

是国际人道主义法文书的缔约方。

51. 阿兰焦-鲁伊斯先生说，托穆沙特先生认为纳米比亚的解放将导致南非放弃其种族隔离政策，这或许过于乐观了。作为危害人类罪而对种族隔离下的定义必须包括今后可能出现的情况。实际上，种族隔离已经是多种罪行与犯罪的结合，所以，该定义必须是全面的。

52. 锡亚姆先生（特别报告员）说，正是由于这个原因，第 14 条第 2 款第二备选案文把“如在南部非洲所实行的”字样放进方括号中。

下午 1 时散会。

第 2097 次会议

1989 年 5 月 5 日星期五上午 10 时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、巴尔谢戈夫先生、比斯利先生、布特罗斯-加利先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、迪亚斯·冈萨雷斯先生、埃里克松先生、弗朗西斯先生、海斯先生、雅科维德斯先生、科罗马先生、马希乌先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、拉扎凡德拉朗博先生、勒泰先生、鲁库纳斯先生、塞普尔维达·古铁雷斯先生、史先生、索拉里·图德拉先生、锡亚姆先生、托姆沙特先生、扬科夫先生。

危害人类和平及安全治罪法草案¹ (续)
(A/CN.4/411,² A/CN.4/419,³ A/CN.4/
L.431, D 节, ILC(XLI)/Conf.Room Doc.3)

〔议程项目 5〕

特别报告员的第七次报告(续)

第 13 条(战争罪)和

第 14 条(危害人类罪)⁴ (续)

1. 巴尔谢戈夫先生说,特别报告员的报告特点是针对审议中的问题的实质提供了几种备选案文。不论人们是否同意他的结论,都必须承认特别报告员为富有成果的交流意见打下了基础。

2. 特别报告员在其第七次报告中提出的一个最重要的问题是战争罪和危害人类罪的定义和这种罪行的内容。他本人已经表明,他赞成制订尽可能完整准确的定义和清单。在这一点上,他同意鲁库纳斯先生、拉扎凡德拉朗博先生和布特罗斯-加利先生的意见(第 2096 次会议),认为这样的清单在动员舆论、甚至防止这种罪行方面都可能发挥重要的作用。然而,清单必须有具体特点和固定不变的分类标准作为依据。每一标题(危害和平罪、战争罪、危害人类罪)必须确切地说明它包含哪些行为,以便在政治和法律方面使治罪法更加具体有效。除非能下精确定义,确定每一类包含哪些行为,否则只将罪行分为三类,或试图将某一行为归于某一标

¹ 国际法委员会 1954 年在其第六届会议上通过的治罪法草案(《1954 年……年鉴》,第二卷,第 151-152 页,文件 A/2693,第 54 段),转载于《1985 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 8 页,第 18 段。

² 转载于《1988 年……年鉴》,第二卷,(第一部分)。

³ 转载于《1989 年……年鉴》,第二卷,(第一部分)。

⁴ 案文见第 2096 次会议,第 2 段。

题之下，是毫无意义的。

3. 关于战争罪，特别报告员提出了第 13 条草案的两种备选案文。第一种以 1949 年日内瓦四公约共同的第二条和公约第一附加议定书第一条第 4 款所载的定义为基础。他本人希望能将两种备选案文结合在一起作为解决办法：这包含国际战争也包含与人民解放有关的武装冲突，并且按照第二种备选案文 (b) 款采用的办法，提及违反战争法或战争习惯。

4. 制订一份详尽无遗的战争罪清单是极为困难的任务，但也须朝这个方向努力。特别是，只列举某些类型的罪行而不列举其他是不能接受的，必须用对待其他罪行同样的方法对待战争罪。治罪法草案如果只提已经生效的公约和条约，作用比较软弱。第 13 条最好与第 14 条第 1 款同样做法，该条第 1 款详细说明了种族灭绝的各个方面，第 2 款的第二备选案文则列举了构成种族隔离的行为。

5. 尽管第 14 条草案危害人类罪用了他本来希望第 13 条采用的形式，但该条并未载有一项总的危害人类罪的定义，而这定义是委员会未来工作的关键。只有对“危害人类罪”一语下定义之后才能具体确定这一类罪行的内容。

6. 俄文如同英文和法文一样，它的“humanity”既可以指“人类”，亦可指其反义词为“不人道”的道德概念。这一用语之模棱两可清楚地表明存在着概念上的问题。要消除含混，就必须追本溯源。特别报告员在其报告 (A/CN.4/419, 第 35 段) 中谈到了 1943 年成立联合国战争罪委员会，提出将这类罪行定名为“危害人类罪”，因为从某些方面看，它们的最初特点有别于战争罪。实际上，还必须更远地追溯到 1915 年，那时，马克斯·普朗克研究所出版的国际公法百科全书就首次将“危害人类罪”一语用于描述土耳其政府对待亚美尼亚人民的行为。当时这个措词是指什么呢？俄国、法国和大不列颠政府打算出面干预以便结束对亚美尼亚人的屠杀，因此于 1915 年 5 月 13 日发表了同样的声明，其中将所述的罪行按照“crimes against mankind”的含义定性为“crimes against humanity”。最初俄文本将它斥责为“危害基督教世界和文明罪”，从而加入了一些宗教色彩。法国和英国由于各自的帝国中包含许多穆斯林人，因此希望这个定义更广一些。1915 年 5 月 24 日俄国同意修改其案文，用“危害人类和文明罪” (crimes against humanity and civilization) 这一措词代替上述措词。因此“mankind”的概念被接受。

7. 30年后，在起草纽伦堡法庭组织法⁵ 时，俄文中的措词改了，似乎是由于翻译有误。军事法庭的定罪从而具有了“人道主义”的色彩。

8. 今天，在俄文本中仍能见到这种混乱的结果，即使在官方文件中也显示出用词不明确。无论如何，“humanity”指的是“人类”。尽管在其他语文中也许不那么明显，但也可以发现同样的矛盾。例如，所审议的报告既提到“不人道行为”的概念（同上，第43段），也提到对整个人类的危害的概念（同上，自第47段起各段）。

9. 因此，交换意见十分重要，以便消除任何模棱两可，保证在所有语言文中都使用相同的措词。即使伴有暴行，把种族灭绝、种族隔离、破坏文化遗产或环境等罪行统称为“不人道”也是不够的。事实上，这类行为有可能不牵涉暴行，不使用大规模屠杀或暴力而用复杂狡猾的手段去消灭文化或环境因素，因此而消灭一个社会。历史上曾出现过由于追求较好前景而人口大规模迁徙的事例。此外，也有发生混淆的可能，因为所有战争必然都是不人道的。化学武器和核武器就是很好的实例说明。基于“不人道”标准如何区分战争罪和种族灭绝呢？通常说道，“每一种罪行都是不人道的”，没有那种罪行比违反战争法更不人道。

10. 特别报告员指出（同上，第40段），战争罪仅仅是在战时犯下的，而危害人类罪可以在战时也可以在和平时期犯下。此外，不仅对于别国人口，而且对于本国的贫民也可以犯下这种罪行。如果使用这种标准，那就必须提到“战时罪行”和“和平时期罪行”。

11. 在1954年治罪法草案中，委员会对种族灭绝和列于第2条(11)款中的“不人道行为”，例如谋杀、迫害或放逐加以明显的区别。显然，这些不人道行为也出现在种族灭绝中，因此本身就是“不人道”行为。然而，种族灭绝和战争罪在原则和目标方面是有区别的，早在1954年委员会就确认了这种区别。

12. 除了这些措词上的考虑之外，他打算提出一份更为具体的法律分析。危害人类罪目的在于部分或全部消灭人类的一部分（如种族灭绝一样），即使有关国家的国内立法不加谴责，所有国家都有义务对此控诉。这项原则在国际法中是有先例的：当海盗对全世界的利益构成威胁时，海盗行径即被认为危害整个人类社会。

⁵ 见第2096次会议，脚注7。

所有国家均宣布海盗为歹徒，所有船只都有责任对他们进行斗争。即使在 1958 年公海公约⁶ 第 14 条中也能找到这一概念。

13. 基于所有这些因素，委员会应当按照危害人类罪的含义制订一项危害人类罪的定义。由于这一措词包括种族灭绝和种族隔离，所以必须表明，人类所受到的危害是消灭一部分人以保证某领土受另一类人的绝对统治。这样做就比较容易区分同一主题所概括的各种罪行。

14. 特别报告员建议将“任何对人类资产，例如人类环境的严重国际危害”作为一项危害人类罪写入第 14 条第 6 款。在这方面，他指出，按照苏联的理论，国际安全的概念包括生态环境的安全。将拟议的这一款写入治罪法无疑有助于保障生态环境的安全。这种行为也许应特别作为一类生态环境罪行处理，但由于它们同时危害到许多人口群体，甚至全人类的生命和健康，因此也可以将其视为危害人类罪列入总的定义。

15. 种族灭绝和种族隔离与第 14 条第 4 款中提到的行为有密切的联系，即将人口从其领土上驱逐或强迫转移；在被占领的领土上设立居民点；改变某一外国领土上的人口组成。历史表明这些行为也出现在种族灭绝行为中，或者作为手段（殖民化或放逐），或者作为目的（改变某领土内的人口组成）。正如《防止及惩治灭绝种族罪公约》所表明，种族灭绝不一定发生在外国领土，也有可能发生在国界之内，因此他建议将第 4 款（c）项或者改为“改变某一外国领土上或本国境内某一领土上的人口组成”，或改为“改变一人口群体领土上的人口组成”，以便明确地表明也可以在一国境之内犯下这种罪行。关于将人口从其领土上放逐、驱逐或强迫转移，纽伦堡军事法庭裁决书载有明确的规定。然而必须考虑如何将和平定居计划下的人口转移同为种族灭绝目的转移人口加以区分。

16. 最后，在“破坏财产”一语中，“财产”兼指“被拥有的物体”和“资产”。然而，在危害人类罪这一情况下，必须确定破坏的范围和程度。特别报告员在其报告（同上，第 48 段）中说可以问这种破坏其性质是否严重到作为危害人类罪对待，现有的文书未具体谈及对财产的破坏。特别报告员还指出（同上，第 49 段），法

⁶ 联合国，《条约集》，第 450 卷，第 11 页。

律界比较主张将大规模破坏财产作为犯罪对待，他举了1938年对德国犹太人强制实行集体惩罚便是一例。特别报告员恰当地找出了第14条第5款，该款规定应当把大规模破坏财产作为危害人类罪看待。该款还提到了“因社会、政治、种族、宗教或文化理由”对任何人口群体或个人犯下的不人道行为。他本人认为，“理由”一词含有主观因素，最好使用“aims”或“purposes”一词。总之，必须提到破坏财产和种族灭绝之间的联系，要考虑当一个民族受种族灭绝或种族隔离的迫害、土地和住所被剥夺、被强迫移徙、人口组成被改变、一个民族群体被消灭时实际所发生的情况。

17. 他还认为捣毁某一人口群体的历史纪念文物也应同种族隔离和种族灭绝一样视为危害人类罪。这可能是一类特殊的罪行，即危害文明罪，但即使在这种情况下，它也与消灭种族和宗教群体的罪行有着密切的联系：均属于危害人类罪，也就是对全人类的犯罪。

18. 卡莱罗·罗德里格斯先生指出，特别报告员在其第七次报告(A/CN.4/419)中所提出的第13和第14条草案并不是全新的，因为它们在做了某些改动之后分别照搬了1986年提出的第四次报告⁷中拟议的第12和第13条。

19. 他的发言仅针对第13条草案。草案提出了两个备选案文，它们均将用以修饰“违反”的“严重”这个形容词放在方括号里，与第四次报告中提出的条款草案不同。他认为，这一形容词应予保留，以保证轻度违反武装冲突规则的行为并不属于治罪法的范围。在这方面，他提醒各位委员，委员会曾作出过原则决定：危害人类和平与安全罪是最严重的罪行。1949年日内瓦四公约⁸对严重违反行为同违反规定的其他行为也作了区分，列举了每一类本身的法律后果。这些公约的第一附加议定书⁹重申了这一区别，在第85条第5款中进一步规定：“在不妨碍各公约及本议定书的适用的条件下，对这些文书的严重破坏行为，应视为战争罪”。

⁷ 见第2096次会议，脚注4。

⁸ 同上，脚注10。

⁹ 同上，脚注11。

20. 特别报告员对战争罪严重程度的审议以及对战争罪和严重违反行为所作的区别（同上，第 15-27 段）很有意义，但并未得出结论，有时他把注意力放在并未涉及问题核心的枝节上。例如，是否有必要争论说，严重违反人道主义法构成战争罪，反之则不构成？实际的问题是：轻度违反是否应视为战争罪？特别报告员没有进一步阐述这一观点，却似乎得出了正确的结论，因为他（同上，第 22 段）指出：“……把不是高度严重的行为视为危害人类和平及安全罪是难以想象的”。他同意这种观点，主张无论采用哪一个备选案文都应删掉第 13 条中的方括号。

21. 虽然 1986 年提交的条款草案提供了一份构成战争罪行为的参考清单，特别报告员在他的第七次报告中仍然只接受总的定义——而这是他自己也赞成的。即使在本届会议上主张采纳清单的委员们也不得不承认，这种清单无法做到详尽无遗。一份纯粹属于参考性的清单则作用很小，也缺乏法律目的，因为它无法达到刑法所需要的那种精确程度。因此，他认为委员会应当满足于一份总的定义，不要去承担一项无法完成的任务。

22. 他不谈一些可由起草委员会决定的某些起草方面的问题，在提出的第 13 条的两个备选案文中，他比较喜欢第二个。出现在第一备选案文中的“战争法规或习惯的行为”是一传统用语，不再能令人满意，因为随着国际法的发展，现在的“战争”概念已经扩展到按照这一词的传统意义不属于战争的情况。所以，除非按照若干国际文书对它附带进行解释，否则无法理解这一措词。相反，“武装冲突”一语清楚准确，无须做解释。以违反“适用于武装冲突的国际法规则”作为战争罪定义，既包含协约（成文）法，也包括习惯（不成文）法，以及能够适用国际法的所有类型的武装冲突。如果采纳第二备选案文，鲁库纳斯先生所谈到的国际性和非国际性武装冲突的区别（第 2096 次会议），虽然有其意义，也就不复存在。在这种情况下，如果用国际法规则去衡量一武装冲突，那么，无论冲突是否属于国际性质，只要任何行为严重违反这些规则，就构成战争罪。

23. 如果采纳第一备选案文，将战争罪定为违反“战争法规或习惯的行为”，对“战争”一词的解释就必须加以具体注明。然而，第一备选案文（b）款中所作的

解释是不够的，还必须提到日内瓦四公约的第二附加议定书¹⁰，而且可能还要提到这四项公约所共同的第3条，因为正是在那一条中可以找到有关非国际性冲突的规定。第一附加议定书涉及对国际武装冲突受害者的保护，换言之，也即涉及日内瓦四公约所共同的第2条提到的情况，但也涉及人民反对殖民主义统治和外国占领、或行使人民自决权反对种族主义政权的这类武装冲突第1条第4款，后者已为议定书所加以“国际化”。第二附加议定书涉及对非国际性武装冲突受害者的保护，它发展和补充了日内瓦四公约共同的第3条，适用于缔约国领土上发生的冲突。但卷入这种冲突的必须有缔约国的军队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权、从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团”（第1条第1款）。然而，它并不适用于国内动乱的局势，例如暴乱和暴力行为，这一行为不被认为是武装冲突（第1条第2款）。

24. 然而，如果第二备选案文中提出的定义被采纳，就不需要作解释。甚至第二备选案文中的（B）款都不一定有必要，因为“适用于武装冲突的国际法规则”是各方必须遵守的，或者由于它们明确表示同意这些规则或者因为这些规则属于一般国际法的一部分，这是显而易见的。

25. 出于已经说明的理由，他赞成将第13条的第二备选案文送交起草委员会。

26. 帕夫拉克先生说，既然《联合国宪章》已宣布战争和侵略为非法，除了合法的单独或集体自卫（第五十一条）之外，禁止对任何国家的领土主权或政治独立使用或威胁使用武力（第二条第四项），也许有人认为指导战争行为的规则似乎没有必要，委员会为给战争罪下定义而做的工作也纯粹是纸上谈兵而已。然而，实际上并非如此，公认的事实是禁止武力并不足以防止战争。因此，一旦战争爆发，就必须按照战争规则进行，这些规则中最重要的就是有关人道主义问题的规定。对于国与国间的冲突和内战绝有必要适用同样的规则，因为两种冲突使用的手段相同或大致相同，所以这些规则应当同样适用于冲突的所有各方，换言之，即适用于侵

¹⁰ 同上，脚注17。

略者也适用于受害者。

27. 此外，在确定战争罪时，应当考虑到当今的世界形势，因为国家之间的战争已逐渐为兼有内外武装斗争的地方或区域冲突所取代，例如印度支那战争，或者象非洲和中美洲某些地区的冲突那样。“武装冲突”一词比“战争”含意要广，因此更适用于后者。

28. 他是赞成使用一般和广泛的战争罪定义的，包含 1949 年日内瓦四公约和第一附加议定书所指的一切武装冲突中犯下的罪行，所以他比较赞成采用特别报告员提交的第 13 条草案的第二备选案文，但需做某些起草方面的修改，这可由起草委员会去做。然而，他愿提请特别报告员注意 1968 年《关于战争罪及危害人类罪不适用法定实效公约》，特别报告员在其第七次报告 (A/CN.4/419) 未引用该公约，而研究一下该公约可能有助于解决定义上的某些问题。

29. 重要的是应当记住，武装冲突的各方无权使用随便任何手段。根据著名的马顿斯条款 (同上，第 5 段)，即使无具体条款规定，平民和参战者均受第一附加议定书，第 1 条第 2 款所述国际法原则的保护和管辖。而且，在武装冲突中，使用的手段应当仅限于战争的主要目的，即打败敌人。显然，应当特别保护冲突各方的人口，针对平民的罪行是极为严重的。

30. 最后，他赞成使用“武装冲突”一词，应当将这一词解释为包括国内冲突，但并不包括恐怖主义或土匪行为。至于战争罪的严重性，他认为没有必要用“严重”这一形容词来修饰违反战争法规或习惯或适用于武装冲突的规则的行为：所犯罪行的严重性有待法院来裁决。

31. 关于危害人类罪的第 14 条草案，他说，在许多方面他同意巴尔谢戈夫先生关于“人类”一词含义的意见。他还支持特别报告员在其第七次报告对这一问题采取的总的做法，以及特别报告员在报告第 32 段中所表明、在第 43、46 和 50 段中所进一步阐明的意见。出于特别报告员已经说明的理由，同时也由于波兰曾经遭受近 6 年纳粹德国的占领，他认为不人道行为概念可以用于对个人和对财产的侵犯。全世界决不能再目睹波兰曾经遭受到的耻辱、没收和毁灭。

32. 关于针对第 2 款提出的两个备选案文，他赞成第二个。第 3 款中提到的“强迫劳动”可作为一个题目单列一款。

33. 关于第4款，他要作两点评论。首先，从法律观点看，“他们的领土”一词比较含糊：到底是指“被占领的领土”，还是指“他们国家的领土”，还是指那些人口的“土地”？他赞成使用“被占领的领土”一词。其次，托穆沙特先生为支持“驱除人口”一词所引用的例子（第2096次会议）并不妥当。如果他的理解正确的话，托穆沙特先生认为德国人口从“东欧领土上”被大规模驱逐，是违反了1907年的海牙公约。然而，实际上斯大林、杜鲁门和艾德礼1945年8月2日签署的波斯坦协议既没提到大规模驱逐，也没有提到“东欧领土”，只是谈“转移留在波兰、捷克斯洛伐克和匈牙利三国的德国人口或其一部分。”就波兰而言，人口转移是盟国因划分德波边界、对由此产生的领土问题所作的和平解决的一部分。根据波斯坦协议和遵照盟国与波兰当局同意的决定，波兰境内的全体德国民族被有计划地转移到苏占区和英占区内。1946年有163.2万德国人离开波兰；1947年53.8万人离开；1948年4.2万人离开。这一人口转移尽管很痛苦，却是按照国际协议执行的，因此不能视为是治罪法草案所包含的罪行。

34. 布特罗斯-加利先生说，对于第14条第2款提出的两个备选案文他选择第二个，因为符合他在上次会议上所说的关于一份说明性清单的说服作用。但是他认为方括号中的词句，即“在南非所实行的”等字，出于两个原因，应当删掉。第一个原因是，种族隔离有一天可能会从世界的这一部分地方消失。第二个原因是有一种部落式或习惯性的“第三世界种族隔离”，有别于制度化的种族隔离。这就是某一种族集团传统地视自己优于其他种族，以此为基础，自称对别族拥有某种主宰权。如果“劣等”种族被禁止参加政治生活，其子弟入学受到诸多条款约束，其经济活动也受到种种限制，甚至生命可能被伤害的话，这种形式的种族隔离就已变成为制度化。这类国家的宪法无疑宣称所有公民一律平等，它们的立法规定可能无懈可击，然而，在过去的一年中发生的某些局势的严重性证明了他确实有理由关注这点。

35. 这些考虑促使他提出两个问题：为什么很少人重视“习惯性种族隔离”？可以向特别报告员提出什么样的建议，使他注意这一现象？

36. 他认为，对第一个问题的回答有可能是对南非实行的种族隔离的正当的憎恶，因为它将白人、黑人和有色人种区别对待（习惯性种族隔离则不同，它是基于长期的风俗习惯，基于大家确认的同一种族内不同成员之间的区别）。这一答案

还在于：有人害怕，如果点明那些经常首先谴责南非、而本身却实行习惯性种族隔离的国家的的话，反对南非种族隔离的斗争就有可能被削弱。

37. 关于第二个问题，他说，尽管特别报告员提出的第2款的第二备选案文十分明了，但它并未注意种族隔离的习惯性的分支结构。因此，他建议应当扩大第二备选案文的范围，提到使某些隔离合法化的部落习惯或习惯法。即使南非的种族隔离有一天被消灭，很难说种族隔离不会以其他形式在其他地方出现。

38. 马希乌先生谈到第13条草案时，说，在一般定义和一份战争罪行清单之间选择是一个棘手问题。一般定义能使治罪法适应未来的发展，而且不必讨论哪些罪行应列入清单。但他并不完全赞成这个办法。有人说，审议的问题可能发生变化，新公约可能会将某些非犯罪行为定为战争罪。这个论点不能完全成立。实际上只要把第13条订得松一点，以便接受新发展就足够了。与其说这是原则问题，不如说是一个起草问题。如果新公约禁止某一类型的行为，违反这一公约将属于治罪法的范围，因为特别报告员提出的第二备选案文提到“任何违反适用于武装冲突的国际法规则的行为”。因此这不是反对起草一份清单的决定性论点。就一份战争罪行清单达成一致很难。在刑法中，有一份参考性清单是否业已足够，还是必须列举所有的罪行？最好的方法是拟订一份无一遗漏的清单，遗憾的是，这种做法并不可行。

39. 在这种情况下，为什么不采取参考列举的方法，使用“特别是”这样的措词？委员会1950年负责编纂纽伦堡原则¹¹一任务时就是这么写的：按照原则六(b)，战争罪是“违反战争法规则或习惯的行为，它包括但并不仅限于……”。因此，委员会可以列举一些不会引起争论的罪行，又给清单保留余地，正如在上一届会议上暂时通过的第12条第4款(侵略)¹²那样〔尤其是〕任何下列行为……构成侵略行为……”，该款中出现的方括号无疑反映了一种不同的考虑：第12条中的方括弧可解释为：大会对侵略下了定义，¹³但还需要有象安理会那样的

¹¹ 同上，脚注14。

¹² 《1988年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第71-72页。

¹³ 大会1974年12月14日第3314(XXIX)号决议，附件。

机构加以补充这一定义，而且除该条列举的之外，法官无权将任何其他行为定为侵略行为。其实，在这一情况下，委员会同意按照现行公约授权法官将某些行动或某类行为定性。也许起草委员会应当决定什么是第 13 条的最佳方式，但他认为，开列清单从法律角度上讲并非全无道理。

40. 是否应当考虑所有违反武装冲突规则的行为还是只考虑那些最严重的行为？他倾向于后一种主张，它是基于战争罪、严重破坏和严重违反三者之间的区别，它们不仅带来了术语上的问题而且也带来了内容方面的问题。特别报告员在他的第七次报告（A/CN.4/419，第 25-26 段）中谈到战争罪同严重破坏二者的联系时正确地指出，战争罪的概念更为广泛，因为它包括了严重破坏。然而，即使在说到 1949 年的日内瓦四公约和它的附加议定书时，特别报告员对违反和破坏概念所做的分析也并不十分清楚。在这些文书中，这两个概念时常按同一含义使用，只是在第一附加议定书¹⁴ 的一条中这两个词才可以说有所区别：关于国际实况调查委员会的第九十条第 2 款 (c) (i) 规定，该机构有职权“对被控为从事严重破坏各公约和本议定书规定的行为或其他严重违反各公约或本议定书的任何事实进行调查”。然而，问题在于连词“或”，这是反映区别还是反映其共性？这一问题值得讨论，而对此评注并没有作出澄清，只在其中提到了一名国际法专家，埃里奇·库斯巴贺。他是一份关于国际实况调查委员会研究报告的作者，他作了如下的区分：严重违反是冲突双方的责任，并不造成个人的国际责任，只有严重破坏才造成这一种国际责任。¹⁵ 只有在这时，说严重违反还是严重破坏就是起决定作用了。

41. 这是特别报告员和委员会的其他委员应审议的问题，需要他们采取一种明确的立场。他个人不反对下总的战争罪定义，随后提出一份被认为属于战争罪的活动和行为的并非详尽无遗的清单，用“特别”一词开首，或者用上述纽伦堡原则的原则六 (b) 的措词：“它包括，但并不仅限于”。他认为，如果委员会保留严重性

¹⁴ 见第 2096 次会议，脚注 11。

¹⁵ E Kussbach, “Commission internationale d'établissement des faits en droit international humanitaire”, *The Military Law and Law of War Review* (Brussels), vol.XX, Nos.1-2 (1981), p.101.

标准用以决定某些行动或某种类型的行为是否构成战争罪，而且打算将这些罪行同不轨行为和轻度违反分开，不考虑后者的话，那么实际上它就必须接受这种选择的最终逻辑，不能起草一份有关这些罪行的即使是非详尽无遗的清单。此外，正如特别报告员指出的，第一附加议定书载有一份针对某些人或财产而犯下的、被认为是严重破坏的行为清单，清单并不很长，而且自我规限。尽管这些行动和行为有可能作为一份定性为战争罪的行动和行为的非详尽无遗清单的基础，但这并不意味着治罪法本身必须局限于1949年的日内瓦四公约和第一附加议定书中所列举的行动和行为。为了要协调一致而赞成拟订清单的另一个理由是，由委员会临时通过的第12条载有一份被认为是侵略行为的非详尽无遗的行为清单，由特别报告员提出的第14条的案文也载有明显为有限的危害人类罪的行动和行为的清单。

42. 谈到第13条草案所使用的措词，他指出，特别报告员对于“战争法规或习惯”这一用语是否恰当并无把握，到目前为止，委员会的委员们在这一点上也各持己见。当然，这一用语被普遍使用在许多国际公约和许多国家法律中都能够找到。然而，有一点应当记住，就是，1977年第一附加议定书以前的那些案文大多使用“适用于武装冲突的国际法规则”第2条(b)一词。这已成为标准的格式。所以现在也应使用它，特别是鉴于大多数武装冲突法规则已编纂成为各种公约，而且最好是参照各条约法，其中，第一附加议定书体现了各国之间在这方面的最新的协商一致意见。在这一点上似乎已不必再辩论了。

43. 出于所有这些原因，他认为，应当将第13条草案的第二备选案文提交起草委员会，要求起草委员会作出下列修改：(a)项中，在总的战争罪定义之后，应当提出一份根据1949年日内瓦四公约和第一附加议定书被认为是战争罪主要活动和行为的清单，可能的话，最好是一份非详尽的清单；应当保留(b)项，或许要作几处修改；应当增加一个新的(c)项，载有关于“武装冲突”一词的定义，其基础应当是第一备选案文(b)项的内容：“‘武装冲突’一词指日内瓦四公约……所界定的含义”，这样，“适用于武装冲突的国际法规则”和“武装冲突”二词就具有明确的定义了。

44. 关于第14条草案，他说，鉴于他已在1986年第三十八届会议上就这一款的内容作过总的评论，他只谈特别报告员列举的并提出作为对危害人类罪定性的

行为。

45. 特别报告的解释说服了他，因此他同意应当将种族灭绝罪列于首位，其定义应取自《防止及惩治灭绝种族罪公约》中的定义。

46. 关于第 2 款，他同意布特罗斯-加利先生的观点，不应当将种族隔离仅限于南非所实行的政策和做法，因为现在有可能已存在或将来有可能存在其他形式的种族隔离。此外，特别报告员提出的第二备选案文重述了《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的定义，若干既可用于南非实行的种族隔离，也可用于在其他社会或其他国家已经存在、或有可能存在的其他形式的种族隔离。因此，应当删去该备选案文中的方括号中的内容。当然，还会有其他方面的问题，因为在一项国际文书中已存在有关种族隔离的定义；是否应当、以及如何改进它应由委员会决定。

47. 对于第 3 款中的“奴隶制和所有其他形式的奴役，包括强迫劳动”这种用语他感到有些怀疑，因为“奴役”和“强迫劳动”这种措词不精确，而且可用于在治罪法草案中不涉及的行为。因此，该款的措词应当修改以便使它更有限制性。

48. 在第 4 款中，特别报告员正确地考虑到了委员会和联大六委的讨论，设法将某些很有可能发生的强求行为列入治罪法草案。(a)、(b) 和 (c) 项中列举的活动和行为有可能全部列在一款之中；这个问题可交起草委员会解决。

49. 关于第 5 款，他指出，特别报告员基本上照搬了 1954 年治罪法草案的相同条款（第 2 条 (11) 款）。他欢迎增加一个新的内容，即“大规模破坏其财产”。

50. 第 6 款的新案文是对 1986 年提交的相应案文¹⁶ 的改进，因为它增加了关键的蓄意这一概念，将意外和蓄意严重损害环境加以区分是非常重要的。然而，该款的措词应当更加有力精确，而且应当与关于国家责任的条款草案第一部分第 19 条草案¹⁷ 的措词更加接近。该款应当明确地说人类环境是全人类继承的共同财产，因为毕竟这一点是整个问题的关键。

51. 最后，他建议将第 13 和第 14 条草案提交起草委员会。

¹⁶ 第四次报告中提出的第 12 条草案第 4 款（见第 2096 次会议，脚注 4）。

¹⁷ 见第 2096 次会议，脚注 19。

52. 阿兰焦-鲁伊斯先生指出，委员会的一些委员在谈到第13条草案时赞成增加“严重程度”这一概念，他说他在上一次会议就这一点作了评论，现在想再作一些补充。

53. 本来，这种想法是不错的。他意识到治罪法原则上是用于对付危害人类和平与安全罪，因此应当只涉及那些最严重的罪行。然而，应当指出，委员会采纳了三种类型的罪行（危害和平罪、战争罪和危害人类罪），这在1945年的伦敦协议¹⁸中提到过，而该协议又是纽伦堡和其他地方审判战争罪的基础。至于严重程度的概念，一个多世纪以来在任何关于惩罚战争罪的国际法中都无法找到。按照目前生效的国际法规则，一个交战国抓到敌方违反某些战争法规则的军人，无论这种违反是在陆地、海上还是在空中，均有权对他进行审判，即使这种违反行为情节较轻。当然，惩罚应当与所犯的违反行为成比例。他并不是要辩解说，情节不重的违反行为也应当列入治罪法，但他认为，委员会，特别是起草委员会，应避免减损战争法规则的效率，即使接受其存在，因为它们总是总的国际法的一部分，特别是如果“战争”一词适用于所有类型的敌对行为的话。

54. 主席说，虽然他理解阿兰焦-鲁伊斯先生的关切，但并没有人说过要对“战争罪”一词的通常含义或适用于战争罪的法律作任何修改。委员会只是在治罪法草案的含义内讨论“战争罪”。

55. 科罗马先生说，他同意阿兰焦-鲁伊斯先生的话。当然可以理解治罪法草案总的只涉及最严重的行为。然而，尤其是在战争罪这种情况下，存在着适用于战争罪的制度，无需知道一种违反战争法规则的行为是否严重到这样的地步，即决定它是否构成战争罪。严重程度这一因素，如果有必要的话，只涉及定性阶段发挥作用，决不涉及定义。此外，如果定义中增加严重程度的概念，这意味着治罪法的适用在某种程度更为主观，使起诉人——也就是说，交战国——成为法官。虽然是由起诉人提出违反战争法规则的程序，但是违反的严重程度却由法官判定。

56. 他支持巴尔谢戈夫先生对“危害人类罪”一语的分析，这应当理解为“危害全人类罪”，即危害全人类共同信守的价值。

¹⁸ 同上，脚注7。

57. 最后，他同意最初由鲁库纳斯先生提出的建议（第 2096 次会议），也认为应当以一份参考性清单补充第 13 条草案中的战争罪定义。

58. 卡莱罗·罗德里格斯先生提请科罗马先生注意这样一个事实，即在治罪法草案的含义内一项并不很严重的违反有可能被认为是战争罪。1949 年日内瓦四公约的第一附加议定书第 26 和第 27 条载有一项使用医务飞机条件的定义，第 28 条第 4 款更规定，“在进行第 26 和第 27 条所指的飞行时，医务飞机除与敌方事先达成协议外，不应用以搜寻伤者，病者和遇船难者。”如果一架医务飞机的机长无视这些规则决定搜寻伤者，病者或遇船难者，是否可以说他犯有战争罪？

59. 阿兰焦-鲁伊斯先生说，他所关心的并不是卡莱罗·罗德里格斯先生引用的例子是否应当包括在治罪法草案内，尽管他主张应当包括，但是，如果情节较轻的违反行为被排除在治罪法之外，委员会就可能不必说明这种违反行为仍然是违背战争法规则，而且现行国际法对它们已经作出了规定的。这一问题应当由起草委员会来处理，消除任何模棱两可的措词。

下午 1 时散会。

第 2098 次会议

1989 年 5 月 9 日星期二上午 10 时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：巴尔沃萨先生、巴尔谢戈夫先生、比斯利先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、迪亚斯·冈萨雷斯先生、弗朗西斯先生、海斯先生、科罗马先生、马希乌先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、拉扎凡德拉朗博先生、勒泰先生、鲁库纳斯先生、塞普尔维达·古铁雷斯先生、史先生、索拉里·图德拉先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、扬科夫先生。