

国际法委员会  
第四十四届会议  
工作报告

---

1992年5月4日至7月24日

大会

正式记录：第四十七届会议

补编第10号(A/47/10)



联合国

1992年, 纽约

## 说明

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

前有年度和省略号的“年鉴”(如《1971年.....年鉴》),是指《国际法委员会年鉴》。

委员会报告的排版本将载入《1992年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

(原件:阿拉伯文/中文/英文/  
法文/俄文/西班牙文)

(1992年9月1日)

## 目 录

| 章 次  | 段 次       | 页 次 |
|--|-----------|-----|
| 一、导 言 .....                                  | 1 - 15    | 1   |
| A. 成 员 .....                                 | 2         | 1   |
| B. 主席团成员 .....                               | 3 - 4     | 2   |
| C. 起草委员会 .....                               | 5         | 3   |
| D. 委员会设立的工作组 .....                           | 6 - 7     | 3   |
| E. 秘书处 .....                                 | 8         | 4   |
| F. 议 程 .....                                 | 9 - 10    | 4   |
| G. 委员会第四十四届会议工作情况概述 .....                    | 11 - 14   | 5   |
| H. 各国政府对一些问题发表的意见对委员会<br>继续进行其工作将会特别重要 ..... | 15        | 7   |
| 二、危害人类和平及安全治罪法草案 .....                       | 16 - 104  | 8   |
| A. 导 言 .....                                 | 16 - 23   | 8   |
| B. 本届会议审议这个专题的情况 .....                       | 24 - 104  | 10  |
| 1. 特别报告员的第十次报告 .....                         | 25 - 97   | 10  |
| 2. 国际刑事管辖问题工作组 .....                         | 98 - 103  | 22  |
| 3. 委员会的决定 .....                              | 104       | 23  |
| 三、国家责任 .....                                 | 105 - 276 | 24  |
| A. 导 言 .....                                 | 105 - 111 | 24  |
| B. 本届会议审议这个专题的情况 .....                       | 112 - 276 | 27  |
| 1. 对整个专题的评论 .....                            | 112 - 114 | 27  |
| 2. 载于特别报告员初步和第二次报告<br>中的条款草案 .....           | 115 - 116 | 28  |

目 录(续)

| 章 次  | 段 次       | 页 次 |
|--|-----------|-----|
| 3. 特别报告员的第三和第四次报告 .....                            | 117 - 276 | 28  |
| (a) 对反措施问题的一般看法 .....                              | 121 - 138 | 29  |
| (b) 同本条款草案中列入一项反措施<br>制度有关的要素 .....                | 139 - 250 | 34  |
| (一) 反措施的概念: 术语和概念 ...                              | 139 - 145 | 34  |
| (二) 在目前范围内拟设想的各类<br>措施 .....                       | 146 - 152 | 35  |
| (三) 反措施的功能 .....                                   | 153 - 156 | 37  |
| (四) 在反措施的范围内犯罪和<br>违法行为的区分 .....                   | 157 - 159 | 37  |
| (五) 反措施的规定和建议的关于<br>解决争端的第三部分之间的<br>关系 .....       | 160 - 163 | 38  |
| (六) 使反措施合法的条件 .....                                | 164 - 217 | 39  |
| (七) 禁止采用的反措施 .....                                 | 218 - 250 | 50  |
| (c) 委员会前几届会议上一读通过的<br>第二部分第2、4和5条下的反措<br>施问题 ..... | 251 - 276 | 57  |
| (一) 内含制度的问题 .....                                  | 251 - 259 | 57  |
| (二) 拟订中的草案与《联合国<br>宪章》的关系 .....                    | 260 - 266 | 60  |
| (三) 不同的受害国的问题 .....                                | 267 - 276 | 62  |

目 录(续)

| 章 次                                  | 段 次       | 页 次 |
|--------------------------------------|-----------|-----|
| 四、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 .....   | 277 - 349 | 66  |
| A. 导言 .....                          | 277 - 280 | 66  |
| B. 本届会议审议这个专题的情况 .....               | 281 - 349 | 67  |
| 1. 特别报告员的第八次报告 .....                 | 281 - 284 | 67  |
| (a) 一般性评论 .....                      | 285 - 291 | 68  |
| (b) 拟起草的文书的性质 .....                  | 292 - 294 | 70  |
| (c) 预防 .....                         | 295 - 302 | 71  |
| (d) 对具体条款的评论 .....                   | 303 - 333 | 72  |
| (一) 第1条 预防措施 .....                   | 303 - 307 | 72  |
| (二) 第2条 通知和资料 .....                  | 308 - 312 | 73  |
| (三) 第3条 国家安全和工业秘密 ..                 | 313 - 314 | 75  |
| (四) 第4条 具有损害性影响的活<br>动: 事前协商 .....   | 315 - 319 | 75  |
| (五) 第5条 具有损害性影响活动<br>的备选活动 .....     | 320 - 322 | 76  |
| (六) 第6条 涉及危险的活动: 就<br>一种制度进行协商 ..... | 323 - 324 | 77  |
| (七) 第7条 受影响国的倡议 .....                | 325 - 327 | 78  |
| (八) 第8条 解决争端 .....                   | 328 - 329 | 79  |
| (九) 第9条 利益均等所涉因素 ....                | 330 - 333 | 80  |
| (e) 建议的关于用语的第2条的新定义 ...              | 334 - 340 | 81  |
| 2. 委员会的决定 .....                      | 341 - 349 | 83  |
| (a) 本专题的范围 .....                     | 344 - 346 | 84  |
| (b) 对拟起草的条款或文书的性质所<br>采取的办法 .....    | 347       | 84  |
| (c) 本专题的标题 .....                     | 348       | 84  |
| (d) 关于特别报告员下一年度报告的<br>建议 .....       | 349       | 85  |

目 录(续)

| 章 次                                     | 段 次       | 页 次 |
|---|-----------|-----|
| 五、委员会的其他决定和结论 .....                     | 350 - 392 | 86  |
| A. 国际水道非航行使用法 .....                     | 350 - 352 | 86  |
| B. 危害人类和平及安全治罪法草案 .....                 | 353 - 354 | 86  |
| C. 国家和国际组织间的关系(本专题的第二部分)..              | 355       | 86  |
| D. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件 ....              | 356 - 380 | 87  |
| 1. 活动规划 .....                           | 359 - 367 | 87  |
| (a) 专题“国家和国际组织之间的关系”<br>(专题的第二部分) ..... | 359 - 362 | 87  |
| (b) 五年期活动规划 .....                       | 363 - 367 | 88  |
| 2. 长期工作计划 .....                         | 368 - 370 | 89  |
| 3. 起草委员会 .....                          | 371 - 372 | 90  |
| 4. 委员会提交大会的报告 .....                     | 373       | 90  |
| 5. 委员会对国际法十年的贡献 .....                   | 374 - 375 | 91  |
| 6. 将委员会年度届会分为两期的可能性 ....                | 376       | 92  |
| 7. 下届议的会期 .....                         | 377       | 92  |
| E. 与其他机构的合作 .....                       | 378 - 380 | 92  |
| F. 第四十五届会议的日期和地点 .....                  | 381       | 93  |
| G. 出席大会第四十七届会议的代表 .....                 | 382       | 93  |
| H. 国际法讲习会 .....                         | 383 - 392 | 93  |

附 件

关于国际刑事管辖问题工作组的报告

|                          |           |     |
|--------------------------|-----------|-----|
| A. 概况和建议 .....           | 393 - 401 | 96  |
| B. 报告全文 .....            | 402 - 557 | 100 |
| 1. 导言 .....              | 402 - 416 | 100 |
| 2. 关于设立国际刑事法院的一般论据 ..... | 417 - 435 | 105 |
| (a) 支持设立法院的论据 .....      | 419 - 424 | 105 |
| (b) 反对设立法院的论据 .....      | 425 - 428 | 107 |

目 录(续)

| 章 次 | 段 次                              | 页 次           |
|-----|----------------------------------|---------------|
|     | (c) 其他可能性 .....                  | 429 - 430 108 |
|     | (d) 工作组的总方针 .....                | 431 - 435 108 |
| 3.  | 结构问题和管辖权问题 .....                 | 436 - 472 110 |
|     | (a) 设立法院的方法 .....                | 437 110       |
|     | (b) 法院的组成 .....                  | 438 - 443 110 |
|     | (c) 国家可能接受法院管辖权的方式 ....          | 444 - 448 111 |
|     | (d) 法院的诉讼事项管辖权<br>(基于属物理由) ..... | 449 - 451 112 |
|     | (e) 法院的属人管辖权(基于属人理由) ...         | 452 - 459 113 |
|     | (f) 法院和治罪法之间的关系 .....            | 460 - 466 115 |
|     | (g) 法院行政管理的可能安排 .....            | 467 - 472 116 |
| 4.  | 一个不是法院的国际刑事审判机制 .....            | 473 - 487 117 |
| 5.  | 适用的法律、刑罚和正当程序 .....              | 488 - 503 121 |
|     | (a) 适用的法律 .....                  | 489 - 501 121 |
|     | (一) 罪行的定义 .....                  | 492 - 494 121 |
|     | (二) 刑法的一般原则 .....                | 495 - 499 122 |
|     | (三) 可适用的程序 .....                 | 500 123       |
|     | (四) 结论 .....                     | 501 123       |
|     | (b) 施加的刑罚 .....                  | 502 124       |
|     | (c) 确保采取正当程序 .....               | 503 124       |
| 6.  | 起诉和有关事项 .....                    | 504 - 557 124 |
|     | (a) 起诉制度 .....                   | 506 - 509 125 |
|     | (b) 提起诉讼 .....                   | 510 - 517 126 |
|     | (c) 传被告到庭 .....                  | 518 - 527 127 |
|     | (b) 关于向法院提起诉讼的国际司法协助..           | 528 - 545 129 |
|     | (e) 判决的执行 .....                  | 546 - 549 132 |
|     | (f) 法院同现行引渡制度的关系 .....           | 550 - 557 133 |
| C.  | 附 录 .....                        | 135           |

## 第一章

### 导言

1. 国际法委员会是根据大会1947年11月21日第174(II)号决议设立的。委员会依照作为该决议附件并经后来修正的委员会章程，自1992年5月4日至7月24日在联合国日内瓦办事处的委员会永久会址举行了第四十四届会议。

#### A. 成员

2. 委员会由下列委员组成：

侯赛因·巴哈纳先生(巴林)

奥恩·哈索内先生(约旦)

加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生(意大利)

胡利奥·巴尔沃萨先生(阿根廷)

穆罕默德·本努纳先生(摩洛哥)

德雷克·威廉·鲍韦特先生(联合王国)

卡洛斯·卡莱罗—罗德里格斯先生(巴西)

詹姆斯·克劳福德先生(澳大利亚)

约翰·德萨拉姆先生(斯里兰卡)

古兹蒙迪尔·埃里克松先生(冰岛)

萨利福·冯巴先生(马里)

穆罕默德·居内先生(土耳其)

卡米勒·伊德里斯先生(苏丹)

安德烈亚斯·雅科维德斯先生(塞浦路斯)

彼得·卡巴齐先生(乌干达)

阿卜杜勒·科罗马先生(塞拉利昂)

莫赫塔尔·库苏马—阿特马贾先生(印度尼西亚)

艾哈迈德·马希乌先生(阿尔及利亚)

瓦茨拉夫·米库尔卡先生(捷克斯洛伐克)

纪尧姆·庞布—奇文达先生(加蓬)

阿兰·佩莱先生(法国)

彭马拉米·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)  
埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生(马达加斯加)  
帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生(牙买加)  
罗伯特·罗森斯托克先生(美国)  
史久镛先生(中国)  
阿尔伯特·塞克利先生(墨西哥)  
杜杜·锡亚姆先生(塞内加尔)  
克里斯蒂安·托穆沙特先生(德国)  
埃德孟多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生(智利)  
弗拉德连·韦列谢京先生(俄罗斯联邦)  
弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生(危地马拉)  
山田中正先生(日本)  
亚历山大·扬科夫先生(保加利亚)

## B. 主席团成员

3. 委员会在1992年5月4日的第2253次会议上选出了下列主席团成员：

主席：克里斯蒂安·托穆沙特先生  
第一副主席：卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生  
第二副主席：安德列亚斯·雅科维德斯先生  
起草委员会主席：亚历山大·扬科夫先生  
报告员：埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生

4. 委员会扩大主席团成员由本届会议主席团成员、曾任委员会主席的委员<sup>1</sup>和各特别报告员组成。<sup>2</sup> 扩大主席团的主席由委员会主席担任。根据扩大主席团的建议，委员会在1992年5月5日第2254次会议上为本届会议设立了一个规划小组，负责审议委员会的计划、程序和工作方法及其文件，并就此向扩大主席团提出报告。

---

<sup>1</sup> 即：阿卜杜勒·科罗马先生、史久镛先生、杜杜·锡亚姆先生和亚历山大·扬科夫先生。

<sup>2</sup> 即：加埃塔诺·阿兰焦·鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生和杜杜·锡亚姆先生。罗伯特·罗森斯托克先生在会议的最后阶段被任命为特别报告员后，没有参加扩大的主席团会议。

规划小组人员组成如下：卡洛斯·卡莱罗·罗德里格斯先生(主席)、奥恩·哈索内先生、加埃塔诺·阿兰焦--鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、穆罕默德·本努纳先生、穆罕默德·居内先生、卡米勒·伊德里斯先生、安德里亚斯·雅科维德斯先生、彼德·卡巴齐先生、莫赫塔尔·库苏马--阿特马贾先生、瓦茨拉夫·米库尔先生、纪尧姆·庞布·奇文达先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉米·斯里尼瓦萨·拉奥先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、杜杜·锡亚姆先生、埃德孟多·巴尔加斯·卡雷尼奥先生、山田中正先生。规划小组可自由参加，欢迎委员会其他委员出席其会议。

### C. 起草委员会

5. 委员会在1992年5月5日的第2254次会议上任命了由下列成员组成的起草委员会：亚历山大·扬科夫先生(主席)、侯赛因·巴哈纳先生、德雷克·威廉·鲍韦特先生、卡洛斯·卡莱罗--罗德里格斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、约翰·德萨拉姆先生、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、萨利福·冯巴先生、阿卜杜勒·科罗马先生、艾哈迈德·马希乌先生、罗伯特·罗森施托克先生、史久镛先生、阿尔伯特·赛克利先生、弗拉德连·韦列谢京先生、弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。

### D. 委员会设立的工作组

6. 委员会在1992年5月19日的第2262次会议上，根据大会第46/54号决议第3段所载请求成立了一个关于拟考虑的国际刑事管辖问题工作组，由下列成员组成：阿卜杜勒·科罗马先生(主席)、当然成员杜杜·锡亚姆先生(“危害人类和平及安全治罪法草案”专题特别报告员)、侯赛因·巴哈纳先生、加埃塔诺·阿兰焦--鲁伊斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、约翰·德萨拉姆先生、卡米勒·伊德里斯先生、安德里亚斯·雅科维德斯先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、阿兰·佩莱先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森施托克先生、克里斯蒂安·托姆沙特先生、弗拉德连·韦列谢京先生和弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。在科罗马先生缺席时，由锡亚姆先生代理主持了好几次工作组的会议。

7. 委员会在1992年6月16日第2273次会议上设立了一个工作组，所有愿意参加的委员均可自由参加，以审议“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”专题有关范围、应采取的方针和今后工作的可能方向方面的一般性问题。

### E. 秘书处

8. 副秘书长兼法律顾问卡尔-奥古斯特·弗莱施豪尔先生代表秘书长出席了本届会议。法律事务厅编纂司司长弗拉基米尔·科特赖尔先生担任委员会秘书，并在法律顾问未出席时代表秘书长。法律事务厅编纂司副司长杰奎林·多琪女士担任委员会副秘书长。高等法律干事曼努埃尔·拉马-蒙塔尔多先生担任委员会高级助理秘书，法律干事玛努什·阿桑贾尼女士担任委员会助理秘书。

### F. 议程

9. 委员会在1992年5月4日第2254次会议上，通过了第四十四届会议的议程项目如下：

1. 本届会议的工作安排
2. 国家责任
3. 危害人类和平及安全治罪法草案
4. 国际水道非航行使用法
5. 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
6. 国家和国际组织间的关系(专题的第二部分)
7. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作
8. 同其他机构的合作
9. 第四十五届会议的时间和地点
10. 其他事项

10. 鉴于委员会的惯例是，直到收到各国政府关于条款草案的评论和意见后，才就一读通过的条款草案进行实质性辩论。因此委员会在收到请各国政府于1993年1月1日前提出关于委员会在第四十三届会议暂时通过的关于以下两个专题的几套条款草案的评论和意见之前，不审议“国际水道非航行使用法”项目，也不审议“危害人类和平及安全治罪法草案”项目。但是，关于后一个项目，委员会根据载于大

会第46/54号决议第3段中的请求,进一步审议和分析在其1990年报告<sup>3</sup>中所提出的关于国际刑事管辖问题的一些问题。委员会没有审议项目6“国家和国际组织间的关系(专题的第二部分),在这方面提起注意载于下文第355段中的决定。委员会举行了42次(第2253次至2294次)公开会议。此外,委员会起草委员会举行了27次会议。委员会扩大的主席团举行了3次会议。扩大的主席团规划小组举行了11次会议。

### G. 委员会第四十四届会议工作情况概述

11. 在“危害人类和平及安全治罪法草案”专题<sup>4</sup>的范围内,委员会审议了特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于国际刑事管辖问题的第十次报告和委员会设立的工作组关于这个问题的报告<sup>5</sup>。委员会特别决定:通过审议特别报告员的第九次报告<sup>6</sup>和第十次报告以及工作组的报告,<sup>7</sup>它已完成大会于1989年委托给它的任务,即分析“设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的问题”;按照工作组报告中所建议的那种结构可能是一种切实可行的制度;关于这个问题的进一步工作要求大会延长任期以便草拟规约;以及现在的问题是由大会来决定委员会是否应该着手进行国际刑事管辖的计划并在什么基础上从事这项工作。工作组报告中建议的结构大体上是根据以缔约国达成协议的一项条约的形式的规约设立一个国际刑事法院,在其开始运作的第一阶段至少应仅对个人行使管辖权。法院的管辖权应限于在生效的规定的国际条约中界定的国际性质的罪行,包括在通过和生效后的危害人类和平及安全治罪法界定的罪行,但不仅限于治罪法。一个国家应能成为一个规约缔约国而不因此成为一个治罪法缔约国。法院应是其规约缔约国(和根据规定的

<sup>3</sup> 《大会正式记录,第四十五届会议,补编第10号》(A/45/10)。

<sup>4</sup> 委员会在1992年5月5日和22日之间以及7月14日和17日之间举行的第2254至2264次和第2284至2287次全体会议上审议了本专题。

<sup>5</sup> 见上文第6段。

<sup>6</sup> 见《大会正式记录,第四十六届会议,补编第10号》(A/46/10),第106至165段。

<sup>7</sup> 见附件。

条件也是其他国家)的一个机构,一旦需要就能尽快开始运作,在其开始运作的第一个阶段至少不应拥有强制性管辖权并且不应是一个常设的专职机构。此外,不管法院或(也是所建议和考虑的)其他机制是什么样的严格机构,它必须保证正当程序、独立性和在其诉讼程序中公正无私。<sup>8</sup>

12. 委员会根据特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生的第三次和第四次报告(A/CN.4/L.440 and Add.1和A/CN.4/L.444 and Corr.1 and Add.1、2 and 3)审议了“国家责任”专题。<sup>9</sup> 两份报告主要专门论述了反措施的问题并载有4个条款,即第11条(受害国的反措施)、第12条(采取反措施的条件)、第13条(相称)、第14条(禁止采用的反措施)以及涉及多个受害国的情况的新第5条之二。在辩论结束时,委员会同意将上述所有条款均提交起草委员会。委员会还收到了起草委员会的一份报告(A/CN.4/L.472),报告载有起草委员会在本届会议上一读通过的第二部分第1条新第2款以及第6条(停止不法行为)、第6条之二(赔偿)、第7条(恢复原状)、第8条(补偿)、第10条(满足)和第10条之二(承诺和保证不重犯)。委员会注意到这份报告,为了下文第116段说明的原因决定推迟到下届会议再对它采取行动。<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> 在本届会议上对该专题讨论情况的叙述见第二章。

<sup>9</sup> 1992年5月26日至7月12日期间举行的第2265、2266、2267、2273至2280、和2283次会议上审议了本专题。

<sup>10</sup> 在本届会议上对该专题讨论情况的叙述见第三章。

13. “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”专题，委员会审议了特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生的第八次报告(A/CN.4/443 and Corr.1 and Corr.2(只有西班牙文))。<sup>11</sup> 特别报告员在该份报告中提出了9个关于防止跨界损害的义务的条款草案。这些条款是作为建议的性质提出的并载于一个附件中。第八次报告还提出了关于第2条中某些用语的进一步建议，如危险和损害的概念。在结束审议本专题时，由于委员会委员中对某些一般性问题仍然含糊不清，委员会建议设立上文第7段提到的工作组来审议有关本专题的范围、拟采取的方针和今后工作的可能方向等方面的某些一般性问题。委员会根据工作组的建议通过了某些决定(见下文第341至第349段)，其中要求特别报告员在其向委员会提交的下次报告中，应进一步研究预防仅涉及具有造成跨界损害危险活动的问题，并提出有关这个问题的一组修订的条款草案。<sup>12</sup>

14. 关于委员会的方案、程序和工作方法问题在扩大的主席团规划组范围内和在扩大的主席团本身进行了讨论。委员会的有关决定见本报告第五章，该章还阐述了与其他机构的合作以及某些行政和其他事项。

#### H. 各国政府对一些问题发表的意见对委员会继续进行其工作将会特别重要

15. 关于“危害人类和平及安全治罪法草案”专题，委员会继对该专题作出决定<sup>13</sup>后，要求各国政府明确表示它现在是否应该着手进行规约草案的拟订工作，要是那样的话，委员会关于这个问题的的工作是否应该在该决定所示的基础上进行。

---

<sup>11</sup> 1992年6月12至23日和7月8日期间举行的第2286至2273次和第2282次会议上审议了本专题。

<sup>12</sup> 在本届会议上对该专题讨论情况的叙述见第四章。

<sup>13</sup> 见下文第104段。

## 第二章

### 危害人类和平及安全治罪法草案

#### A. 导言

16. 大会1947年11月21日第177(II)号决议指示委员会：(a) 编订纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则，并(b) 拟具危害人类和平及安全治罪法草案，明示上列(a)段所称原则应具有的地位，委员会1949年第一届会议任命让·斯皮罗普洛斯先生为特别报告员。

17. 在特别报告员报告的基础上，(a) 委员会1950年第二届会议通过了拟订的纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则，并连同评注提交大会；(b) 委员会1954年第六届会议向大会提交了危害人类和平及安全治罪法草案及其评注。<sup>14</sup>

18. 大会1954年12月4日第897(IX)号决议考虑到，委员会拟订的危害人类和平及安全治罪法草案提出了与侵略定义问题密切相关的问题，并鉴于大会已委托一位特别报告员编写关于侵略定义草案的报告，因此决定在特别报告员提交报告之前推迟审议治罪法草案。

19. 按照特别委员会的建议，大会1974年12月14日第3314(XXIX)号决议以协商一致意见通过了侵略定义。

20. 1981年12月10日，大会在第36/106号决议中请委员会恢复工作，以拟订危害人类和平及安全治罪法草案，并以必要的优先次序加以审查，以便进行复核，同时适当考虑到国际法逐步发展过程中所取得的成果。<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> 《1950年...年鉴》，vol. II, pp. 374-378, 文件A/1316. 《1954年...年鉴》，vol. II, pp. 150-152, 文件A/2673. 上述原则和治罪法草案的案文见《1985年...年鉴》，vol. II(第二部分), p. 12和p. 8, 文件A/40/10, 第45和第18段。

<sup>15</sup> 大会1987年第42/151号决议同意国际法委员会的建议，将专题的英文标题修改为：“Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind”。

21. 委员会1982年第三十四届会议任命杜杜·锡阿姆先生为本专题的特别报告员。<sup>16</sup> 委员会从1983年第三十五届会议到1991年第四十三届会议收到特别报告员9份报告。<sup>17</sup>

22. 委员会在1991年第四十三届会议上一读暂时通过危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案<sup>18</sup>。在同届会议上,委员会决定按照其章程第16至第21条通过秘书长将条款草案送交各国政府征求评论和意见,要求它们在1993年1月1日前将这种评论和意见提交秘书长。<sup>19</sup>委员会也注意到它在一读完成的草案构成委员会关于危害人类和平及安全治罪法草案专题之工作的第一部分,委员会将继续在往后的各届会议上继续履行大会在1990年11月28日第45/41号决议第3段中指定给它的任务:请委员会在其关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作中进一步审议并分析在其报告中关于国际刑事管辖问题方面所提出的各项问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的可能性。<sup>20</sup>

23. 大会在其1991年12月9日关于国际法委员会第四十三届会议工作报告的第46/54号决议中请国际法委员会在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内进一步审议和分析在其1990年报告<sup>21</sup>中提出的关于国际刑事管辖问题方面的各项问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,以便大会能就此事项提供指导。

---

<sup>16</sup> 关于讨论本专题历史背景的详细情况,见国际法委员会第三十五届会议工作报告,《大会正式纪录,第三十八届会议,补编第10号》,(A/38/10),第26至41段。

<sup>17</sup> 《1983年...年鉴》,vol. II(第一部分),p. 137,文件A/CN.4/364,《1984年...年鉴》,vol. II(第一部分),p. 89,文件A/CN.4/377;《1985年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/387;《1986年...年鉴》,vol. II文件A/CN.4/398;《1987年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/404;《1988年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/411;《1989年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/419和 Add.1和Corr.1和2(只有西班牙文本)。《1990年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/430和Add.1;《1991年...年鉴》,vol. II(第一部分),文件A/CN.4/435和Add.1和Corr.1。

<sup>18</sup> 见《大会正式纪录,第四十六届会议,补编第10号》(A/46/10),第173段。

<sup>19</sup> 同上,第174段。

<sup>20</sup> 同上,第175段。委员会指出,它已经开始履行这一任务授权,它关于该专题这一方面的工作载于其报告第106至165段(同上)。

<sup>21</sup> 《大会正式纪录,第四十五届会议,补编第10号》(A/45/10),第二章,C节。

## B. 本届会议审议这个专题的情况

24. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的关于本专题的第十次报告(A/CN.4/442)。委员会于1992年5月5日至22日举行的第2254至第2264次会议上审议了本报告。辩论的概况载于本报告第25至第97段。讨论结束后,委员会设立了一个工作组来审议国际刑事管辖问题。关于工作组的组成和工作的说明载于下文第98至103段。<sup>22</sup> 委员会就其今后有关这个问题的工作所作的决定载于本报告第104段。

### 1. 特别报告员的第十次报告

25. 特别报告员第十次报告专门载述可能建立国际刑事管辖问题。他在第十次报告引言和向委员会提交的报告说明中都指出,大会还没有要求委员会起草可能建立的国际刑事法院或其它国际审判机构的规约,而只要求“进一步审议和分析”与它有关的“问题”。因此,在其报告中讨论了建立国际刑事管辖之可行性的一般问题以后,也进而查明与建立这种管辖特别有关的一些问题,并且拟订了有关这些问题的一些未来的或暂定的条款草案,不是为了将它们提交起草委员会,而是为了在委员会引起并促进深入的讨论,使委员会能够达成向大会提出的一些结论或建议。

26. 特别报告员在他的报告第一部分中,研究了一些国家在联合国论坛或它们本国机构中就可能建立这样一种法院提出的保留意见或反对意见,这些保留意见或反对意见不是涉及在当前国际形势下建立这样一个法院是否需要或可行,就是这一法院是否能与各国的本国法律规定相符。特别报告员在其报告中设法就每一种保留意见或反对意见作出答复。最后,他总结认为,上述那些意见有许多显然没有考虑到目前在建立一个国际刑事法院所涉及的许多方面存在着包罗广泛的可能的办法或方案,这些办法或方案有助于消除在若干国家所引起的忧虑。在这方面,特别报告员接着在其第十次报告B部分中确定了他认为在考虑能否建立国际刑事法院方面特别重要的下列问题: A. 可适用的法律; B. 基于诉讼事由的管辖权; C. 向国际刑事法院提出控诉; D. 有关补偿的程序; E. 将刑事诉讼主体解送国际刑事法院和 F. 国际刑事法院和双重听证原则。

---

<sup>22</sup> 工作组的报告现列为委员会报告的附件。

27. 他已经在第九次报告<sup>23</sup>中探讨了上述问题中的一些问题,现在他参照委员会上届会议对这些问题的讨论情况<sup>24</sup>提出了一些新方案。另一些问题是由他初次提出的。对于所有这些问题,他的审议方式包括:评注、探索性的暂定条款草案,并不是为了把它们提交起草委员会,而是为了在现阶段就这些问题引起委员会委员们的反应,并且在可能范围内克服拟议建立国际刑事管辖可能在某些方面受到的阻力,为此向他们表明,他就这些问题提交的各种可能的方案或备选办法具有很大的灵活性。

28. 后来,在全体会议上讨论了特别报告员报告A部分和B部分,其主要意见简要概括如下。

29. 探讨了建立国际刑事管辖是否可行或合乎需要的问题。许多委员认为,缺乏负责起诉和审判影响整个国际社会的、具有国际性质之罪行的国际机构是今日国际关系上有待弥补的差距。这些委员认为,最近国际上发生的事件已清楚显示,这种机构的存在可以为易于造成国际摩擦的局势提供一种顺利的解决办法。有些委员着重指出,在某些情况下,被告所在国和受害国的国家法院都可能被怀疑偏袒。他们也认为,国际刑事管辖将能使危害人类和平及安全治罪法得到最客观和一致的执行。这些委员还认为,国际局势上最近发生的一些变化呈现了这样的有利前景:国际刑事管辖的建立可能在国际社会取得足够的支持。对于一些委员来说,认为治罪法草案的执行,特别是对其中所载若干罪行--例如国家代理人是犯罪者的侵略罪行和其它罪行--的起诉,可以留给国际法院审理的看法是不可思议的。这些委员无法设想有了危害人类和平及安全治罪法,却没有随而建立国际刑事管辖的情况。

30. 另一些委员不否认在某些国际局势下和对于某些国际罪行来说某种国际刑事管辖可能具有优点,但强调设立这种机构可能会引起极为复杂的政治和技术问题。他们认为,主要问题不在于国际刑事管辖是否合乎需要,而在于哪种国际刑事管辖实际可行。在这方面,有些委员警告大家不要过度借鉴一些国内刑法的范本。有些委员认为,对待这一问题的灵活性至关重要。这些委员中有些人认为,在今日国际局势中,国际审判机构--而不是某一法院--可能更加切合实际。除其它事项外,他们提到下列事项:国家法院诉讼观察员、仅规定法律和进行审判的国家法庭的某种国际机制、可于必要时设立的特别法庭、国际刑事法院的咨询意见、区域法庭。

---

<sup>23</sup> 见文件A/CN.4/435/Add.1。

<sup>24</sup> 见《大会正式纪录,第四十六届会议,补编第10号》(A/46/10),第106至第165段。

31. 一些委员对建立国际刑事管辖的构想的可行性表示怀疑。虽然从理论上说,设立国际刑事法院是合乎需要的,这些委员却认为,它会引起无法克服的困难。一些委员认为,哪些国家会为了建立国际刑事管辖而舍弃本国的主权,这几乎是不可思议的。二战结束时已经存在的那种有可能建立纽伦堡法庭和东京法庭的特殊情况已经不再存在。问题在于国际法和国内法之间的关系。一方面,建立国际刑事法院必然对一些国家的宪政秩序发生影响。另一方面,“审判或引渡”原则已经渗入目前的国际秩序中,对这一原则作出任何更动,都会改变国际秩序。这些委员认为,这是法律和政治互相缠结在一起的情况比较突出的一个领域,政治上的观点似乎明确显示,所拟议的机制是不切实际的。

32. 有一位委员着重指出,无论在建立国际刑事法院和有关机构方面会遇到什么困难,这些困难总不会大于--甚至可能会小于--让各国通过危害人类和平及安全治罪法以及在不只175个不同主权国家下开展业务活动的多个机构执行这个治罪法所遇到的困难。

33. 关于可能建立之国际刑事法院的结构,大多数委员认为,最切合实际的做法是采取灵活的办法:不建立专设机构的常设机构,而建立能于必要时毫不延迟地立即召开会议的特设机构。它不是一个事后建立的特设机构,而是一个于需要时召开会议的事先存在的机构,在每一个特定情况下,它的组成将依能够确保法官的公正的客观标准来决定。这些委员认为,国际社会还不准备设立一个按照国际法院那样的作为常设机构的国际刑事法院。

34. 但是,一些委员认为,法院或至少刑事法院的概念中所固有的长期性质,除了其它事项以外,应能确保法官专心致志地从事其职务,而这又能够反过来促进他们的客观性和公正性。

35. 关于法院的管辖,主要讨论了三个问题,即:(a) 是否应该具有拘束力或是任择的,(b) 是否应该具有专属、并行或复审的性质,以及(c) 是否应该同治罪法有所联系。

36. 关于管辖是否应该在强迫或任择的基础上建立的问题,多数委员主张采取灵活的制度,使对法院规约的批准或加入不致根据事实本身意味着对法院任何罪行的管辖的接受。这些委员所赞成的制度是一个能让国家自行规定治罪法、或其它国际公约列入的罪行中哪些罪行是它们愿意接受法院管辖的罪行。国家可在签署法院规约的时候或于稍后在专项的基础上宣布它所作的决定。

37. 一些委员作了如下的区别：法院对于若干罪行可有强制管辖，对另一此罪行则具有任择管辖。因此，有一位委员认为，对危害人类和平及安全罪行的管辖应该是强制性的，对对现行公约规定的如劫持飞机等具有国际性质的另一些罪行的管辖则应该是任择性的。另一些委员在修正这一概念时指出：法院具有强制管辖权的罪行必须是严重、根本和真正损害人类尊严的罪行。换言之，当在被告的后面真正受到审判的是国家时，规定法院具有强制管辖权的做法是合理的。

38. 但是，另一些委员认为，任择管辖或给予专项管辖，是不成问题的。建立法院的文书之缔约国有义务接受对于其规约所指文书中所界定的罪行的管辖。这些委员认为，刑法必须严格，如果一些国家不愿意加以接受，它们就不应该成为法院规约的缔约国。

39. 可能建立的国际刑事法院的管辖权方面所讨论的另一个方面问题是：这种管辖是否应该是专属的、与国家法庭并行的、或具有复审的性质。

40. 主张法院的管辖具有任择性质的一些委员也赞成与国家法庭并行的管辖。他们认为，要取消国家法庭依现行公约和一般国际法已拥有的管辖权几乎是不可能办到的。国家法庭仍将在其本国立法所规定的行为或情况方面保留它们的权力。

41. 另一些委员认为，拟议设立的法院可能对一些国际罪行拥有专属管辖权，并在另一些罪行方面与国家法庭具有并行管辖权。特别报告员在其第十次报告中表示了这种看法。但是，并不是所有这些委员都就哪些罪行应归于一类，哪些罪行归于另一类取得一致意见。因此，特别报告员建议，拟议设立的法院可能对种族灭绝、有计划或大规模侵犯人权、种族隔离、非法贩运麻醉药品、劫持飞机和绑架外交官或国际上受保护人员等罪行具有专属管辖权。但是，另一些委员不完全同意这个清单。因此，有人认为，它没有提到国家的代理人或代表常常犯下的侵略、侵略威胁、干涉和殖民主义等罪行，这些罪行自然应该列入这一法院的专属管辖范围内。另一些人认为，专属管辖可适用于种族灭绝这种极其严重的罪行，但不应适用于非法贩运麻醉药品或劫持飞机这些通常由国家法庭予以管辖的另一些罪行。

42. 由于在如何界定两类罪行方面存在意见分歧，有些委员对于建立一个双轨管辖制度的可取性表示极为怀疑。

43. 另一方面，一般普遍认为，让拟设立的法院具有复审性质的管辖是不切实际的，因为很难期望哪些国家会在刑事问题方面接受它本国法院的判决需受某一国际法院复审、从而放弃其主权。

44. 法院基于属事理由的管辖权问题主要围绕着它是否应该限于治罪法中所规定的罪行、或它也应该包括某些其他国际公约中所规定的罪行。这一问题又引起了国际刑事法院和危害人类和平及安全治罪法草案之间关系的问题。

45. 一些委员对在国际刑事法院和治罪法草案之间建立任何联系的做法持保留意见,因为他们自己在治罪法草案一读时对该法的主要范围持有保留意见。他们不认为多数国家能够接受治罪法草案目前的案文,也不认为它们会同意在治罪法和国际刑事法院之间建立联系,因为这种做法可能产生不合乎需要的作用,即使可能设立的法院根本无从在现已生效的国际公约中所规定的国际罪行方面发挥任何作用。

46. 但是,另一些委员认为,如果国家能够光就治罪法中的一些罪行接受法院的管辖,便能够避免这种危险。

47. 有几位委员着重指出,除非有国际刑事管辖来执行危害人类和平及安全治罪法,治罪法就无从存在,因此,治罪法草案自然应该归入国际刑事法院的管辖之下。但这并不是说,国际刑事法院的管辖不能也包括现行公约所规定的一些国际罪行。

48. 在这方面,有人认为,委员会可以拟定两个条款,第一个条款规定国际刑事法院存在的早期阶段、治罪法尚未得到通过之前的管辖范围,第二个则在《治罪法》一旦成为国际法的一部分以后适用。根据第一个较为宽松的条款草案,法院的管辖范围只限于现行国际公约所确认的罪行,该法院则起到使该等罪行不致不受处罚的额外保证作用。第二个条款规定,法院应对治罪法中所规定的罪行具有管辖权。

49. 在这方面,许多委员也强调,法院的规约和治罪法草案应该是单独的文书,一国应能加入为该法院规约的缔约国而不必随之成为治罪法的缔约国,并且不必就国际公约所规定的一些罪行给予该法院以管辖权。

50. 一些委员认为,一国应该在批准治罪法草案的同时接受该法院的管辖。

51. 在刑事法院的管辖方面提出了两个问题。第一个问题是,谁能向该法院提出控诉;第二个问题是,需要取得哪一个或哪几个国家的同意才能使该法院对被控犯有某一罪行的某一个人具有管辖权。

52. 关于第一个问题,有人指出,借鉴在国内法中提起刑事诉讼的实践固然有用,最好还是不要把国内法中的一些概念移置国际法中。在某些法系的国内法中,向法院起诉的正式权利通常授予首席检察官或检察长等公职人员行使。该公职人员受权根据出具的证据决定是否应该起诉。如果这一公职机构是为该法院设立的,检察

官办公室至少在该法院存在的早期阶段是不应该被授权作出单方面起诉的决定。这种意见认为,如果委员会依循民法规范,并且依靠被授权提起诉讼的独立机构,就可能长期设立这些机构的情形下在费用方面遇到重大的困难,为了把这些机构在民法系统中所发挥的重大作用移置国际一级,也会遇到重大的困难。这种看法认为,最好依循英美法体系而不把检察官办公室确认为调查真相的准独立机构,而把它视为致力于在具有争议的、会使真相水落石出的严酷试验中揭示案情的某一个方面的对手。

53. 考虑到在设立检察长办公室方面的困难,有人认为,最好设想一种采取共同行动的权利,任何国家可以根据它来向法院提出诉讼。有些委员不同意这种意见。他们不认为,国际社会愿意采取共同行动,甚至不会为了最严重的罪行采取这种行动,因为这种做法有可能导致过度行为。

54. 许多委员认为,法院规约缔约国应该有权向法院提起诉讼。这些委员认为,把提起诉讼的权利限于这些国家,并不阻止任何其它国家或组织为了起诉或审判被控犯有某一罪行的某一个人的目的提出证据。

55. 一些委员还认为,委员会也可以考虑采用类似国际法院规约第35条的规定,在若干情形下非缔约国也可以受权向法院提出诉讼。

56. 一些委员提到一些国家可能有权向法院提出特定诉讼案件的问题。

57. 有人认为,由于法院对诸如侵略、侵略威胁、干涉和殖民主义等罪行拥有管辖权,不可能同意任何国家都应有权向法院提出诉讼的看法。另外有人认为,必须是罪行发生地的国家才能提出诉讼。

58. 关于政府间组织提起诉讼的权利,有分歧的意见。

59. 一些委员认为,一些政府间组织应该有权向法院提起诉讼。这种意见认为,这种做法可能有用,因为在若干情况下,基于政治上的理由,国家可能在向法院提出控诉上持犹疑态度。

60. 另一些委员不同意向政府间组织提供向法院起诉的机会。他们指出,除了关于哪一个组织应该有权向法院提起诉讼的复杂问题以外,还存在着另一些困难。如果采取这种让政府间组织有权向法院提起诉讼的做法,就无法调解国际刑事审判机制和许多国际公约中已经规定的普遍管辖。在政府间组织也有权介入的情形下国家还会接受法院的管辖,这种事情看来是办不到的。尤其,政府间组织究竟如何遵守所规定的诸如移交嫌疑犯等义务,也不清楚。也有人指出,在政府间组织的个别成员有了向法院提起诉讼的权利的情形下便没有必要再给予政府间组织以向法院提起诉讼的权利了。

61. 但是,一些成员虽然认为国际组织不应该有权向法院提起诉讼,却对联合国安全理事会开设一项例外。他们认为,由于安全理事会有权决定是否有关侵略行为或侵略的威胁或破坏和平的情事存在,并且有权采取必要措施以恢复国际和平与安全,它便应该有权向该法院提出控诉。该法院的判决不影响安全理事会的职能,因为安全理事会只有在它已经确定一国已经犯下侵略行为以后,才能会对一国官员等个人,向法院提起控诉。这些委员认为,安全理事会的行动可能为否决权而陷于瘫痪,但不认为这种可能性可据以否定安全理事会向法院提起诉讼的权利。<sup>25</sup>

62. 一些委员还建议,应该允许一些非政府和人道主义组织向法院提起诉讼。有人提到,红十字国际委员会属于这种组织。

63. 但是,另一些委员认为:从法院面前将会出现的问题来看,给予非政府组织以直接向法院提起诉讼的权利是不够谨慎的做法。例如,他们不能确信:即便红十字国际委员会有意取得向法院提出控诉,它的章程是否会允许它这么做。

64. 关于上文提到的第二个问题,即需要取得哪一个或哪几个国家的同意才能使法院对被控犯有某项罪行的个人具有管辖权,委员们表示了多种意见。有人指出,这个问题引起了需要取得哪几个国家的同意才能使法院在某一案件中具有管辖权的问题:罪行发生地的所属国家、被告的国籍国、罪行受害国或其国民为罪行受害者的国家。这种问题还扩及于是否需要取得这种国家组别中的一国或数国的同意,该法院才能行使管辖。

65. 在这一点上,许多委员认为,应该要求据称的罪犯所在地国将该犯移交主管法院,该法院规约的所有缔约国都应该承担这种义务。他们认为,任何其它的备选办法都是不切实际的。例如,在数百乘客具有多种国籍的飞机爆炸案件中如果需要取得受害国的同意,可能引起很大的问题。如果需要取得被告国籍国的同意,也会发生问题。有人认为,如果委员会认为,即使罪行并不是在该国发生、而该个人也不在其领土上,也还是需要取得国籍国的同意,那就似乎是说:国际社会并不拟建立国际刑事法院。

---

<sup>25</sup> 安全理事会和国际刑事法院之间关系的讨论载于下文第81至第87段。

66. 另一种观点认为,如果一国在其国民涉案的情形下考虑到该案件具有国际组成部分而把管辖权让给国际刑事法院,这一传统规则的问题是适切的。但是,在涉案者为外国国民的情形下,这种与确定引渡等与管辖有关的传统规则就需要考虑到法院必须审判侮辱人类良心的罪行而作出重大的修订了。因此,最好无需取得罪行所在地国的同意,否则在他们本国犯下暴行的人有可能逃避一切责任。有人指出,对于一些罪行来说,国际刑法的传统规则应该作出重大的改动,并且应该使该法院具有当然的--虽然不是专属的--管辖。在这方面,可以设想一些程序性保障措施,例如规定:诉讼应由三个国家或大会的某个委员会提起。在其它情况下,普通的管辖规则也就足够了。被控犯有某一罪行的个人可能得到豁免等其它事项也有待探讨。

67. 就基于属人理由的管辖来说,有人指出,特别报告员只是从所在地管辖的角度来加以探讨,而基于时间理由的管辖问题则未经探讨。也有人指出,关于管辖权的规则应该列入该法院或一些机构的规约,以防止提出对该法院造成妨害的轻率要求。有一位委员更是指出,也可以设想一种有别于控诉的被称为“告发”的制度。

68. 关于法院所适用的法律,有人促请注意:有必要区别罪行定义所适用的规则以及关于被告权利和审判之掌握的规则。

69. 谈到第一套规则,一般认为,根据法无明文不为罪原则,适用法律的渊源应限于依国际法界定罪行的国际公约。

70. 但是,有人认为,在目前情况下,国际习惯也是一种实体法的来源。有人以举证方式提到通常被视为危害人类和平及安全罪行--即便不曾批准有关公约的国家也这样认为--的种族隔离。有人提到纽伦堡法庭和东京法庭都以习惯法为依据。

71. 有些委员还认为,大会屡次通过的决议可以作为法律意见的反映起到某种作用,如果谁要是犯下特定法律所未包括的重大罪过,国际刑事法院不应予以纵容。

72. 虽然有几位委员极力反对这种意见,也有人指出,不应该忽视国际组织决议的作用。有人指出,大会决议可能在定性一项罪行方面具有决定性的意义,虽然在安全理事会就是否存在侵略行为上作出否定结论时,不应责成国际刑事法院屈从,一项有力的推定意见却认为,安全理事会所作的肯定结论应对国际刑事法院具有拘束力。

73. 有几位委员着重指出,可适用之实体法的主要来源应为危害人类和平及安全治罪法。谈到某些罪行可能不为治罪法所包括的可能性,有些委员认为,规约除了提到治罪法以外,还应该提到界定这些罪行的文书。另一些委员在维持他们对于治罪法与该法院之间关系的同时也指出,该法院规约应该列出属于该法院管辖范围的罪行清单。

74. 至于有关被告权利以及进行审判的规则,特别报告员曾经建议根据国际法院规约第38条的措词。虽然有些委员赞成这个办法,另一些委员则对于借鉴与国家间争端有关的条款来拟订旨在适用于刑事诉讼的规则的做法是否可取,表示怀疑。

75. 特别报告员的案文首先提到依国际法检控和防止一些罪行的国际文书。有些委员赞成这种措词方式,另一些委员则认为这种措词方式过于严格,因为它没有考虑到有关人权、生存权、酷刑等的国际公约。

76. 特别报告员的案文接着提到国际习惯。虽然有些委员同意拟议的条款,另一些委员则认为,习惯缺乏刑事法律上所要求的精确性,而且,在刑法上几乎没有任何国际习惯未被纳入国际文书。

77. 谈到特别报告员的案文内提到各国所确认的一般原则,一些委员特别提到法无明文不为罪、法无明文不罚原则和一事不再理规则。但是,有人对拟议的条款的需要性表示怀疑,认为它是多余的,因为国际社会所确认的任何刑事法原则均可作为习惯国际法规则。

78. 特别报告员建议的第四个组成部分,即司法判决和国际法学家的学说得到几个委员的支持,另一些委员则强调:有关问题只是据以确定法律规则的辅助手段。另一些委员认为不必提到法律来源,他们认为可以在国际习惯或刑事法律一般原则的标题下加以援引。

79. 第五个组成部分即国内法遭到几位委员的反对。有人提到国际常设法院的判词:从国际法及其机构国际法院的观点来看,本国法只是事实<sup>28</sup>,委员会被促请不要表述:国际法院可以援用国内法。也有人指出,除目前的情况下国内法只不过是国际法的反映这一事实外,所建议的措施会导致不确定状况和混淆。

---

<sup>28</sup> 关于德国在波兰上西列西亚地区的利益的案件,P.C.I.J,1926,Ser.A, No.7, p.19。

80. 但是,另一些委员认为,如果不能以某种方式容纳国内法,将会留下重大的漏洞。有人提到依赖国内法才能适当地发挥作用的一些公约。也有人说,基本上,只有犯了应该遵守的法律--即国内法规则--的人才会被起诉,这种法则可能是以国际法为依据而且是为了执行国际法才拟订的。在这种情况下,有人说,国内法并不光是一种事实,它也是一种法律基础,没有了这种法律基础,也就没有任何法律诉讼了。

81. 有些委员顺便提到国际刑事管辖和安全理事会之间在涉及侵略或侵略威胁等问题方面的关系问题,这个问题是特别报告员在其第九次报告中提出的,委员会在上一届会议上对这个问题作了广泛的讨论。<sup>27</sup>

82. 在安全理事会没有作出任何结论的情形下该国际刑事法院可以在其司法职能范围内完全自由地行动,这项建议得到好多委员的支持。

83. 但是,如果安全理事会总结认为:确有侵略行为等存在,则该法院是否能够就它所处理的事宜达成相反的结论就成问题了。在这方面,有人指出,可以提出论据来使该法院受到安全理事会之决定的约束,因为所有联合国机关应该意见一致,这种做法是合乎需要的;另一种好处是:该法院不用研判复杂的案情,以便达成与安全理事会相同的结论。但是也可以找到反对该法院受制于安全理事会之决定的、同样令人信服的论点,因为从原则上说,司法机关受制于政治机关所作之决定那种做法是不合乎需要的。

84. 一些委员认为,如果考虑到这样的事实:安全理事会的决定只涉及有关国家的责任,对个人的责任问题不置一词而听凭该法院作出决定,或许就可以找到对上述问题的可能的解决办法。

85. 但是,另一些委员认为,区分国家的行为和个人的行为,并不是那么容易办到的。这种观点认为,该法院必须确保安全理事会根据联合国宪章和国际法采取了行动。因此,即便安全理事会没有作出已经发生了侵略行为的结论,该法院并不受制于该项决定。

86. 但是,另一些委员指出,联合国宪章并不曾设置对安全理事会的行为进行司法复核的制度。

87. 也有人指出,如果大会确定了哪些国家犯有侵略罪行,情况便整个不一样了,因为再也不用适用宪章第25条了。大会的意见只是形成该国际刑事法院需予顾及、但不必受制于它的一部分证据。

---

<sup>27</sup> 同上,第153-第165段。

88. 谈到有关补偿的诉讼问题,有些委员支持特别报告员关于国际刑事法院可能从事对被告的刑事审判并且审理从中引起的补偿问题的建议。因此,有人强调,在若干国内法律制度下与补偿有关的诉讼可以同刑事诉讼并案办理。即便一些法制原来不许将要求补偿案件与刑事诉讼并案办理的现在也都接受这种办法,以确保受害人从使他受害的人得到补偿。在严重和大规模侵犯人权、使个人受到严重伤害的案件中,这种办法特别恰当。有人认为,应该认真地思考将一项关于补偿罪行受害人的条款载入该法院规约的可能性。也有人指出,处理国家犯下的侵犯人权事件和对受害人的补偿的欧洲人权法院和美洲人权法院的实例显示:由国际刑事法院就补偿问题作出裁决的办法,或许是有可能实现的。

89. 许多委员对把纯属对个人的刑事性质的诉讼和民事索赔要求并案办理的可能性,表示了强烈的保留意见。他们认为,国际刑事法院会发现这种并案办理的方式难于处理,而且在许多情况下会牵涉到许多受害人。此外,他们怀疑:就法院审理之罪行所引起的伤害给予补偿属于大会赋予国际法委员会的任务授权范围。这些委员认为,该任务授权涉及国际刑事管辖问题,包括关于设置国际刑事法院或其它国际审判机制的建议。无论这些不同的概念牵涉到什么,它们都具有一个共同的特征,即:一方面是旨在惩罚罪犯的诉讼;另一方面则是导致补偿付款的诉讼。

90. 在这方面,一些委员明确地区分了在一项国际罪行中受害所引起的要求补偿的权利和应该审理这个事项的机关之间的差别这个问题本身。他们赞成前者,但对审理这个问题的国际刑事法院则抱持深为怀疑的态度。因此,他们建议采取备选办法。有人说,国际刑事法院的基本职能本身应该是从事罪犯审判,有人问起:补偿问题是否最好不要由国际法委员会作为法院系统的下属机关以准官方的方式处理。另一些委员认为,国际刑事法院固然可以审理管辖问题,国际法院也可以审理补偿问题。

91. 但是,这项建议引起了一些反对意见。有人认为,如果这个问题提请国际法院审理,国际法院必定会重新审议国际刑事法院已经审查过的所有证据。两个机关的结论甚至会不一致。另一些委员指出,国际法院规约第36条第2(d)款规定:只有国家才能作为国际法院的当事方。对于这一点,一些委员和特别报告员答复说,(a) 国际法院的被告方是负有所谓原则责任的某一国家,事实上这一点已载于治罪法草案中,因为治罪法草案规定:可以诉请法院要求某一国家为其代理人的行为提供补偿;(b) 国际法院的原告方也应该是以其受害于危害人类和平及安全罪行的国民名义提出诉愿。但是,有些委员怀疑:“外交保护”的条例可适用于国际刑事问题。

92. 另一些委员认为,基于上段所述,整个赔偿问题毋宁属于国家责任专题的范围。

93. 关于将刑事诉讼主体解送国际刑事法院的问题,许多委员支持特别报告员和建议:规约的每个缔约国应将属于国际刑事法院管辖之罪行的任何据称的罪犯解送该法院的检察当局。有几个委员也支持这样的主张:将某一罪行的据称的罪犯锄头国际刑事法院检察当局并不是引渡,因为规约当事国不能把国际刑事法院所从事的审判视为某一外国法院的审判。也有人指出,应该由国家在引渡和向国际刑事法院解送被告之间作出区分,从而消除某一国家拒绝引渡其国民的可能性,这种做法或许有用。在这方面,有人希望:所要设立的检察制度将包括一项特别保证,以便免除引渡程序中通常需要进行的预先听证。

94. 另一方面,一些委员提请注意:必须确保基本正义原则得到遵守并使被告的基本人权得到尊重。在这一点上,有人问起:某一国家在将某人解送国际刑事法院时是否有权举行本国程序来决定它本国关于保护人权和其它事项的标准是否得到遵守。

95. 关于双重听证原则或双轨管辖问题,许多委员支持特别报告员的看法:拟议设立的国际刑事法院的组织应能确保国际刑事法院的初审裁决能够在国际刑事法院本身的系统范围内得到复查。他们把这项规定视为任何刑事诉讼的根本保证,《公民权利和政治权利国际公约》第14条第5款中也有这样的规定:凡被判定有罪者,应有权由一个较高级法庭对其定罪及刑罚依法进行复审。这一规定考虑到:没有任何一个法院是一贯正确的,因此上诉是一个重要的保证。这些委员中有人强调,应该授权上诉机关顾及一切事实、证据和能够帮助它作出最后决定的另一些有关因素。但是,有人认为,复查时可能不必彻底重新审查案情,可以只限于核查诉讼的正确性。他认为,在法国法律(司法复查的适用)中的这种“撤销原判的上诉(pourvoi en cassation)”或许比较能够令人接受。

96. 有些委员主张采取一套关于上诉制度的详细规则。尤其,有几个委员认为,初审应由国际刑事法院的一个法庭审理案件,上诉则应该由全体法院审理。让国际法院发挥一定的作用,或许也办得到。

97. 有人特别着重指出,双轨管辖应该根据公约第14条第5款的方针大力采用,因为除非采用双轨司法,双重听证规定也就毫无意义。在这种制度中,初审案件应由资历较浅的、或协理的法官审理,而上诉则只交给较资深的法官全体出庭参与审理。由在建制内同属较高级别的法官来复审其同僚所作之判决的制度可以视为对司法的曲解,引人注意的是初审法官的声望,扩而大之,则涉及国际刑事法院本身所作之判决的可信赖程度。

## 2. 国际刑事管辖问题工作组

98. 在对特别报告员报告的讨论终了时,委员会决定设立一个工作组<sup>28</sup>,其任务授权为进一步审议并分析委员会第四十二届会议工作报告中有关国际刑事法院问题,包括拟议建立一个国际刑事法院或其它国际刑事审判机制的问题所引起的主要问题。在这样做的时候,工作组应参照委员会过去各届会议和本届会议上的讨论情况,顾及特别报告员在其第九次报告(第二部分)和第十次报告中所提出的问题。工作组也应针对它将在其任务授权范围内审议和分析的各个问题草拟具体的建议。

99. 工作组举行了16次会议,在这个过程中,它拟订了一份向委员会载述若干具体建议之摘要的报告、一份研议并分析同拟议建立国际刑事管辖权有关的一些问题的详尽报告、以及一个附录。

100. 1992年7月14日第2284次会议上,工作组主席提交了工作组报告,委员会于1992年7月14至17日举行的第2284至第2287次会议上审议了该报告。

101. 委员们普遍对工作组的工作表示极其赞赏,它在较短的期间内编制了非常有价值的文件,以极为高超的技巧分析了可能设立的国际刑事法院所涉及的问题。

102. 委员们还表示赞赏工作组提出的、载于其报告A部分第396段中的具体建议,它基于求同存异的立场就今后的有关工作达成了协商一致的意见。委员会的许多委员都同意采取这一立场。

---

<sup>28</sup> 工作组的成员为:阿卜杜勒·G. 科罗马先生(主席)、杜杜·锡亚姆先生(当然成员,“危害人类和平及安全治罪法草案”专题(以下称“专题”)的特别报告员)、侯赛因·巴哈纳先生、加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、约翰·德萨拉姆先生、卡米勒·伊德里斯先生、安德烈亚斯·雅科维德斯先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、阿兰·佩莱先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森斯托克先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、弗拉德连·韦列谢京先生和弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。在科罗马先生缺席时,由锡阿姆先生代理主持了工作组的几次会议。

103. 但是,有一些委员指出,他们认为:工作组所建议设立的国际刑事法院较具专项机制的性质,而不是一个常设的法院。他们对此感到遗憾,因为他们认为:如果国际刑事法院的法官在职务上要能够彻底摆脱其它考虑而专注于司法裁判,长期性是非有不可的。这些委员中有些人感到遗憾地说:工作组没有充分探索国际法院在刑事问题上可能起到的作用。

### 3. 委员会的决定

104. 1992年7月17日第2286次会议上,委员会决定将工作组报告列为委员会本届会议报告的附件<sup>29</sup>并同意以工作组报告A部分第396段中所列举的建议和报告中所载述的大计方针作为展开今后工作的基础。此外,委员会还达成了以下结论:

- (a) 通过特别报告员关于危害人类和平及安全治罪法草案的第九和第十次报告和全体会议对这两份报告的辩论以及工作组的报告,委员会完成了大会于1989年委托它进行的、分析“设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制”问题的任务;
- (b) 工作组报告中载述的、更加详细的研究证实了委员会早些时候表示过的意见,即根据工作组报告建议的办法设立的结构可能是一种行得通的制度;
- (c) 为了进一步进行有关这一问题的的工作,大会应延长委员会的任务期限,并且需要以规约草案的形式编制详细的项目,而不需采取更具一般性或探索性的研究形式;
- (d) 大会现在应该决定的问题是,国际法委员会是否应着手进行国际刑事管辖项目,以及应在什么基础上从事这项工作。

---

<sup>29</sup> 见本报告附件。

## 第三章

### 国家责任

#### A. 导言

105. 对于“国家责任”这个专题的条款草案，1975年委员会第二十七届会议通过的总计划设想的结构如下：第一部分涉及国际责任的起源；第二部分涉及国际责任的内容、形式和程度；委员会可能决定列入的第三部分可能涉及解决争端和履行国际责任的问题。<sup>30</sup>

106. 1980年委员会第三十二届会议一读暂时通过了关于“国际责任的起源”的条款草案第一部分。<sup>31</sup>

107. 委员会的第三十二届会议也开始审议关于“国际责任的内容、形式和程序”的条款草案第二部分。

108. 委员会从第三十二届会议(1980年)至第三十八届会议(1986年)共收到特别报告员威廉·里普哈根提交的涉及条款草案第二和第三部分的七次报告，<sup>32</sup> 从那时以后，委员会就设想把关于争端的解决和国际责任的执行的第三部分列入条款草案。第七次报告有一节(在委员会上既没有介绍也没有讨论)载有条款草案第一部分进行二读的准备工作情况，涉及各国政府对第一部分中10条条款草案的书面评论。

---

<sup>30</sup> 《1975年...年鉴》，第二卷，第55-59页，文件A/10010/Rev.1，第38-51段。

<sup>31</sup> 《1980年...年鉴》，第三卷(第二部分)，第26-63页，文件A/35/10，第三章。

<sup>32</sup> 特别报告员的七次报告见：《1980年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第107页，文件A/CN.4/330；《1981年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第79页，文件A/CN.4/334；《1982年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第22页，文件A/CN.4/354；《1983年...年鉴》，第二卷(第一部分)第3页，文件A/CN.4/366和Add.1；《1984年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第1页，文件A/CN.4/380；《1985年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第3页，文件A/CN.4/389；和《1986年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第1页，文件A/CN.4/397和Add.1。

109. 1986年委员会第三十八届会议结束时，暂时通过了第二部分第1至第5条草案。<sup>33</sup> 第二部分第6至第16条草案<sup>34</sup> 和第三部分第1至第5条草案及其附件<sup>35</sup> 已提交起草委员会。

---

<sup>33</sup> 委员会迄今为止暂时通过的第二部分条款草案案文如下：

“第 1 条

一国所犯的国际不法行为按照第一部分的规定引进的该国的国际责任、产生本部分所列的法律后果。

“第 2 条

本部分各项规定，在不妨碍第4条和(第12条)规定的条件下，适用于一国的任何国际不法行为的法律后果，但那些法律后果已由专门有关该国际不法行为的国际法其他规则所确定者不在此限。

“第 3 条

在不妨碍第4条和(第12条)规定的条件下，本部分各项规定未列出的一国的国际不法行为的法律后果应仍遵照习惯国际法规则的规定。

“第 4 条

本部分各项规定中所列一国国际不法行为的法律后果，在适当情况下应遵照《联合国宪章》关于维护国际和平与安全的規定和程序。

“第 5 条

1. 为本条款的目的，“受害国”指在一国行为根据本条款第一部分的規定构成该国的国际不法行为时，其权利遭受该国行为侵犯的任何其他国家。

110. 1987年委员会第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生为国

<sup>33</sup>(续) 2. “受害国”特别指下列情况:

- (a) 如一国行为侵犯因双边条约而产生的权利。则另一当事国即为受害国;
- (b) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭的判决或其他具有约束力的解决争端的裁决而产生的权利, 则有权享受该权利的其他争端当事国即为受害国;
- (c) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭以外的国际机构的具有约束力的裁决而产生的权利, 则根据该有关国际组织的组成文书有权享受该权利的国家即为受害国;
- (d) 如一国行为侵犯因条约对第三国的规定而产生的权利, 则该第三国即为受害国;
- (e) 如一国行为侵犯因多边条约或习惯国际法的规则而产生的权利, 在证实下列情况的条件下, 该多边条约的任何其他当事国或受习惯国际法有关规则约束的任何其他国家即为受害国;
  - (一) 已经设立或所确立的权利对其有利;
  - (二) 一国行为侵犯该权利必然影响多边条约其他当事国或受习惯国际法规则约束的其他国际享受权利或履行义务, 或
  - (三) 已经设定或所确立的权利的目的是为了保护人权和基本自由。
- (f) 如一国行为侵犯因多边条约而产生的权利, 在证实该条约明文规定这项权利的的目的是为了保护当事国的集体利益时, 则该多边条约的任何其他当事国即为受害国。

3. 此外, 如国际不法行为构成国际罪行, 则(在第14和第15条规定的各国的权利和义务范围内)所有其他国家即为“受害国”。

<sup>34</sup> 第二部分第6至第16条草案案文见《1985年...年鉴》, 第二卷(第二部分), 第20页, 注66。这些条款在1985年第三十七届会议上提交起草委员会, 见同上, 第162段。

<sup>35</sup> 第三部分第1至第5条草案案文及其附件见《1986年...年鉴》, 第二卷(第二部分), 第35页, 注86。第三部分的5个条款及其附件在1986年第三十八届会议上提交起草委员会, 见同上, 第63段。

家责任专题的特别报告员。<sup>36</sup> 委员会收到了1988年初步报告(A/CN.4/416和Corr.1(只有英文本)和 Corr.2, A/CN.4/416/Add.1 和 Corr.1(只有英文本)、Corr.2 和 Corr.3(只有西班牙文本)和1990年第二次报告(A/CN.4/425 和Corr.1(只有英文本)和 A/CN.4/425/Add.1 和 Corr.1(只有英文本)。在1989年和1990年第四十一届和第四十二届会议上, 委员会将条款草案第二部分第二章(国际违法行为产生的法律后果)第6、第7、第8、第9和第10条草案<sup>37</sup> 提交起草委员会。

111. 委员会在1991年第四十三届会议上收到了特别报告员第三次报告(A/CN.4/440 和 Add.1), 委员会听取了对该报告的介绍但由于时间不够未能进行审议。

## B. 本届会议审议这个专题的情况

### 1. 对整个专题的评论

112. 本专题普遍认为是当代国际法主流的核心和值得给予最优先考虑的问题。特别报告员打算在进行他的工作中给予应有的注意, 以便使委员会能在其委员本届任期结束前完成条款草案的一读。有人评论说, 委员会应在本届任期结束时争取完成本专题的一读, 包括对第一部分的必要修改和删节。

113. 几位委员强调完成关于国家责任的最后草案, 将是对国际法十年的重大贡献。有的委员请委员会利用由于意识形态对抗的消除和更有利于协商一致的国际气氛的出现所创造的有利机会。

114. 考虑到国家责任第5条规定, 强调需要使对国家责任工作的进展与危害人类和平及安全治罪法工作的进展齐头并进。还要注意到“国家责任”专题和“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”的专题之间的关系。

---

<sup>36</sup> 《1987年...年鉴》, 第二卷(第二部分), 第220段。

<sup>37</sup> 第6和第7条案文见国际法委员会第四十一届会议工作报告(《大会正式记录, 第四十四届会议, 补编第10号》(A/44/10)), 第191-193页, 第229和第230段; 第8、第9和第10条见国际法委员会第四十二届会议工作报告(《大会正式记录, 第四十五届会议, 补编第10号》(A/45/10)), 注247、262和263。

## 2. 载于特别报告员初步和第二次报告中的条款草案

115. 起草委员会在第2288次会议上向委员会提交了该委员会有关其关于国家责任的条款草案工作的一份报告(A/CN.4/L.472)。这些条款草案载于特别报告员的初次和第二次报告中并在1989年和1990年委员会第四十一和第四十二届会议上提交起草委员会。起草委员会举行了25次会议专门审议了这些条款草案,并顺利地完成了关于条款草案的工作。它一读通过了拟列入第1条的新第2款,以及第6条(停止不法行为)、第6条之二(赔偿)、第7条(恢复原状)、第8条(补偿)、第10条(满足)和第10条之二(承诺并保证不重犯)。

116. 委员会根据其对不附带评注的条款不予通过的方针,同意将拟议的条款草案推迟到其下届会议去采取行动。那时,委员会将收到它所需要的材料使它能就拟议的条款草案作出决定。目前,委员会仅是注意起草委员会的报告。

## 3. 特别报告员的第三和第四次报告

117. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/440 and Add.1),如前所述委员会在上届会议上听取了对该报告的介绍,并在其第2265次、2266次和2267次会议上专门进行了讨论。委员会还收到了第四次报告(A/CN.4/444 and Corr.1 and Add.1, 2, and 3),该报告在第2273次、2275次和2277次会议上作了介绍,并在第2273至2280次和第2283次会议上专门进行了讨论。

118. 两份报告均论述了国际不法行为或“反措施”的“手段性”后果,即用特别报告员的话来说,论述了受害国可能对犯有国际不法行为的国家采取的措施所产生的法律制度问题,更明确地说原则上论述了适用于发生违法行为的措施。

119. 在听取特别报告员的介绍后,委员会审议了载于第四次报告中的第11至第14条和第5条之二的条款草案,并决定在其第2283次会议上将它们提交起草委员会。几位委员对在草案中列入反措施的条款问题保留了他们的立场。

120. 委员会委员们关于上面提到的条款和总的反措施问题的评论的意见反映在下文第121至276段中。

(a) 对反措施问题的一般看法

121. 特别报告员在概括他在委员会上届会议<sup>38</sup>上所作的关于第三次报告的介绍时指出,构成国家责任草案第二部分核心的反措施的法律制度,是整个专题的最困难的议题之一。他指出,关于不法行为的实质性后果,可以从国内法的推理来处理国际一级出现的类似问题,但国内法对反措施不能提供多大帮助。研究反措施问题的另一个困难是,国际社会缺乏任何制度化的补救方法对一个犯有国家不法行为的国家采取行动。因此,受害国就一般国际法而言,必须主要依靠它们本身的单方面反应;而在这方面,委员会在制订合法诉诸此种反应的条件时,必须以最大的慎重态度保证各国之间事实上的不平等不致过分地对强国和富国处于比弱国和贫困的有利地位产生影响。

122. 普遍把反措施看成是尚未顺利建立有效的执法集中制度的国际社会的不完全结构的一种反映。在这方面发表的意见认为,由于缺乏联合国安全理事会采取有效行动的保证,国际社会令人遗憾地仍然缺乏这样一种制度,甚至在有关国际和平与安全的问题上;并认为不论怎样,大多数国际不法行为不属安理会的权限范围。同时,近年来的事态发展被看成是对国际关系的新做法取得进一步进展的令人鼓舞的前景的开端,这种国际关系是在国际联盟盟约中得到表述并在联合国宪章中得到确认的。

123. 对反措施在关于国家责任的法律中是否占有一个位置的问题,产生了分歧的意见。

124. 有一种意见认为,问题是是否委员会可以把一个多世纪来完全适用于某些国家做法的反措施形式看成是国际法的规则因而适宜进行编纂。这个问题被看成是否定的,因为一种反措施的规定,不可能真正维护所有国家的利益和立场,因此会使当前的不公正事态加剧。有人提起注意特别报告员的意见即强国或富国在实行补救办法时很可能享有对弱国或富国的报复或反措施形式的有利条件,有人对此评论说,采取反措施的受害国往往本身就是不法行为国家,而被指称违反其国际义务的国家本身却是非正义行为的受害者。根据这种意见,实际上报复或反措施往往是较强大的国家的特权,作为一般国际法一部分的报复或反措施概念的不适当行为在于

---

<sup>38</sup> 见国际法委员会第四十三届会议工作报告(《大会正式记录,第四十六届会议,补编第10号(A/46/10)》),第311-322段。

这样一个事实，即它就是强国和弱国、小国在后者不能维护它们国际法规定的权利时期两者之间关系的结果。因此，有人说许多小国把报复或反措施概念看成是不论是武装或非武装的侵略或干涉的同义语。关于特别报告员设想的有条件的反措施的严格制度的问题，有人说这样一种制度将对强国有利而对弱国或小国不利或甚至有害。因为特别报告员正确指出的事实上的不平等使人难以想象一个弱国得以有效地和有诚信地向一个强国采取反措施，以便使该强国犯有国际不法行为后履行义务。有人进一步提出这样的问题，即考虑到联合国宪章第一〇三条的规定，反措施或报复是否符合宪章第二条第三和第四项与第三十三条以及现代国际法的精神。根据这种意见，因此反措施在国家责任的法律中不占有位置，将反措施列入草案完全不可能增加草案的可接受性，而只可能被弱国看成是企图使不确定的和有争论的概念合法化，被强国看成是发挥法律的监护者作用的一种阻碍。

125. 除了《联合国宪章》以外，有人在这方面还提到了规定不干涉别国内外部事务的多项大会决议，其中包括《不容干涉和干预别国内政宣言》(大会第36/103号决议)。有人提请注意该宣言第二节(k)段，该段规定各国义务不得在违反《宪章》的情况下向另一国施行任何多边或单边经济报复或封锁。有人表达了如下意见：由于这种禁令是大会行使《宪章》授予它的权力而宣布的，因此它具有一种政治份量，委员会必须考虑此种份量。还有人提请注意《美洲国家组织宪章》第19条，<sup>39</sup> 该条明文禁止使用报复，无论报复是否涉及使用武力。

126. 好几位委员把上述论据及若干其他论据看成是请委员会在对待反措施的规定问题时采取极为慎重的态度。

127. 有人特别提请注意此问题的复杂性。在这方面有人评论说，国家诉诸反措施的能力要受一系列复杂条件的限制，并认为如果适用的法律关系的结构基本上是双边性的，则所涉的问题相对来说并不复杂；如果是在双边范围之外，特别是当适用的法律关系的结构内存在着一个体制核心，由它提供纠正措施或制裁和解决争端的程序时，所涉的问题就变得复杂得多。在后一种情况下产生了下列进一步问题：确定是否可以不仅采取具体适用的制度所规定的程序，而且还可采取根据一般国际法所准许的措施？因此也产生了如下问题：人们对于反措施实际上是否已有充分的了解和明确，委员会拟赞同并举荐一种程序作为当代及未来国际法中处理国家间关系的公认的强制性法律程序？

---

<sup>39</sup> 联合国，《条约汇编》，第119卷，第3页和第721卷，第323页。

128. 在这方面提出的第二个问题是，委员会是否需要作出如下规定：受害国实际上可依照争端解决程序、反报措施以及外交抗议所提供的真正的补偿机会“任意处理”。第三个问题是，国际法制度的目标依定义是在国际一级建立法治，在一个编纂的文书中规定各国可对破坏规则的行为自行作出反映，这对此目标不可能有所补益。在这方面，有人表示如下关切：反措施概念本身似乎与一些国际法律界已将之视为依靠的某些一般基本原则相对立。这些原则包括各国主权平等原则，法律面前平等原则以及和平解决争端的原则。对于处理此问题应持极为谨慎的态度，列举出另一个理由是，适用反措施很可能出现滥用现象，这不仅是由于各国实力不均衡，而且是由于在许多小国和穷国中决策反复无常，外交关系和私人关系不加区分，反措施可能引起螺旋式升级，从而危害国际生活的稳定。由于防止反措施的不相称性的任何可能的保障措施以及为惩罚目的而使用反措施都很可能成为不切实际的幻想，因此在处理此问题时持谨慎态度被视为愈发必要。在这方面发表的意见都反映在专门论述反措施的功能和论述第13条草案的章节中（见下文第153-156和第206-217段）。

129. 许多委员尽管承认反措施问题是一个十分微妙的问题，应极为小心谨慎地加以处理，但同时认为委员会不能忽视国际生活的现实，应该在草案中规定一项反措施制度。

130. 一些委员对委员会可采用的各种备选办法进行了评论。备选办法之一是声明草案不使任何反措施问题受损害：这种备选办法被认为是危险的，因为这为主观地行使这些权力敞开了大门。从前这样使用过，招致了强烈的批评。另一备选办法是取消作为关于不法行为后果的法律的一部分的反措施。这种备选办法一方面被视为会起反作用，因为草案因此可能令某些国家难以接受，担心自己的行为引起异议；另一方面，鉴于一位委员所说的，按照习惯国际法反措施长期以来获得确认以及草案第一部分第8条中正确清楚的措词，也引起反对。

131. 而且，在草案中列入禁止反措施，也有人将此称为极端的解决办法。因为它忽视了如下事实，即在任何社会中，都必须容忍一定程度的胁迫，只要它不超出某种限度。象特别报告员那样努力界定反措施的范围，被视为是一种与国际法院

在科孚海峡案上的判词<sup>40</sup>相一致的做法。该判词实际上，并且鉴于此案涉及的是武装部队在一国领海上实施的实际强制行动，暗示了容许的反措施的界限和性质。因此委员会被敦促不要再审议对反措施的规定是否适当的问题——反措施是在目前阶段当国际义务遭到违反时贯彻国际法的唯一手段——而是应拟订一项既不不适当地有利于强国、又能使所有国家的权利受到尊重的制度。

132. 许多委员承认，由于执法机制的不完善性，不得不给受害国留出一些采取直接和独立行动的余地；又由于反措施无疑会在国际关系中作为处理国际不法行为的措施存在下去，因此必须防止其受到滥用。有人在这方面提到，不久前，一些强国声称受到归咎于一些弱国行动的伤害，它们对后者实行了以惩罚性军事远征形式的报复，其最终目的是为自己获取大量好处。于是有人提出了这样的问题：这种有违正义——且不说有违国际法——的做法是否依然存在？即使以新的形式存在？有人还补充说，委员会不能掩盖此现象，特别是它已专门拟订一项特别条款即第一部分第30条对出现国际不法行为后正当地实施反措施的问题作了规定。

133. 这些委员敦促委员会把力量用在劝阻自助和将容许的单方面采取行动的范围降到最低限度。反措施的规定，只要其目的是消除惩罚性因素，保证停止不法行为，即迫使各国恢复对法律的遵守并最终将有关争端付诸公正的第三方解决程序，则被视为促进对法律的尊重的建设性方式。有人说，委员会应避免使问题的现状凝固不变，应弄清并完善最近的实践所显示出来的进步因素，以便加强对可能滥用反措施的防范。在这方面有人说，继赫尔辛基进程和冷战结束，由于更有效地利用和平解决争端的现有机制和程序出现了新的机会，采用容许的反措施的范围因而正在缩小。因此有人建议委员会应在草案的一项条款中或在一条评注中明确地规定，如一国的权利受到侵犯时，受害国不仅可以诉诸单方面措施，还可诉诸一系列合法的补救办法，从反报到由国际机构进行干涉等。

---

<sup>40</sup> “本法院只能将所指称的干涉权视为强力政策的表现，此种强力政策过去曾造成最严重的滥用；不论国际组织中目前有多少缺陷，它在国际法中都不占有位置。这里以特定形式出现的干涉或许更不能容忍，因为从事物的性质来看，此种干涉只能留给最强大的国家实行，很容易导致阻碍司法本身的裁判。”（《1949年国际法院裁决集》，第35页）。

134. 一些委员指出，在界定反措施制度时应特别注意发展中国家和穷国弱国的情况，它们采取有效的反措施的能力显然与发达国家有很大差别。他们敦促委员会不要把政治一级可能存在的权力关系移到法律领域中来。

135. 另一方面，也有人说，权力是个很相对的概念，就反措施而言，某些发达国家实在没什么可让某些第三世界国家羡慕的。并补充说，委员会应努力制定出均衡的规则，而不必过多地考虑政治背景问题。

136. 另外在提及给反措施作出规定的一般方针问题时，某些委员提出如下问题：是否应不考虑联合反措施。在这方面还有人说，有组织的国际社会在条款草案中应有一个位置，尽管这方面的雄心还是初步的。有人说，反措施应该置于某种集体控制之下，但是国际社会不可能很快就承担起这一任务。

137. 一些委员评论了国家实践在拟定反措施制度中的作用，在这方面有人说，可以依靠的实际判例只限于很少的几个案件，从现有实践中归纳出习惯性规则实非易事。强调不仅需要研究导致司法判决和仲裁裁决的国家行为，而且需要研究没有引起诉讼但被提到多边一级（即在大会和安全理事会）以及区域和双边一级处理的国家行为。还说，占大多数的新独立的发展中国家没有对现有实践的发展产生过影响，对它们的行为给予的注意不够。恰当的例子是关于保护外国人员的法律，该法律是在不顾小国行为的情况下拟订的。一些委员认为，反措施方面的国家实践基本上只是强国的实践，在制定这方面的规则时以此作为基础，可能得不到足够多的赞同。

138. 好几位委员强调，鉴于国家实践极为缺乏，委员会的基本任务是要促使国际法逐渐发展，因此应仔细地规定其工作的理论基础，努力协调所有国家的利益，不论其发展水平或者其经济或军事实力如何。有人强调，需要从国际法的主要原则，如禁止诉诸武力的原则和平解决争端的原则得出结论。有人还提到诸如“强制法义务”和“普遍义务”等概念，提到人们公认存在着较高等级的即《宪章》所载的规则和原则。此外，有人建议，应考虑到当代的国际现实、国际现实中所存在的各种不同的法律制度以及协商一致的必要性。

(b) 同本条款草案中列入一项反措施制度有关的要素

(一) 反措施的概念：术语和概念

139. 就术语而言，普遍同意特别报告员的看法，即为了条款草案的目的，反措施的概念与报复的概念相同。大多数委员认为，在“反措施”和“报复”之间应优先考虑“反措施”，这一措词是中性的，委员会在草案第一部分第30条中、以及国际法院和一些仲裁庭都曾使用过这一措词，而“报复”一词带有惩罚的意思，因为它往往同使用武力联系在一起，因此在国际法中出现禁止使用武力的情况下，它具有一种贬意的涵义。但有少数委员表示倾向于“报复”一词，尽管其具有令人遗憾的涵义。在这方面，有人指出，所讨论的措施威胁到国际秩序，“报复”一词好处在于可集中注意于其可疑的特性。

140. 但是，某些委员强调反措施的概念比报复的概念广泛，并且特别包含了反报和更一般地来说一切形式的对非法行为的合法反应。因此一位委员认为，这种意见以后应在关于反措施的一项条款中或在一条评注中充分反映出来。

141. 许多委员同意应放弃自助的概念。有人说，这一概念没有任何法律依据，仅有助于扩大自卫的范围。

142. 在辩论的过程中，委员们对反措施概念进行了各种分析。有些委员认为，反措施应被视为临时保护措施，作为强制性遵守被违反的初级义务的一种手段；从这一角度来看，一旦不法行为者遵守初级义务，根据反措施采取的行动就必须停止或取消。但另一些委员认为，临时保护措施完全旨在防止或减轻具有持续性的不法行为的影响，因而不应有先决条件，就此而言，应当区别临时保护措施和反措施。

143. 另一种意见是，诉诸反措施最初是一种优势的特权，其行使完全由各国自由处置，目前这一工作的目的是将优势的特权转为一种替代的特权，以确保滥用诉诸反措施的权力可能受到遵守法律的限制。根据同一思路，人们提到“双重作用”概念，根据这一概念，某些单方面行动由一国代表国际社会执行，强调必须确定在何种程度上国家采取的单方面行动根据国际法是可以允许的，如果存在采取此类行动的权力，在何种程度上此种权力的行使应当予以限制，以及在何种程度上应当完全禁止。

144. 有人提出反措施是否不应作为违反国际义务来分析的问题。在这方面，有人说，根据第一部分第30条，一国的行为如构成因另一国犯有某项国际不法行为

而引起的合法措施，则该行为的不法性应予排除。有人问道，该案文为什么没有规定，除非有关国家能够确立排除其不法行为的情况，则反措施为不法行为，而不规定反措施是对国际义务的违反，但在这些情况下它是合法的。有人指出，这对在特定案件中举证责任由何方承担这一极其重要的问题至为关键。

145. 关于国际不法行为与私法概念和制度手段性后果之间的类比问题发表了各种不同的意见：尽管有人表示同意特别报告员的意见，认为反措施问题同国家法律制度所承认的国家责任制度几乎完全不符合，但另有一些人则说，第三和第四次报告中引用的一些案例，如有关不守信约者不得要求他人践约原则的案例使得特别报告员关于同私法渊源的类比几乎完全被排除的结论无效。

## (二) 在目前范围内拟设想的各类措施

146. 大多数委员强调，对自卫应当采用限制性的办法，委员会在草案第一部分第34条中所采取的立场应当严格坚持。《联合国宪章》第二条第四项和第五十一条之间的关系被认为是所允许范围的最好的试金石，对第五十一条应作狭义的解释，因为广义的解释将为较强的国家滥用权势打开方便之门——对第14条草案的讨论也涉及这一方面问题(见下文第228段)。

147. 但有些委员对在目前范围内列入自卫提出了疑问。有人说，根据对第一部分第30条的评注第(3)段，“反措施”一词并不涉及使用武力，而且委员会将反措施(在第30条中处理)和自卫(在第34条中处理)加以区分。因此，有人说，“自卫”并不在反措施的范围之内。某些委员强调，委员会能够而且应该避免处理在目前范围内涉及《联合国宪章》第二条第四项和第五十一条的问题。

148. 几位委员进一步指出，第三和第四次报告意图包括适用于违法案件以及草案第一部分第19条和危害人类和平及安全治罪法草案所涉及的案件的各种反措施，自卫是对罪行作出的反应。他们认为，两份报告均列入自卫表明，就反措施而言，难以分别处理违法行为和犯罪行为。另一种意见认为，应在委员会审查国际罪行的实质性后果时处理自卫问题，因为这一问题仅在有关违反禁止使用武力这一国际法强制性准则时才出现。还有人提到自卫权利同《宪章》所规定的、作为对危及国际和平与安全行为的反应的其他“手段性措施”之间的密切关系。

149. 委员们普遍同意特别报告员的意见，认为“制裁”一词应当限于国际机构所采取的措施，在这方面某些委员提到，安全理事会是其最明显的例子。

150. 几位委员同意特别报告员的意见，认为反报措施在关于国家责任的草案

中没有地位，因为它们构成可允许采用的合法的、虽然是不友好的措施，即使其所针对的国家并未犯有国际不法行为也是如此。但另一些委员则主张采用一种更适当的办法。其中有些委员说，反报措施的可行性和有效性可能引起一国是否需要采用反措施这一问题。另一些委员说，应当根据反报措施是针对一种不友好的行为还是针对不法行为对其进行区分，在后一种情况下，它构成该议题的一部分，受相称性原则的指导。还有人说，反报不可能总是被视为一种合法的行为，因为正如特别报告员所承认的那样，在有些情况下，一国应当根据《联合国宪章》，不采取反措施和反报。有人进一步提请注意禁止采用经济反报或压力，如美洲国家组织宪章第18条所规定，没有任何理由说委员会不应当依靠区域一级的现有规定。

151. 关于对等措施，有人说，其突出的特点在于其适用可能意在确保停止不法行为和遵守广义上的次级赔偿义务，或意在引起有关国家之间初级义务的变更，导致一种不同于原始义务的标准。尽管如此，仍普遍同意，它们不应被视为一类独特的反措施，不值得专门处理。相反，它们被视为更广泛的对等概念的特殊适用，对等概念适用于国际法和国际关系的各个领域。有人建议，它们应当在相称性问题范围内处理。但是，某些委员同意，如果对等概念只限于外交和领事关系，则也可以占有一个有用的位置。

152. 关于作为反措施的中止和终止条约的制度，一般的意见是，应当尽可能依靠1969年《维也纳条约法公约》，<sup>41</sup> 特别是其第60条。但是，有人提请注意构成条约法一部分的中止和终止条约制度和同责任法更直接有关的违反条约的后果之间可能产生的混淆。在这方面有人说，关于国家责任，维也纳规则也许应当被视为特殊法，根据这些规则，在中止或终止条约之前必须遵守各种程序规定。反措施一般应适用一种相对自由的制度，而简单的中止条约却需要一种复杂的程序，有人对这一情况表示困惑。各国可能认为这些程序对于实际的目的而言过于繁琐。而且有人强调说，一方面，委员会应将中止或终止条约的权利限于实际违反国际义务的情况，对于人道主义性质的条约和规定了“不可分割的”或“完整”义务的条约则完全排除这种权利，以便坚持“条约必须遵守”的原则；另一方面，委员会应当考虑通过要求违反国际义务同有关条约之间存在密切的联系来进一步限制中止或终止条约的权利。

---

<sup>41</sup> 联合国，《条约汇编》，第1155卷，第331页。

### (三) 反措施的功能

153. 许多委员强调，委员会应当集中于停止和采用商定的争端解决办法，以此作为诉诸反措施的正当理由，应当脱离惩罚性报复的概念，这一概念在当代国际法中没有地位。在这方面，有人说，大多数违反国际法的情况完全是由于过失所致，在国际法上具有相同法律地位的伙伴之间的关系中，任何一方均不能装作“法官”，特别是根据主观的评估。还有人说，如果赋予反措施以惩罚的功能，这些措施将仅限于具有惩罚手段的少数几个国家所专用，这将再次造成国家之间不平等的问题。依靠相称性规则来节制有关过度的惩罚意图被认为没有帮助，因为相称性的确切含义并非总是很清楚。因此有人建议，草案中明确规定不得承认报复具有惩罚的功能，无论促使受害国采取这些措施的动机为何。提到的其他各种可能是列入一项条款禁止各国从事惩罚性报复或反措施，或在草案某处详细说明，反措施为一种补救办法，旨在引导不法行为国回到合法的道路上来。

154. 但是有人提出，从反措施功能中排除惩罚性因素会不会给人一种防止滥用权势的虚假保证，因为在实际上难以区分惩罚性和补偿性方面的问题。在这方面，有人说，从通常伴随采取反措施而作的声明中常常可以看出是否有惩罚的意图，根据有关法律机制的复杂程度，这种意图可以或多或少地巧妙地掩盖起来。

155. 尽管有上述看法，但有些委员认为，在反措施范围内，惩罚的概念有一定的重要性，一方面是涉及影响到国际社会根本利益的各种国际罪行，另一方面是涉及和平解决争端的阶段。

156. 在对第11条草案的讨论中也谈到反措施的功能问题(见下文第179段)。

### (四) 在反措施范围内犯罪和违法行为的区分

157. 有几位委员注意到，第三和第四次报告旨在处理适用于违法行为的反措施，有关国际罪行的类比措施推迟到稍后阶段审议。

158. 但其中有些委员说，这两份报告实际上谈到了适用于犯罪的措施问题，因为其中所引的大部分案例涉及使用武力、恐怖主义行为、绑架外交官、大规模干涉国家的内部事务等等。他们说，这些措施只有在作为对犯罪的反应时才要求考虑，因为如果这些措施仅仅旨在针对违法行为，则相称性规则将予以禁止。就有关犯罪和违法行为的反措施而言，有人怀疑是否可能予以分别处理。

159. 特别报告员指出，他的打算是在稍后阶段再处理犯罪的后果问题。除草

中没有地位，因为它们构成可允许采用的合法的、虽然是不友好的措施，即使其所针对的国家并未犯有国际不法行为也是如此。但另一些委员则主张采用一种更适当的办法。其中有些委员说，反报措施的可行性和有效性可能引起一国是否需要采用反措施这一问题。另一些委员说，应当根据反报措施是针对一种不友好的行为还是针对不法行为对其进行区分，在后一种情况下，它构成该议题的一部分，受相称性原则的指导。还有人说，反报不可能总是被视为一种合法的行为，因为正如特别报告员所承认的那样，在有些情况下，一国应当根据《联合国宪章》，不采取反措施和反报。有人进一步提请注意禁止采用经济反报或压力，如美洲国家组织宪章第18条所规定，没有任何理由说委员会不应当依靠区域一级的现有规定。

151. 关于对等措施，有人说，其突出的特点在于其适用可能意在确保停止不法行为和遵守广义上的次级赔偿义务，或意在引起有关国家之间初级义务的变更，导致一种不同于原始义务的标准。尽管如此，仍普遍同意，它们不应被视为一类独特的反措施，不值得专门处理。相反，它们被视为更广泛的对等概念的特殊适用，对等概念适用于国际法和国际关系的各个领域。有人建议，它们应当在相称性问题范围内处理。但是，某些委员同意，如果对等概念只限于外交和领事关系，则也可以占有一个有用的位置。

152. 关于作为反措施的中止和终止条约的制度，一般的意见是，应当尽可能依靠1969年《维也纳条约法公约》，<sup>41</sup> 特别是其第60条。但是，有人提请注意构成条约法一部分的中止和终止条约制度和同责任法更直接有关的违反条约的后果之间可能产生的混淆。在这方面有人说，关于国家责任，维也纳规则也许应当被视为特殊法，根据这些规则，在中止或终止条约之前必须遵守各种程序规定。反措施一般应适用一种相对自由的制度，而简单的中止条约却需要一种复杂的程序，有人对这一情况表示困惑。各国可能认为这些程序对于实际的目的而言过于繁琐。而且有人强调说，一方面，委员会应将中止或终止条约的权利限于实际违反国际义务的情况，对于人道主义性质的条约和规定了“不可分割的”或“完整”义务的条约则完全排除这种权利，以便坚持“条约必须遵守”的原则；另一方面，委员会应当考虑通过要求违反国际义务同有关条约之间存在密切的联系来进一步限制中止或终止条约的权利。

---

<sup>41</sup> 联合国，《条约汇编》，第1155卷，第331页。

### (三) 反措施的功能

153. 许多委员强调，委员会应当集中于停止和采用商定的争端解决办法，以此作为诉诸反措施的正当理由，应当脱离惩罚性报复的概念，这一概念在当代国际法中没有地位。在这方面，有人说，大多数违反国际法的情况完全是由于过失所致，在国际法上具有相同法律地位的伙伴之间的关系中，任何一方均不能装作“法官”，特别是根据主观的评估。还有人说，如果赋予反措施以惩罚的功能，这些措施将仅限于具有惩罚手段的少数几个国家所专用，这将再次造成国家之间不平等的问题。依靠相称性规则来节制有关过度的惩罚意图被认为没有帮助，因为相称性的确切含义并非总是很清楚。因此有人建议，草案中明确规定不得承认报复具有惩罚的功能，无论促使受害国采取这些措施的动机为何。提到的其他各种可能是列入一项条款禁止各国从事惩罚性报复或反措施，或在草案某处详细说明，反措施为一种补救办法，旨在引导不法行为国回到合法的道路上来。

154. 但是有人提出，从反措施功能中排除惩罚性因素会不会给人一种防止滥用权势的虚假保证，因为在实际上难以区分惩罚性和补偿性方面的问题。在这方面，有人说，从通常伴随采取反措施而作的声明中常常可以看出是否有惩罚的意图，根据有关法律机制的复杂程度，这种意图可以或多或少地巧妙地掩盖起来。

155. 尽管有上述看法，但有些委员认为，在反措施范围内，惩罚的概念有一定的重要性，一方面是涉及影响到国际社会根本利益的各种国际罪行，另一方面是涉及和平解决争端的阶段。

156. 在对第11条草案的讨论中也谈到反措施的功能问题(见下文第179段)。

### (四) 在反措施范围内犯罪和违法行为的区分

157. 有几位委员注意到，第三和第四次报告旨在处理适用于违法行为的反措施，有关国际罪行的类比措施推迟到稍后阶段审议。

158. 但其中有些委员说，这两份报告实际上谈到了适用于犯罪的措施问题，因为其中所引的大部分案例涉及使用武力、恐怖主义行为、绑架外交官、大规模干涉国家的内部事务等等。他们说，这些措施只有在作为对犯罪的反应时才要求考虑，因为如果这些措施仅仅旨在针对违法行为，则相称性规则将予以禁止。就有关犯罪和违法行为的反措施而言，有人怀疑是否可能予以分别处理。

159. 特别报告员指出，他的打算是在稍后阶段再处理犯罪的后果问题。除草

案第一部分第19条所述之外，他对罪行一无所知，因此他倾向于从他最熟悉的问题着手，再逐步接触未知的问题。他个人倾向于认为，犯罪和违法之间没有明确的区分，其中一个逐步让位于另一个。他补充说，第三和第四次报告中所引案例并未仅涉及犯罪。

#### (五) 反措施的规定和建议的关于解决争端的第三部分之间的关系

160. 一位委员认为，由于前任特别报告员1985年关于解决争端的第三部分草案不能被认为可以普遍接受，相信各国政府愿意接受第三部分，以此作为第二部分草案的基础是没有道理的，第三部分规定一种有实际意义的争端解决程序，即一种可就初始行为是否合法作出有约束力的答复，并迅速命令作出赔偿。有人说，尽管各国可能在特定案件中接受这样一种争端解决制度，而且第二部分也可以这样拟订，以鼓励各国这样做，但是指望整个国际法普遍地接受这样一种制度，并使第二部分以这样一个前提为基础是不现实的。

161. 有人指出，另一方面，在现代一般国际法中，有效的第三方争端解决程序是一种必要的条件，在国家责任和反措施领域尤其如此，如同这些程序确实做到的那样，它们为小国和军事弱国提供了保护。有人还提请注意这样一个事实，即在目前把这些程序纳入主要的造法性条约中，已不象过去那样困难。因此，应鼓励委员会做出一切努力，把这一制度包括在草案的第三部分中。

162. 鉴于反映在上文第160和第161段中的不同观点，有人建议从这一议题中排除任何关于反措施的条款以及关于解决争端的规定，他指出，后一问题可以单另处理，因为它同国家责任的专题没有内在联系。

163. 特别报告员反对此种方法，指出谨慎界定反措施非常重要，因为它们是目前保证最低程度尊重国际义务的最重要的手段；解决争端的程序也非常重要，因为它们防止滥用反措施的唯一手段。他进一步指出，对反措施的任何规定，凡无相应争端解决程序的，都充满着不利于弱国和穷国的滥用的危险。他说，委员会也许考虑到了滥用问题，当时它设想在1975年通过的计划中，在草案的第一部分和第二部分之后加上关于执行的第三部分，除其他外，该第三部分的目的是在没有国际机构控制的情况下，弥补单方面反措施的非常严重的缺点。特别报告员认为，如果在起草第三部分即具富有想象力又十分谨慎，就将建立起一个平等和民主的制度，其中包括《联合国宪章》第三十三条设想的所有手段，规定由受害国和不法行为国特别选出的人来组成机构。确实，根据《关于各国依照联合国宪章建立友好关

系和合作的国际法原则宣言》，任何国家都不可将事前接受这一制度视为不符合主权平等的作法。他认为，如果委员会不能最大程度地注意和平解决争端程序的问题，就是严重失职。在这方面，他忆及，《国际法院规约》第36条第2款中提到的四类争端中至少有两类在国家责任的范围之内，而且，可服从司法解决的争端也可服从仲裁。委员会不应由于对前任特别报告员第三部分条款草案在1985-1986年所作的保留而感到沮丧，因为现在的国际形势有很大不一样且更加令人鼓舞。

#### (六) 使反措施合法的条件

164. 特别报告员在第四次报告中建议的前三个条款即第11、第12和第13条，规定了使反措施合法的条件。

#### 特别报告员在第四次报告中建议的第11条草案<sup>42</sup>

165. 在介绍该条草案时，特别报告员强调，根据建议的案文，合法诉诸反措施是有条件的，取决于(1)实际存在国际不法行为和(2)受害国事前提交了停止/赔偿的“要求”——这是必要条件，突出了自卫与反措施之间区别。所以提到缺乏“充分反应”，是寻求满足双方对安全的迫切要求和需要有灵活性。建议的案文进一步非常明确地指出，诉诸反措施的权利要依照以后各条规定的重要条件和限制。关于反措施的最终目的，特别报告员指出，尽管决定对不法行为国诉诸反措施的国家机构可能怀有惩罚意图，但是，承认受害国有权实行惩罚是不适当的。因此，该案文没有提及反措施的最终目的，情况似乎是，最好将这一问题留给各国的实践，但有一项理解，即相称性的一般规则总是适用的。

---

<sup>42</sup> 本条草案如下：

#### “受害国的反措施

一受害国根据第6至第10条提出要求，犯有国际不法行为的国家未能对之作出充分反应时，有权依照以下各条规定的条件和限制，不再遵守它对该国的一项或多项义务。”

166. 委员们承认国际不法行为的存在是合法诉诸反措施的必要条件。在此方面，有人指出，第一部分第29、31、32、33和34条所界定类别下的行为不是非法的，委员会不必考虑对这些行为的反应。在这方面提到的进一步必要条件是，不法行为应为不可接受的或具有重大后果的行为，而不是微小的技术性行为。

167. 关于有关国家真诚的信念本身是否足够的问题，一些委员认为，在受害国考虑诉诸反措施的阶段，尚无客观证明来确认已犯有国际不法行为，只是诉诸反措施的国家一方怀有诚实的信念。在这方面，有人提到拉丁美洲的理论，此种理论认为在诉诸反措施的国家看来，必须一方面存在实际的因素，即存在非法行为，另一方面存在心理因素，即坚信诉诸反措施是可遵行的正确途径。其他委员认为，一国真诚地认为它已经或正在受到国际不法行为的伤害，这本身还不够。他们认为，若干客观迹象(拒绝谈判、或拒绝接受诉诸解决争端的程序)必须均出现时，才能假设犯有不法行为。

168. 有人认为，何人确定存在国际不法行为的问题说明了反措施问题中固有的两难问题。因为，如果依靠有关国家确定国际不法行为的存在，将有利于较强的国家，而将此问题交予第三方决定，这就提出了此后是否完全有必要采取反措施的问题以及是否应代之以发起第三方解决的程序。但是，有人说，如其行为的基础是存在着国际不法行为，则一国在采取行动时，自己承担风险，如果证明事实上它的任何权利实际上都未受到破坏，人们可要求其负责。

169. 一些委员认为，合法诉诸反措施的基础与其说是国际不法行为，不如说是该行为造成的伤害。在这方面，有人认为第11条中使用的“受害国”一词不够完全，故建议提及所受伤害的性质和严重程度。此种方法被认为有三个优点：限制任意诉诸反措施、限制可声称有权诉诸此种措施的国家的数目和减少主观评价的危险。在这方面，提到了特别报告员对反措施的定义，即“一国对使其受到伤害的违反国际法的行为所作反应的总和”。有人认为，这一定义应出现在条款草案的某处，以便明确说明尽管违反国际法会产生责任，但允许一国对不法行为作出反应的是受害情形，如果没有伤害，则不可能有赔偿，也不可能有反措施。有人说这一区别具有实际意义，因为在没有关于伤害这一必要条件的前提下，对法律的任何违反都会打开采取反措施的道路，结果是最强大的国家将无拘无束地充当世界警察，它们不是依照法律而是依照它们对法律的理解来取胜。在这方面有人认为，尽管可以想象在罪行案件中反措施可具有惩罚的作用，但在第11条及其以后各条意图要处理的违法案件中，则此理不通。

170. 谈到在上文第169段中反映的观点时，特别报告员说存在损害自然是合

法诉诸反措施的一项条件，只要人们从广义上这样理解：“损害”一词包括法律上或道义上的损害--在一读通过的第二部分第5条中<sup>43</sup>委员会就采取了这一做法。在说明此点之后，反措施对于损害或遭受到的伤害来说是合法的，这是一个相称性的问题。关于使用反措施会引起的滥用问题，特别报告员指出最近的历史事例表明，此种滥用并不全是大国做的事情。

171. 关于事前抗议和要求停止/或赔偿的问题，普遍同意对所控诉的违反行为，被指称的行为国应得到事前通知，因为被指称的不法行为国有权知道它违反了何种义务。有人指出，鉴于通讯技术的进步，这一要求不应带来过分拖延。

172. 某些委员认为，如果规定受害国使用反措施的权利取决于关于停止和赔偿的要求事先未能奏效，就能建立起对非法以及过早使用反措施的有效保证；但另一些委员认为，要求受害国在能够采取反措施之前就详细提出索赔要求是不合情理的。有人指出，在和平解决程序方面，这一问题应在很晚之后才出现。

173. 特别报告员同意，上述要求的条件不一定必须完全等同于向国际法院或一仲裁庭提出案件的条件，而且指出，即使是在这些机构中，对索赔要求精心修订的过程也是从申请之时开始，直到作出结论之时。但是，他认为，事前要求或索赔要求应足够精确，以使指称的违法国做出“充分的反应”，即根据对事实和后果的明智评价所作的反应。特别报告员补充说，如同目前一桩案件所表明的那样，在实践中大国往往根据含糊不清和不明确的指控毫不费力地使用反措施。

174. 尽管有人认为，事前要求这一必要条件表明了反措施与临时保护措施之间的区别，但有人指出，临时保护措施也不应没有某些最起码的前提条件。

175. 一些委员设想这样一种情形，查明不赔偿损害之后与适用采取反措施的前提条件之前可能出现新的情况。有人提出，可能会出现可归因于受害国但与原先国际不法行为无关的事件。他问道对于行使反措施而言，含有赔偿因素的关于情形相同的概念是否应当作为一种例外来运作。另一名委员认为，诉诸反措施应当服从这一必要条件：违法国本身未采取适当行动。

176. 特别报告员说，第一种情形可由相称性来加以检验。至于第二种情形，他建议或是通过改进起草或拟订对充分反应这一概念的评注来处理。

177. 有人认为“不再遵守它对该国的一项或多项义务”的措词具有优点，它简明扼要地包括了受害国可诉诸的全套措施，并绕过了复杂的定义问题。但是，一些委员建议将“不再遵守”改为“中止履行”，以便突出反措施的临时性质，或

---

<sup>43</sup> 见上文脚注33。

者，某些委员认为更好的解决办法是明确说明，一旦反措施的目的已经达到即应停止反措施，只有为了使不法行为国履行次级实质性义务时才能诉诸反措施。在这方面，对临时反措施与最终反措施作了区别。有人认为，即使反措施是针对具有不可逆转后果的不法行为，反措施的目标也应是实现停止和赔偿，因而在性质上是可以逆转的。在这方面，有人设想了一个假设，其中A国是B国未付债务的债权国，它对B国的资产实行了国有化，而后获得了对债务的偿还。有人发表意见说，在此情形下，以反措施形式采取的行动应当停止或取消。

178. 一些委员认为，将“不再遵守”改成“中止履行”的建议需进一步加以考虑，因为它包含着这样的危险：把反措施的适用范围限于具有连续性的义务，从而排除要求达到具体结果的义务。还有人指出，有些责任实际上不能中止，需要找出一个将中止和废除结合起来的措词。

179. 关于以惩罚或严格意义上的赔偿目的的反措施，有人承认，如特别报告员第四次报告中特别解释的那样，第11条有意略而不提反措施的目的，但这并没有排除其惩罚作用。特别报告员提出的关于满足和保证不重犯的第10条草案就证明了此点。但是，他指出，国际不法行为的实质性后果与手段性后果之间有着重大区别。确实，有几位委员认为，就反措施的作用而言，第11条是不够充分的，如上文第153段指出的那样，一些委员建议明确排除反措施的任何惩罚作用。

180. 关于取消的必要条件(见上文第177段末尾)和反措施的合法目的时，特别报告员强调，即使反措施的目的明确限于停止和赔偿，不管在国际不法行为实质性后果还是手段性后果中，都仍然存在着惩罚的成分，而处理这一问题的办法是通过相称性的要求来防止过分的反措施。

181. 鉴于第11条所体现的规则意味着对规则适用的义务有着严格的限制，有人建议在建议的案文之后紧接着加上一条或一款，列明不可作为反措施主体的若干类别的义务——当然，这样的事情只有在二读时才能做——并按照在第29和第33条中采取的作法，在第一部分第30条中包括该清单。

182. 其他评论包括：(1) 有人指出，“反措施”一词应不仅出现在标题中，而且出现在条款案文中；(2) 有人建议取消“根据第6至…提出要求，犯有国际不法行为的国家未能对之作出充分反应时”一语，因为在第12条中提到了相应的条件；(3) 有人指出，不清楚“未能对之作出充分反应”一语是否包括没有作出反应的情形；(4) 有人认为，要求在中止的义务和被破坏的义务之间存在一种联系，以便限制作出反应国采取行动的自自由并减少强国滥用反措施的危险，这样或许是有益的。

特别报告员在第四次报告中建议的第12条草案“

183. 特别报告员在介绍本条草案时解释说，第1(b)款明确提出了第11条以“要求”和“充分反应”的措词含蓄规定的一项条件。特别报告员认为适当和及时通报的规定就反措施而言特别重要，应已在第二部分提及，而不是把它放到第三部分。第三部分是有关在草案所载规则的释义和适用方面解决争端的新的一般性义务这一进一步问题的。第1(a)和2(a)款处理的是受害国须事先用尽解决争端程序的规定。根据这两款中的第一款，“能够利用”的解决程序包括一般国际法、《联合国宪章》和有关国家加入的任何其他解决争端的文书所规定的程序，因此也就包括《宪章》第三十三条所列的从最简单的谈判形式到最细致的司法解决程序的所有手段。第1(a)款按前任特别报告员的设想将“能够利用的程序”概念改为包罗万象而不是局限于可能被怀疑为单方面提出的第三方解决程序，这就使受害国在诉诸反措施时受到了最大可能的限制。另一方面，第2(a)款对载于第1(a)款的严格规定起了平衡作用，规定如果不法行为国在选择和实施现有解决程序时不予真诚合作，上述规定就不适用。

“ 本条草案如下：

“第 12 条

采取反措施的条件

1. 在不违反第2和第3款规定的条件下，受害国不得采取前条所示的该类措施，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；并
  - (b) 适当和及时地通报了它的意图。
2. 前款(a)项所规定的条件不适用于：
  - (a) 犯有国家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；
  - (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。
3. 前款中规定的例外不适用于所设想的措施不符合以不危及国际和平与安全和正义的方式解决争端义务的情况。”

184. 有的委员就遵守争端解决义务作为诉诸反措施的合法性条件发表了一般性评论。在这方面，有人认为，虽然委员会在审议草案第三部分时将要处理增强和平解决争端的手段之作用并扩大其范围的工作，但甚至在审议准许单方面反措施的条件时就应考虑到这方面的问题。有几位委员在这方面提到了《联合国宪章》第二条第三项和第三十三条以及某些区域性制度。在这类制度中，成员国在采取有可能违反国际法某一规则的任何步骤之前都有义务用尽所有和平解决争端的能够利用的手段。还有人提到了国际法学会1934年的决议。除其他外，该决议说，在存在解决争端的机制的情况下，没有理由诉诸报复手段。

185. 但是有的委员认为，应审议的义务不仅是关于和平解决争端的义务，《联合国宪章》第七章对单方面使用反措施首先就有一项限制，规定一旦安全理事会根据《宪章》第四十一和四十二条决定实行制裁，会员国就不得自行采取反措施。还有委员指出，这一权利还可能会受到其他限制，例如国际民用航空组织在这方面的限制，或国际法院下令采取的临时性保护措施。因此，有人表示遗憾，认为特别报告员本来应完全将注意力集中于遵守解决争端的义务，而不必提及产生于国际组织机构权力的限制。在这方面有意见强调集体反措施的一般必要性，需将此种反措施转为有组织的国际社会的制裁。关于第二部分第2和第4条的章节下反映了有关这一论点的进一步评论意见(见下文第251-259和260-266段)。

186. 特别报告员在答复时指出，在将遵守区域或特别制度所规定的义务的保障加以体制化的平等条约制度方面，把“集体化的措施”或反措施作为“有组织的国际社会”实行的制裁这种概念或许是能够被接受的，尽管在这方面需要慎重，而且要取决于有关各国“求助于”一般国际法规定的保障的可能性。

187. 关于拟订案文的具体意见，有意见认为第1(a)款所规定的条件是反措施概念及反措施在所拟订的恢复国际不法行为造成的局面的制度中的作用的基石。有人强调，为了防止使受害国在自己为当事一方的案件中有过多的作为裁判者的余地，在如特别报告员所说没有适当的体制框架的情况下，规定必须用尽可以利用的友好解决程序作为适用反措施的先决条件是很重要的。尤其是考虑到各国在行使诉诸反措施的权利方面有很大差异，强国或富国在没有适当的第三方解决程序时在这方面就会处于有利地位，更应规定这一先决条件。

188. 有的委员承认需要在判定是否存在不法行为及其严重程度时消除主观片面性，加强解决争端方法的信誉，同时指出，反措施与具体的解决程序之间的关系很复杂，因为使用反措施的理由不仅可以将此作为鼓励不法行为国诉诸解决程序的一种手段，而且还可以是将此用作解决程序不足或失败的一种辅助办法。因此，有

人强调在控制使用反措施和不使不法行为国得到不当好处这两者之间作出公平处理。例如，可确定时限，防止不法行为国采取拖延战术，或允许受害国采取保护其权益的临时性措施。

189. 在这方面有人认为，作为一种先决条件要求用尽一般国际法规定的可以利用的所有友好程序有利于不法行为国，这是不公正的。这种办法被看作是不符合这方面的最清楚不过的判例，即1978年航空服务协定(Air Services Agreement)案<sup>45</sup>中的法美仲裁，并很可能惩罚同意解决争端程序的最可能多数目的国家。因此有人建议仅规定禁止采取妨碍友好解决争端或者使争端恶化的反措施，并将这一规定列入第14条。

190. 关于载于第1(a)款中的方法的实际缺陷，有些委员认为，解决国际争端程序缓慢，耗费时间。例如，谈判很可能是采用的首要程序，但谈判本身可能持续6个月，而接着诉诸国际法院又可能会再用两年。实际上无法指望受害国推迟两年半才采取反措施。还有的委员提请注意不法行为国可能会没完没了诉诸谈判，因此需要在第1(a)款规定某些限制，要么仅提及第三方解决争端程序，要么列入关于受害国有理由认为和平解决争端程序不可能导致在一段合理时间内解决争端的一个限制性条款。

191. 有些委员建议更为清楚地规定采取反措施的权利与诉诸解决程序的义务之间的关联。在这方面，有人问到底应在实行反措施之前还是之后援用解决争端的办法。还有人认为，事实上报复的目的很可能是为了确定解决程序，在这种情况下，只要就这样一项程序审议反措施的合法性，这种反措施就是可接受的。

192. 另有一种意见认为，不应使用尽友好解决程序成为诉诸反措施的先决条件，而是一项并行不悖的义务。换言之，就是规定一种制度，如果不法行为国同意一项解决争端的程序，通过这种程序达成关于行为不法性的有法律约束力的判断并按要求给予赔偿，就可以通过这一制度中止实行反措施的权利。有的委员在支持这种办法时说，只有当作出反应的国家有理由认为它所诉诸的程序构成可保证某种程度的强制实施的体制框架之一部分时，采取反措施的理由才不复存在。

193. 另一方面有的委员认为，只有在实行反措施不会使采取措施一方在谈判中占居有利地位，从而使它甚至在反措施引以为据的事由或行为的“不法”性尚未完全得到证实时就把自己的法律强加于另一方，这种办法才是可接受的。

---

<sup>45</sup> 联合国，《国际仲裁裁决书》，第XVIII卷，第485页。

194. 关于第188至192段所发表的意见，有的委员认为，就第12条所涉情况而言，不能声称问题刻不容缓。根据《联合国宪章》第三十三条，争端当事各方有义务通过解决程序谋求解决争端。这类程序很多。

195. 特别报告员在提到这些意见时首先强调，受害国通常能够表明不法行为国究竟是拒绝谈判还是遵守第三方解决争端的规定，或是采取拖延战术来逃避停止不法行为或赔偿的义务；其次，受害国可诉诸临时性保护措施；第三，受害国根据第2(a)款可以不受拖延战术的危害，因为不法行为国不肯合作就已使受害国不再受第1(a)款的规定约束。

196. 关于第1(a)款的起草意见中有一段话，认为受害国加入的文书中规定的解决程序应比该款中提到的其他程序占有优先地位。

197. 关于第1(b)款，有的委员指出，理论和国家实践倾向于支持特别报告员关于适当和及时通知受害国意图是合法诉诸反措施的先决条件的立场。虽然可以设想不法行为国意识到了国际不法行为的后果，意识到了它自身在这方面的义务以及受害国诉诸反措施的权利，但由受害国表明决心行使这一权利可能与这类措施本身是有相等的效力。因此第1(b)款被普遍认为是无可争议的。

198. 第2(a)款同样被普遍认为是合理的。

199. 有些委员认为第2(b)款是可接受的。对此其中一位委员说，因为受害国是有权在一定范围内不受先决条件限制地保护自己的。在这方面有人问，是否没有可不受某些程序规定限制、职能有限的其他措施。

200. 但是其他委员对该款提出了疑问。有人表示关注，认为它可能会削弱《联合国宪章》第三十三条阐明的基本规则。另有人问，将临时性保护措施排除在一般性制度之外是否妥当，尤其是反措施的临时性及其对一项权利实行保护的目标可使这类措施与保护措施等同起来，而在实践中又很难将这两类措施区分开。作为一种临时措施，有人建议规定一项在法院裁决之前采取临时措施的有限制的权利。在这方面有人认为，在财产被没收的情况下，有时措施会是无效的，除非立即采取这种措施。

201. 第2(c)款也是论及临时性措施的，但所指的是在第三方解决程序范围内所指明的传统意义的措施。关于这一款，有的委员表示赞同其基本思想，即如果不行为国不遵守一项临时性保护措施，受害国就再度有权诉诸反措施：事实上拒不遵守所指明的措施本身就是解决程序范围内的一种国际不法行为，它证明了程序的无效，使诉诸反措施合法化。

202. 有人问，第(b)和(c)项中述及的措施是否就是不受第1款规定的程序性

规定的唯一的措施。

203. 普遍认为第3款含糊不清。有人建议，如果目的是禁止不符合以不危及国际和平与安全 and 正义的方式解决争端的义务的措施，那么，第12条所述规则的例外情况的有限内容中不应反映这一概念，而应将其列入关于禁止采取的反措施的第14条，或在第11条中增加一款，或者载入第12条新的开始款中。有人还怀疑是否适宜用《宪章》第二条第三项中关于禁止使用武力作为解决争端的手段的措词来表示有关反措施政策的问题的解决办法。有人进一步问，相称规则是否已包括了该款的目的？该款的最后条款引起疑问，因为“正义”的概念模糊不清，有关和平与安全的问题应由安全理事会确定。最后，大家担心该款会产生单方面迫使受害国承担不使争端恶化的义务的影响。

204. 有人说，如果按照前面第185、189和203段的方法修订第12条，所得出的案文可仅规定受害国可诉诸反措施的下列条件：第一，国际不法行为肇事国在选择友好解决程序中不予诚意合作；第二，有资格实施制裁或临时保护措施的国际机构事前没有干预；第三，国际不法行为肇事国没有遵守上述制裁或临时保护措施；第四，适当及时地通知了采取反措施的意图。

205. 在提及上面第203段反映的意见时，特别报告员承认第3款的措词不恰当。他在该款中想提的问题是：不受第2款第(a)、(b)和(c)分款下用尽友好解决手段的规定限制的反措施，是否应不受符合和平与安全 and 正义之要求的规定的制约。在这方面，他说，不仅可能通过威胁和平、破坏和平和侵略行为，而且还可能通过引起这类反应的国家行为危及和平与安全。特别报告员还试图在第3款或一个单独的款中提及争端当事国不采取任何可能加剧局势的行动的义务，以致危及维护国际和平与安全，使和平解决争端更加困难，这一规定出自1975年赫尔辛基《欧洲安全和合作会议最后文件》，《友好关系宣言》中也有相应的规定，而且还提及了联合国的宗旨和原则作为补充。

#### 特别报告员在第四次报告中建议的第13条草案<sup>46</sup>

206. 特别报告员在介绍本条时表示，他有意选择了否定而不是肯定的表示方

<sup>46</sup> 本条草案如下：

#### “第 13 条

#### 相 称

受害国根据第11和第12条采取的任何措施不应与国际不法行为的严重程度及其后果不成比例。”

式。案文没有详细说明反措施可能不相称的程度，也没有要求它们应明显不相称。但它规定，在确定反措施是否没有不相称时，不仅应考虑国际不法行为的严重程度，而且还应考虑其后果。

207. 一般认为，相称原则是确定反措施是否合法的一个关键要素。在这方面有人提请注意各国的事实上不平等现象中固有的滥用危险，对某些国家在针对侵犯其权利的行为所采取的行动中常常缺乏相称表示关注。在这方面，有人对相等原则和相称原则二者作了比较，并说，相称性标准无论如何不能扩大到准许诉诸完全不相等的手段，也不能用于为实现与不法行为的后果完全不相等的结果作辩护。就此提到了航空服务协定案<sup>47</sup>的裁决，裁决说，反措施的目的是“消极地恢复原先状况的对称性”。

208. 有些委员认为相称原则提供了一种有效的保障，因为与不法行为性质不相称的反措施可能对使用这类措施的国家产生责任。

209. 还有的委员强调在实践中难以适用这一原则。有人说特别报告员放弃了他的前任在对等行动，即针对被违背的义务采取的对等行动和对不同于被违背义务的其他义务采取的报复行动之间所作的区分，其结果是，在一个法律领域的违背行为引起有关国家间关系在另一领域中与被违背的原始义务完全不相干的反措施。有人认为，在不涉及对等措施的案件中，相称是假朋友，它给人以一种印象：即存在着可准确无误地衡量行动和反应的合理性的标准，而事实上这并不存在。还有人说，反措施是对国际不法行为采取的合法步骤，难以在这两者之间作平等衡量。

210. 有些委员赞成特别报告员的意见，即关于相称的规则应以否定措词来表示，而另一些委员则偏向于以肯定方式表示这一规则，以便限制主观评价的范围。在这方面，有人强调相称原则也应包括反报措施和对等措施，并应尽量严格地适用，以确保强国不利用自己的地位损害弱国。但有人认为，委员会应关心的是严重的不相称反应。

211. 若干委员认为需要更精确地界定相称原则的范围和内容。例如，他们认为平等标准太含糊和不明确，因为它一般是以争端解决程序中确立的平等定义为基础。

---

<sup>47</sup> 见上文脚注45。

212. 为提供较明确的方针,有人建议受害国的行为应与反措施的两个合法目的相称,即停止不法行为和赔偿,因为为了实现这些目的而过多地采用强制手段,毫无疑问地表明了报复的不相称性。有人还说,作为大致的标准,应考虑初步违背行为可能产生的原则问题的重要性以及国际不法行为及其后果的严重程度。就这一点而言,有人认为第四次报告中提到的“受被侵犯规则保护的利益的重要性和违反行为的严重程度”可能有助于阐述关于相称的规则。但有人说,若听任受害国主观地评价不法行为及其后果的严重程度,就难以排除以牙还牙的惩罚手段。他们强调第三方介入这一问题将是一项重大进步。

213. 有些委员坚持主张损害在评价相称程度中的作用,对此,一位委员强调,反措施和损害之间的关系不是一成不变的,它可能受不法行为国行为造成的挫败的影响。

214. 但有人认为,如果反措施与损害相称,反措施就具有惩罚性质,而真正的标准应是,反措施必须是实现纠正和诉诸和平解决程序所必要的。

215. 有人将反措施的真正目标说成是考虑相称问题的决定性因素。特别是提出了这样一个问题,即一个国家集团是否可以以声称侵犯人权作为不再对另一国家履行具体义务的理由,而实际目的是将更有利于该国家集团的社会经济制度强加于该国?

216. 其他评论有:第一,说特别报告员决定在“不成比例”一词前不采用“明显地”一词的原因不明确;第二,认为“不……不成比例”的措词可用“不……不相称”代替;第三,建议将提议的条款移至紧接第11条后(作为第11条之二或第11条第二款),以免中断从第12条至第14条之间的连贯性,也为了明确相称规则的目的是为了减轻第11条规定的权利的影响。

217. 在总结关于第13条的讨论时,特别报告员提到了只应禁止“严重不相称”或“完全不平等”的反措施的建议,他说这种解决办法将给受害国太多的灵活性并可能导致滥用。此外,这类措词没有前任特别报告员提议的“明显不相称”一词的限制性强。他认为,任何不相称的反措施,不管程度如何,均应禁止。关于前任特别报告员对对等措施和报复措施所作的区分,特别报告员指出,对等措施亦即报复,可以不相称地予以采用。除对等以外的反措施确实存在,而且完全可能是最常用的。因此,反措施大都是“假朋友”,所有反措施都有相同的问题。关于是否应与除不法行为及其后果的严重性以外的其他因素一起评价相称性的问题和关于上面第215段提及的特定反措施的目的问题,他强调,如果将侵犯人权行为与具体社会经济制度相联系,一国家集团拒绝履行其义务并非十分不恰当。

## (七) 禁止采用的反措施

### 特别报告员在第四次报告中建议的第14条草案<sup>48</sup>

218. 特别报告员在介绍本条草案时指出，这涉及以下五个主要问题：(a) 禁止使用武力；(b) 尊重人权；(c) 外交法；(d) 强制法义务与普遍义务；以及(e) 尊重第三方的权利。他强调，根据《联合国宪章》第二条第四项，如《友好关系宣言》以及其他的联合国和联合国以外的文书所规定的那样，应在条款草案中明确规定禁止武装的反措施。这样做首先是因为，鉴于受害国与违法国之间的关系特殊性质，宜申明各国自由受到某些一般性限制继续有效；其次是因为，如法律不够明确和详尽，各国特别想逃避其义务。提到《宪章》第二条第四项规定的禁止的原则不仅应适用《宪章》第五十一条所设想的例外而且应适用其他例外情况时，他认为，这一原则无论如何都不应影响对武装报复的禁止，他在他的报告中对这一原则表示了强烈的保留意见。如果和在某种程度上该原则是可以接受的，则它只适用于由于出现《宪章》第四十二至五十一条所设想的严重紧急状况诉诸武力可能被视为合法的那种假设情况，在这种情况下，可以根据案情判断扩大自卫的概念是否合理，但并不把禁止对国际不法行为采取武装反措施当作一种例外。

---

<sup>48</sup> 本条草案如下：

#### 禁止采用的反措施

1. 受害国不应以反措施方式诉诸：

(a) 武力威胁或使用武力(而违反联合国宪章第二条第四项)；

(b) 具有以下属性的任何行为：

(一) 不符合关于保护基本人权的国际法规则；

(二) 严重妨碍双边或多边外交的正常运作；

(三) 违反一般国际法的强制性规范；

(四) 构成对犯有国际不法行为国家以外的任何国家所负义务之违反。

2. 第1款(a)项规定的禁止采取的反措施不仅包括武力，也包括使受到反措施的国家之领土完整或政治独立受到破坏的、具有政治或经济胁迫性质的任何极端措施。

219. 就第1款(b)(一)项而言,特别报告员认为,对合法运用反措施的限制应限于人权的核心,对这个问题的确定应通过进一步拟订人权法来解决。

220. 关于第1款(b)(二)项,他建议考虑到由于外交官受人权国际法的保护,应极为谨慎地对待限制涉及受特别保护人员的不可侵犯的反措施,仅应禁止那些妨碍正常外交活动的反措施。

221. 关于第1款(b)(三)项,他承认,强制性规则根据定义是指不受反措施或其他方式减损的规则,但他建议应在草案中明确阐明这一点。

222. 关于第1款(b)(四)项涉及的普遍义务,他认为,采取反措施的国家不应危害与不法行为无关的国家的合法权利,这是不言而喻的事。

223. 关于“武力”一词的含义和第14条第2款,特别报告员承认这一问题引起争论的问题。他指出,在国际和区域一级通过的若干案文中,依照不干预原则涉及了禁止采取某些政治和经济胁迫形式的措施;并且指出,尽管存在着禁止采取危害对其采取政治和经济措施的国家领土完整和政治独立的措施的趋势,实际上,政治和经济措施被认为是可以允许采取的反措施。

224. 有人就该条的整个内容提出了两点看法。一方面,认为该条反映的观点太具分析性,结果拟议的案文不必要地提出了尚未解决的问题,并有可能导致不合要求的相反解释。

225. 另一方面,有人担心所列的各项禁止采取的反措施可能并不详尽。有人举例提到拟缔结但尚未实施(例如在租约到期时归还领土的条约案件很容易造成的情况)的一项(《1969年维也纳条约法公约》针对根本变更情况规则加强的)边界条约的案件,询问“归还”国是否可以因另一国未履行依照一项关于人权的多边文书对它应尽的义务而中止执行条约。还有人说,自决权也会引起类似问题。

226. 特别报告员在回答时指出,一切均取决于所涉违法行为属何种情况。如属严重(或大规模)违反人权或违反整个民族的自决权,可以中止遵守归还领土的条约。如未引起其他问题,例如强制法问题,就属于一个相称性的问题。

227. 关于第1款(a)项,普遍认为这是对使用反措施所作的最重要限制,它源于《宪章》第二条第四项关于禁止使用武力的规定。有人指出,该项禁止规定属不成文的一般国际法,是一强制性规范,不允许以条约或其他方式偏离此项规定。在这方面,还有人提及《友好关系宣言》和“侵略定义”(大会第3314(XXIX)号决议)。有人忆及,根据《军事与安全事务互助条约》,美洲国家认为首先使用武力为非法行为。

228. 普遍认为委员会完全不能允许《联合国宪章》第二条第四项所指的和

《友好关系宣言》所阐明的禁止武装报复规定受到任何减损，还认为根据当代国际法既不允许“合理的武装报复”，也不允许涉及视情况必要使用武力与武装干预的自助形式。有人对特别报告员在其报告中引证使用武力的理由表示担心，认为这实际上是企图扩大自卫这个使用武力的唯一合法例外的范围，并认为该报告未能指出，自卫要求往往只是使其他不被人承认的目的合理化，争夺势力范围时代正是这样。还有人说，力主广义解释自卫概念的理论建立在《宪章》前案例基础上，这种案例已不再符合目前对这一概念的看法。自卫的合法性源于必要性这一概念未被普遍接受为理论或为各国本身所接受。在这方面，有人提到了国际法院对科孚海峡案的裁决。

229. 特别报告员解释说，他认为有必要在其报告中较详细地载述可能与载于《友好关系宣言》中关于禁止武装报复的基本规定相混淆的使用武力的假设，这样做的目的首先是要强调围绕自助、自卫、先发制人的自卫、危急状况、出于人道主义的干预以及为保护本国侨民进行武装干涉等概念模糊不清，其次是要强调某些运用这些概念为使用武力辩护的行为缺乏根据，最后，是要强调将这些概念与反措施概念区分开来的重要意义。

230. 关于第1款(a)项的其他评论有：(1) 应保留括弧里的措词，或者一种观点甚至认为更好的办法是改为总地提一下《联合国宪章》；(2) 有人建议在《联合国宪章》之后加上“和后来制订的国际法”的措词。

231. 关于(b)(一)项，普遍同意在尊重人权的基础上作出限制。在这方面，有人指出，由于在国际一级正建立确保尊重人权的条约制度，通过违反人权的反措施对付违反人权行为的余地愈来愈小。还有人提出两个论点支持排除那些与保护人权规则不符的反措施，即(1) 鉴于在这方面各国的经济、文化、宗教以及甚至政治的不同，难以在此种情况下确定相当或相称的措施。(2) 在对待外国国民和保护战争受害者方面，不允许用违反人权原则的措施对待不法行为国的国民。

232. 有几位委员坚持必须确定在此领域可允许采取反措施的界限，因为并非每项人权均可构成绝对限制。在这方面有人认为，虽然生命和身体健全不应成为反措施的目标，但是，如一国国民在另一国的行动自由受到限制，该国可完全合法地限制另一国国民的行动自由。有人提出为使在人权领域采取反措施的禁止规定更为明确，另一办法是阐明哪些类的人权是要加以保护的。

233. 有些委员就有人说“基本人权”这一措词源自《联合国宪章》序言部分进行了评论。有人建议的另一种办法是采用“不得减损人权”的措词，这一措词载于《公民权利和政治权利国际公约》第4条第2款<sup>49</sup>并与1969年《维也纳条约法公约》第53条所用的措词相应，来确定国际法强制性规范。但有人指出，鉴于这一措词与第(b)(三)项用途一样，使用这一措词将会使得(b)(一)项显得多余，因此认为仍应保留所建议的案文，从而为改变基本人权的概念留下余地，因为基本人权今后可能包括某些经济和社会权利，甚至干净和有益于健康的环境权利。委员们对“基本”一词产生了不同看法。某些委员认为，该词未能真正表达特别报告员的原意，其原意显然是要将禁止规定限于基本的人权。其他委员则认为，“基本人权”这一措词正确区分了不可减损的权利(如生命权)与可中止行使的权利。有一位委员认为，受害国中外国国民的财产权即属后一情况，最近的国家惯例说明，不仅有采取反措施没收外国财产的情况，而且也有冻结外国人的资产作为对他们所属的不法的行为国一种反应的例子。这一做法引起某些异议：有人指出，一方面，资本出口国与第三世界的共同利益，将保证免于作为反措施的国有化与冻结资产。另一方面，反措施应主要涉及国家之间的问题，因此，应尽量减少对个人所产生的影响，以免形成集体惩罚。

234. 特别报告员在总结时解释说，他使用“基本人权”这一措词，既无意对源于《联合国宪章》第一条第四项的正常术语质疑，也无意排除各项自由。他只是想将案文的范围局限于人权与自由的“核心”，使用反措施的直接后果不应使这些权利和自由多少遭到违反。

235. 就(b)(一)项发表的其他看法有：(1) 一种意见认为，应明确提及人道主义法，以便能在人道主义公约中找到禁止反措施的最重要的规定；(2) 另一种意见认为，(b)(一)项应当与第一部分第19条第3(b)、(c)和(d)款相符合；(3) 有人建议，特别报告员不妨考虑一下1991年3月6日人权委员会通过的第1991/72号决议。<sup>50</sup>该决议认为：“为追究侵犯人权行为的责任制订更为明确的规则，是防止任何侵犯人权和基本自由的一种基本保证”，决议进一步请求联合国各主管机构审议对违反人权和基本自由领域的国际义务的国家责任问题。

---

<sup>49</sup> 联合国，《条约汇编》，第999卷，第171页。

<sup>50</sup> 《经济及社会理事会正式记录，1991年，补编第2号》(E/1991/22-E/CN.4/1991/91)，第162-163页。

236. 关于(b)(二)项，一些委员认为，源自外交官和受特别保护人员的不可侵犯性的一些限制，是得到广泛和普遍接受了。有一种意见认为，既然反措施制度的目的应是消除而不是加剧争端，使通常的外交渠道保持畅通是很重要的。还有人指出，外交法规则所具有的政治基础和目标是足以将其置于反措施制度的范围之外。

237. 另有几位委员则指出，现实生活中，中断外交关系是一项极有效的反措施，实际上往往在双边一级(断绝或中止外交关系；拒绝承认政府；召回大使或整个外交使团；宣布某人为不受欢迎的人等)和多边一级被采用。因此，他们认为，不宜将重点放在外交的通常运作上，而应放在禁止对受外交法保护的人员或馆舍的不可侵犯性构成威胁的反措施上面；或者，如前位特别报告员所做的那样，放在禁止中止外交和领事豁免权上面。也有人强调，禁止根据有关外交法采取诸如限制外交代表的行动自由等的对等措施，是毫无道理的；还强调不应禁止、而应在很大程度上限制在这方面诉诸反措施。

238. 其他一些看法有：(1) 有人认为，在未对“严重损害”下定义的情况下，所建议的案文意思过于含糊，可改为“妨碍双边或多边外交的正常运作”；(2) 一种意见认为，可将“外交的正常运作”改为“外交使团职能的有效履行”——这里借用了1961年的《维也纳外交关系公约》<sup>51</sup>中的措词。

239. 针对这两种意见，特别报告员证实，外交关系可以仍然通过反措施方式中断。但同时他又强调，为了不破坏国家间的双边或多边外交交往，从维护外交关系的角度来考虑，外交官的人身(或者，出于对人权的尊重)和他们的职责的履行均应受到尊重；不然，一国就应有权在对等或其他的基础上采取报复行动，中止另一国外交官的一项或多项特权。

240. 有人对第(三)项是否有必要提出质疑，根据是：强制法规则从定义上讲属强制性准则，不允许有任何违背。不过，有人指出，前几项所规定的禁止并未能完全涵盖强制法这一概念，而这一概念是不断变化着的，这就使得正在拟订的文书自动地反映国际法律思想的任何变化。其他的看法有：(1) 有人提出，应设法表明，第1(a)款提及的禁止武力威胁或使用武力的规定属一项典型的强制性准则；(2) 有人提议在评注中说明这一点：禁止违反国际法的强制性准则的行动，并无意决定用哪些强制性规则来禁止反措施；(3) 有人指出，对强制法仍有不同意见，因而最好提及国际法基本规则。

<sup>51</sup> 联合国，《条约汇编》，第500卷，第95页。

241. 在讨论(b)项时,有些委员提到了特别报告员的第四次报告就普遍性义务问题所涉及的一些事态发展。具体而言,有人问区分强制性准则、普遍性义务和习惯国际法准则,以及显然把来自多边条约的义务比作普遍性义务,是否正确?一些委员认为,强制法和普遍义务两者的概念,从范围上讲,是大同小异的。在这方面有人提到了《维也纳条约法公约》第53条和国际法院对巴塞罗那电车案的裁决。<sup>52</sup> 裁决说,法院的分类,是完全根据有关的利益的价值而定的,也就是说,在关系到国际社会的基本利益之时,所有国家都有义务尊重这些利益。另外,在谈到特别报告员在第四次报告中就前任报告员在其第11条草案<sup>53</sup>中提出的普遍义务问题的解决办法发表的看法时,有人指出,为填补该条款草案在因一般惯例法或不成文法规则而引起的普遍义务方面出现的空白,只要在第11条第1款中加上“或其有义务遵守的一条习惯国际法规则”这句话就够了。

242. (b)项被认为给第三国提供了一种有益的保障。不过,有些委员提醒说规定不应订得太包揽无遗。有的委员提出疑问:是否仅由于反措施有某些非故意或偶然的连带影响(在一个日益变得相互依赖的世界中这一点尤为如此)就应当不承认反措施的合法性?不过他补充了这一点:处理此种连带影响的办法,是将其归因于不法行为的国家。

243. 而且,该项受到了批评。理由是:该项似在剥夺一个《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国(该国国民在公约的另一缔约国被剥夺了行动自由)出于它有义务维护公约所有缔约国国民的行动自由这一理由采取报复行动、限制该另一国国民的相应权利的权利。这样一种结果被认为是不能接受的。

244. 特别报告员在总结时强调,他认为强制法规则和普遍规则是两种不同的规则。第(b)项并不限于普遍规则。该项只是禁止侵犯不法行为国以外的国家的权利的反措施。这适用于通过采取反措施对习惯法规则或源自多边条约的规则进行的侵犯,而这些规则也为违法国之外的国家设定了权利。特别报告员承认,可能会产生连带影响,有必要设法解决这一问题以及上文第243段提到的问题。

245. 关于第2款,许多委员都认为,采取政治或经济胁迫等极端措施会产生与诉诸武力同样的严重后果;还认为,建议的条款值得进一步审议。

---

<sup>52</sup> 《国际法院裁决集》,1970年,第3页。

<sup>53</sup> 《1985年...年鉴》,第二卷(第一部分),文件A/CN.4/389,第24页。

246. 不过，有人对拟议的提法提出了反对意见。有人问，该款是否在把一些新的不相容的内容引入对《联合国宪章》的解释。有人援引了有关准备工作文件及随后对第二条第四项所作的解释，以证明该条款中采用“武力”一词专指“armed force”一义，并不包含其他形式的非法胁迫。在这方面，有人认为，不宜也没有必要设法重新提及“武力”一词的意义这一问题，或去推测为何拉丁美洲就这一点提出的建议在旧金山会议上被拒绝。有人指出，鉴于大会第2131(XX)号决议通过的背景、当时所作的发言以及在友好关系委员会进行有关讨论的记录，本应引用该项决议作为对关于第二条第四项的长期以来对“武力”一词意义的看法提出疑问的根据。

247. 尽管委员们普遍认为，解释《宪章》不属委员会的任务，但仍有一些委员同意特别报告员的看法，即以政治和经济胁迫这类极端措施的形式出现的反措施应当予以禁止。在这方面，有人提到了拉丁美洲就此问题所持的一贯立场，并建议参照《美洲国家组织宪章》第18和第19条。这两条禁止采取或鼓励采取经济、政治或任何其他形式的措施对另一国进行胁迫。还有人设想了各种其他的替代办法来解决这一问题。有人提议采用这一行文：“受害国不得作为一项反措施而诉诸于武力威胁或使用武力，以违反《联合国宪章》的规定”。还有人提请注意第四次报告使用的措词。这些措词提及了一些旨在使目标国对主权的行使处于从属地位的措施。第三种替代办法是在不提及政治或经济胁迫的情况下禁止损害国家的领土完整或政治独立的反措施。在这方面，有人认为，“极端”一词不恰当，所采用的标准应是有关措施的效果。还有人提出第四种替代办法，即不依据《宪章》第二条第四项、而是依据不干涉原则来禁止反措施。具体而言，有人提到，大会一系列的决议都确认了干涉的不合法性，不应认为这些决议只具有宣告性价值。这些决议有：第2131(XX)号决议、友好关系宣言、侵略的定义、第31/91号和第32/155号决议以及不容干涉和干预别国内政宣言(第36/103号决议)。不过，有些委员认为，在目前情况下采用不干涉原则是不能接受的，原因是鉴于不干涉义务的范围极广，这样做实际上会使所有的反措施都遭到禁止。还有人认为，为先发制人而采取某一措施为不干涉原则所禁止，但这并不意味着在对非法行为作出反应时，此种措施也受到禁止。

248. 有些委员问，在目前情况下审议经济胁迫这类极端措施问题是否适宜。有人强调说，一些国家采取的大多数政治和经济方面的措施，从严格意义上讲，并不是反措施，而是一些不为国际法所禁止的措施，如停止提供发展援助等。他还说，那些构成反措施的措施往往不是极为严厉，通常不至于影响到国际和平与安全。还有人说，相对于权利而言，如果只是利益受到侵害，就不能诉诸于反措

施；在经济关系方面，反措施受到若干国际协定和自含制度的严格限制。有人提出另一问题，既然胁迫这类极端措施只有在对付类似程度的非法行为的情况下才算是合法的，则应把第2款中出现的问题推迟到委员会讨论罪行的后果问题时再作处理。

249. 有些委员建议从相称性规则的角度来处理这一问题。在这方面，有人提请注意这一点，即原始行为本身就可能损害受害国的领土完整或政治独立：在此种情况下，有人认为，第2款的作用就成了不让受害国对犯罪国的非法行为采取报复措施。因此，有人建议起草相称性条款，以便将极端措施限于受害国对损害其领土完整或政治独立的类似措施作出反应的情况。另一方面，有人对相称性标准可以充分约束胁迫这类极端措施的看法提出异议，有人问如一国违反了强制性义务，受害国是否可以以同等或相称的方式违反相同的义务进行报复；还问被征服国家这一概念在当代国际法中是否仍有效。

250. 特别报告员的结论是，禁止经济和政治胁迫得到了极大的支持，也有人对此种禁止的源自何处提出疑问。这一禁止是出自《联合国宪章》第二条第四项或一般国际法中的一项同等规则，还是出自不干涉原则？他认为，如果经济或政治胁迫受到谴责，这项禁止是出自《宪章》第二条第四项还是不干涉原则这一点就显得无关紧要了。因此，如果认为鉴于各国在经济上日益相互依赖，诉诸武力的结果日趋相当，则此项规则应作为法律的逐渐发展方面的问题来加以规定，那么，起草委员会或许可从条款的实际拟订以及禁止应归属何处这两个方面来处理这一问题。

### (c) 委员会前几届会议上一读通过的第二部分第2、第4和第5条下的反措施问题

#### (一) 自含制度的问题

251. 特别报告员首先说，关于所谓的自含制度，其特点是，它们所规定的实质性义务附带着关于违反这些义务所引起的后果的特别规则；问题是，构成这些制度的规则是否影响缔约国采取一般国际法下规定的反措施的权利，如果是的话，又是以什么方式起作用？尽管卢森堡法庭一再坚持一项原则：欧洲经济共同体成员国无权诉诸一般国际法下的单方面措施，但学者们的意见却有分歧。共同体法律方面的专家认为，欧洲共同体的体系是一种自含制度，而国际公法方面的学者则认为，有关条约实际上与其他条约并无不同，缔约国作为某一“团体”成员的选择在目前阶段还不能被看作是不可逆转的。特别报告员认为，有人说欧洲经济共同体成员国不可能作

为最后手段合法地求助于采取一般国际法所允许的措施,这种主张似乎难以自圆其说,至少从一般国际法的角度讲是如此。就人权而言,特别报告员根据文献和最近的惯例两方面的情况,倾向于这种意见,即《公民权利和政治权利国际公约》所建立的体系和1950年《欧洲保护人权和基本自由公约》<sup>44</sup>所体现的制度,都没有阻止有关国家采用一般国际法所规定的补救办法,而在人权领域也不存在自含制度。他倾向于在“关税及贸易总协定”和外交法方面作出相同的结论,在外交法领域里,对反措施的限制似乎不是源自外交法的任何“特点”,而是源自在该具体领域里对构成反措施制度的一般规则和原则的正常适用。特别报告员对自含制度的概念本身作为国家责任法律的分支体系,或前任特别报告员所采用的措词“封闭的法律环道”,哪怕只是在理论上探讨是否可予接受,也深表怀疑。诚然,实质性规则或任何或多或少表述清楚、组织严密的整套这类规则,完全可能载列一些规定,确保违反这些规定所造成的后果能够得到较好的控制。但这些规则并不排除一般国际法的规则在国际不法行为的实质性和手段性后果方面的效力和适用性;它们只不过是对于一般规则的减损,这种减损只是在不违背一般规则的情况下才可予以接受。

252. 特别报告员认为,一般国际法中规定的行使单方面作出反应的权力,是可能的并且必须在以下情况中保持其可能性:一方面因违反自含制度的行为而受到伤害的国家,向通常的机构求助并且得到这些机构作出的有利决定,但无法通过该系统的程序获得赔偿;另一方面,还有一种情况,其中国际不法行为是一项正在继续进行的违反该制度的行为,在这种情况下,如果不法行为国家在通常程序进行中乃坚持其不法行为,受害国有权同时采取旨在保护其初级和次级权利的“外部”措施,但不得影响通过该系统所规定的程序实现争端的“公正”解决。

---

<sup>44</sup> 联合国,《条约汇编》,第213卷,第221号。

253. 特别报告员解释说,第二部分第2条<sup>66</sup>在惯例法规则和有关各种条约的特殊规则方面都是有问题的。他指出,各国在一项条约中载列有关违反条约所造成后果的特别规则,目的不是在这些国家间的关系中排除国家责任一般性规则正常运作带来的相互保障,而是加强一般法正常的、无机的且并不总是令人满意的保障,使它们更加可靠,但不放弃“回头依靠”不成熟的、“自然的”保障的可能性。因此他认为,第2条草案中所载的完全放弃“自然保障”的假定,从两个方面来说都是不可取的。第一,它破坏了各国建立特别制度的目的,使这种制度带上了意外的减损效果;第二,它使一般规则成了“剩余性的”,恰恰破坏了编纂和逐渐发展国家责任法的根本目的。因此他建议,这一条应规定:第一,草案中规定的对一般规则的减损,来自契约文书,而不是来自不成文习惯规则;第二,为使对一般规则的真正减损生效,文书的缔约方不应将自己限于设想违反这套制度所造成的后果,而应明确指出,通过缔结协议,他们排除了适用国际法有关国际不法行为后果的一般规则。他进而建议,在该条的评注中应明确说明,契约性文书规定的减损,在违反行为之情节如此重大,以至于作为对违法国的对应措施,有理由中止或终止整个制度的情况下,这种减损将不适用。

254. 有几位委员订为,委员会并不一定要就自含制度的问题发表定论,因为这个问题是条约解释的问题,更具体地说,是确定条约是否要求有关各国放弃根据一般国际法采取反措施的权利,假定条约中规定的措施是不充分的。关于一套建立在习惯规则基础上的制度的具体情况,有人提出,必须确定作为这一制度基础的规则,是否其部分或全部具有强制法的性质,在那种情况下,不能对它们有任何减损。对于试图借助自含制度概念为这些问题提供一个总的答案,有人对这样做是否合适表示怀疑,因为每种情况都必须根据其本身的是非曲直来确定。

255. 一些委员表示,他们倾向于赞同特别报告员的分析,即在所有情况下,均可“退而求助”国际法规定的补救办法。在这方面,建议尽可能做到“统一”,即在总的法律体系和任何专门的分体系之间互为补充,它使人想起了关于法律“整体”与“缩影”彼此对立的古老辩论。还有人说,考虑到在国家责任方面有对特殊类型的责任制定不同制度的倾向,这个问题还值得进一步考虑。

---

<sup>66</sup> 见上文脚注33。

256. 另一些委员敦促对这个问题持谨慎态度。虽然委员会们充分注意到特别报告员的立场,即只有在极端情况下才能诉诸任何“外部的”单方面措施,但仍有人认为,当各国作为条约制度的一部分对任何违反该制度的行为规定了某些制裁时,应当理解为,它们所明文规定的内容,不包括在任何其他体系中规定的其他措施,而如果它们的用意还不够清楚,则应立足于排除而不是包括这些措施的推断。

257. 一些委员认为,作为原则问题,现有国际条约下的程序应居优先地位,且尽管受害国可能尚有某种单方面诉诸反措施的剩余“后退”权利,但仍应主张对违法行为作出集体反应,而将自含制度中不幸十分罕见的例子视为国际生活其他领域中应遵循效法的模式。有人接下去说,特别报告员的立场很难与他的结论统一,即自含制度是“十分重要的法律资产”,因为这种制度往往限制一国任意妄为的情况。还有人指出,断言独立制度的缔约国任何时候都有权采取单方面措施,无异于使那项权利具有强制法的地位,这与逐渐发展国际法是不相符的。

258. 虽然一般承认一读通过的第二部分第2条,可以在有自含制度的情况下被解释为否定了拟订中的草案规则的适用,但也有人提出,该条也可被解释为并未完全排除这些规则,因为如果独立的制度证明不够充分,他们也可具有剩余的职能。而且有人建议,委员会在回头讨论第2条时,或许应考虑拟订中的草案与关于具体领域里责任问题的国际协议之间的关系(核材料的运输、外空物体、污染等)。

259. 特别报告员在总结时指出,他的基本思想是,有些自含制度在一定程度上有益地减少了国家间关系缺乏有机结构的状态,在这个意义上无疑是一个积极因素,这些自含制度在国际不法行为的实质或工具性后果方面都没有完全取代国家责任制度。至于第2条,他仅仅是建议,应对它加以修正,以保证不排除“后退”的可能性,象该条现在的措辞那样。

## (二) 拟订中的草案与《联合国宪章》的关系

260. 特别报告员指出,第4条<sup>56</sup>的作用是,将有关国家责任的草案规定为既从属于《联合国宪章》关于维护国际和平与安全的规定,又从属于其规定的程序,特别是安全理事会在履行它在解决争端和集体安全方面的职能过程中通过的任何建议或决定。特别报告员认为,尽管根据《宪章》,安全理事会有权根据第六章提出无约束力的建议,根据第七章作出有约束力的决定,但根据当前理论上的看法,在根据第七章采取行动时,它并未得到授权根据第六章的某种方式强行解决问题,乃至将其第六章下的建议职能转变为对争端或局势实现有约束力的解决。

---

<sup>56</sup> 见上文脚注33。

261. 特别报告员认为,第4条的表述方式可能引起困难,目前他可以想起两个例子。第一,如果安全理事会根据第七章作出的决定确实以某种方式影响了一个或多个受害国与一个或多个不法行为国家之间的争端或局面,不符合有关国家责任的公约所规定的规则--第4条也是其一部分--它对有关国家之间的关系,就不管是实质性的还是手段性的责任而言,将有何影响呢?第二,一旦出现这种情况,国际法院的权限和安全理事会的权限之间将是什么关系?例如,在一起案件中,B国根据有效的管辖关系,单方面向国际法院提起对不法行为国家A的诉讼,理由是,A国没有遵守B国提出的关于停止行为或赔偿的要求。特别报告员知道,委员会的授权还不够宽,使它能够解释《联合国宪章》,特别是其第六和第七章,或使它能够决定安全理事会与国际法院之间的关系,抑或决定《宪章》第一百零三条对委员会编纂的、各国在一项公约中接受的国家责任法律之任何具体规定的后果。然而他对第4条的效果感到关注,担心如果保留这样一条规定,委员会势必要对其职权范围以外的问题进行深入研究。

262. 一些委员认为,委员会在它关于国家责任的草案中不应试图解决宪章中产生的问题,那些问题应由安全理事会处理。某些委员不同意特别报告员的意见,理由是这些意见不符合安全理事会的责任、《宪章》第六章和第七章的目的以及当代的惯例。一位委员建议应在评注中处理这个问题,可包括以下几点:(1)考虑到《宪章》的宗旨和原则,不应期望安全理事会使用权力剥夺任何国家的合法权利或补偿,包括采取合法反措施的权利;(2)各国公认安全理事会对维护国际和平与安全负有首要责任;(3)各国接受安全理事会有权监督反措施的使用,并有权在任何具体情况下指出它认为这些反措施是否失当;(4)安理会可在它认为反措施可能会使局势恶化并导致威胁国际和平与安全时,和认为有理由存在和平解决的前景时,要求一国推迟采取反措施;和(5)当不法行为国家顽抗不服从,拒绝停止它的非法行为,或拒绝接受和平解决时,安全理事会除要求合理的推迟采取行动外,无权要求一国不得采取合法的反措施。

263. 有人表示不同意这种办法。说,根据定义 合法的反措施应是低力度的,因此通常与安全理事会无关。如果在另一方面反措施威胁到国际和平与安全,则安全理事会根据《联合国宪章》下之首要责任,有理由发出必要的指示。有人还说,《宪章》第二十五条的范围在法律上大有可争论之处,在制订一套反措施制度的情况下对这条规定作硬性的解释,对所有国家都将是无法接受的做法。

264. 几位委员同意特别报告员所解释的看法，即安全理事会作出决定的权力严格限于旨在《宪章》第七章下恢复国际和平与安全的措施，安理会并未被授权强使各国接受关于第六章所涉争端或情势的解决办法或解决程序，安理会在这些方面仅能提出建议。

265. 有人建议，从第4条中删去“在适当情况下”的措词，因为条款草案应与《宪章》的规定相一致。

266. 特别报告员在他的总结中强调，“有组织的国际社会”这一极具争议性的概念，要求人们在进入第二部分第4条提到的权限领域时，必须谨慎并作适当的保留。为陈述简洁起见，他提到《海牙讲义集》1972-3(第137卷)第629页及以下各页，特别是第663页及以下各页和第682-684页。他认为，为了在充分顾及各国平等和国际关系中的法治的情况下关于国家责任的公约的规则，不加限制地提到《宪章》中有关维护国际和平与安全的程序和程序，似乎并不一定合适。

### (三) 不同的受害国的问题

267. 特别报告员说，按照第二部分第5条<sup>66</sup>对受害国所下的定义，国际不法行为不仅包括造成不公正的物质损害的行为，而且更广义地来说还包括导致侵犯权利的行为，这种侵犯无论有无损害均构成伤害。他说，尽管大多数国际规则继续规定其违反只影响一国或数国权利的的义务，双边形式并不适用于一般或集体利益的规则，为了规则对其适用的所有国家的利益这些规则必须得到遵守。例如违反由有关裁军、促进和尊重人权以及环境保护的规则所产生的义务——称之为“普遍性义务”——也就同时损害了受准则约束的所有国家的主观权利，而不论它们是否受到具体的影响，这当然不包括犯有违反行为的国家本身的主观权利。特别报告员认为，现在有必要确认普遍性义务具有与之相应的各种权利这一事实的后果，并且确定违反普遍性义务是否使所有受害国处于同一境况和是否使它们处于与违反其他种类义务相同的境况。他认为，应当摒弃“第三国”的概念和“间接受害国”的概念。例如，保护人权的普遍性规则在这些规则适用的国家之间建立了一种法律关系，其特征是各国义务确保每个人不论其国籍为何均享有人权。因此，A国违反这种义务都同时构成了对B、C、D、E等国相应权利的侵犯，由于这一权利对所有国家都是一样的（使A国尊重其管辖范围内的人的人权的权利），这种违反对于这些国家中任何一个国家来说其直接程度都是一样的。毫无疑问，某一受害国如果因违反义务涉及到从种族方面来说与其有关的人，可能会感到特别受影响，但从法律上说这并未使它所受到的伤害

比其他国家所蒙受的伤害更为直接。另一个引自海洋法的例子是，沿海国A国非法关闭位于其领水内但连接公海的两个区域的运河。这一决定将影响到：(1) 当航路被关闭时其船只已达到运河端点即将进入的任何国家的利益；(2) 其船只正驶向运河以便通过运河的任何国家的利益；和(3) 所有其他国家的利益，因为按照海洋法所有国家均有权自由使用这一运河。由于所有国家均有权自由使用运河，因此它们在法律上均受到A国决定的伤害，尽管它们之间在蒙受或惧怕损害的程度方面可能会有所不同。因此特别报告员得出结论认为区分“直接”和“间接”受害国的做法站不住脚，不同处境是由受伤害的性质或程度作出区分的。事实仍然是违反普遍义务使多个国家受到伤害，而这些国家受伤害的方式和程度也不一定一样。故必须确定其中每一国在何种程度上一方面有权要求停止、恢复原状、金钱赔偿、满足和/或保证不重犯，另一方面有权诉诸制裁或反措施。直到目前，这些问题无疑是与时常称为“罪行”的不法行为一起考虑的，但它们很可能是通常被称为“违法行为”的更为普通的不法行为所产生的后果。问题以不同的方式产生，取决于有关的规则——普遍性规则或多少属于一般性的规则——是否设想了确保规则的执行和制裁违反行为的程序。目前不需要为了解决特别报告员倾向于称之为“相同”或“不同”程度受害的国家问题而去重新审议已通过的条款或起草新的条款；只需恰当地理解和适用现有的一般规则就够了，但需为第5条补拟涉及“受害国”定义的一款，并规定凡一种国际不法行为影响到一个以上的国家，每一受害国均有权行使有关条款中所规定的权利和权力。

268. 鉴于上述原因，特别报告员提出了可能作为第5条之二的非常初步的草案。<sup>57</sup>

269. 在讨论过程中，首先强调的是需要区别多个受害国产生的问题和普遍义务的问题。在这方面有人评论说，普遍义务是强制法的一部分因而与国际罪行有关，而多个受害国产生的问题则涉及任何国际义务的制度。在这方面有人提起人们注意特别报告员对普遍义务和部分普遍性义务作了区分。

---

<sup>57</sup> 所建议的本条草案如下：

“第 5 条之二

凡存在一个以上受害国，其中每一受害国均有权按照下列各条所载述的规则行使其法定权利。”

270. 某些委员认为不是直接受影响国的问题值得进一步审议。特别报告员关于不直接受害国，特别受影响国和第三国概念的反对意见就停止权和一般要求赔偿的权利来说被认为特别具有说服力。在这方面提到了两种不同类型的问题。第一类问题涉及在出现第5条所指的一个以上受害国的情况下如何保持各受害国反应之间的平衡。假设这些国家未采取协调一致的集体（“横向”）行动，每一受害国可能主要关心的是本身与犯有不法行为国家之间的关系。单独采取的话这种行为似乎可能是合理的，但如果集体做出的话所有受害国的行为构成一种不相称的反应怎么办？有人认为，关于每一国家应在做出反应时适当注意其他受害国的反应的规定过于含糊。第二类即较严重的一类，其困难在于，尽管在第5条意义范围内所有受害国是平等的，但在某些情况下一个或几个国家无疑比其他国家蒙受较大的损失。例如，A国可能对B国国民采用歧视性镇压行为而违反《公民和政治权利国际公约》的规定。根据第5条，该国际公约的每一缔约国均属于受害国，但毫无疑问B国受到损害的程度远远大于其他国家。不给B国以任何优先考虑的作法将会引发某些问题。当然任何国家都可以要求恢复原状。但可能发生的是B国在经过了与A国一段旷日持久的外交交涉之后决定不再坚持恢复原状，而代之接受其他形式的赔偿。是否允许根据第5条属于受害国的其他国家在这种情况下坚持要求恢复原状呢？某些委员认为，特别报告员基于所受损害的性质和程度而不是基于受到伤害的直接或间接性质的作法具有将问题置于更牢固的损害范畴的优势，但它对于现在义务受到违反的不同受害国的状况来说和对于根据受害性质和程度不法行为造成的实质性或手段性后果来说仍是不确定的。

271. 在这方面，有的委员不同意特别报告员试图表示在违反有关人权或环境的多边义务的情况下，所有国家处于同一地位的作法。有人指出，尽管根据《联合国宪章》禁止侵略构成一种在相互关系中对所有国家均具有约束力的一般规则，但具有首要自卫权的是侵略的直接受害国，虽然其他国家可参与集体自卫。国际法院在尼加拉瓜进行的和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动一案中明确地指出，侵略的实际受害者和在某种人为的意义上说可称之为“法律上受影响的”其他国家在法律地位上存在区别。<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> 《1986年国际法院裁决集》，第15页及以下。

272. 目前多数人认为，这是一个发言权的问题和反应程度的合理性问题。在这方面有人指出，一个国家冒着其自身的风险采取反措施，而这些措施是否合理最终还要根据和平解决的程序和参考行为国是属于直接或间接受害以及它是否在更直接的受害国未采取反措施时采用了这种措施来加以判断。

273. 第5条之二有三条理由受到欢迎，它确切阐明：“受害国”的概念根据事实本身并不意谓同等对待受害国，因为按照严格意义的国际不法行为定义，确定出一个或数个受害国和在这一定义的基础上确定每个国家应享有的权利或权力。尽管如此，某些委员还是对这一新的条款是否真正有必要持怀疑态度；建议在条款草案本身或评注中首先说明，不同受害国采取反措施的能力应该与采取措施的国家的受害程度相称，其次，如果受影响最大的一国或多国放弃恢复原状的要求，任何其他国家不能要求恢复原状。其他委员认为，与其给予不直接受害国的国家以回报权，不如规定违反普遍适用的规则，应首先导致集体做出反应或引起体制机构范围内的行动。

274. 一些委员表明，他们不愿意就拟议的第5条之二发表意见，因为讨论这一款可能会对一读时通过的第5条产生疑问。

275. 有人在目前的范围内提出了另外三个问题：(1) 存在多个不法行为国家的问题；(2) 集体采取反措施的问题—受影响最严重的国家可能谋求外界帮助的情况；(3) 不承认的问题。对于后一点，有人认为，不承认和不予提供援助是在有多个受害国的情况下一种特别适当的结果，有人问起是否相应义务不应引起手段性后果的问题。

276. 特别报告员总结说，他将认真考虑辩论中发表的意见。他仍认为需要有一个象第5条之二那样的条款，用以消除“间接”受害国概念产生的混乱，这一概念在涉及人权和环境的某些方面的问题时可能限制事实上应保留的合法反应的能力。关于不承认，他表示他所设想的是将它作为一种反措施。他当然是指有义务加以承认的情况而言。就承认这一行为来说，各国承认或不承认外国政府或国家的自由。然而，这并不意味着不承认国可合法地无视不法行为国的存在，例如派飞机飞越该国。不承认作为一种反措施受条款草案中为反措施规定的同样的限制。

最后，他提请注意国际法院针对南非无视安理会关于不承认南非对纳米比亚的主权的第276(1970)号决议继续留在纳米比亚(西南非洲)对各国的法律影响<sup>99</sup>一案所提出的咨询意见。

---

<sup>99</sup> 《1971年国际法院裁决集》，第4-58页。

## 第四章

### 关于国际法不加禁止的行为所产生的 损害性后果的国际责任

#### A. 导言

277. 国际法委员会在其1978年第三十届会议上将“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”这一专题列入其工作计划，并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为本专题特别报告员。<sup>60</sup>

278. 委员会从其第三十二届会议(1980年)至其第三十六届会议(1984年)收到并审议了特别报告员提交的5份报告。<sup>61</sup> 这些报告力图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要，并载有五个条文草案建议。该专题纲要载于特别报告员提交1982年委员会第三十四届会议的第三次报告。这5个条文草案是在特别报告员向1984年委员会第三十六届会议的第五次报告中提出的。委员会审议了这些条文草案但未作出将它们提交起草委员会的任何决定。

279. 委员会在其1984年第三十六届会议上还收到了下述材料：对联合国法律顾问于1983年向16个选定的国际组织发出的调查表的答复，除其他事项外，调查表是要查明：各国作为国际组织成员国相互负有并履行的义务可否在这个范围内履行或取代专题纲要中所提及的某些程序，<sup>62</sup> 以及秘书处编写的一份研究报告，题为“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国家实践概览”。<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> 委员会在这届会议上成立了一个工作组，初步审议本专题的范围和性质，并向委员会提出有关报告。该工作组报告见《1978...年鉴》，第二卷(第二部分)，第150-152页。

<sup>61</sup> 关于特别报告员的5份报告，见《1980年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第247页，文件A/CN.4/334和Add.1和2；《1981年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第103页，文件A/CN.4/346和Add.1和2；《1982年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第51页，文件A/CN.4/360；《1983年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第201页，文件A/CN.4/373；《1984年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第155页，文件A/CN.4/383和Add.1。

<sup>62</sup> 《1984...年鉴》，第二卷(第一部分)，第129页，文件A/CN.4/378。

<sup>63</sup> 《1985...年鉴》，第二卷(第一部分)增编，文件A/CN.4/384。

280. 委员会于1985年第三十七届会议上任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从1985年第三十七届会议至1991年第四十三届会议收到特别报告员提交的7份报告。<sup>64</sup>委员会在1988年第四十届会议上向起草委员会提交了特别报告员为第一章(一般规定)和第二章(原则)建议的第1至第10条草案。<sup>65</sup>1989年,委员会也在其第四十一届会议上向起草委员会提交了前一届会议提交的那些条款的订正案文。<sup>66</sup>

## B. 本届会议审议这个专题的情况

### 1. 特别报告员的第八次报告

281. 委员会在1992年6月12至23日举行的本届会议第2268至2273次会议和7月8日第2282次会议上审议了特别报告员的第八次报告A/CN.4/443和Corr.1和Corr.2(只有西班牙文)。讨论结束时,成立了一个工作组来审议本专题的若干一般性问题。按照该工作组的建议,委员会作出了载于下文第341至第349段的决定。

282. 特别报告员的第八次报告简略地回顾了他迄今已建议的条款的情况和宗旨。它表明除现在已提交起草委员会的前9条外,另一些建议的条文只是探讨性的,但其中关于不歧视原则的第10条已得到委员会的普遍支持。第八次报告对预防原则的研拟和所建议的9个条文作了较详尽的审查。它还试图更明确地确定危险和损害的概念。

---

<sup>64</sup> 特别报告员的7份报告见《1985...年鉴》,第二卷(第一部分),第97页,文件A/CN.4/394;《1986...年鉴》,第二卷(第一部分),第145页,文件A/CN.4/402;《1987...年鉴》,第二卷(第一部分),第47页,文件A/CN.4/405;《1988...年鉴》,第二卷(第一部分),第251页,文件A/CN.4/413和Corr.1(只有英文本)和Corr.2(只有法文本),文件A/CN.4/423和Corr.1和2,文件A/CN.4/428和Corr.1和4(所有语文本),Corr.2(只有英文本),和Corr.3(只有西班牙本)和Add.1和文件A/CN.4/437和Corr.1。

<sup>65</sup> 案文见《1988...年鉴》,第二卷(第二部分),第9页。

<sup>66</sup> 见国际法委员会第四十一届会议报告,《大会正式记录,第四十四届会议,补编第10号》(A/44/10),第222页,第311段。特别报告员又在他的第六次报告中提出了对一些条款的进一步改动,见同上,(A/45/10),第471段。

## 第四章

### 关于国际法不加禁止的行为所产生的 损害性后果的国际责任

#### A. 导言

277. 国际法委员会在其1978年第三十届会议上将“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”这一专题列入其工作计划，并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为本专题特别报告员。<sup>60</sup>

278. 委员会从其第三十二届会议(1980年)至其第三十六届会议(1984年)收到并审议了特别报告员提交的5份报告。<sup>61</sup> 这些报告力图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要，并载有五个条文草案建议。该专题纲要载于特别报告员提交1982年委员会第三十四届会议的第三次报告。这5个条文草案是在特别报告员向1984年委员会第三十六届会议的第五次报告中提出的。委员会审议了这些条文草案但未作出将它们提交起草委员会的任何决定。

279. 委员会在其1984年第三十六届会议上还收到了下述材料：对联合国法律顾问于1983年向16个选定的国际组织发出的调查表的答复，除其他事项外，调查表是要查明：各国作为国际组织成员国相互负有并履行的义务可否在这个范围内履行或取代专题纲要中所提及的某些程序，<sup>62</sup> 以及秘书处编写的一份研究报告，题为“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国家实践概览”。<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> 委员会在这届会议上成立了一个工作组，初步审议本专题的范围和性质，并向委员会提出有关报告。该工作组报告见《1978...年鉴》，第二卷(第二部分)，第150-152页。

<sup>61</sup> 关于特别报告员的5份报告，见《1980年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第247页，文件A/CN.4/334和Add.1和2；《1981年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第103页，文件A/CN.4/346和Add.1和2；《1982年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第51页，文件A/CN.4/360；《1983年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第201页，文件A/CN.4/373；《1984年...年鉴》，第二卷(第一部分)，第155页，文件A/CN.4/383和Add.1。

<sup>62</sup> 《1984...年鉴》，第二卷(第一部分)，第129页，文件A/CN.4/378。

<sup>63</sup> 《1985...年鉴》，第二卷(第一部分)增编，文件A/CN.4/384。

280. 委员会于1985年第三十七届会议上任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从1985年第三十七届会议至1991年第四十三届会议收到特别报告员提交的7份报告。<sup>64</sup>委员会在1988年第四十届会议上向起草委员会提交了特别报告员为第一章(一般规定)和第二章(原则)建议的第1至第10条草案。<sup>65</sup>1989年,委员会也在其第四十一届会议上向起草委员会提交了前一届会议提交的那些条款的订正案文。<sup>66</sup>

## B. 本届会议审议这个专题的情况

### 1. 特别报告员的第八次报告

281. 委员会在1992年6月12至23日举行的本届会议第2268至2273次会议和7月8日第2282次会议上审议了特别报告员的第八次报告A/CN.4/443和Corr.1和Corr.2(只有西班牙文)。讨论结束时,成立了一个工作组来审议本专题的若干一般性问题。按照该工作组的建议,委员会作出了载于下文第341至第349段的决定。

282. 特别报告员的第八次报告简略地回顾了他迄今已建议的条款的情况和宗旨。它表明除现在已提交起草委员会的前9条外,另一些建议的条文只是探讨性的,但其中关于不歧视原则的第10条已得到委员会的普遍支持。第八次报告对预防原则的研拟和所建议的9个条文作了较详尽的审查。它还试图更明确地确定危险和损害的概念。

---

<sup>64</sup> 特别报告员的7份报告见《1985...年鉴》,第二卷(第一部分),第97页,文件A/CN.4/394;《1986...年鉴》,第二卷(第一部分),第145页,文件A/CN.4/402;《1987...年鉴》,第二卷(第一部分),第47页,文件A/CN.4/405;《1988...年鉴》,第二卷(第一部分),第251页,文件A/CN.4/413和Corr.1(只有英文本)和Corr.2(只有法文本),文件A/CN.4/423和Corr.1和2,文件A/CN.4/428和Corr.1和4(所有语文本),Corr.2(只有英文本),和Corr.3(只有西班牙本)和Add.1和文件A/CN.4/437和Corr.1。

<sup>65</sup> 案文见《1988...年鉴》,第二卷(第二部分),第9页。

<sup>66</sup> 见国际法委员会第四十一届会议报告,《《大会正式记录,第四十四届会议,补编第10号》(A/44/10),第222页,第311段。特别报告员又在他的第六次报告中提出了对一些条款的进一步改动,见同上,(A/45/10),第471段。

283. 特别报告员在其第八次报告中提到了他所理解的在上届会议和大会第六委员会上大多数人的意见。这种意见主张单独拟订关于预防跨界损害的“程序性”义务(即通知、资料和协商义务)的建议性文件。另一方面,在是否责成私人营业者采用最佳技术的“单方面预防措施”(即法律、行政和司法行动)应该构成一种义务或只是一种建议的问题上,委员会意见有分歧。单方面预防义务应由国家来承担,而私人营业者应对所造成的损害负责,尽管他们可能已采取了任何预防措施。特别报告员认为,把涉及实质性和程序性预防规则列入一项附件内将是切实可行的,理由至少有两个。它将解决某些委员认为本专题中具有约束性预防义务不一致的矛盾,因为违背此种义务将引起国家责任的问题。它也没有直接涉及到可能会提出一国在另一国法院中的管辖豁免等另一些有待解决之问题的国家。这种做法也符合当前的条约惯例,因为关于赔偿责任的条约不涉及预防措施的问题。根据这些惯例,私人营业者应对他们所造成的损害负责,尽管他们已采取了任何预防措施。然而他没有堵塞选择的机会。如果普遍的意见认为单方面预防义务必须与涉及预防的建议性之程序性义务分开或脱离,那么他在第八次报告中所建议的第1条可以从附件中移出,而现在该条是案文的主体。他认为,预防义务和赔偿义务列入同一文书的唯一办法是把责任归属于不同的行为或不同的主体(例如国家承担预防责任,赔偿则属于民事责任)。

284. 不论关于预防的条款属何性质,委员会仍然必须审议具有跨界损害危险的活动是否不同于造成这种损害的活动。他认为两种类型的活动均涉及类似的预防规则。他解释说,这类规则通常根据国家应该采取的立法、行政和实施措施来拟订。两类活动的预防义务之间的微小差别可以在他试图在报告中所做的同样一组条款范围内处理。

#### (a) 一般性评论

285. 许多委员提出了某些与专题基本概念、范围和方针有关的一般性问题。

286. 某些委员在评论委员会关于本专题工作进展缓慢时建议,委员会应该考虑个别地处理专题。他们认为,就委员会工作应从哪个问题上着手进行以及应遵循何种顺序方面取得一致意见,是至为重要的。专题所涉问题太复杂,不论是过失的概念还是严格赔偿责任,都不能提供专门的秘诀。这是一个过失和严格赔偿责任似乎都存在某种程度的重叠的领域。也许应把本专题包括的范围分成不同的部分,使

委员会能一个一个地处理问题。但要力图适当地包括问题的所有方面。

287. 某些委员认为，委员会及早就草拟指导方针或拟订原则规定作出决定，将会有助于填补专题中的明显的概念空白和帮助委员会更快地就条款的实质问题达成协商一致意见。例如，委员会可以使自己限于草拟一套关于各国对使用它们管辖或控制下的领土、领域或物体的权利和责任的原则。斯德哥尔摩和里约宣言可以成为这方面的起点。委员会应该根据这些宣言进行改进，并使在突显政治见解的论坛上已进行的讨论具有适当的法律形式。但是，委员会其他委员认为关于及早就本专题应该采用的最终文书的形式作出决定的建议，既不慎重、也不是合时的解决办法。关于就这个具体问题的讨论见下文第292至294段。

288. 至于专题的基本概念，有些委员评论说，在本专题和国家责任之间缺乏明确的区分，可能给委员会在为专题拟订一个普遍可以接受的理论基础方面带来困难。从理论上讲，很难设想一种认为只要支付了赔偿，使某人蒙受损害便属合法的法律制度。当然，还有实行国有化等合法行为的赔偿情况。人们还可能设想可能为一些行为支付赔偿，这些行为的非法性由于不可抗力、危难、危急状况等原因而被排除。但是，后一事例属于国家责任的范畴。在这个问题上，有人建议本专题涉及的问题也可以个别进行讨论，即关于这些活动可以依据国家是否负有义务保证不发生域外损害或负有义务在进行它们的活动的時候给予适当注意。委员会的看法是，包括预防和赔偿责任的规则似与仅涉及赔偿责任的本专题的标题相矛盾。根据这种看法，涉及赔偿责任的法律文书通常不包括任何关于预防的规则。《外空物体所造成损害的国际责任公约》即为一例。

289. 还有人认为，“国际责任”的概念应该就一般理论和是否所具有的危险造成赔偿责任、或由于造成跨界损害才产生赔偿责任的问题加以澄清。在讨论中，有人评论说，若干国家法律制度甚至在措词上对赔偿责任概念和责任进行区分，因而在有关这一专题的工作上引起更多的困难。某些委员不同意建立严格赔偿责任的严格制度；任何赔偿责任制度都应能考虑到以下因素，如合理、适当注意、利益均等、公平和不阻碍科学进步和经济发展的需要等。同时，任何赔偿责任制度应该为无辜受害者提供赔偿。任何赔偿责任制度也应考虑到外部干预因素，如破坏活动和战争，这时赔偿责任通常从经营者或国家转移到那些对有关行为负有责任的人。还有人认为，必须对经营者或国家的赔偿责任确定一个范围；与此同时，还应预见到补充的筹资办法，以保证对无辜受害者的公正和公平。

290. 有些委员表示支持民事责任赔偿制度，经营者必须承担他们所造成的损害费用。这种义务相当于在环境方面的所谓“污染者付费”原则。有些委员认为，

专题应仅限于经营者的赔偿责任；否则发展中国家将处于不利地位。其他委员认为，最佳解决办法是在赔偿责任制度中纳入一项有效的国际保险计划，根据该计划无辜受害者得到保证获得赔偿，而不由于迫使各国相互谈判赔偿问题造成各国之间的紧张局势。

291. 然而，一般普遍认为，目前整个世界正在发动一场对环境退化的进攻，委员会要发挥重要作用，便不应该错过在其职权范围内作出有启发作用的贡献的机会。委员会的任务棘手、复杂，却也至为重要，因为世界正经历着技术上的发展，其中有些发展也产生了严重的环境后果，所有这一切都要从发达国家和发展中国家的经济需要的角度来考虑。本专题工作的顺利进行将造福于所有国家，对于国际法的逐渐发展及其编纂来说，也是一种重要的贡献。

#### (b) 拟起草的文书的性质

292. 许多委员讨论了委员会就本专题将草拟的文书的最终形式的问题。讨论中出现了两种意见。一种意见主张委员会及早就正在草拟的文书的性质作出决定。另一种意见劝告不要及早、仓促就这样一个重要的问题作出决定。

293. 持第一种意见的委员们尽管承认：在完成其关于一个专题的工作前尽早作出这样一项决定，并不是委员会通常的做法，但认为这样一项决定对本专题来说将是慎重的。他们提到本专题是异常复杂的，而委员会是站在逐渐发展国际法的前缘，这些理由再加上委员会在过去十年所经历的许多问题，使他们认为委员会应该具有一种创新的态度以克服这个难题。他们认为委员会及早决定，使本专题的条款具有原则宣言或声明的性质，会大有助于就拟草拟的条款的实质内容形成协商一致意见。如果要使这些条款成为条约的一部分并使各国负有约束力的义务，将很难就条款的实质内容达成任何协商一致意见。他们认为，委员会作出决定就此专题制订一项原则宣言，不会降低本专题的价值。他们提到：联合国在人权领域的确有助益的经验，就是从草拟一项宣言开始。另一方面，有人认为，由于国家的预防义务已在国际法中得到确认，最好就这个专题拟定一个条约。

294. 持另一种意见的委员们援引委员会通常的做法，即推迟就文书性质作出任何最后决定，因为它最终会在委员会工作完成后、在对具体专题的工作中体现出来。他们不同意：尽早就这个问题作出决定便会大大减少专题的复杂性或保证委员会对专题的迅速进展。尽管表示这种意见的某些委员指出，目前他们认为一份建议性质的文书可能较合适，但他们不希望这次作出最后决定。

### (c) 预 防

295. 几位委员对特别报告员要求他们对关于预防的条款是否应列入一个附件内、并作为一项建议提出这一问题表示意见,进行了评论。许多委员认为预防规则构成专题的一个重要部分,但他们不愿意这次就对这些规则究竟应该是建议性的、还是约束性的,作出决定。然而,有几位委员认为,关于预防的条款仍应是建议性的;所有其他条款也应具有建议的特点。

296. 有人回顾在委员会上届会议上,意见的主要倾向似乎是关于预防的、仅具建议性的程序性义务。然而,关于预防的条文的修订案文已经不再只是程序性的,它也包含了相当多的实质性内容。因此,有几位委员不认为:预防规则应脱离案文的主体纳入附件内,或预防规则的性质应该仍然只是建议性的。他们注意到特别报告员的担心,但他们认为不应该基于这种担心而不拟订使各国承担义务的规则,以防止在它们的领土上、或在由它们管辖的领土上,进行跨界损害的活动。鉴于在拟订不加禁止的活动所产生的损害的赔偿责任的实质性规则方面没有取得任何实际进展,拟订一套关于预防问题的规则至少可能满足国际社会的某些需要。他们认为,作出赔偿的义务无论如何不应该从属于预防义务,因为作出赔偿的义务是根据无辜的受害者不应承担损失的公平的原则。

297. 有人指出,一般国际法上已有一项的公认的原则,认为各国必须警惕制止、或在可能的情况下防止被认为是合法的活动所造成的重大跨界损害。有人提到:特别报告员不愿赞同这种意见,因为这样会引起、使立论的依据从合法的活动转移到违法行为的方法上的问题。但是,即使委员会以合法活动为限,但仍必须确定这些活动在何种情况下不再属于合法的。只有确定了一国对这些活动所造成之损害的预防义务以后,才能确定这个问题。预防的义务出就成为本专题的真正核心。因此,预防的义务不可能仍然只是一些建议而已。

298. 另一些委员认为,本专题的所有条文应该都是建议性质的。但是,即使撇开条款草案的最后形式问题,他们认为关于预防的条款不应是约束性的。他们同意特别报告员的意见,即约束性的预防义务将缩小国家责任和本专题之间的分歧。他们认为,在一种各国之间的关系相对稳定、和谐的理想的情况下,特别报告员提出的条款也许会顺利执行。但是在本专题所涉及的情况下,有关国家之间的关系可能不那么理想,在这种情况下进行有效协商--更不用说和平解决争端,是可能性极少的事。因此,从保护无辜受害者的角度来看,最好的供选择的办法是采取某种保险计划,以保护由于这种活动造成的损害。

299. 对预防规则的其他方面的问题,也进行了讨论。

300. 某些委员认为,特别报告员关于国际法原则上禁止造成显著跨界损害的

员认为,资料密切联系到通知和协商。他认为,本条没有对国家强加不合理的负担,因为资料并不需在已经做到的范围之外再度进行调查研究。“现有的”一词用来表达此一构想。要求起源国提供它已拥有的资料,它没有义务在它已进行过的范围之外再作进一步的调查。如果已证明很难查明活动的可能的影响程度,起源国应该设法获得在这个领域具有权限的一个国际组织的协助。

309. 就本条的要旨发表了两种不同的意见。

310. 根据一种意见,第2条规定了一种义务:通知那些可能受到一国活动后果损害的国家,这条原则在国内法中已经存在。支持第2条的那些委员同意特别报告员关于提供资料的义务同通知的义务密切相联。规定如果发现的确有、或可能有跨界损害后应随即进行通知和资料程序,是合理的。本条适用于涉及危险的活动和具有损害性影响的活动。然而,所发表的意见倾向于在预防措施方面分别处理这两种类型的活动。有人建议重新起草第2条,许多关于保护和保全海洋环境的现有公约的经验也应加以研究。一位委员虽然支持第2条的要旨,却认为,要求起源国在核准可能影响到其它国家的活动之前向可能受到影响的国家提供资料,是合乎逻辑的。

311. 另一种意见认为:第2条没有任何用处,认为这一条不切实际。根据这种意见,如果活动具有明显的跨界影响,将是一种非法行为,起源国无论如何不应进行。因此,第2条没有任何意义。这一条的实用性也是值得怀疑的,因为希望各国不进行合法活动是由于它们对这些活动的评估表明有可能的跨界损害,是没有道理的。

312. 关于规定起源国应寻求主管国际组织的援助问题。有一种意见认为,它的实用性是值得怀疑的,而另一种意见则认为,这样一种规定很有帮助。后一种意见认为,在某些情况下,区域性组织和国际组织可能就拟采取的预防措施和其它方面向各国、特别是发展中国家,提供有关的技术和财政援助。如联合国工业发展组织、国际原子能机构和印度洋委员会等组织均作为有帮助的国际和区域性组织的例子被提到。有人建议确定国际组织的任务的规定完全可以模仿联合国海洋法公约第202和第203条。有人评论说,本专题也应预期对发展中国家的优惠待遇。最近处理类似问题的国际法律文书也是这样做的。<sup>99</sup>某些委员认为第2条下的通知和发展规定应是强制性的。

---

<sup>99</sup> 在这方面提到1992年6月13日关于环境和发展的里约宣言原则6 (A/CONF.151/5/Rev.1)和1992年6月5日关于生物多样性的公约。

### (三) 第 3 条 国家安全和工业秘密<sup>70</sup>

313. 第3条是一个保障条款，允许起源国拒绝提供对其国家安全或工业秘密的保护至为重要的资料。该条指望起源国同其他国家诚意合作，酌情提供它能够提供的任何资料。

314. 几位委员简略地评论了本条。他们认为本条是草案中的有用的和积极的因素，它甚至有助于鼓励各国接受整个文书。

### (四) 第 4 条 具有损害性影响的活动：事前协商<sup>71</sup>

315. 第4条反映了仅涉及具有损害性影响活动的一个单独条款的第一个例子。这些活动在进行的正常过程中造成跨界损害。如这种损害可以避免，起源国有义务要求操作者采取必要的预防措施。如果这种损害无法避免，则在未与受影响国进行某种协商的情况下不得采取任何进一步措施。允许受影响国就这种活动的进行提出反建议。

---

<sup>70</sup> 第3条案文如下：

#### “第 3 条

#### 国家安全和工业秘密

起源国得拒绝提供对其国家安全或工业秘密的保护至为重要的数据和资料，但起源国应本着诚意同其他有关国家合作，酌情提供它能够提供的任何资料。”

同上，第21页。

<sup>71</sup> 第4条案文如下：

#### “第 4 条

#### 具有损害性影响的活动：事前协商

起源国在进行或核准进行具有损害性影响的活动之前均应同各影响的国家进行协商，以期确定为所有相关当事各方所接受的、有关该相关活动的法律制度。”

同上。

316. 对第4条进行评论的委员认为该条目的不明确。一种意见认为,如果起源国知道一种活动将产生有害影响,它不应进行或核准这种活动。另一种意见认为,具有损害性影响的计划的活动对起源国的发展可能极为重要,而且该国不可能有任何其他办法减少或缩小对其邻国的跨界影响。在这种情况下进行协商是无意义的,因为这种协商不可能导致任何议定的制度。

317. 有人说,如果对具有损害影响的活动进行事先协商--不仅在第4条而且 在第5条和第7条也作了规定--的目的是为达成议定的制度,尽管这类活动具有损害性影响也准许它进行,则应该清楚地说明。还应说明:这种事先协商的结果可能改变核准活动的国家原先所拟议的计划,或有可能针对受到这些活动损害的其他国家的利益提供赔偿。还有人认为,第4条应明确:如果进行有可能避免损害的活动,则协商的目的是同受影响国议定一种可接受的关于预防的法律制度,因为“协商”一词经常用于没有义务征求同意的情况。第4条还应说明:法律制度的特点是在可以避免损害的情况下要求受影响国同意。

318. 第4条从另一理由来看也是有疑问的。有人发表意见说,如果第4条旨在为受影响国对具有损害性影响的活动提供一种否决权,则就会引起关于在协商过程中保证两国利益均等的问题。但是,如果受影响国的否决是无法预期的,那么在受影响国不同意进行无法避免损害之活动的情况下,很难看到本条的法律效果。由于这些原因,某些委员建议删去第4条。

319. 还有人发表意见说,如果出发点是具有损害性影响的活动可能是合法的,至少在一定条件下,是没有任何正当理由可据以区分具有损害性影响的活动和涉及危险的活动。在两种情况下,都必须在起源国和可能受影响的国家之间进行协商,而第6条已足可包括这两种情况,因此第4条是没有必要的。

#### (五) 第 5 条 具有损害性影响活动的备选活动<sup>72</sup>

320. 本条是具体涉及具有损害性影响之活动的第2个条文,这种活动已明确:

<sup>72</sup> 第5条案文如下:

#### “第 5 条

#### 具有损害性影响活动的备选活动

如果此类协商显示跨界损害依所提议的活动状况乃是无法避免的,或者此类损害不可能获得充分的赔偿,受影响国得要起源国规定申请核准的一方提出可能使该活动获得接受的备选活动。”

同上,第22页。

在所提议的情况下无法避免跨界损害、或这种损害无法获得充分赔偿。在这种情况下，可能受到影响的国家可要求起源国责成经营者提出可能使该活动获得接受的备选活动。本条是协商和禁止之间的一个中间步骤。

321. 几位委员对第5条进行了评论，并表示为了两种几乎相反的原因对该条感到困难。一种意见认为，本条没有充分顾及起源国的利益，另一种意见则认为，第5条没有保护受影响国的利益。对那些支持前一种意见的人来说，本条是不实际的，因为它把起源国置于一种无助的境地，可能受到影响的国家有可能不受禁止地加以滥用。因此第5条将使关于和平解决争端的第8条无效。考虑到本专题是处理合法活动，在这种情况下足可要求起源国重新考虑这种活动并重新评价备选活动。但是第5条目前的措词似乎等于禁止此种活动，因为起源国不再可能决定如何进行或管理这些活动。

322. 认为本条没有足够保护受影响国的利益的那些委员指出，根据该条对受影响国提供的选择是不起作用的。他们认为，在跨界损害无法避免或确定这种损害无法获得充分赔偿的情况下，仅仅核准受害国要求起源国审查备选活动未免太宽了。本条应规定，如果经营者不能提出可以接受的备选活动，则起源国不得核准所提议的活动。

#### (六) 第 6 条 涉及危险的活动：就一种制度进行协商<sup>73</sup>

323. 第6条试图解决造成跨界损害的涉及危险的活动的具体情况。本条明确规定：具有跨界损害性影响的活动和造成跨界损害的危险的之间的主要差别之一是协商义务的目的。根据第6条，有关国家必要时应进行协商，以期决定可能的跨界损害的数额、计划的活动的任何可能的调整、或预防措施、或一旦造成损害时的应急计划。第6条还规定造成的任何跨界损害的赔偿责任必须符合本专题正文内各条款，除非各方能够就一项赔偿的特别制度达成协议。

<sup>73</sup> 第6条案文如下：

#### “第 6 条

#### 涉及危险的活动：就一种制度进行协商

在活动涉及危险的情事时，相关各国均应进行必要的协商，以期决定可能的跨界损害的危險幅度和数额，进而期望能够达成有关为受影响国家满意的已规划活动的调整和修改、预防措施和应急计划的办法，但附有一项了解，即所造成的损害的赔偿责任必须符合正文内各相应条文条款。”

同上。

324. 极少几个委员在他们的评论中谈到第6条。他们同特别报告员一样认为：在解决事前协商问题中存在两个基本问题。一方面，一国不应将负担加于其他国家而保留对自己的全部利益，把工业活动的费用归于外国。另一方面，如采取适当的程序减少损害的危险，邻国也不应对一国的计划的活动的活动给予否决。这样一种态度符合目前附件中设想的义务的性质。因此，本条应重新草拟以便提供一个如特别报告员第八次报告中所解释的、关于协商目的的更为严紧的定义。

### (七) 第 7 条 受影响国的倡议<sup>74</sup>

325. 本条为受影响国提供了一个提出倡议的机会，如果它有理由相信一项在另一国管辖或控制下的活动正在对它造成显著的损害，或正产生对它造成这种损害的危险。受影响国可要求起源国遵守本附件第2条的规定。提出这种请求时应同时提出阐述上述看法的理由的技术性说明。如该项活动证明是正文第1条所述活动中的一项，则起源国应支付研究费用。

326. 对本条所发表的意见表明普遍支持本条的思想基础。委员们认为允许可能受到一种活动影响的一国，在起源国核准前或核准后和甚至当该活动已经开始进行或损害正在变得明显时倡议进行协商，是有益处的。但是可能受影响的国家援引第2条的权利似乎并无助益，它应仅有权要求进行协商，而接着进行的这种协商，则俨然是由起源国倡议的。

---

<sup>74</sup> 第7条案文如下：

#### “第 7 条

#### 受影响国的倡议

如果一国有理由相信一项在另一国管辖或控制下进行的活动正对它造成显著的损害，或正产生对它造成这种损害的危险，它可要求该国遵守本附件第2条的规定。提出请求时应同时提出阐述上述看法的理由的技术性说明。如该项活动的确是正文第1条所述活动中的一项，起源国应支付研究费用补偿金。”

同上，第23页。

327. 第7条最后一句规定：起源国应承担研究的费用，被认为是没有必要的。有人认为这种意见甚至是起反作用的，因为这可能使各方无法达成友好的解决办法，而且也忽视了该活动被设想为合法的活动这样一个事实即。即使第7条最后一句被保留下来，还是会有人问起：在第4条和第6条中对造成损害性影响的活动和那些引起危险的活动之间的划分是否应该决定由谁来支付研究费用。如果该活动属于第一类，也许指望由起源国支付研究费用是合理的。但是对于具有引起损害之危险的活动来说，则不是同样情况了。

#### (八) 第 8 条 解决争端<sup>75</sup>

328. 草拟本条的目的是需要迅速解决各方之间关于这些条款中涉及的问题的分歧。第8条论及起源国和受影响国不能通过协商解决它们之间的分歧的情况。将规定和平解决争端的程序，并将其作为附件附于条款的这一部分。

329. 从就本条发言的那些委员们的评论来看，显然许多委员都认为这种性质的条款是有用的而且确实是必要的。这样一个条款应该提到和平解决争端的一般义务，如有必要还应涉及规定一种特别灵活和迅速的解决办法的附件。这反过来可以促进更加认真的协商。但是，解决争端的任何程序应确切说明根据哪几个条文可以援引解决程序义务。如果规定是非强制性的，就很难制订这种类型的程序。

---

<sup>75</sup> 第8条案文如下：

#### “第 8 条

#### 解决争端

如果依照上文第3条至第5条举行的协商没有导致协定，则当事各方应将其歧见送交附件...内所载解决争端程序加以审议。”

同上。

### (九) 第 9 条 利益均等所涉因素<sup>76</sup>

330. 本附件内所提供的条款的主要目的是提供一个框架,在这个框架内各方在进行引起危险的活动或造成跨界损害的活动时得以解决和调停它们的各自利益。希望在这个框架内,各方能顺利地平衡它们的各自利益。第9条提出可以协助各当事方或第三方的决策者从事这项工作的因素。

<sup>76</sup> 第9条案文如下:

#### “第 9 条

#### 利益均等所涉因素

为求有关国家之间在相关活动方面实现公正的利益均等,这些国家在进行上述的协商时可考虑下列因素:

- (a) 跨界损害的或然程度及其严重性和涉及面,以及该项活动在受影响国的积累影响的可能范围;
- (b) 预防这种损害的办法是否存在,考虑到在从事该活动时已采用最高技术标准;
- (c) 在别的地方或以别的办法进行该活动的可能性,或从事别的备选活动的可行性;
- (d) 该项活动对起源国的重要性,考虑到经济、社会、安全、保健和其他类似因素;
- (e) 就可能的预防办法而言该项活动的经济可行性;
- (f) 起源国就其采取预防措施、恢复事前的环境状况、赔偿所造成的损害或进行备选活动的能力而言的物质和技术可能性;
- (g) 受影响国对同一活动或类似活动应用的保护标准以及区域或国际实践中应用的标准;
- (h) 起源国或受影响国从该项活动中取得的利益;
- (i) 损害性影响源于自然资源的程度或影响一种共有资源使用的程度;
- (j) 受影响国愿意分担预防费用或损害补偿的程度;
- (k) 起源国和受影响国的利益与整个社会的一般利益一致的程度;
- (l) 国际社会可以向起源国提供援助的程度;
- (m) 国际法有关原则和规范的适用性。”

同上,第23-24页。

331. 讨论第9条的委员们表示了两种不同的意见。

332. 第一种意见认为,第9条是草案中具有最引人注目之特点的条文之一,它所体现的概念是极有助益的。为了进一步改进这个条文,有人认为应该对造成损害之活动方面和具有造成损害之危险的活动方面与利益均等有关的因素进行区分。这两类活动涉及不同的问题并且很可能涉及谈判各方应考虑的不同因素。还有人建议第9条中对利益均等的检验不应仅限于各国之间的协商,还应适当注意第4和第6条下所要求的那种、有可能构成预防制度之建立的一个例外情况的那种均等。

333. 另一种意见认为,向各国指出这些利益均等所涉因素可以作为它们进行协商的基础即使是很重要的,也应该指明第9条中的因素只是建议性的,只能作为指导方针提供给各国。因此,这些因素应移至一个附件中、一个关于协商的条文的评注中、或根本不予载入草案中。

#### (e) 建议的关于用语的第2条的新定义

334. 特别报告员解释说,在第2条提交起草委员会以来的期间内,在委员会之外进一步研拟了一些文书,处理具有危险的活动、或在若干特定活动中造成跨界损害的活动。<sup>77</sup> 委员会和第六委员会的意见也表明倾向于界定一个关于危险的更精确的定义或甚至一份这些条文拟予包括的危险活动清单。由于这些原因,他试图在第2条未定下来时为起草委员会提供一个关于危险和损害概念的更明确的定义。特别报告员指出,回顾近年来的法律文书中关于危险的各种定义,他断定任何此种定义必须考虑三条标准:所进行的活动的规模、处于特别敏感或重要地区(如湿地、国家公园、具有特别科学重要性或考古、文化或历史重要性的地点)的活动的地点和对人类或某些重要资源或地区的潜在用途的具体活动的影响。因此,他建议为第2条拟订另一个关于危险的定义。<sup>78</sup>

<sup>77</sup> 这些文书列于同上,第26-27页。

<sup>78</sup> 建议的新定义案文如下:

“危险”是指发生事故的可能性和可能造成之伤害的规模的综合影响。为本条款的目的,“有危险的活动”是指上述综合影响的结果显著的活动。这种情况可能由下列因素引起:当活动的影响造成威胁,例如使用危险的技术、物质、基因经改变的生物或微生物;或当进行重大工程时;或当工程的影响因其进行的地点或进行的条件、方式或媒介而加剧。”

同上,第28页。

335. 特别报告员指出,新近的一些法律文书中将损害的概念界定得更为精确。考虑到这些定义以及委员会和第六委员会所发表的意见,特别报告员对损害的概念提出一条新的定义。他还建议进一步更改第2条中术语的定义。<sup>79</sup>

336. 对“危险”的新定义进行评论的委员们同意该案文的实质内容,但认为措词还可以改进。他们说如果委员会想要同时处理引起危险的活动和造成损害性影响的活动,最好在单独的款文中加以界定。某些委员对使用修饰词“显著”作为危险的级限感到不妥。有人认为确定“显著”危险可能导致无终止的讨论。例如关于和平利用核能,各国几乎不可能采取同样的看法,即发生意外事故的可能性取决于反应堆是设于一般认为具有先进技术的国家还是位于认为不属技术先进的国家。他们认为问题的核心主要在于潜在损害的严重程度,其次才是所具有之危险的严重程度。另一些委员认为,订出一个关于危险的级限是很重要的。他们不能确定诸如“明显”、“重大”或“显著”等不同的修饰词之间是否存在明确的区别。但是他们认为,委员会光是为了使专题的范围具有最起码的明确性便应该就级限取得一致意见。

---

<sup>79</sup> 特别报告员建议的第2条中的进一步更改的案文如下:

增加的新款案文如下:

“‘损害’是指: (a) 任何生命的损失、健康的损坏或任何人身损害; (b) 财产的损坏; (c) 有害环境的改变,但相应的补偿除利润的损失外将包括实际采取或将要采取的合理的复原工作或恢复措施的费用; (d) 预防措施的费用以及因采取这种措施而引起的进一步损失”;

第1款由下列案文取代:

“‘恢复措施’指复原或采取恢复受损害或破坏的环境组成部分的合理措施,或在合理时将这些组成部分的相等物重新引进环境的合理措施”。

第(m)款改写如下:

“‘预防措施’指任何人在事故发生后为预防或尽量减少本条第…款所述的损害而采取的合理措施”;

关于这一点,应予以指出的是“跨界损害”的概念应重新界定如下:

“指在一国管辖或控制下进行第1条所述活动的有形后果在另一国管辖或控制下的领土或其他地区引起的损害”。

同上,第31-32页。

337. 某些委员对关于损害的新定义进行了评论。有人说在委员会就实质性条款的内容作出决定之前,很难在各个修饰词之间选择哪个词应在理论上适用于损害。有人提到特别报告员倾向于欧洲经济委员会跨界水污染责任和赔偿责任问题工作队采用的关于损害的定义,其中要求受影响国采取某些措施减轻损害(ENWVA/R.45)。但是这个定义被认为太主观,而且没有足够考虑到有关国家之间可能存在的、关于环境标准和它们的经济情况的差别。另一些委员认为选择“显著”标准是一种可以接受的损害的级限,因为它排除了轻微的和较小的损害。

338. 某些委员就损害定义的其他方面发表了意见。例如有人说对损害作出详细的定义可能对法官没有帮助,因为这样的定义可能太严格因而可能妨碍他们的工作。详细的损害定义还具有由于技术发展、日益增加的工业活动的现代化以及对这些问题的态度变化和容忍水平,而变得不合时宜的缺点。因此对损害订出一般级限是可取的。

339. 某些委员会不反对为损害作出详细的定义,但对(c)项“赔偿”的概念感到不妥。这种提法可能意味着所界定的不是损害而是损害的后果。有人说,没有任何一个社会能够为一切损害进行赔偿;在所有法律制度中,所考虑的是造成损害之活动的效益以及这种损害的程度和性质。

340. 对于“跨界损害”的概念的评论涉及到两个问题。一个涉及对全球公有领域的损害,另一个涉及对起源国领土或国民的损害。关于第一个问题,有人问起本专题是否将处理对全球公有领域造成损害的活动。特别报告员回答说,委员会尚未作出最后决定。如果委员会决定本专题也应适用于对全球公有领域造成的损害,他必须对术语的定义以及条款的某些方面作出适当的调整。目前他仅在“跨界”损害的基础上草拟条款。至于第二个问题,特别报告员同意委员会另一些委员关于本专题应仅处理跨界损害的意见,因为跨界因素将涉及国际法的问题。按照已阐述的概念,本专题不打算适用于起源国的活动对它本国所造成的损害。

## 2. 委员会的决定

341. 国际法委员会在1992年6月16日第2273次会议上设立了一个工作组,任由所有委员参加,以审议有关范围、应采取的办法和本专题今后工作的可能取向方面的一些一般性问题。

342. 从1992年6月16日至23日,工作组举行了五次会议。

343. 根据工作组建议,委员会于1992年7月8日第2282次会议上作出了以下决定:

### (a) 本专题的范围

344. 委员会注意到,在过去几年对本专题的工作中,它确定了专题的大概领域和外部界限,但尚未就确切的范围作出最后决定。委员会认为,在目前来作出这种决定,也许为时过早。但委员会议定,为了推动议题工作的进展,应采取这样的谨慎做法:分阶段在这一大范围内审议该议题,并规定要讨论各问题的优先次序。

345. 根据上文第344段中所载述的理解,委员会决定:应将专题视为既包括预防问题,也包括补救措施的问题。但应首先考虑预防问题;委员会只有在完成了专题第一部分的工作后,才可继续处理补救措施的问题。这种情况下的补救措施可包括减少损害、恢复所损害的一切和对造成的损害进行赔偿等补救措施。

346. 在目前这个阶段,应该侧重起草具有造成跨界损害之危险的活动方面的条款,委员会目前不应讨论实际上造成损害的其他活动。根据上文第345段的建议,本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。一旦委员会完成了针对具有造成跨界损害之危险的活动的两个方面所提议的条款的审议工作,将接着决定下一阶段的工作。

### (b) 对拟起草的条款或文书的性质所采取的办法

347. 委员会认为,现阶段对所要拟订的条文之性质或委员会有关本专题的工作所将产生的文书的最后形式作出决定,均属为时过早。谨慎的做法是:根据委员会通常的做法,将这种决定推迟到本专题的工作完成后作出。委员会将按照其通常做法,根据各条款的法律依据、它们的明晰程度和对国际社会当前和今后需要的有用程度,以及它们可能对促进逐渐发展国际法和该领域国际法编纂工作的贡献,审查和通过为本专题拟议的条款。

### (c) 本专题的标题

348. 鉴于本专题的标题对于包括“活动”、还是包括“行为”,含义不清,委员会决定贯彻本专题应处理“活动”的工作假设,暂时不对对标题作任何正式的修改,因为就本专题的进一步工作来看,可能还有必要对标题作更多的修改。因此委员会将等到能够就标题的修改提出最后建议以后再作正式的修改。

(d) 关于特别报告员下一年度报告的建议

349. 委员会感谢并赞赏地注意到特别报告员以前的报告,其中对预防问题的讨论既包括有引起跨界损害之危险的活动,也包括造成跨界损害的活动。它要求特别报告员在下一一次提交委员会的报告中,只在具有引起跨界损害之危险的活动方面进一步讨论预防问题,并就此提出一套修订的条款草案。

## 第五章

### 委员会的其他决定和结论

#### A. 国际水道非航行使用法

350. 在1992年7月22日第2292次会议上,委员会任命了罗伯特·罗森斯托克先生为“国际水道非航行使用法”专题的特别报告员。

351. 委员会希望提醒委员们,它曾在1991年6月27日第2237次会议上决定:按照委员会章程第16和第21条,一读暂时通过的这个专题的条款草案,应该通过秘书长送交各国政府征求评论和意见。委员会也希望提醒委员们,大会于其1991年12月9日第46/54号决议第9段中提请各国政府注意委员会听取它们对本条款草案之意见的重要性,并敦促它们于1993年1月1日前以书面方式提出评论和意见。

352. 秘书长通过1991年12月2日的信件请各国政府于1993年1月1日前提出评论和意见。委员会希望强调这个时限对于继续进行其关于本专题工作的重要性。

#### B. 危害人类和平及安全治罪法草案

353. 委员会希望提醒委员们,它曾在1991年7月12日第2241次会议上决定:按照委员会章程第16和第21条,一读暂时通过的这个专题的条款草案,应该通过秘书长送交各国政府征求评论和意见。委员会也希望提醒委员们:大会于其第46/54号决议第9段中曾就本专题向各国政府发出上文第351段中所载述的同样吁请。

354. 秘书长通过1991年12月2日的信件请各国政府于1993年1月1日前提出评论和意见。委员会也希望在此强调这个时限对于继续进行其关于本专题工作的重要性。

#### C. 国家和国际组织间的关系(专题的第二部分)

355. 基于下文第360至第363段中所解释的理由,委员会决定不在本届委员任期内进一步审议本专题,除非大会另有决定。

## D. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件

356. 委员会在第2253次会议上注意到：大会在其第46/54号决议第6段中要求国际法委员会

“(a) 深入审议：

- (一) 如何规划其成员任期内的活动和方案，同时考虑到在草拟关于特定专题的条款草案方面应当尽量取得最大的进展；
- (二) 其工作方法的所有方面，包括将其年度会议分为两期的可能性，同时考虑到交错审议某些专题，除其他好处外，可能有助于第六委员会更有效地审议其报告；

(b) 继续特别注意在年度报告中，就每一专题，指出各国政府在第六委员会或以书面形式表示过意见的那些对委员会继续工作特别有关的具体问题；”

357. 委员会一致同意：这项要求应在其题为“委员会的方案、程序和工作方法及其文件”的议程项目7下审议，而且这个议程项目应由扩大主席团规划组审议。

358. 规划组举行了11次会议。除了大会第四十六届会议讨论的专题摘要中的章节“委员会的计划和工作方法”(A/CN.4/L.469,第427至第446段)以外，规划组还收到了委员会委员提出的一些建议。

### 1. 活动规划

#### (a) 专题“国家和国际组织间的关系(专题的第二部分)”

359. 委员会注意到，规划组设立了一个工作组来审查到目前为止就这一专题所取得的进展情况，并就委员会是否应该继续研讨这一专题、如果应该的话则应朝着哪一个方向提出建议。下列委员参加了审议工作：艾哈迈德·马希乌先生(主席)、约翰·德萨拉姆先生、穆罕默德·居内先生、卡米勒·伊德里斯先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、罗伯特·罗森斯托克先生和彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生。

360. 委员会注意到：讨论了关于各国驻国际组织代表的地位、特权和豁免的这一专题第一部分以后，已经产生了一些条款草案，成为1975年《国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》的基础。由于各国迟迟未能批准这项公约或加入该公约，人们也就产生怀疑是否应该继续这项于1976年进行的关于这一专题第二部分的

工作,以研讨国际组织及其人员的地位、特权和豁免,因为这个问题似乎在很大程度上已由现有协定所包括。

361. 时间的推移并没有表明各国更多地接受这项公约的迹象,委员会也一直没有积极审议这一专题。接连两任特别报告员提出了八次报告,其中所载述的22项条款已经提交起草委员会,但是起草委员会不曾对它们采取任何行动。无论是在国际法委员会或是在第六委员会,都没有人表示应该更加积极地审议这个专题。

362. 在这种情形下,考虑到在今后几年内全体委员会和起草委员会都将忙于就三个以上专题的最后确定条款草案,并且就其他专题拟订条款,委员会接受了规划组关于目前不要进一步探讨这个专题的建议,认为最好暂时搁置国家或国际组织似乎不认为迫切需要审议的专题。因此,委员会决定在委员们的目前任期内不进一步审议这个专题,除非大会另有决定。

#### (b) 五年期活动规划

363. 目前的工作方案包括下列专题:国家责任、危害人类和平及安全治罪法草案、国际水道非航行使用法和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。<sup>80</sup>

364. 按照大会第46/54号决议第6(a)(一)段,委员会广泛地审议了委员任期内的活动规划。在这样做的时候,委员会按照该决议的要求,考虑到在草拟关于特定专题的条款草案方面应当尽量取得最大的进展。

365. 委员会一致同意,采取任何固定的时间表固然不切实际,但规定一些规划委员会活动的目标却是有用的。

366. 考虑到就目前方案中各项专题所取得的工作进展以及愿意进一步取得进展的情况,同时考虑到各个专题具有不同程度的复杂性,委员会决定力争在1994年完成国际水道非航行使用法条款草案的二读,于1996年完成危害人类和平及安全治罪法条款草案的二读,并且完成国家责任条款草案的一读。委员会也打算就“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”专题取得重大进展,并且在取得大会批准的情形下研讨一个或多个新的专题。

---

<sup>80</sup> 考虑到上文第362段所载的关于专题“国家和国际组织间的关系”(专题的第二部分)的结论,并取决于大会有无任何相反的决定。

367. 委员会注意到,规划组已经拟定了一个供委员会内部使用的、五年期内每届会议所要进行之工作的暂定时间表,以期实现上述目标。有一项理解是,这份时间表应该每年参照执行情况所取得的成果予以修订。

## 2. 长期工作计划

368. 委员会注意到,规划组设立了一个工作组来审议打算建议大会列入委员会工作计划的有限数目的专题。下列委员参加了委员会的审议工作:德雷克·威廉·鲍韦特先生(主席)、奥恩·哈索内先生、穆罕默德·本努纳先生、彼得·卡巴齐先生、莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生、纪尧姆·庞布-奇文达先生、阿兰·佩莱先生、史久镛先生、阿尔伯特·塞克利先生、弗拉德连·韦列谢京先生和山田中正先生。

369. 委员会核准了规划组为进一步履行其任务按照工作组的建议所拟订的工作程序。按照这一程序,委员会指定的委员将就列入事先选定之清单上的每一专题拟订一份简短的大纲或解释性摘要,最好四到五页,最多不要超过十页,在今后四个月内完成。每份大纲或解释性摘要应载明:

- (a) 专题提出的主要问题;
- (b) 任何可适用的条约、一般原则或有关的国内法或司法裁决;
- (c) 现有的学说;
- (d) 如果决定着手进行专题工作,编写一份报告、一份研究报告或一份公约草案的有利和不利之处。

委员会将请秘书处(一)在1992年11、12月间把这些纲要分发给所有工作组成员,以便能够到1993年1月收到有关评论,并且(二)在下届会议以前把评论和订正的纲要分发给工作组成员和其他的纲要起草人。工作组将在1993年5月讨论这些大纲,以期在1993年6月向规划组提出报告。

370. 如以上各段所示,委员会仔细审议了长期工作计划问题。明年将作出努力以确定可能建议大会列入委员会工作计划的专题。

### 3. 起草委员会

371. 按照规划组的建议,国际法委员会就起草委员会之组成和工作方法制订了下列准则:

- (1) 起草委员会将继续是由一个主席领导的单一机关,但可以由不同的成员研讨每一专题。
- (2) 在国际法委员会的任何一届会议上,起草委员会通常应集中研讨两个到三个专题,以便达到较高的效率。
- (3) 每一委员可于国际法委员会每届会议开始时表明自己愿意参加起草委员会哪一专题的工作。委员会主席应同国际法委员会主席团磋商,然后推荐研讨每一专题的成员。
- (4) 研讨每一专题的成员应限于不超过14个,务必尽可能包含熟悉各种不同工作语文的委员。
- (5) 不是起草委员会某一专题研讨成员的委员可列席会议,偶而可以准许发言,但建议加以限制。
- (6) 在国际法委员会届会期间,起草委员会应尽量取得所需要的时间,以便及时完成受到委托的工作。
- (7) 当委员会的工作量表明有必要加紧起草工作时,起草委员会可以为此目的取得更多的时间,这些时间最好排在某一届会议的开始阶段。
- (8) 起草委员会应于结束对每一专题的审议后,尽早向国际法委员会提交报告。

372. 委员会进一步议定:将第四十五届会议头两周完全用于起草委员会关于“国家责任”专题条款的工作。本届会议应该为该项决定的执行作出安排。

### 4. 委员会提交大会的报告

373. 按照规划组的建议,委员会就其报告的编写方式和内容制订了下列准则:

- (1) 总报告员在编写委员会报告中应发挥积极作用,特别是要使不同部分之间的观点和文体取得协调一致,这些部分可能是由特别报告员和秘书处起草的。

- (2) 总报告员还应特别注意在不影响将第六委员会和关心委员会工作的读者所需的重要情况均包括进去的情况下,继续作出努力以避免编写一份过于冗长的报告。
- (3) 报告应列有这样一章,以扼要的形式提供它所涉及的本届会议工作的总的看法,包括一份问题清单,委员会认为第六委员会对于这些问题的看法特别有帮助。
- (4) 报告陈述关于每个专题以前工作的那些部分,仍应尽可能简单扼要。
- (5) 辩论摘要应更加紧凑简洁,着重叙述意见的倾向性,而不是详细记载个人的看法。但是应该载明委员们就委员会作出的决定所表示的保留意见。
- (6) 当在审议一个专题或一个问题中仅取得了片断的成果,而这些成果只能在补充进一步内容后由第六委员会作出正式评价,则报告中所载列的情况应该非常简要,说明这个问题将在未来的报告中进行更充分的陈述。

## 5. 委员会对国际法十年的贡献

374. 委员会审议了如何为国际法十年作出贡献的问题。有人建议编制一份出版物,载列委员会委员们所致力拟订的一系列条款,这样做是为了在二十一世纪前夕呈现国际法上主要问题的概况。按照规划组的建议,国际法委员会原则上接受这项建议,并且授权立即进行有关这一项目的准备工作。随着在1992年7月22日举行了一次非正式会议。在第四十五届会议开始以前,由阿兰·佩莱先生协调的一组委员将着手拟订所建议的出版物内容的暂定提纲,在第四十五届会议开始时,将设立一个工作组来最后确定这份提纲,向国际法委员会提出一份报告,在报告中就该项目作出决定。

375. 同一工作组也将审议委员会以其他方式为十年作出贡献的已经提出或可能提出的另一些建议,包括举行座谈会或讨论会,并在可能范围内举行国际法问题会议。

## 6. 将委员会的年度届会分为两期的可能性

376. 恢复前几届会议已经举行的讨论,并遵照大会在第46/54号决议第6(a)(二)段中所表示的愿望,委员会审议了将其年度届会分为两期的可能性。根据秘书处应国际法委员会的要求拟订的一份初步研究报告中所载的资料,商议了将年度届会分为两期的做法所涉行政和经费问题。委员会得出的结论是,将年度届会分为两期会遇到一些行政和经费问题,这些困难虽然严重,却也不是无法克服的。委员会接着审议了应该据以作出决定的主要因素:采取将年度届会分为两期的做法,是否可能导致促进委员会工作效能的优点。有人提出这种论据旨在表明根据两期年度会议的做法,委员会的生产力将会得到提高,对反对这种意见的论据也作了分析。委员会得出的结论是,目前将年度届会分为两期的建议尚未得到足够的支持,就目前的情况来说,应该按照现有的安排使委员会的工作效能继续得到提高。

## 7. 下届会议的会期

377. 委员会希望重申如下看法:根据逐渐发展和编纂国际法工作的要求以及委员会议程上议题的份量和复杂性,保持通常的会议期限是合乎需要的。委员会还希望强调,它已充分利用在本届会议期间向它提供的时间和服务。

### E. 与其他机构的合作

378. 科罗马先生作为委员会主席出席了1992年1月在伊斯兰堡举行的亚非法律协商委员会会议,他以委员会观察员身份参加会议并代表委员会在会上发言。亚非法律协商委员会出席国际法委员会本届会议的代表是该委员会的秘书长法兰克·恩詹加先生和巴格瓦特·辛格先生。恩詹加先生在委员会1992年6月18日第2275次会议上发了言,发言内容载于这次会议的简要记录。

379. 古兹蒙迪尔·埃里克松先生出席了欧洲法律合作委员会1991年11月在斯特拉斯堡举行的会议。他以国际法委员会观察员的身份参加会议并代表委员会在会上发了言。马格雷特·基勒比女士代表欧洲法律合作委员会出席国际法委员会本届会议。基勒比女士在1992年7月3日第2281次会议上发了言,发言内容载于这次会议的简要记录。

380. 比利亚格兰·克拉梅尔先生代表美洲法律委员会出席国际法委员会本届会议,他在1992年7月15日第2286次会议上发了言,发言内容载于这次会议的简要记录。

#### F. 第四十五届会议的日期和地点

381. 委员会同意其下一届会议自1993年5月3日至7月23日在联合国日内瓦办事处举行。

#### G. 出席大会第四十七届会议的代表

382. 委员会决定由其主席克里斯蒂安·托穆沙特先生代表委员会出席大会第四十七届会议。<sup>81</sup>

#### H. 国际法讲习会

383. 联合国日内瓦办事处依照大会第46/50号决议于委员会本届会议期间举办了第二十八届国际法讲习会。讨论会是为国际法研究生和在工作过程中处理国际法问题的年轻教授或政府官员举行的。

---

<sup>81</sup> 委员会认为不邀请其任何特别报告员参加第六委员会的辩论是可取的。它认为派多位特别报告员出席在其委员的本届任期后一阶段内大会的一届会议可能是合适的。

384. 由克里斯蒂昂·多米尼塞教授(日内瓦研究生院)担任主席的甄选委员会于1992年3月23日召开会议,在审议了大约75份要求参加讲习会的申请以后,挑选出不同国籍的24名大部分来自发展中国家的候选人,其中的22名获选人员和4名联合国训研所研究金获得者得以参加讲习会本届会议。<sup>82</sup>

385. 在联合国日内瓦办事处迈克·诺尔-瓦根菲尔德女士的主持下,本届讲习会于1992年6月1日至19日在万国宫举行。在国际法委员会主席未能出席的情形下,由联合国日内瓦办事处总干事安托万·布兰卡先生主持开幕。在为期三周的本届会议期间,讲习会的参加者旁听了国际法委员会的会议,听取了专门为他们组织的讲课、并参加了工作组会议。

386. 在委员会主席的倡议下,讨论会设立了4个工作组,以研讨下列专题:(1)国际刑事法院与安全理事会的关系,由比利亚格兰·克拉梅尔先生指导;(2)国际刑事法院所适用的法律渊源,由佩莱先生指导;(3)向国际刑事法院提起诉讼,由托穆沙特先生指导;(4)国际刑事法院管辖权的授予,由克劳福德先生指导。每一工作组就其口头陈述的专题拟订一份文件,并将该文件分发给国际法委员会委员。委员会认为这种尝试是令人鼓舞的,打算今后再这样做。由国际法委员会委员举办了下列几次讲座:德雷克·鲍韦特先生:“国家责任”;萨利福·冯巴先生:“关于国家对恐怖主义态度的原则”;艾哈迈德·马希乌先生:“国际法委员会的工作”;瓦茨拉夫·米库尔卡先生:“国家的继承”;史久镛先生:“保护私人投资:双边外国投资协定”;弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生:“人权-联合国及区域组织”。在詹姆斯·克劳福德先生和杜杜·锡亚姆先生的参加下举行了关于国际刑事法院的圆桌讨论。

---

<sup>82</sup> 第二十八届国际法讲习会参加者名单如下:美尼利克·阿列穆先生(埃塞俄比亚)、杜德利·阿鲁先生(瓦努阿图)(训研所研究金获得者)、阿努拉德哈·巴克什女士(印度)、内维尔·比塞姆伯先生(圭亚那)、阿里·波可雷赫先生(吉布提)(训研所研究金获得者)、梅尔林·博伊斯女士(特立尼达和多巴哥)、安德雷·达鲁仙科夫先生(俄罗斯联邦)、哈金·林格加瓦蒂女士(印度尼西亚)、克里特·克赖奇提先生(泰国)、皮特尔·克鲁格先生(南非)、法蒂马·曼德胡女士(赞比亚)、安·马尔巴勒女士(爱尔兰)、胡安·何塞·马丁内斯-莫拉莱斯先生(多米尼加共和国)、福斯廷·姆贝迪先生(刚果)、奥姆菲梅策·莫图米斯先生(博茨瓦纳)、(训研所研究金获得者)、克里斯蒂纳·尼梅思女士(匈牙利)、阮碧棠女士(越南)、阮氏金霞(越南)(训研所研究金获得者)、皮尔逊·恩赫雷雷先生(津巴布韦)、孔索拉塔·奈伊兰萨比马纳女士(卢旺达)、胡安·桑多瓦尔·门迪奥勒亚先生(墨西哥)、苏尔亚·普拉萨德·苏贝迪先生(尼泊尔)、让-马克·图弗兰先生(法国)、阿方索·贝拉斯克斯-阿加尼亚先生(巴拉圭)、杨杰先生(中国)。

387. 此外,联合国秘书处的一些工作人员也举办了讲座,即杰奎琳·多琪女士(法律事务厅):“编纂司的工作”;托马斯·麦卡锡先生(人权事务中心):“人权事务中心的工作”;彼得·桑德先生(联合国环境和发展会议秘书处):“环发会议的法律方面的问题”。

388. 按照讲习会的传统,参加者受到日内瓦共和国州的接待。日内瓦州新闻厅长博兰热先生在接见时讲了话。

389. 在讲习会闭幕前,国际法委员会主席克里斯蒂安·托穆沙特先生和联合国日内瓦办事处总干事安托万·布兰卡先生向参加者讲了话。皮尔逊·恩赫雷雷先生代表参加者向委员会讲了话。在简短的仪式上,向每一位参加者颁发了参加第二十八届国际法讲习会的证书。

390. 讨论会是由会员国的自愿捐款和各国政府为其国民提供的国家研究金提供经费的。委员会特别赞赏地注意到,奥地利、丹麦、芬兰、法国、匈牙利、牙买加、摩洛哥、瑞典、瑞士和联合王国等国政府通过联合国有关援助方案以提供自愿捐款的方式特别为来自发展中国家的参加者提供了研究金。这些研究金的授予使得有可能实现参加者的充分地域分配,来自边远国家的合格人选才得以与会,否则他们便无法参加。今年,有15个参加者得到全额研究金(包括旅行费用和生活津贴),一名参加者得到部分研究金(只包括旅行费用)。自从1964年开始举办讲习会以来,共有来自147个国家的619人前来参加,其中有324人得到研究金。

391. 委员会强调它对讲习会的重视,这些讲习会使得尤其来自发展中国家的年轻的法学家能够熟悉国际法委员会以及总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。由于现有经费几乎用尽了,委员会建议大会再次呼吁有条件的会员国为1993年度讲习会所需经费提供自愿捐款,使尽可能多的学员前来参加。

392. 委员会满意地注意到,1992年讲习会得到了充分的口译服务,尽管目前经费困难,希望今后讲习会也能够得到同样的服务和设施。

## 附 件

### 关于国际刑事管辖问题工作组的报告

#### A. 概况和建议

393. 大会第46/54号决议(1991年12月9日)请国际法委员会“进一步审议和分析在其第四十二届会议工作报告中关于国际刑事管辖问题方面所提出的各项问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,以便大会能就此事项提供指导……。”

394. 委员会在其第四十四届会议上,在关于危害人类和平及安全治罪法草案的讨论的框架内根据特别报告员(杜杜·锡业姆先生)的第十次报告(A/CN.4/442)讨论了这些问题。然后设立了一个由阿卜杜勒·科罗马先生为主席的国际刑事管辖问题工作组。<sup>83</sup>工作组的任务如下:

进一步审议和分析委员会第四十二届会议工作报告中提出的关于国际刑事管辖问题的主要问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议。在这样做的时候,工作组将参考在委员会上届和本届会议上对特别报告员第九次报告(第二部分)和第十次报告的讨论意见,考虑特别报告员在这两次报告中所提出的问题。工作组还将起草关于在其任务范围内将进行审议和分析的各种问题的具体建议。

395. 工作组举行了16次会议,在这些会议上对工作组某些成员编写的文件草稿展开了广泛的讨论并进行了修订。工作组始终在这个基础上进行工作,即必须起草“具体建议”,从而协助委员会履行在第393段中提到的大会的任务。

---

<sup>83</sup> 工作组的成员有:A.G.科罗马先生(主席)、杜杜·锡亚姆先生,(当然成员,“危害人类和平及安全治罪法草案”专题特别报告员)、侯赛因·巴哈纳先生、加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、詹姆斯·克劳福德先生、约翰·德萨拉姆先生、卡米勒·伊德里斯先生、安德烈亚斯·雅科维德斯先生、瓦茨拉夫·米库尔卡先生、阿兰·佩莱先生、帕特里克·利普顿·鲁滨逊先生、罗伯特·罗森斯托克先生、克里斯蒂安·托穆沙特先生、弗拉德连·韦列谢京先生和弗朗西斯科·比利亚格兰·克拉梅尔先生。在科罗马先生缺席时,由锡阿姆先生代理主持了工作组的几次会议。

396. 由于委员会目前不仅想对可能的选择方案进行分析和探讨而且还想通过“具体建议”，因此工作组必须就其报告中拟采纳的基本观点取得一致意见。工作组同意构成其向委员会提出的报告的基础的一些基本主张，这些主张如下：

- (一) 国际刑事法院应根据以缔约国达成协议的一项条约的形式设立；
- (二) 在法院开始工作的第一阶段，至少应仅对个人行使管辖权，以区别于对国家行使；<sup>84</sup>
- (三) 法院的管辖权应限于生效的规定的国际条约中所界定的国际性质的罪行。这就应包括(在其通过和生效后的)危害人类和平及安全治罪法界定的罪行。但它不应仅限于治罪法。一个国家应能成为一个规约缔约国，但不因此成为一个治罪法缔约国；<sup>85</sup>
- (四) 法院实质上是其规约缔约国(和根据规定的条件也是其他国家)的一个机构。在其开始工作的第一阶段，就一般管辖权的意义上来说，至少它不应拥有强制性管辖权。这种一般管辖权一个规约缔约国有义务根据事实接受，而无须进一步同意；
- (五) 在其开始活动的第一阶段，法院至少不应是一个常设的专职机构。另一方面，它的组成文书也不应只是一份草案或建议，必须在它得以开始活动前达成协议。因此，规约应设立一个一旦需要就能尽快开始工作的有效法律机制；
- (六) 本报告B部分(第473-487段)论述所建议和考虑的其他机制；
- (七) 不管法院或其他机制是什么样的严格结构，它必须保证正当程序、独立性和在其诉讼程序中公正无私。

---

<sup>84</sup> 这符合委员会对危害人类和平及安全治罪法草案(以下称“治罪法草案”)所采取的态度：见委员会第三十六届会议工作报告，《大会正式记录，第三十九届会议，补编第10号》(A/39/10)，第65段。另见1991年委员会一读暂时通过的治罪法草案，第3条。

<sup>85</sup> 这就引起这样一个问题，即是否治罪法界定的任何犯罪行为应专属于国际刑事管辖权限内的事。至少工作组某些委员会认为治罪法如没有一个国际刑事管辖是不可想象的，规定一个治罪法缔约国可以因此根据事实接受法院的规约，如果不是必要的话，也是可取的。

397. 这些主张构成所附报告的基础。报告包括关于工作组在其任务范围内审议和分析的各种问题的“具体建议”，以及在某些情况下对各种选择方案进行的较详细的讨论。工作组认为，按照所附报告建议的国际刑事法院的结构将是一种切实可行的制度。它认为这种结构可能是开始建立国际刑事法院的适当基础，如果这被认为是适切的话。在这个意义上它重申委员会（在1950年和又在1990年）的早先结论，即这样一个机构是可能建立起来的。

398. 工作组某些成员对是否甚至所建议的这种相对来说适度的和灵活的制度将会有所用处，继续持怀疑态度。他们认为，在本国法院起诉和审判被告的制度，是实施刑事审判唯一实际的方法。尤其是一位成员认为，目前把所设想的国际审判制度拟订成一份文本草案供具体国家需要时采用就足够了。在这个方面可以通过双边条约或甚至通过一个主管国际组织的决议来确定。

399. 工作组其他委员本来倾向于迈得更远，主张建立一项更广泛的制度，包括对某些犯罪行为实行强制性的和专属的管辖。但是他们准备接受本报告所概述的建议，根据是所建议的机制至少能有机会使自己得到承认并证明它的作用，因为增加其管辖权和扩大其权限范围都可证明较易达到并更能为各国所接受。

400. 在这方面不论有多少分歧，但是在一个主要问题上是一致的，即工作组认为大会在1989年所要求的初步审议和分析阶段已告完成。现在是大会和会员国来决定委员会是否应该进行所需要的细致的工作，在这里概述的总的基础上或某些其他基础上为国际刑事管辖草拟一份规约和有关的议事规则。

401. 因此，工作组建议委员会：

- (一) 接受所附报告以履行工作组的任务；
- (二) 赞同上面第396段所列举的工作组据以进行工作的基本主张，以及报告中陈述的对“国际刑事法院或其他国际刑事审判机制”问题的主要观点；
- (三) 向大会报告：
  - (a) 在特别报告员提出关于危害人类和平及安全治罪法草案专题的第九次和第十次报告并在全体会议上就这两份报告进行辩论后，以及通过工作组的报告（该报告作为委员会报告的附件），委员会已完成大会于1989年委托给它的任务，即分析“设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的问题”；
  - (b) 委员会所进行的较详细的研究证实它早先表示的看法，即按照工作组报告中所建议的那种结构可能是一种切实可行的制度；

- (c) 关于这个问题的进一步工作要求大会延长工作组的任期，并需要采取不是更一般的或探讨性的研究形式，而是采取以规约草案的形式详细计划；和
- (d) 现在的问题是由大会决定委员会是否应该为国际刑事管辖从事一项新的计划并在什么基础上从事这项计划。

## B. 报告全文

### 1. 导言

402. 大会在其第46/54号决议(1991年12月9日):

赞赏地注意到国际法委员会报告中有关可能建立国际刑事管辖问题的一节,还注意到第六委员会就此专题的辩论……

3. 请国际法委员会在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内,进一步审议和分析在其第四十二届会议工作报告中关于国际刑事管辖的问题,包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议,以便大会能就此事项提供指导…

403. 大会在第46/54号决议第3段中的请求有许多历史背景情况。这可回溯到1948年,当时大会请委员会“研究宜否及可否设立国际司法机构,以审判被控犯种族灭绝罪者,或被控犯各种国际公约授权该机构管辖之他种罪行之人”<sup>86</sup>经对该问题初步研究后,1950年委员会得出如下结论:设立国际刑事法院既“适宜”又“可能”。<sup>87</sup>此后,若干特设委员会研究了这一问题,它们编写并修订了国际刑事法院规约草案。<sup>88</sup>但是,对规约草案的审议推迟到在侵略定义和危害人类和平及安全治罪法草案等未决问题上可作出某种结论之时。

404. 1989年,随着国际环境的变化,大会再次特别请委员会……

在审议题为“危害人类和平及安全治罪法草案”项目时,讨论设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制问题,这种机制应对被指控犯下可能为这类法典规定的罪行的人,包括从事跨国界非法贩运麻醉药品的人具有管辖权,……。<sup>89</sup>

具体提及麻醉品的国际贩运,是由于特立尼达和多巴哥提出建议,要求有一个国际法院或其他机制协助各国主要处理这一问题。<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> 见大会第260乙(III)号决议,1984年12月9日。《大会正式记录,第四十五届会议,补编第10号》(A/45/10),第96-100和第103-115段充分叙述了历史背景情况。

<sup>87</sup> 《1950年国际法委员会年鉴》,第二卷,提交大会的报告,第128-145段;亦见《1949年...年鉴》,提交大会的报告,第32-34段。

<sup>88</sup> 见文件A/2136(1951)和A/2645(1954)。

<sup>89</sup> 大会第44/39号决议,1989年12月4日,第1段。

<sup>90</sup> 见联合国文件A/44/195(1989)。

405. 委员会对这一请求作出了反应，在1990年第四十二届会议上在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内，广泛审议了这一问题。在一般性辩论后，设立了一个工作组，工作组的报告经委员会通过之后，编入了委员会提交大会的报告。<sup>91</sup>该报告调查了涉及设立国际刑事法院所涉的各种问题(基于属物理由和基于属人理由的管辖和权限；法院是否应当具有专属管辖权、共同管辖权或只有复审权；提起诉讼；体制结构；组成；起诉方式；判决的法律效力及其执行；以及法院经费的筹措)。在调查这些问题时，委员会没有表示倾向于哪一种具体解决办法。但是，报告确实记录到委员会已达成……

一种广泛一致意见，即原则上，需要设立一个常设国际刑事法院，并与联合国系统建立关系，虽然有人就此种法院的结构和管辖范围表示了不同意见。<sup>92</sup>

406. 这些“不同意见”涉及在三种非常不同的刑事管辖模式中进行选择：(a) 对特定罪行具有专属管辖权的法院，(b) 与国家法院有共同管辖权的法院和(c) 只有复审权的法院。这三种模式被提交大会讨论，委员会没有在它们之间表示任何倾向性。<sup>93</sup>

407. 委员会在第四十三届会议期间(1991年)又回到这一问题上，当时委员会得到了治罪法草案特别报告员杜杜·锡亚姆先生的帮助，在他的第九次报告<sup>94</sup>的第二部分中审查了某些问题。特别报告员在报告中指出，大会未曾请委员会起草国际刑事法院规约，大会迄未就国际刑事管辖的三种模式表示其倾向性。大会也没有表示倾向于任何形式的国际刑事管辖，而不倾向以国家法院为基础但对具有国际性质的某些罪行拥有一般管辖权的现行制度。但是，他以条款草案的形式提出两个问题。该两个问题涉及拟议的法院的权限和提起诉讼的条件。特别报告员这样做，并非打算将条款草案作为起草国际刑事法院规约草案计划的一部分提交起草委员会，而是为了在国际刑事法院的“可能性”这一基本问题——大体是大会1948年向委员会提出的同一问题——上引起辩论并澄清问题。在辩论中，委员会的委员们就提议的条款草案表达了广泛的意见。<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> 文件A/45/10(1990)，第93-157段。

<sup>92</sup> 同上，第155段。

<sup>93</sup> 同上，第156、157段。

<sup>94</sup> A/CN.4/435/Corr.1和Add.1/Corr.1。辩论摘要见《大会正式记录，第四十六届会议，补编第10号》(A/46/10)，第106-175段。

<sup>95</sup> 委员会指出，它将“在今后历届会议上继续”审议国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的问题，同上，第175段。

408. 第六委员会在辩论委员会第四十二和第四十三届会议报告时也详细讨论了这些问题，但未得出任何结论，对委员会1990年概述的可能模式，也未表明任何明显的倾向性。<sup>98</sup>这一立场反映在大会第46/54号决议的措词中，它要求进一步分析和审议这一问题(见上文第402段)。

409. 1991年通过了危害人类和平及安全治罪法草案条款草案的一读，达到委员会工作的一个重要阶段。如通过的那样，打算由国家法院适用该治罪法草案，但是，第6条(该条涉及缔约国对被控告犯有危害人类和平及安全罪行的人进行审判或引渡的义务)规定：

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。

关于详细阐明一事不再理原则的第9条也考虑可能设立国际刑事法院。

410. 特别报告员的第十次报告(A/CN.4/442)更详细地讨论了可能设立国际刑事管辖的问题。第一部分(第7-20段)谈到对此种管辖的反对意见。第二部分(第21-86段)继续审议了在设立此种管辖过程中将会出现的一些具体问题。这些问题如下：(1) 适用的法律(第21-46段)；(2) 法院基于属物理由的管辖权(第47-56段)；(3) 向法院提出控诉(第57-66段)；(4) 索赔程序(第67-75段)；(5) 向法院“移交”被控及其同引渡的关系(第76-83段)；以及(b)上诉问题(在“两次审讯原则”的标题下)(第84-86段)。提出了一些条款草案，同样，其目的在于引起辩论，而不是为了提交起草委员会。

---

<sup>98</sup> 第六委员会1990年的辩论见《秘书处编写的...专题摘要》(A/CN.4/L.456, 第119-186段)。1991年的辩论见《秘书处编写的...专题摘要》(A/CN.4/L.469), 第217-255段。

411. 这些建议在委员会本届会议的头三个星期进行了讨论，遇到不同的反应。这里没有必要概述辩论情况，但须指出，关于对一系列罪行具有专属管辖权<sup>97</sup>的法院的建议已证明是有争议的（尽管并非没有支持者）。同前几年一样，有些人完全反对任何形式的国际刑事管辖，而其他人赞成一常设专职的法院，对于治罪法草案界定的罪行以及可能对于其他国际罪行具有广泛的管辖权。但是，在委员会内存在着占优势的意见，即赞成探索更加灵活和有限的审判制度。<sup>98</sup>在形势需要时，各国能够利用这一制度，但它不要求各国作出广泛的事前承诺，也不需要联合国花很多钱来设立一个新的结构。

412. 全体会议讨论特别报告员第十次报告之后，决定设立一个以阿卜杜勒·科罗马先生为主席的国际刑事管辖权问题工作组。<sup>99</sup>该工作组的任务如下：

进一步审议和分析委员会第四十二届会议报告中提出关于国际刑事管辖问题的主要问题，包括设立国际法院或其他国际刑事审判机制的建议。在这样做的时候，工作组将考虑特别报告员在这两次报告中提出的问题。参考在委员会上届和本届会议上对特别报告员第九次报告（第二部分）和第十次报告的讨论意见，工作组还将起草关于在其任务范围内将进行审议和分析的各种问题的具体建议。

---

<sup>97</sup> 具体说，考虑到的对之具有专属管辖权的罪行是：种族灭绝、有计划地或大规模侵犯人权、种族隔离、国际非法贩运毒品、劫持飞机和绑架外交人员或国际上受保护人员。见文件A/CN.4/44，第47段。

<sup>98</sup> 与此相对照，对1990年报告中详细阐述的第三种选择方案即设在一个对国家法院具有复审权力的国际刑事法院只得到极少的支持。见上文第423段。

<sup>99</sup> 工作组的组成情况见上文脚注83。

413. 工作组第一次会议同意,必须直接答复是否“有可能”设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的问题。<sup>100</sup>委员会在其第四十二届会议工作报告中并通过特别报告员相继提出的报告中,广泛讨论了这些问题,但没有着重讨论具体解决办法是否可行或必要的问题。现在是进一步探讨的时候了。但不能抽象地回答是否有可能设立法院或其他国际审判机制的问题。它要求对若干重大问题作出分析,在考虑设立这类法院或机制前必须先解决这些问题,它也要求指明解决这些问题的较可取的途径。唯有这样,委员会才能对大会作出充分的反应,大会才能从而在会员国随后审议这一事项中提供指导。

414. 因此,工作组的结论是:它的报告首先应概述已提出的赞成设立某种法院或其他机制的基本论点,然后,它应接着分析在能够设立这样一个机构前必须要面临的一些更重要的具体问题。工作组初步查明了五“类”此种具体问题,这些问题如下:

- (1) 法院或其他“国际审判机制”的选择的基本结构;<sup>101</sup>
- (2) 控告和起诉指称的犯罪者的制度;
- (3) 法院与联合国系统,特别是与安全理事会的关系;
- (4) 可适用的法律和诉讼程序,特别是保证被告通过正当程序的问题;
- (5) 如何传被告出庭;这一程序和引渡之间的关系;向法院提起诉讼的国际司法协助和判决的执行。

工作组成员就每一“组”问题编写了文件,此外,工作组某些成员还就一些具体问题提供了简短文件。

415. 随着工作的继续进行,各“组”中的问题之间的关系越来越清楚,这表明在其中再将这些问题分成小类是一种非常人为的做法。因此,本报告力求顺次处理工作组确定的基本问题,并通过表明其倾向性的途径或可能的备选办法来提供足够的途径或办法。必须衡量得失:报告力求充分表明可能的解决办法,而不求采取过份仔细的态度或处理对任何总体计划不是很重要的具体问题。在某些情况下,工作组仅仅略述解决办法的方向,而不表明一种办法比另一种办法更可取。目的始终是提供足够的资料和论据,以便能够就是否要起诉和如何起诉作出判断。

---

<sup>100</sup> 为此目的,治罪法草案专题特别报告员锡亚姆先生将在这一意义上的“可能性”明确为请工作组审查对设立国际刑事法院或其他机制的各种反对意见,并表明“在法律计划方面没有不可克服的困难”。他将这一点与“适宜性”问题区别开来:判断这种法院或其他机制是否“适宜”不是委员会的事情,而是大会会员国作出政治判断的问题。工作组同意对其任务的这一阐述。

<sup>101</sup> 在本报告中,“法院”一词也包括其他形式的国际刑事审判机制。“国际刑事审判机制”一词所提出的可能范围在第4节中作了论述(下文第473-487段)。

416. 因此,本报告一开始就概述了一些基本论据,这些论据构成要求设立国际刑事法院的基础(第二节)。第三--六节挨次阐述各类问题,这些问题如下:第三节阐述结构和管辖权问题;第四节阐述不是法院的“国际刑事审判机制”问题;第五节阐述可适用的法律、刑罚和正当程序问题;第六部分阐述涉及传被告到庭的问题。

## 2. 关于设立国际刑事法院的一般论据

417. 在审议这一问题时必须以这一事实为出发点,即对个人进行刑事审判的正常和法定场所经常是各国的刑事审判法院。处理国际性罪行(战争罪、劫机、恐怖行为、扣押人质等)的一套广泛的国际条约在这一基础上进行。这一套条约假定国家法院的审判是标准,并力求促进这种审判,如通过赋予各国法院以一般管辖权等,很少有例外。<sup>102</sup>

418. 但这不是唯一可能的解决办法,在某些特殊情况下,它遇到了困难。因此就对是否需要设立某种国际刑事法院的问题展开了辩论,这场辩论已持续了多年(参见上文第403段)。在此不必十分详细地论述各种论点。但对它们进行一定的讨论是必要的,以便为工作组审议可能设立国际刑事法院前需要解决的具体问题提供背景情况,并支持其解决这些问题的方针。

### (a) 支持设立法院的论据

419. 设立某种国际机制的论辩发端于这样一种事实:即1945年以来危害人类罪的臭名昭著的案件屡有发生,而肇事者则逍遥法外。对这类犯罪者绳之以法证明是极其困难的,而国际一级缺乏任何可替代的机制更增加了这样的困难。困难的一个原因是,在许多情况下,犯有危害和平或人类的严重罪行的人同时又是一个国家政府的官员。要是国际法准则一直得不到执行,其信誉将丧失。例如,就工作组所知,《种族灭绝罪公约》缔结以来,尽管在这段时期种族灭绝丑闻案时有发生,但从未对违背该公约的种族灭绝罪起过诉。同样,如果从来不对高级阶层、国家元首或政府官员的人绳之以法,那么这些人的官职不应是起诉国际法下罪行的护身物这一主张将失信于众。

---

<sup>102</sup> 《种族灭绝罪公约》(第六条)和《种族隔离公约》(第五条)都设想国际刑事管辖的可能性,但没有规定确定这种管辖权。

420. 因此经查明主要所需的是：确立国际审判管辖权，审理在特殊情况下发生的某些类型的罪行。国际审判机制可以证明有用的情形如下：

- (1) 国际法庭的审判是有关当事方能够同意适合于进行审判的唯一场所的案件：这种情况可能是例如，若某国国民被控犯有严重罪行，而国家本身也被指称卷入其间；
- (2) 拘押被告的国家若继续进行审判便会受到威胁（如进一步恐怖主义行为的威胁）的案件，或者小国的刑事审判制度由于某一罪行的严重程度而被控制的案件；
- (3) 被指控的罪犯是某一国家的前政府官员，他们以这种身分犯了所指称的罪行，但由于某种原因，继任政府不愿或不能审判他们，或在这种情况下由于国际审判具有更大的合法性而更适合进行国际审判的案件。

就其中有些案件而言，任何国家法院的审判都不可能有效。而对另一些案件来说，在某一国家法院审判的合法性或公正性，或甚至任何这类法院的审判方面可能会发觉一些问题。

421. 对这些论据的一个答复是：建议在事件发生后设立一个特设法院或法庭，以处理这类案件。有人对特设法院的追溯性提出了批评，但提倡这一解决办法的人认为这种批评无正当理由可言。《公民权利和政治权利国际公约》第15条规定，任何人的任何作为或不作为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。这并不妨碍诉讼程序的“追溯性”变化。向特设国际刑事法院提起的诉讼将涉及犯罪时生效的国际条约所界定的罪行，因此第15条对这种诉讼不加禁止。

422. 但对设立特设法院意见还有一些其他异议。若只为了处理罪行发生后的一种罪行而在国际一级设立一种特设机制，这有一定不利之处。设立一个国际法院要花费一些时日，而产生对这种法院的需要的情况则可能突如其来，出人意料。在事件发生后设立特设法庭方面可能涉及的宣传似有可能产生对审判结果作出预先判决的情况。最重要的是，在需解决的重要法律和程序性问题方面意见不一致可能会完全阻碍法院的设立。

423. 有时提出的另一解决办法是：国际刑事法院只作为复审法院，而不作为审判法庭。换言之，其职能是复审国家法院处理国际性罪行的判决。如第397段所指出的，这种复审制是由一委员会在1990年作为三种可能模式之一提出的。但在随后的辩论中，许多委员反对这一意见。他们强调，建立由一个国际法院复审国家法院判

决的有效制度具有一些困难,而且会发生国家上诉法院职能的重迭问题。治罪法草案特别报告员在第十次报告中提出了一项条款草案,特别不允许法院作为复审国家法院判决的法院。<sup>103</sup>这一观点受到委员会许多成员的支持(虽然人们怀疑这种规定是否有必要,因为若不经明确确立,国际复审权限是不会存在的)。

424. 工作组认为,设立国际刑事法院的论辩,实质上是设立审判法院的论辩,而不是设立上诉或复审机构的论辩。围绕对严重国际罪行指控的争议可能是关于事实方面的争议,特别是如果生效国际条约已详细界定了有关的罪行。在刑事案件中,主要是在审判阶段而不是在上诉或复审时基本上查明事实,--特别是如果现行国家诉讼程序用尽后再发生这种上诉或复审--如在审判本身的第三或第四次移交时。

### (b) 反对设立法院的论据

425. 但是,委员会有些成员对设立任何形式的国际刑事法院的可能性表示了严重的保留意见。工作组有些成员也或多或少地持有这种保留意见。

426. 这个观点的一个重要动机纯粹是怀疑。根据这种观点,就法院达成国际协议,且不仅仅是建立在特设基础上,是几乎不可能的。而阻碍达成这种协议的因素,恰恰是造成对种族灭绝之类罪行建立一般管辖权制度相对失败的根本原因。各国不愿承担责任,根据一般管辖权原则起诉犯罪行为,除非是在非常特殊的情况下。它们确实愿意施加管辖权的特殊情况,是因为牵涉了它们自己的利益(或它们国民的利益),而又正是在那些情况下,它们将不愿接受它们自己以外的国际法庭的管辖权。

427. 这些委员提出了国际审判的可怜记录以支持他们的立场。这些审判仅仅是在敌国无条件失败、其官员犯有骇人听闻的罪行,包括危害人类罪的极特殊情况下才得以进行的。那种情况重演的可能性极小;但如果确实重演,也可通过一特设法庭处理。在所有其他情况下,各国都将不会同意审判它的官员或前任官员,因为审判可能会有损于该国的声誉,或甚至造成其国际责任。事先所能作的有益工作,最多只是拟订某种形式的条约草案或指导方针草案,用于那种一旦(不大可能)发生的情况。超出这一范围必将转移对更重要工作的注意力,包括防止或解决可能带来严重危害人类罪行的争端。

---

<sup>103</sup> 文件A/CN.4/442,第47和56段。

428. 反对设立国际法院的另一论点纯粹以所涉技术难题的数量为根据。这类问题存在于诉讼过程的每个阶段，从逮捕和移交嫌疑犯到判刑。具体的问题，若单独处理，是可以解决的；但放在一起可能会对设立法院造成巨大障碍，而且即使这类法院建立后，它也有可能起不到预期的作用。

(c) 其他可能性

429. 迄今为止，问题的焦点一直是国际刑事管辖采取初审法院形式的可能性。但工作组的一位成员提出了另一种可能性。根据他的看法，试图在国际一级建立形式重复的初审法院势必造成各种困难，是不现实的。因此，需要加强各国的法院，使它们能够更有效地处理带有国际性质的罪行。目前以各种条约界定国际罪行的制度是有缺陷的，因为它仅仅授予各国法院共同普遍管辖权，而丝毫没有进而帮助它们处理那些常常是十分严重的指控，这些指控常常难以确定，且对法院地国的国际关系带来严重影响。

430. 因此，有人建议重点应放在加强国家刑事审判制度上，以满足有关国际条约所设想但又常常得不到履行的责任。除在刑事案件中一般性的国际司法协助机制外，还提出了其他一些可能性。一个例子是，某种形式的初步裁决程序，类似于欧洲经济共同体条约第177条下的程序。这将使某一机构，如国际法院，在国家法院审判具有国际性质的犯罪行为过程中产生或可能产生的国际法或国际条约解释问题上提出意见。

(d) 工作组的总方针

431. 本报告将在第四节(见473-487段)论述某些其他“国际刑事审判机制”的可能性过程中，更详细地审查这些备选办法或其他可能性。但不容否认，迄今为止国际上关心的焦点一直是某种完全的国际刑事审判管辖制度。在所设想的情况中，问题不是各国的法院没有正常工作，或对国际条约的规定和一般国际法的意义作了错误的解释。问题是这类法院和总的国家管辖权制度似乎未能有效地处理一类重要的国际罪行，特别是以国家为后盾的罪行，或对国家结构的完整提出重大挑战的罪行。加强国家刑事司法制度很难解决这方面的需要。

432. 就更为一般的怀疑性论据而言(见第425-427段)，工作组的大部分成员并不否认有理由持怀疑态度，或国际刑事法院的活动可能是在特殊的情况下而不是

在正常的情况下发生。但建立国际秩序的任务--其中作为国际法有关规则基础的价值标准得到尊重和行之有效的秩序--总要有个起步。尽管这些问题的解决不能完全依靠甚至不能主要依靠一套个人刑事责任制度，但它仍是一个总体解决办法必不可少的一部分。除非能够将责任追究到决定犯下具有国际性质的滔天罪行的个人，否则消灭这些罪行便无从谈起。至于第428段提及的技术问题，尽管不能否认这类问题的存在，但他分析了本报告，认为它们是可以解决的，工作组大多数成员也认为值得这样尝试去做。

433. 因此，某种超出目前业已存在的某种形式的国际刑事诉讼程序，并非无稽之谈。但工作组在申明这一点的同时还认为，任何建立一个切实可行的国际审判机构的尝试都必须在适度和现实的基础上开始。在国家一级的刑事审判制度费用高而复杂，在国际一级重复实验这种制度将更加困难和费用高昂。由于主张国际刑事管辖者迄今为止仍极少，这种情况便更为如此。行使刑事管辖权没有整套的国际经验可作依据，如常设国际法院和其后的国际法院成立时在国际仲裁领域里均有现成的整套国际经验。在这种情况下，最好是谋求建立一个灵活的机构，供国际一级在必要时利用。不应导致建立一套昂贵的机构，最终可能用处甚微。

434. 出于这些原因，工作组普遍同意，法院或其他机构应基本上是其规约缔约国(及在可能情况下按照规定条件的其他国家)的一个机构。有些结论是从这个基本方针而来的。因此，法院不应拥有强制管辖权，即规约缔约国必须依事实接受而无须进一步达成协议意义上的一般管辖权。它也不应拥有排除国家在刑事案件中共同管辖权的管辖权意义上的专属管辖权。<sup>104</sup>它不应是一个专职机构，而应是一个如果需要就能进行活动的公认的机构。因此，它将具有作为一个法律实体而存在的优点，能够在如果和一旦需要时发挥作用，又无作为拥有长期工作人员、耗费资金的机构的缺点，这个机构可能无须常年活动。

435. 报告以下各节的论述在这个基础上进行。根据这个方针，法院将提供的便利处于已提出的各种可能性或建议标尺上的低端。这并不是因为范围更广的建议缺乏吸引力，至少工作组的一些成员不这样认为。而是因为工作组的大多数成员确信，有效的选择是在为各国提供灵活和补充机构的法院与根本不设法院之间的取舍。范围更广的建议可在较晚的阶段提出，在适度和灵活的实体建立并证明行之有效之后。

---

<sup>104</sup> 这引起了对某些十分特殊的犯罪(如侵略)，由国际刑事法院的审判是否应是唯一选择的问题：见下文第466段。

### 3. 结构问题和管辖权问题

436. 报告的这一节论及如果建立国际刑事法院必须解决的基本结构问题和管辖权问题。工作组确定的主要问题如下：

- (a) 设立法院的方法；
- (b) 法院的组成；
- (c) 各国可能接受法院管辖权的方式；
- (d) 法院的诉讼事项管辖权；
- (e) 法院的属人管辖权；
- (f) 法院和治罪法之间的关系；
- (g) 法院行政管理的可能安排(特别是它与联合国系统的关系)。

将逐项论及以上各点。

#### (a) 设立法院的方法

437. 有时也提出过其他建立国际刑事法院的方法(如通过大会或安全理事会的决议)。但建立国际机构正常的办法是通过缔约国达成一项条约。如该机构作为联合国系统的一部分,可能还需采取其他步骤,但一开始各国必须对必要的结构达成一致。这些要求也适合于这种情况:国际刑事法院应有它自己的采用条约形式的规约。任何其他方法均不能保证足够的国际支持,使之有效工作。

#### (b) 法院的组成

438. 工作组认为,法院不应是一个专职机构,而应是一个在需要时能进行工作的公认机构。因此,法院应在每一次要求它采取行动时,根据其规约确定的程序组成。这将大大降低费用,并将有助于确保有适当合格的人选充任法官。

439. 工作组一些成员强调,国际法院如要使其长期充分有效,应由专职法官组成。这将培养一批献身而有知识的人,对法院的目标和工作方法有共同的了解。它也是实现真正独立的最好方法。事实上,整个工作组均持这一观点,但工作组的所有成员也都承认,所涉及的费用,特别是在法院活动的第一阶段,无法做到任命专职法官。必须以其他方法确保法院的法官具有必要的资格。

440. 工作组认为，对于国际刑事法院的法官主要有两项要求。第一项要求是独立性和公正性。第二项要求是具有适当的资格和经验；具体地说，需要具有刑事司法裁判方面的经验和国际刑法的知识（即有关刑事管辖的国际法规定和确定国际罪行的各种条约方面的知识）。在任何甄选过程中，应该牢记，尽管会产生实质性法律问题，但在审判中，此类问题决不会象实际问题和程序问题那样经常出现。甄选主持审判的法官的任何制度都应确保此种意义上的公正性和能力。

441. 这种制度的具体事项无须在此确定。甄选制度可以仅仅参照规约缔约国的提名，或者可以要求在被提名者中间进行选举，可以由规约缔约国进行选举，也可以在大会的主持下进行选举。工作组仅仅提议以下方式，作为一种可能和可行的安排。其目的是表明，各种问题都可以克服，而不必在法院初创阶段设立一个开支庞大的专职司法机构：

442. 建议：各规约缔约国提名一位合格人士，在规定期限内担任法院法官。合格人员系指在缔约国最高刑事审判法院担任或曾经担任司法职务或在刑法方面（如有可能，则包括国际刑法）具有经验的人士。缔约国承诺使法官在合理时间范围内在法院就职。缔约国将通过无记名投票方式从如此提名的法官中选举一位在规定期限内担任法院院长，并选举其他四位法官，连同院长组成法院的“主席团”。当需要组成法院时，主席团将挑选五位法官组成法院，挑选过程中将考虑到规定的标准（被告的国籍等）。根据规约，法院法官当然应独立行事，不接受其国籍国的任何指示或控制。

443. 有人提出一项建议，认为应对这个基本设想略加限制，但不背离在目前阶段由专职法官组成法院是不实际和不必要的主张。按照这种设想，仅仅法院院长一人作为专职人员，因为应由院长监督这种应完成的行政工作，主持主席团工作并通常代表法院。这种设想使得主席团有可能采用国际法院法官制定和修改国际法院规则的方式，在其他法官的同意下，推动起草法院诉讼规则，也可能制定其取证规则。

### (c) 国家可能接受法院管辖权的方式

444. 正如以上所提到，工作组认为，任何法院均不得拥有强制管辖权，即规约缔约国依事实必须接受而无须进一步同意的普遍管辖权意义上的强制管辖权。一国一旦成为规约缔约国，即接受某些行政义务（例如，向法院预算缴费，提名法院法官人选并于需要时允许该法官赴任，以及扣留被它拘禁而法院将对其行使管辖权的被告，交由法院审判处理）。但成为规约缔约国，其本身并不意味着接受法院对

特定罪行或各种罪行的管辖权。应该通过类似于接受《国际法院规约任择条款》的一项单独的法令，或通过一种特别接受或单方面宣布的程序加以规定。

445. 这种制度的具体事项也无须在此加以制定。工作组仅仅提出下列建议，作为一种可能的安排：

446. 建议：规约的每一缔约国均可自由接受法院的管辖。对于指称的特定的人员犯下的具体罪行，可以在特设的基础上接受管辖权，对于属于法院诉讼事项管辖权的违反一项或若干项条约的某种具体罪行，则可事先接受管辖权，只要该条约对有关国家生效。这种接受当然仅仅涉及有关国家管辖下的人，接受的效力将取决于本报告下面两节中概述的有关法院权限的规则。这种接受在时间上可以不受限制，或者仅仅针对作出宣布以后指称犯下的罪行。

447. 工作组认为，这种设想比治罪法草案特别报告员第十次报告所载的关于专属管辖权的较为广泛的建议更接近于其第九次报告<sup>105</sup>中的建议。在本届会议上关于第十次报告<sup>106</sup>这一方面问题的辩论中，就这一问题发言的委员会委员的多数意见是反对建立一种广泛的专属管辖权制度（尽管有些成员确实支持这种制度）。工作组设想，法院的管辖权将基本上或完全与国家法院共存并举，而接受法院管辖权并不是加入规约的一个必要条件。

448. 需要加以审议的另一个问题是，非规约缔约国的国家应否在特设基础上接受法院管辖权，如应接受，以何种条件接受。既然法院的基本目的是协助各国找到解决涉及严重国际罪行问题的办法（见上文第434段），工作组认为，法院应广泛接受审理。因此它应该在特设的基础上受理非规约缔约国提交的案件，只要它们为了受理在进行中的案件的目的接受规约的义务，并支付由此产生的一切（或规定的一部分）费用。

#### (d) 法院的诉讼事项管辖权(基于属物理由)

449. 工作组认为，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。这应包括危害人类和平及安全治罪法草案（在其获得通过和生效后），但不应限于治罪法。目前阶段没有必要就国际刑法条约的确切清单达成一致意见；这些条约无疑包括严重战争罪、种族灭绝公约、种族隔离公约、关于扣留人质、劫持船只和飞机的各项公约等。

<sup>105</sup> 文件A/CN.4/435/Add.1, 第40 -- 59段。

<sup>106</sup> 文件A/CN.4/442, 第47 -- 56段。

450. 至于界定经常发生而且范围很广的罪行的一些公约，可能需要进一步限制属于法院诉讼事项管辖权的那些罪行的范围。否则，法院就有可能陷于性质不太严重的案件，而我们的意图是，它只应对极为严重的罪行，即对具有国际性质的罪行行使管辖权。例如，关于非法贩卖麻醉药品的公约的范围非常广泛，扩及到分配网终端的个人贩卖一定数量的毒品，而这些人的活动完全是地方性的。治罪法草案有关条款(条款草案第25条)述及这一问题，将它限于从事“大规模”贩卖的人，而重点是组织和资助毒品贩卖的人：见委员会关于第25条草案的评注第4段。<sup>107</sup>

451. 应审议的另一问题是，法院的诉讼事项权限是否应扩大到生效的条约没有或尚未包括或确定的违反一般国际法的罪行。各国可能不愿事先接受这种管辖权，因为对属于或可能属于一般国际法规定的罪行没有任何议定的罪行清单。因此，工作组认为，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。支持这一结论的一个强有力的因素是，没有如此确定的唯一重大的国际罪行案例(特别是侵略)实际上已经列入治罪法草案。毫无疑问，治罪法草案在缔结和生效之后，将会列入属于法院管辖权的条约清单。工作组认为，这是将这一系列罪行纳入法院管辖权的最稳妥和令人满意的方法。

#### (e) 法院的属人管辖权(基于属人理由)

452. 这是即将面临的一个极为困难的技术问题，其部分原因是各种情况的可能范围如此广泛，另一部分原因是在不同国家法律制度下，刑事问题上主张属人管辖权的基础不同。例如，有些国家法律制度强调属地性原则是刑事管辖权的基础，因此很少禁止将其本国国民引渡到所犯罪行的国家。其他法律制度尽管也依靠属地性原则，但宣称不论该国国民的行为发生于何地，该制度都对其国民的行为拥有刑事管辖权，因此不会引渡他们。治罪法草案特别报告员在其第九次和第十次报告中就这一问题提出了几个不同的建议，而委员会委员对每个建议都发表了分歧很大的意见。<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> 文件A/45/10，第63页。

<sup>108</sup> 文件A/CN.4/435/Add.1，第40-53段；A/CN.4/442，第47段和第52-55段(任择管辖权要求得到领土所属国和受害国的同意)。

453. 在讨论这一问题之前，有必要将它同一国（不论它同所指称罪行的关系如何）有权根据载有“引渡或审判”条款的现行条约要求引渡某个嫌疑犯的问题区别开来。换言之，产生了如何解决国际刑事法院的属人管辖权与要求引渡国的属人管辖权的可能冲突。该国可以是也可以不是法院规约的缔约国，可能已经或可能没有接受法院对有关罪行的管辖权。然而只有当国际刑事法院实际上对该罪行拥有管辖权时，才会产生这种问题。它引起了应如何解决相互竞争的行使管辖权的要求问题，下文第5节述及这一问题（见第555-557段）。目前正在讨论的问题是优先问题，即什么是国际法院首先拥有属人管辖权的必要先决条件。

454. 最直截了当的案例是在某一规约缔约国（A国）领土上据称由一个当时是该国国民的人犯下的罪行的案例。由于许多危害人类罪是在单一国家境内犯下的，这甚至可能是最常见的案件。在这种情况下，法院应对指称的罪犯拥有属人管辖权，只要有关国家已接受法院对该罪行的管辖权。工作组并不认为需要任何其他国家的同意。尤其是，工作组并不认为，在这种情况下，需要取得其国民是罪行受害者的国家的特别同意。

455. 另一不会造成困难的案例是，一个人——无论是否为A国的国民——完全是在A国犯下的指称的罪行，而他在所有有关时间内（包括审判过程开始）一直在A国领土上，因此可出庭接受审判。这个例子提出的问题是，尽管A国无疑对这一罪行拥有管辖权，尽管它对被告可合法拘留，但国际刑事法庭审判仍需要国籍国的同意。工作组认为不应该这样，因为很难反驳A国的优先管辖权要求，而且在这样的案件中，许多国家都不根据国籍要求行使管辖权。不过，这一问题需要更详细的审议。

456. 除第454-455段述及的案例外，准确地确定哪些情况应属于法院的对人管辖权，也需要进一步详细审议。最大的可能性是建立在各项条约现行的普遍管辖权原则的基础上。因此，可以规定法院在以下案件中拥有对人管辖权：规约缔约国对指称的罪犯拥有合法拘留权的案件、国家根据有关条约或一般国际法有权审判罪犯的案件、以及它同意由法院行使管辖权的案件。这一作法可称为“受让管辖权”制度。它依据的是以下论点：如果根据国际法有权因某罪行对某个人行使管辖权的国家将该管辖权让与某个多边条约设立的国际刑事法院——至少如果所有其他有关国家都是条约的缔约国，则其他国家不能抱怨。另一方面，根据对一项对国际性质的罪行规定普遍管辖权的条约，可以说，所有国家都“介入其中”，并拥有不经它们同意就不会受到影响的管辖权或潜在管辖权。因此，除非设立法院的条约得到准普遍性的接受，否则“受让管辖权”的论点似乎不会起作用。

457. 工作组认为，不宜于寻求依赖这种泛泛的议论来支持法院的管辖权。至少在法院进行活动的第一阶段，最根本的需要是建立和加强各国对法院作为一个处理某些特殊案件的可能手段的信任。只有精心地注意各国正当的管辖权要求，这一需要才能得到满足。

458. 工作组认为，没有必要详细制订对人管辖权制度。各种选择都可考虑。例如，可以提出一项领土所属国和国籍国都应同意的要求（在第454-455段设想案件以外的案件）。另外，也可规定，如果国籍国准备在本国的法庭起诉被告（与惩罚或引渡的原则相反），那么只有它可阻止法院行使管辖权。为了本目的，如果说工作组认为可以找到一项既尊重各国现行刑事管辖制度同时又能兼顾可能出现的大多数情况（特别是上文第454-455段涉及的情况）的解决办法，也就足够了。

459. 概括本报告最后三小节，工作组设想了一种制度，根据这一制度，国际刑事法院对一桩案件拥有管辖权需要满足三个条件：

- (1) 案件必须涉及属于诉讼事项管辖权的指称罪行；
- (2) 根据对人管辖权的规定要求接受法院管辖权的一国或多国必须事先这样做或在特设基础上这么做；
- (3) 指称的罪行必须属于它们接受管辖权的范围（如诉讼事项、时间等）。

#### (f) 法院和治罪法之间的关系

460. 根据大会的指示，委员会关于是否有可能设立国际刑事法院的工作一直是在治罪法草案的范围内进行的。显然这两个项目之间有着重要联系。国际刑事法院一旦正式设立，将保证治罪法得到最客观、最统一的解释。一些国家如果因治罪法缺乏适当的执行手段而不予批准，将是令人遗憾的。同样，如果各国因认为没有治罪法就没有客观管辖权，所以不加入法院规约，那也是令人遗憾的。

461. 另一方面，也存在相反的可能性：对治罪法持保留意见的国家也有可能准备接受法院规约，把它当作一种管辖权的便利，即作为现有各项界定国际性罪行的国际条约的有用补充。例如，如果法院对于处理治罪法界定的种族灭绝罪是一有用的机制，那么对种族灭绝公约本身界定的罪行也必然同样有用，而治罪法规定只是它的重复。法院要成为现实，最根本的一点是尽可能加强它从各国得到支持的程度。

462. 因此，在起草法院规约时，应保留以下可能性：一国可成为规约缔约国，但并不因此而成为治罪法的缔约国，或者一国可就治罪法，或其他公约界定的一项或多项国际性的罪行，或临时性地赋予法院管辖权。标准应该是对法院基于属物的管辖权要尽可能灵活，如果治罪法和法院规约是两项单独的文书，这一目的可较容易达到。

463. 为了这些原因，工作组得出结论说，法院规约和治罪法草案可以是两个独立的文件，法院规约规定它对诉讼事项的管辖权除其他文书外还扩及治罪法。换言之，一国可成为规约的缔约国，但并不因此而成为治罪法的缔约国；然而，治罪法一旦最后获得通过，将成为界定属于法院管辖的国际性罪行的国际文书之一。

464. 考虑到大会对这一问题的讨论涉及治罪法草案以及特立尼达和多巴哥的建议，这一实质性结论并不妨碍委员会内对这一问题的处理，（见上文第404段）。

465. 当然，要行使这样的管辖权，法院规约必须对拟适用的法律给予适当的指导，比如对可适用的惩罚方法等给予指导，以便保证填补各项条约可能存在的空白。法无明文不为罪的原则要求的也正是如此。由于受到这种必要的限制，工作组得出结论说，建立一个既对第449段中所述各项条约界定的罪行拥有管辖权、又对治罪法拥有管辖权的法院，可能是有益处的。

466. 应该强调，还有一个单独的问题，即至少对某些罪行（如侵略）而言，治罪法本身是否应依赖于设立国际刑事管辖权。委员会一些成员认为，只有也存在一个对治罪法界定的一些罪行拥有管辖权的国际刑事法院，治罪法草案才可令人满意地得到执行。也有一些委员认为，这样的联系是必要的。但这并不意味着拟议设立的法院应只限于审理治罪法所列的罪行。法院可具有独立的作用，如果得到各国广泛的支持更应如此。这就是说，法院应按它自己的规约设立。

#### (g) 法院行政管理的可能安排

467. 这里仅需概要地论述一下行政问题。一个重要问题（1953年的委员会没有得出结论）是，法院是应成为联合国系统的一部分，还是应作为一个独立的实体活动。工作组在下文（见第487段）指出，人们表示的对国际刑事法院的需要，有些可通过某种形式的区域刑事法院——独立行使职务或与有关区域组织共同行使职务的法院——来满足。但是就其范围和管辖权属于世界性的任何法院而言，工作组认为它显然应与联合国相关联。

468. 至少在第一阶段，没有必要寻求将法院正式纳入联合国结构。委员会已经得出结论，法院应该按照自己的组织条约设立。但这并不阻止法院与联合国建立关系，或者根据宪章第五十七条和第六十三条签署正式的关系协定，或者采取其他方式。这方面的一个可能范例是根据《公民权利和政治权利国际公约》设立的人权委员会或根据《消除一切形式的种族歧视国际公约》设立的消除种族歧视委员会。无论做出何种选择都一定要遵守联合国行政和预算程序，也无疑要得到大会的批准。

469. 关于其他行政事项，工作组已经强调，法院不应拥有常设司法人员。照此看来，只应拥有极少量或不拥有长期行政人员。书记官处工作有可能与国际法院书记官处作出安排进行或可能由联合国法律顾问处进行，但法院开庭时除外。这些书记事务不可能很多。

470. 无论在何地履行法院的行政职能，工作组都认为，在可能情况下，法院在实际审理一桩案件时，应在指称的犯下罪行的国家或至少在同一地区内开庭。但这并不总是可能的，特别是在有明显的安全问题的情况下，因此这一问题不是能靠有关地点的任何规则事先确定的。

471. 如果法院不在指称犯下罪行所在地开庭，那么就需要做出安排使其在一个适当的地点，可能在国际法院所在地海牙开庭。

472. 由于工作组设想了一种适度的结构，而不是拥有大量职员 of 常设机构，所以拟议设立的法院所需普通费用不会太多，可由规约缔约国或联合国正常预算承担。但是，任何实际审判由于所需时间和复杂程序，可能耗资巨大——正象国家的刑事审判费用越来越大一样。这里不需要讨论偿付这些额外费用的详细安排，但工作组设想这些额外费用，大体上可按照某种议定的方案由使用法院的国家承担。

#### 4. 一个不是法院的国际刑事审判机制

473. 大会第46/54号决议特别请国际法委员会审议“设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议”（见上文第402段，着重号是后加的）。这种语文反映了一个事实，即在寻求对某些国家的刑事审判制度所面临的问题的答复时，这些国家怀疑一个不是国际刑事法院的机制是否可以成为可能的事。而且，决议的其他语言文本没有如此明确地提到国际“审判”：例如，法语文本提到“一个具有国际性质的其他管辖机制”，没有采用“Proces”（“审判”）一词。因此，看来是设想某种形式的协助刑事审判的国际管辖结构。这种刑事审判可能是一种国家法院的审判。

474. 在讨论各种可能性之前,一个基本问题需要提出。工作组关切的是对被告的严重刑事控告。关于这类诉讼,正当程序的必要最低标准在《公民权利和政治权利国际公约》(尤见第14和第15条)和各种区域性人权公约<sup>109</sup>中都作了规定。有人可能设想加强国际一级(如在所建议的法院中)的刑事诉讼程序的国家结构,或相反辅助和加强国家诉讼程序的国际规定。任何一种办法在对被告进行审判的诉讼程序中都必须符合国际公认的标准。毫无疑问,审判程序的程序性的和其他的附带事项可以有很大不同。第14和第15条的目的不是考虑任何刑事诉讼程序的特定的国家制度。但是基本问题仍然是:在国家或国际一级,对在各种条约和在治罪法草案中界定的国际性质的严重犯罪行为,是否唯一适当的“刑事审判机制”(“管辖机制”)就是正式组成的刑事法院--即一个能充分保证独立行使司法职能的机构。

475. 在这个问题上,工作组内部没有分歧意见。但是此后,在探索某种可以协助解决各种问题的“其他国际刑事审判机制”时出现了不同的强调方面。

476. 一个方面的论点认为,这些额外的措词是考虑建立一个非常灵活的机制,尽管是国际一级的--一个基本上义务性的单一机制,受影响国需要时可以要求其解决问题。根据这种看法,从刑事诉讼程序角度来看,所设想的大约更象常设仲裁庭、而不是象常设国际法院或其后的国际法院的机构。

477. 从本报告前面几段特别是第2节可以明显看出,工作组更多接受了强调这种办法的意见。本报告中阐述的国际刑事法院的大致轮廓,具有一个国际法院所能具有的灵活性、任择性和义务性。另一方面,在灵活性方面必定有某些限制。法院必须作为各国的一个机构存在--工作组认为这意味着它需要被组成为一个在需要时供可能利用的法律机制(见上文第422、433-435段)。除这个最起码的问题外,这里所讨论的建议的确提供了相当大的灵活性。无疑可能就本报告讨论的某些具体问题作出不同的结论:如果国际刑事管辖的建议还要进一步提出的话,这是一个接下去讨论的问题。但是工作组认为它的观点反映了而且尽可能地综合了大会授权它研究“国际刑事管辖,包括建立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议”的两个组成部分,如果人们假定该管辖是指在国际一级对被告进行审判作出规定的話。

---

<sup>109</sup> 见《非洲人权和人民权利宪章》,第7条;《欧洲人权公约》,第5-7条;美洲人权公约》,第8条。

478. 然而,第二个强调的方面(见上文第475段)恰好是对这种假设表示异议——即所需要的是国际审判机制,以区别于在审判带有国际性质的案件中协助国家审判制度的国际机制。这种观点已概括地阐明(见上文第429和430段),而且关于它的某些一般评论也提了出来(见上文第431段)。工作组不重复或贬低这里所阐述的道理,它认为对可能被采用来加强实施国家刑事管辖的某些管辖机制进行详细讨论,是很重要的。这类机制可能减少对国际刑事审判机制的需要,如本报告在别的部分所设想的那样。或者它们可能起补充作用或替代作用。不论如何它们值得在这里进行一些讨论。

479. 一种可能性将是,一个帮助保证国家法院处理国际性的罪行的机制充分适用国际法的有关规定。这样一种机制的例子是欧洲经济共同体条约第177条下规定的仲裁程序。根据第117条,一个国家法院能(和在某些情况下必须)请求欧洲法院对它审理的案件中出现的欧洲法律问题进行裁决。仲裁程序适用于民事和刑事案件,并适用于初审法院以及上诉法院(尽管初审法院进行仲裁是罕见的)、在对国际法院规约没有进行修正的情况下,类似仲裁程序必须通过法院的咨询管辖(也许通过大会小组委员会)进行。这样一种程序必须是非强制性的,而法院的意见也不是有正式约束力的。然而,它可以成为一条途径,帮助在特定的案件中包括涉及国际性质的罪行的案件中确保遵守国际法。

480. 另一种建议更严格地集中于这类罪行,它是某种形式的初步国际诉讼程序,根据这种程序可以把某种国家行为看成适合一种特定的国际类别(例如侵略、干涉),因此对涉及活动的个人的审判可以在国家一级进行。在这样一种情况下,国际诉讼程序可以是进行审判的一种必要先决条件,或者可以是非强制性的。

481. 特别是最后一种建议反映了在治罪法草案方面必须面临的实际困难,这使得委员会的许多委员认为顺利地执行治罪法将需要设立某种形式的国际刑事管辖(见上文第466段)。问题是这样,当个人行为的犯罪性必须取决于是否一个外国采取了非法行动的问题时,国家法院似乎不是一个审判被控告犯了罪行的人的合适审判场所。一个国家法院很难以不偏不倚的态度判定是否特定的行为构成例如一种“侵略”,因为它可能就是该冲突一方的法院。被控告的国家本身不会是诉讼的当事国,因此对被告的个人的审判可以成为在国际一级发生的一大串问题的代理者。这种情况不能有助于适当实施刑法。

482. 关于治罪法草案中所载列的“侵略”罪行也存在这样的问题,即涉及国际和平与安全争端的主要责任,根据宪章的七章的规定属于安全理事会这样一个非司法机构。

483. 其他一些建议包括国际调查或实况调查制度,在某些情况下联系到对被卷入某个国家法院的人的审判。目前存在各种国际实况调查机构,<sup>110</sup>或已建议设立这种机构。<sup>111</sup>但是这些机构迄今尚未设想为与国家初审法院共同进行活动。另一建议是监视国家审判的法定制度,这一活动迄今为止是由各种国际非政府组织进行的。

484. 在与国内审判平行的官方国际调查方面和以正式国际资格进行活动的审判监视人的看法方面均存在着一些障碍。国际一级的参予可能并不足以提供关于诉讼程序将公正进行的充分保证。而且审判不象进行一种选举或一种自决行动(在这两种情况下官方调查或监视人均发挥了有益的作用)。一旦某人受审判并作出了最后裁决,就不需要进行进一步的刑事审判程序。在目前的情况下,很难知道一种“混合”制度如何能克服这个难题,不论涉及监视人还是国际一级的调查委员会。

485. 然而,不管上文第479-483段所论述的建议如何有价值,工作组大多数成员认为这些建议并不能解决作为要求设立国际刑事管辖基础的重要问题。如(上文第431段)已经指出的那样,这些事项并不是涉及在没有适当进行的刑事审判中未准确地适用国际法或条约规定,而是涉及由于缺乏一个有效的法庭使得极端恶劣的国际罪行案件逍遥法外,或是涉及在利害攸关的问题方面可能被认为是帮伙的法庭中拟进行的审判。总之,它们涉及有无审判本身都是问题的那些案件。第479-483段概括论述的意见不能解决这个问题。

486. 无疑存在着更加灵活的国际司法协助的形式,这可能对某些国家特别是对拥有有限的法律和司法资源的小国会有帮助。这些形式可能包括从有关的邻国法律系统调派有经验的法官、合作的区域性上诉法院(如为某些较小的太平洋岛屿的上诉作出安排)、协助司法教育和培训等。但这些意见中没有一个是与本报告所讨论的问题有任何特别关系。

487. 可能具有实际可能性的一个意见是涉及对审判小国重大毒品贩子所表示的关注。如果这个问题对一个特定区域是一个专有的问题,可能在有关国家合作下设立的区域性初审法院将是解决它的一个途径。这种法院是否应属联合国系统的一部分,或者有关联合国计划或其他有关国际组织是否应提供技术和其他援助,都应该作进一步探讨。

---

<sup>110</sup> 例如,根据1949年8月12日日内瓦公约1977年第1号附加议定书第90条设立的国际实况调查委员会。

<sup>111</sup> 例如,国际法律协会建议设立一个国际调查委员会:见《国际法律协会第六十三届会议报告,华沙》(1988年)。

## 5. 适用的法律、刑罚和正当程序

488. 工作组接着审议了在国际刑事法院进行诉讼中所适用的法律、惩罚和正当程序问题。

### (a) 适用的法律

489. 国际刑事法院在拟订关于适用法律的条款时,必须考虑到该机构所受理之诉讼的特定性质,这种机构当然是司法性质的。对被控犯有属于此种法院管辖范围之某一罪行的个人进行审判的问题,并不是两个国际法主体之间的国际争端。反之,应该利用国际机制对被控犯有属于该法院管辖范围的具有国际性质的某一严重罪行的人进行告发。不应该设立一个法院来处理一些小事、或纯属任何国家国内管辖范围的事项。起草适用法律的任何有关条款时都必须考虑到这个基本特征。

490. 如上所述(第410段),特别报告员关于治罪法草案的第十次报告,特别讨论了国际刑事管辖所适用之法律的问题(第422至447段),并且提出了关于这个问题的备选建议草案,以期引起辩论。这些条款在国际法委员会委员中引起相当不一样的反应,他们所作的评论已经反映在下文中。

491. 为了对适用法律条款的范围和措词具有明确的概念,似乎应该分别探讨以下有关问题:(一)属于法院管辖范围之罪行的定义;(二)刑法(抗辩等)的一般原则;(三)可适用的程序。此外,还必须研讨任何法院在国际一级进行活动的事实所产生的后果。

#### (一) 罪行的定义

492. 至于可以向法院起诉的罪行,必须将该法院的管辖范围限于真正具有国际性质的罪行。这个问题已经探讨过了(见上文第449-451段)。达成的结论是,法院的管辖范围应该限于生效条约中所界定的罪行。这些条约应在国际刑事法院规约中载明。

493. 《公民权利和政治权利国际公约》第15条第1款中所载述的“法无明文不为罪”原则对这种办法提供了有力的支持。被告的行为直到犯下时才应予以惩罚的原则,必须完全照字义来理解。指称的不法行为者必须一直有遵守该规则的义务。国际法之传统意义上的国家间关系中的现行规则,原则上只产生国际法主体的

权利和义务,光是这种规则是不够的。反之,被告必须一直是有关规则的适用对象。从拟议的规约来说,为了做到这一点,可以将国际法院的管辖范围限于具有现行条约界定的国际性质的特定罪行。由于条约在国家宪法制度中的地位或由于执行立法,每一缔约国应该确保其国内法使这些条约生效将是它们自己的事情。

494. 这并不是否认目前存在着一般国际法规则(例如禁止种族灭绝),它直接对个人具有拘束力,规定个人的违反行为可予惩罚。因此,历来也都有可能在法院的诉讼事项管辖范围内列有任何条约都没有加以界定的、对于违反一般国际法之罪行的审判规定。基于上文第451段中所提到的理由,这种可能性已经排除。国际法委员会在研讨治罪法草案时,试图编纂违反一般国际法的、破坏国际社会根本基础的最严重罪行。因此,如果将治罪法草案(一旦最后拟定并且生效)列入属于法院管辖范围内的条约清单中,也就不必以国际法下的这类罪行作为管辖的单独基础。

## (二) 刑法的一般原则

495. 就刑法制度的总体而言,要考虑到各种不同的因素。规定国际罪行的条约多半没有明文规定抗辩和减罪情况。虽然存在习惯国际法下的各种罪行,却不能说已经形成关于抗辩等这类事项的附加规则。<sup>112</sup> 即便是《公民权利和政治权利国际公约》(第15条)也仅只提到“一般法律原则”。同样,联合国战争罪行委员会草案(第18条)也提到了联合国会员国所确认的刑法原则。

496. 替代或另外的办法是,可以载明可适用的国内法。在正常情况下,个人只受制于国内法。在这种情形下,本国刑法的有关规定是循序起诉的必要组成部分。就国际条约中所界定的罪行而言,本国法律条款可能有关。但这是国际一级的一些潜在问题,从原则上说,本国法只是一个事实的问题。就法院规约中可适用的那类法律渊源来说,似乎有两个办法可用以解决这个难题。

497. 一方面,象以前的草案那样直接提到“国内法”是办得到的。因此,1953年联合国规约草案以非常简明的方式规定:

法庭应适用国际法,包括国际刑法,并酌情适用国内法。

---

<sup>112</sup> 当然,在处理审判过程中所引起的国际法问题(例如对条约的解释问题、确定被告国籍问题)方面,应该适用国际法院规约第38条中所载明的国际法的通常来源。

498. 另一方面,另一个也许是比较高尚的方式则把国内法列为补充条件。国际法院本身将只适用国际法规则,但它必须符合如下条件:罪行也能够依国内法予以惩罚。因此,1943年伦敦国际大会草案(第27条第2款)规定如下:

任何行为不得作为罪行受到审讯,除非这一行为在犯下时其居住地的法律或该行为进行地的法律明文规定该行为为刑事罪行,但在每一种情况下这种法律都应符合联合国所确认的刑法的一般原则。

由于这一条款,国内法就只能间接地被适用了。

499. 特别报告员在关于治罪法草案的第十次报告中提出一项关于适用法律的条款,它借鉴1953年规约草案特别采用了“于适当时”的措词,允许法院适用国内法。<sup>113</sup> 在辩论中,这项建议引起了相当混杂的反应。这个事项显然是值得进一步研讨的,但是,基于上述理由,实际上如果不至少采取某种形式的对可适用的国内法的反致,可能很难解决个人的刑事责任问题。

### (三) 可适用的程序

500. 法院规约及其衍生出来的规则应该尽可能载明审判的程序规则。但是,法院可能有必要在不能适用规约或规则的情况下,借鉴与缔约国程序守则共同的原则来规定自己的程序。在这方面,不会在其范围仅限于实体法的“法无明文不为罪”的原则上引起任何异议。

### (四) 结 论

501. 要把各种考虑因素凝缩成一个简单的公式并不容易办到。特别是,与国际法院规约第38条并行不悖的一般条款也无法适当处理这些问题的复杂性。第38条中所载列的各类规则一项也不能省却。但是,可能有必要进一步提到如国内法等其他来源,以及国际组织特别是联合国的机构所制订的次级法律,以补充界定法院管辖范围的条约中所载的初级规则。

---

<sup>113</sup> 文件A/CN.4/442,第21和第40段。

(b) 施加的刑罚

502. 在刑罚方面引起了类似的问题。即便是种族灭绝公约也仅要求各国应为犯有种族灭绝罪者规定“有效的刑罚”(第五条)。国际法院由于无从利用其规约中的一条规则规定可在国际一级适用的有关刑罚,必然需要根据可适用的国内法或也许按对各国共同适用的原则来对已定罪者判处刑罚。后者即便作为最终可以采取的方法,也引起了严重的问题,因为《公民权利和政治权利国际公约》第15条中所体现的法律明确性和确定性的保证也适用于刑罚(“法无明文者不罚”)。这种情况有力地说明有必要在法院规约中列入一项处理刑罚问题的附加条款。遇到适用的法律没有明文规定刑罚,或者规定的刑罚不属于规约允许法院施加的刑罚范围时,便可适用这个条款。<sup>114</sup>

(c) 确保采取正当程序

503. 澄清正当程序问题无须冗长的说明。目前的审判标准体现在《公民权利和政治权利国际公约》第14条中。治罪法草案第8条案文大体上依循着这个标准,法院规约中也应该列入类似的条款。

## 6. 起诉和有关事项

504. 最后,工作组在报告本节就如何向国际刑事法院提起诉讼的一般性问题扼述了一些可能的解决办法。据以进行这项讨论的基础是这样一个法院不对被告进行缺席审判。在这方面应该注意到,《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款(d)项列有被告有“出席受审”的权利。就国际刑事法院的情况来说,被告在审判时必须在国际刑事法院的监护下这一条件也是重要的,因为如果不加以监护,则这种审判有可能完全无效。基于这项假设,涉及到下列问题:

---

<sup>114</sup> 本专题特别报告员根据治罪法草案中一项有关刑法的条款研究了刑罚问题:见第九次报告,文件A/CN.4/435,第4-36段;委员会的有关结论见文件A/46/10,第67-105段和第171段。

- (a) 起诉制度；
- (b) 提起诉讼；
- (c) 传被告到庭；
- (d) 向法院提起诉讼的国际司法协助；
- (e) 判决的执行；
- (f) 法院同现行引渡制度的关系。

505. 应该指出，在所安排的时间内，工作组未能详细讨论这些问题：因此本报告这一节之后所接着载述的内容是暂定的和探讨性的。如果决定国际法委员会应该着手起草国际刑事法院规约，则这些问题需要进行更充分的研究。

#### (a) 起诉制度

506. 为解决这些问题，已经在早先关于国际刑事法院的草案中提出了若干相当不同的建议。<sup>115</sup> 治罪法草案专题特别报告员的一些报告中也讨论了这些问题。<sup>116</sup> 基本上有三种选择方案：(1) 申诉国作为起诉者；(2) 独立的常设起诉机关；和(3) 临时任命的独立检察官。就第二和第三种选择方案来说，或许有可能任命一个检察组。

507. 第一个方案有利于帮助确保坚强有力的起诉，另一种可能的情况是，起诉国的法律和程序也有可能为了审判目的被引进法院的诉讼程序中。但是，有权向法院提出控诉案件的许多小国可能愿意在一定程度上与审判保持距离，因此无意提供检察官。

508. 由于工作组不主张建立一个常设的法院，建立一个常设的检察机关，这种做法可能是不合逻辑的，尽管在一个特设法院之外设立一个常设检察机关是可以理解的。但常设检察官是否有足够的工作以证明这个职位的必要性，却是可疑的，至少就设置国际刑事法院的第一阶段情况来说是这样。

509. 为了这些理由，有人提议建立特设独立起诉制度，以便在审判时在议定的基础上任命一位检察官。关于如何在特设的基础上确定检察官的问题，必须进行仔细的研究。选择方案之一是由法院在同申诉国和其他有关国家磋商后任命一位检察官。例如，在控诉侵略的案件，检察官可能由安全理事会提名。

---

<sup>115</sup> 早先一些提案摘要载于附录中。

<sup>116</sup> 见第九次报告，A/CN.4/435/Add.1，第60-64段。

(b) 提起诉讼

510. 检察官的职务将包括：调查、收集和在审判时提出一切必要的证据，准备提出正式的指控，并在审判中作为起诉人。

511. 由于检察官一定得有能决定是否提起诉讼的处理权，可能需要给予有关国家针对法院的不起诉决定提出上诉的权利。这种做法有助于向那些国家保证它们的控诉已经得到彻底而公平的考虑，并且能够遵守不得在国际司法制度下将过多的处理权交给某一个人的原则。

512. 早先许多关于国际刑事法院的条款草案都规定应进行初步的正式调查，使对被告提出的证据是否充分受到检验。如果通过关于缔约国申诉的起诉制度（即无需设置某种独立的检察职能），就会有或许需由法院的一个小分庭受理的需要进行初步调查的重大案件。反之，如果需要提名一个独立的检察官，工作组便倾向于这样的看法，即无须进行正式的初步讯问。法院将有权在审判中驳回轻率或不确实的控告。

513. 就通过申诉起诉而言，将有必要确定由哪一个官员或机构首先受理这种申诉：可能是该法院的院长或书记官长。这种申诉可能成为导致起诉的触发因素。实际上，在没有常设独立检察机关的情况下，一般认为，提交法庭的案件不外乎是某一缔约国提出的指控。工作组并不认为，在法院进行活动的第一阶段，有必要赋予独立的起诉权力，尽管从长期来说，这种权力极不合乎需要。

514. 问题在于在特定案件中，控诉的权力是否应该限于其同意为法院具有管辖权之先决条件的国家。<sup>117</sup>当然，这些国家应该有权提出控诉。但是，工作组认为，提出控诉的权利应该扩及对罪行接受法院管辖的任何缔约国（包括但不限于受害国）。也可以考虑容许某一受害的该法院规约缔约国通过申诉起诉，即便该国没有针对罪行接受法院的管辖。

515. 可以有权提出控诉的另一类国家是拘押了疑犯、依有关条约具有管辖权因而可在其本国法院审判被告之罪行的国家。此外，考虑到工作组对法院所采取的总的方针是把它作为一个机构，并考虑到如果要进行审判就必须取得这类国家的合作，因此有充分理由把这类国家包括在内。

---

<sup>117</sup> 上文第452-458段论述了应该取得其同意之国家的确定问题。

516. 如果授权不需其同意便能使法院具有管辖权的国家提出控诉,便需要采取一些初步程序以确保在采取进一步措施之前已经取得或将会取得必要的同意。这将是一种登记工作。如果管辖规则很明确,这项工作就不会有重大的困难,但可以授权法院在有关国家的代表在场的情况下以某种不公开活动的形式解决困难或不确定情况。

517. 在提出了控诉以后,应由特别任命的一个独立检察官进行调查。这位检察官应在适当情况下提出控诉,控告据称的犯罪者犯下了属于法院诉讼事项和属人管辖权范围内的特定罪行。

### (c) 传被告到庭

518. 由于法院将不对被告进行缺席审判(见上文第504段),在被告不由提出控告之国家看守的情形下,就必须采取传被告到庭的措施。无疑,这些措施的性质将有所不同,取决于被告是否在已经或尚未接受法院对罪行的管辖权的规约缔约国,或在第三国。目前的讨论是初步的,在拟订规约草案方面,将需要进一步注意每一此类情况,同时考虑到从大会收到的关于各种问题的指导。

519. 治罪法草案特别报告员在其第十次报告中建议在法院规约中规定,移交法院不应被视为引渡<sup>118</sup>。其依据是由于该国是规约缔约国,国际法院不应与外国法院同等看待,但是可以为了此种目的被视为移交国的法院。这种做法是有吸引力的,因为它将便利法院以最简单和最可能直接的方式取得对被告的管辖权。采取这种办法也就无须作出处理引渡问题的任何规定。

520. 设立国际刑事法院公约草案(1943年伦敦国际大会)曾经采取这种做法,联合国国际刑事管辖委员会拟订的1953年国际刑事法院修订规约也有这个含义。

521. 但是,基于两种理由,这种做法至少会对一些国家产生困难。第一个理由是如何取得受到标准引渡安排等保护的基本权利问题。虽然国际法院至少对于其规约缔约国来说,不可能是一个外国法院,也不是一个本国法院。因此,在单一司法系统范围内移交案件或人员时可能适当的安排,对于一个国际法院来说就不一定适当了。此外,根本的需要是如何获得和维持各国对法院的信任。为了做到这一点,有必要证明已经以某种方式汇编了与该法院有关的引渡条约中所规定的标准保障措施。

---

<sup>118</sup> 文件A/CN.4/442, 第76-83段。

522. 就引渡的情况来说,被请求国通常需要能够确定下列事项:(1) 涉及可惩罚的罪行(双重犯罪);(2) 没有确切的理由可据以认为提出此种请求是为了基于种族、宗教、国籍、政治意见、性别或社会地位来对某人进行惩罚;(3) 引渡不致违反一事不再理原则;(4) 该人员不能基于任何理由(例如时间已过去、大赦)免于被起诉;(5) 该人员仅被控犯有允许进行引渡的罪行(限定原则);(6) 如果被告已经受到缺席审判,对审判给予充分时间的通知,并且获得充分的辩护机会。

523. 就设想的国际刑事法院来说,上列第(1)和第(5)项条件并不相干,因为该人员将被控犯有现行条约所界定的、属于国际刑事法院管辖范围的一项或多项特定罪行。第(6)项条件也不相干,因为该法院不会得到对人进行缺席审判的授权(见上文第504段)。只要在该法院的规约中规定了关于一事不再理原则的令人满意的规则,第(3)项条件就不会引起任何困难。至于第(2)和第(4)项条件,则大可留待被请求国决定:这样做并不会破坏法院规约缔约国为法院进行相互支持的构想。

524. 第二个困难是,在某些国家,鉴于宪法上的规定,很难、甚或不可能把一个国际法院视为本国法院,或试图使两者等同起来,因为完全无法符合当地宪法的规定。为了不被一项视同条款带来更多的困难,看来最好为此目的把该法院视为自成一类的,即既不是外国的、也不是本国的法院,并且根据事情本身的是非曲直来处理特定的移交问题。

525. 换言之,看来法院规约有必要列入规定移交的最低条件的条款。对于规约的缔约国来说,这些安排可以载于一个附件或按事实对这种国家具有拘束力的一份联合协议中。对于第三当事方来说,可能需要以类似于引渡安排之类的协议或在特定案件中的协议来加以处理。也可鼓励规约缔约国在它们自己的双边引渡条约中针对移交被告问题作出规定。

526. 载列于附件中的移交安排可以采取肯定、否定或较传统的“混合”方式拟订:

- (a) 肯定的办法应列举移交的理由,并在规约本身载明充分的程序保障措施的同时排除可据以拒绝的一切或大部分理由。
- (b) 另一方面,否定的做法可限于协助移交被告的广泛义务,并载列不得引证拒绝移交的理由清单。这种不能接受的理由清单应包括:(一) 被请求国应视要求移交的罪行为政治罪;(二) 被请求移交者的国籍。基本上这是联合国建立国际刑事法庭以惩治和处罚种族隔离罪行和其他国际罪行公约草案(E/CN.4/1425,1981年)中所载列的办法。

(c) 最后, 起草标准引渡形式条款, 包括明确排斥拒绝之理由的清单(如同上文第(b)分段中所示)。

527. 可以请求采取的移交手段部分将取决于起诉安排的性质。这种请求至少应从规约中明确指定的当局提出、必须以书面形式提出、必须尽可能精确地描述被请求移交的人的状况、并且必须详细说明罪行和证据, 这种证据必须是足够有理由将被告交付审判的表面证据。被请求国应被授权于必要时在完成移交程序之前暂时拘押被告。

#### (d) 关于向法院提起诉讼的国际司法协助

528. 在具有跨国因素的刑事案件的正常准备、调查和起诉工作中, 各国需要互相援助以促进司法程序。因此目前在许多国家中均存在着一个双边、区域和多边基础上的互助安排和条约网络。“互助”或“相互法律援助”的措词比“司法协助”更容易被人接受, 因为这种援助的含义比司法事项上的援助宽广。另一方面, 就国际刑事法院的援助来说, 可以说是对该法院的“单向”援助, 而不是对等援助, 而且这种援助总是与该法院的实际诉讼或拟议的诉讼有关。因此, 这里便采用“国际司法协助”一词。

529. 如果各国之间需要在刑事案件的起诉上建立一种相互法律援助制度, 对于设想中的新的国际司法机构来说就更加有这种援助的必要了。法院除了它的新颖以外, 将缺乏各国刑事审判制度中的许多特征, 而且完全没有促进国家间相互援助的体制机构。

530. 法院需要其规约缔约国提供的援助将包括如下事项: (a) 确定人员的下落和住址; (b) 在讲求国或别的地方取得人员的证言或供词; (c) 出示或保存司法和其他文件、纪录或证物; (d) 送达司法和行政文件, 以及(e) 核实文件。尽管显然需要在单独的基础上(和可能是逐案的基础上)处理, 也有可能需要从非缔约国方面取得这种协助。

531. 关于国际司法协助, 目前有三种选择方案: (1) 在规约中列入一个总的便利条款; (2) 除了载列一个便利条款以外还附有一份可能寻求协助的非专属性事项清单; (3) 在法院规约后面附有一项关于司法协助的全面条约。

532. 第一种选择方案是一般和直截地要求根据大多数国际公约中处理惩治特定罪行的条款在法院规约中列入一个条款。例如《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(蒙特利尔公约)第11条规定如下:

缔约国对上述罪行提起的刑事诉讼，应相互给予最大程度的协助。在任何情况下，都应适用被请求国的法律。

533. 此种行文具有简单概括的优点。它只规定简单的义务：向法院提供“最大程度的协助”，但未说明具体的协助形式。因此，它向法院敞开大门，从缔约国寻求任何种类的协助，只要这种协助涉及对在法院管辖之内的刑事罪行提起的诉讼。“诉讼”一词不限于审判本身。更可取的意见是（在考虑到“涉及”一词的一般性之后），它还应包括导致审判的调查。在实践中，一直是这样解释《蒙特利尔公约》的。但是，如果对这一问题有任何怀疑，措词可修改为：“涉及对法院管辖范围内的罪行的刑事调查和刑事诉讼”。

534. 一般性办法的另一优点是，避免必须具体列明寻求何种协助，并避免详细拟订关于给予此种协助的制度，包括一些如拒绝给予协助的理由的困难的问题。

535. 简单、一般性办法的最大缺点是缺乏细节，由于它未能处理细微差异，可能被不愿与法院合作的被请求国所利用。这种情况可能发生是因为在《蒙特利尔公约》案文的第二句规定，在涉及有关请求的所有事项中，要适用被请求国的法律。因此，这样的国家可拒绝援助，理由是该国法律没有规定提供这种所寻求的援助，或者，即使法律确有这样的规定，对请求给予援助的某些具体条件尚未满足。另一方面，在一项相互协助的条约制度中，被请求国的法律的确占主导地位，但是必须要有限制该法律运作的条约规定。

536. 第二种选择方案是对一般性规定（例如蒙特利尔公约第11条）加以补充，非详尽无遗地列出有关可向缔约国寻求援助，也可向非缔约国——尽管在此方面不得规定义务——寻求援助的事项。起草清单时既可包括具体事项，也可包括“法院和一缔约国商定的任何其他事项”。

537. 尽管这一选择办法将保证在法院和缔约国之间就某些可以寻求援助的确定事项达成协议，但是它有着与第一种选择办法相同的缺点，即会产生无限制地适用被请求国的法律。

538. 第三种选择方案最难起草，但可能是最好的，从较长远角度看肯定是最好的。它涉及在规约缔约国之间通过一项互助条约，这项条约可以是规约的附件或议定书。本报告的目的不是讨论详细内容或讨论这样一项条约。但是，在起草此种条约时，可能对必须面对某些问题作出评论。

539. 首先，条约将确定一些可寻求援助的事项。例如，可作如下规定：

协助应包括但不限于：

(a) 查明人员的行踪和地址；

- (b) 在被请求国或在法院取得人员的证言或供词；
- (c) 出示或保存司法和其他文件、记录、或物证；
- (d) 送达司法和行政文件；
- (e) 鉴证文件。

540. 但是，此种条约或议定书的用途首先是处理在提供援助问题上的限制，特别是限制不给予援助的可能的借口。例如，互助条约中通常有不适用于军事进攻的规定，有时还有不适用于政治冲突的规定。显然，此种规定在目前情况下并不适宜。

541. 最困难的问题将是确定在哪些情形下被请求国可能拒绝请求，换言之，在哪些情形下被请求国在提供援助问题上有自由决定权。

542. 在通常的双边互助条约中，被请求国可能拒绝一项请求的理由有：(a) 被请求国法院的最终裁决已经对请求所涉人员定罪或宣告无罪，(b) 它认为执行请求可能有损于其主权、安全或类似的基本利益。毫无疑问，后一规定可能是适宜的(尽管在法院规约中可以将一罪不二审的规定草拟成这一问题不会发生)。但是，考虑到法院的目的和拟议的可能管辖权，后一规定不太适宜。如果需要设置一些“安全阀”，容许拒绝提供司法协助，应该只能根据极有限的理由(例如以有关国家的安全为理由)这样做。

543. 互助条约往往包括包括一些被请求国保留不提供援助的权利的其他事项。但是，须将此种事项限制到最低程度。

544. 条约中的其他规定可涉及：

- (a) 确定被请求国的中央机构和法院官员(可假设其为书记官处或检察官)，关于援助的请求向其及由其提出；
- (b) 执行关于援助的请求和关于此种执行的法律。一般说来，该法律将为被请求国的法律，因为该国当局有必要采取各种步骤包括法律步骤。但是，条约或议定书可规定执行请求的具体办法，由于被请求国加入规约或由于根据法律执行规约，该具体办法将成为被请求国法律的一个部分；
- (c) 请求的内容；
- (d) 被请求国监管下的人可作为证人出庭的情况；
- (e) 费用；
- (f) 请求中的资料和根据请求所提供资料的保密；
- (g) 是否应当有一些关于在被请求国或法院对强迫作证的规则，即证人

是否有义务提供根据被请求国或法院的法律他或她本有权拒绝提供的证词。当然，法院诉讼程序将遵守《公民权利和政治权利国际公约》第14(3)(g)条关于不作不利于自己的证言的保证，以致此类问题即使不消除也会减少；

(h) 请求将以何种语文提出；

(i) 根据条约护送或免于起诉根据条约出庭提供证词的人。

545. 关于这些事项中的某些事项(如上段中的第(d)、(f)和(i)项)。在条约或议定书的规定之间需要进行协调,并需要作出将法院设在所在国的安排。因此,在法院设立的最初阶段,国际司法协助的最佳选择办法可能是所讨论的第二种选择方案(见上文第536-537段),但是一旦缔结和执行法院的行政安排,即可讨论第三种选择办法。

#### (e) 判决的执行

546. 这里的主要问题是,谁将负责监督和执行判决。原则上,监督当局应当是法院。但是,如果法院不是一个常设机构,这一选择就存在困难,故需作出安排--或许在规约下的规则中作出安排,以向法院提出申请,使刑罚条件多样化(例如在适当条件下准许假释或同情性释放)。但是,毫无疑问,无论在何种情况下,规约将规定缔约国应尽力帮助法院执行判决,包括追索作为没收主体的犯罪所得资产。

547. 最普通的判处形式将是监禁,这立即提出服刑地点的问题。最明显的解决办法是在申诉国的监狱中服刑,但对刑事犯来说,条件不能低于联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》规定的条件。

548. 小国关注的可能是,此种规定首先只是把那些使它们向国际刑事法院提出申诉的问题推迟到执行判决的阶段而已。其他备选办法是在另一缔约国的监狱服刑或在所在国为此目的所设的监狱中服刑。但是,设立专门的国际监狱设施的意见难获同意,因为它将耗资巨大,而且监狱的数目也缺乏合理依据。

549. 另一问题是,即使法院不拥有自己的监狱设施,它是否应当保持一些工作人员来监督判决的执行--可能作为极小实体存在的某种形式的国际监督委员会。另一种备选办法是,判决的全部执行工作可指派给某一国家,例如向法院提起诉讼的国家。但是,这里又产生一个问题,某些国家支持设立一个国际刑事法院,是出于它们希望与罪行、罪犯或审判诉讼程序保持距离,但它们是否接受这一办法是令人怀疑的。

(f) 法院同现行引渡制度的关系

550. 这一标题下所提出的问题涉及采用不引渡即审判办法的引渡条约缔约国要求引渡或将被告交由主管当局起诉的权利问题。例如,1971年9月23日蒙特利尔《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第7条规定:

在其境内发现被指称的罪犯的缔约国,如不将此人引渡,则不论罪行是否在其境内发生,应无例外地将此案件提交其主管当局,以便起诉。

551. 这一规定必须同第5条一起来理解,该条规定:

…当被指称的罪犯在缔约国领土内,而该国未按第8条的规定将此人引渡…该缔约国应同样采取必要措施,对…(有关的罪行)实施管辖权。

552. 关于此类规定有两个问题:第一、它同拟议的国际刑事法院管辖的关系如何;第二、多重引渡要求如何处理。

553. 根据本报告中所采用的办法,国际刑事法院是现有国家法院制度的补充。在法院规约缔约国之间,移交被告的制度可以是现行的起诉或引渡制度的补充。这就是说,对一特定罪行已接受法院管辖的缔约国应接受法院为引渡或在本国法院起诉的第三种有效备选办法。规约可以进一步规定对一种罪行已接受法院管辖的国家,在接受了同一义务的另一缔约国要求下,有义务将被告移交给法院。除非大会表示有相反的选择,工作组倾向于建议这样一种规定。

554. 另一方面,看来很清楚,未就一种罪行接受国际刑事法院管辖的规约缔约国不能迫使在法院进行审判,关于此类国家,可能应当让现行引渡安排根据它们的条件运作。当然这必须是非规约缔约国的立场。因此,这类国家仍然可自由地坚持适用目前的或起诉或引渡制度,尽管它们可以保留在特定案件中选择临时同意国际法院的管辖。为了避免出现困难,应当规定此种同意必须是明确表示的而且是书面形式的。

555. 在各国包括已接受国际法院管辖的国家或法院本身多重要求引渡的情况下,被请求国大概可象目前一样,可以自由选择接受哪一种要求。但是,就规约缔约国来说,修正这种立场应该是办得到的。

556. 例如，应当考虑规定一些无拘束力的指导方针，以帮助被请求国在多个国家的冲突的要求之间作出选择。<sup>119</sup>此种指导方针不对被请求国施加任何义务。但除了任何内在用处之外，这些指导方针还可在被请求国依照这些方针行事、而有的国家依照其他优先次序行事时，对前者提供支持。

557. 在目前阶段，不必详细探讨这种指导方针的内容，但必须说明规约缔约国至少应负有在另一缔约国提出要求的情况下对在国际法院的审判给予“特别考虑”的义务。

---

<sup>119</sup> 参考暂时通过的治罪法草案第6条第2款，其中规定：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。该条款当然没有规定国际刑事法院请求移交审判时应该依循的优先次序：参考第6条第3款。

## 附 录

### 关于国际刑事法院起诉/申诉机制的建议选录

(1) 国际法协会《国际刑事法院规约草案》(1926年)

缔约国只可能是起诉国(第24条)。为控告罪状,须经法院同意,且法院有权拒绝受理非实质性的案件,等等(第25条)。

(2) 国际刑法协会的《关于设立国际法院刑事分庭的规约草案》(1928年/1946年)

《规约草案》规定由法院遴选的法官进行初步审查(第16-17条); 得由安全理事会或在安全理事会许可下行事的国家开始诉讼程序(第20条)。只有国家可向安全理事会提出控告(第21-22条)。安全理事会可指派自己的检察官或由有关国家提起诉讼(第25条)。

(3) 《设立国际刑事法院公约》,日内瓦,1937年11月16日

缔约国有权把被告押交国际刑事法院审判,而不是押交本国法院(第2条)。押交国将进行起诉,除非受害国或(如无受害国)犯罪地国决定进行起诉(第25(3)条)。规定任何有权要求法院受理案件的国家可参与诉讼(第26条)。

(4) 伦敦国际大会《设立国际刑事法院公约草案》,1943年

缔约国有权把被告押交国际刑事法院审判,而不是押交本国法院(第4(1)条)。本身为战争罪受害国或其国民为战争罪受害者的缔约国,可要求国际刑事法院起诉当局传被告(第4(2)条)。该起诉当局为由法院选出的联合国检察总长。关于具体案件,检察总长得由有关缔约国指派的官员协助(第21(3)条)。检察总长的职责包括有权“据本身权力”进行起诉(第21(1)(f)条)。在缔约国根据第4(2)条请求将被告押交审判的情况下,则有将被告押交国际刑事法院的程序(第31条),检察总长参加诉讼并提供咨询(第31(4)条)。此后,由检察总长进行起诉(第31(6)条)。各国有权利参与诉讼,包括参与口头诉讼(第32条)。

(5) 法国《设立国际刑事法院的建议草案》(A/AC.10/21)(1947年)

关于国家罪行,法国的草案设想有一位检察官(parquet)与安全理事会联系负责提起诉讼,但也留予缔约国以采取主动行动的某些(未确定的)权力。关于除国家罪行以外的罪行,建议采用1937年的公约做法。

(6) 联合国秘书长, 《灭绝种族罪公约草案》(E/447) (1947年)

附件1. 《设立惩治种族灭绝行为之常设国际刑事法院》

附件在相当大的程度上以1937年的公约为基础。缔约国可以请求审判其拘押的犯有灭绝种族罪的个人(第2(1)条); 经社理事会或安全理事会将作出关押决定并指派一名或数名检察官(第2(3)条)。经社理事会或安全理事会可撤销起诉(第25条)。

附件2. 《设立惩治种族灭绝行为之特设国际刑事法庭》

起诉制度与附件1下的制度基本相同。

(7) 法国, 提交第六委员会的《种族灭绝罪公约草案》(A/C.6/211) (1948年)

根据草案, 国际刑事法院设有国际检察官机构(第5条), 其组成在附件中作了规定。起诉书将提交该机构, 经调查后该机构得向一名或数名法官—报告员提起诉讼(第6条)。

(8) 联合国国际刑事管辖问题委员会, 关于国际刑事法院的报告和修订的规约(1953年)

该委员会否认大会或其它国际组织有权提起诉讼。它讨论了一种对案件进行政治筛选的制度(但未达成一致意见)。它提议由法院某些法官(根据比利时的模式)进行初步调查的程序(第120段)。被告有权在初步调查中要求听证, 但无权提出证据(第121段)。初步调查分庭有权命令进一步调查(第122段)。比利时的一项提议以微弱多数获得通过, 该提议使原告国能够指派一名检察官(第123-5段)。应当注意到, 所有提议均为临时性的: 委员会“不希望使其提议显得是定局”(第154段)。委员会国际刑事法院规约订正草案第29条涉及向法院申诉的权利(并载有关于政治筛选的备选条款)。第33条涉及提审庭问题, 第34条涉及检察官的作用问题。第43条授权法院就检察官提出的关于撤销起诉的申请作出决定。

(9) 设立国际刑事法院和国际刑事委员会基金会, 国际刑事法院规约草案(贝拉焦/温斯布雷德, 1972年)

根据规约草案第16条设立了检察官和检察当局。检察当局的责任是在检察官的行政监督之下提起诉讼等(第28条)。检察官在案件经调查委员会核证应予审判后,将其提交国际刑事法院(第29条)。在核证案件是否应予审判之前,调查委员会首先要进行全面的初步听审(第30条)。撤销起诉需经国际刑事法院同意(第39条)。

(10) 联合国关于设立禁止并惩治种族隔离和其他罪行的国际刑事法庭公约草案 E/CN.4/1426(1981年)

根据公约草案,该法庭本身负责起诉(第5(1)条)。控告由代诉人提出或提起(第8(1)条)。其调查部将决定一份控告是否“显然无根据”(第8(2)条),但缔约国或联合国机构提出的控告不能被认定为显然无根据(第8(3)条)。另一国家或政府间组织可就控告显然无根据的裁决向法院上诉(第8(3)条)。若法院判决该案应进行诉讼,将由一个检察部负责。一位检察官将该案提交法院;但原告缔约国或有关联合国机构在拖延的情况下有一定独立的权利(第8(6)条)。该公约草案规定设立检察官机构(由缔约国选举产生)(第15条)。

(11) 国际法学会,国际刑事法院规约草案(巴黎,1984年):

规约草案规定,由国际刑事调查委员会就授与法院管辖的缔约国提出的控告进行诉讼(第24条)。规约草案规定设立检察官机构(第25条)和副检察官机构(第26条)。根据第27条,国际刑事调查委员会在决定是否开始起诉以前,应进行初步审查(第31条)。

(12) 国际刑事政策专家委员会,关于设立国际刑事法院的修订规约草案(联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会,哈瓦那,1990年)

第4条设立了一个以检察官为首的代理处。根据第13条,控告由代理处提出;然后其调查部将决定该控告是否“显然无根据”(第13(2)条),但缔约国或联合国机构提出的任何控告都不能被认为显然无根据(第13(3)条)。另一国家或政府间组织可就控告显然无根据的裁决向法院上诉(第13(3)条)。若就该案进行诉讼,检察官将把该案提交法院;但原告缔约国或有关联合国机构在拖延的情况下有一定独立的权利(第13(6)条)。根据第19条,将在法院的一个分庭进行审判前调查。检察官由缔约国选举产生(第25条)。

---

### كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

#### 如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

#### HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

#### COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

#### КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

#### COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

---