

UN LIBRARY

AUG 23 2006

UNSA COLLECTION

国际法委员会年鉴

1993年

第二卷
第一部分

第四十五届会议文件

联合国

纽约和日内瓦, 2006年



国家责任

[议程项目 2]

A/CN.4/453 和 Add.1-3 号文件*

特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生 关于国家责任的第五次报告

[原件: 英文]

[1993 年 5 月 12 日和 28 日, 及 6 月 8 日和 24 日]

目 录

	页 次
注.....	3
本报告所引述的著作.....	3
	段 次
导 言.....	1 - 2 7
章 次	
一、国家责任条款草案第三部分: 争端解决程序.....	3 - 108 7
A. 国际法委员会第三十六届和第三十七届会议以及大会第六委员会第四十届和第四十一届会议中讨论的关于解决争端的条款草案.....	4 - 28 8
1. 里普哈根先生的提议.....	4 - 9 8
2. 国际法委员会和第六委员会中的辩论.....	10 - 26 8
(a) 一般问题.....	11 - 13 8
(b) 提议的程序和当事国间任何现行解决争端安排之间的关系.....	14 9
(c) 解决程序的性质.....	15 - 23 9
(d) 拟议的程序应该适用的草案规定.....	24 12
(e) 保留问题.....	25 - 26 12
3. 结论.....	27 - 28 13
B. 本草案第三部分中的争端解决办法.....	29 - 42 13
1. 单方面反应的问题特征.....	29 - 31 13
2. 1992 年国际法委员会和第六委员会中关于反措施的辩论.....	32 - 38 14
3. 1984 和 1985 年关于这个议题的辩论.....	39 - 40 16
4. 结 论.....	41 - 42 16
C. 作为国家责任草案的一个要素的解决争端规定.....	43 - 61 17
1. 作为规制单方面反应之制度的必要补充部分的妥善解决争端制度.....	43 - 51 17
2. 在草案中载列一个有效解决争端制度的进一步的理由.....	52 - 61 19
D. 建议的解决办法.....	62 - 85 20
1. 导 言.....	62 - 69 20
2. 提议的分为三个步骤的解决争端制度.....	70 - 78 22

* 包括 A/CN.4/453/Add.1/Corr.1-3 号文件。

章 次	段 次	页 次
(a) 第一步: 调解	71 - 72	22
(b) 第二步: 仲裁	73 - 74	22
(c) 第三步: 司法解决	75 - 78	22
3. 提议的解决办法的主要特征: 作为矫正目前不可避免的 单方面反应制度消极面之途径的第三方解决程 序	79 - 85	23
E. 委员会解决争端的途径	86 - 105	24
1. 委员会关于将仲裁条款列入草案的做法	86 - 88	24
2. 作为新趋势之迹象的关于解决争端程序的近况	89 - 95	25
3. 作为争端解决法律之逐渐发展事项的国家责任条款 草案第三部分	96 - 105	28
F. 条款草案和附件	106 - 108	30
二、国家的所谓国际罪行的后果 (条款草案第一部分第 19 条)	109 - 269	32
A. 国际法委员会、第六委员会以及文献所列出的国际法委员会 国家责任问题工作中有关罪行的“特别制度”所涉问题	112 - 166	33
1. 导 言	112 - 115	33
2. 国际法委员会工作中罪行的“特别”后果问题	116 - 139	34
(a) 第一次提到该问题	116 - 118	34
(b) 第 19 条的评注	119	34
(c) 对第 19 条草案的辩论	120 - 122	35
(d) 第 30 和 34 条的评注	123 - 126	35
(e) 概 述	127	36
(f) 1984 年和 1985 年提案	128 - 134	36
(g) 委员会对 1984 年和 1985 年提案的辩论	135 - 138	38
(h) 委员会立场的概述	139	39
3. 第六委员会内各国的反应	140 - 147	40
(a) 刑事责任问题	140 - 142	40
(b) 罪行的“实质性”后果	143	40
(c) 反应权力	144	41
(d) “有组织的国际社会”的作用	145 - 146	41
(e) 第六委员会立场的概述	147	41
4. 学者的意见	148 - 166	42
(a) 导 言	148	42
(b) 不法行为国与受害国之间的关系	149 - 153	42
(c) 不法行为国与“非直接”受害国之间的关系	154 - 158	43
(d) “有组织的国际社会”的作用	159 - 166	44
B. 罪行责任的可能的“特殊制度”中有争议的方面	167 - 249	46
1. 导 言	167 - 170	46
2. 实质性后果	171 - 187	47
3. 手段性后果: 涉及使用武力的措施	188 - 196	49
4. 作为反应的权力问题: “主观—体制”方面	197 - 225	50
5. 不涉及武力的措施: 减少诉诸反措施限度的问题	226 - 240	55
6. 受害国“有反应义务”的问题	241 - 249	57
C. 国际刑事责任, 是指国家, 还是指个人, 还是两者兼指?	250 - 269	59

注

本报告引用的多边公约

来源

- 《和平解决国际争端公约》(海牙, 1899年7月29日和1907年10月18日) J. B. Scott 编, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, 第三版(纽约, 牛津大学出版社, 1918年), 第41页。
- 《美洲和平解决条约》(波哥大公约)(波哥大, 1948年4月30日) 联合国, 《条约集》, 第30卷, 第55页。
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(纽约, 1948年12月9日) 同上, 第78卷, 第288页。
- 《欧洲人权公约》(《保护人权与基本自由公约》)(罗马, 1950年11月4日) 同上, 第213卷, 第221页。
- 《维也纳条约法公约》(维也纳, 1969年5月23日) 同上, 第1155卷, 第378页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约, 1973年11月30日) 同上, 第1015卷, 第254页。
- 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(维也纳, 1975年3月14日) 联合国, 《1975年法律年鉴》, 第87页。
- 《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日) 《第三次联合国海洋法会议正式文件》, 第十七卷、(联合国出版物, 出售品编号 E.84.V.3), 第151页, A/CONF.62/122号文件。
- 《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》(纽约, 1984年12月10日) 《大会正式纪录, 第三十九届会议, 补编第51号》, 第39/46号决议, 附件。
- 《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(维也纳, 1986年3月21日) A/CONF.129/15号文件。

本报告所引述的著作

ABI-SAAB, Georges

"The concept of 'international crimes' and its place in contemporary international law", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 141-150.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

"The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1972-III* (Leiden, Sijthoff, 1974), vol. 137, pp. 547 et seq.

"State fault and the forms and degrees of international responsibility: Questions of attribution and relevance", *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally* (Paris, Pedone, 1991).

"Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: cours général de droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1990-VI* (Dordrecht, Boston,

London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993), vol. 225, pp. 9-484.

ARCARI, Maurizio

"Le risoluzioni 731 e 748 e i poteri del Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace", *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LXXV, No. 3, 1992, pp. 932-965.

BEDJAOU, Mohammed

"Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité", *Nouveaux itinéraires en droit: Hommage à François Rigaux* (Bruxelles, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, 1993), vol. XXII, pp. 69-110.

BEN SALAH, Ahmed

"Autodétermination des peuples: les deux niveaux", *Marxisme, démocratie et droit des peuples: Hommage à Lelio Basso*, G. Amato et al., eds. (Milan, Franco Angeli Editore, 1979), pp. 727-732.

BINDSCHEDLER, Rudolf L.

"La Conférence sur la sécurité en Europe et le règlement pacifique des différends", *Comunicazioni e Studi. Il processo internazionale: Studi in onore di Gaetano Morelli* (Milan,

- Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, Giuffrè, 1975), vol. 14, pp. 101-118.
- BOWETT, D. W.
 "Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1983-II* (Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1984), vol. 180, pp. 169-236.
- BRIGGS, Herbert W.
The International Law Commission (Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1965).
- CAPLISCH, Lucius
 "La pratique suisse en matière de droit international public 1972", *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXIX, 1973, p. 287 et seq.
 "La pratique suisse en matière de droit international public 1980", *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXXVII, 1981, pp. 181-278.
- CARDONA LLORÉNS, Jorge
 "La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el 'crimen internacional')", *Anuario de Derecho Internacional* (Faculty of Law, Universidad de Navarra), vol. VIII, 1985, pp. 265-336.
- CARELLA, Gabriella
La responsabilità dello Stato per crimini internazionali (Naples, Coll. Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Bari 82, Jovene, 1985).
- CASSESE, Antonio
 "Political self-determination: Old concepts and new developments", *UN Law/Fundamental Rights: Two Topics in International Law*, A. Cassese, ed. (Alphen ann den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979), pp. 137-165.
 "Remarks on the present legal regulation of crimes of States", *Le droit international à l'heure de sa codification: Études en l'honneur de Roberto Ago*, (Milan, Giuffrè, 1987), vol. III, pp. 49-64.
- CONFORTI, Benedetto
 "Il tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali", *Le droit international à l'heure de sa codification: Études en l'honneur de Roberto Ago*, (Milan, Giuffrè, 1987), vol. III, pp. 99-111.
- COTTERAU, Gilles
 "De la responsabilité de l'Iraq selon la résolution 687 du Conseil de sécurité", *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXXVII, 1991, pp. 99-117.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent
 "Le règlement des différends dans l'oeuvre de la Commission du droit international: vers une codification progressive?", *Perspectives du droit international et européen — Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis* (Paris, Pedone, 1992), pp. 29-46.
- DAHM, Georg
Völkerrecht (Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1961), vol. 3.
- DE HOOGH, A. J. J.
 "The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: Peremptory norms in perspective", *Austrian Journal of Public International Law* (Vienna, New York), vol. 42, No. 2, 1991, pp. 183-214.
- DELBRÜCK, Jost
 "International economic sanctions and third States", *Archiv des Völkerrechts*, O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch and W. Rudolf, eds. (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992), vol. 30, No. 1, pp. 86-100.
The Future of International Law Enforcement: New Scenarios - New Law? Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992, J. Delbrück, ed. (Berlin, Duncker & Humblot, 1992).
- DELEAU, O.
 "Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités", *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, pp. 7-23.
- DINSTEIN, Yoram
 "The *erga omnes* applicability of human rights", *Archiv des Völkerrechts*, O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch and W. Rudolf, Tübingen, eds. (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992) vol. 30, No. 1, pp. 16-21.
- DOEHRING, Karl
 "Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, pp. 44-55.
- DOMINICÉ, Ch.
 "Legal questions relating to the consequences of international crimes", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 260-263.
 "The need to abolish the concept of punishment", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 257-258.
- DROST, Pieter N.
The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples (Leiden, A. W. Sijthoff, 1959), Book 1, *Humanicide: International Governmental Crime against Individual Human Rights*.
- DUPUY, Pierre-Marie
 "Observations sur le 'crime international de l'État'", *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 84/1980/2, 1980, pp. 449-486.
 "Observations sur la pratique récente des 'sanctions' de l'illicite", *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. 87/1983/3, 1983, pp. 505-548.
 "Implications of the institutionalization of international crimes of States", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 170-185.
- DUPUY, R. J.
 "Codification et règlement des différends: Les débats de Vienne sur les procédures de règlement", *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, pp. 70-91.
- ELAGAB, Omer Yousif
The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1988).
- ELIAS, T. O.
 "Introduction to the debate", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 189-193.
- FORLATI PICCHIO, M. Laura
La sanzione nel diritto internazionale (Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova, CEDAM, Padua, 1974), vol. XLVII.
- FRANCK, T.
The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World (New York, Macmillan, 1968).
- FRANCK, Thomas M., and M. EL BARADEI
 "The codification and progressive development of international law: A UNITAR study of the role and use of the International Law Commission", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 76, 1982, pp. 630-639.
- FROMEIN, Jochen

- "Collective enforcement of international obligations", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, pp. 67-79.
- GAJA, Giorgio
 "Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial: A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des États". *Revue générale de droit international public* (Paris), vol. XCVII-1993, pp. 297-320.
- GOODRICH, Leland M., E. HAMBRO and A. P. SIMONS
Charter of the United Nations: Commentary and Documents, revised 3rd ed. (New York, London, Columbia University Press, 1969).
- GRAEFRATH, Bernhard
 "International crimes — A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 161-169.
- "Leave to the Court what belongs to the Court: The Libyan case", *Journal européen de droit international*, vol. 4, No. 2, 1993, pp. 184 et seq.
- GRAEFRATH, Bernhard, and M. MOHR
 "Legal consequences of an act of aggression: The case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait", *Austrian Journal of Public International Law* (Vienna, New York), vol.43, Nos. 2-3, 1992, pp. 109-138.
- GUARINO, Giancarlo
Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale (Naples, Jovene, 1984).
- HABICHT, Max
Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1931).
- HAILBRONNER, Kay
 "Sanctions and third parties and the concept of international public order", *Archiv des Völkerrechts*, O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch and W. Rudolf, eds. (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992), vol. 30, No. 1, pp. 2-15.
- HIGGINS, Rosalyn
The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, London, New York, Toronto, Oxford University Press, 1963.
- HOFMANN, Rainer
 "Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 45, 1985, pp. 195-231.
- HUTCHINSON, D. N.
 "Solidarity and breaches of multilateral treaties", *The British Year Book of International Law*, 1988 (Oxford), vol. 59, 1989, pp. 151-215.
- JACOVIDES, Andreas J.
 "Peaceful settlement of disputes in ocean conflicts: Does UNCLOS III point the way?", *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, T. Buergenthal, ed. (Kehl, Strasbourg, Arlington, Engel, 1984), pp. 165-168.
- JENNINGS, R. Y.
 "The progressive development of international law and its codification", *The British Year Book of International Law*, 1947 (London, New York, Toronto), vol. 24, pp. 301-329.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.
 "Crimes of State, ius standi, and third States", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 255 and 256.
- KEARNEY, R. D., and R. E. DALTON
 "The treaty on treaties", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 64, 1970, pp. 495 et seq.
- KELSEN, Hans
 "The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin", *American Journal of International Law*, Washington, D.C., vol. 39, 1945, p. 518 et seq.
- Pure Theory of Law* (Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1978).
- KLEIN, Eckart
 "Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalem Gerichtshof bei friedensberdrohenden Streitigkeiten", *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, R. Bernhardt et al. eds., (Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1983), vol.81, pp. 467-492.
- "Sanctions by international organizations and economic communities", *Archiv des Völkerrechts*, O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch and W. Rudolf, eds., (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992), vol. 30, No. 1, pp. 102-106.
- LATTANZI, Flavia
Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale (Milan, Giuffrè, 1983), No. 18.
- LEBEN, Charles
 "Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale", *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXVIII, 1982, pp. 27-31.
- LEE, Roy S.
 "A case for facilitation in the settlement of disputes", *German Yearbook of International Law* (Berlin), vol. 34, 1991, p. 138-174.
- LILLICH, Richard B.
International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice, 2nd ed. (Boston, Toronto, London, Little, Brown and Company, 1991).
- LORIMER, James
The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities (Edinburgh and London, William Blackwood and Sons, 1884), vols. I and II.
- MARAUHN, Thilo
 "The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Irak by the Security Council", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 52, 1992, pp. 781-803.
- MAREK, Krystyna
 "Criminalizing State responsibility", *Revue belge de droit international* (Brussels), vol. XIV, 1978-1979-2, pp. 460-485.
- MOHR, Manfred
 "The ILC's distinction between 'international crimes' and 'international delicts' and its implications", *United Nations Codification of State Responsibility*, M. Spinedi and B. Simma, eds. (New York, Oceana Publications, 1987), pp. 115-141.
- NAHLIK, P.
 "La Conférence de Vienne sur le droit des traités: Une vue d'ensemble", *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, pp. 24-53.
- ODA, Shigeru
 "Some reflections on the dispute settlement clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea", *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, J. Makarczyk, ed., Institute for State and Law, Polish Academy of Sciences (The Hague, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp. 645-656.
- OELLERS-FRAHM, Karin

- "Comment: The *erga omnes* applicability of human rights", *Archiv des Völkerrechts*, O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch and W. Rudolf, Tübingen, eds., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 30, No. 1, 1992, pp. 28-37.
- OPPENHEIM, L.
International Law: A Treatise, 7th ed., H. Lauterpacht, ed. (London, New York, Toronto, Longmans, Green and Co., 1952), vol. II., *Disputes, War and Neutrality*.
- QUIGLEY, John
"The International Law Commission's crime-delinct distinction: A toothless tiger?", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Geneva), vol. 66, No. 2, April-June 1988, pp. 117-151.
- REISMAN, W. Michael
"The constitutional crisis of the United Nations", *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 87, 1993, pp. 83 et seq.
- RICHARDSON, Elliot L.
"Dispute settlement under the Convention on the Law of the Sea: A flexible and comprehensive extension of the rule of law to ocean space", *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, T. Buergenthal, ed. (Kehl, Strasbourg, Arlington, Engel, 1984), pp. 149-164.
- RONZITTI, Natalino
Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale (Pisa, Pacini, 1974).
Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity (Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985).
- ROSENNE, Shabtai
"The International Law Commission, 1949-59", *The British Year Book of International Law 1960* (London, New York, Toronto), vol. 36, 1961, pp. 104-173.
- SACHARIEW, K.
"State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the 'injured State' and its legal status", *Netherlands International Law Review* (Dordrecht), vol. XXXV, No. 3, 1988, pp. 273-289.
- SCHWARZENBERGER, Georg
"The problem of an international criminal law", *International Criminal Law*, publications of the Comparative Criminal Law Project, New York University, G. O. W. Mueller and Wise, eds. (South Hackensack, New Jersey, Rothman & Co, London, Sweet & Maxwell Limited, 1965), vol. 2, pp. 3-40.
- SCISO, E.
"Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l'invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza?", *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LXXV, No. 3, 1992, pp. 369-374.
- SICILIANOS, Linos-Alexandre
Les réactions décentralisées à l'illicite: Des contre-mesures à la légitime défense (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990).
- SIMMA, Bruno
"Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission", *Archiv des Völkerrechts*, H.-J. Schlochauer, I. von Münch, O. Kimminich and W. Rudolf, Tübingen, eds. (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986), vol. 24, pp. 401-403.
"International crimes: Injury and countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC work on State responsibility", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 283-315.
- Charta der Vereinten Nationen: Kommentar*, B. Simma, ed. (Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991).
- SINCLAIR, Sir Ian
The International Law Commission: Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, University of Cambridge Research Centre for International Law (Cambridge, Grotius, 1987).
- "State crimes implementation problems: Who reacts?", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 256-257.
- SPINEDI, Marina
"Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux", *Quaderni de la Comunità Internazionale*, 1984, No. 2.
"International crimes of State: The legislative history", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 7-138.
- STARACE, Vincenzo
"La responsabilità risultante de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-V* (Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1983), vol. 153, pp. 265-313.
- TEN NAPEL, H. M.
"The concept of international crimes of States: Walking the thin line between progressive development and disintegration of the international legal order", *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, No. 2, November 1988, pp. 149-169.
- TOMUSCHAT, Christian
"The Lockerbie case before the International Court of Justice", *The Review* (International Committee of Jurists), No. 48, June 1992, pp. 38-48.
- TORRES BERNARDEZ, S.
"Problems and issues raised by crimes of States: An overview", *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Series A, Law, No. 10, European University Institute, J. H. H. Weiler, A. Cassese and M. Spinedi, eds. (Berlin, New York, de Gruyter, 1989), pp. 271-279.
- WELLER, Mark
"The Lockerbie case: A premature end to the 'New World Order'?", *African Journal of International and Comparative Law* (London), vol. 4, 1992, pp. 302-324.
- WHITE, Robin C. A.
"Self-determination: Time for a re-assessment", *Netherlands International Law Review* (Alphen aan den Rijn, Rockville, Md.), vol. XXVIII, No. 2, 1981, pp. 147-170.
- ZEMANEK, Karl
"The unilateral enforcement of international obligations", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, pp. 32-43.

导 言

1. 报告包含两章：第一章载述国家责任条款草案第三部分的主题事项(执行)，第二部分则载述条款草案第一部分第 19 条所列国家的所谓国际“罪行”的后果。¹ 第一章还载有提议的条款草案的案文和关于解决争端的一个附件。第二章基于该章开头所载述的理由，不载列任何条款草案。

2. 虽然把第一和第二章的主题事项分开来论述，但往后可以看出：争端解决程序的可得性的程度与罪行后果得到有效处理的机会要比初看时显得更加密切相关。

¹ 第三十二届会议一读中临时通过的第一部分第 1 至第 35 条案文，见《1980 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 30 页起。

第 一 章

国家责任条款草案第三部分：
争端解决程序

3. 本章 A 节载有 1985-1986 年由前任特别报告员威廉·里普哈根先生就争端的解决提出的建议，其中包括第三部分第 3 至第 5 条草案² 以及国际法委员会和第六委员会的有关辩论情况。³ B 节以 1984-1986 年间⁴、1991

年⁵ 及 1992 年⁶ 在国际法委员会和第六委员会中就这一议题进行的重要辩论为基础，分析了反措施作为执行国家责任之必要手段的特征。C 节载述了由反措施的性质而推论出的后果和委员们于国际法委员会被要求就草案第三部分的解决争端规定作出选择时在上述辩论中针对这一议题所作的发言。D 节说明了参照可能对反措施制度产生的积极影响和一般性国家责任法律的适当执行所建议的解决办法。E 节讨论了国际法委员会关于依据逐渐发展国家责任领域中法律的要求载入其草案中的解决争端规定的实践情况。F 节载列

² 他关于建议的第三部分的一般性评注见其第六次报告(《1985 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 15-19 页，A/CN.4/389 号文件)；第 1 至第 5 条草案案文及第三部分附件见《1986 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 35-36 页，脚注 86。附件并转载于下文脚注 167。

³ 国际法委员会讨论摘要见《1985 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 108-163 段，及《1986 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40-65 段。讨论的详细情况见《1985 年……年鉴》，第一卷，第 1890-1902 次会议，及《1986 年……年鉴》，第一卷，第 1952-1956 次会议。第六委员会的讨论摘要分别见专题摘要(A/CN.4/L.389 号文件)的 G 和 C 节。

⁴ 国际法委员会 1984 年讨论摘要见《1984 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 344-380 段。详细评注见《1984 年……年鉴》，第一卷，第 1858、1860-1861 及 1865-1867 次会议。第六委员会的讨论摘要见有关专题摘要(A/CN.4/369 号文件)的 D 节。1985 和 1986 年的情况见上文脚注 2。

⁵ 国际法委员会讨论摘要见《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 302-322 段。详细评注见《1991 年……年鉴》，第一卷，第 2238 次会议。第六委员会的讨论摘要见有关专题摘要(A/CN.4/456 号文件)的 E 节。

⁶ 国际法委员会讨论摘要见《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 105-276 段。详细评注见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2265-2267、2273-2280、2283 及 2289 次会议。第六委员会的讨论摘要见“大会第四十六届会议期间关于国际法委员会报告的讨论专题摘要”(A/CN.4/L.469 号文件，F 节)。

了提议的第三部分条文草案及其附件。

A. 国际法委员会第三十六届和第三十七届会议以及大会第六委员会第四十届和第四十一届会议中讨论的关于解决争端的条款草案

1. 里普哈根先生的提议

4. 前任特别报告员⁷所提议的解决争端规定是为了,按照他在第三部分第3条草案中的措词来说,在有人对按照第二部分中所规定据称的受害国有权采取反措施的条文(即第二部分第8和第9条草案⁸)已经采取或打算采取的措施提出反对时付诸执行。

5. 根据里普哈根先生所提议的第3条草案第1款,

“1. 如果据称有国际不法行为的国家或声称就暂停履行有关义务而言是受害国的另一国家,对根据本条款第二部分第8和第9条而采取或意图采取的措施提出异议,则有关国家应通过《联合国宪章》第三十三条中所指出的途径寻求解决办法。”

但是,根据第2款,

“2. 上款的规定不得影响这些国家根据对它们具有约束力的现行有关解决争端的任何规定所具有的权利和义务。”

第4条(a)、(b)和(c)项为无法根据第3条中所指程序达成解决办法的情形设想了三种程序。

6. 第4条(a)项规定:第二部分禁止采取违反“一般国际法强制性规范”(第12条)⁹类义务的反措施,有关这一规定的解释或适用的争端可由任何当事国单方面提交国际法院裁决。

7. 第4条(b)项为第二部分有关条款(第14条)中设想的由国家的国际罪行而产生的“附加的权利和义务”的有关争端提供了同样的可能性。

8. 第4条(c)项针对第二部分中有关反措施制度的条款(第9-13条)的适用或解释方面的较具一

般性的一类争端。根据第4条(c)项,这类争端的任何当事国均有权通过向联合国秘书长提出要求,采取本条款附件中规定的调解程序。

9. 由于在许多情况下说明过的理由,就里普哈根在他的第4条(b)项中作为与条款草案第一部分第19条中所指国际不法行为相联系的“附加的权利和义务”向委员会提出确切建议的时间尚未成熟,本报告暂不讨论第4条(b)项的规定。

2. 国际法委员会和第六委员会中的辩论

10. 国际法委员会和第六委员会的委员们就上面提到的建议所发表的意见可根据它们是否涉及下列事项而按五个标题分类:

- (a) 草案中应否载列解决争端条款这一一般性的初步问题;
- (b) 拟于草案中规定的争端解决程序和当事国间任何现行解决争端安排之间的关系;
- (c) 依下列事项而定的解决程序的性质:
 - (一) 应该适用上述程序的责任关系的执行阶段;
 - (二) 所采取的解决程序应该具有强制性质的程度;
 - (三) 其后果具有约束力或不具有约束力的性质;
- (d) 草案中应该适用所拟议之程序的(实质或手段性)条款;
- (e) 保留问题。

(a) 一般问题

11. 对于草案中应否载列解决争端条款这个一般性的初步问题,一些委员已给予肯定的回答。¹⁰

12. 一些委员指出:国家责任公约如果不附带某些争端的强制性解决程序就是不完全的、缺乏效能的。¹¹另一些委员认为:各国政府不能接受公约

⁷ 见上文脚注2。

⁸ 第6至16条案文见《1985年……年鉴》,第二卷(第二部分),第20-21页,脚注66。

⁹ 同上。

¹⁰ 麦卡弗里先生(《1985年……年鉴》,第一卷,第1892次会议)、凯西先生(同上,第1899次会议)、扬科夫先生(同上)和拉希德·穆罕默德·阿赫迈德先生(同上,第1900次会议)。

¹¹ 卡莱罗·罗德里格斯先生(同上,第1892次会议)、黄先生(同上,第1894次会议)和马希乌先生(同上,第1897次会议)。

中没有规定解决争端程序的状况。¹² 无论如何, 显然必须在以下两者之间达成一种审慎的平衡:

“一方面, 有必要防止未来的公约由于缺乏有效的解决争端程序而使得它的宗旨和效能归于无效或受到减损, 另一方面, 则 (有必要) 避免未来的公约由于解决争端制度过于僵硬而减少可被接受的程度。”¹³

反之, 另一些委员则申明: 前任特别报告员关于第三部分的提议必定会在委员会中引起不一致的意见, 并且认为, 在 1969 年《维也纳条约法公约》的情况下, 委员会曾把是否载列争端解决程序的棘手问题留给全权代表会议审理。¹⁴

13. 在第六委员会进行对应辩论期间, 巴西把第三部分的拟订工作定性为棘手的工作, 而且只是勉强地同意第三部分有其必要。¹⁵ 塞浦路斯、¹⁶ 德意志联邦共和国、¹⁷ 希腊、¹⁸ 牙买加、¹⁹ 肯尼亚、²⁰ 新西兰、²¹ 尼日利亚、²² 索马里、²³ 西班牙²⁴ 和突尼斯²⁵ 赞同载列强制性解决争端程序。澳大利亚、²⁶ 中国、²⁷ 埃塞俄比亚²⁸ 和摩

¹² 伊恩·辛克莱爵士 (同上, 第 1895 次会议), 阿兰焦-鲁伊斯先生 (同上, 第 1900 次会议, 第 24 段) 认为: 一些国家会支持不载述强制性解决争端程序的草案, 另一些国家则“不愿意在没有充分的执行与和平解决制度的情形下在这么敏感的领域内接受这种法律的编纂和逐渐发展”。因此, 他认为: 特别报告员应该以他的第六次报告第二节为基础起草条文。

¹³ 黄先生 (同上, 第 1894 次会议, 第 84 段)。同样, 亦可参见卡莱罗·罗德里格斯先生 (同上, 第 1892 次会议, 第 46 段)。

¹⁴ 勒泰先生 (同上, 第 1891 次会议)。

¹⁵ 《大会正式纪录, 第四十届会议, 第六委员会》, 第 23 次会议, 第 80 段。

¹⁶ 同上, 第 24 次会议, 第 13 段。

¹⁷ 同上, 第 24 次会议, 第 31 和 32 段。

¹⁸ 同上, 第 25 次会议, 第 39-40 段。

¹⁹ 同上, 第 26 次会议, 第 36 和 37 段。

²⁰ 同上, 第 27 次会议, 第 16 段。

²¹ 同上, 第 31 次会议, 第 8 段。

²² 同上, 第 32 次会议, 第 70 段。

²³ 同上, 第 33 次会议, 第 6 段。

²⁴ 同上, 第 35 次会议, 第 45 段。

²⁵ 同上, 第 36 次会议, 第 15 段。

²⁶ 同上, 第 27 次会议, 第 57 段。

²⁷ 同上, 第 30 次会议, 第 79 段。

²⁸ 同上, 第 31 次会议, 第 24 段。

洛哥²⁹ 认为: 鉴于各国不愿意服从强制性第三方解决程序, 应该小心草拟第三部分。

(b) 提议的程序和当事国间任何现行解决争端安排之间的关系

14. 对于草案所要载述的争端解决程序和当事国间任何现行解决争端安排之间的关系 (里普哈根的草案第 3 条第 2 款), 有一位委员强调: 第 3 条应该明确争端当事国之间的现行程序具有优先地位。³⁰ 另一些委员认为: 第 3 条第 2 款中的规定也应该对第 4 条起到限制作用。³¹

(c) 解决程序的性质

15. 对于国际法委员会委员们所探讨的解决程序的性质各个方面, 必须区别。

16. 这些方面之一是就责任关系的执行拟议的解决程序应该起作用的阶段。³² 有一位委员认为: 第 3 条草案中提及的《联合国宪章》第三十三条中所载任择程序的适用范围应该更加广泛;³³ 比如, 它可以包括草案第二部分第 10-13 条³⁴ 或第三部分的全部条文。³⁵ 另一些委员进一步认

²⁹ 同上, 第 36 次会议, 第 27 段。

³⁰ 小木曾先生 (《1986 年……年鉴》, 第一卷, 第 1954 次会议)。

³¹ 伊恩·辛克莱爵士 (同上, 第 1953 次会议)。根据他的意见, 换言之, 第 3 条第 2 款的规定 (它保留当事国间现有的解决争端权利和义务) 应该不仅适用于第 3 条第 1 款的规定 (《联合国宪章》第三十三条中所指明的解决手段), 而且应该适用于第 4 条(a)、(b)和(c)项所载述的权利和义务。拉克莱塔·穆诺兹先生 (同上, 第 1954 次会议) 强调: “任何因素均不应阻止当事国按照第 4 条(a)和(b)项的规定将争端单方面提交国际法院”。考虑到第二部分的条款也有此类后效性质, 里普哈根在其第六次报告中表示了类似的见解 (《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分)) (见上文脚注 2), 第 16-18 段。伊恩·辛克莱爵士特别赞同这一意见 (同上, 第一卷, 第 1895 次会议)。

³² 麦卡弗里先生认为这个问题对于条款草案各部分间的相互关系具有根本重要性 (《1986 年……年鉴》, 第一卷, 第 1953 次会议)。

³³ 扬科夫先生 (同上, 第 1954 次会议)。

³⁴ 贾戈达先生 (同上, 第 1955 次会议)。

³⁵ 科罗马先生 (同上)。

为：还应该提到第二部分第 8 条，³⁶ 或甚至提到第二部分第 6 和第 7 条。³⁷

17. 另一个方面涉及对拟议中程序的采取应该具有强制性的程度。里普哈根在其第六和第七次报告中都曾经表示有意借鉴其它公约所载有关解决程序的规定。³⁸ 有些委员对这一建议表示欢迎。³⁹ 里普哈根在其第六次报告中采取的着手方式得到广泛的赞同，⁴⁰ 不过有些委员强调：一些国家可能不愿意在草案第三部分中载列强制性的争端解决程序。⁴¹ 另一方面，有些委员则完全反对采取强制性的争端解决程序。⁴² 无论如何，应予强调的一

³⁶ 勒泰先生(同上,第 1953 次会议)、小木曾先生(同上,第 1954 次会议)、扬科夫先生(同上)、贾戈达先生(同上,第 1955 次会议)和拉扎凡德拉朗博先生(同上,第 1956 次会议)。

³⁷ 小木曾先生(同上,第 1954 次会议)和扬科夫先生(同上)。

³⁸ 这些看法在里普哈根先生载述国际责任的内容、形式和程度(条款草案第二部分)以及国际责任的执行和争端的解决(条款草案第三部分)的第六次报告中尤其得到确立(《1985 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 3 页, A/CN.4/389 号文件),第 9-11、13 段。明确提到 1969 年《维也纳条约法公约》(第 65 和第 66 条)的文字载于第 3 和第 4 条的评注中(见第七次报告,《1986 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 1 页, A/CN.4/397 和 Add.1 号文件,第 4-5 页)。

³⁹ 黄先生(《1985 年……年鉴》,第一卷,第 1894 次会议,第 8 段)、科罗马先生(同上,第 1900 次会议,第 49 段)和贾戈达先生(同上,第 1901 次会议,第 19 段)一致认为,应该利用现有的编纂文书。但是,黄先生认为:“不应该采取排除其它模式的任何具体模式”。另一些委员更直接地指称:特别报告员以同《维也纳条约法公约》的类比为着手的基础是正确的。这些委员中有:素差伊库先生(同上,第 1890 次会议,第 44 段)、卡莱罗·罗德里格斯先生(同上,第 1892 次会议,第 46 段)和拉扎凡德拉朗博先生(同上,第 1898 次会议)。

⁴⁰ 勒泰先生(同上,第 1891 次会议)、卡莱罗·罗德里格斯先生(同上,第 1892 次会议)、辛克莱爵士(同上,第 1895 次会议)、巴尔沃萨先生(同上,第 1897 次会议)、马希乌先生(同上)和拉克莱塔·穆诺兹先生(同上,第 1899 次会议)。

⁴¹ 卡莱罗·罗德里格斯先生(同上,第 1892 次会议)、黄先生(同上,第 1894 次会议)、马希乌先生(同上,第 1897 次会议)和阿兰焦-普伊斯先生(同上,第 1900 次会议)。

⁴² 弗利坦先生(同上,第 1893 次会议)、巴兰达先生(同上,第 1894 次会议)和恩詹加先生(同上,第 1896 次会议)。弗利坦先生表示关切说:这种做法会损害未来的公约,并且认为:鉴于条款草案对国际社会的重要性,比较明智的做法是对国际责任的执行表现适中的态度。巴兰达先生认为:虽然采取争端解决程序之形式的草案有必要设置上限,采取特设的安排可能比较好,因为“一些国家越来越不信任这种强制管辖,因此,不要采取太具有约束力的机制,最好采取能够鼓励争端当事国共谋解决办法的灵活制度”。

点是:鉴于有些国家不愿意受到第三方解决程序的限制,委员会的许多委员欢迎只在草案第三部分第 3 条第 1 款中提到《联合国宪章》第三十三条。⁴³ 关于前任报告员提议的机制的“实质内容”,有一位委员认为特别报告员就一般国际不法行为提出的建议可以得到广泛的接受。⁴⁴

18. 在第六委员会进行辩论期间,各国也就这个问题表示了立场。有些国家⁴⁵ 赞同载列强制性争端解决程序——尤其是有关草案中很难留给会员国自行判断的一些敏感问题——不过有人问起这

⁴³ 其中包括卡莱罗·罗德里格斯先生(《1986 年……年鉴》,第一卷,第 1953 次会议)、伊恩·辛克莱爵士(同上)、素差伊库先生(同上,第 1954 次会议)、黄先生(同上)、弗朗西斯先生(同上,第 1955 次会议)、雅科维德斯先生(同上)。素差伊库先生指出:《宪章》第三十三条中所列举的和平解决手段并不具有限制性质,它的使用也可以采取“斡旋”的方式。黄先生认为遵照国家实践,应该注重直接谈判;阿兰焦-普伊斯先生(同上,第 1966 次会议)认为有可能在第 3 条或在第 3 条评注中说明第三十三条中所载述的哪一种解决手段被认为最妥当。

⁴⁴ 麦卡弗里先生(同上,第 1953 次会议)、托穆沙特先生(同上,第 1955 次会议)则认为:单方面采取强制性调解程序的可能性会在国际法上造成一种变质情况,问题在于它是否能够各国接受。他和马莱克先生都认为:不要忽略可以以合理方式达到的成果是重要的。马莱克先生(同上,第 1952 次会议)认为:在联合国范围以外设置的许多调查和调解结构很少得到使用,因为各国宁可争端提交全球或区域性组织的主要机关以便使它们的案件得到公众的支持。里普哈根先生在他的第六次报告中表示过这样的看法:据称的受害国“不能迫使行为国服从它们可能或不可能议定的有关据称侵害事件的争端解决程序……只有据称的行为国才应该被授权采取条款草案第三部分所要载述的争端解决程序”。(《1985 年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注 2),第 20 段)。这是与《维也纳条约法公约》第 42 条连同第 65 和 66 条中所反映的着手方式相反的,依据这些条文,争端双方均可采取公约中所规定的争端解决程序。卡莱罗·罗德里格斯(同上,第一卷,第 1892 次会议)具体地同意了特别报告员所采取的这种着手方式,它规定行为国必须采取适用强制性调解程序的倡议。关于同一方面的问题,托穆沙特(同上,第 1955 次会议)认为:由于第 4 条(a)项和(b)项都有可能作这种限制性的解释,会造成一种无根据的失衡状态(因为只有所称的行为国才能向国际法院提出申请书,这种情况又会“使国际法院处于一种难堪的局面”。

⁴⁵ 其中包括奥地利(《大会正式纪录,第四十届会议,第六委员会》,第 33 次会议,第 55 段)、塞浦路斯(同上,第 32 次会议,第 16 段)、德意志联邦共和国(同上,第 24 次会议,第 13 段)、希腊(同上,第 25 次会议,第 39-40 段)、牙买加(同上,第 24 次会议,第 32 段)、肯尼亚(同上,第 36 次会议,第 15 段)、尼日利亚(同上,第 26 次会议,第 36-37 段)、西班牙(同上,第 32 次会议,第 70 段)、索马里(同上,第 35 次会议,第 45 段)和突尼斯(同上,第 33 次会议,第 6 段)。

种制度是否最能符合国际社会的利益。⁴⁶ 其它国家持比较有保留的态度。它们坚持认为：鉴于有些国家不愿意服从强制性的第三方解决程序，应该审慎拟订第三部分。⁴⁷ 另外有许多国家认为：总体取向，尤其是第4条的规定是不能接受的，因为这不尊重自由选择解决争端手段的原则。⁴⁸

19. 国际法委员会中所讨论的另一问题是争端解决程序的结果应当不应当具有约束力。有人提议让国际法院拥有据以确定是否有适用于上述违犯事件的强制法规则（第4条(a)项）或是否有国际罪行（第4条(b)项）⁴⁹ 的有限制的强制管辖权，这项提议在委员会中引起多种反应。有些委员赞同第4条(a)项和(b)项中规定的国际法院的强

⁴⁶ 德意志民主共和国（同上，第25次会议，第21段）、匈牙利（同上，第30次会议，第21-22段）和牙买加（同上，第24次会议，第32段）认为：解决程序应该不限于强制性的，例如应该为谈判解决留下余地。

⁴⁷ 这种意见得到下列国家的赞同：澳大利亚（同上，第31次会议，第24段）、中国（同上，第30次会议，第79段）、埃塞俄比亚（同上，第27次会议，第57段）和摩洛哥（同上，第36次会议，第27段）。在就里普哈根第七次报告（见上文脚注39）中所拟订的提议进行辩论期间，摩洛哥（《大会正式纪录，第四十一届会议，第六委员会》，第36次会议，第31段）和新西兰（同上，第44次会议，第52段）表示赞同强制性调解。

⁴⁸ 匈牙利的发言（同上，第34次会议，第34段）指出：许多国家既不曾批准《维也纳条约法公约》，也不曾接受《国际法院规约》第三十六条第二款的任择条款，并参看以下各国的发言：巴林（同上，第38次会议，第66段）、保加利亚（同上，第87-89段）、中国（同上，第39次会议，第28段）、捷克斯洛伐克（同上，第34次会议，第47段）、埃塞俄比亚（同上，第38次会议，第22段）、法国（同上，第41次会议，第43段）、德意志民主共和国（同上，第36次会议，第37、40和41段）、以色列（同上，第41次会议，第9段）、科威特（同上，第43次会议，第34段）、摩洛哥（同上，第38次会议，第31段）、罗马尼亚（同上，第36次会议，第73段）、乌克兰苏维埃社会主义共和国（同上，第37次会议，第60段）和委内瑞拉（同上，第43次会议，第16段）。伊拉克认为：强制性调解并不总是有效的手段（同上，第34次会议，第60段）。

⁴⁹ 里普哈根先生（《1986年……年鉴》，第一卷，第1952和1956次会议）采取的态度与麦卡弗里先生所提的建议（同上，第1953次会议）相类似，麦卡弗里先生虽然不认为应当给予国际法院以强制管辖权，却说他倾向于支持“限于确定某项争端是否涉及强制法规则或国际罪行的管辖权”。托穆沙特先生（同上，第1955次会议，第28段）指出：与《维也纳条约法公约》相比较的作法并不是完全有理有据的，因为国际法院在国家责任事项上的管辖权的范围会比《维也纳公约》宽广，并且会包含所有强制法和国际罪行有关的争端，引起所涉及的一切法律问题。科罗马先生（同上）赞成将据称犯下国际罪行或侵犯强制法的一切有关案件提交国际法院。

制管辖权。⁵⁰ 在这方面，有人辩称：由于组成上的变化，国际法院已经摆脱了保守的形象，对于较多国家来说，它已经更能被接受了。⁵¹

20. 有一位委员认为：给予国际法院管辖权显然是理想的解决办法，⁵² 另一位委员则主张只对第4条(a)项⁵³ 给予强制性管辖权。有些委员认为：

“条款草案第1和第2部分的解释和适用所援用的强制性争端解决办法固然必定会涉及一个极为广泛的范围，但不应因而阻止委员会去设置这样一个办法”。⁵⁴

一些委员倾向于根本不提及强制法规则，但都认为：如果保留第4条(a)项，强制法的内容实际上就由国际法院裁决了。⁵⁵ 另一些委员认为：第4条(a)项中的提议是一个好提议，但由于接受国际法院规约第三十六条第二款下任择条款的国家只是有限的几个，同实践情况并不一致。⁵⁶

21. 谈到强制法和国际罪行条款之适用或解释的有关争端的提交问题，一些委员问起为什么第4条不能象它所依据的《维也纳条约法公约》中的对应条款那样，考虑到在彼此同意的情形下将争端提交仲裁的可能性。⁵⁷ 一般认为基于两个理由，这个问题有待澄清：首先，有人指出，虽然《维也纳公约》考虑到诉诸仲裁方式，由于它提到国际法院的强制管辖权，显然到目前为止一直阻止了许多

⁵⁰ 阿兰焦-鲁伊斯先生（同上，第1952和1955次会议）、卡莱罗·罗德里格斯先生（同上，第1953次会议）、拉克莱塔·穆诺兹先生（同上，第1954次会议）、托穆沙特先生（同上，第1955次会议）、科罗马先生（同上）、弗朗西斯先生（同上）和雅科维德斯先生（同上）。

⁵¹ 阿兰焦-鲁伊斯先生（同上，第1952次会议）。

⁵² 锡亚姆先生（同上，第1956次会议）。

⁵³ 素差伊库先生（同上，第1954次会议）。

⁵⁴ 伊恩·辛克莱爵士（《1985年……年鉴》，第一卷，第1895次会议）。雅科维德斯先生（《1986年……年鉴》，第一卷，第1955次会议）也持同样的观点。

⁵⁵ 小木曾先生（同上，第1954次会议）。

⁵⁶ 黄先生（同上）、迪亚斯-冈萨雷斯先生（同上）。同样，马莱克先生（同上，第1952次会议）也持这种看法，但却是对整个第4条提出的。

⁵⁷ 马莱克先生（同上）、小木曾先生（同上，第1954次会议）、拉扎凡德拉朗博先生（同上，第1956次会议）和扬科夫先生（同上，第1959次会议）。

发展中国家批准这项《公约》。⁵⁸ 其次，虽然第三部分第3条第1款提到《宪章》第三十三条（该条载述司法解决），第4条却载述了国际法院的管辖权而没有提到仲裁。⁵⁹ 另一方面，有一位委员认为：特别报告员避免设想第4条(a)和(b)项中所载仲裁办法的可能性，⁶⁰ 这样做是正确的，因为从管辖权发展的角度来看，“国际法院的裁决会产生更加一致的发展”。⁶¹ 里普哈根解释说：虽然对于强制法、国际罪行和《宪章》的适用来说，第三部分的规则不是残余的规则，国际法院的管辖权却受到限制。⁶² 他接着说，相当令人感到困惑的情况在于，按照第3条第1款，当事国当然可以自由地将争端提交仲裁。⁶³

22. 在第六委员会内，许多国家⁶⁴ 表示赞同国际法院对于有关强制法和国际罪行的争端具有管辖权。对于其它争端来说，他们主张采取《宪章》第三十三条中所载列的那种灵活列举解决手段的方式，此外，还可以采取强制调解方式。意大利认为第4条(a)和(b)项应该载述仲裁的可能性，⁶⁵ 塞浦路斯则倾向于通过需由国际法院或国际刑事法院作出具有约束力的判决的争端解决制度来解决属于第4条范围内的所有争端。⁶⁶

23. 国际法委员会委员提出质疑的另一个技术问题是第4条中所规定的12个月期间，有些委员⁶⁷ 认为这个期间太长。

⁵⁸ 拉扎凡德拉朗博先生（同上，第1956次会议）。

⁵⁹ 同上。

⁶⁰ 弗朗西斯先生（同上，第1955次会议）。

⁶¹ 同上，并参看里普哈根先生的发言（同上，第1956次会议）。

⁶² 同上。

⁶³ 同上。

⁶⁴ 包括阿根廷（《大会正式纪录，第四十一届会议，第六委员会》，第40次会议，第27段）、巴西（同上，第34次会议，第11段）、加拿大（同上，第40次会议，第39段）、智利（同上，第43次会议，第62段）、丹麦（同上，第36次会议，第66段）、德意志联邦共和国（同上，第57段）、希腊（同上，第42次会议，第36段）、爱尔兰（同上，第32次会议，第8-9段）、意大利（同上，第21段）、马达加斯加（同上，第30次会议，第41-42段）、塞拉利昂（同上，第27次会议，第90段）和苏丹（同上，第40次会议，第41段）。

⁶⁵ 同上，第32次会议，第21段。

⁶⁶ 同上，第37次会议，第11段。

⁶⁷ 包括弗利坦先生（《1986年……年鉴》，第一卷，

(d) 拟议的程序应该适用的草案规定

24. 另一个问题是要确定应该适用拟议中之程序的草案的（实质或手段）条款。一些委员⁶⁸ 在就第六次报告进行辩论期间对里普哈根的话表示关切，他说：设置一个单独的解决争端制度

“……可以说是等于创设了一个多边强制性争端解决程序，这种程序涉及国家责任公约缔约国在国际法下的一切目前和未来的（基本）义务。”⁶⁹

另有一些委员则认为：草案第三部分的适用照目前的情况看，似乎限于第二部分，而不是也包括第一部分。⁷⁰

(e) 保留问题

25. 关于第5条草案，有些委员针对有关草案第三部分的保留可予允许到哪种程度作了评论。⁷¹ 有一位委员认为第5条草案规定除非就有关反措施的争端适用第4条(c)项，否则便不许保留，这是可以接受的，在这种情形下，据称被这种反措施侵犯的权利完全是由公约生效前所缔结的某

第1952次会议，第20段）和麦卡弗里先生（同上，第1953次会议）。一些委员认为，这段期间的确定取决于所使用解决机制的类型，其中包括小木曾先生（同上，第1954次会议）以及鲁库纳斯先生（同上，第1956次会议）。弗利坦先生（同上，第1952次会议）强调适用特别紧急案件的条款的必要性，一些委员提议将“12个月”改为“合理的期间”，其中有贾戈达先生（同上，第1955次会议）和巴兰达先生（同上）。

⁶⁸ 卡莱罗·罗德里格斯先生（《1985年……年鉴》，第一卷，第1892次会议）。

⁶⁹ 同上，第二卷（第一部分）（见上文脚注2），第8段。

⁷⁰ 包括伊恩·辛克莱爵士（《1986年……年鉴》，第一卷，第1952次会议；同上，第1953次会议）；阿兰焦-鲁伊斯先生（同上，第1952次会议）、麦卡弗里先生（同上，第1953次会议）和锡亚姆先生（同上，第1956次会议）。拉扎凡德拉朗博先生（同上）认为，关于三个部分形成一贯的整体的推论是合理的。但是，他指出，他会赞赏在第三部分中以较明确的方式提到第一部分的办法。特别报告员（同上，第1952次会议）明确指出：草案的三个部分是相互依存的。他进而指出（同上，第1956次会议）：“在适用第二部分条款的任何尝试中，要避免适用第一部分条款是办不到的。”

⁷¹ 伊恩·辛克莱爵士（《1985年……年鉴》，第一卷，第1895次会议）认为，特别报告员在拟订细节时应该包括“一些临时性的限制，以排除在拟议的公约生效之前可能已经发生的一些行为或事实的有关争端”。

项条约引起的。另一些委员⁷²认为：第5条草案中的不溯及既往规则限制过严。⁷³还有另一些委员⁷⁴也不认为第5条草案有用，他们认为最好把这个事项完全搁置起来，暂时不予解决。

26. 在第六委员会进行辩论期间，多数国家⁷⁵主张对保留问题采取弹性的做法。另一个国家⁷⁶认为，第5条是可以接受的，而别的国家则认为这个问题应该留待今后的外交会议解决。⁷⁷

3. 结论

27. 总的说来，国际法委员会在1985-1986年间的讨论中似乎对里普哈根在第三部分中提议的有关条款草案的规定所形成的一般争端解决制度感到满意，特别是第3条第1款和1986年提议的第4条(c)项的综合作用，当然也包括第3条第2款。

⁷² 其中包括：素差伊库先生（《1986年……年鉴》，第一卷，第1954次会议）和拉克莱塔·穆诺兹先生（同上）。虽然勒泰先生和小木曾先生认为第5条总体上可以接受，雅科维德斯先生也倾向于接受，他们却都象另一些委员那样指出：保留的关键问题，按照传统做法，可以在今后的外交会议上加以解决。对于这一点，参看勒泰先生（同上，第1953次会议）、拉克莱塔·穆诺兹先生（同上，第1954次会议）、小木曾先生（同上）、扬科夫先生（同上）、托穆沙特先生（同上，第1955次会议）、雅科维德斯先生（同上）和拉扎凡德拉朗博先生（同上，第1956次会议）的发言。虽然马莱克先生同意扬科夫先生的看法，认为：对第三部分提出保留的可能性可以使得公约对于一些国家说来比较能够接受，但扬科夫先生愿意接受对于未来公约的保留，马莱克先生对这一点不予同意。他尤其具体指出（同上，第1952次会议），截止1985年6月，《维也纳条约法公约》只得到46个国家批准，其中10个国家对争端解决程序提出保留或反对意见。扬科夫先生（同上，第1954次会议，第39-41段）指出，接受对未来公约的保留符合《维也纳条约法公约》和《海洋法公约》第二九七至二九八条中关于对带有约束力的强制程序的限制和例外规定。

⁷³ 其中包括：托穆沙特先生（同上，第1955次会议）、贾戈达先生（同上）的提议只规定，对未来公约生效后引起的争端允许提出保留意见。但是，对于这种做法是否比较不具限制性，并不完全明确。

⁷⁴ 包括卡莱罗·罗德里格斯先生（同上，第1953次会议）和弗朗西斯先生（同上，第1955次会议）。

⁷⁵ 其中包括中国（《大会正式纪录，第四十一届会议，第六委员会》，第39次会议，第28段）。奥地利认为：不可能阻止一些国家对第4条(a)和(b)项提出保留（同上，第24段）。

⁷⁶ 塞浦路斯（同上，第37次会议，第10段）。

⁷⁷ 埃塞俄比亚（同上，第38次会议，第23段）。

28. 会上认为：委员会应该审慎地重新审议整个事项。委员会应该在这样做时具体考虑到有必要削弱第三次⁷⁸和第四次报告⁷⁹中所斥责的和第六委员会1992年辩论期间的发言中所明确指出的（下文第30-35段）反措施的消极作用。有些因素，其中包括最近和稍前的事态发展和态度为争端解决所展现的较佳前景，似乎说明了有必要而且有可能采取较为详实的解决办法。也应该认真考虑一下：象委员会这样一个机关是否需要抓住当前的机会，根据大会关于联合国国际法十年的第44/23号决议的规定和精神，对国际法关键领域的逐渐发展作出重大的贡献，看来，到目前为止，在编纂过程中对这方面的注意还不够。）

B. 本草案第三部分中的 争端解决办法

1. 单方面反应的问题特征

29. 鉴于条款草案第二部分所拟议的某一受害国可以采取的补救（权力）措施这一性质，在草案第三部分中载列详尽的争端解决程序是极为可取的。如同在前次报告（例如，可参看第3次报告第2至6段）⁸⁰中所指出的，反措施是整个国家责任制度中最为困难和最引起争论的方面。固然每个国家认为它有权决定自己的权利，这种权利只在有议定的解决程序或第三方解决程序的情形下才受到限制，但由于还存在着受害国采取单方面措施的权力是一种带有潜在任意性的因素，这种措施，如果合法的话，也使得它自己对所称违法国的一种或多种义务实际上得不到遵守，正因为此，有必要确保所引起的法律义务在缺乏有机结构的国家间制度中得到遵守。这是一个极为严重的缺点，由于各国适应这种基本制度的能力不一样，这种缺点更加严重了，因此，如果要在草案中确认上述权力，例如可能基于长期维持的习惯而将其视为有理有据，则必须连带规定不会妨碍针对国际不法行为采取的反应之效能的严格条件和限制。

⁷⁸ 《1991年……年鉴》，第二卷（第一部分），第1页，A/CN.4/440和Add.1号文件。

⁷⁹ 《1992年……年鉴》，第二卷（第一部分），第1页，A/CN.4/444和Add.1-3号文件。

⁸⁰ 见上文脚注78。

30. 但是, 显然无论对反措施的实践施加任何条件和限制, 这种措施从它们的性质来说, 总是有某种基本的缺点, 即它是单方面的, 因为措施一方面是对受侵害之权利加以评量, 另一方面也对反应之合法性作评量, 而这种反应又会引起据称的不法行为国的进一步单方面的反应 (所谓反报复)。即使所涉及的国家具有类似的力量或手段, 在任何情况下, 反措施的补救都具有潜在缺点, 当它在力量或手段不一样的国家之间援用时, 可能导致不能容忍的不公正的后果。基本上, 由于存在着上述的消极方面, 才会在是否需要编纂项目的范围内规定反措施的法律制度这一问题上引起质疑。虽然可能会有充分的证据显示: 无论反措施的实施受到何种限制, 它在习惯国际法上是得到允许的, 没有任何“立法者”能够避免受到这样的诱惑: 不是 (作为逐渐发展事项) 明白表示反措施的实施不合法而加以排除, 至少也会对这种实践保持沉默, 以便不明确地使它合法化。

31. 上述考虑因素显然是在草案中载列反措施法律制度会引起强烈保留的根本原因, 它先后在国际法委员会第四十四届会议和后来的大会第四十七届会议第六委员会上引起强烈保留意见, 其中第六委员会的保留意见表现得更为尖锐。有一位代表在第六委员会指出,

“国际法委员会有一些委员……不认为反措施是迫使据称有国际不法行为的国家为解决争端采取行动或承认其错误并且谋求补救的适当手段”。⁸¹

与 1984、⁸² 1985⁸³ 和 1986 年⁸⁴ 国际法委员会辩论期间和大会第六委员会的对应辩论期间⁸⁵ 对里普哈根所拟反措施条文草案提出的保留意见相比, 1992 年在两机构内表示的保留意见都强烈得多 (尤其是在第六委员会)。第六委员会辩论期

⁸¹ 《大会正式纪录, 第四十七届会议, 第六委员会》, 第 27 次会议, 第 1 段。

⁸² 见上文脚注 4。

⁸³ 见上文脚注 3。

⁸⁴ 同上。

⁸⁵ 《大会正式纪录, 第三十九届会议, 第六委员会》, 第 33-47 次会议; 同上, 《第四十届会议, 第六委员会》, 第 23-35 次会议; 同上, 《第四十一届会议, 第六委员会》, 第 27-34 次会议和第 36-44 次会议。并参看上文脚注 3 和 4。

间的一些发言值得重温。⁸⁶

2. 1992 年国际法委员会和第六委员会中关于反措施的辩论

32. 有些国家首先指出, 由于缺乏公正、迅速地确定国际不法行为的机制, 就必须给予受害国以确定不法行为的专有权利, 从而为单方面行动和过度行为打开大门, 而许多这类行动会以主观决定为基础, 这会给各国人民的和平和幸福带来严重后果。此外, 有人认为, 如果让受害国来评估损害的严重程度、确定是否已用尽所有现有解决程序, 那就意味着无法确保所作出的决定是否公正合法。⁸⁷ 在这方面, 又有人指出, 受害国应自行执法的观点表明法律技术的发展还处于初级阶段, 意味着承认国际法律秩序还不完善。有人表示关注反措施的概念似乎同国际法基本原则相对立。⁸⁸

⁸⁶ 也值得重新指出的是, 后者的保留本身比起 1970 年代后期来, 言词更为明确, 当年 (列在第一部分第 30 条) 的反措施 (见上文脚注 81) 是在排除违法性的情形下提出的。

例如, 有人在就阿戈先生的第八次报告进行辩论期间对反措施表示关切和怀疑 (《1979 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 3 页, A/CN.4/318 和 Add.1-4 号文件)。这些意见主要涉及禁止武装报复 (恩詹加, 同上, 第一卷, 第 1544 次会议), 辨别单方面反应和国际机构所施加的制裁的必要性 (弗朗西斯, 同上, 第 1545 次会议); 避免强国滥用它来对付弱国的必要性 (塔比比, 同上), 如同有关专题摘要 (A/CN.4/L.311 号文件) 中所确认的, 大会第三十四届会议第六委员会在针对第 30 条就带有明确限制和条件的单方面反应进行辩论期间, 极少有人表示怀疑。之所以出现这种情况, 确实有一部分原因是反措施制度只是稍后才会草案第三部分范围内予以解决。1984-1986 年, 里普哈根提交第二部分第 8-10 条草案以后所进行的辩论显然激烈多了。在委员会内, 有人问起: 在事前没有客观确定国际不法行为之存在的情形下采取反措施是否合法, 所得到的答复是: 拟议的条文草案中规定, 除非有可能先行采取已经存在于当事国之间的争端解决机制, 就必然需要由受害国“暂时”单方面确定, 对解决争端问题的充分审议将于稍后阶段在第三部分的范围内进行 (《1986 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 103 页, 第 365-366 段)。更具重大意义的是 1984 和 1985 年在第六委员会中进行的辩论。参看下文第 37 段和其后的内容。

⁸⁷ 白俄罗斯 (《大会正式纪录, 第四十七届会议, 第六委员会》, 第 27 次会议, 第 80 和 83 段)、古巴 (同上, 第 29 次会议, 第 60 段)、罗马尼亚 (同上, 第 24 段) 和俄罗斯联邦 (同上, 第 28 次会议, 第 106 段)。

⁸⁸ 巴西 (同上, 第 25 次会议, 第 39 段)、斯里兰卡 (同上, 第 27 次会议, 第 6 段) 也表示同样的看法。

33. 有些代表响应第三次⁸⁹和第四次报告⁹⁰中表示的相同的关注,着重指出:国家有大有小、有贫有富、有强有弱,反措施制度远远不能为所有国家提供均等的保护,只会使强国或富国在对不法国家进行报复方面处于有利地位,并且会使得弱国受害。有人指出,这种担心有其历史根源,同时也是发展中国家新近的经验。对发展中国家来说,反措施通常就是侵略、干涉和炮舰外交的同义词。在这种背景之下,有人问起这方面的编纂工作是否可能使反措施合法化,成为某些大国霸权主义活动的一个极好的工具。⁹¹

34. 希望将反措施制度列入条款草案的做法进一步引起质疑的原因是:反措施不但不能作为一种补救,来鼓励不法行为国回到法律的轨道,可能只会使冲突各方的关系火上加油,使冲突各方更加不愿妥协。⁹² 这项评论部分地赞同了里普哈根的关注:据称的受害国采取反措施的结果,可能导致反措施的升级。

35. 也有人认为,反措施法律制度的使用必然涉及错综的鉴定和限制问题,在有一个以上的国家认为自己受到侵害的情况下,确定是否允许采取反措施的条件也变得更加复杂。在这种情况下,将很难确切说明谁是受害国,其采取反措施的权利的限度以及反措施是否相称,这个问题不仅需要从个别国家的角度来看,也需要从集体的角度来看。⁹³ 在同一个方面,又有人指出,关于在任何情况下都不允许采取反措施的问题差点触及《联合国宪章》的一些基本规定,如第二条第四项和第五十一条、第四十一条和第四十二条。⁹⁴

⁸⁹ 见上文脚注 79.

⁹⁰ 见上文脚注 80.

⁹¹ 表示这种看法的国家有:阿尔及利亚(同上,第 29 次会议,第 70 段)、巴西(同上,第 25 次会议,第 39 段)、中国(同上,第 29 次会议,第 58 段)、印度尼西亚(同上,第 28 次会议,第 65 段)、摩洛哥(同上,第 25 次会议,第 85 段)和斯里兰卡(同上,第 27 次会议,第 6 段)。这项关注看来并没有由于西班牙提出的考虑因素而大大地减少(同上,第 26 次会议,第 74 段):“虽然富强和发达的国家比起弱国来,在采取反措施方面是不可否认地处于一种比较有利的地位,但是必须考虑到反措施也可能在国力相当的国家之间采取。”

⁹² 伊朗伊斯兰共和国(同上,第 25 次会议,第 61 段)、瑞士(同上,第 25 次会议,第 93 段)。

⁹³ 斯里兰卡(同上,第 27 次会议,第 4 段)。

⁹⁴ 斯里兰卡(同上)。

36. 从一个很不一样的角度来看,是否需要规定反措施法律制度问题似乎引起下述看法的质疑,反措施在某些方面构成强迫手段,并不是“确切地属于国家责任问题的范围,即使反措施与国家责任有关”。⁹⁵ 同一个来源表示关切说:扩大这个议题的范围可能会诱使委员会提出应该属于委员会研究范围以外的具体条约的解释问题,并且处理起委员会自定限度以外的特别敏感的问题,讨论基本规则,尤其是确定应该禁止采取反措施的领域。⁹⁶

37. 特别值得着重指出的是:一些代表说,他们难以赞同对不法行为造成的后果采取措施是另一种不法行为的看法,在国家不遵守其国际义务的原因主要不是出于故意、而是由于真正的忽略、误解或观点分歧的情况来说尤其如此。此外,有人指出,反措施并不是针对违反国际公法规定的义务的行为执行国际法的唯一手段,由于出现了专门满足某些国家集团的特别需要的更合适的方法和程序,因而以合法手段加以采取的余地也更加狭小了。⁹⁷ 但是,并没有详细拟订“更合适的程序”或涉及任何实际有效解决争端安排之国家小集团的性质。

38. 尽管有据报的复杂情况,第六委员会的多数代表似乎已经同意国际法委员会大多数委员的看法,认为:反措施在关于国家责任的任何法律制度

⁹⁵ 法国(同上,第 26 次会议,第 5 段)。

⁹⁶ 同上。

⁹⁷ 乌拉圭(同上,第 20 段)。在这些方法和程序中,一些代表特别提出有关和平解决争端的方法和程序。在这方面,有一位代表指出:也许有可能扩大现有的解决争端程序,增添附加和创新的程序,以确保被认为违反国际义务的国家不回避解决已经造成的问题(斯里兰卡,同上,第 3 段)。同时参见俄罗斯联邦(同上,第 28 次会议,第 106 段)和瑞士的意见(同上,第 25 次会议,第 92 段)。在这方面,有人提及环境领域和其他领域的现行公约,其中包括关于监测各缔约国履行条约义务的规定。此外,也许可以制定临时保护措施的概念,以确保一国能够维护其利益,使之不受他国不法行为后果的侵害,直至分歧解决为止(斯里兰卡,第 27 次会议,第 7 段)。另外有人提请注意提出有效的双边或多边外交抗议的可能性以及采取不构成国际义务的报复措施的可能性。他们认为这些措施并非不可考虑,如果采取这些措施可能会是有效的。(法国,同上,第 26 次会议,第 7 段)。此外,有人强调预防和纠正国际不法行为的集体机制所提供的机会。关于这一点,有一位代表说,解体的过程阻碍着国际社会的和睦发展,此时此刻,单方面决定的报复不能给予法律上的优先地位,而必须根据《联合国宪章》和普遍承认的其他文书制定共同的法律标准,作为国际社会集体行动的构架,以预防和消除国际不法行为的后果(俄罗斯联邦,同上,第 28 次会议,第 107 段)。

中具有一定的地位。⁹⁸ 一般认为单方面措施是国际社会的不健全结构的反映, 它还没有成功地建立起一个有效的集中化的执法制度⁹⁹, 结果是, 在一段漫长的期间内还是需要反措施来对付国际不法行为。¹⁰⁰ 所以, 在第六委员会发言的人几乎都强调必须小心研究如何对单方面采取行动的范围施加条件和限制。¹⁰¹

3. 1984 和 1985 年关于 这个议题的辩论

39. 1984 和 1985 年在大会第三十九和四十届会议第六委员会中提出的评论虽然不象 1992 年的评论那么明确, 却也不应该加以忽视。1984 年的有关“专题摘要”(A/CN.4/L.382 号文件)中指出:

⁹⁸ 见如下国家发言: 白俄罗斯(同上, 第 27 次会议, 第 81 段)、巴西(同上, 第 25 次会议, 第 39 段)、伊朗伊斯兰共和国(同上, 第 62 段)和西班牙(同上, 第 26 次会议, 第 74 段)。

⁹⁹ 见如下国家发言: 阿塞拜疆(同上, 第 27 次会议, 第 33 段)、白俄罗斯(同上, 第 80 段)、捷克斯洛伐克(同上, 第 25 次会议, 第 44 段)、丹麦代表北欧国家(同上, 第 32 段)、厄瓜多尔(同上, 第 30 次会议, 第 49 段)、埃及(同上, 第 30 段)、伊朗伊斯兰共和国(同上, 第 25 次会议, 第 62 段)、意大利(同上, 第 29 次会议, 第 47 段)和波兰(同上, 第 28 次会议, 第 78 段)。

¹⁰⁰ 见如下国家发言: 奥地利(同上, 第 26 次会议, 第 47 段)、中国(同上, 第 25 次会议, 第 24 段)、厄瓜多尔(同上, 第 30 次会议, 第 49 段)、匈牙利(同上, 第 28 次会议, 第 100 段)、伊朗伊斯兰共和国(同上, 第 25 次会议, 第 62 段)、意大利(同上, 第 27 次会议, 第 47 段)、日本(同上, 第 26 次会议, 第 31 段)、约旦(同上, 第 28 次会议, 第 41 段)、西班牙(同上, 第 26 次会议, 第 75 段)和泰国(同上, 第 27 次会议, 第 26 段)。

¹⁰¹ 在着重点有些差异的情形下, 除了认为反措施制度不应列为国家责任专题的一部分的人(上文第 34 段中所提到的)以外, 一般都普遍同意这种看法。参看如下国家发言: 阿尔及利亚(同上, 第 29 次会议, 第 70-71 段)、奥地利(同上, 第 26 次会议, 第 47 段)、巴林(同上, 第 19 段)、白俄罗斯(同上, 第 27 次会议, 第 80 段)、巴西(同上, 第 25 次会议, 第 39 段)、中国(同上, 第 27 次会议, 第 24 段)、塞浦路斯(同上, 第 21 次会议, 第 81 和 89-90 段)、丹麦代表北欧国家(同上, 第 25 次会议, 第 32 段)、埃及(同上, 第 30 次会议, 第 30 段)、印度(同上, 第 25 次会议, 第 72-73、76 段)、意大利(同上, 第 29 次会议, 第 47 段)、日本(同上, 第 26 次会议, 第 31-32 段)、约旦(同上, 第 28 次会议, 第 41 段)、巴基斯坦(同上, 第 29 次会议, 第 62 段)、斯洛文尼亚(同上, 第 26 次会议, 第 37 段)、西班牙(同上, 第 75、76 段)、瑞士(同上, 第 25 次会议, 第 93 段)、泰国(同上, 第 27 次会议, 第 27-28 段)、突尼斯(同上, 第 30 次会议, 第 45 段)、美国(同上, 第 27 次会议, 第 37 段)和委内瑞拉(同上, 第 89 段)。

“有些代表认为: 由于发生过滥用情况, 对报复问题的处理应该极其小心并带有保证条款。有人认为, 报复问题不应该在条款中处理。第 9 条草案的适用可能在国际关系中引起严重的不确定情况。有人指出, 有必要考虑以和平解决手段取而代之。有人认为, 第三方强制解决争端对于第 9 条草案的适用是不可或缺的。* 否则, 第 9 条草案的规定会导致动用报复的不能容忍的情况*, 时至今日, 它一直是不被允许的。(第 520 段)

.....

“有一位代表认为, 第 10 条草案需要作一些澄清, 该条似乎暗示报复应该被视为一种极端的强迫措施, 受害国只有在用尽现有一切国际和平解决争端程序之后才可以援用。* 看来, 有必要澄清第 10 条草案对于紧急事件已使得和平解决争端程序的使用显得不切实际的情况是否适用的问题, 并且有必要澄清据称犯下国际不法行为的国家不认为该行为违法并且不承认有争端存在时如何适用第 10 条草案的问题。(第 526 段)

.....

“有一位代表提出了为什么第 10 条草案第 2 款(b)项作为例外情况提到‘据称有国际不法行为的国家’的问题。他问起用语上的分歧是否故意的, 并且指出: 强制性第三方解决争端对于本条款草案的执行看来是不可或缺的。*”(第 529 段)

40. 1985 年出席第六委员会的代表们再度促请极其审慎地处理整个反措施和争端解决问题。¹⁰² 所表示的意见可以总结如下: (a) 反措施的合法化可能导致滥用和侵犯别国权利的现象; (b) 应该就单方面措施拟议刚性的严格制度(只有几个发言的人辩称这种措施应该完全排除); (c) 争端解决程序将大大有助于减少滥用和侵犯别国权利的危险(但有一些发言的人进而认为这种程序应该是单方面行动的替代办法)。但是, 有人表示: 先行用尽争端解决程序的义务会不当地使得据称的受害国无法动弹, 因而有利于据称的违法国。总之, 1984 和 1985 年第六委员会中的辩论明确地显示人们对于反措施之合法性的质疑。但是, 这些怀疑远较不明确、较不一贯而且比较不那么广泛地被认同。

4. 结论

41. 回头看看 1992 年的辩论情况, 应该考虑到是否应该把反措施的法律制度看成只是编纂或者逐渐发展这个问题本身所显示的差异。¹⁰³ 这些差异与实质内容的关系小于它与对待这一问题之着眼

¹⁰² 见上文脚注 3。

¹⁰³ 丹麦代表北欧国家(同上, 第 25 次会议, 第 32 段)。

点的关系。从允许采取单方面反应的过去和目前的一般性原则的观点来看，反措施在习惯国际法上具有坚实的基础似乎是无可怀疑的。从单方面反应的法规来看，一般广泛地认为这个领域也需要逐渐发展。用一位代表的话来说是：

“不可能满足于现有规则的系统化……因为唯恐不受信任的秩序持续下去*。反之，[人们]必须离开……先例而坚决地走上更新的道路，同时致力于国际法的逐渐发展，以期对反措施的采取起到限制作用。*”¹⁰⁴

42. 至此，第六委员会似乎确认了下列几点：

- (a) 至少在长期，反措施应该改为与适当的法律规则更加调谐的手段；
- (b) 反措施的采取应该受到限制；
- (c) 最重要的是，应该加强预防滥用单方面反应的防护措施。

C. 作为国家责任草案的一个要素的 解决争端规定

1. 作为规制单方面反应之制度的 必要补充部分的妥善 解决争端制度

43. 几乎为国际法委员会委员和第六委员会的代表们所一致抨击的反措施的消极方面不仅非常真实，而且也是极其严重的。反措施的消极方面严重到在一定程度上可以说无论政府官员还是学者们的态度均言之成理。他们认为，即使是为了对反措施施加一些条件和限制，还是不应该让它在编纂作业上占有一席之地的。¹⁰⁵ 但是，必须了解到，在受

¹⁰⁴ 伊朗伊斯兰共和国(同上，第63段)。表示同样看法的国家为：智利(同上，第24次会议，第42段)、中国(同上，第25次会议，第23段)、捷克斯洛伐克(同上，第45段)、斯里兰卡(同上，第27次会议，第1段)和泰国(同上，第29段)。

¹⁰⁵ 这种可以理解的态度在委员会自己的历史上有过一个先例。当委员会在1960年代讨论关于条约法的条款草案时，有人问起：不守约者不得要求践约规则是否应该扩大适用于一反应经由违背某一条约而违背被违背之条约本身以外的条约的情况(对于这个问题的探讨可参看 Forlati Picchio, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padua, 1974年，第81-85页起)。在当时，这个问题是：要在当时即将成为《维也纳条约法公约》第60条的草案中加以载述的暂不适用措施是否应该跨过不守约者不得要求践约的严格规则经由该公约扩大适用于其他条约的规则或习惯国际法规则。当时委员会中或对立或错误的看法是：条约法草案不应该拟议以采取单方面反应的方

到抨击的那些缺点中是不能够经由规定适当的争端解决制度来加以改正的。

44. 反措施不是“强迫某一国家……着手解决争端或承认错误从而采取补救措施的适当手段”，¹⁰⁶ 这一表述确实是完全正确的。但是，它们却是一种手段，而用于克服其缺点的唯一方式确实是劝使各国政府愿意解决争端，较具体的做法是提交某一种或某几种形式的第三方解决，作为反措施的替代办法或者至少作为评估所采取的任何单方面措施的可允许程度和合法性的方法。

45. 同样的考虑因素适用于反措施的其他消极影响(上文第32-37段)。在草案中载列充分和足够有效的争端解决制度对于尽量减少或消除下列问题会有决定性的帮助：

- (a) 受害国采取单方面反应办法会使得“强国或富国处于优势地位”而使得弱国受害这一事实的主要缺点(上文第33段)；
- (b) 反措施使当事国之间的关系激化从而使这些当事国更是不肯妥协的危险(上文第34段)。

更加有效地利用第三方解决程序只要确实可行，就

式暂不适用其他条约或习惯国际法的条文。但是，这一结论的依据并不是否认一国有对违背条约行为采取不遵守另一条约或习惯法规则应有之义务的反应，似乎没有人反对在一般国际法下有这种权力存在。如果当时一般认为条约法草案应该只限于载述违背同一条约(如果不是同一规则)之情况中对于某一反应的假说，那是由于委员会不愿意触及对于反措施的报复权力——委员会倾向于不在有关条文中加以载述。

特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士在其关于条约法的第二次报告中对当时的第20条(一条约被违背后的终止或中止)的评注(《1963年……年鉴》，第二卷，第26页，A/CN.4/156和Add.1-3号文件)中指出：

“第3款载述了善意当事国在双边条约受到重大违背情形下的权利。这些权利包括取消整个条约或暂时停止它的全部适用或只终止或暂时停止被违约方违背的那一规定的适用。后一权利，如同前一权利，是安齐洛蒂法官在“默兹河分洪案”中所赞同的不守约者不得要求践约原则的适用。的确，采取非强制的报复也可以在某项权利的基础上载述，但是在这个基础上有人会辩称：善意当事国可能暂不适用的规定不一定是被违背的规定，而是违约国特别关切的另一些规定。第2款的用语并不是为了排除善意当事国可能据以采取报复的任何其他权利；但是，一般认为最好不要在目前的条款中载列这种报复法律。”(同上，第76页，评论第14段。)

¹⁰⁶ 见上文脚注81。

只会减少各国间实际上的不平等所引起的不平衡，从而向各当事国提供一个“冷却”的机会。

46. 无疑，适当的争端解决程序也将具决定性地有助于使用反措施的做法——它确实反映“法律技术的发展还处于初级阶段，意味着承认国际法律秩序还不完善”（上文第 32 段）——与国家间的法律规则更为兼容（或不那么不兼容）。某一方采取反措施时，如果受到反对，便开启了通向第三方解决程序的道路——它对反应国和对应国都具有阻遏作用。这种办法，即使不能说是保证，至少强调了法律规则的头等重要性。

47. 人们也可以确切地说：更加有效地利用第三方解决程序，基本上会使得以下表述的问题具有讨论余地，即：考虑到反措施带有复杂的限定和限制条件，反措施能否在实践上得到足够的理解并且廓清一个程序来作为可接受的强制性法律程序得到赞同（上文第 33 段）。各国确实无法单方面或双边阐明的一些问题可以由调解人和仲裁人来加以解决。

48. 1992 年第六委员会在辩论国际法委员会报告时，许多发言的代表强调有必要加强有关反措施制度的现有争端解决程序。¹⁰⁷ 只有少数发言的人认为不应该在草案中载述争端解决办法。¹⁰⁸

49. 在国际法委员会和第六委员会中对于人们在第四次报告¹⁰⁹中提议的第 12 条(1)款(a)项草案进行的辩论证实了，提高利用适当争端解决程序的机会是尽量减少单方面措施的消极影响的必要手段。大多数委员和代表表示他们赞成该项规定。特别值得注意的是智利、伊朗伊斯兰共和国、波兰、瑞士和委内瑞拉的积极响应。持反对意见的代表们有的担心必须用尽一切解决程序——其中有些，例如谈判，可以一拖好几年，在这段期间内要求受害

¹⁰⁷ 特别参看如下国家的发言：白俄罗斯（《大会正式纪录，第四十七届会议，第六委员会》，第 27 次会议，第 80 段）、丹麦代表北欧国家（同上，第 25 次会议，第 32 和 33 段）、埃及（同上，第 30 次会议，第 31 段）、日本（同上，第 26 次会议，第 31 段）、约旦（同上，第 28 次会议，第 42 段）、俄罗斯联邦（同上，第 28 次会议，第 106 段）、斯洛文尼亚（同上，第 26 次会议，第 38 段）、斯里兰卡（同上，第 27 次会议，第 7 段）和瑞士（同上，第 25 次会议，第 92 段）。

¹⁰⁸ 意大利（同上，第 29 次会议，第 46 段）和美利坚合众国（同上，第 27 次会议，第 37 段）。

¹⁰⁹ 案文见《1992 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 页，脚注 61。

国避免采取反措施是不公平的，有的则担心现有程序的多重性——例如《联合国宪章》第三十三条中所列者在没有指明优先秩序的情形下也会形成一拖好几年的程序。

50. 但是，应该指出的是：正是上文第 49 段所提的危险确实会是不适当争端解决义务的自然结果。当然，由于“选择自由”原则在《宪章》第三十三条下存在被滥用的可能性，第 12 条(1)款(a)项草案确很可能具有引起反对的后果。但正是为了避免这种陷阱，应该在草案第三部分中拟议有效的第三方解决程序。接受这种可能由据称的违法国在据称的受害国采取反措施以后单方面地诉诸第三方的程序，并不能为利用宽松的“自由选择”原则留下任何能力，并且将使得顽抗的违法国难以藉着采取长期达不成协议的谈判或其他费时的程序来逃避义务。下文第 D 节（特别是第 64 段起）所指的这种解决办法也将解决一些代表们（包括奥地利、白俄罗斯、约旦和摩洛哥的代表）在第六委员会中表示的关切事项：用尽争端解决程序应该是“平行的”义务，而不是必须在采取反措施之前予以满足的条件。如同第 D 节中所将说明的，这确实是所拟议的解决办法的特征。一旦这个解决办法在第三部分中被接受下来，第二部分中的第 12 条(1)款(a)项草案必须相应改动。

51. 因此，规制反措施的根本因素之一确实是象前次会议辩论期间所指出的那样，在第三部分中载列一套有效的争端解决条款。¹¹⁰ 采取反措施时所需要遵守的有关条件和限制的规则分明是为了确认单方面反应的合法性，同时在可接受的以及不可或缺的限度内载列该项权力。按照第四次报告中所拟议的第(1)条(a)项草案，其中的一项限制正是草案本身以外法律文书当事国事先用尽“现有”争端解决程序的条件。第三部分的功能应该是确保适当的争端解决程序完全是“现有的”——即使这种程序不存在或者不完全，在这个阶段仍有待于往后（第 D 节，特别是第 61 段和第 73-75 段）更精确地确定当事国之间任何现行争端解决安排的效能；如能充分利用争端解决程序，便能够使在草案中载列的单方面措施法律制度得到适当的平衡。这项补充规定将在采取单方面措施的规章以外对反措施的使用提供一个替代办法——一个更可靠、更有效的办法，或者对滥用反措施情况起到遏制作用。

¹¹⁰ 见阿兰焦—鲁伊斯（《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2267 和 2283 次会议）。

2. 在草案中载列一个有效解决争端制度的进一步的理由

52. 有效的争端解决规定会在许多方面具有助益。

53. 首先, 这些规定将基于公平的立场, 减少据称的受害国采取缺乏合理依据或不合法的反措施的风险。当然, 这一结果会使少数的一些代表感到失望, 他们的态度是可以理解的 (但也许是过于“保守的”), 他们反对编纂反措施法律的构想, 不是因为他们怀疑单方面措施的合法性, 而是由于他们不愿意看到国家具有采取附带限制和条件的报复权力。载列争端解决规定的做法远远不是朝着少数人所希望的方向, 相反, 它会以最公平的手段, 满足大多数国际法委员会委员和第六委员会代表的关切。这里指的是这样的一些人, 大家记得, 他们要不是怀疑现行国际法下反措施的合法性, 至少不认为需要以编纂和逐渐发展法律的方式拟订反措施的法律制度, 它们无论如何严格, 可能被视为维持与公平和国家主权平等不符的方法。这里也主要指所有谴责单方面措施制度之消极方面而要求用比较符合国家间系统中法律规则的手段尽量加以缩小的人。如同在委员会第四十四届会议上答复后者的反对时指出的, 严格的反措施规章对于国际法的执行总是不可或缺的, 但是, 在草案中载列有效的争端解决制度也将提供一个改正执行系统无法避免的缺点的必要途径, 在相当一段期间内, 它有赖于对违背国际义务行为采取单方面反应。

54. 其次, 有效的争端解决制度除了减少据称的受害国和不法行为国之间的摩擦和冲突以外, 不能不在有关当事国之间进行一个均衡和公平的解决办法。通过调解、调查真相、仲裁或司法解决达成的解决办法, 总的说来, 总是比光是诉诸单方面强制措施更加公平, 或者不那么不公正。

55. 第三, 不应该忽视有效的争端解决制度会为潜在的受害国和潜在的违法国带来的改进。¹¹¹

56. 作为违法行为的潜在受害国, 任何守法国为了自己的利益着想, 应该设法在国家责任条款草案中作为诉诸反措施权力之有关规则的并列规定和

补充规定, 载列争端解决规定, 这一规定至少能够减少作为最后手段光是依赖本国采取有效单方面反应的能力的必要性, 因为这种行动方针即使能够采取, 却很可能要付出昂贵的代价, 其效果也无法确定。¹¹²

57. 作为一个潜在的违法国, 任何国家也都应该欢迎在草案中载列争端解决规定, 以便能够较好地有效的第三方论坛上就针对本国采取的反措施的容许程度和合法性提出质疑来为本国辩护, 以免被迫接受一个或数个据称的受害国采取的单方面决心和行动, 而只能以自己一国的可能有限的的能力勉力应付。

58. 对于潜在的受害国, 也对于潜在的违法国来说, 任何守法国也应该考虑到: 由于武装报复被适当地视为违法了, 仍然允许采取的措施主要是经济性质的。考虑到当前各个国家和人民之间高度的相互依存关系, 任何经济上的反措施可能不仅对不法行为国的经济造成不利的影晌, 对于受害国本国的经济, 乃至至于本国人民也会造成不利的影晌。结果, 受害国往往发现很难以经济措施来对侵害其某一权利的行为作出适切的反应, 在这方面可能不存在替代办法。这种情况对于经济困难的受害国来说, 可能越来越严重。不一定只存在于强弱贫富大小不相等的国家之间的经济依赖关系成为对国际不法行为采取措施之“阻遏因素”的可能性实际上已经载于文献中。¹¹³ 有效的争端解决制度似乎是唯一的合理的补救措施, 它既合乎国家的利益, 而首先更是合乎人民的利益。¹¹⁴

¹¹² 见以下第 58 段。

¹¹³ 例如参看, Hofmann, “Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit”, 载于 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 第 45 卷 (1985 年), 第 229 页:

“无疑, 单方面采取非暴力报复的权利含有被滥用的危险, 在这种情况下, 每一个国家都有这种权利, 但是, 由于一般国际法对于报复的可允许程度和形式的严格规定, 这种危险已经大为减少。此外, 由于主要采取断绝或限制贸易关系的形式并且会对采取这种措施的国家造成损失, 轻率报复的危险也有可能减少。”

¹¹⁴ 在这方面, 值得指出的是, 1978 年就解决争端问题在蒙特勒举行的欧安会的一些代表团针对关于欧安会参加国之间第三方解决程序的提案 (与最基本的协商形式不同) 所提出的一个主要论点是: 在发生国际争端的情形下, 只有他们的“人民”政府具有适当的资格来决定和保护他们各自的人民的利益。“中立的”或第三方仲裁人或调解人, 即使是由涉讼政府选定的, 也不能得到信任。欧安会各国政府目前似乎比较审慎了。

¹¹¹ 希望通过有效的第三方解决程序而渐渐地以调解和仲裁代替单方面的报复 (每当国家责任问题不能尽早协议解决时老是发生) 并不是那么不切实际。

59. 上述考虑因素应该被视为更加具有说服力了，因为所要通过的程序所具有的性质，即：对特别问题的司法裁决作为最后手段的调解、调查真相和仲裁（下文第 69-71 段）；争端双方能够参与指定“第三方”机构的成员。因此，第三方肯定不会比作为争端一方的另一国更会循私。

60. 有效的争端解决制度可能也会具有下列的有利作用：

- (a) 在有多个受害国的情形下：
- (一) 减少由于受害国多，同时存在的实质性权利主张多种多样并且无法妥协所带来的困难，
 - (二) 在人权和环境保护等方面的国际义务受到违背的情况下，不致那么难于使受害程度相同或不同的受害国集合起来并且在可能范围内协调某种（采取反措施或其他方式）的集体对策，
- (b) 在有多个不法行为国的情形下不致那么难于确定每一国家的责任，
- (c) 最后，在多边条约受到违背的情形下不致那么难于协调参加该条约各缔约国的利益、态度和行为。

将在稍后阶段详述(a)、(b)和(c)各点。

61. 同样重要的是，就最严重的违例行为（无论是称之为“罪行”或是严重的“不法行为”）而言，有效的争端解决制度有可能在确定执行不法行为国的责任方面不致完全依靠似乎不符合在这个敏感领域逐渐发展法律之迫切性的做法。第一种做法是：有些规则照说具有普遍性，当这些规则被违背时，似乎依赖能够和愿意针对违背情事采取的一些国家——通常是西方国家，这种对策并不是较不片面和较“不受控制的”，因为它是一致的反应，因而可能具有合理的依据。另一种做法是由政治机构采取行动。这些机构的行动到目前为止已显示它们不仅不可或缺，基本上还是有利的，而且多亏有世界性或区域性的组织法存在，它们总是比较“受到控制”。但是，一些政治机构要不是由于缺乏必要的多数而陷于瘫痪，便有可能受到超过需要程度的权力政治的影响：在需要针对任何情况提出对策时，他们的行动可能超出授权的范围。加强国家责任领域的第三方解决程序将使政治机构卸下比较适于司法解决的那一部分负担。但是，还要在讨论第一部分第 19 条所拟议国家的国际“罪行”之后果

的范围内进一步探讨这个问题（见以下第二章）。

D. 建议的解决办法

1. 导言

62. 基于以上各节所载述的迫切理由，国际法委员会应该从它到目前为止所设想到的解决办法出发，再进一步。为了充分减少 C 节中所讨论的单方面反措施的消极作用，光是规定一国在采取某项反措施引起反对时应将这个事项提交调解委员会，是完全不够的。虽然宣告成立这样一个调解委员会的确会有助于在据称的受害国和据称的违法国之间议定争端的解决办法，但由于调解的结果通常不具约束力，这一程序仍不足以达到矫正反措施之消极作用的目的。如果在里普哈根先生提交的第 4 条(c)项草案中载述的解决办法中加上更进取的第三方程序，暂时把该条的(a)项和(b)项搁置下来，将是一个明显的改进。

63. 但是，要考虑到的一个初步论点是解决程序（和缔约国的有关义务）为了执行国家责任公约所应该采取的不同途径。一方面，这里主要是指第四次报告中提议的第 12 条第 1 款(a)项中目前所拟议的解决义务的方式，另一方面，也指应该在第三部分和在可能范围内于第 12 条第 1 款(a)项本身拟议的那些义务的方式。这里特别指解决义务可能影响受害国采取反措施之权力的各种方式。

64. 在规定受害国不得在用尽“现有”解决程序之前采取反措施时，第 12 条第 1 款(a)项只提到当事国可能按照不是国家责任公约中所直接规定之国际规则采取的一类解决程序。的确，第 12 条第 1 款(a)项不作为采取反措施的条件向受害国强加任何既定的解决程序。它只规定：受害国按照争端发生之前已经存在或于其后议定的法律义务，必须用尽“现有的”这种程序。所以，一切都基于据称的受害国和据称的不法行为国之间关于争端解决手段的情况如何或者将会怎样。

65. 显然，有关解决程序包括最基本的谈判/协商形式（在可能范围内得到斡旋或调停之助）、调解、仲裁、司法解决、区域安排以及《联合国宪章》第六章所规定的程序等。显然，由于《宪章》第三十三条中列有多种手段，又可以适用“选择自由”规则，也就很难确定哪种解决手段——特别是有有效的解决手段——是受害国在不法行为国违背其主要或次要义务时具体地拥有的现

有手段。为了澄清这一点，当然，有必要离开多边制度或条约而适用有关国家间正生效的较具体的双边文书——争端解决条约和仲裁条款。但是，即使这样，人们也发现有多种程度的“现有性”存在。规定解决义务的条约或条约条款之间（基于对人的理由、对物的理由和时间上的理由）依其是否规定了可用单方面倡议采取行动的这一程序（从“现有性”来说有着最大的可用性），或取而代之地，在争端发生后规定在每一特定情况下需缔结特别协定的程序（仲裁协定），从而存在很大的差异。在后一情况中评量“现有性”却是不简单的，即使光就一对受害国/不法行为国来说也并不简单。如果不曾预先规定了自动单方面倡议，在很大程度上也取决于某一具体争端发生后每一国家愿意诉诸调解、仲裁或司法解决的程度。考虑到所涉及的变数（对人的理由、对物的理由或时间上的理由），只有至少是极为聪明的数学家——如果不是魔术师——才愿意试图确定一下既定时间下任何想象得到的受害国/违法国之间解决程序之“现有”程度的高下。

66. 换言之，在载列不可或缺的“穷尽规定”时，第12条第1款(a)项只提到解决手段，而没有直接就这些手段作出规定。因此，无法根据该条文来确定作为潜在受害国的某一国在它同作为潜在违法国的其他国家的关系上如何符合“用尽规定”。只有在每一特定的具体情况下，才能确定是否有“可用”的有效争端解决程序，使受害国由于受到诸如第12条第1款(a)项的制止而不能采取反措施。甚至上述这种反措施也会对问题产生重大影响。只有在特定情况下，考虑到现行的多边或双边文书和据称的违法国的实际“倾向”（更不用说据称的受害国自己的倾向了），人们才能确定受害国是否已经遵守了“用尽规定”。¹¹⁵ 一个相当明确的情况是当受害国能够利用它有可能向国际法院提出单方面申请的管辖权联系的时候。在这种情形下，应该是比较容易看出受害国不能够合法地采取反措施，除非它已经从法院得到一份违法国未能遵守的临时措施命令或就事件实质所作的一项判决。但是，即使在这种情况下，如果是为了解救人命或

¹¹⁵ 能够通盘论说的至多是：在多数情况下，能够利用的第一（也许也是唯一的）解决手段可能是谈判/磋商。在一些情况下，可能会具不同水准的调解或仲裁方式，但只有很少情况下才能够以单方面的倡议加以执行。只有在极少数情况下，才能利用《国际法院规约》第三十六条第二款或规定单方面提交国际法院的等效的文书所载列的强制司法解决。除了后面这些不常有或少有的解决办法以外，在多数情况下，至少在初期阶段，还是需要单方面评量“现有”和“用尽”规定。

苦难或避免导致无法补偿的损害而采取的必需的紧急保护措施，也必须允许有一些例外。

67. 当然，有一种“立法”途径可用以减少变数、选择自由、接着发生的不可确定情况以及反措施被滥用而进一步造成的危险，这种滥用反措施的情况——即使不完全是，也特别是一——对弱国有损而对强国有利。达到这个方法是相当果断地把第12条第1款(a)项中只提到不是由国家责任公约引起的争端解决义务的那些条款改为直接载述用尽既定程序是采取反措施之先决条件的条款。¹¹⁶ 委员会所通过的程序越是进取，在国家责任和争端解决这两个领域中的逐渐发展就越重大。受害国的单方面评量的“权利”以及诉诸反措施的权力就会同国家责任公约中所明确规定的程序的有效性成正比的方式减少。

68. 上一段中建议的解决方案的确是在可能范围内达到理论上的理想解决办法这一目标的最为切合实际的方式。这显然是要在条款草案中，在第三部分或第二部分本身，引入条理清晰的第三方解决程序制度，在未能达成协议的情况下最终导致具约束力的第三方宣布。与此同时，第二部分第12条第1款(a)项应加以修改，使采取的任何反措施——除了该第二部分第12条第2款中所拟议的临时性保护或警告措施以外——的合法性以存在上述具约束力的第三方宣布为条件。在这样一个制度的范围内，A国可以用合法方式完全或几乎完全针对B国采取第11条草案¹¹⁷所指的的措施，以便迫使推定顽抗的B国遵守某项仲裁裁决或国际法院所作认定B国违背了对于A国的一项或多项主要或次要义务的判决，虽然即使在那种情形下，如果没有适当机构文书，反措施仍将是确保遵守的主要工具，但只有在依循了具约束力的第三方宣布以后才会采取反措施。公平和平等肯定会得到较好的维护。因此，如果委员会愿意的话，很快就可以提交为了在国际法的发展上取得突破有其必要的条款草案。¹¹⁸

69. 在编写本报告时认为，上一段中所考虑的解决办法可能不会得到大多数委员的赞成。虽然不

¹¹⁶ 例如，可以责成据称的受害国承担提议采取具约束力或不具约束力之第三方解决程序的义务，并且在据称的不法行为国同意了这一程序以后将其权利主张提交第三方。

¹¹⁷ 见上文脚注109。

¹¹⁸ 很可惜，这种情况发生的条件不可能在当前这个“联合国国际法十年”中出现，就是在可以预见的最近的将来也办不到。

排除在这个方向上采取任何逐渐发展的步骤，如果委员会愿意接受的话，拟议了另一个不那么大胆但仍比 1986 年的提案有勇气的做法。¹¹⁹ 提议的解决办法在以下 D.2 分节中作了解释：

- (a) 维持第二部分第 12 条第 1 款(a)项的案文，即提到解决义务而不是引起义务；
- (b) 在第三部分中加强前任特别报告员在 1985-1986 年提交的具约束力的争端解决程序草案，为此增加仲裁和司法解决程序而不直接影响受害国采取反措施的特权。由于受害国知道采取反措施会有引起第三方核查其反应之合法性的危险，受害国只有，可以这么说，“在心里”觉得这种特权会受到影响，下文第 86 段对此作了解释。

但是，委员会委员可能拟议的在前面两段中设想的那种比较进取的解决办法方面建议的任何步骤都是受欢迎的。

2. 提议的分为三个步骤的 解决争端制度

70. 所建议的委员会审议的解决办法是只有在据称符合第二部分第 11 和第 12 条草案的情形下采取了反措施而又针对这一反措施的合理性和合法性引起争端以后才予以援用的具约束力的争端解决程序。以下说明为第三部分及其附件提议的六项条款草案所引起的分为三个步骤的争端解决制度。¹²⁰

(a) 第一步：调解

71. 第一步应该是类似于 1986 年提案中所拟议的调解程序。责任关系或据称的关系的每一方会有权在据称的受害国采取反措施以后按照两个主要的和两个次要的条件采取这种程序。主要条件是：

- (a) 据称的受害国已经采取反措施，和(b) 在据称的不法行为国提出反对或采取其他对策后引起了争端。次要的条件是：该争端既未在采取反措施之日起四个月内获得解决，也没有在同一期间内提交具约束力的第三方解决程序。¹²¹

72. 调解委员会将由任何一方基于单方面的倡议按照附件中的规定成立，同里普哈根在 1986 年提议¹²²的那一种有一部分相类似。调解委员会除了通常的职务以外，将在不妨碍所印发之任何报告仅具建议性质的前提下根据第三部分第 2 条草案(见下文 F 节，第 106 段)具体执行下列工作：

- (a) 根据国家责任条款草案的任何规定确定可能有关的任何事实或法律问题，包括在必要时进行实地的真相调查；
- (b) 下令任一当事国中止所采取的任何反措施；
- (c) 下令采取临时保护措施。

(b) 第二步：仲裁

73. 在若干情况下应该按照第 3 条拟议仲裁规定，即以下两者取一：

- (a) 由于任何障碍而使得调解委员会无法在任一方请求调解之日起三个月内成立或开始工作的情况；或
- (b) 委员会提交报告后，当事国未能在调解委员会提出最后报告后四个月内议定任何解决办法的情况。

74. 仲裁法庭的成员将按照附件中的规定任命。将在仲裁法庭成立之日起十个月内或在当事国提交书面和口头报告之日起六个月内要求它就国家责任条款草案中的任何规定所载列的可能有关的事实或法律问题作出具有约束力的决定。基于更有力的理由，应该让仲裁法庭有权履行第 4 条草案下明确属于调解委员会的职务(见上文第 72 段)。

(c) 第三步：司法解决

75. 除了就国家责任条款草案第一部分第 19 条中被规定为“所称的国际罪行”的不法行为制度进一步审议的可能情况以外，司法解决只应该在第 5 条草案所列的特别情况中作为最后手段加以拟议。其中的两个情况将是：

- (a) 无论为了任何原因无法成立仲裁法庭的

¹¹⁹ 见里普哈根的第七次报告(上文脚注 38)。

¹²⁰ 案文见 F 节。

¹²¹ 具约束力的第三方解决程序会包括某一仲裁法庭或国际法院。

¹²² 见其第七次报告(上文脚注 38)，第 3 页，及下文脚注 167。

情况，除非在未能成立以后六个月内以其他手段使争端得到解决；

- (b) 仲裁法庭未能在规定的十个月或六个月的期限内发布裁决的情况。

在这种情况下，任何一方均可将问题提交国际法院。

76. 此外，应该拟议国际法院在仲裁法庭越权或违背仲裁程序基本原则的情况下的权力。每一当事方都有权按照第 6 条草案下的单方面申请办法将这种案件提交国际法院。

77. 国际法院也应该象仲裁法庭一样，有权就这种案件行使上文第 72 段中为调解委员会拟议的任何职能，这些职能并不是不符合《国际法院规约》，尽管规约中不一定考虑到这些。

78. 以上三个步骤中所建议的期限只是暂定性质。

3. 提议的解决办法的主要特征：作为 矫正目前不可避免的单方面反应 制度消极面之途径的 第三方解决程序

79. 提议的争端解决制度具有三个基本特征。

80. 制度的主要特征是：当未能在任何阶段议定解决办法时，在不致显著妨碍当事国对于其他可能解决程序之选择自由的情形下，将导致具约束力的争端解决办法。的确，当事国对解决程序的选择受到两项限制。第一项限制是：如果采取反措施后发生的争端在反措施被采取之日起四个月内未获解决或未经提交具约束力的第三方程序，则可按照上文第 71 段中所载述的条件单方面申请调解。这个期限可以短于当事国之间现行协议或安排规定的任何较长的期限，在这个意义上同它成为对比。但是，一般认为，由于条款草案中规定了严格的规则，即：为争端的解决和提交第三方案程序规定了较短的期限，这是对于《宪章》第三十三条中原本过于宽松的“自由选择”规则所施加的合理的、因而是可以接受的限制。¹²³

81. 当然，对于当事国选择自由的第二项限制在于规定了一个既定调解程序的事实本身，即：按照提议的第三部分第 1 条草案和附件提起的调解程序。这可以不必遵照当事国之间的任何长期或临时安排行事。按照任何这种安排，每一方起码会有向不同种类的、以不同方式成立的、或拥有不同权力的调解委员会求助的权力。同样，为国家责任条款草案提议的规则应该比当事国之间可能已有的任何较不严格的现行规则优先得到援用。这就比较能够确实有效执行关于国家责任的条款。

82. 提议的解决办法的第二项基本特征，也的确是据以评量其可行性的最重要特征是下述事实：要载入条款草案中的解决程序不致于直接显著缩减受害国对它认为已侵犯其权利的国家采取反措施的权力。当然，采取反措施的合法性仍然受制于是否存在国际不法行为、该行为是否可归因于某一国家等基本条件以及第二部分第 11 至 14 条草案中所规定的其他条件和限制。评量是否存在必要条件和提议的反措施是否遵照第 11 至第 14 条草案中所规定的条件和限制原则上仍将是受害国本身在当事方之间任何现行相反协议的限制下单方面行使的特权，不过要自行承担风险就是了。将提议的分为三个步骤的具约束力第三方解决条款列为条款草案的第三部分不会直接影响受害国决定采取反措施的特权或行使的权力。提议的解决程序只有在受害国作出上述确定以后才会动用。程序的目的是将是以上述的及时和有效的方式解决责任关系中当事国之间的任何分歧，当然其中包括按照关于国家责任的任何条文可能有关系的任何事实或法律问题。

83. 后一点应予强调以免发生任何误解。当事国依提议的第三部分所应有的解决争端之义务的“触发机制”既不是据称的违背习惯法或条约法的主要或次要规则，也不是从互相指控违背情事所引起的争端。触发争端解决制度的只是从据称的受害国采取有争议的反措施和另一方可能采取反报复所引起的争端。首先，是否存在这种争端乃至触发条件的评量当然将由调解委员会进行。

84. 没有必要大谈在提案中争端“触发机制”和 1986 年提案中的“反对”机制之间的明显分歧。“争端”被认为是国际法的学说和实践所广泛并且正式地探索的一个问题较小而且比较客观的作为论据的事实。读者不会看不到建议的制度比 1986 年提案优良。作为反措施之对象的据称

¹²³ 例如，在所提议的条款和《维也纳条约法公约》中所载列的调解程序之间就有可能发生这种分歧。

的违法国不会光是由于反对已经通知它有意采取的反措施就接着采取第三方程序。只有在实际的反措施被采取了以后它才会提起第三方程序。

“保守派”应该感到满意的是：虽然第三方程序的确在遏制反措施被滥用方面比较进取、比较有效，他们所提议的办法在实践中比较重视他们似乎急于保护的惯常做法。

85. 另一个值得注意的特征可能是提议的争端解决机制在国家责任关系的范围内所发挥的职能。虽然上面已经说明过，这种机制不会直接排除受害国在自行承担风险的情形下采取反措施的做法，有了这个制度以后，对于正在决定是否采取反措施的受害国具有清醒的作用。但是，它不会是委员会另一些草案中所载述的那种“中止单方面行动”的制度。¹²⁴ 这里指的是国际水道非航行使用法条款草案一类的制度，它规定：当某一磋商和（或）调解程序正在进行的时候，某一国家可能必须中止执行某一项目。¹²⁵ 在关于国家责任条款草案中提议的争端解决制度范围内，反措施根本不用终止，除非在提起解决程序以后由第三方机构下令中止。提议的制度对于采取反措施的唯一抵制办法，可以说只是对受害国或据称的受害国的心理发生作用，希望它们的当局权衡某一可能采取之反措施的条件和限制时会极其慎重。

E. 委员会解决争端的途径

1. 委员会关于将仲裁条款列入草案的作法

86. 委员会还没有对争端解决法律的发展作出很重大的贡献。除了一些例外以外，委员会到目前为止所完成的绝大多数编纂案文都含有不完善的仲裁条款，除了谈判和一般地提到《联合国宪章》第三十三条以外，至多载述了具约束力的、采取不具约束力之调解措施的规定。通常连同调解条款被移置于某一附件或某一议定书中的较严格、较预先的义务承担都受制于缔约国单独

的接受或保留。¹²⁶

87. 最显著的例外似乎是委员会的条约法草案。¹²⁷ 另一些例外是《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》¹²⁸ 和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》。¹²⁹ 也应该提到国际水道非航行使用法草案¹³⁰ 和国家及其财产的管辖豁免

¹²⁶ 也已有人指出，这些仲裁条款只在两个案件中为国际法院的权限提供了基础并且从未导致任何仲裁程序（见 Coussirat-Coustère, “Le règlement des différends dans l'oeuvre de la Commission du droit international: vers une codification progressive?”, 载于 Perspectives du droit international et européen, Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis, 第 29-46 页）。

¹²⁷ 《维也纳条约法公约》第 66 条不仅就有关第 53 条和第 64 条的适用和解释的任何争端中未能按共同接受的仲裁得到解决的情况规定了强制诉诸司法解决办法，也为调解程序规定了强制诉诸司法解决办法。虽然一程序的执行办法载于附件中，司法解决和调解都明确地作为公约程序制度中在条约的失效、终止、撤出或暂停适用方面所应依循的一个完整的、非选择性的、自动执行部分载于第 66 条。但是，第 66 条所包括的争议范围相当窄小。关于这一规定的有趣来历可参看 Kearney 和 Dalton: “The treaty on treaties”, 《美国国际法杂志》，1970 年，第 545-555 页；Dupuy: “Codification et règlement des différends: les débats de Vienne Sur les procédures de règlement”, 《法国国际法年鉴》，1969 年，第 70-91 页；Deleau: “Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités”, 同上，第 20-23 页；Nahlik, “La Conférence de Vienne sur le droit des traités: une vue d'ensemble”, 同上，第 42 页起。

¹²⁸ 第 84 条规定如下：

“如果两个或两个以上缔约国之间对本公约的适用或解释发生争端，经其中任何一国的要求，彼此就应该进行磋商。经争端任何一方的要求，即应邀请组织或会议参加磋商。”

第 85 条第 1 款规定如下：

“如果从争端开始后一个月仍无法经由第 84 条所述的磋商加以解决，则参与磋商的任何一国可以把这项争端提交依本条规定而设立的调解委员会，并向组织及参与磋商的其他国家发出书面通知。”

¹²⁹ 该公约第 65 条和第 66 条同《维也纳条约法公约》第 65 条和第 66 条很类似。前者的争端解决制度的主要原始特征是第 66 条第 2 款(b)和(c)项中所拟议的咨询意见程序。

¹³⁰ 历任特别报告员所拟议的程序是由谈判、实况调查和应当事国之一的请求进行调解。在未能调解的情形下规定了非强制性诉诸仲裁或司法解决：见施韦贝尔的第三次报告（《1982 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 65 页，A/CN.4/348 号文件），第 472-498 段；及埃文森的第一次报告（《1983 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 155 页，A/CN.4/367 号文件），第 200-231 段。

¹²⁴ 参照汉弗莱·沃尔多克爵士的第二次报告（见上文脚注 105）。

¹²⁵ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 71 页，第 17 条。

条款草案。¹³¹ 虽然在这两个情形下，特别报告员建议采取比较进步的方针，¹³² 委员会并没有加以采取，它对于争端解决条款的态度还是很谨慎小心的。¹³³

88. 委员会之所以不愿意在以前案文的争端解决领域考虑采取比较大胆的条款，总的说来似乎是基于下列因素：

- (a) 委员会有许多委员认为一些政府不会在争端解决方面接受实质的义务；
- (b) 对委员会的任务持受到限制的理解，认为：对于某一专题的编纂，其任务授权不超过就有关专题草拟实质规则，因此，任何争端解决条款必须在外交会议审议或至多在草拟案文的最后阶段才在某一附件中加以审议；¹³⁴
- (c) 认为：关于争端解决的规则总是属于不同的、在某一意义上说是单独的法律领域，即程序法律，应该按照其具体情况单独处理；

¹³¹ 素差伊库的第八次报告（《1986年……年鉴》，第二卷（第一部分），第32页起，A/CN.4/396号文件），第43-48段。除了谈判、磋商和同意的仲裁或司法解决以外，特别报告员拟议了单方面请求实行调解程序的可能性（第29-33条）。第31条草案载列的选择条款规定：任何签字国可就未能依第29和第30条中所指明的手段得到解决的任何争端，宣布接受国际法院的强制管辖。

¹³² 虽然与委员会没有关联，这一趋势的另一个实例是《联合国海洋法公约》，其中第十五部分规定了一个详尽的第三方解决制度。参看 Richardson, "Dispute settlement under the Convention on the Law of the Sea: a flexible and comprehensive extension of the rule of law to ocean space", *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honour of L.B.Sohn*, 1984年，第149页起；和 Jacovides: "Peaceful settlement of disputes in ocean conflicts: does UNCLOS III point the way?", 同上。Oda 在他题为 "Some reflections on the dispute settlement clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea" 一文中表示了不很乐观的看法，载于 *Essay in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*。也参看 R. J. Dupuy 和 D. Vignes 所编的 *A Handbook on the New Law of the Sea* (海牙国际法学院, Martinus Nijhoff 出版社, Dordrecht、波士顿、兰卡斯特新, 1991年，第一卷，第777页起和第二卷，第1333页起。

¹³³ 特别参见 Coussirat-Coustère, 见上引。

¹³⁴ 典型的事例是委员会近年来屡次请求授权委员会在危害人类和平及安全治罪法条款草案方面研究和编写一份国际刑事管辖法院规约草案。尽管如同一些委员屡次指出的，显然，国际刑事法院是适用执行该治罪法的一个必要组成部分，大会1992年第47/33号决议第6段表明，对处理这个课题很不情愿，而且接手得太晚。

(d) 认为：在某一条款草案案文中加上特设争端解决规则会使实质问题复杂化从而减少编纂程序的结果得到足够国家政府批准的机会；

(e) 从1949至1958年委员会在仲裁程序专题上成就有限；¹³⁵

(f) 对于国家责任的具体专题来说，认为：在案文中加上强制性和具约束力的第三方解决程序等预定的争端解决义务，不管案情实质如何，几乎任何主要国际义务受到违背的情事都会受到影响。有人认为，这种情况会使得国家责任草案较难获得通过。

2. 作为新趋势之迹象的关于解决争端程序的近况

89. 委员会不应该由于上述任何一般性或特殊性的因素而受到挫折。无疑，各国通常不愿意接受预定的争端解决承诺，在具约束力的第三方案程序方面，尤其不愿意。¹³⁶ 争端解决法律在历史上有过失败的记录，主要是未能在1907年建立一个真正的常设法院，并且未能为法律争端实现全面强制管辖，在1919-1920年草拟国际常设法院规约期间曾经审议过这些事项。《国际联盟盟约》解决条款，即其中第12至第15条，和1928年通过并于1949年修订的《和平解决国际争端总议定书》只得到一些成就。

¹³⁵ 虽然委员会曾在1953年建议，应该根据关于该专题的条款草案缔结一项公约（《1953年……年鉴》，第208页，第57段），大会首先根据各国最近发表的评论请委员会重新审议该草案并再度提出报告（大会第989(X)号决议第2段）。当委员会建议大会以决议同时通过最后提交的“仲裁规则范本”和委员会报告时（《1958年……年鉴》，第二卷，第83页，A/3859号文件，第二章，第22段），大会拒绝采取建议的行动。大会只是注意到委员会的报告并将“仲裁程序条款草案”提请各会员国在拟定仲裁承诺时在适当范围内予以考虑并使用（大会第1262(XIII)号决议第3段）。根据 Rosenne 的说法（“The International Law Commission”, 《英国国际法年鉴》，第36卷，第150-151页），得出这种结果的原因有三个：(a) 委员会的案文大胆地以司法仲裁而不是以外交仲裁的概念为依据，(b) 大会认为该案文过于依赖逐渐发展，(c) 事实上联合国的政治气候还不允许将外交解决争端方式进一步改为司法解决争端方式。但是，不可能理解“外交仲裁”一词的含义。

¹³⁶ 参见 Franck, *The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World*, 第46页起，并散见他处；及 Lee, "A Case for Facilitation in the Settlement of Disputes", 《德国国际法年鉴》，第34卷（1991年）。

90. 《联合国宪章》第六章主要同政治(和“危险”)争端有关,它的制订不是在法律争端解决程序方面的任何重大进展。固然,安全理事会和大会的职能即使对于法律争端来说也还是政治性质的,¹³⁷看来,解决这些争端的主要程序(仲裁、司法解决和实况调查)似乎可以说是在第三十三条的“自由选择”原则下被埋葬了。尽管一些代表团在拟订《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》有关部分过程中作了努力,¹³⁸这种情况还是一直没有得到改进。对和平解决探讨得很不够,¹³⁹包括《欧洲安全和合作会

议最后文件》¹⁴⁰原则五,鉴于瑞士政府向会议提交的提案论理详明、极有价值,¹⁴¹最终结果特别令人失望。

91. 近年来有了一些令人鼓舞的发展,其中有些载于第三次¹⁴²和第四次报告。¹⁴³1982年《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》¹⁴⁴是个重大的总的政策发展。尽管该文件属于决议形式,它的规定具有纲领性而不是执行的功能,它载有委员会在目前不容予以忽视的两个组成部分。第一个组成部分是第一节第9段中所载的建议,其内容是:各国应

¹³⁷ 例如,参见 Bowett, “Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes”, 《……课程汇编》, 1983年,第二册,第180卷。

¹³⁸ 大会第2625(XXV)号决议。主要参看达荷美、意大利、日本、马达加斯加和荷兰提交的提案,其中第三段:

“3. 为了确保较有效地援用以上的原则:

- (a) 法律争端通常应该由当事国提交国际法院,各国尤其应该致力于依据《国际法院规约》第36条第2款接受国际法院的管辖。
- (b) 在联合国的主持下缔结的一般性多边协定应该规定:有关协定的解释和适用的、当事国未能通过谈判或任何其他和平手段予以解决的争端可以在任何当事国提出申请的情形下提交国际法院或提交某一仲裁法庭,其成员由当事国任命,或在未能进行此种任命的情形下由联合国机关加以任命。
- (c) 联合国会员国和联合国机关应该继续它们在编纂和逐渐发展国际法方面所作的努力,以期加强通过司法程序解决争端的法律基础。
- (d) 联合国主管机关应该更加充分地利用《宪章》在和平解决方面赋予它们的权力和职能,以期确保以和平方法解决所有争端,俾免危及国际和平、安全与正义。”(《大会正式纪录,第二十五届会议,补编第18号》(A/8018),第59-60页。)

¹³⁹ 例如,关于大会第2625(XXV)号决议,见意大利代表提交关于各国建立友好关系和合作的国际法原则特别委员会1970年届会的文件。他认为,正在起草的宣言由于忽视了委员会中对于原则的体制方面的大多数而受到严重的削弱。在委员会提交大会的报告中所载列的一份文件(同上,第55页)中,他着重指出:

“在七项原则中,有些可能是、或看来只具规范性,而其他原则的内容显然同时是规范性和组织性的。总之,组织性的成分在本世纪的最后四分之一内如果被忽视了,便会严重地对各项原则的规范内容乃至其根本存在产生不利的影晌。

……

“忽视禁止进行武力威胁或使用武力、不干涉原则或和平解决国际争端原则*基本的不可或缺的组织方面是危险的。这些原则的有效实现和一般影响以及它们的

“考虑为和平解决彼此间争端而缔结协定”,

更加具体的是,

“并视情况在将要缔结的双边协定和多边公约中列入有效的规定,和平解决因这些协定和公约的解释或适用而引起的争端”。

根本存在在很大程度上取决于一些程序、文书和机构,从这些原则发生的和启发的规则便是藉着它们在国家间关系中得到援用或执行。”

更加确切地说,在争端的解决方面,同一位代表指出:他经常指出他认为存在于该原则目前措词中的严重困难(参看《大会正式纪录,第二十一届会议,第六委员会》,第939次会议,第10段和《大会正式纪录,第二十四届会议,第六委员会》,第1162次会议,第45段)。他曾在特别委员会的上述报告纪录中坚持认为:

“……目前的措词方式‘减少了《宪章》第六章在文字和概念上的影响’并且‘简直无视于第六章的整个条文或款文,更不用说《国际法院规约》’和其他国际文书了。”(同上,《第二十五届会议,补编第18号》(A/8018),第59页。)

他再度提请委员会注意意大利同达荷美、日本、马达加斯加和荷兰一起提交的提案(上文脚注138),接着指出:在未能接受该提案的情形下,

“如果《宣言》草案维持这样一个差距,便会对和平解决争端法律的逐渐发展方面造成重大的损害。”(同上,第60页)。

¹⁴⁰ 1975年8月1日在赫尔辛基签署。

¹⁴¹ 具体参看, Bindschedler, “La Conférence sur la sécurité en Europe et le règlement pacifique des différends”, 瑞士提案的案文参见 Caflisch 所著 “La pratique Suisse en matière de droit international public 1972”, 载于《瑞士国际法年鉴》,第29卷(1973年),第373-377页。

¹⁴² 《1991年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注78),第52-62段。

¹⁴³ 《1992年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注79),第35-40段。

¹⁴⁴ 大会第37/10号决议,附件。

虽然这一规定对普通人来说似乎是显而易见的，如果考虑到《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》¹⁴⁵ 或《欧洲安全和合作会议赫尔辛基最后文件》¹⁴⁶ 原则五中都没有这样的规定，它却是一个重大的进展。第二个同样重要的组成部分是第一节第 11 段中所载的有关规定，指出：

“各国应按照国际法诚意执行它们为解决其争端而缔结的协定的一切规定。”

现在就应该由一个国际机构至少以暗示的方式揭示许多仲裁、调解和（或）司法解决条约几乎完全缺乏效能的情况，它们的案文连同一些较不缺乏效能的文书编纂在很有名的三部著作中。¹⁴⁷ 另一些重要的组成部分载于第二节第 5 段(b)项中，该段希望各国：

“（一）考虑到在可能和适当的情况下能否在条约中列入这样的规定，即将可能因解释或适用条约而引起的争端提交给国际法院；

“（二）在自由行使其主权的情况下，研究能否否定承认，根据国际法院规约第三十六条规定，该法院的管辖具有强制性；

“（三）审查能否确定国际法院可以利用的案例。”

这一节也规定：

“通过法律程序解决法律争端的办法不应被视为各国间的不友好行为。”

而且，无论是《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》或《欧洲安全和合作会议最后文件》中都没有这样的规定。

92. 《关于预防和消除可能威胁国际和平与安全的争端和局势以及关于联合国在该领域的作用的宣言》¹⁴⁸ 和《联合国在维持国际和平与安全方面事实调查宣言》¹⁴⁹ 也出现类似的趋势。

¹⁴⁵ 见上文脚注 139。

¹⁴⁶ 见上文脚注 140。

¹⁴⁷ Habicht, *Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes; Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-1948* (联合国出版物, 出售品编号 1949.V.3); 和 *A Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlement of International Disputes, 1949-1962* (联合国出版物, 出售品编号 66.V.5)。

¹⁴⁸ 大会第 43/51 号决议, 附件。

¹⁴⁹ 大会第 46/59 号决议, 附件。

93. 一项值得注意的最新情况是欧安会拟定了新的《调解和仲裁公约》。更是值得注意的是一些东欧国家为了急剧扭转它们过去在这方面较不进步的政策正在采取的切实步骤。¹⁵⁰ 特别要提到前苏联接受国际法院在一些国际人权文书方面的管辖，前捷克斯洛伐克和匈牙利接受《维也纳条约法公约》第 66 条中所载述的司法和调解程序。对由国际法院规定争端解决办法的日益支持的态度是新趋势的另一个重要信号。这一类的事态发展表明，上文第 88 段(a)分段中所述的因素不应予以过度强调。

94. 上文第 88 段(b)、(c)和(d)分段中所载列的因素是很有问题的。关于(b)分段中所提到的因素，委员会应该记得：大会已经委托委员会拟订为执行《宪章》第十三条第一项(子)款所必要的法律材料的技术工作。一旦上级机关通过委托委员会从事拟订案文的工作而作了政治选择，接着应由委员会以它的技术作业作为依据来决定所应履行之工作的确切范围，以便适当地为联合国及其会员国服务。在上文¹⁵¹提到的拟订国际刑事法院规约草案的情形下，委员会对于自己的权限犹疑不定，结果不仅造成令人遗憾的延误，也非常不应该地浪费了资源。联合国必须为原本会来自委员会的专门知识同会员国商量。此外，必须采取专案方式——在刑法方面几乎不能赞扬的解决办法。

95. 第 86 段(c)和(d)中所载各项因素没有对必须在国内法或国际法的一切情况下单独处理的实质和程序进行任何区分。在国际法方面，相反的情况实际上似乎是真实的。如上所述，一般性争端解决文书，无论是双边或多边的，都已经证实不是很有效能的。它们是有关解决争端的各种机制和程序及其组合应用办法的有趣的学习和教学材料，但并不是涉讼国实际上最常采用的。从技术上看值得称赞的国际法委员会《仲裁程序规则范本》也是这样，它不过是各国一旦决定提交仲裁以后所使用的范本。比较有用的争端解决机制是法学家们通常提到的那种“仲裁条款”，即：特定国际条约（包括越来越多的多边条约）所附载的解决条款，它规定条约的适用和解释所引起的任何争端的解决手段。这些规定正是大会在《马尼拉宣言》¹⁵²中鼓励各国采取的那种解决

¹⁵⁰ 见上文脚注 114。

¹⁵¹ 见上文脚注 134。

¹⁵² 见上文脚注 144。

机制，它们有时——但应该更经常地——载于编纂公约草案中，通过大会这个上级机关建议国际社会采取该机制是委员会的任务。

3. 作为争端解决法律之逐渐发展 事项的国家责任条款 草案第三部分

96. 现在谈到各国对这一专题的勉强态度(见上文第 88 段(f)分段)，载列争端解决条款对于国家责任草案来说被认为特别适当。同其他的编纂公约不一样，该草案已经要载列关于非实质性事项的一些重要条文，例如，第四十四届会议¹⁵³就以合法方式针对国际不法行为相应采取反措施的条件和限制以及不法行为国的不合作态度所提出的条文，这些条文目前已提交起草委员会。作必要的更改以后，这些条款是手段性质的，它们要执行规定了争端解决程序的第三部分中的规则所要发挥的那种功能。第三部分草案中所载的条文，包括特定争端解决条款，看来也就与条款草案第二部分的一些关键性规定的性质完全一致了。

97. 当然，的确是如同里普哈根先生所特别指出的那样，在有关违背国际义务之后果的草案中载列争端解决条款会通过规定各国有责任提交具约束力的第三程序而涵盖包罗广泛的一系列的问题，这种程序的提起将取决于任一方的单方面决定。但是，这并不是象初一看到时所觉得的那么无法克服的障碍。应该铭记两个主要的考虑因素。

98. 首先，这一程序所要包括的争端如下：

- (a) 涉及国家责任条款的解释或适用的法律争端，这是一个很广泛但不是没有限制的领域；
- (b) 上面(a)分段所述由国际责任关系中的当事国采取反措施或反报复所引起的法律争端。

99. 其次，但却是最重要的一点是：由于第四十四届会议提议的条款草案已经提交起草委员

会，¹⁵⁴ 国家责任草案已经暗示，任何国家作为可能的不法行为国，需要受制于单方面的倡议，这当然不如受制于单方面提起第三方调解、仲裁或司法解决程序的情况。即使假定，在联合国国际法十年期间，各国会认为第三方解决义务是一项不可容忍的负担，委员会至少应该邀请它们进一步考虑一下：容许具有不受充分限制地采取反措施的一般性特权(权力)难道不是更加不能容忍吗？

100. 委员会在国家责任草案中载列较进取的争端解决条款还有另一个一般性的理由。鉴于草案的范围包罗广泛，委员会迟迟不肯不顾一些国家不愿意加以接受的可能性而提议采取朝向第三方争端解决制度的、较具决定性的步骤，无疑是可以理解的。但是，这一因素应该用来鼓励委员会认真考虑在目前的案文中载列这样一个制度。这样做有两个正当的理由。第一，委员会会从而对反措施中令人最不合意的特征进行必要的更正，这样的更正是唯一公平和有效的方式，可以确保受害国，不管国力大小，都能遵守草案对其单方面反应之权力所施加的一切条件和限制。第二，在草案中载列一项有效的争端解决制度必然会更有利于遵守任何国际法规则，包括任何过去的或未来的编纂公约。

101. 经验显示：最常被提到的关于解决争端的文件，例如《联合国宪章》第六章、《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》¹⁵⁵ 或甚至《马尼拉宣言》¹⁵⁶，以及《美洲国家组织宪章》、¹⁵⁷《波哥大公约》¹⁵⁸ 和《非洲统一组织宪章》及其《议定书》，¹⁵⁹ 在就违背国际义务情事向成员提供保护方面都规定得过于模糊。因此，鉴于已经有了许多缺乏效能的一般性争端解决条约，进一步逐渐发展一般性质的争端解决程序没有多大意义。在国家责任条款草案范围内通过规定更加有效的仲裁条款来对争

¹⁵⁴ 同上，第 119 段。

¹⁵⁵ 见上文脚注 138。

¹⁵⁶ 见上文脚注 144。

¹⁵⁷ 1948 年 4 月 30 日于波哥大签署(联合国，《条约集》，第 119 卷，第 3 页)；经 1967 年 2 月 27 日的《布宜诺斯艾利斯议定书》修订(同上，第 721 卷，第 324 页)。

¹⁵⁸ 《美洲和平解决条约》(同上，第 30 卷，第 55 页)。

¹⁵⁹ 同上，第 479 卷，第 39 页。

¹⁵³ 第 11-14 条。案文见《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 28 页起，脚注 56、61、67 和 69。

端解决程序从事实性的逐渐发展,是比较适当的。为了更进一步对争端解决法律从事进一步的发展,的确很难想象会有什么比通过公约草案之际更好的机会,规制目前的单方面反应制度、从而明确认可涉及许多消极方面的习惯法实践,将能同时对采取反措施的权力予以适当的控制。如果没有这种控制,弱国和处境不利的国家,即国家间制度中的大多数成员,必然会遭遇由于国家间的实际不平等所造成的危险。

102. 总之,国家责任草案为联合国提供了对发展争端解决法律作出贡献的最好机会。这里谨郑重指出:委员会如果失去这个机会,那将是一个重大的错误。还希望,在争端解决程序方面所作的改进将通过条款草案第一部分第19条的执行而大大开拓实际进展的前景。

103. 因此,一般倾向于认为:委员会应该扭转目前的趋势,即:狭义地解释它在争端解决程序方面的权限和过度强调各国政府不愿意接受比较进取的争端解决承诺。有人认为:委员会应该以尽可能富革新性的精神考虑这个问题,并在探讨这个问题时充分信任自己的技能和专长。在这方面,应该提请各国政府注意一套思虑周详的第三部分条款草案对国家间系统中法律规则的发展所将带来的好处。

104. 当然,委员会在争端解决方面的努力必须超越它的编纂工作,因为通常对编纂工作的理解是

“更精确地制订并系统整理广泛存在国家惯例、判例和学说的国际法规则。”¹⁶⁰

所要进行的工作是《联合国宪章》第十三条第一项(子)款和《国际法委员会章程》第1条和第15至24条中所规定的逐渐发展工作。按照《章程》中有关规定,这项工作需要

“就国际法尚未订立规章或各国惯例尚未充分发展成法律的各项主题,拟订公约草案”。¹⁶¹

当然,委员会正确地认为逐渐发展的工作,本来有别于《章程》中的狭义编纂工作(及其准备工作),它只是广义编纂工作两个不可分割方面的一个方面而已。但是,对这种差别的“早日放

弃”¹⁶²和认为委员会工作的两个方面在广义的编纂概念中可以说是合在一起的看法,并不是说委员会在逐渐发展方面的职能有所缩减。反之,这项职能是远远比现有规则的“拟订和系统化”更加重要了。¹⁶³之所以有人催促“早日放弃”两种职能间的差别是基于这样的事实:在许多方面,很难(而且不是非要不可)区别委员会工作的这两个方面。此外,固然在若干方面只需要进行狭义的纯粹编纂工作,即:以书面形式详细拟订法律使它更加明确,国际关系的另一些方面则需要以逐渐发展的方式拟订新规则。显然,争端解决的确是后者中的一个方面,委员会必须以必要的决心进行创造性的工作。¹⁶⁴

105. 委员会在向大会提交工作成果时应毫不犹豫地促请成员国注意这一无可争议的事实:

“国际社会未能发展可以同国家社区的立法相比拟的第三方立法[从我们的目的来说是指下定决心],很可能被证明是人类文明的致命错误”。¹⁶⁵

这里所载述的一些提议远较不进取,甚至不试图弥补这一差距。它们并不建议设立创设新法律的机构。这里只是提倡设立的确非有不可的机制,

¹⁶² Sinclair, *The International Law Commission: Hersch Lauterpacht Memorial Lectures*, 第46页并散见各处。

¹⁶³ 可以同意 Briggs 所编 *The International Law Commission* 一书第131-132页中所引述的 Brierly 的看法:

“[狭义的]编纂是或者应该是……明确和申明已经存在的法律的一件科学性的工作,它对于各国具有约束力,不论各国是否同意其中的每一细节。的确,它必定需要对现有规则中小的不一致之处进行改正……填补缺漏……,因此,对于立法和[狭义的]编纂的区分无法做到科学的区分。但是,从广义上说,这种区分是正确的;[狭义的]编纂的主要目的并不是要找出当事方能够接受的规则(这无可避免地是公约中的一项首要考虑因素),而是要说明哪些是已有的规则。”

因此,委员会工作中最重要的部分是逐渐发展。发展法律的杰出地位似乎也得到 Jennings 的确认,这种看法载于他所编写的“*The progressive development of international law and its codification*”,《英国国际法年鉴》,第24卷。

¹⁶⁴ 关于国际法委员会在逐渐发展方面的作用,特别是从“第三世界”危机的观点着眼的看法载于《国际法委员会:采取新方针的必要》一文(联合国训练研究所,《政策与效用研究》第1期,1981年),以及 Franck 和 El Baradei 所著“*The codification and progressive development of international law: a UNITAR study on the role and use of the ILC*”,《美国国际法杂志》,第76卷,1982年。

¹⁶⁵ Franck (见上文脚注136)。作者对于二十世纪战争引起的流血事件的见解同样适用于任何种类单方面强制措施之实践的消极后果。

¹⁶⁰ 《国际法委员会章程》第15条。

¹⁶¹ 同上。

只是为了援用现有的法律来改正现有单方面反措施制度中最令人担心的一些方面。国际法学家特别应该在促进这一发展方面起到更加积极的作用。他们不能用过时的论点来逃避这项责任，说什么各国政府不会接受更加适切的争端解决承诺。让各国政府为接受或反对这些承诺负责吧。¹⁶⁶

F. 条款草案和附件

106. 特别报告员提议下列第三部分条款草案和附件。

第三部分

第1条 调解

如果在据称的受害国对据称的违法国采取反措施之后出现的争端未在采取该措施之后[四个][六个]月内通过第12条第(1)款(a)项所指的方法之一得到解决或提交具有拘束力的第三方解决程序，(争端)任一当事国有权根据本条款附件所指程序将其提交调解委员会。

第2条 调解委员会的任务

1. 调解委员会在履行使各方达成一种商定的解决办法这一任务时，应：

- (a) 审查可能与解决本条款任何部分所涉争端有关的事实或法律问题；
- (b) 酌情下达具有拘束力的命令：
 - (一) 停止任一当事国对另一当事国采取的任何措施；
 - (二) 采取其认为必要的任何临时性保护措施；

¹⁶⁶ 也许应当回顾一下，本报告前几节中对于反措施的最有力(和最有理)的批评来自1992年大会第四十七届会议第六委员会的辩论的参加者。他们的意见特别有份量，首先是由于发言的人作为政府代表的政治地位，其次是他们对于国际法的专门学识。这些代表们表达了各国政府在《马尼拉宣言》中宣示的意见，起草和通过该《宣言》的正是同样的一些实体。应该着重指出他们所指斥的反措施的消极方面是为支持贯彻执行《马尼拉宣言》增加了论据。

(c) 进行其认为必要的任何事实调查，以确定案件事实，包括在任一当事国领土内进行事实调查。

2. 若争端调解失败，委员会应向当事国提交一份报告，载述其对该争端的评价及其解决的建议。

第3条 仲裁

若未能设立第1条规定的调解委员会或在调解委员会提出报告后六个月内未达成商定的解决办法，任一当事国有权将争端提交根据本条款附件规定组成的仲裁法庭裁决，无需特别协定。

第4条 仲裁法庭的职权范围

1. 就本条款中任何规定所载列的可能有关任何事实或法律问题作出具有拘束力的决定时，仲裁法庭应根据本条款附件中所列或所指的规则运作，并应在[当事国完成书面和口头申诉和提交诉状][其任命]之日起[六个][十个][十二个]月内向当事国提出其裁决。

2. 仲裁法庭应有权进行其认为必要的任何事实调查，以确定案件事实，包括在任一当事国领土内进行事实调查。

第5条 司法解决

争端可提交国际法院裁决：

- (a) 在下列情况下由任一当事国提交：
 - (一) 无论因何原因无法设立第4条规定的仲裁法庭，若争端在此之后六个月内未能通过谈判得到解决；
 - (二) 上述仲裁法庭未能在第4条规定的时限内作出裁决；
- (b) 由受到违反仲裁裁决之任何措施的当事国提交。

第6条 越权或违反仲裁程序的基本原则

任一当事国有权将越权或偏离仲裁程序基本原则的仲裁法庭裁决提交国际法院。

附件

第1条 调解委员会的组成¹⁶⁷

除非有关各国另外商定，调解委员会组成如下：

¹⁶⁷ 里普哈根先生提议的对应于上文第1和第2条的附件草案规定如下：

“1. 联合国秘书长应起草并保有由合格的法学家组成的调解员名单。为此目的，应请联合国每一会员国或本条款第一缔约国提出两名调解员，被提名者的名字均应列入名单。调解员的任期，包括被提名补缺的调解员的任期，应为五年，并可延期。任期已满的调解员应继续履行根据下段规定选定他担任的任何职务。

“2. 按本条款第三部分第4条(c)款的规定向秘书长提出要求时，秘书长应将争端送交按如下方式组成的调解委员会：

“构成争端当事国一方的一国或数国应指定：

“(a) 一名具有该国或该数国中任一国国籍的调解员，该调解员可从也可以不从第1条所提到的名单中选出。

“(b) 一名不具有该国或该数国中任一国国籍的调解员，该调解员应从上述名单中选出。

“构成争端当事国另一方的一国或数国应按同样方法指定两名调解员。由争端当事国双方选出的四名调解员应在秘书长收到要求之日以后六十天内指定。

“四名调解员应在他们之中最后一个被指定之日以后六十天内从上述名单中指定第五名调解员，第五名调解员应担任主席。

“如果主席或任何其他调解员未能在上述为此类指定规定的期限内指定，则应由秘书长在该期限期满以后的六十天内指定。主席可由秘书长从上述名单或从国际法委员会的委员中选定。必须指定调解员的任一期限经争端当事国双方协议均可延期。

“任何空缺均应按开始指定时规定的方式填补。

“3. 争端当事国一方或双方未提交调解不应构成不提起诉讼的理由。

“4. 关于按本附件行动的调解委员会是否有权的争执应由该委员会裁决。

“5. 调解委员会应决定其本身的程序。该委员会在取得争端当事国双方同意以后，可请任何国家以口头或书面形式向它送交意见。该委员会的决定和建议应有多数票才能通过。

“6. 调解委员会可提请争端当事国双方注意可能促成友好解决的任何措施。

“7. 调解委员会应倾听争端当事国的意见，审查它们的要求和异议，并向双方提出建议，以便使争端得到友好解决。

“8. 调解委员会应在组成后十二个月内提出报告。该报告应交存秘书处，并转送争端当事国双方。该委员会的报告，包括在其中有关事实和法律问题的任何结论，对争端当事国双方均不具有约束力，它只具有送交争端当事国双方考虑以促成争端友好解决的性质，此外不再有其他任何性质。

“9. 调解委员会的费用和支出应由争端当事国双方承担。”

委员会由五位成员组成。当事国应各自提名一位委员，委员可从其各自的国民中选出。另外三位委员应通过协议从第三国国民中任命。这三位委员必须具有不同国籍，并不得为当事国领土内常住居民或为当事国服务。当事国应从他们之中任命委员会主席。

因死亡、辞职或任何其他原因而出现的空缺应按确定的提名方式在尽可能最短的时间内填补。

若共同指定的委员未在需作任命的时期内任命，该任命应委托当事国协议选定的第三国，或在当事国的要求下，委托联合国大会主席，或如果大会休会，则委托上届主席作出。

若未就其中任何一项程序达成协议，每一当事国应指定一个不同的国家，任命应由如此选定的国家协商一致作出。

若这两国未能在三个月内达成协议，它们应各自提出候选人，其人数与要任命的委员人数相同。然后应通过抽签方式决定这样指定的候选人中何人将得到任命。

在当事国之间没有相反协议的情况下，调解委员会应在联合国所在地或其主席挑选的其他地点开会。

调解委员会在所有情况下均可请联合国秘书长给予协助。

调解委员会的工作不公开进行，除非委员会在当事国同意之下作出此种决定。

在当事国之间没有相反协议的情况下，调解委员会应规定其本身的程序，其中无论如何均应规定听取双方意见。关于调查，除非委员会一致作出相反的决定，它应根据1907年《和平解决国际争端海牙公约》第三部分的规定行事。

在当事国之间没有相反协议的情况下，委员会的决定应由多数票通过作出，委员会只能在所有委员在场的情况下就争端的实质问题作出决定。

第2条 调解委员会的任务

1. 调解委员会的任务是阐明争议的问题，为此目的，通过调查或其他手段收集所有必需的资料，并努力使当事国达成协议。它可在审查案情后，告知当事国它看来适合的解决条件，并规定当

事国作出其决定的期限。

2. 在调解结束时，委员会应起草一份记录，根据案情，说明当事国已达成协议并在需要时说明协议的条件，或说明不可能实施解决办法。记录中不应提及委员会的决定是一致作出或是由多数票通过作出。

3. 除非当事国另外商定，委员会的调解程序必须在从委员会被授权处理该争端之日起六个月内结束。

4. 委员会的逐字记录应及时通告当事国。当事国应决定是否予以公布。

第3条 仲裁法庭的组成

1. 仲裁法庭由五位仲裁员组成。当事国应各自提名一位仲裁员，仲裁员可从其各自的国民中选出。另外两位仲裁员和庭长应通过共同的协议从第三国国民中选出。他们必须具有不同的国籍，不得为当事国领土内常住居民或为当事国服务。

2. 如果从一当事国要求另一当事国组成仲裁法庭之日起三个月内，仲裁法庭的仲裁员仍未任命，应请双方协议选定的第三国作出必要的任命。

3. 若未就此达成任何协议，每一当事国应指定一个不同的国家，任命应由如此选定的国家协商一致作出。

4. 若如此选定的这两国未能在三个月内达成

协议，必要的任命应由国际法院院长作出。若院长不能采取行动或他是当事国之一的国民，任命应由副院长作出。若后者不能采取行动或他是当事国之一的国民，任命应由法院资历最深而又非当事国之一国民的法官作出。

5. 因死亡、辞职或任何其他原因而出现的空缺应按确定的提名方式在尽可能最短的时间内填补。

6. 当事国应拟订一份特别协定，确定争端的事由和程序细节。

7. 如果特别协定对上条所指的问题规定得不够详细，必要时应适用 1907 年《和平解决国际争端海牙公约》的规定。

8. 若在法庭组成之日起三个月内未能缔结特别协定，该争端得由任一当事国通过请诉书提交法庭。

9. 若特别协定未作任何规定或没有缔结特别协定，法庭应根据本条款，对争端的实质性问题适用《国际法院规约》第三十八条列举的各项规则。在不存在可适用于该争端的此种规则的情况下，法庭应根据公正和善良的原则裁决。

107. 上文第 62 至 85 段解释了条款和附件的内容。

108. 可能必须增加其他一些条款，以完成第三部分草案，这一部份涉及可能设想的各种程序，有关一读通过的第一部分第 19 条所述构成“犯罪”的国际不法行为在方法方面（程序性）的后果。

第二章

国家的所谓国际罪行的后果 (条款草案第一部分第 19 条)

篇首语

109. 尽管认识到条款草案第一部分第 19 条¹⁶⁸定之为国家罪行的那些不法行为的后果，

已不是最初确实存在的那个未知领域，但对于此问题的任何困难方面，仍然未能得出任何结论。此言是指，现有法律状况如何和法律可能朝着什么方向逐渐发展两者都尚未确定。现时能向国际法委员会提供的最佳服务是，设法找出并探索供进一步讨论的问题。只有国际法委员会和第六委员会进行了充分的有意义的辩论，从中获得了指

¹⁶⁸ 见上文脚注 1。

导之后,才能经过进一步思考,向下届会议提交初步意见,甚至提交条款草案。

110. 这里当然指的是根据现行法或拟议法确定所讨论的不法行为的后果问题。1976年在通过该用语时,只是出于术语上的区分,才对国际罪行与其他国际不法行为(侵权行为)作了区分。自1976年以来,国际法委员会和第六委员会,特别是在辩论里普哈根先生的第二部分第14条和15条草案和第三部分第4条(b)款草案时,无不频繁地讨论“罪行”有何鲜明后果这一具体问题,但两者都没有讨论出结果。国际法委员会尤其如此,它只是将所说的条款草案转给了起草委员会,但起草委员会没有对之采取任何行动。尽管在1985和1986年出现了有价值的提案和辩论,但对国家的国际“罪行”的后果的讨论主要见于有关此问题的优秀文献中,尽管这些文献并不十分惹人注目。在通过第一部分第19条之时,此问题故意留待以后处理,此种做法或许不明智。

111. 本章的目的已经明确说过,故本章先在A节回顾国际法委员会、第六委员会和文献中迄今为止就国家的国际“罪行”的后果已经表达过的见解。B节试着从现行法和拟议法两种角度出发,列出委员会在确定这类不法行为的后果时遇到的主要的实质性和程序性问题。作为结论篇的C节则试图对看来需要委员会加以审议的最重要的问题,审议理论上能推想出的任选性解决办法的长短优劣。不用说,所列出的问题仅仅是管中一窥,所以特别报告员期待着同事们以及该委员会或第六委员会的委员们惠予补充,向其提供全力指导。

A. 国际法委员会、第六委员会以及文献所列出的国际法委员会国家责任问题工作中有关罪行的“特别制度”所涉问题

1. 导言

112. 国际法委员会在1976年其第二十八届会议上,对当时特别报告员罗伯托·阿戈的提案表示欢迎,并一读通过了一项条款,即草案第一部分第19条,¹⁶⁹意在从国家不法行为中单独划

¹⁶⁹ 见《1976年……年鉴》,第二卷(第二部分),第95页。

出一类“特别的”被称为“国际罪行”的违法行为。

113. 特别报告员和国际法委员会出于什么原因和实际考虑对“罪行”和简单的“违法行为”作出区分,这在记载委员会该届会议工作的文件中有充分的阐述,因此不妨请读者直接查阅有关文件。¹⁷⁰不论怎样,应该指出的是,对于第19条中所用的“罪行”一词,委员会意指“整个国际社会”都认为严重违反了保护国际社会根本利益所必籍之义务的那些行为。委员会接着列举了一些并非面面俱到的不法行为的例子,在当时1976年所实行的国际法中,这些构成了所说的“罪行”:侵略,这是违反对维护国际和平与安全极为重要的义务(第3款(a)项);用武力建立或维持殖民统治,这是严重违反对保护各国人民自决权极为重要的义务(第3款(b)项);奴隶制、灭绝种族、种族隔离制,这些是对保护人类极为重要的义务的大规模违反(第3款(c)项);大规模污染大气或海洋,这是严重违反对保护人类环境极为重要的义务(第3款(d)项)。

114. 正如委员会一开始就指出的,对“违法行为”和“罪行”加以区分,不仅具有描述性价值,而且尤其具有规范性价值。换言之,这种区分之所以被写入草案里,是因为涉及到对“责任制度”的区分。“罪行”的责任与“违法行为”的责任相比,将引致不同的(至少部分不同)和更严重的法律后果。¹⁷¹

115. 下文将分析:(a)委员会在其工作过程中是如何逐步形成“罪行责任”的这一“特别”责任制度的;(b)大会第六委员会对国际法委员会提出的观点的反应;和(c)对于国家的国际罪行草案各条规定应含有什么内容,这方面学者所持的观点。

¹⁷⁰ 见阿戈的第五次报告(同上,第一部分,第3页, A/CN.4/291和Add.1-2号文件,第79-154段)和委员会对第19条的评注(同上,第二部分,第96-122页),对委员会所讨论和发展的罪行及其后果的概念,有一篇十分宝贵的分析,见Spinedi所著的“International crimes of State: The legislative history”。

¹⁷¹ 在这方面,参见委员会对第19条的评注(《1976年……年鉴》,第二卷(第二部分),第116-118页),特别是第51-54段。

2. 国际法委员会工作中罪行的 “特别”后果问题

(a) 第一次提到该问题

116. 根据不法行为的类型对责任制度加以区别, 这个想法在委员会的工作中很早就产生了。主要提出者是阿戈, 早在 1969 年委员会第二十一届会议辩论期间, 他就坚持认为, 有必要考虑到两类不法行为之间存在的差别。他把不太严重的违法行为列在了第一类, 这类行为主要引致责任国作出广义赔偿的义务, 只有在某些情况下——例如未能履行该项义务——才导致对该国适用“制裁”。他把较严重的违法行为列在了第二类, 对于这类行为, 从一开始便可用“制裁”相威胁, 然而这种威胁独立于争议性的赔偿程序的结果。¹⁷² 建议在委员会内获得了积极的反响, 一些委员甚至为更准确地表述这项建议而提出修改意见。例如乌沙科夫, 他一方面警告, 只有不法行为破坏或威胁了国际和平与安全, 才可谈及军事性质的“制裁”, 同时又特别强调对不法行为作出反应的权力, 指出, 在国际社会的根本利益受到侵犯的情况下, 这种权力不单涉及不法行为的“主要受害者”, 还会涉及其他人。¹⁷³ 关于后一点, 委员会的其他委员采取了积极的态度, 但指出, 没有受到违法行为“特别影响”的国家有权做的是集体反应, 而不是单独反应, 换言之, 是执行代表“整个国际社会”的当局 [原文如此] 集体作出的决定。¹⁷⁴

117. 可以看出, 从最初就开始形成了两条线, 特别严重的不法行为的责任问题就沿着这两条线展开: (a) 与其他违法行为相比更为严重的后果的“实质内容”; (b) 反应的类型, 在不法行为影响到国际社会根本利益的情况下, 可以说是“蔓延”性的, 或者干脆说是普遍性的。

¹⁷² 《1969 年……年鉴》, 第一卷, 第 1036 次会议, 第 15-26 段和《1970 年……年鉴》, 第一卷, 第 1074 次会议, 第 12-13 段。

¹⁷³ 《1969 年……年鉴》, 第一卷, 第 1012 次会议, 第 38-39 段。

¹⁷⁴ 塞特-卡马拉 (《1970 年……年鉴》, 第一卷, 第 1075 次会议)、亚辛 (同上, 第 1076 次会议)、乌什托尔 (同上, 第 1079 次会议)、阿戈 (同上, 第 1074 次会议), 又见《1970 年……年鉴》, 第二卷, 第 177 页, A/CN.4/233 号文件, 第 22-25 段。

118. 根据初步辩论中获得的积极反应, 特别报告员于是正式提议在条款草案中单独列出一类更为严重的不法行为——可称之为“罪行”, 对这类不法行为将安排一个“特别”的责任制度。¹⁷⁵ 此项提议获得了委员会绝大多数委员的赞同,¹⁷⁶ 于是在 1976 年, 在讨论了阿戈的第五次报告 (专门论述根据所违反义务的主要内容和国家的“国际罪行”概念对两种不法行为作出区分) 之后,¹⁷⁷ 一读通过了第 19 条草案。¹⁷⁸

(b) 第 19 条的评注

119. 委员会对第 19 条提出的评注¹⁷⁹ 同阿戈先生的第五次报告相一致, 主要阐述的也是在概念上将国际不法行为分成明显的两类 (“违法行为”和“罪行”) 的理由, 将罪行的特别后果问题留给草案第二部分处理。然而, 对于委员会心目中的“罪行”的“特别”责任制度, 从评注中可以隐约看出至少三点一般性提示:

- (a) 首先确认, 对不同的责任制度所作的区分是一般国际法中已经存在的做法。因此委员会须做的努力应是编纂现行法, 而不是对拟议法进行阐述;¹⁸⁰
- (b) 其次, 即使同一条款中列举了不同的假定例子——如侵略、殖民统治或大规模污染, 但这并不意味着这些都引起相同的后果: 相反, “加重的”责任制度将依不同

¹⁷⁵ 《1973 年……年鉴》, 第二卷, 第 172 页, 第 51 段。

¹⁷⁶ 表示坚决反对的只有勒泰 (同上, 第一卷, 第 1202 次会议, 第 34-37 段)。

¹⁷⁷ 《1976 年……年鉴》, 第二卷, 第一部分, A/CN.4/291 和 Add.1 和 2 号文件, 特别是第 79-155 段。

¹⁷⁸ 同上, 第二卷 (第二部分), 第 95-122 页。对该条表示保留的只有卡尼、鹤冈千仞和勒泰 (分别见《1976 年……年鉴》, 第一卷, 第 1362 次会议, 第 23-24 段; 第 1363 次会议, 第 33-37 段; 第 1375 次会议, 第 1-4 段; 和第 1402 次会议, 第 61-64 段)。然而, 正如 Spinedi 指出的, “他们对如下事实没有争议, 即当代国际法视某些特别严重的不法行为具有与所有其他不法行为不同的后果。他们只是怀疑在委员会起草的这些条款草案里处理这些特别责任规则是否有用。” (见上引, 第 22 页)。

¹⁷⁹ 《1976 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 96-122 页。

¹⁸⁰ 同上, 第 19 条的评注第 (54) 段。

的罪行而有差异；¹⁸¹

- (c) 第三，委员会预先警告，“特别”责任制度的编纂绝不能背离《联合国宪章》中有关

“……《宪章》特意要予以防止和惩罚的某些行为的规定。……《宪章》的某些规定已经是某一专题一般国际法的组成部分，并且委员会也关心该专题，则这些规定自然将忠实地反映在委员会的工作中。否则，正是由于其“特别”性质，也由于第一百零三条的规定，《宪章》的规定将永远优先于一般性的编纂公约的规定。”¹⁸²

(c) 对第 19 条草案的辩论

120. 从委员会委员自己和围绕阿戈先生的第五次报告的辩论中可归纳出罪行的“特别”后果的更多内容。

121. 例如，特别报告员说，他认为在出现罪行时，受害国除了要求广义的赔偿外，还可对不法行为国实施“制裁”。这意味着不仅可诉诸在作用上与违背履行基本义务或与赔偿有关的报复，还可诉诸纯粹“惩戒性的目的”，虽然后者只在特定的情形下才涉及使用武力。¹⁸³ 委员会的其他委员也提到在发生罪行后实施“制裁”的可能性（当然，是除了要求赔偿以外），虽然他们没有进一步说明“制裁”到底指的是什么。¹⁸⁴ 在这方面，得到广泛赞同的唯一意见似乎是，只有在发生侵略的情况下，才可出于自卫，采取单方面决定的武装措施。¹⁸⁵ 然而必须牢记，甚至在更

¹⁸¹ 同上，第 (53) 段。然而这里应该指出，委员会认为宜对特别报告员的建议略作修改。特别报告员对违反对维护国际和平与安全极为重要的义务与其他罪行作了区分，委员会认为可将前述违反义务改为仅指引起“极端的强制和制裁措施”的违法行为（同上，第二卷（第一部分）（见上文脚注 170），第 150 段）。

¹⁸² 同上，第二卷（第二部分），第 19 条的评注第 (55) 段。

¹⁸³ 同上，（第一部分）（见上文脚注 170），第 80 段起。然而在这个问题上，可参见阿戈在其第三次报告中所表达的立场（《1971 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 199 页，A/CN.4/246 和 Add.1-3 号文件），第 32 段起。

¹⁸⁴ 贝贾维（《1976 年……年鉴》，第一卷，第 1362 次会议）、亚辛（同上，第 1372 次会议）、汉布罗（同上）、塞特-卡马拉（同上，第 1373 次会议）、马丁内斯·莫雷诺（同上）、拉曼加索维纳（同上，第 1374 次会议）、比尔盖（同上，第 1376 次会议）和卡斯塔涅达（同上，第 1402 次会议）。

¹⁸⁵ 关于这一点，卡尼（同上，第 1374 次会议）和卡斯塔涅达（同上，第 1402 次会议）发表过重要的意见。

早些时候，在第一部分第 1 条的评注里，委员会就针对“制裁”的含义集体表达了如下意见：

“这里所用的‘制裁’一词是指一种措施，虽然不一定涉及使用武力，但其特征是——至少部分是——其目的是给予惩罚。这种目的与争取义务之履行的‘强制’不同，也与恢复受到侵害的权利、赔偿、补偿等不同。”¹⁸⁶

122. 对于反应权有多大（指不涉及武力的措施）的问题，一些委员认为反应权在出现罪行时足够宽泛，每个国家及所有国家可采取措施，即使国际机构没有作出决定；¹⁸⁷ 而另一些委员坚持认为，集体的或普遍性的措施，即使不涉及使用武力，也只能在一主管的国际机构，更具体地说安全理事会的事先同意或监督之下才能采取。¹⁸⁸ 还应指出，委员会的许多委员毫不犹豫地认为《联合国宪章》所规定的一些措施正是在出现罪行时可施加的最典型的“广泛的和多边的”制裁措施；或是象开除或暂停资格这样的“社会”措施，或是在发生侵略时采取的第七章所规定的措施。¹⁸⁹

(d) 第 30 和 34 条的评注

123. 对于“罪行责任”“特别”制度的两个主要方面（后果的更大程度的严重性和反应权力的普遍性），委员会在分别一读通过第 30 和 34 条时表达了自己的意见，这两条论及“对抗措施”和“自卫”不属于不法的问题。

124. 在第 30 条的评注里，例如，委员会确认，对抗措施的用意不仅可以是“确保履行”，

¹⁸⁶ 《1973 年……年鉴》，第二卷，第 175 页，第 1 条的评注第 (5) 段。

¹⁸⁷ 乌沙科夫（《1969 年……年鉴》，第一卷，第 1012 次会议，第 38 段）、阿戈（《1976 年……年鉴》，第一卷，第 1363 次会议）、昆廷-巴克斯特（同上，第 1375 次会议）、贝贾维（同上）和卡斯塔涅达（同上，第 1402 次会议）。

¹⁸⁸ 所以，塞特-卡马拉（《1976 年……年鉴》，第一卷，第 1373 次会议）明确地、卡尼间接地，强调这种单方面的行动与《宪章》所确立的保护国际和平与安全的制度的区别（同上，第 1374 次会议）。

¹⁸⁹ 阿戈（同上，第 1371、1372 和 1376 次会议）、亚辛（同上，第 1372 次会议）、塞特-卡马拉（同上，第 1373 次会议）、瓦莱特（同上）、马丁内斯·莫雷诺（同上）、拉曼加索维纳（第 1374 次会议）、卡尼（同上）、鹤冈千仞（同上，第 1375 次会议）、罗西季斯（同上）、乌什托尔（同上）、埃里安（同上，第 1376 次会议）和比尔盖（同上）。只有勒泰和卡斯塔涅达对于认为第七章中的措施是国际责任的形式正确性，表示了疑问（同上，第 1402 次会议）。

而且可以是“实行惩罚”。¹⁹⁰ 为了回应某些不法行为，或在某些情况下——然而评注没有明说——对抗措施将不单单具有获得停止或广义赔偿的功能。它还可能具有独立的目的是，因此可以在提出停止或赔偿等要求之时，甚至在关于赔偿的争议性程序结束之后加以采取。关于对抗措施的内容，评注中的意见是，除了自卫的情况之外，任何不法行为都不能成为诉诸使用武力的单方面措施的理由。

125. 同一评注还在第(22)段里进一步指出，主管国际机构如果作出了决定，对严重违反基本义务行为予以谴责，则“非直接”受害的国家也可以诉诸对抗措施。对先要求赔偿、相称原则、禁止武力报复等这些一般规则或原则也可暂不遵守。然而，对“间接”受害国单独采取对抗措施的可能性，评注未置一词。

126. 对于第34条，委员会的一些委员指出，为了自卫而采取涉及武力的措施，不仅在遭到武装攻击时能站得住，而且可用于对其他不法行为作出反应，即那些比非法使用武力严重程度低的违法行为。¹⁹¹ 正如已经指出的，¹⁹² 这就是说，委员会内基本上都持有这样的想法，即一特定类型的不法行为（侵略，以及按照稍不“严格”的意见，任何对使用武力禁令的严重违反）可能导致与其他国际不法行为的后果不同的，相比之下更为“剧烈的”后果（出于自卫而诉诸武力）。

(e) 概述

127. 从委员会关于草案第一部分的工作可以得出以下几点简要的推论：

- (a) 依委员会的看法，一般国际法已经为第19条中所指的那类不法行为规定了不同的责任制度；
- (b) 这种制度不总是一成不变的，而是依罪行的不同而有变化，虽然与违法行为的制度相比，它有一些一般性特征；
- (c) 在各种罪行中，只有武装侵略（或者正

¹⁹⁰ 《1979年……年鉴》，第二卷（第二部分），第116页，评注第(3)段。

¹⁹¹ 勃泰（《1980年……年鉴》，第一卷，第1620次会议）、迪亚斯-冈萨雷斯（第1627次会议，第220-221页）、平托（同上）和塔比比（同上，第1628次会议）。

¹⁹² Spinedi, 见上引，第42页起，尤见第43页。

如有些人说的，严重违反禁止使用武力或以武力相威胁的禁令的行为)才可引起作为单独或集体自卫行为的单方面武力反应，正如一般国际法所规定和《联合国宪章》第五十一条所承认的；

- (d) 发生了罪行后，不仅主要受害国（如果有的话），而且受到不法行为任何损害的任何其他国家都可以采取对抗措施（即使是出于纯“确保执行或赔偿性的”目的以外的目的——虽然没有明确地说这是“罪行责任”的独有特征）；
- (e) 虽然对于“非直接”受害国单独采取单方面措施对罪行作出反应的可能性不存在一致意见，但委员会内似有这样的共识，即这类国家的反应可能是十分严厉的（例如背离事先要求赔偿、相称以及禁止使用武装对抗措施等原则），如果它遵循了有权处理罪行所造成的情况的集体主管机构的决定的话；
- (f) 根据委员会大多数委员的看法，为制裁罪行——与违法行为相对而言——而可能采取的“来源于集体”的措施包括：按照《联合国宪章》第五和第六条暂停其联合国会员国资格或从联合国开除，以及安全理事会根据第七章所确定的其他措施。

(f) 1984年和1985年提案

128. 在关于第二部分的报告中，里普哈根表达了在许多方面与上述结论相一致的意见。尤其是如下意见：

“……草案第19条第3款（作为可能的例子）所列的国际罪行不能引致相同的新法律关系。”¹⁹³

里普哈根先生一方面承认不同的罪行的后果有这种差异性，另一方面仍然设法寻找“所有国际罪行所共有的特别法律后果要素”，¹⁹⁴ 并对治罪制度和违法行为的制度作出一般区分。

129. 对于不法行为国的义务（就目前所用的术语而言，可大致等同于“实质性”后果），里普哈根似不认为“罪行责任”制度有别于违法行为责

¹⁹³ 初次报告（《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第129页，A/CN.4/330号文件），第98段最后。

¹⁹⁴ 第四次报告（《1983年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/366和Add.1号文件），第58段。

任制度。依里普哈根的看法, 停止违法行为、恢复原状或补偿和作出适当的不重犯保证的义务都在违法国身上, 这是犯下任何国际不法行为的结果, 不论是“违法行为”还是“罪行”。¹⁹⁵ 另外, 委员会的其他委员似乎同意这一意见。¹⁹⁶

130. 但是, 按照里普哈根的意见, 对所谓“直接”受害国而言的“手段性”后果, 只在侵略的案件上有别于那些一般由“普通”不法行为产生的后果。在这种情况下, 除了为了自卫而诉诸武力是合理的外, “直接”受害国可能采取的对抗措施实际上只受相称性原则和尊重强制法两点的限制, 当然, 也“受制于联合国维持国际和平与安全的机制的运用”。¹⁹⁷ 然而, 按照里普哈根的意见, 在涉及侵略以外的罪行时, 受害国可能采取的对抗措施的制度无异于任何其他国际不法行为的制度。¹⁹⁸ 委员会其他委员的态度是, 他们同意, 只有在发生侵略为了自卫时, “直接”受害国的武装反应才是容许的。¹⁹⁹ 但是, 对于这样的国家在遇到其他罪行时可采取的对抗措施的制度、与发生违法行为时的对抗措施制度两者之间的区别, 他们看来并没有明确表示任何立场。

131. 里普哈根尤其注意了从“非直接”受害国的角度看“罪行责任”的特征。里普哈根在就草案第一部分进行工作期间与委员会采取一致的立场, 并特别申明, 每一罪行都产生了普遍性的责任, 即除了不法行为国自己外, 对所有其他国家都负有责任。²⁰⁰ 然而, 在责任关系中, 这种众多国家的位置与罪行的“主要受害国”的位置是不同的: 根据里普哈根的意见, “非直接”受害国的法律地位包括: (a) 要求停止、赔偿和不重

犯保证的权利; (b) 不帮助肇事国维持罪行所造成的状况的义务; (c) 有权针对犯罪行为国采取在其他情况下理应受到禁止或违反不干涉内政原则的行为, 然而有一点应理解的是, 这一权利不是无条件的, 只能持续到主管的联合国机构就制裁罪行作出了决定为止; (d) 执行联合国机构决定的对罪行的制裁措施的义务, 这种联合国机构是处理罪行后果的主管“当局”, 即使罪行不涉及对国际和平或安全构成威胁。²⁰¹

132. 在出现侵略罪行时, 上文所述的制度将会变化——朝着更严厉的方向变化。在这种情况下, 每个国家(不法行为国除外)拥有与罪行的“主要受害国”相同的权利, 尤其是可以通过单独或集体自卫的方式而诉诸武力。另外, 提到联合国系统时将会更精确: 每个国家实际上有义务执行安全理事会根据《联合国宪章》第七章可能作出的这类“制裁”决定。²⁰²

133. 然而必须补充的是, 里普哈根对他所述的, 或任何其他“罪行责任”制度的法律地位所持的立场十分不同于委员会在第 19 条的评注里所采取的立场。根据他的看法, 除了侵略的特别后果之外, 所述的制度并不符合国际法的现状(现行法)。采用这种制度是个逐渐发展的问题。²⁰³

134. 里普哈根在 1984 年提交委员会的第 5 条(e)项、第 14 和第 15 条草案里体现了他的建议。²⁰⁴

²⁰¹ 同上。

²⁰² 同上。

²⁰³ 同上。

²⁰⁴ 他最初在其第三次报告所载的第 6 条草案里提出了十分相似的规定(《1982 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 48 页, A/CN.4/354 和 Add.1-2 号文件, 第 150 段)。该条载于报告第 48 页, 案文如下:

“第 6 条

“1. 一国的国际不法行为, 如已构成国际罪行, 则使每个国家均负有以下义务:

“(a) 不承认该罪行造成的状况为合法; 并且

“(b) 不向犯下该罪行的国家提供援助或协助以维持该罪行所造成的状况; 并且

“(c) 同其他国家一起, 互相协助, 以履行(a)项和(b)项的义务。

“2. 除非国际法的适用规则另有规定, 履行第 1 款提到的义务时应比照适用《联合国宪章》所规定的维持国际和平与安全的程序。

“3. 在不违反《联合国宪章》第一百零三条的条件下, 当一国根据本条第 1 和第 2 款所负的义务与其按照国际法任何其他规则所享有的权利和所负的义务发生抵触时, 本条规定的义务应居优先。”

¹⁹⁵ 初次报告(《1980 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)(见上文脚注 193), 第 30-40 段; 和第二次报告《1981 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 79 页, A/CN.4/344 号文件, 第 99-104 段。

¹⁹⁶ 正如 Spinedi 所指出的, “在审议国际罪行的特别责任形式这一问题时, [委员会的委员们] 所指的不是不法行为的肇事国的新义务”(见上引, 第 93 页)。

¹⁹⁷ 第四次报告(《1983 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 见上文脚注 194), 第 55 段。

¹⁹⁸ 同上, 第 53-54 段。

¹⁹⁹ 根据 Spinedi 的意见, “这从如下事实可以清楚地看出来: 委员会的委员们 1982 年和 1983 年只是在必须在条款草案里处理自卫问题时才联系讨论了侵略的后果问题”(见上引, 第 94 页, 注 312)。

²⁰⁰ 第四次报告(《1983 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 见上文脚注 194), 第 59 段。

这几项条款如下：

第 5 条

为本条款目的，“受害国”指

[.....]

- (e) 如国际不法行为构成了国际罪行并[在第 14 条和第 15 条规定的各国的权利和义务范围内]，所有其他国家。

第 14 条

1. 国际罪行产生国际不法行为的一切法律后果，此外并产生整个国际社会接受的可适用的规则所确定的权利和义务。

2. 一国犯下的国际罪行使所有其他国家均负有以下义务：

- (a) 不承认该罪行造成的状况为合法，并且
(b) 不向犯下该罪行的国家提供援助或协助以维持该罪行所造成的状况，并且
(c) 同其他国家一起，互相协助，以履行(a)项和(b)项的义务。

3. 除非适用的一般国际法规则另有规定，行使本条第 1 款所规定的权利和履行本条第 1 和第 2 款所规定的义务时应比照适用《联合国宪章》所规定的关于维持国际和平与安全的程序。

4. 在不违反《联合国宪章》第一百零三条的条件下，当一国根据本条第 1、第 2 和第 3 款所负义务与其按国际法任何其他规则所享有的权利和所负的义务发生抵触时，本条规定的义务应居优先。

第 15 条

侵略行为产生国际罪行的一切法律后果，此外并产生《联合国宪章》所规定或渊源于《联合国宪章》的权利和义务。²⁰⁵

(g) 委员会对 1984 年和 1985 年 提案的辩论

135. 里普哈根的提案尽管已经提交起草委员会，但没有对它进行特别彻底的辩论。委员们评论的普遍基调特别明显地表明，这些提案尽管可能被认为是拟订治罪制度的一个良好的出发点，但仍然需要重大的修改和更多的拟订。²⁰⁶ 然

²⁰⁵ 《1984 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/380 号文件，第二节。

²⁰⁶ 见以下人士的发言：马莱克先生（《1982 年……年鉴》，第一卷，第 1732 次会议）、伊恩·辛克莱爵士

而，关于一些要点，也许可以推断出一些比较具体的写法。

136. 例如，一些委员共同持有的一项反对意见是，里普哈根的提案没有将“非直接”受害国的立场同作为违约行为的“主要受害者”的国家的立场充分区别开来。如果在某罪行案件中，各国如同仅仅由于某项不法行为而“直接”受到损害的国家一样自动具有同样的权利（第 14 条第 1 款似乎表明这一点），那么在罪行案件中，各国不仅都有权得到金钱补偿，甚至可以如同“直接”受害国一样采取同样的对抗措施。就公正、和平和有秩序的国际关系而言，一些国家认为，这似乎是有害的。²⁰⁷ 对于这种反对意见，里普哈根答复说，罪行的“非直接”受害国的“主动”情况将取决于实际遭受的损害的类型。例如，只有当有关国家由于国际罪行而确实受到物质损害时，才可以索取金钱赔偿。²⁰⁸ 在以下意义上这同样适用于对抗措施，即

“仅只根据第 5 条(e)项被认为是受害国的国家作为整个国际社会的成员享有这一地位，并应在有组织的国际社会的范围内行使其新权利和履行其新义务。”²⁰⁹

因此在没有“在有组织的国际社会范围内”作出的任何集体决定和在此之前，根据里普哈根的意见，仅仅在第 5 条(e)项意义上遭到损害的国家可以单独诉诸第 14 条第 2 款所规定的不承担和团结的措施。²¹⁰

(同上，第 1733 次会议)、倪先生（同上）、贾戈达先生（同上）、巴尔沃萨先生（同上）、拉克莱塔·穆诺兹先生（同上）和拉扎凡德拉朗博先生（同上）。此外，里普哈根承认，他并不打算将一份详尽无遗的罪行后果的清单列入其条款，而只是为委员会的进一步拟订工作提供一种基础。里普哈根概述的这一制度的“最低”和“开放”的性质显然反映在第 14 条第 1 款的案文中，该款规定，一项罪行的任何进一步的“特别”后果可在任何情况下由整个国际社会确定。

²⁰⁷ 在这一方面，见辛克莱先生（《1984 年……年鉴》，第一卷，第 1865 次会议）、昆廷-巴克斯特先生（同上）和麦卡弗里先生（同上）。

²⁰⁸ 同上，第 1867 次会议。

²⁰⁹ 第六次报告（《1985 年……年鉴》，第二卷（第一部分），见上文脚注 2），第 14 条的评注第(10)段。

²¹⁰ 同上，第(6)段。里普哈根的这个立场早已在其第三次报告中相当明确地表明（《1982 年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注 204），第 95-96 和 136-143 段。在这一方面，另见 Spinedi，见上引，第 124 页。

137. 他在此提出了另一种意见。考虑到委员会的其他委员没有任何反对意见而且实际上是符合其中一些人所表示的意见，²¹¹ 里普哈根准备从国际责任概念中，特别是从通过对抗措施可合法追求的目标中，删去任何惩罚性内容，或者如果人们愿意的话，删去除与履行违反的义务和赔偿损失有关的以外的任何内容。²¹² 至少就国家可能单独采取对抗措施而言，这甚至适用于罪行案件。²¹³ 但是，里普哈根并没有明确否定根据有关国际机构作出的集体决定可能实行的“制裁”中有惩罚内容。

138. 对于《联合国宪章》中早已规定的程序和措施所赋予的作用可以提出最后的意见。委员会委员们的普遍意见似乎是明确赞成在制约罪行的制度中规定运用《宪章》根据具体案情承认或实际上实行的那些措施。主要指的是《宪章》规定的侵略情况下的自卫措施和维持国际和平与安全所规定的程序。²¹⁴

(h) 委员会立场的概述

139. 这里将试图概述委员会的结论，对此委员会在其关于草案第一部分的工作和审议里普哈根的提案以后似乎就“特殊的”国家的国际罪行制度达成了一定程度的一致意见：

²¹¹ 勒泰先生（《1976年……年鉴》，第一卷，第1402次会议；《1981年……年鉴》，第一卷，第1666次会议；以及《1982年……年鉴》，第一卷，第1731次会议）及施韦贝尔先生（《1980年……年鉴》，第一卷，第1601次会议）。

²¹² 第二次报告（《1981年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注195）），第35段。另见里普哈根在委员会第1759次会议上的发言（《1983年……年鉴》，第一卷）。

²¹³ 第三次报告（《1982年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注204）），第140段。

²¹⁴ 见以下人士的发言：埃文森先生（《1982年……年鉴》，第一卷，第1733次会议，第17段）、乌沙科夫先生（同上，第1736次会议，第33段；第1737次会议，第25-26段）、扬科夫先生（同上，第12段）、弗利坦先生（《1983年……年鉴》，第一卷，第1773次会议）、凯西先生（同上，第1775次会议起）、巴兰达先生（同上，第1776次会议）、贾戈达先生（同上，第1777次会议）、科罗马先生（同上）、巴尔沃萨先生（同上）和麦卡弗里先生（同上）。勒泰先生（《1984年……年鉴》，第一卷，第1861次会议）和马莱克先生（同上，第1866次会议）对《宪章》有关维持国际和平与安全的机制的提法在法律上的正确性和政治上的适宜性表示怀疑。

- (a) 委员会其他委员并不反对的特别报告员明确表示的立场似乎表明，应完成的任务与其说是编纂关于这一专题的可能（和混乱的）现行法，不如说是通过逐渐发展的方式具体规定商定的最低标准，根据这种限度，同不法行为的后果相比，可加剧罪行的严重后果；
- (b) 作为违约行为（如果有的话）的“主要受害者”的国家的法律关系中找不到这种最低限度：这种国家的权利和权力——除非从量上衡量损害的严重程度——无异于任何国际不法行为的主要受害方所产生的权利和权力；
- (c) 另一方面，从“非直接”受害国单独作出反应的观点来看，其法律关系中确实存在“特殊的性质”。与不法行为的“非直接”受害国的情况不同，罪行的“非直接”受害国的特点将是它有必要的最低限度。这种限度无疑将包括里普哈根所表示的“不承认”和“不同犯罪者合作”的义务：但考虑到委员会内对这种说法的马虎态度普遍表示不满，这种限度可能还包括一些其他义务。大家似乎还同意，有关国家的法律参与不应该走得太远乃至说明其中一国或若干国单方面采取针对不法行为者的处罚措施是合理的；
- (d) 在代表“整个国际社会”的某个当局作出集体决定的情况下，单个国家单独对罪行可能采取个别“制裁”的限制将缩小。在这种情况下，任何“非直接”受害国可以有权，甚至不得不对不法行为者采取“有组织的国际社会”决定的措施——这些措施可能比在其他情况下允许的措施更为严厉。
- (e) 委员会多数人认为，上文(d)分段提到的现象所作的假设确有重要意义，这种假设可能发生，就是联合国主管机关在对违约行为运用《联合国宪章》规定的具体程序时集体决定采取的措施。
- (f) 有别于这种“最低限度”普遍制度的是侵略案件，唯有对于这种罪行，侵略者以外的任何国家才可以通过集体自卫作出单方面的武装反应。对于这种罪行，任何国家还有权采取比其他不法行为限制较小（实际或程序性限制）的非武装对

抗措施。唯一适用的限制是相称性和禁止违犯强制法义务。所有这些(自卫和“加剧的”对抗措施)将制约于《宪章》第七章规定的关于维护国际和平与安全的程序。

3. 第六委员会内各国的反应

(a) 刑事责任问题

140. 关于在通过草案第一部分第 19 条时第六委员会内的反应,多数国家,特别是“社会主义国家”和“发展中世界”的国家同意委员会的选择。只有少数西方国家坚决反对,其中包括澳大利亚、²¹⁵ 法国、²¹⁶ 希腊、²¹⁷ 葡萄牙、²¹⁸ 瑞典²¹⁹ 和美利坚合众国。²²⁰ 他们经常提出的批评基本上是针对他们认为国际法委员会提议的区别中潜在着将国家行为“刑事化”的危险。据这些国家说,这一阶段的国际法中没有相当于国家刑法规定的责任形式。在国家间一级目前还没有一个普遍认可的国际机构可以被认为具有充分的代表性和公正性,因而可赋予决定惩罚性“制裁”的职责。此外,国家行为的“刑事化”将意味着将集体刑事责任的可能性提高到法治的水平——这种发展是同法律文明不相符合的。委员会的草案本来应该专门针对国家责任的赔偿方面,而不是针对制裁。如要作出制裁必须在政治一级决定,而不是同确定国际不法行为的责任联系起来。²²¹

²¹⁵ 《大会正式记录,第三十一届会议,第六委员会》,第 27 次会议,第 17-20 段,其后,同上,《第三十八届会议,第六委员会》,第 50 次会议,第 53-55 段。

²¹⁶ 同上,《第三十一届会议,第六委员会》,第 26 次会议,第 4 段,其后,同上,《第三十八届会议,第六委员会》,第 41 次会议,第 26 段。

²¹⁷ 同上,《第三十一届会议,第六委员会》,第 23 次会议,第 11-12 段。

²¹⁸ 同上,第 17 段。

²¹⁹ 瑞典的立场主要见对委员会草案的书面评论(《1981 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 71 页, A/CN.4/342 和 Add.1-4 号文件,第 77 页)。

²²⁰ 《大会正式记录,第三十一届会议,第六委员会》,第 17 次会议,第 8-12 段;同上,《第三十三届会议》,第 40 次会议,第 2 段;其后,同上,《第三十八届会议,第六委员会》,第 47 次会议,第 67 段。

²²¹ 后面一种意见仅仅是希腊提出的(见上文脚注 217)。

141. 另一多数由一些欧洲国家组成的集团也表示反对惩罚性措施,认为这些措施相当于国家法律制度中规定的对各种形式的刑事责任采取的措施。这些国家原则上接受所提议的区别,但在委员会界定罪行后果时暂时保留其意见。²²² 但必须强调指出,这些保留是赞成对“罪行责任”制定“特别”制度的那些国家作出的。对于这些国家来说,罪行后果决不应包括各种形式的刑事或惩罚性责任,因为这种责任不仅违反国际人格者主权平等的原则,而且还赞同有能力实行“惩罚性制裁”的国家提出的具有帝国主义性质的权利要求。²²³

142. 在结束关于这一点的讨论时,应该注意到,相当一些国家原来反对或严重怀疑“罪行责任”的概念,但在评论里普哈根随后提出的提案时,他们对于为特别严重的不法行为的后果确定“特别”制度的可能性的态度就不太强烈。这可能是由于这些提案具有温和和非惩罚的性质。²²⁴

(b) 罪行的“实质性”后果

143. 在关于国家的“刑事”责任的可接受性的辩论之外,第六委员会对于根据现行法或拟议法确定第 19 条所具体规定的那种不法行为的制度的

²²² 奥地利(《大会正式记录,第三十一届会议,第六委员会》,第 20 次会议,第 2 段和同上,《第三十八届会议,第六委员会》,第 41 次会议,第 41 段)、丹麦(同上,《第三十一届会议,第六委员会》,第 19 次会议,第 5 段)、德意志联邦共和国(同上,第 24 次会议,第 73 段和《1981 年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注 219),第 75 页)、日本(同上,第 21 次会议,第 8 段)和西班牙(同上,《第三十八届会议,第六委员会》,第 54 次会议,第 35 段)。

²²³ 保加利亚(同上,第 52 次会议,第 57 段)、德意志民主共和国(同上,《第三十五届会议,第六委员会》,第 49 次会议,第 15 段和同上,《第三十八届会议》,第 36 次会议,第 67 段)、匈牙利(同上,第 53 次会议,第 22 段)、波兰(同上,第 33 段)、乌克兰苏维埃社会主义共和国(同上,第 50 次会议,第 24 段)和苏维埃社会主义共和国联盟(同上,第 53 次会议,第 43 段)。

²²⁴ 例如,见以下国家采取的立场:希腊(同上,《第三十七届会议,第六委员会》,第 40 次会议,第 47 段)、日本(同上,第 46 次会议,第 19 段)、澳大利亚(同上,第 48 次会议,第 9 段)、瑞典(同上,第 41 次会议,第 12 段)和美利坚合众国(同上,第 52 次会议,第 22-23 段)。

“特殊性质”，谈论不多。²²⁵

(c) 反应权力

144. 关于反应权力，只有两个国家怀疑犯罪或者任何情况下严重违反旨在保障整个国际社会的利益的规则的行为，产生了对所有人的责任。然而对这种责任是否意味着任何国家，甚至是仅仅“间接”受害国可以单方面采取对抗措施的问题，很少国家采取立场。²²⁶ 里普哈根关于在国际罪行的案件中不法行为国以外的所有国家都负有普通法律的“最低限度”义务（“不承认”和“团结”）的建议，对此没有任何国家作出重要的评论。²²⁷ 然而在第六委员会内及他处，各国也对这样的概念表示普遍不满，即把罪行的“特征”减为这种“最低限度”义务，而没有适当制定不法行为国的义务和“直接”受害国的权利的制度。

(d) “有组织的国际社会”的作用

145. 仍然关于“反应权力”的专题，一些国家毫不迟疑地赞同国际法委员会的立场，即一项罪行的典型后果应该是由所有国家，即在“有组织的国际社会”范围内采取措施。正如人们所指出，这种立场显然主要是指对某些案件需要运用《联合国宪章》所规定的措施，特别是第七章所规定的措施。然而有些国家认为，在草案中提到这些措施是不适宜的。这是因为运用这些措施

²²⁵ 然而不防回顾保加利亚、德意志联邦共和国和美利坚合众国在这一问题上采取的立场。例如，保加利亚认为，在罪行案件中，受害国可以立即采取对抗措施，而无须等待对原先提出的赔偿要求作出否定反应（同上，《第三十六届会议，第六委员会》，第51次会议，第6段）。但根据德意志联邦共和国的意见，即使在罪行案件中也必须用尽现有的和平解决方式，然后才能够合法地诉诸任何单方面的措施（同上，《第三十八届会议，第六委员会》，第39次会议，第7段）。至于美国（应该回顾到，它反对这种区别），它提出，如果确实有必要通过逐渐发展的方式在草案中规定特别严重的非法行为情况下的“特别”后果，则应该提到应负责任的国家支付“惩戒性”或“惩罚性”赔偿金的义务（同上，《第三十一届会议，第六委员会》，第17次会议，第12段）。

²²⁶ 有些国家表示赞成意见，虽然措辞比较笼统：德意志联邦共和国（《1981年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见脚注219），第75页）、印度尼西亚（《大会正式记录，第三十一届会议，第六委员会》，第30次会议，第33段）、斯里兰卡（同上，第31次会议，第15段）。

²²⁷ 只有阿尔及利亚和罗马尼亚（《大会正式记录，第三十七届会议，第六委员会》，分别见第48次会议，第35段和第49次会议，第9段）坚决赞成，尽管它们倾向于强调必须制定并具体规定这种义务的范围。

已经在《宪章》中有所规定，此外，从不法行为的后果以外的角度来看，²²⁸ 或者是由于有可能扩大联合国机构，特别是安全理事会的超过《宪章》对其规定的限度而实施制裁的权力。这被认为是非常严重的危险，特别是因为介入的联合国机构会是一些政治机关，从宪法上来说，它们不适合对相关案件进行不偏倚的司法评价。²²⁹

146. 在第六委员会里，最后逐步明确大家广泛同意对侵略的个别和集体自卫是某种不法行为的“特殊”后果，对此甚至“非直接”受害国亦可单方面诉诸武力。然而有些国家代表团怀疑在草案中规定这种案例是否合适，因为《联合国宪章》已有制约。²³⁰

(e) 第六委员会立场的概述

147. 第六委员会辩论中提出的少数准则可总结如下：

- (a) 似乎广泛协商一致的意见是，对于严重违反对国际社会根本义务的行为的责任总该同任何“一般”国际不法行为的后果区别开来。然而当国际社会开始使用“罪行责任”的概念来说明这种制度时，相当一部分国家表示一定程度的犹豫不决；
- (b) 会上还广泛同意，任何“特殊的”治罪制度应该避免任何“惩罚性”含义，即甚至在罪行的案件中，也不应该由受害方，特别是“非直接”受害国单方面地决定采取“惩罚性”措施；
- (c) 然而有一个模糊的倾向，认为罪行后果的“特征”更多地不是来自于所有国家应负有的“不承认”和“团结”普遍义务，而是来自于不法行为国的“实质性”义务和

²²⁸ 法国（同上，《第三十一届会议，第六委员会》，第26次会议，第5段）和希腊（同上，第23次会议，第11-12段）。

²²⁹ 澳大利亚（同上，第27次会议，第20段）、日本（同上，第21次会议，第8段）和西班牙（《1982年……年鉴》，第二卷（第一部分），第15页，A/CN.4/351和Add.1-3号文件，尤其见第17页）。

²³⁰ 澳大利亚（《大会正式记录，第三十八届会议，第六委员会》，第50次会议，第42段）、德意志联邦共和国（同上，第39次会议，第3段）和美利坚合众国（同上，第41次会议，第4段）。

违约行为“直接”受害国具有任何“手段性”权利的更大严重性和严厉性；

- (d) 各国普遍认为，在罪行案件中，对所有人的责任基本上相当于“有组织的国际社会”可以通过“主管”机关作出的决定批准或甚至责成任何国家对不法行为者采取“制裁”，甚至是严厉的制裁。这方面的事例是《联合国宪章》处理某些情况的程序和措施。然而第六委员会的成员们对于在草案中“明确”援引这种程序或措施是否合适没有达成一致意见；
- (e) 侵略与所有其他罪行有所区别。人们认为，这是唯一一种允许“非直接”受害国以及受害国方面通过自卫方式作出单方面的武装反应的不法行为。

4. 学者的意见

(a) 导言

148. 尽管国际法委员会关于治罪制度的建议尚未达到草拟条约的后期阶段，但引起了许多学者的评论。本分节将试图陈述关于国际法在“特别的”罪行后果方面的目前状态及其今后可能发展方针的理论趋势。²³¹ 第一个主题是罪行“主要受害国”和不法行为国之间的关系，根据学者的意见了解它与“普通”不法行为的受害国和不法行为国之间的关系有什么不同之处。

(b) 不法行为国与受害国之间的关系

149. 并非许多作者认为，治罪制度的“特点”体现在上述关系中。在对此表示观点的人士中间，只有少数人谈到不法行为国对“直接”受害国应负的“实质性”义务。正如所看到的，这方面在委员会的工作中也没有得到很多的注意。关于广义的赔偿，例如，一位作者强调指出，罪行案件不同于违法行为案件，在涉及到强制性规则所规定的“不可剥夺的”利益时（在受害国和不法行为国之间）不允许减损恢复原状的义务。²³² 另一位作者

²³¹ 以下分析涉及到学者们关于在委员会的草案中应以何种方式处理罪行后果的意见。但它并不涉及关于具体罪行，例如侵略、种族灭绝或种族隔离，或从国家或国际组织的做法中或从有关文献中可以推断的这种罪行的典型和可能的“特殊”后果的文献。

²³² Graefrath, “International crimes—a specific regime of international responsibility of States and its legal conse-

强调指出，在罪行案件中，不法行为国甚至在作出赔偿以后，仍然有义务作出必要的不再犯保证。²³³

150. 关于“手段性”后果，各学者在“直接”受害国合法诉诸对抗措施的条件方面有分歧。但有些作者认为，即使在罪行案件中，只有当提出停止和赔偿的要求未获成功并尝试了现有的解决手段以后，受害国才有权诉诸对抗措施，²³⁴ 其他人则认为，受害国至少可以立即采取²³⁵ 一些对于停止正在实施的不法行为似乎合理必要的对抗措施。²³⁶

151. 在对于受害国采取对抗措施的限制方面存在比较广泛的一致意见。多数评论员认为，相称性限制²³⁷ 和（或）强制法限制²³⁸ 也适用于罪行案件。

quences”，尤见第 165 页。关于 Graefrath 所提到的这一点，应强调指出，本报告作者甚至对于“违法行为”的后果已经强调禁止通过契约以一种金钱补偿“取代”恢复，如果这种取代将损害法律上不可剥夺的利益；实际上，甚至在相对某项罪行而言的“一般轻度”不法行为的后果中也可能出现不恢复原状会侵犯这些利益的现象。那么需要解决的唯一问题是第二部分第 7 条第 1 款(c)项所规定的过分繁琐（见《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 72-73 页，第 230 段）。

²³³ Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, 第 530-531 页。

²³⁴ Dupuy, “Implications of the institutionalization of international crimes of States”, 尤见第 180 页；Carella, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, 第 134 和 143 页。

²³⁵ Lattanzi, 上引书，第 530 页；Hofmann, 见上引，第 221-222 页。

²³⁶ Graefrath, 见上引，第 165 页。

²³⁷ Carella, 上引书，第 143-144 页；Hailbronner, “Sanctions and third parties and the concept of international public order”, 第 4 页；Dinstein, “The erga omnes applicability of human rights”, 尤见第 19 页；Graefrath 和 Mohr, “Legal consequences of an act of aggression: the case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait”, 尤见第 133-136 页。Lattanzi 认为，对于罪行作出反应时，不能提出任何相称性的问题（上引书，第 531 页），因此持相反意见。

²³⁸ Dinstein, 见上引，尤见第 19-20 页；Graefrath 和 Mohr, 见上引，尤见第 136 页；Oellers-Frahm, “Comment: The erga omnes applicability of human rights”, 尤见第 36 页；de Hoogh, “The relationship between jus cogens, obligations erga omnes and international crimes: peremptory norms in perspective”, 尤见第 201 页。另见 Cardona Lloréns, “La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales por la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el ‘crimen internacional’)”, 第 326 页。

152. 对于受害国采取的对抗措施的作用也达成了广泛的共识。实际上, 没有任何人怀疑可以采取对抗措施以制止“犯罪”行为, 或按严厉比例保障广义的赔偿, 但几乎所有人都排除了将对抗措施用于纯粹惩罚性目的的可能性。²³⁹

153. 最后, 几乎没有必要提醒这样一事实, 即绝大多数作者认为侵略罪是一般性制度中的一种例外, 至少就“直接”受害国有权采取措施使用武力自卫而言。²⁴⁰ 但必须指出, 许多作者甚至将“违约行为的受害者”使用武力的合法性扩大到抵制强迫接受殖民统治(或“外来统治”)的案件, 即有利于处于这种统治下的人民。²⁴¹

(c) 不法行为国与“非直接”受害国之间的关系

154. 论及(根据定义侵犯所有人的)犯罪国和(单个)“非直接”受害国之间的关系, 象委员会一样, 研究这一问题的作者一致认为, 区别罪行与“一般”不法行为的后果的“特殊”内容主要在于主宰这种关系的制度。

155. 关于“实质性”后果, 在文献中几乎找不到明显反对如下观点的意见: 即在犯罪案件中, 除不法行为肇事国之外的任何国家从广义来

说有权要求停止和赔偿。²⁴² 即使在某种程度上具有代表性的国际机构没有预先干预的情况下似乎也存在这种权利。

156. 关于“非直接”受害国是否有权力单方面诉诸对抗措施, 作者的观点较不一致。有些人认为, 可以认为这种权利或权力根据现行法被一般国际法所接受, 实际上它构成国家的国际犯罪制度中最肯定的显著特征。²⁴³ 其他人采取了较为谨慎的态度, 强调所有国家和每一国家的权力并非自动产生于犯罪。可以说, 这种权力只是附带产生的, 即在“有组织的国际社会”不可能干预、或该“社会”由于决策机制陷于僵局而无法插手的情况下产生,²⁴⁴ 或者通过与罪行的主要受害国(如果有的话)的“团结”来产生(这需要事先请求其他国家帮助²⁴⁵)。有些作者, 特别是意大利作者认为, 对于某些不法行为, 任何“非直接”受害国采取单方面对抗措施是可以接受的, 但对于委员会草案第一部分第19条所载的全部违约行为, 这是不能接受的。这些作者认为, 在目前讨论的情况下, 现行法允许的对抗措施只有反对侵略的集体自卫和有利于独立愿望受到“外来统治”强力压制的人民的非武装干预。²⁴⁶ 相反, 有些作者则认为, 除侵略案外, 即使对于国际罪行, 也不允许(或应当禁止)普遍诉诸单

²³⁹ 在这一方面, 和其他人一样, Cardona Llorèns (见上引, 第325-332页)、Graefrath (见上引) 和 Dupuy (见上引, 第180页) 采取的立场非常明确。完全不同的是 Spinedi 的意见 (“Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux”, 尤见第35-42页), 据他认为, 国际法中始终承认对抗措施/报复具有主要惩罚性的作用, 即并不严格符合行政赔偿的职务; 显然, 这必定适用于受国际罪行之害的国家可能采取的措施。

²⁴⁰ 关于侵略的这种“特殊”后果以及对其各种解释的文献, 见第三次报告(《1991年……年鉴》, 第二卷(第一部分)(上文脚注78), 第9段, 脚注7, 及第97-102段)和第四次报告(《1992年……年鉴》, 第二卷(第一部分)(上文脚注79), 第58-69段)。

²⁴¹ 关于这一问题的文献非常丰富。特别请见 Higgins, *The Development of International Law through the Political Order of the United Nations*, 第103页起; Cassese, “Political self-determination. Old concepts and new developments”; Ronzitti, *Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale*, 第98页起; Ben Salah, “Autodétermination des peuples: les deux niveaux”; 和 White, “Self-determination: time for a re-assessment”, 尤见第151页。还应提及《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》(见上文脚注138)筹备工作以及对该宣言有关部分的评论。

²⁴² 包括 Graefrath, 见上引, 第165页; Abi Saab, “The concept of ‘international crimes’ and its place in contemporary international law”, 尤见第149页; Jiménez de Aréchaga, “Crimes of States, jus standi, and third States”, 尤见第255页; 和 Hutchinson, “Solidarity and breaches of multilateral treaties”, 尤见第197页。

²⁴³ 虽然存在各种细微差别, 但这似乎是一些人的观点, 例如: Lattanzi, 见上引, 第533页; Dominicé, “Legal questions relating to the consequences of international crimes”, 尤见第262页; 和 Dinstein, 见上引, 尤见第19页。

²⁴⁴ Abi Saab, 见上引, 尤见第150页; Sinclair, “State crimes implementation problems: Who reacts?”, *International Crimes of State...*, 第257页; Spinedi, 见上引, 第133页; Hutchinson, 见上引, 第212-213页; Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite: des contre-mesures à la légitime défense*, 第171页和第205-206页。

²⁴⁵ Cardona Llorèns, 见上引, 尤见第322页; Mohr, “The ILC’s distinction between ‘international crimes’ and ‘international delicts’ and its implications”, 尤见第131-132页; Hofmann, 见上引, 尤见第226-228页; Hailbronner, 见上引; 以及 de Hoogh, 见上引, 尤见第213页。

²⁴⁶ 于是, 例如 Cassese (“Remarks on the present legal regulation of crimes of States”) 和 Conforti (“Il tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali”, 尤见第108-110页)。

方面对抗措施，否则将有可能使所有滥用行为合理化，造成混乱和全面战争的局面。²⁴⁷ 这一禁令的唯一例外恰恰是侵略案件，在抵抗侵略时，不仅允许所有国家通过自卫使用武力，而且还允许立即采取特别严厉的单方面措施。²⁴⁸

157. 凡接受任何“非直接”受害国采取单方面对抗措施的作者均不过是作泛泛的接受而已。他们对有关这种对抗措施的法律制度（可能有别于对纯属违法行为采取的对抗措施制度）没有作出任何明显的贡献。²⁴⁹ 大多数作者唯一坚持的一点是，“非直接”受害国若通过这些措施追求惩治目的，即停止不法行为或广义的赔偿以外的目的，这是不合法的。²⁵⁰

158. 以上论述的是权利和权力问题，现在论述一般国际法下“非直接”受害国可能承担的义务，在这方面，文献中似乎存在着高度的共识，即这种义务应被认为是国际罪行的一种典型

²⁴⁷ Marek, "Criminalizing State responsibility", 尤见第 481 页; Graefrath, 见上引, 第 167 页; Dupuy, 见上引, 第 177-179 页, 和 "Observations sur le 'crime international de l'État'", 国际公法综合杂志 (1980 年), 尤见第 483-484 页; Jiménez de Aréchaga, 见上引; Elias, "Introduction to the debate", 尤见第 193 页; Elagab, *The Legality of Non-forcible Counter-Measures in International Law*, 第 59 页; Sachariw, "State responsibility for multilateral treaty violations: identifying the 'injured State' and its legal status", 尤见第 280 页; 和 Ten Napel, "The concept of international crimes of States: walking the line between progressive development and disintegration of the international legal order", 尤见第 165-166 页。

²⁴⁸ 关于这方面, 请见 Hofmann (见上引, 特别是第 229 页) 以及 Graefrath (见上引, 特别是第 166 页), 它们都提到“扣押或没收侵略国及其国外侨民的财产, 中止与侵略国的所有双边条约, 以破坏和平罪恶治其领导人”。

²⁴⁹ 关于所谓的“前提条件”, Sicilianos 重申, 只要犯罪行为还在进行, 并且出现了紧急局势, 就可以采取直接的对抗措施 (上引书, 第 206 页)。关于限制, Mohr 认为“非直接”受害国只能根据“相称和反报原则”采取与罪行结果所受损害相称的对抗措施 (见上引, 第 137 页)。最后, Lattanzi 认为, 对抗措施的制度与有关“直接受害”国可采取的措施的制度并无本质区别 (上引书, 第 533 页)。

²⁵⁰ 以下作者在这一问题上尤为直陈己见: Mohr, 见上引, 尤见第 139 页; Dominicé, "The Need to abolish the concept of punishment", 第 257-258 页; Sicilianos, 上引书, 第 52-54 页; Graefrath 和 Mohr, 见上引, 第 133 和 139 页。全然反对允许上述对抗措施的作者有 Marek, 见上引, 第 463 页。但下列作者的观点则较为温和: Spinedi, 见上引, 第 28 页起; 以及 Zemanek, "The unilateral enforcement of international obligations", 尤见第 37-38 页。Lattanzi (上引书, 第 533 页) 承认“间接受害”国的对抗措施不仅具有“行政赔偿”作用, 而且还具有惩治作用。

和“特殊”后果。²⁵¹ 特别指的是里普哈根先生在草案第二部分第 14 条第 2 款中提到的“不承认”和“团结”义务。其中, 多数人特别认为对于由犯罪所造成的“局势的控制”, 不承认不法行为国的行为为“合法”(即假定对国际一级和各国的制度产生法律影响)的义务, 是按照现行立法相对于侵权行为的罪行的一种“特殊后果”。²⁵² 相反较难找到明确接受以下结论的作者, 即一般国际法实际上规定所有“非直接”受害国承担“积极的团结义务”, 要求每一国家采取(可能由某一国际机构决定的)措施, 以帮助“最直接的”受害国或恢复制度。²⁵³

(d) “有组织的国际社会”的作用

159. 最后似乎必须从全局认真研究各作者对罪行肇事国以外的国家的法律情况所采取的立场。这里指的是“有组织的国际社会”处理各种问题的可能性以及“罪行”的国际责任所涉的问题。在这一问题上的立场也相当广泛多样。

160. 一端是一些认为这种职权按现行立法只属于联合国机构的作者。他们显然特别指的是安全理事会, 该机构被《联合国宪章》第七章赋予采取强制性行动以执行对国家的国际罪行所必须采取的

²⁵¹ 事实上, Simma 认为, “大多数评论者经过两方面思考后, 可能会同意‘第三’国在违反国际法案件中承担义务的观点是一项卓越的创新, 更不用说是这种共同责任的实质内容了。” (“International crimes: injury and counter-measures: comments on Part 2 of the ILC Work on State Responsibility”), 尤见第 305 页。

²⁵² 持这种观点的作家主要有: Cardona Lloréns, 见上引, 第 312 页起; Abi Saab, 见上引, 尤见第 149 页; Graefrath, 见上引, 尤见第 168 页, 他提醒大家注意这方面的各种迹象 (《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》(见上文脚注 138)、侵略定义 (大会第 3314 (XXIX) 号决议, 附件)、联合国关于南罗得西亚、南非占领纳米比亚、南非建立班图斯坦以及以色列所占领土等的决议); Dupuy, 见上引 (上文脚注 234), 尤见第 181 页; Jiménez de Aréchaga, 见上引, 第 255-256 页; Conforti, 见上引, 第 108-109 页, 但他只是将这种“特殊的”法律后果限制在侵略和侵犯“外部”自决的前提之内; Frowein, "Collective enforcement of international obligations", 尤见第 77 页; Graefrath 和 Mohr, 见上引, 尤见第 110 页和 114 页。

²⁵³ 例如, 见 Sicilianos, 上引书, 第 171 页和 Hailbronner, 见上引, 第 11-15 页, 对此他们都有保留意见, 认为现行法律不存在“积极的团结”义务, 但如果有的话, 只有不干预“有组织的国际社会”所采取的行动的义务。

措施的权力。²⁵⁴ 这些作者认为,《宪章》第三十九条规定的“威胁和平”的假设实际上允许作出足够广泛的解释,足以使安理会将其适用于定义为“国际罪行”的行为。²⁵⁵ 显而易见,一旦承认治罪制度的“特殊性”属于《宪章》规定的安理会的上述职责,各国实际履行该机构决定的任何“制裁”义务将是顺理成章的事情。²⁵⁶

161. 与上述观点较为接近的有这样一些作者,他们虽然与刚才提到的那些作者不同,认为《联合国宪章》第七章的制度目前不适合于执行对所有罪行的“特殊”责任制度(而认为只适用于侵略和构成破坏和平或威胁和平的罪行),但他们也同样希望由联合国的安全系统规定执行这种制度。他们认为,这应通过逐渐发展(拟议法)加以实现。依他们之见,只有这种系统才可能“确保最低限度的客观性,这应能鼓励一般性质的罪行的责任制度”。²⁵⁷

162. 还有一些作者(从责任的角度)同样阅读了《联合国宪章》第七章,得出了却不同的,更加“具有限制性的”结论,即罪行的种类应限于构成破坏或威胁和平的不法行为,使对罪行的责任概念建立于“更加坚实的法律基础之上”,同时避免不适当地扩大《宪章》安全制度的范围。²⁵⁸

²⁵⁴ Graefrath, 见上引, 尤见第 164-168 页。

²⁵⁵ 同上, 第 164 页, Graefrath 认为, “一种国际罪行, 若严重违背保护经界定的国际社会的根本利益, 则是一种国际事件, 这就确立了联合国的管辖权。”(同上)。此外, “各国已授权安全理事会确定是否存在国际罪行……, 作出决定采取必要措施以制止不法行为的继续, 加强对维持国际和平所必须的国际义务的普遍遵守。”(同上, 第 167 页)

²⁵⁶ 同上, 第 167 页。

²⁵⁷ Conforti, 见上引, 尤见第 107 页。同样, Jiménez de Aréchaga, 见上引。

²⁵⁸ Starace, “La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale”, 《……课程汇编》, 1976-V, 第 294 页起。同样地, 见 Quigley, “The International Law Commission's crime-delinquency distinction: a toothless tiger?” 尤见第 137 页和 133 页以后; 以及 Dupuy, “Observations sur la pratique récente des ‘sanctions’ de l'illicite”. Dupuy 认为, 如果委员会的草案规定的对侵略罪的责任制度属备选或辅助性质, 它不同于《联合国宪章》第七章规定的机制和安全理事会的有关职责, 这是特别不恰当的, 尤其是如果以这种不同的制度为依据接受采用单方面对抗措施。该作者认为, 人们有理由担心这种替代性行动将损害世界组织的威望和权威, 它没有维持和平的能力将因为某些国家虽然慷慨大方但不受监督的行为而显得

163. 接近上述观点但界定更加明确的意见是, 对罪行, 至少是威胁和平罪行实行“制裁”的职权确实属于“组织”在联合国之内的国际社会, 具体来说, 是安全理事会。但这种职权“主要”但不是“唯独”属于联合国。如果联合国的反应遭到阻挡或证实无成效, 国家仍然有可能对罪行肇事国单方面合法地采取和平对抗措施。²⁵⁹ 有些作者认为, 即使联合国主管机构“没有能力”采取行动, 如果能仅仅对罪行进行“口头”谴责, 作为对国家可能希望单方面采取措施的合法性提供保证, 那么就可在某种程度上赞成转入这种“次要的”单方面职责。²⁶⁰

164. 将对罪行施加“制裁”从第七章的安全制度和安理会的“专属职权”中尽可能分离开来的趋势常常被认为容易造成调动失灵,²⁶¹ 和“政治操纵”,²⁶² 这种趋势也反映在一些作者的提议中, 他们倾向于赞成国际法院在这一问题上起某种作用。这种作用所产生的形式是, 法院解决有关国际罪行争端的职能²⁶³ 或者对威胁要实行制

十分突出。罪行概念的基础首先着眼于保证遵守整个国际社会所必须履行的义务, 因此往往有可能容易成为有些国家利用“全权管理公共秩序”概念推进自己的对外政策目标而主动采取行动的借口。不管这些国家实施制裁的诚意如何, 终究将使受到它们针对的国家反而更容易反对不受联合国主持的行动。这产生了一个问题, 即治罪制度化是否会播下国际混乱的种子。

²⁵⁹ Hofmann, 见上引, 尤见第 226 页; Mohr, 见上引, 尤见第 131-132 和 138 页; Sinclair, 见上引, 尤见第 257 页; Dominicé, “Legal questions ...”, 见上引, 尤见第 262-263 页; Sicilianos, 上引书, 尤见第 171 和 206-213 页。

²⁶⁰ Hutchinson, 见上引, 尤见第 203 页; Sicilianos, 见上引, 第 213 页; Quigley, 见上引, 尤见第 144 和 150 页。Oellers-Frahm 也表明联合国的职权是“主要的”而不是“唯独的”。他认为, 国家单方面进行“辅助性”干预仍然是不合法的, 而是应由美洲国家组织或欧共体等“区域组织”来进行这种干预。即使这些区域机构未能就是否实行集体“制裁”作出决定, 这也还是意味着国际社会就个别国家采取单方面措施问题并无一致意见, 因此, 这种措施应被认为不可接受(见上引, 尤见第 34-35 页)。

²⁶¹ 在这方面, 请见 Simma 表示的疑虑, 见上引, 尤见第 312-313 页。

²⁶² 包括 Dominicé, 见上引, 尤见第 262-263 页; Hutchinson, 见上引, 尤见第 210-211 页; 以及 Leben: “Les contre-mesures étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale”, 第 28 页。

²⁶³ Torres Bernardez, “Problems and issues raised by crimes of States: An overview”, 见上引, 尤见第 278-279 页; 和 Quigley, 见上引, 尤见第 128-129 页。

裁的“合法性”进行溯及既往的核实的能力。²⁶⁴

165. 最后, 必须提及几乎与上文 160 段的讨论针锋相对的立场, 即有些作者认为联合国(特别是安全理事会) 和其他所有其他国际组织根据现行法和在普通法的范围内都没有职权控制“非直接”受害国的反应, 不管其是专属还是主要职权。这种观点认为, 这些国家因而在必要时完全拥有单方面作出反应的权利, 采取对抗措施, 抵制严重违反维护国际社会根本利益的义务的国家。但是还必须说, 这些作者通常也希望通过逐渐发展, 即向不一定与某具体联合国机构一样的有关国际机构授予必要的职能和权力, 来处理这一问题。²⁶⁵

²⁶⁴ Hutchinson, 见上引, 第 211 页。Dupuy, 见上引(上文脚注 234), 尤见第 182-183 页, 他提出建立一种机制, 以便大会根据法定多数来决定是否要求安全理事会进行干预, 对一种罪行实行“制裁”; 安理会也将根据法定多数, 而不用否决权, 来决定要采取的措施; 最后作为整体的一部分, 解决分歧的程序是必不可少的。在这里, 可以将《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第十二条作为基础。但是, 对这两项条款的比较表明, 前面一条允许单方面求助国际法院, 而后一条则似乎坚持要求双方的同意。该作者强调提出的各种选择办法的重要性(同上, 尤见第 183 页)。Elias 虽然没有明确提到国际法院, 但也强调为建议的对罪行的责任制提供“司法渠道”是合适的, 他说:

“……不能忘记, 司法解决在实践中的适用范围有限, 而国际司法程序在原则上仍然是自愿的。但就是在这种背景下产生了在当代国际法中制定一些程序的重要性, 以便借此将执法的任务委托给第三方, 而不只是给直接有关的一国或几国。这一发展只是一种媒介, 明确表示国际社会有迫切的需要和明确表示当今作为国际社会的这个集体和独立实体的普遍关注和利益。”(见上引, 尤见第 193 页)

Simma 在评论里普哈根的提议时表示他的怀疑更大, 他说:

“……第 14 条和 1986 年提出的国际法院强制性管辖权的程序保障之间的联系将经受不了政治现实的检验。这种第三方裁决当然值得欢迎, 甚至可以说, 应该被视为是接受‘国际罪行’的必然结果。但要现实一点: 有人认为联合国的大量成员国愿意请法院处理第 19 条列明的问题, 这完全是空想。”(见上引, 尤见第 307 页)

Graefrath 截然反对承认国际法院是审理罪行的适当机构(见上引, 尤见第 168-169 页)。

²⁶⁵ Abi-Saab, 见上引, 尤见第 148-149 页; Hailbronner, 见上引, 尤见第 9-10 页; Klein, “Sanctions by international organizations and economic communities”; de Hoogh, 见上引, 尤见第 207-211 页; 以及同样地, Simma, “Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission”, 尤见第 402 页。显而易见, 还应加上那些更加斩钉截铁地宣布支持“非直接”受害国能单方面对犯国际罪行的国家采取对抗措施的作者(见上文脚注 238)。

166. 关于界定“有组织的国际社会”对罪行可能适用“制裁”的范围方面的论著属凤毛麟角。例如, 有的强调联合国决定的措施根本不能是惩罚性功能。²⁶⁶ 有的则担心采取集体措施可能最终损害“无辜”国家的利益, 在这种情况下, 必须就“团结”的义务作出规定。应该规定通过补偿手段平等分配各国因“制裁”活动承受的负担。²⁶⁷ 他们有时提出要注意“有组织的国际社会”所作反应的严厉程度应与罪行的严重性相称, 尤其是在侵略案的情况下。²⁶⁸

B. 罪行责任的可能的“特殊制度”中有争议的方面

1. 导言

167. 就有关罪行后果方面要制订的规章问题总结了国际法委员会、第六委员会和有关论著提出的主要观点之后, 本节将试图确定编纂该主

²⁶⁶ Dupuy, 见上引(上文脚注 134), 尤见第 184 页; Cardona Lloréns, 见上引, 尤见第 331-333 页, 但他主要指的是, 作为罪行的后果, 实施“制裁”的可能性, 如从某一国际组织中开除或停止其成员资格。

²⁶⁷ Hailbronner, 见上引, 尤见第 12-15 页; Doehring, “Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen”, 尤见第 50 页; Delbrück, “International economic sanctions and third states”, 尤见第 92-93 页和第 96-98 页。这些作者认为, 这种措施即使是“有组织的国际社会”所决定, 如果它们有害于“无辜”国家的“关键”或“根本”利益, 也应完全禁止。

²⁶⁸ 在这里与其说指的是《宪章》第七章(较具体地说是第四十二条)所载的使用武力的集体措施——可通过普遍接受对侵略国实施——不如说指的是另一种特别严厉的“制裁”(或者是“保证不重犯”), 有些作者认为(如果对他们理解得当的话), “有组织的国际社会”肯定会将这种制裁适用于侵略案件, 但并不总是适用于其他国际罪行。例如, Graefrath 和 Mohr 认为,

“在国际罪行方面另一种具体的法律后果是, 可能对主权的行使加以限制, 以保证不再犯罪。第二次世界大战后, 这种限制所采取的形式是规定非军事化、建立非军事区、禁止某种武器、尤其是大规模毁灭性武器以及某几种导弹。安全理事会第 687 号决议(1991 年)载有非常类似的规定, 或至少采取同样的办法。”

特别是, 通过该决议实行的核查程序

“……远远超出原子能机构迄今为止实施的或禁止化学武器公约草案设想的核查程序。管制与核查程序显然是安全理事会为保证不再发生侵略*而实施的制裁和法律后果的一部分。可将其理解为限制行使主权, 而且将其作为一种侵略罪的法律后果*也是言之成理的”(见上引, 尤见第 127-128 页)。

题所必须解决的主要问题。只有国际法委员会对这些问题作出指导,才能根据对实践和理论的更加彻底的研究,提出可由委员会审议的对罪行制度的解决办法。

168. 从一读时通过的草案第一部分第 19 条和第二部分第 5 条第 3 款以及有关评论可见,²⁶⁹ 这些罪行包括严重违背旨在保障整个国际社会基本利益的普遍义务的行为。因此,基本问题是要评价严重损害各国共同利益的违反行为对复杂的责任关系的影响程度,正如在上一次报告²⁷⁰中所说明,即使是“一般的”对所有国家的违反行为也会产生这种责任关系。

169. 较为便利的一种办法是,将“客观性”观点与“主观性”观点区分开来。必须提出下列问题:

- (a) 从客观的观点来看,这种违反行为的严重程度是否并且以何种方式恶化具有对所有国家构成“一般性”违反行为的(实质性和手段性)后果的内容并减少其限制;
- (b) 从主观的角度来看,违反的规则之根本重要性是否涉及改变不法行为国家和其他所有国家之间或者多个受害国自身之间原本无组织体系的且非“体制上”协调的多边关系,而这种关系通常产生于对普通法下对所有国家适用的义务的一般性违反行为。

170. 提出罪行后果所产生的每一个特定问题时就以这两大根本性问题为基础。按照惯用的顺序,首先论述称之为“实质性”后果的问题。

2. 实质性后果

171. 就停止违反行为而言,与“一般”不

²⁶⁹ 阿戈的第五次报告(《1976年……年鉴》,第二卷(第一部分)(上文脚注177),第75-154段)、委员会第二十八届会议的工作报告(同上,第二卷(第二部分),第95页起)、里普哈根的第六次报告(《1985年……年鉴》,第二卷(第一部分)(上文脚注2),第5-8页,第5条及其评注)、委员会第三十七届会议的工作报告(同上,第二卷(第二部分),第25页起)。

²⁷⁰ 特别报告员的第四次报告(《1992年……年鉴》,第二卷(第一部分)(上文脚注79),第127-151段。

法行为(不管其是否对所有国家)相比较,这种罪行似乎并无任何特性。²⁷¹ 如果考虑到以下两种情况,这是可以理解的:其一,停止的义务内容不会“从质量上”加重、减弱或以其他方式改变(属于客观方面);其二,即使是违法行为,所涉及的也是肇事国义不容辞的义务,即使一个受害国或多个受害国没有提出要求,也是这样(属于主观方面)。

172. 实践不仅表明犯下罪行的国家有义务立即停止“犯罪”行为,而且还表明,一个或一个以上受害国要求停止的方式可有多种多样,而同时在这种要求是否合法的问题上又不致产生任何争执,当然不法行为国家提出的争论除外。

173. 可用实例来回顾两起一清二楚的关于国家的国际罪行案中所发生的情况:即南非的种族隔离制度和侵犯科威特案件。关于第一个案件,不仅诸如联合国安全理事会、大会²⁷²和经济及社会理事会,而且还有各国单独要求南非停止有系统地违反人权的政策。

174. 这方面的实例是埃塞俄比亚和利比里亚在它们众所周知的向国际法院的请诉书中对作为纳米比亚(西南非洲)的行政管理者南非的要求。两国都要求停止种族隔离做法。²⁷³

175. 关于科威特案,国际组织²⁷⁴和单个国

²⁷¹ 阿兰焦-鲁伊斯编写的初步报告(《1988年……年鉴》,第二卷(第一部分)),第12页起,A/CN.4/416和Add.1号文件,第29-63段,以及他的第四次报告(《1992年……年鉴》,第二卷(第一部分))(见上文脚注79),第127-151段。

²⁷² 只须回顾这些机构要求南非停止种族隔离的各项决议,特别(但不只)是根据经济及社会理事会第1503(XLVIII)号决议或安全理事会1963年8月7日第181(1963)、1963年12月4日第182(1963)和1977年11月4日第418(1977)号等决议对“严重侵犯”人权情事所建立的程序框架。

²⁷³ 1965年5月19日这两个请诉国的文书第3和第4点(西南非洲(埃塞俄比亚诉南非;利比里亚诉南非)),第二阶段,《1966年国际法院裁决集》,第12页。

²⁷⁴ 安全理事会(1990年8月2日第660(1990)号决议)、阿拉伯国家联盟理事会1990年8月2日在开罗举行会议(1990年8月3日S/21434号文件)以及欧洲共同体成员国(1990年8月4日的声明,1990年8月6日的A/45/383-S/21444号文件)都曾立即作出要伊拉克军队撤出的要求。

家²⁷⁵都曾几乎立即提出要伊拉克军队撤出的要求。

176. 此外,对以色列攻击黎巴嫩的问题也发生了同样情况。²⁷⁶

177. 关于采取何种并由谁采取反措施来使没有自发遵守停止要求的国家实行停止这一问题则并非如此一目了然。而这一点更恰当地说与责任的“手段性”方面有关,以下第3节将对此予以讨论。

178. 至于广义上的赔偿,包括恢复原状、补偿、满足和保证不重犯,情况就更为复杂。这在客观和主观两方面都有一些问题。

179. 关于客观方面,有些赔偿形式,特别是恢复原状和满足,在仅仅是违法行为的情况下须受某些限度的约束,因此必须看清是否所有或任何这种限度由于某一项罪行的缘故须加以克减,如果这样,其程度如何。换言之,必须确定,在处理罪行方面,上述“实质性”义务对不法行为国家来说是否比“一般性”违反情形更为累赘。

180. 第一种可能的克减与对恢复原状的过度限制有关。可以想到一个例子,就是南非一个时期以来通过其内部法律制度而作了巨大努力,以履行国际义务,消除以前彻底种族隔离制度的影响,但国际社会的反应仍然谨慎小心。若干国家则决定只有在承诺的立法有效通过后才逐渐结束制裁,恢复外交关系:它们仍然保留评价这一制度所涉切实影响的权利。

²⁷⁵ 其他国家中,提出这类要求的还有:法国(法国外交部1990年8月2日的公报,《法国国际法年鉴》,第26卷(1990年),第1041页)和瑞士(1990年8月22日瑞士常驻联合国观察团代办致秘书长的普通照会(1990年8月22日S/21585号文件))。

²⁷⁶ 实际上,安全理事会已经提出了停火的要求(特别是1972年2月28日第313(1972)号、1973年4月21日第332(1973)号、1982年2月25日第501(1982)号、1982年6月5日第508(1982)号、1982年9月17日第520(1982)号、1986年4月18日第583(1986)号、1986年7月18日第586(1986)号和1986年9月23日第587(1986)号等决议),一些国家也单独提出了停火要求(法国,“Pratique française de droit international”,《法国国际法年鉴》,第28卷(1982年),第1050-1051页;以及大不列颠及北爱尔兰联合王国,“United Kingdom Materials of International Law”,《英国国际法年鉴》,第53卷,第534页)。

181. 第二种克减可能关系到禁止“惩罚性赔偿金”、屈辱性的要求或普遍认为影响到与国家自由有关的事项的要求。例如,可以回顾以色列经由对纳粹迫害犹太人的补偿从德意志联邦共和国获得了34.5亿德国马克的赔款;第二次世界大战后对德国和意大利的领土肢解,同时消除其极权制度的一切残余;或者最近安全理事会1991年4月3日第687(1991)号决议强行要求伊拉克履行销毁武器以及确定与科威特的边界的义务。

182. 第三种克减可能与严重影响到不法行为国家国内管辖权范围的对满足或保证不重犯的要求有关。这方面的例子有,强行要求伊拉克履行的一些义务,即在国际监督下销毁军备,建立并实行禁飞区等等。

183. 在主观方面,不应忘记这些实质后果属于只有在受害方提出要求后才要肇事国履行的义务,与停止不法行为的情况不同。显然,在“主要受害国”的要求(如果有的话)方面不产生问题。实际上,如果罪行是具体针对一个或一个以上特定国家(例如就侵略而言),这些国家将无疑应有权要求遵守“实质性”义务。

184. 然而,由于一项罪行总是附带或单独地牵涉到比“主要受害国”“不那么直接”受害的国家,于是便出现这一问题:根据目前的国际法状况,这些国家是否各自应有权要求单独赔偿,或反之,是否要求所有受害国进行(可以通过制度化程序实施的)某种强制性协调,可以说,这是“国际社会”或“有组织的国际社会”的意志的表现,关于上述义务的履行,国际实践方面有一些个别国家(违反行为的“主要受害者”——如果有的话——除外)以及全球性或区域国际机构提出这类要求的例子。

185. 实例有,法国²⁷⁷和欧洲委员会曾在苏联入侵阿富汗之时提出过恢复原状的要求;²⁷⁸安全理事会曾在葡萄牙对赞比亚多次发动武装攻击之际向葡萄牙提出过恢复原状的要求;²⁷⁹人权委员会曾代表遭受监禁或失踪的纳米比亚人、他

²⁷⁷ 《法国国际法年鉴》,第29卷(1983年),第907页。

²⁷⁸ 《英国国际法年鉴》,第52卷(1981年),第511页。

²⁷⁹ 安全理事会1970年6月9日第281(1970)号决议。

们的家属以及当时尚待独立的纳米比亚政府提出过赔偿要求；²⁸⁰ 安理会²⁸¹ 和大会²⁸² 曾因以色列轰炸乌西拉克核电厂而向以色列提出过对伊拉克进行赔偿的要求；阿拉伯国家联盟曾要求伊拉克“赔偿因伊拉克入侵而给科威特造成的损失”；²⁸³ 另外，安理会曾因阿拉伯利比亚民众国直接和间接地参与恐怖主义活动而要求该国保证以后不再从事这类活动。²⁸⁴

186. 将主观方面和客观方面结合起来看，便又出现了进一步的问题，在处理罪行方面，上文提到的限度能否在某些情况下被任何受害国以任何形式单独提出的要求或只是在各受害国作了某种协调和一致行动的情况下提出的要求所超越。这种共同行动也许可视为一种意愿的表现，这种意愿可以说是“整个国际社会”的意愿。

187. 在弄清有关所有这些方面的现行法之后，²⁸⁵ 就能确定是否以及在何种程度上应用逐渐发展的方式进行纠正，或作出重大创新。

3. 手段性后果：涉及使用武力的措施

188. 现在应当讨论一下称为国家罪行的国际责任的“手段性”方面，即，讨论一下针对一项罪行得采取的措施。先讨论那些最为严厉的措施，即涉及使用武力的措施。主要的情况是自卫。当然，这并不意味着再次讨论是否允许以自卫方式使用武力这一问题——委员会过去已经在这一个问题上发表过意见。²⁸⁶ 这里主要关心的是为对

付一项罪行——主要是侵略罪——而使用武力的正当性。

189. 最重要的是，委员会有必要澄清一贯被视为自卫的条件的若干要求的内容，这些要求是刻不容缓性、必要性和相称性。

190. 还必须弄清的是，“集体”自卫权在何种条件下包括由侵略的主要目标国以外的国家对“侵略者”使用武力：例如，这一诉诸武力的行为是否只有在目标国提出明确请求的情况下才算正当，是否只要推定该国同意就够了，或者，是否在这种情况下“第三”国就能作出可以说是“自动的”反应。

191. 委员会有必要就这一系列问题采取立场，即使委员会希望不就这些问题订出明确规定，而只是提及“单独或集体自卫的固有权利”，因为就此种“固有权利”的含义发表评论，能在事实上防止产生具有危险性的误解。

192. 不过，诉诸武力对付国际罪行问题并非只是一个面对武装攻击而进行自卫的问题。在为制止除了侵略以外的罪行方面，采取武力措施的可接受性也是问题。就此而言，问题也首先有其客观的一面。这包括确定是否允许在除了能为自卫提供根据的情形之外的情形下诉诸武力，以制止罪行。如果允许在此情形下诉诸武力，则还有两点有待确定：第一，诉诸武力是否应受限度和条件的约束；第二，是允许对每一类罪行诉诸武力，还是只允许对某几类罪行诉诸武力。

193. 在这方面，有两个问题必须考虑，(a) 从武力上支持受到“外国统治”压迫或更为通常的是受到严重侵犯自决原则的政权压迫的人民的问题；²⁸⁷ (b) 对一大规模侵犯“基本”人权或犯有种族灭绝或“种族清洗”等残暴罪行的国家进

²⁸⁰ 人权委员会第 1987/8 号决议（《经济及社会理事会第四十三届会议正式记录，补编第 5 号》（E/1987/18-E/1987/60 号文件））。

²⁸¹ 安全理事会 1981 年 6 月 19 日第 487 (1981) 号决议。

²⁸² 大会第 36/27 和 41/12 号决议。

²⁸³ 阿拉伯国家联盟理事会特别会议 1990 年 8 月 31 日通过的 5041 号决议。

²⁸⁴ 安全理事会 1992 年 11 月 30 日第 748 (1992) 号决议（尤见第 2 段）。

²⁸⁵ 正如将在“手段性”方面所作的解释那样（见下文分节 3），在根据有效的一般法和惯例法衡量国际机构对国家某些罪行的后果的处理所作的干预的正当性之时，现行条约的确定的确可能引起一些特别问题。

²⁸⁶ 见阿戈的第八次报告增编（《1980 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/318/Add.5-7 号文件，第 51 页起，第 82 至 124 段）；委员会对条款草案第一部分第

34 条的评注（《1980 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 52-61 页）；特别报告员的第三次报告（《1991 年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注 78），第 97-102 段）和他的第四次报告（《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注 79），第 58 至 69 段）。

²⁸⁷ 这方面请参见大会第 3070 (XXVIII) 号决议第 2 和第 3 段，以及安全理事会第 424 (1978) 号决议。并见国际法院对“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国）”一案所作的裁决，该裁决确认，从武力上援助内战过程中的抵抗运动属正当行为，不过，该裁决未就援助民族解放运动问题发表意见（《1986 年国际法院裁决集》，第 108 页，第 206 段）。

行武装干预的问题。²⁸⁸

194. 关于诸如此类的案例，如果认为使用武力根据现行法是允许的，或根据拟议法是必要的，那么，无论如何应当问的是，这是否属于针对罪行的“典型”的制裁（即依照国家责任法对不法行为国家作出的一种反应），或者，是否与一种不同的理由相符合。例如，对由于“必要性状况”或“危难”而产生状况所作反应的理由。这些情形实际上的确排除了不正当性，但是，与自卫不同的是，并不具有批准对犯有严重国际罪行者直接作出反应这一特点。此类情况超出了具体的罪行责任制度的范围。

195. 诉诸武力对付某一罪行的另一问题方面，通常从客观角度来看，便是：在目的不是要制止正在进行中的犯罪行为而是要得到广义上的赔偿或不再重犯罪行的充分保证的情况下，是否允许采取武力对抗措施。

196. 例如，这里可以提及对一发动侵略战争的国家的征服、战胜国在其领土上施行军事占领制度、以及用武力手段对一被要求“消除”罪行的一切后果的国家实行任何其他“制裁”等等，²⁸⁹ 这类措施目前是否还属正当？如果回答是

²⁸⁸ 应当指出，有些作者认为，除了自卫以外，只有人道主义干涉才能为诉诸武力提供根据。不过，有些国家的做法似乎表明，进行干涉的国家并不是孤立地引用人道主义理由，而是结合对付武装攻击的自卫来引用这方面的理由的。在此可以提及的是印度 1971 年在为其干涉孟加拉国的行为寻找依据方面引用的理由（《安全理事会正式记录，第二十六年》，第 1606 次会议，第 158-163 段）。关于此案，请见 Lillich, *International Human Rights: Problems of Law, Policy, and Practice*, II, 第 565 页起。另一个例子是越南 1978 年入侵民主柬埔寨。有一位评论家说，“越南从未声称向叛乱分子提供过军事援助，也未声称恢复柬埔寨的人权而进行过干涉”（Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, 第 99 页；见越南在安全理事会所作的发言（《安全理事会正式记录，第三十四年》，第 2108 次会议，第 126-7 和 135-6 段）。Ronzitti 称（上引书，第 102 页起），人道主义理由不能用来为坦桑尼亚于 1979 年干涉乌干达提供辩护。这次干涉的唯一正当理由是对武装攻击采取自卫行动（上引书）。关于此案的其他评论请见 Lillich, 上引书，第 74 页起。

²⁸⁹ 德国在第二次世界大战结束后情形似乎与此相关。Kelsen（见“*The legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin*”，第 518 页）指出：

“……德国的法律地位并不是作为 1907 年《关于陆战法规和习惯的海牙公约》附件的章程第 42 条至 56 条所规定的‘交战占领’地位。”

不过，可对这一地位作一界定（在这方面，尤见 Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and*

肯定的，可否为惩治任何一类罪行而采取这些措施，或者，是否只允许为对付某一类罪行、尤其是侵略战争而采取这类措施？

4. 作出反应的权力问题： “主观—体制”方面

197. 更为重要、更为难以处理的是在涉及武力的罪行的手段性后果的“主观”方面产生的问题。这些问题主要与采取武力措施的权力有关，不论是为对付侵略采取这类措施也好，还是为对付除侵略以外的其他罪行而采取这类措施也好。

198. 这一问题可以大致上用下面这些话来表述：能否采取武力措施这一点是否依据这些措施是由一个或多个受害国单独采取还是由国际社会共同采取而不同？换言之，这些措施是否在由一个或少数几个受害国单方面采取的情况下就不允许采取，而在体现了国际社会一种“共同意愿”（或“有组织的国际社会”的“意愿”）的情况下就可视为正当措施？

199. 显然，这是一个对处理罪行的整个制度来说极为关键的问题，它不仅仅涉及旨在制止罪行的武力措施制度。正如已经提到的，这一问题牵涉到若干“实质性”后果，并且，只要处理国家的国际罪行制度含有“整个国际社会”（或“有组织的国际社会”）进行管辖的可能性，这一问题就会影响到一切“手段性”后果。

200. 随着分析范围的扩大，由迄今为止予以考虑的具体的武力措施领域扩大到一般的反措施这一更广泛的领域，现在应试图承认这一“主观—体制”问题所涉的各个方面。

201. 实践提供的例子不止一个，这些例子说明，受害国不是以“无组织的方式”（单独地）

Neutrality, 第 602 页起)。与目的相关的是，占领德国的目的，除其他外，是要确保彻底改变政治制度，并排除德国工业在以后危及国际和平的可能性。

一个最近的例子是，安全理事会 1991 年 4 月 3 日第 687 (1991) 号决议第 33 段和第 34 段似乎考虑到了为确保伊拉克履行该决议为其规定的裁军义务而使用武力的可能性。决议第 33 段指出，停火应以伊拉克接受决议各项规定这一点而定，第 34 段规定，安理会“决定继续处理本案”，“必要时采取进一步步骤，以执行本决议并确保该地区的和平与安全”。

来处理一极为严重的违法行为(尤其是一仍在进行之中的行为)的后果的,而是通过一国际机构的干预来处理这些后果的,这一机构属于一个“体系”,犯有不法行为的那一个国家也是该体系中的一员。联合国机构在这方面尤为如此,尤其是就安全理事会通过各项措施而言。这里,本报告只准备简要讨论一下从大量实践中选出的几个例子,下一份报告将更为详细地审查这些实践,届时,在委员会的指导下,将设法对在此提出的问题作出答复。

202. 就目前而言,只要提及下面几个对极为严重的违法行为作出“有组织的”反应的例子就够了:

(a) 采取武力措施:安全理事会 1966 年 4 月 9 日第 221 (1966 年) 号决议同意联合国使用武力,以便有效地对南罗得西亚实行禁运;安全理事会 1990 年 8 月 25 日第 665 (1990) 号决议和 11 月 29 日第 678 (1990) 号决议同意对“入侵”科威特的伊拉克使用武力;

(b) 在采取不含使用武力的措施方面:安全理事会 1963 年 7 月 31 日第 180 (1963) 号决议和 12 月 11 日第 183 (1963) 号决议敦促对葡萄牙实行军火贸易禁运,原因是该国对其殖民地采取压制性政策;安全理事会 1966 年 12 月 16 日第 232 (1966) 号决议和 1968 年 5 月 29 日第 253 (1968) 号决议决定对南罗得西亚实行经济禁运;安全理事会 1977 年 11 月 4 日第 418 (1977) 号决议决定对南非实行武器禁运,原因是该国执行种族隔离政策;安全理事会 1992 年 3 月 31 日第 748 (1992) 号决议决定对利比亚实行武器禁运和空中封锁,原因是该国参与恐怖主义活动;安全理事会 1992 年 5 月 30 日第 757 (1992) 号决议决定对南斯拉夫联邦共和国(塞尔维亚和黑山)采取一系列的经济措施。

203. 从各方面援引前面第 202 段提到的那一类先例,目的显然是为了支持这一看法,即对一些特别严重的国际违法行为实行制裁的权力不属于、也不应属于单个的国家。根据现行法或拟议法,这项权力完全应当属于所谓的“有组织的国际社会”,它由联合国作为代表,具体而言,由安全理事会这一被赋予了最大的行动权力的联

合国机构作为代表。²⁹⁰

204. 如果为了在法律上仔细周全地答复这一问题,以便编纂或逐渐发展第一部分第 19 条所限定的各国国际罪行的法律后果(当然,法律上仔细周全的答复有别于迄今为止有可能对一些特定的行为或情形所作的陈述),就有必要对处于国际法律体系顶端的一些问题进行分析。这些问题牵涉国际社会和国际体系的性质,“有组织的国际社会”这一概念,还涉及联合国的性质及其机构的职能和权力。正是主要由于这类重大的法律和政治问题十分棘手,极为敏感,由于特别报告员不能“简单化”地处理这些问题,不能通过将法律与事实等同起来的方式将其加以解决,本报告才特意决定在得到委员会的指导之前先不就国家的国际罪行的后果问题提出任何建议。的确,就目前而言,最好的办法只能是试图在这一方面而不是在任何其他方面找出辩论应针对的一些主要问题。

²⁹⁰ 关于有关文献见上文脚注 254-268。在委员会内,持这一看法的有:阿戈先生(《1976 年……年鉴》,第一卷,第 1371 次会议,第 24-26 段,第 1372 次会议,第 40-45 段,第 1376 次会议,第 29-33 段)、亚辛先生(同上,第 1372 次会议,第 16-19 段)、塞特-卡拉先生(同上,第 1373 次会议,第 7-10 段)、瓦莱特先生(同上,第 14-16 段)、马丁内斯·莫雷诺先生(同上,第 23-35 段)、拉曼加索维纳先生(同上,第 1374 次会议,第 24-26 段)、卡尼先生(同上,第 29-39 段)、鹤冈千仞先生(同上,第 1-4 段)、罗西季斯先生(同上,第 27-34 段)、乌什托尔先生(同上,第 40-44 段)、埃里安先生(同上,第 1376 次会议,第 1-13 段)和比尔盖先生(同上,第 14-18 段)。并见委员会最近对这一问题的说法(埃文森先生(《1982 年……年鉴》,第一卷,第 1733 次会议,第 17 段)、乌沙科夫先生(同上,第 1736 次会议,第 33-35 段,和第 1737 次会议,第 25-26 段)、扬科夫先生(同上,第 1737 次会议,第 12 段)、弗利坦先生(《1983 年……年鉴》,第一卷,第 1773 次会议,第 2 段起)、凯西先生(同上,第 1775 次会议,第 1-6 段)、巴兰达先生(同上,第 1775 次会议,第 17 段起)、贾戈达先生(同上,第 1777 次会议,第 1 段起)、科罗马先生(同上,第 19-21 段)、巴尔沃萨先生(同上,第 47 段)和麦卡弗里先生(同上,第 1779 次会议,第 27 段)。

有人对依靠由《宪章》提供的机制来维持国际和平与安全在法律上是否正确、政治上是否妥当这一点持有疑虑,他们是:卡斯塔涅达先生(《1976 年……年鉴》,第一卷,第 1402 次会议,第 27 段)、勒泰先生(同上,第 63 段和《1984 年……年鉴》,第一卷,第 1861 次会议,第 9 段)和马克先生(同上,第 1866 次会议,第 13 段)。表示类似看法的国家有:日本(《大会正式记录,第三十一届会议,第六委员会》,第 21 次会议,第 8 段)、澳大利亚(同上,第 27 次会议,第 20 段)和西班牙(《1982 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 15 页, A/CN.4/351 和 Add.1-3 号文件,第 4 段(a)分段)。

205. 如果暂且不谈一些较为一般性的问题,那么主要问题便是:是否及在何种程度上能使(根据现行法)或应使(根据拟议法)联合国机构在第一部分第19条所涉的各个国际法领域内的各项职能和权力在法律上适应于惩治国家的国际“罪行”。只有在解决了这样一些问题之后,才可能确定:

- (a) 根据现行法,联合国机构(或其中任何一个机构,如大会、安全理事会、国际法院等)的现有职能和权力是否有足够能力来处置第一部分第19条所指的那一类国际不法行为,即,确定此类不法行为的存在、归属及后果;
- (b) 根据拟议法,上述各机构的现有权力和职能是否及在何种程度上应在法律上加以调整,以履行诸如确定所涉国际不法行为的存在、归属及后果等的具体任务;
- (c) 根据现行法或尤其根据拟议法,不论从代替单独反应这一意义上看,还是从使此类单独反应合法化、对其加以协调,以及作出这类反应或对其附加条件这一意义上看,联合国机构的上述各项职能和权力在何种程度上影响或应当影响各国对所涉的任何国际不法行为作出反应的资格、权利或义务。

206. 关于第一个问题(上文第205段(a)分段),应当确定的是,联合国机构(或其中任何一个机构)处理第一部分第19条所考虑到的不法行为的权限是否可以来自《联合国宪章》或习惯国际法的任何附加规则。不过,必须强调的是,问题不单单是联合国机构是否已在事实上对第19条第3款所述的那一种国家行为采取了某些行动(已就这种行为作出了某些决定、提出了某些建议或采取了某些具体措施)。问题是,根据现行法,是否有任何联合国机构曾依法(成文法或不成文法)行使下述具体职能:判定此种行为已经出现,并构成了某一国或数国的一种罪行;判定有关国家(一国或数国)的责任以及实行制裁或促成制裁的实行。只有在这一基础上才能看出是否根据现行法对国家的国际罪行作出了合法的、有组织的反应,也即由现有机构,所谓的“有组织的国际社会”作出此种反应。

207. 如果将第19条第3款(a)、(b)、(c)和(d)项中考虑到的各种国际罪行与联合国机构的各

项职能和权力结合起来看,就会发现,要回答上述问题并非易事。鉴于本节的目的,在此只举几个例子,否则,这样的例子是很多的。

208. 基于属物理由,大会这一国际体系内最具有代表性的机构,依照《联合国宪章》规定,自然是促进和保护各国人民的人权和自决权方面的一个主管机构。²⁹¹但在同时,《宪章》并没有赋予大会对第19条第3款(b)、(c)和(d)项考虑到的侵犯人民的人权和自决权的行为作出充分反应的权力。在前述各个方面,大会只能推动不具约束力的文件的通过,建立附属机构,并且通常而言,向各国提出共同或单独的建议。大会最多只能根据《宪章》第七章向安全理事会提出一项“意见”。

209. 因此,看来,尤其就第19条第3款(b)、(c)和(d)项考虑到的那一类不法行为而言,大会最多只能在罪行的非法性和归属方面作出不具约束力的宣布,并提出不具约束力的建议,要求有关国家或安全理事会作出反应。²⁹²这里,暂且不讨论第19条第3款(a)项所考虑到的罪行——显然,处理这一罪行的主要权限不属于大会。

210. 基于属物理由,安全理事会属于负责维护国际和平与安全的机构,根据《联合国宪章》第七章及第二十四条和第二十五条赋予的权力,就其性质而言,原则上确能使安理会直接或间接地(但倾向于有效地)作出充分的反应,在经济、政治或军事方面采取措施,用来首先对付第19条第3款(a)项限定为“侵略罪”的企图危害

²⁹¹ 《宪章》第十三条第一项(丑)款规定:

“一、大会应发动研究,并作成建议:

.....

(丑) 以促进经济、社会、文化、教育、及卫生各部门之国际合作,且不分种族、性别、语言、或宗教,助成全体人类之人权及基本自由之实现。”

《宪章》第五十五条同第六十条结合起来看,将国际经济和社会合作方面的主要职责赋予了大会,

“为造成国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之和平友好关系所必要之安定及福利条件起见.....”。

关于大会在这些方面发挥的主要作用,除其他人之外,请见 *Die Charta der Vereinten Nationen* (B. Simma 编), 第319页; Goodrich, Hambro, Simons, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, 第453页起; Guarino, *Auto-determinazione dei popoli e diritto internazionale*.

²⁹² 能从诸如撤销有关西南非洲(纳米比亚)的任务或大会关于“联合一致共策和平”的第377(V)号决议等为人熟知的事件中得出任何相反的推断这一点是令人怀疑的。

和平的最为严重的罪行。其次，安理会得通过采取前述措施，对第 19 条第 3 款(b)、(c)和(d)项所考虑到的任何其他“罪行”作出反应，虽然基于属物理由，这些罪行属于大会的管辖范围，但是，一旦属于《宪章》第三十九条所指的类型，如果造成对和平之威胁、和平之破坏或侵略行为，则得受安理会管辖。

211. 然而，法学家们都会注意到，安理会的权利是酌情审查任何含有和平之威胁、和平之破坏或侵略行为的局势，以便维持或恢复国际和平与安全。安理会在依法确定任何不法行为（不论是“违法行为”还是“罪行”）的存在、归属或后果方面，没有法定职能，也不具备专门手段。安理会酌情决定这些情形是否存在的权限原则上仅限于《联合国宪章》第七章第三十九条及其后的各项宗旨。这一章及《宪章》其他相关的条款除了涉及侵略行为的存在和归属的确定以外，似乎并没有涉及责任的确定。

212. 不过，上述考虑并没有能够完全解决安全理事会的权限问题。虽然《联合国宪章》起草者未将所涉严重违法行为的确定、归咎和制裁这一任务交给这一机构，但目前的情形可能不同。实际上，具体而言，可以问的是，最近的实践是否表明：自从以前曾经妨碍该机构发挥作用的僵局打破以来，在对某几类极为严重的国际不法行为作出“有组织的反应”方面，安理会的权限的范围已经经历了一种演变。在此，安理会最近的一些决议，从《宪章》明确赋予该机构的权力来看，未必就是无可非议的。具体来说，这些决议有：第 1991 年 4 月 3 日第 687 (1991) 号决议，至少就规定伊拉克作出“战争损害”赔偿那一部分和赔偿金的确定和支付方式而言；1992 年 3 月 31 日第 748 (1992) 号决议，在该决议中，为人熟知的第三十九条的要求得到了广义的解释，因而允许对未能引渡指称犯有恐怖主义行为者的阿拉伯利比亚民众国采取措施；以及 1993 年 2 月 22 日第 808 (1993) 号决议，该决议决定设立一特设国际法庭，对前南斯拉夫共和国境内正处于冲突状态中的各派成员所犯的罪行进行起诉和审理。²⁹³

²⁹³ 一些学者已开始评论安全理事会目前的做法，尤应提出：Cotterau, “De la responsabilité de l'Irak selon la résolution 687 du Conseil de Sécurité”；Maranh, “The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Iraq by the Security Council”；Weller, “The Lockerbie case: a premature end to the 'new world order'?”；Tomuschat,

213. 为了证实所述实践现在和过去确实有助于确立或加强安理会在罪行的国家责任方面的权限（这将是一个有问题的结论），就应提出令人信服的论点，证明这是一个“在法律上有决定性”的实践。尤其应证明的是，所涉实践属于《联合国宪章》制度（所谓的联合国法律）内或一般国际法范围内的一种造法实践。需要明确证明的是，所涉实践或将构成（就安理会的行动而言）可以说是“默示权力”理论的“具体”适用；或将多少成为联合国会员国接受或通过的“直接”习惯规则或默示协定，从而易于使《宪章》的条款受到减损。如属后一种情况，则自然应当能够指出和表示这样一种规则在使《宪章》受到减损方面将具有的确切含义。

214. 在现有常设机构中，国际法院是唯一原则上拥有确定国际不法行为（包括国家罪行）的存在、归属和后果的权限和专门手段的机构。的确，国际法院的职能是“依国际法裁判之……”（《国际法院规约》第三十八条第一款）；法院就国际不法行为存在与否并就其法律后果所作出的裁判，对于“当事国……”拥有“拘束力”（《规约》第五十九条）。由于法院在职能上具有这两个特点（更不用说其构成了），因此它要比联合国其他机构更为适合确定国际不法行为的存在、归属和后果。不过，目前有两类主要问题，这些问题除其他外，来自国际法院目前的体系所具有的其他特点。

215. 第一组困难产生于任何国家服从法院行使职责的自愿性质，这种服从是仅仅为非主流的目的（例如确定初步问题）而遵守《国际法院规约》的一个直接后果。要使法院有资格对某项罪行行使其管辖权，产生其权限的必然条件是，被指称的不法行为者事先接受法院在这些方面的管辖权，以便使一个或若干个受害国——其中可能包括所谓的“非直接受害”国——单方面地传唤被指称的不法行为者出庭。

“The Lockerbie case before the International Court of Justice”；Reisman, “The Constitutional crisis of the United Nations”；Bedjaoui, “Du Contrôle de Légalité des actes du Conseil de Sécurité”；Gaia, “Réflexions sur le rôle du Conseil de Sécurité dans le nouvel ordre mondial: A propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux de Etats”。还请见 *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios-New Law?*, *Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law*, 1992 年 3 月 25-27 日 (Delbrück 编)，其中载有关于 Reisman、Farer、Rubin 和 Schreuer 所写文献的辩论。

这种条件存在的根据是，要么所有国家接受《规约》第三十六条第二款中所谓的任择条款，要么受害国或采取主动行动的国家连同被指称的不法行为者恰恰都是设想单方面运用可能性的双边和主观上受到限制的某些文件的参加者。使法院有权作出裁决的另一种唯一的方法是被告称的不法行为者本身特别接受其管辖权，但这种情况的可能性不大。

216. 第二组困难（这里罗列的只是最容易发现的困难）可以说是几乎完全缺乏与国际法院一起的被授予以下司法权力的机构：

- (a) 调查事实，以便初步确定某项国际不法行为的存在及其特性；
- (b) 在向法院提交案件过程中发挥“检察官”的作用；以及
- (c) 确定“制裁”并强制执行法院的假定的“处罚”（但《联合国宪章》第九十四条规定的安全理事会的职责除外）。

217. 特别是，履行法院关于国家责任的裁决可能会摆脱法院本身的任何控制。因此除了仅仅确定违反行为及其性质以外的任何“制裁”必须由受害方确定和实行，或者由其他联合国机构斟酌采取行动。

218. 最后的问题是，联合国机构的现有职责和权力是否以及在何种意义上应该或者可以在法律上加以调整，使之适合于一些具体任务，例如确定国家的国际罪行的存在、性质和后果（见上文第 202 段(b)分段）。尽管还在急切等待委员会关于这一问题的指导，但考虑到安全理事会可能更多地参与对于国家罪行作出的“有组织的反应”，因此提出一些建议。

219. 众所周知，安全理事会是一个构成成份受到限制的机构，其中有些理事国为了集体行动的目的享有一种特权地位。自然产生了这样的问题：如果“整个国际社会”确实有能力因国家的罪行而实行制裁，那么安理会在目前的构成成份和职能方面，是否真正能够通过其审议工作表达该社会“意愿”？

220. 安全理事会是一个负有维持和平的基本政治职责的政治机构。这产生了一些后果，可以总结如下：

- (a) 安理会履行职责时拥有很高的斟酌决定

权基础。它既不是必要地也不是经常地在需要行使其职权的所有情况下采取行动。与此相反，它是有选择地履行职责的；

- (b) 安理会没有义务在似乎相当类似的情况下运用统一的标准。因此，种类和严重程度同样的罪行可以得到不同的处理，或根本不加处理；
- (c) 安理会作出决定的性质似乎排除了促使它作出决定或采取行动或不行动的任何义务。由于缺乏动机，因而排除了对其选择的合法性进行同时或随后的核查的可能性，这一事实加深了该机构所作选择的自由和可能任意的性质。

221. 对于上述成问题的性质并不是没有保留意见，但作为防止和制止侵略和其它严重危害和平的行为的行动所产生的不可避免的弊病而可能得到人们的接受。根据这一情况，在必须作出及时反应时，为了迫不得已维护和平、减少流血和破坏并维持最低程度的秩序，可以接受在一定程度上牺牲对任何罪行和责任的客观评价。在这一点上非常接近于典型的自卫的“以牙还牙”职责，而且在缺乏更好解决办法的情况下，可以同意部署该政治机构的力量，而不必保障司法程序。而这种程序必然存在问题而且主要是太缓慢。

222. 即使在对于侵略方面，过份地依靠政治机构来实行对国家罪行的应付责任，其合适与否在第 19 条第 3 款设想的其它情况方面引起了高度的怀疑。该款(b)、(c)和(d)项中载述的那种不法行为应该通过司法手段，至少根据拟议法加以处理。各国刑法的历史表明，一旦制止刑事犯罪的责任赋予一定程度集中化的机构，此类机构的行动几乎一成不变地体现出以下特点：

- (a) 服从程序性和实质性法治，因为在文明社会中通常不容忍任何特设刑法规定或特别或“特殊”法庭；
- (b) 经常、连续和系统地展开刑事起诉和审判，主要体现于刑法机构的行动的强制性性质；
- (c) 在关于刑事法院的判决方面，而且还主要在对已经了解的任何罪行的调查和起诉方面，这些行动的不偏倚——或“客观”——的性质。

223. 由于上文所提出的理由, 鉴于安全理事会的有关特点和行动方式, 其行动似乎并不具有达到上述刑事司法的基本而重要的要求的性质。如果委员会根据拟议法在其项目中建议, 国际社会对国家罪行作出“有组织的反应”的主要任务仍然属于安理会, 它就必须制定方法和方式来减少上述因素所代表的严重差别。²⁹⁴

224. 委员会应予以指导的另一问题涉及到列入草案第三部分的那种解决争端的条款, 以便包括国家罪行所引起的争论, 里普哈根先生于 1985-1986 年期间建议的第三部分第 4 条(b)项²⁹⁵ 中述及的这一问题并没有列入上文第 106 段建议的第三部分 (及其附件) 的条款草案。委员会应该审议改进里普哈根先生提出的建议的可能性。

225. (上文第 205 段(c)分段中确定的) 最后一个问题是通过国际机构“组织起来的社会”的反应和国家的个别反应之间的相互关系。事实上, 根据现行法承认或根据拟议法提议承认“有组织的社会”对某个“犯罪”的国家采取措施的权限所产生的问题是, 将此项权限的行使同所有或某些受害国可能仍然有权对某项罪行单方面 (单独或通过区域性安排) 采取的那些措施 (无论是许多措施还是少数措施, 是武装的措施还是非武装的措施) 协调起来。撇开众所周知的侵略案件 (以及随后的自卫) 不谈, 为数不少的案件是, 对于同一罪行 (并非始终有序地) 采取了“制度化”措施 (来自世界组织或区域组织) 和个别国家或国家集团单方面决定的措施。以下两个事例足以说明问题: 一个涉及到对南非的制裁²⁹⁶, 另一个

事例是安全理事会 (分别为 1992 年 5 月 30 日第 757 (1992) 号和 1992 年 10 月 9 日第 781 (1992) 号决议) 和其它机构决定以及某些国家单独决定对南斯拉夫联邦共和国 (塞尔维亚和黑山) 采取的措施。²⁹⁷ 这些案件也产生了多重和困难的问题。

5. 不涉及武力的措施: 减少诉诸反措施限度的问题

226. 与采取涉及武力的措施不同, 针对某项罪行采取武力以外的措施并不产生许可的问题, 在针对任何普遍的违法的行为方面, 这些问题通常得到肯定的答复。然而此方面产生的问题是通过对于较严重的罪行 (相对不法行为而言) 作出反应的方式采取的措施可能会加重。造成这种加重现象的原因可能是针对普通不法行为 (轻罪) 诉诸反措施应遵守的条件或限制被取消或被减轻。这里是指“实质性”和“程序性”条件和限制。

227. 关于“程序性”限制——即 1992 年提议的草案第二部分第 11 条和第 12 条述及或隐含的那种条件²⁹⁸——特别产生的问题是, 在罪行案件中, 甚至在没有事先通知和在执行现有解决争端程序之前是否不允许或不应该允许诉诸反措施。实际上可能引起怀疑的是, 对于罪行, 而不是“普通”违法行为案件, 是否正如某些人的看法,²⁹⁹ 是否还有必要满足这种初步要求。最近一个事例是在伊拉克入侵科威特以后, 真正突然地采取了措施。入侵几天以后, 在通过解决争端的机制解决问题的任何试图以前, 实际上至少 15

²⁹⁴ 对于安全理事会现行决定程序, 特别是该机构针对严重违约行为的“有组织的反应”方面发挥的作用的一些纠正措施正在由一些列举的评论员加以拟订 (但另外参阅上文脚注 263 和 264 中例举的一些作者较早提出的建议)。例如, 一些作者建议在安全理事会行动之前诉诸国际法院的预防措施 (Simma, *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios - New Law?*, *Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law*, 1992 年 3 月 25-27 日, 第 145 页; Klein, “Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalen Gerichtshof bei friedensbedrohenden Streitigkeiten”, 第 481 页起。) 另外 Bedjaoui 也建议国际法院作出更大的贡献, 控制安全理事会行动的合法性, 通过扩大法院对人或对物的权限, 上引书, 第 88 页起。其他作者则建议大会发挥更彻底的作用。例如, Rezek 于 1991 年 7 月 2 日在第 11 届 Gilberto Amado 纪念演讲会上发表的演讲, 主题是“二十世纪末叶的国际法、外交和联合国”, 以及 Reisman, 见上引。后者建议建立大会的一个特设委员会。

²⁹⁵ 见上文脚注 2。

²⁹⁶ 许多国家和国际组织对该国的种族隔离政策在

1980 年代对该国采取了经济措施 (例如, 见欧洲共同体决定的措施, 《国际法律材料》, 第 24 卷 (1985 年), 第 1479 页; 加拿大、法国、以色列、日本、肯尼亚、斯塔的纳维亚国家、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国采取的措施, 《国际公法综合杂志》, “国际事件编年史”, 第 80 卷 (1986 年), 第 173 页起, 和同上, 第 81 卷 (1987 年), 第 587 页起, 尤见第 916-917 页)。安全理事会在 1985 年 7 月 26 日第 569 (1985) 号决议中借此机会赞扬“已对比勒陀利亚政府采取自愿措施的国家”, 促请它们采取新的规定, 并请那些尚未采取这些措施的国家仿而效之。

²⁹⁷ 关于前南斯拉夫问题伦敦阶段国际会议 (1992 年 8 月 26 日至 27 日) 通过的措施, 见《国际法律材料》, 第 31 卷 (1992 年), 第 1539 页起。在这一方面, 必须指出安全理事会第 770 (1992) 号决议第 4 段, 其中安理会请各国向秘书长报告它们采取哪些措施, 配合联合国执行这项决议。

²⁹⁸ 见上文脚注 153。

²⁹⁹ 关于这一问题, 见关于草案第一部分第 30 条的评注第(3)段 (《1979 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 116 页)。另见上文脚注 234-236 和 248-249 所引用的作者。

个国家自行采取了经济措施。这些措施甚至先于安全理事会本身采取的措施。³⁰⁰

228. 此方面的第一个问题是假定的“特殊”治罪制度实际上是否起因于所设想措施特别性质——例如，即使对于不法行为也允许采取的“临时措施”或任何其他措施，因为这些措施是与同时或随后诉诸友好解决程序相协调的³⁰¹——或起因于在特别案件中，违法行为所引起的特别状况——例如必要状态或困难的境况，即无论是否存在某种罪行或甚至一种不法行为都排除合法性的情况。

229. 第二，如果认为在罪行案件中诉诸反措施制约于已减轻或最低的“程序”条件，还必须确定这是否适用于任何类型或仅仅某些类型的罪行。例如，“具有连续性质”而且仍然在展开的罪行，或违反对于国际和平与安全具有极其重要性的原则的罪行。

230. 关于“实质性”限制，在允许采取以下措施方面似乎可以设想可能减轻这些限制：

- (a) 具有经济或政治性质的极端措施；
- (b) 影响到不法行为国的独立、主权或国内管辖权的措施；
- (c) 影响到“第三”国的措施；
- (d) “惩罚性”措施。

以下几段中简要叙述了这四种可能性。

231. 关于以上(a)点，对于具有经济或政治性质的要挟性措施可以是实行减弱限制的一个重要案例。如果对于仅仅犯有不法行为的国家确实不允许采取经济扼杀的措施，那么这是否同样适用于犯有罪行的国家，特别是在它没有停止非法行为的情况下？

232. 国际惯例中不少迹象表明，在罪行案件中采取比较严厉的经济措施。在此只需要回顾安全理事会1990年8月6日和25日以及9月25日的关于对伊拉克采取严厉的经济措施的第661(1990)、665(1990)和670(1990)号决议以及

³⁰⁰ 见 The Kuwait Crisis Sanctions and their Economic Consequences, D. L. Bethlehem 编(第一部分), Cambridge International Document Series, 第2卷, 1991年, 第33页。

³⁰¹ 见第12条第2款(b)项和(c)项草案(第四次报告,《1992年……年鉴》,第二卷(第一部分)(上文脚注79),第52段)。

1991年9月25日、1992年5月30日和11月16日关于对南斯拉夫联邦共和国(塞尔维亚和黑山)采取经济措施的第713(1991)号、757(1992)和787(1992)号决议。

233. 关于以上(b)点，另一种减轻的案例可能涉及到禁止影响不法行为国的独立、主权或国内管辖权的措施。这方面的事例是直接干预目标国的贸易关系及将本来应该受到豁免保护的目标国的负责官员置于[受害国]属人管辖权之下。

234. 在后者情况下，该问题显然是提到对战争罪、危害和平罪和危害人类罪的个人责任的问题。但本报告认为，应该仅仅确定，由于某项国际罪行而受到损害的国家对个别肇事者的起诉是否也可以被正当地视为对不法行为国的一种合法的制裁。³⁰²

235. 关于(c)点，另一个可能性涉及到是否允许损害违法国以外的国家的权利的措施。正如在第14条第1款(b)项第(四)目³⁰³中所提议的那样，对不法行为者采取的反措施的合法性在违法行为案件中不能扩大到针对第三国的反措施。在对某项罪行作出反应时是否可以超越这种限度？实际上相当可能发生的情况是，由于各国之间的经济相互依存性，采取集体措施可能不仅损害不法行为国，而且还会损害与罪行的实施毫无关系的国家。这种考虑是否可以阻止措施的采取，或者正如有些人坚持认为的那样，这是要求对受影响的“无辜”国同时或随后采取“声援”的措施？

³⁰² 这可能是在其他情况下对构成(或促成)国家的一项国际罪行的实际行为者的一位官员“不允许”行使管辖权的案例。表明这方面的事例，一方面，可能载于美国法院的最近判决录(选自“Filartiga 诉 Pena-Irala”案(见 Federal Reporter, 第二辑, St. Paul, Minn., 第630卷, 1981年, 第876页起)), 尽管这涉及到民事管辖权; 另一方面载于关于惩处(或引渡)应对重要条约所规定的不法行为负责的个人义务——首要义务的规定, 例如, 《防止及惩治灭绝种族罪公约》第四条、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第三条和《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》第五条。

关于对违反国际人道主义法律的个人责任案件中的起诉问题, 应该提请注意安全理事会1993年2月22日第808(1993)号决议。安理会在回顾其以前关于停止的要求(“前南斯拉夫境内各当事方和其他有关方面以及波斯尼亚-黑塞哥维那境内所有军队立即停止并且不再作出任何违反国际人道主义法的行为”)以后决定: “设立一个国际法庭来起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人”。

³⁰³ 见特别报告员的第四次报告(《1992年……年鉴》, 第二卷(第一部分)(上文脚注79), 第35页)。

236. 以前在安全理事会里这一问题不止一次提出：例如在南罗得西亚案例中，美利坚合众国回顾说，实施禁运不得影响到邻国的权利；³⁰⁴ 最近中国在对赞成 1992 年 5 月 30 日第 757 (1992) 号决议（呼吁对南斯拉夫联邦共和国（塞尔维亚和黑山）实行经济禁运）的投票中弃权，因为它认为，采取经济措施可能会对第三国产生影响，因而不是不适宜的。³⁰⁵ 此外，安理会 1992 年 5 月 29 日第 253 (1968) 号决议增强了对南罗得西亚的禁运，而在 1992 年 3 月 31 日第 748 (1992) 号决议中，安理会对阿拉伯利比亚民众国参与国际恐怖主义活动采取了经济措施，这两项决议似乎赞成对“无辜”国的利益予以一定的保护。³⁰⁶ 在美国冻结伊朗交付美国银行外国分行保管的资产方面也产生了经济制裁对第三国的影响问题。³⁰⁷

237. 对于上文(d)点，就所指措施的“功用”而言，也是可以设想“减轻”限制的。的确，在较不严重的不法行为问题上，“惩罚”目的只起着较小的作用，因为，它已被责任的“实质性”内容（停止，广义的赔偿，不重犯保证）所包含，但是，正如一些实际案例所表明的，对一“罪行”的犯罪者所采取的措施不是有可能超出严格的赔偿性功能吗？尤其是，但并不局限于侵略的情况。

238. 几乎没有必要回顾这一例子：伊拉克对科威特的入侵被制止，并且敌对行动结束之后，美国多次威胁伊拉克并对之采取实际行动，迫使它遵守安全理事会 1991 年 4 月 3 日第 687 (1991) 号决议规定的保证和赔偿义务。单从伊拉克履行施加给它的具体义务看，或者单从（假定的）的不履行后的相称性原则看，这些武装措施的严厉性是难以理解的。³⁰⁸ 然而，也应该牢记，

³⁰⁴ 美利坚合众国代表特别提到赞比亚（见《安全理事会正式记录，第二十一年》，第 1267 次会议，第 71 段）。

³⁰⁵ 见 1992 年 5 月 30 日 S/PV.3082 号文件，第 4-5 页。

³⁰⁶ 关于安全理事会第 748 (1992) 号决议和洛克比案例，除了其他以外，见 Graefrath, “Leave to the Court what Belongs to the Court: The Libyan case”; Arcari, “Le risoluzioni 731 e 738 e i poteri del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace”, 第 932 页起；Tomuschat, 见上引；Sciso, “Può la Corte internazionale di Giustizia rilevare l'invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza?”；和 Bedjaoui, 见上引，尤见第 106 页。

³⁰⁷ 见《国际法律材料》，第 20 卷，第 2 号（1981 年），第 414 页起，第 769 页起和第 923 页起。

³⁰⁸ 例如见 United States Department of State Dispatch: Bureau of Public Affairs (第二卷第 39 号) 所载的布什总统的讲话（1991 年 9 月 30 日），第 718 页。

安理会自己曾在第 687 (1991) 号决议里决定“继续处理此案”，必要时采取进一步步骤，以执行本决议并确保该地区的和平与安全。

239. 到目前为止，已考虑了武装措施以及非武装措施的“客观”方面，但除此之外，还必须处理“主观”方面，最主要的是“制度”方面。武装反应所造成的问题的唯一差别或许就在于所采取的措施“危险性”较低，因而也就在于对滥用或过激行动的担心较少，不管这种反应是受害国单方面采取的，还是据称代表着各国或国际社会的“共同意志”的机构采取的。

240. 这里不再详细阐述此点，而只需回顾，对于非武装措施而言，这种“主观制度性的”的问题可大致用下列语言概括：

- (a) 首先，诉诸“和平的”反措施所受限制的可能减轻，是仅适用于罪行的“主要受害国”（如果有的话）呢，还是适用于不论以何种方式受到伤害的所有国家呢？或者说，对罪行实行反措施的整个处理过程难道不是由（根据现行法），或不应由（根据拟议法）“有组织的国际社会”来掌握的吗？
- (b) 如果对于这些不涉及使用武力的措施而言也存在着（或应当提供）这种“集体性的”管辖权，则它属于“排他性的”，还是仅属于“初级”管辖权？
- (c) 按照后一假设，“集体性的”管辖权与个别受害国（或受害国群体）剩余的单方面行动权以何种方式进行协调呢？
- (d) 最后，哪些“集体性的”或“制度性的”程序适于表达各国的“共同意志”呢？

6. 受害国“有反应义务”的问题

241. 最后一组问题是可能负有的对国际罪行犯罪者采取措施的义务问题（相对于权力而言）。这里所指的是里普哈根先生所列出的义务，³⁰⁹ 其中最重要的是不承认不法行为国的违法行为或其后果为“合法和有效”的义务。

³⁰⁹ 见里普哈根的第六次报告（《1985 年……年鉴》，第二卷（第一部分）（上文脚注 2）），第 13 页，特别是第 14 条及其评注。

242. 国际实践表明,各国常感到有义务不承认不法行为,特别是侵略行为所产生的情况的法律后果。不必回到很久以前,这里仅提及《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》³¹⁰的一项规定,即“使用威胁或武力取得之领土不得承认为合法”,大会后来在《侵略定义》里重申了这一原则。³¹¹也可以回顾《加强在国际关系上不使用武力或进行武力威胁原则的效力宣言》。³¹²另一个例子是,各国和国际机构都多次宣称以色列在占领的领土上和耶路撒冷市内的“行政措施”为非法。³¹³在侵略的后果这个问题上,还可以回顾关于不承认伊拉克兼并科威特的法律后果的声明,尤其是安全理事会1990年8月6日第661(1990)号、1990年8月6日第662(1990)号和1990年9月25日第670(1990)号决议,以及伊斯兰会议组织、³¹⁴阿拉伯国家联盟³¹⁵和欧洲共同体³¹⁶所采取的立场。

243. 关于侵略以外的违法行为,应考虑到安全理事会1965年11月20日第217(1965)号决议,该决议敦促各国不要承认南罗得西亚种族主义殖民者少数的“非法政权”;安全理事会1969年3月20日关于南非在纳米比亚行动的第264(1969)

³¹⁰ 见上文脚注138。

³¹¹ 见上文脚注252。

³¹² 大会第42/22号决议,附件。

³¹³ 对于1967年被占领的阿拉伯和巴勒斯坦领土问题,见安全理事会1967年11月22日第242(1967)号和1980年3月1日第465(1980)号决议;关于耶路撒冷问题,见安全理事会1980年8月20日第478(1980)号决议、大会第35/169E号决议、瑞士的声明(Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 1980”, 《瑞士国际法年鉴》,1981年,尤见第277页)和欧洲共同体九国的宣言(*Bulletin of the European Communities*,第13卷,第6号,1980年,第10页);关于被占领的戈兰高地领土,见安全理事会1981年12月17日第497(1981)号决议、大会ES-9/1号决议、比利时代表欧洲共同体立场向大会的发言(《大会正式记录,第九次紧急特别会议,全体会议》,第5次会议,第22-33段)、英国外交大臣的有关发言(《英国国际法年鉴》,1983年,第53卷,第532页起)及法国常驻安全理事会代表的有关发言(《安全理事会正式记录,第三十六年》,第2317次会议,第88-92页)和人权委员会第1990/3号决议。

³¹⁴ 伊斯兰会议组织1990年8月4日第十九次部长会议的公报(见1990年8月10日S/21448号文件)。

³¹⁵ 1990年8月10日在开罗举行的阿拉伯首脑特别会议通过的决议(见1990年8月13日S/21500号文件)。

³¹⁶ 1990年8月4日欧洲共同体十二国关于伊拉克侵占科威特的声明(见1990年8月6日A/45/383-S/21444号文件附件)以及在布鲁塞尔举行的特别会议声明(见1990年8月13日A/45/409-S/21502号文件附件)。

号决议;以及大会于1992年11月23日在海地非法取代宪定总统的企图之后通过的第47/20号决议,该决议“重申不能接受在该非法情况下产生的任何实体”。

244. 除了不承认的义务之外,还提到另一种界定不那么清楚的义务,即不帮助或支持不法行为国维持不法行为造成的情况的义务。国际实践的确显示了存在着这样一种法律意见的迹象,这种意见赞成各国不支持不法行为国享受从侵略行为或其他重要违法行为所获得的任何好处。

245. 例如安全理事会1969年8月12日第269(1969)号决议,该决议“促请所有国家避免与自称代表纳米比亚领土之南非政府从事任何交往”;安理会在1980年3月1日第465(1980)号决议中要求所有国家“不向以色列提供任何具体用于被占领领土内的移民点的援助”;以及大会更坚决的宣言:“对以色列提供武器或经济援助,从而增加其作战潜力的任何一方或数方”,必须承接“国际责任”。³¹⁷在这个问题上值得注意的还有阿拉伯国家联盟、³¹⁸不结盟运动、³¹⁹以及非统组织的声明。³²⁰

246. 另一个有意义的例子是美利坚合众国在南非侵略和占领部分安哥拉领土的过程中向该国提供的军事和财政支持。除了安哥拉、古巴和苏联单独提出的抗议,³²¹大会还有一项谴责,其中

“重申美国行政当局在此地区推行的各种政策,特别是支持争取安哥拉完全独立全国联盟武装犯罪暴徒,及其‘建设性交往’和‘联系解决’等政策,在很大程度上便利了种族主义政权对安哥拉南部的占领。”³²²

证实可能存在着关于“不协助义务”的法律意见的最近例子是:安全理事会1990年8月6日第661(1990)号决议重申了不协助伊拉克的义务;捷克和斯洛伐克联邦共和国政府决定(1990年8

³¹⁷ 大会第38/180E号决议。

³¹⁸ 阿拉伯国家联盟理事会1981年6月11日的决议。

³¹⁹ 1981年6月16日转交给联合国的公报(1981年6月16日的S/14544号文件附件)。

³²⁰ 非统组织部长理事会最近要求美国尽一切可能防止犹太移民在占领的巴勒斯坦领土上定居(第1277(LII)号决议,1990年7月3-7日)。

³²¹ 见1986年3月14日A/41/218-S/17921号文件(附件)和1986年3月20日S/17931号文件(附件)。

³²² 大会第41/35A号决议第12段。

月 3 日在安理会第 661 号决议之前作出的决定)中止“对伊拉克共和国的一切军事性质的供应”。与此同时,捷克和斯洛伐克联邦共和国“还停止了可能被伊拉克用于军事目的的所有其他物品的运输”。³²³

247. 还应提请注意欧洲共同体近年来越来越明显地在有持续和严重侵犯人权和民族权利的情况下中止经济合作协定的趋势。³²⁴

248. 还一般提到各国的如下义务:不干涉“整个国际社会”对罪行作出的反应,并且应执行国际社会为制裁罪行可能作出的决定。

249. 在通过编纂或逐渐发展的方式对这类义务进行审议时,不容忽视两个问题:

- (a) 首先,应该确定各国是把所说的行为看作是遵守对罪行作出反应的“特别”义务,还是看作仅仅是对不法行为国行使其实施性质或内容相似或相同的反措施的权力;
- (b) 其次,如果所说的行为被认为是或成了义务的结果,则应该澄清该义务是由关于国家责任的一般法律所规定的对国家罪行的反应,还是仅仅间接地与不法行为的发生有关。在后一种情况下,义务可能产生于“初级”规则,这些规则确立了有关国家之间的制度化的或非制度化的合作义务,没有履行这种义务,罪行的发生便不会引起共同的或一致的行动。

C. 国际刑事责任,是指国家, 还是指个人,还是 两者兼指?

250. 若不是第一部分有第 19 条,可以认为,委员会关于国际责任的工作是基于暗指两分法,即一方面基本上是国家的“民事”责任,另一方面是个人的刑事责任。这大致对应着以下两方面,一方面是国家责任草案的范围

³²³ 见 *The Kuwait Crisis Sanctions and their Economic Consequences* (上文脚注 300), 第 101 页。

³²⁴ 见欧洲委员会 1991 年 11 月 28 日的决议 (Bulletin of the European Communities, 第 24 卷, 第 11 号, 第 124 页)。另见非加太国家-欧共体联合大会的决议,该决议中止了对海地的援助和各种形式的合作;以及欧洲议会 1993 年 1 月 22 日的决议,该决议要求对赤道几内亚采取相同的措施。

(第一部分第 19 条除外),另一方面是危害人类和平与安全治罪法草案,虽然“民事”和“刑事”责任的区分是相对的。³²⁵ 各国只能在违反了根据关于国家责任的条款草案所编纂和发展的法律规定的义务之后才能引起民事责任。而根据治罪法草案,刑事责任只归到个人身上,这或是借助于直接适用于个人的国际规则,或是借助于各国将规则嫁接到本国的法律制度中,构成统一的刑事法。³²⁶ 毫无疑问,个人是可以提交刑事审判的,而国家的情况则不同。国家的任何责任原则上(第 19 条除外)似乎不在刑事制裁之列,这或是单纯因为国家的集体性质(社会不可能犯罪),或是因为它们不受处罚,或是因为刑事责任与主权国家的尊严不符。³²⁷ 的确,委员会现在在大多数委员对国家责任草案中的国家责任的理解是:它严格局限于作出赔偿的义务,不涉及任

³²⁵ Spinedi 的重要著作对(国内法和国际法中的)这种相对性有独到的论述,发人思考。主要是她所著的“International Crimes of State: The Legislative History”(上文脚注 170)中的透彻论述,尤其是她所著的“Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux”(上文脚注 239),尤其是第 19 页起和 28 页起。

³²⁶ 对于国家自身能否承担危害人类和平与安全治罪法草案所规定的罪行的责任,最初曾决定不下。现在,有关此草案的工作已有了确定的基础,即根据如下认识:治罪法草案只涉及个人的罪行,虽然这些个人主要是,即使不完全是(考虑到所涉及的不法行为的性质)在一国内占据着负责位置的人。

³²⁷ 许多国家在反对通过第一部分第 19 条时援引过“社会不可能犯罪”这一法律格言。奥地利认为,

“毫无疑问,委员会通过引入‘国际罪行’的概念,正在提议修改国家责任的基本概念,而根据当代国际法,此概念仅用于个人的刑事责任。法律学说早就摒弃了集体罪过和集体惩罚的思想。如果由于确立了国家的国际刑事责任而复活了这一过时的思想,这是很不幸的。”(《大会正式记录,第三十一届会议,第六委员会》,第 20 次会议,第 2 段)

法国认为,

“确立新的一种国家责任等于确立一种集体的刑事责任,这有悖于现代刑事法律”(同上,第 26 次会议,第 7 段)。

根据以色列的意见,

“引入国家应对之负责的国际罪行的概念是一种退步,违反了久经时间考验的‘社会不可能犯罪’这一法律格言”(同上,第 28 次会议,第 17 段)。

下列国家也表达了不必要定罪于国家的意见,但说法有细微差别:美国(同上,第 17 次会议,第 8-12 段)、日本(同上,第 21 次会议,第 8 段)、葡萄牙(同上,第 23 次会议,第 17 段)、德意志联邦共和国(同上,第 24 次会议,第 71 段)和澳大利亚(同上,第 27 次会议,第 20 段)。

何惩罚性功能。³²⁸ 在国家责任的范围内，第 19 条草案这样看来倒是个不一致的因素。³²⁹

251. 对以下两种意见都不能无条件地赞同：一是，按照目前的国际法，国家由于其性质，不能担负刑事责任；二是，按照现行法，国家的国际责任仅与国内法中的民事责任具有相似性（后一种意见与前一种仅部分重叠）。国际法之下的国家责任与国内刑法也有相似之处，尽管表面上不能与国内的民法相类比。但在阐述这种相似性之前，还得先讨论第一点，即所谓的刑事责任与国家的一般性质不符的意见。

252. 不相符之论的首要的理由是“社会不可能犯罪”这一法律格言。这一格言在一定程度上，对国内法的法人以及对作为国内法的法人的国家而言的确是有道理的。然而，当国家作为国际法人之时，这一格言是否有道理便成疑问了。对于这样的实体，该格言从理论上和实践上都站不住。理论上，“社会不可能犯罪”的理由基本上就在于法人与自然人的实际统一性相反，具有“集体的、抽象的法律性质”。法人，比如私营公司，既作为集体性的实体，又作为自然人中间的法律关系工具，在一定程度上是受不到刑事惩罚的，这或是因为它不可能受到肉体的惩罚，或是因为刑事责任归到了其代表或成员的身上。然而，这一困难并不是绝对的：有过公司承担刑事责任的案例。但是，较难想象的是国家作为国内法律的法人而承担刑事责任的情况。原因明显不过，这里不必赘述。

253. 然而，国家作为国际法人，却是另一个问题。虽然国家依然是集体性实体，但相对于国际法而言，是与国内法的法人不同的。相反，从国际法的角度看，国家仅仅具有“事实性的”集体实体的特征。³³⁰ 学者们由于受法人自身是事

³²⁸ 有些矛盾的是，即使如此明显的制裁性赔偿形式，如各种满足办法和不重犯保证等，也须排除（以惩罚性赔偿金或其他形式显现的）惩罚性功能。

³²⁹ 比较 Spinedi 的著作，见上引（上文脚注 230），尤见第 9-19 页。

³³⁰ 阿兰焦—鲁伊斯：“The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations”，附录，第 629 页起，尤见第 123 段；“State fault and the forms and degrees of international responsibility: questions of attribution and relevance”，尤见第 29-31 页；和“Le domaine réservé - L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne: Cours général de droit international public”，第 439 页起，尤见第 443-446 页。

实性的集体实体这一基本概念的遮挡而看不到这一明显的真理。但这一真理在以下人们普遍持有的观点中得到了最明显的体现，即国际法是国家间系统的法律，而不是一个世界联邦国家的法律。

254. 现在论述所谓不一致的第二个原因，不管人们如何坚定地认为草案所涉的国家责任严格限于赔偿领域，但国家实践表明，参与国际关系的实体很可能犯最严重的罪行。用 Drost（他同时也强烈反对将国家“定罪”）的话来说，“毋庸置疑，‘犯罪’国由于其集体力量而远比犯罪个人危险”。³³¹ 对国际关系的研究，不管是从政治学角度，亦或从道德或法律角度，也都表明，正因这些实体能相互犯罪，因此这种实体往往被其同等地位者当作罪犯对待，对他们的待遇不是明示就是暗示惩罚，而且往往非常严重。³³² 除“社会不可能犯罪”的准则外，决不能让这样一种考虑而误导：即国家与国内法中的个人不同，它们在国际法中不受检察院和刑事法庭等机构的管辖。当然，国家间制度持续无体制结构的状况通常只在双边关系，而且纯粹是横向关系中限于受害国和犯法国之间的责任关系，第三方通常不起任何作用，权力机关更加起不了任何作用。因此，对国际不法行为作出反应原则上仍然是受害方所选择的问题，不管这种选择会冒何种风险。应由受害方来要求停止、赔偿和（或）满足，并为达到这种目的采取报复。因此对国际不法行为的责任表面上看来只在民事责任范围内适合于国内法体系的司法模式。尽管表面评价如此，但只要透过“受害国—违法国关系”的表层，就不难看到这种关系的内容并非单纯是“民事”或“赔偿”关系，甚至假设可以与刑事责任作出截然不同的区别。即使是最普通不法行为案（第一部分第 19 条设想的除外），也明显没有惩罚的内容。

³³¹ Drost, *The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples*, 第 1 卷, 第 294 页。他以“社会不可能犯罪”的准则为主要依据，对国家刑事责任的观点进行了抗辩，论证有力，但他接着又承认，“犯罪”国实际上是“政治”措施（他将其区别于依法惩罚）的目标，很难不将其看作是多种形式的严厉惩罚。下文第 255 段转载 Drost 的一览表，第 263 段(c)分段再次对此作了论述。例子颇多，而 Drost 只是其中之一。

³³² 见 Drost（上引书），甚至 Graefrath 和 Mohr，见上引，也反对对国家实行惩罚性制裁，但他们也承认实质上严厉惩罚的措施为合法。

255. 在最普通的国际不法行为案中, 惩罚不是隐含于停止不法行为和通过恢复实物原状或补偿进行的赔偿之中, 就是显见于在“满足”这一艺术性术语之下为人熟知的那种典型的国家间补救措施。在最严重的案件中, 如必须要采取特别严厉的经济或政治报复或直接军事反应, 随后作出多少有点严厉的和平解决的案件, 受害国争取和实现的惩罚意图不言而喻。只需再参照一下 Drost 就够了, 他坦率地列出了区别于 (对个人领袖者的) “依法惩罚”的各种 (对国家采取的) “政治”措施如下:

“这些政治措施在集体决定和施令以及集体承担和忍受方面具有双倍的集体性, 它们采取各种形式、方式和方法。领土转让、军事占领、拆毁工业、迁移居民、以金钱、实物或服务作赔偿付款、查封或没收资产、军备控制、非军事化、政府监督以及其他许多国际措施, 包括经济和军事制裁这两大类措施……”³³³

本作者似乎并不怀疑他所列举的措施大多不仅包括相当“民事性”的补救措施, 而且都可能影响——其中有些还极其严重地影响——他正当地想要通过将“依法惩罚”限制于统治者而免遭制裁的人民。以下第 266 段将进一步论述这一问题。

256. 虽然有许多国际法方面的作者和外交家倾向于用一种遮盖布来掩盖这种明显的事实, 他们不是隐去国际责任的惩罚性内涵 (就是虽然没有明说但实际明确表示对抗措施的唯一作用是获得赔偿), 但这改变不了国家间制度的严酷现实。连最有影响的权威也承认, 国际责任包括民事和刑事内容, 两者孰轻孰重, 则要取决于每一特定案件的主客观特征和情况。在最严重的案件中, 所谓的民事内容便并入刑事内容, 而对于最普通、最轻微的违法行为, 刑事内容则并入民事内容。不管如何, 制裁不是由某一机构来实行, 而是由受害方实行, 或者甚至由不法行为国本身来对自己实施, 因而没有排除暗示或明示的刑事内容。³³⁴ 将“社会不可能犯罪”的准则适用于主权国家在实践上并没有比理论上更接近于真理。

³³³ Drost, 上引书, 第 296-297 页。

³³⁴ 在国内法制中, 在执行刑事责任和民事责任中都机构的存在, 这也表明决定性因素不是机构的不存在。如果“上级”机构的不存在是排除任何形式的国际刑事责任的决定因素 (如持现在讨论的观点的人似乎认为的那样), 那么人们就要承认在任何形式的国际 (民事) 责任以及其他国际法律关系方面都存在着同样的距离。

257. 对第一部分第 19 条所依据的观点持强烈批评意见的某位人士当然可以认为, 而且不无理由地认为, 如果“社会不可能犯罪”的准则不符合主权国家和国家间制度的现行特征, 则完全有可能符合这种制度在不远或较远的将来可能存在的特征。该批评可能特别认为, 如果国家目前不是适当意义上的合伙关系或法人, 它们必然要在 (真正的) 有组织的人类法律社团中成为适当意义的合伙关系或法人。这样, 从根本上说, 国家将无异于或多或少集权化的联邦的分部门。它们因此也成为人类法律社团的法律次级部门, 能够承担刑事责任的能力就较小 (或完全没有), 只能承担“民事”, 而且纯粹是赔偿性的责任。在这一框架内, 只能由领导人、官员、代表来承担刑事责任, 而不能由作为一种机构的国家来承担刑事责任。³³⁵

258. 如果可以认为这种“未来能实现的东西”是一种有效的预测, 这位强烈反对第 19 条所载观点的人可以进一步认为, 委员会要遵循的正确方向恰恰是要保留上文第 250 段提到的那种区别, 即单纯适用于个人刑事责任的破坏人类和平及安全治罪法和设想单纯国家民事责任的国际责任条款草案之间的区别。这位“坚定不移的反对者”认为, 应通过将第 19 条排除在第一部分之外的关于国家责任的公约来编纂和发展这一国家“民事”责任。还是这位反对者, 他认为, 这将是使委员会目前的草案与逐渐发展国际制度的“最终”目标方向相一致的办法, 这是 Lorimer 所使用的形容词³³⁶, 即建立一个更加集权 (或少一些分权) 的 (或分权化的) 有组织的人类社会。

³³⁵ 奇妙的是, 有些作者似乎提出了截然相反的意见。见 Schwarzenberger (“The Problem of an international criminal law”, *International Criminal Law*, 尤见 35-36 页), 他认为,

“在这种情况下, 适用于世界列强的国际刑法在措词方面自相矛盾。它首先要求有一个凌驾于国家之上的国际当局。但实际上, 不管是对苏联还是对美国执行国际刑法典的企图都将成为另一种名义的战争。因此, 普遍实施国际刑法的建议纯属是一厢情愿的国际社会改组方式。至于其他类似计划, 它们都想当然地含有实现这些计划的难以达到的基本条件: 即将非本来面目的现有世界强权政治制度转化成至少是一种世界联邦制。如果而且当持枪执械者被缴械时, 只有在这时国际社会才会强大, 才能挥舞普遍刑事司法之剑。”

但请比较 Dahm, *Völkerrecht*, 第 265-266 页和 270-271 页; 以及 Spinedi, 见上引, 尤见第 31 页。

³³⁶ Lorimer, *Institutes of the Law of Nations: A Treatise on the Jural Relations of Separate Political Communities*, 第 2 卷, 第 183 页起。

259. 但似乎同样明显的是，建立这样一个法律共同体并非是俯仰之间的事，现在仍遥遥无期。这里指的是，要建立一个真正的人类的人际法律共同体，这种共同体是在适当的代议体制下合法地组织起来的，在某种意义上包括国家本身，它们作为各自的国家社团的法律代表机构平等参加。因此，正如上文第 257 段所指出的，国家与在民主基础上建立起来的联邦国家的分部门的差别在某种程度上将缩小，但诸如此类的发展必须要有这样一个前提，即所有民族在政治和法律上合众为一，在某种程度上至少要一致于美利坚合众国制定联邦宪法的进程以及欧洲共同体 12 个成员国的人民之间仍然尚未开始的进程。这种进程即使不是几个世纪，也需要好几代人才能完成。

260. 必然的结果是，不管是福是祸，人类将在今后很长一段时期内与这种缺乏一体化的状况共存，这同时就是社会学家和法律工作者在技术意义上所称之为国家间制度的主要因果关系。

261. 在这种制度内，不管人们是否喜欢，各国似乎必须要受国际法，即国家间法律的管辖，而不受人类国际共同体法律的管辖。在国家间制度内以及在这种制度的法律下，即国际的而不是超国家的法律下，国家基本上仍然是事实上的实体，而不是集体法律实体。因此它们不仅能犯各种不法行为，尤其是所谓的“罪行”以及所谓的“轻罪”，而且还同样能作出相当类似于（虽有所变异）在国家社会中被判有罪的个人所遇到的反应。

262. 谴责“集体”责任的论说颇丰，这是正确的。³³⁷ 本特别报告员坚信，这完全是一种原始和粗浅的制度。但它也难以避免以下显而易见的论断：

- (a) 从法律发展的角度来看，国家间制度虽然已形成几百年而早已远离原始，但它目前所处的阶段仍有些发展不全的方面，若忽视，就可能产生危险；
- (b) 其中有一个方面是，国家确实也犯鉴于其严重程度而可肯定称之为一般意义上所说的“刑事”罪，同时还犯可称之为“普通”或“民事”的不法行为；
- (c) 还有一个方面是，国家对这种严重罪行，例如侵略的反应形式，即使是 Drost 这样

强烈反对国家刑事责任的人也认为太严重和数量众多，如上文第 254 段提到的。如 Drost 自己对这些反应形式（他称之为政治措施，以区别于“单项惩罚”）的分类，这些形式

“……可以是领土的、人口的和战略性的；工业的、商业的和财政的；甚至可以是文化的、社会和教育的；最后但并非不重要的是，技术的和意识形态的。”³³⁸

实在难以置信的是，如此重大严厉的措施虽在细节上作了必要的修改，但在其结果方面与国内刑法的惩罚并无许多类似之处。

263. 最后，至少在一段时期，也许是在很长一段时期内，似乎是应该可以对第一部分第 19 条设想的那类犯罪行为作出合法反应。因此，委员会应在草案第二和第三部分就第 19 条作出后续规定。

264. 根据现行法和拟议法要解决的这些问题似乎比尚未得到满意解决的集体安全问题甚至更为棘手。在这些问题中，涉及所谓有组织的国际社会现行结构的问题尤其棘手。

265. 上文以尝试性的概要提及了所涉的现行法或拟议法上的一些问题。还有一些问题尚未提到。在本年度结束前，还有三个问题需要提出，委员会可能会对其进行增补和更正。

266. 一个最关键的问题是，区别一种国家国际罪对国家本身，或许对国家统治者的后果以及对国家人民的后果的问题。Drost 的研究（如表明的那样，他是国家“定罪”的反对者，但并非十分始终一贯）提出了非常有用的比较用语，该作者极其正确地强调必须在道义和政治上将对犯罪国的政治措施同对其肇事统治者的个人惩罚分开，前一种措施的实质是要不损害（而不是打击）“犯罪”国的“无辜”人民。这一观点值得完全同意，但鉴于 Drost 自己似乎如此慷慨大方地接受的那几种措施（上文第 255 段），而这些措施似乎仍远超过了《联合国宪章》第四十一和四十二条所设想的措施，要作出区别似乎也不易。特别是（对侵略案的）经济措施与和平解决措施尤为如此，其中有些措施似乎直接击中人民。还有一个不管是社会学家还是法律工作者或道德家都不应忽视的问题（虽然 Drost 似乎对此完全忽视）：是否可以认为，对于一个显然

³³⁷ 例如，见 Kelsen, *Pure Theory of Law*, 第 121-122 页及第 324 页起。

³³⁸ Drost, 上引书, 第 296-297 页。

是独裁者的专制政权在侵略前后以及侵略期间受到热情支持而进行的侵略行为，可在任何情况下对其人民完全免罪，并免除责任？

267. 第二个问题是国家过失的问题。委员会是否应重新审议它（不能令人信服地）搁置的“普通”不法行为这方面的问题？作为“实质性立法者”，是否有可能处理第一部分第 19 条所设想的那种违法行为，而同时又不考虑诸如故意意图等关键要素的重要性？

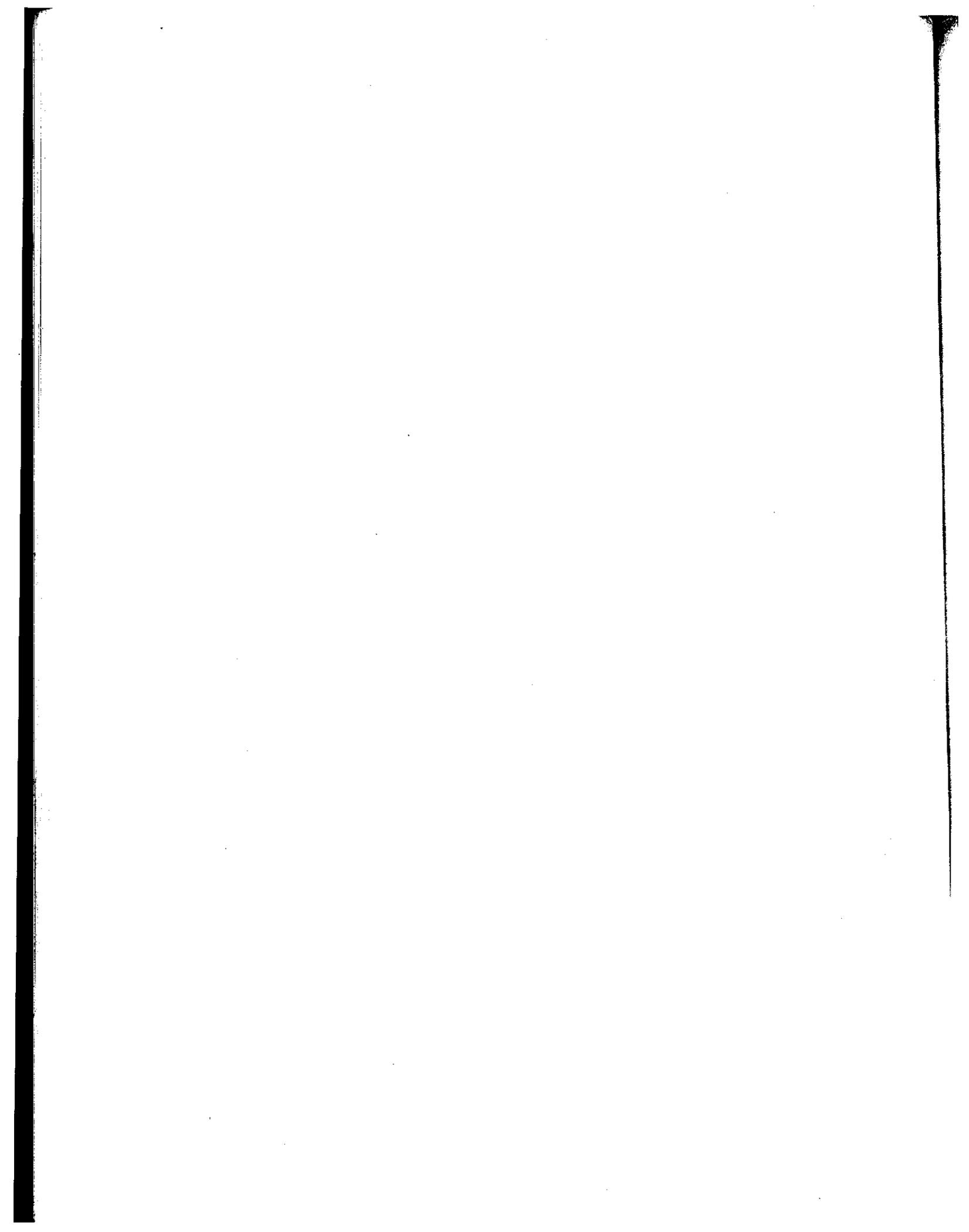
268. 必须请委员会注意的最后一个问题是第一部分第 19 条本身。撇开该条制定方式有严重争议的方面不谈，就阿戈先生 1976 年提出的原文而言，该条的表示方式也许较易于接受。这些方面可以由委员会在二读时加以重新审议，而其中并非最不重要的是，与草案其他条款的所谓“次要”性相比，该条款模棱两可。

269. 就目前而言，只须提及如下等实质性问题：

(a) 如果处理这种具体罪行（如侵略、奴隶制、污染）的方式存在着实质性，或不管怎样有显著差异的话，在“罪行”和“轻罪”之间进行单一的二等分是否实际上适当？例如是否应将侵略罪同其他罪区别开

来？或者是否应作若干附属性区别，以避免将显然相互差距甚远的具体行为和可能或应同等承担不同形式的责任的具体行为等而视之？

- (b) 构成载于第一部分第 19 条罪行的不法行为示范性一览表是早在 1976 年制定的。该表是否仍然最好地列举了即使在今天整个国际社会认为或得当地认为是“国家罪行”的不法行为？换言之，如果确实应保持一份一览表，那么是否能“修订”这份一览表？
- (c) 在研究惯例时，常常难以区分罪行和轻罪，特别当涉及非常严重的轻罪时。部分原因是否可能是第 19 条所载罪行的一般概念的制定方式，措词的若干部分也许使人难以将一种违法行为归于犯罪类或轻罪，从而难以弄清何种不法行为现在处于或应被置于“加重”的责任制度下。例如，考虑一下“整个国际社会公认”，或“严重”的内容，两者都是不精确的。
- (d) 如果从一般违犯行为到“国际罪行”之间确实有某种等级的话，特别从它们所引起的责任制度的角度来看，在“罪行”和“轻罪”之间作明确的词语上的区别并列名称是否实际上适当？



危害人类和平及安全治罪法草案

[议程项目 3]

A/CN.4/448 和 Add.1 号文件

各国政府的评论和意见

[原件：阿拉伯文/英文/
法文/俄文/西班牙文]
[1993年3月1日和5月19日]

目 录

	页 次
注.....	66
导 言.....	68
节 次	
一、从会员国收到的评论和意见.....	68
澳大利亚.....	68
奥地利.....	73
白俄罗斯.....	75
比利时.....	76
巴西.....	79
保加利亚.....	80
哥斯达黎加.....	81
丹麦*.....	88
厄瓜多尔.....	88
芬兰*.....	88
希腊.....	88
冰岛*.....	89
荷兰.....	89
北欧国家.....	95
挪威*.....	98
巴拉圭.....	98
波兰.....	100
塞内加尔.....	103
苏丹.....	104
瑞典*.....	104
土耳其.....	104
大不列颠及北爱尔兰联合王国.....	105
美利坚合众国.....	110
乌拉圭.....	113
二、从一个非会员国收到的评论和意见.....	114
瑞士.....	114

* 由丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典共同提出的答复列入北欧国家项下。

注

本报告引用的多边文书

人 权

来 源

- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(纽约, 1948年12月9日) 联合国,《条约集》,第78卷,第288页。
- 《保护人权与基本自由公约》(罗马, 1950年11月4日) 同上,第213卷,第221页。
- 《关于难民地位的公约》(日内瓦, 1951年7月28日) 同上,第189卷,第137页。
- 《公民权利和政治权利国际公约》(纽约, 1966年12月16日) 同上,第999卷,第171页。
- 《美洲人权公约》(圣何塞, 1969年11月22日) 同上,第1144卷,第123页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约, 1973年11月30日) 同上,第1015卷,第254页。
- 《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》(纽约, 1984年12月10日) 《大会正式纪录,第三十九届会议,补编第51号》,第39/46号决议,附件。

特权与豁免、外交关系

- 《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》(纽约, 1973年12月14日) 联合国,《条约集》,第1035卷,第179页。

环境与自然资源

- 《国际捕鲸管制公约》(华盛顿, 1946年12月2日) 同上,第161卷,第72页。
- 《国际油污损害民事责任公约》(布鲁塞尔, 1969年11月29日) 同上,第973卷,第3页。
- 《濒危野生动植物种国际贸易公约》(华盛顿, 1973年3月3日) 同上,第993卷,第320页。
- 《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》(纽约, 1976年12月10日) 同上,第1108卷,第166页。
- 《远距离越境空气污染公约》(日内瓦, 1979年11月13日) E/ECE/10/10 环境规划署,《关于环境保护的多边条约集,参考系列3》,内罗毕,1982年,第536页。
- 《核材料实物保护公约》(纽约和维也纳, 1980年3月3日) NPT/Conf.II/6/Add.1号文件。
- 《气候变化框架公约》(纽约, 1992年5月9日) 《国际法律材料》,华盛顿特区,第31卷,第4号,1992年7月,第851页。

适用于武装冲突的法律

- 《关于陆战法规和习惯的公约》(海牙, 1907年10月18日) 《1899年和1907年海牙公约和宣言》, J. B. Scott 编,第3版(纽约,牛津大学出版社,1918年),第100页。
- 《海战中中立国之权利和义务公约》(海牙, 1907年10月18日) 同上,第209页。

- 《敷设水下自动触发水雷公约》(海牙, 1907年10月18日) 同上, 第151页。
- 《关于战时海军轰击公约》(海牙, 1907年10月18日) 同上, 第157页。
- 《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》(日内瓦, 1925年6月17日) 国际联盟,《条约集》, 第九十四卷(1929), 第2138号。
- 《一九四九年八月十二日关于保护战争受难者的日内瓦四公约》 联合国,《条约集》, 第75卷。
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》 同上, 第31页。
- 《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》 同上, 第85页。
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》 同上, 第135页。
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》 同上, 第287页。
- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(日内瓦, 1977年6月8日) 同上, 第1125卷, 第149页。
- 《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(纽约, 1989年12月4日) 《大会正式纪录, 第四十四届会议, 补编第49号》, 第44/34号决议, 附件。

裁 军

- 《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展生产和储存以及销毁这类武器的公约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1972年4月10日) 联合国,《条约集》, 第1015卷, 第184页。

民用航空

- 《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》(东京, 1963年9月14日) 同上, 第704卷, 第219页。
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》(海牙, 1970年12月16日) 同上, 第860卷, 第105页。
- 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(蒙特利尔, 1971年9月23日) 同上, 第974卷, 第177页。
- 《补充〈关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约〉的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》(蒙特利尔, 1988年2月24日) 民航组织, 第9518号文件。

恐怖主义

- 《防止和惩治恐怖主义公约》(日内瓦, 1937年11月16日) 国际联盟, C.546.M.383.1937.V号文件。
- 《反对劫持人质国际公约》(纽约, 1979年12月17日) 联合国,《条约集》, 第1316卷, 第225页。

麻醉药品和精神药物

- 《精神药物公约》(维也纳, 1971年2月21日) 同上, 第1019卷, 第197页。
- 《经〈修正一九六一年麻醉品单一公约的议定书〉所修正的一九六一年麻醉品单一公约》(纽约, 1975年8月8日) 同上, 第976卷, 第172页。
- 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(维也纳, 1988年12月20日) E/CONF.82/15和Corr.1号文件。

海上航行

- 《禁止危害航海安全的非法行为公约》(罗马, 国际海事组织, 第 18 号公约, 1988 年, 1988 年 3 月 10 日)
- 和《禁止危害大陆架固定平台安全的非法行为议定书》(罗马, 1988 年 3 月 10 日) 同上。

导 言

1. 委员会在其 1991 年第四十三届会议上一读暂时通过了《危害人类和平及安全治罪法》草案。¹ 在同届会议上, 委员会决定按照其章程第 16 和第 21 条, 将条款草案通过秘书长递交各国政府, 请它们于 1993 年 1 月 1 日以前向秘书长提出评论和意见。²

2. 大会在第 46/54 号决议第 9 段, 后又在第

47/33 号决议第 12 段, 提请各国政府注意, 委员会必须了解各国对上述草案的意见, 并促请各国政府按照委员会要求, 于 1993 年 1 月 1 日之前提出书面评论和意见。

3. 遵照委员会的要求, 秘书长分别于 1991 年 12 月 20 日和 1992 年 12 月 1 日向各国政府递送传阅函件, 请它们于 1993 年 1 月 1 日之前提出书面评论和意见。

4. 至 1993 年 3 月 29 日, 秘书长从各会员国收到了 23 件复函, 并从一个非会员国收到一件复函, 其内容载于本文件。

¹ 案文见《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 176 段。

² 同上, 第 97 页, 第 174 段。

一、从会员国收到的评论和意见

罗列的罪行有限

澳大利亚

[原件: 英文]
[1993 年 1 月 14 日]

一般性评论

1. 澳大利亚祝贺委员会一读通过《危害人类和平及安全治罪法》草案。但是, 澳大利亚认为, 治罪法目前的行文会引起一些困难。以下评论既涉及普遍关心的问题, 也探讨在澳大利亚看来委员会进一步注意的具体领域。

2. 澳大利亚注意到, 治罪法草案广泛地涉及及到危害人类和平及安全罪。但是, 目前的草案案文却不包括若干严重的罪行, 如海盗行为、劫持以及危害受国际保护人士等罪行。委员会没有解释这些省略的原因。如果治罪法的目的在于全面处理各种危害人类和平及安全罪, 治罪法不应有漏洞。

《治罪法》与现行多边公约的关系

3. 最近几十年, 国际社会通过缔结多边条约已发展出一批国际刑法, 且数量日益增多。这

些条约得到了广泛的支持。条约逐渐形成的执行机制依赖于国家法律制度和法院，并且由于缔约国之间在引渡被指称的罪犯和相互提供法律援助以准备起诉方面的合作得到了加强。

4. 澳大利亚认为，委员会应注意阐述治罪法草案和这些多边公约之间的关系。缔约国需要协调它们对业已加入的多边公约所承担的义务和对治罪法的义务。

5. 澳大利亚承认这是一项艰巨任务。治罪法和各项公约中已述及的罪行定义重叠和重复。在若干情况下，治罪法不是省略了某一既定罪行的构成因素，便是缩小了该罪行的范围。比如说，治罪法第 25 条只重复了《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（下称“1988 年麻醉药品公约”）第 3 条第 1 款中的一个构成因素。

6. 在确定治罪法与多边公约的关系时也会遇到管辖权的问题。所有公约都承认某种形式的普遍管辖权概念。治罪法在这上面再加上一层属地原则或其他某种原则为基础的国际管辖权，会不会影响普遍管辖权的概念？委员会在审议治罪法的管辖权问题时需将这个因素考虑进去。

处罚的确定

7. 澳大利亚注意到，治罪法草案附有刑罚条款的根据是，“法无明文者不罚”原则要求这样做。但是，各国却认为没有必要在上面提到的多边公约中写上具体的刑罚条款。而缔约国却被要求在国法中为公约所述罪行确定程度相当的刑罚。但是，澳大利亚承认，凡遇国际刑事法院对治罪法中罪行的审判拥有专属管辖权时，则有必要制订明确的刑罚。

与国际刑事法院的关系

8. 澳大利亚注意到，拟议设立国际刑事法院是治罪法草案之外的另一个问题，但又是有关的。委员会的评注就已预示应由谁提出诉讼以及这样一个法院是否有可能对这些罪行拥有专属管辖权方面有着密切的联系。澳大利亚认为，只是当治罪法涉及到重大的战争罪时才可能会遇到专属管辖权的问题。然而即使如此也还不清楚这种管辖权是否必定是专属的。澳大利亚欢迎大会第四十七届会议期间第六委员会要求国际法委员会把治罪法草案同国际刑事法院规约草案的问题分开来审议。

对各条款的逐一具体评论

第 6 条

9. 澳大利亚注意到，治罪法草案第六条（审判或引渡的义务）规定在其领土内发现据称的罪犯的国家有义务对其进行审判或引渡。“审判或引渡”的义务可以在处理国际法中罪行的许多多边公约中找到，并且对这些公约的执行具有十分重要的意义。把这个内容写进治罪法的必要性是不容置疑的。

10. 但是，澳大利亚认为应审议第六条里是是否更详细地列出引渡被指称的罪犯的规定问题。其中可以包括其他国家可以要求引渡的理由，根据治罪法引渡的程序，根据有关国家之间现行条约或安排引渡的可能性以及如果还不存在引渡关系，为治罪法规定的罪行建立国家间的引渡关系。

11. 澳大利亚认为，除了“审判或引渡”的义务以外，还应赋予国家在调查和起诉治罪法规定的罪行中互相援助的义务。确实可能需要从几个国家才能查获犯罪的证据。因为国家间缺乏合作，以致于无法从一个或更多的国家找到这样的证据会严重甚至从根本上动摇对被指称的罪犯的起诉。“1988 年麻醉药品公约”第七条为互相援助条款提供了一个范例。该条款为公约缔约国之间开展互相法律援助作了全面的规定。治罪法中任何这样的条款，其幅度需要仔细斟酌。

第 8 条

12. 澳大利亚认为，该条（司法保证）为被指称的罪犯受到公正审判而规定了必要的最低限度的保证。

第 9 条

13. 澳大利亚认为第 9 条（一事不再理）还有些问题。

14. 第 1 款为已被一国际刑事法院宣判无罪或有罪的个人免于治罪法罪行的起诉提供了全面保护。

15. 但是，第 2 款对已被某国法院最终宣告无罪或宣判有罪的人，“一事不再理”所提供的保护就比较有限。并且第 2 款提供的保护还受第

3 和第 4 款中各例外规定的制约。

16. 第 3 款设想，一个人因为同一行为既可按治罪法又可按一国的国内刑法受到审判。在一个国家法院根据国内刑法对一个人作出“判决”（或宣判有罪或宣告无罪）后，根据第 3 款，该法院就获得依据同一行为对构成违反治罪法的罪行而审判的管辖权。所以一个为国内刑法宣告无罪的人可因同一行为根据治罪法被宣判有罪。尽管这类案件可能不常出现，但却肯定会削弱构成许多国家刑法根本原则的“一事不再理”原则。

17. 第 5 款确实设法给因某一行为已根据国内刑法定罪、而后又因同一行为根据治罪法定罪的人提供某种保护。要求根据治罪法审判该人的法院从刑罚中扣除“判处并执行的”刑期。但是，如果根据国内刑法“已判处并执行的”刑罚与治罪法下的量刑相等，确实就发生二审该犯是否有用的问题。甚至还会出现根据治罪法量刑轻于根据国内刑法量刑的现象。

第 14 条

18. 澳大利亚认为，应努力阐明第 14 条第 1 款中“依一般法律原则抗辩”的提法。如果治罪法意在确定某一罪行的一些基本要素（譬如各种刑罚），那么治罪法也就应提及其他必要的关连因素，比如抗辩。在具有正当程序宪法保障的制度中，草案第 14 条很可能被视为因过于模糊而违宪。

19. 澳大利亚并认为，应考虑把第 14 条分成两条：一条专论抗辩，另一条则规定减罪情况。如同委员会一些委员所说，抗辩和减罪情况是两个不同的概念，最好分别对待。

第 15 条

20. 第 15 条不仅包含侵略战争，而且包括还未达到战争程度的各种不正当的侵略行为。这超出了现行国际法的范围，现行国际法只把侵略战争定为罪行。虽然国际社会将尚未达到侵略战争程度的各种侵略行为视为非法，要求违法国家承担违法的责任，但这并不意味着国际社会愿意承认违法国家境内的个人犯有国际罪行。澳大利亚认为，应进一步审议在这些情况下将个人行为视为罪行的后果。

21. 另一个困难在于该条提及安全理事会，根据该条第(4)款(h)项，侵略的定义虽包括

“安全理事会确定的构成《宪章》规定下的侵略的任何其他行为”，但依第 3 款却不包括安全理事会根据其它有关情况认为不构成侵略行为的行。正如委员会指出的，治罪法与安全会的关系是一个极其棘手的问题。在以司法权分立为基础的宪法制度中，一项犯罪行为的中心要素是不能留待象安理会这样的国际执行机构去作决定性结论的。

第 16 条

22. 第 16 条（侵略的威胁）将刑事责任延及利用侵略的威胁以达到其目的的领袖身上。澳大利亚注意到，重申《联合国宪章》第一条第四项禁止内容的各项大会决议并没有称武力威胁为国际罪行。澳大利亚承认，威胁使用武力是一种非法行为。可以认定犯有这一行为的国家应为此负责。但是，象草案第 15 条一样，各国实际上是否会同意把所有干涉/侵略的威胁定为罪行值得怀疑。

第 17 条

23. 第 17 条（干涉）适用于通过组织或资助颠覆或恐怖主义活动以干涉另一国的内政或外交的领袖。虽然一个致力于维持和平与安全，并以其组成单位的主权为基础的国际制度关注干涉行为，但是干涉目前在国际法中并不是一种罪行。澳大利亚认为，尤其是草案第 17 条宣布低水平的干涉为罪行所依据的不干涉规范究竟拥有多少规范力量尚有疑问，以及把这种干涉定为罪行缺少法理依据，因此将干涉写进治罪法需要进一步审议。

第 18 条

24. 第 18 条（殖民统治和其他形式的外国统治）提到载于《联合国宪章》的人民自决权。对这一权利的内涵有很大的争议，因此，在确定某一刑事犯罪的要素时提及人民自决权似乎不能令人满意。

25. 对“外国统治”一词，澳大利亚也觉得有困难。按照委员会的评注，外国统治指的是“外国占领或吞并”。³ 这似乎是一种侵略，而

³ 第 18 条原作为第 15 条通过。其评注见《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 70 页，尤其是第(3)段。

不是违反人民自决权的行为。还有，这一词组扩大了此条的范围，使其远远超出了该原则传统上所适用的殖民范围。

第 19 条

26. 虽然澳大利可以同意第 19 条 (种族灭绝) 的实质性内容，因为此条完全是根据《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条的定义写成的，但是委员会需要进一步注意可适用的惩罚。

27. 第 19 条第 1 款具体规定的惩罚很有可能不符合《防止及惩治灭绝种族罪公约》第五条，因为公约要求缔约国对“犯灭绝种族罪者……规定有效的惩治”。

第 20 条

28. 澳大利亚建议，此条草案可以改动，以便更接近于《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的措词。

29. 按照该条第 2 款，所推行的政策或做法必须以种族统治和压制为其目的。这当中含有可能很难证实的意图因素。《公约》第一条规定：“由于种族隔离的政策和办法……所造成的不人道行为……是违反国际法原则……的罪行”。这就解决了《治罪法》草案所需的意图因素，而且更好地表述了国际刑法的立场。

30. 尚不清楚的是，此条是否打算包括自行其道地、而不是依照政府政策和做法行事的领袖或组织者。

第 21 条

31. 澳大利亚注意到，委员会说明只打算把最严重的国际违法行为当作罪行看待。这与国际刑法的哲学依据是一致的，而且也与各国在这一问题上已表明态度相合。

32. 澳大利亚尤其担心的是，第 21 条 (有计划或大规模侵害人权行为) 的罪行因素没有定义。澳大利亚注意到委员会的观点，即因为其他国际文书中已有定义，治罪法就没有必要重复了。然而，并非所有的罪行都有定义。举例为证，任何国际文书都没有关于迫害的商定定义。

33. 依赖其他文书作为第 21 条中罪行的定义还会引起困难。比如说，《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》中酷刑的概念只把公职人员或以官方身份行使职权的其他人的所作所为定为罪行。相比而言，第 21 条序言部分指出，任何犯有所列任何罪行的个人应对其罪行负责。

34. 在这方面，澳大利亚注意到，草案第 15、19、20、22 和 23 条都载有罪行的定义，虽然事实上在其他国际文书中都可找到定义。

35. 草案第 21 条的范围也很有限，因为此条 (不同于草案第 15 和第 16 条) 没有为“其他类似的行为” (第 15 条第 4 款(h)项) 和“其他任何措施” (第 16 条第 2 款) 留下余地。澳大利亚同意委员会评注⁴中的看法：即有计划地使人员失踪的做法在此条草案中特别值得一提。基于社会、政治、种族、宗教或文化理由的迫害是否包括了系统性失踪的做法则难以肯定。

第 22 条

36. 第 22 条 (特别严重的战争罪行) 罗列了应视为构成特别严重的战争罪行的各种行为，其中大多数均已包括在组成国际人道主义法的各项条约中。

37. 但是，第 22 条与习惯国际法的不同之处就在于，第 22 条创立了一种全新类型的“特别严重的战争罪行”，根据国际人道主义法，战争罪行本身即是对战争法特别严重的违反。各项公约和议定书都界定为严重破坏行为。但是“特别严重”一词究为何义就不太清楚了，如果这几个字在概念上和各项公约和议定书下的严重破坏同属一类，那么战争法中的严重破坏同草案第 22 条中所罗列的具体罪行就有着若干不一致的地方。

38. 例如，1949 年 8 月 12 日的《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》) 第五十条和《日内瓦第二公约》(《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》) 第五十一条规定，严重破坏包括“……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”。暴乱的因

⁴ 《1991 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 109 页，对第 21 条的评注第(10)段。

素或无军事之必要都不是构成治罪法草案第 22 条中罪行的必要因素。同样，构成大规模毁坏平民财产（第 2 款(e)项）和故意攻击具有特殊宗教、历史或文化价值的财产（第 2 款(f)项）的各种条件与治罪法草案规定的违法行为是不一致的。

第 23 条

39. 澳大利亚注意到，草案第 23 条（招募、使用、资助和训练雇佣军）第 2 和第 3 款关于雇佣军定义的措词同大会通过的《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》第 1 条中的提法一样，认为雇佣军活动为国际罪行。

40. 但是，草案第 23 条同现行国际法有若干重要的差异，而委员会对此未作任何解释。比方说，草案第 23 条只限于招募、使用、资助或训练雇佣军的行为，并不包括以雇佣军的身份参与行动。而《反对招募、使用、资助和训练雇佣军公约》第 3 条则认为这是一种罪行。

41. 第 23 条引起的第二个问题是把罪行限于一个国家的代理或代表。应该考虑是否也应该把非国家实体的代理或代表包括在内。如果参与雇佣军活动是一种国际罪行，那么负责的个人究竟同某一国家实体还是非国家实体有联系与他们的刑事责任毫无关系。

42. 第 23 条的另一麻烦是对雇佣军活动的目标作了限制。根据此条规定，除非雇佣军的活动是针对另一国或在于阻挠自决权的合法行使，否则的话，就等于没有犯罪。不难想象，可以招募、使用、资助和训练雇佣军开展反对某一国际组织，而不是某一国家、某一自决运动的活动，而这些活动根据第 23 条却不受惩罚。

第 24 条

43. 澳大利亚对第 24 条（国际恐怖主义行为）感到有些问题。澳大利亚尤其注意到，定义里没有提到任何暴力行为。因此这是否表明，罪行旨在包括诸如宣传等非暴力的恐怖行动？此外，国家代理或代表是否需要以官方身份行事，其行为才可被视为国际恐怖主义行为，这一点也不明确。定义里没有提及意图或动机的定义也需加以解释（请比较《防止及惩治恐怖主义公约》）。

第 25 条

44. 澳大利亚坚决支持针对非法贩运麻醉药

品和精神药物采取国际行动。澳大利亚因而一直积极地参加推进反对毒品贩运的国家和国际一级行动的多边公约的谈判。

45. 澳大利亚承认第 25 条（非法贩运麻醉药品）体现出的关注。但是，澳大利亚认为，在有些问题上，包括第 25 条与现行各公约，尤其是与“1988 年麻醉药品公约”的关系，还需做更仔细的工作。

46. 第 25 条所列构成罪行的各种行为与该公约所列的内容不尽一致。公约第 3 条列有一长串行为，要求国内法将其定为罪行。虽然其中许多项行为被省略，理由是其性质没有严重到需要国际刑事制裁，但是可能应当把其他行为包括在内。

47. 执行任何针对毒品贩运的条款在很大程度上取决于有关被指称的罪犯的引渡条款、国家间为配合对这些罪犯的起诉而展开的互相法律援助条款和洗钱方面的条款是否有效。

48. 还需审议国家法律体系对贩毒罪的管辖权同根据治罪法提出的国际管辖权之间的关系。

49. 不太清楚为什么只有第 3 款使用“精神药物”一词，因为整个第 25 条都是指这些物质。

第 26 条

50. 委员会评注提到，草案第 26 条要求损害须是故意亲自或命令造成的；而根据草案第 22 条第 2 款(d)项，不仅使用各种方法意图造成损害，而且连“可能会”或“估计会”造成损害的行为均可能被定罪，⁵ 这两条之间可能有不一致的地方。委员会一些委员论证说，应该降低草案第 26 条的犯罪意图标准，以便与草案第 22 条统一起来。否则这方面的不一致可能会导致有人为了追求经济利益而故意违反某些环境保护的规定，从而造成广泛长期严重的损害。但造成这种损害并非由于有某种意愿所致，因而不构成犯罪行为。澳大利亚认为，这一论点有其道理。如果可以估计一种违法行为所造成的损害会达到规定的程度，那么就应把它当作一项国际罪行处理。

⁵ 同上，第 111 页，对第 26 条的评注第(6)段。

奥地利

[原件: 英文]
[1993年1月28日]

一般性评论

1. 首先, 奥地利谨赞扬委员会为审议《危害人类和平及安全治罪法》所做的工作。奥地利注意到, 委员会就这一在国际议程中占有很高地位的议题取得了进展。奥地利一贯支持旨在创建国际刑事法院的各项努力。奥地利完全支持通过责成犯有严重危害人类和平及安全罪的个人承担全部责任而提高和加强国际法律秩序的各项工

对各条款的逐一具体评论

第1条

2. 方括号里“国际法上的”的词语不应放在草案目前的位置, 而应挪到“构成危害人类和平及安全”之后。奥地利认为, 除另有决定之外, 第二部分中列举的各种罪行, 如是故意犯罪, 就应受到惩罚。

第2条

3. 第二句严格说来没有必要。一项作为或不作为是否可按国内法惩罚并不影响将它定为危害人类和平及安全罪, 这一事实从第一句定性取决于国内法就可理解。

第3条

4. 第1款对刑事责任作了不加区别的规定, 没有考虑排除刑事责任的各种情况(比较第14条)。第1款条文应以下列措词结尾: “……如果不存在能排除刑事责任的各种情况。”

5. 第3款的措词没有充分澄清: 根据本治罪法草案, 企图犯罪而客观情况下又不可能导致实际犯下该罪行时, 则不负有刑事责任。为使第三条更具体, 可增加一个第4款, 措词如下:

“4. 如企图犯罪或参与犯罪, 而客观情况又不可能导致实际犯下此罪行, 则不负有刑事责任。”

6. 奥地利同意委员会一些委员的意见, 敦促进一步审查, 以便澄清在本治罪法草案所涉罪行中可以把哪些种类的罪行的犯罪企图看成是应受惩罚的行为。所以, 第3款中方括号里的词句暂时应保留。

第4条

7. 可将犯罪动机作为加罪或减罪情况加以考虑(比较第14条)。

第8条

8. 总的来说, 奥地利同意这一条的实质性内容, 因为此条与《欧洲保护人权与基本自由公约》第6条基本上是一致的。从语言的角度而言, 可以删除“有权”这一导引词。

9. 奥地利同意委员会的观点, 即必须为本治罪法草案涉及的所有案件任命辩护律师(比较关于第8条的评注第5段)。¹

第9条

10. 关于这一条, 请注意在罪行发生的国家内, 犯罪者代表该国行事, 如果罪行发生时, 由该国宣告无罪所产生的一事不再理的后果问题。第4款(b)项似乎提到了这个问题。

11. 第2款中的“惩罚”一词应改为“刑罚”。

12. 委员会对第9条的评注²中第3段(b)项所阐述的各种考虑应体现在第4款, 因此这一款的措词可这样结尾: “……并且这些国家认为, 该决定没有恰当地评价该行为或其严重性。”

第11条

13. 在“如”字后面应加上下列词句: “其本人当时知道或应该知道命令是非法的, 并且如”。

¹ 第8条原作为第6条通过。其评注见《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第16页。

² 第9条原作为第7条通过。其评注见《1988年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第69页。

第 14 条

14. 这一条牵涉到两条不同的原则：考虑可排除刑事责任的各种情况的必要性（第 1 款）和注意减罪情况的原则（第 2 款）。后一条原则（以及加罪情况原则）在决定对犯罪者适用的量刑程度时发挥作用，但此原则与刑事责任无关。

15. 奥地利不同意委员会一些委员对于在处理危害人类和平及安全罪时考虑某些可免于惩罚原因（比如：精神错乱抗辩）的主张持否定态度。

16. 第 2 款也提及加罪情况才算完整。在量刑时也应考虑这些情况。奥地利赞同委员会一些委员关于增添内容以详细说明减罪（以及加罪）情况的观点。

第二部分

17. 原则上必须指出，写入关于适用刑罚的各项条款似乎是必不可少的。委员会有些委员主张列出可适用治罪法界定的所有罪行的同一刑罚；鉴于罪行程度不同，奥地利无法同意这种观点。因此第二部分各条款方括号里的有关惩罚幅度的词句应保留。

18. 第 15 至第 26 条中“于定罪后”一词没有必要，应删除。

第 15 条

19. 第 5 款关于安全理事会决定具有拘束力的规定似有问题，因为这样可能会侵犯司法机关在确定某一具体罪行（侵略行为）是否含有某一决定性因素时的权力。

第 16 条

20. 第 2 款（英文版）第二行中“would”一词没有必要，应删除。

第 17 条

21. 方括号里的词语应保留。

第 18 条

22. 增加一个第 2 款，具体界定“殖民统治”一词。

23. “违反……人民自决权”应改为：“……因而侵犯了人民自决权”。

第 20 条

24. 总的来说，奥地利同意这一条款草案的实质性内容。但是，对于是否确实应该在本文中保留种族隔离的概念，还有疑问。在本条标题里写上一种比较笼统的提法，譬如“制度化的种族歧视”，可能比较可取。

第 21 和 22 条

25. 第 21 条案文同第 22 条案文之间的关系（数罪俱发和罪恶累累）有待进一步澄清。如果第 21 条只适用于和平时期，则应强调这一点。

26. 第 22 条第 2 款(a)项方括号里的词句应保留。“尤其是”一词充分强调了罗列只具表述性质这一事实。

第 23 条

27. 原则上，可以设问，这一罪行是否严重到需要写进本治罪法草案。第 1 款中“在任何其他情况下”一词尚需进一步澄清。

第 24 条

28. 奥地利建议将该条的措辞作一修改，以便界定“恐怖主义行为”一语：

“1. 某一个人，身为一国代理或代表，执行或命令执行任何下列行为：

从事、组织、协助、资助、鼓动或容忍针对另一国的恐怖主义行为得判处[……]。

2. 恐怖主义活动是针对人或财产的行为，其性质是在知名人士、一批人或广大公众心理上造成恐怖状态。”

第 25 条

29. 是否应把这一罪行放进本治罪法草案有待斟酌。非法贩运麻醉药品是否构成危害人类和平及安全罪尚属疑问。而且，把这一罪行写进治罪法而连锁带来的后果（即不适用法定时效）从政治角度来看似乎也不可取。

第 26 条

30. 由于犯有此罪者通常有攫取商业利润的动机, 意图不应构成应受罚的条件。

白俄罗斯

[原件: 俄文]
[1992 年 12 月 28 日]

一般性评论

1. 白俄罗斯的司法部和外交部审慎研究了《危害人类和平及安全治罪法》草案。总的来说, 委员会拟定的这份文件是值得称赞的。不过, 白俄罗斯觉得个别规定需要加以澄清和重新草拟。

对各条款的逐一具体评论

第 1 条

2. 应该删除第 1 条中“国际法上的”的字样, 以便使严重违反国际法所指的情事标准化为通常所指的罪行。目前, 不同的概念——由国家犯的“国际罪行”和由个人犯的“国际法上的罪行”——被用来表示一些行为, 它们虽然由不同的人作出, 但客观地说有同一的目标。删除括号内的字样将会发挥避免语意混淆的作用。

3. 希望今后委员会将设法使治罪法对包括国家在内的所有犯罪者适用; 这也将使得有可能原则上解决罪行特征问题。关于这方面提出的反对意见(不同犯罪者从惩罚和程序规则的观点看来受不同的法制管辖的事实)主要关系到程序法, 这是在关于治罪法的实质规定的现阶段工作中所不需要考虑的。它们应该在审议实施各项法规的程序时加以解决, 对不同的犯罪者将会实施不同的程序。这项程序显然将需要分阶段拟定: 从关于个人责任的程序开始, 考虑到国家参与的标准, 最后制定关于国家对国际罪行的法律责任的程序。

第 3 条

4. 该条也应该规定在发生危害人类和平及安全罪行后, 任何协助、教唆或提供手段和其他服务, 以便隐藏罪行本身和犯罪者的任何个人的责任。这一条也适宜规定任何个人不行为的责

任——在准备犯罪和犯罪以后期间不向司法当局报告罪行的责任。在所有情况下, 应该规定该项行为或不行为必须是蓄意的。

5. 此外, 第 3 条第 2 款应该特别提到发出犯危害人类和平及安全罪行的命令的刑事性质。

6. 在第 3 款中删除[第……条所载]的字样, 对每一项罪行进行审议以便决定本条规定的罪行特征是否对之适用是不实际和不适宜的, 主管法庭应该有权自行决定这种特征是否对其受理案件的具体内容适用。

第 6 条

7. 考虑到第 6 条的初步性质, 白俄罗斯认为它应该为治罪法的实施设立两种可能的司法类型: 普遍和国际的司法类型。

8. 为了改变关于普遍司法权手段的现状(其基本组成部分——引渡——有如此众多的限制, 它无论如何同危害人类和平及安全罪行的性质不符, 并且极难执行)和同时容许设立一个国际刑事法院的设想显示其优点, 应该避免进行僵硬的比较。普通司法制度和国际刑事法院远远不是互相排斥的。关于设立这样一个法院的草案多数不给予它对某类刑事罪行的专属管辖权, 但让各国可以在两种办法中作选择。在一国不以任何方式参与犯罪的情况下, 这种解决办法是适当的。

9. 在国家参与犯罪的案件里, 绝大多数情况下普遍司法权不是一项备选办法, 如果没有外部强制力量, 它将会是完全无效的。不过, 如果施加强制力量, 则会导致国家法官作出谴责其他国家行动的裁决的情况。

10. 这两种办法因此都需要进一步发展作为执行治罪法的备用措施。首先, 关于犯有危害人类和平及安全罪行者的引渡规定需要制定得更加明确。不幸的是一个人犯了几项这种罪行, 包括在不同国家领土内的罪行时, 目前拟定的第 6 条第 2 款没有解决如何确立要求引渡的优先次序的问题。其次, 对设立有权审判危害人类和平及安全罪行的国际刑事法院问题应该作进一步的研究, 特别考虑到国家参与的准则。白俄罗斯满意地看到联合国大多数会员国都赞同这个观点, 就象大会第四十七届会议期间第六委员会上的讨论所显示的。

11. 如果不提“据称犯有……罪行的个人”,

而提“有理由认为犯危害人类和平及安全罪行的个人”，可以改进第 6 条第 1 款的拟定。这将会排除任何在没有信息说明的情况下对个人适用第 6 条的可能性。

第 11 条

12. 在第 11 条里，“如在当时情况下其本人有不遵守此项命令之可能”应改为：“如果，在那种情况下，他有不执行命令的真正可能性”。

第 14 条

13. 白俄罗斯认为，第 14 条的俄文版应该提到“减轻责任情况”而非“减罪情况”。而且，这一条应该分为两个独立的条文，因为第 1 和第 2 款所指的是不同的法律概念。条文里提到容许调整惩罚的根据，这些根据应该加以规定，并且应该包括自卫、必要的情况、强制和真诚的混淆（错误）。对每一类型罪行适用这些规定的可能性留待法庭审议。

14. 减罪情况的问题可以连同惩罚问题一起考虑。最好能够为所有罪行拟定一个总的惩罚条文，确立最低和最高的惩罚和列明减罪的情况。当国家法庭适用治罪法的规定时，除了包括一个惩罚表之外，另一个办法是，规定应该按照罪行的危险和严重程度来判定相应的惩罚。

15. 该减罪情况清单可以是标示性的，特别包括在强迫或在上级命令下犯罪，和诚恳的悔恨或承认有罪。

16. 治罪法草案避免在危害和平、战争和危害人类等三项罪行之间作出区分是值得称赞的。同时，在拟定实质性法律规定时应该小心避免在国家参与的基础上作出区分。国家参与的准则在较后阶段，即在制定执行治罪法的机制时，将会具有关键的重要性。

第二部分

17. 鉴于上述关于惩罚的考虑以及将规定个人责任及惩罚的第 3 条（责任和惩罚）包括在内，1991 年对治罪法第二部分条文有关危害人类和平及安全罪的犯罪者的初步规定（现在是新的靠前的几条）所作的改变是不十分适当的。尤其是有关第 15 至 18 条、第 20 条以及其他条款的改变，其中犯侵略、干涉、种族隔离等罪行的犯罪者是“作为领袖或组织者……的个人”，白俄罗

斯认为，这项规定限制了个人的类别以及他们的责任程度。此外，它违反治罪法草案第 3 条规定的一般责任和惩罚原则，其中提到任何个人责任，不管他是否为领袖或组织者。

18. 虽然欢迎在第 15 条里列入计划侵略的责任，白俄罗斯共和国的主管机构认为罪行清单也应该包括筹备侵略，特别因为计划仅仅是筹备的一个组成部分。

19. 至于该条文在安全理事会和司法当局的职能方面作出区分，应该指出这种区分可以被看作作为一项临时措施。如果安理会关于存在侵略行为的决定对国家法庭有约束力的话，需要的不仅是在一项国际条约中有这项义务的法律拟定，而且也需要存在和遵守一些足以保证安理会决定的客观性的司法程序（例如，规定初期设立一个调查委员会）。显然这项决定决不会预先判断犯侵略罪个人的有罪问题。

20. 如果在联合国内设立一个国际刑事法院，该法院和安全理事会之间的权限划分问题将需要作进一步研究。

21. 白俄罗斯认为，第 17 条第 2 款应该删掉[武装]一词，因为经济措施也可以被视为干涉。同时，第 17 条应该指最严重形式的干涉，因此“严重”一词应该保留在条文内。

22. 第 24 条中列出的关于国际恐怖主义罪犯的类别应该加以扩大。治罪法不得不考虑到由恐怖主义组织和团体作出的国际恐怖主义犯罪行为的规模及其对人类和平及安全构成的威胁，这些行为不必然地同某一国家有联系。无论如何，某一国家的参与不能够成为把某一罪行定义为危害人类和平及安全罪行的标准。

23. 最后，白俄罗斯觉得，在治罪法草案二读期间，委员会可以再度审议在其中把违反旨在保障国际和平与安全的条约列为危害人类和平及安全罪行的问题。

比利时

[原件：法文]

[1993 年 2 月 1 日]

1. 委员会拟定的《危害人类和平及安全治罪法》草案的条文大体上是可以接受的。这个草案是对适用一些往往难于界定的情况的司法概念

进行特别透彻审议后的产物，对于这些概念很难找到共同特征。显然，理论上还有其他可能的选择，特别是关于罪行的清单。不过，就这个详尽而平衡的草案可达成广泛的共识。

2. 下面提出的意见涉及如下的要点：草案出现一个缺漏，因为它没有关于国际法庭的条文；有关定义和特征问题的若干概念；关于若干罪行的意见，其中主要为种族灭绝罪行。

一、国际法庭

3. 没有关于国际刑事法庭职权范围的条文显然是项缺漏。危害人类和平及安全治罪法草案宜列入关于设立国际刑事法庭的章节，规定其职权范围和程序模式。

4. 人们一再说，破坏国际秩序的罪行必须列入国际司法权范围内。事实上，国际司法权是必不可缺的，否则无法保证犯危害人类和平及安全罪的罪犯将会受到惩罚。

5. 在—项涉及国家行为的特别严重的罪行的情况下，不管是否由—国政府或其代理人负责，如果需要由—个国家法庭对外国政府的行为作出判决时，该法庭不能够胜任。在这方面，普遍的起诉和惩罚原则和引渡程序已经证明无效。

6. 国际法庭的职权不应先验地排除国家法庭的权限。不过，为了确保起诉和惩罚系统尽可能有效和明确定义，不仅应该给予国际法庭与国家法庭同等的裁判权，还应该让它有权就对国家法庭的决定所提出的上诉作出裁判。

7. 此外，诉诸国际法庭不应该是非强制性的。在这方面关于司法权的保留—如在《防止及惩治灭绝种族罪公约》第六条中规定，国际刑事法庭应对那些已经接受其管辖的缔约国有司法权—是不可能被认为可接受的。关于这方面，Graven 先生表示，

“这个方式忽视了刑事司法权的强制性质。在一些情况下，选择提交争端的主管法院（特别是主管仲裁法庭）是可以被接受的；但是就刑事行动或刑事诉讼而言，避免既定的刑事司法权必须在任何情况下都是不可能的。”¹

¹ “Les crimes contre l'humanité”，《……课程汇编》，1950-1，巴黎，Sirey，1951年，第76卷，第427页起，尤见第520页，注3。

二、定义和特征

8. 治罪法没有就危害人类和平及安全罪下定义，但列出一个有关罪行清单。

9. 在罪行的概念性定义和拟定罪行清单之间实在不必作出选择，因为两者是互相补充的。遗憾的是没有提供概念性定义，因为不管在拟定这样—项定义方面涉及什么困难，罪行清单仍然不可避免地要以它作为根据。

10. 几项准则可以用来定义什么是危害人类和平及安全罪行。委员会在其讨论中提到影响人类社会根基的罪行，并对这种罪行按照罪行的严重性及其影响范围来加以考虑。通过在危害人类和平及安全罪行和一般罪行之间作出区分可以获得更为准确的定义。对于破坏国际秩序和国家负有责任方面将可以运用该项区分，后者因姑息罪行，或没有采取必要措施阻止发生破坏国际秩序的情事而直接或间接负责。

11. 如果治罪法的条款对有关罪行作出定义，草案第1条所指的国际法将会是多余的。

12. 至为重要的是治罪法草案应该包括每一项罪行的惩罚尺度。

13. 有关的罪行主要是破坏国际秩序。因此似乎不寻常的是要让国内法斟酌情况规定惩罚，这会导致对破坏国际秩序的相同罪行适用不同的惩罚。

14. 治罪法草案仅仅涉及个人的刑事责任而让国家的国际责任问题悬而未决。

15. 治罪法内应该有一条处理国家的国际责任问题。国家就其本身而言，是不可避免参与任何危害人类和平及安全罪行的，或者作为积极和在某些情况下唯一的行为者而直接参与，或者由于缺乏远见而没有采取行动地间接参与。因此似乎不寻常的是治罪法没有处理国家责任问题。也应该指出的是，治罪法中包括国家责任将会使得有可能给补偿罪行受害者和其他有资格的当事方提供一个健全的司法基础。

16. 此外，认为国家要独立地在政府和国家代理人责任之外对罪行负责，这将会使国家感到对所涉行为有一些集体关联，从而令它难于全部

归咎于获授予政治权力的政府。

17. 第 14 条草案提出的抗辩概念似乎很难对危害人类和平及安全的罪行适用。

18. 因此产生是否最好把第 14 条删掉的问题。假设，法官在评估犯罪情况时，可以援引一般的刑法原则，例如情有可原的原则。

三、危害人类和平及安全罪行

(a) 侵略和侵略的威胁

19. 第 15 条第 5 款规定，安全理事会关于侵略行为的存在的任何决定对于国家法院均有约束力。安理会是有关决定存在任何侵略行为或侵略威胁的联合国机关（《联合国宪章》第三十九条）。因此似乎符合逻辑的是，法官应该受这些决定约束，这些决定对所有国家，因此对所有国家机关，包括法院有约束力。法官酌处权的这项限制应该严格地被解释为仅受安全理事会就提交给它的案件存在或不存在侵略问题所作决定的约束。

(b) 干 预

20. 主张武装活动作为干预的唯一形式是有理由的，危害人类和平及安全罪行必然意味着涉及一项特别严重的威胁社会根基的行动。很难确定经济形式的干预的范围，但此类干预似乎不适合特别严重行动的概念。不过，假定治罪法必须包括武装活动以外的其他干预形式，那么就应该指出这些形式到底是什么。

(c) 种族灭绝

21. 关于被确定为摧毁目标的群体，治罪法采用《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条所载的详尽清单：“民族、人种、种族或宗教团体”。很容易拟定出一个非详尽的群体清单。在有些情况下提到一个不完全的清单，举例如下：

- (a) 法国在纽伦堡审判中的发言提到某些宗教、民族或种族群体；
- (b) 大会 1946 年 12 月 11 日第 96(i)号决议中灭绝种族的定义是：“屠杀人群乃对于人群全体生存权利之否认”；
- (c) 法国在第六委员会讨论草拟灭绝种族罪公约时提出的修正案“……特别由于其

民族、种族、宗教或见解”。²

22. 群体清单的不完全性质是完全有理由的：灭绝种族是一项旨在包括众多情况的概念，不必然同历史上记录的几个例子相吻合。因此，就在柬埔寨犯的灭绝种族罪行而言，目标群体没有任何在《防止及惩治种族灭绝罪公约》第二条提出的灭绝种族罪定义所包括的特征。

23. 那些赞成一个详尽的目标群体清单的人指出需要避免任何模糊的法律定义。可以采取这种办法，但必须小心确保该清单事实上是详尽的。不过，应该指出，国际法和国内法都依靠一些没有很好定义的概念，强制法”、“公共秩序”和“道德”的概念尤其如此。

24. 也有人指出，超出《防止及惩治灭绝种族罪公约》所定义的灭绝种族罪行概念范围的灭绝种族行为可以被认为是“有系统或集体的违犯人权”。对这个办法有两点反对意见。首先，灭绝种族不同于有系统的违犯，因为前者有特定的目标群体；其次，这两种罪行各有不相同的罪行清单。

25. 因此，应当审查灭绝种族罪行的定义。这问题有两个可能的解决办法：采取一个不完全的群体清单或用其他观点来补充这个完全的清单，例如包括政治群体和社会经济群体。关于这方面，应该指出，第六委员会在讨论《防止及惩治灭绝种族罪公约》的草拟³时提出了政治群体的概念。

26. 第 26 条涉及故意和严重损害环境问题。就象在有关评论中指出的，违反禁止或限制使用某些物质或技术的条例而造成损害的案件（如果这些案件的明确目标不是对环境造成损害的话）并不在第 26 条⁴之列。评注也表示，第 26 条同关于战争罪行的第 22 条相矛盾，因为根据第 22 条，使用可能预期对环境造成损害的战争手段是一项罪行，尽管使用这种手段的目的没有打算对环境造成损害。⁵

² 联合国，《……历史回顾》，第 145 页，附录 15，第 1 条（案文曾以 A/C.6/211 的文号印发）。

³ 同上，第 42 页，并见 A/C.6/SR.129 号文件，第 7 页。

⁴ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 111 页，对第 26 条的评注第(5)段。

⁵ 同上。

27. 第 26 条和第 22 条之间的差别似乎是没有理由的。第 26 条应该加以修正，使之符合第 22 条关于损害环境的概念，因为故意损害的概念是过份限制性的。

巴 西

[原件：英文]

[1993 年 1 月 29 日]

一般性评论

1. 首先，应该指出，草案的一般内容的部分已经修正。第 11 至 13 条事实上涉及个人责任的一些方面，应放在紧接第 3 和第 4 条的后面。这些最前面的一系列原则应以第 5 条结尾。此外，比较治罪法草案的英文、西班牙文和法文的文本和条文，巴西发现它们之间有差别。巴西必须强调西班牙文和法文翻译的重要性，特别是巴西法律是根据民法系统。据此，应该指出，长期以来一直为人熟知的“犯罪的不受时效限制者”的第 7 条的标题在英文的翻译是“不适用法定时效”。

2. 关于草案的结构，巴西完全不反对。但是，假定除了一般性部分和定性部分，应该包含另外的部分以配合国际法院和刑罚执行制度，其中甚至还可以审议国际惩戒机构。

对各条款的逐一具体评论

第 1 条

3. 就关于犯罪定义的第 1 条而言，最好删除方括号内的“国际法上的”，因为一项国际条约所规定的任何犯罪都可认为是国际法下的犯罪。至多，巴西可以同意本条评注末尾所提建议，即如果保留这种措辞，它们应移到“构成”之后。¹

第 2 和 3 条

4. 草案的第 2 条和第 3 条似乎相互矛盾。按照第 2 条，危害人类和平及安全罪行是“作为或不作为”。但是，第 3 条只提及犯罪（第 1 款

和第 3 款) 和“实施一项罪行”(第 2 款) 的个人。第 3 条不区分“作为”和“不作为”，而第 5 条也设想：“追诉……不免除一个国家对于可归因于它的作为或不作为……的任何责任”，对作为和不作为之间则不加以区别。

5. 委员会显然没有忽视这种矛盾，因为它也显示了草案的破绽。事实上，委员会在第 10 条的评注第 2 段²中认为，“作为”应解释为“作为或不作为”。这种解释“将在适当时机变成解释治罪法草案所用该词意义特别条款的问题”。尽管有这一款的提法，第 3 条规则应加以审查，以便包含诸如巴西刑法典第 13 条第 2 款及其他刑法典的类似的条款，该条规定：不作为在实施“不作为”的人应该和可以避免该项结果时在刑法上是有关的。

6. 应该指出，第 3 条第 2 款的规定至少提及有关违法的三种不同作为需要确立定义：(a) 协助，(b) 教唆和(c) 煽动。事实上，评注³至少有两段提及该规定这一事实强调了对这一内容深入和全面分析的重要性。

7. 关于该条款，应该指出，西班牙文本似乎与法文本不同：前者提及“协助或提供手段”，后者提及“援助、协助或提供手段”。

第 6 条

8. 第 1 款应加以改进，因为为了审判和引渡，仅仅指控犯下危害人类和平及安全罪是不够的；必须提供辅助性资料。

9. 将来的治罪法应区分引渡（仅适用于在国家法院审理的案件）和将被指控犯有罪行的个人提交给国际法院。如果已设立这种国际法院，第 6 条第 3 款就不再存在，而且其他各款也还可以作一些修改。

第 8 条

10. 第 8 条(c)和(g)款应加以改进。事实上，被指控的犯罪者通知他自己选择的辩护人的权利应适用于指定给他的辩护人（见(e)款）。尽管如

² 《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 70 页。

³ 《1987 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 98-99 页，第(3)和(4)段。

¹ 《1987 年……年鉴》，第二卷（第二部分），对第 1 条的评注第 16 段（第 6 条）。

此，使用免费翻译协助的权利不应只限于听证，而应扩及诉讼的所有阶段。

第 9 条

11. 有些条款，例如第 6 条和第 9 条都与是否设立国际刑事法院的问题有关。第 9 条特别难解。它旨在国家和国际司法权中保证“一事不再理”的原则。但是，委员会在决定实施的管辖权制度（国际刑事法院或国家法院）之前起草了这一条。所以，建立了一套复杂的例外制度，最后出现了如其他各条草案（例如第 6 条）那样的不利效果。就第 1 款而言，它应明确说明评注第(2)段指出的，即“……‘宣告无罪’一词的意思是由于根据是非曲直判定，而非由于解除诉讼宣告无罪”。⁴

第 14 条

12. 就第 14 条而言，“按照一般法律原则抗辩和减刑”的规定似乎不够。这些条款稍微含混，因为根据“一般法律原则”很难指明哪一种情况应该顾及。事实上，范围太大规定太多似乎是妨碍委员会编纂法典工作的最困难问题之一。就草案而言，刑法从它本身性质和所涉价值看，需要更精确的定义和更详细的规定。

第二部分

13. 关于定义何种罪行的第二部分，委员会应当选择严格的定性。包括诸如侵略的威胁（第 16 条）和招募、使用、资助和训练雇佣军（第 23 条）可以并入国际刑法典，不一定要包含在目前审查的治罪法中。包括关于干涉的一条（第 17 条）似乎不合理，因为这个概念失之过泛，无法从个人责任范围处理。这一条所确定的行为可以当作是罪行，但与干涉的一般性概念无关。委员会感到要扩大交付给它的任务，尝试编制一个超过危害人类和平与安全罪行的治罪法草案是可以理解的。但是，这可能产生不利的结果，包括不精确和缺乏技术准确性。

14. 但是，也应该指出，除了侵略、种族灭绝和种族隔离（第 15、19 和 20 条）罪行的定义没有脱离现有国际文书之外，对罪行的定性是不够的。以第 21 条来说，虽然它题为“有计划或大

规模侵害人权行为”，案文可能理解为个别谋杀或酷刑案件将是危害人类和平与安全罪行。因此，似有必要澄清“有计划或大规模”陈述的范围，以便指明治罪法只包含具有国际性质的行为，不管是否为国家权力所容忍。同样地，恐怖主义罪行有一项国际因素（“作为一国的代理人或代表……对其他国家”）意指第 24 条所说的罪行只能在由一国的代理人或代表对其他国家犯下或下令时才能根据治罪法加以惩罚。第 25 条的罪行（非法贩运麻醉药品）缺乏国际因素是不合理的。同样地，故意和严重破坏环境也是在没有任何提及国际因素的情况下定性的。

保加利亚

[原件：英文]

[1993 年 2 月 4 日]

对各条款的逐一具体评论

第 1 条

1. 草案的第 1 条最好使用概念性的定义，因为这样就可以从“危害人类和平及安全罪行”一词得出一般性的意义。这一立场所根据的理解是概念性的定义基本上规定了任何形态的犯罪及其特性和组成部分。必须精确地概述决定任何一种犯罪是否可以当作危害人类和平及安全罪行的方法和原则。因此，一方面，根据治罪法进一步列出的犯罪形态，若干犯罪可能正式地含有该形态犯罪行为的特性，但是在具体的情况下，它的严重性可能不够资格当作危害人类和平及安全罪行。这样一来，必须为肇事者的个人权利提供更好的保障措施。另一方面，为了遵守刑法原则，即罪行及其相关惩罚只能由法律决定，必须如下文指出的那样（见第 8 段），在治罪法另设一个特别的部分，概列这些罪行的具体特点。在这方面，第 1 条款案中应加入一句，以便将治罪法的范围限定在它所列的犯罪的类型。因此，对这个问题的两种可能的处理办法和积极方面都可以利用。

2. 提议也应该对限定罪行的条件加以规定，例如参加犯罪行为团体或组织化的形态。支持这种观点的一个论据是许多国内法将组织化或团体形式犯下任何一种犯罪行为当作一种加重情况来看待。一方面，个人所作的犯罪行为与对人类和平和安全常常有较严重后果的团体及组织化犯罪不能由共同的标准衡量。在这方面，保加利亚提议由团体或组织所犯的某种罪行都应当作一种加

⁴ 第 9 条原作为第 7 条通过。其评注见《1988

年法律第一卷（第一部分）第 60 页。

重情况，以确定本治罪法所列罪行的惩罚方式和轻重。

3. 根据上述，建议治罪法草案第 1 条所载定义修改如下：

“第 1 条 定义

“1. 为了本治罪法的目的，危害人类和平及安全的罪行是个人所作出的任何作为或不作为其本身对人类和平及（或）安全造成紧急威胁或由此产生侵犯结果。

“2. 本治罪法中特别规定的罪行构成危害人类和平及（或）安全罪行。”

第 9 条

4. 第 9 条第 3 和第 4 款案文构成严重违反刑法“一事不再理”的基本原则，而且在这个意义上是侵犯人权。为了保护人权，保加利亚提议在第 3 款之后添入“但是对他实施的制裁显然与所犯罪行的严重性不符”字样。同一句也应加在第 4 款之后、(a)项和(b)项之前。

5. 这样处理可以判断每一个特别案件中任何国家的所实施的刑罚是否与所犯罪行的严重性相符，而且只在有最明显漏洞的案件中才执行第 9 条第 3 和第 4 款的条款。

第 15 条起

6. 第 15 条起列出了各种不同的危害人类和平与安全的罪行。保加利亚认为，这些应集成成一个单独的章节，题为“危害人类和平及安全罪行”，而第 1 至 14 条应集成成一章，题为“一般性条款”。

7. 提议如果犯罪者被定为“领袖或组织者”（第 15、16、17、18 和 20 条），这就应作为恶化情况处理，而且符合上述的论据，个人作为团体或组织成员参与犯罪的情况，也是如此。这些条件在确定某种罪行的惩罚的形式和轻重时应加以考虑。

8. 第 16 条含有的措辞应与第 17 条第 3 款相同，而且也应抄入第 16 条，因为这两种情况都是为了保护国家的自卫权利所进行的，不应列入本治罪法的范围。

9. 提议第 21 条“藉社会、政治、种族、宗

教、或文化上的理由进行迫害”词句之后应补加“包括藉这些理由的不人道和有辱人格待遇”的词句。

10. 在审议《危害人类和平及安全治罪法草案》期间，出席的保加利亚代表强调，按照保加利亚宪法，国际协定从其在该国生效之日起成为其国内法的一部分。但是，值得一提，根据保加利亚共和国宪法法庭关于第 6/1992 号宪法案件的第 7 号决定，推定“为了将按照国际协定认为有罪的行为列入国内法，必须在国内法中具体列出每一项罪行特征的构成因素及其惩罚，其范畴按照国内法的规定确定。”换言之，为了要起诉根据治罪法犯有罪行的个人，本治罪法所规定的个别罪行必须载入国内法，而且应具体规定其中每一项惩罚。

哥斯达黎加

[原件：西班牙文]
[1993 年 1 月 6 日]

一般性评论

1. 关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的以下分析不仅涉及各条文，而且涉及起草委员会对每条所提供的评注。哥斯达黎加认为这些评注很重要，因为它们指出作为整个草案的基础的理论趋势。要是不考虑作者的评注，草案的分析就会不全面。

2. 已尽可能逐条分析，把草案的每章或每一个主要部分分开来考虑。这样做是为了方便审查报告，并且有助于了解草案，以便说明反对的理由和可能克服草案所引起有关法律宪法的问题的办法。

3. 另外还设法提供有关宪法及刑法审查的主要方面的资料，以使委员会注意到先例和作出评价并且有助于它解决作为各国（包括哥斯达黎加）之间的谈判对象的问题。该国已开始对刑法作符合宪法的阐释，并特别关注草案是否与本宪法相容。

一、草案的一般部分

罪行的定义和定性 (草案第 1 和第 2 条)

4. 哥斯达黎加认为，草案第 1 条所选的定

义倾向于危害人类和平与安全犯罪的特定性质。这种定性考虑了若干具体特点，其中罪行行为的严重性被一致认为是一项标准。

5. “残酷”、“残忍”、“残暴”的一致性是在草案说明的应受惩罚的行为所涉及的。这些行为在人民、人口和种族团体中造成受害者，有如评注指出的：

“[……]正是这种严重性构成危害人类和平及安全罪的主要部分，具有恐怖及残暴的特点，并破坏人类社会的基础。”¹

6. 一般说来，大家同意这种行为非常严重，必须考虑到对可能受害者的影响。最重要的是保护个人权利，当前问题是保护构成一个人民、族裔、或种族的大多数人的法律权利。象草案所确认的，违犯这些法律权利是一项大规模、有系统的罪行，但这不应导致委员会似乎作出的结论：必须总是假定“有罪意图”和“而不必证明”，这一意图“客观地从行为本身推断到，因此无须查究犯罪者是否有犯罪意图”。²委员会接受危害人类和平及安全的罪行负有严格的责任，这个问题本应在很多年以前通过有保障的刑法得到解决。

7. 在任何自由刑法制度中再也不接受这项责任，因为这种制度规定无须评价犯罪者的意图，即可追究责任，他应为其犯罪行为受到惩罚，并接受某项行动的风险，或该行为会违犯法律利益的可能性。大多数实行法律规则的国家，包括哥斯达黎加决定在其刑法中不接受客观责任，选择根据有关人士是否故意或由于疏忽犯下罪行来决定个人责任。在例如哥斯达黎加的法律制度中，受惩罚行为被假定是故意行为，除非另有说明，立法者通常认为这种行为应受惩处。然而，蓄意不是根据个人的行为来假定，必须证明判断性格所需的个人因素，这是对一个刑事案件进行审判的第一步。

8. 典型的审判中存在蓄意预谋问题。这一点很重要，因为不仅涉及定性本身（由于预谋视为说明的成分），而且因为必须证明有预谋。因此，有必要确定某一案件中是否存在定性错误问题。如真正有这种错误，预谋就不适用，（如有基

于疏忽概念的平行说明）该行为作为应受惩罚的疏忽而受惩罚（哥斯达黎加《刑法》第34条）。在哥斯达黎加的刑法中，规定预谋问题并不是个罪责问题，而是定性问题，因此法官必须特别注意通常关系到意图（意志和知情）的现象。

9. 作为具有解释宪法职能的最高法院，宪法法院确定哥斯达黎加1949年《宪法》第39条规定的保障禁止严格的刑事责任。任何旨在把客观责任归于罪犯，由于其行为的危险或可预料行为的后果就假定他犯有故意造成此后果的罪行的说法显然是违反宪法的。

10. 哥斯达黎加因此认为草案说明客观责任不但是不合法，而且不符合宪法，应基于这一理由采用个人责任。从委员会目标的观点来看，个人责任远为一致，因为它完全是把治罪法适用于个人而非国家。

11. 此外，关于草案第2条，应当指出虽然为了定性不必考虑有关行为是否属国内法范围，在制订立法时有必要特别关切宪法上关于犯罪行为的禁止规定。如前所述，在哥斯达黎加，特别值得注意的这种禁止规定是禁止对不保护具体法律权利的犯罪行为的定性和旨在根据客观责任实施惩罚的犯罪行为的定性。起草委员会必须适当注意这些禁止规定。在治罪法草案内加入国家宪法所规定有关保障之外的原则，如治罪法最终成为国际法，就会在实际适用方面造成严重问题。

12. 第2条造成另一个哥斯达黎加非常关切的问题。因此哥斯达黎加必须建议重新修改第二句：“该项作为或不作为是否可按国内法惩罚的事实不影响这种定性”应当改写。首先要指出“这种定性”一词是指危害人类和平及安全罪行的条款，这便产生以下两种可能的解释：(a)如果有平行说明（一个按国内法，另一个类似地根据《危害人类和平及安全治罪法》），必须采用按国际法说明；(b)两种司法权可并存，两者都有充分权力调查案件，实施惩罚，这必然意味着接受对同一行为两次起诉的可能性。第二，哥斯达黎加认为应把该句删除，因为必须阐明第一个问题所引起的潜在司法问题，尤其涉及可导致适用国际法的法定限制、程序及实质保障。

13. 第一类问题是不能解决的。因为大多数拉丁美洲国家，包括哥斯达黎加的宪法禁止惩罚同一行为两次，如先按国内法，然后按国际法施

¹ 《1987年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第13页，对第1条的评注第2段。

² 同上，第3段。

行适当惩罚,就会发生这种情况。关于第二类问题,要是不对需要执行草案的司法原则下定义会有许多好处;除其他外,会发生以下困难:即逮捕罪犯的国家是治罪法签署国时,它按逮捕原则实行本国刑法而非国际治罪法,尽管按另一个原则(普遍性或领土权)它应实行草案规定的条款。显然,委员会的目的是避免发生后一个问题,但哥斯达黎加认为现有草案会引起所有这些弊端,只要把有关句子³删除,此问题就可以迎刃而解。哥斯达黎加认为有些委员的异议是有理的。

二、一般原则(第3至第14条)

第3条

14. 鉴于哥斯达黎加对个人责任问题的结论,该国认为必须制定一项条款,说明与所审议的行为有关的法律原则,特别是最重要的相关原则之一:罪责原则的定义。

15. 第3条第1款的措词不当,应包括根据故意、疏忽或超出预想等的责任。这样做不仅是一个基本原则问题,而且消除任何可能存在符合严格责任原则的惩罚的想法,这是悬挂在草案顶上的“达摩克利斯剑”,会妨碍草案获得成功。

16. 第2款同时处理共谋、串通和煽动的办法不大适当。建议就犯罪和参与问题起草一个单独的章节,包括最新的有关原则。应当删除共谋,因为相应的惩罚是对形成的想法或决定的惩罚,但这些想法或决定并未付诸行动;确实威胁受刑法保护的司法权利。共谋概念往往在英美法律中出现,但起源于欧洲大陆的法律却没有这个概念。因此,要使美洲国家采纳该概念是很难的,因为它们最近建立民主,所以非常有理由审慎。民主本身便是对现实政府的一种反应,并力求避免对持异议者的惩罚。拉丁美洲有惨痛的经历,独裁政府常用“共谋”和“串通犯罪”的借口来惩罚持异议的人。凡是持不同政见者和反对政权的行为都会受罚,但这些行为只不过是个人行使被独裁政权剥夺的自由权利而已。

17. 关于国家承担草案所述受惩罚的行为的责任问题,必须强调如按个人责任,凡是他本

人、间接或串通其他犯罪者犯下草案所述的行为的政府代表就应当受到惩罚。不过,在这种情况下,国家对其机关所犯的罪行的责任限于共同赔偿责任。哥斯达黎加同意委员会委员的看法,这些委员指出国家对草案所述罪行承担责任会导致依据个人责任惩罚行为原则的修改,并且使起草人不得不深入研究目前针对惩罚跨国公司的罪行的原则,跨国公司如同国家,其代表应根据必须按国别宪法予以修改的一套法律和原则承担责任。

18. 诸如协助犯罪者逃跑、消除罪证和隐藏赃物等具体行为应明确规定为罪行,而不应解释为串通;这种做法符合依法原则并促进作证工作。显然帮助危害人类的犯罪者逃跑的人本身没有直接犯罪,但却犯下“隐瞒包藏”的罪行,必须为此受到惩罚。

19. 对第3款——涉及意图和载列符合大多数国家的国内法定义——哥斯达黎加的唯一评论是,无须指定哪些条款对构成企图的行为进行定义,因为这些行为必须按每个情况来确定;鉴于草案所论述的罪行的定义涉及多种准备行为和行为形式,在这个领域里的解释必须有回旋余地。

第4条

20. 起草委员会相信没有什么情事能够为危害人类和平及安全罪行提供正当理由,这是可以理解的。然而正如已经指出的,如果没有对犯罪者意图和是否知情方面的要求,同时如果没有机会考虑到在法理研究或者分析有关问题时犯了描述或禁令方面的可能错误,则不能使用严格的责任原则。

21. 虽然法官确实不会考虑到一些琐细或者不被容许的动机,可作为某项行为的正当理由或者据以减轻某项行为的责任,对人的尊严的尊重之最现代和先进表现方式之一就是考虑并且提倡自辩权利。这些权利不仅在正式的情况中出现,同时还在实际的情况中出现;在后一情况中,利用一切可供利用的常规和特殊的法律补救办法,并且将一直作无罪假定,因为调查机关必须根据一系列事实和情况提出论据,以期证明其犯罪不容一切合理的怀疑。确实,审议中的法律所保护的法理利益是十分广泛的,但没有理由漠视这样的事实:对法律的尊重始于对被告的尊重。因此,绝对必要的是,不要阻止辩方寻找解决办法,相反,要方便它谋求解决办法,并且确保最

³ 起草委员会的一些成员看来赞成删除第二句,认为严格说并非一定是必要的。

后应施加的处罚不反映出一项行为的不道德的程度，而是对个人的罪行的评价。

第 5 条

22. 如果用国际法有关学说的用语来表达国家的国际责任，哥斯达黎加赞同这一条的现有措辞。不过，应注意到较早时候提到一国的民事责任，即对审议中的罪行所造成的损害负有连带责任和各个负责。

第 6 条

23. 毫无疑问地，这些引渡规则必须与联合国关于这个事项的规则（引渡示范条约）⁴统一起来。引起严重关切的是目前正在拟订的关于由各种不同背景和法理学派的法官组成的国际法院的学说。鉴于无法确定是否会利用解释规则来界定有关人士后来被控罪行的某些方面，这样的法官组成可能影响到辩方的权利，这一点也引起了关切。在这方面，建议由国家法院根据关于引渡的多边条约审判或引渡犯罪行为，而这个条约照顾到关于保护被告权利的最现代系统，同时为起诉罪行提供了最起码的保证。

24. 应当特别细致地就国际刑警合作以及所有司法系统对犯人移交的共同支持拟订全球政策。在这个领域还未迈开第一步。

25. 国际刑事法院问题本身困难重重，这不仅是赋予它的管辖权的可能种类，而且是因为所有国家认为有必要确保其国民获得其国内法已确立和提供的所有司法保证。哥斯达黎加在这方面情形特别，因为它一方面容许引渡外国人，但另一方面又禁止本国人被引渡，归根结底，从宪法上来说，哥斯达黎加无法使国民被迫离国受所拟议机关的审判。不过，主要的问题不单单来自这些种类的引渡原则，因为议程上的项目将涉及对被告提供的保证、关于构成罪行的行为的描述以及对罪行所施加的惩罚；此外还有一国国内法用以确保普遍司法原则得到贯彻的各种措施，这方面会直接影响到这个国际法院行使管辖。

26. 在不妨害这个问题的情况下，由于国际法院的特点仍未确定，相信在哥斯达黎加宪法之下，有可能被宣告这一点是违宪的。

第 7 条

27. 法定时效问题确实是一个关于罪行的政策问题，各国在这方面没有划一的规则。不过，最近有一种看法是，法定时效更确切地指涉一国起诉国民的实际权力，这最终来说不能是毫无限制的起诉选择。如果一国在某一时期没有或者无法审判个人，这一选择的延期应是对该个人有利的。当然，哥斯达黎加了解到这些种类的罪行令人发指。“在道义上”有正当理由不适用法定时效；不过，当代的法律趋势是法定时效时间缩短，刑事程序包括保证但进程简捷。因此，在这个领域，大概有一些重大的问题有待协商。

28. 也许最适当的是，根据国内法普通罪行的最长的法定时效（目前长达二十年以上），与各国协商制定法定时效。有二十年以上的期间，让刑事制度作出及时回应是绰绰有余的；更长的期间将意味着所有施加的惩罚以及为施加惩罚所规定的进程未能具有一般的或特殊的预防效果。

第 8 条

29. 研究一下引申自正当程序并适用于各种刑事问题的原则是合适的。哥斯达黎加宪法法庭在其第 1739-92 号判决中，大体上界定这些原则和方面，纳入第 8 条所述的种种。记住进行审判的规则有待界定，确实是合乎需要的；可在治罪法的附件中予以列明。这将是一个解释性文件，在拉丁美洲的背景下，《美洲人权公约》确立了一系列适用于任何种类的审判的司法和刑事保证。在哥斯达黎加，即使这个第 8 条不存在，该公约和正当程序宪法规则仍将适用（哥斯达黎加宪法第 39 和 41 条）。

第 9 条

30. 本条第 1 款预决了成立国际刑事法院的问题；不过，应将之视为指涉国家法庭根据逮捕或普遍司法的原则，对个人所犯的行为施加惩罚，不仅罔顾国家法庭的可能管辖，同时也罔顾可能涉及的对一事不再理规则的可能违反情况，因此构成对被告程序权利的违反。

31. 第 2 款应予删除，因为它限制了对以较有利于被告的方式就这些种类的罪行施加惩罚的可能，这必然违反了平等原则；拟出措辞妥当的第 1 款，让国家法庭有充分的管辖权对这种行为的被告进行审判，这样应当是足够的。

⁴ 大会第 45/116 号决议，附件。

32. 第 3 款直接违反了一事不再理原则, 应予删除, 以便避免它所涵蕴的违宪情况。

33. 第 4 款承认了关于逮捕和普遍司法的原则, 是目前各国就这些种类的罪行进行管辖的基础 (哥斯达黎加刑法第 7 条)。

34. 第 5 款也应予删除, 因为它容许同一行为判罪两次, 这造成就一项普通的罪行加以判决。

第 10 条

35. 不溯及既往原则规定明确, 完全按照该法上关于此一事项的定义运作。

第 11 和 12 条

36. 问题的核心似乎是大多数拉丁美洲国家的刑法将这套规则视为指涉“无罪责”, 尽管近年来同意并非所有这些规则都指涉罪责问题, 但可能涉及定性和正当理由问题。

37. 根据第 11 条, 只有当一国作为下级的代理人所执行的命令是公然非法或者违反人权才出现惩罚的可能性。关于这一点, 不仅军政府采用层级制度, 而且其他普通法刑事制度也继续采用层级制度。因此, 建议在草案中广泛利用这一制度。西班牙刑法草案 (1992 年) 中概述的层级制度可作为范例。

38. 应当充分采用下列另一个论据以支持层级制度的概念: 关于上级的责任的第 12 条涵蕴了有可能经由解释对第 11 条所提案件的描述和适用的禁止犯了错误。

第 13 条

39. 这一条似乎排除了所有豁免制度。然而应当考虑到, 作为刑事程序规则可起诉这些种类的政府官员的各种案子, 而不是只把它当作原则性的规则, 因为这项原则就本身来说, 可能无法实施。

第 14 条

40. 如果希望对法官评估这些情况的需要提出更专门性的案文, 有必要就评估罪责应予考虑的方面拟订一般性规则, 如哥斯达黎加刑法第 17 条所做的一样。无论如何, 即使这一条为此目的

顾及许多抗辩和减罪情况, 刑事描述能考虑到根据同一起诉, 影响刑罚轻重情况的存在, 从而收窄法官行事斟酌余地, 这是一个应予评价的关于罪行政策的决定。

三、草案的特别部分

(a) 描述的合法性方面

合法性和定性原则

41. 如通用箴言“法无明文者不为罪, 亦不罚”(仿费尔巴哈的拉丁语用语) 所揭示的, 并且在拉丁美洲国家 (巴西刑事法第 1 条、哥斯达黎加宪法第 39 条、秘鲁宪法第 2 条第 20 款(d)项) 所陈述的, 罪行的合法性原则在各个时候皆有不同的人把此当作一项原则来遵守。但同时也有些人和有些团体对此有强烈的异议, 异议者假定权力的行使是借着武力维持的单方面优势的形式, 而不是经由参与民主指引一国迈向共同目标的方式。为合法性原则而进行的所有斗争的共同根源是反对刑法和惩治司法中的任意性。这项反对标志着今天称之为现代自由民主刑法和惩治法的诞生, 因为它使各国政府牢记有必要事先向国民指认哪些行为是要受罚的、哪些行为是被禁止的, 禁止必须有必要理由。应予禁止的行为是那些对有组织的共同存在构成严重危险的行为。不过, 这种行为只有在立法机关在行为发生以前已决定要惩治者, 才能加以惩治。因此, 接受罪行合法性原则意味着在通过法律颁布禁令的机关与司法机关之间有十分明显的分野。司法机关的职责是就罪责采取立场, 并且在这个基础之上, 加以惩治。

42. 伴随着合法性原则而出现了基于下列前提的刑法和惩治法: 只有法律才能决定是否存在罪行和违反行为, 并且确定惩罚措施来防范司法程序中的任意性。

43. 在历史上, 这种任意性主要在于法官行使职责时没有限度, 它使司法机关有权立法, 规定归根结底决定何者违禁乃是法官的职责, 每位法官在事实上都成为立法权威。应当注意到这种情况所造成的主要危险: 司法解释的作用从涉及指认架构的运作扩大到包括个人的行动应否惩治。因此, 法官的缺点、偏见、信念、意见或恐惧可有更多和更方便的表现途径。

44. 随着罪行的合法性原则及其自然引申——

应惩治行为的描述——在司法制度中普及，它们造成了某一种类的刑事和惩治法理，其依据是尊重每一公民的以下人权：事先知道他作为社会一分子的行为在哪些领域受到禁令的限制。

45. 从许多国家宪法内容可以看到，经常作为人民所拥有的权力的临时行使者的立法者有义务通过这一制度让法官全权明确界定行为模式，以便在设法决定一项行为是否具有特定性质时，将确实知道立法当局想作何种取缔。在有些法律制度中，这种法律态度是非常重要的。立法者在这些法律制度中于描述行为范型（明确范型，有精确的限度，尽量避免不必要的细节）以及制定合理禁令（这与要求刑法和惩治司法保护的司法利益经常有关）时，必须从实际情况出发。

(b) 定罪的合法性——草案中的定性问题

46. 根据上述各段的意见，必须明确的是，在共和国的架构内，罪行的合法性原则不能将它与可能称为其自然引申，被指定须受刑罚或惩治的行为的定性分开来孤立地看待。合法性原则如果不描述为必要的引申，则只是一项假定——而且是一项不完全的假定——因为不精确或隐晦的刑法或惩治司法使法官有义务指定该有关行为的特性，并且解释法律的限度或范围，从而给予法官成为立法者的权力。另一方面，合法性原则提示共和国刑法的存在，因为不仅该行为的描述是必要的（明确、精确和界定清晰的描述），而且除此以外，原则的存在使得有可能预测建立在司法利益之上的刑罚制度的存在。哥斯达黎加想强调刑法规定所涵盖的每一项禁止应当建立在合情合理的基础之上，即保护对社会共存最重要的因素。

47. 因此，必须记得“法无明文者不为罪，亦不罚”的提法远不止指涉宪政或法律原理：它指涉对惩治制度采取某一态度，意味一国不同于司法部门的另一立法部门，这立法部门不仅有义务以明确、精确和界定清晰的方式来描述要禁止的行为，还要禁止那些影响到对共存绝对必要的利益的行为。

(c) 对合法性和定性的损害

48. 有两种方法可能违反曾加以评论的假设，它们已在文献中有系统地阐述出来。但是，在各国的立法和司法实践中，也可以找到对合法性和定性的保证视若无睹的其他方法。在讨论这

些方法之前，应予以指出的是，在警务实践和其他非司法上的实践中，可以找到许多违反这些原则的方法和例子。

存在空白的刑法

49. 制订有空白的刑法，这种做法也称做参照立法，是一些国家的一项普通的立法实践，它是在关于行为的描述部分写明参照其他法律，而不论这些法律是刑法还是刑法以外的法律，或是效力与刑法一样或超过或不及刑法的法律。可以合理假定，如果参照效力不及法律的条例、法令、法规或其他规定，这就是完全和绝对明显地违反了合法性原则，因为所参照的的条文在修正时所根据的是行政命令而非立法命令。这就意味着一项刑事条文可以被所参照的法令、条例、法规或其他行政规定完全改写。如果参照的是同等效力或效力更大的法律，则问题似乎没有那么严重，虽然从技术性和描述性的观点来看，这也是不恰当的，因为对描述进行分析时，必须查阅所参照的法律。

50. 上述情况表明，参照有所谓不同的层次，从绝对违反合法性的假设（所参照的条文可以在立法权威外改写）至所参照的条文属于同一法典不等，而这两种情况都是易于分析的。最后，应提到条文参照另一项立法规定的那些情况，但这项立法规定是如此笼统，以至难以查阅（例如，“任何人根据法律非法行使……”）。

51. 应予以指出的是，在这些情况下，进行定性就必须查阅所有立法，以便鉴定和纳入典型的条文，并从而指出被禁的行为。为此，带参照的条文或有空白之处的刑法都是界限，超越这些界限时，对违规的描述即可视为有损合法性和定性这两项规定的行为（关于侵略的第15条无疑就是这样一例）。

公开的定性

52. 哥斯达黎加认为公开的定性超越违反定性规定的一种简单的立法方式，而成为对合法性原则的真正否定，而且显然偏离了民主共和政体法律对镇压和惩罚的观点，就工作定义而言，可以界定为对一项被鉴定为刑罚和惩治的行为的描述，而这些描述不代表对被禁范围的清楚或明确界限，从而使法官和公民不能肯定明确地知道被禁的行为。

53. 这类描述被视为模糊、不确切或没有清楚的界限，立法者在草拟它们时采用含糊或多义的措词，案文的句法结构恶劣，许多成分可作多种解释，以至没有清楚指标使公民和法官都能知道被禁的程度。因此，法官必须对被禁的范围加以解释，如果没有限制的话，就从而承担了立法职能：确定一项行为是否有特定性质（包含）的司法行为就成为一项典型的立法行为，更甚的是，有多少不同观点的个人履行司法职能，应用公开的定性，就会有多少确立被禁行为的立法行为（关于种族隔离的第20条就是一例）。

规范性成分

54. 值得特别一提的是规范性成分，这些成分是定性公开的原因之一，虽然合法性的问题仍然明确：如果它们需要解释，则罪行的合法性原则已受损害。

55. 虽然不同的人对规范性成分所下的定义可能不是很明显，但查阅的经典著作都一致表示规范性成分是有多种解释的。根据 Jiménez de Asúa 的说法，Mayer 首先采用这个专门术语，他用这个术语指出一种刑事描述的组成部分：“……它只有一种特定价值的重要性……”。规范性成分与主体、形式上或物质上或其他方面的辅助体不同，因为这些主体和辅助体在定性中都有一定的地位和作用：规范性成分可以是任何名词，具有任何作用（主体、核心）和一定的价值，是充满价值的措词（或使所用的措词具有价值的内容）。更恰当地说，它们是立法者留下来没有界定的措词，即没有赋予明确意义的措词，因而必须由法官加以评价。在分析的三项立法中，道德标准、可接受的习惯、可信文书和许多其他的例子比比皆是。

56. 如果没有下定义的名词是指法令（法律的规范性成分），则一般不会引起问题，因为法令本身或习惯将会对名词下定义，从而使意义清楚明确。

57. 所谓文化的规范性成分则与法律成分有别，它们是指关系、文化形式、社会观念、群体的偏好等等。从合法性/定性的观点看，这就是问题的所在。在所研究的一项立法中，有一项定性与从事巫术、妖术或“……与文明和可接受的习惯背道而驰的任何行为”（哥斯达黎加刑法第291条）的人有关。从上面的案文看，似乎无须作进一步的解释；关于恐怖主义行为的第24条也有

这个问题。

(d) 司法利益与条款草案

58. 条款草案的定性与国内法的刑事定性一样，都是以肯定的形式规定一个规范性模式的描述。这意味在定性（不论是惩治或刑罚）的范围以外，通常都有行为的准则。这完全是风格的问题。但当违规的定性只是晦涩地而不是明白提及规范性模式，则这样一个模式可能有被遗忘的危险。这是危险的，理由是，最后可能认为法律不过是法律，而忘记了规范是一项合理的规则，其宗旨是给予保护，而所有定性所反映的就是这一规范。换言之，刑事规范是有其理由的，它的通情达理性质超越单纯的规范性命题而达至其本质，即司法利益。刑事或惩治规定中载有的任何禁令的宗旨都是给予保护。

59. 因此，正如已经指出的，除非发生了侵犯或危及一项受刑法保护的利益的行为，否则就没有犯任何罪，所以必须指出同一情况适用于关于惩治的规范。

60. 根据共和政体对制裁的概念，禁止可受法律惩处的行为是有合理基础的。这使立法者必须首先认识到禁令的需要和合理性质，才对一项行为加以禁止。因此，司法利益的存在是这些国家所选择的政治生活形式的一个直接的衍生物。为此，除非发生了侵犯或至少真正威胁到受刑法保护的司法利益的行为，否则就没有犯任何罪的原则，在该国的宪政制度中是绝对有效的，而且是本研究的必不可少的基础。

61. 如果任何违规的定性或描述都表明和预先假定司法利益的存在，由此可以断定，除了清楚确切和明白界定以外，定性必然是指按照群体的社会宗旨对合理的司法利益的保护。

62. 司法利益源于共处的需要。一项对任何生活领域加以保护但不是整个群体都认为有此需要的定性是一种不合理的社会禁令：由于这种禁令是一项法律，因此它具有强制性，但在一个实行共和民主政体的国家中，其存在是没有理由的。因此，受刑法保护的司法利益与（全体的）基本社会需要之间意味着一种相互补充的关系，因为值得被提升为受刑事规范保护的利益类别的唯一行为，就是真正妨碍和威胁到群体作为一批寻求共同目标的（由各阶层组成的）人的那些个别行为。

(c) 禁令的不完整性

63. 人们往往说刑法的性质是不完整的, 或刑法是一个由非法行为组成的断续体系。这是对的。但刑法(从狭义来看, 即关于罪行本身的法律)不构成从属于法制的全部制裁性法律。虽然罪行与违法行为之间在实体上无疑是平等的(有疑问的是种种警务性、程序性和惩罚性实践), 但必须申明国际刑法的性质也是不完整的。

64. 不妨暂时离题一下。不完整的并不是刑法或国际刑法, 而是产生这些法律的共同根源: 从属于法制的作为惩罚系统的刑法和有制裁的规范(刑事规范或国际规范)。

65. 谈及这些法律的不完整性, 是指只有需要真正保护的领域才应由刑事规定加以处理的概念, 而不是拉丁美洲刑事规范为管制某些领域而实行的普通惯例, 因为鉴于这些领域的重要性或本身的内容, 它们可能属于法律的其他分支。

简单综述所涉的合法性问题

66. 总的说来, 哥斯达黎加政府认为条款草案的刑事定性应予改写, 描述应予更明确; 规范性成分和有空白之处的刑法应减少; 定性应保护具体的司法利益。

67. 如果要成功地就刑事定性进行谈判, 这一订正是极为重要的。提出上述学术上的考虑是为了委员会在最后拟定治罪法草案时能加以考虑。在哥斯达黎加, 这些方面已是宪政理论的一部分。因此, 如果作为草案这一特点的上述问题仍然存在, 哥斯达黎加不得不拒绝这一草案。

丹 麦
[见北欧国家]

厄瓜多尔

[原件: 西班牙文]
[1992年5月7日]

1. 治罪法草案的标题可能使人们认为, 它只是一份罪行目录。最好是象作家 Jiménez de Asúa 建议那样, 将它称为“危害人类和平及安全罪行刑事法典”或“危害人类和平及安全罪行刑法典”。

第 1 条

2. 为了加强其内容, 值得增加一款如下:

“除其他外, 下列各项在国际法内应视为犯罪行为: 种族灭绝, 恐怖主义, 侵略和非法贩运麻醉药品”。

第 17 条

3. 最好是称为“军事干涉”或“武装干涉”, 因为还有其他形式的干涉, 例如, 经济干涉。

第 19 条

4. 第 2 款(d)项应予澄清。目前的案文很含糊, 在纯粹的社会计划生育方案和种族灭绝罪行之间会引起误解和混乱。

芬 兰
[见北欧国家]

希 腊

[原件: 法文]
[1993年2月3日]

1. 首先, 希腊政府要祝贺委员会一读通过《危害人类和平及安全治罪法》条款草案。它还要感谢特别报告员杜杜·锡亚姆先生对草案编纂工作作出重大贡献。

2. 它认为委员会完成条款草案的一读工作是一项特别积极的事态发展。

3. 关于第 15 至第 26 条, 委员会在这些条款中确定了 12 种罪行, 它们性质严重, 蔑视人类尊严。希腊支持将所有这些罪行列入治罪法。但是, 有些规定特别是第 22 条(特别严重的战争罪行)第 2 款的规定需说得更清楚一点。

4. 此外, 在侵略的威胁(第 16 条)和侵略(第 15 条)之后, 通过新的一项规定如下, 说明与非法占领、兼并和国家继承有关的特征, 也是有益的:

“蓄意不尊重安全理事会为结束侵略行为及消除其非法后果而作出的强制性决定, 是一项危害和平罪。”

冰 岛
[见北欧国家]

荷 兰

[原件: 英文]

[1993年2月18日]

一般性评论

1. 本文件第一部分载列荷兰政府对治罪法草案法律地位以及将它同一项尚待建立的机制联系起来的办法的看法, 这个机制将使治罪法能够在国际刑事法规定下加以执行。然后讨论这一机制的特征。

2. 第二部分载列荷兰政府对委员会治罪法草案个别条款的看法。

3. 但是, 荷兰政府首先要简要地谈一谈草案的背景及其意义。治罪法的制订和是否需要国际刑事法院的问题由来已久。联合国大会 1947 年在第 177 (II) 号决议中请委员会编制危害人类和平及安全治罪法。但是, 这个项目被推迟了, 部分原因是后来对侵略的定义进行长期的辩论。尽管有这些障碍, 委员会还是能于 1991 年完成治罪法草案一读, 荷兰政府对此表示赞赏。

4. 虽然委员会对是否需要建立国际刑事法院问题和这样做的可行性进行了审议, 但是目前的治罪法草案对这个课题没有作出任何规定。不过委员会的报告载列一系列与此事项有关的因素, 对于这些因素, 则需要作出规定。

5. 在第六委员会在大会第四十六届会议上对国际法委员会的报告进行审查时, 荷兰政府对是否需要建立国际刑事法院问题提出了它的意见。因此, 荷兰政府关于这个事项的意见扼要载列于第二部分, 但以其与治罪法有关的部分为限。

一、危害人类和平及安全治罪法草案

(a) 法律地位

6. 荷兰政府认为, 这项治罪法的目的是指定某类犯罪行为危害人类和平及安全罪, 并建立只适用于这些罪行的执法制度 (不论是国家一级还是国际一级)。这就需要尽可能清楚地定义有关罪

行, 并以条约形式确定下来。不管怎样, 根据法无明文不为罪的原则, 也需要这样做。使这项基本假定更加有力的事实是, 涉及建立一个国际刑事法院的国际执法制度正在被审议。

7. 但是, 基于实际理由, 下列意见是以委员会使用的术语来拟定的。

(b) 治罪法的范围

8. 荷兰政府注意到, 治罪法提及的各项罪行性质差别很大。此外, 选择是相当随意的, 而且是从一大批罪行中挑选。另一方面, 它包括与社会的是非感相反并大规模违反基本人道主义原则的罪行。这些罪行无论如何现行的国际法里都是应予惩罚的, 个人可被认为对这些罪行负责。它们包括如种族灭绝或严重的战争罪行。另一方面, 治罪法列入的某些罪行是根据含糊的至少是未具体说明的标准来确定的, 它们主要是反映目前一些国家所面临的那类国际罪行。贩毒就是一类。

9. 荷兰政府认为, 拟就列入治罪法进行审议的罪行和预期的执法制度之间应有密切的关系。由于治罪法设想一个普遍适用的国际执法制度, 因此就应对治罪法所列的罪行适用某些标准。考虑到国家一般不愿放弃任何权力, 特别是在刑事法及其执行领域, 因此, 至少是在目前, 应假定只有在特殊情况下才有可能实现任何形式的国际执法活动。

10. 荷兰政府认为, 只有对满足下列准则的罪行才有可能和需要建立一个普遍的执行刑事法的制度:

- (a) 违反国际社会核准的基本人道主义原则和伤害人类良知的罪行;
- (b) 根据其性质很难在国家一级对其进行有效审判, 而且只有在国际一级对其审判才适当的罪行;
- (c) 个人可被认为对之负责而不论其是否以公职身份行事的罪行。

考虑到这些准则, 荷兰政府认为治罪法只能涉及侵略、种族灭绝、有计划地或大规模地违反人权和严重的战争罪行。

11. 这些罪行无论如何均可根据国际条约或根据国际习惯法加以惩罚。在这方面可援引 1949

年8月12日《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》，以及《防止及惩治灭绝种族罪公约》。

12. 不过，荷兰政府认为，在将来某个时候，当治罪法和刑事法院均已确立了，也许可以视需要将其他罪行（以及性质不同的可能罪行）列入治罪法。但是，只有目前的主权国家结构足够开放以接受一个执行刑事法的国际机构，才能实现这一点。

13. 为了记录在案，荷兰政府强调指出，它关于治罪法实际上应列入为数相当少的罪行的观点并不意指委员会具体说明的其他罪行不应予以惩罚。荷兰主张的清单只应解释为，没有列入提议的清单的罪行不满足上述的准则，拟定这些准则的目的完全为了制定一项与国际执法机构相联系的治罪法。该清单未列入的罪行，象委员会所提及的大多数罪行，也许应由个别条约加以规定，而且根据“或审判或引渡”原则或普遍性原则。在这种情况下，执法活动最终将在国家一级进行。

(c) 治罪法与执行制度相联系

14. 荷兰政府认为，重要的是治罪法与执行它的制度应密切联系起来。在这方面，它认为，根据治罪法制定的国际法将主要与在国际上执行治罪法的方法有关，而不是使某些罪行可以惩罚。治罪法拟列入的所有罪行无论在现有条约或习惯法下均可予以惩罚。因此，主要目标是建立一个可行的国际执法机构。铭记着这一点，目前似宜至少限制拟列入治罪法的罪行数目，从而尽可能减少任何违反国家管辖权的行动。有鉴于此，荷兰政府不赞成一项规定某些罪行但无法建立一个执法机构的治罪法，因为在这种情况下，该法意义不大。

15. 最后，将治罪法所列罪行同执法制度联系起来意味着不可列入任何豁免条款。荷兰政府主张列入治罪法的罪行根据国际法已可予以惩罚，因此，关于执法机构的豁免条款也就无需列入，因为它们会破坏治罪法草案的本质及其通过理由。

二、治罪法的执行

16. 荷兰政府在参与1992年大会第四十九届会议第六委员会对国际法委员会的报告的辩论时，详细地就建立国际刑事法院的可行性和可取

性提出了自己的看法。¹ 因此下面摘要叙述其就所希望看到的国际执法机构的类别的看法。鉴于这项来文的性质和关于国际刑事法院的讨论仍处于初步阶段这一事实，因此，下列对将来在建立这类刑事法院时可能遇到的各项问题的评论不是详尽无遗的分析。

17. 下列问题按顺序逐一讨论：

- (a) 国际监督机构（下称刑事法院）的职权范围；
- (b) 建立这类刑事法院时应遵循的程序；
- (c) 拟判处的刑罚；
- (d) 公诉机关和刑事法院的组成。

(a) 国际刑事法院的职权范围

(一) 基于属事理由的职权范围

18. 由于目标是建立与治罪法联系的执法制度，国际刑事法院的基于属事理由的权力应如上面所建议那样，限于治罪法明文规定的罪行。

(二) 管辖权的赋予

19. 荷兰政府主张优先管辖权制度。这就是说，如有人涉嫌犯治罪法所包括的任何罪行，国际刑事法院即获得管辖权。如果不向国际刑事法院提出控诉，国家法院将获得或重新取得管辖权以审判嫌疑犯。但是，如果该案件是由国际刑事法院审理，那么该法院将在第一审也即唯一的审判中作出判决。

20. 这里有一个重要的问题是，该法院是否能在被告缺席情况下审判此案件。虽然荷兰政府未就缺席审判的可取性达成最后结论，但是它要提请注意这类诉讼的缺点，因为这类行动特别困难和很花时间，对大众舆论可能有不良效果。

21. 国际刑事法院究竟在什么时候有权审理案件，下列各点与这个问题有关。首先，考虑到本评论第一部分载列的准则，这个问题涉及无论如何均应普遍予以惩罚的罪行的听讯。其次，刑事法院应有权审判犯下治罪法具体规定的任何罪行的任何人，即使该人住在非治罪法缔约国或是该国的公

¹ 《大会正式记录，第四十七届会议，第六委员会》，第21次会议，第57至76段。

民。此外，加入治罪法的国家在其国家法律中载列该文书所列罪行的普遍性原则，也是很重要的。

22. 荷兰政府将反对让刑事法院担任上诉法院角色的程序。但是，这不排除在决定不向国际刑事法院提起诉讼后将案件提交国家法院审理情况下，就与治罪法的解释或应用有关的争端举行听证会的程序。

23. 关于起诉侵略罪行，问题是刑事法院和安全理事会之间存在一个什么样的关系。在这方面，荷兰政府认为，安理会不论是否已就一国是否犯下侵略罪行的政治问题进行辩论，刑事法院原则上对个人是否犯下同一罪行的司法问题都应有充分的处理权。但是，安理会极不可能指定一项行动为侵略行动，如果它这样做，这一声明不可避免地产生极其深远的后果；因此在实践上应认为国际刑事法院几乎不可能在同一情况下作出不同的结论。

24. 鉴于这些考虑，荷兰政府认为不必指定安全理事会在起诉嫌疑的侵略行为的程序方面担任具体的角色。

(b) 程序

25. 荷兰政府认为，应至少根据《治罪法》草案第 8 条规定的原则设计出一套程序。

26. 为了由法院来审判案件，建立特别的公诉部是必不可缺的。这样一个公诉部应能在下列情况下向法院提出申请：

- (a) 在自己的主动下，例如它接到一国提供的资料；
- (b) 根据联合国大会通过的一项决议。如果大会通过这类决议，公诉部就负有责任对该案件提出起诉。荷兰政府认为大会是最适当的机构，因为它的代表性很广，权力很大；
- (c) 根据国际刑事法院发出的有关指示。如果公诉部在收到该国提供的资料后决定不予起诉（权宜原则），这类指示可应国家要求发出。

(c) 刑罚

27. 考虑到“法无明文者不罚”原则，治罪法应载列关于拟对这些罪行判处的刑罚的规定。既然治罪法只涉及极为严重的罪行，荷兰认为它

们全应判处同一刑罚，其形式或者是拘留，或者是限制自由的措施，或者是财产充公（例如通过犯罪获得的财产）。荷兰政府将反对治罪法列入死刑作为一种刑罚，因为如果列入的话，许多国家根据国家法和（或）国际法将不可能核准治罪法。

(d) 法院和起诉机构的组成

(一) 刑事法院的组成

28. 荷兰政府认为，刑事法院的规模应相对地小，例如由按照与国际法院法官同样的程序选出的五到七名独立法官组成。刑事法院应独立于国际法院之外，因为国际法院事实上与这里所设想的法院类别完全不同。但是，这不妨碍国际法院法官被任命为国际刑事法院法官，也不应排除其他形式的突出刑事法院普遍性质的组织上的集中。

(二) 公诉部

29. 公诉部应由联合国大会任命的一名总检察长领导，由一名或多名检察长和人数不多的工作人员协理工作。委员会的意见是，联合国秘书长的作用，特别是他在履行《联合国宪章》规定他的任务方面需保持客观，与公诉部正式首长的职务是不相容的。

对各条款的逐一具体评论

第 1 条

30. 荷兰政府希望能选择删去方括号内“国际法上的”等字。它同意委员会一些委员的意见，即这些字是不必要的，在解释这一条时可能引起混乱。

第 3 条

31. 荷兰政府主张，原则上，不仅是犯下治罪法所提及的罪行应予惩罚，而且任何企图犯下这类罪行的行为均应予惩罚。可以统一的方式来做到这一点，办法是修改此条，具体规定企图犯下治罪法所载任一罪行的行为同样地也应予惩罚，或者重新拟订每一实质性规定，增加“企图犯下”和“犯下”等字样。

32. 第二，第 3 条的“个人”一词应定义得

更严密些。特别是，该条应具体说明它只是指自然人，还是也可指法人。后者的优点是，它可包括既不能认为是个人也不能认为是政府组织的群体。但是，缺点是，这项较广的定义可使执法制度的实施工作困难很多。委员会在对治罪法进行二读时，可在该条款文或在其评注中更密切地注意此事项。

33. 第三，荷兰政府不太清楚委员会对“计划”概念与第 2 款内的“共谋”一词之间的联系的意见。

34. 最后，它建议删去第 2 款中的“教唆”一词，认为其定义很松而且含糊，不值得列入。

第 4 条

35. 荷兰政府认为本条多余，因为同样的论点也载于第 14 条。也许可以在第 14 条的评注中提及本条及其评注的含义。²

第 6 条

36. 本评论第一部分载列荷兰政府对将治罪法与执法机构联系起来的重要性的意见。荷兰政府同意委员会的意见，即一旦就设立国际刑事法院问题作出决定后，就须对本条加以修正。到那个阶段，也许可能删去本条部分内容。荷兰政府在这方面还要提出两点意见。

37. 第一，关于引渡，务需充分保证根据治罪法草案第 8 条的规定来对待嫌疑犯。要做到这一点，可增列一款，明文规定，如要求引渡国家不能提供第 8 条所述保证，则禁止引渡，或者在第 6 条内增列一句：“以第 8 条规定的保证为条件”。

38. 第二，根据目前第 6 条第 1 款的措词（“在其领土内出现据称犯有……的个人”），有关国家只在该人出现在该国之时才有管辖权。如果一国要求另一国引渡不在（或尚未在）该国的人，被要求的国家没有（或尚未有）管辖权。如果要求引渡的国家的国内法含有对治罪法规定的各项罪行的普遍管辖权，那么它就有管辖权。该条的措词应重新拟订，以期在实践上更加有效，和（或）应要求治罪法缔约国对治罪法所列各项罪行规定普遍管辖权。

第 7 条

39. 本条的可接受性主要取决于治罪法所列的罪行。上述评论第一部分指出治罪法只应列入数目有限的罪行。荷兰政府认为，只有这些罪行的情节严重到足以不适用法定时效。荷兰不支持本条对目前的治罪法所列任何其他罪行的规定。

第 8 条

40. 荷兰政府极其重视本条提供的保证，它在对第 6 条的评论中已指出这一点。

第 9 条

41. 本条象第 6 条那样，将予以修正，如果设立国际刑事法院的话。荷兰政府还对第 9 条的措词提出三点评论。

42. 第一，第 3 款不符合一事不再理原则，因为应用这一规则的决定性因素不是某些行动如何定义（在国内法或国际法上），而是一项行动是否可以惩罚以及犯罪者是否为此受起诉。

43. 其次，第 4 款的措词不能令人满意。本条的目的是保证犯下严重罪行的人不能逃避与罪行的严重性相称的惩罚。但是，同时也应保证，该罪犯不会为同一罪行在公正和适当诉讼中审判两次，或两次判处与该罪行的严重性相称的惩罚。荷兰政府认为，目前的措词没有提供适当的保障，对后一可能性尤没有保障。

44. 第三，除已讨论过的本条第 3 款外，与“一事不再理”规则有关的问题只有在给予设想中的国际刑事法院专属职权范围才能避免（如本评论第一部分所解释那样）。在任何其他情况下，这项规则都会产生一些问题。因此委员会今后在制定执行制度时将需考虑这个问题。

第 10 条

45. 荷兰政府认为，第 2 款中“根据国际法”等字应予删除。自第二次大战以来，某些罪行已在国际法内加以编纂。因此，它可能损害对犯下未予编纂但根据国际惯例可认为是罪行的犯罪者提起公诉和加以惩罚的可能性。

第 15 条

46. 本条前两款的措词不一致。第 1 款涉及

² 《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 105 页。

个人犯罪情事（“实行或命令实行……的个人……”），而第2款提及一国的行动（“侵略是指一国使用武力……”）。这样措词的本条或者有关的评论³应说明委员会对个人责任和国家责任之间的关系的看法。

47. 为了避免任何歧义，第2款中“与《联合国宪章》不符的”一语应放在第2款前半句“使用武力”之前，该款即以“政治独立”等语结束。此外，这些术语应在评论中加以定义。

48. 第3款第一部分不宜放在本条，因为它涉及取证，而不是罪行定义。该款第2部分设想授权一个政治机构来确定某一特别行为是否构成犯罪。这将违反“法无明文不为罪”原则。因此，这项要素也应从侵略罪行的定义中删去。

49. “法无明文不为罪”原则在第4款(h)项的措词也起作用。授权安全理事会确定某些行为追溯起来构成侵略，并可提出起诉的做法违反这一原则。唯一备选办法是，安理会事先笼统地规定什么行为构成侵略。

50. 第5款根据其含义，可能意指安全理事会的决定对于（设想的）国际刑事法院没有约束力。此款和有关评论应予审查，如果的确设立国际刑事法院的话。⁴为了清楚起见，“存在”一词之前应加上“是否”两字。

51. 第6款的意思不明确。它是否事实上对《联合国宪章》第一百零三条的规定增添任何内容是有疑问的。荷兰政府建议删去此款。

52. 第7款也可以同样删去。

第16条

53. 这项罪行不应列入治罪法草案。在若干情况下，它将包含在关于禁止侵略的条款里，因此应属于第15条的规定范围内。

第17条

54. 本条也应从治罪法中删去。一项理由是，某类干涉无论如何均包含在关于禁止侵略的条

款里，因此根据第15条的规定，应予惩罚。荷兰政府认为，第15条不包含的各类干涉均不够严重，因此无资格列入治罪法。但另一方面，该定义似乎太松和含糊不清，以致这些规定不能执行。

第18条

55. 如第17条所列同样理由，荷兰政府认为此条不宜列入治罪法。

第19条

56. 荷兰政府赞成将种族灭绝列入治罪法。的确，这项罪行比任何其他罪行都引起社会公愤。希望治罪法将有助于禁止种族灭绝行为，这项行为在一项公约里已经规定为犯法。

57. 荷兰政府注意到，侵略罪行和种族灭绝之间有差别。在侵略罪行里，计划实行侵略是一项罪行，而在种族灭绝里，计划这项罪行并不犯法。如第3条所建议的，这个问题可以这样来解决，修改每一项主要规定以统一措词，或者在第3条增加另一规定，具体说明计划实行治罪法所列任何罪行本身就是一项罪行。

第20条

58. 荷兰政府不赞成将此罪行列入治罪法。一方面，该罪行的性质易于引起几乎解决不了的关于责任、起诉等等的问题。另一方面，无论如何，种族隔离将一般构成有计划或大规模侵害人权行为。

第21条

59. 这项罪行应列入治罪法，而且它本身也值得予以注意，不论各区域和全球人权公约所规定的与这类侵害人权行为有关的监督程序如何。后者主要是为了评价（追溯既往地）一国履行其遵守人权的责任的情况，而不是象治罪法所设想那样评价侵犯这些权利的个人的刑事责任。此外，许多现有监督程序对属于治罪法第21条范围内的侵犯人权行为都已证明不足够。

60. 此外，本条和种族灭绝罪行有密切的关系。因此，为了一致起见，侵犯人权行为应连同种族灭绝列入治罪法。

61. 宜将“迫害”一词按《关于难民地位的

³ 第15条原作为12条通过。其评注见《1988年……年鉴》，第二卷（第二部分），第71和72页。

⁴ 同上，第6段。

公约》所载该词的解释来加以解释。事实上，这实际上比第 21 条的评注的解释范围要窄一些。⁵ 荷兰政府认为，评注中提及“由政府官员所犯，或是由在某一领土上行使实际权力集团所犯”⁶ 的迫害罪行，其对这个概念的解释远比根据《公约》的解释要广泛得多。

62. 对于“有计划或大规模侵害人权行为”一词，荷兰政府也较倾向选择“和”字而不是“或”字。只有有计划地和大规模地侵害人权行为才应列入治罪法，因为只有这些特征才使它们构成与社会是非感严重冲突的行为。

63. 进一步赞成将“有计划或大规模地”等字列入本条按语，以说明它适用于所列的所有五项侵犯人权行为。此外，这样做也确定了种族隔离的某些方面是属于本条的范围。因此，荷兰政府认为应予删去的第 20 条第 2 款(c)和(d)项可以在第 21 条的评论里涉及。

64. 荷兰政府希望能够有一项比目前更为明确的声明，也许可以用一般性条款方式（诸如第 3 条）指出治罪法适用于以官方身份犯罪的个人。事实上这应当包含在治罪法本身中。只是在评论中讨论这一问题是不够的。

65. 最后，除已经提到的公约外，评论应更多地提及有关普遍人权的公约。但是，不应将它们并入罪行的实际定义。

第 22 条

66. 本条款文反映了委员会努力在两种对待这一类罪行的不同办法之间达成一种折衷办法：一方面，它们试图对战争罪行拟定一般的定义，而另一方面，又列举它们认为构成战争罪行的行为。

67. 荷兰政府支持委员会内反对枚举拟认为“特别严重的战争罪行”的行为的一些成员的意见。首先，这种枚举的做法在案文其他地方都没有过；其次，它还会妨碍战争领域的任何新发展被列入治罪法的规定里。

68. 它同时认识到目前极难找到一般的术

⁵ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 107-109 页。

⁶ 同上，第 108 页，第(9)段。

语，既足够精确而又不会不必要地限制本条的范围。在这方面，“严重违反”一词不太适当，考虑到《日内瓦公约》及其第一议定书内被叙述为“严重违反”的某些行为并不够严重到需要列入治罪法，而没有被叙述为“严重违反”的其他罪行却有资格列入治罪法。另一方面，荷兰政府认为，“残忍或野蛮的行为”的定义太松，留有许多余地可做主观的解释，因此，在这里不适用。

69. 因此，建议第 22 条第 2 款应提及“严重的战争罪行”，而删去“特别”两字，其定义如下：

- (a) 如《日内瓦公约》和《日内瓦公约第一附加议定书》所定义的严重违反行为；
- (b) 其他严重违反适用于武装冲突的国际法规则的行为。

严格地说，(a)类不是绝对必要的，因为同样的规则已包括在(b)类中。但是，为了清楚起见，应该明确说明。修饰词“严重”意指不是所有战争罪行都列入治罪法。一项违反行为是否可认为是“严重”，这个问题主要将在起诉一项罪行是否适宜时出现。

70. 荷兰政府同意委员会的意见，即本条应适用于国家武装冲突，因为这些情况下也会同样地犯下严重战争罪行。因此，可以援引本条来对付叛军侵犯人权的行为。此外，也就不需要决定一项特定的冲突是属于国家范围还是国际范围。本条的评注⁷ 应具体说明这项应用扩大了现有法律的范围，因为战争罪行在《日内瓦公约第二议定书》内没有提及。此外，评注应根据《第二议定书》第六条第五款来审查这项规定，该款促请冲突各方合作，在结束敌对行动后实现尽可能最广泛的赦免。

第 23 至 26 条

71. 荷兰政府反对将第 23 至第 26 条列入治罪法，因为它们都不满足本评论第一部分规定的准则。

72. 此外，“国际恐怖主义行为”（第 24 条）的概念在定义和解释上可能产生几乎不可克服的问题。

⁷ 同上，第 109-111 页。

73. 贩运麻醉药品(第25条)与诸如种族灭绝、侵略以及有计划和大规模侵犯人权行为等罪行是完全不同一级的罪行。荷兰政府愿再次强调它的观点,即所设想的在国际上执行治罪法的机制不是惩罚这项罪行的最适当的手段。对于这类案件,国家执行工具将更为适当,可以根据普遍性原则,或根据“或审判或引渡”原则来处理这个案件,这些原则的适用性可以条约来确定。

北欧国家

[原件:英文]
[1992年12月22日]

一般性评论

A. 原则问题

1. 北欧国家基本上赞成《危害人类和平及安全治罪法》。但是,当前的草案必须予以广泛补充,一方面要就犯罪者在何种情况下得以不承担责任等重大原则问题作出补充,另一方面,还要对各项刑事条款的具体措词作出补充。此外,草案的措词与一般起草法律条文所用的不同,因此,以《治罪法》的现有形式而论,许多国家的法院都无法引用。

B. 与一个国际刑事法院的关系

2. 当前的治罪法的一项基本难题是,它的地位不明。一方面,它可以是一项传统的公约,每个国家作出承担,把公约所述应予惩处的行为在其国内法中列为罪行,并且规定适当惩罚或采取引渡程序。但是,这种解决办法的缺点是,治罪法草案中所列的大多数罪行都由现有的公约涵盖,或者是与当前的国际法和国内法相违背的。

3. 另一方面,人们会设想到制订独立于国内法之外的国际刑事法的可能性。如果作出这一改变的话,由于当前的草案只略为触及法院审理一宗案件时的程序规定,因此,很难作出评价。

4. 北欧国家的理解是,草案仅仅希望按照国际法来惩处各种罪行,但是,究竟这种罪行应由国际刑事法院起诉,或由有关国家的法院起诉,或二者同时起诉,这个问题还没有决定。北欧国家对草案的解释是,参加治罪法的国家并没有确保其国内刑事法涵盖治罪法草案所界定的一切行为的法定义务。但是,象北欧国家等许多司

法制度都规定要在其国内法中加入相应的刑事规定,以便按照治罪法提出起诉。因此,应当考虑治罪法缔约国是否必须执行必要的措施,包括立法方面,以期确保治罪法的执行。

5. 确实需要能够审理某些国际性极端严重罪行的法院,例如侵略、干涉和种族灭绝,对于这些问题大体上国内管辖权都有限。另一方面,北欧国家认为,对于毫无疑问具有国际性质,但是,到目前为止都是按照有关国家的国内刑法处理的罪行来说,则设立国际刑事法院的理由似嫌不足。北欧国家认为,最好的权宜办法是,利用委员会的草案作为拟订审理公然危害人类和平与安全事件法规的基础,使其作为未来的国际刑事法院的基础并列为法院的管辖范围。

C. 对治罪法草案的一般评论

6. 在某种程度上说,有几项条款直接以涉及有关罪行的现存国际公约为基础,在这种情况下,必须澄清治罪法草案和所提的公约的关系。

7. 另一项问题是,鉴于刑法特别需要高度严谨,而一些重要条款都十分含糊,模棱两可,因此,不但不会产生明确的效果,反而造成更大的混淆。此外,很多条款含有广泛的政治意味,使它们可以有各种各样的解释。例如,第16条“使一国政府有确实理由相信正在认真考虑对该国进行侵略的……其他任何措施”的措词,很难确定它的确实意义。

8. 从上述各点可以看出,列入治罪法的罪行必须与两项标准相符。首先,这种行为应是事实上危害人类和平和安全的罪行,即必须符合分类标准。第二,它们在性质上必须是能够按照这种文书予以管制的。如下文对各条款的具体评论所指出的,北欧国家认为,治罪法草案中有一些条款无法满足这两项标准。按照这些标准拟订的治罪法将远不象现有的草案那么全面。仍应保留的罪行主要是第15至22条所开列的,而且这些罪行是以国家当局的名义犯下的。

9. 现有草案的另一个问题是,它没有具体规定必须阐明的罪责轻重。以北欧国家的理解来说,在一般情况下如事实上犯下罪行便已足够。但是,有些条款却规定只适用于“蓄意”犯下的罪行。其他条款则规定必须存在特殊动机,例如第20条就有“为建立……”的字样。北欧国家认为,应当在第一部分列入另一条款,说明治罪法

基本上只适用于蓄意犯下的行为。任何例外情况都可以在这些条款说明,列出加重或减轻主观责任规定。

10. 此外,这个草案没有注意到个人采取主动所犯的案件与有关的国家最高政府机构作出决定而犯下的案件的显著差异。举例来说,由数百名成员组成的国民议会作出决定而犯下的案件显然带来问题。关于这方面,可参阅第20条第2款(c)项,其中“任何立法措施”可能指种族隔离。这一条款是否打算把发挥重要作用通过这项立法的国民议会所有成员处以惩罚?毕竟这不是很实际的作法。在这种情况下,似乎国家自动要承担罪责,因为是政府最高当局采取行动的,并且有权按照国际法代表国家提出或通过一项立法。北欧国家认为,它没有清楚规定,在这种情况下应由个人还是国家负责。国家罪责产生执行的问题,这与针对个人的条款所产生的问题有根本差别。北欧国家认为,治罪法应仅适用于个人犯下的犯罪行为。

对各条款的逐一具体评论

11. 以下评论反映北欧国家就草案的个别条款的整体初步意见。

第1条

12. 本条似对“危害人类和平及安全罪”提出法律定义,按照当前的措词,可以看成是对立的。这种定义没有需要,因此这一条款可予删除。此外,由于治罪法草案所列的某些罪行都很难说是属于这种性质,会引起混淆。

第2条

13. 本条就通常不属于国家管辖范围内的罪行(否则就有违国际法)而言,所规定的原则是可以接受的。但是,治罪法草案中涵盖了通常由互相抵触的国内立法管辖的罪行。条款必须对这种情况作出较灵活的规定。

第3条

14. 本条明显反映了治罪法草案所采用技术的难题。如果以确立国际治罪法为目的,则必须从解释的观点出发圆满解决个人责任、参与犯罪行为、共谋、各种未遂行为等问题。

第4条

15. 不难想象,在各种紧急情况下产生的动机对犯罪行为的责任会有影响。但是,从这一条款的措词而论,则这种因素不应占有重要性。因此,这一条款造成许多问题,其目前形式是不能接受的。

第5条

16. 《治罪法》草案必须保留本条款,以便维持个人犯罪行为责任,另一方面又确保各国不能免除战争赔偿责任等。

第6条

17. 北欧国家假定,“审判”一词也包括决定不控告犯罪者在内。这是与对其他国际问题适用的类似规定的相应解释配合的。如果设立国际刑事法院,则要进一步说明“审判或引渡”原则的实质内容。

第7条

18. 对于最严重的犯罪没有订立法定时效也许可以接受,但是,在相互冲突的国内刑法可以在一段期间后规定法定时效的情况下,本条规定则引起较多疑问。

第8条

19. 本条明确表明,按照治罪法草案制定的审判程序规定必须连同刑法条款的规定一起来作出决定。法律行动是按照民权的规定而采取的,其确定的最低标准以目前情况来看是合理的,但是,作为法院的司法程序规则就极不充分。

第9条

20. 按照本条拟订的一些实质解决办法可能有疑问。举例来说,按照第4款的规定,个人在一个国家受审后,还可以在另一个国家的法院因所犯同一罪行受审,只要后者是其罪行的主要受害者。北欧国家认为这一条款的含义是,即使涉案的人已服刑很久,但是,这一规定仍然适用。因此,这一条款显然与刑事法的传统法律效力原则抵触,应当修改措施,以较少命令式的语调来代替。较合理的解决办法是,规定在国内法院审讯后,并不妨碍根据治罪法审理,但是,应

当斟酌犯罪者已服的刑期或国内法院已判决待服刑的情况。

第 11 条

21. 本条规定,个人按照上司的命令行事,如果“其本人有不遵行此项命令之可能”,则其刑事责任不得免除。此条所用“可能”一词必须较为明确界定。拒绝遵从命令的结果差别很大,包括申斥、解雇乃至处以死刑。其用意并非在所有上述状况下都可以免除犯罪者的刑事责任的。应当在治罪法案文中明确解决这个问题。

第 12 条

22. 本条款涉及上级没有设法防止一项罪行的问题,对没有防止一事的刑责的规定超过北欧国家可以接受的程度。如要使这项责任存在,一般需要实质条款规定没有采取行动的人有采取行动的义务。此外,把这一条款和第 3 条规定的个人责任的定义作出折衷是很困难的。

第 13 条

23. 必须假定,如果所发生的行为构成危害人类和平及安全罪,即使是国家元首也不能免除此种行为的国际责任。即使某一国家的宪法另有规定,这一条款仍必须适用。

第 14 条

24. 应将第 1 款和第 2 款分列在两条中,因为免除犯罪者的行为责任的情况与影响判决的情况有根本的差异。

25. 按照当前的措词,本条没有说明审理一项罪行时应当注意的情况。因此,任何法院都可以解释这一条款,这是很不符合法治原则的。北欧国家认为,确定自卫和需要情况的重要性是适当的。同意的也许会在各种情形下出现。

26. 此外,治罪法另有两条(第 11 条和第 13 条)涉及免除犯罪者责任。这两条应与第 14 条合并。一种解决办法是列出免除个人责任的情况和不得免除的情况。当前的草案第 11 条和 13 条阐明的情况应为在任何情况下均不构成责任的事例。

27. 这个草案的另一问题是,它没有列入处理精神错乱犯罪者的情况或在犯下行为时不能对

其行动负责的其他情况。

28. 第 2 款也应顾及加重情况。此外,需要界定和解释关于减罪情况和加重情况的含义,因为按照目前的措词而论,这一条款缺乏实质性。

第 15 条

29. 有关侵略的条款符合上文 C 节所列的标准。但是,仍然存在这一定义是否在所有情况下适用的问题。第 3 款列入由安全理事会对侵略问题作出论断的说明。从政治的观点而论,安理会对这个问题的权限是毫无疑问的。但是,从法律观点来说,则无法接受这种方式,因为在这种情况下,法院的判决要视政治评价而定。

第 16 条

30. 北欧国家认为,本条符合上文 C 节所载的标准。但是,这一条款不妨以“暴力侵略威胁”为限,以避免因情节不重或不构成真正威胁的不当行为而提起告诉。

第 17 条

31. 本条符合 C 节所载的标准,但是,有些地方似乎与关于恐怖主义行为的第 24 条互相重叠。应当仔细审议这两条,仅保留第 17 条也许就足够了。在这两条中,第 17 条较为全备。但是,由于存在重大的政治原因,需要有一个独立条款明白规定禁止恐怖主义行为,或者在第 17 条中另立一款。

第 18 条

32. 北欧国家认为,本条不符合 C 节所载适当性的标准。“违反……人民自决权……外国统治”的措词含混,而且范围太广。按照这一条款的目前措词,可以适用于种种不同形式的贸易抵制和涉及捐助国规定提供发展援助的某些条件的情况。因此,这一条款会有不同的解释,因而可能引发冲突。如果要予以保留,则必须要使它更为明确。

第 20 条

33. 北欧国家认为,有关种族隔离的条款不符合适当性的标准。此外,这种罪行的定义已明显地由关于有计划或大规模侵害人权行为的第 21 条涵盖。

第 22 条

34. 尽管本条涉及“特别严重的战争罪行”，但是，并非所载的所有行为都属于这个范围，不过，它们确实属于罪行。例如，“在停止敌对行动后无理拖延遣返战俘”就属于此类（第 2 款(a)项）。

第 23 条

35. 北欧国家认为，这一条款所载的行为本身并非严重到要列入危害人类和平及安全治罪法内，尤其鉴于有关这种使用武力进行武装侵略或镇压种族群体等行为事实上已由上文各条款所涵盖。按照目前的措词，这一条款还涉及无意卷入资助雇佣军事务的行为，这种行为是否属于违法行为还是一个疑问。

第 24 条

36. 实质上这一条款的范围太狭隘。为什么只将恐怖主义者是“一国的代理人或代表”的情况才列入其中是很难理解的。本治罪法草案所载的其他罪行并没有这种限制，个人只要不代表一国也可能违反这些条款。这一条款涵盖的大多数罪行一般按照其性质都属于国内治罪法和特定公约的范畴。因此，有理由假定，在许多情况下，在国家刑法中会发现矛盾的刑法规定。

第 26 条

37. 对处理涉及跨国界损害环境行为责任问题制订某种形式的国际法律体制是很重要的。从实质性方面来说，显然这一条款并未具有作为治罪法的严谨性。因此，此点应当作进一步审议。

惩 罚

38. 北欧国家认为，由于治罪法草案应当只列入严重罪行，只有监禁才是适当的惩罚形式，因此监禁是最合适的刑罚。至于死刑的问题，北欧国家已经屡次表明，即使是最严重罪行，还是不能接受的。

39. 关于量刑的问题，应当为每一条款开列刑罚等级。若干治罪条款也许应当载有最轻刑罚的规定。

40. 此外，除监禁外，还确实需要作出有关

没收的规定。举例而言，这种规定对战时盗窃文物的案件具有实际作用。

结 论

41. 北欧国家认为，最好以危害人类和平和安全的最严重罪行为重点，因此应制订范围较有限制的一部法律。

挪 威

[见北欧国家]

巴 拉 圭

[原件：西班牙文]

[1992 年 11 月 30 日]

一般性评论

1. 《危害人类和平及安全治罪法》草案没有界定这类罪行，只是加以列举并将之形容为国际法意义下的罪行。它不象其他国际文书，没有将危害和平、战争罪同危害人类罪加以区别。

2. 它所列举的主要罪行为侵略和侵略的威胁、干涉、殖民统治和种族隔离。另一类罪行包括招募、使用、资助和训练雇佣军。第三类罪行包括种族灭绝、有计划或大规模侵害人权、特别严重的战争罪行、非法贩运麻醉药品、故意和严重损害环境。

3. 其中许多罪行如种族灭绝、战争罪行和酷刑已经写入联合国和美洲国家组织编制的文书。

4. 草案的目的旨在补充这些准则，其方法是寻求确保有效保护人权、加强遵守不干涉和人民自决的原则，从而有助于扩大国际社会的法律保护。

对各条款的逐一具体评论

第 3 条

5. 在西班牙文本中，第 1 款中的“podrá ser sancionado”应改为“será sancionado”，因为涉及强制性刑罚。第 2 和第 3 款应做同样的修改。

第 7 条

6. 不论对背离关于刑事行为和惩罚的法定时

效的
中这
定时

第 9

则。
个人
治罪
同行
行制

过，
果。

据
样
审
第

文
允
条
受
有
情
的
第

效的原则有什么看法，本条只遵循就同类国际文书中这类罪行所确立的制度。本条不应宣告不适用法定时效，而应规定长于适用于普通法罪行的时效。

第 9 条

7. 第 1 和第 2 款确定“一事不再理”的规则。不过，第 3 款却将其大大削弱，规定如果一个人因罪行而按普通法律加以惩罚，他可能因本治罪法所载罪行而再次被审判和惩罚。这种条款同“一事不再理”的原则相抵触，这是关于同一行为不受审一次以上的权利，是为维护法律保障制度而制定的对被告的法律保障。

8. 这一看法也适用于第 4 款(a)和(b)项。不过，应当承认，第 5 款有助于冲淡上述各款的效果。

9. 关于评注的第(2)段结尾，¹应当指出，根据巴拉圭法律，不受理诉讼同无罪开释的效果一样，虽然它是在审判前的诉讼中宣告的，而非在审判期间宣告的。

第 10 条

10. 不宜限制不溯及既往的原则。“法无明文者不为罪，亦不罚”是法治的主要原则。如果允许有例外情况是危险的。因此，巴拉圭认为本条第 2 款应予删除。评注的第(3)段²也是不能接受的，因为它毫无理由地寻求使“法律”一字具有非常广泛的含义，不仅包括成文法，还包括习惯和法律一般原则。这会造成实际上否定所引述的罪行和惩罚的合法性原则的结果。

第 14 条

11. 该条第 1 款规定，

“主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩”。

抗辩（辩明理由、无罪和不可归罪的理由）一事在刑法中极为重要，如引证“一般法律原则”从而使法官有很大的决定权，似乎不大适当。如果不希望说出抗辩的理由，最好是引证在其境内犯

罪的国家的法律。

第 15 条

12. 该条——同第二部分其他各条一样——规定，就是犯了治罪法草案明文规定的罪行之一的个人“应于定罪后判处……”。“定罪后”等字样显然是多余的，因为一个人在审判和发现有罪之前是不能判刑的。

13. 委员会认为应当在草案（第 4 款(a)项）中列入全部或部分吞并罪，这种罪行被界定为一个主权国通过使用武力或其他非法手段全部或部分吞并另一个主权国。

第 16 条

14. 第 1 款中订立的规则过于宽广、不够精确。西班牙文本中以“proferir una amenaza”或“ordenar que sea proferida”来界定侵略的威胁就这项罪行而言不够精确。必须有行动证明存在侵略将会发生的合理的可能性。

第 17 条

15. 煽动和资助武装活动不是干涉一国内政或外交的唯一形式；干涉可以采取更巧妙、隐蔽和有效的形式，如攻击或采用经济或其他性质的措施，严重破坏一国的生活，迫使它接受强加给它的要求。

第 19 条

16. 种族灭绝罪早已在《防止及惩治灭绝种族罪公约》内有界定了，在本文书中照旧不变。如果要做任何变动，可以将第 2 款(e)项所涉对象扩大到包括成年人和儿童。

第 21 条

17. 这与种族灭绝罪（第 19 条）相似，可从比较两个条款看出来。不过，本条并没有提及有计划或大规模违反人权罪行背后的动机。两者的不同似乎不是基本性的。

第 22 条

18. 目前已经有很多关于战争罪行的国际公约，对本条的评注对此已有提及。³所以应该要问

¹ 第 9 条原作为第 7 条通过。其评注见《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 69 页。

² 第 10 条原作为第 8 条通过。其评注见同上，第 70 页。

³ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 109 页。

是否有必要再开列一类罪行，即特别严重的战争罪行，以及严重的程度是否是用来界定已经有其他特征的罪行的合理标准。不过，严重的程度是用来确定惩罚轻重的标准。

第 24 条

19. 本条包括不是个人或私人团体从事的恐怖主义，而是一个国家的代理人或代表从事的恐怖主义，这种情况发生在今天的国际社会。

第 26 条

20. 由于当前生态问题的严重性，将对环境造成严重损害确立为国际刑法下的罪行是适当的。

波 兰

[原件：英文]

[1993 年 3 月 29 日]

一般性评论

刑 罚

1. 国际公法领域内很难建立一个所有国家都能接受的统一的惩罚系统。各国国内法载有许多关于惩罚系统的概念和哲学。一些国家根据长期法律和文化传统实行的某些刑罚对其他国家闻所未闻，例如死刑和截肢刑罚。

2. 第一个重要问题是，危害人类和平及安全的每一项罪行是否都应分别规定一项刑罚，还是，鉴于所有有关罪行都具有同等程度的极其严重性，干脆采用一项通用的条文对所有罪案规定同样的刑罚，并根据是否有可使罪行减轻或加重的情况而给予最轻罚和最重刑罚。从实际工作看，第二个备选方式较有机会获得所有国家通过。每一项罪行分别规定一项刑罚，须对治罪法草案第二部分进行审慎研究，而且可能妨碍在最近的将来取得令人满意的折衷办法。

3. 考虑到许多国家法律制度、哲学和刑法传统的多样性，波兰政府赞成第二个备选方式。刑期（无期徒刑和 10 年至 35 年有期徒刑）应严格由法院根据案情决定，而且如果法院认为有必要附加社区工作、全部或部分没收财产以及剥夺全部或部分公民和政治权利（如特别报告员在新

的第二个 Z 条草案案文中的提议）。¹

4. 因此，波兰政府赞成一项规定最轻刑期和最重刑期的单一刑罚。另一方面，显然有些罪行可被认为比其他罪行严重，例如种族灭绝和侵略，不能与贩毒等罪行等同对待。这类差异应由法院在决定刑罚，从终身监禁（最高量刑）到 10 年有期徒刑（最低量刑）时加以考虑。

5. 第二个问题是关于刑罚的，引出按照治罪法应适用何种刑罚的问题。

6. 关于终身监禁，波兰赞成将犯下“最严重罪行”的人与国际和国内社会永远隔离，以保护人类并预防将来再发生这类罪行。

7. 关于有期徒刑（10 年至 35 年刑期），波兰政府认为被判处有期徒刑的个人应服满所判刑期，无权申请提前释放。

8. 波兰提请注意，治罪法草案未决定将由谁或何种机关负责执行监禁刑罚，从而也没有决定被定罪的人应在何国服刑。这项决定很重要，因为不同国家的刑法机构和监狱苛严大不相同，必须考虑到这些差异。

9. 波兰政府认为，关于附加（追加）刑罚的主要问题似乎在于它们是在一国或他国内的“领土定点化”。因此，剥夺部分或全部公民和政治权利的刑罚将在何国实行和适用便成了问题。此外，这一特定刑罚只应由受刑人为其国民的国家的国内法院判决。

10. 利用社区工作作为附加刑罚也引起一些质疑。首先，这项刑罚只应是较小的违法行为或轻度违法行为而不能是罪行的案件判决。其次，引起疑惑的是，这类工作将为谁而做和哪个社会或国家将从其受益。

11. 原则上，波兰认为，归还被盗财产是各有关国家国内法和管辖范围内的一个问题。此外，即使在国内案例中，对财产的认领权也有许多为人熟知的问题和困难。

12. 将没收全部或部分财产作为备选刑罚之一常常是很有用的。至于在国际一级应将没收财

¹ 案文见《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 89 页，脚注 281。

产裁决给谁的问题，波兰政府赞成按照普遍承认的法律原则，将这类财产中盗窃来的部分归还其合法所有者或其继承人。

13. 将没收财产其余部分（不是盗窃来的财产）转交人道主义组织或发交联合国特别基金，可能引起某些实际问题，特别是房地产。

刑事起诉（将案件提交法院）

14. 危害人类和平及安全罪的刑事诉讼首先应由国家提出，但不限于只有国家能提出。波兰政府认为，就有些案件而言，例如环境罪、侵害人权或战争罪，由其他有关实体（诸如国际政府组织和非政府组织等）提出刑事诉讼，较由国家提出更为便利和适宜。因此，这类有关组织应有权就治罪法草案所述罪行采取行动。

15. 波兰不赞成将提出诉讼的权利授予一个隶属法院的特别检察官办公室，因为很难再设立一个负责调查和决定起诉理由的国际刑事机关。

16. 治罪法草案内所载侵略和侵略的威胁罪行也构成对国际和平与安全的侵害。因此就这些案件而言，必须强调和考虑安全理事会的立场和权利。安理会本身无权直接采取任何司法措施和直接提出刑事诉讼；赋予其这一职权既不合逻辑也不适当。此外，还须修订《联合国宪章》。如果安理会决定确有一项侵略或侵略的威胁行为存在，法院应受这一决定约束，但是如果安理会未采取行动，也未作出这种决定，法院便有全权自行裁决某一行为属于一种侵略或侵略的威胁行为。其后，安理会在其活动中将不受法院此项裁决的约束。

17. 这样将有可能避免万一安全理事会未能就该事务作出积极决定而妨碍刑事诉讼的情况。

18. 总而言之，安全理事会的每项积极决定均对法院有约束；否则，法院在法律一级而非在政治一级上采取行动，便须自行决定，不管安全理事会行动的“无决定”结果，继续进行刑事诉讼。正如委员会第四十三届会议上部分委员在审议这个主题时提到的，1986年6月27日国际法院的判决（“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国）”）²并没有拒绝审议下述问题：争端当事国之一是否犯有安理会尚未确定的侵略罪行。这个案件内，法院援引

大会1974年12月14日第3314（XXIX）号决议附件所载侵略定义³作为这方面的习惯法，以12票对3票作出裁定，由于美国对尼加拉瓜领土进行某些攻击以及涉及使用武力的其他行动，违背其按照国际法不得对另一国使用武力的义务，侵犯了尼加拉瓜。

有可能构成犯罪的行为

19. 波兰政府认为，罪行形式从国家一级自动转为国际一级是不适当的。甚至就企图而言，仍有疑问。关于预谋、协助、教唆和煽动犯罪等其他形式罪行，疑问就更重。无论如何，波兰政府愿意在治罪法草案第15、17、19、21、22、24至26条内所述犯罪形式中将企图视为可用和适用的概念。

20. 波兰政府认为，侵略威胁罪行，从本质而言，似乎有些象“预谋侵略”，无论是哪种威胁，将“企图威胁”认为是一项罪行就太过份了。

21. 治罪法草案第18、20和23条内所述犯罪中，最重要的组成部分似乎是一项具体行为的错误结果，因此，如果没有这项结果（例如，在只有犯罪企图的情况下），就应以不同的态度，也许在罪行责任规定外，审慎考虑和审查这类行为。

22. 关于治罪法草案整个第二部分，波兰政府认为，各项罪行所列顺序度不意味着确立这些罪行的严重程度以及它们之间严重性的等级。波兰政府赞成草案不区分危害和平罪、战争罪和危害人类罪。

对各条款的逐一具体评论

第1条

23. 从上下文看，“国际法上的”几个字似乎没有必要加方括号。治罪法将成为一项条约，罪行只构成国际法方面的国际罪行。但是，许多国内法系统承认治罪法内叙述的罪行，也就是国内法罪行。因此，如果删去方括号内的字，便可不必讨论这类既是国际法又是国内法罪行的“双重承认”问题。

² Merits, 《国际法院裁决集》(1986年), 第14页起, 第187-227段。

³ 大会第3314(XXIX)号决议, 附件。

第2条

24. 提议将“不可……惩罚”等字改为“不是一项……罪”或“不是不合法的”等字。

第3条

25. 波兰政府赞成治罪法草案将其中所述罪行的刑事责任仅限于个人。

26. 按照治罪法规定，下述三种人应负责和受到惩罚：

- (a) 罪行的领袖和组织者(第15-18和第20条)；
- (b) 国家代理人或代表(第23-24条)；
- (c) 个人本身(第19、21、22、25-26条)。

最后一类是最普遍的。

27. 波兰政府认为，为第23和24条通过的这项个人责任限制(上文26(c)段)太过分了。如果个人不是国家代理人或代表，便不符合第23和24条内所述罪行的定义。因此产生一个问题，如果其他非国家代理人(代表)所从事的这类行为产生相同的错误结果和严重性，为何只有规定类别的个人才应对危害人类和平及安全罪负责。

第5条

28. 该条明智地防范对治罪法草案条款作如下解释：豁免国家本身依据国际法对可归咎于它的所有错误行动应负的责任。按照治罪法条款起诉、定罪和惩罚犯下治罪法内所述罪行的个人，绝不代替国家责任。国家行为的责任本质不同，属于不同的级别。

第6条

29. 该条规定正确的优先管辖权，承认其领土为罪行发生地国家的特别地位。第1和第2款不预先判定未来的国际刑事法院的管辖权，这是重要的。

第7条

30. 关于危害人类和平及安全罪行不适用法定时效的条款，直接表明这类罪行主要是违反国际法的罪行，按国际法决定和构成。

第8条

31. 关于“对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度的保证”的措词引起一些疑问。波兰认为，应承认最高限度或最广泛的保证，而非“最低限度”。此外，“事实方面的保证”等字意思及含义不明。

32. 至于“根据法律或条约”的措词，波兰政府认为，明确区别法律与条约，暗示条约不是法律或具有某些不属于法律的性质。波兰政府提议删去“或条约”等字，只留下“根据法律”等字。

第9条

33. 本条标题提到的“一事不再理”原则，在案文内详加表明后，实际上已丧失基本涵义和重要意义。这就是波兰认为本条应进一步加紧努力的原因。

第10条

34. 波兰政府赞同其中所载不溯及既往原则的措词方式。凡在治罪法生效前已存在的罪行，得据以起诉和惩罚。

第11条

35. 该条反映的主要是纽伦堡审判⁴的经验。一般而言，作为一项原则，任何种类的命令皆不排除一项责任，除非一名下属依照当时情况有可能不遵行该项命令。实际上，可以预期在国际刑事法院，许多罪犯将援引这项例外作为最佳的辩护理由。

36. 波兰政府认为，就这类案例而言，法院难以对“如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能”的措词作出适当而客观的解释。这个句子的真正意义不明。它有许多可能的解释：是否仅意味对该下属个人安全的威胁，或也涉及该人家属和其他近亲的安全？波兰认为，这点需要进一步具体说明。第11条是许多具体案例中确定责任的一项关键条款。

⁴ 联合国，《纽伦堡法庭宪章和纽伦堡法庭的判决。历史和分析(秘书长备忘录)》(出售品编号1949.V.7)。

第 13 条

37. 条款不承认犯罪的个人，包括国家或政府首脑在内的个人的地位或职位的任何种类的豁免。这是对国家首脑完全豁免的一种严重而合理又合理的限制。他们的豁免不能允许他们超越危害人类和平及安全罪的刑事责任。

第 14 条

38. 关于第 1 款，波兰政府所要强调的是，波兰认为本款包括下述传统刑法抗辩：如自辩、强迫、必要状态、不可抗力 and 错误——所有这些都与责任的存在和不存在有关。委员会二读时可能考虑的减轻辩解和其他可能情况只决定刑罚程度的加重或减轻。

39. 关于第 2 款，波兰政府认为，应补充添加“和严重情况”以及“诸如罪犯的人格、罪行后果的严重性、以及视情况而定的其它因素等其它情况”。

第 15 条

40. 第 4 款(h)项是一项重要的附加条款，使安全理事会能够考虑到今后国际法关于侵略定义的进展情况，特别是将来也许会出现的可能的新的侵略形式。

第 21 条

41. 如本条标题所决定，唯有有计划性或大规模性才符合作为一项危害人类和平及安全罪的侵害人权行为。这一决定明白将个别和偶而侵害人权的情形排除在罪行的定义之外。但是，波兰政府认为，第 21 条的制定有些不一致。不过，本条标题规定“有计划或大规模”是其中所述罪行的必要肇因；这项肇因随后在详细列举的五种罪行形式(例子)中只出现一次。因此，不知道是否谋杀或酷刑也须具有“有计划或大规模”性，才会被认为是第 21 条下的罪行。另外，不知道是否应将本条主要条文与其标题合读。如果只有一项符合本条条款的有计划或大规模侵害行为才构成本条条款下的罪行，否则便不列在治罪法草案下，则不仅应在标题中清楚说明，还应特别在本条案文中清楚说明。

第 25 条

42. “大规模”的词组含有一种主观的性质，

如果对其意义没有任何指示，哪怕是一般性质的，法院很难答复何为大规模、何为非大规模的问题。

第 26 条

43. 以“长期影响”取代“长期”二字是合理的，因为如委员会提及的，“长期”一词并不意味损害发生的期间，而是其影响的长期性质。

44. 关于对第 25 条中“大规模”一词提出的意见同样适用于第 26 条内决定损害环境性质的“普遍”和“严重”词语。

45. 该条与第 22 条抵触，后者也涉及保护环境(第 2 款(d)项)。按照后条条款，个人使用的战争方法或手段预期可能损害环境，即使使用这类方法的目的不在造成环境损害，也是一项罪行，而第 26 条所根据的是蓄意和故意概念(“故意亲自……造成”)。

塞内加尔

[原件：法文]

[1992 年 12 月 18 日]

1. 1992 年 11 月 5 日第六委员会就本议题进行辩论时，塞内加尔代表团欢迎国际法委员会特别报告员提出的报告的质量，并欢迎他过去 10 年来为草拟治罪法和国际刑事审判规约所作的努力。¹

2. 塞内加尔政府认为，国际社会不能够再忽视犯罪行为扩大到国际范围后所引起的问题。

3. 国际罪行的惩处往往涉及许多法律制度，而其中的法律往往又不是一致的。这种情况在空间距离上造成了法律的冲突，令人难以迅速而有效地惩处罪行，姑且不说因要求引渡而常引起紧张情况。

4. 因此，国际社会亟需尝试统一刑事立法，以便有效打击国际性犯罪和违法行为。这项工作必须作为优先事项以预防为目的，因为惩罚只不过是打击犯罪活动的一种不完美的手段。

¹ 见《大会正式记录，第四十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议，第 47-52 段。

5. 基于这些原因, 塞内加尔支持拟订关于危害人类和平及安全治罪公约和国际刑事审判权的原则, 但有一项谅解, 上述公约应界定国际司法合作的法律框架, 为了打击犯罪和一般违法行为, 特别是通过向发展中国家提供技术和财政援助, 这一点较以往任何时候更有必要。

苏 丹

[原件: 阿拉伯文]
[1993年1月26日]

1. 应该在《危害人类和平及安全治罪法》草案开头加入一条, 界定在正文中使用的需要严格法律定义的术语和用语, 以免可能出现任何个别的解释或争端。

2. 治罪法草案条款未对一个人在本国境内所犯的罪行和在另一个国家境内所犯的罪行加以区别。对这两种罪行必须加以区别, 而且必须确定哪一法院有权对某一国家国民在外国领土的罪行作出裁决。

3. 并且必须确定哪个或哪些法院有权就治罪法草案中明文规定的罪行作出裁决。

4. 未能对治罪法草案中明文规定的任何罪行定罪, 意味着目前情况还不允许就量刑是否适当以及有无可能导致减少这种罪行作出评论。

瑞 典

[见北欧国家]

土 耳 其

[原件: 英文]
[1993年1月15日]

一般性评论

1. 应将治罪法草案最初作为一项声明予以核准, 以后再将其改为一项具有约束力的文件。

2. 草案中处理的一些问题已载于某些条约中, 并且国家机构有权就这些问题提起诉讼和作出判决, 这一事实可能为缔约国协调其在这种条约下的义务和治罪法下的义务带来困难。

3. 如果处罚能够同罪行一道具体列明, 草案

会更好。不过, 应当让法官在最重和最轻的处罚之间作出裁决, 而非规定每一罪行的具体量刑。

4. 草案不应当列入尚未达成完全协议的罪行。

对各条款的逐一具体评论

第 7 条

5. 纵然本条的基本观念是站得住的, 但是在设立未来的国际刑事法院时, 时效的规定——可能是一种比较广泛的规定——应当为滥用控诉某些国家的法律案件而设想到。

第 10 条

6. 按照本条规定, 无人将为治罪法生效之前所犯的罪行而被判有罪。第 2 款为刑法的基本原则, 草案应当加以利用。

第 15 条

7. 在列举了侵略的行为之后, 第 15 条第 4 款(h)项又指出安全理事会也可按照《联合国宪章》确定可能被视为犯罪的其他行为。不过, 刑法的基本原则之一, 也是犯罪者的保障, 是罪行的因素和处罚是预先确定的。根据这项原则, 这一规定可能造成拟订一种无法事先预见的罪行, 这样的规定就不适当了。

第 16 条

8. 在该条草案中, 威胁侵略被引述为危害人类和平及安全的罪行之一。第 1 款规定惩处威胁侵略罪行的领袖或组织者。第 2 款规定威胁侵略需要声明和展示各国政府视为对其国家威胁使用武力的武力。这种概念在《联合国宪章》中也有引述。不过, 由于《宪章》构成一项条约, 各会员国而非个人有义务履行, 所以必须澄清这些罪行引起的个人责任。此外, 当个人犯了威胁使用武力的罪行时, 就罪行构成因素的评估往往是主观性的, 不论个人是否代表本国政府采取行动还是谁是实际的犯罪者。

第 22 条

9. 应该重新考虑本条第 2 款(a)项提及的行为(残忍或野蛮对待人的生命、尊严或身体或精神完整)确实属于“特别严重的战争罪行”这一

标题。

10. 第 2 款(f)项规定故意攻击宗教、历史和文化价值的行为将被视为是战争罪行。应该将该款扩大到同时列入在混乱的战时气氛之下盗窃、走私和破坏具有宗教、历史、文化、科学或技术价值的财产。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

[原件: 英文]
[1993 年 1 月 29 日]

一般性评论

1. 联合王国政府对条款草案的拟订仍然不够严谨并因而不够精确一点感到关注。在第二部分开列的许多拟议罪行都是定义不明确, 应构成罪行的要素完全不清楚。在界定任何罪行时, 在法律上精确是至高的要求。

2. 在处理这个专题时, 联合王国一向认为并经常在第六委员会上表示, 国际法委员会必须从什么构成危害人类和平及安全罪的工作概念着手。一名国际法委员会委员曾提到危害和平罪、战争罪和危害人类罪这种三分法的“框架”, 这个框架曾指导国际法委员会的工作。¹ 虽然这种分类法在草案中没有出现, 它的作用却只是将一类罪行细分, 而这些罪行的外围因素则仍未界定。“极其严重程度”的标准作为列举特定罪行的指南是不足的, 因为这种标准高度主观和灵活。国际法委员会内对对应予包括的罪行存有大相径庭的意见, 这表明在缺乏工作概念的情况下采取列举办法困难重重。如要国际法委员会的工作取得成功, 必须在国际罪行与危害人类和平及安全罪之间有合理的区分。国际法委员会在确定哪些被视为构成危害人类和平及安全罪的罪行时, 十分正确地以 1954 年的治罪法草案作为指南。² 比较令人不满的是依靠国际法委员会关于国家责任的条款草案第 19 条³ 的做法, 这些条款草案同个人刑事责任无关; 目前治罪法草案的许多比较令人不满的内容, 都可以追溯至特别报告员以

该条为依据的做法。这一点尤其适用第 18 条 (殖民统治和其他形式的外国统治)、第 20 条 (种族隔离) 和第 26 条 (故意和严重损害环境行为)。这种依据是失当的, 因为它没有承认国家责任与个人刑事责任的根本区别。本治罪法草案只与个人刑事责任有关。

3. 如国际刑事审判机构真的成为现实, 条款草案中有几条必须改写。如要治罪法有效地运作, 必须使它获得普遍的支持, 这一点也是明显的。目前草拟的治罪法不可能得到这样的支持; 联合王国肯定无法支持它了。实际上, 国际法委员会在第二部分所列的许多罪行已在各项国际公约中获得处理, 愈来愈难看到治罪法要填补的空隙何在。

4. 应大会的要求, 国际法委员会目前正认真致力于拟订国际刑事法院规约草案的工作。联合王国已在第六委员会上表示它赞成普遍的看法, 认为关于法院的工作不应同关于治罪法的工作连在一起。联合王国认为, 比较合情理的是, 国际法委员会在制订其整个工作方案时, 应暂停关于治罪法的所有工作, 直到它完成法院规约的草拟工作为止。这样做将提供一个适当阶段, 以便大会审查应予采取的立场。

对各条款的逐一具体评论

第 1 条

5. 草案采取列举办法来界定危害人类和平及安全罪。这一办法也是 1954 年治罪法草案第 1 条所采取的办法, 它是允许每一罪行的组成部分都能够获得正当界定的唯一办法。但是, 委员会工作方法的缺点已在上面指出。列入或不列入某些罪行的根本理由似乎是武断的。难以理解的是为什么排除奴役、海盗行为、贩卖妇孺和劫持飞机等所有这些国际法早已确立的罪行, 而列入一些诸如雇佣军活动及故意和严重损害环境行为等迄今闻所未闻的“国际罪行”。写入“国际法上的”等字既无必要也无用处。

第 2 条

6. 联合王国承认, 澄清国际法与国内法之间在一项作为或不作为被定性为危害人类和平及安全罪方面的关系, 可能是可取和必要的。但是, 这一条所处理的问题不是从其措词一看就明白。很难想象一些行为根据一套国际法典是应予惩治的而根据国家刑法却不是一般应予惩治的一类行为。那看来这一条草案的意旨可能是, 一项

¹ 《1986 年……年鉴》, 第一卷, 第 1961 次会议, 第 67 段。

² 委员会于第六届会议上通过; 案文转载于《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 8 页。

³ 《1976 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 70 页。

法典所规定的罪行的犯罪者不能因为在犯罪时犯罪地点国的法律不认为该项行为是刑事罪行而被免罪。“纽伦堡原则”⁴的原则二在评注⁵中提到，这一点支持这种解释。如果这是委员会的意旨，这一条应予说明。

第3条

7. 这一条正确地将重点放在个人的刑事责任上。但第1款却没有关于意图或犯罪意图的规定，而这是严重罪行的一个基本要素。例如，《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条提到“蓄意”犯下的行为，治罪法第19条第2款重复了这些字眼。第1款反映一些委员会委员的处理方法，他们认为意图可根据“罪行的大规模性和系统性推断”。这种方法将犯罪的要素和它们的证据混同。所犯的行为的凶残程度可能会令人假设最高指挥阶层的意图，虽然在这一层面也应可允许提出证据以反驳这种假设，如果这样的证据是存在的话。但可能的被告绝大多数都是在重大事件中只发挥轻微作用的人，就他们来说，个人的知识状态是关键。研究一下第2款就可清楚看到这一点。治罪法应在第一部分或第二部分就每一种罪行规定意图是基本的要素。

8. 第3款规定企图犯下危害人类和平及安全罪的人应负责任。必须写入拟适用这项规定的有关条款。例如说什么企图进行侵略的威胁(第16条)将是荒谬的。

第4条

9. 这一条作为第14条(抗辩和减罪情况)的一部分将较为恰当，可以在这一条内简单地说明动机不构成一种抗辩。如果动机构成一项罪行的必备要素之一，则可以和应该将动机写入该罪行的定义内。这一条所涉及的行为，即犯罪者声称其动机与构成罪行要素所需的动机有别的情况，可以在罪行的定义范围内妥当处理，而且最终是证明所需的动机是否存在的问题。任何其他动机都是不相关的。

⁴ 《纽伦堡法庭宪章所承认的国际法原则》，《1950年……年鉴》，第二卷，第364页，A/1316号文件，第374页。

⁵ 《1987年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第14页，第(1)段。

第5条

10. 虽然这一条的基本原则可以接受，但它应有一些内容，说明允许有下列可能性：免除国家责任的一个起码的条件是交出具体点名的个人受审。

第6条

11. 在没有一个具有强制管辖权的国际刑事法院的情况下，委员会必须从治罪法的间接的、由国家执行的优势来处理这一条。如要切实可行，这需要(a)广泛的参与，不仅是“受害”国的参与；(b)广泛的管辖基础；(c)限制政治罪的例外。条款草案只符合第二个条件，而且对普遍管辖权的处理十分粗浅。不论委员会是否能够成功地拟订国际刑事法院规约，它都必须为治罪法的实际执行制订更具体的规则，如评注确认的那样。⁶ 联合国假设这些规则将以《反对劫持人质国际公约》第二至十一条和类似公约为根据。

12. 许多国际公约都载有第1款关于必须进行审判或引渡的规定。评注进一步阐述“审判”的意义，该词旨在包括起诉的各阶段，将这种提法写入这一条内可能是有用的。但比较可取的是采用一个更普通的套话，即：“将案件提交主管当局以便进行起诉”。还须澄清的是，这一条所指的国家只是载有治罪法的公约的缔约国。普遍管辖权的概念所根据的观点是：危害人类和平及安全罪对所有国家都有影响，不论这些罪行在何处犯下，也不论犯罪者或受害者的国籍为何。但第2款却反映委员会在排列优先次序时所遇到的困难，如果有几个国家都要求引渡以便考虑进行起诉的话。就证据来说，实际上现行的公约通常都优先考虑罪行发生在其领土内的国家。但如果涉及政府官员，或犯罪是国家官方政策的结果，则优先考虑领土所属国家可能会削弱治罪法的执行效力。虽然有第13条，但要求一些国家引渡曾在其境内从事官方行为的高级政府或军方人士的规定可行的可能性是很小的。如果要求引渡而没有真正意图要进行起诉，则会引起另一种实际困难。就第2款来说，最好是开列优先次序，而同时又规定引渡国有义务确保要求国有诚意进行起诉。

⁶ 第6条原作为第4条通过。其评注见《1988年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第67-68页。

第 7 条

13. 建议的规则可能会妨碍民族和解和赦免这些罪行的尝试。赦免罪行是否应予允许,在什么条件下才予允许,对条款草案会产生什么影响,委员会应更审慎地加以审查。在这方面,第 9 条须予审议。例如,如果一国对曾参与犯下治罪法所列的一项罪行的所有政府官员实行大赦,第 9 条在若干情况下仍允许他们被另一国或一个国际刑事法院进行起诉。大赦会被视为进行民族和解的善意尝试,还是旨在规避治罪法的间接执行的一项乖戾措施,则有待情况来决定。但实行大赦显然会损害治罪法所规定的间接执行的效率,是委员会须予处理的一个问题。

第 8 条

14. 这是一条必不可少的规定,是处理如何正当执行治罪法的少数几条之一。司法保证是尤其重要的,如果犯罪者被控犯下所列举的令人情绪激动的那些滔天罪行。如果能将评注第(6)、(7)和(8)段⁷所列的澄清写入第 8 条案文,这一条将有所改进。

第 9 条

15. 这一条承认国内法与国际法之间的相互作用。根据这一条,如果普通罪行也属治罪法所定的罪行,个人不会免受双重处罚。联合国对此项提议保留其立场,因为乍看起来这项提议与《保护人权与基本自由公约》和《公民权利和政治权利国际公约》的相应规定相矛盾,而联合国是这两项公约的缔约国。联合国暂时只想指出,第 4 款甚至更进一步允许个人可因治罪法规定的一种罪行而在多于一个国家受审,虽然第 5 款可以在后一个定罪后起到扣除刑罚的作用。就目前的案文来看,没有什么可以防止罪行发生地国或某一罪行主要受害国审判和惩处已在本国受审判和惩处的个人,而两次都是因治罪法所定的同一罪行。唯一的保护就是第 5 款所列的规定。如果这条规则的这一方面所针对的伤害是防止个人本国所处的惩罚过于温和,则如果第 4 款把案文所规定的国家法院的管辖明确规定取决于第一次审判时没有加以适当惩处的情况的话就比较合理。

⁷ 第 8 条原作为第 6 条通过。其评注见《1987 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 16-17 页。

第 11 条

16. 联合王国虽然同意委员会的看法,认为这项规定大可以作为第 14 条的一部分,⁸但它承认这个问题的重要性及其与第 12 条所提出的问题的关系使它此刻应列为独立的一条。案文的措词取自 1954 年的草案,但却不是完全贴切:个人的刑事责任不得免除,如果“在当时情况下其本人有不遵行上级命令之可能”。从目前的案文很难辨明,遵行命令何时可以作为对治罪法所规定的一项罪行的抗辩,因为在当时情况下不遵行该项命令是不可能的。此外,这种提法也似乎严重地侵犯了《纽伦堡法庭宪章》第 8 条的原则,其中规定上级命令不能作为一种抗辩,但可以视为减轻惩罚的因素。⁹这一条也不符合《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》,其中规定上级命令“不得援引为施行酷刑的理由”(第 2 条第 3 款)。考虑到治罪法所处理的罪行的非常严重性质以及国际社会倾向于扩大个人责任的普遍趋势,这一条须予重新审查。

第 13 条

17. 如要有效地执行治罪法,包括国家或政府首脑在内的官员显然不得因其官方地位而被免除刑事责任。但是,委员会在这一条和第 9 条都没有处理这些官员可能免于起诉的问题。委员会应审议根据国际法官员可能有权免受管辖的问题,并审议这一草案与关于这个主题的现行规则之间的关系。

第 14 条

18. 使一项对危害人类和平及安全罪的概念化和被告的权利都至为重要的规定含糊不清,显然是不可取的。罪行愈严重,就愈不可能允许覆盖广泛的抗辩和减罪情况。如果根据治罪法国家法院将有管辖权的话,如目前第 6 条所设想那样,则第 14 条须予重写。不能听任国家法院规定依治罪法将予接受的抗辩和减罪情况。这样会完全失去公正性和一致性。第 1 款使抗辩可能因具体罪行而异,但却没有试图列举这些罪行,从而表明这些条款是仓促草拟,含糊不确切。个别列举罪行将是比较好的办法;虽然若干一般性抗辩将适用于所有罪行,

⁸ 见《1991 年……年鉴》第二卷(第二部分)第 104 页中关于第 11 条的评注第(4)段。

⁹ 联合国,《纽伦堡法庭宪章和纽伦堡法庭的判决。历史和分析(秘书长备忘录)》(出售品编号 1949.V.7)。

但很难想象有“普遍适用的抗辩”，可以适当地照顾到第二部分所列的每一种罪行。

第二部分

19. 草案最令人失望的一部分显然是第二部分及其中所列举的罪行。如委员会一名委员所指出的，在道义上表示愤慨是容易的，但以抽象的法律名词来描述主要规则以及因违反这些规则而造成的所有法律后果，则没有那么容易。¹⁰ 委员会的处理方式有三个基本弱点。第一，委员会在选择列入治罪法草案这一部分的罪行时，不是以一个危害人类和平及安全罪的概念作为指导。因此，列在第二部分的罪行不能被视为一个在逻辑上可以自圆其说的或条理分明的危害人类和平及安全罪目录。第二，条款无法使一般的国际罪行与危害人类和平及安全罪之间有所区别，也无法使个人所犯的罪行与可能可归咎于国家的罪行之间有所区别。第三，这一部分所定的罪行的许多定义都是取自大会决议和国际公约，但不是每一项决议和公约都获得普遍支持，而且无论如何它们都须予更仔细的审查，以确保所用的文字符合刑法。下列评论应只视为取样批评，用以指出目前第二部分的一些最坏的缺点。

第 15 条

20. 联合王国对这一条有严重的疑虑。这一条大部分是重复大会第 3314 (XXIX) 号决议所载的侵略定义。该项决议的条文旨在协助大会和安全理事会澄清《联合国宪章》内一个一直未予以界定的关键概念。委员会一些委员认为，一项旨在作为联合国各政治机关指南的决议不宜作为在司法机关面前提起刑事诉讼的基础，联合王国完全同意这种看法。评注暗示不点出决议的标题就可以抵销上述批评是显然不够的。¹¹ 决议的文字须予审慎的修改，以便清楚具体地规定会引起个人刑事责任的那些行为。第 4 款(h)项违反了“法无明文不为罪”原则；而且可有追溯效力，从而否定了第 10 条。

第 16 条

21. 这一条是不能接受的。如果侵略的威胁

罪是存在的话（这是有待存疑的），将它归于国家责任而不是个人刑事责任将更为恰当。第 2 款的定义不理想，因为它仍未明白指出罪行的确切性质，虽然委员会试图以列举方式加以界定。第 2 款所列的行动具有集体的特点，用以确立个人刑事责任是不适当的。“使一国政府有确实理由相信正在认真考虑对该国进行侵略的……或其他任何措施”一语根本经不起一套刑法所应有的确切性的检验。

第 17 条

22. 特别报告员在其第六次报告中曾予反问：“从其所涉内容的含义和程度来说，干涉的概念是否过于笼统，其表现是否过于纷繁，而难于构成一种法律概念？”¹² “干涉”实际上是一个概念极其笼统的名词，缺乏用以界定犯罪行为所需的必要确切性。第 2 款所列的活动进行了必要的澄清并将概念的范围缩小，也没有起到什么作用。无论如何，人们怀疑干涉是否应为一项引起个人刑事责任的罪行。委员会作为根据的原始资料，特别是国际法院对“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国）”案¹³ 的判决，都是涉及一些合法或非法干涉别国内政或外交的问题。这些资料不处理刑事责任，更不会处理根据国际法个人的刑事责任。国际法并不承认“干涉”是引起个人刑事责任的一项罪行，而且联合王国也不认为它是这样的一种罪行。

第 18 条

23. “殖民统治”和“外国统治”等名词不具有列入一套治罪法所必备的法律内容，在国际刑法中没有根据。无论如何，“殖民统治”是一个过时的概念，使人联想起另一个时代的政治态度。虽然它在关于国家责任的条款草案第 19 条中出现，但这绝不构成它在治罪法内出现的理由。联合王国认为将一些只不过是政治口号写入一套旨在成为法律文书的法律内是令人遗憾的。委员会与其采用一些包括可允许的行为和不允许的行为的术语，倒不如指出和界定拟应受处罚的行为或做法。在“殖民或外国统治”期间犯下的行为

¹⁰ 《1985 年……年鉴》，第一卷，第 1883 次会议，第 3 段。

¹¹ 第 15 条原作为 12 条通过，其评注见《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 72-73 页。

¹² 《1988 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/411 号文件，第 22 段。

¹³ Merits, 1986 年 6 月 27 日的裁决，《国际法院裁决集》（1986 年），第 14 页。

获进一步界定后，可能适合写入治罪法的其他规定内，例如种族灭绝（第 19 条）或有计划或大规模侵害人权行为（第 21 条）。

第 19 条

24. 委员会应审议治罪法与《防止及惩治灭绝种族罪公约》第九条之间的关系，第九条规定凡缔约国间产生关于某一国家对于灭绝种族罪的责任的争端和其他争端，国际法院有强制管辖权。

第 20 条

25. 正如本草案是旨在更新 1954 年治罪法草案的规定，以便计及其后的发展，因此委员会也应充分考虑到自它开始进行本草案的工作以来这 10 年间的政治发展。委员会关于种族隔离的讨论重点必然是南非，虽然后来已不提及该国，目前该条款草案不分时间或地点一概适用。鉴于国际情况已有所改变，委员会极有必要重新审议这一条。

第 21 条

26. 根据国际法，任何罪行法案都显然必须注意有计划或大规模侵害人权行为。一项行为必须符合两个条件，才可视为“有计划或大规模侵害人权行为”：行为的极端严重性及其有计划或大规模性质。明白列出这些行为是可取的，但这一条既不完整又不能使人满意。评注¹⁴清楚表明用语的定义，例如酷刑或奴役的定义，已列在现行的国际公约内。即使假设国内法院将能确定有关来源，在这些公约内的定义也不是没有争议的。实际上，如评注显示，有人可能怀疑《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》所载的酷刑定义是否应限于官员的行为。目前的条款草案没有刑事行为的确切定义，也没有任何明确的统一概念。

第 22 条

27. 委员会选择了折衷办法，以协调两种互相竞争的趋向，但这样做却有使战争罪类别激增的危险而没有任何伴随的利益。如果委员会要保留这一条，则联合王国宁可这一条的规定与战争罪现有的定性一致，例如以“严重违反《日内瓦四公约》的行为”一语取代“特别严重的战争罪

行”等字。

第 23 条

28. 虽然在若干情况下雇佣军活动可能应受申斥，但联合王国认为这些活动不应写入一套危害人类和平及安全治罪法内。这些活动并非十分普遍和严重到足以值得写入治罪法内，也尚未取得普遍公认的国际罪行的地位。《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》的拥护者仍然是寥寥无几。

第 24 条

29. 如 1954 年的草案那样，委员会将这一条的范围限于国家赞助的恐怖主义，联合王国对此表示遗憾。国际恐怖主义已不再限于国家代理人或代表的行为，委员会试图对国际恐怖主义和“国内”恐怖主义加以区分，但它却忽视了一个重要的类别，即非国家赞助的但却针对国家的恐怖主义，而严格来说这种行为应在国际恐怖主义的定义之内。因此，联合王国敦促委员会重新审议恐怖主义的定义，包括目前没有写入“国内”恐怖主义这一点。就许多国家来说，国内恐怖主义实际上比国际恐怖主义更为棘手。委员会也应审议这一条与治罪法所忽视的其他国际罪行之间的关系，诸如劫持飞机和人质等可能属于国际恐怖主义现行定义范围内的罪行。

第 25 条

30. 1954 年的治罪法草案忽视了同麻醉品有关的罪行，也忽视了海盗行为、贩卖妇孺、伪造货币和干涉海底电缆等罪行。联合王国本来希望获得一项关于这些罪行的更详细的分析，以期确定它们是否构成危害人类和平及安全罪。联合王国认为虽然麻醉品贩运是一项国际罪行，但是否将它作为一项危害人类和平及安全罪列入治罪法内却有待商榷。人们可以质问将一项被绝大多数国家视为犯罪并且大多数国家都能有效地对它加以检控的活动列入治罪法有何好处。

第 26 条

31. 这项规定的起源是委员会关于国家责任的条款草案第 19 条，将它列入上述条款草案内已证明是颇有争议的。在这里也是如此，因为大家的确没有公认“对自然环境造成普遍、长期和严重损害”是一项国际罪行，何况是一项危害人类

¹⁴ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 103-104 页。

和平及安全的罪行。根据国内法，对环境的损害可能会引起民事和刑事责任，但如果将这种损害说成是危害人类和平及安全罪，则未免将国际法扯得太远。

结 论

32. 联合王国认为委员会将其有限的资源用于其工作方案内的其他专题将会收效更大。如上面所示，联合王国认为关于这个专题的工作应该暂停，至少直到关于国际刑事法院规约草案的工作结束为止。

美利坚合众国

[原件：英文]

[1993年2月1日]

一般性评论

1. 应大会1991年12月9日第46/54号决议第9段的要求，美利坚合众国政府很高兴有机会就《危害人类和平及安全治罪法》草案（治罪法草案）提出下列书面评论和意见。

2. 美国赞成在适当背景下逐渐发展个人的国际刑事责任的概念，美国是大多数载有关于特定国际罪行的起诉或引渡规定的国际公约的缔约国。这些公约已在很大程度上详尽地阐述了一些可被描述为危害人类和平及安全的国际公认的罪行，其中包括战争罪、种族灭绝罪、酷刑、有关毒品的犯罪行为、奴役、贩卖妇孺、海盗行为、海上恐怖主义、劫持飞机、破坏飞机、涉及核材料的罪行、针对官员和外交人员的罪行以及劫持人质等。

3. 但是，美国不赞成目前的治罪法草案，因为它在许多基本方面都有缺陷。鉴于治罪法草案所列的许多罪行已包括在现行的国际公约内，治罪法草案大部分都是多余的或具有破坏性的（特别是当它偏离现有的法律陈述）。此外，它关于制订新的刑事罪行的许多建议都是美国所不能接受的。整个治罪法草案都忽视了刑事责任的基本概念（例如必须具有某种精神状态才可被控犯有刑事违法行为）。它也忽略了正当程序的概念，这些概念是美国和许多其他国家的法律制度固有的，例如犯法行为必须确切界定，足以使人们知道什么行为被视为罪行。此外，目前草拟的

治罪法无助于解决任何技术困难或填补空白，而这些困难或空白正为使用现行国际公约作为国际刑事法院行使管辖权的可能基础造成障碍。虽然治罪法草案决不是唯一的或未必是最好的办法来解决这些问题，但值得注意的是当前的努力并没有这样做。

4. 美国认为，与许多国际罪行有关的首要问题并不是它们未获界定，而是没有适当地对它们加以起诉。就以政府的名义或在其容忍下从事的罪行来说，这一问题尤其严重。通过治罪法不会解决这个问题。美国认为对国际罪行的问题的最有效反应是加强政府间合作，调查和起诉从事犯罪行为的人。美国认为，委员会将时间放在这些措施方面，而不是继续其关于治罪法草案的工作将收效更大。

不明确的问题

5. 治罪法草案的一个主要问题是它含糊不清。治罪法一直都无法适当地界定关键的名词，而且往往无法确切规定什么行动负起刑事责任。它经常采用一些没有公认法律定义的政治名词，并以法律字眼加以掩饰。由于这些政治名词往往也许是故意模棱两可，不同的国内法院必定会对治罪法的解释有异议。此外，含糊地拟订的犯法行为没有适当地注意到可以作为刑事责任的基础的行为类别。因此，目前的治罪法可能会与美国和其他国家的法律体系最基础的正当程序保护相抵触。

没有具体说明施加刑事责任所必不可少的精神状态

6. 这套治罪法还有另一个基本的缺点。那就是它没有具体说明可能的被告必须知情或有意图，才可对他施加刑事责任。在美国制度下，可受惩罚的犯罪行为通常都必须都是知情或蓄意犯下的。治罪法在大体上都没有处理被告的知识和意图的问题。但更甚的是，关于破坏环境的罪行的条文却与其他条文相反，明确规定这种罪行必须是“故意”犯下的。没有别的条文有这项规定，这项不一致之处的含义不明。

对各条款的逐一具体评论

第15条

7. 治罪法关于侵略的定义取自大会1974年

的侵略定义。¹大会通过这项定义并不是为了施加刑事责任，而且这一通过的历史表明它目的只在于作为一个政治指南，而不是一个有约束性的罪行定义。

第 16 条

8. 治罪法提议订立一项新的国际刑事罪，其唯一的根据是侵略威胁。除了定义有缺陷之外，即任何国家都没有权利对另一国威胁进行侵略行为，²同样正确的是，这些威胁——如果作出威胁的国家没有付诸实行——由国家间加以处理而不是在法院对个人提起刑事诉讼将较为恰当。这项新的罪行非但不会减少冲突，而且极有可能使国家间产生紧张局势，因为它鼓励对国家所发表的声明或采取的行动提出刑事控告，而这些声明或行动是可以建设性的外交对话获得更妥善的处理的。

第 17 条

9. 这一条提议订立一项新的国际罪行，名为“干涉”。这项新的罪行不仅不明确，而且显然是试图包括一些本来不会属于已经过分空泛和不明确的“侵略”罪范围内的那些行为。此外，虽然这一条规定对根据“人民自决权利”而采取的行动作出例外，但它却没有对集体自卫的行动作出例外，而《联合国宪章》第五十一条对集体自卫的行动是有明确规定的。如侵略罪一样，这项干涉罪是以一项大会决议为根据的，但该决议从来无意作为对个人被告施加刑事责任的法律基础。

10. 关于干涉的第 17 条是以《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》³为依据的，该宣言阐明了一项为人熟知的原则，即一国不应干涉专属于任何国家国内管辖的事项。治罪法不加区别地将不干涉原则定为犯法，不仅与国家间的实际关系不一致，而且是公开邀请人们将争端定罪的做法，但争端应更适当地通过小心谨慎的外交活动加以解决，或必要时提交安全理事会处理。还应予指出的是，关于这项原则的确切范围仍有重大的争议：例如一些国家仍坚持认为国际社会对人权的关注构成对其内政的不能允许的干涉。

¹ 1974 年 12 月 14 日第 3314 (XXIX) 号决议。

² 《联合国宪章》，第二条第四项。

³ 大会第 2625 (XXV) 号决议，附件。

第 18 条

11. 提议的殖民统治罪与先前讨论的罪行一样，都有同样的缺陷。它含糊不清，过于空泛，因为它没有界定——甚至没有描述——“殖民统治”或“违反……人民自决权利……的外国统治”。鉴于当前的国际环境正目睹小国从一些人种众多的较大的社区组成的领土产生，不界定这些名词是特别严重的。将诸如“外国统治”的行为定罪极有可能只会使国际紧张局势和冲突变本加厉。

第 19 条

12. 种族灭绝罪已经由《防止及惩治灭绝种族罪公约》加以界定。美国和许多其他国家都是该公约缔约国。美国批准该公约是基于几项了解的。特别是，美国表示它了解到该公约的用语“蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”（第二条），是指明确地蓄意通过公约所禁止的行为全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体。相反地，治罪法定义却没有规定施加刑事责任所必不可少的精神状态。

第 20 条

13. 治罪法草案对“种族隔离罪”的定义载有在“殖民统治罪”中所存在的许多相同的缺点。这个定义的文字非常空泛和不明确，可能有违美国和其他国家的宪法。

第 21 条

14. 这一条过于空泛，不可能施加刑事责任。“藉社会、政治、种族、宗教或文化上的理由进行迫害”的罪行尤其空泛，几乎可以指任何行为。例如，“迫害”的一个定义是“以执意或紧迫的手段骚扰、纠缠”。⁴一个政党“骚扰”或“纠缠”另一个政党不应该成为一项国际罪行，但根据治罪法草案的明白意义，这可以是一项国际罪行。这一条也没有充分考虑到《公民权利和政治权利国际公约》，其中阐明了国际社会绝大多数成员确认的特定人权。这一条还似乎包括一些诸如谋杀等普通的罪行。美国不认为将每宗谋杀案都定为国际罪行是有用或甚至是明智的。美国进一步指出，在许多情况下将一些人士驱逐出境可能是合法的：因

⁴ 韦伯斯特新学院词典第九版。

此，目前这样的提法过于空泛。

第 22 条

15. 这一条旨在惩罚“特别严重的战争罪行”，这一名词被累赘地界定为“严重违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则的……行为”，其中特别包括“不人道的行为”。这一条过于空泛，没有考虑到和具体地写入许多具体处理武装冲突法的国际公约的有关规定。⁵ 例如，关于禁止“非法使用武器”的规定十分空泛，并不反映战争的复杂现实或为管制战争的进行而制订的国际法律机制。此外，美国认为只包括“特别严重的战争罪行”而忽视其他违反战争法的行为是不明智的，因为这些行为对人类和平及安全也构成极大关切。

第 23 条

16. 这一条尤其令人不安。案文没有把雇佣军本身的行为定为犯罪行为，它只是把一国的代理人或代表“招募、使用、资助或训练雇佣军”的行为定罪。美国对这种过分有限的处理方法表示疑问。根据定义，雇佣军本身应该是平民个人；招募、使用、资助和训练雇佣军的往往也是平民个人或反叛分子，他们都不是一国的代理人或代表。此外，治罪法所用的“各国人民合法行使根据国际法所确认的自决的不容剥夺之权利”一语也未获界定，极有可能会引起争议，从而损及这项罪行的整个概念，并可能使其政治化。

第 24 条

17. 第 24 条声称惩罚国际恐怖主义行为，虽然普遍接受的“恐怖主义行为”定义并不存在，而且治罪法没有提供一个关于恐怖主义行为的适当定义。治罪法试图通过同义语的反复使用来界定恐怖主义行为。它把恐怖主义行为界定为

“[作为一国的代理人或代表]……对另一国从事、组织、协助、资助或鼓励或容忍针对个人或财产的行为，并具有在知名人士、一批人或公众心理上造成恐怖状态的性质。”

这一定义显然是有缺陷的，因为“恐怖”一词未获界定。

18. 此外，鉴于过去试图就恐怖主义活动取得一个普遍接受的一般定义的努力都没有成功，美国对就这样一项规定达成一致意见的可能性表示怀疑，无论这项规定是如何草拟。为了克服就恐怖主义行为的一般定义达成一致意见的困难，国际社会只好缔结一系列个别公约，确定国际社会全体谴责的一些具体的行为类别，不论从事这些行为的人的动机为何，而这些公约则规定缔约国将具体指明的行为定罪，起诉或引渡违犯者，并同其他国家合作，以便有效地履行这些义务。如大会第 44/29 号决议⁶ 所列，这些公约涉及破坏飞机、劫机、袭击官员和外交人员、劫持人质、盗窃或非法使用核材料、在机场进行暴力行为以及某些袭击船只和固定平台的行为等。目前的处理方法是把重点放在一些本身是不能接受的特定行动类别，而不是如治罪法草案那样专注于动机或背景的问题，从而使国际社会能够在致力利用法律工具来打击恐怖主义行为方面取得重大进展。

19. 治罪法第 24 条的另一个基本问题是它将恐怖主义行为罪限于“一国的代理人或代表”所从事的行为。实际上，许多恐怖主义行为都是个人以私人身分犯下的。如果一个关于恐怖主义行为的定义排除不是作为一国的代理人或代表的人所从事的行为，或一个与一国的关系不能在法院上确切证实的人所从事的行为，美国不能接受这个定义。

第 25 条

20. 本条处理“大规模”非法贩运麻醉药品的问题。除了“大规模”一词不确切以外，也不清

⁵ 见《关于陆战法规和习惯的公约》及其附件、《陆战中中立国及中立国人民之权利和义务公约》、《敷设水下自动触发水雷公约》、《关于战时海军轰击公约》、《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的日内瓦议定书》、《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展生产和储存以及销毁这类武器的公约》、《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》、《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》、《关于战俘待遇之日内瓦公约》、《关于战时保护平民之日内瓦公约》。

⁶ 《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》、《关于制止非法劫持航空器的公约》、《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、《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》、《核材料实物保护公约》、《补充〈关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约〉的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》、《禁止危害航海安全的非法行为公约》和《禁止危害大陆架固定平台安全的非法行为议定书》。

楚“大规模”一词是修饰“贩运麻醉药品”还是修饰“从事、组织、促进、资助或鼓励”一语。因此，不清楚个人所起作用必须是很大的作用，还是在大宗规模的业务中发挥轻微作用的个人也包括在内。应予指出是，就通常涉及许多不同的人（有些人只发挥次要作用）的活动（干涉、侵略等）来说，这一缺陷是许多其他条文的通病。

21. “麻醉药品”一词的用法与现行国际公约的标准用法也不一致。治罪法从来没有界定“麻醉药品”一词，但却试图将贩运麻醉药品界定为包括贩运麻醉药品和精神药物。此外，治罪法也没有界定“精神药物”。这种不确切地使用关键法律名词的做法使这一条有无法补救的缺陷。

22. 根据一系列联合国公约，其顶点就是1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，“麻醉药品”和“精神药物”都有具体而不同的意义。根据该《公约》，“麻醉药品”是指1961年《麻醉品单一公约》和经《1972年议定书》第一条(q)款修正的该公约附表一和附表二所列的任何天然或合成物质。相反，“精神药物”是指1971年《精神药物公约》附表一、二、三和四所列的任何天然或合成物质或任何天然材料(第一条(r)款)。治罪法没有界定这些名词，而且试图将“贩运麻醉药品”界定为麻醉药品和精神药物的贩运，就是公然造成混乱和不明确。

23. 第25条还规定“违反国内法或国际法”的“麻醉药品”贩运为“非法”，美国不清楚所指的国内法只是指个人所在国的法律(在这种情况下它根本没有作用)，还是也包括治罪法缔约国的任何国家的国内法(在这种情况下它的范围之广令人吃惊)。

第26条

24. 这一条也许是所有条文中最为空泛的一条。这一条对“对自然环境造成普遍、长期和严重损害”并无定义。同样，也没有界定“故意”一词，从而在施加刑事责任所必不可少的确切意志状态方面引起颇大的混乱。“故意”一词可简单地指被告自愿地，即没有被强迫地，从事一项行为，而这一行为却产生了损害环境的非故意的后果。“故意”也可以被理解为只有当被告本着不良目的有意和蓄意对环境造成严重损害时，才施加刑事责任。就目前的提法来说，“故意”的意

义可有不同的解释。这种混乱更因整个治罪法都没有具体说明施加刑事责任所必不可少的精神和意志状态而显得更加严重。

25. 此外，如其他条文一样，这一条没有充分考虑到关于保护环境的现有的和正在发展的复杂条约构架。⁷

结 论

26. 美国不能接受目前形式的治罪法草案。此外，美国对改写目前治罪法的任何进一步努力的效益表示怀疑，因为治罪法的整个结构都充满许多的基本缺点。

⁷ 例如，参看《联合国气候变化框架公约》、《远距跨越境空气污染公约》(有几项议定书作为补充)、《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》、《濒危野生动植物种国际贸易公约》、《防止海上油污国际公约》、《国际捕鲸管制公约》。

乌拉圭

[原件：西班牙文]
[1992年11月17日]

1. 乌拉圭政府坚决支持草拟一项危害人类和平及安全治罪法的意见，深信这套法则的生效有助于通过编纂和逐渐发展国际法来确立普遍法治。

2. 制定永久的普遍国际刑事审判权和设立国际刑事法院来审判触犯国际法的人，这个意见值得支持。

3. 因此，作为草案第6条的意见，乌拉圭政府认为委员会尽快致力于拟订该法院的章程将有助于实现上述目的。

4. 委员会临时采取的方针，即制订危害人类和平及安全罪行一览表和在条款草案内逐一解释不值得评论。

5. 关于所列罪行和其定性，乌拉圭政府将保留其意见，直至委员会的工作进展到较高阶段。

6. 乌拉圭政府尽管有保留，但就草案第26

条却指出其代表曾在不同的国际论坛上发表的意见，尤其共和国总统路易斯·阿尔维托·拉卡列 1992 年 6 月 11 日在里约热内卢举行的联合国环境与发展会议全体会议上的讲话。¹

7. 乌拉圭认为环境保护工作只有在国际合作框架下才能有效，通过所有国家协同努力，制订具有明确法律约束力和授予国际法院及国家法院裁判权的国际文书，才能视具体情况惩处破坏环境的人。

8. 关于这一点，乌拉圭政府在一份关于防止对环境的影响的法案中总结了国家一级的意见，并把该法案提交立法机构审议，在国际一级，则一份题为“国际环境条例草案指南”的文件已提交大会第四十七届会议，其中有一章专门

¹ 《联合国环境与发展会议报告，里约热内卢，1992 年 6 月 3-14 日》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I, Vol.II 和 Vol.III) (联合国出版物，出售品编号 C.93.L8)，第三卷：各国元首或政府首脑在环发会议首脑部分的讲话，第 238 页起。

二、从一个非会员国收到的评论和意见

瑞 士

[原件：法文]
[1993 年 1 月 14 日]

1. 这是首次向各国提交《危害人类和平及安全治罪法》草案的所有条款，瑞士政府想先发表一些一般意见，然后才评论某些个别条款。

一般性评论

2. 自委员会开始制订《危害人类和平及安全治罪法》草案起这项任务就很艰巨。这个草案的主题引起政治争论。尽管任务困难，但各国还是要紧急通过这份文书，目前某些区域局势很不幸地反映了此紧急性。毫无疑问，各国应首先关注的是按照“法无明文者不为罪，亦不罚”（即任何人除非通过作为或不作为而触犯法律的明文规定，不得被定罪或受惩罚）这一不可触犯原则，确立足够明确的指控准则。基于这个理由，

说明民事和刑事责任。

9. 就第 26 条和该条款所述的罪行定性来说，乌拉圭政府认为根据上述的意见，考虑到行为后果——“对自然造成普遍、长期和严重损害”，

应以责任原则取代“故意”一词。鉴于环境这个特殊实例，责任原则应不仅包括故意造成损害（故意过失），而且包括因疏忽或不提高警惕而造成损害的情况（有责过失），因为所提议保护的归根结底是人类的生存。

10. 乌拉圭政府还认为，从制定规则技术的角度来说，适宜采用几个草案条款所用的方法和详列损害环境的主要行为，并惩罚犯下这些行为的个人、企业管理人员和政府官员。

11. 乌拉圭政府满意地注意到委员会在草拟《危害人类和平及安全治罪法》草案方面所做的工作和把该草案提交各成员国政府，并且表示希望委员会将继续优先开展这项工作。

必须阐明可被定罪的行为。重要的是刑法要确切、可预料。否则惩罚就沾上武断的污点，被告的基本权利遭到践踏。瑞士政府因此支持委员会的决定，选择危害人类和平及安全罪行的列举定义而非概念定义，因为根据后者，法官可作出太多解释。瑞士政府还赞成在草案条款内添加一事不再理（第 9 条）和不溯及既往（第 10 条）等基本规则。

3. 瑞士政府想提出另一个一般意见。整个治罪法的根本概念（至少在瑞士政府看来）是应对某些特别严重的行为定罪，以加强人类应有的和平及安全。因此，由于自身的行为而被视为故意危害人类和平或威胁人类安全的个人将因其行为而受到本国或国际法院审判（第 3 条第 1 款）。¹ 瑞士政府赞同此项规定，认为这有助于使其职责能够破坏人类社会基础的人认识到自己的责

¹ 将在适当时对建立国际刑事法院的问题分别提出意见。

任，国

4. 国家的指政府国家序一的定责任) 致相反种责任罚。委的问题

5. 来文丰释，尊致具有

6. 题。言讼。如只裁定多数国出适用符合‘追诉应处罚以

第 3 条

7. 条所犯罪行为，并企图自为犯有惩罚一的罪行

第 6 条

8. 的设置有几况。多国的国家个办法

任，国家理由不能为所有案例提供根据。

4. 不过，将发生困难。基本上破坏和平是国家的行为所致的。只有国家机关，实际上往往指政府才能进行侵略、干涉或殖民统治。但违反国家所承担维持和平的义务的行为不足以构成唯一的定罪理由。还应当提出不顾第 5 条（国家的责任）把某些国家行为归罪于个人的做法是否导致相反后果，即减轻有关国家的国际责任，因这种责任的加强而无须再在国际关系中最终实施惩罚。委员会应进一步研究国家行为转为个人罪责的问题。

5. 瑞士政府假定关键用语的定义将列入未来文书的特别条款中。此外，鉴于可能不同的解释，草案应载列一项有关解决国家间争端并会导致具有法律约束力的决定的条款。

6. 最后，毫无疑问未来文书必须处理惩罚问题。宣判是刑事诉讼的组成部分，特别是审判诉讼。如果一个国际刑事法院真正设立起来，不可能只裁定被告的罪行而没有判刑权力。因此，应如大多数国家刑法确定每项罪行的相应惩罚。不过，列出适用于所有罪行的一系列惩罚的建议似乎不完全符合“法无明文不为罪”规则。按照该规则，每项追诉应有个别明确的惩罚。否则，未来法律只具有处罚功能，而最好也应具有预防功能。

对各条款的具体评论

第 3 条

7. 瑞士政府认为第 3 款中不应包括“第……条所载”的措词。不能肯定治罪法草案所列的每项罪行都包含企图的概念。例如，殖民统治的罪行，按照定义，似乎涉及最低限度的执行，排除企图的概念。无论如何，这些措词是多余的，因为犯有危害人类和平及安全罪行的企图——应受到惩罚——明显是指治罪法草案而非其他文书所确定的罪行。

第 6 条

8. 当然有关引渡的条款是同国际刑事法院的设立相关，不管对管辖权作出什么选择，如果有几个国家要求引渡就会发生管辖权抵触的情况。委员会表示管辖权应为罪行发生在其领土内的国家所有，并予以特别考虑。瑞士政府赞同这个办法。毫无疑问，罪行发生在其领土内的国家

在某个程度上是受害者，负有审判案件的任务。不过，有时罪行发生在其领土内的国家将受到与适当的裁判不符的压力。同样，在某些案件（例如委员会所指出的种族隔离）中，罪行发生在其领土内的国家要直接承担责任，因此会庇护被告。因此，第 6 条局限于领土原则比制定优先考虑的规则更为可取。

第 14 条

9. 在同一条内结合两个格格不入的基本刑法概念——抗辩和减罪情况——的做法大有问题。抗辩的作用是以犯罪者并非知情和故意为理由使行为没有非法性。简言之，缺乏惩罚的先决条件：责任。相反的，减罪情况并不免除行为的非法性，而是减轻刑罚。因此，应设想两个不同的条款。

第 15 条

10. 所提议的侵略定义大体上完全有理由取自大会第 3314 (XXIX) 号决议。不过，该案文的对象是个政治机关。按照《联合国宪章》第三十九条，安全理事会应断定任何和平之威胁，和平之破坏，或侵略行为之是否存在。因此，问题是国家法官应否受安理会的意见约束。在某些情况下，似乎最适宜这样。实际上，很难想象国家法官如何确定任何行为构成侵略行为，要是主要负责维持和平的安理会并未如此考虑。相反的，众所周知，安理会的行动会遭到否决权的行使妨碍，因此，法院的裁定将受到安理会的裁定支配。不能肯定安全法会从这种做法获益。如果建议将安理会这个即使存在也只是个政治性的机构所作的决定作为直接基础，由其裁定这方面的个人罪行和惩罚，似乎不是明智的裁判概念。因此，不宜包括方括号内的该款（第 5 款）。

第 16 条

11. 第 16 条关系到侵略的威胁，有如侵略视为破坏和平罪行。瑞士在每年讨论国际法委员会的工作²时已向第六委员会提出两者是否属于同一类的问题。换句话说，应在治罪法草案内把侵略的威胁列为不同的罪行？对此有理由提出疑问。因为如果威胁尚未演变成行动，又怎样定罪？怎样把可受惩罚的威胁同不受惩罚的初步行

² 《大会正式记录，第四十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议，第 66 至 74 段。

为区别开来？甚至可以指出，如对作出侵略威胁的个人定罪，会导致为行使自卫权而诉诸武力，从而造成恶劣后果。那么，根据第 16 条“声明、通告、示威行动”等威胁行为照定义不是侵略行为，又是否这样严重足以构成破坏和平罪行？总的说来，瑞士政府认为不宜把治罪法草案的适用范围扩大到侵略的威胁。不管怎样，很难适用这项条款。

第 17 条

12. 第 17 条的主要困难在于干涉定义。关于这一点，《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》³ 有所助益。国际法委员会的评论⁴ 说，干涉必须有强制成分，即必须妨碍受害国自由行使其主权。不过，定罪应限于最严重的干涉方式。实际上，只有涉及使用军事武力的强制行动才显得很严重，足以构成危害人类和平及安全罪行。

第 18 条

13. 本条款谴责殖民统治和其他形式的外国统治。有如某些委员的想法，应否把外国统治与“新殖民主义”同等看待？这是值得怀疑的。从政治角度来看，新殖民主义应受指摘，但它不是个法定概念。此外，应当指出“新殖民主义”可客观地观察，但不必作为计划或协约一部分以武力建立。这往往是由国家间的经济差别造成，实际上难以证明。因此，瑞士政府认为是否应该从评注中删除所有“新殖民主义”的措词。⁵

第 22 条

14. 国际人道主义法现有两种违反行为。一方面是已列举的“严重违反”(1949 年日内瓦四公约第五十、五十一、一三〇或一四七条(取决于哪一个公约)以及附加议定书第八十五条, 该条也提到同一议定书第十一条): 这些行为又称为战争罪行; 另一方面是所有其他违反国际人道主义法的行为。

³ 大会第 2625 (XXV) 号决议, 附件。

⁴ 第 17 条原作为第 14 条通过。其评注见《1989 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 69 页。

⁵ 第 18 条原作为第 15 条通过。其评注见同上, 第 70 页。

15. 委员会遵守只是把最严重的行为载入治罪法的规则, 提出第三种违反行为, “特别严重的战争罪行”, 其中包括特别严重的“违反”。必须认识到, 一旦治罪法生效, 由于第 22 条的规定, 本条款未列举的战争罪行可能只受到相当轻的惩罚。

16. 此外, 很难了解为什么委员会把“大规模毁坏平民财产”(第 2 款(e)项) 的行为视为“特别严重的战争罪行”, 反而不包括攻击平民区或非军事区、不忠实使用红十字及红新月的保护标志等行为。

17. 因此, 在二读通过本条款以前, 委员会适宜重新审查它对国际人道主义法的影响。

第 23 条

18. 委员会在对本条的评注⁶ 第 2 段中回顾 1949 年日内瓦公约的 1977 年第一附加议定书第四十七条规定雇佣军不具有战士或战犯的地位。评注应包括两项必要的说明。根据上述条款, 议定书签署国拒绝雇佣军这一权利; 议定书并未强迫它这样做。此外, 被剥夺战士或战犯地位的雇佣军将如同任何涉嫌从事危害国家安全活动的平民, 按照《关于战时保护平民之日内瓦第四公约》第五条第三款的规定被起诉时保证得到公平正常审判。平民还享有附加议定书第七十五条所规定的基本保障。

第 24 条

19. 构成国际恐怖主义罪行的成分似乎斟酌情况, 同干涉, 即通过颠覆恐怖主义活动干涉一国内政或外交的行为没有明显区别。由一国的代理人资助或训练武装集团, 以便引起公众的恐惧和促使另一国政府倒台的行为是否可算属于上述任何一条的范围?

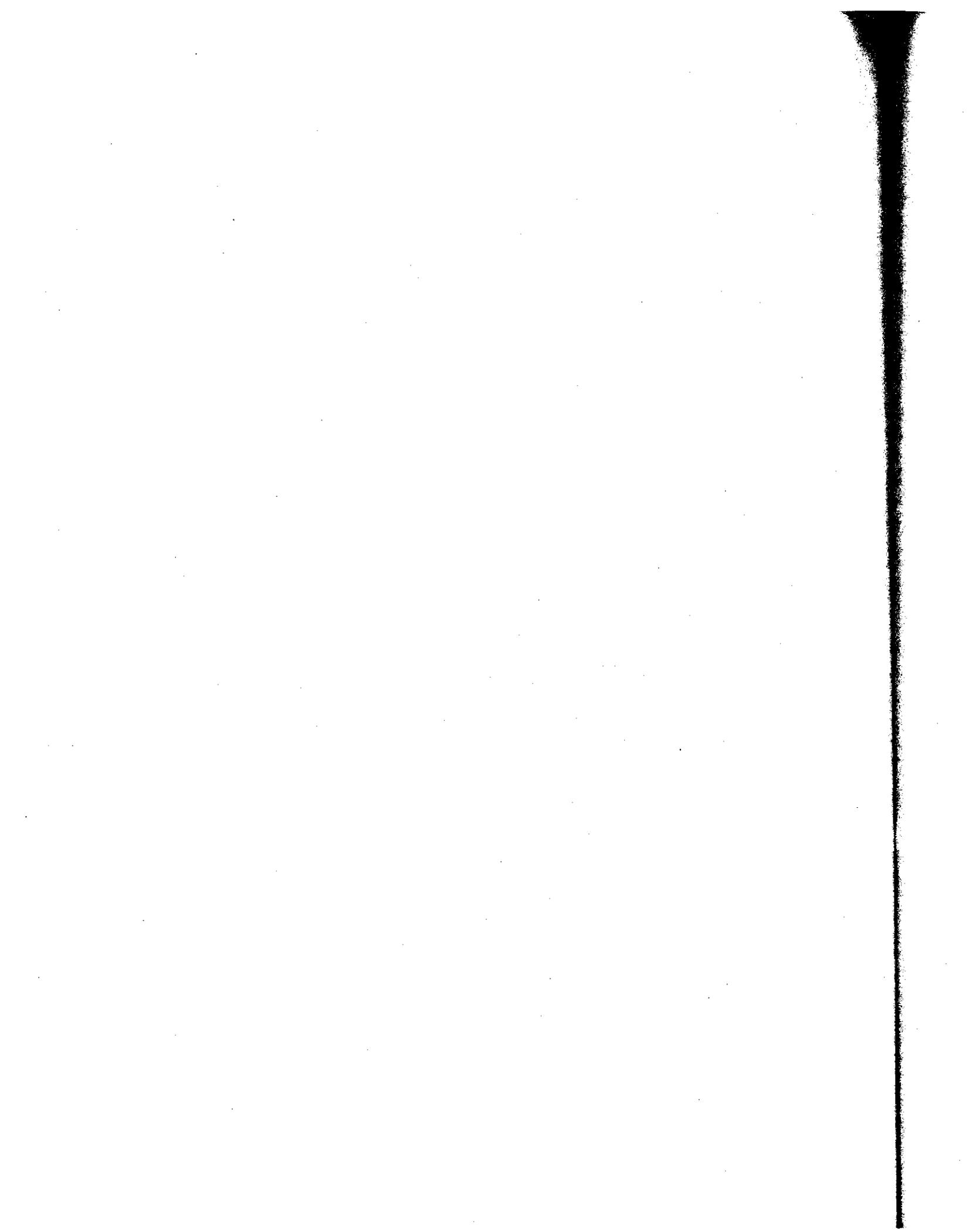
第 25 条

20. 最后的问题, 是否有必要在治罪法中载入国际非法贩运麻醉药品的条款。总之, 这种贩运活动可视为普通罪行, 主要动机是贪婪。但这种看法忽略正在演变的情况, 反映出国际贩运麻醉药品活动同地方或国际恐怖主义之间的关系

⁶ 第 23 条原作为第 18 条通过。其评注见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 29 页。

日益密切。人们通常指称的“贩毒恐怖主义”不是无中生有的。国际贩运麻醉药品活动不仅损害健康和幸福，而且使某些国家的政局不稳，因而妨碍和谐的国际关系。在这方面，国际贩运麻醉

药品行为确实构成危害人类和平及安全罪行。委员会在治罪法草案中载入惩罚这种不管是由一国代理人或普通人进行的贩毒行为的条款是正确的。



A/CN.4/449 号文件

特别报告员杜杜·锡亚姆先生 关于危害人类和平及安全治罪法草案的第十一次报告

国际刑事法院规约草案

[原件：法文]
[1993年3月25日]

目 录

	页 次
本报告引述的多边文书.....	121
	段 次
导 言.....	1 - 17 121
国际刑事法院规约草案	
第一部分 建立法院	
第 1 条草案：法院的建立	
(a) 提议的案文.....	18 123
(b) 评注.....	19 123
第 2 条草案：法院是联合国的司法机关	
(a) 提议的案文.....	20 123
(b) 评注.....	21 123
第 3 条草案：法院所在地	
(a) 提议的案文.....	22 123
(b) 评注.....	23 123
第 4 条草案：适用的法律	
(a) 提议的案文.....	24 123
(b) 评注.....	25 - 31 123
第 5 条草案：法院的管辖权	
(a) 提议的案文.....	32 124
(b) 评注.....	33 - 40 124
第 6 条草案：关于管辖权的争端	
(a) 提议的案文.....	41 124
(b) 评注.....	42 125
第 7 条草案：司法保障	
(a) 提议的案文.....	43 125
(b) 评注.....	44 - 46 125
第二部分 组织和职能	
第 8 条草案：法院管辖的常设性	
(a) 提议的案文.....	47 125
(b) 评注.....	48 - 52 125
第 9 条草案：院长和书记官长的官邸	
(a) 提议的案文.....	53 126
(b) 评注.....	54 126
第 10 条草案：议事规则	
(a) 提议的案文.....	55 126
(b) 评注.....	56 126
第 11 条草案：要求的资历	
提议的案文.....	57 126
第 12 条草案：任命法官	
(a) 提议的案文.....	58 126
(b) 评注.....	59 - 60 126
第 13 条草案：选举院长和副院长	
(a) 提议的案文.....	61 126
(b) 评注.....	62 126

	段 次	页 次
第 14 条草案：任命书记官长		
提议的案文	63	127
第 15 条草案：分庭的组成		
(a) 提议的案文	64	127
(b) 评注	65 - 71	127
第 16 条草案：与其他职责的兼容性		
(a) 提议的案文	72	127
(b) 评注	73	127
第 17 条草案：免除职务		
提议的案文	74	128
第 18 条草案：外交豁免		
提议的案文	75	128
第 19 条草案：职位空缺		
提议的案文	76	128
第 20 条草案：宣誓		
(a) 提议的案文	77	128
(b) 评注	78	128
第 21 条草案：津贴、报酬和工资		
(a) 提议的案文	79	128
(b) 评注	80	128
第 22 条草案：法院的预算		
提议的案文	81	128
第三部分 程序		
第 23 条草案：将案子提交法院仲裁		
(a) 提议的案文	82	128
(b) 评注	83 - 84	129
第 24 条草案：参与		
(a) 提议的案文	85	129
(b) 评注	86	129
第 25 条草案：起诉		
(a) 提议的案文	87	129
(b) 评注	88 - 90	129
第 26 条草案：调查		
(a) 提议的案文	91	130
(b) 评注	92	130
第 27 条草案：缺席审判		
(a) 提议的案文	93	130
(b) 评注	94 - 96	130
第 28 条草案：将被告送交法院		
(a) 提议的案文	97	130
(b) 评注	98 - 102	131
第 29 条草案：诉讼的撤销		
(a) 提议的案文	103	131
(b) 评注	104 - 105	131
第 30 条草案：还押		
提议的案文	106	131
第 31 条草案：审讯		
提议的案文	107	131
第 32 条草案：审讯记录		
提议的案文	108	131
第 33 条草案：判决		
(a) 提议的案文	109	131
(b) 评注	110	132
第 34 条草案：刑罚		
(a) 提议的案文	111	132
(b) 评注	112 - 113	132
第 35 条草案：救济方法		
(a) 提议的案文	114	132
(b) 评注	115 - 118	132
第 36 条草案：判决的执行		
(a) 提议的案文	119	133
(b) 评注	120 - 121	133

	段 次	页 次
第 37 条草案：赦免权和有条件释放		
(a) 提议的案文	122	133
(b) 评注	123	133

本报告引述的多边文书

来 源

《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》(日内瓦, 1949年8月12日)	联合国,《条约集》,第75卷,第31页起。
及其第一和第二附加议定书(日内瓦,1977年6月8日)	同上,第1125卷,第149页起。
《保护人权与基本自由公约》(罗马,1950年11月4日)	同上,第213卷,第221页。
《公民权利和政治权利国际公约》(纽约,1966年12月16日)	同上,第999卷,第202页。
《美洲人权公约》(圣何塞,1969年11月22日)	同上,第1144卷,第123页。

导 言

1. 特别报告员在其前三份报告¹内探讨了可能设立一个国际刑事管辖的问题。在该阶段,三份报告的目的不在于提出国际刑事法院的规约草案,而是使委员会开始对设立国际刑事法院的每个重要有关方面进行详细讨论,通过辩论向特别报告员提供必要的方针以拟订规约草案。

2. 这份报告则向委员会提出国际刑事法院规约草案。报告是根据大会1992年11月25日第47/33号决议第4、5和6段提出的,并得到委员会第四十四届会议工作报告²的支持。决议有关各段原文如下:

¹ 《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分),第40页, A/CN.4/430和Add.1号文件;《1991年……年鉴》,第二卷(第一部分),第43页, A/CN.4/435和Add.1号文件;以及《1992年……年鉴》第二卷(第一部分),第51页, A/CN.4/442号文件。

² 《1992年……年鉴》第二卷(第二部分)。

“大会,

……

“4. 赞赏地注意到题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’的国际法委员会报告第二章,该章专门讨论可能建立国际刑事管辖问题;

“5. 请各国如有可能在国际法委员会第四十五届会议以前向秘书长提交对国际刑事管辖问题工作组报告3的书面评论;

“6. 请国际法委员会继续关于此问题的的工作,从下届会议起作为优先事项进行拟定国际刑事法院规约草案的项目,开始审查工作组报告和第六委员会辩论中所查明的问题,以期以工作组报告为基础,考虑到第六委员会辩论中的意见和从各国收到的书面评论,起草一份规约,并向大会第四十八届会议提出进度报告。”

3. 本报告是在这样的背景下提出的。首先

³ 同上,附件。

应当指出，本草案选择的根据是法院为联合国一个机关。难以想象联合国以一项决议请委员会拟订一个不属于联合国机关的法院的规约。因此，草案没有提出任何其他备选案文。

4. 此外，本报告并无意对一个极其复杂的问题提供权威性的解决办法。报告只是一个工作计划，提出法院规约的各个主题。它主要是反映委员会的精神和态度。委员会希望有一个结构灵活、所涉费用不大的机构，而不是要一个常设性的机构。

5. 将会受到注意的是，为此目的，草案内容有所删减，并且不包括刑事管辖一般有的所有各种机关。因此，没有脱离裁判机关独立行事的调查机关。所有调查部门都有长期性职务。所以本草案采取的办法是，程序由法院本身即裁判机关推动，主要是通过审讯过程本身。

6. 同样地，在检控方面，草案没有提议设立一个部门以一名检察官为首和以这种机关的工作必然需要的大批官员从旁协助。最灵活的解决办法，即检控工作由指控国自行处理，是较可取的办法。

7. 最后这个解决办法并不荒谬；正如以下对第 25 条草案（起诉）的评论所指出，一些刑事法院草案也采用这个办法，由指控国指派一名称为“代诉人”的官员。但第 25 条 B 案文也另外提出一个较典型的办法。

8. 裁判机关没有长期性的组成。听审法官不总是同一批。法官随案件而更换，因此法院院长在这方面发挥显著的作用。他负责从一组国家指派的法官中选出听审法官。唯一在确定后不再改动的是每个案件的听审法官人数。

9. 法院的机关不是全时工作涉及若干问题，特别是支付法官的津贴的问题和法官的职责与其他职务是否发生冲突的问题。

10. 关于法院管辖权的问题，提议的条款草案远远没有能力解决这个问题所引起的所有问题。应记得的是，法院的管辖权并不是专属管辖权而是共同管辖权，每个国家可自行进行裁判或将被告交给法院审理。这个选择似乎得到委员会

大多数的支持。此外，这个管辖权取决于指控国和犯罪所在领土国这两个国家的同意。

11. 属事管辖权的问题更加棘手。特别报告员希望委员会委员可以对这个已经过长期辩论而没有得出任何解决办法的困难和微妙的问题提出一些好意见。哪些罪行应包括在这个管辖权范围内的问题尚未达成任何协议。

12. 因此，在治罪法产生以前，一个解决办法是以缔约国之间的特别协定或以个别的接受设立法院属事管辖。上述文书可随时执行。

13. 另一个问题是适用刑罚的问题。一般来说，在国内法，刑法典和刑事管辖是不同文书的主题。关于审议中的问题，以前提出草案的提案国认为就这个和其他问题另行拟订文书既没有作用也不合时宜。法院规约草案内就刑罚问题作出了规定，一般来说，规约允许法院适用其认为适当的刑罚而没有提及任何法典。本草案提到有关国家之一的刑法。这显然不是一个十全十美的解决办法，但起码它提到一个国家的法律。

14. 另一个完全不同的问题是如何确保被告会出庭。这是一个重要问题。根据本草案，法院不受理缺席程序。这是反映委员会的普遍意见。如果被告不自愿出庭，则必须以其他办法令他出庭。规约为缔约国之间制定了简化规则，以便可以仅仅根据法院的要求就向法院移交被告，但保留条款意味着须遵守若干原则。在非规约缔约国之间和缔约国与非缔约国之间，如被告不自愿出庭，则只有引渡程序方可保证被告出庭。

15. 鉴于法院不能缔结引渡协定（除非承认法院拥有这种权力），因此准备向法院提交案件的缔约国必须在其领土内取得被告的引渡，将被告移交法院。

16. 关于法院与缔约国或非缔约国之间的合作情况，草案还必须增加一些后附规定才算完备。

17. 下面是这个草案的概要。必须再次声明，草案并没有声言解决了设立国际刑事管辖引起的所有棘手问题。草案充其量不过是委员会的一个工作大纲。

国际刑事法院规约草案

第一部分

建立法院

第 1 条草案：法院的建立

(a) 提议的案文

18. 所提出第 1 条草案的案文如下：

第 1 条 法院的建立

设立国际刑事法院，其管辖权和职能应由本规约予以规定。

(b) 评注

19. 本条款草案特意使用“criminal”（刑事）这一形容词而不是“penal”（刑法）一词，以表明法院所审理的是刑事罪行而不是普通罪行。法院只审理同它所审理的刑事罪行有关的普通罪行。

第 2 条草案：法院是联合国的司法机关

(a) 提议的案文

20. 所提出第 2 条草案的案文如下：

第 2 条 法院是联合国的司法机关

法院应为联合国的一个司法机关。

(b) 评注

21. 使刑事法院作为联合国的一个机关是至关重要的。特别报告员认为，国际法院和国际刑事法院的并存并没有违反《联合国宪章》的规定。实际上《国际法院规约》第一条规定“国际法院为联合国的主要司法机关”，从而容许另一个对刑事案件具有管辖权的司法机关的存在。安全理事会最近的决议似乎确认了这种看法，该决议规定设立一个国际法庭来起诉应对前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负

责的人。⁴

第 3 条草案：法院所在地

(a) 提议的案文

22. 所提出第 3 条草案的案文如下：

第 3 条 法院所在地

法院应设在[……]

(b) 评注

23. 法院所在地的确定本质上是政治性的问题。应由大会第六委员会讨论该问题，然后向大会提出建议。但是，国际法委员会如果想要这样做，也可讨论该问题并向大会提出报告。

第 4 条草案：适用的法律

(a) 提议的案文

24. 所提出第 4 条草案的案文如下：

第 4 条 适用的法律

法院应适用有关其管辖范围内的罪行的国际公约和协定[以及一般法律原则和惯例]。

(b) 评注

25. 国际法委员会讨论的结果表明，在可适用的法源中，只有国际公约和协定没有引起争议。

26. 相反地，一般法律原则和惯例则为引起争议的法源，因此将这两种法源置于方括号之内。

27. 可能为审慎起见而采取了这种限制性办法。但是应当指出的是，以前没有任何一项草案如此限制国际刑事法院可适用的法律。

⁴ 安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808 (1993) 号决议。

28. 1926年国际法协会拟订的国际刑事法院规约草案⁵列有下列可适用的法源：国际条约、公约和宣言；国际惯例；一般法律原则和作为确定法律规则的补充办法的司法判决。

29. 根据1953年国际刑事管辖委员会修订的规约草案，“法院应适用国际法，包括国际刑法，适当时并应适用国内法”。⁶

30. 谢里夫·巴西乌尼教授在近期拟订的草案⁷中列有《国际法院规约》第三十八条中所列的法源。

31. 本条款草案忠实依照工作组关于国际刑事管辖的建议，严格地仅列入各项公约和协定。

第5条草案：法院的管辖权

(a) 提议的案文

32. 所提出第5条草案的案文如下：

第5条 法院的管辖权

1. 不应假定法院的管辖权。

2. 法院应对人人都拥有管辖权，但条件是个人籍属国和假定罪行发生地国接受其管辖权。

3. 在通过有关法院管辖权的刑法前，在其管辖范围内的罪行应由缔约国之间的特别条约，或一个国家的单方文书确定。

4. 这类条约或单方文书应确定并确切地表明承认法院对其拥有管辖权的罪行。

5. 法院只得审讯在其管辖范围以内的被告，并只得审理被告经提起诉讼的行为。

(b) 评注

33. 第5条草案所规定的是属人管辖权和属事管辖权。

⁵ 国际法协会，第三十四次会议的报告，维也纳，1926年8月5-11日（1927年，伦敦），第113-125页。并见联合国，《……历史回顾》，第61页，附录4。

⁶ 见“国际刑事管辖委员会的报告，1953年7月27日至8月20日”，《大会正式记录，第九届会议，补编第12号》（A/2645），附件。

⁷ 国际刑法协会，《新刑法研究》（埃雷斯，得拉丘兹，意大利，1992年）。

34. 法院审讯个人的管辖权，或者说属人管辖权，应得到两个有关国家的同意：个人籍属国和假定罪行发生地国。

35. 国内刑法有两类主要的管辖规则：领土管辖权和属人管辖权规则。领土管辖权规则当然是较普遍适用的规则，但并不是唯一的规则。一些国家的国内法中对其作出很多例外的规定。尤其是在涉及一个国家的荣誉或基本利益时，该国往往优先考虑属人管辖规则。

36. 本草案要想避免全然不切实际，就不能选取其中一项规则而摒弃另一项规则。因此，管辖权应是由罪行发生地国和犯罪者籍属国赋予的。

37. 法院的属事管辖问题也很复杂。还没有编纂有任何国际刑事法典。

38. 委员会的讨论结果，还没有能够为法院属事管辖范围内除了种族灭绝可能还有种族隔离以外的罪行下定义。草案在现阶段目标不能定得过高。法院的属事管辖范围应限于国际社会已普遍议定的少数罪行。因此委员会应本着这种精神尽力指明法院管辖范围内的罪行。

39. 委员会在此提议，在缔约国通过国际刑事法以前，法院管辖范围内的罪行应以缔约国间的协议的方式确定。任何国家也得在加入法院规约时或任何其他时候，确定它承认法院拥有管辖权的罪行。

40. 在关于设立国际法院刑法分庭的规约草案中提议了这种似乎较灵活的方法。⁸

第6条草案：关于管辖权的争端

(a) 提议的案文

41. 所提出第6条草案的案文如下：

第6条 关于管辖权的争端

法院应就提交给它审理的案件中有关其本身管辖权的问题作出裁决。

⁸ V. V. Pella 拟订并于1928年1月16日在巴黎为国际刑法协会所通过，又于1946年加以修订（联合国，《……历史回顾》，第75页，附录7）。

(b) 评注

42. 国际法的一项规则为，审理争端的法官也应就其本身的管辖权作出裁决。因此本条款草案只是在应用一项施行已久的规则。

第7条草案：司法保障

(a) 提议的案文

43. 所提出第7条草案的案文如下：

第7条 司法保障

1. 任何刑事罪的被告，应假定其无罪，直到证明其有罪为止。

2. 人人都有权：

- (a) 得到公平和公开的审讯；
- (b) 以他所通晓的语言立即被详细告知对他提出的控告的性质和原因；
- (c) 有充分的时间和便利准备答辩并同其自行选择的律师联系；
- (d) 不经不应有的延误得到审判；
- (e) 出席审判，由本人或通过自行选择的法律顾问进行辩护；如没有法律顾问，则被告知这项权利；如果没有足够的财力支付法律顾问，则免费获得指定的法律顾问；
- (f) 询问不利于他的证人或使受询问，并使他作证的证人在与不利于他的证人同等的条件下出庭和接受询问；
- (g) 如果他不通或不操法庭中所使用的语言，则免费提供口译服务；
- (h) 不被迫作不利于本身的证明或认罪。

(b) 评注

44. 第7条条款中规定的是任何被向法院提起诉讼的人所享有的司法保证。

45. 许多国际文书中都作出了上述保证，例如国际军事法庭规约，特别是《纽伦堡法庭宪章》⁹（第16条）和《远东国际军事法庭（东京审判庭）宪

⁹ 1945年8月8日《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》（联合国，《条约集》，第82卷，第279页）。

章》¹⁰（第9条）。下列文书中也作出了这些保证：《公民权利和政治权利国际公约》（第十四条）、《保护人权与基本自由公约》（第5-6条）、《美洲人权公约》（第5、7、8条）、《非洲人权和人民权利宪章》¹¹（第7条）、1949年8月12日的《日内瓦公约》（四公约共同的第三条）及其附加议定书一（第七十五条）和议定书二（第四至第六条）。

46. 由于危害人类和平及安全治罪法草案还没有通过，一般认为，法院规约中以专门的一条对司法保证作规定是很有益的。

第二部分

组织和职能

第8条草案：法院管辖的常设性

(a) 提议的案文

47. 所提出第8条草案的案文如下：

第8条 法院管辖的常设性

虽然法院的管辖是常设性的，但它 [应不在专职的基础上执行业务] 应只在审理向它提出的案件时才集会办公。

(b) 评注

48. 本条草案确立了两件事：(a) 法院管辖的常设性；(b) 不须所有机关均经常办公。

49. 如果法院的管辖是常设性的，它在有需要时比较容易开庭。

50. 如果该法院已经设立了，那么人们将可以避免我们今天在设立一个法院来审判在前南斯拉夫境内所犯下的战争罪行方面遇到的拖延。这样的法院将在犯下这些罪行以前已经存在了。

51. 管辖的常设性将不会与其机关间歇性的工作性质不相容。

¹⁰ 1946年1月19日于东京签署（Documents on American Foreign Relations（普林斯顿大学出版社，第八卷，1948年），第354页起）。

¹¹ 1981年6月26日于内罗毕通过（见非统组织，CAB/LEG/67/3/Rev.5号文件）。

52. 本草案是试图做到这两个方面，同时照顾到委员会认为应该设立一个规模小，费用低的机关的想法。

第 9 条草案：院长和书记官长的官邸

(a) 提议的案文

53. 所提出第 9 条草案的案文如下：

第 9 条 院长和书记官长的官邸

案文 A

[仅]院长和书记官长应驻于法院所在地，并应专职地行使他们的职责。

案文 B

[仅]书记官长应驻于法院所在地，并应专职地行使他的职责。

(b) 评 注

54. 以上条款草案规定，只有院长和书记官长 (案文 A)，或只有书记官长 (案文 B) 应驻于法院所在地，这也是以经济的考虑因素为根据的。

第 10 条草案：议事规则

(a) 提议的案文

55. 所提出第 10 条草案的案文如下：

第 10 条 议事规则

法院拟定的议事规则应确定其各机关执行职务的方法及它们的关系。

(b) 评 注

56. 由于法院的法官将不驻在法院的所在地，而且只间歇性地开庭以审理案件，因此议事规则必须详细规定法官之间建立通讯的方法，特别是传递证据和文件的方法，以便使各法官之间能有尽可能密切的行政关系。

第 11 条草案：要求的资历

提议的案文

57. 所提出第 11 条草案的案文如下：

第 11 条 要求的资历

法院的成员必须是道德崇高的法理学家，并公认具有国际法，更具体地说，具有国际刑法能力的人士。

第 12 条草案：任命法官

(a) 提议的案文

58. 所提出第 12 条草案的案文如下：

第 12 条 任命法官

法院成员将以以下方式予以任命：

- (a) 法院规约每一个缔约国应提名一名具有本规约第 11 条所规定的资格的法官；
- (b) 联合国秘书长应依字母顺序编就各国所任命的法官的名单。

(b) 评 注

59. 本条款草案提议的任命程序避免了任命专职法官的需要。上面(b)款提到的名单应构成按照第 14 条选择参与某案件的法官的名册。

60. 由大会选举法官的不同程序也可以加以考虑。不过，如果法官将在专职的基础上执行他们的职责，那样的程序将会是比较恰当的。

第 13 条草案：选举院长和副院长

(a) 提议的案文

61. 所提出第 13 条草案的案文如下：

第 13 条 选举院长和副院长

1. 院长和副院长由法官大会以绝对多数选出。他们应组成为法院的主席团。
2. 主席团应就法院的行政和财政事务作出所有的决定。

(b) 评 注

62. 还可以成立一个较大的委员会，由缔约国代表选出的人士组成。该委员会然后选出院长和副院长。它将有权监督法院的行政和财政管理，特

别是决定向大会提交的法院预算草案。但是，这样一种结构会太笨重，更适合一个国家间法院。

第 14 条草案：任命书记官长

提议的案文

63. 所提出第 14 条草案的案文如下：

第 14 条 任命书记官长

根据院长的建议，法院主席团应按照它本身制定的程序任命书记官长。

第 15 条草案：分庭的组成

(a) 提议的案文

64. 所提出第 15 条草案的案文如下：

第 15 条 分庭的组成

1. 法院的每一个分庭应由九名法官组成。

2. 如案件积压，在需要时法院得设立若干分庭。

3. 院长或代行其职务的副院长应从第 12 条所述名单中选出在法院分庭开庭的法官。

4. 法官如为投诉国或被告国国民则不应充任审理涉及这些国家的案件的分庭成员。

(b) 评注

65. 构成法院和法院分庭的法官人数不等，视计划而定。国际法协会 1926 年拟定的国际刑事法院规约草案¹²规定法院可在一个或多个部门由五名法官开庭（第 14 条，最后）。

66. 国际刑法协会通过的《设立国际刑事法院规约》草案规定 15 名正式成员和 8 名候补成员（第 3 条）。¹³

67. 国际镇压恐怖主义会议通过的 1937 年 11 月 16 日《设立国际刑事法院公约》¹⁴规定五

名正法官和五名副法官（第 6 条）。

68. 伦敦国际大会拟定的 1943 年《创立国际刑事法院公约》草案¹⁵规定法院应由 35 名法官组成，人数可按需要增加（第 9 条）。

69. 联合国秘书长制订的种族灭绝罪行公约草案¹⁶关于设立一个常设国际刑事法庭以惩罚种族灭绝罪行的附件一规定七名正法官和七名副法官（第 6 条）。同一个公约草案关于设立一个特设法庭的附件二规定七名正法官，不设副法官（第 11 条）。

70. 《纽伦堡法庭宪章》¹⁷规定四名代表 1945 年 8 月 8 日《伦敦协定》签署国的法官，每名法官由一名副法官协助（第 2 条）。

71. 除了多少名法官应对某一案件具有审理权的问题以外，也出现了如工作积压，需要开设分庭时，法院是否可以分成数个分庭的问题。不应完全排除这个可能性，第 2 款已经对这个可能性作出规定。

第 16 条草案：与其他职责的兼容性

(a) 提议的案文

72. 所提出第 16 条草案的案文如下：

第 16 条 与其他职责的兼容性

1. 法院成员可继续行使当选前履行的职务。但是，他们不应参与以前曾以任何资格参与的任何案件。

2. 如果法官认为他不应审理某一案件，应通知院长。

(b) 评注

73. 由于法官仅按日领取津贴，不能要求他们放弃以前行使的职务。

¹² 国际法协会，第三十四次会议的报告……（见上文脚注 5）。

¹³ 见上文脚注 8。

¹⁴ 联合国，《……历史回顾》，第 88 页，附录 8。

¹⁵ 同上，第 97 页，附录 9B。

¹⁶ 同上，第 120 页，附录 12。

¹⁷ 见上文脚注 9。

第 17 条草案：免除职务

提议的案文

74. 所提出第 17 条草案的案文如下：

第 17 条 免除职务

法院成员不应被免职，除非其他成员一致认为其已不再满足规定的条件。

第 18 条草案：外交豁免

提议的案文

75. 所提出第 18 条草案的案文如下：

第 18 条 外交豁免

法院成员因法院公务来往法院所在地时应有权享受外交护照，在执行职务时应享受外交特权和豁免。

第 19 条草案：职位空缺

提议的案文

76. 所提出第 19 条草案的案文如下：

第 19 条 职位空缺

如职位因法官死亡或辞职或任何其他原因出缺，任命该名法官的国家只需写信给法院院长提供接任法官。

第 20 条草案：宣誓

(a) 提议的案文

77. 所提出第 20 条草案的案文如下：

第 20 条 宣誓

每位成员应在公开法庭郑重宣誓本人必当秉公竭诚行使职权。

(b) 评注

78. 列于名单上的所有法官可在全体会议上集体宣誓，以后听审个别案件时不必另行宣誓。

第 21 条草案：津贴、报酬和工资

(a) 提议的案文

79. 所提出第 21 条草案的案文如下：

第 21 条 津贴、报酬和工资

1. 法院院长每年应领特别津贴。
2. 副院长于代行院长职务时，应按日领特别津贴。
3. 法官于执行职务期间，应按日领津贴。并按大会所定比额表免费获得来往法院的交通。
4. 书记官长应领工资。
5. 工资、津贴和报酬及法院管理费用应由大会制定。

(b) 评注

80. 在一些规约草案中，由原籍国按当事国所订比额表支付法官旅费和薪酬。但是，如法院仅为国家间机构而非联合国机构，则此种制度比较能够获得接受。

第 22 条草案：法院的预算

提议的案文

81. 所提出第 22 条草案的案文如下：

第 22 条 法院的预算

法院预算应由联合国按大会决定支付。

第三部分

程 序

第 23 条草案：将案子提交法院仲裁

(a) 提议的案文

82. 所提出第 23 条草案的案文如下：

第 23 条 将案子提交法院仲裁

1. 如果一国有所投诉，有关案子应提交法

院仲裁。

2. (a) 任何国家不论其为法院规约的缔约国与否，可将被告交由法院审判，而不依照自己的司法权对此人进行审判。
- (b) 非缔约国向法院投诉应蕴涵对法院规约完全接受以及承认法院对有关罪行的管辖权。
- (c) 经由书记官长向院长提交的投诉应载明依循程序、参加调查并于必要时在法院进行起诉的代理人姓名和住址。
- (d) 所有程序文件应送达代理人住址或他所指定的任何地址。

3. 法院院长在接获投诉后应立即将之通知罪行发生地国以及被告原籍国，如果这些国家均不是原告。

4. 投诉应确切载列罪名以及其依据细节。

(b) 评注

83. 第 1 款规定只有国家才有投诉权，因此，个人和国际组织没有这种权利。国际组织的投诉权在委员会中引起争辩，结果没有得到普遍赞同。

84. 第 2 款(a)项确立法院的任择和同意性质，即任何国家也有权依照自己的司法权对被告进行审判。它还允许非缔约国利用法院。非缔约国既可将案子提交法院仲裁，第 2 款(b)项规定了非缔约国的义务，作为交换条件。

第 24 条草案：参与

(a) 提议的案文

85. 所提出第 24 条草案的案文如下：

第 24 条 参与

任何有关国家均可参与刑事程序，提出备忘录以及参加诉讼。

(b) 评注

86. “有关国家”应理解为意指犯罪者原籍国。这也可指其他受害国家或有国民受害的国

家，如果这些国家没有提出投诉的话，或者甚至可指罪行发生在本国境内的国家。

第 25 条草案：起诉

(a) 提议的案文

87. 所提出第 25 条草案的案文如下：

第 25 条 起诉

案文 A

向法院投诉的国家应负责提起公诉。

案文 B

在法院上的检察当局应为检察长。他应代表所有缔约国行事。法院(缔约国)应从第 12 条所规定的法官名单中推选检察长，任期三年。

(b) 评注

案文 A

88. 这个案文规定投诉国负责在法院上进行起诉。这似乎是回应大家所关切的事项，即建立一个花费不致太多的小型机构。

89. 1937 年《创立国际刑事法院公约》采用了这个案文(第 25 条第 3 款)。¹⁸ 这也是 1928 年《设立国际法院刑事法庭规约》草案所指认的解决办法之一，¹⁹ 根据该草案，负责提起国际刑事诉讼的安全理事会如认为有必要可“让有关国家(陈述控诉)”(第 25 条)。此外，国际法协会 1926 年的草案²⁰ 规定原告国家应指派“检察官或代理”一人以提起公诉(第 27 条)。A 方案似乎更贴近目前的条款草案的精神。

案文 B

90. 不过，案文 B 提供了较为典型的程序，这一典型解决办法是设立由一名检察长担任首长的起诉机构。不过，任命一位常任官员担任一个常设办公室的首长，并且配备一些副手(一般律

¹⁸ 见上文脚注 14.

¹⁹ 见上文脚注 8.

²⁰ 国际法协会，第三十四次会议的报告……(见上文脚注 5)。

师、一般候补以及许多初级官员), 自有其缺点, 委员会不愿意采取这一途径。

第 26 条草案: 调查

(a) 提议的案文

91. 所提出第 26 条草案的案文如下:

第 26 条 调查

1. 法院如认为投诉可受理, 应传唤被告出庭。

2. 法院在询问被告和研究有关证据后, 应决定是否进行调查。

3. 为此目的, 法院随时可主动地或应当事方的请求:

- (a) 下令公开和出示与诉讼有关的任何文件或证据, 如果这样做对确定事实真相相似确有必要;
- (b) 在相同的条件下, 下令证人接受法院或其一名或多名法官询问, 或者下令按照领土法所规定的方法, 用函件进行询问, 并且允许笔录供词作为法院的证据;
- (c) 所有证言必须为书面形式;
- (d) 如果案件引起的问题涉及法院不能进行的冗长调查, 法院可任命一个特别委员会, 由法院一名或多名法官组成, 以便进行查询。法院可就这个报告采取它认为适当的行动;
- (e) 法院在相同的条件下, 可传唤任何拥有专门知识特别是在军事、航海、航空或科学方面的人士, 就任何案件提供证据, 如果法院认为其知识是判决案件所必需者;
- (f) 必须有被告律师或原告或其他以适当方式召集的人士在场, 才可对专家进行查问以及向被告听询或与之对质。

4. 各缔约国承诺向法院提供一切必要援助, 特别是关于证人出庭, 必要时, 应根据被请求国家的规则, 以强迫方式确保证人出庭。

(b) 评注

92. 这个在听询时由法院自己进行的调查程

序取代了将调查委托一个常设机构, 实践中即为进行询问的司法行政官的程序。不过, 第 3 款(d)项规定, 如果案件需要时间冗长的调查, 法院可指派法院法官一人或多人进行调查。不过, 一旦完成调查, 这个特别委员会便予解散, 因此它不是常设性质的。

第 27 条草案: 缺席审判

(a) 提议的案文

93. 所提出第 27 条草案的案文如下:

第 27 条 缺席审判

[对任何被告均不得进行缺席审判。]

(b) 评注

94. 这个规定置于方括号内。实际上, 大多数的意见是不应允许缺席审判。不过, 这个解决办法可能会使法院的工作陷于瘫痪。倘若法院无法使被告出庭, 便足以使工作瘫痪。

95. 一些规约草案中载有缺席诉讼, 例如国际法协会 1926 年国际刑事法院规约草案²¹载有关于不出席的规定(第 33 条)。如遇不出席情事, 法院将发出传票或逮捕证, 并且在证明已适当传达控罪后, 继续进行诉讼。法院只需确信它拥有听询该案的管辖权。

96. 国际逮捕状的威慑效果是不容低估的; 这种执行令大大限制了被告的移动自由和行动。

第 28 条草案: 将被告送交法院

(a) 提议的案文

97. 所提出第 28 条草案的案文如下:

第 28 条 将被告送交法院

1. 如经法院请求, 缔约国应将任何被法院就其管辖下的罪行提起公诉的人士, 送交法院。

2. 但被要求这样做的国家应确保:

- (a) 所提起的公诉不是基于政治、种族、社会、文化或宗教理由;

²¹ 同上。

- (b) 被告不享有起诉豁免权；
(c) 送交不违反已决案件的法律原则。

(b) 评注

98. 就缔约国来说，促成将被告移交法院的条件似是合宜的。不过，本条款草案照顾到委员会内对保护被告权利的需要之关切。所以，用第2款(a)和(b)项的规定来制约第1款所述的原则。

99. 应念及这一简化程序不包括任何新的内容(第5条)。1943年伦敦国际大会拟定的关于设立国际刑事法院的公约草案²²含有以下条款：

“将被告移交国际刑事法院起诉当局不是引渡。为本公约的目的，国际刑事法院被认为是所有国家共有的刑事法院，该法院行使的审判权不应视为属于外国的。”

100. 在非缔约国彼此之间或者一个非缔约国与一个缔约国之间，应诉诸引渡程序。

101. 问题将是决定法院是否有权缔结引渡协定。它似乎没有这样的权力。

102. 一个解决办法将是规定任何对居住在第三国的人士行使起诉权的国家，遇该名被告拒绝出庭时，应将他从第三国领土引渡，以便于必要时将他移交法院。

第29条草案：诉讼的撤销

(a) 提议的案文

103. 所提出第29条草案的案文如下：

第29条 诉讼的撤销

在有法定资格提起诉讼程序的国家撤销控诉并且没有立即再提起诉讼的情况下，法院应停止诉讼程序并下令释放被告。

(b) 评注

104. 在某些国家的国内法里，撤销一项控诉并不自动导致停止诉讼程序。维护法律与秩序的检察官仍然必须同意停止诉讼程序。

105. 但是，就上面条文所指的案件而言，鉴于没有检察官负责捍卫国际法律与秩序，因此有理由在撤销控诉后停止该项刑事诉讼程序。

第30条草案：还押

提议的案文

106. 所提出第30条草案的案文如下：

第30条 还押

1. 法院应决定被提审的人是否应被逮捕。在必要时，它应决定被控诉人的保释条件。

2. 在进行逮捕时，法院所在地的国家应向法院提供一个适当的拘留所，并且必要时提供所需的警卫。

第31条草案：审讯

提议的案文

107. 所提出第31条草案的案文如下：

第31条 审讯

审讯应该公开进行，除非法院根据控诉或证据的性质决定不这样做。

第32条草案：审讯记录

提议的案文

108. 所提出第32条草案的案文如下：

第32条 审讯记录

1. 审讯记录应由院长签署，如他不在，应由副院长或主持审讯的法官签署。

2. 记录应该包括审讯的主要部分的扼要说明，并且应构成规定的正式手续已获遵守的唯一证据。

第33条草案：判决

(a) 提议的案文

109. 所提出第33条草案的案文如下：

²² 联合国，《……历史回顾》(见上文脚注5和15)。

第 33 条 判决

1. 当控方和被告方提出了论据和结束抗辩后，院长应该宣布诉讼程序结束。

2. 法院可以立刻作出判决，退席进行审议，或另订一个宣判日期。

3. 法院的审议应秘密进行，而法官应保持审议的机密性。

4. 法院的决定应由在场的大多数法官作出，并且应该被认为代表该法院作为一个整体的意见。

5. 所有法院的判决应有良好的根据并由院长在公开的聆讯中宣读。判决书中应只包括导致多数决定的论据。不得以任何形式发表或透露异议者或个人的意见。

(b) 评注

110. 第 5 款需要加以解释。鉴于在刑事案件中给予判决的重视和权威，个人或不同意见似乎是不适宜的。考虑到判决在可能严重地影响被判有罪者的个人自由方面产生严重后果，这些意见会削弱判决的权威。

第 34 条草案：刑罚

(a) 提议的案文

111. 所提出第 34 条草案的案文如下：

第 34 条 刑罚

直至通过规定适用刑罚的法规为止，法院应适用下列任一国家的刑法所规定的刑罚：

- (a) 犯罪者为其国民的国家；或
- (b) 提出控诉的国家；或
- (c) 在其境内犯罪的国家。

[但是，不应适用死刑。]

(b) 评注

112. “法无明文者不罚”原则要求在犯罪者作出犯罪行为之前规定施加的惩罚。在目前情况下，由于没有国际刑事法典而必须使用犯罪者本国的法律，或提出控诉国家的法律，又或在其境内犯罪的国家的法律。

113. 将由委员会从这三种办法中做出选择。特别报告员倾向于维持犯罪者本国法律作为他假定知道的法律。不过，刑事司法一般采用领土性原则。

第 35 条草案：救济方法

(a) 提议的案文

114. 所提出第 35 条草案的案文如下：

第 35 条 救济方法

案文 A

1. 复查应是对法院宣布的判决的唯一补救办法。假如发现一项具有决定性质的事实而法院在作出判决时不知道这一事实，并且申诉者在判决作出前是不可能知晓其事的，则可作出复查。

2. 复查应由作出判决的法院分庭加以审查。

案文 B

1. 补救办法应为上诉和复查。

2. 复查应是对法院宣布的判决的唯一补救办法。假如发现一项具有决定性质的事实，而法院在作出判决时不知道这一事实，并且申诉者在判决作出前是不可能知晓其事的，则可作出复查。

3. 上诉应由没有参与该项有争议判决的法官所组成的法院特别分庭加以审查。

4. 复查应由作出判决的法院分庭加以审查。

(b) 评注

115. 本条款草案提出的两项补救办法之中，只有复查赢得委员会多数委员的支持。

116. 委员会对上诉这个议题的意见是分歧的。一些委员认为最高刑事法院的判决不应该接受上诉。其他委员则相反，认为尊重人权要求应该授权对任何刑事司法决定提出上诉。因此提出了 A 和 B 两种选择。

117. 关于复查，必须注意这项程序不是始终容许的。因此，根据《纽伦堡法庭宪章》第 26 条：

“本法庭对任何被告的有罪或无辜的判决……应为最终判决和不接受审查”。²³

118. 这样的一项规定只可能联系实际情况来理解，因为当时的情况非常特殊。这项规定的结果是，死刑的判决在发现司法错误时也不可能予以复查。为了防止这样的结果，草案应该容许有复查的程序。

第 36 条草案：判决的执行

(a) 提议的案文

119. 所提出第 36 条草案的案文如下：

第 36 条 判决的执行

案文 A

监禁的判决应在法院所在国的领土内执行，该国应该为此提供适当的拘押设施和必要的警卫人员。

案文 B

监禁的判决应在法院指定的成员国领土内执行，但需获得该国同意。原告国不得拒绝同意。不过，如原告国愿意，应得执行该项判决。

²³ 见上文脚注 9。

案文 C

监禁的判决应在法院指定的成员国领土内执行，但需获得该国赞同。不过，不可以指定被告人为其国民的国家。

(b) 评注

120. 有必要决定拘押那些被判决者的地点。如果不就此事作出规定，每一项判决将会是无实际适用性的判决。

121. 解决办法 A 选择法院所在地似乎是最适当的。它给所有囚犯同等的待遇。尽管如此，一些规约草案也提出了其他解决办法。

第 37 条草案：赦免权和有条件释放

(a) 提议的案文

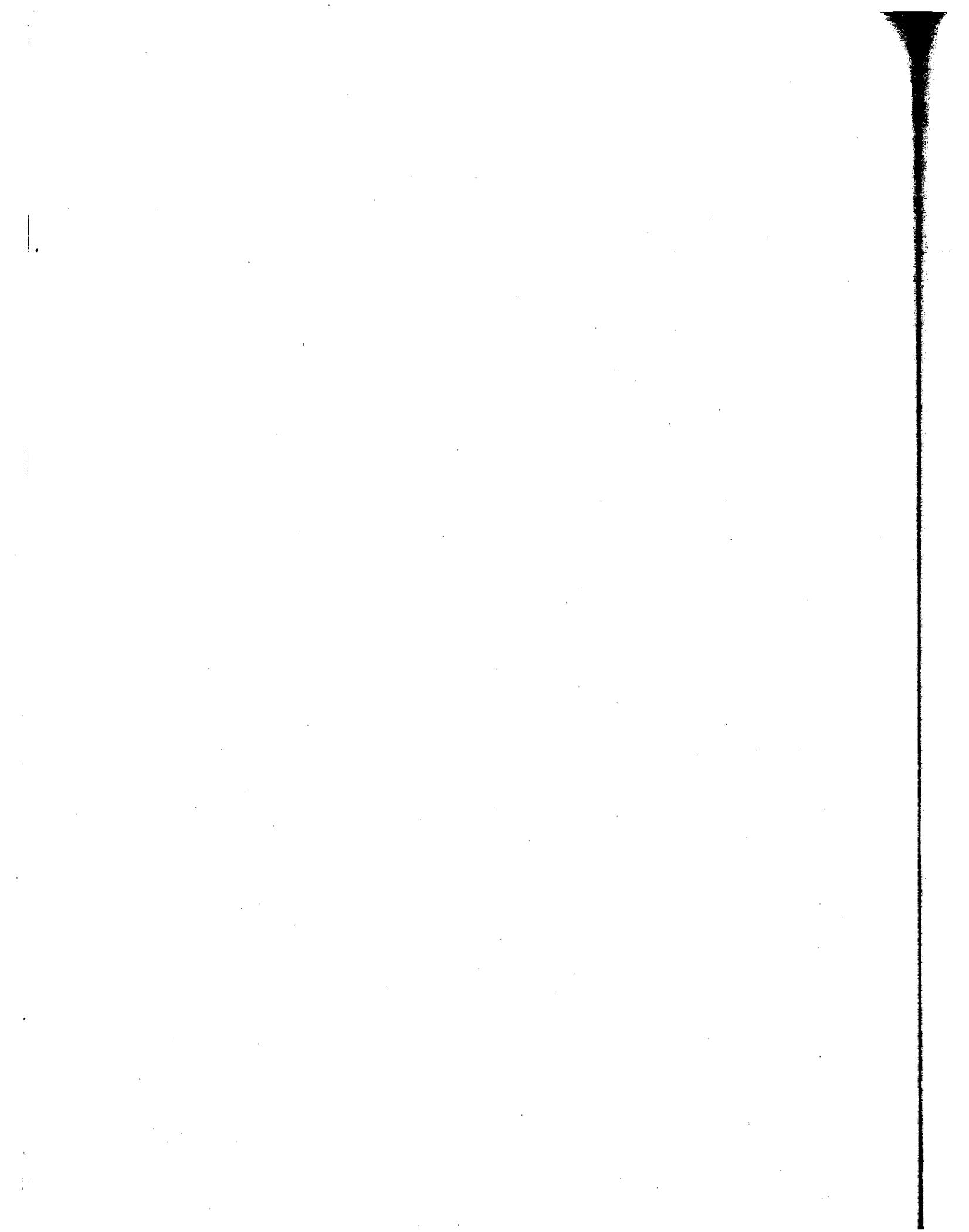
122. 所提出第 37 条草案的案文如下：

第 37 条 赦免权和有条件释放

赦免权和有条件释放应由负责执行判决的国家经由与其他有关国家协商后行使。

(b) 评注

123. “有关国家”一词必须被理解为在其领土上犯罪的国家、受害国或其国民是受害者的国家。



A/CN.4/452 和 Add.1-3 号文件

各国政府对国际刑事管辖问题工作组 报告提出的评论

[原件: 英文/俄文/西班牙文]

[1993年5月10日和25日、7月20日及9月7日]

目 录

	页 次
本报告引述的多边文书.....	135
导 言.....	136
从会员国收到的评论	137
澳大利亚	137
白俄罗斯	143
保加利亚	145
丹麦*	146
芬兰*	146
冰岛*	146
意大利	146
墨西哥	147
北欧国家	149
挪威*	150
巴拿马	150
西班牙	150
瑞典*	151
美利坚合众国	151

* 由丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典共同提出的答复列入北欧国家项下。

本报告引述的多边文书

来 源

《防止及惩治灭绝种族罪公约》(纽约, 1948年12月9日) 联合国,《条约集》,第78卷,第288页。

《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》(日内瓦, 1949年8月12日) 同上,第75卷,第31页起。

来源

- 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(第一和第二议定书)》(日内瓦, 1977年6月8日) 同上, 第1125卷, 第149页起。
- 《保护人权与基本自由公约》(罗马, 1950年11月4日) 同上, 第213卷, 第221页。
- 《公民权利和政治权利国际公约》(纽约, 1966年12月16日) 同上, 第999卷, 第202页。
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》(海牙, 1970年12月16日) 同上, 第860卷, 第105页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约, 1973年11月30日) 同上, 第1015卷, 第254页。
- 《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》(纽约, 1973年12月14日) 同上, 第1035卷, 第179页。
- 《反对劫持人质国际公约》(纽约, 1979年12月17日) 同上, 第1316卷, 第225页。
- 欧洲安全和合作会议《调解和仲裁公约》 《国际公法综合杂志》, 巴黎, 第97卷, 1993年, 第213页。

导 言

1. 大会1992年第四十七届会议通过了1992年11月25日关于国际法委员会第四十四届会议工作报告的第47/33号决议。

2. 该决议第4、5和6段内容如下:

“大会,

“4. 赞赏地注意到题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’的国际法委员会报告第二章, 该章专门讨论可能建立国际刑事管辖问题;

“5. 请各国如有可能在国际法委员会第四十五届会议以前向秘书长提交对国际刑事管辖问题工作组报告¹的书面评论;

“6. 请国际法委员会继续关于此问题的的工作, 从下届会议起作为优先事项进行拟定国际刑事法院规约草案的项目, 开始审查工作组报告和第六委员会辩论中所查明的的问题, 以期以工作组报告为基础, 考虑到

第六委员会辩论中的意见和从各国收到的书面评论, 起草一份规约, 并向大会第四十八届会议提出进度报告。”

3. 按照大会上述决议第5段的要求, 秘书长向各国政府发出了1992年12月1日的通告, 请各国政府尽可能在国际法委员会第四十五届会议之前提出书面评论。

4. 截至1993年7月23日为止, 秘书长收到会员国提出的共计8份复信, 载于本文件内。会议结束之后收到的第9封复信也转载于下文。² **

² 国际刑事管辖问题也在A/CN.4/448和Add.1号文件(在本卷中转载)中提到过, 其中载有各国政府对委员会在其第四十三届会议上一读通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案的评论和意见。

** 工作组报告中作为成员国评论题目的段落以括号标明。

¹ 《1992年……年鉴》, 第二卷(第二部分), A/48/10

从会员国收到的评论

澳大利亚

[原件: 英文]
[1993年5月3日]

1. 澳大利亚赞成赋予委员会以拟订国际刑事法院规约草案的任务, 并希望提出的评论有助于委员会任务的执行。澳大利亚保留它就委员会最终拟订的规约草案表示立场的权利。以下评论的结构系按工作组的报告而提出。

一般性评论

2. 1992年10月28日, 澳大利亚在第六委员会关于这个问题的辩论中评价了工作组采取的总方针, 并指出这一方针以下各组成部分的重要性:

- (a) 国际刑事法院规约分离于危害人类和平及安全治罪法;
- (b) 国际刑事法院的管辖至少在实行的第一阶段仅限于个人而不适用于国家;
- (c) 规定这一法院基本上属于自愿管辖性质, 与国家法庭并存;
- (d) 至少在实行的第一阶段, 法院是应需要而设立, 并非常设的全时运转的机构。¹

3. 澳大利亚要强调上述各个成分的重要性, 希望国际法委员会在进行关于规约草案的工作时给予适当的重视。

具体评论

1. 结构问题和管辖权问题

(a) 设立法院的方法

4. 澳大利亚同意工作组表示的意见 (第 45

段), 即国际刑事法院应在它自己的采用条约形式的规约下设立。

(b) 法院的组成

5. 澳大利亚也注意到工作组所表示的以下见解的重要性 (第 46 段): 法院至少在运作的第一阶段, 不应是一个全时运转的机构, 而应在每一次要求开庭时组成。这种立场反映了工作组认识到法院在运作的开头几年所将面临的有限工作量, 并认识到, 拥有全数法官和支助性行政结构的全职法院的设立和维持费用可观。国际刑事法院如果不具有专属管辖权, 而与国家法院同时进行管辖, 则其工作量将更为有限。

6. 工作组正确地指出 (第 48 段), 法院的法官必须要有独立性和公正性, 并且具有适当的资格和经验。《国际法院规约》第二条也对法官作了同样的要求。此外还应有一项条件 (类似于《国际法院规约》第九条), 即在法院任职的法官应代表“世界……各主要法系”。

7. 工作组提出了 (第 50 和 51 段) 提名法院法官并在需要时组成法庭的一种可行安排。尽管这一安排有它的好处, 委员会还应审查其他可行的办法以确保一切有关问题都加以充分考虑。这样的安排不应过份繁杂, 而应建立于简单的架构, 以保证提名合格的法官, 迅速组成一个由合适的法官组成的审判团来审判案件。

(c) 国家可能接受法院管辖权的方式

8. 报告重申了工作组的看法 (第 52 段), 即法院不应拥有强制管辖权。澳大利亚指出了这种看法的重要性。法院的自愿管辖权需要有一种机制可使国家用以接受这种管辖权。如该段所述, 一国一旦成为规约缔约国即接受“某些行政义务”。一国接受法院的管辖应作为一项单独的行为。一如工作组所指出的, 这一行为可以类似于接受《国际法院规约任择条款》。

9. 接受法院管辖的任一办法都必须许可国家有伸缩性地提出接受管辖权的条件。报告说明

¹ 《大会正式记录, 第四十七届会议, 第六委员会》, 第 22 次会议, 第 30-38 段, 尤见第 31 段。

了处理这一问题的不同办法(第54段)。委员会在起草规约中关于管辖权的条款时应确切定义一国接受法院管辖的条件。条款中必须载列关于一国接受法院管辖的具体罪行清单。委员会还必须铭记,许多国家无疑地必须在国家宪法要求同接受法院管辖二者之间进行协调。上述要求可能包括审判形式,审判程序和程序性保障。

10. 工作组讨论了(第56段)非规约缔约国的国家接受法院管辖的问题。工作组主张非规约缔约国的国家可在个案基础上接受法院管辖。澳大利亚认为这一办法应予鼓励,因为它有助于法院作用获得接受。《国际法院规约》第三十五条规定了法院可在某种条件下开放给非规约缔约国的国家。对于非法院规约缔约国的国家必须加上一些类似于工作组建议的适当条件。

(d) 法院的属事管辖权

11. 澳大利亚在大会第四十七届会议第六委员会关于这个问题的辩论中表示,总的来说,支持工作组对于法院管辖权方面采取的办法。澳大利亚仍然支持这一基本方针,就是保证法院的管辖权利基于“界定国际性罪行的指定现行国际条约”,包括《危害人类和平及安全治罪法》(在其获得通过和生效后)。规约当然不会全数载入这些条约本身,而是选择那些条约所界定的由法院行使管辖的有关罪行。这些罪行必须仔细加以界定。

12. 但是,管辖权的建立并不是没有困难。形成管辖权基础的现有各项条约,除了《防止及惩治灭绝种族罪公约》(尤其第六条)之外,并不含有允许缔约国选择是否将案件提交讨论中的这类法院的条款。这一问题必须找出解决的办法。

13. 另一个困难在于某一规约缔约国非作为法院管辖权基础的所有条约的缔约国的情况。解决这个困难的一个办法是有充分的伸缩性以供国家只对那些它们作为缔约国的条约方面接受法院的管辖。同样的困难还在以下的情况下产生:如果一国对于它们并非缔约国的条约方面不接受法院的管辖,那么对于这些条约所涉罪行是否能够提起诉讼。

14. 在考虑如何对待所述罪行时,必须注意现有各项条约同治罪法草案之间的关系。今年年初澳大利亚就治罪法草案²现有案文发表评论时

表示,治罪法同现有各条约所述罪行的定义有重复之处。特别是在某些情况下,治罪法删除了现有罪行的某些成分或缩减了它的范围。如果治罪法与现有各项条约之间实质性的差异不解决,法院的属事管辖就不能适当运行。下文第30段起讨论规约中罪行定义的一般性问题。

15. 工作组指出(第58段),对某些条约而言可能需要限制属于法院属事管辖权的那些罪行的范围,以避免法院受理过多的性质较不严重的案件。报告中举出的例子是非法贩卖麻醉药品的公约。澳大利亚在第六委员会对这个问题表示意见时说,法院应该有充分权力斟酌是否审理某一具体案件。这个问题也产生于当一国选择对某一特殊案件接受法院管辖的情况。一个国家如果以这种方式接受法院的管辖,这无疑地希望确定对于被控犯有这类罪行的人能够由法院进行审判。为了达到这种确定性,规约中所列罪行必须要清楚指明其严重程度(从而提供由法院管辖的理由)。

16. 澳大利亚接受工作组在报告(第59段)中表示的意见,即在建立法院的第一阶段,法院的管辖应限于现有各项条约所确定的罪行,而不应扩及那些“生效的条约所未包括或确定”的违反一般国际法的罪行。

(e) 法院的属人管辖权

17. 法院的属人管辖权,正如工作组在其报告中指出的,是个相当困难的工作,需要加以仔细地考虑。

18. 最初遇到的障碍是各国国内刑事法对于属人管辖权的基础各不相同。那些希望成为规约缔约国的国家无疑地希望在最大可能范围内使法院的属人管辖权同其本国刑法的属人管辖权相协调。

19. 另一个需要克服的障碍就是界定法院属人管辖权与以下管辖权之间的关系:那些作为现有各项条约缔约国的国家对于被控犯有这些条约所述罪行的人具有的管辖权。这是有关规约与现有各项条约之间关系的广泛问题中所涉一个层面。

20. 澳大利亚注意到,工作组报告提出(第64段)的“受让管辖权”概念只能部分解决一国在现有条约之下的管辖权同它接受法院管辖权之

² 转载于本卷中的 A/CN.4/448 和 Add.1 号文件(见第 65 页)。

同可能形成的冲突。如工作组指出的，“受让管辖权”对以下情况不能发挥效用：当数量众多的国家根据一项对某一罪行建立普遍管辖权的条约均有权管辖的情况。如果要求管辖的国家之中有些并非法院规约的缔约国，那么情况就更加复杂。这些国家可能认为，某一国家如果将管辖权让予国际刑事法院而不将罪犯提交这些国家审判，则是违反了该国根据条约对它们所负的义务。

21. 工作组讨论(第66段)了国籍国对于法院属人管辖权的关系。澳大利亚并不认为原则上每一案件都需经国籍国同意才能由法院行使管辖权，审理案件。澳大利亚认为工作组在该段中提出的另一建议较为可取，就是当国籍国准备在其本国法庭起诉被告时才可阻止法院行使其管辖权。这种办法预先假设了国籍国可以根据其国内法起诉被告。当国籍国不能起诉被告时，就不应有权阻止被告由国际法院审判。

22. 在确定国籍国时，国际法委员会必须仔细考虑双重国籍者的待遇。对于一个双重国籍的人，给予此人公民身份的目前居住国同仍然认为此人具有该国公民身份的先前居住国之间可能发生冲突。还有一种情况就是某人出生于一个国家，因此得到该国的国籍，但由于他的父母或祖父母为另一国公民，因此也具有该另一国的国籍。在上述情况下两方面国家的权利必须加以确定。

23. 澳大利亚认为，为工作组审议法院属人管辖权时突出指出的问题寻找解决办法是草拟规约面临的最大的挑战之一。任一解决办法都必须得规约缔约国顾及其他国家的管辖要求。

(f) 法院和危害人类和平及安全治罪法之间的关系

24. 澳大利亚赞成以单独两项文书载列法院规约和危害人类和平及安全治罪法。工作组的报告中有力地说明了这种办法的好处。

(g) 法院行政管理的可能安排

25. 法院的行政安排完全决定于它的结构、地点和工作量。如果照所建议的，法院至少在运转的第一阶段并不作为全时运转的机构，那么就减少行政负担，从而工作人员和资源的需要量较专职机构为少。

26. 工作组简单地讨论了(第78段)法院所在地的的问题，并表示在可能情况下法院应位于犯下罪行的国家境内。澳大利亚认为，如果法院旨在向规约缔约国提供一个审理案件的场所，同它保持距离，避开审判可能产生的问题，那么这些国家就会不愿法院座落在它们的领土内。

27. 工作组列举了法院行政管理方面可能产生的一些主要问题。这些问题大多数无须此时详细讨论。但是，法院同联合国之间关系的性质却必须加以注意。

2. 一个不是法院的国际刑事审判机制

28. 澳大利亚注意到在工作组的报告(第81至95段)中有用地摘述了主张设立这样一种机制的论点。然而，澳大利亚同意工作组报告所介绍的大多数意见，即这些替代机制并不能解决作为要求设立国际刑事管辖基础的重要问题。

3. 适用的法律、处罚和正当程序

29. 对适用的法律和正当程序问题的审议，要求适当注意确保规约的各项规定要符合人权文书的有关原则和联合国的刑事审判标准。

(a) 适用的法律

(一) 罪行的定义

30. 上文第11至第16段已谈到法院属事管辖权的各方面问题。

31. 如工作组在报告(第101段)中指出，《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第1款体现了“法无明文不为罪”的原则。第十五条第1款规定，

“任何人……在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。”

在限定刑事罪行时所要求的法律确实性和明确性，辩护和惩罚也包括在内，是刑事事项的法制基础。澳大利亚支持工作组坚持这一刑法基本规则的决心。

32. 为了遵守第十五条第1款的要求，工作组主张(第101段)应将国际法院的管辖范围限于由现行条约界定的国际性质的特定罪行。澳大利亚在上文第12段中重申支持这一基本作法。慎

重限定所选定罪行的内容极为重要，这样才能要求检察官证明一被告的行为符合某一特定罪行的内容。

33. 澳大利亚认为，如果一个法院的管辖范围包括现行多边公约所规定的国际罪行，则需要解决下列问题：

- (a) 现行公约中国际罪行的定义不充分(包括缺乏抗辩、减罪的因素和处罚等内容)；
- (b) 治罪法草案和现有公约之间的关系；
- (c) 罪行的分类：确定哪些罪行是最严重罪行，因此应属于法院的管辖范围；
- (d) 规约如何对具有国际特点的严重罪行赋予管辖权。

a. 具体说明

34. 现有的国际公约是国际法的最可靠的来源，可以从中查明特定的刑事规范，但现有的条约以若干不同的方式规定“刑事犯罪”。

35. 一些公约谴责这种行为并规定各国必须遵守的义务在国家一级对这种行为定罪和处罚；其他公约比较一般地提到某一国际关切的问题，并要求有关国家采取适当的措施；另外一些公约仅规定有义务惩治或引渡所称的罪犯或在起诉和惩治某一行为时给予合作。

36. 需要考虑的是如何从现有公约所设立的大量刑事规范中推断出构成国际性严重罪行的特定犯罪。需要确定标准的内容，以据此将现行公约所限定的某种行为列入法院管辖范围。

37. 一般来说，澳大利亚联邦和州一级的法律实践是，具体查明某一罪行的构成成分，以及抗辩、减罪因素和处罚的构成成分。澳大利亚认为，尽管需要依靠限定刑事规范的现有公约，但某些条款的含混之处可能导致难以满足《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第1款的要求。

b. 《危害人类和平及安全治罪法》同现有多边公约之间的关系

38. 如上文第14段指出，澳大利亚在对治罪法草案的评论中表示关切，因为治罪法重复其他多边公约已经规定的罪行的定义，同时在一些

情况下又忽略了现有罪行的内容或缩小了其范围。

39. 如果法院从各项多边公约而不是从治罪法得出管辖范围，就必须澄清这些公约和治罪法之间的关系。

c. 罪行的分类

40. 澳大利亚同意工作组的建议，即国际刑事法院仅应审理真正具有国际性质的罪行。问题是应当使用何标准来确定哪些罪行可以被认为是(a)真正具有国际性质；和(b)非常严重而必须列入法院管辖范围的。

41. 确定某一罪行“真正具有国际性质”是否就足以列入管辖范围？管辖范围是否应最终取决于所犯罪行的严重性？某些罪行，如恐怖主义，必须被认为是固有的严重罪行。澳大利亚认为需要澄清这些问题以确保采用客观的标准来确定哪些罪行应列入法院管辖范围。

42. 澳大利亚还注意到，规定国际罪行的各项条约在为此类罪行作出定义时存在各种差别。在根据某一特定文书对一项行为的限定办法来确定罪行性质或说明其严重性时，这些差别可能会带来困难。

d. 关于管辖范围的规定

43. 具体说明的问题同规约如何规定法院管辖范围的问题相重叠。规约将需要一项或数项规定赋予对国际罪行的管辖。这种规定将发挥重要作用以确保规约符合《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第1款的要求。

(二) 刑法的一般规则

44. 工作组指出(第103段)，多数的条约都没有明文规定抗辩和减罪的情况，也没有形成关于此事项的国际刑法的规则。工作组建议(第104段)法院可适用国内法。然而，如工作组指出，本国法原则上只是一个国际层面的事实问题。探讨了解决这一问题的两个办法。第一是直接提到国内法在适当时的适用。第二是要求双重有罪(根据住地或行为进行地)，因此间接提到国内法。

45. 澳大利亚赞同工作组的主要关切是查明适用法的来源。如果法院的管辖范围同国内法院

一致 (而不是独有的), 那就有一定初步的理由可以使用国内法填补国际刑法的某些空白。然而, 澳大利亚认为总的来说这种做法将不可避免地导致各种案件处理中的不一致情况, 从而使引起的问题多于解决的问题。抗辩和减罪的情况将取决于国籍和 (或) 犯罪地点。这种不一致的情况是不可取的, 可能破坏法院的合法性。各种案件要适用不同国家的国内法, 也给法院的法官造成重大负担, 不可能期望他们对所有的国内法有详尽的了解。

(三) 可适用的程序

46. 澳大利亚同意工作组所表达的意见 (第 108 段), 即法院规约及其衍生出来的规则应尽可能载明审判的程序规则。工作组还指出, 法院可能有必要在不能适用规约或规则的情况下, 借鉴与缔约国程序守则共同的原则来规定自己的程序。

47. 虽然澳大利亚同意“法无明文不为罪”的原则并不妨碍这种做法, 因为这一原则只关系到实体法而不是程序法, 但适用不同的程序规则也可能引起不一致的问题。

48. 为克服可能出现的不一致问题, 应实施一套统一的规则, 而不论被告的国籍如何。程序问题, 特别是证据法规则, 并不仅是技术事项, 而是确保公平审判的中心问题, 正如联合王国在大会第四十七届会议第六委员会指出的。³ 这些问题在不同的法律体系中表现不同, 澳大利亚认为要进行详细的研究。

(b) 施加的刑罚

49. 澳大利亚注意到很少有公约对刑罚作出限定。工作组建议 (第 110 段) 在规约中列入一项刑罚条款, 否则法院将不得不根据国内法或按“各国共同适用的原则”规定刑罚。如上文第 31 段中指出, 澳大利亚认为考虑刑罚问题的出发点必须是体现“法无明文者不罚”原则的《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第 1 款。这要求刑罚条款的“明确性和确定性”。澳大利亚同意工作组的意见, 适用国内法或“各国共同适用的原则”可能满足不了明确性和确定性的要求。

³ 见《大会正式记录, 第四十七届会议, 第六委员会》, 第 21 次会议。

因此, 似乎有必要为规约制定刑罚条款。

50. 工作组建议在规约中列入一项附加条款, 在适用法律中没有明文规定刑罚、或者规定的刑罚不属于规约允许国际法院施加范围之内时, 可用以处理刑罚问题。澳大利亚还认为, 所列入的刑罚附加条款如果不够详细, 将不一定能够解决此问题和履行《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第 1 款规定的义务。如果规约中列有刑罚条款, 就不再需要此附加条款。

(c) 确保正当程序

51. 工作组提到 (第 111 段)《公民权利和政治权利国际公约》第十四条, 认为它是适当程序问题的主要国际法来源, 而不需要进一步的说明。然而, 澳大利亚认为仍有若干问题需要考虑。

(一) 复查 / 上诉

52. 第十四条第 5 款规定,

“凡被判定有罪者, 应有权由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审。”

这说明在法院规约中需要有由上诉庭, 例如法院全体法官, 对定罪及刑罚进行复查的条款。上诉法官应有准许或拒绝上诉的斟酌决定权。

(二) 陪审团的审判

53. 如其他普通法的国家一样, 陪审团审判也是澳大利亚法律制度的一项基本内容。澳大利亚联邦宪法第 80 节保障依联邦任何法律指控犯有可起诉罪行的个人有权由陪审团审判。澳大利亚不主张在规约中列入陪审团审判的条款。但希望提请委员会注意澳大利亚和其他国家如果接受国际法院管辖范围可能需要解决的宪法困难。

54. 使问题更突出的是, 有些国际文书对缔约国规定有一项具有约束力的义务, 即根据国内法将某些行为定为严重 (可起诉的) 罪行。例如, 《关于制止非法劫持航空器的公约》第 2 条要求各缔约国将该罪行定为应严惩的罪行。1991 年的《航空刑法》履行了澳大利亚根据各项劫持公约所承担的义务。该法第 13 节在海牙公约的意义内将劫持定为可以起诉的罪行。然而, 被指控犯有该罪行的人将有权由陪审团审判。

4. 起诉和有关事项

(a) 起诉制度

55. 工作组建议(第117段)建立特设的独立起诉制度。澳大利亚同意,独立的起诉制度对于进行起诉的原告国家较为有利。确保起诉制度的独立性和公正性是为法院信誉和合法性的基础。

56. 工作组建议法院在同有关国家协调后任命检察官,这是合理的,这样做既保持了起诉制度的独立性,又给予有关国家参与的机会。但是必须明确订定的是哪些缔约国应该参与法院的协商过程。缔约国在检察官的选择和任命过程中的确切地位应该明白加以规定。

(b) 提起诉讼

57. 工作组在报告第120段中指出,采取任命独立检察官的制度可以免除初步审讯以调查证据的需要,因为法院将有权驳回“轻率和不确实的控告”。另一个考虑是法院进行初步审讯可以视为没有必要地浪费时间和金钱。

58. 澳大利亚认为,检察官的作用、任务和职责应该加以规定。必须考虑的问题有诸如种族问题、检察官对法院的职责以及对被告的义务。检察官斟酌决定权的行使以及起诉决定的标准也需加以规定。澳大利亚同意工作组(第119段)提出的意见,就是应有机会审查检察官所作不起诉的决定。

59. 如果没有常设的独立检察官职务,则案件只能由缔约国和安全理事会向法院提起诉讼。澳大利亚同意工作组(第122段)表示的意见,就是提出控诉的权利应该扩及对罪行接受法院管辖的任何缔约国。有一种困难情况是,希望对某些罪行提起诉讼的缔约国并不接受法院对于所有这些罪行的管辖权。这种情况必须加以解决。

(c) 传被告到庭

60. 在传被告到庭的办法方面存在许多问题,这些问题必须解决才能使法院有效发挥作用。工作组在其报告中讨论了其中一些问题。各国之间宪法要求的差异是有待克服的主要障碍之一。

61. 澳大利亚同意工作组在报告(第133段)中表示的意见,就是法院规约有必要规定移交被告的最低条件,各缔约国必须加以遵守。在草拟有关

条款时,工作组应参考各国之间现有的引渡安排。在这类安排的基础上拟订一组较易于由各国承认的条款草案。然而可能产生一些概念性问题,就是是否有必要将被告引渡给法院而非一个国家。

62. 工作组讨论(第135段)了视为移交要求最基本的一些组成部分,包括“足够有理由将被告交付审判的表面证据”。澳大利亚认为这种办法将会产生困难,表面证据对不同的国家可能有不同的涵义。此外,这也不是引渡条约的普遍标准,许多引渡条约采用“无证据”的办法,就是要求引渡的国家只需要向被要求国家提出关于被告罪行的行为或不行为的说明。

63. 除了考虑如何将被告交付法院的问题之外,澳大利亚认为还应注意被告在审判之前拘留情况。在这方面,应该以《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》⁴为基本标准。

64. 在被告是青少年的情况下,应以《联合国少年司法最低限度标准规则》(北京规则)⁵和《儿童权利公约》⁶第37和40条作为最低标准。

(d) 关于向法院提起诉讼的国际司法协助

65. 报告第136至153段很有益地探讨了与各国协助在国际法院上起诉被告有关的一些问题。这种援助对于成功地起诉被告十分重要。在复杂的案件下,需要有许多国家提供援助。

66. 工作组指出(第136段),这种援助是“向法院的‘单向’援助,而不是对等援助”。工作组正确地指出这种援助应是“单向的”。但是有一个问题,就是这种援助是否应该只向法院提供。国家之间订有彼此援助的协定和安排,而此处援助的目的多数是为了准备向被告提起诉讼。因此,援助请求是由请求国的起诉当局提出。同样地,在准备向法院提起诉讼的案件时,多半是由独立的检察官要求国家的援助。将审理案件的法院不应参与或被视为参与起诉案件的准备工作。为了保持这种分离,国家的援助应该直接提供给检察官。

67. 此外还应考虑向被告的法律代表提供何

⁴ 大会第43/173号决议,附件。

⁵ 大会第40/33号决议,附件。

⁶ 大会第44/25号决议,附件。

种援助以确保他们进行适当的辩护。向那些没有资金进行辩护的被告提供财政援助的问题也需加以考虑。缺乏财政手段使得被告无法进行适当答辩。关于得到法律援助的权利的最低保障载列于《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第3款(丁)项。

68. 工作组对国际司法协助提出(第139段)了三种选择方案。经过评价各方案之后,工作组指出,援助的最佳办法,至少在法院业务的第一阶段,是规约中规定一般性的条款,并以向缔约国寻求的援助种类非详尽性清单为补充。缔约国之间订立彼此援助条约的可能性可在稍后阶段考虑。澳大利亚同意此一评价所根据的理由。但他强调,若要起诉成功,则需满足建立有效援助制度的基本条件。

(e) 判决的执行

69. 澳大利亚认为判决的执行是有待处理的最困难问题之一。需要考虑的有以下若干方面。

(一) 人道主义考虑

70. 第一,所采用的监禁条件不应低于《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》中的规定。⁷ 第二,即使罪犯的监禁是在一个遵守上述标准的国家内执行,而语言,气候和文化方面的差异仍然有可能使监禁条件变得更加不利。

(二) 国家

71. 在决定哪一个国家负责执行判决时应该有伸缩性。这种责任的范围必须确立,包括监禁费用等事项。

(三) 囚犯移交给国籍国

72. 许多国家对于一国的公民在另一国法院定罪并判刑的情况缔结了相互遣送回国的协定。澳大利亚建议考虑在规约草案中列入一项条款,许可被定罪者的国籍国执行判决,如果该国愿意这样做的话。这种办法必须满足两项条件。第一,法院必须确保该国具有符合《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》的设施。第二,必须考虑是否以囚犯的同

意作为给予国籍国监护权的先决条件。

73. 如果许可移交囚犯,则需定有以下方面的条款:决定移交申请的程序、囚犯在移交路程中的合法监护权、囚犯监护权的转移等等。关于移交囚犯方面的标准可以参看《引渡示范条约》⁸和《有条件判刑或有条件释放罪犯转移监督示范条约》。⁹

(四) 判决的复核

74. 澳大利亚同意工作组表示的意见(第154段),就是应该考虑规定可以申请改变判决。必须考虑假释、减刑和赦免的制度。

(f) 法院同现行引渡制度的关系

75. 工作组正确地提出了关于采用或引渡或审判办法的条约同国际刑事法院管辖权之间关系的问题(第160段)。

76. 规约的缔约国如果选择诉诸刑事法院管辖的话,则有可能在以下情况中被视为违反了另一条约所规定的起诉义务:就是根据该项条约拒绝向一个不承认国际刑事法院管辖的国家引渡罪犯。

77. 澳大利亚赞成第161段中的这一意见,即移交被告的制度视为现行“审判或引渡”制度的补充。为了得到最大程度的灵活性,使法院尽可能得到最广泛的支持起见,对于某一罪行接受法院管辖的缔约国应该可以选择将被告送交一国际法院作为第三种办法。如果对于那些愿意接受法院管辖的国家规定他们有义务移交被告接受审判,那么就可能使一些国家不愿成为规约的缔约国。

78. 鉴于存在完全不同的条约制度所引起的特殊问题,澳大利亚认为关于规约缔约国收到不只一个引渡被告的要求的问题必须仔细加以考虑。

白俄罗斯

[原件:俄文]

[1993年5月19日]

一般性评论

1. 白俄罗斯共和国的主管部门认为设立国

⁷ 见联合国,《联合国第一届防止犯罪和罪犯待遇大会,日内瓦,1955年8月22日至9月3日:秘书处提交的报告》(出售品编号1956.IV.4),附件一,第67-73页。

⁸ 大会第45/116号决议,附件。

⁹ 大会第45/119号决议,附件。

国际刑事法院的设想取得成功的可能性极大。

2. 白俄罗斯共和国的主管部门分析了各种类别的罪行和这些罪行的各种构成内容，由此而赞成需要为不同的目的采用不同的国际管辖方式这一意见。它们认为，国际刑事法院的必要性取决于具体情况；具体而言，它既可是进行刑事审判的唯一可能手段，也可能只不过是一种补充性办法。各主管部门认为，设立国际刑事法院应主要是针对具有国际性质的罪行执法。

3. 由于目前已有十分成熟的实质性国际刑事法体，如果通过危害人类和平及安全治罪法是一个长期的过程，就不应把设立国际刑事法院与通过治罪法紧密地联系在一起。在这种情况下，由法院管辖的罪行可以是首先已由有效的国际条约界定过的罪行。治罪法在获得通过之后可成为界定国际刑事法院管辖之罪行的国际文书之一。把加入治罪法与加入国际刑事法院规约严格挂钩是合理的。虽然希望国际社会就长期而言将达成一项立场，把加入治罪法视为毫无例外对所有国家均为强制性的义务，但在开始时这种对应关联不必如此严格。

4. 白俄罗斯共和国认为，国际刑事法院在初始时应具有对国际罪行的综合性管辖权。初始时，属于国际刑事法院专有管辖权限之内的罪行应当包括侵略、侵略威胁、有计划和大规模侵犯人权、种族灭绝和种族隔离。加入法院规约应等于自动承认国际刑事法院关于这些国际罪行的专有管辖权。此外，可做出规定，使个别国家能通过声明或与国际刑事法院达成的协议扩大法院对其的专有管辖权。其他的国际罪行可暂时属于国际刑事法院或国内法院的管辖权限之内，两者取其一。这类罪行并不因此而失去其国际罪行的属性，但在国际刑事法院设立时间足够久之后，是否将某种行为定义为国际罪行可与其是否属于国际刑事法院的专管权限范围之内挂钩。至于具有国际性质的罪行（具有对国际关系造成严重恶果的国际内容的普通刑事犯罪），仅可确定任择管辖权。在这种情况下，国际刑事法院可能只不过是与现有普遍性管辖权制度不同的另一种选择。

5. 国际刑事法院的属人管辖权将必须是普遍性的，即其延伸必须包括法院可对之合法确立管辖权的所有人等（缔约国将此类人等移交依规约处置、非缔约国对其的引渡、以及依照《联合国宪章》采取维护国际和平与安全的措施将其逮捕）。据此，将不需要对法院管辖权的同意。这

应用于属于国际刑事法院专属管辖权范围内的罪行。对于不属于法院强制性管辖权限之内的罪行应有一项任择款项，即应取决于有关国家（或若干国家）依照现行国际法和国内法给予的同意。不遵守关于国际刑事法院强制性管辖权的规定将被视为对国际和平与安全的威胁，应由此导致联合国安全理事会在国际调查机构向其提交报告之后采取适当的措施。

6. 组织国际刑事司法的其他环节，首先是一个国际调查机构，对于设立国际刑事法院来说极其重要。应予强调的是，长期以来一直就需要有这样一个机构，而不仅仅是出于建立国际刑事法院的原因。白俄罗斯共和国认为，在国际刑事法院建立起来后的初期阶段就设立一个独立的起诉机构是不妥当的，可加讨论的是由法院从事先编制的候选人名单中为每一具体案件指定一名独立的检察官。检察官的作用可不包括调查、收集证据及向法院提出证据。这属于调查机构的职能。检察官应首先依靠调查机关收集的资料准备起诉书和作为起诉人出庭。只有法院才有权在听证过程中驳回证据不足的指控。

7. 有的意见认为国际刑事法院规约应采取一项国际条约的形式，这是值得赞成的。联合国可以积极协助这一条约的拟订和通过工作。与联合国的密切配合将要求有相当多的国家加入法院规约，这种配合可为法院的有效性创造条件。显然，国际刑事法院与联合国之间的基本配合将是安全理事会与法院之间就一些事项进行的联系，如将涉及到侵略或侵略威胁的案子移交法院、执行法院有关被告人出庭的决定以及执行判决。法院与联合国特别是安理会的关联开始时可以属于临时性的非正式关联，可以两者之间达成的特别协定解决行政和预算问题。

8. 白俄罗斯共和国认为，自法院设立起，有权向法院提起上诉的当事方范围应当相对较宽，并不断加以扩展。应许可法院规约非缔约国在被告人属其管辖之内的情况下对国际刑事法院提起上诉，条件是这些国家承认规约对所涉案件具有的强制义务性。联合国安全理事会也应有权对法院提起上诉。

9. 国际刑事法院必须是一个常设机构，这也就要求有一个事先设立起来的机制和常任的成员构成。可加讨论的一种制度是由法院规约的每一缔约国指定一名合格专家，在规定的任期内担任法官。而法官则选出法院的院长，如果可能，

也由他们选举法院的主席团。在需要法院行动时，主席团将根据既定的标准挑选五至七名法官构成法院。可望随着受理案件的增多，法院将能在事实上转为一个长期不断运转的国际机构。

10. 关于适用于国际刑事法院的法律，应随着法院本身同时建立适用的程序法律（有关被告权利和程序的标准），而适用的实质性法律则要求将界定受法院管辖的罪行的特定国际条约全部罗列在内。在关于适用法律的规章中应必须提到主要的渊源（契约和习惯），并可提及辅助性渊源。后者还可包括国内法，如法院使用国内法则应得到一项国家法律标准的认可。

具体评论

11. 在通过治罪法之前，显然必须找到办法解决法院对于属其任择管辖权范围内的罪行的属人管辖权问题。应当根据关于现有国际条约的管辖范围的规定对这些选择方案作出决定（见第 66 段）。报告（第 109 段）对于国际组织机构的决议使用了“次级法律”一语，白俄罗斯对此表示怀疑。将这类决议列入适用法的依据应当是，它们是有助于适用国际协定和惯例的国际法辅助渊源。报告关于施加刑罚所建议（第 110 段）的解决办法可被看作是在通过危害人类和平及安全治罪法之前的临时性办法。必须强调，对凡属国际刑事法院管辖权之内的罪行（第 129 至 135 段），必须规定移交被告人的义务。

12. 对于国内完全反对使用死刑措施的国家移交的被告人，可考虑是否许可该国提出不使用死刑之保留的问题。关于报告（第 139 段），可提出的评注是，法院规约可包括一项一般性规定，辅之以一份可增补的清单，列明可就其争取司法协助的事项，并说明执行援助请求的程序。就长期而言，可起草一项关于司法协助的全面条约，列为国际刑事法院规约的附件。如何安排执行判决在很大程度上将取决于法院做出的判决数目。在第一阶段显然将必须做出在原告国内服刑的规定，服刑必须受到法院的监督（由主席团的一名代表负责）。

13. 白俄罗斯共和国认为，报告中所提出的国际刑事法院是最低限度和相当灵活的概念。如果不能充分地体现为法院所设想的国际刑事法学特点，就会导致建立一个低效率的机制。实践证明，国际社会需要的与此正好相反，是一种真正

有效的机制。

保加利亚

[原件：英文]

[1993 年 8 月 25 日]

1. 保加利亚共和国政府支持关于设立一个对违反国际人道主义法最严重的案件有审判权的国际刑事法庭的建议，并赞成工作组的意见，即设立这种法院是实际可行的。

2. 保加利亚政府认为，设立国际刑事法庭的最恰当的办法，是在联合国的主持下，缔结一项多边国际条约，并向国际政府间组织开放签署。

3. 鉴于这个法院的普遍性质，又鉴于各国需要随时同其打交道，同时为了加强这个法律机构的权力以及管辖权的连续性，保加利亚共和国认为国际刑事法庭最好是常设的；不过，考虑到目前这个阶段的现实情况，该国可以支持一个不那么雄心勃勃的、特别设立的司法机构，条件是要设置一个提请法庭审理案件的有效机制，而且一有需要，应当可以在相当合理的短时间内开庭。

4. 保加利亚政府认为，对严重违反国际人道主义法的人（最主要的是犯下危害人类和平及安全罪的人）有起诉权的国际法院，其管辖权对于联合国所有会员国来说，至少对于法院规约的缔约国来说，应当是强制性的。在最后决定采用非强制性管辖权之前，应尽一切办法，甚至是通过妥协的办法，采取某种强制性管辖权的形式予以解决。以下是这种办法的例子：

- (a) “选择性”管辖权：加入规约的国家必须承认法院对规约所列各种违反国际人道主义法行为的至少一类有管辖权；
- (b) “延迟”管辖权：各国必须在规约对它们生效后一段时间内（三年、五年或其他）承认法院的管辖权；
- (c) “减约”制度下的非强制性管辖权：各国加入规约时可宣布它们不承认法院对所有或某些种类的违法行为的管辖权。

上述办法也可以结合采用。

5. 国际法院并不是非常好的对应例子，因

4. 起诉和有关事项

(a) 起诉制度

55. 工作组建议(第117段)建立特设的独立起诉制度。澳大利亚同意,独立的起诉制度对于进行起诉的原告国家较为有利。确保起诉制度的独立性和公正性是为法院信誉和合法性的基础。

56. 工作组建议法院在同有关国家协调后任命检察官,这是合理的,这样做既保持了起诉制度的独立性,又给予有关国家参与的机会。但是必须明确订定的是哪些缔约国应该参与法院的协商过程。缔约国在检察官的选择和任命过程中的确切地位应该明白加以规定。

(b) 提起诉讼

57. 工作组在报告第120段中指出,采取任命独立检察官的制度可以免除初步审讯以调查证据的需要,因为法院将有权驳回“轻率和不确实的控告”。另一个考虑是法院进行初步审讯可以视为没有必要地浪费时间和金钱。

58. 澳大利亚认为,检察官的作用、任务和职责应该加以规定。必须考虑的问题有诸如种族问题、检察官对法院的职责以及对被告的义务。检察官斟酌决定权的行使以及起诉决定的标准也需加以规定。澳大利亚同意工作组(第119段)提出的意见,就是应有机会审查检察官所作不起诉的决定。

59. 如果没有常设的独立检察官职务,则案件只能由缔约国和安全理事会向法院提起诉讼。澳大利亚同意工作组(第122段)表示的意见,就是提出控诉的权利应该扩及对罪行接受法院管辖的任何缔约国。有一种困难情况是,希望对某些罪行提起诉讼的缔约国并不接受法院对于所有这些罪行的管辖权。这种情况必须加以解决。

(c) 传被告到庭

60. 在传被告到庭的办法方面存在许多问题,这些问题必须解决才能使法院有效发挥作用。工作组在其报告中讨论了其中一些问题。各国之间宪法要求的差异是有待克服的主要障碍之一。

61. 澳大利亚同意工作组在报告(第133段)中表明意见,就是法院规约有必要规定移交被告的最低条件,各缔约国必须加以遵守。在草拟有关

条款时,工作组应参考各国之间现有的引渡安排。在这类安排的基础上拟订一组较易于由各国承认的条款草案。然而可能产生一些概念性问题,就是是否有必要将被告引渡给法院而非一个国家。

62. 工作组讨论(第135段)了视为移交要求最基本的一些组成部分,包括“足够有理由将被告交付审判的表面证据”。澳大利亚认为这种办法将会产生困难,表面证据对不同的国家可能有不同的涵义。此外,这也不是引渡条约的普遍标准,许多引渡条约采用“无证据”的办法,就是要求引渡的国家只需要向被要求国家提出关于被告罪行的行为或不行为的说明。

63. 除了考虑如何将被告交付法院的问题之外,澳大利亚认为还应注意被告在审判之前拘留情况。在这方面,应该以《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》⁴为基本标准。

64. 在被告是青少年的情况下,应以《联合国少年司法最低限度标准规则》(北京规则)⁵和《儿童权利公约》⁶第37和40条作为最低标准。

(d) 关于向法院提起诉讼的国际司法协助

65. 报告第136至153段很有益地探讨了与各国协助在国际法院上起诉被告有关的一些问题。这种援助对于成功地起诉被告十分重要。在复杂的案件下,需要有许多国家提供援助。

66. 工作组指出(第136段),这种援助是“向法院的‘单向’援助,而不是对等援助”。工作组正确地指出这种援助应是“单向的”。但是有一个问题,就是这种援助是否应该只向法院提供。国家之间订有彼此援助的协定和安排,而此处援助的目的多数是为了准备向被告提起诉讼。因此,援助请求是由请求国的起诉当局提出。同样地,在准备向法院提起诉讼的案件时,多半是由独立的检察官要求国家的援助。将审理案件的法院不应参与或被视为参与起诉案件的准备工作。为了保持这种分离,国家的援助应该直接提供给检察官。

67. 此外还应考虑向被告的法律代表提供何

⁴ 大会第43/173号决议,附件。

⁵ 大会第40/33号决议,附件。

⁶ 大会第44/25号决议,附件。

种援助以确保他们进行适当的辩护。向那些没有资金进行辩护的被告提供财政援助的问题也需加以考虑。缺乏财政手段使得被告无法进行适当答辩。关于得到法律援助的权利的最低保障载列于《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第3款(丁)项。

68. 工作组对国际司法协助提出(第139段)了三种选择方案。经过评价各方案之后,工作组指出,援助的最佳办法,至少在法院业务的第一阶段,是规约中规定一般性的条款,并以向缔约国寻求的援助种类非详尽性清单为补充。缔约国之间订立彼此援助条约的可能性可在稍后阶段考虑。澳大利亚同意此一评价所根据的理由。但他强调,若要起诉成功,则需满足建立有效援助制度的基本条件。

(e) 判决的执行

69. 澳大利亚认为判决的执行是有待处理的最困难问题之一。需要考虑的有以下若干方面。

(一) 人道主义考虑

70. 第一,所采用的监禁条件不应低于《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》中的规定。⁷第二,即使罪犯的监禁是在一个遵守上述标准的国家内执行,而语言,气候和文化方面的差异仍然有可能使监禁条件变得更加不利。

(二) 国家

71. 在决定哪一个国家负责执行判决时应该有伸缩性。这种责任的范围必须确立,包括监禁费用等事项。

(三) 囚犯移交给国籍国

72. 许多国家对于一国的公民在另一国法院定罪并判刑的情况缔结了相互遣送回国的协定。澳大利亚建议考虑在规约草案中列入一项条款,许可被定罪者的国籍国执行判决,如果该国愿意这样做的话。这种办法必须满足两项条件。第一,法院必须确保该国具有符合《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》的设施。第二,必须考虑是否以囚犯的同

意作为给予国籍国监护权的先决条件。

73. 如果许可移交囚犯,则需定有以下方面的条款:决定移交申请的程序、囚犯在移交路程中的合法监护权、囚犯监护权的转移等等。关于移交囚犯方面的标准可以参看《引渡示范条约》⁸和《有条件判刑或有条件释放罪犯转移监督示范条约》。⁹

(四) 判决的复核

74. 澳大利亚同意工作组表明的意见(第154段),就是应该考虑规定可以申请改变判决。必须考虑假释、减刑和赦免的制度。

(f) 法院同现行引渡制度的关系

75. 工作组正确地提出了关于采用或引渡或审判办法的条约同国际刑事法院管辖权之间关系的问题(第160段)。

76. 规约的缔约国如果选择诉诸刑事法院管辖的话,则有可能在以下情况中被视为违反了另一条约所规定的起诉义务:就是根据该项条约拒绝向一个不承认国际刑事法院管辖的国家引渡罪犯。

77. 澳大利亚赞成第161段中的这一意见,即移交被告的制度视为现行“审判或引渡”制度的补充。为了得到最大程度的灵活性,使法院尽可能得到最广泛的支持起见,对于某一罪行接受法院管辖的缔约国应该可以选择将被告送交一国际法院作为第三种办法。如果对于那些愿意接受法院管辖的国家规定他们有义务移交被告接受审判,那么就可能使一些国家不愿成为规约的缔约国。

78. 鉴于存在完全不同的条约制度所引起的特殊问题,澳大利亚认为关于规约缔约国收到不只一个引渡被告的要求的问题必须仔细加以考虑。

白俄罗斯

[原件:俄文]

[1993年5月19日]

一般性评论

1. 白俄罗斯共和国的主管部门认为设立国

⁷ 见联合国,《联合国第一届防止犯罪和罪犯待遇大会,日内瓦,1955年8月22日至9月3日:秘书处提交的报告》(出售品编号1956.IV.4),附件一,第67-73页。

⁸ 大会第45/116号决议,附件。

⁹ 大会第45/119号决议,附件。

际刑事法院的设想取得成功的可能性极大。

2. 白俄罗斯共和国的主管部门分析了各种类别的罪行和这些罪行的各种构成内容, 由此而赞成需要为不同的目的采用不同的国际管辖方式这一意见。它们认为, 国际刑事法院的必要性取决于具体情况; 具体而言, 它既可是进行刑事审判的唯一可能手段, 也可能只不过是一种补充性办法。各主管部门认为, 设立国际刑事法院应主要是针对具有国际性质的罪行执法。

3. 由于目前已有十分成熟的实质性国际刑事法体, 如果通过危害人类和平及安全治罪法是一个长期的过程, 就不应把设立国际刑事法院与通过治罪法紧密地联系在一起。在这种情况下, 由法院管辖的罪行可以是首先已由有效的国际条约界定过的罪行。治罪法在获得通过之后可成为界定国际刑事法院管辖之罪行的国际文书之一。把加入治罪法与加入国际刑事法院规约严格挂钩是合理的。虽然希望国际社会就长期而言将达成一项立场, 把加入治罪法视为毫无例外对所有国家均为强制性的义务, 但在开始时这种对应关联不必如此严格。

4. 白俄罗斯共和国认为, 国际刑事法院在初始时应具有对国际罪行的综合性管辖权。初始时, 属于国际刑事法院专有管辖权限之内的罪行应当包括侵略、侵略威胁、有计划和大规模侵犯人权、种族灭绝和种族隔离。加入法院规约应等于自动承认国际刑事法院关于这些国际罪行的专有管辖权。此外, 可做出规定, 使个别国家能通过声明或与国际刑事法院达成的协议扩大法院对其的专有管辖权。其他的国际罪行可暂时属于国际刑事法院或国内法院的管辖权限之内, 两者取其一。这类罪行并不因此而失去其国际罪行的属性, 但在国际刑事法院设立时间足够久之后, 是否将某种行为定义为国际罪行可与其是否属于国际刑事法院的专管权限范围之内挂钩。至于具有国际性质的罪行(具有对国际关系造成严重恶果的国际内容的普通刑事犯罪), 仅可确定任择管辖权。在这种情况下, 国际刑事法院可能只不过是与现有普遍性管辖权制度不同的另一种选择。

5. 国际刑事法院的属人管辖权将必须是普遍性的, 即其延伸必须包括法院可对之合法确立管辖权的所有人等(缔约国将此类人等移交依规约处置、非缔约国对其的引渡、以及依照《联合国宪章》采取维护国际和平与安全的措施将其逮捕)。据此, 将不需要对法院管辖权的同意。这

应适用于属于国际刑事法院专属管辖权范围内的罪行。对于不属于法院强制性管辖权限之内的罪行应有一项任择款项, 即应取决于有关国家(或若干国家)依照现行国际法和国内法给予的同意。不遵守关于国际刑事法院强制性管辖权的规定将被视为对国际和平与安全的威胁, 应由此导致联合国安全理事会在国际调查机构向其提交报告之后采取适当的措施。

6. 组织国际刑事司法的其他环节, 首先是一个国际调查机构, 对于设立国际刑事法院来说极其重要。应予强调的是, 长期以来一直就需要有这样一个机构, 而不仅仅是出于建立国际刑事法院的原因。白俄罗斯共和国认为, 在国际刑事法院建立起来后的初期阶段就设立一个独立的起诉机构是不妥当的, 可加讨论的是由法院从事先编制的候选人名单中为每一具体案件指定一名独立的检察官。检察官的作用可不包括调查、收集证据及向法院提出证据。这属于调查机构的职能。检察官应首先依靠调查机关收集的资料准备起诉书和作为起诉人出庭。只有法院才有权在听证过程中驳回证据不足的指控。

7. 有的意见认为国际刑事法院规约应采取一项国际条约的形式, 这是值得赞成的。联合国可以积极协助这一条约的拟订和通过工作。与联合国的密切配合将要求有相当多的国家加入法院规约, 这种配合可为法院的有效性创造条件。显然, 国际刑事法院与联合国之间的基本配合将是安全理事会与法院之间就一些事项进行的联系, 如将涉及到侵略或侵略威胁的案子移交法院、执行法院有关被告人出庭的决定以及执行判决。法院与联合国特别是安理会的关联开始时可以属于临时性的非正式关联, 可以两者之间达成的特别协定解决行政和预算问题。

8. 白俄罗斯共和国认为, 自法院设立起, 有权向法院提起上诉的当事方范围应当相对较宽, 并不断加以扩展。应许可法院规约非缔约国在被告人属其管辖之内的情况下对国际刑事法院提起上诉, 条件是这些国家承认规约对所涉案件具有的强制义务性。联合国安全理事会也应有权对法院提起上诉。

9. 国际刑事法院必须是一个常设机构, 这也就要求有一个事先设立起来的机制和常任的成员构成。可加讨论的一种制度是由法院规约的每一缔约国指定一名合格专家, 在规定的任期内担任法官。而法官则选出法院的院长, 如果可能,

也由他们选举法院的主席团。在需要法院行动时，主席团将根据既定的标准挑选五至七名法官构成法院。可望随着受理案件的增多，法院将能在事实上转为一个长期不断运转的国际机构。

10. 关于适用于国际刑事法院的法律，应随着法院本身同时建立适用的程序法律（有关被告权利和程序的标准），而适用的实质性法律则要求将界定受法院管辖的罪行的特定国际条约全部罗列在内。在关于适用法律的规章中应必须提到主要的渊源（契约和习惯），并可提及辅助性渊源。后者还可包括国内法，如法院使用国内法则应得到一项国家法律标准的认可。

具体评论

11. 在通过治罪法之前，显然必须找到办法解决法院对于属其任择管辖权范围内的罪行的属人管辖权问题。应当根据关于现有国际条约的管辖范围的规定对这些选择方案作出决定（见第 66 段）。报告（第 109 段）对于国际组织机构的决议使用了“次级法律”一语，白俄罗斯对此表示怀疑。将这类决议列入适用法的依据应当是，它们是有助于适用国际协定和惯例的国际法辅助渊源。报告关于施加刑罚所建议（第 110 段）的解决办法可被看作是在通过危害人类和平及安全治罪法之前的临时性办法。必须强调，对凡属国际刑事法院管辖权之内的罪行（第 129 至 135 段），必须规定移交被告人的义务。

12. 对于国内完全反对使用死刑措施的国家移交的被告人，可考虑是否许可该国提出不使用死刑之保留的问题。关于报告（第 139 段），可提出的评注是，法院规约可包括一项一般性规定，辅之以一份可增补的清单，列明可就其争取司法协助的事项，并说明执行援助请求的程序。就长期而言，可起草一项关于司法协助的全面条约，列为国际刑事法院规约的附件。如何安排执行判决在很大程度上将取决于法院做出的判决数目。在第一阶段显然将必须做出在原告国内服刑的规定，服刑必须受到法院的监督（由主席团的一名代表负责）。

13. 白俄罗斯共和国认为，报告中所提出的国际刑事法院是最低限度和相当灵活的概念。如果不能充分地体现为法院所设想的国际刑事法学特点，就会导致建立一个低效率的机制。实践证明，国际社会需要的与此正好相反，是一种真正

有效的机制。

保加利亚

[原件：英文]

[1993 年 8 月 25 日]

1. 保加利亚共和国政府支持关于设立一个对违反国际人道主义法最严重的案件有审判权的国际刑事法庭的建议，并赞成工作组的意见，即设立这种法院是实际可行的。

2. 保加利亚政府认为，设立国际刑事法庭的最恰当的办法，是在联合国的主持下，缔结一项多边国际条约，并向国际政府间组织开放签署。

3. 鉴于这个法院的普遍性质，又鉴于各国需要随时同其打交道，同时为了加强这个法律机构的权力以及管辖权的连续性，保加利亚共和国认为国际刑事法庭最好是常设的；不过，考虑到目前这个阶段的现实情况，该国可以支持一个不那么雄心勃勃的、特别设立的司法机构，条件是要设置一个提请法庭审理案件的有效机制，而且一有需要，应当可以在相当合理的短时间内开庭。

4. 保加利亚政府认为，对严重违反国际人道主义法的人（最主要的是犯下危害人类和平及安全罪的人）有起诉权的国际法院，其管辖权对于联合国所有会员国来说，至少对于法院规约的缔约国来说，应当是强制性的。在最后决定采用非强制性管辖权之前，应尽一切办法，甚至是通过妥协的办法，采取某种强制性管辖权的形式予以解决。以下是这种办法的例子：

- (a) “选择性”管辖权：加入规约的国家必须承认法院对规约所列各种违反国际人道主义法行为的至少一类有管辖权；
- (b) “延迟”管辖权：各国必须在规约对它们生效后一段时间内（三年、五年或其他）承认法院的管辖权；
- (c) “减约”制度下的非强制性管辖权：各国加入规约时可宣布它们不承认法院对所有或某些种类的违法行为的管辖权。

上述办法也可以结合采用。

5. 国际法院并不是非常好的对应例子，因

2. 关于选择法官问题,应对每个案件考虑到所审判的罪行的特点,以保证加深了解与诉讼所涉的事实相连的具体情况。因此,法官的组成应包括能够了解和评价这种特点的人。

3. 设立法院的公约应当给予所有国家(视情况也包括非缔约国)指定胜任而公正无私的法官的权利,上述资格是审判需审查的各种案件必须具备的。此外,委任法官的大会(或缔约国的大会)应选举法院院长和主席团,后者将考虑到《欧洲安全和合作会议调解和仲裁公约》所提供的模式,从按照上述原则编制的一般名单中选出法官组成法院。同时司法机关的所在地必须是在最能够保证审判的独立性和自由的地点。这一地点也应有别于法院的所在地,最好在联合国的办事处之一,以便尽量促进新机制与特权和豁免规则有关的活动。

4. 法院的规约应独立于危害人类和平及安全治罪法,后者条款事实上可包括不属于国际法院管辖权的范围的罪行。必须以最适当的方式(公约或另一种文书)说明治罪法的定义,一旦定义既成,将为法院提供实质指导。但法院的章程必须独立于治罪法。

5. 法院的结构必须首先包括一个根据在“犯罪通知”后收集的证据或任何人向法院提供的资料的基础上审查每个案件的检察当局;第二,对案件作出判决的机构;和第三,上诉机构。

6. 关于法院的管辖权,意大利政府认为这种管辖权的范围应予扩大,包括具有普遍性质的公约所列的所有罪行。例如,下述公约中审查的战争罪、危害和平罪或反人类罪:《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》及其议定书、《防止及惩治灭绝种族罪公约》、各项联合国和专门机构反对恐怖主义公约、《关于防止和惩处侵害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》等等。公约一览表应予继续开放,以便列入其他逐渐获得较广泛接受的公约。当对这方面有疑问时,应授权法院颁布可与接受管辖权相连的“初步裁定”。无论如何,安全理事会不应干预。

7. 侵略是不同的情况,因此不能排除安全理事会的干预,以确定某一局势是否发生侵略。一旦作出此决定,法院管辖权的行使就不应受到任何政治影响。

8. 法院的管辖权必须适用个人。必须声明

个人具有国家机构的性质的事实是不能适用的,并必须指出豁免条例不适用于此案例。相反的,国家在这方面不属于法院管辖权的范围。法院的属地管辖权(即与在国家领土内发生的事件有关)成为可能声明接受的对象是可以接受的。与此相反,对属人管辖权或属事管辖权没有限制,经法院制定的规约所规定的限制除外。此外,人们也可以接受法院的管辖权符合国家管辖权,如后者实际上被行使起来。不过,设立法院的公约中的规则应在一定程度上倾向于法院的管辖权。还必须赋予安全理事会甚至只是暂时阻止国家管辖权行使的权力,只要它认为这种管辖权不具有为进行起诉所必需的一般公正条件。

9. 章程必须载列所有国际公认的关于排除刑事责任理由不适用的规定,例如上级命令、下级对行为一无所知等等。为此有人建议,在起草法院的章程时,治罪法草案内审议刑事责任和惩罚的一般原则的第一部分应用作主要模式。

10. 关于缺席审讯问题,意大利对有必要准许这类诉讼表示怀疑。实际上,尽管有许多赞成和反对准许“缺席审讯”的论点,意大利认为排除这类审讯更符合可信(不仅是夸夸其谈)的公正原则。法院的章程还必须根据现行国际法的规定正确列明被告应得的诉讼程序上的保障。

11. 最后,法院必须裁定惩罚和确定服刑的地点。同时,如授予法院决定犯罪受害者的赔偿,并且受害者获得赔偿的权利为法院承认,可用不同的办法(例如由设立特别基金产生)来解决诸如赔偿数额、债务人的身份和法院裁决的执行等问题。法院的判决必须在联合国的控制下予以执行,以免给与不应有的赦免。

墨西哥

[原件:西班牙文]

[1993年5月5日]

1. 现在要分析的这个草案,是一项极新的倡议。国际社会在设立常设国际刑事法院方面尚无经验。唯一存在的前例是东京法庭和纽伦堡法庭,但这两个法庭的产生情况特殊,是一项大规模武装冲突的战胜国促成的,因此就所讨论的概念而言,不能成为一个先例。

2. 考虑到最近关于设立前南斯拉夫战争法庭的经验以及联合国在维持国际和平与安全方面

所起的作用，若干国家建议在联合国范围内设立一个国际刑事法院，该法院与联合国密切联系。由于《联合国宪章》内没有关于设立此类实体的规定，同时联合国是以各国法律上平等、民族自决和不干涉内政等原则为基础的，因此可以肯定的是，一个世界性刑事法院的设立，必须获得各国的明确同意，此项同意应体现于一项国际条约，同时各国愿意遵守。

3. 到目前为止，国际公认的通则是，审判犯不法行为的人的正常的和自然的法院是各国的刑事法院。一国领土内的司法和执法是国家的基本职责和不能推卸的责任。将此一责任移交给一个超国家的机构，不但对领土主权有直接影响，而且与一些国家的宪法基础相抵触。

4. 各国刑法制度之间的巨大差异，是国际司法机构概念的另一个障碍。例如，在法律能力、惩罚、合法性等概念上，意见就不一致，这点在讨论国际司法机构概念的各种论坛辩论中就可看出。

5. 工作组在报告中理解到这种规模的倡议面临的障碍，建议通过一项并入一个条约的规约设立一个特别机制，其管辖权是任择性、初级性，在开始阶段只对人具有管辖权（适当情况下不影响国家的责任）。

6. 尽管工作组建议的机制具有灵活性，拟议中的国际刑事法院与《危害人类和平及安全治罪法》草案之间的密切关系（草案通过后其适用和解释由国际刑事法院负责）使现有困难之外又增加一系列的困难；必须研究不溯及既往和罪行合法性原则、惩罚、不法行为的时效等等问题，这些方面所建议的规定，同世界各种刑法制度的基本原则之间几乎必然有所抵触。例如，治罪法草案试图规定国际罪行不适用法定时效，但目前各国法典大多数规定这类罪行具时效的问题；治罪法草案还设想将有关惩罚等非常敏感的问题（这些问题是此类性质规范的基本要素）适用其他法令的问题。

7. 此外，在决定设立国际刑事法院方面起重要作用的一些问题仍未得到澄清，例如建立国际监狱制度以保证法院或类似机制所定惩罚获得的遵守问题；判定惩罚的司法机关对惩罚遵守情况的核查；国际罪行的嫌疑犯从其监管的国家交出问题；以及建立负责提起刑事诉讼的检察机关的问题。

8. 在墨西哥的具体情况来说，如果从该国

国内的法律制度分析，接受国际刑事管辖似乎疑问很多，根据该国法律制度，施加刑罚是司法当局亦即联邦法院的专属职权（墨西哥宪法第 21、103 和 104 条）。

9. 尽管刑事诉讼的国家专属权可以适应任择性的和同时存在的管辖权概念，但所建议的司法机制的性质可能导致其与某一特别法院相联系，这将与宪法第 13 和第 14 条的规定相抵触。

10. 草案对“一事不再理”原则规定的例外（此项例外容许在一些尚不很明确的情况下进行双重审判）以及法院的国际性质（此一性质使得必须借助法律的一般原则及考虑对规约没有规定的情况适用其他法律，此点工作组在其报告中已予承认），同墨西哥法律制度，特别是刑法所提供的司法保障保证相抵触，刑法中严格适用规范，类推受到严格限制。

11. 此外，各项国际文书中没有规定应对国际性不法行为施加的惩罚，而只规定国家有责任防止和惩戒这些不法行为的这一事实，表明各项规范没有得到适当的统一。刑法规范要符合宪法的规定，必须由法规组成（说明什么是不法行为），并规定惩罚。不规定惩罚就无法按照“法无明文者不为罪，亦不罚”的原则（墨西哥法律制度的基础）予以执行（治罪法草案对惩罚问题尚未达成协议，但确定其列入是必不可少的）。

12. 工作组的报告主张法院对于一些在其作为一个机构成立之前所犯的罪行有管辖权，只要这些罪行在其发生时具有当时有效的条约界定的国际性质。工作组认为，此种观点的基础在于程序中追溯既往的改变绝不影响到不溯及既往的原则。墨西哥认为这种做法不合理。除了该国宪法第 14 条规定任何人非经事前已设立的法院按照行为前已公布的法律审判不得处罚之外，存在一项关于某些此类罪行的国际条约这一点并不足以自动地使国际刑事法院有权审判和惩罚犯罪者，尤其是如果这些文书承认各国国内法院有权和有责任惩处这类罪行的话。

13. 一个更敏感的问题是将嫌疑犯移交给国际法院的问题。根据国际法院并非外国法院的这一概念，工作组倾向于规定立即将嫌疑犯移交，而不需经过引渡程序，这点有些问题。固然，国际法院并非外国法院，但也非国内法院；为移交嫌疑犯的目的，它应视同外国法院，因此必须由一项引渡程序中的主管国家当局保证被指控者能

够充分行使其权利。

14. 在此一意义上, 新的困难出现。第一, 按照惯例, 移交国民的问题由联邦行政当局自由决定; 第二, 墨西哥国际引渡法 (至少在其开始阶段可以适用) 规定, 必须满足若干条件, 才能同意移交国民 (第 7、8、9、10 条和若干其他条款), 而这些条件与国际法院依据的原则相抵触, 例如, 如对不法行为的起诉按照墨西哥刑法已失时效, 不得接受引渡请求。

15. 工作组的报告中还有一系列含糊不清的规定, 这些规定需要作更深的分析 (例如关于设立检察机构和建立监狱制度等规定)。但因为工作组只初步审查这些规定, 墨西哥在获得更进一步资料前, 暂不研究。

16. 墨西哥目前的法律制度同设立国际刑事法院有矛盾。但尽管以上所述, 该国认为在讨论这个主题时, 应仔细考虑以下各点:

- (a) 刑事司法的性质及其与行使国家主权之间的密切关系。不论最后通过的司法机制为何, 它必须在最大程度上尊重单个国家司法机关的领土管辖权并要取得后者的明确同意;
- (b) 如司法机关最终确立, 必须确保其完全独立, 其全体法官公正无私。有几个国家主张法院应通过特别协定同联合国系统建立联系。尽管上述建议合乎逻辑, 鉴于概念形成的这个论坛, 法院具有管辖权的罪行类型 (侵略、侵略威胁、有计划地侵犯人权等等) 特别使之易受政治波动影响。一个就某些特定罪行所做决定会被安全理事会否决的法院会逐渐失掉国际社会的信任;
- (c) 必须确保规定法院工作的规约在起草时设想到刑法规范将适用的每一具体情况, 以便杜绝或尽可能减少参照或适用其他法律的情况;
- (d) 法规和惩罚是刑法规范的基本要素这一点体现于普遍接受的“法无明文不为罪, 亦不罚”的原则这一事实必须反映于执行法律的任何法院的规约中。罪行定性及适用的惩罚在规约此种性质罪行的国际文书和法院规约里都必须加以说明, 在法院规约里并须说明刑罚合法性原则。

(e) 法律追溯既往的适用, 法定时效是否应当事实上适用被认为具有国际性的罪行 (到目前为止是许多国家法律制度都是这样的) 以及容许双重判决的概念等棘手问题, 在朝着设立法院采取进一步步骤之前必须加以明确。原则上, 司法机关应只审理在其成立之后所犯的不法行为, 并应适用在不法行为发生之日现行有效的法律;

(f) 确定将嫌疑犯移交给法院的机制。尊重人人在审讯、正当程序和司法保障方面的权利, 就要求充分遵守引渡条约并确认其为将被控犯不法行为的人移交给国外法院的唯一机制。

17. 最后, 在设立国际刑事法院的必要条件产生和国际法的逐步发展取得进一步进展之前, 应当强调加强国家机构和国际司法协助, 作为各国同罪行进行斗争方面唯一可行的备选途径。

北欧国家

[原件: 英文]

[1993 年 4 月 27 日]

1. 北欧国家欢迎第 47/33 号决议, 并认为委员会应在下届会议中将规约草案的编写工作作为优先事项。

2. 最理想的成果是由委员会草拟一份可提交大会第四十八届会议的规约草案。为达到这一目的, 应考虑是否可能以后, 例如在委员会二读规约草案之时, 再澄清一些问题的细节。例如, 法院的组成就是这类问题之一。执行判决也是这方面的问题, 应给予仔细审议。

3. 但是, 有别于陈述罪行和确定判刑等实质性问题, 委员会似乎应更加注意程序问题。有关程序问题的一些具体建议已随 1993 年 2 月 22 日第 808 (1993) 号决议提交安全理事会。

4. 北欧国家还强调, 国际刑事法院问题应与危害人类和平及安全治罪法问题分别对待。许多基本国际罪行均已载列在各国普遍接受的现行条约法中, 而最后厘定治罪法草案所需的时间远比草拟法院规约的时间要多, 因此应设立国际刑事法院, 切实处置国际罪行, 而不应等待治罪法的拟就。

5. 尽管北欧国家认为应根据国际条约设立常设法院，但它们同时认为应以循序渐进的方式设立这一法院。换言之，例如，至少在法院的初设阶段，并在对法院的使用程度有明确了解以前，这一法院不应成为常设专职机构，而是一个确立的构架，在有需要时，就能展开工作。

6. 北欧国家赞同工作组报告中的建议，即一旦成为规约缔约国，该国只接受某些行政义务。缔约国应作出类似接受国际法院强制管辖权的宣告，以便接受国际刑事法院的管辖。非规约缔约国的国家应遵照报告所述的双阶段过程（第 52 段），也有机会根据特别情况宣告接受法院的管辖。

7. 关于法院的属事管辖权，应以诸如 1949 年 8 月 12 日的各项日内瓦公约及其议定书和将来的治罪法等国际公约为依据，而不应以各国立法为依据。特别在长期的情况下，使用国家立法会产生某些问题，例如何种行为在有些国家的立法中属于罪行、罪行的陈述、判刑等问题。

8. 属于法院管辖范围的罪行应限于危害人类的重罪，例如战争罪——不论犯此重大罪行的是高级军事指挥官或战场上的士兵。在另一方面，迫切需要对战争罪和“严重罪行”的概念制定更加精确的定义。

9. 关于法院的属人管辖权，不应要求被告国籍国的同意。并且除罪犯属于该国管辖之外，亦不需取得罪行发生地国家的同意。一般而言，法院的管辖权应非常广泛；如果需要取得有关各国的同意，就无疑会妨碍这一法院的效率。

10. 此外还提到挪威以北欧国家的名义在大会第四十七届会议期间在第六委员会中的发言。¹

¹ 《大会正式记录，第四十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议，第 4-19 段。

挪 威
[见北欧国家]

巴 拿 马

[原件：西班牙文]
[1993 年 7 月 14 日]

1. 巴拿马政府希望见到世界上建立一种统

一公平的司法制度，供所有各国一体享用，并可严厉惩处构成危害国际社会的国际罪行的行为。巴拿马政府还希望见到一种机制，使各国能对这些行为的后果要求赔偿，以便保证人类和文明的存续。因此，巴拿马政府支持建立一个具有强制性和专属管辖权的常设国际刑事管辖机构。

2. 应该拟订一项条约，经愿意受国际刑事管辖的国家批准，作为国际刑事管辖的法律依据。法院对于危害人类和平及安全治罪法草案和其他国际协定中所界定的所有罪行的管辖权应具有强制性，不论被告的国籍为何，并应遵守“法无明文不为罪”原则。

3. 巴拿马政府认为，列入治罪法草案最严重的罪行之一应为对联合国工作人员、各国常驻代表团或其代表以及会员国供联合国调用的军队或人员的攻击行为。

4. 设立法院的条约中应规定审理这些案件的程序，以便保证正当程序原则，治罪法草案可以确定适用的刑罚，以维护“法无明文者不罚”原则。

5. 巴拿马政府支持设立国际拘留中心来拘留被判犯有国际罪行的人员。拘留中心应根据条约规定或关于这一事项的专题协定的规定来管理。联合国许多会员国缺乏拘留此类罪犯的适当基本设施和安全机制。

6. 虽然有着上述考虑，但是巴拿马政府认为《危害人类和平及安全治罪法》和设立国际刑事法院是密切相关的，不能分别加以处理。因此，巴拿马政府认为，如果通过一项治罪法而没有充分手段加以执行，这项法规就会成为一纸空文。同样，一个法院如果没有治罪法也毫无意义，因为它没有客观管辖的能力。因此，这两个项目是密切相连的。

7. 各国批准设立法院的条约应该意味着当然接受治罪案，同时允许缔约国对条约中所述事项实施任何其他有关协定或法规。

西 班 牙

[原件：西班牙文]
[1993 年 5 月 19 日]

1. 西班牙政府坚决赞成设立一个具有惩罚国际罪行的一般管辖权的国际法院。西班牙政府认为这一法院可以抵消国际罪行的亚里。并且以

为仅凭这一法院的存在本身就将无疑产生一种重要的威慑作用。因此，西班牙政府赞同委员会工作组报告中的主要设想，尤其是其中慎重、灵活和渐进的基调。

2. 设立法院最为妥当的法律依据是在联合国框架内谈判和缔结可普遍加入的一项条约，使新的法院具有高度代表性并赋予其联合国的政治和道义权威。

3. 刑事法院至少在开始时不应是一个全时运转的常设机构。似乎最好在开始时通过法院的规约简单地设立一种直接、精简和费用不高的机制，根据需要就每一具体案件执法。但在结合实际对新法院的活动进行了评估之后，可采取步骤逐渐建立起全时运转的机构。

4. 至少在第一阶段，新法院的管辖权应是非强制性的。这也就是说，一国是否接受法院的管辖权将取决于一份临时性的文件，与该国明示同意接受一项条约的约束区别开来。

5. 关于属人管辖权，法院在初期应仅仅具有惩处个人犯下的国际罪行的管辖权。惩处国家犯下之国际罪行牵涉到极为复杂的法律和政治问题，应在以后解决赋予法院这一职能的问题。

6. 关于属事管辖权，遵守法无明文不为罪的原则意味着可加惩治的唯一国际罪行是那些在犯罪时即由普通国际法视为此类罪行的行为。在这一问题上的国际法具体实质将依照明确体现了国际社会法律意见的公约和条约来确定。

瑞 典

[见北欧国家]

美利坚合众国

[原件：英文]

[1993年5月13日]

导 言

1. 美利坚合众国政府对有机会就工作小组的报告提出书面意见表示感谢。美国曾与其他国家在大会第四十七届会议中明确表示，¹ 要求开

始规约草案的工作不应视为是核可国际刑事法院的设立。鉴于这一问题极其重要，并为确保这一建议会促成实现设立常设法院的重要理想和目标，则所应进行的工作是审议所涉的各困难问题，以及寻找健全和有效的方法解决这些困难问题。

2. 因此，以下各项意见并不是对工作组报告的全部意见。这只是美国政府对目前所确认的重要的初步问题的看法。目前提出的这些看法并不影响美国以后可能对这份报告的这些和其他部分提出进一步意见。此外，美国还要强调，它不对这份报告的其他部分提出意见，不应视为同意这份报告的这些部分。

总方针

3. 在请委员会进行这一项目时，大会也要它

“开始审议工作组报告和第六委员会辩论中所查明的
问题，……考虑到第六委员会辩论中的意见和从各国收到的
书面评论，……向大会第四十八届会议提出进度报告。”

在此值得注意的是，大会要求委员会提出进度报告。

4. 美国在上届大会审议本议题时曾指出，美国认为这份报告大大地有助于讨论这项极为重要的问题。美国认为，这份报告对于与设立国际刑事法院提议有关的许多复杂问题提供了极为有用的分析。特别是报告主张的基本方针（第39-43段），即法院是规约缔约国的“灵活和补充机构”，并且法院没有强制管辖权和专属管辖权，这一点在许多相关的利益上取得切实的适当平衡。这份报告有助于使会员国注意这些以及第六委员会讨论时所查明的一些问题。

5. 美国希望国际法委员会重新设立工作组，继续进行有用的工作，对有关设立国际刑事法院的问题包括各种适当的方法提供详细的分析。在这方面，美国鼓励委员会探求大会的意见，以便为编制一份设立法庭的章程草案，取得最广泛的支持。

6. 美国注意到，危害人类和平及治罪法草案特别报告员在其第11次报告中提出了一份国际刑事法院规约草案。² 美国将在仔细阅读之后提

¹ 《大会正式记录，第四十七届会议，第六委员会》，第21次会议。

² 见本卷（第119页）转载的A/CN.4/449号文件。

出详细的意见。美国欢迎特别报告员的建议，认为这份建议对找出和分析与设立国际刑事法院有关的各项问题极具贡献。不过，美国认为，还应作出更多分析并从大会取得进一步的指导，使委员会能向大会提出一份获得各国支持成立国际法院的规约草案。

7. 美国认为，委员会和大会都愿根据 1993 年 2 月 22 日安全理事会第 808 (1993) 号决议将设立特别法庭起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责者的各项发展给予考虑。虽然在实际情况和目标方面有很大的差异，在有些情况下，极可能采取不同的方针，但设立这一个特别法庭对解决与设立国际刑事法院有关的许多问题具有重大的意义。目前已就安全理事会设立法庭的决定向秘书长提出了许多意见和建议。³ 在联合国以外，也有种种活动，例如，最近由国际刑法改革和刑事司法政策中心在加拿大的温哥华所举行的设立国际刑事法庭国际专家会议，其中对设立特别法庭和国际刑事法院的问题做了详细讨论。⁴

8. 审议设立国际刑事法院的问题应根据三项主要原则进行：第一，设立和落实这一法庭的工作应推动而非危害国际法的执行，这在贩毒和恐怖分子的情况更为重要；其次，这一法院的工作形式应尽量减少使其政治化的趋向；最后，也是最重要的，必须确保法庭公平有效，涉及管辖的范围、适用的法律、程序规则和证据以及上诉等问题应以切合实际、公正和可行的方法适当处理。

有必要找出和充分审议所涉的问题

9. 正如国际法委员会认识到的，这份报告并不包揽与这项工作有关的所有问题，并需要对许多重要问题进行进一步审查。因此，这份报告尽管提供了有用的起步，但显然需要进行进一步审议，以便最妥善地解决许多困难的问题，例如，法院的属事管辖权、将案件提交法院的程序、国家是否得同意法院的管辖问题以及如果同意由法院管辖则哪些国家必须给予同意、以及法院如何保证对罪犯具有属人管辖权。第六委员会

³ 见《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 和 Corr.1 及 Add.1 号文件)。

⁴ S/25504 号文件附件，载有会议的报告。

讨论这项问题时还找出了其他许多重要问题。与这项提案有关的其他问题是设立前南斯拉夫特别战犯法庭的问题。例如，必须有一个分设 (和独立) 的上诉法庭，可根据误用法律更改判决或未采取事实而使判决失当等情况提出上诉。

10. 在审议这些联合国以外的提议时，还找出其他问题，例如，曾在温哥华专家会议中广泛讨论的与程序和证据有关的问题。美国认为，就这些基本问题所采取的方针可能对最后达成的体制的各个方面产生影响。

11. 工作组承认 (第 23 段)，在有些情况下，这份报告也仅指出解决问题的一些方法，而未说明应采用何种方法，或据以达到这些解决办法的分析基础。最近在温哥华举行的会议上的国际专家之间的讨论显示，许多问题值得进一步充分对待，例如，关于六项关键问题 (起诉制度、案件的提起、使被告出庭、国际司法协助、判决的执行以及法院与目前引渡制度之间的关系)，报告承认

“在排定时间内，工作组未能详细讨论这些问题，其后所载的内容是暂定的和探索性的。如果决定委员会应该着手起草国际刑事法院规约，则这些问题有待进行更充分的研究。” (第 113 段)

报告在论及法院对罪行的管辖权和缔约国对其管辖权的问题是否接受、属人管辖权制度及国际与国家法律之间的关系时，大概指出这一制度的明确细节无需在此加以确定 (第 49、53 和 57 段)。

法院的属事管辖权

12. 该报告认为，一项更加基本的关键问题是，法院的属事管辖权的范围。报告指出，最初国际法院是作为起诉原来逍遥法外的由国家主持的战争罪行和灭绝种族罪行的论坛而设立的 (第 27 段)。该报告扩大了这种有限的管辖权，使其包括所有属于“国际”性质的罪行。对仅限国家支助的战争罪行这一类中这些问题 (涉及同意以及如何将案件和被告提交法院的问题) 的分析可能与对贩毒罪行中这类问题的分析不同。这些问题在报告中被定性为“细节”，将在以后加以解决。

13. 不过，这些都是关键问题，这些问题在拟议的同一体制而非强迫管辖的情况下具有重要意义。如上文第 4 段所述，美国同意国际法院应作为一个以同意为基础的灵活和补充性的设施这

一基本假定。不过，这影响到审议的罪行范围。有谁认可所犯的罪行是“国际性质”的罪行？利益相关的国家在观点不同时怎么办？如果不愿将其国民引渡到其他论坛时，如何说服该国将其国民解送国际法院？

14. 美国对于报告处理拟议的法院属事管辖权和罪行的实质性定义的方针有特殊和重大关切。该报告假定《危害人类和平及安全治罪法》草案将作为法院的属事管辖权的基础（第 68-74 段）。虽然该报告规定一国并不需要接受治罪法草案的规定以便受到国际法院的管辖，但它明确指出，显然这两个项目之间有着重要联系（第 68 段）。这两个项目之间的牢固关系也显示于报告其他各处（第 57 段）。美国与其他国家一样，对治罪法草案有强烈保留，这已详细载列于本卷的其他部分。⁵ 在一定的程度上，设立法院的提议与治罪法法案相关，因此这些保留意见也适用于拟议设立的法院。

15. 此外，根据工作组的建议，属于国际刑事法院的罪行大多属于违反多边条约的罪行。工作组解释，

“目前阶段没有必要就国际刑法条约的确切清单达成一致意见：这些条约无疑包括严重战争罪、《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、关于扣留人质、劫持船只和飞机的各项公约等”（第 57 段）。

不过，多数涉及罪行的多边条约都明确基于并设法便利国家起诉。将目前属于多边条约范围的罪行加以国际化似乎并未考虑到这项重要的前提。

16. 此外，在罪行可能是国际性的或多国性的，但存在有效的国家起诉体制的情况下，诉诸国际刑事法院是否适当，美国对这一问题抱有强烈怀疑。尤其对于“小国的刑事司法体系由于某一罪行的严重程度而被控制的案件”（第 28 段(b) 分段）或不便进行起诉的情况下，是否应向一个国家提供放弃责任的方式呢？

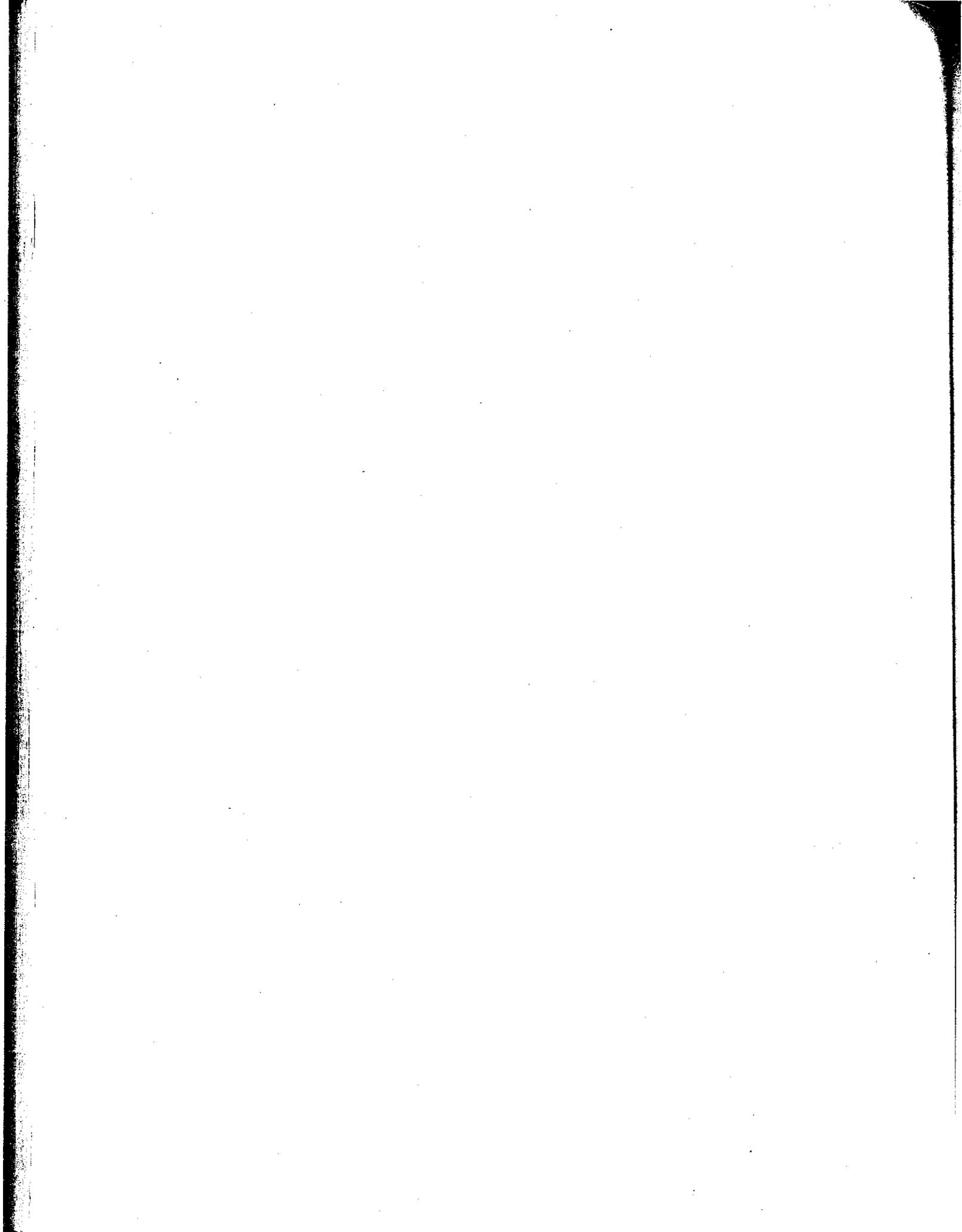
17. 报告提出的另一项限制，即法院的管辖应限于“极为严重的罪行，即具有国际性质的罪行”（第 58 段），也未能特别提供指示。许多罪行都有“国际性质”。美国对于是否所有具有国际性质的罪行都应由刑事法院管辖一事也感到怀疑。并且如果只有最严重的罪行属于法院管辖范围，则如何确定这些罪行？

解送法院

18. 在此特别值得一提的事项是报告关于将人员解送国际刑事法院并不视为是“引渡”（第 127 段）的新建议。该报告指出，这使许多具有法律或宪法规定不准将其国民引渡的国家能将这些人解送国际刑事法院，因为根据这一理论，国际刑事法院将成为其本国法院的延伸。目前并不充分了解美国是否能根据这一理论成为国际刑事法院的组成部分，而不违反美国宪法第 3 条第 1 款的规定，该款规定任何行使美国司法权利的法院必须采用美国法律，该法院得由国会设立并由有操守的法官组成，他们由总统提名经参议院咨询和同意后任命。

19. 此外，美国认为委员会应进行一次调查，查明有多少国家愿意或能接受委员会的理论，即将国际刑事法院作为其本国法院的延伸，以便能解送其本国国民。有关这项问题的答案可能是决定该报告中提议的方针是否有效的最重要的因素。这项调查的结果应列入委员会提交大会的进度报告。

⁵ 见 A/CN.4/448 和 Add.I 号文件（转载于本卷第 65 页）。



国际水道非航行使用法

[议程项目 4]

A/CN.4/447 和 Add.1-3 号文件

各国政府的评论和意见

[原件: 阿拉伯文/英文/法文/西班牙文]

[1993年3月3日、4月15日、5月18日和6月14日]

目 录

	页 次
注.....	156
导言.....	156
一、从会员国收到的评论和意见.....	157
阿根廷.....	157
加拿大.....	157
乍得.....	160
哥斯达黎加.....	160
丹麦*.....	162
芬兰*.....	162
德国.....	162
希腊.....	164
匈牙利.....	165
冰岛*.....	170
伊拉克.....	170
荷兰.....	170
北欧国家.....	175
挪威*.....	175
波兰.....	175
西班牙.....	177
瑞典*.....	178
阿拉伯叙利亚共和国.....	178
土耳其.....	178
大不列颠及北爱尔兰联合王国.....	179
美利坚合众国.....	182
二、从非会员国收到的评论和意见.....	185
瑞士.....	185

* 由丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典共同提出的答复列入北欧国家项下。

注

本报告引述的多边文书

来源

- | | |
|--|--|
| 《凡尔赛和约》(凡尔赛, 1919年6月28日) | G. F. de Martens, 《各项条约新汇编》, 第三辑, 第十卷 (Leipzig, Weicher, 1923年), 第323页。 |
| 《防止莱茵河污染国际委员会协定》(伯尔尼, 1963年4月29日) | 联合国, 《条约集》, 第994卷, 第3页。 |
| 《关于开发乍得湖流域的公约和条例》(拉密堡, 1964年5月22日) | 联合国, 《关于为非航行目的使用国际水道问题公约集: 非洲》, 自然资源/水, 第13辑 (出售品编号 E/F.84.II.A.7), 第8页。 |
| 《丹麦、芬兰、挪威和瑞典环境保护公约》(北欧环境保护公约)(斯德哥尔摩, 1974年2月19日) | 联合国, 《条约集》, 第1092卷, 第279页。 |
| 《保护波罗的海地区海洋环境公约》(赫尔辛基, 1974年3月22日) | 环境规划署, 《环境领域的多边条约选集》, 参考系列3 (内罗毕, 1983年), 第405页。 |
| 《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日) | 《第三次联合国海洋法会议正式记录》, 第十七卷 (出售品编号 E.84.V.3), 第151页, A/CONF.62/122号文件。 |
| 《保护和开发大加勒比区域海洋环境公约》(哥伦比亚, 卡特赫纳德印第亚斯, 1983年3月24日) | 环境规划署, 内罗毕, 1983年。 |
| 《越境环境影响评估公约》(埃斯波, 1991年2月25日) | 欧洲经委会, 《环境公约》, 1992年, 第95页。 |
| 《工业事故越境影响公约》(赫尔辛基, 1992年3月17日) | 《国际法律材料》, 华盛顿特区, 第31卷, 第6号, 1992年11月, 第1333页。 |
| 《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》(赫尔辛基, 1992年3月17日) | 同上, 第1313页。 |
| 《生物多样性公约》(里约热内卢, 1992年6月5日) | 同上, 第4号, 1992年7月, 第822页。 |

导 言

1. 委员会在1991年举行的第四十三届会议上一读暂时通过了关于国际水道非航行使用法的一组条款草案。¹ 在1991年7月9日举行的第2237次会议上, 委员会按照其《章程》第16和21条决定, 应将这些条款草案通过秘书长送交各国政府提出评论和意见, 并要求它们在1993年1

月1日以前将这些评论和意见提交秘书长。²

2. 在分别涉及委员会第四十三届和第四十四届会议报告的大会第46/54号决议第9段和第47/33号决议第12段中, 大会促请各国政府注意, 委员会必须了解各国政府对委员会一读通过

¹ 《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第58段。

² 同上, 第58段。

的关于国际水道非航行使用法条款草案的意见，并促请它们按照委员会的要求，于1993年1月1日之前提出书面评论和意见。

3. 遵照委员会的要求，秘书长分别于1991年12月20日和1992年12月1日向各国政府发

出公函，请它们于1993年1月1日以前提出它们的评论和意见。

4. 截至1993年6月14日，秘书长从会员国收到了16份答复，从非会员国收到了1份答复，复文载于本文件。

一、从会员国收到的评论和意见

阿根廷

[原件：西班牙文]
[1993年3月15日]

一般性评论

1. 阿根廷政府的评论涉及国际水道非航行使用法条款草案的辅助性，及各水道协议的签署国问题。为了确保所拟条款草案不影响关于水道使用的原有各项协定，建议列入一条明确规定所拟订的关于水道非航行的条约属于补充性质，对于受一项公约制约的水道，非经该公约缔约国各国同意，不得适用。

对各条款的逐一具体评论

第4条

2. 草拟的第4条案文规定在影响到整个水道地区的协议中，及在只影响到一部分水道的协议中，第三个河岸国“有权”参加协商并成为有关协定或项目的当事国。

3. 阿根廷政府认为这一条过分偏向于第三个河岸国。因此，认为第4条最好加以修改，使加入条约成为一种可能性而非权利，原因是第三方的权利已受到草案中其他条款的保护，例如以下各方面的条款：公平合理利用水道（第5和第6条），不造成明显损害的义务（第7条），合作（第8条），交换数据（第9条）和关于计划措施的资料（第11条起）。

4. 阿根廷政府建议第4条改为：

“1. 每一水道国均可成为适用于整个国际水道的一项水道协定的当事国，参加的

条件由该国与协定缔约国之间商定。缔约各国应诚意与该国协商加入协定的各种条件。

“2. 如水道国对某一国际水道的使用可能因执行只适用于该水道的某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的水道协定而受到明显影响，则该水道国在其使用水道因该项协定或特定的项目、方案或使用而受到影响的限度内可以成为这一协定的当事国：其参加条件由该国与协定缔约国或特定方案或使用之当事国商定。后者应诚意与该国协商其加入的条件。”

加拿大

[原件：英文]
[1993年3月30日]

一般性评论

1. 委员会拟订国际水道非航行使用法条款草案的工作历时二十年，并需要作出很大的妥协，加拿大政府赞扬它的努力。这项工作设法解决各方面对于有关跨越和形成国境的河流和湖泊的适当国际法律体制所持意见无可避免地存在的歧异。但是加拿大要就条款草案提出一些问题和意见。

2. 加拿大政府首先要提出的意见是，它认识到条款草案对国际水法一向所关切的问题——使用和污染问题——作出规定。但是应当尽可能将联合国环境与发展会议后有关可持续发展的概念¹

¹ 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3至14日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I, Vol.II 和 Vol.III)) (联合国出版物，出售品编号 C.93.L8)，第一卷：《环发会议通过的决议》，决议1，附件一（《关于环境与发展里约热内卢宣言》）和附件二（《21世纪议程》）。

纳入该文件。

3. 总的说来, 加拿大赞成在水道国无法议定一种管理制度的情况下应用具有法律约束力的纲领性备用规则。在这方面产生一个令人关切的问题, 即在部分水道可能受双边制度管理而另一部分水道则不然的情况下, 如何将备用规则应用于双边制度。同样地, 现有双边安排适用了条款所规定的某些问题而不适用于其所规定的所有问题, 在这种情况下也可能产生可应用的法律体制的问题。

对各条款的逐一具体评论

第 3 条

4. 加拿大认识到, 水源的国际管理必须应用于各种地形, 其解决方法可能各不相同。因此, 在一些情况下, 一套一般性条款中所载的规则未必能产生应有的效果。加拿大政府认识到多数持久的解决办法往往都是由有关国家以双边谈判的方式达成的, 并念及国际法一般说来有责任设法以谈判方式解决分歧, 大力支持第 3 条, 即允许各国调整条款草案的规定。但是在这方面又产生有关水域管理或其它一些方面的现有协定的地位问题。

5. 加拿大极其关切这个问题, 因为有关加拿大的跨界河流和湖泊的国际法律制度主要由加拿大同美国间的若干双边条约和惯例组成。加拿大政府希望确保在条款草案的范围内继续维持这些协定而无需协定缔约国采取任何进一步的行动。因此必须明确表示不应将条款草案置于现有协定之上。

第 5 至 7 条

6. 加拿大要表示对第 5 至 7 条中所载一般原则的提法持很大的异议。该国承认公平合理利用的说法得到大量的支持, 但是要强调的是, 从某些国际公约看出, 某些区域惯例显示, 公平的利用可能为均等的利用。事实上加拿大政府注意到, 加拿大和美国在水域管理方面的做法总的说来是根据水域平均分配的原则, 而这种原则为双边水域问题的管理提供了合理的根据。

7. 加拿大所关切的另一个问题是, 条款草案没有解决第 5 条和第 7 条的提法固有的矛盾。根据第 5 条, 要解决争相使用国际水道的问题,

就必须在充分认识到所有有关因素的基础上兼顾到有关各方的利益。但是拟议的第 7 条似乎意味着一旦确定可能造成明显损害就不再兼顾各方面的利益。评注²中所述委员会的立场似乎为, 如果作出一项无法反驳的假定, 就可消除第 5 条同第 7 条之间的矛盾, 即如果以造成明显的跨界损害的方式利用国际水道系统的水域, 当然就未予公平合理的利用, 从而不论依照第 5 条还是第 7 条都构成违法行为。但是该国注意到, 委员会在评注中承认, 在一些情况下, 是否做到公平合理的利用将取决于一个或一个以上的水道国对一定程度的损害的容忍度。在这种情况下, 委员会建议可以通过具体的协定³来达成必要的宽容。不过, 正是在此种情况下纳入不损害的规则会使协定难以达成。加拿大政府关切的是, 第 5 和第 7 条中有关公平合理的利用的提法无法兼顾各国的利益。

8. 此外, 如果订立不造成明显损害的规则, 似乎会重新引起先占原则(先占者享有优先权)的问题, 因为这将使上游国家无法从事会对下游国家的活动造成明显损害的任何发展。

9. 第 5 条同第 7 条之间的矛盾可以以各种方式解决。加拿大政府对是否有必要将第 7 条作为一项单独的条款感到怀疑, 因为在国际水道的任何特定利用方面, 第 6 条中考虑到所有有关因素一语似乎也意味着包括考虑到所造成的损害。

10. 从另一方面看, 在以前的特别报告员施韦贝尔先生的第三次报告中提出了公平利用和不造成明显损害原则的另一种说法, 这种说法兼顾到两项原则:

“利用国际水道水源的权利, 除非为公平参与国际水道系统的裁决所允许, 应以不对另一水系国的利益造成明显损害的责任为限。”⁴

因此应当进一步审查这两项原则之间的相互关系。

11. 关于第 6 条, 必须考虑到各项有关因

² 第 7 条原作为第 8 条通过。其评注见《1988 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 35-41 页, 尤其是第 36 页, 第(2)段。

³ 同上, 第(3)段。

⁴ 《1982 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 103 页, A/CN.4/348 号文件, 第 156 段(第 8 条第 1 款)。

以对公平的利用作出合理的决定。从加拿大水域的管理的观点看来,必须认识到并考虑同美国之间的双边关系发展过程中的使用方分配办法。我们承认第 6 条内所列因素并不详尽无遗,但是建议委员会考虑增列能够反我们关切的问题的其他因素。一些可能的说是提到“区域国家惯例”、“过去的使用方”和“一向的使用机会”等。

第 11 至 18 条

12. 加拿大赞成有关国际水道的使用的通知和协商程序。但是该国注意到,关于一旦有关国家在协商后仍旧持不同的意见,应如何解决争端,条款中没有对此作出规定。因此对于一旦有关国家未能达成协议,在经过一段协商期间后应如何处理,条款没有提供进一步的帮助。如果在条款草案内加入有关争端的解决的条款应是很有益的。

13. 现有的第 16 条规定,通知国在依照条款所规定的义务行事时,如果未收到被通知国的答复,则在不违反其依第 5 和第 7 条所负义务的条件下,可着手执行计划的措施。但是选择不通知提出答复的国家仍可在较后的阶段提出异议,并可能要求赔偿。因此遵守条款有关通知规定的国家可能被指称违反条款基本原则而没有机会就拟议的措施进行协商。必须使被通知国无法从蓄意拖延的措施中获益。一个可能的解决办法就是将沉默解释为默认拟议的措施,以免不提出答复的被通知国后来又表示反对。委员会应当重新讨论这个问题。

第 19 至 26 条

14. 加拿大赞成第 26 条中有关运用国际水道联合管理机构的规定。为处理加拿大同美国间的若干水域问题而设立的国际联合委员会是一种可供其他国家考虑的模式。第 26 条中“管理”一词的范围似乎很有限,可予进一步修订。加拿大遗憾的是,条款中没有更为强调为达成第 26 条中设想的管理目标而执行各项有关条款所涉组织方面的问题。

15. 总的说来,关于管理和执行的条款没有彻底进行研讨有关国际水道日常的利用最重要的方面的法律规则这项工作。条款中所提议的最低限度规则并没有为加拿大带来任何问题,但是还是应当就针对无法解决的争端所应采取的程序和

补救办法订立明确的规则。

第 21 条

16. 但是关于条款草案第 21 条第 2 款中所规定的不造成污染而带来损害的义务,加拿大政府认为,一种说法是有其充分的理由的,即造成明显损害的污染显然是不合理而不公平的。我们认识到并非一切损害都在禁止之列:禁止的是明显的损害。在这些情况下,加拿大认为,就污染而言,应首要考虑不造成明显损害的原则。

其他问题

17. 条款草案中的一些用语可能引起各种不同的解释。建议审查条款,以确保由条款本身对那些应加澄清的用语予以界定。至少应界定以下的用语:“重要的人类需求”(第 10 条),“明显不利影响”(第 12 条),“损害”和“明显损害”(第 7 和 21 条)。同样,加拿大建议审查这些用语以确保同其他国际环境协定中的用法一致。

第 22 条

18. 关于新物种的引进的第 22 条要求各国“采取一切必要措施,防止……新物种引进”。这项责任可能引起过于广泛的解释,因此可能应当加以限定。

第 27 条

19. 条款草案中令加拿大感到关切的一项空白就是没有提到分享下游利益的原则。第 27 条没有提到分享下游从上游国工程所得到的利益。应当考虑这个问题。

第 31 条

20. 第 31 条举出国家依照通知和协商程序和有关资料交换的程序提供资料的义务的有限例外——国防和国家安全。加拿大象许多其他国家一样,有国内法和法律惯例规定,某些文件和机密不得外泄。因此第 31 条应当添加条款草案中所规定的义务应视有关资料的保护的国内法而定一语。

第 32 条

21. 关于不受歧视地诉诸国内司法制度的权利的该条表明,各国日益认识到,司法制度往往

不容许因跨界污染而蒙受损害寻求补救办法，因为非公民和非居民没有同等的机会诉诸司法制度。事实上《关于环境与发展的里约宣言》原则10中作出了意义较为深远的类似规定，其中表示应让人人都能有效地使用[国家]提供的司法和行政程序，包括补偿和补救程序。加拿大水域的管辖权为省和联邦二级政府所共有。因此虽然联邦一级政府可能准予就某些联邦主管的问题诉诸法院和某些联邦行政法庭，省一级的改变必须由有关各省来进行。委员会可以考虑适应这个问题。

结 论

22. 最后，加拿大政府鉴于围绕条款草案所进行的辩论，促请委员会考虑是否较宜将条款草案订为一套原则或指导方针，而不继续追求拟订一项可能得到、也可能得不到普遍支持的多边公约的目标。

乍 得

[原件：法文]
[1993年3月10日]

一般性评论

1. 乍得完全是个内陆国，其地理气候条件不许可境内的水道全年供航行之用。多数水道仅为暂时性水道，例外者有沙里河及其支流洛贡河，这些是永久性河流，部分可供航行。

2. 基本上，乍得的水道及其与邻国共有的水道，即国际水道，只能用于其他用途，例如灌溉、供水、小型水坝等等。但不幸的是，乍得自从独立以来由于内战引起的各种问题延缓了国家的发展，无法开展合理利用水道的工程项目。

3. 关于国际水道非航行使用的条款草案中所述保存措施应得到乍得政府更大的注意，因为乍得是萨赫勒地区的国家，缺水情况严重，仅有的稀少水源须加以保存和保护。

4. 乍得尚未达到工业废物污染的阶段，但也须开始考虑实行保护措施以免将来发生污染。预防天然污染物的保护措施也可加以考虑。乍得可以同意与南方邻国中非共和国缔订一项公约以便管制水道的水流，预防洪泛。

5. 乍得最好能在乍得湖盆地委员会等架构内，考虑有关国际水道协定的第3、4和5条的规定。¹ 此外还应顾及《人类环境行动计划》有关设立国际河道委员会的建议51，² 条款草案第二部分提到这一点，以便监督国际水道的公平利用和协定在各国之间的执行情况，同时铭记，据建议的第一段的规定，这类协定只应管制那些流经若干国家的水道。

6. 另一个应考虑的因素是，水道是自然界所赐的资源，它们在国家间的分配并无公平可言。因此，占有水道大部分的国家并没有道理同意与其他只占有水道一小部分的国家进行公平利用(如第5条所设想)。

7. 条款草案经过周全的设想，可以作为国际水道规章和水道国之间合作的基础。

对各条款的逐一具体评论

第9条

8. 鉴于我国经常提出的意见，最好能在第9条第3款内增添以下规定：

“河岸国无论何时均应许可临时设施，例如航标、浮标等等……以便对国际水道进行测量。”

¹ 根据《关于开发乍得湖流域的公约和规约》第1条设立。

² 《联合国人类环境会议报告，斯德哥尔摩，1972年6月5日至16日》(联合国出版物，出售品编号E.73.II.A.14)，第二章

哥斯达黎加

[原件：西班牙文]
[1992年9月1日]

一般性评论

1. 首先，哥斯达黎加政府认为，草案为了不起的成就，不仅在于它规范了水道的非航行使用，而且在于它符合各种论坛通过各种文书在环境保护方面已完成的工作，从而符合《联合国

海洋法公约》在这方面的广泛纲领，因为本草案多处都参考了此一公约的体制和措词。

2. 其次，还应该感谢负责起草的工作组，因为它以广泛比较学说和判例为基础的评注可作为解释拟议条款的范围的准则。

3. 在这方面，就阐明和改善现有规则的任务，进而逐渐发展水道法而言，本草案的优点在于它能不断地寻求符合各种相关关系现实情况的均衡及以谈判方式获致解决办法。

4. 哥斯达黎加政府欢迎并支持负责编写该条款草案的小组的工作。哥斯达黎加因而可重申哥斯达黎加据以批准《联合国海洋法公约》的精神和该国对国际法的诚心与深切的尊重。

5. 除了上述之外，哥斯达黎加谨借此机会参照本条款草案所引发的兴趣，就委员会所拟议的制度提出一些简短的关切或意见。

6. 根据哥斯达黎加对“国际水道”一语的了解，草案规定，水道的国际性质完全须视物质，而非政治标准而定。因此，国际水道是指其组成部分位于不同国家的水道(第2条(a)项)。据此，“水道国”是指国际水道的组成部分位于其领土的国家(第2条(c)项)。

7. 委员会在其评注中指出，国际水道最普遍的例子乃是形成或流过国界的河流。¹ 可否将这个概念解释为足以改变一条由条约确定为两国的边界，但却被看作仅仅属于其中一国的河流的性质？换句话说，如果有一条界河已正式受制于一国的领土主权，但却亦受制于规定另一国得随时自由航行的制度之下，那么，为了本条款草案的各种不同的目的，能否认为此一界河是一条“国际水道”，因为它是国界而且因为有两个邻国已批准了此类的公约？

8. 如果来自另一国的水道流入两国的界河，在它流入属于邻国的领土主权的河流中时，此一水道是否因为此一流入事实而可视为是国际水道？流入或渗入另一国国界内的水道的比例是否应影响到该水道是否可视为国际水道？

9. 例如，有一条中度规模的河流，其河道

大都位于甲国境内，但其下游却流入一个邻国领域内不大的地区，然后又流入该国的支流、湖泊和其他水道。哥斯达黎加政府试问，河水流经一个邻国领域内一小块面积地区，然后再流入其水域的情况是否已足以将整个河流或支流称为“国际水道”？如果答案是肯定的，那么，基于此一推理，是否就可以将“国际”性质扩及上文所假设的河流所流入的水道，因为它们所形成的水系“构成一个整体单元，并流入共同的终点”(第2条(b)项)？

10. 为了实行本条款草案内所设想的制度，委员会有关对水道及其水体的区别(第1条第1款)对上项问题会有什么影响？

11. 还可以提请注意一些异于但却密切关系到上述问题的其他问题。

12. 哥斯达黎加政府试问，在最后批准此类文书时，是否应发表声明，指明各国打算将会对哪些河流实施该文书内所规定的制度？在条款草案第2条和第3条内所规定的后效性质标准是否应继续适用于先前已存在的各项协定？² 如果仅仅签署此类公约，在缺乏指明公约将适用于哪些水道的任何声明的情况下，如果有关这些水道的现有制度仅仅涉及航行，那么在何种幅度内可以将这些水道用于非航行用途？

13. 虽然本条款草案内的许多规则的确属于须视以后的具体规章而定的“柔性”法律³ 类别之内，可是，此一纲要文书的确也规定了一种责任制度。然而，就象国际法上经常发生的情况一样，它没有任何刑罚制度加以巩固。难道不可能建立此一刑罚制度吗？此外，此一责任制度应不应该扩展到国际水道支流的水的管理？我们知道，本条款草案的原始构想是为了采用一种包含有环境保护因素的体制。请问，因为支流污染以致间接污染了水道是否引起水道所在国的责任？如果未保护本条款草案所述流域的土地和森林，是否因而构成所在国的过失？

14. 本条款草案的程序规定，例如第32条内的不歧视规则，是否需要订正或规定得更加具

² 根据众所周知的法律原则，后订的规则应优先于早先的规则；具体条款应优于一般条款。但是，在本领域中，创新正在发生，这些原则可能是不够的，可能有必要与有关主要规则和剩余规则间关系的原則相结合。

³ 一般的、灵活的规则。

¹ 《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第70页，对第2条草案评注的第(2)段。

体，正如它所依据的北欧国家缔结的《环境保护公约》第3条的情况。

15. 最后，哥斯达黎加认为，绝对需要一套和平解决争端条款。

16. 希望上文所概述的关切将有助于鼓励委员会继续它业已产生确实成果的工作。

丹 麦
[见北欧国家]

芬 兰
[见北欧国家]

德 国

[原件：英文]

[1993年1月11日]

一般性评论

1. 德国欢迎委员会暂时通过了国际水道非航行使用法条款草案。德国特别重视本草案主题，不仅是因为它位于欧洲中部的地理位置，而且特别因为它共用好几条主要的国际水道。德国认为条款草案还符合在这个问题上全球都需要规章的趋势。这是由于事实上在第二次世界大战结束之后，大家都极注意水道的一般用途，航行需要反而成为次要。

2. 因此，德国政府要高兴地指出，委员会已经积极回应了因为过去几十年来全世界提高了对水的需求量和用水量极大所导致的特殊挑战。德国欢迎一个事实，那就是，委员会在拟订草案时，从一开始就审议过其他类似目标的国际法文书。德国支持应将现有规章作为将来公约的基础，尤其是应基于有关保护特定水道的区域协定，因为这样才有助于订出一种有关国际水道的辅助性全球和区域制度的高度全面的架构。

3. 德国基于各种不同的理由支持纲要协定的基本构想。此项方针一方面使各缔约国均有机会通过双边和多边协定的方式来处理某一国际水道的特征和用途。另外一方面，它也使它们能够

依循各项一般原则，从而确立最起码的标准。此外，对迄今尚无有约束力的协定加以规范的所有国际水道而言，它也算是填补了一个规章上的空白。

对各条款的逐一具体评论

第1条

4. 德国政府欢迎草案事实上现在已经一开始就明确规定它的适用范围(第1款)。德国政府认为第2款内的例外规定，即航行用途如果影响到第1款内所述用途或如果受到此等用途的影响，则应属于本公约范围，是适当的，而且不抵触规章的主要内容。“国际水道及其水”一词正确地阐述，例如在河流规则上，并不以河床为限。它因而有助于避免误解。

第2条

5. 另外一个正面的特点在于委员会已放弃了“水道的相对国际性质”的构想((a)项)。这只会导致对个别条文的误解。经采用“水道系统”概念后，就可以明确了解必须对此一系统的全部组成部分的使用加以规范，以期使它不致于损及水道国或水道本身。

6. 本条款草案已采用了“国际水道系统”概念是一件好事。将几条水道界定为一个系统时亦包含地面水和地下水正符合德国所支持的应设法提供尽量全面、有效的水道保护的设想。此一广泛着手的方针正好符合自然的、水文学的现实。因此，可以列入远离国家边界之外的流域水道，从而使条款草案的架构内包括这些遥远地区的水。然而，此一共同的区域应限于各水道事实上应有“共同的终点”。除了“承压地下水”之外，地下水的列入因为它事实上作为水文循环的一部分将会流入水道，所以其重要性已特别明显。委员会不列入“承压地下水”是正确的，因为它同地面水并无自然关系，从而不是需要保护的整体的部分。因此，根本有必要将“水道”改为“水道系统”，以期顾及关于尽可能按照环境标准最妥善地利用作为一种共同资源的水道的想法。

第3条

7. 该条编纂了未来公约草案的框架性质，其中第2款第二句特别重要：它明确规定，有关

国际水道的协定通常都必须顾及所有水道国对它们的使用，即使这些国家并非谈判的参加国。因此，可以正确地防止发生少数几个国家达成不利其他国家对水的使用的协定情况。

第4条

8. 德国欢迎第4条已实际规定谁可以成为水道协定的当事国。应该正面指出第2款已可确保不得订立已“明显地”影响到并且不利于第三国的协定，即使该水道协定仅仅适用于国际水道的一部分。

第5条

9. 德国支持第5条内所订“公平利用”或“公平分配”原则，因为它应可确保数国利用某一水道能导致最佳利用，同时亦在最低的限制上限制别国利用该水的权利（第1款第二句）。因此，德国欣见第5条实际上载入了利用水的权利以及不得限制别国亦有权从事公平利用该水的义务。第2款内载的“公平参与”概念已确保能实现最佳利用目标，因为只有各水道国都进行合作以参与水道的保护和开发，才可能实现此项目标。

第6条

10. 该条内则载有关于有助于解释如何决定什么是“公平合理”利用的重要准则。它叙述了并非详尽无遗的主要因素清单；鉴于未来公约所具有的纲要性质，必然无法详尽无遗。因为不能完全避免发生有关解释此一最重要的未下定义的法律用语（公平合理利用）的争端，第2款规定各当事国应该本着合作精神进行协商，许多国际公约都载有此一同样的基本原则。

第7条

11. 规定保护程度的第7条乃是本条款草案的中枢组成部分。本条的拟定特别必须注意在冲突的利益之间设法取得公正的均衡。因此，一方面依照睦邻原则，各国在“国家间正常关系”上必须容忍对其领域仅构成刺激而非实际自然损害的有限影响。即使考虑到共同使用原则和所有此类利用的协调性，如果禁止一切对其他沿岸国的损害性质影响，不论影响多小，都是过分的，也不符合国际惯例。另外一方面，我们必须铭记，目前因为污染、过热等等原因以致引起对国际水

道的危险大多起源于一些使用者，他们从其本身观点看并未对水道造成严重损害或对共用该水道的其他国家造成损害。只有集中在一起时，此一损害才“严重”地或“重大”地损害到国际水道本身和其他沿岸国。因此，我们必须赞同特别报告员和委员会多数委员拒不采用以“严重”或“重大”来形容保护的程度。

12. 本条款草案内所使用的“明显”一词的缺点在于它会产生双重含义。就危险或危害而言，“明显”可能是指“可察觉的”或“显著的”。因为此一双生含义涉及实质上的极大的差别，所以建议应改采“显著”一词，尤其是因为它亦符合委员会有关“明显”一词的解释。因此，应将“明显”二字改为“显著”二字。第3、4、12、18、21、22、28和32条内亦应做同样的改动。

13. 关于第5条同第7条之间的关系，德国建议，为求明确，不妨考虑未来公约是否应明文采纳委员会的相关评论，即任何“明显”损害——也就是我国所建议的“显著”损害——均应构成对第5条所称公平合理利用原则的违反。

第8条

14. 德国欢迎一个事实，那就是第8条不但规定了水道国之间合作的一般原则和目标，而且还载有诸如“主权平等”、“领土完整”、“互利”等长期以来已确立的方针。

第9条

15. 德国还支持第9条内编纂的程序性义务，即各国有义务及时相互通知和协商，以利规划水道的利用。此项义务已正确地载于有关水和河流使用的许多条约；它源自有关应避免可能对别国引起严重损害的任何行为的实质性法律义务。德国认为定期交换资料对有效保护国际水道特别重要。

第10条

16. 第10条正确地规定，如无相反的协议，国际水道的任何使用均不对其他的使用享有优先地位。

第11至19条

17. 第11条至第19条设想了高度详尽的“计划的措施”的程序；在此一程序中，如果遇

有将着手开始的项目可能会对某些水道国造成“明显不利影响”，则应考虑到这些国家的立场和可能的反对（第 12 条），德国对此赞成。有关“计划的措施”的程序包含有国际环境影响研究组成部分。

18. 德国政府欢迎一个事实，那就是，通过最长为一年的有约束力的等待期间（第 13 条、第 15 条第 2 款、第 17 条第 1 和第 3 款），亦可在程序上确保有关协商和谈判的义务。虽然对希望进行项目的沿岸国而言，这将会引起相当大的干涉，可是，由于第 19 条内规定了有关紧急项目的例外情况，所以也就提供了必要的均衡。此外，各国公民通常也都有机会在详细的本国计划程序中表示对各项项目的意见（例如环境影响研究），因此就不大可能发生因为同时亦受影响的相关沿岸国而造成的推迟。

19. 但是，只有在“大规模”项目的情况下，详细的“计划的措施”程序才有助益：上述条款不包括几个行为者累积的污染对国际水道造成损害的情况。

第 20 至 25 条

20. 德国极为重视这些条文，它们一方面处理环境保护，另一方面亦处理同利用国际水道有关的有害状况和紧急情势。德意志联邦共和国一如曾指出的（见上文第 1 段），作为一个共有几条国际水道的国家，特别关注本领域国际法的拟订。这特别适用于环保规则的拟订。

21. 这些条文中已正确地载入一些重要的环境法律原则，例如关于要求在利用和开发国际水道时应给予充分的保护（第 20 条）或开列一些物质的清单，以预防它们流入某些生活环境（第 21 条第 3 款）。但是，应该更为明确地规定什么构成第 21 条所述的污染。只有避免污染损害的严重危险，才可以长期保护国际水道。为了达成此一目标，需要有超越第 21 条第 1 款的有关污染的定义。此一定义已载于《联合国海洋法公约》第一条第 1 款第(4)项，应将此一受到广泛承认的定义纳入本公约。第 22 条以新的方式处理了将“新的”动物和植物物种引进国际水道的问题。德国欢迎第 23 条规定不应该为了使河川免于污染而损及海洋。对德国而言，减少来自陆地的海洋污染显得特别重要，尤其是北海和波罗地海，海洋污染的主要原因乃是河川污染。

22. 最后，德国认为第 24 条内载的广泛责任及各国关于其就紧急情势同非未来公约缔约国进行合作的义务（第 25 条）具有正面意义。

第 26 至 32 条

23. 德国欢迎有关不歧视的规则（第 32 条）。这符合德国对法律的理解和国际环境政策的最新趋势。有鉴于对莱茵河的极为成功的处理成果——这大部分也应归功于国际保护莱茵河委员会¹的卓越表现——德国将会欢迎更加着重于国际水道的联合管理办法。例如第 26 条因此就不妨移出第四部分，改置于突出的位置。为了用一种机构性的方式来体现“联合管理”的含义，不妨在第 10 条第 2 款的原则的基础上，扩大第 26 条条款范畴。

结 论

24. 32 条条款草案构成了一套均衡的规则。它们保证了河川的有效保护并且提供了有助于更加具体的双边或区域性水道协定的架构。本草案已顾及国际环境法的一切主要原则，例如领土主权有限、禁止滥用国际法所承认的有关国家责任的各项权利、以及有关在计划利用时应及时提供资料和尤其是有关国际流域内用水方面的所附文件并应同其他当事方进行协商的程序性义务。

25. 德国欢迎及早召开外交会议，以期通过一项公约草案。

¹ 依据《防止莱茵河污染国际委员会协定》而建立。

希 腊

[原件：法文]
[1993 年 2 月 3 日]

一般性评论

1. 希腊政府一般来说可以接受条款草案的条款。总的来说，该草案设法调和了上游国家和下游国家在此领域的相互对立的权利和利益。因此草案的方向是正确的，是今后工作的良好基础。

对各条款的逐一具体评论

第 2 条

2. 希腊政府注意到，委员会在草案第 2 条

中对于国际水道使用了一种“系统”的概念。但主张最好使用“国际贮水区”的现代概念，从科学角度来说，这一概念更全面和更正确。但是，积极的一点是，一个水系的地下水被纳入条款草案的范围。

第 5 至 7 条

3. 第 5 条和第 6 条可以作为条款草案的基调，因为这两条实际上决定了各水道国在其各自境内使用一条水道的行为。这种使用必须是公平与合理的。在涉及国际水道的关系中使用公平的概念是完全合适的。然而必须强调的是，公平并不是超越法律范围的事务，不是一种根据公正和善良原则的解决办法，而是国际习惯法规定的一种法律标准。因此，公平是一种可以核查的概念，能满足第 6 条所列的各项具体标准。

4. 第 7 条规定了不造成“明显损害”的义务。希腊政府认为，“可察觉的损害”一词可能更好，因为它更准确地反映了此方面的目前情况。这也适用出现此用语的其他条款草案。

第 10 条

5. 关于各种使用之间的关系第 10 条，希腊政府主张，特别是在小河的情况下，即使仅作为一种例外，也应考虑到某些具体的利益，如保护公众健康和保持民用和农业用水的质量，这些利益对一些地区来说至关重要。

第 11 至 18 条

6. 这些条文所设立的机制看来是实际和有效的。然而，希腊政府认为，规定的六个月的期限过短。特别是对第 13 条来说，最少应有一年的期限。否则，一些国家如果没有足够的时间研究和评估可能的影响，在每项案例中，就有可能反对它们被通知的项目。

第 19 条

7. 该条允许一国在发生极为紧急的情况下可以采取单方面行动，而这种情况将由该国本身做出判断，这打破了条款草案在此方面力求达成的平衡，破坏了基于第 12 条及以下各条的保障制度。滥用和造成既成事实的情况将是不可避免的。因此，希腊政府认为，对该条应进行认真的审查。

第 20 至 25 条

8. 这些条文的案文总的来说是令人满意的。这些案文在很大程度上参照了《联合国海洋法公约》和有关预防水污染等内容的其他相关国际法律文书。希腊政府特别支持使用“生态系统”的提法，这是一个正确和科学上可接受的概念。

9. 希腊政府认为，第 21 条第 2 款未能取得上游国和下游国权利之间的平衡。除了预防、减少和控制污染以外，该款还应提到即使仅在一定条件下消除污染。在第 24 条“预防”和“减轻”的后面也应增加“控制”，如有可能增加“消除”。

第 26 至 29 条

10. 第 26 和 27 条是关于国际水道的管理和调节，显然十分重要，这两条的措词总的来说令人满意。有关维修和保护设施的第 28 条也是如此。有关在武装冲突期间保护国际水道和设施的第 29 条应当列入条款草案。它谨慎地处理一个敏感的问题。

第 32 条

11. 希腊政府虽然不否认题为“不歧视”的第 32 条所定原则的重要性，但认为该问题不在条款草案范围之内。该条实际上涉及取得公道的权利，这是有其他国际法律文书管理的事项。因此应当进一步考虑是否应将该条款列入条款草案。

12. 最后，在条款草案中完全需要增加解决争端的条款。鉴于此事项的性质，这些条款应当涉及具有约束力的解决程序，如仲裁和司法解决。

13. 希腊政府保留在晚些时候就条款草案做出进一步评论的权利。

匈牙利

[原件：英文]
[1993 年 5 月 13 日]

一般性评论

1. 在评价委员会草拟的国际水道非航行使用法条款草案时，匈牙利政府对委员会 1975 年间

题单¹的答复可以作为一个起点,该答复总的来说同意有必要对国际法这一领域进行编纂。答复着重强调,从匈牙利的利益来看,现行有关匈牙利的各种水管理协定仅取得了部分结果。同一答复认为应该适用水文(排水)流域的概念。

2. 匈牙利认为,总的来看,最近的草案值得支持,可以作为一项具有法律约束力的国际条约的良好基础。这种态度同本答复中载有一些批评意见并不矛盾。

3. 委员会迄今为止的编纂结果反映了整个国际社会现在已经接受,在国际水道非航行使用方面,存在一些指导国家之间关系的一些一般国际法律原则和规则。一般国际法——甚至在没有条约的情况下——对水道国的行动自由有所限制。草案查明了国际法的这些一般原则和规则,而且比国际法学会、国际法协会等国际法律协会所通过的决议更具权威性。正如其他一些案例也已证明的那样,在以缔结国际条约为目的的谈判中和在有关国际水道问题的争端中,甚至一份草案也有可能成为国际惯例的一部分,成为一个衡量的标准。

4. 关于草案的结构,尽管将各项定义(第21条第1款、第25条第1款、第26条第2款、第27条第3款)列入一个单一的条款来看更符合逻辑,评注本身提到了这种可能性,²但草案所用的办法——即第2条仅列出国际水道的定义(及据此对水道国所下的定义)——看来更为有利,因为它强调了这一概念的特殊重要性,界定了草案所列一般规则适用的地域范围。

5. 在一般原则(第二部分)中列入一般合作义务(第8条)更成问题。这种一般义务照说应该与合作的原则相同(区别仅在于合作的具体目的得到了界定:即实现最佳利用和充分保护),合作的原则在性质上更为普遍,因为它载于《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》³和《欧洲安全和合作会议最后文件》⁴等文件之中。甚至从一种实际的角度来

¹ 《1976年……年鉴》,第二卷(第一部分),第150页起,A/CN.4/294和Add.1号文件。

² 《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第74页,第2条草案评注的第(8)段。

³ 大会第2625(XXV)号决议,附件。

⁴ 1975年8月1日在赫尔辛基签署的《欧洲安全和合作会议最后文件》(洛桑,Imprimeries Réunies)。

看,最好也将各种合作的方式列为一项合作的一般义务,其中包括定期交换数据(第9条)、关于计划措施的程序性义务(第11至第19条)、管理(第26条)和调节(第27条)。

对各条款的逐一具体评论

第1条

6. 匈牙利先前对委员会问题单的答复已经对非航行使用的广义解释表示了支持,其中包括水的利用以及养护和保护措施。草案这一条满足了这一要求。

第2条

7. 草案通过界定“国际水道”一词,还界定了草案所载规则的地域范围。在长达几乎二十年的编纂史中,界定“国际水道”一词一直是最为困难和最有争议的问题。从一开始,国际水道一词具限制性的、所谓传统概念(它可追溯到1815年维也纳会议)——将该词限于构成或穿越边界的水道一直与广义解释相抵触,广义解释主要受《赫尔辛基规则》⁵的影响,认为国际水道即流域(最近所用的表述为“国际流域”)或国际河流系统(此处评注⁶指的是《凡尔赛和约》)。委员会1980年的工作设想⁷努力解决这两种概念之间的冲突,方法是引入一个功能性措词,在水道的国际性和跨界影响之间建立一种联系;如果就一个水文系统采取的行动的后果影响到另一水道国的领土,则该水道为国际水道,但如果没有此种后果,则不为国际水道。

8. 列举“国际水道”各种最重要组成部分的实例可能仍然有用,评注中列举了这些组成部分,包括含水层,⁸但与此同时,将与地面水无关联的承压地下水排除在外的作法则可予以支持。

⁵ 国际法协会1966年通过的《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》,见国际法协会,第五十二次会议报告,赫尔辛基,1966年(伦敦,1967年),第484页起;其中一部分转载于《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),第357页起A/CN.4/274号文件,第405段。

⁶ 《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第75页,第2条评注的第(9)段。

⁷ 《1980年……年鉴》,第二卷(第二部分),第108页,第90段。

⁸ 《1991年……年鉴》,第二卷(第二部分),第74页,评注的第(5)段。

第3和第4条

9. 该两条可以被认为是草案的两个关键条款。它们从尊重现实这一前提出发, 得到各种先例的支持和各种理论考虑的加强, 即调节有关非航行使用方面的国际关系的最好方法是由水道国缔结国际条约, 草案将其称为水道协定。

10. 缔结水道协定的有用性和必要性在第3条评注⁹中得到大概承认, 而且同匈牙利1976年答复的基本思想相一致。

11. 这一办法的结果是有关国际水道规章的双重性质, 即一方面与水道协定有关, 另一方面则与草案所编纂的一般原则和规则有关。但是, 该国际法律规章的这种平行性质在两方面都引起问题。

12. 评注认为草案所拟的一般原则和规章有两种功能: 一方面, 在没有水道协定的情况下, 界定水道国的权利和义务;¹⁰ 另一方面, 作为一个框架或纲领协定,¹¹ 为将要缔结的水道协定提供指导方针。后一功能的正确性没有什么疑问, 但却难以设想, 这些一般原则和规则每一条是否都能直接适用, 在没有协定的情况下, 它们是否能够象所期望的那样准确地叙述水道国的权利和义务。

13. 草案让水道国自己决定是否希望要缔结水道协定, 并让其自由界定这些协定适用的地域范围和基于属物理由的运用范围。换句话说, 这意味着没有缔结协定的义务¹² (草案在此遵循了“拉诺湖案”仲裁裁定中的解释¹³), 但是, 每一水道国均有权作出缔约的承诺, 即有权开始谈判以便缔结协定。

14. 如果一国际水道有两个以上水道国, 则

⁹ 第3条原作为第4条通过。其评注见《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第27-30页, 尤其是第(2)段最后。

¹⁰ 同上。

¹¹ 同上, 第(3)段最后。

¹² 同上, 第29页, 评注第(18)-(20)段。

¹³ 联合国, 《国际仲裁裁决汇编》, 第12卷(出售品编号: 63.V.3), 第281页; 其中一部分译文载于《1957年国际法报告》(伦敦), 第24(1961)卷, 第101页; 及《1974年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第194页起, A/5409号文件, 第1055-1068段。

要考虑到更多的问题。草案涉及一水道国对水道的使用可能受到明显影响的情况。匈牙利认为就适用的地域范围或主题受到限制的水道协定的适用来说, 英文(appreciable extent)和法文(de façon sensible)的表述并不完全一致。所涉国家有权参与协定的谈判并成为其缔约国。¹⁴ 但是, 问题并未完全解决, 因为没有提到如果出现下列局面会出现什么情况: 明显影响第三国使用该国际水道的一假定为双边协定的缔约国不承认该第三国的权利或使其不可能适用。

15. 根据条款草案, 水道协定的目的是适用一般原则和规则并加以调整, 使其适合具体情况。后者为各种具体考虑提供了足够广泛的余地, 因为在缔结协定时应考虑到这些原则和规则,¹⁵ 并且它们已被承认为指导方针。¹⁶ 即使如此, 第3条的规定仍然并非不含糊, 可以解释为具有一定的说服力, 这一点可由没有“若国际条约未另作规定”这一表述来证明。即使在后一种情况下, 问题也可能出现, 这在《适用于跨界污染的国际法规则》(蒙特利尔规则)第1条的评注中十分明显:

“……有关国家可自由地在较高级别商定保护……此种协定不能处理其他国家的权利或免除一国保护全球环境的责任。”¹⁷

同样地, 在《赫尔辛基规则》第1条中也很明显。

16. 如果其他(第三)水道国, 或任何其他国家(“非直接受害国”), 即特别报告员阿兰焦-鲁伊斯在其关于国家责任的第三次报告¹⁸中所述的, 在“适用和调整”的借口下, 宣布放弃选择、排除或修改草案所载的原则和规则而受到损害, 那么, 该案是否光是适用国际法律责任的规则就足够了, 或是否还需要在草案中规定某种自己的程序性解决办法?

¹⁴ 第4条原作为第5条通过。其评注见《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第30页, 第2段。

¹⁵ 见评注的第(5)段(上文脚注9)。

¹⁶ 见评注的第(2)段(同上)。

¹⁷ 国际法协会, 第六十次会议报告, 蒙特利尔, 1982年(伦敦, 1983年), 第158页; 对规则第一条评注的第2段。

¹⁸ 《1991年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第32页, A/CN.4/440和Add.1号文件, 第89-95段。

17. 水道协定和一般原则与规则之间关系的另一个问题是, 这些原则和规则还涉及本身定义在变化的一些概念, 就是说其重要性和份量在各个时期内有所不同。¹⁹ 此类概念是影响合理和公平使用的措施、保护环境的利益等问题的各种技术条件。反过来, 一般原则和规则的发展能够以什么方式影响水道协定, 这一发展能否被定性为环境情况的重大变化, 或是否有必要使现行条约 (特别是较老的条约) 适应新的情况? (例如, 《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》就设想了这一办法。)

第 5 至 10 条

18. 第二部分的标题 (一般原则) 很不合适。仅有三项此类义务可以满足法律原则的传统参数, 即公平合理利用、不造成损害的义务和合作的原则。该国认为, 定期交换数据和资料是一项相当一般的义务, 而水道的使用没有等级之分多半是公平合理分摊原则的结果, 因此更应当列在第 6 条后面。

19. 上述水的利用的原则在习惯国际法中有其根源, 但是也可以看出法律的逐渐发展。公平合理利用以及不造成损害的义务作为一对原则已经载于 1961 年萨尔茨堡国际法学会的决议 (萨尔茨堡决议)²⁰ 之中。与此相反, 《赫尔辛基规则》仅承认公平合理分摊这一条关键原则 (第五条)。国际法协会偏离了上述概念, 在其国际地下水资源法的决议 (汉城决议)²¹ 中将不造成损害的义务放在公平合理分摊原则之后, 而 1979 年国际法学会通过的关于河流湖泊污染与国际法的决议 (雅典决议)²² ——至少在进行保护以免污染方面——忽视了公平合理分摊的原则。

20. 关于法律的发展, 首先要查明各项原则的精髓, 然后查明它们之间的相互关系。

21. 第 5 条中所述的公平合理利用的原则包含一个具有表面证据的公理要素, 匈牙利政府认为这个要素特别重要, 即它宣布了水道国这种利

用的权利具有主权属性。²³ 这一权利的内在限制是其他水道国利用水道和从中受益的平等和相关的权利。

22. 合理和公平利用的固有限制本身——除极端的情况外 (如明显剥夺水道国的使用权)²⁴ ——并不确保划分使用的权利和进行保护使水免受损害的义务。换句话说, 为了实现上述原则, 需要缔结一项国际条约——一项水道协定。在出现使用冲突的情况下, 这些使用的调整和融通可以通过特殊水道协定来实现,²⁵ 同时, 第 7 条的评注提到,

“在有关水道国之间没有达成协议的情况下, 一个水道国不能以使用是‘公平’的为理由来为对其他水道国造成明显损害的使用辩护”。²⁶

23. 上述各种因素决定了合理和公平使用和不造成损害规则这些原则之间的关系。乍看起来, 它们可被视为成双的原则, 有关的各方可根据需要进行选择。但是, 委员会——如麦卡弗里²⁷ 所具体承认的那样——选择无损害规则为第一位, 赋予公平使用原则一种次要的地位。这一决定理由如下: (a) 公平利用规则需要平衡许多因素, 同其十分灵活的性质相比, 无损害规则十分明确, 较易适用; (b) 无损害规则为较弱的或下游的国家提供了更多保护; (c) 合理和公平使用原则在解决有关污染和环境保护的问题方面不很有效。

第 7 条

24. 条款草案认为仅有明显损害才有实质意义。强调损害的明显性不仅引起解释问题, 而且还造成一种有法律意义的两种损害程度之间的区别。关于不重大的小损害无关紧要这一论点显然是对的。但是, “法官不问小事”这一准则构成每一项法律文书的一部分。突出损害的“明显”程度导致了下列结论, 即在微小损害 (它无需在

²³ 第 5 条原作为第 6 条通过。其评注见《1987 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 31-36 页, 尤其是第 32 页, 第(8)段最后。

²⁴ 同上, 第 31 页, 第(2)段最后。

²⁵ 同上, 第 33 页, 第(9)段最后。

²⁶ 第 7 条原作为第 8 条通过。其评注见《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 35-41 页, 尤其是第 36 页, 第(3)段。

²⁷ “The International Law Commission and its efforts to codify the international law of waterways”, 《瑞士国际法年鉴》, 第 47 卷 (1990 年), 第 32 页。

¹⁹ 见国际法学会关于国际公法时代更迭方面的问题的决议 (《国际法学会年鉴》, 第 56 卷, 1975 年, 第 340 页)。

²⁰ 《国际水域的非海运使用 (航海除外)》, (《国际法学会年鉴》, 第 49 卷, 第二部分 (1961 年), 第 381-384 页)。

²¹ 国际法协会, 第六十二次会议报告, 汉城, 1986 年 (伦敦, 1987 年), 第 238 页起。

²² 《河流湖水的污染及国际法》, 《国际法学会年鉴》, 第 58 卷, 第二部分 (1980 年), 第 196 页。

文书中提及)和明显损害之间必定有一个有害影响处于“灰色区域”。

25. 因为无损害规则禁止造成明显损害,因此任何违背此一规则的行为都是对国际法的违反,其不法性只有通过协定才有可能排除,目的是实现合理和公平的利用。

26. 匈牙利政府认为,无损害规则应得到有关预防的一般原则的补充,它不应仅限于进行保护以免污染(如第21条所做的那样)。这将同日益为人接受的效果分析系统理论相一致。在上文所引文章中(第23段),麦卡弗里提到这一问题在委员会工作中也曾出现,引起了什么是衡量违反无损害规则的责任的标准这一问题。匈牙利认为,这一问题可以通过一项关于预防的一般原则得到充分解决。但是,此种违反的后果要根据国际责任规则来确定。

27. 关于设施的第28条同预防的一般义务密切相关,从结构上讲应在此处提到。“拉诺湖”案中确定的规则也属于预防的义务,根据这一规则:

“……禁止非正常设施(即超出正常的技术和政治风险之设施)的修建和运行。”

匈牙利极其重视这一规则。

28. 评注将不造成损害的义务等同于“使用自己的财产应不损及他人的财产”这一准则。²⁸根据权威作者(Oppenheim, Lauterpacht, Starke等)²⁹的理论,上述规则表明禁止滥用法律,这显然比不造成损害的一般义务要狭窄得多。

第11至19条

29. 同禁止造成损害(和环境保护规定)一道,第11至19条属于其适用无需靠缔结水道协定的一组规则。除了规定具体期限外,条款草案第三部分(计划措施)对习惯国际法进行了编纂。虽然如此,提到联合国人类环境会议³⁰上就发出通知之义务进行辩论的情况还是有用的。关

²⁸ 见上文脚注26。

²⁹ 见 J. Bruhács, *The Law of Non-navigational Uses of International Watercourses* (Dordrecht, Boston, Nijhoff, 1993年)。

³⁰ 《联合国人类环境会议报告,斯德哥尔摩,1972年6月5日至16日》(联合国出版物,出售品编号E.73.II.A.14),第三部分,第八章,第60页。

于草案所用的提法,匈牙利只有两点意见。

30. 首先,在第17条第1款中插入一个缔约的承诺,“以便为缔结水道协定诚意进行谈判”,这同草案的逻辑和具体规定(见第4和第5条)相一致,从而为遵行国际法的一般原则和规则提供更大保证。

31. 其次,第17条第2款作为先前合理和公平分摊概念的一种反映,规定协商和谈判应在合理照顾其他国家的权利和正当利益原则的基础上进行。³¹这种提法难以证明有理,因为权利应得到尊重,而不是照顾到,因此,照顾的义务仅适用于利益。类似的解释见“拉诺湖”案裁定。

32. 匈牙利之所以反对通知—协商机制是基于下列事实,即它将程序限制在“一审制”范围之内。除其他外,这是根据本条第3款及评注第4段的措词,即“这一期限届满后,通知国可着手执行其计划”。³²

33. 但是,有人可能辩称,设施现有的使用和运作也可能具有此种不利影响,例如可能是潜在影响的累积结果或未预见到的影响。(关于后者的一个例子是1975年挪威和苏联关于帕斯维克河水电利用的协定。)³³虽然将协商和通知的义务扩大及该案与无损害规则及合作的义务相一致,但它并未终止源于领土主权的使用权的适用,它仅意味着在这方面施加微小程度的限制。³⁴

第20至23条

34. 草案第四部分(保护和保全)载有在保护环境和防止污染方面发展起来的习惯国际法原则和规则。这一部分还涉及国际法有关这一主题的原来状态准则,很有意思的是,其中《联合国海洋法公约》的条款和欧洲经委会拟定的文书也发挥一种重要的作用(第20条评注第(2)段、³⁵第23条评注第(1)段³⁶和整个第24条均以《海洋法公约》为基础)。

³¹ 见《赫尔辛基规则》第七和第八条。

³² 《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第52页。

³³ 联合国,《条约集》,第312卷,第274页。

³⁴ 见类比“拉诺湖”案。

³⁵ 原作为第22条通过。其评注见《1990年……年鉴》,第二卷(第二部分),第57-60页。

³⁶ 原作为第25条通过。其评注见同上,第64-65页。

制
关
除
一
损
要
用
过
提
水
道
和
起
根
理
同
自
国
解
意
且
的
区
然
成
是
在
32
36
法
年

35. 通过加入一项在造成损害的情况下恢复环境原状的义务来修订关于保护和保全生态系统的第 20 条应是正确的做法。这样一种解决办法符合第 21 条 (预防、减少和控制污染) 第 2 款, 该款要求减少和控制 (英文动词“control”和法文动词“maîtriser”并不具有完全相同的意义) 污染, 因为照说这也可以指解决已经出现的损害。

36. 最后应当指出, 将“生态系统”的定义从评注³⁷第(2)段挪到第 20 条案文之中更符合逻辑。

37. 第 21 条充分反映了必须采取更严格的措施以保护国际水道的水质。但是, 第 2 款对有关损害的列举似乎太肤浅, 甚至令人不安。从所有形式的生态损害中挑出对生物资源的损害的目的是什么? 有必要界定各种损害的形式, 这无疑是对的, 但最好的办法是通过水道协定——也许通过关于民法损害赔偿责任的协定——来实现这一点。

第 26 至 32 条

38. 如前所述, 一组杂项规定 (第 27、28、30 和 31 条) 从逻辑上讲同其他条款相关, 因此它们应列入那些条款。

39. 匈牙利政府同意处理武装冲突期间权利和义务的第 29 条的条款。

³⁷ 见上文脚注 35。

冰 岛 [见北欧国家]

伊 拉 克

[原件: 阿拉伯文]

[1993 年 1 月 28 日]

一般性评论

1. 国际水道非航行使用法草案的所有条款及其评注是有用的, 符合伊拉克关于国际水道非航行使用的观念。

2. 在对第 8 条的评注第(4)段¹中, 提到欧洲经委会 1987 年通过的“跨界水体领域的合作原则”中使用了“跨界水道”一语。这不符合国际水道的定义。伊拉克认为, 在它所出现的地方不应采用这一用语。

对各条款的逐一具体评论

第 6 条

3. 伊拉克建议在第 6 条第 1 款(d)项的后面增加下列内容:

“要考虑到在现有的使用和可能的使用之间出现冲突时, 前者应比后者有特别重要性。”

4. 伊拉克并建议在第 6 条第 1 款草案中增加(g)项, 在确定公平合理的数量时, 要考虑到进入任何水道国的水的质量。

第 8 条

5. 伊拉克建议在“最佳利用”前面增加“可能的”一词, 因为这种表述是非限制性的, 同科学和技术的发展相关。

¹ 原作为第 9 条通过, 其评注见《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 41-43 页。

荷 兰

[原件: 英文]

[1993 年 6 月 4 日]

一般性评论

1. 在分别审查每一条款之前, 荷兰政府愿意首先对整个国际水道非航行使用法条款草案作一般性评价, 然后就二读通过后行将建议的文书的性质、某些相互矛盾的地方以及未予列入规定的若干问题提出一些一般性评论。

一般性评论

2. 荷兰政府总体上认为, 对条款草案的评估应是积极的。委员会对这些非常复杂的问题拟订了十分适合的规定。但是, 具体而言, 荷兰政府认为, 它对整个条款草案的评价和对每一条的单独评价在很大程度上取决于是否应将该草案视

为建议草案、或宣言草案或是条约草案。出于下文第 5 段所述的原因，荷兰政府认为应偏重于第一个选择，即将条款草案视为建议草案。这样，荷兰便认为该草案是令人满意的，经过若干修正后，赞成予以通过。

3. 本评论第二部分审查应修正的条款草案。然而，如果最后决定将条款草案变为条约草案，荷兰政府则认为草案的其他部分也需要修正，因此需要对案文重新作出审查。

文书的性质

4. 如第二段所述，荷兰政府认为，不应将条款草案变为在法律上具有约束力的文书，而应作为建议书由联合国大会通过。荷兰政府承认，可以提出一些论点赞成把草案变成条约。在法律上具有约束力的关于国际水道使用的规定，在有些情况下有助于澄清沿岸国的权利和义务，从而向关于国际水道使用的国际协定迈出一步。条款草案至少在有些部分将问题阐述得十分精细，有理由将规定列入条约之内。

5. 然而荷兰政府更注重采取在法律上不具约束力的形式。具体而言，荷兰政府怀疑所涉问题是否能够变成一项充分规定各国权利和义务的世界性条约。鉴于河流之间的差异、上游国家和下游国家利益的严重对立以及地区之间的悬殊差别，就一项包括如此具体规定的框架条款达成协议实非易事。为此，荷兰政府赞成将条款草案并入一项建议书，作为就各单独水道缔结约束性协定的指导方针。

6. 在这方面，荷兰愿意指出，选择建议书的形式并不妨碍将部分条款草案视为对现行习惯法的一种反映。

相互矛盾之处

7. 荷兰政府注意到条款的拟订中存在一些相互矛盾的地方。这些地方有时找不到明显的理由，有时可能确有理由，但在附加的评注中未给予充分的说明。这些自相矛盾的地方尤其涉及对义务的限定。在有关条款中，为什么使用不同的形容词来限定义务并不总是很清楚。例如，第 21 条第 2 款要求各国防止“明显损害”的发生，第 24 条则是防止“有害”的情况，第 25 条则是涉及可能发生“紧急情势”的情况。在许多地方，对最低限度的各种修订明确地说明了理由，而且

是令人信服的理由（例如第 12 条通知的最低限度），但在其他地方则没有令人满意的评注。

8. 如果用语前后一致，条款草案将更加清楚。在选择不同行文的地方，应在评注中说明理由、其对实质内容的影响以及有关义务的限制。

规定中未列入的问题

9. 荷兰政府认为，一些问题被错误地排除在条款草案之外。例如，没有关于对环境影响评估的规定（见下文第 11 段），特别是没有关于解决争端的规定。

10. 条款草案中没有解决争端的规定被视为一缺陷。条款草案如被看作是建议，将被作为缔结单个水道条约的一个范本，鉴此，荷立政府认为有必要提及适当、有效的解决争端规定。

对各条款的逐一具体评论

第 1 条

11. 关于“使用”国际水道一语，荷兰政府强调，评注¹必须指明该用语可作广义的解释。例如，为了对付可能对土地造成的损害，一上游国家建造的水坝尽管可能影响下游国家对水的使用，但此种活动不能视为第 1 条意义内的“使用”。鉴于此类活动与条款草案加以规范的问题之间有着密切的联系，评论应作相应的调整。

第 2 条

12. 关于第 2 条，荷兰政府愿指出，使用“水道”一语可能在实际中引起含糊不清。根据该定义，流入共同终点的马斯河与莱茵河应被视为一条水道。尽管沿岸国自己可根据第 3 条的规定决定它们愿意在何种程度上进行合作，但是，如果缺乏此种一致意见，协定草案所载的若干义务就将适用于整个水道。如果将该定义加以修改，表明为本条款草案的目的，有各自水道但流入共同终点的那些水道可被视为不同的水道，就可解决这一问题。另一解决办法是，删去“并流入共同的终点”一语，尽管这样做会导致失去限制性内容。

¹ 原作为第 2 条通过。其评注见《1987 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 25-26 页，尤其是第 26 页，第(1)段最后。

13. 该条文没有界定流入海洋的水道在何处结束。这一问题对条款草案的范围来说有时是重要的。因此,最好审查这一问题,至少在评注中。

第 3 条

14. 如果条款草案最终作为条约提交批准,则第 1 款中的“适用”和第 3 款中的“适用”这两词是多余的,应予删除。但如果条款草案是作为建议提交的,则不反对保留该两词。

第 6 条

15. 注意到第 6 条第 1 款(d)项中的“对水道的……可能的使用”标准未得到进一步的界定。有必要强调在第 6 条基础上审议各方利益时不可能把每一种可设想到的未来使用都考虑在内。只有可被视为在不远的将来可行的可能使用才可予以考虑。

第 7 条

16. 荷兰政府认为,评注最好强调,这是一条给予应有注意的义务,并不意味着严格的责任。事实上,在对若干其他条款的评注中已包括了类似的澄清,如第 21 条第 2 款、²第 24 条³和第 28 条第 1 款。⁴

第 10 条

17. 第 1 款中的“或习惯”一语应予删除,要不无论如何也要加以限定。第 10 条目前的提法可能导致现有的使用绝对优先于新的使用。荷兰政府认为此种结构不可取。此外,此种优先不符合第 6 条第 1 款,因为该款规定现有的使用构成将予考虑的因素之一。当然,如果对现有使用的保护立足于(区域的)习惯法的规则,则另当别论。评注可载有单独的一条来涵盖此种可能性。

第 16 条

18. 在被通知国如未能对通告作出答复的情况下,通知国的责任将如何受到影响,这一点尚

² 原作为第 23 条通过。其评注见《1990 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 60-63 页,尤其是第(4)段。

³ 原作为第 26 条通过。其评注见同上,第 65 页,第(2)段。

⁴ 评注见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 79-80 页,尤其是第(2)段。

不清楚。根据该条,被通知国依照第 5 至第 7 条的规定可保留要通知国负责的余地。根据评注第(1)段的意见,⁵被通知国未能作出答复可解释为默许。因此,在通知国根据通知进行活动时,如果被通知国稍后援引第 5 至第 7 条,则可被视为前后不一致。

19. 第 12 条及其后诸条所载的程序性义务原则上不影响第 5 至第 7 条所载的实质性义务。因此,委员会提议的规定应保留。当然,不答复一项通知会影响到通知国预见其计划的活动会引起损害的程度,从而影响到要其负责的程度。因此,荷兰政府认为在对第 16 条的评注中最好明确指出不作答复不能自动地被解释为同意。

第 20 条

20. 应澄清条款草案第 20 条与第四部分所载的其他条款之间的关系。评注中说,

“鉴于本条所载的义务的普遍性质,委员会认为,该条款应置于第四部分所载更具体的各项条款之前。”⁶

这会使人得出这样一种结论,即该条款的目的不是赋予各项主观权利,而是作为第四部分其他各项条款的导言。荷兰政府认为,为了补充第四部分其他更为具体的条款所载的各项义务,有必要单独订立一项旨在保护国际水道生态系统的义务。该项义务除其他外,应涉及动植物的保护,包括物种多样性的保护,因为防止污染方面的义务没有为此提供保障。

21. 与第 21 条第 2 款相比,第 20 条订得较为笼统。具体而言,该条款并没载有诸如“明显损害”那样的限制性定义。如的确打算给第 20 条单独附加一层意思,荷兰政府愿建议对义务的范围加以界定,并说明该条何以可能不同于第 21 条第 2 款。

22. 生态系统的定义仅包括在评注中。因此,该条款同其他条款草案相比有偏差,即这些条款本身对确定所涉义务的用语下了定义。如果的确准备把第 20 条解释为引出主观权利的一项条款,则荷兰政府认为有必要为生态系统下一个更为精确的定义,尤其是如果这些条款草案最终将

⁵ 《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 51 页。

⁶ 原作为第 22 条通过。其评注见《1990 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 57-60 页,尤其是第 1 段。

成为条约的话。

第 21 条

23. 有必要修改第 21 条第 2 款的各项目标的措词。“预防、减少和控制污染”这项义务应改为“预防、减少或控制污染”的义务，原因是这些措施不可能同时采取。

24. 重要的是，对关于义务的应有注意性质的第 7 条发表的看法也应适用于第 21 条第 2 款。对第 21 条第 2 款的评注似乎是说，应有注意这一点仅限于“……减少和控制……污染”⁷这方面的义务，至于是否应将另一种标准适用于预防则不清楚。该款也未涉及责任问题，这一点应予以澄清。

第 24 条

25. 正如上文第 7 段所述，与第 21 条第 2 款不同的是，本条的义务不仅限于禁止导致明显损害的活动，而是涉及所有有害后果。荷兰政府认为，宜对为何作出这一区分这一点作出解释。

26. 部分地鉴于措词上的不一致，荷兰政府认为，对第 21 条第 2 款所载义务（尤其是与损害“对人的健康和安全”有关的义务）和第 24 条所载的义务（尤其是与“水传染病”有关的义务）所作的区分不够明确。第 24 条应仅适用于因污染以外的原因造成的损害。此外，荷兰政府认为，与污染和造成损害的其他原因相关的各项义务应加以协调。

第 25 条

27. 对第 21 条第 2 款的措辞所发表的意见也适用于该条款，即应将“预防、减轻和消除”一语中的“和”字改为“或”字。

第 26 条

28. 注意到第 26 条没有提到需要使水道国之间的合作体制化。鉴于人们对诸如河道管理委员会这样的机构实际上给予的重视，荷兰政府认为这是一个缺陷。宜在这方面对第 26 条进行修改，使该条款提及使合作体制化的可能性，并确保在“联合管理机构”之下对河道管理委员会的建立和其他可能的体制构架的形成作出规定，尤

其是如果打算把条款草案作为一项建议的话。

第 27 条

29. 荷兰政府认为，本条第 1 款中的“酌情”一词应当删去，因为这一词会对合作义务的范围构成不必要的限制。

30. 为一致性起见，例如为与第 21 条一致，宜将第 3 款目前所载的定义放在第 1 款中。

第 29 条

31. 鉴于本条并不打算规定新的义务，而只是想提醒各国适用有关武装冲突的法律，因此，本条也许不会具有任何实际意义。同时，国际水道沿岸国是否会在为执行拟在这些条款草案基础上形成的框架条约而缔结的特定协定中制定这项规定，现在也尚难料定。因此，似宜将本条删除。

第 30 条

32. 荷兰政府认为，本条的拟议行文不能令人满意。尤其是，“……它们所接受的……”这一词语有限定作用，会使义务失去实际意义。如果将这一词语改为“……它们可以利用的”或将其完全删除，则可使该项义务得到加强。

第 32 条

33. 注意到第 32 条的范围太有限了。该条款只在使用司法程序或行政程序方面作了禁止歧视的规定，而没有规定必须能够使用此类程序。荷兰政府认为，宜对第 32 条进行修改，从而确保国家司法程序的可用性，便利对程序的使用，以及可能的话，索赔权利的行使。此外，这样还将使条款草案更为符合《越境环境影响评估公约》（《埃斯波公约》）。

特别要点

强制性合作和体制性规章

34. 条款草案中规定的合作义务基本上令人满意。在上文第 18 和 19 段中已对第 16 条作了评论。

35. 荷兰政府谨此指出，关于国家计划展开可能会影响到其他国家的活动时适用的程序性权利和义务的第 11 条至第 19 条在一定程度上与

⁷ 见上文脚注 2。

《埃斯波公约》中所规定的义务有所重叠。在有些方面，这些义务并不完全一致。以下关于与国家惯例之间联系的第 43 至 45 段中载有一些关于这一问题的意见。

36. 正如业已指出的对第 26 条的意见，荷兰政府表示遗憾的是，条款草案中载有很少关于体制性规章的规定，因此认为，应该在这一方面加以修正。另外还可以提及《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》（《赫尔辛基公约》），其中明确规定“建立联合机构”（第 9 条），对于这些机构现已授予某些职责。

“公平使用”和“污染”的提法

37. 除了已作的评论以外，荷兰政府认为关于公平使用（第 5 条和第 6 条）和污染（特别是第 21 条）的条款都令人满意，但认为宜对这些条款之间的关系作一些评论。

38. 委员会拟议的规章使第 21 条优先于公平使用原则。第 21 条第 2 款没有为根据这项原则展开的活动所造成的明显损害规定例外情况。荷兰政府赞成这一结构。目前在许多国际体制内对防止跨界水污染的重视似乎难以与这一规章调合起来，因为该规章认为，鉴于产生污染的活动所涉及的利益，这种污染即使引起明显的损害也是合法的。甚至最近的一些公约也没有规定任何接触点。尽管公平使用在《赫尔辛基公约》中已经有所规定，但该公约似乎没有将它放在次于禁止明显损害的地位。

39. 但是，荷兰政府认为关于公平使用和第 7 条中所载的禁止明显损害的条款之间的关系不大令人满意。在这种情况下，委员会似乎也给予第 7 条以优先地位；这一条款的绝对措词及其随附的评注都可表明这一点，据此，如果水道的使用给另一国造成明显的损害，这显然是不公平的。这种选择具有提供一定程度客观性的优点。第 7 条的措词远没有第 5 条灵活。如果明显损害已经造成，根据第 5 条的规定考虑利益就不再具有意义了。但是，应该提请注意这项规章的可能后果。

40. 由于保护水道的现有使用以免遭新的使用可能产生的明显损害，因此条款草案似乎给予现有使用以优先于新的使用的地位。部分由于这种原因，下游国家可能会比在公平使用原则下享有更强有力的地位。此外，如果认为依第 7 条界定的非法同第 5 条之下产生的结果有冲突，拟议

的规章可能产生不良的影响，即条款草案所指的结果是“不公正的”。最后，所选择的结构背离了《赫尔辛基规则》⁸中所拟订的大体上被认为属于习惯法学说的原则，根据这种学说，公平使用原则具有优先地位。鉴于这些考虑，荷兰政府认为宜调整第 5 条和第 7 条之间的关系，以便允许能与公平使用原则一致的明显损害。

环境影响评估

41. 荷兰政府认为，草案中没有载有关于环境影响评估问题的任何明确的条款。但有若干条款则是相关的，特别是关于通知和协商（见上文第 35 段）和用于确定计划措施的跨界影响的那些条款。这些可以被视为环境影响评估程序的组成部分。

42. 条款草案中缺乏关于环境影响评估的具体规定，这是一种缺陷。因此宜列入一项建议进行环境影响评估的一般条款。

国家惯例

43. 若干条款草案中所涉及到的问题已在现有公约所产生的义务中提及。人们已经提到条款草案的规定和特别是《埃斯波公约》和《赫尔辛基公约》的规定之间的差别。有些差别可以被认为是为一种改进。

44. 上述情形也适用于例如第 12 条，该条责成各国在其活动可能会给其他国家带来明显不利影响时发出通知。这一准则不同于“明显损害”准则，因为根据第 7 条和第 21 条第 2 款的规定，“明显损害”准则是确定活动合法性的因素。如果使这些准则一致，将会产生不良的后果，迫使通知国发出通知表明它正在计划实施一项非法行为。因此第 12 条比《埃斯波公约》的相应条款更令人满意，因为后者将避免“拟议的活动产生显著不利的跨界影响”的义务同各国通知可能会造成“显著不利的跨界影响”的活动的义务联系在一起。

45. 在某些方面，条款草案则不适当地背离了现有公约。第 32 条属于这种情况，因为它向公众提供的保护少于《埃斯波公约》，而第 26 条草案亦是如此，因该条由于未能列入关于制度化合

⁸ 国际法协会 1966 年通过的《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》，见国际法协会，第五十二次会议报告，赫尔辛基，1966 年（伦敦，1967 年），第 484 页起；其中一部分转载于《1974 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 357 页起，A/CN.4/274 号文件，第 405 段。

作的规定, 相比之下不如《赫尔辛基公约》。此外, 条款草案中也没有提到《赫尔辛基公约》中所体现的预防原则, 或提到环境影响评估, 而在上述两项公约中对此都有规定。

北欧国家

[原件: 英文]

[1993年12月18日]

一般性评论

1. 北欧国家对条款草案特别关心, 这不仅由于大会第 2669 (XXV) 号决议根据北欧国家的倡议, 建议委员会对国际水道的非航行使用进行研究, 而且由于使用国际水道所涉法律问题非常重要, 需要协调各国际机构的工作。委员会通过的条款草案现在可以被认为是朝向最后编纂国际水道非航行使用法的一个关键性步骤。

2. 北欧五国认为, 委员会在起草条款时采用框架协定的做法, 为进一步的谈判提供了良好基础。如目前的做法, 由有关国家间的协定来规定适用于个别水道的具体规则。然而, 这种做法不应当导致仅提出一些建议。

3. 作为一般性评论, 北欧国家希望提请注意欧洲经委会最近主持缔结的两公约, 即《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》(《赫尔辛基公约》) 和《越境环境影响评估公约》(《埃斯波公约》)。这两项公约和国际水道非航行使用条款草案所涉范围部分相同, 而且涉及类似的法律问题, 但解决办法并非总是一致的。为避免适用相互抵触规则的情况, 北欧国家建议应当注意使条款草案尽可能同上述公约相协调。

对各条款的逐一具体评论

第 2 条

4. 北欧国家认为, “国际水道”一词有些含糊不清。当然, 委员会拒绝使用的其他用语, 如“流域”也将引起各种困难。当然, 极为重要的是, 在第 1 条中不论使用哪种概念, 都应在第 2 条中作出充分的限定。然而, 北欧认为委员会仍可考虑将上述《赫尔辛基公约》在非常类似情况下所使用的“跨界水域”一词作为“国际水道”的一个新的替代用语。

5. 与通过“水道”用语有关的一个重要问题

是, 管理地面水的规则是否也适用地下水, 更具体来说, 即所谓的承压地下水。世界许多地区都有丰富和重要的承压地下水资源, 这些地下水跨越国家边界, 但同任何地面水系统没有自然的关系, 但这种承压地下水资源也具有类似其他水文单元的影响。

6. 虽然“水道”的目前定义没有考虑到承压地下水, 但不应当因此推断必须在所有法律条例排除同地面水没有自然关系的地下蓄水层。为了明确该概念的实质内容和制订适用此概念的规则草案, 可能有必要再次讨论承压地下水问题。

第 5 和第 7 条

7. 自从委员会工作初期以来, 公平合理地利用和参与(第 5 条)和不造成明显损害的义务(第 7 条)之间的关系一直是问题重重。公平利用的原则, 大概不应当从属于禁止造成明显的损害, 因为原来制订这一条就是为了减轻上述的禁止。北欧国家认为, 在不造成污染的使用的情况下, 不造成明显损害的义务或许应当服从于公平利用原则。但由此就会得出, 预防、减少和控制污染, 也应服从于第 7 条作出的更明确的保证。

8. 还应当提到, 公平利用的原理在实际应用时仍缺乏明确的程序机制。它没有提出在利用国际水道方面普遍适用的必然标准。

第三和第四部分

9. 最后, 建议进一步阐述条款草案第三部分(计划的措施)和第四部分(保护和保全)之间的关系。这是重要的, 因为按照第三部分执行计划的措施在许多情况下可能也会引起第 21 条所提到的对国际水道的污染。

挪 威

[见北欧国家]

波 兰

[原件: 英文]

[1993年3月29日]

一般性评论

1. 国际水道非航行使用法条款草案体现的是极为抽象的概念。因此是明显考虑到水道国之

间缔结具体协定的典型纲领“协议”。上述管制对波兰以及对于欧洲在 1989 年经历了世界上这一地区的大变化之后而言, 实际上的重要性大大降低。面临欧洲的新局面, 欧安会倡议并经欧洲经委会主持签订了三项重要的公约, 在很大程度上指明了非航行使用法草案的主题事项, 这三项公约是: 《越境环境影响评估公约》(《埃斯波公约》)、《工业事故越境影响公约》和《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》(《赫尔辛基公约》)。范围较小的但更加具体的合作则是《保护波罗的海地区海洋环境公约》。

对各条款的逐一具体评论

第 1 至 4 条

2. 第一部分(导言)含有 4 条条款。第 1 条表明草案的主题——实际上涉及航行以外的一切用途——除非(航行)影响到水的非航行使用, 中小型用于运输的河道(例如奥得河)经常是如此。这一章最重要且争议性最大的是定义“国际水道”和“水道”的第 2 条。水道定义为存在自然关系并流入共同终点的表面水和地下水系统。对于国际环境下“水道”的这种理解意味着维斯杜拉河(国内河道)与奥得河流域均构成国际水道。除了草案的主题范围之外, 还存在某一类地下水——与表面水无任何关系的地下水。委员会提出的办法至少由于下列两点而令人质疑: (a) 边界附近地下水的重要性不断增加; (b) 有关这类地下水的原则和程序与草案所述水道的原则的相同和相似性。考虑到引起冲突的因素——地下水未解决的问题以及委员会工作进度缓慢(评注中建议将这个问题作为委员会单独的一项工作),¹ 所提出的解决办法不十分令人满意。

第 5 至 10 条

3. 第二部分(一般原则)所载条款是为整个草案的基础。其中关键条款为第 5 和第 7 条。第 5 条规定: “水道国应在其各自领土内公平合理地利用国际水道……”。这一政策应配合以对其他水道国所提合作建议采取积极态度。第 6 条试图对公平合理的利用原则作进一步阐释。实际上, 该条不详尽地列出评价某一行为和“衡量”水道国的利益时应予考虑的一些因素和情况。这两条十分忠实地反映了条约所涉实际问题以及学

者们已相当确立的意见。

4. 困难始于第 7 条, 其中规定水道国有义务以不致在其他水道国领土上造成“明显损害”的方式利用国际水道。按照大多数学者的意见, 采用“明显损害”的界限是国际法发展的一个倒退, 背离了拉丁格言——“使用自己的财产应不损害他人财产”——所表示的著名原则。这一问题之所以复杂, 是由于实际上各国容忍着“明显损害”(而非重大损害), 视为毗邻关系的必然结果, 但是在所讨论的本草案这样一份重要文件中予以承认就不止于被动地容忍邻国造成的损害。此外, “明显损害”之缺乏客观标准似乎又产生新的忽视他国利益的“合法”可能性。而且这样的评价似乎也降低了公平合理利用原则的预防价值。波兰大体而言是个下游水道国, 易受高度污染之害, 因此希望能降低“明显损害”的界限。要求“无损害性行为”不切实际。因此须寻求一个快乐的折衷办法。波兰并无现成的解决之道。当寻求折衷办法时不应忘记一点, 即第 7 条是第 5 条的一个安全网, 在谈判不成功的情况下。

第 11 至 19 条

5. 第三部分(计划的措施)属于程序性质, 问题较少。对波兰及其邻国而言, 这些问题最好是按照《埃斯波公约》的规定来解决(公约尚未生效, 因为没有足够数目, 即 16 个国家批准; 波兰至今尚未批准公约, 尽管公约对其自身有利, 因为这项公约是边界区建立生态安全的基本文书)。这一部分的条款可补充以公众参与有关影响到他们利益的计划活动的协商过程。这一问题看来不是第 32 条规定(不歧视)所能涵盖的。公众参与的规定在条约条款中日益普遍, 这是国际法民主化的迹象。这一创新预期会得到联合国大多数会员国的支持。

6. 第 18 条应在第 2 款中补充确切的答复时限(例如 1 个月), 否则不利于那些未经事先协商而进行投资的国家, 因为答复以及协商可能拖延很久。

第 20 至 25 条

7. 第四部分(保护和保全)和第五部分(有害状况和紧急情势)没有引起异议。为波兰的利益着想, 这些问题将通过上述欧洲经委会的公约解决(波兰关于尚未批准《埃斯波公约》的评论也适用于《工业事故越境影响公约》)。

¹ 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 74 页, 对第 2 条的评注第(5)段。

第 26 至 32 条

8. 第六部分(杂项规定)是最后临时添加的, 由于缺少中心概念或内在逻辑而受到注意。但是, 这并不表示这些条款没有意义。值得注意的是草案第 27 条, 其中涉及水道国在水流调节方面的合作, 特别是建造并维持水利工程或适当分担费用等问题。实际上, 本条第 2 款的措词引起了以下问题: 未参加水道的投资但却从中受益的国家是否有义务承担某部分费用。这一问题的答案只能是否定的, 除非有关国家事先就费用的分担达成协议。看来第 2 款的条文应予修改, 规定计算以协议为基础。

9. 第 32 条(不歧视)是草案中最重要的条款之一。这一条保证外国的法人和自然人得以诉诸法庭和其他赔偿机构程序并预防损害。接受这项规定将是国际法的一大进步。这是以民法取代国家的国际责任和严格赔偿责任。这一条的标题引起反对意见。“不歧视”概念在国际惯例中含义广泛得多, 而且与实质法则有关。与该条内容较为相符的标题是: “使用司法和其他程序”。

10. 草案中没有关于流域之间水的转移的一般性规定。草案的一般原则作为基础似嫌不足。

11. 总的说来, 讨论中的法律主要对于在有多少条约规定的区域具有意义。基本上就是冲突最多的地区, 这些地区许多年来一直缺水。主要是中东地区(伊朗伊斯兰共和国、伊拉克、阿拉伯叙利亚共和国、土耳其), 此外还有亚洲(孟加拉国和印度)和非洲(埃及、埃塞俄比亚和苏丹)。本法通过并在上述地区执行之后将会改进世界局势, 减少武装冲突的数量。

12. 总而言之, 提议的草案值得波兰支持。其中比较准确地反映了国际法的现状, 而波兰是积极参与国际法的发展的。看来未来公约的条款是很好的出发点, 以便在与新的邻国订立以条约为基础的越境水域合作协定时商订更加具体的国际文书。

西班牙

[原件: 西班牙文]
[1993 年 1 月 27 日]

一般性评论

1. 西班牙政府认为条款草案构成了一个可

以接受的讨论基础。

2. 西班牙政府认为, 在边界跨过存在“承压”地下水的蓄水层的情况下, 宜拟定关于使用“承压”地下水的条款草案,¹也许可以将这些条款列入审议中的草案。

对各条款的逐一具体评论

第 3 条

3. 提请注意第 3 条中关于对条款草案适用的条文。根据目前的草案, 第 1 款和第 3 款意味着只有在水道国之间有协定的情况下才适用条款草案中指出的权利和义务。仔细阅读条款草案和对条款草案的评注后证明这并非委员会的意图。²一个可能的解决办法是删除第 3 款中的“或适用”三字; 为了更加明确起见, 也可以删除第 1 款的“和适用”字样。

第 6 条

4. 西班牙政府希望在第 1 款(d)项和(e)项之间加进一新项, 其内容可以如下: “每一水道国对每一水域的依靠程度”。西班牙政府认为, 虽然第 6 条第 1 款的几项间接体现了上文的意见, 可是在目前草案的这一款中没有充分明确。此外, 拟议的条文取自 1958 年关于使用国际水道系统的司法问题美国备忘录, 对审议中的条款的评注第(7)段提到此一备忘录。³

第 8 条

5. 也许在本条中宜明文指出评注第(2)段指出的诚意和睦邻原则。⁴

第 9 条

6. 在第 2 款的西班牙文本中, “recogida”或“recolección”可以用来代替“reunión”一词。

¹ 见对第 2 条的评注第(5)段, 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 74 页。

² 第 5 条原作为第 6 条通过。其评注见《1987 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 32 页, 第(5)段最后。

³ 原作为第 7 条通过。其评注见同上, 第 37 页。

⁴ 原作为第 9 条通过。其评注见《1988 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 41 页。

第 11 条

确定和商定它们合理和公正的用水份额。”

7. 目前草拟的本条对水道国规定了一些义务，西班牙政府认为这些义务在实际上很难执行。兹建议改变措词，以便把条款的范围局限于可能产生重大影响的计划的措施，另一个办法是消除协商的义务。

第 18 条

8. 建议修订第 3 款，以便建立一项能够考虑到有关各种利益的更平衡的制度。拟议的修订内容可以如下：

“3. 在协商和谈判期间，如果该另一国在要求开始协商和谈判的同时提出这种要求并附带书面的说明解释要求的理由，则正在计划措施的国家应在不超过 6 个月的期限内避免执行或允许执行这些措施。”

第 24 条

9. 在第 2 条的西班牙文本中应把连接词“y” (和) 放在条末，即在“que puedan ser nocivos para otros Estados del curso de agua” [可能对其它水道国有害的]之前。

瑞 典

[见北欧国家]

阿拉伯叙利亚共和国

[原件：英文]
[1992 年 4 月 10 日]

对各条款的逐一具体评论

第 7 条

1. 加进新的一款如下：

“在使用国际水道时，水道国应保证在任何情况下不切断水道流水或将水道流水降至河床所需的卫生排水以下。”

第 8 条

2. 加进新的一款如下：

“在这方面的合作，除其他事项外，还意味着水道国应依照有关国际水道的水资源

第 9 条

3. 将第 1 款修改如下：

“1. 依照第 8 条，水道国应通过联合委员会定期交换关于水道状况，特别是关于水文、气象、水文地质、生态和水库操作性质的数据一般可得到的数据和资料以及有关的预报，这点应在对有关国际水道的水利用达成最后协议之前和之后执行。”

4. 阿拉伯叙利亚共和国政府极为重视委员会为了通过条款草案再次予以审议时把这些意见和评论体现在条款草案中。

土 耳 其

[原件：英文]
[1993 年 1 月 25 日]

一般性评论

1. 由于国际水道地理位置、水文构造、人口状况以及国际水道特点的多样性，为了切合实际，委员会编写的、编纂和改进国际水道非航行使使用法规的一项一般的条款草案必须采取非详细的纲要法律的形式。

2. 对于条款草案可能的批评的一个要点是关于环境损害的条款没有适当考虑到各国发展的问题。由于普遍重视“损害”因素，产生了一项限制上游国家使用的案文。必须对该主题采取一种更为平衡的办法。

3. 条款草案应当是一套能够在睦邻的前提下应用的规则，而非能够适用于所有国际水道的一般原则。

4. 为了确定必须对国际水道使用的制度，该国认为并没有充分考虑到国家对其本身自然资源的主权以及它们管理这些资源的权利。

5. 草案中所使用的“水道”一词将来还可能引起问题。这个用语意义广泛，因为它也包括地下水。此外，“水道系统”一词意义也过于广泛。该词包括冰川、运河和特别是地下水，因此自然导致这些资源的分享。这点结果也会违反关于国家对其自有自然资源拥有永久主权的公认国

际法局
用局限

第 5 条

6. 国际水道的义

7. 5 条包需要更以包括条款。与”的理和属

第 11

8. 以简化当地的实际

第 20

9. 存。然害”的

第 26

11 商，其个联合语具有保证灵项协定点需要

际法原则。由于这个原因，只有将条款草案的应用局限于地面水才能得到土耳其的赞成。

对各条款的逐一具体评论

第5条

6. 根据第1款，水道国有公平合理地使用国际水道的权利，也有不剥夺其它水道国公平利用的义务。

7. 第2款规定水道国家之间的合作。虽然第5条包括了一些对于上游沿岸国有利的因素，可是需要更为平衡。为了使该条平衡，宜将该款扩大，以包括一项限制下游沿岸国使用(特别是新使用)的条款。如果不能取得这一平衡，第5条应排除“参与”的题目。由此产生的一般性条款包括了公平合理和最佳利用的原则，因此将是公正和充分的。

第11至19条

8. 草案第三部分的条款过于详细，需要加以简化。关于统治和协商程序的安排应由区域和当地协定决定，这样能够更好地考虑每一种情况的实际需要。这些安排可以完成纲要协定。

第20条

9. 第20条处理水道国生态系统的保护和保存。然而，该条没有包括什么才“构成重大损害”的标准。宜将这种标准列入该条。

第26条

10. 第1款规定就国际水道的管理展开协商，其中可以包括在任何水道国的要求下成立一个联合管理机制。“在任何水道国的要求下”一语具有强制性质。该国认为应当改写这条，以便保证灵活性。该条第1款的案文可能引起商定一项协定的义务，以便设立一个联合管理机制，这点需要加以澄清。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

[原件：英文]

[1993年1月15日]

一般性评论

1. 联合王国政府为国际水道非航行使用法

的条款草案而对委员会表示赞赏。联合王国虽然不是主要的国际水道国，但它欢迎这些条款草案，这也是对国际环境保护的一项宝贵贡献。主要以此为基础提出下列评论。

2. 应当参照国际环境法的最近发展审议委员会的工作，这些发展包括《越境环境影响评估公约》(《埃斯波公约》)、《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》(《赫尔辛基公约》)和联合国环境与发展会议。这次会议通过了一项下一世纪的雄心勃勃的环境行动方案，《21世纪议程》，¹其中有一章谈到淡水资源(第18章)。这说明可持续地发展淡水资源对满足基本需要和维护生态系统都是必不可少的。

3. 条款草案为水道发展的国际方面的法律安排提供了良好基础。但是，在条款草案按照这些和其他评论意见和进一步的讨论修改和完善后，如果要为今后的行动提供健全的基础，就必须准确地反映国际环境法的目前情况。应当充分考虑到最近缔结的《赫尔辛基公约》、《埃斯波公约》和《关于环境与发展的里约热内卢宣言》(《里约宣言》)，²特别是其中强调防止对环境的重大不利影响。国际社会重视委员会有关此专题和其它同环境有关专题的工作。《21世纪议程》第39章第1节(e)段除其他外指出，

“今后关于逐步制订和编纂可持续的发展方面的国际法的项目应当考虑到国际法委员会正在进行的工作。”

4. 联合王国过去曾对载有委员会所拟订的案文的文书的最后形式提出了保留意见。联合王国仍然认为，委员会关于此专题的工作最好体现为一套典型规则、建议或准则，根据环境或情况的要求加以适用和修改。这些规则、建议或准则能够提供有关适用法律规则的权威性指导，但有必要的灵活性以适应国际水道系统的各种差别。其基本特点是留有余地，使各国可自由就特定水道缔结协定。此种形式的条款草案将更能够获得普遍的接受。但是，如果委员会仍赞成一项公约，联合王国建议考虑对条款作出修改，使其成为一项框架公约，作为对各水道国按照有关水道的具体情况缔结双边协定的指导。

¹ 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3至14日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1(Vol.I, Vol.II和Vol.III)号文件)(联合国出版物，出售品编号C.93.I.8)，第一卷：《环发会议通过的决议》，决议1，附件二。

² 同上，附件一。

全于生页或
员见
之引
人实行细
是项一
提的
，资
可括广此关
国

5. 在本专题和国家责任专题以及国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题之间, 还有一个重叠的问题。联合王国虽然不希望敦促推迟完成委员会关于国际水道的工作, 但委员会有关所有这些专题的工作必须前后一致。特别是第 7 条规定的损害的界线应符合委员会关于其他专题的工作以及目前普遍接受的国际法的原则。例如, 关于至今所制订的国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的条款草案³大体上符合《赫尔辛基公约》和《埃斯波公约》。在审议条款草案的详细内容时, 还将谈到这一点。

6. 根据上述的导言内容, 联合王国对条款草案有若干具体评论。

对各条款的逐一具体评论

第 2 条

7. 联合王国支持条款草案适用于其定义包括地下水的“国际水道系统”。这反映了科学和地理的现实情况。在世界许多地方, 地下水提供了所有生活方式所需的主要淡水资源。委员会的定义符合《21 世纪议程》采取的处理办法, 其中将淡水环境看作为包括地面水和地下水的水文循环的一部分(第 18.1 和 18.3 节), 也符合《赫尔辛基公约》第 1 条第 1 款对“越界水域”的定义。

8. 联合王国虽然欢迎将地下水包括在内, 但认为条款草案的潜在范围仍然过于宽泛。这些条款草案如果采取有法律约束力的形式, 对各国所提出的义务将很难加以限定, 而且各国可能不会接受。条款草案取决于各国能够根据国际水道在其境内的自然存在而限定其义务的范围。这项查明工作对地下水来说是困难和昂贵的。《21 世纪议程》(第 18 章第 27 节第(a)段(四)分段)所载七项行动方案中的一项是解决水资源评估问题, 包括查明潜在的淡水供应来源。它鼓励所有国家按照其能力和现有资源,

“合作评价跨国界水资源, 但要由每一有关沿岸国事先达成协议。”

此外, 也应建立或加强国家、分区域、区域和国

际各级支持水资源评价活动的研究和发展方案。典范规则、建议或准则将能克服这些困难。它们将使各国能够就已经查明的水道缔结具体协定, 而不必承担其范围不容易确定的一般性义务。

第 3 条

9. 联合王国促请委员会重新考虑第 1 款的行文, 它反映了对条款草案最后形式的目前的不确定情况。一方面, 第 1 条指出, 这些条款是普遍适用的; 但另一方面, 根据第 3 条第 1 款, 又可以根据个案加以调整。虽然灵活性是一项应当保留的可取的特点, 但在草案的案文中, 需要明确确定和反映这些条款的职能。

10. 第 2 款包括有“明显不利影响为限”的提法。联合王国已多次对使用“明显”一词提出保留意见, 仍然认为特别是在形容“损害”时, “重大”一词更能明确反映这些条款的意义。“明显损害”一词在条款草案若干关键条款中占有中心地位, 最显著的是第 7 条, 但其含义远非清楚。第 7 条草案的评注第 5 段指出, “明显”体现一种事实标准, 这种损害要有客观证据的证实, 它不是“微不足道的”或“几乎难以测定的”, 但也不一定是“严重的”。⁴联合王国同意评注中对“明显”下的定义, 但并不认为“明显”二字充分传达了所预期的含义。所使用的文字应传达一种重大的、不是短暂的或影响有限的损害的含义。应在案文中表达这一含义, 而不应依靠评注的澄清(本评论也适用于草案中出现“明显”一词的其他地方, 即第 4 条第 2 款、第 7 条、第 12 条、第 18 条第 1 款、第 21 条第 2 款、第 22 条和第 28 条第 2 款)。

11. “明显”也不能反映最近一些环境条约所规定的责任界线, 其中最主要的是《生物多样性公约》。出席联合国环境与发展会议的几乎所有国家都签署了该公约。公约第 7 条和第 14 条分别使用了“严重不利影响”和“重大不利影响”的用语。《里约宣言》原则 17 和 19 分别提到“重大不利影响”和“重大不利的跨国界环境影响”。《赫尔辛基公约》第 1 条第 2 款使用了“重大不利影响”, 《埃斯波公约》第 2 条第 1 款使用“重大越界环境影响”。

³ 案文见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 脚注 341-345、347、349、352 和 359。

⁴ 第 7 条原作为第 8 条通过, 其评注见《1988 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 35-41 页。

第5和7条

12. 对“损害”作出限定,其原因显然是为确保条款草案对国际水道的利用不至于造成不必要的妨碍。利用和环境保护之间的平衡是里约会议的直接焦点。委员会在处理本专题时,将水道的利用坚定地置于可持续发展的范围内,这是值得赞扬的。各国际水道国可以公平合理地利用国际水道,但第5条草案中的公平利用的义务从属于第7条规定的不造成“明显”损害的义务。

13. 联合王国原则上支持公平利用的义务从属于不造成“明显”损害的义务。但认为如果用“重大”形容“损害”,环境保护和利用之间的平衡将更为明确(见上文对第3条的评论)。这符合《21世纪议程》,后者在水资源综合发展和管理方案领域中,对满足基本需要和维护生态系统给予同等的重视(第18章第6-12节)。

第8条

14. 该条规定了合作的义务,在环境和其他方面的许多条约都承认这项义务。《生物多样性公约》第5条对超越国家管辖的事务以及相互关心的其他事务都规定有这项义务。联合王国虽然欢迎规定一项合作的一般义务,但对第8条的切实实施持有若干保留意见。尤其是,联合王国对于“最佳利用”和“充分保护”的概念如何进行衡量以使各国能够履行第8条规定的义务和查明未达到所要求标准的情况表示怀疑。委员会似可重新考虑制定合作的详细目标,以便充实合作义务的实质内容。

第9条

15. 范围广泛的许多现有国际文书都规定了交换数据和资料的责任,具体表明了第8条所规定的合作义务的一个方面。应该确保交换“一般可得到的数据和资料”的义务(第1款)不会对有关国家造成过重的负担。由于这个理由,联合王国欢迎使用“一般”一词。什么是“一般”的则将因情况而异,取决于从技术能力到有关数据保护的国家法律等各种因素。但以列出什么构成“一般可得到的数据”的(不是详尽无遗的)清单的方式提出准则将是有益的,就像《赫尔辛基公约》第13条第1款的做法那样。

第10条

16. 联合王国怀疑第2款中提到“重要的人

类需求”是否足够具体以便可以在该条中已经具体提到的标准之外起到有用的作用。如果该款的意图是要优先满足某些特定的人类需求,例如供应清洁的饮水,那么重新改写该条,具体提及这些需求将是比较可取的。

第11至19条

17. 除了以下各段提出的具体意见外,联合王国欢迎第11至19条,它们在计划采取措施的国家的利益和可能因此受到影响的其他水道国的利益之间取得了充分的平衡。这些规定,特别是第12条,是符合《里约宣言》原则19的。

第12条

18. 联合王国赞成该条中以“重大不利影响”来取代“明显不利影响”(见对第3条的评论)。应该将引起通知的责任的影响程度和违反了第7条的责任的损害程度加以区分。第12条的明显意图是确保引起通知的影响程度低于第7条中所规定的义务。这一看法也同《赫尔辛基公约》第14条相符,该条规定将“任何可能造成跨界影响的关键情况”通知其他沿岸国的责任。该公约第1条第2款把“跨界影响”定义为“对环境的任何重大不利影响”。

第20至23条

19. 保护和保全国际水道的生态系统是条款草案的一个基本组成部分。《21世纪议程》详细列出的七个行动方案中的另一个是专门关于保护水道、水质和水的生态系统的(第18章第35-39节)。条款草案大致上符合行动方案所定的一个目标,即“着手进行保护、养护和可持续地合理利用这些资源的计划”(第18章第39节(a)段)。联合王国赞成条款草案本部分所采取的办法,即对污染和环境保护加以区分。《21世纪议程》也包括一个以海洋环境保护为目标的行动方案(第17章第18-35节)。第四部分还因为对达到该章的目标作出了积极贡献而受到欢迎。

第21条

20. 联合王国欢迎第1款,它对“国际水道的污染”提出了一个符合事实的定义。引起各国预防、减少和控制国际水道的污染的义务的情况载在第2款内,该款提到了“明显损害”。联合王国对本款最后一句中使用了“协调”一词感到遗憾。这让人有一种印象,即各国应采取类似的政策,而不

是该条意图避免发生政策冲突的较温和的义务。

21. 联合王国因此赞成第 2 款最后一句改为：

“水道国应采取步骤，为此目的协调它们的政策。”

第 22 条

22. 为了使起草方面达到一致性，联合王国建议在“对其他水道国”等字之后加上“或它们的环境”等字。加入这几个字的理由是第 21 条似乎同样适用于本条。

第 23 条

23. 联合王国欢迎本条，它同《联合国海洋法公约》第一九二条是一致的。它确认，可以在不违反第 22 条的焦点内容，即不对其他水道国造成“明显[或我们赞成使用的‘重大’]损害”的情况下对包括河口湾在内的海洋环境造成损害。百分之七十的海洋污染来自陆地上的来源这一事实更突出了第 23 条的重要性。

第 26 条

24. 联合王国欢迎该条，它补充了《21 世纪议程》内关于综合开发和管理水资源的第一个行动方案（第 18 章第 6 节起）。有效的执行和协调机制被确认为是持续发展水资源所必须的。在此方面，第 2 款(a)项尤其受到欢迎，它强调了国际水道的持续发展，并规定执行任何所通过的计划。不过委员会或许可以模仿《赫尔辛基公约》第 9 条，该条规定根据同公约所处理的问题有关的双边和多边协定建立联合机关，并具体提出了这种机关可以进行的一些工作。

第 27 条

25. 联合王国仍然不相信有需要列入这一条，它只不过是第 8 条草案所载合作的义务的一个具体应用。

第 29 条

26. 联合王国以往曾经表示它对于列入武装冲突期间的国际水道和设施的条款草案是有保留的。有关武装冲突的现有国际法规则中已经对环境的保护，特别是水道和有关设施、装备及其他工程的保护作出了规定。联合王国因此相信不宜

把这种一般性的条款载入专门处理相当不同的专题的案文内。当然这并不排除在其他更适当的论坛上讨论这个问题的可能性。联合王国请委员会考虑按照以下方向重新拟定该条：

“这些条款并不损害适用于国际或国内武装冲突的各项国际法原则和规则对国际水道的适用。”

第 30 条

27. 很难看出这一条对国家在第 9 至第 19 条内承担的义务会有什么增加。前面的各条中并没有提到“直接联系”，人们将会假设，各国诚意执行它们的义务时将会使用适当的方法，不论是直接还是间接的。

第 32 条

28. 联合王国欢迎本条所载不歧视的原则，它将有利的适用国内法律系统中“污染者付费”的原则。但是，由于是由各国内法律系统来制定构成采取行动的损害限度的，因此使用“明显”一词是不恰当的。鉴于本条的特别目的，对于“损害”作出规定是不必要的。

美利坚合众国

[原件：英文]

[1993 年 1 月 4 日]

一般性评论

1. 美国对委员会致力完成条款草案的一读表示赞赏。美国完全赞成将草案安排为一项纲要文件的决定，这样一项文件阐明一般的权利和义务，为水道国制订各种适应其情况的管理惯例提供指导。草案将重点放在水道国之间的合作方面是尤其有利的。下列一般评论和意见适用于整个条款草案：

明显损害

2. 条款草案对水道国强制规定不得造成“明显”损害的义务。“明显”损害是通过“使用有真正的伤害”的“客观证据”来确立的，“即例如对受影响国的公共卫生、工业、财产、农业或环境造成的某种有不利影响的后果”。¹

¹ 第 7 条原作为第 8 条通过，其评注见《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 35-41 页，尤见第 36 页第 (5) 段。

3. 美国赞同委员会将不重要或微不足道的损害排除在条款之外的努力。但美国关注的是“明显”所订的界限太低。1966年,划时代的《赫尔辛基规则》²制订了“重大”的标准。随着我们日益认识到人类活动对环境的影响,现在已能鉴定更低界限的影响。近来同水道有关的国际协定则采用“巨大”³或“严重”⁴为标准。美国认为委员会应使其标准与上述文件一致。

公众参与

4. 公众参与国家对影响跨界水道的活动的审议,可以促进对这些水道的保护和利用。这是最近的各项公约所采取的处理方法。⁵美国建议委员会考虑使条款能鼓励公众参与的办法。最适当的条款似乎是第12条和(或)第15条,即作为通知国和被通知国的义务的一部分,以及第25条,在应急规划和反应措施方面。这些条款改写后将补充目前的第32条,其中规定国家在准许遭受损害的任何人使用“司法程序和其他程序时”,不应“基于国籍或住所”加以歧视,但这一条却没有对这些程序加以描述。然而美国认为,改写的条款不必而且不应制造私人的诉讼理由或规定国家要制订超越其国民可以使用的诉讼程序。有关这些条款的订正内容的意见,不妨进一步考虑特别报告员在其第六次报告⁶中所提出的建议。

公平合理利用的首要地位

5. 如第5条所示,“公平合理”利用是关于国际水道的基本规则。第6条阐明了有关确定使用在何种情况下才算公平合理的因素。(第7条也相关,虽然它亦是一项独立的法律规定。)遗憾的是,后来的条款却似乎使这一规则的意义模糊不清。例如,第26条第2款谈到对水道的“可

² 国际法协会1966年通过的《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》,见国际法协会,第五十二次会议报告,赫尔辛基,1966年(伦敦,1967年),第484页起;其中一部分转载于《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),第357页起,A/CN.4/274号文件,第405段。

³ 见《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》(《赫尔辛基公约》)第1条第2款;《越境环境影响评估公约》(《埃斯波公约》)第2条。

⁴ 见《工业事故越境影响公约》第1条(d)款。

⁵ 见上文脚注3和4。

⁶ 《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分),第64页,A/CN.4/427和Add.1号文件。

持续发展”的管理和水道的“合理和最佳使用”问题。这些名词与“公平合理”之间的关系并无具体指明,其在国际法上的意义也不明确。第四部分(保护和保全)也似乎制订了一些可能取代了第5条所宣布的义务的具体义务。

6. 美国赞成清楚表明后来的所有条款均从属于第5条的“公平合理”利用的规定。对此的唯一例外可能是反映早已确立的法律责任的那些条款(例如不得损害他人财产的义务或习惯海洋法公认的保护海洋义务)。美国认为,委员会应考虑改写这些后来的条款,以便将第6条第1款的用语写进去;另一种办法是,可以将后来的条款的用语写入第6条第1款,如果能将这些用语适当界定的话。

7. 此外,美国认为应密切注意关于公平利用的规则与第7条的“无害”规则之间的关系。虽然第7条的评注表明“无害”规则在冲突时占有优势,但这一点在目前草拟的条款中却不明显;实际上,这一点可能对某些情况不适用。

对各条款的逐一具体评论

第3条

8. 美国建议将“明显不利影响”一语改为“显著损害”。将“明显”改为“显著”的理由已在上面我们的一般评论中阐明。美国也认为“extent”(程度)一词的意义不明确,而且令人混淆,因为它没有在其他条款例如第7条出现。根据美国的处理方法,如局部的损害是“显著”的,它应属于拟议的条款范围内,即使其“程度”不“显著”。

9. 美国赞成这一条所采取的提纲挈领办法,《赫尔辛基公约》就是这种办法的写照。美国还建议将第8和第26条放在第3条之前,以便使这两条有更大的优先。条款草案的首要目标是在使用和保护跨界水道方面进行合作。缔结协定只是达到目标的一种手段,第3条第1款没有规定协定属强制性就是承认这一点。

第4条

10. 美国怀疑本条第2款的意义,理由是“适用于”一词模棱两可。如果它与“明显地影响”同义,它对第2款并无补益。如果“适用于”是指“管辖”或“管制”,则第2款就是赘

述，因为每个水道国必然参与一项管制在其领土内的水道的协定。

11. 基于上文第 8 段所述的同样的理由，第 8 条中“可能……受到明显影响”一语应改为“可能……造成显著损害”。

第 5 条

12. 美国赞成公平利用原则。我们注意到，一旦一国的使用与其不得在别国造成影响的义务有抵触时，使用之间就必定处于紧张状态。虽然往往可以在个案基础上就这些相互竞争的原则进行调解，但紧张状态应尽可能避免。因此，不应因为低于“巨大”的损害而必须适用第 7 条。

第 6 条

13. 美国赞成第 2 款的概念，但却认为就第 8 条和第 10 条第 2 款来说，它恐怕是冗余的。因此，委员会应考虑予以删除。

第 7 条

14. 除了上面第 2 段所提各点以外，美国认为应在这一条本身或在这一条的评注中表明，这一条所表达的是一项尽责任的规则（实际上，适当的注意），而不是一项赔偿责任的规则。

15. 美国还促请委员会评价这一条对面向市场的机制可能造成的影响，例如对可贸易的数量和排放量许可制的影响。面向市场的机制允许市场参与者（在若干范围内）决定减少个别活动还是支付费用以便继续进行这些活动的做法会为他们带来更大效益。由于负责就一些可能损害水道的特定使用作出决定的是个人而不是国家，因此不能肯定这些机制是否与第 7 条一致。委员会应确保这一条不会抑制这些政策的实行。

第 10 条

16. 美国提议这一条第 2 款应提及规定国家合作基础的第 8 条作为在解决相互竞争的使用时应予参考的一条。

第 25 条

17. 美国对预防紧急情势并减少这些情势所

造成的损害十分重视。例如，美国与加拿大、墨西哥和前苏联缔结了联合海洋应急计划，积极地参加欧洲经委会、经合组织和海事组织以及诸如《保护和发展大加勒比区域海洋环境公约》（其中载有一项关于对漏油的紧急反应的议定书）等区域协定内制订应急措施的工作。

第 26 条

18. 见上文第 4 段。美国怀疑第 2 款内提及的“管理”的组成部分是否反映出各国关于“公平合理”利用的义务（第 5 条）。除了第 5 条所表明的义务外，美国不赞成增添其他义务。如上面建议，如果“可持续发展”及“合理和最佳利用”两个用语具有独立的意义，则应将它们写入第 6 条第 1 款，其中开列了与确定使用是否“公平合理”有关的因素。如果这两个用语不具有独立意义，则应由第 6 条第 1 款所用的词句加以取代。

第 29 条

19. 美国赞成这一领域的适用规则应为关于武装冲突的规则结论。

第 32 条

20. 美国大力支持不歧视原则，特别是如果它涉及公众参与有关对国际水源的威胁的诉讼程序。但美国要指出的是，一名原告可能在美国法院审理的一宗诉讼中被剥夺起诉权，部分理由是原告不是国际水道所属地区的居民，从而未能表明有任何损害。国际法不要求而且不应要求在这些情况下给予起诉权。

21. 美国认为这一条不应被解释为要求一国提供超过其国民可以使用范围以外的程序或补救方法。例如，欧洲经委会最近的实践要求向受影响的公众提供机会，以便他们参与“相当于向起源国一方的公众提供的”法律程序（见《埃斯波公约》第 2 条第 6 款）。《工业事故越境影响公约》的第 9 条第 2 和第 3 款也有类似的语句。

结束语

22. 美国对有机会提出上述评论和意见表示感谢。

1
告员
际水
员的
的宝
要是
用有
协会
作，
委员
但是
接受

2
款草
意见
领域
条款

3
定”，
道资
款）。
的各
项，
以假
惯法，

1
运使用
卷，第
2
道的
报告，
赫中
一分），

二、从非会员国收到的评论和意见

瑞 士

[原件: 法文]

[1993年1月14日]

一般性评论

1. 瑞士政府愿向委员会委员和委员会特别报告员表示赞赏, 他们自 1974 年以来就一直研究国际水道非航行使用的实质性规则和程序性规则。委员会 1991 年一读通过的条款草案是对国际水道法的宝贵贡献。该法继续存在缺陷和不确定性, 这主要是该课题的性质所造成的; 与共有自然资源的使用有关的问题特别难于解决。由于两个精通法律的协会即国际法学会¹ 以及国际法协会² 以往的工作, 委员会的任务在某种程度上变得容易些。虽然委员会的草案在某些方面同这两份文件有所不同, 但是这三份文件在下列基本点上是一致的: 它们都接受公平合理利用 (和参与) 的原则。

2. 总的来说, 瑞士政府对委员会拟订的条款草案是有好评的。这里只是想提出一些建设性意见。在共享水资源这个对人类将来极为重要的领域, 迅速取得成果符合国际社会的利益。

条款草案的范围

3. 委员会建议其工作应导致一项“纲要协定”, 即一项示范公约, 使准备缔结关于共有水道资源使用协定的国家可以采用 (第 3 条第 1 款)。根据所提议的办法, 可以将拟议法至现行法的各要素联系起来, 而又无需指明其中任何一项, 这样将有助于各国通过这个案文。但是, 可以假定草案所载的大多数实质性规则反映的是习惯法, 而程序规则由于其本身的性质, 则属于国

际法逐渐发展的范畴。一般地说, 瑞士政府同意这种办法。

4. 委员会建议拟订一项示范公约, 使缔约国在加入水道协定时可选择全部遵守, 也可选择部分遵守。这应意味着: (a) 即使国家成为示范公约缔约国, 当它们加入或部分加入国际水道的协定时, 它们既可自由地在示范公约框架内, 也可自由地在示范公约框架外这样做 (第 3 条第 1 款); 以及 (b) 现有的许多水道协定将一直有效, 直至成为这类协定和纲要公约的缔约国的国家决定依照后者来调整前者。第二点与第一点不同的是, 它在条款草案里不够清楚。瑞士政府希望消除这项缺点, 办法是在同一条里指明, 纲要公约不会以任何方式影响到现有水道协定的有效性和内容。

5. 第 1 条规定, 条款将适用于“国际水道”。根据第 2 条 (b) 项的定义, “水道”一词是指

“……地面水和地下水的系统, 由于它们之间的自然关系, 构成一个整体单元, 并流入共同的终点”。

第 2 条的评注第 (5) 段指出, 水文“系统”由若干不同部分组成, 包括“河流、湖泊、含水层、冰川、蓄水池和运河”, 只要这些组成部分相互关连, 它们就构成一个“整体单元”。³ 这个定义既包括地面部分也包括地下部分, 至少当地下部分与地面水相连因此结合成为一个系统时是这样; 该定义不包括“承压”地下水。根据第 2 条 (a) 项的规定, 这样定义的“水道”, 如果它们的各部分位于不同的国家, 就是“国际性”的。

6. 排除流域⁴ 和水道系统的概念这项决定是令人欢迎的, 因为许多国家鉴于这些概念的范围, 是不能够接受的。水道概念在传统上限于地面水, 但是在草案中, 其定义却是非常广泛, 事实上它与委员会想要排除的概念相似。根据目前的定义, 这项概念很可能引起一些困难, 特别是

¹ 1961 年, 国际法学会通过了题为《国际水域的非海运使用 (航海除外)》的决议, 国际法学会年鉴, 第四十九卷, 第二部分 (1961 年), 第 381-384 页。

² 1966 年, 国际法协会通过了《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》, 见国际法协会, 第五十二次会议报告, 赫尔辛基, 1966 年 (伦敦, 1967 年), 第 484 页起; 其中一部分转载于《1974 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 357 页起, A/CN.4/274 号文件, 第 405 段。

³ 《1991 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 74 页。

⁴ 《赫尔辛基规则》第 2 条将流域定义为“根据水系的分水线而跨越两个或两个以上国家的地理区域, 包括该区域内流向同一终点的地表水和地下水”。

对于上游国家。此外，很难了解为什么在第 2 条是“国际水道”的定义 ((a)项) 在“水道”的定义 ((b)项) 之前；瑞士政府认为这两项规定的次序应倒转过来。

条款草案的内容

7. 条款草案的主要规定现在予以审查，草案是否平衡对待上游国和下游国的利益的问题暂时搁置不谈；该问题将在下文内另外讨论。

8. 委员会的草案的关键规定无疑是禁止造成明显损害 (使用自己财产时不得损害别人财产) 的第 7 条、关于公平合理利用的第 5 条以及关于第 5 条的应用的第 6 条。瑞士政府认为，这两项规定目前已是国际习惯法的一部分。因此，将它们列入条款草案是有充分道理的。但是，做一些增补或改变也许是可取的。

9. 首先，问题是第 5 条和第 6 条应否用另一条款加以补充，其中规定它们拟以执行的方式：领土公平分配，或者说将水道的地区或水段分配给每一个有关的国家，象印度和巴基斯坦之间的 1960 年 9 月 19 日《印度河条约》⁵ 中规定的那样；轮流分享，一个水道国在一段时期内使用水域，象 1868 年 7 月 11 日关于界定法国和西班牙之间比利牛斯的国际边界的《最后文件》⁶ 所规定那样；或分享水流、使用或所产生的能源 (例如，见 1959 年 11 月 8 日阿拉伯叙利亚共和国和苏丹关于充分利用尼罗河水的协定⁷ 以及 1963 年 8 月 23 日法国和瑞士关于埃默森水力发电设施的公约⁸)。此外，在这方面，应当回顾，当事双方根据条约公平分摊的做法对于毗邻河流来说是很常见的。其他办法，例如分配让各水道国专门使用，或设立补偿制度，例如 1959 年 12 月 4 日印度和尼泊尔关于甘达克河灌溉和电力项目的协定⁹ 所规定那样，这些

⁵ 联合国，《条约集》，第 419 卷，第 125 页。

⁶ 联合国，《……法律案文》，第 674 页，第 186 号条约。英文概要见《1974 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 182 页，A/5409 号文件，第 979-984 段。

⁷ 联合国，《条约集》，第 453 卷，第 51 页。

⁸ 《国际公法综合杂志》，第 3 辑，第 36 卷，第 1 号 (1965 年 1 月至 3 月)，第 571 页；并见《1974 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 311 页，A/CN.4/274 号文件，第 228-236 段。

⁹ 联合国，《……法律案文》，第 295 页，第 96 号条约；并见《1974 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 105 页，A/5409 号文件，第 347-354 段。印度同意在尼泊尔领土

办法都可以加以考虑，也可结合使用。

10. 叙述这些可能的办法也许是有益的，这可以是增添的一项条款的主题，因为委员会拟订的案文的目的是作为一项纲要协定，即它向那些考虑缔结水道协定的国家提供有关各种执行公平合理利用原则的可能手段的资料。

11. 象所指出的那样，第 7 条要求水道国“以不致对其他水道国造成明显 * 损害的方式”利用国际水道。这项规定背离可认为是一般性的规则，即不仅是禁止“明显的”损害，而且禁止“重大的”、“巨大的”、“显著的”或“严重的”损害。¹⁰ 第 7 条将自己限于禁止“明显”损害，按其目前的措词，引起两个问题。第一，形容词“明显”似乎反映将可允许的损害原因的界限降低的意图，这种做法可能引起特别是上游国的不快。第二，这个形容词意义不清。一方面，它比“重大的”、“巨大的”、“显著的”或“严重的”等形容词更含糊，因此使“使用自己财产时不得损害别人财产”规则更难于执行。另一方面，“明显”一词可有两种意思：它可用来区分有某种后果的损害和没有这类后果的损害，或者指定可以“看出的”的损害，即可觉察到和加以估计的损害，而非看不出来的损害。¹¹ 鉴于这些问题，瑞士政府将支持把形容词“明显”换为更忠实地反映习惯法的现状的形容词。

内建造一水力发电站和输电线，还同意向尼泊尔供应一定数量的电力。尼泊尔一方同意在其领土内为所产生的电力建造一输送和分配系统。

¹⁰ 例如可参见 J. Andrassy, “Les relations internationales de Voisinage”, 《……课程汇编》，1951-II, 第 79 卷，第 77-181 页。该作者为了支持他的论点，援引美国法院的某些决定、1911 年国际法学会通过的一项决定以及条约规定。关于对损害的评价，Andrassy 说：

“损害的程度必须联系当事双方来评价。一方所取得的利益和另一方受到的危害之间的比例和不合比例应加以考虑。由于案件五花八门，不可能有固定的规则，但允许有广泛的公平。上述案件考虑到这点，采用了按比例公平分配原则。” (第 112 页)

从这一段话可看出，禁止造成损害是公平使用原则的一项要素，而不是反过来。

¹¹ 参见 M. Solanes, “The International Law Commission and legal principles related to the non-navigational uses of the waters of international rivers”. 《自然资源讲坛》，第 11 卷 (1987 年)，第 353-361 页，尤其是 357 页。作者说，

“…… (禁止‘明显’损害) 原则不禁止‘微小’或不相干的损害，但禁止‘明显’损害，意即这类损害易造成国际赔偿责任。‘明显’一词意指足以被觉察到或可加以估计，它应同‘巨大’，意思是规模大的或数量多的，区别开来。”

12. 第 8 条到第 19 条载列各项程序规则。第 11 条到第 19 条指另一国设想进行新的 (或增加) 水道活动时应遵循的手续。一般地说, 瑞士政府似可接受这些规定。但是, 有两个问题值得考虑。

13. 正如一名对条款草案提出评论的人正确地指出, 如果一国通知其他水道国其有意以新的方式使用水道, 它就在一定时期内不得执行计划的措施 (第 14 条), 而且如果有反对意见, 还需进行复杂的协商和谈判过程。在被通知国这方面来说, 被通知国即使在规定的时限内不予答复, 也保留它们的一切国际权利, 因为它们的情况继续受第 5 条到第 7 条的规定约束。¹² 似乎宜对被通知国采取更严格的办法: 根据“一个人在必须说而且能够说的时候保持沉默即可视为同意”的准则, 承认在规定时限内没有对另一水道国宣布的新活动提出异议的水道国, 即认为是对此活动表示同意。

14. 第 15 条指出, 如果被通知国“认为执行计划的措施将不符合第 5 (公平利用) 或第 7 条的规定 (使用自己的财产时……)”可反对该计划的措施。正是这项单方面的主观的调查结果, 引发了第 17 条规定的谈判过程和六个月的停止执行。因此, 有关国家的单方面调查结果足够暂时阻止新活动进行, 而没有给希望进行这项活动的国家丝毫机会请公正的第三方来证实该活动的优点。这种情况将对希望进行新活动并为此向国际金融机构要求财政支持的发展中国家尤其不利。这项支持可仅仅由于另一水道国根据第 15 条提出异议而暂时被拒绝。

15. 这项意见导致另一项更一般的意见。刚才概述的问题说明, 国际水道法范围内的一项有效的争端解决制度是特别重要的, 如国际法协会在其《赫尔辛基规则》和委员会特别报告员麦卡弗里先生所承认的那样。他在第六次报告中拟议的条款草案附件一和附件二中, 事实上就实际的和潜在的损失提出了解决缔约国家间争端的机制及便利私下追究办法的方式。¹³ 虽然附件二的有关条款的措词有待改进,¹⁴ 但是这两项案文都有

其优点, 即提出了这个问题。而现在提交各国政府评论的条款草案却对此问题完全保持沉默。弥补这方面的不足似乎是委员会的一项主要任务。

草案各条款之间达成平衡

16. 未来的纲领公约若要实现其目标就必须取得平衡, 而不能譬如说偏向上游国家或下游国家。委员会所拟草案是否满足这项条件? 在回答这个问题之前必须先考虑以下两个方面: 一方面是禁止引起“明显”损害和公平利用原则之间的关系, 另一方面是水道国参与其他共有水道的国家所缔结协定的问题。

17. 委员会起初将“使用自己财产时不得损及他人财产”规则与公平利用原则并列而不指明二者间的关系, 尽管将一项活动可能产生的有害影响包括在确定公平参与权的范围的因素之中就意味着前者从属于后者。但委员会某些委员希望能订出较明确的规则。特别报告员之中有两名——施韦贝尔和麦卡弗里——提议采用以公平利用原则为优先的条文。施韦贝尔提议的第 8 条第 1 款案文要求水系国在使用水道系统的水资源时不得对

“……其他水系国的利益造成明显损害, 除非是有关国际水道系统公平参与的决定下所许可的情况。”¹⁵

18. 另一方面, 埃文森先生则主张以不损害他人财产规则为优先而不在条款草案中列入有关这一问题的任何案文, 将可能造成有害影响的使用这一因素排除于确定公平参与权的范围之外。¹⁶ 这一解决办法最终获得接受, 按照这种概念, 即使微小损害——例如对环境的损害——也不能容许, 不论其是否归入起源国公平利用权的标题之下。这一概念表明于草案第 7 条评注第(2)段:

的解释或应用问题发生争端的缔约国 (参见附件二第 3 条), 如通过其他办法都无法解决, 可将争端

“提交任何得到争端所有当事方接受之常设或特设仲裁法庭”。

这样一项规定在两方面是不够充分的: (a) 它不应适用于与纲要公约有关的争端, 因为这样的公约只是示范性的, 所以很难会引起问题, 而应适用于从根据这项示范公约缔结的水道协定的解释或应用所引起的争端; (b) 它应建议这类协定的缔约国将争端提交有约束力的而不是有酌处权的仲裁。

¹⁵ 《1982 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 103 页, A/CN.4/348 号文件, 第 156 段。

¹⁶ 《1983 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 171-172 页, A/CN.4/367 号文件。

¹² C. B. Bourne, “The International Law Commission's draft articles on the law of international watercourse: principles and planned measures”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder), 第 3 卷 (1992 年), 第 1 号, 第 65-92 页, 尤见第 68-70 页。

¹³ 《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 64 页, A/CN.4/427 和 Add.1 号文件第三章 B 节及第四章 F 节。

¹⁴ 有问题的是第 5 条, 其中规定, 就将来的纲要公约

“水道国以公平合理方式使用国际水道的权利有一定程度，即该国负责任不对其水道国造成明显损害。换句话说，至少在表面上，国际水道的使用如果对其水道国造成明显损害即非为公平使用”。¹⁷

这一办法似乎不甚恰当，而遭受法理观点的批判，¹⁸ 瑞士代表 1991 年 10 月 31 日在大会第六委员会上的发言指出了这一点。¹⁹

19. 上述问题对条款草案的最终命运有很大影响，应加以充分考虑。

20. 麦卡弗里先生支持最后通过的案文，认为：(a) “明显”损害较使用之是否公平易于确定；(b) 通过的案文有利于“较弱小的”水道国；(c) 对环境能够提供较大保护。²⁰ 这些论点有的不正确，有的缺乏说服力。

21. 令人不明白的是，适用模糊的“明显”损害概念为何较根据草案第 6 条所列一系列因素衡量“公平”利用的权利来得容易？即使真是较为容易，最易于实行的也不一定是最好的解决办法。委员会提议的法则等级是否有利于经济上较弱的国家也不清楚。恰好相反，禁止造成“明显”损害这一点优先考虑就等于是对水道的当前使用者给予几乎无限制的保护，因为所受到的任何损害必然涉及现有的使用。换言之，已有权利受到了优惠待遇。把保护既有权利说成是协助弱小者这种论点自相矛盾，特别是在当前讨论领域，因为新来者较已经在使用者一般而言经济上较不发达，从历史上看，较多为上游国而非下游国。²¹ 最后，麦卡弗里和委员会认为对环境而言，第 7 条较公平利用原则可取这一点固然可能是正确的，但是，不把不损及他人财产规则及与之带来的对现有使用的保护提升至优先规则的地位也同样可以达到预期的目标。在环境问题上限制不

损及他人财产规则的优先性，或者如 Lammers 建议的，考虑适用“减轻的”无重大损害原则也可同样容易地确保上述保护。²²

22. 因此，委员会提议的制度并没有令人信服的优点，反而还产生严重缺点。首先，如上文所指出的，这种制度给予现状的优越地位，保护较发达的水道国，使它们不必重视较不发达国家的需求。公平利用原则实际上被不损及他人财产规则所遮盖；现有的使用凌驾于未来活动之上。²³ 这样的制度有可能意指当某一水道国计划进行一项新活动或扩大现有活动时，任一使用者均具有否决权。其次，禁止造成“明显”损害的规定表面上为了增进对环境的保护而得到优先地位，实际上却是保护了水道国的主权：因为公平参与也就是使用和资源的分配，分配概念超越了主权的概念。不愿对保障主权给予优先无论如何违背了以下共同接受的想法，即水道国形成一个利害关系和法律的共同体，²⁴ 因此每一国的主权均受限制，而且必须受到限制。在充分保护环境的借口之下，委员会提倡的新规则等级意味着国家主权受到的保护较过去为多。在瑞士政府看来，这是个不良趋势。最后，这种等级办法也与惯例不合，最近关于美国—加拿大关系的一项研究表明了这一点。²⁵

²² J. P. Lammers, “Balancing the equities in international environmental law”, 见海牙国际法学院《国际环境法的前途，1984 年 11 月 12-14 日，海牙讲习会》(Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus, Nijhoff 出版社)，1985 年，第 153-165 页。禁止造成重大损害的规定遇有下列情况则不适用：(a) 其适用影响到特别敏感于跨界污染的物体或活动；(b) 按照传统的国际赔偿责任法则，起源国不对污染活动负责；(c) 污染活动的停止对起源国而言造成的牺牲远大于受害国由于活动停止而获得的益处。

²³ 《赫尔辛基规则》恰当地规定了以何种方式对待现有的使用。规则第 8 条第 1 款内容如下：

“1. 原有的合理使用可继续进行，除非继续进行的理由为其他因素超越，以致被认为应加修改或终止而让位于另一与之不相容的用途。”

这项规定给予原有活动以设想的优越性。可能的使用者推翻这一设想的办法是证明有关活动不再属于活动国公平利用权的范围。

²⁴ 《奥得河国际委员会区域管辖权》，第 16 号判决，1929 年，《国际常设法院汇编 A 辑》，第 23 号，第 27 页。

²⁵ P. K. Wouters, “Allocation of the non-navigational uses of international watercourses: Efforts at codification and the experience of Canada and the United States”, 《加拿大国际法年鉴 (温哥华)》，1992 年，第 30 卷，第 43 页起。

¹⁷ 《1988 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 36 页。

¹⁸ 例如见 Bourne, 见上引，第 72-91 页。

¹⁹ 《大会正式记录，第四十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议，第 40 至 44 段。

²⁰ “The law of international watercourses: some recent developments and unanswered questions”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 第 17 卷，第 3 号 (1989 年)，第 505-526 页，尤见第 509-510 页；及“The International Law Commission and its efforts to codify the international law of waterways”, 《瑞士国际法年鉴》，第 47 卷 (1990 年)，第 32-55 页，尤见第 51-52 页。

²¹ McCaffrey, “The International Law Commission...”, 见上引，第 49-50 页。

23. 基于上述各种理由, 瑞士政府希望委员会根据这一重要的一点对条款草案重新加以审议, 而采用超过 30 年来一直是国际法协会工作所依据的基本概念: 公平合理使用原则的优先性。要达到这一点, 可以删除草案第 7 条, 重新将一项活动可能造成的有害影响列作草案第 6 条内用以确定公平利用权范围的决定因素之一, 并且在环境保护问题上限制不损及他人财产规则的优先性, 降低这一规则的地位。

24. 瑞士政府认为, 下游国与上游国之间的平衡也受到草案第 4 条第 2 款的影响。当共用水道的一些国家彼此商订一项适用于部分水道或水道某一用途的协定时, 可能因协定而受明显影响的其他水道国有权参与谈判, 甚至加入为缔约国。因为这种协定有较大可能是由下游国家缔订, 第 4 条第 2 款所减损的主要是下游国家缔结协定的自由。由于此项规定的效用不明确, 较适当的办法似乎是规定凡希望彼此以协定来管制一种新的用途的国家均应承担第 11 至 19 条规定的义务。

总 结

25. 以上意见并不包括全部。近年来, 瑞士代表在第六委员会中曾三次 (1988 年 11 月 3 日、1990 年 10 月 31 日和 1991 年 10 月 31 日) 就国际法委员会草案中提议列入的条款发表评论意见。²⁶ 其中一些意见上文作了重申或阐释。另一些, 例如那些与保护和保全环境有关的意见²⁷ 和关于第

²⁶ 分别见《大会正式记录, 第四十三届会议, 第六委员会》, 第 28 次会议, 第 30 至 45 段; 同上, 《第四十五届会议, 第六委员会》, 第 25 次会议, 第 55 至 64 段; 同上, 《第四十六届会议, 第六委员会》(见上文脚注 19)。

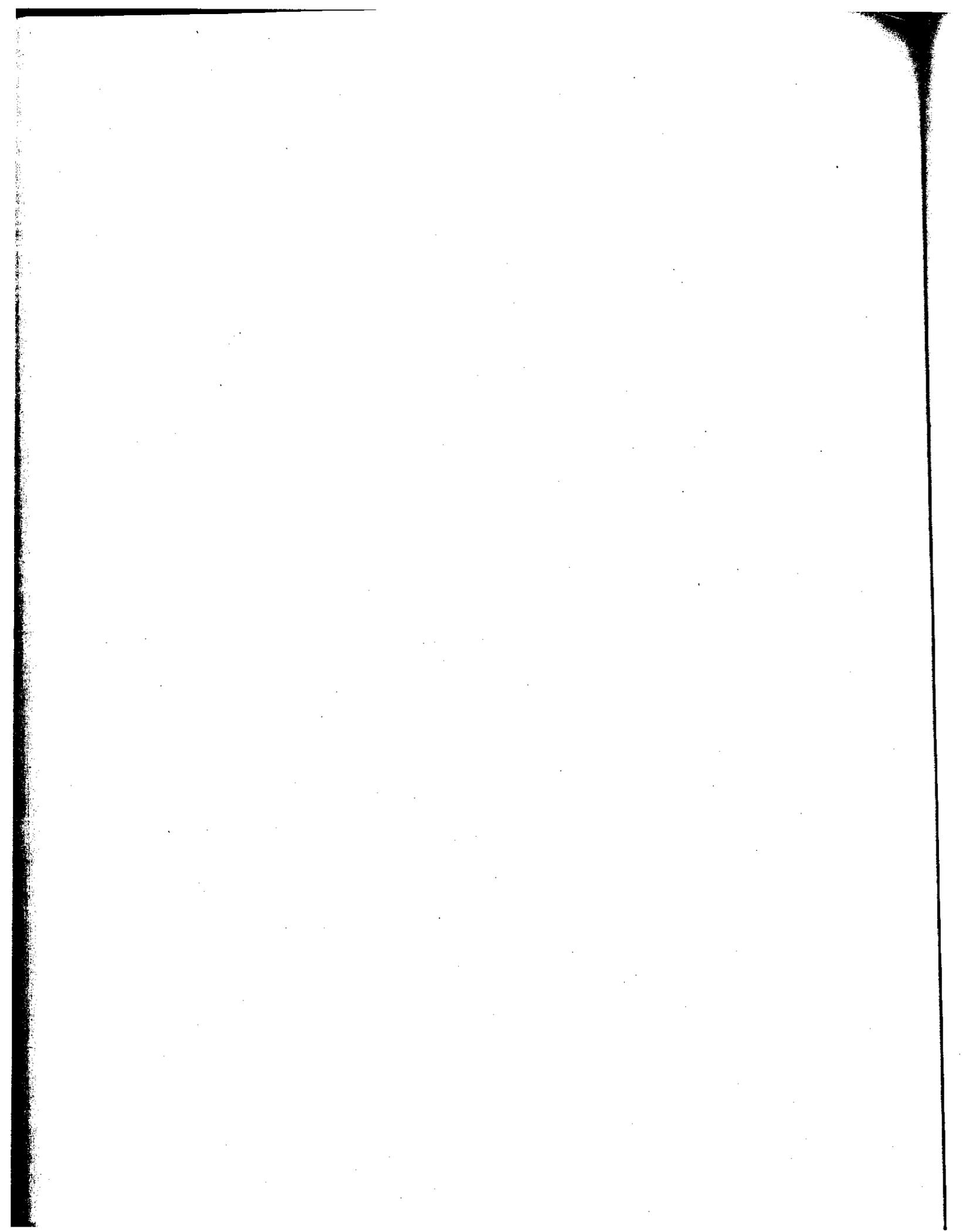
²⁷ 1990 年 10 月 31 日的声明 (同上, 《第四十五届会议, 第六委员会》(见上文脚注 26))。

26 条管理问题的意见²⁸ 则未提到, 但仍有效, 并且必须作为本文的一个组成部分加以考虑。

26. 最后, 瑞士政府重新概要表明它认为委员会一读通过的条款草案之中可以作出的修改:

- (a) 第 2 条(a)和(b)项案文对调;
- (b) 删除第 4 条第 2 款;
- (c) 第 6 条所列决定因素之中增添使用所生有害影响一项;
- (d) 或许可增添一条, 列举公平合理使用原则体现的方式;
- (e) 删除第 7 条;
- (f) 在第 15 条中订立一项程序使得就新活动发出通知的水道国可征求中立之第三方对于该项活动是否符合第 5 或第 7 条 (或仅仅第 5 条) 的客观意见;
- (g) 修正第 16 条, 在其中列入一项规定: 任何未在规定期间内对通知作出反应的国家应视为核可了计划的用途;
- (h) 第 20 和 21 条采用相同用语 (均用“环境”或均用“生态系统”);
- (i) 第 25 条所规定的合作制订应急计划的义务应局限于实际受威胁的国家;
- (j) 删除第 26 条;
- (k) 作出有约束力的安排以便和平解决国家之间和涉及个人的争端。

²⁸ 1991 年 10 月 31 日的声明 (同上, 《第四十六届会议, 第六委员会》(见上文脚注 19))。



A/CN.4/451 号文件

特别报告员罗伯特·罗森斯托克先生关于 国际水道非航行使用法的第一次报告

[原件: 英文]
[1993年4月20日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引述的多边文书.....		191
导 言.....	1 - 5	192
章 次		
一、一般性的问题.....	6 - 9	192
A. 公约草案或条款模式.....	6 - 7	192
B. 解决争端.....	8 - 9	193
二、与条款草案第一部分(导言)有关的问题.....	10 - 20	193
对各条款的逐一具体评论		
第1条(本条款的范围).....	10	193
第2条(用语).....	11	193
第3条(水道协定).....	12 - 17	194
第4条(水道协定的当事国).....	18 - 20	195
三、与条款草案第二部分(一般原则)有关的问题.....	21 - 28	196
A. 一般性评论.....	21 - 23	196
B. 对各条款的逐一具体评论		
第5条(公平合理的利用和参与).....	24	196
第6条(与公平合理利用有关的因素).....	25 - 26	196
第7条(不造成明显损害的义务).....	27	197
第8条(一般合作义务).....	28	197
第9条(定期交换数据和资料).....	28	197
第10条(各种使用之间的关系).....	28	197

本报告引述的多边文书

来 源

- 《越境环境影响评估公约》(埃斯波, 1991年2月25日) 欧洲经委会,《环境公约》,联合国出版物, 1992年,第95页。
- 《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》(赫尔辛基, 1992年3月17日) 同上,第161页。

导 言

1. 特别报告员并不怀疑，委员会顺着一读之后暂时通过的条款草案来制定一项文书，¹对改善人类在今后数十年间将会面临的因发展和人口增加而使使用和需求增加所造成的一些与水有关的问题方面作出重大的贡献。

2. 前任特别报告员麦卡弗里先生、他的前任海顿先生以及为了及时完成第一读而辛苦工作的委员会委员们订出了一个期望性的而不是可以达到的标准。

3. 特别报告员相信在目前这个阶段所需要的大部分是细节上的修改。总的来说，特别报告员不认为有理由反对一个政府所作的书面评论，即草案是一个了不起的成就。这不否认并不是所有国家都那么肯定，也不是否认有些国家，基于它们各自同一些关键水道的相对地理位置的关系以及其它因素，希望将草案推到某一个方向。此外，还有人对委员会最后产品的形式应当如何也提出了问题，有几个国家还敦促委员会重新考虑将解决争端的条款纳入草案的问题。²

¹ 一读时暂时通过的第 1 条至第 32 条草案案文，见《1991 年……年鉴》第二卷（第二部分），第 69-73 页。为读者方便起见，本报告中评论提到的条款转载于下文脚注 6、7、9、17 及 21-23。

² 从各国政府收到的评论和意见转载于本卷第 155 页 (A/CN.4/447 和 Add.1-3 号文件)。

4. 当然，自委员会完成了一读之后，世界上又起了一些变化。在这方面，特别应当提到的是联合国环境与发展会议的成果、³《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》和《越境环境影响评估公约》。但是，特别报告员认为，这些文书的内容并不需要对一读后的草案案文作出任何基本改变。这些文书的主要影响是凸显出委员会继续进行它的工作的重要性和避免对所涉题目采取狭隘的观点。

5. 特别报告员的这份第一次报告将只讨论草案的第一和第二部分，不过其它部分的问题以及各国政府对其他部分的评论影响或潜在影响到第一和第二部分时除外。

³ 见《21 世纪议程》（《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 至 14 日，里约热内卢》，(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I, Vol. II 和 Vol.III) 号文件) (联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8)，第一卷：环发会议通过的决议，决议 1，附件二，其中指出：“由于世界上许多地区淡水资源普遍稀缺，而且逐渐被破坏，污染益发严重，……因此必须对水资源进行统筹规划和管理。”(第 18.3 节)。为应付这一局面，《21 世纪议程》强调了以平衡考虑人的需要及环境这两方面为基础，“对淡水进行整体管理”(第 18.6 节)。该报告列入“整体”方式的概念，并非偏离根本上以人为本的方式，而是力图认识，从长远观点看，如果损害了动植物资源，终会有害于人类。《21 世纪议程》并不试图纠缠于这些问题在国际或跨国界两边所产生影响的细节，而是要由委员会来达成一项全球范围对所确认的问题采取必要反应的框架。

第 一 章

一般性的问题

A. 公约草案或条款模式

6. 委员会不必等到最后才决定一份文书的形式问题。其实，就目前的草案和其他有关领域的情况而言，如果能够在现实允许的最早的阶段就决定这个问题，如几个政府在它们的评论中提

到的那样，反而能够加速工作的进行。⁴最低限度，在进行任何进一步的起草工作之前就这个问题进行一次简短的交换意见似乎是很恰当的。反过来说，如果决定要坚持将这个形式问题放在后面的阶段，坚持在现阶段解决形式问题也不是想

⁴ 可参看加拿大和联合王国所作的评论 (上文脚注 2)。

拖延实质工作。

7. 对框架公约和示范规则这两种方式可以作很多评论。前者的有用之处主要依其得到批准的广度和深度而定；后者的益处主要需按委员会准备向大会提议、而大会可能核准的规则所得到的赞同的力度和深度。简单地说，如果没有期望它会得到普遍的接受的话，就没有理由主张采用框架公约的方式。并且，更重要的是，在目前这个阶段，如果没有大会对委员会最后结果的非常坚定的支持，那么主张任何其他方式都没有太大意义。还可以指出的是，一个示范法可以包容更多的具体的指导。在这方面所达到的具体程度至少有一部分会由于任何根据这种文书所产生的义务的含糊本质抵销。如果采取了示范法的方式，那么应该尽可能地扩大评论，以便各国更容易决定什么时候它们是根据现行法行事，什么时候不是。不过，特别报告员了解最后这个想法的困难性。

B. 解决争端

8. 还要特别提请注意的是，有几个政府已经敦促委员会审查将解决争端条款列入草案的问题。⁵ 本报告完全同意麦卡弗里先生的看法，那就是，鉴于这个问题的性质，如果委员会决定提议一项条约草案，或者如果委员会选择范例规则（有争议的），那么，提出一套特别为此目的而设计的调查真相和解决争端的条款将是一项重大的贡献。

9. 必须理解，以下对于第二和第三章具体条款的评论对文书的形式没有影响。

⁵ 见哥斯达黎加、希腊和瑞士所作的评论（同上）。

第二章

与条款草案第一部分（导言）有关的问题

对各条款的逐一具体评论

第1条（本条款的范围）⁶

10. 不论在案文、评注或各国政府的评论中，都没有任何改动这一条或者评注的理由。不过，对于评注，或许可以在其中更明白地指出，享受生态系统的丰富资源是同任何其他用途同等重要的。有些政府在它们的评论中表示愿意重新讨论“水道”的问题。在这么晚的阶段和考虑到已经达成的妥协，再来重新讨论使用“流域”一词的利弊似乎是没有意义的。有人提议，鉴于《越境水道和国际湖泊的保护和使用公约》使用了“越境水

道”一词，所以应当使用这个名词，这似乎只是个起草的问题，因为第1条中的用语与公约中使用的“越境水道”一词没有什么实际差别。

第2条（用语）⁷

11. 为了在已经作出的成绩上继续发展，除了一点以外，尽量不对第2条作任何改动。建议将(b)款中的一段话“并流入共同的终点”删去。“共同的终点”并没有增加任何意义，反而造成对该款内其他部分的混淆，所以，如果保留的

⁶ 第1条案文如下：

“第1条 本条款的范围

“1. 本条款适用于为航行以外目的使用国际水道及其水，并适用于同使用这些水道及其水有关的养护措施。

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

⁷ 第2条案文如下：

“第2条 用语

“为本条款的目的：

“(a) 国际水道是指其组成部分位于不同国家的水道；

“(b) 水道是指地面水和地下水的系统，由于它们之间的自然关系，构成一个整体单元，并流入共同的终点；

“(c) 水道国是指国际水道的组成部分位于其领土内的国家。”

话,这段话可能对使用范围造成人为的限制。如果本评论忍不住要去改动的话,改动的方向将是要包括“不相连的”承压地下水。⁸如果委员会在初步交换意见时对这一改动表示可以接受,特别报告员将很乐意这么写。看起来,这个改动即使需要在任何其他条款中作出改动,也无须大动。总的来看,这一条目前的条文似乎是两个在理论层次上互相冲突的,可是在实际上又必须并且能够加以协调的一个可行的妥协。除了上面提到的一个或可能两个问题上的意见以外,这里建议委员会将第2条作为二读时可以接受的案文,只有在审查其他条款时发现有必要重新审查第2条时才加以讨论。“污染”的定义目前是载于第21条之内,不过可以将它搬到第2条中。这样的挪动对于特别报告员在第7条下的建议有所帮助,可是并非绝对必要,并且,接受这个挪动并不表示对目前草案的第二部分或第三部分中的任何改动的同意或者会增加它们的用处。

第3条(水道协定)⁹

12. 第3条中似乎可以作一个修改,那就是将“明显”一词改为“重大”。各国政府的评论中对这项修改提出了若干理由,包括其他类似的文书对此的处理办法。¹⁰两个论点特别具有说服力。那就是:(a)“明显”一词有两个相当不同的含意:(一)可以加以计量,(二)重大;(b)既然评注中明白指出,“明显”应当作为“重大”来理

⁸ 对于目前做法的局限性有一个非常精辟的讨论,可参看 R. D. Hayton 著“Observations on the International Law Commission's draft rules on the non-navigational uses of international water courses: Articles 1-4”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 第2卷(1992年),第37-38页。北欧国家、西班牙和联合王国政府提出的评论(见上文脚注2)也主张采取类似的做法。

⁹ 第3条案文如下:

“第3条 水道协定

“1. 水道国可订立一项或多项按照某一特定国际水道或其一部分的特征和使用适用和调整本条款的规定的协定。以下称为“水道协定”。

“2. 两个或两个以上水道国之间缔结的水道协定,应规定其所适用的水的范围。这种协定可就整个国际水道或其任何部分订立,亦可就某一特定项目、方案或使用订立,但以一个或一个以上的其他水道国对该水道的水的使用不受该协定明显不利影响为限。

“3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道的特征及使用而需调整或适用本条款的规定,水道国应进行协商,以期缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。”

¹⁰ 除其他国家外,加拿大、德国、瑞士、联合王国和美利坚合众国建议作出这样的修改(见上文脚注2)。

解,¹¹那么在条文内这么说而不必去参考评注来了解这个词就更方便。在第3条内作的这个修改应当被理解为意味着在整个草案做出同样的修改。¹²某些条文中,例如在第3和第4条,使用一个名词,而在另一个条文,例如第7条,使用另外一个名词所造成的复杂性和可能的混乱超过了它可能得到的任何利益。

13. 为第3条第2款提出了以下的可能备用案文:

备选案文 A

“2. 两个或两个以上水道国之间缔结的水道协定,应规定其所适用的水的范围。这种协定可就整个国际水道或其任何部分订立,亦可就某一特定项目、方案或使用订立,但以一个或一个以上的其他水道国对该水道[的水]¹³的使用在重大程度上不受该协定的不利影响为限。”

备选案文 B

“2. 两个或两个以上水道国之间缔结的水道协定,应规定其所适用的水的范围。这种协定可就整个国际水道或其任何部分订立,亦可就某一特定项目、方案或使用订立,但以该协定不对一个或一个以上的其他水道国对该水道[的水]¹³的使用造成损害为限。”

14. 备选案文 B 的优点被认为是删除了“程度上”的字眼。删除这几个字的作用是在案文字面上非常清楚地表明,即使不利影响是局部的也仍然可以被认为是重大的。如果草案能获得接受,那么就应对第4条第2款¹⁴中的“受到明显影响”的一段话改为“造成很重大的损害”。在其他方面备选案文 B 所需要的变动与备选案文 A 是一样的。¹⁵

¹¹ 第3条原作为第4条通过。其评注见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第26-30页,尤其是第29页,第(15)和(16)段。

¹² 即第7和第12条、第18条第1款、第21条第2款、第22条和第28条第2款。

¹³ 由于“水道”的定义是一个“……水的系统”,所以似乎没有必要重复“的水”。起草委员会应当考虑在整个草案中作出简化。

¹⁴ 见下文脚注17。

¹⁵ 即第7和第12条、第18条第1款、第21条第2款、第22条和第28条第2款。

15. 有些政府在它们的评论中提到, 这一条还应当指出, 成为本公约的缔约国将不至于影响现有的水道协定: 这一点可能会产生一些问题, 并且也不见得有此必要。委员会目前尚无法确知到底有哪些双边或甚至多边协定, 也不知道它们是否在某些方面同此草案的基本想法发生冲突。虽然在目前的案文中并没有排除或应当排除任何日后可能达成的协定, 不论它们是否与目前的案文一致, 可是, 如果由于它们与目前的草案不一致而因此假设后法废止前法的原则的话, 那就未免过份, 除非所涉国家明白表示有这个意图。如果有些人假设后法废止前法的原则已经不再生效, 而其他的人则假设它继续生效, 这对一个法律制度的稳定性是没有帮助的。凡是决定成为目前的草案的缔约国的国家可望充分表明它们对目前批准的公约或其他安排的态度。这些国家可以用许多方式来避免让这项公约适用于它们不愿意它适用的方面, 包括在它们签订或成为目前的条约的缔约国的时候对它们已经加入的某些或全部协定所存的意图或了解作出明白声明。在签订或批准这项条约时作出一个一般性的声明就够了。这就可避免不明确性。

16. 还应当注意第 3 款目前的案文。理论上或许能够对协定加上“特征及使用”, 从而使该段的案文如下:

“3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道的特征、使用或相关现有协定而需调整或使用本条款的规定, 水道国应进行协商, 为缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。”

这样的改动可以避免上面提到的“空头支票”问题。鉴于目前案文的框架性质和它预见具体情况很可能属于特别安排的领域, 所以这样的措词可能是较好的。但是, 这也可能使草案没有必要地复杂化, 因为各国可能在特殊情况下保护它们自己。此外, 有人提出的重新起草的意见转移了第 3 条第 3 款的主要目的, 那就是, 在各国成为本草案的缔约国之后还能够有所发展, 而不是去考虑到已经存在的情况。虽然如此, 按照上面所提的方向去重新起草第 3 条第 3 款的案文, 同时又不对其他条款造成不利影响或作出额外的改动似乎是必要的。报告员愿意请起草委员会考虑这种变动的利弊。

17. 在各国的评论中还有些不同的需对重新安排各条款的顺序的建议。这些建议反映了一个观

点, 那就是, 这项草案的首要作用是一个合作的框架, 而水道国家达成协议是达到这个目的的一个可能方法。将第 8 和第 26 条放在第 3 条前面对于草案的实质并不发生影响, 可是会使条款的顺序更合乎逻辑。将第 8 和第 26 条自第二和第三部分中取出并不会对这些部分造成任何可题。因此建议起草委员会认真考虑重新编排次序的问题。¹⁶

第 4 条 (水道协定的当事国)¹⁷

18. 第 4 条的案文是非常恰当的, 除了由于第 3 条的变动 (“重大”取代“明显”), 不建议任何其他修改。第 1 款涉及与整个水道有关的协定, 第 2 款涉及只对水道的一部分有关的情况。

19. 虽然第 1 款中的“使用”一词并不是作出区分的唯一办法, 但是很明显的是, “使用”一词涉及的是协定的范围, 并不等于“明显影响”, 也不具有后者的功能。该案文的意思是, 如果正在就一项协定进行谈判时, 所有水道国都有资格参与, 并不需要证明它们将会受到明显的影响。实际上, 这是一个假设, 而这个假设被认为是完全恰当并且与整个草案的主旨相合。

20. 在前者中不包括所有水道国家似乎是不恰当的, 而在第 2 款的情况中坚持要包括那些不受协定影响的水道国也是不恰当的。有些政府的评论建议删除第 2 款, 这么做就会产生上面提到的第二种不恰当的情况, 这将不合理地增加下游国家的负担。将这两款合而为一也不是太困难的工作, 如果使用象“全部或部分”和“按因此而受到影响的程度”。不过, 这样的改写看不出会有什么益处, 而由此产生的条款会比目前的案文更难理解。

¹⁶ 在审议第 26 条的实质时, 必须审查“公平合理”、“合理和最佳利用”和“持续发展”等词, 确定它们是否非常明白地是同义词, 以避免造成不确定性或混淆。德国、瑞士、土耳其、联合王国和美利坚合众国在其评论中对第 26 条的内容提出了其他建议。

¹⁷ 第 4 条款案文如下:

“第 4 条 水道协定的当事国

“1. 每一水道国均有权参加适用于整个国际水道的任何水道协定的谈判, 并成为该协定的当事国, 以及参加任何有关的协商。

“2. 如水道国对某一国际水道的使用可能因执行只适用于该水道的某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的水道协定而受到明显影响, 则该水道国在其使用因而受到影响的限度内有权参加关于这一协定的协商和谈判, 并成为其当事国。”

第三章

与条款草案第二部分(一般原则)有关的问题

A. 一般性评论

21. 由各评论和评论员的言论可以看出,第5条和第7条是整个草案的关键因素。有些人建议删除第7条,或者更加突显第5条,将“公平合理”几乎变成水道利用的唯一标准,也就是使第7条服从于第5条。其他的人则认为明显的或重大的损害在所有情况下都证明了不公平的和(或)不合理的利用,因此,或明或暗地建议使第5条服从于第7条。目前的案文对这个关键性的问题以及对于造成损害的国家的责任性质也不是没有含糊的地方。

22. 对这些问题,特别是造成损害国家的责任性质的问题,虽然在评注中作出了一些澄清,¹⁸可是可以承认在条款的案文中应当可以对这些问题作出进一步的和可以接受的澄清。为此目的,建议改写第7条。所想达到的结果是将公平合理的利用成为这个法律系统的决定标准,除了在条款草案中对污染作出的规定的情况之外。在污染方面,第5条应服从于第7条,除非有明白的特殊情况来反驳这种服从关系。

23. 可以看到,修改第7条并没有减少尽可能使第5和第6条明白易懂的要求。但是,找不到可以在一个框架性协议中在第5条内增加详细的准则的办法。在某些情况中,按照领土划分的办法得到水道国的同意,¹⁹在其他情况下是使用定期轮换的办法,²⁰或者分享一个水利发电设施的利

¹⁸ 第5和第7条原作为第6和第8条通过。其评注分别见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第31-36页,及《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第35-41页。

¹⁹ 1960年9月19日印度和巴基斯坦的《1960年印度河条约》,联合国,《条约集》,第419卷,第125页。

²⁰ 法国和西班牙签订的《划分比利牛斯山国际边界的最后条约》(1868年7月11日,巴约讷),联合国,《……法律案文》,第674页,第186号条约。其英文概要见《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),第182页,A/5409号文件,第979-984段,尤见第982段(a)分段、983段(a)分段和984段(a)分段。

益、分配用量、补偿安排等则获得同意。每一种合理的和公平的做法都是针对在特殊情况下的具体体现来作出的。因此,似乎不宜建议将其纳入一份一般性用途的框架性的条约中。一个比较长的评注可能,而且确有可能列述各国达到公平合理的结果的可能途径。如果所涉国家无法取得一个各方都可以接受的解决办法,这显然是能够通过第三方参与而解决这个问题的一個主要领域。

B. 对各条款的逐一具体评论

第5条(公平合理的利用和参与)

24. 没有任何改动的建议。

第6条(与公平合理利用有关的因素)²¹

25. 基于下列和其它理由,似乎各国政府的

²¹ 第5条和第6条案文如下:

“第5条 公平合理的利用和参与

“1. 水道国应在其各自领土内公平合理地利用国际水道。特别是,水道国在使用和开发某一国际水道时,应着眼于实现与充分保护该水道相一致的最佳利用和受益。

“2. 水道国应公平合理地参与国际水道的使用、开发和保护。这种参与包括本条款所规定的利用水道的权利和在对其加以保护和开发方面进行合作的义务。”

“第6条 与公平合理利用有关的因素

“1. 在第5条的含义范围内公平合理地利用国际水道需要考虑到所有有关因素与情况,其中包括:

“(a) 地理、水路、水文和气候、生态和其他自然性质的因素;

“(b) 有关水道国的社会和经济需要;

“(c) 一个水道国使用水道对其他水道国的影响;

“(d) 对水道的现行使用和可能的使用;

“(e) 水道水资源的养护、保护、开发和节约使用,以及为此而采取的措施的费用;

“(f) 某项计划使用或现有使用有无其他价值相当的备选方案。

“2. 在适用第5条或本条第1款的范围内,有关水道国应在需要时本着合作精神进行协商。”

评论中所提议的对第 6 条的改动都不具备强有力的理由：现有条款的内容，特别包括整个草案和关于现行使用的第 6 条第 1 款(d)项、关于水质的第 21 条第(1)款、第 6 条第 1 款(c)项和(f)项及第 10 条第 2 款的逻辑以及对第 7 条中有关特别依赖性的情况的提议改动。这些评论都不影响到在对第 6 条审议时联系对第 26 条实质的审议。对于后者，目前的评论时机尚不成熟。

26. 第 6 条第 2 款似乎属于一个非常特殊的情况，需要足够具体的行动才值得保留，虽然第 8 条和第 10 条第 2 款规定了类似的义务。此外，如果在草案这一部分中要重新考虑纳入第三方参与的话，则第 6 条第 2 款是提到这件事的最好的地方。

第 7 条 (不造成明显损害的义务)²²

27. 根据上文第 21 至 23 段的一般评论，现在建议对第 7 条作出改写如下：

“除了可能在公平合理使用水道的情况下可以容许以外，水道国在没有得到其他水道国同意的情况下应给予应有的注意，以不致对其他水道国造成重大损害的方式利用国际水道。除了在下列情况下：(a) 明白显示特殊情况的存在，有迫切需要作出特别调整；(b) 不存在对人的健康和安全造成任何眼前的威胁，以污染的形式造成的重大损害应假设为不公平和不合理的利用方式。”

第 8 条 (一般合作义务)

第 9 条 (定期交换数据和资料)

²² 第 7 条案文如下：

“第 7 条 不造成明显损害的义务

“水道国应以不致对其他水道国造成明显损害的方式利用水道。”

第 10 条 (各种使用之间的关系)²³

28. 目前不预备对第 8 至第 10 条提出任何改动的建议。但是对于一些政府就第 8 条的一般性方面所表示的关切感到几分同感，并且承认草案的其他部分只部分地减轻了这个问题。将继续探讨使第 8 条更加明确而同时又不削弱整个草案作为适用于许多不同的情况的框架的能力的办法。特别报告员在这方面注意到，委员会已经对这个问题作了一些详细的审议并作出结论，认为“一般性的方式比较恰当”。²⁴ 对一个协定的某一部分使用善意原则不是谨慎的和法律上正确的做法，将睦邻原则加在象委员会面前的这份文书的条款内也不是谨慎的做法，并且无论如何，这些增补似乎不会明显地、重大地或重要地减少这一条的一般性。

²³ 第 8 至 10 条案文如下：

“第 8 条 一般合作义务

“水道国应在主权平等、领土完整和互利的基础上进行合作，以便实现国际水道的最佳利用和充分保护。”

“第 9 条 定期交换数据和资料

“1. 依照第 8 条，水道国应定期交换关于水道状况，特别是关于水文、气象、水文地质和生态性质的、一般可得到的数据和资料以及有关的预报。

“2. 如果一个水道国要求另一个水道国提供不属于一般可得到的数据或资料，后者应尽力满足这种要求，但可附有条件，即提出要求的国家需支付搜集和酌情处理这些数据或资料的合理费用。

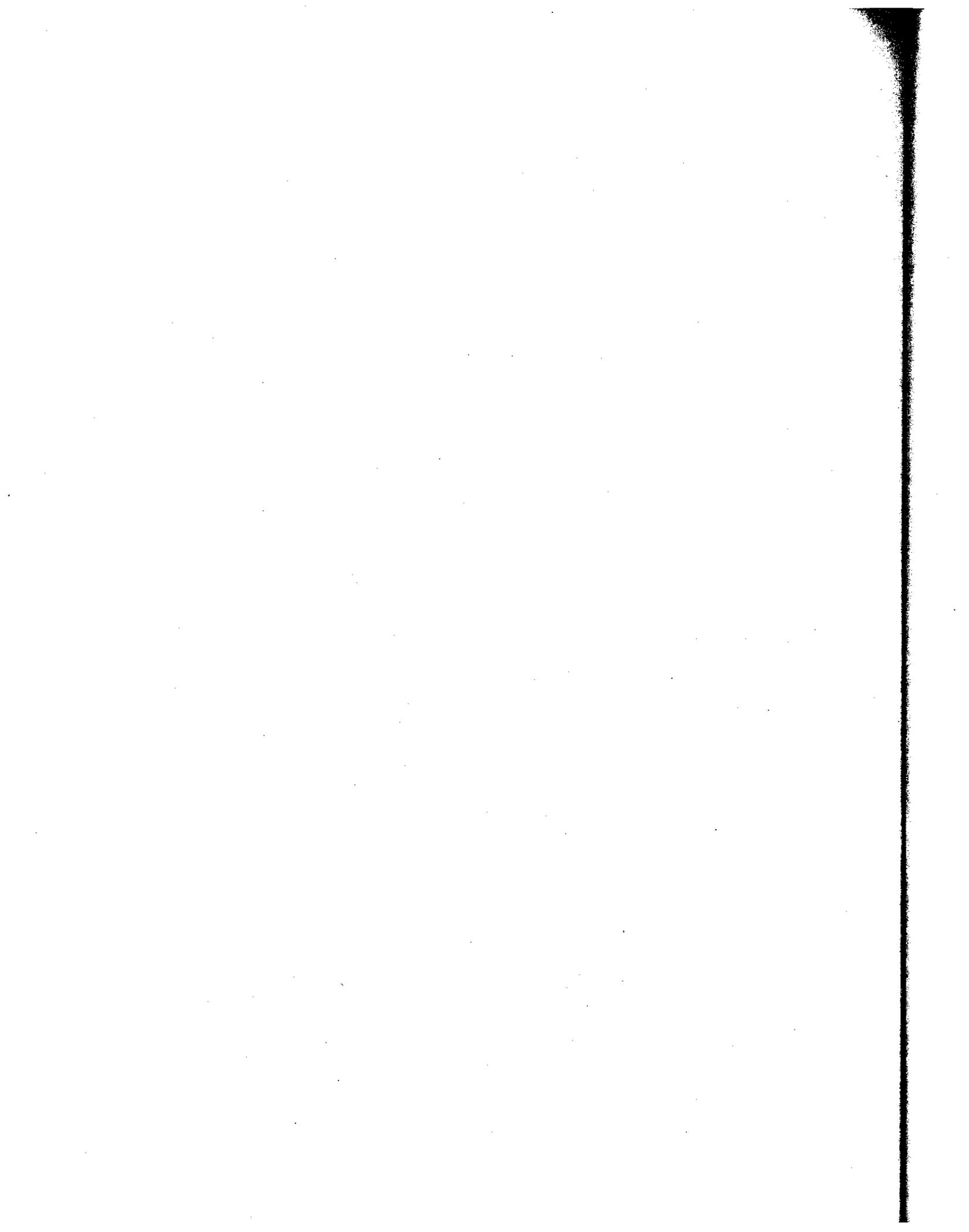
“3. 水道国应尽力以便于接受数据资料的其他水道国利用该数据资料的方式搜集并酌情处理数据和资料。”

“第 10 条 各种使用之间的关系

“1. 如无相反的协议或习惯，国际水道的任何使用均不对其他的使用享有固有的优先地位。

“2. 在国际水道的各种使用相互冲突时，应参酌第 5 至 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决，尤应顾及重要的人类需求。”

²⁴ 《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 41 页，对第 9 条的评注第(2)段。



关于国际法不加禁止的行为所产生的 损害性后果的国际责任

[议程项目 5]

A/CN.4/450 号文件

特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生关于国际法不加禁止的 行为所产生的损害性后果的国际责任的第九次报告

[原件：英文/西班牙文]

[1993年4月15日]

目 录

	段 次	页 次
本报告引述的多边文书.....		200
导 言.....	1 - 8	200
A. 特别报告员的任务.....	1 - 3	200
B. 有关预防的一些评论.....	4 - 8	201
章 次		
一、条款草案.....	9 - 75	202
A. 一般考虑.....	9 - 10	202
B. 案文.....	11 - 75	202
1. 题为“预防措施”的条款		
(a) 案文.....	11	202
(b) 基本原则		
(一) 进行合作的义务.....	12	202
(二) 禁止将领土用于有害用途.....	13	202
(三) 委员会第四十四届会议上作的评论.....	14	203
(c) 委员会第四十四届会议上作的评论.....	14	203
(d) 单方面的预防措施		
(一) 事前核准		
a. 一般性评论.....	15 - 16	203
b. 现有的活动.....	17	203
c. 未终止活动.....	18	204
d. 预防的概念.....	19	204
(二) 跨界影响评估.....	20	204
(三) 其他单方面的措施.....	21 - 24	204
(e) 提议取代第1条的案文.....	25	205
2. 题为“通知和信息”的条款		
(a) 案文.....	26	205
(b) 一般性评论.....	27	205
(c) 受影响国家的参与.....	28	206
(d) 特殊制度的推行.....	29	206
(e) 国际组织的参与.....	30 - 31	206
(f) 其他评论.....	32 - 34	207
(g) 信息.....	35 - 36	207
(h) 公众的参与.....	37	207
(i) 提议取代第2条的案文.....	38	207

章次	段次	页次
3. 题为“国家安全和工业秘密”的条款		
(a) 案文.....	39	208
(b) 评论.....	40 - 41	208
(c) 提议取代第3条的案文.....	42	208
4. 题为“就一种制度进行协商”的条款		
(a) 案文.....	43	209
(b) 评论.....	44 - 52	209
(c) 提议取代第6条的案文.....	53	210
5. 题为“受影响国的倡议”的条款		
(a) 案文.....	54	211
(b) 评论.....	55 - 56	211
(c) 提议取代第7条的案文.....	57	211
6. 题为“解决争端”的条款		
(a) 案文.....	58	211
(b) 评论.....	59 - 62	211
(c) 提议取代第8条的未来条款的组成部分.....	63	212
7. 题为“利益均等所涉因素”的条款		
(a) 案文.....	64	212
(b) 评论.....	65 - 70	213
(c) 与第9条有关的提议.....	71	214
8. 不转移危险或损害原则		
(a) 一般性评论.....	72 - 73	214
(b) 所提议的关于不转移危险或损害的案文.....	74	214
9. “污染者付费”原则.....	75	215
二、结论.....	76	215

本报告引述的多边文书

来源

《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日)	《第三次联合国海洋法会议正式文件》, 第十七卷(出售品编号 E.84.V.3), 第151页, A/CONF.62/122号文件。
《越境环境影响评估公约》(埃斯波, 1991年2月25日)	欧洲经委会, 《环境公约》, 联合国出版物, 1992年, 第95页。
《工业事故越境影响公约》(赫尔辛基, 1992年3月17日)	同上, 第119页。

导言

A. 特别报告员的任务

1. 委员会在第四十四届会议中曾决定, 关于本专题的范围,

“在目前这个阶段, 应该侧重起草具有造成跨界损害之危险的活动方面的条款; 委员会目前不应讨论实际上造成损害的其他活动。……本条款应首先处理可能导致跨

界损害之活动的预防措施……”。¹

据此, 委员会

“……要求特别报告员在下一提交委员会的报告

¹ 《1992年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第346段。

中, 预防
要有款, 阶段限于题,
草案论结论、防条款、六次5才更多
及危
不相行政采取
国管响自之, 害的制
页, 分),
页, (第
页, 分)
注:

中, 只在具有引起跨界损害之危险的活动方面进一步讨论预防问题, 并就此提出一套修订的条款草案。”²

2. 这些决定显示, 目前应暂不讨论是否需要预防规则的问题; 将会有关于本专题的条款, 但关于它们是否有约束性质的决定将在后一阶段做出, 但非现在。这些决定还表示, 讨论应限于有关预防的案文草案, 不应扩及赔偿责任专题, 以后适时才讨论后者。

3. 委员会的决定还意味着, 应尽快将条款草案转送给起草委员会以加快其通过, 这将视讨论结果而定。由于已完成下列三次有关具体的预防条款的讨论: 有关特别报告员第五次报告的讨论、3 关于载有许多对前次讨论情况的评论的第六次报告的讨论 4 以及关于第八次报告的讨论, 5 不能期望委员会为起草委员会进行工作而提供更多的材料。

B. 有关预防的一些评论

4. 特别报告员在第八次报告内已审查过涉及危险的活动方面的预防的性质如下:

“我们已知国家所采取的预防措施与个人的措施极不相同: 国家必须慎重制订全面性预防规则 (包括法律和行政规章), 并以可用的法律手段来监督其执行。个人则须采取国家迫使他们采取的任何实质性措施。”⁶

5. 此类措施的目的乃是为了设法确保在一国管辖或控制下进行的活动最不可能引起跨界影响的事故以及减低每一事故所造成的损害 (换言之, 即不单单减低损害的危险, 而且是较小的损害的危险), 并且亦设法在遇有发生此类跨界损害的事故时在该国的行动范围内, 减少、限制或控制此类有害影响。

² 同上, 第 349 段。

³ 《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 131 页, A/CN.4/423 号文件; 讨论概要见同上, 第二卷 (第二部分), 第 307-397 段。

⁴ 《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 83 页, A/CN.4/428 和 Add.1 号文件; 讨论概要见同上, 第二卷 (第二部分), 第 469-530 段。

⁵ 《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 59 页, A/CN.4/443 号文件; 讨论概要见同上, 第二卷 (第二部分), 第 281-349 段。

⁶ 《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分) (见上文脚注 5), 第 14 段。

6. 强调“设法”二字乃是为了阐明此项义务的目的不是为了预防发生任何损害——这在定义上是有问题的, 因为所牵涉的活动是有风险的——而是为了强制通过特定的措施来实现上文第 5 段所提到的结果。因此, 在原则上,⁷ 国家本不应就私人活动承担赔偿责任, 如果该国家曾针对此等活动履行了它的监督义务的话; 就是说, 如果它在完成了各相关条款所规定的步骤后给予事前核准, 通知了假定可能会受影响者, 进行了必要的协商、颁布了旨在合理地设法实现所期望目标的法律并且已执行了适当的行政控制 (规定经营者应提出报告、进行检查等)。

7. 虽然本报告正在审查上文所述有关预防的必要步骤, 可是应当指出, 预防的义务构成所谓的“应有的注意”义务, 只有在未作出合理的努力来加以履行此类义务的情况下, 才视为未加履行。因此, 它们不应具有起初想赋予的结果的义务性质, 这种性质的具体意义见关于国家责任的条款草案第一部分第 21 条 (违背要求达到具体结果的国际义务), 尤其是第 23 条 (违背要求防止某一事件的国际义务)。⁸ 委员会本身在对第 23 条的评注中警告说, 不应该混淆两类义务:

“规定防止某些事件的义务同‘应有的注意义务’这个概括名词所泛称的义务是不相同的。违背后一类义务的行为, 往往是由国家的行动或不行动所构成的, 而且并不一定受是否发生某一外部事件的影响。”⁹

8. 发展中国家和发达国家之间显著的不平等主要体现于国家的义务和可能的赔偿责任方面。国际法委员会和第六委员会中曾一再有人指出, 发展中国家缺乏为监测跨国公司活动所需要的技术知识和财政资源, 而经常应该对危险活动负责的正是这些公司。特别报告员赞同此一看法并且提议采用一般而言有助于顾及该情况的用语。最好是将它置于有关适用一切特定规则的指导原则的一章之内。本报告将会论及国际组织可以向发展中国家提供的援助 (见下文第 30-31 段)。

⁷ 使用“在原则上”四字乃是因为在某些情况下, 国家可能必须承担剩余的赔偿责任, 例如遇有经营者或其保险公司无法提供支付赔偿所生损害所需款额 (某些公约有此类规定), 或者在其他想象的情况下。在审议赔偿责任部分时将论及国家是否有剩余赔偿责任及其内容问题。这里仅仅指出其可能性; 应由委员会决定它的存在和履行方式。

⁸ 一读时通过的第 21 和 23 条案文见《1980 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 30 页。

⁹ 《1978 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 82 页, 评注第(4)段, 脚注 397。

第一章

条款草案

A. 一般考虑

“预防措施

9. 在特别报告员的第八次报告中,有关预防的条款被(用罗马数字)编为第1条至第9条;¹⁰必然如此,因为已建议将它们载入一个附件内,因此未将它们列入一般编号次序。因为委员会已拒绝订立此一附件的可能性,所以必须将它们重新纳入一般编号次序。由于起草委员会正在审议第1条至第9条草案,而且第10条(不歧视)必定会列为起草委员会将会审议的条款之列,所以有关预防的条款应在其之后顺次编号,从第11条开始(原第1条)。

10. 首先,本报告将陈述案文,不再按第八次报告所建议的作为纳入附件的建议,而是作为法律规定,不包含述及产生有害影响的活动的文句,对后者的审议已推迟到晚一些阶段。经过这样精简和重新草拟后的案文将作为编制新条款的基础,并尽可能顾及在国际法委员会第四十四届会议¹¹和大会第四十七届会议讨论时的各方评论。¹²

B. 案文

1. 题为“预防措施”的条款

(a) 案文

11. 作为拟订本条的基础,采用同附件内第1条几乎完全相同的转录如下案文:

¹⁰ 除非另有说明,以下以罗马数字提及的所有条款草案均涉及第八次报告第二章中关于预防的条款(《1992年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注5),第67-69页),以供列入附件。

¹¹ 详细评论见《1992年……年鉴》,第一卷,第2268-2273次会议;概要见同上,第二卷(第二部分)(见上文脚注5)。

¹² 见“秘书处所编第六委员会在大会第四十七届会议期间的讨论专题概要”(A/CN.4/446),D节,第264-276段。

“正文内第1条所述的活动应获得在所受管辖或控制的国家的事前核准,以期能合法地进行。该国在核准或进行任何此类活动之前均应安排评估它可能会引起的任何跨界损害,并应通过采用立法、行政和执行措施来确保应对进行此一活动负责的人采用现有的最佳技术来适当地预防或尽量减少重大的跨界损害危险。”

(b) 基本原则

(一) 进行合作的义务

12. 第一个步骤是评估跨界影响。如同在第八次报告以及更早些时候的第五次报告内曾经指出的,此项义务密切涉及通知、告知和协商的义务,在对这三项分别加以评论时,应同时考虑到全体:

“……一个基本原则是……第7条中规定的合作的义务。……从合作的责任首先产生了这样一种责任,即国家有责任确认一种看来象是具有危险或产生损害性影响特征的活动是否实际上造成了这种危险或影响。这就意味着该活动必须经过足够严密的详细检查,才能得出明确的结论。”¹³

(二) 禁止将领土用于有害用途

13. 另一项基本原则乃是禁止各国将其领土用于侵犯别国权利,从而规定它应采取一切必要措施避免此一用途。特别报告员评论说:

“合作的责任是一项基本原则,因此另外一个基本原则体现于在这方面经常援引的国际判例法中产生的一般规则,即按照国际法规定,一国有意意识利用其领土对另一国造成损害是不能允许的。首先可以回顾一下仲裁法庭在‘特雷尔冶炼厂’案中的说法:

‘任何国家也没有权利利用或允许利用它的领土,

¹³ 《1989年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注3),第76段。

在
有
不
的价、
15方
义
有
务
赔
赔
件,
不
为
的,

(一)

意
名
要
他
其
动
由
因
定
为
了
受
境
是,
—

分)

使其烟雾在或对他国领土或其财产或人员造成损害。’

在‘科孚海峡’案中，国际法院提到：‘……每一个国家有不得故意允许利用其领土从事侵犯其他国家权利的行为的义务。’”¹⁴

(c) 委员会第四十四届会议上作的评论

14. 附件中的第1条案文将原第11条(评价、通知和信息)内所载“评估跨界影响”的义务¹⁵同原第16条(单方面预防措施)内所规定的单方面措施结合在一起。¹⁶在讨论中有人提及每一义务均应以分立案文加以规定，这是可行的。还有人建议，有关预防的一章应保持关于国家有义务规定个人经营者均应购买保险以支付任何意外赔偿金的条款；这一提法被省略，但将列入有关赔偿责任的一章内，因为保险无法防止意外事件，但可支付所引起的损害赔偿。特别报告员亦不反对采纳此一建议并将保险议题列入本条，因为这个步骤乃是国家在核准活动之前无疑会采取的，即与评估跨界损害同时。

(d) 单方面的预防措施

(一) 事前核准

a. 一般性评论

15. 针对事前核准义务，表示了各种分歧的意见，但一般意见都表示赞同，虽然委员会有一名委员表示怀疑将它规定为有约束力的义务的必要性。另一名委员则认为此一义务不必要，因为他认为：一方面，世界上没有任何国家为了保护其本国国民而不规定应事前核准危险性质的活动；另外一方面，各国基于内政受到干涉的理由，必将反对它成为一种条约义务；对后一原因，另外一名委员明示反对。不认为此一义务规定可以视为是对别国内政的非法干涉，因为它是为了预防各国物质和领土完整权利受到侵犯。为了证明没有必要订出此项义务，有人辩称，首先受到危险活动损害的将会是起源国的人民或环境；该国毕竟才是想要事前核准的主要主体。但是，首先应该指出，受影响的国家绝对不会认为

由于事实上起源国或许亦因为在其领域内进行的活动而遭受损害就已获得损害赔偿；其次，对一国领域的此类损害并不使它豁免有关禁止将其领域用于可能不利第三国权利的用途的规定。¹⁷此外，有可能发生下列情况：某国一项活动造成的损害全部或部分位于该国领土之外，因此该起源国的人民或环境不受影响，或者所受到的影响程度远低于邻国。第一种情况例如，靠近边界的设施的排放物质由于持续的风而吹至邻国境内，或者沿河岸的设施所排放的污染物质直接流至邻国境内，而不致影响到起源国境内河流。第二种情况的例子可能包括位于国际边界的有害废物倾倒塌；其有害影响可能会局部到达外国。这些例子绝非出于想象，而是得自现实生活和国际实践。因此，原则上，起源国通常都是首先受害的国家这个事实不应用来开脱它应顾及可能会受到影响国家的权利的义务。

16. 还有人指出，在某些情况下，不太可能评估某些活动的跨界影响。但是，在很多情况下，可以无需联系受影响国而审查是否一项活动所具有的危险特征很可能会导致跨界损害。通过对所运用的物质或所利用的技术进行一种简单的评估或是对邻国领域的一般了解，足以确定某一活动是否可能会损及特别脆弱的或受保护的地区，而无须特别前往该地区调查。如果做不到此点，那么，显然就需要受影响国的合作，以进行现场调查，从而设法达成有关该活动所生危险的确定结论。为此目的，必须通过通知、交换信息和协商来确保受影响国的参加。如果假设将会受到影响的国家拒绝起源国派遣的人员入境调查或以任何其他方式加以阻挠，那么，如果因为此类拒绝而引起损害，显然就没有理由提出控诉。

b. 现有的活动

17. 如果遇有因为某种理由，起源国境内有某一活动已在未经事前获得核准的情况下进行了一段时间，后经另一国发现是一种可能引起损害的活动，该国必须要求该经营者向主管机关申请发给必要的核准文件，其程序与第11条内所规定的核准程序相同。¹⁸

¹⁴ 同上，第78段。

¹⁵ 案文见《1990年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第96页，脚注345。

¹⁶ 同上，第97页，脚注347。

¹⁷ 例如，见“特雷尔冶炼厂”案(联合国，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号1949.V.2)，第1905页起)和“科孚海峡”案(《1949年国际法院裁决集》，第4页)。

¹⁸ 见以下第25段。

c. 未终止活动

18. 属地所在国在完成通知和尤其是同受影响国进行协商的程序义务之前是否应下令中止该项活动？委员会多数似乎持反对意见。某种抽象的逻辑或许可支持中止该项活动，直到能以一种理想的方式——即有受影响的一方或数方的参与——履行了所有的预防义务；但是，应该回顾，委员会和大会内都有人表示反对使受影响的各方享有一种实际上的否决权的任何机会，正如同如果国际机构下令应中止该项活动所产生的否决效果一样。针对所表达的这一意见，最佳解决办法或许是授权属地所在国展开或继续进行该活动，同时亦将其担保扩大到包括如同有关赔偿责任的第四章所规定的该项活动可能会引起的任何跨界损害。¹⁹

d. 预防的概念

19. 迄今已审议了讨论期间所提议的修正案。在第 14 条内，²⁰ 已稍微改动了附件内原第 1 条的措词。预防概念的提出包含有以下的含义：(a) 尽量减少发生跨界损害的危险，换言之，降低事故频率；(b) 如果可能，尽量缩小可能的损害的幅度，例如将活动中使用的最终可能造成重大影响的极强的成分代之以比较不强的成分，即使这并不会改变统计学上的事故频率；²¹ (c) 约束或尽量减少已经发生事故的有害后果，例如为此而在所产生的后果到达边界前，在发生地国家境内尽可能采取可以缓和此项后果的特定措施，或者采取可能有助于控制这些后果的其他措施；这构成了大多数有关民事赔偿责任的协定所处理的极为重要的“事后的预防”理论。

(二) 跨界影响评估

20. 必须先进行跨界影响评估以作为取得国家发给进行活动的许可这个先决条件的规定已载入《越境环境影响评估公约》，尤其是其中第 2 条第 2 款和第 3 款，以及《工业事故越境影响公约》第 4 条第 2 款。后一公约还规定，如果提议应对相关活动做重大的修改，亦必须有此类的评估和核准。同样，环境规划署《关于环境影响评

¹⁹ 第 21-27 条。案文见《1990 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 100-101 页，脚注 353-354。

²⁰ 见以下第 25 段。

²¹ (a)和(b)所表示的双重职能符合第八次报告所提议的风险的定义，即同时包括两个方面：事件发生的可能性及其影响的严重性两者的共同效应。

估的目标和原则》中的原则 12 规定：

“当作为环境影响评估一部分而提供的信息表明，另一国家的环境可能因拟议中的活动受到影响时，计划进行这一活动的国家应当尽量：

“(a) 将拟议中的活动通知潜在的受影响的国家；

“(b) 将环境影响评估的任何有关信息转给潜在的受影响的国家，这种转达不受国家法律或规定的禁止；

“(c) 经有关的国家同意，及时进行协商。”²²

同样，《关于环境与发展的里约宣言》原则 17 规定：

“凡是可能对环境产生重大不利影响的拟议活动，均应进行环境影响评价，环境影响评价是一种国家手段，须由主管国家当局作决定。”²³

(三) 其他单方面的措施

21. 在其他单方面的措施方面，《关于越界内水意外污染的行为守则》²⁴ 规定各国

“……应按照使用现有的最佳技术的安全标准采取严格的措施来预防、控制和减少越境内水意外污染”（第二节，第 1 条）

这些措施包括：(a) “尽量减少损害危险 *”；(b) 缓和及控制 * 因此类污染而生的损害 *”（第二节，第 1 条）。《守则》第三节则规定了

“……当事各方所应采取的有关预防、控制和减少越境内水意外污染和有关缓和及管制所生损害的各项立法和行政措施”（第 1 条）。

需要有这些措施用以

“……促进发展与妥善利用现有的最佳技术及其安全运用，从而能够有效地预防、控制和减少意外污染”（第 2 条）。

22. 《越境环境影响评估公约》第 2 条第 2 款规定，

²² Goals and Principles of Environmental Impact Assessment (环境法专家工作组拟定) (UNEP/GC.14/17, 附件三)，环境署理事会通过（《大会正式记录，第四十二届会议，补编第 25 号》(A/42/25 和 Corr.1 号文件)，作为 1987 年 6 月 17 日第 14/25 号决定。

²³ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 至 14 日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I, Vol.II 和 Vol.III)) (联合国出版物，出售品编号 C.93.I.8)，第一卷：《环发会议通过的决议》，决议 1，附件一。

²⁴ 欧洲经委会，《关于越境内水意外污染的行为守则》(联合国出版物，出售品编号 E.90.II.F.2R)。

“当事各方应个别地或联合地采取一切适当的有效措施以预防、减少和控制由于拟议的活动所产生的重大不利的跨界环境影响。”

此项条款的重要意义在于要求当事各方不但应评估环境影响，而且还必须预防、减少和控制它。因此，本条才列入了有关单方面措施的说明中（尽管在此一情况下，是在联合其他国家的条件下采取此等措施的）。继此一非常概括的条款之后，又规定如下的更为具体的条款：

“每一当事方均应采取必要的法律、行政或其他措施以执行本《公约》条款，包括：关于附录一内所列可能引起重大不利跨界影响的拟议活动，制定容许公众参与的环境影响评估程序，编制附录二所述环境影响评估文件。”

23. 《工业事故越境影响公约》第3条规定：

“1. 当事各方应……在本公约的架构内采取适当的措施并进行合作，以期保护人类和环境免受工业事故之害，其方法包括尽可能预防此类事故发生、减少其发生率和严重性及缓和其后果。为了此一目的，应采取预防、准备和处置措施，包括恢复原状措施。

……

“3. ……当事各方应确保经营者必须采取使危险活动安全进行和预防工业事故发生的一切必要措施。

“4. 当事各方为执行本公约条款，应该采取有关预防、准备应付和处置工业事故的适当的立法、管制、行政和财政措施。”

24. 优先引证上述三个文书内的相关条款，而非其他有关跨界损害赔偿赔偿责任文书内载条款乃是因为前者特别重视预防并且载有最现代的关于本专题的构想。

(e) 提议取代第1条的案文

25. 经考虑到委员会第四十四届会议所表示的意见，兹提议采用以下各条取代附件内第1条案文。

第11条 事前核准

第1条所述的活动应获得在所受管辖或控制的国家的事前核准。如果提议对该活动做重大的修改，也应获得此项核准。

第12条 跨界影响评估

属地所在国在给予第11条所述的核准之前应下令评估该项活动可能会产生的跨界影响以及该

影响将会造成的危险的种类。

第13条 先前存在的活动

一国如能确定一项涉及危险的活动正在其管辖或控制下的领域内在未予核准的情况下进行之中，即必须警告应对此项活动负责的人员：他们必须按照本条款各条所规定的要件申请获得必要的核准。在符合此等要件之前，所涉活动得继续进行，但附有一项了解，即该国家应按照相应的条款负担任何所引起的损害的赔偿责任。

第14条 活动的进行

国家应通过立法、行政或其他措施来确保活动经营者已采取包括利用现有的最佳技术在内的一切必要措施来尽量减少引起重大跨界损害的危险并且减少其可能的幅度，或在遇有发生事故时，遏制及尽量减少此一损害。它亦应鼓励采用足以确保给付赔偿金的强制保险或其他财政担保。

2. 题为“通知和信息”的条款

(a) 案文

26. 特别报告员以如下与附件第2条十分相近的案文作为本条拟订的基础：

“通知和信息

“如果前条内所述评估结果指明可能有显著的跨界损害，则起源国应通知可能受影响的国家有此一情况，并应向它们提供现有的技术资料，以证明其评估结果。如果跨界影响可能扩展至一个以上的国家，或者起源国不能够精确断定哪些国家将会受到影响，该起源国应寻求在该领域具有权限的一个国际组织的协助，以查明各受影响的国家。”

(b) 一般性评论

27. 许多文书均要求在上述条款草案所述情况下发出通知。《越境环境影响评估公约》第3条载有这一要求，《工业事故越境影响公约》第3条暗示了这种要求，表示应通知有关各方，第10条则作了明文规定。《关于环境与发展的里约宣言》原则19有相同的要求：

“各国应就可能具有重大不利的跨界环境影响的活

动向可能受影响的国家预先和及时地发出通知和提供有关资料，并应在早期阶段诚意地同这些国家进行磋商。”²⁵

(c) 受影响国家的参与

28. 正如特别报告员在第五次报告中解释并在第八次报告中所重申的，跨界影响评价、通知、信息和磋商等义务密切相关，而且全都是为了一个对预防而言十分重要的目标：鼓励可能受影响的国家参与以便于确保活动在起源国更加安全地进行，同时能够在其本国领土采取预防措施，消减跨界影响。合作是这些义务的必要成分，也是草案第7条所反映的原则之一：

“……通知来源于合作的一般义务，因为在某些情况下，要使预防有效，起源国和受影响国有必要采取联合行动。或许在受影响国领土上采取的某些措施可以提供保护，并防止起因于起源国的影响被转移到它自己的领土上。或者，可能其他国家的合作有助于当事方之间可能进行的信息交换，如果该其他国家掌握与眼前的问题有关的技术就尤其如此了。或许这是因为联合调查通常比单独调查更富有成果。因此，这就意味着，要使预防真实有效，那么受影响国的参与就是必要的，所以可以认为，起源国同意这种参与的义务具有同样的目的。”²⁶

(d) 特殊制度的推行

29. 通知的另一目的在于条款草案的如下目标：推行关于特定活动的特殊制度。当某一国家授权进行一项涉及危险的活动时，理想的解决办法是该国同可能受影响的国家商定一种特殊的制度，考虑到有关活动的具体特性而订立具体的预防措施，包括可能的赔偿规定。

“因此，通知是迈向一种制度的第一步。假设一起源国有兴趣找到一种管制它负有责任的有危险的活动的法律制度，那么从该起源国的观点来看，受影响国参与这一进程也是可取的。……”

“我们根据通知的义务所走向的制度的目的不仅是要防止事故，而且还要通过对一系列因素进行排列使当事方之间的利益得以平衡。例如，可以在衡量以下因素的基础上作出一项有关预防措施的决策：预防措施的代价及事故代价和该活动的利益、该活动所涉危险的大小、该活动的经济和社会重要性、各国可能分担的此种活动的代价（如果有协议规定某些损失要共同分摊的话）、可能对这些义务提出的反对意见等等。”²⁷

²⁵ 见上文脚注23。

²⁶ 《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注3），第77段。

²⁷ 同上，第100-101段。

(e) 国际组织的参与

30. 关于这一条有各种评论，包括赞成和反对国际组织的干预，有些意见涉及干预所应采取的形式。意见从对于此种干预的价值完全抱怀疑态度到支持大大扩大干预程度而不一，主要是指发展中国家的情况。无疑地，有些组织有能力向那些可能根据该条提出要求的发展中国家提供援助，因为它们当前在许多类似领域已提供着援助，而且还有很大余力满足这样的要求。但进一步思考则发现问题不在于此，而在于条款可在何种程序上责成此类机构提供援助。问题不在于提供援助的意愿，而在于：如果在某些国家作为缔约国的一项文书中要求非文书缔约方的国际组织有提供援助的义务将会产生何种影响。这样的文书只能对它的缔约方具有约束力，其中最多可以规定当一国请求国际组织的干预时，若是该组织接受所交付的任务，则另一国不得加以反对。

31. 在这一点上，有人建议援引《联合国海洋法公约》第二〇二条和第二〇三条的先例。第二〇二条对发展中国家的科学和技术援助作了规定：

“各国应直接或通过主管国际组织”：

“(a) 促进……科学、教育、技术和其他方面援助的方案……”

这显然是缔约国可直接或通过国际组织遵行的一项义务。这是假设有关组织同意接受所述国家的要求。作此假设有许多的理由，其中之一是该组织的章程可能规定了必须接受一个促进其活动的国家提出的要求。但是，第二〇三条规定国际组织应在以下方面给予发展中国家以优惠待遇：(a) 有关款项和技术援助的分配；(b) 对各该组织专门服务的利用。据了解，这是按照第三〇五条(f)款并在附件九所规定的限度内作为公约缔约方的国际组织的义务。而目前的条款情况不同，其中没有国际组织成为缔约方的规定。特别报告员愿意听取这方面的任何意见。尽管试验性地引入了关于国际组织在这一领域的作用的提案，现在很难看出国际组织如何能在它们非为缔约方的一项文书之下承担法律义务。原第2条的条款反映了以上表示的关切，因为其中表示起源国可以设法请求主管国际组织协助它们查明可能遭受影响的国家。特别报告员提出上述条款时所想到的是环境规划署的全球环境监测系统，其目标在于：(a) 就重大环境问题作出全面评价，据以提供合理管理自然资源和环境所需的科学信息；(b) 分析监测数据以便对环境的改变预先作出警告。其他国际组织和

方案对诸如下列一些问题进行了研究并收集了信息：环境、保护人类健康不受跨界影响等等，这必有助于发展中国家增进对有关问题的认识。有关组织包括欧洲经委会，通过其本身各委员会并连同粮农组织、卫生组织、开发计划署或环境规划署、气象组织、原子能机构和经合组织。

(f) 其他评论

32. 值得一提的一个评论意见是强调必须对起源国发出通知的时限赋予某种紧急性。这个想法出现于第六次报告所载第 11 条草案案文，其中规定国家应“尽速”²⁸发出通知，特别报告员所提议的新的第 15 条²⁹也可予以采用。

33. 有人认为，在发射人造卫星之类的情情况下，不可能通知所有有关国家或进行跨界影响评价。不用说，通知所有有关方面和评价工作应尽量迅速进行。有些情况下，仅仅通过发出世界范围的通告或经由具全球影响力的一个愿意为此提供协助的国际组织就可。如果一开始不可能查明所有可能受影响者，则起源国应通知所有那些它认为将会受到影响的各方。如果随后发现另有一国也可能遭受跨界影响，则起源国应向该国发出通知并提供有关信息。如果未能做到这一点，预料会受影响的国家有权根据以下第 18 条³⁰要求磋商以及必要的预防措施。

34. 评价方面问题较少，因为它不要求确定会发生重大的跨界损害，而只要确定存在此种损害的重大危险。有关活动因此必须尽量精确地予以定义，因为大会和委员会都反对以清单方式列举各项危险活动或对所进行活动产生危害的危险物质。以前曾建议在附件中列入一项危险物质清单，仅作参考之用，以实例说明一般定义包含了哪些活动，且便于更加精确地定义新活动。³¹无论如何，通知和可能的磋商加上以下所述的咨询制度可以帮助有关方面达成适当的解决办法。

(g) 信息

35. 根据《关于越境内水意外污染的行为守

²⁸ 见上文脚注 15。

²⁹ 见以下第 38 段。

³⁰ 见以下第 53 段。

³¹ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 91 页，A/CN.4/437 号文件，第 29 段。

则》的规定，除了就所采取的措施交换信息的一般义务之外，第六节第 4 条中还建议：

“河岸国应就授权进行涉及内陆水域意外跨界污染的重大危险的计划活动交换信息。”³²

《工业事故越境影响公约》按照第 15 条的规定，在附件十一中列出了应在有关各方之间交换的信息内容，例如立法和行政措施、监测方案、计划和研究，工业事故方面的经验，改进环境保护与安全方面已有的最佳技术的发展和运用。这与第 3 条第 2 款所规定的义务相同。

36. 因此，除了起源国对于它所处理的授权进行一项预料将涉及危险的活动必须提供的信息以外，当事各方还负有定期就该活动的执行交换信息的一般性义务。

(h) 公众的参与

37. 此外，有关某一国家所进行活动的跨界影响的大量文书均体现了一项原则，即预料将受事故影响的个人和私有实体的参与。这项原则首先适用于起源国的人民，规定应向该国人民提供充分信息说明任何涉及危险的活动可能造成的有害影响，以使公众参与那些对人民有重大影响的行政决策过程。另一些文书还把此种权利扩展到受影响国国内的人民和实体。³³当前的条款草案中，根据不歧视原则，凡向本国人民提供参与机会的国家自然也应将此种机会以与本国人民相同的条件给予受影响国家的居民。由于目的是起草一项普遍适用的法则，而各不同国家之间发展程度十分不同，政治和社会的差异巨大，鉴于本问题的范围，认为对本国居民的义务应采用上述规定但加上“在情况许可且适当时”等字，同时这项义务应扩及受影响各国处境相同的居民。

(i) 提议取代第 2 条的案文

38. 特别报告员提议以下列条款取代附件第 2 条：

第 15 条 通知和资料

如果前条所述评估表明可能有显著的跨界损

³² 见上文脚注 24。

³³ 见《工业事故越境影响公约》第 9 条和附件八，以及《关于环境与发展的里约宣言》原则 10（上文脚注 23）。

害:

- (a) 起源国应通知预料可能受影响的国家有此一情况,并向它们提供现有技术资料,以证明其评估结果;
- (b) 如果一项活动的跨界影响可能扩展至起源国难以查明的一个以上的国家,起源国本身应发出、或通过这一领域的一个主管国际机构发出此种通知;
- (c) 若起源国随后得知其他一些国家可能受到影响,它应立即通知这些国家;
- (d) 只要有可能,各国应酌情向可能受到影响的公众提供关于有待核准的活动可能产生的危险或损害的资料,并使这些公众能够参与有关这些活动的决策过程。

第 16 条 交换资料

在进行活动之时,有关各方应就该活动定期交流对有效预防跨界损害有用的任何资料。

3. 题为“国家安全和工业秘密”的条款

(a) 案 文

39. 特别报告员提议以十分接近附件第 3 条的下列条款作为拟订的基础:

“国家安全和工业秘密

“起源国得拒绝提供对其国家安全或工业秘密的保护至为重要的数据和资料,但起源国应本着诚意同其他有关国家合作,酌情提供它能够提供的任何资料。”

(b) 评 论

40. 关于本条的评论意见不多。一般均认为在经过文字上的修改后可以接受。这一条的基础是国际水道非航行使用法条款草案第 20 条,³⁴修改了原第 11 条条款。³⁵曾多次提请注意,由于关

³⁴ 一读时作为第 31 条通过。案文见《1991 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 73 页。

³⁵ 见上文脚注 15。

于国际责任的条款草案与国际水道非航行使用法条款草案之间的差异,后者不一定与目前考虑的条款完全相似。但委员会对于国际水道非航行使用法条款草案原第 20 条的评注中载有一些似乎与本条款草案广义而言十分适用的意见,即:虽然承认一国基于自身利益可以不透露对国家国防或安全至关重要的资料,但却认为受影响的[水道]国家也不能完全对所述措施可能产生的影响毫不知情:

“因此,本条的目的是实现有关国家正当需要之间的平衡:一方面是需要对敏感性资料保密,另一方面需要获得有关计划的措施可能造成不利影响的资料。”³⁶

41. 在较为广泛的意义上,本条款草案引用了环境规划署两个或两个以上国家共有的自然资源政府间专家工作组关于“指导各国养护和谐利用两国或多国共有自然资源的环境领域行动原则”原则 6 第 2 段,其中规定:

“在国家立法或国际公约禁止传送某些情报的情况下,掌握这些情报的一国或多国仍应特别本着诚意原则和睦邻精神,与其他有关一国或多国进行合作,以便找到满意的解决办法。”³⁷

同样地,《工业事故越境影响公约》第 22 条第 1 款也规定:

“本公约的条款不应影响缔约国依其本国法律、规章、行政规定或通用的法律惯例和适用的国际规章所具有的保护与私人资料、工商业秘密(包括知识产权)或国家机密有关的信息的权利和义务。”

(c) 提议取代第 3 条的案文

42. 提议以以下案文取代附件第 3 条的各条款案文:

第 17 条 国家安全和工业秘密

对起源国国家安全或保护工业秘密至关重要的数据和资料可不提供,但起源国应和其他有关国家精诚合作,酌情提供一切能够提供的资料。

³⁶ 见《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 54 页。

³⁷ 这些原则的最后文本载于环境规划署的《环境法,准则与原则(第 2 号),共享自然资源》(内罗毕,1978 年),大会第 34/186 号决议第 3 段:

“请所有国家在拟订关于两个或两个以上国家共有自然资源的双边或多边公约时,将这些守则看作指导方针和建议,本着诚意和睦邻精神。”

字作

4 禾
涉
审
适
四
这
报

的
三
相
和
是
范
关
通
有
资

系
什
活
显
出
意
一
么

一
脚

4. 题为“就一种制度进行协商”的条款

(a) 案文

43. 以下案文系以十分接近附件第 6 条的文字作为拟订基础:

“就一种制度进行协商

“有关各国应进行必要的协商,以期决定可能的跨界损害的危险幅度和数额,进而期望能够达成有关为受影响国家满意的已规划活动的调整和修改、预防措施和应急计划的办法,但附有一项了解,即所造成的损害的赔偿责任必须符合本文书相应条款的规定。”

(b) 评论

44. 附件内处理具有损害性影响的活动的第 4 和第 5 条留待以后再审议,这里先讨论有关就涉及危险的活动进行协商的附件第 6 条。将彻底审查就这类活动所进行协商的性质,并提出同样适用于评价、通知和资料的一些评论意见;在这四项密切相关的问题所出现的本章结束之前提出这些意见较为恰当。可以回顾特别报告员第五次报告内的一段评论:

“显然,这里正在审议的程序类型涉及相互密切联系的三项功能,这三项功能中的任何一项都不能与其他两项相脱离。这些功能就是有关第 1 条所指活动的评估、通知和资料。在某些情况下,这些功能中的一种功能不言而喻是假定的。例如,除非起源国首先对一种活动给其他管辖范围内产生的潜在影响作出评估,否则一国如何能获得有关该活动的某种危险或损害性影响的通知呢?如果不同时通知或预先通知受影响国一种活动所涉问题,如何能提供有关该活动的资料呢?如果不提供人们或许已掌握的任何资料,又如何能通知某人某种危险呢?”

“此外,与受影响国进行协商也与这三种功能有联系。如果不征求受影响国的意见,评估、通知和资料又有什么用呢?正如我们已经看到的那样,在第 1 条所指的活动方面,一起源国的自由受到了种种限制,而在发生明显损害其他国家、特别是损害受影响国的主权权利时就会出现这种限制。在这些权利受到侵犯或可能受到侵犯这个意义上,受影响国在诸如第 1 条所指的那些活动方面是有一些发言权的。况且,如果不首先采取前面的措施,又怎么可能有可能进行协商呢?”³⁸

³⁸ 《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注 3),第 73-74 段。

45. 因此,受影响国参与的程序之中必须包括协商,但任何协商的目的显然原则上由于涉及危险的活动法律性质而受限制。如果起源国满足了某些条件,这种活动尽管可能引起跨界损害,却是合法的活动,则协商的范围有限:活动的进行既不受协商期间所达成的任何协定的制约,也无须完成程序性的预防要求;这种活动只要真正是涉及危险而非表面如此实际却是具有损害性影响的活动,那么原则上不能要求其停止进行。

46. 委员会先前关于一项可能引起跨界损害的活动是否合法的讨论造成了看来可能是一种单纯的误解。如果特别报告员理解正确的话,有一种想法如下:如果跨界损害被禁止——支持这种观点的可能有《斯德哥尔摩宣言》原则 21³⁹或是“特雷尔冶炼厂”案、⁴⁰“科孚海峡”案⁴¹和其他案件等先例——则国际法不加禁止的行为所产生责任的问题就不存在,因为导致跨界损害的一切行为都是非法的,这就等于是说应予禁止。这种行为如果采取不断进行的活动的形式,则第一个正常后果就是要求停止进行。

47. 另一方面,可以回顾特别报告员第八次报告第 18 段中曾经说过:

“关于活动开始时协商的必要性,值得分析涉及危险的活动与具有损害性影响的活动区别何在:前者造成跨界损害的危险,后者直接引起损害*,按定义这些是在正常运作之中会引起损害的活动。国际理论和实践强力支持以下观点:由上述活动引起的跨界损害若为显著损害,原则上一般国际法规定禁止进行*。”⁴²

48. “上述活动”指的显然是具有损害性影响的活动而非涉及危险的活动。这一点不仅出现于所引用的段落,而且也出现于第八次报告,⁴³建议那些持上文第 46 段所述保留意见的成员仔细阅读。回顾世界环境与发展委员会(布伦特兰委员会)的法律与环境专家组所作的分析,报

³⁹ 《联合国人类环境会议报告,1972 年 6 月 5 至 6 日,斯德哥尔摩》(联合国出版物,出售品编号 E.73.II.A.14 和更正),第一部分,第一章。

⁴⁰ 见上文脚注 17。

⁴¹ 同上。

⁴² 《1992 年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注 5)。

⁴³ 同上,第 19 段。

告中说,他们通过的案文第 10 条⁴⁴原则上禁止引起重大 * 损害的任何跨界环境干扰(“并非微小或无足轻重的干扰”)。⁴⁵但接着说:

“关于涉及危险的活动,第 11 条根据利益平衡概念打出了第一个例外。

‘1. 如果一项或多项活动由于跨界环境干扰引起显著造成重大损害的危險,而预防或减轻此种危险所需全部技术和社会经济费用或利益的损失长期而言远超出预防或减轻危险措施带来的益处,则进行或许可进行活动的国家应确保本国管辖范围以外地区发生重大损害时提供赔偿。’”⁴⁶

49. 第八次报告又说:

“……如果利害冲突以所述比例发生[即利益均势倾向于活动的进行],则此处的法律原则许可有关活动继续进行或展开……”⁴⁷

因此,讨论中表明立场并不反映在这一点上明白无疑的特别报告员的看法。

50. 布伦特兰委员会的专家组在这一问题上的论点有些方面我们虽然有所保留,但其总的意旨,涉及危险的活动在某些条件下是为合法活动,这一点却并非无中生有,而是以国际惯例为基础的。同样,如特别报告员第八次报告中所说的:

“危险的活动曾经进行过而且在第三国引起了损害或造成引起损害的威胁。经过一段时日,各个国家即设法寻求此种活动的法律制度,订立利益均衡原则;它们的办法是将赔偿责任转移给个别操作者:实行的领域包括核活动(通过若干公约)、海上运输石油、航空、内陆水域意外和非意外的跨界污染等等。”⁴⁸

该段接着举出一些相反情况的实例,即某些活动由于所产生的不能容忍的危险或损害而绝对禁止,例如在大气层、外层空间和水下进行核武器试验,为了军事或其他敌对目的使用改变环境的技术,以及在海床洋底及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器等等。⁴⁹这里值得一提的是

⁴⁴ 见《环境保护和可持续发展:法律原则和建议》(London/Dordrecht/Boston, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1987年),第75页。

⁴⁵ 《1992年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注5),第19段。

⁴⁶ 同上,第20段。

⁴⁷ 同上,第21段。

⁴⁸ 同上,第22段。

⁴⁹ 同上。

第八次报告中所述国际上的某些做法,⁵⁰因为这些做法显示了一项涉及危险的活动在起源国至少保证给予赔偿的条件下原则上是合法的。布伦特兰委员会专家组表示,这种赔偿责任可转移为负责进行活动的人的民事责任,通常是其操作者。

51. 因此,协商应在预料在受影响的国家要求或者起源国本身要求之下进行,而非自动进行。协商的目的是答复要求协商的国家提出要求时所考虑到的任何问题,包括澄清不明确的事项,对预防作进一步的解释,或是就受影响国领土或环境的情况交换资料等等。后者可能对于预防、控制损害(例如应急计划或其他形式的合作)或责任等方面提议更加完备的制度,也可能提议在它看来更能使有关利益得到平衡的一些措施,考虑到,除其他外,附件第9条所列条件。有关活动的每一方面相信均可商订出一个彼此可接受的条约制度。

52. 对于第四十四届会议辩论上提出的一个意见,特别报告员表示,上述情况显示了起源国的主权不致受协商义务的影响,因为它授权或进行可能引起跨界损害的活动时这已成为它的当然义务。另外,有关活动开始进行之前显然并不需要受影响国的授权。因此,不存在受影响国否决的可能性。上述表示意见的人还强调必须利用技术手段来评价所述活动引起跨界损害的潜在可能。特别报告员坦承他看不出有任何其他评价的方式。⁵¹

(c) 提议取代第6条的案文

53. 建议用以下条款替代第6条:

第18条 事先协商

相关各国在其中任何一国提出要求时,应立即进行协商,以期就起源国提出的预防措施、各国为防止损害进行合作以及任何同有关活动相关的其他问题取得互相可以接受的解决办法,但有一项了解,即在所有情况下,任何可能造成的跨

⁵⁰ 同上,第66页,脚注31。

⁵¹ 但是,可以回顾《关于环境与发展的里约宣言》(见上文脚注23)原则15规定的所谓“预防原则”:

“为了保护环境,各国应按照本国的能力,广泛采用防备措施。遇有严重或不可逆转损害的威胁时,不得以缺乏科学的充分可靠性为理由,延迟采取符合成本效益的措施防止环境退化。”

界损害的赔偿责任必须符合本文书的相应条款。

5. 题为“受影响国的倡议”的条款

(a) 案文

54. 以下案文系以十分接近附件第 7 条的文字作为拟订基础：

“受影响国的倡议

“如果一国有理理由相信一项在另一国管辖或控制下进行的活动正对它造成显著的损害，或正产生对它造成这种损害的显著危险，它可要求该国遵守第 15 条的规定。提出请求时同时阐述上述看法的理由的技术性说明。如该项活动的确是第 1 条所述活动中的一项，起源国应支付研究费用补偿金。”

(b) 评论

55. 这个情况与前一情况不同，即假定受影响的国家不论由于什么理由，未收到按照第 2 条提出的通知。这种情况可能由于以下原因而发生，即起源国没有察觉到活动的危险性质，虽然其它国家认识到了这种性质，或受影响国比起源国具有更高的技术能力，使它能推演出后者没有认识到的后果，或由于其他任何原因。在这种情况下，假定受到影响的国家应提出它相信在起源国内进行的某一特定活动正对它造成或可能造成显著损害的技术理由。

56. 有些委员会委员不赞成附件第 7 条的最后一句，该句提到转移跨界损害的费用，如果有关活动被发现是第 1 条提到的活动。但包括该句是有理由的：对有关活动的危险性提出适当的技术评价的研究事实上并不是免费的。虽然起源国以为某一活动不会引起显著危险的看法可能并没有错，当一旦研究显示该活动确实是危险的活动，那么受影响国也已经为起源国应该负责的活动进行了一些工作，支付了费用，而看不出为什么它们应该由受影响国来支付。只能接受这种情况：起源国是一个发展中国家，而另一国是一个发达国家，理由是发展中国家应该受到特殊的待遇，情况如果相反或两者属于相同的地位，那我们则不能接受这种情况。无论如何，这不应该是一个原则的问题，而涉及的物质价值不值得委员

会花时间来讨论它。因此可以删去最后一句，如果委员会认为那样比较可取的话。

(c) 提议取代第 7 条的案文

57. 提议以以下条款代替附件第 7 条：

第 19 条 假定之受影响国的权利

即使没有收到关于一国管辖或控制下所进行的活动的通知，任何相信该活动对它正造成重大损害或产生了对它造成重大损害的显著危险的其它国家可要求进行前一条的协商。提出请求时应同时提出阐述上述看法的理由的技术性说明。如该项活动的确是第 1 条所述活动中的一项，起源国应支付研究费用补偿金。

6. 题为“解决争端”的条款

(a) 案文

58. 作为拟定此条的基础，特别报告员引用了以下条款，该条款与附件第 8 条相同：

“解决争端……”

“如果依照上文第……条举行的协商没有导致协定，则当事各方得将其歧见送交附件……内所载解决争端程序加以审议。”

(b) 评论

59. 许多委员相信，该条是有用的而且确实是有必要的，但建议作出一些修改：确切说明任何解决争端程序可以援引的条款，使该条更加明确，虽然该条中提到了附件中其他更明确的条款，或要求解决程序应该是迅速的。一名委员明确反对该条，因为如果协商没有获得协议，他看不出有需要采取解决分歧的程序。他认为，受影响国也可能会滥用这些规定，草案中这一部分应完全在国际合作的领域内来处理。最后，有些人主张采用其他的解决程序。

60. 特别报告员仍然相信，以迅速的程序来解决协商时发生的任何僵局都将是很有用的，虽然在完成此专题的发展时才草拟关于此事项的条款可能是比较好的做法，以便不仅考虑到协商时引起的争端（这是一个值得单独考虑的问题），而且还可

以考虑到关于条款草案的解释和适用可能引起的任何争端。关于这头几条所引起的问题的解决程序，应该拟定出特别适于解决协商当中可能出现的困难的方法，例如对于有关活动的性质的解释可能会出现的主要分歧。譬如，一个当事方可能会主张，那不是个涉及危险的活动，而只是一个有损害性影响的活动，在这种情况下，它的合法的可能性将受到怀疑，而意见分歧的解决将对该活动的最后命运有着至关重要性。另一方面，可以不把该活动视为涉及造成显著跨界损害的真正危险，或当事各方可以对活动涉及的任何物质的真实影响有不同的评价等等。在所有这些可能的前题下，专家的意见似乎是具有决定性的，因此一个很好的解决办法是，设立一个调查委员会，其程序类似《越境环境影响评估公约》附件四和《工业事故越境影响公约》附件二所载程序。在这两个文书内，所载程序规定向当事方提供意见，但同时是自动的。前一公约的第3条第7款规定，

“如果当事方无法就是否可能出现显著不利的跨界影响达成协议，这些任何一方可以按照附录四的规定将该问题提交一个调查委员会*，对发生显著的不利跨界影响的可能性提出意见，除非它们同意以其他方法解决此问题。”

该《公约》附录四制定了一个继续进行直到完成为止的程序，在该程序里各当事方都有权任命一名专家来代表它们，而且即使其中一方不以任何方式进行合作也可以开始和继续该程序。

61. 《工业事故越境影响公约》第4和第5条采取了类似的做法，与本条款草案规定的方式类似，它规定，当事各方首先应该采取措施，确定在它们的管辖内按照该公约被认为有危险的工业活动，并为此目的应同设想中会以我们的条款草案所描述的类似方式受到影响的国家进行磋商。确定某一工业活动是否属于该公约的范围的工作将取决于它是否涉及附件一所列某些危险物质，具有特定浓度和比例，并符合其中所表明的标准。如果当事各方无法就有关活动是否属于公约的范围达成协议，并且它们尚未对解决该问题的其他方法达成协议，其中任何一方有权将它提交给一个调查委员会，征求意见。这个程序与上述第60段所说的程序完全相同。

62. 这种程序显然具有优点，值得其他条款草案，甚至可能具有普遍性质的条款草案采用。它至少可以作为检验对某一活动的性质看法不同的国家是否具有诚意的试金石。即使它只是技术性的，有关公约内规定的调查委员会的意见仍具

有它是由一个公正的机关提出的意见的优点，可以构成关于向该机关提出的问题的科学或技术权威的一个因素。这种解决办法似乎特别适于处理我们的条款草案范围内的事项。

(c) 提议取代第8条的未来条款的组成部分

63. 特别报告员非常希望委员会委员们在辩论当中能表明他们对这些可能性的意见，虽然没有提议规定程序的具体案文。这将有助于他在适当的时候提出这样一个案文。

7. 题为“利益均等所涉因素”的条款

(a) 案文

64. 作为表述该条的基础，特别报告员采用下述案文，内容与附件第9条一致：

“利益均等所涉因素

“为求有关国家之间在相关活动方面实现公正的利益均等，这些国家在进行上述的协商时可考虑下列因素：

- “(a) 跨界损害的或然程度及其严重性和涉及面，以及该项活动在受影响国的积累影响的可能范围；
- “(b) 预防这种损害的办法是否存在，考虑到在从事该活动时已采用最高技术标准；
- “(c) 在别的地方或以别的办法进行该活动的可能性，或从事别的备选活动的可行性；
- “(d) 该项活动对起源国的重要性，考虑到经济、社会、安全、保健和其他类似因素；
- “(e) 就可能的预防办法而言该项活动的经济可行性；
- “(f) 起源国就其采取预防措施、恢复事前的环境状况、赔偿所造成的损害或进行备选活动的能力而言的物质和技术可能性；
- “(g) 受影响国对同一活动或类似活动应用的保护标准以及区域或国际实践

但又
育以
度，
在
第六

概念
则，
的因

事
斥
景。

本条
的
准
则
定
的
以
危
定
受
或
类
的，
是
出
此
外
要
求
括
的
身，

脚注

中应用的标准：

- “(h) 起源国或受影响国从该项活动中取得的利益；
- “(i) 损害性影响源于自然资源的程度或影响一种共有资源使用的程度；
- “(j) 受影响国愿意分担预防费用或损害补偿的程度；
- “(k) 起源国和受影响国的利益与整个社会的一般利益一致的程度；
- “(l) 国际社会可以向起源国提供援助的程度；
- “(m) 国际法有关原则和规范的适用性。”

(b) 评论

65. 对本条款的内容没有重要的反对意见，但对应采取的形式存有异议。有人指出，法律教育以英美“普通法”为基础的成员多数持积极态度，但受大陆法教育的一些成员认为，该条应放在不具有强制性的附件或评注内，或干脆取消。第六次报告中称

“特别报告员必须承认缺乏某种热情，不愿意将这些概念纳入一项规范文件，因为这些概念只是建议或行为准则，而并非真正的法律规范，还因为在这种讨论中所提到的因素过于庞杂，很难纳入一项简单的概念范围。”⁵²

事后看来，上述观点似乎可以表明他本人的民法背景。然而，他接着指出，有关内容可以列入草案：

“然而，这样做也并非是不寻常的，将这种因素列入本条款，将若干内容纳入‘利益均等’的概念，可以说我们的若干条款都含有这一概念，同时为有关国家提出一项准则，这样做对评价某些国家在谈判中所表示的诚意有一定的法律价值。在此方面还可以用来确定起源国是否可以以危险较少但经费略高的办法从事一项相应的活动，或确定受影响国家可以在何种范围保护本国国民不受该项活动或类似活动的影响。本条的一般条款是可以自行斟酌执行的，各缔约方可以考虑到所指出的各种因素，因为这样做是出于自己的自由意志，只服从于国际法的强制性规范。此外，在某一特定的案例中，各种情况差异极大，不可能要求有关国家考虑到本条所包括的各种因素，因为没有包括的其他某些因素可能更适用于该特定情况。关于清单本身，各款内容十分明确，无须进一步作出评论。”⁵³

⁵² 《1990年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注4），第39段。

⁵³ 同上。

66. 特别报告员在本文抄录的一项说明中进一步发挥说，“这样做并非不寻常”（即将类似规范列入条约文献并非不寻常），参看关于国际水道非航行使用法草案，在第7条中列出了“公平和合理”使用国际水道水域的各种因素。⁵⁴ 在关于这一条的评注中，委员会（而不是特别报告员麦卡弗里先生）称：

“第7条的目的是规定第6条中所载公平合理使用规则的执行方式。后一规则必须是一般性、而且具有灵活性的，为了妥当加以适用，各国必须顾及与该国际水道以及与各有关水道国的需要和使用有关的具体因素。因此，在具体个案中，公平合理使用是什么乃取决于一切有关因素和情况的权衡。这一评量过程至少首先应由每一水道国进行，以保证第6条中所载公平合理使用规则得到遵守。”⁵⁵

67. 顺便指出，上述的第7条同本条有很多相似之处：两条都企图给予公平概念一个具体形态，因为没有这一媒介，该概念是如此一般而几乎无固定界线，不能应用于某一特定草案。同样，在目前的各条草案中，利益均等也只能在每一个案中评估，考虑到有关活动以及有关国家的需要和利用的具体因素加以评价。每一起源国也需要对受危及的利益作出初步评估，以在规划今后的行动时顾及到这些利益。

68. “利益均等”符合公平的基本标准，广义的含意是起源国因从事或批准一项危险活动而引起一定危险时，必须作出一些贡献以恢复利益的均等。否则，特别是已造成实际损害时，它将得到不公平的好处（无端收费、费用外摊、征用或任何其他想用的名称）。第六次报告引用两项国际裁决以图大略地表述此概念，一次是仲裁法庭在“拉诺湖”案的裁决，另一次是国际常设法院在“奥德河”案的裁决。⁵⁶ 前者称：

“法庭认为，按照真诚的规则，上游国家有义务考虑到所涉及的各种利益，在追求本国利益的同时，相应地努力满足这些利益，在此方面要做到这一点，应真正关心调和其他沿岸国和本国的利益”。

后者称：

“一条航运河流的共同利益是共同法律权利的基础，其基本特点是所有沿岸国家在使用整个河道时完全平等，

⁵⁴ 一读时作为第6条通过。案文见《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第67页。

⁵⁵ 《1987年……年鉴》，第二卷（第二部分），第36页，对第7条的评注第(1)段。

⁵⁶ 《1990年……年鉴》，第二卷（第一部分）（见上文脚注4），第39段及脚注60。

任何沿岸国没有超越其他国家的优先特权。”

69. 特别报告员曾说利益均等“体现于许多案文中”。现在重新来看这句话，似乎对此概念在草案中的角色说得过轻。它实际上是草案的真正基础，是草案的价值所在，甚至是赔偿的指导原则。例如，在某些危险责任的案例中，它是有可能免除恢复原状全部赔偿责任的根据，而这种赔偿责任是不当行为责任中的赔偿规则。在某些案例中可以通过为恢复利益均等作出必要贡献，履行恢复的职能。更重要的是，这一概念可以用来证明一项活动的合法性，这项活动如果不存在在双方之间重建均等的可能性，它在造成跨界损害的同时也带有非法性的危险。布伦特兰委员会专家小组的话本身（“如果……预防或减轻此种危险所需全部技术和社会经济费用或利益的损失长期而言远超出预防或减轻危险措施带来的益处……”）（见上文第48段），在他们看来，使一项带有危险的活动具有合法性，而这似乎就是部分地表达了特定活动双方的利益均等。不管布伦特兰委员会专家对这一概念的确切模式有否一致意见，但他们的思路肯定反映了很通常的国际惯例：如果对起源国的用途超过所造成的损害，通常是允许的，如果也有益于社会，就更是如此。但起源国必须把危险减至最小，支付或保证由责任人支付预防费用，并赔偿或保证由责任人赔偿造成的任何损失，以此建立均等。

70. 因此，如果上述推理成立，应就处理各方利益均等程序中通常涉及的因素提出一些准则，并说明这仅是其他许多适用准则中的一部分，而且仅为各国处理此领域关系的准则。

(c) 与第9条有关的提议

71. 对本条的最佳位置没有个人的确定意见，但希望不要删除此条。它可作为第20条留在主案文内，因委员会在处理国际水道非航行使用法草案第7条时已开有先例。

8. 不转移危险或损害原则

(a) 一般性评论

72. 包括《关于越境内水意外污染的行为守则》⁵⁷ 在内的某些文献都有一项可称为不转移危

⁵⁷ 见上文脚注24。

险或损害原则的条款；该条款主要涉及预防，但也可适用于为应付跨界影响而采取的一切措施，如环境的清洁和恢复。可将此一规则列入各项原则内，或许可作为草案第8条的一部分，⁵⁸ 或仅作为预防行动的一项准则置于本章其他地方。愿意听取委员会对此的意见。《行为守则》第二节第2条称：

“各国在采取措施控制和管制有危险的活动和物质、预防和控制意外污染、减轻意外污染所造成的损害时，应竭尽全力不直接或间接在不同环境媒质之间转移损害或危险，或将一种污染转变成另一种污染”。⁵⁹

73. 《联合国海洋法公约》第一九五条称：

“各国在采取措施防止、减少和控制海洋环境的污染时采取的行动不应直接或间接将损害或危险从一个区域转移到另一个区域，或将一种污染转变成另一种污染。”⁶⁰

两者有一点不同：此条称“从一个区域转移到另一个区域”，而在上面引述的《行动守则》中使用了“在不同环境媒质之间”。《公约》第一九五条参考了联合国人类环境会议所批准的《评估和控制海洋污染的一般原则》的原则(13)：

“防止和控制海洋污染的行动（特别是直接禁止和特定的排放限制）必须防止将损害或危险从一部分环境简单地转移到另一部分的结果。”⁶¹

另一份有用的文献是最近的《关于环境与发展的里约热内卢宣言》，其中的原则14对此概念似乎规定了更有限的范围：

“各国应进行有效合作，劝阻或防止任何造成环境严重退化或证实有害人类健康的活动及物质迁移或转让他国。”

提议的更为一般的案文可以包括该案文，但在评注中的一项引文将有助于使此原则的含义更为明确。

(b) 所提议的关于不转移危险或损害的案文

74. 特别报告员提议第20条之二放在方括号内供委员会审议，其位置有待最后决定：

⁵⁸ 案文见《1990年……年鉴》，第二卷（第二部分），第95页，脚注343。

⁵⁹ 见上文脚注24。

⁶⁰ 《联合国人类环境会议报告……》（见上文脚注39），附件三。

⁶¹ 见上文脚注23。

[第 20 条之二 危险或损害不可转移

“各国在采取措施防止、控制或减轻危险活动的跨界影响时，应确保不将危险或损害在地区或环境媒质之间转移，不以一种危险代替另一种危险。”]

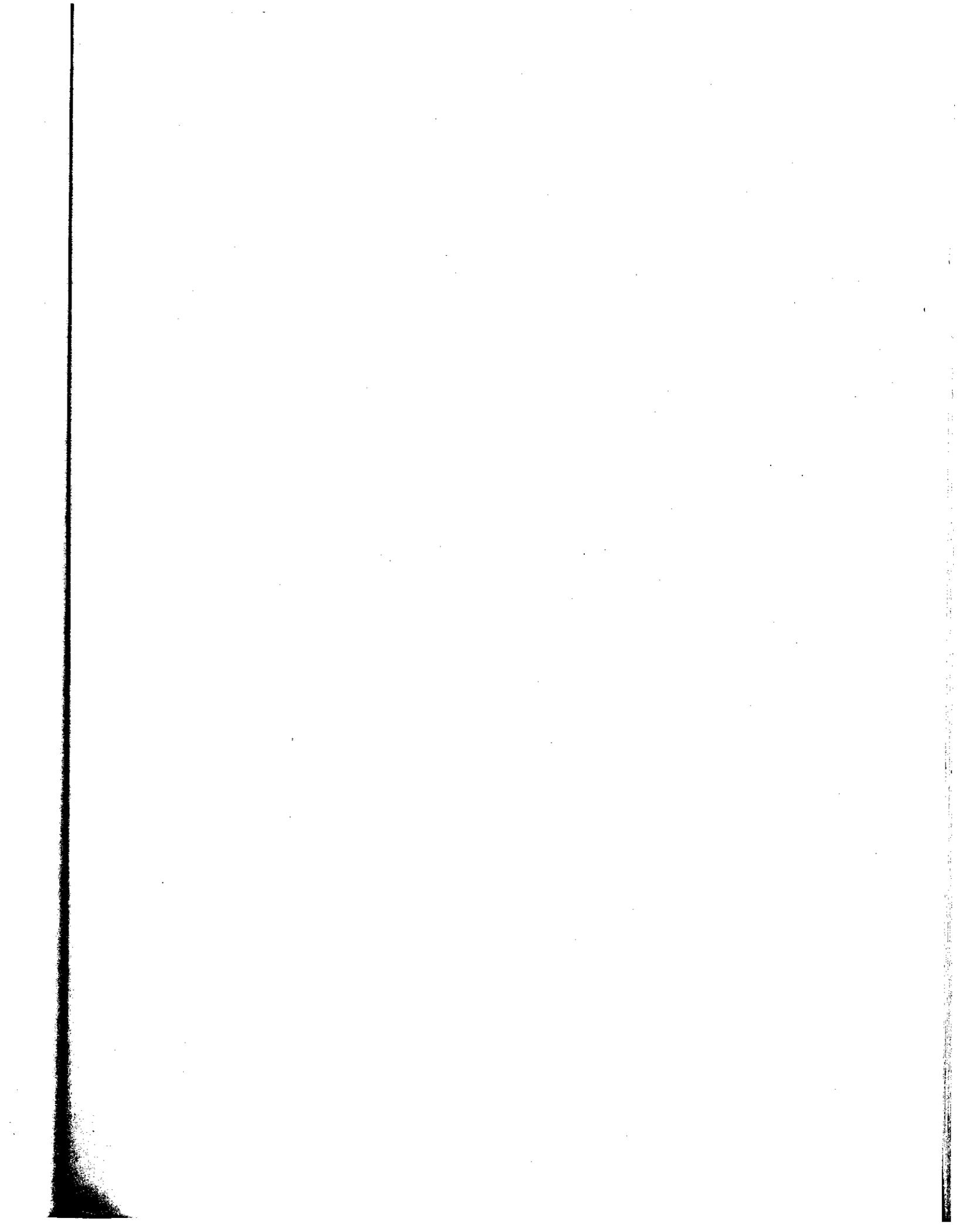
9. “污染者付费”原则

75. 《关于越境内水意外污染的行为守则》

和《工业事故越境影响公约》都定有“污染者付费”原则。特别报告员审查了此原则，建议委员会考虑将此原则纳入条款草案，因为它在防止和民事责任两方面都起到很重要作用。但是，考虑到此原则最近的表述并不限于预防行动（即称行为者只对预防费用负责），而且也同恢复相联系，因此或许最好放在原则之中（不是在有关预防的本章），明年可能是提出的最佳时机，以便起草委员会可同审议中的其他原则一起及时加以审查。

第二章**结 论**

76. 有关特定专题或活动、特别是本报告所审查的这类活动的各项公约有关预防的章节中一般都有关于本报告没有谈及的若干方面的很详细的规定，如紧急情况防备、应急计划和事故预警系统等。特别报告员一直努力阐明委员会的意见，即正在编写的旨在仅作为一个框架并能普遍适用的条款的内容应当比较概括，应保持很一般性的水平。因此认为，关于预防的一章可以同拟议的各条一起议定。



委员会的方案、程序、工作方法和文件

[议程项目 6]

A/CN.4/454 号文件

委员会委员就国际法某些主题所编制的摘要

[原件: 英文/法文]

[1993 年 11 月 9 日]

目 录

	页 次
注.....	217
导 言.....	222
委员会委员就国际法某些主题所编制的摘要.....	223
资本投资的法律状况及有关协定, 穆罕默德·本努纳先生的概述.....	223
在国家海事管辖范围外沉船的所有权和保护问题, 德雷克·威廉·鲍威特先生的概 述.....	225
强制法, 安德里亚斯·雅乔维德斯先生的概述.....	228
国际继承及其对自然人和法人国籍的影响以及国际组织成员资格的国家继承, 瓦茨 拉夫·米库尔卡先生的概述.....	236
关于国际移徙的法律, 纪尧姆·庞布-奇文达先生的概述.....	241
与对条约的保留有关的法律和惯例, 阿兰·佩莱先生的概述.....	245
国内立法的境外适用, 彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生的概述.....	255
国际(承压)地下水法, 阿尔伯特·塞克利先生的概述.....	261
全球公域, 克里斯蒂安·托穆沙特先生的概述.....	264
各国保护人类环境的权利和责任, 山田中正先生的概述.....	267

注

本报告引述的双边和多边协议

双边协议

来 源

Definitive Boundary Treaty between France and Spain(Elissonde, 1785 年 8 月 27 日)	G. F. de Martens, <i>Recueil des principaux Traités</i> , 第 2 版, 第 4 卷, 第 26 页。
Treaty concerning the Frontiers between the Netherlands and Hanover (Mappen, 1824 年 7 月 2 日)	联合国,《……法律案文》, 第 205 号条约。
Procès-verbal of demarcation between France and Neufchatel (Neufchatel, 1824 年 11 月 4 日)	同上, 第 195 号条约。

来源

- Convention between Italy and Switzerland for the Settlement of the Disputed Frontier between Lombardy and the Canton of Ticino (Lugano, 1861年10月5日)
- Treaty between Austria and Bavaria concerning the regime of the frontier line and other territorial relations between Bohemia and Bavaria (1862年6月24日)
- Spain-Portugal boundary treaty (里斯本, 1864年9月29日)
- Agreement between the Governments of Great Britain and France with regard to the Somali Coast (伦敦, 1888年2月2日和9日)
- Treaty between Switzerland and Austro-Hungary for the regulation of the Rhine from the confluence of the Rhine, upstream, to the point downstream where the river flows in the Lake of Constance (维也纳, 1892年12月30日)
- Exchange of notes between France and Great Britain relating to the Gold Coast-French Soudan boundary (伦敦, 1904年4月8日)
- Agreement relative to Frontier Delimitation between Persia and Turkey (德黑兰, 1913年12月21日)
- Provisions relating to the common frontier between Belgium and Germany, drawn up by a Boundary Commission made up of representatives of the British Empire, France, Italy, Japan, Belgium and Germany under the terms of the Treaty of Versailles of 28 June 1919 concerning that frontier (Aix-la-Chapelle, 1922年11月6日)
- Protocol between France and Great Britain defining the boundary between French Equatorial Africa and the Anglo-Egyptian Sudan (伦敦, 1924年1月21日)
- Agreement between Egypt and Italy fixing the frontier between Cyrenaica and Egypt (on the Ramla Wells) (开罗, 1925年12月6日)
- Exchange of notes constituting an Agreement between the British and Italian Governments respecting the regulation of the utilization of the waters of the River Gash (罗马, 1925年6月12日和15日)
- Treaty between France and Germany regarding the delimitation of the frontier (巴黎, 1925年8月14日)
- Convention between the Governments of the Union of Soviet Socialist Republics and Persia regarding the mutual use of frontier rivers and waters (Ashkabad, 1926年2月20日)
- Agreement between Belgium and Germany concerning the common frontier (Aix-la-Chapelle, 1929年11月7日)
- G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, 第20卷, 第186页。
- 联合国,《……法律案文》, 第135号条约。
- 同上, 第241号条约。
- 《英国和外国文件》, 1890-1891年, 第38卷, 第672页, 及联合国,《……法律案文》, 第16号条约。
- 《英国和外国文件》, 1891-1892年, 第84卷, 第690页, 及联合国,《……法律案文》, 第141号条约。
- 《英国和外国文件》, 1902-1904年, 第97卷, 第31页。
- The Consolidated Treaty Series*, C. Parry 编, 第215卷, 1911-1912年, 第138页。
- 联合国,《……法律案文》, 第118号条约。
- 《英国和外国文件》, 1924年, 第一部分, 第119卷, 第354页, 并见联合国,《……法律案文》, 第25号条约。
- 《英国和外国文件》, 1930年, 第二部分, 第133卷, 第976页, 并见联合国,《……法律案文》, 第6号条约。
- 国际联盟,《条约集》, 第38卷, 第200页。
- 同上, 第75卷, 第104页。
- 联合国,《……法律案文》, 第103号条约。
- 国际联盟,《条约集》, 第121卷, 第328页, 并见联合国,《……法律案文》, 第150号条约。

来源

- Treaty of Peace, Friendship and Arbitration between the Dominican Republic and the Republic of Haiti (圣多明各, 1929年2月20日) 同上, 第105卷, 第216页, 并见联合国, 《……法律案文》, 第68号条约。
- Agreement between Persia and Turkey on the fixing of the frontier (德黑兰, 1932年2月23日) 《英国和外国文件》, 1932年, 第135卷, 第671页, 并见联合国, 《……法律案文》, 第101号条约。
- Agreement between Belgium and the United Kingdom regarding water rights on the boundary between Tanganyika and Ruanda-Urundi (伦敦, 1934年11月22日) 国际联盟, 《条约集》, 第190卷, 第103页。
- Agreement between the Austrian Federal Government and the Bavarian State concerning the diversion of water in the Rissbach, Dürrach and Walchen districts (1950年10月16日) 联合国, 《……法律案文》, 第136号条约。
- State Treaty between the Grand Duchy of Luxembourg and the Land Rhineland-Palatinate in the Federal Republic of Germany concerning the construction of a hydro-electric power plant on the Sauer (Trier, 1950年4月25日) 同上, 第201号条约。
- Agreement between the Hashemite Kingdom of Jordan and the Republic of Syria concerning the utilization of the Yarmuk waters (大马士革, 1953年6月4日) 联合国, 《条约集》, 第184卷, 第25页。
- Agreement between the Government of the Federal People's Republic of Yugoslavia and the Government of the Hungarian People's Democratic Republic concerning water-economy questions (贝尔格莱德, 1955年8月8日) 联合国, 《……法律案文》, 第228号条约。
- Agreement between the Federal People's Republic of Yugoslavia and the People's Republic of Albania concerning water-economy questions (贝尔格莱德, 1955年12月5日) 同上, 第128号条约。并见南斯拉夫, *Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Medunarodni Ugovori*, 1957年, 第74号, 第16页。
- Convention between the French Republic and the Federal Republic of Germany on the regulation of the upper course of the Rhine between Basel and Strasbourg (卢森堡, 1956年10月27日) 联合国, 《……法律案文》, 第180号条约。
- Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Federal People's Republic of Yugoslavia concerning the supply of water to the Commune of Gorizia (Nova Gorica, 1957年7月18日) 同上, 第236号条约。
- Minutes of the meetings of the delegations of the Government of the Federal People's Republic of Yugoslavia and the Kingdom of Greece from 26 August to 1 September 1957 concerning hydro-electric studies of the drainage area of Lake Dojran (1957年9月1日) 同上, 第223号条约。
- Agreement between Czechoslovakia and Poland concerning the use of water resources in frontier waters (布拉格, 1958年3月21日) 联合国, 《条约集》, 第538卷, 第89页。
- Agreement between the Government of the Federal People's Republic of Yugoslavia and the Government of the People's Republic of Bulgaria concerning water-economy questions (索菲亚, 1958年4月4日) 同上, 第367卷, 第104页。

来源

- State Treaty between the Grand Duchy of Luxembourg and the Land Rhineland Palatinate in the Federal Republic of Germany, concerning the construction of hydroelectric power installations on the Our (Trier, 1958年7月10日)
- Evian Declaration (Algeria-France) (Evian, 1962年11月6日)
- Convention between France and Switzerland on the protection of Lake Léman waters against pollution (法国, 1962年11月16日)
- Agreement between Poland and the Union of Soviet Socialist Republics concerning the use of water resources in frontier waters (华沙, 1964年7月17日)
- Convention between the French Republic and the Federal Republic of Germany concerning development of the Rhine between Strasbourg/Kehl and Lauterburg/Neuburgweier (巴黎, 1969年7月4日)
- Australia-Netherlands Agreement concerning wrecks of former Dutch Ships
- Agreement between Finland and Sweden concerning frontier rivers (斯德哥尔摩, 1971年12月15日)
- Agreement of 1973 (Minute 242) of the International Boundary and Waters Commission (Mexico-United States of America) concerning the salinity problems of the Colorado River (墨西哥城和 Tlatelolco, 1973年8月30日)
- Agreement on intervention by the agencies responsible for combating accidental pollution of the waters by hydrocarbons or other substances capable of altering the waters, and recognized as such under the Franco-Swiss Convention of 16 November 1962 concerning the protection of the waters of Lake Léman against pollution (伯尔尼, 1977年5月5日)
- Agreement of 1978 between Canada and the United States of America on Great Lakes water quality (渥太华, 1978年11月22日)
- Agreement between Austria and Czechoslovakia to settle certain issues of common interest concerning nuclear installations of 18 November 1982
- Agreement between the Kingdom of Spain and the Government of the French Republic concerning the admission of illegal aliens at border stations (马德里, 1988年1月8日)
- 联合国,《……法律案文》,第202号条约。
- 联合国,《条约集》,第507卷,第25页。
- 同上,第922卷,第49页。
- 同上,第552卷,第175页。
- 同上,第760卷,第305页。
- 澳大利亚,《条约集》,第18号,1972年,第17页。
- 联合国,《条约集》,第825卷,第191页。
- 同上,第915卷,第203页。
- 同上,第1080卷,第155页。
- United States Treaties and Other International Agreements*, 1978-1979年,第30-2卷。
- 联合国,《条约集》,第1365卷,第273页。
- 《国际公法综合杂志》,第92卷,第696页和697页。

多边协定

《统一有关海上救助的若干法律规则的公约》
(布鲁塞尔, 1910年9月23日)

G. F. Martens, *Nouveau Recueil général de traités*, 第3辑, 第7卷(1913年, 莱比锡)。

来源

- 《凡尔赛和约》(凡尔赛, 1919年6月28日) 同上, 第11卷, 第323页起。
- 《国籍公约》(蒙得维的亚, 1933年12月26日) M. O. Hudson, *International Legislation*, 华盛顿特区, 第6卷(1932-1934年), 第589页。
- 《保护人权与基本自由公约》(罗马, 1950年11月4日) 联合国, 《条约集》, 第213卷, 第221页。
- 《关于难民地位的公约》(日内瓦, 1951年7月28日) 同上, 第189卷, 第137页。
- 《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》(海牙, 1954年5月14日) 同上, 第249卷, 第215页。
- 《国际法制计量组织公约》(巴黎, 1955年10月12日) 同上, 第560卷, 第3页。
- 《公海公约》(日内瓦, 1958年4月29日) 同上, 第450卷, 第104页。
- 《麻醉品单一公约》(纽约, 1961年3月30日) 同上, 第520卷, 第270页。
- 《减少无国籍状态公约》(纽约, 1961年8月30日) 同上, 第989卷, 第190页。
- 《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》(莫斯科, 1963年8月5日) 同上, 第480卷, 第43页。
- 《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》(华盛顿, 1965年3月18日) 同上, 第575卷, 第158页。
- 《关于各国探测及使用外空包括月球与其他天体之活动所应遵守原则之条约》(莫斯科、伦敦和华盛顿, 1967年1月27日) 同上, 第610卷, 第235页。
- 《关于难民地位的议定书》(纽约, 1967年1月31日) 同上, 第606卷, 第278页。
- 1910年9月23日在布鲁塞尔签署的《〈统一有关海上救助的若干法律规则的公约〉修正议定书》(布鲁塞尔, 1967年5月27日) 比利时外交、外贸与合作部, 条约指南, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles)* 案文, 1982年4月1日, 第127页。
- 《养护自然和自然资源非洲公约》(阿尔及尔, 1968年9月15日) 联合国, 《条约集》, 第1001卷, 第3页。
- 《维也纳条约法公约》(维也纳, 1969年5月23日) 同上, 第1155卷, 第378页。
- 《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转移其所有权的方法的公约》(巴黎, 1970年11月14日) 同上, 第823卷, 第231页。
- 《民事和商事外国判决的承认和执行海牙公约》(海牙, 1971年2月1日) 同上, 第1144卷, 第258页。
- 《国际货物销售时效期限公约》(纽约, 1974年6月14日) 《1974年联合国法律年鉴》, 第99页。
- 《修正一九六一年麻醉品单一公约的议定书》(日内瓦, 1972年3月25日) 联合国, 《条约集》, 第976卷, 第28页。
- 《保护世界文化和自然遗产公约》(巴黎, 1972年11月16日) 同上, 第1037卷, 第151页。
- 《关于国家在条约方面的继承的(维也纳)公约》(维也纳, 1978年8月23日) 《联合国关于国家在条约方面的继承会议正式记录》, 维也纳, 1977年4月4日至5月6日, 及1978年7月31日至8月23日, 第三卷(联合国出版物, 出售品编号E.79.V.10)。
- 《远距离越境空气污染公约》(日内瓦, 1979年11月13日) 联合国, 《条约集》, 第1302卷, 第218页。
- 《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》(纽约, 1979年12月5日) 同上, 第1363卷, 第13页。

来源

《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日)	《第三届联合国海洋法会议正式记录》, 第十七卷(出售品编号E.84.V.3), 第151页, A/CONF.62/122号文件。
《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》(维也纳, 1983年4月8日)	A/CONF.117/14号文件。
《保护臭氧层维也纳公约》(维也纳, 1985年3月22日)	环境规划署, Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment (联合王国, 剑桥, 1991年), 第2卷, 第309页。
《欧洲关于涉及文化财产罪行的公约》(德尔夫, 1985年6月23日)	欧洲委员会, 《欧洲条约集》, 第119号。
《多边投资担保机构公约》(汉城, 1985年10月11日)	联合国, 《条约集》, 第1508卷, 第99页。
《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(维也纳, 1986年3月21日)	A/CONF.129/15。
《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(蒙特利尔, 1987年9月16日)	环境规划署, Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment (联合王国, 剑桥, 1991年), 第2卷, 第309页。
《国际救助公约》(伦敦, 1989年4月28日)	海事组织, 1989年。
《确定由何国负责审核向欧洲共同体成员国提出庇护申请的公约》(都柏林, 1990年6月15日)	《欧洲共同体月报》, 第1/2号, 1990年, 第165页。
《实施在共同边界逐步取消检查的申根协定的公约》(申根, 1990年6月19日)	《国际公法综合杂志》, 第94卷, 1990年, 第4号, 第1047页。
《关于环境保护的南极条约议定书》(马德里, 1991年10月4日)	《国际法律材料》, 第30卷, 第6号, 第1461页。
《欧洲联盟条约》(马斯特里赫特条约)(马斯特里赫特, 1992年2月7日)	欧洲共同体理事会/欧洲共同体委员会, 卢森堡, 1992年。
《联合国气候变化框架公约》(纽约, 1992年5月9日)	《国际法律材料》, 第31卷, 第4号, 第851页。
《生物多样性公约》(里约热内卢, 1992年6月5日)	同上, 第822页。

导 言

1. 在委员会第四十四届会议(1992年)上, 委员会扩大主席团规划组设立了一个工作组, 其成员如下: 德雷克·威廉·鲍威特先生(主席)、奥恩·哈索内先生、穆罕默德·本努纳先生、彼得·卡巴齐先生、莫蓝赫塔爾·库苏马-阿特马贾先生、纪尧姆·庞布-奇文达先生、阿兰·佩莱先生、史久镛先生、阿尔伯特·塞克利先生、弗拉德连·韦列谢京先生和山田中正先生。工作

组负责审议打算建议大会列入委员会工作计划有限数目的专题。¹

2. 根据规划组经工作组建议而提出的程序

¹ 见《1992年……年鉴》, 第二卷(第二部分), A/47/10号文件, 第369段。

(其后威特外题拟议或解释

(a)

(b)

(c)

(d)

1. 增加, 国人民
2. 该的,

但是要环境,

3. 及其财点与领原则很人的“

4.

(其后经委员会认可), 要求委员会指定的委员在鲍威特先生的协调下就列入事先选定之清单上的专题拟订一份简短的大纲或解释性摘要, 每份大纲或解释性摘要应载明:

- (a) 专题提出的主要问题;
- (b) 任何可适用的条约、一般原则或有关的国内法或司法裁决;
- (c) 现有的学说;
- (d) 如果决定着手进行专题工作, 编写一份报告、一份研究报告或一份公约草案的有利和不利之处。

3. 工作组在委员会第四十五届会议上审议了依照这一程序而编拟的摘要。

4. 在同届会议上, 委员会根据工作组的建议决定将摘要作为委员会的正式文件按 A/CN.4 系列印出, 其后载入委员会 1993 年的年鉴内。本文件是继这一要求之后编制的, 其中以各作者姓名的英文字母先后次序重刊了摘要。²

² 见《1993 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), A/48/10 号文件, 第 425-443 段。

委员会委员就国际法某些主题所编制的摘要

资本投资的法律状况及有关协定, 穆罕默德·本努纳先生的概述

1. 过去十年内, 大多数第三世界国家债务增加, 北南投资量减少, 援助政策过多, 而对各国人民的真正发展则无甚影响。

2. 促进对这些国家进行直接私人投资是应该的, 因为有下列益处:

- (a) 达成长期筹资;
- (b) 贯输企业精神, 取得专门知识, 引进新技术;
- (c) 对已负债很重的国际收支没有害处。只有业务赚钱时才将收入送回本国, 而如果是贷款则不管是否赚钱都付利息。

但是要吸引私人资本, 则先决条件是建立信任的环境, 为投资者提供某些保障。

3. 在经典国际法中, 这个问题是从外国人及其财产的地位的观点处理的, 也就是从国籍地点与领土主权间的关系的观点处理。但是古典法原则很有利于资本输出国家, 因而首先保护外国人的“既得权利”, 其次才是领土国的特权。

4. 1960 年代第三世界国家对这一原则提出

质疑, 结果就外国投资的地位缔结了若干双边协定。由于国际经济关系的发展和复杂性, 也就需要有新的法律制度。

5. 正如 Jean-Pierre Laviee 所说的:

“投资观念在任何种私法中没有类似者。它保有一种普通性和作业性。投资活动常常是通过一系列法律行动来进行, 这些行动加起来等于这种投资; 如果孤立地考虑这种行为的每一个, 则其中有些可以如此看待。”¹

这个论点仲裁法庭已在“假日旅馆/西方石油诉摩洛哥政府”案中指出(1975 年世界银行解决投资争端国际中心所作的第一个判决)。²

6. 事实是: 直接投资的特色是外国人控制最后的作业活动。这样, 无条件的国籍关系已不能决定投资的本国性或外国性; 必须始终使用管制标准。

¹ Protection et promotion des investissements - Étude de droit international économique, 巴黎, Presses universitaires de France, 1985 年, 第 25 页。

² 见《1976 年联合国法律年鉴》(出售品编号 E.8.V.5), 第 116 页。

7. 此外, 跨国公司现象会使投资的国籍的确定与这些准则间的相互作用变得复杂。一个跨国公司由一系列私人企业组成, 这些企业受不同的领土主权管辖, 由母公司所定的共同战略约束。

8. 如果没有任何法律编纂, 或任何公认的精确定义, 则管制的准则是对实际经济情况加以评估后而作的事实上的确定, 像跨国公司的概念一样。

9. 外国投资的法律地位应在国内法(国家投资法规)以及国际法中寻求, 其方式是研究国际管辖权、国际双边和多边协定和国际惯例。

1. 国家立法

10. 国家立法的对象是国家领土上的投资; 在某些国家已编入法规; 有些国家则散见于当地法律的各有关领域(商业, 财务, 社会等)。可以编入适用于所有投资的单一法规, 或使用各有关经济部门的部门性法规的形式。

11. 国家立法说明外国投资可以容许的条件(预先核可, 合同程序), 是否需要联系当地资本, 给予的具体优惠(赋税优惠, 海关优惠等), 法律保障和解决争端程序。立法更常提到的是依照国际协定而拟定的程序。³

12. 要想做任何法律编纂, 都应当列出国家立法中关于外国投资的广泛法律原则(如不歧视和国民待遇的原则)。

2. 国际司法

13. 将国际法加以分析会有助于说明一般国际法在此事上的地位。这个说明简短地提到提交国际法院审理的最近两个案件: “巴塞罗那电力有限公司”(第二阶段)案和“Elettronica Sicula S.p.A.”案。

14. 在“巴塞罗那电力有限公司”案⁴中, 法院强调在非法侵害外资公司的行为方面, 国际

法一般规则是只有该公司本国可以提出申诉(当事公司属加拿大籍, 大多数股东是比利时人, 公司在西班牙营业)。在这种情况下, 除各公约的规定以外, 股东的保护问题仍未解决。但是法院已容许两次例外情况, 使股东的本国得以在下述情况下采取行动:

(a) 公司已不存在;

(b) 公司的本国无权代表公司采取行动。

最后, 当国家的责任是关键问题而该国又是公司的本国(股东则是外国)时, 则法院没有审理案件。法院于1989年被要求审理这个问题。

15. 在“Elettronica Sicula S.p.A.”(ELSI)案⁵中, 公司的本国是意大利, 意大利也是犯该申诉中所说的不法行为的国家, 而股东则是美国籍。

16. 尽管法院⁶根据对两国间的一项条约的解释而驳回美国的申请, 但看来却容许国家有可能对属于该国国籍的股东在外交上加以保护, 至少在外国公司拥有被告国国籍时。因此问题就在于法院是否未能照顾到许多双边协定中保护股东和适当照顾到管制准则的趋向。

3. 双边协定

17. 关于促进和保护投资的双边协定是近来才有的现象(过去30年内)。

18. 由于非殖民化和习惯法的挑战, 工业化国家已谋求其他办法来保护其侨民。

19. 这些协定显示出极大的相似性, 因为它们都是基于输出资本的工业化国家所拟订的典型。这样, 这个法律体制基本上涉及北南关系。

20. 截止1987年, 在促进和保护投资方面已有265个双边协定。⁷这些协定大都提到管制准则: “投资必须属于双方一方的国民或公司, 或受其管制。”被保护的法人的定义是“国籍属于一国的自然人或该国本身、其机构或其代理者在其中拥有相当利益的公司。”这些协定重

³ 例如, 《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》中的调解和仲裁。

⁴ 第二阶段, 判决, 《1970年国际法院裁决集》, 第3页。

⁵ 判决, 《1989年国际法院裁决集》, 第15页。

⁶ 该争端已由法院的一个分庭作出裁决。

⁷ 见联合国跨国公司中心研究报告: 《双边投资条约》, 1988年(ST/CTC/65), 第一部分, 第15段。

述了
性;
外,

个是
端的
约,
能

资者
利
准
国际

该公
说明
担

道
义
歧

及

育
货
学

述了关于外国人待遇的若干习惯规则：(a) 非歧视性；(b) 公正和公平待遇；(c) 最惠国地位。此外，并就解决争端规定了详细的程序。

4. 多边协定

21. 在这方面有两个公约特别值得注意。一个是《关于解决国家和其他国家国民之间投资争端的公约》，1966年10月14日生效。根据该公约，一个国家如果放弃外交保护，便可使其国民能够求助于东道国的调解和仲裁。

22. 有了这个公约，便有可能把东道国与投资者间的关系国际化；公约规定了投资，并授权利用管制准则。虽然我们在这里不能详细分析该准则所导致的仲裁法理，但公约中确实包括一般国际法中的判决内容。

23. 另一个是《多边投资担保机构公约》。该公约设立了一个机构，保障外国投资者，并载有说明投资和投资者的几个实质规范（管制准则）。担保取决于东道国提供最低限度的法律保障。

5. 国际惯例

24. 在这个领域中，惯例在传统上着重于东道国在对外国投资者的待遇方面遵守最低标准的义务。如果违反这个义务，则国家负有责任。不歧视和国民待遇原则便从这个最低标准而来。

25. 第三世界的国家对这个惯例提出异议，说它为外国投资者的“既得权利”提供了绝对保障，并限制了东道国对其领土中自然资源和经济活动方面加以管理的特权（自然资源方面永久主权原则）。⁸

6. 结论

26. 到目前为止，未能通过关于保护投资的多边体制或跨国公司行为守则。现在有的是许多关于投资法律体制的若干方面的双边和多边协定。同样，也没有足够的国际法学可以从中获取一般国际法演变的主要题材。

27. 另外，鉴于市场经济和经济自由主义越来越多，就更应该详细审查这些文书和规程，以确定反映普遍法律意见并因而适合编纂的一般原则。

28. 这种编纂大可使用一般多边公约的形式，以改正双边协定中一方施加的现有的不均衡现象。这种公约可以大大有助于投资这一重要领域中北南关系的拟定。

⁸ 见 Samuel K. B. Asante, "Droit international et investissements", *Droit international: bilan et perspectives*, Bedjaoui 编, 和 Georges Abi-Saab, "La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques" (同上), 第二十七章, 第 640 页起。

在国家海事管辖范围外沉船的所有权和保护问题, 德里克·威廉·鲍威特先生的概述

导 言

1. 水下勘探科学和技术的进展便利了沉船及其货物的发现和打捞。

2. 围绕这个主题的竞争性权益包括：(a) 体育和消遣（“业余爱好者”）；(b) 经济（珍贵的货物）；(c) 政府（安全、民族遗产等等）；(d) 科学（海洋科学研究）。

1. 沉船的定义

3. 为法律的目的起见，打捞的法律定义集中于“危难”船只的概念，打捞法律假定有船主，而打捞者则有权就有效的打捞从船主获得报酬。

4. 但对于要进行打捞的“沉船”是否处于“危难”中的问题的确有着相当不确定性。下列美

国联邦案件同这个问题有关：“Treasure Salvors 公司诉无法识别的已沉和被放弃的帆船”案，¹ “Platoro 有限公司诉无法识别的一艘船的残骸”案² 和 “Hener 诉美利坚合众国”案。³

5. 此外，同这个问题有关的还有：《统一有关海上救助的若干法律规则的公约》，1967 年《布鲁塞尔公约议定书》，及 1989 年国际海事组织的《国际救助公约》。（这些公约没有解决问题，但把事情留待国家法处理。）

2. 沿海国家的管辖权

6. 沿海国家的管辖权可以有多种形式，包括：

- (a) 有权为航行安全而把沉船移走；
- (b) 受理打捞主张的管辖权；
- (c) “保护”沉船以及控制进入沉船地点的管辖权；
- (d) 受理关于沉船和（或）其货物的所有权主张的管辖权。

7. 原则上，(a)和(b)所提的观点只限于内水和领海。⁴

8. 但关于在海洋发现的考古和历史文物，《联合国海洋法公约》第三〇三条第 2 款规定：

“为了控制这种文物的贩运，沿海国可在适用第三十三条时推定，未经沿海国许可将这些文物移出该条所指海域的海床，将造成在其领土或领海内对该条所指法律和规章的违犯。”

因此，毗连区内增添这一条管辖权。

9. 这方面在大陆架 / 专属经济区和国家管

辖范围外的公海地区仍然有很大的不确定性，《海洋法公约》显然没有设立任何包括沉船的全面制度。

(a) 大陆架 / 专属经济区

10. 尽管一些国家，显著的是希腊，把沿海国家管辖权扩大到包括 200 英里内有考古或历史价值的沉船，但大多数国家反对企图把沿海国家管辖权扩展到包括“自然”资源以外的资源。不过某些国家惯例支持这种权力（见下文第 21 和 22 段），责任较为有限的保护考古和历史文物条文（《联合国海洋法公约》第三〇三条第 1 款）肯定包括这些领域。

11. 然而，澳大利亚和巴布亚新几内亚在 1978 年的海上边界协定的第 9 条中，已经假定对在其海床管辖范围内的沉船拥有一般管辖权。澳大利亚在 1976 年的《历史性沉船法令》中制定效果相同的立法。⁵

(b) 国家管辖范围外的公海

12. 关于国家管辖范围外的公海方面也没有普遍的法制，但《联合国海洋法公约》第一四九条对考古和历史文物作出一项特别规定：

“在‘区域’内发现的一切考古和历史文物，应为全人类的利益予以保存或处置，但应特别顾及来源国，或文化上的发源国，或历史和考古上的来源国的优先权利。”

13. 然而，设立管理局努力的失败意味着这项规定大体上缺乏实质内容，而至少就那些所有权已被放弃的个案而言，在国家管辖范围外区域不存在一个当局，有保护沉船和规定其处理办法的明显权力。⁶

3. 所有权或产权问题

14. 关于所有权或产权问题，仍然还有一些问题：

- (a) 有没有议定的准则可以用来决定所有

⁵ Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia, 第 190 号, 第 1596 页。

⁶ 见 Anastasia Strati, “Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 第 40 卷 (第四部分), 1991 年, 第 859 页起。

¹ *Federal Reporter*, 第二辑, 第 569 卷 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 1978 年 3 月 13 日), 第 330 页起。

² *Federal Supplement*, 第 518 卷 (United States District Court W.D. Texas, Austin Division, 1981 年 5 月 6 日), 第 816 页起。

³ 同上, 第 525 卷 (United States District Court, S.D. New York, 1981 年 10 月 15 日), 第 350 页起。

⁴ 见 Whiteman, *Digest of International Law*, United States Government Printing Office, 华盛顿特区, 1965 年, 第 4 卷, 第 4-5 页。

(b)

(c)

(d)

(e)

(a)

15.

权, 需
的理论
者手中
保留作

(b)

16.

中建立
还是列
(上文第

7

1980 (M)

Internatic

Collins,

Internatic

页; Alfr

Intelligen

法杂志》

A. Eustis

the law o

16 卷,

between

Ireland c

of settlen

(United

Protectic

Year Bo

Ashley l

CSS Al

(1991 年

权是否被保留或放弃，以便确定该财产是抛弃的财产呢？

- (b) 什么法律规定这些准则呢？(备选的法律是：沿海国的法律，船旗国法律，船主本国的法律，或裁决案件法庭的国家法律。)
- (c) 根据一些国家法律，沉船在经过一段时间后可能失去其船旗国登记，它们因被“取消登记”而失去国籍；但这不影响所有权。
- (d) 对已经消失的国家而言(例如特洛伊和迦太基的船只)，国家继承法是否能够适当地处理国有船只问题？
- (e) 是否某些船只类别要遵照特殊规则？

- (a) 从事非商业活动的海军船只、军事飞机和其他国有船只

15. 现行惯例假定不放弃对这类船只的所有权，需要采取明确的转让或放弃行动。这种看法的理论根据部分在于这些船只或飞机落入无授权者手中所牵涉的安全问题，部分在于希望把沉船保留作为不受干扰的“战争坟墓”。⁷

- (b) 具有考古和历史价值的沉船

16. 一些国家为这类沉船在《海洋法公约》中建立一项特殊法制的尝试失败了，但《公约》还是列入了若干权力有限的规定：第一四九条(上文第11段已有引述)及第三〇三条第1和第3

款，内容如下：

“1. 各国有义务保护在海洋发现的考古和历史性文物，并应为此目的进行合作。

.....

“3. 本条的任何规定不影响可辨认的物主的权利、打捞法或其他海事法规，也不影响关于文化交流的法律和惯例。”

17. 利用国家法律、行政和司法权力，很难从这些条文引申出在毗连区外适用的一般保护责任。因此，在毗连区外，主要的问题是：谁保护这类沉船？因而产生的问题涉及沉船及其货物的所有权和处理问题。某些国家，如希腊，曾经提出船只为其文化遗产的国家拥有潜在的所有权。

18. 关于这个议题，可以提出若干有適切性的文件。⁸

19. 此外，教科文组织有若干处理文化遗产问题的公约。例如，《关于在武装冲突情况下保护文化财产的公约》、《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》、《保护世界文化和自然遗产公约》。但它们都没有明确地处理沉船问题，而对国家施加的义务假定将不适用于领海以外。

20. 欧洲委员会的《关于涉及文化财产罪行的公约》(同样不扩大到领海以外)；更切题的是，在 Prott 报告之后，拟定了《水下文化遗产公约草案》。⁹

⁷ 见 United States Department of State memorandum of 1980 (Marian Lloyd Nash, *Digest of United States Practice in International Law* (华盛顿特区), 第 1005 页); Michael G. Collins, "The salvage of sunken military vessels", *The International Lawyer*, 第 10 卷, 第 4 号 (1976 年), 第 681 页; Alfred P. Rubin, "Sunken Soviet submarines and Central Intelligence: laws of property and the Agency", 《美国国际法杂志》, 第 69 卷, 第 4 号, 1975 年, 第 855 页; Frederic A. Eustis III, "The *Glomar Explorer* incident: implications for the law of salvage", *Virginia Journal of International Law*, 第 16 卷, 第 1 号 (1975 年), 第 177 页; *Exchange of notes between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and South Africa concerning the regulation of the terms of settlement of the salvaging of the wreck of H.M.S. Birkenhead* (United Kingdom Treaty Series, 第 3 号 (1990 年)); Protection of Military Remains Act 1986 (cap. 35), *Current Law Year Book 1986*, "Statutes and orders", 第 130 段; 和 J. Ashley Roach, "France concedes United States has title to the *CSS Alabama*", 《美国国际法杂志》, 第 85 卷, 第 2 号 (1991 年), 第 381 页。

⁸ 见 Anthony Clark Arend, "Archaeological and historical objects: the international legal implications of UNCLOS III", *Virginia Journal of International Law*, 第 22 卷, 第 4 号 (1982 年), 第 777 页; Jean-Pierre Beurrier, "Pour un droit international de l'archéologie sous-marine", 《国际公法综合杂志》, 第 93 卷 (1989 年), 第 45 页; Lucius Cafilisch, "Submarine antiquities and the international law of the sea", 《荷兰国际法年鉴》, 第 13 卷 (1982 年), 第 3 页; John P. Fry, "The treasure below: jurisdiction over salvaging operations in international waters", *Columbia Law Review*, 第 88 卷, 第 4 号 (1988 年), 第 863 页; Bruce E. Alexander, "Treasure salvage beyond the territorial sea: an assessment and recommendations", *Journal of Maritime Law and Commerce*, 第 20 卷, 第 1 号 (1989 年), 第 1 页; Lyndell V. Prott 和 P. J. O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, 伦敦, Butterworths, 1984 年。

⁹ Lyndell V. Prott 和 P. J. O'Keefe, "Final report on legal protection of the underwater cultural heritage", *The Underwater Cultural Heritage*, 欧洲委员会, 1978 年, 附录二, 第 45 页。

21. 但目前没有什么具体立法。例外包括：

- (a) 澳大利亚 1976 年《历史性沉船法令》：¹⁰
- (b) 美利坚合众国：1986 年《Titanic 号英国邮船海事备忘法令》¹¹ 和 1987 年《弃船法令》¹² (主要调节美国各州和联邦当局在美国水域内的权力和设立一沉船登记)。

22. 此外，目前没有什么条约。已知的例外包括：

- (a) 澳大利亚和荷兰之间的一项协定，涉及荷兰的古老沉船；

¹⁰ 见上文脚注 6。

¹¹ United States Code Congressional and Administrative News, 第 99 届国会, 第二次会议, 1986 年, 第 2 卷, 第 2082 页。

¹² United States Code, 1994 年版, 第 24 卷, 标题 43, 第 2101 段。

- (b) 1978 年澳大利亚和巴布亚新几内亚之间一项关于海上边界协定的第 9 条, 授予对海床管辖范围内沉船的权力, 并规定双方有义务就历史性沉船进行协商, 但不包括协定签订后任何一方的军事船只。

4. 寻获的船只或其中找到的物体的处理

23. 假定进入场址为合法, 问题在于“寻获者”是否获得产权, 这方面产生的问题包括：

- (a) 哪一个法庭有裁决产权争端的管辖权? (如果沿海国在这方面获给予 200 海里内的管辖权, 将会包括大多数案件。大多数沉船是在离岸这个距离内发现的, 因为, 传统上贸易航线沿着海岸, 而当天气或错误迫使船只太靠近海岸时便发生沉船。)
- (b) 某些国家对禁止售卖或购买沉船或其内容应否有事先或优惠的权利?

强制法,

安德里亚斯·雅乔维德斯先生的概述

1. 提出列入国际法委员会工作方案的题目之一就是强制法, 或国际法中各国不得以协议或其他方式毁损的强制法。它首先是以《维也纳条约法公约》(下称“1969 年维也纳公约”)编入国际法, 有长远的历史背景, 而且在此之前国际法委员会和大会第六委员会也做了很多的筹备性工作。¹ 维也纳条约法会议² 有关第 53、64 和

66 条的记录也可以找到很多材料。

2. 在“1969 年维也纳公约”通过之后将近四分之一世纪中, 没有制订出鉴定强制法正确内容的可靠标准, 或国际法规提升到强制性地位的程序。虽然强制法经常交付联合国包括安全理事会辩论, 是学者深入研究的问题, 载入学会学报, 提交国际法院, 也时常列入国际法委员会的辩论和文件 (特别是有关国家责任和危害人类和平及安全治罪法草案现有项目), 但是它们对强制法既无确切的说明, 可能也无从查考。经常有人说得好, 《联合国宪章》第二条第四项的国际关系中禁止使用武力的原则是强制法。³ 无疑

¹ 见以下附件中雅乔维德斯先生的文章, 题为“与国际法绝对规则和苏黎世—伦敦‘协定’抵触的条约”。

² 《联合国条约法会议正式记录》, 第一次会议, 维也纳, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日 (联合国出版物, 出售品编号 E.68.V.7); 同上, 第二次会议, 维也纳, 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日 (出售品编号 E.70.V.6); 及同上, 第一和第二次会议, 维也纳, 1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日 (出售品编号 E.70.V.5), A/CONF.39/11 及 Add.1-2 号文件。

³ 例如见《1992 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), A/47/10 号文件, 第 227 段。

地, 有同属的原则划时的条约”

来, 小, 筛, 负, 确, 国会制进, 期, 在, 议, 之, 作, 记

地，可能还会有其他的原则和国际法规则要求享有同等地位。显然，现在需要确定强制法专题所属的正确参数是什么，因为目前情况不利于法律原则特有客观性、透明性和预测性，特别是不但划时代的“1969年维也纳公约”已提到，而且随后的《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》（下称“1986年维也纳公约”）也同样接受。

3. 强制法，就目前的情况而言，对有些人来说可能有重要意义，对其他人来说可能意义很小。对编入国际法委员会长期工作方案的题目的筛选为高资格的权威专家机构（可以首先让它们负责编纂概念）提供研究这个问题的机会，以便确定哪些国际法规则确实是强制性的。各国根据国际法委员会的结论，有机会通过其在第六委员会的代表和书面评论表达意见，从而推进确定强制法确切意义并填补有关这个概念的法律真空的进程。因此提议这个题目应在国际法委员会的长期工作方案中占有一席之地，以便研究和编写一份报告。这方面的提议已提交大会第四十六届会议的第六委员会，并在大会第四十七届会议上再次提起。⁴ 下面是尝试以较分析的方式提出所涉问题，以便德雷克·鲍威特先生和委员会委员审议这个提议。

4. 强制法的概念引起国际公法中的若干核心问题。⁵ 这些问题可以列入两个主要专题：强制法对国际管辖权的影响；强制法本身的性质。关于这个问题的现有学说对第一个领域说得比第二个领域清楚。“1969年维也纳公约”创建的强制法是传统国际法中一个重要完整训令的现代合

⁴ 见“大会第六委员会在第四十六届会议期间讨论的专题摘要，由秘书处编写”（A/CN.4/L.469号文件），第411段以及塞浦路斯代表的发言（《大会正式记录，第四十六届会议，第六委员会》，第23次会议，第71-90段，和同上，《第四十七届会议，第六委员会》，第21次会议，第82-96段）。

⁵ 关于这个题目的全面和长篇研究，参看 Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (维也纳, Springer-Verlag, 1974年); Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (阿姆斯特丹, North-Holland Publishing Company, 1976年); Gómez Robledo, “Le jus cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, 《……课程汇编》，1981-III, 第9页; Hannikainen, *Peremptory Norms (jus cogens) in International Law* (赫尔辛基, Lakimiesliiton Kustannus, 1988年); 和 Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht* (柏林, Duncker 和 Humblot, 1992年)。

法化。⁶ 它建议不仅可以按照它们缔结条约的规定，而且由于它们可能违反管理国际制度基本法律原则而可以废除这些条约。因此，强制法直接侵犯各国缔结它们认为适当的协定的习惯性自由。不然，有效缔结的条约可能仅仅因为它们管理较高的国际法原则所不容的一个特殊客体而失效。

5. 按照各项维也纳公约，强制法必然从头开始废除所有前后不一致的条约。如果它们与以前的条约冲突，这些条约从这一刻开始就已终止和无效。⁷ 有关条款具列如下：

第53条

与一般国际法强制规律 (绝对法) 抵触之条约

条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言，一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。

……

第64条

一般国际法新强制规律(绝对法)之产生

遇有新一般国际法强制规律产生时，任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效并终止。⁸

6. 因为强制性规范从定义上说是不可减损的，它们只能由其他后来的同样性质的规范予以更替。因此，强制法对国家缔结条约权所加的限制是绝对的。此外，各项维也纳公约的第53条规定强制性规范是一般国际法的一个组成部分，从而强烈暗示，强制法超越条约法，并更广泛地适

⁶ 参看以下强制法法律和学术源流的简短摘要所附附件。关于维也纳公约之前这个概念当代发展的更详细调查，并请参看 Erik Suy, “The Concept of Jus cogens in International Law”, Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi, 希腊, 1966年4月3-8日, 论文和记录, 第2卷(1967年), 第26-49页。

⁷ 1969年及1986年的维也纳公约均没有设想第三方可能以强制法攻击某一项条约的一致情况的大众行动。而是，只有该条约的缔约者有权以强制理由反对它。某一条约缔约者对该条约是否与强制性法规则相容的争执首先应通过谈判解决；如果不行，则通过仲裁或裁定解决（参看两部维也纳公约共同的第65-66条）。

⁸ 在1969年及1986年的维也纳公约中载有完全相同的条款。

用于所有的国家措施。⁹ 简言之, 各项维也纳公约坚决地将强制法置于国际法概念的顶点。

7. 从强制法的法学角度看最显然不过的是, 各项维也纳公约不能完满地解决第二种、更基本的关切领域, 即强制性规范的性质。委员会在其关于条约法的条款草案中, 选择把强制法的全部内容留待“国家实践以及国际法庭法学拟订”。¹⁰ 遗憾地, 预期的阐述始终没有提出。¹¹ 虽然这个概念已牢固地成为国际法的一部分, 但是国际法院迄今为止还断然拒绝将其任何一项决定定为强制法原则。国际法院可能还在等待进一步的指示, 只是同情地指出若干关于有些规范可能构成强制法的主张, 以支持其基于其他根据得出的结论。¹² 至于国家实践, 尽管国际社会几乎无异议支持强制法, 一位代表在维也纳会议预测“一个国家的强制法不一定会是另一国家的强制法”大体证明是正确的。¹³

8. 有关强制法的最核心的未解答的问题包含: 国际法规范通过什么途径升级为强制法? 如何能够从其他更普通的国际法原则中辨别出上述规范? 一个强制性规范如何取代另一个强制性规范? 目前有哪些可能成为强制法? 总而言之, 这类以及其他问题因为充满了明显地含糊不清, 而使当代国际法学无法有效实施强制法。国际法委

⁹ 并请参看委员会关于国家责任的条款草案第 29 条(第一部分), 其中宣布违反国际法强制性规范行事的国家不可能免除责任(《1980 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 33 页)。

¹⁰ 《1963 年……年鉴》第二卷, 第 53 页, 对第 13 条的评注第 3 段最后。

¹¹ 关于强制法目前散漫状态的简单而杰出的批评, 参看 Anthony D'Amato, "It's a bird, it's a plane, it's jus cogens!" *Connecticut Journal of International Law*, 第 6 卷, 第 1 号(1990 年), 第 1 页。

¹² 例如, 在“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)”案中, 国际法院援引《联合国宪章》第二条第四项所载禁止使用武力的耳熟能详的理由作为强制法, 以支持其习惯法也有同样原则的观点(《1986 年国际法院裁决集》第 100 页, 第 190 段; 见 Christenson, "The World Court and Jus Cogens", 见于 "Appraisals of the ICJ's decision: United States v. Nicaragua (Merits)", 《美国国际法杂志》, 第 81 卷, 第 1 号(1987 年), 第 93 页)。确实, 个别的法官有时在其单独或反对意见中会提出更大胆的陈述以支持强制法, 但是这些不能说是代表全体法院。见 Sztucki, 上引书, 第 12-22 页, 及 Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1984 年), 第 209-215 页。

¹³ 《联合国条约法会议正式记录》, 第一次会议(见上文脚注 2), 第 305 页, 第 64 段。

员会是强制法编入国际法的诞生地, 它与第六委员会合作提供了一个高资格的卓越论坛, 以权威地阐明这些含糊不清之处。¹⁴

9. 最无法确定的是与普遍法律规范如何取得强制性地位以及它们通过什么性质与国际法其他部分相区别有关的问题。委员会 1963 年关于条约法条款草案的评注提供极少指导。¹⁵ 但是, 从汉弗莱·沃尔多克爵士在维也纳会议的发言和维也纳公约案文本本身, 可以取出一种案文的来源。用沃尔多克爵士的话说, 委员会“根据实在法, 而非根据自然法来处理强制法问题。”¹⁶ 为此, 第 53 条暗示一个候补规范实际变成强制法之前“国家国际社会全体”接受和承认协商一致要求。但是, 这种拟订中依然不定的是这种协商一致意见将采取何种形式及其是否有权对反对国强加普遍性责任。

10. 实际上“国家国际社会全体”一词在实践中一般解释不如绝对的全体一致那样严格。例如, 委员会 1976 年建议, “国际社会所有主要成员”的接受和承认已足够将违犯的责任升格为国际罪行¹⁷。按照这个方案, 一个国家甚或一小批国家的反对, 不管多么有力, 都不能阻止形成

¹⁴ 国际法委员会将强制法引进已编定的国际法, 见赫希·劳特帕赫爵士第一次条约法报告第 15 条(《1953 年……年鉴》, 第二卷, 第 154-156 页, A/CN.4/63 号文件)。关于强制法在委员会的起源和演进的讨论, 见 Nageswar Rao, "Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties", *The Indian Journal of International Law*, 第 14 卷(1974 年), 第 362 页和 Egon Schwelb, "Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Commission", 《美国国际法杂志》, 第 61 卷(1967 年), 第 946 页。

强制法的用语即使在今天的委员会的工作中依然还是到处可见。例如关于国家责任的条款草案第一部分第 19 条说明违反责任的国际罪行“是保护国际社会基本利益所需”(第 2 段)(《1980 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 32 页)。在讨论危害人类和平及安全治罪法草案期间, 委员会一名委员建议制定治罪法的拟议普遍性, 主张“危害人类和平及安全治罪法罪行是违反全体国际社会公认的规则, 任何国家对这些规则不得加以减损”(《1987 年……年鉴》, 第一卷, 第 1993 次会议, 第 39 段)。

¹⁵ 例如, 根据第 13 条草案的评注第 2 段, 分辨国际法一般性规则具有强制法性质的标准不是普遍接受的(《1963 年……年鉴》, 第二卷, 第 52 页)。

¹⁶ 《联合国条约法会议正式记录》, 第一次会议(见上文脚注 2), 第 327 页。

¹⁷ 《1976 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 119 页, 对第 19 条的评注第 (61) 段。罗伯托·阿戈对强制法也表示同样的意见, 见 "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", 《……课程汇编》, 1971-III, 第 296 页起, 尤见第 323 页。

一项新的强制性规范。同样而且更直截了当地，维也纳会议起草委员会的主席穆斯塔法·卡米勒·亚辛先生说，“要求所有国家接受和承认一项规则具有强制性是没有问题的。如果有大多数国家这样做，那已足够了……”。¹⁸

11. 相反地，其他主张，允许多数来约束有异议的国家将与业已完善的国际法原则抵触。¹⁹ 出席维也纳会议的法国代表表示，如果协商一致“解释为大多数可以促成普遍有效的强制性规范，那么结果将是制造不受控制和不负一切责任的国际法来源。”²⁰ 这种主张在司法理论和国家实践中找到支持。例如，国际法院在“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国）”案的意见主张，在国际法中，除了有关国家所接受的规则外，没有其他规则。²¹ 此外，大会和联合国海洋法会议的许多发展中国家企图把“人类的共同遗产”的概念提升到强制性规范的地位，但因西方为主的少数

¹⁸ 《联合国条约法会议正式记录》，第一次会议（见上文脚注2），第472页。

¹⁹ 这方面的开辟性论文或许是 Georg Schwarzenberger 的“*International jus cogens?*”，*Texas Law Review*，第43卷（1965年），第455页。

²⁰ 《联合国条约法会议正式记录》，第二次会议（见上文脚注2），第94页，第17段。参看 Michel Virally, “*Réflexions sur le jus cogens*”，《法国国际法年鉴》，第12卷（1966年），第5页。

²¹ 《1986年国际法院裁决案》，第135页（并见上文脚注12）。应该指出，虽然国际法院有时抽象地提到强制法，但是它却很审慎地避免援引这个概念作为其任何决定的支配性根据，或可靠地选择强制地位的可能候补。相反地，1965年德国最高宪法法庭特别核可强制法，并规定其关于强制性法规的定义为，

“这种法律规则稳固地立足于国际社会的法律信念，而且是各国法律作为国际法律秩序存在不可或缺的因素，可以要求国际社会的所有成员遵守这种规则。”（*Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*，第18卷，1965年，第449页）。

并请参看 Stefan A. Riesenfeld, “*Jus dispositivum and jus cogens in international law: in the light of a recent decision of the German Supreme Constitutional Court*”，编者按，《美国国际法杂志》，第60卷，第3号（1966年），第511页。在美国，第九区和哥伦比亚特区的联邦巡回法庭已证实强制法在国际法的存在和相关性：“*Traiano v. Marcos*”（*Federal Reporter*，第二辑，第978卷，第493页（美国上诉法庭，第九区，1992年），第493页；“*Siderman de Blake v. The Republic of Argentina*”（同上，第965卷，尤见第717页）；“*Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*”，同上，第859卷（美国上诉法庭，哥伦比亚特区，1988年），第929页起，尤见第940页。

国家反对核可这个概念而归于失败。²² 美国代表认为“美国不能够接受这样一种建议，即在美国不同意的情况下，其他国家能够通过决议或声明而否认或改变美国在国际法下的权利”。²³ 最后，没有就关于协调一致问题的这两种相互抵触的办法取得强制性决议，因此这个题目还是有争议的。²⁴ 一个强制性规范如何取代另一个强制性规范的问题也引起许多辩论。由于强制法的性质禁止敌对性的国家措施，任何改变现有的强制性规范秩序的企图都可能引起违反国际法。通过国际习惯产生的强制法尤其如此。对这个难题的一个普遍提议的解决办法涉及只通过一般性国际条约或公约的机制制订或取代强制性规范。²⁵ 这些文书当然会受到上述广泛协商一致要求的限制，而且也应包含国际社会关于修正现有的强制性法律的明确表示。没有这种明确的陈述可能会遇到严重的理论和实践困难。

12. 不确定的最后一个主要领域是围绕强制法地位候选者的确定。委员会在其关于条约法条款草案的评注中指出，

“在委员会看来，不是国际法一般规则的形式，而是它所处理的主体的特殊性质赋予其强制法的性质。”²⁶

委员会当时拒绝核可强制法的任何具体例证，担心这种罗列可能妨碍对其他可能的强制性规范的审议并分散委员会对它所收到的条款草案注意

²² 《关于各国管辖范围以外海洋底床下层土壤之原则宣言》（大会第2749（XXV）号决议）。智利在海洋法会议上提议将一证明共同遗产强制性原则的条文草案并入公约。并请参看 Gennady M. Danilenko, “*International jus cogens: issues of law-making*”，*European Journal of International Law*，第2卷，第1号（1991年），第42页起，尤见第59页，并见 Antonio Gómez Robledo, 见上引。

²³ 《第三次联合国海洋法会议第七届会议正式记录》，日内瓦，1978年3月28日至5月19日和第七届会议续会，1978年8月21日至9月15日，第九卷（出售品编号E.79.V.3），第104页，第27段最后。

²⁴ Danilenko, 见上引，第64页。有关协商一致意见的辩论也是区域或分区域一级是否能够提出强制法的问题。虽然维也纳公约显然只构想基础广泛的强制性规范，但是由于国际习惯可能容易受到区域演变影响，所以有些人建议强制法采用类似程序。当然，公约中没有任何规定明确排除这种机制。

²⁵ 参看诸如委员会关于条约法的第13条草案的评注（《1963年……年鉴》，第二卷，第54页）。

²⁶ 《1966年……年鉴》，第二卷，第248页，对第50条的评注第(2)段。

六委
权威

取得
他部
约法
汉弗
纳公
尔多
据自
暗示
社会
拟订
形式

词在
格。
主要
格为
一小
形成

见赫
《1953
件》。
Rao,
aw of
14卷
acts of
al Law
F), 第

然还是
19条
所需”
第32
委员会
人类和
任何
, 第

辨国际
良受的

议(见

第119
制法也
de la
II, 第

力。²⁷ 但是，它建议可能的例证，包括：禁止使用武力；禁止构成国际罪行的行为；禁止奴隶制、种族灭绝和海盗行为。²⁸ 在其他广泛支持的可能性中，还有和平解决争端义务和禁止酷刑的国际原则。²⁹ 确实，由于强制法是当代国际法转变的有力工具，有些人建议将“勃列日涅夫主义”和生命权等形形色色的原则并入这个概念。³⁰ 显然应该做一些区分。各种相互竞争的规范的进一步暴增只会助长围绕强制法的混淆，同时也可能使这个概念丧失信誉、崇高性和权威。另外最好的是，强制法的阐明和具体化是朝向国际法中业已完整和完善制订的一部分逐渐发展的重要步骤。建议国际法委员会在与第六委员会的合作下，对这项工作具有独特适宜性。

13. 以下转载 1966 年 6 月 16 日至 7 月 16 日在瑞典 Uppsala 举行的关于条约法的达格哈马舍尔德研讨会上，作者向会议提交的文件，作为本简介的附件。本文件，包括脚注，系以作者提交时同样的形式和语言提交的。

²⁷ 同上，第 3 段。

²⁸ 同上。另外一些更严重的可能性在 Schwelb, 见上引和 Hannikainen 上引书中审查。

²⁹ 加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生最近在其关于国家责任的第三和第四次报告中讨论了强制性规范（分别见《1991 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/440 和 Add.1 号文件，第 118-122 段；和《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件，第 89-96 段）。他得出的结论是禁止使用武力和反对大规模侵犯人权都引起强制法的问题。他的第四次报告所载第 14 条第 1 款 b 项第(三)目也提议禁止“违反一般国际法强制性规范的准则”。美国联邦法院一系列最近决定的案件承认国际禁止酷刑是具有强制法性质的规范：“Trajano v. Marcos”、“Siderman de Blake v. The Republic of Argentina”和“Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan”（见上文脚注 21）。

³⁰ Grigory Tunkin, “Theory of International Law”, (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1974 年), 第 444 页和 Karen Parker and Lyn Beth Neylon, “Jus cogens: compelling the law of human rights”, Hastings International and Comparative Law Review, 第 12 卷, 第 2 号 (1989 年), 第 411 页。乌拉圭外交官最近从国际环境法的角度辩称，《斯德哥尔摩宣言》提出并在《里约宣言》重申的行为原则、责任和赔偿都是强制法普遍有效的真正标准（《大会正式记录，第四十七届会议，全体会议》，第 57 次会议）。

附件

与国际法绝对规则和 苏黎世—伦敦“协定”抵触的条约 安德里亚斯·J·雅乔维德斯著

本论文的目的在于考虑国际法是否承认在其法律体系中存在强制法性质的规则，即依法不允许当事方通过彼此协议加以部分废除的规则，即与当事方可以通过这样的协议加以任意调整的任意法的规则不同。¹ 这项研究将涉及学者的论著，国际法庭的判决和国际惯例，特别注重国际法委员会关于这一问题的工作和各国代表在联合国大会第六（法律）委员会和通过各国政府的书面评论所表示的意见。

对于理论上存在强制法学说的理由，它对于一般条约法的影响，以及如何确定某一规则是否值得被当作是某一时期的强制法的方法提出了一些考虑因素和想法。

[……]

历史背景和最近的发展

人们或许很容易接受，国际法的一般规则是，国家通过它们之间的协议能够就任何事项缔结条约，因此可以任意调整它们的关系。

但是从国际法发展的很早期的时期起，这一规则的普遍性就受到了挑战。早在十八世纪中期，像 Christian Wolff² 和 Emeric Vattel³ 等杰出的著作家就对国家不能通过协议改变的必然法和由当事各方的意愿创造的自愿法进行了区分。一个世纪之后，A.W.Heffter⁴ 也宣称，条约的目的如果在实质上或在道德上是不可能的，则它们是无效的，他指的道德上不可能是条约的目的违反了世界上的伦理。

在较近的时期里，各著作家的意见更加分歧。十九世纪的实证主义产生了重大的影响，人们普遍接受，国际法对于国家缔结任何条约的自由并没有任何限制，不论其目的为何。现代的著作家，以不同的注重程度同意

¹ 一般参考文献见：Wright, 2., Conflicts between international law and treaties, 《美国国际法杂志》，第 2 卷 (1917 年), 第 566 至 579 页；Lauterpacht, The Covenant as the “Higher Law”, 《英国国际法杂志》，1936 年, 第 54 至 65 页；Jenks, C.W., The conflict of law-making treaties, 《英国国际法杂志》，1953 年, 第 401 至 453 页；Vedross A.Von, Forbidden Treaties in international law, 《美国国际法杂志》，第 31 卷 (1937 年), 第 571 至 577 页；Vedross, A. Von, Jus dispositivum and Jus cogens in international law, 《美国国际法杂志》，第 60 卷 (1966 年), 第 55 至 63 页；Schwarzenberger, G., “international jus cogens”, Texas Law Review, 1965 年 3 月, 第 455 至 478 页；Suy, E., “Le jus cogens en droit international public”, Conference de droit international, Lagonissi (希腊), 1966 年 4 月 3 日至 8 日；Murty, B.S., Jus cogens in international law, International Law Conference, Lagonissi (希腊), 1966 年 4 月 3 日至 8 日。

² Wolff, Jus Gentium, 第 5 和 25 段 (1764 年)。

³ Vattel, Le droit des Gens, 导言, 第 9 和 27 段 (1758 年)。

⁴ A.W.Heffter, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart, 156 (第 4 版, 1861 年)。

了这
More
著名

年缔
法庭
章》
的作
新国
展带
都产
则之
则，
的。

法中
内在
都不
愿的

要，
由是，

据的基
出，
约有相
具，它
年的非
约)，
程度上
期间披
是更大
也被用
其坚定
实际上

(1944)

年)。

年)——

年)和

9

10

11

treaties

12

页，其

了这一看法，其中包括像 Charles Rousseau,⁵ Gaetano Morelli,⁶ Paul Guggenheim⁷ 和 G. Schwarzenberger⁸ 等著名的学者。

另外一方面，国际法方面最近的一些发展，例如 1928 年缔结的凯洛格—白里安公约（非战公约）和纽伦堡和东京法庭的裁决，更重要的是，《国际联盟盟约》和《联合国宪章》等国际社会组织方向上的基本标志都产生了扭转这一趋势的作用。这方面的另外一个因素是：近来由于出现了相当多的新国家而使得国际社会的组成发生了变化，它们对国际法的发展带来了它们的影响。所有这些因素对于恢复和加强以下看法都产生了决定性的作用，即除了通过协议可以偏离的任意法规则之外，一般国际法还存在某些具有强制性性质的规则和原则，它们是当事方不能通过它们自己之间的协议而加以废除的。

有人很有说服力地指出，⁹ 存在确定什么人具有在国际法中行事的能力的规范、一个国际条约生效必须满足的哪些内在和外在条件、缔结国际条约会带来哪些法律后果等事实都不利于接受以下看法，即整个国际法系统都取决于国家意愿的协议。

这些强制性法规则的存在不是为了满足个别国家的需要，而是为整个国际社会的利益服务的，它们存在的最终理由，它们是以国际社会表现的共同良心为依据的。

人们用了各种不同的说法来说明这一想法和解释它所依据的基础。Lauterpacht 在 1936 年提到《国际联盟盟约》时指出，“……它的法律内容在它的范围和意义上同其他国际公约有根本的不同，它是人类政治一体化过程中的一个重要工具，它可以被称为‘更高的法律’……”。¹⁰ McNair 在 1930 年的著作里提到了该盟约和凯洛格—白里安公约（非战公约），他指出，“¹¹ 这些文书创造了“一种在性质上，而不只是程度上不同于国家间一般协定的公法”。这些在两次世界大战期间提出的看法就《联合国宪章》而论，应具有同样，如果不是更大的有效性。“国际公共政策”和“国际公共秩序”等词也被用来强调这些强制性法规则或绝对规律都是以人类的良心为其坚定基础的，它们代表的是某些更高的社会需要，它们是国际上实现有秩序的关系所必须有的最低行为规则。

赞成和提倡存在强制法的著作家除了 Lauterpacht¹² 和

McNair¹³ 外，还有 Balladore Pallieri,¹⁴ Kelsen¹⁵ 和 Tunkin¹⁶ 等杰出的法学家。在这些著作家之中特别值得提出杰出的奥地利国际法学家维德罗斯。¹⁷ 接受强制法的概念似乎是目前的一般趋势，即使在以前持不同看法的人当中，Schwarzenberger 是明显的例外。¹⁸

强制法的问题在各国际法庭中没有受到太多的注意。提到的案件中涉及此事项之处也不是直接关于这个问题的。它们是“奥地利—德意志关税联盟”案中 Anzilotti 法官发表的有名的个人意见¹⁹（其中他怀疑，要求一个国家生存下去而同时却使它处于生活极端困难的情况之下，这两者之间是否存在矛盾——见以下，关于主权平等的原则）以及 Oscar Chinn 案中 Schucking 法官发表的反对意见，²⁰ 其中他强调法院永远不应适用一项其内容违反善良风俗的公约。在关于对种族灭绝公约的保留的咨询意见中，²¹ 法院提到种族灭绝公约是“纯粹由于人道主义和文明的目的而通过的”，它指出，“缔约各国没有任何它们本身的利益：它们只有共同的利益，即实现该公约之所以存在的崇高目标”。²²

国际法委员会的工作和由此引起的问题

接受强制性法规作为现代国际法一部分的程序通过历任国际法委员会特别报告员关于条约法的工作得到进一步促进，在 1963 年委员会第十五届会议予以完成。应回顾，委员会在广泛讨论该题目²³ 和充分考虑其最新任特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士提交的案文²⁴ 的各方面后形成一致的结论：

“一项条约如果与不准违反并只能按同类的一般国际法的后来标准修改的一般国际法的一项绝对标准抵触，就视为无效”（条款草案第 37 条）。²⁵

委员会还采取另一个步骤——鉴于通过上述条款草案，这是必然结果——通过另一项条款草案，第 45 条²⁶，包括通过惯例或一般多边条约形成一般国际法的新绝对标准的案例和其对条约的影响：

¹³ 还见 McNair, *Law of Treaties*, 213-4 (1961 年)。

¹⁴ Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 282 (第 8 版, 1962 年)。

¹⁵ Kelsen, *Principles of international law*, 89, 323, 344 (1952 年)。

¹⁶ Tunkin, *Das Völkerrecht der Gegenwart*, 95-96 (1963 年)。

¹⁷ Verdross, 上引书, 脚注 1。

¹⁸ Suy, 上引书, 脚注 1, 第 55 页。

¹⁹ 《国际常设法院汇编 A/B 辑》，第 41 号。

²⁰ 《国际常设法院汇编 A/B 辑》，第 63 号, 第 149 页。

²¹ 《国际法院裁决集》，1951 年, 23。

²² 关于国际司法方面的广泛材料，包括关于此题目的个别和反对意见，见 Suy, 上引书, 脚注 1, 第 76 至 84 页。

²³ 《1963 年……年鉴》，第一卷, 第 62-78 页。

²⁴ A/CN.4/156 号文件。

²⁵ 《大会正式记录，第十八届会议，补编第 9 号》(A/5509 号文件), 第 11 页。

²⁶ 上引书, 脚注 26, 第 23 页。

⁵ Rousseau, *Principes du droit international public*, 340-341 (1944 年)。

⁶ Morelli, *Nozioni di Diritto Internazionale* 37 (第 3 版, 1951 年)。

⁷ Guggenheim, *Traité de droit international public*, 57 (1953 年)——还见脚注 19。

⁸ Schwarzenberger, *International Law*, 352-3, 425-7 (1957 年) 和上引书, 脚注 1。

⁹ Verdross, 上引书, 脚注 1。

¹⁰ Lauterpacht, 上引书, 脚注 1。

¹¹ McNair, “The functions and differing legal character of treaties”, 《英国国际法年鉴》，11 (1930 年), 112。

¹² 还见 Oppenheim-Lauterpacht, 第 8 版 (1955 年), 第 896 页, 其中指出, “不道德的义务不能作为国际条约的目标”。

“1. 当第 37 条所提及的种类的一般国际法新绝对标准业已确立且一项条约与该标准抵触时, 条约视为无效和解除。

“2. 按照第 46 条所规定的条件,²⁷ 如只有条约的某些条款与新标准抵触, 只是这些条款应视为无效。”²⁸

对委员会关于此事项的辩论记录、²⁹ 案文所附的评注、³⁰ 大会第六(法律)委员会关于国际法委员会报告的辩论记录、³¹ 各国政府关于第 37 条草案的意见³² 以及特别报告员在其第五个报告提出的意见³³ 的详细研究提供大量证据, 表明条款草案所述的原则虽未获得完全一致核准, 但业已得到一般同意。³⁴

这些记录的审查还反映第二次世界大战后新兴国家及东欧国家³⁵ 在帮助制订这项规定方面的重大作用, 虽然并未低估拉丁美洲国家及几个西欧国家的贡献, 总的说来, 可说特别是小国和弱国在承认和加强公共秩序、限制合同的无限自由方面有更大利益, 而相反, 在无限自由合同体面的外表下, 它们面临大国占优势的不平等和不公正条约的实际危险。³⁶

第 37 条草案所表达的规定与国内法体系中³⁷ 的规定相符, 大意是犯罪协议或违反公共政策的协议是无效的并且不能解释为给予协议各方任何权利。委员会确认公共国际法中存在相同的规定, 这一点是委员会在履行其不仅编纂而且促进国际法的改革的任务方面建设性最大的贡献。有如埃里安博士在大会第六委员会后来的辩论中讽刺地指出: “确认概念标志着由古典国际法到联合国现代法的过渡”。

委员会在制订第 37 和第 45 条草案方面因两个理由而受到批评。第一个涉及创立可拒绝条约义务的新根据; 第二

²⁷ 上引书, 脚注 23, 第 26 页。

²⁸ 如特别报告员在委员会的辩论中指出, 关于规定奴隶贩卖的十九世纪公约在制订时生效, 但后来因制订一项禁止奴隶贩卖的新国际法规定而变成无效。

²⁹ 上引书, 脚注 23。

³⁰ 上引书, 脚注 25。

³¹ 《大会正式记录, 第十八届会议》, 国际法委员会的报告(项目 69)。

³² A/CN.4/175 和增编。

³³ A/CN.4/183 和 Add.1 号文件。

³⁴ 各国政府表示好评, 有几个热烈支持, 只有卢森堡政府公开反对此概念, 土耳其政府虽表示反对但较有保留。

³⁵ 这两类国家的特点是它们对国际法的处理方式。关于西方对这些处理方式的观点见, 例如: Higgins, *Conflicts of Interest*, 伦敦, 1965 年; Lissytzin, *International Law Today and Tomorrow*, 纽约, 1965 年。

³⁶ 著名的西班牙法学家德卢纳在讨论委员会关于第 37 条草案时认为: “国际法的合同概念不承认强制性法规, 属于国际法只是大国的一项法律的时代。但现代国际法已变成世界化和社会化。”

³⁷ 一项规定无疑可被称为在《国际法院规约》第三十八条的意义范围内文明国家承认的一项法律原则。

个是给予第三国讨论它们不是缔约方和通常与它们无关的协议的法律效力的权利。有人认为特别是前一个理由造成很大危险, 由于不能确切识别和说明强制性法规的条例, 承认其存在使每个想废止条约的国家能够提出无效请求, 指称这一条约与强制性法规抵触。

虽然不能否认有此危险和强制性法规的原则会被滥用, 但本作者认为, 通过尽可能确切地限定属于强制性法规类别的国际法规定的范围, 而不是完全忽视这些规定的存在, 即使不能完全消除, 也能够而且应当减少到最低限度。在这方面, 与相同的国内法作类比有启发性: 谁也不否认国内法规则中存在尽管其定义往往不清楚, 没有确切定义或不能下定义的公共政策。当然有人反驳, 就国内法体系来说, 每当怀疑这一规定是否适用于某个案件, 这个事项总是可交由一个管辖法院解决。

对某一情况是否属于强制性法规的范围, 特别当一方质疑无效请求时, 支持就此做出决定的理由可能很多, 取决于公正的法院裁决。劳特帕赫特在提交国际法委员会的报告把有关条款的措辞写成如下:

“一个条约, 或其中的任何规定, 如涉及国际法规定的非法行为, 并被国际法院宣布无效, 就是无效的。”³⁸

同样的, 维德罗斯³⁹ 建议必须把所有有关解释和适用一个具有强制性法规特点的准则的争议提请裁决。

如国家间的法规要具有充分的意义, 国际法院(以现有或其它形式)的裁判权力必须普遍存在和应提供手段以使其裁决得到执行。不过, 在尚未有一个比目前的国家远为密切结合的国家社会以前, 不能把国际机构从合作水平提高到有组织的系统的水平。在国际社会发展的现有不完美的阶段, 法院的裁判权力视个别国家的同意而定, 受到其他各种抑制因素妨碍, 因此有人认为把强制性法规原则同国际法院和国际法委员会按照当前国际生活的严峻事实所作的裁定联合起来的做法是不切实际的。

不过, 没有强制性裁定不表示一般国际法, 或其强制性法规缺乏必须遵守的法律效力。况且, 存在若干其他和平解决国家间争端的办法, 除谈判、和解、调停及裁决外, 包括求助于联合国安全理事会和大会。特别是《联合国宪章》第十四条—授权大会对于任何局势, 不论其起因如何, 得建议和平调整—的范围很广泛, 使大会可对会员国间涉及与强制性法规的条例不符的条约规定⁴⁰ 的争端作出判断, 特别是当这些争端基本上属政治性质时。

关于第二个批评理由, 即第三国家涉及其非缔约方的

³⁸ 《1953 年……年鉴》, 第二卷, 第 154 页。

³⁹ 上引书, 脚注 1。

⁴⁰ 大会关于塞浦路斯问题的第 2077 (XX) 号决议清楚说明这一点。见帕雷德斯先生在委员会就对违反宪章原则、因而违反有关强制性法规威胁使用或使用武力的国家实施的条约较明确的规定进行讨论时所发表的声明, 即在强制性国际法规定的情况下, “唯一的补救办法是被侵略者应当能够出席联合国安全理事会, 宣布由于条约受到损害而无效”, 《1963 年……年鉴》, 第一卷, 第 61 页。

情况, 以下双控制的成员犯是不合

E 题来说对一个因为“德罗斯家有权条款没规抵触束力。

3 的规定见, 即款与实效, 并

未效力不法规的按照草予以分定仍然

i 条⁴⁴ 系。关有规京《联合

下 表指出任何其

41

42

43

引起争类比, 下, 应

44

何其他优先。

45

国宪章决于并章》将的报告 1945 年

情况，可以说过去这是有充分事实根据的。不过，必须接受以下观点：在一个若干方面由如《联合国宪章》等基本文书控制的互相依存的世界中，声称当对国家社会一个或更多的成员犯下特许的非法行为，第三国家应不能发表意见的做法是不合时宜的。

目前就强制性法规的抵触对一个条约有什么影响的问题来说，委员会委员一致认为从头开始条约无效，而不仅是对一个或更多缔约方无效。这个意见具有深远的法律后果，因为“从头开始无效的后果就是没有条约”。⁴¹ 同样的，维德罗斯⁴²认为无须使不道德的合同无效，并且承担责任的国家的国家有权拒绝履行这项义务。因此，至少按照这些意见和由于条款没有关于第三方决定的任何规定，看来可视与强制性法规抵触的这些条约不存在，即无须进一步声明这种条约无约束力。⁴³

委员会在考虑按照草案第 46 条的条件，可能把有抵触的规定同条约的其他部分分开后，采纳其大多数成员的意见，即认为由于强制性法规的重要性，当各方缔结一个其条款与现有强制性法规抵触的条约时，必须视该条约完全无效，并且无效的认可应扩大到整个活动。

相反，就新的绝对标准来说（上述第 45 条），规定的效力不是使有关条约从头开始无效，而是当制订新的强制性法规的时候起无效，即不准进一步执行。同样，委员会认为按照草案第 46 条所列的规定，批准在草案第 45 条的案件中予以分开，结果是不受新的强制性法规的有关条例影响的规定仍然有效。

《联合国宪章》第一百零三条和 国际法委员会草案第 37 条之间的关系

这方面产生的有趣问题是《联合国宪章》第一百零三条⁴⁴和国际法委员会草案第 37 条（和第 45 条）之间的关系。关于第一百零三条的筹备工作参考资料表明，该条文没有规定自动取消与《联合国宪章》冲突的条约，但却规定《联合国宪章》下的义务应有优先。⁴⁵

大会第六委员会在讨论国际法委员会草案时，许多代表指出，第一百零三条宣布《联合国宪章》下的义务优先于任何其他国际协定下的义务，这种作法大有助于强制法规则

的设立。然而，就象一些代表说，人们没有确认其逻辑后果，而国际法委员会正好通过声明“与国际法强制规范发生冲突的国际条约无效”来填补这个空缺。⁴⁶ 国际法委员会在评论草案第 63 条时再度审议这一事项，并且在互不兼容条约义务的相对优先范围内确认第一百零三条规定的首要地位。不过，正如特别报告员所指出的，虽然委员会意识到，由于《联合国宪章》的某些规定，特别是第二条第四项的规定，具有强制法特征，因而在适用《联合国宪章》第三十七条、第四十五条和第一百零三条的强制法规定方面可能有某些重叠之处，尽管如此，它认为根据第 37 和第 45 条草案，以同强制法规定冲突为理由而认为某条约无效是一项独立的问题。⁴⁷ 换句话说，虽然第一百零三条提到优先的或冲突的义务，但第 37 和第 45 条草案却提到义务的无效。然而，它们可能而且确实在某些方面重叠。本文作者虽然同意汉弗莱·沃尔多克爵士的看法，即不是《联合国宪章》的所有规定都必然是绝对的准则，相反，一些绝对准则没有列入《联合国宪章》，但却认为重叠的范围比《联合国宪章》第二条第四项所载的原则大得多（见下文）。

国际法的什么规则属于绝对准则的问题

虽然不容许用条约来减损其作用，绝对准则的存在似乎在委员会内外赢得了压倒性的赞同，但什么是符合这项要求的具体国际法规则，换句话说，什么是这项原则的确切司法内容，是相当不明确的。

国际法委员会无法就鉴定具有强制法特征的国际法一般性规则制定任何普遍公认的标准。委员会一些委员提出某些“最明显和最确定的强制法规则”的例子，以便指出这种规则的一般性质和范围，其中一些规则原来出现于特别报告员提出的条款草案中。除了违反《联合国宪章》原则的威胁或使用武力的情况之外（我们将会回到这个题目，见下文），它们还包括：企图进行任何违反国际法的刑事罪行的条约；企图或纵容犯有诸如贩运奴隶、海盗、种族灭绝一类每个国家都被要求合作镇压的罪行的条约；侵犯人权的条约；违反自决权利的条约。⁴⁸ 委员会一些委员强调提出的例子应当包括不平等条约。⁴⁹

不过，考虑到这些规则较近才出现和国际法的迅速发展，委员会终于决定不包括任何具体的例子，让“国家实践和国际法庭裁判决定规则的全部内容”。委员会达成这项结论的原因包括：(a) 委员会认为包括某些例子而非其他例子也许会导致对没有明确地提到的个案产生误解；(b) 委员会担心，即使只有选择性地列出有资格被称为强制法的规则清单，委员会也会发现自己要对不在条约法范围内的事项从事长期的研究。委员会也许是在其工作的特定环境下采取这种审慎办法。虽然提出的第一个理由说服力不大（因为完全可以提供一个说明性例子清单，从而具体地说明条文草案概括地提出的原则和强调这并不是一个穷尽性清单），但第二个理由（无论如何同第一个理由相关）却

⁴¹ Rosemne, 上引书, 脚注 40, 第 55 页。

⁴² 上引书, 脚注 1。

⁴³ 在一些案件中，这个补救办法也许太极端，并当非法性引起争论时，会加强有关滥用原理的论点。有人根据无效结合的类比，不知是否适宜采取正式行动，“把条约作废”。在这种情况下，应由反对无效请求和依赖有关条约的一方证明其合法性。

⁴⁴ 其中规定：“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。”

⁴⁵ 法律问题委员会，即第 2 委员会决定，“不宜规定《联合国宪章》自动取消其条文不符的义务。人们认为最好让规则取决于并联系到两类义务之间的冲突。在这种情况下，《联合国宪章》将有排除其他规则的最高优先。”——第 IV/2 委员会报告员的报告，联合国第 933 号文件，IV/2/42，联合国国际组织会议，1945 年 6 月 12 日。

⁴⁶ 《大会正式记录，第十八届会议》，议程项目 69，A/5601 号文件，第 18 段。

⁴⁷ A/CN.4/183/Add.1 号文件，第 23-24 页。

⁴⁸ 上引书，脚注 25。

⁴⁹ Lachs 先生和 Tunkin 先生，上引书，脚注 23。

提出真实得多的问题。正如在委员会辩论中所指出的，⁵⁰ 这个问题归根到底是，如何在国际法中定义非法性。鉴于政治理论分歧很大和涉及冲突的利益，如果要维持通过原则时的一致性，实在是一项难以克服的任务。⁵¹ 不可忽视的明显危险是，这种作法打开意见分歧的潘多拉盒子（灾祸之源），因而削弱如此辛苦地一致达成的原则本身。

同时，不应该允许产生认为强制法仅仅是一项哲学或理论观点而没有任何真正意义的印象。也不能认为这项由委员会如此明确地拟定的原则对不同的人有不同的意义，但在当前国际法中没有实际重要性。绝对法原则几乎获各国政府代表一致接受，⁵² 这有力地否定对委员会关于这个主题的工作作出任何讥讽的评价——这种评价冒犯国际社会绝大多数成员的合理愿望和践踏人类的社会意识，而归根到底，绝对法的观念是建立在人类社会意识之上的。

因此，遗憾的是，委员会面对的困难阻碍它说明这项已宣布的原则的全部内容并完成这项如此令人钦佩地展开和推进的过程。这为下述危险敞开了大门，一方面，对什么构成绝对法作出太广泛的定义，以此引起过度滥用和引申这项原则使之濒于破裂的危险；另一方面是作出太狭隘或限制性的定义，从而剥夺原则的任何真正意义并否定其作用。

问题在于，在今天有组织国际社会的机构里有没有其他机构可以接手执行国际法委员会放下的这项任务。人们马上想到大会的第六（法律）委员会是一个可能的论坛。如果考虑到绝对法是国际社会表达的集体意识的结

果，可以向第六委员会提出大量建议（第六委员会与国际法委员会不同的是，所有会员国都有代表出席），第六委员会可能通过一个特别委员会行事，由代表国家的法学家负责确定：就绝对法学说而言，普通国际法的什么规则是绝对的准则。毫无疑问，这个委员会将会面对相同于国际法委员会过去所面对的真正困难。同样，通过必要多数达成的任何决议或宣言也将可能遭受反对，被认为它本身不是法律的根源和没有约束力。尽管如此，任何这种决议，特别是一致或接近一致通过的决议，虽然本身不是法律根源，也许可以被看作为肯定关于这个议题的现有法律，而且无论如何作为各国的一项普遍意见方面将会有相当的份量。⁵³

曾建议于 1968 年举行一次全权代表会议，以便通过一项关于条约法的多边公约，这可能也会提供一次机会。

然而，同这些可能性完全无关的是，鉴于国际法委员会一致通过和绝大多数国家认可的原则，毫无疑问有大量的材料可以作为根据来断定，今天已有相当数量的一般国际法规可以合理地主张当作为绝对准则（强制法）。如上面提到的，委员会在讨论中的确提到了几个规则。⁵⁴ 本文作者同意罗森内先生的看法，他在国际法委员会的讨论⁵⁵ 中说，“存在一些要素使得有可能相当准确地决定某一规则是否构成强制法”。

⁵³ 见亚辛和巴托斯两位先生关于用大会决议来表达强制法规则的作用的发言，沃尔多克先生也有相同的看法（上引书，脚注 23）。

⁵⁴ 有人（例如 Verdross，上引书，脚注 1）说，侵犯第三国权利的条约违反绝对法。现在连 Verdross 也同意的较佳看法是，这完全是在协定不得使第三者负担义务，也不得给予利益规则的范围。虽然如果第三国不同意，这些条约则属非法，但在一般情况下他们并不违反强制法。

⁵⁵ 上引书，脚注 24。

⁵⁰ Amado 先生，上引书，脚注 23。

⁵¹ 给侵略下定义的努力以及较近期第六委员会及其特别委员会为根据《联合国宪章》议定规范友好关系和合作的国际法原则所作的努力足以说明这种情况。

⁵² 上引书，脚注 31 和 32。

国家继承及其对自然人和法人国籍的影响以及国际组织成员资格的国家继承， 瓦茨拉夫·米库尔卡先生的概述

导言：委员会对国家继承主题
工作的历史回顾

1. 1949 年委员会第一届会议在提供编纂的十四个精选主题中列出“国家和政府”主题。这个主题后来分为三个项目：

- (a) 有关条约的继承；
- (b) 有关条约以外来源产生权利和义务的

继承；

(c) 有关国际组织成员资格和继承。

2. 委员会 1967 至 1974 年所研究的第一个项目所属问题已因通过 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》而解决。

3. 第二个项目由于太过广泛和复杂，已缩小到继承的经济方面，即国家财产、档案和债务的继承。这个专题已由委员会于 1968 至 1981 年

进行研究，
家财产、

4. []
研究。

5.
建议讨论
分。委员
第一次报
虽然如此
内。

6.
国籍的自
国民以及

7.
抵触的
定：

“在
果这项法
关国籍问

8.
法典 (

“
取得政
经建立
国家所
得影响
系居于

以及第
“
在领土
法律的

进行研究，并促成通过 1983 年的《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》。

4. 国际法委员会尚未进行对第三个专题的研究。

1. 国家继承及其对自然人和法人国籍的影响

5. 自然人和法人的国籍问题是委员会最初建议讨论国家继承的题目时第二个小专题的一部分。委员会在其第二十届会议上就特别报告员的第一次报告进行辩论时曾经提到一些初步评论。¹ 虽然如此，国籍问题并没有纳入这个小专题之内。

(a) 继承国家的国籍法

6. 根据普遍的意见，国家继承并不会造成国籍的自动改变。继承国自己可以决定谁是它的国民以及取得国籍的方法。这是它的特权。

7. 在这方面，有人提到《关于国籍法互相抵触的某些问题的海牙公约》，其中第一条规定：

“每一国应按照其本身的法律决定谁是它的国民。如果这项法律符合国际公约、国际习惯、以及一般承认的有关国籍问题的法律原则，它应获得其他国家的承认。”

8. 与此问题有关的是 1928 年的《国际私法法典（布斯塔曼特法典）》。² 第 13 条规定：

“在一个国家独立的时候就集体归化而言，应当实行取得政权的政府或新政府的法律，如果该政府在领土上已经建立了有效主权，而这个主权已经获得审理这个问题的国家所承认并且没有一个旧的政体存在，不过这一切都不得影响到所涉两国之间的其他合同关系，因为这些合同关系居于优先地位。”

以及第 20 条规定：

“公司、基金会、协会和伙伴关系改变国籍时，除了在领土主权改变的情况下以外，应当受到老的法律和新的法律的规范。

¹ 见《1968 年……年鉴》，第二卷，第 114-115 页，A/CN.4/204 及 A/7209/Rev.1 号文件，第 220-221 页，第 73 和 78 段。

² 国际联盟，《条约汇编》，第八十六卷，第 111 页。

“在领土主权改变时，由于独立，应实行第 13 条中关于集体归化的规定。”

此外，其他一些出版物也与此问题有关。³

9. 继承国在行使其法律权威时，必须受到一般国际法和国际条约的限制。这些限制具有不同的性质，来自下列两方面：

(a) 有效国籍原则，根据此原则，若要其他国家承认此国籍，在国家与个人之间必须存在一个真实的和有效的联系；⁴

(b) 保护人权原则，根据这个原则，任何无国籍状况或任何歧视行为都值得怀疑。在这方面，可以提到《世界人权宣言》第十五条第(二)款，其中规定，

“(二) 任何人的国籍不得任意剥夺，亦不得否认其改变国籍的权利。”

此外，还应当提到联合国《减少无国籍状态公约》第九条，其中禁止基于种族、人种、宗教或政治理由而剥夺国籍。

(b) 国家继承时关于国籍问题的国际条约

(一) 理所当然地取得国籍的范畴

10. 在一个继承国内取得国籍的范畴问题和其他条件等在大多数情况下都可以根据一项国际条约而予以解决，这主要是根据居住地点的标准。例如同盟国与轴心国和波兰签订的《凡尔赛和约》第 4 和第 6 条，以及其他一些条约。⁵

³ 见 R.Graupner, *Nationality and State Succession, Transactions*, 1946 年; Hans Kelsen, “Théorie générale du droit international public”, 《……课程汇编》1932-IV, 第 42 卷, 第 314 和 325-327 页; Paul-Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 第二版 (Germantown, Md., Sijthoff-Noordhoff, 1979 年), 第 242 页; 和 Lucius Caflisch, “La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé”, 《瑞士国际法年鉴》, 第 24 卷 (1967 年), 第 155 页。

⁴ 见 Nottebohm, *Second Phase, Judgement*, 《1955 年国际法院裁决集》, 第 22-23 页。并见消除或减少无国籍问题委员会的辩论, 《1953 年……年鉴》, 第一卷, 第 212、213、217 和 220 次会议。

⁵ “Laws concerning nationality”, 联合国《法律汇编》(ST/LEG/SER.B/4), 第 590 页起。

(二) 丧失前政权的国籍

11. 第一次世界大战后订定的和平条约中包括了关于国籍问题的条款，内容与上面的《凡尔赛和约》非常相似。另一方面，这些条款规定，战败国应承认它们原来的国民在继承国的法律之下理所当然获得的新国籍以及同时失去这些人对前任政权的效忠。⁶

12. 根据其他文书，领土转让并不一定导致新国籍自动取得和旧国籍自动丧失。在这方面，《国籍公约》第4条就是一个例子。这个立场虽然有些学者支持，可是也受到其他一些学者反对。⁷

(三) 选择权

13. 相当多的国际条约，包括上面提到的或与它们有关的一些条约，都规定了选择权。在某些例外情况下，选择权可以维持相当长的一段时间，在这段期间一些人可以享受到类似双重国籍的地位。在这方面，可以参看1962年3月19日的《埃维昂宣言(阿尔及利亚—法国)》。

14. 大多数专家认为：选择权只能够由条约产生。虽然如此，有些专家根据自决原则认为选择权应当是一种独立存在的权利。⁸

(c) 最近一些国家的做法所引起的问题

15. 第二次世界大战以后，在英联邦内宣布独立并继续留在英联邦中的国家在自动取得国籍的问题上是根据两个范畴，一是出生地制，另一个是血统制，并且在有些情况下还使用居住地点的因素。对于那些受自动取得国籍的影响的人，没有选择的规定。这种做法的优点是减少双重国籍的可能性，以避免一个人在国籍问题上的争议，同时也消除一个人变成无国籍的可能性。

16. 法国在取得国籍方面的制度并没有类似

⁶ 同上，第586-589页。

⁷ 见 Eric Castren, "Aspects récents de la succession d'États", 《.....课程汇编》, 1951-I, 第78卷, 第380页起, 尤见第487页。

⁸ 见 Joseph L. Kunz, "L'option de nationalité", 《.....课程汇编》, 1930-I, 第31卷, 第109页起。及 "Nationality and option clauses in the Italian peace treaty of 1947", 《美国国际法杂志》, 编者按, 第41卷, 第3号, 1947年, 第622页起。

的效果。新国家一般采用法国1945年的国籍法，而这个法有时并不适合新独立国家的实际情况。此外，在每一个国家根据其特殊倾向选择“真实联系”的检验方式时，各种国籍法之间发生重叠或者留有空白，造成双重国籍或无国籍的后果。⁹

17. 苏联解体在国籍法方面和在不同的新国家内产生了问题。某些新共和国在1990年后宣布独立，它们拒绝给予在它们境内的俄罗斯人本国的国籍，这些俄罗斯人是在过去几十年间在各共和国之间人口大规模迁移时来定居的，因此造成了数以千万计的人的法律地位不明的情况。¹⁰

18. 在前南斯拉夫领土上新成立的一些国家的情况更为严重，该地人口种族复杂，伴随着武装冲突的是“种族清洗”。

19. 捷克斯洛伐克正在分裂之中，不过，自1969年以来，每一个捷克斯洛伐克的国民都分别属于两个组成共和国之一，也就是捷克公民或者是斯洛伐克公民，加上它比较开放的政策，容许公民身份随着居住地点而加以改变，所以问题比较容易解决。

20. 香港将于1997年7月1日从英国统治过渡到中国统治，对于居民的身份也构成一种问题。¹¹

21. 近年来的一个趋势是在决定给予一个新国家居民的国籍时强调种族而忽视居住地点的重要性，这是一个值得注意的现象。这种做法不但会造成无国籍状态，并且在许多情况下也在基本人权标准方面构成问题。

⁹ 见 Karl Zemanek, "State Succession after decolonization", 《.....课程汇编》, 1965-III, 第116卷, 第181页起, 尤见第272-277页。

¹⁰ 见 George Ginsburgs, "From the 1990 law on the citizenship of the USSR to the citizenship laws of the successor republics (part 1)", *Review of Central and East European Law*, Dordrecht/波士顿/伦敦, Martinus Nijhoff Publishers, 第18卷, 第1号(1992年), 第1页。

¹¹ 见 Roda Mushkat, "The transition from British to Chinese rule in Hong Kong: a discussion of the salient international legal issues", *Denver Journal of International Law and Policy*, 第14卷, 第2和3号(1986年), 第171页; 以及 Christine Chua, "The Sino-British agreement and nationality: Hong Kong's future in the hands of the People's Republic of China", *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 第8卷, 第1号(1990年), 第163页。

(d) 国籍持续性的原则

22. 国籍持续性的规则是外交保护制度中的一部分。根据这个规则，从一件伤害事件发生起，直到付出赔偿为止，这个申诉案件的当事人必须继续和没有中断地属于提出赔偿要求的国家的公民。这个规则的主旨是防止一个人由于想要得到一个强国的保护而改变他的国籍。

23. 这个做法以及它所依据的原则都没有明白答复一个问题，那就是这个规则同国家继承这种非自愿性的改变之间有什么关系。有理由相信，在国家继承时，这条规则或许需要修订。

24. 在这方面，有人提到“Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited”案¹²以及“Panevezys-Saldutiskis Railway”案，¹³还有人提到“Pablo Najera”案，该案的判决指出：

“在由于国家继承而发生集体改变国籍的情况时，对法律情况的评价应当具有弹性，不同于一般个人自愿按照个别的意见改变国籍的情况。”¹⁴

(e) 工作的可能成果

25. 对各国做法的全面审查应当可以显示是否能为在国家继承的情况寻找出一组关于国籍问题的原则。

26. 对于一些新成立的国家，如果它们在这方面正在起草法律的话，明白列出一些在取得国籍上的起码法律标准是很有用的。

27. 这也有助于第三国执行它与一个继承国之间的国际条约。基于国际法的惯例，大量的条约权利和义务自动对继承国具有约束力。许多条约直接影响到个人，或者更确切的说，影响到条约缔约国的国民。有时在继承国制定国籍法之前就需要实行这些条约。因此，对居住在主权发生

变化的领土上的个人或法人做出“初步”决定就成为履行上面提到的条约的先决条件。

28. 委员会在这个题目上可能做到的是以报告的形式提出研究结果或者提出一份供大会通过的宣言草案。另一方面，编制一份公约草案可能遭遇到一个问题，那就是委员会在讨论上一个关于国家继承的题目时遭遇到的问题（如编纂法律的时间过长、新国家不是公约的缔约国的问题等）。

2. 关于国际组织会籍的国家继承

29. 关于国家继承问题的三个专题中的最后一个“国际组织会籍的继承问题”，这个问题尚未经委员会研究。不过，秘书处就联合国会籍的国家继承问题已编写了备忘录，在1962年提交委员会使用。¹⁵ 备忘录集中讨论了当时的少数几个重要案例：巴基斯坦在1947年加入联合国，阿拉伯联合共和国在1958年成立以及叙利亚在1961年脱离联合共和国，马里和塞内加尔在1960年加入联合国。

30. 关于一个联合国会员国分裂而成几个国家应该遵守的法规是由第六委员会在大会第二届会议制定的。¹⁶

31. 最近又有几个国家继承案例，其中出现了国际组织的会籍问题，也就是先前国家在国际组织会籍引起的问题。坦噶尼喀和桑给巴尔的统一、两个也门的统一和德国的统一都几乎没有引起国际社会的注意，但是，苏联和南斯拉夫的分裂引起了对这个问题的讨论。捷克斯洛伐克的解体也导致对这个问题的关注。

32. 有关国家与国际组织在国家继承问题上关系有下列几个方面：

(a) 继承国在国际组织中的会籍；

(b) 如果先前国家在领土改变之后继续存在，领土改变对该国在国际组织的会籍产生什么影响；

¹² 《1970年国际法院裁决集》，第3页。

¹³ 《国际常设法院汇编 A/B 辑》，第76号，第4页。并见 *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1931年，第36卷，第2号，第201-212页；同上，第37卷，第479-529页及同上，第51卷，第II号，第261页；和 Wylar, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (巴黎, Presses universitaires de France, 1990年), 第19-30页及第111-118页。

¹⁴ 联合国, 《国际仲裁裁决汇编》，第5卷 (出售品编号 1952.V.3), 第488页。

¹⁵ 见《1962年...年鉴》，第二卷，第101页，A/CN.4/149和Add.1号文件。

¹⁶ 同上，并见《大会正式记录，第二届会议，第一委员会》，第A/C.1/212号文件，附件14(g)，第582-583页。

- (c) 先前国家在国际组织的会籍引起的义务或权利如何在继承国之间或在先前国家和继承国之间分配;
- (d) 军事观察员和其它观察员的地位以及先前国家参加维持和平行动的部队的地位等等;
- (e) 根据在国际组织的会籍发给先前国家国民的证书、许可证等的有效性。

(a) 继承国在国际组织的会籍

33. 一般的看法认为, 国际组织的会籍是属人权利, 原则上不可能继承。按照这一看法, 领土改变后产生的新国家如果愿意的话必须自行取得会籍。

34. 不过, 在实际的做法上差别很大, 视领土改变的性质而定。例如, 由几个会员国合并而成的国家可以自动成为其组成国家原来参加的国际组织的会员国。可是, 这类案例的数目不多, 无法确定是否需要所有组成国家都是会员国, 或只要其中一个参加该国际组织就可以了。

35. 对于会籍资格要求不那么严格的国际组织, 例如波恩的万国邮政联盟、巴黎联盟或海牙国际私法会议, 准许由前会员国解散或继承而产生的国家继承会籍。基于实际考虑, 甚至在联合国也准许阿拉伯联合共和国解散之后继承会籍。¹⁷

36. 有些国际组织规定, 具有国际人格的前附属国可以成为成员或联系成员。由于新国家的人格与前附属国的人格完全相同, 因此原来的联系成员资格完全不受影响。虽然没有自动升级为正式成员, 但有关组织为顺利过渡制订了实际解决办法, 以免联系成员资格在独立之后自动丧

¹⁷ 见《1962年……年鉴》(上文脚注15); Zemanek, 见上引, 第244-252页; 以及海牙国际私法会议常设局的说明, 1992年9月23日第L.C.A.No. 38 (92)号文件, 其中除其他外表示:

“……斯洛文尼亚共和国曾经作为塞尔维亚-克罗地亚-斯洛文尼亚国的一分子参加先前的会议(第五和第六届会议), 并曾作为南斯拉夫社会主义联邦共和国的一分子参加会议, 而南斯拉夫社会主义联邦共和国又是以塞尔维亚-克罗地亚-斯洛文尼亚国的继承者身份参加会议, 因此适用章程第2条第1款。……不过, 一些会议的会员国可能不同意这一看法, 认为斯洛文尼亚应属于第2条第2款的范围, 因此应该适用加入程序……”

失。¹⁸

(b) 领土改变对先前国家会籍的影响

37. 有新国家从其领土分离出去的会员国, 或者是合并了另一国家或领土的会员国, 都因为其法律人格的身份而保持其会籍, 但因会籍而引起的权利和义务可以改变。

38. 不过, 有几个相关问题仍然没有解决。这些问题是:

- (a) 决定会员国法律人格身份的标准, 也就是先前国家的地位;
- (b) 国际组织是否可能根据某些条件不承认先前国家有权继续自动取得该组织的会籍或在该组织的机构有充分代表权;
- (c) 先前国家与一个或数个继承国就继续取得国际组织会籍所签协定的法律效力;
- (d) 先前国家向派驻国际组织的代表发给新全权证书的义务(例如印度在巴基斯坦分离出去之后在联合国会籍的案例);
- (e) 先前国家在国际组织维持特别地位权利(例如俄罗斯联邦在安全理事会的席位), 等等。

39. 在这方面, 请参看若干联合国文件。¹⁹

¹⁸ 见世界卫生组织第14.45号决议, 世界卫生组织, 第14届世界卫生大会,《正式记录》, 新德里, 1961年2月7日至24日, 第110号, 第一部分, 第19页; 以及粮农组织第10届会议的报告, 1959年10月31日至11月20日(粮农组织C59/报告), 第266-268页。

¹⁹ 见大会第47/1号决议, 涉及南斯拉夫联邦共和国(塞尔维亚和黑山)在联合国的会籍以及南斯拉夫参加大会工作的问题, 和联合国法律顾问1992年9月29日关于这一问题的信(《大会正式记录》, 第四十七届会议, 附件), 议程项目8, A/47/485号文件。

并见印度和巴基斯坦领地1947年8月6日关于让渡国际权利和义务的协定, A/C.6/161号文件,《大会正式记录》, 第二届会议, 第六委员会, 附件6C, 第308-310页; 或者参见1991年12月21日前苏联11个共和国签订的阿拉木图宣言, 其中谈到俄罗斯联邦在苏联原来参加的国际组织中继续其会籍的问题(A/47/60-S/23329号文件, 附件二); 以及联合国新闻稿PM/473, 1974年8月12日, 内容谈到印度由安全理事会和经社理事会的代表重新提出全权证书:《1962年……年鉴》, 第102页(上文脚注15)。

- (c) 在继承国之间或在先前国家与继承国之间分配由于先前国家在国际组织的会籍而引起的义务和权利

40. 根据国际组织会籍而产生的权利和义务原则上是“属人”性质，与会籍同时消失（如果先前国家继续是国际组织的会员国，则完全保留给先前国家）。例如参加会议和表决的权利等等。不过，先前国家与其会籍有关的有些义务和权利性质不同，原则上可以由继承国或由先前国家和继承国共同分享。如果继承国家加入国际组织为新成员，自然可以分享这些义务和权利，但如果继承国决定不参加国际组织，则不能分享。

41. 属于这类性质的义务或权利有下列几种情况：

- (a) 先前国家对国际组织的预算或基金欠缴的费用；
 - (b) 先前国家缴给国际组织基金的信贷或预付款项（例如联合国周转基金），或不得退还的存款（例如根据 1955 年设立国际法定度量衡组织公约第 28 条缴付的入会费）；
 - (c) 分摊的国际组织的财产；
 - (d) 正在进行的项目，而先前国家是项目的受援国或援助国。
- (d) 参加维持和平行动的部队、军事观察员、其他观察员等的地位

42. 国际组织与其会员国之间的相互关系范围越来越广，而会员国参加国际组织进行的活动

有不同形式。提供参加维持和平行动的部队、军事观察员、其他观察员的国家如果因国家继承而突然中止会员资格，可能引起下列问题：

- (a) 是否允许人员（部队）继续参加特派团（行动）；
- (b) 由谁负责部队的指挥和经费。
- (c) 国际组织发给或规定的证书、许可证等的有效性

43. 会员国的国民参加民航、海运等特定活动，专门机构或其他国际组织会发给或规定各种不同的证书、许可证和其他文件。这种文件在第三国的有效性视该国在国际组织的会籍而定。必须找出实际可行的解决办法，避免因为国家继承而使国家在国际组织的会籍出现任何中断，造成了影响。

3. 工作的可能结果

44. 各国际组织关于国家继承对于这些组织与有关国家之间关系的影响有一套做法，委员会对这些做法进行分析后，可以就许多组织往往共同面临的不同问题的解决办法提出一份报告。

45. 这样一份报告可以使各国际组织的做法协调一致。报告可以载列一些建议，由国际组织在拟订或修订各自的文书或内部条例时，或在处理任何特定案件时，予以考虑。

46. 这个问题不适合编纂一项普遍的公约。由于国际组织各有其特点，各有自己的章程、基本文书或内部法规，因此协调努力有一定的限度。

关于国际移民的法律， 纪尧姆·庞布一奇文达先生的概述

1. 移民这个主题，乍看起来，在逻辑上似乎与法律无关。各种物种（植物、动物、人类）的生命本质上就包括移民；不论它们属于什么王国，移民都是它们生存的“自然”工具。

2. 在移民与法律之间，一向都有一种先后

次序，或时间顺序的关系存在，也就是，移民是一种特定现象，其后才有可能对这种现象适用法律。因此，这两者之间并非那么绝对地互相排斥。移民，特别是人的移民，不论其发生于一国自然疆界之内或之外，是一种社会现象。因此，它属于法律的适用范围，所以，法律现象包括移民现象的这一

倾向，似乎同后者的生命力一样，都是很自然的，后者的生命力一贯地驱使它摆脱法律领域。

3. 这两者之间的配对关系，同群山一样老。最老的国际条约（拉美西斯二世法老和赫梯王所缔结，其条文尚刻于底比斯卡纳克墙上）显示，4000年以前，迁徙已由国际协定加以规定，迁徙工人在和平时期及战争时期的迁徙条件，也有规定。主权的、独立的社区之间人口的迁徙这一主题以及这一主题与法律之间的关系，却是很古老的主题。

4. 现代绝对没有改变这些关系的结构。在过去，国际迁徙牵涉到主权社区的政治和法律秩序。在今天，它牵涉到国家的秩序，以及连带牵涉到其存在基于国家意愿的那些实体的秩序。

5. 国家基于属人理由的管辖权，每次行使时都是因为发生某种（意外）事故，必须确定可适用的法律：原籍国的法律，过境国的法律，接受国的法律。因此，国际迁徙法有其历史背景：开始时，它的内容具有强烈的国家性，其后才具有国际方面的内容，特别是通过它在诉讼中的适用或联合制订迁徙法的秩序。从十六世纪到现代，国际迁徙自由时期或受限制时期，突出了这一主题的立法发展，它说明国家所占的重要地位：选择或被迫“迁徙”的人，开始时是某一国家的国民，其后属于接受国基于属人理由的管辖权范围，有时经由第三国领土过境。

6. 国际法、特别是条约法只有在最近才把国际迁徙的规范框架包括在内。

7. 有许多因素影响这一结果。在世界各地，国家逐渐成为确定人口特性的唯一框架，但却无需使其固定定居。通过大规模运输工具（海、陆、空）的发展，技术革命使原来彼此相隔非常遥远的人日益互相接近。由于世界各国的发展不平等，有些国家贫穷，迫使许多人从南半球迁徙到北半球，希望能找到幸福。在开始动机而言，这种为求美好生活而从南向北迁徙的情况，与19世纪大规模人口从欧洲向新世界（美洲、澳大利亚、新西兰）迁徙的情况，实际上并无不同。国家暴力将使大量人口通过边界壁垒的漏洞流出。物种生存突出了一切国家权力的虚构成份：它解释了今天全球性的难民现象。第一代国际组织的建立，有助于根据人道主义关切事项（来自欧洲的难民）和社会关切事项（奠定迁徙工人法律地位的基础）制订一套规范，然后由各处

（欧洲、非洲、美洲）建立的国际重新安置组织加以改善和发展。

8. 因此，国际迁徙的法律框架现在存在，但迁徙的地缘政治学似乎还没有一个完整的结构。

9. 这个框架在主题上缺乏统一概念。“迁徙”一词在《联合国宪章》中一次都没有出现，而《宪章》是在国际迁徙开始发生和关于这个主题的法律惯例充分确定之后很久才通过的。在19世纪以前，“迁徙者”一词没有普遍公认的国际定义。第一次世界大战之后，国际劳工局要从各国的法律去找出从外国移民和向外国移民的定义。要考虑整个迁徙现象，必须提一下1992年国际劳工大会的建议，该建议包括向外国移民、从外国移民、遣返和移民离国和回国时的过境问题。

10. 但是，国际迁徙法并没有提出一个关于迁徙现象的一般概念。其适用范围也很零碎，包括：自发迁徙、合法组织或准许的迁徙、强迫的或强加的迁徙、政治迁徙、经济迁徙、季节性迁徙、每年一次或几年一次的迁徙、大陆迁徙和跨洋迁徙。

11. 此外，对迁徙问题的关切，究竟是国内问题抑或是国际问题这一点，仍然争执未决。无可否认，这个问题有些方面只牵涉到向外国移民的国家（国籍、护照、健康），有些方面则只牵涉到从外国移民的国家（入境、出境、迁徙者归化）；这些都是国内关切的问题。另一方面，有些问题是国际范围的：过境和跨国迁徙问题；国家法律在外国领土的适用性问题；与已在外国领土居住的公民具体有关的问题（难民、被驱逐的人、无国籍的人）；在原籍国境外受雇但基本上打算回返原籍国的外国工人问题。

12. 对于国际迁徙问题的这种零碎现象，必须从划一的、全球的观点全面修订适用的制度。从如何制订制度的观点而论，此一制度必须使之划一。国际协调结构可保证其切实实现。

13. Richard Plender 已把有关国际迁徙法的条约、一般原则、相关的国内法条文和法院裁决编纂成两卷。¹ 第二卷扩充第一卷，除国内判例

¹ Basic Documents on International Migration Law 和 International Migration Law, 第二版, Richard Plender 编, Dordrecht, Martinus Nijhoff 出版社, 1988年。

和国际判例外，还把各国法律和 1793 年至 1986 年的条约和其他国际文书编目。这两本著作是这一主题的基本参考书。

14. 自这两本著作再版以来，出现了若干国内案文和国际案文：

(a) 条约

1988 年 1 月 8 日法国—西班牙秘密移民问题的协定；

西班牙王国政府和法兰西共和国政府间关于非法外侨在边界哨站入境问题的协定；

1990 年 6 月 15 日在都柏林签订的关于决定负责审查在欧洲共同体成员国之一提出的流亡申请书的国家的公约；

1990 年 6 月 19 日签订的执行 1985 年 6 月 4 日关于逐步取消共同边界管制的申根协定的公约；

1992 年 2 月 7 日签订的欧洲联盟条约，亦称马斯特里赫特条约。

(b) 国家法律

1986 年 11 月 6 日美国移民法 (1987 年 5 月 5 日生效)；²

1986 年 11 月 13 日 (西德) 议会通过的旨在限制在德意志联邦共和国寻求庇护者人数的“措施”；³

意大利 1987 年 1 月 27 日法律，其中制定“关于非来自共同体成员国工人的安置和待遇及禁止秘密移民的规范。”

(c) 法院裁决

1991 年 6 月 25 日 (法国) 宪法法院关于准许通过执行申根协定的公约的裁决；

1987 年 7 月 9 日欧洲共同体法院的裁决 (第 281/85、283-285/85 和 287/85 号合并案件)。

(d) 其他

1987 年 2 月 23 日欧洲议会法律事务委员会通过的关于限制行使庇护权问题的报告。

15. 关于这个专题，现有一套学说。⁴

⁴ (a) 书籍：Pierre Georges, *Les migrations internationales* (巴黎, Presses universitaires de France, 1976 年); Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movements of Persons between States* (牛津, Clarendon Press, 1978 年); 和 Richard Plender (见上文脚注 1)。

(b) 研究报告：Jorge Balán, *Las migraciones internacionales en el Cono Sur* (日内瓦, CIM, 1985 年); Ramiro Cardona, *Migraciones internacionales de los países del Pacto Andino* (日内瓦, CIM, 1985 年); Suzy Castor, *Migracion y relaciones internacionales (El caso haitiano-Dominicano)*, Santo Domingo, Universidad Autonoma de Santo Domingo, 第 523 卷, 1987 年; Nicole Catala, *Communauté économique européenne, jurisclasseur droit international* (1990) Fasc. 611, 第 9 到 12 号; Julien Condé, *Les migrations internationales Sud-Nord* (巴黎, 经合组织, 1986 年), 第 1 和第 2 卷; Julien Condé, *Les migrations africaines dans la Communauté européenne* (巴黎, 经合组织, 1992 年); Raymond Sarraute, “Réfugié”, *Répertoire de droit international – Encyclopédie Juridique*, Dalloz, 第 2 卷, 第 728 页; Eberhard Jahn, “Intergovernmental Committee for Migration”, *Encyclopedia of Public International Law*, 第 5 卷, 1983 年, 第 41 页; 和 “Migration Movements”, 同上, 第 8 卷, 1985 年, 第 377 页。

(c) 课程：Charles de Boeck, “L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique”, 《……课程汇编》，1927-III, 第 18 卷, 第 442 页; Stélio Sefériadès, “L’échange des populations”, 《……课程汇编》，1928-IV, 第 24 卷, 第 307 页; 和 Louis Varlez, “Les migrations internationales et leur réglementation”, 《……课程汇编》，1927-V, 第 20 卷, 第 165 页。

(d) 著作集：Migrazioni, *Affari sociali internazionali*, 米兰, 第 19 年, 第 1 和 4 号, 1991 年; “XIIe congrès de L’Institut international de droit d’expression française sur les mouvements de population”, *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 第 34 年, 第 1 号, 1980 年 1 月至 3 月; “Movimenti migratori: un problema globale”, *Politica internazionale*, 第 19 年, 第 5 号, 1991 年 9 月至 10 月; La Migration, *Revue internationale des sciences sociales*, 教科文组织, 第 36 卷, 第 3 号, 1985 年; Les migrations internationales au Moyen-Orient, *Revue tiers-monde*, 第 26 卷, 第 104 号, 1985 年 10 月至 12 月; 和 “Les travailleurs étrangers et le droit international”, *Société française pour le droit international*, 巴黎, Pedone, 1979 年。

(e) 文章：A. A. Afolayan, “Immigration and Expulsion of ECOWAS Aliens in Nigeria”, *International Migration Review*, 纽约, 第 22 卷, 第 1 号, 1988 年, 第 4 页; Reginald Appleyard, “Migration and Development: Myths and Reality”, 同上, 第 23 卷, 第 3 号, 1989 年, 第 486 页; Hans Arnold, “The ‘century of refugees’ - A European century?” *Aussenpolitik*, 汉堡, 第 42 卷, 第 3 号, 1991 年, 第 271 页;

(转下页)

² *United States Statutes at Large*, 第 100 卷, 1986 年, 第 4 部分, 第 99-603 号法律, 第 3359 页。

³ 见 *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, 第 140 卷, 1986 年 11 月 12 日到 12 月 11 日联邦议院会议简要记录。

16. 把“国际移徙法”这个项目列入委员会工作方案内，不论将来的成果是一项研究，一项公约草案，应该都不会遭遇任何重大反对。但是一般公众、甚至有专业知识的公众都只知道委员会的工作是拟订公约草案，不大知道它也可向大会提出特定的研究或报告。

17. 但是有一点误解必须予以澄清，委员会的工作不论采取什么形式，其成果都是经过长时间研究才产生的。工作方法是一件事；原则是永远不变的。最后成果的性质，则完全是另一回事，它是根据某一段时间对主题的兴趣而定，因此，由委员会自己决定。

18. 报告同条款草案不是两件毫不相干的

(接上页脚注4)

Maurice Bertrand, "Menaces: entre l'imaginaire et le réel", *Le Trimestre du monde*, 巴黎, 第1号, 1991年, 第93页; V. Dovonon, "L'OIT, l'ONU et les migrations: Coopération ou conflit de compétence?", *Revue de droit international et de droit comparé*, 布鲁塞尔, 第66卷, 第1号, 1989年, 第24页; Dennis Gallagher, "The Evolution of the International Refugee System", *International Migration Review*, 第23卷, 第3号, 第579页; Jean-Pierre Gomane, "La palette des périls", *Défense nationale*, 巴黎, 第43卷, 1987年, 第77页; Jean-Pierre Hocké, "Réfugiés et migration: de la dérive européenne à l'urgence d'une action en accord avec les valeurs proclamées", *Cadmos*, 巴黎, 第13年, 第50号, 1990年, 第88页; Rainer Hofmann, "Refugee Law in Africa", *Law and State*, Tübingen, 第39卷, 1989年, 第79页; Charles Leben, "La circulation internationale des personnes et le droit international", *Annales de la faculté de droit et de sciences politique de Clermont-Ferrand*, 巴黎, 第15卷, 第1号, 1978年, 第629页; Donatella Luca, "La notion de 'solution' au problème des réfugiés", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 日内瓦, 第65卷, 第1号, 1987年, 第1页; David A. Martin, "Effects of International Law on Migration Policy and Practice: The Uses of Hypocrisy", *International Migration Review*, 第23卷, 第3号, 1989年, 第547页; Richard Perruchoud, "L'Organisation internationale pour les migrations", 《法国国际法年鉴》, 第33卷, 1987年, 第513页; Gérard Prunier, "La communauté indienne d'Ouganda des origines à l'expulsion", *Le mois en Afrique*, 巴黎, 第16年, 1981年, 第61页; Larbi Talha, "La migration des travailleurs entre le Maghreb et l'Europe", *Revue française d'études méditerranéennes*, 1975年, 第65页; 和 Lovemore M. Zinyama, "International migrations to and from Zimbabwe and the influence of political changes on population movements, 1965-1987", *International Migration Review*, 第24卷, 第4号, 1990年, 第748页。

(f) 报告: "Trends and Characteristics of International Migration since 1950", *Demographic Studies No. 64* (联合国出版物, 出售品编号 E.78.XIII.5) (ST/ESA/SER.A/64); 和联合国, "Conclusions on the International Protection of Refugees", 日内瓦, 1991年。

事。委员会曾就一些专题和次专题提出最后报告。相反的，若干其它专题超越这一阶段，达到条款草案地位。一项公约草案虽然不一定为了同一目标（报告和编纂），但它在委员会框架内的拟订工作，也必须编写报告，同时，在这一范围内，特别报告员必须从事长时间的工作，与任务受时间限制的报告员不同。从这一观点而论，此一关于国际移徙法的“纲要”或“摘要”在类型上与报告非常相同，同公约草案则明显有别。

19. 最后，不管这两类型文件的目的如何（但也由于它们的目的），它们的正式结构不同。人们可以编写任何类型的关于国际移徙法的报告，但不能随便编写任何关于国际移徙法的公约草案。

20. 人们也许对着手编写关于国际移徙法的条款草案有点犹豫，考虑到这个专题已有国际法规则规定，所以已有关于它的特定规则存在：逐步发展或编纂，在此并无必要。

21. 但是，还没有一个关于国际移徙的一般法律概念。国际移徙这一专题的发展大约是在国际人道主义法与国际社会法之间进行。这两个科学所界定的规则，其执行单方面受国家各种政策的限制，这些政策由国家按其本身对移徙现象的处理办法决定，即使它们因为是某些重新安置组织的成员而声称接受国际法的至高权威。这些政策一般都是闭门政策，影响到其他国家和个人的权利；一般保护机制的权利必须予以界定。但设计这种机制和确保其效力，似乎有一个先决条件，就是国际移徙的概念必须获得各国和国际组织的支持。

22. 拟订一般性概念意味着拟订一项关于适用于国际人口移动的原则和规则的一般性公约。其结果是减低难民事务高级专员在这一领域的独占权力。红十字国际委员会及国际移徙组织等非政府组织参与此一工作不仅提高其作为国家主要对话者的作用，而且也加强推动其制度化。国际移徙法在法律和制度方面不成体系的影响可因而减轻，因为公约的目的就是要用一个根据当前国际移徙趋势建立的比较划一的制度来代替该法。因此，联合国在敦促各国接受一项适用于人口移动的规则的共同制度方面，其整个政策重点应在调整传统规则，使其适应新的问题。

23. 以人口移动的概念代替“移徙”的概念，是因为希望能掌握整个现象所有不同方面的实际情况。这个现象已有改变。适用于这个现象的法律怎能落在人口移动情况之后？因此，一项

关于
符合
的利

2
中的
主义
伴随
一趋
一团
干预
部分
移徙
预防

1
审议
员会
和反
长期
条约
法委

2
国际
划组
不提
能性

3
题。
做，
的来

1
辩论
2

段。

3

4

A/CN.
年鉴》

关于适用于国际人口移动的法律的一般公约草案符合此一需要，即按照三套利益加以更新：国家的利益，个人的利益和国际社会的利益。

24. 国际移徙的新的世界秩序将在日益形成中的全球秩序中得到远远超越传统理想主义或抽象主义的衡量标准。必须有直接而秩序井然的尝试来伴随和支持全世界改向民主意识形态的趋势，而这一趋势使看来是非法的干预权更失去合法地位。这一团结精神目前成为一项原则，它可作为一国政府干预另一国国内事务的合法理由，亦可作为一国某部分人口在不怕不被接受的情况下，即使短时间地移徙至另一国的合法理由。因此，法律的作用在于预防恣意驱逐，并对过境走廊、居留和入境（为何

不包括入境？）提供法律保护。将来可以看出，预防和保护是一致的：移徙学说 (Bertrand、Hocké、Perruchoud) 所主张的保护，毕竟是整个目标。

25. 但是国际移徙的法律政策要能实际可行，必须受到有效监督；因此必须建立监督机制。此一必要是基于必须（或与之有关的）确定管理移徙行动的机构渠道，从援助和筹资渠道以至定居、恢复社会生活和回返渠道。重新调整国家的作用（权利和义务），使现行的区域组织参与（咨询事务和援助），鉴定特别是国际一级的伙伴，参与监督移徙行动方案的执行；这一整个指派和协调任务及作用的制度，可按照一个整体的概念，在同一法律文书中完成预防机制。

与对条约的保留有关的法律和惯例， 阿兰·佩莱先生的概述

1. 第六委员会在大会第四十六届会议期间审议国际法委员会报告时，有人建议在国际法委员会的长期工作方案内编入“对多边公约的保留和反对保留的法律影响”的标题。¹ 规划组设立的长期工作方案工作组讨论这个题目，并把“与对条约的保留有关的法律和惯例”列入可适合国际法委员会研究的简短专题一览表。²

2. 工作组指出这个专题“可适合迅速列入国际法委员会的议程和可成为编纂的对象”。规划组虽然“不反对这个结论，决定在（该）阶段不提出任何建议，并在评价其它专题所提供的可能性后才恢复处理此事项”。³

1. 委员会以前的工作

3. 委员会几次被要求审议对条约的保留的问题。它在制订条约法的条款草案时曾第一次这样做，而这些草案有可能成为《维也纳条约法公约》的来源，其中第 19 至第 23 条专门涉及保留。⁴

¹ 见秘书处为大会第六委员会在第四十六届会议期间的辩论所编的专题概要 (A/CN.4/L.469 号文件)，第 422 段。

² 规划组的报告 (A/CN.4/L.473/Rev.1 号文件)，第 21 段。

³ 同上，第 23 段。

⁴ 特别见《1951 年……年鉴》，第二卷，第 1-17 页，A/CN.4/41 号文件，詹姆斯·布赖尔利的报告；《1953 年……年鉴》，第 90-162 页，A/CN.4/63 号文件，赫希·劳特帕赫

4. 经过犹豫一段时间之后，这些条款的案文几乎逐字和以相同编号列入《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》。⁵

特爵士的报告；《1962 年……年鉴》，第二卷，第 31 页，A/CN.4/144 号文件，汉弗莱·沃尔多克爵士的第一次报告，尤其是关于条约法条款草案第 17-19 条和有关评论的第 59-69 页，及第 73-80 页，和附录（“对多边公约的保留问题的历史摘要”）；《1965 年……年鉴》，第二卷，第 1 页，A/CN.4/177 及 Add.1 和 Add.2 号文件（汉弗莱·沃尔多克爵士的第四次报告），尤其是第 15-16 页（第 1 段(f)分段“保留”）和第 45-56 页（第三章）；同上，第 79-114 页，A/5687 号文件，秘书长关于与保留有关的保管惯例的报告；及《1966 年……年鉴》，第二卷，第 183 页，A/6309/Rev.1 号文件，委员会关于第十七届会议第二部分工作的报告，特别是对第 2 条（前第 1 条）评注的第 11 段，第 204 页和第 218-226 页（第 2 节，对多边条约的保留）。

如要有关作品的较详细一览表，见“国际法委员会在其第十八届会议上通过的条约法条款草案指南（1966 年）”（A/C.6/376 号文件），第 72-80 页；Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, 巴黎, Pédone, 1979 年，第 489-492 页；和 Shabtai Rosenne, *The Law of Treaties: A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1970 年，第 182-187 页。

⁵ 特别见《1975 年……年鉴》，第二卷，保罗·勒泰先生的第四次报告，第 35-39 页；《1977 年……年鉴》，第二卷（第二部分），委员会向大会提交的报告，第 105-116 页；《1981 年……年鉴》，第二卷（第一部分），保罗·勒泰先生的第十次报告，第 55-64 页；同上，第二卷（第二部分），委员会向大会提交的报告，第 135-140 页；及《1982 年……年鉴》，第二卷（第二部分），委员会向大会提交的报告，第 32-37 页。

5. 保留问题也是《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第20条的专题。⁶

2. 通过实践和理论由专题引起的主要问题

6. 如劳特帕赫特爵士在其关于条约法的第一个报告所指出：

“对多边条约的保留的题目是个异常——事实上令人困惑——复杂的题目，因此人为地简化一个固有复杂的问题是毫无用处的。”⁷

7. 《维也纳条约法公约》第19至第23条：

“明显是《公约》的主要部分之一，因为技术上它们很精确和使多边公约制度很灵活。”

值得赞扬。⁸

8. 不过，如委员会指出的，随勒泰先生后，

“按照其关于国家和国际组织间或两个国际组织或以上相互间的条约问题，即使就国家间的条约来说，保留问题一直是个棘手而引起争议的问题，(1969年)《维也纳公约》的规定并未消除所有这些困难。”⁹

9. 一般来说，作者赞同这个意见和强调三部相关《维也纳公约》(见上文第3至5段)使在适用保留的法律制度方面的重大不稳定因素继续存在。此外，这种不稳定因素从国家和国际组织往往犹豫而不肯定的做法反映出来。

10. 专门讨论对条约的保留有大量文献这一点证明有关非常技术性并极为复杂但具有异常的实际重要性问题的理论一律混淆不清。正如 José Maria Ruda 强调指出的：

⁶ 特别见《1970年……年鉴》，第二卷，第27页，A/CN.4/224及Add.1号文件，汉弗莱·沃尔多克爵士的第三次报告，尤见第46-52页；《1972年……年鉴》，第二卷，委员会提交大会的报告，第260-265页；《1974年……年鉴》，第二卷(第一部分)，弗朗西斯·瓦莱特爵士的第一次报告，尤见第50-55页；及同上，委员会提交大会的报告，第222-227页。

⁷ 《1953年……年鉴》，第二卷，第90页，A/CN.4/63号文件，尤见第124页。

⁸ 保罗·勒泰先生关于国家和国际组织间或两个国际组织或以上相互间缔结条约的问题的第4次报告，《1975年……年鉴》，第二卷，第36页。

⁹ 《1982年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32页，对第2节的评注第(1)段。

“对多边条约的保留的问题是现代国际法中最引起争议的题目之一。”¹⁰

11. 在这方面无须回顾在处理条约法的著作，甚至在关于一般国际法的条约和手册中有大量专门涉及保留的条款。¹¹ 在这个原已很长但尚不

¹⁰ “对条约的保留”，《……课程汇编》，1975-III，第146卷，第95页。

¹¹ 特别见和只是作为关于条约法的一些标准著作的例子：Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, 巴黎, Economica, 1985年, 第71-77页；Taslim O.Elias, *The Modern Law of Treaties*, 莱顿, A. W. Sijthoff, 1974年, 第27-36页；McNair 勋爵, *The Law of Treaties*, 牛津, Clarendon 出版社, 1961年, 第158-177页；Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 伦敦和纽约, Pinter 出版社, 1989年；Ian Sinclair 爵士, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 曼彻斯特, 英国, 曼彻斯特大学出版社, 1973年, 第40-50页, 第二版, 1984年, 见上述。

自通过1969年《维也纳条约法公约》以来，在著名的保留专题著作中列入新的全面研究著作。在1969年前出版的作品中特别见：D. R. Anderson, “Reservations to Multilateral Conventions: A Re-examination”, *The International and Comparative Law Quarterly* (伦敦), 第13卷(1964年), 第450页；William W. Bishop, Jr., “Reservations to Treaties”, 《……课程汇编》，第103卷(1961-II), 第245页；Gerald Fitzmaurice, “Reservations to multilateral conventions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 第二卷(1953年), 第1页；Kaye Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux* (巴黎, 法律和法学总书局, 1958年)；Dietrich Kappeler, *Les réserves dans les traités internationaux*, 巴塞尔, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1958年；H. W. Malkin, “Reservations to multilateral conventions”, 《英国国际法年鉴》，第7卷(1926年), 第141页；Luis A. Podesta Costa, “Les réserves dans les traités internationaux”, *Revue de droit international*, 1938年, 第1号, 第1-52页；Christian Tomuschat, “Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: Comments on articles 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the law of treaties”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht*, 第27卷(1967年), 第463页；和 Edoardo Vitta, *Le riserve nei trattati* (都灵, Giappichelli, 1957年)。

在通过《1969年维也纳公约》后出版的专题著作中，特别见：Derek W. Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties”, 《英国国际法年鉴》，第48卷(1976-1977年), 第67页；Mohammed Ahsen Chaudri, “Reservations to Multilateral Treaties”, *De Lege Pactorum: Essays in Honor of Robert Renbert Wilson*, Durham, 北卡罗莱那州, Duke University Press, 1970年, 第40页；Richard W. Edwards, Jr., “Reservations to treaties”, *Michigan Journal of International Law*, 第10卷, 第2号(1989年), 第362页；John K. Gamble, Jr., “Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice”, 《美国国际法杂志》，第74卷, 第1号, 1980年, 第372页；V. F. Gubin, “Reservations in International Law” (俄文), *Pravovedenie*, 第5号(1972年), 第84页；Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties* (阿姆斯特丹,

(转下页)

完
国
殊
到。

不
问
是
必
须
纳
么

的
万
的
在
以
外

所
第
的
问
19
三
法
右
论”

(接上

北
荷。
Jean
intern
Intern
页；
chtlic
Nieto
Conv
1974
traités
法综
Ernest
de 19
intern
168
了
“Res
Intern

conce
Treati
Manfr
第32

20
条；

完整的一览表内应列入许多专门研究保留方面的各国惯常做法和论述对某一公约、某类条约或一些特殊问题的保留的专著。其中一些著作将在下面提到。

12. 在这些提交的文件必然有限的构架内，不可能一一列出适用于保留的法律制度所引起的问题。所能做的只是制订一个不完整的一览表，必须从1978年，1986年，特别是1969年《维也纳公约》开始。¹²

13. 为了便利说明起见——不过以不大自然的方式——与下列方面有关的问题：(a) 这些公约的存在；(b) 其意义不明确；(c) 其空白将相继加以处理。

(a) 由列入维也纳条约法公约的保留的规定所引起的问题

14. 随着时间的转移，有关《1969年公约》所载的保留的规定是否属于编纂方面或逐渐发展的问题大致上已过时。另一方面，毫无疑问，第19至第23条开辟新的领域，(有时按一些人的看法在很大程度上)特别是对保留“作出实际推论”；¹³但另一方面，这些规定就加强或使早已

(接上页脚注11)

北荷兰出版公司，1988年)；Imbert，上引书(见上文脚注4)；Jean K. Koh, "Reservations to multilateral treaties: How international legal doctrine reflects world vision", *Harvard International Law Journal*, 第23卷, 第1号(1982年), 第71页；Rolf Kühner, *Vorbehalte zu multi-lateralen Völkerrechtlichen Verträgen*, 柏林, Springer-Verlag, 1986年；Rafael Nieto Navia, "Las reservas a los tratados multilaterales en la Convención de Viena de 1969", *Rev. Universitas* (波哥大), 1974年6月, 第283页；Joseph Nisot, "Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969", 《国际公法综合杂志》, 第77卷, 1973年, 第1号, 第200页；Ernesto J. Rey Caro, "Las reservas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados", *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario) (1972年), 第168页；Ruda, 见上引(上文脚注10)；和 Renata Szafarz, "Reservations to Multilateral Treaties", *Polish Yearbook of International Law*, 第二卷, 1970年, 第239页。

¹² 见 Karl Zemanek, "Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Études de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, 海牙, Martinus Nijhoff 出版社, 1984年, 第323页。

¹³ Imbert, 上引书(见上文脚注4), 第87页, 尤见第20条第5款和第21条第3款。

存在的趋势“结晶化”。¹⁴

“不过，自《维也纳公约》开放签订二十(多)年来，有关该条约所列的保留的规定已基本被视为明智，并且起适当的肯定作用。”¹⁵

这种加强——属于部分性质——(见上文第16-17节)是由几个因素造成的，特别是：

- (a) 反映出通过时的国际社会状况的规定；
- (b) 它们是使多边公约更灵活、更公开的一般趋势的一部分；
- (c) 此外，它们在维也纳会议上获得几乎一致通过；
- (d) 又列入1986年公约。

15. 这些考虑因素导致国家基本上遵守这些规定，不管它们是否批准《公约》，即使象法国这样并未签订《公约》¹⁶的国家，导致国际法院和仲裁人认为规定是惯例的表达。在这方面，提到1977年6月30日英法仲裁法院有关划定大不列颠及北爱尔兰联合王国和法兰西共和国间的大陆架界线案件的决定(下称“Mer d'Iroise”(“伊鲁瓦兹海”)案)。¹⁷

16. 不过这个结论只有提出某些保留后才能予以强调：

- (a) 法院作出决定的方式不大明确：

(一) 在“伊鲁瓦兹海”案中，仲裁法院

¹⁴ 例如，见 R.R.Baxter, "Treaties and custom", 《……课程汇编》(1970-I), 第129卷, 第48页。

¹⁵ Edwards, Jr., 上引书(见上文脚注11), 第365页。

¹⁶ 关于联合王国，见 Ian Sinclair 爵士在《国际法美国学会第78届年会的会议记录》(1984年)中的声明，第273-274页；关于美国，见 Robert Dalton 的声明，同上，第278页。

¹⁷ 联合国, *Collection of Arbitral Judgements*, 第18卷(出售品编号 E/F.80.V.7), 第37、38、58-66段, 和 *International Law Reports*, 第54卷(1979年), 第35-36页和第44-45页。比较: Imbert, "La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume Uni de la Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord", 《法国国际法年鉴》第24卷(1978年), 第29页；A.E.Boyle, "The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration", *The International and Comparative Law Quarterly* (伦敦), 第29卷(1980年), 第498页；和 Giorgio Gaja, "Unruly Treaty Reservations", 载于 *Le droit international a l'heure de sa codification: Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, 米兰, Drott. A. Giuffrè, 1987年, 第一卷, 第307页。

提到《1969年维也纳公约》第2条第1款(d)项中的一项保留的定义,指出双方都接受该定义(决定第55段),并似乎是使一般国际法规定和《公约》第21条第3款所列的规定相互关联而不是对《公约》在编纂方面的价值表明一般立场(决定第61段);

(二)在“Temeltasch”案中,欧洲人权委员会认为《公约》“主要载列习惯法内已存在的规定,并且基本上属于编纂性质。”¹⁸

(b)虽然《公约》有时在一些重点方面有空白,并且未能预见适用在制订《公约》时尚未引起的问题的规定,《公约》对于目前并未或不密切经常注意新的做法均可作为一个起点。¹⁹有一名作者指出,

“《维也纳条约法公约》带来了平静……不过,《维也纳公约》——也许是国际上在编纂方面所作出最成功的努力——并未冻结法律。《公约》的规定反而形成其未来发展的结构。”²⁰

(c)最后,并且最重要的是,国家关于某些点的惯常做法或一些国家的做法违反《1969年公约》的规定。在这方面特别见Giorgio Gaja所著的“不合规定的条约保留”,²¹作者用例子相继审查了与下面有关的惯常做法:

(一)批准后的保留²²(与《公约》第2条

¹⁸ 1981年10月12日的决定,欧洲人权委员会,《决定和报告》,第26卷,第9116/80号,第217页,第68段。参看Imbert,“Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire Temeltasch)”,《国际公法综合杂志》,第87卷,第3号,1983年,第580页和《The International and Comparative Law Quarterly》,1984年,第33卷(第三部分),第558页。

¹⁹ 请参看联合国秘书长关于缔约国可以提出保留意见的阶段立场:

“秘书长认为,在大会未提出新的文书前,他无权按《维也纳公约》的规则将其做法进行违背目前文书的调整。”

联合国,《1975年法律年鉴》,第204页,和同上,1981年,第150页。

²⁰ Edwards, Jr., 见上引(见上文脚注17),第405页。

²¹ 见上引(上文脚注17),全篇,第307-330页。

²² 同上,第310-313页。

第1款(d)项和第19条的规定相反);

(二)国家不理会有关不接受保留的第19条的规定,²³尽管这个条款的措词不明确;

(三)不遵守暂缓的条件,即如第20条第5款所规定要经过一年的时间国家才能够成为《公约》缔约国;²⁴

(四)反对保留的效力,²⁵尽管在这里第20条第4款的规定也是似乎特别不明确。

17. 这些论点的重要性各异。然而,它们提议一个谨慎的办法和反对以下的结论:适用于《1969年公约》所述要点的保留的规定绝对明确;《1986年公约》在这方面的惯常做法似乎并不存在。

(b) 1969年、1978年和1986年《维也纳公约》中关于保留的条款含糊不清之处

保留的定义和范围

18. 1969年的《公约》(第2条第1款(d)项)、1978年的《公约》(第2条第1款(j)项)和1986年的《公约》(第2条第1款(d)项)中对保留所下的同样的定义虽然在其范围内令人满意,但是有一些导致含混的没有说明的地方,这常常成为相当棘手的问题。第一点没有说清的地方涉及对双边条约提出保留的可能性,这在实际上不太重要,但在理论上令人不快。问题还是出现,这是因为:维也纳会议对1969年公约第二部分第二节的标题的修正(用“保留”取代“对多边条约的保留”); travaux préparatoires 的意义含糊;²⁶有些接受“理论上保留可对双边条约起作用”这一事实的人的意见。²⁷

19. 实际上更令人关切的是保留与“解释性

²³ 同上,第313-320页。

²⁴ 同上,第320-324页。

²⁵ 同上,第324-329页。

²⁶ Edwards, Jr., 见上引(见上文脚注11),第402-405页。

²⁷ 见保罗·勒泰先生的第四次报告(见上文脚注5),第36页。

声明”
后者,

20
面应

《公
这方面
案²⁹

会关于
洲人权
中的制
日在‘
但是这
解释性
的。此

对保留

2

公约
定义
含糊
评估

的有效

2

同其
用了这
年法院

2

况,反
边条约
相反

28
interpre
(1978²

29

30

31

Decisio
Cohen-
droits
(1988)
年,第

32

33

34

声明”之间的差别，各国似乎越来越频繁地使用后者，而《公约》对此没有任何说明。²⁸

20. 从最近的判决得出的结论是，在这一方面应将摘要放在一边，如果“解释性声明”符合《公约》规定的定义，应将其作为真正的保留。在这方面，请参照1977年6月30日“伊鲁瓦兹海”案²⁹的仲裁决定（裁决第55段）；欧洲人权委员会关于“Temeltasch”案³⁰的报告（第73段）；欧洲人权法院在1988年4月29日在“Belilos”案³¹中的裁决；联合国人权事务委员会1989年11月8日在“T. K. et M. K. v. France”案³²中的决定。但是这些决定还证实了一点，即要区别“有条件的解释性声明”和“纯解释性声明”³³是很困难的。此外，后者的法律效果仍不清楚。

对保留的有效性之确定

21. 在这一点上，1969年和1986年维也纳公约规定意义模糊的情况可能最为明显，这种意义含糊源自第19条所用的含糊的措词，以及用来评估《公约》所规定的——或没能规定的——保留的有效性的办法至少缺乏精确性。

22. 如勒泰指出，

“如果条约没有说明，唯一被禁止的保留就是那些同其‘目标和宗旨’不符的保留，《维也纳公约》再次使用了这个概念，尽管该公约的解释仍然同它首次在1951年法院咨询意见中出现时一样的不确定。”³⁴

23. 第20条第2款没有消除这种不确定的情况，反而加强了不确定性。该款重新提出了关于多边条约的条约目标和宗旨标准，并且似乎暗示一种相反的情况：“如果所有缔约国都接受，就可以核

²⁸ 特别是见 D.M.McRae, “The legal effect of interpretative declarations”, 《英国国际法年鉴》, 第49卷(1978年), 第155页。

²⁹ 见上文脚注17。

³⁰ 见上文脚注18。

³¹ European Court of Human Rights, *Judgements and Decisions*, 系列A, 第132卷, 第40-49段(对照: Gérard Cohen-Jonathan, “Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)”, 《国际公法综合杂志》, 第93卷, 第2号, 1989年, 第273页)。

³² CCPR/C/37/D/220/1987号文件, 附件。

³³ McRae, 见上引(见上文脚注28), 第160页。

³⁴ 上引书(见上文脚注11), 第63页。

可一项同条约的目标和宗旨不符的保留。”³⁵此外，这些多边条约的定义非常不明确。³⁶

24. 如果如委员会各特别报告员所提议，各项公约界定了如何判断一项保留同与其有关的规则的相容性的方式，这些意义含糊的问题将是一个次要问题。但情况不是如此。³⁷各项公约让每一个国家自己评估保留的有效性，不论它是原来提出保留的国家，还是该保留是由另一个国家提出的。此外，第20条第4款(b)项显示，除了在非常罕见的情况下（一个国家提出反对说，它不打算受保留国的约束）条约应对有关两国生效。不可否认的事实是，1969年4月25日维也纳会议所提的这项规定不符合委员会的草案，因此，同草案³⁸导致的案文其余部分不符。

25. 尽管如此，在这种情况下第19条所述保留的有效性标准似乎“只是原则主张”。³⁹只有在国际法院有权评估保留是否有效时，这种标准才会超越原则主张的范围。在这方面，参见欧洲人权法院在“Belilos”案中的判决⁴⁰（第50-60段）、1990年5月22日在“Weber”案⁴¹中的裁决和欧洲人权委员会1991年3月对“Chrysostomos et al.”等案⁴²的报告。

反对保留的制度

26. 1969年通过并在1986年再度使用的反

³⁵ 同上。

³⁶ 见 Imbert, 上引书(见上文脚注4), 第109-120页, 及 Jacques Dehaussy, “Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies”, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, 日内瓦, Institut universitaire des hautes études internationales, 1968年, 第305页。

³⁷ 见 Imbert, 上引书(见上文脚注4), 第93页。

³⁸ 见 Zemanek, 见上引(见上文脚注12), 第329-333页。

³⁹ 尤见 Ruda, 见上引, 第390页。又见 Edwards, Jr., 见上引(见上文脚注10)。并见 Gaja, 见上引(见上文脚注17), 第313-320页; Imbert, 上引书(见上文脚注4), 第134-137页; Reuter, 上引书(见上文脚注11), 第74页。

⁴⁰ 见上文脚注31。

⁴¹ 《欧洲人权法院, 判决和决定》, 系列A, 第177卷, 第36至38段。

⁴² 欧洲人权委员会, *Decisions and Reports* (1991年3月), *Revue universelle des droits de l'homme*, 第三卷, 第3号, 1991年, 第193页。

对保留的制度的基本思想很明确：容许最大的灵活性。但是，该制度非常不明确，实践显示其含糊不清的问题非常严重。

27. 第一个含糊不清的问题同反对的实质范围有关。最低限度，反对的后果是“保留所涉的条款，在保留范围内不适用于两个国家”。⁴³ 但是，要确定“保留的范围”不是总是很容易的。在这方面出现了一些困难问题，特别是当其涉及反对一个国家对《维也纳公约》第 66 条所作的保留，以及这种保留对有关国家之间适用第 53 条和第 64 条的影响时。⁴⁴

28. 在解释 1969 年和 1986 年公约方面，一个同样困难的问题是：是否容许反对一个条约既不禁止也不违反条约的目标和宗旨的保留，以及这种保留的范围。实际情况中所提供的解决办法是令人怀疑的，而原则提供了截然不同的各种答案。⁴⁵

29. 但是，各国总是以它们所质疑的保留是不容许的作为它们提出反对的理由。但是这里，实际情况前后不一致，而且各有各的说法。有些人认为条约所禁止的保留使批准无效，因此该国不是条约缔约国，反对纯粹是声明性质。⁴⁶ 但目前流行的理论与此相反，并认为《维也纳公约》第 21 条第 3 款没有区别容许的和不容许的保留，因此，自相矛盾的是，“一个简单的反对（……）的价值只能同一项解释性声明相比”。⁴⁷ 仲裁法院似乎已对大不列颠及北爱尔兰联合王国和法兰西共和国之间大陆架界限的案件达成了同样的决定（“伊鲁瓦兹海”案，⁴⁸ 裁决第 61 段）。

⁴³ 《1969 年维也纳公约》第 21 条第 3 款。

⁴⁴ 见 Charles de Visscher, “Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités”, *Revue belge de droit international*, 第八卷 (1972-2) 第 416 页。并见 Edwards, Jr., 见上引 (见上文脚注 11), 第 325 页, 及 Imbert, 上引书 (见上文脚注 4), 第 265-267 页。

⁴⁵ 例如, 比较鲍威特, 见上引 (上文脚注 11), 第 86-87 页和 Zemanek, 见上引 (上文脚注 12), 第 333-336 页。

⁴⁶ 见鲍威特, 见上引 (上文脚注 11), 第 83-84 页。

⁴⁷ 勒泰, 上引书 (上文脚注 11), 第 75 页。同样, 见 Gaja, 见上引 (上文脚注 17), 第 327 页; Koh, 见上引 (同上), 第 102-103 页; Nisot, 见上引 (同上), 第 203 页; Ruda, 见上引 (上文脚注 10), 第 199-200 页; 辛克莱, 上引书 (上文脚注 11) 第 76-77 页; 及 Zemanek, 见上引 (上文脚注 12), 第 76-77 页。

⁴⁸ 见上文脚注 17。

(c) 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》中关于保留条款的空白

保留对条约生效的影响

30. 这个重要的和经过广泛辩论的问题对保存者来说是严重困难的源头，并且在有关公约中没有对此问题作出答复。秘书长，作为保存者，在这方面所采取的作法——此作法在 1975 年已作了修正——⁴⁹ 已成为相当严厉的理论性批评的对象。⁵⁰

31. 此外，美洲人权法院在 1982 年的意见是，不论一个国家是否提出保留，在批准书或加入书交存之日起，该条约即对该国生效。⁵¹ 有些人接受这种立场，⁵² 但另一些人质疑这种意见是否符合维也纳公约第 20 条第 4 和第 5 款。⁵³ 还有理由质问，该法院所用的解决办法是否只反映美洲国家间公约的特殊性质，而不是反映任何一般性的考虑 (见下面第 58-63 段)。

同某些条约特殊目标有关的问题

32. 各项主要的编纂法律的公约，由于其普遍性，理所当然地忽视由于某类条约的特殊目标和性质所产生的某些问题。但是，这些问题常常出现在某些领域，特别是同国际组织的组织法有关，以及同人权条约有关，更一般的是同直接制订个人权利的条约有关。

⁴⁹ 比照 *Repertory of Practice of United Nations Organs*, 补编第 5 号, 第五卷, 内容涵盖 1970 年 1 月 1 日至 1978 年 12 月 31 日, 第 102 条, 第 162 页。

⁵⁰ 见 Imbert, 上引书, 第 277-282 页及 “A l’occasion de l’entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités -- Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire-général des Nations Unies dans l’exercice de ses fonctions de dépositaire”, 《法国国际法年鉴》, 第 26 卷 (1980 年), 第 524 页, 并见 Henry H. Han, “The U.N. Secretary-General’s treaty depositary function: Legal implications”, *Brooklyn Journal of International Law*, 第 14 卷, 第 3 号 (1988 年), 第 562-565 页。

⁵¹ 1982 年 9 月 24 日的 Advisory Opinion OC-2/82, Inter-American Court of Human Rights Judgments and Opinions, 系列 A, 第 2 号; 并见 *International Law Reports*, 第 67 卷 (1984 年), 第 559 页; 及《国际法律材料》第 22 卷 (第 1 号), 第 37 页。

⁵² 见 Rosenne, *Developments in the Law of Treaties*, 1945-1986 年, 剑桥大学出版社, 1989 年, 第 435-436 页。

⁵³ 尤见 Edwards, Jr., 见上引 (见上文脚注 11), 第 401 页, 或 Gaja, 见上引 (见上文脚注 17), 第 321-322 页。

不挂
可能

3
是基
域, 且
的条
对其
民, 反

3:
有监督
是否有
欧洲人
公约》
的权力

54
上文脚注
“Reserv
tions”,
页。

55
院裁决策

56

57

文脚注 1
在 “Bel
“Waher”

(一) 对国际组织组织法的保留

33. 虽然 1969 年和 1986 年公约并没有完全不提这个问题, 但是第 20 条第 3 款远远没有解决可能而且的确产生的所有问题:

- (a) 组织法的概念并不是绝对明确的, 因此可以质问, 第 20 条第 3 款所列的规则是否适用于此种文书可能包括的任何规范条款;
- (b) 这种规则是否包括解释性声明, 如果确是如此的话, 谁决定其确切性质 (见上文第 18-20 段)?
- (c) 哪一个机构有权接受这种保留?
- (d) 这种接受的确切范围为何? 特别是, 其他会员国是否受其约束, 因此不能对保留表示反对?⁵⁴

(二) 对人权条约的保留

34. 一般性保留制度虽然非常灵活, 它主要是基于互惠概念,⁵⁵ 这是一个很难转用到人权领域, 或转用到其他领域的概念。⁵⁶ 由于这个领域的条约旨在不加区分地适用于全人类, 因此不能对其作出保留和反对, 特别是, 对于保留国的公民, 反对国不能免去其根据条约所承担的义务。

35. 同其他条约相比, 人权条约更普遍地具有监督机构, 因此会产生一个问题, 即这些机构是否有权评估保留的有效性。欧洲人权委员会和欧洲人权法院已认为由于《保护人权与基本自由公约》所产生的“客观义务”, 它们具有这方面的权力。⁵⁷

⁵⁴ 关于所有这些问题, 特别参看: Imbert, 上引书 (见上文脚注 4), 第 120-134 页, 及 Maurice H. Mendelson, “Reservations to the constitutions of international organizations”, 《英国国际法年鉴》, 第 45 卷 (1971 年), 第 137 页。

⁵⁵ 比照 “Certain Norwegian Loans”, 判决, 《国际法院裁决集》, 1957 年, 第 24 页。

⁵⁶ 见 Imbert, 上引书 (上文脚注 4), 第 250-260 页。

⁵⁷ 见欧洲人权委员会对 “Temeltasch” 案的报告 (上文脚注 18) 第 63-65 段, 以及 (下述例子不那么明确) 法院在 “Belilos” 案 (上文脚注 31) 的判决第 50 段和 “Weber” 案 (上文脚注 41) 的判决第 37 段。

36. 这导致第三个问题, 即一个被宣布无效的保留对保留国参与条约具有何种影响? 在 “Belilos” 案中, 欧洲人权法院认为保留国毫无疑问地仍是公约的缔约国 (第 60 段)。⁵⁸

37. 在有关条约的条款中, 对人权和人道主义条约作出保留所产生的问题的特殊性也是极明显的, 对这个问题常常有不同的解释。

38. 在这个问题方面已有许多文献。⁵⁹

⁵⁸ 见欧洲人权委员会对 “Chrysostomos” 案的报告 (见上文脚注 42)。

⁵⁹ 尤见: Angela Bonifazi, “La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, 载 *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974 年, 第 301 页; I. Cameron 和 F. Horn, “Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case”, 《德国国际法年鉴》, 柏林, 第 33 卷 (1990 年), 第 9 页; Antonio Cassese, “A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)”, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (日内瓦, Institut universitaire des hautes études internationales, 1968 年), 第 266 页 (并见 Cassese, “Una nuova clausola sulle riserve”, *Rivista di diritto internazionale*, 第 50 卷, 第 584 页和 “Su alcune 'riserve' alla Convenzione sui diritti politici della donna”, 1968 年, 第 294 页); Cohen-Jonathan, 见上引 (见上文脚注 31); Alberto Colella, “Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés”, 《法国国际法年鉴》, 第 35 卷 (1989 年), 第 446 页; Rebecca J. Cook, “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, *Virginia Journal of International Law*, 第 30 卷, 第 3 号 (1990 年), 第 643 页; J. A. Frowein, “Reservations to the European Convention on Human Rights”, *Protection des droits de l'homme: La dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard Wiarda* (Carl Heyman, 科隆, 1988 年), 第 193 页; Imbert, “La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme”, *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme* (法兰克福, 1980 年 4 月 9-12 日), 巴黎, Pédone, 1982 年, 第 97 页, 及 “Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire Temeltasch)” (见上文脚注 18); S. Marcus-Helmon, “L'article 64 de la Convention de Rome ou Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme”, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1968 年, 第 45 卷, 第 9 页; Claude Pilloud, “Les réserves aux Conventions de Genève de 1949”, *Revue internationale de la Croix-rouge*, 1957 年, 第 464 号, 第 409 页; 同上, 1965 年, 第 559 号, 第 315 页, 1976 年, 第 685 号, 第 195 页和第 687 号, 第 131 页; 及 Isidoro Ruiz Moreno, “Reservations to treaties relating to human rights”, 国际法协会, *Report of the Fifty-fourth Congress*, 海牙, 1970 年 8 月 23-29 日, 第 642 页 (辩论, 第 596-625 页, 决议第 14 页)。

保留、编纂条约和惯例规则

39. 不寻常的是, 1969年和1986年公约未处理对编纂公约的保留问题, 更确切地说, 未处理这种条款。

40. 关于这个问题, 可以提出相对的论点。保留当然对编纂条约非缔约国无效, 而保留国仍受惯例规则的约束。这一解释更适用于条约签字国, 国际法院1969年2月20日关于“北海大陆架”案的判决基本采用这一解释。⁶⁰ 然而, 有人指出, 这项规则为第19条保留无效的另一标准, 对《公约》⁶¹ 缔约国的意向而言, 实属可疑, 造成强制法和柔性法之间的不幸混淆。⁶²

关于具体条约处理方式引起的问题

41. 由于《维也纳公约》起草人必须采取相当一般的态度, 他们不能考虑某些具体条约的处理方式, 而其中一些方式自1969年以来有了迅速发展。仅举二例便可。

(一) 保留和附加议定书

42. 当附加议定书作为现行公约的补充时, 其中之一可能含有一项保留条款而另一项则可能没有, 或两项文书皆载有这类条款, 但彼此条款不同。这种情况较不常见, 但确实存在。⁶³ 此外, 一国在批准一项议定书(或接受一备选条款)时, 可能有意就基本条约订立相关的保留。⁶⁴

⁶⁰ 判决,《国际法院裁决集》, 1969年, 第3页起, 尤见第38-39页, 第63段。

⁶¹ 勒泰, 上引书(上文脚注11), 第82页。

⁶² 关于这一难题, 特请参看 Gérard Teboul, “Remarques sur les réserves aux conventions de codification”, 《国际公法综合杂志》, 第86卷, 第4号, 1982年, 第679页。

⁶³ 比照1951年《关于难民地位的公约》第四十二条第一款和1967年议定书第七条, 以及1961年《麻醉品单一公约》和1972年议定书, 都提出极难解决的问题(见 Imbert, 上引书(见上文脚注4), 第213-214页或 Colella, 见上引(上文脚注59), 第451-452页)。

⁶⁴ 比照 Cohen-Jonathan, 见上引(见上文脚注31), 第311-313页; Cohen-Jonathan 和 Jean-Paul Jacque, “Activités de la Commission européenne des droits de l'homme”, 《法国国际法年鉴》, 第37卷(1991年), 第562页; 或 Claudio Zanghi, “La déclaration de la Turquie relative à l'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme”, 《国际公法综合杂志》, 第93卷, 第1号(1989年), 第69页。

(二) 保留和双边化处理方式

43. 这种办法常见于与国际私法有关的公约, 缔约国得选择自己的伙伴, 甚至与其建立特殊安排。过去虽不常使用(见《关税和贸易总协定》第三十五条第1款), 但特别在1970年代, 这个制度迅速得到发展。试比较1971年2月1日《民事和商事外国判决的承认和执行海牙公约》第21和第23条和1971年6月14日《国际货物销售时效期限公约》第34条。这个弹性办法逐渐成为保留办法的一个“对立办法”, 但就针对这些公约制定的狭义的保留而言, 造成特殊困难。⁶⁵

1978年公约关于国家在条约方面继承的未解决的问题

44. 就国家继承而言, 1978年8月23日的公约第20条很少处理, 更未解决关于保留的各种潜在问题。

45. 第一, 必须指出, 该条载于处理“新独立国家”的公约第三部分; 因此它适用于国家的非殖民化或解散, 而关于适用于国家继承一部分领土、国家统一或分裂情况的规则问题, 则完全没有触及。的确, 就上述第一种情况而言, “被继承国的条约, ……停止对国家继承所涉领土生效”(第15条(a)项)。同理, 继承国条约对领土的延伸适用(第15条(b)项)似必造成后者可能设置的保留的自动延伸适用。关于由“两个或两个以上领土合并形成的新独立国家”, 也一样有不少难以解决的问题; 就此而言, 第16至29条(从而第20条)根据第30条第1款, 无疑在原则上适用; 然而, 如果新国家接受继承通知时未能排除任何不当保留时, 又将如何? 多国合并时也有同样的问题, 《公约》对此没有载明任何有关保留的适用条款。

46. 第二, 第20条第1款虽对新国家可能订立的新保留作出了规定, 且第3款虽实际规定第三国可就此提出反对, 但它未能明白规定后者是否可就已有保留提出反对。不过, 如果认识到新国家维持原有的保留即为行使固有权利, 非如

⁶⁵ 关于这个问题, Imbert, 上引书(见上文脚注4), 第199-201页, 和特别是 Ferenc Majoros, “Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye”, *Journal du droit international*, 第101卷, 第1号(1974年), 第73页。

同
了的
议
重委
方
议意
显
会,
相
的
准
后,
外,
至其
少succ
Editi期
摘
要
件
第

页,

同拥有被继承国的权利而行事，就似乎合乎逻辑了。⁶⁶

47. 最后，第 20 条完全没有触及反对保留的继承问题，而汉弗莱·沃尔多克爵士最初的建议谈及此点时没说清楚为何忽略此点，这是一严重漏洞。⁶⁷

3. 结 论

48. 大会第四十六届和四十七届会议时第六委员会的讨论阐明了指导委员会制订其未来工作方案的标准。从中可以整理出四项标准，即应审议以下几项主题：

- (a) 满足国际社会的需要；
- (b) 有顺利完成的合理机会；
- (c) 不出数年期间完成；
- (d) 属于国际法委员会及其成员的职权范围。⁶⁸

(a) 满足国际社会的需要

49. 国际法委员会不首先取得第六委员会的意见就确认本文件讨论的主题符合国际社会需要显然越权，特别是提议的发起者不是国际法委员会，而是第六委员会的成员代表，这一点是不相干的（见上文第 1 和 2 段）。然而，就编纂文本的混淆与漏洞进行整理（见上文第 18 至 47 段）后，毫无疑问，至今所制订的规则不够完整。此外，这些文本的通过引发新的问题（见上文第 14 至 17 段）。

50. 确实，理论强调指出，⁶⁹ 国家并未滥用其一般确认的提出保留的权利，因此而产生的不少事件很少恶化成真正的争端。然而，有关保留

⁶⁶ 见 Marco G. Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'Etats aux traités internationaux*, Fribourg, Editions universitaires, 1969 年, 第 345-346 页。

⁶⁷ 见 Imbert, 上引书 (上文脚注 4), 第 318-322 页。

⁶⁸ 参看秘书处编写的大会第四十六届和四十七届会议期间第六委员会关于审议国际法委员会报告的讨论情况专题摘要 (A/CN.4/L.469 号文件第 398-402 段和 A/CN.4/446 号文件第 302-303 段)。

⁶⁹ 尤见, Colella, 见上引 (见上文脚注 59), 第 475 页, 和 Imbert, 上引书 (上文脚注 4), 第 324-339 页。

的法律制度仍然极为混乱，有理由相信最近的将来可能产生更多困难，特别是涉及国家继承的适用规则尤其不够完善（见上文脚注 44-47）。

(b) 有顺利完成的合理机会

51. 看来任何方式的编纂工作（见下文 67-69 段）都有相当大顺利完成的机会。

52. 当然，一个主题虽似技术性，但绝不可能与政治无关；所以，不能否认，至今在这些领域所通过的部分编纂规则主要是政治考虑带来的结果。

53. 国际政治内容从 1960 年代以来虽然经历了深刻变化，对当时制订的原则质疑仍然可能既无益也无必要（见下文 58-63 段）。不过，合理的想法是，在新的国际气氛中，有可能在更稳定的环境中增进这些原则的意义并使之更为精确。目前的环境更适合进行编纂和逐渐发展的工作。

(c) 不出数年期间完成

54. 同理，这类工作应于一定期间内完成。

55. 国际法委员会在将主题列入其议程并任命一位特别报告员后三年或四年期间内通过一套条款草案或作为“指南”的初稿，看来似非空想（见下文 67-69 段）：

- (a) 在第一年期间，委员会可以编制一项初步报告，开列比本文件更为详尽的待解决问题清单，并说明其对这个问题的一般看法。同时可以交代秘书处增订委员会 1965 年关于其第十七届会议第一部分工作的报告所载的资料；⁷⁰
- (b) 第二年和第三年可用于由特别报告员提出有关编纂与逐渐发展的一、二次文本草案，并由委员会讨论；
- (c) 如委员会决定将这些文本提交起草委员会，后者可自其相应于第二年的届会末期审议这些文本，至少在第三年期间可以开始，不过这就意味着要到第四年才能提出定本；

⁷⁰ 《1965 年……年鉴》，第二卷，第 155 页起，A/60no 号文件

- (d) 委员会可在第四年讨论和一读通过草案并递交大会。

(d) 属于国际法委员会及其成员的职权范围

56. 最后，这个主题正属于委员会及其成员的职权范围似乎不成问题。

57. 编纂条约法可能是委员会工作中最有进展的领域。最初的漏洞（国际组织条约、最惠国条款和国家对条约的继承）大多由于编纂适用于国家责任的规则而得到弥补或正在予以弥补（见1969年《公约》第73条和1978年《公约》第39条）。由于承诺完成适用于保留的规则编纂和逐渐发展，委员会将完成一项任务，很好地解除了自己的责任。（不过，关于国家间敌对行动爆发的影响问题（同上）仍有待处理。）

58. 关于保留这一主题的成文规则虽然不成体系也不全面，但还是存在。委员会如决定深入审议这项问题（看来似有必要），它必须考虑这并非全新的情况。不论所涉问题是国家有关条约以外的继承问题，或国际法不加禁止的行为所引起的损害性后果的国际责任，还是国家与国际组织间所订条约的问题，委员会在编纂方面并未开疆拓土。

59. 不过，我们处理的情况有些例外，因为这个主题事项已经有若干成文规定。

60. 就委员会意在首先弥补漏洞而言，不引起任何实质问题：只是增补现有文本而非修订。不过必须考虑增补的形式：作为前已通过的公约的附加议定书，或将相关现行规定与新增规则合并为一统一文本。

61. 以往的成文规则多有含混，某些地方情况严重。比漏洞更严重，因为不修改其措辞便很难澄清这些规定。不过，关于这些含糊之处，可以采取所建议的消除漏洞的做法。

62. 要修改现行规定也可采用上述办法，但不能决定纯以技术方式修改一条现行规定。的确，当1969、1973和1986年通过的规则付诸实施时，有些缺点暴露了，主张这些规则都已获得加强并已成为无可争议的习惯法规则的说法是草率的。然而，另一方面，通过这些规则确实为部分冲突的（政治）立场提供了平衡。人们虽可主张1969年以来世界有了变化，因此保留问题与过

去相比，已不那么“燃眉”，但对这样的让步提出异议却会不必要地激发原有的争执。本文件的作者很不愿采取他认为特别“不必要的”策略，因为尽管有（微小的）漏洞，只要它存在，相关的成文规则大体令人满意并提供了必要的弹性，就我们所能判断，足可满足各国皆支持的目标。

63. 在不妨碍第六委员会成员的反应的前提下，国际法委员会如有决定，似应将保留问题列入其工作方案，并限定其任务于消除现行规则的漏洞和混淆之处，而不加以修改，或至少不对其基本原则提出质问。

64. 工作组与规划组选择“对于条约保留的法律和惯例”作为其审议专题的标题。这个标题似乎有些学究气，且有碍于委员会有关这一专题的工作结果。这个结果必然是一项“研究”或“报告”，因为“法律”虽可供编纂，“惯例”则不然，惯例可以显示习惯规则或导致法律的逐渐发展，但惯例本身则非编纂对象。

65. 基于其它理由，第六委员会中关于研究“对于多边公约的保留和反对保留的法律效果”的提议不大令人满意。保留和反对保留的实效虽仍为保留制度中最大的未知数，这个领域还有漏洞和混淆，不利用这个机会试图改正这种情况是不幸的。此外，“公约”一语的用法与委员会的用法不尽相同；有一个次要问题，即对于双边公约的保留是否应加以考虑。

66. 因此，选择一个尽可能中立全面的标题，至少暂时如此，以后如应限制研究范围则加以调整，不失为合理的做法。一个可能的标题是：“对于条约的保留”。

67. 如上所述（见脚注58-63），这一过程可以导致通过现行公约的议定书草案，或将各公约的不同条款和旨在完成和澄清规定的新成文规则予以合并为统一的条款草案；然后由大会决定草案的内容。对于这两种解决办法，各有其有力的论点：条约规则确实存在，继续循此发展并巩固条约的保留制度不失为有效的办法。

68. 然而，不论人们把这项工作视为编纂或逐渐发展国际法——事实上两者俱有——委员会《章程》⁷¹中并无规定要求它以条款草案形式提

⁷¹ 《章程》对这一点以及许多其它方面都相当含糊且有矛盾。

出工作成果的义务。也可以以详尽研究或甚至以现行规定评论的形式提出来，可以成为类似“国家和国际组织的做法指南”，由委员会正式通过而具有文件的效力。这个方法可以避免在现行各种条款间“徘徊”，从而有可能顺利克服上面提到的困难（同上），显然较为有利。

69. 无论如何，往往与通常的要求不同，这样做似乎在现阶段不必就此点作出最后决定：只要委员会就更广泛的基础作出决定，以便更完整地提出这些问题，作为特别报告员初步报告的主题（见上文第 54-55 段），并作为第六委员会的一个讨论专题，就可以令人满意。

70. 总结一下，作者认为：

- (a) “对于条约的保留”这个专题特别适合委员会进行研究，完全符合第六委员会为确定一个专题以列入国际法委员会未

来工作方案的讨论中产生的标准；

- (b) 现阶段没有必要决定这种研究应该采用的形式：对于现行公约的议定书草案，统一公约草案，或供国家或国际组织使用的有关保留的法律和惯例的一项分析性参考指南；
- (c) 无论选择什么形式，都不应对 1969、1978 和 1986 年各项公约的成文规则质疑或加以修改，而应予以合并，并使之更为具体。

71. 对保留问题进行一项仍然非常基本的研究可以充分体现工作组的最初构想，工作组在其向规划组提出的报告中作出了结论：这一专题适合“迅速并入委员会的议程”。但我对工作组的第二个建议持保留立场，即本专题可能“成为一项编纂文书的主题”，如果从一开始即设想成一套导致另一项公约的条款草案。

国内立法的境外适用， 彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生的概述

1. 国内立法寻求有治外法权，有下列不同情况。例如：

- (a) 对各地的国民实行管辖；¹

- (b) 保护国家不受叛国、恐怖主义、贩运毒品和妨碍其权力与安全的其他罪行的危害；²
- (c) 保护和管制影响其财产、资源和其他经济利益的活动；³

¹ 大陆法系国家对于甚至在国外期间犯罪的国民也行使管辖权。“Public Prosecutor v. Antoni”案，*International Law Reports*, 第 32 卷 (1966 年)，第 140 页。法国和德国等一些国家的法律规定，见 Louis Henkin 等人所著：*International Law: Cases and Materials* (St. Paul, 明尼苏达州，西方出版公司，1980 年)，第 445 页。

在普通法国家内：(a) 《印度刑法典》第 4 节。见“Pheroze Jehangir v. Roshanlal”案，*Bombay Law Reports* 225, 第 66 卷 (1964 年)；“Central Bank of India Ltd. v. Ram Narain”案，*International Law Reports*, 1954 年，第 92 页；(b) 联合王国法律在选定案例中也实行此种管辖：叛国、杀人、重婚、伪证、违反《国家机密法》等。

美利坚合众国对许多种案例实行治外法权：叛国、征税、未经批准企图影响外国政府、违反美国限制贸易实施法、不答复出庭作证的传票 (“Blackmer v. United States”案，*United States Reports*, 第 284 卷，第 421 页；在领海以外公海上所犯罪行 (“Skiriotes v. Florida”案，同上，第 313 卷，第 69 页；“U. S. v. Bowman”案，同上，第 260 卷，第 94 页；和 “Steele v. Bulova Watch Co.”案，同上，第 343 卷，第 962 页和其他案例)，见 Henkin, Pugh,

Schachter 和 Smit, 上引书，第 445-447 页。还见 Georges René Delaume, “Jurisdiction over crimes committed abroad: French and American law”, *George Washington Law Review*, 第 21 卷 (1952 年)，第 173 页。

² 对此方面的简要论述，见 Geoff Gilbert, “Aspects of Extradition Law”, *International Studies in Human Rights* (Dordrecht, 荷兰, Martinus Nijhoff 出版社, 1991 年)，第 43 至 45 页。还见 “Joyce v. Director”案，*The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1946 年，第 347 页。还见 Lotika Sarkar, “The proper law of crime in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 第 11 卷 (1962 年)，第 446 页。

³ 见 D.W. Bowett, “Jurisdiction: Changing patterns of authority over activities and resources”, 《英国国际法年鉴》，第 53 卷 (1982 年)，第 1 页。

(d) 确保人权。⁴

2. 下述理由认为治外法权的行使是不可避免和甚至是可取的:

- (a) 由于国际社会的相互依存, 有必要将国家立法管辖扩展到境外以管制对其有深远影响的或为其所关切的跨国活动;⁵
- (b) 希望不为罪犯提供庇护所;⁶
- (c) 需要管制和控制某些实体的活动, 其机构遍布世界各地, 但同某一总公司、总部或跨越若干管辖的目标有关系或联系, 任何单一管辖无法有效控制该企业;⁷
- (d) 必须进行国际合作才能全面履行双边

或多边的义务。⁸

3. 对行使治外法权的可接受性或合理性, 主要围绕下列正反方面的主张:

- (a) 管辖性质: 民事或刑事;⁹
- (b) 管辖种类: 立法、判决或执行。¹⁰

4. 正反面主张所涉及的问题有:¹¹

⁸ 治外法权的假定是当代有关引渡、预防劫机、民航罪行和保护外交人员的各项双边和多边公约的基本特点。要求一个国家依照对国际社会承担的义务, 即所谓普遍适用义务, 行使治外法权。国际法院认为, 对侵略和种族灭绝等非法行为, 有关基本人权的规则和规则, 包括保护免受奴役和种族歧视, 行使此种管辖是有效的和可接受的。法院还认为, 某些相应的保护权利已列入一般国际法主体; 其他也由普遍性或准普遍国际文书赋予。见 *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 第二部分, 裁决 (《国际法院裁决集》, 1970年, 第32页)。

⁹ Brownlie 认为民事和刑事管辖之间在此方面没有实际的差别: 见 *Principles of Public International Law*, 第4版, Oxford, Clarendon 出版社, 1990年, 第14章, 第299页。但 R. Y. Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States antitrust laws", 《英国国际法年鉴》, 第33卷 (1957年), 第146页, 作者将杀人之类的直接人身伤害的基本案件同仅有所谓远期损害后果的其他案件 (如反垄断案件) 加以区分, 并认为对于前者可以行使刑事管辖, 但对后者如适用“后果”规定, 将会“踏上一个滑坡”, 最终要导致赞同一个国家的无限治外法权。还见 "Extraterritorial application of restrictive trade legislation: Jurisdiction and international law", 《第五十一届大会报告, 东京, 1964年》, 伦敦, 1965年, 第304页起。

¹⁰ 许多作者在谈及治外法权时将三种管辖分别处理。见 Mann, 见上引 (见上文脚注 7)。Brownlie 不同意这样区分 (上引书, 上文脚注 9, 第310页)。

¹¹ M. Stuyt, *The General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, 海牙, Martinus Nijhoff 出版社, 1946年; Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", 《.....课程汇编》, 1964-I, 第3卷, 第1页; M. Akehurst, "Jurisdiction in international law", 《英国国际法年鉴》, 1972-1973年, 第46卷, 第145页; A. F. Lowenfeld, "Public law in the international arena: Conflict of laws, international law, and some suggestions for their interaction", 《.....课程汇编》, 1979-II, 第311页; M.S.McDougal, "Jurisdiction", 载于 R.B. Lillich 和 J.N. Moore 所编, *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, U.S. Naval War College International Law Studies, Newport, R.I., 第62卷 (1980年), 第634页; A.V.Lowe, "The problems of extraterritorial jurisdiction: Economic sovereignty and the search for a solution", *International and Comparative Law Quarterly*, 第34卷 (第4部分), (1985年), 第724页和 Douglas E. Rosenthal, "Jurisdictional conflicts between sovereign nations", *The International Lawyer*, 第19卷, 第2号, 1985年, 第487页。

⁴ 消极人格原则允许国家对危害其国民的罪行实行管辖。例如见 "Lotus" 案 (《国际常设法院汇编 A 辑》, 1927年9月7日的决定, 第9号判决: 土耳其对法国船长行使管辖); "Cutting" 案 (1886年): 墨西哥对美国公民行使管辖 (J. Dumas, "La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers", 《.....课程汇编》, 1931-II, 巴黎, Sirey, 1932年, 第36卷, 第189和190页)。法国和美国现在都有行使类似管辖的本国法律和作法 (法国的见 *Code de procédure penale*, 1975年, 第689条第1节)。美国的作法, 见对黎巴嫩国民 Fawaz Yunis 案的论述, 载于 Andreas F. Lowenfeld 所著, "U. S. law enforcement abroad: The Constitution and international law", 《美国国际法杂志》, 第83卷, 第4号 (1989年), 第880页。

⁵ 甚至 1935年, 在 "Jurisdiction with Respect to Crime" (《美国国际法杂志》, 第29卷, 补编3, 第二部分 (1935年), 第435页) 中, 已经承认: 随着通讯和运输设施日益发达, 犯有其组成部分发生在一个以上国家的这种罪行的机会迅速增加; 为对付这种情况, 建议扩大领土原则, 使其包括主观和客观领土管辖原则。

⁶ 见联合王国枢密院最近在 "Liangsirprasert v. United States" 案, *The Law Reports* (1991年), 上诉案件, 第225页。

⁷ 有关多国公司或企业提出的问题的著作很多。见 "跨国公司: 书目选" (ST/LIB/SER.B/17) (联合国出版物, 出售品编号 E/F.75.I.5), 及 1976年经合组织宣言, 《国际投资和跨国企业: 跨国公司准则》, 经合组织, 1986年。《跨国公司准则草案》见 Cynthia Day Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls* (海牙, Martinus Nijhoff 出版社, 1982年)。

涉及母公司及其附属公司的有关治外法权各种法律问题的论述, 见 F. A. Mann, "The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years", 《.....课程汇编》, 1984-III, 第186卷, 第9页起, 尤见第56-66页。

- (a) 有关管辖的各项原则;
- (b) 主权和不干涉;
- (c) 国家和被管制活动之间的真实或实在的联系;
- (d) 公共政策, 国家利益;
- (e) 没有议定限制国家扩展其管辖的权力的禁令;
- (f) 对等、报复;
- (g) 推动尊重法律。

5. 在政策方面, 提出的问题有:

- (a) 当某外国人的行为受其国籍国或某些其他国家管辖时, 国家对该外国人在境外的行为应行使管辖的程度和范围如何?¹²
- (b) 国家对外国人在其沿海区以外海洋地区(领海、毗邻区、经济区、大陆架和公海)的活动是否应具有同在其境内的同样的权力和控制权?¹³
- (c) 国家对海洋地区行使管辖的性质是否应严格限于根据国际法它对此类地区所享有的那种权力, 如不提出更为重要的可与之匹敌的主张, 可否认为其管辖的行使是合理的因而是可允许的?¹⁴
- (d) 国家可否根据对河流、运河和在其领土管辖内的其他资源所享有的主权行使其管辖权和权力, 而不必考虑特别是在河流和运河流经一国以上时对别

国的不利影响;¹⁵

- (e) 相反, 受此影响或可能受此影响的国家, 可否通过国家立法规定其他国家及其国民的若干行为标准, 并通过其司法和行政机关实施这些标准?¹⁶
- (f) 根据“后果”、“消极人格”或“积极人格”的原则行使管辖应有哪些限制?¹⁷
- (g) 在解决管辖冲突时, 如一国规定的行为被另一国所禁止, 哪些因素应起支配作用?¹⁸
- (h) 能否规定统一的政策来控制国家立法的治外法权效力?¹⁹
- (i) 在处理主要涉及相对于国家公众利益的个人的私人或人身权利的管辖冲突时, 国际法应起哪些适当作用? 换言之, 国际公法和国际私法的原则同国际法和国内(或国家)法之间应有何适当关系?²⁰
- (j) 国家或其官员或其代理人在遇到反对、缺乏合作或未得到外国迅速反应, 或为

¹⁵ 见委员会关于制定国际水道非航行使用法的资料。

¹⁶ 见 J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 第 6 版, C.H. Waldock 编, 牛津, Clarendon 出版社, 1963 年。

¹⁷ “Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts”, *Encyclopedia of Public International Law*, 北荷兰, 阿姆斯特丹, 第 10 卷 (1987 年), 第 155 页起, 尤见第 158-161 页。

¹⁸ “Laker Airways Limited v. Sabena, Belgian World Airlines” 案 (Federal Reporter, 第 2 辑, 第 731 卷, 美国上诉法院, 哥伦比亚特区巡回法庭, 第 909 页) 的裁定法官 Wilkey 与 Lowenfeld 及 Henkins 为起草 *Restatement of the Law (Second): The Foreign Relations Law of the United States* 第 403 节进行了有趣的讨论, 该节规定要权衡国家利益, 美国法庭作为一项准则, 有理由对因共同和(或)抵触管辖权, 而使另一国也有管辖权的主题事项行使管辖。见 H. G. Maier, “Resolving extraterritorial conflicts or ‘There and Back Again’”, *Virginia Journal of International Law*, 第 25 卷, 第 1 号 (1984 年), 第 7 页。

¹⁹ Mann, 见上引 (上文脚注 7), 第 26-31 页。

²⁰ 见 O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff 出版社, 1991 年, 第 256-257 页; Brownlie (上文脚注 9), 第 306-307 页。Mann, “The doctrine of jurisdiction in international law” (上文脚注 11), 第 17-22 页和 “The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years” (上文脚注 7), 第 31-32 页。H. G. Maier, “Extraterritorial jurisdiction at a crossroads: Intersection between public and private international law”, 《美国国际法杂志》, 第 76 卷, 第 2 号 (1982), 第 280 页。

¹² 有关此问题的论述, 见 P.M. Roth, “Reasonable extraterritoriality: Correcting the ‘balance of interest’”, *International and Comparative Law Quarterly*, 第 41 卷 (第 2 部分), 1992 年, 第 245 页。

¹³ 见 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 第 8 版, 伦敦, Longmans, Green, 第一卷, 第 141、202、203、205 和第 287-298 节。关于海运地区管辖权的政策问题的论述, 见 McDougal 和 Burke, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, 伦敦, 耶鲁大学出版社, 1986 年和 P. Sreenivasa Rao, *The Public Order of Ocean Resources: A Critique of the Contemporary Law of the Sea*, 剑桥, 麻省, The MIT Press, 1975 年。

¹⁴ 见 N.M. Hunting, “Pirate broadcasting in European waters”, *International and Comparative Law Quarterly*, 第 14 卷 (1965 年), 第 410 页; 和 P. Sreenivasa Rao, “The Seabed Arms Control Treaty: A study in the contemporary law of the military uses of the seas”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 第 4 卷, 第 1 号, 1972 年, 第 67 页。

克服在经由这些国家外交、行政和司法机关处理各项要求所不可避免或固有的延误时，可否以“自助”作为执行国家法或政策的正当理由？²¹

(k) 当国家滥用管辖权时，具有或应具有哪些补救办法？²²

6. 这些问题或政策考虑是若干国家（美利坚合众国、欧洲各国）的国内立法、各国刑法和欧洲共同体刑法、联合国一些多边公约和宣言、国际法院和各国法庭判例法所涉及题目。²³

7. 有关在领土外适用国内法规的理论仍未有明确的基础。这方面没有统一或普遍认定的原则。对此情况的解释和适用基本上由各个法院按个别案情决定，结果往往因所涉领域或问题的不同而相异。

8. 不过，基本原则是，所有的国内立法大都为属地性质。²⁴ 常设法院在“Lotus”案中承认这一原则，同时还认为若干国家的确核可其国内法具有域外效力，而且国际法也不禁止这种政策和实践。²⁵ 常设法院的这一观点似乎奠定了“Alcoa”案中 Learned Hand 法官的论据。常设法院在该案中认为美国谢尔曼法令可有效适用于外国人在美国境外从事但在美国境内造成影响或后果的活动。²⁶

²¹ 见美国国会对此问题讨论情况，Andreas F. Lowenfeld, “U. S. law enforcement abroad: The Constitution and international law, continued”, 《美国国际法杂志》，第 84 卷，第 2 号（1990），第 484-488 页。

²² 见委员会有关国家责任的资料。

²³ 关于这方面的法律资料，参见 Alan V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, 剑桥，Grotius Publications Limited, 1983 年。

²⁴ *American Banana Company v. United Fruit Company*, United States Reports, 第 213 卷, *Cases adjudged in the Supreme Court*, 1909 年, 第 347 页。

²⁵ 见上文脚注 4。

²⁶ 见“United States of America v. Aluminium Company of America et al.”案 (Federal Reporter, 第二辑, 第 148 卷, 1945 年, 第 416 页), 其中 Learned Hand 法官指出: “任何国家均可因在其境外的行为给其境内造成恶果而施以惩处, 甚至可施及其非属民者。”

另见“Continental Ore Co. et al. v. Union Carbide and Carbon Corp. et al.”案 (United States Reports, 1962 年, 第 370 卷, 第 690 页) 和“United States v. Watchmakers of Switzerland Information Centre”案 (Federal Supplement 1955, 第 133 卷, United States District Court of New York, 第 40 页)。

9. 这种效力标准还使美国和其他国家得以将其法律扩及影响其利益（包括其国民的利益）的活动。支持此一立场的是客观属地性原则，此原则被视为属地性原则的延伸。

10. 虽然客观属地性原则的运用被视为得到普遍接受，²⁷ 特别是在发生实际伤害时，²⁸ 但对于运用效力标准在何种条件较为合理这一问题，人们仍意见不一。的确，在若干范围内（破产、²⁹ 反托拉斯、³⁰ 航运、³¹ 税务、³² 国

²⁷ 见 Mahomed K. Nawaz, “Criminal Jurisdiction and International Law”, *The Indian Year Book of International Affairs*, 马德拉斯 (1952 年), 第 210 页。作者在文章中讨论了 1860 年的《印度刑法》(该法直至今日仍大部分有效) 在域外的运用, 用印度的各个案例 (Emperor v. Chotalal 和 Wheeler v. Emperor (同上, 第 214 页)) 分析了其他原则, 包括客观属地性原则。另见 Mobarik Ali Ahmed v. State of Bombay, All Indian Reporter, 1957 年; R. v. Baxtor, The All England Law Reports, 1971 年, 第 2 卷, 第 359 页; 和 Secretary of State for Trade v. Markus, 同上, 1975 年, 第 1 卷, 第 958 页。另见 C. Blakesley, “United States jurisdiction over extra-territorial crime”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 第 73 卷, 第四部分 (1982 年), 第 1109 页和 K. Dam, “Extraterritoriality, Conflicts of jurisdiction”, *American Society of International Law, Proceedings of the 77th Annual Meeting*, 华盛顿特区, 1983 年 4 月 14-16 日, 第 370 页。

²⁸ Jennings, 见上引 (见上文脚注 9)。

²⁹ 见“*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*”案 (见上文脚注 8)。

³⁰ K. M. Messen, “Antitrust jurisdiction under customary international law”, 《美国国际法杂志》，第 78 卷, 第 4 号 (1984 年), 第 783 页。

³¹ Mann, “The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years” (见上文脚注 7), 第 21-94 页; “*Mogul Steamship Company, Limited v. McGregor Gow & Company*”案, *The Law Report House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1892 年, 第 25 页, 其中涉及英国有关海运同盟的法律。但美国在一些案例中不同意这一立场, 结果在 1981 年, 一些航运公司 (包括一家德国和英国的公司) 被课以重罚。见《英国国际法年鉴》, 第 50 卷 (1979 年), 第 352 页及同上, 第 52 卷 (1981 年), 第 459 页。在此方面, 另见 13 国致美国的照会, 其中拒绝承认美国有权对完全或大部分在其他国家领土内发生的事件或活动施行美国法律 (同上, 第 49 卷, 1978 年, 第 386 页)。Mann 认为, 海运同盟是“效力原则”发挥作用的一个突出例证 (第 92 页)。

³² 见德国法律第 7 节、美国国际税法第 482 节、1984 年英国财政法第 80 节, 其中都允许 (在各种条件下) 把子公司的利润分给其股东并对其征税。另见 1973 年联合国王国财政法第 38 节以及 1979 年资本收益税法第 12 节, 其中把英国以外石油公司的收益作为通过分支和代理人在英国经营的收益。另见 Friedrich K. Juenger, “Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis”, *American Journal of Comparative Law*, 第 32 卷, 第 1 号 (1984 年)。

籍、³³ 发现、³⁴ 外国行为的承认³⁵)，一国依其国家利益运用效力标准或主张司法管辖已引起争论。美国、德国、欧洲经济共同体及其他国家依照反托拉斯范围内的效力原则支持对司法管辖权的主张。³⁶ 联合王国和其他一些国家反对这一立场。³⁷ 日本反对美国企图扩大其法律以管制主要在美国域外出现的海运同盟。³⁸ 联合王国和其他一些国家也通过了带有防阻性质的国内立法，拒绝承认美国法律。³⁹ 这些国家还通过了“弥补办法”，让在外国司法程序中的某一类别的被告有权在联合王国的法院索回外国判决书中要求三倍或多倍赔偿损失但超过正常赔偿水准的那一部分。⁴⁰

³³ 见“*The Antelope*”案 (Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States, 第10卷, 1825年, 第66页), 其中 Marshall 法官认为, 美国法院对被指控禁止奴隶贸易的外国船只没有司法管辖权, “无论这种贸易多么令人发指”, 因此不承认美国法律可以在域外施用于外国船只 (因此包括外国籍人)。不过, 另见 U.S. v. La Jeune Eugénie (Federal Cases, Circuit Court, District of Massachusetts, 1822年, 第26卷, 第832页), 其中 Story 法官认为, 奴隶贸易违反了万国法, 因此也属美国法院管辖。并见 *Foley Bros. Inc. v. Filardo* (United States Reports, 第336卷, 1949年, 第281页), 其中法院认为, 8小时工作日法制不适用于依照美国政府与私人承包商之间所签合同在国外工作的美国公民。见对这些案例和其他方面的讨论: “Constructing the State Extraterritorially: Jurisdictional discourse, the national interest, and transnational norms”, *Harvard Law Review*, 第103卷, 第6号, 1990年, 第1273页起, 尤见第1288-1289页。

³⁴ Roth, 见上引 (见上文脚注12), 第249-250页。另见“*Australia: Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act, 1976*”, 载于 Lowe, 上引书 (上文脚注23), 第79页。

³⁵ Oppenheim, 上引书 (见上文脚注13), 第四章, 第371页。并见 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Receiver* (United States Reports, 第376卷, 1964年, 第398页)。

³⁶ Roth, 见上引 (见上文脚注12), 第245-249、260-265页。

³⁷ Brownlie, 上引书 (见上文脚注9), 第311-314页。

³⁸ Lowe, 上引书 (见上文脚注23), 第121页。

³⁹ 见载于下列文献的文件: Lowe, 上引书, 第2部分, 第79页起, 及 Bowett, 见上引 (见上文脚注3), 第22-24页。

⁴⁰ Roth, 见上引 (上文脚注12), 第252页。另见 *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries, Ltd.* (*The All England Law Reports*, 第2卷, 1952年, 第780页), 其中英国一家法院阻止 Imperial Chemical Industries 出让任何其承诺批准给 British Nylon Spinners 的专利, 以此报

11. 鉴于此种冲突, 各国试图界定域外司法管辖权的合理运用。有人建议, 为主张域外管辖权, 域内影响应明显昭彰, 而国外活动应有可以预见的直接结果。⁴¹ 在另一个案例中, 有人建议, 此种司法管辖权若要合理运用, 应具有重大确实或善意的联系。⁴² 法院还试图以国家利益为平衡, 作为这方面合理运用司法管辖权的指南。⁴³ 美国法学会的注释汇编载有一套因素, 用来在某方以属地性或属人性原则反诉司法管辖权时, 判定运用域外司法管辖权的合理性。⁴⁴ 另有一些因素也被视为适于判断运用域外司法管辖权是否合理, 如重大国家利益、对外政策或关系的考虑、国际法或礼让承认、司法权力的局限、对等、所涉个人的困难和母公司对子公司的控制等。⁴⁵

复美国一家法院在“*United States v. Imperial Chemical Industries*”案中颁发的一项禁令。在“*Westinghouse Electric Corporation Uranium Contract Litigation*” (《国际法律材料》第17卷, 第1号, 1978年, 第38页) (1977年12月2日) 案中, 上院拒绝进行美国一家法院颁发的一份调查嘱咐书, 因为英国法院不应依照美国反托拉斯法律的域外义务在调查中给予合作。

⁴¹ Restatement of the Law (Second): The Foreign Relations Law of the United States, The American Law Institute, 明尼苏达州 St. Paul, 1987年。

⁴² Brownlie, 上引书 (见上文脚注9), 第310页。

⁴³ 关于批评分析方面的资料, 见 K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, 纽约, McGraw-Hill, 1958年 (提出“合理的司法管辖权规则”概念) 和 Bowett, 见上引 (见上文脚注3), 第18-22页。

⁴⁴ Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States, 第2卷, The American Law Institute, 明尼苏达州 St. Paul, 1987年。

⁴⁵ “*Mannington Mills Inc. v. Congoleum Corporation*”案, *Federal Reporter*, 第2辑, 第595卷, 1979年, 第1287页; 见“*Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*”案, 同上, 第597卷, 1977年, 第549页。但是, 在有关 Westinghouse uranium contract 案中 (见上文脚注40), 美国法院未再把权衡外国利益作为礼让方面的考虑, 并把调查范围缩小到三个因素上: 行为的复杂性、控罪的严重性和外国被告的固执程度。关于欧洲共同体指责美国政府违反国际法, 并在苏联输油管道物资供应方面不运用利益权衡标准一事, 见《国际法律材料》第21卷, 第4号, 1982年, 第891页。

依照美国的做法, 外国除有权通过法庭之友诉讼事实摘要干预涉及国家利益冲突的案件外, 还有权根据美国反托拉斯法提出控诉。见 *Pfizer Inc. et al. v. Government of India et al.* (《国际法律材料》, 第17卷, 第1号, 1978年, 第93页)。

并见 *Restatement of the Foreign Relations Law*, 第418(2)节, 其中规定美国有权管辖依照外国法律成立, 但主要由美国国民拥有和控制的公司的。见 Mann (上文脚注7), 第三章。

12. 各国还签定正式或非正式协议，在运用域外司法管辖权方面协调政策，促进合作并设立机构处理各种答复。不过，这些工作中的大部分都重点有限，其余的基本上仍属说服性质。⁴⁶

13. 各法院表示在一些案件中无力处理、评估和调解各国利益的冲突。⁴⁷ 各国警告说，这些事务不能交由国内机构处理，因为它们最终只能以其国内法律和利益为准。⁴⁸ 有鉴于此，人们认为很有必要编纂发展有关一国运用域外司法管辖权的国际法。⁴⁹

14. 最近一些事件涉及劫拐外国司法管辖权内的个人交由美国法院审理与恐怖主义和贩毒有关的罪行，这突出了域外司法管辖权事项的紧迫性。⁵⁰ 一些国家谴责这种非法强行劫拐行为侵犯了其主权、国内法律和人权。一些国家提议要求联合国大会考虑把有关法律案件交由国际法院提供咨询意见。⁵¹

⁴⁶ 见 Mann, 同上, 第 186 卷和 Lowe, 见上引 (上文脚注 23)。还可提及有关恐怖主义和引渡、贩毒和避免双重征税等问题的各项国际公约或条约。

⁴⁷ *Laker Airways Limited v. Sabena, Belgian World Airlines* (见上文脚注 18)。并见 *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corp. and Others (International Law Reports, 第 81 卷, 1990 年, 第 658 页)*: 由于在法律域外运用方面得不到国会任何答复, 各法院援引反对域外属性的推断。见 *Harvard Law Review* (上文脚注 33), 第 1279-1280 页, 脚注 43。

⁴⁸ 关于联合王国的观点, 见 1982 年 6 月 23 日的说明, 《英国国际法年鉴》, 第 53 卷 (1982 年), 第 433 页。另见 *Satya v. Teja Singh* 案 (*All Indian Reports, 1975 年*), 其中印度最高法院称, 提交给印度法院的每件案件都必须依印度法律判决。若因受理案件中牵涉某些外国因素而对外国法律有任何承认, 则须由法院认定其是否符合印度公共政策。参见美国国务院敦促美国法院在主张域外司法管辖权时力行司法克制的立场 (见 *American Society of International Law, Proceedings of the 71st Annual Meeting, 加利福尼亚州旧金山, 1977 年 4 月 21-23 日, 第 214 页起*)。Bowett 认为, 此方法不会产生令人满意的结果, 而且也不足够。有关所述各种原因, 见 Bowett, 见上引 (上文脚注 3), 第 21-22 页。

⁴⁹ 见 Mann, 见上引 (上文脚注 7), 和 Roth, 见上引 (上文脚注 12)。

⁵⁰ 有关美国和墨西哥在 “Alvarez Machain” 一案的文件和司法决定 (《国际法律材料》, 华盛顿特区, 第 31 卷, 第 4 号, 1992 年 7 月, 第 900 页起), 见 *Limits to National Jurisdiction* (1992 年); 关于劫拐的非法性问题, 见 Lowenfeld, 见上引 (上文脚注 21)。

⁵¹ 参见 1992 年 11 月 13 日拉丁美洲几个国家、葡萄牙和西班牙代表给联合国秘书长信中所提请求。该信载于 A/47/249, Add.1 和 Corr.1 号文件。

15. 有关域外司法管辖权的问题也因以下问题愈显突出, 并需要一个全面概括的反应: (a) 各国在外层空间、外空天体、海洋区、南极已开展活动; (b) 各国关注控制恐怖主义、贩毒、人员跨国移动、多国企业的作业; (c) 对于发展中国家的要求, 其中涉及要求在转让或出售技术时不限制接受国需要与第三方自由进行产品和服务贸易的权利;⁵² (d) 各国寻求安全、独立并享有主权的权利。有关域外司法管辖权的问题还必须放在全球相互依存、跨国损害和环境损害、国际河流管理、保护环境和生物多样性、控制人口增长和消除贫困等背景下加以考虑。司法管辖权的各种原则——普遍性原则、积极国籍和消极国籍原则和效力原则——都具有国内法在域外适用的因素。这些都需要加以分析并加以归纳, 作为司法管辖权基本原则——属地原则的例外。

16. 鉴于上文所述, 由国际法委员会研究国内法的域外适用这一问题显然十分重要和及时。这方面有大量的国家实践、案例法、国家规章、国际条约以及各种各样的学术评论研究和建议。这项研究可不带任何意识形态色彩, 并会得到各种立场的国家的欢迎。首先, 委员会不必承诺就此问题编制一项公约。即使一部示范法或一部指导原则汇编也可能促成编纂和逐渐发展国际法这一重要领域里的法律。此项研究还可补充委员会

⁵² 参照因美国禁止向苏联提供用于在苏联和欧洲之间修建天然气管道的物资或技术所产生的问题, H. E. Moyer 和 L.A. Mabry, “Export controls as instruments of foreign policy”, 载于 *Law and Policy in International Business*, 第 15 卷 (1983 年), 第 1 页, 另见 Mann, 见上引 (上文脚注 7), 第 60-63 页。

即使在禁运和抵制问题上, 美国的立场也非前后一致。见 *USA v. Betchel Corporation (District Court of the Northern District of California, Stipulation and Final Judgement, 《国际法律材料》, 第 16 卷, 第 1 号, 1977 年, 第 95 页)*, 其中限制各方在美国境内执行阿拉伯对以色列的抵制措施。与此相反, 美国声称其 1949 年的《外国财产管制条例》和《出口管制法令》可在其域外运用, 对中国、古巴和苏联集团各国实行贸易禁运。见 P.H. Silverstone, “Export Control Act of 1949: Extraterritorial enforcement”, *University of Pennsylvania Law Review*, 第 107 卷 (1959 年), 第 331 页, 和 “International Boycotts and Embargoes”, *American Society of International Law* (见上文脚注 48), 第 170-182 页。

关于普遍实行美国 “超级 301 法” 中所制订措施和乌拉圭回合谈判中提议的交叉报复体系的不公平问题, 见 B.S. Chimni, “Political economy of the Uruguay round of negotiations: A perspective”, *International Studies*, 第 29 卷, 第 2 号 (1992 年), 第 156-158 页。

在其
责任
立国

1
个审

1
方千)
的 2:
中, 7
界淡水
(0.36%)
层中
于跨边

2.
极之外
域之内
在非洲

3.
层, 例
丹地下
多领土
跨沙特
和约旦
下水就
位于本
提供水

4.
增加,
长率、
区, 由
的扩散
方, 地
大利用
度抽取

1
assessed
SOA/Seri

在其他领域编纂和逐渐发展法律的工作，如国家责任、对跨国伤害所负的责任、治罪法草案和建立国际刑事司法管辖权等领域。

17. 最后，研究域外司法管辖权可以提供一
个审查国际公法和私法之间以及国际法和国内法

之间的关系和局限性的机会。⁵³

⁵³ 见 Anthony Mason 爵士, "The relationship between international law and national law, and its application in national courts", *Commonwealth Law Bulletin*, 伦敦, 第 18 卷, 第 2 号 (1992 年), 第 750 页。

国际(承压)地下水法, 阿尔伯特·塞克利先生的概述

1. 地球的固定和不变的水量大约有 14 亿立方千米, 其中大约 97.3% 是海洋域水。只有剩余的 2.7% 是淡水。在地球上的所有可获得的淡水中, 77.2% 是在北极冻帽和冰河中发现。其余的世界淡水储存区分为地下水 (22.4%)、湖水与河水 (0.36%) 以及处于气态的水, 主要是存在于大气层中 (0.04%)。世界上的许多地下蓄水层是存在于跨边界的环境中。

2. 如果将近 47% 的世界土地区域 (除了南极之外) 是属于大约 165 个跨边界河流与湖泊流域之内, 则跨边界地下蓄水层的数字就会更高, 在非洲和拉丁美洲达到将近 60%。

3. 在不同的大陆中的大面积跨边界地下蓄水层, 例如在阿拉伯利比亚民众国、埃及、乍得和苏丹地下的东北非地下蓄水层, 在莱茵河沿岸国家许多领土之下的欧洲地下蓄水层, 以及在阿拉伯半岛跨沙特阿拉伯、巴林、卡塔尔、阿拉伯联合酋长国和约旦等国边界的地下蓄水层, 都充分显示出, 地下水就和地面水一样, 往往无视于政治边界, 并且位于本身是跨越国境边界或者是向国际河流和湖泊提供水源或接受其水源的地质结构内。

4. 对于世界上地下水源的惊人需求将不断增加, 而且数量很大, 这是由于爆炸性的人口增长率、工业和农业发展、以及特别是在边界地区, 由于增加的国际贸易和经济交流, 人类住区的扩散和人口的集中也不断在增长。¹ 在许多地方, 地面水的短缺或者质量不佳也造成使用者扩大利用地下水, 经常造成的结果是对地下水的过度抽取, 因而造成水质的恶化, 甚至水井的枯

干, 因而制造了所有潜在冲突的必然因素。就象在中东那样, 几乎它的河流系统的所有水源都已经被利用 (包括了尼罗河、约旦河和底格里斯—幼发拉底河), 在世界的许多其他边界地区, 将会出现严重的短缺, 以及水质的恶化, 所有这些都导致对于那些河流的互相联系的地下蓄水层的增加压力, 以及对于同地面的供应没有重大关联的跨界地下蓄水层的压力的增加。这样一个情况只会由于全球变暖的影响而加速恶化。

5. 即使同到目前为止所说的完全无关, 地下水的开发及其质量的保持, 已经成为一切社区的一个紧急关切的问题。在世界的广大干草地区尤其如此, 在那里, 对于跨界地下蓄水层的滥用或污染已经达到了危机的地步。由于抽取超出补充, 许多跨界的储藏目前都迅速而不受控制的耗尽, 目前许多都由于污染而不能使用。在所有的上述问题之外, 还加上往往无可挽回的破坏以及不适当的土地使用活动对于地下蓄水层的补充方面的严厉缩减的威胁, 或者由于直接或间接把高度有毒废物排入地下水所造成的长期污染, 以及旱灾和水灾的影响。同样会导致影响地面水的灾难或者由地面水造成的灾难, 这种影响往往由于抽取易受损害的地下水供应而减轻, 但其本身却受到污染的洪水的侵入所威胁。

6. 水源是人类生存的最重要而基本的自然资源, 为了取得水源或者确保其质量的潜在或实际冲突不能有助于协调的国际发展或者维持国际和平与安全。因此在这方面需要国际的法律制度。

7. 在国际社会上的种种政府和非政府的重要活动者, 特别是在联合国系统之内的活动者, 与日俱增地认识到并且关注对于国际和平以及人类幸福的潜在危险是来自对世界上的地下水供应的不断增加的威胁, 它们已经在这方面发表了声

¹ 见载于 *World Population Prospects 1965-2000, As assessed in 1968* 中的 "1968 年世界人口趋势分析" (ST/SOA/Series A/53) (联合国出版物, 出售品编号 72.XIII.4)。

明并且提出了警告。1965年在马德普拉塔举行的美洲可再生自然资源专家会议，1977年的马德普拉塔联合国水源会议，² 1981年在达喀尔举行的联合国国际河流组织区域间会议，³ 以及由联合国非洲经济委员会安排于1988年10月在亚的斯亚贝巴举行的着重于非洲地区的河流与湖泊流域发展区域间会议，⁴ 都可为证，这些会议建议各国政府认识到水文圈结构的相互依赖和多样性，其中包括地下水和水与大气的交换作用。

8. 1992年1月在都柏林举行的国际水源和环境会议，⁵ 强调由于淡水的短缺或滥用所造成的重大威胁和冲突的可能性，并且确认这些自然资源对于人类未来的巨大重要性，并要求就跨界地下水流域的使用、保存和保护谈判一些协议和原则。⁶

9. 联合国环境规划署理事会也认识到必须特别注意有关管理这些跨界资源的活动。⁷

10. 《21世纪议程》的水源一章，特别强调并且关切地下水，包括跨界地下蓄水层的重要性，并且要求所有国家对其适当使用和建立一些原则和制度安排。⁸

11. 在国际法上，只有一般的规定，除其他事项外，适用于、但并非专门用于跨界地下蓄水层。这就是为什么联合国水源会议建议

² 见 E/CONF.70/CBP/1 号文件。

³ 见 Experiences in the Development and Management of International River and Lake Basins, 国际河流组织区域间会议记录, 达喀尔, 1981年5月5-14日, 自然资源/水系列, 第10号(联合国出版物, 出售品编号 E.82.II.A.17)。

⁴ 《河流和湖泊流域发展》, 联合国国际河流组织区域间会议记录, 重点是非洲地区, 亚的斯亚贝巴, 1988年10月10-15日, 自然资源/水系列, 第20号(联合国出版物, 出售品编号 E.90.II.A.10)。

⁵ 见《关于水源和可持续发展的都柏林声明》(International Conference on Water and Development - Development for the 21st Century, 都柏林, 1992年1月26-31日)(A/CONF.151/PC/112号文件, 附件一), 及其行动纲领的第7项(同上, 附件二, 第47页起)。

⁶ 见会议报告第4.12、4.13以及7.6节(同上, 附件二)。

⁷ 见《大会正式记录, 第四十四届会议, 补编25号》中理事会的报告(A/44/25号文件), 尤见第101页, 第15/1号决定。

⁸ A/CONF.151/26/Rev.1号文件(第一卷)(联合国出版物, 出售品编号 E.93.I.8), 第6页起; 例如可见18.25(d)、18.37和18.39(a)诸节, 第283、287和288页。

“由于缺乏双边或多边协定, 会员国在共享的水源的使用、发展和管理上继续一般性地适用国际法的公认原则。”⁹

12. 由于国际法是在有关国家、国际或者跨界自然资源的使用和保存的一般性问题上发展, 甚至是特别在水资源的问题上发展, 各种原则和规定普遍地适用于跨界地下蓄水层, 只是因为它们构成了被国家边界所划分的自然水资源。

13. 因此, 具体的多边国际法律文书可能已经载有一些一般性的参考、规定以及甚至原则, 作为它们规则的一部分, 适用于地下水(尽管未必或者专门适用于跨界地下水), 例如《欧洲水宪章》,¹⁰ 或者《保护自然和自然资源非洲公约》, 或者1984年欧洲经委会通过的《关于合理使用水源的原则宣言》(139号决定),¹¹ 或者欧洲经济共同体理事会的一些指示, 或者1980年欧洲经委会《关于预防和控制水污染的欧洲政策宣言》。欧洲经委会的一个委员会1985年核可了一套原则, 比较直接地讨论此问题, 包括海水浸入沿岸地下蓄水层、人为地重新灌注、地下水位中的热储存、废水处理、由于采矿和耕种造成的污染以及放射性污染。¹² 联合国欧洲经委会1987年通过了关于在跨界水源领域进行合作的一些原则, 表示认识到防止和控制地下蓄水层的跨界污染及预防洪水是重要而迫切的任务, 它们的有效完成只能由增加各有关国家之间的合作来确保。¹³ 这些原则深入而仔细地研究推荐的协议词句、水质目标和标准、制度安排、制度结构的功能、污染、监测和数据处理、警告和警报系统以及其他问题。

14. 显然, 能够比较具体地适用于跨界地下水的最先进的官方立法项目, 将是国际法委员会关于国际水道非航行使用法草案,¹⁴ 该草案没有包括世界的跨界蓄水层的一个非常重要部分, 也

⁹ 联合国水会议报告, 马德普拉塔, 1977年3月14-25日(联合国出版物, 出售品编号 E.77.II.A.12), 第一部分, 第1章, 提议93(b)。

¹⁰ 欧洲委员会于1968年5月6日通过。

¹¹ 见《欧洲经济委员会年度报告, 1983年4月24日至1984年4月14日》, 《经济及社会理事会正式记录, 1984年, 补编第13号》, 第一卷(E/1984/23-E/ECE/1083号文件), 第四章。

¹² WATER/GE.1/R.66号文件, 附件。

¹³ E/ECE/(42)/L.19号文件, 1987年第1(42)号决定。

¹⁴ 委员会一读时暂时通过的案文见《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第69-73页。

就是前任特别报告员所谓的“无关联/承压”地下水，也就是那些并无直接关联，或者“由于它们关系的性质”，同一个“流入共同的终点”的国际表面水道“并不构成关系”。¹⁵

15. 除了甚至更远的案件，例如“拉诺湖”案¹⁶之外，在这个领域的国际管辖方面，基本上并没有先例；即使可以找到一些有点关系的案件，例如1927年Reich国家法庭在涉及从多瑙河流入的跨界地下水案件中的判决（“Wurttemberg and Prussia v. Land in Baden”）。¹⁷

16. 这并不表示对于这个问题并没有留下任何国际惯例。正好相反，可以确认一大批双边协定在某个方面是关于跨界地下水的（有时候甚至是关于固态地下蓄水层）。¹⁸

¹⁵ 引述的词语是直接引自草案。

¹⁶ 联合国，“Collection of Arbitral Judgements”，第12卷（出售品编号：63.V.3），第281页。

¹⁷ *Strietsache des Landes Wurttemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung, Staatsgerichtshof (德国)*, 1927年6月18日, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (柏林)*, 第116卷, 附录, 第18页起。

¹⁸ 参看，例如1785年8月27日法国—西班牙确定边界条约；1824年7月2日汉诺威—荷兰边界条约；1824年11月4日关于划定边界的法国—Neufchatel口头议定书；1861年10月5日意大利和瑞士关于解决 Lombardy 和 Canton Ticino 之间边界争端的条约；1862年6月24日奥地利和巴伐利亚关于边界线制度以及波希米亚和巴伐利亚其它领土关系的条约；1864年9月29日西班牙—葡萄牙边界条约；1888年2月2日和9日法国—大不列颠政府关于索马里的边界协定；1892年12月30日奥匈—瑞士关于莱茵河从其上游汇合处到下游汇入康斯坦茨湖规定的条约；1904年4月8日法国和联合王国关于黄金海岸—法属苏丹边界的换文；1913年12月21日波斯—土耳其多方边界线议定书；1922年11月6日比利时—德国共同边界规定；法国—英国规定法属赤道非洲和英属埃及苏丹之间边界的议定书；1925年12月6日埃及—意大利关于确定 Cyrenaica 和埃及边界 (Ramla 井) 的协定；1925年6月12日和15日意大利和英国就规范利用 Gash 河海洋污染以换文形式达成的协定；1925年8月14日法国—德国边界划分条约；1926年2月20日波斯—苏联关于共同利用边界河流和水源公约；1929年11月7日比利时—德国共同边界协定；1929年2月20日多米尼加共和国和海地共和国和平、友谊和仲裁条约；1932年2月23日波斯—土耳其边界线协定；1934年11月22日比利时和联合王国关于坦噶尼喀和卢安达乌隆迪边界水源权利协定；1950年10月16日奥地利联邦政府和巴伐利亚州关于 Rissbach, Dürrach 和 Walchen 地区分水协定；1950年4月25日德意志联邦共和国—卢森堡关于在 Sauer 建造一座水力发电厂条约；1953年阿尔巴尼亚—南斯拉夫议定书，规定共同边界的水源使用；1953年6月4日约旦—叙利亚关于 Yarmuki 河水利用的协定；1956年12月

17. 关于此问题的论说，除了有可观的已发表的专门文字之外，基本上受到两种非常先进的关于编纂以及逐渐发展关于跨界地下水的国际法的学术努力所启发的。

18. 一方面，是1986年国际法协会关于国际地下水的汉城判决¹⁹（按照协会1966年关于国际河流域使用的赫尔辛基判决²⁰），以及先进和完整得多的1987年关于跨界地下水的贝拉焦条约草案，²¹后者由新墨西哥大学法学院国际跨界资源中心的一个国际水和环境法专家小组制订。草案成为对于早先在1985年发表的“Ixtapa 草案”的一个修正。²²

19. 1985年的“Ixtapa 草案”及其在1987年贝拉焦草案中的修正，在专门的文献和若干国际

5日阿尔巴尼亚—南斯拉夫关于水源经济问题的协定；1956年10月27日法国—德意志联邦共和国规范巴塞尔到斯特拉斯堡莱茵河上游公约；1955年8月8日匈牙利—南斯拉夫关于水源经济问题协定；1957年7月18日意大利—南斯拉夫关于 Gorizia 公社水源供应协定；1957年8月26日至9月1日希腊代表团和南斯拉夫代表团关于 Dojran 湖的水力发电研究的会议纪要；1958年7月10日德意志联邦共和国—卢森堡关于在 Our 上建造水力发电设施条约；1958年4月4日保加利亚—南斯拉夫关于水源经济问题协定；1958年3月21日捷克斯洛伐克—波兰关于边界水源协定；1962年11月16日法国—瑞士关于保护雷蒙湖免受污染公约；1964年7月17日波兰—苏联关于边界水源利用协定；1969年7月4日法国—德意志联邦共和国关于开发莱茵河 Strasbourg/Kehl 和 Lauterburg/Neuburgweier 之间的公约；1971年12月15日芬兰—瑞典关于边界河流协定；1973年墨西哥—美国国际边界和水源委员会关于科罗拉多河威度的决定（第242号备忘录）；1974年德意志民主共和国和捷克斯洛伐克的协定；法国和瑞士关于负责防止水体遭受碳氢化合物或能够改变水体的其它物质意外污染的机构工作的协定，并在1962年11月16日法国—瑞士关于保护雷蒙湖不受污染公约中得到确认；1978年11月22日加拿大—美国大湖水水质协定；以及1982年11月18日奥地利和捷克斯洛伐克关于解决若干共同关心的有关核设施的协定。

¹⁹ 国际法协会，第六十二次会议报告，汉城，1986年，伦敦，1987年，第238页起。

²⁰ 关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则，国际法协会于1966年通过；见国际法协会，第五十二次会议报告，赫尔辛基，1966年，伦敦，1967年，第484页起，其中部分载于《1974年……年鉴》，第二卷（第二部分），第357页，A/CN.4/274号文件，第405段。

²¹ R. D. Hayton 和 A. E. Utton, “Transboundary groundwaters: The Bellagio Draft Treaty”, *Natural Resources Journal*, 第29卷, 第3号 (1989年), 第663页。

²² A. B. Rodgers 和 A. E. Atton, “The Ixtapa Draft Agreement relating to the use of transboundary groundwaters”, *Natural Resources Journal*, 新墨西哥州 Albuquerque, 第25卷, 第3号 (1985年), 第713页。

。例项这。文。连远加空蒸程为，试使河须，共

重地，由以这法改

变一。须文就

5个网令不创环

机构、事件和报告中，已经受到彻底的审查、广泛的引用以及越来越多的援引，包括在国际法协会的若干会议上，在1988年5月在渥太华举行的国际水资源协会第六届大会的一个特别小组会议上，在1991年10月在博尔德的科罗拉多大学法学院举行的关于国际水道法的Doman讨论会上，在1991年4月在Gasparilla Island举行的三国工作会议以及1992年12月在贝拉焦举行的关于管理国际河流系统的北美经验的国际讲习班上。

20. 贝拉焦草案的详细和精确程度的优点是，它将为委员会节省相当多的时间和研究工作，并且在形成一项公约草案的过程中，帮助它编写它自己的规则草案，利用它作为已经享有广

泛国际声誉的一个基本的工作文件。

21. 贝拉焦草案能够提供的最大贡献是，它已经确认了牵涉到跨界地下水资源国际法的一些问题，并且对每一个问题都提出了具体而先进的规定，并且还有以实质性评论方式的权威支持。它包括相当多的重要定义，并且为条文草案的一般目的，为建立一个国际机制、其执行和监督责任，为建立和维持一个数据库，为水质保护，为建立跨界地下水保存领域，为采纳全面管理计划的原则和标准，为公共健康紧急状况，为地下蓄水层的计划消耗，为跨界转移，为旱灾规划，为公共利益的质询，为现有权利和义务的制度，为调和差异以及为解决纠纷作出规定。

全球公域

克里斯蒂安·托穆沙特先生的概述

1. “全球公域”是考虑列入委员会工作方案的主题之一。本文件的目的是要对这个问题进行一些思考，究竟这个主题是否适合作为一项研究的题目和是否有可能进一步进行编纂和（或）逐渐发展法律的工作。

1. 全球公域的概念

2. 全球公域是近年来使用日广的一个说法。尽管它甚至经常出现在法律文件中，它的范围和意义仍有很多地方让人怀疑。目前没有确定的法律定义。如果我们理解正确的话，当人们谈到全球公域时，通常想到两类不同的事物。

3. 一方面，人们提到的是不属于国家管辖范围的地区和空间。就这个意义而言，全球公域包括不属于任何国家的领土，首先是南极洲、公海、以及国家管辖范围以外的海平面上下的空间，包括海床及其底土，以及人类至今无法以任何方式加以支配的宇宙空间，包括月亮、其它行星和恒星。

4. 另一方面，全球公域还被认为是那些不受人类全面支配的环境资源，就是空气和水以及空气、水和地形条件与太阳相互作用所产生的全球天气和气候。就更加广泛的意义而言，全球公

域还包括全地球的动物和植物群落，不论它们分布在何处。

5. 显然，人们一眼就可以看出来，把所有这些完全不同类的事物放在一起，是不容易的。另一方面，大家都知道，这些事物之中有些至少已经由国际文书加以规定。因此，作为第一步，应该审查全球公域的不同事物之中，究竟有哪些事物已经成为和在何种程度上成为有效条约和即将生效的条约所具体规定的对象。目前我们暂时不考虑过去几十年所发展的习惯法的一般规律，因为习惯法往往不十分确定，因此，习惯法的存在不应该妨碍编纂和逐渐发展方面可能进行的创新工作。

2. 适用于全球公域的条约

(a) 组成全球公域的范围或空间

6. 就全世界的海洋而言，众所周知，《联合国海洋法公约》已经全面规定了它的制度。《联合国海洋法公约》远超过《日内瓦公海公约》相当粗浅的规则，它用整个一章（第十二部分）规范海洋环境的保护和保全。它的基本命题载于第一九二条，根据这一条，“各国负有保护和保全海洋环境的义务”。接下去的各项条款作出了

更详细的规定。

7. 就“领域”而言，就是国家管辖范围以外的海床洋底及其底土（第一条第1款），规定了海底管理局必须采取的具体措施（第一四五条）。关于这一制度，显然很难在一项涵盖全部全球公域的一般性文书中加以改进。总而言之，任何这类企图都意味着在海洋法公约尚未生效的阶段就对之进行修订。

8. 联合国公约并不是管制有关世界海洋活动的唯一文书。在国际海事组织主持下，缔结了许多项条约。这些条约涵盖了例如石油泄漏和倾弃废物等主题，包括核废料。《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》禁止在水下进行所有核试验。虽然这里或那里存在着一些漏洞，但主要的环境威胁已因此有了法律管制。

9. 还应该提到许多区域性条约，其主要目标是防止来自陆地的海洋污染。

10. 关于南极洲，1991年缔结了一项关于南极洲条约环境保护的议定书。提出建议修改该议定书所规定的制度没有什么意义。

11. 外层空间在1967年通过《关于各国探索和利用外层空间包括月球与其它天体活动所应遵守原则的条约》制定了法规。该条约不直接处理有关环境的问题，不过人们可以采取下述看法，即第四条第一段所规定的禁止虽然主要针对核武器或其他大规模毁灭性武器，对于全球公域一样具有有益效果。《关于各国在月球和其它天体上活动的协定》进一步在第七条规定：“各国在探索和利用月球时，应采取措施，防止月球环境的现有平衡遭到破坏。”然而，到现在为止尚未产生任何可能需要进一步保护措施的具体问题。

(b) 环境资源

12. 空气不能控制于一国国界之内是自明之理。空气依照一定的方式围绕地球流动，其主要因素今天已众所周知。因此，任何对空气原有纯度进行干扰都会对其它地方造成影响。然而，国际管制不可能达到致力于为任何影响空气品质的人类活动建立法律制度的程度，因为几乎没有任何活动在大或小的程度上对空气品质不造成任何影响。人们因此在实践上遵守一些限制性的标准。第一，国际管制集中于具有国际上明显可以观察特点的空气污染；第二，管制空气污染的工

作十分自然地集中于超过一定严重程度因素。关于旨在对付空气污染的条约方面，最显著的例子是《远距离越境空气污染公约》。然而，这项文书及其三项附加议定书却局限于欧洲地区。这是欧洲经委会范围内所完成的筹备工作产生的。到今天为止世界上还没有任何其他地区跟上来。目前也没有一项全球范围的具有约束性的国际文书。

13. 水的特性与空气类似。水通过蒸发和连续降雨保持流动。因此，水无法由一个国家永远保持在其境内，除了某些地下水储藏，如果不加以开发，可以维持几百年不变。另一方面，与空气相比较，水基本上是更为稳定的资源，因为蒸发以及河流的流动是相当缓慢的过程，在一定程度上可以由人类加以控制。基于这些理由，作为这种状态的水从来没有被当作法律管制的对象，而是针对河流、湖泊以及海洋等不同形式的水试图制定规则。正如委员会关于国际河流非航行使用法方面的辩论所显示，各国将通过其领土的河流的水视为国家主权管辖的资源，但也确认必须承担某种国际义务，以限制其使用。总而言之，在国际河系的沿岸国之间，委员会甚至不接受共有资源这一概念。

14. 根据科学研究，臭氧层之所以特别重要，就在于它防止威胁生命的紫外线放射进入地球表面。关于这方面，国际社会已经采取行动，通过了《保护臭氧层维也纳公约》，后来又由《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》加以补充，这项议定书本身又在1990年加以修正，这方面也一样不需要做什么工作。总之，人们无法希望以一项涵盖整个全球公域的一般性文书来改进这一制度。

15. 最后，应该提到最近的《联合国气候变化框架公约》。如标题所指出，这项公约是以一种特殊的方式来处理有关世界气候的所有问题。确切地说，只制订了一个总的框架。然而，必须记住，无论如何，一项旨在管制全球公域的文书，必须把其范围限于制订相当广泛的原则。就其本质而言，它不具备涉及细节的可能性。

16. 总结起来，有理由这样说，在目前这个阶段，一种相当广泛的保护全球公域的法律规则网络已经存在。我们当然不能说这些规则已经完全令人满意。要指出这里或那里存在的差距和漏洞也不困难，整体情况确实如此。另一方面，大步向前创新的可能性显然也很有限。在一些可以看到主要环

境威胁的重要领域，现有各项文书可以深入细节，而一套有关全球公域的原则或规则永远做不到。

17. 如果将地球上不论何处的动物和植物群落视为全球公域的部分，这就要展开一个全新的篇章。显然，这样一种概念会损及许多传统认为国家主权的看法。不过，在区域一级，已经有许多条约设法保护有灭绝危险的野生物和植物。在1992年6月举行的里约首脑会议上，《生物多样性公约》也获得通过。在这里，似乎又一次暂时达到了国际上可以接受的外限。

3. 保护全球公域项目的主要困难

18. 以上的意见已经可以大约表明一项关于全球公域的项目可能遭遇的困难。

19. 所有有效的条约都具有其特殊性质。它们或者为全球公域中一个单独的成份建立一项一般性的制度（例如南极洲、公海、外层空间），或试图应付某一种具体的环境威胁（例如空气污染）。因此就有可能调整有关的制度，以求适应有关主题事项的特殊性，草拟可以直接适用的规则，而不需要通过不同的立法阶段进行具体的拟订工作。如果委员会试图就整个全球公域及其广泛不同的内容来草拟规则，这些规则就必须在高度抽象的水平上制订。同《斯德哥尔摩人类环境宣言》¹或最近《关于环境与发展的里约宣言》²相比较，人们很难希望有任何进展。

20. 如果一般的想法是要为整个全球公域建立一个法律制度，这主要就是要求各国参与采取预防性的措施，以便其领土内的各项活动不至于妨害人类生存条件所需要的资源。但是，这样一

¹ 《联合国环境会议的报告》，斯德哥尔摩，1972年6月5-16日（联合国出版物，出售品编号E.73.II.A.14），第一部分，第一章。

² 《联合国环境与发展会议的报告，里约热内卢，1992年6月3至14日》（A/CONF.151/26/Rev.1（Vol. I, Vol. II and Vol. III））（联合国出版物，出售品编号C.93.I.8），第一卷：环发会议通过的决议，决议1，附件一。

项制度同保护其它国家领土完整的制度无法区分。这种情况就空气污染而言特别明显。对海洋产生不良影响的污染多数来自天空。因此，为了保护海洋环境，必须减少陆地来源的空气污染，就是在国家管辖领土上产生的污染。然而，这同样的污染源也会损害邻国。因此，需要的就是一个这样的空气污染制度，必须同时考虑可能对全球公域以及对其它国家造成损害的情况，来决定其参数。按照可能受害的对象来制订不同的预防规则，不仅十分不切实，而且几乎不可能。责任又是完全不同的情况。关于这方面，古典规则通常假设一种行为国和受害国之间的双边关系，完全不能提供任何答案。

21. 最后一项困难是由于委员会议程上众所周知的专题“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果”。根据第四十四届会议所作的决定，³关于这项专题的工作首先应研究预防的所有有关方面。如上文所指出，预防是一单一性概念，旨在避免有害影响的产生，不论其所在地点为何。如果将全球公域作为一项新的专题列入其方案，委员会因此必须重复其已经在“……损害性后果”题目下开始的工作。看来最好的办法是记住保护全球公域的需要，制订一项有关预防责任的法规。任何其他决定都将无可避免地导致有关两个专题分界线的冗长无益的辩论。

4. 结论

22. 不赞成将“全球公域”的专题列入委员会的长期工作方案。

23. 关于将这样一项专题列入委员会的工作方案的建议，其基本的关注在很大程度上可以在“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果”这个专题的框架内制订适当规则来加以照顾。显然，明智的做法是在适当时机改变这一专题的标题，以便使其新的方向更为明确。

³ 《1992年……年鉴》，第二卷（第二部分），第343-349段。

各国保护人类环境的权利和责任, 山田中正先生的概述

1. 概 论

1. 1990年4月在意大利锡耶纳举行的国际环境法锡耶纳论坛在其结论中恰当地指出,自《关于人类环境的斯德哥尔摩宣言》¹以来,国际环境法已经获得许多重大进展。当前的情形是,出现了许多公约和国际文书,其中涉及很多领域并且构成各国权利和责任的重要框架。这方面可以看成是当代国际法领域的辉煌成果。

2. 但是,当前国际公约所构成的义务框架存在一些空白。在某些领域,特别是涉及国际关注事项的领域尚未有全面涵盖。因此,国内和国际公约的执行情况常常未如人意。

3. 各种公约的缔结都采取“按个别项目”处理的办法,往往按个别情况作出回应,因而产生忽略采取划一办法预防污染的需要风险,使环境继续恶化。

4. 保护环境领域的习惯法仍然处于发展初期。因此,以公约的形式制订一般原则,以求补充缺漏和确保对公众给予保护,是委员会一项挑战性任务和重要工作。

5. 关于这方面,大家会记得,秘书处为委员会编写的《国际法概览》²挑选了列入其长期工作方案的一个项目清单,其中有一章专门阐述环境问题,以便提请委员会注意国际法在这个领域的逐渐发展情况。

6. 建议把这个项目的标题从“人类环境”改为“各国保护环境的权利和责任”。在委员会上届会议上提出这个标题时,我想到的是《关于人类环境的斯德哥尔摩宣言》,但是,鉴于最近环境领域的观念变化,若把这个项目限于人类环境,可能会使所得结果的效能和用途受到太大限制。

2. 国际环境法的发展状况

7. 简单介绍一下国际环境法发展的历史会

对我们在这方面应做什么的问题给予有用的启示。

8. 传统的环境问题自战前以来就是国际法的一个课题,它的特征如下:通常在两个邻国间发生,找出谁是污染者是相当容易的;同时,受污染国家和污染国家在其双边关系上的纷争可以通过睦邻的原则解决。“特雷尔冶炼厂”仲裁案³是这类纷争的典型例子,该案于1941年获得解决。

9. 国际法的这类规则以各国主权平等的概念为依据,期待各国在其领土内对进行的经济活动作出适当监测,以免对任何别国造成损害,即依据不得损害别人财产的概念。

10. 这类国际环境法的特征是,它以维持专属领土主权国家的适度协调为主要目标,因此,不一定以全球环境保护为其目的。

11. 在稍后阶段环境恶化的情况不但对邻国有损,并且对较广大的地区发生广泛破坏时,就会出现修改适用的国际法规则的趋势。

12. 涉及海洋污染和诸如核活动或空间活动等极端有害活动所造成损害的公约,除依据疏忽责任的传统原则外,就援用承担风险责任的原则(即要求造成社会危险的当事方,承担某种程度的绝对责任)。

13. 不过,除了有关特定活动的公约外,并没有规定各国在极端有害活动方面的权利和责任,而特定活动公约所载的权利和责任又不全面。

14. 由于近年来的经济扩展和人口激增,诸如臭氧层破坏和气候改变等全球问题已经成为国际法中的重要课题。

15. 象气候改变,臭氧层、生物多样化和热带森林的破坏等全球性环境问题的特征是,它对

² 见《1971年……年鉴》,第二卷(第二部分),第1页, A/CN.4/245号文件。

³ 联合国,国际仲裁裁决汇编,第3卷(出售品编号1949.V.2),第1905页起。

环境造成逐步的广泛而长期的损害，其原因则是许多国家进行的种种活动所共同导致的。

16. 这些问题是人类共同关切事项，在各国的权利和责任方面提出了新问题，远远超越了各国传统的互利关系责任，可能在内涵、性质和执行方法方面采取“对全人类责任”或“普遍责任”的形式。

17. 从这种观点来说，根据若干环境公约而产生的各国保护环境普遍责任的原则在作为国际法一项基本原则方面具有重要性（例如，这一原则已列入 1985 年《保护臭氧层维也纳公约》第 2 条第 1 款中）。

3. 将起草文书的形式

18. 就环境领域文书的形式来说，应考虑草拟一项总公约的可能性，这一公约将规定各国的普遍权利和责任，超越具体领域的独特性和环境的特殊方面。由于国际法制订与目前和将来的环境问题都有关系的各种规则，可能会弥补当前各项公约遗漏的事项，并使新近产生的环境问题处于国际法某种程度的控制下。因此，尽管未有有关的公约，但是，会有助于防止适用规则产生任何缺漏。同时，它将会促进及早查明潜在的环境问题，并且在特定公约中订立更实在的条款。无庸赘言，这一总公约的目的并非在于替代个别公约，反之，应当促进更有效保护环境。拟议的公约将列入涵盖现有各公约的共同规则；进一步细节将由涉及具体问题的个别公约予以补充。

4. 各国在保护环境方面的普遍权利和责任的可行结构

19. 鉴于国际法发展的历史和上文第 7 至 17 段所述国际社会当前面对的局势，下列各点可视为有关各国的普遍权利和责任方面的概要：

一、一般原则：

- A. 所用名词（“环境”、“污染”、“危害”、“损害”、“破坏”和环境“风险”等名词的定义）
- B. 各国对国际社会所负“一般义务”的法律意义
- C. 各国确保在其管辖或控制下进行的活

动不会造成危害环境方面所负责任的原则

D. 较新的原则

1. “可持续发展”的概念——世代公平
2. 为全人类的利益而承担的共同差别责任——考虑到发展中国家的特殊情况
3. 环境政策和贸易政策的调和

二、实质规则和程序规则

A. 基本原则

1. 睦邻关系的责任
2. 对高度风险活动所负的责任
3. 污染者付费原则是否适用
4. 对全球环境的整体保护

B. 国际合作（交换资料、协商、环境评价等）

C. 责任和赔偿责任分配原则

1. 对疏忽引起的问题应负的责任
2. 严格或绝对赔偿责任的原则
3. 确保补救的赔偿责任（例如一家母公司和（或）母公司所属国家对子公司进行危害环境活动所负的赔偿责任）

D. 解决争端程序

1. 解决争端的国际程序
 - (a) 由国际主管组织进行仲裁和（或）裁决
 - (b) 关于国际法院对环境争端的管辖权问题
 - (c) 关于全球环境争端方面的公众诉讼可否接受问题
2. 解决争端的国内程序——外国侨民有向国内法院申诉的平等权利

三、促进履行义务的措施

- A. 按照义务的性质及其与履行办法的关系所做分类

B. 直接履行措施

1. 通过国际组织、在国际组织框架内建立规则、宣布放弃制度、保证和审查制度等来履行
2. 通过国内法 (包括有关国家管辖权原则) 和一个国家的单方面国内措施中的治外作用来履行
3. 框架公约和执行议定书之间的联系问题

C. 间接履行措施**D. 劝阻措施**

1. 对履行国际一级义务的观察
2. 国际社会针对进行了危害环境的某些活动的国家执行的措施
 - (a) 处以罚款和征收捐税
 - (b) 经济制裁, 包括贸易限制和停止援助
 - (c) 其他措施

E. 鼓励措施

1. 付给资金和转让技术, 给予捐税鼓励
2. 设立分摊财务负担的国际机制
3. 设置责任保险机制

5. 委员会关于这个项目的展望

20. 作者明白上述事项包罗万象。委员会可以在适当时间决定优先考虑哪一个分项目。

21. 必须确保提到的公约要与有关环境问题的其他课题相配合 (特别是国家责任条款草案和关于国际法不加禁止的行为所产生后果的国际赔偿责任的条款草案, 及危害人类和平与安全治罪法草案), 委员会目前已经展开这方面的工作。

22. 鉴于提议的这个项目下的文书在当前情况下应是一项全面性总公约, 而上文第 4 节所列的一些课题可能与委员会进行中的工作互相重复, 自然我们应在今后的工作中设法避免。

第四十五届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/445	临时议程	油印件。通过的议程见《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第一章第11段。
A/CN.4/446	秘书处编写的第六委员会在大会第四十七届会议期间讨论国际法委员会报告的专题摘要	油印件。
A/CN.4/447 和 Add.1-3	国际水道非航行使用法：各国政府的评论和意见	载本卷。
A/CN.4/448 和 Add.1	危害人类和平及安全治罪法草案：各国政府的评论和意见	同上。
A/CN.4/449	特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于危害人类和平及安全治罪法草案的第十一次报告	同上。
A/CN.4/450	特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题的第九次报告	同上。
A/CN.4/451	特别报告员罗伯特·罗森斯托克先生关于国际水道非航行使用法的第一次报告	同上。
A/CN.4/452 和 Add.1-3	各国政府对国际刑事管辖问题工作组报告提出的评论	同上。
A/CN.4/453 和 Add.1-3	特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生关于国家责任的第五次报告	同上。
A/CN.4/454	委员会委员就国际法某些主题所编制的摘要	同上。
A/CN.4/L.479	计划组的报告：委员会的计划、程序和工作方法及其文件	油印件。
A/CN.4/L.480 和 Add.1	关于国家责任问题的条款草案。起草委员会所通过的条文标题和案文：第二部分	转载于《1993年……年鉴》，第一卷，第2318次会议的简要记录(第3段)。
A/CN.4/L.481[和 Corr.1]	国际法委员会关于其第四十五届会议工作的报告草案：第一章(本届会议的组织)	油印件。所通过的案文见《大会正式纪录，第四十八届会议，补编第10号》(A/48/10号文件)。最后文本见《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.482[和 Corr.1]和 Add.1[和 Corr.1]及 Add.1/Rev.1	同上：第二章(危害人类和平及安全治罪法草案)	同上。
A/CN.4/L.483	同上：第三章(关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任)	同上。
A/CN.4/L.484[和 Corr.1]及 Add.1-7	同上：第四章(国家责任)	同上。

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/L.485	同上: 第五章 (国际水道非航行使用法)	同上。
A/CN.4/L.486[和 Corr.1]	同上: 第六章 (委员会的其他决定和结论)	同上。
A/CN.4/L.487	关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任。起草委员会所通过的条文标题及案文: 第1、2、11、12及14条	案文转载于《1993年……年鉴》, 第一卷, 第2318次会议的简要记录(第58段)。
A/CN.4/L.488 和 Add.1 [Corr.1 和 2]、2、3 及 4 [和 Corr.1]	国际刑事法院规约草案工作组报告	油印件。
A/CN.4/L.489	国际水道非航行使用法条款草案。起草委员会二读时通过的条文标题和案文: 第1-6和第8-10条	案文转载于《1993年……年鉴》, 第一卷, 第2322次会议的简要记录(第5段)。
A/CN.4/L.490 和 Add.1	国际刑事法院规约草案工作组报告订正本	转载于《1993年……年鉴》, 第二卷(第二部分), A/48/10号文件, 附件。
A/CN.4/SR.2295 - A/CN.4/ SR.2327	第2295次至2327次会议临时简要记录	油印件。最后案文转载于《1993年……年鉴》, 第一卷。

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة
يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم منها من المكتبة التي تتعامل معها
أو اكتب إلى : الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
