，但是占领国不可对被占领土的根本制度实施永久性改变，并应以一定的考虑因素为指导：对被占领土的公共秩序、公民生活和福祉的关切。<sup>1326</sup> 第三段中“在武装冲突法规定的限制内”一语还参考了《日内瓦第四公约》第六十四条。该条指出，在对以下方面必要时，可修改当地法律：(a) 使占领国得以履行在公约下所负之义务；(b) 维持该地有秩序之统治；(c) 维持该地有秩序之统治。<sup>1327</sup>

## 原则 21

### 自然资源的可持续利用

在占领方为了被占领土居民的利益和出于武装冲突法规定的其他合法目的而获准管理和利用被占领土内自然资源的情形下，其管理和利用方式应确保这些自然资源的可持续利用，并将对环境的损害减少至最低限度。

## 评注

(1) 原则草案 21 旨在规定占领方在可持续利用自然资源方面的义务。正如该句第一部分所指出的那样，原则草案适用于“在占领方……获准管理和利用被占领土内自然资源的情形”。该短语参考了武装冲突法和其他国际法对利用被占领土财富和自然资源规定的各种限制。

(2) 该条款以《海牙章程》第五十五条为基础，该条认为占领国对其占领地内属于敌国的公共不动产“只是被视为管理者和收益的享用者”。<sup>1328</sup> 这种表述传统上被解释为禁止“以浪费或疏忽方式破坏资本价值，无论是过度砍伐还是采矿或其他滥用性开发”。<sup>1329</sup> 一个相似的限制源于占领作为对领土的临时管理的性

<sup>1325</sup> 见《里约宣言》，原则 10：“环境问题最好是在全体有关市民的参与下，在有关级别上加以处理。在国家一级，每一个人都应能适当地获得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。应让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”。另见人权与环境框架原则(A/HRC/37/59，附件)，原则 9：“各国应允许和便利公众参与环境相关决策，并在决策进程中考虑公众的意见”。又见《奥胡斯公约》。

<sup>1326</sup> Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (上文脚注 1323)，第 89 页。另见 Ferraro, “The law of occupation and human rights law ...” (上文脚注 1291)，第 273-293 页；同样见，以色列最高法院：H.C.351/80，耶路撒冷地区电力公司诉(a) 能源和基础设施部长，(b) 朱迪亚-撒马利亚区指挥官 35 (23)，Piskei Din 673，部分转载于《以色列人权年鉴》(1981 年)，第 354-358 页。

<sup>1327</sup> 《日内瓦第四公约》第六十四条。

<sup>1328</sup> 见《海牙章程》第五十五条：“占领国对其占领地内属于敌国的公共建筑、不动产、森林和农庄，只是被视为管理者和收益的享用者。占领国必须维护这些产业并按照享用收益的规章加以管理”。

<sup>1329</sup> J. Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law* (London, Stevens and Sons Limited, 1954), p. 714. 另见 G. von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1957), 第 177 页，作者强调，占领方“不得在超过正常使用范围的情况下利用不动产，而且木材不能比占领前砍伐得更多”；L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II, *War and Neutrality*, 2nd ed. (London, Longmans, Green and Co., 1912), 第 175



质，不允许占领国将被占领国家或领土的资源用于其国内目的。<sup>1330</sup> 此外，只有在支付占领费用所需的范围内，才允许利用财产，并且“这些不应超过该国经济可以合理预期的承受能力”。<sup>1331</sup>

(3) 原则草案第二句明确提到，占领国对被占领土自然资源的管理和使用只能是“为了被占领土居民的利益和出于武装冲突法规定的其他合法目的”。<sup>1332</sup> “被占领土居民”的提法在这里应理解为《日内瓦第四公约》第四条的含义，该条将受保护之人定义为“在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人”。<sup>1333</sup>

(4) 保护自然资源和某些其他环境组成部分的另一项限制规定是，普遍禁止破坏或扣押被占领土内的公共或私人动产或不动产，除非这种破坏或扣押是军事行动所绝对必要的(或扣押公共动产是军事行动所必要的)。<sup>1334</sup> 禁止掠夺自然资源的规定也适用于占领局势。<sup>1335</sup> 《日内瓦第四公约》第一四七条(另见第五十三条)还将“无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收”定义为严重破坏公约行为，《国际刑事法院罗马规约》将这种行为定义为“掠夺”战争罪。<sup>1336</sup>

(5) 对自然资源的永久主权这一原则也影响到对第《海牙章程》第五十五条的解释。根据《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》所载的这一原则，所有人民得为他们自己的目的自由处置他们的天然财富和资源，而不损害根据基于互利原则的国际经济合作和国际法而产生的任何义务。在任何情况下不得剥夺一个人民自己的生存手段。<sup>1337</sup> 国际法院确认了该原则的

---

页指出，占领方“不得以浪费或疏忽方式行使其权利，这会降低存量和植物的价值”，并且“除非战争需要所迫，不得砍伐整个森林”。

<sup>1330</sup> 新加坡，上诉法院，N.V. de Bataafsche Petroleum 和他人诉战争损害赔偿委员会，1956年4月13日，《报告：1956年新加坡法律报告》，第65页；转载于《国际法报告》，第23卷(1960年)，第810-849页，见第822页(新加坡石油储备案)；Krupp 等人案，1948年6月30日的判决，《纽伦堡军事法庭对主要战争罪犯的审判》，第九卷，第1340页。

<sup>1331</sup> 美利坚合众国和其他人诉 Goering 等人案，1946年10月1日的判决，《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》，第一卷(1947年，纽伦堡)，第239页。

<sup>1332</sup> 正如国际法学会总结的那样，“占领国只能在当前领土管理和满足人们基本需要所需的范围内处置被占领土的资源”。国际法学会，《年鉴》，第70卷，第二部分，布鲁日会议(2003年)，第285页起；可查阅 [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org), Declarations, 第288页。

<sup>1333</sup> 《日内瓦第四公约》，第四条。另见红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》的评注(1958年)，第四条，第45页，其中指出，有两大类平民，“在战争时期，保护他们免受敌人任意行动的伤害至关重要——一类是居住在交战国领土上的敌国国民，另一类是被占领土上的居民”。

<sup>1334</sup> 《海牙章程》第二十三条第(七)项和第五十三条以及《日内瓦第四公约》第五十三条。

<sup>1335</sup> 见上文原则草案18及其评注。

<sup>1336</sup> 《罗马规约》，第八条第(二)款第1项(4)目和第2项(13)目。

<sup>1337</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第一条第2款；和《经济、社会及文化权利国际公约》第一条第二款；另见联大1962年12月14日第1803(XVII)号、1974年5月1日第3201(S.VI)号(建立新的国际经济秩序宣言)和1974年12月12日第3281(XXIX)号决议(各国经济权利和义务宪章)。



习惯法性质。<sup>1338</sup> 同样，在开发被占领土内自然资源方面，特别是在领土不属于任何已经建立的国家的国家的情况下，可援引自决原则。<sup>1339</sup>

(6) 虽然用益权历来被认为适用于包括不可再生资源在内各种自然资源的开发，<sup>1340</sup> 但上述各种限制限制了占领方开采被占领土自然资源的权利。这些限制也反映在“获准”一词的使用上。

(7) 原则 21 草案最后一句述及占领方获准管理和使用被占领土自然资源的情况。它规定了一种义务，即管理和利用方式应确保这些资源的可持续利用，并将对环境的损害减少至最低限度。这一要求以《海牙章程》第五十五条规定的占领国保护公共不动产资本的义务为依据，长期以来，这一规定一直被解释为在保护被占领土的自然资源方面承担某些义务。鉴于开发和保护自然资源的国际法律框架的发展，环境因素和可持续性应被视为保护资本义务的组成部分。在这方面，可以参考加布奇科沃一大毛罗斯案的判决，在该判决中，国际法院在解释一项早于某些最近的环境法规范的条约时，承认“该条约不是静态的，并可能适应新出现的国际法规范”。<sup>1341</sup> 一个仲裁法庭进一步指出，即使在解释国际环境法制定之前缔结的条约时，也必须考虑到该法的原则。<sup>1342</sup>

(8) 在这方面，可持续利用自然资源的概念可被视为等同于现代的“用益权”概念，其本质上是“良好的家务管理”标准，根据这一标准，在开采相关资源时，占领方“不得超过必要或通常的水平”。<sup>1343</sup> 这意味着，占领国在开采不可再生资源方面应谨慎行事，不应超过占领前的生产水平，开采可再生资源时应确保其长期利用和资源的再生能力。

<sup>1338</sup> 刚果境内的武装活动(见上文脚注 1241)，第 251 页，第 244 段。

<sup>1339</sup> 国际法院在对在隔离墙案咨询意见中指出，修建隔离墙以及占领国采取的其他措施“严重妨碍巴勒斯坦人民行使自决权”。修建隔离墙的法律后果(见上文脚注 1274)，第 184 页，第 122 段。国际法院在关于纳米比亚案咨询意见(见上文脚注 1322)第 31 页第 52-53 段、西撒哈拉咨询意见(《1975 年国际法院案例汇编》，第 12 页起，见第 32-33 页，第 56-59 段)和东帝汶案中提及自决权，法院在东帝汶案中确认了这项原则的普遍适用性，见东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995 年国际法院案例汇编》，第 90 页，见第 102 页，第 29 段。

<sup>1340</sup> Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (see footnote 1323 above), p. 55. See also Oppenheim, *International Law ...* (footnote 1329 above), p. 175, and Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory ...* (footnote 1329 above), p. 177. 同样见，联合国国防军，《武装冲突法手册》(上文脚注 1222)，第 303 页，第 11.86 段。

<sup>1341</sup> 加布奇科沃一大毛罗斯案(见上文脚注 1292)，第 67-68 页，第 112 段。另见第 78 页第 140 段，在该案中，法院判决，在适用条约时，只要有必要，“必须考虑到这些新规范，并给予新标准适当的重视”。此外，见常设仲裁法院，莱茵铁路仲裁裁决(上文脚注 1300)，其中法院将习惯国际环境法概念适用于十九世纪中叶的条约。

<sup>1342</sup> 印度河基申甘加工程(见上文脚注 1300)，第 452 段，其中法院指出，“已经确定，即使在……解释国际环境法制定之前缔结的条约时……也必须考虑到该法的原则……因此，本法院有责任结合现在生效的保护环境的习惯国际原则解释和适用这项 1960 年的条约”。此外，国际法协会建议，应根据可持续发展原则解释条约和习惯国际法规则，除非这样做会与条约的某项明确规定冲突，或者在其他方面不适当：“可能看起来破坏……可持续发展目标的解释应仅在作出其他解释会损害全球法律秩序的基本方面、违背某项公约的确切措词或违反强行法规则的情况下才会优先”。见国际法协会，可持续发展问题国际法委员会，第 7(2012)号决议，附件(《索非亚指导声明》)，第 2 段。

<sup>1343</sup> 《军事法手册第三部分陆战法》(大不列颠，陆军部，1958 年)，第 610 节。同样见，联合国国防军，《武装冲突法手册》(上文脚注 1222)，第 303 页，第 11.86 段。

(9) 对环境的损害减少至最低限度的概念源自本原则草案的宗旨。原则草案 2 特别指出，本原则草案旨在通过将武装冲突期间对环境损害减少至最低限度的预防措施以及通过补救措施，加强与武装冲突有关的环境保护。虽然确保可持续利用自然资源的义务从长期来看最为相关，但自然资源的利用和对环境的损害减少至最低限度的必要性在短期和更长期的占领中都是相关的。

## 原则 22 应尽职责

占领方应履行应尽职责，确保被占领土内的活动不对被占领土以外地区的环境造成重大损害。

### 评注

(1) 原则 22 草案载有一项既定原则，即每个国家都有义务不对其他国家的环境或国家管辖范围以外的地区造成重大损害。国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案中提及这一原则，并确认了其习惯法性质，指出，各国有一般义务确保在其管辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家以及本国控制范围以外地区的环境，这种义务构成“有关环境的国际法的一部分”。<sup>1344</sup>

(2) 不对其他国家的环境造成重大损害的义务已在跨界问题方面有了既定地位，并与海域、国际水道、跨界含水层等共享自然资源特别相关。《国际水道非航行使用法公约》、《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》以及《联合国海洋法公约》明确载列这项义务。<sup>1345</sup> 许多区域条约就对河流或湖泊造成的损害规定了相应的预防、合作、通知或赔偿义务。<sup>1346</sup> 这一原则也在国际和区域判例中得到确认和澄清。<sup>1347</sup>

<sup>1344</sup> 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(见上文脚注 1162)，第 241-242 页，第 29 段。《斯德哥尔摩宣言》原则二十一和《里约宣言》原则 2 也载有该原则：见《斯德哥尔摩宣言》原则二十一：“依照联合国宪章和国际法原则，各国……同时亦负有责任，确保在它管辖或控制范围内的活动，不致对其他国家的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害”。另见 Sands,《国际环境法原则》(上文脚注 1172)，第 206 页，以及 U. Beyerlin, “Different types of norms in international environmental law: policies, principles and rules”, in D. Bodansky, J. Brunnée and E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), pp. 425–448, p. 439.

<sup>1345</sup> 《国际水道非航行使用法公约》(1978 年 5 月 21 日，纽约)，案文可查阅 <https://treaties.un.org> (交存秘书长的多边条约状况，第二十七章)，第 7 条；《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》(1992 年 3 月 17 日，赫尔辛基)，联合国，《条约汇编》，第 1936 卷，第 33207 号，第 269 页，第 2 条；《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 397 页，第一九四条第 2 款。

<sup>1346</sup> 例如，见《保护莱茵河公约》(1999 年)、《关于共有赞比西河系环境友好型管理的行动计划协定》(1987 年)以及《湄公河流域可持续发展合作协定》(1995 年)，均可查阅 [www.ecolex.org](http://www.ecolex.org)；经修订的《大湖水水质协定》(2012 年，美国、加拿大)，可查阅 <https://ijc.org>。

<sup>1347</sup> 国际法院澄清环境义务的数个案件与利用和保护湿地、河流等水资源有关；如修建道路案(尼加拉瓜在边界地区开展的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和哥斯达黎加沿圣胡安河修建道路(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)，判决，《2015 年国际法院案例汇编》，第 665 页)；纸浆厂案(乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页)以及加布奇科沃一大毛罗斯案(见上文脚注 1292)。另见印度河基申甘加工程仲裁(见上文脚注 1300)，第 449-450 段。各种区域判例可查阅 [www.ecolex.org](http://www.ecolex.org)。

(3) 此外，委员会已将这一原则列入关于预防危险活动所致跨界损害的条款草案。<sup>1348</sup> 根据该条款草案的评注，尽职义务作为保护环境不受损害的标准基础，可以追溯到一些国际公约。<sup>1349</sup>

(4) 关于这一原则在具体占领情况下的适用性，可参考国际法院在纳米比亚案中的咨询意见，其中，法院强调南非在就被占领土行使权力时对其他国家承担国际义务和责任，指出，“对某一领土的实际控制，而不是主权或所有权的合法性，是对影响到其他国家的行动承担国家责任的基础”。<sup>1350</sup> 此外，法院在关于乌拉圭纸浆厂案<sup>1351</sup> 以及在某些活动案和修建道路案合并案件<sup>1352</sup> 的判决中，提到各国有一般义务确保在其管辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家或本国管辖范围以外地区的环境。

(5) 委员会关于预防危险活动所致跨界损害的条款草案指出，该义务适用于在一国领土内或在其管辖或控制下进行的活动。<sup>1353</sup> 应当回顾，委员会一直使用这一表述，不仅指一国领土，而且指在国家控制下的其他领土上进行的活动。正如条款草案 1 评注的解释，“这包括一国即使没有法律上的管辖权，却行使事实上的管辖权的各种情况，例如非法干涉、占领和非法吞并”。<sup>1354</sup>

(6) 习惯国际环境法的“不损害”或应尽职责原则仅适用于高于某一临界值的损害，通常表示为“重大损害”，<sup>1355</sup> 这是一项行为义务，要求在占领局势中，占领方采取一切按照合理预期应采取的措施。<sup>1356</sup> 重大损害的概念与上文原则草案 20 的评注中提到的概念相同。<sup>1357</sup>

(7) 原则草案 22 的措辞与既定先例的不同之处是，它提及“被占领土以外地区的环境”。这一表述背后的考虑涉及被占领土仅占一国的部分领土而不是全部领土的情形。有人关切地指出，“另一国的环境或国家管辖范围以外的地区”一词可能被解释为不包括被占领国其他地区的领土。因此委员会决定指明，该条款的领土范围应涵盖“被占领土范围以外地区”。此外，关于要求占领方确保被占领土内的活动不造成重大跨界损害的表述，被“应尽职责”一词取代。然而，有人认为，国际文书中常用的用语更为可取。

<sup>1348</sup> 关于预防危险活动所致跨界损害的条款，第 3 条，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97-98 段，见第 146 页：“起源国应采取一切适当措施，以预防重大的跨界损害或随时尽量减少这种危险”。

<sup>1349</sup> 第 3 条评注第(8)段，同上，第 154 页。

<sup>1350</sup> 纳米比亚案，咨询意见(见上文脚注 1322)，第 54 页，第 118 段。

<sup>1351</sup> 纸浆厂案(见上文脚注 1347)，第 55-56 页，第 101 段。

<sup>1352</sup> 见上文脚注 1347。

<sup>1353</sup> 关于预防危险活动所致跨界损害的条款，第 2 条(用语)评注第(10)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97-98 段，见第 153 页。

<sup>1354</sup> 第 1 条评注第(12)段，同上，第 151 页。

<sup>1355</sup> 例如见 K. Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2004), 第 68 页，其中指出，在环境损害的情况下，通常使用“重大”损害标准。同样见，T. Koivurova, “Due diligence”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 第 241 页，第 23 段。可查阅 [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)。

<sup>1356</sup> 国际法协会国际法应尽职责问题研究小组第二次报告，2016 年 7 月，第 8 页。

<sup>1357</sup> 见上文原则草案 20 评注关于原则草案 20 第 2 段的第(5)段。

## 第五部分 武装冲突后适用的原则

### 原则 23 和平进程

1. 武装冲突各方应当作为和平进程的一部分，处理与遭冲突损害的环境的恢复和保护有关的问题，包括酌情在和平协议中处理此事。
2. 有关国际组织应当酌情在这方面发挥协助作用。

#### 评注

(1) 原则草案 23 旨在表明，在和平进程的背景下，环境因素比以前更受重视，包括通过在和平协议中就涉及环境的问题作出规定。还可以参考非国际性武装冲突对环境的严重影响，这种影响已使得越来越多的国家将保护和恢复环境的措施纳入过渡期司法进程。<sup>1358</sup>

(2) 在原则草案中列入“和平进程”一词，意在扩大其范围，以涵盖整个和平进程以及所缔结的任何正式和平协议。<sup>1359</sup> 现代武装冲突有各种结果，不一定采取正式协议的形式。例如，在武装冲突结束时，可以达成停火协议、停战协议或无法达成协议情况下事实上的和平局面。和平进程也可能在武装冲突实际结束之前开始。因此，缔结和平协议只是一个方面，即使缔结，也可能是在停止敌对行动几年之后。为此，并为了避免任何时间上的空白，使用了“作为和平进程的一部分”一语。和平进程的结果往往涉及不同步骤和通过不同文书。

(3) 第 1 段使用“武装冲突各方”一语来表示该段既涵盖国际性武装冲突，也涵盖非国际性武装冲突。这符合一般理解，即这套原则草案适用于国际性和非国际性的武装冲突。

<sup>1358</sup> “过渡期司法……包含与一个社会为抚平过去的大规模虐害行为所遗留的伤痛，确保究问责任、声张正义、实现和解而进行的努力的所有相关进程和机制。这些进程和机制可以包括国际社会参与程度各有不同(或根本不参与)的司法和非司法机制、起诉个人、补偿、真相调查、制度改革、审查和革职办法，或其中任何一些的组合”。秘书长关于“冲突中和冲突后社会的法治和过渡期司法”的报告(S/2004/616)，第 8 段；许多受冲突后危机影响的国家采用了过渡期司法机制，以加强环境保护和恢复，有些国家得到了联合国环境规划署的援助：例如见联合国环境规划署，“阿富汗环境状况报告：研讨会报告”(2019 年)；联合国环境规划署，《南苏丹：2018 年第一份环境状况和展望报告》(2018 年，内罗毕)；A. Salazar *et al.*, “The ecology of peace: preparing Colombia for new political and planetary climates”, *Frontiers in Ecology and the Environment* (September 2018), available at [www.researchgate.net/publication/327605932\\_The\\_ecology\\_of\\_peace\\_preparing\\_Colombia\\_for\\_new\\_political\\_and\\_planetary\\_climates/download](http://www.researchgate.net/publication/327605932_The_ecology_of_peace_preparing_Colombia_for_new_political_and_planetary_climates/download) (accessed on 8 July 2019)；联合国环境规划署，“处理自然资源在冲突和建设和平中的作用”(2015 年，内罗毕)；联合国环境规划署，《卢旺达：从冲突后到环境可持续发展》(上文脚注 1060)；联合国环境规划署，“塞拉利昂：环境、冲突与建设和平评估”(2010 年，日内瓦)；柬埔寨环境部，“柬埔寨环境展望”(2009 年)；塞拉利昂，《改革议程》(2008 年)；联合国环境规划署，《2008 年 12 月至 2009 年 1 月敌对行动升级后加沙地带的环境评估》(2009 年，内罗毕)。

<sup>1359</sup> 联合国和平协议数据库是一个“参考工具，为建立和平专业人员提供近 800 份可广泛理解为和平协定和相关材料的文件”，其中包含各种文件，如“正式和平协议和子协议，以及更加非正式的协议和文件，例如声明、公报、非正式会谈产生的联合公开声明、各方会议的商定报告、换文和一些国际或区域会议的主要成果文件……该数据库还包含构成各方之间协议和/或和平谈判结果的部分立法、法律和法令”。还包括安全理事会的部分决议。该数据库可查阅 <http://peacemaker.un.org/document-search>。



(4) “应当”一词用于反映这项规定的规范理想，同时也认识到它并不对应于任何现有的法律义务。

(5) 本项原则草案采用了一般性措辞，以便顾及武装冲突后可能存在的各种情况。武装冲突后的环境状况可能因许多因素而有很大差异。<sup>1360</sup> 在一些情况下，环境可能遭受严重损害，这种损害立即显现，可能需要紧急处理；而在另一些情况下，环境受到的损害可能不那么严重，不需要紧急恢复。<sup>1361</sup> 有些环境损害可能在武装冲突结束后几个月甚至几年才会变得明显。

(6) 本项原则草案旨在涵盖所有正式的和平协议，以及在和平进程的任何时间缔结或通过的其他文书或协议，无论是在两个或两个以上国家之间、国家和非国家武装团体之间、还是在两个或两个以上的非国家武装团体之间缔结的文书或协议。这些协议和文书可以采取不同的形式，如正式和平协议的子协议、非正式协议、声明、公报、非正式会谈产生的联合公开声明、各方会议的商定报告、以及构成各方之间协议和/或和平谈判结果的相关立法、法律和法令。<sup>1362</sup>

(7) 一些现代和平协议包含环境条款。<sup>1363</sup> 例如，和平进程期间所缔结的文书或和平协议中涉及的环境问题类型包括：关于各方就环境问题进行合作的义务或鼓

<sup>1360</sup> 例如，冲突的强度和持续时间以及使用的武器都可能影响到某一特定武装冲突会造成多大的环境损害。

<sup>1361</sup> 在武装冲突中造成环境损害的著名例子包括美国武装部队在越南战争中使用橙剂造成的损害以及伊拉克军队在海湾战争中烧毁科威特油田的事件，这些都有详细记录。其他武装冲突，如哥伦比亚、刚果民主共和国、伊拉克和叙利亚的冲突也记录了对环境造成的不同程度的损害。见联合国环境规划署驻哥伦比亚办事处，可查阅 [www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post](http://www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post) (2019年7月8日访问)；联合国环境规划署，“刚果民主共和国冲突后环境评估”，可查阅 [https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP\\_DRC\\_PCEA\\_EN.pdf](https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_DRC_PCEA_EN.pdf) (2019年7月8日访问)；联合国环境规划署，“伊拉克冲突后环境评估、清理和重建”，可查阅 [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP\\_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (2019年7月8日访问)；“叙利亚冲突下的黎巴嫩环境评估”(由开发署和欧盟提供支持)，可查阅 [www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf](http://www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf) (2019年7月8日访问)。另见国际法和政策研究所，“武装冲突中的自然环境保护：一项实证研究”(奥斯陆，2014年)，第34-40页。

<sup>1362</sup> See C. Bell, “Women and peace processes, negotiations, and agreements: operational opportunities and challenges”, Norwegian Peacebuilding Resource Centre, Policy Brief, March 2013, available at <http://noref.no> under “Publications”, p. 1.

<sup>1363</sup> 这些文书主要是在非国际性武装冲突中、在国家和非国家行为体之间订立的，其中包括：哥伦比亚国家政府与哥伦比亚革命武装力量—人民军《关于结束武装冲突和建立稳定持久和平的最后协定》(2016年11月24日，波哥大)，可查阅 <http://www.altocomisionadoparalopez.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (西班牙文本)和 <http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20170620-dejacion-armas/acuerdos/acuerdo-final-ingles.pdf> (英文本) (2019年8月5日访问)；乌干达共和国政府与上帝抵抗军/运动签署的《全面解决办法协定》(2007年5月2日，朱巴)，可查阅 [https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG\\_070502\\_AgreementComprehensiveSolutions.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_070502_AgreementComprehensiveSolutions.pdf) (2019年8月5日访问)，第14.6款；《达尔富尔和平协定》(2006年5月5日，阿布贾)，可查阅 <http://peacemaker.un.org/node/535> (2019年8月5日访问)，第2章，第21页，第17条，第107(g)和(h)款以及第30页，第20条；《刚果人政治谈判最后文件》(2003年4月2日，太阳城)，可查阅 <http://peacemaker.un.org/drc-suncity-agreement2003> (2019年8月5日访问)，DIC/CEF/03号决议第40-41页和第DIC/CHSC/03号决议第62-65页；苏丹共和国政府与苏丹人民解放运动/苏丹人民解放军签署的《全面和平协定》(2002年7月20日，马查科斯)，可查阅 <http://peacemaker.un.org/node/1369> (2019年8月5日访问)，第五章，第71页和第三章，第45页，其中规定的指导原则是：“应遵循可持续利用和管理自然资源方面的最著名做



励；以及详细列明由哪个当局负责环境相关问题的条款，这些问题包括防止环境犯罪和执行关于自然资源和公共资源共享的国家法律法规。<sup>1364</sup> 本项原则草案的目的在于鼓励各方考虑在协议中纳入这些规定。

(8) 第 2 段旨在鼓励有关国际组织在促进和平进程中时考虑到环境因素。该段的措辞是为了足够广泛，以涵盖联合国安全理事会根据《宪章》第七章通过的决议所涉及的情况，以及有关国际组织在有关国家或武装冲突各方同意下发挥协助作用的情况。

(9) 第 2 段提到“有关国际组织”，表明并非所有组织都适合处理这一特定问题。本项原则草案中的有关组织包括被公认为在过去各种武装冲突的和平进程中发挥了重要作用的组织，特别是联合国及其机构，以及非洲联盟、欧洲联盟、东南亚国家联盟和美洲国家组织。<sup>1365</sup> 本项原则草案还包括“酌情”一词，以反映一个事实，即国际组织以此为目的的参与并非总是各方所要求或希望的。

## 原则 24

### 共享与准许获取信息

1. 为便利武装冲突后采取补救措施，各国和有关国际组织应按照其国际法义务，共享并准许获取相关信息。
2. 本项原则草案中并无任何内容要求一国或国际组织必须共享或准许获取对其国防或安全至关重要的信息。但国家或国际组织应善意合作，根据具体情况提供尽可能多的信息。

法”（第 1.10 段）——有关石油资源的进一步规定见第 3.1.1 段和第 4 段；《阿鲁沙布隆迪和平与和解协定》（2000 年 8 月 28 日，阿鲁沙），可查阅 <http://peacemaker.un.org/node/1207>（2019 年 8 月 5 日访问），第三议定书，第 62 页，第 12 条第 3(e)款和第四议定书，第 81 页，第 8(h)条；《塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线和平协定》（1999 年 7 月 7 日，洛美），可查阅 <https://peacemaker.un.org/sierraleone-lome-agreement99>（2019 年 8 月 5 日访问），S/1999/777，附件，第七条；《科索沃和平与自治临时协定》（《朗布依埃协定》），（1999 年 3 月 18 日，巴黎），S/1999/648，附件；《萨尔瓦多政府和法拉本多·马蒂民族解放阵线之间的和平协定》（《查普尔特佩克协定》）（1992 年 1 月 16 日，墨西哥城），A/46/864，附件，第二章。

<sup>1364</sup> 《查普尔特佩克协定》，第二章。进一步的规定见《和平协定》附件二所载的第 13 条；其中规定，国家民警局环境司应“负责防止和打击破坏环境的犯罪和过失行为”。《阿鲁沙布隆迪和平与和解协定》，第三议定书，第 62 页，第 12 条第 3(e)款和第 81 页，第 8(h)条，有几处提到保护环境，其中一条规定情报部门的任务之一是“尽早发现任何威胁国家生态环境的因素”。此外，该协定指出，“分配或划拨新土地的政策应考虑到需要通过保护森林来保护环境和管理国家水系”。

<sup>1365</sup> 联合国在许多武装冲突，特别是安哥拉、刚果民主共和国、利比亚和莫桑比克的武装冲突中担任调解人。区域组织也在全世界的和平进程中发挥了促进作用。例如，非洲联盟参与了和平进程的各个方面，尤其是在科摩罗、科特迪瓦、几内亚比绍、利比里亚和索马里。见 Chatham House, Africa Programme, “The African Union’s role in promoting peace, security and stability: from reaction to prevention?”, 会议纪要，可查阅 [www.chathamhouse.org](http://www.chathamhouse.org), 第 3 页。美洲国家组织参与了多民族玻利维亚国和哥伦比亚等国的和平进程。见 P.J. Meyer, “Organization of American States: background and issues for Congress” (Congressional Research Service, 2014), 可查阅 [www.fas.org](http://www.fas.org), 第 8 页。另见非洲联盟和人道主义对话中心, *Managing Peace Processes: Towards more inclusive processes*, vol. 3 (2013), p. 106. 欧洲联盟除其他外参与了中东和北爱尔兰武装冲突的和平进程。另见瑞士联邦外交事务部, “Mediation and facilitation in today’s peace processes: centrality of commitment, coordination and context”, Thomas Greminger, 的发言, 法语国家国际组织务虚会, 2007 年 2 月 15 至 17 日, 可查阅 [www.swisspeace.ch](http://www.swisspeace.ch) 的 “Publications” 部分。

## 评注

(1) 原则草案 24 一般性地提到“各国”，因为这一用语比“武装冲突各方”更加广泛。非武装冲突方的国家可能会作为第三国受到影响，并可能掌握有助于采取补救措施的相关信息，将这些信息提供给其他国家或国际组织可能十分有益。尽管其他原则草案涉及非国家行为体，而且本套原则草案涵盖国际性和非国际性武装冲突，但这一义务适用于各国。

(2) 虽然各国通常是最相关的对象，但本项原则草案还提到国际组织，并以“有关”一词来限定。“国防”一词只适用于国家。对于一些国际组织而言，保密要求也可能影响到它们本着善意共享或准许获取的信息的范围。<sup>1366</sup>

(3) 原则草案 24 包括两段。第 1 段提及各国和国际组织依照国际法可能有义务共享并准许获取信息，以期便利武装冲突后采取补救措施。第 2 段提及这种获取可能须考虑到的安全因素。

(4) “按照其国际法义务”这一表述反映出各条约载有与武装冲突有关的环境保护方面的义务，这些义务可有助于在武装冲突后采取补救措施，<sup>1367</sup> 如记录地雷的位置。上文列出了为在武装冲突中保护环境而准许获取和/或共享信息的义务。与此有关的还有《特定常规武器公约第二号议定书》中涉及“记录和利用关于雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置的资料”的第 9 条第 2 款和《特定常规武器公约第五号议定书》中涉及“资料的记录、保存和提供”的第 4 条第 2 款。

(5) 此外，这一表述还反映出，相关条约中包含的准许获取和/或共享信息的义务通常伴有与可拒绝披露信息的理由有关的例外或限制。这些理由除其他外涉及“国防和公共安全”，或者披露会使与此类信息有关的环境受损害的风险增加的情况。<sup>1368</sup>

(6) “共享”一词是指各国和国际组织在相互关系中和作为合作手段提供的信息，“准许获取”则主要是指准许个人获取这些信息，因此更多地是一种单边关系。

(7) 在全球和区域层面的许多国际法渊源中，都可找到关于共享和准许获取环境相关信息的义务。

(8) 在《世界人权宣言》<sup>1369</sup> 第十九条和《公民权利和政治权利国际公约》<sup>1370</sup> 第十九条中可以找到现代国际人权法中获取信息权利的来源。关于《公民权利和

<sup>1366</sup> 例如参见难民署，《保护难民署关注对象个人资料的政策》(2015 年)，可查阅 [www.refworld.org/pdfid/55643c1d4.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/55643c1d4.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1367</sup> 《第一附加议定书》第三十三条；《日内瓦第一公约》第十六条；《日内瓦第二公约》第十九和第四十二条；《日内瓦第三公约》第二十三条；《日内瓦第四公约》第一百三十七条。

<sup>1368</sup> 见《奥胡斯公约》第四条第 4 款(b)项；《保护东北大西洋海洋环境公约》(1992 年 9 月 22 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 2354 卷，第 42279 号，第 67 页，第 9 条第 3 款(g)项。另见《拉丁美洲和加勒比地区关于在环境事务方面获取信息、公众参与和诉诸司法的区域协定》(《埃斯卡苏协定》)，第 5 条第 6 (b)款。

<sup>1369</sup> 联大 1948 年 12 月 10 日第 217 (III) A 号决议。

<sup>1370</sup> 1966 年 12 月 16 日，纽约，联合国，《条约汇编》，第 993 卷，第 14531 号，第 3 页。

政治权利国际公约》第十九条的第 34 号一般性意见规定，第十九条第 2 款应当被解读为包括获取公共机构掌握的信息的权利。<sup>1371</sup>

(9) 在《欧洲人权公约》范围内也形成了获取环境信息的权利，Guerra 等人诉意大利案<sup>1372</sup> 就是例证，欧洲人权法院在该案中裁定，申请人有权根据《公约》第 8 条(家庭生活权和隐私权)获取环境信息。也可以参考欧洲联盟关于公众获取环境信息的指令以及欧洲法院 2011 年的相关判决。<sup>1373</sup> 除隐私权外，获取环境信息的权利还以表达自由权为基础(例如美洲人权法院审理的 Claude-Reyes 等人诉智利案)。<sup>1374</sup>

(10) 1992 年《里约宣言》的原则 10 也规定，个人应能适当获取信息，包括关于危险材料的信息。最近通过的关于和平和包容性社会的可持续发展目标 16 要求各国根据国家立法和国际协定，确保公众获得关于环境信息，保障基本自由。<sup>1375</sup>

(11) 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(《奥胡斯公约》)第二条将“环境信息”界定为与各种环境要素的状况、正在影响或可能影响环境要素的各种因素和可能受以上要素影响的人类健康和安全状况有关的任何信息。<sup>1376</sup> 《奥胡斯公约》第四条规定，缔约国必须“在国家立法范围内为公众提供这种[环境]信息”。此种权利必然要求国家担负收集此类环境信息的义务，以便一旦收到请求，即为公众提供这种信息。此外，2018 年 3 月 4 日通过的《拉丁美洲和加勒比关于在环境问题上获得信息、公众参与和诉诸法律的区域协定》(《埃斯卡苏协定》)包含类似条款。

(12) 《联合国气候变化框架公约》第六条提及信息的获取，指出各缔约方应：“在国家一级并酌情在次区域和区域一级，根据国家法律和规定，并在各自的能力范围内，促进和便利：……公众获取有关气候变化及其影响的信息”。<sup>1377</sup> 此外，《生物安全公约卡塔赫纳议定书》规定，缔约方应促进和便利获取有关改性活生物体的信息。<sup>1378</sup> 《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》<sup>1379</sup> 和《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》<sup>1380</sup> 均载有关于获取信息的条款。同样，2013 年《关于汞

<sup>1371</sup> 人权事务委员会关于第十九条(见解自由和言论自由)的第 34 号一般性意见(2011 年)，《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 40 号》，第一卷(A/66/40 (Vol. I)，附件五，第 18 段。

<sup>1372</sup> Guerra 等人诉意大利案，1998 年 2 月 19 日，《判决和决定汇编》1998 年第一辑。

<sup>1373</sup> 欧洲议会和欧洲委员会关于公众获取环境信息的第 2003/4/EC 号指令；通信办公室诉信息专员案，C-71/10 号案件，2011 年 7 月 28 日的判决。

<sup>1374</sup> Claude-Reyes 等人诉智利案，美洲人权法院，2006 年 9 月 19 日的判决(实质问题、赔偿和费用)，C 辑，第 151 (2006)号。

<sup>1375</sup> 联大 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议。

<sup>1376</sup> 《奥胡斯公约》，第二条。

<sup>1377</sup> 《联合国气候变化框架公约》(1992 年 5 月 9 日，纽约)，同上，第 1771 卷，第 30882 号，第 107 页。

<sup>1378</sup> 《生物多样性公约卡塔赫纳生物安全议定书》，第 23 条。

<sup>1379</sup> 《关于在国际贸易中对某些危险化学品和农药采用事先知情同意程序的鹿特丹公约》，第 15 条。

<sup>1380</sup> 《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》，第 10 条。

的水俣公约》<sup>1381</sup> 第十八条规定，各缔约方应“推动和促进”获取这类信息。最近缔结的《巴黎协定》也在许多条款中提及获取信息，例如该协定第四条第八款作为通报国家自主贡献的国家责任的一部分而提及，第十二条中则有关于气候变化教育和公众获取信息的更一般性的规定。<sup>1382</sup>

(13) 根据《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》，各缔约方应“充分、公开和及时提供”荒漠化信息。<sup>1383</sup> 同样，2010年《巴厘准则》规定，应当确保“提出请求后应可廉价、有效、及时地获得由公共主管部门掌握的环境信息”。<sup>1384</sup>

(14) 在人道主义排雷和战争遗留物的特定制度内，一些文书载有关于提供环境信息的要求。例如，根据《集束弹药公约》，关于延长完成清理和销毁遗留集束弹药最后期限的请求必须列出这种延期在环境和人道主义方面的任何可能影响。<sup>1385</sup> 同样，在销毁集束弹药方面，还必须说明“所有销毁场址的位置以及应遵守的适用安全标准和环境标准”。<sup>1386</sup> 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》载有类似的义务。<sup>1387</sup> 还可以参考《国际地雷行动标准》第 10.70 条，除其他外，该条规定，国家排雷行动当局应当“向方案内的其他排雷组织发布有关重大环境事件的信息”。<sup>1388</sup>

(15) 关于国际组织的做法，2009年《联合国外地特派团环境政策》规定，维持和平特派团应指派 1 名环境干事，“提供与特派团行动有关的环境信息，并采取行动，促进对环境问题的认识”。<sup>1389</sup> 该政策还包括一项关于传播和研究环境信息的要求，其前提是获取实际上可以传播、因而不是保密资料的信息。

(16) 此外，红十字国际委员会《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》载有关于保护组织的一项规定，<sup>1390</sup> 其中可包括“为防止或修复环境损害”而收集环境数据的环境组织。<sup>1391</sup>

<sup>1381</sup> 案文可查阅 <https://treaties.un.org> (交存秘书长的多边条约状况，第二十七章，17 号)。

<sup>1382</sup> 《2015 年 11 月 30 日至 12 月 13 日在巴黎举行的〈联合国气候变化框架公约〉，缔约方会议第二十一届会议报告增编：缔约方会议通过的决定》(FCCC/CP/2015/10/Add.1)，第 1/CP.21 号决定，附件。

<sup>1383</sup> 《联合国关于在发生严重干旱和/或荒漠化的国家特别是在非洲防治荒漠化的公约》(1994 年 10 月 14 日在巴黎开放供签署)，联合国，《条约汇编》，第 1954 卷，第 33480 号，第 3 页，第 16 条，另见第 19 条。

<sup>1384</sup> 联合国环境规划署，联合国环境规划署理事会在 2010 年 2 月 26 日 SS.XI/5 号决定 A 部分通过的《关于为在环境问题上获得信息、公众参与和诉诸法律而制定国家立法的准则》。可查阅 [www.unep.org](http://www.unep.org) 的“资源”部分。

<sup>1385</sup> 第四条第六款第(八)项。

<sup>1386</sup> 第七条(透明度措施)，第一款第(五)项。

<sup>1387</sup> 第五条。

<sup>1388</sup> 《国际地雷行动标准》第 10.70 条，2007 年 10 月 1 日，《安全和职业健康：保护环境》，第 12.1 (a)段。可查阅 [www.mineactionstandards.org](http://www.mineactionstandards.org)。

<sup>1389</sup> 联合国维持和平行动部和外勤支助部，《联合国外地特派团环境政策》，2009 年，第 23.5 段。

<sup>1390</sup> 见红十字国际委员会《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指南准则》(上文脚注 973)，准则 19，其中提及《日内瓦第四公约》第六十三条第二款和《第一附加议定书》第六十一至第六十七条。



(17) 关于武装冲突后环境评估，值得回顾的是，环境署关于将环境纳入冲突后评估的准则提到了公众参与和获取信息的重要性，因为在冲突后环境中，“自然资源的配置和管理是以特定、分散或非正规方式进行的”。<sup>1392</sup>

(18) 《国际水道非航行使用法公约》体现了在这方面共享信息和进行合作的义务。<sup>1393</sup> 此外，《生物多样性公约》第十四条包含一项关于交流信息的规定，要求每一缔约国应尽可能并酌情“就其管辖或控制范围内对其他国家或国家管辖范围以外地区生物多样性可能产生严重不利影响的活动促进通报、信息交流和磋商，其办法是为此鼓励酌情订立双边、区域或多边安排”。<sup>1394</sup> 另外，该《公约》第十七条呼吁缔约方便利有关生物多样性保护和持久使用的信息的交流。

(19) 委员会以前与本项原则草案这一方面有关的工作包括国家继承涉及的自然人国籍问题条款(1999年)<sup>1395</sup>、预防危险活动的跨界损害条款(2001年)<sup>1396</sup>、危险活动所致跨界损害的损失分配原则(2006年)<sup>1397</sup>和跨界含水层法条款(2008年)<sup>1398</sup>。

(20) 第2段在原则草案24中具有类似的目的。第1段规定的义务的例外涉及对一国的国防或一国或国际组织的安全至关重要的信息。这种例外并不是绝对的。第2段第二句规定，国家和国际组织应善意合作，根据具体情况提供尽可能多的信息。第2段基于《国际水道非航行使用法公约》中的规定。该公约第31条规定，水道国没有义务提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料，同时注意到善意合作的义务仍然适用。预防危险活动的跨界损害条款<sup>1399</sup>和跨界含水层法条款<sup>1400</sup>也有类似的例外。

(21) 原则草案24与合作义务以及关于武装冲突后的环境评估和补救措施的原则草案25密切相关。

<sup>1391</sup> 应当指出的是，准则19提及根据有关各方之间的特别协定或其中一方的许可。

<sup>1392</sup> 联合国环境规划署，指导说明，《将环境纳入冲突后需求评估》(2009年，日内瓦)，可查阅[http://postconflict.unep.ch/publications/environment\\_toolkit.pdf](http://postconflict.unep.ch/publications/environment_toolkit.pdf) (2019年7月8日访问) (A/CN.4/700第144段和脚注237曾提及)。

<sup>1393</sup> 《国际水道非航行使用法公约》，第9、第11、第12、第14-16、第19、第30、第31条和第33条第7款。

<sup>1394</sup> 第十四条第1款(c)项。

<sup>1395</sup> 联大2000年12月12日第55/153号决议，附件，第18条，条款草案及其评注载录于《1999年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47-48段。

<sup>1396</sup> 第8、第12-14和17条。

<sup>1397</sup> 联大2006年12月4日第61/36号决议，附件，原则5。原则草案及其评注载录于《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第66-67段。

<sup>1398</sup> 联大2008年12月11日第63/124号决议，附件，第8、13、15、17和19条。委员会通过的条款草案及其评注载录于《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第53-54段。

<sup>1399</sup> 第14条。

<sup>1400</sup> 第19条。



## 原则 25

### 武装冲突后的环境评估与补救措施

鼓励包括国际组织在内的有关行为体在武装冲突后的环境评估与补救措施方面开展合作。

#### 评注

(1) 原则草案 25 的目的是鼓励有关行为体进行合作，以确保在冲突后局势中进行环境评估和采取补救措施。本项原则草案与原则草案 8 密切相关。

(2) “有关行为体”一词包括国家行为体和非国家行为体。不仅是国家，包括国际组织和非国家行为体在内的各种广泛的行为体均可在环境评估和补救措施方面发挥作用。“鼓励”一词具有督促性，并被认为是这一领域缺乏实践的承认。

(3) “环境评估”一词不同于“环境影响评估”，通常是事先采取的预防措施。<sup>1401</sup> 这种影响评估在制定和通过计划、方案、政策和立法方面发挥着重要作用。其中可涉及在计划或方案中评价可能的环境影响，包括健康影响。<sup>1402</sup>

(4) 在这种情况下，冲突后环境评估已成为将环境考虑纳入冲突后阶段发展计划的工具。此类评估通常旨在确定对健康、生计和安全造成的重大环境风险，并就如何解决这些风险向国家当局提供建议。<sup>1403</sup> 冲突后环境评估旨在满足各种需求和政策进程，这些进程根据需要，在范围、目标和方法上各不相同。<sup>1404</sup> 这种在一国要求下进行的冲突后环境评估可采取以下形式：(a) 需求评估；<sup>1405</sup> (b) 定量风险评估；<sup>1406</sup> (c) 战略评估；<sup>1407</sup> 或(d) 综合评估。<sup>1408</sup> 例如，卢旺达的综合评估涉及科学专家的评价和评估，涵盖范围界定、案头研究、实地工作、环境抽样、地理信息系统建模、分析和报告以及全国协商等一系列活动。“冲突通常

<sup>1401</sup> 例如见《越境环境影响评估公约》(1991 年 2 月 25 日，埃斯波)，联合国，《条约汇编》，第 1989 卷，第 34028 号，第 309 页。

<sup>1402</sup> 《越境环境影响评估公约战略环境评估议定书》，可查阅 [www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1403</sup> 危机后环境评估，可查阅 [www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/preparedness-and-response/post-crisis-environmental](http://www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/preparedness-and-response/post-crisis-environmental) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1404</sup> D. Jensen, “Evaluating the impact of UNEP’s post conflict environmental assessments”, *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Jensen and S. Lonergan (eds.). Available at [https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem\\_000\\_Doc\\_061.pdf](https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem_000_Doc_061.pdf) (accessed on 8 July 2019), p. 18.

<sup>1405</sup> 需求评估和案头研究可在冲突期间或冲突后进行，并以收集已有的关于环境趋势和自然资源管理、国际和国家挑战的二手资料为基础。然后在进行有限的实地验证访问情况下，将这些资料汇编成案头研究报告，尝试确定环境需求并排定其优先顺序。同上，第 18-19 页。

<sup>1406</sup> 定量风险评估包括实地访问、实验室分析和卫星图像，侧重于冲突中的轰炸以及破坏建筑物、工业用地和公共基础设施的行为对环境造成的直接影响。同上，第 19-20 页。

<sup>1407</sup> 战略评估对当地居民生存和应对策略的间接影响以及治理和能力崩溃造成的体制问题进行评价。这往往需要更长时间。同上，第 20 页。

<sup>1408</sup> 综合评估力求提供关于每个自然资源部门和环境趋势、治理挑战和能力需求的详细情况。根据与利益攸关方进行的全国磋商，综合评估试图确定优先事项和所需短期、中期和长期干预措施的费用。同上，第 20 页。

会对环境产生直接或间接影响，影响到人类健康和生计以及生态系统服务”，<sup>1409</sup> 这一点很容易得到承认。

(5) 鼓励进行这种评估，是因为如果不注意武装冲突对环境的影响，很可能导致“进一步的人口流离失所和社会经济不稳定”，从而“影响冲突后地区的恢复和重建和”并“造成恶性循环”。<sup>1410</sup>

(6) 为了使案文与其他各项原则草案特别是原则草案 2 相一致，在本原则中使用了“补救”一词，尽管“恢复”在实践中用得更多。评估完成后，所面临的挑战是确保制定环境恢复计划，以加强国家和地方环境部门，恢复生态系统，减少风险并确保在有关国家的发展计划中可持续地利用资源。<sup>1411</sup> “补救措施”一词的范围比“恢复”更有限。

## 原则 26 救济和援助

当与武装冲突有关的环境损害的来源不明或赔偿无法获得时，鼓励各国采取适当措施，以使该损害不会持续得不到修复或补偿，并可考虑设立特别补偿基金或其他形式的救济或援助。

### 评注

(1) 原则草案 26 的目的是鼓励各国采取适当措施，修复和补偿武装冲突期间造成的环境损害。更具体而言，它涉及在环境损害来源不明或赔偿无法获得的情况下的救济和援助。这种情况可能由不同的原因引起。环境损害的特殊特征可能会让确立责任的过程变得复杂：损害可能是由一连串事件而不是单一行为造成的，并持续多年，从而难以确定与具体行为的因果关系。<sup>1412</sup> 当代冲突涉及多个国家

<sup>1409</sup> DAC Network on Environment and Development Cooperation (ENVIRONET), “Strategic environment assessment and post-conflict development SEA toolkit” (2010), p. 4, available at [http://content-ext.undp.org/aplaws\\_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf](http://content-ext.undp.org/aplaws_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf) (accessed on 8 July 2019).

<sup>1410</sup> *Ibid.*

<sup>1411</sup> 联合国环境规划署，“灾害和冲突方案”，第 3 页。可查阅 [www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP\\_conflict\\_and\\_disaster\\_brochure.pdf](http://www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP_conflict_and_disaster_brochure.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1412</sup> “首先，污染源与损害地点之间的距离可能有几十英里甚至数百英里，即使在能够确认污染活动的地方，也会产生对因果关系的怀疑”；“第二，一种污染物的有害影响可能要等到行为发生后数年或几十年后才能感受到”；“第三，某些类型的损害只在污染持续一段时间后才发生”；“第四，由于物理环境中的重要变化，同样的污染物不总是产生相同的有害影响”。A.C. Kiss and D. Shelton, *Guide to International Environmental Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2007), pp. 20–21. See also P.-M. Dupuy, “L’État et la réparation des dommages catastrophiques”, in F. Francioni and T. Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm* (Boston, Graham and Trotman, 1991), 第 125–147 页，见第 141 页，对生态损害的内在特征描写如下：“au-delà de ses incidences immédiates et souvent spectaculaires, il pourra aussi être diffus, parfois différé, cumulatif, indirect” [除了其往往引起注意的直接后果之外，它还可能具有普遍性，有时会延迟、累积并且是间接的]。See also C.R. Payne, “Developments in the law of environmental reparations. A case study of the UN Compensation Commission”, in C. Stahn, J. Iverson, and J.S. Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace* (footnote 1180 above), pp. 329–366, p. 353. 关于环境损害的定义，见 Sands, 《国际环境法原则》(上文脚注 1172)，第 741–748 页。

和非国家行为体的现象可能会使责任分配更加复杂。<sup>1413</sup> 武装冲突中的环境损害还可能由合法活动造成，<sup>1414</sup> 或许没有办法确定责任和要求赔偿。<sup>1415</sup>

(2) 此外，常见的是，国家和国际组织使用惠给金来弥补战时造成的伤害和损害，但不承认责任，并可能拒绝进一步的赔偿责任。这类付款的用途不同，并可用于合法行为造成的损害和伤害。<sup>1416</sup> 在大多数情况下，赔偿的对象是受伤或死亡的平民，或受损害的平民财产，但也可能涉及对环境的补救。受害者援助是一个较广泛和较新的概念，不仅用于武装冲突方面，也在其他情况下用于应对武装活动等对个人或社区造成的损害。<sup>1417</sup>

(3) 2006 年吉耶发电厂遭轰炸后对黎巴嫩的援助是在无法建立或履行国家责任情况下进行环境补救的实例。在以色列武装部队袭击黎巴嫩沿海的吉耶发电厂之后，约 15,000 吨石油流入地中海。<sup>1418</sup> 应黎巴嫩政府的援助请求，地中海区域海

<sup>1413</sup> 见红十字国际委员会，为第三十二届红十字会与红新月会国际大会(2015 年)编写的“国际人道法与当代武装冲突的挑战”，《国际红十字评论》，第 97(2015)卷，第 1427-1502 页，见第 1431-1432 页。

<sup>1414</sup> 可以说，冲突中的大多数环境损害都属于这种情况，因为武装冲突法中的具体禁令“不处理敌对行动停止后正常行动对环境造成的损害，包括由在脆弱的沙漠表面使用履带车辆，处置固体、有毒和医疗废物，大量消耗稀缺水资源，以及未完全回收弹药造成的损害”，C.R. Payne, “The norm of environmental integrity in post-conflict legal regimes”, in C. Stahn, J.S. Easterday and J. Iverson (eds.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundation* (Oxford, Oxford University Press, 2014), 第 502-518 页，见第 511 页。见上文原则草案 14 及其评注第 (8) 段。

<sup>1415</sup> 关于战时赔偿的历史，见 P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre* (Brussels, Bruylant, 2002)。另见红十字国际委员会关于《第一附加议定书》第九十一条的评注 (1987 年)，第 3651 段：“在缔结一项和平条约时，缔约方原则上可以在其认为适当的情况下，处理与一般战争损害有关的问题，以及与发动战争的责任有关的问题”。联合国赔偿委员会的经验在战时环境损害赔偿方面具有开创性意义。(见上文脚注 1091)。处理战时环境损害或有可能这样做的其他相关国际实例包括：2000 年设立的厄立特里亚—埃塞俄比亚索偿委员会(见埃塞俄比亚联邦民主共和国政府与厄立特里亚国政府关于停止敌对行动的协定(2000 年 6 月 18 日，阿尔及尔)，联合国，《条约汇编》，第 2138 卷，第 37273 号，第 85 页，以及埃塞俄比亚联邦民主共和国政府与厄立特里亚国政府关于重新安置流离失所者以及在两国重建和建设和平的协定(2000 年 12 月 12 日，阿尔及尔)，同上，第 37274 号，第 93 页)；2004 年国际法院关于在巴勒斯坦被占领土上修建隔离墙的法律后果，(上文脚注 1274)，第 189 页第 131 段和第 192 页第 136 段。另见刚果境内的武装活动(见上文脚注 1241)，第 257 页，第 259 段。

<sup>1416</sup> 阿姆斯特丹大学和保护冲突中平民组织，“国际和国内实践中对平民伤害的货币偿付”(2015 年)。另见美国政府问责局，“军事行动。国防部在伊拉克和阿富汗使用赔偿物和抚恤金的情况”，报告，2007 年 5 月；W.M. Reisman, “Compensating collateral damage in elective international conflict”, *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 8 (2013), pp. 1–18.

<sup>1417</sup> 例如见，Handicap International, “Victim Assistance in the context of mines and explosive remnants of war”, Handicap International (July 2014). Available at [https://handicap-international.ch/files/documents/files/assistance-victimes-mines-reg\\_anglais.pdf](https://handicap-international.ch/files/documents/files/assistance-victimes-mines-reg_anglais.pdf) (accessed on 8 July 2019)。另见 International Human Rights Clinic, Harvard Law School, “Environmental remediation under the treaty on the prohibition of nuclear weapons” (April 2018). Available at <http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2018/04/Environmental-Remediation-short-5-17-18-final.pdf> (accessed on 8 July 2019)。另见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，联大 2005 年 12 月 16 日第 60/147 号决议，附件。原则 9 指出，“受害人的身份不取决于实施违法行为的人是否已被确认、逮捕、起诉或定罪”。

<sup>1418</sup> 联合国环境规划署，《黎巴嫩冲突后环境评估》(2007 年)，第 42-45 页。可查阅 [https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP\\_Lebanon.pdf](https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_Lebanon.pdf) (2019 年 7 月 8 日访问)。另见人道主义事务

洋污染应急中心在清理方面提供了远程和现场技术援助。提供援助的依据是《巴塞罗那公约》的议定书之一——2002年《地中海防止船舶污染并在紧急情况下治理污染合作议定书》。<sup>1419</sup> 与美国在越南战争中使用橘色剂(一种含有二恶英的除草剂)有关的补偿是就武装冲突对环境和健康的影响支付惠给金的一个实例。<sup>1420</sup>

(4) “赔偿”一词在本项原则草案中被用作一个一般概念，涵盖对国际不法行为的不同形式的赔偿。<sup>1421</sup> 然而，其背景是赔偿无法提供的情况，包括没有不法行为的情况。同样，“得不到修复”一词指缺乏任何修复措施，而“得不到……补偿”则具体指缺乏货币补偿。这些术语界定了鼓励各国采取适当救济和援助措施的具体情况。这些措施可能包括设立赔偿基金。<sup>1422</sup> 术语“救济”和“援助”也应理解为包括本原则草案中使用的和所指的“补救措施”，涵盖任何为恢复环境而可能采取的补救性质的措施。<sup>1423</sup>

(5) 原则草案 26 与关于“武装冲突后的环境评估与补救措施”的原则草案 25 以及关于“共享与准许获取信息”的原则草案 24 密切相关。这三项原则草案都涉及武装冲突对环境造成损害的情况，它们都一般性地指向“国家”，而不是冲突各方。然而，与原则草案 24 和 25 不同，本项原则草案具体侧重国家提供的救济和援助，没有明确提及国际组织。但理解是，各国可通过国际组织提供这种救济和援助。

(6) 原则草案 26 被列入第五部分，这部分载有武装冲突后适用的原则草案。虽然委员会承认，鉴于环境损害会日积月累，其恢复也随着时间的推移变得更具挑战性，最好是在武装冲突期间就采取措施解决已经存在的环境损害，但本项原则草案被视为主要与武装冲突后局势相关。

---

协调厅，“对黎巴嫩危机的环境应急措施”。可查阅 [www.unocha.org/sites/dms/Documents/Report\\_on\\_response\\_to\\_the\\_Lebanon\\_Crisis.pdf](http://www.unocha.org/sites/dms/Documents/Report_on_response_to_the_Lebanon_Crisis.pdf) (2019年7月8日访问)。

<sup>1419</sup> 《地中海防止船舶污染并在紧急情况下治理污染合作议定书》(2002年1月25日，瓦莱塔)，联合国，《条约汇编》，第2942卷，附件A，第16908号，第87页。

<sup>1420</sup> 见美国，国会研究事务处，“美国对越南的橙色剂/二恶英援助”(2019年2月21日更新)。可查阅 <https://fas.org/sgp/crs/row/R44268.pdf> (2019年7月8日访问)。

<sup>1421</sup> 关于国家责任的条款第34条及其评注，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第76-77段，第95-96页。

<sup>1422</sup> 原则草案 26 以国际法学会 1997 年《关于国际法下环境损害的责任和赔偿责任》的决议中关于“集体赔偿”的第 12 条为范本，该条内容如下：“如果环境损害的来源不明或责任实体或其他后备来源无法提供补偿，环境制度应确保损害不会持续得不到补偿，并可考虑特别补偿基金或其他集体赔偿机制的干预，或在必要时设立这种机制”。国际法学会，关于“国际法规定的对环境损害的责任和赔偿责任”的决议，《年鉴》，第 67 卷，第二部分，斯特拉斯堡会议(1997 年)，第 486 页，第 499 页。

<sup>1423</sup> 见上文原则草案 2 评注第(3)段。另见上文原则草案 25 评注第(6)段。另见 S. Hanamoto, “Mitigation and remediation of environmental damage”, in Y. Aguila and J. Vinuales (eds.), *A Global Pact for the Environment – Legal Foundations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2019), 第 79 页：“减缓和补救环境损害的目的在于‘避免、减少，并在可能的情况下补救重大不利影响’(第 5(3)(b)条，关于评估某些公共和私人环境项目对环境影响的 2011/92/EU 号指令)。更确切地说，‘减缓是使用做法、程序或技术尽可能最小化或预防与拟议活动相关的影响’，而‘补救包括在影响发生后采取的举措，以尽可能地促进环境恢复原状’(南极条约协商会议，《南极环境影响评估修正准则》，3.5，2016 年)”。



## 原则 27

### 战争遗留物

1. 武装冲突后，冲突各方应争取移除其管辖或控制下正在造成或可能造成环境破坏的有毒和危险的战争遗留物或使之无害。在采取此种措施时应遵守适用的国际法规则。
2. 冲突各方还应努力相互达成并酌情与其他国家和国际组织达成关于技术与物资援助的协议，包括在适当情况下开展联合行动，以移除此种有毒和危险的战争遗留物或使之无害。
3. 第 1 和第 2 段不妨碍任何关于清除、移除、销毁或维护雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置的国际法权利或义务。

### 评注

(1) 原则草案 27 旨在加强冲突后局势中的环境保护。它力图确保在武装冲突后移除正在造成或可能造成环境损害的有毒和危险的战争遗留物或使之无害。本项原则草案涵盖了陆地上有毒和危险的战争遗留物以及在海上放置或倾倒的这类遗留物——只要它们在前武装冲突一方的管辖或控制范围之内。所采取的措施应遵守适用的国际法规则。

(2) 第 1 段采用了一般性用语。战争遗留物的形式各异。它们不仅包括战争遗留爆炸物，还包括其他危险物质和物体。有些战争遗留物对环境根本没有危险，或者在冲突结束后如留在原处，可能危险较小。<sup>1424</sup> 换言之，移除战争遗留物在某些情况下可能比将它们留在原地造成更大的环境风险。正因为如此，原则草案中包含“或使之无害”的字样，以说明在某些情况下，什么也不做或采取移除以外的措施，可能才是适当的。

(3) “争取”的义务是行为义务，与“正在造成或可能造成环境损害的有毒和危险的战争遗留物”有关。在提及对人类或环境构成危险的战争遗留物时，经常使用“有毒”和“危险”两个术语，它们在这里的使用被认为是适当的。<sup>1425</sup> “危险”一词的含义比“有毒”一词宽泛一点，因为所有对人类或环境构成威胁的战争遗留物都可能被认为是危险的，但并非都是有毒的。“有毒的战争遗留物”一词在国际法中没有定义，但一直被用来指“军事活动产生的对人类和生态系统构成危险的任何有毒或放射性物质”。<sup>1426</sup>

<sup>1424</sup> 例如，在海上倾倒的化学武器通常就是这种情况。见 T.A. Mensah, “Environmental damages under the Law of the Sea Convention”, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, J.E. Austin and C.E. Bruch (eds.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), pp. 226-249. 化学弹药搜索和评估项目是波罗的海国家之间的一个合作项目的实例，该项目由欧洲联盟提供部分资助。关于该项目的信息，见 [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/en/projects/finland/chemsea-tackles-problem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea](http://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/finland/chemsea-tackles-problem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea) (2019 年 7 月 8 日访问)。另见波罗的海海洋环境保护委员会(赫尔辛基委员会)网站 [www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions](http://www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1425</sup> 更多信息见红十字国际委员会，“加强对武装冲突受害者的法律保护”，为 2011 年第三十一届红十字与红新月国际大会编写的报告，第 31IC/11/5.1.13 号，第 18 页。

<sup>1426</sup> 见 M. Ghalaieny, “Toxic harm: humanitarian and environmental concerns from military-origin contamination”, discussion paper (Toxic Remnants of War project, 2013), p. 2。另见



(4) “管辖或控制”的提法意在涵盖法律上和事实上控制的地区，甚至超出领土关系所确定的范围。“管辖”一词除一国的领土外，还涵盖根据国际法国家有权在域外行使其权限和权力的活动。<sup>1427</sup>“控制”意在涵盖一个国家(或武装冲突一方)行使事实上的控制权的情况，尽管它可能缺乏法律上的管辖权。<sup>1428</sup>因此该词“是指有效控制一国管辖范围以外活动的事实能力”。<sup>1429</sup>

(5) 本项原则草案旨在适用于国际性和非国际性武装冲突。为此，第 1 段述及“冲突各方”。在关于战争遗留物的各种武装冲突法条约中，都使用了“冲突方”一语。<sup>1430</sup>在本项原则草案中使用该词被认为是适当的，因为可以预见，有些情况下，在一个国家没有完全控制权的地区，可能存在有毒或危险的战争遗留物。例如，非国家行为体可能控制存在有毒和危险的战争遗留物的地区。

(6) 第 2 段应结合第 1 段解读。其目的是鼓励各方之间的合作和技术援助，使第 1 段所述的战争遗留物无害。应当指出的是，第 2 段并不打算在合作方面对各方规定任何新的国际法义务。但可以预见的是，可能会出现发生武装冲突而一方无法确保使有毒和危险的战争遗留物无害的情况。因此认为，鼓励各方在这方面进行合作十分重要。

(7) 第 3 段载有一项不妨碍条款，其目的是确保在以现有条约或习惯国际法义务为准方面没有不确定性。有各种关于战争遗留物的武装冲突条约法，因此不同国家对战争遗留物有不同的义务。<sup>1431</sup>

(8) “清除、移除、销毁或维护”等词，以及所列出的特定战争遗留物，即“雷场、雷区、地雷、诱杀装置、爆炸性弹药和其他装置”，是经特别选定的，并源于现有的武装冲突法条约，以确保该段以目前存在的武装冲突法为基础。<sup>1432</sup>

---

[www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/](http://www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/) (accessed on 8 July 2019)。关于有毒的战争遗留物的更多信息，另见日内瓦学院，《武器法百科全书》，可查阅 [www.weaponslaw.org](http://www.weaponslaw.org) 的“词汇表”项，其中援引了红十字国际委员会“加强对武装冲突受难者的法律保护”，第 18 页。见奥地利、哥斯达黎加、爱尔兰和南非在联大第一委员会第六十八届会议上所作的发言，可查阅节纸门户网站 <http://papersmart.unmeetings.org>。

<sup>1427</sup> 见预防危险活动的跨界损害条款第 1 条评注第(9)段。《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 97-98 段，见第 151 页。另见联大 2007 年 12 月 6 日第 62/68 号决议，附件。

<sup>1428</sup> 第 1 条评注第(12)段，同上。

<sup>1429</sup> A/CN.4/692，第 33 段。关于“控制”的概念，见纳米比亚案，咨询意见(上文脚注 1322)，第 54 页，第 118 段，其中指出：“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”。

<sup>1430</sup> 例如见《特定常规武器公约第二号议定书》，以及《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》所附的《战争遗留爆炸物议定书》(第五号议定书)(下称《特定常规武器公约第五号议定书》)(1996 年 5 月 3 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 2399 卷，第 22495 号，第 100 页。

<sup>1431</sup> 例如见《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》；《特定常规武器公约第五号议定书》；《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(1997 年 9 月 18 日，奥斯陆)，联合国，《条约汇编》，第 2056 卷，第 35597 号，第 211 页；《集束弹药公约》(2008 年 5 月 30 日，都柏林)，同上，第 2688 卷，第 47713 号，第 39 页；《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(1992 年 9 月 3 日，日内瓦)，同上，第 1974 卷，第 33757 号，第 45 页。

(9) 应当指出的是，本项原则草案的目的不是直接处理责任或受害人赔偿问题。这是因为清除、移除、销毁或维护战争遗留物的责任在现有的武装冲突法中已有规定，至少在某些条约指明谁应当采取行动的意义是如此。<sup>1433</sup> 本项原则草案不妨碍责任分配和赔偿问题。

## 原则 28 海上战争遗留物

各国和有关国际组织应当开展合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。

### 评注

(1) 与范围更广、更一般性地涉及战争遗留问题的原则草案 27 不同，原则草案 28 涉及海上战争遗留物的具体情况，包括对海洋环境的长期影响。原则草案 28 具有附加价值，因为原则草案 27 只涵盖前武装冲突一方管辖或控制下的战争遗留物，这意味着它的范围不够宽，无法涵盖所有海上战争遗留物。本项原则草案明确鼓励开展国际合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。<sup>1434</sup>

(2) 由于海洋法的多面性，特定国家可以拥有主权、管辖权，同时拥有主权和管辖权，或既无主权也无管辖权，具体取决于遗留物所在地点。<sup>1435</sup> 因此，海上战争遗留物构成重大法律挑战这一点并不令人惊讶。<sup>1436</sup> 例如，武装冲突各方可能已不复存在，沿海国可能没有资源确保海上战争遗留物不对环境构成危险；或沿

<sup>1432</sup> 见《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》、《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》和《集束弹药公约》的措词。

<sup>1433</sup> 例如见《特定常规武器公约经修正后的第二号议定书》第 3 条第 2 款，“按照本议定书的规定，每一缔约方或冲突当事方对其布设的所有地雷、诱杀装置和其他装置负有责任，并承诺按照本议定书第 10 条的规定对其进行清除、排除、销毁或维持”。第 10 条第 2 款规定又规定：“各缔约方和冲突各方对其控制区域内的雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置负此种责任”。此外，《特定常规武器公约第五号议定书》第 3 条第 2 款规定：“每一缔约方和武装冲突当事方应在现行敌对行动停止后并在可行的情况下尽快标示和清除、排除或销毁其控制之下的受影响领土内的战争遗留爆炸物”；《集束弹药公约》第四条第一款规定：“每一缔约国承诺清理并销毁或确保清除和销毁位于其管辖或控制下的集束弹药污染地区的遗留集束弹药”；《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》第 5 条第 1 款规定：“每一缔约国承诺销毁或确保销毁在其管辖或控制下的雷区内的所有杀伤人员地雷”。

<sup>1434</sup> 联大自 2010 年以来，包括在联大第 71/220 号决议中，明确确认需要采取合作措施，评估海上倾弃化学弹药所产生废物的环境影响和提高对此种影响的认识。该决议重申了《2030 年可持续发展议程》，并回顾了一些相关的国际和区域文书。它还注意到应提高对海上倾弃化学弹药所产生废物相关环境影响的认识，并请秘书长征求会员国和有关区域和国际组织对决议设想的合作措施的意见，并确定联合国系统内的适当政府间机构，以进一步适当审议和实施这些措施。

<sup>1435</sup> 见《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。战争遗留物可能位于领水、大陆架、专属经济区或公海，这将对各国的权利和义务产生影响。

<sup>1436</sup> See A. Lott, “Pollution of the marine environment by dumping: legal framework applicable to dumped chemical weapons and nuclear waste in the Arctic Ocean”, *Nordic Environmental Law Journal*, vol. 1 (2015), pp. 57–69, and W. Searle and D. Moody, “Explosive Remnants of War at Sea: Technical Aspects of Disposal”, in *Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*, A. Westing (ed.) (Taylor & Francis 1985).

海国可能不是冲突一方，但为努力移除遗留物，可能仍然需要该国的合作。另一个可预见的挑战是，留下遗留物的一方在当时可能没有违反其国际法义务，但这些遗留物现在构成了环境风险。

(3) 因此，原则草案 28 一般性地提及各国，而不仅是卷入武装冲突的国家。其目的是鼓励所有国家和有关国际组织<sup>1437</sup> 进行合作，确保海上战争遗留物不对环境构成危险。鉴于所涉问题往往是专业化问题，因此“国际组织”用“有关”一词来限定。

(4) 由于这是一个实践仍在发展的领域，“应当开展合作”被认为是适当的，而不是规定性更强的“应开展合作”。合作是与战争遗留物有关的一个重要因素，因为受海上战争遗留物负面影响的沿海国可能没有资源，因此无法确保海上战争遗留物不构成环境风险。

(5) 各国和有关国际组织可通过多种方式进行合作，确保海上战争遗留物不构成环境风险。例如，它们可以进行海域勘测，向受影响国免费提供相关信息，可以提供带有标记的地图，并可提供技术和科学信息以及关于遗留物现在或今后是否构成风险的信息。

(6) 人们日益认识到海上战争遗留物对环境的影响。<sup>1438</sup> 海上战争遗留物对环境构成的危险可能会对人类，特别是海员和渔民的健康和安全造成重大的附带损害。<sup>1439</sup> 环境危险与公共健康和安全之间的明确联系已得到一些国际法律文书的承认，因此，鼓励各国和国际组织合作确保海上战争遗留物不构成危险被认为尤为重要。<sup>1440</sup>

(7) 原则草案 28 有意未涉及关于与海上战争遗留物有关的损害的责任分配或赔偿的任何问题。确定哪一方负有确保海上战争遗留物不构成环境风险的主要义务，是一个非常复杂和棘手的问题——尤其是考虑到海洋(从内水到公海)法的不同法律性质。

<sup>1437</sup> 例如，化学弹药搜索和评估项目于 2011 年启动，是波罗的海国家之间的一个合作项目，由欧洲联盟提供部分资助(见上文脚注 1424)。

<sup>1438</sup> 见联大 2010 年 12 月 20 日第 65/149 号决议和 2013 年 12 月 20 日第 68/208 号决议以及 A/68/258 号决议。另见 Mensah, “Environmental damages under the Law of the Sea Convention”, 第 233 页。

<sup>1439</sup> 波罗的海海洋环境保护委员会(赫尔辛基委员会)，是《保护波罗的海地区海洋环境公约》理事结构，发布了渔民遇到海上倾弃化学弹药早期阶段准则。便于查阅的概览见詹姆斯·马丁不扩散研究中心所做的工作，网址 [www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/](http://www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/) (2019 年 7 月 8 日访问)。

<sup>1440</sup> 环境危险与公共健康和安全之间有明显的联系。例如见《第一附加议定书》第五十五条第一款，其中规定应在国际性武装冲突中保护自然环境，并禁止使用旨在或可能对自然环境造成损害从而妨害居民健康的作战方法或手段；《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》第 1 条第 2 款规定，对环境的不利影响包括：对环境的不利影响包括“对人类健康和安全、植物、动物、土壤、空气、水、气候、地貌和历史纪念物或其他物理结构影响或这些因素之间的互动；它们也包括上述因素的变化对于文化遗产或社会经济状况而产生的影响”。

## 第七章

### 国家责任方面的国家继承

#### A. 导言

72. 委员会第六十九届会议(2017年)决定将“国家责任方面的国家继承”专题列入工作方案，并任命帕维尔·斯图尔马先生为特别报告员。<sup>1441</sup> 联大随后在2017年12月7日第72/116号决议中表示注意到委员会决定将本专题列入工作方案。

73. 在同一届会议上，委员会审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/708)，特别报告员在报告中阐明了研究本专题范围和成果的方法，并概述了与本专题相关的一般规定。经全体会议辩论后，委员会决定将特别报告员第一次报告所载的第1至第4条草案转交起草委员会。委员会随后注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第1和第2条草案的临时报告，该报告提交委员会仅供参考。<sup>1442</sup>

74. 委员会第七十届会议(2018年)审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/719)，其中讨论了继承的合法性、国家责任方面的国家继承的一般规则，以及责任所致义务方面的国家继承的特殊类别。经全体会议辩论后，委员会决定将特别报告员第二次报告所载的第5至第11条草案提交起草委员会。委员会随后注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第1条第2款和第5条及第6条草案的临时报告，该报告提交委员会仅供参考。<sup>1443</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

75. 在本届会议上，委员会收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/731)。委员会还收到了秘书处的一份备忘录，其中提供了可能与委员会今后关于本专题工作有关的条约资料(A/CN.4/730)。

76. 特别报告员的第三次报告分为四部分，首先是导言，包括某些一般考虑因素(第一部分)。特别报告员继而讨论了对被继承国犯下的国际不法行为造成的损害的赔偿问题，特别审议了不同类别的国家继承中的赔偿要求，以及对被继承国国民犯下的国际不法行为所致损害的各种不同的赔偿办法(第二部分)。特别报告员接着就条款草案的整体构架提出了技术性提议(第三部分)。随后，特别报告员讨论了关于本专题的今后工作方案(第四部分)。特别报告员提出了几个新的条款草案(第2条草案(f)项、第X条、第Y条、第12条、第13条、第14条和第15

<sup>1441</sup> 在2017年5月9日第3354次会议上。根据委员会报告(《大会正式记录，第七十一届会议，补编第10号》(A/71/10))附件B所载建议，委员会第六十八届会议(2016年)已将该专题列入长期工作方案。

<sup>1442</sup> 起草委员会主席的临时报告可查阅《国际法委员会工作分析指南》：[http://legal.un.org/ilc/guide/3\\_5.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/3_5.shtml)。

<sup>1443</sup> 同上。

条), 建议将条款草案分为三部分(第一部分、第二部分和第三部分), 并提议了第二部分和第三部分的标题。<sup>1444</sup>

<sup>1444</sup> 按照特别报告员在第三次报告中的建议, 第 2 条草案(f)项、第 X 条、第 Y 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条和第 15 条草案的案文以及第二部分和第三部分的标题如下:

#### 第 2 条草案

##### 用语

为本条款草案的目的: ……

(f) “有关国家”指国家继承案中在国家继承日期之前实施国际不法行为的国家、受此行为损害的国家, 以及前述任何国家的一个或多个继承国; ……

#### 第二部分的标题——对被继承国实施的国际不法行为所致损害的赔偿

#### 第 X 条草案

##### 第二部分的范围

本部分的规定适用于被继承国实施的国际不法行为造成损害, 但因受害国在国家继承日期之前未就此获得充分赔偿, 而作出的赔偿。

#### 第三部分——对被继承国遭受的国际不法行为所致损害的赔偿

#### 第 Y 条草案

##### 本部分的范围

本部分的条款适用于被继承国遭受的国际不法行为造成损害, 但因该国在国家继承日期之前未就此获得充分赔偿, 而作出的赔偿。

#### 第 12 条草案

##### 被继承国继续存在时的国家继承情况

1. 在下列国家继承的情况下, 因另一国的国际不法行为而受损害的被继承国即使在国家继承日期之后, 仍可要求该另一国提供赔偿:

(a) 一国领土的一部分, 或虽非一国领土的一部分但其国际关系由该国负责的任何领土, 成为另一国领土的一部分; 或

(b) 一国的一部分或几部分领土分离而组成一个或一个以上国家, 但被继承国继续存在; 或

(c) 继承国是新独立国家, 其领土在紧接国家继承日期之前原是由被继承国负责其国际关系的附属领土。

2. 尽管有第 1 款的规定, 在特殊情况下, 即当损害涉及曾属被继承国、后属继承国的那一部分领土或国民时, 继承国可要求责任国提供赔偿。

3. 第 1 和第 2 款的规定不影响被继承国和继承国之间的任何补偿问题。

#### 第 13 条草案

##### 国家合并

1. 当两个或两个以上国家合并而形成继承国时, 该继承国可要求责任国作出赔偿。

2. 除非有关国家另有协议, 否则适用第 1 款。

#### 第 14 条草案

##### 国家解体

1. 一国部分领土分离, 形成两个或两个以上国家且被继承国不复存在时, 一个或多个继承国可要求责任国作出赔偿。

2. 此类主张和协议应顾及国际不法行为的后果与继承国领土或国民之间的联系、公平比例和其他有关因素。

3. 第 1 和第 2 款的规定不影响继承国之间的任何补偿问题。



77. 委员会在 2019 年 7 月 8 日至 15 日的第 3475 次至第 3480 次会议上审议了特别报告员的第三次报告。在 2019 年 7 月 15 日第 3480 次会议上，委员会决定结合全体辩论中表达的意见，将条款草案第 2 条(f)项、第 X 条、第 Y 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条和第 15 条以及特别报告员的第三次报告所载的第二部分和第三部分的标题提交起草委员会。

78. 在 2019 年 7 月 24 日第 3489 次会议上，委员会审议了起草委员会关于本专题的第一次报告，<sup>1445</sup> 并暂时通过了第 1、第 2 和第 5 条草案，上述草案已由起草委员会第六十九届和第七十届会议暂时通过(见下文 C.1 节)。

79. 在 2019 年 7 月 31 日第 3495 次会议上，起草委员会主席提交了一份关于委员会在本届会议暂时通过的第 7、第 8 和第 9 条草案的临时报告。提交该报告仅供参考，可在委员会网站查阅。<sup>1446</sup> 委员会注意到起草委员会提交的条款草案。

80. 在 2019 年 8 月 9 日第 3507 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的第 1、第 2 和第 5 条草案的评注(见下文 C.2 节)。

## 1. 特别报告员介绍第三次报告

81. 特别报告员指出，第三次报告第一部分回顾了委员会迄今就本专题所做的工作，以及联大第六委员会的辩论摘要。特别报告员重申，他注意到委员会和第六委员会提出的意见，并强调他愿意听取关于其提议的建议。报告力求遵循先前概述的工作方案，未操之过急。除了关于条款草案整体构架的一个新定义和两项规定外，只提出了四条新的实质性条款草案。此外，报告澄清了特别报告员处理这一专题的方法，该方法既排除了责任的自动消失，也排除了在国家继承的情况下责任的自动转移。关于被继承国和一个或多个继承国提出赔偿要求时可能出现的复杂情况，特别报告员表示，他将在第四次报告中讨论这一问题。他还认为，宜明确说明条款草案只涵盖在国家继承日期之前没有通过赔偿弥补损害的情况，为此他提出了第 X 条和第 Y 条草案。

82. 报告第二部分涉及对被继承国遭受的国际不法行为所致损害的赔偿问题，涉及国家责任的所谓“被动”方面，即国家继承发生在受害国。与国际法学会关于国际责任事项上的国家继承问题的决议不同，特别报告员考虑到赔偿权的继承问题与国家责任引起的义务的继承问题的一个重要区别是，赔偿权是责任国的国际

---

### 第 15 条草案 外交保护

1. 继承国对在正式提出索赔之日为其国民但在受到损害之日不是其国民的人或公司，可行使外交保护，但条件是该人或该公司曾具有被继承国的国籍，或者曾丧失原国籍，并且基于与提出索赔无关的原因、以不违反国际法的方式又获得继承国的国籍。

2. 在第 1 款规定的相同条件下，被继承国在行使外交保护时提出的索赔，在继承日期之后可由继承国继续进行。

3. 第 1 款和第 2 款不影响国家责任规则中索赔者国籍相关内容的适用，以及外交保护规则的适用。

<sup>1445</sup> 该报告和起草委员会主席的相应声明可查阅《国际法委员会工作分析指南》(见上文脚注 1442)。

<sup>1446</sup> 同上。

不法行为的后果，而责任国不受引起国家继承的领土改变的影响，因此建议将权利的可能转移与义务的可能转移分开分析。

83. 此外，特别报告员区分了被继承国在继承日期之后继续存在与被继承国不复存在的情况。当被继承国继续存在时，继承不会影响其就继承日期前所犯行为向不法行为国索赔的权利。这种索赔是基于关于国家对国际不法行为的责任的规则。然而，这并没有回答当损害主要或仅仅影响成为继承国一部分的领土时可能出现的所有问题。在摆脱殖民统治、分离或领土转移等情况下，当损害影响到后来成为继承国国民的人时，特别报告员认为，被继承国不太可能在继承日期之后仍然要求赔偿。相反，按照主流学说的意见，当被继承国不复存在时，赔偿权并没有从被继承国转移到继承国。然而，特别报告员告诫，不应在连续性有争议时对国家采取区别待遇，他认为，对国家解体和分离情况的区分往往是基于更广泛的政治考量，而不是客观标准。此外，要求赔偿的“个人”权利只属于被继承国的观点似乎反映了传统的实证主义思想，即认为国家责任与法律人格密切相关，而不是将其视为从属权利和义务的主体。

84. 此外，报告根据国家实践，主要是协议和国际性法院和法庭的裁决，对不同类别的国家继承中的赔偿要求进行了分析，由于国家继承案件数量有限，分析范围较窄。第 12 至第 14 条草案是基于上述考虑，并根据被继承国继续存在和被继承国不复存在这两种情况的区别而提出的。特别报告员强调，这些条款草案中使用的“可要求”一词将驳斥任何关于自动继承的说法，它只是反映了继承国可以提出主张或赔偿要求的观点。这符合委员会在本专题中普遍对协议给予优先考虑的做法。此外，第 14 条草案第 2 款阐明，任何主张和协议都应顾及国际不法行为的后果与继承国的领土或国民之间的联系、公平比例和其他有关因素，其中可能包括不当得利原则。

85. 报告还在分析更广泛的国家实践——包括国际性法院和法庭以及联合国赔偿委员会的协定和做法——的基础上，讨论了对被继承国国民犯下国际不法行为的情况下，赔偿权的可能继承。报告指出，继承国提出赔偿要求并不是纯理论的或罕见的，也不只涉及国家间的关系。相反，若后来成为其国民的个人在继承日期前遭受损害，则国家有效行使外交保护将产生重要的实际后果。特别报告员进一步指出，在现代实践和学说中，国家继承导致的国籍变化基本上作为传统的持续国籍规则的例外而被接受。因而，为此提出了第 15 条草案。特别报告员指出，该条尤其符合《外交保护条款》。<sup>1447</sup> 第 15 条草案第 1 款承认，继承国可以在特殊情况下行使外交保护，而第 2 款规定，在相同条件下，被继承国在行使外交保护时提出的索赔，在继承日期之后可由继承国继续进行。第 15 条草案第 3 款澄清，第 1 款和第 2 款不影响国家责任规则中索赔者国籍相关内容的适用，以及外交保护规则的适用。

86. 报告第三部分侧重迄今提出的条款草案的整体构架。特别报告员认为，宜将条款草案分成三部分，并增加分别阐述第二和第三部分范围的第 X 条和第 Y 条草案。关于第 2 条草案——“用语”，建议增加一个新的(f)项，以定义“有关国家”一词，该词在条款草案中经常提及，在国家继承语境中有特定含义。

<sup>1447</sup> 联大 2007 年 12 月 6 日第 62/67 号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注载于《2006 年……年鉴》第二卷(第二部分)，第 49-50 段。

87. 关于今后的工作方案，特别报告员表示，他的第四次报告将侧重国家继承情况下责任的形式和援引，并处理程序和杂项问题，包括在有多个继承国的情况下出现的问题和责任分担问题。希望本专题能够在 2020 年或 2021 年完成一读。

## 2. 辩论摘要

### (a) 一般性评论

88. 委员会委员普遍欢迎特别报告员的第三次报告，并对秘书处编写的备忘录表示赞赏。

89. 关于报告采用的方法，若干委员赞扬特别报告员对相关国家实践、判例和学说的通盘考虑，而其他委员则呼吁对这些来源进行更深入的分析。对于过度依赖学术文献和国际法学会的工作提出了告诫。委员们同意特别报告员的这一评价，即国家实践多种多样，背景各异，且内容敏感。一些委员还回顾，在第六委员会的辩论中强调了国家实践的稀缺，并强调需要考虑更多不同地区的国家实践。一些委员还指出，国家的特殊协议或惠给金支付往往是出于政治或其他非法律考量的结果。这些情况大多不能表明关于国家继承一般规则的法律确信，而只是具体情况下的安排。

90. 委员们同意特别报告员关于条款草案的附属性质和应优先考虑有关国家之间协议的意见。故建议，应更详细地讨论协议的重要作用。此外，一些委员认为，应讨论在国家继承日期之前达成的一次付清协议与充分赔偿原则之间的关系。在这方面，有人认为，一次付清协议的存在未必意味着充分赔偿，因为存在这样的一些例子，即已有一次付清协议，但国家法院的裁决仍允许提出赔偿要求。

91. 若干委员强调了不继承的一般规则，并提到了一些例外。一些委员支持特别报告员的灵活做法，但另一些委员强调，需要澄清这种做法是否会偏离不继承的一般规则。有与会者建议，委员会可以在评注开头就承认这一领域的国家实践有限，或通过努力制定一项新公约来推进该项目，不过这需要各国的支持。有人提议，委员会在提出条款草案时应明确表示，它正在从事国际法的逐渐发展工作，同时将最佳做法纳入考虑，包括考虑到“应然法”应基于充分的理由而不是基于政策偏好。此外，有意见认为，委员会的工作不是裁决性质的，不应着眼于解决国家之间的未决争端，因此，一般应适用拟议的规则。

92. 委员们重申了在术语和实质内容上与委员会先前工作保持一致的重要性。有人回顾，对于应在多大程度上照搬 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》<sup>1448</sup> 和 1983 年《关于国家在国家财产、档案和债务方面的继承的维也纳公约》<sup>1449</sup> 中的规定，例如关于新独立国家的规定，第六委员会内意见不一。还有人强调，拟议的条款草案应与《国家对国际不法行为的责任条款》<sup>1450</sup> 和《外交保护条款》保持一致。

<sup>1448</sup> 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978 年 8 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1946 卷，第 33356 号，第 3 页。

<sup>1449</sup> 《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(维也纳，1983 年 4 月 8 日)，联合国，《1983 年法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.90.V.1)，第 139 页。

<sup>1450</sup> 联大 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注载于《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)及更正，第 76-77 页。

93. 一些委员建议，按照第六委员会的建议，将本专题的标题改为“国家继承情况下的国家责任问题/方面”，或改为国际法学会使用的“国家在国际责任事项中的继承”。建议的另一个标题是“国际不法行为所致损害在国家继承情况下的赔偿”。其他几名委员表示倾向于保留目前的标题。

**(b) 条款草案的整体构架**

94. 有人表示支持特别报告员的建议：将条款草案分成几部分，并列入第 X 条和第 Y 条草案，说明每一部分的范围。另一项建议是按照国家继承的具体类别编排条款草案，并在同一条款草案中一并述及权利和义务的可能转移。关于这一点，委员们就是否可以分开处理国际不法行为引起的权利和索赔问题与此类行为引起的义务问题进行了辩论。一些委员重申担心这可能导致不必要的工作重复，但有意见认为，赔偿权是一项可以从被继承国转移给继承国的“既得权利”，而“既得义务”的概念在法律学说中并未得到承认。

95. 一些委员还同意特别报告员的意见，即应大致区分被继承国继续存在与不复存在的情况，不过有人问这种区分是否应更加细微。关于国家继承的具体类别，一些委员支持第 12 条草案的表述——将国家继承的三个类别合并，而另一些委员则对此表示怀疑。有人提议在第 2 条草案“用语”中界定继承类别。

**(c) 第 2 条草案(f)项**

96. 一些委员质疑是否有必要定义“有关国家”一词，认为这可能导致混淆，并建议改为在评注中解释即可。

**(d) 第 12 至第 14 条草案**

97. 虽然第 12 至第 14 条草案中关于赔偿的总体做法得到了一些委员的支持，但另一些委员认为，“可要求”一词意思不清楚。关于这一点，提出了各种不同的起草建议，以区分获得赔偿的法律权利与要求赔偿在程序上的可能性。尽管如此，一些委员质疑，承认程序上的可能性而不确定实质性权利和义务是否有用。委员们结合《国家对国际不法行为的责任条款》，就本条款草案应使用“赔偿”还是“补偿”，以及提及“损害”是否适当，表达了不同意见。

98. 若干委员认为，不当得利原则可以构成第 12 至第 14 条草案中国际法逐渐发展的基础，而另一些委员则质疑在本专题的背景下这样做是否适当或足够。还有人指出，不当得利的概念不属于国家责任规则的范畴。

99. 关于第 12 条草案，一些委员强调，有必要澄清第 2 款中“特殊情况”一词的含义。在这方面，国际法学会仅在可能由被继承国和继承国分担责任的特定背景下才提到“特殊情况”，作为一种例外的解决办法。还建议在第 2 款中提及国家间的协议。此外，要求与先前在第 7 至第 9 条草案中使用的“具体情况”一词保持一致。第 7 至第 9 条草案要求国际不法行为或其后果与继承国领土或国民存在“直接联系”，相比之下，第 12 条草案第 2 款的措辞似乎更为宽泛。不过，第 14 条草案第 2 款要求在国际不法行为的后果与继承国的领土或国民之间有“联系”。此外，有与会者指出，“国民”一词可能限制性过大，可以用“继承国管辖下的人”取代。与此同时，还提出了这一问题：一个因行使自决权而新独立的国家是否可以被视为具有直接权利的继承受害国。有委员建议，评注应区分继承国要求赔偿的权利与个人在无国家干预的情况下要求赔偿的潜在权利。

100. 委员们还就第 13 条草案提出了一些起草建议。在这方面，有人提到国际法学会通过的决议第 13 条。有人建议在不同的条款草案中分别处理国家合并和一国并入另一现有国家的情况。第 13 条草案第 2 款反映了有关国家之间任何协议的优先地位，因而得到部分委员的支持，但也有人表示该款可以删除。

101. 关于第 14 条草案，有人提议重新起草第 1 款，以侧重国家的解体，而不提及国家部分领土分离。需要对第 14 条草案第 2 款中提到的协议加以解释。有委员认为，继承国之间的协议应被视为优先于第 2 款中提到的其他因素。有人建议澄清第 2 款中的“联系”一词，并指出“其他有关因素”一词也提出了与公平考虑有关的类似问题，例如不当得利。还就第 3 款提出了一些起草建议。

#### (e) 第 15 条草案

102. 一些委员同意特别报告员的做法，即在国家继承的情况下允许持续国籍原则有例外，以免出现个人缺乏保护的情况。在这方面，有人提到关于国家继承涉及的自然人国籍问题的条款序言，<sup>1451</sup>指出应适当考虑国家和个人的合法利益。其他一些委员告诫说，这一领域的理论和实践并不统一。有人对是否应在本专题中讨论外交保护问题提出质疑。有人强调需要考虑各国在第六委员会就《外交保护条款》发表的评论。

103. 一些委员认为，第 15 条草案与《外交保护条款》第 5 条第 2 款以及国际法学会决议第 10 条第 1 款相一致。尽管如此，有人强调，特别报告员提出的条款草案不应与《外交保护条款》相抵触。需要进一步分析它们之间的相互作用。有人提议，第 15 条草案或其评注应包括《外交保护条款》第 5 条第 3 款和第 4 款中所述的保障措施，这些保障措施旨在避免滥用，并防止在取消持续国籍规则的情况下出现“国籍选购”。

104. 有人要求对第 15 条草案第 1 款中提到的“公司”一词作出澄清。在这方面，有人提到了《外交保护条款》第 10 条第 1 款。还有人指出，第 15 条草案第 2 款没有遵循区分被继承国是否继续存在的方法。有意见认为，第 15 条草案第 1 和第 2 款应反映被继承国和继承国行使外交保护的条件。此外，有人建议，第 15 条草案第 3 款或其评注应解释，外交保护不是个人维护权利的唯一途径，在任何情况下都不能因领土变更而剥夺个人获得赔偿的权利。此外，有人提议，鉴于《外交保护条款》涵盖多重国籍的情况，第 15 条草案应处理对具有双重国籍的人，即兼具被继承国和继承国国籍者的外交保护的情况。有人提议，应明确说明继承国不得使用武力进行外交保护，或至少在第 2 条草案(用语)中重申《外交保护条款》第 1 条所载的外交保护的定义。

#### (f) 最终形式

105. 一些国家倾向于采取准则草案、原则草案、结论草案、示范条款草案或分析报告的形式，考虑到这些意见，一些委员质疑条款草案是否是这一专题最适当的成果。有人建议特别报告员考虑在下一份报告中就这一问题提出建议。

<sup>1451</sup> 联大 2000 年 12 月 12 日第 55/153 号决议，附件。条款草案及其评注载于《1999 年……年鉴》第二卷(第二部分)，第 47-48 段。



(g) 今后的工作方案

106. 委员们普遍同意特别报告员提出的今后工作方案，但一些委员告诫说，委员会审议这一专题不宜操之过急。请特别报告员澄清他是否将在第四次报告中讨论具体的赔偿形式。还有人建议特别报告员考虑阐述国家继承与国际法规定的罪行所致损害方面的国家责任之间的关系，以及与一般法律原则(包括公平原则)专题可能的相关性。

3. 特别报告员的总结

107. 特别报告员对辩论的普遍基调表示欢迎，辩论的重点是如何处理这一专题，以便取得平衡和普遍接受的成果。

108. 关于需要确保与委员会以前的工作相一致，特别报告员申明，他愿意在起草委员会中解决术语和实质问题。《国家对国际不法行为的责任条款》仍然是本专题工作的基础，本专题旨在澄清国际不法行为在国家继承日期之后对被继承国或继承国的法律后果。特别是，拟议条款草案中“损害”和“受害国”等词的使用，意在与《国家对国际不法行为的责任条款》第二部分和第三部分保持一致。

109. 特别报告员同意一些委员的看法，即本专题可以且应该包括国际法逐渐发展的要素。这一点可以在条款草案的总评注开头说明，必要时还可以结合具体条款加以说明。此外，本专题的工作可以在对国家实践作出审慎分析的基础上进行，这将在评注中加以解释。特别报告员已努力将更多不同来源的相关国家实践纳入其中，但是仍欢迎委员会委员和各国提供更多的例子。他还同意一些委员的意见，认为本专题可以参考一般法律原则，包括有关既得权利、不当得利、公平合理等原则。然而，需谨慎考虑一般法律原则的作用。例如，国际投资法中的一些原则可能不适用于国际法的其他领域。尽管如此，一般法律原则与国家实践、判例法和协议一样，仍然可能具有相关性，并且可随着时间的推移而演变为实践，或为国家间协议的谈判提供参考。

110. 虽然特别报告员承认很难断言存在普遍规则，但他不同意国家实践的不确定性意味着应适用“白板”规则。特别是，1978年《关于国家在涉及新独立国家的条约方面的继承的维也纳公约》中的“白板”规则并不适用于其他类别的国家继承，而1983年《关于国家财产、档案和债务方面的国家继承的维也纳公约》只包含在国家财产、档案和债务等不同领域的不同类别国家继承的具体规则。由于委员会先前的工作确认了若干具体规则，而不是一般规则，因此不应当将“白板”规则拔高为本专题的一般规则，特别是在被继承国继续存在的情况下。此外，即使国际不法行为产生的义务不转移给新独立的继承国，在援引权利方面的立场也是不同的，特别是当这种行为后果影响到新独立国家的领土或人口时。这也是本条款草案中将义务和权利分开处理的原因。此外，尽管特别报告员对这一专题的做法是基于关于国家继承和国家对国际不法行为的责任的规则，但既得权利理论也可以为这种做法提供支持。

111. 关于条款草案的结构，特别报告员同意以下建议：可以将被继承国继续存在的不同类别的国家继承并入同一项条款草案，以避免不必要的重复，而被继承国不复存在的国家继承类别可以在单独的条款草案中处理。特别报告员表示，继

续在本条款草案中处理新独立国家这一类别是有益的，从国际法院在关于 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分离的法律后果的咨询意见中的声明就可以看出。<sup>1452</sup>

112. 特别报告员欢迎委员们就第 12、第 13、第 14 和第 15 条草案提出的大多数起草建议。关于第 12、第 13 和第 14 条草案中的“可要求赔偿”一词，他表示，其目的旨在足够灵活，既反映实然法也反映应然法，而不做明确区分，因为一些应然法规则可能随着时间的推移而演变成实然法规则。这种做法也符合本条款草案的附属性质。根据特别报告员对国家间协议的分析，从使各国能够达成协议——例如关于归还物品或赔偿的协议——的角度来看，这种灵活的表述具有优势，因为没有提及对国际不法行为的责任。此外，特别报告员同意澄清条款草案中关于“特殊”或“具体”情况的提法，并考虑在第 12 条草案第 2 款中将“国民”一词改为“人民”。他还承认需要将第 12 条草案第 3 款和第 14 条草案第 3 款中的“补偿”一词换掉，因为这些规定并不涉及责任国对受害国的赔偿，而是涉及被继承国和继承国之间或两个继承国之间的某种解决、抵销、安排或偿还。

113. 特别报告员理解关于本条款草案应处理个人独立于国家干预而要求赔偿的潜在权利的观点，但他指出，这可能对本专题产生更广泛的影响，第 1 条草案规定了专题范围。在这方面，第 15 条草案的主要重点是外交保护。他表示，第 15 条草案旨在与《外交保护条款》和国际法学会的工作保持一致。关于《外交保护条款》草案第 5 条第 3 和第 4 款中提供的保障措施，他认为，列入一个提及其他外交保护规则的不妨碍条款并在评注中解释保障措施的必要性即可。在这方面，他指出，当国家继承涉及非自愿改变国籍时，国籍选购的风险可能没有那么大。

114. 特别报告员表示，他倾向于保留本专题的目前标题，以便与委员会以前的工作保持一致。特别是，他认为，“方面”、“问题”和“议题”等词不适合用于委员会专题的标题。虽然其他建议值得考虑，但他建议在暂时通过所有条款草案后再讨论标题。

115. 关于本专题的成果，特别报告员同意一些委员的意见，即委员会应在稍后阶段决定最合适的选择。他重申，编写条款草案是委员会的标准工作方法，这种方法不会预判最终结果。他不希望将条款草案的形式改为结论草案、准则草案、原则草案或分析报告，但他对在现有协议的基础上起草示范条款或汇编条款附件的建议持开放态度，因为这样也符合条款草案的形式。

116. 关于今后的工作方案，特别报告员同意这一评论，即委员会应该有足够的时间，仍然可以争取在本五年期结束前完成一读。他表示，他的下一份报告将侧重责任的形式(特别是恢复原状、赔偿和保证不再发生)，还可以探讨程序问题和杂项问题，包括在多个继承国情况下出现的问题。

<sup>1452</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分离的法律后果，咨询意见，2019 年 2 月 25 日，总清单，第 169 号。

## C. 委员会迄今为止暂时通过的关于国家责任方面的国家继承的条款草案案文

### 1. 条款草案案文

117. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

#### 国家责任方面的国家继承

##### 第 1 条

##### 范围

1. 本条款草案适用于国家对国际不法行为的责任方面国家继承的效果。
2. 本条款草案在有关国家未商定任何不同解决办法的情况下适用。

##### 第 2 条

##### 用语

就本条款草案而言：

- (a) “国家继承”指一国对领土的国际关系所负责任由另一国取代；
- (b) “被继承国”指发生国家继承时被另一国取代的国家；
- (c) “继承国”指发生国家继承时取代另一国的国家；

(d) “国家继承日期”指在国家继承所涉领土的国际关系责任方面被继承国由继承国取代的日期；

……

##### 第 5 条

##### 本条款草案所涵盖的国家继承情况

本条款草案只适用于依照国际法尤其是《联合国宪章》所体现的国际法原则而发生的国家继承的效果。

### 2. 委员会第七十一届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

118. 委员会第七十一届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

#### 国家责任方面的国家继承

##### 第 1 条

##### 范围

1. 本条款草案适用于国家对国际不法行为的责任方面国家继承的效果。
2. 本条款草案在有关国家未商定任何不同解决办法的情况下适用。

#### 评注

(1) 本条草案从两个方面阐述了本条款草案的范围，分别在第 1 和第 2 款中述及。

(2) 第 1 款确认了本条款草案的实质范围应限于国家责任方面的国家继承问题。这两套规则之间的相互作用体现在“国家对国际不法行为的责任方面国家继承的

效果”这句话中。这与 1978 年和 1983 年《维也纳公约》所反映的委员会研究条约以及国家财产、档案和债务方面国家继承的事实情况时采用的方法相一致。<sup>1453</sup>

(3) 本条款草案涉及国际法的两个领域——国家责任法和国家继承法——的规则，目的是澄清二者之间的相互关系，特别是国家继承情况是否以及在多大程度上影响国家对国际不法行为的责任。本条款草案提及这些概念时用的是它们的通常含义。

(4) “国家继承”一词的定义见第 2 条草案(a)项。第 5 条草案进一步说明了本条款草案仅限于哪些国家继承情况。

(5) 这里所用的“国家继承”概念与委员会 2001 年《国家对国际不法行为的责任条款》<sup>1454</sup> 中的意义相同。根据《国家责任条款》第 1 条的评注，第 1 条中的“国际责任”一词“涵盖国际法中由一国的国际不法行为产生的各种关系，无论这些关系是否限于违法国和一受害国，或者也扩大到包括其他国家或甚至扩大到其他国际法主体”。<sup>1455</sup>

(6) 第 1 款明确指出，本条款草案仅适用于国家对国际不法行为的责任方面国家继承的效果。因此，本专题范围不涉及非国际法所禁止的行为导致的损害性后果引发的任何国际赔偿责任问题。

(7) 第 2 款澄清了本条款草案的附属性质。委员会通过了第 1 条草案第 2 款，规定“本条款草案在有关国家未商定任何不同解决办法的情况下适用”。同样，《国家责任条款》的总评注强调：

条款既是一般性的，也多半是备用性的。原则上，国家在制定或同意遵守某一规则时，可以指明：违犯此规则，只引起特定后果，从而把普通责任规则排除在外。第 55 条对此作出了明确规定。<sup>1456</sup>

(8) 本条款草案仅适用于有关国家之间未达成不同解决办法的情况。“任何不同解决办法”一词旨在涵盖在国家继承情况下当事方可能采用的各种可能的解决办法。这类解决办法可能表现为各种形式，可包括例如国际协定、单方面声明或二者的结合。在这方面，“商定”一词应从广义上理解，而不仅仅是指同意受条约约束。“有关国家”可指一个或多个被继承国、一个或多个继承国，以及因继承日期之前发生的国际不法行为而受到损害的任何国家。

## 第 2 条 用语

就本条款草案而言：

<sup>1453</sup> 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978 年 8 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1946 卷，第 33356 号，第 3 页；《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(1983 年 4 月 8 日，维也纳，尚未生效)，A/CONF.117/14。

<sup>1454</sup> 联大 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。委员会通过的条款草案及其评注载录于《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段(下称《国家责任条款》)。

<sup>1455</sup> 《国家责任条款》第 1 条评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 33 页。

<sup>1456</sup> 《国家责任条款》的总评注第(5)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 32 页。

- (a) “国家继承”指一国对领土的国际关系所负责任由另一国取代；
- (b) “被继承国”指发生国家继承时被另一国取代的国家；
- (c) “继承国”指发生国家继承时取代另一国的国家；
- (d) “国家继承日期”指在国家继承所涉领土的国际关系责任方面被继承国由继承国取代的日期；

.....

## 评注

(1) (a)、(b)、(c)和(d)项中的定义与 1978 年和 1983 年《维也纳公约》第 2 条中的相关定义相同。委员会决定保留定义不变，以确保开展国家继承问题相关工作时的用语一致。

(2) “国家继承”一词在此处“专门指一国对领土的国际关系所负责任被另一国所取代的事实，而不考虑这种事件中权利或义务的继承意义”。<sup>1457</sup> 与委员会过去关于国家继承的工作不同，本条款草案处理的是此种继承对于国家责任规则的影响。因此，该词并不意味着权利或义务的自动转移。只在某些情况下才有可能进行这种转移，且必须根据本条款草案规定的规则进行。

(3) “被继承国”、“继承国”和“国家继承日期”等用语的含义不过是依据“国家继承”的含义而定。应当指出的是，在继承部分领土的某些情况下，被继承国并非完全由继承国取代，而是仅在受继承影响的领土方面被取代。

### 第 5 条

#### 本条款草案所涵盖的国家继承情况

本条款草案只适用于依照国际法尤其是《联合国宪章》所体现的国际法原则而发生的国家继承的效果。

## 评注

(1) 将第 5 条草案列入本条款草案符合委员会在国家继承问题上的既定惯例。实际上，这一规定套用了 1978 年《维也纳公约》第 6 条、1983 年《维也纳公约》第 3 条和国家继承涉及的自然人国籍问题条款第 3 条。<sup>1458</sup>

(2) 第 5 条草案的规定符合不法行为不产生权利原则和《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》。<sup>1459</sup> 第 5 条草案还与联合国机构的

<sup>1457</sup> 关于国家在条约方面的继承的条款草案第 2 条的评注第(3)段，《1974 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/9610/Rev.1 号文件，第 175 页。

<sup>1458</sup> 联大 2000 年 12 月 12 日第 55/153 号决议，附件。条款草案及其评注载录于《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47-48 段。另见国际法学会，《年鉴》，第 76 卷，塔林会议(2015 年)，“国际责任事项中的国家继承”，第十四委员会，报告员：马塞洛·科恩，第 509 页起，决议，第 711 页。

<sup>1459</sup> 联大 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议，附件。



大量做法相一致。<sup>1460</sup> 非法领土情况不是国家继承的实例，正是由于其根本上的非法性。<sup>1461</sup>

(3) 第 5 条草案没有为违反国际法的国家提供任何有利因素。相反，它没有赋予非法领土情况任何法律效力。有关国家责任的国际法一般规则，包括不承认义务，继续适用于非法领土情况。

---

<sup>1460</sup> 例如见安全理事会关于伊拉克兼并科威特的 1990 年 8 月 9 日第 662(1990)号决议、安全理事会关于南罗得西亚的 1965 年 11 月 12 日第 216(1965)号和 1965 年 11 月 20 日第 217(1965)号决议，以及安全理事会关于塞浦路斯的 1983 年 11 月 18 日第 541(1983)号和 1984 年 5 月 11 日第 550(1984)号决议。

<sup>1461</sup> 国际法学会，《年鉴》，第 76 卷(见上文脚注 1458)，最后报告，第 24 段(脚注略)。

## 第八章

### 国家官员的外国刑事管辖豁免

#### A. 引言

119. 委员会在第五十九届会议(2007年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案,并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。<sup>1462</sup> 同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于本专题的背景研究报告,该研究报告提交给了委员会第六十届会议(2008年)。<sup>1463</sup>

120. 特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008年)收到并审议了初步报告,第六十三届会议(2011年)收到并审议了第二次和第三次报告。<sup>1464</sup> 委员会第六十一届会议(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议本专题。<sup>1465</sup>

121. 委员会第六十四届会议(2012年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替不再是委员会委员的科洛德金先生担任特别报告员。<sup>1466</sup> 委员会同届会议(2012年)收到并审议了该特别报告员提交的初步报告,第六十五届会议(2013年)收到并审议了她的第二次报告,第六十六届会议(2014年)收到并审议了她的第三次报告,第六十七届会议(2015年)收到并审议了她的第四次报告,第六十八届会议(2016年)和第六十九届会议(2017年)收到并审议了她的第五次报告,第七十届会议(2018年)和目前第七十一届会议(2019年)收到并审议了她的第六次报告。<sup>1467</sup> 委员会在特别报告员第二、第三、第四和第五次报告提出的条款草案基础上,迄今为止暂时通过了七条条款草案(见下文C节)及其评注。关于定义的第2条草案案文仍在拟订中。<sup>1468</sup>

<sup>1462</sup> 2007年7月20日第2940次会议(《大会正式记录,第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第376段)。联大在2007年12月6日第62/66号决议第7段中注意到委员会决定将本专题列入其工作方案。在第五十八届会议(2006年)上,委员会已根据其报告附件A中所载建议,将本专题列入其长期工作方案(《大会正式记录,第六十一届会议,补编第10号》(A/61/10),第257段)。

<sup>1463</sup> 《大会正式记录,第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第386段。秘书处编写的备忘录见A/CN.4/596和Corr.1号文件。

<sup>1464</sup> 分别为A/CN.4/601、A/CN.4/631和A/CN.4/646。

<sup>1465</sup> 见《大会正式记录,第六十四届会议,补编第10号》(A/64/10),第207段;和同上,《第六十五届会议,补编第10号》(A/65/10),第343段。

<sup>1466</sup> 同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第266段。

<sup>1467</sup> 分别为A/CN.4/654、A/CN.4/661、A/CN.4/673、A/CN.4/686、A/CN.4/701和A/CN.4/722。

<sup>1468</sup> 见《大会正式记录,第六十八届会议,补编第10号》(A/68/10),第48-49段。

委员会在2013年6月7日第3174次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第1、第3和第4这三条草案,在2013年8月6日和7日第3193至第3196次会议上通过了这三条的评注(同上,《第六十九届会议,补编第10号》(A/69/10),第48-49段)。

委员会在2014年7月25日第3231次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第2条草案(e)项和第5条草案,在2014年8月6日和7日的第3240至第3242次会议上通过了其评注。

委员会在2016年7月27日第3329次会议上暂时通过了由起草委员会暂时通过并由委员会第六十七届会议注意到的第2条草案(f)项和第6条草案,在2016年8月11日第3345次和第

## B. 本届会议审议此专题的情况

122. 委员会收到了特别报告员的第六次报告(A/CN.4/722)和第七次报告(A/CN.4/729)。在第七十届会议上曾对第六次报告进行过辩论,但未完成。第六次报告总结了委员会和第六委员会对第7条草案的辩论,该条草案涉及不应适用属事豁免的国际法罪行。报告随后讨论了外国刑事管辖豁免的程序方面,尤其侧重于:(a)时间;(b)受豁免影响的行为种类;(c)豁免的确定。报告未列入新的条款草案建议。第七次报告总结了委员会第七十届会议和联大第七十三届会议第六委员会的辩论,并就管辖权与豁免的程序方面的关系,完成了对豁免的程序方面的审查。为此,提出了关于法院地国考虑豁免问题和豁免的确定这两项条款草案(第8条和第9条草案)。此外,第七次报告讨论了第六次报告中确定的其余程序方面,包括有关援引豁免和放弃豁免的问题,并提出了两项条款草案(第10条和第11条草案)。它还审查了与法院地国和官员所属国有关的程序保障方面,法院地国与官员所属国之间的沟通,包括将法院地国行使管辖权的意图通知官员所属国的义务;官员所属国与法院地国之间的信息交换;官员所属国与法院地国之间的合作和国际司法协助,特别是将刑事诉讼程序从法院地国转移至官员所属国。在这方面,提出了四项条款草案(第12、13、14和15条草案)。此外,报告审议了官员的程序性权利,重点是公平待遇,并提出了一项条款草案(第16条草案)。报告还谈到了未来的工作计划,预计一读工作将于2020年完成,届时还将提交第八次报告。第八次报告将审议余下的一般性问题,包括:国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事管辖权之间的关系对程序规则可能产生的影响;建立某种争端解决机制的可能性;以及可能将建议的良好做法纳入报告的问题。

123. 委员会在2019年7月15日至19日、22和23日举行的第3481至第3488次会议上审议了第六和第七次报告。

124. 对两份报告进行辩论后,委员会在2019年7月23日举行的第3488次会议上,决定根据委员会里的辩论情况和所提出的建议,将特别报告员第七次报告所载的第8至第16条草案转交起草委员会。

125. 在2019年8月6日第3501次会议上,起草委员会主席介绍了起草委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”的临时报告,其中载有起草委员会在第七十一届会议上暂时通过的第8(前)条草案(A/CN.4/L.940),可在委员会网站上找到。<sup>1469</sup>委员会注意到起草委员会关于第8(前)条草案的临时报告,该报告提交委员会仅供参考。

3346次会议上通过了其评注(同上,《第七十一届会议,补编第10号》(A/71/10),第194-195段和第250段)。

委员会在2017年7月20日第3378次会议上经记录表决暂时通过了第7条草案,在2017年8月3日和4日第3387次至第3389次会议上通过了其评注(同上,《第七十二届会议,补编第10号》(A/72/10),第74、第76和第140-141段)。

<sup>1469</sup> 该报告和起草委员会主席的相应声明可从以下网址查阅:国际法委员会工作分析指南:<http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>。起草委员会暂时通过的第8(前)条草案如下:

“第8(前)条草案  
第四部分的适用范围

## 1. 特别报告员介绍第六和第七次报告

126. 特别报告员回顾说，委员会在去年第七十届会议上未完成对第六次报告的辩论，本届会议仍在征求意见。这种意见可以与关于第七次报告的意见一起提出，因为这两份报告都属于对豁免程序方面的全面处理。此外，特别报告员回顾说，“刑事管辖权”和“豁免”概念的定义仍有待起草委员会审议。<sup>1470</sup>

127. 特别报告员还回顾说，第六次报告<sup>1471</sup>确定了需处理的一些与程序方面有关的问题，其中只有管辖权概念对豁免产生的程序影响，特别是“何时”、“什么”和“谁”的问题在该报告中得到了处理，为此审查了下列几点：(a) 何时考虑豁免；(b) 可能受豁免影响的法院地国当局的行为；以及(c) 确定有权决定是否适用豁免的机关，但报告未提出任何条款草案。因此，第七次报告完成了对这些方面的审议。

128. 特别报告员解释说，第七次报告分为导言和五个章节。导言的目的是说明该专题的现状，首先是概述 2018 年(国际法委员会和联大第六委员会)就第六次报告进行的辩论。第一章再度探讨了第六次报告述及的管辖权概念及其对豁免程序方面的影响。其中载有两项条款草案(第 8 条和第 9 条)，这两项条款草案以第七次报告中的综述为基础。第二章专门论述豁免的援引和放弃，其中也载有针对这两个法律概念的两项条款草案(第 10 条和第 11 条)。第三章述及一系列问题，实质上是法院地国和官员所属国之间的程序保障，即：法院地国向官员所属国通知其打算对外国官员行使管辖权；两国之间的信息交换；法院地国将诉讼移交给官员所属国的可能性；以及最后，两国之间开展协商。对这些问题的分析为第

---

本部分的程序性规定和保障措施适用于针对现任或前任外国官员的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载的任何条款草案的任何刑事诉讼，包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用。”

<sup>1470</sup> 特别报告员目前在起草委员会提出的建议如下：

### “第 3 条草案 定义

为本条款草案的目的：

(a) “刑事管辖”一语，是指根据要行使管辖的国家的法律，为了使法院能够确立并追究因实施被该国适用的法律定为犯罪或不端行为而产生的个人刑事责任，所需的所有形式的管辖、过程、程序和行为。为“刑事管辖”定义的目的，国家行使管辖的权限的依据与此无关；”

(A/CN.4/661, 第 42 段)。在委员会暂时通过的条款草案里，关于定义的一条是第 2 条草案。

“(b) “外国刑事管辖豁免”是指国家某些官员享有的不受另一国法官和法院刑事管辖的保护；”

(A/CN.4/661, 第 46 段)。

“(c) “属人豁免”是指国家某些官员因其在国籍国的地位直接自动授予他们在国际关系中代表国家的职能而享有的外国刑事管辖豁免；”

“(d) “属事豁免”是指国家官员依据其在履行职责时实施的可被称为“公务行为”的行为而享有的外国刑事管辖豁免”

(A/CN.4/661, 第 53 段)。

<sup>1471</sup> 见 A/CN.4/722。

12、13、14 和 15 条草案提供了基础。第四章专门分析官员的程序性权利和保障，是第 16 条草案的基础。

129. 特别报告员强调，尤其考虑到在外国刑事法院援引豁免时，该外国刑事法院会适用无法忽视的程序规则、原则和程序，对程序方面加以审议是有道理的。这种诉讼必然涉及某一外国国民，他的国家官员身份、以及他的行为就属事豁免而言是否是“以官方身份”而实施的，将是要确定的问题。此外，这种考虑会影响到法院地国和官员所属国之间关系中的主权平等原则，这意味着需要在法院地国行使管辖权的权利和官员所属国确保其官员豁免权得到尊重的权利之间达成适当的平衡。另一个平衡点是一方面要尊重国家官员的豁免权，另一方面必须确保根据国际法追究严重罪行的责任。此外，有必要确保在任何情况下，可能受到外国管辖行动影响的国家官员都得到国际人权法承认的程序性权利的保障。

130. 最终，对程序方面的审议不仅会为法院地国和官员所属国提供确定性，并有助于减少政治考虑和出于政治目的或动机滥用程序的可能性，还会促进中立性，从而在法院地国和官员所属国之间建立信任。这将缓解国家间国际关系的任何潜在不稳定。因此，对程序方面的审议将有助于确保在维护国际社会的法律原则和价值观方面取得适当平衡。

131. 特别报告员在介绍各条款草案时强调，她第七次报告中所载的条款草案旨在适用于整个条款草案，包括第 7 条草案，从而回应了委员会一些委员的关切——有必要确保同时处理豁免例外和制订程序保障的问题。

132. 特别报告员指出，第 8 和第 9 条草案涉及豁免问题与刑事管辖这一概念相关的程序方面。第 8 条草案<sup>1472</sup>提到法院地国对豁免的考虑，特别是该国主管当局必须考虑豁免的时间点。这意味着一旦国家主管当局意识到外国官员可能受到法院地国行使管辖权的影响，就要尽早考虑豁免。无论如何，这种考虑必须在该官员被起诉和审判阶段开始之前进行。该条草案依据了这样的假设——如果采取了直接影响官员或影响其履行职能的强制措施或其他限制权力的措施，豁免也可以在早期阶段得到评估。

133. 第 9 条草案<sup>1473</sup>基于这样一种认识，即豁免的确定应由法院地国的法院决定。这不影响法院地国法律制度确定的法院地国其他机构或主管机关的可能参

<sup>1472</sup> 特别报告员提出的条款草案如下：

**“第 8 条草案  
法院地国考虑豁免问题**

1. 法院地国主管当局一旦意识到某一外国官员可能受到刑事诉讼的影响，即应考虑豁免。
2. 应在诉讼早期阶段，在该官员被起诉和起诉阶段开始之前考虑豁免。
3. 在任何情况下，如果国家主管当局打算对该外国官员采取可能影响其履行职能的强制措施，则应考虑豁免。”

<sup>1473</sup> 特别报告员提出的条款草案如下：

**“第 9 条草案  
豁免的确定**

1. 应由有权行使管辖权的法院地国法院确定国家官员的外国刑事管辖豁免，但不妨碍根据国内法的规定可与法院合作的该国其他机关的参与。
2. 应依照本条款草案的规定并通过国内法规定的程序确定该外国官员的豁免。



与。国内法对于界定确定豁免的程序仍然特别相关，应根据条款草案中规定的规则来确定豁免，同时考虑到官员所属国是否援引或放弃豁免，以及法院地国和官员所属国主管机关可能向负责裁定豁免的主管法院提供的任何信息。

134. 第 10 条和第 11 条草案涉及援引豁免和放弃豁免的问题。特别报告员强调，援引豁免和放弃豁免不应与豁免的例外或限制相混淆。援引涉及主张豁免权，而放弃意味着摈弃。特别报告员认为，第 10 条草案<sup>1474</sup> 承认，任何国家有权向打算行使管辖权的国家为其官员援引豁免。有人指出，一旦官员所属国意识到法院地国意图行使管辖权，就必须立即援引豁免。因此，该条款草案载有一套援引豁免的程序规则，以保证法律的确定性。

135. 关于形式和程序，特别报告员指出，援引必须以书面形式提出，同时说明将受益于豁免的官员的身份，以及具体说明豁免的类型(是属人豁免还是属事豁免)。她还强调，考虑到法律制度的多样性，该条草案没有将援引豁免确定为必然是一种单独的司法行为。它提供了足够的灵活性，便于通过司法当局或外交渠道援引豁免。此外，特别报告员指出，第 10 条草案述及属人豁免和属事豁免之间的区别。对前者来说，援引并不必要，因为它必须被认为是自动的，但对后者而言，援引被认为是一项程序性要求。

136. 第 11 条草案<sup>1475</sup> 认为放弃豁免是官员所属国家的权利。必须明示、明确和毫不含糊，提及有关官员，并酌情提及放弃赦免所涉及的行为。该条款草案没

---

3. 主管法院应考虑官员所属国是否已援引或放弃豁免，并尽可能考虑到法院地国其他当局和官员所属国当局向其提供的资料。”

<sup>1474</sup> 特别报告员提出的条款草案如下：

**“第 10 条草案  
援引豁免**

1. 一国可向打算行使管辖权的国家为其任何官员援引外国刑事管辖豁免。
2. 官员所属国在知悉法院地国打算对该官员行使刑事管辖权后，应立即援引豁免。
3. 援引豁免应以书面形式明确提出，同时说明被援引豁免的官员的身份和援引的豁免类型。
4. 援引豁免最好通过两国都是缔约国的合作和司法互助协定所规定的程序提出，或通过两国共同接受的其他程序提出。也可以通过外交途径援引豁免。
5. 如果援引豁免不是直接向法院地国法院提出，则收到援引豁免有关通信的主管当局应利用一切可用手段，将通信转交有权确定是否适用豁免的机关，而主管机关应在知悉豁免的援引后尽快就此作出决定。
6. 无论如何，有权确定豁免的机关应自行决定是否对享有属人豁免的国家官员适用豁免，而不论官员所属国是否援引豁免。”

<sup>1475</sup> 特别报告员提出的条款草案如下：

**“第 11 条草案  
放弃豁免**

1. 一国可放弃其官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃应以明示方式明确作出，提及被放弃豁免的官员，并酌情提及放弃豁免所涉及的行为。
3. 最好通过两国均为缔约国的合作和司法互助协定中规定的程序实施放弃豁免，或通过上述国家共同接受的其他程序实施。放弃豁免可通过外交途径作出通知。

有规定可以默示放弃。即使是源于条约的放弃，如果从法院地国和官员所属国均为缔约国的条约条款中可明确无疑地推断出来，那么这种放弃也是明示的。

137. 关于放弃的形式和程序，特别报告员指出，它们与第 10 条草案中规定的相同。

138. 关于放弃的影响，特别报告员指出，为了确保法律确定性，放弃豁免是不可撤销的。为此，(a) 一旦豁免被放弃，放弃适用于法院地国行使刑事管辖权可能导致的任何行为和诉讼的任何阶段(包括上诉和其他法律追索权，以及任何逮捕令或监禁)；(b) 放弃仅与放弃所涉及的官员及行为有关。

139. 第 12、13、14 和 15 条草案涉及法院地国和官员所属国之间适用的程序保障，是构成国际法逐渐发展的拟议法提案。特别报告员回顾，必须要有程序保障，以防止为政治目的对外国官员使用或滥用刑事管辖权，这是委员会和第六委员会辩论中都在强调的一个问题。这种保障措施旨在保护法院地国和官员所属国双方的利益。此外，上述条款草案应当从广义上加以理解，以便除其他外，(a) 使官员所属国能够援引和放弃豁免，为此需要知道法院地国有意行使管辖权；(b) 促成法院地国当局和官员所属国当局之间的信息交换；(c) 便利官员所属国对所涉官员行使刑事管辖权；以及(d) 允许法院地国和官员所属国之间进行协商。特别报告员强调指出，很难在国家实践中找到同一性，条约实践多种多样，各有自身的特点。

140. 特别报告员强调，条款草案的目的在于：帮助在法院地国和官员所属国之间建立互信；为双方提供法律确定性；帮助消除起诉政治化和造成国家间关系不稳定的风险。

141. 关于第 12 条草案<sup>1476</sup>，特别报告员强调，这是尊重外国官员豁免权的一项基本保障，因为它规定了向官员所属国通报对官员行使管辖权的任何意图的义务。通知义务被视为一个国家通过援引或放弃豁免来维护其利益的首要保障。据指出，一旦法院地国主管当局有足够信息认定，出现了可能受其刑事管辖的外国

4. 从法院地国和官员所属国均为缔约国的国际条约中可以明确无疑推断出的放弃，应被视为明示放弃。

5. 不是直接在法院地国法院实施的放弃豁免，应由收到放弃豁免有关通信的当局利用其一切可用手段将该通信转交有权决定豁免适用问题的机关。

6. 放弃豁免不可撤销。”

<sup>1476</sup> 特别报告员提出的条款草案如下：

**“第 12 条草案  
通知官员所属国**

1. 如果法院地国主管当局有足够信息认定某一外国官员可能受其刑事管辖，则法院地国应将这一情况通知该官员所属国。为此目的，各国应考虑在其国内法中规定适当程序，以便利这种通知。

2. 通知应包括该官员的身份、该官员可能受刑事管辖的行为以及根据法院地国法律有权行使这种管辖权的当局。

3. 通知应以两国都接受的任何通信方式作出，或通过两国均为缔约国的国际合作和司法互助条约规定的方式作出。如果不存在或不接受这样的方式，则应通过外交途径发出通知。”

官员，就应发出通知，这种通知应包含允许该官员所属国评估其利益的所有要素。

142. 关于通知的形式和程序，特别报告员注意到，使用了类似于援引和放弃豁免的模式。诉诸外交途径是辅助的。

143. 特别报告员指出，第 13 条草案<sup>1477</sup>的前提是承认法院地国需要官员所属国提供信息，以便就豁免(特别是属事豁免)做出决定。然而，特别报告员强调，条款草案下的机制提供了一个程序保障，既有利于法院地国，也有利于官员所属国。本条草案第 4 和第 6 款载有关于官员所属国予以拒绝的规定。请求提供信息的形式和程序仿效了关于援引、放弃和通知的规定。

144. 第 14 条草案<sup>1478</sup>涉及刑事诉讼程序从法院地国转移到官员所属国。本条草案将这一机制设想为法院地国的权利，而不是义务。因此，转移诉讼将受法院地国国内法的约束，并酌情受约束两国的国际司法协助公约的约束。转移的效果体现为法院地国“暂停”行使管辖权，此时这取决于该官员所属国关于行使其管辖权的声明。值得强调的是，尽管为法院地国设定了权利而不是义务，但在某些情况下，它是避免豁免问题或者解决所涉国家之间在确定豁免适用性方面可能出现的问题的有用工具。而且，无论如何，它可以作为一个有用的工具，通过允许官员所属国行使其管辖权这一途径，避免法院地国行使管辖权的政治化或滥用问题。

<sup>1477</sup> 特别报告员提出的条款草案如下：

**“第 13 条草案  
交换信息**

1. 法院地国可请官员所属国提供其认为相关的官方信息，以便就豁免的适用作出决定。
2. 可通过两国均为缔约国的国际合作和司法互助条约规定的程序，或通过两国共同商定认可的任何其他程序，请求提供相关信息。在没有适用程序的情况下，可通过外交渠道请求提供信息。
3. 如果信息不是直接传递给主管司法机关供其就豁免问题作出裁决，接收信息的法院地国当局应根据国内法将该信息直接送交主管法院。为此目的，各国应考虑在其国内法中规定适当程序，以便利这种通信。
4. 官员所属国如认为提供信息的请求影响到其主权、公共秩序、安全或基本公共利益，可予以拒绝。在拒绝信息请求之前，官员所属国应考虑是否有可能为提供信息附加条件。
5. 在适用的情况下，对于接收的信息，应按照请求和提供信息所依据的互助条约，遵守官员所属国规定的保密条件，如果没有此类条约，则应遵守官员所属国在提供信息时设定的条件。
6. 官员所属国拒绝提供所请求的信息，不能被视为宣布管辖豁免不适用的充分理由。”

<sup>1478</sup> 特别报告员提出的条款草案如下：

**“第 14 条草案  
向官员所属国转移诉讼**

1. 法院地国当局可考虑拒绝行使管辖权，并将已经提起或打算对有关官员提起的刑事诉讼转移给官员所属国，由其行使管辖权。
2. 转移请求一经提出，法院地国应暂停刑事诉讼程序，直至官员所属国就该项请求作出决定。
3. 应按照法院地国的国内法以及法院地国和官员所属国均为缔约国的国际合作和司法协助协定，向官员所属国转移诉讼。”

145. 第 15 条草案<sup>1479</sup>措辞笼统,规定了一种灵活的协商机制,以便在确定豁免在特定案件中的适用性过程中出现任何问题时促进寻求解决办法,或者在无法达成解决办法的情况下,商定国际法规定的某种争端解决途径。有人强调,这是一个双边性质(法院地国—官员所属国)的双向机制(协商)。

146. 特别报告员指出,第 16 条草案<sup>1480</sup>涉及适用于外国官员的程序性权利和保障措施。虽然豁免是为了官员所属国的利益,但法院地国行使管辖权对国家官员有直接影响。该条款草案承认国家官员有权受益于所有公平待遇保障,包括与公平和公正审判有关的程序性权利和保障。该条款草案以委员会在关于防止和惩治危害人类罪的条款草案中通过的规定为范本。

147. 关于这一专题未来的工作方案,特别报告员回顾说,她在第六次报告中提到需要在未来的报告中处理与国际刑事法院合作的义务及这项义务对国家官员外国刑事管辖豁免的可能影响。此外,她在第七次报告中提到,国际刑事法院在约旦就逮捕和移交时任总统巴希尔一事提出上诉请求时,遇到了这个问题。关于国际刑事法院上诉分庭 2019 年 5 月 6 日发布的裁决,<sup>1481</sup> 她认为,就此项裁决进行讨论,对于委员会目前的工作来说,既无必要,也无益处。此外,值得注意的是,关于要求国际法院就国家元首的豁免及此种豁免和国际刑事法院合作的义务之间的关系发表咨询意见一事,联大仍未做出决定。因此,她认为没有必要在本届会议的这个时候向委员会提交任何具体建议。尽管如此,她保留在下一届会议上从更广泛的角度再度讨论这一问题的选择,这不一定完全指豁免的例外或这一专题的程序方面(包括程序保障)。另一方面,特别报告员还征求了委员们对以下问题的意见:(a) 处理解决争端的可能性;(b) 处理“良好做法”的可取性和有用性,可以就此研究将决定豁免适用的权力移交最高法院等问题;检察官职能的定义;以及为处理豁免问题的国家主管部门和机关编写手册。

<sup>1479</sup> 特别报告员提出的条款草案如下:

**“第 15 条草案  
协商**

法院地国和官员所属国应在彼此任何一方的请求下,就根据本条款草案确定该外国官员豁免事宜进行协商。”

<sup>1480</sup> 特别报告员提出的条款草案如下:

**“第 16 条草案  
公平公正地对待官员**

1. 被法院地国当局审查外国刑事管辖豁免的国家官员应得到全部公平待遇保障,包括与公平公正审判有关的程序性权利和保障。

2. 在确定是否适用管辖豁免的过程中,以及在不适用管辖豁免的情况下对该官员提起的任何法院诉讼中,这些保障均适用。

3. 在任何情况下,公平公正待遇保障包括有义务毫不拖延地将该官员被拘禁或可能影响其人身自由的任何其他措施通知官员所属国的最近代表,以便该官员能够获得其根据国际法有权得到的协助。

4. 应按照适用的国际规则和法院地国的法律和规章,以公平公正的方式对待该官员。”

<sup>1481</sup> 苏丹达尔富尔局势,检察官诉奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔案(根据《罗马规约》第八十七条第七款关于约旦不遵守法院逮捕和移交奥马尔·巴希尔的请求的决定)。



## 2. 辩论摘要

148. 本摘要涉及本届会议对特别报告员第六和第七次报告的辩论。应与第七十届会议关于第六次报告的辩论摘要一起阅读。<sup>1482</sup>

### (a) 一般评论

149. 委员们赞扬特别报告员就第七次报告所做的大量工作，该报告与第六次报告一起，对与程序方面有关的国家实践、判例和学术文献进行了丰富和详细的审查和分析。一些委员指出前任特别报告员的工作以及秘书处备忘录(A/CN.4/596和 Corr.1)的相关性。一些委员认为，第七次报告中提出的条款草案应更紧密地以实践为基础，但委员们也赞赏特别报告员采用演绎方法，在国际法的逐渐发展中提出拟议法提案。特别报告员承认这些提案具有构成国际法的逐渐发展的地位，这一点受到欢迎。然而，一些委员强调了考虑来自更多样化区域的国家实践的重要性。在这方面，一些委员提供了相关例子，包括国内立法、判例和双边协定。还强调了与委员会其他相关专题的工作保持一致的便利，例如危害人类罪和一般国际法强制性规范(强行法)，以及长期工作方案中的普遍刑事管辖专题。

150. 关于该专题程序方面的处理办法，委员们强调平衡基本法定权益的重要性，包括尊重国家主权平等、打击国际罪行有罪不罚现象的必要性以及保护国家官员免受出于政治动机或滥用刑事管辖权的影响。在这方面，委员们重申了委员会和第六委员会辩论中关于对国家官员行使刑事管辖权过度政治化或发生滥用表示的关切。为了在这些重要利益之间实现谨慎的平衡，一些委员表示，条款草案中提议的程序保障应当得到加强。

151. 委员们还强调了该专题的程序方面与委员会暂时通过的第7条草案所述不适用豁免的国际法规定的严重罪行之间的重大关联。在这方面，正如特别报告员在介绍第七次报告时解释的那样，一些委员同意特别报告员的意见，即第8至第16条草案中提议的程序性保证和保障适用于整个条款草案。其他一些委员表示关切的是，目前起草的第8至第16条草案没有充分确立拟议的程序性保证和保障与第7条草案的适用之间的联系，也没有充分处理为避免出于政治动机的起诉所必需的程序和保障。委员们再度重申了对通过第7条草案表达的不同意见。虽然一些委员强调有必要避免重开关于第7条草案的辩论，但若干委员回顾说，考虑到现行法和拟议法之间的区别，各国对第7条草案的不同立场势均力敌。因此，一些委员强调，设计具体的程序保障措施以解决对适用第7条草案的关切至关重要。同时，一些委员告诫说，第7条草案的内容不应受到损害。有人指出，无论如何，对这一专题的进一步有意义的讨论必然需要拟订一份类似于第7条草案的草案。其他一些委员怀疑使用程序保障措施能否充分解决第7条草案固有的实质性缺陷，并进一步指出，该条草案仍然是委员会内部就这一专题达成一致的障碍。尽管如此，一些委员承认，委员们在以前关于这一专题的辩论中提出的某些建议值得详细审议，并为进一步讨论提供了良好的基础。

152. 在这方面，有的委员表示支持这一提议：明确第8至第16条草案下的一般程序规定和保障措施适用于第7条草案所涵盖的情况，并就第7条草案拟订具体保障措施。他们提出了法院地国根据第7条草案对外国官员行使管辖权的三个

<sup>1482</sup> 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第10号》(A/73/10)，第七章。



条件，即：(a) 提起刑事诉讼的决定必须在政府或检察机关的最高级别作出；(b) 证明该官员犯下所指控罪行的证据必须完全确凿；(c) 法院地国必须已将行使管辖权的意图通知官员所属国，并已提出将诉讼移交给官员所属国的法院或国际刑事法院或法庭。此外，有的委员认为，有关国家官员在法院地国境内的存在也至关重要。一些委员还认为，在确定豁免不存在之前，应推定豁免。此外，一些委员认为，对任何豁免决定进行司法审查势在必行。还就向官员所属国转移诉讼提出了其他一些建议(见下文第 173 至 175 段)。另一方面，有的委员就作为证据标准的“完全确凿”概念提出了一些替代建议，包括“可靠和充分”或“初步证据”，因为这是一个在实际审判之前必须作为初步事项考虑的问题。

153. 此外，一些委员强调，需要根据对等原则，在法院地国的利益与官员所属国的利益之间达成平衡。一些委员认为，第 8 至第 16 条草案似乎更加重视法院地国行使管辖权的权利，而不是官员所属国的豁免权。在这方面，有人建议，应给予官员所属国更多的酌处权来主张豁免，不过官员所属国有可能滥用权利阻止法院地国行使管辖权的问题也引起了关切。一些委员认为，第 8 至第 15 条草案体现了向法院地国和官员所属国提供的保障之间的妥善平衡，它们为委员会就程序性条款和保障开展工作奠定了良好基础。

154. 另一个需要澄清的问题是，属人豁免和属事豁免之间的区别在第 8 至第 16 条草案中得到了何种程度的体现。一些委员认为，第 8 至第 16 条草案中的所有程序保障都将适用于这两类豁免，而另一些委员则倾向于制定单独的条款草案，处理豁免的不同程序性问题，体现属人豁免和属事豁免之间的区别。

155. 委员们普遍同意，对第 8 至第 16 条草案可加以梳理和简化。同样重要的是以足够清晰和详细的方式涵盖所有要点，以确保它们的有效性和可操作性。一些委员认为，条款草案应只处理那些与外国官员豁免直接相关的程序性问题，而将其他问题交由现有条约管辖。有意见认为，条款草案明显过度依赖民法体系刑事诉讼中的司法机关，忽略了行政和检察机关发挥更加突出作用的其他体系。委员们还提出了对条款草案重新排序的各种建议，以使拟议的程序能够更好地相互联系，为此，可采用一种新的排序，先是第 8、第 12、第 10 和第 11 条草案，然后是第 9 条草案。

## (b) 具体评论

### 第 8 和第 9 条草案(考虑和确定豁免)

156. 国家法律制度各不相同，而且采用与豁免有关的国内程序是各国的特权，因此，一些委员指出，条款草案应旨在向各国提供一个共同的程序框架，供其在国内法中采用，但不要过于刻板。在这方面，有人建议，以《维也纳外交关系公约》第三十二条第 1 和第 2 款为基础拟订更简单的条款，就足够了。“考虑豁免”、“受到刑事诉讼的影响”等短语被认为失之含混。虽然有人指出，第 8 条草案中提议的考虑豁免可以根据每个国家的情况进行一般性阐述，但有人提议规定各国应努力颁布或修订国内法，管理第 9 条草案中确定豁免的程序。委员们还提出了适用的国际法规则在根据第 9 条草案确定豁免方面的相关性。另一种观点认为，提及国内法和国际法可能会导致混淆。

157. 一些委员指出，在法院地国有关机关考虑和确定豁免的问题上，第 8 和第 9 条草案应采取更灵活的办法。一些委员认为提及法院地国的主管当局就足够

了，而另一些委员则倾向于仅提及法院地国。与此同时，一些委员欢迎承认法院地国法院通常拥有确定豁免的首要权力，如第 9 条草案中所体现的那样。有人表示关切的是，法院地国的法院应当独立于行政部门，而不是从属于行政部门。在这方面，有人要求澄清法院地国的法院考虑其他当局所提供的信息这项义务。

158. 此外，也有人强调了需要处理检察官在考虑和确定豁免过程中的作用，以及控制检察机关的酌处权等问题。有人建议重新起草第 8 条草案(考虑豁免)，以包括在调查的不同阶段考虑豁免，特别是就涉及属事豁免和审判方面的不同拘留形式而言。一些委员认为，应当对第 8 条草案适用一些限制，以避免对调查产生负面影响。

159. 有人提议在第 9 条草案中具体规定，无论涉及哪个国家机关，都应在相对较高的层级上确定豁免。确定是否可根据第 7 条草案适用豁免例外很重要，因此，有人建议由法院地国的法院作出这种确定，包括向最高法院上诉的可能性。还有人指出，法院地国对豁免的确定可取决于国际刑事法院的决定或对法院地国具有约束力的条约。

160. 一些委员支持第 8 条草案中关于在诉讼的早期阶段考虑豁免的要求，但仍需要明确何时必须作出这种决定，例如“毫不拖延地”。同样，第 9 条草案(豁免的确定)也宜指明应在诉讼的哪个阶段确定豁免。无论如何，一些委员同意这样一个原则，即豁免问题具有“初步性质”，必须在诉讼开始时迅速决定。还有人提到，法院地国考虑豁免的后果，可以包括立刻要求确定豁免和通知官员所属国等，为此，可将第 8 条草案与第 9 和第 12 条草案联系起来。

161. 此外，一些委员同意第 8 条草案第 3 款的条件，即在法院地国打算对外国官员采取任何强制措施之前，应考虑豁免。在这方面，有人建议举例说明法院地国将受到豁免影响的行为，包括强制措施，并指出应特别注意属事豁免。一些委员指出，在这种情况下，考虑豁免不应局限于外国官员执行公务的情况。此外，如果假设在确定豁免之前外国官员不受强制措施的影响，则应在第 9 条草案中澄清这一点。

162. 有人提出了一个更宽泛的问题，即是否应重新拟订第 8 和第 9 条草案，以体现属人豁免和属事豁免之间的区别。根据所涉豁免的类型，法院地国考虑豁免的时间可能有所不同(见下文第 172 段)。

#### 第 10 和第 11 条草案(援引和放弃豁免)

163. 一些委员基本上同意第 10 条草案(援引豁免)，但对于属人豁免和属事豁免之间的区别办法有不同意见。特别是，从第 10 条草案第 6 款来看，法院地国应在涉及属人豁免的案件中自行作出决定，而官员所属国则应在法院地国考虑豁免之前援引属事豁免。并非所有委员都支持这种区分。

164. 有人提议指出，在没有援引属事豁免的情况下，法院地国也应在知悉外国官员的地位或所涉行为后，立即自动考虑或决定豁免。另一项提议是，就属事豁免而言，外国官员的行为应被看作是可分离的，也即援引或放弃豁免可能适用于某些行为，但不适用于其他行为。

165. 人们承认，援引或放弃豁免的权利属于官员所属国，而非官员。然而，一些委员指出，实际上，通常是官员在实践中首先要求豁免。在这方面，有人提

出，可以建议各国在其国内法中规定援引豁免的主管机关。如果官员要求豁免但被国家拒绝，例如在官员根据国家命令实施犯罪的情况中，法院地国的义务也应得到澄清。

166. 一些委员认为，援引豁免不是适用豁免的先决条件，因为豁免是作为国际法事项存在的，其他委员指出，没有义务立即援引豁免。有人认为，除非官员所属国表明不援引豁免或放弃豁免，否则应推定豁免。另有人认为，不援引豁免可以达到这重证据目的，但不应排除官员所属国在稍后阶段援引豁免。有人强调，不援引豁免不应被解释为放弃。尽管如此，有人提到，如果官员所属国在接到通知或知悉针对该官员的诉讼后未能在合理时间内援引豁免，则可能存在例外情况，即推定官员所属国放弃了其官员的豁免。一些委员认为，希望对未能援引豁免的后果作出澄清。

167. 关于第 11 条草案(放弃豁免)，一些委员同意，作为一项一般规则，放弃豁免必须明示。有些人认为，在所有情况下都须明示放弃。还有人提到前任特别报告员科洛德金先生的观点，他的结论是，豁免的放弃对“三巨头”而言必须明示，但对其他享有属人豁免或属事豁免的官员，则可以明示或默示。此外，提出了一国在另一国法院出庭的问题供进一步审议，尽管也有人认为，这种出庭不应被解释为明示放弃豁免。关于第 11 条草案第 4 款，一些委员怀疑法院地国和官员所属国之间适用的某项条约规定可以被解释为默示或明示放弃。在这方面，有人提到为此起草一项不妨碍条款作为替代办法。还有人建议可单独作出规定处理这一事项，因为这实际上是一项条约例外。

168. 关于法院地国和官员所属国之间的沟通形式，一些委员提到，以书面形式援引豁免的要求不一定反映国际惯例。此外，一些委员强调了外交渠道在法院地国和官员国之间沟通中的核心作用。还提到了通过第三方，例如中间人展开外交。与会者普遍支持起草提案，强调就草案分别第 10 和第 11 条规定的援引和放弃豁免以及第 12、第 13 和第 15 条草案规定的通知、交换信息和协商等问题而言，更广泛地使用外交渠道的重要性。人们还进一步指出，有关国家应自由决定哪些沟通渠道最为妥善。

169. 有人提议，援引豁免将触发两个有关国家之间的协商，效果是协商期间可在一段合理的时间内暂停诉讼。此外，有人建议澄清，官员所属国参与同法院地国交流信息和协商的过程不能被解释为默示放弃豁免。

170. 对于放弃豁免的不可撤销性，与会者表达了不同的立场。委员们普遍支持第 11 条草案第 6 款的措辞，认为除非官员所属国另有说明，放弃应被推定为不可撤销。委员们也强调了考虑这样一项条款的必要性，因为撤销可能有其他理由，如涉及重大国家利益。

#### 第 12 至第 15 条草案(法院地国和官员所属国之间的程序保障)

171. 一些委员强调国内法和使用外交渠道在适用第 12 至第 15 条草案中的相关性。关于第 12 条草案，委员们普遍认识到通知对于程序保障的总体框架至关重要。一些委员对法院地国是否有法律义务通知官员所属国提出质疑，特别是在属事豁免方面。有人指出，第七次报告中引用的某些条约条款，涉及各国为行使刑事管辖权的目的，而不是为了援引、确定或放弃豁免的目的而进行通知。还就通知义务的实际履行提出了疑问，例如一国的法院是否会向其行政部门提供信息，

以及一国司法协助方面的中央机关是否是转达豁免通知的相关机关。其他委员表示支持规定有限的通知义务。特别是，一些委员建议，在可能导致受害者和潜在证人受到伤害，证据被损坏或篡改，或官员潜逃的情况下，应拒绝通知信息。此外，正如第 13 条草案第 5 款所承认的那样，通知可以受保密条件的限制。

172. 关于第 13 条草案(交换信息)，有人建议，要求官员所属国提供的信息范围应限于法院地国决定豁免的适用时所必需的信息。此外，一些委员就第 13 条草案第 4 款指出，拒绝提供信息的理由不一定限于影响主权、公共秩序、安全或基本公共利益的情况，还可能包括其他原因，例如涉及政治犯罪例外、侵犯人权、骚扰或歧视的情况。又或者，有人提议，官员所属国应有权以任何理由拒绝提供信息的请求，而无须作出解释。

173. 关于第 14 条草案(转移刑事诉讼)，一些委员同意特别报告员的意见，即向官员所属国转移诉讼是确保国家官员承担个人刑事责任的有用工具，同时可在尊重官员所属国主权平等和法院地国行使刑事管辖权的权利之间达成平衡。重申了相对于官员所属国管辖权的首要性而言，法院地国管辖权的补充性和辅助性原则。在这方面提到了国家实践，阐明诉讼程序如何从法院地国转移到官员所属国，条件是后者能够有效行使管辖权。此外，有人提出并强调了辅助原则如何在特别是基于被动国籍原则行使管辖权的背景下运作的问题。

174. 一些委员建议，第 14 条草案应明确规定，官员所属国可要求从法院地国转移与其官员有关的诉讼。关于第 14 条草案第 2 款，有人提议，由官员所属国或法院地国提出的转移诉讼的请求应具有暂停诉讼的效力，直至有关国家就该项请求作出决定。

175. 委员们还提出了一些建议，目的是防止滥用诉讼转移的可能。有人建议，根据《国际刑事法院罗马规约》第十七条，如果官员所属国不愿意或确实不能调查或起诉其官员，则可以施加限制。同样，可以要求官员所属国提供这方面的保证，作为转移诉讼的条件。此外，在转移诉讼的情况下，官员所属国有义务本着诚意并按照公认的最高国际司法标准进行此类诉讼。受《罗马规约》第二十条启发的另一项提议是，如果转移给官员所属国的诉讼是为了使该官员免负刑事责任，或者采用的方式不符合将该官员绳之以法的目的，则允许在法院地国的法院再度审判该官员。在这一方面，重要的是注意官员所在国的整体情况。还提到了不驱回原则的重要性。还有人建议列入一项条款，以确保法院地国不能任意拒绝转移诉讼的请求。

176. 委员们强调了第 15 条草案所反映的有关国家之间协商的重要作用。提出了起草建议，以将第 13 和第 15 条草案相关联或合并在一起。第 15 条草案得到普遍支持，尽管有人建议进一步考虑协商的时间安排。

#### 第 16 条草案(与官员有关的程序性权利和保障)

177. 一些委员质疑是否有必要列入第 16 条草案，另一些委员认为，该条强调与外国官员有关的程序性权利和保障措施是有益的，特别是在保护该官员免受出于政治动机的诉讼的情况下。一些委员同意特别报告员的意见，即与公正法庭公平待遇有关的程序性权利和保障已在国际法(包括国际人权法、国际刑法和国际人道法)中得到确认。与此同时，有人建议，对拟议的程序性权利和保障的内容作出澄清是有益的。还提到有必要将这些权利和保障与第 7 条草案的适用联系起来

来。还有人建议，第 16 条草案可以扩展到为外国官员提供程序保障，而不管豁免是否正在某一特定案件中受到考虑。

178. 关于第 16 条草案第 3 款，有人指出，编纂习惯国际法的《维也纳领事关系公约》只要求应被拘留者的请求作出领事通知。一名委员指出，习惯国际法没有确立获得领事援助的一般权利，但一些委员认为，应更加强调领事援助，特别是如果法院地国有意对已不再是国家官员的个人行使刑事管辖权，而有关情况将通过领事援助提请该官员所属国注意时。

179. 委员们提出了一些起草建议。为了保持一致，一些委员建议使用与危害人类罪条款草案第 11 条类似的措辞。

### (c) 未来工作方案

180. 委员们普遍支持在 2020 年完成条款草案一读的计划，虽然委员会需要足够的时间对条款草案进行实质性审议。一些委员欢迎审议某些定义，包括第 2 条草案(定义)中的“刑事管辖权”，另一些委员则倾向于在稍后阶段这样做。此外，有人建议，委员会应在其今后的工作中处理国家官员的越权行为问题、与豁免相关的不可侵犯性问题、对承认的考虑因素，以及重新审议侵权例外条款及其对刑事管辖权的影响。

181. 考虑到特别报告员在介绍第七次报告时的立场，大多数委员同意，委员会不需要就国际刑事法院上诉分庭 2019 年 5 月 6 日对涉及约旦的案件的判决进行辩论，尽管一些委员认为有必要处理国家官员的外国刑事管辖豁免同国家与国际刑事法院或法庭合作的义务之间的关系。有人指出，上诉分庭的判决无论如何都不是有关这一事项的最后定论，因为非洲国家正在考虑建议联大要求国际法院就各国根据不同国际法渊源在国家元首和政府首脑及其他高级官员豁免方面承担的法律义务的后果发表咨询意见。一些委员对特别报告员可能从广泛的角度审议这一问题表示关切，其他委员则赞成或不反对这一做法。一些委员认为，如第 1 条草案所示，这一问题不属于本专题的范围。其他一些委员保留他们在这方面的立场。

182. 关于特别报告员是否应在条款草案中提出一个机制，以解决法院地国和官员所属国之间争端的问题，委员们持有不同意见。一些委员对这一提议持开放态度，而另一些委员则不支持。有人回顾说，非洲国家曾在关于普遍管辖权的讨论的背景下要求审议这一问题。一些委员建议，可以根据委员会在其他专题中编写的类似条款，即关于危害人类罪的条款草案第 15 条和关于国际法强制性规范(强行法)的结论草案 21，制定一个争端解决机制。还有人反对不是作为条约规定运作的争端解决机制的可行性和适当性以及需要避免整体上对条款草案的潜在损害表示关切。

183. 关于列入该专题的建议最佳做法的可能性，一些委员指出，这可能对各国有用，特别是为了降低风险，以避免针对国家官员滥用或出于政治动机行使管辖权。与此同时，一些委员指出，这需要由委员会根据特别报告员设计的最后形式来决定。

184. 有人认为，委员会应对该专题工作的最终结果采取明确的立场，并特别指出，关于拟定一项条约的建议将有助于克服与程序有关的一些分歧，对于作为工作结果的条约而言，一些提议是可行的。



### 3. 特别报告员的总结

185. 特别报告员在对辩论进行总结时说，她对第六和第七次报告在 2018 年(16 次发言)和 2019 年(28 次发言)得到广泛和实质性讨论表示满意。2018 年和本届会议的辩论内容丰富，富有建设性。她指出，辩论证实了在该专题背景下审议程序保障和保障措施规定的重要性，将这些规定纳入条款草案是一项创新性建议，可对各国大有帮助。她注意到委员会委员对第 8 至第 16 条草案的广泛支持。她还感谢就实质内容提出的评论、建议和批评以及其他提议，其中一些可以在起草委员会中处理。关于委员会委员就条款草案的重新排序提出的建议，她提议遵循以下顺序：第 8、12、10、11、13、9、14、15 和 16 条草案。

186. 特别报告员重申，关于程序规定和保障的条款草案必须结合豁免的适用作为一个整体来考虑。它的职能不仅仅是为出现豁免问题的特定情况(特别是与第 7 条草案有关的情况)提供保障，而是为可能出现适用豁免问题的所有情况提供保障。其目的是设计各种机制，保证现有不同规范、原则和利益之间的平衡，并确保法院地国和官员所属国之间的平衡。因此，她重申拟议的条款草案适用于整个条款草案，包括第 7 条草案。

187. 她就此指出，她不同意委员会一些委员表达的第 8 至 16 条草案不适用于第 7 条草案所处理情况的意见。她指出，关于考虑豁免、通知、援引和放弃豁免、交换信息、确定豁免、转移诉讼、协商和外国官员获得公平待遇的权利的规定适用于第 7 条草案所处理的情况。然而，特别报告员提到委员会一些委员对需要通过第 7 条草案的特别保证表示的关切，以及一些委员在这方面提出的建议。在这方面，她表示愿意让起草委员会在审查第七次报告所载条款草案时审议这些具体建议。

188. 关于第 8 条草案(“考虑豁免”)和第 9 条草案(“豁免的确定”)中使用的术语，特别报告员指出，使用不同的术语是有意为之，因为每条草案所指问题不同。“考虑豁免”一词是指法院地国当局一旦确认外国官员涉案，就有义务开始审查豁免问题。“豁免的确定”一词是指就特定案件中是否适用豁免作出决定。因此，第 8 条草案主要涉及时间范畴，而第 9 条草案强调哪个主管机构有权决定是否适用豁免，强调该机构在作出这种决定时必须考虑的规范性要素，以及某些因素是否相关，例如是否已经援引豁免，这对于决定豁免是否适用可能至关重要。因此，她说她认为不宜在这两个条款中使用相同的术语，但她也表示愿意考虑在每种情况下采用其他术语，例如“审查豁免问题”(第 8 条草案)或“宣布豁免的适用性”(第 9 条草案)。无论如何，她反对将第 8 和第 9 条草案合二为一。

189. 关于第 8 条草案，她指出，委员会大多数委员支持其中所反映的灵活办法，根据这一办法，如果法院地国当局打算对外国官员采取任何可能影响其行使职能的强制措施，应始终在官员受到起诉和(或)口头诉讼开始(即司法阶段)之前审查豁免问题，甚至更早于此。然而，她注意到一些委员的意见，即应更详细地审查只涉及行政活动和任何调查活动的外国官员豁免问题，以及有必要审查外国官员的不可侵犯性问题。关于这些评论，她指出，提出的许多问题可以在界定“刑事管辖权”这一概念的范围解决，她已于 2013 年就此提出了一项建议，目前正待起草委员会审查。她对这一定义的拟订得到委员会委员的广泛支持表示满意。同样，她表示愿意考虑使用“毫不拖延地”而不是“在早期阶段”一词。

最后，特别报告员表示同样愿意考虑使用“主管当局”、“法院地国当局”、或仅仅是“法院地国”这些替代用法。

190. 关于第 9 条草案，特别报告员首先重申，她深信确定豁免的决定应由法院地国的法院作出，尽管她注意到委员会一些委员关于各国法律制度多样性的意见，以及在一些国家，决定是由法院以外的当局作出，甚至是由属于行政部门的当局作出。因此，起草委员会若能够审查反映各国法律中可以找到的所有可能情况的更广泛、更全面的措辞，她会持欢迎态度。然而，她强调，关于豁免适用与否的决定，其内部法律效力不能够使此种决定被归类为可排除在司法审查之外的纯粹的“政治行为”或“政府行为”。关于哪些法律适用于确定豁免是否适用，她重申，相关决定必须考虑到法院地国的法律、委员会条款草案中纳入的界定属人豁免和属事豁免规范性要素的规则以及适用于具体案件的其他国际法规范。

191. 特别报告员指出，适于在第 9 条草案的框架内审查委员会一名委员在全体会议上发言时提交的关于加强第 7 条草案程序保障的提案，因为该提案的目的是，为确定豁免是否适用于据称犯下第 7 条草案所列国际法规定的某些罪行的情况，建立一些额外的保障。关于这些保障，特别报告员表示赞同此项要求——豁免决定应由法院地国最高主管当局做出。她指出，同样可取的是，只有在有充分迹象表明该外国官员可能犯下了归咎于他的罪行时，才能进行豁免的确定，但她说，使用“被指控罪行是完全确凿的”一语不适当，主要原因是这种措辞暗示，诉讼进展阶段已经过于深入，不符合必须在早期阶段考虑豁免这项要求。最后，特别报告员指出，她还可以考虑将诉讼移交官员所属国的问题，这一问题可结合第 9 条草案进行分析，也可在已经规定移交机制的第 14 条草案的框架内进行分析。无论如何，特别报告员指出，她认为这些补充保障应适用于必须确定国家官员属事豁免是否适用的所有情况(包括对第 7 条草案的适用出现争议的情况)，没有任何理由将其限定于可能犯下国际法罪行的情况。最后，特别报告员指出，她认为不宜列入国家官员必须身处法院地国境内的要求，因为这没有考虑到各国法律制度在这一问题上存在的巨大差异。

192. 关于第 11 条草案，特别报告员重申了她关于在属人豁免和属事豁免情况下适用于援引的不同程序的立场，并回顾说，前任特别报告员科洛德金也采取了上述立场。然而，她表示愿意考虑能使这种区分变得更加灵活的措辞，用于法院地国当局直接了解他们打算对其行使管辖权的个人是外国官员的情况，为此可使用《维也纳领事关系公约》中的语言。关于应在什么时候援引豁免，她接受了委员会若干委员提出的修改该条草案第 2 款措辞的建议，以便考虑到一国在决定是否援引其官员豁免时可能面临的各种情况。无论如何，她重申，不援引豁免不能自动理解为放弃豁免。

193. 关于第 11 条草案，她重申放弃豁免是官员所属国的一项权利，不产生追溯效力，而且必须明示和明确。她表示愿意让起草委员会分析最适当的形式，以提及国际条约产生放弃豁免的方式。她还指出，起草委员会审查委员会一名委员提出的下述建议将是有益的，即当有关官员被指控犯有国际法规定的严重罪行时，该官员所属国应放弃豁免或提出由本国起诉。

194. 关于援引和放弃豁免的共同程序要素，特别报告员提请注意，关于此两种行为的形式和实施行为的主管机构，委员会中存在的广泛共识。在这方面，她重申，援引和放弃均应以书面形式提出，并有确切的内容，援引或放弃豁免的主管

机构应属于各国的司法体系。关于通过何种渠道向法院地国通报豁免的援引和放弃，她强调，出于效率原因，提及司法协助机制是合理的，但并不妨碍通过外交渠道进行沟通。在这方面，她说，她愿意考虑使用新的措辞强调援引和放弃通常通过外交渠道进行。特别报告员以类似措辞提到第 12 和第 13 条草案中通过外交渠道进行的沟通。

195. 关于第 12 至第 15 条草案，特别报告员指出，总的来说，这几条得到了广泛支持。关于第 12 条草案(通知)，她重申了该条对于程序保障制度正常运作的根本重要性，同时也指出，如何界定对通知义务的限定，应由起草委员会审查。

196. 关于第 13 条草案，特别报告员回顾说，信息交换是考虑和确定豁免，特别是属事豁免的一个基本要素。关于官员所属国拒绝传递所要求的资料的问题，她重申，列举拒绝的理由或至少规定官员所属国“必须善意地考虑该请求”，将是有益的。无论如何，她坚持认为，拒绝传递所要求的资料不能成为宣布豁免不适用的理由。此外，她申明，对第 13 条草案可加以补充，明确提及提供信息在任何情况下都不得解释为放弃豁免或承认法院地国的刑事管辖权。特别报告员重申，她认为第 13 条草案规定的信息交换可以双向进行。

197. 关于第 14 条草案，特别报告员强调了该条获得的广泛支持。委员会委员们认为，将刑事诉讼移交官员所属国是一个有用的工具，也是程序保障制度的重要组成部分。关于这一机制，特别报告员澄清说，在不适用豁免和适用豁免的情况下，都可以转移诉讼。她还澄清说，第 14 条草案允许由法院地国或官员所属国提出移交请求，不过永远要由法院地国主管当局决定是否将诉讼移交官员所属国。特别报告员指出，转移诉讼是基于辅助性和互补性原则，因为如果官员所属国行使本国管辖权起诉该官员，则看起来符合逻辑的理解是，此种管辖权优先于法院地国的管辖权。然而，她表达了委员会多名委员提出的看法，即转移诉讼决不能成为使官员免于起诉的工具，这将构成对“转移诉讼”制度的欺诈性使用，摧毁其效用，并可能产生助长最严重国际罪行有罪不罚现象的不良效果。因此，她支持委员会若干委员提出的建议，即转移诉讼必须以该官员所属国确实能够并且希望行使管辖权并实际行使了管辖权为条件。特别报告员认为现阶段没有必要就将刑事诉讼移交国际刑事法院的问题宣示立场。

198. 关于第 15 条草案，特别报告员强调指出，委员会委员对协商机制予以广泛支持，认为协商是一项用途广泛的工具，甚至可能在解决争端领域发挥作用。因此，她说，协商应在条款草案中单独处理，并表示她认为不应将第 15 条草案与其他程序性条款合并。

199. 关于第 16 条草案，特别报告员申明该条款十分重要而且必不可少，因为它确保外国官员能获得法院地国当局的公平公正待遇，无论是在法院地国当局考虑和确定豁免的过程中，还是在当局认为豁免不适用之后。关于这条草案的内容及其与委员会最近在其他专题的框架内通过的其他类似条款的关系，特别报告员指出，起草委员会可以考虑到每个专题的特殊性来处理这一问题。

200. 关于今后的工作，特别报告员重申，她希望就本专题与国际刑事管辖权的关系提供一份一般性简要分析，考虑到将诉讼移交国际法庭的可能性。她确认，她将处理争端解决机制的问题，以及侧重于业务而非规范方面的最佳做法。她指出，涉及越权行为的问题和其他剩余问题将在评注中处理。

201. 关于本项目的最后形式，特别报告员指出，委员会决定是否正在拟订一项条约还为时过早；目前的条款草案形式就足够了。

## 第九章 一般法律原则

### A. 导言

202. 委员会第七十届会议(2018 年)决定将“一般法律原则”专题列入工作方案，并任命马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生为特别报告员。

### B. 本届会议审议此专题的情况

203. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/732)。特别报告员在第一次报告中述及本专题的范围和委员会工作中应处理的主要问题。报告还述及委员会以往与一般法律原则有关的工作，概述了随着时间的推移一般法律原则的发展情况，并对本专题的某些基本方面做了初步评估。特别报告员提出了三项结论草案。他还就本专题的今后工作方案提出了建议。

204. 委员会在 2019 年 7 月 23 日至 30 日第 3488 至第 3494 次会议上审议了该报告。

205. 在 2019 年 7 月 30 日第 3494 次会议上，考虑到全体会议表达的意见，委员会决定将特别报告员第一次报告所载结论草案 1 至 3 送交起草委员会。<sup>1483</sup>

206. 在 2019 年 8 月 7 日第 3503 次会议上，起草委员会主席提出了一份关于起草委员会暂时通过的结论草案 1 的临时口头报告。该报告仅供参考，可在委员会网站查阅。<sup>1484</sup>

207. 在 2019 年 8 月 9 日第 3507 次会议上，委员会请秘书处编写一份备忘录，评述国家间仲裁法庭、普遍性国际刑事法院和法庭的判例法，以及不同条约，这将对委员会今后关于这一专题的工作特别重要。

<sup>1483</sup> 特别报告员在第一次报告中提出的结论草案如下：

“结论草案 1：

范围

本结论草案涉及作为国际法渊源之一的一般法律原则。

结论草案 2：

承认的要求

一般法律原则须为各国普遍承认才会存在。

结论草案 3：

一般法律原则的类别

一般法律原则包括：

- (a) 源自国家法律体系的原则；
- (b) 国际法体系内形成的原则。”

<sup>1484</sup> <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>.

## 1. 特别报告员介绍第一次报告

208. 特别报告员介绍了他的报告，提出了若干一般性意见。特别报告员指出，一般法律原则是国际法律体系的一个重要组成部分，在被列入《常设国际法院规约》第三十八条近一个世纪后，委员会澄清国际法的这一渊源是有益的。

209. 特别报告员强调，委员会可以通过采取积极慎重的办法，向各国、国际组织、法院和法庭，以及被要求将一般法律原则作为国际法渊源之一加以应用的其他各方提供指导。

210. 特别报告员指出，第六委员会会员国对将本专题列入委员会工作方案的反应总体而言非常积极，只有一个会员国表示关切，理由是国家实践不够充分，无法进行充分的研究。他提到，许多代表团欢迎委员会决定处理该专题，从而充实委员会有关国际法其他渊源的工作。他补充说，若干代表团还认为，委员会可以对一般法律原则的性质、范围和作用及其识别标准和方法作出权威说明。特别报告员还注意到，国际法协会的一个研究组对本专题表现出了相当大的兴趣，此外，还有各种学术出版物以及有关本专题的活动。

211. 特别报告员提请委员会委员注意其第一次报告的法文和西班牙文本。报告西班牙文本的用语是“*principios generales del derecho*”，而《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项是“*principios generales de derecho*”。报告法文本用的是“*principes généraux du droit*”，而《法院规约》是“*principes généraux de droit*”。他认为，这些差异并非实质性差异，报告所用术语可以保留，因为这些表述(“*del derecho*”和“*du droit*”)已用于各项国际文书，如《国际刑事法院罗马规约》、有关学说以及委员会本身最近的工作，包括“习惯国际法的识别”专题。

212. 特别报告员解释说，第一次报告是初步的和介绍性的，主要目的是为委员会关于本专题的工作奠定基础，并征求各位委员和各国的意见。

213. 特别报告员指出，报告分为五部分：第一部分涉及一般事项；第二部分涉及委员会以前关于本专题的工作；第三部分涉及随着时间的推移本专题的发展情况；第四部分对本专题的某些基本方面——一般法律原则的要素和起源——做了初步评估；第五部分阐述了暂定的今后工作方案。报告还提出了三项结论草案。

214. 报告第一部分阐述了本专题的范围，并提出了供委员会审议的四个相互关联的问题：(一) 作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质和《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的含义；(二) 一般法律原则的起源；(三) 一般法律原则的作用以及与国际法其他渊源的关系；(四) 一般法律原则的识别。还强调了某些方法问题，即在文献和实践所用术语不确切的情况下(如“原则”、“一般原则”、“一般法律原则”、“国际法的一般原则”、“国际法的基本原则”)，如何选择本专题研究的相关材料，以及一份确定材料相关性应考虑因素的非详尽清单。特别报告员还认为，与“习惯国际法的识别”专题一样，委员会在工作中可能提到的一般法律原则的例子必须只为举例说明，收录在结论草案的评注中，且委员会不应深入探讨其实质内容。

215. 报告第二部分论述了委员会以往与本专题有关的工作。特别报告员指出，一般法律原则在委员会早年的工作中就已出现；并似乎在某些专题——例如条约法和国家对国际不法行为的责任——下得到了编纂；委员会已研究或讨论了本专



题的某些方面，尽管一般是泛泛而谈，如在国际法不成体系和习惯国际法的识别专题中。他强调，委员会以前的工作必须以适当的方式加以考虑。

216. 报告第三部分涉及随着时间的推移一般法律原则的发展，这一部分有两个主要目的：(一) 为本专题提供背景参考；(二) 为委员会委员研究一般法律原则提供相关材料。特别报告员着重指出，A 节侧重各项国际文书对一般法律原则的提及，B 节则涉及国际性法院和法庭判例法中的一般法律原则。特别报告员强调，虽然 B 节几乎完全侧重司法解决争端的例子，但并不意味着这是适用一般法律原则的唯一情况。作为国际法的一个渊源，一般法律原则普遍适用于国际法主体之间的关系。他补充说，该节提到的材料并非详尽无遗，从现有材料来看，国家和国际司法实践已经很充分，委员会可充分研究这一专题。特别报告员还指出，第一次报告简要提到了与区域范围一般法律原则有关的实践以及国际行政法庭的实践，并表示他欢迎委员们对是否应进一步研究这些实践提出意见。

217. 报告第四部分首先对《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项做了初步评估，其中提到“一般法律原则为文明各国所承认者”。特别报告员提出了三个相互关联的要素，即“一般法律原则”、“承认”和“文明各国”。第四部分也谈及一般法律原则的起源问题。特别报告员强调，委员会关于后一问题的立场将对今后如何处理这一专题具有决定性意义。

218. 特别报告员提出了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的“一般法律原则”与国家法律体系中存在的“一般原则”是否有任何共同特征的问题。他指出，虽然可以说它们有一些共同特点，如填补空白的的作用，但由于国际法律体系与国家法律体系之间的结构差异，可能应当区分二者的特征。特别报告员指出供委员会审议的另一个问题是，或许可以区分“原则”与“规则”或“规范”。特别报告员指出，关于这一问题，存在不同学说。他回顾说，国际法院和委员会都表示，“原则”一词指的是比国际法其他规范更“一般”和“基本”的规范。报告初步得出结论称，虽然一般法律原则可能具有更“一般”和“基本”的性质，但考虑到现有实践，不能排除可能存在不具有这些特征的一般法律原则。报告第四部分探讨的另一个问题是“一般法律原则”与“一般国际法”之间的关系。特别报告员指出，“一般国际法”一词显然包含一般法律原则，正如委员会最近在习惯国际法的识别结论草案的评注中重申的，这意味着一般法律原则普遍适用。不过，提及“一般国际法”未必应理解为提及一般法律原则。因此，应根据具体情况研究个案。

219. 报告第四部分还探讨了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中“承认”一词的含义。特别报告员说，从《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的案文和《常设国际法院规约》的准备工作文件来看，承认是一般法律原则存在的基本条件。特别报告员指出，《规约》的起草者认为，一般法律原则在形式上的有效性取决于是否得到“文明各国”的承认。这种承认将构成一个客观基础，达到起草者所希望的不予以法官在确定法律时过多酌处权的目的。这一目的可以通过要求一项原则为各国普遍承认来实现，这一条件不取决于法官或特定国家的主观看法。特别报告员还强调，承认一般法律原则的必要条件明显不同于识别习惯国际法的必要条件——作为一种一般实践并被接受为法律(法律确信)。

220. 关于“文明各国”一词，特别报告员认为，这应当不会给委员会的工作造成很大困难。他指出，虽然该词过去可能具有特定含义，但已经过时，应予避

免。考虑到现有实践和主权平等原则，这一术语必须理解为指国际社会的所有国家。特别报告员指出，这一结论并没有彻底解决需要谁承认的所有问题，他欢迎委员会委员就需要在今后报告中探讨的问题发表意见，如一般法律原则必须得到承认的程度、国际组织是否也能够对一般法律原则的形成做出贡献，以及国际性法院和法庭在这方面可能发挥的特殊作用。

221. 第一次报告第四部分第二节涉及一般法律原则的起源和相应类别。特别报告员重申，这一根本问题将决定委员会今后的工作。鉴于现有实践和文献，报告论述了两类一般法律原则：源自国家法律体系的原则和在国际法律体系内形成的原则。特别报告员指出，学说中提出了一些其他类别，但有些含糊不清，可能赋予过多酌处权，在实践中没有足够的支持，至少没有足够明确的支持，因此第一次报告未探讨其他类别。

222. 源自国家法律体系的一般法律原则这一类别在《常设国际法院规约》通过之前的实践、《规约》的准备工作文件以及当前的国家和国际司法实践中都得到广泛支持。特别报告员指出，识别这一类别的原则需要做两步分析：(一) 识别国家法律体系或世界主要法律体系普遍共有的原则；(二) 确定这一原则是否适用于国际法律体系(有时称为“转用于”)。

223. 第二类一般原则是在国际法律体系内形成的一般法律原则。特别报告员强调，《常设国际法院规约》和《国际法院规约》的准备工作文件及规约案文均未表明，一般法律原则仅限于源自国家法律体系的原则。他回顾说，在法学家咨询委员会中，尽管委员普遍认为一般法律原则可以源自国家法律体系，但并不排除它们可能有其他来源。这一类别的存在理由也可以解释为：如果一般法律原则的作用是填补空白，那么源自国际法律体系便是符合逻辑的，因为源自国家法律体系的一般法律原则可能不足以发挥这一作用。国家实践和国际判例以及文献也为这一类别的存在提供支持。

224. 最后，关于委员会今后的工作，特别报告员建议第二次报告论述一般法律原则的作用以及与国际法其他渊源的关系，第三次报告专门探讨一般法律原则的识别。特别报告员表示，他对处理本专题这些方面的顺序持灵活态度，并欢迎委员会委员就此发表意见。

## 2. 辩论摘要

### (a) 一般性评论

225. 委员们欢迎特别报告员的第一次报告，并赞赏地指出该报告结构严谨，研究充分。委员们注意到报告是“初步和介绍性的”。有些委员表示，在委员会有机会在工作中取得进展之前，他们的意见也是初步意见。委员们一致认为，在今后关于本专题的工作中，若干问题需要进一步探讨并细致入微地处理，特别是本专题的范围、一般法律原则的要素和起源及其识别。

226. 关于法文和西班牙文的用语，有些委员认为，本专题的标题和委员会文件丝毫不应偏离《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的用语。

227. 有些委员认为，本专题很重要，不仅是因为一般法律原则在司法背景下至关重要，而且因为它们普遍适用于国家之间。但也有人表示，虽然委员会审议这

一专题很重要，但《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则在实践中并未发挥十分重要的作用。

### (一) 本专题的范围和成果

228. 一些委员强调，本专题的范围是作为国际法渊源之一的一般法律原则。若干委员支持将专题范围限于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则，但不限于该法院的适用，并考虑到各国以及国际性法院和法庭的实践。有些委员建议，委员会可以考虑修改本专题的标题，以澄清其范围。

229. 一些委员一致认为，委员会不应深入研究一般法律原则的具体内容，不过可以提供说明性的例子。有些委员建议编写一份一般法律原则的例示清单，并作为附件提供，而另一些委员则强调，这将是一项不完整的工作，可能会转移对核心问题的注意力。若干委员认为，一般法律原则的说明性例子可以连同所有相关材料一并列入评注。

230. 委员们普遍认同特别报告员第一次报告中提出供委员会审议的问题，即：(一) 作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质；(二) 一般法律原则的起源；(三) 一般法律原则的作用以及与国际法其他渊源的关系；以及(四) 一般法律原则的识别。但有些委员对处理这些问题的拟议顺序提出了质疑。

231. 关于作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质，委员们一致认为，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项在这个意义上提供了一个权威论断，并进一步得到各国及国际性法院和法庭实践的证实。一位委员质疑“渊源”一词的含义以及它是否包括形式渊源、实质渊源、司法渊源、历史渊源和文献渊源，而另一些委员则认为，对这一术语的共同理解——法律规则或原则形成的形式——足够清晰，委员会可以推进其工作。若干委员指出，必须赋予一般法律原则相对于其他渊源的独立性。虽然有人指出，国际法渊源没有等级之分，但一些委员强调，在实践中，一般法律原则发挥填补空白的作用。有人认为，一般法律原则是国际法的次级渊源，发挥“辅助”作用。但有些委员指出，委员会应避免将一般法律原则描述为辅助原则，“补充”一词是更恰当的描述。

232. 关于一般法律原则的作用以及与国际法其他渊源的关系，委员们同意特别报告员的意见，认为这一问题需要认真考虑。委员们普遍支持特别报告员的结论，即《常设国际法院规约》第三十八条的准备工作文件表明，将一般法律原则作为国际法渊源之一是为了避免裁定“法律不明”，该条所列各要素的目的是限制确定国际法时的司法酌处权。一些委员指出，一般法律原则可能还有其他作用，例如作为解释工具，以及作为权利和义务的来源。一些委员质疑是否应研究“法律不明”的含义及其是否为国际法所禁止的问题，认为这些问题在本专题范围之外。

233. 委员们一致认为，区分一般法律原则与习惯国际法将对本专题至关重要。特别是，有些委员指出，如果不明确解释这一区别，可能会混淆国际法的这两个渊源。一些委员建议，这两个渊源可以通过，例如形成过程和必须满足的条件，加以区分。有人认为，有时可能很难区分一般法律原则与习惯国际法。一些委员指出，重要的是，委员会不仅应研究一般法律原则与条约及习惯国际法的关系，还应研究一般法律原则与衡平法的关系。还有人建议，还应当研究一般法律原则与规范国际法各个分支的各项原则。

234. 委员们普遍认为，结论草案将是本专题成果的适当形式。但也有人认为，准则草案或条款草案是更合适的成果。还有人认为，委员会应保持开放态度，在工作稍后阶段再做决定。

## (二) 方法

235. 委员们普遍同意特别报告员提议的方法，并重申审慎行事的重要性。一些委员指出，虽然如特别报告员提出的，国家实践以及国际性法院和法庭的判例是一个好的起点，但国家法院的判例、国际组织的产出和一般文献也是相关的。有委员表示，还应重视区域实体，如美洲司法委员会和美洲人权法院。也有委员建议，不妨对软性法律文书进行研究。

236. 有委员指出，委员会不应着眼于平息理论上的辩论，而应力求提供实际解决办法。还指出，如果国家实践不充分，搜集与这一专题有关的全球信息以分析所有主要法律体系将具有挑战性，委员会不应讳言。委员们还同意特别报告员关于以前的工作和文献中的用语不准确的想法。一些委员建议，委员会可能需要一定程度的灵活性，以包容这一专题可能触及的许多国际法领域的具体情况。

### (b) 国际法委员会以往的工作和随着时间的推移一般法律原则的发展

237. 委员们欢迎特别报告员对历史背景的分析。具体而言，有人强调，一般法律原则在历史上主要来自国家法律体系和罗马法，仅在某一具体事项没有其他法律渊源规范时适用。一些委员指出，应在这一背景下看待《常设国际法院规约》的准备工作文件，因为该规约通过时，国际法尚未对许多领域涉及的问题加以规范，而一般法律原则旨在为法官提供一种选择，避免裁定“法律不明”。有委员认为，原本可以在报告中评估一般法律原则与欧洲普通法之间的联系，这些先例可能有助于委员会理解一般法律原则的含义。

238. 一些委员指出，描述委员会以前的工作须谨慎。此外，一些委员质疑研究具体条约制度中引用的一般法律原则是否有帮助，另一些委员则对此表示支持。一些委员询问报告为何没有提到《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》。

### (c) 一般法律原则的要素

239. 委员们普遍同意特别报告员关于分别探讨《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的三个要素的建议。一些委员着重指出“一般法律原则”与“国际法的一般原则”之间的区别，并强调需要澄清它们之间的关系。此外，也有一些委员认为，需要对“一般”和“原则”两词作详尽分析。在这方面，特别报告员建议认真探讨“原则”与“规范”或“规则”之间的区别，一些委员对此表示支持。一些委员赞同特别报告员对一项原则的“一般”和“基本”性质的解释，尽管这些术语的具体含义仍受到质疑。还有一些委员表示，如报告所述和现有实践所示，并非所有的一般法律原则都必然具备这些特征。

240. 一些委员对探讨“区域”或“双边”一般法律原则的可能性表示欢迎，而另一些委员则怀疑这样做是否合适。一些委员认为，委员会在工作的初期阶段考虑这一问题为时过早。特别是，有人强调“区域”或“双边”一般法律原则不属于本专题的范围；也有些委员指出，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“一般”一词意味着一般法律原则适用于“所有国家”，排除了“区域”或

“双边”一般法律原则。一些委员建议委员会随着工作的推进，参照进一步研究成果，再回头考虑这一问题。最后，几位委员表示，“法律”一词也值得更仔细研究，例如需要确定该词是否既涵盖国内法，也涵盖国际法。

241. 委员们普遍同意，“承认”这一要素对于识别一般法律原则至关重要，并支持特别报告员关于在今后的报告中进一步研究这一具体要求的建议。委员们着重指出了“承认”(一般法律原则的要求)与“被接受为法律”(习惯国际法的要素)之间的界限。一些委员还明确表示，他们不认为“承认”要求与习惯国际法中的“被接受为法律”要素相似。

242. 此外，委员们普遍支持特别报告员提出的，识别源自国家法律体系的一般法律原则时，进行两步分析，(一)识别足够多的国家法律体系所共有的原则，(二)确定该原则是否适用于国际法律体系。若干委员认为，必须仔细研究这种两步分析法和其中每一个要素。就此提出了一些问题，例如：特别报告员提出的两类一般法律原则是否适用同样的承认；所需要的承认水平或程度，特别是“足够的大多数”的含义；需要谁的承认；国家在转用阶段的作用；国际组织的作用(如果有的话)；以及“可转用”一词是否比“转用”更准确。

243. 委员们普遍认为，“civilized nations”(文明各国)一词不合适且过时，不应应用在本结论草案中。一些委员支持特别报告员的建议，即改用“states”，而另一些委员则告诫说，这一术语可能不包括参与形成一般法律原则的所有行为体，包括国际组织。一些委员认为，应进一步考虑“nations”一词。还有人建议使用“community of nations”(各国)，见《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第二款：“各国公认的一般法律原则”。

#### (d) 作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源

244. 若干委员同意特别报告员按起源提出的两个类别，即源自国家法律体系的一般法律原则和在国际法律体系内形成的一般法律原则，认为这两类都有足够的实践作为支持。一些委员认为，在对一般法律原则进行分类时，区分程序性法律原则和实质性法律原则很重要，应进一步考虑。一些委员指出不应排除其他类别，但另一些委员告诫委员会不要增加过多类别。

245. 然而，若干委员建议，不应考虑在国际法律体系内形成的一般法律原则，因为没有足够的国家实践作为支持。另一些委员认为，这一类别有争议，在审议这一类别和确定其界限时应采取谨慎的做法。有委员指出，另一个挑战是划定这一类别的界限，这可能导致过度和主观的司法酌处权，还可能削弱习惯国际法的形成条件。有的委员认为不应排除或过度限制这一类别；主要担心其形成的先决条件过于苛刻。最后，一些委员表示，在确定一般法律原则的起源时，不应严格区分国家法律体系和国际法律体系，因为一般法律原则可能源自其中之一，但无法明确界定是哪一个。

#### (e) 对第一次报告中提出的结论草案的评论

246. 结论草案 1、2、3 收到了一些起草建议。一些委员建议将结论草案 2 和 3 留在起草委员会，直到委员会有机会审议可能对其拟订有影响的其他相关问题。



(f) 今后的工作方案

247. 委员们普遍支持特别报告员关于在第二次报告中探讨一般法律原则的作用以及与其他法律渊源的关系以及在第三次报告中探讨一般法律原则的识别的提议。一些委员建议，特别报告员不妨调换提议的顺序，从国际法的一般原则的识别开始，特别是首先阐述“承认”的门槛和国家法律体系的共有原则转用或可转用于国际法律体系的标准。一些委员建议特别报告员提出一般法律原则的定义。还有一些委员建议特别报告员先探讨已普遍接受的一般法律原则类别，即源自国家法律体系的原则，然后再探讨在国际法律体系内形成的一般法律原则，并将“作用”与“承认”问题放在一起讨论。

3. 特别报告员的总结

248. 特别报告员欢迎委员会委员对这一专题表现出的兴趣，并指出，辩论表明，尽管在某些复杂方面意见不一，但在一些基本问题上已达成普遍共识。例如，就委员会将审议的问题已形成一致意见，即：(1) 作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质；(2) 一般法律原则的起源和相应类别；(3) 一般法律原则的作用以及与其他国际法渊源(特别是习惯国际法)的关系；(4) 一般法律原则的识别。

249. 此外，特别报告员指出，委员们就委员会工作的最终成果达成普遍共识，即采取附有评注的结论的形式，因为本专题的目的是澄清国际法主要渊源之一的各个方面，这样的成果与委员会以往的工作是一致的。

250. 特别报告员还指出，虽然各国在第六委员会没有对本专题目前的标题发表任何意见，但委员会委员提出了一些修改意见。他指出，在他看来，这些修改没有必要，也不能准确反映本专题的范围。

251. 特别报告员进一步指出就本专题范围达成的普遍共识，强调委员会没有必要就“渊源”一词的含义进行理论辩论。他补充说，委员会自成立以来一直在研究国际法的渊源，公认其研究的是“形式上的渊源”，即规则或原则形成的法律过程和形式。《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的案文清楚地表明，一般法律原则是国际法的一个渊源，不同于条约和习惯国际法，这一点已在各国以及国际性法院和法庭的实践中得到确认。他强调，应在评注中说明一般法律原则是在第三十八条第一款(寅)项范围内考虑，因此至少在现阶段没有必要按照一些委员的提议，起草一般法律原则的定义。

252. 特别报告员指出，普遍共识是，审议这一专题的起点是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项，并参照各国的实践以及国际性法院和法庭的判例进行分析。特别报告员表示，一些委员就本专题的某些方面缺少国家实践表达的关切不应妨碍本专题的进展。他指出，各国在国际性法院和法庭上提出的书面和口头诉状，若能找到一些共同点，也具有相关性。此外，委员会正在审议此专题这一事实可能会鼓励各国在第六委员会就这些问题发表意见。特别报告员认为，通过深入分析一般实践，可以看出各国如何理解(即使不那么明显)本专题的较具体方面，无论如何，委员会都应该以谨慎和透明的方式继续工作。在此，特别报告员强调，应考虑美洲体系以及其他地区的所有相关做法。

253. 特别报告员注意到，一些委员赞成纳入区域或双边范围的一般原则，而另一些委员则对其是否存在以及是否切合本专题的目的表示怀疑。特别报告员强

调，在现在这种早期阶段，不应放弃这类一般法律原则。他还回答了这一疑问，即除《国际法院规约》外，似乎提到一般法律原则的其他国际文书，例如《国际刑事法院罗马规约》是否相关。他认为，应审查这些文书，以确定它们是否相关，因为不这样做，本专题的研究可能会有漏洞。关于国际组织的实践，特别报告员表示，应进一步研究其相关性。

254. 特别报告员认为，编写一份一般法律原则的例示清单不现实，因为清单必然是不完整的，而且会转移对本专题核心内容的注意力。特别报告员指出，一般法律原则的具体实例应该放在评注中，而且不应对其实质内容采取立场。此外，特别报告员表示愿意提供一份初步书目，附在今后的报告后。特别报告员还指出，应分析国际性法院和法庭在一般法律原则的形成或识别方面可能发挥的作用，但前提是，根据《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的规定，这些决定是确定法律原则的辅助手段。

255. 特别报告员指出，大多数委员赞同，至少初步来看，一般法律原则是补充性的，其主要作用是填补国际法的漏洞或空白，或避免“法律不明”。他还提到其他委员的立场，他们认为，鉴于国际法渊源之间没有等级之分，给予条约和习惯国际法优先地位，可能是基于“特别法优于一般法”和“后法优于前法”原则。

256. 特别报告员还指出，委员们一致认为有必要考虑一般法律原则与国际法其他渊源，特别是习惯国际法之间的关系。他强调有必要仔细和明确地区分一般法律原则与其他渊源，并表示今后的报告将严谨地探讨这一问题。他强调，关于“一般国际法”的概念，委员会委员普遍认为一般法律原则是一般国际法的一部分。

257. 此外，特别报告员指出，一些委员认为“原则”与“规范”或“规则”之间有区别，或应该有区别，大多数委员主要关心“一般法律原则”一词是否表达了这一国际法渊源的来源、作用、起源或其他方面。他还指出，一些委员质疑这些原则是否可以视为比其他规范更具“一般性”和“基本性”。他还指出，对一些委员来说，“法律”一词可能未必被解释为指国内法和国际法。在这方面，特别报告员强调，在现阶段，不能排除“一般法律原则”一词只是用来指代这一国际法渊源的专门术语，因此可能不需要说明每个词的具体含义。他补充道，无论如何，在研究一般法律原则的识别之后，这一点将得到澄清。

258. 特别报告员指出，委员会一致认为，“承认”是一般法律原则存在的必要条件，这将是这一专题的核心。每一类一般法律原则所需要的承认程度以及承认可采取的具体形式，是需要进一步考虑的问题。特别报告员强调，必须继续采取谨慎的做法，且确定一般法律原则是否存在的标准必须兼顾灵活性(以避免其识别成为一项不可完成的任务)和严格性(以避免可能被用作识别国际法规则的捷径，从而削弱其他渊源)。

259. 特别报告员注意到，委员们还一致认为，“civilized nations”(文明国家)一词不合时宜，考虑到国家的主权平等原则，应避免使用。主要问题仍然是适当的替代术语。他同意辩论中提出的建议，即最佳表述可能是《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第二款中使用的“community of nations”(各国)一词。

260. 特别报告员强调，除了第一次报告中提出并得到实践和理论支持的两类原则之外，委员会应避免不必要地增加更多一般法律原则类别。他还指出，实质性

一般原则和程序性一般原则之间的可能区分未必属于本专题的范围，按辩论中表达的意见，这两类一般法律原则都是既可以源自国家法律体系，也可以源自国际法律体系。

261. 特别报告员强调，委员会委员一致接受源自国家法律体系的一般法律原则这一类别，并同意这一类别的识别应遵循两步分析。第一，识别国家一级的原则，第二，可转用/转用于国际一级。这种分析，包括如何表示承认、所需的承认程度以及识别这一类别的方法，将在今后的报告中阐释。特别报告员注意到，委员对第二类一般法律原则，即在国际法律体系内形成的原则，尚未达成共识。一些委员支持这类一般法律原则，认为其基于充分的实践，而另一些委员则对其存在提出了质疑。特别报告员指出，提出质疑的委员认为实践不足以证明这类一般法律原则的存在，并认为该类别的承认形式可能过于灵活。特别报告员指出，尽管如此，这些委员并没有完全排除第二类的可能存在，建议进一步研究这一问题。

262. 特别报告员表示，他将在下一份报告中考虑委员会委员的建议，即进一步探讨一般法律原则的承认要求和识别问题。此外，特别报告员强调，秘书处对本专题某些方面的研究，以及向各国发放调查问卷，征集有关《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则的实践，将有助于委员会的工作。

## 第十章 与国际法有关的海平面上升

### A. 导言

263. 委员会第七十届会议(2018 年)决定将“与国际法有关的海平面上升”专题列入长期工作方案。<sup>1485</sup>

264. 联大随后在 2018 年 12 月 22 日第 73/265 号决议中注意到委员会将这一专题列入长期工作方案,并为此呼吁委员会考虑各国政府在第六委员会辩论期间发表的评论、表达的关切和意见。

### B. 本届会议审议此专题的情况

265. 在 2019 年 5 月 21 日第 3467 次会议上,委员会决定将本专题列入工作方案。委员会还决定在本专题下设立一个不限成员名额的研究组,由波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、尼吕费尔·奥拉尔女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生轮流担任共同主席。

266. 在 2019 年 7 月 15 日第 3480 次会议上,委员会注意到该研究组共同主席的联合口头报告。

267. 研究组由帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和尼吕费尔·奥拉尔女士担任共同主席,于 2019 年 6 月 6 日举行了会议。研究组审议了一份关于其工作安排的非正式文件,其中载有 2019 至 2021 年的路线图。研究组重点讨论了其成员组成、拟议会议日历和工作计划,以及工作方法。

268. 关于成员组成,一致同意研究组采取成员制形式,向委员会全体委员开放。鉴于每年通过一份报名表邀请委员加入,因此研究组成员每年都可能发生变化。

269. 关于工作计划,预计研究组将在今后两年就 2018 年编写的专题提纲<sup>1486</sup>中确定的三个分专题开展工作:2020 年,在波格丹·奥雷斯库先生和尼吕费尔·奥拉尔女士的共同主持下,研究与海洋法有关的问题;2021 年,在帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生的共同主持下,研究与国家地位有关的问题,以及与受海平面上升影响人员的保护有关的问题。研究组成员对这一方式普遍表示支持。还有人指出,考虑到待审议问题的复杂性,可能需要对研究组拟议的工作计划作出调整。

270. 关于工作方法,预计研究组将在每届会议期间举行大约五次会议。经商定,在每届会议之前,共同主席将编写一份问题文件。问题文件将作为正式文件进行编辑、翻译和分发,作为研究组讨论和其成员年度供稿的基础。研究组此后关于每一分专题的报告也将以该文件为基础。而后,将邀请研究组成员提交文章,就共同主席编写的问题文件发表评论或进行补充(例如,通过阐述区域实

<sup>1485</sup> 《大会正式记录,第七十三届会议,补编第 10 号》(A/73/10),第 369 段。

<sup>1486</sup> 同上,附件 B。

践、判例法或分专题的任何其他方面)。将在稍后阶段就研究组工作成果的形式提出建议。

271. 委员会每届会议结束时，将编写一份反映研究组工作的实质性报告，并适当考虑到共同主席编写的问题文件和成员的相关文章，同时概述研究组的讨论情况。该报告将在研究组中商定，随后由共同主席提交给委员会，以便在委员会的年度报告中列入一份摘要。

272. 研究组还建议委员会邀请各国就委员会报告第三章提出的具体问题发表评论。研究组还讨论了请联合国秘书处开展研究的可能性。可通过委员会下届会议期间组织的会外活动，继续吸纳技术专家和科学家的知识。

273. 最后，研究组将在秘书处的协助下，向委员会介绍有关本专题的新文献以及今后两年可能组织的相关会议或活动的最新情况。



## 第十一章

### 委员会的其他决定和结论

#### A. 条约的暂时适用

274. 在 2019 年 7 月 31 日委员会第 3495 次会议上，“条约的暂时适用”专题特别报告员胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生口头汇报了 2019 年 7 月 10 日和 18 日为审议条约的暂时适用示范条款草案举行的非正式磋商的情况。

275. 特别报告员回顾，2018 年第七十届会议一读通过“条约的暂时适用指南”草案时，委员会还注意到起草委员会的建议，即在评注中提及可以在二读期间，根据特别报告员在适当时候提出的订正提案并参考在全体会议辩论和起草委员会上提出的意见和建议，列入一套示范条款草案。<sup>1487</sup> 后来在总评注第(7)段提及，<sup>1488</sup> 并解释说，在拟定一套载于指南附件的示范条款草案时，委员会将设法反映双边和多边条约暂时适用的最佳做法。该段还澄清，这些条款草案无意限制条约暂时适用的灵活性和自愿性，也不试图涵盖所有可能出现的各类情况。

276. 特别报告员还回顾，委员会在第七十届会议报告中表示，打算在本届会议上继续审议该示范条款草案，以便“各国和国际组织在第七十二届会议上准则草案二读之前能够调阅载有示范条款草案的附件”。<sup>1489</sup>

277. 特别报告员提请委员会注意，在 2018 年联大第七十三届会议期间，有 41 个代表团，包括代表其 28 个成员国和其他国家发言的欧洲联盟，在第六委员会关于这一专题的辩论中发表了意见。辩论期间，许多代表团赞赏地肯定了特别报告员关于将示范条款草案列为指南附件的提议，一些代表团指出，纳入示范条款草案将为各国起草条约条款提供实际帮助和指导。同时，一些代表团表示遗憾的是，委员会未能在一读期间完成对示范条款草案的审议，并表示希望他们能够在二读开始前审议示范条款草案。

278. 考虑到委员会 2018 年的决定和各国政府的意见，特别报告员分发了一份非正式文件，其中载有一套经修订的示范条款草案，后来作为本届会议期间非正式磋商的讨论基础。他指出，他对示范条款草案的修订基于以下列理解：

(a) 示范条款草案应旨在解决愿意采取暂时适用的各国和国际组织面临的最常见问题；

(b) 示范条款草案不应自诩能涵盖所有可能出现的各类情况；

(c) 应特别注意避免示范条款草案与“条约的暂时适用指南”所载准则重叠；

(d) 为了方便参考，示范条款草案应随附现行条约所载条款实例。

279. 此外，特别报告员认为，示范条款草案应至少就以下情况作出规定：

(a) 条约本身或单独协议中规定了条约或条约之一部分的暂时适用；

<sup>1487</sup> 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 85 段。

<sup>1488</sup> 同上，第 90 段。

<sup>1489</sup> 同上，第 85 段，脚注 1008。

(b) 终止暂时适用条约或条约之一部分的最常见情况；

(c) 一国或国际组织可以选择暂时适用条约或条约之一部分，也可以选择暂时不适用条约或条约之一部分，特别是当采取暂时适用的决定经以下方式做出时：

(一) 国际组织通过的或在政府间会议上通过的、但有关国家或国际组织不赞同的决议；

(二) 非条约谈判方的国家或国际组织做出的声明；

(d) 源自各国国内法或国际组织规则的限制。

280. 另外，正如 2018 年提交的第五次报告所解释的，<sup>1490</sup> 示范条款草案的用意仅仅是提请注意在同意暂时适用某项条约的情况下出现的一些最常见的法律问题。因此，示范条款草案所载内容反映出各国和国际组织最明确确立的实践，同时避开实践中没有反映的其他内容，或不明确或在法律上不确定的其他内容。虽然没有任何拟议措词是从任何现有条约中逐字摘录的，但示范条款草案中有些脚注提供了出自条约的暂时适用条款，这些条款大多提到了与示范条款草案涵盖的相同问题，但这些例子绝非详尽无遗。

281. 在非正式磋商期间，委员们普遍支持关于将一套示范条款草案列为将于明年二读通过的“条约的暂时适用指南”附件的建议。委员就示范条款应采取的办法和示范条款草案的起草提出了若干建议。例如，有人指出，委员会应仔细解释，示范条款草案未必具有限制性，其目的只是为国家谈判条约的此类条款提供依据。还有人建议在示范条款草案的案文中更明确地区分双边条约和多边条约。会上还表示支持列入示范条款草案 4 和 5，分别涉及选择不采取由国际组织的决议决定的暂时适用，以及源自各国国内法或国际组织规则的限制。的确，随附评注需要做出明确解释。

282. 在非正式磋商期间，还有人担心列入一套示范条款草案可能被理解为委员会鼓励各国采取暂时适用。特别报告员认为，自本专题工作启动之初，就有人表示这一关切。阐明适用规则这一举动本身就可能被理解为提倡条约的暂时适用。不过，这未必是唯一可能的解释。有人回顾，甚至在 1969 年《维也纳条约法公约》<sup>1491</sup> 以前，各国就有采取暂时适用的大量实践，特别是自该公约第二十五条获得通过以来。委员会决定探讨这一专题，是为了通过力求阐明采取暂时适用的法律框架以及由此产生的一些法律后果，为会员国提供帮助。始终强调暂时适用的可选择性和自愿性。提供示范条款草案只是为了在谈判方决定采取暂时适用机制的情况下，为起草工作提供便利。

283. 特别报告员建议委员会将他的修订版示范条款草案列入提交联大的委员会年度报告附件，同时请各国政府在准备就“条约的暂时适用指南”一读提出意见和建议时予以审议。他将根据委员会委员在非正式磋商期间提出的看法以及各国政府提出的评论，在供委员会第七十二届会议审议的最后报告中，列入示范条款草案的进一步修订版。

<sup>1490</sup> A/CN.4/718, 第 75-77 段，以及 Add.1。

<sup>1491</sup> 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

284. 同样在第 3495 次会议上，委员会注意到口头报告，并决定将拟议示范条款草案列入委员会提交联大的报告附件，以便在委员会下届会议开始二读“条约的暂时适用指南”草案之前，征求各国政府的意见。提议的示范条款草案载于本报告附件 A。

## B. 与国际法有关的海平面上升

285. 在 2019 年 5 月 21 日第 3467 次会议上，委员会决定将“与国际法有关的海平面上升”专题列入工作方案，并决定就该专题设立一个不限成员名额的研究组，由波格丹·奥雷斯库先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、尼吕费尔·奥拉尔女士和胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生轮流担任共同主席。

## C. 委员会请秘书处就委员会会议上的专题编写研究报告

286. 在 2019 年 8 月 9 日第 3507 次会议上，委员会请秘书处编写一份备忘录，评述国家间仲裁法庭、普遍性国际刑事法院和法庭的判例法，以及不同条约，这将对委员会今后关于“一般法律原则”的工作特别重要。

## D. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件

287. 委员会在 2019 年 5 月 24 日第 3470 次会议上设立了本届会议的规划小组。

288. 规划小组于 2019 年 5 月 24 日和 7 月 23 日举行了两次会议。规划小组收到的文件有：关于联大第七十三届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要 (A/CN.4/724)E 节，题为“委员会的其他决定和结论”；联大 2018 年 12 月 22 日关于国际法委员会第七十届会议工作报告的第 73/265 号决议；联大 2018 年 12 月 20 日关于国内和国际法治的第 73/207 号决议。

### 1. 长期工作方案工作组

289. 规划小组在 2019 年 5 月 24 日第 1 次会议上，决定再次召集长期工作方案工作组，由马哈茂德·哈穆德先生担任主席。工作组主席在 2019 年 7 月 23 日第 2 次会议上，向规划小组口头汇报了工作组本届会议的工作。规划小组注意到该口头报告。

290. 委员会本届会议根据工作组的建议，决定建议将下列专题列入委员会的长期工作方案：

- (a) 就严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为对个人的赔偿；
- (b) 防止和打击海盗行为和海上武装抢劫。

291. 在选择专题时，委员会遵循了第五十届会议(1998 年)关于专题选择标准的建议：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂。委员会还议定，委员会不应局限于传统专题，也可以考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。委员会认为，上述

两个专题的工作可对国际法的逐渐发展和编纂做出有益贡献。选择的这两个专题的提纲载于本报告附件 B 和 C。

## 2. 委员会工作方法工作组

292. 规划小组在 2019 年 5 月 24 日第 1 次会议上，决定重新设立委员会工作方法工作组，由侯赛因·哈苏纳先生担任主席。工作组主席在 2019 年 7 月 23 日第 2 次会议上，向规划小组口头汇报了工作组本届会议的工作。规划小组注意到该口头报告。

## 3. 审议联大 2018 年 12 月 20 日关于国内和国际法治的第 73/207 号决议

293. 联大在 2018 年 12 月 20 日关于国内和国际法治的第 73/207 号决议中特别重申，请委员会在提交联大的报告中就委员会目前在促进法治方面发挥的作用发表评论。委员会自第六十届会议(2008 年)以来，每年就其在促进法治方面的作用发表评论。委员会指出，2008 年报告<sup>1492</sup> 第 341 至第 346 段所载评论依然适用，并重申了历届会议所作的评论。<sup>1493</sup>

294. 委员会回顾，法治是其工作的精髓。委员会的宗旨一如《章程》第 1 条所申明的，是促进国际法的逐渐发展和编纂。

295. 委员会在所有工作中都铭记法治原则，充分意识到在国家层面实施国际法的重要性，并力求在国际层面上促进尊重法治。

296. 在履行逐渐发展和编纂国际法任务的过程中，正如《联合国宪章》序言和第十三条及《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》<sup>1494</sup> 所反映的，委员会将继续酌情将法治作为一项治理原则加以考虑，同时考虑作为法治基石的人权。

297. 委员会在当前工作中，意识到“法治与联合国三个支柱(和平与安全、发展、人权)间相互关系”，<sup>1495</sup> 不会顾此失彼。因此，委员会深知，《2030 年可持续发展议程》确认需要在各级实行有效的法治和良政。<sup>1496</sup> 委员会在履行关于国际法的逐渐发展和编纂任务时，认识到法治目前面临的挑战。

<sup>1492</sup> 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)。

<sup>1493</sup> 同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 231 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 390-393 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 392-398 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 274-279 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 171-179 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 273-280 段；同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 288-295 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 314-322 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 269-278 段；同上，《第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 372-380 段。

<sup>1494</sup> 联大 2012 年 11 月 30 日关于《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》的第 67/1 号决议，第 41 段。

<sup>1495</sup> 秘书长关于衡量联合国系统在冲突中和冲突后支持促进法治的效力的报告，S/2013/341，2013 年 6 月 11 日，第 70 段。

<sup>1496</sup> 联大 2015 年 10 月 21 日第 70/1 号决议，第 35 段。

298. 鉴于联大强调必须促进分享各国在法治方面的最佳做法，<sup>1497</sup> 委员会谨回顾指出，其大部分工作就是收集和分析各国与法治有关的实践，以评估这些实践可对国际法的逐渐发展和编纂做出的贡献。本着这一精神，委员会特别欢迎联大决定邀请会员国在即将在联大第七十四届会议期间举行的第六委员会法治问题辩论中，重点评论“分享在促进各国尊重国际法方面的最佳做法和想法”分专题。<sup>1498</sup>

299. 委员会铭记多边条约进程对推进法治的作用，<sup>1499</sup> 回顾委员会围绕不同专题开展的工作已经促成了若干多边条约进程，使一些多边条约得以通过。<sup>1500</sup>

300. 本届会议期间，委员会继续为法治做出贡献，包括就下列专题开展工作：“危害人类罪”（本届会议二读通过）、“一般国际法强制性规范(强行法)”（本届会议一读通过）、“与武装冲突有关的环境保护”（本届会议一读通过）、“国家责任方面的国家继承”、“国家官员的外国刑事管辖豁免”、“一般法律原则”和“条约的暂时适用”。委员会还决定将新专题“与国际法有关的海平面上升”列入工作方案。

301. 委员会重申在其全部活动中致力于促进法治。

#### 4. 酬金

302. 委员会重申了对联大通过 2002 年 3 月 27 日第 56/272 号决议所引起的酬金问题的意见，委员会以前的报告已表明了这些意见。<sup>1501</sup> 委员会强调，第 56/272 号决议尤其影响到特别报告员，因为决议缩减了对他们研究工作的支持。

#### 5. 文件和出版物

303. 委员会再次强调，委员会在国际法的逐渐发展和编纂方面的工作具有独特性，因为委员会在处理国际法问题时，认为国家实践及国家法院和国际性法院的裁决尤为重要。委员会重申，必须提供和开放一切与委员会履行职能有关的国家实践和其他国际法渊源的证据。特别报告员的报告需要充分介绍判例和其他有关资料，包括条约、司法裁决和理论学说，并对审议的问题展开深入分析。委员会强调，委员会及其特别报告员都充分意识到，有必要尽可能缩减文件总量，并将

<sup>1497</sup> 联大 2018 年 12 月 20 日第 73/207 号决议，第 2 段和第 23 段。

<sup>1498</sup> 同上，第 23 段。

<sup>1499</sup> 同上，第 9 段。

<sup>1500</sup> 详见《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 294 段。

<sup>1501</sup> 见同上，《第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525-531 段；同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 447 段；同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 369 段；同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 501 段；同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 269 段；同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 379 段；同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 358 段；同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 240 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 396 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 399 段；同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 280 段；同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 181 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 281 段；同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 299 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 333 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 282 段；同上，《第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 382 段。



继续铭记这类考虑因素。尽管委员会意识到尽可能简洁的好处，但仍重申，委员会坚信，不应预先限定与委员会工作有关的文件和研究项目的篇幅。委员会还指出，无论秘书处在报告提交之前所作的篇幅预估如何，都不能要求特别报告员在报告提交秘书处后缩短篇幅。联大已一再重申，字数限制的规定不适用于国际法委员会的文件。<sup>1502</sup> 委员会还强调，特别报告员必须及时编写报告，并充分提前提交秘书处，供其处理并提交委员会，以便最好在委员会届会有关部分开始之前四周以所有正式语文印发报告。在这方面，委员会重申其要求：(a) 特别报告员应在秘书处规定的时限内提交报告；(b) 秘书处应继续确保按时以联合国的六种正式语文印发委员会的正式文件。

304. 委员会重申，它坚信其简要记录是国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作文件，其篇幅不应受到任意限制。委员会再次满意地注意到，第六十五届会议(2013年)开始实行简化处理简要记录的措施，可以更快地向委员会委员发送英文本和法文本，以便及时更正和迅速印发。委员会要求秘书处恢复以英文和法文编写简要记录的做法，并继续努力维持有关措施，以确保向委员会委员迅速发送临时记录。委员会还对这些工作方法能够更合理地利用资源表示欢迎，并要求秘书处继续努力，方便在不影响完整性的情况下，以所有正式语文编写简要记录定本。

305. 委员会感谢日内瓦和纽约参与文件处理的所有部门努力确保及时、高效地处理委员会文件，并经常在时间紧迫的情况下完成工作。委员会指出，及时、高效地处理文件对委员会工作的顺利开展至为重要。

306. 委员会重申对使用多种语文的承诺，并忆及应在工作中高度重视联大 2015 年 9 月 11 日第 69/324 号决议所强调的，联合国六种正式语文地位平等。

307. 委员会再次感谢联合国日内瓦办事处图书馆继续十分高效和称职地向委员会委员提供协助。

## 6. 《国际法委员会年鉴》

308. 委员会重申，《国际法委员会年鉴》对于了解委员会在国际法的逐渐发展和编纂方面，以及在国际关系中加强法治方面的工作具有关键意义。委员会注意到，联大第 73/265 号决议表示赞赏有关国家政府为帮助解决《年鉴》工作积压问题的信托基金提供自愿捐助，并鼓励各方进一步为该基金提供捐助。

309. 委员会建议联大如在第 73/265 号决议中那样，对过去几年在减少所有六种语文版《年鉴》积压方面取得的显著进展表示满意，并欢迎联合国日内瓦办事处会议管理司，特别是其编辑科作出努力，切实执行联大要求减少文件积压的有关决议；鼓励会议管理司继续向编辑科提供一切必要支持，推动《年鉴》的相关工作。

<sup>1502</sup> 关于对特别报告员报告页数限制的考虑因素，例如，见《1977年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第132页，和《1982年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第123-124页。另见联大1977年12月9日第32/151号决议第10段和联大1982年12月16日第37/111号决议第5段，以及之后关于委员会向联大提交年度报告的决议。

## 7. 编纂司的协助

310. 委员会感谢秘书处编纂司在向委员会提供实质性服务方面提供宝贵协助，以及一直向特别报告员提供协助，并应委员会的要求就目前审议的专题的各方面编写深入的研究报告。委员会特别感谢秘书处编写一份备忘录，介绍可能与委员会今后关于“国家责任方面的国家继承”专题的工作有关的条约(A/CN.4/730)。

## 8. 网站

311. 委员会对秘书处维护关于委员会工作的网站深表感谢，并欢迎不断更新和完善该网站。<sup>1503</sup> 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站<sup>1504</sup> 是委员会和社会上研究委员会工作的学者的宝贵资源，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播以及对国际法的更广泛理解。委员会欣见关于委员会工作的网站还介绍了委员会议程上各个专题的现状，并收录了经过编辑的委员会简要记录预发本和委员会全体会议录音的链接。

## 9. 联合国国际法视听图书馆

312. 委员会再次赞赏地指出，联合国国际法视听图书馆<sup>1505</sup> 对于增进对国际法和联合国在该领域的工作——包括委员会的工作——的了解，意义非凡。

## E. 委员会第七十二届会议的日期和地点

313. 委员会决定，委员会第七十二届会议将于 2020 年 4 月 27 日至 6 月 5 日和 7 月 6 日至 8 月 7 日在日内瓦举行。

## F. 与其他机构的合作

314. 国际法院院长阿布杜勒卡维·艾哈迈德·优素福法官在委员会 2019 年 7 月 11 日第 3478 次会议上发言，并通报了国际法院最近的司法活动。<sup>1506</sup> 随后交换了意见。

315. 欧洲委员会国际公法法律顾问委员会主席彼得·贝莱克先生、法律咨询和国际公法局国际公法和条约办公室司司长兼国际公法法律顾问委员会秘书玛尔塔·雷克纳女士代表该委员会出席了委员会本届会议，并都在 2019 年 5 月 31 日第 3472 次会议上发言。<sup>1507</sup> 他们着重介绍了该委员会以及欧洲委员会目前在国际公法领域开展的活动。随后交换了意见。

316. 美洲法律委员会主席露丝·科雷亚·帕拉西奥女士代表该委员会出席了委员会本届会议，并在 2019 年 7 月 10 日第 3477 次会议上发言。<sup>1508</sup> 她概述了该

<sup>1503</sup> <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>1504</sup> 一般而言，可查阅：<http://legal.un.org/cod/>。

<sup>1505</sup> [http://legal.un.org/avl/intro/welcome\\_avl.html](http://legal.un.org/avl/intro/welcome_avl.html).

<sup>1506</sup> 发言载于该次会议简要记录。

<sup>1507</sup> 发言载于该次会议简要记录。

<sup>1508</sup> 发言载于该次会议简要记录。

委员会就各种法律问题开展的活动，特别重点介绍了 2018 年开展的活动。随后交换了意见。

317. 亚非法律协商组织秘书长肯尼迪·加斯托恩先生代表该组织出席了委员会本届会议，并在 2019 年 7 月 18 日第 3485 次会议上发言。<sup>1509</sup> 他向委员会通报了该组织的情况，并概述了该组织 2018 年 10 月 8 日至 12 日在日本举行的第五十七届年度会议的审议情况，包括对委员会工作方案所列专题的讨论情况。随后交换了意见。

318. 非洲联盟委员会委员凯瑟琳·夸泰·阿延苏女士和辛迪索·西丘尼先生代表非洲联盟国际法委员会出席了委员会本届会议，并在 2019 年 7 月 19 日第 3486 次会议上发言。<sup>1510</sup> 他们概述了非洲联盟委员会自成立以来就各种法律问题开展的活动，包括庆祝该委员会成立十周年的活动。随后交换了意见。

319. 2019 年 7 月 17 日，委员会委员与红十字国际委员会(红十字会)委员就共同关心的问题非正式地交换了意见。红十字会副主席吉勒·卡尔博尼先生致欢迎辞，红十字会首席法务官兼法律司司长科尔杜拉·德勒格女士和委员会主席帕维尔·斯图尔马先生致开幕词。科尔杜拉·德勒格女士和帕维尔·斯图尔马先生阐述了“国家在阐明或发展国际法方面的作用”，一般国际法强制性规范(强行法)专题特别报告员迪雷·特拉迪先生介绍了“一般国际法强制性规范(强行法)”专题，红十字会法律顾问内塔·古萨克女士介绍了“自主武器系统方面的国际人道法的最新情况”。每组发言之后由红十字会国际法与政策部主任海伦·德拉姆女士主持讨论。德拉姆女士作了总结发言。

## G. 出席联大第七十四届会议的代表

320. 委员会决定由主席帕维尔·斯图尔马先生代表委员会出席联大第七十四届会议。

## H. 国际法讲习班

321. 依照联大 2018 年 12 月 22 日第 73/265 号决议，在委员会本届会议期间，于 2019 年 7 月 8 日至 26 日在万国宫举行了第五十五届国际法讲习班。讲习班面向专攻国际法的年轻法学家、以及各国公务员队伍中投身学术或外交事业的年轻教员或政府官员。

322. 来自所有区域集团的 25 名不同国籍的学员参加了这届讲习班。<sup>1511</sup> 学员们列席了委员会的全体会议，出席了特别安排的演讲，并参加了特定专题的工作组。

<sup>1509</sup> 发言载于该次会议简要记录。

<sup>1510</sup> 发言载于该次会议简要记录。

<sup>1511</sup> 下列人员参加了讲习班：Mohamed Abdelmeguid Rabie 先生(埃及)、Hafez Abou Alchamat 先生(阿拉伯叙利亚共和国)、Alexander Antialon Conde 先生(秘鲁)、Giulia Bernabei 女士(意大利)、Ozge Bilge 女士(土耳其)、Elisabetta Bucci 女士(圣马力诺)、Arianna del Carmen Carral Castelo 女士(古巴)、Delva Dimanche 先生(海地)、Victoria Ernst 女士(美利坚合众国)、Benjaporn Fattier 女士(泰国)、René Figueredo Corrales 先生(巴拉圭)、Javier Fernando García Botero 先生(哥伦比亚)、Gueorgui Gueorguiev 先生(保加利亚)、Fatima Hajoui 女士(摩洛哥)、Ha'a Haurae 女士(所

323. 委员会主席帕维尔·斯图尔马先生宣布讲习班开幕。联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和活动的进行，同时担任讲习班主任。国际法专家、顾问维托里奥·马伊内蒂先生担任协调员，日内瓦大学法律助理皮埃特罗·格温蒂诺先生担任其助理。

324. 委员会委员作了以下演讲：格奥尔格·诺尔特先生：“国际法委员会的工作”；帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士：“外界眼中的国际法委员会”；阿尼鲁达·拉吉普特先生：“向国际性法院和法庭提交的证据”；村濑信也先生：“保护大气层”；康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士：“国家官员的外国刑事管辖豁免”；迪雷·特拉迪先生：“一般国际法强制性规范(强行法)”；克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生：“就严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为对个人做出赔偿”；肖恩·墨菲先生：“危害人类罪”；马塞洛·巴斯克斯·贝穆德斯先生：“一般法律原则”；胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生：“条约的暂时适用”。

325. 学员们出席了日内瓦国际关系和发展研究生院国际法副教授福阿德·扎尔比耶夫先生和国际法兼职教授吉安·卢卡·布尔奇先生在日内瓦国际关系和发展研究生院所作题为“国际组织权力的扩张：理论与实践”的讲座。学员们还出席了日内瓦大学举办的“武装冲突期间和之后环境和水设施的保护”专题会议，委员会委员兼“与武装冲突有关的环境保护”专题特别报告员玛丽亚·莱赫托女士参加了会议。下列人员在会上发言：日内瓦大学国际法教授劳伦斯·布瓦松·德·沙祖尔内女士；日内瓦大学国际法教授、日内瓦国际人道法和人权学院院长马尔科·萨索利先生；日内瓦大学高级讲师、日内瓦水问题研究所(Geneva Water Hub)国际水法平台协调员马拉·蒂尼诺女士；红十字会法律司法律顾问海伦·奥布雷贡·吉塞肯女士；伦敦大学学院国际法教授达那·阿扎里亚女士。

326. 学员们参观了国际劳工组织(劳工组织)，并听取了劳工组织行政法庭书记官长德拉赞·彼得罗维奇先生关于“国际行政司法”和劳工组织法律顾问乔治·波利塔基斯先生关于“劳工组织标准制订”的两场讲座。

327. 围绕“为委员会确定新专题”和“向国际性法院和法庭提交的证据”组织了两个工作组，每名学员都被分配到其中一个工作组。委员会的两位委员帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士和阿尼鲁达·拉吉普特先生分别为两个工作组提供了督导和指导。每个工作组分别编写了一份报告，并在讲习班最后一次工作会议上介绍了报告的研究结果。已将报告编辑成册，发给所有学员和委员会委员。

328. 学员们还出席了第一届国际法讲习班校友会。校友会主席、大不列颠及北爱尔兰联合王国常驻日内瓦代表团法律顾问威瑞蒂·罗布森女士(2017 届校友)和校友会秘书长、国际法讲习班协调员维托里奥·马伊内蒂先生欢迎各位学员和校友。约有 90 人出席了这次活动。围绕“国际法和环境”以及“国际争端解决中的程序问题”组织了两个专题小组。柏林洪堡大学荣誉退休教授、委员会前委员

---

罗门群岛)、Martin Mändveer 先生(爱沙尼亚)、Chany Pavel Ngatheyo Akony 先生(刚果)、Marie Claire Ngo Nyeheg 女士(喀麦隆)、Pia Niederdorfer 女士(奥地利)、Marieanne Oludhe 女士(肯尼亚)、Naureen Rahim 女士(孟加拉国)、Shokirjon Rakhmatov 先生(乌兹别克斯坦)、Simon-Peter St. Emmanuel 先生(尼日利亚)、Aichatou Tamba 女士(塞内加尔)、Kiran Mohan Vazhapully 先生(印度)。由日内瓦大学国际法教授 Makane Moïse Mbengue 先生担任主席的甄选委员会于 2019 年 4 月 30 日举行会议，从 304 名申请人中选出了 25 名学员。

克里斯蒂安·托穆沙特先生(1966 届校友)发表了主旨演讲。下列人员在会上发言：委员会委员玛丽亚·莱赫托女士(1993 届校友)；埃及常驻日内瓦代表团一秘贾斯敏·穆萨女士(2009 届校友)；委员会委员村濑信也先生(1975 届校友)；挪威人权中心主任、人权事务委员会委员根提安·齐伯利先生(2008 届校友)；日内瓦国际关系和发展研究生院国际法教授、国际法学会秘书长马塞洛·科恩先生(1989 届校友)在第一专题小组发言；黎巴嫩大学国际法教授安东尼奥斯·阿布·卡西姆先生(2009 届校友)；埃塞克斯街 20 号律师事务所出庭律师莫妮卡·费里亚一廷塔女士(2000 届校友)；国际海洋法法庭书记官长菲利普·戈蒂埃先生(1988 届校友)；国际刑事法院法官劳尔·潘加拉根先生(1988 届校友)；日内瓦国际争议解决中心讲师、高级研究员布赖恩·麦克加里先生(2013 届校友)在第二专题小组发言。最后，校友会副主席、新加坡总检察署政府律师玛丽一伊丽莎白·钟女士(2017 届校友)作了总结发言。

329. 在讲习班闭幕式上，国际法委员会主席、国际法讲习班主任和讲习班学员代表勒内·菲格雷多·科拉莱斯先生向委员会致辞。向每名学员颁发了结业证书。

330. 委员会关切地指出，2019 年只有五个国家——奥地利、印度、爱尔兰、瑞士和联合王国——向联合国国际法讲习班信托基金提供了自愿捐款。近年的金融危机严重影响了讲习班的财务状况。因此，基金只能为发展中国家的优秀学员颁发份数有限的研究金。2019 年颁发了 12 份研究金(8 份仅涵盖生活费，4 份涵盖差旅费和生活费)。

331. 自 1965 年开设讲习班以来，分属 177 个不同国籍的 1,258 名学员参加了讲习班，其中约有 760 人获得了研究金。

332. 委员会强调它对讲习班的重视，因为该讲习班使年轻律师，特别是发展中国家的年轻律师，能够熟悉委员会的工作和设在日内瓦的众多国际组织的活动。委员会建议联大再度呼吁各国提供自愿捐款，以确保能够在 2020 年继续举办讲习班，并让尽可能多的学员得以参加，同时实现适当的地域分布。



## 附件

## 附件 A

## 关于条约的暂时适用的示范条款草案

(特别报告员提出以下示范条款草案，供委员会第七十二届会议审议。)

## 开始和终止

## 示范条款草案 1

1. 本条约[第……条]自签署之日起<sup>1</sup> [或自 X 日期起<sup>2</sup>]暂时适用<sup>3</sup>，除非<sup>4</sup> 一国 [一国际组织]在签署时[或商定的任何其他时间]通知另一国[国际组织][保存人]它不同意受此类暂时适用的约束。<sup>5</sup>

<sup>1</sup> 《俄罗斯联邦、白俄罗斯共和国、哈萨克斯坦共和国和吉尔吉斯共和国关于深化经济和人道主义领域一体化的条约》(1996年3月29日，莫斯科)，联合国，《条约汇编》，第2014卷，第34547号，第15页，第26条；《葡萄牙语国家共同体规约》(1996年7月17日，里斯本)，同上，第2233卷，第39756号，第207页；《关于必须离开南斯拉夫的南斯拉夫国民过境许可的协定》(2000年3月21日，柏林)，同上，第2307卷，第41137号，第3页，第7条，第3款；《设立支持非正规教育政策的“Karanta”基金会和在附件中列入基金会章程的协定》(2000年12月15日，达喀尔)，同上，第2341卷，第41941号，第3页，第8条；1972年《国际可可协定》(1972年10月21日，日内瓦)，同上，第882卷，第12652号，第67页，第66条；《美利坚合众国政府和马绍尔群岛共和国政府之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》(2004年8月13日，檀香山)，同上，[该卷尚未出版]，第51490号，第17条，第2款。

<sup>2</sup> 1994年《国际咖啡协定》，联合国，《条约汇编》，第1827卷，第31252号，第3页，第40条；1994年《国际热带木材协定》，同上，第1955卷，第33484号，第81页，第41条，第2款；《欧洲联盟及其成员国与乌克兰之间联系协定》(2014年3月21日，布鲁塞尔)，《欧洲联盟公报》，L 161号，第3页；1968年《国际咖啡协定》(1968年3月18日至31日在纽约开放供签署)，联合国，《条约汇编》，第647卷，第9262号，第3页，第62条，第2款；1976年《国际咖啡协定》(1975年12月3日，伦敦)，同上，第1024卷，第15034号，第3页，第61条，第2款；1983年《国际咖啡协定》(1982年9月16日，伦敦)，同上，第1333卷，第22376号，第119页，第61条，第2款。《瑞士和列支敦士登关于根据列支敦士登权益交易法分配二氧化碳排放税益和二氧化碳排放税返还企业的换文》，联合国，《条约汇编》，第2763卷，第274页，见第262页，第48680号，第12条(“与本条约一样，本协定自……起暂时适用”)。

<sup>3</sup> 《〈关于欧洲共同体及其成员国与俄罗斯联邦之间建立伙伴关系的伙伴关系与合作协定〉反映克罗地亚共和国加入欧洲联盟一事的议定书》，《欧洲联盟公报》，L373号，第3页，第4条(“本议定书……暂时适用”)；《欧洲共同体和吉尔吉斯共和国政府关于航空服务某些方面的协定》，同上，L179号，第20页，第9条(“……双方同意……暂时适用本协定……”)；《瑞士和列支敦士登关于根据列支敦士登权益交易法分配二氧化碳排放税益和二氧化碳排放税返还企业的换文》，联合国，《条约汇编》，第2763卷，第274页，见第262页，第12条(“……本协定……暂时适用”)；理事会2002年11月18日关于签署《欧洲共同体及其成员国与智利共和国之间建立联系协定》以及暂时适用某些条款的决定(第2002/979/EC号)，《欧洲联盟公报》，L352号，2002年12月30日，第1页，第2条(“在《联系协定》生效以前，暂时适用以下条款……”)；《西非经共体关于预防、管理和解决冲突以及维持和平与安全机制的第A/P.1/12/99号议定书》，第57条(“本议定书在……签署后暂时生效”)；《修正〈关于设立西非卫生组织的第A/P2/7/87号议定书〉第六条(c)款、第六条(i)款、第九条第8款、第十一条第2款和第十二条的第A/SP.1/01/06号补充议定书》，第2条(“本议定书在……签署后暂时生效”)；《修正经修订的〈西非经共体条约〉的第A/SP.1/06/06号补充议

2. 本条约[或第……条]的暂时适用在其对暂时适用本条约的一国[一国际组织]生效时<sup>6</sup>, 或在暂时适用本条约的国家[国际组织]通知另一国[国际组织][保存人]它不打算加入本条约的情况下终止。<sup>7</sup>

定书》，第 4 条(“本补充议定书在……签署后暂时生效”)；《西非经共体修正〈共同体法院议定书〉第 3 条第 1 款、第 2 款和第 4 款、第 4 条第 1 款、第 3 款和第 7 款和第 7 条第 3 款的第 A/SP.2/06/06 号补充议定书》，第 8 条(“本补充议定书在……签署后暂时生效”)。

- <sup>4</sup> 《欧洲联盟及其成员国与哈萨克斯坦共和国之间加强伙伴关系与合作协定》，《欧洲联盟公报》，L 29 号，2016 年 2 月 4 日，第 3 页，第 281 条，第 5 款(“除非另行说明，……暂时适用”)。
- <sup>5</sup> 《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994 年 7 月 28 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1836 卷，第 41 页，见第 46 页，第 7 条；《1979 年 6 月 17 日构成〈国际陆路运输公约〉及其附件暂时适用协定的换文》(1977 年 11 月 10 日，马德里普拉塔)(可在秘鲁外交部条约司网站上查阅：[https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados\\_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=E0F2](https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=E0F2))；《关于暂时适用〈建立加勒比共同体气候变化中心的协定〉的议定书》(2002 年 2 月 5 日，伯利兹城)，联合国，《条约汇编》，[该卷尚未出版]，第 51181 号(案文可查阅：<https://treaties.un.org>)；《关于暂时适用经修订的〈查瓜拉马斯条约〉的议定书》(2001 年 7 月 5 日，拿骚)，同上，第 2259 卷，第 40269 号，第 440 页；《关于[〈保护人权与基本自由公约〉关于修改公约监察体系的]第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》(《马德里协定》)(2009 年 5 月 12 日，马德里)，《欧洲委员会条约汇编》，第 194 号；可查阅：<https://rm.coe.int/1680083718>。
- <sup>6</sup> 《马德里协定》；《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》以及该协定关于缔约国的费用和体制安排的附件；1986 年《国际可可协定》(1986 年 7 月 25 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1446 卷，第 24604 号，第 104 页，第 69 条(“……临时成员，直至交存其批准书、接受书、核准书或加入书之日。”)；《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》，《欧洲委员会条约汇编》，第 194 号，e 款(“第 14 号议定书上述规定的暂时适用将在第 14 号议定书生效时或缔约方以其他方式同意时终止。”)。
- <sup>7</sup> 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页；《德意志联邦共和国和荷兰王国之间关于德意志联邦共和国在荷兰领土上空执行空中交通管制以及关于下莱茵机场民用业务对荷兰王国领土的影响的条约》(2003 年 4 月 29 日，柏林)，同上，第 2389 卷，第 43165 号，第 117 页；《西班牙和国际油污赔偿基金之间的协定》(2000 年 6 月 2 日，伦敦)，同上，第 2161 卷，第 37756 号，第 45 页；《美利坚合众国政府和马绍尔群岛共和国政府之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》(2004 年 8 月 13 日，檀香山)，同上，[该卷尚未出版]，第 51490 号(案文可查阅：<https://treaties.un.org>)；《执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》，同上，第 2167 卷，第 3 页，见第 126 页；《能源宪章条约》(1994 年 12 月 17 日，里斯本)，同上，第 2080 卷，第 36116 号，第 95 页；《欧洲能源宪章会议最终法案》，第 45 条(案文可查阅：<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6101%2833%29.pdf>)(“任何签署国都可以书面通知保存人不打算加入本条约，从而终止暂时适用本条约”)；《欧洲联盟及其成员国与乌克兰之间联系协定》(2014 年 3 月 21 日，布鲁塞尔)，《欧洲联盟公报》，L 161 号，2014 年 5 月 29 日，第 3 页，第 486 条，第 7 款(“任何一方都可向保存人发出书面通知，声明打算终止暂时适用本协定。”)；《美利坚合众国和欧洲联盟关于美利坚合众国参加欧洲联盟危机管理行动的框架协议协定》，同上，L 143 号，2011 年 5 月 31 日，第 2 页，第 2 条，第 10 款(“任何一方都可提前六个月以书面通知另一方终止本协定。”)；《欧洲联盟及其成员国与哈萨克斯坦共和国之间加强伙伴关系与合作协定》，同上，L 29 号，2016 年 2 月 4 日，第 3 页，第 281 条，第 10 款(“任何一方都可通过外交渠道向另一方发出书面通知，声明终止暂时适用。”)；《西非经共体第 A/P4/1/03 号能源议定书》，第 40 条(“任何签署国都可以书面通知保存人不打算加入本议定书，从而终止暂时适用本议定书。”)；《欧洲联盟及其成员国与大韩民国之间自由贸易协定》，《欧洲联盟公报》，L 127 号，2011 年 5 月 14 日，第 6 页，第 15.10 条，c 款(“一方可以书面通知另一方终止暂时适用。此类终止在通知后次月第一天生效”)；《德意志联邦共和国和荷兰王国之间关于德意志联邦共和国在荷兰领土上空执行空中交通管制以及关于下莱茵机场民用业务对荷兰王国领土的影响的条约》(2003 年 4 月 29 日，柏林)，联合国，《条约汇编》，第 2389 卷，第 43165 号，第 117 页，第 16 条(“如果缔约方之一声明不打算加入，则终止暂时适用。”)；《美利坚合众国政府和马绍尔群岛共和国政府

## 协议形式

### 示范条款草案 2

本条约[或第……条]可以依照为此订立的单独协定的条款暂时适用。<sup>8</sup>

### 加入/退出<sup>9</sup>

#### 示范条款草案 3

非本条约谈判国[国际组织]的一国[一国际组织]，可以声明暂时适用本条约[或第……条]，前提是谈判国[国际组织]接受此类声明。

#### 示范条款草案 4

当一国[国际组织]不赞同[X 国际组织或 X 政府间会议]决定暂时适用的决议时，该国[国际组织]可以声明不暂时适用条约[或第……条]。

之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》，同上，[该卷尚未出版]，第 51490 号，第 17 条，第 3 款(“本协定可由任何一方通过外交渠道以书面通知另一方终止而终止，终止自通知之日起一年后生效”)；《西非经共体第 A/P4/1/03 号能源议定书》，第 40 条(“任何签署国都可以书面通知保存人不打算加入本议定书，从而终止暂时适用本议定书。”)。

<sup>8</sup> 《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》(1994 年 7 月 28 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1836 卷，第 41 页，见第 46 页；《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》；1986 年《国际小麦协定》(1986 年 3 月 14 日，伦敦)，同上，第 1429 卷，第 24237 号，第 85 页，第 28 条(参考单独的“相互同意”)；《关于国际贸易组织的哈瓦那宪章》(1947 年)(E/CONF.2/78 号文件)(案文可查阅：[https://treaties.un.org/doc/source/docs/E\\_CONF.2\\_78-E.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/E_CONF.2_78-E.pdf))(“在 1948 年 7 月 1 日以前签署……《暂时适用议定书》……的任何成员……”)。

<sup>9</sup> 准则草案 3(一般规则)选择不将采取暂时适用的可能性限于“谈判国”(和国际组织)，从而为“有关国家(国际组织)”保留了这种可能性。为了不让人推定非谈判国和国际组织普遍获准受暂时适用条约或条约之一部分的约束，谈判国应接受准则草案 4(协议形式)(b)项的规定。这是示范条款草案 3 打算述及的问题。

准则草案 4 也考虑到由国际组织或政府间会议通过决议，以此商定暂时适用条约或条约之一部分。一些范例如下：理事会 2012 年 6 月 25 日《关于代表欧洲联盟签署〈欧洲联盟及其成员国与中美洲之间建立联系协定〉以及暂时适用有关贸易问题的该协定第四部分的决定》(第 2012/734/EU 号)，第 3 条，(《欧洲联盟公报》，L 346 号，2012 年 12 月 15 日，第 1 页)；理事会 2002 年 11 月 18 日《关于签署〈欧洲共同体及其成员国与智利共和国之间建立联系协定〉以及暂时适用某些条款的决定》(第 2002/979/EC 号)，第 2 条，(《欧洲联盟公报》，L 352 号，2002 年 12 月 30 日，第 1 页)；理事会 2014 年 6 月 23 日《关于代表欧洲联盟签署〈欧洲联盟和欧洲原子能共同体及其成员国与乌克兰之间联系协定〉以及暂时适用该协定第三章(与作为另一方领土上工人合法雇佣的第三国国民待遇有关的条款除外)、第四章、第五章、第六章和第七章及相关附件和议定书的决定》(第 2014/668/EU 号)，第 4 条，(《欧洲联盟公报》，L 278 号，2014 年 9 月 20 日，第 1 页)；理事会 2014 年 6 月 16 日《关于代表欧洲联盟签署以及暂时适用〈欧洲联盟和欧洲原子能共同体及其成员国与格鲁吉亚之间联系协定〉的决定》(第 2014/494/EU 号)，第 3 条，(《欧洲联盟公报》，L 261 号，2014 年 8 月 30 日，第 1 页)；理事会 2010 年 5 月 10 日《关于代表欧洲联盟签署以及暂时适用〈欧洲联盟及其成员国与大韩民国之间框架协议〉的决定》(第 2013/40/EU 号)，第 2 条，(《欧洲联盟公报》，L 20 号，2013 年 1 月 23 日，第 1 页)。在不妨碍具体情形下对国际组织或政府间会议适用的决策规则，以及决议是否具有约束性这一问题的情况下，暂时适用的自愿性可能需要一条退出条款，以防一国或国际组织不赞同此类决议。示范条款草案 4 述及这种情形。

源自各国国内法或国际组织规则的限制<sup>10</sup>

## 示范条款草案 5

一国[一国际组织]可以在表示同意暂时适用本条约[第……条]时[或在商定的任何其他时间]，将可能影响该国[国际组织]对暂时适用的遵守的任何源自其国内法<sup>11</sup> [国际组织规则]的限制通知另一国[国际组织][保存人]。

<sup>10</sup> 若干多边条约提到了有关国家的国内法。一些范例如下：《关于执行〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》，第 7 条，第 2 款；《集体安全条约组织集体快速反应部队协定》，第 17 条；《跨太平洋经济战略伙伴关系协定》，第 20.5 条，第 3 款；1995 年《谷物贸易公约》第 26 条；1999 年《粮食援助公约》第二十二(c)款(签署和批准)和第二十三(c)款(加入)；1994 年《国际咖啡协定》第 40 条(生效)第 2 款和第 3 款；2006 年《国际热带木材协定》第 38 条(暂时适用的通知)；2001 年《国际咖啡协定》第 45 条(生效)第 2 款。

<sup>11</sup> 《能源宪章条约》(1994 年 12 月 17 日，里斯本)，联合国，《条约汇编》，第 2080 卷，第 36116 号，第 95 页，第 45 条(“但以此类暂时适用不违反其宪法、法律或规章为限”)；《暂时适用〈关税及贸易总协定〉议定书》(1947 年 10 月 30 日，日内瓦)，同上，第 55 卷，第 814 号，第 308 页，第 1 条(“承诺……暂时适用……但以不违反现行立法为最大限度。”)；《国际天然橡胶协定》(1979 年 10 月 6 日，日内瓦)，同上，第 120 卷，第 19184 号，第 191 页，第 59 条(“一个政府可在其暂时适用通知中声明它只在其宪法和(或)立法程序范围内适用本协定。”)；《第六个国际锡协定》(1981 年 6 月 26 日，日内瓦)，同上，第 1282 卷，第 21139 号，第 205 页，第 53 条(“将在其宪法和(或)立法程序的限制范围内暂时适用本协定……”)；《加拿大和欧洲共同体及其成员国之间航空运输协定》(可查阅：[https://www.icao.int/sustainability/Documents/Compendium\\_FairCompetition/Practices/EU-canada-OSA\\_final\\_text\\_agreement.pdf](https://www.icao.int/sustainability/Documents/Compendium_FairCompetition/Practices/EU-canada-OSA_final_text_agreement.pdf)) (“依照各方国内法律规定……”)；《欧洲联盟及其成员国与格鲁吉亚之间共同飞行区协定》(2010 年)(“酌情根据各自内部程序和(或)国内立法”)；《欧洲联盟及其成员国与乌克兰之间联系协定》，《欧洲联盟公报》，L 161 号，2014 年 5 月 29 日，第 3 页，第 486 条，第 3 款(“酌情根据各自内部程序和立法”)；《欧洲联盟及其成员国与哈萨克斯坦共和国之间加强伙伴关系与合作协定》，同上，L 29 号，2016 年 2 月 4 日，第 3 页(“可以酌情根据各自内部程序和立法……适用本协定……”)；《欧洲共同体及其成员国与摩洛哥王国之间的欧洲—地中海航空协定》，同上，L 386 号，2006 年 12 月 29 日，第 57 页，第 30 条(“自签署之日起，根据各缔约方国内法律。”)；《西非经共体第 A/P4/1/03 号能源议定书》，第 40 条(“但以此类暂时适用不违反其宪法、法律或规章为限。”)；《欧洲联盟和欧洲原子能共同体及其成员国与摩尔多瓦共和国之间联系协定》，《欧洲联盟公报》，L 260 号，2014 年 8 月 30 日，第 4 页，第 464 条(“酌情根据各自内部程序和立法”)；《关于执行 1982 年 12 月 10 日〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》，联合国，《条约汇编》，第 1836 卷，第 41 页，见第 46 页，第 7 条，第 2 款(“所有上述国家和实体应依照其本国或其内部的法律和规章……临时适用本协定”)。



## 附件 B

### 就严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为对个人的赔偿

克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生

#### 一. 引言

1. 就严重违反国际人权法<sup>1</sup> 和严重违反国际人道法<sup>2</sup> 行为所致损害对个人做出的赔偿这一专题，近几十年来越来越多地出现在各国、国际组织和国际法庭的实践中，反映出个人在国际法之下的地位不断演变，尤其是自第二次世界大战以来的演变。<sup>3</sup> 不过，可处理侵犯个人权利行为的国际和国内法庭自二十世纪初期开始便以各种形式存在。<sup>4</sup>

2. 违反一项国际义务，则引起以适当形式做出赔偿的义务，这是一项国际法原则。<sup>5</sup> 1928 年，常设国际法院在关于霍茹夫工厂的案件(霍茹夫工厂案)中明确表述了这项一般义务的内容，指出“赔偿必须尽可能消除非法行为的一切后果，并重建该行为未发生时可能存在的形势。”<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 采用“严重”违反国际人权法一词，是为了适当缩小本文的范围，其内容见日内瓦国际人权法和人权学院第 6 期学院简报，“何种行为构成‘严重违反国际人权法’：《2013 年武器贸易条约》实践分析和专家意见”，2014 年 8 月，第 10 页。

<sup>2</sup> “严重违反(serious violations)”和“严重破坏(grave breaches)”国际人道法这两个术语一直在交替使用；但本提纲采用了“serious”一词，主要是为了与联大用语保持一致。见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和准则》，联大决议，联合国文件 A/RES/60/147，原则 2(c)(2006 年 3 月 21 日)。此外，这样还使本文与红十字国际委员会的意见保持统一，红十字会曾做出解释：“严重违反国际人道法的行为是：1949 年日内瓦四公约(分别为第一、第二、第三和第四公约第五十条、第五十一条、第一百三十一条和第一百四十七条)所指严重破坏公约行为[……]，1977 年《第一附加议定书》(第十一条和第八十五条)所指严重违约行为[……]，《国际刑事法院罗马规约》第八条所指战争罪[……]，以及习惯国际人道法中国际和非国际武装冲突中的其他战争罪[……]。见解释性说明，什么是“严重违反国际人道法行为”？，红十字国际委员会，2012 年，可查阅 <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/2012/att-what-are-serious-violations-of-ihl-icrc.pdf>。

<sup>3</sup> 国际法委员会在工作中还讨论了与个人有关的其他专题，如“国家对国际不法行为的责任”、“外交保护”、“个人在国际法中的地位”、“国籍，包括无国籍状态”和“发生灾害时的人员保护”等专题。

<sup>4</sup> 例如，1907 年成立的中美洲法院承认个人对国家提出索赔的程序能力；1907 年成立的国际捕获法院允许个人对外国提起诉讼；1919 年《凡尔赛条约》允许协约和参战各国国民对德国提出索赔；以及常设国际法院在但泽法院管辖权案的判决中宣布个人有权向国家法院提出国际索赔。

<sup>5</sup> 霍茹夫工厂案，索赔请求(1927 年)，常设国际法院，A 辑，第 9 号，第 21 号。

<sup>6</sup> 见霍茹夫工厂案(德国诉波兰)，判决(1928 年)，常设国际法院，A 辑，第 17 号，第 125 号(进一步阐明：“实物复原，或若无可能则支付与实物复原价值相等的一笔款项；如有必要，对实物复原或相当于实物复原的赔款所不能涵盖的损失给予损害赔偿——这是应用于确定违反国际法行为的赔偿金额的原则”)。



3. 霍茹夫工厂案阐明的一般规则在国际法院的几项判决中得到广泛引用和重申，其中包括刚果境内的武装活动案。在这项处理违反国际人道法和国际人权法行为及其他事项的判决中，法院承认，对个人造成的伤害与评估乌干达应给予赔偿的范围相关。<sup>7</sup> 国际法院明确确认，违反一项国际法规则而对个人造成损害的国家有“就对所有相关自然人或法人造成的损害做出赔偿的义务”。<sup>8</sup> 在外交保护方面，在艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案中，国际法院还强调必须就违反国际法使迪亚洛先生遭受的伤害做出赔偿。<sup>9</sup>

4. 国家和国际组织的实践以及国际法庭的判例表明，赔偿原则广泛应用于国际人权法和国际人道法领域。实践显示，赔偿的内容和形式已根据这些特定法律领域的性质加以调整。最相关的实践来源包括：关于对个人赔偿的条约规定、向个人开放的常设或临时程序的设立，以及具体赔偿方案的制定。

5. 当前的实践表明，个人可在三个层面上就违反国际人权法和严重违反国际人道法的行为获得赔偿。以下论述在国家间、国际和国内各个层面获得赔偿的机会。

6. 在国家间层面是通过外交保护这一传统程序寻求对个人的赔偿，国际法委员会在其《关于外交保护的条款草案》中对这一专题进行了全面研究。<sup>10</sup> 然而，诉诸这种赔偿手段是一项国家权利。本提纲所述专题将重点讨论国际和国内层面对个人的赔偿，对国际法委员会外交保护专题的工作形成补充。

7. 国际层面的赔偿包括国际和区域法庭以及条约机构，个人可通过这些机构就违反国际人权法行为及某些情况下就违反国际人道法行为，对国家提出申诉。通过上述机制，个人寻求获得对不当行为的客观裁定和关于适当赔偿的权威声明，此裁定和声明应以判决、建议或友好解决的形式发布。<sup>11</sup>

8. 在国内层面，个人可以就违反国际人权法或国际人道法行为向一国的国内法院提出申诉，此国家通常是据称应对违法行为负责的国家。国内机制要遵守相关的国际法规则，若侵权行为得到证实，应向受影响的个人提供有效补救，包括适当赔偿。另一方面，诉诸国际程序也需要遵守用尽当地补救办法等某些要求，以避免国际机制被滥用，并遵循辅助性原则。国际和国内机制可以相互补充。

9. 重要的人权文书述及就违反国际人权法行为对个人做出赔偿的问题时侧重于获得有效补救的权利，这是一个更广泛的概念，涵盖诉诸司法和赔偿问题两个方

<sup>7</sup> 见刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉乌干达)，判决，《2005年国际法院案例汇编》(12月19日)，第257页，第259段。

<sup>8</sup> “在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果”，咨询意见，《2004年国际法院案例汇编》(7月9日)，第136页、第193-94页、第198页。

<sup>9</sup> 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，关于赔偿的判决，《2012年国际法院案例汇编》(6月19日)，第324页，第57段；另见艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，关于赔偿的判决，《2012年国际法院案例汇编》(6月19日)，法官坎萨多·特林达德的个别意见，第361页，第35段(“相关责任国应对受害个人承担赔偿责任”)。

<sup>10</sup> 《关于外交保护的条款草案及评注》，联合国国际法委员会，《国际法委员会年鉴》，2006年，第二卷，第二部分，联合国文件A/CN.4/SER.A/2006。

<sup>11</sup> 例如见美洲人权委员会提供的友好解决程序，该程序使国家和受侵害个人有机会找到双方均可接受的解决办法，处理侵犯人权行为，而无需诉诸争议性诉讼程序。

面。《世界人权宣言》第八条论及此事，宣称“当宪法或法律所赋予的基本权利遭受侵害时，人人有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”

10. 《公民权利和政治权利国际公约》第二条第三款也确立了获得有效补救的权利，许多处理人权问题的多边公约都载有类似条款。例如《消除一切形式种族歧视国际公约》第六条、《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 14 条和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 24 条。委员会在《关于危害人类罪的条款草案》中还通过了一项关于对个人应予赔偿的条款，即第 12 条草案第 3 款。

11. 各项区域人权公约也确立了获得有效补救的权利，并就对个人的赔偿问题做出规定。事实上，《美洲人权公约》和《欧洲人权公约》载有规范这些事项的具体条款。为执行上述公约而设立的国际法庭制定了若干标准，根据案件的具体情况确定什么是充分和适当的赔偿。其他区域文书和机制可以提供类似的指导，例如《非洲人权和民族权宪章》、<sup>12</sup> 东南亚国家联盟政府间人权委员会<sup>13</sup> 和《阿拉伯人权宪章》。

12. 人权事务委员会和禁止酷刑委员会等几个条约机构的决定，也为依据相关文书评估所予赔偿的参数和适当范围提供了有益的指导。<sup>14</sup>

13. 国内法和国家司法裁决也与本专题相关，因为它们也可能规范就违反国际法行为对个人应予赔偿的问题。在这个意义上，对违反国际人权法行为受害人进行赔偿的国内方案也与之相关。这些方案可以建立在“真相委员会”工作的基础之上，真相委员会主要用于拉丁美洲和非洲。

14. 在违反国际人道法行为方面，受害人面临的主要挑战之一是没有可向责任国提出索赔的专门法庭。然而，违反国际人道法行为的受害人可以就武装冲突或紧急情况下发生的违反国际人权法行为向国际人权法主管机制提出索赔。这种情况下，这些机构可以将相关的国际人道法规则作为特别法适用。

15. 此外，许多和平条约中，受害国接受不法行为国的一笔总付款，目的是将其分发给受到违反国际人道法或违反其他领域法律的行为影响的国民。还设立了特设机构来裁决此类案件，通常采用混合索赔委员会的形式。最近的例子包括厄立特里亚—埃塞俄比亚索赔委员会和联合国赔偿委员会，后者是联合国安全理事会的附属机构，负责裁定伊拉克非法入侵科威特引起的索赔，包括个人提出的索赔。

16. 本专题还将审查国际人权法和国际人道法在赔偿这一领域存在的相关差异。除其他外，这包括关于国际人道法和国际人权法、尤其是紧急情况相关领域的国家实践、条约、决定，国际组织、法院及各种监督机构的建议。对有关个人赔偿

<sup>12</sup> 第 7 条第 1 款规定：“就侵犯其基本权利的行为向国家主管机关提出上诉的权利，受到现行公约、法律、条例和习俗的承认和保障”。

<sup>13</sup> 见东盟政府间人权委员会，“东盟的人权状况”（最后访问时间为 2019 年 6 月 2 日下午 4 时 53 分），可查阅 <https://humanrightsinasean.info/asean-intergovernmental-comission-human-rights/about.html>（依据东盟政府间人权委员会自 2012 年以来已经受理了六项申诉这一事实做出解释：尽管委员会的任务并未明确授权其受理和调查关于侵犯人权行为的申诉，但该政府间机构似乎正朝着调查的方向发展）。

<sup>14</sup> 这些机构的推理论证对于形成关于各项具体人权之轮廓的一般原则很重要，尤其是在没有适用的条约或国内法的情况下。

实践的这一总结不仅表明对个人赔偿的问题越来越重要，而且表明各国和相关裁决机构在处理就违反国际人道法和国际人权法行为对个人给予赔偿的问题上采取的多种不同方式。因此，委员会对这一专题的审议将以现有实践作为坚实基础，通过提炼一般原则，为各国和裁决机构提供有益的指导，以加强这一领域的一致性和合法性。

## 二. 本专题的范围

17. 考虑到现有实践来源各异，在就违反国际人权法和国际人道法行为所致损害对个人做出赔偿这一领域向各国提供指导，可能会有所助益。本拟议专题并非要讨论国际法的主要规则，也不是要讨论哪些行为构成违反国际义务，而是意在讨论国际法的次要规则，即违反主要规则的后果及向个人提供适当赔偿时应考虑的标准。在国家责任领域，主要规则和次要规则之间的区别对委员会而言并不陌生，特别是《国家对国际不法行为的责任条款》（《国家责任条款》），为本专题提供了重要参考，见下文第 19 和 20 段。然而，主要规则和次要规则之间的相互关联，在与本专题相关时也将得到考虑。

18. 本专题的范围仅限于应就违反国际人权法和严重违反国际人道法行为所致损害对个人或群体<sup>15</sup> 做出的赔偿，不涉及对公司或其他法人的赔偿问题。但这并不意味着，委员会在就上述领域对个人的赔偿这一专题开展工作的过程中所确定的标准，对今后的其他专题没有用处。<sup>16</sup>

19. 本专题将主要从国家责任的角度讨论赔偿问题，而不侧重于其他行为者在国内或国际层面可能承担的责任。委员会 2001 年通过的《国家责任条款》为此构成重要依据。

20. 然而，虽然《国家责任条款》第 34 条<sup>17</sup> 反映了充分赔偿的义务，但委员会在该专题中并未提及对个人的赔偿问题。必须指出的是，第 33 条第 2 款提到了国家责任的内容，其中明确指出，《条款》第二部分“不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利”。因此，虽然该专题没有审查因违反国际法行为而应直接给予个人的赔偿，但却承认第二部分不妨碍个人应得的赔偿。因此，本专题可对委员会就《国家责任条款》开展的工作形成补充。<sup>18</sup>

<sup>15</sup> 美洲人权体系设想了集体赔偿的可能性，例如见 *Awas Tingni Mayagna (Sumo) Community* 诉尼加拉瓜案(案件的实质问题、赔偿和费用)，美洲人权法院(2001 年)，可查阅 [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf)；另见《国际刑事法院程序和证据规则》，该规则第 97 条规定，“法院可在个人基础上，或在它认为适当的情况下，在集体基础上或两者兼有的基础上裁定赔偿”；2005 年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和准则》第 13 段也承认集体赔偿的可能性。

<sup>16</sup> 尽管拟议专题的范围仅限于违反国际人权法和严重违反国际人道法行为所导致的义务，但委员会在这一问题上的工作结果可能影响到国际法中侵犯个人权利的行为引起国家赔偿责任的其他领域，如国际投资法、国际环境法和国际贸易法。

<sup>17</sup> 见同上，第 34 条（“对国际不法行为造成的损害充分赔偿，应按照本章的规定单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式”）。

<sup>18</sup> 在纪念委员会成立 70 周年的活动中，国际法院院长阿卜杜勒卡维·艾哈迈德·优素福先生指出，需要更全面地处理个人在国际法中的状况。他承认，虽然“国际法委员会工作的某些内容如《国家责任条款》第 33 条第 2 款确认，个人有能力根据国际法持有权利，但是对于受侵

21. 将本专题列入委员会的工作方案能为国际法的编纂和逐渐发展都提供机会。特别是委员会能够在本专题中分析各国、国际组织和国际法庭是如何处理对个人的赔偿这一问题的，以及上述各方作出裁断时遵循的规则和原则。因此，要就本专题开展工作，委员会必须审查相关的条约规定和习惯国际法规则，以及在实践中是如何解释和执行这些规定和规则的。委员会还能通过本专题确定最佳和最被接受的对个人赔偿的方法，以便在这方向各国提供有益的指导。无需赘言，逐渐发展方面的建议只具有前瞻性，并不会反映法律义务。此外，本专题涉及次要法律规则，仅在必要时论及主要规则。因此，本专题不会质疑法律的时际适用原则。必须指出，对个人赔偿的义务及其范围取决于产生此种义务的有效法律规则的存在及其内容。

22. 开展全面分析还可以概括现有规则，并有助于确定执行这些规则时出现的主要问题，各国在这一领域面临的限制，以及各国为向个人提供赔偿而制定的不同方法。从这个意义上说，本专题的成果将为编纂现有规则提供良机，并为法律的逐渐发展提出建议。委员会关于本专题的工作，不影响在国家、区域或国际各个层面建立的任何更为适宜的关于赔偿的法律制度。

### 三. 可能需要处理的问题

23. 如上文各段所述，本专题侧重于与就违反国际人道法和国际人权法行为对个人提供赔偿有关的次要规则。因此，除其他外，委员会可以处理下列具体问题：

- (a) 赔偿的各种形式(如恢复原状、补偿和抵偿、保证不再发生等)、其定义和主要目的；
- (b) 国家在选择不同赔偿形式时拥有的灵活度；
- (c) 某些赔偿形式的适当性，视情况而定；
- (d) 确定所予赔偿种类时应考虑的相关因素；
- (e) 相称原则在确定赔偿类型和范围方面的作用；
- (f) 个人和(或)集体赔偿的适当性；
- (g) 国际机制的辅助性原则和国家的程序性义务，例如，在国内建立向个人开放的申诉机制，并提供有效的程序保障；
- (h) 建立特设的赔偿制度和友好解决制度。

### 四. 成果

24. 关于本专题可能取得的成果，最宜选择的方案是将研究结果作为“指南草案”或“原则草案”提出，这样委员会便能确定和适用现有规则，考虑逐渐发展问题，并根据现有挑战建议最佳做法。

---

害个人在权利受到侵犯的情况下应获得赔偿这一重要事实，委员会仅在《外交保护条款》中作为建议做法予以承认”。见阿卜杜勒卡维·A·优素福在国际法委员会成立 70 周年纪念活动上的主旨发言，瑞士日内瓦(2018 年 7 月 5 日)，可查阅 [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/english/key\\_note\\_address\\_5july2018.pdf&lang=E](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/english/key_note_address_5july2018.pdf&lang=E)。

25. 指南草案适用于不具约束力的一系列规则或建议做法。在这方面，委员会曾做出解释，若有关专题的工作不是要产生一项具有约束力的文书，而是要提供一个各国可为实际问题找到答案的工具箱，则使用“指南”一词。<sup>19</sup> 因此，本专题宜采用指南草案，因为其目的在于澄清次要规则并酌情建议最佳做法。

26. 按照委员会的理解，原则草案也包含不具约束力的条款，这些条款也具备一般性质。从这个意义上说，如果委员会倾向于选择原则草案作为本专题的成果，则宜确定一套一般标准和共同规范，同时带有一些逐渐发展的内容。

27. 不过，亦可根据国际法委员会的意见以及各国在联大第六委员会内提出的建议和观点，考虑以其他形式呈现最终成果。

## 五. 结论

28. 委员会在选择长期工作方案的新专题时遵循委员会第五十届会议(1998年)商定的以下标准，即：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂；(d) 委员会不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。<sup>20</sup>

29. 就严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为对个人的赔偿这一专题符合长期工作方案新专题的遴选条件。如前所述，已经通过司法、特设和条约机构产生了相当多的国家实践及一套规范和原则。然而，需要编纂和逐渐发展这些实践，以便围绕就违反国际法行为对个人予以赔偿的相关原则、内容和程序向国际社会提供指导。因为已具备大量的国家实践和司法决定，所以就违反国际法行为对个人的赔偿这一专题已然成熟，适于逐渐发展和编纂。

## 六. 参考文献选编

### Case-Law

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (Judgment on Compensation) [2012] ICJ Reports 324.

———. Separate Opinion of J. Cançado Trindade.

———. Declaration of J. Greenwood.

Assanidze v. Georgia, 2004-II Eur. Ct. H.R. 221.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), [2004] ICJ Reports 12.

Awas Tingni Mayagna (Sumo) Community v. Nicaragua (Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights (2001), available at [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf).

Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (Merits, Reparations, and Costs) Inter-American Court of Human Rights (2001).

<sup>19</sup> 联合国国际法委员会。“工作方法”，可查阅 <http://legal.un.org/ilc/methods.shtml> (最后访问日期2019年5月30日)。

<sup>20</sup> 《国际法委员会年鉴》，1997年，第二卷(第二部分)，72，第238段。



Chiragov and Others v. Armenia, App. No. 13216/05, Eur. Ct. H.R. 33 (2015), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155353>.

Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (Assessment of the Amount of Compensation Due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom) (Judgment) [1949] ICJ Reports 244.

Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda (2004) AHRLR 19 (ACHPR 2003).

Dzemajl and Others v. Yugoslavia, CAT/C/29/D/161/2000 (2002).

Factory at Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits), PCIJ Series A No 17 (1927).

———. (Jurisdiction) PCIJ Series A No 9 (1927).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) [1997] ICJ Reports 7.

Gonzales Llui et al. v. Ecuador, Inter-Am. Ct. H.R. Preliminary objections, merits, reparations and costs, (Sept. 1 2015) [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_ing.pdf).

Greens and M.T. v. the United Kingdom, Eur. Ct. H.R. 98, 115 (2010).

Hassan v. the United Kingdom, App. 29750/09, Eur. Ct. H.R. (Sept. 16, 2014).

Hirst (n° 2) v. the United Kingdom, Eur. Ct. H.R. 58-61, 69-71 (2005).

Jose Isabel Salas Galidno and Others v. United States, IACommHR, Case 10.573, Report No. 121/18 (Oct. 5, 2018).

Juan Carlos Abella v. Argentina, IACommHR, Case 11.137, Report No. 55/97 (Nov. 18, 1997).

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)(Judgment) [2012] ICJ Reports 99.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (J. Yusuf, dissenting) [2012] ICJ Reports 99.

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Ry. Officials who have passed into the Polish Serv. Against the Polish Rys. Admin.), Advisory Op. (1928) P.C.I.J. Series B, no. 15.

Lagrand (Germany v. United States of America) (Judgment) [2001] ICJ Reports 466.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) [2004] ICJ Reports 136.

Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme and RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 a 196/97, African Commission on Human and Peoples' Rights, (May 11, 2000), [http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-](http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf)

[164.97\\_196.97-210.98/achpr27\\_54.91\\_61.91\\_96.93\\_98.93\\_164.97\\_196.97\\_210.98\\_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf).

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) [1949] ICJ Reports 174.

### Books

Amezcu-Noriega, Octavio. *Reparation Principles Under International Law and Their Possible Application by the International Criminal Court: Some Reflections*. Reparations Unit, Briefing Paper No. 1. University of Essex Transnational Justice Network, 2011.

Amsterdam International Law Clinic, and Center for Civilians in Conflict. *Monetary Payments for Civilian Harm in International and National Practice*. Amsterdam: University of Amsterdam, 2013, available at <http://civiliansinconflict.org/resources/pub/valuation-of-life>.

Association for the Prevention Against Torture and Center for Justice and International Law. *Torture in International Law: A Guide to Jurisprudence*, APT and CEJIL, 2008.

Binder, Christina, Hofbauer, Jane A., Piovesan, Flavia, Steiner, Anna-Zoe, and Steiner, Elisabeth, editors. *Social Rights in the Case Law of Regional Human Rights Monitoring Institutions: The European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the African Commission on Human and Peoples' Rights*. NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien Graz, 2016.

Brownlie, Ian. *State Responsibility*. System of the Law of Nations / Ian Brownlie. Oxford: Clarendon Press, Oxford University Press, 1983.

Bassiouni, Cherif. *International Criminal Law: International Enforcement*. 3rd ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Cançado Trindade, A.A. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Brill/Nijhoff, vol. 1, 2006.

Crawford, James, ed. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

De Greiff, Pablo, ed. *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

du Plessis, Max, and Stephen Pete, eds. *Repairing the Past?: International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*. Series on Transitional Justice v. 1. Antwerpen: Intersentia, 2007.

Erasmus, Gavin M. *Compensation for Expropriation: A Comparative Study*. Oxford: Jason Reese & United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1990.

Evans, Christine. *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

García Amador, F. V. *The Changing Law of International Claims*. New York: Oceana, 1984.

Gray, Christine D. *Judicial Remedies in International Law*. Oxford Monographs in International Law. Oxford: Clarendon Press, Oxford University Press, 1987.

Grossman, Claudio, et al. *International Law and Reparations: The Inter-American System*. Clarity Press, Inc., 2018.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law: Rules*, Cambridge, 3rd. ed., 2009.

Hoogh, André de. *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

Howard-Hassmann, Rhoda E., and Anthony P. Lombardo. *Reparations to Africa*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008.

Larsson, Marie-Louise. *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation*. Stockholm Studies in Law v. 1. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Lillich, Richard B., ed. *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Virginia Legal Studies. Charlottesville: University Press of Virginia, 1983.

Lillich, Richard B., Daniel Barstow Magraw, and David J. Bederman, eds. *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution To the Law of State Responsibility*. Irvington-on-Hudson, N.Y.: Transnational Publishers, 1998.

Miller, Jon, and Rahul Kumar, eds. *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Nikièma, Suzy H. *IISD Best Practices: Compensation for Expropriation*. The International Institute for Sustainable Development, 2013. <https://www.iisd.org/library/best-practice-compensation-expropriation>.

Randelzhofer, Albrecht, and Christian Tomuschat, eds. *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*. The Hague: M. Nijhoff Publishers, 1999.

Ratner, Steven R., Jason S. Abrams, and James L. Bischoff. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Sarkin-Hughes, Jeremy. *Colonial Genocide and Reparations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims Under International Law by the Herero Against Germany for Genocide in Namibia, 1904-1908*. PSI Reports. Westport, Conn.: Praeger Security International, 2009.

Shelton, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Wolfrum, Reudiger., Christine. Langenfeld, Petra. Minnerop, and Germany. Umweltbundesamt. *Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception*. Berichte / Umweltbundesamt ; 2/05; Berichte (Germany. Umweltbundesamt) ; 2005/2. Berlin: Erich Schmidt, 2005.

### Chapters in Books

Brownlie, Ian. to Robert. Jennings. “Remedies in the International Court of Justice,” in *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, edited by Vaughan Lowe and Malgosia. Fitzmaurice, 557–66. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

Cançado Trindade, A.A. “Genesis and Evolution of the State’s Duty to Provide Reparation for Damages to Rights Inherent to the Human Person.” *L’homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François Flauss*. Edited by E. Lambert Abdelgawad et al., Pédone, 2014, 145-179.

Prefácio. *As Reparações às Vítimas no Tribunal Penal Internacional*, by Thomaz F. S. de Araújo Santos, 2011, 9-16.

“Rehabilitation of Victims: Reflections on Some Issues Raised in the Case Belgium versus Senegal (2013) Adjudicated by the International Court of Justice.” *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2013*, Secretaría General de la OEA, vol. XL, 2014, 85-151.

Fleck, Dieter. to Knut Ipsen. “Individual and State Responsibility for Violations of Ius in Bello: An Imperfect Balance,” in *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, edited by Wolff Heintschel von Heinegg and Volker Epping, 171–206. Berlin: Springer, 2007.

Hein, L. “War Compensation: Claims Against the Japanese Government and Japanese Corporations for War Crimes,” in *Politics and the Past: On Repairing Historical Injustices*, edited by John Torpey, 127–48. World Social Change; World Social Change. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers, 2003. Table of contents available at <http://swbplus.bsz-bw.de/bsz104540893inh.htm>.

Hofmann, Rainer. “Can Victims of Human Rights Violations Claim Damages?” in *A Wiser Century?: Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100*

*Years After the Second Hague Peace Conference*, edited by Thomas Giegerich and Ursula E. Heinz, 323–32. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

Jennings, Robert Y. “The Proper Work and Purposes of the International Court of Justice.” In *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, edited by Sam Muller, D. Rai, and J. M. Thuránszky, 33–45. The Hague: M. Nijhoff, 1997.

Lee, L.T., and Ronald St. J. Macdonald. “The Right of Victims of War to Compensation.” In *Essays in Honor of Wang Tieya*, 489–96. Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1994.

Nanopoulos, David. “La reconnaissance du bénéfice de l’indemnisation aux victimes de violations des droits de l’homme par la Cour internationale de Justice.” *The Protection of Non-Combatants During Armed Conflict and Safeguarding the Rights of Victims in Post-Conflict Society: Essays in Honour of the Life and Work of Joakim Dungal*, edited by Philipp Ambach et al., Brill/Nijhoff, 2015, 428-54.

### Articles

Amezcu-Noriega, Octavio. “Reparation Principles Under International Law and Their Possible Application by the International Criminal Court: Some Reflections,” *University of Essex Transnational Justice Network*, Reparations Unit, Briefing Paper No. 1 (2011).

Bank, Roland, and Elke Schwager. “Is There a Substantive Right to Compensation for Individual Victims of Armed Conflicts Against a State Under International Law?” *German Yearbook of International Law* 49 (2006): 367–412.

Bassiouni, Cherif. “International Recognition of Victims’ Rights.” *Human Rights Law Review* 6 (2006): 231.

Buxbaum, Richard M. “A Legal History of International Reparations.” *Berkeley Journal of International Law* 23, no. 2 (2005): 314–46.

Cançado Trindade, A.A. “El Deber del Estado de Proveer Reparación por Daños a los Derechos Inherentes a la Persona Humana: Génesis, Evolución, Estado Actual y Perspectivas.” *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, fascículo 10 - n. especial, 2013, 18-43.

“Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a Su Jurisprudencia en Materia de Reparaciones.” *Revista de Derecho Vox Juris – Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*, Vol. 21, 2001, 53-72.

Crawford, James. “Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.” *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, available at <http://legal.un.org/avl/ha/rsiwa/rsiwa.html>.

de Zayas, Alfred. “The Principle of Reparation in International Law and the Armenian Genocide.” *Genocide Prevention Now* no. 8 (2011). <http://www.ihgijm.com/wp-content/uploads/2016/01/PRINCIPLE-OF-REPARATION.pdf>.

Dolzer, Rudolf. “The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim’s Private Right of Action? Lessons After 1945.” *Berkeley Journal of International Law* 20, no. 1 (2002): 296–341.

Gillard, Emanuela-Chiara. “Reparation for Violations of International Humanitarian Law,” 85 *International Rev. Red Cross*, 529 (2003).

Graefrath, Bernard. “Responsibility and Damages Caused: Relationship Between Responsibility and Damages.” *Recueil Des Cours* 185 (1984): 9–149.

Hofmann, Rainer. “Compensation for Personal Damages Suffered During World War II.” *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Oxford.

“Compensation for Victims of War: Substantive Issues -- Do Victims of Armed Conflicts Have an Individual Right to Reparation?” *International Law Association: Report of Conference 2006* (2006): 766–83.

Kalshoven, Frits. “State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces.” *International and Comparative Law Quarterly* 40, no. 4 (October 1991): 827–58.

Keller, Linda M. “Seeking Justice at the International Criminal Court: Victim’s Reparations.” *Thomas Jefferson Law Review* 29, no. 2 (2007): 189–217.

Klein, Natalie. “State Responsibility for International Humanitarian Law Violations and the Work of the Eritrea Ethiopia Claims Commission So Far,” 47 *German Yearbook of International Law*, 214 (2004).

Menon, P.K. “The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine.” *Journal of Transnational Law and Policy* 1 (1992): 151–82.

Roht-Arriaza, Naomi. “Reparations Decisions and Dilemmas.” *Hastings International and Comparative Law Review* 27, no. 2 (2004): 157–219.

Ronzitti, N. “Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims.” *Italian Yearbook of International Law* 2002 (2003): 39.

Schwager, E. “The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict.” *Chinese Journal of International Law* 4 (2005): 417–39.

Shelton, Dinah L. “Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States) 43 ILM 581 (2004).” *The American Journal of International Law* 98, no. 3 (2004): 559–66. doi:10.2307/3181646.

“Reparations.” *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. Oxford.

“Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility.” *American Journal of International Law* 96, no. 4 (October 2002): 833–56.

Sveaass, Nora, et al. “Rehabilitation in Article 14 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment.” *The International Lawyer* 51, no. 1 (2018): 1–24.

Tomuschat, Christian. “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations.” *Tulane Journal of International and Comparative Law* 10 (2002): 157–84.

Vagts, Detlev F., and Peter Murray. “Litigating the Nazi Labor Claims: The Path Not Taken.” *Harvard International Law Journal* 43, no. 2 (2002): 503–30.

Wisnibaker, Jr., Reginald C. “Muslim Community Reparations.” *Savannah Law Review* 2 (2015): 391–458.

Wittich, Stephan. “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law.” *Finnish Yearbook of International Law* 2004 (2004): 321–68.

## Documents

African Charter on Human and Peoples’ Rights, entered into force Jan. 25, 2005.

African Commission on Human and Peoples’ Rights. “General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples’ Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5),” February 23 to March 4, 2017.

Agreement Between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia And the Government of the State of Eritrea, Article 5, United States Institute of Peace, Peace Agreements Digital Collection, available at [https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace\\_agreements/eritrea\\_ethiopia\\_12122000.pdf](https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/eritrea_ethiopia_12122000.pdf).

Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Art. 6.3, (Sept. 18, 1997).



Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, entered into force Jan. 8, 2014.

ECOSOC Res 2005/35 “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law,” Commission on Human Rights Resolution 2005/35, UN Doc. [E/CN.4/RES/2005/35](#) (Apr. 19, 2005).

European Convention on Human Rights, entered into force March 9, 1953.

“General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina,” Dayton, initialled on 21 Nov. 1995 and Paris, signed on 14 Dec. 1995, Annex 7, Agreement on Refugees and Displaced Persons.

Geneva Conventions of Aug. 12, 1949, Additional Protocol I (June 8, 1977).

Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa (Robben Island Guidelines) (2002), *available at* <http://www.achpr.org/mechanisms/cpta/robben-island-guidelines/>.

Hague Convention IV, Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, (Oct. 18, 1907).

Hague Convention XII, Convention Relative to the Creation of an International Prize Court, (Oct. 18, 1907).

International Committee of the Red Cross. “Rules of Customary International Law,” Rule 150 (2005), *available at* [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule150](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule150).

International Law Association, 'Resolution No 2/2010 on Reparation for Victims of Armed Conflict'. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018> (2 February 2013).

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights, entered into force Jan. 25, 2004.

UNGA Res 60/147 ‘Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law’ (16 December 2005) GAOR 60th Session Supp 49 Vol 1, 354.

“Draft Articles on Crimes Against Humanity, with commentaries,” [A/72/10](#) (2017).

“Draft Articles on Diplomatic Protection,” GAOR 58th Session, UN Doc. [A/61/10](#), p. 16 (2006).

“Draft Articles on Diplomatic Protection, with commentaries,” Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, UN Doc. [A/CN.4/SER.A/2006/Add.1](#) (Part 2).

## 附件 C

### 防止和打击海盗和海上武装抢劫行为

雅库巴·西塞先生

#### 一. 引言

1. 海盗行为通常被理解为私人船舶的船员或乘客为私人目的，在公海上对另一船舶，包括对其上的人或财物从事的暴力、扣留或掠夺行为。<sup>1</sup> 海盗行为始于古代，自万国法问世以来，一直被视为一种国际罪行。的确，可以说海盗行为与海上航行本身一样古老。<sup>2</sup>

2. 不幸的是，海盗行为如今正以历史上前所未有的速度卷土重来，印度洋索马里沿海、几内亚湾、新加坡和马六甲海峡、阿拉伯半岛、加勒比海、西里伯斯海、爪哇海、黄海北部和南海以及孟加拉湾发生的海盗行为便是佐证。<sup>3</sup> 海盗行为远非以往，而是以更加暴力的新形式重新出现，因为海盗现在有更好的组织，更加精良的装备和更完备的武装。<sup>4</sup> 联合国秘书长在其 1997 年 10 月关于海洋和海洋法的报告<sup>5</sup> 中警告国际社会注意海盗和海上武装抢劫问题的严重性。这种抢劫和暴力犯罪行为伴随着大量其他相关非法行为，如海上恐怖主义<sup>6</sup>、腐败、洗钱、违反国际人权法、非法捕鱼、向海洋非法排放废物和有毒物质、贩运人口和贩毒等<sup>7</sup>。

<sup>1</sup> 见《联合国海洋法公约》，1982 年 12 月 10 日，《联合国条约汇编》，第 1833 卷，第 3 号 [《联合国海洋法公约》]，第一〇〇至一〇七条。

<sup>2</sup> Jane G Dalton, J Ashely Roach & John Daley, “Introductory Note to United Nations Security Council: Piracy and Armed Robbery at Sea – Resolutions 1816, 1846 & 1851” (2009) 48 ILM 129 at 129; Alfred P Rubin, “The Law of Piracy” (1987) 15:2-3 Denver Journal of International Law and Policy 173.

<sup>3</sup> C Paul Hallwood & Thomas J Miceli. *Maritime Piracy and Its Control: An Economic Analysis* (New York: Palgrave Macmillan, 2015) at 3-4; ICC International Maritime Bureau, *Piracy and Armed Robbery Against Ships: Report for the Period 1 January – 31 December 2018*, London, January 2019.

<sup>4</sup> Jennifer C Bulkeley, “Regional Cooperation on Maritime Piracy: A Prelude to Greater Multilateralism in Asia?”, (2003) 14 Journal of Public and International Affairs, Article 2 at 3; Masataka Okano, “Is International Law Effective in the Fight against Piracy: Lessons from Somalia” (2010) 53 Japanese Yearbook of International Law 178 at 179-81; Yvonne M Dutton, “Maritime piracy and the impunity gap: insufficient national laws or a lack of political will” (2012) 85:5 Tulane Law Review 1111 at 1127-30.

<sup>5</sup> 秘书长的报告，《海洋和海洋法：海洋法》，联合国大会正式纪录，第五十二届会议，联合国文件，A/52/487(1997 年)，第 374 段。

<sup>6</sup> Monica Pathak, “Maritime Violence, Piracy at Sea & Marine Terrorism Today” (2005) 20 Windsor Review of Legal and Social Issues 65.

<sup>7</sup> Hugh R Williamson, “New Thinking in the Fight against Marine Piracy: Financing and Plunder Pre-empting Piracy before Prevention Becomes Necessary” (2013) 46 Case Western Reserve Journal of International Law 335; S Whitman & C Saurez, “Dalhousie Marine Piracy Project: The Root Causes and True Costs of Marine Piracy” (2012) Marine Affairs Program Technical Report #1.

3. 因此，海盗行为目前是国际社会关注的一个主要问题，因为海盗行为发生在所有海域，在不同程度上影响到所有国家的利益，无论是沿海还是内陆国家。<sup>8</sup> 从国家财富和发展的角度来看，值得指出的是，85%的商品通过海路运输，<sup>9</sup> 而其中许多海路受到海盗威胁。因此，船旗国、沿海国、港口国和其他国家正试图在所有海域打击一切形式的海盗行为，以保护人的生命，保护经济利益，维护航行自由，并保护海洋环境免受非法海洋污染和其他海上非法行为的危害。

4. 海盗行为通常以私人船只为目标，因此对私人行为者产生严重影响。<sup>10</sup> 遇袭船只的船员面临长期扣留、<sup>11</sup> 人身伤害或死亡等风险。船主为使海盗释放其船员、货物和船只，被索要巨额赎金。<sup>12</sup> 海上保险公司必须考虑海盗行为的可能性，从而提高了海运的总体成本，并在海事合同中增加了海盗条款。<sup>13</sup> 海盗行为也是沿海社区和国际组织关切的问题之一。<sup>14</sup> 在这种情况下，适当的解决办法是让私营公司参与打击海盗行为，但这种办法及其在国际法中的法律依据存在争议。

5. 海盗行为对人和经济的影响确实不容忽视。2010年，26%的海盗行为受害者被劫持为人质，在总共4,185名受害者中有1,181名人质，其中59%的人质受到更严重的暴力。<sup>15</sup> 仅因索马里海盗行为导致的经济损失估计就有10亿至160亿美元；其中包括改道导致的燃料费、每次航行增加的20,000美元保险费、油轮供应减少以及提高的租船费率等。<sup>16</sup> 此外，船主向海盗支付的赎金在50万美元至550万美元之间，导致仅为亚丁湾海盗行为支付的赎金总额估计就达1.6亿美元。<sup>17</sup> 大约10起劫持船只事件使亚欧之间的出口减少了11%，造成280亿美

<sup>8</sup> 联合国安全理事会正式纪录，第67年，第6727次会议，联合国文件，S/RES/2039(2012年)，序言部分。

<sup>9</sup> D Ortolland & J-P Pirot, eds, *Atlas géopolitique des espaces maritimes : frontières, énergie, pêche et environnement* (Paris : Technip, 2008).

<sup>10</sup> Storny-Annika Mildner & Franziska Grob, "Piracy and World Trade: The Economic Costs" in Stefan Mair, ed, *Piracy and Maritime Security: Regional characteristics and political, military, legal and economic implications*, SWP Research Paper, (German Institute for International and Security Affairs: Berlin, 2011) at 26-28.

<sup>11</sup> 同上，第12页。

<sup>12</sup> Hallwood and Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *supra* note 3 at 5-6.

<sup>13</sup> See R Wright, "Piracy set to escalate shipping costs", *Financial Times*, 20 November 2008; Christopher N Douse, "Combating Risk on the High Sea: An Analysis of the Effects of Modern Piratical Acts on the Marine Insurance Industry" (2010) 35 *Tulane Maritime Law Journal* 267 at 278-81.

<sup>14</sup> See José Louis Jesus, "International Tribunal for the Law of the Sea" in Jon M Van Dyke et al, eds, *Governing Ocean Resources: New Challenges and Emerging Regime* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2013) 25 at 26.

<sup>15</sup> Torben C Skaanild, "Piracy: Armed Robbery, Kidnapping, Torture and Murder at Sea" in Maximo Q Mejia, Chie Kojima & Mark Sawyer, eds, *Piracy at Sea* (New York: Springer, 2013) 23 at 24; Hallwood & Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *supra* note 3 at 4; Whitman & Saurez, "Dalhousie Marine Piracy Project" *supra* note 7 at 70.

<sup>16</sup> Hallwood & Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid* at 5.

<sup>17</sup> Hallwood & Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid* at 5-6; Whitman & Saurez, "Dalhousie Marine Piracy Project" *supra* note 7 at 57.

元的损失。<sup>18</sup> 虽然很难找到关于渔民的准确统计数据，但他们遭受海盗袭击的次数尤多(通常是为了窃取宝贵的渔获物和设备)，导致每个渔民损失数千美元，每个受影响地区损失数百万美元。<sup>19</sup> 最后，欧盟和北约反海盗海军实施的安全措施每年估计费用为 11.5 亿美元，私人反海盗措施每年估计费用为 47 亿美元。<sup>20</sup>

6. 现代海盗从陆上基地发起行动，在海上的时间比过去的海盗少得多。<sup>21</sup> “他们常用的战略是使用抢夺来的船只作为母船，放出小船进行快速突袭，然后返回岸上庇护所，在那里得到当地部族和民兵的保护。”<sup>22</sup> 因为这种陆上保护，所以海盗很难被发现，海盗的成功往往要依靠这种保护的有效性。窝藏和保护海盗通常会带来利润丰厚的收入，但这也是风险性收入。据推测，当没有其他形式的收入或其他形式收入很少时，沿海社区就会做出这种选择。<sup>23</sup> 现代海盗没有复杂的组织结构，通常由一位要求下属绝对忠诚的领导人领导，他们通过将自己的活动融入当地经济为自己筹集资金。<sup>24</sup>

7. 与海盗行为有关的国际法数量可观，起初是国家实践，随着时间的推移，这些实践在这一领域发展为广泛的习惯国际法。基于这种习惯，尤其是基于《哈佛海盗行为研究草案》<sup>25</sup>，国际法委员会制定了一系列关于海盗行为的条款，作为其海洋法工作的一部分，<sup>26</sup> 这些条款最终成为《日内瓦公海公约》第 14 至 21 条，<sup>27</sup> 后者又成为《联合国海洋法公约》第一〇〇至一〇七条<sup>28</sup> 的基础。主要在国际海事组织的主持下，全球层面制定了其他协议法，例如 1988 年《制止危及海上航行安全非法行为公约》<sup>29</sup> 及其《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》<sup>30</sup> (以及后来 2005 年的两项议定书)。另一些不专门针对海盗行为的全球条约也可能与此相关，如 1979 年《反对劫持人质国际公约》<sup>31</sup> 和《国际海

<sup>18</sup> Hallwood & Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid* at 6; Whitman & Saurez, “Dalhousie Marine Piracy Project” *ibid* at 58.

<sup>19</sup> Whitman & Saurez, “Dalhousie Marine Piracy Project” *ibid* at 59-61.

<sup>20</sup> Hallwood & Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *supra* note 3 at 6.

<sup>21</sup> Hallwood & Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid* at 15.

<sup>22</sup> 同上。

<sup>23</sup> 同上，第 16 页。

<sup>24</sup> 同上，第 16-18 页。

<sup>25</sup> 国际法逐渐编纂专家委员会，“国际法的编纂：第四部分：海盗行为”(1932) 26, *American Journal of International Law Supplement* 739.

<sup>26</sup> 国际法委员会，《国际法委员会第八届会议工作报告》，联合国大会正式纪录，第十一届会议，补编第 9 号，联合国文件，A/3159(1956 年)，第 282 页。

<sup>27</sup> 《公海公约》，1958 年 4 月 29 日，《联合国条约汇编》，第 450 卷，第 11 号。

<sup>28</sup> 《联合国海洋法公约》，上文脚注 1。

<sup>29</sup> 《制止危及海上航行安全非法行为公约》，1988 年 3 月 10 日，《联合国条约汇编》，第 1678 卷，第 221 号。

<sup>30</sup> 《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》，1988 年 3 月 10 日，《联合国条约汇编》，第 1678 卷，第 304 号。

<sup>31</sup> 《反对劫持人质国际公约》，1979 年 12 月 17 日，《联合国条约汇编》，第 1326 卷，第 205 号。

上人命安全公约》(1974 年《海上人命安全公约》)、《打击跨国有组织犯罪公约》、《国际船舶和港口设施保安规则》等。

8. 区域和次区域层面也制定了许多条约和文书,例如 2004 年《亚洲打击海盗和武装抢劫船舶行为区域合作协定》<sup>32</sup>, 16 个亚洲国家加入了该协定<sup>33</sup>。许多国家制定了处理海盗问题的国家法律<sup>34</sup>, 各国法院因此产生了重要判例<sup>35</sup>, 某些区域在防止和打击海盗行为方面取得了很大成功<sup>36</sup>。后来为打击海盗行为进行了其他次区域合作,特别是 2009 年在国际海事组织(海事组织)主持下通过了题为“关于打击西印度洋和亚丁湾海域海盗和武装抢劫船只的行为守则”<sup>37</sup>的《吉布提行为守则》,以下 9 个国家加入了该守则:吉布提、埃塞俄比亚、肯尼亚、马达加斯加、马尔代夫、塞舌尔;索马里、坦桑尼亚联合共和国和也门。另一项行为守则于 2013 年在喀麦隆通过,处理西部和中部非洲几内亚湾的海盗问题,称为《关于在西部和中部非洲打击海盗行为、武装抢劫船只和海上非法活动的行为守则》(涵盖西非国家经济共同体<sup>38</sup>(西非经共体)和中部非洲国家经济共同体(中非经共体)的《几内亚湾行为守则》)。一项研究表明,“2018 年上半年,世界上报告的海盗袭击有 40%以上发生在几内亚湾”。<sup>39</sup>

9. 此外,面对海盗问题的严重性,安全理事会根据《联合国宪章》第七章采取行动,通过了一系列决议<sup>40</sup>,处理在索马里沿海和几内亚湾及亚丁湾、马六甲海峡和新加坡海峡等海域,以及加勒比海发生的海盗行为。

<sup>32</sup> 《亚洲打击海盗和武装抢劫船舶行为区域合作协定》,2006 年 11 月 29 日,《联合国条约汇编》,第 2398 卷,第 199 号。

<sup>33</sup> See Brice Martin-Castex & Guillaume Loonis-Quélen, “L’Organisation maritime internationale et la piraterie ou le vol à main armée en mer : le cas de la Somalie” (2008) 54 *Annuaire français de droit international* 77 at 86. 此协定在日本的倡议下通过,缔结协定的国家包括:孟加拉国、文莱达鲁萨兰国、柬埔寨、日本、中国、印度、韩国、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、斯里兰卡、泰国和越南。

<sup>34</sup> 见联合国海洋事务和海洋法司,“国际法之下的海盗行为”,可在以下网址查阅:<https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy.htm>。

<sup>35</sup> 见本专题参考文献选编;第 4 项涉及各国法院的裁决。

<sup>36</sup> G Noakes, “Statement on International Piracy” before the US House of Representative Committee on Transportation and Infrastructure’s Subcommittee on Coast Guard and Maritime Transportation”, February 2009, online: [www.marad.dot.gov/documents/HOA\\_Testimony-Giles%20Noakes-BIMCO.pdf](http://www.marad.dot.gov/documents/HOA_Testimony-Giles%20Noakes-BIMCO.pdf)。

<sup>37</sup> 《关于打击西印度洋和亚丁湾海域海盗和武装抢劫船只的行为守则》,海事组织理事会第 102 届会议,文件编号 C 102/14 (2009 年),附件 1。

<sup>38</sup> 《关于在西部和中部非洲打击海盗行为、武装抢劫船只和海上非法活动的行为守则》,2013 年 6 月 25 日,喀麦隆雅温得,可在以下网址查阅:[http://www.imo.org/en/OurWork/Security/WestAfrica/Documents/code\\_of\\_conduct%20signed%20from%20ECOECO%20site.pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Security/WestAfrica/Documents/code_of_conduct%20signed%20from%20ECOECO%20site.pdf)。

<sup>39</sup> 丹麦外交部、工业部、司法部和国防部, *Priority Paper for the Danish efforts to Combat Piracy and Other Types of Maritime Crime 2019-2022*, at 6。

<sup>40</sup> 联合国安全理事会关于海盗问题的决议: S/RES/1816(2008 年),2008 年 11 月 6 日; S/RES/1838 (2008 年),2008 年 10 月 7 日; S/RES/1846(2008 年),2008 年 12 月 2 日; S/RES/1851(2008 年),2008 年 12 月 16 日; S/RES/1897(2009 年),2009 年 11 月 30 日; S/RES/1918(2010 年),2010 年 4 月 23 日; S/RES/1950(2010 年),2010 年 11 月 23 日; S/RES/1976(2011 年),2011 年 4 月 11 日; S/RES/2015(2011 年),2011 年 10 月 24 日; S/RES/2020(2011 年),2011 年 11 月 22 日; S/RES/2018(2011 年),2011 年 10 月 31 日; S/RES/2020(2011 年),2011 年 11 月 22 日; S/RES/2039(2012 年),2012 年 2 月 29 日;



10. 然而，尽管有大量国际法、区域法和国内法，但仍然存在尚未确定或得到发展的重要国际法问题，这些问题值得国际法委员会研究、编纂和逐渐发展。

11. 委员会首先应注意到，海盗行为这一专题的核心方面已经编纂成文，主要有1982年《海洋法公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》，还有其他条约。委员会的目标不是寻求改变现有条约中规定的任何规则，而是考虑各国是否以及如何能够最好地履行其条约义务。

## 二. 当前与海盗和海上武装抢劫行为有关的国际法问题

### A. 防止海盗行为：合作的要求

12. 理想的情况是，各国在履行这些义务时消除海盗行为赖以滋生的温床，以最大限度地降低海盗在海上活动的的能力。委员会可以分析在国际法其他领域成功运作的防止方法，以便就如何履行这些防止义务向各国提供指导。

### B. 打击海盗行为：对现有法律法规的要求和对海盗行为的普遍刑事管辖权的澄清

13. 当然，防止不可能始终做到，海盗行为会继续发生，这就提出了对实施这类行为者进行惩罚的问题。海盗行为长期以来被视为一种可由任何国家予以惩处的罪行，即使该国与海盗、海盗行为受害者或犯罪地点没有直接联系。事实上，海盗长期以来都被视为所有国家和全人类的敌人(人类公敌)。因此，长期以来，任何国家对海盗行使国家管辖权被视为普遍刑事管辖权的第一种形式，不允许海盗在任何国家避难，无论他们与该国有何联系。<sup>41</sup>

14. 即便如此，这种针对海盗行为的普遍刑事管辖权的确切界限并没有得到很好的理解。委员会可以分析1982年《海洋法公约》中对海盗行为的定义，以帮助各国在确立和行使国家刑事管辖权时理解“海盗行为”的含义。此外，还可以评估协议法或习惯国际法是否规定各国义务确立这种管辖权，还是各国仅可以依照国际法选择确立这种管辖权。

### C. 通过和统一各国关于海盗行为的刑法

15. 鉴于上文B节得出的结论，委员会可考虑各国应当或可能在国家刑法范围内采取哪些具体措施，对被指控实施海盗行为的人确立和行使管辖权。这类措施可能有助于促进各国通过和统一这方面的国家法律，从而建立更有效的全球执法制度，以及加强这方面的国家间合作。

---

S/RES/2077(2012年), 2012年11月21日; S/RES/2125(2013年), 2013年11月18日; S/RES/2383(2017年), 2017年11月7日。

<sup>41</sup> Sandra L Hodgkinson, “The Governing International Law on Maritime Piracy” in Michael P Scharf, Michael A Newton & Milena Sterio, eds, *Prosecuting Maritime Piracy: Domestic Solutions to International Crimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015) 13 at 15-17; Malcolm D Evans & Sofia Galani, “Piracy and the Development of International Law” in Panos Koutrakos & Achilles Skordas, eds, *The Law and Practice of Piracy at Sea: European and International Perspectives* (London: Hart Publishing, 2014) 343 at 344-45.

16. 一些国家也许能够仅根据对 1958 年或 1982 年《公约》的批准，甚至仅根据习惯国际法，行使国家刑事管辖权。<sup>42</sup> 然而，在大多数司法管辖区，此类依据可能是不够的，需要颁布将海盗行为定为犯罪的国家法规。需要颁布国家法规，可能是因为“法无明文规定不为罪”的原则，即没有制定法律，罪行和惩罚就不成立。<sup>43</sup> 2008 年，印度洋索马里沿海和大西洋沿岸几内亚湾海盗暴力犯罪行为死灰复燃，表明各大洲许多国家都没有任何处理海盗问题的国家立法。<sup>44</sup> 法国在 Ponant 号案中的情况就是一个实例。<sup>45</sup> 在抓获索马里海盗后，法国不得将他们释放，因为法国当时没有将海盗罪确立为刑事犯罪的国内法，而一般刑事法律不足以使海盗行为在法国刑事法院受审。但法国并非这方面的唯一实例。目前，大多数非洲国家也没有关于海盗行为的立法，或者与当代国际法相比，它们关于这一问题的法律已经过时。<sup>46</sup>

17. 因此，一些国家现有的一般刑事法律可能不足以起诉和打击海盗罪行。反之，可能需要关于海盗罪的具体立法，或者至少需要在一般刑事条款中笼统提及海盗行为，以确保具备起诉海盗的刑事程序。此外，国家检察官和法官往往不具备有效处理这一罪行所需的技术和法律知识，因为这是一种独特的罪行，要理解有待证明的罪行要素以及满足这些要素所需的证据类型，可能需要特别的指导。<sup>47</sup> 尽管批准《海洋法公约》是各国同意受国际法约束的最明确表示，也是一项必要的法律行为，但这还不足以使各国有效履行义务。这一情况同样适用于与海盗行为有关的习惯国际法和仍然对六个国家有效的《公海公约》。换句话说，一国不能仅凭它是相关两项公约之一的缔约国，或仅依靠习惯国际法来合法打击海盗行为。即使国际法已经界定了打击海盗行为的法律框架，但还是需要各国的国内法将海盗行为定为犯罪。<sup>48</sup>

18. 除了缺乏国内法和某些关于海盗行为的国内法已过时之外，还存在海盗法的统一问题。一些国家的国内法只将海盗行为与在公海上实施的行为联系起来，而另一些国家的法律只将海盗行为与其领海或专属经济区内的行为联系起来。<sup>49</sup> 理想的情况是，各国对领海以外所有地区的海盗行为拥有相同或相似的法律。

<sup>42</sup> Dutton, “Maritime piracy and the impunity gap” *supra* note 4 at 1143-44.

<sup>43</sup> 同上，第 1152 页。

<sup>44</sup> 同上，第 1116 页。

<sup>45</sup> Mahinga, Jean-Grégoire, “L’affaire du Ponant” (2008) 7 *Revue de droit des transports* 10; Philippe Chapleau & Jean-Paul Pancraccio, *La piraterie maritime : Droit, pratiques et enjeux* (Paris: Vuibert, 2014) at 106-107.

<sup>46</sup> 联合国海洋事务和海洋法司。“关于海盗问题的国家立法”。可在以下网址查阅：[https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy\\_national\\_legislation.htm](https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy_national_legislation.htm)。

<sup>47</sup> See for e.g. Brian Wilson, “Reshaping maritime security cooperation: the importance of interagency coordination at the national level” in Guilfoyle, Douglas, ed, *Modern Piracy: Legal Challenges and Responses* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013) 202.

<sup>48</sup> Anna Petrig & Robin Geiß, *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden* (Oxford: Oxford University Press, 2011) at 140-44.

<sup>49</sup> 联合国海洋事务和海洋法司，上文脚注 46。

#### D. 澄清海盗与海上武装抢劫的关系<sup>50</sup>

19. 另一个问题与上文 C 节有关，涉及分析和帮助澄清海盗作为一种犯罪行为与另一种罪行海上武装抢劫之间的区别。一般来说，海盗行为是在公海(包括现在被视为专属经济区的海域)发生的一种罪行。<sup>51</sup> 反之，海上武装抢劫罪发生在一国的领海内。<sup>52</sup>

20. 许多国家似乎都有这两种罪行，但其国内法对这两种犯罪行为的区别，特别是犯罪地点的区别不明确，<sup>53</sup> 因此可能会出现“双重定罪”的问题，造成适用法律的混乱。委员会可以根据国际法和国家实践，分析这些罪行应在何时适用，它们之间有何不同，以及它们是否存在联系，作为澄清这方面法律的一种手段，这可能有助于各国制定国内法和行使国家管辖权。

### 三. 本专题的范围

21. 国家的海上行动，无论是单边还是多边行动，全面有效应对海盗行为的能力有限，私人船只因而易受攻击。这种脆弱性导致船主往往与安保公司签订合同来保障自己的海上安全。这种私人海上安保可以包括在私人船只上配备武装保安人员，当其他船只靠近时，他们可能采取致命行动。就预防措施而言，这一现象提出了国际法是否要求或应该要求船旗国、安保公司注册国或其他国家对这类行动进行监管的问题。<sup>54</sup> 根据 1982 年《公约》，私人船只无权进行紧追。因此，作为海盗行为受害者的私人船只无法根据海洋法采取执行行动。委员会不妨考虑这一领域的法律和实践，以了解国际法是否禁止私人船只采取这种行动，如果是，那么这类行动与遭到海盗袭击时的防御行动之间的界线在哪里。

22. 1982 年《海洋法公约》仅允许公用船只追逐海盗，如军用船只和行使公务的其他国有船只。<sup>55</sup> 委员会可以根据当代国家实践，分析这些规则在海盗和海上武装抢劫背景下的运用情况，并考虑 1982 年《公约》就此制定的规则是否具备对所有国家有约束力的习惯国际法地位。

23. 事实上，在公海犯罪的海盗知道，如果停留在公海或专属经济区，任何国家都可以依据普遍刑事管辖权追捕他们。为了避免这种情况，他们在实施海盗行为后，通常会迅速转移到最近的某国领海，以逃避外国船只的追捕。此外，许多国

<sup>50</sup> Melda Kamil Ariadno, “Maritime Security in South East Asia: Indonesian Perspective” (2009) 7:1 Indonesian Journal of International Law 88 at 95.

<sup>51</sup> 《联合国海洋法公约》，上文脚注 1，第五十八和一〇一条；Anna Petrig, “Piracy” in Donald Rothwell et al, eds, *The Oxford handbook of the law of the sea* (Oxford: Oxford University Press, 2016) 844 at 848-49.

<sup>52</sup> Petrig, “Piracy” *ibid* at 851-52.

<sup>53</sup> 联合国海洋事务和海洋法司，上文脚注 46。

<sup>54</sup> Ilja Van Hespren, “Protecting merchant ships from maritime piracy by privately contracted armed security personnel: a comparative analysis of flag state legislation and port and coastal state requirements” (2014) 45:3 Journal of Maritime Law and Commerce 361.

<sup>55</sup> 《联合国海洋法公约》，上文脚注 1，第一一一条。

家没有能力控制其领海，这促使海盗转移到这些水域行动，袭击和攻击等待入港的船只。<sup>56</sup>

24. 正是为了解决这一问题，安全理事会破例授权外国海军从邻近的公海和专属经济区进入索马里领海追捕海盗船。此外，安理会还授权外国海军船只经索马里政府同意，进入索马里领海追捕海盗船。与此同时，安全理事会明确表示，“本决议的规定仅适用于索马里局势，不影响国际法为会员国规定的权力和义务或责任”，<sup>57</sup> 这意味着这些规定应在 1982 年《海洋法公约》确立的打击海盗的法律框架<sup>58</sup> 和习惯国际法规则下执行。

25. 关于被指控罪犯的权利，被控实施海盗行为的人有权获得公平待遇，包括公平审判，其权利根据国内法和国际法得到充分保护，这体现在与起诉海盗相关的国内法院判决和国际法院裁决的判例中。<sup>59</sup>

26. 在公海上被抓获的人不属于任何国家的主权管辖范围，委员会可以对这类人员上述权利的行使情况进行分析，以澄清这些权利在这种情况下如何行使。

27. 本专题的范围仅限于防止和打击海盗和海上武装抢劫行为。专题将讨论以下问题：对海盗行为的定义，以《联合国海洋法公约》条款为背景，并考虑海盗行为当前和不断演变的各个方面，以及国际海事组织等相关国际组织提供的定义。需要处理的其他要素包括：对海盗行为的处罚；在打击海盗方面开展合作；对海盗罪行使管辖权，包括刑事定罪、追捕、逮捕、拘留、引渡、海盗嫌疑人移交协议、司法协助、起诉、调查、证据、判决、海盗嫌疑人的权利、海盗和海上武装抢劫受害者的权利等问题。

#### 四. 本专题符合列入国际法委员会长期工作方案的要求

28. 要将一个专题列入国际法委员会的长期工作方案，必须证明它符合以下标准：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂；(d) 委员会不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。<sup>60</sup>

29. 海盗和海上武装抢劫行为这一专题符合列入委员会长期工作方案所需的标准。

<sup>56</sup> Joseph M Isanga, “Countering Persistent Contemporary Sea Piracy: Expanding Jurisdictional Regimes” (2010) 59 American University Law Review 1267 at 1273.

<sup>57</sup> 联合国安全理事会正式纪录，第 66 年，第 6635 次会议，联合国文件，S/RES/2015 (2011 年)，序言部分。

<sup>58</sup> 联合国安全理事会正式纪录，第 63 年，第 5902 次会议，联合国文件，S/RES/1816 (2008 年)，序言部分。

<sup>59</sup> Douglas Guilfoyle, “Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights” (2010) 59:1 International and Comparative Law Quarterly 141；另见参考文献选编，第 4 项。

<sup>60</sup> 见国际法委员会，《国际法委员会第五十届会议工作报告》，联合国大会正式纪录，第五十三届会议，补编第 10 号，联合国文件，A/53/10 (1998 年)，第 553 段；国际法委员会，《国际法委员会第六十九届会议工作报告》，联合国大会正式纪录，第七十二届会议，补编第 10 号，联合国文件，A/72/10 (2017 年)，第 32 段。

30. **第一：**本专题符合各国逐渐发展该领域国际法的需要。事实上，本专题得到了全球性的关注，因为正如本大纲导言部分所示，这个专题关系到整个国际社会。正因为这一关切的全球性，所以联合国大会和安全理事会通过了若干关于打击海盗和海上武装抢劫行为的决议。沿海国、船旗国、港口国、海盗或海上武装抢劫行为受害者所属国、内陆国、私营海运业行为者(船主、托运人、海上保险公司等)，无论是货物的装载者、接收者、进口商或出口商、还是国际组织，都希望海上没有任何安全问题和犯罪，从而确保国家的发展及所有人的安全和社会经济福祉。

31. **第二：**本专题值得委员会审议，因为已有的国家实践适于就本专题编纂和逐渐发展国际法。如上所述，有些全球和区域条约及其他文书可以从本专题的角度进行分析。此外，根据联合国海洋事务和海洋法司秘书处提供的数据，有 70 多个国家通过了防止和打击海盗和海上武装抢劫行为的立法。这一实践在现阶段已经足够成熟，并将随着更多关于海盗问题的拟议法案逐渐成为适用法律而进一步发展。在这方面，几个非洲沿海国家已向各自的议会提出了法案，这些法案应在不久的将来获得通过。总体而言，关于这一专题的现有立法代表了世界的主要区域和主要法律体系，因为它们来自非洲、欧洲、亚洲、美洲和加勒比地区。

32. **第三：**本专题值得根据适用的法律进行分析，同时铭记其具体性、实际性和可行性。专题不会造成任何特别困难，因为大多数工作将涉及现有国际法：1982 年《海洋法公约》编纂的现行法，该法界定了海盗和海上武装抢劫行为的法律制度和框架。除了现有的和仍在发展的国家实践之外，我们可以依靠其他普遍性法律文书，如《制止危及海上航行安全非法行为公约》和国际海事组织在 2005 年至 2012 年期间通过的关于海盗和海上武装抢劫行为的相关决议。有大量关于本专题的学术著作(见下文参考文献选编)和国家判例(美国、英国、法国、西班牙、坦桑尼亚、肯尼亚、塞舌尔、欧洲人权法院的欧洲判例、日本、韩国等)。将根据适用的国内法及其执行的相关国际法对这些国内司法裁决进行分析。将考虑联合国环境规划署(环境署)区域海洋方案界定的每个海洋区域和区域海的特定地理背景，对各区域针对世界不同海域发生的海盗和海上武装抢劫行为采取的办法进行分析。

33. **第四：**与海盗和海上武装抢劫行为有关的国际法完全属于委员会传统上处理的专题范围，因为委员会长期以来一直处理与海洋法有关的规则。正因如此，将本专题列入长期工作方案原则上不应造成任何问题，因为本专题是整个国际社会迫切关注的问题。

## 五. 方法

34. 《联合国海洋法公约》与海盗行为有关的规定将是这项研究的出发点。因此，如上所述，讨论这一专题的目的不是要改变这些规定。此外，对于本专题中不受此类条约直接管制的方面，将通过这方面的其他文书和国家实践进行分析，以便以可能有助于各国的方式，进一步编纂或逐渐发展国际法。所分析的国家实践，无论是立法还是国内法院裁决，将包括所有可能或真正关注保护海洋免受海盗和海上武装抢劫危害的国家的实践。这些国家包括沿海国、船旗国、港口国、内陆国、可能对海盗行为受害国民行使主动或被动管辖权的国家，还包括其他有关行为体和国际组织。



## 六. 成果形式

35. 本专题的目标可以是制订关于防止和打击海盗和海上武装抢劫行为的条款草案。随着专题的展开，是否适合就本专题制订新公约的问题可能会更加明朗，在这种情况下，条款草案仍将是委员会工作的适当形式。然而，如果发展本专题的最好方式显然是只为各国履行现有国际义务提供指导意见，则成果可改为“结论”或“准则”。

## 七. 参考文献选编

### 1 *Articles*

Andersen, Elizabeth, Benjamin Brockham-Hawe, and Patricia Goff. 2010. "Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law." A Workshop Report. Washington, D.C.: American Society of International Law & Academic Council on the United Nations System.

Anderson, Elliot A. 2010. "It's a Pirate's Life for Some: The Development of an Illegal Industry in Response to an Unjust Global Power Dynamic." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 17(2): 319–39.

Ariadno, Melda Kamil. 2009. "Maritime Security in South East Asia: Indonesian Perspective." *Indonesian Journal of International Law* 7(1): 88-99.

Azubuikwe, Lawrence. 2010. "International Law Regime against Piracy." *Annual Survey of International & Comparative Law* 15: 43–60.

Bahar, Michael. 2007. "Attaining Optimal Deterrence at Sea: A Legal and Strategic Theory for Naval Anti-Piracy Operations." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 40(1): 1–86.

Baird, Rachel. 2012. "Transnational Security Issues in the Asian Maritime Environment: Responding to Maritime Piracy." *Australian Journal of International Affairs* 66(5): 501–13.

Balmont, Louis, Sylvain Alunni and Fabien Grech. 2011. "Chronique des faits internationaux : 15 mars-15 juin 2011." *Revue générale de droit international public* 2011(3): 733-64.

Barrios, Erik. 2005. "Casting a Wider Net : Addressing the Maritime Piracy Problem in Southeast Asia." *Boston College International and Comparative Law Review* 28(1): 149–63.

Beckman, Robert C. 2002. "Combating Piracy and Armed Robbery Against Ships in Southeast Asia : The Way Forward." *Ocean Development & International Law* 33(3): 317–41.

Behr, Timo, Mika Aaltola, and Erik Brattberg. 2013. "Maritime Security in a Multipolar World: Towards an EU Strategy for the Maritime Commons." *Finnish Institute of International Affairs Briefing Paper* 103.

Bellamy, Chris. 2011. "Maritime Piracy. Return of the World's Second-Oldest Security Problem." *The RUSI Journal* 156(6): 78–83.

Bellayer-Roille, Alexandra. 2009. "Montée en puissance de la lutte contre la 'piraterie' maritime 'sus a l'hostis humani generis'." *Annuaire de droit maritime et océanique* 27: 309-31.

Bento, Lucas. 2011. "Toward an international law of piracy sui generis: how the dual nature of maritime piracy law enables piracy to flourish." *Berkeley Journal of International Law* 29(2): 399-455.

- Berg, James. 2010. “‘You’re Gonna Need a Bigger Boat’: Somali Piracy and the Erosion of Customary Piracy Suppression.” *New England Law Review* 44: 343–85.
- Berndtsson, J. & Østensen, Å.G., 2015. “The Scandinavian Approach to Private Maritime Security—A Regulatory Façade?” *Ocean Development & International Law* 46(2): 138–152.
- Le Bihan, Martine. 2003. “Sûreté maritime et terrorisme.” *Revue de Droit Commercial, Maritime, Aérien et des Transports* 80(3): 86-93.
- Bodini, Stefano Piedimonte. 2011. “Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights.” *European Journal of International Law* 22(3): 829–48.
- Boisson, Philippe. 2003. “La sûreté des navires et la prévention des actes de terrorisme dans le domaine maritime.” *Droit maritime français* 640: 723-36.
- Bonassies, Pierre. 2011. “Du régime de l'arrestation de pirates par un navire français dans les eaux territoriales somaliennes.” *Droit maritime français* 726: 569-72.
- Booth, Forrest and Larry Altenbrun. 2002. “Maritime and Port Security, Piracy, and Stowaways: Renewed Concerns Over Old Problems.” *University of San Francisco Maritime Law Journal* 15(1): 1-47.
- Briand, Luc. 2011. “Lutte contre la piraterie maritime : la France renforce son arsenal législatif.” *Gazette du Palais* 2011(20): 8-12.
- Bugnon, Caroline. 2010. “L'action contre les actes de piraterie maritime : A propos de l'affaire du voilier Ponant.” *Annuaire de droit maritime et océanique* 28: 133-62.
- Bulkeley, Jennifer C. 2003. “Regional Cooperation on Maritime Piracy: A Prelude to Greater Multilateralism in Asia?” *Journal of Public and International Affairs* 14: Article 2.
- Bürgin, Annina and Schneider, Patricia. 2015. “Regulation of Private Maritime Security Companies in Germany and Spain: A Comparative Study.” *Ocean Development & International Law*, 46(2): 123–137.
- Charles, Jean-Baptiste and Erwann Couty. 2011. “Loi relative à la piraterie maritime : le législateur rétablit l'arsenal pénal maritime.” *Revue de droit des transports* 2011(6): 7-10.
- Charpenel, Yves. 2011. “Analyse prospective des dernières jurisprudences relatives à la sécurité des mers.” *Droit maritime français* 726: 504-09.
- Cormier-Salem, Marie-Christine and Tarik Dahou, eds. 2010. *Gouverner la mer: états, pirates, sociétés*. *Politique Africaine* 116: 1-208.
- Coulée, Frédérique and Hélène Picot (conjointrice). 2010. “Pratique française du droit international : Piraterie.” *Annuaire français de droit international* 56: 917-23.
- Coulée, Frédérique and Hélène Picot (conjointrice). 2009. “Pratique française du droit international : Piraterie.” *Annuaire français de droit international* 55: 921-26.
- Davey, Michael. 2010. “A Pirate Looks at the Twenty-First Century: The Legal Status of Somali Pirates in an Age of Sovereign Seas and Human Rights.” *Notre Dame Law Review* 85(3): 1197-1230.
- Davidson, Scott. 2000. “Dangerous Waters: Combating Maritime Piracy in Asia.” *Asian Yearbook of International Law* 9: 3–30.
- Deans, Alistair. 2011. “Suing Organized Piracy: An Application of Maritime Torts to Pirate Attacks, and Subsequent Civil Actions Against the Supporters of Organized Piracy.” *Roger Williams University Law Review* 16(3): 655-86.
- Diaz, Leticia M and Barry Hart Dubner. 2010. “Foreign Fishing Piracy vs. Somalia Piracy – Does Wrong Equal Wrong?” *Barry Law Review* 14: 73-96.
- Diaz, Leticia M and Barry Hart Dubner. 2009. “On the Evolution of the Law of International Sea Piracy: How property trumped human rights, the Environment and

the Sovereign Rights of States in the Areas of Creation and Enforcement of Jurisdiction” *Barry Law Review* 13: 175-207.

Doepe, Piper. 2014. “Redefining Maritime Piracy: A Call for Legislative Action to Equate Piracy to International Terrorism in a Previously Uncertain Regulatory Environment” *Appalachian Journal of Law* 14(1): 97-113.

Douse, Christopher N. 2010. “Combating Risk on the High Sea: An Analysis of the Effects of Modern Piratical Acts on the Marine Insurance Industry.” *Tulane Maritime Law Journal* 35: 267-92.

Drapier, Sandrine. 2012. “La capture de pirates en mer : de droit ou de force.” *Annuaire de droit maritime et océanique* 30: 100-14.

Dua, Jatin, and Ken Menkhaus. 2012. “The Context of Contemporary Piracy: The Case of Somalia.” *Journal of International Criminal Justice* 10(4): 749-66.

Dubner, Barry Hart. 2011. “On the Definition of the Crime of Sea Piracy Revisited: Customary vs. Treaty Law and the Jurisdictional Implications Thereof.” *Journal of Maritime Law & Commerce* 42(1): 71-100.

Dumouchel, Anne Claire and Sébastien Touze. 2010. “Contenu et dernières avancées du projet de loi français de lutte contre la piraterie.” *Droit maritime français* 720: 961-70.

Dupuy, René Jean. 1986. “La piraterie maritime et le droit.” in *Publications de l’Académie du Royaume du Maroc, Collection Sessions : La piraterie au regard du droit des gens*, Session 9, Rabat, p. 18

Dutton, Yvonne M. 2012. “Maritime piracy and the impunity gap: insufficient national laws or a lack of political will.” *Tulane Law Review* 86(5): 1111-1162.

Dutton, Yvonne M. 2012. “Virtual witness confrontation in criminal cases: a proposal to use videoconferencing technology in maritime piracy trials.” *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 45(5): 1283-1340.

Dutton, Yvonne M. 2011. “Pirates and Impunity: Is The Threat of Asylum Claims a Reason to Allow Pirates to Escape Justice?” *Fordham International Law Journal* 34: 236-95.

Dutton, Yvonne M. 2010. “Bringing Pirates to Justice: A Case for Including Piracy within the Jurisdiction of the International Criminal Court.” *Chicago Journal of International Law* 11: 197-241.

Fanning, L, H Williamson and S Douglas. 2012. “Dalhousie Marine Piracy Project: Legal, Institutional and Governance Arrangements for Apprehending and Prosecuting Marine Pirates” *Marine Affairs Program Technical Report #2*.

Fernández, Jesús Ramón Bacas, Federico Bordas Martínez, Javier Gil Pérez, Raquel Regueiro Dubra, Isidro Sepúlveda Muñoz, and Enrique Vega Fernández. 2009. “Crisis Somalí, Piratería E Intervención Internacional.” Madrid.

Fink, M.D. D, and R.J. J Galvin. 2009. “Combating Pirates off the Coast of Somalia: Current Legal Challenges.” *Netherlands International Law Review* 56(3): 367-95.

Fokas, Terence. 1997. “The Barbary Coast Revisited: The Resurgence of International Maritime Piracy” *University of San Francisco Maritime Law Journal* 9(2): 427-60.

Gabel, Georg D. Jr. 2007. “Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Piracy.” *Tulane Law Review* 81: 1433-66.

Gagain, Michael. 2010. “Neglected Waters: Territorial Maritime Piracy and Developing States: Somalia, Nigeria, and Indonesia” *New England Journal of International and Comparative Law* 16: 169-96.

Gardner, Maggie. 2012. “Piracy Prosecutions in National Courts.” *Journal of International Criminal Justice* 10(4): 797-821.

- Gathii, James Thuo. 2010. "Kenya's Piracy Prosecution." *American Journal of International Law* 104(3): 416-436.
- Gauci, Gotthard. 2010. "Piracy and Its Legal Problems: With Specific Reference to the English Law of Marine Insurance." *Journal of Maritime Law and Commerce* 41(4): 541-60.
- Gaurier, Dominique. 2000. "Le crime contre l'humanité est-il une notion nouvelle ? Le pirate, ennemi du genre humain." *Annuaire de droit maritime et océanique* 18: 173-192.
- Giacopelli, M. 2011. "Loi No. 2011-13 du 5 Janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer" *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2011(3): 784-85.
- Girerd, Patrick. 2005. "De l'utilité du concept de 'piraterie' ?" *Annuaire de droit maritime et océanique* 23-153-77.
- Gottlieb, Yaron. 2015. "Responding to Maritime Policy: The Regional Approach." *University of San Francisco Maritime Law Journal* 28(1): 1-34.
- Gottlieb, Yaron. 2015. "The Security Council's Maritime Piracy Resolutions: A Critical Assessment." *Minnesota Journal of International Law* 24(1): 1-72.
- Grard, Loïc. 2010. "Un an et presque demi de droit européen des transports." *Revue trimestrielle de droit européen* 2010(1): 195-221.
- Grard, Loïc. 2009. "Initiative européenne de lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes." *Revue de droit des transports* 2009(2): 26.
- Grard, Loïc. 2009. "Piraterie : la force navale européenne et les eaux territoriales somaliennes." *Revue de droit des transports* 2009(3): 32.
- Guilfoyle, Douglas. 2010. "Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights." *International and Comparative Law Quarterly* 59(01): 141-69.
- Guilfoyle, Douglas. 2010. "The Laws of War and the Fight against Somali Piracy: Combatants or Criminals." *Melbourne Journal of International Law* 11(1): 141-53.
- Guilfoyle, Douglas. 2009. "Treaty Jurisdiction over Pirates: A Compilation of Legal Texts with Introductory Notes." 3rd Meeting of Working Group 2 on Legal Issues, The Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia. Copenhagen.
- Guilfoyle, Douglas. 2008. "Piracy off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts." *International and Comparative Law Quarterly* 57(3): 690-99.
- Hahn, Lauren. 2012. "Juvenile Justice and Piracy: Prosecutions of Juvenile Pirates in the United States." *George Mason Law Review* 20(1): 241-73.
- Halberstam, Malvina. 1988. "Terrorism on the High Seas: The Achilla Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety." *American Journal of International Law* 82(2): 269-310.
- Le Hardy De Beaulieu, Louis. 2011. "La piraterie maritime à l'aube du XXIème siècle." *Revue générale de droit international public* 115(3): 653-74.
- Hayashi, Moritaka. 2010. "Japan Anti-Piracy Law." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 25: 143-149
- Helfman, Tara. 2012. "Marauders in the Courts: Why the Federal Courts Have Got the Problem of Maritime Piracy (partly) Wrong." *Syracuse Law Review* 62(1): 53-74.
- Isanga, Joseph M. 2010. "Countering Persistent Contemporary Sea Piracy: Expanding Jurisdictional Regimes." *American University Law Review* 59: 1267-1449.
- Janssens, Paul-Alexandre. 2011. "La loi française de lutte contre la piraterie maritime à l'épreuve des mesures pionnières adoptées par la Belgique." *Droit maritime français* 756: 544-51.

- Jesus, H.E. José Luis E José Luis. 2003. "Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 18(3): 363–400.
- Karim, Md Saiful. 2014. "The rise and fall of the international law of maritime terrorism: the ghost of piracy is still hunting!" *New Zealand Universities Law Review* 26(1): 82-103.
- Karim, Md Saiful. 2011. "Is There an International Obligation To Prosecute Pirates?" *Netherlands International Law Review* 58(3): 387–407.
- Kelley, Ryan P. 2011. "UNCLOS, but not cigar: overcoming obstacles to the prosecution of maritime piracy." *Minnesota Law Review* 95(6): 2285-2317.
- Kerguelen-Neyrolles, Bernadette. 2010. "Transports maritimes : projet de loi relatif à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer." *Lamy Transport Tome 2*, 157: 1-2.
- Keyuan, Zou. 2011. "Maritime Enforcement of United Nations Security Council Resolutions: Use of Force and Coercive Measures." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 26(2): 235–61.
- King, Michael G. 2010. "Modern Piracy and Regional Security Cooperation in the Maritime Domain: the Middle East and Southeast Asia." Thesis, Naval Postgraduate School, Monterey CA.
- Kirchner, Stefan. 2014. "Protecting Sea Lanes and Maritime Installations in the Western Indian Ocean Against Terrorism and Piracy: Beyond Atlanta." *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 22(1): 31-47.
- Kontorovich, Eugene. 2010. "'A Guantánamo on the Sea': The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists." *California Law Review* 98: 243–76.
- Kontorovich, Eugene. 2003. "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation." *Harvard International Law Journal* 45(1): 183–237.
- Kontorovich, Eugene, and Steven Art. 2010. "An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy." *The American Journal of International Law* 104(3): 436-453.
- Kozubovskaya-Pellé, Anastasiya. 2009. "3 ème colloque international sur la sûreté maritime et portuaire." *Droit maritime français* 709: 999-1004.
- Kraska, James, and Brian Wilson. 2009. "The Pirates of the Gulf of Aden: The Coalition Is the Strategy." *Stanford Journal of International Law* 45(2): 243–86.
- Kraska, James, and Brian Wilson. 2009. "Piracy Repression, Partnering and the Law." *Journal of Maritime Law and Commerce* 40(1): 43–579.
- Leclercq, Jean-François. 2010. "La notion de piraterie en droit maritime belge : Transport et assurance." *Droit maritime français* 720: 951-60.
- Lefebvre-Chalain, Hélène and Cédric Leboeuf. 2010. "La Piraterie Maritime : Compte-rendu des Journées Méditerranéennes Organisées les 10 et 11 décembre 2009" *Neptunus* 16: en ligne <<https://cdmo.univ-nantes.fr/>> [<https://web.archive.org/web/20190617200532/https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/357242440.pdf>]
- Lelarge, Aurélie. 2010. "La Somalie entre anarchie et piraterie." *Journal du droit international* 2010(2): 449-74.
- Liss, Carolin. 2008. "Privatising the Fight against Somali Pirates." Asia Research Centre Working Paper No. 152, Murdoch University.
- Mahinga, Jean-Grégoire. 2008. "L'affaire du Ponant." *Revue de droit des transports* 2008(7): 10-11.
- Mair, Stefan, ed. 2010. *Piraterie Und Maritime Sicherheit. Fallstudien Zu Afrika, Südostasien Und Lateinamerika Sowie Beiträge Zu Politischen, Militärischen,*



*Rechtlichen Und Ökonomischen Aspekten*. SWP-Studie, S 18. Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik.

Marguet, Bernard. 1999. "Piraterie maritime." *Droit maritime français* 590: 99-105.

Martin-Castex, Brice and Guillaume Loonis-Quélen. 2008. "L'Organisation maritime internationale et la piraterie ou le vol à main armée en mer : le cas de la Somalie." *Annuaire français de droit international* 54: 77-117.

Mathonnet, Daniel. 2011. "De quelques remèdes à la piraterie maritime." *Droit maritime français* 726: 534-43.

Mccarthy, Collin. 2015. "Davey Jones's Lockup: Changing the U.S. Approach to Prosecution and Punishment of Maritime Piracy in Universal Jurisdiction Cases." *Golden Gate University Law Review* 45(2): 123-48.

McKinnon, Alexander. 2012. "Maritime Piracy: A Hong Kong Perspective." *Hong Kong Law Journal* 41(3): 635-57.

Menefee, Samuel Pyeatt. 1990. "The New 'Jamaica Discipline': Problems with Piracy, Maritime Terrorism and the 1982 Convention on the Law of the Sea." *Connecticut Journal of International Law* 6(1): 127-50.

Menefee, Samuel Pyeatt. 1999. "Foreign Naval Intervention in Cases of Piracy: Problems and Strategies." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 14(3): 353-70.

Mineau, Michael L. 2010. "Pirates, Blackwater and Maritime Security: The Rise of Private Navies in Response to Modern Piracy." *Journal of International Business and Law* 9(1): 63-78.

Miribel, Stéphane. 2011. "La piraterie : aspects économique, géopolitique et juridique." *Droit maritime français* 726: 588-89.

Miribel, Stéphane. 2010. "Rough seas ahead ?" *Droit maritime français* 717: 713-16.

Nanda, Ved P. 2011. "Maritime piracy: how can international law and policy address this growing global menace?" *Denver Journal of International Law and Policy* 39(2): 177-207.

Nicolas, Pierre-Yves. 2015. "Piraterie et assurance maritime : l'affaire du brillante Virtuoso." *Droit maritime français* 773: 769-79.

O'Brien, Melanie. 2014. "Where Security Meets Justice: Prosecuting Maritime Piracy in the International Criminal Court." *Asian Journal of International Law* 4(1): 81-102.

Odeke, Ademun. 2011. "Somali Piracy – Effects on Oceanborne Commerce and Regional Security and Challenges to International Law and World Order." *Australian and New Zealand Maritime Law Journal* 25(1): 134-160.

Okano, Masataka. 2010. "Is International Law Effective in the Fight against Piracy: Lessons from Somalia." *Japanese Yearbook of International Law* 53: 178-201.

Papastavridis, Efthymios. 2010. "Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 25(4): 569-99.

Passman, M.H. Michael H. Michael H. 2009. "Interpreting Sea Piracy Clauses in Marine Insurance Contracts." *Journal of Maritime Law and Commerce* 40(1): 59-88.

Pathak, Monica. 2005. "Maritime Violence: Piracy at Sea & (and) Marine Terrorism Today." *Windsor Review of Legal and Social Issues* 20: 65-79.

Phillips, Roger L. 2013. "Pirate Accessory Liability: Developing a Modern Legal Regime Governing Incitement and Intentional Facilitation of Maritime Piracy" *Florida Journal of International Law* 25(2): 271-310.

Pines, Daniel. 2012. "Maritime piracy: challenges in U.S. law needed to combat this critical national security concern." *Seattle University Law Review* 36(1): 69-127.

- Poissonnier, Ghislain. 2010. "Quels droits pour Rackham le Rouge ?" *Recueil Dalloz* 2010(10): 631-35.
- Poissonnier, Ghislain. 2008. "Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français." *Recueil Dalloz* 2008(30): 2097-2100.
- Polere, Pascal. 2005. "La piraterie maritime aujourd'hui." *Droit maritime français* 659: 387-404.
- Portolano, Diane. 2011. "Loi relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État." *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011(2): 437-39.
- Proutière-Maulion, Gwenaële. 2015. "Internationalisation et privatisation de la lutte contre la piraterie maritime : approche comparative de la Corne de l'Afrique et du Golfe de Guinée." *Droit maritime français* 771: 653-66.
- Rajot, Bénédicte. 2011. "L'impact de la piraterie maritime sur les polices d'assurance." *Responsabilité civile et assurances* 2011(2): 2-3.
- Recio, Manuel. 2011. "La France à l'abordage de la piraterie : la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer ou le renforcement de l'arsenal répressif." *Droit pénal* 23(4): 7-12.
- Renaut, Marie-Hélène. 2002. "L'histoire du droit pénal de la marine marchande XVII<sup>ème</sup>-XXI<sup>ème</sup> siècle." *Annuaire de droit maritime et océanique* 20: 53-104.
- Roach, J. Ashley. 2010. "Agora: Piracy Prosecutions. Countering Piracy off Somalia: International Law and International and International Institutions." *The American Journal of International Law* 104(3): 397-416.
- Rubin, Alfred P. 1987. "The Law of Piracy." *Denver Journal of International Law and Policy* 15(2-3): 173-233.
- Sam Lefebvre, Awa. 2008. "La communauté internationale à l'assaut de la piraterie." *Neptunus* 14(2): 1-6.
- Satkauskas, Rytis. 2011. "Piracy at Sea and the Limits of International Law." *Aegean Review of the Law of the Sea and Maritime Law* 1(2): 217-235.
- Scavelli, Michael G. 2011. "Uncharted Waters. The Private Sectors Fight against Piracy on the High Seas." *Brooklyn Law Review* 76(1): 343-83.
- Scharf, Michael P. and Matthew E. Carlton, eds. 2013. *End Game! An International Conference on Combating Maritime Piracy*. *Case Western Reserve Journal of International Law* 46(1-2): 1-462.
- Schumacher, Jamie. 2013. "From Blackbeard to Jack Sparrow - who are today's pirates and why do we care? The effect the legal definition of piracy has on the international shipping industry and maritime insurance coverage." *Journal of Law and Commerce* 32(1): 135-53.
- Silva, Mario. 2010. "Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law." *Virginia Journal of International Law* 50(1): 553-78.
- Sterio, Milena. 2009. "The Somali Piracy Problem: a Global Puzzle Necessitating a Global Solution." *American University Law Review* 59(5): 1449-1498.
- Stillwell, Nicole. 2009. "Robbers or Robinhoods?: A Study of the Somali Piracy Crisis and a Call to Develop an International Framework to Combat Maritime Terrorism." *Loyola Maritime Law Journal* 7B: 127-46.
- Talleg, Jean-François and Philippe Dezeraud. 2011. "L'évolution du cadre juridique de l'action de l'État en mer : une meilleure sécurité des espaces maritimes par le renforcement de la place de l'autorité judiciaire." *Droit maritime français* 726: 497-503.
- Tassel, Yves. 2005. "Terrorisme, piraterie et guerre sous le rapport de l'assurance maritime." *Annuaire de droit maritime et océanique* 23: 77-94.

- Treves, Tullio. 2009. "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia." *European Journal of International Law* 20(2): 399–414.
- Tuerk, Helmut. 2009. "The Resurgence of Piracy: A Phenomenon of Modern Times." *University of Miami International & Comparative Law Review* 17(1): 1–42.
- Van Ginkel, B. and M. Gardner, eds. 2012. Symposium: *Testing the Waters: Assessing International Responses to Somali Piracy*. *Journal of International Criminal Justice* 10(4): 723-880.
- Van Hespén, Ilja. 2014. "Protecting merchant ships from maritime piracy by privately contracted armed security personnel: a comparative analysis of flag state legislation and port and coastal state requirements." *Journal of Maritime Law and Commerce* 45(3): 361-400.
- Weckel, Philippe. 2010. "Journées méditerranéennes sur la piraterie maritime" *Droit maritime français* 710: 69-74.
- White, G Edward. 1989. "The Marshall Court and International Law: The Piracy Cases." *American Journal of International Law* 83(4): 727-735.
- S Whitman and C Saurez. 2012. "Dalhousie Marine Piracy Project: The Root Causes and True Costs of Marine Piracy." *Marine Affairs Program Technical Report #1*.
- Williamson, Hugh R. 2013. "New Thinking in the Fight against Marine Piracy: Financing and Plunder Pre-Emptying Piracy before Prevention Becomes Necessary." *Case Western Reserve Journal of International Law* 46:335-54.
- Zou, Keyuan. 2009. "New Developments in the International Law of Piracy." *Chinese Journal of International Law* 8(2): 323–45.

## 2 *Monography*

- Académie du Royaume du Maroc. 1986. *La Piraterie au regard du droit des gens : Piracy and the law of nations : La pirateria en el derecho de gentes*. Rabat: Publications de l'Académie du Royaume du Maroc.
- Beckman, Robert C and J. Ashley Roach, eds. 2012. *Piracy and International Maritime Crimes in ASEAN: Prospects for Cooperation*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Brannon, Stephen and Taufiq Rahim, eds. 2011. *Conference on Global Challenge, Regional Responses: Forging a Common Approach to Maritime Piracy*. Dubai: Dubai School of Government.
- Chapleau, Philippe and Jean-Paul Pancraccio. 2014. *La piraterie maritime : Droit, pratiques et enjeux*. Paris: Vuibert.
- Chevallier-Govers, Constance & Catherine Schneider, eds. 2015. *L'Europe et la lutte contre la piraterie maritime*. Paris: Éditions Pedone.
- Dubner, Barry Hart. 1980. *The Law of International Sea Piracy*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Grangé, Ninon et al, eds. 2013. *Carl Schmitt: normes, droit et conflit dans les relations internationales*. Rennes: Presses universitaires de Rennes.
- Guilfoyle, Douglas, ed. 2013. *Modern Piracy: Legal Challenges and Responses*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Guilfoyle, Douglas. 2009. *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Le Hardy de Beaulieu, Louis et al, eds. 2007. *Criminalité et trafics maritimes: des enjeux politiques aux conséquences juridiques*. Namur: Presses universitaires de Namur.

- Hallwood, C. Paul, and Thomas J. Miceli. 2015. *Maritime Piracy and Its Control: An Economic Analysis*. New York: Palgrave Macmillan.
- Heller-Roazen, Daniel. 2009. *The Enemy of All: Piracy and the Law of Nations*. New York: Zone Books.
- Houry, Christophe. 2014. *La piraterie maritime au regard du droit international: Incertitudes et évolutions contemporaines*. Paris: Éditions l'Harmattan.
- Koutrakos, Panos and Achilleas Skordas, eds. 2014. *The law and practice of piracy at sea: European and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing.
- Kraska, James. 2011. *Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea*. Santa Barbara, CA: Praeger Publishers.
- Latrive, Florent. 2004. *Du bon usage de la piraterie: culture libre, sciences ouvertes*. Paris: Exils.
- Lehr, Peter, ed. 2007. *Violence at Sea: Piracy in the Age of Global Terrorism*. New York: Routledge.
- Mejia, Maximo Q, Chie Kojima and Mark Sawyer, eds. 2013. *Piracy at Sea*. New York: Springer.
- Neri, Kiara. 2013. *L'emploi de la force en mer*. Bruxelles: Éditions Bruylant.
- Papastavridis, Efthymios. 2013. *The interception of vessels on the high seas: contemporary challenges to the legal order of the oceans*. London: Hart Publishing.
- Petrig, Anna. 2014. *Human Rights and Law Enforcement at Sea Arrest, Detention and Transfer of Piracy Suspects*. Leiden: Brill.
- Petrig, Anna, ed. 2010. *Sea Piracy Law: Selected National Legal Frameworks and Regional Legislative Approaches / Droit de la piraterie maritime: Cadres juridiques nationaux et approches législatives régionales*. Berlin: Duncker & Humboldt.
- Petrig, Anna, and Robin Geiß. 2011. *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*. Oxford: Oxford University Press.
- Scharf, Michael P, Michael A. Newton and Milena Sterio, eds. 2015. *Prosecuting Maritime Piracy: Domestic Solutions to International Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Struett, Michael J, Jon D Carlson and Mark T Nance, eds. 2012. *Maritime Piracy and the Construction of Global Governance*. New York: Routledge.
- Rothwell, Donald, et al, eds. 2016. *The Oxford handbook of the law of the sea*. Oxford: Oxford University Press.
- van Ginkel, Bibi and Frans-Paul van der Putten, eds. 2010. *The International Response to Somali Piracy: Challenges and Opportunities*. Leiden: Brill.
- Young, Adam J. 2007. *Contemporary Maritime Piracy in Southeast Asia: History, Causes and Remedies*. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies.

### 3 National Legislations on Piracy and Armed Robbery at Sea

#### *Africa*

Côte d'Ivoire: *loi No.2017-442 du 30 juin 2017 portant Code Maritime ; Articles 1008-1010 ; Article 1018*

Kenya: *Act 4 of 2009 – Merchant Shipping, Part XVI – Maritime Security, articles 369-372*

Liberia: *Title 26 of the Liberian Code of Laws Revised and Approved July 22, 2008, Vol.IV, page 816, Article 15.31. Piracy*

Morocco: *Code disciplinaire et penal de la marine marchande, Annexe2 du Code maritime de 1919, Article 23(3) crime de piraterie*

South Africa: *Act No.42, 2002, Defence Act 2002, Chapter 4: Law Enforcement Powers of Defence Force at Sea*

Tanzania: *Penal Code, Chapter 16 of the Laws (Revised)*

Togo: *Ordonnance No.129 du 12 Aout 1971, Code de la Marine Marchande, révisée en 2018 ?*

Union des Comores: *Projet de code maritime, Article 81 (sur la piraterie maritime)*

## **Americas**

### **North America**

Canada: *Criminal Code (2009); C-46, Part II, Sections 74-75*

United States of America: *18 U.S.C. §2280; 18 U.S.C.§ Piracy under law of nations; 18 U.S.C.§ 1652 Citizens as pirates*

### **Latin America and the Caribbean**

Argentina: *Penal Code, Chapter III (piracy), Articles 198 and 199*

Argentina: *Penal Code, Section VII, « Crimes against Public Safety », Chapter III- Piracy, Articles 198 and 199*

Bahamas: *Penal Code, Chapter 84, Article 404 (piracy)*

Brazil: *Criminal Code, as Decree Law No 2828 from 7 December 1940, Chapter II, Article 157: Robbery and Extorsion*

Chile: *Codigo Penal : Titulo I del Decreto No.5839 de 30 de septiembre de 1948, Art.6 (7): la pirateria*

Cuba: *la Ley No. 93 de 20 de Diciembre de 2001, « Ley contra actos de terrorismo », Capitulo IV: Actos contra la Seguridad de la Navegacion Maritima, Articulo 16.1 ; Capitulo VI : Otros Actos que Atentan contra la Seguridad Aerea y Maritima, Articulo 21*

Guatemala: *Decreto Numero 56-96*

Mexico: *Federal Penal Code, Chapter I: Piracy, Article 146 (I, II, III)*

## **Asia**

Indonesia: *Penal Code, Chapter XXIX, Article 438-448*

Iran: *Islamic Punishment Act, Article 683, Article 185*

Japan: *Law on Punishment of and Measures against Acts of Piracy*

Philippines: *Act No.9372, "Human Security Act of 2007", Section 3: Terrorism, (a) Article 122 (piracy in general and Munity in the High Seas or in the Philippine Waters); (5) Presidential Decree No.532 (Anti-Piracy and Anti-Highway Robbery Law of 1974*

Republic of Korea: *Laws and Ordinances on Punishment of Act of Piracy and Armed Robbery at Sea, Article 340*

Singapore: *Penal Code, Cf.12 and 13 Victoria c.96 (Admiralty Offences (Colonial Act 1849), Article 130B (piracy); Article 130C (piratical acts)*



Sri Lanka: *Act No.9 of 2001 (Piracy) and Act No.42 of 2000 (Suppression of Unlawful Acts Against The Safety of Maritime Navigation)*

Thailand: *Act on Prevention and Suppression of Piracy, B.E.2534 (1991), Anti-Piracy Law*

Turkey: *Turkey Penal Code, Articles 8, 12, 13, 35, 36, 37, 223, 224*

United Arab Emirates: *Commercial Maritime Law No.26 of 1981, Articles 208, 209, 210*

### ***Europe and others***

Australia: *Crimes Act 1914, Sections 51, 52, 54, Part IV – Piracy and Criminal Code Act 1899*

Austria: *Criminal Code, Section 65*

Belgium: *Loi relative a la lutte contre la piraterie maritime et modifiant le Code judiciaire (1), 30 décembre 2009*

Bulgaria: *Penal Code, Article 6, para.2*

Czech Republic: *Law No.40/2009 Coll., Criminal Code, January 1, 2010, Section 290 (Gaining Control over the Aircraft, Civil Vessel and Fixed Platform)*

Cyprus: *Criminal Code, Part I: Offences related to Piracy, Section 69, and Part II: Other Cyprus legislative provisions on certain acts of piracy/armed robbery*

Denmark: *Criminal Code, Section 183a (piracy) and b (Armed robbery at Sea)*

Estonia: *Penal Code, Section 110 (piracy)*

Finland: *Criminal Code, Chapter 1, Section 2*

France: *Decret No.2011-1213 du 29 septembre 2011 pour l'application de l'article 4 de la loi No.94-589 du 15 juillet 1994 relative a la lutte contre la piraterie et aux modalites de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer*

Greece: *Greek Code on Public Maritime Law, Article 215 (crime of piracy), Article 8 of the Penal Code (piracy as a crime jure gentium)*

Italy: *Decree of December 30, 2008, no209 converted by Law 24<sup>th</sup> February 2009, n.12, Article 5 of Italian Navigation Code, Article 1135 (Piracy); Article 1136 (Ship on suspicion of Piracy) Israel: Anti-Piracy Legislation: Penal Law, 1977, Section 169*

Latvia: *Criminal Law of 17<sup>th</sup> June, 1998, Article 176 (Robbery), Article 268 (Seizure of an Air or Water Transport vehicle)*

Malta: *Criminal Code: CAP.9, Sub-title IV B of Piracy, Article 328N (Definition of piracy, Added by XI.2009.7)*

New Zealand: *The Crimes Act 1961, s92-97*

Norway: *General Civil Penal Code, Section 49*

Poland: *Polish Penal Code, Chapter XVI, Chapter XX and Chapter XXXII*

Russia: *Federal Act No.162-FZ of December 2003, Article 227. Piracy*

Spain: *La legislacion Espagnola en material de Pirateria, 2009, la Ley Organica 6/1985, Artículo 23 apartado 4 (c) : Pirateria y apoderamiento illicito de aeronaves*

Ukraine: *Criminal Code of 2001, Article 446*

United Kingdom: *Merchant Shipping and Maritime Security Act of 1997, Article 26; and Piracy Act 1837 c.88*

## **4 National Court Decisions**

**AFRICA****Tanzania**

*Ibrahim Sangoro v. Republic*, Court of Appeal of Tanzania, Case No.298 of 1992;[1984] TZHC 13; (12 May 1984); 1984 TLR 314 (TZHC)

*Magendo Paul and Others v. Republic*, [1992] TLR 220; [1993] TZCA 23; (25 October 1993); 1993 TLR 220 (TZCA)

*Manju Salum Msambya v. Attorney General and kifu Gulamu Hussein kifu*

*Makoye Samwal Kashinge and 4 Others v. Republic*

*Michael Haishi v. Republic*, [1992] TLR 92; [1992] TZCA 15; (13 May 1992); 1992 TLR 92 (TZCA)

*Mohamed Said Matula v. Republic*, [1995] TLR3; [1994] TZCA 8; (11 April 1994); 1995 TLR 3 (TZCA)

*Raymond Francis v. Republic*, [1994] TLR 100; [1994] TZCA 2; (14 February 1994); 1994 TLR 100 (TZCA)

*Republic v. Mohamed Bin Akui*

*Republic v. Mohamed Nuru Adam and Others*;

**Seychelles**

*Hassan Thaliil Ahmed and Others v. Republic*, Supreme Court Decision CR73/2013, Criminal Appeal SCA06-13/2015;(SCA 06-13/2015) [2016] SCCA 32

*Mohamed Abdi barre and Others v. Republic*, Criminal Appeal SCA 07/2013, Appeal from Supreme Court Decision, 28/2012;SCA No. 7 /2013) [2015] SCCA 2

*Mohamed Hassan Ali and Others v. Republic*, Seychelles Court of Appeal, Appeal from Supreme Court Decision CR08/2012, 12 December 2014; (CO 06/2014) [2016] SCSC 129

*Mohamed Shire v. The Republic*, [2015] SCCA 25 (Seychelles Court of Appeal);(SCA CR 31-37/2014) [2015] SCCA 25

*R v. Ise*, (2011) SLR 220;(75 of 2010) [2011] SCSC 37

*R v. Osman*, (2011) SLR 345;CO 19/2011) [2011] SCSC 74

*Republic v. Aden*, (2011) SLR 41;(CO 75/2010) [2011] SCSC 100

*Republic v. Ali*, (2010) SLR 341, Supreme Court of Seychelles; SCA 22/2012) [2014] SCCA 34

*Republic v. Farad Ahmed and Others*, Supreme Court of Seychelles, Criminal Side No. 16 of 2012; (Criminal Side No: 16 of 2012) [2013] SCSC 17

*Republic v. Mohamed Ahmed Dahir & TEN (10) Others*, Supreme Court of Seychelles, Criminal Side No. 51 of 2009; (51 of 2009) [2010] SCSC 81

*Republic v. Mohammed Ali Hossein and Others*, [2016] SCSC 129, 20 January 2016, Supreme Court of Seychelles; (CO 06/2014) [2016] SCSC 129

*The Sunshine incident*; No citation available

*The Al Molai incident*; No citation available

**Kenya**

*Abdiaziz Ali Abdulahi & 23 others v Republic*, [2014] EKLR

*Abdikadir Isey Ali & 8 others v Republic*, [2015] EKL  
*Abdirahman Mohamed Roble & 10 others v Republic*, [2013] EKL  
*Attorney General V Mohamud Mohammed Hashi & 8 Others*, [2012] EKL  
*Hassan M. Ahmed v. Republic*, [2009] EKL  
*Omar Shariff Abdalla v. Corporate Insurance Co Ltd*, [2005] EKL  
*Republic v. Chief Magistrate Court, Mombasa Ex-parte Mohamud Mohamed Hashi & 8 Others*, [2010] EKL

#### **ASIA**

*Enrica Lexie case 2012* (India/Italy)  
*Lia incident 2009* (China)  
*MV Guanabara case 2011* (Japan)  
*M/V Guanabara Case*, Tokyo High Court, 18 December 2013 (Japan)  
*MV Jag Arnav case 2008* (India)  
*MV Stolt Valor* (India)  
*MV Zhenhua 2009* (China)

#### **EUROPE & OTHERS**

*Alakrana case 2009* (Spain)  
*Athens Maritime Enterprises Corp v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Limited or the Andreas Lemos*, [1983] 1 All ER 590 (UK); [1982] 2 Lloyd's Rep. 483  
*Carré d'As Case* (France)  
*The case In Re Piracy Jure Gentium*, [1934] AC 586 (UK)  
*Castle John case* (Belgium)  
*The Cygnus case (Somali Pirates)*, Rotterdam District Court, 17 June 2010, 145 International Law Report 491, 499 (Netherlands); 145 I.L.R. 491, 491–92 (Rb. Rotterdam 2010)  
*Feddah case 2012* (Netherlands);22-004920-12 (ECLI:NL:GHDHA:2014:1006)  
*Fidelio case*, Court of Cassation decision of 1 February 1993 (Italy)  
*MV Faina case 2009* (Russia)  
*MV Taipan case 2012* (Germany)  
*New South Wales v. Commonwealth*, (1975) 135 CLR 337 (Australia)  
*Petral case 2010* (Belgium)  
*Pompei case 2009* (Belgium)  
*Ponant Case* (France)  
*Re Castioni*, [1891] 1QB 149 (UK)  
*Republic of Bolivia v. Indemnity Mutual Marine Assurance Company Limited*, [1909] 1 KB 785 (UK)  
*Samanyulo case 2009* (Netherlands)  
*Tanit Case* (France)

*Winner Case 2008 (France)*

## **AMERICAS**

### ***United States of America***

*The Belfast*, Supreme Court of the United States, December 1, 1868, 74 U.S. 624.

*Ex parte Gordon*, Supreme Court of the United States, December 1, 1861, 66 U.S. 503.

*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, Supreme Court of the United States, April 17, 2013, 569 U.S. 108.

*Manro v. Almeida*, Supreme Court of the United States, March 8, 1825, 23 U.S. 473.

*New Jersey Steam Nav Co. v. Merchant's Bank of Boston*, Supreme Court of the United States, January 1, 1848, 47 U.S. 344.

*United States v. Flores*, Supreme Court of the United States, April 10, 1933, 289 U.S. 137.

*U.S. v. ALI*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 11, 2013, 718 F.3d 929 782 F.3d 159.

*U.S. v. ALI*, United States District Court, District of Columbia, July 13, 2012, 885 F.Supp.2d 17.

*U.S. v. Beyle*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, April 3, 2015, 782 F.3d 159.

*U.S. v. Dire*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, February 28, 2014, 680 F.3d 446

*U.S. v. Smith*, Supreme Court of the United States, February 25, 1820, 18 U.S. 153.

*U.S. v. Wiltberger*, Supreme Court of the United States, February 18, 2018, 18 U.S. 76.

## **5 International case law relating to the use of force at sea**

*Affaires Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, 3 Septembre 2008, CJUE; Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P.

*Enrica Lexie case, India v. Italy*, 2012; AIR 2012 SC 2134; 2013(4) SCALE 578. (2013) 4 SCC 721

*Guyana v. Suriname*, (2008) 47 ILM 164; ICGJ 370 (PCA 2007), 47 ILM 166, 2008

*Medvedyev v. France, judgment*, March 29, 2010, para.85 (Eur.Ct.H.R 2010); [GC]-3394/03 Judgment 29.3.2010 [GC]

*M/V Saiga (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, judgment, [1999] 3 ITLOS Rep 10 at 48; [1999] 3 ITLOS Rep 10 at 48

*SS I'm Alone (Canada v. United States)*, (1935) 3 RIAA 1609; 3 RIAA 1609

*The Red Crusader (Denmark v. UK)*, (1962) 35 ILR 485; (1962) 35 ILR 485

## **6 International Legal Instruments (regional and multilateral legal instruments)**

*UNCLOS, Articles 100-107, 110, 111, Article 87*

IMO Resolutions, Documents and Guidance

- *Assembly Resolution Res.A.922 (22) (November 29, 2001): Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships,*

- “Piracy : elements of national legislation pursuant to the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982” (Doc LEG 98/8/1 and LEG 98/8/3, submitted by DOALOS)
- “Establishment of a legislative framework to allow for effective and efficient piracy prosecutions” (Doc LEG 98/8/2, submitted by UNODC)
- “Uniform and consistent application for the provisions of international conventions relating to piracy” (DOC LEG 98/8), submitted by IMO Secretariat
- “Establishment of a legislative framework to allow for effective and efficient piracy prosecutions” (DOC LEG 98/4), submitted by Ukraine
- *Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization*; IMO, LEG/MISC.8, January 30, 2014; at 46-51 (Chapter on piracy)

#### IMO Assembly Resolutions

- A.545(13) (1983), *Measures to prevent acts of piracy and armed robbery against ships*
- A.683(17) (1991), *Prevention and suppression of acts of piracy and armed robbery against ships*
- A.738(18) (1993), *Measures to prevent and suppress piracy and armed robbery against ships*
- A.979(24) (2005), *Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia*
- A.1002(25) (2007), *Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia*
- MSC.1/Circ. 1333 (2009), *Recommendations to Governments for preventing and suppressing piracy and armed robbery against ships (replaces MSC/Circ.622/Rev.1)*
- MSC.1/Circ. 1334 (2009), *Guidance to Shipowners and ship operators, shipmasters and crews on preventing and suppressing acts of piracy and armed robbery against ships (replaces MSC/Circ.623/Rev.3)*
- MSC.1/Circ. 1332 (2009), *Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia*
- MSC/Circ.1073 (2003), *Directives for Maritime Rescue Co-ordination Centres (MRCCs) on Acts of Violence against Ships, Conference Report: Overview of legal issues relating to different private interests*
- *Draft 26<sup>th</sup> IMO Assembly Resolution, Adoption of the Code of Practice for Investigation of crimes of piracy and armed robbery against ships (2009), to replace A.922(22), MSC 86/26/Add.2, Annex 23*
- *Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, 2009, IMO doc. C 102/14, Annex*
- *SN.1/Circ.281, Information on Internationally Recommended Transit Corridor (IRTC) for Ships Transiting the Gulf of Aden, 32 August 2009*
- *Seoul Statement on Piracy off the Coast of Somalia, 10 June 2009, IMO doc. C 102/INF.3, Annex*

SOLAS Convention (Convention on Safety of Life at Sea)

UNODC Regulations

ICC; International Chamber of Commerce

IMB (International Maritime Bureau)



*FAO Resolutions*

## INTERPOL:

- *INTERPOL's Global Piracy Database ; and its case: Greece to Prosecute First Maritime Piracy Case with Evidence Gathered by INTERPOL Team, December 12, 2012*
- *The EVEXI (Evidence Exploitation Intelligence)*

*IOCA Rules***7 Security Council Resolutions**

S/Res/1816(2008), November 6, 2008

S/Res/1838(2008), October 7, 2008

S/Res/1846(2008), December 2, 2008

S/Res/1851(2008), December 16, 2008

S/Res/1897(2009), November 30, 2009

S/Res/1918(2010), April 23, 2010

S/Res/1950(2010), November 23, 2010

S/Res/1976(2011), April 11, 2011

S/Res/2015(2011), October 24, 2011

S/Res/2018(2011), October 31, 2011

S/Res/2020(2011), November 22, 2011

S/Res/2039(2012), February 29, 2012

S/Res/2077(2012), November 21, 2012

S/Res/2125(2013), November 18, 2013

S/Res/2383(2017), 7 November 2017

S/2012/45(2012), January 19, 2012

S/2012/50, January 20, 2012: *Report of the Secretary-General on specialized anti-piracy courts in Somalia and other States in the region*

**8 United Nations General Assembly Resolutions and Documents**

G.A. Res. 63/111, para.61, U.N. Doc. A/RES/63/111, December 5, 2008.

G.A. Res. 66/231, para.81, U.N. Doc. A/RES/66/231, December 24, 2011

G.A. Res. 67/78, para.88, U.N. Doc. A/RES/67/78, December 11, 2012

UNGA: International Expert Group on Piracy off the Somali Coast: Final Report: Assessment and Recommendations (workshop commissioned by the Special Representative of the Secretary-General of the United Nations to Somalia, 21 November 2008

UN Basic Principles on Firearms, UN DocA /CONF.144/28/Rev.1, article 9

UN Doc. S/2011/30, January 25, 2011, Special Advisor to the Secretary-General on Legal Issues Related to Piracy off the Coast of Somalia (Special Advisor Jack Lang)

**9 Reports of the UN Secretary-General**

S/2010/394, July 26, 2010

S/2010/556, October 27, 2010

S/2011/360, June 15, 2011

S/2011/662, October 25, 2011

S/2012/50, January 20, 2012

S/2012/783, October 22, 2012

S/2013/623, October 21, 2013

## **10 International Cooperation**

States involved: Australia, Canada, Denmark, France, India, the Netherlands, the Russian federation, Spain, the United Kingdom, the United States, Japan, China, South Korea, Germany, etc

*EU NAVFOR Atalanta, 2008*

*NATO Operation Ocean Shield, 2009*

*American-Led Combined Maritime Forces (Task Force 151 on piracy, 2009)*

“Exchange of Letters between the European union and the Government of Kenya on the Conditions and Modalities for the Transfer of Persons Suspected of having Committed Acts of Piracy”, Introductory Note by Eugene Kontorovich, in (2009) 48 *ILM* 747, 747-9

## **11 Regional Cooperation**

Regional Cooperation Agreement in Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia, 2006 (*ReCAAP, 2006*)

The Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, (*Djibouti Code of Conduct, 2009*)

Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy, Armed Robbery against Ships, and illicit Maritime Activity in West and Central Africa (*Gulf of Guinea Code of Conduct, 2013*)

