

第 2100 次会议

1989 年 5 月 11 日星期四上午 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、埃里克松先生、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。

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. 鲁库纳斯先生在谈到第 14 条草案时说，在分析所提议的案文时，他和巴

¹ 国际法委员会 1954 年第六届会议通过的治罪法草案(《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。

乐谢戈夫先生一样禁不住找出来联合国人权机构产生的关于灭绝种族罪的其他文件。1985年为防止歧视及保护少数小组委员会编写的关于这个问题的最新报告⁵显示,不幸的是,灭绝种族罪不仅仅发生在过去。正如布特罗斯-加利先生在早先的一次会议(第2097次会议)上指出的那样,在有些情况下只有在事件发生后才能够动员起世界舆论。另外,1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》很少在法院里被援引:在1985年的报告里,只提到一次公约被援引的案例。

2. 特别报告员处理第14条的办法有很大优点,至少有一点是,他在第1款所列出的灭绝种族罪之前加上了“包括”一词。根据1948年的公约,此类案件的审理权仅属于指称的行为所发生的国家或领土的法院。大会1973年12月3日第3074次(XXVIII)号关于在侦查逮捕、引渡和惩治犯有战争罪和危害人类罪的人时进行国际合作的原则的决议并没有完全消除这一限制。审议中的治罪法草案弥补了这些缺点,扩大了灭绝种族罪概念的范围,使它包括了企图全部或部分毁灭一个国家、民族、种族或宗教群体的行为。

3. 1948年公约中的概念并没有包括所有灭绝种族的行为,但另一方面,《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》却被一些国家政府批评为范围太广。在他看来,所建议的第14条第2款的第一备选案文不应使用,其原因他已在就第13条草案的第一备选案文发言(第2096次会议)时已作过解释。在不明确提到该公约的情况下采用同公约语言一致或类似的语言并在评注部分里作必要的提及,这是完全办得到的。在第2款的第二备选案文里,删除方括号内的“按南部非洲实行的”等词语似乎更为明智,这是为了使导言部分同以下的叙述一致起来。实际上,对该条的整个导言部分可进行重新审查。

4. 在奴隶制问题第3款上,由于国际法院关于所有国家所承担义务的附带意见经常被引用,产生了包罗广泛的文献。然而,国际法院明确说明,至少有三种罪行是应普遍受到制裁的。显然,这个方面应在草案里提到。委员会可以在两个奴隶制的概念中进行选择,一个是1926年禁奴公约⁶所载的传统概念,另一个是

⁵ E/CN.4/Sub.2/1985/6和Corr.1.

⁶ 见第2099次会议,脚注17.

1956年补充公约⁷ 中的更广的概念，后者论及“奴隶制……以及类似于奴隶制的制度和做法”。联合国主管机构、特别是防止歧视及保护少数小组委员会对与奴隶制有关的问题进行了研究，它们的报告可能对草案的制定有所影响，因为近年来奴隶制概念的范围已经扩大，包括了债务束缚和各种其他形式的剥削。

5. 对于强迫劳动概念的范围也应加以注意，联合国系统内各组织以及有关的国际文书对此的认识各不相同。例如国际劳工局对国际劳工组织关于废止强迫劳动的第105号公约⁸ 往往给予宽泛的解释。也许应该说“奴隶制或类似于奴隶制的强迫劳动”，这样便可以突出两种剥削形式的联系；还应该指出两者都是危害人类和平及安全的罪行。

6. 关于驱赶居民的问题（第4款），他在前一届会议上曾提到1949年日内瓦四公约第一附加议定书⁹ 第85条，但也应该提到被普遍接受的第四项日内瓦公约¹⁰ 的第147条，该条涉及严重违反问题。1956年皮克特编写的评注¹¹ 提供了这方面的详细情况。对公约关于驱逐、引渡以及撤离的第49条的分析表明了禁止的范围。另外，施瓦曾贝格按照1907年海牙公约以及有关的习惯法解释了这种情况，说“其非法性被视为当然”。¹²

7. 最后，特别报告员在其第七次报告（A/CN.4/419，第47段起各段）中分析了攻击财产的问题，恰当地区分了武装冲突时财产被破坏的情形和财产被毁坏但没有发生武装冲突的情形。他赞同特别报告员的大规模标准，也赞成提到灭绝

⁷ 《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》（联合国，《条约集》，第266卷，第3页）。

⁸ 见第2096次会议，脚注24。

⁹ 同上，脚注11。

¹⁰ 见第2099次会议，脚注21。

¹¹ J.S.Pictet, ed., Commentary—Fourth Geneva Convention (trans. R. Griffin and C.W.Dumbleton) (ICRC, 1958).

¹² G.Schwarzenberger, International Law (London, Stevens & Sons, 1968), vol.II, The Law of Armed Conflict, p.227.

种族文化罪，1948年的灭绝种族罪公约没有包括这一罪行。同样，应该强调的是，1954年的《关于在武装冲突情况下保护文化财产的公约》¹³ 其目标也包括在和平时期保护这类财产。而且需指出的是，1972年教科文组织《保护世界文化和自然遗产公约》¹⁴ 同攻击文化财产的问题也有关，因为它含有关于已登记并且被确认为属于人类共同继承之财产的特定财产的条款。

8. 索拉里·图德拉先生说，他欢迎特别报告员的建议，但难以接受第13条草案的第一备选案文，因为它提及“战争法规或战争习惯”一语，这就引起了一个术语问题，因为它表示的概念已落后于有关人道主义法律的发展。战争本身是被联合国宪章判定为非法的，因而这种提法是过时的。第一备选案文也提出了一个实质性问题，因为提及1949年日内瓦四公约的第一附加议定书有可能给不是该公约缔约国的国家造成困难。

9. 然而如果采纳第二备选案文，就应该有一项谅解，即所提到的国际协定是那些被具有代表性的多数国家支持的协定：强调有关文件必须是普遍被接受的，这将为治罪法本身的编纂和普遍接受设置障碍。

10. 在起草案文时，应该既提供一个一般的战争罪定义，又列出这一类罪，即使没有全部列出。这种做法将符合公认的惯例。

11. 在关于危害人类罪的第14条草案上，特别报告员的处理办法是不一样的。国际刑法不断在发展，现在包括了诸如种族隔离、破坏人类环境以及驱逐居民罪——而这些在1954年的治罪法草案里都没有包括——因此有必要采纳一个双重的定义，既具一般性，又含说明性。

12. 他大致上赞同在第1款中所列的灭绝种族罪的范围，此范围同《防止及惩治灭绝种族罪公约》以及1954年治罪法草案第2条第10款是一致的。

13. 在关于种族隔离的第2款的备选案文里，第二案文较为详细，因此比较适用。由于这个术语源自南部非洲所实行的制度，他认为没有理由不在该条的评注

¹³ 联合国，《条约集》，第249卷，第215页。

¹⁴ 联合国教科文组织，《大会记录，第十七届会议，巴黎，1972年10月17日至11月21日》，第一卷，《决议，建议》，第135页。

里具体提到那个地区。

14. 对于关于奴隶制、束缚和强迫劳动的第3款须作一些澄清。在治罪法草案里该款包括了这样的犯罪行为：既违反人道主义法律也构成危害人类罪，即这些罪属于国际刑事法中最严重的一类犯罪。案文应该更明确一些，以表明哪些行为构成这类犯罪。

15. 由该条恰当地提及驱逐居民于其领土之外的问题（第4款）。他自己的国家就在二十世纪经历过这类情况。将这种罪列入草案中有助于防止将来发生这种罪行。关于不人道行为的第5款在原则上可以接受，但对所提到的迫害种类需提供更多的细节。迫害有很多不同的形式。

16. 最后，第6款目的为惩治破坏重要的人类资产如人类环境的罪行，该款规定，只要这种行为是严重的和故意的，即可将其视为危害人类罪。目前有一种要把这类罪行列入刑法中的趋势：比如法国将要修改刑法，其中有关于环境罪行的一节。至少委员会一位委员也曾强调，如提出的案文所规定的，必须把故意的因素作为确定这类罪行的一个条件。

17. 在战争时期有意破坏环境的行为可以毫无困难地定为战争罪和危害人类罪：核攻击或使用化学武器将兼有这两种罪行。然而，在和平时期以及在战争时期都可犯下危害人类罪。但是，在和平时期对环境的破坏却难以定性，因为即使破坏程度严重，但在许多情况下，其本意并非要破坏环境。例如，拿生产含氟氟烃而破坏了臭氧层并有可能使地球成为不毛之地一例来说，其用意也许在于追求商业利润；或者在于追求技术进步，比如核试验。在这两种情况中，无论损害实际上有多么严重，其本意都不是要破坏或损害环境。因此，案文不必明确说明有此意图，而应规定此种行为必须是故意或在明知的情況下破坏重要的人类资产。

18. 治罪法的目的不仅仅是惩罚而且也是防止，只有这样才能更好地实现保护重要的人类资产这一目标。

19. 迪亚斯·冈萨雷斯先生说，第七次报告（A/CN.4/419）是特别报告员早先的报告以及本委员会和第六委员会有关本专题的辩论的合乎逻辑的延续。

20. 关于第13条草案，他想指出，《联合国宪章》载有对战争的谴责，因而在治罪法草案里提及“战争法规或战争习惯”似乎不合适。因此他倾向于采用此条的

第二备选案文，但条件是必须使用第一备选案文中所载的定义并明确规定，“武装冲突”既包括国际冲突也包括非国际冲突。

21. 对国际法规则的“严重违犯”，或严重违反，这一概念经历了很大发展，并由纽伦堡法庭和1949年日内瓦四公约定为国际罪行。违反的严重性含有主观因素，不容易界定。因此他赞成这样的意见，即应列出并非详尽无遗的战争罪样例清单；这样的清单应同危害和平罪及危害人类罪清单相平行。然而为使希望将某特定罪行列入清单的每个人都满意，需要做许多工作。对违反的严重性加以界定这是个理论问题又是个实际问题。他想知道每次杀死两个或三个的一连串谋杀比把全村人赶到一起然后向他们开枪是更严重的犯罪呢，还是较轻的犯罪。假如人数相等，那么杀人的结果也将一样。

22. 对于第二备选案文，仍有某些困难需要克服。至于“战争法规或战争习惯”一语，可以改为“国际法原则和规则”。

23. 关于第14条草案，他同意布特罗斯-加利先生（第2097次会议）的看法，认为种族隔离作为制度化的做法并不仅限于南非。事实上拉丁美洲也有这样的情况，那里的土著人民被消灭，为的是赢得其领土并开发土地用于其他目的。这种事例构成双重的犯罪：灭绝种族罪和危害人类罪，因为环境和生态系统已被破坏。在北美洲也有，那里的少数人民被圈到保留地。从法律上说，依据语言或文化理由剥夺人民享受文明成果的权利是一种罪行。因此，他倾向于采用所建议的第2款的第二备选案文，这项案文更加具体并包含了构成种族隔离的行为的非穷尽清单。方括号内的“在南部非洲实行的”等词语应删除。

24. 至于其他危害人类罪，有些并没有出现在清单里，例如贩运毒品，而根据现有的一系列国际公约，贩运毒品是国际犯罪。作为对全部人类的健康的破坏，贩运毒品应视作危害人类罪。其他的类似犯罪是在和平时使用核子装置摧毁环境，以及在武装冲突期间使用具有滥杀能力的化学武器。

25. 在危害人类罪清单里列入奴隶制并非不合时宜。而且，1926年的禁奴公约和1956年的《废止奴隶制补充公约》以及1982年《联合国海洋法公约》第

99 条¹⁵ 都禁止奴隶制。因此在草案里应提到奴隶制，但是定义应加以更新。对于把居民从他们的领土上驱逐或强迫转移，应把这作为危害人类罪，如特别报告员所建议的提法（第 4 款）那样。这一点是极为重要的。拉丁美洲依然遭受着殖民主义者进行的这种强迫转移的后果。案文里也应该有强迫劳动的内容，因为强迫劳动也是殖民主义制度的一部分。有时为了改变一块领土的人口构成便对人口进行转移，正如在马尔维纳斯（福克兰）群岛发生的那样。那个群岛上的全部居民被赶走，由定居者取而代之。

26. 第 5 款列举的不人道行为应包括对家园的摧毁以及对财产的大规模破坏。他同意第 6 款的说法，特别是同意把故意的因素包括进来，这在所有刑法体系中是基本的东西。对重要的人类资产的故意破坏也许还可包括对一个人种群体的环境和财产的破坏。

27. 最后，委员会应设法把关于国家责任的条款草案¹⁶ 第一部分的第 13 和 14 条的内容同第 19 条的内容联系起来。

28. 巴尔谢戈夫先生回顾说，当委员会第三十九届会议审议特别报告员的第五次报告时，他曾指出作为犯罪的两个主观构成因素即“动机”和“意图”在提出的治罪法草案里并没有加以恰当的区分，虽然在所有法律体系中它们都是被分别界定的。¹⁷ 意图作为诸如灭绝种族和种族隔离这类犯罪的构成因素是一个早已确定的概念。然而，在谈论危害人类罪时是否把“动机”用作犯罪的主观构成因素，象以前的报告那样，这一点并不明了。在第 14 条草案中，特别报告员似乎把动机的存在作为行为是否构成犯罪的决定因素。他因而希望澄清主观因素在危害人类罪特别是灭绝种族和种族隔离罪中的意义。

29. 根据 1988 年防止歧视和保护少数小组委员会编写的关于种族灭绝问题

¹⁵ 《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：E.84.V.3），第 151 页，文件 A/CONF.62/122。

¹⁶ 见第 2096 次会议，脚注 19。

¹⁷ 见《1987 年……年鉴》，第一卷，第 46 页起各页，第 1999 次会议，第 15 段起各段。

的报告：¹⁸

正是全部或部分地毁灭一个特定集团的意图这一因素把大规模屠杀罪和危害人类罪提高为灭绝种族的特别罪行。……另一方面，没有指出动机也是有关的。(第 38 段)。

提供主观意图这方面的证据要比进行客观试验困难得多(第 39 段)；其他灭绝种族的案例不可能象纳粹当局进行的灭绝种族行为那样有完备的证据。因此法院必须能够从足够多的证据中推断出必要的意图。在某些情况下这也许还包括具有一定程度的犯罪性过失或疏忽因素的行动或不行动，必须合理地假定被告曾意识到他的行为的可能后果。这是在灭绝种族罪问题上人们普遍持有的观点。皮特尔·德罗斯特在 1959 年关于灭绝种族问题的研究报告中说到，在没有任何相反的词语的情况下，1948 年防止及惩治灭绝种族罪公约的案文没有提供任何托词可据以推定该罪行的定义中存在着未写出的附加要素。¹⁹ 不论犯罪的理由如何，不论对受保护的群体的生命采取的行为或措施有何公开或秘密的动机，如果该群体的成员被毁灭，就犯下了灭绝种族罪。

30. 而且，《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第三条²⁰ 规定：

任何个人、组织的成员……不论出于什么动机，如有下列行为，即应负国际罪责，……：

(a) 触犯、参与、直接煽动或共同策划本公约第二条所列举的行为
……。

在对第 14 条草案所包括的灭绝种族、种族隔离以及所有其他同类罪行作出界定时必须考虑到这一重要规定。

31. 委员会的一些委员提出反对意见说，第 14 条第 1 款列举了包含在灭绝

¹⁸ 见上文脚注 5。

¹⁹ P. N. Drost, *The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples* (Leyden, A.W. Sythoff, 1959) book II, *Genocide*, p.84.

²⁰ 联合国，《条约集》，第 1015 卷，第 243 页。

种族定义内的行为，这种方式不妥当，因为它给人的印象是清单并非详尽无遗。这一批评是没有道理的，首先因为，在他看来，这个批评没有根据。其次并且更重要的是，因为1948年的灭绝种族罪公约的起草者们并没有把构成灭绝种族罪的所有行为列在公约内。在拟定该公约时，大会第六委员会的一些代表曾指出拟出一个详尽无遗的清单是不可能的，因为灭绝种族这个概念是新的概念，没有办法预见灭绝种族行为者可能采用的全部方法。这些代表还援引纽伦堡法庭组织法支持这样的意见：除已经界定为战争罪的以外，其他罪行都可作为灭绝种族罪审判。另外一些代表表示这样的意见：如果没有一个详尽无遗的清单，法无明文规定者不罚之原则将受损害。有这样的一种感觉，即仅仅一个提示性的清单很容易引起解释上的问题：同样的行为一个国家可能视为罪行，而另一个国家也可能不视为罪行。这些代表还说，以后对清单加以更新总是有可能的，即使在现有的政治条件下对清单作补充的可能性非常狭小。后一种考虑终于占了上风。

32. 因受第二次世界大战中发生的各种事件的影响，该公约是在匆忙中拟订的。该公约没能考虑到许多业已存在的事例。这些事例是，剥夺所有居民的基本生存手段，例如土地和水，从而消灭他们，或者强迫他们迁移国外——这些做法消除了整个群体，本公约被通过后还找到了证明这些做法的充分证据。而且，行为和不行都有同样的效果。他所提到的（上文第29段）1985年的报告解释说，列于公约第二条和第三条中作为灭绝种族罪予以惩罚的行为包含的全都是作出某些行为，但是同第二条（b）和（c）款中提及的那些行为相类似的结果例如可通过有意识的行为或故意的不行为（第40段）来实现。在某些情况下，故意的疏忽或过失足以全部或部分地摧毁某一群体，例如可通过饥荒或疾病来实现。公约的第二条在第14条草案里得到反映。毫无疑问，该条草案第3款中的提法“故意使该团体处于某种生活状况下，以图使其全部或局部灭绝”，包括了整个群体在由所谓的驱逐造成的冷、饿、或疾病而死亡的情况。

33. 显然，国家安全或战争状态都不能作为将整个群体驱逐的理由。勒泰先生（第2098次会议）说驱逐有时是两害相权取其轻，他不能同意这种看法。的确，驱逐有时是在国际协定的基础上发生的，例如在和平条约的情况下交换人口。但是委员会现在审议的不是这种驱逐。历史上曾有这样的先例：因宗教或种族原因

为了消除或摧毁一个民族群体而蓄意进行驱逐。这类驱逐有许多确凿的证据。这类证据有些可以在德国驻奥托曼帝国领事和外交代表所写的报告中找到，从他们对驱逐的描写来看，这种驱逐无异是大规模毁灭。另一个客观的资料来源是美国大使亨利·摩根索先生的回忆录。这种驱逐成为摧毁少数群体的十分有效的方法，以至引起纳粹的效法，他们将大批人民赶进集中营然后加以摧毁。这也是把这类驱逐界定为国际罪行的基础。

34. 他同意特别报告员和鲁库纳斯先生的看法，即大规模强制性驱逐本身就是危害人类的国际罪行。同时，委员会不应无视驱逐与灭绝种族罪之间的联系。起草委员会应该考虑到这种可能性。即因民族、种族或宗教理由而企图驱逐所有居民的行为可能构成灭绝种族。

35. 他认为第 13 和第 14 条草案可以送交起草委员会，由它按照委员会委员们所提的意见进一步进行审议。

36. 海斯先生说，特别报告员的第七次报告 (A/CN.4/419) 很出色，涉及它载述了总的看来困难和微妙的专题的一个困难和微妙的方面。它是凭着特别报告员平素的学识、以灵巧的方式写成的。

37. 他赞赏特别报告员对危害人类罪概念的分析 (同上，第 33-42 段) 及对这一概念的历史、尤其是其逐步与战争罪概念分离情况的叙述。对上述两种罪行所作的区分 (同上，第 40 段) 十分令人信服。他赞同这一结论，即“危害人类罪”这一名称，应单独列为一类罪行，即使这方面的某些行为也可属战争罪之列。

38. 对于第 13 条草案，他愿选用第二备选案文。他认为，应保留“战争罪”这一实际名称，因为该名称意味着罪行的性质。第二备选案文也用了“武装冲突”这一更为现代的表达方式，然而，在他看来，案文也保留了据以识别该类罪行的历史依据。但是，应在一般定义后面附加一份清单，并说明清单并非详尽无遗，而只是提示性的。可以从各种现行文书中找到此种清单所需的资料。

39. “严重”一词无疑应当保留。委员会的结论是：应只将严重的罪行视为危害人类和平及安全的罪行而将其包括进治罪法草案。这一结论按理对各类此种罪行均适用。他理解那些人所持的观点，即：违反有关国际规则的任何行为，均须视为战争罪。但同时他又认为，只有严重的违反才应包括进治罪法本身。稍轻微的违反

则应由国内法和国内管辖处理。此种区分在某种程度上源自 1949 年日内瓦四公约中的“严重违犯行为”的概念。但他同意特别报告员的主张（同上，第 19 段），即第 13 条草案应使用“严重违反行为”一语，而不是“严重违犯行为”，因为这两个概念是不一样的。

40. 关于第 14 条草案，他坚决支持卡莱罗·罗德里格斯先生的意见（第 2099 次会议），即有必要基于行为而不是政策或办法给罪行下定义，尽管行为的确可能是一种政策和 / 或部分办法的结果。而此种政策或办法可使行为变得更加严重。第一款中的种族灭绝定义支持这一论点，因为序款使用了“行为”一词，并且，分款（一）至（五）中的清单构成了一系列的行为。关于种族隔离的第 2 款的第一备选案文，也与这一观点相一致。但是，出于其他原因，他愿选用第二备选案文。该案文需作修改，然而此种修改不会太困难。同其他委员一样，他认为应删去方括号内提到南部非洲的有关内容。

41. 关于第 5 款，“不人道行为”前面的“其他”一词很重要，因为这种表达方式十分清楚地表明，种族灭绝和该条前几款提到的其他罪行也属不人道行为。在这些“其他不人道行为”方面，特别报告员是否对这一点感到满意，即第 5 款的案文充分反映了他在报告（A/CN.4/419，第 44-46 段）表达的想法，以及这些评论是否能足以确保对规定的解释能按照特别报告员的要求进行，了解这两点将是很有意思的。

42. 第 6 款对本条中所列的罪行清单是很好的补充。最后，根据讨论情况，第 13 和第 14 条均可送交起草委员会审议。

43. 托穆沙特先生说，经过长时间的辩论，围绕战争罪定义之后是否应附一份清单这一问题，已较容易形成一种意见。他认为，委员会无需再制定人道主义法——该法律在第二次世界大战结束后不久，以 1949 年 4 个日内瓦公约²¹ 的出现而成形，随后，由 1977 年的第一和第二附加议定书²² 对其进行补充。

44. 其中，第一附加议定书在很大程度上反映了国际社会的协商一致意见。

²¹ 见第 2096 次会议，脚注 10。

²² 同上，脚注 11 和 17。

当然，在一些难点上，分歧没有消除，因此有相当多的国家不批准第一议定书。但就他所知，第 85 条不是有争议的条款之一。该条款符合关于战犯待遇的第三日内瓦公约第 129 和 130 条以及关于战时保护平民的第四日内瓦公约第 146 和 147 条。所有这些文书的关键概念是“严重”违反的概念。日内瓦四公约的制定者在采用严重性的标准之前，彻底审查了这一问题。这一标准后来明确地体现在第一附加议定书的第 85 条第 5 款中，以表示战争罪的特点。“战争罪”的概念无需扩大。治罪法草案应只涉及最严重和重大的违反行为。轻微的犯罪行为，或对战争法的技术上的违反，则与目前讨论的问题无关。

45. 接着出现的问题是如何限定严重性。这样做有两种方法。一是依罪行的性质而定；另一种则是按照犯罪的具体情况考虑罪行后果。日内瓦四公约和附加议定书明显采用了第一种方法。这些文书根据某些违反行为的特点，将这些行为说成“严重的犯罪行为”。此外，这些文书所载清单是详尽无遗的。再者，如某一种违反行为产生尤为严重的后果，此种违反则不属“严重的犯罪行为”定义之列。

46. 与先前的法律相比，上述几点也许是新的主张。劳特尔帕赫特在其《国际法》中，并未提及“严重的犯罪行为”，而是将战争罪限定为“违反战争法的犯罪行为”²³ 这是一个过时的定义，因为日内瓦四公约已得到几乎所有国家的批准。应加上这一点，即，国际法院在尼加拉瓜一案判决中认为，存在着习惯规则或“〔日内瓦〕各公约只是作出具体表述的一般的人道主义法律的原因”。²⁴ 他认为，重要的是使有关治罪法草案方面进行的工作与日内瓦四公约的人道主义法律相一致。

47. 关于战争手段问题，关于这一专题的公约未载有关于武装力量成员个人

²³ L.Oppenheim, *International Law: A Treatise* 7th.ed., H.Lauterpacht, ed. (London, Longmans, Green, 1952), vol.II, Disputes, War and Neutrality, p.567, para.251.

²⁴ 在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美国案），实质问题，1986年6月27日判决，《1986年国际法院裁决集》，第114页，第220段。

责任的任何条款。部分原因是，某些公约是在国际法上的个人责任尚未出现之时订立的。此类公约有：关于炸裂弹的 1899 年的海牙宣言²⁵ 和 1925 年的《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》。²⁶ 更近一些，有 1972 年的《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》²⁷ 和带有议定书的 1980 年《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》²⁸。应当考虑到，上述公约禁止的是某些武器本身，并未考虑其后果如何。因此，不妨考虑将 1925 年日内瓦议定书中的各项禁止列入目前治罪法草案的战争罪的清单中。然而，在报复行为方面，却出现了一个问题。如禁止使用某些武器，则也有必要载列关于对抗措施及其限制的条款。这是个艰巨的任务，却是不得不面临的。

48. 对于治罪法草案的制定，委员会可选择灵活或严格的办法。如用严格的办法，今后就不能对其进行随意修改。然而，作为一个折衷的解决办法，可以设想列出四个日内瓦公约和第一附加议定书第 85 条定为严重犯罪行为的一切行为就够了。有关的条款，可被认为是反映了这方面的习惯法。

49. 关于帕夫拉克先生在第 2097 次会议上详细讨论的某些问题，令人欣慰的是，1970 年 12 月 7 日的华沙协定，解决了苏联和波兰之间的边界问题，使两国的关系得到了正常化。德意志联邦共和国在该协定中声明，它对波兰没有边界要求。然而，将德国人驱赶至奥得河—尼斯河以东，却是如第 14 条草案第 4 (a) 款所说的，“从其领土上驱逐或强迫转移人口”的一个明显的例子。他完全承认希特勒帝国使波兰和苏联人遭受的痛苦：当时被占领土上的人民遭受了最残酷的专制统治。然而，这并不能为将全部人口从其祖先生活了数百年的领土上赶走提供根据。这的确是一次驱赶，即便 1945 年 8 月 2 日的波茨坦条约中用的不是“驱逐”二字。

²⁵ 见斯科特，前引书，（第 2096 次会议，脚注 5），第 227 页。

²⁶ 国际联盟，《条约集》，第九十四卷，第 65 页。

²⁷ 联合国，《1971 年法律年鉴》（出售品编号：E.73.V.1），第 118 页。

²⁸ 联合国，《1980 年法律年鉴》（出售品编号：E.83.V.1），第 113 页起各页。

此外，这些人被逐出的领土，是德国领土，同盟国不能处置这一领土。在他看来，在一个禁止使用武力、人民有自决权的世界里，强行转移人口当属一种最严重的罪行。他不曾信服勒泰先生提出的驳论（第 2098 次会议），即：通过两国间的条约交换人口，完全不同于单方面的强行转移。

50. 在法律学说中，许多作者提出疑问：强制法规则是否与关于国际罪行的基本规则不同。显然，情况并非如此。两国可以采取行动，而这种行动如由其中一国单方面采取，则将违反有关国家责任的条款草案第一部分第 19 条。²⁹ 此外，治罪法规定，在后一种情况下，违反者可能要承担个人罪责。

51. 他的观点，是得到委员会编纂的纽伦堡原则³⁰ 第六条、1907 年的海牙公约附加规定第 43 条起各条、³¹ 第四日内瓦公约第 49 条以及第一附加议定书第 85 条第 4 (a) 款的支持的。在这方面，他想强调，他支持设立一个国际刑事管辖机构的主张。该机构的任务是惩治治罪法所列之罪行。一个公正、客观的裁决机构是很有必要设立的，这样做可避免不同的国家各自按照自己的法律，对同一种违反行为作出不同的处理。治罪法从总体上讲有着高度的政治内容。原则上，这一点不应当吓倒法学家。例如，宪法就是一份政治文件。然而，在刑法上，却有必要避免过分的政治化。委员会应尽力这样做。一个国际刑事法庭必须作出绝对客观的裁决。治罪法是由这样一个法庭来执行的，因而将成为完全符合法治要求的工具。

52. 勒泰先生说，他想解释一下，即他丝毫没有为从他们的领土上驱逐或转移人口辩护。相反，他认为这是可恶的。实际上，他自己的家庭在这方面也受了苦。他只是想说，如委员会想要（看来它必须这样做）形成禁止此种驱逐或转移的主张，那么，无论在道义上还是在法律上，他都绝不会认为有义务谴责某些在极为严重和非常的状况下为维持和平而缔结的国际协定。他更不能谴责一个联邦国家，因为该国为了取得全面和平、避免流血，不得不鼓励某些人口迁徙——这当然是在

²⁹ 见第 2096 次会议，脚注 19。

³⁰ 同上，脚注 14。

³¹ 同上，脚注 5。

人道的条件下进行的。为了不阻碍委员会的工作，他愿同意毫无例外地对这种做法进行全面的谴责。然而，也会出现某些情况，尽管非常有限，即，这样做是两害相权取其轻。托穆沙特先生固然不信服他的论点，他本人也不能接受托穆沙特先生对条约和习惯分析后得出的某些结论。

53. 他不想就各种罪行列一份清单，这是因为他所想的，不仅仅是一份清单，也许不仅仅是一项条款。他不赞成某些临时的法律条款，而赞成一种拟订好的条款。委员会履行其职责，不能仅仅是将诸如种族隔离和种族灭绝等某些词写入治罪法草案，而将词意的解释留给辞典，尤其是，如需涉及新的罪行——委员会大多数委员似极希望这样做。

54. 他感谢托穆沙特先生提出了一个他在不断思考的问题，即报复行为。这是委员会至少应认识到的问题。他担心，就战争法而言，各国政府现在接受这一主张：它们可用于对付他们所用的方法相同的方法作出反应。然而，第14条草案在人权和国际司法判决方面涉及的，是另一问题，根据这一条，对等规则未被确认为一种借口。例如，设想A国对其领土上来自B国的少数民族采取了行动，而所用的方式构成了危害人类罪，那么，B国有权以同样的方式对其领土上的A国的少数民族采取行动吗？或者再设想，一国将其扣留的战犯的手砍了，那么，战犯所属国有权作出同样的行动吗？在这两种情况中，从逻辑上作出的答复似乎是否定的。他相信，委员会在逐项制定罪行清单时，会考虑到这一问题并决定其是否想解决或的确能够解决这一问题。

55. 比斯利先生称赞特别报告员的第七次报告（A/CN.4/419）及他在微妙和困难的领域做的出色工作。

56. 在审议关于这一专题的各次报告时，他采用两个标准。第一个标准，是各项条款草案及对其所作的评论对国际法规限有制度，及在目前情况下对人道主义法和基本权利作了多大的贡献。以此为基础，第七次报告对专题的阐述相当透彻。他的第二个标准，是一项具体条款如何切实执行。在这方面，他提出的问题一贯是，目前没有合适的法庭来适用法律。设立一国际法庭可能需较长时间，因此，他倾向于认为，应使用国家法庭。但应考虑到，这些法庭应有国际成分参加：到庭的，应有原告国的一名法官；被告国的一名法官，并且，应有至少一名或两名以

上、来自其他不同的审判机构的法官。

57. 他同意特别报告员在无需列一份罪行清单方面提出的论点。然而，他必须说明，在他自己看来，这方面有某些不合逻辑之处，因为，如用一份清单代替一条一般的定义，他自己觉得会更好一些。当然，这样做总是有一条件，即：这不是一个详尽无遗的单子，任何国家法庭都可加以补充。

58. 另一个难题是，委员会试图对于国际公约已经涉及的问题进行立法的程度。总的来说，他同意这一点，即委员会不仅有权利、而且实际上有义务发展法律。但同时，在对先前的案文的措词作修改时，它又必须做到十分谨慎、十分准确。

59. 一个次要的问题是根据 1949 年日内瓦四公约及第一附加议定书区分战争罪和严重犯罪行为这两个概念。他倾向于同意特别报告员的主张，即：两者间是有区分的，如特别报告员（同上，第 40 段）指出的，一个单独行为既可指战争罪，也可指危害人类罪。

60. 在他看来，有必要研究处理对财产本身的攻击问题。例如，在某一地区，所有的房屋，或诸如整个供水或供电系统这样极为必要的设施，都可能被毁。他确信，对生存环境的攻击，在某种情况下会构成一种极为严重的罪行——一种危害人类的罪行，而非本质上的战争罪，尽管他不排除后者。

61. 特别报告员提出的第 13 条草案的两个备选案文，实际上并非相互排斥。起草委员会不妨起草一份将第一备选案文 (b) 款并入第二备选案文 (a) 和 (b) 款的案文。在这样做的时候，委员会得处理区分战争罪和严重违反人道主义法罪行的问题，尽管这方面不一定有什么不足之处。他不是很愿意看到用诸如“严重”这样主观的词汇，即使他很了解“严重的犯罪行为”这样的措词的来历。他倾向于用如“蓄意”或“重大过失”等措词，而“严重”这一概念，则应写入评论的案文中。确定犯罪或无罪，及应受何种惩罚，则是法庭的事，只要委员会同意设立此种法庭。显然，仅仅参照海牙法律或日内瓦法律已不再可能了。但是，合并和区分就显得很有必要。为反映这一点，第 13 条也许可以重新起草。

62. 至于第 14 条，他同意将种族灭绝概念和该词本身都包括进去。种族隔离的条款也是如此，尽管不宜专门提及某一个首创并多年来因实践这一概念而造成

重大破坏的国家。委员会应为将来立法，而不仅仅是为过去和现在。应进一步考虑条款使用先前案文的程度，委员会在使用取自现有文件的各项定义时尤应谨慎。

63. 对于第 2 款，他倾向于使用第二个备选案文，但他因编入一份详尽无遗的清单可能会出现不利情况而对最终案文持有保留意见。这种不利情况，前面已经有人提到了。

64. 最后，他依然认为，英国普通法中使用的犯罪意图这一概念是重要的，听了巴尔谢戈夫先生的意见以后，他更认为，动机不在争论之列。够得上被列入目前治罪法草案的严重罪行，其犯罪意图是很重要的。在这一点上，委员会成员间的分歧似已减少。

65. 帕夫拉克先生说，他同托穆沙特先生一样，欢迎波兰和德意志联邦共和国之间于 1970 年 12 月 7 日签订的协定。该协定是争取欧洲安全及改善两国双边关系的一个重要因素。然而，他觉得有必要澄清几点。第一，托穆沙特先生（第 2097 次会议）曾经提到，第二次世界大战后，德国人口被从波兰迁徙到德国。这些话，从第 14 条草案第 4 款来看并不相干。正如他本人解释的（第 2097 次会议），该次迁徙，是按 1945 年 8 月 2 日的波茨坦协定的基本目标进行的。根据该条约，从波兰遣返德国人是一种义务。

66. 第二，作为解决边界问题的部分措施，人口的迁移或迁徙，并不是一种报复行为。这是一国在战后将其部分领土割让给另一国的国际协定。

67. 第三，按照波茨坦协定进行的人口转移并不是非法的，因为转移是在盟国的管理和控制下进行的，而且，盟国的有关人员得向其政府汇报转移情况。

68. 最后，1970 年 12 月 7 日的协定，是波、德两国有关边境问题的第二个条约，第一个条约于 1950 年 7 月 6 日在波兰和德意志民主共和国之间签订。两个条约在提到波兰和德国的现有边境时，均以 1945 年 8 月 2 日的波茨坦协定确定的为准。

下午 1 时零 5 分散会。