

国际法委员会年鉴

1994年

第二卷
第一部分

第四十六届会议文件

联合国
纽约和日内瓦，2010年



说 明

联合国文件都用英文大写字母附加数字编号标识。凡是提到这种标识，就是指联合国的某一个文件。

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的《年鉴》(如《1992年……年鉴》)。

国际法委员会每届会议的《年鉴》由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷(第一部分)：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷(第二部分)：国际法委员会提交大会的报告。

凡提及以上各卷和各卷中的引文均指作为联合国出版物发行的本年鉴各卷的最后印刷文本。

*

* *

国际法委员会第四十六届会议期间审议的特别报告员的报告及其他文件最初以油印件形式分发。本卷转载这些报告和文件，并包含了秘书处所作的更正及编制最后文本所必须的修改。

A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 1)

联合国出版物

出售品编号：C.96.V.2 (Part 1)
ISBN 978-92-1-730176-6

ISSN 1994-4705

目 录

	<u>页 次</u>
简 称.....	iv
关于引文的说明.....	iv
填补委员会的临时空缺(委员会章程第 11 条)(议程项目 1)	
A/CN.4/456 号文件 秘书处的说明.....	1
国家责任(议程项目 3)	
A/CN.4/461 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六次报告.....	3
危害人类和平及安全治罪法草案(议程项目 4)	
A/CN.4/458 和 Add.1-8 号文件 各国政府关于国际刑事法院规约草案工作组报告的意见.....	23
A/CN.4/460 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十二次报告.....	95
国际水道非航行使用法(议程项目 5)	
A/CN.4/462 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二次报告.....	111
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 6)	
A/CN.4/459 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十次报告.....	129
第四十六届会议文件一览表.....	151

简 称

欧洲经委会(ECE)	欧洲经济委员会
粮农组织(FAO)	联合国粮食及农业组织
原子能机构(IAEA)	国际原子能机构
民航组织(ICAO)	国际民用航空组织
国际法院(ICJ)	国际法院
国际法协会(ILA)	国际法协会
国际法委员会(ILC)	国际法委员会
经合组织(OECD)	经济合作与发展组织
开发计划署(UNDP)	联合国开发计划署
环境规划署(UNEP)	联合国环境规划署
私法协(UNIDROIT)	国际统一私法协会

*

* *

联合国, 《……法律案文》 联合国法律案文, 《关于为航行以外目的利用国际河流的法律案文和条约规定》(出售品编号: 63.V.4)

*

* *

关于引文的说明

在引文中, 后面加有星号的楷体词语或段落在原文中都不是楷体。

除非另有说明, 出自外文著作的引文均由秘书处译成中文。

*

* *

国际法委员会的互联网地址是: www.un.org/law/ilc/index.htm。

填补委员会的临时空缺 (委员会章程第 11 条)

[议程项目 1]

A/CN.4/456 号文件

秘书处的说明

[原文: 英文]

[1994 年 1 月 10 日]

1. 1993 年 11 月 10 日阿卜杜勒·科罗马先生和史久镛先生当选国际法院法官之后，国际法委员会出了两个空缺。

2. 这种情况适用委员会章程第 11 条。这一条规定如下：

委员会委员出缺时，应由委员会适当遵照上文第 2 和第 8 条的各项规定自行补足空缺。

第 11 条提到的第 2 条和第 8 条全文如下：

第 2 条

1. 委员会应由三十四人组成，各委员应为公认能够胜任的国际法界人士。
2. 委员会委员不得有两人同为同一国家的国民。
3. 如候选人具有双重国籍，则候选人应视为其通常行使公民和政治权利的国家的国民。

第 8 条

选举人进行选举时应铭记：凡当选委员会委员的人士，本人必须具备必要的资格，而委员会全体则应确实代表世界各主要文明形式和各主要法系。

3. 委员会需要补选的委员的任期至 1996 年年底届满。

国家责任

[议程项目 3]

A/CN.4/461 和 Add.1-3 号文件 *

特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生
关于国家责任的第六次报告

[原文: 英文]
[1994 年 4 月 19 日和 26 日、
6 月 14 日和 7 月 21 日]

目 录

	段 次	页 次
导 言.....	1 - 5	4
<u>章 次</u>		
一、国家责任草案迄今设想的关于反措施前解决争端的规定: 重新评价.....	6 - 93	5
A. 1993 年起草委员会通过的条款草案第二部分第 12 条的案文.....	6 - 47	5
1. 第 1 款(a)项.....	6 - 32	5
2. 第 1 款(b)项.....	33 - 37	9
3. 第 2 款.....	38 - 42	10
4. 第 3 款.....	43 - 44	11
5. 1993 年起草委员会通过的第 12 条的主要缺点.....	45 - 47	11
B. 关于事先采用争端解决程序规定的重大问题.....	48 - 61	11
C. 与第二部分第 12 条要处理的反措施前争端解决问题有关的其他重要事项.....	62 - 81	14
1. 使用“用尽了”、“所有”和“能够利用的”的用语.....	63 - 64	15
2. 使用“及时地通报”的用语.....	65	15
3. “事先采用争端解决程序”要件的例外.....	66	15
4. 使用“充分的反应”的用语.....	67 - 68	15
5. 对需要灵活性的一点评论.....	69 - 72	16
6. 临时措施的重要问题.....	73 - 81	16
D. 特别报告员关于条款草案第二部分第 11 条和第 12 条的提议.....	82 - 93	17
二、草案第一部分第 19 条列为罪行的国际不法行为后果的即将举行的辩论中要审议的主要问题.....	94 - 113	19
A. 罪行能否定义?.....	96 - 98	19
B. 假定能够就定义达成协议, 谁决定已经犯下一项“罪行”?.....	99 - 101	19
1. 侵略一类罪行.....	100	19

* 包括 A/CN.4/461/Add.2/Corr.1 号文件。

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2. 其他罪行	101	19
C. 什么是罪行认定的可能后果	102 - 113	20
1. 可用的补救办法和采取反措施的权力	103 - 105	20
(a) 可用的补救办法	103 - 104	20
(b) 采取反措施的权力	105	20
2. 所有国家，不仅仅是实际受害国家也许获允许对罪行 寻求补救办法或采取反措施的条件	106 - 109	20
3. 对罪行不适用于排除非法性情况的规定的可能性	110	21
4. 不承认罪行后果的一般义务	111	21
5. 不援助“犯罪”国家而救助受害国的一般义务	112 - 113	21

导 言

1. 本报告处理与各项解决争端规定有关的若干问题。根据国际法委员会自第三十七届会议(1985年)和第三十八届会议(1986年)以来采取的方针，这些规定将列入关于国家责任的条款草案的第二和第三部分。上述方针是指在1985年至1986年和1992年至1993年的辩论中就这一事项所作的重要选择¹，特别是指国际法委员会关于将下列条款草案交由起草委员会处理的两项决定：第一，前任特别报告员提议的第二部分第10条草案²以及第三部分第1至第5条草案和附件³；第二，本特别报告员提议的

第二部分第12条草案⁴以及第三部分第1至第6条草案和附件。⁵

2. 第二部分第12条由起草委员会在第四十五届会议草拟：

第12条 与诉诸反措施有关的条件

1. 受害国不得采取反措施，除非：

(a) 它可利用受害国和犯有国际不法行为的国家根据它们所加入的任何有关条约有义务采用的一种[具有约束力的/第三方]争端解决程序；或者，

(b) 在没有此种条约的情况下，它向犯有国际不法行为的国家提议一种[具有约束力的/第三方]争端解决程序。

2. 只有国际不法行为已停止，当犯有国际不法行为的国家正在以诚意执行商定的[具有约束力的]争端解决程序时，以及在出现这样的情况下，则应暂停适用受害国采取反措施的权利。

3. 犯有国际不法行为的国家如果不履行由此种争端解决程序产生的要求或命令，则对受害国采取反措施权利的暂停适用应予终止。

¹ 委员会辩论的摘要见：《1985年……年鉴》(英)，第二卷(第二部分)，第108至第163段；《1986年……年鉴》(英)，第二卷(第二部分)，第40至第65段；《1992年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第105至第276段；《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第193至第335段。本专题工作的详细概述见：《1985年……年鉴》(英)，第一卷，第1890次至第1902次会议；《1986年……年鉴》(英)，第一卷，第1952次至第1956次会议；《1992年……年鉴》，第一卷，第2265次至第2267次、第2273次至第2280次、第2283次、第2288次以及第2289次会议；《1993年……年鉴》，第一卷，第2305次至第2310次、第2314次至第2316次以及第2318次会议。

² 见《1990年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第321段；第二部分第10条草案的案文，见同上，第160页，脚注291。

³ 见《1986年……年鉴》(英)，第二卷(第二部分)，第63段；第三部分第1至第5条及附件的案文，见同上，第二卷(第一部分)，第1页，A/CN.4/397和Add.1号文件，第一章，A节。

⁴ 见《1992年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第119段；特别报告员提议的第12条草案的案文，见同上，第二卷(第一部分)，第1页，A/CN.4/444和Add.1-3号文件，第52段。

⁵ 见《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第205段；第三部分第1至第6条草案和附件的案文，见同上，脚注116、117、121至123以及125。

但是特别报告员对这一事项进行了进一步研究,包括重新评价他自己原先提出的第 12 条案文的一些缺点,研究的结果使他相信,重新审议 1993 年起草委员会改写案文时所接触到的一些问题,或没有考虑的一些问题,可能是有助益的。进行这项工作时,应考虑到上述案文内仍然悬而未决的种种问题——特别是留在方括号内的关键句子太多——以及第二部分第 12 条与 1993 年提议的第三部分之间关系所引起的种种问题。

3. 起草委员会一些成员曾于去年强调第 12 条规定的反措施前解决争端义务与第三部分处理的反措施后解决争端义务之间的关系⁶。这些成员实际上建议一并审议第 12 条和第三部分将更为有效。但是,鉴于拟议的第三部分在稍后阶段才交由起草委员会处理,因此 1993 年起草委员会无法这样做。实际上,第二部分第 12 条和第三部分各项规定既有不同的功能但同时又相互联系,1993 年起草委员会对第 12 条(相对于第三部分)的作用有所误解

⁶ 《1993 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 257 段。

是可能的。1994 年起草委员会将收到第三部分的条款草案,它可以更适当地同时审议这两套规定。

4. 鉴于国际法委员会第四十五届会议没有辩论草案第一部分第 19 条⁷所设想的国家的国际“罪行”的后果,特别报告员目前无法借助于他预期委员会将就他第五次报告⁸第二章所述的许多困难问题而提供的指导。但是,他打算在本报告第二章中简要地论述这些问题。

5. 本报告有两章。第一章专门重新评价迄今为反措施前解决争端规定设想的各种解决办法,即 1993 年起草委员会提出的第 12 条案文以及现任特别报告员及其前任关于上述解决争端规定的提议。第二章专门讨论上文第 4 段所指的国际罪行的后果。

⁷ 委员会暂时通过的第一部分第 19 条的案文见《1980 年……年鉴》(英),第二卷(第二部分),第 32 页。

⁸ 见《1993 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 1 页, A/CN.4/453 和 Add.1-3 号文件。

第一章

国家责任草案迄今设想的关于反措施前解决争端的规定:重新评价

A. 1993 年起草委员会通过的条款草案

第二部分第 12 条的案文

1. 第 1 款(a)项

6. 1993 年起草委员会提出的第 12 条案文迄今最重要的特点,就是放弃了 1985 年、1986 年和 1992 年提议的案文的要点,即必须先行用尽各种所能够利用的解决争端程序,作为合法诉诸反措施的条件。根据 1993 年起草委员会的提法,“受害国不得采取反措施,除非:(a) 它可利用……一种[具有约束力的/第三方]争端解决程序”。案文没有提及时间因素,似乎任凭诉诸反措施的国家选择它遵照有关规定的时刻。换言之,利用这类手段时,很可能是在诉诸反措施的同时或之后进行,而不是在诉诸反措施之前进行。⁹

⁹ 1993 年起草委员会所通过的第 12 条案文因而显著地偏离了前任特别报告员在 1985 年和 1986 年以及本特别报告员在 1992 年提议的案文,这些案文都提交了起

7. 起草委员会主席在第四十五届会议上的发言实际上似乎暗示一种没有那么悲观的解释。根据主席的发言,起草委员会认为最好“不在案文中列

起草委员会。应予回顾,1992 年提议的第 12 条草案第 1 款(a)项规定,受害国不得采取反措施,“除非已先行(a)用尽了根据一般国际法、《联合国宪章》或它作为任何其他解决争端文书缔约国所能够利用的所有友好解决程序”(A/CN.4/444 和 Add.1-3(上文脚注 4),第 52 段)。因此,设想的解决争端程序包括《联合国宪章》第三十三条所列的各种手段,从最简单的谈判形式至最复杂的司法解决程序不等。

第 12 条第 1 款(a)项“所能够利用的”程序的概念包括一切,而不是如前任特别报告员所设想的,将它局限于可由单方发起的第三方解决程序,该项的用意是为了照顾到受害国的任何可以来自国家责任公约以外任何来源的解决争端义务。

另一方面,这项规定的苛刻程度却因同一条草案第 2 款所阐明的例外而大大减轻。根据该款,先行利用解决争端程序的条件不适用于:

“(a) 犯有国际不法行为的国家在选择和实施现有解决程序时不予真诚合作的情况;

出时间因素，而选择了强调为使采取反措施合法一开始就必须满足的条件 * 这一方案”。¹⁰ 但是，这似乎没有充分地说明这项规定的法律影响，因为其中没有提及时间因素。这项遗漏必然会被理解为：就第 12 条来说，诉诸反措施与利用解决争端程序之间的时间关系是不重要的，它将任凭据称受害国酌情处理。

8. 除了放弃诉诸解决争端程序的先决条件外，还有另一项(有别于原来的提案的)重大改动，即：受害国应考虑到的解决争端义务来源的狭义定义。根据第 12 条第 1 款(a)项，应诉诸的解决争端程序，是有关国家“根据它们所加入的任何有关 * 条约有义务采用 * 的”程序。

9. 如根据普通的法律相关性概念来解释这项规定，则应可断定：一项有关条约，就是缔约方之间生效的、规定它们必须诉诸友好手段——即所谓单方面反措施“以外”的手段——的任何条约。如情况是这样，则源于必须利用解决争端程序但却没有确定时间的规定的含糊义务，至少从其标的来看就显得没有那么空泛，而这一标的就是应予使用的解决争端程序。视临时列在方括号内、下面将予讨论的进一步具体规定而定，这些程序将包括缔约方根据任何解决争端条约——例如《联合国宪章》、多边区域解决争端安排、当然还有双边仲裁、调解和(或)司法解决文书等——可能必须使用的任何解决

(脚注 9 续)

“(b) 一国际机构在第三方解决程序范围内就这些措施的可接受性作出决定之前，受害国采取的临时性措施；

“(c) 如果国际不法行为的肇事国未能遵守该机构指示的临时性保护措施，受害国所采取的任何措施。”

遗憾的是，我们认为这些例外没有获得 1993 年起草委员会充分的考虑。第 11 条草案关于“充分反应”的条件也是一样。下面第 63 段和以后各段将对这些和其他灵活的成分加以讨论。

在 1992 年辩论过程中，虽然国际法委员会许多委员都认为设法加强先行诉诸友好解决程序的规定是可取的，但一些委员则认为这项规定过分严格。他们特别反对将所能够利用的所有程序的规定扩大至空泛的“所能够利用性”概念和“用尽”一词：有三点可以稍加调整，虽然不得过度减损《宪章》第二条第三项和第三十三条的规定(如《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》(大会 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议，附件)的解释那样)。下面第 63 段和以后各段将对这三点加以审议。

¹⁰ 《1993 年...年鉴》，第一卷，第 2318 次会议，第 14 段。

争端程序。¹¹ 考虑到关于国际侵权行为的争端是一项法律争端，将有一项或多项这样的多边或双边条约符合“相关性”规定的可能性极高。

10. 但是，这似乎不是成功地将“有关”一词写入第 1 款(a)项的起草委员会成员的意旨。第一，我们无法确定“有关条约”一语是否也包括《联合国宪章》，因为《宪章》通常是一项被点名指出的文书。第二，在起草委员会主席的发言(上文第 7 段)中，“‘有关’一词”(在全体会议通过这一条之前，其评注可能会对此词再加阐述)“指的是对不法行为和反措施有关领域适用的条约 *”。¹² 换言之，同受害国含糊的解决争端义务的目的有关的条约只是适用于每一具体案件中受有关不法行为和反措施影响的标的物的条约。如果这就是第 12 条第 1 款(a)项的解释，则为了诉诸反措施的目的，受害国将不仅有权完全不顾《联合国宪章》第二条第三项，实际上甚至整个第六章，而且有权完全不顾缔约方之间生效的任何一般的调解、仲裁或司法解决条约，而根据《国际法院规约》第三十六条第二款表示接受国际法院的管辖的一般声明(所谓“任择条款”)就更不必说了。余下的只有适用于受有关不法行为和反措施影响的领域或事项的条约所载的仲裁条款。我们想知道起草委员会是否真地打算作出这样极端的限制。确实，根据《宪章》第一百零三条，第二条第三款规定的解决争端义务将优先于国家责任公约规定的义务。但是，如果国际法委员会向各国提出的草案会导致种种与《宪章》基本规定不一致的解释，那是令人十分遗憾的。

11. 虽然起草委员会主席的发言在非常广义上是对有关规定的“真正”解释，但人们不禁会怀疑，一旦案文在公约中获得通过，可以在什么基础上作出以下声称：例如一项设想强制调解、仲裁或司法解决的普通条约(“强制”是指程序可由单方提出请求或申请)是与一项争端“无关”的，而理由只不过是该项争端恰好涉及一项指称的国际侵权行为。如果指称的受害国与指称的犯法国接受了《国际法院规约》的任择条款，从而使涉及有关不

¹¹ 因此，应予使用的解决争端程序的定义在作出必要的修改后，将类似 1992 年特别报告员提议的第 12 条第 1 款(a)项草案采用的“所能够利用的”一词所产生的定义。

¹² 《1993 年...年鉴》，第一卷(上文脚注 10)，第 11 段。

法行为的争端无可置疑地适用于它们之间的管辖联系，则人们也可以就这种情况提出同一问题。

12. 但是，鉴于正予审查的案文已由起草委员会主席以上述措辞提出，因此很难预期全体会议从广义上解释“有关”一词，除非全体会议再次深入研究这个问题，并将它再交给起草委员会，以便澄清案文。还应澄清的是，为什么案文明显地忽略不提《联合国宪章》：在一项源于一个联合国机关的草案中，这是令人尴尬的遗漏。

13. 如果人们还特别认为起草委员会主席所提出的解释的如下部分为可信的，即“对不法行为和*反措施有关领域适用的”一语，则规定受害国为了1993年起草委员会第12条第1款(a)项的目的而必须考虑的条约的“有关”一词所施加的限制，将变本加厉。如果“和”一词的意义是其平常的意义，则条约与不法行为和反措施都应加倍有关。因此，人们想知道，什么法律使“不法行为”和反措施属于不同领域。鉴于大多数反措施都不属于所谓的“对等”措施一类，非巧合的可能性相当大。因此，如果这两个领域受不同的解决制度管辖，又怎么办呢？特别是，如果不法行为的领域或标的物适用于一项仲裁条款而反措施却不适用，或不法行为不适用而反措施适用，又怎么办呢？我们还想知道上述短语的用意何在。起草委员会在1994年第四十六届会议上对这一点加以澄清，可能是有用的。

14. 如果“有关”一词保留在1993年起草委员会通过的第12条第1款(a)项中，未来的国家责任公约很可能会大大削弱甚至部分废除该公约缔约方之间存在的友好解决义务。

15. 允许反措施意味允许不履行国际义务，作为迫使争端一方停止/赔偿侵权行为的手段。如果允许这样做而不少于规定先行遵守现有的解决文书，这就会使人怀疑——虽然间接地——这些文书所产生的义务。因此，一项国家责任公约的生效可能标志友好解决法的退步，而委员会也因而会导致国际法发展的倒退。我们在下面将再行讨论这个关键的问题。¹³

16. 我们现在再讨论1993年起草委员会案文的一个更为关键的方面，即放弃“先行利用解决争端程序”的规定。起草委员会主席向全体会议所作的上述发言已对这项处理办法的重大改变加以解释。主席指出，起草委员会“谈得最多的一点是，在诉

诸反措施之前是否一定要利用争端解决程序”，而且更重要的是，“第一种解决办法无疑是多数委员赞成的*”。主席表示，鉴于所赞成的解决办法(即先行利用解决程序)“可能引起若干问题”，大家都宁可选择另一种办法。这些问题是：(a)“在国际不法行为继续发生的情况下”，先行利用解决程序的规定“是不能认为合理的”；(b) 这项规定没有考虑到“受害国可能需要在诉诸争端解决程序之前就采取诸如冻结资产一类的‘临时保护措施’”；(c)“某些委员”认为，在有些情况(除了持续的侵权行为和临时保护措施以外)下，“要求采取反措施之前先诉诸争端解决程序未必合理”。¹⁴

17. 由于这些理由是作出这一重要选择的根据，为了适当了解案文，对它们加以更仔细的探讨似乎是恰当的。¹⁵

18. 先谈第一点。我们认为持续的侵权行为的假设不应排除下列可能性：关于国家责任的草案原则上设想一个据称受害国有义务在诉诸反措施之前先行利用争端解决程序。

19. 第一，不是所有违反国际义务的行为都属持续性质。即使必须就持续的违反行为放弃先行利用解决争端程序的规定——这一点比乍看时更不确切——也难以理解为什么不应坚持至少就非持续的违反行为保留这项规定。

20. 第二，很难确定先行利用解决争端程序的规定不可以有用地扩大适用于持续的违反行为。不容忽视的是，虽然为了简洁起见，我们都说“受害国”和“犯有国际不法行为的国家”，但始终更正确的说法，至少是想法，却应当是指称的受害国和指称的犯法国。由于从一开始就无法确定指称的犯法国是否曾犯下或正在犯下不法行为，因此直到这个问题通过这种或那种方式获得解决，我们都应只说一项指称的停止义务和一项指称的提供赔偿义务。从这一观点看，停止和赔偿之间实际上没有很大分别。它们都是一个或多个指称的受害国所要求的标的。由此可见，就大多数普通违反行为(并除了临时保护措施以外)来说，为了停止一项持续的违反

¹⁴ 《1993年……年鉴》，第一卷(上文脚注10)，第14段。

¹⁵ 这样，人们可能有更好机会适当地了解上面引述的发言所指的意义，即把获得通过的第1款(a)项的案文，形容为强调“为使采取反措施合法一开始*就必须满足的条件”(同上)。

¹³ 见下文第48至第61段。

行为而立即诉诸反措施，不一定会比为了对一项已经完成的违反行为提出索赔要求而立即诉诸反措施更为合理。在这两种情况下，原则上在诉诸反措施之前，都不仅应先行提出要求，而且应设法进行对话，甚至可能以友好手段加以解决。就持续的违反行为来说，以及就要求对非常严重的违反行为提供紧急赔偿来说，答案应当是临时措施，而目前正必须就这些措施略加评论。

21. 不论上述考虑为何，受害国必须先行利用友好手段的义务无论如何都未必一定视为绝对的。不论指称的侵权行为是已经完成的行为或是持续的行为，都应留有余地以便采取任何可能必要的措施，确保指称的受害国享有获得临时保护的權利。不错，临时措施是不易界定的——我们稍后再讨论这一点，¹⁶ 但难以界定这些措施(第四十五届会议上起草委员会和全体会议都没有处理这个问题)肯定不是放弃——就这两种指称的违反行为来说——关于先行利用解决争端程序的任何考虑的理由。

22. 就如起草委员会主席在他的发言中所确认的，1992年提出的第12条草案¹⁷规定了事先诉诸争端解决程序的一般规则的临时例外措施。该条草案第2款(a)项规定：“[事先诉诸法律上可使用的争端解决规定的]条件不适用于

(b) 一国际机构在第三方解决程序范围内就这些措施的可接受性作出决定之前，受害国采取的临时性措施；”

[……]

根据起草委员会主席的发言，

诚然，特别报告员已……作为事先采取……的一般规则的例外处理了这一问题[单边保护措施的问题]。但由于“受害国采取的临时性保护措施”这一概念含糊不清，起草委员会并不认为宜于采用特别报告员的做法。¹⁸

但一方面面拒绝接受临时措施(由于概念含糊不清)，而实际上在起草委员会自己的推理架构内又维持了这一概念，就如所引述起草委员会主席的发言显示出来的，这似乎有点奇怪。

¹⁶ 见下文第73段和以后各段。

¹⁷ 《1992年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，脚注61。

¹⁸ 见上文脚注14。

23. 事实上，我们很难看出，临时措施的概念模糊不清如何会导致起草委员会以放弃事先诉诸争端解决程序的要求来处理持续违反的问题。特别报告员使用的临时措施的概念模糊不清虽然是可以叹息的而且是部分可以避免的，但它只会对据称的受害国的立场有利。临时措施的概念越模糊，后者越有可能利用事先诉诸这项要求的例外。假设人们认为这是可取的，那么我们就应该至少作出努力，设法减少这项概念的不确定性，但完全没有这样做。因此我们更难了解，1993年的起草委员会怎么反而会认为，应该对任何种类的违反完全放弃这项要求，以此补救临时措施作为“事先诉诸”的要求的例外(特别是在持续违反的情况下)的广度。

24. 对于表示的第三项理由，我们发现，除了持续违反和其他需要采取临时措施的情况，我们很难了解在什么情况下，“有些委员”相信，“要求采取反措施之前先诉诸争端解决程序未必合理”。¹⁹ 同样我们很难看出，如果事先诉诸不能成为一项固定不变的规则，为什么不能通过更好地界定临时保护措施或像特别报告员1992年提议的，明示在据称的违反法律国“在选择或实施现有解决程序时不予真诚合作”(第12条草案第2款(a)项所设想的)时允许采取任何种类的反措施等做法来提供例外。我们看不出，为什么会认为相反的做法是无可避免的，即拒绝任何事先诉诸友好手段的概念，完全取决于据称受害国的选择。

25. 除了放弃事先诉诸争端解决程序的要求(1985年、1986年和1992年所设想的)外，起草委员会1993年拟定的条款还有其他的重要特征，委员会可能愿意对它们进行进一步的思考。

26. 同放弃事先诉诸的要求密切相关的是取消了据称受害国将其打算采取反措施的意图通报据称犯有不法行为的国家的义务。特别报告员1992年提出的第12条草案第1款(b)项简化了前任特别报告员有关通知提出的十分详细的规定，责成受害国在向犯有不法行为的国家“适当和及时地通报了它的意图”前不得采取反措施。可能由于缺乏时间，1993年的起草委员会没有考虑这一点。

27. 重要的另外一点是，1993年的草案除了“有关条约”外，没有解决界定据称受害国应该诉诸的争端解决程序的性质的问题。就像第1款(a)项

¹⁹ 同上。

和(b)项内出现了方括号所显示的, 在这里更不用说第 2 款了, 起草委员会 1993 年的案文让这个问题由国际法委员会来决定。我们必须设想到三种以上的可能性。

28. 一个选择办法是, 第 1 款(a)项和(b)项设想的是任何友好的争端解决程序, 从普通的谈判、调停与和解到仲裁、司法解决和诉诸普遍性或区域性的政治机关。第二种选择办法是, 这两项只设想到第三方解决程序, 但包括具有约束力和没有约束力的程序。这项选择办法将包括和解以及仲裁和司法解决。第三种可能性(根据方括号内的文字看来)将是, 作为受害国相当松散的诉诸友好手段的义务的对象, 这两项都只设想到了具有约束力的第三方程序, 即只设想到了仲裁和司法解决。

29. 但这些不是唯一的可能性。就像 1993 年起草委员会主席的发言中很正确地提出来的, 起草委员会内有些成员赞成对第 1 款(a)项采取一种解决办法, 对第 1 款(b)项采取另外一种不同的解决办法。这种分别对待的做法将会带来若干其他的选择办法。²⁰

30. 为了简短起见, 我们将只讨论三种主要的选择办法。如果广义地理解第 12 条第 1 款(a)项和(b)项, 认为它包括所有争端解决程序, 那么受害国的选择方面所受到限制的程度就比较接近 1992 年特别报告员提出并提交起草委员会的第 12 条草案中所设想的。作出友好解决的努力的义务将在原则上包括任何争端解决程序, 从仅仅进行谈判到任何种类的司法或政治的、有约束力或没有约束力的第三程序。

31. 但 1993 年起草委员会的案文同它前面的 1985 年、1986 年和 1992 年的案文之间仍然有两项重大的差别。一项差别自然是已经提到的关键性的取消了事先诉诸争端解决程序的要求。²¹ 受害国仍可自由决定是否在采取反措施之前、同时或之后诉诸友好手段。其次, 同样重要的差别在于, 上面讨论的“有关

条约”一词很可能会使受害国已经很松散的义务变得更加松散。受害国的义务可能会被证明确实是非常有限的。它既不包括像《联合国宪章》那样一般性的文书所规定的手段, 也不包括一般、双边或多边争端解决条约所规定的手段。根据起草委员会通过的第 12 条第 1 款(a)项, 只有按照不法行为和反措施据称违反的条约的仲裁条款有义务这样做时, 才必须在事先、同时或事后诉诸这种程序。

32. 如果在第二和第三种选择办法下, 1993 年起草委员会通过的第 12 条第 1 款(a)项被认为只是指第三程序, 或更糟, 只是指具有约束力的第三程序, 那么诉诸争端解决程序的要求就更不严格了。考虑到如果诉诸争端解决程序的要求只是指狭义的“有关”条约所设想的那些程序将会带来的进一步限制, 受害国的义务将会比在第一种选择办法所设想的同一规定的义务要狭窄得多。更不用说, 它将比特别报告员在 1992 年提出的第 12 条第 1 款(a)项草案所规定的义务要来得狭窄。按照第二种选择办法, 受害国只需要诉诸(前面所解释的狭义的)“有关”条约所设想的和解、仲裁或司法解决程序; 按照第三种选择办法, 它只需要诉诸上述“有关”条约所设想的仲裁和司法解决即可。

2. 第 1 款(b)项

33. 起草委员会 1993 年拟定的第 12 条第 1 款(b)项为在责任关系的各方之间没有“有关”的解决争端义务的情况作了规定。在这种情况下(想象中这很可能是一个经常发生的情况, 特别是如果国际法委员会对起草委员会在第(1)款(a)项方面所提出的选择上选择了第二或第三种选择办法),²² 则受害国有义务向另一方提议一种争端解决的程序。考虑到第 1 款(b)项中以与第 1 款(a)项相同的方括号文字对那类程序作了规定, 我们又面临了若干种选择。这里似乎同样有三种主要的选择, 即: (a) 任何争端解决程序; (b) 任何第三方争端解决程序; (c) 只有具有约束力的第三方争端解决程序。²³

34. 根据 1993 年起草委员会主席的发言, 该委员会拟定的案文的第 1 款(b)项所包括的可能性并不包括在 1992 年特别报告员的提案内。形式上和表面上这是正确的, 即该提案没有明白设想通过可适用的国际法律规则受害国没有可以采取的争端

²⁰ 例如, 第 1 款(a)项设想到任何争端解决程序, 而第 1 款(b)项只设想到第三程序, 或正好相反, 而第 2 款则设想到其中之一, 或甚至第三种解决办法。可能的组合方式显然是非常多的。

²¹ 是否应就诉诸、执行或“用尽”(特别报告员 1992 年提出的条款草案使用了后一概念)说明这项要求的问题应该以比到现在为止在委员会内进行的讨论更仔细的方式加以辩论。见下文第 62 至第 81 段。

²² 见上文第 32 段和下文第 37 段。

²³ 同上。

解决程序。但是，1992年特别报告员提出的第12条的要旨是使各方的争端解决义务中极不可能出现这种“空白”，如果不是不存在的话。

35. 事实上，由于责成受害国采取根据一般国际法、《联合国宪章》或各方之间有效的任何其他争端解决文书在法律上可以利用的任何争端解决程序，特别报告员的草案不像对“有关条约”的限制性解释，它包括了广泛的一系列争端解决程序，受害国至少必须试图进行谈判，从而，在没有其他办法的情况下，它可以提议采取《宪章》第三十三条第一项所设想到的更有效的办法。由于至少有后面一项规定，在实际上将可以填补理论上的空白。而且通过和解、仲裁或司法解决的一般条约，或根据仲裁条款或宣布接受国际法院的管辖，各方之间现有的争端解决义务将更可以填补这项“空白”。

36. 1993年起草委员会通过的第12条第1款(b)项和特别报告员于1992年提议的案文之间真正的差别不在于上面提到的考虑因素。而就第3段和第6段所解释的，在于时间上的因素。按照1992年的案文，任何提议应在采取反措施之前提出。而按照1993年的案文，在采取反措施之后或同时提出提议都满足了所规定的要求。

37. 另外一项差别是，如果国际法委员会在对有关条款最后作出定案时，选择排除第一种选择办法(任何争端解决手段)，而只能采取第二种选择(任何第三方程序)或第三种选择(只诉诸具有约束力的第三方程序)。受害国的提议因此将必须只限于比在第二种选择下的谈判或第三种选择办法下的和解更有效的方法。在这些很有限的框架内，1993年起草委员会提出的解决办法可能看来对受害国的要求更高，如果不考虑第1款(a)项“有关”条约条款所代表的关键性“空白”。但考虑到时间的因素，即受害国不需要在采取反措施以前提出第三方或具有约束力的第三方的解决办法的因素，这项表面的优点似乎是虚幻的。尽管如此，在排除第一种选择办法之前，还是应该更仔细地排除像谈判那样重要的解决方法可能会引起的消极后果加以考虑。

3. 第2款

38. 1993年起草委员会在放弃了事先诉诸争端解决程序的要求后，它提出的第12条案文确实试图限制受害国采取反措施的权力。为此目的，该条第2款规定，“只要国际不法行为已停止，当犯有国际不法行为的国家正在以诚意执行商定的[具有

约束力的]争端解决程序时，以及在出现这样的情况下，则应暂停适用”该项权力。“商定”一词似乎像1993年起草委员会主席在他的发言中所说的，

“既指第1款(a)项设想的根据原有义务的程序，也指根据第1款(b)项的提议所接受的程序”。²⁴

39. 由于案文中有些含糊的地方，很难分析这项规定的的作用。主要的含糊不清的地方是由于第2款不像第1款(a)项和(b)项，在“第三方”一词之前没有使用“具有约束力的”等字。但起草委员会中不希望提到没有约束力的程序的成员的意图似乎是不但要把和解而且还要把谈判从能使受害国暂停适用采取反措施的权力的程序的范围中排除出去。起草委员会通过的第2款因此包含了两种选择办法。在一种选择办法下，将由于执行了仲裁或司法解决程序而使该项权力暂停适用。在另一种选择办法下，在着手进行和解或谈判后也将暂停适用该项权力。

40. 在进行一项友好解决程序时不得采取反措施并停止已经采取的任何反措施似乎是正确的解决办法。当然，在据称违反法律的国家没有真诚进行那项程序时暂停不应该是强制性的。当试图通过谈判或和解来解决时这项要求似乎是特别恰当的。当双方进行仲裁或司法程序的情况下，或许没有那么恰当，在这种情况下，双方对于程序是否真诚将受到收到仲裁机关的密切注意和衡量。但真诚的要求仍然是根本的，首先是在仲裁或司法程序的筹备阶段内，其次是在法庭表示采取临时保护措施的情况下，第三是在法庭作出双方必须真诚遵守的裁决的时候。

41. 由于上文第20段表示的理由，我们对于起草委员会所拟定的第2款所规定的第二项暂停的条件，即据称犯有不法行为的国家已停止据称的不法行为的条件是否恰当则较不确定。

42. 就像上面解释的，如果对于不法行为的存在及其归属没有疑问，对不存在排除不法性的任何情况也没有疑问，这项要求是完全有理由的。这里同样地，对于暂停的处理一般不应同对赔偿的处理有任何不同。虽然当进行中的程序是第三方的程序时这似乎是特别正确的，但即使在据称犯下不法行

²⁴ 见《1993年……年鉴》，第一卷(上文脚注10)，第15段。

为者真诚进行谈判的情况下，这也应该是正确的解决办法。²⁵

4. 第3款

43. 根据1993年起草委员会通过的第12条第3款，

……犯有国际不法行为的国家如果不履行由此种争端解决程序产生的要求或命令，则对受害国采取反措施权利的暂停适用应予终止。

虽然没有出现“临时措施”一词，但这项规定中“由此种争端解决程序产生的要求或命令”所指的可以假定是临时措施，当一个据称犯有不法行为的国家未能遵守这项要求或命令时，对受害国采取反措施的权力的暂停使用应予终止的规定当然是恰当的。

44. 但应指出，能够产生临时的“要求或命令”的争端解决程序只能是第三方程序，而在原则上只能是司法程序。因此，一旦对方括号内的选择办法作出决定，如果(第12条第2款中)设想到的使采取反措施的权利暂停适用的解决争端程序将包括没有设想临时措施的可能性的任何程序时，那么我们很可能需要重新对这项规定进行一些考虑。谈判，以及在原则上一般和解和普通形式的仲裁都属于这种情况。

5. 1993年起草委员会通过的 第12条的主要缺点

45. 除了上面提到的含糊和不确定的地方外，在我们提出的报告内，1993年起草委员会通过的第12条的主要缺点(暂时不管第11条²⁶)如下。

46. 首先，起草委员会通过的案文几乎完全没有以事先诉诸现有的友好争端解决程序的充分严格义务来平衡单方面采取反措施的合法性。相反地：

²⁵ 我们认为，不仅是1992年特别报告员提议的第12条草案第2款(a)项所提及的“真诚”包括了这一点，同一年特别报告员提出的第11条草案“充分反应”作为合法采取反措施的条件也包括了这一点。1993年起草委员会也是由于过于含糊而放弃后一概念(见《1993年……年鉴》，第一卷(上文脚注10)，第6段)。关于1992年提案中的这些和其他具有弹性的部分，见下文第62至第81段。

²⁶ 关于第11条一些重要元素的讨论见下文第62段及以下各段，特别是第67段和69段。

(a) 在将来的国家责任公约里，据称的受害国仍可自由地在诉诸任何友好的解决程序之前采取反措施；

(b) 此外，这样的国家除了1993年起草委员会的案文第2款(b)项中设想到“提议”的假设外，只有在(上面解释的狭义的)“有关”条约有此规定时，才有义务(在任何它选择的时间)诉诸这种方法；

(c) 如果将来的国家责任公约将把这种方法限制在第三方程序，或更糟糕地限制在具有约束力的第三方程序，从而忽略了谈判可以和应该发挥的关键作用的话，则狭窄的义务将变得更加狭窄；

(d) 此外，1993年起草委员会通过的案文完全忽略了受害国将它打算采取反措施的意图事先或及时提出通知的问题。特别报告员提议的第12条草案第1款(b)项中列出了这项要求。根据起草委员会的案文，受害国没有就反措施提出事先通知的任何责任(使违反法律者完全没有“反悔”的机会)。

47. 其次，但并不是比较不重要的，由于没有规定受害国在采取按照国家责任公约本身(1985年、1986年和1992年提案只设想到该公约)之外的其他文书可能必须诉诸的争端解决程序之前采取反措施为非法，1993年起草委员会的案文就国家责任公约而言，似乎使该国不需要负起其争端解决的义务。单单不要求在采取反措施(它必然会破坏所提到的争端解决义务)之前诉诸现有的争端解决程序这一事实将由于以下情况而变得更为严重：(a) “有关”条约条款；(b) 在上文第37段讨论的第二和第三种选择办法下排除了某些争端解决程序。

B. 关于事先采用争端解决程序规定的重大问题

48. 不管在拟订国家责任法和解决争端法方面作出重大进展可能有多困难，大家不能不察觉到1993年起草委员会对第12条更不用说对第11条²⁷通过的案文在这些重大领域没有作出丝毫的进展。事实上，该案文不但大大背离了1992年提交给起草委员会的、²⁸ 现任特别报告员提出的建议的基本特点，也背离了几乎在十年前提交给起草委员会、由他的前任提出的并非很不相同的第10条草案²⁹的基本特点。虽然他愿意遵守委员会的任何选择(因

²⁷ 同上。

²⁸ 见《1992年……年鉴》，第一卷，第2288次会议。

²⁹ 见上文脚注2。

为他必须遵守选择), 在作出最后选择之前, 特别报告员又觉得有责任充分表达他的观点。特别是在要在国家责任草案中在以下两者之间建立的关系这样一项棘手和敏感的问题方面尤其如此: 受害国采取单方面反措施的权利与其解决争端义务。

49. 我们认为, “事先采用解决争端程序”的规定与规定反措施的可接受性和规章的规则一样对于国家责任公约是不可缺少的。虽然当初委员会本身的某些委员³⁰和后来不同的代表在1992年第六委员会上³¹对后一点作出强烈的质疑(据说由于不同的原因), 极难接受的概念是: 草案应将其国际不法行为后果的处理局限于关于停止和赔偿的权利和义务。不管受害国采用报复或反措施的特权在技术上被认为是一种权利还是权力, 根据任何国际责任理论, 这个特权是一项国际不法行为后果的一个组成部分。尤其是有关的特权仍然是这些后果的一个组成部分, 无论它是列为一项国际不法行为的“实质性”或较为适当得多地列为“手段性”后果。如果说国家责任公约不应包括反措施制度, 则无异说国际法的习惯规则并不认为反措施是受害国的权利或权力; 也无异说习惯国际法对于反措施的使用不施加条件和限制。³²

50. 如果草案必须包括反措施制度(委员会和起草委员会本身毫无问题地同意草案应该包括该制度), 那么该项制度也必须规定一定的解决争端义务。当然, 拟在草案中规定的解决争端义务的性质在某种程度上取决于大家期望达到的逐渐发展的程度如何。在这方面, 作为国际“立法者”的委员会将需要决定是采取我们在第五次报告中所讨论的最高限度的做法还是最低限度的做法。³³

51. 国家责任公约起码必须包括维持任何义务的有效性和效率所需的解决争端义务, 根据国家责任公约中的国际规则以外的国际规则, 涉嫌受害国

³⁰ 见《1992年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第22页, 第124段起。

³¹ 例如, 参看法国代表在大会第四十七届会议上的发言, 《大会正式记录, 第四十七届会议, 第六委员会》, 第26次会议, 第5段起。

³² 因此, 反措施会在并应保留在法律范围之外, 这点显然是荒谬的建议。如果是这种情况, 人们不禁要问, 不在公约中讨论反措施是因为它们非法(如委员会某些委员的建议)还是因为它们表面合法, 因此不适合任何监督或管制(如第六委员会某些代表所建议的)。

³³ 《1993年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第20页起, A/CN.4/453和Add.1-3号文件, 第62段起。

必须遵守这些义务。不然仅仅根据存在国际不法行为的条件宣布依初步事实允许反措施这个事实本身实际上取消了未来当事国所遵守的解决争端规则。由于最可能通过对不法行为者实行反措施的办法解决争端, 解决争端程序作用不大或没有作用。如果公约不规定事先使用现有的、即法律规定的解决争端手段而使反措施合法化, 结果可能就是这样。包括一项诸如1993年起草委员会拟订的第12条第1款(a)项的条文的公约后果可能正好是这样。

52. 为了避免对于事先采用解决争端程序的规定性质有任何误解, 必须强调的是, 这项规定(如1992年特别报告员第12条草案第1款(a)项的案文以及前任特别报告员在1985-1986年对细节作必要修改后提出的第10条)对将来参与国家责任公约的国家不会增添任何新的解决争端义务。这项规定仅是保留在国家责任公约以外独立存在的一个涉嫌受害国的任何解决义务, 避免因编纂反措施的可允许性造成的不可避免的消极影响。

53. 严格来说, 有关规定实际上还不是一个逐步发展的问题。在这方面, 必须强调第二部分第12条与第三部分的条款草案之间有显著差别。³⁴ 第三部分的条文将引进新的解决义务, 这些义务显然构成了逐步发展。反过来, 特别报告员建议的第12条草案仅仅保留现有的解决争端规则, 防止对其有任何损害或任何限制性的解释, 这些规则的目的是保证实行比胁迫更公正和正义的解决办法。不参与公约的国家不会通过第12条规定接受任何增加的解决争端义务, 因为这条没有制订新的解决争端义务, 而仅仅是保留任何已有的这些义务以及进一步发展这些义务的可能。

54. 使用一种比喻来说, 排除特别报告员建议的第12条草案第1款(a)项的规定, 或类似地前任特别报告员在1985和1986年提出的第10条草案, 在解决争端的国际法逐渐发展方面不会造成很多消极损害。如果不通过第三部分或显著缩减第三部分, 会发生这种消极损害, 还会造成非常严重的明显损害, 兹扼要说明如下。

55. 草案第二部分第12条缺少一项关于“事先采用一项解决争端程序”的规定的消极影响比表面看起来更为严重。可以论定, 表面上来说, 国家责任公约不需要事先诉诸当事方之间生效的文书规

³⁴ 第三部分条款草案的案文, 见上文脚注3和5。

定的争端解决程序，而 1993 年起草委员会通过的 第 12 条第 1 款(a)项的案文则有此规定，这一事实不会影响到当事方对这些文书的义务。举例说，可以论定，由于禁止武装报复——公约不能不编纂的一项习惯法规则——受害国合法使用的反措施不得违反《联合国宪章》第二条第三项所规定以和平手段解决争端的一般(和基本上是普及的)义务。合法反措施必须限于草案第二部分第 14 条³⁵规定的合法反措施，这是毫无疑问的。

56. 然而我们不知道这项考虑能否消除任何疑虑。姑且不论在采用争端解决程序之前采用反措施有多少符合《联合国宪章》第二条第三项的进一步规定，即国际争端的解决必须“俾免危及国际和平、安全及正义”，³⁶ 1993 年起草委员会通过的 第 12 条第(1)款(a)项的案文体现的反措施合法化似乎不符合积极的争端解决义务。举例说，我们是指《宪章》第三十三条指出的所有会员国的一般义务以及由于国家双边的争端解决条约或仲裁条款在实际或可能的责任关系中约束这些国家的任何具体义务。尽管根据《宪章》第三十三条第一项一般接受的解释，有“自由选择”手段原则，在通过《宪章》第三十三条第一项列出的手段之一寻求解决办法之前采用反措施符合现有习惯法或《宪章》是一个难以接受的概念。³⁷

57. 立即采用反措施显然不符合关于规定通过外交手段不能解决的法律争端的仲裁的具体条约或仲裁条款。如果有关国家之间存在一种管辖联系，而这种联系来自其承认

[国际法院]关于具有下列性质之一切法律争端……当然具有强制性，不须另订特别协定：

³⁵ 第二部分第 14 条的案文，见《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 35 页，脚注 69。

³⁶ 特别报告员注定要失败的草案第 12 条第 3 款包含这点(见下文第 59 和第 66 段)。

³⁷ 根本不能论定，由于《联合国宪章》第三十三条第一项是指其“继续存在足以危及国际和平与安全之维持”的争端，在国家责任领域产生的很多争端在性质上不会属于该条款指出的一般义务范围。《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之原则之宣言》(见上文脚注 9)第二项原则第 1 段为了对《宪章》作出现代解释肯定不是毫不足道，至少对于像委员会这样一个联合国机构应消除任何这种论调(如果不是根据现行法，至少是根据拟议法)。关于在赫尔辛基举行的欧洲安全与合作会议的《最后文件》中有关条款的讨论，参看下文第 59 段(c)分段。

[……]

(寅) 任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务者。

(卯) 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。³⁸

根据多数的争端解决文书，解决义务、即采用拟议程序的义务的“触发机制”是存在不能通过“谈判”或“外交”解决的争端。采用反措施可以作为谈判或外交的一部分是令人难以想象的。

58. 必须指出的是，起草委员会拟定的 第 12 条第 1 款(a)项对有关的条约有限的参照不但损害大部分关于和平解决争端的现有的和将来的协定文书，还对关于该问题的任何现有一般国际法规则造成一种“权威性的”疑问。

59. 对于争端解决法律及其发展的现状，有几个需要认真审议的重要问题：

(a) 假定《联合国宪章》第二条第三项已经成为一项习惯国际法原则，这项原则的继续存在和进一步发展可能受到一项公约(或甚至在这方面委员会所编写的一项法典编纂公约草案)中的条款的影响，因为有关公约授权任何据称的受害国根据初步事实采用反措施，即事先没有通过谈判或任何现有的第三方程序(和甚至没有任何事先通知)解决争端的任何企图。这点提出的问题是：《宪章》第二条第三项仅仅是具有谴责采用非和平手段的消极后果还是如我们倾向相信的，还有规定使用现有的解决手段以取得“正义”的积极后果。授权不理如《宪章》明确指出的那些现有的解决程序可能影响到将来解决达到的正义程度。³⁹ 即使有关的一般原则的持续有效性不受到影响，审查中的案文第 1 款(a)项可能妨碍其进一步发展；

(b) 另一个问题是，国际法委员会是大会的一个辅助机构，委员会在多大程度上能够或应当不理大会通过的有关决议，即《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》和《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》⁴⁰ 考虑到这

³⁸ 《国际法院规约》第三十六条第二款。

³⁹ 特别报告员 1992 年的建议通过第 12 条第 3 款包括了对正义的提法。关于这项规定，参看上文第 56 段和下文第 66 段。

⁴⁰ 大会 1982 年 11 月 15 日第 37/10 号决议，附件。

种关系，尽管这些宣言的特点是没有约束力，这些庄严的宣言理论上应该对委员会在其草案中包含的任何争端解决条款产生决定性影响；

(c) 还有一个问题是：委员会在多大程度上应考虑到《赫尔辛基最后文件》⁴¹ 所载《缔约国相互关系原则宣言》中的原则五第二段的规定，根据这些规定，诉讼当事国“将设法秉诚 * 并以合作精神根据国际法 * 达成迅速及平等的解决”。参与起草《最后文件》的安全与合作会议的成员一般认为该宣言所包含的原则充分符合《联合国宪章》的法律。这点提出的较具体的问题是：引述的规定是发展联合国争端解决法律方面的一个重大步骤还是可以不理其中所指的秉诚和合作精神的规定。秉诚地根据国际法原则以合作精神设法达成迅速解决办法这个概念与立即采取反措施这个概念之间显然有某种内在的矛盾。不论“根据国际法原则”一语是指实体法还是程序法或是指两者，设想这条用语对于合法使用反措施所需条件至少有一些影响，即在采用反措施之前，应遵行现有的争端解决义务。

60. 为了结束关于这个重要问题的讨论，目前的问题不是应否通过逐步发展争端解决法或国家责任法将事先使用争端解决程序的任何规定列入国家责任草案第二部分第 12 条。这个问题是委员会在处理草案第三部分、即在采取反措施后争端解决程序时将解决的一个问题。在第 12 条范围内产生的目前问题是：一项国家责任草案是否不应该完全排除任何的条款，如果委员会和将来各国通过这些条款就会损害争端解决程序的功效；这些程序除了由现有规则规定外，本质上更可能导致比单方面措施较公正和正义的解决办法。⁴² 考虑到一般很重视来自委员会的条款草案，不但在通过未来的国家责

⁴¹ 1975 年 8 月 1 日在赫尔辛基签署的《欧洲安全与合作会议最后文件》(Lausanne, Imprimeries Réunies)。

⁴² 在倾向于保证适当执行法律方面，争端解决程序和反措施显然有重大的差别。争端解决程序，特别是第三方程序，本质上更可能保证正确和公平地解决任何争端。至于反措施，在理论上它们的目的肯定是作为一般国际法纠正错误的一项可以接受的“办法”。可是，作为一种执行权利的手段，反措施的性质使其本身非常有问题。首先，这些措施带来了不合适的特点，使违反国际义务的行为合法化。其次和最重要的是，反措施的单方面性质可能偏袒较强大的国家而损害较弱的国家。如特别报告员在第五次报告(A/CN.4/453 和 Add.1-3(见上文脚注 33)，第 10 段起)中指出，第六委员会绝大多数的代表在 1992 年的大会辩论中全面谴责了反措施的这些和其他的一些缺点。

任公约时将感受到消极的影响，在 1993 年起草委员会拟订的第 12 条一读通过这一步时已经感觉到这种影响。这样会对现有的争端解决国际法、对完成二读所需的时期内进一步发展这一法律的前景以及将来可能在一次外交会议上通过国家责任公约造成严重的打击。

61. 平心而论，我们认为委员会可以有用地请 1993 年起草委员会中主张放弃第二部分第 12 条的“事先采用争端解决程序”规定的人数有限的成员，根据前文以及第四次报告中的有关讨论⁴³ 对该问题予以进一步审议。我们谦卑但慎重地认为，他们可能仅是忽略了反措施的确对争端解决国际法及其未来的发展产生不可避免的影响而已。必须强调的是，争端解决法是国际法领域中比立法和集体安全等不受外界影响的领域较易取得进展的领域。⁴⁴ 因此，即使大家假设(因为我们不能这样做)，通过一定手段解决争端的义务并不意味着目前有义务在使用争端解决程序之前不使用反措施，可是对于向委员会这样的一个机构，仍然必须规定这项义务，以便至少能够避免妨碍争端解决领域的逐渐发展。

C. 与第二部分第 12 条要处理的反措施前 争端解决问题有关的其他重要事项

62. 假定我们已能对有关“事先采用争端解决程序”的要件更清楚地表达我们的立场，我们现在便可对 1992 年以来所建议和讨论的第 12 条草案⁴⁵ 主要引起争议部分采取新的看法，即：(a) 该条草案第 1 款(a)项中的“用尽了”、“所有”和“能够利用的”这些术语；(b) 在第 2 款(b)项中提到“临时性措施”；(c) 第 3 款中提出的所谓例外的例外；(d) 在 1992 年提出的第 11 条草案中的用语“充分反应”；⁴⁶ 和更加一般性地，在第 12 条的规定中应保持某一程度的灵活性(正如上述辞汇所保

⁴³ 见 A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件(上文脚注 4)，第 24 至第 51 段，特别是第 32 段起。

⁴⁴ H. Kelsen 宝贵的 *Peace through Law* (University of North Carolina Press, 1944) 一书中精彩地说明了这一广泛的共同意见，特别是第 13 页起及该书其它部分(相对于第 3 至第 13 页)和文中各页以及第 14 和第 15 页指出的作者早期的作品。

⁴⁵ 见上文脚注 4。

⁴⁶ 见 A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件(上文脚注 4)，第 52 段。

证的)。还建议进一步审议关于反措施需有事先通报或通知的规定。

1. 使用“用尽了”、“所有”和“能够利用的”的用语

63. 某些委员在 1992 年的辩论中表示关切到第 12 条第 1 款(a)项中过分要求的语气,特别是“用尽了”和“所有”的术语。这些委员认为,这些用语会意味着,受害国在获准采取单方面措施前要经过冗长的程序。⁴⁷ 特别报告员的用意(在起草委员会或许已经澄清),并非对声称的受害国施加难以承担的一系列用尽一切的争端解决程序的负担,例如《联合国宪章》第三十三条列出的程序。其用意是要求共同努力,根据《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》和其他有关文书中的现有条约义务,充分利用一切现有的争端解决程序。

64. 关于“能够利用的”一语,我们了解这是一个含意广泛的用语。在 1985 年至 1986 年前任特别报告员提出的第 10 条草案⁴⁸中,“能够利用的”一语出现仅是为涵盖可以被受害国单方面倡议适用的那些(可能有约束力的)第三方程序。现任特别报告员对此一用语的理解更为广泛,涵盖对双方有效的任何多边或双边条约下的一切能够利用的争端解决程序。在这一意义上使用“能够利用的”一语,其含意也包括谈判与和解。能够利用的要求并非仅只表示纯粹法律的能够利用。它还应根据违法国处理使用如谈判、和解或甚至仲裁这些不能单方面倡行的解决程序的程度来衡量。因此,第 1 款(a)项应与同一条草案第 2 款(a)项中的要件“真诚”和第 11 条草案中的条件“充分反应”并读。诚然,提议的案文没有清楚地说明这种相互关系。但是,如果起草委员会能有更多时间来研究此事,还可能找到更好的表达用语。

2. 使用“及时地通报”的用语

65. 1992 年特别报告员提出的第 12 条草案第(1)款(b)项中规定,受害国应及时通报其对违法国采用反措施的意图。由于 1993 年的起草委员会可能

⁴⁷ 见《1992 年……年鉴》,第一卷,第 2274 次会议,第 11 段;第 2277 次会议,第 9 段;第 2279 次会议,第 4 和第 21 段;第 2280 次会议,第 32 段。又见上文第 6 段。

⁴⁸ 见上文脚注 2。

由于会议没有时间而忽略了事先通知的问题,第四十六届会议中可提出讨论,将有益处。

3. “事先采用争端解决程序”要件的例外

66. 对第 12 条第 2 款(b)项和(c)项中规定的“事先采用争端解决程序”要件的例外(关于在“第三方”解决程序的范围内对不遵守临时性保护措施令的临时措施和对策)将不适用于所设想的不符合《联合国宪章》第二条第三项中规定之义务的任何措施。特别报告员最初放弃了此一规定,因委员会某些委员认为它不清楚。但他认为,这条规定应重新考虑。其用意是作为上文第 1 小节和下文 C 节第 6 小节的灵活性的因素之一。同时从有关国家责任和争端解决的法律的逐渐发展的观点来看,也是十分重要的。⁴⁹

4. 使用“充分的反应”的用语

67. 1993 年起草委员会对 1992 年特别报告员提出的第 11 条的主要改动之一是取消“充分的反应”这一在其版本中突出的概念。⁵⁰ 提议的规定准许据称的违法者以原则上接受某种程度的不法行为的责任或继续就其问题进行谈判的方式逃避反措施。只要据称的违法国有诚意至少进行对话,据称的受害国便被预先排除了采取反措施的机会。这一可能性似乎在 1993 年起草委员会通过的第 11 条中被排除了。依照这一条,“只要”据称的违法国“未遵守其”停止或赔偿“的义务”,据称的受害国采取反措施的权力便可持续。因此,即使在据称的违法国以积极方式反应了——虽尚未最终完成——据称的受害国的抗议或要求时,似乎也可以允许采取反措施,而不仅是临时措施。换言之,“未遵守”的表述方式让受害国有太多的任意裁量权去采取反措施而未顾及不法行为国努力解决问题的意愿。首先,关于停止,此一用语意指受害国从当它相信——不论是对是错——据称的不法行为的国家在进行持续的不法行为开始时便可以采取反措施,而不给不法行为国任何解释机会,例如,没有不法行为,或此一不法行为并非其所为。“充分的反应”的观念更多地是规定了对话的机会。其次,关于赔偿,“未遵守”条件的意思似乎是,只要不法行为国尚未向不法行为造成的受害国作出充分赔偿,便

⁴⁹ 见上文第 56 和第 59 段。

⁵⁰ 第 11 条的案文,见《1993 年……年鉴》,第一卷(上文脚注 10),第 3 段。

可准许采取反措施。除非不法行为的国家能立即提出充分而完全的赔偿，而这种情况绝大多数属于例外，它便要成为反措施的目标，即使已充分承担了责任之后，甚至已在提供赔偿和（或）抵偿的进程之中。

68. 特别报告员认为，起草委员会在第四十六届会议上重新考虑这项规定也是有益的。

5. 对需要灵活性的一点评论

69. 不管人们多么希望见到目前国家间制度的不完善能以准确、清楚、各国能顺利适用的规则来补足，接受这些规则的障碍是缺乏有效的体制。因此，国际法律规则的特色就是比国内法律规则有较高度的概括性和含混性。为此，国家间制度的规则通常要依靠诸如以下的概念：“合理的”、“应有的”、“合适的”、“充分的”或在反措施体制方面，“充分反应”（第 11 条草案），违法国家的“诚意”合作以执行解决程序（第 12 条草案），“能够利用的”这种程序（第 12 条草案第 1 款(a)项），以及不明确界定的用语如“临时性保护措施”（第 12 条草案第 2 款）和“正义”（第 12 条草案第 3 款）。

70. 我们认为，这些概念的功能是对第 12 条第(1)款(a)项中所载事先诉诸现有的争端解决程序的要件中固有的局限的限制。⁵¹除了为响应某些人表示的关切外，特别报告员还希望将上述的要件中加入某些灵活性因素，以便能允许对每个个案的客观主观情况有所调整。

71. 这项要件自然应适用于案件中在各阶段需要适用有关条款的一方或各方：首先是所有声称的受害国，在提出停止/赔偿的要求后；其次，声称的不法行为国响应其他一方的要求；第三，声称的受害国，在回应他方的反应，等等。有一点，对某一案件适用要件时可能不能取得双方的同意，可能继而采取反措施并由此引起争端。在不能达成协议的解决办法时，适用争端解决程序的要件会造成依照第三部分有关规定(正

如 1993 年特别报告员的提议那样)⁵²而有资格处理争端的第三方(调解委员会、仲裁法庭或国际法院)介入。

72. 虽然特别报告员不能肯定地决定上述灵活性因素就正是所要的，但他认为，这是目前他尽力所得的最佳结果，希望国际法委员会或起草委员会考虑这些因素中每一个的意义及影响，以提供建设性批评和改进其案文。目前为之，为时未晚。

6. 临时措施的重要问题

73. 在主要但非仅只是反措施前争端解决的问题的范围内，关于临时措施可能或应该发生的作用方面，还要说一些话。还必须分辨第三方指出的或下令采取的临时措施与受害国单方面采取的临时措施。

74. 从前者开始，联合国关于此一问题的一般性规章是著名的《国际法院规约》第四十一条和《联合国宪章》第四十条，两者均使用“临时办法”一语。在特别报告员的提议中，从第三程序出来的临时措施主要在第三部分，即，在反措施后争端解决的义务的范围之内。在该部分的规定下，今后的公约授权被吁请解决反措施后争端的第三方下令采取临时措施。这也适用于调解委员会和仲裁法庭或国际法院。在特别报告员 1992 年提出的第 12 条第 2 款(b)项的案文中，与单方面临时措施一起，考虑了第三方的临时措施的指示或指令。

75. 关于受害国诉诸单方面临时措施的问题，在特别报告员 1992 年提议中列为该国事先采取能够利用的争端解决程序的义务的例外。根据上述条款的第 2 款(b)项，受害国的采取单方面临时措施的权力是由两项条件加以限定的。一项条件是，措施的目的是保护性，它是临时措施的概念所固有的。可以满足这项条件的例如：冻结——有别于没收和处置——据称有犯法行为的国家的一部分资产；部分暂停受害国的有利于据称有犯法行为的国家的有关关税或进口配额的义务；或更一般性地，采取“不守约者不得要求践约”的原则，当然作为临时措施适用。第二项要件是，受害国采取临时措施的权力只能暂时性地实施，即“一国际机构在第三方解决程序范围内就这些措施的可接受性作出决定之前”。

⁵¹ 为了进一步的灵活性，可能可以删去第 1 款(a)项中的“所有”，并找一较有弹性的词语取代“用尽了”。

⁵² A/CN.4/453 和 Add.1-3(见上文脚注 33)，第 106 段。

76. 考虑到临时保护措施的概念可能太过含混,正如某些委员在1992年辩论中正确指出的,⁵³可以在该款中努力达到某种进一步的精确以便减少被受害国滥用的可能性。虽然临时措施不易抽象界定,1994年起草委员会可以认真地作出界定的努力。

77. 尽管如此,即使有更精确的界定,不可避免地仍然是受害国方面有高度的自由裁量的余地。但是,对于反对事先采取争端解决程序的要件的人,他们显然期望能保持受害国的特权,这并不是他们要删去任何提到单方面临时措施的可能性的好的理由。特别报告员提议草案中对临时措施的考虑正是为了针对“事先采取争端解决程序”的要求加上某种灵活性,以有利于受害国。因此,我们认为其结果比1993年起草委员会通过的案文所看起来的更为平衡。

78. 无论如何,有三个因素使受害国当局在使用临时措施减损规定时表现出合理的克制。

79. 一个因素是受害国对据称不法行为国家响应停止/赔偿要求的行为进行准确的诚意的评估。这个因素关系到特别报告员关于任何反措施、当然也包括临时措施在内的1992年提议中的若干方面。首先,它是据称有犯法行为的国家的“充分反应”的一般概念(第11条草案)⁵⁴所固有的。然后,它在第12条第2款(a)项出现,指关于犯有不法行为国家在选择和实施现有解决程序时的真诚的条件。

80. 在1992年特别报告员提议的框架内,第二个因素是,在第12条第3款中排除掉任何“不符合以不危及国际和平与安全和正义的*方式争端解决义务”⁵⁵的任何措施(包括临时措施)。

81. 第三,也是最重要的因素是,也在1992年特别报告员提议的框架内,草案第三部分的反措施后争端解决制度。任何依照草案第三部分被要求处理争端的第三方(调解委员会、仲裁法庭或法院)将由今后的公约授权——如前文所述——不仅下令采取临时措施,而且可停止据称受害国以前已采取的任何措施。

⁵³ 见《1992年……年鉴》,第一卷,第2274次会议,第7段;第2276次会议,第34和第37段;第2277次会议,第9和第28段以及第2279次会议,第4段。

⁵⁴ 见上文第67段。

⁵⁵ 见上文第56、第59和第66段。

D. 特别报告员关于条款草案第二部分 第11条和第12条的提议

第11条

1. 一受害国根据第6条至第10条之二提出要求,而有国际不法行为的国家未能对之作出适足反应时,受害国在不违反第12条至第14条[以下条款]的情况下,有权不遵守它对该不法行为国的一项或多项义务,以促使不法行为国遵守它[根据第6条至第10条之二]承担的义务。

2. 适足的反应可以是:

(a) 消除受害国合理地认为一国有国际不法行为并拟对该国采取反措施的基础;或

(b) 在合理的时间内提供争端解决的手段。

然而,反应不会仅因为没有[立即]满足受害国的所有要求[特别是赔偿要求]而变得[应被视为]不适足。

3. 若针对有国际不法行为国家的反措施涉及对第三国的某项义务的违反,第1款不得成为针对第三国的这种违反行为的理由。

82. 特别报告员认为,1993年起草委员会对1992年特别报告员建议的第11条草案所作主要变动之一是取消了在该草案中占主要地位的“适足的反应”的概念。根据起草委员会的案文,“只要”据称违法国“未遵守其”停止或赔偿“义务”,指称受害国诉诸反措施的权力就一直存在。即使据称违法国已积极地作出反应,但尚未最后或完全满足指称受害国的抗议或要求,反措施,而不仅仅是临时措施,似乎是可以允许的。

83. 首先,关于停止,起草委员会的措辞意味着,受害国在它正确或错误地认为所称不法行为国有持续性不法行为的时候起便可诉诸反措施,而没有给不法行为国机会去解释没有不法行为或不法行为不归咎于它等等。“适足的反应”的概念为对话提供了更多的机会。

84. 其次,关于赔偿,“未遵守”的条件似乎意味着在不法行为国没有对其不法行为引起的损害作出充分赔偿之前,将允许反措施继续下去。除非不法行为国能够立即提供充分、全面的赔偿——很有可能是例外情况——否则它在充分承担责任后甚至在提供赔偿和(或)抵偿过程中可能继续是反措施的目标。

85. 据认为,起草委员会可在第四十六届会议上对该条款进行有意义的重新审议。

第 12 条⁵⁶

1. [除下款规定者外], 受害国在采取以下行动之前, 不应采取(反)措施:

(a) [诚意地]遵守有关(谈判或第三方)解决国际争端的国际义务;

(b) 将其意图适当、及时地通知违法国。

2. 前款所规定的限制不适用于:

(a) 受害国为保护受国际不法行为[侵权行为]侵害的权利或限制[减少]由此而产生的损害而可能采取的临时[暂时]措施;

(b) 违法国在受害国按照本条第 1 款(a)项提出的谈判或第三方案程序上不予真诚合作的情况。

3. [具有约束力的]第三方争端解决程序一旦启用并赋予该方下令实行临时保护措施的权力后, 受害国采取措施的权利[权力]即告中止。

86. 特别报告员认为, 与最初提议的第 1 款(a)项⁵⁷相比, 此处第 1 款(a)项的案文大为缩减——减少到最低限度——受害国事先友好解决的义务。特别是:

(a) 它删除了: (一)“用尽”, (二)“所有”, (三)对“一般国际法”和“联合国宪章”的提及;

⁵⁶ 继国际法委员会决定把特别报告员第六次报告增编 2 所载第 11 条和第 12 条的提议交给起草委员会之后, 特别报告员提交了第 12 条的订正案文如下:

1. 在订立下列程序之前, 受害国不应诉诸反措施:

(a) 根据一项条约或其他现行解决争端文书, 它有权单方面主动参加的一种具有约束力的第三方解决程序;

(b) 在没有此种权利的情况下, 向犯有国际不法行为的国家提议并为其所接受的一种具有约束力的第三方案程序。

2. 前款所载述的条件:

(a) 不适用于如为保护受害国的权利或为限制该国际不法行为所引起的损害所需的紧急、临时措施;

(b) 停止适用, 若犯有该国际不法行为的国家:

(一) 不接受根据本条第 1 款(b)项提出的具有约束力的第三方案程序的提议;

(二) 不诚意合作订立和实施本条第 1 款(a)项和(b)项所设想的具有约束力的第三方案程序;

(三) 不履行由此种程序产生的要求或命令; 或

(四) 不遵守经此种程序作出的决定。

3. 除本条第 2 款(a)项所设想的紧急临时措施的情况外, 受害国在没有适当和及时地向犯有国际不法行为的国家通报其意图的情况下, 不应诉诸任何反措施。

⁵⁷ 见上文脚注 17。

(b) 它仅仅提及遵守受害国(现有)争端解决义务, 由此对时间问题的具体解决将取决于对这些义务的解释, 而解释显然要根据各当事方之间现行有关争端解决文书逐案处理;

(c) 它为争端解决国际法的未来发展留有余地, 鼓励各国(与没有提及优先问题的案文的做法相反)设法在其未来的相互争端解决协议中解决这一问题;

(d) 明确提及谈判(1993 年起草委员会一些成员也主张这样做)为第三方手段之外的基本争端解决程序。

87. 第 1 款(b)项的规定重新提出去年起草委员会遗漏的“事先通知”的要求。

88. 第 2 款在以下情况下免除受害国事先采取争端解决措施和事先通知的要求:

(a) 为“临时保护措施”(是一个可大大减少对受害国选择自由的限制的广泛概念);

(b) 违法国在争端解决中不真诚合作。

89. 在任何一种情况下, 受害国诉诸反措施的权力实际上都不会受到妨碍, 即便没有尽到事先通知的责任。

90. 必须强调, 临时保护措施的概念是一个广泛的概念。它包括诸如冻结或扣押资产以及对某些商品和类似商品实行出口禁运等等。因此, 在争端通过谈判或第三方案程序解决之前, 受害国有充分的余地保护自己的权利。

91. 有人认为, 留给受害国采取临时措施的自由斟酌权将会抵消第 1 款所规定的义务, 这种担心似乎没有道理, 因为临时措施的概念不能超出合理的限度, 不合理的临时措施在任何最终争端解决程序(和命令的赔偿)中都可能遭到第三方的谴责。因此, 为违法国也提供了一些保护。显然, (向较文明的做法)取得微小的进展总比没有任何进展好。

92. 当然这不是说, 如国际法院审议的案件那样, 在损害赔偿将作为充分的补救措施的情况下, 不应采取临时措施。

93. 按照 1993 年起草委员会的案文, 第 3 款的规定在[具有约束力]的第三方解决程序开始之后, 立即中止受害国诉诸反措施的权利。因此, 在谈判过程中, 这项权力甚至不会中止(除非双方约定)。

第二章

草案第一部分第 19 条列为罪行的国际不法行为后果的 即将举行的辩论中要审议的主要问题

94. 按照计划,委员会第四十六届会议将要有一部分时间用于辩论国家责任条款草案第一部分第 19 条⁵⁸所界定的国家罪行后果问题:这将会在特别报告员第五次报告⁵⁹的基础上进行。考虑到这项专题困难度高并且报告中提出许多有争议的问题,委员会同鲍威特先生都认为有用的是,把这些问题合乎逻辑地列出来,以便有利于进行有条理和有成果的辩论。这样特别报告员将会更容易从辩论中抽取关于这个议题的后继工作的必要指导。

95. 以下列出问题清单,并附有第五次报告有关段落的参考资料。

A. 罪行能否定义?

96. 第 19 条当然载有一个“定义”。但第 2 段有点“迂回”,提到国际社会公认为罪行的违反行为:问题仍然是,什么是如此公认的罪行呢?

97. 第 19 条第 3 款根据现行法律确认了四类,即:

(a) 严重违背对维持国际和平与安全具有根本重要性的国际义务,例如禁止侵略的义务;

(b) 严重违背对维护各国人民的自决权力具有根本重要性的国际义务,例如禁止以武力建立和维持殖民统治的义务;

(c) 大规模地严重违背对保护人类具有根本重要性的国际义务,例如禁止奴隶制度、灭绝种族和种族隔离的义务;

(d) 严重违背对维护和保存人类环境具有根本重要性了国际义务,例如禁止大规模污染大气或海洋的义务。

98. 除了怀疑国家的国际罪行观念本身是否应该予以保留以外,⁶⁰很可能出现的问题是第 19 条

第 3 款的罪行清单是否曾经和目前仍然是最令人感到满意。⁶¹虽然这个问题可能似乎只同第 19 条有关,目前在决定有关不法行为后果时很难不多少地考虑到这个问题。因此,上述定义应该受到注意,作为预期的第四十六届会议辩论的一个开始点。⁶²

B. 假定能够就定义达成协议,谁决定已经犯下一项“罪行”?

99. 在侵略一类罪行和其他罪行两个类别之间似乎应有明确的区分。⁶³

1. 侵略一类罪行

100. 关于这种罪行,可以由下列方面作出裁定:

(a) 侵略的受害国家,⁶⁴虽然是在暂定基础上,作为国家决定援引自卫权利的一部分;

(b) 依照集体自卫权利协助受害国的其他国家,⁶⁵这里也是在暂定基础上;

(c) 安全理事会。事实上安全理事会直到目前为止从来没有把一个国家描述为“侵略者”。如果它这样做,这项认定将会是最后的,或仅仅是暂定的,意思是要留待一个国际性法院作出最后的裁定?在后者情况下,则是哪一个法院?⁶⁶

2. 其他罪行

101. 至于其他罪行,可以由下列方面作出裁定:

(a) 受害国家——这是一个不大可能的解决办法,违反“任何人不得审判自己”的格言;

⁵⁸ 委员会第三十二届会议一读通过的第 1 条至第 35 条的案文,见《1980 年……年鉴》(英),第二卷(第二部分),第 30 至第 34 页。

⁵⁹ 见上文脚注 33。

⁶⁰ 见 A/CN.4/453 号文件(上文脚注 33),第 250 至第 267 段。

⁶¹ 同上,第 269 段(b)分段。

⁶² 同上,第 268 和第 269 段。

⁶³ 同上,第 269 段(a)分段。

⁶⁴ 同上,第 171 段起。

⁶⁵ 同上。

⁶⁶ 同上,第 160 至第 166 和第 210 至第 217 段。

(b) 其他国家——同样是一个不吸引人的解决办法，除非这些国家通过某个权威和国际公认的机构行事；

(c) 联合国大会，尽管大会明显地主张它对诸如种族隔离或殖民主义罪行拥有这种权利，它仍然是一个高度政治机构，缺乏作出约束性裁决的权力；⁶⁷

(d) 安全理事会，尽管同《联合国宪章》第七章的联系很不清楚，而且也是一个政治机关；⁶⁸

(e) 一个国际性法院。不过这样的法院并不存在。国际法院是不适合的，因为其管辖权基于同意，而被控诉犯罪的国家不大可能表示同意。⁶⁹ 新近建议的法院旨在审理个人而非国家。

C. 什么是罪行认定的可能后果？

102. 罪行认定的可能后果也许首先关系到可用补救办法的具体类型和采取反措施的权力，其次是关系到若干条件，它们可能允许所有国家，而不仅仅允许实际受害国寻求补救办法或采取反措施。⁷⁰

1. 可用的补救办法和采取反措施的权力

(a) 可用的补救办法

103. 特别报告员在其第五次报告中指出，就中止而论，罪行同“一般”不法行为相比较似乎并没有任何特殊性质。⁷¹ 关于广义来说的赔偿，特别报告员就有关恢复原状提出对罪行是否应该适用第二部分第 7 条(c)项和(d)项⁷² 所载关于补偿的不成比例和关于严重危害有关国家的限制的问题。⁷³ 至于补偿，他问对罪行是否应该适用第二部分第 10

条第 3 款⁷⁴ 关于禁止损害有关国家尊严的抵偿要求的规定。⁷⁵

104. 此外，如果罪行被当作为对所有国家的违背时，非受害国家是否有权采取相同的补救办法？⁷⁶ 如果是的话，这种权利是否取决于某联合国主管机关如安全理事会的决定，或者这些国家能否主动要求采取这些补救办法？

(b) 采取反措施的权力

105. 在这方面出现几个问题：

(a) 所有国家能否对罪行采取反措施，即就第 11 条而言，是否所有国家都成为“受损害国家”呢？⁷⁷

(b) 第 12 条的条件是否适用？

(c) 是否按照第 13 条的规定适用相称性？⁷⁸

(d) 是否可以适用第 14 条⁷⁹ 的禁止规定，或，例如，应否允许在有或没有获得安全理事会事先核可的情况下，采取极端的政治和经济强制措施，或甚至使用武装力量？⁸⁰

(e) 是所有国家还是仅仅罪行的实际受害国可以偏离规制反措施的正常条件？

2. 所有国家，不仅仅是实际受害国家也许获允许对罪行寻求补救办法或采取反措施的条件

106. 出现的问题是，在发生罪行的情况下，是否任何国家应获许根据自己或安全理事会的授权，或由一主管法院的授权寻求补救办法或采取反措施。

⁶⁷ 同上，第 208 和第 209 段。

⁶⁸ 同上，第 160 至第 164 段以及第 210 段起，特别是第 218 至第 223 段。

⁶⁹ 同上，第 214 至第 217 段。

⁷⁰ 同上，第 119 段起。

⁷¹ 同上，第 171 至第 176 段。

⁷² 第 1 条至第 6 条、第 6 条之二、第 7 条、第 8 条、第 10 条以及第 10 条之二的案文，见《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 58 至第 60 页。

⁷³ 见 A/CN.4/453 号文件(上文脚注 33)，第 179 至第 180 段。

⁷⁴ 见上文脚注 72。

⁷⁵ 见 A/CN.4/453 号文件(上文脚注 33)，第 182 段。

⁷⁶ 同上，第 122、第 136 以及第 184 至第 186 段。

⁷⁷ 同上，第 226 至第 240 段。

⁷⁸ 见《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 33 页，脚注 67。

⁷⁹ 同上，第 35 页，脚注 69。

⁸⁰ 见 A/CN.4/453 号文件(上文脚注 33)，第 192 以及第 198 至第 213 段。

107. 在第一个选择下, 赋予国家的权利假定来自安全理事会行使它在《联合国宪章》第七章下的权力和一国在《宪章》第二十五条下的义务。

108. 在第二个选择下, 安全理事会的权限是否包括关于侵略或非法使用武力罪行范畴以外的事务。

109. 第三个选择是理论性的, 因为目前不存在有权处理这类情势的法院。

3. 对罪行不适用排除非法性情况的规定的可能性

110. 产生这一问题的情况包括: 同意(第一部分第 29 条), 不可抗力(第一部分第 31 条), 危急情势(第一部分第 32 条)和必要状况(第一部分第 33 条)。至于自卫(第一部分第 34 条),⁸¹ 则应该指出罪行观念是同自卫观念不兼容的。⁸²

⁸¹ 见上文脚注 58。

⁸² 特别报告员在委员会第四十六届会议辩论中, 提请委员们注意该段可能引起的“错误印象”。关于进一步的澄清, 见《1994 年……年鉴》, 第一卷, 第 2342 次会议, 第 30 段。

4. 不承认罪行后果的一般义务⁸³

111. 不承认任何由于侵略而取得的任何领土为合法的义务已经获得接受。剩下的问题是, 这项义务的活化是否事先要由世界社会的一个公正机关作出已经发生侵略罪行的权威性认定: 安全理事会是是否获赋予作出这种认定的唯一机关? 安全理事会明确呼吁不承认是否为履行这项义务的先决条件?

5. 不援助“犯罪”国家而救助受害国的一般义务⁸⁴

112. 这里也一样, 问题在于是否有关义务自发地产生, 或者是在《联合国宪章》下, 主要是在第二条第五项、第二十四条和第二十五条、第七章以及第一百零三条下, 作出具体决定的结果。

113. 上述清单当然不应妨碍对第五次报告中处理的, 或委员会委员认为重要的任何其他有关问题进行辩论。

⁸³ 见 A/CN.4/453 号文件(上文脚注 33), 第 241 段起。

⁸⁴ 同上, 第 244 至第 249 段。

危害人类和平及安全治罪法草案

[议程项目 4]

A/CN.4/458 和 Add.1-8 号文件

各国政府关于国际刑事法院规约草案工作组报告的意见

[原文: 阿拉伯文、俄文、法文、西班牙文、英文]
[1994 年 2 月 18 日和 28 日、3 月 11 日、24 日和 25 日、
5 月 11 日、13 日和 17 日、6 月 24 日以及 8 月 10 日]

目 录

	<u>页 次</u>
注.....	24
本文件援引的多边文书.....	24
导 言.....	25
<u>节 次</u>	
一、从各会员国收到的意见.....	26
阿尔及利亚.....	26
澳大利亚.....	27
奥地利.....	32
白俄罗斯.....	35
智 利.....	37
古 巴.....	39
塞浦路斯.....	39
捷克共和国.....	40
丹 麦 *.....	41
芬 兰 *.....	41
德 国.....	41
匈 牙 利.....	43
冰 岛 *.....	48
日 本.....	48
科威特.....	53
马耳他.....	56
墨西哥.....	57
新西兰.....	58
北欧国家.....	61
挪 威 *.....	65
巴拿马.....	65
罗马尼亚.....	66
斯洛文尼亚.....	66
西班牙.....	68
斯里兰卡.....	69
瑞 典 *.....	72
突尼斯.....	72
大不列颠及北爱尔兰联合王国.....	74
美利坚合众国.....	78
南斯拉夫.....	90
二、从非会员国收到的意见.....	92
瑞 士.....	92

* 丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典联合提出的答复列入“北欧国家”项下。

注

在本文件中，“1992 年工作组”一语指国际刑事管辖问题工作组，其报告载于《1992 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，A/47/10 号文件，附件。“1993 年工作组”一语指国际刑事法院规约草案工作组，其报告载于《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，A/48/10 号文件，附件。对 1993 年工作组草拟的规约草案的评注也载于该报告。括号中的数字代表有关国家就 1992 年工作组报告提交的意见的段次，这些意见载于《1993 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/452 和 Add.1-3 号文件。

本文件援引的多边文书

来 源

人 权

《防止及惩治灭绝种族罪公约》 (纽约，1948 年 12 月 9 日)	联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 288 页。
《欧洲人权公约》(《保护人权与基本自由公约》)(英) (罗马，1950 年 11 月 4 日)	同上，第 213 卷，第 221 页。
《欧洲引渡公约》(英)(巴黎，1957 年 12 月 13 日)	同上，第 359 卷，第 273 页。
《消除一切形式种族歧视国际公约》 (纽约，1965 年 12 月 21 日)	同上，第 660 卷，第 196 页。
《公民权利及政治权利国际公约》 (纽约，1966 年 12 月 16 日)	同上，第 999 卷，第 202 页。
《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》 (纽约，1968 年 11 月 26 日)	同上，第 754 卷，第 82 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)	同上，第 1465 卷，第 101 页。
《刑事事件互助示范条约》 (纽约，1990 年 12 月 14 日)	《大会正式记录，第四十五届会议，补编第 49 号》，第 45/177 号决议，附件。

特权和豁免，外交关系

《维也纳外交关系公约》(维也纳，1961 年 4 月 18 日)	联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 128 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)	J. B. Scott ed., <i>The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907</i> , 3rd edition, (New York, Oxford University Press, 1918), p. 100.
《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，《条约汇编》，第 75 卷，第 31 页起。
《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护 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 和 632 页。

来源

条约法

《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。

麻醉药品和精神药物

《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) 同上, 第1582卷, 第134页。

民用航空

《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) 同上, 第1589卷, 第474页。

导 言

1. 1993年, 国际法委员会第四十五届会议决定把国际刑事法院规约草案工作组提出的条款草案¹ 经由秘书长提交各国政府, 请其在1994年2月15日之前向秘书长提交其评论。²

2. 按照这项请求, 秘书长于1993年10月6日向各国政府发出普通照会, 请其在1994年2月15日之前提出关于条款草案的书面评论。

3. 此外, 大会第四十八届会议通过了题为“国际法委员会第四十五届会议工作报告”的1993年12月9日第48/31号决议, 决议第5和第6段如下:

[“大会,]

“5. 请各国按照国际法委员会的请求, 于1994年2月15日之前向秘书长提交对国际刑事法院规约草案工作组所提出的条款草案的书面评论;

“6. 请国际法委员会作为优先事项继续关于此问题的的工作, 以期尽可能在其1994年第四十六届会议上, 参照第六委员会辩论中所表达的各种意见和从各国收到的书面评论, 详细制订一项规约草案。”

4. 按照第48/31号决议第5段, 秘书长于1994年1月4日向各国政府发出普通照会, 再次请其于1994年2月15日之前提出书面评论。

5. 截至1994年7月22日, 秘书长收到22份来自会员国的答复和1份来自非会员国的答复; 大会届会结束后又收到来自会员国的2份答复。这些意见的案文转载于本卷。

¹ 《1993年……年鉴》, 第二卷(第二部分), A/48/10号文件, 第111页, 附件, B节。

² 同上, 第100段。

一、从各会员国收到的意见

阿尔及利亚

[原文：法文]

[1994年2月14日]

1. 阿尔及利亚政府在对国际法委员会工作组提出的国际刑事法院规约草案的具体方面作出评论之前，为担心缘起遭到遗忘，要先回顾一下所审议的这一问题的历史、逻辑和法律背景。

A. 审议这一问题的背景

2. 建立一套国际刑事管辖与主要问题——制定危害人类和平及安全治罪法草案——是密不可分的。历史上，一直设想建立一套国际刑事管辖以满足将负责执行这一治罪法的司法机构的需要。这一选择源于基础健全的考虑，这些考虑仍保持其全部适切性和及时性。诚然，没有一个负责实施和执行的司法机构，治罪法将是多余的，同理，没有预先严格界定的适用法律，法院将只不过是不起作用的机构。此处所涉的是一项任务——即惩罚罪行，这种罪行极其可恶，震惊了世界的良心，不能不视为危害人类和平及安全的罪行——的密不可分、相辅相成的两个方面。

3. 阿尔及利亚政府一向声明支持设立一个国际刑事法院，因此可以向心无愧地表明，设立这一法院本身并非目的。这一法院要具有真正的意义和范围，就必须是旨在惩罚国际社会一致承认为危害人类和平及安全罪行的行为，这种行为须经法院作此定性并属于所设想建立的管辖范围。

4. 因此，大会1992年11月25日第47/33号决议第6段将进行拟定国际刑事法院规约草案的任务交付给国际法委员会，绝不表示应当放弃或甚至减缓关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作。由于委员会已一读通过治罪法草案，¹委员会现在很应当按照其通常工作方法恢复审议该草案，因为该草案仍然是据以建立国际刑事管辖权的基础。这就要求双重作业，应当以同等的关心和勤勉同时处理这一问题的两个方面。论题的成熟和国

¹ 案文见《1991年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第98-102页。

际社会目前的关切提供了有利的条件，可以在这两个方向都取得重大和相当迅速的进展。

B. 关于条款草案的评论

1. 未来法院的性质

5. 关于法院的性质，阿尔及利亚政府认为唯一的选择应是永久性法院。阿尔及利亚不赞同下述意见：可以接受一个初期结构，在特设基础上不时开庭。支持这一办法的人主要是考虑到预算问题，但是，鉴于事关重大，预算考虑尽管重要，其本身不能成为决定性因素。最近的国际事件严酷地揭示国际关系结构上的一个缺失：没有国际刑事法院，这一法院的存在本身或许就会有助于缓解危机局势。很明显，这里存在一个法律真空，应当尽快加以填补。有些情况也许可以找到一次性解决办法，尤其是通过诉诸特设机构，但是，这只是权宜措施，不可能无限期地依靠或随心所欲地采用这种办法，而不引起分散努力和使国际司法系统四分五裂的严重危险。

6. 此外，一个常设的国际刑事管辖具有确保客观、一律和公正无私地适用国际法的好处，同时能避免在应受惩处的行为发生之后才设立管辖来加以审理的办法所带来的危险。

7. 最后，只有常设的国际法官能够置身于一时的政治事故之上，不受与所审理案件的敏感性相关的不可避免的压力影响。只有由选举产生的法官组成的常设法院，以充分认识到并符合一般和不因人而异的法律规范的方式审理所提交的案件，才能确保平等、独立和公正的司法正义。

2. 未来法院的权限

8. 关于法院的权限，阿尔及利亚政府赞同一般接受的看法，即属人的权限应限于个人。另一方面，规约草案中属事的权限似乎过分严格，第23条(国家对第22条所列罪行管辖权的接受)中提出的三项备选案文没有一项能符合给予法院与其所设任务相称的足够权力的需要的。阿尔及利亚认为，当一国接受法院规约时，它应当接受法院对指定属于其管辖范围的所有罪行的权限。任何其他解决办法在实践上都等于质疑一国对法院规约的接受本身的价值，使得这种接受毫无意义。

3. 适用的法律

9. 关于适用的法律(这是前一问题的后续), 规约草案提出的案文值得审查和补充。第 22 条(条约界定的罪行清单)列出了若干罪行, 法院根据现行国际公约对这些罪行可有管辖权。这一办法引起了若干问题, 包括法院规约的规定与这些公约的规定在适用“或审判或引渡”原则方面的相容性问题, 而这一原则是上述那些公约的基本原则。合理地引用这些公约中所规定的这项原则, 将造成在这两种情形下实际上都不能把案件提交法院的结果, 因为各国即使根据条约义务都只须审判嫌犯或是把他们引渡到另一国家。规约草案曾企图超越这个基本矛盾, 办法是为法院建立一种优先管辖权, 但将这一点完全取决于各国的善意。从这一观点来看, 国际刑事法院的用处将大有问题, 因为可以想见国家管辖权往往会居于优先。

10. 而且, 第 22 条的罪行清单, 即使经第 26 条的规定补充, 仍然远未穷举或令人满意。清单没有列入一整系列罪行(例如国际恐怖主义), 尽管它们被国际社会广泛接受也被委员会本身接受为危害人类和平及安全的罪行。

11. 鉴于上述, 唯一可以想象的不起矛盾的办法是, 对于已经在对所有国家有约束力的世界性法律中认定为危害人类和平及安全罪的若干罪行, 应规定法院有专属管辖权。

4. 同联合国的关系

12. 未来的法院同联合国之间的关系问题尚未得到应有的注意, 尽管国际法委员会第四十五届会议工作报告第 60 段认为这一关系具有根本的重要性。阿尔及利亚政府认为, 法院必须是联合国的一个机构, 不仅是为了赋予它联合国的道德权威和确保它得到世界承认, 而且是为了实质体现国际法律和秩序的不可分割性。这绝不会影响到法院的独立和自主。在法官选举方法、法官的地位、联合国每一会员国自动接受《法院规约》和案件提交法院的方式等问题上, 《国际法院规约》提供了令人信服的例子。

澳大利亚

[原文: 英文]

[1994 年 2 月 16 日]

1. 1993 年工作组国际刑事法庭草案分成七部分, 下列评论依次探讨每一部分。

第一部分: 法庭的建立和组成

2. 这一部分有许多条款提出特别重要的问题。

第 2 条(法庭与联合国的关系)

3. 第 2 条包括在方括号里的二个备选案文。第一个说法庭是“联合国的司法机关”。第二个规定法庭“与联合国的关系应遵守本规约的规定”。

4. 工作组对第 2 条的评注指出, 其成员对法庭应与联合国维持何种关系有不同意见。澳大利亚认为国际刑事法庭应成为联合国系统的一部分, 最好作为附属的司法机关。澳大利亚认为可以根据《联合国宪章》第七条第二项实现。澳大利亚认为, 起码法庭应如同与联合国签订协议的各专门机构, 以一项协议与联合国维持关系。

第 4 条(法庭的地位)

5. 第 1 款规定法庭是“常设机构。本法庭应于需要审理提交给它的案件时开庭”。这种态度符合澳大利亚 1992 年和 1993 年在第六委员会上参与这个问题的讨论时所表示的意见,¹ 也符合澳大利亚对 1992 年工作组报告的书面评论中所表示的意见。

第 5 条(法庭的机关)

6. 第 5 条成立法庭的三个机关: (a) 法院; (b) 书记官处; 及 (c) 检察官处。这种结构与前南斯拉夫国际刑事法庭所采用的相称, 而且是一样的。

第 9 条(法官的独立性)

7. 尊重法官的独立性对法庭的适当运作非常重要。工作组不妨在第 9 条中列入干预法官的“司法职能”或会“影响对其独立性之信任”的活动的例子。例如, 第 9 条草案的评注第(4)段指出, “法院法官不得同时兼任政府行政部门成员或官员就是一项明确的认识。”

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 至第 38 段; 同上, 《第四十八届会议, 第六委员会》, 第 20 次会议, 第 53 至第 63 段。

第 11 条(暂停法官资格)

8. 工作组对这条的评注第(6)段指出, 它欢迎大会对“是否应限定被告可要求暂停资格的法官人数”的评论。设限不应是必要的, 因为被告不可能提出使超过一个或二个法官暂停资格所必须的理由。设定限制也可能被认为妨害被告获得公平的法院的公平审判的权利。

9. 工作组也要求就在一个法官暂停资格的情况下规定的法定人数问题提出评论。澳大利亚认为, 不论这种暂停资格是根据第 11 条第 2 款或第 11 条第 3 款发生的, 都应规定替代以维持原来的法定人数。

第 13 条(检察官处的组成、职务和权力)

10. 第 2 款规定缔约国提名候选人, 以便选为检察官和副检察官。不像第 7 条草案第 2 款限制缔约国提名一个候选人以便选为法院的法官, 第 13 条第 2 款对缔约国提名检察官和副检察官的候选人未加给这种限制。最好也限制缔约国为检察官和副检察官各只提名一个候选人, 并且规定所提出的候选人必须是不同国籍的。

11. 第 4 款叙述检察官处应独立行事。澳大利亚对 1992 年工作组报告的书面评论表示支持(在第 58 和第 59 段)一个独立的检察制度, 而非投诉国进行起诉。

第 15 条(免职)

12. 第 15 条规定可以因行为过失或严重违反规约而将法官、检察官、副检察官和书记官长罢免的机制。特别是第 15 条草案第 2 款规定法院的三分之二的决定可以罢免检察官和副检察官。澳大利亚认为, 授权法院开除检察官或副检察官, 威胁到检察官处的独立, 并可能导致被指控偏见。较适当的机制是在任何一个案件中由缔约国决定是否应罢免检察官或副检察官的问题。

第 19 条(法庭规则)

第 20 条(法院的内部规则)

13. 这些规定类似前南斯拉夫国际刑事法庭规约²第 15 条, 该条要求该法庭法官通过证据和程序规则。安全理事会第 827(1993)号决议——根据这

项决议, 安理会通过前南斯拉夫国际法庭规约——也要求各国提供关于该法庭的程序和证据规则的评论, 这些评论将提交给法官, 供其审议。适当的做法是考虑是否可成立一个类似的机制, 让缔约国有机会参与制定国际刑事法庭的程序和证据规则。

第 21 条(审查规约)

14. 这种规定最好同规约的最后条款放在一起。该条规定在五年后应数目不确定的缔约国要求, 可以进行审查。难以规定要求审查所需的缔约国的数目, 因为五年后缔约国的总数难以预测。或许较好的办法是规定缔约国的一部分作为所需的数目, 例如三分之一或四分之一。准许以后审查规约也可能是适当的。

第二部分: 管辖权和适用的法律

15. 这些规定构成规约的中心。这些条款草案就法院管辖权的主题事项为何提出了扩充的看法。1992 年工作组在其报告第 57 段中辩称, “法院的管辖权应予扩大, 包括界定国际性罪行的指定现行国际条约。”它在第 59 段中认为, “在建立法院的第一阶段, 法院的管辖权应限于生效的条约所确定的罪行。”在大会第四十七届会议第六委员会辩论这个问题期间, 澳大利亚在发言时³指出, 它大体上支持工作组以这种办法探讨法院的主题管辖权。现有的条款草案目前提议让法院的主题管辖权超过现行条约, 以包括一般国际法规定的罪行, 在使镇压犯罪公约(例如 1988 年的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》)生效的本国法下的某些罪行以及在某些情况下由安全理事会提交法院的罪行。这表示态度有很大的改变。

第 22 条(条约界定的罪行清单)

16. 第 22 条列出打算成为法院管辖权的基础的某些条约所界定的那些罪行。下列列入清单的准则载于工作组对第 22 条草案的评注第(2)段:

(a) 这些罪行本身有关条约已对之作规定了, 使国际刑事法院可对条约中所论及的罪行适用一项基本条约法; (b) 条约对其中所规定的罪行根据或引渡或审判的原则建立了一套具有普遍管辖权的制度, 或由一国际刑事法庭审判该项罪行, 或两者兼有。

² S/25704 和 Corr.1 号文件, 附件。

³ 见上文脚注 1。

17. 这些准则是用来确定何种罪行和条约可列入第 22 条草案的一个过滤器。因为它们适当地叙述罪行的因素, 及确定或引渡或审判的原则或普遍管辖权的原则, 它们大体上符合澳大利亚在它 1992 年工作组报告的书面评论(第 36 段)中所表示的关心:

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。

18. 如澳大利亚在大会第四十八届会议第六委员会上的发言⁴中指出的, 澳大利亚认为第 22 条不应成为一份详尽无遗的清单, 应允许今后扩充。我们目前注意到在草案的任何其他部分都未确定一般程序以允许列入今后的条约。这种可能性应加以探讨。原则上似乎无理由将法院在这方面的管辖权只限于当前列入该清单的那些条约。

19. 关于这条草案仍有一点不清楚: 是认定法院对这条草案所载的罪行清单具有管辖权, 理由是这些是各种公约所界定的“国际罪行”(在这种情况下, 法院的管辖权不取决于一国是有关条约的缔约国与否), 还是认定法院只在某一国是某项公约的缔约国而赋予它管辖权时才有管辖权。第 23 条表明前者是适当的解释, 但是第 24 条表明后者是适当的解释。此外, 如目前起草的第 22 条、第 23 条和第 24 条之间的相互关系极重要, 但不清楚。除非加以澄清, 否则法院准确的管辖权将仍难以弄清, 在个别案件中很可能导致对法院管辖权限的怀疑。

第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

20. 第 23 条意思是提供国家能接受法院对第 22 条所列罪行的管辖权的机制。它列出三种备选办法: 备选案文 A 规定缔约国自愿加入法院的管辖权; 备选案文 B 规定缔约国选择退出法院的管辖权; 备选案文 C 规定自愿加入管辖权的修订版。1993 年工作组在其评注第(5)段中寻求大会对将采取的制度提供指导。

21. 澳大利亚对 1992 年工作组报告的评论指出(第 8 段)法院有自愿管辖的重要性, 因一国可借以成为规约的缔约国, 并且根据单独的法令接受法

院的管辖。自愿加入机制能鼓励更多国家加入规约。备选案文 A 和 C 能促进这种自愿加入办法。

第 24 条(法院在第 22 条方面的管辖权)

22. 澳大利亚同意目前的第 24 条所根据的原则, 只要它考虑到缔约国竞争性的管辖权的主张。在考虑法院的管辖权方面, 澳大利亚同意, 由于实际理由, 重点应放在在其领土上找到被告的国家, 或能根据有关条约确定管辖权的国家。

23. 澳大利亚不确定第 2 款拟议的范围。是打算在涉嫌者所在的国家不是有关条约缔约国的情况下给法院管辖权吗? 如上面指出的, 在我们对第 22 条的评论中, 不确定法院是否只对属于有关条约缔约国的国家赋予这种管辖权的案件才有管辖权。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

24. 澳大利亚原则上不反对安全理事会能够将申诉提交法院的构想。但是, 如目前起草的, 安全理事会在这方面比任何一个国家拥有更大得多的权力。表面上第 25 条似乎准许法院审理安全理事会提交给它的案件, 不管是否符合第 24 条的规定。如果用意是要这样, 就应该在第 25 条的案文中阐明。

第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)

25. 澳大利亚支持第 26 条所表示的原则, 如澳大利亚在大会第四十八届会议第六委员会上的发言⁵中所指出的。

第三部分: 调查和起诉

第 29 条(申诉)

26. 第 29 条符合澳大利亚在它 1992 年工作组报告第 122 段的书面评论中提出的看法(第 59 段), 即向法庭申诉的权力应扩大到已接受法院对该罪行的管辖权的任何缔约国。

27. 但是, 澳大利亚不确定在本草案中列入这句话会包括哪些国家, “或具有这种管辖权并按照第 23 条接受本法院管辖的其他国家”。要求对此加以

⁴ 《大会正式记录, 第四十八届会议, 第六委员会》, 第 20 次会议, 第 56 段。

⁵ 见上文脚注 1。

澄清。第 1 段的评注提及按照习惯国际法或国内法对罪行提出申诉的国家。这可能是为了采用第 26 条的规定。但是，第 26 条只在很有限的情况下赋予管辖权，通常不对习惯国际法或国内法的罪行——如果这些罪行不同时是条约的罪行的话——赋予管辖权。第 29 条草案或许也可以对申诉所需的支持文件的类型方面作出较明确规定。

第 30 条(调查和准备起诉书)

28. 第 1 款规定院长会议应审查检察官不予起诉的决定。这反映澳大利亚在它 1992 年工作组报告的书面评论(第 58 段)中所表示的意见，即应有机会审查检察官不予起诉的决定。

第 31 条(起诉)

29. 第 1 款规定，“一旦决定有充分理由起诉”，检察官应准备一份起诉书。没有提及在准备一份起诉书之前必须存在“表面证据确凿的案件”以满足检察官，虽然这是第 32 条在法院批准一份起诉书方面提到的标准。因此应探讨“充分理由”的意思，如果与“表面证据确凿的案件”不同，则应提供理由。

第 33 条(起诉通知)

30. 第 33 条规定向缔约国以及非规约缔约国通知起诉书的条件。它准许法院寻求后者的合作，以便在其管辖范围内逮捕和拘留被告。由于法院的管辖权是双方同意的性质，因此无法对不是规约缔约国的国家加以较大的义务。

第 35 条(审前拘留或保释)

31. 第 35 条准许法院继续拘押被告或予以交保释放。但是这项规定未制定法院将用来作出这种决定的标准。这应进一步加以探讨。

第四部分：审判

32. 与前南斯拉夫国际刑事法庭的规约不同，本规约草案对程序和证据规则作一般性的规定。

第 36 条(审判地点)

33. 第 1 款规定在法庭所在地进行审判，除非法院另有决定。第 2 款规定法院和一个国家——不

需要已接受法院的管辖，或甚至是规约的缔约国——作出安排，以便法院在该国领土上行使其管辖权。因此缔约国不必一定要准许法院在其领土上行使事管辖权。这种办法较在前南斯拉夫国际刑事法庭方面所采取的好，后者显然准许法庭不必获得有关国家的同意就在那些国家开庭(见安全理事会第 827(1993)号决议第 6 段)。

第 38 条(关于管辖权的争端)

34. 第 38 条的评注陈述两个问题，1993 年工作组已邀请就它们提出评论。第一个问题是，所有缔约国还是只是对一个案件有直接利害关系的国家才有权对法院的管辖权提出质疑。澳大利亚认为只有那些对一个案件有直接利害关系的国家才能对法院的管辖权提出质疑。在政策意义上，无法从准许所有缔约国提出质疑得到好处。

35. 第二个问题是，被告在审判前对管辖权和(或)起诉的证据是否充分提出质疑应否列入规约。澳大利亚认为这种性质的质疑应成为审判过程的一部分，应在审判开始的时候就提出。在这方面，澳大利亚不同意第 38 条第 2 款(b)项的规定。

36. 第 3 款的第二句意思不清楚。一旦对管辖权作出决定，则在审判期间不应再受到质疑，不论质疑管辖权的当事方是何身份。因此被告在已经裁定管辖权问题时，就无法在审判的较后阶段重新讨论这个问题。当然，可以用上诉对管辖权提出质疑。

第 41 条(合法性原则(法无明文不为罪))

37. 第 41 条体现“法无明文不为罪”的原则。这满足《公民权利及政治权利国际公约》第十五条的要求，该条第一款除其他外规定：

任何人之行为或不行为，与发生当时依内国法或国际法均不成罪者，不为罪。

载于(a)项方括号里的字应予以保留，但取消方括号，以阐明不同国家可采用任何机制以便对被告适用一项特定条约的条款。

第 44 条(被告的权利)

38. 第 1 款(h)项似乎准许缺席审判。1993 年工作组寻求关于这一点的评论。澳大利亚作为一般

原则反对缺席审判，宁愿法规不准许缺席审判。关于这件事，我们要提到《公民权利及政治权利国际公约》第十四条第三款(卯)项，其中规定被告有权获得在场审判。

39. 我们进一步注意到本草案未包含在可能举行缺席审判的情况下的任何程序上的保护措施。这些问题需要加以详细讨论。

第 45 条(一事不再理(一罪不二审))

40. 第 2 款(a)项准许法院审判因有关行为“被定性为普通罪行”已被另一法院定罪的人。法院纯粹由于有关罪行被定性为普通罪行，可以再次审判已被国家法院适当审判的人，就产生是否遵守“一罪不二审”原则的问题。

第 47 条(法院的权力)

41. 第 1 款(a)项授权法院“要求证人出庭作证”。如起草的，可能需要来自任何缔约国的证人出庭，即使该缔约国未在其他方面涉及这种行动。应提出这点，即如果通过，这种程序将与通常遵守的有很大的不同，通常国家可要求其他国家协助设法使证人出席，但是这种出席不是强制性的。

42. 规约目前未探讨与这种权力有关的较平凡的问题，诸如谁应负责证人的费用。假定会探讨这些问题，或许在一定会拟订的法院的规则中。

第 51 条(裁决)

43. 第 2 款规定只能作出唯一的裁决或评断。禁止对裁决的异议在初步审判方面比在上诉的裁定方面较易接受(见下文第 56 条的评注)。

第 53 条(适用的刑罚)

44. 第 3 款规定法院作出与罪行的诉讼有关的命令，但未规定可执行的机制。这种机制似乎由第 65 条提供，因它规定缔约国承认并执行法院的裁决。这两项条款因此必须一起加以阅读。

第五部分：上诉和复审

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

45. 第 55 条规定被告有权上诉，检察官上诉的权利则放在方括号内。应规定检察官可上诉审判庭

的裁决，以确保被告的宣告无罪不是法律上的错误或基于事实上的错误。这与世界各地的国家程序一致。

第 56 条(上诉的程序)

46. 第 56 条并未明确规定对上诉庭的裁决提出异议或单独的意见。虽然对这点的看法按照评论者的法律传统而有所不同，但澳大利亚普通法的传统使它倾向于支持规定异议的意见。

47. 第 56 条的评注也透露 1993 年工作组对是否应有类似前南斯拉夫境内罪行国际法庭规约第 11 条所成立的一个单独和不同的上诉法庭持有不同的意见。一个单独的上诉法庭可能是较好的，但是最后的立场无疑将由组成法院的法官人数和预期的案件量决定。

第六部分：国际合作和司法协助

第 58 条(国际合作和司法协助)

48. 第 1 款规定，所有缔约国，不论它们是否接受了法院的管辖权，都有义务“在对法院管辖权范围内的罪行进行的刑事调查和提起的诉讼方面”与法庭合作。

49. 第 2 款加给那些已接受法院管辖权的缔约国较繁重的义务，包括按照第 63 条草案将被告交给法庭。工作组不妨考虑可根据第 58 条第 2 款要求缔约国提供何种援助的较详细的清单。与此同时，可以对根据第 1 款构成合作的内容提供一些指导。

第 61 条(联系和文件的内容)

50. 第 61 条的基础是联合国《刑事事件互助示范条约》第 5 条。⁶ 工作组利用联合国互助示范和引渡条约的条款作为规约草案条款的先例获得支持。

第 63 条(向法庭交出被告)

51. 第 3 款规定接受法院管辖权的缔约国必须向法庭交出被告。这会被视为规避一般接受的引渡法的规则，根据这种规则，国家保留不引渡要求它交出的人的酌处权。但是，关于法庭，可以争论说，由于明确同意管辖权，国家已经同意法庭听审该案件，并已放弃不交出被告的权利。这种情况因此可以同仅要

⁶ 大会 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议，附件。

求引渡的情况区分开来，在仅要求引渡情况下，未事先同意由外国法院行使管辖权，因此被要求的国家保留不引渡的酌处权是完全适当的。

第 64 条(特定规则)

52. 这个规则是引渡条约中很重要的条款，将它列入规约草案是必不可少的。

第七部分：判决的执行

第 66 条(执行判决)

53. 第 1 款请缔约国为执行监禁提供设施。这种办法可以接受。国家不应被强迫接受囚犯。收容囚犯会给诸如澳大利亚等国家带来特别困难，因这类国家有一个联邦制度，在这种制度中，每个州政府管理监狱，无联邦监狱。

奥地利

[原文：英文]
[1994 年 6 月 20 日]

第 2 条(法庭与联合国的关系)

1. 第 2 条为法庭与联合国的关系准备了两个备选案文。虽然也许有必要将法庭作为联合国的一个附属司法机关，但奥地利认为，设立一单独的机构更为现实，因为不然人们会认为有必要修改宪章，规定法庭为联合国的一个司法机关。然而，确保与联合国系统建立起正式联系是必然的。

第 4 条(法庭的地位)

2. 奥地利欢迎这样的规定，即法庭只有在被要求审理某一案件时才开庭。奥地利不赞同这种设想与法庭必要的稳定性和独立性不一致这一看法。

第 5 条(法庭的机关)

3. 奥地利认为，第 5 条不应被理解为使法庭有权对检察官处作出指示。

第 7 条(法官的选举)

4. 1993 年工作组关于第 7 条的评注指出，大家一致认为，可考虑对法官不得连任这一点作某种权衡。奥地利不反对在允许连任问题上规定较短的

任期。但人们几乎想不出一条客观的理由来证明为何法官的任期与第 13 条第 2 款规定的检察官的任期不同。考虑到有必要平衡法庭各机构的权力，可设想法官可以连选连任。

第 9 条(法官的独立性)

第 10 条(院长和副院长的选举和职务)

5. 出于结构上的原因，应考虑变换一下第 9 条和第 10 条的顺序。1993 年工作组关于第 10 条的评注指出，工作组有些成员强烈地认为，法院应有一名专职院长。但奥地利认为没有必要配备一名专职院长。

第 11 条(暂停法官资格)

6. 第 1 款的措辞“……他们先前……介入过的案件”可被解释为也包括根据第 52 条(判决)和第 57 条(修改)作出的行动，而这些行动绝不应导致暂停资格。可考虑直接由院长作出暂停资格的决定。奥地利认为，在被暂停资格的法官人数超出建议的人数这一点并无不当之处的情况下，限制被告有权要求暂停其资格的法官的人数是不恰当的。关于这类限制的规定会被视为预先判断被告在一公正的法院受到公正审判的权利。

第 13 条(检察官处的组成、职务和权力)

7. 为确保检察官处的独立性，似宜列入一项与第 7 条第 3 款和第 4 款相似的条款。第 13 条第 4 款所载的规定，即检察官既不接受法庭的指示也不发出指示，极为重要。但是在这里用“法庭”一词似乎欠妥，因为难以设想这样的法庭如何发出指示，除非通过法院或书记处。第 7 款规定，检察官不得处理与其具有相同国籍者的申诉。然而，还应在这方面预见到别的暂停资格的原因，如被指责偏袒某一方、以前曾作为法官有过参与等。

第 15 条(免职)

8. 奥地利对检察官可被另一机构而不是将其选出的机构免去职务的规定持保留意见。

第 16 条(特权与豁免)

9. 奥地利认为，法官和检察官在特权与豁免方面享受不同的待遇看来是没有道理的。

第 19 条(法庭规则)

第 20 条(法院的内部规则)

10. 奥地利也认为, 应对法庭的议事规则和法院的内部规则作一区分。

第 21 条(审查规约)

11. 奥地利欢迎(b)项所作的规定, 这些规定为将新公约纳入法院的管辖范围奠定了基础。

第 22 条(条约界定的罪行清单)

12. 我们大体上同意第 22 条所列的各项条约界定的罪行清单。同工作组一些成员一样, 奥地利也认为, 《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》界定的酷刑罪应列入清单。另外, 奥地利认为, 第 22 条不应是详尽无遗的, 而应当考虑到新条约界定属法院管辖的罪行的可能性。

第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

13. 奥地利显然愿采用备选案文 B, 该案文规定自动将对第 22 条所列罪行的管辖权交给法院, 同时规定可选择不接受某些管辖。不过, 应对备选案文 B 作修改, 以使非成员国有权作出备选案文 B 规定的声明, 表示接受法院的管辖。

第 24 条(法院在第 22 条方面的管辖权)

14. 鉴于奥地利以前提出的评论, 奥地利认为, 第 24 条第 2 款作出的关于要接受法院的属人管辖就需符合两个条件的规定会削弱司法系统的有效性。因此应将其限制为一项接受行为。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

15. 第 25 条的措辞使这一点有待确定, 即安全理事会是否可将案件提交给其管辖尚未为各国接受的法院, 或者, 这一可能性是否被排除了。

第 28 条(适用的法律)

16. 第 28 条(c)项应澄清的是应将哪国的国内法作为辅助性渊源, 即, 是犯罪地点在其境内的国家的国内法, 还是被告或者受害者为其国民的国家的国内法。

第 29 条(申诉)

17. 奥地利认为, 只有安全理事会和法庭成员国才有权提起诉讼。这样可以鼓励各国加入规约。奥地利欢迎工作组一位成员提出的设立一个由三名法官组成的起诉分庭的建议。

第 30 条(调查和准备起诉书)

18. 鉴于法庭的目的是确保以独立和公正的方式进行管辖, 奥地利对由法院院长和副院长组成的院长会议有权复审检察官的决定这一点提出保留意见。不过, 奥地利也认为, 如遇完全不合理的申诉, 则不应着手进行调查。

第 31 条(起诉)

19. 工作组关于第 31 条的评注指出, 可在仍在准备起诉书的情况下根据规约将某人逮捕或拘留, 根据是经初步断定有充分的理由提出指控, 而且, 如不将其逮捕或拘留, 就可能无法保证其出庭受审。可以设想, 逮捕的理由可扩大到包括有共谋或重犯危险的情况。

第 32 条(起诉书)

20. 奥地利认为, 对起诉书的审查不应由院长会议负责进行, 而应由一单独的“起诉分庭”负责进行(参看第 29 条的评注)。此种规定还可避免造成作为院长会议成员的院长或副院长偏袒某一方的印象, 如果他们参与处理上诉案件的话。

第 33 条(起诉通知)

21. 鉴于第 2 款和第 3 款的目的是国际合作和法律援助, 奥地利认为, 应插入一项提及第 58 条第 1 款和第 2 款(b)项和(c)项的条款。据此, 第 33 条第 4 款可提及第 59 条。至于第 5 款, 可考虑用其他适宜的方式(如公告)代替通知。

第 37 条(审判庭的设立)

22. 关于 1993 年工作组对第 37 条草案的评注, 奥地利同一些成员的看法一样, 也认为分庭成员应每年事先确定, 成员确定应遵循根据正当法律程序规则轮换的原则。

第 38 条(关于管辖权的争端)

23. 奥地利认为, 只有在一案件中有客观利益的国家才应有权对法院的管辖提出质疑。有关的国家和被告均应有权对法院的管辖提出质疑。应允许在审理进行之前或开始之时行使这项权利。还可以考虑规定, 在作出起诉通知之后, 被告即有权对管辖提出质疑。作出此种规定, 被告诉讼上的主要权利看来就不会受影响, 因为将根据第 33 条第 1 款及时通知被告并向其提供所有文件, 以使其在审理开始之前就决定是否对管辖提出质疑。奥地利建议重新考虑是否应由拟议的起诉分庭来处理此种质疑(见第 29 条的评注)。

第 39 条(审判庭的责任)

24. 奥地利认为, 检察官应在审理开始时宣读起诉书。不然会造成法院和检察官处完全一样的印象。

第 41 条(合法性原则(法无明文不为罪))

25. 奥地利认为, (a)项方括号内的行文欠妥, 不能提出准确和意思清楚的定义, 应予以删除。

第 44 条(被告的权利)

26. 奥地利同工作组几位成员一样, 也认为, 在工作组关于第 44 条的评注第(3)段(b)和(c)分句项下提出的情形中, 可能进行缺席审判这一点看来是恰当的。但是, 似乎有必要对缺席审判的情形作出更明确和准确的规定。奥地利也认为, 如遇缺席审判, 裁决应是临时性的, 也就是说, 如果以后被告到庭, 应在被告在场的情况下重新进行审理。

第 45 条(一事不再理(一罪不二审))

27. 只是从工作组对第 45 条的评注中才能推出这一点, 即“一事不再理”原则只适用于就案情决定管辖的情形。奥地利认为, 应重新拟订第 45 条草案的行文, 以便更明确地规定: 这项原则仅适用于这些情形, 因而该条款不适用于撤销诉讼或出于形式原因判决无罪。

第 47 条(法院的权力)

28. 奥地利同工作组在第 47 条的评注中提出的看法一样, 也认为, 就上诉或修正而言, 完整和准确地记录审理过程对被告或检察官来说极为重要。因此, 奥地利认为有必要将记录转给上述人员。也可以考虑是否应加上一条规定, 指出这些人员有权得到一份记录的复印件。

第 48 条(证据)

29. 奥地利认为, 是否属于逼供或作伪证应由法院来判定。

第 51 条(裁决)

30. 奥地利同一些成员在工作组对第 51 条的评注中表示的看法一样, 也认为, 不应允许有不一致和单独的意见。

第 52 条(判决)

31. 奥地利认为, 第 51 条第 2 款所用的措辞方式也应订立在第 52 条中。

第 53 条(适用的刑罚)

32. 应当考虑的是法院是否可迫使被定罪者承担审理费用。奥地利不反对这一点, 即法院有权将被盗财产归还合法的所有者。

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

33. 关于检察官有权上诉这一点, 奥地利认为, 这项权利应与被告的上诉权利相一致。限制检察官的上诉权利是没有道理的。

第 56 条(上诉的程序)

34. 奥地利认为, 第 51 条第 2 款规定的规则也应纳入第 56 条。奥地利对院长会议在任命上诉分庭方面的作用提出疑问。奥地利同工作组在第 56 条草案的评注第(5)段中表示的看法一样, 也认为, 应设立一个单独和不同的上诉分庭。可考虑由全体法官组成上诉分庭, 但参与下级法院裁决的法官除外。

第 58 条(国际合作和司法协助)

35. 奥地利建议, 凡是不同意或拖延国际司法协助请求的国家均应说明理由(见《刑事事件互助示范条约》第 4 条第 5 款)。¹

第 61 条(联系和文件的内容)

36. 奥地利建议将下列行文补入第 3 款, 作为一项一般条款:

¹ 大会 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议, 附件。

“(f) 妥为执行请求所需的其他资料”。

具体意见

(另见《刑事事件互助示范条约》第 5 条第 1 款(g)项。)

第 62 条(临时措施)

37. 可用下列措辞补充(a)项和(b)项:

“在根据第 58 条第 2 款(d)项传递正式请求之前”。

38. 此外, 奥地利认为, 该条款应指明请求应包括哪些内容。

第 63 条(向法庭交出被告)

39. 奥地利认为, 由于“引渡”(第 5 款)一词的使用引起了正式引渡程序的适用, 第 63 条的措辞会被误解。这样, 一国内法院就得依据自己的规则(如与犯罪的政治性质有关的规则)判决引渡是否不合法。这一后果应当避免。

第 67 条(赦免、假释和减刑)

40. 第 4 款规定的办法应为通常的办法, 从而无须专门为此设立一分庭。

白俄罗斯

[原文: 俄文]

[1994 年 2 月 18 日]

一般性评论

1. 白俄罗斯共和国主管机构(司法部和其他部门)继就国际刑事管辖问题提出意见后,¹ 就国际刑事法院规约草案工作组报告提出下列评论。

2. 白俄罗斯满意地注意到工作组 1993 年达成的结果, 并且指出该报告所述的国际刑事法院的构想现已界定得更明确。在设立拟议机构及组织工作的进程中, 可指认一些正面的趋势。虽然这些趋势中有许多值得支持, 其中一些确需改正和进一步讨论。

3. 至于法院的成立和组成(规约草案第一部分), 有必要首先考虑一下法院与联合国之间的关系。如我们较早时候对 1992 年工作组报告的评论所指出的, 法院发挥效力的前提条件是, 国际刑事法院与联合国之间有密切的相互作用。考虑到这一相互作用的基本渠道将存在于法院与安全理事会之间(对法院的性质作出适当的改变), 联合国与原子能机构之间的相互作用, 将是这种关系的模式。这假定了法院虽非联合国机构, 仍将同联合国有密切的关系。

4. 对已设立机构的管辖权, 曾提出一些极端重要的问题。在这方面, 使人乐见的发展是在第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)中载入任择办法 B, 因为它非常近似拟议的两个司法行为的合并: 成为规约当事方以及承认法院的管辖。这样, 一国成为规约的缔约国, 将自动地授予法院对第 22 条(条约界定的罪行清单)所列罪行的管辖权。很明显地, 作为第一步, 有必要授予国家权利将某些罪行排除在这种管辖以外——这也是一俟成为规约缔约国便授予。不过, 我们坚信这种权利不应是无限制的。除了上述权利以外, 最初有必要通过下列办法加强规约: 载入少数公认最严重的国际罪行, 对于这些罪行, 一国既成为规约的缔约国就无法拒绝法院管辖。这使得有可能立刻创立了相对于规约所有缔约国的商定管辖范围, 并且渐渐地扩大这个管辖。

5. 对少数罪行也许可建立专属管辖权, 因为这种管辖权是国际罪行的性质所蕴含的。此外, 规约可经由声明或者与法院达成的协议, 给个别国家为法院专属管辖权范围留下余地。

6. 就第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)第 2 款(a)项来说, 值得一提的是, 在一般国际法之下的若干少数罪行(侵略和种族灭绝, 对那些没有缔结《防止及惩治灭绝种族罪公约》的国家而言), 在属于法院专属管辖范围内, 将不要求根据该条第 1 款, 给予特别同意。这事先假定了规约本身或所附议定书中载列这种罪行的定义。

7. 一如所订, 对于第 26 条第 2 款(a)项所明确的罪行, 要求第 24 条(法院在第 22 条方面的管辖权)所述的相同国家对管辖权给予特别同意, 这个情形的唯一差别是, 管辖的依据并不来自国际条约规

¹ 《1993 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 135 页起, A/CN.4/452 和 Add.1-3 号文件, 特别是第 143 页起。

范，而是来自自己为国际社会整体接受和承认的国际法规范。因此，第 26 条第 3 款(a)项的规定必须重拟。

8. 此外，应注意第 26 条评注第(4)段所讨论的，在第 25 条中载入第 26 条第 2 款(a)项的内容，将导致现有第 2 款(a)项的意义改变。关于除侵略外一般国际法下之罪行案子的提交应取决于安全理事会决定的规定，这一点似大可不必。

9. 在确定法院的属事管辖权方面，通常遇到的问题是在目前生效的国际条约下的普遍管辖权的现有制度与正在设立的国际管辖权之间的关系为何。毫无疑问，对规约的缔约国来说，有可能用后一制度取代前一制度(或者修改前一制度)(参考《维也纳条约法公约》第三十条第四款)。不过，对于那些没有签署规约而又对属于该法院管辖范围的国际罪行有管辖权的上述条约的缔约国也有可能提出各种问题。规约草案中对这个问题的拟议解决办法依据“退让管辖权”学说。这一学说虽然非常有意思，但几乎不适用于国际罪行。

10. 国际罪行，依据国际社会各成员之间的普遍协议，构成了单独的国际法类别；对这种罪行的管辖权通常来自条约。个别国家对某一国际条约确认的行为的管辖权明确地来自该条约，法院的管辖权也是来自条约。然而，就国际罪行来说，国际机构的管辖权比任何个别国家的管辖权将更为符合这种罪行的性质。因此，将规约视为优先于其他国际条约，是完全有理由的。

11. 无论如何，尽管一个虽非规约缔约国但签署了有关条约的国家提出引渡要求，国际刑事法院仍对某一嫌疑犯起诉，尚不能视为违反“审判或引渡”的条约法原则，“审判”的义务不应光靠字面来解释。它的目的在于确保对肇事者拘押并进行有效的起诉。如按照保障享有合法程序的权利的一切手续，将肇事者移交国际刑事法院，则这项义务便得到履行。

12. 规约草案第 29 条所述法院提起诉讼的程序是值得支持的。不过，至于撤销案件的权威，决定权不应属于检察官，而属于法院，后者其后应有机会审查检察官的决定。这种极其重要的案子提交法院的结果永不应全由一人来决定。

13. 关于发动调查，我们想重提关于经由一个独立机关而非检察官办公室来进行调查的建议。因

此，检察官办公室的任务将被削减，手下人员也将裁减。按照设想，这一建议(对委员会关于设立一个由法官组成的调查小组以及将调查任务指派检察官办公室的这个建议的第三种任择办法)是一个最能为人接受的解决办法。如采纳这个建议，第 30 条将分为两个部分：一个部分题为“调查”，而另一部分题为“准备起诉”。新案文的结构也须予改动。

14. 鉴于上述，必要的是，第 32 条(起诉书)第 2 款应规定这样的机制：检察官不仅能要求院长会议审查起诉(或者向第 29 条的评注第(6)段所述的起诉庭提出)，而且在案子的证据显示有充分理由将该案撤销时，也能要求审查报告。

15. 关于规约草案第 38 条(关于管辖权的争端)，似有必要提高所有对某一特定罪行享有管辖权的国家对法院的管辖权提出挑战的权利。将享有在该法院提起诉讼的权利的一类国家与享有对法院的管辖权提出挑战的权利的一类国家密切地关联起来，是合乎逻辑的。

16. 规约草案规定应保证被告有机会对该法院的管辖权提出初步挑战，这似是可接受的。从各方面看来，设立一个特别起诉庭，能够对起诉的依据或者检察官请求撤销某一案件的报告的依据进行调查，是一个适当的措施。

17. 也许有人会反对在第 41 条(合法性原则(法无明文不为罪))(a)项中载入方括号内的字样。关于这一点，从以下的前提出发是必要的：就国际罪行来说，个人的刑事责任直接来自国际法规范。

18. 关于对判决或判刑提出上诉的制度的设立(第 55 条)，给予检察官和被判有罪者上诉的权利是应予支持的，因为这符合起诉的功能和刑事诉讼的上诉程序。为使上诉程序考虑到法院的特殊性质，由除参与一审判决的法官外的法院所有其他法官来审议这些上诉，是有益的。

19. 同样地，应规定被判有罪者(检察官亦同)有为修改法院决定而提出请愿书的权利(第 57 条)。

20. 此外，关于较早时候对法院属事管辖权的意见，第 63 条(向法庭交出被告)第 4 款的规定应予支持。除了此项规定外，更精确地言明关于交出被告的请求的优先地位，将是有益的。删除第 5 款中“尽可能”一词，即可做到这一点。无论如何，关于优先次序的规则，对交出涉及犯下法院专属管辖

权范围内罪行的被告的案子，应无条件地适用。在第 63 条解决关于违反规约规定没有向法院交出被告的问题，将是合乎需要的。在这种情形下，应准许法院有权请求安全理事会谋求被告的移交。

21. 有必要界定特定规则(第 64 条)如何适用，这将视所涉罪行而定；关于属于法院专属管辖范围的罪行，则不必适用这一规则。

22. 依第 67 条(赦免、假释和减刑)第 4 款的现有案文不可能对刑罚的执行进行有效监测。所有关于赦免、假释和(或)减刑的全部问题一概应由法院来定夺。

23. 白俄罗斯共和国希望这些意见有助于国际法委员会完成关于国际刑事法院规约草案的工作。白俄罗斯共和国保留就委员会拟就的规约草案申明立场的权利。

智 利

[原文：西班牙文]

[1994 年 3 月 22 日]

一般性评论

1. 智利一向坚决赞成而且继续坚决赞成设立国际刑事法院，这是确保犯下严重国际罪行的人以及有关的其他人士不会逍遥法外的手段。智利已提出若干基本着手办法，供审议目前正予拟订的规约草案用。

一、法庭的建立

2. 设立国际刑事法庭的问题应作为独立于危害人类和平及安全治罪法的问题处理；这是确保这两个法律问题都能及时获得通过的唯一方法，虽然这两个问题有密切联系。

3. 关于这一点，草案与智利政府的立场是一致的，即：基于方法和政治上的理由，分别处理法庭规约与治罪法是可取的，其目的是促进国际刑法，便利更多国家参加拟议的治罪法和可能设立的国际刑事管辖机构。治罪法一经通过和生效，上述立场不妨害法庭扩充管辖权以包括该文书所指的国际罪行。

4. 为此，必须处理治罪法与各项多边公约之间关系的问题，因为对刑事罪的定义可能重叠或重

复，或先前已经界定的一类罪行的某些方面可能被遗漏，或其范围可能被缩减。

5. 设立国际刑事法庭不应意味免除各国审判被控犯下危害国际和平与安全罪的人的义务，或准予将他们引渡的义务。

6. 智利是几项设想一个普遍管辖制度的国际文书的缔约国，这种制度的根据是各国有义务审判被控犯下国际罪行的人或准予将他们引渡。从这一观点看，设立国际法庭不能意指一国根据上述原则必须放弃行使其管辖权，因为规约无意制订一项优先于国内法院的优先管辖权原则。

二、法庭的权限

7. 我们所关注的法庭的权限应从属于国内法院权限。因此，作为一项通则，只有在缺乏国家管辖权的情况下，国际刑事管辖权才应起作用。

8. 如规约草案一样，智利认为法庭是缔约国、其他国家和安全理事会可以支配的一种手段，以保证正义得到全面伸张，严重罪行不会免受制裁。因此，规约所订立的制度应被理解为基于选择进行审判或准予引渡的制度的补充；将案件提交国际法庭审理的选择被视为一国的第三种备选办法，因为根据一项多边条约、习惯法或国内法，一国有权对某一罪行行使管辖权。但这不排除国际法庭对诸如灭绝种族罪等特别严重的罪行具有唯一专属权限，因为没有任何国家能够审判这类罪犯，而且规约应作出这样的规定。

9. 此外，如智利以前曾表示过的，国际法庭绝对不能就国内法院的裁决作为上诉法院或二审法院行使管辖权。这样做除了对许多国家造成宪法上的问题外，还意味着干涉其内政。

10. 鉴于上述理由，智利政府对第 45 条(一事不再理(一罪不二审))第 2 款(b)项的规定表示保留。该项规定允许在某些情况下可以复审国内法院的判决。实际上，必须更彻底地处理国内法院在什么时候才被视为没有履行其审判国际罪行的职能问题，从而使国际法庭有权进行干预，

11. 这个管辖机关应在联合国范围内经由一项条约设立。这是智利以前提出的另一种着手办法。智利也同意其他国家所表示的看法，认为法庭与联合国之间至少建立某种关系是可取的，这不仅是由于将赋予法院的权力和永久性，而且也因为法庭的

权限可能部分取决于安全理事会的决定。为此，智利政府倾向于一种需要缔结类似联合国与其专门机构缔结的合作条约的解决办法，这项条约将规定联合国各机构为促进法庭职能的适当和正常发展而应履行的义务和职权。

12. 法庭应有或应设立一个常设机制，使其法官能在需要时毫不延迟地集合开庭。

13. 关于法庭的结构，智利同意草案的处理方法，认为应寻求一项灵活而节省的解决办法，不要设立一个专职的常设机关，但应具备一个机制，使法官能毫不延迟地集合，审判他们应开庭处理的案件。因此，规约草案设想一个事先存在的机制，只有在需要时才运作，其组成在每种特定情况下根据客观标准而定，以确保法庭成员的大公无私。

14. 根据这一观点，智利政府认为第 15 条(免职)第 2 款的规定有损法庭的独立性，因为该项规定赋予法院罢免检察官和副检察官的权力：当检察官和副检察官犯有确凿的行为过失或严重违反规约时，将他们罢免的权力应属于有权任命他们的那些人，即规约缔约国。同样，显然没有理由需要法定人数来罢免法院法官，如草案第 15 条第 1 款所规定那样，显然也没有理由不维持《国际法院规约》第十五条所订的准则，其中规定法官除由该法院其余法官一致认为不再符合必要条件外，不得免职。

15. 我们所关注的法庭应对最严重和影响深远的、全人类都被视为受害者的罪行，诸如灭绝种族罪，具有强制管辖权。在其他情况下，管辖权应是任择的。

16. 关于管辖权，智利政府赞成采用下列表述：各国仅根据其作为规约缔约国的事实，即承认法院有权听审案件，但每一主权国家所规定的属物理理由和(或)属时理由除外。

17. 在不妨害上述的情况下，就最严重和影响深远的、全人类都被视为受害者的罪行来说，诸如灭绝种族罪、战争罪和侵略罪，法庭的管辖权在安全理事会的决定下，应是强制的。根据这一观点，智利倾向于第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)的备选案文 B，但有关强制管辖权的规定须作适当修正。

18. 关于第 38 条(关于管辖权的争端)的评注所述的问题，智利政府认为解决的办法应该是对涉及条约所定性的国际罪行的情况与其他情况加以区

分。关于前一种情况，任何规约缔约国均有权对管辖权提出质疑。就其他情况来说，只有对所涉事项有直接利益的一国或数国才有这项权利。智利认为被告也应有权对法院的管辖权提出质疑，但这项权利应在法院审理有关控罪时作为一项预备问题提出。

19. 国际法庭也应有咨询管辖权，以协助国内法院解释关于国际罪行的条约。草案没有考虑国际法庭应规约缔约国要求行使咨询管辖权的可能性。关于这一点，智利政府强调，协助国内法院正确适用和解释那些界定可能由它们审理的罪行的国际文书的提议，是非常重要的。关于这个问题，智利认为国际法院和美洲人权法院在咨询管辖权方面的经验是极有建设性的。

三、适用的法律

20. 法庭应予审理的犯法行为将是国际条约加以定性的犯法行为。

21. 关于法庭将适用的法律，并且根据“法无明文不为罪”原则，智利政府认为法庭只应可以审理普遍接受的国际文书所界定的犯法行为，例如第 22 条(条约界定的罪行清单)开列的国际文书，《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》。

22. 上述意见不意味从适用的法律中排除将来生效的危害人类和平及安全治罪法所列犯法行为，也不妨害各国授予法院对上述条约所不包括的其他罪行的管辖权。

23. 但侵略罪却导致特殊的情况。迄今尚未有一项普遍接受的国际文书对这项罪行加以定性。关于这一点，据认为这项危害和平罪应在关于授权安全理事会向法庭提出申诉的规定下列入法庭的管辖范围内，但安全理事会只有在根据《联合国宪章》第七章断定侵略确实存在时，才能介入。

24. 草案与智利的立场是一致的，它只提及个人的犯法行为，没有将法庭的管辖权扩充至国家，虽然这些个人可能是国家的代理人。如智利政府已经指出，将国家绳之以法将导致最严重的困难，无论如何，国际法下有其他生效的机制，可对国家的非法行为加以制裁。在这方面，智利重申立场，认为安全理事会和国际法院的作用，特别是保护人权的机制，都应予加强，以便抵销国际法庭对国家的犯法行为没有管辖权的事实。

四、裁决和判刑

25. 最后，关于法庭的程序和执行判决的问题，智利政府的意见如下：

(a) 第 51 条(裁决)没有设想裁决也许包括单独意见或异议的可能性。智利认为，如其他国际性法院的惯例显示，接受单独意见或异议将有助于国际法的发展；就某一案件来说，这些意见对决定不服定罪提出上诉的被告可能是非常重要的，对决定是否撤销定罪的上诉庭也有影响；

(b) 第 67 条规定，如已判刑犯服刑地点国的国内法允许，法庭有权下令赦免、假释或减刑。

26. 关于这一点，智利政府认为，鉴于法庭所管辖的罪行的严重性，作为一项通则，在法院所判徒刑没有服满之前，不应释放犯人；无论如何，上述措施的申请不应取决于服刑地点国的国内法的变幻无常；上述措施只有在有限的情况下才予批准，而且应从属于国际法庭的专属权力。

结 论

27. 智利政府认为前述意见不妨害今后可能提出或需要提出的进一步评论。

古 巴

[原文：西班牙文]

[1994 年 2 月 7 日]

1. 古巴政府认为仍然缺乏为建立国际刑事管辖所需的条件，这种管辖不可能实现其目的，而且不会通过其行动对构成联合国存在的基本前提的主权原则带来不利影响。

2. 古巴政府认为，国际法委员会工作组向大会提出的草案只有以有关国家如果愿意能够加入的条约的方式才能通过；这一条约应载列必要的有关各方不愿意交由国际管辖的罪行的保留条款。

3. 关于所建立的法院的性质，古巴政府认为，如果要建立的话，这个法院应是个常设机关，不过只是在需要审理一个案件时，才应开庭。为处理已发生的情况而建立的临时法院有可能受这些情况影响，致使它们不客观和不公正。

4. 如果最终建立上述法院，应按照公平地域分配原则选出组成法院的法官。此外，应考虑到法院必须代表各种法律制度，以便具有更广泛的普遍性。

5. 就赋予法院司法权的问题来说，其范围基本上应包括危害人类和平及安全治罪法草案所载的罪行清单，并且有如治罪法草案的情况下和为了说明起见，已作出了考虑是否建立该法院的决定。

6. 关于被告在这个国际法院上的权利，古巴政府认为他们应获得一切保障，受到客观、公平的审判。在这方面，应明确规定，除非充分证明被告缺席是因为他有意逃避审判，否则不得在被告缺席时进行审判。

7. 古巴政府特别关切能够向拟议的刑事法院提交案件的有关各方的类别。赋予安全理事会向法院提交案件的权力的做法等于扩大按照《联合国宪章》委托安理会的职责，因此违反《宪章》。安全理事会不应行使与检察当局相同的职责，特别是考虑到我们不是控告国家，而是针对个人，不论其行为多么应受谴责、应受惩罚，但却不会危害人类和平与安全。

8. 此外，安全理事会能够向国际刑事法院提交案件的规定与有关国家自行决定是否应当向国家或国际管辖提交案件的权利发生抵触，这损害由条约成立的法庭因而得到保证的自愿性质。因此，这对主权原则造成不利影响。

9. 古巴政府深信，国际法委员会在重新审议该题目时，将充分考虑到国际社会大部分对委员会建议安全理事会可发挥作用的疑虑，这一点在大会第四十八届会议期间第六委员会讨论该建议时已反映出来。

塞浦路斯

[原文：英文]

[1994 年 4 月 28 日]

1. 应在规约草案第 22 条(条约界定的罪行清单)中列入一项新的规定，将“在和平或武装冲突期间出于政治、宗教理由或出于种族理由有组织和大规模侵犯人权行为”列为一项罪行。可在纽伦堡法

庭中找到将此行为定罪的根据，¹ 其规约第 6 条(c)项更为确切地提到“包括在武装冲突前后针对平民的残忍行为或出于政治、宗教理由或种族理由的迫害行为在内的危害人类罪”。

2. 此项罪行与战争罪或危害和平罪有关，² 但所建议的增订与国际刑事法院规约草案的规定并无很大差异。如果考虑到国际法和人权领域中最近的事态，也应作此增订。由于安全理事会在其 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议中决定设立审理前南斯拉夫境内战争罪特设国际法庭，所提的国际罪行已被编纂为习惯国际法的一部分，这也是定罪的一项佐证。还应该指出，这里指的是与载述未列入第 22 条的国际罪行的拟议规约第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)之适用有关的“危害人类罪”。

3. 关于第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)，塞浦路斯政府赞成采用备选案文 C。

¹ 见联合国, *The Statute and Judgement of the Nürnberg Tribunal, History and Analysis*, memorandum from the Secretary-General (出售品编号: 1949.V.7)。

² G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3rd edition, London, Stevens, 1976, vol. III: *International Constitutional Law*, p. 496.

捷克共和国

[原文: 英文]

[1994 年 5 月 13 日]

法庭的地位和与联合国的关系

1. 国际刑事法庭的地位应由多边国际条约予以规制，这一条约应同时规定该法庭与联合国系统的关系。建立国际刑事法庭作为联合国的一个主要机关并不实际，因为在这种情况下似乎需要修订《联合国宪章》。现在，建立国际刑事法庭已经成为一项实际的目标，让多年编纂工作的成果遭受修订《宪章》所意味着的危险并不明智。

2. 该法庭与联合国的关系可以类似于各专门机构同联合国的关系。因此，捷克共和国赞成采取第 2 条的第二个备选案文。

法庭基于属物理理由的管辖权

3. 就法庭基于属物理理由的管辖权来说，规约草案特别强调国际条约所规定的罪行。但是，在第

二次世界大战以后，一般国际习惯法所规定的罪行是在国际性法庭提起公诉的，为前南斯拉夫建立的国际刑事法庭规约中也设想对这种罪行的惩罚。常设国际刑事法院规约草案第 26 条也将该法庭的管辖权扩及于这种罪行。

4. 捷克共和国同意这种概念。但是，第 26 条同时涉及两个不同的问题：依一般国际法惩治罪行情况下基于属物理理由的管辖权和接受这种管辖权的方式。没有理由不在规约第 22 条的单一一条文范围内彻底和全面地处理基于属物理理由的管辖权问题。最好把第 26 条第 2 款(a)项的构想增列为第 22 条第 2 款。

5. 法庭的管辖权绝对不应包含依国内法惩治的罪行。因此，捷克共和国建议删除第 26 条第 2 款(b)项。

6. 关于第 22 条据以规定基于属物理理由的管辖权的条约清单，看来并不完全。如果说在第 22 条中开列条约的标准是存在对罪行的精确定义、条约的正式生效以及条约得到国际社会最大限度的接受，那就难于理解为什么清单上没有载列《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》和《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》。

7. 另一个应该仔细考虑的问题是上述条约所规定的一切罪行并不一定严重到非要由该法庭审理不可。不应该把能够由各国自行有效惩治的罪行交由该法庭审理，使它承受过多的工作量。因此，违法行为具有一定程度的严重性应该列为使该法庭具有管辖权的先决条件。该法庭的机制应该是用于审理最严重的国际罪行，特别是无法保证由国内法庭提出检控的罪行。

接受该法庭的管辖权

8. 在工作组为第 23 条提议的备选案文中，捷克共和国主张采用备选案文 B。

9. 但是，规约应该规定该法庭强制性管辖权的确立，凡是加入规约的国家均将根据事实本身至少接受对于一小类别的罪行的管辖权。

10. 因此，应该考虑能否把备选案文 B 同根据事实本身决定的对于一小类别罪行的管辖权结合起来，这些罪行无疑被国际社会视为最严重的罪行，例如 1949 年 8 月 12 日《关于保护战争受难者的日

内瓦四公约》或《防止及惩治灭绝种族罪公约》所禁止的罪行。关于一切其它罪行，国际刑事法庭的管辖权将以“选出”的方法得到接受。

11. 这样将确定基于属物理由的管辖权的一类基本核心，加入规约的国家则以一种可以信赖的方式表明它们决心推行该法庭的机制。

安全理事会

12. 捷克共和国同意使安全理事会能够提交申诉的规约草案概念。

13. 尽管这方面缺乏明确的规定，安全理事会应该只有权针对据称在《联合国宪章》第七章所设想的情况下犯下的罪行向该法庭提交申诉。应当在规约中明确规定这一点。

14. 应该也毫无疑问的是，需要各国接受管辖权的一般条款并不适用，安全理事会提交申诉的权利并不取决于各国对该法庭的管辖权的同意。

丹 麦

[见北欧国家]

芬 兰

[见北欧国家]

德 国

[原文：英文]

[1994年3月24日]

1. 德国是多年来一直主张加强对国际关系的管辖权的国家之一。德国经常在各多边组织特别是在联合国解释为什么它认为设立一个国际刑事法院是必要的。令人难以忍受的是大量区域冲突导致大规模侵犯人权和违反国际人道主义法的行为，这种现象表明迫切需要采取实际步骤，建立一个普遍刑事管辖制度。近年来的发展使人们有理由希望这一目标现在就能够实现。

2. 德国政府欢迎安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808(1993)号和 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议，其中要求设立国际法庭起诉据称应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者，并协助执行这些决议。德国认为设

立法庭是对加强联合国体系内的刑事管辖权的一项重大贡献。

3. 这项发展对国际法庭委员会关于国际刑事法院规约的工作无疑产生了持久的激励作用。该法院进行工作时，必须借鉴国际社会从前南斯拉夫国际刑事法庭所取得的实际经验。草案令人信服地表明，如果各种法律和技术问题得以解决，设立国际刑事法院是可能的。德国政府谨就秘书长 1994 年 1 月 4 日的普通照会对规约的基本规定提出下列评论。

法院的法律性质

4. 法院的法律性质是一个主要问题。其答案必然会影响到草案若干规定的实质。国际法委员会 1993 年工作组关于第 2 条的评注¹和第六委员会在大会第四十八届会议就这一点进行的讨论都没有显示出任何明确的倾向。

5. 德国政府曾多次提议根据一项独立的国际条约设立国际刑事法院。但是，这种基本的着手办法不应妨害法院与联合国之间建立密切联系的可能性。《联合国宪章》各项规定对此提供的机会应予充分利用，但不应予以扩充。因此，德国政府赞成缔结一项独立文书作为这种相互关系的根据的那些提议。

6. 国际刑事法院作为一个常设机构相对于联合国的地位的另一种可能性，是类似设于海牙的常设仲裁法院的地位，至少在其特定活动的开始阶段如此。但无论国际法委员会最终的选择为何，它应赋予法院行使这种刑事管辖权所需的合法性和普遍性。特别重要的是，必须确保法院与联合国的密切联系的性质不会损害法院及其法官的独立和廉正。

法院的管辖权

7. 国际刑事法院规约的核心无疑是它的属事管辖权。德国政府认为法院的管辖权应尽可能全面。德国政府原则上欢迎国际法委员会工作组选择和写入第 22 条和第 26 条内界定法院管辖权的准则。第 22 条(条约界定的罪行清单)确立了法院对根据有关国际文书规定而界定的罪行类别的管辖权。但它却引起了一个问题，这样做实际上是否符合充分专一性的要求，因为充分专一性是这类管辖权的

¹ 特别见评注第 4 段。

一个必不可少的原则。从前南斯拉夫国际刑事法庭的规约²来看,这个国际法庭的规约也应对罪行下一个更确切的定义。

8. 如果规约缔约国认为有必要扩充第 22 条所规定的国际刑事法院管辖范围,第 21 条(b)项是行动依据。这样一项规定应有助于促进国际法律实践和立法的逐渐发展。仅仅就国际法委员会在危害人类和平及安全治罪法草案方面所进行的进一步工作来说,第 21 条就具有更大的意义。虽然治罪法仍然重要,但其缔结不应与国际刑事法院规约的通过联系起来。不过,它一旦生效即应自动隶属于法院的管辖范围。

9. 第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)涉及一般国际法下的罪行和国内法下的罪行,国际法委员会工作组认为这些罪行是法院管辖权的进一步法律根据。第六委员会在大会第四十八届会议讨论草案时,有人对应可能根据刑法起诉属于国际习惯法范围的罪行的提议表示疑虑,特别是因为无法对它们加以界定。鉴于使法院具有全面管辖权是可取的,因此将第 22 条所不包括的一般国际法下的罪行排除在其管辖权外是说不过去的。此外,这些罪行——诸如违反战争法规或战争习惯的行为以及危害人类罪——通常都属于严重性质,应构成对这些罪行负责者提起刑事诉讼的理由。国际法委员会无疑在这种情况下也应规定对有关罪行加以确切说明。前南斯拉夫国际刑事法庭规约第 3 条和第 5 条所载的解决办法似乎提供一个适当的基础。

10. 德国政府认为,国际刑事法院根据规约草案第 26 条第 2 款(b)项对国内法下的罪行提起刑事诉讼将引起更重大的疑虑。这项规定难以与“法无明文不为罪”原则相容。特别是其中只提及《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》作为一个例子,这一事实看来令人怀疑是否能够作出必要的确定。

11. 如上面所述,国际刑事法院应在全面管辖权的基础上开展业务。因此,国际社会普遍接受这种管辖权是有重大意义的。关于这一点,第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)备选案文 B 的“选出”制度似乎为一个被广泛接受的管辖权提供了最适当的基础。

12. 草案第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)和第 27 条(控告侵略)涉及国际刑事法院与安全理事会之间无疑是敏感的关系。德国政府赞成安全理事会应能向法院提出具体案件的基本看法。鉴于只设想对人提起刑事诉讼,因此,规约应表明安全理事会在这种情况下是提请注意第 22 条界定的罪行所可能涉及的眼前局势。与此同时,鉴于《联合国宪章》赋予安全理事会的职权,也应考虑第 25 条所规定的可能性是否须予扩充的问题。这个问题特别适用于严重违反国际人道主义法的行为和危害人类罪的情况。安全理事会敦促各国与法院合作,也似乎是可以理解的。

13. 第 45 条(一事不再理(一罪不二审))也应予慎重考虑。工作组在第 2 款所追求的目标似乎是相可信的。但令人怀疑的是,这项规定是否能够在不影响有关国家主权的情况下付诸实行。

14. 此外,就第 45 条第 2 款所述的所有情况来说,国际刑事法院将须发挥高级法院的作用,复审已经结束的诉讼,以决定被宣判的人所从事的行为是否被错误定性为普通罪行,诉讼是否公正或独立或只是为了掩盖被告的国际刑事责任,或案件的起诉工作是否认真。这种复审程序很可能产生颇大的困难。从刑事诉讼程序的观点来说,应考虑使“一事不再理”原则普遍适用的可能性。

15. 第 19 条(法庭规则)和第 20 条(法院的内部规则)赋予国际刑事法院决定自己的规则和程序的权利。没有人反对法院制订不涉外的规则。但德国也同意若干国家的看法,认为关于调查和审判程序的规定须经规约缔约国核可。至少这方面的核心规定应成为规约的组成部分。德国也认为大有理由在规约内具体说明受害者和证人的利益,特别是保护他们的需要,这一意见是部分针对第 40 条(公平审判)而提出的。另一方面,第 44 条似乎已充分规定了被告的权利。

16. 第 53 条(适用的刑罚)引起了界定适当惩罚的问题(法无明文者不罚),这个问题在设立前南斯拉夫国际刑事法庭的过程中也经过彻底讨论。关于这一点,可以公平地指出,有关国际文书通常都没有明确界定行使国际管辖权所必须的刑罚。如果第 53 条第 2 款要被理解为绝不限制惩罚的范围,则它不能满足下列要求:不仅罪行的可惩罚性而且在犯罪时生效的刑罚都必须由法律确定。因此,必须确定第 2 款所指的各国国内法下规定的刑罚应如何施

² S/25704 和 Corr.1 号文件,附件。

加。除了这类刑罚以外，还应附加受害者国籍所属国法律下规定的刑罚。

17. 德国政府在拟订起诉前南斯拉夫境内所犯罪行的国际刑事法庭规约时已表示反对缺席诉讼。这种看法在第六委员会在大会第四十八届会议讨论本规约草案期间获得大量支持。如果缺席诉讼的可能性获得多数同意，则必须在规约内写入更多规定，充分澄清在这方面引起的所有问题。

18. 德国政府同意第六委员会在大会第四十八届会议进行辩论时就第 56 条(上诉的程序)所提出的各点。第 1 款仅规定院长会议应在提出上诉通知后立即组成上诉庭。但是，规约应载有关于上诉庭的活动的进一步规定。至于整个上诉的程序，应规定从一开始即设立独立的上诉庭。

匈牙利

[原文：英文]
[1994 年 6 月 20 日]

一般性评论

1. 建立国际刑事法庭不仅仅是在国际法中建立一种新的法律体制，也是各国在立法和法律实践方面必须面临的一种新的挑战。看来匈牙利在这一方面已经迈出了几步。我们谨在此提到匈牙利宪法法院 1993 年 10 月 13 日通过的决定，该决定承认国际刑事法规则，并重申国际刑事法优先于国内法律。宪法法院在这项决定中确定匈牙利共和国的法律制度接受公认的国际法规则，认为它是匈牙利法律的一个不可分割的组成部分，而无须进一步的转变。此外宪法法院进一步表示，关于战争罪和危害人类罪的准则是国际法的一个独特的部分，这些准则不仅对各国之间的关系作出了规定，国际法也在这些准则中确定了个人的某些责任和刑事责任。我们所谓的战争罪和危害人类罪是指从这个特定的意义而言并非起源于国内法部分的罪行，而是各国认为这些行为属于罪行，而应由国际社会确定如何对这些罪行加以判决。这些行为严重到不能根据个别国家的认可与否或其任何特定时间的刑事法政策来作出判断。

2. 匈牙利宪法法院的决定在处理国际裁决和国际刑事法庭问题上无疑是独特的。它表示，战争罪和危害人类罪将受到国际社会的起诉和惩处：一

方面通过国际法院，另一方面，希望加入国际社会的那些国家必须对逮捕罪犯承担责任。

3. 宪法法院的决定分别提到作为一个特设的国际刑事法庭之基础的安全理事会 1993 年 2 月 22 日第 808(1993)号决议和 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议。宪法法院认为，法庭规约确定并载有详细的国际实在法，该法律规则毫无疑问是国际习惯法的不可分割的组成部分，因此并非所有国家都参加某些条约这一事实并不产生法律上的障碍。因此可适用的法律不以各国的国内法为转移。据此，法庭在惩办罪行的权力方面高于国家法院。

4. 我们认为，匈牙利宪法法院的决定表明，匈牙利致力于实现国际刑事法庭的构想，就其本国法律制度而言，它将尽其一切能力采取必要的立法和实际步骤，在法庭建立以后协助法庭工作。

关于具体条款的评论

5. 关于建立法庭的问题，人们曾反复强调，这一机构的合法性只有通过一项多边国际条约的方式才能得到保障。因此匈牙利坚定地认为，法院必须在联合国的合作下但在一项新条约的基础上建立。与这一点密切有关的一个基本问题是，法院应该作为联合国的一个司法机构行事，还是在这一组织范围之外行事。应该强调指出，联合国必须在法院的建立和法院的实际运作方面发挥重大作用。与此同时，法庭并非绝对必须在联合国范围内组建起来。这种意见具有形式和概念两方面的理由。形式的理由是人们往往强调而且我们也赞同的一个事实，即在联合国范围内组建法院的办法将需要修正《联合国宪章》，这很可能会推迟实现这一目标。另一方面，从概念角度来看，只要确实存在一些接触点，能够确保联合国的积极参与，法院并无必要在联合国范围内组建。这里我们主要是指第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)所载的安全理事会的权力。

第 2 条(法庭与联合国的关系)

6. 因此鉴于以上要点，匈牙利支持第 2 条的第二种写法，这条规定，法庭将同联合国保持联系，但不是联合国的一个组成部分。同时我们也理解到，这种解决办法将使法庭的运作更为复杂化，因为它显然需要展开更多的行政活动，它的经费也将同联合国分开筹措。

销检察官和副检察官的职务。规约强调，检察官和作为负责调查和起诉机关安排在法庭内的检察官处应单独和独立地行使职责。第 2 款的这一规章将使单独性和独立性受到怀疑。我们认为，法庭应该仅仅拥有建议采取这一步骤的权利，而决定应该由缔约国或在设立了缔约国常设委员会的情形下由该委员会作出。

第 21 条(审查规约)

17. 保持重新评估规约的五年时间限制并非绝对必要，重新评估涉及到第 22 条所列罪行时，尤其是这样。同时我们认为应该考虑成员国是否可以按照所有成员国中三分之一国家的请求重新评估与规约有关的任何问题。

18. 涉及到整个规约的今后命运的一个关键问题是适当确定法庭的管辖权和法庭可以适用的法律。我们的立场是，国际刑事法庭根据其性质必须处理国际法规定的所有罪行中的最为严重的罪行。有人可能会提出何种罪行属于这一类的问题。匈牙利的意见是，至少必须满足以下条件：

(a) 某一罪行必须不仅影响到某个国家或某些国家的利益，而且影响到整个人类或国际社会的命运；

(b) 这些行为必须是国际公认的刑事法原则规定的罪行，而且这一性质应该得到所有有关方面的承认；

(c) 反对这些罪行的斗争必须至少得到各国之间的合作，并促使国际刑事法院提起诉讼，对罪犯进行审判。

19. 我们可以很容易地看到，上述三项标准中也包括几项原则，例如“法无明文不为罪”或“法无明文不罚”等典型的刑事法原则。

第 22 条(条约界定的罪行清单)

20. 就第 22 条所列举的各项罪行而言，匈牙利认为，所有这些罪行都满足了上述标准。我们认为，如果规约还提到界定这些行为并进一步载有关于联合国际诉讼条件的那些国际条约，则是一种令人满意的解决办法。但我们想补充指出，我们认为不足之处是，这里没有提到《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》，因为我们认为，该公约载有一项罪行，其性质无疑可以使其属于第 22 条范围之内。我们想补充指出，我

们同意工作组的意见，即雇佣军行为被排除在外，仅仅是因为该公约尚未生效，一旦这一文书生效，它所载列的各项罪行无疑应该列入第 22 条列举的罪行。

21. 关于第 22 条，除了普遍同意的以外，我们还有一些疑问。毫无疑问，灭绝种族罪、战争罪、种族隔离和对受国际保护的個人犯下的罪行在任何情况下都是一种严重的罪行，而且构成了国际刑事法院管辖权的基础。但各种恐怖主义罪行案件并不一定是这样。劫持人质或劫机并不一定属于法院的管辖权。只有在个人以某一国家的名义或在某一国家的授权下实施这种行为的情况下，这种行为才可以提交法院审判。至于其他案件，我们认为完全可以由国家法院对他们提出起诉，自然必须得到刑事司法机关之间国际合作的协助。

22. 在此我们必须提到与危害人类和平及安全治罪法草案的关系。匈牙利极高地评价国际法委员会至今在编写治罪法方面所作的工作，我们认为，根据目前的工作状况，有希望完成这项工作。我们坚定地认为，草案是必要的，其案文应尽快通过。但我们并不把国际刑事法院的建立同治罪法的通过联系起来。我们认为，规约，特别是第 22 条的规定确实充分界定了应由国际法庭裁决的罪行的范围。第 22 条本身所载的范围狭窄得多，但我们认为，刑事法庭足可从这条载列的罪行着手工作，或许也可以在第 26 条所确定的界限范围内扩大到包括其它罪行。

第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

23. 第 23 条的备选案文 A 本身似乎是合乎逻辑的，但我们仍然支持备选案文 B。我们认为，尽管开始遇到了一些困难，但正是这一份备选案文可以保障法庭的实际运作及其较广泛的合法性。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

24. 毫无疑问，第 25 条讨论了一个基本问题。这一条授权安全理事会将第 22 条和第 25 条所列罪行的个别案件提交法庭。正如前面所提到的，匈牙利并不支持将法庭设在联合国结构内的做法，但我们认为必须同联合国保持强有力的关系。我们认为，第 25 条界定的安全理事会的权力将是说明这一点的一个良好的事例。但我们必须补充说明，至少就罪犯而言，不得由于这项权力而对事实或法

律问题抱持偏见。为了保障这一点，明确确定这样一条规定，也许并不是没有帮助的。

第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)

25. 第 26 条也许是草案中最微妙的部分。毫无疑问，国际习惯法中含有一些可以构成国际刑事法的因素。具体地说，侵略可以视为其中的一个因素。匈牙利理解并支持允许非为第 22 条所列国际条约缔约国的个别国家根据习惯国际法承认对这种罪行的管辖权这一立场。

26. 然而与此同时，就人权原则的实现而言，我们不能认为规约中提及普遍承认国际习惯法上刑法准则的一般条款无可挑剔。我们认为，这项定义的范围太广泛，因此不容易以目前的写法维护法无明文不为罪原则。这种写法产生了不肯定性，这是刑事诉讼中不允许的。因此我们认为第 26 条第 2 款(a)项的规定并不充分。

27. 1993 年工作组提到，作为替代第 2 款(a)项的一种解决办法，可以通过第 25 条确定的安全理事会的管辖权来解决这一点，根据这一条，安全理事会授权将此类事项提交法庭。根据就此所表达的意见，匈牙利认为只有一部分合适，在侵略问题上看来是实际的，但在其他情况下都切实可行。

28. 我们对于第 2 款(b)项的规定持有严重的怀疑。我们认为，尽管麻醉品交易是一种严重的罪行，但它并不属于规约第 22 条所列举的国际罪行或与侵略同样的类型。

29. 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》认为起诉麻醉品贩卖者问题是一个可在国际协助下在国家一级予以解决的问题。我们认为，这一类罪行无论如何不能列入第 22 条。更有疑问的是，法庭的管辖权在目前情况下是否应该扩大到包括此类罪行。上述公约并未充分界定这些罪行。

第 27 条(控告侵略)

30. 规约第 27 条与第 25 条有密切的关系。这一条规定，在安全理事会决定有关国家确实犯有侵略罪之前，不得指控任何人犯有侵略罪。匈牙利认为这种办法是适当的，但如果我们从法院的独立性和公正性角度看待这一问题，这种办法可能会产生一些困难。这种决定难以同属于法庭的管辖权的事

实和法律问题分割开来。例如，如果法院宣布某人没有犯下侵略罪，就可能产生冲突。我们认为，为了解决这一问题，需要进一步思考和审查。

第 28 条(适用的法律)

31. 第 28 条解决了适用法律的问题。我们承认，规约无法答复可能产生的所有问题。因此必须承认国际法和(作为次级法律的)各国的法律为辅助来源。但匈牙利想补充说明，在与第 28 条(b)项有关的方面，第 26 条也引起了同样的反对意见。

第 29 条(申诉)

32. 第 29 条将提起诉讼的权利赋予各缔约国和安全理事会。这是同整个规约的精神协调一致的，但我们还想指出，匈牙利并不认为由法庭依职权提起诉讼的做法是不适宜的做法。

第 30 条(调查和准备起诉书)

33. 第 30 条第 1 款把这项活动中的一个重要作用赋予院长会议，而院长会议将在实践中保证监督调查和起诉行动的合法性。实际上院长会议将行使一种“调查法官”的权力。我们认为，这使我们有点感到担忧，因为院长会议成员被赋予在上诉庭方面的任务。

第 31 条(起诉)

34. 匈牙利认为第 31 条载有关于对涉嫌者实行防范性拘留的重要规则。第 2 款规定，法庭可将被告拘禁，期限由法庭自己决定。

35. 防范性逮捕的规则不够详细。例如我们发现其中没有确定被告可以被拘禁的时间长短，也没有规定经过多长时间以后逮捕必须得到重新评估或延长。匈牙利认为应该列入这种规定作为保障。

第 32 条(起诉书)

36. 第 32 条第 2 款指明院长会议为担任起诉分庭的机构。根据我们前面表达的意见，院长会议成员的一般权限是同这项任务不兼容的。起诉应该由在法庭范围内组织的一个单独的起诉委员会处理。

第 33 条(起诉通知)

37. 在第 33 条的框架范围内，匈牙利将根据其与公约的关系确定三类国家。第三类是非规约缔约

国。对于这些国家只能请求合作。规约没有解决如果某一国家不愿意合作应该采取何种行动的问题。在这种情况下可以考虑各种可能性，也许包括中止审判。

第 35 条(审前拘留或保释)

38. 第 35 条使法庭有机会保释被告。我们认为实行保释通常是可以接受的，但我们对允许犯下规约所规定的严重罪行的罪犯在逮捕以后提交保释金便不予监禁的做法是否适宜感到怀疑。特别值得考虑的是向被告提供的这种机会是否会危害到审判的成功。

第 37 条(审判庭的设立)

39. 关于第 37 条，有一条独特的暂停资格的规则规定，为申诉国国民或与被告为同一国家的国民的法官不得参加审判。

40. 匈牙利对由院长会议为特定案件提名组织审判分庭的有关规定持有一定的怀疑。我们认为最好设立常设审判分庭，把发生的案件提交给审判分庭。院长会议自然拥有设立常设审判分庭的正当权力。

第 38 条(关于管辖权的争端)

41. 对管辖权的质疑是一项重要的保障因素。第 38 条的规定允许被告在审判的任何阶段对管辖权提出质疑，而允许缔约国在诉讼开始时提出质疑。我们认为这种范围太广泛。毫无疑问，必须给予有些缔约国这项权利，但我们也认为应该只允许具有直接利益的国家对管辖权提出质疑。感兴趣的国家的范围自然不应从严解释，不仅可以包括犯罪所在地国和被告的国籍国，还可以包括在诉讼的任何阶段发挥积极或消极作用(提供证据、提供法律协助等)的所有国家。

42. 评注指出，在审判分庭没有建立的情况下，院长会议必须评估被告的请愿。匈牙利认为，从保障的角度来看，这使人感到担忧，我们认为，院长会议不能从事此类活动，因为这会构成利益冲突。必须建立上诉分庭，以审理这种申诉，而在审判之前的阶段里，这种决定属于其管辖权。

43. 上述情况并不与关于被告的这种权利不应不必要地拖延审判的事实相冲突。鉴于以上事实，必须制订一项规则，规定可以驳回被告的申诉，但并不损害他以同样的理由继续提出申诉。

第 40 条(公平审判)

第 41 条(合法性原则(法无明文不为罪))

第 42 条(法庭面前的平等)

第 43 条(无罪推定)

第 44 条(被告的权利)

第 45 条(一事不再理(一罪不二审))

44. 第 40 条至第 45 条的规定述及被告受到公正审判的权利和对被告的权利的保障。匈牙利认为，这些条款从整个规约的角度来看是极为重要的。我们认为，这些规章总的来说符合国际法中普遍被接受的原则，即各种国际文书中所载的原则。但匈牙利想补充指出，我们将进一步拟订规章中的某些条款，即我们认为应该拟订更为详细和确切的案文。这特别适用于第 41 条，因为这一条在考虑独特的规章时采用不同于传统解释的一些新因素。

45. 第 44 条列举了被告的各项权利。我们发现其中没有提到提出一般申诉的权利，根据这项权利，被告可以对他认为损害其本人的在审判期间作出但并非具有判决性质的程序性决定提出质疑。

46. 争议最大的一个程序性问题是缺席判决。第 44 条第 1 款(h)项使法院有机会确定被告蓄意缺席，法院可以随即举行审判。这项规定使匈牙利感到担忧。缺席判罪对辩护权利构成一种限制，使人们怀疑整个程序的公正性。我们意识到，在国际刑事法院的案件中，迫使被告出庭受审的手段比国内法院案件中更为受到严重的限制。我们还承认，国际法院的裁决在原则方面具有极大的价值，因此目标并不仅仅是对被告定罪，而是国际社会通过此种方式传递信息。必须以某种方式寻求一种合理的折衷办法来保护公正审判的原则，同时也不影响到法院的运作。这些可能途径之一也许是作为一种特殊情况(我们强调作为特殊情况)允许法院举行缺席审判。

47. 在这些特殊的案件中，如果看来必须无论如何举行审判，裁决自然只能是有条件的。如果被告以后出现，我们认为，正当的措施是，搁置原来的裁决，而重复整个审判程序。

48. 第 45 条规定一事不再理。匈牙利完全同意这项规定，但我们必须公开表明，就国际罪行而

言,国际法院的管辖权优先于国内法院的管辖权。正是由于这一点才起草了第 45 条第 2 款(b)项。匈牙利认为在第二次审判中应该考虑到此人实际受到的惩罚。然而对这一条款必须制订准则。

第 46 条(保护被告、受害人和证人)

49. 对于第 46 条只能提出一种反对,即直接证据的原则。如果采用电子记录证词等证据,这是对被告权利的一种限制,因为这可能会剥夺其交叉询问的权利或行使其他辩护权利的机会。为此原因,匈牙利认为,第 46 条必须改写,以便充分保护被告和受害人的权利。

第 48 条(证据)

50. 匈牙利完全同意第 48 条中所载的关于裁定证据的规定。匈牙利法律还规定,法庭上不允许以非法手段取得的证据。但是,在规约中无法找到有关条款规定谁可以和谁不可以成为证人,以及谁可以否认证词。我们认为在某些情况下,可以拒绝证人,例如,如果他指控本人或其家庭成员犯罪。在这种情况下,不能强迫提供证词。另一个问题是,伪证的后果也没有加以规定。

第 53 条(适用的刑罚)

51. 第 53 条符合“法无明文不罚”原则。规约允许实行两种惩罚:监禁和罚款。

52. 匈牙利支持工作组的意见,即规约不允许判处死刑。同时,对刑罚制度仍有一些疑问。罚款在各种国内法中都有规定,而且经常采用。然而值得怀疑的是,对于国际法规定的某项罪行是否可以实行罚款。规约列举的罪行是所有罪行中最严重的罪行,即危害人类和平及安全罪。对犯下这种罪行的罪犯仅仅判处有期徒刑的惩罚似乎有点荒谬。我们的立场是,没有任何减轻处罚情节可以证明这种刑罚是合理的。

53. 匈牙利认为监禁是法院判决惯例中基本的处罚方式。我们赞同监禁的最高上限应该为终身监禁这样一种意见。但我们并不认为不应该确定一种最低限度。我们认为,判处犯有国际法规定的某项罪行的罪犯几周或几个月的监禁是没有意义的。相反我们希望看到在规约中规定至少六个月的下限。

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

54. 我们认为上诉的可能性作为一种保障是极为重要的。第 55 条的规定仅仅部分地满足了我们

的期望。关于有权上诉者的范围,我们的一致意见是,检察官和辩护律师为了被定罪者的利益(但同他们分割开来)应该有权提出上诉。匈牙利还认为必须另外规定,如果只有被告提出上诉,二审法庭的定罪不得重于最初审判的定罪。

第六部分(国际合作和司法协助)

55. 规约第六部分从法庭运作的角度讨论了一个基本问题。国际合作和司法协助是一个关键问题,因为如果没有有关国家的适当合作,甚至无法考虑展开实际工作。匈牙利同意第六部分中关于司法协助的多数规定,我们认为这些规定是可以实现的。但我们认为,关于引渡和逮捕归案的条款应该加以重新审查。进行研讨以搜集和反映各国的立场,这并不是不适宜的。

56. 所有法院诉讼的关键要点是执行判决。国际刑事法院的案件尤其是如此,因为就其性质而言,它并不拥有强制执行的机构。第 65 条载有一项独特的规定,要求各缔约国承认法院的判决。尽管这可能会给一些缔约国带来一些问题,但匈牙利想表明,匈牙利刑法只要作少量修正就可以满足第 65 条的要求。

结 论

57. 毋庸讳言,本意见无法述及规约的所有条款。可能对于有些读者来说,多数意见都是批评性的。同时应该强调指出,规约草案是法理学的卓越成果,并为建立国际刑事法院奠定了良好的基础。

冰 岛

[见北欧国家]

日 本

[原文:英文]

[1994 年 5 月 13 日]

一般性评论

1. 国际刑法的执法制度,如调查、起诉和处罚罪犯等是在第二次世界大战以后发展起来的,各国根据有关国际法有义务在国内法上将某种行为定为罪行,并确保在国家法院起诉和惩罚犯罪者。然而,我们看到,在处罚战争罪犯方面迄今为止情况并不好,这清楚地表明上述机制并非总是有效。

2. 日本认识到,在国际社会支持下,为了追究在国际法上犯有刑事罪的个人的刑事责任而合法设立的一个公正和中立的国际刑事法院是国际刑事法的一个最终目标,因此日本希望成为设立国际刑事法院的支持者。另一方面,设立法院必须适当考虑到国际刑法的目前发展状况、国家主权和各国宪法要求。同时,法庭应是这样一个机关,应能在国际社会在人权领域所取得成就基础之上,代表保护人权的最高标准。

3. 设立国际刑事法院应确保下列三点:

(a) 尊重刑法的一般原则,包括合法性原则(法无明文不为罪)、审判公正和保护人权;

(b) 保证法院活动的效力;

(c) 法院应是一个灵活和务实的机关,是对现行制度的补充。

4. 日本赞赏国际法委员会工作组在第四十五届会议上(1993年)编写的规约草案,认为它是未来审议的一个良好基础,认为这一提议适当考虑到了上述三点以及1992年工作组报告¹列举的各项基本主张,日本对此完全支持。

5. 为使法庭真正有效,法庭应由一项条约设立,尽可能多的国家加入条约至关重要。法庭的设立不应干扰诸如对有关毒品犯罪采用的制度,现行国际法执法系统在其中运转良好。这一点也很重要。在这方面,国际法委员会采取务实的办法,至少在开初法庭不应有强制管辖,即无须规约缔约国进一步同意的当然管辖,这一点受到赞赏。

6. 日本希望就条款草案作一些评论,希望为国际法委员会的未来工作提供一些指导。国际法委员会被要求考虑到这些评论,并对现有条款草案进行仔细修订和详细审议。国际法委员会要完成的可能是困难的任务。但是,日本相信,国际法委员会将很好地解答这些问题,履行大会所赋予的授权,在第四十六届会议上完成对规约的审议。日本保留对国际法委员会就这一项目的未来工作作出进一步评论的权利。

对具体条款的评论

第2条

7. 为了打下坚实的基础、确保国际社会对法庭的充分支持,如第2条所提议,将法庭设为联合

国的司法机关是可取的,但仍有一个技术问题,即如何根据《联合国宪章》的现行规定实现这一目标。由于法庭原则上是其规约缔约国所设的机关,所以目前看来,委员会更实际的做法是将法庭设立为这样一个机关:它通过一项合作协定与联合国保持某种形式上的关系。

第6条至第13条

8. 法官和检察官的独立和公正是法庭最重要的要素之一。第13条第2款、第4款和第5款采取了一些措施提高检察官的独立性,这些措施值得欢迎。另一方面,规约中应明确表明,检察官和副检察官不得为同一国家的国民。

第15条

9. 关于检察官和副检察官的独立性问题,法院不应有权将其免职。关于此类免职,应规定另外的办法,如由缔约国多数票决定。

第19条

10. 程序和证据规则对涉嫌者/被告的权利有着直接影响。因此,不应留待法院自行裁定,而应在规约本身中作出更为具体和确切的规定。

第22条至第26条和第29条

11. 规约这一部分的结构有些复杂。日本在尽量不改动其内容的情况下,对这一部分进行了重新组织,以使其更加清楚。因此,日本对规约这一部分的评论将提到下列新的条款序号(括号中的序号是1993年工作组条款草案的序号)。

“在根据第 I' 条、第 II' 条、第 III' 条和第 X 条被赋予此类管辖权之时,法院应对第 I 条、第 II 条和第 III 条所列罪行具有管辖权。

“可根据第 Y 条提出申诉,以便就一具体案件在法庭提起诉讼。

“各国接受法庭对国际公约
所涉罪行案件的管辖权

“第 I 条 条约界定的罪行清单

“(第 22 条)

“法院可对交其办理的以下罪行拥有管辖权:

¹ 《1992年……年鉴》,第二卷(第二部分),第62页,附件。

“(a) 《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条和第三条规定的种族灭绝罪和有关罪行；

“(b) 严重违反：

“(续用工作组规约第 22 条案文)。

“第 I 条

“1. 法院在第 I 条方面的管辖权

“(第 24 条)

“根据本规约，法院对第 I 条所提及罪行拥有管辖权，条件是以下国家根据下文第 2 款将此管辖权让予法院：

“(a) 根据有关条约有权在本国法院审判该罪嫌疑者的任何国家；

“(b) 在灭绝种族嫌疑案方面，《防止及惩治灭绝种族罪公约》的任何缔约国。

“(工作组规约草案在此处有第二款，关于一些国家的同意问题。)

“2. 国家对第 I 条所列罪行管辖权的接受

“(第 23 条)

“备选案文 A

“(a) 根据有关条约对第 I 条所载的一项或一项以上罪行具有管辖权的本规约缔约国可在任何时候向书记官长提出声明，将其对该项/各该项罪行的管辖权让予法院；

“(b) 根据(a)项提出的声明可限于：

(一) 据称构成第 I 条所载某项罪行的特定行为，或

(二) 在某一特定时期从事的行为，

或属可普遍适用者；

“(c) 根据(a)项提出的声明可表明具体期限，在到期前不可撤回，也可不表明具体期限，但必须在撤回前六个月通知书记官长；撤回并不影响根据本规约已经开始的诉讼程序；

“(d) 有关条约缔约国但非本规约缔约国者，可在任何时候向书记官长提出声明，将其对第 22 条所载的某项罪行的管辖权让予法院，

而该项罪行是或可能是本规约下的起诉事由。

“(备选案文 B 和 C 在备选案文 A 处也适合。)

“在第 I 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受

“第 II 条

“(第 26 条第 2 款(a)项)

“一般国际法下的罪行，即为整个国际社会所接受并公认具有根本性质的、若被违反就会造成个人刑事责任的国际法准则下的罪行。

“第 II' 条

“(第 26 条第 3 款(a)项)

“嫌疑者在其领土上的国家和有关行为或不行为在其领土上发生的国家书面通知书记官长，在有关该罪行方面，它们具体同意法院对具体人士或各类人士具有管辖权或将管辖权让予法院。

“第 III 条

“(第 26 条第 2 款(b)项)

“可据以实施某项旨在制止有关罪行的多边条约之规定，诸如《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》并且照此条约的规定构成极其严重罪行的国内法下的罪行。

“第 III' 条

“(第 26 条第 3 款(b)项)

“嫌疑者在其领土上、根据条约有权在本国法院就该罪行审判嫌疑者的国家书面通知书记官长，在有关罪行方面，它特此将其对具体人士或各类人士的管辖权让予法院。

“第 X 条 安全理事会赋予法院的管辖权

“(第 25 条)

“在情况符合第 27 条的条件下，如果安全理事会(根据《联合国宪章》第七章)决定应(由一个具体指明的国家)将此种管辖权让予法院，则法院根据本规约也拥有对第 I 条或第 II 条所提罪行的管辖权。

“第 Y 条 申诉

“(第 29 条)

“根据规约第 I' 条、第 II' 条、第 III' 条将其对特定罪行的管辖权让予法院的任何国家，根据第 X 条为安全理事会，均可通过向书记官长提交申诉形式的呈文及其认为必要的支持文件，说明有人似乎犯下了属于法院管辖的罪行，提请法院予以注意。”

12. 这一部分是规约的核心。法院的管辖权始于本身拥有管辖权的国家将管辖权让予法院之时。换句话说，规约以让予管辖权原则为基础。这一理论最恰当地反映了现行国际刑法制度，因为只有国家才拥有并行使刑事管辖权，本法院的管辖权是这些国家让予的，由法院代表这些国家行使。该原则还可通过条约确立国家(而非有关个人)的权利和义务使个人有可能被带上一个国际法院。

13. 虽然规约中显然包含了这一原则，但却未在其条款中明确表述，因此可能导致对规约这一部分的曲解。国际法委员会修订这些条款，使其清楚地反映这一原则十分重要。上文第 11 段中改写的这些条款也许为这一问题提供了一种可能的解决办法。

14. 另一方面，规约最好能使每一国家可自由选择是否将其管辖权让予法院，尽管规约中应当指明，让予管辖权的必然后果是，一旦将管辖权让予法院，让与国就不再拥有管辖权，或至少法院的管辖权优于让与国国内法院的管辖权。

15. 关于属于法院管辖的罪行，日本赞赏规约所采用的灵活和现实的制度，它以现行条约所规定的违反国际法的罪行为规约的核心和主要原由，同时应一些合格国家的要求，法院的管辖权可扩及于一般国际法上的罪行或国内法规定的罪行，诸如与毒品有关的罪行，这类国内法体现了多边条约的规定。

16. 根据规约，法院要审判一名罪犯，必须走完三个步骤，并符合要求：(a) 确定法院对案件有管辖权；(b) 某些合格的国家或安全理事会向法院提出申诉；(c) 当被告不在申诉国或不在将对该罪的管辖权让予法院的国家时，应设法将被告带上法庭。规约目前对第一步规定得相当严格，以便在第三步时不致负担过重，日本同意这一概念。然而，第一步不应过于严格，因为如果法院拥有管辖权需要满足

的条件太多，则法院将永无有效行使职权之日。日本认为，目前在上文第 I' 条第 1 款、第 II' 条、第 III' 条和第 Y 条(规约第 24 条、第 26 条第 3 款(a)项和(b)项以及第 29 条)中对第一步和第二步规定的要求可得到普遍接受和赞赏，规约第 24 条第 2 款的要求除外，日本对该款的意见载于下文第 22 段。

第 I 条(第 22 条)

17. 本条所列罪行限于“国际法上的罪行”十分重要，犯下这些罪行即触犯了国际社会根本的合法利益。因此，不应在清单中列入与毒品有关的罪行，包括《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》所涉罪行，其理由有二：一是与毒品有关的罪行并非“国际法上的罪行”；二是由于已经建立了国际合作机制来压制此类罪行，所以赋予法院以广泛的可能性取得对这些罪行的管辖权既无必要也不可取。

18. 现行执法制度根据普遍管辖权在有关国际恐怖主义的罪行方面正在有效地发挥作用，因此，国际法委员会应再次仔细考虑是否将与国际恐怖主义有关的罪行列入本条。

19. 在规约生效之后缔结的、涉及国际法上各种罪行的新条约可能有一些条款——如《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第五条——以某种方式提到，规约及有关条约缔约国之间可能利用法院管辖的问题。应考虑在规约中列入一个新的条款，它可以包容此种利用，而无须根据第 21 条通过规约的审查程序。这一概念设想如何最好地利用未来的各项新条约，就像在规约和有关条约缔约国之间存在有效的规约议定书一样。

第 I' 条第 1 款(第 24 条)

20. 第 1 款(a)项提到“根据有关条约有权在本国法院审判该罪涉嫌者的任何国家”，这一提法需要解释。在第 I 条(第 22 条)所列条约中，例如《反对劫持人质国际公约》等有些条约根据情况赋予三类管辖权：(a) 确立某种类型管辖权问题由缔约国自由决定(第五条第 1 款(d)项)；(b) 基本管辖权(第五条第 1 款(a)项和(c)项)；(c) 次级或补充管辖权，当涉嫌者所在国不向具有基本管辖权的国家引渡此人之时即出现次级管辖权(第五条第 2 款)。在这些情况下，最好将“根据有关条约有权审判涉嫌者的国家”解释为根据其国内法或条约规定的其他方法确立的管

管辖权，有关罪行属其管辖的国家。国际法委员会最好能对上文所提到的一类措辞作出一种明确的解释。

第 I 条第 2 款(第 23 条)

21. 日本支持本条备选案文 A 所列的“选入”办法，因为这一办法最好地反映了法院管辖权以合意为基础，是反映国际法委员会第四十四届会议接受的各种基本主张的那种灵活办法的最佳提法。

第 24 条第 2 款

22. 第 24 条第 2 款应予删除，理由如下：

(a) 一般而言，各国的实践表明，一国行使刑事管辖权无段征得其他国家(如涉嫌者国籍国和犯罪发生地国，视情况而定)的同意。考虑到这一实践，并由于法院拥有的是最初对一特定罪行拥有此种管辖权的国家让予的管辖权，所以对本法院行使管辖权比对国家行使管辖权规定额外和更加严格的要求是不合适的。

(b) 如果因不能满足这些要求，法院无法取得管辖权，则法院存在的理由就有严重问题。

(c) 由于上文(a)分段中所述理由，一国有兴趣保护本国国民不成其为阻止法院取得管辖权(如上文第 15 段所解释的第一步)的充分理由。当涉嫌者在其国籍国境内而该国又不同意法院管辖之时，法庭诉讼的成败并不取决于是否能够主张法院对该案件具有管辖权(即第一步)，因为主张管辖权无须国籍国的同意，其成败取决于是否能够成功地将被告从其国籍国送交法院(即上文第 15 段所解释的第三步)。(如果国际法委员会不考虑日本关于第 45 条的评论(见下文第 29 段)，日本可能重新审查其关于本段的立场。)

第 X 条(第 25 条)

23. 本条十分重要，因为它使安全理事会能够利用本法庭，而不用设立一个临时法庭。日本关注的是，本条中“经安全理事会授权”这一表述不很清楚。因为规约基于让与管辖权原则，所以自然认为本条规定了这样一种情况，即安全理事会根据《联合国宪章》第七章所采取的措施决定一特定国家的管辖权应让予法院。如果国际法委员会希望在本条中列入法院有可能通过安全理事会根据《联合

国宪章》第六章所采取措施取得管辖权，则日本要求国际法委员会慎重考虑这一想法是否恰当，慎重考虑在此种情况下本法院管辖权与国内法院管辖权之间可能的关系问题。

24. 还要研究在本条规定的情况中，何人可根据第 Y 条(第 29 条)提出申诉；是应限于安全理事会还是能将其扩及于其他合格的国家？

第 II 条(第 26 条第 2 款(a)项)

25. 这类罪行的定义应进一步研究。合法性原则要求明确界定犯罪构成及有关处罚。国际法委员会被要求就此原则提出一种可能的解决方法，适用于这类罪行，其方法是在规约中列出属于此类的任何罪行清单。此外，这些罪行仅在规约生效之后所犯才能处罚。

第 28 条

26. 为使合法性原则得到严格遵守，诸如犯罪构成、有关处罚、适用的辩护、可使罪行减轻的情况、时效和共犯关系均应明确界定。如果国际法委员会不希望在规约本身中列入此类定义，就必须为此求助于国家法律，因为国际刑法有时对此未予说明。在这种情况下，国家法律就不能仅仅作为辅助性法律渊源，而应当是适用法律的首要渊源。

27. 国际法委员会应进一步研究在特定案件或情况中哪种国家法律适用。有一种想法是适用将其管辖权让予法院的国家的国内法。犯罪地国国内法是否适用也值得考虑。

第 41 条

28. 关于(a)项方括号中的措辞，日本认为，即使一条约缔约国未颁布国内法，以实施条约的规定，如果条约是在批准或在加入之后颁布，且条约的规定足够明确，可取代国内法的适用，则法院根据该条约处罚有关罪行绝不与合法性原则相抵触。

第 45 条

29. 让与管辖权原则的一个重要特征是，即使法院取得某国让与的管辖权，这也不影响他对同一罪行拥有的管辖权。从这一角度来看，第 45 条第 1 款并不恰当，因为，如果由于这一规定，未将管辖权让与法院的各国的国内法院因此人已根据规约受到审判

而无法对其进行审判(无法对其行使管辖权),其效果就好像这些国家已将其管辖权让与法院一样。因此,该款应仅将对管辖权让与法院的各国的国内法院适用,其他法院仅有义务考虑到该法院就同一行为对同一人判处的任何刑罚的服刑程度,这种做法是恰当的。日本相信,这种办法与《公民权利及政治权利国际公约》第十四条第七款并不抵触。

第 53 条

30. 关于应处的刑罚,法院在国际标准所确定的范围内适用有待具体确定的国家法律,这一点十分重要(参见上文第 25 段日本对第 28 条的评论)。

第 58 条

31. 根据第 33 条和第 63 条所举的例子,应具体提到未接受法院对一项罪行管辖权的规约缔约国和非规约缔约国的司法协助问题。特别是如果此类国家根据有关条约对该罪行具有管辖权,就有可能由这些国家对该罪行进行调查。重要的是要尽可能努力向法庭提供这些国家收集到的资料和证据。此类国家的司法协助及将被告交给法庭应尽可能视为相当于国家之间所实行的做法,并应具有同样的机制,这也是可取的。

第 63 条

32. 关于第 3 款(c)项,重要的是,缔约国应努力根据被请求缔约国的法律考虑法庭关于送交罪犯的要求,至少将其视为相当于一个国家提出的要求。在这方面,规约中如果提到,若一收到法庭引渡要求的缔约国以存在引渡条约为引渡条件,而该国与法庭之间并无引渡条约,该缔约国在决定引渡时可本规约视为就有关罪行实施引渡的法律根据,这样做是有助益的。

科威特

[原文:阿拉伯文]

[1994 年 8 月 3 日]

对具体条款的评论

第 2 条(法庭与联合国的关系)

1. 第 2 条有两种编定方式。在第一种方式中,法庭是联合国的司法机关,在第二种方式

中,法庭与联合国的关系应当遵守本规约的规定。第一种形式使得需要修正《宪章》,以便本法庭被视为联合国的机关,然而,如果第二种获得通过,就只需要同联合国建立一种联系,诸如按照联合国与其专门机构之间的关系,签订合作条约,签订单独条约使大会选举法官,等等。本法庭作为联合国的司法机关,因此取得必要的权威和持久性。应当基于所述理由采纳第二种形式,因为这样会加速本规约获得通过。与此相反,第二种形式可能需要修正《宪章》,这样在实践上会有困难。

第 9 条(法官的独立性)

2. 第 9 条说,法官应当是独立的,又说,法官不得从事干预司法职能或影响对其独立性的任何活动,还说,如有异议,应由法院决定之。显然的是,法院应当决定的问题是,本法庭这些获选的法官是否符合这些条件。因此,“之”字应当加在该条最后以便澄清其中意思。然后,留下的问题是,法院如何查明,法庭法官在获得提名、而法院尚待组织时,这些选出供任命的法官符合上述条件。法院将由这些同样的法官组成,在任命法官后成立法院。

第 11 条(暂停法官资格)

3. 第 1 款说,法官不得参加审理他们先前不论以何种身份介入过的案件,或者由于包括实际、表面或潜在的利益冲突在内的任何理由其公正可能受到合理怀疑的案件。明显的是,“公正性”一词并非有意,或者仅仅属于打字错误,因为其中的意思是,怀疑法官存在偏见而非相反。因此,为了避免混淆,应当修改这个词。

4. 如果法官先前不论以何种身份介入案件,或者由于所述的表面或潜在的理由被怀疑不公正,法官的资格暂停就扩大到对于无论何种案件先前发表的一切言论,例如,作为检察长或副检察长,以任何方法或身份参与调查案件,或作为辩护律师在任何审判前调查情况下同被告一起出现。

5. 第 3 款和第 4 款说,被告也可按照第 1 款的规定要求暂停一名法官审理案件的资格,又说任何关于暂停法官资格的问题应由有关审判庭的绝对多数决定加以解决,还说,法院的院长和两名副院长为此应辅助审判庭,因为此事受质疑的法官不得参与此项决定。

6. 由于受到挑战的法官被排除之后的结构可能包括同等人数的法官，因此，该条第 4 款应当修改，规定有关暂停法官资格的任何问题应由有关审判庭绝对多数决定加以解决，如果票数拉平，院长所属一方占上风。该条应当加入第 5 款，其中限制被告由于任何理由要求暂停资格的法官人数——不包括先前不论以何种身份介入过案件而暂停资格的情况——使得被告滥用挑战权不会导致合格法官人数不足以决定对他的控诉从而中断审判。

第 13 条(检察官处的组成、职务和权力)

7. 第 1 款说，检察官处由一名检察官、一名副检察官和其他必要的合格工作人员组成，检察官为检察官处负责人。这就是说，虽然其他工作人员包括在检察官处的组成内，但是，草案没有制定他们的任命程序，也没有具体说明在他们履行协助检察官和副检察官的职责方面赋予他们的保障。草案没有注明他们的权力，也没有提到如何加以确定，又没有说明是否像第 13 条第 7 款限制检察官一样限制他们，就是他不得审理涉及具有同样国籍者的申诉。

第 15 条(免职)

8. 第 2 款说，当法院的三分之二认为检察官犯有行为过失或严重违反本规约时，应将他罢免。该条的评注说，工作组一位成员对检察官可不经由选出他的机构加以罢免感到奇怪，认为这种做法可能会影响他在法院中的独立性。我们同意这种观点，同时认为，检察官应当由选出他的机构、而非法院加以罢免。按照本规约第 16 条(特权与豁免)第 4 款，为确保检察官的独立性，法院不得取消检察官的豁免权。那么，如何能让法院就罢免他作出决定？

第 19 条(法庭规则)

9. 第 19 条说，法院可根据法官的多数意见和院长会议的建议，制订审判前调查规则，任何审判中应当遵守的程序和适用的证据规则以及执行本规约所需的任何其他事项。审判前调查、任何审判中应当遵守的程序和适用的证据规则、执行本规约时所需的任何其他事项的规则制订纯粹属于辅助规约的立法行为，因此不属于法庭法官的职责。所以，这类条款应当列入规约或作为其中附件，使得法庭的法官有义务要在面前的案件中加以采用，这违反法庭规则。不过，法庭的程序规则可以由其法院加以确定。

第 21 条(审查规约)

10. 本规约第 21 条的位置不够适当，我们认为，它应当成为最后条款的一部分。

第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

11. 第 23 条对规约缔约国对第 22 条(条约界定的罪行清单)所列罪行管辖权的接受列出三种被选案文。科威特赞成通过这项提议，因为其中符合制订拟议法庭规约的目标，就是，只要缔约国不宣布它不接受法院对第 22 条中所指的一项或多项罪行具有管辖权，就必须起诉其管辖范围内罪行的从事者。第 23 条第 3 款具体指出的这项声明不影响按照规约已经开始的任何诉讼。因此，它不会阻止完成这些诉讼，就是完成有关规约第 22 条所指的任何控诉或罪行已经开始的询问或审判，因此不会阻止提交审判和判定罪行。这就是说，这样的声明只会影响后来的事件和控诉。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

12. 科威特同意第 25 条的规定。这会使安全理事会能够利用法院作为设立特别法庭之外的办法。联合国大会也应当有权将案件提交法院，尤其是当安全理事会由于五个常任理事国之一使用否决权而无法通过一项决议时。

第 31 条(起诉)

13. 第 31 条规定，法院可根据规约将某人逮捕或拘留，其时间长短由法院根据每一案情确定，但是没有规定这种拘留的最长期限。这是必须具有期限的例外措施，不可拘留太长以免成为惩罚。

第 33 条(起诉通知)

14. 已经说过，法庭的规约最好能够具有约束力。因此，所有加入规约的国家会接受法院的管辖权，从而会遵守法院就第 24 条、第 26 条、第 29 条和第 33 条第 2 款的规定所提出的要求和作出的决定。

第 37 条(审判庭的设立)

15. 科威特同意第 37 条第 4 款的评注列出的观点，就是，审判庭的法官应当每年一度事先决定，以期避免怀疑选出某一法官审议某一案件。

第 38 条(关于管辖权的争端)

16. 我们对第 38 条的观点如下:

(a) 对法院管辖权的质疑应当只限于那些直接关心案件的国家,对案件的关心、反驳、质疑的标准等同国内法;

(b) 管辖权是根本问题,关于管辖权,草案要求,如果法庭认为它似乎没有管辖权,则应主动作出这一决定。由于草案让被告有权随时对法庭的管辖权提出质疑,因此按照推理,同样权利应当给缔约国,因为理由相同,而且起诉可能对被告或缔约国产生严重影响;

(c) 最好设立审判庭去审议审判前的有关控诉或管辖权是否充分的反驳和质疑。院长会议由于作为本阶段的控诉审判庭而涉及提交程序,可以审议收到的反驳。由院长会议提出控诉这个事实并不排除这点,因为它毕竟属于司法机构,根据假定,除非控诉证据充分,否则它不把案件提交法庭。

第 41 条(合法性原则(法无明文不为罪))

17. 科威特不赞同第 41 条(a)项中方括号里面的“并且其条款已对被告适用”等字,因为不论国内法如何,也不论缔约国是否实现承诺要按照国内法惩罚国际条约所列罪行,人人刑事责任相同。

第 44 条(被告的权利)

18. 如果被告获得通知但是选择不出庭或者被告被捕后逃脱,科威特赞成缺席审判。因此,科威特赞成制订该条评注中所列的(c)情况,原因在于举出的恰当理由,也是为了让国际社会知道缺席判决具有威慑价值,促进正义,惩罚所有国际罪犯以重申国际法治。我们赞成的是,如果被告后来被捕就应当解除缺席判决,应当让被告辩护自己以伸正义。

第 45 条(一事不再理(一罪不二审))

19. 关于第 45 条,我们的观点如下:

(a) 已经假定缔约国会批准法院的管辖权,因此会在法院开始询问之后停止审判进程,使得被告不会同时提交两个司法机构接受审判。在这方面,草案应当提到许多问题,就是在法院开始调查的情况下,缔约国在将被告提交本国法院受审方面应做些什么,缔约国是毫无办法还是可以继续审判;

(b) 第 2 款说,任何人如果因为构成第 22 条或第 26 条所指罪行的行为已经在另外一个法院受过审判,则只有在有关行为被定性为普通罪行时,才可以随后按照本规约受审判。按照原则,任何人不会因同一犯罪行为受两次审判,即使定性不同。所以,如果行为被定性为严重攻击,某人不得因定性为酷刑或不人道待遇的同一行为而再度受审。这并不排除,被告如果行为构成受审罪名之外的国际罪行,就有可能受到审判。

20. 另一方面,该条第 2 款(b)项足以处理这个问题,理由是每当审判“弄虚作假”时,法院就可能按照国内法定性或任何其它定性审判被告。

21. 不过,如果被告因被定性为国际罪行的同一行为而受审,那就必须规定国际法庭应当顾到国家法庭判下的任何惩罚。

第 50 条(法定人数和有决定权的多数)

22. 第 37 条说,法院每一审判庭应由五名法官组成。我们认为,所有这些法官应当出席全部审判进程,包括听询、审议、判决,使得审判庭的成员人数不少于第 37 条规定的人数,不会一次五名,另外一次四名,从而违反被告权利平等原则。所以第 50 条说,只要四名法官就足够,这违反了上述原则。

第 53 条(适用的刑罚)

23. 刑罚的确定应当属于国际刑法,不属于程序法,应当按照有关罪行和刑罚的法律,对每个不同的罪行定罪。

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

24. 关于第 55 条,我们观点如下:

(a) 条文没有列出对裁决提出上述的精确截止日期。这会让裁决随时受到质疑,从而破坏法庭裁决的决定性;

(b) 上诉庭应当比初级法院拥有更多的成员,最好七名;

(c) 应当规定参与最初裁决的法官不应当出席上诉程序,因为这是司法诉讼的基本担保。

25. 我们认为,不应当设立另外的审判庭去审议上诉,由于经济理由,也因为上诉次数不足以需

要设立另外的审判庭。应当按照需要由法官而非争论性裁决的参与者组成。

26. 虽然大多数宪法规定, 公民或国民不得受到引渡, 但是, 当缔约国接受法院的管辖权时, 法院同各国家法院共同拥有管辖权去审议这些案件。这就包括, 在法院的要求下, 有义务向法院交出被告公民或国民。

马耳他

[原文: 英文]
[1994年6月29日]

一般性评论

1. 马耳他政府注意到并欢迎国际法委员会工作组的报告, 其中载有全面的、有系统的关于国际刑事法院规约草案的条款草案。

2. 马耳他政府赞成设立国际刑事法院。在1993年8月30日至9月1日于日内瓦举行的保护战争受害者问题国际会议上以及在联合国大会第四十八届会议一般性辩论期间, 马耳他副总理兼外交部长吉多·德马尔科曾经肯定了这项赞成意见。1993年10月, 在塞浦路斯举行的英联邦政府首脑会议重申了这个立场。

3. 马耳他政府认为, 法院与联合国之间的关系对于法院的设立和法院的长期健全性来说是极端重要的。因此, 马耳他主张法院应当成为联合国的机关。不过, 由于辩论期间就此议题说明的实际技术困难, 尤其是关于这种办法是否必须修正《联合国宪章》的争论, 马耳他可以同意通过各国缔结的条约形式, 使用规约来设立法院。如果第二种办法获得采纳, 就必须通过适当的协定, 建立法院与联合国之间的密切合作关系, 因为这样会大大加强法院的权威、效能和全球吸引力。

关于具体条款的评论

4. 第4条(法庭的地位)规定一个并非全职机构的法院, 但可以在必要时开庭。虽然意识到这种办法比较经济从而会吸引更多的缔约国, 但是马耳他政府认为, 法院因持续性缺乏、独立性减少、权威降低而弱化可能妨碍法院持续存在。法院院长视需要变成全职的可能性于事无补。

5. 第一部分(包括第1至21条)的其余内容, 马耳他没有遇到大问题。

6. 马耳他赞成工作组通过的原则, 就是法官不得连任。同时认为, 12年任期可以缩短。

7. 规约第二部分(管辖权和适用的法律)目的在于认真处理一系列复杂的问题。马耳他赞成工作组对法院基于属物理由的管辖权所采取的基本办法。像第22条所列的条约确定的罪行清单可以提供这种管辖权的核心。在这方面, 设立国际刑事法院, 拥有管辖权去审判危害人类罪、战争罪、国际恐怖主义、全球麻醉品贩运会在处理这种罪行的国际上赋予体制概念。

8. 关于第23条(国家对第22条所列罪行管辖权的接受), 马耳他重申立场, 赞成灵活的管辖制度。这样会鼓励更多的国家成为规约缔约国。两种“选择加入”制度(备选案文B和C)的净结果可以让希望成为规约缔约国的国家决定关于哪些罪行它们接受法院的管辖权。备选案文A的初步假定倾向于法院没有管辖权, 使得该备选案文对未来的缔约国来说似乎约束力小一些。

9. 已经注意到的事实是, 工作组的规约草案使法院的设立同危害人类和平及安全治罪法草案的开始生效分开。法院与治罪法之间的任何联系可以阻碍法院的早日设立, 因此应当避免这种关系。

10. 马耳他虽然了解工作组对第25条(安全理事会提交本法院的案件)的评注中解释的逻辑, 但是认为, 可以根据评注第(2)段改善第25条的草案内容。

11. 马耳他认为, 第26条(在第22条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)第2款有关一般国际法下罪行的法院管辖权的规定可能令人关切“法无明文不为罪”原则的适当适用, 因为可以辩解, 这些罪行定义的精确性是否可以接受作为刑事管辖权的基础。由于《马耳他宪法》第39条第(8)款的如下规定, 马耳他可能有些困难:

(8) 任何人不得因任何行为或忽略在事情发生时并不构成犯罪而被判有罪, 对罪行惩罚的严重程度或内容不得超过犯罪当时所判最高徒刑。

12. 这十分类似《保护人权与基本自由公约》第7条, 其中用几乎逐字方式提到同样原则, 也十分类似《世界人权宣言》第十一条, 其中声明赞成

该原则。此外，对国际刑事法院管辖权的接受可能意味着宪法变动以及同有关缔约国和联合国的引渡条约。这肯定意味着法律必须发生巨大的变动。

13. 马耳他基本上同意规约草案第三部分至第七部分，其中涉及具有根本重要性的几个程序问题。马耳他赞成第 53 条(适用的刑罚)没有授权法院判处死刑。另一方面，第 44 条(被告的权利)第 1 款(h)项规定的缺席审判的可能性——虽然受到限制——不应当列入订正的草案，纯粹朗诵的正义没有什么好处，可能侵犯被告权利。

结 论

14. 马耳他盼望国际法委员会早日提交 1993 年工作组编制的规约草案的订正文本。马耳他认为，委员会这方面的工作会成为决定性因素，导致顺利满足国际社会日益增加的、对于设立国际刑事法院的需要。

墨西哥

[原文：西班牙文]

[1994 年 2 月 15 日]

一般性评论

1. [墨西哥政府]并非要对国际法委员会国际刑事法院规约草案工作组的报告作详尽的评论，它只想就设立国际刑事法院的有关问题作出评论，它认为这件事需进一步研究。

2. 墨西哥感谢 1993 年工作组的报告。报告深入地探讨了有关的问题，毫无疑问地大大促进了这个专题的发展，但也提出了许多复杂的问题，必须先予解决才能设立这样一个法院。

3. 因此，工作组必须仔细分析各国在大会第四十八届会议期间第六委员会中所提出的以及之后提出的评论。

具体评论

4. 规约草案中建议的法庭预期只会在收到案件要求审议时开庭审判。此种办法十分实际，必然会得到国际社会的一致支持。

5. 至于以什么方式建立该法庭的问题，大多数会员国已在上一届大会表明，它们赞成以国际协定的方式来建立该法庭。墨西哥也赞成这样做。一旦有关建立国际刑事法院的基本问题解决了，则应通过一项国际条约来界定将要建立的这个机构。根据这个条约，每个条约国承担它认为适当的义务，条约并充分保证遵守“他人之间的行为”原则。

6. 关于该法庭同联合国的关系问题曾经有不同的建议。虽然多数国家认识到需要同联合国系统保持一种关系，但做的方式却仍有争议。由于法院是司法机构，保持公正、独立极为重要，因此，墨西哥认为它同联合国的关系必须仅限于合作协议。务必不要像第 2 条目前是在方括号中建议的那样视该法庭为联合国的一个机关。

7. 规约草案第 19 条和第 20 条赋予该法院制定本身的规则、议事程序规则、证据规则、以及一般而言正确地实施规约草案所必须的一切规则。墨西哥认为这个权力太大了。为了保持法律的确定性，最好是规约草案本身尽可能明确地确立关于法院运作的各项规则，只给该法院制定行政规则的权力。

8. 遵守“法无明文者不为罪，法无明文不罚”原则，要求特别注意该法院将有管辖权的那些犯罪。墨西哥认为只有非常严重的国际罪行才应由该法院管辖。因此，应当更仔细地研究第 22 条(条约界定的罪行清单)所列的各种犯罪，因为一项犯罪属于某项国际条约的管辖范围此一事实本身并不足以将其管辖权交给该法院。

9. 此外，第 25 条和第 26 条的规定赋予安全理事会向该法庭提出案件的权力，将违反国际法强制性规范的行为和各国法律定为非常严重的犯罪的管辖权赋予该法院，这实际上造成了严重的法律问题，需要具体根据刑事法，对这两条的范围进行深入研究。

10. 建立国际刑事法院，显然地会涉及同可适用的实体法问题有关的另一个问题。第 28 条规定，法院应援用《规约》、适用的国际条约、一般国际法的规则和原则，其次再援用国内法中任何适用的规则等来判决案件。所涉范围这样广的条款——它让法院决定应用哪项准则——不仅会引起法律的不确定性，并且违背了刑法的合法性原则。因此，首先必须在综合国际刑法的各项规则方面取得进展。

11. 关于国际合作和司法协助问题, 为了把被指控者送上法院而设立的机关务必要经常考虑到任何时候都需要尊重适当的法律程序的保障——这是地方法一般都赋予个人的权利。如果规约草案能够反映和解决这项关切, 将能得到国际社会更多的支持。缺席审判、异议、同一罪名受两次审判以及上诉等问题仍然是国际社会成员十分关心的问题。建立国际刑事法庭引起了好一些问题, 不过, 墨西哥预期负责这个专题的工作组将能找到满意的解决办法。

12. 只有在法院的目标是要保证真正的守法, 并且其功效、对法律的尊重和公正性是合为一体、互相补充的, 才能够取得国际社会的支持。

新西兰

[原文: 英文]
[1994年2月23日]

1. 应大会的请求 1993年12月9日第48/31号决议中发出的邀请, 新西兰政府就国际法委员会编写的建立国际刑事法院的规约草案提出以下评论。

对单独条款的评论

第2条(法庭与联合国的关系)

2. 新西兰认为, 国际刑事法院应由缔约国之间缔结条约这一形式的规约建立。新西兰不认为法院与联合国的关系形式问题是规约草案的中心问题。法院的目的是为国际社会执行刑事司法, 而且这一重要作用可能需要加以表示, 如同国际法院一样, 使国际刑事法院在联合国系统内具有适当司法地位。因此, 虽然我们很高兴把法院作为联合国的一个司法机关, 但还需要深入考虑在《联合国宪章》各项规定的范畴内这一方式是否可行或是否容易。

第7条(法官的选举)

3. 新西兰注意到, 前南斯拉夫问题国际法庭的规约为第7条第2款中所载候选法官提名的程序提供了一个先例。但在另一方面, 法院将是一个常设机关, 而非特设机构。与《国际法院规约》第四条相应的提名程序, 即候选人由独立机构提名, 而非由缔约国提名, 可以提高法院法官的素质。

4. 在某些方面, 第7条草案偏离了《国际法院规约》规定的模式。新西兰认为, 法官任期不应是12年, 而应减少到9年, 以使任期与国际法院的法官任期相互一致(《国际法院规约》第十三条)。

5. 此外, 新西兰并不接受有关不得连选连任原则的理由。《国际法院规约》和南斯拉夫问题国际法庭规约都规定法官可以连任。新西兰倾向于重新审议这一问题, 以使法官任期时间缩短但却可以连选连任。

第19条(法庭规则)

第20条(法院的内部规则)

6. 在法庭规则(第19条)与法院的内部规则(第20条)之间作了有益的区分。新西兰认为, 可以列入一种编制规则的一般性权力, 也可以公布程序规则和证据规则。第20条现有成文仅仅规定了法院可以制定自己的内部程序。

第21条(审查规约)

7. 新西兰支持第21条中有关五年审查的规定。新西兰还赞成增加一项规定, 即每五年举行一次审查会议。对于规约第二部分中有关管辖权的各项规定来讲, 审查条款十分重要。新西兰可以同意, 该条放在规约最后条文中可能更为妥当。

第22条(条约界定的罪行清单)

8. 新西兰支持第22条目前的形式。国际刑事法院从建立一开始就应有一个强大的各方观点一致的基础, 这对其信誉十分重要。因此可以认为, 法院最为广泛的管辖责任范围应涉及各方同意的国际罪行, 此方面的管辖权应为大多数国家所乐于接受。新西兰赞同国际法委员会编纂的按条约列举的国际罪行清单。另外还应考虑增列其他特别严重和重大的国际罪行, 特别应增列按第22(b)条的规定不构成“严重违反”的侵略和战争罪行, 特别是就第22条(b)项而言不构成“严重违反”的侵略和战争罪行。

9. 新西兰赞成应在划定“国际罪行”的各项条约和把各项罪行作为国家管辖范围而非国际法管辖范围之列的其他条约之间作一区别。新西兰认为, 在将来考虑第22条清单中增列新的罪行时应保留这一区别。

10. 新西兰注意到,在第 22 条中列入某些涉及毒品的罪行,其中包括跨越国界非法贩运毒品、非法转移毒品款项以及威胁国际和平与安全的涉及毒品的恐怖主义活动,获得一些支持。新西兰充分认识到这些罪行的严重性质,但仍认为法院对此类罪行的管辖权只应依照第 26 条的规定,作为各国特别同意的事项加以考虑。

11. 新西兰注意到,目前还很难确定是否应在第 22 条的罪行清单中列入酷刑(《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》所慎重考虑的)。新西兰同意必须在两种管辖权之间划定一条界线(如第 22 条的评注所强调的),但应进一步考虑列入酷刑罪这一问题。

第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

12. 最理想的情况是,只要各国签署了法院公约,法院就可以对各国拥有强制性管辖权。然而新西兰承认,事实上国际刑事法院不可能从国际社会获得最广泛的支持。

13. 关于第 23 条,新西兰认为,备选案文 A 中表现的灵活性可能会偏离法院的有效运行。对于使法院在审理第 22 条所列罪行过程中建立稳固和肯定的管辖权基础来说,备选案文 B 是一较好的机制。备选案文 B 若获得通过,新西兰将建议也可以列入备选案文 A 中的第 4 款(非规约缔约国可接受法院对第 22 条所载的某些类罪行或所有类罪行的管辖权)。

第 24 条(法院在第 22 条方面的管辖权)

14. 目前还不清楚第 24 条第 2 款是否适用于第 25 条所规定的安全理事会提交一事。鉴于没有令人信服的相反的理由,新西兰认为,第 2 款应适用于第 25 条所规定的提交事宜。如果有关国家在第 24 条第 2 款所列情况下应接受管辖权的说法正确,看来下列说法也很正确,即该国也应在安全理事会而非有权自行审判案件的申诉国向法院提交案件并援引管辖权时(第 24 条第 1 款)表示赞同。然而,如果安全理事会在提交案件时根据《联合国宪章》第七章赋予其的权力行事的话,情况显然将有所不同。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

15. 国际刑事法院与安全理事会的关系十分重要。鉴于安全理事会根据《联合国宪章》主要负责维持国际和平与安全,新西兰同意,原则上可以规

定安全理事会可以向法院提交案件。如果换个角度,只能由国家就申诉案件开展调查,安全理事会提交的权力就会更为必要。

16. 看来设想的是,在对指名个人提出指控时,安全理事会通常不会提交“案件”,但是更有可能向法院提交侵略案件,并由法院本院的检察官进行调查并对指名的个人提出指控。新西兰认为,应明确表示,第 25 条在规定安全理事会有权向法院提交案件时,应服从《联合国宪章》赋予安全理事会的权力范畴,而且不应以任何方式对其造成妨碍。

17. 新西兰对于是否有可能把提交案件的权力赋予大会表示怀疑,因为《联合国宪章》赋予大会的作用和权力有所不同。

第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)

18. 显然,法院的主题事项管辖权应限于具有国际性质的罪行。参照已生效的各项条约,可以确定这些罪行。但是除此之外,我们承认,在此方面还要考虑习惯法的运用。

19. 新西兰承认,原则上,对于习惯国际法所涉及的罪行,法院应拥有管辖权。不过,也有必要在原则上尽可能清楚精确地确定构成国际罪行和属国际刑事法院管辖的行为。因此,新西兰支持进一步修订第 26 条第 2 款(a)项。

第 29 条(申诉)

20. 新西兰认为,在无人申诉一桩显然属于法院管辖权范围内的罪行,而且检察官已确定没有国家愿意或是能够提出起诉时,检察官应有权开始进行调查。新西兰注意到联合国秘书长根据《联合国宪章》第九十九条在此方面拥有广泛的相应权力。该条规定,秘书长可以将事项提交给安全理事会。新西兰还注意到,第 32 条(起诉书)第 2 款和第 38 条(关于管辖权的争端)已对防止滥用检察官权力扩大之事作出了规定。

第 30 条(调查和准备起诉书)

21. 关于第 30 条第 1 款,新西兰表示怀疑,院长会议是否应有权在检察官决定不进行起诉时指示其开始进行调查。行使这项权力可能会被涉嫌的

嫌犯或国家视为立场不公或具有某种倾向，并可能妨碍检察官独立履行其职能。

22. 新西兰赞同第 4 款作出规定，保障在嫌犯实际就一项罪名受到起诉之前的调查阶段的权利。

第 38 条(关于管辖权的争端)

23. 新西兰赞同第 38 条中所采取的方式，即法院是作为各缔约国的集体权力形式存在的，因此任何缔约国，不仅仅是那些对案件有直接兴趣的国家，都应能对法院的管辖权提出挑战。

第 41 条(合法性原则(法无明文不为罪))

24. 新西兰建议，不应保留(a)项中方括号内的条文，规约需要在此清楚表明的是，该项规定是涉及一般已经生效的条约，还是涉及对有关个人行使管辖权的国家。新西兰认为，该规定是要涉及后者；这一点应加以澄清。

第 44 条(被告的权利)

25. 新西兰建议，第 1 款(b)项应直接保障被告有权自行辩护和得到律师的协助，而不应仅仅保障被告有权了解这些事项。

26. 关于第 1 款(b)项中所规定权利的实质，“无法”一词最好加以澄清，改为“无足够办法”，以便不要让人理解为，被告要用尽一切手法之后才有权获得法律协助。还应澄清，这种法律协助应属“充分”和“免费”。

27. 新西兰反对缺席审判，不同意第 1 款(h)项。被告在审理自己案件时出庭的权利是一项基本原则，正如国际法委员会所指出，这项基本原则载于《公民权利及政治权利国际公约》第十四条。新西兰完全同意秘书长按照安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的关于成立前南斯拉夫国际法庭的报告中的观点：

国际法庭在诉讼的所有阶段均必须充分尊重有关被告权利的国际公认标准，这是不言自明的。秘书长认为，这些国际公认标准特别指的是《公民权利及政治权利国际公约》第十四条所载的标准。¹

在此值得指出，该规约第 21 条不允许进行缺席审判。

28. 尽管在某些情况下因缺少国际执法机制，很难将据称的罪犯送交法院，但是新西兰并不赞同有损于不应进行缺席审判这项原则的说法。刑事诉讼无论在何处进行，其中可能会有被告企图挫败司法进程。但不能由此得出结论认为，因法院审理的是最为严重的国际罪行，该项原则就应有所例外。同样可以认为，罪行越是严重，越应维护基本权利和各种保障。

29. 新西兰并不认为缺席定罪会构成任何“道义审判”或制裁。这种审判更有可能被视为国际法院超越法律之上，而且有损于法院秉公行事、尊重现有人权准则的声誉。新西兰同样也不认为，绕过可能引起出现例外的情况就会尊重该项原则。新西兰认为，必须根据现有的国际人权法律遵守该项原则。

第 45 条(一事不再理(一罪不二审))

30. 新西兰原则上反对任何背离“一事不再理”的原则。我们注意到，第 45 条起草得十分仔细，这样相对国内法院而言，法院的作用可被视为更加具有上诉或复查性质。还注意到，第 45 条是密切依照前南斯拉夫国际法庭规约第 10 条拟写的，而且该条所运用的情况均属例外。不过，鉴于法院的管辖权基础比前南斯拉夫国际法庭的基础更为广泛，因此，第 45 条第 2 款(a)项在此方面是否妥当，还需深入研究。

第 51 条(裁决)

31. 对于第 2 款，新西兰赞同规定在首次裁决时提出不同的裁决。阻止法官表达自己的观点在原则上讲是错误的。在此方面，这还会使法院处于与国际法院和前南斯拉夫国际法庭十分不同而且更低的地位。对于法院的法理，对于要求对判决提出上诉的被告以及对于审理是否推翻判决的上诉法庭来讲，不同意见或是另行意见也十分重要。

第 58 条(国际合作和司法协助)

32. 该条大致以建立前南斯拉夫国际法庭的规约第 29 条为准。新西兰注意到，各缔约国在根据该条运用其必须的国内立法时，需要澄清若干事项。因此不妨考虑对一些国家国内法律十分重要的其他事项。这些事项包括：是否规定可以有理由拒绝提交协助的要求；在提供实质性协助时由何方承

¹ S/25704 号文件，第 106 段。

担费用；以及在国内执法当局所拥有的手段范围内行使强制性权力。

第 61 条(联系和文件的内容)

33. 还应考虑在该条第 3 款中作出规定，要求列入以下方面：

(a) 有关提供文件协助(证据)形式的细节。这可能需要一种特定形式，以便法院在其后阶段受理；

(b) 在保密和在需要时提供保密的原因方面，有关法院意愿的一项声明；

(c) 遵守各项规定方面比较合适的期限。

第 63 条(向法庭交出被告)

34. 对于第 6 款而言，新西兰认为，第 3 款中延迟的权力应加以扩大，包括精神失调(精神病)患者或身患重病难以旅行者以及正受到起诉者。

结 论

35. 规约草案中若干规定涉及在有关罪行方面国内法院和国内诉讼程序与国际刑事法院之间的相互关系。在此应考虑适当提及这一关系，也许是在规约序言中提及，并提及国内和国际诉讼程序各自不同的而又相辅相成的作用。

北欧国家

[原文：英文]

[1994 年 2 月 15 日]

一般性评论

1. 北欧各国在大会第四十八届会议第六委员会辩论期间¹就此项目曾经表示，国际法委员会为国际刑事法庭规约草案所作的筹备工作值得赞扬。建立国际刑事法庭是国际社会最为重要的一个项目。这项任务十分艰难敏感，但肯定能够完成。各国最近讨论这一问题时所表现出的合作精神令人鼓舞。

¹ 见《大会正式记录，第四十八届会议，第六委员会》，第 26 次会议。

2. 北欧各国在此就条款草案和各国评论中所谈到的具体问题提出意见。作为一种一般性初步意见，应该指出，规约的程序部分不应归入一般原则，而应尽可能具体。

就各条款提出的评论

第一部分：法庭的建立和组成

第 2 条(法庭与联合国的关系)

3. 该条中的两项备选方案的草案对法庭的独立性没有任何影响。北欧各国明显倾向于把法庭作为联合国的司法机关。法庭必须拥有明确的联合国任务权限，以维护其持久性和合法性。此外，这将使法庭得到更广泛的接受，不需要任何设有常设委员会之类的单独官僚机构。在此方面可以考虑的可能的模式之一就是类似设立联合国行政法庭的安排。

4. 然而，如果法庭不作为联合国的一个机关，还是有必要确保其与本组织建立正式联系。其中一个可能是，审议大会 1992 年 12 月 16 日第 47/111 号决议第 9 段。大会在该决议中为根据《消除一切形式种族歧视国际公约》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》设立的机构规定了安排。

第 5 条(法庭的机关)

5. 北欧各国强调应该确保检查官在与法庭的关系中保持独立身份。

第 8 条(法官职位空缺)

6. 根据这一条，被选出补缺的法官可以连任，任职时间(16 年)要长于通过正常程序选出的法官。这可能会不大适宜，应当重新审议允许出现这种情况是否合理。

第 10 条(院长和副院长的选举和职务)

7. 院长会议主要应担负行政义务。如果担任其他义务，就会出现任职资格问题。这样一种制度可能会导致法庭内权力分布模糊不清。还必须指出，审议一个案例的决策过程中的所有步骤都应是有关审判庭的职责，绝不应是院长会议的职责。

第 11 条(暂停法官资格)

8. 关键是, 法庭应在所有案例中采取非党派立场, 这一点使本条对法庭有关规则的整体性变得十分重要。应审议是否可能澄清哪一类情况需要暂停法官资格。在此可以指出, 第 37 条(审判庭的设立)第 4 款在相同国籍法官问题上正好涉及这一问题。

9. 现有一个院长或副院长面临暂停资格的潜在问题。因此, 有关院长和副院长参加审议的要求不应视为一种必要。案文应只对审判庭法官提出要求, 可以增加院长会议的一名成员。

10. 原则上不宜限制被告要求审查法官资格的权利。因此可以认为, 不应限制可以根据资格理由要求暂停审理案件的法官人数。这样可以保持非党派色彩, 这对于确保法院无可争议、持续合法性也十分关键。

第 13 条(检察官处的组成、职务和权力)

11. 法律保障程序要求, 还必须制定检察官处暂停资格的条例。此外, 还应列入一条规则, 要求检察官和副检察官具有不同国籍。

第 16 条(特权与豁免)

12. 应确定, 本条所列各种人员的收入是否纳税。因为多数工作都不属全日制工作, 所以可以要求不提供豁免。

13. 在第 4 款中, 副检查官与检查官在特权与豁免方面应视为平等。因此, 本条第 4 款案文中的“除检察官外”一语可以改成“除代理检察官外”。这样, 法官便无法取消代理检察官的豁免权。

第 17 条(津贴和费用)

14. 应确定法官从法院之外其他职务获得薪金是否会影响其独立性。

第 19 条(法庭规则)

15. 本规则内应包括证据规则和程序的框架, 即, 基本的证据规则和程序。这样一种框架将在法庭成立后通过的更为详尽的规则中加以汇编。

16. 关于各个分庭应可以制定程序规则的建议是可以接受的, 条件是法庭/分庭未曾通过此类规则。在此必须强调保持各分庭之间规则必要的一致性。

第二部分: 管辖权和适用的法律

17. 在程序的各个阶段依赖国家赞同, 这一点不会造成不必要的困难, 不会妨碍对犯下本规约所列罪行者绳之以法。北欧各国对于第 23 条至第 26 条所列相当复杂的各层管辖权系统和各种罪行类别持有一些保留意见, 此类系统有可能导致程序上的困难。此外, 规约还应避免任何各国挑选司法管辖权的可能性。

18. 就两个提议的司法管辖权“层次”而言, 北欧各国对第二个层次(第 26-27 条)持批评态度, 并建议删除。第 26 条尤为含糊不清。此外, 北欧一个国家建议, 在第一层次(第 22-24 条)中对各项复杂规则作出澄清。

19. 如果采纳上述建议, 不妨在第 22 条前加上如下一句, 作为第 21 条之二:

“法院的司法管辖权如根据第 23 条至第 24 条得到接受, 便可根据本规约有权管辖第 22 条所列罪行。”

因此, 第 24 条可能需要稍加改动。

第 22 条(条约界定的罪行清单)

20. 优先重视基本上成为国际习惯法一部分的条约规则可以达到一切按部就班的目的和评审个人对严重罪行所负责任的目的, 以此防止出现含糊不清。北欧各国因此很高兴看到本条列举了各项严重罪行, 因为北欧国家一贯认为, 法庭应只限于审理危害人类的严重罪行。

21. 某些规则可以拟定得更为具体, 管辖权可以有所限制, 只审理特别严重的罪行。因此, 本条所列的管辖权范围可能过宽, 这没有必要。清单内并非所有罪行都十分严重而需要强制审理。此外, 还应确定是否应列入《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》。

22. 就第 2 条至第 5 条案文而言, 有关前南斯拉夫问题的国际法庭规约编写得较为妥当。

第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

23. 北欧各国倾向于备选案文 B。案文假定了一种管辖权,使一方如在某些方面不接受法庭司法管辖权,可以发表撤回声明。其他备选案文可能在每一方单独发表声明之后使法庭司法管辖权最终变得十分狭小,因此会削弱规约的总体目标。

24. 希望按照第 23 条加入规约的国家应接受某些最基本的管辖权,如第 22 条(a)项和(b)项下的管辖权。

第 24 条(法院在第 22 条方面的管辖权)

25. 本条第 2 款要求被告所在国也应接受法庭的管辖权,不过,有关前南斯拉夫问题的国际法庭的有关条款²看来编写得更为妥当。除本条已列入的之外,不应再附加有关国家接受的要求。

26. 第 1 款(b)项编写得十分复杂,毫无必要。该款可以解释为,一旦《防止及惩治灭绝种族罪公约》缔约国同意,法庭对此种族灭绝罪行便拥有管辖权。该款应与起草评注结合起来。

27. 第 2 款中所涉的限制可能没有必要。领土国家是规约缔约国这一点便已足够。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

28. 虽然第 25 条和第 27 条在安全理事会打算把案件提交给法院之时提供了没有界定、相当大的政治余地,但是北欧国家支持安全理事会根据这些条款有可能发挥的作用,附带条件是,安理会不应向法庭提交指名对个人提出的具体指控。必须确保,由安理会自由裁定不应使人在安理会打算向法院提交案件之时怀疑法院的信誉。看来,合法性原则(法无明文不为罪)将需要更为谨慎地拟定安理会根据规约行使其拟定职能的方式和标准。不过,完全可以让安理会拥有特权,向法庭提交特定局势,并让法庭决定是否提出公诉。

第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)

29. 如不删除本条,北欧各国提出如下评价和建议:

² 见秘书长按照安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的设立前南斯拉夫国际法庭的报告(S/25704),附件,第 1 条、第 8 条和第 9 条。

(a) 第 26 条所列两项罪行均十分模糊。

(b) 第 2 款(a)项规定由法庭根据仍未颁布的国际法律原则进行审判。这本身违反了合法性原则,这一原则要求在进行刑事起诉时具备书面法律(法无明文不为罪)。总之,从刑事法中合法性原则角度来看,这一条过于广泛,因此应删除。

30. 北欧各国对于由本规约管制毒品犯罪持怀疑态度,尽管北欧各国完全同意各国普遍的看法,即打击国际毒品犯罪的行动需要在拟定协议的基础上进行国际合作。很难设想本法庭可以作为审理此类案件的恰当法庭。还必须指出,如果罪行发生在国际边界两端,仅仅这一事实并不能成为使本法庭作为恰当法律场合的充足理由。

第 28 条(适用的法律)

31. 为保持连续性起见,应明确表示,法庭先前的各项决定也应被视为法律来源。在(c)项中,还可能需把国内立法作为主要来源,并非仅仅为补充来源。这可能很有必要,因为有关条约并非都规定适用的惩罚措施。例如,第 26 条第 2 款(b)项已经把国内立法作为基准。

第三部分:调查和起诉

第 29 条(申诉)

32. 可以认为,可自由提交申诉的规定在执行上效果欠佳。不过,除各国有权提交申诉之外,检察官也应有权在申诉提交之前开始进行调查。还应确定是否还可以根据国际承认的人道主义组织提供的资料进行调查。

第 30 条(调查和准备起诉书)

33. 如上所诉,院长会议应主要担负行政职责。很难接受让院长会议有权审理一项起诉决定,因为这很难保持公正立场。此种规定不符合检察官的独立原则,也不符合保持法庭和检察官的作用相互独立的原则。

34. 可以以不同方式进行审查,也许可以由法庭的一个审判庭进行审查。必须指出,进行审查的审判庭在此之后不得审理该案件。

第 31 条(起诉)

35. 一段时间之后,应进行审查,确定是否需要继续拘留。在此方面,欧洲人权法院的实践可作有益的指导。

第 32 条(起诉书)

36. 在此仍应强调, 院长会议应主要负责行政职责。首先, 人们很难接受法庭的三位主审法官确定起诉书有效性, 同时还审理该案件; 其次, 人们难以接受院长会议参与发布各种命令和拘票。总之, 院长会议不应成为任何形式的“起诉分庭”。

37. 北欧各国特别建议删除第 32 条。不过, 本条若得以保留, 则必须澄清一点, 当一件初步推定的案件不能成立之后果如何。嫌疑犯是否被定为无罪, 案件是否取消, 或是自动进行深入调查?

第 35 条(审前拘留或保释)

38. 北欧各国无法接受运用保释概念。这一概念有悖于许多其他国家的法律传统, 因此不应列入该条。鉴于有关罪行的严重程度, 本法庭不可能运用保释被告这一程序。

第四部分: 审判

第 37 条(审判庭的设立)

39. 如同前南斯拉夫问题国际法庭的做法一样, 法庭分庭应在通过程序规则之前设立。应有固定的法官轮换体制, 而不应由院长会议决定哪些案件由哪些法官审理。在此可参考前南斯拉夫问题国际法庭设立时运用的程序。最后, 很明显, 必须确保案件的随意分配。

40. 上述建议如被采纳, 很自然, 第 4 款应移到第 11 条内, 因为该条涉及暂停法官资格。

第 38 条(关于管辖权的争端)

41. 所有成员国, 不仅仅是对有关案件有法律利益的国家, 均应对法庭的审理能力拥有某些程度的控制。在主要审理程序开始之前也应如此。此外, 不必要进一步确定起诉书是否证据充足。

第 40 条(公平审判)

42. 审判必须公开进行。非公开诉讼程序的运用应更明确地界定和更清楚地规定。在此可参考《公民权利及政治权利国际公约》第十四条第一款。

第 41 条(合法性原则(法无明文不为罪))

43. 条约生效可被视为具有合法性的充足理由。这一观点的根据是以下两点: 第一, 各国将在

不同时间履行其条约义务; 第二, 要求增列内容或改变内容都会削弱法庭的法律基础。各项公约应能提供对罪行的界定。因此各项公约中包括“书面法律”或是被禁行动清单。

44. 如果删除第 26 条, 也应删除第 41 条(b)项和(c)项才符合逻辑。

第 42 条(法庭面前的平等)

第 43 条(无罪推定)

45. 虽然这些条款列入两项重要原则, 即法律面前的平等和被告在定罪之前的无罪, 但在此应确定是否应明确表示被告拥有无罪之假定。

第 44 条(被告的权利)

46. 本着法律保障起见, 北欧各国对缺席审判的规定持有保留态度。缺席审判可能造成本应避免的政治和法律问题, 因此妨碍在此情况下作出任何判决。

47. 然而, 如果确定应包括缺席审判, 就必须指出, 此类审判应以非常有限的方式进行, 条件是, 应以比规约草案中现有行文更为明确的文字加以规定。

48. 对于该条评注第(4)段, 人们可能会询问, 如果某人经缺席定罪事实上是得到暂时判决, 进行审判的理由何在。

第 46 条(保护被告、受害人和证人)

49. 本条内应列入根据《为罪行和滥用权利行为受害者取得公理的基本权利宣言》³ 中规定的某些基本原则, 就保护和协助罪行受害者拟订的规则。

第 48 条(证据)

50. 对于证据, 应有更具体的规则。本条开始应提及最佳证据和自由评估证据等原则。

51. 不应能够对有关主要听证过程中证据的决定提出上诉。原因在于这会给诉讼造成分歧, 还可由各方用作拖延手段。如果各方对法庭在此方面的决定不满意, 可参照第 55 条第 1 款(a)项。

³ 大会 1985 年 11 月 29 日第 40/34 号决议。

第 51 条(裁决)

52. 在许多法律系统中,不同意见是表达各种法律观点的方式,因此应允许表达。这些观点对法庭的地位和权威毫无消极影响。在此可以参照允许发表不同意见的欧洲人权法院。

第 53 条(适用的刑罚)

53. 法庭只应是刑事法庭,因此,应重新考虑运用民事法中的刑罚,因为应否列入这些规则目前仍有很大的疑问。为说明起见,某个案件可能会导致作出有关损害的裁决,而这在法律问题上是一项很难的选择。此外,另一个问题是,此种裁决怎样执行,其中仍不清楚。

54. 不妨可以删除有关罚款的裁决。关于有关罪行的严重程度,很难设想会适用罚款。此外,还应指出,没收/充公刑法是对刑事犯罪的惩罚,应列入规约之中,因为这事实上与刑事惩罚有关。这一点应可以做到,以便向某些罪行的受害者即财产被偷盗者等等提供补偿。

55. 北欧各国高兴地看到,有关惩罚的规定未列入死刑。

第 54 条(加重或减轻因素)

56. 应该考虑是否可以在本条中列入必要性、自卫、动机等问题,应确定在本规约中列入这些问题是否会为得出相反的结论提供依据。必须确定在此规约中实质规则是否应与程序规则相结合,或是实质规则是否应列入“罪行法之中”。

第五部分: 上诉和复审

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

57. 检察官应能对法庭的决定提出上诉。在此应参考第 31 条。

第 56 条(上诉的程序)

58. 法庭的各分庭应在开始时就设立,分庭的组成不应由院长会议决定。可以制订一个轮换计划,确定由哪些法官对上诉作出决定。鉴于法庭将审议的案件数目可能会有限,应审议单独设立一个上诉法庭的必要性。

59. 规约的措辞可以解释为,在组成人员为 6 名法官和法官投票为 3 比 3 相持不下的情况下,法院的一审判决有效。为被告作出的任何不利判决都应要求由多数票作出。因此,投票中双方票数相等,将否定被告的罪行,以此维护所有假设均应是被告无罪的原则。

第 57 条(修改)

60. 在多数法律系统中,有机会要求进行重新审查或者仔细审议,以便修改或改进一份裁决,这十分重要。检察官也应有机会请求修改法庭的裁决。

第六部分: 国际合作和司法协助

第 61 条(联系和文件的内容)

61. 第 1 款中“通常”一词可以不必要写入,就此问题应作出决定。还应澄清,第 2 款中“联系”一词必须写为书面联系。

第 63 条(向法庭交出被告)

62. 只应从设立的审判庭获得起诉书,因此,应删除有关院长会议的提法。

第 66 条(执行判决)

63. 在罪行发生国执行判决值得深入审议。

64. 如果最终草案中保留罚款这一刑罚,规约则应保留关于执行此类裁决的规则,以及此类资金如何分配的规则。因此有必要列入没收/充公规则和要求辩护的规则。

挪 威

[见北欧国家]

巴拿马

[原文: 西班牙文]

[1994 年 3 月 8 日]

1. 巴拿马政府赞成将毒品的国际贩卖和大规模侵犯人权的罪行,从危害人类和平及安全治罪法草案所列罪行清单中除去,理由是这些主题已在国际公约中详加论述,而且已有专门机构负责进行这些专题的工作;此外还有美洲国家组织设立的美洲人权保护制度以及美洲人权委员会和美洲人权法院。

2. 关于设立国际刑事法庭的问题，巴拿马政府认为条款草案无法充分满足联合国会员国在组成这种性质的法庭方面的愿望，因为它们不具有一个超国家的法庭所应提供的保证，工作语文有所限制(见第 18 条)，而且没有明确解决以下情况，即各国对法院对危害人类和平及安全罪的审判权的接受只涉及受影响国的赞同而不顾侵略国是否同意，只要不接受法院管辖权的国家不予认可，则制裁就无法实施。

3. 尽管如此，鉴于国际法委员会迄今所进行的工作，巴拿马政府相信定会找出谅解和协商一致的司法机制，以便克服在这个阶段出现的困难和障碍。

4. 巴拿马政府认为，制订这种规则需要最广泛的科学和政治意见，使成员国的标准尽可能一致。

罗马尼亚

[原文：法文]

[1994 年 2 月 25 日]

关于具体条款的评论

第 1 条

1. 将机构定名为“法庭”比原先的名称“法院”更好。

第 2 条

2. 关于法庭同联合国的联系，罗马尼亚赞成“本法庭是联合国的一个司法机关”的措辞。

第 4 条

3. 我们认为最佳表述方式载于第 4 条第 1 款。

第 5 条

4. 罗马尼亚还赞成一种选择，即法庭包括其“法院”、“书记处”和“检察官处”这些组成部分，由此构成一种国际司法制度。

第 7 条

5. 罗马尼亚认为法官的 12 年任期稍嫌过长。法官任期定为 6 年并且可以再当选一任，这在我们看来比较适合需要，其理由如下：

(a) 其他国际司法机构规约中均没有 12 年的任期，已知最长的任期是 9 年(国际法院和欧洲人权法院)；

(b) 我们认为，6 年的任期(可以再延长一任)将比较符合审议中的规约草案的精神，该草案考虑到书记官(第 12 条)和检察官(第 13 条)连选连任的可能性；

(c) 如果规定为 6 年任期，那么就必须将书记官的任期从 7 年减为 5 年(检察官的任期也是 5 年)。

第 22 条

6. 罗马尼亚支持提议在条约界定的罪行清单中列入《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》视为罪行的行为。

第 23 条

7. 在第 23 条的三种不同案文中，我们赞成案文 A。

第 25 条

8. 我们认为适当的做法是扩大根据第 25 条可提交法院的审理的议题种类，并且也赋予大会此种权力，以便避免可能出现的僵局，尤其是在安全理事会一成员国使用否决权的时候。

第 26 条

9. 关于第 2 款(a)项中预见的国家特别接受法院对国际公约未定义为罪行的行为管辖权问题的讨论，例如对侵略、或对国家未参加《防止及惩治灭绝种族罪公约》情况下的种族灭绝罪的讨论，我们认为同样根据第 25 条处理该问题的提议是合理的。在这种情况下，安全理事会和大会(如先前所提出)将有权提交一般国际法下的罪行，即国际法准则下的罪行，这些准则被由全体国家组成的国际社会接受和公认为具有根本的性质，违反这种准则应导致追究个人责任。向法院提交一种罪行自然必须符合第 27 条规定的条件，即首先必须确定有关国家确实犯下所控告的侵略行为。

斯洛文尼亚

[原文：英文]

[1994 年 2 月 28 日]

1. 斯洛文尼亚共和国赞成基于作为其组织文书的规约设立国际刑事法院。这不一定需对《联合

国宪章》作出修正。我们赞成法院与联合国联系的想法，但法院不必是联合国的一个机关。因此，斯洛文尼亚共和国赞成规约草案所设想的法庭的组成，包括设立检察官处作为法院的一个单独机关。

2. 关于规约草案第 19 条规定的法庭规则，斯洛文尼亚共和国赞成以下的想法：关于在审判中适用的证据规则的基本程序应是规约的标的物而不是法庭本身规则的标的物。工作组一些成员也表示这种立场。为了保证检察官处相对于法院来说是完全独立的，检察官处应有自己的内部规则作为指导。

3. 斯洛文尼亚共和国认为关于管辖权和适用的法律的第二部分是本规约草案的核心问题。斯洛文尼亚共和国原则上赞成对罪行采取列举条约的办法，作为法院对事管辖权的基础，如本草案第 22 条所规定那样，所列举的条约将各种罪行加以界定。这样，“法无明文不为罪”原则的适用才获得最适当的维护。

4. 此外，斯洛文尼亚共和国满意地注意到，本草案第 22 条所适用的罪行，包括严重违反 1977 年 6 月 8 日的《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第一附加议定书》的行为。1949 年各项日内瓦公约的 1977 年两项附加议定书的接受程度的确未如各项公约本身那么普遍。但是它们迄今已获得全体国家的三分之二批准，可能很快就会经受作为国际人道主义法的惯例的考验，如果说还没经受但这种考验的话。因此，工作组在评注中所表示的立场，即：1977 年关于非国际性武装冲突的 1949 年日内瓦公约第二附加议定书因为没有关于严重违约行为的规定而未被列入第 22 条，是令人难以置信的。第二议定书第二部分载有非常明确的规定，说明有何种行为在任何时候以及在任何地方都是被禁而且将继续被禁，而且在表面上可能被定性为严重违反人道主义法行为。国际刑事法院规约草案的起草人应铭记：最残暴地大规模违反人道主义法和侵犯人权的行为，是非国际性武装冲突的最明显特征之一。

5. 工作组决定法院对事管辖权的第一个组成部分是具有普遍性的反恐怖主义公约，其中规定某些特定恐怖主义行为属严重罪行，其缔约国有义务按“引渡或审判”规则行事。

6. 斯洛文尼亚共和国在此建议工作组重新考虑是否可以就罪行的严重性而将国际恐怖主义罪与战争罪和危害人类罪相提并论。这两组罪行之间已

可以作出若干法律上的区分。我们必须铭记，最严重的战争罪和危害人类罪是不受法定时效所管制的，如《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》¹ 和《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》规定的那样。第二，恐怖主义罪应在国内立法中作为传统的非政治罪行处理，以符合已存在的双边引渡协定。在另一方面，战争罪和危害人类罪应由国内法院根据普遍性原则加以起诉。

7. 在反恐怖主义公约清单中可补上《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》的议定书，其中将该公约的范围扩充至在国际民用机场犯下的恐怖主义行为。

8. 斯洛文尼亚共和国原则上同意有关毒品的罪行应属于国际刑事法院管辖的标的物范围，但工作组应重新审查有关毒品的罪行是否应属于第 26 条规定要求特别接受管辖权的罪行组别。作为《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的缔约国，斯洛文尼亚共和国赞成将这项公约也列入属于国际刑事法院管辖范围的条约清单的看法。考虑到各国对本第 22 条所列罪行的管辖权的接受，斯洛文尼亚共和国赞成“选入”制度，即规约缔约国不是自动授予管辖权，而是必须另外作出特别声明以示接受。

9. 如联合国许多其他会员国一样，斯洛文尼亚共和国必须就法院对其本国国民的管辖权属地范围表示保留。根据我国宪法，不得交出斯洛文尼亚国民接受在国外进行的审判。

10. 关于第 26 条所规定国际刑事法院对事管辖权的第二个组成部分，必须对管辖权表示特别接受，斯洛文尼亚共和国代表团不能接受工作组的立场。工作组认为，没有列在《防止及惩治灭绝种族罪公约》和 1949 年各项日内瓦公约及第一议定书的战争罪和危害人类罪，应和上述公约所指明的罪行分开，放在对管辖权的特别接受的条款下。工作组显然是考虑到基于国际习惯法的国际罪行，例如《关于陆战法规和习惯的海牙公约》及所附条例、作为《伦敦协定》² 附件的《纽伦堡国际军事法庭

¹ 见《大会正式记录，第五届会议，补编第 12 号 (A/1316)》，第 12 页起，英文案文转载于《1985 年……年鉴》(英)，第二卷(第二部分)，第 12 页，第 45 段。

² 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》(英)(联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页，尤见第 289 页)。

宪章》以及适用于国内武装冲突的 1949 年各项日内瓦公约共有的第三条。在这方面，国际法委员会应采取前南斯拉夫问题国际法庭规约的办法，该规约无条件地将上述罪行列入其管辖事项下。

11. 斯洛文尼亚共和国认为，本规约草案第 27 条关于由安全理事会先行认定侵略行为的规定与司法独立原则有抵触，工作组应以最审慎的态度重新考虑这个问题。

12. 我们认为第 28 条关于适用的法律的规定不足以符合“法无明文不为罪”原则，因此应予重新审议。

13. 关于对人管辖权，未来的法院将根据个人刑事责任对自然人有管辖权。在这方面，斯洛文尼亚共和国认为规约草案必须就政府官员的责任、奉上级命令而犯下的罪行和其他有关问题加以进一步阐述。

14. 斯洛文尼亚共和国认为，与效率高的国际司法制度有关的一个基本问题就是如何将涉嫌犯下或被控犯下指称的罪行的人提交法院的问题。关于这一点，应指出《斯洛文尼亚共和国宪法》不允许缺席审判。

15. 在审判之前，《公民权利及政治权利国际公约》第十四条所规定的程序性标准应予遵守。斯洛文尼亚共和国建议法院应给予受害者和证人更多的照顾。

16. 关于适用的刑罚，斯洛文尼亚共和国满意地注意到规约没有考虑死刑，因为斯洛文尼亚的宪法禁止死刑。斯洛文尼亚共和国的法律制度也不考虑无期徒刑，斯洛文尼亚共和国认为应以一段最长期限的徒刑取而代之。

17. 不能只考虑犯下国际罪行的人的年龄作为加重或减轻因素。工作组应决定少年犯——即按照既定国际标准在 18 岁以下的犯人——是否将在国际刑事法院出庭。

18. 斯洛文尼亚共和国不反对检察官也可以对国际刑事法院的判决进行上诉或请求修正的可能性。但是，如果赋予检察官这些权利，则法院规约必须审慎地设想到徒刑可能会被改变的情况，以及在案情有需要时究竟是否会公布更严厉的判决情况。

19. 最后，斯洛文尼亚共和国建议国际法委员会作为紧急事项继续进行关于国际刑事法院规约草案的工作。

西班牙

[原文：西班牙文]
[1994 年 1 月 25 日]

一般性评论

1. 西班牙政府坚决支持成立一个国际刑事法院全盘负责惩处国际罪行。国际社会日益感到在道德和政治意义上有必要成立这样一个法院。

关于具体条款的评论

2. 基于实际原因和道德权威原因，毫无疑问，法庭必须与联合国间保持密切联系。因此规约最好能由联合国主持召开一次国际会议来予以通过。此外，要恰当地建立法庭与联合国系统间的关系，在法院规约的导言和执行部分必须适当地提到联合国系统。所有这些都不得损害通过一个确定乃至加强这一联系的合作条约的可能性。

3. 与上一问题密切相关的另一问题涉及批准或加入关于设立法院的拟议条约者的数目，这是规约生效所需要的。西班牙政府认为这个数目既不应太低(因为这样会使法院失去必要的代表性)，也不应太高(以免不适当地延迟它开始生效)。

4. 1993 年工作组提交的草案第 22、第 23 和第 24 条规定法院管辖权应当是自愿性而非约束性的。有约束力的管辖权当然很理想；但是在未有可行性以前，西班牙政府认为条款草案所设想的制度完全可以接受。

5. 鉴于这一问题的重要性，西班牙政府认为，在没有国际刑事法典的情况下，第 22 条(条约界定的罪行清单)看来可以接受，尤其如果对照第 21 条(审查规约)——其中就罪行清单的修订作了规定——来考虑时。

6. 第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)提出的三种备选案文中，西班牙赞成备选案文 B，其规定了法院管辖权的自愿性而没有过于强调。

7. 第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)可以接受，但有一项谅解，就是其目标应是较多谴责一般情况，较少谴责个人，并为设立特别法庭提供别的良好途径。

8. 另一方面,第 27 条(控告侵略)应更充分地加以研究,因为现有的措辞不只是在某种程度上抵触了法院对自然人属物理由管辖权的范围,在侵略罪行方面也导致某种程度的混淆。

9. 西班牙政府认为,就缺席审判而言,第 44 条(被告的权利)第 1 款(h)项采用了均衡的办法处理是否应纳入一个有关这种审判方面的正反两面说法,原则上排除了这种可能性,而在例外的基础上,即当法院听取申诉并审查必要证据以后可以确定被告是有意缺席时,允许其存在。在这种情况下,为了确保充分保护被告的权益,应就被告后来到庭时举行新审判作出规定。

10. 西班牙政府对第 53 条(适用的刑罚)第 2 款有些疑惑,因为该款看来没有充分尊重刑罚合法(“法无明文者不罚”)的原则。为了符合《公民权利及政治权利国际公约》第十五条第一款(“刑罚不得重于犯罪时法律所规定”),必须规定法院在决定刑期和罚款数额时有义务——而不仅仅是能力——照顾到第 53 条第 2 款(a)、(b)和(c)项提到的国家法律中规定的刑罚。

11. 关于追索权,西班牙政府认为应就通过上诉和复审行使追索权作出规定。

12. 除被定罪者以外,检察官也应有权对判决提出上诉或要求复审。因此第 55 条和第 57 条的方括号必须去掉。

斯里兰卡

[原文:英文]

[1994 年 3 月 15 日]

一般性评论

1. 斯里兰卡政府认为,为了获得国际社会尽可能广泛的信任和接受,国际刑事法院必须是一个公正的司法机构,致力维护法治,在执法时不受任何政治考虑的影响;法院必须享有这种信任和接受,才能履行交付给它的沉重任务。法院将往往被要求就一些可能也涉及很大政治敏感性的复杂法律问题作出裁决。法院在履行其职能时,必须适当地考虑到《联合国宪章》所载的关于各国主权、领土完整和政治独立的原则。

2. 斯里兰卡政府谨赞扬国际法委员会和国际刑事法院规约草案工作组成员在草拟条款草案时所采取的务实和灵活态度。但是,如要保证规约能获得普遍接受,则必须先行处理和满意地解决几个具有重大政治、法律和实际困难的问题。

关于具体条款的评论

一、实质性问题

第 2 条(法庭与联合国的关系)

3. 斯里兰卡政府认为,设立国际刑事法院作为联合国的一个主要机关或附属机关是不切合实际的。它认为,国际社会在现阶段对设立一个具有联合国主要机关或附属机关地位的国际刑事法院的支持似乎并不充分,而且这样做还必须进行诸如修正《联合国宪章》的重大工作。但是,斯里兰卡政府确认与联合国建立正式联系的重要性,以确保该机关获得行使国际刑事管辖权的必要权力,并获得国际社会的信任。为此目的,可以在联合国的主持下缔结一项多边条约。这将使法院既能与联合国建立密切的合作关系,又能保持独立的地位。

第 5 条(法庭的机关)

4. 应予指出,规约草案中“法庭”一词包括法院、书记官处和检察官处。斯里兰卡政府虽然意识到工作组的论据,即基于概念、后勤和其他理由,规约草案必须视这三个机关为整个国际司法系统的构成部分,但它要强调的是,确保一个国际司法系统的司法和检察部门之间所必须存在的独立性,是非常重要的。

5. 根据规约,检察官处将负责调查、起诉和主持检控的工作。就这些职能来说,检察官处应有独立权力。法庭无疑将有权在各有关阶段审查这种权力的行使并就此作出裁决。但是,上述职能的行使不应从属于法庭的指导。

第二部分(第 22 条至第 28 条)(管辖权和适用的法律)

6. 斯里兰卡政府认为,规约草案关于管辖权和适用的法律的第二部分的规定是规约的核心规定,它们引起了若干法律问题,须由国际法委员会进一步审查。

7. 所涉的问题是, 是否有足够理由对第 22 条(条约界定的罪行清单)所列罪行和第 26 条第 2 款(b)项所列的罪行作出目前的区分, 即对第一类和第二类管辖权加以区别。斯里兰卡政府认为, 拟议的法院的管辖权至少在开始时应限于被国际社会广泛接受的多边条约所规定的罪行。在这方面, 应当指出第 22 条的协定清单包括了这样的国际条约, 其中界定了各项应被视为严重罪行的具体行为, 并就这些罪行制订了一个“引渡或起诉”制度。

8. 关于《关于制止危害民用航行安全的非法行为的蒙特利尔公约》所界定的罪行(第 22 条(d)项), 应考虑将这些规定加以扩充, 以包括 1971 年蒙特利尔公约的 1988 年议定书所适用的针对机场和民用航空设施的非法行为(有别于针对飞机的非法行为)。

9. 斯里兰卡政府还认为, 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》应在第 22 条内加以处理。麻醉品贩运、恐怖主义集团的行径以及非法军火贸易之间的联系日增, 对世界上许多地方的国家境内和国家之间的和平与安全构成愈来愈大的威胁。这种现象使国际社会不得不把这些活动视为国际法下的严重罪行。

10. 此外, 如第 22 条所列的公约那样, 上述公约的规定就有关麻醉品的犯法行为制订了一个“引渡或起诉”制度, 并规定在未给予引渡的情况下, 对这些犯法行为行使治外法权, 不给予引渡。基于这些因素, 该公约应获得与第 22 条所列的其他多边条约相同的待遇。

11. 关于第 26 条第 2 款(a)项下称为“一般国际法下的罪行”的罪行类别, 斯里兰卡政府认为这些规定缺乏精确性和特定性的标准, 在授予法院管辖权之前, 这一标准必须具备。因此, 斯里兰卡政府谨重申, 拟议的法院的管辖权至少在开始时应限于多边条约所规定的罪行。

12. 关于法院的管辖权问题, 应予指出的是, 目前草拟的规约草案具有共同而不是专属管辖权, 保存了缔约国或在其本国法院审判被告或将被告提交国际刑事法院审判的固有权利。斯里兰卡政府同意这种处理办法, 这是第 22 条所列条约所体现的“引渡或起诉”制度的必然延伸。这种制度可以填补一个很可能在管辖权方面出现的空白, 即: 如果被要求国拒绝引渡其本国国民, 而要求国则明白表示对被要求国的司法制度不信任或没有信心。

13. 此外, 法院的共同管辖权必须取决于有关国家的同意, 即在其境内发生罪行的国家和假定是罪犯国籍所属的国家。

14. 规约草案第 23 条规定, 规约每一缔约国都必须具体接受法院按标的物确定的管辖权。在建议的两个备选案文中, 斯里兰卡政府将支持备选案文 A 的“选入”程序, 这种程序与法院管辖权的协商一致基础是协调的。

15. 规约草案第 25 条规定, 与第 22 条或第 26 条第 2 款(a)项所指罪行有关的案件, 可“经安全理事会授权”提交法院。这一条款须予进一步审查。

16. 目前的规定没有清楚表明, 安全理事会据称应当具有的“权力”, 是否将受制于对一国向法院提交的案件适用的关于同意的同样条件。只将这种权力赋予安理会而不赋予大会将影响规约获得普遍接受的程度, 使大家难以就这个问题达成任何协议。

17. 斯里兰卡政府认为, 至少在开始阶段将把案件交由法院审理的权利限于缔约国是明智的。无论如何, 似乎可以合理假定, 如果拟议设立的法院是行使国际刑事管辖权的一个切实可行的机构, 则规约须尽量获得各国遵守。这样, 一国或多国可根据安全理事会采取的决定将案件交由法院审理。

18. 第 24 条和第 26 条规定, 在将案件交由法庭处理之前, 原先对某宗案件或对其境内的该宗案件被告有国内管辖权的国家应同意将案件交由法院审理。这些规定似乎旨在确保各国根据规约所应履行的拟议义务, 与根据其国内法和条约所应遵守的规定之间协调一致。这项目标的正确性是不容置疑的。

19. 但是, 规约草案目前的略为棘手的规定却引起了若干非常复杂的问题, 须予进一步审查。在这方面, 应特别提到关于向法庭交出被告的第 63 条的规定。

20. 第 63 条规定, 已接受法院对某一罪行的管辖权的缔约国应立即采取步骤, 逮捕被告并将他送交法院。也参加界定该罪行的条约、但没有接受法院管辖权的缔约国必须交出被告或对他进行起诉。该条还规定, 缔约国应尽可能优先考虑法院关于交出被告的要求, 而不是其他国家的引渡要求。

21. 关于规约缔约国根据事先存在的条约义务须向非规约缔约国引渡被告而法院又提出相同要求的问题, 应予进一步审查。

22. 界定第 22 条所列罪行的多边条约在这些条约的缔约国之间制订了一个“引渡或起诉”的制度。如果其中一项多边条约的缔约国但不是法院规约的缔约国向一个既是规约缔约国又是该多边条约缔约国提出引渡要求, 则可能会在法律和政治方面引起重大困难。还应予指出, 除了《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》以外, 第 22 条和第 26 条所指的多边条约都没有规定将案件交由国际刑事法院审理。第 63 条试图根据类推将“引渡或起诉”制度延伸, 以包括向法院交出被告的情况。

23. 这个问题应予进一步审查, 并应适当地考虑到《维也纳条约法公约》(1969 年)关于修改条约的规定。也应特别注意, 确保规约的规定不会妨害双边引渡条约所设立的法律制度。

二、程序性问题

第 30 条(调查和准备起诉书)

24. 这一条款草案是指检察官收到申诉时的所应采取的行动。建议由检察官处接受申诉, 并就是否进行调查的问题作出决定。这样做可与收到关于可由法院审理的一项罪行的资料的情况相比。

25. 给予检察官酌处权以决定应否开展调查工作与检察官履行任务是一致的。但就审查他最初作出的决定方面, 如果发现充分理由, 对检察官的指示应是开始进行调查而不是着手进行起诉。

26. 在结束院长会议所指示的这种调查时, 检察官的职责是决定是否应对被告进行起诉。可应申诉方的要求审查检察官不予起诉的决定。但是, 院长会议在有关当事方不参与的情况下进行初步调查是可取的, 但在例外情况下须举行审讯。如无例外情况, 则不应规定必须审查检察官关于不予起诉的决定。提出这一意见是有实际理由的。检察官在行使其不予起诉的权力时无疑应审慎行事。如果指示检察官起诉而他却不愿意起诉, 则这一制度的运作不会顺利。

第 32 条(起诉书)

27. 这一条规定审查起诉书。这项规定似乎有损检察官的地位。它还似乎要求在调查中再予调查。它也似乎与先前关于由院长会议指示检察官进行起诉的规定不一致。

28. 在建立检察官制度时, 必须确保只有在适宜恰当的情况下才提出起诉书。

第 38 条(关于管辖权的争端)

29. 可以规定, 对法院管辖权的异议应在审判开始之前而不是在被告对起诉书答辩之后提出。在任何其他阶段对管辖权提出质疑都会无意义地浪费时间和精力。只有在案件中有直接利益的人才应有权对法院的管辖权提出质疑。

30. 鉴于管辖权是问题的根本, 它应在审判前阶段由听审案件的审判庭决定。

第 48 条(证据)

31. 关于证据是否相关、是否可以接受和是否有价值的问题, 应交由法院决定。对于证据是否可以接受问题, 有一些基本原则可予适用。在考虑证据是否可以接受时, 应计及为获得这种证据而采取的非合法手段。在某些情况下, 一些证据是可以接受的, 但法院可决定不对这种证据附加任何价值。应由法院根据正当理由酌情决定是否接受任何特定证物。

第 49 条(审讯)

32. 这一条处理对管辖权提出异议的问题。看来异议应在被告对起诉书答辩之前的阶段提出。这是与上面提出的意见一致的。法院在继续进行审判之前将先行就该异议作出裁决。

第 51 条(裁决)

33. 我们认为异议有其效用, 不应不予理会。法院的多数决定将是法院的决定。法官应有表示异议的自由。

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

34. 应规定提出上诉的时限。

35. 我们认为应有权对法院的决定提出上诉。但在行使这项权利时, 可规定, 如被告已对起诉书的指控表示服罪, 则不应有上诉权。

36. 也不妨考虑是否可以采用下列提法以便赋予检察官上诉权:

(a) 根据法律问题;

(b) 仅仅根据事实问题，或在法院同意下根据混合的法律和事实问题；

(c) 基于所判刑罚不足或不合法的理由。

第 56 条(上诉的程序)

37. 没有规定听审上诉的程序。也许法院的规则可能作出必要的规定。建议作出规定，以便法院在其认为必要时能够在上诉阶段接受更多的证据。

38. 如有需要，上诉庭可由同一法院组成，以审讯上诉。被任命为法院成员的知名法官将有资格以这种双重身份行事。

三、其他问题

39. 规约不可能照顾到有关调查、提起诉讼、检控、审判、判决、上诉和复审等所有情况。因此建议就没有照顾到的情形列入一项规定。在这种情况下可以采用审判案件所而不违反规约的程序。

40. 可以作出规定的另一个问题是被告的缺席审判。如果某人接受起诉书后故意规避不出庭，或故意不出庭接受起诉书，或出庭后故意妨碍法院的程序，或因患病或其他残疾无法亲身出庭等，均可以规定一项缺席审判的程序。

41. 鉴于证据法在法院的程序中将占重要地位，至少应当制订一套在法院适用的证据规则。

42. 也不妨作出规定，确保法院能够在原告陈述案情的任何阶段撤销对被告的检控，理由是就案件进行进一步诉讼不会证明被告有罪。法院应将这样做的理由列入记录。

43. 也宜作出规定，使法院能够在原告结束案情的陈述时终止诉讼，理由是提出的证据无法证明被告犯下起诉书所指的罪行。如果法院认为有理由继续进行审判，法院得传唤被告答辩。

四、财政和其他资源

44. 在制订规约各项规定时，必须考虑到为设立诸如法庭这样的机构并使其运作所需的资金和其他资源。

45. 当然应及早查明各项可能的成本组成部分，例如必须常设的国际体制需要和其他行政需

要，以及在必要时应予以提供的其他设施(特别是调查、起诉、司法和监禁方面的设施)。

46. 如果设立法庭作为联合国的一个主要机关或附属机关，供资方式(经常预算或自愿捐款)当然将由大会主管预算的委员会予以审慎检查。

47. 如果通过条约设立法庭，关于供资的规定将是最重要的一些问题，必须加以圆满解决。但是，不论是设立法庭作为联合国的一个主要机关或附属机关，还是通过条约设立法庭，法庭在财政上应有独立的生存能力(考虑到确保法庭客观廉正的重要性以及确保公众保持这种看法的重要性)，因此其资源应靠自己维持，不取决于各国政府的捐助。

瑞 典

[见北欧国家]

突尼斯

[原文：法文]

[1994年2月25日]

一、法庭与联合国的关系

1. 突尼斯赞同法院成为联合国的一个机关的备选办法。这使得该法院具有必要的权力和永久地位，并保证其职权在国际上得到承认。

二、适用的法律

2. 突尼斯核准第 22 条草案所载的国际协定和公约清单，该清单构成法院适用的法律的基础。不过，突尼斯认为必须在这个清单上列入《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》。

3. 此外，第 22 条所载的公约中只有几条明确界定所禁止的行为。作为这些公约的补充的习惯国际法也未明确界定这些违法行为。为了遵守全球的所有刑事法制度所承认的合法性原则，在国际上必须确定构成国际违法行为的因素，但这个情况对此造成困难。因此，应加速制订危害人类和平及安全治罪法的工作。

三、管辖权

4. 突尼斯认为法院的管辖权应以个人为限，因此不能扩大到国家及国际组织，否则将违反国家

的主权和司法豁免原则，而这是国际法委员会编写的一部公约草案的主题。¹

5. 此外，在危害人类和平及安全治罪法草案完成之前，法院的具体管辖权(就事而言的管辖权)可通过规约缔约国之间的特别协定或个人接受加以确定。这样，将能够最明确地规定一个或几个国家会承认法院管辖权的罪行。上述的协定或个别声明可随时予以执行。

6. 法院还有权审判任何个人，只要该人的原籍国和罪行发生地国同意法院的管辖(这个办法与特别报告员提出的办法相同)。

7. 最后，应考虑到关于其财产在另一国家的领土内成为犯罪行为对象的国家的权利(《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》及其议定书)。

四、法官的任命

8. 关于这一点，突尼斯建议每个规约缔约国提名一位符合所规定的道德标准和胜任的法官。接着法官将由联合国大会选出。这个办法足以保证法官的独立和公正，并加强联合国与法院之间的关系。

五、法院的结构

9. 突尼斯赞同特别报告员有关法院的结构建议，即：

- (a) “法院”或审判机关；
- (b) “书记官处”或行政机关；
- (c) “检察官处”或起诉机关。

六、向法院提交案件

10. 与特别报告员关于只有起诉国——不论是否为本规约的缔约国——才能够向法院提交案件的建议相反，突尼斯认为国际组织也应有此权利。这个办法能确保更有效地保障人权。

七、起诉

11. 应由检察院提出起诉，而不是采用特别报告员所建议的第二个办法，即由起诉国提出起诉，以保证法院的中立和公正。

八、调查

12. 应由法院本身在听讯时进行调查。如案件太过复杂，法院可设立一个特别调查委员会，这个备选办法基于须要保障被告的权利和确保调查的客观性。

九、公平审判

13. 关于第 40 条草案，应制订一项一般原则，即被告享有由国际条约和习惯法所确立并由一般法律原则所承认的基本权利。

十、合法性原则

14. 在这方面，应说明以下两点：

(a) 第 41 条所载的合法性原则并未明确提到其最重要的必然结果之一，即国际刑法不溯及既往。但是有必要提到这一点，因为假定适用其独特的减轻因素，即尽管被惩治的罪行很严重，但对被告适用最有利的国际刑法。

(b) 关于双重的国际诉讼和国内诉讼问题，只有当被告的原籍国的国内法对危害人类和平与安全的罪行定罪时，国际刑法才能对个人提起诉讼，这样国际刑事法院的裁判权就明显无效。如果国家的国内法律不包括某些犯罪行为，那会怎么样？因此，有可能不提及双重诉讼原则，只要国际条约或习惯法对这些罪行作出规定。

十一、可适用的刑罚

15. 突尼斯赞同特别报告员的建议，在缺乏规定刑罚的国际刑法典时，审判庭可依据罪犯的原籍国、起诉国(受害国)或犯罪地点在其领土上的国家的法律。

16. 然而，并未预料不同国籍的人参与作奸犯科的情况。如果审判庭着重分别依据每个被告的原籍国的国内法，就会作出不同的判决和施加不同的刑罚，这样对每个被告造成歧视待遇。为补救这个情

¹ 国家及其财产的管辖豁免条款草案的案文，见《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第15至第65页。

况，应适用单一法律，最适宜依照受害国的法律；这将保证判决划一和使受害国深信为它充分伸张正义。

十二、修改的补救办法

17. 如果发现了一个在审判或上诉时不为人知、本可成为法院判决的决定因素的新事实，被告应有权提出修改判决的申请。

十三、工作语文

18. 第 18 条草案规定法庭的工作语文为英文和法文。这项规定有限制性。在这方面，应当指出法院的正式语文为联合国的正式语文。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

[原文：英文]

[1994 年 2 月 23 日]

一般性评论

1. 大不列颠及北爱尔兰联合王国政府已明确表明它支持国际法委员会为了拟订一项国际刑事法院规约而正在进行的工作。联合王国很了解在成立国际刑事法院之前必须解决一些重大问题——包括管辖、程序、体制、财政以及其他方面的问题，但它深信设法解决这些困难是值得做的工作。

2. 现在要评论的规约草案已在去年提交大会第六委员会。对这一困难的工作来说，规约草案是个可喜的开端。鉴于委员会所具备的专门知识和工作方法，联合王国政府认为委员会应先探讨和充分处理与设立刑事管辖有关的一切法律问题，然后才把规约草案交给政治性较强的政府间会议讨论。联合王国政府特别认为关于证据的规则对起诉和法院本身的适当运作非常重要，已不仅是程序问题，因此应将这些规则列入规约草案，并且应先由委员会起草。

3. 大不列颠及北爱尔兰联合王国政府认为任何国际刑事法庭成立之后，必须具有最高权威及最高的法律和道德素质。联合王国政府认为各国必须与法庭建立庄严的条约承诺，而且法庭应获得最广泛的接受。法庭应与联合国维持密切的体制关系，使它具有与普遍的权威。

4. 最后一点，联合王国政府认为国际社会必须汲取最近成立的另一个国际法庭，即前南斯拉夫问题国际法庭的经验。

关于具体条款的评论

第 2 条(法庭与联合国的关系)

5. 大会或安全理事会有无权力根据《联合国宪章》第二十二条或第二十九条成立法庭作为其附属机关的问题暂且不谈，将法院隶属于这两个机关中的任何一个显然是不适当的。此外，规约将使各国承担义务，这必须以某种合法的方式。因为新法庭不像前南斯拉夫问题国际法庭，不在安全理事会维持国际和平与安全的责任范围内，因此不可能像前南斯拉夫问题国际法庭那样，用安全理事会决议的方式来规定各国应负的义务。因此必须用条约的方式来确定这些义务。有人建议以国际条约通过规约，不妨由委员会起草必要的条约条款。条约可在联合国主持下谈判和通过。有人还建议与联合国建立某种体制联系，但不必成立一个属于主要机构的机关。

第 4 条(法庭的地位)

6. 联合王国政府欢迎这样的规定：法庭只在需要审理提交给它的案件时开庭。

7. 一旦对法庭与联合国之间的关系作出了决定，第 2 款的规定在地位、法律能力和授权代表法庭谈判的人员方面需要更多考虑。

第 5 条(法庭的机关)

8. 不管其他语文如何称呼检察官处，英文不宜使用“Procuracy”一词。

第 6 条(法官的资格)

9. 法院是一个刑事法庭。联合王国政府认为不宜任命没有刑事司法经验的人为法官。除本条第一句规定的资格外，联合王国建议，规定法官具有刑事审判的经验作为任命的条件。

第 7 条(法官的选举)

第 8 条(法官职位空缺)

10. 应考虑明白规定第 8 条隐含的意思，即法官死亡或辞职可能产生空缺。

第 11 条(暂停法官资格)

11. 第 3 款规定被告可要求暂停一位法官审理案件的资格。必须规定被告应提出第 1 款所列理由之一才能要求暂停法官的资格。

第 13 条(检察官处的组成、职务和权力)

12. 联合王国政府认为应仔细考虑检察官和副检察官需具备的资格，特别是关于下列几点：

(a) 如果检察官被暂停办理涉及同国籍的一个人的申诉的资格，则应规定副检察官必须是不同国籍者；

(b) 要求检察官和副检察官须拥有最高水平的调查和起诉能力和经验，对许多普通法的国家很困难，因为在那些国家，这两种职务分属不同的人。两种资格应该任择其一。应规定检察官或副检察官是有好几年经验的律师。

13. 委员会不妨考虑第 3 款是否措辞够清楚。

14. 关于评注第 4 段，联合王国政府认为院长会议关于检察官处工作人员任命的磋商不会损害检察官的独立性，这种规定不妨列入。

第 19 条(法庭规则)

15. 证据规则包括影响被告权利的一些相当重要的事务。有人指出，证据规则的一两个基本条款已经载于第 48 条及规约的其他地方。但是联合王国政府认为委员会应进一步考虑这个重要的题目，为整个规则制订条款草案，以便列入规约草案。

第 21 条(审查规约)

16. 联合王国政府也认为本条最好放在通过规约的条约的最后条款里。联合王国政府认为像本条草案那样提及危害人类和平及安全治罪法恐有不妥。一个得到普遍接受的《治罪法》固然与所创立的任何国际刑事司法权有关系，但是很难说要用什么方式提及尚未通过的一个文献；最好是根本不提它。

第 22 条(条约界定的罪行清单)

17. 像工作组指出的，规约草案第二部分是草案的核心。第 22 条至第 26 条规定了两种管辖权，一种是基于界定罪行为国际罪行的条约，另一种是基于仅规定对依据本国法律构成罪行的不良行为加以惩治的条约。关于第 22 条，联合王国政府了解并同意一些代表团在第六委员会对下列问题所表示的保留意见，即把有关条约没有明确界定的罪行的

管辖权给予国际法院，而在拟订条约时并没有将这些罪行提交国际刑事法院的任何想法，对这些罪行条约也未规定如何惩罚。然而，联合王国政府认为，如果要在目前的情况下成立一个国际法院，则第 22 条列出的那些罪行清单应成为其管辖权的主要部分。不过，联合王国政府认为，应再次审查第 22 条的罪行清单，只列入那些已获得国际社会绝大多数人支持的条约。联合王国认为是否生效不是使某个条约列入清单的标准。但是，尽管有这个但书，联合王国政府不反对列入《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 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

18. 联合王国政府同意评注第 2 段的意见，即备选案文 A 列出的制度(“自愿加入”制度)最能反映法院管辖权协商一致的基础。给予国际法院管辖权表示个别国家多少放弃管辖权；放弃管辖权最好分两个阶段确立，首先是接受规约，然后根据备选案文 A 单独接受法院对特定罪行管辖权。

第 24 条(法院在第 22 条方面的管辖权)

19. 联合王国政府认为，委员会也应当考虑，要求犯罪者所在地的国家接受法院的管辖权。根据现有的第 1(a)款的规定，不是一定需要这种同意。

20. 委员会应该审议第 1(a)和(b)款的草案是否全面。不清楚是否所有根据条约拥有管辖权可在自己的法院审判嫌疑犯的缔约国都需要接受国际刑事法院的管辖权，或者是有关条约的缔约国中任何一个同意就够了。联合王国政府猜想条款的意图是后者，但不认为这是可接受的，至少不能接受第 1(a)款。委员会必须审议第 1(a)款是否需要所有这种国家的同意。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

21. 从本条看不出在没有获得第 24 条或第 26 条规定的同意的情况下，安全理事会是否可向本法院提交案件，或者是否意指只有在有关国家接受法院的管辖权后本法院才对安全理事会提交给它的申诉有管辖权。如果要保留本条的主要内容，联合王国政府宁愿接受后一看法。

22. 然而，联合王国政府不相信载于评注第 2 段第二句的工作组的理解在本条款充分反映出来。委员会应该考虑更改第 25 条和第 29 条，使安全理

事会无权提出对指出姓名的个人的控告，而是只能要求检察官调查特定的情况。

23. 委员会应该考虑在规约的这一部分列入一项规定，规定在安全理事会在处理一项争端或情况时，属于该争端或情况范围内的案件不得提交法庭，除非获得安理会许可。

第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)

24. 联合王国对本条所有规定是否可取深感怀疑。关于第 2(a)款，刑事法院对于既不确定又有争议的非具体罪行具有管辖权，这是不可取的。若是说将由法院自己决定对于特定罪行是否有必要的国际一致意见，这也是不可取的(即使在起诉过程中，较之于被告有权知道他被指控的罪名，本条的规定是不够的)；即使法院最后决定该罪行不是“为整个国际社会所接受并公认的”，但他还没被定罪就已遭到起诉。

25. 委员会应该审议是否真的有第 2(a)款提到的那种在一般国际法下的罪行，如果有，则在本条中明白地列出。

26. 关于第 2(b)款，联合王国不赞成在规约中列入在国际条约中未准确界定的国内法下的罪行，例如 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》。此外，企图将管辖权限于“极其严重罪行”是不可能行得通的：“极其严重”没有下过定义，也不可能提出一般能同意的定义。

第 28 条(适用的法律)

27. 请委员会再次审议对作为“补充来源”的国内法的叙述。即使如联合王国所希望的那样决定删除第 26 条第 2(b)款，法院也常常必须诉诸国内法。一项犯罪(种族灭绝罪除外)的组成部分、适用的辩护和相关的惩罚(根据《规约》条款)都将是国内法范畴的问题。因此，重要的是指引法院考虑到适当的国内法：政府假定是在其境内(或其管辖范围内)犯罪的国家的法律。

第 29 条(申诉)

28. 请委员会考虑是否可以详细说明在提出申诉时至少需提供哪些支持文件。

第 30 条(调查和准备起诉书)

29. 该条第 1 款并未说明构成检察官起诉一案件的“充分理由”究竟为何。评注第 5 段和规约草案第 32 条的规定明确表明，标准是是否存在表面证据确凿的案件。联合王国政府的疑问是，确定表面证据确凿的案件是否就是起诉的充分理由。请委员会考虑各国国内法院的起诉惯例：联合王国政府的疑问是，在一个国际法院起诉的标准是否应低于国内法院要求的标准。例如在联合王国，除非认为存在定罪的现实前景，否则不予起诉。

30. 第 1 款规定院长会议可指示检察官起诉。请委员会考虑，在法院不顾检察官经过彻底调查后形成的倾向意见命令起诉被告时，被告是否认为自己获得公平和公正的审判。

31. 第 4(a)款规定，被调查者应被告知，他在答复问题时保持沉默，此种沉默在决定其有罪或无罪中不成为考虑的因素。联合王国政府完全同意这样的观点，即不应在没有其他证据的情况下，仅根据沉默就给一个人定罪。联合王国政府认为，绝不考虑被告是否保持沉默，这一点并不是公平审判的要素。在联合王国，刑法修订委员会 1972 年建议，在某些谨慎界定的情况下，从被告拒绝回答有关问题的事实中，应可得出推论，支持其他证据；英国议会目前正在审议以刑法修订委员会的建议为基础的法律。

32. 请委员会重新考虑第 2 和第 3 款的措词，因为这两款可被理解为，检察官可在缔约国和其他方的领土上直接传唤涉嫌者、受害者和证人，收集证据并进行现场调查，无须征求有关国家的合作。联合王国政府认为，只有在国家未履行合作义务或该国的刑事司法制度崩溃的情况下，这些权力才是必要和适当的。委员会以前的建议明确设想，应通过根据国际法律互助安排建立的合作机制收集证据(但是拒绝的理由较少并且当然不存在对等)。可以加强规约草案，以便在检察官和法院请求缔约国合作时使缔约国承担法律协助义务，并且区分接受的不同程度，而不是如第 63 条所规定交出涉嫌者。

33. 因此建议修订第 30 条第 2 和第 3 款，以便规定检察官有权要求：(a) 涉嫌者、受害者和证人到场回答问题；(b) 公布并提出证据，包括与申诉有关的任何文件和物证；(c) 现场调查。

第 31 条(起诉)

34. 第 31 条和第 62(a)条之间以及第 31 条和第 33 条之间的关系可能需要进一步思考。第 31 条指出,按照规约,在起诉仍处于准备阶段时,可根据法院发出的拘票或其他逮捕令或拘留令(临时拘票),逮捕或拘留一个人,并且第 62(a)条规定在紧急情况下,法院可要求临时逮捕。但是第 33 条却间接指出,缔约国逮捕和拘留拘票主体的义务只是在起诉书通知到被告本人后才产生。并不存在旨在就确保起诉前的逮捕或拘留进行合作的规定。委员会不妨考虑这一方面的情况。但是在他们考虑时,出于人权理由,在执行临时拘票和将起诉书通知被告这两者间不应有太长的间隔:例如,《欧洲引渡公约》规定了 40 天的限期。

第 32 条(起诉书)

35. 联合王国政府认为,将起诉确认之前院长会议必须考虑的“必要的支持文件”的要求细节这类事项归入法院规则是不够的。推定该词组或者指书面证词,或者指摘要。该条应具体说明所需证据的范围和向审判庭提交证据的方式。推定起诉书本身不包括证据摘要。

第 37 条(审判庭的设立)

36. 联合王国政府认为,审判庭法官人数定为 5 名颇为恰当。联合王国政府认为,审判庭的构成应由院长会议认为适当的任何方式决定。这样比让该问题按照硬性规则解决更好。

第 38 条(关于管辖权的争端)

37. 联合王国政府认为,评注第 5 段表述的观点,即必须允许被告在审判前对法院的管辖权提出质疑,应当采纳,人们认为存在的仅仅是体制上的障碍不应妨碍寻找解决办法。审理案件的审判庭应就该问题作出决定,或者如果在起诉确认之前(可能是在人被捕之后)就提出质疑,审判庭应当受理。

第 44 条(被告的权利)

38. 请委员会再次考虑能否区别不同的情况,以便决定是否举行被告缺席审判;联合王国政府认为,该问题不应如第 1(h)款所规定的那样由法院作出决定。联合王国政府认为不应举行被告缺席审判,除非 (a) 被告已获正式通知但本人选择不出

庭,而由法律代表出庭,(b) 被告已被捕,但是在审判开始之后结束之前逃脱。

39. 第 3 款是关于应向被告提供的资料。这里还要请委员会考虑在规约中列入关于检察官和法院职能的进一步详细规定。特别是,列入评注第 8 段的解释是有益的。

第 45 条(一事不再理(一罪不二审))

40. 请委员会再次审查提到“普通罪”的第 2(a)款。这项概念难以定义,最好的做法可能是干脆将其删除。

第 47 条(法院的权力)

41. 第 1(a)款和第 1(b)款提到法院有权要求证人出庭作证,有权要求提供证件和其他证明材料。上文第 30 条的评论大意是,在实践中,获得证人和证据的最容易接受并且最有效率的办法是请有某种义务协助的缔约国合作,考虑到这一点,建议最好提出法院有权发出命令,要求证人出庭作证并提供证件等。在评注中实际上使用了“命令”一词。这一点同样适合第 48 条第 1 款。

第 48 条(证据)

42. 联合王国政府提请注意其对上文第 19 条的评论,内容是关于规约提供进一步的证据规则的可取性。需要考虑的一个问题是,证人是否有特权不在法庭自证有罪。出现的问题是,尤其是证人,是否必须回答可能使其违反本国法律的问题。

43. 关于评注第 4 段提出的要点,看法是,鉴于本国法院对在法庭作伪证进行起诉面临的困难,最好在规约中为在法院作伪证这一问题作出规定。

第 53 条(适用的刑罚)

44. 第 2 款偏离了委员会先前提出的建议,这些建议提出刑罚应以可适用的国内法为根据,但有一项剩余规定,即如果对刑罚未作具体说明或所说明的刑罚不符合国际准则时,法院可规定刑罚。联合王国政府认为委员会应回到先前的建议。在其领土犯罪的国家实施的刑罚应当是第一参考点并应当遵守,上述保留情况除外。这种方式符合普遍接受的原则,即犯罪者应当知道他可能会得到的惩罚。

45. 关于第 4 款,请委员会考虑是否应指示法院注意罚金或没收的财产付出的顺序。关于(c)项,

评注第 4 段提到的规定是否能够实际运用这个疑问。是否需要信托基金也可商榷，也许法庭本身应当有权将钱直接付给受害者，或付给受害者国籍国，明确说明用于受害者的福利。

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

第 56 条(上诉的程序)

第 57 条(修改)

46. 联合王国政府赞成规定被告的上诉权利。但是联合王国政府认为，上诉庭设七位法官，人数太少，同进考虑到上诉庭法官将同审判法官同级。建议上诉庭至少有九名法官比较适当。

47. 关于给检察官上诉权利的可能性，则认为此种权利应限于具体的上诉理由，即根据某一法律观点或法院的判决提出。检察官不应有一般的上诉权利。

第 58 条(国际合作和司法协助)

48. 请委员会考虑可能需要哪些“暂时措施”。

第 62 条(临时措施)

49. 提请注意先前对临时逮捕的评论。就任何临时措施而言，法院的请求必须是一项正式请求，这样各国才能遵行。各国只能在本国法律允许的范围内作出反应，而国内法比方说，可能并不包括防止涉嫌者逃跑，除非临时拘票或拘票已经发出。国内法可能也对为搜查和获取证据规定了特别条件；多数国际法律互助协定都承认这一点。

第 63 条(向法庭交出被告)

50. 联合王国政府注意到，根据第 3(a)款，接受法院对有关罪行的管辖权的缔约国应立即采取步骤，逮捕被告并将其交给法庭。考虑到《公民权利及政治权利国际公约》第九条第四款的规定，联合王国政府认为，被告必须有权利在接到请求国家对逮捕和拘留提出质疑，不过可以提出质疑的根据应保持最低限度。因此采纳的观点是，已立即采取措施逮捕涉嫌者的国家，即使涉嫌者成功地行使了其对于逮捕和拘留的质疑权利，也已经履行了义务。

51. 第 3(b)款是关于一个缔约国，它也参与规定有关罪行的条约、但尚未接受本法院对该罪行之管辖权。联合王国政府对逮捕人的义务提出疑问。

如果国家当局尚未准备好立即提出指控，或在审查了案件后认为指控不大可能成功，在这时候逮捕人可能时机不成熟。

52. 第 5 款要求缔约国尽可能在考虑其他国家的引渡要求之前先考虑法院的要求。这偏离了委员会先前的建议，即在面临多重要求时，缔约国应有选择的自由，不过可以向缔约国提供不具约束力的选择准则，例如可建议给予法院的要求以特别考虑。此外，第 5 款的规定涉及根据第 2 款提出的任何要求：而接到要求的国家可能甚至还没有接受法院对这项或这类罪行的管辖权。请委员会考虑删除第 63 条第 5 款。不过，如开始所提议的那样，不具约束力的准则可能会有帮助。

53. 联合王国政府认为，第 6 款是有用的，第 64 条对特定规则的承认也是有用的。

54. 先前在评论中曾提请注意是否需要增加一项关于法律协助的条文，内中除其他外规定缔约国有义务遵守请求。要考虑的是，对尚未接受法律对一项罪行或一类罪行的管辖权的缔约国，是否要求其承担义务，或同等程度的义务。还有，规约最好能指示可能要求缔约国提供的法律协助的种类，即使所列清单并不完全，例如《联合国互助示范条约》第 1 条第 2 款所列的清单。

第 66 条(执行判决)

第 67 条(赦免、假释和减刑)

55. 请委员会考虑规约中是否应规定处理法庭定罪并判刑的犯人越狱问题所应遵守的程序。

美利坚合众国

[原文：英文]
[1994 年 6 月 2 日]

一般性评论

1. 美利坚合众国对国际法委员会 1993 年工作组感人的努力表示赞赏。由于某些努力，各国政府有了一个文件，它为审查这一复杂专题提供了一个有益的侧重点。

2. 这些评论必然是初步的，将来，美国政府可能还会提出进一步意见。但是，没有对规约草案的某一方面作出评论并不意味着美国赞成或不赞成国际法委员会具体拟订的条文。

3. 虽然工作组的报告阐释了美国和其他国家所共同关心的有关成立国际刑事法院的许多问题，但仍有一些重大问题没有得到解决。我们认为，不解决这些问题，国际刑事法院就不可能像国际法委员会所设想的那样为世界秩序作出贡献。因此，重要的是，国际法委员会在继续努力制订规约的过程中要考虑到会员国的意见，规约要以行之有效的国家司法或国际司法程序为基础，而不是取而代之。

4. 鉴于国际法委员会正在进行讨论，美利坚合众国政府促请委员会考虑下列几点：

(a) 国际刑事法院应当被看作一个补充设施，一种和正在发挥作用的现有执法关系不发生竞争的设施。换言之，它的存在应该只是为了处理有关国家认为需要这种机构审理的案件，照说这是因为没有其他机构更适合；

(b) 规约必须反映各会员国之间的协商一致意见。如果没有这种协商一致意见，条约就不会为足够多的会员国所接受，因而，这一重大努力就会失败；

(c) 鉴于需要取得协商一致意见，有必要避免在关于成立国际刑事法院的建议和制定危害和平与人类安全治罪法草案之间有任何联系。治罪法至今仍然是一个有很大争议和不完善的文件。只要它仍然如此，就不能作为一个国际法院管辖的依据；

(d) 必须谨慎对待法庭的预算和行政要求。法庭可能会消耗大量经费，特别是在利用它进行广泛调查或审理为数并非有限的案件的情况下。

5. 法庭的证据和议事规则应当得到缔约国的认可，并结合规约制定而不应由法院决定。在许多情况下，规则的内容可能和规约的内容同样重要。原因之一是，这种规则对被告的权利有重大影响，因此，必需符合有关人权和正当程序准则。

关于具体条款的评论

第一部分：法庭的建立和组成

第 1 条(法庭的建立)

6. 美国赞成国际法委员会 1993 年工作组所采取的通过一项对决定成为缔约国的会员国具有约束力的一项多边条约建立拟议中的法庭的办法。

第 2 条(法庭与联合国的关系)

7. 美国认为，不应将拟议中的法庭建立为联合国的一个机构，因为这样会需要对《联合国宪章》进行复杂的修订；然而，法庭和联合国仍然需要有一种明确关系。最好在联合国和法庭之间能缔结一项协定，因为这将便于合作。如评注中所指出，鉴于法庭的一部分管辖权将取决于安全理事会的决定，这一点特别重要。建立这种关系的一种适当办法是：联合国和拟议中的法院按照《联合国宪章》第 57 和 63 条签订一项类似于联合国和专门机构之间的协定的协定。

8. 美国认为，规约应当载述关于由缔约国“批准”法庭作出的可能具有财务或业务影响的重要决定的适当办法。要实现这一点，可在规约中明文规定应提交缔约国批准的具体事项。

第 3 条(法庭所在地)

9. 这个问题可在据以建立拟议中法院的公约中解决。或者，根据多数缔约国的意见确定。

第 4 条(法庭的地位)

10. 美国同意，由于预算原因，法庭只在需要审理案件时开庭。这并不意味着法庭将缺乏完成其任务所必要的长期性或权力。在这方面，缔约国很难预测法庭可能隔多久开庭一次。要求拟议中的法庭长久开庭会使其失去必要的灵活性，因而给缔约国造成不必要的负担。

第 6 条(法官的资格)

11. 美国认为，规约应当区分审判法官和上诉法官的资格。应当要求审判法官具有审判刑事案件的经验，而上诉法官则应当有审理刑事案件上诉的背景；考虑到这种法庭的国际法性质，在一个人具有其它有关经验的情况下，可能不必要要求他具有这种经验。

第 7 条(法官的选举)

12. 美国坚定地认为，为确保充分和公正的审查上诉，上诉职能应当独立于审判职能。因此，应分别选举这两种职能的法官。司法职位的候选人很可能具有担任一种或另一种职务的更多经验，因

此，分开选举可使缔约国确信能够通过适当途径获得有关专门知识。

13. 美国保留就 18 名法官这一限定人数是否适当的问题作出判断的权利。所需法官人数在很大程度上取决于缔约国对法庭所将审理之案件数量的预测以及法庭的总预算要求。

14. 法官应当由缔约国选出。

第 9 条(法官的独立性)

15. 法庭规则需要载列具体的法官服务准则，需要保持一种适当平衡，既允许非全时工作的法官有得到收入以维持生活的机会，又必须保证法官和法庭在表面和事实上的整体性。例如，应当允许法官教授法律或从事法律事务(虽然他们不得受理与法庭所处理问题有关的案件或从事与法庭的利益冲突标准不符合的活动)。他们不应当作为政府执法或立法部门的成员参加。他们是否可以担任国内法院的法官是一个应当探索的问题。

16. 需要有上述服务规则的重要原因之一是，法官候选人在不能预测他们的外部活动和收入将受到何种影响的情况下，可能不会报名参加有关工作。

第 10 条(院长和副院长的选举和职务)

17. 最好是由缔约国而不是法官选举院长和副院长。

第 11 条(暂停法官资格)

18. 美国认为，没有任何理由可据以限制被告要求暂停资格的法官人数。在普通审判过程中处理这种问题不应当有任何困难。检察官也应当有权要求暂停某一位法官的资格。其他法官也应当有这种权利。与其由审判分庭或院长会议辅助的审判分庭对这种问题作出决定，不如由整个法院决定。最后决定应根据多数票，即出席并参加表决的合格法官的过半数意见作出。

19. 在某些情况下，缔约国可能掌握着关系到一位法官是否应被暂停资格的资料。在这种情况下，应当有一种程序使这类缔约国能向法院提出要求有关审判分庭进行审查的动议。

第 12 条(书记官长的选举和职务)

20. 规约应当规定，可出于某种理由以法院多数票决定将书记官长免职。7 年的任期对这种职务

来说似乎有些过长，我们认为，5 年的任期可能比较合适，考虑到允许连选连任，特别是这样。

21. 法庭作为一种辅助设施应当有一个较小的专业人员编制，缔约国可根据需要商定扩大这一编制。这一基本原则应当既适用于书记处也适用于检察处。

22. 书记处的工作人员人数及其预算应当经缔约国核准。如草案中所规定，院长会议可授权任命不限名额的、照说应由缔约国的摊款支付费用的补充工作人员。或者，书记处应当每隔一年或较短的期间向法院院长详细报告其活动，同时提出下一阶段的开支变化概算。院长应当在书记官长概算的基础上向缔约国提出一个概算。

第 13 条(检察官处的组成、职务和权力)

23. 美国政府同意工作组的建议，即：检察官和副检察官应由缔约国选出。这种选举应当要求绝大多数票，例如，三分之二的缔约国投赞成票。

24. 然而，缔约国在不影响检察处的基本独立性的情况下必须可以监督其预算。因此，和书记处一样，检察处也应当定期提出概算由缔约国予以核准。

第 15 条(免职)

25. 规约应当在这一部分或其他部分中规定，可以长期生病或缺乏能力而不能履行职务为由解除法官、检察官或副检察官、以及书记官长的职务。

26. 鉴于赋予检察官独立地位的重要性，我们怀疑法院是否应当有权解除检察官或副检察官的职务。因此，我们认为规约应限制法院出于某种理由阻止任何检察官参加的权力，而由绝大多数缔约国决定是否应解除检察官或副检察官职务的问题。国际法院需要确定由缔约国紧急审议问题的办法和表决程序。

第 16 条(特权与豁免)

27. 这一条款应当修改，使它在不提及其他机构所使用标准情形下，明确规定具体人员或具体种类人员的特权和豁免。因此，法官和检察官(可能还有副检察官)在任何缔约国领土上履行与法庭工作有关的正式职能时应享有充分的外交豁免权。我们要给予检察官充分的特权和豁免是因为他或她可能会

作出需要这种保护的有争议的决定。所有提到的其他类人员在任何国家领土内履行和法庭工作有关的正式职能时都应当享有根据《维也纳外交关系公约》规定给予行政和技术人员的特权和豁免。

28. 还应当考虑谁应当能够暂停适用豁免的问题(我们倾向于采用“暂停适用”一词,而不采用“取消”一词)。有权决定暂停适用豁免的人通常应当是其豁免会受到影响的人的顶头上司。因此,最好是由检察长中止其他检察官或检察官处成员的豁免,而由院长(可能需要和法院其他成员协商)中止法院工作人员、书记官长及其下属人员、顾问、专家和证人的豁免。

第 17 条(津贴和费用)

29. 在法官的工作达到全时的情况下,应当有一种过度办法,使所支付的每日津贴不超过在同一时期通常所支付的全时工资。

第 19 条(法庭规则)

30. 如上边(第 5 段)所提到,美国认为,法庭规则应当结合规约制定,并在国际刑事法院成立之前由缔约国议定。审判前调查的进行、议事和证据规则以及为执行规约所“必要”的其他事项可能会对法庭进行公正和可接受诉讼的能力有根本性影响。对法庭的工作有这种影响的规则需要认真仔细地拟定;在作出了这种努力而其结果得到普遍赞同之前,不应当要求缔约国向国际刑事法院表示同意。

第 20 条(法院的内部规则)

31. 作为总的前提,我们同意法院应当有决定自己内部规则的余地。然而,必须认真确保这些规则不对被告的权利产生不利影响。如果法院的内部规则不需缔约国预先核准,那么,规约就应当规定:程序和证据规则(需要经过这种同意)在与法院规则发生冲突的情况下应优先于法院规则。

第 21 条(审查规约)

32. 虽然我们同意规定举行审查会议是可取的,但本条不应当提及《治罪法》。如上面(第 4(c)段)所指出,《治罪法》是一个有争议的文件,现在不能作为国际刑事法院的管辖依据,在最近的将来也不能成为这种依据。

第二部分:管辖权和适用的法律

第 22 条(条约界定的罪行清单)

33. 美国政府十分认真地审查了关于管辖权的条款草案。这无可否认是国际刑事法院提案的核心,必须十分审慎地拟定。在提出关于安排国际刑事法院管辖权的一系列建议时,我们都没有忘记需要争取使这一目标宏伟的项目得到非常广泛的支持。

(a) 战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪

34. 最近发生的一些事件表明,十分需要确保战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪不会不受到惩治。虽然国际起诉在多数情况下不能有效代替军事审判和军纪制度,但在有些情况下国内努力是不够的。因此,这类罪行是国际刑事法院管辖的适当主体。这些罪行是所有国家都十分关注的问题。这些罪行可能十分严重以致会震撼文明世界的良心,除此之外,这种案件对所有国家的重要性在很大程度上在于这种罪行可能造成威胁世界和平与安全的不稳定形势,或者是因为这种罪行和国际冲突相联系。正是因为与和平及安全问题的这种关系,美国得出结论认为,只有在安全理事会向法庭提交这种案件的情况下,这类罪行才应当是法庭管辖权的主体。

35. 同时,我们认为,这种案件不应当由个别国家向法庭提出。安理会非常适合判断在什么时候具体情况会引起国际社会的极大关注、因而需要进行国际(而不是国家)诉讼。另外,我们还担心,有些国家会出于政治目的要求法庭行使管辖权。

36. 美国认为,国际刑事法院适于对已经确立的战争法所涉及的罪行行使管辖权。由于 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约第一号附加议定书》的某些方面还没有得到足够的承认和接受,我们的结论是,《第一号议定书》不应当作为法庭管辖权依据的一部分。另外,在武装冲突方面,适用的战争法源于所有交战国都是其缔约国的条约。国际法委员会拟订的草案会准许未来冲突的交战一方以违反根据另一交战方不是其缔约国的一项法律文书所制定的战争法为由向国际刑事法院控告另一交战方的武装部队成员犯有尚没有被足够多的国家承认为罪行的罪行。这种结果应予避免。(另外,如下面(第 45 段)所述,我们认为,法庭对本来应根据一项现行部队地位协定解决的案件不应当拥有管辖权。)

37. 鉴于这些情况，美国政府支持设立一个国际刑事法院，使其只接受安全理事会就第 22 条(a)项和(b)项(一)至(四)目中所列法律文书阐明的罪行提交的要求调查和起诉的案件。除严重违反《日内瓦公约》的情况以外，我们认为还应当包括同样严重违反 1907 年《海牙公约》的情况。关于危害人类罪行，在没有一项为这种罪行下定义的适当法律文书的情况下，国际法委员会应当考虑拟订一个定义将其列入规约中，这个定义可以按照前南斯拉夫问题国际法庭规约第 5 条的形式拟订。在国际刑事法院方面，我们建议国际法委员会表明，不要求危害人类罪行只限于由武装冲突引起的、甚至是在武装冲突过程中发生的案件。

(b) 关于恐怖主义的公约所涉及的罪行

38. 美国政府还承认，就第 22 条(c)、(d)、(f)、(g)和(h)款中所列公约所涉及的罪行而言，在某些情况下如果没有国家机构或国家机构不足以解决问题，有一个检控犯有这类罪行的人员的机构原则上是可取的。但是，同时，由国际刑事法院管辖的可能性在任何情况下都不应妨碍或破坏向国内法院有效地起诉恐怖主义分子。遗憾的是，根据目前这一提案，发生后一种情况的危险是存在的。

39. 向国际刑事法院提交这种案件会有很多困难，其中包括：这种性质的法庭是否能够像国家政府那样有效地对复杂的恐怖主义案件进行调查。这种调查往往需要很多年和大量的资源，而国际刑事法院的检察官可能没有那么多资源。另外，一个法院最终可能会与合法的国家调查发生竞争或取而代之，或造成国家当局将本来可以由它更有效进行的调查任务推给国际刑事法院法庭进行。

40. 另外，对根据条约确立管辖权美国仍然有一些保留意见，有关条约在许多方面没有提供精确的罪行定义，而只规定了协助行使国家管辖权的义务。通常，罪行和辩护的重要要素都是由国家管辖的。如果法院要满足法无明文不为罪的要求，规约以及证据和程序规则就要在罪行和辩护要素问题方面向法院提供适当指导。

41. 国际法委员会和成员国需要认真考虑是否能够克服这些困难以便证明将恐怖主义列入国际刑事法院的管辖范围是正确的。美国政府保留就这是是否可能的问题作出判断的权利，但希望国际法委员会能够在问题的分析方面取得进展以帮助联合国会员国进行进一步讨论。

(c) 保护维持和平人员

42. 美国满意地注意到，联合国在拟定关于袭击联合国维持和平人员和其他辅助人员的责任的公约方面正在取得进展。如果这样一项公约生效，应当考虑将公约所涉及的罪行列入法院的管辖范围。国际法委员会现在应当考虑一旦这项条约生效将这些罪行列入法院管辖范围的办法，并由缔约国决定它们是否希望将其列入规约。

(d) 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》

43. 美国认为，第 22 条不应当包括《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》。这项公约所针对的主要是一种特殊情况，即南非的种族隔离制度，而这种制度现在已经取消。这项公约在通过时就有争议，没有得到广泛支持，部分原因是对其主体的罪行没有足够精确的定义。

第 23 条(国家对第 22 条所列罪行管辖权的接受)

44. 关于规约草案所提供的三种备选案文，我们倾向于采用备选案文 A，因为，如在评注中所指出，它最好地反映了法庭管辖权的协商一致基础。

第 24 条(法院在第 22 条方面的管辖权)

45. 法庭务必不要取代或破坏现有的仍在发挥作用的执法关系。因此，不应当允许国家逃避现行引渡公约所规定的义务，而将案件提交国际刑事法院。另外，根据武装部队地位协定或类似协定本来应当接受本国法院管辖的军事人员不应当由国际刑事法院法庭审判。成立一个法院的最迫切原因是如不成立则犯有最严重罪行的人员不会得到惩罚；在有些人员本来应当由国家机构进行审判和给予惩罚的情况下，如果由法院进行干预，它就会成为一个竞争机构而不是一个辅助机构。

46. 一般来说，刑事诉讼由国家机构进行较合适。这样说有许多原因：国家法院诉讼的适用法律通常很明确；依据熟悉的先例和规则进行的诉讼不会那么复杂；诉讼和辩护费用可能不那么高；证据和证人一般比较容易获得；语言问题最小；地方法院可利用现有手段强行取得证据和证言，包括实行有关伪证的规则。国际刑事诉讼几乎总是比国家诉讼更复杂，费用也较高，而且，并不一定作出更公正的判决。

47. 鉴于这些情况，有必要规定适当办法以确保在国家提出案件、而且愿意和能够进行国家诉讼的情况下，有关诉讼就最好由国家而不是国际刑事法院进行。特别报告员关于《危害人类和平及安全治罪法》草案的第八次报告中承认了这种优先选择，¹ 该报告比 1993 年工作组拟定的草案要求更广泛的同意。

48. 美国政府建议修改第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)以便扩大规约中目前所反映的非常有限的同意制度的范围，使其包括在诉讼方面有重大利益的国家。具体而言，在第 22 条(c)、(d)、(f)、(g)和(h)项范围内的每一个案件中，规约都应该要求得到罪行发生地国或受害者国籍国的同意(或者，在受害者属于许多国家的情况下，应当要求得到与其利益有最重大关系的一个或一些国家的同意)。罪行发生地国几乎在任何情况下都对有关罪行拥有管辖权，对任何犯罪者的诉讼和它都有很大关系。在恐怖主义案件中，受害者所属国家往往是袭击的目标；因此，对被控犯有罪行的人员进行的审判和该国有特别重大的关系。

49. 美国不反对要求预先得到拘押国的同意。但是，在和一项诉讼有利害关系的国家中，有关诉讼对拘押国不一定有最大的利害关系。实际上，逃犯在该国的存在可能只不过是偶然的。传统的引渡惯例特别重视拘押国的作用，但是，在目的是确定有强有力的理由在本国进行诉讼而按照其意愿不应当由国际刑事法院进行诉讼的国家的情况下，这种重视可能不适合作为依据。

50. 在任何情况下，如果一个拘押国行使拒绝将被告交给国际刑事法院的权利或不同意由国际刑事法院进行诉讼的权利，就必须要求该国(如果它对有关罪行有管辖权)将有关案件交给它的有关当局提起诉讼，或将被告交给另一个愿意提起诉讼的国家。

51. 另外，和拘押国有适用的引渡协定的任何国家，或者根据拘押国国内引渡法的规定可要求引渡的任何国家在国际刑事法院受理案件之前都应当有机会争取引渡。如果拘押国没有义务也不打算向请求国引渡(或根据引渡条约的条款没有义务进行诉

讼)，或通过引渡得到逃犯的国家由于任何原因在合理的一段时间内不进行诉讼，国际刑事法院可接管有关案件。

第 25 条(安全理事会提交本法院的案件)

52. 如上面(第 34 和第 37 段)所提到，美国认为，只有安全理事会有权向法庭提交关于战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的案件。另外，第 29 和 30 条应当修改以明确：在安全理事会采取行动以前，不可对这些类案件开始进行调查，也不可起诉。

53. 美国政府感兴趣地注意到评注中所表示的一种意见，即：安全理事会一般不会为了对个人进行控告而提交一个“案件”，而更经常的是向法庭提出一种情况。安理会一般只应提交情况，然后由检察处进行调查。但是，我们认为没有理由阻止安理会在适当情况下提交具体案件供国际刑事法院考虑。在这类情况下，安理会不会要求提起诉讼，而是将案件提交检察官处理。如果检察官认为案件不涉及犯罪行为，他或她就没有义务进行起诉。

第 26 条(在第 22 条未包括的案件中国家对管辖权的特别接受)

54. 美国政府不赞成将一般国际法所涉及罪行或国家法律所涉及、适合按多边条约规定处理的罪行列入国际刑事法院的管辖范围。“一般国际法所涉及的罪行”的概念不够明确，让国家以此为依据提起诉讼欠妥，可能会徒劳无益。如上面在第 37 段关于第 22 条的评论中所说，我们准备将危害人类罪列入法庭的管辖范围，这种罪行在国际习惯法中有足够明确的定义。美国也愿意考虑关于将在国际习惯法中有特别明确定义的其他罪行及列入管辖范围的任何建议。

55. 美国政府不赞成将适合按《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》的规定处理的、和毒品有关的罪行列入管辖范围。它同意许多国家在第六委员会的辩论中所表示的意见，即：这项公约的具体程度不足以使它成为向国际刑事法院提起刑事诉讼的依据。而且，即便可以弥补这一缺陷，我们也不相信可以找到一种办法可以除其它外确保法庭只会审理最重大的毒品案件；相反，法院很可能会忙于处理很多案件，但这又会引起各种资源问题。这样，可能用不了多久，法庭就会变成一个专

¹ 见《1990 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 40 页，A/CN.4/430 及 Add.1 号文件，尤见第 58 页，第 84 段。

门审理毒品案件的法院，而不是审理对世界社会十分重要的其他案件的法院。

第 27 条(控告侵略)

56. 即便安全理事会已经事先确定有关国家犯有作为控告主体的侵略行为，美国政府也不会支持控告侵略的起诉。虽然安理会是负责确定非法侵略与合法自卫差别的国际政治机构，但侵略罪作为国际刑法的一个主题事项还没有足够明确的定义，不能作为国际刑事法院管辖的依据。另外，控告侵略主要是国家的控告，不是个人责任。最近在确定具体武装冲突是否国际武装冲突方面所遇到的困难就是定义问题的例子，这也是在确定侵略定义方面遇到的问题。

第 28 条(适用的法律)

57. 美国对提到“一般国际法的规则和原则”以及“适用的国内法”感到关切。不论是在规约还是在评注中都没有说明刑事法院可能参照这些法律来源的目的。适用国内法的某些要素以补充条约(或程序规则和证据规则)所具体阐明的罪行要素是不可避免的，除非有国际法院可参照的更完善的国际法。例如，所列条约中提到的罪行通常会由国家法院结合国内法律原则，往往是根据阐明罪行要素、有关辩护和其它事项的国内立法给予解释。但是，这种缺乏更详细国际法的情况引起一些严重问题和关注。我们倾向于结合规约为国际刑事法院制定补充法律原则。

58. 如果依靠国内法是必要的，那么，应当适用哪一国家的法律，作为犯罪地点的国家的法律，还是作为被告国籍国的法律，还是被告所在地国的法律？刑事法院是否要博览所有国家的有关法律，然后总结出如《国际法院规约》第 38 条(c)款所承认的一般原则？这些是需要国际法委员会进一步分析的问题。

59. 最后，除非在规约中给予明确，否则，在决定和规约所涉及的许多条约条款的解释和适用有关的问题方面，国际法院和国际刑事法院在管辖范围上就会发生重叠。因此，两个法院很可能考虑同样和类似的问题。当然，规约缔约国可以商定只向国际刑事法院提出这样的问题，但是，这不能排除其它国家可能向国际法院提出同样或类似问题。

第三部分：调查和起诉

第 29 条(申诉)

60. 不应当允许各国选择什么时候履行规约的一般义务。如果一个非缔约国能向国际刑事法院提交案件，但该国又没有任何条约义务要求它在法律援助问题上与法庭合作，这就特别不合适。而且，美国也反对给予非缔约国向法庭提交案件的权利。只有为法院的活动支付费用的国家才能作为申诉国。

61. 如上面(第 34 和第 37 段)所提到，美国政府的结论是：应当只允许安全理事会向国际刑事法院提交涉及战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的案件。因此，除非是由安全理事会所提交，否则，法院不应当接受有关第 22(a)项和(b)项第(一)至(四)目所列法律文书所涉及罪行的申诉。

62. 规约应当规定，在调查开始前，如果不是确定，也应当表明管辖级限，而不是按照第 38 条(关于管辖权的争端)等到审判开始前前夕才提出这个问题。至少，应当要求申诉国说明管辖问题，这样，检察官或法庭才能够在管辖方面有严重问题的情况下拒绝或推迟审理案件。为避免浪费调查资源，应当要求根据规约有权不同意(因而取消诉讼)的所有有关国家在指定的较早时间作出选择，可以是不可改变的选择，也可以是临时选择，但不影响被告对法庭的管辖权提出质疑的权利。另外，必须给有关国家留出适当的时间以决定是否同意。

63. 还需要进一步考虑院长会议的作用和职能，特别是在院长会议要履行本应由法院审判庭履行的司法职能的情况下。工作组的一位成员提出建立一个“起诉分庭”的可能性(见第 29 条，评注 6)。第 30 条(调查和准备起诉书)第 1 款规定，院长会议可命令检察官进行他或她已经拒绝的起诉；第 32 条(起诉书)第 2 款载明，院长会议决定起诉证据是否充足。根据第 30 条第 1 款授权法院命令进行起诉，可能会构成对检察官独立性的侵犯，因此，我们倾向于限制法院在这方面的权利，使它只能要求重新考虑问题。

第 30 条(调查和准备起诉书)

64. 为避免可能的滥用法庭调查权以及浪费财力和人力，应当使拒绝调查的标准(第 1 款规定“除非检察官断定不存在可能由法院采取行动的理由”)

不那么严格。另外，应当规定在检察官拒绝起诉的情况下可保留资料或证据以备将来可能使用。

65. 第 2 款规定，检察官应有权要求某些人员到场并提供情况。本条和第 58 条中所规定的缔约国与法庭合作的义务，例如，在法庭发出传票要求公布和提供证件或证据后给予合作的义务应当更明确。

66. 虽然在第 4 款中可假定这一点，但最好在涉嫌犯罪者的各种权利中明确加上在审问时被告知他或她是涉嫌犯罪者的权利。

67. 因为战争罪、危害人类和灭绝种族罪的案件应当只由安全理事会提交(见上面关于第 22 条的讨论)，应当重新起草本条以考虑到由国家提出和由安理会提交案件的差别。

第 31 条(起诉)

68. 我们建议授权检察官在他断定案件表面证据确凿的情况下，而不是像规约所规定的在断定“有充分理由起诉”的情况下准备起诉书。这 and 第 32 条是一致的，该条要求为确定需要起诉案件必须有确凿的初步证据。检察官应只在他或她确实认为法院将认可起诉的情况下提出起诉。

69. 除第 1 款所规定资料以外，起诉书还应当阐明证明犯罪要素的所称事实。起诉书中还可包括对管辖依据的说明。起诉前逮捕的条件(“充分理由相信”)应当予以澄清。这看起来相当于合理依据(美国所采用的标准)，但很难判断情况是否如此。

70. 规约规定由法院决定起诉前拘留期限。许多司法制度、引渡条约中关于临时逮捕的条款以及国际人权标准(例如，《公民权利及政治权利国际公约》第九条第三款)允许规定期限或“合理”期限的拘留。如果检察官不能争取及时起诉，例如，不能确立表面证据确凿的案件，长期拘留是否适当就值得怀疑。因此，不妨修改第 31 条以明确只允许“合理”期限的拘留。

第 32 条(起诉书)

71. 我们怀疑肯定起诉书的法官是否应当审理有关案件或上诉。规约或规则应当规定在肯定起诉书后对其进行修正和密封起诉案卷。据推断，将根据对作为“支持文件”的一部分所提交证据的审查确定是否存在表面证据确凿的案件。但是，从规约

的文字来看，必须初步确定哪些事实以及如何界定“表面证据确凿”是不明确的。

72. 为使法院能够控制法庭的备审案件，我们认为，法院应当有权决定拒绝审理国家提交的根据国际法委员会将制定的适当标准原本符合规约要求的案件。这类标准可以包括案件最好是由国家审理，或其重大程度不值得引起国际刑事法院的注意。

第 33 条(起诉通知)

73. 本条应当结合第 58 条(国际合作和司法协助)和第 63 条(向法庭交出被告)理解。规约区分了两种国家：在有关罪行方面已接受法庭管辖、被命令发出必要通知和(或)进行逮捕的缔约国和在有关罪行方面没有接受法庭管辖、只被“请求”在这方面给予合作的国家。我们同意，对于在有关罪行方面没有接受法庭管辖的国家，法庭应只能请求该国在送达起诉书和拘留被告方面给予合作。在第 58 条中也应反映出国家义务的这种有限性。

第 34 条(指定协助检查的人员)

74. 特别是因为法庭只是临时性地发挥作用，检察官的工作人员有限，所以将需要能够指定人员协助起诉工作。由于检察官在和地方法律有关的问题上可能需要协助，这种权力也是必要的。从案文来看，不清楚的是本条是否适用于起诉前调查(应当适用)。

第 35 条(审前拘留或保释)

75. 规约或规则需要明确下列问题：确定在审判前是否应当对有关人员进行拘留或给予保释的标准、拘留的期限和要求进行审查的权利。鉴于法院可能审判的罪行的性质，考虑到逃跑和造成的危险的可能看来是恰当的，同时，这种考虑往往会导致作出不释放的决定。规约或规则还应当说明这些规定也适用于起诉前的程序。不清楚的是：拘留地点是否应当只限于所在地国；如果法庭要同时审理许多案件，这种限制可能造成困难。

第四部分：审判

第 37 条(审判庭的设立)

76. 正如在有关第 7 条的评论中已提到，应该修订《规约》，以便在初审和上诉法官之间有明确

区别。关于审判分庭的组成问题，我们倾向于在专门挑选的初审法官之间每年或按照其他时间期限轮换的做法(但注意到符合保留审理某一特别案件的法官小组的组成的需要)。在初审和上诉法院之间不应该轮换。

77. 关于第4款，我们承认取消申诉国或被告国籍国的法官的资格是一棘手问题。尽管消除不公正的任何污点是合理的目标，但这一禁止规定会在诉讼中排除可能的有关地方法律专家。因此，我们主张删除第4项。

第38条(关于管辖权的争端)

78. 管辖权声明及其基础应载入起诉书。也应批准在逮捕或起诉时对管辖权提出的预审质疑。

79. 没有必要让任何缔约国对管辖权提出质疑，这样只会使诉讼复杂化。然而，我们认为任何感兴趣的國家应该可以在诉讼起初提出这样的质疑。这样的國家可以是声称根据《规约》具有同意的任何國家、被告的国籍國、受害者的国籍國、罪行发生地國(或若干國家)和被告所在國。

第39条(审判庭的责任)

80. 《规约》适当准许在审判前向被告透露证据和在被告方与原告方之间交换资料。这有助于审判更为有效，提高被告准备辩护的能力。然而，法院也应有权颁布保护命令和采取其他措施，解决对被发现之事物的范围或性质可能产生的合法关注。此外，需要制定程序，保护各政府所提供的敏感资料的透露(见以下有关第47条和第48条的评注)。

81. 程序和证据规则应规定有关处理开脱罪责的证据、前科、证人名单、辩护及有关事项的细节。

82. 第2款应结合第44条(被告的权利)予以理解。该款指出审判分庭“可”下令向被告方公布证据，同时“考虑到”第44条第3款。这可能意味着审判分庭实际上将(即被授权)保证开脱罪责的证据能得到透露，而不只是可能会这样做而已。

第40条(公平审判)

83. “迅速”审判是一重要提法，不妨在《规约》或《规则》中予以强调，办法在于不仅包括“迅速审判”的明确要求(该要求载于第44条，即

在“没有不适当拖延”的情况下受到审判的规定，这是以《公民权利及政治权利国际公约》第十四条第三款(寅)项为依据的)，而且还应该载有被告在被逮捕后正常审判所需要的时间标准。

84. 该条只有在为了保护证人的情况下才容许诉讼程序以非公开方式进行，但是还涉及到更大的问题，如需要保护各政府提供的敏感资料(见下文有关第47和48条的讨论)。

第41条(合法性原则(法无明文不为罪))

85. 法无明文不为罪是一关键原则。它构成的问题是难以付诸实施。达到这一标准对“一般国际法”所指的罪行造成了特别问题，因为在许多情况下一般国际法缺乏明确的定义，因而可能危害公平和有效的起诉。我们不希望法庭根据构成一般或习惯国际法的有争议的概念临时确定是否有罪。

第43条(无罪推定)

86. 《规约》没有规定证明有罪的证据标准。评注认为再也提不出合理的疑问并不一定是标准。《规约》应该制定一项标准，而不是让该问题未可确定。美国认为这样的标准应该是严格的，如“再也提不出合理的疑问”(无论如何表达)。

第44条(被告的权利)

87. 美国代表团感兴趣地听取了在第六委员会就《规约》是否容许缺席审判的问题进行的辩论。“缺席”是指被告从来不出庭。美国的制度不容许这种缺席审判，但是在有些情况下，被告开始时出席然后自愿缺席的审判是允许的。

88. 我们意识到若干法律制度允许某种形式的缺席审判，而且这种审判可能在某些情况有利于维护受害者的权利。尽管如此，经过权衡，我们的结论是，缺席审判争议太大，不应该成为诉讼程序的一部分。最有效和公平的起诉通常是提出有力的辩解，缺席审判通常不会是这样的情况。当拘留被告发生困难时国际刑事法院不应该试图走缺席审理案件的捷径，这一点十分重要。相反，应尽一切努力确保各国履行交出逃犯的义务。

89. 第1款(h)项是成问题的，因为被告的缺席将常常取决于意愿，因此是故意的。所以，在被告不肯自愿出庭的任何案件中，还得容许缺席审判。

鉴于我们反对缺席审判的理由，我们不能支持这样的条文。

90. 美国注意到，前南斯拉夫问题国际法庭规约根据《公民权利及政治权利国际公约》第十四条第三款(卯)项载有审判时被告在场的权利。《规约》或程序规则应涵盖起诉后的“自愿”缺席，和在法院向被告提出警告后，由于他或她继续捣乱因而有理由将其排除在诉讼程序之外，取消其出庭的权利。

91. 除了缺席审判的问题外，我们支持该条，它体现了《公民权利及政治权利国际公约》。第 44 条(g)项要求不强迫被告作证或认罪。也应该考虑保证被告的沉默不能被视为有罪的证据。

92. 美国注意到对第 39 条的评注第 2 段谈到获得同声传译服务的“权利”。虽然同声传译总是比较可取的，但这不得被视为一项绝对的权利，因为有可能会出现无法提供同声传译的情况。

第 45 条(一事不再理(一罪不二审))

93. 关于该条需要解决若干问题，包括是较轻还是较重罪行涉及到同一罪名手两次审理的问题。如果所涉行为使此人受到先前起诉，但并不是因为现在所指控的具体罪行，那将怎么办？是否应该要求，先前有了的审判以后还得根据案情作出是否再理的决定？

94. 美国政府同意“虚假”的先前起诉不应剥夺法庭的管辖权的意见。我们注意到国际法委员会 1993 年工作组在这方面采纳了前南斯拉夫问题国际法庭规约中使用的形式。南斯拉夫法庭的经验对于确定这种形式在实际中是多是坏将有相关作用。

第 46 条(保护被告、受害人和证人)

95. 我们认为规则将需要提供法院可能采取的“措施”的细节。尤其是虽然保护受害者至关重要，但是从另一方面考虑，被告必须有真正的机会审查针对他的证人。

第 47 条(法院的权利)

第 48 条(证据)

96. 第 47、48 条与第 58 条(国际合作和司法协助)之间的关系需要予以澄清。虽然缔约国将有义务合作，执行法院的命令，提供证人和证据，但是国家法

律制度将能在多大程度上予以遵守，这一点不清楚。由于法庭因缺乏对拥有必要证据的人的个人管辖权，必须依靠缔约国执行法庭的命令，因此，这将会经常产生一系列有关国际刑事法院与缔约国及其国内法院之间的关系的问题。在每个案件中，法庭将在国际司法援助的领域里运作。其《规约》和规则必须体现对该领域提出有效起诉至关重要的灵活性。

97. “完整的审判记录”(第 47 条第 2 款)应理解为指逐字记录或录像/录音带以及各文件的副本，而不仅仅是法官或书记官对审判程序的记录。

98. 为了使宣誓要求(第 48 条第 2 款)有意义，法庭必须有权起诉作伪证的证人。我们认为，要求各国惩治在国际刑事法院犯有伪证罪的人可能是不切实际的解决办法。

99. 第 48 条第 5 款为拒绝(“通过构成严重侵犯国际上保护人权的非法手段直接或间接获得的”)证据规定了相当低的临界标准。国际法委员会一些成员提出的评注第 6 段建议，也应拒绝采纳通过违反国际法所获取的证据。我们认为重点必须放在交给法庭的证据是否可靠方面。人们对构成严重侵犯人权或国际法的内容可能有分歧；我们认为国际法委员会应该详细说明根据这些标准拒绝证据将会造成什么样的局面。使用该资料，各国将得以确定是否能够支持其中的一种提法。

100. 国际法委员会应进一步考虑如何处理或公布涉及国家安全的资料的问题。具体说，将需要允许一个国家斟酌决定，拒绝提供与其安全有关的资料，尽管法庭提出要求获得这种资料，此外，应该制定程序，保证一国可以向检察官公布敏感资料，而不必担心未经该国同意这些资料将会透露给被告和被告律师。如果这些规则健全，它将极大地帮助扩大缔约国与法庭之间的合作范围。如果对如何使用或公布敏感资料无法确定，各政府对向法庭提供某些类型的宝贵资料可能会犹豫不决。

101. 毫无疑问国际法委员会将希望考虑国家安全所涉影响，因为它们影响到若干关联到下列方面的其他条款(第 44 条和第 46 条)：法院关于公布证据的命令(第 39 条)、公平审判的要求(第 40 条)，以及被告的权利和保护被告的措施(如第 44 条和第 46 条)。

第 49 条(审讯)

102. 这里有一系列问题没有处理，如法院对结案时原告提出的证据是否充足作出裁决的机会和

进行盘问和再直接询问等问题。评注第 2 段说，规则将载有额外程序。国际法委员会将需要考虑这些问题中的有些问题是否应该体现在《规约》中；如果不体现在《规约》中，它们将毫无疑问必须体现在规则中。

第 50 条(法定人数和有决定权的多数)

103. 尽管经多数表决作出裁决是一敏感问题，但原则上我们希望全体 5 名法官在整个审判期间出庭，特别是考虑到法官既是事实又是法律的裁决者。我们提议对该条款作相应修改。

第 51 条(裁决)

104. 《规约》应允许法院法官(审判法官和上诉法官)发表不同意见和同意意见。使持异议的法官能够质疑多数人的推理将有助于保证多数人的决定具有充分根据和经得起公开推敲。

第 52 条(判决)

第 53 条(适用的刑罚)

105. 美国认为程序规则需要就与判罪有关的问题作进一步的细节规定。我们还敦促考虑通过统一刑罚规定，以便法院不需要研究国内法和寻求依据。这样的规定将有助于法院保证犯类似罪行的人被判类似的徒刑。

106. 第 53 条草案似乎允许法庭对各国内的个人，甚至政府财产行使管辖权和扣押。这可能需要在国家法院采取相应的执行行动。这样的诉讼会很复杂。虽然我们坚决支持通过没收和恢复财产来对受害者进行补救，但这证明是国际援助中最困难的领域之一。因此，《规约》可能需要予以修改，以体现下列事实，即涉及到需要在各国执行的有关财产的法院命令可能需要根据国内法由国内法院进行审查。

第五部分：上诉和复审

第 55 条(对裁决或判决提出的上诉)

107. 虽然根据美国法律原告对宣布无罪的判决提出上诉的可能性有限，但我们承认这在其他国家是允许的。至少我们认为由原告仅凭上诉阶段的新证据试图推翻判决是不恰当的。

第 56 条(上诉的程序)

108. 正如上文(第 76 段)已经指出，我们建议法院分别设立审判和上诉庭。(还请见上文涉及第 51 条有关反对和同意意见的评论。)

109. 关于上诉程序需要有更具体的规定：法院能否审理新发现的证据？上诉是否主要以情况的简要介绍为基础，还是可以进行口头辩论？法院能否征求缔约国的意见？在何种情况，上诉庭可将案件发回，供进一步审理？

第 57 条(修改)

110. 《规约》对检察官能否申请改判的问题没有定论。允许检察官有无限的权利，申请推翻宣布无罪的判决，特别是当上诉阶段已经结束时，对此美国持严重保留。国际法委员会应澄清在何种情况检察官申请改判是恰当的。

111. “法院的判决”的提法可设想为与发现有罪或无罪有关。用这一补救办法申请对一审判决进一步复审通常是不恰当的。这一规定是否包括发现清楚表明法院缺乏管辖权的新事实，这一点不清楚——美国认为应予包括。

第六部分：国际合作和司法协助

第 58 条(国际合作和司法协助)

112. 第 2 款要求在特定罪行问题上接受法院管辖权的缔约国对国际刑事法院要求援助的“命令”或“请求”作出反应。进行合作的这一义务包括提供证据和逮捕、拘留以及交出被告。然而，就体现下列问题的义务没有任何限制，如正在进行的刑事诉讼、国内宪法要求、对受害者或证人的安全的损害和充分说明提供证据的需要。作为一个实际又是一个法律问题，除非这类问题得到澄清，国家与法庭的合作不可能一帆风顺(在有些方面根本不可能合作)。如果不澄清，各国将自己决定它们进行合作的义务程度，很有可能导致不协调的结果。

113. 一般而言，有关国家如果不接受国际刑事法院对导致需要合作的罪行有管辖权，则不应要求它们在法律援助事务方面进行合作。尽管应该期待各缔约国在多数情况合作，但规定一项法律义务与国际刑事法院的提案的两愿性质不相符。

第 60 条(磋商)

114. 该条规定的磋商义务含糊其辞。由谁和为何目的进行磋商，这不清楚。为什么在审查会议之前通常在缔约国之间进行正式磋商将是必要和有用的，这一点也不清楚。

第 61 条(联系和文件的内容)

115. 该条应该规定，缔约国将确定谁为联系目的的主管国家当局并将照会书记官长。

第 62 条(临时措施)

116. 鉴于逮捕个人和没收财产涉及到相当复杂的法律问题，该条款必须扩大到涵盖至少在标准引渡条约中解决的问题。例如，该条需要明确规定要求的形式和内容。它应该规定，临时逮捕的目的是等待向该国提出逮捕要求交出的人的正式要求(以及相应的文件)，如果在规定的“合理”的时间内没有收到这样的正式要求，该个人将被释放。

117. 《规约》带来的困难之一是处理逮捕的各项条款没有明确的相互联系。第 31 条规定“起诉之前”逮捕，尽管该条把逮捕作为开始审理一个案件所必须的程序要求的一部分而不是“引渡”进程的一个独立内容；第 62 条对于它与第 31 条的关系含糊其辞，需要进一步详细规定，第 63 条涉及到交出被告的义务而不是实现这一点所需的职能步骤。

第 63 条(向法庭交出被告)

118. 第 63 条和关于起诉通知的第 33 条之间确切的相互关系需要予以澄清。此外，该条应该具体说明在提出移送被告的要求时需要提供何种文件。对传送证据或证据的扼要说明没有作出规定，加上需要逮捕国采取“立即步骤”，这表明 1993 年工作组没有考虑到在被要求国的司法程序的需要。美国(我们怀疑其他国家也一样)未经司法程序不能把人交给另一政府或实体。根据美国法律，这样的程序具有宪法意义，因此，我们只能参加考虑这一需要的刑事法院结构。

119. 正如在上文有关第 22 条时已经指出，应该尊重国内起诉，包括遵守协助国内起诉的现有引渡义务。因此，第 63 条规定的移送被告的义务应予以修改，以体现这一基本处理办法。

120. 尽管《规约》规定，如果被告正受到起诉或服刑，允许推迟移送被告，但不妨也包括一条允许临时移送被告的款项。由于证据的获得和新鲜程度以及证人的记忆力受到限制而被告的刑期又很长，有时应该向法庭临时移送被告以供审判。美国常常在双边引渡条约中载有这样的条款。

121. 总之，需要进一步审查和分析《规约》对交出被告的义务采取的处理办法及其与现有引渡条约的相互作用。

第 64 条(特定规则)

122. 第 2 款规定提供的证据不应用于提供证据的目的以外的任何其他目的。最好由提供情报的国家要求对它所认为值得特别程序的证据给予这一待遇，而不是把这一待遇作为绝对的要求，由法院向受影响国提出放弃的要求，从而增加法院的负担。

123. 该款也可以理解为检察官甚至不能透露一案件中与被告有关的开脱罪责的证据，只要该证据与另一案件有关。对使用证据的这种限制可能会严重影响被告的权利。

第七部分：判决的执行

第 65 条(承认裁决)

124. 美国假定这一条款的目的主要是作出规定，让课以罚款或命令归还或没收财产的判决生效。鉴于为法院设想的管辖办法，美国认为承认法院判决的义务的要求应限于承认国际刑事法院对所涉罪行有管辖权的国家。这是因为强迫一个国家根据其国内法执行基于该国不承认的罪行的命令是不恰当的。

第 66 条(执行判决)

125. 规则应该为第 4 款设想的“监督”制定准则。作为一般事项，只要法院确信某一特定国家的教养制度令人满意，监禁的细节通常应由该国负责。法院应该监督根据有关国际法标准为监禁制定的基本准则是否得到遵守。

第 67 条(赦免、假释和减刑)

126. 看来该条就法院是否应该按照国内法对有关赦免、假释和减刑问题作出决定有些混淆不

清。由监禁国的国内法律对这些问题作出决定可能会造成不公平，因为犯下同样严重罪行的人尽管每人受到同样的判刑，但实际监禁的条件可能不同。同时，以监禁国的国内法为指导会带来方便。

127. 程序规则就这些问题制定基本的准则，并应由法院审议这些规则以及监禁国的法律。第 4 款应予删除，因为该款允许监禁国过多自由裁量权。

南斯拉夫

[原文：英文]

[1994 年 3 月 10 日]

一般性评论

1. 南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)政府愿意就需要设立这个法院问题本身作出一些一般评论，并提请秘书长注意它就该问题已采取的立场。

2. 南斯拉夫联盟共和国外交部长在 1993 年 5 月 19 日的信(A/48/170-S/25801)中承认需要设立一个常设国际刑事法院，同时，他表示不同意设立一个特设国际法庭专门控诉对前南斯拉夫领土内严重破坏人道主义法负责的人。南斯拉夫联盟共和国认为，通过此一法院扩大国际立法的现有制度，一方面促进争端的解决，另一方面使国际社会能够成功地使用压制和预防任何威胁行为的所有措施，是符合国际社会所有成员的利益的。

关于具体条款的评论

第 1 至 4 条

3. 设立国际刑事法院有下列三条可能途径：从成立一个新机关的意义上修订《联合国宪章》、大会通过一项决议，以及缔结一项多边公约。其中最佳的解决办法也许是通过《宪章》的一项修正案，使该法院作为联合国的一个机关设立。为了这样做，应利用修订《宪章》的可能，通过接纳新的常任理事国允许安全理事会预计的扩大；也可以通过一项修正案设立国际刑事法院。

4. 以大会的一项决议设立该法院的主要缺点是，根据《宪章》第二十二条的规定，这个法院只是联合国的一个附属机关，并受制于大会，这样违

反了司法独立的原则，对于一个这么重要的法院来说，这样的违反是非常不合适的。

5. 目前唯一可能的办法显然是通过一项多边公约设立法院，根据公约，所有国家将能够加入其《规约》并承认其对某些刑事行为的职能，不论它们是否是联合国会员国。然而，即使是以这种方式成立的法院也要通过一项合作协定或一项应由大会任命其法官和检察官的规定，尽可能与联合国保护关系。

6. 关于第四条的提案，即本法院“应于需要审理提交给它的案件时开庭”，南斯拉夫政府要指出，该法院应为一个常设机关，其常设性不必通过经常开庭体现。设立法院，附加选出的法官、严格确定职权和有组织的司法管理已经足够。

第 5 至 11 条

7. 关于法院的结构，无疑法院必须具有拟议的结构，然而，司法机关和检察机关必须严格分开。关于检察官处，南斯拉夫政府将在其第 13 条的评论中提出立场。

8. 法官的选举应由设立法院的公约缔约国负责，若法院是依《联合国宪章》设立，联合国大会应选出法官。任一项办法都可以加强法院的独立性和公正性，并对法院与成立法院的国家即联合国之间提供了牢固的联系。

9. 法院又应具备组织良好的行政机关，因为它不会长期开庭，只在向它提交案件时才开庭。行政机关的地位和组织应由法院的规则制约。

10. 暂停法官审案资格的原则极为重要。因此，暂停审案资格的法官和被告均应提出暂停资格的理由。不得限制要求暂停资格的法官人数，根据第 11 条第 1 和第 2 款的规定，应以相同的方式和相同的法定人数作出决定。

第 13 条

11. 检察官处的职务应与法院的职务分开。由于检察官在进行调查和起诉过程中负有主要责任，必须明确地确定他的身份并将它的身份与可能出庭的其他当事方以及法院本身的身份分开。因此，必须较详细地既定检察官处的选举和职务。

12. 检察官又可以由大会从各国的候选人中适用与法官相同的条件选出。

13. 此外,除了有关国家的要求外,如有理由相信犯有战争罪行,检察官本人或按照安全理事会的建议可提出诉讼。

第 15 至 18 条

14. 应当依照国际法院规约的方式规定免职。南斯拉夫政府认为由法院三分之二法官决定免职的规定不能接受,因为这样对检察官处必须具有的独立性质疑。

第 19 条

15. 南斯拉夫政府认为《规约草案》的这条(或几条)应规定关于程序和数据的基本规则和一般原则。

第 22 至 26 条

16. 南斯拉夫政府主张法院具有基于属人理由的管辖权,只起诉个人。

17. 法院在《规约》草案第 22 条情况下的基于属物理理由的管辖权应对所有规约的缔约国强制执行,不能规定法院管辖权问题听由各国决定的可能和可能的保留。

18. 如果接受第 23 条中的提案,国际刑事法院的宗旨和职务将受到挑战。南斯拉夫政府认为,为了有效运作,应授权国际刑事法院在普遍接受的、最低限度的情况下确定刑事责任和执行制裁,同时必须经常顾及国家主权。考虑到罪行的结构和严重性及其后果(必须取得各国对本法院在这方面的强制性管辖权的协商一致意见),第 22 条的最近清单和可能的补充(例如关于雇佣军的提案)是最合适的。

19. 在这方面,如被告的国家或其犯罪的国家为《规约》签字国,法院对第 22 条规定的罪行的管辖权取决于这些国家的同意。

20. 关于《草案》第 26 条规定的案件,南斯拉夫政府认为在这种情况下,法院可以有附属管辖权,即管辖权应取决于有关国家的同意。

21. 关于安全理事会根据其权力向法院提出案件的可能,南斯拉夫政府认为在这些案件中安全理事会不能作为检察官,即确定某些人为被告。在其维持国际和平与安全的职权范围内,安全理事会应

能够提请法院/检察官注意侵略案件,可是检察官将主持调查和起诉。

第 29 条

22. 由于安全理事会在开始向法院起诉中的作用与检察官的作用必须不同,因此,应当区分国家提出的要求和安理会初步的行为。国家的要求应包括进行刑事诉讼所需的明显事实(被告的确定、有效的证据、罪行的说明等),但是不能以这种方式证实安理会的初步行为,而应指出某项侵略,即在涉及《草案》第 22 条规定的罪行时,向检察官提供指示进行调查;南斯拉夫政府认为法院应对这些罪行具有强制性管辖权。

第 30 至第 32 条

23. 南斯拉夫政府认为,如果检察官决定不起诉,即这项作用不应转移到法院庭长会议,则应对案件的修订作出规定。

24. 起诉之前的拘捕和拘留状的发出只应由法院审判庭,不应由庭长会议下达命令。也要提出理由确定拘留的长短。

25. 检察官拟定的起诉书只可提交法院审判庭讨论并应由审判庭决定是否存在表面证据确凿。

26. 所有这些表明,在法院提出起诉之前,法院应设立一个对所有这些行为有管辖权的审判庭。

第 37 和 38 条

27. 应根据由法院通过的规则、不是根据庭长会议成员的意见设立法院的审判庭。

28. 只有争端的有关国家,而不是《规约》的任何缔约国才能对每一具体案件的管辖权提出质疑,从有效程序的原则出发。在法院起诉或审判本身开始之前也应使被告能够对法院的管辖权提出质疑,这点应由法院或法院审判庭作出决定。

第 44 条

29. 南斯拉夫政府认为第 44 条第 1 款违反《公民权利及政治权利国际公约》第十四条第三款(卯)项的规定,其中规定被告出席受审的权利,这是得到公平审判权利的保障之一。国际刑事法院进

行缺席审判的可能违反一项基本国际法公约，使法院的权力受到质疑，同时不能执行惩罚会使其效率受到怀疑。大会和安全理事会根据它们的权利已经能够确定某种道义上的制裁，因此，一个法院没有必要这样做。

第 45 条

30. 南斯拉夫政府认为，法院可根据第 45 条第 2 款(b)项的规定审查国家法院的决定这个可能是不能接受的。如果有理由相信国家法院不公正，可向国际刑事法院进行二审程序，这样，国际刑事法院就作为一个上诉法院。

第 47 条

31. 法院不得考虑违反有关国际法所搜集的证据并不得评估其有效性。

第 55 至 57 条

32. 应规定被定罪者和检察官对法院审判庭的裁决提出上诉的权利。这种权利对双方应有时限。然而，如果宣告无罪，可以限制(但不完全排除)检察官的这项权利。

33. 南斯拉夫政府认为，在讨论《草案》第 30 至 32 条时，庭长会议不应构成上诉审判庭。应事先处理该问题。

34. 最可以接受的办法是由全体会议的所有法官(作出初审裁决者除外)对上诉作出裁决。

35. 考虑到《公民权利及政治权利国际公约》第十四条第七款的规定，不得允许检察官要求修订损害被定罪者的裁决，即宣告无罪的情形(如第 57 条所规定)。

第 63 条

36. 只有法院审判庭才能发出拘捕和交出被告的命令。

37. 如法院对本案的管辖也是强制性，依《草案》第 22 条规定的罪行被告的人的引渡也应是强制性。

38. 在其他情况下，引渡应取决于有关国家是否接受法院的管辖权。在这种情况下，第 63 条第 3(b)款项的办法可以接受。

二、从非会员国收到的意见

瑞 士

[原文：法文]

[1994 年 2 月 8 日]

一般性评论

1. 国际法委员会特别报告员杜杜·锡亚姆及其工作组迅速适应不断变化的国际局势，在很短的时间内编制了国际刑事法院规约草案，我们将对该草案提出评论。在某种程度上，工作组和委员会的工作确实因为联合国秘书长提出的一份杰出报告而得到了促进，这份报告的主题是设立一个特设国际法庭以起诉被控应对前南斯拉夫境内的严重侵犯人权行为负责的人，¹ 该法庭下称前南斯拉夫问题国际法庭。

2. 然而，设立一个常设性的国际刑事法院所带来的问题要比设立一个其职权限于在前南斯拉夫境内犯下的罪行的法庭显然要更为复杂。在后一情况下，法庭的规约根据《联合国宪章》第二十五条可立即对所有会员国适用，因为它已经按照《宪章》第七章被纳入了安全理事会第 827(1993)号决议。

3. 必须记住，在成立常设性的国际法院时不能采取这种例外的做法。因此我们在此必须采取条约的做法。惟有愿意这样做的国家才会成为将来公约的缔约国；但人们害怕的是，加入条约的将是其国民没有犯下什么值得被谴责的行为的国家，而其他的国家将不会这样做，从而使新文书失去了一些用处。这只是一种观察，而不是对国际法委员会的批评。事实上，很难看到条约的做法之外我们可以采取什么其他的办法。

4. 将来的国际刑事法院因此将是一个为成立它的公约的缔约国服务的司法机关(第 4 条)，而不

¹ 根据安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段编写并于 1993 年 5 月 3 日提出的报告(S/25704 及 Corr.1 和 Add.1)。

是联合国所有会员国的司法机关。这种情况与国际法院的情况不同，国际法院是“联合国之主要司法机关”(《宪章》第九十二条)，依一项《规约》执行其职务，所有国家在加入联合国时将成为其《规约》的当然当事国(《宪章》第九十三条第一款)。新的刑事法院没有这种当然的性质，因此它将不会像草案第 2 条方括号内的案文所设想的，或像大会第六委员会中若干代表所建议的那样，成为联合国的另外一个“司法机关”。² 瑞士政府认为，应致力于另一种办法，即法院的独立性还是应该通过一项合作协定同联合国联系起来。

关于具体条款的评论

第一部分(第 2 条至第 21 条)

5. 委员会草案第一部分处理了拟议中的国际管辖的组织情况。新的法庭将包括法院(由 18 名不同国籍的人士组成，任期 12 年，不得连任)、检察官处，以及由适当人员组成的书记官处。

6. 这三个机关，包括检察官处，看来是相当必要的。事实上，我们很难看出提出申诉的国家本身如何进行起诉。但瑞士政府对条款草案第 1 部分的一般性的同意绝不意味着它同意草案中所有体制性的规定。它认为法官的数目(第 5 条)太多——即使国际法院都只有 15 名法官——它比较赞成在前南斯拉夫问题国际法庭规约第 12 条的例子，该条规定了 11 名法官(分成两个初审分庭，各三名法官，和一个上诉分庭，由五名法官组成)。第 21 条草案的审查规定将进一步允许按照工作量增加法院的人数。瑞士政府还认为把法官不能连任的任期定为 12 年太长了(第 7 条第 6 款)，建议将其减为 9 年。

第二部分(第 22 条至第 28 条)

7. 规约草案题为“管辖权和适用的法律”的第二部分列出了法院可能可以具有管辖权的罪行和此种管辖的限度。它对制止其发生的条约所确定的国际罪行(第 22 条)和按照国际习惯法或条约法可以惩罚的“不法行为”进行了区分。即使对属于第一类的罪行，法院也没有绝对的管辖权；根据第 24 条所列标准而确定的有关国家必须已经接受它的管辖。

8. 第 23 条提出了三种备选的接受方式。瑞士政府赞成备选案文 B：对于第 22 条所列国际罪行皆假定接受法院的管辖；对于第 26 条所指“行为”则需要提出单方面声明。

第三部分(第 29 条至第 35 条)

9. 草案第三部分主要是关于调查和起诉的。可能愿意将某一案件提交检察官的可能申诉人包括对有关罪行拥有管辖权，并已接受了法院对此类罪行的管辖的国家(不论它是否为提议中的公约的缔约方)，以及联合国安全理事会(第 25 条)对于第 22 条所提到的那些罪行和按照一般国际法应该惩罚的“行为”(第 26 条第 2(a)款)。

10. 第 25 条的确切范围并不明确：此一规定应该使法院当然对提交安全理事会的案件具有管辖权，或是保留第 23 条和第 26 条的要求，即应由有关国家接受法院的管辖。规约草案及对它的评注必须澄清这方面的所有疑虑。如果委员会决定保持前一种解释，瑞士政府对于接受它将有严重的保留。换句话说，它相信对于由安全理事会提交法院的案件也应需要得到有关国家的同意。

11. 对于起诉，我们很难了解，为什么委员会应拒绝授权法庭的检察官处根据收到的资料着手进行调查，即使调查的结论可能是法院没有管辖权来审理该案。条款草案提出的解决办法不同与前南斯拉夫问题国际法庭规约第 18 条所采取的办法，瑞士政府比较赞成后一办法。

12. 在第三部分的条款草案里，我们认为第 31 条的草案的评注让法院在审前拘留的事项上几乎有无限的酌处权。如果不可能限制拘留的时期，瑞士政府相信，至少应该设立一个机制，允许被拘留者要求保释。

第四部分(第 36 条至第 54 条)

13. 规约草案第四部分是关于审判的。这方面人们首先会提出的一个问题是，第 38 条评注第 6(b)段内委员会请各国回答以下问题，就如国家的情况(第 38 条第 3 款)，被告是否有对法院的管辖权提出质疑的可能性。由于该规约草案的目的正是确立个人的国际刑事责任，瑞士政府认为，没有任何理由拒绝他们这种可能性。

14. 第 53 条是关于可适用的刑罚的。我们注意到该条内规定的刑罚的弹性非常大，从没有具体

² 《大会正式记录，第四十八届会议，第六委员会》，第 17 次至第 28 次会议。

规定最短时期的徒刑到无期徒刑，和课以“任何数额”的罚款。是的，在决定刑罚时，法院“可依据”(第 53 条第 2 款)各国的刑法和各种加重或减轻因素(第 54 条)。但是，这些规则似乎太不明确，没有充分做到无法律即不能判刑的原则。以下做法将可以增加明确度，即第 53 条规定审判庭必须(而不是“可”)依据有关国家的国家法律中所规定的刑罚。

15. 草案第 44 条第 1(h)款排除了缺席审判的可能性。根据对该项规定的评注，排除这种可能性主要是因为《公民权利及政治权利国际公约》第十四条，该条要求被告出席审判。委员会因此沿用了在前南斯拉夫问题国际法庭设立的先例，³ 该法庭也由于同样的理由拒绝了进行缺席审判的可能性。但这项理由似乎并不是绝对的，至少有一项程序允许已定罪者根据缺席审判的理由提起上诉。关键的问题是缺席审判和定罪的权力是否会带来使法院成为一个完全没有效力的机关的危险。瑞士政府相信，这是一种非常真实的危险，因此第 44 条第 1(h)款应该由一项无条件禁止缺席审判的规定所取代。

第五部分(第 55 条至第 57 条)

16. 题为“上诉和复审”的第 5 部分规定被定罪者可根据法律的重大错误，或罪行与判决之间明显不相称的理由提出上诉(第 55 条)。虽然这项规定应该保持，但它引起了进一步的问题。

17. 各项国际人权文书(《公民权利及政治权利国际公约》第九条第四款、《欧洲保护人权与基本自由公约》第 5 条第 4 款、《美洲人权公约》第

7 条第 6 款)都要求国家立法规定对任意逮捕可以提起诉讼。条款草案因此应授权对任意逮捕制定一个内部诉讼程序，其目的是使嫌犯到法院出庭。但提起这种诉讼的理由应该受到严格限制，而且主要是程序上的。不过，提起此种诉讼程序的时限应尽可能短。

第六部分(第 58 条至 64 条)

18. 最后，草案第 6 部分列出了将来的法院的规约缔约国在刑事事项上的各项重要义务，特别是在以下五个方面：查明有关人员的地点；作证；出示证据；逮捕和拘留被告；采取临时措施(第 58 条至 63 条)。事实上，如此设想的各国行政和司法当局同法院之间的合作似乎是确保法院的有效作业所必不可少的。不过在此方面，草案并没有就交出国民作出规定(参看第 63 条)；没有规定无疑意味着法院可以作出交出国民的要求，但是，某些国家拒绝引渡它们的国民。因此在决定有关国家的国民的命运方面是不是最好适用或引渡或审判的原则呢？

结 论

19. 以上评论部分是根据成立前南斯拉夫问题国际法庭所取得的经验，部分是根据通过国家法律制度执行其规约中目前正遇到的各种问题而提出的，它们绝不是详尽无遗的。但它们也不能使我们忘记这项认真思考过的宝贵草案是非常及时的。因此瑞士政府支持这项草案。现在应该保持动力，利用各国和一般公众对于成立一个常设性的国际刑事司法机制所表现出来的强烈兴趣。

20. 我们必须采取迅速和果断行动。瑞士政府真诚希望，委员会能在它第四十六届会议(1994 年)中完成这个专题的工作。

³ S/25704 号文件(上文脚注 1)，第 101 段。

危害人类和平及安全治罪法草案

[议程项目 4]

A/CN.4/460 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十二次报告

[原文: 法文]
[1994 年 4 月 15 日]

目 录

		<u>页 次</u>
本报告援引的多边文书.....		96
	<u>段 次</u>	
导 言.....	1 - 5	97
条款草案.....	6 - 163	97
第一章 定义和定性		
第 1 条(定义).....	6 - 12	97
(a) 各国政府的意见.....	7 - 8	97
(b) 特别报告员的评论.....	9 - 12	97
第 2 条(定性).....	13 - 22	98
(a) 各国政府的意见.....	14 - 18	98
(b) 特别报告员的评论.....	19 - 22	98
第二章 一般原则		
第 3 条(责任和惩罚).....	23 - 29	98
特别报告员的评论.....	24 - 29	98
1. 解释性说明.....	24 - 27	98
2. 特别报告员的提议.....	28 - 29	99
第 4 条(动机).....	30 - 40	99
(a) 各国政府的意见.....	31 - 35	99
(b) 特别报告员的评论.....	36 - 40	99
1. 解释性说明.....	36 - 38	99
2. 特别报告员的提议.....	39 - 40	99
第 5 条(国家的责任).....	41 - 48	99
(a) 各国政府的意见.....	42 - 45	99
(b) 特别报告员的评论.....	46 - 48	100
第 6 条(审判或引渡的义务).....	49 - 69	100
(a) 各国政府的意见.....	50 - 61	100
(b) 特别报告员的评论.....	62 - 69	101
第 7 条(不适用法定时效).....	70 - 81	101
(a) 各国政府的意见.....	71 - 77	101
(b) 特别报告的评论.....	78 - 81	102
1. 解释性说明.....	78 - 80	102
2. 特别报告的提议.....	81	102

* 包含 A/CN.4/460/Corr.1 号文件内容。

	段 次	页 次
第 8 条(司法保证).....	82 - 88	102
(a) 各国政府的意见.....	83 - 87	102
(b) 特别报告员的评论.....	88	103
第 9 条(一事不再理).....	89 - 110	103
(a) 各国政府的意见.....	90 - 96	103
(b) 特别报告员的评论.....	97 - 110	103
1. 一般评论.....	97 - 99	103
2. 第一项假定：国际刑事法院已存在.....	100 - 104	104
(a) 解释性说明.....	100 - 103	104
(b) 特别报告员提议的第 9 条新案文.....	104	104
3. 第二项假定：国际刑事法院不存在.....	105 - 110	104
第 10 条(不溯及既往).....	111 - 116	104
(a) 各国政府的意见.....	112 - 114	105
(b) 特别报告员的评论.....	115 - 116	105
第 11 条(政府或上级的命令).....	117 - 124	105
(a) 各国政府的意见.....	118 - 122	105
(b) 特别报告员的评论.....	123 - 124	105
第 12 条(上级的责任).....	125 - 127	105
(a) 各国政府的意见.....	126	106
(b) 特别报告员的评论.....	127	106
第 13 条(官方地位和责任).....	128 - 134	106
(a) 各国政府的意见.....	129 - 132	106
(b) 特别报告员的评论.....	133 - 134	106
第 14 条(抗辩和减罪情况).....	135 - 160	107
(a) 各国政府的意见.....	136 - 154	107
(b) 特别报告员的评论.....	155 - 160	109
1. 解释性说明.....	155 - 157	109
2. 特别报告员提议的新案文.....	158	109
3. 关于提议的新第 14 条草案的评论.....	159 - 160	109
新的第 15 条(减罪情况).....	161	109
特别报告员的评论.....	162 - 163	110

本报告援引的多边文书

来 源

《防止及惩治危害种族罪公约》 (纽约, 1948 年 12 月 9 日)	联合国, 《条约汇编》, 第 78 卷, 第 288 页。
《保护人权和基本自由公约》(英) (罗马, 1950 年 11 月 4 日)	同上, 第 213 卷, 第 221 页。
《公民权利及政治权利国际公约》 (纽约, 1966 年 12 月 16 日)	同上, 第 999 卷, 第 202 页。
《战争罪行及危害人类罪不适用法定时效公约》 (纽约, 1968 年 11 月 26 日)	同上, 第 754 卷, 第 82 页。
《美洲人权公约》(英) (圣何塞, 1969 年 11 月 22 日)	同上, 第 1144 卷, 第 143 页。

导 言

1. 本报告面向《危害人类和平及安全治罪法》草案的二读，本年度的重点将放在草案的一般部分——定义、定性和一般原则。

2. 草案第二部分涉及罪行本身，将在下一年的报告中加以处理。

3. 特别报告员打算把这种罪行的名单限制在对其特征难以提出挑战的危害人类和平及安全罪行。

4. 关于草案的第一部分，本报告逐条刊载一读通过的草案，¹ 每条之后列出各国政府作出的评论，然后是特别报告员的评论。各国政府的意见有时候全部列出，有时候部分列出，取决于其重要

¹ 案文见《1991年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第98-111页。

性，但常常全部列出。除了一两个例外，意见均反映出来。如果没有反映出来，就是特别报告员认为，这些似乎同议题无关。²

5. 由于各国政府的意见中提出的问题大多数已经由特别报告员的早期报告和全体会议的讨论加以详细处理，因此特别报告员认为，没有必要在二读时重新列出争辩和讨论结束，不妨回头参看早期报告和国际法委员会的讨论情况。

² 各国政府作出的答复全文载于 A/CN.4/448 和 Add.1 号文件(《1993年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第65页起)。本报告中，括号括起的段次指的是出现在 A/CN.4/448 和 Add.1 号文件中的政府意见的相关段次。

条款草案

第一章 定义和定性

第 1 条

6. 一读通过的第 1 条如下：

第 1 条(定义)

本治罪法中所规定的[国际法上的]罪行构成危害人类和平及安全罪行。

(a) 各国政府的意见

比利时

7. 比利时政府指出(第 9 段)：

在罪行的概念性定义和列出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一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。

保加利亚

8. 保加利亚提议(第 3 段)先提出一般定义，然后列出一些具体罪行。因此案文将如下所述：

“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着手的任何作为或不作为其本身对人类和平及/或安全构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。”

(b) 特别报告员的评论

9. 各国政府关于本条的意见基本上侧重于详细定义的定义是否足够，或者是否应当列出一般定义。

10. 这些意见指出，对任何一种方法没有达成协议。

11. 保加利亚政府提议的折衷公式可能获得通过，但是必须改善起草工作。许多刑事法典没有罪行概念的一般定义。其中仅仅根据严重性标准阐述视之为罪行的行为。

12. 第 1 条提出的另外一个讨论议题是方括号内“国际法上的”这一措词。最后，特别报告员不反对加以删掉，这是纯粹理论上的辩论。一旦《治罪法》成为国际文书，其中定义的罪行就会被自动属于源自各项条约的国际刑法。

第 2 条

13. 一读通过的条款如下：

第 2 条(定性)

一项作为或不作为定性为危害人类和平及安全罪行不取决于国内法。该项作为或不作为是否可按国内惩罚的事实不影响这种定性。

(a) 各国政府的意见

奥地利

14. 奥地利政府认为(第 3 段)，第 2 句表示的概念严格说来没有必要。这一点“从第一句定性不取决于国内法就可得出”。

巴西

15. 巴西政府认为(第 4 段)，第 2 条和第 3 条似乎相互矛盾，按照第 2 条，罪行是“作为或不作为”，但是第 3 条只提到犯罪，没有提到不作为。

哥斯达黎加

16. 哥斯达黎加政府害怕的是，本条款草案由于规定国际法相对于国内法的完全自主权力，就可能使得被告同一行为接受两次审判，一次按照国内法，第二次按照国际法。(第 12 段)

北欧国家

17. 北欧国家政府认为，第 2 条的规定不应当那样果断，因为《治罪法》草案包括国内法可以处分的罪行。(第 13 段)

大不列颠及北爱尔兰联合王国

18. 联合王国政府认为(第 6 段)：

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。这会让人觉得本条的起草人可能设想，一项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。

(b) 特别报告员的评论

19. 第 2 条规定国际刑法相对于国内法的自主权力。

20. 因此，某个国家国内法定性为谋杀的罪行不会排除根据《治罪法》将同一行为定性为种族灭绝，但是必须涉及种族行为。

21. 某些政府认为第 2 条草案第二句是多余的，因此提议加以删掉。

22. 特别报告员不反对这样删掉。

第二章 一般原则

第 3 条

23. 一读通过的第 3 条如下：

第 3 条(责任和惩罚)

1. 犯有危害人类和平及安全罪行的个人应为此负责并应受到惩罚。

2. 协助、教唆或提供手段使犯下危害人类和平及安全罪、或共谋或直接煽动犯下这种罪行的任何个人、应为此负责并应受到惩罚。

3. 企图犯下[第…条所载]危害人类和平及安全罪行而未遂的个人应此负责并应受到惩罚。“未遂”是指已开始实施一项罪行，只因为不以犯罪者的意图为转移的因素才遭失败或被制止的任何情事。

特别报告员的评论

1. 解释性说明

24. 第 3 条列出个人的国际刑事责任原则，国际刑法自从纽伦堡法庭判决³以来目前已经接受这项原则。

³ 联合国，《The Charter and the Judgment of the Nürnberg Tribunal: History and Analysis, Memorandum submitted by the Secretary-General (Sales No. 1949.V.7)》。

25. 本条第 3 款引起了委员会一些成员的保留态度，他们相当中肯地说，意图观念并不适用于一切侵犯人类和平与安全的罪行。例如，难以想象的是，如何可以有威胁侵略的意图。

26. 目前的公约明文涉及意图情况，例如，《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第三条(丁)款)。

27. 这就是为什么委员会成员曾经提议，个案确定意图观念可能使用的有关罪行。这样的努力是不可能的，也是没有意义的。就像白俄罗斯政府所说的那样(第 6 段)，不宜

对每一项罪行进行审议以便决定其是否适用对企图的定性；主管法庭应该有权自行决定这种定性是否适用于所受理案件的具体内容。

2. 特别报告员的提议

28. 特别报告员对此没有异议。不过，他提议第 3 款第一句应当重新措词。“危害人类和平及安全罪行”应当改成“本《治罪法》定义的行为之一”。因此，该款措词如下：

“个人所犯行为如构成犯下本《治罪法》所定义行为之一的企图，则应为此负责并应受到惩罚。”

29. 这样，行为只当法院认为实际构成企图时，才应受到惩罚。

第 4 条

30. 一读通过的第 4 条如下：

第 4 条(动机)

危害人类和平及安全罪行的责任不应受到被告所援引不包括在罪行定义内之动机的影响。

(a) 各国政府的意见

31. 对于某些政府来说，这条规定更加适于列入第 14 条，其中涉及抗辩和减罪情况。

奥地利

32. 奥地利政府认为(第 7 段)，应当将动机作为加罪或减罪情况加以考虑。

哥斯达黎加

33. 哥斯达黎加政府认为(第 21 段)，本项规定太过分。“对法律的尊重始自对被告的尊重。因此，

必要的是，不要阻止辩方，而要为解决方案铺平道路。”

荷兰

34. 荷兰政府认为(第 35 段)，本条是多余的，因为其中涉及减罪情况的第 14 条已经包括了同样的几点。

联合王国

35. 联合王国政府认为(第 9 段)，“这一条作为第 14 条的一部分将较为恰当。”

(b) 特别报告员的评论

1. 解释性说明

36. 本条促成了许多保留意见。

37. 对于某些政府来说，其中干预抗辩权利，因为禁止被告在抗辩时援用自己的动机。这就是哥斯达黎加政府的意见。

38. 对于联合王国政府来说，案文最好放在关于减罪情况的条款草案。这也是荷兰政府的意见。

2. 特别报告员的提议

39. 特别报告员认为，本条应当删掉。它不够清楚。动机有时候属于罪行定义，有时候不属于。例如，在种族灭绝情况下，动机是罪行的一个因素。真正说来，种族灭绝罪行的闹事者是基于种族、政治或种族动机。如果没有这些动机，罪行就不会存在。不过，有些情况下，动机不是罪行定义整体的一部分。

40. 特别报告员认为，本条完全应当删掉。

第 5 条

41. 一读通过的第 5 条如下：

第 5 条(国家的责任)

对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的追诉，并不免除一个国家对可归因于它的作为或不作为依国际法所应负的任何责任。

(a) 各国政府的意见

比利时

42. 比利时政府认为(第 15 和 16 段)：

应该有一条规定国家的国际责任问题。这样的国家必然涉及任何破坏人类和平与安全的罪行，或者直接地积极参加，有时是唯一的犯罪者，或者由于其没有行动或行为不检而间接参加。因此，治罪法中没有规定国家的责任似乎不寻常。还应当指出，在治罪法中列入国家责任可以为给予受害者和其他合格人士的补偿奠定健全的司法基础。

此外，在政府和国家机关的责任之外，认为国家应对罪行负责，这将意味着国家将感到在某种意义上共同参与了有关行为，从而使国家难以将全部罪过推诿给其赋予政治权力的政府。

哥斯达黎加

43. 哥斯达黎加政府认为(第 22 段)，本条款草案中关于“对审议中的罪行所造成的损害”的规定是有必要的。

北欧国家

44. 北欧国家表示了同样的意见(第 16 段)，同时提到必需“确保各国不能免除战争赔偿等类似责任”。

波兰

45. 波兰政府也持这种意见(第 28 段)：

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，无论如何也不能取代国家的责任。

(b) 特别报告员的评论

46. 第 5 条列出国家的国际责任原则，其中涉及国家代理人的犯罪行为所造成的损害。案文没有引出不利的评论。各国政府均同意，国家应当对其代理人的犯罪行为所造成的损害担负国际责任。

47. 单一的犯罪行为常常导致双重后果：刑事后果就是对闹事者的惩罚；民事后果，就是赔偿损害的义务。这里审议的罪行闹事者是以官方身份的国家代理人。在这种情况下，必须确定国家责任，尤其是当损害范围和程序远远超出犯罪的国家代理人可以得到的补偿资源。

48. 因此，第 5 条是有用的，应当保留下来。

第 6 条

49. 一读通过的第 6 条如下：

第 6 条(审判或引渡的义务)*

1. 在其领土内出现据称犯有危害人类和平及安全罪行的个人的国家应对其罪行审判或引渡。

2. 如果有几个国家要求引渡，应特别考虑罪行发生在其领土内的国家的要求。

3. 第 1 和第 2 款的规定并不预先判定国际刑事法院的设立和管辖权。

* 如国际刑事法院得以设立，将对本条进行审查。

(a) 各国政府的意见

澳大利亚

50. 澳大利亚政府指出(第 9 和第 10 段)：

“审判或引渡”的义务可以在专论国际法中专论罪行的多边公约中找到，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。

51. 不过，该国政府认为，可能需要说明可以要求引渡的理由，也需要制订程序规则。

52. 该国政府也认为，当一个以上国家要求引渡时，本草案没有解决优先问题。

巴西

53. 巴西政府强调，必需提供充分证据去支持引渡要求。(第 8 段)

哥斯达黎加

54. 哥斯达黎加政府也强调，必须提供适当保证去支持引渡要求。(第 25 段)

荷兰

55. 荷兰政府认为(第 37 段)，务必充分保证根据治罪法第 8 条的规定来对待嫌疑犯。荷兰政府指出要做到这一点，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，也可在第 6 条增列一句“以第 8 条提供的保证为条件”。

联合王国

56. 联合王国政府也提出，许多国际公约都载有第 6 条第 1 款所列出的原则。不过，该国政府认

为，这项原则应当只限于《治罪法》缔约国。(第12段)

57. 关于第2款，联合王国政府提到，如果有几个国家都要求引渡，国际法委员会就难以安排先后次序。该国政府认为，通常优先考虑罪行发生在其领土内的国家。

58. 不过，联合王国政府提到：

如果要求一些国家引渡存在其境内从事官方行为的高级政府人员或军事人员，则实际上不可能会有任何规定证明是行得通的。

59. 最后，联合王国政府提请注意，如果要求引渡而没有真证意图要进行起诉，则会引起问题。

瑞 士

60. 瑞士政府同联合王国政府一样关切几次引渡要求所造成的情况。(第8段)

乌拉圭

61. 乌拉圭政府将第6条的适用情况和国际刑事法院的设立联系起来。(第3段)

(b) 特别报告员的评论

62. 各国政府没有对第6条例出的原则提出质疑，但是关切如何加以应用。

63. 有一点涉及向遭到引渡要求的被告提供担保。国际法委员会关于设立国际刑事法院的报告曾经仔细讨论了这点。⁴ 在这方面，国际刑事法院公约草案中通过的方案应当用于《治罪法》。

64. 另一点涉及第6条载明的规则的范围。一些国家认为，这项规则应当只适用于《治罪法》缔约国。这种观点值得受到积极审议。

65. 第三点涉及几个国家要求引渡时的优行次序。

66. 刑法的领土划分原则获得无异议采纳，因此，罪行发生所在国家的要求必须列为优先；不过，不应当视这项规则为绝对。包括英国和瑞士政

府在内的一些政府曾经指出，当罪行发生所在国家担负一定程度的犯罪责任时，这项规则导致保留态度。

67. 如果国际刑事法庭存在的话，这项规则也可能带来保留态度。

68. 其领土发生罪行的国家提出的要求可以优先于国际刑事法院提出的要求吗？

69. 答案必然是否定的。

第7条

70. 一读通过的第7条如下：

第7条(不适用法定时效)

危害人类和平及安全罪行不适用法定时效。

(a) 各国政府的意见

哥斯达黎加

71. 哥斯达黎加政府认为(第27和28段)：“法定时效问题确实是一个关于罪行的政策问题，各国在这方面没有统一的规则；[……]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期间缩短。”不过，对于哥斯达黎加政府来说，解决的办法是，“根据国内法普通罪行的最长的法定时效，与各国协商，制定法定时效。”

荷 兰

72. 对于荷兰政府来说，本条的可接受性主要取决于《治罪法》所列的罪行；只有在这些罪行足够严重使这一规定合乎道理的情况下，不适用法定时效的原则才可接受。(第39段)

北欧国家

73. 北欧国家也认为(第18段)，对于最严重的犯罪不适用法定时效或可接受，但是，“对于有些案件，若国家刑法与之相冲突，一段时间以后规定了法定时效，那么上述不适用法定时效的规定就非常值得怀疑。”

巴拉圭

74. 巴拉圭政府提议，为了不适用法定时效，应当规定长于适用于一般罪行的时效。

⁴ 《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，(A/48/10号文件)，附件。

波兰

75. 波兰政府认为(第 30 段):

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, 按国际法确定和制定。

土耳其

76. 土耳其政府提议“一种可能比较广泛的”时效规定。(第 5 段)

联合王国

77. 对于联合王国政府来说, “建议的规则可能会妨碍民族和解和赦免这些罪行的努力。”

(b) 特别报告的评论

1. 解释性说明

78. 前面所述的意见指出, 不适用法定时效规则并没有获得各国普遍接受。

79. 最近才有这项原则, 第二次世界大战之后, 在联合国的倡议下, 这项原则出现在《战争罪和危害人类罪不适用法定时效公约》和关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和反人类罪犯的国际合作原则的大会第 3074(XXVIII)号决议。该决议第 1 段说, 必须起诉这些罪行, “无论发生于何时”。

80. 不过, 这些文书范围有限, 因为只包括战争罪和危害人类罪。似乎难以将这项规则扩大到《治罪法》涵盖的所有其他罪行。

2. 特别报告的提议

81. 在这种情况下, 特别报告员认为, 关于《治罪法》草案第 7 条应当删掉。只有适用于一切危害人类和平与安全罪行的一般原则才应当列入《治罪法》。草案第 7 条列出的规则, 至少按照目前公约的规定, 似乎不适用于《治罪法》列出的一切罪行。

第 8 条

82. 一读通过的第 8 条如下:

第 8 条(司法保证)

指控犯有危害人类和平及安全罪行的个人应不受歧视地享有对所有人提供的在法律和事实方面的

最低限度的保证, 特别是, 在被证明为有罪之前应推定为无罪, 并有权:

(a) 在一个根据法律或条约正式建立的有管辖权、独立和公正的法庭上接受公平而公开的审理, 由该法庭确定对他的指控有无根据;

(b) 以本人所懂的语文迅速详尽地获悉对自己提出的控诉的性质和理由;

(c) 具有必要的时间和使得条件为自己的辩护作好准备, 并与自己选择的律师联系;

(d) 不过分迟延地接受审判;

(e) 在本人出庭的情况下接受审判, 并亲自或通过自己选择的辩护人协助自己辩护; 如果没有辩护人, 应通告他有权聘用辩护人; 如果他无力支付辩护人的报酬, 则应免费为他指定辩护人;

(f) 讯问控诉证人或使其接受讯问, 并在适用于控诉证人的同样条件下使辩护证人出庭并接受讯问;

(g) 如果他不懂或不会说法庭所使用的语文, 应免费得到口译员的协助;

(h) 不被迫用不利于自己的证明或供认有罪。

(a) 各国政府的意见

澳大利亚

83. 澳大利亚认为本条“为被指称的罪犯受到公正的审判规定了必要的最低限度的保证”。(第 12 段)

奥地利

84. 奥地利政府“总体上同意这一条的实质性内容, 因为此条与《保护人权与基本自由公约》第 6 条基本上是一致的”。(第 8 段)

巴西

85. 巴西政府要求(第 10 段):

本条(c)和(g)项应加以改进。事实上, 被控犯罪者与自己选择的辩护人沟通的权利, 也应适用于与指定辩护人的沟通……

哥斯达黎加

86. 哥斯达黎加政府在援引《美洲人权公约》时坚持说: “在哥斯达黎加, 即使不存在第 8 条草

案，该公约和正当程序宪法规则仍将适用。”(第 29 段)

荷 兰

87. 荷兰政府也极为重视第 8 条提供的保证。

(b) 特别报告员的评论

88. 第 8 条获得了普遍协商一致同意。其中内容符合《世界人权宣言》⁵ 和《公民权利及政治权利国际公约》。

第 9 条

89. 一读通过的第 9 条如下：

第 9 条(一事不再理)

1. 任何人不得因已由一个国际刑事法院对其最终定罪或宣告无罪而受审或受惩罚。*

2. 在第 3、4 和 5 款的限制下，任何人如果因按本《治罪法》定为罪行的行为已经由一个国家法院最终定罪或宣告无罪，而且如果已判刑该刑罚已经执行或正在执行，该人即不应因该罪行而受审或受惩罚。

3. 尽管有第 2 款的规定，如果作为普通罪行审判和惩罚的行为符合本治罪法所规定的一项罪行，则该个人仍可因本《治罪法》规定的罪行而受到一个国际刑事法院或一个国家法院的审判或惩罚。

4. 尽管有第 2 款的规定，另一国家法院在下列情况下仍可因本治罪法规定的一个罪行对一个人进行审判和惩罚：

(a) 如果作为前一判决主题的行为发生在该国领土内；或

(b) 如果该国是罪行的主要受害者。

5. 如果一个人以后按本《治罪法》被定罪，法院在判刑时应将因过去对同一行为定罪而判处并执行的任何刑罚扣除。

* 提到国际刑事法院并不预先断定此一法院的成立问题。

⁵ 大会第二一七(三)号决议甲。

(a) 各国政府的意见

澳大利亚

90. 澳大利亚政府认为(第 14-16 段)，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。

91. 但是，对于已被某国法院最终宣告无罪或宣判有罪的人，第 2 款为避免“双重危境”所提供的保护就比较有限。并且第 2 款提供对保护还受第 3 和第 4 款中各例外规定的制约。

92. 第 3 款设想，一个人因为同一行为既可按《治罪法》、又可按国家的国内刑法受到审判。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“双重危境”概念。

哥斯达黎加

93. 哥斯达黎加政府认为(第 32 段)，第 3 款“直接违反了‘一事不再理’原则，应予删除”。第 5 款“也应予删除，因为它容许对已作为普通罪行得到惩处的同一行为进行二次判罪”。(第 34 段)

荷 兰

94. 荷兰政府认为(第 42 段)，本条第 3 款不符合“一事不再理”原则。

95. 此外，荷兰政府认为(第 44 段)：

与“一事不再理”规则的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。在任何其他情况下，这项规则都会产生问题。

联合王国

96. 联合王国政府(第 15 段)

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《公民权利及政治权利国际公约》的相应规定相矛盾。

(b) 特别报告员的评论

1. 一般评论

97. 以上各国政府的意见表明，它们对第 9 条提出了许多保留意见。

98. 鉴于本条在起草委员会内引起反对，本条就是两派反对意见的折衷案文。

99. 一派意见赞同“一事不再理”原则，并且支持列入《治罪法》草案，而另一派则反对列入。因此，明显的是，第1款中的原则有许多例外。可以作出两项假定：(a) 由国际刑事法院作出决定，或(b) 由国家法院作出决定。

2. 第一项假定：国际刑事法院已存在

(a) 解释性说明

100. “一事不再理”原则最可能接受的假定是，国际刑事法院已经存在。

101. 如果这所法院具有专属管辖权，就不会产生“一事不再理”原则可适用性问题，因为在这种情况下，从纯粹理论观点来看，没有其它法院能够审判属于国际刑事法院职权范围的案件。

102. 与此相反，如果国际管辖权同国家管辖权平行，“一事不再理”规则就会有关，因为它可能引起问题，就是国际法院是否可以管辖国际刑事法院已经审判的案件。

103. 答案必须是否定的；如果国家法院可以管辖国际刑事法院已经审判的案件，就会破坏国际法院的权力。

(b) 特别报告员提议的第9条新案文

104. 第9条不妨模仿起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭的规约⁶，案文如下：

“1. 任何人如犯有严重违反国际人道主义法行为，而他或她已受到国际法庭的审讯，就不应再受到国内法院的审讯。

“2. 任何人如犯有严重违反国际人道主义法的行为而受到国内法院的审讯，如有下列情况仍有可能随后受到国际法庭的审讯：

“(a) 他或她受审的行为被定性为普通罪行；或

“(b) 国内法院的诉讼程序不公正或不独立，而且目的在于包庇被告，使其免除承担犯有国际罪行的责任；或该案没有依法进行细致的起诉。

“3. 在考虑对根据本治罪法宣判有罪的人作出惩处时，法院应考虑到国内法院对此人因同一行为所作惩处已实行的程序。”

3. 第二项假定：国际刑事法院不存在

105. 如果没有国际刑事法院，就更加难以将“一事不再理”原则适用于国家法院已经作出的决定。因此，第2款使得在应用“一事不再理”原则时出现许多例外情况。

106. 第一个例外情况就是罪行定性不正确。这种情况不仅仅是理论上的，一种行为可能定性为普通罪行，如杀人，而实际上构成危害人类和平与安全罪行，如种族灭绝。

107. 这种不正确的定性可能是自愿的，源自对疑犯的同情。当受到起诉的个人躲在友好国家或政见相配国家时，就可能发生这样的事。这个国家然后同意将他交付审判，“一事不再理”原则就会避免他受到任何其他国家法院的审判。在这种情况下，这项原则的应用会带来操纵和漏洞，使得难以公平和诚心地应用“一事不再理”原则。

108. 可是，最重要的例外情况是第4款所规定的，因为其中主张在其领土内或者是受害者或者其国民是受害者的国家具有权力。由于这些例外情况，“一事不再理”原则的可适用性范围可能会逐渐缩小。此外，也没有担保，这些国家会比判决不当的国家显示更大的客观性或公正无私。

109. 如果例外情况在于支持其领土发生罪行或者其公民为受害者的国家，那么，就不应当授权这些国家的法院审判已经由另外国家法院已经审判的案件。这种案件应当由中立国家的法院重新加以审判。

110. 另一方面，难以落实这种解决办法。这就是为什么特别报告员认为，“一事不再理”原则似乎只适用于第一项假定，就是，如果国际刑事法院已经存在。

第10条

111. 一读通过的第10条如下：

第10条(不溯及既往)

1. 任何人不得因本《治罪法》生效前的行为按本治罪法定罪。

2. 本条的任何规定并不排除对于任何人因在行为时根据国际法或依国际法应适用的国内法构成犯罪的任何行为进行审判或惩罚。

⁶ S/25704号文件，附件。

(a) 各国政府的意见

荷兰

112. 荷兰政府认为，“依国际法”等字眼应当删除。(第 45 段)

巴拉圭

113. 巴拉圭政府指出(第 10 段)，“不溯既往”的原则

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。

巴拉圭政府也关心的是，该条的评论使“法律”一词具有非常广泛的含义，不仅包括成文法，还包括风俗和法律一般原则。

土耳其

114. 土耳其政府则认为，第 2 款列出的原则是“刑法的基本原则，草案应当加以利用”。(第 6 段)

(b) 特别报告员的评论

115. 第 1 款没有引起各国政府的反对。其中重申了刑法的基本原则。

116. 只有一个政府反对第 2 款。应当记得，本款只是沿用《世界人权宣言》第十一条和《公民权利及政治权利国际公约》第十五条第二款。最好能够保留其中全部案文。

第 11 条

117. 一读通过的第 11 条如下：

第 11 条(政府或上级的命令)

凡因执行政府或上级命令被控犯危害人类和平及安全之罪行者，如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能，则其刑事责任不得免除。

(a) 各国政府的意见

奥地利

118. 奥地利政府提议(第 13 段)，在第二行“如”字后面应加上“……其本人当时知道或应该知道命令是非法的并且如……”等字眼。

白俄罗斯

119. 白俄罗斯政府提议(第 12 段)，“如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能”应改为“如果，在那种情况下，他有不执行命令的真正可能性”。

哥斯达黎加

120. 哥斯达黎加政府提到(第 37 段)，在本条款下，

只有当国家下级代表执行了公然非法或者违反人权的命令，才出现惩罚的可能性。

哥斯达黎加政府建议将 1992 年西班牙刑法草案作为范型。

北欧国家

121. 北欧国家认为(第 21 段)，所用“可能”一词必须较为明确界定。

波兰

122. 波兰政府也对“如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能”这一表述的意义存有疑惑。(第 36 段)

(b) 特别报告员的评论

123. 纽伦堡法庭宪章与判决中所确认的国际法原则(原则四)⁷已经肯定了本原则。国际法委员会仅仅用“如在当时情况下其本人有不遵守此项命令之可能”的措辞去代替“如事实上可能作出道义上的选择”的措辞。

124. 本原则是国际法委员会编制经过大会加以通过的，如果没有正当的理由就不应当加以质疑。

第 12 条

125. 一读通过的第 12 条如下：

第 12 条(上级的责任)

如果上级知道，或者掌握情报使其能够在当时的情况下断定，其下级正在或将要犯下危害人类和

⁷ 《大会正式记录，第五届会议，补编第 12 号》(A/1316)，第 11 页起。英文文本转载于《1985 年……年鉴》(英)，第二卷(第二部分)，第 12 页，第 45 段。

平及安全罪行，而且并不采取其权力范围内的可行措施，以预防或制止该罪行，则该罪行系下级所犯下的事实并不免除其上级的刑事责任。

(a) 各国政府的意见

北欧国家

126. 北欧国家认为(第 22 段):

这一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任务。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。

(b) 特别报告员的评论

127. 第 12 条规定上级对于其下级所犯罪行的责任。这项责任源自第二次世界大战之后为处理战争期间所犯罪行而设的国际军事法庭的权力范围，特别报告员第四次报告在一定程度上曾经加以提到。⁸ 这种权力范围根据上级由于忽略、未克监督或默认所造成的责任，所有这些行为均导致上级应当对其下级所犯的罪行担负刑事责任。⁹

⁸ 见《1986 年……年鉴》(英)，第二卷(第一部分)，第 53 页起，A/CN.4/398 号文件。

⁹ 在“Yamashita 案”中，除其他外，载明了：

“当时的的问题是，《战争法》是否对军队司令员强加一项责任，在其权力范围内采取适当措施去控制他指挥的军队，以期防止针对《战争法》的具体违法行为……”(Law Reports of Trials of War Criminals (15-volume series prepared by United Nations War Crimes Commission) (London, H.M. Stationery Office, 1947-1949), 第四卷, 第 43 页)

在“高级司令案”中载明，司令员对于其下级的一切行为，并不自动承担责任；司令员必须从事非法行为未克监督其下级才构成自己的刑事忽略责任。

司令员必须知道这些罪行，必须已经默认或参与或形式上忽略干预罪行的发生。(同上，第十五卷，第 70 页)

同样，东京审判发表的判决书包括了一段有意思的关于战犯罪行责任的文章，其中指出，远东国际军事法庭也愿意要求上级负责查明，其下级是否犯下罪行。

“担负责任的所有人有义务透过设立和确保这些目的所需的制度持续和有效运作，确保犯人受到适当的待遇。”(同上，第十五卷，第 73 页)

第 13 条

128. 一读通过的第 13 条如下：

第 13 条(官方地位和责任)

犯有危害人类和平及安全罪行的个人的官方地位，特别是其以国家或政府首脑的身份行事的事实，并不免除其刑事责任。

(a) 各国政府的意见

哥斯达黎加

129. 哥斯达黎加政府认为(第 39 段):

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。

北欧国家

130. 北欧国家认为(第 23 段):

必须假定，如果所作的行为构成危害人类和平与安全罪，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，这一条款仍须适用。

波兰

131. 波兰政府认为(第 37 段):

[第 13 条的]规定不承认犯罪个人(包括国家或政府首脑在内)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逻辑又合理的限制。这类豁免不能成为允许他们超越和脱解危害人类和平及安全罪行的刑事责任的措施。

联合王国

132. 该国政府认为(第 17 段):

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，国际法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，国际法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。

(b) 特别报告员的评论

133. 哥斯达黎加政府的意见似乎无法令人接受。

134. 难以详细提供有关国家或政府首脑应当受到起诉的个宗案件。可以这样说，每当国家或政府首脑犯有危害人类和平即安全罪行时，他应当受到起诉。应当保留第 13 条。

第 14 条

135. 一读通过的第 14 条如下：

第 14 条(抗辩和减罪情况)

1. 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。

2. 法院于判决时应酌情顾及减罪情况。

(a) 各国政府的意见

澳大利亚

136. 澳大利亚政府认为(第 18 段)：

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)，那末《治罪法》也就应提及其他必要的关联因素，比如抗辩。在具有正当程序宪法保障的制度中，草案第 14 条很有可能被视作过于模糊而被认为违宪。

137. 澳大利亚政府还认为(第 19 段)：

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，抗辩和减罪情况是二个不同的概念，最好分别对待。

奥地利

138. 奥地利政府指出(第 14 段)：

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)和减罪情况(第 2 款)。运用后一条原则(以及加罪情况)量定对犯罪者的刑罚，但此原则与刑事责任无关。

139. 奥地利政府(第 15 和 16 段)

不赞同委员会一些委员在危害人类和平及安全罪行的问题上拒绝考虑免于惩罚的原因(比如：精神错乱抗辩)。第 2 款应提及加罪情况才算完整。在量刑时也应考虑这些情况。奥地利政府同意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。

白俄罗斯

140. 白俄罗斯政府指出(第 13 段)：

第 14 条的俄文版应该是指“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、紧急状态、胁迫和善意的混淆。对每一类型罪行适用这些规定的可能性留待法庭审议。

141. 白俄罗斯政府表示(第 14 和 15 段)：

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。另一个可能性是包括一个惩罚表，当国家法庭适用治罪法的规定时，可以规定应该按照罪行极高的危险和严重程度来判定相应的惩罚。

该减罪情况清单可以是标示性的，而且具体可包括在强迫或在上级命令下犯罪，以及诚恳悔恨或承认有罪等情形。

142. 白俄罗斯政府认为下列做法值得肯定(第 16 段)，即：

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，……，在拟定实质性法律规定阶段应该小心避免根据国家的参与情况区分不同的罪行。衡量国家参与的标准在较后阶段，即在制定执行治罪法的机制时，将会具有关键的重要性。

比利时

143. 比利时政府认为(第 17 和 18 段)：

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。因此产生是否最好把第 14 条删掉的问题。假定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。

巴西

144. 巴西政府指出(第 12 段)：

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”很难指明那一种情况应该顾及。事实上，范围太大规定太多似乎是妨碍委员会

编辑法典工作的最困难问题之一。就草案而言，刑法从它本身性质本性和所涉价值看，需要更精确的定义和更详细的规定。

哥斯达黎加

145. 哥斯达黎加政府认为(第 40 段):

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，有必要拟订一项通用规则，涉及(如哥斯达黎加刑法第 71 条一般)进行罪责分摊时应该考虑的方方面面。无论如何，即使这一条为此目的顾及许多抗辩和减罪情况，刑事定性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，但这是一个关于罪行政策的决定，应当予以评估。

北欧国家

146. 北欧国家认为(第 24 至 26 段):

应将第 1 款和第 2 款分列两条款中，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。

按照当前的措词，本条没有对审理一项罪行时应当注意的情况作出表示。因此，任何法院都可以随意解释这一条款，这是很不符合法治原则的。北欧国家认为，确定自卫和紧急状态的重要性是适当的。同意的也许会各种情形下出现。

此外，《治罪法》另有两条(第 11 和 13 条)涉及犯罪者可能被免除责任的理由。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。当前草案的第 11 和 13 条阐明的情况应属于无论如何均不可被免责的情况。

147. 北欧国家进一步指出(第 27 段):

草案的另一问题是，它没有包含任何有关规定指导犯罪者因精神不正常或其他原因在犯罪时不能对其行动负责的案件。

148. 北欧国家认为(第 28 段)，第 14 条第 2 款应当顾及加重情况。此外，需要界定和例举“减罪”和“加重”二者的意义，因为按照目前的措词而论，这一条款实际上比较空洞。

波 兰

149. 关于第 1 款，波兰政府希望强调(第 38 段):

本款包括下述传统刑法抗辩：自卫、胁迫、紧急状态、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是，减轻辩解和其他可能情况只决定刑罚的加重或减轻。

150. 波兰政府认为(第 39 段):

第 2 款应补充添加“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他因素等“其它情况”。

巴拉圭

151. 巴拉圭政府指出(第 11 段)，第 14 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。

152. 该国政府认为:

抗辩(正当理由、无罪理由和不可归罪理由)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。如果我们不愿说出抗辩的理由，最好是引证在其境内犯罪的国家的法律。

瑞 士

153. 瑞士政府认为(第 9 段):

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，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。

联合王国

154. 联合王国政府指出(第 18 段):

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。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，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。

(b) 特别报告员的评论

1. 解释性说明

155. 特别报告员同一些政府一样认为，抗辩概念和减罪情况概念应当分开处理。这两种概念并不属于同样种类。虽然抗辩解除某种行为的刑事特性，但是，减罪情况并没有遗弃这种刑事特性，仅仅减轻罪犯的刑事责任。换句话说，抗辩联系罪行的存在或不存在，减罪情况联系惩罚。

156. 特别报告员同样认为，抗辩由于设法证明罪行不存在，因此，抗辩在《治罪法》的定义方式，应当如同《治罪法》按照“法无明文不为罪”内的原则对于罪行作出的定义。

157. 因此，特别报告员提议新的第 14 段以处理抗辩问题，即，自卫、胁迫和紧急状态。

2. 特别报告员提议的新案文

158. 特别报告员提议的第 14 条新案文如下：

“第 14 条(自卫、胁迫和紧急状态)

“当行为由自卫、胁迫或紧急状态激发时，不算犯罪。”

3. 关于提议的新第 14 条草案的评论

159. 这里提到的自卫并不涉及《联合国宪章》第 51 条规定的国家的国际责任。按照《宪章》第 51 条，国家对于为对付侵略而采取行动，没有国际责任。不过，由于这一条使得国家的国际责任有这种例外情况，自卫也解除国家领导人对于这种行为的国际刑事责任。关于胁迫和紧急状态概念，《纽伦堡法庭宪章》¹⁰ 和盟国管制理事会第 10 号法律¹¹ 所设立的国际军事法庭的司法前例已经采纳这些概念，但是有下列保留意见和条件：

¹⁰ 宪章附录于 1945 年 8 月 8 日关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的《伦敦协定》(英)(联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页)。

¹¹ 关于惩处犯下战争罪行、危害和平罪行及反人类罪行罪犯的法律，于 1945 年 12 月 20 日在柏林生效(盟国管制理事会，《军事政府立法》(柏林，1946))。

(a) 胁迫和紧急状态必须构成当前或迫切危险。¹²

(b) 援用胁迫或紧急状态的被告，其自身行为必定未曾促成胁迫或紧急状态。¹³

(c) 在为避免危险而保全和牺牲的对象之间，不应存在失衡情况。¹⁴

160. 最后，还应指出的是，源自英美法的司法做法并不区分胁迫与紧急状态。¹⁵

新的第 15 条

161. 特别报告员提议新增第 15 条如下：

“第 15 条(减罪情况)

“审判案件的法院宣判适用徒刑时，可以考虑减罪情况。”

¹² 德国联邦法院已经肯定了有关迫切危险的要求，该法院称：“德国刑法第 52 条规定，上级命令可能构成道德胁迫，但前提是犯罪者在迫切危险的下被迫犯下罪行。第 52 条并不表明，所有多年来出于自身意愿效力于国家社会主义政权下的罪行和恐怖活动的人，仅仅声称如果他们拒绝继续参与犯罪行为就会有生命危险，就能够逃避责任”(Bundesgerichtshof, 1952 年 10 月 14 日, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953 年, 第 112 页)。又见 *Henri Meyrowitz, La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi No. 10 du Conseil de contrôle allié* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962), 第 406 页。

¹³ I.G. Farben 案中强调，援用胁迫或紧急状态抗辩的被告不可经自身行为参与造成这种胁迫或紧急状态。美国军事法庭宣布，当援用这种理由的被告自身对这种命令的存在与否负有责任，或当他的参与超出必要的限度或者出于他自己的主张时，紧急状态的借口是不被承认的(见《纽伦堡军事法庭依据盟国管制理事会第 10 号法律审讯战争罪犯(纽伦堡，1946 年 10 月至 1949 年 4 月)》(英)(Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1949-1953, case No. 6, vol. VIII, 第 1179 页))。

¹⁴ 在良好或保全的利益与良好或牺牲的利益之间必须均衡，这一要求特别是在 *Krupp* 等案件中得到强调。被告由于害怕不服从一般和具体命令就会丧失公司总裁职位，因此强迫囚犯从事劳动。法庭认为，这种害怕不能成为作出有利于自己而不利于不幸受害者的选择的理由，因为这些受害者在这种情况下根本毫无选择。

此外，根据有关证据，完全可以确切地说，在集中营内，他们让成千上万名手无寸铁的受害者每天受到死亡威胁、经历艰辛生活带来的身体折磨、并遭受对兵工厂的无情空中轰炸，更不用说必须忍受强迫劳役和其他暴行，比较起这些受害者来，被告的情况绝对不会更差。实际受害者人数和可能受害者人数之间的失衡程度，也同样令人震惊(同上, case No. 10, vol. IX, 第 1466 页)。

¹⁵ Henri Meyrowitz, 同前。

特别报告员的评论

162. 刑法普遍承认，审判刑事案件的任何法院有权审查罪行的发生情况，同时确定任何情况是否可以减轻被告的责任。

163. 此外，特别报告员认为，不适宜讨论加罪情况，因为这里审议的罪行属于最严重罪行中的最严重行为。不过，这个问题应当由国际法委员会加以决定。

国际水道非航行使用法

[议程项目 5]

A/CN.4/462 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二次报告

[原文: 英文]
[1994 年 4 月 21 日]

目 录

	段 次	页 次
导 言.....	1	112
<u>章 次</u>		
一、地下水.....	2 - 11	112
二、对第 11 至 32 条的其他修改建议.....	12 - 13	113
三、争端的解决.....	14 - 16	114
四、体现特别报告员修改提议的条款草案条文.....	17 - 41	114
第一部分 导言.....	18 - 21	114
第 1 条.....	18	114
第 2 条.....	19	114
第 3 条.....	20	115
第 4 条.....	21	115
第二部分 一般原则.....	22 - 27	115
第 5 条.....	22	115
第 6 条.....	23	115
第 7 条.....	24	116
第 8 条.....	25	116
第 9 条.....	26	116
第 10 条.....	27	116
第三部分 规划的措施.....	28 - 31	116
第 11 条.....	28	116
第 12 至 15 条.....	29	116
第 16 条.....	30	117
第 17 至 19 条.....	31	117
第四部分 保护和保全.....	32 - 35	118
第 20 条.....	32	118
第 21 条.....	33	118
第 22 条.....	34	118
第 23 条.....	35	118
第五部分 有害状况和紧急情势.....	36	118
第 24 和 25 条.....	36	118
第六部分 杂项规定.....	37 - 41	119
第 26 条.....	37	119
第 27 条.....	38	119
第 28 条.....	39	119
第 29 至 32 条.....	40	119
第 33 条.....	41	120
附件 国际水道非航行使用法：“不相连”承压地下水.....		121

导 言

1. 特别报告员在他关于国际水道非航行使用法的第二次报告中，提议侧重于以下三个主题：

- (a) 他对于将“不相连”承压地下水纳入法律是否明智和有意义的肯定结论；
- (b) 针对他第一次报告没有讨论的条文¹ (即第 11 条至 32 条)的建议；
- (c) 关于解决争端的条款。

¹ 《1993 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 191 页，A/CN.4/451 号文件。

第 一 章

地 下 水

2. 特别报告员在他第一次报告中提出了将“不相连”承压地下水列入关于国际水道非航行使用条款草案的可能性。² 在 1993 年举行的第四十五届会议上交换意见后，国际法委员会认为需要更多的资料。因此，国际法委员会请特别报告员就“不相连”“承压地下水”的问题进行一项研究，以确定将其列入专题的可行性。³ 特别报告员依照委员会的要求进行了研究。研究结果载于本报告附件内。

3. 特别报告员进行的研究证明将“不相连”承压地下水列入条款草案是明智的。水资源管理的最新趋势是采取一种综合办法，在综合管理所有水资源的通盘计划中，将“不相连”承压地下水列入是最起码的做法。⁴

4. 特别报告员深信，在一项纲领公约或规则范本中，适用于水道和相连的地下水的原则和准则

也同样适用于“不相连”承压地下水。特别报告员又认为为了达到这个较广范围，初读产生的案文⁵ 所需的更改较少和不复杂。

5. 因此，保留现有排除“不相连”承压地下水的范围、以后另外设法为“不相连”承压地下水起草一项类似的文书显然是不明智的。按照常规，这将把关于该课题的工作推迟到国际法委员会成员的下一个五年任期开始后许久才能完结。

6. 将“不相连”承压地下水包括在内所需的更改不复杂。做法之一首先是放弃一个“共同的终点”的规定。

7. 特别报告员仍然认为草案第 2 条应删除“流入共同的终点”的措辞。特别报告员认为这项删除不会使作为一个整体的条款草案的范围无限扩大。为了支持删除“流入共同的终点”的措辞，国际法协会水资源委员会指出，这些措辞似乎反映一种忧虑，即与一个国际水道系统人为相连的一个国家水道可能被认为变成该系统的一部分。水资源委员会的看法(特别报告员也有这个看法)是，“通过一项排除对‘水道’作这种解释的明确声明，可以更好地排除这项忧虑”。⁶ 主张列入“流入共同的

² 同上，第 11 段。

³ 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 371 和 441 段。

⁴ 国际法协会，“国际法委员会关于国际水道非航行使用法的条款草案：国际法协会水资源委员会的评论”(报告副本由特别报告员存档)。国际法协会水资源委员会指出，“根据今天对水特性、特别是对含水层的性质及其与地表水关系的了解，某一水道的水体必须总是流入共同的终点这个概念是没有根据的。”

⁵ 一读临时通过的条款见《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 69 至 73 页。

⁶ 见上文脚注 4。

终点”的概念是一个牵强的论点。举例说，多瑙河水道的流动证明了这点。在一年中的某段时期，多瑙河的水流流入康斯坦茨湖和莱茵河。然而没有人认为莱茵河和多瑙河是一个单一系统的一部分。⁷

⁷ *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung, Staatsgerichtshof, Germany, 18 June 1927, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin, vol. 116, appendix, pp. 18 et seq.* 本案记录载于 *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927 and 1928* (A. McNair and H. Lauterpacht, eds., London, Longmans, 1931), p. 128。对本案的一个分析载于 Lederle, “Die Donauversinkung”, *Annalen des Deutschen Reichs, 19*, (Munich, 1917), p. 693。对本案的另一个分析见 J. A. Barberis, *Le statut des eaux souterrains en droit international* (FAO, Etude législative 40, 1987), pp. 40 and 41。另，对本案的研究见前任特别报告员斯蒂芬·C·麦卡弗里先生的第七次报告(《1991年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第53页起，A/CN.4/436号文件，特别是第66至67页，第39至43段)。

8. 假如委员会愿意删除“共同的终点”的规定，特别报告员将愿意扩大水道的定义并接受任何关于“含水层”或“跨国界含水层”的增加案文。

9. 如果未能广泛同意删除“共同的终点”的规定，有几项较为简单的方法包括“不相连”承压地下水。

10. 通过将“水道”确定为包括“不相连”承压地下水或根据需要在各条中提及“地下水”，可以达到包括“不相连”承压地下水所需的更改。特别报告员觉得采取后一种做法比使用勉强的水道定义做法略为可取。

11. 特别报告员重新草拟条文，根据的假设是：必须包括“不相连”承压地下水；而且删除“流入共同的终点”的做法被否决，或虽被接受但被认为不足以构成对列入“不相连”承压地下水的明确表示(见下文第四章中重新草拟的案文)。

第二章

对第11至32条的其他修改建议⁸

被通知国的义务(第16条)

12. 特别报告员认为，对于已获通知但没有在规定时间内对通知作出答复的国家宜规定一些制裁。根据第16条目前的条文，没有措施激励被通知国对通知作出答复。此外，对于通知国因被通知国没有及时答复所负担的开支给予的保护太少。也许最严重的是，被通知国没有动机依照公平和最适当使用的原则设法解决互相冲突的使用问题。可是，通知国在等待对其通知的答复时，6个月内不能进行其所规划的措施。如果没有收到答复，该国在执行其规划措施方面损失了时间，而且又丧失了

机会，无法修订其规划措施以避免对其他水道国权利的可能侵犯。⁹

13. 为了纠正这些问题，特别报告员对第16条引入了新第2款(见下文第四章)。

⁸ 特别报告员提议修改的条文(除了包括“不相连”承压地下水需要作出的相应轻微的修正外)仅有第16条和第21条，其中第21条第3款在“物质”一词之后加上“或能源”。

⁹ 关于这一点的更详细评论，见 C. B. Bourne, “The International Law Commission's draft articles on the law of international watercourses: principles and planned measures”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder, 1992), vol. 3, No. 1, pp. 68-69。又见国际法协会水资源法委员会的评论(上文脚注4)，以及荷兰政府的评论和意见第18和19段(《1993年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第155页，A/CN.4/447/Add.1-3号文件)。

第三章

争端的解决

14. 由于没有时间和其他因素，委员会谢绝接受前几任特别报告员关于解决争端的深奥和复杂的条文。此外，因为我们处理的是一项纲领公约。

15. 特别报告员仍然深信，最起码，一项关于解决争端的合适的、最基本的条款是委员会关于目前专题提出的任何公约的一项不可缺少部分。

16. 虽然，如果成员希望全盘恢复麦可弗里先生(1990年)第六次报告中的方案，¹⁰ 特别报告员将完全同意这样做，但是，作为一项备选办法，他促请起码应考虑在草案的正文中加进下文所载的简化条文(见下文第四章)。

¹⁰ 《1990年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第64页，A/CN.4/427和Add.1号文件。

第四章

体现特别报告员修改提议的条款草案条文

17. 体现特别报告员(楷体所示)修改提议的条款草案条文如下：

第一部分

导 言

第 1 条

18. 在第 1 款中，在“国际水道”之后应加进“和跨国界含水层”，在“这些水道”之后应加进“和含水层”，使该条内容改为：

“第 1 条 目前诸条款的范围

“1. 目前诸条款适用于为航行以外目的使用国际水道和跨国界含水层及其水体，并适用于同使用这些水道和含水层及其水有关的养护和管理措施。

“2. 为航行目的使用国际水道的水不属于目前诸条款的范围，但这些水的其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。”

第 2 条

19. 在(a)项中，应将“跨国界含水层”的措辞列入“国际水道”的定义；在(b)项中，应删除“并流入共同的终点”的措辞；新的(b)项之二应加进对“承压地下水”及与其有关的其他用语的定义；(c)项应加进“跨国界含水层”的措辞。因此，第 2 条内容将改为：

“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或含水层；

“(b) ‘水道’是指地表水和地下水的系统，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]¹¹；

“(b)之二 ‘承压地下水’是指含水层中的水；

“‘跨国界承压地下水’是指跨国界含水层中的水；

“‘含水层’是指从中可以抽取大量水的地下的、含水的地质构成及其中所包含的水；

“‘跨国界含水层’是指与国际边界交叉的含水层；¹²

“(c) ‘水道国’是指国际水道或跨国界含水层的组成部分位于其领土内的国家。”

¹¹ 在关于承压地下水的条款草案中，列入或排除这一项表述并非至关重要。特别报告员建议删除这一表述，因为在水文学上这是不合理的过分简单化，没有任何有用的目的。

¹² 这些定义的来源见 Robert D. Hayton and Albert E. Utton, “Transboundary groundwaters: The Bellagio draft treaty”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, N.M.), vol. 29, No. 3, 1989, p. 663.

第 3 条

20. 在第 1、2 和 3 款中应加进“或含水层”和“或跨国界含水层”。因此，第 3 条将改为：

“第 3 条 水道或含水层协定

“1. 水道国之间可订立一项或多项协定(下称‘水道或含水层协定’), 将目前诸条款适用和适应于某一特定国际水道或跨国界含水层或其一部分的特征和使用情况。

“2. 两个或以上水道国之间缔结的水道或含水层协定, 须界定其所适用的水体。缔结此种协定针对的对象可以是整个国际水道或跨国界含水层, 也可以是其中任何部分, 或者特定项目、方案或使用情况, 但协定不应给一个或多个其他水道国对该水道或含水层水体的使用构成重大的 * 不利影响。

“3. 若某一水道国认为鉴于某一特定国际水道或跨国界含水层的特征及使用情况, 需对目前诸条款进行调整或加以适用, 水道国之间须进行协商, 以秉诚谈判, 从而缔结一项或多项水道或含水层协定。”

* 依照起草委员会于国际法委员会(1993 年)第四十五届会议的决定, “重大”一词将取代全文的“明显”一词。起草委员会同意, 评注将体现下列事实, 即将“明显”改为“重大”是为了避免“明显”一词的含糊不清(因为该词既可意指“可计量的”, 又可意指“重大”), 而不是企图提高标准。见《1993 年...年鉴》, 第一卷, 第 2322 次会议, 第 4 段; 又见同上, 第二卷(第二部分), 第 374 至 389 段。

第 4 条

21. 贯穿本条案文, 应加进“或含水层”和“或跨国界含水层”等字眼, 使该条的内容改为：

“第 4 条 水道或含水层协定的当事国

“1. 每一水道国均有权参加适用于整个国际水道或跨国界含水层的任何水道或含水层协定的谈判, 并成为该协定的当事国, 以及参加任何有关协商。

“2. 如水道国对某一水道或跨国界含水层的使用可能因执行只适用于该水道或含水层

某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的水道或含水层协定而受到重大 * 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。”

* 见第 3 条注释。

第二部分**一般原则****第 5 条**

22. 应加进“或跨国界含水层”和“或含水层”等字眼, 使第 5 条内容改为：

“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或跨国界含水层。特别是水道国在使用和开发某一国际水道或跨国界含水层时, 应着眼于实现与充分保护该水道或含水层相一致的最佳利用和益处。

“2. 水道国应公平合理地参与国际水道或跨国界含水层的使用、管理、开发和保护。这种参与包括本条款所规定的利用水道或含水层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

23. 应加进“或跨国界含水层”和“或含水层”, 使第 6 条内容改为：

“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或跨国界含水层需要考虑到所有有关因素与情况, 其中包括：

“(a) 地理、水路、水文或气候、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或含水层对其他水道国的影响；

“(d) 对水道或含水层的现行使用和可能的使用；

“(e) 水道或含水层水资源的养护、保护、开发和节约利用，以及为此而采取的措施的经费；

“(f) 某项规划或现有使用方式有无其他价值相当的备选方案。

“2. 在适用第 5 条和本条第 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。”

第 7 条

24. 应将“或跨国界含水层”和“或含水层”加入特别报告员在他的第一次报告¹³中对本条提出的修订案文，使第 7 条内容改为：

“第 7 条 不造成明显损坏的义务

“除了可能在公平合理使用水道或含水层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以不致对其他水道国造成重大 * 损害的方式对国际水道或跨国界含水层的利用予以应有的注意。以污染的形式造成的重大 * 损害应认定为不公平和不合理的利用方式，下列情况除外：(a) 有特殊情况明确显示亟须作出特别调整；以及 (b) 不存在对人的健康和安全造成任何眼前威胁。”

* 见第 3 条注释。

第 8 条

25. 案文后半部应加入“或跨国界含水层”，使第 8 条成为：

“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，以便实现国际水道或跨国界含水层的最佳利用和充分保护。”

第 9 条

26. 应在第 1 款中加入“或含水层”，使第 9 条成为：

“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或含水层状况的，特别是关于水文、气象、水文地质和生态性质的现成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现成的数据或资料，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

27. 应加入“或跨国界含水层”，使第 10 条成为：

“第 10 条 各种使用之间的关系

“1. 如无相反的协定或习惯，国际水道或跨国界含水层的任何使用均不对其他的使用享有固有的优先地位。

“2. 在国际水道或跨国界含水层的各种使用相互冲突时，应参酌第 5 至第 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决，尤应顾及人类生活上的需求。”

第三部分

规划的措施

第 11 条

28. 案文中应加入“或跨国界含水层”的措辞，使第 11 条成为：

“第 11 条 关于规划措施的情况

“各水道国应就规划的措施对国际水道或跨国界含水层状况可能产生的影响交换资料和相互协商。”

第 12 至 15 条

29. 对第 12 至 15 条无修改提议，案文如下：

¹³ A/CN.4/451 号文件(上文脚注 1)，第 27 段。

第 12 条 关于可能造成不利影响的 规划措施的通知

一个水道国在执行或允许执行可能对其他水道国造成明显不利影响的规划措施之前，应及时向这些国家发出通知，并同时提供现有技术数据和资料，以便使被通知国能够评估规划措施可能造成的影响。

第 13 条 对通知作出答复的期限

除另有协议外，按照第 12 条发出通知的水道国应容许被通知国在六个月的期限内对规划措施可能造成的影响进行研究和评估并将结论告知发出通知的水道国。

第 14 条 通知国在答复期限内的义务

在第 13 条所述期限内，通知国应与被通知国合作，当后者要求时应向其提供为进行精确评估所需的其他任何已有的数据和资料，未经被通知国同意，不得执行或允许执行规划措施。

第 15 条 对通知的答复

1. 被通知国应将其结论尽早告知通知国。
2. 如果被通知国认为执行规划措施将不符合第 5 条或第 7 条的规定，应在第 13 条规定的期限内将这项结论函告通知国，并附上文件说明这项结论的理由。

第 16 条

30. 应加入第 2 款，使第 16 条成为：

“第 16 条 对通知不作答复

“1. 如果通知国在第 13 条所提及的期限内未收到根据第 15 条第 2 款告知的结论，则通知国在不违反其依第 5 和第 7 条所负义务的条件下，可按照发给被通知国的通知和任何其他数据和资料着手执行规划措施。

“2. 未作出答复的被通知国的任何利益可被通知国在答复期限过后采取行动所需费用抵销。在被通知国应作出答复的日期至接到被通知国要求通知中止造成危害行为的申诉后的充足时间，其间所发生的损害的赔偿应不予受理。”

第 17 至 19 条

31. 第 17 至 19 条无修改提议，案文如下：

第 17 条 关于规划措施的协商和谈判

1. 在按照第 15 条第 2 款告知结论的情况下，通知国和告知结论的国家应进行协商和谈判，以期公平地解决这种局势。

2. 协商和谈判，应在各国必须诚意地合理照顾其他国家的权利和正当利益的基础上进行。

3. 在进行协商和谈判的过程中，通知国须应被通知国在告知结论时提出的要求，在不超过六个月的期限内不执行或允许执行规划措施。

第 18 条 未作通知时的程序

1. 如果一个水道国有确实理由认为另一个水道国正在规划的措施可能对其造成重大 * 的不利影响，前者可要求后者适用第 12 条的规定。提出这一要求时应同时提出有关的说明文件，阐述上述认识的理由。

2. 如果正在规划措施的国家仍认为它没有义务按照第 12 条发出通知，它应告知该另一国，同时提出有关的说明文件，阐述这一认识的理由。如果这一认识不能使该另一国满意，则两个国家应根据该另一国的要求迅即按照第 17 条第 1 款和第 2 款指出的方式进行协商和谈判。

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，则正在计划进行措施的国家应在不超过六个月的期限内避免执行或允许执行规划措施。

* 见上文第 3 条注释。

第 19 条 紧急执行规划措施

1. 如果为了保护公共卫生、公共安全或其他同样重要的利益，规划措施的执行具有极端紧急的性质，则尽管有第 14 条和第 17 条第 3 款的规定，计划进行该项措施的国家仍可在不违反第 5 和第 7 条的条件下立即执行该项措施。

2. 在上述情况下，应向第 12 条所提到的其他水道国发出关于措施的紧急性的正式声明，同时提供有关的数据和资料。

3. 计划进行该项措施的国家在第 2 款提及的任何国家请求时，应迅即同它们按第 17 条第 1 款和第 2 款指出的方式进行协调和谈判。

第四部分

保护和保全

第 20 条

32. 案文中应增添“或跨国界含水层”等措辞，使第 20 条案文如下：

“第 20 条 保护和保全生态系统

“水道国应单独或共同保护和保全国际水道或跨国界含水层的生态系统。”

第 21 条

33. 界定污染定义的第 21 条第 1 款应移至第 2 条(用语)之下，并在第 1、第 2 和第 3 款的“国际水道”一词之后添加“或跨国界含水层”等措辞。在第 3 款中，在“物质清单”之后添加“或能源”的措辞。第 21 条案文如下，但应将第 1 款移至第 2 条：

“第 21 条 预防、减少和控制污染

“1. 为本条款的目的，‘国际水道或跨国界含水层污染’系指由于人的行为直接或间接引起国际水道或跨国界含水层水体的成分或质量的任何有害变化。

“2. 各水道国应单独或共同预防、减少和控制对国际水道或跨国界含水层的污染，以免可能严重损害其他水道国或其环境，包括损害人的健康和安全、对水的任何有益利用，或者水道的生物资源害。水道国应采取措施协调它们在这方面的政策。

“3. 在任何水道国提出要求时，水道国应进行协商，以确定有关物质或能源清单，将这些物质或能源排入国际水道或跨国界含水层水体须予以禁止、限制、调查或监测。”

第 22 条

34. 在“国际水道”一词之后添加“或跨国界含水层”等措辞，在“水道”之后添加“或含水层”等措辞，使第 22 条案文如下：

“第 22 条 引进外来物种或新物种

“水道国应采取一切必要措施，防止把可能对水道或含水层生态系统有不利影响从而对其他水道国造成重大 * 损害的外来物种或新物种引进国际水道或跨国界含水层。”

* 见第 3 条注释。

第 23 条

35. 第 23 条没有拟议的改动，其案文如下：

第 23 条 保护和保全海洋环境

水道国应考虑到一般接受的国际规则 and 标准，单独或共同对国际水道采取一切必要措施，以保护和保全包括河口湾在内的海洋环境。

第五部分

有害状况和紧急情势

第 24 和 25 条

36. 第 24 和 25 条没有拟议的改动，其案文如下：

第 24 条 预防和减轻有害状况

水道国应单独或共同采取一切适当措施，预防或减轻可能对其他水道国有害的状况，例如洪水或冰情、水传染病、淤积、侵蚀、盐碱化、干旱或沙漠化等，而不论其是否由于天然原因或人为原因所造成。

第 25 条 紧急情势

1. 为本条文的目的，“紧急情势”是指对水道国或其他国家造成严重损害或构成严重损害迫切威胁的情势，且这种情势是由于天然原因，例如洪水、冰崩、山崩或地震，或人为原因，例如工业事故所突然造成。”

2. 在其领土内发生任何紧急情势时，水道国应毫不延迟地以现有最迅速的方法通知其他可能受影响的国家和各主管国际组织。

3. 在其领土内发生紧急情势的水道国应与可能受影响的国家并酌情与各主管国际组织进行合

作，根据情况需要立即采取一切实际可行的措施，预防、减轻和消除该紧急情势的有害影响。

4. 如有必要，水道国应酌情与其他可能受影响的国家和各主管国际组织进行合作，共同拟定应急计划，以应付紧急情势。

第六部分

杂项规定

第 26 条

37. 在第 1 和 2(a)款中，应在“国际水道”一词之后添加“或跨国界含水层”等措辞。在第 2(b)款中，应在“水道”一词之后添加“或含水层”等措辞。因此，第 26 条案文如下：

“第 26 条 管理

“1. 在任何水道国的要求下，各水道国应就可包括建立联合管理机构在内的有关管理国际水道或跨国界含水层的问题进行协商。

“2. 为本条文的目的，‘管理’一词尤其是指：

“(a) 规划国际水道或跨国界含水层的持续发展和规定所通过的任何计划的执行方式；并

“(b) 以其他方式促进对水道或含水层的合理和最佳利用、保护和控制。”

第 27 条

38. 在第 1 和第 3 款中，应在“国际水道”之后添加“或跨国界含水层”的措辞。因此，第 27 条案文如下：

“第 27 条 调节

“1. 水道国应酌情进行合作，就调节国际水道或跨国界含水层水体流动的必要性 and 机会作出反应。

“2. 除非另有协议，水道国应公平参与它们同意进行的调节工程的兴建和维护，或其费用的支付。

“3. 为本条文的目的，‘调节’是指用水利工程或任何其他持续的措施改变、变换或另行控制国际水道或跨国界含水层水体的流动。”

第 28 条

39. 在第 1 和第 2(a)款中，应在“国际水道”之后添加“或跨国界含水层”的措辞。因此，第 28 条案文如下：

“第 28 条 设施

“1. 各水道国应在各自的领域内尽力维护和保护国际水道或跨国界含水层的有关设施、装置和其他工程。

“2. 在严重关切可能遭受重大*不利影响的任何水道国的要求下，各水道国应就下列事项进行协商：

“(a) 国际水道或跨国界含水层的有关设施、装置和其他工程的安全管理或维护；或

“(b) 保护设施、装置和其他工程免受故意行为或疏忽行为或自然力的损害。”

* 见第 3 条注释。

第 29 至 32 条

40. 虽然特别报告员不一定主张删除第 29 条，但他指出有几个国家在发言和书面评论中均有此建议，而且根据这一条的措词，它并没有设定任何尚不存在的有约束力的规则。对这一条未作修改提议，同样对第 30 至 32 条也未作修改提议。这些条款案文如下：

第 29 条 武装冲突期间的国际水道和设施

国际水道和有关设施、装置及其他工程应享有在国际及国内武装冲突中适用的国际法原则和规则所给予的保护，并且其使用不应违反这些原则和规则。

第 30 条 间接程序

在水道国之间直接联系有严重障碍的情况下，有关的国家应通过它们所接受的任何间接程序履行

本条款所规定的任何合作义务，包括数据和资料的交换、通知、通讯、协商和谈判。

第 31 条 对国防或国家安全至关重要的数据和资料

本条款的任何规定均不应使水道国承担义务提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料。但该国应同其他水道国进行诚意的合作，以期尽量提供在这种情况下可能提供的资料。

第 32 条 不歧视

对于任何因参加与国际水道有关的活动而遭受重大 * 损害或受到这种伤害威胁的自然人或法人，水道国在按照各自法律制度向其开放司法和其他程序时，不得基于国籍或住所予以区别对待。

* 见第 3 条注释。

第 33 条

41. 特别报告员提议下列关于解决争端的规定：

“第 33 条 争端的解决

“1. 水道国应以和平手段解决它们有关水道的争端。

“2. 如有关国家间未就这类争端的解决达成适用的协定，争端应按照下列方式加以解决：

“(a) 如就事实问题或本条款的解释或适用发生争端，有关国家应尽快进行协商和谈判，以期公平地达成争端的解决；

“(b) 如有关国家未在六个月内通过协商和谈判达成争端的解决，它们应可诉诸公正的实情调查或调解；

“(c) 如在初次提出实情调查或调解请求十二个月后，或如曾协议设立实情调查或调解委员会，则在收到实情调查或调解委员会的报告六个月后，两者以晚者为准，各当事方尚未能解决争端，则任何当事方均可将争端提交为争端所有当事方接受的任何常设或特别法庭进行有约束力的仲裁。”

附件

国际水道非航行使用法

“不相连”承压地下水

A. 跨界地下水

1. 世界各大洲几乎都有跨界地下水。例如，东北部非洲、中北部非洲和西北部非洲均有大面积的含水层。¹

2. 东北部含水层位于利比亚、埃及、乍得和苏丹地下；阿拉伯半岛的含水层则为沙特阿拉伯、巴林，和甚至卡塔尔和阿拉伯联合酋长国所共同拥有；撒哈拉北部含水层为阿尔及利亚、突尼斯和利比亚所共有；乍得含水层为乍得、尼日尔、苏丹、中非共和国、尼日利亚和喀麦隆所共有；陶代尼盆地含水层为乍得、埃及、利比亚和苏丹所共有；Maestrichian 含水层或盆地为塞内加尔、冈比亚、几内亚比绍和毛里塔尼亚所共有。² 最近对努比亚砂岩含水层进行的一项研究显示，该含水层位于乍得、埃及、利比亚和苏丹大片土地之下，细分为若干在水力学上相连的次盆地。其他例子可见诸北美洲、亚洲和欧洲。有人指出，“除了偏远的岛屿以外，几乎所有国家都与另一国家或多个国家共同拥有地下水系统”。³

3. 若干跨界地下水与地表水没有任何关系，不流入一个共同终点，干旱区的情况尤其是这样。⁴ 这些“不相连”承压地下水完全封闭，唯一外泄途径是通过毛细管作用和蒸发作用，实际来说，可能独立于任何可确定的内陆地表水系统。洪水在沙漠中流经干旱冲沟进入干旱盆地时，渗透下来的水可

¹ IIA, *Report of the Sixty-second Conference*, Seoul, 1986, London, 1987 (下称“汉城报告”), 第 231 页起, 尤见第 238 页。

² D. A. Caponera and D. Alhéritière, “Principles for International Groundwater Law”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, N.M.), vol. 18, No. 3, 1978, 第 589 页起, 尤见第 590 页。

³ 同上, 引用 *Ground Water in Africa* (联合国出版物, 出售品编号: E.71.II.A.16) 以及 *Ground Water in the Western Hemisphere*, *Natural Resources Water Series No. 4* (联合国出版物, 出售品编号 E.76.II.A.5)。

⁴ IIA, 汉城报告, 第 256 页。

使这些承压地下水体得到定期回灌。⁵ 这类承压地下水据称是由于“上覆地体阻塞”所形成, 或者可能是地球的地质活动导致了原地表回灌区与含水层隔绝。此外, 很久以前的气候变化可能使灌注含水层的河流湖泊消失。这些含水层许多通过该地区有的降水或冰雪融化获得回灌。因此, 从所有角度来看, 这些含水层是“独立的”水库, 与现有地表水不发生重大关系。⁶

B. 人类对地下水的依赖

4. 地下水是地球最大的淡水贮存来源。淡水湖蓄水量为 12 万立方千米, 与此比较, 在地壳深度 800 米内的地下水估计约为 400 万立方千米。据称在 1 至 3 千米深处还另有 1400 万立方千米的地下水。⁷

5. 世界各地多数人依靠地下蓄水获得供水。例如, 在欧洲联盟成员国, 地下水占总饮用水 70%; 德国和比荷卢三国的比例更高, 意大利则达 93%。⁸ 美国所有饮用水的一半来自地下水,⁹ 其中 97% 为农村人口所耗用。经合组织指出, 欧洲所有饮用水供应的 75% 来自地下水。在有些国家, 地下水几乎是饮用水的唯一来源。例如, 地下水占丹麦饮用水的 98%。地下水往往是干旱和半干旱地区

⁵ 同上, 引用 Margat, “Groundwater reservoirs, physical basis for their use”, 载于 *Groundwater Seminar Granada*, 西班牙政府组织的粮农组织及开发计划署关于地下水在优先利用水力资源方面作用的讲习班报告, 1971 年, 格拉纳达, 粮农组织灌溉与排水第 18 号文件 (Rome, 1973)。

⁶ 同上。

⁷ *Groundwater Storage and Artificial Recharge*, *Natural Resources/Water Series No. 2* (联合国出版物, 出售品编号: E.74.II.A.11), 第 1 页。

⁸ L.A. Teclaff and E. Teclaff, “Transboundary Ground Water Pollution: Survey and Trends in Treaty Law”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, N.M.), vol. 19, No.3, 1979, p. 629.

⁹ 同上, 引用 the Environmental Protection Agency (EPA), *Federal Register*, vol. 43, p. 58948 (1978)。

的唯一水源。在这些区域，地下水对所有社会经济发展均具关键重要性。鉴于人类污染日益严重，加上地表水的耗竭或污染，地下水的价值在世界许多地区已具有核心重要性。在非洲，离开大河流的地区地表水稀缺，大部分的饮用水取自地下井。由于非洲迅速加入现代工业经济，地下水的利用近年来剧增。

6. 南北美洲广泛利用地下水。墨西哥的情况尤其是这样，“该国三分之二以上的领土为沙漠和干旱和半干旱地带，地下水为无价的资源”。每年为各种用途从水井汲取约 120 亿立方米的地下水。¹⁰ 同样地，在地中海东部和西亚，用水的需求量相应急剧增加。地下水基本上是多数区域的唯一供水来源。需求剧增是工业发展和城市化所造成，特别是在发现大量石油储藏后，需要提高农业生产也是原因之一。在这一区域的某些国家，“地下水的勘探和开发已达到惊人程度”。¹¹ 一般来说，就灌溉而言，地下水已经成为比地表水更为可靠和较可控制的水源。¹² 在世界各地，“一般情况是近来较多利用地下水”。¹³

C. 地下水的污染

7. 目前对所有水资源特别是地下水的关注是污染日益严重的问题。欧洲经济委员会最近通过的《地下水管理宪章》说明了这项关注：

作为具有生态和经济价值的自然资源，地下水对维持生命、健康和生态系统的完整性具有关键重要性。但此一资源日益受到过渡耗用和不知不觉中污染带来的长期影响的威胁。污染既来自固定来源也来自散乱来源。潜在威胁或实际影响均可长期危

¹⁰ *Ground Water in the Western Hemisphere*, 见上文脚注 3, 第 2 页。

¹¹ *Ground Water in the Eastern Mediterranean and Western Asia*, Natural Resources/Water Series No. 9 (联合国出版物, 出售品编号: E.82.II.A.8), p. 4.

¹² E. Fano 和 M. Brewster, “Issues in ground water economics”, 载于联合国技术合作促进发展部, *Ground Water Economics*, 联合国与西班牙政府合作举办的联合国国际研讨会和讲习班报告, 1987 年 10 月 19 至 23 日, 西班牙, 巴塞罗那, TCD/SEM.88/2 号文件, 第 35 页。

¹³ R.D. Hayton, “The ground water legal regime as instrument of policy objectives and management requirements”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, N.M.), vol. 22, No. 1, 1982, p. 119.

及地下水资源, 对今世后代造成深远而不可预知的影响。迫切需要采取行动。¹⁴

8. 跨界含水层的污染可能对供用其地下水的国家造成灾难性后果。¹⁵ 污染地下水, 特别是承压地下水, 可能比污染地表水更为严重, 因为地下水流动缓慢, 污染物一般停留在含水层内。¹⁶ 专家认为, 被污染的含水层需要以干净水不断回灌一百年才能够排出可饮用水, 如果污染物事实上可以降解的话。¹⁷ 另一方面, 不容易在地下降解或被吸收的污染物可能需要很长的时间去消除, “因为地下水的平均留存时间达两百年。”¹⁸

9. 相连的或“不相连”地下水以至地表水的污染来源包括农用化肥、动物排泄物和农药、化粪池、地下储存槽、废料存放地、地下喷注井、地面牲畜栏、材料的储存和运输、城市径流、化工厂和其他加工厂及采矿和盐侵入。¹⁹ 地下水枯竭, 导致咸水侵入含水层也可造成污染。

D. 关于跨国界地下水的国家惯例

10. 过去, 各国不甚关注地下水的妥善利用以及保护地下水免受污染的问题, 这主要是由于对水力周期缺乏更好的了解, 同时也由于地下水与地表水不同, 它是看不到的, 污染非直至非常晚的阶段不会显现出来。²⁰ 关于跨国界地下水的国家惯例很罕有, 只有少数关于共有水资源的条约包括了地下水。这种条约的例子有: 1925 年关于 Ramla 井的

¹⁴ ECE, *Charter on groundwater management* (联合国出版物, 出售品编号: 89.II.E.21), 前言。

¹⁵ A. E. Utton, “The development of international ground water law”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, N.M.), vol. 22, No. 1 (1982), 第 109 页。

¹⁶ 同上, 第 108 页。另见 Teclaff and Teclaff, 同前引书, 第 632 页。

¹⁷ M.C. Haase, “Interrelationship of ground and surface water: an enigma to Western water law”, *Southwestern University Law Review* (Los Angeles, Calif.), vol. 10, 1978, 第 2069 页起, 尤见第 2079 页(1978), 转引于 Teclaff and Teclaff, 同前引书, 第 632 页。

¹⁸ Environmental Protection Agency 的估计(见上文脚注 9); 转引于 Teclaff and Teclaff, 同前引书, 第 632 页。

¹⁹ OECD, *Water Resource Management---Integrated policies* (Paris, October 1989), p. 222.

²⁰ 见 Teclaff and Teclaff, 同前引书, 第 636 页。

《埃及与意大利协定》²¹、1927 年关于使用边界水的《苏联与土耳其公约及议定书》²² 以及 1947 年规定意大利与南斯拉夫之间对戈里齐亚村社泉水保证的《同盟国与意大利的和平条约》²³。有些条约系关于保护地下水免受污染的问题。这些包括了 1955 年南斯拉夫与匈牙利之间的协定²⁴、1956 年南斯拉夫与阿尔巴尼亚之间的协定²⁵、1958 年南斯拉夫和保加利亚之间的协定²⁶、1958 年波兰与捷克斯洛伐克之间的协定²⁷、1964 年波兰与苏联之间的协定²⁸、1972 年芬兰与瑞典关于边界河流的协定²⁹、1972 年关于保护边界水免受污染的《瑞士和意大利公约》³⁰ 以及 1973 年美国与墨西哥关于科罗拉多河盐度问题的协定³¹。

²¹ Agreement between Egypt and Italy fixing the frontier between Cyrenaica and Egypt (Cairo, 6 December, 1925) (联合国,《……法律案文》(ST/LEG/SER.B/12)), 第 99 页, 第 6 号条约。

²² 同上, 第 384 页, 第 106 号条约。

²³ 联合国,《条约汇编》, 第 49 卷, 第 126 页起, 尤见第 134 页。

²⁴ Agreement concerning water-economy questions, together with the Statute of the Yugoslav-Hungarian Water Economy Commission (Belgrade, 8 August 1955) (联合国,《……法律案文》, 第 830 页, 第 228 号条约)。

²⁵ Agreement concerning water-economy questions, together with the Statute of the Yugoslav-Albanian Water Economy Commission and with the Protocol concerning fishing in frontier lakes and rivers (Belgrade, 5 December 1956) (同上, 第 441 页, 第 128 号条约)。

²⁶ Agreement (with annex) concerning water economy questions (Sofia, 4 April 1958) (联合国,《条约汇编》, 第 367 卷, 第 89 页)。

²⁷ Agreement concerning the use of water resources in frontier waters (with annex) (Prague, 21 March 1958) (同上, 第 538 卷, 第 89 页)。

²⁸ Agreement concerning the use of water resources in frontier waters (Warsaw, 17 July 1964) (同上, 第 552 卷, 第 175 页)。

²⁹ 1971 年 9 月 16 日在斯德哥尔摩签订 (同上, 第 825 卷, 第 191 页)。

³⁰ 1972 年 4 月 20 日在罗马签订 (同上, 第 957 卷, 第 277 页)。

³¹ Exchange of notes between the United States of America and Mexico constituting an agreement confirming minute No. 242 of the International Boundary and Water Commission, United States and Mexico, relating to Colorado River salinity, Mexico and Tlatelolco, 30 August 1973 (联合国,《条约汇编》, 第 915 卷, 第 203 页; *United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 24 (2), 1973, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1974, 第 1968 页)。

11. 所有关于这个主题条约都提到“地下水”, 并且也适用于“不相连”承压地下水以及流入同一终点的水体。例如, 南斯拉夫协定适用于“所有的水经济问题”。“水系”一词的定义系指“所有水道(地表或地下、天然或人工)”。

12. 1964 年波兰与苏联之间的协定将“边界水”界定为“国家疆界相交处的地下水”(第 2 条第 3 款)。根据这个协定, 当事各方承诺就有关边界水域的水资源使用的经济、科学和技术活动进行合作, 尤其是“保护地表水和地下水以免耗尽和被污染”(第 3 条第 7 款)。芬兰与瑞典的条约除其他事项外, 适用于“在任何水域所采取的可能影响地下水条件的措施”(第 3 章第 1 条)。

13. 1973 年美国与墨西哥之间的协定, 规定在关于地下水的较全面协定未缔结以前, 在圣路易斯附近沿亚利桑那一索诺拉边界各自领土 5 英里(8 公里)内用泵抽地下水只限 16 万英亩-英尺(197,558 立方米)的范围。这两个国家依规定“在各自领土的边界区内进行对其他国家可能有不利影响的任何关于地表水或地下水资源的新发展或对现有发展的重大变更”必须彼此协商。这样一来, 位于下游的墨西哥将得到数量一致及品质干净的水, 以便用于农业、工业和人的使用。³²

14. 对于意大利与瑞士的公约, 设立了污染管制联合委员会对有关地表水和地下水污染的来源、性质和规模进行所有必要的调查, 因为这些污染可能导致马乔列湖、卢加诺湖以及其他水域受污染。³³

E. 综合的水资源管理

15. 关于管理地下水的国家惯例仍然缺如。过去的趋势是各国将地下水与地表水分开处理。这一方法主要是由于对地下水和地表水之间的相互关联, 尤其是水力周期缺乏适当的了解。地下水与地表水的这种分隔:

多为水力学家以及一般大众所接受并且反映在法律、政府机构之间的责任划分, 以及发展与条例规定中……。在均势的条件下, 从井中所抽取水必然是从一些其他地方流入含水层, 这些地方可能是其他含水层、溪流或湖泊、以及沼地——最理想当然

³² J. Barona Lobaoto, “Legal Considerations, interpretations and projections of Minute 242”, *Natural Resources Journal* (Albuquerque, N.M.), vol. 15, 1975, p. 37.

³³ 《公约》第 2 条(见上文脚注 30)。

是来自对任何人都无用的地方，但这并不是必然的。地下水开发耗尽溪流流量以及释放到地表水的废料所造成的地下水的污染，这类例子确实不少，足以证明地表水与地下水之间密切而多样化的关系。³⁴

16. 然而，晚近出现协作努力，“以便面对日益增加的需求，最佳地利用可资利用的水资源”。³⁵ 现在谋求对水力周期有更好的了解。水的污染也“使重点放在更注重解决水的管理问题，而其中地下水的合理开发、使用和养护已成为主要因素”。³⁶ 有人建议，对水进行妥善利用和管理的最切实可行的方法，就是对所有水资源，特别是对地下水采取综合管理。

17. 自联合国水会议起，已通过了关于水资源的妥善利用和管理的一系列建议和决议。该次会议曾建议：

应采取的措施，尽可能和有益地以共同和综合系统的形式利用地下水含水层，同时应考虑地表水资源的条例规定和使用。这将使我们有将地下水含水层开发至物理极限，避免泉水和地下水过度干旱和盐度过高，以及确保资源的适当分享。³⁷

18. 在 1982 年达喀尔区域间会议上，也曾呼吁采用关于共有水资源的综合发展和管理，以便达到最适度的利用、养护和保护：

1. 只要有国际共有的含水层或流域，即需进行综合发展的技术合作。
2. 为了达成关于共有含水层的正确建模和适当管理，必须对其潜能作出评价，界定水源及其可能的补充以及含水层中的水量。这些以及对评价和妥善管理含水层所必须的许多其他因素，只有通过各国进行跨疆界调查才能得到妥善处理。
3. 对地下水采取综合方法途径是合乎需要的：不仅要同其他水资源如河流和降雨综合，而且要同成

³⁴ H.E. Thomas and L.B. Leopold, "Groundwater in North America", *Science* (Washington, D.C.), vol. 143, No. 3610, 1964, pp. 1001 *et seq.*, particularly p. 1003.

³⁵ Hayton, "Institutional alternatives for Mexico-U.S. ground water management", *International Groundwater Law* (New York, Oceana Publications, Inc., 1981), p. 135.

³⁶ 同上。

³⁷ *Report of the United Nations Water Conference, Mar del Plata, 14-25 March 1977* (联合国出版物, 出售品编号: E.77.II.A.12), 第一部分, 第 1 章, 第 11 页, 第 10 段。

功使用水所需的其他投入，特别是土壤调查和土地分类综合。³⁸

19. 关于以综合的方式开发地下水，会议建议各国政府除了别的以外，应：

积极规划地下水的研究和开发、地下水与地表水和其他农业投入的综合利用，以及地下水开发方案的经济和社会评价等问题

[……]

另外：

应把地下水的开发当作是全面水资源开发的一个组成部分；因此应该联系地表水的开发来考虑地下水的开发，同时有效利用直接的降水；只有对于比较干旱的地区才应单独加以考虑。³⁹

20. 关于努比亚砂岩含水层的项目调查结果和建议也建议，“努比亚每一个地区内对砂岩含水层的地下水开发应该是其综合开发计划的一部分。”⁴⁰

21. 关于地下水的污染控制，1977 年联合国水资源会议建议各国除了别的以外，应：

(a) 对地表水和地下水资源目前的污染水平进行调查，为探测污染建立监测网；

[……]

(f) 研究和测量农业用肥料和杀虫剂对地表水和地下水的污染情况，以期减轻它们对环境的不利影响；

[……]

(m) 在不会危害到地表水和地下水资源的情况下，并在使用剂和地型的性质许可时，促进采用渗透技术；

[……]

³⁸ *Experience in the Development and Management of International River and Lake Basins*, Proceedings of the United Nations Interregional Meeting of International River Organizations, Dakar, 5-14 May 1981, Natural Resources/Water Series No. 10 (联合国出版物, 出售品编号: E.82.II.A.17), 第 334 页。

³⁹ 同上, 第 307 页。

⁴⁰ 联合国技术合作促进发展部, *Transnational Project on the Major Regional Aquifer in North-East Africa, Egypt and the Sudan, Project Findings and Recommendations* (DP/UN/RAB-82-013/1), 1988.

(o) 利用适当的土地利用规划作为防止水污染,特别是地下水污染的一种工具。

[... ..]⁴¹

22. 欧洲经济委员会通过的地下水管理宪章也就应如何处理地下水提出了若干建议。在地下水政策方面,它要求各国政府:

制定和通过长期政策,防止发生污染和使用过度的情况,以保护地下水。这项政策应是全面性的,应在一切适当的层面上予以执行。它应同其他水体的管理政策是相一致的,并应在其他的部门政策内给予适当的考虑。⁴²

23. 关于使用和保护地下水方面应采取的战略,该宪章建议:

1. 由于应把地下水当成是一种具有经济和生态价值的自然资源,地下水战略的目标应该是可持续地利用地下水和保持它的质量。这些战略应该具有灵活性,以便配合不断变化的条件和各种不同的区域和地方情况。

2. 地下水污染同其他环境媒介(地表水、土壤、大气层)的污染是相关的。应该把保护地下水的规划纳入一般的环境保护规划内。

3. 旨在防止地下水污染和使用过度的保护措施应该是地下水管理的基本工具。这些保护措施除了别的以外应包括地下水监测、绘制易受污染的含水层地图、充分考虑保护地下水的各项考虑因素以管制工业和废物处置地点、对工业和农业活动对地下水的影响进行地质经济评价,以及划分地下水保护区。”⁴³

24. 该宪章为防止地下水污染建议的另一项建议是,官员在发给许可证,以管制废物的排放、处置和可能的储存时,应特别考虑含水层的易受污染性并对它的保护作出必要规定。这些规定应特别适用于可能具有危险性的物质,特别是那些具有毒性、持久性和生物累积性的物质的生产、处理、交易、运输、储存和使用。⁴⁴关于核工厂和放射性物质的处理和加工,它建议,应通过特定的管制条

例,其中应对保护地下水不受污染作出适当的规定。

25. 为了以高效率的方式有效管制和分配水资源,联合国水问题会议建议:

各项研究应探测地下水域的潜力,利用含水层作为储存和分配系统以及配合使用地表和地下资源以达到最高的效果和效率。⁴⁵

26. 关于旱灾损失的管理,它建议各国应:研究综合水域的地表和地下部分的潜在作用,利用储存在地下水层内的水,以期在干旱的条件下维持最低限度的供应。⁴⁶

27. 还建议各国促进研究有关含水层的人工补充和地下水污染等问题。⁴⁷

28. 联合国沙漠化问题会议强调,需要“为国家使用共同的水资源进行明智而有效的管理”以及“发展和加强有关评估地面和地下水资源的区域活动”。⁴⁸

29. 上面提到的关于地下水管理的宪章还十分强调跨界地下水资源的管理。它建议:

应该加强协调一致的努力,加强国际合作,以便和谐地发展,公平地利用和联合保护位于国家边界之下的地下水资源。为此目的,应该在有必要时,补充或缔结现有的或新的双边或多边协定或其他具有法律约束力的安排,以期为各国间的合作努力奠定更牢固的基础,以保护会受到邻国的开发或污染的影响的那些地下水资源。为了执行这样的合作,应该设立联合委员会或其他政府间机关。应该考虑到其他国际组织的工作,特别是关于使数据协调的工作。⁴⁹

30. 水和环境问题国际会议强调,需要对国家的水资源——地表水、未饱和区内的水和地下水——的状况和趋势,它的数量和质量掌握可靠的资料。它指出这项资料可用于若干目的,例如:评估水源以及它满足当前和可预见需求的潜力,保护人民和

⁴¹ *Report of the United Nations Water Conference*(见上文脚注 37), 第 39 段。

⁴² *Charter on groundwater management* (见上文脚注 14), 第 1 页。

⁴³ 同上。

⁴⁴ 同上, 第 7 页。

⁴⁵ *Report of the United Nations Water Conference* (上见脚注 37), 第 10 (b) 段。

⁴⁶ 同上, 第 68 (n) 段。

⁴⁷ 同上, 第 82 (g) 段。

⁴⁸ *Report of the United Nations Conference on Desertification, Nairobi, 29 August to 9 September 1977* (A/CONF.74/36 号文件), 第 33 段。

⁴⁹ *Charter on groundwater management* (上见脚注 14), 第 29 页。

财产不受与水有关的危害，规划设计和执行与水有关的项目。⁵⁰

31. 关于保护地下水不受到污染，该会议指出：

由于不容易接触到含水层和缺乏关于含水层系统的可靠资料，未饱和区和含水层的污染程度和严重性长期以来都一直被估计过低。地下水保护战略的目的必须是保护含水层不受污染，而预防性的努力首先应该针对土地利用活动和具有造成污染高度危险性的点状来源和非点状来源。应该小心避免会造成地下水水质退化或地下水供应枯竭的地下水开发活动。到 2000 年以前，所有国家都应该已经对已知道的含水层和它们会受到污染的情况展开了评价，应该确定了地下水污染的可能来源，并对它们的控制拟定了计划。这些活动应该同各国的能力、可动用的资源和需要相配合，在得到恰当的外来支助机构的帮助下进行。⁵¹

32. 联合国环境与发展会议也考虑到了淡水的问题。它确认在世界许多地区普遍缺乏淡水，淡水资源逐渐被破坏而且污染情况益发严重，加上受到禁忌活动的逐步侵犯。该会议认为，这些因素使得人们需要对水资源进行综合规划和管理，而这种统筹计划必须覆盖所有各类相连的淡水水体，包括地表水和地下水。⁵² 该会议还鼓励地表水和地下水的结合使用，包括进行监测和水量平衡研究。⁵³

地下水的运动

33. 关于地下水的运动，专家们指出，最终形成地下湖和伏流的水遵循某种型式发展的：

... 位于池塘或湖泊或在河川中流动的水的一部分将渗进土内，慢慢往下渗透，直到它达至潜水面，即自由地下水的自然水位。这种水被不透水的地质层阻挡，无法再往下渗透，因而往往将穿

过底土横向流动，直至它到达海拔较低的陆地为止。在这里它可能以泉或自流井出现，或从地下流入湖泊甚至海洋。如地下水在地面出现，则形成新的河流，而这种水便经由陆地继续其通往海洋的旅程。⁵⁴

34. 某些地下水不停地运动，从地球的较高海拔流动至较低水平。正如专家们指出：

水通常都不会在含水层停留不动，而是从变动中的地区要么流至自然排泄地区，例如泉、沼泽、池塘和湖泊，要么流至井... 据知水可以在这些地下层中流动 300 英里(480 公里)或以上，虽然通常的距离是 5 至 100 英里(8 至 160 公里)。⁵⁵

35. 鉴于上述事实，前任特别报告员因而对地下水特别是它对水道的供水问题，作出了以下的总结：

虽然在不同的水文和地质情况下收集关于地下水的数字有种种问题，但无可置疑，地下水是连续的运动周期的不可分割的必要部分，通过这种运动，淡水的供应不断获得补充。如地下水的运动在某种程度上停止下来，水道的水量将急剧减少。许多常流地面河都会成为间歇河，或甚至全部干涸。因此，在拟订适用于水道的使用原则时，必须考虑到地下水对水道的供水。基本上，在计算水道的总流量时，必须包括流入国际水道的地下水量。就水资源的管理来说，在拟订关于水的使用原则时，必须考虑到地下水对水道的供水影响。还必须考虑到现有地下水储备量的影响以及水道的水流入地下水对其水量的影响。⁵⁶

结 论

36. 上面的审查显示，地下水不论是否封闭，它作为人类饮用和工农业用的淡水根源，都是至为重要的。审查还表明人们在各论坛上所表示的关注，以及为防止地下水的耗竭和污染而必须采取的

⁵⁰ 《水与环境国际会议：21 世纪的发展问题报告》，1992 年 1 月 26 至 31 日，都柏林(A/CONF.151/PC/112 号文件，附件二)，第 3.9 段。

⁵¹ 同上，第 4.12 段。

⁵² 《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 及 vol.I/Corr.1、vol. II、vol. III 及 vol. III/Corr.1)号文件)(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 及更正)，第一卷：《环发会议通过的决议》，决议 1，附件二(行动 21)，第 18.3 (b)段。另见第 18.12 (k)段。

⁵³ 同上，第 18.76 (c)(三)段。

⁵⁴ M. Overman, *Water: Solutions to a Problem of Supply and Demand*, Doubleday, Garden City, N.Y. (1969), 第 33 至 34 页。另见《1979 年... 年鉴》(英)，第二卷(第一部分)，A/CN.4/320 号文件，第 147 页，第 12 段。

⁵⁵ J. H. Hirshleifer, J. C. DeHaven and J. W. Milliman, *Water Supply* (University of Chicago Press, Chicago, Ill., 1960), 第 10 页。另见《1979 年... 年鉴》(英)，第二卷(第一部分)，A/CN.4/320 号文件，第 148 页，第 19 段。

⁵⁶ 特别报告员斯蒂芬·施韦贝尔先生关于国际水道非航行使用法的第一次报告，《1979 年... 年鉴》(英)，第二卷(第一部分)，A/CN.4/320 号文件，第 149 页，第 21 段。

重要步骤。此外，人们已一再表示，要实现水的最适度利用和养护，唯一可行办法就是将地表水和地下水资源合二为一。

37. 应予指出，在处理这个主题时，人们往往不对跨界承压地下水与相连的地下水——即向一个流入共同终端的系统供水的地下水——加以区分。

38. 特别报告员认为，国际水道非航行使用法草案必须列入关于“不相连”承压地下水的规定，以便鼓励人们以合理方式管理这些地下水，并防止它们的耗竭和污染。如国际法协会第 62 届会议通过的《国际地下水规则》第 1 条的评注所说：

本规则……有必要处理下列情况：一个共有的含水层是一个独立的水资源体，不通过河流系统向一个“共同终端”供水，也不从任何现有的地表水体汲

取庞大水量。一个孤立于常流河或常流湖的共有含水层，很容易被概念化为一种国际地下“流域”；水文地质学家往往交换使用“地下水域”、“地下水库”和“含水层”等词。⁵⁷

39. 既然国际趋势要求以综合方式管理包括地下水在内的所有淡水资源，特别报告员希望国际法委员会至少愿意将跨界地下水包括在本专题范围内。如不将“不相连”承压地下水列入本条款草案的范围，这将在跨界水资源的管理方面留下空隙或空白。此外，这种遗漏将会忽视这个领域的国际趋势和发展。

⁵⁷ ILA, *Report of the Sixty-second Conference* (见上文脚注 1), 第 256 页。

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 6]

A/CN.4/459 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十次报告

[原文: 英文/法文/西班牙文]

[1994 年 4 月 4 日]

目 录

		<u>页 次</u>
本报告援引的多边文书.....		130
	<u>段 次</u>	
导 言.....	1 - 6	131
A. 预 防.....	1 - 3	131
B. 赔偿.....	4 - 6	131
<u>章 次</u>		
一、因应措施.....	7 - 22	132
A. 事后预防.....	7 - 12	132
B. 国际惯例的进一步审查.....	13 - 18	132
C. 因应措施.....	19 - 21	133
D. 拟议的案文.....	22	134
二、国家责任.....	23 - 41	134
A. 一般责任.....	23	134
B. 国家责任与民事责任的关系.....	24 - 30	134
1. 解释性评论.....	24 - 29	134
2. 拟议案文(备择案文 A 和 B).....	30	136
C. 国家侵害行为责任.....	31 - 41	136
1. 解释性评论.....	31 - 40	136
2. 拟议案文.....	41	137
三、民事责任.....	42 - 83	138
A. 严格责任.....	42	138
B. 制度的一般特点.....	43 - 45	138
C. 负责方: 责任的“传递”.....	46 - 57	139
1. 解释性评论.....	46 - 54	139
2. 拟议案文.....	55 - 57	140
D. 购买保险的义务.....	58 - 61	140
1. 解释性评论.....	58 - 60	140
2. 拟议案文.....	61	141
E. 主管法院.....	62 - 64	141
1. 解释性评论.....	62 - 63	141
2. 拟议案文.....	64	141
F. 不歧视地适用国内法.....	65 - 67	142
1. 解释性评论.....	65 - 66	142
2. 拟议案文.....	67	142

章 次	段 次	页 次
G. 因果关系.....	68 - 70	142
1. 解释性评论.....	68 - 69	142
2. 拟议案文.....	70	143
H. 判决的强制执行.....	71 - 76	143
1. 解释性评论.....	71 - 75	143
2. 拟议案文.....	76	144
I. 赔偿责任的例外.....	77 - 83	144
1. 解释性评论.....	77 - 82	144
2. 拟议案文.....	83	145
四、关于国家责任和民事责任的规定.....	84 - 88	146
A. 解释性评论.....	84 - 87	146
B. 拟议案文.....	88	147
五、程序途径.....	89 - 109	147
A. 导 言.....	89	147
B. 程序途径的审议.....	90 - 109	147
1. 受影响国诉起源国.....	91 - 100	147
2. 私人受害方诉起源国.....	101 - 104	149
3. 受影响国诉私人方.....	105 - 108	149
4. 私人受害方诉私人责任方.....	109	150

本报告援引的多边文书

来 源

- Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface (《关于外国航空器对陆(海)面第三方造成损害的公约》)(1952年10月7日, 罗马) 联合国, 《条约汇编》, 第310卷, 第181页。
- Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (《关于核能领域第三方责任的公约》)(1960年7月29日, 巴黎)及 同上, 第956卷, 第251页。
- Protocol additional thereto (上述公约之《附加议定书》)(1964年1月28日, 巴黎) 同上, 第335页。
- Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships (《关于核动力船舶经营者责任的公约》)(1962年5月25日, 布鲁塞尔) IAEA, *International Conventions on Civil Liability for Nuclear Damage*, Legal Series, No. 4, rev. ed. (Vienna, 1976), 第34页。
- Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (《关于核损害民事责任的维也纳公约》)(1963年5月21日, 维也纳) 联合国, 《条约汇编》, 第1063卷, 第265页。
- Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (《关于民商事案件管辖权和判决执行的公约》)(1968年9月27日, 布鲁塞尔) *Official Journal of the European Communities*, No. L 299, 31 December 1972 及 No. L 304, 30 October 1978。
- 《外空物体所造成损害之国际责任公约》(1972年3月29日, 伦敦、莫斯科、华盛顿) 联合国, 《条约汇编》, 第961卷, 第219页。
- Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage Resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources (《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任的公约》)(1977年5月1日, 伦敦) UNEP, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Reference Series 3, Nairobi, 1982, 第49页。
- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日, 蒙特哥湾) 《第三次联合国海洋法会议正式记录》, 第十七卷(联合国出版物, 出售品编号: C.84.V.3), A/CONF.62/122号文件。

来源

- Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities (《南极矿物资源活动管理公约》)(1988年6月2日, 惠灵顿)
- Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (《关于民商事案件管辖权和判决执行的公约》)(1988年9月16日, 卢加诺)
- Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (《控制危险废料越境转移及其处置的巴塞尔公约》)(1989年3月22日, 巴塞尔)
- Convention on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels (CRTD) (《关于公路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》)(1989年10月10日, 日内瓦)
- Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (《跨境进行环境影响评估公约》)(1991年2月25日, 埃斯波)
- Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents (《关于工业事故越境影响的公约》)(1992年3月17日, 赫尔辛基)
- Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment (《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》)(1993年6月21日, 卢加诺)
- Revue générale de droit international public* (Paris), 1989, t.93, 第102页。
- Official Journal of the European Communities*, No. L 319, 25 November 1988.
- UNEP, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (United Kingdom), 1991, vol. 2, 第449页。
- 联合国出版物, 出售品编号: E.90.II.E.39。
- E/ECE/1250号文件, 1991年。
- International Legal Materials*, Washington, D.C., vol. 31, No. 6, November 1992, 第1335页。
- Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 150.

导 言

A. 预 防

1. 如第九次报告¹所述, 在关于处理预防的最新讨论中, 国际法委员会第四十五届会议提出了一项双重的意见。一方面, 有人说没有提供一个预防义务的完整画面, 这点意味着需要采取两种极端:

(a) 声明一些原则:

首先是规定与拟进行活动所涉危险而产生的赔偿责任相连的预防义务。这就意味着将已提交给起草委员会的包含在草案该部分中的第3条(第1款)、第6条和第8条, 连同第2条(a)项和(b)项的规定加以合并。²

(b) 明确地表述另一项基本的一般性原则, 即:

涉及危险的活动在一国境内发生时, 如果该国没有履行其预防义务, 则将对此种情况的后果承担赔偿责任。³

2. 特别报告员认为, 起草委员会在审议有关条款时应考虑到上文(a)分段指出的评论: 材料已经存在, 而评论没有指出漏掉任何重要的东西。由于上文(b)分段表达的观点在本报告第二章中处理, 这是因为这种赔偿责任是由于未能履行预防义务而产生的。

3. 提及一个尚未解决的问题是事后预防问题, 本报告第一章将处理该问题。

B. 赔偿 责任

4. 国际法委员会第四十四届会议上通过了一些关于本专题范围的决定。⁴ 国际法委员会指出

¹ 《1993年...年鉴》, 第二卷(第一部分), 第199页, A/CN.4/450号文件。

² 同上, 第二卷(第二部分), 第130段。

³ 同上, 第131段。

⁴ 《1992年...年鉴》, 第一卷, 第2282次会议。

“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的条款”后进一步指出：

这些条款应首先处理可能导致跨界损害之活动的预防措施，然后再处理有关这种活动已经造成跨界损害的补救措施的条款。一旦委员会完成针对具有造成跨界之危险的活动的两个方面所提议条款的审议工作，将接着决定下一阶段的工作。⁵

5. 一旦完成了对预防问题的审议，通过讨论在本报告第一章提出的因应措施(正如我设法证明，

⁵ 同上，第二卷(第二部分)，第346段。

不论如何称呼，这些有关措施在任何情况下都不会是跨界损害的补救措施)，必须审议我们的条款所产生的两种赔偿责任：国家因未履行预防义务的赔偿责任(构成了非法行为的赔偿责任)，和私人经营者的原则性赔偿责任。

6. 这样，必须审议两类赔偿责任之间的关系及其共通的条款。最后，本报告将审议执行赔偿责任的现有程序性手段的问题，而暂时不提出条款，并将研究同事们就主要的处理办法可能采取的立场。

第一章

因应措施

A. 事后预防

7. 在四十五届会议的讨论中，委员会的一些成员表示坚决反对将我们称为事后预防的案文列入预防本身的一章；所谓事后预防是指事故发生后立即采取的措施，以减少或控制其影响并从而避免更大的损害，或如我们理解的，如果采取了这些措施，甚至完全避免可能发生的跨界损害。起草委员会选择了某些成员采取的办法，即选择了对第14条提出的案文，这条只处理事前预防，或预防事故的措施。

8. 虽然只有在事故发生前采取的措施才能称为“预防”，特别报告员认为我们所确定为事后的预防仍然不算是补救，因此，列入关于补救一章就会犯方法上的错误。

9. 经过严密的审查后发现，诸如我们专题所讨论的事故实际上是因果链中开始的一个环节，以损害告终。某件事故对自然世界产生一定的后果，这种后果进而产生其他的后果：所有这些后果都属于自然的因果关系范围。然而，在这个因果关系链的某一环节中，某些后果被认为是具有法律相关性的，因为它们构成了损害，因此必须予以补救。损害是一个法律概念，但它代表了实际的事件。

10. 举一个例子说明一下：由于某种工业活动而发生的事故导致某一国际河流域污染。污染尚未成为跨界损害。活动一污染之间的因果的关系仍然可

以控制，如果污染没有蔓延到边界或已减少或已受到控制，并且由于这些措施结果在有关国家境内得到解决，就避免了跨界损害。这些措施为预防措施，因为尽管事故本身已经发生，可是这些措施的目的是全部或局部预防尚未发生的损害。因此，在跨界损害的范围内，即使在起源国可被认为是复原性质的措施可能带有预防性质，因为这些措施预防或减少这些损害的规模。我们专题的重点是跨界损害。

11. 因此，预防概念显然严格适用于两种活动：避免可能造成跨界损害的事故活动和预防事故的后果造成全面影响的活动。预防事故或事前的预防只是一般预防的一个方面，一般预防还包括事后的预防，因为事故越少，损害就越少。因此，将事后预防损害的行动列入关于补救的一章在方法上是不可能的。

12. 处理这些措施的国际文书总是称这些措施为预防措施，而单单处理赔偿责任的文书从对采取这些措施的代价应付的赔偿角度来看待这些措施。

B. 国际惯例的进一步审查

13. 迅速审查了此类文书之后，我们注意到欧洲理事会《关于危害环境的活动造成损害的民事责任公约》(下称“《卢加诺公约》”)第2条第9款载明：“‘预防措施’是指任何个人在事故发生后*为预防或减少第2条第7款(a)至(c)项所指的损失或损害而采取的任何合理措施。”所指的三项条文处理《公约》中“损害”概念所组成的三个项目。事

有凑巧,第2条第7款(d)项在须予赔偿的“损害”概念中,包括了“预防措施的费用”,而且有关的费用只可能是事故后产生的费用,因为这些费用在第9款所指的范围之内。

14. 以附文二 A 作识别的、由原子能机构核损害赔偿问题常设委员会起草委员会对《关于核能领域第三方责任的公约》(下称“《巴黎公约》”)和《关于核损害民事责任的维也纳公约》(下称“《维也纳公约》”)所拟定的修正案草案提议以下列(m)项:

“预防措施”是指任何个人在核事故发生后为预防和减少上文(k)项第(一)至(四)目所指的损害而采取的任何合理措施。

另外,草案在第一条第一款(k)项中加入第(五)目,在“核损害”的定义下包括了前文确定的“预防措施的费用”。在以附文二 B(综合案文)作为识别的草案中,第3条载有放入方括号内的第2款,其内容是:

上文第1款所指的损害包括为预防或减少这种损害或预防措施造成的进一步损失或损害而不论于何处采取的预防措施的费用。

15. 《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任的公约》第1条第6款表明:

“污染损害”是指设施漏油或排放油产生污染造成设施以外的损失或损害并包括预防措施费用。

第7款的内容是:

“预防措施”是指任何人为预防或减少污染损害对于某一特定事故 * 所采取的任何合理措施。

16. 《关于公路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》在第1条第10款中使用类似的案文来处理损害的概念(第10款(d)项),其中包括预防措施费用的定义与以前的情形完全相同(“任何个人在事故发生后 * 为预防或减少损害采取的合理措施”)。

17. 主要处理跨界损害预防问题的文书不但包括事故的预防,也包括损害的预防,在提到广义的预防时,往往使用“预防、减少和控制”等用语。

《联合国海洋法公约》第十二部分(海洋环境的保护和养护)中经常使用这些用语,在这里引述有关条文是多余的。很明显,使用这些用语的目的,是为了说明上述关于赔偿责任文书所处理的“预防措施”

的等价情况,但并不包括责任和赔偿责任,因为《海洋法公约》在另外一条(第235条)中予以处理。

18. 《跨境进行环境影响评估公约》——如我们在第九次报告中了解到,该公约只处理预防,不处理赔偿责任⁶——涉及当事方有义务采取适当和有效的措施预防、减少和监测重大的不利环境的影响。最后,《关于工业事故越境影响的公约》尽管其首要目标是预防工业事故,可是让大家了解到预防概念的相对性,因为该公约第3条第1款表明,公约的目的是:

……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*。为此目的,应采取预防、准备和因应措施*,包括恢复原状措施。

C. 因应措施

19. 刚引述的条文使用的“因应措施”等用语在其他公约(例如《南极矿物资源活动管理公约》)中也使用,该公约第8条第1款在提到这些措施时载明:

进行任何南极洲矿物资源活动的经营人,如其活动对南极洲环境或附属有关的生态系统造成或可能造成损害,则应采取必要和及时的因应行动,包括预防、控制、清洁和清除措施。

这里使用的“预防”一语显然是从“事后的预防”的意义上使用,但有一些不构成事后预防的措施被认为是因应行动,如,目的不是限制或减少跨界损害的清洁和清除的行动就属于这种行动。

20. 如果为了引用这些事后措施,我们必须继续使用有别于所有有关公约使用的用语(预防措施),同时又承认有关的措施不属于补偿范围,那么我们就必须找到一个不同的用语。一项可选办法是将这些措施列入因应措施这一概念之下——在我们草案第2条(用语)⁷中必须将其界定为只包括我们所指的事后预防的一个概念——并将该概念限制于为了限制或减少事故的不良影响及产生的跨界损害而对事故采取的措施。我们已经提供了一些例子,但是应当另外指出,因应措施包括一些纯粹预防性的措施——例如砍除和清理一片树林,以防止火灾蔓延到邻国——以及对于起源国可构成恢复原状、为受

⁶ A/CN.4/450号文件(上文脚注1),第2段和第22至24段。

⁷ 国际法委员会第四十届会议上特别报告员提交的条款草案案文,见《1988年……年鉴》(英),第二卷(第二部分),第9页。

影响国构成预防的其他措施：例如对一条国际河道来说，使状况恢复到事故发生前的原状，从而防止河流的水流把造成的其余污染继续漂流到邻国。澄清这个概念的目的在于事故发生后限制或减少跨界损害已经足够了。

21. 在某些情况下，国家本身或私人当事方可以采取这些措施。如有必要，在某些情况下，国家可使用消防员或军队应付可能蔓延到邻国的某一事故后果，例如工业事故造成的森林大火或根据草案第1条(现有条款的范围)⁸正在进行的活动时，某一事故也造成河流大量污染。可是，受影响国家在其本国境内可能也采取类似的措施，从而得以避免更

⁸ 同上。

大的损害，或在任一国家的私人当事方自动采取这些措施。在这种情况下，最后要负责并且必须偿付有关补偿的当事方也必须负担这些措施的费用——我们所称的“因应措施”——但采取的措施必须合理。

D. 拟议的案文

22. 有鉴上述，特别报告员提议在第2条中加入下列两款：

“‘因应措施’是指任何人为预防或减少跨界损害对某一事故所采取的任何合理措施；

“……项所指的损害包括不论于何处发生的预防措施的费用以及这些措施可能引起的任何进一步的损害。”

第二章

国家责任

A. 一般责任

23. 我们因此完成了关于预防的一节，其中两个方面是我们已加以审议：事故的预防，以及事故发生后为尽量减少或预防事故所造成损害而采取的预防性对策。一旦我们的条款中完成了对损害概念的界定，责任本身的内容就将形成。在最新而难于捉摸的损害范畴的环境损害领域，还可以有“补救措施”。⁹这一术语清楚说明除金钱赔偿外还有恢复环境的补救措施的观念，目前正由各种论坛进行研究。但是，关于责任的各章讨论的是目前只处理不履行预防义务(本节主题)以及第1条项下活动造成事故(第三章主题)的情况，且仅限于责任的属性，而不管其内容如何。

B. 国家责任与民事责任的关系

1. 解释性评论

24. 为了确定我们条文中的国家责任，我们必须首先提请注意，在条文中，国家侵害行为(不履行预防义务)责任与一个或多个私人的民事责任(跨界

损害赔偿)，或者即使履行了义务也照样适用的严格责任并存。

25. 还有其他的公约也是两种责任并存，但是必须查明关于国家责任的两种非常不同的情况：

(a) 无国家侵害行为责任的情况。一般说来，处理危险活动所造成责任的公约不包含我们条文所处理的那种预防义务；因此，国家要么如《卢加诺公约》那样不负如何责任，要么如《外空物体所造成损害之国际责任公约》那样担负严格单独责任，要么应负这些活动所产生的意外赔偿支付方面的私人剩余责任。《维也纳公约》和《巴黎公约》的情况就是如此，我们认为按照这两项公约，国家责任既属于剩余责任，也属于严格责任；

(b) 有国家侵害行为责任的情况。有关文书对国家规定一些义务，而且国家的责任也是从属于私营者的民事(严格)责任，但只是在国家不履行其义务与损害发生有间接因果关系时才如此。

26. 让我们更进一步考虑上述问题：

(a) 无国家侵害行为责任的情况。许多关于危险活动责任的公约与我们草稿不同的是它们没有包含国家预防义务。国家不履行义务责任没有出现。这些公约也包含从属于有些情况下经营者支付赔偿

⁹ 这是国际法委员会1992年7月8日所通过决定中对这类措施的叫法，当时委员会决定分阶段审议这一主题(见《1992年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第345段)。

责任的国家责任：国家与此无关。《卢加诺公约》的情况即是如此：

(b) 国家须同时负严格责任和侵害行为责任的情况。这种情况适用于《外空物体所造成损害之国际责任公约》。公约所规定的侵害行为责任和严格责任是并存的，但是两者都涉及发射国，它的行为是将受制于损害发生地点所决定的某种制度：如果所造成的损害是在地球表面或飞行中的飞机，责任是“绝对的”；¹⁰ 但是如果所造成的损害是在另一发射国的外空物体，就会有错误责任(参看《公约》第二、三和四条)。

(c) 国家有严格责任的情况，但是，它从属于经营者支付危险活动所产生意外方面的赔偿民事(也是严格)责任。其中没有国家侵害行为责任。《巴黎公约》、《维也纳公约》以及也没有把预防义务强加于国家的《关于核动力船舶经营者责任的公约》，有时确实强制规定支付赔偿核意外方面的国家责任从属于经营者责任。私营者负有主要责任，但是国家在赔偿经营者保险没有包含的赔偿部分方面是有责任的。我们认为这就是国家的严格责任，因为国家应承担数额产生于不履行这方面义务的经营者的严格责任：国家没有任何特别辩护理由，它处于原始责任当事方，不过是承担剩余责任。

(d) 国家有侵害行为责任，但是这种责任从属于经营者危险活动所造成损害的民事责任。《南极矿物资源活动管理公约》第 8 条第 2 款规定经营者应负严格责任的一些损害类型。但是第 3(a)款指出：

(a) 上文第 2 款所指的损害，若可由主办国履行本公约规定的对于其经营者的义务而避免发生或终止，则按照国际法，主办国须承担责任。这种责任应该只限于经营者或其他方面没有担负的责任的部分。

这种责任的基础，是第 1 条第 12 款所确定，并在第 11 和 12 款中所说明的经营者及其主办国之间的“实质和真正联系”。而且，主办国的义务是对其经营者而言的。同时，《控制危险废料越境转移及其处置的巴塞尔公约》议定书草案¹¹中，赔偿的支付同时涉及应担当责任的私人当事方或国际基金

¹⁰ “绝对责任”是非常严格的责任，只有很少的例外或没有例外。

¹¹ UNEP/CHW.1/WG.1/1/5 号文件，附件。

的严格责任，以及侵害行为的国家责任，即使国家义务不一定针对经营者而言，而是构成了一般性义务。国家剩余责任有两个先决条件：第一，国家不履行其中的一项义务，如果没有出现这种不履行的情况，就不致发生损害(间接因果关系)；¹² 第二，经营者或其保险公司(或如有的话，赔偿资金计划)无法支付全额赔偿。

27. 上述第 26 段(a)小段与本草案无关，因为它只涉及预防义务。(b)小段主张国家应负全责，只在诸如《外空物体所造成损害之国际责任公约》等文书才有效，因为它将任何这种活动的所有责任强加于国家。(c)小段涉及的情形是严格的国家剩余责任，这种责任与在开展危险性活动方面必须承担的那种责任相一致。如果有灾难式越界损害可能性而保险不足支付巨额赔偿时，可能需要这种责任；但是认为国际法中没有完善规定这种责任从而拒绝把这种责任加于国家的人，可能会反对这种责任。同时也还有其他产生剩余责任的可能：常设委员会现在正在修正《维也纳公约》和《巴黎公约》¹³的过程中，研讨可能的解决办法，例如在某些级别召集所有成员国或所有成员国的所有应负责任的私人当事方。损害的这种社会化是遵照所有危险活动背后的基本哲学，这些活动经过权衡利弊得到核可，是因为对社会(可能是国家，也可能是国际社会)有利。没有人或经营者应承担该活动固有意外所造成损害有关的费用：这种费用应由该活动得益的全体社会负担。撰写本主题的作者认为，将责任转嫁经营者的好处是，经营者最适合补偿有关危险的费用，其方式是将这种赔偿加在其货物和服务里面。

28. (d)小段介绍侵害行为的剩余国家责任，关于其中涉及的情况产生了这样一个问题，即为补充

¹² 秘书处的说明(UNDP/CHW.1/WG.1/1/3 号文件)第 5 段说：

“考虑到对有害废物的所有越界移动及其处置实施决定性控制权的缔约国已经了解巴塞尔公约的宗旨和义务，提议只要这种损害与不履行巴塞尔公约义务有因果关系，就应认为这些国家应负损害责任。因此与拟议的民事责任相反，国家责任应以过失为基础，而不以严格责任为基础。”

第 7 段提议补充关于国家责任的第 9 条如下：

“(a)如果损害本可因报告国遵照公约履行其越界移动和处置有害废物的义务而得以避免，则报告国须承担责任。这种责任应限于民事责任或议定书资金条款没有支付损害的部分。”

¹³ 见上文第 14 段。

已作赔偿以便更充分地赔偿损害的这类责任，是否在某种程度上违背了其本身的目的，即建立全面制度，不让无辜受害者没有保护。的确，侵害行为责任需要提供一些受害者不容易取得的证据。正是因为如此，传统上国内法和最近的国家惯例都主张通过责任当事方或其保险提供赔偿。如果目的是帮助受害者取得赔偿，那么为什么要对他强制规定他有作证的义务？¹⁴

29. 因此，上述各种情形似乎没有一项完全合乎我们的目标，不过(d)小段是可以考虑的。但是，最简单的是不对国家强制规定任何方式的严格责任，也不在其不履行义务(侵害行为责任)与该活动所涉危险造成意外损害的严格责任之间尽可能划清最明显界限。有责任的私人当事方在任何案件中都要承担责任，而且如果这些观念被接受的话，一批有责任的当事方也可能要承担责任。¹⁵ 这个系统的优点是简化国家责任与私人当事方之间的关系，并或许提出更能为国家接受的草案。如第六节所示，它也会简化程序问题，因为只有国内法院有权审理，而且也不会出现一些棘手问题，如国家在涉及私人当事方的案件中出庭，特别是它必须在另一个国家的国内法院出庭等。

2. 拟议案文(备择案文 A 和 B)

30. 因此，我们向委员会提出介于两个系统之间的一项备择案文，所拟条文如下：

“第 21 条 国家违约的剩余责任

“备择案文 A

“若损害可由起源国履行第 1 条所指活动方面的预防义务而得以避免，则起源国须承担责任。这种责任应限于适用本公约所规定民事责任的条款无法满足的赔偿部分。

¹⁴ 特别报告员以后的一个报告中可能应该审议一些相互有关的概念：设立也将包括有责任的当事方私人当事方的赔偿基金。现在很难使这种制度在包含所有危险活动的全面系统中执行，因为执行这个制度的任何企图都将归于失败。促进通过议定书和监督条文实施的常设机构是可以考虑的。《卢加诺公约》介绍了常设机构审议关于解释或执行该公约和提议修正的一般性问题，其中包括其附件。这是环境保护公约的目前趋势，而我们的草案是不仅仅涉及环境保护，环境损害的概念为委员会和大会所欢迎，必然会迫使我们进入环境保护的领域，无论我们是否愿意。

¹⁵ 尤见对委员会第三十届会议通过的第 23 条的评论第 4 段（《1978 年……年鉴》（英），第二卷（第二部分），第 82 页）。

“备择案文 B

“在任何情况下，对于因第 1 条所指活动所引起事件造成的损害，起源国均无需承担责任。”

C. 国家侵害行为责任

1. 解释性评论

31. 我们在第九次报告中已确定了国家预防责任，¹⁶ 现在必须审议其不履行这些义务的可能后果。通常它们将是委员会第四十五届会议临时通过的关于国家责任的条款草案第二部分规定的违约后果：停止、实物复原或同额赔偿、清偿和不重犯保证。¹⁷

32. 应该指出，我们的条文中，不履行预防义务所产生的关系是存在于国家之间。个人与这种情况没有关系；我们是在国际一级讨论。我们应该在这种责任与第 1 条活动过程中发生意外所引起的责任之间作出明确的概念区分，第 1 条的忽视造成越界损害，而且因此将产生民事责任或私人当事方的责任。

33. 首先，起源国有义务停止构成连续侵害行为的行动。这种连续行动一般是在于国家不采取我们草稿所要求的措施，¹⁸ 而且它的停止将符合我们在辩论中所表达的观点，即根据国际法，没有采取适当预防措施执行危险活动是非法行为。大家谅解，这种侵害行为应该正当证明是如此的，因此，起源国的合法活动是受影响国无法否决的。

34. 按照关于国家责任的条文草案的第二章第 7、8、10 和 10 之二条的目前案文，违约的受害国可以要求提供所有适当方式的赔偿。¹⁹ 但是，此外受害国也能够采取违反义务后的一切适当步骤，即它将有权采取任何适当对策，只要这些对策是国际法规定的对策所须具备合法性的同等条件下作出的。

¹⁶ 见上文脚注 1。

¹⁷ 《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 335 段。

¹⁸ 作者希望正式地提出他自己对不作为是否构成连续违反义务的怀疑，即一旦违反采取行动的义务，主要义务立即为内容相似但不一定相同的次要义务所取代。例如，它也可以包括支付付息、或以其他方式赔偿在履行主要义务时限内因违约而造成的损害或可能的所失利益的义务。委员会在讨论国家义务的主题时，承认不作为可能引起连续违约。

¹⁹ 见上文脚注 17。

35. 我们必须记住我们在有关各章强加于国家的预防义务不是结果性义务：我们只是要求国家努力预防意外和损害。因此，违反这些义务与执行有关活动期间所产生意外损害的实际发生是有区别的。如果发生这种损害，应该立即开始适用严格责任——在我们条文的情况下是私人当事方的责任。

36. 例如，如果起源国容许第 1 条的活动在没有事先授权的情况下实施——即在经营者没有申请授权并为此说明活动的特征或进行第 12 条所规定的危险评价²⁰——这将是遵守该项义务。意外发生将自动为经营者强加严格责任，但是国家将依然对违反本身负有责任。这意味着受影响国可以提出外交说明，并根据需要采取诸如对策等步骤，使起源国履行有关规定而中止侵害行为，以免活动可能被宣布非法。

37. 而且，如果没有发生意外和越界损害，受影响国可以提出同样的说明，并采取同样的步骤，得出同样的结果。

38. 在此让我们暂时打岔，以便更充分证明上述主张。在第九次报告中，我们说预防义务是应有的注意义务²¹，而且这么说会带来有关影响。我们首先应该区分预防义务与关于国家义务各条草案的第一部分第 23 条规定的结果性义务²²，即预防义务可能与之混淆的关于预防特定事件的义务。

39. 拿关于预防某一事件的义务情况来说，只有在无法预防的事件发生才构成违反：它的发生是必要条件。关于第 23 条的评论得出如下结论：

负有这种义务的国家不能通过企图证明它已设立完全的预防制度来宣称已取得必要的结果，如果这个制度事实上证明无效而且让事件发生的话。相反地，义务履行的受益国不能仅仅因为自己认为义务国设立的预防机制存在明显漏洞或效率低下而宣称其违反了义务，只要该机制应当预防的情况没有出现的话。²³

²⁰ 《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 142 至 147 段。

²¹ 同上，第二卷(第一部分)，第 201 页，A/CN.4/450 号文件，第 7 段。

²² 委员会第三十届会议通过的第 23 条案文及其评论，见《1978 年……年鉴》(英)，第二卷(第二部分)，第 82 页。

²³ 同上，第 82 也，评论第 4 段。

委员会还提到：

需要预防特定事件发生的义务因此有异于“警惕义务”的泛泛之词一般所指义务*。违反后一类义务经常包含国家的行为或不作为，而且不一定会受到外部事件是否发生的影响*。²⁴

应该解释“vigilancia”是西班牙文对英文文本中“due diligence (应有的注意)”的翻译。这似乎是在关于国家义务的条文草案第一部分所规定的机制中，结果性义务与应有的注意义务之间的主要区别：对于结果性义务，如果说有违约情况，一定是没有取得结果——无论是正面结果还是反面结果；而对于应有的注意义务，这项要求是不必要的，而是直接考虑所使用的手段，以便确定这些手段对于实现义务所要求结果来说是否合理。

40. 甚至可以想见的是，在起源国没有发生意外，负责私人当事方也没有严格责任的情况下，国家可能对起源国负有某种形式的赔偿的责任。假设起源国没有要求经营者采取一些预防措施，而在其领土内进行危险活动，就会迫使受影响国或其中居民在后者国家领土内采取一些措施，以预防或尽可能减少这种活动可能造成触发的意外损害。这完全是可能的，而且也意味着受影响国由于起源国的忽略所构成的间接因果关系，必须产生一些费用。这一国家将承担的赔偿将是一个同额赔偿的例子。

2. 拟议案文

41. 上文所论可表述为一项条文，放在起草委员会目前审查中的关于预防的上一条款之后。其案文只要引述适用的国际法，即使有些人认为这种引述似乎也是不必要的：无需订立契约性规定来确保有关此类违约行为的习惯法规则的执行。因此，我们主张根本不提违反该条文的规定或只是听从国际法：如果我们在我们的草稿中抄录关于国家义务的适用条文，即使经过适当起草修改，我们通过的将是非最终案文，有待委员会对草案进行二读后和在召开的法典编纂会议上作出修改。所以，如果委员会只是选择引述国际法，下文或可作为一个可以接受的案文：

“第 X 条 国家的国际责任

“起源国违反这些条文所规定的预防义务的后果应为国际法所规定违反国际义务的后果。”

²⁴ 同上，脚注 397。

第三章

民事责任

A. 严格责任

42. 基于大家熟知的理由，包括必须迅速处理未履行义务和发生过失的案件，在各国的立法中要求以严格责任来对待危险性活动已经非常普遍。在国际法中，我们在报告中经常评论的公约也出现类似的论点，旨在建立私人的民事责任。虽然编纂的工作是在几年前进行的，不过欧洲共同体委员会关于由于废料造成的损害指令草稿第 4 段²⁵提出了支持严格责任的强有力的论点：

无过失或严格责任

由于这项原则还有自动责任的意思，它确保受害者会得到赔偿，环境将会复原，而经济代理人将在符合此指令的目标的情况下承担责任。

在涉及环境风险的事件中，无过失责任或严格责任的观念受到广泛的接受。在具有缺陷的产品的有关(和类似)领域中，理事会 1985 年 7 月 25 日 85/374/EEC 号指令也采用了这项原则，而这项原则也可以在越来越多的国际公约中找到，例如，在核能和海洋上的石油污染方面。由国际统一司法学会编写的一份《关于公路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》草案目前正在联合国欧洲经济委员会中进行谈判，该公约草案也是根据同样的原则。

同样，1987 年 10 月 1 日在施特拉斯堡举行的第八届防止莱茵河污染部长会议的最后公报中也呼吁以严格责任的原则来统一有关危险物质导致的损害的民事责任法。委员会也参加了该次会议。

在各国的立法中，这种趋势也是越来越明显的。德国和比利时已经引入了无过失责任的原则。法国的判例法中早已肯定了这一点。荷兰的判例法也在朝这个方向前进，并且在起草的新《民法》中也加入了这项原则。在西班牙，严格责任的原则已经被引用在废料处理部门。

上面各段提到的国际文书草案都采用了严格责任原则。

B. 制度的一般特点

43. 从审查这一领域中的国际惯例可以看到各项民事责任公约具有的共同点。有些已经纳入《跨界内陆水上意外污染行为准则》²⁶。该《行为准则》值得我们注意，因为就像我们的草案一样，它涉及具有风险的活动，这些活动可能意外造成跨界的损害(此处为污染)。《准则》第十五条第 4 款非常恰当地概括了在这方面应当采取的适当行动：

4. 为了迅速对所有由于跨界内陆水上意外污染所造成的损害作出迅速而充分的赔偿，各国应按照它们各自的法律制度为确定应当为有害活动所造成的损害负责的自然人或法人 * 提供法律依据。除非另有规定，经营者应当为此负责；并且当一个组织或一人以上应当负责时，这种责任应当共同承担和个别承担 *。

第 5 款规定：

国家应当为从事危险性活动的意外所导致的污染损害承担严格责任 *。

第 6 款规定：“在无法确认所涉事件的损害时……所涉国家除其他外应考虑设立一个赔偿基金*。”

44. 因此，当必须在公约或国内法中确认经营人时，一项责任就可被认为是严格责任，并且在若干名经营人时，这项责任是共同及各别的。在可能情况下，应建立赔偿基金。但是，除此之外：(a) 经营人必须有义务购买保险或提供其他方式的财务担保，其数额必须相等于最高的赔偿金(如果有一个限额的话)或者相等于另外一个由国家当局决定的数额；(b) 为了使这个制度有效运作，必须遵守不歧视原则，换句话说，起源国在其法院中应当平等对待其领土内的居民和非居民；(c) 缔约国应确保在跨界损害发生后能够按照《联合国海洋法公约》第

²⁵ COM(89)282 final-SYN 217 号文件，1989 年 9 月 15 日。

²⁶ *Code of Conduct on Accidental Pollution of Transboundary Inland Waters* (联合国出版物，出售品编号：E.90.II.E.28)。

235 条的规定在它们的法律制度下索求赔偿或其他补救方式；(d) 在所有不受公约直接管辖的事务中，应由具管辖权的国内法管理，不过这种国内法必须符合公约；(e) 除非另有规定外，能够在一个地区执行的裁决必须能够同样在所有其他地区执行；(f) 在一个国家判决的赔偿金必须能够不受限制地转移到任何其他一个缔约国中，并且以受益人所要求的货币种类给付。

45. 以例外和规定形式作出的限制必须同样适用于国家责任和民事责任。

C. 负责方：责任的“传递”

1. 解释性评论

46. 如上述，原则上确定在起源国内谁应当为跨界损害负责是非常重要的，只有如此受害者才能采取行动。在所有涉及将责任“传递”或“导引”到某些人的民事责任的公约中，程序都是一样的：受害者的行动必须针对应当负责的经营人或者他的保险人或财务担保者，而不是针对任何其他人。正常情况下，经营人可以转而向其他可能需要负责的人提出索赔要求(例如，可以向供应商索赔，如果供应商卖给他有缺陷和导致意外事件的产品时)，不过下列公约为例外：《巴黎公约》、《维也纳公约》、《关于核动力船舶经营者责任的公约》以及《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任的公约》。可能由于所涉风险过大和相应保险金过高，在这些公约中，经营人没有索赔的可能性，因此是必须得到保险的唯一当事人。

47. 通常，在意外事件发生时对行动具有控制力的一方应当负责，而具有控制力是经营人。有些公约提出一项假设：具有控制力的一方就是在起源国的官方注册簿上具名的所涉设施或船只等的所有人，并且，在这种注册名单不存在时，所有人就是直接控制者。(《关于外国航空器对陆(海)面第三方造成损害的公约》，1952年，罗马，第2条第1至3款；《关于公路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约——解释报告》，第1条第8款)

48. 若干份文书还对由于继续存在的情况或一系列同样来源的事件所造成的损害的案件作出规定。(《卢加诺公约》，第6条第1至4款；《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任的公约》，第3条)

49. 毫无疑问，对确定民事责任最有用的一项文书就是欧洲理事会制定的《卢加诺公约》，因为它同我们的草案一样，企图包涵所有有害活动。

50. 它的序言以严格制度责任开始，指出“考虑到‘污染者付钱’”的原则和回顾《关于环境与发展的里约宣言》第13项原则：

各国应拟定关于污染和其他环境损害的责任以及赔偿受害者的国内法。各国还应迅速并且更坚决地进行合作，进一步制定关于在其管辖或控制范围内的活动对在其管辖外的地区造成的环境损害的不利影响的责任和赔偿的国际法。²⁷

51. 《卢加诺公约》第2条(定义)规定“经营人”的意义是对一项危险活动行使控制权的人。在第6条(关于物质、有机体以及某些废弃设施或场所的责任)中，前三款特别重要。这三款内容如下：

1. 在上面第2条第1款(a)至(c)项内提到的具危险性的活动的经营人应当为该活动所造成的损害负责，如果在事件发生时他对这项活动行使控制权。

2. 如果一个事件属于持续性质，则在事件发生期间对危险活动行使控制权的所有经营人都应当共同及各别地负责。但是，如一名经营者能够证明，在他对危险活动行使控制权的期间，所发生事件只造成了部分损害，则他只应当为那一部分的损害负责。

3. 如果一个事件是来自同一来源的一系列事件，则在这些事件发生时担任经营人的应当共同及各别地负责。但是，如果能够证明当他对危险活动行使控制权的时候只造成部分损害，则他只应当为那一部分的损害负责。

52. 第4款适用于在一个设施或场所已经停止进行的危险活动。在这种情况下，如果所涉活动造成损害，则这项活动的最后一名经营人应当为损害负责，除非他或受到损害的人能够证明，全部损害或部分损害是由于他成为经营人之前发生。如果能够作出这样的证明，则应使用第1至3款。

²⁷ 《联合国环境与发展会议的报告，1992年6月3日至14日，里约热内卢》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol.I, Vol.I/Corr.1, Vol.II, Vol.III 和 Vol.III/ Corr.1 号文件)(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，第一卷：《环发会议通过的决议》，决议1，附件一，第4页。

53. 此外，第 7 条提到经营人的责任。欧洲理事会的公约中对上面的最后二点提出了支持，因为其第 2 条“危害环境的活动”的定义中，第 1 款(c)项明确包括“废料焚化、处理或回收设施或场所的经营人”，并且在第 1 款(d)项中包括“永久性的废料堆放地点的经营人”。在我们的草案中，由于我们还没有完全明确指出条款草案所包涵的活动(我们只建立了一个“重大风险”的最低标准)，所以在这二点中所包涵的概念必须留待日后讨论。

54. 第 7 条第 4 款也相当重要，它规定：

本公约的所有规定不限制经营人向任何第三方提出申诉的权利。

这说明，国内法必提供这种申诉的渠道，并且该公约起草人没有选择仿照关于核损害的公约的做法，因为后者中经营人或他的保险人则必须承担损害的责任。

2. 拟议案文

55. 鉴于上述情况，特别报告员建议下面的案文。

56. 在第 2 条(用语)中，应加入下面一款：

“‘经营人’是指第 1 条中提到的活动行使控制权的人。”

57. 应当增加下列条文，并由起草委员会在最后案文中决定它们的编号：

“第 A 条 经营人的责任

“第 1 条中所提到活动的经营人应当为在其对这种活动行使控制权期间由此活动造成的所有重大跨界损害负责。

“(a) 在持续发生的事件或同一来源的一系列事件的情况下，按上文应当负责的一个以上的经营人应当负共同及各别责任。

“(b) 若经营者能够证明，在持续发生的期间，他只对损害的一部分负有责任时，则他应为该部分负责。

“(c) 若经营人能够证明在来自同一来源的一系列事件中，他只对损害的一部分负有责任时，则他应当为该部分负责。

“第 B 条 对第三方提出追索

“本公约条款不限制具有管辖权的当局的法律所给予经营人对任何第三者提出追索的权力。”

D. 购买保险的义务

1. 解释性评论

58. 如前面提到，在所有关于民事责任的协定中，经营人都必须购买赔偿保险。在有些协定中，保险额相对于赔偿的最高额而言，在某些情况中，国家当局可以根据它们对所涉活动的危险性的评估而予以降低。在我们目前想要包涵所有危险活动的文书中，由于每个活动限额都不同，所以很难作出数额方面的规定。上面提到的《卢加诺公约》也属于一般性质，所以也没有这么做。

59. 此外，各国当局应当能够根据第 12 条草案²⁸的规定，对各种危险活动的内在风险作出评估，并据此自由决定起码的保险额或财务担保。

60. 在《卢加诺公约》解释报告中，对公约第 12 条的评论²⁹内容如下：

公约要求各缔约国斟酌情况，确保在其国内法中规定，经营人应有承担在公约内所规定的责任的财务能力，并应决定此能力的范围、条件和形式。更具体地说，这个财政能力应当受到某种限制。

公约条款要求缔约国在决定何种活动需要受这个财务能力的约束时考虑到活动的风险性。

在执行此条时，应考虑到下列事项。第一，某些活动本身涉及损害风险的增加。第二，在没有保险或财务能力的情况下，有些公司可能无法向那些遭受到损失的人提供财务赔偿。第三，避免由于未能预先看到风险而无法执行这条规定的情况，并为这种风险规定财务担保。

本条中提到的财务能力或财务的规定保险可以以许多形式存在，例如保险合同或者是进行某种具体危险活动的经营人之间的财务合作，旨在承担这种活动的风险。这种财务合作安排可以提供担保的功能，为经营人中的某一人的危险活动所造成的损失提供赔偿。

²⁸ 见上文脚注 20。

²⁹ 见 CDCJ(92)50 补编，第 67 段。

这种风险也可以用保险合同来处理。另一种可能性就是经营人本人有充分的财务资源，能够承担由其进行的危险活动所涉及的风险。

在公约生效以后，在环境损害领域中的保险市场可能会进一步发展，因为污染所造成的风险和责任会比较明确，如此，有关财务能力的规定就可以逐渐用保险合同取代。

2. 拟议案文

61. 鉴于上面的讨论，特别报告员建议下面的条款：

“第 C 条 财务担保或保险

“为了承担这些条款中所规定的责任，各起源国应斟酌情况，要求在其领土上从事危险活动的经营人或其他在其管辖下或控制下的人加入一个财务担保制度或提供其他方式的财务担保，这些担保的范围应当由这些国家当局根据其对所涉活动的风险的评估以及国内法中所规定的条件实施。

“第 D 条 直接对保险人或财务担保人提起的诉讼

“可直接向保险人或上条中提到的其他提供财务担保的人提出要求赔偿的法律行动。”

E. 主管法院

1. 解释性评论

62. 现有的公约在为受害一方提供的主管法院选择方面各不相同。《巴黎公约》(第 13 条)和《维也纳公约》(第十一条)将选择限定在核设施所在国家的主管法院。《控制危险废料越境转移及其处置的巴塞尔公约》缔约国会议指定的法律和技术专家特设工作组在其危险废料越境转移及消灭所造成损害的责任及赔偿问题议定书草案³⁰第 10 条中建立了三个关于管辖权的基准：(a) 损害发生地；(b) 损害的来源；以及(c) 被控污染者的居住地、出生地或者进行商业活动的主要地点。议定书草案还要求签订合同的各方确保其法院拥有审理所涉赔偿要求的权力。《卢加诺公约》第 19 条关于主管法院的选择标准几乎同议定书草案完全相同，只不过它在

(c)款的规定限定为被告“惯常居住地”。《关于公路、铁路和内陆航运船只运载危险物品引起损害的民事责任公约》(《危险品运载责任公约》)第 19 条对主管权定了四个标准：(a) 损害地点；(b) 事件发生地点；(c) 采取预防措施以避免或减少损害(所谓的“应对措施”)的地点；和(d) 承运人通常居住的地点。由于损害发生地点(议定书草案中的标准(b))通常也就是事件发生地点(《危险品运载责任公约》中的标准(b))，又因为后者的承运人同议定书草案中的“被控应当负责的人”互相对应，所以《危险品运载责任公约》所引入的新内容便是采取预防措施的地点的法院的主管权。《关于外国航空器对陆(海)面第三方造成损害的公约》第 20 条中只提到损失发生地点的国家内的法院，除非另有协议。《关于因勘探和开采海床矿物资源而造成油污损害的民事责任的公约》第 11 条规定，主管法院应当是：(a) 任何缔约国内由于意外事件发生损害的地点的法院；或者 (b) 符合第 1 条第 4 款定义的管理国的法院，该管理国作为缔约国为勘探和开发设施所处地区的海床及其表土资源而行使主权。此处的“管理国”是指从事污染活动的设施的所在地国家，这就相当于我们的草案中的“起源国”。

63. 原告可以权衡得失，在下面几个法院中作出选择：(a) 起源国的法院，这可以使受害的一方比较容易取得有关原始事件的证据；(b) 受影响国，这可以比较容易取得损害的证据，并且受害方如果居住在该地，理应对有关程序比较熟悉。此外，假如原告不需要在离家很远的地方去采取法律行动，从而需要面对开销和环境陌生的问题的话，他可以比较容易地从事索取赔偿的活动。第三个可能是原告的居住地点，出生地点或者主要经营商业活动地点的法院，这个地点的优点同上面所说相同。另一方面，似乎没有理由容许第四种选择，也就是采取应对措施的地点，因为在绝大多数的案件中，这些措施是由起源国或受影响国在它们领土内进行，所以没有必要考虑在第三国采取应对措施的渺茫可能性。

2. 拟议案文

64. 鉴于上述，特别报告员建议下面的条款：

“第 E 条 主管法院

“就经营人的民事责任而提出赔偿损失的法律行动只能向缔约国的主管法院提出，该缔约国可以是受影响国、起源国或应当负

³⁰ 见上文脚注 11。

责的经营人的出生国、居住国或从事主要商业活动的国家。”

F. 不歧视地适用国内法

1. 解释性评论

65. 国内法的执行应配合条款草案，以处理条款草案没有提到的情况，不过其处理方式自然应忠于条款草案的规定和精神。我们所谓的国内法是指在审理这类案件的主管法院中适用的法律。

66. 第 10 条草案³¹ 中拟议的不歧视原则如下：

各缔约国处理在别国领土上发生或受别国管辖或控制的活动后果，其方式应如处理在本国领土上发生的活动后果一样。具体而言，它不得因遭受第 1 条提到的活动影响的人们的国籍、出生地或居住地而在执行这些条款与其国内法的规定时而有所歧视。*

第二句话似乎完全符合有关民事责任部分的法律，并且除其他外在《巴黎公约》第 14(c)条中找到先例，其中规定：“在适用法律和立法时不得以国籍、出生地、或居住地点而有所歧视。”在第六次报告中关于国内法的执行的第 30 条中，我们仿照《巴黎公约》的措辞引入了一段话，大意是在执行条款草案和国内法以及其他立法时不得因国籍、出生地或居住地而有所歧视。但是我们要承认，如果第 10 条能以其拟议形式被接受，则不必在关于民事责任的部分中重复其后半部分。

2. 拟议案文

67. 鉴于上面的讨论，特别报告员建议下列条款：

“第 F 条 国内的补救办法

“对于上面第 1 条提到的活动所导致的损害，有关各方在其国内法内应提供司法补救办法，以便作出迅速而充分的赔偿或其他补救。

“第 G 条 国内法的适用

“凡未在这些条款内具体提到的一切事务的实质或程序事项，主管法院应以国内法处理。”

G. 因果关系

1. 解释性评论

68. 《卢加诺公约》第 10 条包含如下规定：

在考虑事件与损害之间的因果关系，或对于第 2 条第 1(d)款中定义的危险活动，考虑活动与损害之间的因果关系时，法院须充分考虑到所提议的活动本身固有造成这种损害的更大风险。

这同一些国家的国内法的条款非常相似。该公约所附的解释性报告指出：

本条款敦促各法院在考虑事件与其损害之间的因果关系时，或者在考虑一项活动及其损害的因果关系时，应考虑到一个具体的危险活动造成损害的风险更大这一事实。为了协助受到损害的人取得赔偿，必须考虑到某种危险活动会造成某种形式的损害的具体风险。公约未能够对实际的因果关系作出假定。此条款是作为严格责任制度的补充条款而存在。因此，它是所有这方面的规定的一部分，这些规定的目的是帮助受害者证明因果关系的存在，虽然现实上这种关系很难加以证明。³²

69. 在欧洲共同体委员会提交给欧洲理事会及议会关于补救环境损害的绿皮书中，关于证明因果关系的规定指出：

为了取得损害赔偿，受害者必须证明损害是由应负责的一方的行动所造成，或者由应负责一方所造成的事件负责。环境损害的案件中出现一些特别的问题。正如在有关长期污染部分的讨论所显示，如损害是由许多方面的行动造成时，证明因果关系几乎不可能。如果损害要经过一段时间才出现，这也造成困难。最后，目前的科学发展仍然不能明确地证明暴露于污染和受到损害之间的因果关系。应负责的一方可以用其他的科学解释来反驳受害者的因果关系的证据。³³

³¹ 第 10 条由特别报告员在第六次报告中提交。见《1990 年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第 148 页起，A/CN.4/428 及 Add.1 号文件，尤见第 96、97 和 113 段。

³² 见 CDCJ (92) 50 号文件(上文脚注 29)，第 63 段。

³³ 文件 COM (93) 47 final (Brussels, 14 May 1993)，第 10 页，第 2.1.8 段。

2. 拟议案文

70. 我们认为应当向委员会建议一条类似第 H 条的条款,因为它符合本公约条款的精神;它的目的是让无辜的受害者比较容易为他们所受到的损害索取赔偿。由于我们还没有决定在危险活动的定义中是否应当包括涉及永久堆放废料场所的活动,所以目前的措词不应包括这一点。但是,或许在评论中应予强调,这一条款不预先假设事件与损害之间的因果关系。

“第 H 条

“当审议事故和损害之间因果联系的证据时,法院应适当考虑危险活动所固有的增加造成这种损害的危险。”

H. 判决的强制执行

1. 解释性评论

71. 关于民事责任的公约通常包括一些关于强制执行判决的规定,我们觉得我们的条款中也应该列入这样一项规定,因为这种规定是一般性质(试图包括所有高风险的危险活动),而且是全球性质(相对于区域性质而言)。的确,由于这些特点,我们必须考虑这一条文可能适用的不同国家相当不同的公共政策概念,还应考虑到我们提出的这项条文所涉及的其他可能性。

72. 《巴黎公约》(第 13 条(e)款)规定:

主管法院在审判或缺席审判后根据本条所作的判决,当根据法院所适用的法律可以强制执行时,只要有关缔约国完成了规定的手续,即可在任何其他缔约国的领土内强制执行。案情的是非曲直不得作为进一步诉讼的主题。上述规定不适用于临时判决。

73. 而《维也纳公约》(第十二条)规定:

1. 根据第十一条具有管辖权的法院所作的最后判决在任何其他缔约国领土内应获承认,除非:

- (a) 判决以诈欺方式取得;
- (b) 判决所针对的一方没有获得说明案情的公平机会;
- (c) 判决违反争取其承认的缔约国领土内的公共政策,或与正义的基本规范不符。

2. 获得承认的最后判决,在根据寻求强制执行执行的缔约国法律所规定的手续提出强制执行的要求时,即可予以强制执行,一如缔约国法院所作的判决。

3. 已获判决主张的是非曲直不得作为进一步诉讼的主题。

74. 同样,《危险品运载责任公约》(第 20 条)规定:

1. 根据第 19 条具有管辖权的法院所作的任何判决,在起源国不再受一般形式的复审而可以强制执行时,即应在任何缔约国获得承认,但以下情况除外:

- (a) 以诈欺方式取得的判决;
- (b) 被告没有获得合理的通知和说明案情的公平机会;或

(c) 判决违反争取其承认的国家内以前所作的判决,或违反根据第 19 条具有管辖权的另一缔约国在同样的当事方之间就同一诉讼行动所作的判决,且此一判决在争取其承认的国家已获承认。

2. 本条第 1 款所承认的判决,在每一缔约国所规定的手续完成后,即可立即予以强制执行。办理这些手续时不得就案情的是非曲直重新审判。

这项案文不包括公共政策这一因素,但另一方面,却在第 1 款(c)项中,列入关于违反早期判决的规定,如果这一判决是在争取其承认的国家就同样的当事方和同一诉讼行动所作的判决。关于这些变化,《危险品运载责任公约》的解释性报告没有提出很好的说明,只不过试图尽量减少这些理由的数目。³⁴

75. 《卢加诺公约》载有一项类似的规定(第 23 条),其中重新列入了公共政策这一理由,省略了欺诈这一理由,并增加了与下列情况不相容的理由,即先前“在争取其承认的缔约国中对同样当事方之间的纠纷所作的判决”以及在另一国所作的这种判决,如果“此项判决满足为获有关缔约方承认所需必要条件”的话。解释性报告³⁵指出,这些规

³⁴ ECE, *Convention on Civil Liability for Damage Caused During Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels-Explanatory Report* (ECE/TRANS/84 号文件)(联合国出版物,出售品编号: E.90.II.E.39),第 52 页,第 126 段。

³⁵ 见上文脚注 29。

则所根据的是《关于民商事案件管辖权和判决执行的布鲁塞尔公约》(1968年)和《关于民商事案件管辖权和判决执行的卢加诺公约》(1988年)。

2. 拟议案文

76. 鉴于以上所述, 特别报告员提出以下条文:

“第 I 条 判决的强制性

“1. 主管法院作出的最后判决如根据该类法院所适用的法律属强制性质, 则除非有下述情况, 任何其他缔约方领土内均应予以承认:

“(a) 以诈欺获得判决;

“(b) 被告未获合理的预先通知, 且未获机会在公平条件下提出辩论;

“(c) 判决有违正在争取其获承认的国家的公共政策, 或与正义的基本规范不符;

“(d) 判决与争取获其承认的国家对同样当事方就同一主张的以前判决不符。”

“2. 一项获承认为符合前款规定的判决, 在争取其强制执行的成员国所规定的手续完成时, 即应在全部成员国强制执行。对此一案件的是非曲直不得进行进一步的审查。”

I. 赔偿责任的例外

1. 解释性评论

77. 在第六次报告³⁶中我们作过以下的说明:

大多数关于具体活动所造成损害赔偿责任的公约, 不论是民事责任或国家责任, 即使是绝对或严格责任, 其共同点是在一些特别情形下免除赔偿责任, 或者赔偿责任不适用于某种情况下的某些人。因此 1972 年《外空物体所造成损害之国际责任公约》确立国家对此种损害的责任, 其中第六条第 1 款规定:

... .. 绝对责任的免除程度, 应以发射国证明损害是全部或部分由于求偿国或其所代表的自然人或法人的重大疏忽、或意在造成损害的作为或不作为所造成的程度为限。

这是公约规定免除责任的唯一理由。

其他公约纳入更多关于免除责任的理由, 它们的基础在于将严格责任“转移”给经营者, 即经营者对损害负全部责任。... .. 1963 年《关于核损害民事责任的维也纳公约》第 4 条第 2 款规定涉及“重大疏忽”或表面受害人意在造成损害的“作为或不作为”的情况可以允许类似上述的例外, 但听由法院来决定是否批准例外, 只要与国内法不相抵触。另一方面, 上述公约第 4 条第 3 款对于下列两种情况直接造成的核事件所导致的核损害, 允许无限制的例外: (a) “武装冲突、敌对、内战或叛乱”或 (b) “极不寻常的严重自然灾害”。

事实正是这样, 除非国家可能作出相反的规定。

78. 报告继续如下:

1988 年关于南极矿物资源活动管理的《惠灵顿公约》第 8 条第 4 款规定:

经营者如能证明损害由下列事件直接造成, 则应免除责任, 且该免责以损害由下列事件直接造成的程度为限:

(a) 在南极环境下构成不能合理地预料的极不寻常的自然灾难事件; 或

(b) 虽有《南极条约》规定但仍发生武装冲突, 或针对经营者活动的恐怖主义行为且任何合理的防范措施均为无效。

《公约》第 6 款还规定:

经营者如证明损害全部或部分由求偿方有意的或重大疏忽的作为或不作为所造成, 经营者可全部或部分免除对求偿方所遭受损害的赔偿责任。

在各个论坛审议中的几个重要的草案也规定类似的例外。前文已提到欧洲理事会关于环境损害赔偿问题的规则草案的规则草案(由环境损害赔偿问题专家委员会为法律合作问题欧洲委员会拟定)。关于经营者责任的规则 3 第 4 款规定:

经营者若证明以下事实, 则不应承担责任:

³⁶ A/CN.4/428 及 Add.1 号文件(见上文脚注 31), 第 56 至 59 段。

(a) 损害纯粹由战争、敌对、内战、叛乱行为或者极不寻常、无可避免或无法抗拒的自然现象所造成;

(b) 损害纯粹由第三方意在造成损害的行为所引致, 尽管有与该类危险活动相适宜的安全措施; 或

(c) 损害纯粹系由依据公共当局的明确命令或规定而作出的行为所造成。

79. 最后, 报告指出《危险品运载责任公约》第5条第4和第5款规定:

承运人如证明下列情况, 应免除一切责任:

(a) 损害系由战争、敌对、内战、叛乱行为或极不寻常、无可避免或无法抗拒的自然现象所造成; 或

(b) 损害全部由第三方意在造成损害的作为或不作为所造成; ……

……

若承运人证明损害全部或部分由遭受损害者意在造成损害的作为或不作为或其疏忽所引致, 则承运人责任可予以全部或部分免除。

80. 关于第六次报告提到的两项文书, 我们应该补充的是, 在本报告中多次引述的《卢加诺公约》在其最后案文中列入了免除赔偿责任的这三项理由, 并增加了另外两项理由, 分别与下列情况有关, 即: 参照在当地的有关情况, 损害由可以承受的污染水平所造成(d款); 或损害由符合受损害者利益的合法危险活动所造成(e款), 在这种情况下, 受损害者并非不合理地暴露于危险活动的风险。《危险品运载责任公约》在本报告中也有提到, 其中在第4款的案文采用了以上提到的各项理由, 并在(c)项中增加了另一项与运输文书相关的理由:

[经营人若能证明以下事实则可免于责任, 即] 托运人或任何其他他人未能履行义务, 将货物的危险性质通知他, 而他或为他服务的人员或代理人均不知道或无须知道这些货物的性质。

第5条第5款没有改动。

81. 最近的一些做法大致仿照刚才提到的公约的一般路线。《控制危险废料越境转移及其处置的巴塞尔公约》的议定书草案³⁷在其关于赔偿责任的第4条中列入了第4款如下:

损害如有以下情况则应免除赔偿责任:

(a) 损害由不可预见的 * 武装冲突、敌对、内战或叛乱行为所造成;

(b) 损害由极不寻常、无可避免和无法抗拒的不可预见的自然现象所造成;

(c) 损害完全由于第三方的有意的不当行动所造成, 同时考虑到已经采取所有预防这种行为结果的合理安全措施;

(d) 损害由于遵守公共当局的具体命令或强迫措施所造成。

第5款的内容如下:

考虑到各种情况之后, 受损害人或根据国家法律应对受损害人负责的人, 由于自己的过失造成[或单独造成]损害, 则赔偿可以减少[或驳回]。

在这项草案中, 可以看到免除赔偿责任的理由有严格的定义, 不过, 这一倾向是否在最后案文中确定有待观察。

82. 关于国家的赔偿责任问题, 如果责任由不法行为所引起, 则应该适用委员会草案第一部分所规定的关于不法行为豁免的各项理由。³⁸ 如果遵照核损害公约的制度, 国家的责任应该与造成损害的私人当事方性质相同, 适用于国家的免除责任的理由也与经营者相同, 并将以确定经营者责任的方式来确定国家责任的赔偿数额。最后, 如果采取第三种方式, 即国家对事故的发生没有责任, 则应该是国家与国家之间的关系, 在这种情况下, 就应该适用第一部分关于不法行为免除责任的理由。

2. 拟议案文

83. 鉴于以上所述, 特别报告员提出条文如下:

“第J条 免除责任

“1. 有以下情况者, 经营者免除责任:

“(a) 如果损害直接由于战争、敌对、内战、叛乱行为或异乎寻常的、无法避免和无可抗拒的自然现象所造成;

³⁷ 见上文脚注11。

³⁸ 国家责任草案第一部分相关条款的案文, 见《1980年……年鉴》(英), 第二卷(第二部分), 第34段。

“ (b) 如果损害完全由于有意造成损害的第三方的行为或不作为所造成。

“ 2. 如果经营者证明损害全部或部分由

于受损害者的行为或不作为所造成，或因因此人的疏忽所造成，则经营者对此人的赔偿责任可以全部或部分免除。”

第四章

关于国家责任和民事责任的规定

A. 解释性评论

84. 关于赔偿责任诉讼的时效同样适用于因不法行为引起的责任和严格责任。在我们的第 6 次报告³⁹中，为了给该报告所提议的第 27 条提供一个依据，我们说过下面的话：

通常对赔偿责任的诉讼没有时效。前一项条文曾援引为其依据的公约在此也适用。1972 年《外空物体所造成损害之国际责任公约》第十条规定时效如下：

第十条

1. 赔偿损害之要求可于损害发生之日或认定应负责任之发射国认定之日起一年内向发射国提出之。

2. 一国倘不知悉损害之发生或未能认定应负责任之发射国，可于获悉上述事实之日起一年内提出赔偿要求；但无论如何，此项期间自求偿国若妥为留意按理当已知悉此等事实之日起不得超过一年。

……

关于核损害责任的 1960 年《巴黎公约》和 1963 年《维也纳公约》分别在第 8 条和第六条中，将时效定为自造成损害的核事件发生之日起十年。欧洲理事会规则草案的规则 9 将时效定为自受影响一方知悉或按理应当知悉损害和经营者身份之日起三至五年(未定)；但无论如何，提起诉讼的时效，自事件发生之日起不可超过三十年。1989 年《危险品运载责任公约》第 18 条，将时效定为自遭受损害的人知悉或理应当知悉损害和承运人身份之日起三年。

85. 应该补充说明，作为草案援引的案文现在已成为《卢加诺公约》。公约在其第 17 条中处理了这一问题，其中第 1 款规定：

自索赔方知悉或理应当知悉损害发生之日和经营者身份之日起时效三年。缔约各国规定停止或中断时效的法律应适用于这一款所规定的时效。

第 2 款补充道：

然而，无论如何，自造成损害的事故发生之日起三十年之后，不得采取任何行动。如果事故包含一系列连续发生的事件，则三十年的时效应从连续事件结束时起算。如果事故包含一系列起源于同一事故的连续事件，则三十年的时效应从最后一次连续事件起算。

《危险品运载责任公约》规定，自受损害者知悉或理应当知悉损害和承运人身份之日起，时效三年。如事故发生后当事各方同意，这一时效期限可以延长。在任何情况下，自造成损害的事故发生之日起十年后，不得采取任何行动。如果事故包含一系列连续事件，则时效应从最后一次这类连续事件起算。

86. 解释性报告⁴⁰的评论，除其他事项外，确认 1985 年欧洲产品赔偿责任指令第 10 条第 2 款为先例。

但是，关于第 2 款规定从造成损害的事故发生之日起计算的第二段时效，有一些分歧意见。虽然有人表示应如上面引述的欧洲指令那样不规定任何时效，但大多数政府代表团赞成列入这样一项时效。最后大家同意为十年，认为这段时间已经足够适当保护受害者，而不至为保险人造成困难。因为这段时效如果太长，保险人必须保持必要的储备金，以应付最后的赔偿责任。如果赔偿要求可以在事故发生许多年之后提出，该十年时效的规定也可以为那些负责分配时效基金的人解决困难。

³⁹ A/CN.4/428 及 Add.1 号文件(见上文脚注 31)，第 60 和 61 段。

⁴⁰ ECE/TRANS/84 (见上文脚注 34)，第 119-120 段。

解释性报告指出，索赔行动的停止或中断应如上述欧洲指令的第 10 条第 2 款所规定，由国家法律加以规定。

87. 适用“发现规则”的三年时效期间是合理的。但在核损害领域，这段期间则定为十年，因为有些损害，例如辐射造成的损害，要相当长的时间才会出现。关于提出赔偿要求的最长时效，对于如《危险品运载责任公约》这一类的文书而言，十年可以认为适当，但对其他一些文书的情况而言，则可能太短。例如有关核损害的一些公约就规定时效三十年。我们已经看到，《卢加诺公约》就所有危害环境的活动都规定了同样的时效。这种时效规定似乎适合于我们的条款采用，因为它也是处理一般的危险活动。

B. 拟议案文

88. 鉴于以上所述，特别报告员提出条文如下：

“第 K 条 时效

“根据本条款提出有关赔偿责任诉讼的时效应为求偿方知悉或理应知悉损害和经营者身份之日起三年；或在国家赔偿责任的情况下，应为求偿方知悉或理应知悉起源国之日起三年。自造成损害的事故发生之日起三十年之后，不得提起任何诉讼。如事故包含连续发生的事件，则所涉时效自事故发生之日起算；如事故包含一系列基于同一事故的连续事件，则所涉时效自最后一次连续事件发生之日起算。”

第五章

程序途径

A. 导言

89. 本报告没有提出有关条款草案所规定的赔偿责任实施程序的具体条款，但特别报告员认为，审议此一主题是有用的，以便他评估委员会各成员的反映，从而为今后制定这些条款作好准备。每一可能的程序途径的利弊，对于各国接受原来审议的各种赔偿责任制度可以起到关键作用。例如，在赔偿因事故引起的损害方面，《巴塞尔公约》议定书草案⁴¹所规定的国家对不法行为的剩余赔偿责任，可能导致程序方面的种种困难，且困难程度超出所有的益处，因为在所述的框架内它使国家面对私人方。

B. 程序途径的审议

90. 我们应力求审议现有的各种可能性。

1. 受影响国诉起源国

91. 国家对国家的途径有两种备择办法，一种是国家可以作为有权提起诉讼的专属方行使职责，因为它遭致直接的损害，另一种是国家代表遭致直接损害的国民采取行动；关于后一种情况，是由国

家经过外交渠道对个人提供保护，因此有一些缺陷。根据国际法，只能由国家提出要求；这就出现了一个令人困扰的因素，因为国家出于特定环境的考虑或外交政策的原因，可能认为提出一项要求是不适宜的。因此，外交途径可能使受害方无法得到在普通法院遵循法定诉讼程序的保证，补偿的付款将取决于国家间的谈判，而且达成妥协的理由可能不符合恢复原状的原则。

92. 此外，当受害方没有其他求助途径时，要给予外交保护，因为他们受到寻求保护所涉国家的管辖，而且已用尽国内补救办法。然而，本草案适用于所述程序的较早阶段，开辟出主要的行动途径，使他们根据民事赔偿责任获得补偿。因此，可以考虑在初期阶段从条款草案所规定的制度中排除由国家受害国民提供保护的原则。简而言之，在这种情况下，当受影响国是有权提起诉讼方和起源国是直接责任方这两种情况时，国家对国家途径将予以适用。当受影响国的财产或环境受到直接影响时，就出现第一种情况。有两种案例属于第二种情况：国家因未能履行预防义务而承担责任；国家因犯有不法行为或按照严格赔偿责任原则承担剩余赔偿责任。

93. 下面详细阐述国家对国家途径的各种可能性。

⁴¹ 见上文脚注 11。

(a) 对因危险活动造成的事故的补偿

94. 首先假设一个国家因其财产的损害而受到直接影响，并有权对另一国家提起诉讼。当损害影响到环境本身时，就会发生这种情况。⁴² 损害环境的概念需要作进一步的评论。该国成为有权提出诉讼的一方，因为环境并不属于任何特定的人，而是属于每个人、全社会和国家所体现的全体国民。欧洲共同体委员会作为理事会指令⁴³ 提出的有关因废料造成损害的民事赔偿责任的建议第 6 项指出，赔偿责任的概念包括……环境损害；这种损害应当列为新的一类，区别于前面的各类；环境损害对社会的影响大于对个人的影响。法国代表团在原子能机构和损害赔偿工作组分发的一份非正式报告中指出：这是对不能由私人占有的物品的损害，它们属于公有财产，不属于任何个人，但可以被所有人使用，如空气、水和空间；此类损害不限于核能源，在因事故而产生污染的各种工业中经常发生，需要资金清除污染和恢复现场原状；通常由国家当局采取这种措施，出面干预保护人民和财产。

95. 如果这种损害是由私人经营者造成的，而起源国按照上述两种备择办法负有剩余赔偿责任，索赔国将只能同起源国交涉，要么 (a) 直接要求经营者或其保险单所不支付的数额(核公约所通过的原则)，要么 (b) 要求同等数额，但只能在如果起源国能履行其义务损害将不会发生的情况下适用(《巴塞尔公约》议定书草案通过的原则)。如果接受前面提出的第三种办法，被告国的前提当然将不再适用，按照第三种办法，起源国在任何情况下对在其境内或在其管辖或控制下的个人的活动所造成的事故而引起的损害，不负赔偿责任。

96. 关于备择办法(a)，法院判决私人经营者支付一定数目的款项后，一旦表明不能得到该项付款，法院就可以此判决为基础宣布由该国支付欠款。国家作为一个领土主权实体，在国内法院出庭原则上没有困难：这种体制类似于某私人方对其他私人方的情况。对于负有责任的经营者或其保险所不支付的数额国家所负的剩余赔偿责任，本质上相同于国家承担的私人方的赔偿责任。公约没有规定特别例外情况或为国家辩护。既然对私人方的诉讼

⁴² 必须区别对环境本身的损害和缘于环境损害而造成的对个人或其财产的损害。例如后一种情况可以包括饮用被污染水造成中毒而导致的所受损失，或旅馆业主因该地区空气污染而没有客源所造成的所失利益。

⁴³ 见上文脚注 25。

是关于严格的赔偿责任，就不存在过失或违反义务的问题。法院的判决对国家适用，如果判决中存在有关国家的部分，国家必须遵守。如果要尊重国家管辖豁免的一般因素，当然不能在司法上对责任国实施判决。

97. 然而，备择办法(b)的情况会有较大的困难。我们在前面提到，按照《巴黎公约》和《维也纳公约》规定的同样办法，国家对这些赔款也负有剩余赔偿责任，但只限于并非由于国家未履行预防义务所造成的损害。这是一种对不法行为的责任，因此必须在诉讼过程中同时证明 (a) 国家未能履行某些义务，和 (b) 有某种间接的因果联系，即由于国家未能履行其义务而造成损害。

98. 但是在若干案例中，国家似乎作为一个主权领土实体而作出行为，即主权行为，例如它未能依法要求业主采取措施预防损害。如我们所看到，一些国家不愿服从国内法院，或在任何情况下放弃豁免权，这就在诉讼中造成问题。⁴⁴

99. 对环境的损害可以损害到私人方或其财产，例如损害健康或其他所受损失。这些受害方有资格提起诉讼，因为这是一般损害，有别于对环境的损害，他们可以利用的途径是在起源国的法院对对应责任的经营者提出诉讼。如果国家是造成损害有关活动的执行者，这种情况应等同于受影响国起诉私人经营者的案件，因为国家经营者在作出商业行为。

(b) 与补偿事故造成损害无关的问题

100. 除了涉及危险的活动所造成事故的补偿问题外，本章还涉及起源国因未履行预防义务的赔偿责任。如我们在前面(第 40 段)所看到，这可能包括诸如下列情形中的补偿：由于所造成的风险以及起源国未采取条款草案所要求的预防措施，受影响国不得不采取合理的防备措施，因而应当获得补偿。这里所称的义务是指起源国对于参加本条款所订制度的其他国家在国际一级应当承担的义务，因此，一国对另一国的相应行动必须通过外交渠道进行。此类行动大多是为了迫使起源国制订适当的法律要求经营者采取某些防备措施，或实施现行法律，或对于某项活动所引起的风险进行第 12 条规

⁴⁴ 审议修订关于核损害的《巴黎公约》和《维也纳公约》的常设委员会遇到同样的困难并得出同样的结论。

定的影响评估。如果出现国际争端，应按照条款有关章节最终将提出的办法加以解决。

2. 私人受害方诉起源国

101. 如果国家本身或国家企业从事商业行为，其危险活动造成损害事故使国家负有赔偿责任，这种情况类似于私人一方诉另一私人方。

102. 如果所通过的制度规定起源国对在其领土内或由其管辖或控制的活动所造成的事故损害不承担赔偿责任，就不会出现国家作为被告面对私人受害方的情况，因为国家因未能履行预防义务而引起的赔偿责任，如我们所知，将通过外交途径以不同的方式处理。

103. 这样一来将只存在两种不同形态的国家剩余赔偿责任：对某种不法行为的赔偿责任或严格的赔偿责任。

104. 国家对某种不法行为的剩余赔偿责任的可能性，使我们又回到国家可能作为一方在国内法院出庭的假设。如果在这种情况认为国内主管法院是适当的途径，就必须在条款中规定国家不可要求管辖豁免，否则该制度将无法运作。另一方面，我们已经看到国家剩余赔偿责任和严格赔偿责任的概念并未引起对国家行为作出裁决的问题。

3. 受影响国诉私人方

105. 只有国家的财产或环境遭到直接损害，受影响国才可以根据本条款起诉对损害负有赔偿责任的私人方而不起诉起源国。在这种情况下，受影响国可能须在国内法院提出起诉，而且有可能是起源国的法院。当国家是诉讼的一方时，就难于使用国内法院，虽然当原告和被告都是私人方时国内法院会很好地运作。关于危害环境的活动所造成损害的《卢加诺公约》规定国内法院有权审理涉及补偿行动的所有案件，而对原告和被告是私人方还是国家没有作出区别。但应当考虑到的是，该公约对欧洲共同体框架内的国家间适用，这些国家有非常相似的政治和社会情况，因此才可能具有同等地位。但是，如果出现与核事项(《巴黎公约》与《维也纳公约》)和《巴塞尔公约》有关的类似问题，那么国家就未必能找到可以接受的类似解决办法。反对这种解决办法的另一种观点认为，在处理诸如损害环境等问题时国内法院可能会遇到困难，因此，《巴塞尔公约》议定书草案建议，在评估清洁和补救行

动费用和评价环境的损害时，应考虑采取一种国际化的办法，譬如，可以在自愿或强制性基础上征求由一国际技术咨询机构协助的国内法院的意见(第十条，第28(a)款)。⁴⁵

106. 特别报告员认为有两种备择办法可以使用国内法院途径审理国家为索赔人的案件：(a) 条款中规定国内法院管辖，可以由前段最后提出的方式协助，也可以不由这种方式协助；或 (b) 为国家之间、私人方与国家之间或私人方之间的所有各类争端设立一个单一的机构，例如可以按照荷兰在原子能机构常设委员会提出的建议设立一个索赔委员会。荷兰的建议提出了取得核损害赔偿的各种办法，解决由以下方面所主张的核设施经营者的民事赔偿责任问题，即 (a) 私人方或国家对所受损害提出主张，或 (b) 国家代表私人方或代替私人方行使有关所遭损害的权利而提出主张。设立国际索赔委员会这样一种法庭单一机构有下列优点：

(a) 所有索赔都在一个地方提出，有利于对这些索赔的一般审查；

(b) 对要求补偿的“事故”和“核损害”的概念，可有一致的解释；

(c) 对于提出补偿要求的时限可以作出一致的规定；

(d) 对各种反对意见可以订出一致的根据；

(e) 由同一来源按公平分配制度中的最高限额支付同类的补偿。

107. 按照这项建议，在处理核损害责任时，只是在发生事故后，才成立这种法庭，其组成包括由设施国提出的若干仲裁员、由索赔国选定的同样数量的仲裁员以及由设施国和索赔国商定的若干仲裁员。将审理私人方和(或)国家对经营者的赔偿要求，或由受害国对设施国提出的赔偿要求。所提议的机制可以适用两种制度，即民事赔偿责任和国家严格赔偿责任。可能承担责任的国家可以宣布(例如在签署或批准有关国际文书时)承认法庭对于仅仅由索赔国或同时由私人方对被告国(但不是对经营者)提出的赔偿要求的管辖权。法庭的国际和司法性质

⁴⁵ 法律和技术专家特设工作组，负责制定关于有害或其他废料越界移动及处置所造成损害的赔偿责任和补偿问题的议定书的内容。(见上文脚注11)

将确保公平公正地解决(哪怕是国家间的)赔偿要求。

108. 考虑到上述建议遇到原子能机构常设委员会某些成员的反对,因为这些国家不愿意将其争端交给这样一个机构,因此,考虑为《巴塞尔公约》制定一项关于赔偿责任的议定书草案的工作组建议,该草案借用索赔委员会的概念,但是要作出

如下改动:起源国——即可能的被告国——可以在发生事故时选择要求设立一个具有专属管辖权的索赔委员会。

4. 私人受害方诉私人责任方

109. 这种情况涉及到民事赔偿责任,完全可以由国内法院审理。

第四十六届会议文件一览表

<u>文 件</u>	<u>标 题</u>	<u>备注和参考资料</u>
A/CN.4/455	临时议程	油印件。通过的议程见《1994年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第一章，第14段。
A/CN.4/456	填补委员会的临时空缺：秘书处的说明	转载于本卷。
A/CN.4/456/Add.1-3	同上：秘书处的说明增编：候选人名单和简历	油印件。
A/CN.4/457	秘书处编写的大会第四十八届会议期间第六委员会讨论国际法委员会报告情况的专题摘要	同上。
A/CN.4/458 和 Add.1-8	各国政府关于国际刑事法院规约草案工作组报告的评论	转载于本卷。
A/CN.4/459	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十次报告	同上。
A/CN.460[和 Corr.1]	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十二次报告	同上。
A/CN.4/461 和 Add.1、Add.2[和 Add.2/Corr.1]和 Add.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六次报告	同上。
A/CN.4/462	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二次报告	同上。
A/CN.4/L.491[和 Corr.2]以及 Rev.2[和 Rev.2/Corr.1]和 Rev.2/Add.1-3	国际刑事法院规约草案工作组的报告	油印件。
A/CN.4/L.492[和 Corr.1]	起草委员会二读通过的国际水道非航行使用法条款草案第1条至第33条的标题和案文	案文转载于见《1994年……年鉴》，第一卷，第2353次会议简要记录(第46段)。
A/CN.4/L.492/Add.1	同上：起草委员会通过的决议草案	同上，第2356次会议简要记录(第38段)。
A/CN.4/L.493 和 Add.1-2	国际法委员会第四十六届会议二读通过的国际水道非航行使用法条款草案及其评注：第1条至第33条	案文转载于《1994年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第222段。
A/CN.4/L.494[和 Corr.1]	起草委员会在国际法委员会第四十五届和第四十六届会议上通过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条款草案的标题和案文：第1条、第2条((a)、(b)和(c)项)、第11条至第14条之二[第20条之二]、第15条至第16条之二以及第17条至第20条	转载于《1994年……年鉴》，第一卷，第2362至2365次会议简要记录。

文件	标题	备注和参考资料
A/CN.4/L.495 和 Rev.1	国际法委员会第四十六届会议工作报告草稿：第一章(本届会议的组织)	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)。最后案文见《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.496 和 Add.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.497 和 Add.1	同上：第四章(国家责任)	同上。
A/CN.4/L.498 和 Add.1-2	同上：第五章(国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任)	同上。
A/CN.4/L.499		[此编号为空号]
A/CN.4/L.500	同上：第三章(国际水道非航行使用法)	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)。最后案文见《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.501	起草委员会在国际法委员会第四十五届和第四十六届会议上通过的国家责任条款草案的标题和案文	案文转载于《1994 年……年鉴》，第一卷，第 2366 次会议简要记录(第 1 段)。
A/CN.4/L.502	规划组报告：委员会的计划、程序和工作方法及其文件	油印件。
A/CN.4/L.503 和 Add.1-2	国际法委员会第四十六届会议暂时通过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条款草案的案文及其评注：第 1 条、第 2 条((a)、(b)和(c)项)、第 11 条至第 14 条之二[第 20 条之二]、第 15 条至第 16 条之二以及第 17 条至第 20 条	案文转载于《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.504	国际法委员会第四十六届会议工作报告草稿：第六章(委员会的其他决定和结论)	油印件。通过的案文见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)。最后案文见《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)。
A/CN.4/SR.2328-A/CN.4/SR.2377	第 2328 次至 2377 次会议临时简要记录	油印件。最后文本载于《1994 年……年鉴》，第一卷。