



联合国

国际法委员会报告

第六十九届会议

(2017年5月1日至6月2日和7月3日至8月4日)

大会

正式记录

第七十二届会议

补编第10号(A/72/10)

大 会

正式记录

第七十二届会议

补编第 10 号(A/72/10)

国际法委员会的报告

第六十九届会议

(2017 年 5 月 1 日至 6 月 2 日和 7 月 3 日至 8 月 4 日)



联合国·纽约，2017

说明

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

前有年份和省略号的“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《2017年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

简要目录

章次	页次
一. 导言.....	1
二. 委员会第六十九届会议工作概况.....	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	8
四. 危害人类罪.....	10
五. 条约的暂时适用.....	126
六. 保护大气层.....	144
七. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	159
八. 一般国际法强制性规范(强行法).....	186
九. 国家责任方面的国家继承.....	197
十. 与武装冲突有关的环境保护.....	205
十一. 委员会的其他决定和结论.....	207

目录

章次	页次
一. 导言.....	1
A. 委员.....	1
B. 主席团成员和扩大的主席团.....	2
C. 起草委员会.....	3
D. 工作组.....	4
E. 秘书处.....	5
F. 议程.....	5
二. 委员会第六十九届会议工作概况.....	6
三. 委员会特别想听取意见的具体问题.....	8
A. 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	8
B. 国家责任方面的国家继承.....	8
C. 新专题.....	8
四. 危害人类罪.....	10
A. 导言.....	10
B. 本届会议审议此专题的情况.....	10
C. 委员会一读通过的关于危害人类罪的条款草案案文.....	11
1. 条款草案案文.....	11
2. 条款草案案文及其评注.....	21
总评注.....	21
序言.....	23
评注.....	23
第 1 条 范围.....	25
评注.....	25
第 2 条 一般义务.....	25
评注.....	25
第 3 条 危害人类罪的定义.....	28
评注.....	30
第 4 条 预防义务.....	46
评注.....	46
第 5 条 不推回.....	55
评注.....	55

第 6 条	在国内法中定为刑事犯罪.....	59
	评注.....	60
第 7 条	确立国家管辖权.....	77
	评注.....	77
第 8 条	调查.....	80
	评注.....	80
第 9 条	当被指控罪犯在境内时应采取的初步措施.....	81
	评注.....	82
第 10 条	引渡或起诉.....	83
	评注.....	83
第 11 条	公平对待被指控罪犯.....	88
	评注.....	88
第 12 条	受害人、证人及其他人.....	91
	评注.....	92
第 13 条	引渡.....	98
	评注.....	99
第 14 条	司法协助.....	108
	评注.....	109
第 15 条	争端的解决.....	114
	评注.....	114
附件	117
	评注.....	119
五.	条约的暂时适用.....	126
A.	导言.....	126
B.	本届会议审议此专题的情况.....	126
C.	委员会迄今为止暂时通过的关于条约的暂时适用的准则草案案文.....	127
1.	准则草案案文.....	127
2.	委员会第六十九届会议暂时通过的准则草案案文及其评注.....	128
	条约的暂时适用.....	128
	总评注.....	128
准则 1	范围.....	130
	评注.....	130
准则 2	目的.....	131
	评注.....	131

准则 3	一般规则.....	131
	评注.....	131
准则 4	协议形式.....	133
	评注.....	134
准则 5	暂时适用的开始.....	135
	评注.....	136
准则 6	暂时适用的法律效力.....	136
	评注.....	136
准则 7	违约责任.....	137
	评注.....	137
准则 8	在通知无意成为缔约方时终止.....	138
	评注.....	138
准则 9	各国国内法或国际组织规则与暂时适用条约的遵守.....	140
	评注.....	140
准则 10	各国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定或国际 组织关于同意条约暂时适用的权限的规则.....	141
	评注.....	141
准则 11	关于在源自各国国内法或国际组织规则的限制下暂时 适用的协议.....	142
	评注.....	142
六.	保护大气层.....	144
A.	导言.....	144
B.	本届会议审议此专题的情况.....	144
C.	委员会迄今为止暂时通过的关于保护大气层的指南草案案文及序言段落.....	145
1.	指南草案案文及序言段落.....	145
2.	委员会第六十九届会议暂时通过的指南草案案文与序言段落以及评注.....	148
	序言.....	148
	评注.....	148
指南 9	相关规则之间的相互关系.....	152
	评注.....	152
七.	国家官员的外国刑事管辖豁免.....	159
A.	导言.....	159
B.	本届会议审议此专题的情况.....	160
1.	特别报告员介绍第五次报告.....	162

2.	辩论摘要	163
(a)	一般评论	163
(b)	对第 7 条草案的具体评论	167
(c)	今后的工作	169
3.	特别报告员的总结	169
C.	委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文	170
1.	条款草案案文	170
2.	委员会第六十九届会议暂时通过的条款草案案文及其评注	173
八.	一般国际法强制性规范(强行法)	186
A.	导言	186
B.	本届会议审议此专题的情况	186
1.	特别报告员介绍第二次报告	188
2.	辩论摘要	189
(a)	一般评论	189
(b)	对结论草案的具体评论	192
3.	特别报告员的总结	194
九.	国家责任方面的国家继承	197
A.	导言	197
B.	本届会议审议此专题的情况	197
1.	特别报告员介绍第一次报告	197
2.	辩论摘要	200
(a)	一般评论	200
(b)	具体评论	202
(c)	最终形式	203
(d)	今后的工作方案	203
3.	特别报告员的总结	203
十.	与武装冲突有关的环境保护	205
A.	导言	205
B.	本届会议审议此专题的情况	205
十一.	委员会的其他决定和结论	207
A.	国家责任方面的国家继承	207
B.	委员会的方案、程序和工作方法以及文件	207

1. 长期工作方案工作组	207
2. 委员会在本五年期剩余时间里的工作方案.....	207
(a) 国家官员的外国刑事管辖豁免.....	208
(b) 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例	208
(c) 条约的暂时适用	208
(d) 习惯国际法的识别	208
(e) 与武装冲突有关的环境保护	209
(f) 保护大气层.....	209
(g) 危害人类罪.....	209
(h) 一般国际法强制性规范(强行法)	209
(i) 国家责任方面的国家继承.....	210
3. 审议大会 2016 年 12 月 13 日关于国内和国际法治问题的第 71/148 号决议 ...	210
4. 国际法委员会七十周年届会	212
5. 酬金	212
6. 委员会工作方法工作组	213
7. 文件和出版物	213
8. 《国际法委员会年鉴》	214
9. 编纂司的协助	214
10. 网站	214
11. 联合国国际法视听图书馆	215
C. 委员会第七十届会议的日期和地点.....	215
D. 与其他机构的合作.....	215
E. 出席大会第七十二届会议的代表.....	216
F. 国际法讲习班.....	216
附件	
A. 一般法律原则.....	219
B. 向国际性法院和法庭提交的证据.....	238

第一章 导言

1. 国际法委员会分别于 2017 年 5 月 1 日至 6 月 2 日和 2017 年 7 月 3 日至 8 月 4 日在联合国日内瓦办事处委员会所在地举行了第六十九届会议第一期会议和第二期会议。本届会议由委员会第六十八届会议第二副主席吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生主持开幕。

A. 委员

2. 委员会由下列委员组成：

阿里·穆赫辛·费塔伊斯·马里先生(卡塔尔)

卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生(尼加拉瓜)

波格丹·奥雷斯库先生(罗马尼亚)

雅库巴·西塞先生(科特迪瓦)

康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(西班牙)

帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士(葡萄牙)

胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生(墨西哥)

克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生(智利)

侯赛因·哈苏纳先生(埃及)

马哈茂德·哈穆德先生(约旦)

黄惠康先生(中国)

查尔斯·切尔诺·贾洛先生(塞拉利昂)

罗曼·科洛德金先生(俄罗斯联邦)

艾哈迈德·拉腊巴先生(阿尔及利亚)

玛丽亚·莱赫托女士(芬兰)

村濑信也先生(日本)

肖恩·墨菲先生(美利坚合众国)

阮洪滔先生(越南)

格奥尔格·诺尔特先生(德国)

尼吕费尔·奥拉尔女士(土耳其)

哈桑·瓦扎尼·恰迪先生(摩洛哥)

朴基甲先生(大韩民国)

克里斯·马伊纳·彼得先生(坦桑尼亚联合共和国)

埃内斯特·彼得里奇先生(斯洛文尼亚)
 阿尼鲁达·拉吉普特先生(印度)
 奥古斯特·赖尼希先生(奥地利)
 胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生(秘鲁)
 吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生(巴西)
 帕维尔·斯图尔马先生(捷克共和国)
 迪雷·特拉迪先生(南非)
 爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生(哥伦比亚)
 马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生(厄瓜多尔)
 阿莫斯·瓦科先生(肯尼亚)
 迈克尔·伍德爵士(大不列颠及北爱尔兰联合王国)

B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 在 2017 年 5 月 1 日举行的第 3348 次会议上，委员会选出了下列主席团成员：

主席： 格奥尔格·诺尔特先生(德国)
 第一副主席： 爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生(哥伦比亚)
 第二副主席： 侯赛因·哈苏纳先生(埃及)
 起草委员会主席： 阿尼鲁达·拉吉普特先生(印度)
 报告员： 波格丹·奥雷斯库先生(罗马尼亚)

4. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席¹ 和特别报告员² 组成。

5. 委员会在 2017 年 5 月 3 日第 3350 次会议上设立了由下列委员组成的规划组：爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生(主席)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、罗曼·科洛德金先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

¹ 埃内斯特·彼得里奇先生。

² 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生和迈克尔·伍德爵士。

C. 起草委员会

6. 委员会在分别于 2017 年 5 月 2 日、9 日、18 日、30 日和 7 月 13 日和 25 日举行的第 3349、3354、3360、3365、3374 和 3381 次会议上，为下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

(a) 条约的暂时适用：阿尼鲁达·拉吉普特先生(主席)、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

(b) 危害人类罪：阿尼鲁达·拉吉普特先生(主席)、肖恩·墨菲先生(特别报告员)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、罗曼·科洛德金先生、玛丽亚·莱赫托女士、格奥尔格·诺尔特先生、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

(c) 保护大气层：阿尼鲁达·拉吉普特先生(主席)、村濑信也先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

(d) 国家官员的外国刑事管辖豁免：阿尼鲁达·拉吉普特先生(主席)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

(e) 一般国际法强制性规范(强行法)：阿尼鲁达·拉吉普特先生(主席)、迪雷·特拉迪先生(特别报告员)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、罗曼·科洛德金先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费

尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生，奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

(f) 国家责任方面的国家继承：阿尼鲁达·拉吉普特先生(主席)、帕维尔·斯图尔马先生(特别报告员)、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、罗曼·科洛德金先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、朴基甲先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

7. 起草委员会就上列六项专题一共举行了 30 次会议。

D. 工作组

8. 委员会在 2017 年 5 月 12 日第 3357 次会议上设立了条约的暂时适用工作组：马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生(主席)、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生(特别报告员)、卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

9. 委员会在 2017 年 7 月 25 日第 3380 次会议上设立了与武装冲突有关的环境保护工作组：马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生(主席)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

10. 规划组设立了以下工作组：

(a) 长期工作方案工作组：马哈茂德·哈穆德先生(主席)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、侯赛因·哈苏纳先生、黄惠康先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、罗曼·科洛德金先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先

生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

(b) 工作方法工作组：侯赛因·哈苏纳先生(主席)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、迪雷·特拉迪先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生、迈克尔·伍德爵士和波格丹·奥雷斯库先生(当然成员)。

E. 秘书处

11. 主管法律事务厅副秘书长兼联合国法律顾问米格尔·塞尔帕·苏亚雷斯先生担任秘书长的代表。法律事务厅编纂司司长休·卢埃林先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时代表秘书长。特等法律干事阿诺德·普龙托先生担任委员会首席助理秘书。高级法律干事特雷沃尔·齐敏巴先生担任高级助理秘书。法律干事帕特里夏·若尔热女士、戴维·纳诺波利斯先生、卡拉·霍伊女士和协理法律干事丹尼尔·斯图尔特先生和巴尔特·施密特·杜依赞特库恩斯特先生担任委员会助理秘书。

F. 议程

12. 委员会在2017年5月1日第3348次会议上通过了第六十九届会议议程，包括下列项目：

1. 会议工作安排。
2. 国家官员的外国刑事管辖豁免。
3. 条约的暂时适用。
4. 与武装冲突有关的环境保护。
5. 保护大气层。
6. 危害人类罪。
7. 一般国际法强制性规范(强行法)。
8. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件。
9. 第七十届会议的日期和地点。
10. 与其他机构的合作。
11. 其他事项。

第二章

委员会第六十九届会议工作概况

13. 关于“危害人类罪”专题，委员会收到了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/704)，该报告主要处理了以下问题：引渡、不推回、司法协助、受害人、证人和其他受影响的人、与主管国际刑事法庭的关系、联邦国家的义务、监测机制和争端解决、余下的问题、条款草案的序言以及公约的最后条款。

14. 由于本届会议对该专题的审议，委员会一读通过了关于危害人类罪的序言草案、15项条文草案和一个附件草案以及评注。委员会根据其章程第16至21条决定通过秘书长向各国政府、各国际组织和其他方面转发这些条款草案，征求评论和意见，并要求在2018年12月1日前向秘书长提交这种评论和意见(第四章)。

15. 关于“条约的暂时适用”专题，委员会将起草委员会2016年暂时通过的准则草案1至4和6至9发回起草委员会，以便将迄今为止暂时拟订的准则草案合并成一套。随后，委员会暂时通过了起草委员会在本届会议上提出的准则草案1至11及其评注(第五章)。

16. 关于“保护大气层”专题，委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/705和Corr.1)，该报告在过去的三个报告基础上，就关于保护大气层的国际法规则与其他有关的国际法规则(包括国际贸易和投资法规则、海洋法和国际人权法)之间的相互关系问题，提出了四条指南草案。

17. 委员会在举行辩论之前，先在特别报告员组织下与大气层科学家进行了非正式对话。辩论之后，委员会决定将特别报告员第四次报告所载的四条指南草案转交起草委员会。在审议了起草委员会的报告后，委员会暂时通过了指南草案9和三个序言段及其评注(第六章)。

18. 关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题，委员会继续审议曾在第六十八届会议开始审议的特别报告员第五次报告(A/CN.4/701)。该报告分析了国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外问题，并就这个问题提出了一项条文草案。

19. 在全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员第五次报告中提出的第7条草案转交起草委员会。在审议了起草委员会的报告后，委员会表决通过了第7条草案、条款草案附件和其中两个小标题的脚注以及评注(第七章)。

20. 关于“一般国际法强制性规范(强行法)”专题，委员会收到了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/706)，该报告以1969年《维也纳条约法公约》为出发点，试图阐明确定强制性规范(强行法)的标准。委员会随后决定将特别报告员报告所载的结论草案4至9转交起草委员会，并按特别报告员的提议，决定将该专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。随后，委员会注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的结论草案2和4至7的临时报告。该报告提交委员会供参考(第八章)。

21. 关于“国家责任方面的国家继承”专题，委员会决定将该专题列入委员会长期工作方案并任命帕维尔·斯图尔马先生为特别报告员。委员会收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/708)，该报告试图阐明特别报告员关于本专题的范围和成果的想法，并概述了与本专题有关的一般规定。继全体会议辩论之后，委员会决定将特别报告员报告所载的第1至第4条草案转交起草委员会。随后，委员

会注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的第 1 和第 2 条草案的临时报告。该报告提交委员会供参考(第九章)。

22. 关于“与武装冲突有关的环境保护”专题，委员会设立了一个专题工作组，由马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生担任主席。虽然原特别报告员已离开了委员会，工作组仍收到了她编写的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18 的评注草稿，上述草稿由起草委员会在第六十八届会议期间暂时通过，并在同一届会议上受到委员会的注意。工作组重点讨论了今后的工作方向问题。审议工作组主席的口头报告之后，委员会任命玛丽亚·莱赫托女士为特别报告员(第十章)。

23. 关于“委员会的其他决定和结论”，委员会决定将“国家责任方面的国家继承”专题列入工作方案，并决定任命帕维尔·斯图尔马先生为特别报告员(第十一章 A 节)。

24. 委员会还设立了一个规划组，以审议方案、程序和工作方法，规划组又决定设立长期工作方案工作组(由马哈茂德·哈穆德先生担任主席)和工作方法工作组(由侯赛因·哈苏纳先生担任主席)(第十一章 B 节)。委员会决定在其长期工作中方案中列入“一般法律原则”专题和“向国际性法院和法庭提交的证据”专题(第十一章 B.1 节以及附件 A 和 B)。

25. 委员会将在 2018 年举行第七十届会议期间举办七十周年纪念活动。纪念活动主题“国际法委员会 70 年——总结过去，展望未来”，活动分为两部分，第一部分在纽约举行第七十届会议第一期会议期间于 2018 年 5 月 21 日举行，第二部分在日内瓦举行第七十届会议第二期会议期间于 2018 年 7 月 5 日和 6 日举行(第十一章 B 节)。

26. 委员会继续与国际法院院长、欧洲委员会国际公法法律顧問委员会、非洲联盟国际法委员会、亚非法律协商组织和美洲法律委员会进行了传统的信息交流。委员会委员还与红十字国际委员会进行了非正式的意见交流(第十一章 D 节)。

27. 委员会决定其第七十届会议于 2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日在纽约、7 月 2 日至 8 月 10 日在日内瓦举行(第十一章 C 节)。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

28. 委员会认为，第六十六届会议(2014 年)报告第三章要求就“保护大气层”³ 专题以及第六十七届会议(2015 年)要求就“条约的暂时适用”⁴ 和“强行法”⁵ 专题提供资料的请求仍然适用，并欢迎提供任何另外资料。

29. 委员会欢迎在 2018 年 1 月 15 日之前就上一段所提到的问题和以下问题提供任何资料，以便特别报告员在各自报告中加以考虑。

A. 国家官员的外国刑事管辖豁免

30. 委员会希望各国提供资料，说明与以下问题有关的国内法律和实践，包括司法实践和行政实践：

(a) 援引豁免；

(b) 放弃豁免；

(c) 国家主管部门在何阶段考虑豁免(调查、控告、起诉)；

(d) 在考虑或可能考虑豁免的案件中，行政部门向国内法院转交资料、法律文件和意见可使用的办法；

(e) 在考虑或可能考虑豁免的案件中，国家主管部门可以利用的国际法律援助、合作及磋商机制。

B. 国家责任方面的国家继承

31. 各国如果可向国际法委员会提供任何涉及被继承国实施或受到的国际不法行为产生的权利和义务的继承或分配问题的相关国际协定、国内法律或国内法院的判决，将对委员会有帮助。

C. 新专题

32. 委员会决定在其长期工作方案中纳入两个新专题，即(a) 一般法律原则和(b) 向国际性法院和法庭提交的证据。委员会在选择这两个专题时遵循了委员会第五十届会议(1998 年)商定的以下标准，即：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂；(d) 委员会不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。委员会欢迎各国对这两个新专题发表看法。

³ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 27 段。

⁴ 同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 30 段。

⁵ 同上，第 31 段。

-
33. 此外，委员会欢迎各国就可能列入长期工作方案的专题提出任何建议。在提出这些建议时，最好同时说明理由，并考虑到上文提到的选择专题的标准。
34. 委员会指出，在纽约和日内瓦举行第七十届会议期间纪念委员会成立七十周年，将为各国和委员会委员就委员会未来可能审议的专题相互交换意见提供机会。

第四章 危害人类罪

A. 引言

35. 委员会第六十六届会议(2014年)决定将“危害人类罪”专题列入工作方案,并任命肖恩·墨菲先生为该专题特别报告员。⁶大会随后在2014年12月10日第69/118号决议第7段中注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。

36. 委员会第六十七届会议(2015年)审议了特别报告员的第一次报告,⁷并暂时通过了四项条文草案及其评注。⁸委员会还请秘书处编写一份备忘录,提供可能与此专题今后工作有关的现有条约监督机制的资料。⁹

37. 委员会第六十八届会议(2016年)审议了特别报告员的第二次报告¹⁰以及提供可能与国际法委员会今后工作有关的现有条约监督机制的资料的秘书处备忘录,¹¹并通过了另外六项条文草案及其评注。¹²

B. 本届会议审议此专题的情况

38. 在本届会议上,委员会收到特别报告员的第三次报告(A/CN.4/704),并在2017年5月1日至9日举行的第3348至第3354次会议上审议了该报告。¹³

39. 特别报告员在第三次报告中阐述了下列问题:引渡(第一章);不推回(第二章);司法协助(第三章);受害人、证人以及其他受影响的人(第四章);与主管国际刑事法庭的关系(第五章);联邦国家义务(第六章);监测机制和争端解决(第七章);余下的议题(第八章);序言(第九章);公约的最后条款(第十章);以及此专题今后的工作方案(第十一章)。特别报告员分别针对第一至第七章和第九章所述问题,相应地提出了七项条文草案和一个序言草案。¹⁴

40. 在2017年5月9日第3354次会议上,委员会将特别报告员第三次报告所载的第11至第17条草案和序言草案交给起草委员会。

41. 在分别于2017年6月1日和7月19日举行的第3366和第3377次会议上,委员会审议并通过了起草委员会关于序言草案、第1至第15条草案和附件草案

⁶ 《大会正式记录,第六十九届会议,补编第10号》(A/69/10),第266段。

⁷ A/CN.4/680和Corr.1。

⁸ 《大会正式记录,第七十届会议,补编第10号》(A/70/10),第110-117段。

⁹ 同上,第115段。

¹⁰ A/CN.4/690。

¹¹ A/CN.4/698。

¹² 《大会正式记录,第七十一届会议,补编第10号》(A/71/10),第79-85段。

¹³ 见第3348至第3354次会议临时简要记录(A/CN.4/SR.3348-3354)。

¹⁴ 见关于危害人类罪的第三次报告(A/CN.4/704):第11条草案(引渡);第12条草案(不推回);第13条草案(司法协助);第14条草案(受害人、证人及其他人);第15条草案(与主管国际刑事法庭的关系);第16条草案(联邦国家的义务);第17条草案(国家间争端解决);以及序言草案。

的两份报告。委员会遂一读通过了关于危害人类罪的一整套条款草案(见下文 C.1 节)。

42. 在 2017 年 7 月 31 日举行的第 3383 和第 3384 次会议上, 委员会通过了关于危害人类罪的条款草案的评注(见下文 C.2 节)。

43. 在 2017 年 7 月 31 日第 3384 次会议上, 委员会根据其章程第 16 至第 21 条, 决定通过秘书长将关于危害人类罪的条款草案转交给各国政府、各国际组织和其他方面征求评论和意见, 要求在 2018 年 12 月 1 日之前向秘书长提交此类评论和意见。

44. 在 2017 年 7 月 31 日第 3384 次会议上, 委员会向特别报告员肖恩·墨菲先生深表感谢, 由于他的杰出贡献, 委员会得以圆满结束对关于危害人类罪的条款草案的一读。

C. 委员会一读通过的关于危害人类罪的条款草案案文

1. 条款草案案文

45. 委员会一读通过的条款草案案文载录如下。

危害人类罪

序言

.....

注意到有史以来, 使全人类的良知深受震动的罪行残害了无数儿童、妇女和男子,

认识到这种危害人类罪危及世界的和平、安全与福祉,

还认识到禁止危害人类罪是一般国际法的强制性规范(强行法),

申明危害人类罪是整个国际社会关切的最严重罪行之一, 必须按照国际法予以预防,

决心使这些罪行的犯罪者不再逍遥法外, 从而有助于预防这种犯罪,

忆及《国际刑事法院罗马规约》第七条所载的危害人类罪的定义,

又忆及每个国家都有义务对危害人类罪行使刑事管辖权,

认为对危害人类罪绝不能听之任之不予惩罚, 为确保有效起诉这种罪行, 必须在国家一级采取措施并加强国际合作, 包括在引渡和司法协助方面加强合作,

也考虑到与危害人类罪相关的受害人、证人和其他人的权利以及被指控罪犯受到公平对待的权利,

.....

第 1[1]条¹⁵**范围**

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

第 2[2]条**一般义务**

危害人类罪，不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行，各国承允防止并惩治之。

第 3[3]条**危害人类罪的定义**

1. 为了本条款草案的目的，“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
- (f) 酷刑；
- (g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
- (h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第 3 款所界定的性别，或根据公认为国际法所不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族罪或战争罪有关；
- (i) 强迫人员失踪；
- (j) 种族隔离罪；
- (k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

(a) “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第 1 款所述行为的行为过程；

(b) “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

¹⁵ 国际法委员会先前暂时通过的条款草案的编号列于方括号内。

(c) “奴役”是指对人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

(d) “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

(e) “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

(f) “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

(g) “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

(h) “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第1款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

(i) “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 为了本条款草案的目的，“性别”一词应被理解是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

4. 本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

第4[4]条

预防义务

1. 各国承诺按照国际法防止危害人类罪，办法包括：

(a) 在其管辖的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施；

(b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

2. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

第5条

不推回

1. 如有充分理由相信任何人在另一国管辖领土内将有遭受危害人类罪的危险，则任何国家不得将该人驱逐、遣返(推回)、移交或引渡至该国。

2. 为了确定这种理由是否存在，主管当局应考虑到所有有关因素，包括在适当情况下考虑到在有关国家管辖的领土内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权行为或严重违反国际人道主义法的情况。

第 6[5]条
在国内法中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定危害人类罪构成犯罪。
2. 各国应采取必要措施，确保国家刑法把下列行为定为犯罪：
 - (a) 实施危害人类罪行；
 - (b) 企图实施这种罪行；
 - (c) 命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。
3. 各国还应采取必要措施，确保国家刑法将下列行为定为犯罪：
 - (a) 军事指挥官或实际上以军事指挥官身份行事的人，如果未对在其实际指挥和控制下的部队，或在其实际管辖和控制下的部队适当行使控制，在下列情况下，应对这些部队实施的危害人类罪行负刑事责任：
 - (一) 该军事指挥官或该人知道，或者由于当时的情况理应知道，部队正在实施或即将实施这些犯罪；
 - (二) 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。
 - (b) 对于(a)项未述及的上下级关系，上级人员如果未对在其实际管辖或控制下的下级人员适当行使控制，在下列情况下，应对这些下级人员实施的危害人类罪负刑事责任：
 - (一) 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理睬明确反映这一情况的情报；
 - (二) 犯罪涉及该上级人员实际负责和控制的活动的；
 - (三) 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。
4. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。
5. 各国应采取必要措施，确保根据国家刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由。
6. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定，本条草案所述罪行不应受到任何时效限制。
7. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定，对本条款草案所述罪行，应考虑到其严重性，处以适当的惩罚。
8. 在不违反本国法律规定的情况下，每个国家应酌情采取适当措施确定法人对本条草案所指罪行的责任。在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任。

第 7[6]条 确立国家管辖权

1. 各国应采取必要措施，确立在下列情况下对本条款草案所述罪行的管辖权：

(a) 罪行发生在该国管辖的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞机上；

(b) 被指控罪犯为该国国民，或该国认为应予管辖的、惯常在该国领土内居住的无国籍人；

(c) 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 各国还应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内，而且本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对本条款草案所述罪行的管辖权。

3. 本条款草案不排除一国行使根据其国内法确立的任何刑事管辖权。

第 8[7]条 调查

各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为时，其主管当局立即进行公正的调查。

第 9[8]条 当被指控罪犯在境内时应采取的初步措施

1. 任何国家，如果被指控犯有本条款草案所述任何罪行的人在其管辖的领土内，经审查所获情报后认为根据情况有此必要，应将该人拘押或采取其他法律措施确保该人留在境内。拘押和其他法律措施应符合该国法律的规定，但延续时间只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。

2. 该国应立即对事实进行初步调查。

3. 一国如果根据本条草案将某人拘押，应立即向第 7 条草案第 1 款所述国家通知该人受到拘押的事实和拘留该人之所以必要的情况。进行本条草案第 2 款所述初步调查的国家应立即向所述有关国家通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。

第 10[9]条 引渡或起诉

被指控罪犯在其管辖领土内的国家，应将该案提交主管当局以便起诉，除非该国将该人引渡至或移交另一国家或主管国际刑事法庭。主管当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定。

第 11[10]条 公平对待被指控罪犯

1. 对于任何因本条款草案所述罪行而被采取法律措施的人，在诉讼的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护该人按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利。
2. 在非本人国籍国被监禁、拘押或拘留的任何此类人员应有权：
 - (a) 立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家；如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；
 - (b) 受到此类国家代表的探视；以及
 - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第 2 款所规定权利的预期目的得到充分实现。

第 12 条 受害人、证人及其他人

1. 各国应采取必要措施，确保：
 - (a) 声称有人实施了或正在实施构成危害人类罪的行为的任何人有权向主管当局提出申诉；以及
 - (b) 申诉人、受害人、证人及其家属和代表以及在本条款草案范围内参加任何侦查、起诉、引渡或其他程序的其他人得到保护，不因提供任何申诉、资料、证词或其他证据而受到虐待或恐吓。这些措施应不妨害第 11 条草案所述被指控罪犯的权利。
2. 各国应在不违背本国法律的情况下，在对被指控罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不妨害第 11 条草案所述权利的方式使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。
3. 各国应采取必要措施，在其法律体制内确保危害人类罪受害人有权就受到的物质和精神损害以个人或集体方式获得赔偿，这种赔偿酌情包括以下一种或多种形式：恢复原状；补偿；抵偿；康复；停止和保证不再发生。

第 13 条 引渡

1. 本条款草案所述各种犯罪应被视为属于国家间现有的任何引渡条约所列的可引渡罪行。各国保证将此种罪行作为可引渡罪行列入将来相互之间缔结的每项引渡条约。
2. 为了国家间引渡的目的，本条款草案所述犯罪不应视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的犯罪或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡请求。

3. 以订有条约为引渡条件的国家如果收到另一个未与之签订引渡条约的国家提出的引渡请求，可将本条款草案视为对本条款草案所述犯罪给予引渡的法律依据。
4. 对于本条款草案所述的犯罪，以订有条约为引渡条件的国家应：
 - (a) 通知联合国秘书长它是否将利用本条款草案作为与其他国家进行引渡合作的法律依据；
 - (b) 如果不以本条款草案作为引渡合作的法律依据，则应在适当情况下寻求与其他国家缔结引渡条约，以执行本条草案规定。
5. 不以订有条约为引渡条件的国家，应承认本条款草案所述犯罪为彼此之间可引渡的犯罪。
6. 引渡应遵从被请求国国内法或适用的引渡条约所规定的条件，包括遵从被请求国可能拒绝引渡的理由。
7. 为了国家间引渡的目的，必要时应将本条款草案所述罪行视为不仅在发生地实施，而且也在按照第 7 条草案第 1 款确立管辖权的国家领土内实施。
8. 如为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求国的国民而遭到拒绝，被请求国应在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求国的申请，考虑执行按请求国本国法律作出的判刑或剩余刑期。
9. 如果被请求国有充分理由认为，提出引渡请求的目的，是因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔、文化、属于某一特定社会群体或政治见解或因公认为国际法所不容的其他理由而对之进行起诉或惩罚，或同意引渡将因上述任一理由而对某人地位造成损害，则本条款草案的任何内容不得解释为硬性规定了引渡义务。
10. 被请求国在拒绝引渡前应在适当情况下与请求国磋商，以使请求国有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的资料。

第 14 条

司法协助

1. 各国应按照本条草案，在对本条款草案所述的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助。
2. 对于请求国依照第 6 条草案第 8 款可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉、审判和其他程序，应根据被请求国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。
3. 可为下列任何目的请求按照本条草案给予司法协助：
 - (a) 查明被指控罪犯以及适当时受害人、证人或其他人的身份和所在地；
 - (b) 向个人获取证据或陈述，包括以视频会议方式；
 - (c) 送达司法文书；
 - (d) 执行搜查和扣押；

- (e) 检查实物和现场，包括获取法医证据；
 - (f) 提供资料、物证以及专家评估；
 - (g) 提供有关文件和记录的原件或经核证的副本；
 - (h) 为取证目的或其他目的而查明、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或其他物品；
 - (i) 为有关人员自愿在请求国出庭提供方便；或
 - (j) 不违反被请求国本国法律的任何其他形式的协助。
4. 各国不得以银行保密为理由拒绝提供本条草案所规定的司法协助。
 5. 各国应视需要考虑缔结有助于实现本条草案目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性。
 6. 一国主管当局如果认为与危害人类罪有关的资料可能有助于另一国主管当局进行或顺利完成侦查、起诉和审判程序，或者可以促成其根据本条草案提出请求，则在不妨碍本国法律的情况下，可以在没有事先请求的情况下，向该另一国主管当局提供此类资料。
 7. 本条草案各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务，但本条草案的各项规定在适用时只会促成更大程度的司法协助的情形不在此列。
 8. 如果有关国家无司法协助条约的约束，则本条款草案的附件草案应适用于根据本条草案提出的请求。如果有关国家受此类条约的约束，则适用条约的相应规定，除非这些国家同意代之以适用附件草案的规定。鼓励各国在附件草案有助于合作时适用附件草案。

第 15 条 争端的解决

1. 各国应努力通过谈判解决与本条款草案的解释或适用有关的争端。
2. 两个或两个以上国家对于本条款草案的解释或适用发生的任何争端不能通过谈判解决的，应按其中一方请求提交国际法院，除非这些国家同意将争端交付仲裁。
3. 各国可声明不受本条草案第 2 款的约束。相对于作此声明的任何国家而言，其他国家也不受本条草案第 2 款的约束。
4. 凡根据本条草案第 3 款作出声明的国家，均可随时撤销该项声明。

附件

1. 本附件草案按照第 14 条草案第 8 款适用。

中央机关的指定

2. 各国应指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管当局执行。一国如有实行单独司法协助制度的特区或领土，可另指定一个对该特区或者领土具有同样职能的中央机关。中央机关应

确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管当局执行时，应鼓励该主管当局迅速而妥善地执行请求。各国应将为该目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应送交各国指定的中央机关。此项要求不得妨害一国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关国家同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利。

提出请求的程序

3. 请求应以被请求国能够接受的语文以书面形式提出，或在可能的情况下以能够生成书面记录的任何形式提出，但须能够使该国鉴定其真伪。各国应将其所能够接受的语文通知联合国秘书长。在紧急情况下，如果经有关国家同意，请求可以口头方式提出，但应立即加以书面确认。

4. 司法协助请求书应包括：

(a) 提出请求的机关；

(b) 请求所涉及的侦查、起诉或审判程序的事由和性质，以及进行该项侦查、起诉或审判程序的机关的名称和职能；

(c) 有关事实的概述，但为送达司法文书提出的请求除外；

(d) 对请求协助的事项和请求国希望得到遵循的特定程序细节的说明；

(e) 可能的话，任何有关人员的身份、所在地和国籍；以及

(f) 索取证据、资料或要求采取行动的目的。

5. 被请求国可要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。

被请求国对请求的答复

6. 请求应按照被请求国的本国法律执行。在不违反被请求国本国法律的情况下，如有可能，应按照请求书中列明的程序执行。

7. 被请求国应尽快执行司法协助请求，并应尽可能充分地考虑到请求国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。被请求国应依请求国的合理要求，就其处理请求的进展情况作出答复。请求国应在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求国。

8. 在下列情况下可拒绝提供司法协助：

(a) 如果请求未按本附件草案的规定提出；

(b) 如果被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益；

(c) 如果被请求国的机关依其管辖权对任何类似犯罪进行侦查、起诉或审判程序时，其本国法律已经规定禁止对此类犯罪采取被请求的行动；

(d) 如果同意这项请求将违反被请求国关于司法协助的法律制度。

9. 拒绝司法协助时应说明理由。
10. 被请求国可以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或审判程序为理由而暂缓进行。
11. 被请求国在根据本附件草案第8款拒绝某项请求或者根据本附件草案第10款暂缓执行请求事项之前，应与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条款和条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，则应遵守有关的条件。
12. 被请求国：
 - (a) 应向请求国提供其所拥有的根据其本国法律可向公众提供的政府记录、文件或资料；并且
 - (b) 可自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众提供的任何政府记录、文件或资料。

请求国对资料的使用

13. 未经被请求国事先同意，请求国不得为了请求书所述以外的侦查、起诉或审判程序而发送或使用被请求国提供的资料或证据。本款规定不得妨碍请求国在其诉讼中披露可证明被告人无罪的资料或证据。就后一种情形而言，请求国应在披露之前通知被请求国，并依请求与被请求国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，请求国应毫不迟延地将披露一事告知被请求国。
14. 请求国可要求被请求国对其提出的请求及其内容保密，但为执行请求所必需的除外。如果被请求国不能遵守保密要求，应立即告知请求国。

被请求国人员作证

15. 在不妨碍本附件草案第19款的适用的情况下，对于依请求国请求而同意到请求国所管辖领土就某项诉讼作证或者为某项侦查、起诉或审判程序提供协助的证人、专家或其他人员，不应因其离开被请求国所管辖领土之前的作为、不作为或者定罪而在请求国领土内对其起诉、羁押、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、专家或其他人员已经得到司法机关不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续十五天内或者在有关国家所商定的任何期限内，有机会离开但仍自愿留在请求国所管辖领土内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。
16. 当在某一国所管辖领土内的某人须作为证人或专家接受另一国司法机关询问，而且该人不可能或不宜到请求国领土出庭时，被请求国可依该另一国的请求，在可能而且符合国内法基本原则的情况下，允许以视频会议方式进行询问。有关国家可商定由请求国司法机关进行询问，询问时应有被请求国司法机关人员在场。

被请求国被羁押人员为作证予以移送

17. 在一国领土内被羁押或服刑的人，如果被要求到另一国进行辨认、作证或提供其他协助，以便为就与本条款草案所述的犯罪有关的侦查、起诉或审判程序取得证据，在满足下列条件的情况下，可予以移送：

- (a) 该人在知情后自由表示同意；并且
- (b) 在遵守两国认为适当的条件前提下，两国主管当局同意。

18. 为本附件草案第 17 款的目的：

- (a) 该人被移送前往的国家应有权力和义务羁押被移送人，除非移送国另有要求或授权；
- (b) 该人被移送前往的国家应毫不迟延地履行义务，按照两国主管当局事先达成的协议或其他协议，将该人交还移送国羁押；
- (c) 该人被移送前往的国家不得要求移送国为该人的交还而启动引渡程序；
- (d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送国执行的刑期。

19. 除非依照本附件草案第 17 款和第 18 款的规定移送某人的国家同意，否则，不论该国国籍为何，均不得因其在离开移送国所管辖领土前的作为、不作为或定罪而在被移送前往的国家所管辖领土内使其受到起诉、羁押、处罚或对其人身自由进行任何其他限制。

费用

20. 除非有关国家另有协议，执行请求的一般费用应由被请求国承担。如果执行请求需要或将需要支付巨额或异常费用，则应由有关国家进行协商，以确定执行该请求的条款和条件以及承担费用的办法。

2. 条款草案案文及其评注

46. 委员会第六十九届会议一读通过的条款草案案文及其评注载录如下。

危害人类罪

总评注

(1) 有三种罪行通常属于国际刑事法庭的管辖范围：灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪。灭绝种族罪¹⁶和战争罪¹⁷是一些全球公约的主题，这些公约要求各

¹⁶ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页(下称“《灭绝种族罪公约》”)。

¹⁷ 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页(下称“《日内瓦第一公约》”)；《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 971 号，第 85 页(下称“《日内瓦第二公约》”)；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 972 号，第 135 页(下称“《日内瓦第三公约》”)；《关于战时保护平民之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 973 号，第 287 页(下称“《日内瓦第四公约》”)。《一九四九年八月十二日四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》，(1977 年 6 月 8 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页(下称“《第一议定书》”)。

国在国内法中防止和惩治这些罪行，并为此目的开展合作。相比之下，虽然危害人类罪的发生率可能并不低于灭绝种族罪或战争罪，却没有一项全球公约专门述及防止和惩治危害人类罪及促进这方面国家间合作的问题。危害人类罪与战争罪不同，可能在不涉及武装冲突的情况下发生。此外，危害人类罪也不需要确立灭绝种族罪所需的特殊意图。¹⁸ 另一方面，有一种意见认为，《灭绝种族罪公约》和日内瓦四公约以及有关议定书都没有像本条款草案这样，确立详细的国家间合作机制。基于这一理由，这种意见认为，本条款草案本来也是可以处理其他核心罪行的。

(2) 许多严重程度远远不及危害人类罪的罪行，如腐败犯罪¹⁹ 和有组织犯罪²⁰ 都已订立了重在防止、惩治及国家间合作的条约。因此，关于防止和惩治危害人类罪的一项全球性公约可能是对现有的国际法框架，特别是国际人道主义法、国际刑法和国际人权法的重要补充。这样的公约可推动进一步关注防止和惩治这种行为的必要性，并有助于各国通过和统一有关这种行为的国内法律，从而为防止、调查和起诉这种罪行开展更有效的国家间合作开辟途径。为应对其他犯罪行为，已经建立了合作网络。如果在应对危害人类罪方面也这样做，罪犯将无藏身之地，从而有望防患于未然，并确保事发后即予追究责任。

(3) 因此，委员会 2013 年第六十五届会议通过的关于这一专题的建议指出，“国际法委员会在此专题上的目标便是起草一套条款草案，使之成为一项《防止及惩治危害人类罪公约》”。²¹ 按照委员会的惯例，在各国就是否将这些条款草案作为一项公约的基础做出决定之前，委员会没有采用条约的技术性措辞(例如提及“缔约国”)，也未起草关于批准、保留、生效或修正等事项的最后条款。

(4) 本条款草案避免与在国际或“混合”(兼有国际法和国内法要素)刑事法庭或裁判庭——包括国际刑事法院——组织章程之下产生的国家义务发生冲突。设立国际刑事法院的 1998 年《罗马规约》规范国际刑事法院与缔约国的关系(“纵向”关系)，而本条款草案的着重点则是国内法的制定和国家间的合作(“横向”关系)。1998 年《罗马规约》关于“国际合作和司法协助”的第九编默示承认，在处理国际刑事法院管辖范围内的罪行问题上的国家间合作将继续存在，而不妨碍 1998 年《罗马规约》，但没有对这种合作作出规定。本条款草案既涉及在防止危害人类罪方面的国家间合作，也涉及在国家法律系统内调查、缉捕、起诉、引渡和处罚这种罪行的行为人方面的国家间合作，这是与 1998 年《罗马规约》一致的目标。通过这样做，本条款草案有助于实施 1998 年《罗马规约》规定的补

¹⁸ 见《〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的适用》(克罗地亚诉塞尔维亚)，2015 年 2 月 3 日的判决，第 139 段(“法院回顾说，2007 年法院认定摧毁民族、族裔、种族或宗教群体的意向是灭绝种族的特定要件，使这种犯罪与诸如危害人类罪、迫害等其他有关犯罪行为相区分”)(引自《〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的适用》(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页起，见第 121-122 页，第 187-188 段)。

¹⁹ 《联合国反腐败公约》(2003 年 10 月 31 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2349 卷，第 42146 号，第 41 页。

²⁰ 《联合国打击跨国组织犯罪公约》(2000 年 11 月 15 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2225 卷，第 39574 号，第 209 页。

²¹ 见国际法委员会第六十五届会议工作报告(2013 年)，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，附件 B，第 3 段。

充作用原则。最后，国际或“混合”刑事法庭或裁判庭组织章程处理的是对其管辖内的犯罪人的起诉，不是国家为事先防止此类罪行或在此类罪行发生时而应采取的步骤。

序言

.....

注意到有史以来，使全人类的良知深受震动的罪行残害了无数儿童、妇女和男子，

认识到这种危害人类罪危及世界的和平、安全与福祉，

还认识到禁止危害人类罪是一般国际法的强制性规范(强行法)，

申明危害人类罪是整个国际社会关切的最严重罪行之一，必须按照国际法予以预防，

决心使这些罪行的犯罪者不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪，

忆及《国际刑事法院罗马规约》第七条所载的危害人类罪的定义，

又忆及每个国家都有义务对危害人类罪行使刑事管辖权，

认为对危害人类罪绝不能听之任之不予惩罚，为确保有效起诉这种罪行，必须在国家一级采取措施并加强国际合作，包括在引渡和司法协助方面加强合作，

也考虑到与危害人类罪相关的受害人、证人和其他人的权利以及被指控罪犯受到公平对待的权利，

.....

评注

(1) 序言旨在为关于危害人类罪的本条款草案提供一个概念框架，阐述讨论本专题的一般背景和本条款草案的主要目的。其措辞在一定程度上受到与整个国际社会关切的最严重罪行有关的国际条约序言的启发，包括 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》和 1998 年《国际刑事法院罗马规约》。²²

(2) 序言部分第一段指出了—个事实，即在历史上，使全人类的良知深受震动的行为给无数人造成了伤害。当此类行为因其严重性而构成对人类自身的严重攻击时，就称为危害人类罪。

(3) 序言部分第二段认识到这种罪行危及当代的重要价值观(“世界的和平、安全与福祉”)，从而就体现了《联合国宪章》第一条所载的宗旨，并强调了实现刑事司法同维护和平与安全之间的联系。

(4) 序言部分第三段认识到禁止危害人类罪不仅是一项国际法规则，而且是一般国际法的强制性规范(强行法)。因此，这种禁止为各国组成的整个国际社会所

²² 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页(下称“《罗马规约》”)。

接受，并承认为不许减损的规范，且只能由嗣后具有同样性质的一般国际法规范方可加以更改。²³ 委员会以前曾指出，禁止危害人类罪“被明确接受和承认”为强制性国际法规范。²⁴ 国际法院表示，禁止某些行为，例如酷刑，²⁵ 具有强行法的性质，²⁶ 这更加表明，禁止广泛或系统地实施上述行为的规定也将具有强行法性质。²⁷

(5) 如下文第 1 条草案所示，本条款草案有两个总体目标：防止和惩治危害人类罪。序言部分第四段侧重于这两个目标中的第一个(防止)；它与本条款草案的第 2、第 4 和第 5 条草案所载的义务相对应，申明必须按照国际法预防危害人类罪。因此这一段表明，此类罪行是整个国际社会关切的最严重罪行之一。

(6) 序言部分第五段申明了本条款草案第一个总体目标(防止)与第二个总体目标(惩治)之间的联系，指出使这些罪行的犯罪者不再逍遥法外，可推动这种犯罪的预防工作。

(7) 序言部分第六至第九段的重点是两个总体目标中的第二个(惩治)。序言部分第六段忆及 1998 年《国际刑事法院罗马规约》第七条所载的危害人类罪的定义。本条款草案的第 3 条草案使用了这一定义，并与第 6 和第 7 条草案一起，确定了各国必须在国内刑法中确立管辖权的罪行。

(8) 序言部分第七段忆及每个国家都有义务对危害人类罪行使刑事管辖权。除其他外，这一段与第 8 至 10 条草案相对应，它们分别涉及：调查危害人类罪，当被指控罪犯在境内时采取某些措施，以及将案件提交检察机关——除非被指控罪犯被引渡或移交给另一国家或主管国际法庭。

(9) 序言部分第八段认为，为确保有效起诉危害人类罪，必须在国家一级采取措施并加强国际合作。这种合作包括引渡和司法协助方面的合作，即第 13 和第 14 条草案及附件草案的重点。

²³ 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页，第五十三条。

²⁴ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 85 页，关于国家对国际不法行为的责任的条款草案第 26 条的评注第(5)段(认为“已经被明确接受和承认的强制性规范包括[禁止]……危害人类罪行”)；另见“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)，第 374 段(指出危害人类罪是“最常援引的具有强行法地位的备选规范”之一)。

²⁵ 见《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984 年 12 月 10 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1465 卷，第 24841 号，第 85 页(下称“《禁止酷刑公约》”)。

²⁶ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 457 页，第 99 段。

²⁷ 见国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页起，见第 141 页，第 95 段(指出禁止逮捕证案所涉战争罪和危害人类罪的规则“无疑具有强行法性质”)；Almonacid-Arellano 等人诉智利，2006 年 9 月 26 日的判决(初步反对意见，案情实质、赔偿和费用)，美洲人权法院，C 辑，第 154 号，第 96 段(承认危害人类罪的强行法地位)；检察官诉 Furundžija，案件号 IT-95-17/1-T，前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭 1998 年 12 月 10 日的判决，《1998 年司法案例汇编》，第 153 段(相同)；Al-Adsani 诉联合王国，第 35763/97 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2001 年 11 月 21 日的判决，《2001 年欧洲人权法院判例汇编》第十一卷(相同)，第 61 段。

(10) 序言部分第九段指出，在处理危害人类罪时，必须注意个人的权利。所提及的受害者、证人和其他人的权利以第 12 条草案的规定作为呼应，其中包括向主管当局提出申诉，参与刑事诉讼和获得赔偿的权利。同时，所提及的被指控罪犯受到公平对待的权利则以第 11 条草案的规定作为呼应，其中包括公平审判权，以及酌情与领事机构联系的权利。

第 1 条 范围

本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。

评注

(1) 第 1 条草案确定本条款草案的范围，即，写明本条款草案适用于防止和惩治危害人类罪。防止危害人类罪所侧重的是排除这种罪行的发生，惩治危害人类罪所侧重的是发生这种行为后或在这种行为发生过程中对行为人的刑事诉讼。

(2) 本条款草案全部侧重点就是惩治危害人类罪，这种罪行无论发生在何地都属严重国际罪行。本条款草案不处理其他严重国际罪行，诸如灭绝种族罪、战争罪或侵略罪。虽然有一种意见认为本专题或许也可包括这些罪行，但委员会决定此处的焦点应是危害人类罪。

第 2 条 一般义务

危害人类罪，不论是否发生于武装冲突之时，均系国际法上的罪行，各国承允防止并惩治之。

评注

(1) 第 2 条草案规定国家防止和惩治危害人类罪的一般义务。这个一般义务的内容通过在随后从第 4 条草案开始的若干条款草案中规定各种更为具体的义务加以处理。这些具体义务规定各国在自己国家法律系统内须采取的步骤，以及与其他国家合作、与有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。

(2) 第 2 条草案是陈述这项一般义务，承认危害人类罪是“国际法上的罪行”。在纽伦堡设立的国际军事法庭的《组织法》²⁸ (下称《纽伦堡宪章》) 将“危害人类罪”列为该法庭管辖的内容。除其他外，该法庭指出，“个人可因违反国际法而受到惩治。违反国际法的罪行是由人而不是由抽象实体实施的，只有惩处实施

²⁸ 《关于控诉和惩处欧洲各轴心国主要战犯的协定》附件《国际军事法庭宪章》第 6 条(c)项 (1945 年 8 月 8 日，伦敦)，联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页(下称《纽伦堡宪章》)。

这些罪行的个人，国际法的规定才能得到执行。”²⁹ 危害人类罪也在远东国际军事法庭(下称“东京法庭”)的管辖之内。³⁰

(3) 大会在 1946 年提到并重申了《纽伦堡宪章》所确认的国际法原则。³¹ 大会还指示委员会“编订”《纽伦堡宪章》原则并拟订一个治罪法草案。³² 委员会于 1950 年拟出了“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之国际法原则”，说明危害人类罪为“违反国际法应受处罚的罪行”。³³ 此外，委员会于 1954 年完成了《危害人类和平及安全治罪法》草案，其第二条第 11 款中列出了视为罪行的一系列不人道行为，这些行为今天均视为危害人类罪。该草案在第一条中写明：“本法所定之危害人类和平及安全的罪行系国际法上的罪行，其责任人应受惩罚”。³⁴

(4) 将危害人类罪定性为“国际法上的罪行”，表明这种罪行是自然成立的，不论相关行为在国内法之下是否被定为罪行。《纽伦堡宪章》界定危害人类罪是实施某些行为“，不论是否违反此等行为所在地的国内法”(第 6 条(c)项)。1996 年，委员会完成了《危害人类和平及安全治罪法》草案，其中除其他外规定危害人类罪是“在国际法范围内、就此而论可予惩罚、而不论是否可依国内法予以惩罚的罪行”。³⁵ 这种罪行的严重性是很清楚的；委员会以前就指出过，禁止危害人类罪“被明确接受和承认”为强制性国际法规范。

(5) 第 2 条草案还确定危害人类罪“不论是否发生于武装冲突之时，”都是国际法上的罪行。提及“武装冲突”应理解为包括国际和非国际武装冲突。经《柏林议定书》³⁶ 修正的《纽伦堡宪章》关于危害人类罪的定义与国际武装冲突的存在相联系，所涉行为构成国际法上的罪行的条件是，其发生“系随实施”国际军事法庭管辖范围内“任何罪行”——即危害和平罪或战争罪——“而起或与之有关者”。在这个意义上，处理传统上属一国国内管辖范围的事项的依据在于罪行与国家间冲突的联系。而这种联系又意味着大规模发生最严重罪行，或许作为某种

²⁹ 国际军事法庭 1946 年 9 月 30 日判决，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》(1945 年 11 月 14 日至 1946 年 10 月 1 日，纽伦堡)，第 22 卷(1948)，第 466 页。

³⁰ 《远东国际军事法庭宪章》第 5 条(c)款，(1946 年 1 月 19 日，东京)(1946 年 4 月 26 日修正)，*Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, C. Bevans ed. (Washington, D.C., Department of State, 1968), p. 20, at p. 23, art. 5(c) (下称《东京宪章》)。不过，在东京法庭上无人被判定犯有此罪。

³¹ “确认纽伦堡法庭组织法所认定之国际法原则”，大会 1946 年 12 月 11 日第 95(一)号决议。

³² “纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认原则之编订问题”，大会 1947 年 11 月 21 日第 177(二)号决议。

³³ 《1950 年……年鉴》，第二卷，A/1316 号文件，第三部分，第 376 页(原则六)。

³⁴ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页。

³⁵ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 17 页，第 50 段(第 1 条)。1996 年《治罪法》草案列出五类罪行，其中之一是危害人类罪。

³⁶ 《关于纠正组织法案文偏差的议定书》(1945 年 10 月 6 日，柏林)，载于《国际军事法庭对主要战争罪犯的审判》(1945 年 11 月 14 日至 1946 年 10 月 1 日，纽伦堡)，第 1 卷(1947 年)，第 17-18 页(下称“《柏林议定书》”)。《柏林议定书》将英文“during the war”之后的分号改为逗号，以便使英文和法文本与俄文本取得一致。同上，第 17 页。这样就该项规定的第一部分与后一部分联系在一起(“与本法庭管辖范围内的任何罪行有关者”)，由此也就与国际武装冲突的存在联系在一起。

行为形态的一部分。³⁷ 负责审判第三帝国高级政治和军事领导人的国际军事法庭判定若干被告在战争期间犯危害人类罪，只是有些情况下这些罪行与国际军事法庭管辖范围内的其他罪行之间的关系不够明确。³⁸

(6) 委员会 1950 年《纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则》在原则六(三)中界定危害人类罪时也要求存在与武装冲突的联系。³⁹ 在该原则的评注中，委员会强调罪行并非必须是在战争期间所发生，但对于战前罪行则主张必须存在与危害和平罪的联系。⁴⁰ 与此同时，委员会主张“行为仍可属危害人类罪，即便该行为是行为人针对本国人口所为”。⁴¹ 1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》在第一条(乙)项中写明，“一九四五年八月八日纽伦堡国际军事法庭组织法明定并经联合国大会一九四六年二月十三日第 3(I)号决议及一九四六年十二月十一日第 95(I)号决议确认的危害人类罪，无论犯罪系在战时抑在平时。”⁴²

(7) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭的管辖范围内包括“危害人类罪”。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 5 条规定，该法庭可对“国际或国内武装冲突中犯下”一系列“针对平民的”行为(诸如谋杀、酷刑或强奸)负有责任的人提起诉讼。⁴³ 所以，第 5 条所用的措词保留了与武装冲突的联系，但结合相关背景很容易理解：《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》是 1993 年拟订的，当时的理解是，前南斯拉夫境内实际存在着武装冲突；安全理事会已经确定局势构成对国际和平与安全的威胁，导致安全理事会行使《联合国宪章》第七章之下的行动权。就此而言，第 5 条所用的措词(“武装冲突”)主要是为了消除一种认为危害人类罪须与“国际武装冲突”存在联系的概念。鉴于这种措词可能被解读为习惯国际法要求须存在与武装冲突的联系，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭后来澄清说，保留与武装冲突的联系“没有逻辑或法律基础”，因为自纽伦堡审判

³⁷ 见 United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (His Majesty's Stationery Office, 1948), 第 179 页(“只有当罪行的规模、野蛮程度、数量或在不同时期和地点采用的类似模式危及到国际社会或震撼人类良知时，发生上述罪行所在国或国民沦为受害者的国家以外的国家才有理由进行干预”)。

³⁸ 例如见检察官诉 Kupreškić 等人，案件号 IT-95-16-T，判决，2000 年 1 月 14 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第 576 段(其中指出 Baldur von Schirach 所犯危害人类罪与国际军事法庭管辖范围内其他罪行之间关系薄弱)，《司法补编第 11 号》，2000 年 1 月。

³⁹ 《1950 年……年鉴》，第二卷，A/1316 号文件，第三部分，第 377 页。

⁴⁰ 同上，第 123 段。

⁴¹ 同上，第 124 段。

⁴² 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》(1968 年 11 月 26 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 754 卷，第 10823 号，第 73 页。截至 2017 年 7 月，该公约有 55 个缔约国。类似性质的区域公约，见《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》(1974 年 1 月 25 日，斯特拉斯堡)，欧洲委员会，《条约汇编》，第 82 号。截至 2017 年 7 月，该公约有 8 个缔约国。

⁴³ 《起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭规约》，经安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议通过，载于秘书长按照安理会第 808(1993)号决议提交的报告第 2 段，S/25704 和 Add.1，附件，第 5 条(下称《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》)。

以来，在国家实践中这种联系“已被放弃”。⁴⁴ 上诉分庭还指出，“关于种族灭绝和种族隔离的国际公约显示，联系要求已经过时，这两项公约都禁止某些种类的危害人类罪而不论是否与武装冲突有联系”。⁴⁵ 事实上，上诉分庭此后还表示认为，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》中的这种联系只是限定前南斯拉夫问题国际刑事法庭的属事管辖，并非习惯国际法的编纂。⁴⁶

(8) 1994 年，安全理事会设立了卢旺达问题国际刑事法庭并规定了它对“危害人类罪”的管辖权。虽然《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 3 条保留了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》中的同样一系列行为，但起首部分没有保留武装冲突的提法。⁴⁷ 同样，1998 年《罗马规约》第七条也没有再提及武装冲突。

(9) 就此而言，虽然危害人类罪的早期定义要求相关行为须与武装冲突有联系，但这种联系已不再见诸包括 1998 年《罗马规约》在内的当代国际刑事法庭规约。如以下关于第 3 条草案的讨论所述，取代这种联系的是“起首部分”要求，即须作为根据国家或组织的政策或为了推行这种政策，针对任何平民人口实施的广泛或有系统的攻击的一部分而发生的罪行。

第 3 条 危害人类罪的定义

1. 为了本条款草案目的，“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为：

- (a) 谋杀；
- (b) 灭绝；
- (c) 奴役；
- (d) 驱逐出境或强行迁移人口；
- (e) 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；

⁴⁴ 检察官诉 Duško Tadić a/k/a “Dule”，案件号 IT-94-1-AR72，1995 年 10 月 2 日对辩方就管辖权问题提出中间上诉的请求所做的裁决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，《1994-1995 年案例汇编》，第一卷，第 140 段。另见 *International Legal Materials* (ILM)，vol. 35, No. 1 (January 1996)，para. 140。

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ 例如见检察官诉 Dario Kordić 和 Mario Čerkez，案件号 IT-95-14/2-T，判决，2001 年 2 月 26 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第 33 段，《司法补编第 24 号》，2001 年 4 月/5 月；检察官诉 Duško Tadić，案件号 IT-94-1-A，1999 年 7 月 15 日的判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，第 249-251 段，《司法补编第 6 号》，1999 年 6 月/7 月。另见 ILM，vol. 38 (1999) (“证明存在武装冲突即满足了需存在武装冲突的要求；《规约》的要求仅此而已，而这样要求即已超过习惯国际法”)。

⁴⁷ 《起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 12 月 31 日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭规约》，安全理事会 1994 年 11 月 8 日第 955(1994)号决议，附件，第 3 条(下称《卢旺达问题国际刑事法庭规约》)；见 Semanza 诉检察官，案件号 ICTR-97-20-A，判决，2005 年 5 月 20 日，卢旺达问题国际刑事法庭上诉分庭，第 269 段(“……与[《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》]第 5 条相反，[《卢旺达问题国际刑事法庭规约》]第 3 条没有关于犯罪须与武装冲突相关的规定。这是一个重要的差别”)。

(f) 酷刑；

(g) 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；

(h) 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第 3 款所界定的性别，或根据公认为国际法所不容的其他理由，对任何可以识别的群体或集体进行的迫害，且与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族罪或战争罪有关；

(i) 强迫人员失踪；

(j) 种族隔离罪；

(k) 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

2. 为了第 1 款的目的：

(a) “针对任何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程；

(b) “灭绝”包括故意施加某种生活状况，如断绝粮食和药品来源，目的是毁灭部分的人口；

(c) “奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力，包括在贩卖人口，特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力；

(d) “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下，以驱逐或其他胁迫行为，强迫有关的人迁离其合法留在的地区；

(e) “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦；但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的，或这种制裁所固有或附带的痛苦；

(f) “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的，或以进行其他严重违反国际法的行为的目的，非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律；

(g) “迫害”是指违反国际法规定，针对某一群体或集体的特性，故意和严重地剥夺基本权利；

(h) “种族隔离罪”是指一个种族群体对任何其他一个或多个种族群体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第 1 款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；

(i) “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。

3. 为了本条款草案的目的，“性别”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

4. 本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。

评注

(1) 第 3 条草案的头三款为了本条款草案的目的，确定了“危害人类罪”的定义。这三款的案文逐字采用了 1998 年《罗马规约》第七条的案文，只有三处非实质性改动(下文讨论)，鉴于有关定义的使用语境不同，这些改动是必要的。第 3 条第 4 款草案是一项“不妨碍”条款，表明这一定义不影响国际文书和国内法规定的任何更为宽泛的定义。

其他文书中的定义

(2) 1945 年以来使用的“危害人类罪”的定义有多种，既见于国际文书，也见于将该罪编纂入法的国内法。《纽伦堡宪章》第 6 条(c)项将“危害人类罪”定义为：

在战前或战时对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，或基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施本法庭管辖范围内任何罪行而起或与之有关者。

(3) 委员会 1950 年“纽伦堡法庭组织法及法庭判决中所确认之原则”原则六(三)对危害人类罪的界定是：“对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他不人道之行为，基于政治、人种或宗教原因之迫害，而此种行为之发生或迫害之实施，系随实施任何危害和平罪或战争罪而起或与之有关者”。⁴⁸

(4) 此外，委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法》草案其中确定的一项罪行是：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为”。⁴⁹

(5) 1993 年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 5 条规定，法庭“应有权对国际或国内武装冲突中犯下针对平民的”(谋杀、酷刑和强奸等)一系列行为“负有责任的人予以起诉”。虽然联合国秘书长在提出该条草案的报告中指出，危害人类罪“指非常严重的不人道行为……基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有计划的攻击平民中……”，⁵⁰但这个特定的用语并未写入第 5 条的案文。

(6) 相反，1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 3 条保留了上述的一系列行为，但起首语采用了 1993 年秘书长报告的用词“在广泛的或有计划的攻击平民中实施的罪行”，该条中还写明：“出于民族、政治、人种、种族或宗教原因”。如此，《卢旺达问题国际刑事法庭规约》就明确规定了，只有具备歧视性意图，此罪方能成立。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案还将“危害人类罪”定义为“有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使

⁴⁸ 《1950 年……年鉴》，第二卷，A/1316 号文件，第三部分，第 377 页，第 119 段。

⁴⁹ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页，第 50 段(第 2 条第 11 款)。

⁵⁰ 秘书长按照安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的报告，S/25704 号文件和 Corr.1，第 13 页，第 48 段。

或指挥的”的一系列所指明的行为，但没有包括关于歧视性意图的表述。⁵¹ 混合刑事法院或法庭的判例也对危害人类罪下过定义。⁵²

(7) 1998年《罗马规约》第五条第(一)款第2项将危害人类罪列入了国际刑事法院的管辖范围。第七条第(一)款将“危害人类罪”定义为“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分而实施的”一系列行为中的任何一种。第七条第(二)款载有一系列定义，除其他外，澄清了针对任何平民人口进行的攻击“指根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程(第(二)款第1项)。”第七条第(三)款规定，“‘性别’一词应被理解是指社会上的男女两性。‘性别’一词仅反映上述意思。”第七条第(一)款第8项并未保留《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》所下定义中特有的与武装冲突的联系，也未保留《卢旺达问题国际刑事法庭规约》特有的歧视性意图条件(关于迫害行为的规定除外)。

(8) 1998年《罗马规约》第七条中“危害人类罪”的定义已被该规约的120多个缔约国所接受，其中许多国家在通过和修正国内法时，正在使用这一定义。委员会认为第七条是第3条第1至第3款草案定义此类罪行的适当基础。事实上也确实逐字采用了第七条的案文，仅有三处非实质性改动。鉴于有关定义的使用语境不同，这些改动是必要的。第一处是，第1款起首语改为“为了本条款草案目的”，而非“为了本规约的目的”。第二处是对第3款的起首语作了相同的改动。第三处是，1998年《罗马规约》第七条第(一)款第8项规定属于犯罪的是“与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生”的迫害行为。仍是为了适应不同语境，第3条草案中的这一短语改为“与本款提及的任何一种行为有关，或与灭绝种族或战争罪有关”。在适当时候，当《国际刑事法院罗马规约》审查会议规定的条件得到满足时，国际刑事法院可能对侵略罪行使管辖权，在这种情况下，委员会可重新审定这一款措辞。

第1至第3款

(9) 第3条第1至第3款草案所列“危害人类罪”的定义含有三项应予讨论的总体条件。这些条件均出现于第1款，已经通过国际刑事法院和其他国际或混合法院和法庭的判例法得到了说明。定义还列出了危害人类罪项下禁止的各种行为，并界定了在这一定义之内使用的若干术语(亦即在定义内提供定义)。无疑，国际刑事法院和其他国际或混合法院和法庭不断演变的判例将继续帮助包括法院在内的国内当局了解这一定义的含义，从而促进国家层面处理方法的协调。委员会注意到，相关的判例法仍在随时间而发展，因此以下讨论仅是为了说明截至2017年7月这些术语的一些限制要素。

⁵¹ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页，第18条。

⁵² 例如见《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂特别法庭协定》(附《规约》)(2002年1月16日，弗里敦)，联合国，《条约汇编》，第2178卷，第38342号，第137页，第145页(下称《塞拉利昂问题特别法庭规约》)；《建立柬埔寨特别法庭以起诉民主高棉期间所犯罪行法》，2004年10月27日，第5条(下称《柬埔寨特别法庭协定》)。

“广泛或有系统的攻击”

(10) 第一项总体条件是，有关行为必须是在“广泛或有系统”的攻击中实施的。这一条件最初出现于《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，⁵³ 不过前南斯拉夫问题国际刑事法庭的一些裁决认为《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》也已隐含这一条件，因为秘书长提出该规约的报告中也包括了这一用语。⁵⁴ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例均主张，“广泛”和“有系统”这两个条件是择一条件而非联合条件；达到其中任意一个，即能认定犯罪成立。⁵⁵ 对广泛/有系统条件的这一解读也反映在委员会对 1996 年《治罪法》草案的评注中，委员会在其中指出，“如果某一行为合乎其中[规模或系统性]任一条件，即构成危害人类罪行”。⁵⁶

(11) 在为 1998 年《罗马规约》审议这一标准时，一些国家表示认为，“广泛”和“有系统”这两个条件应当是联合条件，只有二者皆达到，才能确认罪行存在，否则这一标准的覆盖面将过宽。⁵⁷ 这些国家认为，如果仅仅“广泛”实施有关行为就足够，则同时发生的广泛但无关联的犯罪行为也会构成危害人类罪。

⁵³ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 3 条的法文本与英文本不同，使用了联合式的表述 (“généralisé et systématique”)。在 Akayesu 案中，审判分庭指出：“在《规约》最初的法文本中，对这些条件使用了累加式措辞……进而大大提高了适用这一条款的门槛。习惯国际法只要求有关攻击是广泛或有系统的，鉴此，有充分理由认为法文本存在翻译错误。”检察官诉 Jean-Paul Akayesu, 案件号 ICTR-96-4-T, 判决, 1998 年 9 月 2 日, 卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭, 第 579 段, 注 144。

⁵⁴ 检察官诉 Tihomir Blaškić, 案件号 IT-95-14-T, 判决, 2000 年 3 月 3 日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭, 《2000 年司法案例汇编》, 第 202 段; 检察官诉 Duško Tadić a/k/a “Dule”, 案件号 IT-94-1-T, 意见和判决, 1997 年 5 月 7 日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭, 《1997 年司法案例汇编》, 第 648 段。

⁵⁵ 例如见检察官诉 Mile Mrkšić、Miroslav Radić 和 Veselin Šljivančanin, 案件号 IT-95-13/1-T, 判决, 2007 年 9 月 27 日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭, 第 437 段(“攻击必须是广泛或有系统的, 这是择一条件而非累加条件”); 检察官诉 Clément Kayishema 和 Obed Ruzindana, 案件号 ICTR-95-1-T, 判决, 1999 年 5 月 21 日, 卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭, 第 123 段(“有关攻击必须包括广泛或有系统这两个条件中的任意一个”); Akayesu, 判决, 1998 年 9 月 2 日(见上文脚注 53), 第 579 段; Tadić, 意见和判决, 1997 年 5 月 7 日(见上文脚注 54), 第 648 段(“只要认定存在广泛性……或系统性……二者之一, 即达到这一条件”)

⁵⁶ 《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 47 页, 第 18 条评注第(4)段。另见设立国际刑事法院问题特设委员会的报告, 《大会正式记录: 第五十届会议, 补编第 22 号》(A/50/22), 第 78 段(“关于危害人类罪行定义中所应反映[的]成分……罪行通常涉及广泛或有系统的……攻击”)(强调是后加的); 《1995 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 90 段(“‘有计划’和‘大规模’侵害等概念是有关罪行的补充要素”); 《1994 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 40 页, 第 21 条评注第(14)段(“危害人类罪的定义包括……性质非常严重的不人道行为。这种罪行的特点在于其大规模或有计划的性质”)(强调是后加的); 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 103 页, 第 21 条评注第(3)段(“实现……所列举的任何一项行为, 无论是有系统还是大规模, 只要具有其中一方面, 就足以构成侵害行为”)

⁵⁷ 见联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议, 1998 年 6 月 15 日至 7 月 17 日, 罗马, 正式记录, 第二卷, A/CONF/183/13(Vol. II)号文件, 第 148 页(印度); 同上, 第 150 页(大不列颠及北爱尔兰联合王国、法国); 同上, 第 151 页(泰国、埃及); 同上, 第 152 页(伊朗伊斯兰共和国); 同上, 第 154 页(土耳其); 同上, 第 155 页(俄罗斯联邦); 同上, 第 156 页(日本)。

出于这一关切，拟出的是折中的案文，将这些条件仍列为择一条件，⁵⁸但在1998年《罗马规约》第七条第(二)款第1项中增加了“针对任何平民人口进行的攻击”的定义，正如下文本条款草案评注第(17)至第(27)段所讨论的，该定义中加入了一项政策要件。

(12) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在 *Kunarac* 案中指出，“‘广泛’这一形容词说明了攻击的大规模性质及其受害者人数的众多”。⁵⁹因此，这一条件指“受害者人数的众多”，⁶⁰并排除了孤立的暴力行为，⁶¹例如出于本人意志而非按照某更广泛的计划而谋杀个人受害者的行为。这种攻击可为“集体开展的大规模、频繁的行动，具有相当大的严重性，并针对众多的受害者”。⁶²与此同时，个人行为实施的单一罪行，若发生在某个更广泛的运动的背景之

⁵⁸ 国际刑事法院判例法已经确认，1998年《罗马规约》第七条中“广泛”和“有系统”这两项条件为择一条件。见“肯尼亚共和国状况”，案件号 ICC-01/09，根据1998年《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查肯尼亚共和国状况的决定，2010年3月31日，国际刑事法院第二预审分庭，第94段；另见检察官诉 *Jean-Pierre Bemba Gombo*，案件号 ICC-01/05-01/08，根据1998年《罗马规约》第六十一条第(七)款第1项和第2项作出的关于指控的决定，2009年6月15日，国际刑事法院第二预审分庭，第82段；检察官诉 *Jean-Pierre Bemba Gombo*，案件号 ICC-01/05-01/08，根据《罗马规约》第七十四条作出的判决，2016年3月21日，国际刑事法院第三审判分庭，第162段。

⁵⁹ 检察官诉 *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač 和 Zoran Vuković*，案件号 IT-96-23-T & IT-96-23/1-T，判决，2001年2月22日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第428段，《司法补编第23号》，2001年2月/3月；另见 *Bemba*，判决，2016年3月21日(见上文脚注58)，第163段；检察官诉 *Germain Katanga*，案件号 ICC-01/04-01/07，判决，2014年3月7日，国际刑事法院第二预审分庭，第1123段；检察官诉 *Germain Katanga 和 Mathieu Ngudjolo Chui*，案件号 ICC-01/04-01/07，关于确认指控的决定，2008年9月30日，国际刑事法院第一审判分庭，第394段；检察官诉 *Vidoje Blagojević 和 Dragan Jokić*，案件号 IT-02-60-T，判决，2005年1月17日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭第一审判分庭，第545-546段；检察官诉 *Dario Kordić 和 Mario Čerkez*，案件号 IT-95-14/2-A，判决[和更正]，2004年12月17日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，第94段。

⁶⁰ *Bemba*，决定，2009年6月15日(见上文脚注58)，第83段；*Kayishema*，判决，1999年5月21日(见上文脚注55)，第123段；*Akayesu*，判决，1998年9月2日(见上文脚注53)，第580段；《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页，第18条(使用了“大规模”这一短语，而非“广泛”)；另见 *Mrkšić*，判决，2007年9月27日(见上文脚注55)，第437段(“‘广泛’指攻击的大规模性质及其受害者人数的众多”)。在检察官诉 *Bosco Ntaganda*，案件号 ICC-01/04-02/06，根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第1项和第2项作出的关于检察官对 *Bosco Ntaganda* 提出指控的决定，2014年6月9日，国际刑事法院第二预审分庭，第24段，分庭认定对平民人口的攻击是广泛的，“因为产生了大量平民受害者。”

⁶¹ 见检察官诉 *Bosco Ntaganda*，案件号 ICC-01/04-02/06，根据第五十八条作出的关于检察官申请书的决定，2012年7月13日，国际刑事法院第二预审分庭，第19段；检察官诉 *Ahmad Harun 和 Ali Muhammad al Abd-al-Rahman*，案件号 ICC-02/05-01/07，根据《规约》第五十八条第(七)款作出的关于检察官申请书的决定，2007年4月27日，国际刑事法院第一预审分庭，第62段；另见检察官诉 *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*，案件号 ICTR-96-3-T，判决，1999年12月6日，卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭，第67-69段；*Kayishema*，判决，1999年5月21日(见上文脚注55)，第122-123段；《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页；《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第103页。

⁶² *Bemba*，判决，2016年3月21日(见上文脚注58)，第163段(引自 *Bemba*，决定，2009年6月15日(见上文脚注58)，第83段)。

下，也可构成危害人类罪。⁶³ 攻击行为不需受害者人数达到某具体下限即可属于“广泛”攻击。

(13) “广泛”亦可有地域层面的意思，指攻击发生在不同地点。⁶⁴ 因此，国际刑事法院预审分庭在 **Bemba** 案中，根据广大地域诸多地点的攻击报告，包括上千起强奸、群葬坑和大量受害者的证据，认定证据充分，足以确定有关攻击属于“广泛”攻击。⁶⁵ 但所涉地域广大并不是必要条件；前南斯拉夫问题国际刑事法庭认定，在一较小地域内针对大量平民的攻击也属于“广泛”攻击。⁶⁶

(14) 国际刑事法院预审分庭在“肯尼亚共和国状况”案的决定中表示，“评估并非仅考察数量或地域，而是必须根据个体事实予以分析”。⁶⁷ 若多起不人道行为造成累加影响，或单起不人道行为情节极为严重，有关攻击也可属于广泛攻击。⁶⁸

(15) 与“广泛”一样，“有系统”一词也不包括孤立或没有联系的暴力行为，⁶⁹ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院的判例所反映的对这一术语含义的理解相似。前南斯拉夫问题国际刑事法庭将“有系统”定义为“暴力行为是有组织的，且不是随机发生的”⁷⁰ 并认定，只要有行为规律的证据或方法计划的证据，就可确定有关攻击是有系统的。⁷¹ 因此，上诉分庭在 **Kunarac** 案中确认，“犯罪的规律，即相似犯罪行为频频非意外地重复发生，是这种有系统攻击的一种常见表现”。⁷² 卢旺达问题国际刑事法庭也采用了类似的处理方法。⁷³

⁶³ Kupreškić, 判决, 2000年1月14日(见上文脚注38), 第550段; Tadić, 意见和判决, 1997年5月7日(见上文脚注54), 第649段。

⁶⁴ 例如见 Ntaganda, 决定, 2012年7月13日(见上文脚注61), 第30段; 检察官诉 William Samoei Ruto、Henry Kiprono Kosgey 和 Joshua Arap Sang, 案件号 ICC-01/09-01/11, 根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第1项和第2项作出的关于确认指控的决定, 2012年1月23日, 国际刑事法院第二预审分庭, 第177段。

⁶⁵ Bemba, 决定, 2009年6月15日(见上文脚注58), 第117-24段; 见 Bemba, 判决, 2016年3月21日(见上文脚注58), 第688-689段。

⁶⁶ Kordić, 判决, 2004年12月17日(见上文脚注59), 第94段; Blaškić, 判决, 2000年3月3日(见上文脚注54), 第206段。

⁶⁷ “肯尼亚共和国状况”, 2010年3月31日(见上文脚注58), 第95段; 另见 Bemba, 判决, 2016年3月21日(见上文脚注58), 第163段。

⁶⁸ 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第47页; 《危害人类和平及安全治罪法》草案第18条评注第(4)段; 另见 Bemba, 决定, 2009年6月15日(见上文脚注58), 第83段(认定广泛“指在广大地域实施的攻击或在较小地域针对大量平民实施的攻击”)。

⁶⁹ 见《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第47页; 《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第103页。

⁷⁰ Mrkšić, 判决, 2007年9月27日(见上文脚注55), 第437段; Kunarac, 判决, 2001年2月22日(见上文脚注59), 第429段。

⁷¹ 例如见 Tadić, 意见和判决, 1997年5月7日(见上文脚注54), 第648段。

⁷² 检察官诉 Kunarac, 案件号 IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 判决, 2002年6月12日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭, 第94段, 《司法补编第34号》, 2002年6月。

⁷³ Kayishema, 判决, 1999年5月21日(见上文脚注55), 第123段; Akayesu, 判决, 1998年9月2日(见上文脚注53), 第580段。

(16) 国际刑事法院一预审分庭与前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭判例保持一致，在 *Harun* 案中认定，“‘有系统’指‘暴力行为是有组织的，且不是随机发生的。’”⁷⁴ 国际刑事法院一预审分庭在 *Katanga* 案中认定，该术语“已被理解为推行某项共同政策的有组织计划，该计划遵循某种规律，并造成有关行为得到不断实施，或被理解为导致有关犯罪构成‘相似犯罪行为频频非意外的重复发生’的‘犯罪规律’”。⁷⁵ 国际刑事法院一预审分庭适用了这一标准，在 *Ntaganda* 案中认定有关攻击属于有系统攻击，因为“行为人采用了相似的方式和方法攻击不同地点：他们聚集许多人同时从不同方向逼近目标、用重武器攻击村庄，且有系统地用相似方法驱赶民众，逐户将民众驱入荒野，同时焚烧所有房地并劫掠财物”。⁷⁶ 此外，一预审分庭在 *Ntaganda* 案的确认指控决定中裁定，有关攻击是有系统攻击，因为攻击遵循某种“规律”，“反复采用同样的作案手法，包括设立路障、布设地雷，以及协同实施非法行为……以攻击非赫马族平民人口”。⁷⁷ 在 *Gbagbo* 案中，国际刑事法院一预审分庭认定有关攻击属于有系统攻击，因为“攻击预先经过准备”且是有计划并协同实施的，暴力行为表现出了“明显的规律”。⁷⁸

“针对任何平民人口”

(17) 第二项总体条件是，有关行为必须是作为“针对任何平民人口”的攻击的一部分实施的。第3条第2款(a)项草案为了第1款的目的，将“针对任何平民人口进行的攻击”定义为“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程”。⁷⁹ 如下文所讨论的，前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际刑事法院的判例已经解释了以下这些术语的含义：“针对”、“任何”、“平民”、“人口”、“多次实施行为的行为过程”和“国家或组织的政策”。

(18) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭认定，“针对”一词要求平民是攻击的首要预定目标，而不是附带受害者。⁸⁰ 之后，国际刑事法院预审分庭在 *Bemba* 案和

⁷⁴ *Harun*, 决定, 2007年4月27日(见上文脚注61), 第62段(引自 *Kordić*, 判决, 2004年12月17日(见上文脚注59), 第94段, 原引自 *Kunarac*, 判决, 2001年2月22日(见上文脚注59), 第429段); 另见 *Ruto*, 决定, 2012年1月23日(见上文脚注64), 第179段; “肯尼亚共和国状况”, 决定, 2010年3月31日(见上文脚注58), 第96段; *Katanga*, 决定, 2008年9月30日(见上文脚注59), 第394段。

⁷⁵ *Katanga*, 决定, 2008年9月30日(见上文脚注59), 第397段。

⁷⁶ *Ntaganda*, 决定, 2012年7月13日(见上文脚注61), 第31段; 另见 *Ruto*, 决定, 2012年1月23日(见上文脚注64), 第179段。

⁷⁷ *Ntaganda*, 决定, 2014年6月9日(见上文脚注60), 第24段。

⁷⁸ 检察官诉 *Laurent Gbagbo*, 案件号 ICC-02/11-01/11, 关于确认对 *Laurent Gbagbo* 指控的决定, 2014年6月12日, 国际刑事法院第二预审分庭, 第225段。

⁷⁹ 见《罗马规约》; 另见国际刑事法院, 《犯罪要件》, PCNICC/2000/1/Add.2号文件, 第5页。

⁸⁰ 例如见 *Kunarac*, 判决, 2001年2月22日(见上文脚注59), 第421段(“‘针对’这一表述说明, 在某危害人类罪的罪行中, 平民人口是攻击的首要目标”)。

“肯尼亚共和国状况”案的决定中采用了这一解释，⁸¹ 如国际刑事法院审判分庭在 *Katanga* 案和 *Bemba* 案的审判判决中所做的那样。⁸² 在 *Bemba* 案中，国际刑事法院预审分庭认定有充分证据显示，有关攻击是“针对”中非共和国平民的。⁸³ 分庭根据平民在自己家中或院子里受到攻击的直接证据，断定刚果解放运动(“刚解运”)士兵知道受害者是平民。⁸⁴ 分庭还认定，平民是刚解运士兵的首要目标，证据是刚解运士兵攻击了一处地点，却并未找到任何他们声称正在追捕的叛军部队。⁸⁵ “针对”一词强调攻击者的意图而非攻击的实际结果。⁸⁶ 必须“针对”目标人口的是攻击本身，而非个别行为人的行为。⁸⁷ 后来，审判分庭在 *Bemba* 案中确认，“平民人口是攻击的主要而不是附带目标，因此，攻击是针对[中非共和国]平民人口的。”⁸⁸ 对此，分庭解释说，“当攻击是在既有平民也有非平民的地区实施时，确定攻击是否针对平民人口的相关因素包括攻击过程中采用的方式方法、受害者的身份、人数、攻击的歧视性、攻击过程中实施的犯罪的性质、攻击时对攻击者的反抗形式、以及攻击部队在多大程度上遵守了战争法的预防要求等”。⁸⁹

(19) “任何”一词表明“平民人口”具有广泛的定义，也应予以广泛地解释。⁹⁰ 实施攻击的对象可以是任何平民，“不论其属于哪个民族、族裔或具有其他特征”⁹¹，而且攻击对象既可以是本国国民，也可以是外国人。⁹² 攻击目标可“包括由(别人认为的)政治从属而划分的群体”。⁹³ 攻击目标必须本质上“主要”是平民，才可算作武装冲突中的“平民人口”；人口中有一定数量的战斗人员并不

⁸¹ “肯尼亚共和国状况”，决定，2010年3月31日(见上文脚注58)，第82段；*Bemba*，决定，2009年6月15日(见上文脚注58)，第76段。

⁸² *Katanga*，决定，2014年3月7日(见上文脚注59)，第1104段；*Bemba*，判决，2016年3月21日(见上文脚注58)，第154段。

⁸³ *Bemba*，决定，2009年6月15日(见上文脚注58)，第94段；另见 *Ntaganda*，决定，2012年7月13日(见上文脚注61)，第20-21段。

⁸⁴ *Bemba*，决定，2009年6月15日(见上文脚注58)，第94段。

⁸⁵ 同上，第95-98段。

⁸⁶ 例如见 *Blaškić*，判决，2000年3月3日(见上文脚注54)，第208段，脚注401。

⁸⁷ *Kunarac*，判决，2002年6月12日(见上文脚注72)，第103段。

⁸⁸ *Bemba*，判决，2016年3月21日(见上文脚注58)，第674段。

⁸⁹ 同上，第153段(引自各国际法院和法庭的判例)。

⁹⁰ 例如见 *Mrkšić*，判决，2007年9月27日(见上文脚注55)，第442段；检察官诉 *Kupreškić*，判决，2000年1月14日(见上文脚注38)，第547段(“对‘平民’和‘人口’予以广泛定义是有意之举。这首先是人道主义法各项一般原则和规则(特别是禁止危害人类罪的规则)的目的和宗旨所保障的”)；*Kayishema*，判决，1999年5月21日(见上文脚注55)，第127段；*Tadić*，意见和判决，1997年5月7日(见上文脚注54)，第643段。

⁹¹ *Katanga*，决定，2008年9月30日(见上文脚注59)，第399段(引自 *Tadić*，意见和判决，1997年5月7日(见上文脚注54)，第635段)；另见 *Katanga*，判决，2014年3月7日(见上文脚注59)，第1103段；*Bemba*，判决，2016年3月21日(见上文脚注58)，第155段。

⁹² 例如见 *Kunarac*，判决，2001年2月22日(见上文脚注59)，第423段。

⁹³ *Ruto*，决定，2012年1月23日(见上文脚注64)，第164段。

改变人口性质。⁹⁴ 这一处理方法符合国际人道主义法产生的其他规则。例如，《1949年日内瓦四公约第一附加议定书》写道：“在平民居民中存在有不属于平民的定义范围内的人，并不使该平民居民失去其平民的性质。”⁹⁵ 卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭在 *Kayishema* 案中认定，在和平时期，“平民”一词应包括所有人员，负责维护公共秩序并为此在遇袭时有合法手段行使武力的人员除外。⁹⁶ 分析任何给定受害者的法律身份时，必须结合罪行发生时的情况；⁹⁷ 若对某人的法律身份存在任何疑问，应将其视为平民。⁹⁸

(20) “人口”一词并不意味着某给定地点的所有人口都要遭到袭击；⁹⁹ 而是暗示有关犯罪是对多名受害者的攻击，具有集体性。¹⁰⁰ 正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在 *Gotovina* 案中提到的，这一概念指攻击的受害者不只是“人数有限的随机选择的个人”。¹⁰¹ 国际刑事法院在 *Bemba* 案中的决定和“肯尼亚共和国状况”案的决定都采用了类似处理方法，宣称检察官必须证实有关攻击针对的对象不只是一群人数有限的个人。¹⁰²

⁹⁴ 例如见 *Katanga*, 判决, 2014年3月7日(见上文脚注59), 第1105段(裁定目标人口“必须主要由平民组成”, “因此, 其中存在非平民人员不影响其平民人口的法律身份”); *Mrkšić*, 判决, 2007年9月27日(见上文脚注55), 第442段; *Kunarac*, 判决, 2001年2月22日(见上文脚注59), 第425段(“其中存在一定数量的非平民人员不改变人口的性质”); *Kordić*, 判决, 2001年2月26日(见上文脚注46), 第180段; *Blaškić*, 判决, 2000年3月3日(见上文脚注54), 第214段(“被蓄意针对的平民人口中存在士兵不改变这一人口的平民性质”); 检察官诉 *Kupreškić*, 判决, 2000年1月14日(见上文脚注38), 第549段(“某人口中存在活跃参与冲突的人员不应影响将这一人口划为平民”); *Kayishema*, 判决, 1999年5月21日(见上文脚注55), 第128段; *Akayesu*, 判决, 1998年9月2日(见上文脚注53), 第582段(“若平民人口中有一定数量的人员不符合平民的定义, 这并不剥夺这一人口的平民性质”); *Tadić*, 意见和判决, 1997年5月7日(见上文脚注54), 第638段。

⁹⁵ 《一九四九年八月十二日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》), 第五十条第三款。

⁹⁶ *Kayishema*, 判决, 1999年5月21日(见上文脚注55), 第127段(指“所有人员, 负责维护公共秩序并有合法手段行使武力的人员除外。举例而言, 非平民包括: 卢旺达武装部队、卢旺达爱国阵线、警察和国家宪兵队的成员”)。

⁹⁷ *Blaškić*, 判决, 2000年3月3日(见上文脚注54), 第214段(“在确定受害者是否属于平民时, 必须考虑其在犯罪实施时的具体情况而非法律身份”); 另见 *Kordić*, 判决, 2001年2月26日(见上文脚注46), 第180段(“曾经实施过抵抗行为的个人在有些情况下也可成为危害人类罪的受害者”); *Akayesu*, 判决, 1998年9月2日(见上文脚注53), 第582段(认定平民人口包括“放下武器的武装部队成员和丧失战斗力的人员”)。

⁹⁸ *Kunarac*, 判决, 2001年2月22日(见上文脚注59), 第426段。

⁹⁹ 见“肯尼亚共和国状况”, 决定, 2010年3月31日(见上文脚注58), 第82段; *Bemba*, 决定, 2009年6月15日(见上文脚注58), 第77段; *Kunarac*, 判决, 2001年2月22日(见上文脚注59), 第424段; *Tadić*, 意见和判决, 1997年5月7日(见上文脚注54), 第644段; 另见《1994年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第40页, 第21条评注第(14)段(将危害人类罪定义为“针对全体或部分平民人口普遍或有计划地施加暴行的、性质非常严重的不人道行为”(强调是后加的))。

¹⁰⁰ 见 *Tadić*, 意见和判决, 1997年5月7日(见上文脚注54), 第644段。

¹⁰¹ 检察官诉 *Ante Gotovina*、*Ivan Čermak* 和 *Mladen Markač*, 案件号 IT-06-90-T, 判决, 2011年4月15日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭第一审判分庭, 第1704段。

¹⁰² “肯尼亚共和国状况”, 决定, 2010年3月31日(见上文脚注58), 第81段; *Bemba*, 决定, 2009年6月15日(见上文脚注58), 第77段; *Bemba*, 判决, 2016年3月21日(见上文脚注58), 第154段。

(21) 第 3 条第 2 款(a)项草案后半部分提到“针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程。”这种表述虽未载入前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭对危害人类罪的法定定义，但反映了这两个法庭的判例，¹⁰³ 并明确见于 1998 年《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项。1998 年《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，第七条第(二)款第 1 项所述的“行为”“不需要构成军事攻击”。¹⁰⁴ 审判分庭在 *Katanga* 案中表示“有关攻击不一定要具备军事攻击的本质，可包括任何形式的暴力侵害某平民人口的行为”。¹⁰⁵

(22) 第 3 条第 2 款(a)项草案前半部分指出，攻击必须是“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策”实施的。在 1998 年《罗马规约》得到通过之前，各国际法院规约对危害人类罪的定义中一直没有包括对“政策”要件的要求。¹⁰⁶ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭规约的危害人类罪定义都不包括政策要件，¹⁰⁷ 但一些早期的判例要求有这一要件。¹⁰⁸ 事实上，*Tadić* 案的审判分庭在前南斯拉夫问题国际刑事法庭工作初期就对政策要件进行了重要的讨论，这一讨论后来影响了 1998 年《罗马规约》的草拟工作。审判分庭认定，

危害人类罪之所以如此撼动人类的良知并要求国际社会予以干预，是因为它们不是个人孤立、随机的行为，而是蓄意试图针对某平民人口的结果。传统上，将这一条件理解为必定存在实施这些行为的某种形式的政策……。然而，重要的是，这一政策不需要具有正式的形式，而是可以从有关行为的发生方式推导得出。¹⁰⁹

¹⁰³ 例如见 *Kunarac*, 判决, 2001 年 2 月 22 日(见上文脚注 59), 第 415 段(将攻击定义为“涉及实施暴力行为的行为过程”); *Kayishema*, 判决, 1999 年 5 月 21 日(见上文脚注 55), 第 122 段(将攻击定义为“必定包括所列举罪行的活动”); *Akayesu*, 判决, 1998 年 9 月 2 日(见上文脚注 53), 第 581 段(“可将攻击这一概念定义为[《规约》中]列举的非法行为。……攻击也可以是性质上并不暴力的行为, 比如强制实施隔离制度……或向人口施加压力, 要他们以某种特定方式行事”)。

¹⁰⁴ 见国际刑事法院, 《犯罪要件》, 第 5 页。

¹⁰⁵ *Katanga*, 判决, 2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 59), 第 1101 段。

¹⁰⁶ 《纽伦堡宪章》第 6(c)条没有明确提到计划或政策。但《纽伦堡判决书》在以“攻击”概念为背景整体讨论第 6(c)条时确实使用了“政策”这一描述词。见 1946 年 9 月 30 日判决(见上文脚注 29), 第 493 页(“恐怖政策无疑是大规模实施的, 在许多情况下是有组织和有系统地实施的。1939 年大战之前, 德国以最无情的方式执行了对可能敌视政府的平民进行迫害、压迫和谋杀的政策”)。管制委员会关于惩治战争罪、危害和平罪和危害人类罪罪犯的第 10 号法令第二条第 1 款(c)项在对危害人类罪的定义中也未提到计划或政策。管制委员会关于惩治战争罪、危害和平罪和危害人类罪罪犯的第 10 号法令, 1945 年 12 月 20 日, 德国管制委员会官方公报, 第 3 卷第 52 页(1946 年)。

¹⁰⁷ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭确定, 习惯国际法中危害人类罪没有政策要件, 见 *Kunarac*, 判决, 2002 年 6 月 12 日(见上文脚注 72), 第 98 段(“在所称行为发生时, 《规约》和习惯国际法均未要求证明存在实施这些罪行的计划或政策”。), 但该立场受到了一些文章的批评。

¹⁰⁸ *Tadić*, 意见和判决, 1997 年 5 月 7 日(见上文脚注 54), 第 644、653-655 和 626 段。

¹⁰⁹ 同上, 第 653 段。

该审判分庭还指出，因为存在政策要件，此类犯罪“不可能仅是单独的个人所造成的”。¹¹⁰ 不过，前南斯拉夫问题国际刑事法庭后来在判例中淡化了政策要件，认为只要证明存在广泛或有系统的攻击就已足够。¹¹¹

(23) 在 1998 年《罗马规约》之前，委员会在治罪法草案的工作中常常要求政策要件。委员会 1954 年《危害人类和平及安全治罪法》草案将危害人类罪定义为：“某国当局或个人在国家当局的唆使或容忍下，基于社会、政治、种族、宗教或文化理由，对任何平民人口犯下的谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害等不人道行为。”¹¹² 委员会决定加入国家唆使或容忍这一条件，以便排除个人在国家没有任何介入的情况下自行实施的不人道行为。¹¹³ 同时，1954 年《危害人类和平及安全治罪法》草案所载的危害人类罪的定义未包括任何规模(“广泛”)或系统性的条件。

(24) 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案也承认了政策条件，将危害人类罪定义为“有计划或大规模实行由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的任何下列行为”。¹¹⁴ 委员会之所以加入这一条件，是为了排除个人“按其自己的犯罪计划，出于个人自己的动机，在没有任何政府或团体或组织的任何鼓励的情况下”实施的不人道行为。¹¹⁵ 换言之，该政策要件旨在排除个人出于自身动机，在与国家或组织无关的情况下实施的“普通”罪行。

(25) 第 3 条第 2 款(a)项草案载有与 1998 年《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项所列的同样的政策要件。1998 年《罗马规约》之下的《犯罪要件》规定，“攻击平民人口的政策”要求“国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为”，¹¹⁶ 且“在特殊情况下，这种政策的实施方式可以是故意不采取行动，刻意以此助长这种攻击”。¹¹⁷

¹¹⁰ 同上，第 655 段(引自检察官诉 Dragan Nikolić a/k/a “Jenki”，案件号 IT-94-2-R61，根据《程序和证据规则》规则 61 审查起诉书，1995 年 10 月 20 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭，第 26 段)。

¹¹¹ 例如见 Kunarac，判决，2002 年 6 月 12 日(见上文脚注 72)，第 98 段；Kordić，判决，2001 年 2 月 26 日(见上文脚注 46)，第 182 段(认定“宜将计划或政策的存在视作被指控为危害人类罪的罪行具有系统性的标志”)；Kayishema，判决，1999 年 5 月 21 日(见上文脚注 55)，第 124 段(“大规模侵害行为只有包含政策要件，才能构成危害人类罪。具备广泛或有系统这两个条件之一，即足以证明有关行为是作为某更广泛的政策或计划的一部分实施的”)；Akayesu，判决，1998 年 9 月 2 日(见上文脚注 53)，第 580 段。

¹¹² 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页(强调是后加的)。

¹¹³ 同上。

¹¹⁴ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页(强调是后加的)。

¹¹⁵ 同上。委员会在解释为何加入这一政策要件时表示：“个别人单凭自己极难进行第 18 条所指的非人道行为”。

¹¹⁶ 国际刑事法院，《犯罪要件》，第 9 页。

¹¹⁷ 同上。其他先例也强调，故意不采取行动可满足政策要件。见 Kupreškić，判决，2000 年 1 月 14 日(见上文脚注 38)，第 554-555 段(“批准的”、“纵容的”、“明确或暗中许可”)；《1954 年……年鉴》，第二卷，第 150 页(第 2(11)条)(“容忍”)；安全理事会，安全理事会第 780(1992)号决议所设专家委员会的报告，S/1994/674 号文件，第 85 段。

(26) 国际刑事法院的若干案件都涉及了这一“政策”要件。¹¹⁸ 在 *Katanga* 案 2014 年的判决中，国际刑事法院审判分庭强调，政策条件与“有系统”条件的意义并不相同，若是相同就会违背 1998 年《罗马规约》第七条对攻击的“广泛”或“有系统”择一的要求。¹¹⁹ “有系统”要求的是高度的组织性和行为的规律或暴力的反复发生，¹²⁰ 而要“确定存在‘政策’，则只需证明国家或组织有意对平民人口实施攻击。因此，分析有关攻击是否具有系统性，不仅是确定是否存在任何旨在消灭、迫害或损害某一社群的政策。”¹²¹ 此外，“政策”条件不要求有正式的设计或预先制定的计划，可以由作为或者不作为实现，也可从有关情况推导得出。¹²² 审判分庭认定，政策不需要在攻击之前正式推行或颁布，可从有关行为的重复发生、从准备活动，或从集体动员中推导得出。¹²³ 此外，政策不需要具体或精确，且可随着时间的推移根据情况的发展而变化。¹²⁴ 另外，审判分庭在 *Bemba* 案中认为，根据国家和组织政策或为推行这种政策而实施行为过程的要求在下列情况下均得到满足：其一是行为者为推行政策而蓄意为之，其二是行为者在明知的情况下实施了政策所设想的行为。¹²⁵

(27) 同样，国际刑事法院预审分庭在确认起诉 *Laurent Gbagbo* 的决定中裁定，“政策”不应与“有系统”混淆。¹²⁶ 具体而言，审判分庭表示，“国家或组织计划、组织或指挥有关攻击的证据可能与证明攻击的政策性和系统性有关，但这两个概念目的不同，并且在《规约》第七条第(一)款和第(二)款第 1 项下分别指不同的界限，因此不应混淆”。¹²⁷ 政策要件要求有关行为与国家或组织“有关”，¹²⁸ 且排除了“自发或孤立的暴力行为”，但政策本身并不需要得到正式通过¹²⁹，且不需要证明存在具体的理由或动机。¹³⁰ 在 *Bemba* 案中，国际刑事法院预审分庭根据刚解运部队“遵循同一规律实施攻击”的证据认定，有关攻击是

¹¹⁸ 例如见 *Ntaganda*, 决定, 2012 年 7 月 13 日(见上文脚注 61), 第 24 段; *Bemba*, 决定, 2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 58), 第 81 段; *Katanga*, 决定, 2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 59), 第 396 段。

¹¹⁹ *Katanga*, 判决, 2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 59), 第 1112 段; 另见同上, 第 1101 段; *Gbagbo*, 决定, 2014 年 6 月 12 日(见上文脚注 78), 第 208 段。

¹²⁰ *Katanga*, 判决, 2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 59), 第 1111-1113 段。

¹²¹ 同上, 第 1113 段。

¹²² 同上, 第 1108-1109 段和第 1113 段。

¹²³ 同上, 第 1109 段; 另见 *Gbagbo*, 决定, 2014 年 6 月 12 日(见上文脚注 78), 第 211-212 段, 和第 215 段。

¹²⁴ *Katanga*, 判决, 2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 59), 第 1110 段。

¹²⁵ *Bemba*, 判决, 2016 年 6 月 15 日(见上文脚注 58), 第 161 段。

¹²⁶ *Gbagbo*, 判决, 2014 年 6 月 12 日(见上文脚注 78), 第 208 段和第 216 段。

¹²⁷ 同上, 第 216 段。

¹²⁸ 同上, 第 217 段。

¹²⁹ 同上, 第 215 段。

¹³⁰ 同上, 第 214 段。

按照组织政策实施的。¹³¹ 审判分庭后来认为，刚解运部队知道他们的具体行为是对中非共和国平民人口实施的广泛攻击的一部分。¹³²

(28) 第 3 条第 2 款(a)项草案前半部分提到“国家”或“组织”攻击平民人口的政策，与 1998 年《罗马规约》第七条第(二)款第 1 项相同。国际刑事法院预审分庭在“肯尼亚共和国状况”案的决定中表示，第七条第(二)款第 1 项中“国家”的含义是“不言自明的”。¹³³ 该分庭随后指出，国家区域机关或地方机关通过的政策可以满足国家政策这一条件。¹³⁴

(29) 国际刑事法院的判例显示，“组织”包括任何有能力和资源计划和实施广泛或有系统攻击的组织或团体。例如，一预审分庭在 *Katanga* 案中表示：“制定这种政策的，可以是管理某特定地区的人群，或任何有能力针对平民人口实施广泛或有系统攻击的组织”。¹³⁵ 国际刑事法院一审判分庭在 *Katanga* 案中裁定，有关组织必须具有“充足的资源、手段和能力，能够实现涉及多次实施有关行为的行为或行动过程”和“一系列足够高效结构或机制，无论是哪种结构或机制，要能确保具备实施针对平民人口的攻击所需的协调”。¹³⁶

(30) 在“肯尼亚共和国状况”案的决定中，国际刑事法院一预审分庭的多数意见不同意“只有类似国家的组织才可算作”符合第七条第(二)款第 1 项的组织，并进而指出，“团体是否具有正式性质及其组织性的高低不应成为决定性标准。反之……应当区分有关团体是否有能力从事违反基本人道价值观的行为”。¹³⁷ 2012 年，国际刑事法院一预审分庭在 *Ruto* 案中表示，在确定某团体是否属于 1998 年《罗马规约》第七条所指的“组织”时：

分庭可考虑若干因素，除其他外：(一) 有关团体是否由负责任的领导指挥，或具备既定的等级结构；(二) 有关团体事实上是否具备针对平民人口实施广泛或有系统攻击的手段；(三) 有关团体是否控制着一国的部分领土；(四) 有关团体是否将针对平民人口的犯罪活动作为首要目标；(五) 有

¹³¹ Bemba, 决定, 2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 58), 第 115 段。

¹³² Bemba, 判决, 2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 58), 第 669 段。

¹³³ “肯尼亚共和国状况”, 决定, 2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 58), 第 89 段。

¹³⁴ 同上。

¹³⁵ *Katanga*, 决定, 2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 59), 第 396 段(引用前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭判例法, 以及委员会 1991 年《危害人类和平及安全治罪法》草案, 《1991 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 103 页); 另见 Bemba, 决定, 2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 58), 第 81 段。

¹³⁶ *Katanga*, 判决, 2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 59), 第 1119 段。

¹³⁷ “肯尼亚共和国状况”, 决定, 2010 年 3 月 31 日(见上文脚注 58), 第 90 段。*Katanga* 案的审判分庭也采用了类似理解, 表示: “必须进一步确定攻击是广泛的或有系统的, 但这并不意味着推动或鼓励有关攻击的组织的结构必须具备国家特征。” *Katanga*, 判决, 2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 59), 第 1120 段。该审判分庭还认定, “‘被接受为法律的一般惯例’……指向由国家和由未被具体界定为需有半国家特点的组织所实施的危害人类罪。” 同上, 第 1121 段。

关团体是否明确或隐晦地表露了攻击平民人口的意图；(六) 有关团体是否属于某符合上述部分或全部标准的更大团体。¹³⁸

(31) 由于“政策”也可出自非国家组织，第3条第1至3款草案所载的定义并不要求犯罪人是国家官员或代理人。这一处理方法与国际法之下危害人类罪的发展情况相符。1991年，委员会在评论关于危害人类罪条文草案(最终形成1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》)时表示：“本条草案没有把可能犯此种罪行的人仅仅局限于政府官员或代表”，且“没有排除这样的可能性：具有实际权力或者加入犯罪团伙或集团的个人也能够犯下本条规定的那种有计划或大规模侵害人权的行爲，遇此情况，他们的行爲即属治罪法草案的范围”。¹³⁹如先前讨论的，1996年《治罪法草案》增加了一项条件，即不人道行爲要构成危害人类罪，必须是“由某一政府或任何组织或团体唆使或指挥的”。¹⁴⁰委员会在对这一条件的评注中指出：“政府或可能附属于政府或不附属于政府的任何组织或团体的唆使或指挥，使此种行爲具有其重大份量，并使这种行爲变成可归因于个人或国家代理人员的危害人类罪行”。¹⁴¹

(32) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭判例接受以危害人类罪起诉非国家行为方的可能性。例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭一审判分庭在 *Tadić* 案中表示，“危害人类罪方面的法律已经有所发展，纳入了虽不隶属于合法政府但实际上控制着指定领土，或者可在该领土上自由行动的军事力量”。¹⁴²这一裁决在 *Limaj* 案中得到了响应，该案审判分庭认为能够以危害人类罪起诉科索沃解放军的被告成员。¹⁴³

(33) 国际刑事法院在 *Ntaganda* 案中，确认了对一名与刚果民主共和国境内的刚果爱国者联盟和争取刚果自由爱国力量这两个准军事团体有关的被告的多项指控。¹⁴⁴同样，在 *Mbarushimana* 案中，检察官对一名与解放卢旺达民主力量有关的被告提出了多项指控，根据该组织条例的描述，这一组织是“旨在‘收回和保卫’卢旺达‘国家主权’的武装团体”。¹⁴⁵在与乌干达状况有关的 *Joseph Kony* 案中，被告据称与圣灵抵抗军这一“对乌干达政府和乌干达军队实施叛乱

¹³⁸ Ruto, 决定, 2012年1月23日(见上文脚注64), 第185段; 另见“肯尼亚共和国状况”, 决定, 2010年3月31日(见上文脚注58), 第93段; “科特迪瓦共和国状况”, 案件号 ICC-02/11, 根据1998年《罗马规约》第十五条作出的关于授权调查科特迪瓦共和国状况的决定的更正, 2011年11月15日, 国际刑事法院第三预审分庭, 第45-46段。

¹³⁹ 《1991年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第103-104页。

¹⁴⁰ 《1996年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第47页(第18条)(强调是后加的)。

¹⁴¹ 同上。

¹⁴² *Tadić*, 意见和判决, 1997年5月7日(见上文脚注54), 第654段。关于非国家行为者的进一步讨论, 见同上, 第655段。

¹⁴³ 检察官诉 *Fatmir Limaj*、*Haradin Bala* 和 *Isak Musliu*, 案件号 IT-03-66-T, 判决, 2005年11月30日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭, 第212-213段。

¹⁴⁴ *Ntaganda*, 决定, 2012年7月13日(见上文脚注61), 第22段。

¹⁴⁵ 检察官诉 *Callixte Mbarushimana*, 关于确认指控的决定, 案件号 ICC-01/04-01/10, 2011年12月16日, 国际刑事法院第一预审分庭, 第2段。

的武装团体”¹⁴⁶ 有关，该团体“组织结构采用军事化的等级划分并作为军队从事活动”。¹⁴⁷ 关于肯尼亚的状况，一预审分庭确认了对多名被告的危害人类罪指控，因为他们与一“系列”行为人有关，“包括知名的[橙色民主运动(橙民运)]政党代表、媒体代表、肯尼亚前警员和军人、卡伦金长老和地方领袖”。¹⁴⁸ 同样，对其他被告的指控也得到了确认，这些被告涉嫌参与“群众帮与民族团结党青年在纳库鲁和奈瓦沙不同地区使用查询名单、辨别外貌、设置路障和辨识语言等多种识别手段，针对其认为的[橙民运]支持者的协同攻击”。¹⁴⁹

“在明知这一攻击的情况下”

(34) 第三项总体条件是，行为人必须是“在明知这一攻击的情况下”实施有关行为。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判例断定，行为人必须对攻击平民人口一事知情，且自身的行为就是该攻击的一部分。¹⁵⁰ 1998年《罗马规约》之下的《犯罪要件》反映了这一“两部分”处理方法，规定每项禁止的行为的最后一项要件均为：“行为人知晓有关行为是对平民人口广泛或有系统的攻击的一部分，或有意让有关行为成为上述攻击的一部分”。即便如此，

最后一项要件不应被解释为必须证明行为人知道攻击的所有特性，或国家或组织的计划或政策的详情。如果广泛或有系统地针对平民人口进行攻击为新出现的情况，最后一项要件的故意要素是指，行为人如果有意推行这种攻击，即具备这一心理要件。¹⁵¹

(35) 国际刑事法院一预审分庭在确认对 Laurent Gbagbo 的指控的决定中认定，“仅需确证该人大体上知道攻击之事”。¹⁵² 实际上，不需要证明行为人知悉攻击的具体细节；¹⁵³ 相反，行为人知情与否可以从间接证据推导得出。¹⁵⁴ 因此，国际刑事法院一预审分庭在 Bemba 案中认定刚解运部队在行事时对攻击知情，

¹⁴⁶ “乌干达状况”，案件号 ICC-02/04-01/05，2005年7月8日签发、2005年9月27日修正的对 Joseph Kony 的逮捕令，2005年9月27日，国际刑事法院第二预审分庭，第5段。

¹⁴⁷ 同上，第7段。

¹⁴⁸ Ruto，决定，2012年1月23日(见上文脚注64)，第182段。

¹⁴⁹ 检察官诉 Francis Kirimi Muthaura、Uhuru Muigai Kenyatta 和 Mohammed Hussein Ali 案中的肯尼亚共和国状况，案件号 ICC-01/09-02/11，根据《罗马规约》第六十一条第(七)款第1项和第2项作出的关于确认指控的决定，2012年1月23日，国际刑事法院第二预审分庭，第102段。

¹⁵⁰ 例如见 Kunarac，判决，2001年2月22日(见上文脚注59)，第418段；Kayishema，判决，1999年5月21日(见上文脚注55)，第133段。

¹⁵¹ 国际刑事法院，《犯罪要件》，第9页。

¹⁵² Gbagbo，决定，2014年6月12日(见上文脚注78)，第214段。

¹⁵³ Kunarac，判决，2001年2月22日(见上文脚注59)，第434段(认定知情条件“不需要知晓攻击的详情”)。

¹⁵⁴ 见 Blaškić，判决，2000年3月3日(见上文脚注54)，第259段(认定对攻击的更广泛背景的知情可从若干事实推测得出，包括：“所犯犯罪的性质及其为人所共知的程度”)；Tadić，意见和判决，1997年5月7日(见上文脚注54)，第657段(“虽然因此要求知情这一条件，但知情与否要经过客观分析，并可根据有关情况从事实上推导得出”)；另见 Kayishema，判决，1999年5月21日(见上文脚注55)，第134段(认定“对攻击的更广泛背景实际知情或推定知情”即可)。

同时指出部队的知情可从“他们采取的攻击方法中推导得出”，这些攻击方法反映出了明确的规律。¹⁵⁵ 在 *Katanga* 案中，国际刑事法院一预审分庭认定：

对攻击知情与否，以及行为人是否意识到自己的行为是此种攻击的一部分，可从间接证据推导得出，例如：被告在军队等级中的位置；他在更广泛的犯罪活动中是否发挥重要作用；他是否出现在犯罪现场；他是否提到本人所属团体比敌对团体优越；以及发生有关行为的总体历史和政治环境。¹⁵⁶

(36) 此外，行为人参与攻击的个人动机无关紧要；行为人不需要拥有与更广泛攻击相同的目的或目标。¹⁵⁷ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在 *Kunarac* 案中指出，证明行为人是出于个人原因实施违禁行为的证据最多可以“表示存在一种可反驳的假定，即他没有意识到自己的行为是有关攻击的一部分”。¹⁵⁸ 行为人知道自己的行为是攻击的一部分或有意让自己的行为成为攻击的一部分，这才是与满足这一条件有关的问题。此外，若能证明所涉罪行是直接利用更广泛攻击实施的，或其实施有延长更广泛攻击的效果，亦能满足这一要件。¹⁵⁹ 例如，在 *Kunarac* 案中，行为人被指控犯下各种形式的针对穆斯林妇女和女童的性暴力、酷刑行为和奴役。前南斯拉夫问题国际刑事法庭一审判分庭认定，被告满足知情这一要件，因为他们不仅了解对穆斯林平民人口的攻击，还“直接利用攻击所创造的局面”延长了攻击，并“充分接受这一基于族裔的侵略行为”。¹⁶⁰ 同样，国际刑事法院某审判分庭认定，行为人一定知道有关行为是针对平民人口的广泛或有系统攻击的一部分，行为人的动机与是否将有关行为定为危害人类罪无关。行为人不需要了解攻击的所有特点或详情，也不需要赞同“国家或组织的犯罪设想”。¹⁶¹

禁止的行为

(37) 与 1998 年《罗马规约》第七条相同，第 3 条第 1 款(a)项至(k)项草案列出了危害人类罪项下禁止的行为。这些禁止的行为也出现在委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案第 18 条所载的危害人类罪的定义中，但用语略有不同。个人实施这些行为之一，即可构成犯危害人类罪；该人的行为不必是多项行为，但行为必须是针对任何平民人口的广泛或有系统攻击的“一部分”。¹⁶² 要确定是否存在必要的联系，需要开展“客观的评估，特别是要考虑行为的特点、目的、性质和/或后果。孤立行为所处的背景和情形明显不同于攻击期间发

¹⁵⁵ *Bemba*, 决定, 2009 年 6 月 15 日(见上文脚注 58), 第 126 段; 见 *Bemba*, 判决, 2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 58), 第 166-169 段。

¹⁵⁶ *Katanga*, 决定, 2008 年 9 月 30 日(见上文脚注 59), 第 402 段。

¹⁵⁷ 例如见 *Kunarac*, 判决, 2002 年 6 月 12 日(见上文脚注 72), 第 103 段; *Kupreškić*, 判决, 2000 年 1 月 14 日(见上文脚注 38), 第 558 段。

¹⁵⁸ *Kunarac*, 判决, 2002 年 6 月 12 日(见上文脚注 72), 第 103 段。

¹⁵⁹ 例如见 *Kunarac*, 判决, 2001 年 2 月 22 日(见上文脚注 59), 第 592 段。

¹⁶⁰ 同上。

¹⁶¹ *Katanga*, 判决, 2014 年 3 月 7 日(见上文脚注 59), 第 1125 段。

¹⁶² 例如见 *Kunarac*, 判决, 2002 年 6 月 12 日(见上文脚注 72), 第 100 段; *Tadić*, 意见和判决, 1997 年 5 月 7 日(见上文脚注 54), 第 649 段。

生的其他行为，不属于第 3 条草案第 1 款的范围”。¹⁶³ 要满足这一条件，所涉罪行并不需要是在对平民人口的攻击最激烈时实施的；只要可以充分将其与攻击联系起来，就可以是攻击的一部分。¹⁶⁴

定义内的定义

(38) 如上文所述，为了第 3 条草案第 1 款的目的，第 3 条第 2 款(a)项草案界定了“针对任何平民人口进行的攻击”。第 3 条第 2 款草案余下的(b)项至(i)项界定了第 1 款中出现的其他术语，具体是：“灭绝”、“奴役”、“驱逐出境或强行迁移人口”、“酷刑”、“强迫怀孕”、“迫害”、“种族隔离罪”，以及“强迫人员失踪”。此外，第 3 条草案第 3 款提供了“性别”这一术语的定义。这些定义也见于 1998 年《罗马规约》第七条，委员会认为有必要在第 3 条草案中予以保留。

第 4 款

(39) 第 3 条第 4 款草案规定：“本条草案不妨碍任何国际文书或国内法规定的任何更为宽泛的定义。”这一条款与 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 1 条第 2 款类似，该款规定：“本条规定并不妨碍载有或可能载有适用范围较广的规定的任何国际文书或国家法律”。¹⁶⁵ 1998 年《罗马规约》第十条(见于第二编“管辖权、可受理性和适用的法律”)也包含一项“不妨碍条款”，内容是：“除为了本规约的目的以外，本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则”。

(40) 第 4 款旨在确保第 3 条草案所载“危害人类罪”的定义不会使其他国际文书或国内法中可能存在的更为宽泛的定义发生疑问。“国际文书”须宽泛地理解，不单指具有约束力的国际文书。例如，第 3 条草案所载的“强迫人员失踪”的定义沿用 1998 年《罗马规约》第七条，但与 1992 年《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》¹⁶⁶、1994 年《美洲被迫失踪人士公约》¹⁶⁷ 以及 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》¹⁶⁸ 所载的定义不同。区别主要是后面的三项文书没有包括“目的是将其……置于法律保护之外”这一要件，不包括“长期”这一词语，以及没有提到组织也可在国家没有参与的情况下成为这一犯罪的潜在行为人。

¹⁶³ Bemba, 判决, 2016 年 3 月 21 日(见上文脚注 58), 第 165 段。

¹⁶⁴ 例如见检察官诉 Mile Mrkšić 和 Veselin Šljivančanin, 案件号 IT-95-13/1-A, 判决, 2009 年 5 月 5 日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭, 第 41 段; 检察官诉 Mladen Naletilić aka “Tuta” 和 Vinko Martinović aka “Štela”, 案件号 IT-98-34-T, 判决, 2003 年 3 月 31 日, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭, 第 234 段, 《司法补编第 42 号》, 2003 年 6 月; Mrkšić, 判决, 2007 年 9 月 27 日(见上文脚注 55), 第 438 段; Tadić, 判决, 1999 年 7 月 15 日(见上文脚注 46), 第 249 段。

¹⁶⁵ 《禁止酷刑公约》第 1 条第 2 款。

¹⁶⁶ 《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》, 大会 1992 年 12 月 18 日第 47/133 号决议。

¹⁶⁷ 《美洲被迫失踪人士公约》(1994 年 6 月 9 日, 贝伦), 美洲国家组织, 《条约汇编》, 第 60 号。

¹⁶⁸ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年 12 月 20 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2716 卷, 第 48088 号, 第 3 页。

(41) 鉴于上述区别，委员会认为加入第 3 条第 4 款草案是审慎的。实质上，第 3 条草案前三款虽然为了本条款草案的目的定义了危害人类罪，但不妨碍国际文书或国内法中规定的更为宽泛的定义。因此，如果某国希望在国内法中采用更为宽泛的定义，本条款草案并不妨碍它这么做。同时，本条款草案的一项重要目的是协调国内法，以便国内法成为各国间扎实合作的基础。国内法中采用的任何要件不属于本条款草案的范围，因此无法从其中所载的规定获益，包括引渡和法律互助。

第 4 条 预防义务

1. 各国承诺按照国际法防止危害人类罪，办法包括：
 - (a) 在其管辖的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施；
 - (b) 与其他国家和有关政府间组织合作，并酌情与其他组织合作。
2. 任何特殊情况，诸如武装冲突、国内政局动荡、其他公共紧急状态等，均不得援引为施行危害人类罪的理由。

评注

(1) 第 4 条草案提出防止危害人类罪的义务。委员会在审议这一义务时认为，与此相关的工作是考察防止犯罪和其他行为的现有条约实践。很多情况下，这些条约处理的是在一定情形下可能构成危害人类罪的行为(例如种族灭绝、酷刑、种族隔离或强迫失踪)。因此，当有关行为也构成危害人类罪时，这些条约规定的预防义务也延伸到对这些行为的预防。

(2) 早先的一个重要的预防义务例子可见于 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》，该公约第一条规定：“缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之”。¹⁶⁹ 此外，第五条规定：“缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律，以实施本公约各项规定，而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治”。第八条规定：“任何缔约国得提请联合国的主管机关遵照联合国宪章，采取其认为适当的行动，以防止及惩治灭绝种族的行为或第三条所列任何其他行为”。因此，1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》中包含了几个与预防相关的要素：防止种族灭绝的总体义务，制定国家措施以实施《公约》规定的义务，以及缔约国与联合国合作防止种族灭绝的规定。

(3) 这一预防义务是 1960 年代以来处理犯罪问题的多数多边条约的一个特征。例如：1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、¹⁷⁰ 1973 年

¹⁶⁹ 《灭绝种族罪公约》，第一条。

¹⁷⁰ 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(1971 年 9 月 23 日，蒙特利尔)，联合国，《条约汇编》，第 974 卷，第 14118 号，第 177 页。第十条第一款规定：“缔约各国应根据国际法和本国法，努力采取一切可能的措施，以防止发生第一条所指的罪行。”

《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、¹⁷¹ 1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、¹⁷² 1979 年《反对劫持人质国际公约》、¹⁷³ 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、¹⁷⁴ 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》、¹⁷⁵ 1994 年《美洲被迫失踪人士公约》、¹⁷⁶ 1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》、¹⁷⁷ 1997 年《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》、¹⁷⁸ 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、¹⁷⁹ 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运

- ¹⁷¹ 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973 年 12 月 14 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1035 卷, 第 15410 号, 第 167 页, 第四条(“各缔约国应特别以下列方式进行合作, 以防止第二条所列举的罪行: (a) 采取一切切实可行的措施, 以防止在各该国领土内策划在其领土以内或以外实施这些罪行”)。
- ¹⁷² 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973 年 11 月 30 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1015 卷, 第 14861 号, 第 243 页, 第四条(“本公约缔约国承诺……采用任何必要的立法或其他措施, 来禁止并预防对于种族隔离罪行和类似的分隔主义政策或其表现的鼓励, 并惩治触犯此种罪行的人”)。
- ¹⁷³ 《反对劫持人质国际公约》(1979 年 12 月 17 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1316 卷, 第 21931 号, 第 205 页, 第四条第 1 款(“各缔约国应合作防止第一条所称罪行, 特别是: (a) 采取一切切实可行的措施, 以防止为在其领土内外进行犯罪行为而在其领土上所做的准备, 包括禁止鼓励、煽动、策划或参与劫持人质的行为的个人、团体和组织在其领土内从事非法活动的措施”)。
- ¹⁷⁴ 《禁止酷刑公约》, 第二条第 1 款(“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施, 防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为”)。
- ¹⁷⁵ 《美洲防止和惩处酷刑公约》(1985 年 12 月 9 日, 卡塔赫纳), 美洲国家组织, 《条约汇编》, 第 67 号, 第 1 条(“缔约国承诺根据本公约的规定, 防止和惩处酷刑。”第 6 条规定: “缔约国同样应采取有效措施, 以在其管辖范围内防止和惩处其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”)。
- ¹⁷⁶ 《美洲被迫失踪人士公约》, 第 1 条(“本公约缔约国承诺……(c) 相互合作协助防止、惩处和消除人员被迫失踪问题; (d) 采取立法、行政、司法和其他任何必要措施, 从而遵守对本公约所作承诺”)。
- ¹⁷⁷ 《联合国人员和有关人员安全公约》(纽约, 1994 年 12 月 9 日), 联合国, 《条约汇编》, 第 2051 卷, 第 35457 号, 第 363 页, 第 11 条(“缔约国应合作以防止第 9 条所列举的罪行, 尤其应: (a) 采取一切切实可行的措施, 以防止在其各自境内策划在其境内或境外犯下此种罪行; (b) 按照国内法律的规定交换情报, 酌情采取行政的或其他方面的措施, 以防止发生此种罪行”)。
- ¹⁷⁸ 《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》(1997 年 12 月 15 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2149 卷, 第 37517 号, 第 256 页, 第 15 条(“缔约国应在防止第 2 条所述的罪行方面进行合作”)。
- ¹⁷⁹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000 年 11 月 15 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2225 卷, 第 39574 号, 第 209 页。第 9 条第 1 款(“除本公约第 8 条所列各项措施外, 各缔约国均应在适当时并在符合其法律制度的情况下, 采取立法、行政或其他有效措施, 以促进公职人员廉洁奉公, 并预防、调查和惩治腐败行为”)。); 第 9 条第 2 款(“各缔约国均应采取措施, 确保本国当局在预防、调查和惩治公职人员腐败行为方面采取有效行动, 包括使该当局具备适当的独立性, 以免其行动受到不适当的影响”)。); 第 29 条第 1 款(“各缔约国均应在必要时为其执法人员, 包括检察官、进行调查的法官和海关人员及其他负责预防、侦查和控制本公约所涵盖的犯罪的人员开展、拟订或改进具体的培训方案”)。); 第 31 条第 1 款(“缔约国应努力开发和评估各种旨在预防跨国有组织犯罪的国家项目, 并制订和促进这方面的最佳做法和政策”)。

人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》、¹⁸⁰ 2002 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》、¹⁸¹ 和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》¹⁸²。

(4) 一些多边人权条约虽然不侧重于防止和惩治此类罪行，但载有与防止和制止侵犯人权行为相关的义务。例如：1966 年《消除一切形式种族歧视国际公约》¹⁸³、1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》¹⁸⁴ 和 2011 年《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》¹⁸⁵。一些条约没有明确提到“防止”或“消除”此种行为，而是把重点放在采取适当的立法、行政和其他措施的义务上，从而“实施”或“执行”条约；可以将此视为包含了防止此类行为的必

¹⁸⁰ 《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》(2000 年 11 月 15 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2237 卷, 第 39574 号, 第 319 页, 第 9 条第 1 款(“缔约国应制定综合政策、方案和其他措施, 以便: (a) 预防和打击人口贩运; 并(b) 保护人口贩运活动被害人特别是妇女和儿童免于再度受害”)。

¹⁸¹ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约任择议定书》(2002 年 12 月 18 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 2375 卷, 第 24841 号, 第 237 页。序言部分写明: “忆及有效防止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚要求, 进行教育并综合采取立法、行政、司法或其他措施”。第 3 条规定: “每一缔约国应在国内一级设立、指定或保持一个或多个预防酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的查访机构”。

¹⁸² 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。序言部分写明: “决心防止强迫失踪, 制止犯有强迫失踪罪而不受惩罚的现象”。第二十三条规定: “一、各缔约国应确保, 对执法人员、文职或军事人员、医务人员、国家官员和其他可能参与监押或处置任何被剥夺自由者的人的培训, 应包括对本公约相关规定的必要教育和信息, 以便: (一) 防止这类官员卷入强迫失踪案件; (二) 强调防止和调查强迫失踪案件的重要性; (三) 确保认识到解决强迫失踪案件的迫切性。二、各缔约国应确保禁止发布任何命令和指示, 指令、授权或鼓励制造强迫失踪。各国应保证, 拒绝遵守这类命令的人不得受到惩罚。三、各缔约国应采取必要措施, 确保当本条第一款所指的人有理由相信强迫失踪案件已经发生或正在计划之中时, 应向上级报告, 并在必要时报告拥有审查权或补救权的有关当局或机关”。

¹⁸³ 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1966 年 3 月 7 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 660 卷, 第 195 页, 第三条(“缔约国特别谴责种族分隔及‘种族隔离’并承诺在其所辖领土内防止、禁止并根除具有此种性质的一切习例”)。

¹⁸⁴ 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979 年 12 月 18 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1249 卷, 第 20378 号, 第 13 页, 第二条规定(缔约各国谴责对妇女一切形式的歧视, 协议立即用一切适当办法, 推行政策, 消除对妇女的歧视”。第三条规定: “缔约各国应承担在所有领域, 特别是在政治、社会、经济、文化领域, 采取一切适当措施, 包括制定法律, 保证妇女得到充分发展和进步, 其目的是为确保她们在与男子平等的基础上, 行使和享有人权和基本自由”)。

¹⁸⁵ 《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》(2011 年 11 月 5 日, 伊斯坦布尔), 欧洲委员会, 《条约汇编》, 第 210 号, 第 4 条第 2 款(“缔约国谴责对妇女一切形式的歧视, 立即采取必要的立法和其他措施来防止歧视, 尤其是: 在国家宪法和其他适当立法中纳入男女平等原则, 并确保该原则在实践中得以实现; 禁止歧视妇女, 包括适时采用制裁措施等方式; 废除歧视妇女的法律和做法”)。

要或适当措施。例如 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》¹⁸⁶ 和 1989 年《儿童权利公约》¹⁸⁷。

(5) 各国际法院和法庭处理过这类预防义务的问题。国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)案中指出, 该《公约》语境下的惩治职责与预防职责有联系, 但有区别。虽然“总体上, 预防犯罪的一个最有效的办法是规定对实施此类行为的人的刑罚, 并对实施所要预防的行为的人切实处以此类刑罚,”¹⁸⁸ 但法院认定“防止灭绝种族的责任与惩治行为人的责任……是……两项截然不同但彼此联系的义务。”¹⁸⁹ 实际上, “每一缔约国防止种族灭绝的义务是规范性和强制性的。这个义务没有并入惩治的职责, 也不能被视为只是惩治职责的一个组成部分”。¹⁹⁰

(6) 这种条约实践、判例以及深为各国接受的观点——危害人类罪无论是否在武装冲突时发生, 也无论是否被国内法定为犯罪, 都是国际法上应受到惩治的罪行, 意味着国家已经承担起防止危害人类罪的义务。因此, 第 4 条第 1 款草案以“各国承诺按照国际法防止危害人类罪……”为开头, 采用与 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条类似的方式制定了一项预防的义务。

(7) 国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)案中分析了 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条所载“承允防止”的含义。在临时措施阶段, 法院判定这种承允对缔约国施加了“尽其所能防止将来发生此种行为”的“一项明确义务”。¹⁹¹ 在审理案情实质阶段, 法院对“承允”一词在该语境下的通常含义描述如下:

做出正式承诺, 使自身负有义务或允诺, 做出保证或承诺, 同意, 接受义务。该词通常用于规定缔约国义务的条约中……它不仅是为了进行督促或阐明目的。承允是不受条件限制的……; 不应把它仅解读为后文明确提到立法、起诉和引渡之处的引言。这些特征支持的是这样一个结论: 第一条(尤其是承允防止部分)产生了与后续条款中出现的义务明显不同的义务。¹⁹²

¹⁸⁶ 《公民权利和政治权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 999 卷, 第 14668 号, 第 171 页, 第二条第 2 款(“凡未经现行立法或其他措施予以规定者, 本公约每一缔约国承担按照其宪法程序和本公约的规定采取必要的步骤, 以采纳为实施本公约所承认的权利所需的立法或其他措施”)。

¹⁸⁷ 《儿童权利公约》(1989 年 11 月 20 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1577 卷, 第 27531 号, 第 3 页, 第 4 条(“缔约国应采取一切适当的立法、行政和其他措施以实现本公约所确认的权利”)。

¹⁸⁸ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山), 判决, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 43 页起, 见第 219 页, 第 426 段。

¹⁸⁹ 同上, 第 425 段。

¹⁹⁰ 同上, 第 220 页, 第 427 段。

¹⁹¹ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用, 1993 年 4 月 8 日临时措施令, 《1993 年国际法院案例汇编》, 第 3 页起, 见第 22 页, 第 45 段。

¹⁹² 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)(见上文脚注 188), 第 43 页起, 见第 111 页, 第 162 段。

第 4 条第 1 款草案制定的对防止危害人类罪的承诺，意在表达对各国同样的法律约束力；它也不仅是为了进行督促或阐明目的，并且不仅仅是对之后各条草案的引言。

(8) 国际法院在同案中指出，在采取预防措施时，“各国明显只能在国际法允许的限度内行事”。¹⁹³ 委员会认为，应该在第 4 条第 1 款草案中把这个要求明确表述出来，因而加入了任何防止措施都必须“按照国际法”的字句。因此，国家为履行本项义务而采取的措施必须符合国际法规则，包括《联合国宪章》、国际人道主义法和人权法中规定的关于使用武力的规则。国家仅有义务根据国际法为防止危害人类罪采取法律允许的措施。

(9) 如第 4 条第 1 款草案所规定，这一预防义务明示或暗示包含四个要素。第一，国家做出这一承诺，便有义务不“通过本国的机关或者本国能够稳固控制、因而根据国际法其行为可归属于相关国家的人，实施此类行为”。¹⁹⁴ 国际法院认为，在考虑 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条所载的类似的预防义务时：

根据第一条，各缔约国有义务防止实施此类行为，该条将此类行为称为‘国际法认定的犯罪行为’。该条没有明文规定各国自己不要实施灭绝种族。不过，法院认为，考虑到该《公约》的既定目的，第一条的含义就是要禁止各国自己实施灭绝种族。推定这一禁止含义的第一个依据是，该条将灭绝种族归为‘国际法认定的罪行’：而缔约国要是同意这一归类，在逻辑上就必须保证不实施所述行为。第二个依据是，明确规定有义务防止实施灭绝种族行为。这一义务要求缔约国在该判决书后文具体说明的情况下，利用所掌握的手段，防止不直接受其权力支配的个人或群体实施灭绝种族行为或第三条所述的任何其他行为。因此，如果说一方面规定国家有义务在其权力范围内防止它们能施加一定影响力的个人实施犯灭绝种族行为，另一方面却又不禁止各国通过自身的机关或通过受其严密控制因而根据国际法其行为被归为国家行为的个人实施此类行为，那将是自相矛盾的。简言之，防止灭绝种族的义务必然意味着禁止实施灭绝种族。¹⁹⁵

(10) 法院还裁决，第一条所反映的实质性义务表面上并非受地域限制，而是适用于“可能正在或也许能以与履行有关义务[……]相适合的方式行事的国家”。¹⁹⁶

(11) 如果所涉行为根据国家责任规则归属于国家，则违反不直接实施此类行为的义务意味着国家要承担责任。实际上，就可能出现的关于 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的争端而言，第九条除其他外提到“关于某一国家对于灭绝种族罪……的责任的”争端。虽然 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》的重点主要是起诉犯有灭绝种族罪的个人，但是国际法院强调，违反防止义务不是国家实施的属于刑事犯罪的违反行为，而是一种涉及国家责任的违反国际法行

¹⁹³ 同上，第 221 页，第 430 段。

¹⁹⁴ 同上，第 113 页，第 166 段。

¹⁹⁵ 同上。

¹⁹⁶ 同上，第 120 页，第 183 段。

为。¹⁹⁷ 法院的做法同委员会曾经表达过的意见一致，¹⁹⁸ 包括关于 2001 年“国家对国际不法行为的责任条款”的评注：“当国家官员实施违反国际法罪行时，经常是国家对此行为负责或对没有预防或惩罚这种行为的结果负责”。¹⁹⁹

(12) 第二，国家做出第 4 条第 1 款规定的承诺，即有义务“采取能够动用的各种手段，……防止不属于本国直接管辖的人或团体实施”此类行为。²⁰⁰ 在这种情况下，当缔约国在“有能力对很可能实施、或者已经在实施灭绝种族行为的人的行动产生有效影响的情况下”尽最大努力(尽责标准)，而这种能力反过来又取决于缔约国同所涉个人或团体的地域、政治和其他联系。²⁰¹ 国际法院对 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》中的预防义务的标准做出了如下分析：

显然，有关义务是行为义务，而不是结果义务，也就是说不能说一国有关义务在无论何种情况下成功防止实施灭绝种族：缔约国的义务是采取它们可合理掌握的一切手段，尽可能防止实施灭绝种族。一国并不仅仅因为所希望的结果没有实现而承担责任；不过，一国如未明确采取其权力范围内的一切或可有助于防止灭绝种族的措施来防止灭绝种族，则就要承担责任。在这一方面，要求进行具体评估的‘尽责’概念至关重要。在评估一国是否已尽责地履行相关义务时要考虑到各种参数。第一项显然是能否有成效地影响有可能实施或正在实施灭绝种族行为的个人的行动，这一项在国与国之间差别很大。该能力本身取决于有关国家机关至事发现场的地理距离、该国当局与事件中的主要行为者之间的政治联系和所有其他联系的力度等等。还必须以法律标准来评估国家施加影响的能力，因为很明显，每个国家仅可在国际法允许的限度内采取行动。例如，一国施加影响的能力，可能视其对面临灭绝种族危险的境况和个人或灭绝种族的现实情况所持的具体法律立场而不同。另一方面，涉及这种责任的国家会称，即便它采用了合理掌握的一切手段，也不足以防止灭绝种族罪的实施，但是否作出这种声称、甚至作出这种证明，都是不相干的。这一点除了通常难以证明外，对是否违反有关的行为义务来说是无关紧要的。而且如果若干国家联合作出努力，每个国家都履行防止的义务，就可能达到仅凭一国之力难以产生的效果，也就是避免灭绝种族的发生。要是考虑到这种可能性，有关国家是否如此声称就更是无关紧要。²⁰²

同时，法院认为，“只有灭绝种族实际发生时，才能追究有关国家违反防止灭绝种族义务的责任”。²⁰³

¹⁹⁷ 同上，第 114 页，第 167 段(国际责任“与刑事责任截然不同”的结论)。

¹⁹⁸ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 页第 248 段(结论是：《灭绝种族罪公约》“没有关于国家责任的第九条中设想国家罪行或国家刑事责任的问题”)。

¹⁹⁹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 142 页，对第 58 条的评注第(3)段。

²⁰⁰ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)(见上文脚注 188)，第 43 页起，见第 113 页，第 166 段。

²⁰¹ 同上，第 221 页，第 430 段。

²⁰² 同上。

²⁰³ 同上，第 221 页，第 431 段；见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 27 页(《关于国家对国际不法行为的责任的条款草案》，第 14 条第 3 款：“违反国家须防止某一特定事件的国际义务产生于该事件发生时”。)

(13) 第三，承上所述，第 4 条第 1 款草案规定的承诺使缔约国有义务积极推进并事先采取旨在帮助防止该罪行发生的措施，办法包括采取(a)项所述的“在其管辖的任何领土内采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施”。这一条文受到了 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 2 条第 1 款的启发，该条款规定：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为”。²⁰⁴

(14) 使用“其他预防措施”这一用语，而不是仅仅用“其他措施”，是为了强化本条款的相关措施仅仅是为了预防这一点。“有效”一词意味着国家应保持其已经采取的相关措施，并在这些措施有缺陷的情况下应通过更有效的措施加以改进。禁止酷刑委员会在关于 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》所载类似条款的意见中说：

缔约国有义务消除任何阻碍根除酷刑和虐待的法律或其他障碍，并有义务采取积极有效措施，确保有效防止此类行为的发生和重演。缔约国还有义务不断审查其本国法律和执行《公约》的情况，并按照委员会就个别来文通过的意见和结论性意见加以改进。如果缔约国采取的措施未能实现杜绝酷刑行为这一目标，则按照《公约》的要求，缔约国须作出改进和/或采取新的、更为有效的措施。²⁰⁵

(15) 至于国家应努力采取哪些具体类别的措施，人权理事会于 2015 年通过了一份关于防止种族灭绝的决议²⁰⁶，使得人们能够有所了解为履行 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第一条而应采取何种措施。该决议：(a) 重申“每个国家都有责任通过适当和必要的手段保护其人民免遭种族灭绝，这意味着要防止此种罪行，包括防止煽动灭绝种族”；²⁰⁷ (b) 鼓励“会员国通过培养个人专门技能和在政府内部设立适当单位加强预防工作，建立防止灭绝种族罪的能力”；²⁰⁸ (c) 鼓励“各国考虑指定关于防止灭绝种族罪的协调中心，以便在相互间并与秘书长防止灭绝种族问题特别顾问、联合国有关机构及区域和次区域机制进行合作并交流信息和最佳做法”。²⁰⁹

(16) 从区域方面看，1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》²¹⁰ 没有规定“防止”违反该《公约》的行为的明确义务，但欧洲人权法院将已作出解释，(关于生命权的)第 2 条第 1 款含有这一义务，并要求采取适当的防止措施，例如“订立适当的法律和行政框架来阻遏危害人身的罪行的发生，通过执法机关预

²⁰⁴ 《禁止酷刑公约》，第 2 条第 1 款。

²⁰⁵ 见禁止酷刑委员会，关于缔约国执行第 2 条的第 2 号一般性意见(2007 年)，第 4 段，载于《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 44 号》(A/63/44)，附件六。

²⁰⁶ 人权理事会的报告，《大会正式记录，第七十届会议，补编第 53 号》(A/70/53)，第二章，第 28/34 号决议，人权理事会 2015 年 3 月 27 日通过。

²⁰⁷ 同上，第 2 段。

²⁰⁸ 同上，第 3 段。

²⁰⁹ 同上，第 4 段。

²¹⁰ 《保护人权与基本自由公约》(1950 年 11 月 4 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页(下称《欧洲人权公约》)。

防、打击及处罚违反此类条款的行为”。²¹¹ 同时，法院确认缔约国在这方面的义务是有限的。²¹² 同样，虽然 1969 年《美洲人权公约》²¹³ 未载有“防止”违反该《公约》的明确义务，但美洲人权法院在解释缔约国应“确保”该《公约》认可的各项权利得到自由且充分的行使的义务²¹⁴ 时认定，这一义务意味着缔约国有“预防的职责”，而这又要求缔约国采取某些步骤。法院说：

这一预防职责包括采取一切法律、政治、行政和文化手段，促进保护人权，确保任何侵权行为均被视为非法行为，并当作非法行为来处理，因而可能导致对负责任者加以处罚，并产生对损害的受害者提供补偿的义务。此类措施不可能详细列出，因为它们因每个缔约国的法律和情况的不同而存在差异。²¹⁵

法院也是依据类似的推理对 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》第 6 条作出了解释。²¹⁶

(17) 因此，任何具体国家对危害人类罪应采取的具体预防措施取决于这些犯罪行为对该国构成的相关背景和 risk。这一义务通常要求国家至少：(a) 制定必要的国家法律和政策，培养人们对此类行为犯罪性质的认识，促使提早发现此类行为发生的风险；(b) 不断审查这些法律和政策并作出必要改进；(c) 就相关条约制度下国家的义务对政府官员进行教育；(d) 对警察、军队、民兵和其他相关人员开展必要的培训项目，从而帮助预防危害人类罪的发生；(e) 一旦违禁行为发

²¹¹ Makaratzis 诉希腊，第 50385/99 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2004 年 12 月 20 日的判决，《2004 年欧洲人权法院案例汇编》，第十一卷，第 57 段；见 Kiliç 诉土耳其，第 22492/93 号申诉，欧洲人权法院 2000 年 3 月 28 日的判决，《2000 年欧洲人权法院案例汇编》第三卷，第 62 段(结论：第 2 条第 1 款使国家不仅有义务不得故意、非法剥夺生命，且有义务在其国内法律体系中采取适当步骤以保障其辖内人员的生命)。

²¹² Mahmut Kaya 诉土耳其，第 22535/93 号申诉，欧洲人权法院第一庭 2000 年 3 月 28 日的判决，《2000 年欧洲人权法院案例汇编》，第三卷，第 86 段(“考虑到现代社会中维持治安的难度、人的行为的不可预测性，在优先事项和资源方面必须做出实际操作上的选择，对[第 2 条第 1 款中]积极义务的释办法须不得对当局施加难以达成或不成比例的负担”)；另见 Kerimova 等人诉俄罗斯，第 17170/04、第 20792/04、第 22448/04、第 23360/04、第 5681/05 和第 5684/05 号申诉，欧洲人权法院第一庭 2011 年 9 月 15 日的终审判决，第 246 段；Osman 诉联合王国，欧洲人权法院大审判庭 1998 年 10 月 28 日的判决，《1998 年案例汇编》，第八卷，第 116 段。

²¹³ 《美洲人权公约：哥斯达黎加圣何塞公约》(1969 年 11 月 22 日，圣何塞)，美洲国家组织，《条约汇编》，第 1144 卷，第 17955 号，第 123 页。

²¹⁴ 第 1 条第 1 款规定：“本公约的缔约国承诺尊重本公约认可的各项权利和自由，并确保受其管辖的所有人员得以不受歧视地自由、充分行使这些权利和自由”。人们注意到，《非洲人权和民族权利宪章》第 1 条规定，缔约国“应承认宪章所载的权利、义务和自由，应采取立法或其他措施予以落实”。《非洲人权和人民权利宪章》(《班珠尔宪章》)(内罗毕，1981 年 6 月 27 日)，联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页。

²¹⁵ Velasquez Rodríguez 诉洪都拉斯，1988 年 7 月 29 日判决(案情实质)，美洲人权法院 C 辑第 4 号，第 175 段；另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁，2004 年 7 月 8 日判决(案情实质、赔偿及费用)，美洲人权法院 C 辑第 110 号，第 155 段；Juan Humberto Sánchez 诉洪都拉斯，2003 年 6 月 7 日判决(初步反对意见、案情实质、赔偿及费用)，美洲人权法院 C 辑第 99 号，第 137 和第 142 段。

²¹⁶ Tibi 诉厄瓜多尔，2004 年 9 月 7 日判决(初步反对意见、案情实质、赔偿及费用)，美洲人权法院 C 辑，第 114 号，第 159 段；另见 Gómez-Paquiyaui Brothers 诉秘鲁(见上文脚注 215)，第 155 段。

生，即本着诚意履行关于调查并起诉或引渡行为人的其他义务，因为这样做在一定程度上可以遏制他人今后的行为。²¹⁷ 某些措施，例如培训计划等，可能在该国已经存在，用以防止与危害人类罪有关的不法行为(诸如谋杀、酷刑、强奸等)。该国有义务视必要对那些措施加以补充，专门防止危害人类罪的发生。在这里，如果缔约国没有视需要和情况尽最大努力动用政府和行政机器尽量防止危害人类罪的发生，也会产生国家的国际责任。

(18) 第 4 条第 1 款(a)项草案提到国家应“在其管辖的任何领土内”采取有效的立法、行政、司法或其他预防措施。这种表述方式不仅涵盖一国的领土，也涵盖在该国管辖下的其他领土上开展的活动。委员会以前是这样解释的：

这涵盖一国即便没有法律上的管辖权但却行使事实上的管辖权的情况，例如非法干涉、占领和非法吞并。在这一方面可以参照国际法院在纳米比亚案中提出的咨询意见。在这份咨询意见中，法院判定南非对于产生并维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任，并认定南非有义务从纳米比亚撤销其政府，但仍认为南非对纳米比亚的事实上的控制产生了某些法律后果。²¹⁸

(19) 第四，国家做出第 4 条第 1 款草案规定的承诺，便有义务彼此间以及与联合国、红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会等组织开展某些形式的合作。各国合作防止危害人类罪的义务第一次出现在《联合国宪章》第一条第三款中：²¹⁹《宪章》的宗旨之一是“促成国际合作，以解决国际间属于……人类福利性质之国际问题，且增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”。此外，在《宪章》第五十五和第五十六条中，联合国所有会员国担允“采取共同

²¹⁷ 可与某些特定类别的侵犯人权行为的预防措施进行比较，见消除对妇女歧视委员会，关于有效的国家机制和宣传的第 6 号一般性建议(1988 年)，第 1 至 2 段，《大会正式记录，第四十三届会议，补编第 38 号》(A/43/38)，第五章，第 770 段；消除对妇女歧视委员会，关于在预防及控制艾滋病国家战略中避免歧视妇女的第 15 号一般性建议(1990 年)，《大会正式记录，第四十五届会议，补编第 38 号》(A/45/38)，第四章，第 438 段；消除对妇女歧视委员会，关于对妇女的暴力行为的第 19 号一般性建议(1992 年)，第 9 段，同上，《第四十七届会议，补编第 38 号》(A/47/38)，第一章；儿童权利委员会，关于执行《公约》的一般措施的第 5 号一般性意见(2003 年)，第 9 段，同上，《第五十九届会议，补编第 41 号》(A/59/41)，附件十一；人权事务委员会，关于《公约》缔约国的一般法律义务性质的第 31 号一般性意见(2004 年)，载于同上，《第五十九届会议，补编第 40 号》(A/59/40)，第一卷，附件三；儿童权利委员会，关于远离原籍国无人陪伴和无父母陪伴的儿童待遇的第 6 号一般性意见(2005 年)，第 50 至 63 段，同上，《第六十一届会议，补编第 41 号》(A/61/41)，附件二；消除种族歧视委员会，关于在刑事司法制度的司法和运作中预防种族歧视的第 31 号一般性建议(2005 年)，第 5 段，同上，《第六十届会议，补编第 18 号》(A/60/18)，第九章，第 460 段；另见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，大会 2005 年 12 月 16 日第 60/147 号决议附件，原则 3(a) (“按相应法律体系的规定尊重、确保尊重和实施国际人权法和国际人道主义法的义务，除其他外，包括下列义务：(a) 采取适当的立法和行政措施及其他适当措施，防止违法行为发生”。)

²¹⁸ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，对《关于预防危险活动引起跨界损害的条款草案》第 1 条的评注第(12)段，第 151 页(引述《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果》，《咨询意见》，《1971 年国际法院判例汇编》，第 16 页起，见第 54 页，第 118 段)；另见《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 70 页，对《关于危险活动造成的跨界损害的损失分配的原则草案》第 2 条原则的评注第(25)段；《使用或威胁使用核武器的合法性》，《咨询意见》，《1996 年国际法院判例汇编》，第 226 页起，见第 242 页，第 29 段(提到“各国应履行一般义务以确保在其管辖和控制范围内的活动尊重其他国家或国家控制范围以外地区的环境”)。

²¹⁹ 《联合国宪章》(1945 年 6 月 26 日，旧金山)。

及个别行动与本组织合作，以达成”某些宗旨，包括“全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守”。在具体防止危害人类罪的方面，联合国大会在 1973 年《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》中承认，为了防止实施战争罪和危害人类罪而应开展国家间合作、采取国家间行动的一般义务。除其他事项外，大会宣布“各国应在双边和多边基础上相互合作，以期制止并防止战争罪和危害人类罪，并为此目的，采取必要的国内和国际措施”。²²⁰

(20) 因此，第 4 条第 1 款(b)项草案写明各国应互相合作防止危害人类罪，并与有关政府间组织合作。“有关”一词意在表明与任何特定政府间组织的合作将取决于该组织的职能、国家与该组织的关系、需要开展合作的背景，等等。(b)项还规定各国应酌情与其他组织合作。这些组织包括可以在具体国家防止危害人类罪中发挥重要作用的非政府组织。使用“酌情”一词是为了表明合作义务在本质上取决于具体情况，而且对这些组织的适用程度不同于对国家和相关政府间组织的适用程度。

(21) 第 4 条第 2 款草案写明，任何情况均不得用来作为危害人类罪的辩护理由。这段文字受到了 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 2 条第 2 款的启发，²²¹ 但有所微调，以便更好地切合危害人类罪的上下文。如第 2 条草案一样，用“武装冲突”一语取代了“战争状态或战争威胁”的表述。另外，用“诸如”一词是为了强调所举例子并非详尽无遗。

(22) 在全球或区域层面处理严重罪行的其他条约中可以找到相似的语言。例如，2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第一条第二款²²²，以及 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》第 5 条²²³ 都载有类似语言。

(23) 在危害人类罪方面用这种表述方式的好处之一是，这种写法既可以指向国家行为方的行为，也可以指向非国家行为方的行为。同时，本款处理这一问题所联系的仅是预防的义务，而不是刑事诉讼中个人可用的辩护理由或是其他排除刑事责任的理由等。

第 5 条 不推回

1. 如有充分理由相信任何人在另一国管辖领土内将有遭受危害人类罪的危险，则任何国家不得将该人驱逐、遣返(推回)、移交或引渡至该国。

²²⁰ 《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》，大会 1973 年 12 月 3 日第 3074(XXVIII)号决议，第 3 段。

²²¹ 《禁止酷刑公约》，第 2 条第 2 款(“任何特殊情况，不论为战争状态、战争威胁、国内政局动荡或任何其他社会紧急状态，均不得援引为施行酷刑的理由”。)

²²² 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第一条第二款(“任何情况，不论是处于战争状态或受到战争威胁、国内政治动乱，还是任何其他公共紧急状态，均不得用来作为强迫失踪的辩护理由”。)

²²³ 《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 5 条规定(“存在诸如战争状态、战争威胁、戒严状态或紧急状态、国内骚乱或动乱、中止宪法保障、国内政局不稳等情况，或者其他公共紧急状态或灾难，均不得援引或容许为酷刑犯罪的理由”。)

2. 为了确定这种理由是否存在，主管当局应考虑到所有有关因素，包括在适当情况下考虑到在有关国家管辖的领土内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权行为或严重违反国际人道主义法的情况。

评注

(1) 根据第 4 条草案所述的广泛预防目标，第 5 条草案第 1 款规定，如有充分理由相信任何人在另一国管辖领土内将有遭受危害人类罪的危险，则任何国家不得将该人送至该国。因此，这一规定利用不推回原则来防止个人在某些情形下遭受危害人类罪。

(2) 总的来说，不推回原则要求一国在有充分理由相信任何人在另一国将有可能遭到迫害或其他特定伤害的情况下，不得将该人遣返至该国。此项原则在二十世纪已写入多项条约，包括 1949 年《日内瓦第四公约》，²²⁴但在大多数情况下则列入了国际难民法，特别是 1951 年《关于难民地位的公约》第三十三条。²²⁵其他涉及难民的公约和文书²²⁶也列入了这项原则，如 1969 年《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》。²²⁷

(3) 在各种文书²²⁸和条约中，这项原则也被适用于所有外国人(不仅是难民)，如 1969 年《美洲人权公约》²²⁹和 1981 年《非洲人权和人民权利宪章》。²³⁰事实上，委员会 2014 年关于驱逐外国人的条款草案就在这种更广泛的意义上述及该原则。²³¹人权事务委员会和欧洲人权法院将分别载于 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第七条²³²和 1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》第 3

²²⁴ 《日内瓦第四公约》，第四十五条。

²²⁵ 《关于难民地位的公约》(1951 年 7 月 28 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 189 卷，第 2545 号，第 137 页，第三十三条第(一)款(“任何缔约国不得以任何方式将难民驱逐或送回(‘推回’)至其生命或自由因为他的种族、宗教、国籍、参加某一社会团体或具有某种政治见解而受威胁的领土边界”)。

²²⁶ 例如见《关于难民的卡特赫纳宣言》，中美洲、墨西哥和巴拿马关于难民国际保护问题的座谈会 1984 年 11 月 22 日在哥伦比亚卡特赫纳通过，结论 5。

²²⁷ 《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》(1969 年 9 月 10 日，亚的斯亚贝巴)，联合国，《条约汇编》，第 1001 卷，第 14691 号，第 45 页，第二条第 3 款。

²²⁸ 例如见《领土庇护宣言》，大会 1967 年 12 月 14 日第 2312(XXII)号决议(A/6716)；亚非法律协商组织 1966 年《关于难民地位和待遇的曼谷原则》最后案文，亚非法律协商组织 2001 年 6 月 24 日在新德里举行的第四十届会议通过，第三条；欧洲委员会，部长委员会关于保护符合《日内瓦公约》标准、但未被正式承认为难民者的 R(84)1 号建议，部长委员会 1984 年 1 月 25 日通过。

²²⁹ 《美洲人权公约》第 22 条第 8 款。

²³⁰ 《非洲人权和人民权利宪章》第 12 条第 3 款。

²³¹ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 44 段，第 23 条第 1 款(“不得将任何外国人驱逐至其生命可能会因种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族、族裔或社会出身、财产、出生或其他身份等理由或因国际法不容许的任何其他理由而受到威胁的国家”)。

²³² 见人权事务委员会，关于禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题的第 20 号一般性意见(1992 年)，第 9 段，《大会正式记录，第四十七届会议，补编第 40 号》(A/47/40)，附件六 A 节(“缔约国不得通过引渡、驱逐或驱回手段使个人回到另一国时有可能遭受酷刑或残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚”)。

条²³³ 的禁止酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇的规定解释为含蓄地提到不推回义务，尽管这两个公约未明确规定此项义务。此外，不推回原则还经常被列入引渡条约，其中指出，如果被请求缔约国有充分理由认为提出引渡请求的目的是以特定理由对被指控罪犯实施迫害，则条约中的任何内容均不得理解为规定了引渡被指控罪犯的义务。本条款草案的第 13 条草案第 9 款就属于这类规定。

(4) 与本条款草案特别相关的是，这项原则载于涉及特定罪行，如酷刑和强迫失踪的条约。例如，1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 3 条规定：

1. 如有充分理由相信任何人在另一国家将有遭受酷刑的危险，任何缔约国不得将该人驱逐、遣返(推回)或引渡至该国。

2. 为了确定这种理由是否存在，有关当局应考虑到所有有关的因素，包括在适当情况下，考虑到在有关国家境内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权的情况。

(5) 该条款仿照了 1951 年《关于难民地位的公约》，但增加了“引渡”内容，以涵盖将某人移送至另一国家的另一可能方式。²³⁴ 同样，2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十六条规定：

一、如果有充分理由相信，将某人驱逐、送返(“驱回”)、移交或引渡到另一国家，有造成此人遭受强迫失踪的危险，任何缔约国均不得采取上述行动。

二、为确定是否存在这种理由，主管当局应斟酌一切有关因素，包括在适用的情况下，考虑有关国家是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权或严重违反国际人道主义法的情况。

(6) 委员会认为第 5 条草案宜仿照后一条款。尽管如以前的公约那样，第 5 条草案第 1 款规定的国家义务重在使个人免遭危害人类罪，但这一规定不妨碍该国根据条约或习惯国际法承担的其他不推回义务。

(7) 第 5 条草案第 1 款规定，“如有充分理由相信任何人将有”遭受危害人类罪的“危险”，则该国不得将该人送往另一国。许多专家条约机构和国际法院都讨论过这一标准。例如，禁止酷刑委员会在审议指称一国违反 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 3 条的来文时指出，只要遭受酷刑的风险是针对个人的、现实存在的、可预见的和真实的，即有“充分理

²³³ 例如见 *Chahal* 诉联合王国，第 22414/93 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 1996 年 11 月 15 日的判决，《1996 年欧洲人权法院案例汇编》第五卷，第 80 段。

²³⁴ 类似的规定载于 2000 年 12 月 7 日在尼斯通过的《欧洲联盟基本权利宪章》，《欧洲共同体公报》，C 364 号，2000 年 12 月 18 日，第 1 页，第 19 条第 2 款(“任何人不得被递解、驱逐或引渡至将使其极有可能遭受死刑、酷刑和其他不人道或有辱人格的待遇和处罚的国家”)。

由”。²³⁵ 在确定是否有这种风险时，对酷刑风险的评估“必须基于超越理论或怀疑”的依据，尽管“风险并不需要有很大可能”。²³⁶

(8) 人权事务委员会在对各国的指导意见中指出，“如果有重大理由相信，在实施驱赶的国家或者有关人士可能最终被赶往的国家之中确实存在《公约》第六条和第七条所设想的那种会造成不可弥补伤害的风险”，一国“有义务不采取引渡、驱逐出境或者其他手段将有关人士逐出其国境。”²³⁷ 在解释这一标准时，人权事务委员会认为，各国不得因驱逐的“必然和可预见的后果”而给个人造成其根据《公民权利和政治权利国际公约》享有的权利可能受到侵犯的实际风险。²³⁸ 委员会还认为，必须“参考缔约国当局在引渡时已知或应知资料”，判定是否存在这种实际风险，但不需要“提供证据证明随后发生的实际酷刑，尽管关于随后事件的材料关系到初始风险评估。”²³⁹

(9) 欧洲人权法院认定，如果有充分理由相信一个人将面临有违 1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》第 3 条的待遇的实际风险，则国家有义务不予推回。²⁴⁰ 在适用这种法律标准时，各国必须审查将个人送到接受国的“可预见的后果”。²⁴¹ 虽然“仅有”虐待的“可能性”还不够，但无需证明虐待达到“很有可能”的程度。²⁴² 欧洲人权法院强调指出，必须“严格”审查实际风险的证据。²⁴³ 此外，与人权事务委员会的观点相类似，该法院认为在“评估”相关风

²³⁵ 例如见禁止酷刑委员会，Dadar 诉加拿大，第 258/2004 号来文，2005 年 11 月 23 日通过的意見，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 44 号》(A/61/44)，附件八 A 节，第 241 页，第 8.4 段；N.S. 诉瑞士，第 356/2008 号来文，2010 年 5 月 6 日通过的意見，同上，《第六十五届会议，补编第 44 号》(A/65/44)，附件十三 A 节，第 335 页，第 7.3 段。

²³⁶ 另见禁止酷刑委员会，关于执行第 3 条的第 1 号一般性意見(1997 年)，第 6-7 段，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 44 号》(A/53/44)，附件九，第 52 页。禁止酷刑委员会在分别于 2015 年和 2016 年举行的第五十五届和第五十八届会议上，商定对第 1 号一般性意見加以修订。2017 年 2 月 2 日的修订案文草稿(CAT/C/60/R.2)可查阅 www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/GC/Article3/CAT-C-GC-1.pdf。又例如见禁止酷刑委员会，A.R. 诉荷兰，第 203/2002 号来文，2003 年 11 月 14 日通过的意見，同上，《第五十九届会议，补编第 44 号》(A/59/44)，附件七 A 节，第 7.3 段。

²³⁷ 人权事务委员会，第 31 号一般性意見，第 12 段，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 40 号》(A/59/40)，第一卷，附件三。

²³⁸ 例如见人权事务委员会，Chitat Ng 诉加拿大，第 469/1991 号来文，1993 年 11 月 5 日通过的意見，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 40 号》(A/49/40)，第二卷，附件九 CC 节，第 15.1 (a)段；A.R.J. 诉澳大利亚，第 692/1996 号来文，1997 年 7 月 28 日通过的意見，同上，《第五十二届会议，补编第 40 号》(A/52/40)，第二卷，附件六 T 节，第 6.14 段；Hamida 诉加拿大，第 1544/2007 号来文，2010 年 3 月 18 日通过的意見，同上，《大会正式记录，第六十五届会议，补编第 40 号》(A/65/40)，第二卷，附件五 V 节，第 8.7 段。

²³⁹ 例如见人权事务委员会，Maksudov 等人诉吉尔吉斯斯坦，第 1461/2006 号、第 1462/2006 号、第 1476/2006 号和第 1477/2006 号来文，2008 年 7 月 16 日通过的意見，《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 40 号》(A/63/40)，第二卷，附件五 W 节，第 12.4 段。

²⁴⁰ 例如见 Soering 诉联合王国，第 14038/88 号申诉，1989 年 7 月 7 日的判决，欧洲人权法院，A 辑，第 161 卷，第 88 段；Chahal 诉联合王国(见上文脚注 233)，第 74 段。

²⁴¹ 例如见 Saadi 诉意大利，第 37201/06 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2008 年 2 月 28 日的判决，《2008 年欧洲人权法院案例汇编》第二卷，第 130 段。

²⁴² 同上，第 131 和第 140 段。

²⁴³ 同上，第 128 段。

险的证据时“必须主要看缔约国在驱逐出境时已知或应该已知的事实”，²⁴⁴ 但也要顾及此后了解到的情况。²⁴⁵

(10) 第 5 条草案第 2 款规定，在为第 1 款的目的确定是否有充足理由时，各国应考虑到“所有有关因素”。这些因素包括但不限于“在有关国家境内是否存在一贯严重、公然或大规模侵犯人权行为或严重违反国际人道主义法的情况”。事实上，很多因素可能都具有相关性。人权事务委员会在解释 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》时指出，“保证的存在和内容以及执行机制的存在和实施都是相关因素，关系到总体判定事实上是否存在发生被禁止的虐待行为的切实风险”。²⁴⁶ 为了 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的目的，禁止酷刑委员会列出了缔约国在判断可否遣返时需逐案分别考虑的非详尽无遗的清单，其中包含七项内容。²⁴⁷

(11) 1951 年《关于难民地位的公约》载有不推回义务的例外情况，以允许遣返实施犯罪或造成严重安全风险的个人。²⁴⁸ 但此后订立的条约并不包含此类例外情况，从而将不推回义务视为一项绝对义务。²⁴⁹ 委员会认为第 5 条草案不包含这种例外是适当的。

第 6 条 在国内法中定为刑事犯罪

1. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定危害人类罪构成犯罪。
2. 各国应采取必要措施，确保国家刑法把下列行为定为犯罪：
 - (a) 实施危害人类罪行；
 - (b) 企图实施这种罪行；
 - (c) 命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

²⁴⁴ 同上，第 133 段。

²⁴⁵ 例如见 El-Masri 诉前南斯拉夫的马其顿共和国，第 39630/09 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2012 年 12 月 13 日的判决，《2012 年欧洲人权法院案例汇编》第六卷，第 214 段。

²⁴⁶ 例如见 Maksudov 诉吉尔吉斯斯坦(见上文脚注 239)，第 12.4 段。

²⁴⁷ 禁止酷刑委员会，第 1 号一般性意见，第 8 段。此份清单包含如下内容：(a) 是否有证据表明所涉国家一贯严重、公然或大规模侵犯人权；(b) 相关个人是否曾经遭受公职人员或以官方身份行事的个人施行、或煽动、或同意、或默许的酷刑或虐待；(c) 是否有医学证据或其他独立证据证明相关个人关于曾经遭受酷刑或虐待的指控；(d) 所涉国家的国内人权状况是否发生变化；(e) 相关个人是否在所涉国家境内外从事政治活动或其他活动，致使其特别容易遭受酷刑；(f) 是否有证据证明相关个人的可信度；以及(g) 相关个人的主张中是否存在与事实不符的情况。

²⁴⁸ 《关于难民地位的公约》，第三十三条第(二)款。

²⁴⁹ 例如见 Maksudov 诉吉尔吉斯斯坦(见上文脚注 239)，第 12.4 段；Othman (Abu Qatada) 诉联合王国，第 8139/09 号申诉，欧洲人权法院第四庭 2012 年 1 月 17 日的判决，《2012 年欧洲人权法院案例汇编》第一卷，第 185 段；禁止酷刑委员会，Tapia Paez 诉瑞典，第 39/1996 号来文，1997 年 4 月 28 日通过的意见，《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 44 号》(A/52/44)，附件五，B 4 节，第 14.5 段；Abdussamatov 等人诉哈萨克斯坦，第 444/2010 号来文，2012 年 6 月 1 日通过的意见，同上，《第六十七届会议，补编第 44 号》(A/67/44)，附件十四 A 节，第 530 页，第 13.7 段。

3. 各国还应采取必要措施，确保国家刑法将下列行为定为犯罪：

(a) 军事指挥官或实际上以军事指挥官身份行事的人，如果未对在其实际指挥和控制下的部队，或在其实际管辖和控制下的部队适当行使控制，在下列情况下，应对这些部队实施的危害人类罪行负刑事责任：

(一) 该军事指挥官或该人知道，或者由于当时的情况理应知道，部队正在实施或即将实施这些犯罪；

(二) 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

(b) 对于(a)项未述及的上下级关系，上级人员如果未对在其实际管辖或控制下的下级人员适当行使控制，在下列情况下，应对这些下级人员实施的危害人类罪负刑事责任：

(一) 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理睬明确反映这一情况的情报；

(二) 犯罪涉及该上级人员实际负责和控制的活动的；

(三) 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

4. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条草案所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。

5. 各国应采取必要措施，确保根据国家刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由。

6. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定，本条草案所述罪行不应受到任何时效限制。

7. 各国应采取必要措施，确保国家刑法规定，对本条款草案所述罪行，应考虑到其严重性，处以适当的惩罚。

8. 在不违反本国法律规定的情况下，每个国家应酌情采取适当措施确定法人对本条草案所指罪行的责任。在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任。

评注

(1) 第6条草案规定了各国为确保危害人类罪构成犯罪，排除某些辩护理由或任何法定时效，实行与此类罪行严重性质相称的惩治而必须在国家刑法之下采取的各种措施。对以下就被指控罪犯建立和行使管辖的相关条款草案的妥善运作而言，这类措施是至关重要的。

确保国家刑法规定“危害人类罪”构成犯罪

(2) 纽伦堡国际军事法庭确认必须惩治犯有危害人类罪等罪行的个人，宣布：“犯下违反国际法罪行的是人，而不是抽象的实体，只有通过惩治犯有此种罪行

的人才能够执行国际法的规定”。²⁵⁰ 委员会 1950 年“纽伦堡法庭宪章及法庭判决中所确认之原则”规定：“任何人所犯行为如构成国际法规定之罪行，则须为其承担责任并受到处罚”。²⁵¹ 1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》序言部分宣布，“有效惩治……危害人类罪为防止此种罪行、保障人权与基本自由、鼓励信心、促进民族间合作、及增进国际和平与安全的一个重要因素”。1998 年《罗马规约》的序言申明，“对整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”。

(3) 很多国家通过了关于危害人类罪的法律，规定了国家制度中对此类罪行的惩治。特别是在 1998 年《罗马规约》的影响下，一些国家颁布或修订了关于危害人类罪的国家法律，以与《规约》第七条所述相同或非常相似的措辞界定了此种罪行。同时，也有很多国家通过了与《规约》第七条不同的本国法律，有些还有重大差异。另外，还有一些国家尚未就危害人类罪通过本国法律。这些国家的刑法一般都对谋杀、酷刑、强奸等多种行为确实有某种形式的惩治规定，而此类行为在某些情况下可能构成危害人类罪。²⁵² 然而，由于这些国家尚未将危害人类罪本身定为犯罪，这种空白可能会妨碍对犯罪行为进行起诉和惩治，包括与其严重性相称的起诉和惩治。

(4) 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 4 条第 1 款规定：“每一缔约国应保证将一切酷刑行为定为刑事罪行”。²⁵³ 禁止酷刑委员会强调必须履行此项义务以避免《公约》中的定义与国内法中纳入的定义有重大差距：

《公约》中的定义如与国内法中纳入的定义有重大差距，就会出现实际或可能的漏洞，从而导致有罪不罚现象。在某些情况下，尽管用语也许相近，但国内法或司法解释可能对其含义做了限定，因此委员会要求每一缔约国确保政府所有部门都根据《公约》中的定义来界定国家义务。²⁵⁴

(5) 为了帮助避免在危害人类罪问题上出现此类漏洞，第 6 条草案第 1 款规定各国应采取必要措施确保国家刑法规定危害人类罪本身构成犯罪。第 6 条草案第 2 和 3 款(讨论如下)则进一步规定了国家在此类罪行自然人以某些方式实施时将这些方式定为犯罪的义务。

²⁵⁰ 1946 年 9 月 30 日判决(见上文脚注 29)，第 466 页。

²⁵¹ 《1950 年……年鉴》，第二卷，A/1316 号文件，第三部分，第 374 页，第 97 段(原则 1)。

²⁵² 见 2015 年 5 月 27 日国际刑事法院上诉庭在“检察官诉西蒙·巴博”案件(案件号为 ICC-02/11-01/12 OA)中关于科特迪瓦对 2014 年 12 月 11 日第一预审分庭题为“关于科特迪瓦质疑西蒙·巴博案件可受理性的裁定”提起上诉的判决(其中认定，国家起诉扰乱和平、组织武装团伙和破坏国家安全等国内普通罪行不是基于和本案行为大体相同的行为，即所指称的谋杀、强奸、其他不人道行为和迫害等危害人类罪)。

²⁵³ 《禁止酷刑公约》第 4 条第 1 款。

²⁵⁴ 见禁止酷刑委员会《第 2 号一般性意见》(2007 年)；又见禁止酷刑委员会，《大会正式记录，第五十八届会议，补编第 44 号》(A/58/44)，第三章，审议缔约国在《公约》第 19 条下提交的报告，斯洛文尼亚，第 115(a)段和比利时，第 130 段。

(6) 由于第3条草案第1至第3款界定了“危害人类罪”一词，第6条草案第1款规定的义务要求符合此种定义的罪行在国家的国内法中被定为犯罪。虽然为了照顾任何具体国家可能有特定的术语或其他问题，措辞上可能与第3条草案第1至第3款的确切用语有所偏离，但这种偏离不应当造成严重脱离第3条草案第1至第3款所界定的危害人类罪含义的限定或改变。但是，第6条草案(及随后的各条款草案)中使用的“危害人类罪”一词并不包括第3条草案第4款具有的“不妨碍”条款。该款承认在任何国际文书或国内法中“危害人类罪”可能具有更广泛的定义，但就本条款草案而言，“危害人类罪”的定义限于第3条草案第1至第3款的范围。

(7) 与1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》一样，国际人道主义法、人权和国际刑法领域中的很多条约都要求缔约各国确保被禁止的行为在国内法中被定为“犯罪”或“处以惩罚”的行为，尽管关于这方面义务的措辞有所不同。²⁵⁵ 有些条约，如1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》²⁵⁶ 和1949年《日内瓦四公约》²⁵⁷ 载有颁布“立法”的义务，但委员会认为，以较为近期的条约如1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》作为第6条草案第1款的模板是恰当的。

实施、企图实施、协助或促成危害人类罪

(8) 第6条草案第2款规定，各国应采取必要措施确保自然人借以犯下危害人类罪的某些方式在国家法律中被定为犯罪，具体为：实施危害人类罪行，企图实施这种罪行，命令、怂恿、引诱、协助、教唆或以其他方式帮助或促成实施或企图实施这种罪行。

(9) 考察表明，国际文书和国内法均就危害人类罪的各类(或各种形式)个人刑事责任作出了规定。首先，将“危害人类罪”定为犯罪的所有司法管辖区都规定“实施”罪行者(有的国内法称之为“直接”实施罪行者，有的称之为“犯下”罪行者，有的称之为实施罪行的“主犯”)都负有刑事责任。例如，《纽伦堡宪章》第6条规定，国际军事法庭对“无论作为个人还是组织成员、为欧洲轴心国

²⁵⁵ 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970年12月16日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第860卷，第12325号，第105页，第2条；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第2条第2款；《反对劫持人质国际公约》，第2条；《禁止酷刑公约》，第4条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第6条；《联合国人员和有关人员安全公约》，第9条第2款；《美洲被迫失踪人士公约》，第3条；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》，第4条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(1999年12月9日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第2178卷，第38349号，第197页，第4条；《非洲统一组织(非统组织)防止和打击恐怖主义公约》(1999年7月14日，阿尔及尔)，同上，第2219卷，第39464号，第179页，第2条(a)项；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第5条第1款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第7条第1款；《东南亚国家联盟反恐怖主义公约》(2007年1月13日，宿务)，第9条第1款，见《与预防和打击国际恐怖主义有关的国际文书》，联合国出版物，出售品编号E.08.V.2(2008年，纽约)，第336页。

²⁵⁶ 《灭绝种族罪公约》，第5条。

²⁵⁷ 《日内瓦第一公约》；《日内瓦第二公约》；《日内瓦第三公约》；《日内瓦第四公约》。2016年关于《日内瓦第一公约》第49条(刑事制裁)的评注(下称2016年红十字委员会关于第49条的评注)，见红十字国际委员会(红十字委员会)。

之利益行事而犯有任何下列罪行之人”具有管辖权。同样,《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》²⁵⁸和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》²⁵⁹也规定,凡“实施”危害人类罪的人“应当为该项犯罪负个人责任”。1998年《罗马规约》规定,“实施本法院管辖权内的犯罪的人,应依照本规约的规定负个人责任,并受到处罚”,而且“有下列情形之一的人,应依照本规约的规定,对一项本法院管辖权内的犯罪负刑事责任,并受到处罚:(a)单独[或]伙同他人,实施这一犯罪。²⁶⁰同样,塞拉利昂问题特别法庭、²⁶¹东帝汶重罪特别审判分庭、²⁶²柬埔寨法院特别法庭、²⁶³伊拉克最高刑事法庭、²⁶⁴塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭²⁶⁵的规约文书均规定,“实施”危害人类罪的人负有刑事责任。针对其他类型罪行的条约也一概要求缔约国通过禁止直接犯下相关罪行的国内法。例如,1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定“实施”灭绝种族罪须负个人刑事责任。²⁶⁶

(10) 第二,所有这些国内或国际司法管辖机构在某种程度上也规定以“实施”罪行以外的方式参与罪行的人承担刑事责任。这种行为可能采取“企图”实施犯罪的形式,或作为犯罪行为或未遂犯罪行为的“从犯”或“共犯”。关于“企图”实施犯罪,前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和塞拉利昂问题特别法庭规约均没有对这类责任做出规定。相比之下,1998年《罗马规约》规定了企图实施犯罪者的刑事责任,除非此人放弃实施犯罪或以其他方式防止完成犯罪。²⁶⁷在班达和杰宝案中,预审分庭指出,对未遂罪承担刑事责任的“前提是:若非不受犯罪人控制的外部环境干预,则犯罪人的行为在正常情况下本来会导致完成犯罪。”²⁶⁸

²⁵⁸ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》,第7条第1款。

²⁵⁹ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》,第6条第1款。

²⁶⁰ 见《罗马规约》,第二十五条第(二)款和第(三)款第1项。

²⁶¹ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》,第6条。

²⁶² 联合国东帝汶过渡行政当局,《关于设立具有重大刑事罪专属管辖权的审判小组的第2000/15号条例》(UNTAET/REG/2000/15),第5节(2000年)(下称《东帝汶法庭宪章》)。

²⁶³ 《柬埔寨特别法庭协定》,第5条。另见《联合国和柬埔寨王国政府关于按照柬埔寨法律起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的协定》(2003年6月6日,金边),联合国,《条约汇编》,第2329卷,第41723号,第117页。

²⁶⁴ 《伊拉克特别法庭规约》,《国际法律资料》,第43卷,第231页,第10(b)条(2004年)(下称“伊拉克最高刑事法庭”)。伊拉克临时政府2005年在原规约的基础上颁布了新的规约,将法庭更名为“伊拉克最高刑事法庭”。见《伊拉克特别法庭法》,第10号,《伊拉克共和国政府公报》,第47卷,第4006号(2005年10月18日)。

²⁶⁵ 《在塞内加尔法院系统内设立的起诉1982年6月7日至1990年12月1日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》,《国际法律资料》,第52卷,第1028页,第4条(b)项和第6条(2013年)(下称《非洲特别法庭规约》)。

²⁶⁶ 《灭绝种族罪公约》,第三条(a)项和第四条。

²⁶⁷ 《罗马规约》,第二十五条第(三)款第6项。

²⁶⁸ 检察官诉阿卜杜拉·班达·阿巴卡尔·努宁和萨利赫·穆罕默德·杰宝·贾穆斯案,ICC-02/05-03/09号案件,关于2011年3月7日“确认指控的决定”的更正,国际刑事法院第一预审分庭,第96段。

(11) 第三, 关于“从犯”的责任, 国际文书通过各种不同的术语界定这一概念, 如“命令”、“唆使”、“引诱”、“煽动”、“鼓动”、“伙同作案”、“进行共谋”、“作为共犯”、“参与”或“共同犯罪活动”。因此, 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定, “凡计划、教唆、命令、犯下或协助或煽动他人计划、准备或进行本规约第 2 至 5 条所指罪行的人应当为该项犯罪负个人责任”。²⁶⁹ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》使用的措词几乎如出一辙。²⁷⁰ 两个法庭均已就被告参与其各自管辖范围内的罪行将被告定罪。²⁷¹ 同样, 塞拉利昂问题特别法庭、²⁷² 东帝汶重罪特别审判分庭、²⁷³ 柬埔寨法院特别法庭、²⁷⁴ 伊拉克最高刑事法庭²⁷⁵ 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭²⁷⁶ 的文书均规定, 以任何形式参与实施危害人类罪的人负有刑事责任。

(12) 1998 年《罗马规约》规定, 如果某人“通过……另一人实施这一犯罪”, 如果此人“命令、唆使、引诱实施这一犯罪, 而该犯罪事实是既遂或未遂的”, 如果此人“为了便利实施这一犯罪, 帮助、教唆或以其他方式协助实施或企图实施这一犯罪, 包括提供犯罪手段”, 或如果此人在符合某些条件的情况下“以任何其他方式支助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪”, 则应负刑事责任。²⁷⁷ 委员会决定采用 1998 年《罗马规约》中的各条措辞作为第 6 条草案第 2 款的基础。

(13) 在这些不同的国际文书中, “唆使”、“引诱”、“协助和教唆”犯罪的相关概念一般被视为包括策划、怂恿、图谋和重要的是直接煽动他人从事构成犯罪的行为。事实上, 《防止及惩治灭绝种族罪公约》不仅处理了灭绝种族罪的实施, 而且还有“预谋灭绝种族”、“直接公然煽动灭绝种族”、“意图灭绝种族”和“共谋灭绝种族”。²⁷⁸ 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》的概括规定是: “遇犯有第一条所称各罪情事, 本公约的规定适用于以正犯或从犯身份参加或直接煽动他人犯各该罪, 或阴谋伙党犯各该罪的国家当局代表及私人, 不问既遂的程度如何, 并适用于容许犯此种罪的国家当局代表”。²⁷⁹

²⁶⁹ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》, 第 7 条第 1 款。该法庭的各项裁决分析了此种刑事责任。例如见塔迪奇案, 1999 年 7 月 15 日判决, (见上文脚注 46)(认定“共同策划概念作为共犯罪责的形式之一已为习惯国际法牢固确立”)。

²⁷⁰ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》, 第 6 条第 1 款。

²⁷¹ 例如见检察官诉 Furundžija 案, IT-95-17/1-T 号案件, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭第二审判分庭 1998 年 12 月 10 日的判决, 《1998 年司法报告》, 第 246 段(认定“如果他知道很可能将实施一些罪行之一, 而且实际上确实实施了其中一个罪行, 那么他意图协助实施这一罪行, 并犯有协助和煽动罪”)。

²⁷² 《塞拉利昂问题特别法庭规约》, 第 6 条第 1 款。

²⁷³ 《东帝汶法庭宪章》, 第 14 节。

²⁷⁴ 《柬埔寨法院特别法庭协定》, 第 29 条。

²⁷⁵ 《伊拉克最高刑事法庭规约》, 第 15 条。

²⁷⁶ 《非洲特别法庭规约》, 第 10 条。

²⁷⁷ 《罗马规约》, 第二十五条第(三)款第 1-4 项。

²⁷⁸ 《灭绝种族罪公约》, 第三条(b)-(e)项。

²⁷⁹ 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》, 第二条。

(14) 另外，这些不同文书中的“命令”犯罪这一概念不同于“指挥”或其他上级责任的概念，并补充了后者。在这里，“命令”涉及上级明确指示实施构成犯罪的行为的刑事责任。相比之下，指挥或其他上级责任涉及上级未采取行动的刑事责任；具体而言，是上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者的情况。

(15) 针对危害人类罪以外罪行的条约通常规定参与实施罪行者承担刑事责任，其使用的宽泛术语并不试图要求各国改变国内法中已牢固确立的首选术语或方式。换言之，这些条约使用通用术语而不是具体用语，使各国能够通过现有国家法规、判例或法律传统规定刑事责任的确切详情。例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》一般性地规定：“各缔约国应采取必要措施，至少追究下列人员的刑事责任：……所有制造、指令、唆使或诱导制造或企图制造强迫失踪的人，以及同谋或参与制造强迫失踪的人”。²⁸⁰ 第6条草案第2款采取了同样的办法。

指挥责任或其他上级责任

(16) 第6条草案第3款处理的是指挥官或其他上级人员的责任问题。该款一般性地规定，如果上级人员对下属的行为失职，则应对下属实施的危害人类罪负刑事责任。

(17) 处理了危害人类罪的国际司法管辖机构将下级在某些情况下实施罪行的刑事责任归咎于其军事指挥官或其他上级。²⁸¹ 值得注意的是，纽伦堡和东京法庭针对军事和文职指挥官均运用了指挥责任概念，这一做法影响到后来的法庭。²⁸² 正如卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭在检察官诉 Alfred Musema 案中所述，“对于《[卢旺达问题国际刑事法庭]规约》第6条第3款中所述个人刑事责任的形式是否也适用于军事和文职当局人员，必须注意的是，在东京审判期间，根据这项原则宣判文职当局犯有战争罪行”。²⁸³

(18) 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定：“如果一个部下犯下本《规约》第2至5条所指的任何行为，而他的上级知道或应当知道部下将有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除该上级的刑事责任”。²⁸⁴ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭以此为依据将若

²⁸⁰ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第6条第1款(a)项。

²⁸¹ 例如见美利坚合众国诉 Wilhelm von Leeb 等人案(“高级指挥官案”)，纽伦堡军事法庭的战犯审判，第11卷(华盛顿哥伦比亚特区，美国政府出版局，1950年)，第543-544页。

²⁸² 同上；另见 *International Criminal Law: International Enforcement*, M.C. Bassiouni, ed., vol. III, 3rd ed. (Leiden, 3tinus Nijhoff, 2008, p. 461); and K.J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 262-263。

²⁸³ 见检察官诉 Alfred Musema 案，ICTR-96-13-A 号案件，卢旺达问题国际刑事法庭第一审判分庭，2000年1月27日的判决，第132段。

²⁸⁴ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第7条第3款。

干名被告定罪。²⁸⁵ 同样的措辞出现在卢旺达问题国际刑事法庭规约中，²⁸⁶ 该法庭也以同样依据将几名被告定罪。²⁸⁷ 类似的措词出现在塞拉利昂问题特别法庭²⁸⁸、黎巴嫩问题特别法庭²⁸⁹、东帝汶重罪特别审判分庭²⁹⁰、柬埔寨法院特别法庭²⁹¹、伊拉克最高刑事法庭²⁹² 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭²⁹³ 的规范文书中。

(19) 1998 年《罗马规约》第二十八条载有将对他人行为的刑事责任适用于军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人的详细标准。²⁹⁴ 一般而言，在下列情况下会发生刑事责任：(a) 有从属关系；(b) 指挥官知道或本应知道他的部下正在实施或即将实施罪行；(c) 指挥官未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请就此事进行调查和起诉。这一标准已经开始在刑事和民事两方面对“指挥责任”在国内法律体系中的发展产生影响。第二十八条还论及非军事或文职方面出现的“上下级关系”问题。这种上级包括“担任领导”但不“参与”军事活动的文官。在这里，在下列情况下会发生刑事责任：(a) 有从属关系；(b) 文职上级知道或有意忽视关于罪行的信息；(c) 罪行涉及该上级人员有效负责和控制的活动的；(d) 上级未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止所有这些罪行的实施，或报请就此事进行调查和起诉。

(20) 国际刑事法院的一个审判分庭于 2016 年 3 月判定 Jean-Pierre Bemba Gombo 有罪时适用了这一标准。除其他外，审判分庭认定，Bemba 先生实际上是以军事指挥官身份行事的人，他当时知道在他有效领导和控制之下的刚果解放运动武装正在或将要实施所控告的罪行。另外，审判分庭认定，Bemba 先生未采取一切必要和合理的措施防止或压制部下 2002 和 2003 年在中非共和国的军事行动中实施犯罪，或在罪行实施之后将此事报告主管当局。²⁹⁵

²⁸⁵ 例如见检察官诉 Zlatko Aleksovski 案，IT-95-14/1-T 号案件，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭 1999 年 6 月 25 日的判决，《司法补编第 6 号》，1999 年 6 月/7 月，第 66-77 段；检察官诉 Zejnir Delalić 等人案，IT-96-21-T 号案件，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭 1998 年 11 月 16 日的判决，第 330-400 段和第 605-810 段。

²⁸⁶ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 6 条第 3 款。

²⁸⁷ 见 Akayesu 案，1998 年 9 月 2 日的判决(见上文脚注 53)；检察官诉 Jean Kambanda 案，ICTR-97-23-S 号案件，卢旺达问题国际刑事法庭审判分庭 1998 年 9 月 4 日的判决。

²⁸⁸ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条第 3 款。

²⁸⁹ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，安全理事会 2007 年 5 月 30 日第 1757(2007)号决议，(包括附件和附录)，第 3 条第 2 款。

²⁹⁰ 《东帝汶法庭宪章》，第 16 节。

²⁹¹ 《柬埔寨特别法庭协定》，第 29 条。

²⁹² 《伊拉克最高刑事法庭规约》，第 15 条。

²⁹³ 《非洲特别法庭规约》，第 10 条。

²⁹⁴ 《罗马规约》，第二十八条；例如见 Kordić 案，2001 年 2 月 26 日的判决(见上文脚注 46)，第 369 段。

²⁹⁵ Bemba 案，2016 年 3 月 21 日的判决(见上文脚注 58)，第 630、第 638 和第 734 段。

(21) 国内法也经常载有关于战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪的这类刑事责任规定，但使用的标准有所不同。另外，有些国家没有就危害人类罪制订出此种标准。出于这些原因，委员会认为，为了鼓励有关这一问题的国内法取得一致，拟订一条清楚的标准是恰当的。²⁹⁶ 为此目的，第 6 条草案第 3 款是以 1998 年《罗马规约》规定的标准为模板起草的。

(22) 针对危害人类罪之外的其他罪行的条约也经常确认以指挥官或其他上级人员责任为形式的犯罪。²⁹⁷

上级命令

(23) 第 6 条草案第 4 款规定，各国应采取必要措施确保国家刑法规定，依照政府或者军事或文职上级的命令实施本条所述罪行的事实不成为免除下级刑事责任的理由。

(24) 所有处理危害人类罪的司法管辖机构均在一定程度上允许依据某些理由免除实质性刑事责任。例如，如果被指控施害者患有精神疾病，无法认识到其行为是非法的，则大多数司法管辖机构会免除其刑事责任。有些司法管辖机构规定，至少在某些情况下，也免除处于醉酒或药物麻醉状态者的刑事责任。为自卫采取的行动以及因直接伤害或死亡的威胁带来的胁迫所采取的行动也可以免负责任。在有些情况下，当事人必须达到一定的年龄，才须负刑事责任。各司法管辖机构允许提出的确切理由各不相同。就国内制度而言，这些理由通常适用于该司法管辖机构处理刑事责任的一般做法，而并不单单针对危害人类罪。

(25) 与此同时，大多数处理危害人类罪的司法管辖机构规定，犯下这类罪行的人不能以上级命令他们犯下该罪行作为辩护理由。²⁹⁸ 《纽伦堡宪章》第八条规定：“被告不得因按照政府或上级命令犯罪而免除刑事责任，但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。因此，国际军事法庭按照第八条认定：“士兵按照命令违反国际战争法而杀人或实施酷刑，从未被承认是实施此种暴行的理由”。²⁹⁹ 与此相似，《东京法庭宪章》第六条规定：“被告在任何时期所曾任之官职，以及被告系遵从其政府或上级长官之命令而行动之事实，均不足以免除其被控所犯任何罪行之责任。但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。³⁰⁰

²⁹⁶ 见人权委员会第六十一届会议报告，《经济及社会理事会正式记录，2005 年，补编第 3 号》(E/2005/23-E/CN.4/2005/135)，2005 年 4 月 21 日关于有罪不罚问题的第 2005/81 号决议，第 6 段(敦促“各国确保各级军事指挥员和其他长官意识到根据国际法他们要对……危害人类罪……负有刑事责任的情况，包括在某些情况下，他们要对在其有效指挥和控制下的下属所犯罪行负有刑事责任”)。

²⁹⁷ 例如见《1949 年 8 月 12 日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一议定书》)，第 86 条第 2 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 6 条第 1 款。

²⁹⁸ 见人权委员会关于有罪不罚问题的第 2005/81 号决议，第 6 段(敦促所有各国“确保所有有关人员都得知国际法对以上级命令为理由进行的辩护作出的限制”)。

²⁹⁹ 9 月 30 日的判决(见上文脚注 29)，第 466 页。

³⁰⁰ 《东京宪章》，第六条。

(26) 虽然 1998 年《罗马规约》第三十三条允许以上级命令为由作出有限辩护，但仅针对战争罪；实施种族灭绝行为或危害人类罪的命令不属于该辩护规定的范围。规范前南斯拉夫问题国际刑事法庭³⁰¹、卢旺达问题国际刑事法庭³⁰²、塞拉利昂问题特别法庭³⁰³、黎巴嫩问题特别法庭³⁰⁴、东帝汶重罪特别审判分庭³⁰⁵、柬埔寨法院特别法庭³⁰⁶、伊拉克最高刑事法庭³⁰⁷ 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭³⁰⁸ 的文书中均同样不允许将上级命令作为辩护理由。虽然不允许将上级命令作为刑事诉讼的辩护理由，但上述一些国际和国家司法管辖机构允许在量刑阶段将上级命令作为一种减刑因素。³⁰⁹

(27) 一系列针对犯罪的条约中均做出了此类不允许将上级命令作为辩护理由的规定，例如：1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》³¹⁰、1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》³¹¹、1994 年《美洲被迫失踪人士公约》³¹² 和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》³¹³。关于 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，禁止酷刑委员会批评了允许以此作为辩护理由的国家立法或在此问题上暧昧不清的国家立

³⁰¹ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 7 条第 4 款。

³⁰² 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 6 条第 4 款。

³⁰³ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条第 4 款。

³⁰⁴ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 3 条第 3 款。

³⁰⁵ 《东帝汶法庭宪章》，第 21 节。

³⁰⁶ 《柬埔寨特别法庭协定》，第 29 条。

³⁰⁷ 《伊拉克最高刑事法庭规约》，第 15 条。

³⁰⁸ 《非洲特别法庭规约》，第 10 条第 5 款。

³⁰⁹ 例如见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 7 条第 4 款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 6 条第 4 款；《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条第 4 款；《东帝汶法庭宪章》，第 21 节。

³¹⁰ 《禁止酷刑公约》第 2 条第 3 款(“上级官员或政府当局的命令不得援引为施行酷刑的理由”)。

³¹¹ 《美洲防止和惩处酷刑公约》第 4 条(“按照上级命令行事这一事实不能豁免相应的刑事责任”)。

³¹² 《美洲被迫失踪人士公约》，第 8 条(“不应受理以正当服从规定、授权或鼓励强迫失踪的上级命令或指示作为辩护理由。所有接受此类命令的人均有权利和义务不服从命令”)。

³¹³ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 6 条第 2 款(“不得援引任何公共机构包括民政、军事或其他机构的任何命令或指示作为被强迫失踪的理由”)。这条规定在起草阶段“得到了广泛赞同”。见人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 72 段(强迫失踪问题工作组的报告)；又见《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》，大会 1992 年 12 月 18 日，第 47/133 号决议，第 6 条。

法。³¹⁴ 在某些情况下，问题源于一国的国内法允许以所谓“正当服从”作为辩护理由。³¹⁵

公职

(28) 第 6 条草案第 5 款规定，罪行“由担任公职的人实施”这一事实，不排除实质上的刑事责任。在国际刑事法庭不得以公职的存在作为刑事责任的实质性辩护理由，这是一项牢固确立的国际法原则。《纽伦堡宪章》规定：“被告的官方地位，无论是国家元首还是政府部门的负责官员，不得被视为免除其责任或减轻刑罚的因素”。³¹⁶ 经《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》确认的委员会 1950 年《国际法原则》规定：“从事构成国际法所涉犯罪行为[即危害人类罪、破坏和平罪及战争罪]的人是作为国家元首或政府负责官员而采取行动的事实，不能免除其根据国际法承担的责任。”³¹⁷ 《东京宪章》规定：“被告在任何时期所曾任之官职，以及被告系遵从其政府或上级长官之命令而行动之事实，均不足以免除其被控所犯任何罪行之责任。但如法庭认为符合公正审判之需要时，此种情况于刑罚之减轻上得加以考虑”。³¹⁸

(29) 委员会的 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》规定：“个人以国家元首或政府首脑的身份行事的事实，不能免除其犯下本法案所规定的任何罪行的责任”。³¹⁹ 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》规定：“实施危害人类和平及安全罪行的个人，即便是以国家元首或政府首脑的身份行事，其官职也不能使其免除刑事责任或减轻处罚。”³²⁰ 1998 年《罗马规约》规定：“本规约对任何人一律平等适用，不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由”。³²¹

(30) 有关国家刑事管辖权的一些条约也处理了不得利用公职作为刑事责任实质性辩护理由的问题。例如 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定：“无论

³¹⁴ 禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 44 号》(A/61/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告，危地马拉，第 32(13)段。

³¹⁵ 例如见禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 44 号》(A/59/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告，智利，第 56(i)段；又见，同上，《第六十届会议，补编第 44 号》(A/60/44)，第三章，审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告，阿根廷，第 31(a)段(赞扬阿根廷宣布其正当服从法案“绝对无效”)。

³¹⁶ 《纽伦堡宪章》第 7 条。

³¹⁷ 经《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》确认的国际法原则及其评注，《1950 年……年鉴》，第二卷，文件 A/1316，第三部分，第 375 页。虽然原则三以《纽伦堡宪章》第 7 条为依据，但委员会省略了“或减轻刑罚”的短语，因为委员会认为减刑问题应由“主管法院决定”(同上，第 104 段)。

³¹⁸ 《东京宪章》第 6 条。

³¹⁹ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 50 段，第 3 条。

³²⁰ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章 D 节，第 26 页，第 7 条。

³²¹ 《罗马规约》，第二十七条第一款。

其为依宪法负责的统治者、公务员或私人，均应惩治之”。³²² 1973《禁止并惩治种族隔离罪行公约》规定，国家代表“……即应负国际罪责，不论是住在行为发生地的国家的领土内或其他国家”。³²³

(31) 鉴于此类先例，委员会认为列入第 5 款是适宜的，其中规定“各国应采取必要措施，确保根据国家刑法，本条草案所述罪行由担任公职的人实施的事实不成为免除刑事责任的理由”。为本条款草案的目的，第 5 款意味着，被控犯罪者不能以他或她担任公职的事实作为实质性辩护理由，借以否定任何刑事责任。相形之下，第 5 款对于外国国家官员面对国家或刑事管辖可能享有的任何程序性豁免没有影响，这仍然是由协定国际法和习惯国际法决定的事务。³²⁴ 此外，第 5 款不妨碍委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题的工作。

(32) 委员会认为没有必要在第 5 款中列入措词，具体规定某人担任公职不能作为减弱或减轻刑罚的理由，因为刑罚问题是在第 6 条草案第 7 款中处理的，根据该款，对危害人类罪，各国必须在所有情况下确保考虑到罪行的严重性，处以适当的惩罚。这种措辞应理解为排除了援引公职地位作为减弱或减轻刑罚的理由的可能。

时效

(33) 国内法中就危害人类罪起诉个人可能受到的一种限制是适用“时效”(“时效期限”)，即禁止就早于开始起诉前特定年数的犯罪对被指控罪犯提出起诉。第 6 条草案第 6 款规定，各国应采取必要措施确保该条草案所述罪行不应受到任何时效限制。

(34) 《纽伦堡宪章》或《东京宪章》或前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭或塞拉利昂问题特别法庭的组成文书都没有就国际罪行(包括危害人类罪)规定时效规则。相形之下，占领德国的盟国在 1945 年 12 月为确保继续起诉被指控罪犯通过了管制委员会第 10 号法令，规定在任何关于危害人类罪(以及战争罪和危害和平罪)的审判或起诉中，“被告无权获益于任何有关 1933 年 1 月 30 日至 1945 年 7 月 1 日期间的时效限制”。³²⁵ 与此相似，1998 年《罗马规约》明确处理了这一问题，规定“本法院管辖权内的犯罪不适用任何时效”。³²⁶ 1998 年《罗马规约》的起草人坚决支持对危害人类罪适用这一

³²² 《灭绝种族罪公约》第四条。

³²³ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第三条。

³²⁴ 例如见 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 25 页，第 60 段(“刑事管辖豁免和个人的刑事责任是完全不同的概念。管辖豁免是程序性的，而刑事责任是一个实体法问题”)；检察官诉奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔案所涉苏丹达尔富尔局势(国际刑事法院第 02/05-01/09 号案件)，国际刑事法院第二预审庭 2017 年 7 月 6 日根据《罗马规约》第八十七条第七款所作关于南非不遵守法院要求逮捕和移交奥马尔·巴希尔问题的裁定第 109 段(“《灭绝种族罪公约》不同于《罗马规约》第二十七条第二款，没有提到基于官方身份的豁免，而且多数意见认为，建设性地将《公约》的规定解释为默示排除豁免是没有令人信服的依据的。《公约》第四条提到‘犯下灭绝种族罪’的个人刑事责任，对此，国际法院令人信服的解释是，不应将此混同于刑事管辖豁免”)。

³²⁵ 管制委员会关于惩治战争罪、危害和平罪和危害人类罪罪犯的第 10 号法令，第 2 条第 5 款。

³²⁶ 《罗马规约》，第二十九条。

规定。³²⁷ 同样,《设立柬埔寨法院特别法庭法》以及伊拉克最高刑事法庭和东帝汶重罪特别审判分庭的规范文书都明确界定危害人类罪是不适用时效的罪行。³²⁸

(35) 关于时效是否可在国内法院适用于对被指控罪犯的起诉,联合国大会 1967 年指出,“国内法关于普通罪行之时效规则适用于战争罪及危害人类罪,为世界舆论极感忧虑之事,因其足以防止诉究与惩治犯该罪之人”。³²⁹ 次年,各国通过了《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》,规定缔约方采取“必要立法或其他措施,以确保法定或他种时效不适用于(这两类罪行)之追诉权及行刑权”。³³⁰ 同样,欧洲委员会 1974 年通过了《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》,采用的措辞大体相同。³³¹ 目前看来,没有一个国家有禁止在一段时间后提出起诉的危害人类罪相关法律。相反,众多国家还专门立法反对此类限制。

(36) 许多处理国内法其他罪行的条约没有载列禁止时效的规定。例如,1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》就没有载列禁止对酷刑相关罪行适用时效的规定。即使如此,禁止酷刑委员会声明,考虑到此类罪行的严重性质,这些罪行不应受到任何时效限制。³³² 与此相似,虽然 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》³³³ 没有直接论及这一问题,但人权事务委员会呼吁对严重违反该《公约》的罪行取消时效限制。³³⁴ 与此不同的是,2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》确实谈到时效问题,规定:“对强迫失踪案件实行诉讼时效的缔约国,应采取必要措施,确保对刑事诉讼的时效……有较长的时段,并与此种犯罪的极端严重性相称”。³³⁵ 《公约》的准备工作材料表

³²⁷ 见联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议,1998 年 6 月 15 日至 7 月 17 日, A/CONF.183/13 (Vol. II)号文件,第 138 页,第 2 次会议(A/CONF.183/C.1/SR.2),第 45-74 段。

³²⁸ 《柬埔寨特别法庭协定》,第 5 条;《伊拉克最高刑事法庭规约》第 17 条(d)项;《东帝汶法庭宪章》,第 17.1 节;又见第三委员会的报告(A/57/806),第 10 段(审判红色高棉)和大会 2003 年 5 月 13 日第 57/228 B 号决议。此外,应该指出,柬埔寨法院特别法庭获得对在其成立前数十年(即 1975 年至 1979 年红色高棉执政时期)犯下的危害人类罪的管辖权。

³²⁹ 大会 1967 年 12 月 18 日题为“惩治战争罪犯及危害人类罪犯问题”的第 2338(XXII)号决议,又见大会 1970 年 12 月 15 日第 2712(XXV)号决议和 1971 年 12 月 18 日第 2840(XXVI)号决议。

³³⁰ 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》,第四条。

³³¹ 《危害人类罪和战争罪不适用法定时效欧洲公约》,第 1 条。

³³² 例如见禁止酷刑委员会的报告,《大会正式记录,第六十二届会议,补编第 44 号》(A/62/44),第三章,审议缔约国根据《公约》第 19 条提交的报告,意大利,第 40(19)段。

³³³ 《公民权利和政治权利国际公约》,第 171 页。

³³⁴ 例如见人权事务委员会的报告,《大会正式记录,第六十三届会议,补编第 40 号》(A/63/40),第一卷,第四章,审议缔约国根据《公约》第 40 条提交的报告和由于未提交报告而公开发表结论性意见的国别情况,巴拿马,(A 节,第 79 段),第(7)段。

³³⁵ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》,第 8 条第 1 款(a)项。相形之下,《美洲被迫失踪人士公约》规定,所有被迫失踪案件的刑事起诉和惩治不受时效限制。

明，这一条款旨在区分两类罪行，一是可能构成危害人类罪的罪行，此类罪行不应有时效限制，二是《公约》规定的所有其他罪行。³³⁶

适当惩罚

(37) 第 6 条草案第 7 款规定，各国应确保对该条草案所述罪行应考虑到罪行的严重性处以适当的惩罚。

(38) 国际法委员会在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》中规定，“应对危害人类和平及安全罪行负责的个人应该受到与该罪行的性质和严重性相称的惩罚”。³³⁷ 评注进一步解释说，“某一罪行的特性是它有别于另一罪行的性质……，某一罪行的严重性是从实行该罪行的情况和促使案犯犯罪的意图加以推论的”。³³⁸ 因此，“虽然从法律上说同样是罪行，所使用的手段和方法却因堕落和残忍的程度不同而有所不同”。³³⁹

(39) 在国际法院或法庭对危害人类罪有管辖权的情形下，对此类罪行适用的惩罚可能是不同的，但要求其与罪行的严重性相称。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》规定，“审判分庭判处的刑罚只限于监禁。审判分庭在决定监禁期限时应诉诸前南斯拉夫法庭适用的徒刑惯例”。³⁴⁰ 此外，前南斯拉夫问题国际刑事法庭应“考虑到像罪行的严重性和被定罪者的个人情况这样的因素”。³⁴¹ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》有相同的措辞，区别是诉诸“卢旺达问题法庭适用的徒刑惯例”。³⁴² 即便是对国际社会关注的最严重国际罪行的定罪，这也可能导致各种量刑结果。1998 年《罗马规约》第七十七条也考虑到这种灵活性，规定最高不超过三十年的有期徒刑或无期徒刑，“以犯罪极为严重和被定罪人的个人情况而证明有此必要的情形为限”。³⁴³ 在塞拉利昂问题特别法庭³⁴⁴、黎巴嫩问题特别法庭³⁴⁵、东帝汶重罪特别审判分庭³⁴⁶、柬埔寨法院特别法庭³⁴⁷、伊拉克最高刑事法庭³⁴⁸ 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭³⁴⁹ 的规范文书中，都可

³³⁶ 起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 43-46 段和第 56 段。

³³⁷ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章 D 节，第 3 条。

³³⁸ 同上，对第 3 条的评注第(3)段。

³³⁹ 同上。

³⁴⁰ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 24 条第 1 款。

³⁴¹ 同上，第 24 条第 2 款。

³⁴² 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 23 条第 1 款。

³⁴³ 《罗马规约》，第七十七条。

³⁴⁴ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 19 条。

³⁴⁵ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 24 条。

³⁴⁶ 《东帝汶法庭宪章》，第 10 节。

³⁴⁷ 《柬埔寨特别法庭协定》，第 39 条。

³⁴⁸ 《伊拉克最高刑事法庭规约》，第 24 条。

³⁴⁹ 《非洲特别法庭规约》，第 24 条。

发现类似的表述。同样，在国家司法管辖机构把危害人类罪定为刑事犯罪的情形下，对此类罪行适用的惩罚也可能是不同的，但要求其与罪行的严重性相称。

(40) 针对犯罪的国际条约没有规定缔约国应施加(或不施加)什么惩罚，而是由缔约国自由裁量，依据特定犯罪者和罪行的情况，决定施加的惩罚。³⁵⁰ 1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》仅规定，“对于犯灭绝种族罪或有[……]所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治”。³⁵¹ 1949年日内瓦四公约也规定了一条普遍性标准，但赋予各国制订恰当处罚的自由裁量权，仅规定“各缔约国担任制定必要之立法，俾对于[本身犯有或令人犯有下条所列之]严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁”。³⁵² 较近期的有关国家法律制度所定罪行的条约通常规定，惩罚应是“适当的”。虽然委员会最初提议在其关于外交代表和其他应受保护人员的条款草案中使用“严厉惩罚”一词，但实际上各国在1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》中使用了“适当的惩罚”。³⁵³ 这一术语成为后续各项条约的模板。同时，在1973年《公约》中，除规定“适当的惩罚”外，还呼吁在确定如何惩罚时考虑到罪行的“严重性”。委员会评论说，这样的提法意在强调在惩治此类犯罪时，处罚措施应考虑到其中所涉的重要“全球利益”。³⁵⁴ 自1973年以来，每一“缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”这一处理办法已被众多条约采纳，其中包括1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》。³⁵⁵ 一些条约使用罪行的“极端严重性”、“严重性”或“极端严峻性”等词语来表述严重性问题。³⁵⁶

³⁵⁰ 见起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第58段(表示“若干代表团欢迎(该条款)赋予缔约国灵活的余地”)；起草反对劫持人质国际公约特设委员会的报告，《大会正式记录，第三十二届会议，补编第39号》(A/32/39)，附件一(委员会第1至第19次会议简要记录)，第13次会议(1977年8月15日)，第4段(美利坚合众国的类似意见)；人权委员会关于有罪不罚问题的第2005/81号决议，第15段(呼吁“各国确保……量刑适当，适合所犯罪行的严重程度”)。

³⁵¹ 《灭绝种族罪公约》，第五条。

³⁵² 《日内瓦第一公约》第四十九条、《日内瓦第二公约》第五十条、《日内瓦第三公约》第一百二十九条、《日内瓦第四公约》第一百四十六条；见2016年红十字委员会关于第49条的评注(见上文脚注205)，第2838-2846段。

³⁵³ 见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第二条第2款(“每一缔约国应按照这类罪行的严重性处以适当的惩罚”)。

³⁵⁴ 《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件，第三章B节(关于防止及惩治侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案)，对第2条草案第2款的评注第(12)段。

³⁵⁵ 《禁止酷刑公约》第4条，又见《联合国人员和有关人员安全公约》第九条第2款、《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第四条(b)项、《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第四条(b)项、《非统组织防止和打击恐怖主义公约》第二条(a)项。

³⁵⁶ 例如见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第七条第1款、《美洲防止和惩处酷刑公约》第6条、《美洲被迫失踪人士公约》第3条。

法人

(41) 第 6 条草案第 1 至第 7 款涉及自然人的刑事责任，虽然按照关于罪行的条约的一贯做法，没有使用“自然人”一词。第 8 款则涉及“法人”对第 6 条草案所指罪行的责任。

(42) 近年来，法人的刑事责任已成为许多国家国内法的一个重点，但在许多其他国家仍然很陌生。³⁵⁷ 存在这一概念的国家中，在国际罪行方面有时存在这种责任。³⁵⁸ 可导致这种责任的行为当然是自然人以公务员、指挥官、军官身份所为，或通过其他一些法人职位或机构犯下的。存在这一概念的国家中，通常是在自然人代表法人或为了法人的利益犯下相关罪行时，加诸此种责任。

(43) 迄今为止，国际刑事法庭尚未太多地涉及法人的刑事责任。《纽伦堡宪章》第 9 和第 10 条授权国际军事法庭在审判个人期间宣布任何团体或组织为犯罪组织，这可能导致对作为该组织成员的其他个人的审判。在纽伦堡军事法庭的诉讼中，以及根据管制委员会第 10 号法令进行的后续诉讼中，认定了许多这类组织，但只有自然人受到审判和惩罚。³⁵⁹ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭对法人没有刑事管辖权，塞拉利昂问题特别法庭、东帝汶重罪特别审判分庭、柬埔寨法院特别法庭、伊拉克最高刑事法庭以及塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭对法人也没有刑事管辖权。1998 年《罗马规约》的起草者指出，“对于规约是否应包括法人刑事责任的问题存在重大分歧”，³⁶⁰ 虽然有人提议列入一项关于法人刑事责任的规定，但 1998 年《罗马规约》最终并未载入此类规定。

(44) 许多关于国家一级罪行的条约也没有列入法人的责任，包括：1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》、1949 年日内瓦四公约、1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》、1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》仅涉及“个人”的刑事责任。³⁶¹

(45) 另一方面，修正《非洲司法和人权法院章程》的 2014 年非洲联盟议定书虽然尚未生效，但是授予了新设立的非洲法院对法人的国际罪行、包括危害人类罪

³⁵⁷ 例如见 *New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat* 案，案件号 STL-14-05/PT/AP/AR126.1，黎巴嫩问题特别法庭上诉分庭 2014 年 10 月 2 日就关于藐视法庭诉讼中的属人管辖权的中间上诉作出的裁决，第 58 段（“不同国家体系关于企业刑事责任和相关处罚的做法各异”）。

³⁵⁸ 例如见 *Ecuador Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial, Suplemento, Año 1 N°180*, 2014 年 2 月 10 日，第 90 条。对法人的惩罚（关于危害人类罪的一节规定：“对于对本节所述任何罪行负有责任的法人，将处以解散该法人的惩罚”）。

³⁵⁹ 例如见美国诉 *Krauch* 及其他人，见纽伦堡军事法庭对战犯的审判（*I.G. Farben* 案），第七至八卷（华盛顿特区，纽伦堡军事法庭，1952 年）。

³⁶⁰ 见《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议正式记录》，罗马，1998 年 6 月 15 日至 7 月 17 日，第三卷（*A/CONF.183/13*），*A/CONF.183/2* 号文件，第 23 条第 6 款，脚注 71。

³⁶¹ 《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第二章 D 节，第 23 页。

的管辖权。³⁶² 此外,《黎巴嫩问题特别法庭规约》虽然没有明文规定对法人(以及对危害人类罪)的刑事管辖权,但是该法庭的上诉分庭 2014 年断定,该法庭有权以藐视法庭罪名起诉法人。³⁶³

(46) 此外,有一些条约涉及法人对刑事犯罪的责任,特别是 1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》³⁶⁴、1989 年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》³⁶⁵、1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》³⁶⁶、2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》³⁶⁷、2000 年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》³⁶⁸、2003 年《联合国反腐败公约》³⁶⁹、《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书的 2005 年议定书》³⁷⁰ 以及欧洲委员会内缔结的一系列条约。³⁷¹ 还有一些区域文书也涉及法人的刑事责任,主

³⁶² 见修正《非洲司法和人权法院章程》的议定书,2014 年 6 月 27 日,第 46C 条。

³⁶³ Al Khayat 案(见上文脚注 357)。法庭最终判定法人 Al Jadeed 电视台无罪。见 Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat 案,案件号 STL-14-05/T/CJ,黎巴嫩问题特别法庭藐视法庭案法官 2015 年 9 月 18 日的裁决,第 55 段;Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat 案,案件号 STL-14-05/A/AP,上诉分庭,2016 年 3 月 8 日的裁决。

³⁶⁴ 见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第一条第 2 款(“本公约缔约国宣布:凡是犯种族隔离罪行的组织、机构或个人即为犯罪”)。

³⁶⁵ 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(1989 年 3 月 22 日,巴塞尔),联合国,《条约汇编》,第 1673 卷,第 28911 号,第 57 页,第 2 条第 14 款(“为本公约的目的:……“人”是指任何自然人或法人)和第 4 条第 3 款(“各缔约国认为危险废物或其他废物的非法运输为犯罪行为”)。

³⁶⁶ 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》,第 5 条。谈判期间提出的促成第 5 条的提案见《消除国际恐怖主义的措施:工作组的报告》(A/C.6/54/L.2)(1999 年 10 月 26 日)。

³⁶⁷ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》,第 10 条。

³⁶⁸ 《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》(2000 年 5 月 25 日,纽约),联合国,《条约汇编》,第 2171 卷,第 27531 号,第 227 页。

³⁶⁹ 《联合国反腐败公约》,第 26 条。背景见联合国毒品和犯罪问题办公室,《谈判拟订〈联合国反腐败公约〉的准备工作文件》(联合国出版物,出售品编号 E.10.V.13),第 233-235 页,《执行〈联合国反腐败公约〉的立法指南》(修订版第 2 版,2012 年),第 107-113 页。经济合作与发展组织通过的类似公约见《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》(1997 年 11 月 21 日,巴黎),第二条(“每一缔约方应依照其法律准则采取必要措施以确定法人因行贿外国公职人员而承担的责任”)。

³⁷⁰ 《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》的 2005 年议定书(2005 年 10 月 14 日,伦敦),第五条(1988 年公约及其议定书见联合国,《条约汇编》,第 1678 卷,第 29004 号,第 201 页)。

³⁷¹ 例如见欧洲委员会《反腐败刑法公约》(1999 年 1 月 27 日,斯特拉斯堡),联合国,《条约汇编》,第 2216 卷,第 39391 号,第 225 页,第 18 条,以及(关于贿赂仲裁员和陪审员的)补充议定书(2003 年 5 月 15 日,斯特拉斯堡),同上,第 2466 卷,第 39391 号,第 168 页;《欧洲制止恐怖主义公约》(1977 年 1 月 27 日,斯特拉斯堡),同上,第 1137 卷,第 17828 号,第 93 页,第 10 条。

要是在腐败方面。³⁷² 这些条约通常不对“法人”一词下定义，留给国内法律体系适用国内通常适用的定义。

(47) 委员会考虑到法人可能卷入在广泛或系统地针对平民人口的攻击中实施的行为，决定加上一项关于法人对危害人类罪的责任的规定。委员会特别采用了在其他罪行背景下已被各国广泛接受、并且让各国在履行义务方面有较大灵活性的措辞。

(48) 第 6 条草案第 8 款以 2000 年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》为范本。《任择议定书》于 2000 年经大会通过，自 2002 年起生效。截至 2017 年 7 月，有 173 个国家加入了《任择议定书》，另有 9 个国家已签署但尚未批准该议定书。《任择议定书》第 3 条第 1 款要求每一缔约国确保本国刑法涵盖特定行为，例如出于性剥削目的出售儿童或提供儿童卖淫。第 3 条第 4 款规定：“在不违反本国法律规定的情况下，每一缔约国应酌情采取适当措施确定法人对本条第 1 款规定的罪行的责任。在不违反缔约国的法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任”。

(49) 第 6 条草案第 8 款使用同样的措辞，但是将“缔约国”改为“国家”，将“本条第 1 款规定的罪行”改为“本条草案所指罪行”。第 8 款从而规定了国家“应采取措施”的义务，意味着国家必须本着诚意采取这类措施。与此同时，第 8 款在根据国内法来确定这些措施方面，赋予了国家相当大的灵活性。首先，“在不违反本国法律规定的情况下”应理解为在将采取的措施方面，赋予国家相当大的酌处权；这一义务“不违反”国内法规定的国家关于法人刑事责任的现有做法。例如，在大多数国家，法人对刑事犯罪的责任只根据国内法对特定类型的法人适用。实际上，按照大多数国家的法律，这种情况下的“法人”可能排除了国家、政府、行使国家权力的其他公共机构，以及公共国际组织。³⁷³ 同样，国内法规定的法人责任可能存在差异，取决于：其行为可归咎于法人的自然人的范围；自然人哪些形式的责任可导致法人责任；确定法人责任是否需要证明自然人的犯罪意图；或是否需要证明某个自然人犯下了有关罪行。³⁷⁴

(50) 第二，每个国家有“酌情”采取措施确定法人法律责任的义务。即使国家依据其国内法一般能够要求法人对刑事犯罪承担责任，但国家也可得出结论认为，此种措施在危害人类罪这一具体背景下不适当。

(51) 对于已采取的措施，第 8 款第二句规定：“在不违反本国法律原则的情况下，可将法人的这一责任定为刑事、民事或行政责任”。这样的句子似乎不仅见于上文讨论过的 2000 年《任择议定书》，而且出现在其他广泛遵行的条约中，

³⁷² 例如见《美洲国家反腐败公约》(加拉加斯, 1996 年 3 月 29 日, 《国际法律资料》第 35 卷, 第 3 号(1996 年 5 月), 第 727 页, 第 8 条; 《南部非洲发展共同体反腐败议定书》(2001 年 8 月 14 日, 马拉维布兰太尔), 第 4 条第 2 款; 《非洲联盟预防和打击腐败公约》(2003 年 7 月 11 日, 马普托), 第 11 条第 1 款。

³⁷³ 欧洲委员会《反腐败刑法公约》明文作出排除(例如见第 1 条(d)项, “为本公约的目的, ……“法人”应指根据适用的国内法具有此种地位的任何实体, 但不包括国家或行使国家权力的其他公共机构以及公共国际组织”)。

³⁷⁴ 关于不同普通法和民法对法人责任管辖权差异的概述, 见 Al Jadeed 案, 藐视法庭案法官 2015 年 9 月 18 日的裁决(见上文脚注 363), 第 63-67 段。

如 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》³⁷⁵ 和 2003 年《联合国反腐败公约》。³⁷⁶ 这种措辞体现的灵活性再次确认并顾及不同国家的法律体系做法的多样性。因此，如果确立法人刑事责任不符合本国的法律原则，国家就没有义务那样做；而是可以取而代之以民事或行政责任。无论如何，不论定为刑事、民事还是行政责任，该责任都不妨碍第 6 条草案规定的自然人的刑事责任。

第 7 条 确立国家管辖权

1. 各国应采取必要措施，确立在下列情况下对本条款草案所述罪行的管辖权：

(a) 罪行发生在该国管辖的任何领土内，或发生在该国注册的船只或飞机上；

(b) 被指控罪犯为该国国民，或该国认为应予管辖的、惯常在该国领土内居住的无国籍人；

(c) 受害人为该国国民，而该国认为应予管辖。

2. 各国还应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内，而且本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对本条款草案所述罪行的管辖权。

3. 本条款草案不排除一国行使根据其国内法确立的任何刑事管辖权。

评注

(1) 第 7 条草案规定，各国必须确立在某些情况下，如罪行发生在其管辖的领土内、由其国民实施、或罪犯处于其管辖的领土内时，对本条款草案所述罪行的管辖权。

(2) 一般说来，国际文书力求鼓励各国根据国内法确立相对广泛的各种管辖权依据，以处理国际社会关注的最严重犯罪，使实施犯罪者没有庇护所。因此，依照委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》，“每一缔约国应采取必要措施确定其对(治罪法草案)所载罪行(侵略罪除外)的管辖权”，“而不论这些罪行的实施地点或实施者为何”。³⁷⁷ 这样的管辖权范围是必要的，因为“委员会认为，为了有效实施本治罪法，应以尽量宽广的国家法院管辖权加上可能的国际刑事法院管辖权为基础综合处理管辖权问题”。³⁷⁸ 1998 年《罗马规约》序言

³⁷⁵ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 10 条第 2 款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可包括刑事、民事或行政责任”)；另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 5 条第 1 款(“每一缔约国应根据其本国法律原则采取必要措施，以致当一个负责管理或控制设在其领土内或根据其法律设立的法律实体的人在以该身份犯下了本公约第 2 条所述罪行时，得以追究该法律实体的责任。这些责任可以是刑事、民事或行政责任”)。

³⁷⁶ 《联合国反腐败公约》，第二十六条第二款(“在不违反缔约国法律原则的情况下，法人责任可以包括刑事责任、民事责任或者行政责任”)。

³⁷⁷ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章 D 节，第 8 条。

³⁷⁸ 同上，第 8 条评注第(5)段。

规定，“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施”，以及“各国义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

(3) 因此，涉及犯罪行为的条约在处理国内法实施的问题时，通常会纳入一项确立国家管辖权的条款。例如，人权委员会起草强迫失踪问题国际文书工作组的讨论决定，“为了使今后文书行之有效，看来必须为国内刑事法庭确立强迫失踪方面尽可能广泛的管辖权。”³⁷⁹ 与此同时，此类条约通常只规定缔约国必须在被指控罪犯处于其境内时行使管辖权(见下文第 9 条草案)，结果可能是把事项提交该缔约国的起诉机关，或者是把被指控罪犯引渡或移交给另一缔约国或主管国际法庭(见下文第 10 条草案)。

(4) 考虑到各种条约、特别是 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》均接受此类义务，国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中指出：

许多旨在打击国际犯罪的国际公约均规定，国家有义务将酷刑定为刑事罪，并有义务确定国家有权管辖此类罪行。有关国家在接受该《公约》的约束后，必须立即履行此义务，而该义务尤其具有预防和威慑性质，因为缔约国一旦为起诉这类罪行确立必要的法律工具，便确保其法律制度可为此开展活动，而且也承诺协同消除任何发生有罪不罚现象的风险。随着缔约国数目不断增加，这种预防性质也日益明显。³⁸⁰

(5) 许多处理犯罪问题的条约中都有与第 7 条草案中出现的条款类似的规定。³⁸¹ 虽然还没有关于危害人类罪的条约，但希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)中发表的个别意见指出：

一系列带有特别管辖权条款的多边条约反映了国际社会的决心，即实施战争罪、劫持、劫持人质[和]酷刑者不能逍遥法外。虽然危害人类罪尚不是一项明确的公约的客体，但国际社会对此类行为同样愤慨是不容置疑的。³⁸²

(6) 第 7 条草案第 1 款(a)项规定在罪行发生在一国领土内的情况下应确立管辖权，此类管辖权通常称为“属地管辖权”。相对于单单提及一国的“领土”，委员会认为宜表述为“[该国]管辖的领土”，这与第 4 条草案的情况一样，用意是涵盖该国的合法领土及其管辖下的其他领土。此外，属地管辖权往往包含对发生

³⁷⁹ 人权委员会，起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文书委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2003/71)，第 65 段。

³⁸⁰ 见与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 451 页，第 75 段。

³⁸¹ 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 4 条；《制止危害民用航空安全非法行为公约》，第 5 条第 1 款(a)-(b)项；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第 3 条；《反对劫持人质国际公约》，第 5 条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 12 条；《禁止酷刑公约》，第 5 条；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 10 条；《美洲被迫失踪人士公约》，第四条；《制止恐怖主义爆炸国际公约》，第 6 条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 7 条；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第 6 条第 1 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 15 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 9 条第 1-2 款；《东盟打击恐怖主义公约》，第七条第 1-3 款。

³⁸² 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见上文脚注 324)，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见，第 51 段。

在某国注册的船只或飞机上的罪行的管辖权；事实上，已通过关于危害人类罪的国内法律的国家通常确立对发生在此类船只或飞机上的行为的管辖权。

(7) 第 7 条草案第 1 款(b)项要求在被指控罪犯为该国国民时应确立管辖权，此类管辖权有时称为“国籍管辖权”或“主动属人管辖权”。第 1 款(b)项还指出，若罪犯为“惯常在该国领土内居住的无国籍人”，该国可以有选择地确立管辖权。这种表述是基于一些现行公约的用语，例如 1979 年《反对劫持人质国际公约》第 5 条第 1 款(b)项。

(8) 第 7 条草案第 1 款(c)项涉及犯罪受害人为该国国民时的管辖权，此类管辖权有时称为“被动属人管辖权”。鉴于许多国家更倾向于不行使此类管辖权，这种管辖权是选择性的：“若一国认为应予管辖”便可以确立管辖权，但该国没有义务这样做。这种表述也是基于大量现行公约的用语。

(9) 第 7 条草案第 2 款处理可能不存在其他类型的管辖权，但被指控罪犯“处于”一国管辖的领土内，而且该国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况。此类情况下，即使罪行不是在该国领土内发生，被指控罪犯不是其国民，犯罪受害人也不是其国民，但鉴于被指控罪犯处于该国管辖的领土内，因此该国仍有义务确立管辖权。此项义务有助于防止被指控罪犯在本来与罪行没有任何关联的国家寻求庇护。

(10) 第 7 条草案第 3 款明确指出，虽然各国义务确立上述各类管辖权，但不排除根据该国国内法可以确立的任何其他管辖权。事实上，为维护缔约国在条约范围之外确立国家管辖权的权利，同时不妨碍任何适用的国际法规则，处理犯罪行为条约通常留有余地，让缔约国可以确立其他管辖权依据，据以追究被指控罪犯的责任。³⁸³ 希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在逮捕令案的联合个别意见中特别引用了《禁止酷刑公约》的这一条款，指出：

“我们反对这样的想法，即认为打击有罪不罚现象的斗争已‘移交’给国际条约和法庭，国家法院无权处理此类事项。在制定相关条约规定时曾十分小心，力求不排除其他可在自愿基础上行使管辖权的理由。”³⁸⁴

(11) 确立第 7 条草案所列的各类国家管辖权，对于支持下文第 10 条草案所述“引渡或起诉”义务也十分重要。纪尧姆法官在逮捕令案的个别意见中谈及这类条约建立的“制度”：

“一经发现这些公约所述罪行的犯罪人在一国领土内，该国就有义务将其逮捕，然后引渡或起诉。该国一定先向法院授予了管辖权，若不引渡就

³⁸³ 见拟订一项打击跨国组织犯罪国际公约特设委员会，《联合国打击跨国组织犯罪公约》修订草案(A/AC.254/4/Rev.4)，脚注 102，第 20 页；另见欧洲委员会，《反腐败刑法公约》解释性报告，《欧洲条约汇编》，第 173 号，第 83 段(“管辖权历来依据属地或国籍。然而，在反腐败领域，这些原则有时可能不足以用于行使管辖权，例如在发生于缔约方领土之外，不涉及其国民但仍然影响其利益(如国家安全)的案件中。本条第 4 款允许缔约方依照其国内法，确定其他类型的管辖权”)。

³⁸⁴ 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见上文脚注 324)，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见，第 51 段。

对其进行审判。这样便可保证所有相关罪行均受到惩罚，因为所有国家都拒绝庇护犯罪人。”³⁸⁵

第 8 条 调查

各国应确保在有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为时，其主管当局立即进行公正的调查。

评注

(1) 第 8 条草案处理有合理依据认为在一国管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪行的行为的情况。该国最适合开展这一调查，以便确定罪行是否确已发生或正在发生，如果是，则确定犯罪者是该国控制的政府军队、另一国控制的军队还是非国家组织。这样的调查不仅可以为查明被指控罪犯及其方位奠定基础，还有助于追本溯源以防止罪行延续或再度发生。应将这一调查与下文第 9 条草案第 2 款所述对一国境内被指控罪犯的相关事实开展的初步调查加以对照。

(2) 处理其他罪行的一些条约也载有类似义务。³⁸⁶ 例如，1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 12 条规定：“每一缔约国应确保在有适当理由认为在其管辖的任何领土内已发生酷刑行为时，其主管当局立即进行公正的调查”。此项义务有别于缔约国根据 1984 年《禁止酷刑公约》第 6 条第 2 款承担的对某被指控罪犯的有关事实进行调查的义务。1984 年《禁止酷刑公约》第 12 条要求在有“适当理由认为”已发生犯罪行为时开展调查，无论受害人是否已向该国主管当局正式提出申诉。³⁸⁷ 事实上，由于酷刑做法越普遍的国家，正式提出酷刑申诉的数目很可能越少，所以即使一国没有接到任何申诉，也可能发生违反 1984 年《禁止酷刑公约》第 12 条的行为。禁止酷刑委员会已经指出，凡有适当理由认为发生了酷刑或虐待，国家当局就必须“自动进行”调查，而“无需特别注重怀疑的依据”。³⁸⁸

(3) 禁止酷刑委员会还认为，如果国家调查做不到“及时而公正”，就违反了第 12 条。³⁸⁹ 要求及时调查意味着一旦怀疑发生了犯罪行为，就应立即或毫不拖延地启动调查。在委员会认为调查不够及时的大多数案件中，或是根本没有进行任何调查，或是过了很长时间才开始调查。例如，委员会认为“对酷刑指控的调

³⁸⁵ 同上，纪尧姆法官的个别意见，第 9 段(强调是后加的)。

³⁸⁶ 例如见《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 8 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 12 条第 2 款；《欧洲委员会防止和打击暴力侵害妇女行为和家庭暴力公约》(2011 年 5 月 11 日，伊斯坦布尔)，欧洲委员会，《欧洲条约汇编》，第 210 号，第 55 条第 1 款。

³⁸⁷ 见 Encarnación Blanco Abad 诉西班牙，第 59/1996 号来文，1998 年 5 月 14 日，第 8.2 段，载于禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 44 号》(A/53/44)，附件十，A.3 节；Danilo Dimitrijevic 诉塞尔维亚和黑山，第 172/2000 号来文，2005 年 11 月 16 日，第 7.3 段，同上，《第六十一届会议，补编第 44 号》(A/61/44)，附件八 A 节。

³⁸⁸ 见 Dhaou Belgacem Thabti 诉突尼斯，第 187/2001 号来文，2003 年 11 月 14 日，第 10.4 段，同上，《第五十九届会议，补编第 44 号》(A/59/44)，附件七 A 节。

³⁸⁹ 例如见 Bairamov 诉哈萨克斯坦，第 497/2012 号来文，2014 年 5 月 14 日，第 8.7-8.8 段，同上，《第六十九届会议，补编第 44 号》(A/69/44)，附件十四。

查如耽搁 15 个月才启动，属于时间过长，违反了《公约》第 12 条的规定。”³⁹⁰ 要求及时调查所依据的理由是，可证明酷刑的物质痕迹可能会很快消失，提出申诉的受害人也有再次遭受酷刑的危险，而及时调查有可能防止这些情况。³⁹¹

(4) 要求公正调查意味着各国必须以严肃、有效和不偏不倚的方式进行调查。禁止酷刑委员会曾在一些情况下建议，对犯罪行为的调查应“处于司法机构独立成员的直接监督之下”。³⁹² 委员会曾在其他情况下表示，“应严格禁止所有无权进行刑事案件调查的政府机构进行此种调查。”³⁹³ 委员会指出，公正的调查对犯罪行为发生或未发生的说法给予同等重视，然后通过适当的调查渠道追查，例如检查现有的政府记录、审查相关政府官员、或下令挖尸检验。³⁹⁴

(5) 一些条约没有明确载列这种调查义务，但被理解为其行文暗含这一义务。例如，1966 年《公民权利和政治权利国际公约》没有明确载列这样的义务，但人权事务委员会一再申明各国必须秉持诚意调查违反《公约》的情况。³⁹⁵ 区域人权机构也将其法律文书解释为隐含着进行调查的义务。³⁹⁶

第 9 条

当被指控罪犯在境内时应采取的初步措施

1. 任何国家，如果被指控犯有本条款草案所述任何罪行的人在其管辖的领土内，经审查所获情报后认为根据情况有此必要，应将该人拘押或采取其他法律措施确保该人留在境内。拘押和其他法律措施应符合该国法律的规定，但延续时间只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。

2. 该国应立即对事实进行初步调查。

³⁹⁰ Qani Halimi-Nedzibi 诉奥地利，第 8/1991 号来文，1993 年 11 月 18 日，第 13.5 段，同上，《第四十九届会议，补编第 44 号》(A/49/44)，附件五。

³⁹¹ Encarnac ón Blanco Abad 诉西班牙(见上文脚注 387)，第 8.2 段。

³⁹² 禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 44 号》(A/49/44)，第四章，审议缔约国根据《公约》第 19 条提出的报告，厄瓜多尔，第 97-105 段，见第 105 段。

³⁹³ 同上，《第五十六届会议，补编第 44 号》(A/56/44)，第四章，审议缔约国根据《公约》第 19 条提出的报告，危地马拉，第 67-76 段，见第 76 段(d)分段。

³⁹⁴ Khaled Ben M'Barek 诉突尼斯，第 60/1996 号来文，1999 年 11 月 10 日，第 11.9-11.10 段，同上，《第五十五届会议，补编第 44 号》(A/55/44)，附件八 A 节。

³⁹⁵ 见人权事务委员会第 31 号一般性评论，第 15 段；另见 Nazriev 诉塔吉克斯坦，第 1044/2002 号来文，2006 年 3 月 17 日通过的意见，第 8.2 段(《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 40 号》(A/61/40)，第二卷，附件五，P 节)；Kouidis 诉希腊，第 1070/2002 号来文，2006 年 3 月 28 日通过的意见，第 9 段，同上，T 节；Agabekov 诉乌兹别克斯坦，第 1071/2002 号来文，2007 年 3 月 16 日通过的意见，第 7.2 段，同上，《第六十二届会议，补编第 40 号》(A/62/40)，第二卷，附件七 I 节；Karimov 诉塔吉克斯坦和 Nursatov 诉塔吉克斯坦，第 1108/2002 号和第 1121/2002 号来文，2007 年 3 月 26 日通过的意见，第 7.2 段，同上，H 节。

³⁹⁶ 例如见 Ergi 诉土耳其，判决，1998 年 7 月 28 日，欧洲人权法院，《判决和决定汇编》，1998 年第四辑，第 82 段，第 85-86 段；Bati 等诉土耳其，第 33097/96 和第 57834/00 号申诉，欧洲人权法院第一庭 2004 年 9 月 3 日的判决，《欧洲人权法院判决和决定汇编》，2004 年第四辑，第 133 段；Paniagua Morales 等诉危地马拉，1998 年 3 月 8 日的判决，美洲人权法院，C 辑，第 37 号；“法外处决和强迫失踪—秘鲁”，第 101/01 号报告，2001 年 10 月 11 日，美洲人权委员会，OEA/Ser.L/V/II.114 doc.5 rev. 第 563 页。

3. 一国如果根据本条草案将某人拘押，应立即向第 7 条草案第 1 款所述各国通知该人受到拘押的事实和拘留该人之所以必要的情况。进行本条草案第 2 款所述初步调查的国家应立即向所述有关各国通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。

评注

(1) 第 9 条草案规定了被指控罪犯在其管辖的领土内时，一国应采取的某些初步措施。第 1 款促请该国依照本国法律将该人拘押或采取其他法律措施确保该人留在境内，但只限于提起任何刑事、引渡或移交程序所需的时间。此类措施是国家刑事诉讼程序中的惯常步骤，特别是为了避免进一步的犯罪行为和被指控罪犯逃跑的风险。

(2) 第 2 款规定该国应立即对事实真相进行初步调查。各国刑法通常规定进行这种初步调查，以确定是否存在可起诉的罪行。

(3) 第 3 款规定，该国应立即向第 7 条草案第 1 款所述各国通报其行动，及该国是否有意行使管辖权。这种做法使其他国家得以考虑是否希望行使管辖权；如果是，它们有可能要求引渡。有些情况下，该国也许并不充分了解哪些其他国家已经确立了管辖权(例如一国有选择地确立对惯常在该国领土内居住的一名无国籍人的管辖权)；此种情况下，履行此项义务的可行性也许要视具体情况而定。

(4) 联合国大会和安全理事会均认识到在危害人类罪方面采取此种措施的重要性。因此，大会促请“一切有关国家采取必要措施，以彻底调查……危害人类罪……并对所有尚未交付审判或惩治之……危害人类罪犯施行侦查、逮捕、引渡及惩治”。³⁹⁷ 同样，大会还申明，“各国拒绝合作，不肯逮捕、引渡、审判和惩治……危害人类罪犯，便是违反联合国宪章的宗旨和原则以及国际法的公认规律”。³⁹⁸ 安全理事会强调，“各国负责任遵守相关义务，终止有罪不罚的现象，彻底调查并起诉应对……危害人类罪或其他严重违反国际人道主义法行为负责的人，以防止违犯行为，避免这类行为重演，寻求持久和平、正义、真相与和解”。³⁹⁹

(5) 处理犯罪问题的条约通常会规定此类初步措施，⁴⁰⁰ 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 6 条便是如此。⁴⁰¹ 国际法院除其他外回顾第 6 条所载规定时解释说，“将适当立法纳入国内法……可使嫌疑

³⁹⁷ 大会 1969 年 12 月 15 日关于战争罪犯及危害人类罪犯之惩治问题的第 2583(XXIV)号决议，第 1 段。

³⁹⁸ 大会 1971 年 12 月 18 日关于战争罪犯及危害人类罪犯的惩治问题的第 2840(XXVI)号决议，第 4 段。

³⁹⁹ 安全理事会 2009 年 11 月 11 日第 1894(2009)号决议，第 10 段。

⁴⁰⁰ 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 6 条；《制止危害民用航空安全非法行为公约》，第 6 条；《反对劫持人质国际公约》，第 6 条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 8 条；《制止恐怖主义爆炸国际公约》，第 7 条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 9 条；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第 7 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 10 条；《东盟打击恐怖主义公约》，第八条。

⁴⁰¹ 《禁止酷刑公约》，第 6 条。

人所在国家立即对事实真相进行初步调查……这是使该国在了解事实后将案件提交其主管当局以便起诉的必要步骤……”。⁴⁰² 法院认为初步调查与主管当局进行的任何调查一样，是为了证明对所涉人员的怀疑是否属实。开展调查的机关负责起草案卷，其中载有相关事实和证据：“这可能包括与所讨论的事件和与嫌疑人在相关事件中可能的参与情况有关的文件或目击者证词”。⁴⁰³ 法院还指出，“选择什么方式进行调查仍然取决于缔约国”，但“确定嫌疑人在该国境内之后，应立即采取步骤对该案件进行调查。”⁴⁰⁴ 此外，这种初步措施的目的是“在嫌疑人未被引渡的情况下对其展开司法程序，实现《公约》的宗旨和目标，即通过避免这类行为实施者有罪不罚的现象提高打击酷刑斗争的成效”。⁴⁰⁵

第 10 条 引渡或起诉

被指控罪犯在其管辖领土内的国家，应将该案提交主管当局以便起诉，除非该国将该人引渡至或移交另一国家或主管国际刑事法庭。主管当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定。

评注

(1) 第 10 条草案规定，被指控罪犯在其管辖领土内的国家，有义务在该国的国内系统将被指控罪犯提交起诉。履行这项义务的唯一替代手段是该国将被指控罪犯引渡或移交愿意且有力量自行将该事项提交起诉的另一国家或主管国际刑事法庭。这项义务通常称为引渡或起诉原则(*aut dedere aut judicare*)，这是委员会最近研究的一项原则，⁴⁰⁶ 许多有关罪行的多边条约也载有该原则。⁴⁰⁷ 虽然 *aut dedere aut judicare* 的直译可能无法充分体现该义务的含义，但鉴于提及此种义务时普遍使用这一短语，委员会决定在标题中保留这一术语。

(2) 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 18 条为“危害人类罪”作了定义，并在第 9 条中进一步规定，“在不妨害国际刑事法院的管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第 17、第 18、第 19 或第 20 条所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人”。⁴⁰⁸

⁴⁰² 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 380)，第 450 页，第 72 段。

⁴⁰³ 同上，第 453 页，第 83 段。

⁴⁰⁴ 同上，第 454 页，第 86 段。

⁴⁰⁵ 同上，第 451 页，第 74 段。

⁴⁰⁶ 见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第六章。

⁴⁰⁷ “对与国际法委员会就‘引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)义务’专题开展的工作可能有关的多边公约的调查”，秘书处的研究报告(A/CN.4/630)。

⁴⁰⁸ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第二章 D 节(第 9 条)；另见人权委员会关于有罪不罚问题的第 2005/81 号决议，第 2 段(确认“各国必须按照国际法规定的义务起诉或引渡……危害人类罪等国际罪行的肇事者及其同谋，以将其绳之以法，并敦促各国采取有效措施履行这些义务”)。

(3) 载有这种义务⁴⁰⁹ 的大多数多边条约使用得名于 1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》的所谓的“海牙套语”。⁴¹⁰ 该套语规定，只要被指控罪犯在缔约国领土上，不管其他缔约国是否要求引渡，都会产生此种义务。虽然经常被称为引渡或“起诉”义务，但所要求的义务是“将该案提交主管当局以便起诉”，这意味着将案件提交检察机关，该机关可决定是否起诉。具体而言，如果主管当局确定没有足够证据定罪，则不需要起诉被指控罪犯，也不需要对其进行审判或惩处。⁴¹¹ 1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》的准备工作文件说明，该套语确立了“逮捕被指控罪犯的义务、引渡的可能性、移交给主管当局的义务以及进行起诉的可能性。”⁴¹²

(4) 在与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)中，国际法院分析了 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 7 条中的海牙套语：

“90. 从《公约》的准备工作文件中可以明显看出，第 7 条第 1 款是基于 1970 年 12 月 16 日在海牙签署的《关于制止非法劫持航空器的公约》中载有的一个类似规定。有关将该案提交主管当局以便起诉的义务(以下称“起诉义务”)的规定是以交由主管当局决定是否要开始诉讼程序的方式作出的，从而显示对缔约国司法系统的独立性的尊重。此外，这两项公约都强调主管当局应根据该国法律，以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定(《禁止酷刑公约》第 7 条第 2 款和 1970《海牙公约》第 7 条)。因此，有关国家当局仍有责任决定是否根据已经掌握的证据和有关的刑事诉讼规则提起诉讼。

⁴⁰⁹ 见美洲国家组织(美洲组织)，《防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》(1971 年 2 月 2 日，华盛顿特区)，联合国，《条约汇编》，第 1438 卷，第 24371 号，第 195 页，第 5 条；《非洲统一组织消除非洲雇佣军制度公约》(1977 年 7 月 3 日，利伯维尔)，同上，第 1490 卷，第 25573 号，第 89 页，第 8 条和第 9 条第 2-3 款；《欧洲制止恐怖主义公约》，第 7 条；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 14 条；《南亚区域合作联盟(南盟)制止恐怖主义活动区域公约》(1987 年 11 月 4 日，加德满都)，载于《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》，联合国出版物，出售品编号：E.08.V.2 (2008 年，纽约)，174 页；《美洲被迫失踪人士公约》，第 6 条；《美洲国际贩卖未成年人问题公约》(1994 年 3 月 18 日，墨西哥城)，美洲组织，《条约汇编》，第 79 号，第 9 条；《美洲国家反腐败公约》，第 13 条第 6 款；《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他有关材料公约》(1997 年 11 月 14 日，华盛顿特区)，第 19 条第 6 款；阿拉伯国家联盟，《阿拉伯制止恐怖主义公约》(1998 年 4 月 22 日，开罗)《关于预防和制止国际恐怖主义的国际文书》，联合国出版物，出售品编号：E.08.V.2 (2008 年，纽约)，第 178 页；欧洲委员会，《反腐败刑法公约》，第 27 条第 5 款；《伊斯兰会议组织关于打击国际恐怖主义的公约》(1999 年 7 月 1 日，瓦加杜古)，第 59/26-P 号决议附件，第 6 条；欧洲委员会，《网络犯罪公约》(2001 年 11 月 23 日，布达佩斯)，《欧洲条约汇编》，第 185 号，第 24 条第 6 款；《非洲联盟预防和打击腐败公约》，第 15 条第 6 款；欧洲委员会，防止恐怖主义公约(2005 年 5 月 16 日，华沙)，《欧洲委员会条约汇编》，第 196 号，第 18 条；《欧洲委员会打击人口贩运公约》(2005 年 5 月 16 日，华沙)，《欧洲委员会条约汇编》，第 197 号，第 31 条第 3 款；《东南亚国家联盟反恐主义公约》，第十三条第 1 款。

⁴¹⁰ 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 7 条。

⁴¹¹ 《对国际法委员会就“引渡或起诉的义务”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查》，秘书处的研究报告(A/CN.4/630)，第 74-75 页。

⁴¹² 主席 Gilbert Guillaume(法国代表)的发言，国际民航组织法律委员会第十七届会议，1970 年 2 月 9 日至 3 月 11 日，蒙特利尔，《关于非法劫持航空器问题的会议记录和文件》，(蒙特利尔，1970 年)第 30 次会议(1970 年 3 月 3 日)(8877-LC/161 号文件)，第 15 段。

91. 第 7 条第 1 款中规定的起诉义务通常是在该国已履行《禁止酷刑公约》该款之前各项条款中规定的其他义务后履行的，其他条款要求该国通过适当立法，使其可以将酷刑定为刑事罪、赋予其法院对该问题的普遍管辖权，并对事实展开调查。这些义务作为一个整体可视为一个单一的公约机制的要素，这一公约机制的目的是防止嫌疑人逃脱其经证实的刑事责任的后果……

……

94. 法院认为，第 7 条第 1 款要求有关国家将案件提交其主管当局以便起诉，无论此前有无引渡嫌疑人的请求。这就是为何第 6 条第 2 款规定，自嫌疑人入境之时起，该国必须立即进行初步调查。第 7 条第 1 款规定的将案件提交主管当局的义务，可能会，也可能不会导致提起诉讼，这要看主管当局得到的关于嫌疑人所受指控的证据。

95. 然而，如果嫌疑人所在国已经在《公约》条款中设想的任一情况下收到了引渡请求，该国可以通过接受此请求免除起诉的义务。由此可见，《公约》虽然规定可以选择引渡或选择予以起诉，但不意味着两种选择分量相当。引渡是《公约》提供给国家的一个备选办法，而起诉是《公约》规定的一项国际义务，违反这项义务属于不法行为，国家为此要承担责任。

……

114. 尽管《公约》第 7 条第 1 款没有关于履行其规定义务的时间框架的规定，在案文中必定暗示此种义务须在合理的时间范围内以符合《公约》的宗旨和目的的方式履行。

115. 法院认为，《公约》第 7 条第 1 款中规定国家有起诉义务，其意图是实现《公约》的宗旨和目的，即“在全世界更有效地开展反对酷刑的斗争”（《公约》序言）。为此，应毫不拖延地开展诉讼程序。

……

120. 这些条约规定的目的是防止被指控的酷刑行为犯罪人免受处罚，方法是确保他们无法在任何缔约国避难。嫌疑人所在国家确实可选择将其引渡到提出此种要求的国家，但根据《公约》第 5 条，这样做的条件是引渡的目的地国具有起诉和审判嫌疑人方面的管辖权。”⁴¹³

(5) 法院还认定，下述多种因素无法成为不履行这些义务的理由：国家财政困难；⁴¹⁴ 将问题提交区域组织；⁴¹⁵ 或根据国家的国内法难以履行此种义务。⁴¹⁶

(6) 第 10 条草案第一句话确认，履行国家义务可通过将被指控罪犯引渡或移交另一国家，还可引渡或移交有权起诉罪犯的国际刑事法庭。随着国际刑事法院和

⁴¹³ 与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 380)，第 454-461 页，第 90-91 段、第 94-95 段、第 114-115 段和第 120 段。

⁴¹⁴ 同上，第 460 页，第 112 段。

⁴¹⁵ 同上。

⁴¹⁶ 同上，第 113 段。

其他国际刑事法庭的设立，出现了这第三种选择。⁴¹⁷“引渡”一词往往涉及将某人送往一国，但“移交”一词通常用于将某人送往主管国际刑事法庭，第 10 条草案如此编写是为了不以这种方式限制术语的使用。国家刑事系统和国际关系中使用的术语可能各不相同，⁴¹⁸因此，委员会认为更笼统的措辞是可取的。此外，虽然第 10 条草案将提法的范围限制为国际刑事法庭以便表示必须是送出国承认其司法权的法庭，⁴¹⁹但这种限制被视为没有必要。

(7) 第 10 条草案第 2 句规定，当一国将案件提交起诉时，其“当局应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出决定”。载有海牙套语的大部分条约都包括这样一个条款，其目的是帮助确保与严重罪行有关的正规程序和证据标准得到适用。

(8) 一国向主管当局提交案件的义务可能与该国实施大赦的能力相冲突，大赦指的是有可能阻止就据称在大赦颁布前实施的特定犯罪行为对某些个人(或某类个人)提起的刑事起诉的法律措施，或追溯性地取消先前确立的法律责任的法律措施。⁴²⁰ 犯罪发生地所在国可以根据其宪法、成文法或其他法授予大赦，大赦也可能是结束武装冲突的和平协议的产物。这种大赦可能具有普遍性质，也可能以某些要求为条件，如解除非国家行为者团体的武装，被指控罪犯愿意公开为所犯罪行作证，或者被指控罪犯向受害人或其家人道歉。

(9) 关于在国际刑事法庭进行的起诉，在谈判 1998 年《国际刑事法院罗马规约》时讨论了列入一项大赦条款的问题，但最后没有列入这种条款。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约也不包含这样的规定。不过，前者认为，国内法就酷刑罪通过的大赦“得不到国际法律承认”。⁴²¹ 设立塞拉利昂特别法庭⁴²² 和设立柬埔寨法院特别法庭⁴²³ 的文书规定，国内法通过的大赦不妨碍其各自的管辖权。此外，这两个法庭法院认识到，有一种“正在制定

⁴¹⁷ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第六章 C 节(本专题最后报告)，第(35)段，第 155-156 页。

⁴¹⁸ 例如见欧洲联盟，理事会 2002 年 6 月 13 日关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的框架决定，《欧洲共同体公报》，L190 号，2002 年 7 月 18 日，第 1 页。该框架决定第 1 条规定：“欧洲逮捕令是成员国签发的司法判决，其目的是使另一成员国逮捕和移交所要求的人，以便进行刑事起诉或执行监禁判决或拘留令”(强调是后加的)。

⁴¹⁹ 见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十一条第一款。

⁴²⁰ 联合国人权事务高级专员办事处，《冲突后国家的法治工具：大赦》(2009 年)，HR/PUB/09/1，第 5 页。

⁴²¹ 见检察官诉 Furundžija 案，(见上文脚注 271)，第 155 段。

⁴²² 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 10 条(“向属于特别法庭管辖权内的任何人授予关于本规约第 2 条至第 4 条所提及犯罪的大赦不应构成起诉限制”)。

⁴²³ 《柬埔寨特别法庭协定》，第 40 条(“柬埔寨王国政府不应要求对被侦查的人或犯有本法第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条和第 8 条所提及罪行的人颁布大赦或赦免。在颁布本法前可以授予的任何大赦或赦免范围是由特别法庭决定的事项”)。

的国际准则”⁴²⁴ 或“新共识”⁴²⁵，基于侦查和起诉严重国际犯罪和惩罚犯罪者的义务，禁止与这些犯罪有关的大赦，特别是集体大赦或全面大赦。

(10) 关于在国家法院进行的起诉，最近谈判达成的涉及国内法中罪行的条约不明确排除大赦，包括涉及严重犯罪的条约。例如，在 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的谈判过程中，提出了列入一项大赦条款的可能性。⁴²⁶ 但区域人权法院和机构，包括美洲人权法院、欧洲人权法院及非洲人权和人民权利委员会在内，都认为大赦是不被容许的，不妨碍按照区域人权条约进行问责。⁴²⁷ 专家条约机构对其各自条约的解释是，缔约国不得通过、适用或不废除大赦法。⁴²⁸ 此外，联合国秘书处的立场是，联合国核可的和平协定不承认或宽恕对灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪或严重侵犯人权行为的大赦。⁴²⁹ 自 1998 年

⁴²⁴ 见检察官诉 Kallon 和 Kamara 案，案件编号：SCSL-2004-15-AR72(E) 和 SCSL-2004-16-AR72(E)，2004 年 3 月 13 日，第 66-74 段和第 82-84 段。

⁴²⁵ 关于英萨利规则第 89 条初步反对意见的裁定(一罪不二审和大赦与赦免)，案件编号：002/19-09-2007/ECCC/TC，柬埔寨法院特别法庭审判分庭 2011 年 11 月 3 日的判决，第 40-53 段。

⁴²⁶ 起草一个关于保护所有人不遭受强迫失踪的具有法律拘束力的规范性文件委员会闭会期间不限成员名额工作组的报告(E/CN.4/2004/59)，第 73-80 段。

⁴²⁷ 例如见 Barrios Altos 诉秘鲁案，2001 年 3 月 14 日的判决，美洲人权法院，C 辑，第 75 号，第 41-44 段；Almonacid Arellano 等人诉智利案，2006 年 9 月 26 日的判决，美洲人权法院，C 辑，第 154 号，第 114 段；津巴布韦人权非政府组织论坛诉津巴布韦案，第 245/02 号来文，2006 年 5 月 15 日的裁决，非洲人权和人民权利委员会，第 211-212 段。欧洲人权法院采取了更谨慎的态度，认识到“国际法中越来越倾向于”认为，对严重违反基本人权行为予以大赦是不可接受的，因为这不符合国家起诉和惩罚此类犯罪的公认义务。见 Marguš 诉克罗地亚案，第 4455/10 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2014 年 5 月 27 日的判决，第 139 段。

⁴²⁸ 例如见人权事务委员会第 20 号一般性意见，第 15 段；人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 18 段；人权事务委员会，Hugo Rodríguez 诉乌拉圭，第 322/1988 号来文，1994 年 7 月 19 日通过的意见，第 12.4 段。禁止酷刑委员会认为，对酷刑的大赦不符合缔约国根据《禁止酷刑公约》承担的义务。例如见关于执行第 14 条的第 3 号一般性意见(2012 年)，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 44 号》(A/68/44)，附件十，第 41 段。消除对妇女歧视委员会也建议缔约国确保过渡时期司法机制在实质性方面通过拒绝对基于性别的暴力实行大赦等方法，保证妇女诉诸司法的机会。消除对妇女歧视委员会关于妇女在预防冲突、冲突及冲突后局势中的作用的第 30 号一般性建议(2013 年)，同上，《第六十九届补编第 38 号》(A/69/38)，第七章第 44 段和 CEDAW/C/GC/30 第 81(b)段。

⁴²⁹ 例如见秘书长关于冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法的报告(2004 年 8 月 23 日)，S/2004/616 号文件，第 10、第 32 和第 64(c)段。这种做法首次见于联合国秘书长特别代表对 1999 年《塞拉利昂政府和塞拉利昂革命联合阵线和平协议》后所附的免责声明，其中指出，“本协议第九条载有的大赦条款(‘绝对和自由的赦免’)不应适用于国际种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和其他严重违反国际人道主义法的行为”。秘书长关于设立塞拉利昂特别法庭的报告，S/2000/915 号文件，第 23 段。更多的意见，见联合国人权事务高级专员办事处，《冲突后国家的法治工具：大赦》(2009)，HR/PUB/09/1，第 11 页(“根据国际法的各种渊源及联合国的政策，具有下列特点的大赦是不允许的：(a) 免于起诉可能犯有战争罪、种族灭绝、危害人类罪及其他严重侵犯人权罪行的个人；(b) 妨碍受害者获得有效补救，包括获得赔偿的权利；或(c) 限制受害者或社会了解侵犯人权和违反人道主义法真相的权利。此外，力求恢复人权的大赦必须确保不限制已恢复的人权，或不会在某些方面使原有的侵权行为持续下去”)；酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚问题特别报告员的报告，A/56/156 号文件，第 33 段。

《罗马规约》生效以来，一些国家通过了禁止对危害人类罪实行大赦和类似措施的国家法律。⁴³⁰

(11) 关于本条款草案，据指出，一国实行的大赦不得妨碍对罪行拥有共同管辖权的另一国的起诉。⁴³¹ 在已实行大赦的国家，应特别结合该国根据本条款草案承担的将危害人类罪定为刑事犯罪的义务、遵守引渡或起诉的义务、以及履行对受害人和他人承担的义务等，对其可容许性进行评估。

第 11 条 公平对待被指控罪犯

1. 对于任何因本条款草案所述罪行而被采取法律措施的人，在诉讼的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护该人按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利。
2. 在非本人国籍国被监禁、拘押或拘留的任何此类人员应有权：
 - (a) 立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家；如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；
 - (b) 受到此类国家代表的探视；以及
 - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第 2 款所规定权利的预期目的得到充分实现。

评注

(1) 第 11 条草案侧重于国家给予在该国管辖的领土内的被指控罪犯公平待遇，包括公平审判和充分保护其权利。此外，第 11 条草案承认在非本人国籍国被监禁、拘押或拘留的被指控罪犯接触其国籍国代表的权利。

(2) 所有国家的国内法均规定在不同程度上保护该国因刑事犯罪而受到调查、拘留、审判或惩罚的人。这种保护可能是在宪法、法规、行政规章或司法先例中作出的明确规定。此外，还可能会编纂详细规则，或确立大略标准，提及“公平待遇”、“正当程序”、“司法保障”、或“平等保护”。这种保护极为重要，因为它能避免国家刑事司法机构将其超常权力不当地施加于嫌疑人，其效果包括使该个人能够向独立法庭充分质疑该国的指控(因而保障“权利平等”)。

⁴³⁰ 例如见阿根廷 2015 年 7 月 31 日第 27.156 号法律；布基纳法索第 052/2009 号法律第 14 条，该法律涉及权限的确定及布基纳法索各管辖区实施《国际刑事法院罗马规约》的程序；布隆迪 2009 年 4 月 22 日第 1/05 号法律(布隆迪刑法典)第 171 条；中非共和国 2008 年 10 月 13 日第 08-020 号法律第 2 条，该法律涉及对名人、军人、叛乱团体文职成员和负责人予以大赦事宜；哥伦比亚 2016 年 11 月 24 日《和平协议》第 40 条；科摩罗 2011 年 12 月 13 日第 011-022 号法律第 14 条，该法律涉及该国实施《罗马规约》问题；刚果民主共和国 2014 年 2 月 11 日第 014/006 号法律第 4 条，该法律涉及对起义行为、战争行为、政治罪行予以赦免的问题；巴拿马国《巴拿马刑法典》第 115 条第 3 款；乌拉圭 2006 年 10 月 4 日第 18.026 号法律第 8 条。

⁴³¹ 例如见 Ould Dah 诉法国案，第 13113/03 号申诉，2009 年 3 月 17 日关于可否受理的裁决，欧洲人权法院第五庭，《2009 年欧洲人权法院案例汇编》，第 49 段。

(3) 现在，此种重要保护在国际刑法和人权法中也已得到明确承认。在最普遍的层面上，1948年《世界人权宣言》第十和第十一条确认了此类保护，⁴³² 而1966年《公民权利和政治权利国际公约》第十四条提出了对国家具有约束力的更具体的标准。普遍而言，为国际法院或法庭规定标准的文书一般均致力于具体叙述《公民权利和政治权利国际公约》第十四条中规定的标准，而关于国内法的文书则采用大略的标准，意图是在涉及被指控罪犯的国内诉讼的“所有阶段”确认和体现第十四条以及其他有关文书的具体标准。⁴³³

(4) 关于国内法的这些条约没有定义“公平待遇”一词，但该词被视为包括被指控罪犯拥有的具体权利，如1966年《公民权利和政治权利国际公约》第十四条规定的权利。因此，委员会在起草关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案第8条时指出，“在诉讼的所有阶段受到公平待遇”的表述“旨在涵盖被拘留者或被告的所有公认保障规定”，并指出“这类保障的一个例子见《公民权利和政治权利国际公约》第十四条”。⁴³⁴ 此外委员会还指出“‘适当程序’、‘公平审理’或‘公平审判’等较常见的表述可能被人从狭义的技术意义上加以解释。与之相比，‘公平待遇’的表述比较广义，因此更可取”。⁴³⁵ 最后，委员会还解释说，“诉讼的各个阶段”的表述“旨在于被指控罪犯被发现和采取措施使其留在境内的时刻起直至就案件作出最后裁决期间保障其权利”。⁴³⁶

(5) 虽然“公平待遇”一词包含“公平审判”概念，但许多条约明确提及公平审判，以强调其特别重要性。事实上，人权事务委员会认为，获得公平审判的权利是“人权保护的一项关键内容”，也是“保障法治的一项程序手段”。⁴³⁷ 因此，第11条草案第1款中称公平待遇“包括公平审判”。

(6) 除了公平待遇，被指控罪犯还有权得到对其权利的最高保护，无论这种权利产生于适用的国内法还是国际法，包括国际人权法。这些权利载于宪法、法规

⁴³² 《世界人权宣言》，大会1948年12月10日第217 A (III)号决议，第十至第十一条。

⁴³³ 例如见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第九条；《反对劫持人质国际公约》，第八条第2款；《禁止酷刑公约》，第7条第3款；《制止危及海上航行安全非法行为公约》(1988年3月10日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第1678卷，第29004号，第201页，第十条第2款；《儿童权利公约》，第40条第2款(b)项；《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》(1989年12月4日，纽约)，同上，第2163卷，第37789号，第75页，第11条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第14条；《1954年关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999年3月26日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第2253卷，第3511号，第17条第2款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第17条；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第16条第13款；《联合国反腐败公约》，第四十四条第十四款；《制止核恐怖主义行为国际公约》，第十二条(纽约，2005年4月13日)，联合国，《条约汇编》，第2445卷，第44004号，第89页；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十一条第三款；《东盟反恐公约》，第八条第1款。

⁴³⁴ 《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件，第三章B节(关于防止及惩治侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案)，第8条的评注，第320页。

⁴³⁵ 同上。

⁴³⁶ 同上。

⁴³⁷ 人权事务委员会第32号一般性意见(2007年)，关于第十四条，在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利，第2段和第18-28段，载于《大会正式记录，第六十二届会议，补编第40号》(A/62/40)，附件六。

或各国的国内法律制度内的其他规则，在国际层面，则载于全球人权条约、区域人权条约⁴³⁸ 或其他适用文书。⁴³⁹ 因此，第 11 条草案第 1 款还承认，各国必须充分保护罪犯“按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利”。

(7) 第 11 条草案第 2 款阐述了国家对在非本人国籍国“被监禁、拘押或拘留”的被指控罪犯的义务。这一表述应被理解为包括国家限制人员与其国籍国代表自由联络和接受这些代表探视的所有情况。在这些情况下，要求被指控罪犯在其管辖领土内的国家立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家或经其请求而愿意保护其权利的国家。此外，被指控罪犯有权受到此类国家代表的探视。最后，被指控罪犯有权立即被告知这些权利。此外，第 2 款对无国籍人也适用这些权利，要求这些人有权立即联络经其请求而愿意保护其权利的国家距离最近的适当代表，并接受该代表的探视。

(8) 1963 年《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款⁴⁴⁰ (将权利赋予被拘留者和国籍国⁴⁴¹) 和习惯国际法更为详细地阐述了这些权利。最近的针对罪行的条约通常不会如此详细，而是与第 11 条草案第 2 款一样，仅重申被指控罪犯有权联络其国籍国并接受其探视(对无国籍者而言，则有权联络其通常居住的国家或其他愿意保护此人权利的国家)。⁴⁴²

(9) 第 11 条草案第 3 款规定，第 2 款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但这些法律和规章不得妨碍这些权利的预期目的得到充分实现。这些国内法律和规章可涉及调查法官为保护受害人和证人而对联络施加限制的能力以及探视被关押在拘留设施的人的标准条件等问题。1963 年《维也纳领事关系公约》第三十六条第二款⁴⁴³ 中存在一个类似条款，该条款还被列入了

⁴³⁸ 例如见《美洲人权公约》，第八条；《非洲人权和人民权利宪章》，第七条；《欧洲人权公约》，第六条。

⁴³⁹ 例如见《世界人权宣言》；第九届美洲国家国际会议通过的《美洲关于人的权利和义务宣言》(1948 年 5 月 2 日，波哥大)；《开罗伊斯兰人权宣言》，伊斯兰合作组织第 49/19-P 号决议，附件；《欧洲联盟基本权利宪章》，2000 年 12 月 7 日在尼斯通过，《欧洲共同体公报》，C 364 号，2000 年 12 月 18 日，第 1 页。

⁴⁴⁰ 《维也纳领事关系公约》(1963 年 4 月 24 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页，第三十六条第一款。

⁴⁴¹ 拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页起，见第 492 页，第 74 段，(“第三十六条第一款规定了一项旨在促进执行领事保护制度的互相关联的制度”)，并见第 494 页，第 77 段(“基于这些规定的案文，法院认为，第三十六条第一款确立了个人权利”)。

⁴⁴² 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》，第六条；《制止危害民用航空安全非法行为公约》，第六条第三款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第六条第 2 款；《反对劫持人质国际公约》，第六条第 3 款；《禁止酷刑公约》第 6 条第 3 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第十七条第二款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 7 条第 3 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 9 条第 3 款；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》，第七条第 3 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十条第三款；《东盟反恐公约》，第八条第 4 款。

⁴⁴³ 《维也纳领事关系公约》，第三十六条第二款。

许多关于犯罪的条约。⁴⁴⁴ 委员会在后来成为 1963 年《维也纳公约》的条款草案的评注中对该条款作了如下解释：

“(5) 上述各项权利依照接收国的法律和规章行使。因此，依照刑事诉讼法和监狱规章的规定，探视被羁押和监禁者是可允许的。作为一项一般规则，为了探视正在受到刑事调查或刑事审判的被羁押者，刑事诉讼法要求得到预审法官的许可，预审法官将根据调查要求作出决定。在这样的案件中，领事官员必须向预审法官申请许可。在一人根据一项判决而被监禁的情况下，关于探视囚犯的监狱规章也适用于领事官员对身为派遣国国民的犯人的探视。

……

(7) 虽然本条规定的权利的行使必须符合接收国的法律和规章，但这并不意味着这些法律和规章可以宣布有关权利无效。”⁴⁴⁵

(10) 在拉格朗案中，国际法院裁定，1963 年《维也纳公约》第三十六条第二款中所述“权利”“必须被解读为不仅适用于派遣国的权利，而且也适用于被拘禁的个人的权利”。⁴⁴⁶

第 12 条

受害人、证人及其他人

1. 各国应采取必要措施，确保：

(a) 声称有人实施了或正在实施构成危害人类罪的行为的任何人有权向主管当局提出申诉；以及

(b) 申诉人、受害人、证人及其家属和代表以及在本条款草案范围内参加任何侦查、起诉、引渡或其他程序的其他人得到保护，不因提供任何申诉、资料、证词或其他证据而受到虐待或恐吓。这些措施应不妨害第 11 条草案所述被指控罪犯的权利。

2. 各国应在不违背本国法律的情况下，在对被指控罪犯提起刑事诉讼的适当阶段，以不妨害第 11 条草案所述权利的方式使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。

3. 各国应采取必要措施，在其法律体制内确保危害人类罪受害人有权就受到的物质和精神损害以个人或集体方式获得赔偿，这种赔偿酌情包括以下一种或多种形式：恢复原状；补偿；抵偿；康复；停止和保证不再发生。

⁴⁴⁴ 例如见《反对劫持人质国际公约》，第四条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 7 条第 4 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 9 条第 4 款；《非统组织防止和打击恐怖主义公约》第七条第 4 款；《东盟反恐公约》，第八条第 5 款。

⁴⁴⁵ 《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，关于领事关系的条款草案和评注，第 36 条的评注第(5)和(7)段。

⁴⁴⁶ 拉格朗案(见上文脚注 441)，第 497 页，第 89 段。

评注

- (1) 第 12 条草案涉及受实施危害人类罪影响的受害人、证人及其他人的权利。
- (2) 1980 年代以前许多涉及国内法规定的犯罪的条约都不包含关于受害人或证人的规定，⁴⁴⁷ 甚至在 1980 年代以后，大多数关于恐怖主义的全球性条约也不涉及受害人和证人的权利。⁴⁴⁸ 不过，自 1980 年代以来，许多关于犯罪的条约都有与第 12 条草案所列相类似的规定，⁴⁴⁹ 包括涉及某些情况下可能构成危害人类罪的行为，如酷刑和强迫失踪的条约。⁴⁵⁰ 对危害人类罪有管辖权的一些国际法院和法庭的规约，特别是 1998 年《国际刑事法院罗马规约》，⁴⁵¹ 均涉及受害人和证人的权利，联合国大会也为各国提供了关于犯罪受害人的权利，包括危害人类罪受害人权利的指导。⁴⁵²
- (3) 大多数涉及国内法规定的“受害人”权利的条约并没有界定“受害人”这一术语，⁴⁵³ 而是允许各国适用本国的现行法律和惯例。⁴⁵⁴ 但与这些条约相关的依习惯国际法进行的实践提供了关于如何看待该术语的指导。例如，1984 年

⁴⁴⁷ 例如见《灭绝种族罪公约》；《关于制止非法劫持航空器的公约》，联合国，《条约汇编》，第 860 卷，第 12325 号(1970 年 12 月 16 日，海牙)，第 105 页；《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 14861 号(1973 年 11 月 30 日，纽约)，第 243 页；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973 年 12 月 14 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1035 卷，第 15410 号，第 167 页；《反对劫持人质国际公约》，联合国，《条约汇编》，第 1316 卷，第 21931 号，第 205 页(1979 年 12 月 17 日，纽约)。

⁴⁴⁸ 例如见《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》(1997 年 12 月 15 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 2149 卷，第 37517 号，第 256 页；《非洲统一组织(非统组织)防止和打击恐怖主义公约》(1999 年 7 月 14 日，阿尔及尔)，联合国，《条约汇编》，第 2219 卷，第 39464 号，第 179 页；《制止核恐怖主义行为国际公约》；《东南亚国家联盟反恐恐怖主义公约》。

⁴⁴⁹ 例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24-25 条；《联合国反腐败公约》，第三十二至第三十三条。

⁴⁵⁰ 例如见《禁止酷刑公约》，第 13-14 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十二和第二十四条。

⁴⁵¹ 例如见《罗马规约》，第六十八条；《国际刑事法院程序和证据规则》，载于《国际刑事法院罗马规约缔约国大会正式记录，第一届会议，2002 年 9 月 3 日至 10 日，纽约》(ICC-ASP/1/3 和 Corr.1)，第四章，第三.1 节，规则 86(下称“《国际刑事法院程序和证据规则》”)。关于其他法庭，见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》，第 22 条；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 21 条；《柬埔寨特别法庭协定》，第 33 条；《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 16 条；《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 12 条。

⁴⁵² 《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》，大会 1985 年 11 月 29 日第 40/34 号决议，附件；《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害者获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，大会 2005 年 12 月 16 日第 60/147 号决议，附件。

⁴⁵³ 例外情况有：《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二十四条第一款(“在本公约中，‘受害人’系指失踪的人和任何因强迫失踪而受到直接伤害的个人”)；《集束弹药公约》(都柏林，2010 年 8 月 1 日)，联合国，《条约汇编》，第 2688 卷，第 47713 号，第 39 页，第二条第一款(“‘集束弹药受害人’是指使用集束弹药而被炸死或遭受身心伤害、经济损失、社会边缘化或在实现其权利方面受到严重阻碍的所有人，包括受集束弹药直接影响的人及其家庭和社区”)。

⁴⁵⁴ 例如见墨西哥《一般受害人法》(Ley General de Víctimas, Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013)，其中载有关于受害人权利的详细规定，但对哪些人可以声称是受害人未作限制。

《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》虽未界定第 14 条所述“受害者”的含义，但禁止酷刑委员会就其含义提供了详细指导。⁴⁵⁵ 在区域一级，1950 年《欧洲保护人权与基本自由公约》允许声称是违反该公约行为“受害人”的“任何个人、非政府组织或个人团体”提出申诉。⁴⁵⁶ 欧洲人权法院认定，这些“受害人”可能直接或间接受到伤害，⁴⁵⁷ 而严重侵犯人权行为的受害人的家属本身也可能是“受害人”。⁴⁵⁸ 虽然 1969 年《美洲人权公约》所载的保障仅限于自然人，⁴⁵⁹ 但美洲人权法院也承认直接和间接受害人，包括家庭成员，⁴⁶⁰ 以及受害人群体。⁴⁶¹ 根据这些条约，不能以狭隘或歧视性的方式解释“受害人”一词。

(4) 同样，尽管国际刑事法庭的规约没有界定“受害人”一词，但在法庭的规则或判例中可能有一些指导。因此，《国际刑事法院程序和证据规则》的规则 85(a)将“受害人”定义为“任何本法院管辖权内的犯罪的受害自然人”，⁴⁶² 可

⁴⁵⁵ 禁止酷刑委员会，第 3 号一般性意见，第 3 段。（“受害者系指由于构成违反《公约》的行为或不作为而遭受单独或集体伤害的人，这种伤害包括身体或精神伤害、感情痛苦、经济损失或对其基本权利的重大损害。一个人应被视为受害者，无论侵权犯罪人是否被确定身份、逮捕、起诉或定罪，也无论犯罪人和受害者之间是否存在任何家庭或其他关系。‘受害者’还包括受害者的直系亲属或受抚养人以及出面干预以援助受害者或防止受害情况而蒙受损害的人”）。

⁴⁵⁶ 《欧洲人权公约》，第 34 条。

⁴⁵⁷ 例如见 Vallianatos 等人诉希腊，第 29381/09 号和第 32684/09 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2013 年 11 月 7 日的判决，第 47 段，《2013 年欧洲人权法院案例汇编》（摘要），第 47 段。

⁴⁵⁸ 欧洲人权法院强调，家庭成员是否是受害人，取决于是否有一些特殊因素使申诉人所受痛苦的程度和特点有别于必然给严重侵犯人权行为受害人的亲属所造成的感情痛苦。相关要素包括家庭联系的紧密程度和当局回答亲属询问的方式。例如见 Çakici 诉土耳其，第 23657/94 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 1999 年 7 月 8 日的判决，《1999 年欧洲人权法院案例汇编》第四卷，第 98 段；Elberte 诉拉脱维亚，第 61243/08 号申诉，欧洲人权法院第四庭 2015 年 1 月 13 日的判决，《2015 年欧洲人权法院案例汇编》，第 137 段。

⁴⁵⁹ 《美洲人权公约》，第 1 条。

⁴⁶⁰ 例如见街头儿童(Villagrán-Morales 等人)诉危地马拉，美洲人权法院 1999 年 11 月 19 日的判决(案情实质)，C 辑，第 63 号，第 174-177 段和第 238 段；Bánaca-Velázquez 诉危地马拉，美洲人权法院 2000 年 11 月 25 日的判决(案情实质)，C 辑，第 70 号，第 159-166 段。

⁴⁶¹ 例如见 Yakye Axa 土著社区诉巴拉圭，美洲人权法院 2005 年 6 月 17 日的判决(案情实质、赔偿和费用)，C 辑，第 125 号，第 176 段。

⁴⁶² 《国际刑事法院程序和证据规则》，规则 85(a)。该法院认为，规则 85(a)“规定了获得受害人身份必须满足的四个标准：受害人必须是自然人；必须受到了伤害；造成伤害的犯罪行为必须属于本法院的管辖范围；犯罪行为与所受伤害之间必须有因果关系。”见刚果民主共和国的状况，ICC-01/04 号案件，关于申请参加 VPRS1 号、VPRS2 号、VPRS3 号、VPRS4 号、VPRS5 号和 VPRS6 号诉讼程序的裁定的公开节录版，2006 年 1 月 17 日，国际刑事法院第一预审分庭，第 79 段。此外，为了规则 85(a)的目的，受害人受到的伤害必须是“个人”伤害，但不一定是“直接”伤害。见检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案中的刚果民主共和国的状况，ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10 号案件，就检察官和被告对第一审判分庭 2008 年 1 月 18 日关于受害人参加诉讼的裁定提出的上诉所作的判决，2008 年 7 月 11 日，国际刑事法院上诉分庭，第 32-39 段。

理解为包括直接和间接的受害人，⁴⁶³ 规则 85(b)则将这一定义扩大到法人，条件是这些法人受到直接损害。⁴⁶⁴

(5) 第 12 条草案第 1 款规定，各国应采取必要措施，确保任何声称某人遭受危害人类罪的个人有权向主管当局提出申诉，并要求各国保护申诉人或在本案草案范围内参加诉讼程序的其他人不受虐待或恐吓。其他国际条约也有类似的规定，包括 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》⁴⁶⁵ 和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁴⁶⁶

(6) 第 1 款(a)项将申诉权赋予声称某人遭受危害人类罪的“任何个人”。“任何个人”一语包括但不限于危害人类罪的受害人或证人，并可包括法人，如宗教团体或非政府组织。

(7) 这些人有权向“主管当局”提出申诉，为有效起见，这些机关在有些情况下可能需为司法机关。提出申诉后，只要有合理依据认为在其管辖的任何领土内已经或正在发生构成危害人类罪的行为，国家主管当局即有义务根据第 8 条草案立即开展公正的调查。

(8) 第 1 款(b)项要求各国保护“申诉人”以及所列其他类别人员(即使他们没有提出申诉)：这些人员为“受害人、证人及其家属和代理人以及在本条款草案范围内参加任何侦查、起诉、引渡或其他程序的其他人”。近来的国际条约也同样扩大了应予保护的人员类别，包括 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、⁴⁶⁷ 2003 年《联合国反腐败公约》⁴⁶⁸ 和 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。⁴⁶⁹ 要求对这些人采取保护措施的不仅有涉及国内法规定的犯罪的条约，还有各国际刑事法庭的规约。⁴⁷⁰

⁴⁶³ 见检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案中的刚果民主共和国的状况，ICC-01/04-01/06 号案件，国际刑事法院第一审判分庭 2009 年 4 月 8 日关于间接受害人的裁定节录版，第 44-52 段。

⁴⁶⁴ 《国际刑事法院程序和证据规则》，规则 85(b)(“被害人可以包括其专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业目的的财产，其历史纪念物、医院和其他用于人道主义目的的地方和物体受到直接损害的组织或机构”)。大会 2005 年《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》规定：“为本文件的目的，受害人是指由于构成严重违反国际人权法或严重违反国际人道主义法行为的作为或不作为而遭受损害，包括身心伤害、精神痛苦、经济损失或基本权利受到严重损害的个人或集体。适当时，根据国内法，‘受害人’还包括直接受害人的直系亲属或受扶养人以及介入干预以帮助处于困境的受害人或阻止加害他人行为而遭受损害的人。”《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，第 8 段。类似的定义，见《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》，第 1-2 段。

⁴⁶⁵ 《禁止酷刑公约》，第 13 条。

⁴⁶⁶ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十二条。

⁴⁶⁷ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 1 款。

⁴⁶⁸ 《联合国反腐败公约》，第三十二条第一款。

⁴⁶⁹ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十二条第一款。

⁴⁷⁰ 例如见《罗马规约》，第六十八条第(一)款；《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 22 条；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 21 条；《柬埔寨特别法庭协定》，第 33 条；《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 16 条；《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 12 条。

(9) 第 1 款(b)项要求保护所列人员不因“提供任何申诉、资料、证词或其他证据而受到虐待或恐吓”。“虐待”不仅涉及该人的身体健康，还包括其心理健康、尊严或隐私。⁴⁷¹

(10) (b)项没有列出各国应采取的保护措施，因为这些措施必然因具体情况、相关国家的能力和所涉个人的倾向而异。但这些措施可包括：以电子或其他特殊方式提供而不是亲身提供证据；⁴⁷² 旨在保护证人和受害人隐私和身份的措施；⁴⁷³ 不公开审理；⁴⁷⁴ 如果披露证据或资料可能使证人或其家属的安全受到严重威胁，则不公开这种证据或资料；⁴⁷⁵ 以及将受害人和证人转移等。⁴⁷⁶

(11) 另一方面，各国必须铭记，一些保护措施可能会对被告指控罪犯的权利产生影响，例如质询控方证人的权利。因此，第 1 款(b)项规定，保护措施应当不损害第 11 条草案所述被指控罪犯的权利。⁴⁷⁷

(12) 第 12 条草案第 2 款规定，各国应在不违背本国法律的情况下，在刑事诉讼的适当阶段，使危害人类罪受害人的意见和关切得到表达和考虑。“根据本国法律”一语表达了一种确定的义务，但也为国家提供了履行该义务的灵活性，允许各国根据其刑法制度的独特性来提出这一要求。虽然这里只提到“受害人”，但各国也不妨允许其他人(如家庭成员或代理人)提出意见和关切，特别是在危害人类罪的受害人死亡或失踪的情况下。第 2 款不妨碍各国依照国际法所承担的现有其他义务。

(13) 许多条约都有像第 2 款这样的规定，如 1998 年《国际刑事法院罗马规约》⁴⁷⁸、2000 年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》⁴⁷⁹、2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁴⁸⁰、2000 年

⁴⁷¹ 例如见《罗马规约》，第六十八条第(一)款。

⁴⁷² 例如见《罗马规约》，第六十八条第(二)款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款(b)项；《联合国反腐败公约》，第三十二条第二款第(二)项。

⁴⁷³ 例如见《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 8 条第 1 款(e)项；《柬埔寨特别法庭协定》，第 33 条。

⁴⁷⁴ 例如见《罗马规约》，第六十八条第(二)款；《柬埔寨特别法庭协定》，第 33 条。

⁴⁷⁵ 例如见《罗马规约》，第六十八条第(五)款。

⁴⁷⁶ 例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款(a)项；《联合国反腐败公约》，第三十二条第二款第(一)项。

⁴⁷⁷ 其他提供类似保护的条约包括：《罗马规约》，第六十八条第(一)款；《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 8 条第 6 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 24 条第 2 款；《联合国反腐败公约》，第三十二条第二款。

⁴⁷⁸ 《罗马规约》，第六十八条第(三)款。

⁴⁷⁹ 《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 8 条。

⁴⁸⁰ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 25 条第 3 款。

《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》⁴⁸¹ 和 2003 年《联合国反腐败公约》⁴⁸²。

(14) 第 12 条草案第 3 款涉及危害人类罪受害人获得赔偿的权利。起首语——“各国应采取必要措施，在其法律体制内确保”——要求各国拥有或制定必要的法律、条例、程序或机制，使受害人能够就所受伤害提出索赔，并从造成伤害者，无论是国家本身还是其他行为体那里获得补救。⁴⁸³

(15) 第 3 款提到受害人“获得赔偿的权利”。涉及这一问题的条约和文书使用了不同术语，有时提到获得“救济”或“补救”的权利，有时使用“赔偿”一词，有时则只提及具体的赔偿形式，例如“补偿”。⁴⁸⁴ 因此，1948 年《世界人权宣言》⁴⁸⁵、1966 年《公民权利和政治权利国际公约》⁴⁸⁶ 和一些区域人权条约⁴⁸⁷ 均提到获得“有效救济”的权利。1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 14 条提到受害人应得到“补偿”，并享有获得“赔偿”，包括“复原”的权利。⁴⁸⁸ 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第二十四条提到“有权取得补救和及时、公正和充分的赔偿”。⁴⁸⁹

(16) 委员会决定采用“获得赔偿的权利”的提法，以全面涵盖补救办法，这种做法似乎已在各种条约制度中得到确立。因此，虽然上述 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》提到“补偿”、“赔偿”和“复原”等词，但禁止酷刑委员会认为，该条款作为一个整体，体现了“全面的赔偿概念”，⁴⁹⁰ 该委员会指出：

⁴⁸¹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 6 条第 2 款。

⁴⁸² 《联合国反腐败公约》，第三十二条第五款。

⁴⁸³ 《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，原则 12 至 23。

⁴⁸⁴ 例如见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 8 条第 4 款；《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》，第 9 条第 4 款，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 14 条第 2 款和第 25 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 6 条第 6 款；《联合国反腐败公约》，第三十五条。

⁴⁸⁵ 《世界人权宣言》，第八条。

⁴⁸⁶ 《公民权利和政治权利国际公约》，第二条第三款。另见人权事务委员会，第 31 号一般性意见，第 16-17 段。

⁴⁸⁷ 例如见《欧洲人权公约》，第 13 条；《美洲人权公约》，第 25 和第 63 条。另见非洲统一组织，《非洲人权和人民权利宪章关于设立非洲人权和人民权利法院的议定书》(1998 年 6 月 10 日，卡加杜古)，联合国难民事务高级专员公署(难民署)，《关于难民和难民署关注的其他人的国际文书和法律案文汇编》，第 3 卷，区域文书：非洲、中东、亚洲、美洲，难民署，2007 年，日内瓦，第 1040 页起，见第 1045 页，第 27 条。

⁴⁸⁸ 《禁止酷刑公约》，第 14 条第 1 款。

⁴⁸⁹ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二十四条第四款。

⁴⁹⁰ 禁止酷刑委员会，第 3 号一般性意见，第 2 段；Urrea Guridi 诉西班牙，第 212/2002 号来文，2005 年 5 月 24 日通过的决定，第 6.8 段，《大会正式记录，第六十届会议，补编第 44 号》(A/60/44)，附件八 A 节，第 147 页。

第 14 条规定的缔约国提供救济的义务有两个方面：程序性救济和实质性救济。为履程序性义务，缔约国应颁布法律并设立申诉机制、调查机关和机构，包括独立司法机构，这些机构能够裁定酷刑和虐待受害者是否有权获得救济并向其判付救济；缔约国还应确保这种机制和机构行之有效而且所有受害者都可加以利用。在实质性方面，缔约国应确保酷刑或虐待受害者获得充分、有效救济和赔偿，包括补偿和尽量使其完全复原。⁴⁹¹

(17) 这种向更全面的赔偿概念的转变产生了一些列出各种赔偿形式的条约规定。例如，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》指出，涵盖“物质和精神损害”的“获得补救的权利”不仅包括补偿，“视情况而定”还包括“其他形式的补救，如：(一) 复原；(二) 康复；(三) 平反，包括恢复尊严和名誉；(四) 保证不再重演。”⁴⁹²

(18) 第 12 条草案第 3 款遵循了这一做法，列出了一些形式的赔偿，其中包括但不限于恢复原状、补偿、抵偿、康复、停止和保证不再发生。在危害人类罪背景下，所有传统形式的赔偿都可能是相关的。恢复原状可能是一种适当的赔偿形式，包括受害人能够返回家园，归还可移动财产或重建公共或私人建筑，包括学校、医院和宗教礼拜场所等。补偿可能适合物质和精神损害。在某些情况下，可能需要针对大量人员的康复方案，例如医治、提供假肢或创伤治疗方案。抵偿，如发表道歉或遗憾声明，也可能是一种可行的赔偿形式。同样，对危害人类罪的赔偿还可包含保证或保障不再发生。

(19) 不过，在赔偿形式的指示性清单之前，有“酌情”二字。这一措辞确认各国必须拥有一定灵活性和酌处权来确定适当的赔偿形式，承认在危害人类罪发生之后，可能会出现各种情况，包括实施过渡期正义的情况，赔偿必须适合具体情况。例如，在一些情况下，对危害人类罪负责的可能是国家，而在另一些情况下，负责的可能是非国家行为体。这些犯罪可能会涉及大规模暴行，在这种情形下，一国可能要努力重建，因此向受害人提供实质性补救的资源或能力有限。任何特定犯罪人的赔偿能力也会有所不同。第 3 款不妨碍各国依照国际法所承担的其他现有义务。

(20) 第 3 款规定，这种赔偿可“以个人或集体方式”进行。虽然可能需要作出针对每个受害人的具体赔偿，例如通过利用国内法院的常规民事索赔程序，或通过特定的大规模索赔程序进行赔偿，但某些情况下，只有集体赔偿形式可行或更为可取，例如建造纪念馆或重建学校、医院、诊所和礼拜场所。还有一些情况下，可能适于将个人和集体赔偿相结合。

(21) 从国际刑事法庭的赔偿做法中可以看出对这种办法的支持。前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的规约载有专门述及归还财产的可能性而不是补偿或其他形式赔偿的规定。⁴⁹³ 不过，在设立其他国际刑事法庭时，各国似乎已经认识到，只注重恢复原状是不够的(而是使用了更笼统的措辞“赔

⁴⁹¹ 禁止酷刑委员会，第 3 号一般性意见，第 5 段。

⁴⁹² 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二十四条第四至第五款。

⁴⁹³ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 24 条第 3 款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 23 条第 3 款。

偿”），而且，只确立每个受害人获得赔偿的个人权利，在大规模暴行背景下可能会成问题。因此考虑了赔偿个别受害人或进行集体赔偿的可能性。⁴⁹⁴ 例如，《国际刑事法院程序和证据规则》规定，在根据第七十五条对受害人进行赔偿时，考虑到任何损害、损失和损伤的范围和程度，“本法院可以裁定作出个别赔偿，或在本法院认为适当的情况下，裁定作出集体或个别与集体赔偿。”⁴⁹⁵ 在红色高棉统治下的柬埔寨发生的暴行背景下，根据《柬埔寨法院特别法庭内部规则》只考虑“集体道义赔偿”。⁴⁹⁶

第 13 条 引渡

1. 本条款草案所述各种犯罪应被视为属于国家间现有的任何引渡条约所列的可引渡罪行。各国保证将此种罪行作为可引渡罪行列入将来相互之间缔结的每项引渡条约。
2. 为了国家间引渡的目的，本条款草案所述犯罪不应视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的犯罪或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡请求。
3. 以订有条约为引渡条件的国家如果收到另一个未与之签订引渡条约的国家提出的引渡请求，可将本条款草案视为对本条款草案所述犯罪给予引渡的法律依据。
4. 对于本条款草案所述的犯罪，以订有条约为引渡条件的国家应：
 - (a) 通知联合国秘书长它是否将利用本条款草案作为与其他国家进行引渡合作的法律依据；
 - (b) 如果不以本条款草案作为引渡合作的法律依据，则应在适当情况下寻求与其他国家缔结引渡条约，以执行本条草案规定。
5. 不以订有条约为引渡条件的国家，应承认本条款草案所述犯罪为彼此之间可引渡的犯罪。
6. 引渡应遵从被请求国国内法或适用的引渡条约所规定的条件，包括遵从被请求国可能拒绝引渡的理由。
7. 为了国家间引渡的目的，必要时应将本条款草案所述罪行视为不仅在发生地实施，而且也在按照第 7 条草案第 1 款确立管辖权的国家领土内实施。
8. 如为执行判决而提出的引渡请求由于被请求引渡人为被请求国的国民而遭到拒绝，被请求国应在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求国的申请，考虑执行按请求国本国法律作出的判刑或剩余刑期。

⁴⁹⁴ 例如见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，原则 13。

⁴⁹⁵ 《国际刑事法院程序和证据规则》，规则 97，第 1 段。

⁴⁹⁶ 2015 年 1 月 16 日修订的《柬埔寨法院特别法庭内部规则》(第 9 次修订版)，规则 23 和 23 之五。

9. 如果被请求国有充分理由认为，提出引渡请求的目的，是因某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔、文化、属于某一特定社会群体或政治见解或因公认为国际法所不容的其他理由而对之进行起诉或惩罚，或同意引渡将因上述任一理由而对该人地位造成损害，则本条款草案的任何内容不得解释为硬性规定了引渡义务。

10. 被请求国在拒绝引渡前应在适当情况下与请求国磋商，以使请求国有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的资料。

评注

(1) 第 13 条草案涉及根据本条款草案引渡被指控罪犯所适用的权利、义务和程序。引渡通常是指一国(请求国)请求另一国(被请求国)将被请求国境内的某人交给请求国、以便在请求国对其进行刑事审判的过程。这一过程也可能发生在罪犯在请求国被定罪后逃脱合法监管，而在被请求国被发现的情况下。两国之间的引渡通常由多边⁴⁹⁷ 或双边条约⁴⁹⁸ 规定，但不是所有国家都要求引渡需以订有条约为条件。

(2) 1973 年，联合国大会第 3074(XXVIII)号决议强调了国际合作对于引渡被指控犯有危害人类罪的人员的重要性，必要时可确保对其进行起诉和惩治。⁴⁹⁹ 2001 年，人权委员会促进和保护人权小组委员会重申了大会第 3074(XXVIII)号决议规定的各项原则，⁵⁰⁰ 并敦促“各国进行合作以便侦察、逮捕、引渡、审判和惩治犯有战争罪和危害人类罪的罪犯”。⁵⁰¹

(3) 第 13 条草案应在本条款草案的整个范围内加以审视。第 7 条草案第 2 款规定，各国应采取必要措施，在被指控罪犯处于其管辖的任何领土内，而且本国不按照本条款草案予以引渡或移交的情况下，确立对本条款草案所述罪行的管辖权。如果被指控罪犯在一国境内，并且已被羁押，则根据第 9 条草案第 3 款，该国有义务通知对起诉被指控罪犯拥有管辖权的其他国家，而这可能导致后者要求引渡该被指控罪犯。此外，第 10 条草案要求该国将案件提交主管当局以便起诉，除非该国将该人引渡或是移交另一国家或主管国际刑事法庭。

⁴⁹⁷ 例如见《欧洲引渡公约》(1957 年 12 月 13 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 359 卷，第 5146 号，第 273 页；《美洲国家间引渡公约》(1981 年 2 月 25 日，加拉加斯)，联合国，《条约汇编》，第 1752 卷，第 30597 号，第 177 页。另见理事会 2002 年 6 月 13 日关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的框架决定(2002 年，卢森堡)，《欧洲共同体公报》，L 190 号，第 45 卷(2002 年 7 月 18 日)，第 1 页。

⁴⁹⁸ 1990 年《引渡示范条约》是为协助各国制定能够涵盖多种罪犯的双边引渡协定而做出的一项努力。见大会 1990 年 12 月 14 日第 45/116 号决议，附件(后经大会 1997 年 12 月 12 日第 52/88 号决议修正)。

⁴⁹⁹ 大会 1973 年 12 月 3 日第 3074(XXVIII)号决议。

⁵⁰⁰ “关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪罪犯和危害人类罪罪犯的国际合作”，2001 年 8 月 16 日第 2001/22 号决议，第 3 段，促进和保护人权小组委员会第五十三届会议报告(E/CN.4/2002/2-E/CN.4/Sub.2/2001/40)。小组委员会在其决议中基本上复述了大会提出的各项原则，但也做了一些修改。

⁵⁰¹ 同上，第 2 段。

(4) 因此，根据本条款草案，一国可通过将被指控罪犯引渡至(或交给)另一国进行起诉，来履行第 10 条草案规定的或引渡或起诉义务。各国并无引渡被指控罪犯的义务；主要义务是被指控罪犯在其管辖领土之内的国家将案件交其主管当局以便起诉。但也可通过将被告引渡到另一国来履行义务。为便利这种引渡，宜明确规定与引渡有关的权利、义务和程序。

(5) 委员会决定第 13 条草案应仿照 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条的措辞，而该条又仿照了 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 16 条。尽管危害人类罪就其性质而言与腐败犯罪有很大区别，但无论所涉犯罪的性质如何，引渡问题是基本相同的，委员会认为第四十四条就危害人类罪的引渡方面的各项相关权利、义务和程序给予了充分指导。此外，2003 年《联合国反腐败公约》的 181 个缔约国对于该公约的规定有着深刻的理解，特别是通过联合国毒品和犯罪问题办公室编写的详细指南和其他资料。⁵⁰²

在现行和今后引渡条约中列为可引渡的犯罪

(6) 第 13 条第 1 款草案仿照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第四款，要求被请求国将本条款草案所述各种犯罪视为它与请求国之间现有的任何引渡条约，以及这些国家今后缔结的任何此类条约所列的可引渡罪行。⁵⁰³ 这一规定常见于其他公约。⁵⁰⁴

“政治犯罪”免于引渡原则不适用

(7) 第 13 条草案第 2 款规定不得将“政治犯罪”免于引渡原则作为不予引渡的理由。

(8) 根据某些引渡条约，被请求国如果认为要求引渡的犯罪属于政治犯罪，则可以拒绝引渡。但有观点认为灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等罪行不应被视为

⁵⁰² 例如见联合国毒品和犯罪问题办公室，《联合国反腐败公约实施立法指南》；《联合国反腐败公约技术指南》(联合国，2009 年，纽约)；以及《关于拟订联合国反腐败公约的谈判准备工作文件》。联合国毒品和犯罪问题办公室为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》也编写了类似资料，其中多项规定与《联合国反腐败公约》关于引渡的条款相同。例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书实施立法指南》，联合国出版物(出售品编号：E.05.V.2)；另见《拟订一项打击跨国有组织犯罪公约特设委员会第一届至第十一届会议的工作报告，增编：联合国打击跨国有组织犯罪公约及其议定书谈判正式记录(准备工作文件)的解释性说明》(A/55/383/Add.1)。

⁵⁰³ 关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案第 7 条，《1972 年……年鉴》，第二卷，第 319-320 页；以及《危害人类和平及安全治罪法》草案第 10 条，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页。

⁵⁰⁴ 以下文书中有类似的规定：《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 1 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 1 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第八条第 1 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 1 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 15 条第 1 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 9 条第 1 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 3 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第二至第三款。委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案第 10 条第 1 款规定：“如果各缔约国之间的任何现行引渡条约未将[灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行]列为可引渡的罪行，应将这些罪行视为包括在这些条约中的可引渡的罪行。各缔约国承诺在将来彼此间所签定的每一项引渡条约中都应将这罪行列为可引渡的罪行。”

为“政治犯罪”，这种观点得到支持。例如，1948年《防止及惩治灭绝种族公约》第七条规定，灭绝种族罪及所列其他行为“不得视为政治罪行，俾便引渡”。⁵⁰⁵ 出于类似的原因，不得将所指控的危害人类罪视为“政治犯罪”以免于引渡。⁵⁰⁶ 《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册》指出，“国际社会认为，某些罪行，如灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪极为恶劣，此项引渡限制不能适用于相关犯罪者”。⁵⁰⁷ 人权委员会促进和保护人权小组委员会也声明：“被指控犯有战争罪和危害人类罪的个人不得以其行为属于‘政治犯罪’为借口而免受引渡。”⁵⁰⁸

(9) 此外，当代双边引渡条约往往会明确说明哪些特定犯罪不应被视为“政治犯罪”而免于引渡。⁵⁰⁹ 尽管一些关于特定犯罪的公约没有涉及这一问题，⁵¹⁰ 但许多关于特定犯罪的当代多边条约都包含禁止适用“政治犯罪”免于引渡原则的规定。⁵¹¹ 例如，2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十三条第一款规定：

就缔约国之间的引渡而言，不应将强迫失踪罪视为政治犯罪、与政治犯罪有联系的普通犯罪，或带有政治动机的犯罪。因此，不得仅以这些理由拒绝对此种犯罪提出的引渡要求。

(10) 委员会认为，第13条草案第2款宜仿照2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十三条第一款的案文。第2款明确指出，实施危害人类罪的“行为”不能被视为“政治犯罪”。不过，这个问题不同于请求国是否因相关个人的政治观点而对其进行引渡的问题；换言之，它不同于该国是否将指控犯有危害人类罪和提出引渡请求作为因某个个人的政治观点而对其加以迫害的手段。关于迫害问题，将在第13条草案第9款中单独阐述。第2款中的“仅以这些理由”表

⁵⁰⁵ 《灭绝种族罪公约》，第七条。

⁵⁰⁶ 例如见 Mousa Mohammed Abu Marzook 引渡案，美国纽约州南部地区地方法院，924 F. Supp. 565 (1996)，第 577 页（“假如被控行为性质极其恶劣，构成危害人类罪，必然不适用政治犯罪免于引渡原则”）。

⁵⁰⁷ 联合国毒品和犯罪问题办公室，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册》，第一部分：关于引渡示范条约的订正手册》，第 45 段。

⁵⁰⁸ 促进和保护人权小组委员会，第 2001/22 号决议。

⁵⁰⁹ 例如见《美利坚合众国政府与南非政府引渡条约》（1999年9月16日，华盛顿），联合国，《条约汇编》，第 2917 卷，第 50792 号，第 4 条第 2 款（“为本条约目的，不得将如下犯罪视为政治犯罪：……(b)请求国和被请求国根据多边国际协定均有义务引渡某人或将案件提交本国主管机关以便提出起诉的犯罪；……”）；《澳大利亚与大韩民国引渡条约》（1990年9月5日，首尔），同上，第 1642 卷，第 28218 号，第 4 条第 1 款(a)项（“政治犯罪不应包括……(二)缔约国根据其加入的多边国际协定有义务确定管辖权或进行引渡的犯罪；以及(三)违反灭绝种族问题相关法律的犯罪”）；以及《墨西哥合众国政府与加拿大政府引渡条约》（1990年3月16日，墨西哥城），同上，第 1589 卷，第 27824 号，第四条(a)项（“为本款目的，政治犯罪不应包括缔约国根据多边国际协定有义务引渡某人或将案件提交本国主管机关以便提出起诉的犯罪”）。

⁵¹⁰ 例如见《反对劫持人质国际公约》；《禁止酷刑公约》。

⁵¹¹ 例如见《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 11 条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 14 条；《联合国反腐败公约》，第四十四条第四款。

明，国家可援引其他理由拒绝引渡(见下文第(16)至(18)段和第(24)至(26)段，前提是这些其他理由实际存在。

以订有条约为引渡条件的国家

(11) 第 13 条草案第 3 款和第 4 款涉及被请求国要求以订有条约作为将个人引渡到请求国的条件的情况。

(12) 第 3 款规定，在这种情况下，被请求国“可”将本条款草案作为对危害人类罪予以引渡的法律依据。因此，一国没有义务为此目的使用本条款草案，但可以选择这么做。本款仿照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第五款，其中规定：“以订有条约为引渡条件的缔约国如果接到未与之订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，可以将本公约视为对本条所适用的任何犯罪予以引渡的法律依据。”⁵¹² 许多其他条约都有相同或相似的规定，⁵¹³ 委员会 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案也包含这种规定。⁵¹⁴

(13) 第 4 款要求以订有条约为引渡条件的各国通知联合国秘书长它是否将利用本条款草案作为就危害人类罪进行引渡的法律依据。此外，该国如果不打算为这一目的使用本条款草案，则应在适当情况下寻求为此缔结引渡条约。本款仿照了 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 16 条第 5 款和 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第六款，后者规定：

以订有条约为引渡条件的缔约国应当：

(一) 在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时通知联合国秘书长，说明其是否将把本公约作为与本公约其他缔约国进行引渡合作的法律依据；

(二) 如果其不以本公约作为引渡合作的法律依据，则在适当情况下寻求与本公约其他缔约国缔结引渡条约，以执行本条规定。

(14) 第 13 条草案第 4 款(b)项要求不以本条款草案作为法律依据的缔约国“在适当情况下寻求”与其他国家“缔结”引渡条约。因此，本条款草案没有规定各国与每个其他缔约国就危害人类罪缔结引渡条约的义务，而是鼓励各国在这方面作出适当努力。⁵¹⁵

⁵¹² 《联合国反腐败公约》，第四十四条第五款。

⁵¹³ 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 2 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第八条第 2 款；《反对劫持人质国际公约》，第十条第 2 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 2 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 9 条第 2 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 11 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 4 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第四款。

⁵¹⁴ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页，第 10 条第 2 款(“以订有引渡条约为引渡条件的缔约国，如接到未与其订有引渡条约的另一缔约国的引渡请求，可自行决定视本治罪法为就这些罪行进行引渡的法律根据。引渡应依照被请求国法律规定的条件办理”)。

⁵¹⁵ 见联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约方会议，《秘书处的分析报告，联合国打击跨国有组织犯罪公约的执行情况：以第一报告周期内收到的各国补充答复为依据的增订资料》(CTOC/COP/2005/2/Rev.1)，第 69 段。

不以订有条约为引渡条件的国家

(15) 第 13 条草案第 5 款适用于不以订有条约为引渡条件的国家。关于这些国家，第 5 条要求它们“承认本条款草案所述犯罪为彼此之间可引渡的犯罪”。本款仿照的是 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第七款。⁵¹⁶ 类似规定载于许多关于犯罪的其他条约。⁵¹⁷ 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案也包含这种规定。⁵¹⁸

被请求国国内法的要求

(16) 第 13 条草案第 6 款规定，引渡“应遵从被请求国国内法或适用的引渡条约所规定的条件，包括遵从被请求国可能拒绝引渡的理由”。各种全球⁵¹⁹ 和区域⁵²⁰ 条约都有类似的规定。本款仿照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第八款，但在“包括”一词后未保留“关于引渡的最低限度刑罚要求和……等条件”这一措辞。⁵²¹ 委员会认为，对于危害人类罪的指控，不适合提到最低刑罚要求。

(17) 本款规定了一般规则，即引渡虽然应按本条款草案规定的权利、义务和程序进行，但仍需遵从被请求国国内法或引渡条约所规定的条件。这种条件可能涉及程序性步骤，例如国内法院的裁决或部长在引渡之前的证明，也可能涉及禁止引渡的情况，例如禁止引渡该国的国民或常住居民；在相关犯罪可判处死刑的情况下，禁止引渡；禁止为服缺席审判所判的刑期而进行引渡；或者禁止基于特定罪行规则的引渡。⁵²² 同时，根据本条款草案，国内法中一些拒绝的理由是不允许的，例如违反第 6 条草案第 6 款而援引时效法，或根据其他国际法规则不被容许。

⁵¹⁶ 《联合国反腐败公约》，第四十四条第七款(“不以订有条约为引渡条件的缔约国应当承认本条所适用的犯罪为它们之间可以相互引渡的犯罪”)。

⁵¹⁷ 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 3 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 3 款；《反对劫持人质国际公约》，第十条第 3 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 3 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(1988 年 12 月 20 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1582 卷，第 27627 号，第 95 页，第 6 条第 4 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第五款。

⁵¹⁸ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页，第 10 条第 3 款(“不以订有引渡条约为引渡条件的缔约国，应承认这些罪行是彼此之间可引渡的罪行，但应依照被请求国法律规定的条件办理”)。

⁵¹⁹ 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 2 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 2 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第八条第 2 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 2 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 15 条第 2 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 9 条第 2 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 11 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 7 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第六款。

⁵²⁰ 例如见《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 13 条；《美洲被迫失踪人士公约》，第五条；《欧洲委员会反腐败刑法公约》，第 27 条第 4 款。

⁵²¹ 《联合国反腐败公约》，第四十四条第八款(“引渡应当符合被请求缔约国本国法律或者适用的引渡条约所规定的条件，其中包括关于引渡的最低限度刑罚要求和被请求缔约国可以据以拒绝引渡的理由等条件”)。

⁵²² 例如见《联合王国引渡法》，第 17 条。

(18) 在本条款草案中，无论出于何种原因拒绝引渡，根据第 10 条草案，罪犯所在的被请求国都有义务将这一事项交给检察机关。因此，尽管被请求国的国内法在某些特定情况下可能禁止引渡到请求国，但被请求国还是有义务将案件交给本国主管当局以便起诉。

将罪行视为发生在请求国

(19) 第 13 条第 7 款草案涉及被请求国根据国内法只能将某人引渡到罪行发生国的情况。⁵²³ 为便利向更多国家引渡，第 7 款规定，“为了国家间引渡的目的，必要时应将本条款草案所述罪行视为不仅在发生地实施，而且也在按照第 7 条草案第 1 款确立管辖权的国家领土内实施”这一案文仿照了 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 11 条第 4 款，⁵²⁴ 并被用于许多关于犯罪的公约。⁵²⁵

(20) 这类条约规定系指根据条约基于被指控罪犯或犯罪受害人的国籍等关系“已确立管辖权的国家”(因此第 13 条草案第 7 款提到第 7 条草案第 1 款)。此种规定指的不是依据罪犯在其境内而确立管辖权的国家(第 7 条草案第 2 款)，因为请求引渡的国家肯定不是被指控罪犯所在国。在这种情况下，也没有提到第 7 条草案第 3 款，该款不要求各国确立管辖权，而是保留各国在本条款草案范围之外确立国家管辖权的权利。

(21) 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案第 10 条第 4 款包含类似的规定，⁵²⁶ 委员会在评注中指出，“第 4 款保证了羁押国批准……任何缔约国就”本治罪法草案规定的“罪行提出的引渡请求的可能性”，“这种范围较宽的办法符合每一缔约国根据[这些]罪行确定其管辖权的一般性义务”。⁵²⁷ 这种办法的“进一步合理性还在于，本治罪法不赋予任何特定国家首要管辖权，也不在多项引渡请求中建立优先顺序”。⁵²⁸

执行对一国国民所作判决

(22) 第 13 条草案第 8 款涉及被请求国的国民在外国被定罪和判刑，然后逃到被请求国，但被请求国根据本国法律不能引渡其国民的情况。在这种情况下，第 8 款规定，“被请求国应在其本国法律允许并且符合该法律的要求的情况下，根据请求国的申请，考虑执行按请求国本国法律作出的判刑或剩余刑期”。类似规定

⁵²³ 见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 33 页，第 10 条草案评注第(3)段(“根据一些条约和国内法，羁押国只能批准罪行发生的所在国提出的引渡请求”)。

⁵²⁴ 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 11 条第 4 款。

⁵²⁵ 《关于制止非法劫持航空器的公约》，第 8 条第 4 款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，第 8 条第 4 款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第 8 条第 4 款；《反对劫持人质国际公约》，第 10 条第 4 款；《禁止酷刑公约》，第 8 条第 4 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 15 条第 4 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 9 条第 4 款。但最近的一些条约未载有此类规定。例如见《联合国打击跨国组织犯罪公约》；《联合国反腐败公约》；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。

⁵²⁶ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页(“对各缔约国彼此之间进行引渡来说，其中每一项罪行应视为不但发生于实际犯罪地点，而且发生于任何其他缔约国境内”)。

⁵²⁷ 同上，第 33 页(第 10 条草案评注第(3)段)。

⁵²⁸ 同上。

见 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁵²⁹ 和 2003 年《联合国反腐败公约》。⁵³⁰

(23) 委员会还考虑到是否在第 13 条草案中列入一款，明确述及这样一种情况：被请求国可以引渡本国国民，但条件是被指控罪犯将返回被请求国，以按照请求国的任何判决服刑。这种规定载于 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁵³¹ 和 2003 年《联合国反腐败公约》。⁵³² 委员会认为这种情况属于可根据本条款草案第 13 条草案第 6 款适用的条件范围，因此决定无需就这个问题作出明确规定。

拒绝引渡

(24) 第 13 条第 9 款草案明确指出，如果有充分理由认为，提出引渡请求的理由公认为国际法所不容，则第 13 条草案的任何内容均不得解释为强制的引渡义务。这种规定载于一般涉及引渡的各种多边⁵³³ 和双边条约⁵³⁴ 及国内法，⁵³⁵ 并载于涉及特定犯罪的引渡条约。⁵³⁶

(25) 第 9 款参照 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 16 条第 14 款，以及 2003 年《联合国反腐败公约》第四十四条第十五款，该款写道：

如果被请求缔约国有充分理由认为提出引渡请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍、族裔或者政治观点为理由对其进行起诉或者处罚，或者按请求执行将使该人的地位因上述任一原因而受到损害，则不得对本公约的任何条款作规定了被请求国引渡义务的解释。

⁵²⁹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 10 款。

⁵³⁰ 《联合国反腐败公约》，第四十四条第十三款。

⁵³¹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 11 款。

⁵³² 《联合国反腐败公约》，第四十四条第十二款。

⁵³³ 例如见《欧洲引渡公约》，第 3 条第 2 款；《美洲国家间引渡公约》，第 4 条第 5 款。

⁵³⁴ 例如见《印度共和国政府与法兰西共和国政府引渡协定》(2003 年 1 月 24 日，巴黎)，第 3 条第 3 款；《美利坚合众国政府与南非共和国政府引渡条约》(1999 年 9 月 16 日，华盛顿)，联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第 50792 号，第 4 条第 3 款；《澳大利亚与大韩民国引渡条约》(1990 年 9 月 5 日，首尔)，第 4 条第 1 款(b)项；《墨西哥合众国政府与加拿大政府引渡条约》第四条。《引渡示范条约》第 3 条(b)项包含这种规定。《关于引渡示范条约的订正手册》第 47 段指出：“(b)项……不会引发争议，世界各地的引渡条约普遍采用这一款(有时会有改动)”。

⁵³⁵ 例如见《中华人民共和国引渡法：中华人民共和国第 42 号主席令》，2000 年 12 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第 19 次会议通过，第八条第四款(“外国向中华人民共和国提出的引渡请求，有下列情形之一的，应当拒绝引渡：……被请求引渡人可能因其种族、宗教、国籍、性别、政治见解或者身份等方面的原因而被提起刑事诉讼或者执行刑罚，或者被请求引渡人在司法程序中可能由于上述原因受到不公正待遇”)；以及《联合王国引渡法》，第 13 条(“出于以下外部因素，将禁止……引渡某人：(a) 针对某人出具第一类逮捕证(尽管据称是因引渡罪行而出具)的实际目的是因其种族、宗教、国籍、性别、性取向或政治见解而对其进行起诉或惩罚，或(b) 假如被引渡，某人会因其种族、宗教、国籍、性别、性取向或政治见解，在接受审判时受到损害或受到惩罚、拘留或被限制人身自由”)。

⁵³⁶ 例如见《反对劫持人质国际公约》，第九条；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 6 条第 6 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 12 条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 15 条，《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第七款。

第 9 款虽然参照了上述规定，但在英文中将“sex”一词改为了“gender”，并按照第 3 条草案第 1 款(h)项的用语，在因素序列中增加了“文化”一词。此外，还仿照 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，在因素序列中增加了“属于某一特定社会群体”这一短语。⁵³⁷

(26) 本条款草案并未载有引渡任何人员的义务，因此严格而言，这项规定并不必要。根据本条款草案，一国可拒绝引渡，前提是该国必须将案件提交本国的主管当局进行起诉。但第 9 款仍具有三项目的：第一，该款有助于确保个人在本人权利、特别是基本权利有遭到侵犯的危险时不被引渡。第二，已在引渡条约或国内法律中加入类似规定的国家可以得到保证，仍可将有充分理由认为有关人员将遭到迫害作为拒绝引渡的依据。第三，在双边安排中没有明文载有此种规定的国家如果发生此种情况，将能具备拒绝引渡的案文依据。如此，委员会认为宜在本条款草案中加入这样一项规定。

(27) 第 13 条草案第 10 款规定，被请求国在拒绝引渡之前，“应在适当情况下与请求国磋商，以使请求国有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的资料”。通过这种磋商，请求国也许能够修改请求，打消被请求国的关切。但“在适当情况下”这一短语承认，如果请求国拒绝引渡，有些情况下并不宜进行磋商，例如出于保密原因不宜进行磋商。尽管如此，委员会强调，在本条款草案的背景下，第 10 条草案要求被请求国在不引渡的情况下将有关事项提交本国的检察机关。

(28) 第 10 款参照了 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁵³⁸ 和 2003 年《联合国反腐败公约》⁵³⁹，这两项公约都规定，“被请求缔约国在拒绝引渡前应当在适当情况下与请求缔约国磋商，使其有充分机会陈述自己的意见和提供与其陈述有关的资料”。“在适当情况下”这一限定条件确认在有的情况下不宜进行此种磋商，例如被请求国已决定将案件提交本国主管当局以起诉时就不宜进行此种磋商。

多重引渡请求

(29) 对于多国请求引渡的情况下哪一个请求国具有优先权的问题，各项述及一般引渡问题或涉及具体犯罪引渡问题的条约往往并不会试图对此予以规范。此种文书至多可能承认被请求国可酌情决定是否引渡和引渡到哪一个请求国。例如，1990 年联合国《引渡示范条约》第 16 条仅仅规定：“一缔约国如从另一缔约国和第三国收到引渡同一人的请求，应斟酌决定将其引渡给哪一个国家”。⁵⁴⁰

(30) 因此，委员会参照各项现有条约，决定不在本条款草案中加入一项规定，具体说明在出现多重请求时宜如何行事。尽管如此，如果发生了这种情况，一国在酌情决定时宜考虑该国国内法所指定的多种不同的因素。例如，厄瓜多尔《综合刑法》(2014 年)第 405 条规定：“la o el juzgador ecuatoriano podrá determinar la

⁵³⁷ 见《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十三条第七款。

⁵³⁸ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 16 条第 16 款。

⁵³⁹ 《联合国反腐败公约》，第四十四条第十七款。

⁵⁴⁰ 《引渡示范条约》，第 16 条。

jurisdicción que garantice mejores condiciones para juzgar la infracción penal, la protección y reparación integral de la víctima” (“法官可确定管辖范围，从而确保为起诉刑事犯罪、保护受害人并为受害人提供综合赔偿营造更好的条件”)。⁵⁴¹ 对欧洲联盟而言，有关因素包括：“犯罪的相对严重性和犯罪地点、所涉欧洲国家各自签发逮捕令的日期，以及签发逮捕令是出于起诉目的，还是为了执行某项监禁刑罚或拘留令”。⁵⁴²

双重犯罪

(31) 引渡条约通常包含一项“双重犯罪”要求，即对于具体引渡请求而言，有关行为在请求国和被请求国均属于刑事犯罪时，方存在引渡义务。⁵⁴³ 关于特定类型犯罪的条约如果既包括强制规定的犯罪又包括非强制规定的犯罪，导致任两个缔约国内的罪名可能存在差异，往往会包含这种双重犯罪要求。例如，2003年《联合国反腐败公约》对腐败既设立了强制规定的犯罪⁵⁴⁴ 又设立了非强制规定的犯罪⁵⁴⁵。

(32) 相比之下，关于特定类型犯罪并且只设立了强制规定的犯罪的条约往往不包含双重犯罪要求。因此，1984年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》和2006年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》这种确定了具体犯罪并要求缔约国采取必要措施以确保将这些罪行纳入国内刑法的条约在各自的引渡规定中都没有包含双重犯罪要求。不包含这一要求的理由是，在根据上述任一项公约提出引渡请求时，有关罪行应当已在缔约国双方法律下均属于刑事犯罪，因此没有必要满足双重犯罪要求。另一个理由是，此种条约通常不包含引渡的绝对义务，而是包含引渡或起诉义务，即被请求国只要将案件提交本国主管当局起诉，就可以选择不引渡。

(33) 关于危害人类罪的本条款草案在第3条草案中对危害人类罪下了定义，并以这项定义为基础，在第6条草案第1至3款中要求将“危害人类罪”的“犯罪”列入各国国内刑法。⁵⁴⁶ 如此，一国就本条款草案所述犯罪向另一国发出引渡请求时，有关犯罪应在两国均属于刑事犯罪，因此自动满足双重犯罪要求。此外，第10条草案所述的引渡或起诉义务并未要求各国引渡；有关国家只要将案件提交本国主管当局起诉就能满足第10条草案所规定的义务。因此，委员会决定，没有必要在第13条草案中加入双重犯罪要求，例如2003年《联合国反腐败公约》第四十四条前三款所载的双重犯罪要求。

⁵⁴¹ 《综合刑法》，第405条。

⁵⁴² 例如见理事会2002年6月13日的框架决定，第16条第1款。

⁵⁴³ 例如见联合国毒品和犯罪问题办公室，《关于引渡示范条约和刑事事项互助示范条约的订正手册，第一部分：引渡示范条约示范订正手册》，第10页，第20段(“要求引渡的相关罪行根据请求国和被请求国的法律均属于刑事犯罪，这种双重犯罪要求是引渡法的一项基本原则”)。

⁵⁴⁴ 《联合国反腐败公约》，第十五条、第十六条第一款以及第十七、第二十三和第二十五条。

⁵⁴⁵ 同上，第十六条第二款、第十八至第二十二以及第二十四条。

⁵⁴⁶ 第3条草案第4款规定，该条草案不妨碍任何国家法律规定的更为宽泛的危害人类罪定义。如果引渡请求所依据的定义比第3条草案第1至3款所述定义更为宽泛，则该请求不得以本条款草案所述犯罪为依据。

第 14 条 司法协助

1. 各国应按照本条草案，在对本条款草案所述的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助。
2. 对于请求国依照第 6 条草案第 8 款可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉、审判和其他程序，应根据被请求国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助。
3. 可为下列任何目的请求按照本条草案给予司法协助：
 - (a) 查明被指控罪犯以及适当时受害人、证人或其他人的身份和所在地；
 - (b) 向个人获取证据或陈述，包括以视频会议方式；
 - (c) 送达司法文书；
 - (d) 执行搜查和扣押；
 - (e) 检查实物和现场，包括获取法医证据；
 - (f) 提供资料、物证以及专家评估；
 - (g) 提供有关文件和记录的原件或经核证的副本；
 - (h) 为取证目的或其他目的而查明、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或其他物品；
 - (i) 为有关人员自愿在请求国出庭提供方便；或
 - (j) 不违反被请求国本国法律的任何其他形式的协助。
4. 各国不得以银行保密为理由拒绝提供本条草案所规定的司法协助。
5. 各国应视需要考虑缔结有助于实现本条草案目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性。
6. 一国主管当局如果认为与危害人类罪有关的资料可能有助于另一国主管当局进行或顺利完成侦查、起诉和审判程序，或者可以促成其根据本条款草案提出请求，则在不妨碍本国法律的情况下，可以在没有事先请求的情况下，向该另一国主管当局提供此类资料。
7. 本条草案各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务，但本条草案的各项规定在适用时只会促成更大程度的司法协助的情形不在此列。
8. 如果有关国家无司法协助条约的约束，则本条款草案的附件草案应适用于根据本条草案提出的请求。如果有关国家受此类条约的约束，则适用条约的相应规定，除非这些国家同意代之以适用附件草案的规定。鼓励各国在附件草案有助于合作时适用附件草案。

评注

(1) 侦查或起诉本条款草案所述犯罪的国家可能希望另一国能协助收集资料和证据，包括收集文件、宣誓声明以及受害人、证人或其他人的口头证词。此种事项上的合作一般在对等基础上开展，被称为“司法协助”。建立法律框架来规范这种协助，有助于为请求国与被请求国提供可预测的合作手段。

(2) 目前，没有专门针对危害人类罪背景下司法协助问题的全球或区域条约。更确切地说，各国之间开展此类合作，或是作为一种礼节自愿开展，或是在订有针对一般犯罪方面司法协助的双边或多边条约(被称为司法协助条约)的情况下，通过条约开展。尽管与危害人类罪有关的司法协助可以通过现有的多边和双边司法协助条约进行，但在许多情况下，请求国与被请求国之间并没有这样的条约。⁵⁴⁷ 正如引渡的情况一样，一国常常与其他很多国家没有司法协助条约关系，因此，在需要就危害人类罪开展合作时，没有现成的能方便此种合作的法律框架。

(3) 第 14 条草案试图提供这一法律框架。本条草案分为八段，旨在论述将在请求国与被请求国之间适用的司法协助的各种重要要素，同时铭记上述国家之间有时可能存在司法协助条约，有时可能没有。正如下文所进一步讨论的，第 14 条草案始终适用于请求国和被请求国，(不论两国之间是否存在司法协助条约)。请求国与被请求国之间没有司法协助条约的，或者有这种条约但两国同意使用附件草案以方便合作的，则附件草案也适用。

(4) 第 14 条和附件草案所载的有关司法协助的详细规定也见于若干针对具体犯罪的当代公约。虽然较不详细的规定也有先例⁵⁴⁸，但各国似乎更青睐较为详细的规定，从 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的起草过程就可看出这一点。在最初的草稿中，司法协助条款的篇幅为两段。⁵⁴⁹ 但参与谈判的各国很早⁵⁵⁰ 就决定，应当放弃这种较不详细的起草方法，以 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 7 条为基础起草更为详细的条款来取而代之。⁵⁵¹ 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条的详细规定因此产生。2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条几乎原文照搬了这一条的内容。1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》中也载有类似规定。⁵⁵²

⁵⁴⁷ 见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》(联合国出版物，出售品编号：E.98.XI.5)，第 185 页，第 7.22 段(认定“仍有许多国家不加入一般性相互法律协助条约，并在具体事项上无双边条约规范有关国家之间的关系的许多情况”)。

⁵⁴⁸ 例如见《禁止酷刑公约》，第 9 条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 10 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第十四条。

⁵⁴⁹ 见预防犯罪和刑事司法委员会，秘书长关于拟订一项打击有组织跨国犯罪国际公约的问题的报告(E/CN.15/1997/7/Add.1)，第 15 页。

⁵⁵⁰ 同上(澳大利亚和奥地利的建议)。

⁵⁵¹ 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条。

⁵⁵² 《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》中的司法协助规定分布在若干条款中，其中许多条款都既涉及协助也涉及引渡。见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 7 条第 5 款和第 12 至第 16 条。更为常见的情况是，司法协助规定会集中在一项单独的条款中。

(5) 委员会决定，对于有关危害人类罪的条款草案，较为详细的规定最为适合。此种规定能向各国提供广泛的指导，在请求国与被请求国之间没有司法协助条约时尤为有用。⁵⁵³ 此外，与第 13 条草案所载的有关引渡的详细规定一样，此种有关司法协助的规定已可被各国所接受。例如，截至 2017 年 7 月，已有 187 个国家加入 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、181 个国家加入 2003 年《联合国反腐败公约》。这两项公约的缔约国中，没有任何国家提出保留，反对司法协助条款的用语或内容。另外，此种规定还时常得到各国国内执法部门的适用，并已在诸多指南和其他资源中得到阐释，例如在联合国毒品和犯罪问题办公室所发布的指南和其他资源中得到阐释。⁵⁵⁴

(6) 第 14 条草案和附件草案参照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条，但有一些改动。就结构而言，委员会认为宜在条款草案的正文中加入适用于所有情况的规定，而在附件草案中加入仅在请求国与被请求国之间没有司法协助条约或两国认为适用附件草案有助于方便合作的情况下适用。这样做有助于保持条款草案的平衡感，同时将只在特定情况下适用的规定集中在一处(附件草案)。此外，如下文所解释的，修改、移动或删除了第四十六条的一些规定。

(7) 第 14 条草案第 1 款规定，各缔约国有在本条款草案所述犯罪方面“相互提供最广泛的司法协助”的一般义务。本案文除了“本条款草案所述的犯罪”这一提法外，逐字照搬 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第一款。⁵⁵⁵ 重要的是，各国互助的义务不仅适用于“侦查”，还适用于“起诉”和“审判程序”。如此，这项义务旨在确保各国在执法过程的所有阶段都开展全面合作，以推进实现本条款草案的广泛目标。

(8) 第 14 条草案第 2 款述及在追究法人责任的具体情况下开展此种合作的问题，使用的标准与第 1 款不同。这种合作只“应根据被请求国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供”。这一标准确认了各国法律制度对待涉嫌犯罪的法人的方式存在显著差异，这种差异还催生了第 6 条草案第 8 款的用语。考虑到这些差异，此种情况下的司法协助只能在条件允许的前提下开展。

⁵⁵³ 见联合国毒品和犯罪问题办公室，《〈联合国反腐败公约〉的执行情况：定罪、执法及国际合作》(联合国，2015 年，纽约)，第 190 页、第 206-207 页。

⁵⁵⁴ 见上文脚注 502。

⁵⁵⁵ 《联合国反腐败公约》，第四十六条第一款(“缔约国应当在对本公约所涵盖的犯罪进行的侦查、起诉和审判程序中相互提供最广泛的司法协助”)。另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 18 条第 1 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 1 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 1 款。

(9) 第 14 条草案第 2 款的案文几乎原文照搬 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二款⁵⁵⁶，但在对于可能追究法人责任的犯罪所进行的“侦查、起诉、审判和其他程序”中增加了“和其他”三字。委员会之所以认为宜作这一改动，是因为在某些国家的法律制度中，可能会有其他类别的程序与法人有关，例如行政程序。

(10) 第 14 条草案第 3 款列出了可以提供的协助的类别。这些协助类别是泛泛划定的，并且大都照搬了许许多多边⁵⁵⁷和双边⁵⁵⁸引渡条约所列的协助类别。事实上，此种措辞非常宽泛，足以包含可能与侦查和起诉危害人类罪有关的协助范围，包括寻求：警方和安全机构的记录；法院卷宗；国籍、移民、出生、婚姻和死亡记录；健康记录；司法鉴定材料；以及生物特质资料。所列内容并非详尽无遗，该款(j)项载有一项宽泛的规定，涉及“不违反被请求国本国法律的任何其他形式的协助”。

(11) 第 3 款参照了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第三款。该公约规定，对于缔约国之间任何现有的、不具备第三款所列合作形式的双边司法协助条约，一般应将之视为“由这些合作形式自动加以补充”。⁵⁵⁹委员会为了第 14 条草案第 3 款的目的，考虑到本条款草案的重点是危害人类罪而非腐败，对第四十六条第三款的案文作了一些改动。

(12) 增加了新的项(a)，以着重强调为了“查明被指控罪犯以及适当时受害人、证人或其他人的身份和所在地”而提供的司法协助。“适当时”这一短语确认，对于受害人、证人和其他人应考虑隐私方面的关切。对于“其他人”这一短语，应理解为包括专家或其他有助于侦查或起诉犯罪嫌疑人的人员。(b)项也有改动，以涵盖缔约国通过视频会议提供司法协助以便从有关人员取得证词或其他证据的可能性。之所以认为宜作如此改动，是考虑到这种证词的使用正越来越多并

⁵⁵⁶ 《联合国反腐败公约》，第四十六条第二款(“对于请求缔约国中依照本公约第二十六条可能追究法人责任的犯罪所进行的侦查、起诉和审判程序，应当根据被请求缔约国有关的法律、条约、协定和安排，尽可能充分地提供司法协助”)。在 2000 年《联合国打击跨国组织犯罪公约》的谈判过程中，由于各国在法人责任问题上(特别是刑事案件中法人责任问题上)的做法差异较多，若干代表团提议拟订一项专门关于法人的司法协助规定，这项规定最终得到通过，成为了第 18 条第 2 款。后来在 2003 年《联合国反腐败公约》的谈判过程中，对司法协助规定提出了三项提案，其中一项没有明文对关于法人的司法协助作出规定。《关于拟订联合国反腐败公约的谈判准备工作文件》，第 374-377 页，脚注 5。到第二次谈判会议时，这项提案已被撤下，不在考虑之列(同上，第 378 页，脚注 7)，最终促成通过了第四十六条第二款。

⁵⁵⁷ 例如见《美洲刑事事项互助公约》(1992 年 5 月 23 日，拿骚)，美洲国家组织，《条约汇编》，第 75 号，第 7 条；《东南亚国家联盟(东盟)刑事事项司法协助条约》(2004 年 11 月 29 日，吉隆坡)，联合国，《条约汇编》，第 2336 卷，第 41878 号，第 271 页，第 1 条第 2 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 2 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 3 款。

⁵⁵⁸ 例如见 1990 年《刑事事件互助示范条约》，大会 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议，附件，第 1 条第 2 款；《美利坚合众国与俄罗斯联邦刑事事项司法协助条约》(1999 年 6 月 17 日，莫斯科)，联合国，《条约汇编》，第 2916 卷，第 50780 号，第 2 条。

⁵⁵⁹ 《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 170 页，第 605 段(该段还指出，在有些国家法律制度中，可能需要修订法律才能增加额外的合作依据)。

且在跨国执法方面具有特别的优势，附件草案第 16 款也确认了这一点。⁵⁶⁰ (e)项允许缔约国在“检查实物和现场”方面请求司法协助，该项有所改动，以强调收集危害人类罪法医证据的能力，因为这种证据(例如墓穴发掘和检查)对于彻底侦查此类犯罪具有重要作用。

(13) (g)项允许一国请求协助以获取“有关文件和记录的原件或者经核证的副本”，该项有所改动，以删去 2003 年《联合国反腐败公约》所载的示例⁵⁶¹，委员会认为示例过于强调财务记录。虽然此种记录可能与危害人类罪相关，但其他类别的记录(例如死亡证明和警方报告)很可能同样乃至更为相关。同样，2003 年《联合国反腐败公约》在(j)项和(k)项所列的两类协助⁵⁶²未被包括在内，因为这两类协助专指该公约关于资产追回的具体规定，而本条款草案并未包含关于资产追回的内容。

(14) 虽然 2003 年《联合国反腐败公约》将“执行搜查和扣押并实行冻结”⁵⁶³列在一起，但委员会认为宜将“冻结”移至关于犯罪所得的(h)项，使该项变为“为取证目的或其他目的而查明、追查或冻结犯罪所得、财产、工具或其他物品”。增加了“或其他目的”几个字，以涵盖性质上不属于取证的目的，例如将财产归还给受害人。

(15) 第 14 条草案第 4 款规定，各国“不得以银行保密为理由拒绝提供本条草案所规定的司法协助”。2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第八款⁵⁶⁴使用了相同的用语，而类似用语也见于其他多边和双边司法协助条约⁵⁶⁵。本条款草案所涉及的犯罪本质上很可能不是财务犯罪，通常可能并不需要这一条款，但是危害人类罪可导致资产被盗的情况，而关于这些资产的司法协助可能具有宝贵作用，不仅在于证明犯罪事实，还在于追回资产并将之归还受害人。这项规定虽然提到的是“银行”保密，但旨在涵盖所有金融机构，不论这些机构在严格意义上是否被视为银行。⁵⁶⁶

⁵⁶⁰ 这项规定允许一国在“该人不可能或不宜到请求国领土出庭时”，“允许以视频会议方式进行询问”。该款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十八款。

⁵⁶¹ 《联合国反腐败公约》，第四十六条第三款(“(六) 提供有关文件和记录的原件或者经核证的副本，其中包括政府、银行、财务、公司或者商业记录”)。

⁵⁶² 《联合国反腐败公约》，第四十六条第三款(“(十) 根据本公约第五章的规定辨认、冻结和追查犯罪所得；(十一) 根据本公约第五章的规定追回资产”)。这些规定也没有出现在 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》或 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》内。

⁵⁶³ 《联合国反腐败公约》，第四十六条第三款(三)项。

⁵⁶⁴ 见《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 171 页，第 611-12 段；《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 160、190 和 195 页。

⁵⁶⁵ 例如见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 5 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 8 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 2 款；《刑事事件互助示范条约》，第 4 条第 2 款；《东盟刑事事项司法协助条约》，第 3 条第 5 款。

⁵⁶⁶ 1990 年《刑事事件互助示范条约》提到不得以“银行和类似金融机构”的保密为由拒绝提供协助。《刑事事件互助示范条约》，第 4 条第 2 款。但大部分条约只提到“银行保密”，将这一表述解释为也包括其他金融机构。例如见《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 121 页。

(16) 第 14 条草案第 5 款规定，“各国应视需要考虑缔结有助于实现本条草案目的、具体实施或者加强本条规定的双边或多边协定或者安排的可能性”。这项规定基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第三十款⁵⁶⁷，并未规定各国义务在这方面采取任何具体措施，而是鼓励各国考虑缔结额外的多边或双边条约，以改善第 14 条的实施。

(17) 第 14 条草案第 6 款承认，一国如果认为向另一国提供资料可协助该国进行或顺利完成侦查、起诉和审判程序，或者可以促成该国提出正式请求，则即便在没有正式请求的情况下也可向该国提供资料。2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》⁵⁶⁸ 首次创新地使用了这项规定，2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第四款又照搬了这项规定。规定的措辞保留了裁量的余地，指出一国“可以”提供资料，并用“在不妨碍本国法律的情况下”这一分句对条件作了进一步限定。在实践中，各国经常进行此种非正式的资料交换。⁵⁶⁹

(18) 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和 2003 年《联合国反腐败公约》中，都另有一项规定更加具体地说明了应如何对待提供的资料。⁵⁷⁰ 虽然这些具体内容可能在有些情况下具有作用，但委员会为了本条款草案的目的，认为第 14 条草案第 6 款足以为此种合作提供依据。

(19) 第 14 条草案第 7 款述及第 14 条草案与请求国和被请求国之间缔结的任何司法协助条约的关系。第 7 款明确指出，“本条草案各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务，但本条草案的各项规定在适用时只会促成更大程度的司法协助的情形不在此列”。换言之，请求国与被请求国之间缔结的任何其他司法协助条约仍然适用，⁵⁷¹ 但如果第 14 条草案的各项规定能提供更高水平的司法协助，则这些规定对上述司法协助条约起补充作用。这项规定借鉴了 2003 年《联合国反腐败公约》第四十

⁵⁶⁷ 《联合国反腐败公约》，第四十六条第三十款。见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 30 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 20 款。

⁵⁶⁸ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 4 款。

⁵⁶⁹ 《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 194 页。

⁵⁷⁰ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 5 款；《联合国反腐败公约》，第四十六条第五款。在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的通过过程中，一份正式解释性说明写道：“(a) 当缔约国考虑是否自发提供特别敏感性资料或考虑对所提供的资料使用实行严格限制时，该缔约国似宜事先与潜在的接收国协商；(b) 根据本款规定接收资料的缔约国如果已经掌握了类似的资料，即无义务遵守提供资料国所规定的任何限制。” A/55/383/Add.1, 第 37 段。

⁵⁷¹ 《1972 年……年鉴》，第二卷，第 321 页，第 10 条第 1 款评注(在提到《关于防止及惩治侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案》中一项类似规定时指出：“司法事项上的协助始终是各国关切的一个问题，并且是大量双边和多边条约的主题。本草案缔约国之间现有的任何此种条约所产生的义务在本条中完全得到了保留”)。

六条第六款的用语⁵⁷²，但增加了“不再此列”分句，明确指出了第四十六条第六款和类似规定并未明言的内容。⁵⁷³

(20) 第 14 条草案第 8 款述及附件草案的适用问题。附件草案是本结论草案的组成部分。第 8 款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第七款⁵⁷⁴，规定如果请求国与被请求国之间没有司法协助条约，则附件草案适用。如此，如果请求国与被请求国之间订有司法协助条约，则附件草案不适用。但第 8 款还指出，两国如果有意愿，可以商定适用附件草案的规定，并且鼓励各国在附件草案有助于合作时适用附件草案。

(21) 与关于引渡的第 13 条草案一样，委员会决定没有必要在第 14 条草案中列入双重犯罪要求，例如 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第九款⁵⁷⁵ 所载的双重犯罪要求。如前文所述，关于危害人类罪的本条款草案在第 3 条草案中对危害人类罪下了定义，并以这项定义为基础，在第 6 条草案第 1 至 3 款中要求将“危害人类罪”的“犯罪”列入各国国内刑法。如此，只要根据本条款草案提出司法协助请求，双重犯罪要求就自动得到满足。

第 15 条 争端的解决

1. 各国应努力通过谈判解决与本条款草案的解释或适用有关的争端。
2. 两个或两个以上国家对于本条款草案的解释或适用发生的任何争端不能通过谈判解决的，应按其中一方请求提交国际法院，除非这些国家同意将争端交付仲裁。
3. 各国可声明不受本条草案第 2 款的约束。相对于作此声明的任何国家而言，其他国家也不受本条草案第 2 款的约束。
4. 凡根据本条草案第 3 款作出声明的国家，均可随时撤销该项声明。

评注

(1) 第 15 条草案述及与本条款草案的解释或适用有关的争端的解决问题。目前，各国没有义务解决具体与防止和惩罚危害人类罪有关的国家间争端。如果这种争端可以得到处理，则是因为存在解决纠纷的义务，但这种义务并不专门针对

⁵⁷² 《联合国反腐败公约》，第四十六条第六款。（“本条各项规定概不影响任何其他规范或者将要规范整个或部分司法协助问题的双边或多边条约所规定的义务”）。另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 6 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 6 款。

⁵⁷³ 例如见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 184 页，第 7.20 段（“这就是说，凡是对非法贩运案件该公约规定提供的协助水平高于适用的双边或多边相互法律协助条约条款规定的水平，就执行该公约的规定”）。

⁵⁷⁴ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 7 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 7 款。另见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 185 页，第 7.23 段；《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 171 页，第 608 段。

⁵⁷⁵ 《联合国反腐败公约》，第四十六条第九款；见《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 172 页，第 616 段（“各缔约国仍然可以以并非双重犯罪为由拒绝此类请求。同时，缔约国应在符合其法律制度基本概念的情况下提供不涉及强制行动的协助”）。

危害人类罪。⁵⁷⁶ 欧洲人权法院和美洲人权法院在评估公正审判权⁵⁷⁷、一罪不二审⁵⁷⁸、法无明文者不罚⁵⁷⁹ 和大赦规定合法性等问题时也提到了危害人类罪。⁵⁸⁰

(2) 第 15 条草案第 1 款规定“各国应努力通过谈判解决与本条款草案的解释或适用有关的争端”。这一案文参照了 2003 年《联合国反腐败公约》第六十六条第一款。⁵⁸¹ 涉及 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》类似规定的准备工作文件指出，此种规定“宜……作广义的理解，以表示鼓励各国尽可能使用各种和平解决争端的途径，包括和解、调解和诉诸区域机构”。⁵⁸²

(3) 第 15 条草案第 2 款规定，对于与本条款草案的解释或适用有关的争端“不能通过谈判解决的”，应诉诸强制争端解决。虽然寻求这种谈判的方式或时间都没有规定，但一国应真正试图进行谈判⁵⁸³，而不是仅仅抗议另一国的行为。⁵⁸⁴ 如果谈判失败，大部分涉及国内法中犯罪的条约规定，申诉国有义务在将争端提

⁵⁷⁶ 例如，国际法院曾审理过涉及危害人类罪的案件，当时德国根据 1957 年《关于和平解决争端的欧洲公约》提出了诉讼，而意大利提出了反诉(国家的管辖豁免(德国诉意大利)，反诉，2010 年 7 月 6 日的命令，《2010 年国际法院案例汇编》，第 310 页起，见第 311-312 页，第 3 段)。但国际法院在该案中认定，意大利的反诉涉及 1957 年 4 月 29 日《关于和平解决争端的欧洲公约》生效之前就存在的事实和情形，因此不在该法院的管辖范围内(同上，见第 320-321 页，第 30 段)。

⁵⁷⁷ Streletz、Kessler 和 Krenz 诉德国，第 34044/96、35532/97 和 44801/98 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2001 年 3 月 22 日的判决(Loucaides 法官的赞同意见)；和 K.-H. W. 诉德国，第 37201/97 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2001 年 3 月 22 日的判决，《2001 年欧洲人权法院案例汇编》第二卷(节选)(Loucaides 法官的赞同意见)。

⁵⁷⁸ Almonacid-Arellano, 2006 年 9 月 26 日的判决(见上文脚注 27)，第 154 段。

⁵⁷⁹ Kolk 和 Kislyiy 诉爱沙尼亚，第 23052/04 和 24018/04 号申诉，欧洲人权法院 2006 年 1 月 17 日关于可否受理的决定，《2006 年欧洲人权法院案例汇编》第 1 卷。

⁵⁸⁰ Barrios Altos 诉秘鲁，2001 年 3 月 14 日的判决(见上文脚注 427)(Sergio García-Ramírez 法官的赞同意见)，第 13 段；Gelman 诉乌拉圭，美洲人权法院 2011 年 2 月 24 日的判决(案情实质和赔偿)，C 辑，第 221 号，第 198 和 210 段；以及 Marguš 诉克罗地亚，第 4455/10 号申诉，欧洲人权法院大审判庭 2014 年 5 月 27 日的判决，《2014 年欧洲人权法院案例汇编》(节选)，第 130-136 段。

⁵⁸¹ 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 35 条第 1 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 15 条第 1 款。

⁵⁸² 拟订一项打击跨国有组织犯罪公约特设委员会，《联合国打击跨国有组织犯罪公约谈判正式记录(准备工作文件)》，第十届会议，2000 年 7 月 17 日至 28 日，维也纳(A/AC.254/33)，第 34 段。

⁵⁸³ 对类似规定的分析，见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用问题(格鲁吉亚诉俄罗斯联邦)，初步反对意见，判决，《2011 年国际法院案例汇编》，第 70 页起，见第 132 页，第 157 段(认定，“至少[]争议方中的一方应真正试图以解决争议为目的与另一争议方进行讨论”)；同上，第 133 页，第 159 段(“只有在谈判失败时或者在谈判不起作用或陷入僵局时才能满足谈判的前提条件”)；有关起诉或引渡义务的问题(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 445-446 页，第 57 段(“……的要求不能被理解为理论上无法达成协议”)；西南非洲案(埃塞俄比亚诉南非；利比里亚诉南非)，初步反对意见，1961 年 12 月 31 日的判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 319 页起，见第 345 页(该项要求意味着“进一步谈判已无任何实现解决的合理可能”)。

⁵⁸⁴ 例如见刚果领土上的武装活动(新申诉：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权和可否受理，判决，《2006 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 40-41 页，第 91 段。

交国际法院之前先尝试仲裁。⁵⁸⁵ 但委员会认为，对于针对危害人类罪的本条款草案，宜规定有关国家可以立即诉诸国际法院，除非两国同意将有关事项交付仲裁。1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》也规定，应立即诉诸国际法院解决争端。⁵⁸⁶

(4) 第 15 条草案第 3 款规定，“各国可声明不受……第 2 款的约束”，在这种情况下，相对这个国家而言，“其他国家也不受本条草案第 2 款的约束”。大部分针对国内法中犯罪并规定了国家间争端解决的条约都允许缔约国选择不执行强制争端解决。⁵⁸⁷ 例如，2003 年《联合国反腐败公约》第六十六条第三款规定，“各缔约国在签署、批准、接受、核准或者加入本公约时，均可以声明不受本条第二款的约束。对于作出此种保留的任何缔约国，其他缔约国也不受本条第二款的约束”。如前文所述，目前 2003 年《联合国反腐败公约》有 181 个缔约国；其中 42 个国家已经提出保留，宣布不受第六十六条第二款的约束。⁵⁸⁸

(5) 第 15 条第 4 款规定，“凡根据本条草案第 3 款作出声明的国家，均可随时撤销该项声明”。近年来制定的针对国内法中犯罪和规定了国家间争端解决的多项条约也包含这一规定。⁵⁸⁹ 例如，2003 年《联合国反腐败公约》第六十六条第四款规定：“凡根据本条第三款作出保留的缔约国，均可以随时通知联合国秘书长撤销该项保留”。

(6) 有一种意见认为，本条款草案不应包括解决争端的规定，因为它构成了一项最后条款，即委员会决定不在本条款草案中列入的一类条款。另一方面，有人

⁵⁸⁵ 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》，第二十条第一款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第十三条第 1 款；《反对劫持人质国际公约》，第十六条第 1 款；《禁止酷刑公约》，第 30 条第 1 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 22 条第 1 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 20 条第 1 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 24 条第 1 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 35 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 15 条第 2 款；《联合国反腐败公约》，第六十六条第二款。《消除一切形式种族歧视国际公约》第二十二条要求将争端首先提交消除种族歧视委员会，该委员会随后可指派一个专设和解委员会处理有关事项。《消除一切形式种族歧视国际公约》，第十一至第十三条和第二十二条。

⁵⁸⁶ 《灭绝种族罪公约》，第九条；另见《非洲统一组织防止和打击恐怖主义公约》，第 22 条第 2 款。

⁵⁸⁷ 例如见《关于制止非法劫持航空器的公约》，第十二条第二款；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第十三条第 2 款；《反对劫持人质国际公约》，第十六条第 2 款；《禁止酷刑公约》，第 30 条第 2 款；《联合国人员和有关人员安全公约》，第 22 条第 2 款；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，第 20 条第 2 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 24 条第 2 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 35 条第 3 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 15 条第 3 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第四十二条第二款。

⁵⁸⁸ 欧洲联盟也对第六十六条第二款提出了一项声明，表示：“关于第六十六条第二款，本共同体指出，按照《国际法院规约》第三十四条第一款，在法院得为诉讼当事国者限于国家。因此，根据《公约》第六十六条第二款，在涉及本共同体的争端中，仅可通过仲裁进行争端解决”。

⁵⁸⁹ 例如见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 35 条第 4 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》，第 15 条第 4 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第四十二条第三款。

认为，关于解决争端的第 15 条草案应规定国际法院具有强制管辖权，如同《灭绝种族罪公约》第九条所规定的那样。

附件

1. 本附件草案按照第 14 条草案第 8 款适用。

中央机关的指定

2. 各国应指定一个中央机关，使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管当局执行。一国如有实行单独司法协助制度的特区或领土，可另指定一个对该特区或者领土具有同样职能的中央机关。中央机关应确保所收到的请求迅速而妥善地执行或者转交。中央机关在将请求转交某一主管当局执行时，应鼓励该主管当局迅速而妥善地执行请求。各国应将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应送交各国指定的中央机关。此项要求不得妨害一国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关国家同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利。

提出请求的程序

3. 请求应以被请求国能够接受的语文以书面形式提出，或在可能的情况下以能够生成书面记录的任何形式提出，但须能够使该国鉴定其真伪。各国应将其所能够接受的语文通知联合国秘书长。在紧急情况下，如果经有关国家同意，请求可以口头方式提出，但应立即加以书面确认。

4. 司法协助请求书应包括：

(a) 提出请求的机关；

(b) 请求所涉及的侦查、起诉或审判程序的事由和性质，以及进行该项侦查、起诉或审判程序的机关的名称和职能；

(c) 有关事实的概述，但为送达司法文书提出的请求除外；

(d) 对请求协助的事项和请求国希望得到遵循的特定程序细节的说明；

(e) 可能的话，任何有关人员的身份、所在地和国籍；以及

(f) 索取证据、资料或要求采取行动的目的。

5. 被请求国可要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。

被请求国对请求的答复

6. 请求应按照被请求国的本国法律执行。在不违反被请求国本国法律的情况下，如有可能，应按照请求书中列明的程序执行。

7. 被请求国应尽快执行司法协助请求，并应尽可能充分地考虑到请求国提出的、最好在请求中说明了理由的任何最后期限。被请求国应依请求国的合

理要求，就其处理请求的进展情况作出答复。请求国应在其不再需要被请求国提供所寻求的协助时迅速通知被请求国。

8. 在下列情况下可拒绝提供司法协助：

(a) 如果请求未按本附件草案的规定提出；

(b) 如果被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益；

(c) 如果被请求国的机关依其管辖权对任何类似犯罪进行侦查、起诉或审判程序时，其本国法律已经规定禁止对此类犯罪采取被请求的行动；

(d) 如果同意这项请求将违反被请求国关于司法协助的法律制度。

9. 拒绝司法协助时应说明理由。

10. 被请求国可以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或审判程序为理由而暂缓进行。

11. 被请求国在根据本附件草案第 8 款拒绝某项请求或者根据本附件草案第 10 款暂缓执行请求事项之前，应与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条款和条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，则应遵守有关的条件。

12. 被请求国：

(a) 应向请求国提供其所拥有的根据其本国法律可向公众提供的政府记录、文件或资料；并且

(b) 可自行斟酌决定全部或部分地或者按其认为适当的条件向请求国提供其所拥有的根据其本国法律不向公众提供的任何政府记录、文件或资料。

请求国对资料的使用

13. 未经被请求国事先同意，请求国不得为了请求书所述以外的侦查、起诉或审判程序而发送或使用被请求国提供的资料或证据。本款规定不得妨碍请求国在其诉讼中披露可证明被告人无罪的资料或证据。就后一种情形而言，请求国应在披露之前通知被请求国，并依请求与被请求国磋商。如果在特殊情况下不可能事先通知，请求国应毫不迟延地将披露一事告知被请求国。

14. 请求国可要求被请求国对其提出的请求及其内容保密，但为执行请求所必需的除外。如果被请求国不能遵守保密要求，应立即告知请求国。

被请求国人员作证

15. 在不妨碍本附件草案第 19 款的适用的情况下，对于依请求国请求而同意到请求国所管辖领土就某项诉讼作证或者为某项侦查、起诉或审判程序提供协助的证人、专家或其他人员，不应因其离开被请求国所管辖领土之前的作为、不作为或者定罪而在请求国领土内对其起诉、羁押、处罚，或者使其人身自由受到任何其他限制。如该证人、专家或其他人员已经得到司法机关

不再需要其到场的正式通知，在自通知之日起连续十五天内或者在有关国家所商定的任何期限内，有机会离开但仍自愿留在请求国所管辖领土内，或者在离境后又自愿返回，这种安全保障即不再有效。

16. 当在某一国所管辖领土内的某人须作为证人或专家接受另一国司法机关询问，而且该人不可能或不宜到请求国领土出庭时，被请求国可依该另一国的请求，在可能而且符合国内法基本原则的情况下，允许以视频会议方式进行询问。有关国家可商定由请求国司法机关进行询问，询问时应有被请求国司法机关人员在场。

被请求国被羁押人员为作证予以移送

17. 在一国领土内被羁押或服刑的人，如果被要求到另一国进行辨认、作证或提供其他协助，以便为就与本条款草案所述的犯罪有关的侦查、起诉或审判程序取得证据，在满足下列条件的情况下，可予以移送：

- (a) 该人在知情后自由表示同意；并且
- (b) 在遵守两国认为适当的条件前提下，两国主管当局同意。

18. 为本附件草案第 17 款的目的：

(a) 该人被移送前往的国家应有权力和义务羁押被移送人，除非移送国另有要求或授权；

(b) 该人被移送前往的国家应毫不延迟地履行义务，按照两国主管当局事先达成的协议或其他协议，将该人交还移送国羁押；

(c) 该人被移送前往的国家不得要求移送国为该人的交还而启动引渡程序；

(d) 该人在被移送前往的国家的羁押时间应当折抵在移送国执行的刑期。

19. 除非依照本附件草案第 17 款和第 18 款的规定移送某人的国家同意，否则，不论该人国籍为何，均不得因其在离开移送国所管辖领土前的作为、不作为或定罪而在被移送前往的国家所管辖领土内使其受到起诉、羁押、处罚或对其人身自由进行任何其他限制。

费用

20. 除非有关国家另有协议，执行请求的一般费用应由被请求国承担。如果执行请求需要或将需要支付巨额或异常费用，则应由有关国家进行协商，以确定执行该请求的条款和条件以及承担费用的办法。

评注

(1) 第 14 条草案适用于请求国与被请求国之间的任何司法协助请求。如第 14 条第 8 款所述，如果请求国与被请求国之间没有司法协助条约，则附件草案也适用。如果这些国家之间订有此种条约，则可选择在附件草案有助于合作时适用附件草案。

(2) 附件草案是本条款草案的组成部分。因此，附件草案第 1 款规定，附件草案“按照第 14 条草案第 8 款适用”。

中央机关的指定

(3) 附件草案第 2 款要求各国指定一个中央机关，负责处理来往协助请求，并将所选定的中央机关通知联合国秘书长。在指定“中央机关”时，重点不在于机关的地理地点，而是在于其对国家或区域具有中央化机构作用。⁵⁹⁰ 本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十三款。⁵⁹¹ 截至 2015 年，该公约所有缔约国中除三个国家之外都已指定了中央机关。⁵⁹²

提出请求的程序

(4) 附件草案第 3 至第 5 款述及一国向另一国请求司法协助的程序。

(5) 附件草案第 3 款规定，请求必须以被请求国能够接受的语文以书面形式提出。此外，该款还规定各国有义务将本国所能接受的一种或多种语文通知联合国秘书长。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十四款。⁵⁹³

(6) 附件草案第 4 款说明了司法协助请求书中必须包含的资料，例如提出请求的机关、索取证据、资料或要求采取行动的目的，以及对有关事实的陈述。项规定载列的是对司法协助请求书的最低要求，不应将该项规定解读为不得在请求书内加入可加快或澄清请求的其他资料。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十五款。⁵⁹⁴

(7) 附件草案第 5 款允许被请求国要求提供按照其本国法律执行该请求所必需或者有助于执行该请求的补充资料。本款旨在涵盖多种不同的情形，例如被请求国的国内法律要求取得更多资料，方能批准和执行请求，或者被请求国要求请求国提供新的资料或指导，说明如何着手开展某项具体的侦查。⁵⁹⁵ 本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十六款。⁵⁹⁶

被请求国对请求的答复

(8) 附件草案第 6 至第 12 款述及被请求国对司法协助请求的答复。

⁵⁹⁰ A/55/383/Add.1, 第 40 段。

⁵⁹¹ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 8 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 13 款。

⁵⁹² 《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 197 页。

⁵⁹³ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 9 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 14 款，《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 199 页。

⁵⁹⁴ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 10 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 15 款；《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 189 页，第 7.33 段。

⁵⁹⁵ 《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 189-190 页，第 7.34 段。

⁵⁹⁶ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 11 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 16 款。

(9) 附件草案第 6 款规定，请求“应按照被请求国的本国法律执行”，并且在不过违反此种法律的情况下，如有可能，“应按照请求书中列明的程序执行”。这项规定措辞严密，仅述及各国执行请求的程序，而没有提供拒绝答复请求的依据，拒绝答复请求是附件草案第 8 款的内容。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十七款。⁵⁹⁷

(10) 附件草案第 7 款规定，应考虑到请求国提出的任何最后期限，尽快处理请求，并且被请求国应将请求的处理进展情况合理告知请求国。与第 6 款一并解读的第 7 款规定被请求国有义务高效、及时地执行司法协助请求。与此同时，解读第 7 款时也应考虑到被请求国可以第 10 款所载理由暂缓执行请求。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十四款。⁵⁹⁸

(11) 附件草案第 8 款列出了可拒绝提供司法协助请求的四种情况，该款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十一款。⁵⁹⁹ (a)项规定，如果请求不符合附件草案的要求，被请求国可拒绝提供司法协助。(b)项规定，“如果被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益”，则可拒绝提供司法协助。(c)项规定，“如果被请求国的机关……对任何类似犯罪”在被请求国进行起诉时，“其本国法律已经规定禁止对此类犯罪采取被请求的行动”，则被请求国可拒绝提供司法协助。(d)项规定，如果同意请求将违反被请求国的法律制度，被请求国可拒绝提供司法协助。委员会曾考虑过是否应增加一种基于不歧视原则的拒绝理由，但最后决定现有理由(特别是(b)和(d))已足够宽泛，已涵盖了这种理由。除其他外，有人指出在 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的起草过程中就曾考虑过增加这种理由的提案，但最终未予采纳，因为认为(b)项已经涵盖了这种理由。⁶⁰⁰

(12) 附件草案第 9 款规定，“拒绝司法协助时应说明理由”。这一要求确保请求国理解请求被拒的原因，从而使请求国能够更好地理解不仅制约此次特定请求、还制约今后其他请求的因素。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十三款。⁶⁰¹

(13) 附件草案第 10 款规定，“被请求国可以司法协助妨碍正在进行的侦查、起诉或审判程序为理由而暂缓进行”司法协助。这项规定使被请求国能够享有一定

⁵⁹⁷ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 12 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 17 款。

⁵⁹⁸ 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 24 款。

⁵⁹⁹ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 15 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 21 款；《欧洲刑事事项互助公约》(1959 年 4 月 20 日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第 472 卷，第 6841 号，第 185 页，第 2 条；《刑事事件互助示范条约》，第 4 条第 1 款。评注见欧洲委员会，《欧洲刑事事项互助公约》解释性报告，20.IV.1969 号文件，第 4 页；《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 195-196 页，第 7.49-7.51 段；A/55/383/Add.1，第 42 段。

⁶⁰⁰ 见 A/55/383/Add.1，第 42 段。

⁶⁰¹ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 16 款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 23 款；《刑事事件互助示范条约》，第 4 条第 5 款。

的灵活性，在必要时暂缓提供资料，以免影响该国本身正在进行的侦查或程序。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十五款。⁶⁰²

(14) 附件草案第 11 款规定，被请求国在拒绝请求之前，有义务“与请求国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条款和条件下给予协助。请求国如果接受附有条件限制的协助，则应遵守有关的条件”。某些情况下，拒绝请求可能完全是技术问题造成的，请求国可以很容易地予以弥补，在这种情况下，协商有助于澄清有关问题，使请求能够继续推进。1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》对该款的表述只提到，对于司法协助请求可能暂缓进行的情况，应进行协商。⁶⁰³ 而 2000 年《联合国打击跨国组织犯罪公约》则扩大了这项规定的适用范围，使其也适用于拒绝协助的情况。⁶⁰⁴ 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十六款⁶⁰⁵ 沿用了这一方法，该款也是第 11 款的基础。

(15) 附件草案第 12 款述及被请求国向请求国提供政府记录、文件和资料的问题，指出“应”提供可向公众公开的此种资料，而“可”提供不向公众公开的资料。这种方法鼓励但不要求被请求国披露保密资料。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十九款。⁶⁰⁶

请求国对资料的使用

(16) 附件草案第 13 和第 14 款述及请求国使用被请求国提供的资料的问题。

(17) 附件草案 13 规定，请求国不得将资料转交给第三方，例如另一国，并且“未经被请求国事先同意”，也不得将资料用于“请求书所述以外的侦查、起诉或审判程序”。如附件草案第 4 款所述，请求国必须在请求书中说明“索取证据、资料或要求采取行动的目的”。与此同时，如果请求国收到的资料能够证明某受指控人员无罪，则请求国在尽可能事先通知被请求国后，可将资料披露给此人(该国法律可能规定了这样做的义务)。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十九款。⁶⁰⁷

⁶⁰² 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 17 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 25 款；《刑事事件互助示范条约》，第 4 条第 3 款。

⁶⁰³ 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 17 款。

⁶⁰⁴ 《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 26 款。

⁶⁰⁵ 《联合国反腐败公约》，第四十六条第二十六款(“被请求缔约国在根据本条第二十一款拒绝某项请求或者根据本条第二十五款暂缓执行请求事项之前，应当与请求缔约国协商，以考虑是否可以在其认为必要的条件下给予协助。请求缔约国如果接受附有条件限制的协助，则应当遵守有关的条件”)。

⁶⁰⁶ 另见《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 29 款。

⁶⁰⁷ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 13 款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 12 条第 3 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 19 款。评注见《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 193 页，第 7.43 段。

(18) 附件草案第 14 款允许请求国要求被请求国对其提出的请求及其内容保密，但为执行请求所必需的除外。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十条。⁶⁰⁸

被请求国人员作证

(19) 附件草案第 15 和第 16 款述及请求国要求被请求国境内人员作证的程序。

(20) 附件草案第 15 款本质上是一项“安全行为”规定，保护从被请求国前往请求国作证的人员在作证期间免于因其离开被请求国之前的行为而遭到请求国的起诉、羁押、处罚或其他人身自由限制。如第 15 款所述，此种保护不涵盖该人离开被请求国之后的行为，也并非在该人作证之后仍无限期有效。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十七款。⁶⁰⁹

(21) 附件草案第 16 款述及证人通过视频会议这种具有成本效益、正越来越常见的技术作证的情况。通过视频会议作证并非强制，如果“该人不可能或不宜到请求国领土出庭”，则被请求国可允许以视频会议方式进行询问。但前提是这种作证方式“可能而且符合国内法基本原则”，这一分句既指被请求国的国内法，也指请求国的国内法。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十八款。⁶¹⁰ 2003 年《联合国反腐败公约》2015 年执行报告指出，这项规定已得到广泛使用：

事实业已证明，在司法协助方面，通过视频会议听取证人和专家的陈述是一项省时省钱的工具，可以帮助克服实际困难，例如，当被寻求提供证据的人不能或不愿前往外国作证时。因此，主管当局对这项措施的接受度和实际使用程度越来越高。⁶¹¹

被请求国被羁押人员为作证予以移送

(22) 附件草案第 17 至第 19 款述及请求国要求被请求国移送正在该国被羁押或服刑的人员的情况。

(23) 附件草案第 17 款允许将被请求国羁押人员移送至请求国，前提是所要移送的人员“在知情后自由表示同意”并且两国“主管当局”同意移送。对于这项规定，应理解为涵盖因刑事诉讼程序而被羁押或服刑的人员、从事强制社区服务的人员，或根据某缓刑制度而不得离开特定区域的人员。此种移送可以作证为主要目的，但这项规定也广泛地涵盖了因为“侦查、起诉或审判程序”而需要上述人

⁶⁰⁸ 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 20 款；《刑事事件互助示范条约》，第 9 条。

⁶⁰⁹ 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 27 款；《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 18 款；《刑事事件互助示范条约》，第 15 条；《欧洲刑事事项互助公约》，第 12 条；《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 197-198 页，第 7.55 段。

⁶¹⁰ 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，第 18 条第 18 款；A/55/383/Add.1，第 41 段；《联合国反腐败公约实施立法指南》，第 174-175 页，第 629 段。

⁶¹¹ 《〈联合国反腐败公约〉的执行情况》，第 200 页。

员任何其他类别协助的移送。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十款。⁶¹²

(24) 附件草案第 18 款描述了请求国的以下义务：除非另有协议，应羁押被移送人员；应按照移送协议将被移送人员交还被请求国，不需要被请求国启动引渡程序。本款还述及被请求国有义务将被移送人员在请求国的羁押时间折抵刑期。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十一款。⁶¹³

(25) 附件草案第 19 款与第 15 款所载的“安全行为”规定类似，保护被移送人员在请求国期间免于因其离开被请求国之前的行为而遭到请求国的起诉、羁押、处罚或其他人身自由限制。但第 19 款也规定，被请求国可以同意请求国采取此类行动。此外，这项规定必须与第 18 款一并解读，该款规定，除非另有协议，请求国有义务根据被移送人员在被请求国的羁押和刑罚规定，继续予以羁押。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第十二款。⁶¹⁴

费用

(26) 附件草案第 20 款述及费用问题，除其他外，该款写道：“除非有关国家另有协议，执行请求的一般费用应由被请求国承担”。这项规定第二句规定，在执行请求将要“支付巨额或者异常费用”时，有关国家可相互进行协商。本款基于 2003 年《联合国反腐败公约》第四十六条第二十八款。⁶¹⁵

(27) 对其他条约中类似规定的各种解释性说明或评注提供了有关这项规定意义的指导。例如，1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》评注写道：

这条规则很简单，避免记复杂的账目，它基于这样一种观念，即在一段时间内缔约国之间大体上能保持平衡，因为它有时是请求国，有时是被请求国。然而实际上，这种平衡并不是总能保持的，因为事实可能证明，某一对缔约国之间请求的流量多半是朝一个方向的。为此，第 1 句话最后几个字使得缔约国能够同意即使在一般费用问题上也不受一般规则的束缚。⁶¹⁶

(28) 1990 年《刑事事件互助示范条约》的一条脚注写道：

例如被请求国将负担执行该协助请求的一般费用，但请求国负担：(a) 为执行该请求所需的特别或特殊开支，如被请求国提出要求，并经事先协商；(b) 派出任何人来往被请求国领土所涉的开支，以及应付给该人员……

⁶¹² 另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 16 条第 1 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 10 款；A/55/383/Add.1, 第 39 段。

⁶¹³ 另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 16 条第 2 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 11 款。

⁶¹⁴ 另见《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，第 16 条第 3 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 12 款。

⁶¹⁵ 另见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》，第 7 条第 19 款；《联合国打击跨国组织犯罪公约》，第 18 条第 28 款；《刑事事件互助示范条约》，第 19 条。

⁶¹⁶ 《〈联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约〉评注》，第 198 页，第 7.57 段。

在请求国期间的任何费用、津贴或支出；(c) 派出押送或护送人员所涉的开支；(d) 取得专家报告所涉开支。⁶¹⁷

(29) 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》解释性说明写道：

准备工作文件应表明，为满足[关于移送人员或举行视频会议的]请求所涉的费用，一般应视为特殊性质的费用。另外，准备工作文件应表明这样一项谅解：即使是应付一般费用，发展中国家也会有困难，因此应当提供适当援助，使其能够满足本条的要求。⁶¹⁸

(30) 最后，2003 年《联合国反腐败公约》的准备工作文件指出：

此外，准备工作文件还将表明对此的理解是，发展中国家甚至在满足一般费用方面也可能遇到困难，因此应当向其提供适当的援助，以使其能够达到本条的要求。⁶¹⁹

⁶¹⁷ 《刑事事件互助示范条约》，第 19 条，脚注 124。

⁶¹⁸ A/55/383/Add.1, 第 43 段。

⁶¹⁹ 《联合国反腐败公约谈判工作的正式记录(准备工作文件)注释》(A/58/422/Add.1), 第 44 段。

第五章

条约的暂时适用

A. 引言

47. 委员会在第六十四届会议(2012 年)上, 决定将“条约的暂时适用”专题列入工作方案, 并任命胡安·曼努埃尔·戈麦斯·罗夫莱多先生为专题特别报告员。⁶²⁰ 大会随后在 2012 年 12 月 14 日第 67/92 号决议中赞赏地注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。

48. 特别报告员迄今已提交四次报告⁶²¹, 委员会分别在第六十五至第六十八届会议(2013 至 2016 年)上审议了这些报告。委员会还分别在第六十五届会议(2013 年)和第六十七届会议(2015 年)上各收到了一份秘书处编写的备忘录。⁶²²

49. 委员会在特别报告员第三和第四次报告提出的准则草案的基础上, 在第六十八届会议(2016 年)上注意到起草委员会暂时通过的准则草案 1 至 4 和 6 至 9。由于时间所限, 委员会决定在下一届会议上审议准则草案 5 和 10。

B. 本届会议审议此专题的情况

50. 委员会在 2017 年 5 月 2 日举行的第 3349 次会议上决定将准则草案 1 至 4 和 6 至 9 发回起草委员会, 以期完成一整套委员会已暂时通过的准则草案。

51. 委员会在分别于 2017 年 5 月 12 日和 7 月 26 日举行的第 3357 次和第 3382 次会议上, 暂时通过了起草委员会在关于此专题的两次报告中向本届会议提交的准则草案 1 至 11(见下文 C.1 节)。⁶²³

52. 2017 年 5 月 12 日举行的第 3357 次会议设立的负责审议关于条约的暂时适用的准则草案评注草案的工作组分别于 2017 年 5 月 18 日和 29 日各举行了一次会议。

53. 委员会在 2017 年 8 月 2 日举行的第 3386 次会议上通过了本届会议暂时通过的准则草案(见下文 C.2 节)。

54. 委员会还收到了秘书处编写的另一份备忘录, 这份备忘录回顾了过去 20 年向秘书长交存或登记的载有暂时适用规定的(双边和多边)条约方面的国家实践, 包括与这些条约有关的条约行动。⁶²⁴ 对这份备忘录的审议已推迟至委员会下一届会议。

⁶²⁰ 《大会正式记录, 第六十七届会议, 补编第 10 号》(A/67/10), 第 267 段。

⁶²¹ A/CN.4/664(第一次报告)、A/CN.4/675(第二次报告)、A/CN.4/687(第三次报告), 以及 A/CN.4/699 和 Add.1(第四次报告)。

⁶²² A/CN.4/658 和 A/CN.4/676。

⁶²³ A/CN.4/L.895。

⁶²⁴ A/CN.4/707。

C. 委员会迄今为止暂时通过的关于条约的暂时适用的准则草案案文

1. 准则草案案文

55. 委员会迄今为止暂时通过的准则草案案文载录如下。

准则 1

范围

本准则草案涉及条约的暂时适用。

准则 2

目的

本准则草案的目的是，在《维也纳条约法公约》第二十五条和国际法其他规则的基础上，就关于条约的暂时适用的法律和实践提供指导。

准则 3

一般规则

如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理，条约或条约之一部分可于条约在有关国家或国际组织之间生效前暂时适用。

准则 4

协议形式

除条约规定的情况外，条约或条约之一部分的暂时适用可以下述形式协议：

(a) 一项单独的条约；或

(b) 任何其他办法或安排，包括国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议，或由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明。

准则 5

暂时适用的开始

条约在有关国家或国际组织之间生效前，条约或条约之一部分的暂时适用按条约规定的或另经协议的日期、条件和程序开始。

准则 6

暂时适用的法律效力

除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分的暂时适用产生的法律效力与该条约在有关国家或国际组织之间生效时相同。

准则 7

违约责任

根据适用的国际法规则，违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务引起国际责任。

准则 8**在通知无意成为缔约方时终止**

除条约另有规定或另经协议外，暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织如果通知相互间也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织其无意成为条约缔约方，则暂时适用对该国或该国际组织终止。

准则 9**各国国内法或国际组织规则与暂时适用条约的遵守**

1. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国家不得援引其国内法规定作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。
2. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国际组织不得援引其组织规则作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。

准则 10**各国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定或国际组织关于同意条约暂时适用的权限的规则**

1. 一国不得以其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反该国国内法关于同意条约暂时适用的权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。
2. 一国际组织不得以其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反该组织关于同意条约暂时适用的权限的规则为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。

准则 11**关于在源自各国国内法或国际组织规则的限制下暂时适用的协议**

本准则草案不影响一国或一国际组织有权在条约中或以其他方式同意在源自该国国内法或该组织规则的限制下暂时适用条约或条约之一部分。

2. 委员会第六十九届会议暂时通过的准则草案案文及其评注

56. 委员会第六十九届会议暂时通过的准则草案案文及其评注载录如下。

条约的暂时适用**总评注**

(1) 本准则草案的目的是就关于条约的暂时适用的法律和实践向各国、国际组织及其他方提供协助。⁶²⁵ 它们可能会在暂时适用条约或条约之一部分的协议的形式、这种暂时适用的开始和终止及其法律效力等方面遇到种种困难。准则草案的目标是引导各国、国际组织和其他方找到与现行规则相符的答案或看来最适合当代实践的解决办法。

⁶²⁵ 与委员会以往工作成果一样，本准则草案应结合评注来解读。

(2) 本准则草案虽然没有法律约束力，但反映了现行的国际法规则。准则草案主要是基于 1969 年《维也纳条约法公约》(“1969 年《维也纳公约》”)⁶²⁶ 和 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(“1986 年《维也纳公约》”)⁶²⁷ 第二十五条，并试图对该条加以澄清和解释，此外还基于国家和国际组织在这个问题上的做法，但不妨碍国际法其他规则。

(3) 处理在实践中可能出现的所有问题，以及涵盖各国和国际组织可能面临的各种情况，当然是不可能的。但这与本准则草案的一个主要目的相一致，即保持条约暂时适用的灵活性，⁶²⁸ 避免做出过于硬性的规定。因此，准则草案允许各国和国际组织如另有决定，可通过相互间的协议排除某些准则草案中述及的做法。

(4) 本准则草案还应有助于促进术语的一贯使用，从而避免混淆。一些术语，如“暂时生效”(相对于“明确生效”)的广泛使用，⁶²⁹ 造成了条约暂时适用这一概念在范围和法律效力方面的混淆。同样，条约往往不用“暂时”这一形容词，而是提到“临时”适用。⁶³⁰ 因此，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条的框架虽然是这个问题的法律依据，⁶³¹ 但一直被批评为难以理解，⁶³² 并缺乏法律准确性。⁶³³ 本准则草案的目的是在这方面提供更大的明确性。

(5) 暂时适用的目的是使条约的全部或部分规定立即生效，而不必等到有关其生效的所有国内和国际要求完成之时。⁶³⁴ 这种机制允许各国和国际组织在条约生效之前，因某些行为、事件或情况而使有必要时，适用条约规定，赋予条约或条约之一部分以法律效力。⁶³⁵ 这一概念被界定为“在条约生效之前就适用条

⁶²⁶ 联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

⁶²⁷ A/CONF.129/15 (尚未生效)。

⁶²⁸ 见 A/CN.4/664，第 28-30 段。

⁶²⁹ 在这方面，可参考 2011 年出版的《西非国家经济共同体(西非经共体)1975 年至 2010 年的条约、议定书、公约和补充法》(阿布贾，尼日利亚外交部)中的分析，其中收集了西非经共体主持下缔结的 59 项条约。从中可以看出，在这 59 项条约中，只有 11 项没有规定暂时适用(见 A/CN.4/699，第 168-174 段)。

⁶³⁰ 见《构成联合国与南斯拉夫联盟共和国之间关于联合国人权事务高级专员办事处在南斯拉夫联盟共和国地位问题的协定的换文》中南斯拉夫联盟共和国的来函第 33 段(联合国，《条约汇编》，第 2042 卷，第 35283 号，第 23 页)和《1998 年联合国法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.03.V.5)，第 103 页)；《白俄罗斯与爱尔兰关于在爱尔兰的白俄罗斯共和国未成年公民回返条件的协定》第 15 条(联合国，《条约汇编》，第 2679 卷，第 47597 号，第 65 页起，见第 79 页)；以及《马来西亚政府与联合国开发计划署关于建立开发署全球共享服务中心的协定》(同上，第 2794 卷，第 49154 号，第 67 页)。见秘书处关于 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条起源的备忘录(A/CN.4/658 和 A/CN.4/676)。

⁶³¹ See A.Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012), p. 22.

⁶³² See A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (Paris, Editions A. Pedone, 2005), p. 111.

⁶³³ See M.A. Rogoff and B.E. Gauditz, “The provisional application of international agreements”, *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), No. 1, p. 41.

⁶³⁴ See D. Mathy, “Article 25”, in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), p. 640.

⁶³⁵ See Mertsch, *Provisionally Applied Treaties* (see footnote 631 above).

约和有约束力地遵守其条款”，⁶³⁶ 以及“做到在有限时期内适用一项条约或其中某些规定的简化形式”。⁶³⁷ 例如，在主题事项比较急迫，或者谈判的国家或国际组织想要建立信任⁶³⁸ 等情况下，⁶³⁹ 暂时适用非常有用。

(6) 评注附有指示性的参考书目。*

准则 1 范围

本准则草案涉及条约的暂时适用。

评注

(1) 准则草案 1 涉及准则草案的适用范围。在确定准则草案的预期范围时，应将这一规定与关于准则草案目的的准则草案 2 一起来理解。

(2) “涉及”一词被认为比其他提法，如“适用于”更加适合旨在向各国和国际组织提供指导的案文，而“适用于”更多地见于对国家和其他国际法主体规定适用规则的案文。

(3) 委员会决定不做出将准则草案的属人范围仅限于国家的进一步限定。实际上，准则草案还涉及国际组织，如准则草案 5、6、7、9、⁶⁴⁰ 10 和 11 均提到“国家或国际组织”所表明的那样。这与 1969 年⁶⁴¹ 和 1986 年《维也纳公约》⁶⁴² 第二十五条设想的条约暂时适用相一致。

⁶³⁶ R. Lefeber, “Treaties, provisional application”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 1.

⁶³⁷ 见 M.E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, 2009), p. 354.

⁶³⁸ 见 H. Krieger, “Article 25”, in *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr and K. Schmalenbach, eds. (Heidelberg and New York, Springer, 2012), p. 408.

⁶³⁹ 见 A/CN.4/664, 第 25-35 段。

* 即将提供。

⁶⁴⁰ 准则草案 4 述及国际组织或国际会议在暂时适用条约或条约之一部分的协定中可能发挥的作用的问题。

⁶⁴¹ 1969 年《维也纳公约》第二十五条内容如下：

一、条约或条约之一部分于条约生效前在下列情形下暂时适用：

(甲) 条约本身如此规定；或

(乙) 谈判国以其他方式协议如此办理。

二、除条约另有规定或谈判国另有协议外，条约或条约一部分对一国暂时适用，于该国将其不欲成为条约当事国之意思通知已暂时适用条约之其他各国时终止。

⁶⁴² 1986 年《维也纳公约》第二十五条内容如下：

1. 有下列情形之一时，条约或其一部分在其生效前暂时适用：

(a) 该条约本身有此规定；

(b) 各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织以其他方式有此协议。

2. 除该条约另有规定或各谈判国和谈判组织或按情况各谈判组织另有协议外，该条约或其一部分对一国或一国际组织的暂时适用，于该国或该组织将其不愿成为该条约当事方的意思通知该条约正对其暂时适用的各国和国际组织时应即终止。

准则 2

目的

本准则草案的目的是，在《维也纳条约法公约》第二十五条和国际法其他规则的基础上，就关于条约的暂时适用的法律和实践提供指导。

评注

(1) 准则草案 2 涉及准则草案的目的，并遵循了委员会在案文中列入这类规定以澄清案文目的的做法。本准则草案的目的是就条约暂时适用的法律和实践向各国和国际组织提供指导。

(2) 准则草案 2 意在强调，本准则是基于 1969 年《维也纳公约》和国际法其他规则，包括 1986 年《维也纳公约》。

(3) 准则草案 2 旨在确认整个准则草案所持的基本态度，即 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条不一定反映出关于条约暂时适用的当代实践的所有方面。决定提及条约暂时适用的“法律和实践”两个方面就表明了这种态度。这一态度还体现在“国际法其他规则”的提法中，这种提法表明，委员会认为国际法其他规则，包括习惯性质的规则也可适用于条约的暂时适用。

(4) 然而，尽管有可能存在与条约暂时适用有关的其他规则和实践，但准则草案确认了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条的核心重要性。提到“基于”，并且明确提到第二十五条，是为了表明该条是准则草案的基本出发点——尽管为充分了解适用于条约暂时适用的法律，需以国际法其他规则作为补充。

准则 3

一般规则

如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理，条约或条约之一部分可于条约在有关国家或国际组织之间生效前暂时适用。

评注

(1) 准则草案 3 指出了条约暂时适用的一般规则。委员会这样做是为了特意仿照 1969 年《维也纳公约》第二十五条的规定，以强调准则草案的出发点是第二十五条。但这以准则草案 2 的评注第(3)段所述的一般理解为前提，即 1969 年和 1986 年《维也纳公约》不一定反映出关于条约暂时适用的当代实践的所有方面。

(2) “条约或条约之一部分可……暂时适用”确认了条约或条约之一部分暂时适用的一般可能性。行文沿用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条第一款起首部分的措辞，“可”字则用来强调暂时适用的任择性。委员会还审议了如何在案文中以最佳方式表述可暂时适用条约的国家或国际组织的问题，以及为了这种暂时适用而需征得其同意的国家或国际组织，因此保留了更笼统的措辞。

(3) 第二十五条第一款(b)项提到“谈判国”或“谈判国和谈判组织”之间暂时适用条约的协议，准则草案 3 与之不同，没有提到哪些国家或国际组织可以暂时适用条约。在审议是否将一般规则的适用限于某些特定国家或国际组织，从而使当前行文与第二十五条相一致的过程中，委员会确认，在当代实践中，不是有关

条约谈判国或谈判组织的国家或国际组织也有可能暂时适用该条约。关于第二十五条第一款(b)项中的“谈判国”一词是否会妨碍非谈判国或非谈判国际组织缔结暂时适用协议的问题，并不能依据所研究的多边条约做出明确回答。⁶⁴³此外，根据与条约的关系来区分不同国家集团或国际组织的必要性，在双边条约背景下被认为不太合适，而双边条约占历史上暂时适用的条约的绝大多数。不过，通过对某些从未生效但终止日期被延长的某些商品协定的研究，发现了相关的实践。⁶⁴⁴在此种情况下，当各国延长只暂时适用的协定时，这种延长也被理解为适用于加入该商品协定的国家，从而表明认为这些国家也在暂时适用该协定。

(4) 对暂时适用整个条约及其“一部分”的区分源于第二十五条。委员会在条约法工作中特别设想了只暂时适用条约之一部分的可能性。在1966年条约法条款草案第22条草案第2款中，委员会确认，关于当时称为“暂时生效”的“同一规则”适用于“条约一部分”。⁶⁴⁵相应的评注解释说，“如今，同样常见的做法是仅使条约中的某一部分暂时生效，以满足当时情况的即时需要”。⁶⁴⁶委员会现在仍持这一观点。可以只暂时适用条约的一部分，还有助于克服可能不适用于暂时适用的某些类型的条款，如建立条约监督机制的执行条款所引起的问题。因此，条约一部分的暂时适用反映在整个准则草案使用的“条约或条约之一部分的暂时适用”一语中。⁶⁴⁷

⁶⁴³ 见 A/CN.4/707，第37段。

⁶⁴⁴ 例如见1994年《国际热带木材协定》(联合国，《条约汇编》，第1955卷，第33484号，第81页)，该协定根据第46条几次被延长，期间有一些国家(危地马拉、墨西哥、尼日利亚和波兰)加入。另见黑山在《保护人权与基本自由公约关于修改公约监察体系的第14号议定书》(同上，第2677卷，第2889号，第3页起，见第34页)方面的情况。黑山于2006年独立，因此不是谈判国，它继承了上述条约，可以根据《马德里协定》(《关于第14号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》)暂时适用某些规定。关于阿尔巴尼亚、比利时、爱沙尼亚、德国、列支敦士登、卢森堡、荷兰、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国所作的暂时适用声明，见同上，第30-37页。

⁶⁴⁵ 《1966年……年鉴》，第二卷，第38段。

⁶⁴⁶ 第22条草案的评注第(3)段，同上。

⁶⁴⁷ 关于在双边条约中暂时适用条约一部分的实践的例子，见《荷兰王国和摩纳哥公国关于在摩纳哥支付荷兰社会保险福利的协定》(同上，第2205卷，第39160号，第541页起，见第550页，第13条第2款)；关于明确排除暂时适用条约一部分的双边条约的例子，见《奥地利联邦政府和德意志联邦共和国政府关于警务和海关当局边境地区合作的协定》(同上，第2170卷，第38115号，第573页起，见第586页)和《德意志联邦共和国政府与克罗地亚共和国政府之间关于技术合作的协定》(同上，第2306卷，第41129号，第439页)。关于多边条约，可在以下文书中找到相关实践：《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》(同上，第2056卷，第35597号，第211页起，见第252页)；《集束弹药公约》(同上，第2688卷，第47713号，第39页起，见第112页)；《武器贸易条约》(A/CONF.217/2013/L.3，第23条)；以及《欧洲常规武装力量条约缔约国商定文件》(《国际法律资料》，第36卷，第866页，第六部分，第1段)。同样，《关于暂时适用经修订的查瓜拉马斯条约的议定书》(同上，第2259卷，第40269号，第440页)明确规定了《经修订的条约》的哪些条款不得暂时适用，而《跨太平洋经济战略伙伴关系协定》(同上，第2592卷，第46151号，第225页)是条约之一部分仅暂时适用于协定一个缔约方的例子。

(5) “在有关国家或国际组织之间生效前”基于第二十五条的起首部分。委员会考虑了“生效”的提法可能存在的歧义。虽然这一表述一方面可指条约本身生效，⁶⁴⁸但也有这样的例子：在条约本身生效后但尚未对一些国家或国际组织生效之前，这些国家和国际组织继续暂时适用条约，多边条约就属于这种情况。⁶⁴⁹因此，准则草案3中提及的“生效”应根据1969年和1986年《维也纳公约》关于同一主题的第二十四条加以理解。该条涉及条约本身生效和条约对每个有关国家或国际组织生效。

(6) “如条约本身如此规定，或以其他方式协议如此办理”反映了第二十五条第一款(a)和(b)项所确认的暂时适用的两个可能依据。根据有关条约的规定予以暂时适用，是完全可能的，⁶⁵⁰因此沿用了1969年和1986年《维也纳公约》中的措辞。

(7) 对于依据一项单独协定而暂时适用的另一情形，采用了经修改的、更加笼统的措辞。与1969年和1986年《维也纳公约》不同，没有具体提到某一特定国家集团或国际组织，确认当代实践包括只有一些谈判国或后来签署或加入条约的非谈判国协议暂时适用的情况。此外，准则草案还设想到这种可能性：与条约完全无关的第三国或国际组织在以其他方式与一个或多个谈判国或国际组织达成协议后暂时适用条约。这就是准则草案3采用比较中性的措辞和被动语态，只重述了基本规则的原因。

(8) 准则草案3应与准则草案4一并解读，准则草案4进一步阐述了以单独协定方式暂时适用的情况，从而扩大了“以其他方式”协议适用的含义。

准则4

协议形式

除条约规定的情况外，条约或条约之一部分的暂时适用可以下述形式协议：

⁶⁴⁸ 如《关于执行1982年12月10日联合国海洋法公约第十一部分的协定》(同上，第1836卷，第31364号，第3页)和《关于第14号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》。

⁶⁴⁹ 如《武器贸易条约》。

⁶⁵⁰ 双边领域的例子包括：《欧洲共同体和巴拉圭共和国关于航空服务某些方面的协定》(《欧洲联盟公报》L 122, 2007年5月11日)，第9条；《阿根廷共和国与苏里南共和国关于普通护照持有者豁免签证的协定》(联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第51407号)，第8条；《瑞士联邦与列支敦士登国关于环境税问题的条约》(同上，第2761卷，第48680号，第23页)，第5条；《西班牙王国与安道尔公国关于废物转移和管理的协定》(同上，[所在卷尚未出版]，第50313号)，第13条；《西班牙王国政府与斯洛伐克共和国政府关于合作打击有组织犯罪的协定》(同上，第2098卷，第36475号，第341页)，第14条第2款；以及《俄罗斯联邦与白俄罗斯共和国关于组建联盟的条约》(同上，第2120卷，第36926号，第595页)，第19条。多边领域的例子包括：《关于执行1982年12月10日联合国海洋法公约第十一部分的协定》，第7条；《关于萨瓦河盆地框架协定修正案的协定》和《关于萨瓦河盆地框架协定航行制度的议定书》(同上，第2367卷，第42662号，第697页)，第3条第5款；《俄罗斯联邦多边核环境方案框架协定》(同上，第2265卷，第40358号，第5页起，见第13-14页)，第18条第7款，及其《关于索赔、法律程序和赔偿的议定书》(同上，第35页)，第4条第8款；《葡萄牙语国家共同体规约》(同上，第2233卷，第39756号，第207页)，第21条；以及《设立支持非正规教育政策的“Karanta”基金会和在附件中列入基金会章程的协定》(同上，第2341卷，第41941页，第3页)，分别为第8和第49条。

(a) 一项单独的条约；或

(b) 任何其他办法或安排，包括国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议，或由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明。

评注

(1) 准则草案 4 涉及除条约本身规定的情况外，可暂时适用条约或条约一部分的其他协议形式。这项规定的结构采用了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条的顺序，首先设想了有关条约明确允许暂时适用的可能性，其次规定了当国家或国际组织“以其他方式”协议如此办理时(这通常发生在条约对暂时适用未予提及的情况下)，暂时适用的其他可能依据。

(2) 如前所述，准则草案 4 详细阐述了准则草案 3 中的“以其他方式协议如此办理”，即第二十五条第一款(b)中明确规定的內容。这一点从开头句“除条约规定的情况外”中可以看出，它直接参照了准则草案 3 中的“如条约本身如此规定”。这也是第二十五条中的措辞。(a)、(b)两项指出了约定暂时适用的其他两类方法。

(3) (a)项设想了通过单独的条约暂时适用的可能性，这种条约应与暂时适用的条约区分开来。⁶⁵¹

(4) (b)项确认了如下可能性：除单独的条约外，也可通过“其他办法或安排”约定暂时适用，这就扩大了就暂时适用达成协议的可能性的范围。委员会认为，额外提到这一点，是对暂时适用内在灵活性的确认。⁶⁵² 为提供进一步的指导，提到了这种“办法或安排”的两个例子，即以国际组织通过的或在政府间会议上

⁶⁵¹ 正在暂时适用的条约之外关于暂时适用的双边条约例子包括：《德国与荷兰之间关于储蓄收入征税的协定及其暂时适用》(同上，[所在卷尚未出版])，第 49430 号)和《荷兰王国与卡塔尔国之间关于航空服务的协定修正案》(同上，第 2265 卷，第 40360 号，第 507 页起，见第 511 页)。荷兰缔结了一些类似的条约。正在暂时适用的条约之外关于暂时适用的多边条约例子包括：《关于暂时适用建立加勒比共同体气候变化中心的协定的议定书》(同上，[所在卷尚未出版]，第 51181 号)、《关于暂时适用经修订的查瓜拉马斯条约的议定书》和《马德里协定》(《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》)。

⁶⁵² 在实践中，有些条约在联合国登记为暂时适用的条约，但并没有说明约定暂时适用所采用的其他办法或安排。以下是这些条约的例子：《荷兰王国与美利坚合众国之间关于美国人员在荷属加勒比地区地位的协定》(联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第 51578 号)；《拉脱维亚政府和阿塞拜疆共和国政府关于合作打击恐怖主义、非法贩运麻醉药品和精神药物及其前体以及有组织犯罪的协定》(同上，第 2461 卷，第 44230 号，第 205 页)；以及《联合国与哈萨克斯坦共和国政府关于建立联合国亚洲及太平洋经济社会委员会北亚和中亚次区域办事处的协定》(同上，第 2761 号，第 48688 号，第 339 页)。见 R. Lefeber, “The provisional application of treaties”, in *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, J. Klabbers and R. Lefeber, eds. (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), p. 81。

通过的决议，或由一国或一国际组织作出并被其他有关国家或国际组织所接受的声明的方式，商定暂时适用。⁶⁵³

(5) 虽然这种做法仍然十分特殊，⁶⁵⁴ 但委员会认为，在条约不予提及或未以其他方式约定的情况下，提到一国或一国际组织可以作出暂时适用条约或条约之一部分的声明，是不无助益的。但其他国家或有关国际组织必须明确接受这一声明，而不仅仅是不予反对。多数现有实践表现为以书面形式表示接受。本准则草案保留了一定程度的灵活性，允许其他方式的接受，条件是要有明确表示。委员会没有使用“单方面”一词，以免将关于条约暂时适用的规则与国家单方面行为的法律制度相混淆。

准则 5

暂时适用的开始

条约在有关国家或国际组织之间生效前，条约或条约之一部分的暂时适用按条约规定的或另经协议的日期、条件和程序开始。

⁶⁵³ 这些协议并不是作为条约缔约方的国际组织订立的协议，而是各国之间在该国际组织主持的会议上达成的协议。可以举出几个这样的例子。第一，《国际海事卫星组织公约》及其《业务协定》的修正案(联合国，《条约汇编》，第 1143 卷，第 17948 号，第 105 页)。见 D. Sagar, “Provisional application in an international organization”, *Journal of Space Law*, vol.27, No. 2 (1999), pp. 99-116. 第二，有一些国际组织主管机关在其章程并未明确赋予权力的情况下暂时适用修正案的先例，即万国邮政联盟大会、欧洲委员会部长委员会和国际电信联盟的做法。见 Sagar, “Provisional application in an international organization”, pp. 104-106. 第三，作为《联合国气候变化框架公约京都议定书》(联合国，《条约汇编》，第 2303 卷，第 30822 号，第 162 页)缔约方会议的《公约》缔约方会议 2012 年通过的修正案，在该修正案中，附件一缔约方在《京都议定书》之下的进一步承诺问题特设工作组在审议与《京都议定书》修正案生效有关的清洁发展机制运作方面可能出现的空白时，建议可暂时适用这些修正案。见“有关第一个承诺期与随后各承诺期之间可能出现空白的法律考虑”(FCCC/KP/AWG/2010/10)，第 18 段。第四，《世界旅游组织章程第 14 条修正案》(联合国，《条约汇编》，[所在卷尚未出版]，第 14403 号)。各国政府有机会通过集体决定使协定暂时生效的其他例子包括：(a)《国际橄榄油和食用橄榄协定》(同上，第 2684 卷，第 47662 号，第 63 页)；(b)《国际热带木材协定》；(c) 1993 年《国际可可协定》(同上，第 1766 卷，第 30692 号，第 3 页)；以及(d) 2010 年《国际可可协定》(同上，第 2871 卷，第 50115 号，第 3 页)。最后，两份学术资料称作暂时适用的案例提及全面禁止核试验条约组织筹备委员会的设立，该委员会是以签署国会议 1996 年 11 月 19 日通过一项决议(CTBT/MSS/RES/1)的形式设立的。尽管在促成《全面禁止核试验条约》的谈判中，暂时适用提议被驳回，尽管《全面禁止核试验条约》没有明确的暂时适用规定，尽管没有为此签署单独的条约，但这些学者认为，由于筹备委员会的决定意在于《全面禁止核试验条约》生效之前执行其核心条款，因此，签署国会议的决议可视为“以其他方式”约定或依据 1969 年《维也纳公约》第二十五条第一款(乙)项“暗示暂时适用”的证据。见 A. Michie, “The provisional application of arms control treaties”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol.10, (2005), pp. 347-377, at pp. 369-370. 另见 Y. Fukui, “CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited”, *Journal of Conflict and Security Law* (forthcoming) pp. 1-18, at pp. 13-15. 相反，在联合国裁军研究所主持下出版并包含筹备委员会执行秘书所作前言的另一资料来源则认为，《全面禁止核试验条约》目前并未在暂时适用。见 R. Johnson, *Unfinished Business: The Negotiation of the CTBT and the End of Nuclear Testing*, UNIDIR/2009/2 (2009), pp. 227-231.

⁶⁵⁴ 见特别报告员的第二次报告(A/CN.4/675)第 35(c)段和第 36-41 段、特别报告员的第三次报告(A/CN.4/687)第 5 段和第 120 段，其中涉及阿拉伯叙利亚共和国暂时适用《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》(《联合国条约汇编》，第 1974 卷，第 33757 号)的问题。另见《关于设立暂时适用方面统一专利法院的协议议定书》(www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf)。

评注

- (1) 准则草案 5 涉及暂时适用的开始。准则草案借鉴了 1969 年和 1986 年《维也纳公约》关于生效的第二十四条第一款。
- (2) “条约或条约之一部分”反映了本准则草案采用的提及整个条约或条约之一部分的暂时适用的做法。
- (3) “在有关缔约国或国际组织之间生效前”包含两个部分。“在……生效前”采用了准则草案 3 中的措辞，其中“生效”指条约在有关国家或国际组织之间的生效。如准则草案 3 的评注所述，这种考虑主要与多边条约的暂时适用有关。如准则草案 3 的评注所已经指出的，⁶⁵⁵ 委员会决定保留对“生效”的一般提法。
- (4) 第二个部分是对国家和国际组织的提及。这反映了准则草案 1 评注第(3)段提到的委员会的立场，即准则草案的范围应包括国家与国际组织之间的条约，或国际组织相互间的条约。笼统地提到在国家或国际组织“之间”生效，是为了涵盖各种可能的情形，例如条约已对其生效的某一国家或国际组织与条约尚未对其生效的另一国家或国际组织之间暂时适用的情况。
- (5) “按……日期、条件和程序开始”一语涉及暂时适用的开始。此案文基于 1969 年《维也纳公约》第六十八条，其中提及“发生效力”。这一短语确认，所指的是对选择暂时适用条约的国家或国际组织的法律效力。委员会决定不明确提及表示同意受条约约束的各种方式，以便使规定更为简洁。
- (6) “按条约规定的或另经协议的”一语表明，暂时适用条约或条约一部分的协定是基于暂时适用的条约中的规定、单独的条约——无论其具体名称如何——或约定暂时适用的其他办法或安排，并须遵守这些文书规定的条件和程序。

准则 6

暂时适用的法律效力

除条约另有规定或另经协议外，条约或条约之一部分的暂时适用产生的法律效力与该条约在有关国家或国际组织之间生效时相同。

评注

- (1) 准则草案 6 涉及暂时适用的法律效力。可以设想两种“法律效力”：一是暂时适用条约或条约一部分的协议的法律效力，二是被暂时适用的条约或条约之一部分的法律效力。在不排除暂时适用条约或条约之一部分的协议所具有的法律效力的情况下，准则草案 6 涉及被暂时适用的条约或条约之一部分的法律效力。有观点认为，准则草案 6 的措辞过于广泛，实际上应当指出，暂时适用条约或条约之一部分的协议产生适用该条约或其一部分的具有法律约束力的义务。
- (2) 准则草案指出，条约或条约之一部分的暂时适用产生如条约在有关缔约国或国际组织之间生效相同的法律效力。换言之，暂时适用的条约或条约之一部分被视为自暂时适用开始之时，对暂时适用的各方具有约束力。这种法律效力源于

⁶⁵⁵ 见准则草案 3 的评注第(5)段。

有关国家或国际组织暂时适用条约的协议，这种协议可采用准则草案 4 所述的形式。在该协议没有提及暂时适用的法律效力的情况下(这种情况很常见)，准则草案规定了与条约生效相同的法律效力。⁶⁵⁶

(3) 上述立场有一个限定语，即“除条约另有规定或另经协议外”，这表明基本规则受条约的约束，而条约可能会产生另一种法律效果。这种理解——即支持与条约生效具有相同法律效力的缺省规则(但各方可另行约定)——反映在现有国家实践中。⁶⁵⁷

(4) “条约或条约之一部分的暂时适用”仿照了准则草案 5 的措辞。“法律效力与该条约……生效时相同”是本条准则草案的核心内容，指条约将产生与它对有关国家或有关国际组织生效相同的效力。提到“在有关国家或国际组织之间”，是为了使本条准则草案与准则草案 5 相一致。“除条约另有规定或另经协议外”表明了一般规则所基于的条件，即条约没有另外规定。

(5) 然而，必须作出重要的区分。原则上，暂时适用并不是为了引起一国或一国际组织同意受条约或条约之一部分约束所产生的一系列权利和义务。条约的暂时适用与其生效有所不同，因为在 1969 年《维也纳公约》第五编第 3 节所规定的条约终止或停止施行的情况下，暂时适用不受同样的条约法规则约束。实际上，第二十五条第二款允许以非常灵活的方式终止条约或条约之一部分的暂时适用，而不影响违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务所引起的责任问题。

(6) 委员会审议了规定明确的保障措施，使条约的暂时适用不会导致修改条约内容的可能性。但委员们认为，准则草案 6 的行文在这一点上已足够全面，因为暂时适用仅限于产生与条约生效相同的效力。因此，本条准则草案暗含的一种理解是，暂时适用条约的行为不影响其他国家或国际组织的权利和义务。⁶⁵⁸此外，准则草案 6 不应被理解为限制国家或国际组织根据 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第四编修正或修改暂时适用的条约的自由。

准则 7

违约责任

根据适用的国际法规则，违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务引起国际责任。

评注

(1) 准则草案 7 涉及违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务所引起的责任问题。它反映了适用准则草案 6 的法律后果。如果暂时适用的条约或条约之一

⁶⁵⁶ 见 Mathy, “Article 25” (见上文脚注 634), p. 651。

⁶⁵⁷ 见《秘书处备忘录》(A/CN.4/707)中分析的条约，该备忘录分析了 400 多项双边条约和 40 项多边条约，同时认识到实际上暂时适用的双边和多边条约的数量高于联合国《条约汇编》中的条约数量；另见特别报告员提交的报告中的例子：A/CN.4/664、A/CN.4/675、A/CN.4/687 以及 A/CN.4/699 和 Add.1。后者有一个附件，其中载有欧洲联盟暂时适用与第三国协定的近期做法实例。

⁶⁵⁸ 但条约一个或多个缔约国后来的实践可为根据 1969 年《维也纳公约》第三十一或第三十二条解释条约提供一种方式。见《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第六章。

部分被视为具有法律约束力，则违反暂时适用的条约或条约之一部分产生的义务，必然构成引起国际责任的不法行为。委员会审议了是否有必要列入一项关于责任的规定。委员会认为，列入这条准则草案是必要的，因为它涉及暂时适用条约或条约之一部分的主要法律后果。由于 1969 年《维也纳公约》第七十三条指出其规定不妨碍国家所负国际责任引起的关于条约的任何问题，1986 年《维也纳公约》第七十四条也有类似的规定，因此普遍认为，如准则草案 2 所述，本准则草案的范围不限于两项《维也纳公约》的范围。

(3) 委员会决定保留条约之“一部分”的提法，以明确说明，当暂时适用条约的某一部分时，只有那部分才会如本条准则草案所设想的那样，在遭到违反时引起国际责任。

(4) 准则草案与 2001 年关于国家对国际不法行为的责任的条款⁶⁵⁹ 和 2011 年关于国际组织的责任的条款⁶⁶⁰ 相一致，因为它们反映了习惯国际法。因此，“产生的义务”和“引起”有意借鉴了这些条款草案。同样，“根据适用的国际法规则”除其他外，也意在提及这些条款草案。

准则 8

在通知无意成为缔约方时终止

除条约另有规定或另经协议外，暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织如果通知相互间也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织其无意成为条约缔约方，则暂时适用对该国或该国际组织终止。

评注

(1) 一国或一国际组织对条约或条约之一部分的暂时适用通常在以下两种情形下停止：一是当条约对有关国家或国际组织生效时，二是当暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织将其不欲成为缔约方的意图通知也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织时。

(2) 条约或条约之一部分的暂时适用可通过条约本身生效而终止，这点隐含在准则草案 5 中的“在条约生效前”这一表述中。⁶⁶¹ 根据准则草案 5，暂时适用条约或条约之一部分的国家或国际组织，其暂时适用持续到相对于暂时适用同一条

⁶⁵⁹ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段，随后被列为大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议的附件。

⁶⁶⁰ 《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87 段。

⁶⁶¹ 大多数双边条约载明，条约在“生效前”、“批准前”、“生效所需的正式要求得到满足前”、“完成内部程序和本公约生效前”、“政府……互相书面通知对方已遵守本国宪法所要求的程序前”、“本条第一款提及的所有程序完成前”或“生效前”将暂时适用(见 A/CN.4/707，第 90 段)。多边条约也是如此，如《马德里协定》(《关于第 14 号议定书生效前暂时适用其某些规定的协定》)(d)款规定，“一旦《公约》第 14 号议定书之二对有关缔约方生效，这样的[暂时适用]声明将失效。”

约或条约之一部分的其他国家或国际组织而言，条约对该国或该国际组织生效时为止。⁶⁶²

(3) 如果相对于暂时适用同一条约或条约之一部分的其他国家或国际组织而言，条约已对暂时适用同一条约或条约之一部分的国家或国际组织生效，则在一项条文中反映可能存在的所有法律安排，是不可行的。

(4) 因此，委员会决定将准则草案 8 的范围限于本条准则草案评注第(1)段述及的第二种情形，即国家或国际组织通知其无意成为条约缔约方时，从而也就更贴近 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第二十五条第二款的措辞。这项规定的通过不影响终止暂时适用的其他方法。⁶⁶³

(5) 准则草案 8 的措辞与 1969 年《维也纳公约》第二十五条相比，做了一些调整，将国际组织纳入了准则草案的范围。

(6) 1969 年和 1986 年《维也纳公约》只设想到“谈判”国和适用情况下的国际组织之间缔结的这种另外的协议，准则草案 8 则更笼统地提到“或另经协议”。这种表述仍然可以指谈判条约的国家或国际组织，但也可包括未参加条约谈判的国家和国际组织。鉴于缔结现代多边条约的复杂性，委员会不清楚当代实践是否继续支持这两项《维也纳公约》中范围较窄的措辞，一方面是是否参与谈判的所有国家或国际组织在暂时适用方面都应视为具有同等的法律地位，另一方面是由于认识到存在另一些国家集团或国际组织，终止暂时适用可能也要征得这些国家集团或国际组织的同意。⁶⁶⁴

(7) 委员会还关切确定应将一国或一国际组织终止暂时适用条约或条约之一部分的意图通知哪些国家或国际组织的问题。准则草案中的“通知相互间也正暂时适用条约或条约之一部分的其他国家或国际组织”对此予以了明确。⁶⁶⁵

⁶⁶² 例如见《德意志联邦共和国与斯洛维尼亚共和国政府关于将斯洛维尼亚石油和石油产品最低储备厅代存在德国的石油和石油产品计入该厅储备的协定》(联合国,《条约汇编》,第 2169 卷,第 38039 号,第 287 页起,见第 302 页);以及《构成西班牙政府和哥伦比亚政府签证免费协定的换文》(同上,第 2253 卷,第 20662 号,第 328 页起,见第 333-334 页)。

⁶⁶³ 例如见 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 29 条(同上,第 1946 卷,第 33356 号,第 3 页),其中规定了终止对国家继承涉及的领土生效的多边条约暂时适用的其他方式。

⁶⁶⁴ 这种做法与准则草案 3 就谈判国采取的做法相一致。见上文准则草案 3 的评注第(2)和(5)段。

⁶⁶⁵ 少数双边条约载有终止暂时适用的明确条款,有些还规定了终止的通知问题。其中一个例子为《美利坚合众国政府和马绍尔群岛共和国政府之间关于合作制止大规模毁灭性武器、其运载系统和相关材料通过海运扩散的协定》(同上,[所在卷尚未出版],第 51490 号,第 14 页),第 17 条。其他例子包括:《德意志联邦共和国和荷兰王国之间关于德意志联邦共和国在荷兰领土上空执行空中交通管制以及关于下莱茵机场民用业务对荷兰王国领土的影响的条约》(联合国,《条约汇编》,第 2389 卷,第 43165 号,第 117 页起,见第 173 页);《西班牙和国际油污赔偿基金之间的协定》(同上,第 2161 卷,第 37756 号,第 45 页起,见第 50 页);以及《西班牙王国与盟国欧洲最高总部所代表的北大西洋公约组织之间关于在西班牙境内设立和运作国际军事总部所适用的特别条件的协定》(同上,第 2156 卷,第 37662 号,第 139 页起,见第 155 页)。关于多边条约的终止,《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定》(同上,第 2167 卷,第 37924 号,第 3 页起,见第 126 页)包含一个允许以通知方式终止的条款(第 41 条),该条体现了 1969 年《维也纳公约》第二十五条第二款的措辞。此外,商品协定方面的实践表明,可约定通过撤出协定的方式终止暂时适用,《国际橄榄油和食用橄榄协定》就是如此。

(8) 委员会决定不列入单方面终止暂时适用的保障措施，例如比照适用 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第五十六条第二款所述的规则，该条款规定了在条约未载有关于终止、解除或退出的规定的情况下，解除或退出条约的通知期限。委员会没有这样做，是因为对第二十五条所固有的灵活性感到关切，此外还因为这方面的实践不足。

准则 9

各国国内法或国际组织规则与暂时适用条约的遵守

1. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国家不得援引其国内法规定作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。
2. 同意暂时适用条约或条约之一部分的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行此种暂时适用所产生的义务的理由。

评注

(1) 准则草案 9 涉及遵守暂时适用的条约及其与各国国内法和国际组织规则的关系。具体而言，它涉及援引各国国内法或者国际组织援引其组织规则作为不履行暂时适用一项条约或条约之一部分所产生义务的理由。第一段涉及适用于各国的规则，第二段涉及适用于国际组织的规则。

(2) 这项规定十分贴近 1969 年⁶⁶⁶ 和 1986 年⁶⁶⁷ 《维也纳公约》第 27 条的措辞，因此应与这些条款的内容和其他适用的国际法规则一并考虑。

(3) 暂时适用一项条约或条约之一部分时须遵守国际法。与第 27 条中的一般规则一样，⁶⁶⁸ 准则草案 9 指出，一个国家或国际组织对一项条约的暂时适用一般不能取决于其国内法或内部规则，或以之为条件。无论一国国内法的规定或一国际组织内部规则如何，都不得作为不履行暂时适用一项条约或条约之一部分所产生的义务的理由。同样，也不得援引这种国内法或内部规则来逃避违反这种义务可能产生的责任。⁶⁶⁹ 不过，如准则草案 11 所述，有关国家和国际组织可作为其暂时适用协议的一部分，同意源自该国国内法或该组织内部规则的限制。

⁶⁶⁶ 1969 年《维也纳公约》第二十七条规定如下：

国内法与条约之遵守

一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。此项规则不妨碍第四十六条。

⁶⁶⁷ 1986 年《维也纳公约》第 27 条规定如下：

国家的国内法、国际组织的规则和条约的遵守

1. 为一条约当事方的国家不得援引其国内法的规定作为不履行条约的理由。
2. 为一条约当事方的国际组织不得援引该组织的规则作为不履行条约的理由。
3. 以上两款所载规则不妨碍第 46 条。

⁶⁶⁸ 见 A. Schaus, “1969 Vienna Convention. Article 27: internal law and observance of treaties”, in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 688-701, at p. 689.

⁶⁶⁹ 见第 7 条，“条约的强制性：国际法高于国内法之原则”，载于特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士的第四次报告中（《1959 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/120 号文件，第 43 页）。

(4) 诚然，每个国家或国际组织可按照其国内法或内部规则决定，是否同意暂时适用一项条约或条约之一部分，⁶⁷⁰ 而一旦一项条约或条约之一部分暂时适用，不能以与一国的国内法或一国际组织的规则不一致来作为未能暂时适用这一条约或该条约之一部分的理由。因此，援引这些内部规定以试图为未能暂时适用一项条约或条约之一部分提供理由，不符合国际法。

(5) 以基于一国的国内法或一国际组织的规则之理由而未能遵守从暂时适用一项条约或条约之一部分所产生的义务，将产生该国或该国际组织的国际责任。⁶⁷¹ 任何其他观点将违背关于国家责任的法律，根据该法，由国际法负责将一国或一国际组织的行为定性为国际不法行为，这种定性不受国内法将其定性为合法之影响。⁶⁷²

(6) 准则草案中提到的“各国国内法或国际组织规则”指的是此种性质的任何条款，而不仅仅是专门涉及暂时适用条约问题的国内法或规则。

(7) 准则草案两段中的“此种暂时适用所产生的义务”一语足以涵盖这一义务从条约本身产生，或从暂时适用该条约或条约之一部分的单独协定产生的情况。这符合准则草案 6，该准则草案指出，暂时适用一项条约或条约之一部分产生与条约在有关国家和国际组织之间生效相同的法律效力。

准则 10

各国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定或国际组织关于同意暂时适用条约的权限的规则

1. 一国不得以其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反该国国内法关于同意条约暂时适用的权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。
2. 一国际组织不得以其同意暂时适用条约或条约之一部分的表示违反该组织关于同意条约暂时适用的权限的规则为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。

评注

(1) 准则草案 10 涉及各国国内法关于同意暂时适用条约的权限的规定或国际组织关于同意暂时适用条约的权限的规则的影响。第一段涉及各国的国内法，第二段涉及国际组织的规则。

⁶⁷⁰ 见 A.Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012), p. 64.

⁶⁷¹ 见 D. Mathy, “1969 Vienna Convention. Article 25: provisional application”, in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, O. Corten and P. Klein, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 639-654, at p. 646.

⁶⁷² 见 2001 年关于国家对国际不法行为的责任条款草案第 3 条(《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 段，随后附于 2001 年 12 月 12 日大会第 56/83 号决议)；2011 年关于国际组织责任的条款草案第 5 条草案(《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87 段，随后附于 2011 年 12 月 9 日大会第 66/100 号决议)。

(2) 准则草案 10 十分贴近 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第四十六条的措辞。具体而言，准则草案第一段沿用了 1969 年《维也纳公约》第四十六条第一款；⁶⁷³ 第二段沿用了 1986 年《维也纳公约》第四十六条第二款。⁶⁷⁴ 因此，该准则草案应与这些条款和其他适用的国际法规则一并考虑。

(3) 准则草案 10 规定，任何声称同意暂时适用是无效的主张必须基于明显违反该国或该组织关于同意这种暂时适用的权限的国内法或规则，此外，必须涉及一项具有根本重要性的规则。

(4) 此种违反情事如对按照国家或视情况按照国际组织的通常惯例善意地对待此事的任何国家或任何国际组织客观明显时，即为“明显”。⁶⁷⁵

准则 11

关于在源自各国国内法或国际组织规则的限制下暂时适用的协议

本准则草案不影响一国或一国际组织有权在条约中或以其他方式同意在源自该国国内法或该组织规则的限制下暂时适用条约或条约之一部分。

评注

(1) 准则草案 11 涉及在同意暂时适用一项条约或条约的一部分时可能源自各国国内法律和各国国际组织内部规则的限制。它承认这类限制可能存在，因此，它承认，各国和国际组织有权同意在遵守源自国内法或组织规则的限制的情况下暂时适用，并在同意暂时适用一项条约或条约之一部分时反映出这些限制。

(2) 尽管暂时适用一项条约或条约之一部分可能受到限制，例如获得议会同意，但本条准则草案承认一国或一国际组织有这种灵活性：即在同意暂时适用一项条约或条约之一部分时，可确保此种同意与源自其内部规定中的限制相符合。例如，本条准则草案规定了以下可能性：条约可明确提及国家的国内法或国际组

⁶⁷³ 1969 年《维也纳公约》第四十六条规定如下：

国内法关于缔约权限之规定

- 一. 一国不得以其同意受条约拘束的表示违反该国国内法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。
- 二. 违反情事倘由对此事依通常惯例并秉善意处理之任何国家客观视之为显然可见者，即系显明违反。

⁶⁷⁴ 1986 年《维也纳公约》第 46 条规定如下：

一国国内法关于缔约权限的规定和一国际组织关于缔约权限的规则

1. 一国不得以其同意受条约拘束的表示违反该国国内法关于缔约权限的规定为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的国内法规则时不在此限。
2. 一国际组织不得以其同意受条约拘束的表示违反该组织关于缔约权限的规则为理由而主张其同意无效，但违反情事明显且涉及其具有根本重要性的规则时不在此限。
3. 违反情事如在此事情上按照各国和在适当情况下按照各国际组织的通常惯例诚意地行事的任何国家或任何国际组织客观明显时，即为明显。

⁶⁷⁵ 根据 1969 年《维也纳公约》第四十六条第二款和 1986 年《维也纳公约》第 46 条第 3 款。

织的规则，或甚至使此种暂行适用以不违反国家国内法或国际组织的规则为条件。⁶⁷⁶

(3) 本条准则草案标题中的“协议”一词反映了暂时适用条约以相互同意为基础。

(4) 本条准则草案不应被解释为它意味着需要有一项关于从有关国家的国内法或国际组织的规则中产生的限制的适用性的单独协议。任何此种从国内法产生的限制的存在，只要在条约本身、单独的条约或在关于暂时适用一项条约或条约之一部分的其他任何形式协议中足够明显即可。

(5) 本条准则草案不应被解释为鼓励在暂时适用协议中列入源自该国国内法或该组织内部规则的限制。

⁶⁷⁶ 例见，《能源宪章条约》第 45 条(联合国，《条约汇编》，第 2080 卷，第 36116 号，第 95 页)。另见欧洲自由贸易联盟(欧贸联)国家与其他许多国家(即阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、加拿大、智利、埃及、格鲁吉亚、黎巴嫩、墨西哥、黑山、秘鲁、菲律宾、大韩民国、塞尔维亚、新加坡、前南斯拉夫的马其顿共和国、突尼斯和中美洲国家、海湾合作委员会成员国和南部非洲关税同盟国家)之间自由贸易协定的一些例子，这些协定在这方面使用了不同的用语，例如：“如果其宪法规定允许”、“如果其各自的法律要求允许”或“如果其国内要求允许”(http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements)。例如，欧贸联国家与南部非洲关税同盟国家之间的自由贸易协定第 43 条第 2 款规定如下：

第 43 条(生效)

[……]

2. 如果其宪法规定允许，任何欧洲自由贸易联盟国家或南部非洲关税同盟国家均可暂时适用本协定。应根据本款暂时适用本协定事宜通知保存人。

[……]

第六章 保护大气层

A. 导言

57. 委员会第六十五届会议(2013年)决定根据一项谅解将“保护大气层”专题列入工作方案,并任命村濑信也先生为特别报告员。⁶⁷⁷

58. 委员会第六十六届会议(2014年)收到并审议了特别报告员提交的第一次报告,第六十七届会议(2015年)和第六十八届会议(2016年)分别收到并审议了第二次报告和第三次报告。⁶⁷⁸委员会在特别报告员第二和第三次报告提出的指南草案基础上,暂时通过了八条指南草案和五个序言段以及评注。⁶⁷⁹

B. 本届会议审议此专题的情况

59. 委员会本届会议收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/705和Corr.1)。特别报告员分析了他认为与此专题有关的几个关键问题,特别是关于保护大气层的国际法与国际贸易和投资法、海洋法及国际人权法等国际法其他领域之间的相互关系。特别报告员认为,与保护大气层有关的法律确实存在,并通过与国际法其他相关领域,尤其是国际贸易和投资法、海洋法和人权法的相互关系发挥作用。国际法的这些领域与关于保护大气层的法律有着内在的联系,因此,需要在本专题的范畴内以综合的方式予以对待。鉴于这一分析,特别报告员又提出了四项指南草案,分别涉及:相互关系的指导原则(指南草案9);关于保护大气层的法律与国际贸易和投资法之间的相互关系(指南草案10);关于保护大气层的法律与海洋法之间的相互关系(指南草案11);以及关于保护大气层的法律与人权法之间的相互关系(指南草案12)。

60. 特别报告员指出,他预计将在2018年处理以下问题:(a)执行(在国内法层面);(b)合规(在国际法层面);(c)与保护大气层法有关的争端解决的具体特点。他还希望完成指南草案的一读。

⁶⁷⁷ 在2013年8月9日举行的第3197次会议上(《大会正式记录,第六十八届会议,补编第10号》(A/68/10)),第168段。委员会将此专题列入工作方案时有以下谅解:“(a)此专题工作的进行方式不会影响有关的政治谈判,包括就气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染进行的政治谈判。此专题不会处理,但也不妨碍诸如下述问题:国家及其国民的赔偿责任、污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、向发展中国家转让资金和技术,包括知识产权;(b)这一专题也不会处理具体物质,例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。这一专题不会试图“弥补”条约制度存在的缺陷;(c)与外层空间有关的问题,包括外层空间的划界问题,不在此专题的范围之内;(d)此专题的工作结果将是指南草案,但这种指南草案不会试图给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规则或法律原则。特别报告员的报告将以上述谅解为基础。”大会2013年12月16日第68/112号决议第6段注意到委员会决定将此专题列入工作方案。委员会第六十三届会议(2011年)按照委员会报告附件B所载建议(《大会正式记录,第六十六届会议,补编第10号》(A/66/10),第365段),将此专题列入长期工作方案。

⁶⁷⁸ 分别为A/CN.4/667、A/CN.4/681和Corr.1(仅有中文)以及A/CN.4/692。

⁶⁷⁹ 《大会正式记录,第七十届会议,补编第10号》(A/70/10),第53-54段;以及同上,《第七十一届会议,补编第10号》(A/71/10),第95-96段。

61. 委员会在分别于 2017 年 5 月 10 日、11 日、12 日、16 日和 17 日举行的第 3355 至第 3359 次会议上审议了特别报告员的第四次报告。

62. 在全体会议进行辩论之前，特别报告员于 2017 年 5 月 4 日组织了与科学家的对话。⁶⁸⁰ 委员会委员认为对话和发言十分有益。

63. 对该报告进行辩论后，委员会在 2017 年 5 月 17 日举行的第 3359 次会议上，决定根据委员会的辩论情况，将特别报告员第四次报告所载的指南草案 9 至 11 交给起草委员会。

64. 在 2017 年 6 月 2 日举行的第 3367 次会议上，委员会审议了起草委员会的报告，并暂时通过了三个序言段和指南草案 9(见下文 C.1 节)。

65. 在 2017 年 8 月 2 日和 3 日举行的第 3386 次和第 3387 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的序言段落草案和指南草案 9 的评注(见下文 C.2 节)。

C. 委员会迄今为止暂时通过的关于保护大气层的指南草案案文及序言段落

1. 指南草案案文及序言段落

66. 委员会迄今为止暂时通过的关于保护大气层的指南草案案文及序言段落载录如下。

序言

.....

承认大气层是维持地球上的生命、人类健康和福祉以及水生和陆地生态系统所不可缺少的，

铭记大气层中存在污染物质和降解物质的输送和扩散，

注意到大气层与海洋的密切相互作用，

因此认识到保护大气层免遭大气污染和大气层退化是整个国际社会面临的紧迫关切问题，

认识到发展中国家的特殊情况和需要，

又尤其意识到低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境，

指出应充分考虑到人类子孙后代在长期保护大气层质量方面的利益，

忆及本指南草案不会影响有关的政治谈判，包括关于气候变化、臭氧层消耗、远距离跨界空气污染的政治谈判，也不会试图“弥补”条约制度中

⁶⁸⁰ 与大气层保护方面科学家的对话由特别报告员村濑信也先生主持。对话包括以下发言：“概述：海洋与大气层”，世界气象组织大气层科学委员会主席 Øystein Hov 先生；“跨界空气污染，联合国欧洲经济委员会”，欧洲经济委员会《远距离跨界空气污染公约》影响问题工作组前任主席 Peringe Grennfelt 先生；“海洋与大气层之间的联系”，世界气象组织海洋环境保护的科学方面联合专家组第 38 工作组的联合主席 Tim Jickells 先生；以及“将科学与保护大气层的法律联系起来”，联合国环境规划署环境法和公约司环境保护法股股长 Arnold Kreilhuber 先生。对话之后是问答环节。此次非正式对话的概要见委员会网站。

存在的缺陷，或是给现行条约制度强加条约制度尚不具有的法律规则或法律原则，

[之后可增加其他段落或调整段落顺序。]

.....

指南 1

用语

为了本指南草案的目的，

(a) “大气层”指环绕地球的气体圈层；

(b) “大气污染”指人类直接或间接向大气层引入或释放某些物质，产生的有害影响超出来源国，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象；

(c) “大气层退化”指人类直接或间接改变大气状况，产生重大有害影响，危及人类生命和健康以及地球自然环境的现象。

指南 2⁶⁸¹

指南的范围

1. 本指南草案[所载指导原则涉及][涉及]保护大气层免遭大气污染和大气层退化。
2. 本指南草案不处理、但也不妨碍以下问题：污染者付费原则、谨慎原则、共同但有区别的责任、国家及其国民的赔偿责任，以及向发展中国家转让资金，包括知识产权。
3. 本指南草案不涉及具体物质，例如国家之间正在谈判的黑碳、对流层臭氧以及其他双重影响物质。
4. 本指南草案中的任何内容都不影响国际法规定的空气空间的地位，也不影响与外层空间，包括外层空间划界有关的问题。

指南 3

保护大气层的义务

各国有义务保护大气层，履行应尽义务，按照适用的国际法规则采取适当措施，防止、减少或控制大气污染和大气层退化。

指南 4

环境影响评估

对于在本国管辖或控制下拟议开展的活动，凡可能对大气层造成大气污染或大气层退化等重大不利影响的，各国有义务确保进行环境影响评估。

⁶⁸¹ 方括号内的备选案文有待进一步审议。

指南 5**可持续利用大气层**

1. 考虑到大气层是一种吸收能力有限的自然资源，应以可持续的方式加以利用。
2. 可持续利用大气层包括需要兼顾经济发展和大气层保护。

指南 6**公平合理利用大气层**

应考虑到今世后代的利益，以公平合理的方式利用大气层。

指南 7**有意大规模改变大气层**

应遵守任何适用的国际法规则，审慎和谨慎地开展旨在有意大规模改变大气层的活动。

指南 8[5]⁶⁸²**国际合作**

1. 各国有义务就保护大气层免遭大气污染和大气层退化，酌情与其他国家或有关国际组织合作。
2. 各国应就进一步增进关于大气污染和大气层退化的原因与影响的科学知识开展合作。合作可包括信息交流和联合监测。

指南 9**相关规则之间的相互关系**

1. 在确定、解释及适用关于保护大气层的国际法规则和其他相关的国际法规则，尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则时，应当依照协调原则和体系整合原则及为了避免冲突，尽可能产生唯一一套相互兼容的义务。在这样做时应当遵守载于 1969 年《维也纳条约法公约》的相关规则，包括其第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则。
2. 各国在制定关于保护大气层的国际法新规则和其他相关的国际法规则时，应当尽可能采用协调的方式。
3. 在适用第 1 和第 2 款时，应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体。这些群体除其他人外，可能包括土著人民、最不发达国家的人民和受海平面上升影响的低地沿海地区和小岛屿发展中国家的人民。

⁶⁸² 本届会议对这条指南草案重新编号。方括号内显示原编号。

2. 委员会第六十九届会议暂时通过的指南草案案文与序言段落以及评注

67. 委员会第六十九届会议暂时通过的指南草案案文与序言段落以及评注载录如下。

序言

.....

注意到大气层与海洋的密切相互作用，

.....

评注

(1) 本序言段承认大气层与海洋的“密切相互作用”，这一作用事实上产生于二者之间的物理关系。大部分来自或通过大气层的海洋环境污染源于陆地，包括陆地上人类活动。⁶⁸³ 人类活动还应为全球变暖负责，全球变暖造成海洋水温上升，而海洋水温上升又进而导致洪水和干旱等极端大气状况。⁶⁸⁴ 大会 2016 年 12 月 23 日第 71/257 号决议确认了气候变化对海洋的影响，并强调必须增进对海洋大气界面的科学了解。⁶⁸⁵

(2) 2015 年完成了第一次全球海洋综合评估(第一次世界海洋评估)，这是对海洋环境状况进行的一项全面深入研究，其中有一章部分述及来自陆地并经由大气层而污染海洋的物质。⁶⁸⁶ 大会第七十届会议核准了该报告的摘要。⁶⁸⁷

⁶⁸³ R.A. Duce and others, “The atmospheric input of trace species to the world ocean”, *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5, No. 3 (1991), pp. 193-259; T. Jickells and C.M. Moore, “The importance of atmospheric deposition for ocean productivity”, *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), pp. 481-501.

⁶⁸⁴ 根据政府间气候变化专门委员会，“2014 年气候变化综合报告：为决策者编写的摘要”，第 4 页：“气候系统中储存能量的增加主要表现为海洋水温升高，占 1971 年至 2010 年累积能量的 90% 以上(高度可信)，其中只有约 1% 存储在大气层中。在全球范围内，海洋表层温度升幅最大。1971 年至 2010 年期间，在海洋上层 75 米以上深度的海水温度升幅为每十年 0.11 [0.09 至 0.13] °C。几乎可以肯定，上层海洋(0-700 米)从 1971 年至 2010 年出现了升温，并可能在 1870 年代至 1971 年出现了升温。”

许多科学分析指出，由于海洋温度升高，21 世纪很多陆地地区将有出现严重和广泛干旱的风险。见 S.K. Min and others, “Human contribution to more-intense precipitation extremes”, *Nature*, vol. 470 (2011), pp. 378-381; A. Dai, “Increasing drought under global warming in observations and models”, *Nature Climate Change*, vol. 3, No. 1 (2013), pp. 52-58; and J. Sheffield, E.F. Wood, and M.L. Roderick, “Little change in global drought over the past 60 years”, *Nature*, vol. 491 (2012), pp. 435-438)。另见 Ø. Hov, “Overview: oceans and the atmosphere” and T. Jickells, “Linkages between the oceans and the atmosphere”, in “Summary of the informal meeting of the International Law Commission: dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017”, paras. 4-12 and 21-30, respectively。可查阅 http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E。

⁶⁸⁵ 大会 2016 年 12 月 23 日关于海洋和海洋法的第 71/257 号决议，第 185-196 段和第 279 段。

⁶⁸⁶ 联合国海洋事务和海洋法司，“第一次全球海洋综合评估(第一次世界海洋评估)”，可查阅：www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (2017 年 7 月 7 日查询)(特别见第 20 章，“来自陆地的沿海、沿江和大气层输入物”)。

⁶⁸⁷ 大会 2015 年 12 月 23 日第 70/235 号决议。

(3) 在对海洋有影响的各种人类活动中，船只产生的温室气体排放加剧了全球变暖和气候变化。国际海事组织(海事组织)2009 年关于温室气体的研究报告将船只产生的温室气体排放分为四大类，即废气排放、货物排放、制冷剂排放和其他排放。⁶⁸⁸ 研究表明，船只的温室气体过度排放改变了大气成分和气候，对海洋环境和人类健康造成不利影响。⁶⁸⁹

(4) 大会继续强调亟需解决大气层退化的影响，例如全球温度上升、海平面上升、海洋酸化和其他气候变化产生的影响，这些影响正在严重波及沿海地区和低地沿海国家，包括许多最不发达国家和小岛屿发展中国家，并危及许多社会的生存。⁶⁹⁰

(5) 本序言段与指南草案 9 第 1 款存在联系，因为大气与海洋之间存在的物理联系构成了保护大气层的规则与海洋法规则之间的相互关系的物理基础。⁶⁹¹

序言

.....

又尤其意识到低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境，

.....

评注

(1) 本序言段阐述大气层退化最深刻的影响之一，即全球变暖造成的海平面上升。它特别提请注意低地沿海地区和小岛屿发展中国家因海平面上升而面临的特别处境。政府间气候变化专门委员会第五次评估报告估计，到 2100 年，全球平

⁶⁸⁸ Ø. Buhaug and others, *Second IMO GHG Study 2009* (London, IMO, 2009), p. 23. 另见 T.W.P. Smith and others, *Third IMO GHG Study* (London, IMO, 2014), executive summary, table 1. M. Righi, J. Hendricks and R. Sausen, “The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), pp. 633-651.

⁶⁸⁹ 船舶排放的温室气体的大多数被排放在或被传送到海洋边界层，影响大气构成。例如见 V. Eyering and others, “Transport impacts on atmosphere and climate: shipping”, *Atmospheric Environment*, vol. 44, No. 37 (2010), pp. 4735, 4744-4745 and 4752-4753. 政府间气候变化专门委员会第五次评估报告指出，温室气体排放已导致全球海洋变暖、海洋温度上升和海洋酸化。(政府间气候变化专门委员会，“2014 年气候变化综合报告”，可查阅 www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_wcover.pdf (2017 年 7 月 7 日查询)，第 40 页；D.E.J. Currie and K. Wowk, “Climate change and CO₂ in the oceans and global oceans governance”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, No. 4 (2009), pp. 387 and 389; C. Schofield, “Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims” *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, No. 4 (2009), p. 12; and S.R. Cooley and J.T. Mathis, “Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development”, *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), pp. 29-47.

⁶⁹⁰ 大会 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议，变革我们的世界：2030 年可持续发展议程，第 14 段，(“气候变化是当今时代的最大挑战之一，它产生的不利影响削弱了各国实现可持续发展的能力。全球升温、海平面上升、海洋酸化和其他气候变化产生的影响，严重影响到沿岸地区和低洼沿岸国家，包括许多最不发达国家和小岛屿发展中国家。许多社会和各种维系地球的生物系统的生存受到威胁。”)。另见《海洋和海洋法：秘书长的报告》(A/71/74/Add.1)，第八章(“海洋与气候变化和海洋酸化”)，第 115-122 段。

⁶⁹¹ 见下文指南草案 9 的评注第(6)段。

均海平面上升可能达到 26 厘米至 98 厘米之间。⁶⁹² 虽然还没有确切的数字和变化速度，该报告指出，即使温室气体浓度稳定下来，“几乎可以肯定”的是，海平面将在 21 世纪和今后几个世纪内继续上升。此外，海平面上升可能展现“一个显著的区域模式，相对于全球平均变化，一些地方将出现差异巨大的地方和区域海平面变化”。⁶⁹³ 这种程度的海平面变化可能会给许多沿海地区带来潜在的严重甚至是灾难性威胁，特别是那些拥有大面积、人口稠密的低地沿海地区的国家，以及小岛屿发展中国家。⁶⁹⁴

(2) 本序言段与指南草案 9 第 1 款所述的关于保护大气层的国际法规则与海洋法规则之间的相互关系有关。⁶⁹⁵ 本序言段还与指南草案 9 第 3 款所述的特别考虑到容易受到影响的个人和群体有关。⁶⁹⁶ “尤其”一词旨在确认一些特定地区，同时又不限定潜在受影响地区的清单。

序言

.....

指出应充分考虑到人类子孙后代在长期保护大气层质量方面的利益，

.....

评注

(1) 本序言段强调子孙后代的利益，包括促进人权保护。其目标是确保我们的星球一直适合子孙后代居住。2015 年《巴黎协定》在序言中承认气候变化是人类共同关心的问题，之后规定缔约方在采取行动应对气候变化时，应当尊重、促进和考虑，除其他外，它们各自对人权和代际公平的义务。⁶⁹⁷ “代际”考虑的重要性在 1972 年《联合国人类环境宣言》（《斯德哥尔摩宣言》）的原则 1 中已有表述。⁶⁹⁸ 这种考虑还是 1987 年《布伦特报告：我们共同的未来》⁶⁹⁹ 所提出的可

⁶⁹² 政府间气候变化专门委员会，《2013 年气候变化：物理科学基础。第一工作组给（政府间气候变化专门委员会（气专委）第五次评估报告）的贡献》（联合国剑桥，剑桥大学出版社，2013 年），第 1180 页。

⁶⁹³ 同上，第 1140 页。

⁶⁹⁴ 见 A.H.A. Soons, “The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries”, *Netherlands International Law Review*, vol. 37 No. 2 (1990), pp. 207-232; M. Hayashi, “Sea-level rise and the law of the sea: future options”, in *The World Ocean in Globalisation: Challenges and Responses* (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), pp. 188 *et seq.* 另见国际法协会，2012 年 8 月在索非亚举行的第七十五届会议报告（伦敦，2012 年），第 385-428 页；国际法协会，约翰内斯堡会议报告（2016 年）：国际法与海平面上升（中期报告），第 13-18 页。

⁶⁹⁵ 见下文指南草案 9 的评注第(6)段。

⁶⁹⁶ 见下文指南草案 9 的评注第(16)段。

⁶⁹⁷ 《联合国气候变化框架公约》下之《巴黎协定》（2015 年 12 月 12 日，巴黎），FCCC/CP/2015/10/Add.1 号文件附件。

⁶⁹⁸ 见《联合国人类环境会议的报告，1972 年 6 月 5 日至 16 日，斯德哥尔摩》（联合国出版物，出售品编号：C.73.II.A.14），第一章。大会 1972 年 12 月 15 日第 2994(XXVII)号决议核准了《宣言》。《宣言》的原则 1 提及“保护和改善这一代和将来的世世代代的环境的庄严责任”。

⁶⁹⁹ 世界环境与发展委员会的报告，《我们共同的未来》（牛津，牛津大学出版社，1987）。报告强调了“满足当代需求而又不危及后代能力的发展”的重要性（第 43 页）。

持续发展概念的基础，并为《2030 年可持续发展议程》⁷⁰⁰ 提供了参考。它在 1992 年《生物多样性公约》的序言⁷⁰¹ 和其他条约⁷⁰² 中也有所体现。1992 年《联合国气候变化框架公约》第三条第 1 款规定：“各缔约方应当为人类当代和后代的利益保护气候系统”。⁷⁰³ 国际法院 1996 年关于核武器问题的咨询意见指出，对于这类武器，必须考虑到“特别是其……对后代造成伤害的能力”。⁷⁰⁴

(2) 在本序言段中，委员会选择使用“利益”一词，而不是“福利”。委员会第六十八届会议暂时通过的指南草案 6 也使用了类似表述，在“公平合理利用大气层”方面提及后代的利益。⁷⁰⁵

⁷⁰⁰ 大会 2015 年 9 月 25 日第 70/1 号决议强调必须阻止地球的退化，使地球能够“满足今世后代的需求”。

⁷⁰¹ 《生物多样性公约》(联合国，《条约汇编》，第 1760 卷，第 30619 号，第 79 页)。《公约》序言规定，为“今世后代的利益”，保护和持久使用生物多样性。

⁷⁰² 《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》(联合国，《条约汇编》，第 2153 卷，第 37605 号，第 303 页)第 4 条第(vi)款规定，缔约方应“努力避免那些对后代产生的能合理预计到的影响大于对当代人允许的影响的行动”。

⁷⁰³ 联合国，《条约汇编》，第 1771 卷，第 30822 号，第 107 页起，见第 169 页。

⁷⁰⁴ 使用或威胁使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页起，见第 244 页，第 36 段。

⁷⁰⁵ 尽管国际法庭尚未作出过关于习惯代际权利的裁决，但许多国内法院的裁决可能会构成习惯国际法的实践，这些裁决承认代际公平，见 C. Redgwell, “Intra- and inter-generational equity”, in *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C.P. Carlarne, K.R. Gray and R.G. Tarasofsky, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 185-201, at p. 198. 另见澳大利亚：Gray 诉规划大臣，[2006] NSWLEC 720；印度：韦洛尔公民福利论坛和泰米尔纳德邦(联合)诉印度联邦等，最初的公共利益上诉状，1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996)；肯尼亚：Waweru、Mwangi (参加诉讼)及其他人(参加诉讼)诉肯尼亚，杂项民事诉讼，2004 年第 118 号案件，申诉号：118/04, ILDC 880 (KE 2006)；南非：南非燃料零售商协会诉姆普马兰加省农业、养护和环境部环境管理总干事等人，[2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059；巴基斯坦：Rabab Ali 诉巴基斯坦联邦，2016 年 4 月 6 日提出的申诉(摘要见 www.ourchildrenstrust.org/pakistan)。有关评论，见 E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokyo, United Nations University Press, 1989), p. 96；M. Bruce, “Institutional aspects of a charter of the rights of future generations”, in *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttill and others, eds. (Vareta, UNESCO and Foundation for International Studies, University of Malta, 1990), pp. 127-131；T. Allen, “The Philippine children’s case: recognizing legal standing for future generations”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), pp. 713-741 (提到菲律宾最高法院在 *Minors Oposa* 等人诉 *Factoran* 案中作出的判决(1993 年 7 月 30 日), ILM, vol. 33 (1994), p. 168)。有些诉讼根据“公共信托论”给予起诉资格，这种理论要求政府作为受托人负责管理共同的环境资源。见 M.C. Wood and C.W. Woodward IV, “Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last”, *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), pp. 634-684；C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999)；K. Coghill, C. Sampford and T. Smith, eds., *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (London, Routledge, 2012)；M.C. Blumm and M.C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2nd ed. (Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2015)；and K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015)。印度最高法院在 1996 年 12 月 13 日的一项判决中，宣布公共信托论为“本国的法律”；M.C. Mehta 诉 *Kamal Nath* 等案，(1997)1 最高法院第 388 号案件，重新刊登于 C.O. Okidi 编辑的《环境相关问题的司法判决简编：国家判决》，第一卷(内罗毕，联合国环境规划署/联合国开发计划署，1998 年)，第 259 页。见 J. Razzaque, “Application of public trust doctrine in Indian environmental cases”, *Journal of Environmental Law*, vol. 13, No. 2 (2001), pp. 221-234。

指南 9 相关规则之间的相互关系

1. 在确定、解释及适用关于保护大气层的国际法规则和其他相关的国际法规则，尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则时，应当依照协调原则和体系整合原则及为了避免冲突，尽可能产生唯一一套相互兼容的义务。在这样做时应当遵守载于 1969 年《维也纳条约法公约》的相关规则，包括其第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则。
2. 各国在制定关于保护大气层的国际法新规则和其他相关的国际法规则时，应当尽可能采用协调的方式。
3. 在适用第 1 和第 2 款时，应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体。这些群体除其他人外，可能包括土著人民、最不发达国家的人民和受海平面上升影响的低地沿海地区和小岛屿发展中国家的人民。

评注

(1) 指南草案 9 涉及“相关规则之间的相互关系”，⁷⁰⁶ 试图反映关于保护大气层的国际法规则与其他相关的国际法规则之间的相互关系。第 1 和第 2 款具有一般性，而第 3 款强调保护特别易受大气污染和大气层退化影响的群体。关于用语的指南草案 1 对大气污染和大气层退化作了界定。这两个术语侧重“人类”造成的污染和退化。这必然意味着其他法律领域管辖的人类活动与大气层及其保护有关。因此，必须尽可能避免关于保护大气层的规则与关于其他领域的国际法规则之间的冲突和紧张关系。因此，指南草案 9 着重指出了国际法中处理法律规则和原则间的紧张关系，包括与解释问题和冲突问题相关的紧张关系的各种技巧。指南草案 9 的表述参考了委员会关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的研究小组得出的结论。⁷⁰⁷

(2) 第 1 款涉及三种法律进程，即相关规则的确定、解释及适用。本款第 1 句中的“及为了避免冲突”短语表示，“避免冲突”是本款的主要目的之一。然而，这并不是本条指南草案的唯一目的。本款以被动式表述，并承认了一个事实，即确定、解释及适用进程不仅涉及各国，还酌情涉及国际组织。

(3) “在确定、解释及适用……时，应当……尽可能产生唯一一套相互兼容的义务”这一表述参考了委员会研究组关于不成体系问题的结论。“确定”一词对条约义务和国际法其他渊源所产生的规则而言特别相关。在协调各种规范时，需要采取与确定有关的某些初步步骤，例如，确定两项规范是否涉及“同一事项”，确定哪一规范应被视为一般法或特别法、前法或后法，以及对第三者的约定规则是否适用等。此外，当为解释目的采用习惯国际法规则时，确定习惯国际法本身被认为是一项前提条件。

⁷⁰⁶ 见国际法协会关于气候变化相关法律原则声明的第 2/2014 号决议的第 10 条草案(关于相互关系)，2014 年 8 月在华盛顿特区举行的第七十六届会议的报告(2014 年，伦敦)，第 26 页。

⁷⁰⁷ 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251 段。见关于“解释的关系”和“冲突的关系”的结论(2)。关于分析研究，见马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组报告“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”(A/CN.4/L.682 及 Corr.1 和 Add.1)。

(4) 第1句还具体提及“协调”原则和“体系整合”原则，工作组工作的结论中对这些原则给予了特别关注。正如关于协调的结论(4)指出的那样，当若干规范同时涉及一项问题时，应该尽可能作出能够产生“唯一一套相互兼容的义务”的解释。此外，根据结论(17)，体系整合意味着“无论事项为何，条约是国际法律制度的产物”。因此，应当以其他国际规则和原则为背景对条约进行解释。

(5) 第1款第2句试图将该款置于1969年《维也纳条约法公约》⁷⁰⁸所载的相关规则范围内，包括第三十条和第三十一条第三款(丙)项以及习惯国际法的原则和规则。第三十一条第三款(丙)项意在保证“系统解释”，要求将“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”纳入考虑。⁷⁰⁹换言之，1969年《维也纳公约》第三十一条第三款(丙)项既强调了“国际法的统一”，又强调了“不应抛开一般国际法来考虑规则”。⁷¹⁰1969年《维也纳公约》第三十条规定了上述体系整合原则在特定情况下无法有效发挥作用时的冲突解决规则。第三十条规定了关于特别法(第二款)、后法(第三款)和对第三者的约定(第四款)的冲突规则。⁷¹¹第1款第2句中的“习惯国际法原则和规则”一语涵盖与确定、解释及适用相关规则有关的习惯国际法原则和规则。⁷¹²

(6) 提及“尤其是国际贸易和投资法规则、海洋法规则以及国际人权法规则”着重指出了与保护大气层有关的这三个领域的重要性。具体指出的这些领域在条约惯例、判例和理论方面与关于保护大气层的国际法规则有着密切联系。⁷¹³其他可能同样相关的法律领域并没有被忽视，相关法律领域的清单并不是要做到详尽无遗。此外，指南草案9的任何内容都不应被解释为将所列领域国际法规则的地位排在与保护大气层有关的规则之后，或者相反。

(7) 关于国际贸易法，“相辅相成”概念的出现是为了帮助协调该法与国际环境法，而国际环境法在一定程度上与保护大气层有关。1994年《马拉喀什建立世界贸易组织(世贸组织)协定》⁷¹⁴序言规定，其目的是“依照可持续发展的目标”，使贸易和发展目标与环境需求相调和。⁷¹⁵世贸组织贸易和环境委员会开

⁷⁰⁸ 联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，第331页。

⁷⁰⁹ 例如见世贸组织上诉机构的报告，美国—禁止进口特定虾类和虾类制品案，WT/DS58/AB/R，1998年11月6日，第158段。另见Al-Adsani诉联合王国案，第35763/97号申诉，ECHR 2001-XI，第55段。

⁷¹⁰ P. Sands, “Treaty, custom and the cross-fertilization of international law”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), p. 95, para. 25; C. McLachlan, “The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), p. 279; O. Corten and P. Klein, eds., *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), pp. 828-829.

⁷¹¹ 同上，pp. 791-798。

⁷¹² 可以指出，《世贸组织关于争端解决规则与程序的谅解》(《马拉喀什建立世界贸易组织协定》，联合国，《条约汇编》，第1869卷，第31874号，第3页，附件2，第401页)第3条第2款规定，“WTO争端解决体制……适于……依照解释国际公法的习惯规则澄清这些[适用]协定的现有规定”(强调是后加的)。

⁷¹³ 见国际法协会，在华盛顿特区举行的第七十六届会议的报告……(见上文脚注706)；A. Boyle, “Relationship between international environmental law and other branches of international law”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Bruné and E. Hey, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2007), pp. 125-146。

⁷¹⁴ 联合国，《条约汇编》，第1867-1869卷，第31874号。

⁷¹⁵ 同上，第1867卷，第31874号，第154页。

始开展各项活动，“旨在使国际贸易和环境政策相辅相成”，⁷¹⁶委员会在1996年提交新加坡部长级会议的报告中重申了自己的立场，即世贸组织系统和保护环境是“都重要的两个决策领域……应相互支持，以促进可持续发展”。⁷¹⁷随着“相辅相成”概念逐渐被视为“世贸组织内部的法律标准”，⁷¹⁸2001年《多哈部长宣言》表示，各国相信，“为保护环境和促进可持续发展而采取的行动是能够而且必须是相互支持的”。⁷¹⁹在国际贸易法中，相辅相成被视为协调原则的一部分，用于解释不同条约相互冲突的规则。在一系列相关的世贸组织争端解决案件中，1996年美国—新配方汽油和常规汽油标准案最引人注目，因为上诉机构拒绝将《关税及贸易总协定》(1994年《关贸总协定》)规则与国际公法的其他解释规则区分开，指出“不能机械地抛开国际公法来解读《总协定》”(强调是后加的)，⁷²⁰从而大力支持解释的协调原则和体系整合原则。

(8) 国际投资法中也存在类似趋势和方法。《北美自由贸易协定》⁷²¹和许多双边投资条约⁷²²也包含与环境有关的标准，这些标准得到了相关争端解决机构判例的确认。一些投资问题法庭强调，投资条约“不能脱离国际公法解读和解释”。⁷²³

⁷¹⁶ 贸易谈判委员会，1994年4月14日决定，MTN.TNC/45(MIN)，附件二，第17页。

⁷¹⁷ 世贸组织贸易和环境委员会报告(1996年)，WT/CTE/1(1996年11月12日)，第167段。

⁷¹⁸ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2003); R. Pavoni, “Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the ‘WTO-and-competing regimes’ debate?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 3 (2010), pp. 651-652. 另见 S. Murase, “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), pp. 283-431, reproduced in S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo, Sophia University Press, 2011), pp. 1-127; and S. Murase, “Conflict of international regimes: trade and the environment”, *ibid.*, pp. 130-166.

⁷¹⁹ 2001年11月14日在多哈举行的世贸组织部长级会议第四届会议上通过，WT/MIN(01)/DEC/1，第6段。2005年《香港部长级宣言》重申了“《多哈部长宣言》第31段所载的指令，其目的是要加强贸易与环境之间的相互支持……”(2005年12月18日在中国香港举行的部长级会议第六届会议上通过，WT/MIN(05)/DEC，第31段)。

⁷²⁰ 世贸组织上诉机构的报告，美国—新配方汽油和常规汽油标准案，WT/DS2/AB/R，1996年4月29日通过，第17页。另见 S. Murase, “Unilateral measures and the WTO dispute settlement” (discussing the *Gasoline* case), in *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S.C. Tay and D.C. Esty, eds. (Singapore, Times Academic Press, 1996), pp. 137-144.

⁷²¹ 《加拿大政府、美利坚合众国政府和墨西哥合众国北美自由贸易协定》(华盛顿特区，美国政府印刷局，1993年)。请特别注意第104条第1款和第1114条。

⁷²² 有各种双边投资示范条约，如2004年《加拿大双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf；2007年《哥伦比亚双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf；2012年《美国双边投资示范条约》，可查阅 www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf；国际可持续发展研究所2005年《可持续发展国际投资示范协定》，载于 H. Mann 等人著，《国际可持续发展研究所可持续发展国际投资示范协定》，第2版(温尼伯，2005年)，第34条。可查阅 www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf。另见联合国贸易和发展会议，《可持续发展投资政策框架》(2015年)，第91-121页，可查阅 http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf；P. Muchlinski, “Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives”, in *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang and M. Krajewski, eds., (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp. 41-64.

⁷²³ 菲尼克斯行动有限公司诉捷克共和国案，ICSID第ARB/06/5号案，2009年4月15日的判决，第78段。

(9) 海洋法也是同样的情况。由于大气层与海洋间存在密切的物理相互作用，保护大气层与海洋和海洋法有着内在的联系。《巴黎协定》的序言部分指出，“必须确保包括海洋在内的所有生态系统的完整性”。这种联系也得到了 1982 年《联合国海洋法公约》的支持，⁷²⁴ 该公约第一条第 1 款第(4)项对“海洋环境污染”的界定包括海洋污染的所有空中来源，包括来自陆地来源和船只的大气污染。⁷²⁵ 该公约在第十二部分第一九二、第一九四、第二〇七、第二一一和第二一二条中作出了关于海洋环境的保护和保全的详细规定。存在一些管理来自陆地来源的海洋污染的区域公约。⁷²⁶ 海事组织一直致力于管理来自船只的污染，以努力补充《公约》规定⁷²⁷ 并应对气候变化。⁷²⁸ 有效执行适用的海洋法规则可帮助保护大气层。同样，有效执行关于保护大气层的规则也可保护海洋。

(10) 国际人权法指出，环境退化，包括空气污染，气候变化和臭氧层消耗，“有可能影响实现人权”。⁷²⁹ 人权与包括大气层在内的环境间的联系在实践中得到承认。《斯德哥尔摩宣言》原则 1 承认人人“拥有在有尊严和福祉的生活环境中享有自由、平等和适当生活条件的基本权利”。⁷³⁰ 1992 年《关于环境与发

⁷²⁴ 联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。在该公约之前，具有重要意义的唯一国际文书是《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》(同上，第 480 卷，第 43 页)。

⁷²⁵ M.H. Nordquist and others, eds., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), pp. 41-42.

⁷²⁶ 例如，《保护东北大西洋海洋环境公约》(联合国，《条约汇编》，第 42279 号)，第 67 页起，见第 71 页，第 1(e)条；《保护波罗的海地区海洋环境公约》(同上，第 1507 卷，第 25986 号，第 166 页起，见第 169 页，第 2 条第 2 款)、《保护地中海免遭陆源污染议定书》(同上，第 1328 卷，第 22281 号，第 105 页起，见第 121 页，第 4 条第 1(b)款)、《保护东南太平洋免遭陆源污染议定书》(同上，第 1648 卷，第 28327 号，第 73 页起，见第 90 页，第二条第(c)款)、《〈关于合作保护海洋环境免受污染的科威特区域公约〉保护海洋环境免受陆源污染议定书》(同上，第 2399 卷，第 17898 号，第 3 页起，见第 40 页，第三条)。

⁷²⁷ 例如，2008 年海洋环境保护委员会第五十八次会议上，海事组织通过了《国际防止船舶造成污染公约》经修正的附件六(同上，第 1340 卷，第 22484 号，第 61 页)，附件六管理除其他外，氧化硫和氧化氮的排放。迄今为止，《公约》已有六项附件，即关于管理预防石油污染的附件一(1983 年 10 月 2 日生效)；关于管理预防控制批量运输的有害液体物质污染的附件二(1987 年 4 月 6 日生效)；关于管理预防包装形式的有害物质污染的附件三(1992 年 7 月 1 日生效)；关于管理预防船只污水污染的附件四(2003 年 9 月 27 日生效)；关于管理预防船只垃圾污染的附件五(1988 年 12 月 31 日生效)；关于管理预防船只造成空气污染的附件六(2005 年 5 月 19 日生效)。

⁷²⁸ S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), pp. 107-126; S. Karim and S. Alam, “Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal”, *Asian Journal of International Law*, vol. 1, No. 1 (2011), pp. 131-148; Y. Shi, “Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?” *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113, Nos. 1-2 (2016), pp. 187-192; J. Harrison, “Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping” (2012), Edinburgh School of Law Research Paper No. 2012/12, p. 20. 可查阅 <https://ssrn.com/abstract=2037038> (2017 年 7 月 7 日查询)。

⁷²⁹ 关于人权与环境之间关系的分析研究：联合国人权事务高级专员的报告(A/HRC/19/34)，第 15 段。另见人权理事会 2012 年 4 月 19 日关于人权与环境问题的第 19/10 号决议(A/HRC/RES/19/10)。

⁷³⁰ 见《联合国人类环境会议的报告，1972 年 6 月 5 日至 16 日，斯德哥尔摩》(联合国出版物，出售品编号：E.73.II.A.14)，第一章；L.B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), pp. 423-515, at pp. 451-455.

展的里约宣言》原则 1 指出，“人类处于可持续发展问题的中心”，“有权享有与自然和谐共处的健康和富有成效的生活”。⁷³¹ 关于大气污染，《远距离跨界空气污染公约》承认空气污染产生“有害影响，足以危害人类健康”，并规定，各方决心“保护人类与人类环境不受”一定规模的“空气污染”。⁷³² 同样对于大气层退化问题，《保护臭氧层维也纳公约》载有一项条款，其中规定缔约国必须根据该公约和加入的议定书采取适当措施，“保护人类健康”。⁷³³ 同样，《联合国气候变化框架公约》述及气候变化的不利影响，包括“对人类的健康和福利”的重大有害影响。⁷³⁴

(11) 这方面的有关人权为“生命权”、⁷³⁵“私人生活和家庭生活权”⁷³⁶及“财产权”。⁷³⁷ 如果人权公约中存在某项具体的环境权，包括健康权，有关法院和条约机构即适用这些公约。然而，若要使国际人权法促进保护大气层，还必须满足某些核心要求。⁷³⁸ 首先，因为国际人权法仍然是“一个基于个人伤害的法律制度”，⁷³⁹ 所以必须证明减损受保护权利的大气层污染或退化与一项受保护权利的被减损之间存在直接联系。其次，大气污染或退化的不利影响必须达到某个界限，才能纳入国际人权法的范畴。对这种最低标准的评估是相对的，取决于所援引权利的内容和案件的所有相关情况，例如损害的强度和持续时间及其对身体和精神的影响。第三，也是最重要的一点，必须证明某国的作为或不作为与大气污染或退化之间存在因果联系。

(12) 关于大气层的国际法规则与人权法之间相互关系中的一个难点在于两者在适用上的“脱节”。尽管关于大气层的国际法规则不仅适用于受害者所属国，也

⁷³¹ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》，第一卷，《环发会议通过的决议》(联合国出版物，出售品编号：E.93.I.8 和更正)，决议 1，附件一，原则 1；F. Francioni, “Principle 1: human beings and the environment”, in *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J.E. Viñuales, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), pp. 93-106, at pp. 97-98.

⁷³² 联合国，《条约汇编》，第 1302 卷，第 21623 号，第 217 页起，见第 219 页，第 1 和第 2 条。

⁷³³ 同上，第 1513 卷，第 26164 号，第 293 页起，见第 326 页，第 2 条。

⁷³⁴ 第一条。

⁷³⁵ 1966 年《公民及政治权利国际公约》(联合国《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页)，第六条；1989 年《儿童权利公约》第 6 条(同上，第 1577 卷，第 27531 号，第 3 页)；2006 年《残疾人权利公约》第十条(同上，第 2515 卷，第 44910 号，第 3 页)；1950 年《保护人权与基本自由公约》第 2 条(同上，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页，下称“《欧洲人权公约》”)；1969 年《美洲人权公约》第 4 条(同上，第 1144 卷，第 14668 号，第 171 页)；1981 年《非洲人权和人民权利宪章》第 4 条(同上，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页)。

⁷³⁶ 《公民及政治权利国际公约》第十七条；《欧洲人权公约》第 8 条；《美洲人权公约》第 11 条第 2 款。

⁷³⁷ 《〈欧洲人权公约〉第一议定书》第 1 条(同上，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页)；《美洲人权公约》第 21 条；1981 年《非洲人权和人民权利宪章》第 14 条。见 D. Shelton, “Human rights and the environment: substantive rights” in *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D.M. Ong and P. Merkouris, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), pp. 267-283, at pp. 267, 269-278.

⁷³⁸ P.-M. Dupuy and J.E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015), pp. 320-329.

⁷³⁹ 同上，pp. 308-309。

适用于伤害的源头国，但人权条约的适用范围仅限于受一国管辖的个人。⁷⁴⁰ 因此，当一国境内的有害环境活动影响到另一国民众的权利，就产生了结合人权义务解释“管辖权”的问题，在解释和适用这一概念时，可能需要考虑人权条约的目标和宗旨。国际法院在关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见中声明：在处理域外管辖权问题时，“尽管各国管辖权主要是在境内，但有时也可在国家领土之外行使。考虑到《公民权利和政治权利国际公约》的目的和宗旨，即使是在这种情况下，《公约》缔约国也应有义务遵守其规定，这似乎是顺理成章的”。⁷⁴¹

(13) 一个可能的考虑因素是不歧视原则的相关性。一些作者认为，断定国际人权法不适用于大气污染和全球退化，并且法律只能向边界内污染的受害者提供保护，这是不合理的。他们认为，不歧视原则要求责任国如同处理国内污染一样处理跨界大气污染或全球大气退化。⁷⁴² 此外，如果并且只要许多人权准则今天得到承认，成为公认的或正在形成的习惯国际法规则，⁷⁴³ 它们即可被视为与保护大气层的环境准则相互重叠，例如尽责(指南草案 3)、环境影响评估(指南草案 4)、可持续利用(指南草案 5)、公平合理利用(指南草案 6)和国际合作(指南草案 8)等，因此将能够以协调一致的方式予以解释和适用。

(14) 第 1 款涉及的是确定、解释和适用，相比之下，第 2 款涉及各国制定新规则的情况。该款规定“各国在制定关于保护大气层的国际法新规则和其他相关的国际法规则时，应当尽可能采用协调的方式”。这一条款表示了一种一般性意愿，鼓励各国在进行涉及建立新规则的谈判时，考虑到关于大气层的国际法规则与其他法律领域的规则之间的体系关系。

(15) 第 3 款着重说明特别易受影响群体因大气污染和大气层退化而面临的困境。其表述直接提及大气污染和大气层退化。其中提到第 1 款和第 2 款，一方面体现了“确定、解释及适用”，另一方面体现了“制定”。“应当特别考虑到特别易受大气污染和大气层退化影响的个人和群体”一语强调了对易受影响群体给予考虑的广泛范围，涵盖本专题的两个方面，即“大气污染”和“大气层退化”。在案文中提及“人权”，甚至“权利”或“受法律保护的利益”被认为没有帮助。

⁷⁴⁰ 《公民权利和政治权利国际公约》第二条；《欧洲人权公约》第 1 条；《美洲人权公约》第 1 条。见 A. Boyle, “Human rights and the environment: where next?”, *European Journal of International Law*, vol. 23 No. 3 (2012), pp. 613-642, at pp. 633-641.

⁷⁴¹ 在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，《2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页起，见第 179 页，第 109 段。

⁷⁴² Boyle, “Human rights and the environment ...” (见上文脚注 740), pp. 639-640.

⁷⁴³ B. Simma and P. Alston, “Sources of human rights law: custom, *jus cogens* and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), pp. 82-108; V. Dimitrijevic, “Customary law as an instrument for the protection of human rights”, Working Paper, No. 7 (Milan, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), pp. 3-30; B. Simma, “Human rights in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change?”, in *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland and others, eds. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), pp. 711-737; and H. Thirlway, “International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), pp. 495-506.

(16) 第 3 款第 2 句列举了在大气污染和大气层退化背景下可能易受影响的群体。世卫组织指出：“所有人口将受到气候变化的影响，但初步的健康风险大不相同，取决于人口居住的地点和生活方式。生活在小岛屿发展中国家和其他沿海地区、特大城市、山区和极地地区的人们，都以不同的方式变得尤其脆弱”。⁷⁴⁴ 在大会通过的《2030 年可持续发展议程》的可持续发展目标中，目标 3.9 和目标 11.6 涉及大气污染问题，尤其呼吁大幅度减少空气污染导致的死亡和患病人数，并呼吁特别关注城市的环境空气质量。⁷⁴⁵

(17) 第 2 句的“除其他人外，可能包括”一语表示列举并非详尽无遗。正如《土著人民全球气候变化问题首脑会议报告》中宣布的那样，“由于土著人民生活在受气候变化影响最严重的地区，在社会经济意义上通常处于最弱势地位，他们最容易受到气候变化的影响”。⁷⁴⁶ 最不发达国家人民也被认为特别易受影响，因为他们常常生活在极端贫困中，得不到基本的基础设施服务以及适当的医疗和社会保护。⁷⁴⁷ 受海平面上升影响的低地地区和小岛屿发展中国家的人民有可能会丧失土地，这会导致流离失所，在某些情况下会导致强迫移民。受《巴黎协定》序言的启发，除了指南草案 9 第 3 款具体列出的群体，其他可能特别弱势的群体包括当地社区、移徙者、妇女、儿童、残疾人和老年人，他们往往受到大气污染和大气层退化的严重影响。⁷⁴⁸

⁷⁴⁴ 世界卫生组织，《保护健康不受气候变化的影响：连接科学、政策和人民》(2009 年，日内瓦)，第 2 页。

⁷⁴⁵ 关于“变革我们的世界：2030 年可持续发展议程”的 2015 年 9 月 25 日大会第 70/1 号决议；见 B. Lode, P. Schönberger and P. Toussaint, “Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25, No. 1 (2016), pp. 27-38. 另见 2016 年规定的这些具体目标的指标(3.9.1: 家庭和环境空气污染导致的死亡率；11.6.2: 城市细颗粒物年度均值)。

⁷⁴⁶ “Report of the Indigenous Peoples’ Global Summit on Climate Change, 20-24 April 2009, Anchorage, Alaska”, p. 12, 可查阅 www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdf #search=%27 (2017 年 7 月 7 日查询)。见 R.L. Barsh, “Indigenous peoples”, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky and others, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2007), pp. 829-852; B. Kingsbury, “Indigenous peoples”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, pp. 116-133; and H.A. Strydom, “Environment and indigenous peoples”, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, pp. 455-461。

⁷⁴⁷ 世界银行集团，《气候变化行动计划》，2016 年 4 月 7 日，第 104 段，可查阅：<http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf> (2017 年 7 月 7 日查询)。

⁷⁴⁸ 消除对妇女歧视委员会有一项题为“减少灾害风险和气候变化与性别有关的层面”的议程；见 www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (2017 年 7 月 7 日查询)；同妇女和儿童一样，老年人和残疾人通常被称为易受影响群体。见世界卫生组织《保护健康不受气候变化……》(见上文脚注 744)和世界银行集团《行动计划》(上一脚注)。2015 年《美洲保护老年人人权公约》(美洲国家组织大会，第四十五届常会，议事录，第 1(OEA/Ser.P/XLV-O.2)卷，第 11-38 页)第 25 条(健康环境权)规定：“老年人有权生活在健康的环境中，享有基本公共服务。为此，缔约国应采取适当措施，维护和促进这项权利的行使，特别是：a. 以与自然和谐的方式促进老年人充分发挥最大潜力；b. 确保老年人在与他人平等的基础上获得公共饮水和卫生服务等”。

第七章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

68. 委员会在第五十九届会议(2007年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案,并任命罗曼·科洛德金先生为特别报告员。⁷⁴⁹同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于此专题的背景研究报告,该研究报告提交给了委员会第六十届会议(2008年)。⁷⁵⁰

69. 特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008年)收到并审议了初步报告,第六十三届会议(2011年)收到并审议了第二次和第三次报告。⁷⁵¹委员会第六十一届会议(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议本专题。⁷⁵²

70. 委员会第六十四届会议(2012年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替不再是委员会委员的科洛德金先生担任特别报告员。⁷⁵³委员会同届会议(2012年)收到并审议了特别报告员提交的初步报告,第六十五届会议(2013年)收到并审议了她的第二次报告,第六十六届会议(2014年)收到并审议了她的第三次报告,第六十七届会议(2015年)收到并审议了她的第四次报告,第六十八届会议(2016年)收到并在部分辩论中审议了她的第五次报告。⁷⁵⁴委员会在特别报告员第二、第三和第四次报告提出的条款草案基础上,迄今为止暂时通过了六条条文案及其评注。关于术语的使用的第2条草案案文仍在拟订中。⁷⁵⁵

⁷⁴⁹ 2007年7月20日第2940次会议(《大会正式记录,第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第376段)。大会2007年12月6日第62/66号决议第7段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议上(2006年),委员会已根据其报告附件A中所载建议(《大会正式记录,第六十一届会议,补编第10号》(A/61/10),第257段)将本专题列入其长期工作方案。

⁷⁵⁰ 《大会正式记录,第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第386段。秘书处编写的备忘录见A/CN.4/596和Corr.1号文件。

⁷⁵¹ 分别为A/CN.4/601、A/CN.4/631和A/CN.4/646。

⁷⁵² 见《大会正式记录,第六十四届会议,补编第10号》(A/64/10),第207段;和同上,《第六十五届会议,补编第10号》(A/65/10),第343段。

⁷⁵³ 同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第266段。

⁷⁵⁴ 分别为A/CN.4/654、A/CN.4/661、A/CN.4/673和Corr.1、A/CN.4/687和A/CN.4/701。

⁷⁵⁵ 见《大会正式记录,第六十八届会议,补编第10号》(A/68/10),第48和第49段。在2013年6月7日第3174次会议上,委员会收到起草委员会的报告并暂时通过了第1、第3和第4这三条草案,在2013年8月6日和7日第3193至第3196次会议上通过了这三条的评注(同上,《第六十九届会议,补编第10号》(A/69/10),第48和第49段)。委员会在2014年7月25日第3231次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第2条草案(e)项和第5条草案,又在2014年8月6日和7日的第3240至第3242次会议上通过了其评注。在2016年7月27日第3329次会议上,委员会暂时通过了起草委员会暂时通过并经国际法委员会第六十七届会议注意到的第2条草案(f)项和第6条草案。在2016年8月11日第3345次和第3346次会议上,委员会通过了其评注(同上,《第七十一届会议,补编第10号》(A/71/10),第194至第195段和第250段,以及同上,《第七十届会议,补编第10号》(A/70/10),第176段)。

B. 本届会议审议此专题的情况

71. 委员会收到了特别报告员的第五次报告，其中分析了国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题(A/CN.4/701)，委员会第六十八届会议已开始对此进行辩论。报告特别论述了委员会此前对国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题的审议情况，分析了相关实践，讨论了有关限制和例外的一些方法和概念问题，并考虑了不适用国家官员的外国刑事管辖豁免的实例。特别报告员得出结论：无法在实践的基础上认定存在一条习惯法规则，允许对属人豁免适用限制和例外；也无法找到支持这种规则的趋势。另一方面，她还得出结论：在属事豁免方面，国家官员的确适用外国刑事管辖豁免的限制和例外。作为分析结果，报告载有关于不适用豁免的罪行的第7条草案的拟议案文。⁷⁵⁶

72. 在第六十八届会议上，鉴于报告未以所有语文提供，委员会强调将继续对该报告进行辩论，以便在本届会议完成辩论。因此，委员会在分别于2017年5月18日、19日、23日、24日、26日和30日举行的第3360次至第3365次会议上，继续对第五次报告进行了辩论。

73. 在对报告进行辩论之后，委员会在2017年5月30日第3365次会议上决定，考虑到委员会的辩论情况，将特别报告员第五次报告中所载的第7条草案转交起草委员会。

74. 国际法委员会在2017年7月20日第3378次会议上审议了起草委员会的报告，并暂时通过了第7条草案(见下文C.1节)。经记录表决，该条草案以21票赞成，8票反对，1票弃权暂时通过。参加表决的委员如下：

卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生	赞成
雅库巴·西塞先生	赞成
康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士	赞成
帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士	赞成
胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生	赞成
侯赛因·哈苏纳先生	赞成

⁷⁵⁶ 特别报告员第五次报告建议的第7条草案案文如下：

第7条草案 不适用豁免的罪行

1. 豁免不应适用于下列罪行：

- (一) 灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑和强迫失踪；
- (二) 腐败罪行；

(三) 造成人身伤害(包括死亡和重伤)或财产损失的罪行，前提是这种罪行发生在法院地国的领土上，而且犯下该罪行时国家官员在该国领土上。

2. 第1款不应适用于在任期内享有属人豁免的人员。

3. 第1款和第2款不妨碍：

- (一) 对法院地国和官员所属国都有约束力的条约中任何规定不适用豁免的条款；
- (二) 与要求法院地国履行义务的国际法庭开展合作的义务。

马哈茂德·哈穆德先生	赞成
黄惠康先生	反对
查尔斯·切尔诺·贾洛先生	赞成
罗曼·科洛德金先生	反对
艾哈迈德·拉腊巴先生	反对
玛丽亚·莱赫托女士	赞成
村濑信也先生	赞成
肖恩·墨菲先生	反对
阮洪滔先生	赞成
格奥尔格·诺尔特先生	反对
尼吕费尔·奥拉尔女士	赞成
哈桑·瓦扎尼·恰迪先生	赞成
朴基甲先生	赞成
克里斯·马伊纳·彼得先生	赞成
埃内斯特·彼得里奇先生	反对
阿尼鲁达·拉吉普特先生	反对
奥古斯特·赖尼希先生	赞成
胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生	赞成
吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生	赞成
帕维尔·斯图尔马先生	弃权
迪雷·特拉迪先生	赞成
爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生	赞成
马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生	赞成
迈克尔·伍德爵士	反对

75. 罗曼·科洛德金先生、肖恩·墨菲先生、迈克尔·伍德爵士、黄惠康先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生和格奥尔格·诺尔特先生在投票前做了投票说明。迪雷·特拉迪先生、帕维尔·什图马尔先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、村濑信也先生、雅库巴·西塞先生、侯赛因·哈苏纳先生、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士和阮洪滔先生在投票后做了投票说明。这些投票说明记录在第 3378 次会议简要记录中(A/CN.4/SR.3378)。

76. 在 2017 年 8 月 3 日和 4 日举行的第 3387 至 3389 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的条款草案的评注(见下文 C.2 节)。

77. 特别报告员于 2017 年 7 月 18 日就国家官员的外国刑事管辖豁免问题举行非正式磋商。非正式磋商不限成员名额，目的是就国家官员的外国刑事管辖豁免的程序性方面交流意见和观点，这也是特别报告员将于 2018 年提交的第六次报告的研究主题。磋商以特别报告员编写的一份关于程序性条款和保障的概念文件为基础进行。在 2017 年 7 月 20 日举行的第 3378 次会议上，特别报告员向委员会通报了非正式磋商的进展情况。

1. 特别报告员介绍第五次报告

78. 特别报告员回顾指出，关于国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题的第五次报告所涉及的议题是委员会和第六委员会多年来反复辩论的主题，引发了多种意见，而且往往是相反的意见。鉴于此项议题敏感并且对各国具有重要意义，各方普遍希望审慎行事。特别报告员在委员会第六十八届会议⁷⁵⁷上介绍了第五次报告，而委员会围绕这篇报告举行了一次不完整辩论⁷⁵⁸。特别报告员指出，由于委员会人员组成发生变化，并考虑到委员会在第六十八届会议上和第六委员会在大会第七十一届会议上对这篇报告发表的评论和意见，她认为宜在本届会议上对这篇报告作额外介绍。因此，特别报告员简要介绍了委员会和第六委员会先前就第五次报告展开辩论的情况。

79. 她在评论第五次报告本身时表示，该报告沿用了与前几次报告类似的方法，审视了国家实践、国际判例、委员会过去的工作和为该报告编写的国内法律分析。报告还考虑了各国政府为答复委员会所提问题而提供的资料以及各国在第六委员会的口头发言。特别报告员着重指出，第五次报告与前几次报告一样，必须结合此专题的过往报告来解读和理解。

80. 特别报告员将这篇报告视为委员会审议的过往报告的一部分，并以上届会议上就报告所作的陈述为基础，重点指出了报告的若干核心观点。首先，她指出“限制和例外”这一短语反映了实践中不适用豁免的各种论据。特别报告员强调，区分限制和例外虽然对系统地解释豁免制度具有理论上和规范上的价值，但不具备实际意义，因为“限制”或“例外”所导致的后果相同，即国家官员的外国刑事管辖豁免这一法律制度在某具体案件中不适用。

81. 第二，报告讨论的是豁免这一具体框架内、整个国际法律体系背景下的限制和例外问题。特别报告员在这方面特别指出了：(a) 豁免与管辖这两个不同概念之间的相互关系；(b) 豁免的程序性质；(c) 国家官员的豁免与国家豁免之间的区别；(d) 外国刑事管辖豁免与国际性刑事法院和法庭的豁免之间的区别。报告还从国际法作为规范体系的角度审视了豁免问题，在国际法中，豁免旨在保证国家主权平等得到尊重，但必须与国际法律体系的其他重要价值实现平衡。

82. 第三，报告重点关注的是构成委员会工作基石的国家实践。报告审视了以下问题，即采用委员会习惯国际法识别工作中提出的基本方法，能在多大程度上从国家实践中揭示出可编纂成法的习惯规范。报告还研究了以下问题，即是否存在逐渐发展出与豁免有关的规范的趋势。报告并不局限于国际判例和条约，还研

⁷⁵⁷ 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 196-208 段。

⁷⁵⁸ 同上，第 209-246 段。

究了国内法律和国内法院的决定。报告分析问题采取了全系统视角，结合当代国际法律体系这一整体的其他方面来审视豁免制度。

83. 报告在上述基础上得出结论：无法认定存在允许对属人豁免适用限制或例外的习惯规则；也无法找到支持这种规则的趋势。另一方面，报告还得出结论：在属事豁免方面，国家官员的外国刑事管辖豁免仍存在限制和例外。各种实践虽然存在差异，但显示出了以国际罪行为界的明确趋势，即如果国家官员犯下国际罪行，则不得以属事理由适用外国刑事管辖豁免，因为这种犯罪不构成官方行为、有关罪行情节严重，或破坏了国际社会作为一个整体所承认的价值观和原则。

84. 最后，特别报告员指出，委员会在研讨外国刑事管辖豁免这一专题，特别是研讨限制和例外的问题时，应兼顾国际法的编纂和逐渐发展这两个视角。委员会所面临的挑战在于，要决定是支持还是遏止豁免领域的发展趋势。

85. 特别报告员还具体评论了拟议的第7条草案。这条草案的三个款项力求一体述及豁免的限制和例外制度的所有确定要素。

86. 第1款指明了豁免对哪些罪行不适用。该款参照《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，采用了“不适用”这一表述，将限制和例外均包括在内。该款指明了不适用豁免的情况，提到了应受管辖的各种罪行，即 (a) 国际罪行；(b) 腐败罪行；和 (c) 所谓的“领土内侵权”例外。

87. 第2款确定了限制和例外的范围。该款具体指出，第1款所述的限制和例外不适用于享有属人豁免的人员，即国家元首、政府首脑和外交部长。但该款强调，属人豁免的享有是有时限的，意味着上述三类人员一旦卸任，豁免的限制和例外就对其适用。

88. 第3款载有一项“不妨碍”规定，涉及特殊制度所涵盖的情况。第一项涉及的情况是，有关两国之间存在条约关系，导致对官员不适用豁免。第二项涵盖的情况是，有关国家承担着与某国际性刑事法院合作的一般性义务，可能影响豁免。这两种情况均源自实践中的案例。

89. 对于委员会今后关于此专题的工作，特别报告员表示有意在委员会本届会议期间就多项与此专题有关的程序事项进行非正式磋商。希望这种磋商将能进一步充实她将在委员会第七十届会议期间提交的第六次报告的内容。

2. 辩论摘要

90. 本届会议的辩论是委员会第六十八届会议开始的关于第五次报告的讨论的延续。以下摘要应与委员会第六十八届会议工作报告中此专题的摘要一并解读。

(a) 一般评论

91. 委员们称赞特别报告员撰写内容丰富、有据可查的第五次报告，这篇报告对条约和国内法以及国际和国内判例法中反映的国家实践进行了深入的分析。委员们还赞赏地回顾了上一任特别报告员的工作以及秘书处的研究。委员们承认，此专题(特别是限制和例外的问题)具有复杂性和争议性。所作的评论普遍围绕第五次报告提出的方法和概念问题，包括国家实践的分析方法和处理方式、委员会

在国际法的逐渐发展和编纂方面的任务、整个国际法律体系中的豁免制度，以及限制和例外问题与程序问题之间的相互关系。

国家实践的分析方法和处理方式

92. 若干委员对第五次报告中详细和全面的国家实践分析表示赞赏。一些委员对特别报告员采用的方法表示支持，并指出这篇报告为拟议的第7条草案提供了坚实的基础。

93. 其他委员表示，报告虽然对实践进行了广泛的讨论，但仍未说明实践与第7条草案所载的具体限制和例外的关系。一些委员还提出，虽然报告并未在实践中发现反对不适用豁免的连贯证据，但他们质疑报告是否提供了足够的证据来支持其所提议的豁免限制和例外。有人指出，报告所举的许多例子涉及国家豁免或民事诉讼豁免，而非刑事起诉。一些委员认为，报告有选择地讨论了支持确立豁免限制和例外的案例，而忽视了反面证据。有人指出，报告所举的例子摘自不同的背景和时期，并没有表现出趋于限制豁免的线性发展态势。

94. 对于豁免限制和例外方面条约实践的广度和关联性，委员们也持有不同意见。一些委员坚持表示，条约实践并没有确立限制外国国家官员豁免的趋势。他们认为，很少有条约对限制和例外作出规定，任何涉及这些条约的实践并不能被用于证明存在习惯规则。有人指出，许多条约，包括涉及外交和领事关系的条约以及涉及国际罪行的条约，并未规定限制或例外。此外，还有若干委员指出，规定国际犯罪案件个人责任的条约虽然禁止有关人员在国际性法院行使豁免，但并不影响外国官员在国内法院行使豁免。

95. 其他委员则认为，条约实践彰显了一种步伐谨慎的转变，方向是对国家官员的豁免设置限制和例外。一些委员将这种发展态势置于委员会关于个人刑事责任的工作背景之下，指出《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》等有关文书以及关于《危害人类和平及安全治罪法草案》和国际刑事管辖的工作都禁止豁免国际罪行。这些委员坚持认为，这条草案应仿照在第二十七条中宣布官员身份无关的《国际刑事法院罗马规约》。还有人提到了非洲联盟通过的《〈非洲司法和人权法院规约议定书〉修订议定书》（《马拉博议定书》）。此外，一些委员指出，载有“起诉或引渡”规定的条约的扩散已给国家官员的豁免范围造成了影响。他们表示，规定有义务起诉国际罪行，就意味着限制国家官员的豁免范围。

96. 关于国内法律，一些委员指出，很少有国内法承认外国官员豁免的限制和例外，即便有关案件涉及国际罪行也是如此。一些委员指出，执行《罗马规约》的国内法律通常只涉及体制或引渡问题，而不涉及豁免。有人重点指出，只有少数国家的法律载有较为广泛的例外条款，而这些国家近期也修订了关于国家官员豁免的法律，对限制和例外的范围作出了限定。

97. 其他委员则坚持认为，国内法反映了特别报告员指出的趋势。有人表示，国内法律虽然往往侧重于国家豁免，但也表现出了限制豁免的趋势。一些委员指出，《罗马规约》的国内执行对国内法院的豁免制度有直接影响。

98. 若干委员批评第五次报告研究的国内案件数量太少。有人指出，许多此类案件已经翻案，或者与国家官员的外国刑事管辖豁免无关，而是涉及国家豁免或民事诉讼豁免。一些委员认为，报告本应研究各具体案件中剥夺或支持豁免的原

因；本应对检察官因所涉官员享有豁免而决定不起诉的案件进行分析；还本应对国家援引豁免不成功的案件予以考虑。

99. 有些委员则坚持认为，虽然报告分析选取的国内案例数量较少，但这无碍于分析的实质内容。他们鼓励特别报告员进一步研究区域实践，例如包括亚洲判例法和美洲人权法院判例在内的实践。

100. 若干委员强调，国际判例的趋势与第五次报告的结论相反。他们着重指出，国际和区域性法院已多次支持豁免，甚至在涉及国际罪行或违反国际法强制性规范(强行法)的案件中也支持了豁免。国际判例凸显出，豁免具有程序性质，不受有关行为严重程度的影响。有些委员还强调了国际性法院和国内法院之间的差异。他们认为，在国际性刑事法庭不能行使豁免，并不意味着在国内法院也不能适用豁免。有人指出，国际性法庭只在涉及国内法院与其合作的案件中确认过国内法院可剥夺豁免。

101. 其他委员则认为，特别报告员对国际判例的分析证明她处理豁免限制和例外的方法是正确的。若干委员指出，许多支持豁免的国际决定与个人刑事责任无关，只涉及民事诉讼豁免、国家豁免、享有属人豁免的官员，或国家责任的问题。一些委员还指出，国际性法院和法庭曾经规定，是否适用豁免要取决于是否存在其他补救办法；如果没有这种补救办法，则不能支持豁免。还有人提到了一些个别意见和不同意见，这些意见强调，主权要求不应凌驾于问责需要之上，而是应在两者之间实现平衡。

国际法的逐渐发展和编纂

102. 一些委员认为，报告本可更明确地说明报告本身的目的：是试图确定现行国际法(现行法)的范围，还是顺从新兴趋势，努力形成所希望的规范(拟议法)，抑或是旨在阐述“新法”。有人指出，委员会具有编纂和逐渐发展国际法的双重任务，这要求委员会既要密切跟进既定实践，也要公开确认其工作的渐进性质。若干委员促请委员会重点关注现行法，而不是重点从事逐渐发展的工作。有人指出，委员会现在的工作并不是起草一项新条约并由各国最终批准条约规则，而是旨在编制一套关于现行实践的指南，供参与国内起诉工作的非专家人士使用。

103. 在这方面，有些委员对第五次报告提出了批评，因为报告宣称在限制和例外方面存在习惯国际法，但却并未在实践中找到扎实的依据。若干委员认为，报告没有充分凸显委员会内部和第六委员会内部对这一问题的实质方面和程序方面的严重分歧。有人指出，由于存在这些分歧，委员会应审慎行事。

104. 其他委员表示，委员会关于限制和例外问题的的工作既应反映编纂，也应反映逐渐发展。有人认为，第五次报告准确地把握了外国官员豁免方面国际法的现状。这些委员指出，豁免的范围一直无法确定，这应鼓励委员会就此问题提供指南，无论各国持有何种意见。他们促请委员会不要忘记在过去各种文书中表露出的逐渐发展国际法的承诺。其中有些委员认为，现阶段不应排除拟订条款草案从而为关于此主题的条约提供基础的可能性。

105. 一些委员质疑国家实践是否能够佐证所称的对国家官员豁免设置限制和例外的趋势。这些委员坚持认为，不存在这种趋势，即便能够发现某种趋势，也是反向趋势。有人指出，若干国家近期已经限定了本国国内法中豁免限制和例外的

范围，国际和区域性法院在近期的案件中也通常支持国家官员享有外国刑事管辖豁免。

106. 其他委员则认为，尽管并非报告的所有方面都在习惯国际法中找到了坚实的依据，但对属事豁免设置限制和例外的趋势确实存在。若干委员声称，国家豁免、国际刑法和国际人权法领域的发展动态都支持这种趋势。此外，有人指出，法院和法庭正越来越多地以所称行为违反国际法强制性规范(强行法)或不能被视为以官方身份实施为由，拒绝适用豁免。另外，已有一些国家表示支持限制外国官员的豁免范围。一些委员坚持认为，委员会应推动这一趋势，以打击有罪不罚并为起诉国际罪行消除障碍。

国际法体系

107. 一些委员强调，条款草案应力求在以下两个方面之间取得平衡，一方面是国家主权平等和实现国际关系稳定的需要，另一方面是整个国际社会根据国际法防止和惩处最严重罪行的利益。

108. 其他委员则关切地表示，特别报告员所提议的豁免限制和例外可能会催生滥用，例如让有关方面能够在外国管辖区内对国家官员进行出于政治目的的审判。这既会削弱国际关系的稳定，也与打击有罪不罚和促进人权的事业背道而驰。有人强调，作为国际法的一项基本原则，一国的法院不应审判另一国的行为。

109. 若干委员指出，豁免制度既不可也不应妨碍保护国际社会的基本利益。他们强调，保护人权和打击有罪不罚并不应让位于国家主权，而是应使其与国家主权共存。这些委员认为，不应允许犯下国际罪行的人员躲藏在主权的保护之下免于起诉，因为他们的行为在罪行发生国和区域造成了严重的不稳定，最终会影响整个国际社会。有人指出，对于豁免规则，不应孤立地看待，而是应结合国际法律体系的其他规范来予以审议。

豁免的程序问题

110. 一些委员指出，限制和例外的问题与豁免的程序问题密切相关，包括程序性保障和保证的问题。若干委员对特别报告员未在本届会议上提交关于此问题的第六次报告表示遗憾。有些委员表示，委员会应推迟限制和例外方面的工作，直至特别报告员在第六次报告中详细说明她对程序问题的意见，以便委员会可以将这两个问题结合起来考虑。

111. 有人指出，程序性保障可有助于在对国家主权平等的尊重与打击有罪不罚的需要之间取得必要的平衡。若干委员提到上一任特别报告员曾就此专题开展工作，涉及多种与豁免的时机、援引、举证责任和放弃有关的程序问题。关于豁免的放弃，一些委员建议设立一种程序，要求官员所属国必须明确援引豁免；或者设立基于条约的“放弃或起诉”责任，规定各国必须选择是放弃外国法院的豁免，还是在本国起诉有关案件。

112. 有些委员强调了豁免的程序性质，指出在通过外交渠道或在法院成功援引豁免时，豁免会中止外国法院的管辖，但不会影响所称犯罪人的刑事责任。由于豁免具有优先性质，法院必须在着手审议案情之前考虑豁免问题。有人由此指出，所称行为的严重程度不能对豁免的适用产生任何影响，也不能影响豁免的主

权或官方性质。这些委员表示，如此并不会在问责方面留下空白，因为举例而言，一国要求豁免本国官员并对自身行为予以承认，就会因此承担责任，该国本身可在国家和国际层面受到起诉。

113. 其他委员则坚持认为，尽管关于程序问题的讨论对本专题非常重要，但委员会首先必须确定豁免限制和例外的实质特征。有人指出，程序问题与整套条款草案有关，应在考虑过所有实质要素之后再予以审议。若干委员希望不要让第六次报告的专题占用委员会的辩论，并促请委员会不要推迟对豁免限制和例外的审议。

114. 有些委员坚持认为，豁免与国际罪行的有罪不罚之间存在很强的关联。有人指出，如果没有其他的平台或管辖能起诉国际罪行，则国内法院豁免带来的程序障碍就会造成实质后果。一些委员强调，程序正义不应损害实质正义，对于违反国际法强制性规范(强行法)的案件尤为如此。这些委员警示称，如果以只注重程序的方式对待豁免问题，会给国际法中个人责任的发展造成不利影响。

115. 有人指出，国际刑事法院是最显而易见的起诉国家官员的平台，但该法院既没有能力也没有资源来起诉所有据称犯下国际罪行的人员。由于国际刑事法院基于补充性原则运作，这些委员坚持认为国内法院仍应是打击有罪不罚的首要平台。还有人指出，国家为某项行为承担责任并不意味着官员就不用承担个人责任，也不应妨碍针对个人的起诉。

(b) 对第 7 条草案的具体评论

116. 一些委员询问，为什么第 7 条草案的拟议标题提到的是“不适用豁免的”情况，而报告讨论的则是豁免的“限制和例外”。有人表示，“限制和例外”这一短语的含义和范围仍未确定，说明第 7 条草案并没有反映既定国际法。

117. 有些委员认为，限制和例外之间的区别是有用的，应予以保留。这种区别有助于将以下两种情况区分开来：一种是有关行为不能被视为官方行为或以官方身份实施的行为，因此不存在豁免问题；另一种是由于情况特殊而不予以豁免。

118. 其他委员支持特别报告员提出的用语。有人指出，关于此专题的工作迄今一直是在假设豁免适用的前提下进行的，因此第 7 条草案应述及豁免“不适用”的情况。一些委员指出，区分限制和例外可能会在理论上较为明晰，但在国家实践中没有依据。

119. 一些委员重申了对拟议的第 7 条草案的一般性保留。有人表示，一种前进的方向是重新拟订该条草案，以放弃豁免或起诉核心国际罪行的义务为基础，规定国家有责任放弃本国官员在外国法院的豁免，否则就应履行义务起诉本国官员。

120. 有些委员询问，第 1 款所列的罪行清单是详尽无遗，还是仅作举例说明之用。有人提议在该款中提到国际法所规定的最严重的罪行，而不是列举多项罪行。一些委员指出，该款应留有余地，以备出现不适用豁免的新罪行。其他委员质疑特别报告员所列罪行在习惯国际法中的依据，以及为什么有些罪行被包括在内而其他可被视为同一类别的罪行却未被列入。还有人表示，该条草案或其评注应对所列罪行作出适当定义。

121. 关于(a)项, 若干委员表示支持将灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等核心罪行写入该项。一些委员指出, 特别报告员所列的酷刑和强迫失踪都属于危害人类罪的范畴。还有人建议加入奴役罪、种族隔离罪、恐怖主义罪和危害全球文化遗产罪。

122. 委员们还辩论了是否应将侵略罪写入该条草案的问题。支持写入的委员指出, 侵略罪在《纽伦堡原则》中具有重要地位, 并且即将写入《罗马规约》。他们还指出, 一些国家的执行法律规定, 对侵略罪应在国内予以起诉。其他委员则同意特别报告员的意见, 即应以第五次报告所述的理由将侵略罪排除在外。他们表示, 一国以侵略罪起诉另一国的官员会影响国家主权平等, 而如果在国际性法院提出起诉, 就不会产生这种问题。

123. 在评论(b)项时, 有些委员对国家实践是否支持将腐败作为一种豁免限制或例外提出了质疑。他们还指出, 特别报告员提议的案文并未明确确定腐败的定义和范围。一些委员坚持认为, 腐败是不可能以官方身份实施的, 因为腐败总是以谋取私利为目的。有人在这方面指出, 第6条草案已经排除了豁免腐败行为的可能。有人表示, 可删除该项, 转为在评注中提到腐败。

124. 其他委员支持将腐败罪写入该条草案的案文, 指出国际社会必须合作防止和惩处这种罪行。有人指出, 国内法院常常驳回腐败案件的豁免要求, 已有许多国家立法防止和惩处腐败, 并且腐败也是诸多国际和区域公约的主题。

125. 一些委员强调, 腐败严重影响公共机构和法治的运作, 并可对国内民众的社会经济处境造成严重冲击。有人表示, 该条草案应关注“大”腐败或大规模腐败。还有人表示, 该项可说明在官员被外国管辖区起诉的情况下应如何处理腐败所得。有人指出, 这取决于所涉国家的政治意愿, 但通常情况下, 腐败所得应归还资金来源国。

126. 一些委员指出, (c)项所参照的领土内侵权例外已在民事诉讼中得到公认, 但并未在刑事领域得到明确确立。有人指出, 特别报告员所引述的主管机关大多提到的是民事案件, 报告并未充分研究这种例外对刑法是否适用。若干委员提到, 这一概念在国际法中仍然存在争议, 而对有些问题报告并未得出结论, 例如如此概念是否适用于军事活动和其他公共行为的问题。在这方面, 有人建议以更狭义的方式拟订该项案文。若干委员提到上一任特别报告员就此专题提出的定义。还有人建议将这项案文的范围局限为侵害国家主权的特定行为, 例如间谍活动、政治暗杀和蓄意破坏。

127. 委员们普遍同意第2款的实质内容, 指出该款反映了现行实践。委员们建议, 应在评注中具体说明只有国家元首、政府首脑和外交部长这三类人员可以享有属人豁免。有人强调, 按照国际判例, 享有属人豁免的人员承担刑事责任的, 不影响属人豁免。有人建议写明属人豁免在国际性法院不适用。

128. 一些委员认为第2款是多余的, 可以删去。他们建议在第1款中具体说明该条草案所列的限制和例外只适用于属事豁免。其他委员则倾向于保留该款, 以强调属人豁免和属事豁免之间的差异。有人建议使属人豁免和属事豁免在时间上的适用范围与第4条草案和第6条草案保持一致。此外, 有人表示应限制属人豁免, 因为对于终身执政的人员, 属人豁免可能导致有罪不罚。

129. 若干委员接受在第 3 款中加入“不妨碍”规定。有人指出，该项规定与(a)项不同，也应适用于对豁免适用作出规定的条约。关于(b)项，一些委员认为提到“国际法庭”过于模糊，建议该条草案具体说明此处指的是国际性刑事法院和法庭，还是任何国际法庭。有人表示，该款仍会产生不利影响，应予以删除，因为该款有可能影响正在接受司法程序审理的事项。

(c) 今后的工作

130. 许多委员对将述及豁免的程序问题的第六次报告表示了期待。有人建议，特别报告员应讨论不适用限制或例外的罪行的豁免与诉讼时效之间的关系。一些委员指出，委员会应重新审视一些已得到暂时通过的案文，例如“管辖豁免”的定义，以确定其是否涵盖了不可侵犯性问题。

3. 特别报告员的总结

131. 特别报告员在总结辩论时对第五次报告所引发的广泛和有意思的讨论表示满意。特别报告员在回应报告结构和内容受到的一些批评时强调称，报告的所有部分对报告结论都同等重要。她还指出，重点并不在于她是否沿用了上一任特别报告员的方法，而是在于她论述的实质。

132. 关于第五次报告中对实践的分析，特别报告员回顾了委员们表达的各种观点。她强调，国际性法院的判例并未明确排除对属事豁免适用限制和例外，因为国际性法院的这些决定主要涉及国家豁免或属人豁免的问题。她还重点指出了国家判例的重要性，国家判例也许存在局限、不够统一，却是此项工作的核心所在。对于各位委员建议增加国际、区域和国内判例法，特别报告员表示感谢。

133. 特别报告员表示，报告对国内法律的分析有助于将国家官员的豁免与国家豁免区分开来；强调了国家豁免的相对性；并举例说明了“领土内侵权例外”的使用。她还指出，执行《罗马规约》的国内法律可以帮助理解国家官员的豁免问题，特别是在《罗马规约》没有作出规定的情况下。特别报告员还指出，检察官的决定或外交举措等其他形式的国家实践通常并不公开，因此不能被视为相关实践。

134. 特别报告员承认，对于在国家官员的豁免限制和例外方面是否存在习惯规则或新兴趋势的问题，委员们有不同意见。她坚持认为，委员会应重点查明与豁免有关的现行法和拟议法的相关规则。有些委员认为委员会正在就此问题拟订“新法”，但她并不支持这种观点。特别报告员就此指出，本条款草案与委员会的其他工作成果一样，既包括编纂方面的内容，也包括逐渐发展方面的内容，分析时应考虑到这一点。

135. 特别报告员重申其立场，即如报告所述，区分限制和例外有助于说明国家官员的豁免这一概念及其在国际法律体系中的作用。在她看来，第 7 条草案着重强调“不适用”豁免的情况，这种实用型措辞方式与上述区分并不矛盾，反而避免了一系列与上述区分有关的争议，并且在实践中也有依据。

136. 特别报告员同意委员们的意见，即关于豁免的程序问题的讨论对此项工作至关重要。但她也表示，程序问题超出了限制和例外问题的范畴，会影响整套条款草案，应在委员会审议完豁免限制和例外问题之后再予以处理。她指出上一任

特别报告员也曾采用类似的方法，并重申她提议在第六次报告的提交准备工作中就此事项举行非正式磋商。

137. 对于第五次报告提出的第 7 条草案收到的具体评论，特别报告员注意到许多委员都支持保留第 1 款，但也提出了诸多关于修改该款内容的建议。关于(a)项，特别报告员表示准备在该项中增加种族隔离罪，但对加入其他跨国罪行仍有保留，因为后者都是基于条约的罪行，而非源自习惯。此外，特别报告员仍对增加侵略罪怀有疑虑，因为这样有可能使这项工作更加政治化。同理，她也倾向于保留具体罪行的清单，而不是采用只提及国际罪行的开放式通用表述。对于各项具体罪行的定义，可以通过提到现行条约的方式，在评注中提供。

138. 特别报告员指出，在(b)项中加入腐败罪仍然存在争议。她承认该项规定应主要适用于“大腐败”，并且应在评注中对这一术语作进一步具体说明。她强调，腐败总是以谋取私利为目的，因此不能将腐败视为以官方身份实施的行为，不适用于属事豁免。关于(c)项所载的“领土内侵权例外”，特别报告员坚持认为，这种例外的适用不仅限于民事管辖领域。这种例外当前的形式旨在处理严重罪行，例如蓄意破坏罪和间谍罪。

139. 特别报告员还注意到，委员们普遍对第 2 款达成了一致意见。该款强调，限制和例外不适用于属人豁免，这一立场已在实践和理论中得到公认。在她看来，明文提到属人豁免能在主权平等原则和打击有罪不罚的需要之间取得平衡，如果删去该款，就可能失去这种平衡。她还表示倾向于保留第 3 款的“不妨碍”规定，这种规定有助于解决本条款草案与现行国际文书之间任何在规范上的冲突，特别是与涉及国际性刑事法院和法庭的文书之间的冲突。

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文

1. 条款草案案文

140. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

国家官员的外国刑事管辖豁免

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员对另一国刑事管辖享有的豁免。
2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免，特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

第 2 条**定义**

为本条款草案的目的：

.....

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人；

(f) “以官方身份实施的行为”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为；

第二部分**属人豁免*****第 3 条****享有属人豁免的人员**

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

第 4 条**属人豁免的范围**

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职期间或任职之前的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。
3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

第三部分**属事豁免*****第 5 条****享有属事豁免的人员**

国家官员在以此种身份行事时，对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

第 6 条**属事豁免的范围**

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。
2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。
3. 根据第 4 条草案享有属人豁免的个人在任期届满后继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

* 委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障。

第 7 条

不适用属事豁免的国际法下的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：
 - (a) 灭绝种族罪；
 - (b) 危害人类罪；
 - (c) 战争罪；
 - (d) 种族隔离罪；
 - (e) 酷刑；
 - (f) 强迫失踪。
2. 为了本条款草案的目的，国际法规定的上述罪行应根据本条款草案附件所列条约中这些罪行的定义来理解。

附件

第 7 条草案第 2 款提到的条约清单

灭绝种族罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第六条，1998 年 7 月 17 日；
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第二条，1948 年 12 月 9 日。

危害人类罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第七条，1998 年 7 月 17 日。

战争罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第八条第二款，1998 年 7 月 17 日。

种族隔离罪

- 《制止并惩处种族隔离罪行国际公约》，第二条，1973 年 11 月 30 日。

酷刑

- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，第 1 条第 1 款，1984 年 12 月 10 日。

强迫失踪

- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条，2006 年 12 月 20 日。

2. 委员会第六十九届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

141. 委员会第六十九届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第二部分

属人豁免*

.....

第三部分

属事豁免*

.....

第 7 条

不适用属事豁免的国际法下的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：

- (a) 灭绝种族罪；
- (b) 危害人类罪；
- (c) 战争罪；
- (d) 种族隔离罪；
- (e) 酷刑；
- (f) 强迫失踪。

2. 为了本条款草案的目的，国际法规定的上述罪行应根据本条款草案附件所列条约中这些罪行的定义来理解。

附件

第 7 条第 2 款草案提到的条约清单

灭绝种族罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第六条，1998 年 7 月 17 日；
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第二条，1948 年 12 月 9 日。

危害人类罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第七条，1998 年 7 月 17 日。

战争罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第八条第二款，1998 年 7 月 17 日。

种族隔离罪

- 《制止并惩处种族隔离罪行国际公约》，第二条，1973 年 11 月 30 日。

* 委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障。

酷刑

- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，第 1 条第 1 款，1984 年 12 月 10 日。

强迫失踪

- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条，2006 年 12 月 20 日。

评注

(1) 第 7 条草案列出了外国刑事管辖属事豁免根据本条款草案不适用的国际法规定的罪行。该条草案分为两款，一款列举有关罪行(第 1 款)，一款确定这些罪行的定义(第 2 款)。

(2) 第 7 条草案只提及管辖属事豁免，所以载入条款草案第三部分，对条款草案第二部分规定的管辖属人豁免不适用。

(3) 但是，这并不意味着第 7 条草案永远不适用于第 3 条草案列举的国家官员(国家元首、政府首脑和外交部长)。相反，应当牢记，正如委员会指出的那样，国家元首、政府首脑和外交部长“仅在其任职期间享有属人豁免”，⁷⁵⁹ 并且此类豁免的停止“不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用”。⁷⁶⁰ 此外，论及属事豁免的第 6 条草案规定，“……享有属人豁免的个人在任期届满后继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免”。⁷⁶¹ 因此，由于这种余效豁免是一种属事豁免，第 7 条草案将适用于前任国家元首、政府首脑或外交部长对任职期间以官方身份实施的行为所享有的管辖豁免。因此，上述前任官员若实施第 7 条草案第 1 款所列国际法规定的罪行，则不适用此类豁免。

(4) 外国官员如实施第 7 条草案第 1 款列举的罪行，即使是在任职之内以官方身份实施的，也不得享受刑事管辖属事豁免。因此，第 7 条草案是对第 5 和第 6 条草案规定的外国刑事管辖属事豁免的规范性要素作出的补充。

(5) 委员会经记录表决，决定列入本条草案，理由如下。首先，委员们认为有一种明显的趋势倾向于对构成国际法规定的罪行的某些行为限制适用管辖属事豁免。该趋势体现在各国法院的司法裁定中，尽管推理过程各不相同，但它们都不

⁷⁵⁹ 第 4 条草案第 1 款。见第 4 条草案的评注第(2)段，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 66 页。

⁷⁶⁰ 第 4 条草案第 3 款。见第 4 条草案的评注第(7)段，同上，第 70 页。

⁷⁶¹ 第 6 条草案第 3 款。见第 6 条草案的评注第(9)至(15)段，《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 361-363 页。另见第 5 条草案的评注第(4)段，同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 237 页。

承认某些国际罪行的管辖属事豁免。⁷⁶² 在极罕见的情况下，通过国家立法规定实施国际犯罪的管辖属事豁免例外，也体现了这种趋势。⁷⁶³ 该趋势还在文献中得到强调，也在某种程度上反映在国际法庭的诉讼中。⁷⁶⁴

(6) 其次，委员会还考虑到，关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案，其目的是在一个国际法律秩序内适用，而这个法律秩序的统一性和系统性是不可忽视的。因此，委员会不应当忽视其他现行标准，也不应当与国际人道主义法、国际人权法和国际刑法等当代国际法的重要部分所载法律原则相抵触。在此情况下，应当谨慎、平衡地审议不适用外国刑事管辖豁免的罪行，顾及尊重国家主权平等原则的必要性，以确保实施问责原则和个人刑事责任原则，终结对国际最严重罪行的免罚现象——这是国际社会的一项首要目标。维持这种平衡，将确保实现豁免的目的(保护主权平等和国家合法利益)，确保不把豁免变成一种程序机制，用来阻挠确定某些个人(国家官员)因实施国际法规定的最严重罪行而应承担的刑事责任的全部努力。

⁷⁶² 见为支持这种趋势而列举的下列案件：Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席(第3号)，联合王国上议院，1999年3月24日，[1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147；皮诺切特案，比利时布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日的判决，《国际法案例汇编》，第119卷，第349页；侯赛因案，德国科隆高等地区法院，2000年5月16日的判决，2 Zs 1330/99，第11段(作出本论断的假设是时任侯赛因总统已不再任职)；鲍特瑟案，荷兰，阿姆斯特丹上诉法院，2000年11月20日的判决，《荷兰国际法年鉴》，第32(2001)卷，第266页及以下各页(虽然最高法院随后撤销判决，但此举与豁免无关，而是因为违反了不溯既往原则及普遍管辖权范围受限；见2001年9月18日的判决，《国际法在国内法院的适用》[ILDC 80 (NL 2001)])；沙龙和亚龙案，比利时，最高上诉法院，2003年2月12日的判决，《国际法案例汇编》，第127卷，第123页(尽管法院给予阿里埃勒·沙龙属人豁免，但审判了阿莫斯·亚龙，因为在实施所涉罪行时，他是参与萨布拉和夏蒂拉大屠杀的以色列武装部队统帅)；H.诉检察官案，荷兰，最高法院，2008年7月8日的判决，ILDC 1071(NL 2008)，第7.2段；洛扎诺诉意大利案，意大利，最高上诉法院，2008年7月24日的判决，ILDC 1085(IT 2008)，第6段；A.诉联邦检察官案，瑞士，联邦刑事法院，2012年7月25日的判决，BB.2011.140；FF诉检察长案(纳赛尔王子案)，高等法院王座分庭，2014年10月7日的判决[2014] EWHC 3419(Admin.)(该判决的重要意义在于，它是作为一项“同意令”发布的，换言之，其依据的是原告与检察长之间达成的协议，在协议中，检察长承认对纳赛尔王子的酷刑指控不属于属事豁免的范围)。在一项民事诉讼中，意大利最高法院也指出，犯有国际罪行的国家官员不享有刑事管辖的属事豁免(费里尼诉德意志联邦共和国案，最高上诉法院，2004年3月11日的判决，《国际法案例汇编》，第128卷，第674页)。在琼斯案中，虽然上议院承认民事管辖豁免，但重申刑事管辖豁免不适用于酷刑案件(琼斯诉沙特阿拉伯王国案，上议院，2006年6月14日的判决，[2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.)。最后，应当指出的是，在一起针对埃塞俄比亚国民的案件中，埃塞俄比亚联邦高等法院确认，存在防止对被控犯下国际罪行的前任国家元首适用豁免的国际法规则(特别检察官诉海尔马里亚姆案，联邦高等法院，1995年10月9日的判决，ILDC 555(ET 1995))。在一些案件中，各国法院均在未就豁免作出明确裁定的情况下，对他国官员进行过审判，例如法国法院审理的芭比案：*F é l é r a t i o n N a t i o n a l e d e s D é p o r t é s e t I n t e r n é s R é s i s t a n t s e t P a t r i o t e s* 等诉芭比案，法国最高上诉法院，1983年10月6日、1984年1月26日和1985年12月20日的判决，《国际法案例汇编》，第78卷，第125页；*F é l é r a t i o n N a t i o n a l e d e s D é p o r t é s e t I n t e r n é s R é s i s t a n t s e t P a t r i o t e s* 等诉芭比案，罗纳上诉法院，1987年7月4日的判决，《国际法案例汇编》，第78卷，第148页；最高上诉法院，1988年6月3日的判决，《国际法案例汇编》，第100卷，第330页。在这方面，西班牙国家高等法院在皮诺切特案、希林格案、卡瓦略案、危地马拉案、卢旺达案和西藏案中审判了被控犯下国际罪行的数名外国官员，但并不认为有必要就豁免作出裁定。然而，在卢旺达案中，国家高等法院却裁定不起诉卡加梅总统，理由是其享有豁免。同样，在西藏案中，国家高等法院裁定不起诉时任中国国家主席胡锦涛；然而，在胡锦涛不再担任中国国家主席之后，国家高等法院中央调查庭第2分庭于2013年10月9日发布命令，允许起诉胡锦涛，声称他不再享有“外交豁免”。

(7) 考虑到上述两个原因，委员会认为它必须执行其任务，通过运用演绎法和归纳法，促进国际法的逐渐发展和编纂。正是基于这一前提，委员会在第7条草案中列出了不适用属事豁免的罪行，理由如下：(a) 它们是实践中往往认为不属于外国刑事管辖属事豁免范围的罪行；(b) 它们是国际法规定的罪行，已确定为国际社会关切的最严重罪行，有国际规范、基于条约的规范和习惯规范予以禁止，还有采取措施予以防止和惩罚的义务。

⁷⁶³ 为支持这一立场，委员们提请注意西班牙10月27日颁布的第16/2015号《组织法》，该法涉及外国、在西班牙设立的国际组织以及在西班牙举行的国际会议的特权和豁免，确立了对国家元首、政府首脑和外交部长实行豁免的独立制度，根据该制度，“[有关官员]在任期内履行公务，实施种族灭绝罪、强迫失踪罪、战争罪和危害人类罪的，不得享受豁免”（第23条第1款，最后一句）。另一部相关法令是阿根廷关于外国豁免的第24488号法，其中第3条由颁布该法的第849/95号法令删除，使阿根廷法院可以不再拒绝受理针对外国违反国际人权法的行为提出的控诉。同时，从更加严格的意义来看，美国的《外国主权豁免法》在经《酷刑受害者保护法》修订之后，确立了“外国司法管辖豁免的恐怖主义例外”（第1605A条），其中规定，对于美国主管当局先前指定的“支持恐怖主义国家”，如其国家官员实施了酷刑或法外处决等行为，将不能享受豁免。加拿大的《国家豁免法》也有类似的豁免例外规定。最后，应当注意的是，某些关于国际罪行的国内立法载列了一些有关此类罪行的豁免限制或例外，有些是专门的法律（见比利时的《打击严重违反国际人道主义法的行为法》，2003年修正；荷兰2003年的《国际罪行法》；尼日尔共和国《刑法典》，2003年修正），有些则旨在执行《国际刑事法院罗马规约》。有些执行立法规定了豁免的一般例外情况，见：关于如何确定布基纳法索法院适用《国际刑事法院罗马规约》的职权和程序的2009年第50号法，第7和第15.1条（依据该法，实施布基纳法索法院管辖范围内的罪行的，即使是在国外实施该罪行，只要实施人在布基纳法索的领土上，布基纳法索法院就可以对犯罪实施人行使管辖权。此外，是否担任公职并不构成豁免或减少责任的依据）；科摩罗2011年12月13日关于适用《罗马规约》的第11-022号法，第7.2条（“因担任公职而根据法律或国际法享有的豁免或特别程序不妨碍国家法院对本法规定的违法行为的实施者行使管辖权”）；爱尔兰2006年《国际刑事法院法》，第61.1条（“依据第27条，因与罗马规约缔约国有联系而享有的任何外交豁免或国家豁免，均不能阻止依据本法对实施人提起相关诉讼”）；毛里求斯2001年《国际刑事法院法》，第4条；南非2002年7月18日执行《国际刑事法院罗马规约》的第27号法，第4(2)(a)(i)和第4(3)(c)条（规定当犯罪嫌疑人身处南非时，南非法院对种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪拥有管辖权，不受犯罪嫌疑人是否担任公职的影响）。有些执行立法仅确立了涉及与国际刑事法院的合作义务的协商程序或限制，见：阿根廷执行《国际刑事法院罗马规约法》的第26200号法，经第25390号法通过，于2001年1月16日获得批准，第40和第41条；澳大利亚2002年《国际刑事法院法》（第41号法），第12.4条；奥地利2002年8月13日《关于与国际刑事法院合作的第135号联邦法》，第9.1和9.3条；加拿大1999年《引渡法》，第18条；法国《刑事诉讼程序法典》（根据2002年2月26日第2002-268号法），第627.8条；德国的《法院组织法》，第20.1和第21条；冰岛2003年《国际刑事法院法》，第20.1条；爱尔兰2006年《国际刑事法院法》（第30号法），第6.1条；肯尼亚2008年《国际罪行法》（第16号法），第27条；列支敦士登2004年10月20日《与国际刑事法院和其他国际法庭合作法》，第10.1条(b)和(c)项；马耳他《引渡法》，第26S.1条；挪威2001年6月15日执行1998年7月17日《国际刑事法院罗马规约》的第65号法，第2条；新西兰2000年《国际罪行和国际刑事法院法》，第31.1条；联合王国2001年《国际刑事法院法》，第23.1条；萨摩亚2007年《国际刑事法院法》（第26号法），第32.1和第41条；瑞士《与国际刑事法院合作法》，第6条；乌干达2006年《国际刑事法院法》（第18号法），第25.1(a)和(b)条。丹麦属于特殊情况，其2001年5月16日的《国际刑事法院法》（第2条）规定了将豁免问题交由行政部门解决，但没有界定具体磋商制度。

⁷⁶⁴ 在2000年4月11日逮捕证案的联合独立意见中，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官指出存在对国际罪行实行豁免限制的趋势（刚果民主共和国诉比利时案），判决，《2002年国际法院案例汇编》，第3页起，见第88页第85段。在这方面，欧洲人权法院在琼斯等诉联合王国案中明确承认，似乎“在国际公法中，对于针对外国官员实施酷刑的民事求偿案件，正在出现支持适用特别规则或作例外处理的情况”，因此，“鉴于国际公法目前在这一领域的发展，缔约国需要持续审议这一问题”（琼斯等诉联合王国案，申诉号：34356/06和40528/06，2014年6月2日的判决，《2014年欧洲人权法院案例汇编》，第213和215段）。

(8) 但是, 有些委员不同意这一分析。首先, 他们反对以表决方式通过的第 7 条草案, 认为: (a) 委员会不应称其工作是视可能编纂习惯国际法, 因为, 如下文脚注所指出的, 国家判例法、⁷⁶⁵ 国家成文法⁷⁶⁶ 和条约法⁷⁶⁷ 显然不支持第 7 条草案所述的例外; (b) 相关实践并未表明有支持外国刑事管辖属事豁免例外的趋势——无论是暂时趋势还是长期趋势; (c) 豁免是程序性问题, 因此, (一) 不能假定国家官员对其实施的国际法下的任何罪行所负的刑事责任自动排除外国刑事管辖豁免; (二) 豁免不取决于有关行为的严重程度, 或此种行为受国际法强制性规范禁止的事实; (三) 必须在行使管辖权的早期阶段, 在审议案情之前考虑豁免问题; ⁷⁶⁸ (d) 国际刑事法院不予豁免与国内法院管辖豁免问题无关; (e) 确

⁷⁶⁵ 这些委员指出, 只举出了 9 个据称明确涉及根据习惯国际法给予国际官员外国刑事管辖属事豁免问题的案件(见上文脚注 762), 而且其中多数案件实际上并不支持不予这种豁免的提议。例如, 在联合王国的 Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官一案中, 只对被解读为放弃豁免的现行条约范围内的行为不予豁免(《禁止酷刑公约》)。德国的侯赛因案不涉及第 7 条草案所列的任何罪行, 而且就时任侯赛因总统已不在任的假设而言, 判决并没有指出在这种情况下不承认或不承认属事管辖豁免。荷兰最高法院没有维持鲍特瑟案的判决, 原审法院关于豁免的理由仍属未经检验的附带意见。比利时在沙龙和亚龙案中的决定是有争议的, 并导致议会在此之后修改了比利时的法律, 致使最高上诉法院称对这一案件没有管辖权。布鲁塞尔初审法院审理的皮诺切特案也涉及该法。在洛扎诺诉意大利案中, 外国国家官员被给予属事豁免权。特别检察官诉海尔马利亚·姆案涉及埃塞俄比亚对其本国国民而不是外国官员的起诉。所举其他案件则涉及未援引豁免或放弃豁免的情况, 它们并没有为如下主张提供支持: 即援引习惯国际法规定的外国刑事管辖属事豁免时, 国家官员不享有这种豁免权。此外, 这些委员指出, 必须认真考虑国内法院审理的民事案件与这一专题的相关性; 即使相关的话, 它们往往也不支持第 7 条草案所规定的例外。例如, 国际法院认为费里尼诉德意志联邦共和国案(见上文脚注 762)不符合意大利根据国际法承担的义务。见国家的管辖豁免案(德国诉意大利: 希腊参加诉讼), 判决, 《2012 年国际法院案例汇编》, 第 99 页。在琼斯诉沙特阿拉伯王国案(见上文脚注 762)中, 上议院承认了国家官员的豁免权。相比之下, 除上述案件外, 这些委员指出了国内法院在刑事诉讼中援引并接受属事豁免的几起案件。例如见塞内加尔, 检察官诉侯赛因·哈布雷案, 达喀尔上诉法院 2000 年 7 月 4 日的判决和最高上诉法院 2001 年 3 月 20 日的判决; 《国际法案例汇编》, 第 125 卷, 第 571-577 页(给予前任国家元首豁免); 德国, 江泽民案, 联邦总检察长 2005 年 6 月 24 日的决定, 3 ARP 654 / 03-2(相同)。

⁷⁶⁶ 这些委员指出, 很少有国内法处理习惯国际法之下国家官员的外国刑事管辖属事豁免问题。正如特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第五次报告(A/CN.4/701)第 42 段所确认的那样, “大多数国家并没有关于国家或其官员管辖豁免的明确规定。相反, 对豁免的回复由法院负责”。在据称述及这种豁免的少数几部国内法律(布基纳法索、科摩罗、爱尔兰、毛里求斯、尼日尔、西班牙、南非)中, 无一支持第 7 条草案的当前措辞。例如, 西班牙 10 月 27 日第 16/2015 号《组织法》第 23 条第 1 款只提及前任国家元首、政府首脑和外交部长的属事豁免。比利时 2003 年修订的《打击严重违反国际人道主义法的行为法》和荷兰 2003 年《国际罪行法》等成文法只规定应如国际法承认的那样不予赦免, 而未作进一步的详述。此外, 这些成员还指出, 履行《罗马规约》或安全理事会决定所产生的向国际刑事法院移交国家官员的义务的国内法, 与习惯国际法下国家官员的外国刑事管辖法豁免问题并不相关。侧重于国家豁免的国内法律也不相关, 例如阿根廷第 24488 号法、美国《外国主权豁免法》和加拿大《国家豁免法》(有委员指出, 《外国主权豁免法》并未经与恐怖主义无关的《酷刑受害者保护法》修订)。

⁷⁶⁷ 这些委员指出, 处理特定类型犯罪(例如灭绝种族罪、战争罪、种族隔离、酷刑、强迫失踪)的全球性条约并不包含任何排除国家官员的外国刑事管辖属事豁免的规定, 处理特定类型国家官员(例如外交官、领事人员、特派团人员)的全球性条约也是如此。

⁷⁶⁸ 例如见国家的管辖豁免案(德国诉意大利: 希腊参加诉讼)(见上文脚注 765), 第 137 页, 第 84 段(“习惯国际法并不认为国家享有的豁免权取决于该国被控实施行为的严重性或据称已违反的规则的性质”); 2000 年 4 月 1 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 《2002 年国际法院案例汇编》, 第 25 页, 第 60 段(“刑事管辖豁免和个人刑事责任是两个非常不同的概念。管辖豁免是程序性的, 而刑事责任则是实体法问题”)。

立新的豁免例外制度如果未经条约约定，可能会损害国家间的关系，并可能损害国际社会终结最严重国际罪行免罚现象的目的。此外，这些委员还认为，通过提出第7条草案，委员会是在开展“规范性政策”工作，这与国际法的编纂或逐渐发展无关。这些委员认为，第7条草案是在提出一种“新法律”，既不能视为现行法，也不能视为国际法的逐渐编纂。其次，这些委员会委员还强调了外国管辖的程序性豁免与实质性刑事责任之间的区别，并认为，承认豁免的例外既不是实现必要的平衡所必须的，也未必是适当的。相反，这些成员认为，如果国家官员在其本国、在国际性法院、或放弃豁免后在外国法院被起诉，就可避免有罪不罚现象。提出各国未通过条约或本国的广泛实践所接受的豁免例外，当一国仅仅基于关于犯下令人发指的罪行的指控而对另一国官员行使刑事管辖权时，即使不会在国家间造成直接冲突，也有可能造成严重的紧张关系。

(9) 但应当铭记，这些委员还表示，在委员会对程序保障问题采取立场之前，不能对豁免限制和例外问题做出决定。委员会多数委员不接受这个观点，但也承认有必要明确界定程序性保障，以防止对国家官员行使外国刑事管辖时滥用权力，认为在委员会工作的现阶段可以单独处理不适用管辖属事豁免的罪行问题。不过，为了反映委员会在处理本专题时对程序性的高度重视，一致同意在条款草案目前的案文中添加如下脚注：“委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障”。该脚注标号已插在条款草案第二部分(属人豁免)和第三部分(属事豁免)标题的后面，因为程序性规定和保障可能关系到两类豁免，而且也应联系整个条款草案加以审议。

第1款

(10) 第7条草案第1款(a)至(f)项列出了国际法规定的罪行，外国官员被指控实施这些罪行的，即使是任职期间以官方身份实施的，也不得享有刑事豁免。这些罪行如下：灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、种族隔离罪、酷刑和强迫失踪。

(11) 该条草案的起首部分使用了“不适用”这一措辞，旨在反映在实践和法理中，对是否认为此类罪行是“以官方身份实施的行为”，一直有两种不同解释。一种观点是，绝不可认为实施这类犯罪是国家职能，因此也不能视为“以官方身份实施的行为”。相反的观点却认为，国际法规定的罪行要求要么有国家要素(酷刑、强迫失踪)，要么必须是在国家机器的明示或暗示支持下已经实施，因此与国家有关联，所以在一些情况下可以认为此类罪行是“以官方身份实施的行为”。⁷⁶⁹ 虽然委员会认为没有必要裁定支持其中哪一种解释，但也注意到一些国内法院在对国际法规定的这些罪行行使刑事管辖权时没有适用属事豁免，原因要么是因为它们不将这些罪行视为以官方身份实施的行为或是国家特有的职能，⁷⁷⁰ 要么是因为它们认为，虽然国际法规定的罪行可能是国家行为或国家职

⁷⁶⁹ 例如见国家的司法管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)(见上文脚注765)，第125页，第60段(结合国家豁免讨论了“统治权行为”)。

⁷⁷⁰ 例如见下列案件：皮诺切特案，比利时，布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日的判决(见上文脚注762)，第349页；侯赛因案，德国，科隆高等地区法院，2000年5月16日的判决(见上文脚注762)，第11段(作出本论断的假设前提是侯赛因总统当时已不再担任公职)。一些民事法院审理的豁免案件中也提出了类似的主张。例如见维奥蒂亚州诉德意志联邦共和国案，莱瓦初审法院(希腊)，1997年10月30日的判决。

能，但此类罪行(由于其严重性或因为违反强行法)不可能使实施者的刑事管辖豁免得到承认。⁷⁷¹

(12) 因此，委员会铭记，在实践中，有时把国际法规定的同一罪行解释为限制(不予豁免)，有时解释为例外(不适用现有的豁免)，所以认为似宜从这两种办法产生的影响来探讨解决本专题，即对此类罪行不可适用国家官员否则可能享有的外国刑事管辖属事豁免。委员会选择这一措辞是为了明白、确定，以便提供一份清单，列明即使是国家官员实施，也不会享有外国刑事管辖豁免的罪行。

(13) 为此，委员会比照处理国家管辖豁免问题时一度使用的技巧，在类似背景下使用“不得援引豁免的诉讼”一语，采用了“不适用……豁免”这一措辞。⁷⁷²然而，在第7条草案中，为了避免该措辞中的程序内容，委员会决定不采用“不得援引”的表述，而宁可使用“不适用”这一中性表述。

(14) 同时，为与委员会暂时通过的第3和第5条草案中的措辞一致，起首部分载入了“外国刑事管辖的”这一措辞。

(15) “国际法规定的罪行”这一术语系指国际法规定的犯罪行为，无论国内法是否将其定为犯罪。第7条草案所列罪行是整个国际社会最关切的罪行，并且国际社会对这些罪行的定义以及有义务防止和惩处这些罪行存在广泛的共识。这些罪行为国际条约所述及，也为习惯国际法所禁止。

(16) 先前在《纽伦堡法庭宪章》和纽伦堡法庭判决书中所确认的国际法原则⁷⁷³和1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》⁷⁷⁴中，委员会就已使用了“国际

⁷⁷¹ 例如艾希曼案，以色列，最高法院，1962年5月29日的判决，《国际法案例汇编》第36卷，第309和310页。在费里尼案中，意大利法院既考虑了罪行的严重性，也考虑了所涉犯罪行为违反了强行法规范(费里尼诉德意志联邦共和国案，上诉法院，2004年3月11日的判决(见上文脚注762)，第674页)。在洛扎诺案中，意大利上诉法院以侵犯基本权利为理由拒绝豁免，认为基本权利具有强行法规范的效力，因此相对于豁免的有关规定，应当优先适用基本权利(洛扎诺诉意大利案，意大利，上诉法院，2008年7月24日的判决(见上文脚注762)，第6段)。在A.诉联邦检察署案中，瑞士联邦刑事法院的裁决理由是，瑞士立法认为习惯国际法为强行法，习惯国际法禁止的行为不得实施。该法院还进一步强调，在禁止实施此类行为方面意见并不一致，但仍然承认属事豁免会阻碍启动调查(A.诉联邦检察署案，瑞士，联邦刑事法院，2012年7月25日的判决(见上文脚注762))。

⁷⁷² 国家及其财产的管辖豁免条款草案，国际法委员会第四十三届会议通过，《1991年国际法委员会年鉴》，第33页。委员会将上述措辞作为条款草案第三部分的标题，并在该部分的第10-17条反复使用这一措辞(“国家不得援引”)。为解释委员会采用该措辞的原因，请特别参见关于第三部分的一般性评注的第(1)段(第33页)，以及第10条的评注的第(1)至(5)段(第33和34页)。在这方面，2004年12月2日订于纽约的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(大会第59/38号决议，附件)的第三部分的标题和第10-17条都采用了“不得援引国家豁免的诉讼”这一措辞。

⁷⁷³ 见《纽伦堡法庭组织法》及判决书中所确认之国际法原则的原则一：“凡实施在国际法上构成犯罪之行为者均应负其责任并受处罚”(《1950年……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第374页)。

⁷⁷⁴ 见1954年通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条：“本治罪法所定义危害人类和平及安全之罪，是国际法规定罪行，犯此类罪行之个人应予处罚”(《1954年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/2693号文件，第150页)。同时，1996年委员会通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条第2款规定：“危害人类和平及安全罪是国际法规定罪行，因此本身可予处罚，不论依国内法是否可予以处罚。”(《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页)。

法规定的罪行”这一措辞。在此情况下，委员会认为采用“国际法规定的罪行”这一措辞意味着对于这类罪行，“国际法是刑法定性的依据”，并且，“这种行为被禁及其可惩罚性，均是国际法的直接结果”。⁷⁷⁵ 由此得出“国际法”在对此类罪行“刑法定性方面的自主性”，⁷⁷⁶ 以及“把或者不把某种特定行为定性为国内法上的罪行，不影响根据国际法把这种行为定性为犯罪”。⁷⁷⁷ 因此，使用“国际法规定的罪行”这一表述直接将第7条草案第1款所载罪行清单与国际法联系起来，并确保了根据国际标准理解这些罪行的定义，国内法为确认哪些案件不适用豁免而确定的任何定义均不相干。

(17) 国际法规定的罪行的范畴包括：(a) 灭绝种族罪；(b) 危害人类罪；(c) 战争罪。委员会将这些罪行列为不适用豁免的罪行有两个理由。首先，这些是国际社会表示特别关切的罪行，并因此通过了在国际刑法、国际人权法和国际人道主义法中占据核心地位的国际条约，各国际性法院不仅强调这些罪行的严重性，还强调禁止实施这类罪行是习惯性的，实施这些罪行可能违反一般国际法的强制性规范(强行法)。其次，这些罪行直接或间接出现在各国涉及提出属事豁免问题的案件的司法实践中。最后，应当指出，《国际刑事法院罗马规约》第五条载入了这三项罪行，并将其称为“整个国际社会关注的最严重犯罪”。⁷⁷⁸ 但一些委员指出，将这些罪行列入第7条草案，在实践中，以及在国家和国际判例或国内立法中能找到的支持很少，几乎没有。

(18) 尽管《罗马规约》第五条同样规定了侵略罪，并且根据2010年在坎帕拉举行的《罗马规约》审查会议通过的修正案也把侵略罪称为罪行，但委员会此时决定不列入侵略罪。⁷⁷⁹ 委员会做这项决定，是鉴于侵略罪的性质，它要求国家法院确定先前已经存在外国侵略行为，还要确定这类罪行的特定政治内容，⁷⁸⁰ 因为这种罪行构成了“领导人的罪行”，此外，还鉴于《国际刑事法院罗马规约》缔约国大会也并未决定该法院对侵略罪启动管辖权。不过，有些委员指出，本应当将侵略罪载入第7条草案第1款，因为它属于国际法规定的最严重罪行，委员

⁷⁷⁵ 见1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条的评注第(6)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页。

⁷⁷⁶ 同上，第9段，第18页。

⁷⁷⁷ 同上，第(10)段。应当铭记，委员会在评论《纽伦堡原则》的原则一时，已经申明“原则一所依据之普遍规则为国际法得直接规定个人之责任，而不受国内法之干涉”(1950年《国际法委员会年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第374页，第99段)。

⁷⁷⁸ 《国际刑事法院罗马规约》(罗马，1998年7月17日)，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第38544号，第3页，第五条第(一)款和序言第四段。

⁷⁷⁹ 见《国际刑事法院罗马规约审查会议正式记录》第8条之二所载关于侵略的定义，坎帕拉，2010年5月31日至6月11日，国际刑事法院出版物，RC/9/11，第6号决议“侵略罪”(RC/Res.6)。

⁷⁸⁰ 在这方面，应当铭记，在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》评注中，委员会指出：“由国家进行的侵略是个人参与侵略罪责任的必要条件。如果没有国家进行侵略，个人就不可能引起这种罪行的责任。因此，如果不把国家侵略问题作为一个首要问题加以考虑，法院就无法确定这种罪行的个人刑事责任问题。由一国的国家法院确定另一国是否进行了侵略将有悖于国际法中之地位平等，互不支配的根本原则。另外，由一个国家的国家法院行使管辖权，审议另一个国家是否进行了侵略，将会对国际关系和国际和平与安全产生严重影响。”(《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第8条评注第(14)段)。

会本身早在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》⁷⁸¹ 中就已载入侵略罪，它同时也是《罗马规约》列出的罪行之一。此外，许多国家也将侵略罪列入了国内刑法。⁷⁸² 因此，这些委员表示反对委员会的多数决定，并对这一问题保留其立场。

(19) 另一方面，委员会认为有必要将(d) 种族隔离、(e) 酷刑和(f) 强迫失踪罪行单独分类，作为不适用豁免的国际法规定罪行列入第 7 条草案第 1 款。虽然这些罪行已载入《罗马规约》第七条的危害人类罪项下，⁷⁸³ 但委员会考虑到以下理由，认为它们是单独罪行。首先，种族隔离、酷刑和强迫失踪罪一直是国际条约的主题，这些条约为每种罪行设立了专门的法律制度，目的是预防、禁止和惩治，⁷⁸⁴ 规定各国有明确义务在其国内法中采取某些措施，包括在国内刑法中界定这些行为，并采取必要措施确保其国内法院有权能审判这类罪行。⁷⁸⁵ 还应指出的是，有关条约还设立了各国之间的国际合作与司法协助体系。⁷⁸⁶ 其次，委

⁷⁸¹ 同上，第 42-43 页(第 16 条)。

⁷⁸² 以下是列入侵略罪的国内立法的例子：奥地利，1974 年 1 月 23 日第 60/1974 号《刑法典》第 321k 条，经 2015 年 8 月 13 日《联邦法律公报一》第 112/2015 号修正；阿塞拜疆，2000 年《刑法典》第 100-101 条；孟加拉国，《国际犯罪(法庭)法》第 3 条，1973 年第十九号国际犯罪(法庭)法，经第 2009 年第五十五号国际犯罪(法庭)法(修正案)和 2012 年第二十一号法修正；白俄罗斯，《刑法典》第 122-123 条，1999 年 7 月 9 日第 275-Z 号法(2015 年 4 月 28 日修正)；保加利亚，《刑法典》第 408-409 条，1968 年 4 月 2 日第 26 号《国家公报》，经 2010 年 4 月 27 日第 32 号《国家公报》修正；克罗地亚，《刑法典》第 89 和第 157 条，《克罗地亚共和国政府公报》(“*Narodne novine*”)，第 125/11 号；古巴，《刑法典》第 114-115 条，*Código Penal, Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987, modificada por la Ley N°87 de 16 de febrero de 1999*；厄瓜多尔，《刑法典》第 88 条；爱沙尼亚《刑法典》第 91-92 条；芬兰，《芬兰刑法典》，第 39/1889 号法，经第 1718/2015 号法修正，第 4 (a)、4 (b)、14 (a)条；德国，《刑法典》，*Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (BGBl)*；卢森堡，《刑法典》第 136 条；马其顿，《刑法典》第 415 条；马耳他，《刑法典》第 82(C)条，《马耳他共和国刑法典》(1854 年，2004 年修正)；摩尔多瓦共和国，《摩尔多瓦共和国刑法典》第 139-140 条，2002 年 4 月 18 日第 985-XV 号法通过(2009 年修正)；蒙古，《蒙古刑法典》(2002 年)第 297 条；黑山，《刑法典》第 442 条，《黑山共和国政府公报》，第 70/2003 号，更正，第 13/2004 号；巴拉圭，*Código Penal de la Republica del Paraguay, art. 271, Ley No. 1.160/97*；波兰，《刑法典》第 17 条，1997 年 6 月 6 日的法律；俄罗斯，《刑法典》，《俄罗斯联邦刑法典》第 353-354 条，1996 年 6 月 13 日第 64-FZ 号联邦法(经修正)；萨摩亚，2007 年《国际刑事法院法》，经 2014 年法修正，§ & A, 第 23 号；斯洛文尼亚，2005 年《刑法典》第 103 和 105 条；塔吉克斯坦，《塔吉克斯坦共和国刑法典》第 395-396 条；东帝汶，《东帝汶民主共和国刑法典》，第 19/2009 号法令，第 134 条。有关讨论见 A. Reisinger Coracini, “National legislation on individual criminal responsibility for conduct amounting to aggression” in *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review National Legislation on Individual Responsibility for Conduct Amounting to Aggression*, R. Bellelli, ed. (Abingdon and New York, Routledge, 2016)。

⁷⁸³ 《罗马规约》，第七条第(一)款第十、第六和第九项。

⁷⁸⁴ 见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约，1973 年 11 月 30 日)，联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 14861 号，第 243 页；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(纽约，1984 年 12 月 10 日)，同上，第 1465 卷，第 24841 号，第 85 页(下称“《禁止酷刑公约》”)；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(纽约，2006 年 12 月 20 日)，同上，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页。

⁷⁸⁵ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第四条；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，第 4 至 6 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第四、第六和第九条。

⁷⁸⁶ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第十一条；《禁止酷刑公约》，第 6 至 9 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十、十一、十三和十四条。

员会也注意到，种族隔离、酷刑和强迫失踪罪，根据《罗马规约》规定，须有一个明确阈限。该阈限系指“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分”而实施此类犯罪，但并不存在于明确涉及罪行的文书中。⁷⁸⁷ 再次，委员会注意到，禁止酷刑和强迫失踪的公约明确规定，这类罪行仅可由国家官员实施或在其唆使、支持或默许下实施。⁷⁸⁸ 此外，委员会还考虑到，在许多案例中，当国内法院在处理这些豁免案件时，都把它们当作单独罪行对待。对酷刑案件的处理就是这方面的一个范例。⁷⁸⁹ 但一些委员指出，将这些罪行列入第 7 条草案，在实践中，以及在国家和国际判例或国内立法中能找到的支持很少，几乎没有。

(20) 尽管委员会一些委员建议将奴役罪、恐怖主义罪、贩卖人口罪、儿童卖淫与儿童色情以及海盗罪等罪行纳入清单，而且为预防、禁止和惩治目的针对每种罪行建立专门法律制度的国际条约也述及这些罪行，但是委员会决定不予列入。委员会这么做，是考虑到上述罪行或已包含在危害人类罪中，或不完全符合严格意义上的国际法规定罪行的定义，在多数情况下将它们称为跨国犯罪更为准确。此外，这类罪行通常由非国家行为者实施，也不反映在有关管辖豁免的国内司法实践中。无论如何，不应当认为未把其他国际罪行载入第 7 条草案就意味着委员会低估其严重性。

(21) 最后，应当指出的是，委员会没有按照特别报告员的提议，⁷⁹⁰ 将腐败犯罪或受所谓“领土侵权例外”影响的罪行列入第 7 条草案第 1 款，但是这并不意味着委员会认为外国刑事管辖属事豁免适用于这两类罪行。

(22) 关于腐败(应理解为“重大腐败”)，委员会一些委员指出，腐败犯罪特别严重，因为它们直接影响到国家利益和国家稳定，国民福利，甚至国际关系。因此，他们表示支持载入一项属事豁免例外。可委员会其他委员主张，尽管腐败犯罪的严重性毋庸置疑，但将其列入第 7 条草案却引起一个问题，本质上涉及“腐败”这一术语的一般性和可以归入此类的多种行为，而且他们认为，条约实践和判例法都没有提供将这类罪行列入豁免限制与例外范畴的充足理由。另一些委员质疑腐败是否达到第 7 条草案所列其他罪行的严重程度。最后，几位委员指出，绝不可把腐败视为以官方身份实施的行为，因此也不必列入不适用豁免的罪行之中。

(23) 委员会特别考虑了最后一个论点，决定不将腐败犯罪列入第 7 条草案，因为它们不构成“以官方身份实施的行为”，而是国家官员纯为私利实施的行

⁷⁸⁷ 《罗马规约》，第七条第(一)款。该阈限定义载于第七条第(二)款(a)项。

⁷⁸⁸ 《禁止酷刑公约》第 1 条第 1 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条。

⁷⁸⁹ 正像例如联合王国的情况，涉及不适用管辖属事豁免的案件均以《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》为根据，提出了此类豁免不可适用于酷刑行为的问题。见 Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)，联合王国上议院，1999 年 3 月 24 日(见上文脚注 762)；FF 诉检察长案(纳赛尔王子案)，高等法院王座法庭分庭，2014 年 10 月 7 日的判决(见上文脚注 762)。《禁止酷刑公约》也是涉及民事管辖豁免问题的依据：琼斯诉沙特阿拉伯案，上议院，2006 年 6 月 14 日的判决(见上文脚注 762)。

⁷⁹⁰ 见特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第五次报告(A/CN.4/701)，第 225-234 段。

为。⁷⁹¹ 尽管委员会的一些委员指出，不能忽视国家官员参与这类行为的情况，因为正是其官员身份便利和促成腐败犯罪，但另一些委员认为，官员实施犯罪的事实不会改变行为的性质，即便该官员利用国家设施，可能赋予行为以官方行为表象，但仍然是为该官员为私利实施的行为。因此，既然第 6 条草案第 1 款所载规范性要素不适用于腐败犯罪，几位委员认为，不存在对腐败犯罪的管辖属事豁免，因此没有必要将该罪列入不适用豁免的罪行清单。⁷⁹²

(24) 对于法院地国不同意外国官员在该国领土上出现并开展导致实施犯罪的活动，而该外国官员在该法院地国领土上实施其他犯罪的情况(领土例外)，委员会也进行了审议。这种情形与第 7 条草案第 1 款所载国际法规定的罪行或腐败犯罪有许多不同。尽管有观点认为，在这类情形下可能存在豁免，不应当把例外列入第 7 条草案，因为没有充分的实践支持这样做，但委员会决定不将该罪行列入条款草案是出于其他原因。委员会认为，上述情况下在一国领土内实施的某些犯罪，⁷⁹³ 例如谋杀罪、间谍罪、破坏或绑架罪，应当遵照领土主权原则，并不产生管辖属事豁免，因此也就没有必要把它们列入不适用豁免的罪行清单。这并不妨碍根据第 1 条草案第 2 款规定的国际法特别规则享有的刑事管辖豁免。

第 2 款与附件

(25) 第 7 条草案第 2 款在本条第 1 款和题为“第 7 条草案第 2 款提到的条约清单”的条款草案附件之间建立了联系。虽然当代国际法明确确立了“国际法规定的罪行”这一概念以及“灭绝种族罪”、“危害人类罪”、“战争罪”、“种族隔离罪”、“酷刑”和“强迫失踪”等概念，但委员会注意到，第 7 条草案提到“罪行”，意思是说必须保留刑法特有的法律确定性原则，并且提供工具，以免在辨别上述各项罪行的含义时主观臆断。

(26) 然而，委员会认为没有必要界定灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、种族隔离罪、酷刑和强迫失踪，因为这并不属于委员会在本条款草案框架内承担的任务。相反，委员会认为，最好是简单地确认对上述类别的罪行作出了界定的条约文书，以便将这些罪行列入一份清单，使法律工作者在适用第 7 条草案时有更大的确定性。这项工作的成果就是条款草案附件所载的清单。

(27) 正如第 7 条草案第 2 款所述，每项罪行与附件所列条约之间的关联只是为了第 7 条草案(关于国家官员的外国刑事管辖豁免)之目的，意在查明第 7 条第 1 款所列犯罪的定义，而不用假定或要求国家必须是这些文书的缔约国。

(28) 另外一方面，应当牢记的是，列出某些条约对这些国际法承认的罪行的习惯性质没有任何影响，对缔约国可能依据这些条约承担的具体义务也没有任何影响。同样，只载入一些对相关罪行进行界定的条约，不影响其他对同样的罪行作出界定或规定的条约，就缔约国适用这些条约而言，其定义和法律制度依然完整无损。总之，为确定第 7 条草案第 1 款所列各项罪行的定义而提及某项特定条约，是因为方便、适宜，并且只是为了第 7 条草案的目的，决不影响习惯国际法

⁷⁹¹ 同样，见第 2 条草案(f)项的评注第(3)和第(5)段，其中涉及“以官方身份实施的行为”的定义，《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 354-355 页。

⁷⁹² 同上，第(13)段，第 358 页。

⁷⁹³ 关于国家豁免情况下的例外，见国家的司法豁免案(德国诉意大利，希腊参加诉讼)(见上文脚注 765)。

或基于条约的国际法提及此类罪行且载有关于各项罪行一般范围的法律制度的其他规则。

(29) 选择某些条约，将其条款载入附件，以提供国际法规定的各种罪行的定义，采用了三项基本标准：(a) 在若干条约使用不同措辞界定同一罪行的情况下，希望避免可能出现的混乱；(b) 选择适用范围广泛的条约；(c) 选择提供现有最新定义的条约。

(30) 灭绝种族的定义首次出现在《防止及惩治灭绝种族罪公约》，⁷⁹⁴并在当代国际刑法，特别是《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(第4条)⁷⁹⁵和《卢旺达问题国际法庭规约》(第2条)⁷⁹⁶中，尤其是在《国际刑事法院罗马规约》中，保持未变，《罗马规约》第六条就照搬了《防止及惩治灭绝种族罪公约》所载的定义。委员会本身也在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第17条中对灭绝种族作出了界定。⁷⁹⁷为本条款草案之目的，委员会把《罗马规约》(第六条)和《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第二条)都列入了附件，因为这两项法律文书使用的措辞实际是相同的，并且含义相同。

(31) 关于危害人类罪，应该忆及，一些国际条约已确定某些行为是“危害人类罪”⁷⁹⁸，而且国际法庭也已裁定此类罪行具有习惯法性质。《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(第5条)和《卢旺达问题国际法庭规约》(第3条)也对该罪行作出了界定。委员会本身也在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》(第18条)对这类罪行下了定义。⁷⁹⁹然而，《罗马规约》是第一项全面、独立地对该类罪行作出界定的法律文书。因此，委员会认为，为本条款草案之目的，应以《罗马规约》第七条作为危害人类罪的定义。这与委员会此前就危害人类罪条款草案通过的决定是一致的，其中第3条草案照搬了《罗马规约》⁸⁰⁰第七条关于该类罪行的定义。

(32) 战争罪的概念历史悠久，最初与国际人道法条约息息相关。因此，保护战争受难者的1949年8月12日日内瓦四公约和《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)，把这类罪行

⁷⁹⁴ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第78卷，第1021号，第277页，第二条。

⁷⁹⁵ 安全理事会第827(1993)号决议，附件。

⁷⁹⁶ 安全理事会第955(1994)号决议，附件。

⁷⁹⁷ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第44页。

⁷⁹⁸ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第一条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，序言部分第五段。

⁷⁹⁹ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页。

⁸⁰⁰ 见《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》(A/70/10)，第56-58页，第3条及其评注第(3)段。

界定为“严重破坏公约行为”。⁸⁰¹《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(第2和第3条)和《卢旺达问题国际法庭规约》(第4条)也对战争罪作出了界定,另外委员会本身也在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》(第20条)⁸⁰²对这类罪行作出了界定。关于战争罪的最新定义载于《罗马规约》第八条第(二)款,它吸取了以往的经验,并全面提及国际武装冲突和国内武装冲突中实施的战争罪,也提及根据条约和习惯法承认的罪行。为本条款草案之目的,委员会决定保留《罗马规约》第八条第(二)款所载定义,将其视为这类犯罪的最新版定义。但是,这并不意味着忽视1949年日内瓦四公约及其《第一议定书》给出的战争罪定义的重要性。

(33) 种族隔离罪的定义首次出现在1973年11月30日的《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》。该公约将种族隔离称为一项危害人类的罪行和国际法规定的罪行(第一条),载有种族隔离罪单独而详细的定义(第二条)。因此,为本条款草案之目的,委员会决定保留1973年《公约》的定义。

(34) 所有相关的国际文书都将酷刑定义为侵犯人权的行为。1984年12月10日的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》首次将酷刑定性为应受刑事惩罚的被禁止行为,其中第1条第1款将酷刑界定为一项单独的罪行。该定义还另外包含一项重大要求,即行为除非是公职人员实施的或在公职人员的唆使或同意下实施的,否则不能被定义为酷刑,从而使该罪行直接属于本条款草案的范围。《美洲防止和惩处酷刑公约》(第2和第3条)也载有类似定义。⁸⁰³委员会认为,为本条款草案之目的,应依照《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》中的定义来理解酷刑。

(35) 强迫失踪的定义首次出现在1994年6月9日的《美洲被迫失踪人士公约》(第二条)。⁸⁰⁴2006年12月20日的《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》也给出了该罪行的定义(第二条)。与酷刑的情况一样,这个定义要求行为是公职人员实施的或在公职人员唆使或同意下实施的,使该罪行直接属于本条款草案的范围。因此,委员会认为,为本条款草案之目的,应依照2006年《公约》第二条理解强迫失踪的定义。

⁸⁰¹ 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》),第50条;《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》),第51条;《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》),第130条;《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》),第147条(联合国,《条约汇编》,第75卷,第970至973号);《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一议定书》), (1977年6月8日,日内瓦),第85条(同上,第1125卷,第17512号,第3页)。

⁸⁰² 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第53-54页。

⁸⁰³ 《美洲防止和惩处酷刑公约》(哥伦比亚卡塔赫纳,1985年12月9日),美洲国家组织,《条约汇编》,第67号。

⁸⁰⁴ 《美洲被迫失踪人士公约》(巴西贝伦,1994年6月9日),美洲国家组织,《正式记录》,OEA/Ser.A/55。

第八章

一般国际法强制性规范(强行法)

A. 导言

142. 委员会第六十七届会议(2015年)决定将“强行法”专题列入工作方案，并任命迪雷·特拉迪先生为专题特别报告员。⁸⁰⁵大会随后在2015年12月23日第70/236号决议中注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

143. 委员会第六十八届会议(2016年)收到了特别报告员的第一次报告，⁸⁰⁶该报告论述了概念问题并提出了一些方法问题，包括委员会是否应作为此专题审议工作的一部分，提供一个可被认定为强行法的规范的说明性清单。报告进一步追溯了强行法的历史和理论基础。

B. 本届会议审议此专题的情况

144. 委员会本届会议收到了报告员的第二次报告(A/CN.4/706)，该报告试图提出识别强制性规范(强行法)的标准，将1969年《维也纳条约法公约》(以下称“1969年《维也纳公约》”)作为制定标准的出发点。特别报告员根据其分析提出了6项结论草案。⁸⁰⁷特别报告员还建议委员会将专题的名称从“强行法”改为“国际法强制性规范(强行法)”。

145. 委员会在2017年7月3日至5日和11日至13日举行的第3368至3370次会议和第3372至3374次会议上审议了第二次报告。

⁸⁰⁵ 在2015年5月27日举行的第3257次会议上(《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》(A/70/10)，第286段)。委员会第六十六届会议(2014年)按照委员会报告附件所载的建议(同上，《第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第23段)将该专题列入长期工作方案。

⁸⁰⁶ A/CN.4/693。

⁸⁰⁷ 见关于强行法的第二次报告(A/CN.4/706)：结论草案4(强行法的标准)；结论草案5(强行法规范是一般国际法的规范)；结论草案6(接受和确认是识别强行法的标准)；结论草案7(国家之国际社会全体)；结论草案8(接受和确认)；结论草案9(接受和确认的证据)。

146. 委员会在 2017 年 7 月 13 日举行的第 3374 次会议上，将特别报告员第二次报告所载的结论草案 4 至 9⁸⁰⁸ 转交起草委员会。在同一次会议上，委员会决定将专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。

⁸⁰⁸ 特别报告员在其第二次报告中提出的结论草案 4 至 9 案文如下：

结论草案 4
强行法标准

要识别一个规范为强行法，必须表明该规范符合两个标准：

- (a) 它必须是一般国际法的规范；和
- (b) 它必须获国家之国际社会全体接受和确认为不容克减的规范。

结论草案 5
强行法规范是一般国际法的规范

1. 一般国际法的规范是具有普遍适用范围的规范。
2. 习惯国际法是形成国际法强行法规范最常见的基础。
3. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所称的一般法律原则也可作为国际法强行法规范的基础。
4. 条约规则可反映一项能提升到一般国际法强行法规范级别的一般国际法规范。

结论草案 6
接受和确认是识别强行法标准

1. 一个国际法规范如获接受和确认为不容克减的规范，即可识别为强行法规范。
2. 接受和确认一项规范为不容克减规范的要求包括须对国家之国际社会全体的意见进行评估。

结论草案 7
国家之国际社会全体

1. 在识别强行法规范中，实际起作用的是国家之国际社会全体的接受和确认。因此，实际起作用的是各国的态度。
2. 国家以外其他行为人的态度虽可有助于评估国家之国际社会全体的接受和确认，但本身不构成国家之国际社会全体的接受和确认。
3. 大多数国家接受和确认即足以识别一项规范为强行法规范。不要求所有国家都接受和确认。

结论草案 8
接受和确认

1. 作为强行法标准的接受和确认要求不同于为识别习惯国际法的目的接受为法律的要求。它与《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所称的一般法律原则的目的所规定的确认要求也同样有区别。
2. 作为强行法标准的接受和确认要求意味着应提供证据，除表明有关规范获各国接受为法律外，还要证明有关规范获接受为不可克减的规范。

结论草案 9
接受和确认的证据

1. 表明一项一般国际法规范获接受和确认为强行法规范的证据可反映于各种材料并可呈现于各种形式。
2. 下列材料可提供获接受和确认的证据，表明一项一般国际法规范已提升到强行法级别：条约、国际组织通过的决议、以国家名义发表的公开声明、官方出版物、政府法律意见、外交函件和国家法院的裁决。
3. 为识别一项规范为国际法强行法规范的目的，国际性法院和法庭的判决和裁决也可作为接受和确认的证据。
4. 其他材料，如国际法委员会的工作、专家机构的工作和学术著作，均可作为识别不可克减国际法规范的次要手段。这种材料也可用来协助评估主要材料的权重。

147. 在 2017 年 7 月 26 日举行的第 3382 次会议上，起草委员会主席提交了起草委员会关于“一般国际法强制性规范(强行法)”的临时报告，其中载有委员会第六十九届会议暂时通过的结论草案。该报告仅供参考，可在委员会网站上查阅。⁸⁰⁹

1. 特别报告员介绍第二次报告

148. 特别报告员指出，他的第二次报告包含 3 个实质性部分：关于本专题以往审议情况的第二部分、关于强行法的标准的第三部分和包含建议的第四部分。

149. 在关于本专题以往审议情况的第二部分中，特别报告员指出，最初批评本专题的 3 个国家保持他们的批评意见，而就本专题进行过发言的绝大多数国家继续表示支持。⁸¹⁰ 他进一步强调，普遍同意需要改变专题的名称。他还指出，虽然委员会决定不将他的第一次报告提出的结论草案 2 转交起草委员会，但他打算在今后的报告中重新提出建议。他还指出，在委员会和第六委员会，最大的分歧涉及结论草案 3，特别是第 2 段，其中提出了强行法的 3 个基本特点，即这些规范保护国际社会的基本价值观，其等级高于国际法其他规范且普遍适用。

150. 特别报告员还指出，他打算考虑是否应当拟订强行法规范的说明性清单，强调他将在今后关于杂项问题的报告中就此提出一项具体建议，并请委员会委员就该问题发表意见。

151. 报告第三部分阐述识别强行法的标准，这些标准以 1969 年《维也纳公约》第五十三条为基础，与各国表达的意见以及国家惯例、国际性法院和法庭的裁决、学术著作以及委员会本身以往根据 1969 年《维也纳公约》第五十三条对强行法的审议相一致，同时不将该专题的范围限定为条约法。

152. 在这方面，特别报告员强调，第五十三条包含两个累积性标准，即相关规范必须是一般国际法的规范，且必须被接受和公认为一个不容克减的规范。虽然特别报告员指出了其他几种定义方法，但他认为，两标准方法应予保留。因此，拟议结论草案 4 体现了这种方法，(a) 段重述了第一个标准，(b) 段重述了第二个标准。

153. 报告随后着手评估第一个标准的内容，在关于“强行法规范是一般国际法的规范”的拟议结论草案 5 中进行了论述。特别报告员指出，他认为没有必要专门编写一条结论草案详细说明习惯国际法与强行法之间的关系。他指出，在这方面，该条拟议草案第 2 段已经足够了。他还指出习惯国际法在识别强行法规范方面的作用已得到相当广泛的认可，而依靠国际法其他渊源的可能性所得到的认可则少得多。他指出，一般法律原则可形成强行法规范的基础这一观点有着权威性证据。这一点在惯例中以及条约法条款第 50 条⁸¹¹ 的起草过程中非常明显，1969 年《维也纳公约》第五十三条也明确纳入了一般法律原则。虽然现有惯例有限，但特别报告员仍认为最好将这些一般法律原则列入强行法的基础，尽管在表述上可以不像对习惯国际的表述那样绝对。

⁸⁰⁹ <http://legal.un.org/ilc>。

⁸¹⁰ 见 A/CN.4/706，第 10 和第 12 段。

⁸¹¹ 委员会通过的条款草案及其评注载录于《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 177 页起。

154. 关于条约，特别报告员回顾，虽然普遍认为条约本身不构成一般国际法规则，但条约规则可反映一般国际法规则。

155. 特别报告员随后指出，结论草案 6 至 9 阐述的第二个标准，即有关规范“必须获国家之国际社会全体接受和确认为不容克减的规范”，包含几个要素：第一个涉及接受和确认的主要要求；第二个涉及接受和确认方；第三个涉及接受和确认的是什么。

156. 考虑到结论草案 6 设定了第二个标准的总体背景，特别报告员解释说，这条草案具有双重目的：一方面，它指出仅确定一项规范是一般国际法规范还不足以使之具有强行法地位，另一方面，该条说明，在第二个标准中，实际起作用的是国家之国际社会全体接受和确认。

157. 特别报告员指出，结论草案 7 涉及标准的接受和确认问题，强调 1969 年《维也纳公约》第五十三条的起草过程和各国的惯例在这方面尤为相关。他进一步强调，虽然第 2 段强调了作为一个整体的国家的核心作用，但“国家之国际社会全体”一语旨在说明应考虑的是全体国家的意见，而不是单个国家的态度。结论草案 7 第 2 段还力图反映委员会此前达成的微妙平衡，即一方面承认各国的核心作用，另一方面又不否认其他实体对识别法律的潜在影响。

158. 结论草案 8 阐述国际社会全体所接受和确认的内容。特别报告员认为，一项规则要称为强行法，仅被接受和确认具有某一性质，即它是一项不容克减的规范(强制法律确信)是不够的；与习惯国际法的情况相同的是，提供接受和确认的证据也一样重要。

159. 结论草案 9 的目的是相应地阐述可能作为证据提供的材料的性质。特别报告员回顾说，虽然大多数情况下，此类材料在实践中与往往用作习惯国际法被接受为法律的证据相似，但它们在内容上是不同的。

160. 根据委员会第六十八届会议期间的辩论情况，特别报告员在其报告第 90 段建议将专题的名称从“强行法”改为“国际法强制性规范(强行法)”。然而，他随后注意到，他的建议不符合与 1969 年《维也纳公约》第五十三条相一致的要求。因此，他修改了建议，将专题的标题改为“一般国际法强制性规范(强行法)”。

161. 关于今后的工作方案，特别报告员设想，委员会将于 2018 年审议(可能分两份报告)强行法一般性的效力或后果以及在条约法和其他国际法领域的效力或后果。将于 2019 年发布的第四次报告将阐述其余杂项问题以及关于强行法规范说明性清单的建议。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

162. 总体而言，委员们对特别报告员的第二次报告表示欢迎。他们强调，报告在“识别的灵活性”和“国际法的合意性”之间保持了平衡。虽然大多数委员会强调需要澄清一个困难和复杂的概念，但有些委员回顾了一些会员国围绕强行法专题所表达的怀疑态度。

163. 虽然委员们普遍表示同意特别报告员将1969年《维也纳公约》第五十三条作为识别强行法标准的出发点，但有人回顾称，强行法概念可能没有涵盖委员会将审议的所有方面。有人指出，正如特别报告员在其第一次报告中确认的那样，该专题的出现比1969年《维也纳公约》早数百年。还有人指出，委员会应认真重新评估是否想要以1969年《维也纳公约》第五十三条为唯一依据，确定哪项规范在国际法中获得了强制性地位，这将意味着对强行法进行严格基于同意的理解，而强行法的目的之一正是对各国可以同意什么或处置什么进行限制。还有人指出，强行法的范围超过了条约法，还包括非公约文书和其他法律领域，如关于国家对国际不法行为的责任的法律。

164. 有人表示同意特别报告员关于习惯国际法是形成强行法规范的最常见基础的主张，但有人表达了与特别报告员不同的意见，认为条约规则本身不应被视为强行法规范的渊源或基础。还有人指出，一项规范应在法律的所有三个渊源，即习惯、条约和一般法律原则上都发展到足够的程度才能构成强行法规范。

165. 虽然大多数委员同特别报告员一样认为1969年《维也纳公约》第五十三条所述的更改要素不能成为一个标准，但一些委员对此表达了不同意见。还有人认为，应载入第五十三条第一句，作为一个标准。

166. 一些委员支持特别报告员所建议的识别强行法标准。有些委员认为，结论草案3第2段所列的特点(基本价值观、等级优先和普遍适用)是显然和基本的要素，并呼吁将它们作为识别标准的一部分。有委员指出，有必要将强行法保护基本价值观的特点加入识别标准。相反，另一种观点认为，这些特点可在评注中予以讨论。还有人指出，报告中缺少关于形成和识别强行法的具体实例。然而，其他委员对支持特别报告员结论的已确认惯例的数量表示满意。

167. 许多委员赞同特别报告员关于基本价值观之重要性的观点，例如，他们指出，强行法是“维护‘国际社会基本价值观’的一种方式”，这些价值观决不能受到损害；强行法来自于具有“基本和共同的价值观的国际社会的构成基础；强行法规范的强制性源于它被认为反映了基本价值观”；特别报告员的观点与委员会以前在关于条约法、国家责任和国际法不成体系问题的工作中所持立场相一致。

168. 其他委员认为，“基本价值观”的含义需要澄清，这一概念没有得到主流的国内和国际性法院和法庭无反对意见的积极接受。还有人指出，国际法基于多种价值观体系，原则上国际社会没有统一的价值观。一些委员呼吁对国际法上的基本价值观进行界定，并告诫特别报告员不要将“保护”和“反映”基本价值观两词交替使用。特别是，有意见认为，最好在提及基本价值观时同时使用“保护”和“反映”。

169. 有人表示支持将基本价值观与强行法之间的联系列为国际法中强行法规范的独特特征。

170. 大多数委员支持特别报告员将一般国际法作为第一个标准的方法。一些委员质疑报告中没有对“一般国际法”概念进行定义。有人提出，强行法规范的等级优先性更多是强行法规范的后果，而不是特点，等级问题提出了关于国际法渊源，如一般原则和习惯国际法的“等级效力”的重要问题。还有人指出，第一个标准只是强行法存在的一个先决条件，因此，它不需要反映强行法的所有特点。

171. 其他委员进一步回顾说，没有关于这一概念的统一理论。还有人认为，提及关于国际法不成体系的研究报告⁸¹²是不够的，因为该研究报告没有就一般国际法的定义表明立场。此外，有人询问专门制度的规范，包括国际人道主义法规则是否可被视为强行法的一部分。

172. 关于强行法的基础，一些委员同意习惯国际法是最常见的基础的说法。有人认为，国际规范可包括条约产生的规范，以及《国际法院规约》第三十八条第一款所列以外的其他渊源，如国际组织的决议所产生的规范。有人对特别报告员区分一般国际法和特别法表示关切，特别法被认为可能有助于形成一般国际法。

173. 委员们对一般法律原则的作用表达了各种不同看法。许多委员同意一般原则可以构成强行法的基础，但其他委员回顾，缺乏关于一般法律原则的共识，⁸¹³这导致委员会委员在起草 1969 年《维也纳公约》第五十三条时搁置了一般法律原则，他们还指出，委员会应因此而避免在审议强行法时提及一般原则。一些委员还质疑国家惯例是否支持一般法律原则作为强行法基础的地位，并要求提供这方面的实例。还有人认为，虽然一般法律原则可以成为强行法规范，但并非所有一般法律原则都具有强行法地位。

174. 一些委员反对列入一般法律原则的理由包括，根据定义，这些原则是国内法原则。在这方面，有人指出，一旦这种国内法原则被承认为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般原则，它们即不再只是国内法原则。还有人指出，一般法律原则是国际法的渊源。

175. 一些委员认为强行法规范独立于国家意志和决心之外存在，是自然法的一部分，他们鼓励特别报告员对强行法的性质作进一步分析，其他委员表示同意特别报告员不就这一概念的“自然法”和“实在法”来源之间的区分进行辩论的做法，并支持根据国家或司法惯例以及学术文献所反映的情况予以论述的方法。

176. 虽然一些委员赞同特别报告员依靠两步方法来证明一般国际法规范的存在，即将一项“正常”的习惯国际法规则提升为一般国际法下的强行法规范，另一些委员也将其视为一种有益的分析工具。但有几位委员指出，实际上强行法的形成并没有采用这两步。他们指出，在某些情况下，强行法的形成并不是通过两个不同的步骤，即便有时这两步明显可辨。还有人认为，应考虑到其他标准，例如，有关规范应为一般国际法规范，应不可克减，以及仅有以后规范始得更改。

177. 关于第二个标准，一些委员会表示不同意特别报告员的以下观点：即不可克减不是识别强行法的标准，而是强行法存在的后果。他们回顾说，不可克减概念确定了哪些规则属于强行法类别，根据 1969 年《维也纳公约》第五十三条，它不仅仅是一种后果。还有人认为，一项事实上被许多国家不断违反的规范将无法获得强行法地位，即便这些国家提出反对意见。

178. 关于法院和法庭的判例，虽然有人强调特别报告员适当记录了国际法院和其他法庭的司法惯例，但也有人指出，法院通常只提及强行法规范，而不阐述“一般国际法”、“等级优先性”、“基本价值观”、“接受和确认”及“国际

⁸¹² “国际法不成体系：国际法的多样化和扩展引起的困难”，马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组报告(A/CN.4/L.682 及 Corr.1 和 Add.1)，研究组工作的结论草案，结论 20 “适用习惯和一般法律原则”。

⁸¹³ 《1963 年……年鉴》，第一卷，第 684 次会议，第 51 段。

社会全体”指的是什么。有人认为，国际性法院似乎剥去了强行法概念的决定性因素，即高于一切其他规范的等级优先性。另一种观点认为，声称法院和法庭的裁决是强行法的证据，这是不正确的，因为其存在是识别强行法规范的一种辅助手段。

179. 一些委员对审议区域强行法及其普遍适用表示关切。由于特别报告员未明确表示打算研究非普遍性强行法的可能性，有人建议现阶段不就这些规范是否属于本专题的范围作出决定。还有人问“普遍适用”是否意味着应理解为“所有国家”或“所有国际法主体”。另有人认为，结论草案 5 第 1 段所反映的普遍适用的说法是可以接受的，但有一项谅解，即区域强行法的可能性问题将在以后进行阐述。

180. 回顾委员会以前制定强行法规范说明性清单的努力，大多数委员赞同在本研究的范围内制定这样一份清单。清单可以提供一份附件，列出“候选”强行法规范。相反，有人认为，委员会开展提供说明性清单的工作不是一个明智的想法，因为编制清单需要花费大量时间。有些人则建议委员会商定识别强行法和后果的方法。

(b) 对结论草案的具体评论

(一) 对结论草案结构的一般评论

181. 委员们提出了关于合并和简化特别报告员第二次报告中提出的结论草案的各种建议，以期起草委员会考虑这些建议。

(二) 结论草案 4

182. 虽然有委员表示支持结论草案 4，但也有人表示，考虑到基本价值观的重要性，将其排除在强行法的规范性标准之外的做法存在疑问。因此，有人建议将这一概念作为一项规范性标准列入，并保留关于国家对国际不法行为的责任的条款评注⁸¹⁴中使用的措辞，即“国际社会的关键利益”和强制性规范的“根本性”，从而避免“基本价值观”一词。还有人建议在结论草案 4 与结论草案 5 至 8 的要素说明之间建立联系。另有人建议，结论草案 4 应反映一个事实，即强行法的形成可能不遵循所反映的建议顺序，可以调整措辞或在评注中作出解释。另一委员注意到这一方法可能会造成与结论草案 3 第 1 段的重复并因此可能并不真正需要，建议在结论草案 4 中列入 1969 年《维也纳公约》第五十三条中的第 3 个标准，作为(c)分段，或(b)分段的一部分。还有人建议，一方面，有关规范应为一般国际法规范，另一方面，应考虑到四项标准，即一般国际法规范、国际社会的接受和确认、不可克减以及仅有以后规范始得更改。有人建议，后两个标准可以合二为一。

(三) 结论草案 5

183. 有人认为，结论草案 5 的标题可以改为“一般国际法的渊源”。一些委员认为结论草案 5 需要证据和理由，但其他委员强调，所有三个法律渊源，即习

⁸¹⁴ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。另见大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。

惯、条约和一般法律原则同样重要，应平等对待。还有人建议，第 1 段应明确指出有关规范对所有国家都有约束力，还有人对第 5 段表示怀疑，认为一般法律原则在本质上不是强制性的。

(四) 结论草案 6

184. 另一种观点认为，可删除结论草案 6，因为它本质上是在重申必须得到国际社会全体的接受和确认。

(五) 结论草案 7

185. 有人对结论草案 7 第 1 段使用“态度”一词提出疑问。虽然有人表示支持第 3 段采用的方法，但另一种观点认为，这种方法是不平衡的，因为只需要各国的适度同意。一些委员赞同采用要求几乎全部或大多数国家同意强行法规范的措辞，如“绝大多数”或“几乎所有国家”。另一种观点建议合并结论草案 7 的第 1 和第 2 段，或删除第 2 段，因为强行法规范通常是普遍适用的。

(六) 结论草案 8

186. 为使结论草案 8 具有全面性，有人建议将第 2 段中的“有关规范获各国接受”一语改为“有关规范获得国际社会全体的接受和确认”。还有人请特别报告员考虑作为接受和确认的一种形式的默认问题，并处理结论草案 8 第 2 段未能说明主题的问题，因为它只是重复了结论草案 3、4 和 6 中反映的内容。

(七) 结论草案 9

187. 有人认为，需要性质上与构成习惯国际法的证据不同的材料来证明此类规则已提升至强行法规范的地位，以避免“双重或三重计算”。另一种观点认为，国家宪法应被列为证据，应添加一些措辞，明确说明第 2 段的清单不是详尽无遗的。有人建议将国际法院指出的第四项要求，⁸¹⁵ 即一种行为在国际和国内论坛经常遭到谴责作为一种证明手段。还有人建议，应当说明，一方面，所列材料间是否有性质上的区别，另一方面，在第 2 段中，决议应由所提及组织的缔约国通过，并应添加“一致”一词。另一种观点认为应提及强行法的更改。还有人建议，第 2 段应修改为：“下列材料可提供国际社会全体关于接受和确认的意见的证据……”；第 3 段应予改进，说明法院和法庭的裁决“可作为识别一项强行法规范的辅助手段”。

(八) 专题的标题

188. 委员们表示支持修改专题的标题。建议包括：“强制性规范(强行法)”、“一般国际法强制性规范(强行法)”、“条约法中的强行法”、“国际法中的强行法”和“一般国际法中的强行法”。

(九) 今后的工作

189. 委员们普遍表示支持特别报告员关于该专题今后工作计划的说明，但有人建议，与国家责任有关的问题不仅应在“效力”中进行阐述，还应从强行法的整

⁸¹⁵ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页起，见第 457 页，第 99 段。

个分类角度阐述，包括定义、标准和内容以及后果。还有人强调，需要制定涵盖条约法和国家责任的综合的强行法概念。

3. 特别报告员的总结

190. 特别报告员总结了辩论期间提出的评论和意见。他再次重申倾向于在整套结论草案获得通过前，将结论草案继续留在起草委员会。

191. 特别报告员评论了辩论期间提出的各种问题，包括关于委员会应处理国内强行法的建议，他认为应审议这一问题，原因如下：委员会决定以 1969 年《维也纳公约》第五十三条作为其工作的基础；需要考虑来自更广泛的区域范围的惯例，因此他邀请委员们向他提供所掌握的材料；需要使证据来源多样化；以及有人建议他提及各文化群体的惯例和传统。

192. 关于普遍适用与区域强行法间的联系，特别报告员重申其观点，即区域强行法在法律上是不可能的，他将在今后的报告中阐述其原因。目前，他认为那项研究的可能结果可以成为一条结论草案，说明区域强行法规范作为一般规则的例外是可能的；或区域强行法在国际法上是不可能的；或仅说明结论草案“不妨碍”区域强行法存在的可能；或不作任何规定。他还建议在今后的报告中阐述普遍适用是否意味着“所有国家”或“所有国际法主体”。

193. 关于国际性法院和法庭判例中所体现的等级优先问题，特别报告员认为，法院，特别是国际法院试图通过说明有关问题不存在冲突关系来明确排除等级问题，使得等级问题完全没有出现。他还确认，他不同意等级优先更多是后果而不是特点的观点。

194. 特别报告员不同意有人就 2016 年提交起草委员会的结论草案 3 第 2 段表达的观点，即该规定似乎表明不应列出强行法的特点，除非它们对强行法的标准和识别有直接影响。他指出，结论草案在本质上混合了关于法律状况的规范性结论和描述性结论。他指出，他打算在评注中解释说，这些特点可能有助于评估国际法强行法规范的标准。

195. 一些委员认为 1969 年《维也纳公约》第五十三条不应作为审议本专题的唯一基础，关于这一点，他回顾说，他在两份报告，包括关于强行法标准的报告中采用的方法并非完全基于同意。他认为，虽然国家的作用对于本专题至关重要，但这并不意味着本专题完全基于同意的存在。

196. 特别报告员回顾说，虽然一些委员提出了疑问，但大多数委员同意两步方法。他回顾说，两步方法不等于双重或三重计算：第一步是探求是否存在法律，很多时候是习惯国际法。在第二步中，有关规则或规范的地位不是问题。问题在于是否具有强制性。

197. 特别报告员不同意支持将更改列为一项标准的论点，他回顾说，国家和国际性法院的司法惯例侧重于接受和确认不可克减性方面的证据。然而，他可基于一项谅解而接受这一建议，即克减和更改要素不被视为单独的标准，而是这一标准的组成部分。

198. 他回顾说，大部分委员(即便不是所有委员)均表示同意将此专题的标题从“强行法”改为“一般国际法强制性规范(强行法)”的建议。

199. 关于委员们提出的有关简化结论草案的各种起草建议，他强调应考虑到不同条文的目的，并指出，他愿意按照全体会议辩论期间所提建议调整结论草案的结构。

200. 特别报告员注意到，虽然大多数委员表示同意他提出的第一个标准的总体方向，即一般国际法的概念，但有人就具体方面提出了一些问题，包括国际人道主义法是否不能构成强行法的一部分。在这方面，他确认，不应区分一般国际法和特别法，因此，没有排除国际人道主义法产生强行法规范的可能性。

201. 在评论关于一般国际法规范是对所有国家都具有约束力的规范这一说法时，他指出，第一个标准只是强行法存在的一个先决条件，因此，它不需要反映强行法的所有特点。

202. 特别报告员随后提及一些委员对报告中关于条约不能是一般国际法一部分的结论所表达的不同意见；他认为，委员会在得出条约本身是一般国际法一部分的结论之前应十分慎重，特别是因为结论草案 5 并没有绝对排斥委员们提出的论点。他还指出，该条结论草案不涉及证据。相反，其目的是提供关于国际法渊源及其与强行法的关系的一些结论，以及强调决议和其他材料不能算作这种渊源。

203. 关于另一项建议，即所有三个渊源——习惯国际法、一般法律原则和条约法——在识别强行法时应发挥同样的作用，三个渊源必须同时存在才能表明存在强行法规范，他强调，这项建议不符合惯例和理论。

204. 特别报告员还对关于一般法律原则的意见作出了评论，他强调，为了强行法的目的，指出一般原则可以形成强行法规范的基础就足够了，排除这种可能性是不恰当的。他还回顾说，结论草案 5 的措辞足够温和，以表示这只是一种可能性，况且这方面的惯例极少。如果案文获得通过，评注将说明这一点。

205. 特别报告员评论结论草案 6 时指出，它没有受到批评，但一些委员建议将其纳入其他条文，他不赞同这种方法，因为这条结论草案的目的是提出第二个标准。特别报告员也不赞成删除该条结论草案，但如果起草委员会决定这么做，他将在评注中提供与识别强行法有关的结论草案的结构方向。

206. 有人就结论草案 7 中“全体”一词的含义提出了问题。在这方面，特别报告员指出，与一些委员一样，他认为这个词意在激发一种集体感。他还强调，他不认为“态度”一词不当，也不同意关于要求须有惯例和法律确信的提议。然而，他非常支持保留“坚信(conviction)”一词，并愿意保留第 3 段中以前省去的“绝(very)”字，尽管“大多数”的用意并不是表示少于绝大多数。

207. 关于结论草案 8，特别报告员请起草委员会将“获(各国)接受为不可克减的规范”改为“获国家之国际社会全体接受和确认为不容克减的规范”。他不同意关于结论草案 8 第 2 段对这一主题意义不大的评论。

208. 特别报告员还指出，他同意关于结论草案 9 的起草建议。他认为，国家宪法应被列为可能的证据，起草委员会不妨考虑在第 2 段中列入国家法律。

209. 特别报告员没有评论关于说明性问题清单的意见，但指出，他建议的决定将以所提论点的实质内容为依据。

210. 特别报告员重申，他倾向于起草委员会在完成他打算在一读期间提出的所有结论草案建议的工作后再将它们转交回全体会议。

第九章

国家责任方面的国家继承

A. 导言

211. 委员会第六十九届会议(2017年)决定将“国家责任方面的国家继承”专题列入工作方案，并任命帕维尔·斯图尔马先生为特别报告员。⁸¹⁶

B. 本届会议审议此专题的情况

212. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/708)，该报告旨在阐明特别报告员研讨这个专题的范围和结果的方法，并概述与这个专题相关的一般规定。

213. 委员会在2017年7月13日至25日举行的第3374至3381次会议上审议了第一次报告。

214. 在2017年7月25日的第3381次会议上，委员会考虑到在全体会议辩论过程中发表的看法，决定将特别报告员的第一次报告所载第1至第4条草案提交起草委员会，但有一项谅解是：起草委员会将进一步研究第3和第4条草案，然后再作决定。

215. 在2017年7月31日的第3383次会议上，起草委员会主席提出了一份关于起草委员会暂时通过的第1和第2条草案的临时口头报告。这份报告仅供参考，可在委员会网站查阅。⁸¹⁷

1. 特别报告员介绍第一次报告

216. 特别报告员说，他的第一次报告侧重一般规定，这些规定将为今后对本专题的研究奠定基础。这份报告首先概述有些代表团在2016年大会第七十一届会议期间，在第六委员会的辩论过程中发表的看法。在六委的辩论过程中，一些代表团赞同将本专题列入委员会长期工作方案，侧重该专题填补国际法上的空白的潜力。一些代表团对本专题是否具有当代意义提出疑问，并对各国是否有可能就这个有争议的专题达成共识表示怀疑。

217. 关于本专题的范围和成果这一与委员会以往的工作密切相关的问题，特别报告员强调，这个专题涉及已经成为委员会的编纂和逐渐发展工作的对象的两个国际法领域：国家继承和国家责任。特别报告员提请注意委员会以往开展的工作

⁸¹⁶ 在2017年5月9日的第3354次会议上，根据委员会报告(《大会正式记录，第七十一届会议，补编第10号》(A/71/10))附件B所载建议，将这个专题列入了委员会第六十八届会议(2016年)长期工作方案。

⁸¹⁷ 网址：<http://legal.un.org/ilc>。

(这项工作为以后的研究留下了空白)⁸¹⁸，以及国际法学会完成的关于本专题的工作。⁸¹⁹ 特别报告员强调，研讨本专题的目的，在于进一步弄清这一问题：针对国家继承情形中国家对国际不法行为的国际责任引起的义务和权利的转移，是否有国际法规则可循？本专题侧重国际责任次级规则，因此，本专题范围不涉及国际法不加禁止的行为导致的损害性后果引发的任何国际赔偿责任问题。特别报告员表示，关于本专题的工作，应当遵循有关对转让部分领土、脱离、解体、统一和新成立独立国家作出区分的国家继承的主要原则。

218. 特别报告员提及国家对国际不法行为的责任条款以及成为《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(下称“1978年《维也纳公约》”)和《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(下称“1983年《维也纳公约》”)的条款的相关先例，表示本专题似宜采用条款草案加评注的形式。

219. 关于将为对本专题的进一步研究奠定基础的一般规定，特别报告员指出，从以往来看，国家继承学说总的来说认为，责任向继承国转移的可能性并不存在，不继承理论即由此而来。

220. 特别报告员承认，大多数学说和理论都赞同以上立场，但他同时也强调，有些学者对适用于一切情形的国家继承方面一般规则的存在提出疑问。特别报告员在报告中介绍了国家实践初步调查，包括一些与不同的国家继承案例中的国际责任相关的司法裁决。他强调了以下初步结论：现代国际法并不支持国家责任方面的不继承论点。特别报告员还研讨了关于继承的两项《维也纳公约》与本专题的相关性。特别报告员强调，为了确保采取系统性综合做法，有必要在条约、国家财产、债务和档案、自然人国籍以及国家责任等的继承方面，以一致方式使用相同的用语和定义。

221. 特别报告员指出，国家继承不存在普遍性的制度，而是适用于若干法律关系领域。因此，某个领域(如条约方面)的国家继承规则也许不同于另一个领域(如国家财产、债务和档案方面)的规则。他强调，不同的继承领域是独立的，而且遵循专门的规则。

222. 特别报告员还提请委员会注意以下复杂问题：不法行为引起的义务是属于须遵循 1983 年《维也纳公约》的“债务”，还是应在本专题之下加以探讨。特别报告员提请注意他的初步结论：如果国家在继承日期承认对价值固定或可确定的资产的此类权益，或者国际性法院或仲裁机构在继承日期对该权益作出裁定，

⁸¹⁸ 关于国际责任，这包括 2001 年国家对国际不法行为的责任条款草案，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段(另见大会 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件)；以及 2011 年关于国际组织的责任的条款草案，《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87-88 段(另见大会 2011 年 12 月 9 日第 66/100 号决议，附件)。关于国家继承，这包括《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(维也纳，1978 年 8 月 23 日)，联合国，《条约汇编》，第 1946 卷，第 33356 号，第 3 页；《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》，(维也纳，1983 年 4 月 8 日)，尚未生效，联合国，《1983 年法律年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.90.V.1)，第 139 页；1999 年国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案，《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47-48 段(另见大会 2000 年 12 月 12 日第 55/153 号决议)。继承问题还在委员会关于国家保护条款草案的工作中得到涉及，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 49-50 段(另见大会 2007 年 12 月 6 日第 62/67 号决议，附件)。

⁸¹⁹ 见 Institute of International Law, resolution on succession of States in matters of international responsibility, 28 August 2015。

则相关债务便是国家债务方面的继承规则所指的债务。然而，如果国际不法行为在继承日期之前发生，但其引起的法律后果尚不明确(如仲裁庭未裁定赔偿的具体数额)，则任何可能的义务和权利的转移应当遵循国家责任方面的国家继承规则。

223. 特别报告员指出，从他的分析来看，有两个初步结论似乎得到支持，即在现代实践中，传统的不继承论点受到质疑；在具体类型的继承中，国家责任引起的义务和权利的转移与否，需要逐案证明。根据委员会在国家继承工作方面的经验，同时考虑到本专题极为少见且极具政治性质，特别报告员强调，要编纂的规则应当具有附属性质。因此，这些规则可用于两个目的。首先，它们可提供有用的模式，供有关国家使用和修改。其次，在缺乏一致意见的情况下，它们可提供默认规则，适用于出现的争端。

224. 特别报告员指出，原则上，有关国家之间的协定应当优先于将在本专题之下的工作中提出的关于继承的附属性一般规则。特别报告员联系《维也纳条约法公约》第 34 条和 36 条所述的对第三者的约定规则，详述了报告中对此种协定的关联性的分析。特别报告员把相关协定分为移交协定、索偿协定和其他协定三类。通过研讨被继承国和继承国之间的各类相关协定，他建议采取精细周密的做法，侧重此类协定的内容和当事方，以确定可适用的规则。

225. 特别报告员还讨论了单方面行为在本专题方面的关联性问题。他介绍了他的报告工作，该报告首先分析了一些单方面行为的例子，接着分析了委员会迄今为止通过的关于国家责任和国家的单方面行为的相关规则。特别报告员表示，在对这些例子进行研讨之后，应当提议采取不同的办法处理国际责任方面的单方面行为问题，而不是依据 1978 年《维也纳公约》采用的严格的办法。

226. 特别报告员提出了四条草案。第 1 条草案涉及整套条款草案的范围；⁸²⁰ 第 2 条在两项关于继承的《维也纳公约》和国家对国际不法行为的责任条款草案所载定义的基础上，提出了几个特定用语的定义；⁸²¹ 第 3 条提出一个框架，据以

⁸²⁰ 特别报告员第一次报告提出的第 1 条草案的案文如下：

第 1 条草案
范围

本条款草案适用于国家对国际不法行为的责任方面的国家继承。

⁸²¹ 特别报告员第一次报告提出的第 2 条草案的案文如下：

第 2 条草案
用语

就本条款草案而言：

- (a) “国家继承”指一国对领土的国际关系所负责任由另一国取代；
- (b) “被继承国”指发生国家继承时被另一国取代的国家；
- (c) “继承国”指发生国家继承时取代另一国的国家；
- (d) “国家继承日期”指在国家继承所涉领土的国际关系责任方面被继承国由继承国取代的日期；
- (e) “国际责任”指按照国际法因一国的国际不法行为而产生的关系；

[……]

分析协定对责任方面的国家继承的关联性，⁸²² 第 4 条提供了一个继承国作出的单方面声明方面的框架。⁸²³

227. 关于未来工作方案，根据特别报告员的设想，委员会将于 2018 年研究被继承国国际不法行为产生的义务的转移问题；于 2019 年探讨受损害的被继承国向继承国转移权利或赔偿请求的问题；于 2020 年处理任何余下的程序问题和杂项问题，包括存在多个继承国问题，或可能将国家责任方面的国家继承规则适用于受损害的国际组织或受害个人的问题。特别报告员表示，根据讨论进展情况，整套条款草案可能在 2020 或 2021 年一读通过。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

228. 委员们欢迎特别报告员的第一份报告，并赞成需要对本专题和委员会先前在相关的责任和继承专题上开展的工作进行协调。一些委员强调，本专题将会填补委员会先前在研究这些相关专题时留下的空白；不过，也有委员表示，特别报告员未能充分研讨本专题与委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款之间的关系。有委员对在新的五年期开始之时，匆忙选定本专题将其列入委员会的议程表示关切，这样做可能致使对本专题的目的和结果的讨论缺乏。有些委员认为，这应当促使委员会对它如何选择供处理的专题这一问题展开研究。

⁸²² 特别报告员第一次报告提出的第 3 条草案的案文如下：

第 3 条草案

协定对国家责任方面的国家继承的关联性

1. 因被继承国在国家继承日期之前对其他国家或国际法主体施加的国际不法行为而对被继承国造成的义务不仅仅因为被继承国与继承国缔结了协定，规定把此类义务移交给继承国，就成为继承国对受害国或受害主体的义务。
2. 因其他国家在国家继承日期之前对被继承国施加的国际不法行为而使被继承国拥有的权利不仅仅因为被继承国与继承国缔结了协定，规定把这种权利移交给继承国，就成为继承国对责任国的权利。
3. 在移交协定以外另缔结一协定则对国家责任引起的义务或权利的转移具有充分效力。任何协定对当事方均有约束力，须由当事方诚意履行。
4. 上述各款不妨碍适用的条约法规则，特别是体现在《维也纳条约法公约》第 34 至 36 条中的第三国规则。

⁸²³ 特别报告员第一次报告提出的第 4 条草案的案文如下：

第 4 条草案

继承国的单方面声明

1. 因其他国家或国际法主体在国家继承日期之前对被继承国施加的国际不法行为而给被继承国带来的权利，不仅仅因继承国作出单方面声明，声称承接被继承国的所有权利和义务，就成为继承国的权利。
2. 因被继承国在国家继承日期之前对其他国家或国际法主体施加的国际不法行为而给被继承国造成的义务，不仅仅因为继承国接受了此类义务已移转于它，就成为继承国对受害国或受害主体的义务，除非继承国以明确、具体的措辞作出单方面声明。
3. 继承国所作的任何单方面声明及其效力都受制于适用于国家单方面行为的国际法规则。

229. 有些委员认为，这是一个极为相关的专题，当前，凭借与会国的支持和实践着手处理这个专题，属于恰当做法。但另一些委员则对这个专题当前具有的意义提出疑问。有委员指出，继承情形极为少见，而且继承的发生所处的政治和历史背景各异，因此，这不利于确定实践中的任何统一或明确的趋势。有些委员表示，在第六委员会中，对这个专题感兴趣的⁸²⁴国家为数有限。一些委员赞成委员会审议包括国际法学会⁸²⁴和国际法协会⁸²⁵在内的私人机构在本专题上开展工作，但强调，委员会在研究本专题方面应当独立行事。有委员指出，特别报告员需要以更具系统的方式向委员会叙述相关材料，尤其是在国家实践和判例法以及本专题的方向和目标方面。

230. 关于国家责任方面的国家继承的一般规则，一些委员强调，有必要先研究与国家责任方面的国家继承相关的一般实质性规则，然后再研究第3条和第4条草案所列的可能的例外或保留条款。但也有委员表示，这些转移责任的既定途径并不有赖于一般规则。

231. 一些委员强调，特别报告员概述的“传统的”不继承规则，仍然是当前占优势的立场，自动继承的可能性限于国家债务的继承，同时，在不继承方面，不排除存在有限的、明确规定和可能的例外的可能性。另一些委员对传统的不继承规则已经发生变化表示怀疑，虽然特别报告员的报告显示，特别报告员对此并不怀疑；这些委员认为，任何关于传统规则发生了转变的说法，必须有国家实践及法院和法庭裁决等方面明确的证据加以证明。

232. 有些委员还表示，特别报告员为证明他认为传统规则发生了演变的立场所提出的国家实践和判例(国家和国际判例)，实际上并没有为这一研究结果提供证明；而另一些委员认为，至少，特别报告员提出的判例的确表明，任何一般规则都不是绝对的。还有委员表示，特别报告员提出的学说也没有证明趋势正在发生演变。具体而言，在 *Gabčikovo-Nagymaros* 项目案(匈牙利/斯洛伐克)⁸²⁶ 中，加布奇科沃—大毛罗斯项目国际法院的判决限于匈牙利和斯洛伐克关于责任的继承的明示协定，国际法院并没有指向广泛的国家责任继承问题。接着，在克罗地亚和塞尔维亚之间的灭绝种族案⁸²⁷ 中，国际法院没有在国家责任的继承问题上持赞成或反对立场。有委员强调，国家间协定或关于继承的单方面声明，可能并不取决于源自一般国际法的义务感，而且可能会支持传统规则而不是任何新趋势。另外，还有委员认为，特别报告员找出的偏离传统的不继承规则的“趋势”，可能限于特定的几类继承，所以，委员会以何种方式分析这些情形，将会影响最终结果。

233. 在研究关于继承的一般规则这一问题方面，一些委员强调，有必要进一步重视国家实践以及各区域的实践。有委员关切地指出，在对本专题的研讨将是一项编纂工作还是一项逐渐发展工作这一问题上，缺乏清晰度。有些委员表示，鉴

⁸²⁴ 见上文脚注 819。

⁸²⁵ 国际法协会，《第七十三次会议报告，里约热内卢，2008年8月17日至21日》(2008年，伦敦)，第250页及以下各页。

⁸²⁶ *Gabčikovo-Nagymaros* 项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997年国际法院案例汇编》，第7页。

⁸²⁷ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，案情实质，2015年2月3日的判决。

于传统、默认的不继承立场占据优势，对本专题的研究必然将是一项逐渐发展工作；而且，从委员会以往在与继承有关的专题上的情况来看，关于本专题的最终的一套条款很难得到各国的广泛接受。

234. 有些委员赞同特别报告员在第一次报告中所作的以下表示：他将在研究本专题过程中侧重不同类型的继承。一些委员强调，研究不同类型的继承工作的一个必要组成部分，是明确、详细地解释此种情形中实际存在的差异。

(b) 具体评论

(一) 第 1 条草案——范围

235. 有些委员建议对特别报告员提出的范围进行修改，以便列入“国际不法行为引起的权利和义务方面”，从而使本专题范围上的清晰度和重点更加突出，而不是泛泛地侧重国家责任。有些委员认为本专题需要研究义务的主要规则，另一些委员则赞同本专题完全侧重责任的一般次级规则。一些委员同意特别报告员的做法，即把国际组织的责任问题排除在本专题范围之外，另一些委员则建议特别报告员在今后的工作中研究国际组织的权利问题。有委员不赞成不把“liability 责任”纳入研究范围的决定，有些委员指出，在某些语文中，“responsibility”和“liability”这两个词会引起一些问题。

236. 有些委员不赞成关于请特别报告员将对政府继承问题的研究纳入工作的建议，有些委员则赞成关于把对继承本身在国际法之下合法与否问题的研究纳入工作的建议。

(二) 第 2 条草案——用语

237. 一些委员赞同第 2 条草案(a)至(d)项所列用语，有委员赞同特别报告员利用委员会先前工作成果的做法。有些委员表示，鉴于在继承情形中，被继承国并没有不复存在，或者没有被完全取代，(b)至(d)项中使用“取代”一词可能引起误解。另外，鉴于相关定义没有提及 1978 年《维也纳公约》所载的“合法性”这一附加检验标准，有委员对(a)项表示关切。因此，有委员建议，就本专题而言，(a)项的最终形式仍有待讨论。

238. 关于对“国际责任”作出界定的(e)项，有委员认为有必要定义“国际不法行为”一语，而有些委员则认为，整个(e)项对于本专题的研究来说毫无必要，应当删除。还有委员认为，在(e)项中，就国际不法行为引起的权利和义务而言，“后果”、“法律后果”或“涵盖国际关系”等表达方式，要比“关系”更为恰当。

239. 一些委员建议在本条草案中列入更多用语的定义，包括“移交协定”、“单方面声明”、“另一国际法主体”、“补偿协定”等；并建议对特别报告员表示将在本专题中研究的几类继承作进一步界定。

(三) 第 3 条草案——协定对国家责任方面的国家继承的关联性

240. 有些委员表示，是否有可能删除或简化第 3 和第 4 款，因为这两款可能多余，只是重申这些协定受条约法原则的约束。据认为，第 4 款关于对第三者的约定规则的“不妨碍”条款，使第 1 至第 3 款所述的对协定类型的区分变得多余。有些委员请求进一步说明第 3 款中“在……以外另缔结一协定”一语的含义。

241. 委员们向特别报告员提出的建议还包括考虑移交协定方面对第三者的约定规则的发展，以及需要在研究协定之前进一步深入研讨不同类型的继承。

(四) 第 4 条草案——继承国的单方面声明

242. 一些委员指出，特别报告员拟议的第 4 条草案第 2 款中“以明确、具体的措辞”一语，没有包含关于一单方面行为具有约束力的所有标准，而在委员会先前进行的关于单方面声明的工作中，所有相关标准都得到了涵盖。⁸²⁸ 这些委员建议修改第 4 条草案，以便笼统提及所有这些要求。有委员强调，特别报告员需要在单方面声明的范围之外，着重研究一国承担责任的进一步情形。最后，有委员建议，为保持一致，第 4 条草案应当采用定义 3 条草案采用的要点顺序。

243. 有些委员赞成将所有四条草案都提交起草委员会；另一些委员则赞成仅提交第 1 和第 2 条草案。他们建议：暂时不提交第 3 和第 4 条草案，以进行进一步讨论，或者在特别报告员的进一步报告得到审议之前，至少将这两条草案留在起草委员会。也有委员表示，应当对所有条款草案作进一步讨论，然后再将其提交起草委员会。

(c) 最终形式

244. 关于这项研究工作应当采取的最终形式，考虑到委员会在先前关于继承问题的工作中使用了条款，有委员对特别报告员拟采取条款草案形式表示赞同。有些委员建议，关于最终形式的决定应当在稍后阶段作出。他们表示，也有人提到过准则草案可能具有的有利之处。委员们赞同特别报告员采取以下保证，即他注重的是，任何最终成果在性质上均从属于国家间的协定。

(d) 今后的工作方案

245. 有些委员表示赞同特别报告员提出的今后的工作方案，有些委员则建议，特别报告员的下次报告应重点研讨适用于所有情形的国家责任方面的国家继承的一般规则。也有委员建议特别报告员先讨论确定继承中的请求的程序，然后再讨论请求的转移。提出这项建议的委员强调，需要重点研究继承国的权利或请求。

3. 特别报告员的总结

246. 针对讨论情况，特别报告员表示，本专题将包括国际法的逐渐发展和编纂，同时，他认识到，从国家继承所涉各个领域和国家继承的类型来看，国家实践和判例法没有得到同等程度的发展。

247. 关于第一次报告中引用的国家实践和判例法，特别报告员也认为，需要对国家实践作更加深入的研究，今后的报告需要列入这种研究，而且需要进一步重视欧洲以外区域的判例。特别报告员认识到，国家实践不明确，而且相关案例可以不同方式加以解释。他强调，他只是极不赞同有关国家责任的旧有学说或缺乏根据的推定，这种学说或缺乏根据的推定带有强烈的个人倾向，似乎先验地排除

⁸²⁸ 《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》，2006 年 12 月 4 日大会第 61/34 号决议。委员会通过的《指导原则》及其评注载于《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 176 和 177 段。

国际不法行为引起的权利和义务的任何可能的转移。特别报告员强调，新动态也应得到分析并体现在关于继承的法律中。

248. 关于专题的范围所涉及的方面，特别报告员明确表示，他倾向于在目前工作阶段暂不考虑与合法行为的结果方面的国家继承有关的问题，而酌情在稍后阶段开展一项研究。他表示，尽管他暂不研究对国际组织的责任方面的继承问题，但今后在本专题上的工作可能会列入国家对给其他行为者(即国际组织)造成的损害的责任方面的继承问题，以及成员国与相关组织的行为有关的责任问题。特别报告员表示，他不打算研究政府继承问题。

249. 谈到对条款草案的具体评论，特别报告员说，他接受关于在第 1 条草案中提及“国际不法行为引起的权利和义务”的建议。他认为，关于不要在第 2 条草案中列入“国际责任”的定义的提议是合理的，因为国际责任可以在评论中提及。特别报告员表示，随着工作的进展，可列入更多定义。他表示，第 2 条草案(a)项没有对继承的合法性问题采取立场，这个问题将在下次报告中提及。

250. 关于需要先进行研究，并拟出一项关于继承的一般规则，然后再拟出分别关于协定和单方面声明的第 3 条和第 4 条草案的问题，特别报告员指出，这两个条款草案并非只是“不妨碍”条款，因为它们既涉及形式又涉及实质，同时强调条款草案的从属性质。特别报告员强调，在工作开始时拟出这两个条款草案非常有用，这样，就不需要在随后的每个条款草案中重复提及协定和单方面声明。他表示，他随后的几次报告将提出一套适用于不同类别的继承的规则，而不是用一项关于继承的一般规则取代一项关于不继承的一般规则。

251. 此外，特别报告员对以下建议表示赞同：拟出一项明示条款草案，规定这些条款具有从属性质，同时确保委员会先前开展的与《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》相关的工作在第 4 条草案中得到充分体现。

252. 关于本专题应当采取的最终形式，特别报告员重申，他倾向于采用条款草案的形式，同时指出，本专题将包括新规范的编纂和发展。他指出，1978 和 1983 年的《维也纳公约》方面的经验表明，国家可采用公约中体现的原则处理继承问题，即便相关公约没有生效。由于规则具有从属性质，因此，在处理不同情形时可以有足够的灵活性。

第十章 与武装冲突有关的环境保护

A. 导言

253. 国际法委员会第六十五届会议(2013 年)决定将“与武装冲突有关的环境保护”专题列入工作方案,并任命玛丽·雅各布松女士为本专题特别报告员。⁸²⁹

254. 从第六十六届会议(2014 年)至第六十八届会议(2016 年),委员会收到并审议了三份报告。⁸³⁰ 在第六十六届会议(2014 年)上,委员会审议了特别报告员的初步报告。⁸³¹ 在第六十七届会议(2015 年)上,委员会审议了特别报告员的第二次报告,⁸³² 并注意到起草委员会暂时通过的导言部分规定草案和原则草案,起草委员会后来在第六十八届会议上出于技术原因对这些草案作了重新编号和修订。⁸³³ 因此,委员会在该届会议上暂时通过了原则草案 1、2、5、9、10、11、12 和 13 以及评注。⁸³⁴ 在第六十八届会议上,委员会还审议了特别报告员的第三次报告,⁸³⁵ 并注意到起草委员会暂时通过的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18,⁸³⁶ 未暂时通过任何评注。

B. 本届会议审议此专题的情况

255. 委员会本届会议没有收到关于该专题的报告,因为特别报告员不再担任委员会委员。在 2017 年 7 月 14 日举行的第 3375 次会议上,委员会决定设立关于这个专题的工作组,并任命马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生为工作组主席。

256. 工作组于 2017 年 7 月 26 日和 27 日举行了两次会议。尽管特别报告员不再担任委员会委员,但工作组收到了她编写的关于起草委员会第六十八届会议暂时通过的原则草案 4、6 至 8 和 14 至 18 的评注草案,委员会在同一届会议上注意到这些评注草案。

257. 工作组的讨论侧重于审议有关本专题今后的前进方向。工作组对前任特别报告员对本专题的杰出贡献深表感谢。

258. 工作组强调了这个专题的重要性,特别指出了各国以及联合国环境规划署和红十字国际委员会等其他机构继续关注本专题。在这方面,工作组指出已经就

⁸²⁹ 委员会 2013 年 5 月 28 日第 3171 次会议做出了这一决定(见《大会正式记录,第六十八届会议,补编第 10 号》(A/68/10),第 167 段)。本专题的大纲见同上,《第六十六届会议,补编第 10 号》(A/66/10),附件 E。

⁸³⁰ A/CN.4/674 和 Corr.1(初步报告)、A/CN.4/685(第二次报告)以及 A/CN.4/700(第三次报告)。

⁸³¹ 《大会正式记录,第六十九届会议,补编第 10 号》(A/69/10),第 186-222 段。

⁸³² 同上,《第七十届会议,补编第 10 号》(A/70/10),第 130-170 段。

⁸³³ A/CN.4/L.870 和 A/CN.4/L.870/Rev.1。

⁸³⁴ 《大会正式记录,第七十一届会议,补编第 10 号》(A/71/10),第 188 段。

⁸³⁵ 同上,第 139-189 段。

⁸³⁶ A/CN.4/L.876。

本专题做了大量工作，并强调需要完成本专题的工作，维持和巩固迄今为止所取得的工作成果。工作组强调有必要保持关于本专题工作的势头。

259. 工作组指出，除了完善原则草案的各个方面，如精简、术语、填补空白和案文的总体结构以及完成评注草案之外，还有其他领域可进一步探讨。在这方面，除其他外，有人提到了与国际法其它相关分支互补的问题，例如国际环境法、占领局势下的环境保护、责任和赔偿问题、非国家行为体的责任以及将原则草案全面适用于非国际性武装冲突等问题。

260. 因此，工作组认为最适当的做法是建议委员会为本专题任命一名新的特别报告员，在本届会议上任命最好，以协助其顺利完成有关本专题的工作。

261. 在 2017 年 8 月 2 日第 3385 次会议上，委员会收到了工作组主席的口头报告。

262. 经主席团内部和委员们之间的磋商后，委员会在 2017 年 8 月 4 日第 3389 次会议上决定任命玛丽亚·莱赫托女士为特别报告员。

第十一章

委员会的其他决定和结论

A. 国家责任方面的国家继承

263. 在 2017 年 5 月 9 日第 3354 次会议上，委员会决定将“国家责任方面的国家继承”专题列入工作方案，并任命帕维尔·斯图尔马先生担任特别报告员。

B. 委员会的方案、程序和工作方法以及文件

264. 委员会 2017 年 5 月 3 日第 3350 次会议设立了本届会议的规划组。

265. 规划组举行了 5 次会议。规划组收到的文件有：大会第七十一届会议第六委员会专题讨论情况的摘要 H 节，题为“委员会的其他决定和结论”；大会 2016 年 12 月 13 日关于国际法委员会第六十八届会议工作报告的第 71/140 号决议；和大会 2016 年 12 月 13 日关于国内和国际法治问题的第 71/148 号决议。

1. 长期工作方案工作组

266. 规划组 2017 年 5 月 9 日第 2 次会议，决定设立长期工作方案工作组，由马哈茂德·哈穆德先生担任主席。在规划组 2017 年 7 月 28 日举行的第 5 次会议上，工作组主席就工作组本届会议期间的工作向规划组做了口头报告。委员会表示注意口头报告。

267. 委员会本届会议根据工作组的建议，决定将下列专题纳入委员会的长期工作方案：(a) 法律的一般原则；和(b) 国际性法院和法庭的证据。在选择专题时，委员会以第五十届会议(1998 年)关于专题选择标准的建议为指导，即：(a) 专题应反映各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；(b) 专题应在国家实践方面处于足够成熟阶段，从而允许逐渐发展和编纂；(c) 专题应具体可行，宜于逐渐发展和编纂。委员会还议定，它不应局限于传统专题，也可考虑反映国际法新动态和整个国际社会紧迫关切事项的专题。委员会认为，上述两个专题可对国际法的逐渐发展和编纂作出有益贡献。所选择的这两个专题，大纲载于本报告的附件 A 和 B。

2. 委员会在本五年期剩余时间里的工作方案

268. 委员会回顾其 2011 年的决定，规划组应与特别报告员合作，在开始任何新的专题之前，对研究该专题可能需要多少年时间确定一个暂定时间表，然后根据时间表定期审查每年实现目标的情况，需要时做出更新。⁸³⁷ 委员会还忆及，按惯例应在每五年期开始时编制委员会在剩余时间里的工作方案，根据特别报告员的示意性安排，大体上定出每一专题的预期目标。委员会的理解是，工作方案带有暂定性，因为工作的性质和复杂性排除了事先预测的确定性。

⁸³⁷ 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 378 段。

工作方案(2018-2021)

(a) 国家官员的外国刑事管辖豁免

2018

第六次报告：讨论程序性条款和适用的保障措施。

完成条款草案的一读。

2020

第七次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府收到的评论，和对 2018 年一读通过的条款草案进行可能的修订。

完成条款草案的二读。

(b) 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例

2018

第五次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府收到的评论，和对 2016 年一读通过的结论草案进行可能的修订。

完成结论草案的二读。

(c) 条约的暂时适用

2018

第五次报告：提出补充准则草案和示范条款。

完成准则草案的一读。

2020

第六次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府收到的评论，对 2018 年一读通过的准则草案进行可能的修订。

完成准则草案的二读。

(d) 习惯国际法的识别

2018

第五次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府收到的评论，对 2016 年一读通过的结论草案进行可能的修订。

完成结论草案的二读。

审议秘书处的备忘录，关于如何更方便易行地提供国际习惯法的证据材料；查明习惯国际法证据的现状，提出改进建议。委员会将在 2018 年届会期间，也可能在 2019 年提出这方面的任何建议。

(e) 与武装冲突有关的环境保护

2018

第一次报告：将由新任特别报告员确定所涵盖的问题，完成对起草委员会通过、委员会已在 2016 年注意到的原则草案的评注。

2019

第二次报告，完成原则草案的一读。

2021

第三次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府收到的评论和对 2019 年一读通过的原则草案进行可能的修订。

完成原则草案的二读。

(f) 保护大气层

2018

第五次报告：处理执行、遵守和解决争端问题。

完成准则草案的一读。

2020

第六次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府收到的评论，对一读通过的准则草案可能的修订。

完成准则草案的二读。

(g) 危害人类罪

2019

第四次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府、国际组织和其他方面收到的评论，对 2017 年一读通过的条款草案进行可能的修订。

完成条款草案的二读。

(h) 一般国际法强制性规范(强行法)

2018

第三次报告：讨论后果问题。

2019

第四次报告，讨论杂项问题。

完成结论草案的一读。

2021

第五次(也即最后)报告：除其他外讨论从各国政府收到的评论，对一读通过的结论草案进行可能的修订。

完成结论草案的二读。

(i) 国家责任方面的国家继承**2018**

第二次报告：讨论被继承国的国际不法行为产生的义务转移问题，区分两种情况：被继承国消失(解散、统一)的情况，和被继承国仍然存在的情况(领土转让、分裂、新独立的国家)。

2019

第三次报告：重点讨论受损害的被继承国向继承国转移权利或赔偿请求的问题。

2020

第四次报告：讨论程序问题和杂项问题，包括存在多个继承国的情况和责任分担的问题，以及国家责任方面的国家继承规则是否可能适用于受损害的国际组织或受害个人的问题。

完成条款草案的一读，或最晚于 2021 年完成。

3. 审议大会 2016 年 12 月 13 日关于国内和国际法治问题的第 71/148 号决议

269. 大会在 2016 年 12 月 13 日关于国内和国际法治问题的第 71/148 号决议中除其他外重申，请委员会在提交大会的报告中，就委员会目前在促进法治方面的作用作出评论。自第六十届会议(2008 年)以来，委员会每年均对其在促进法治方面的作用作出评论。委员会指出，2008 年报告第 341 至 346 段所载的评论仍然适用⁸³⁸，并重申在前几届会议上所作的评论。⁸³⁹

270. 委员会回顾，法治是其工作的精髓。委员会的宗旨一如其《章程》第 1 条所申明的，是促进国际法的逐渐发展及编纂。

271. 委员会在所有工作中都铭记法治原则，充分意识到在国家层面实施国际法的重要性，并以在国际上促进尊重法治为追求的目标。

⁸³⁸ 同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)。

⁸³⁹ 同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 231 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 390 至 393 段。同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 392-398 段。同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 274-279 段。同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 171-179 段。同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 273-280 段。同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 288-295 段。同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 314 至 322 段。

272. 委员会在履行逐渐发展和编纂国际法的任务过程中，始终视情况将法治作为一项治理原则加以考虑，而人权又是法治的基石，《联合国宪章》的序言和第十三条及《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》都揭示了这一点。⁸⁴⁰

273. 委员会在目前开展的的工作中，充分注意到“法治与联合国三大支柱(和平与安全、发展、人权)之间的相互关系”，⁸⁴¹不会顾此失彼。为此，委员会深知，《2030年可持续发展议程》中确认有必要在各级实行有效的法治和良政。⁸⁴²委员会在履行关于国际法的逐渐发展和编纂的任务时，认识到法治当前面临的挑战。

274. 委员会指出，大会强调必须促进分享各国在法治方面的最佳做法，⁸⁴³委员会谨回顾，其大部分工作就是收集和分析各国与法治有关的实践，以评估这些实践对国际法的逐渐发展和编纂可能作出的贡献。委员会强调，各国对委员会在这方面的要求做出反应具有重要意义。

275. 委员会铭记多边条约进程对推进法治的作用，⁸⁴⁴回顾委员会围绕不同专题开展的工作已经促成了若干多边条约进程，使一些多边条约得以通过。⁸⁴⁵

276. 委员会欢迎大会作出决定，将“如何进一步推广国际法，加强法治”选作2017年第六委员会辩论的主题。在这方面，委员会回顾，它曾请秘书处编写一份关于如何简便易行地获得习惯国际法证据的备忘录，备忘录将调查习惯国际法证据的现状，提出改进建议。

277. 在本届会议期间，委员会继续为法治做出贡献，包括就以下专题开展工作：“危害人类罪”(本届会议一读通过)，“条约的暂时适用”，“保护大气层”，“国家官员的外国刑事管辖豁免”，“一般国际法强制性规范(强行法)”和“与武装冲突有关的环境保护”。委员会已经开始审议一个新的专题：“国家责任方面的国家继承”。委员会目前工作方案中的其他专题有：“习惯国际法的识别”和“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”(这两个专题均已在委员会的上一届会议期间一读通过)。

278. 委员会重申，委员会在其全部活动中均致力于促进法治。

⁸⁴⁰ 大会2012年11月30日第67/1号决议(《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》)，第41段。

⁸⁴¹ 秘书长关于衡量联合国系统在冲突中和冲突后支持促进法治的效力的报告，S/2013/341，2013年6月11日，第70段。

⁸⁴² 大会2015年10月21日第70/1号决议，第35段。

⁸⁴³ 大会2016年12月13日第71/148号决议，第15和第21段。

⁸⁴⁴ 同上，第8段。

⁸⁴⁵ 具体见《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》(A/70/10)，第294段。

4. 国际法委员会七十周年届会

279. 规划组 2017 年 5 月 9 日第 2 次会议设立一个关于纪念委员会成立七十周年的咨询小组。⁸⁴⁶ 咨询小组将在闭会期间继续与秘书处一道开展工作，举办纪念活动。

280. 委员会建议，在将于纽约举行的第七十届会议第一期会议期间：

(a) 委员会于 2018 年 5 月 21 日举行一次隆重的半天会议，邀请一些高级贵宾出席，包括大会主席、联合国秘书长和国际法院院长；

(b) 并于 2018 年 5 月 21 日与大会第六委员会的代表举行半天非正式会议，就委员会的工作、委员会与第六委员会的关系，以及这两个机构在促进逐渐发展和编纂国际法方面的作用，与代表们交换意见；

(c) 在日内瓦举行的第七十届会议第二期会议期间，于 7 月 5 日和 6 日与各国和各国际组织的法律顾问、学术界人士和其他声誉卓著的国际法学家一起举行一次为期一天半的会议，专门讨论委员会工作。会议之前将举行一个高级别开幕式，邀请一些高级别人士出席。

281. 纪念活动将围绕以下主题安排：“国际法委员会 70 周年——为未来求得平衡”。

5. 酬金

282. 委员会重申对大会 2002 年 3 月 27 日通过第 56/272 号决议后引起的酬金问题的意见，委员会之前的报告已经表达了同样的意见。⁸⁴⁷ 委员会强调，第 56/272 号决议尤其影响到特别报告员，因为决议缩减了对他们研究工作的支持。

⁸⁴⁶ 咨询小组的成员包括：委员会主席、规划组主席、雅库巴·西塞先生、村濑信也先生和帕维尔·斯图尔马先生。

⁸⁴⁷ 见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 525 段至第 531 段。同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 447 段。同上，《第五十九届会议，补编第 10 号》(A/59/10)，第 369 段。同上，《第六十届会议，补编第 10 号》(A/60/10)，第 501 段。同上，《第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 269 段。同上，《第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 379 段。同上，《第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 358 段。同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 240 段。同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 396 段。同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 399 段。同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 280 段。同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 181 段；《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 281 段；和《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 299 段。以及同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 333 段。

6. 委员会工作方法工作组

283. 规划组 2017 年 5 月 3 日第 1 次会议决定设立一个委员会工作方法问题工作组，由侯赛因·哈苏纳先生担任主席。⁸⁴⁸ 工作组主席在 2017 年 7 月 28 日的第 5 次会议上就工作组本届会议的工作向规划组作了口头报告，规划组注意到了主席的口头报告。

7. 文件和出版物

284. 委员会强调，委员会的工作在国际法的逐渐发展和编纂方面具有独特的性质，委员会在对待国际法的问题上十分重视特别相关的国家实践及国家法院和国际性法院的裁决。委员会重申，必须提供和开放一切与委员会履行职能有关的国家实践和其他国际法渊源的证据。特别报告员的报告需要充分说明判例和其他有关资料，包括条约、司法裁决和理论学说，并对审议的问题展开透彻的分析。委员会还想强调，委员会和委员会的特别报告员都充分意识到，有必要尽可能节省文件总量，并将始终牢记这个考虑因素。尽管委员会意识到尽可能简洁的好处，但仍重申，委员会坚信，对与委员会工作有关的文件和研究项目长度不能规定先验的限制。因此，不能要求特别报告员在报告提交秘书处后缩短篇幅，无论秘书处在报告提交之前所作的任何篇幅预估如何。大会已一再重申，字数限制的规定不适用于委员会的文件。⁸⁴⁹ 委员会还强调，特别报告员必须及时编写报告，按时提交秘书处，以便有充分的时间处理并提交委员会，最好是在委员会届会有关部分的开始日期之前四个星期以所有正式语文印发。在这方面，委员会重申其要求：(a) 特别报告员应在秘书处规定的时限内提交报告；(b) 秘书处继续确保按时以联合国的六种正式语文印发委员会的正式文件。

285. 委员会再次确认，秘书处编写的法律出版物对委员会工作特别有用并很有价值。⁸⁵⁰ 委员会赞赏地注意到，尽管由于缺乏资源而受到制约，秘书处仍为恢复桌面出版付出了努力，这曾经极大地提高了这类出版物的及时发行。委员会表示赞赏在本五年期之初印发了《国际法委员会的工作》第九版，这是委员会工作的一个重要工具，并敦促早日提供各种正式语文的文本。

286. 委员会重申，委员会坚持认为，委员会的简要记录是国际法逐渐发展和编纂过程中的重要准备工作，不能受到任意的篇幅限制。委员会再次满意地注意到，第六十五届会议(2013 年)实行的精简处理简要记录的措施加快了向委员会委员传送英文本和法文本以便及时纠正和迅速印发的速度。委员会要求秘书处恢复

⁸⁴⁸ 工作组由下列委员组成：侯赛因·哈苏纳先生(主席)、雅库巴·西塞先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士、帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士、克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、玛丽亚·莱赫托女士、村濑信也先生、肖恩·墨菲先生、阮洪滔先生、格奥尔格·诺尔特先生、尼吕费尔·奥拉尔女士、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、奥古斯特·赖尼希先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生、帕维尔·斯图尔马先生、爱德华多·巴伦西亚-奥斯皮纳先生、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生和迈克尔·伍德先生。

⁸⁴⁹ 例如，关于对特别报告员报告页数限制的考虑，见《1977 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，132 页，和《1982 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，123-124 页。另见大会 1977 年 12 月 9 日第 32/151 号决议第 10 段和大会 1982 年 12 月 16 日第 37/111 号决议第 5 段，以及之后关于委员会向大会提交年度报告的决议。

⁸⁵⁰ 见《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 387 至第 395 段。另见同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 185 段。

以英文和法文编写简要记录的做法，并继续努力保持有关措施，以确保向委员会委员迅速传送临时记录。委员会还对这些工作方法更合理地利用了资源表示欢迎，要求秘书处继续努力，便利以所有正式语文编写简要记录定本，而又不致影响其完整性。

287. 委员会感谢日内瓦和纽约参与文件处理的各个部门经常在时间紧迫的情况下及时、高效地处理委员会的文件。委员会指出，及时、高效地处理文件对委员会顺利开展工作至为重要。

288. 委员会重申对使用多种语文的承诺，忆及大会 2015 年 9 月 11 日第 69/324 号决议强调联合国六种正式语文地位平等至关重要，因此委员会在其工作中极其重视六种正式语文的地位平等。

289. 委员会表示热烈赞赏联合国日内瓦办事处图书馆继续十分高效和称职地向委员们提供协助。

8. 《国际法委员会年鉴》

290. 委员会重申，《国际法委员会年鉴》对于了解委员会在国际法的逐渐发展和编纂，以及在国际关系中加强法治方面的工作具有关键意义。委员会注意到，大会第 71/140 号决议赞赏有关国家政府为帮助解决《年鉴》工作积压问题的信托基金自愿捐款，并鼓励各方进一步为该信托基金捐款。

291. 委员会建议大会如在第 71/140 号决议中那样，对过去几年里在减少所有六种语文版《年鉴》积压工作方面取得显著进展表示满意，欢迎联合国日内瓦办事处会议管理司，特别是其编辑科为切实执行大会要求减少积压工作的有关决议所作的努力；鼓励会议管理司继续向编辑科提供一切必要支持，推动《年鉴》的相关工作。

9. 编纂司的协助

292. 委员会表示赞赏秘书处编纂司在向委员会提供实质性服务方面给予的宝贵协助，以及一直向特别报告员提供的协助，并应委员会的要求就目前审议的议题的各方面编写深入的研究报告。委员会特别对秘书处编写了关于条约暂时适用问题的备忘录(A/CN.4/707)表示感谢。

10. 网站

293. 委员会秘书处在网站上公布委员会的工作深表赞赏，并欢迎网站的不断更新。⁸⁵¹ 委员会重申，这个网站以及由编纂司维护的其他网站⁸⁵² 是委员会和研究委员会工作的更多学者的宝贵资源，有助于全面加强国际法的教学、研究、传播以及对国际法的广泛理解。委员会欢迎关于委员会工作的网站还介绍了委员会议程上各个专题的现状，并收录了委员会简要记录的预先编辑版和委员会全体会议录音的链接。

⁸⁵¹ <http://legal.un.org/ilc>。

⁸⁵² 一般而言，可从以下网站获取：<http://legal.un.org/cod/>。

11. 联合国国际法视听图书馆

294. 委员会再次赞赏地指出，联合国国际法视听图书馆对于增进对国际法和联合国在该领域的工作包括国际法委员会工作的了解，意义非凡。

C. 委员会第七十届会议的日期和地点

295. 委员会决定，委员会第七十届会议将于 2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日在纽约举行，7 月 2 日至 8 月 10 日在日内瓦举行。

D. 与其他机构的合作

296. 国际法院院长亚伯拉罕法官在委员会 2017 年 7 月 25 日第 3380 次会议上发言，通报了国际法院最近的司法活动。⁸⁵³ 随后交换了意见。

297. 欧洲委员会国际公法法律顾问委员会主席 P ävi Kaukoranta 女士和国际公法司司长兼法律咨询和国际公法局条约处处长、委员会秘书 Marta Requena 女士代表国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议，并都在 2017 年 7 月 6 日第 3371 次会议上发言。⁸⁵⁴ 她们着重介绍了国际公法法律顾问委员会目前在国际公法领域开展的工作，以及欧洲委员会目前的活动。随后交换了意见。

298. 非洲联盟国际法委员会委员 Juliet Kalema 女士和总报告员 Hajer Gueldich 女士在非洲联盟国际法委员会秘书处代理负责人、高级法律干事 Adewale Iyanda 先生的陪同下代表非洲联盟国际法委员会出席委员会本届会议。Kalema 女士和 Gueldich 女士在 2017 年 7 月 18 日第 3376 次会议上发言。⁸⁵⁵ 她们概述了非洲联盟国际法委员会就其成立以来所处理的种种法律问题所开展的活动。随后交换了意见。

299. 亚非法律协商组织秘书长 Kennedy Gastorn 先生代表该组织出席委员会本届会议，并在 2017 年 7 月 19 日委员会第 3377 次会议上发了言。他向委员会通报了该组织的情况，并概述了该组织于 2017 年 5 月 1 日至 5 日在内罗毕举行的第五十六届年度会议对委员会工作方案所列“保护大气层”、“强行法”和“国家官员的外国刑事管辖豁免”这三个专题的审议情况。随后交换了意见。

300. 美洲司法委员会主席 Hern án Salinas 先生代表该组织出席委员会本届会议，并在 2017 年 7 月 21 日第 3379 次会议上发了言。⁸⁵⁶ 他概述了该委员会就种种法律问题所开展的活动，特别是 2016 至 2017 年间所开展的活动。随后交换了意见。

301. 2017 年 7 月 11 日，委员会委员与红十字国际委员会(红十字会)就共同关心的问题非正式交换了意见。在红十字会副主席 Christine Beerli 女士、红十字会首席法务官兼法律司司长 Knut Doermann 先生和委员会副主席爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生讲话之后，肖恩·墨菲先生介绍了“危害人类罪”专题，康塞普

⁸⁵³ 这一发言载于该次会议简要记录。

⁸⁵⁴ 这一发言载于该次会议简要记录。

⁸⁵⁵ 同上。

⁸⁵⁶ 同上。

西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士介绍了“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题。此外，红十字会业务股法律顾问 David Turk 先生还介绍了“支持武装冲突当事方的国家需考虑的法律问题”；红十字会法律司评注更新股法律顾问 Eve La Haye 女士介绍了“红十字会对日内瓦四公约及附加议定书的评注：项目最新情况，重点是国际刑法、普遍管辖权与豁免”。介绍之后进行了讨论。红十字会国际法和政策主任 Helen Durham 女士作了总结发言。

E. 出席大会第七十二届会议的代表

302. 委员会决定由主席格奥尔格·诺尔特先生代表委员会出席大会第七十二届会议。

F. 国际法讲习班

303. 依照 2016 年 12 月 13 日大会第 71/140 号决议，在国际法委员会本届会议期间，第五十三届国际法讲习班于 2017 年 7 月 3 日至 21 日在万国宫举行。讲习班的对象是专长于国际法的年轻法学家、年轻教师以及在其本国公务员系统任职的从事学术或外交工作的政府官员。

304. 来自世界各个地区分属不同国籍的 23 名学员参加了这届讲习班⁸⁵⁷。学员们列席了委员会的全体会议，参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

305. 委员会主席格奥尔格·诺尔特先生宣布讲习班开幕，联合国日内瓦办事处高级法律顾问马库斯·施密特先生负责讲习班的行政管理、组织事宜和活动的进行，同时担任讲习班主任。日内瓦大学负责讲习班的专业协调。日内瓦大学国际法专家维托利奥·曼内蒂先生担任协调员，法律助理 Alessandro Mario Amoroso 先生和 Yusra Suedi 女士从旁协助。

306. 委员会委员作了以下演讲：爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生：“从内部看国际法委员会”；克劳迪奥·格罗斯曼·吉洛夫先生：“西半球的言论自由”；雅库巴·西塞先生：“海洋界限的划定”；查尔斯·切尔诺·贾洛先生：“全球管辖权原则”；帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士：“从外部看国际法委员会”；迈克尔·伍德先生：“习惯国际法的识别”；村濑信也先生：“保护大气层”；康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士：“国家官员的外国刑事管辖豁免”；肖恩·墨菲先生：“危害人类罪”；迪雷·特拉迪先生：“强行法”；

⁸⁵⁷ 下列人员参加了讲习班：Nour Al Saud 女士(沙特阿拉伯)、Onesis Bolaño Prada 女士(古巴)、Xinling Mary-Elisabeth Chong 女士(新加坡)、Paula Cortés 女士(智利)、Duangpon Darongsuwan 女士(泰国)、Alero Itohan Fenemigho 女士(尼日利亚)、Coumba Gaye 女士(塞内加尔)、Artur Gulasarian 先生(俄罗斯联邦)、Yuki Hirotsu 先生(日本)、Nany Hur 女士(大韩民国)、Moïse Jean 先生(海地)、Samuel Matsiko 先生(乌干达)、Georgi Minkov 先生(保加利亚)、Antonio Morelli 先生(意大利)、Carine Pilo Selanga ĩ 女士(喀麦隆)、Valeria Reyes Menéndez 女士(秘鲁)、Ahmed Medhat Riad 先生(埃及)、Verity Robson 女士(大不列颠及北爱尔兰联合王国)、Moritz Rudolf 先生(德国)、Dildora Umarkhanova 女士(乌兹别克斯坦)、José Villarroel Alarcón 先生(多民族玻利维亚国)、Blaise Pascal Zirimwabagabo Migabo 先生(刚果民主共和国)和 Enyovi Adjo Zohou 女士(多哥)。由日内瓦大学国际法教授 Makane Moïse Mbengue 先生担任主席的甄选委员会于 2017 年 4 月 24 日举行会议，从 129 名申请人中录取了 23 人参加本届讲习班。

帕维尔·斯图尔马先生：“国家责任方面的国家继承”；胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生：“条约的暂时适用”。

307. 红十字国际委员会法律事务司高级法律顾问杰列娜·佩吉茨女士作了演讲，题目是，“国际人道主义法目前受到的挑战”。

308. 讲习班学员还参加了日内瓦大学组织的关于“国际法专家”的研讨会。下列人士作了介绍：日内瓦大学教授 Laurence Boisson de Chazournes 女士；日内瓦大学国际法教授 Makane M. Mbengue 先生；日内瓦大学研究员 Guillaume Gros 先生；日内瓦大学研究员 Rukmini Das 女士；日内瓦大学高级讲师 Mara Tignino 女士；伦敦大学学院讲师 Danae Azaria 女士；乔治·华盛顿大学教授、国际法委员会委员肖恩·墨菲先生。

309. 国际劳工组织(劳工组织)档案处处长 Remo Becci 先生带讲习班学员参观了劳工组织，学员们听取了劳工组织行政法庭书记官长 Dražen Petrović 先生和劳工组织法律顾问 Georges Politakis 先生的两场介绍。世界贸易组织(世贸组织)的 Gerard Penalosa 先生又带他们参观了世贸组织，他们听取了世贸组织法律事务司的 Graham Cook 先生关于“世贸组织争端解决程序与世贸组织关于条约解释的判例”的介绍。学员们还与世贸组织上诉机构的以下三名成员作了非正式交谈：Peter Van Den Bossche 先生、Thomas Graham 先生和 Shree Servansing 先生。最后，他们参观了联合国难民事务高级专员办事处(难民署)，并听取了难民署高级方案分析员 Semih Bulbul 先生关于“难民署的任务与活动”的介绍。

310. 围绕“为委员会确定新专题”和“澄清普遍管辖权原则的范围和适用问题”组织了两个工作组，学员们被分配到其中一个工作组。委员会的两位委员帕特特里夏·加尔旺·特莱斯女士和查尔斯·切尔诺·贾洛先生为两个工作组提供了督导和指导。每个工作组都编写了一份报告，并在讲习班最后一次工作会议上介绍了心得。报告编辑成册，发给了所有学员和委员会委员。

311. 日内瓦共和国和州政府一如既往在日内瓦市政厅热情接待了讲习班学员，礼宾处处长 Jean-Luc Chopard 先生带学员们参观了州政府办公场所和阿拉巴马厅。

312. 讲习班闭幕式上，国际法委员会主席、国际法讲习班主任和讲习班学员代表 Paula Cortés 女士向委员会致辞。每名学员都获颁一份参加讲习班的证书。

313. 委员会特别感谢地指出，自 2015 年以来，阿根廷、奥地利、中国、芬兰、印度、爱尔兰、墨西哥、瑞士和联合王国等国政府向联合国国际法讲习班信托基金提供了自愿捐款。总部设在罗马的一个致力于促进国际法的私人社团“国际法界”也向讲习班提供了捐助。尽管近年的金融危机严重影响了讲习班的财务状况，但信托基金还是可以提供足够份数的研究金，使优秀学员特别是来自发展中国家的优秀学员得以参加，从而实现学员的适当地域分布。2017 年共向 12 名学员颁发了研究金。

314. 自 1965 年创设讲习班以来，分属 173 个不同国籍的 1,208 名学员参加了讲习班，其中 736 人获得了研究金。

315. 委员会强调，它十分重视讲习班。讲习班使年轻法律工作者，特别是发展中国家的年轻法律工作者，能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的众多国际

组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁，请它们提供自愿捐款，以保证能在 2018 年继续举办讲习班，并让尽可能多的学员参加。

附件

A. 一般法律原则

马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生

1. 引言

1. 渊源对于整个国际法制度至关重要。国际法委员会在这一领域作出了重大贡献，特别是在条约法方面的贡献¹促成了1969年《维也纳条约法公约》和其他文书。²国际法委员会还在继续作出贡献，包括最近的《对条约的保留实践指南》(A/66/10)、“关于武装冲突对条约的影响”条款草案(A/66/10)，以及目前关于“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”和关于“条约的暂时适用”的工作。

2. 委员会最近几年还一直致力于习惯国际法，这是国际法的另一个主要渊源。2016年，委员会一读通过了关于“习惯国际法的识别”的一套附加评注的结论。委员会关于这一专题的工作有望于2018年二读时完成。³

3. 在委员会审议其他专题时，一般法律原则曾被提及。⁴例如，在委员会目前的议程内的“强行法”专题中，正在作为一般国际法强制性规范的一个来源来分析一般法律原则。⁵

4. 有人建议国际法委员会根据以往和现在关于条约和关于习惯国际法的工作，在其工作方案中列入一个关于国际法三个主要渊源中的第三个渊源的专题，标题为“一般法律原则”，这一渊源载于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项。委员会可以对其性质、范围和作用以及识别方式作出权威解释。最后结果可以是一套附加评注的结论。评注中将提及一些一般法律原则的实例，但专题的目的不是罗列现有的一般法律原则。

¹ 国际法委员会审议的与条约有关的专题：条约法(1949-1966年)；对多边公约的保留(1951年)；扩大参加在国际联盟主持下所缔结的一般多边公约(1963年)；国家在条约方面的继承(1968-1974年)；国家和国际组织间或国际组织相互间缔结的条约(1970-1982年)；对条约的保留(1993-2011年)；武装冲突对条约的影响(2004-2011年)；与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，原为条约随时间演变(2018年至今)；条约的暂时适用(2012年至今)。可查阅<http://legal.un.org/ilc/>。

² 1969年5月23日《维也纳条约法公约》；1978年8月23日《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》；《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》。

³ 习惯国际法的识别，原为习惯国际法的形成与证据(2013年至今)。委员会以前审议过使习惯国际法的证据更易考察的方法和手段专题(1949-1950年)。可查阅：<http://legal.un.org/ilc/>。

⁴ 例如，《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》。《国际法委员会年鉴》(2006年)；国家责任，《国际法委员会年鉴》(2001年)；国际组织的责任，《国际法委员会年鉴》(2011年)；《危害人类和平及安全治罪法草案》，《国际法委员会年鉴》(1996年)第二(2)卷；纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则，《国际法委员会年鉴》(1950年)。

⁵ 特别报告员迪雷·特拉迪关于强行法的第二次报告，2017年3月16日，A/CN.4/706，第48-52段。

2. 这一概念的历史发展

5. 在 19 世纪末和 20 世纪初之前，在特定条约没有提供明确答案时，关于程序性问题和实质性问题的国际仲裁采用了“一般原则”、“自然正义原则”、“万国法一般原则”、“普遍确认的原则”等概念。⁶ 公约也提及“万国法原则”、“国际法原则”和“正义和公平的一般原则”，⁷ 而这些概念的内容和性质存在争议。

6. 1920 年，“一般法律原则为文明各国所承认者”被列入了《常设国际法院规约》，作为法院适用的国际法的三个主要渊源之一。在负责起草《常设国际法院规约》的法学家咨询委员会内部，赋予一般法律原则的含义以及一般法律原则的实质内容是争论最多的问题之一。⁸ 伊莱休·鲁特的实在法学派立场坚持认为，法官只能根据“确认的规则”作出裁定，在没有“确认的规则”的情况下，他们应宣布“案情不明”，但其他人反对这种观点，建议“文明各国的法律良知所确认的国际法规则”、“公平原则”、“法律和正义的一般原则”、“一般法律原则并得到当事方的同意”、“文明各国确认的一般正义原则”等措辞。⁹ 最终通

⁶ Arakas (The Georgios) 案(1927 年)，希腊—保加利亚混合仲裁法庭，7 Rec. des Décisions des Trib. Arb. Mixtes Institué par les Traités de Paix, 43-45 (关于必须听取另一方之词)；Turnbull, Manoa Co. Ltd., Orinoco Co. Ltd. 案(1903 年)，美国—委内瑞拉混合索赔委员会，Ralston 和 Doyle, 1903 年的委内瑞拉仲裁等，第 200 页起，见第 244 页(1904 年)(关于任何人不得自断其案)；Rio Grande 案(1923 年)，Nielsen，根据美国与联合王国缔结的特别协定作出的美国和英国索赔仲裁，1910 年 8 月 18 日，第 332 页起，见第 342 页(1926 年)(关于管辖权的管辖权)；Valentiner 案(1903 年)，德国—委内瑞拉混合索赔委员会，Ralston 和 Doyle, 1903 年的委内瑞拉仲裁等，第 562 页起，见第 564 页(1904 年)(关于行为有效性的推定)。

⁷ 海牙《和平解决国际争端公约》(1899 年)第四十八条规定：“法庭有权宣布具有解释在案件中引用的妥协协议或其他条约以及适用国际法原则的权限。”(强调是后加的)；海牙《和平解决国际争端公约》(1907 年)第七十三条采用了和 1899 年海牙公约第四十八条类似的措辞；1899 年 7 月 29 日《关于陆战法规和惯例公约》(《海牙第二公约》)中的马斯顿条款的案文如下：“在颁布更完整的战争法规之前，缔约各国认为应该声明，凡属它们通过的规章中未列出的情况，居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖，因为这些原则源于文明国家之间的惯常做法，源于人性法规和公众良知”(强调是后加的)；1907 年 10 月 18 日《陆战法规和惯例公约》(《海牙第四公约》)中的马斯顿条款的案文如下：“在颁布更完整的战争法典前，缔约方认为可暂且宣布，对于未列入缔约方通过之条例的案件，居民和交战各方仍处于文明人民间确立的惯例、人道法律和公众良心要求产生的万国法原则的保护和约束之下。”(强调是后加的)；1907 年《建立中美洲法院公约》([1908] 2 AJIL Supp 219)第 7 条第(1)和第(2)款规定：“中美洲法院在确定可能向其提交事实要点时，应依据其自由判断，尊重法律要点并遵守国际法原则。”(强调是后加的)；《关于建立国际捕获法院公约》([1908] 2 AJIL Supp 174)，第七条：“……如无此种规定时，法院应适用国际法的规则。如无普遍承认的规则时，法院应依照正义和公平的一般原则予以审理。”(强调是后加的)。

⁸ V. D. Degan, *Sources of International Law* (1997 Martinus Nijhoff) 41-53; Alain Pellet, “Article 38” in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat and Karin Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2002 OUP) 677-792.

⁹ 常设国际法院。见法学家咨询委员会。委员会议事录，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，1920 年，海牙，第 306、333 页；国际联盟，第一届大会记录，委员会的会议，第一卷，日内瓦，1920 年，第 385 页。

过的《规约》第三十八条措辞“法院应适用[……](寅)一般法律原则为文明各国所承认者”被认为是实在法学派与自然法学派间的妥协。¹⁰

7. 然而，对于这一概念的性质和起源，一直存在理论争论。一些人认为，纳入一般法律原则是对实在法学派理论的排斥，实在法学派理论认为，国际法仅由各国同意的规则组成，¹¹ 而另一些人反对“客观正义”的论证，坚持认为，一般法律原则只能得到国内法院的承认，其作用限于“填补”条约和习惯国际法留下的“空缺”。¹² 一些人指出了可能产生一般法律原则的多个来源，它们并不限于国内法中的来源。¹³ 围绕一般法律原则的性质的争议在关于一般法律原则是强行法的渊源的讨论中也有所体现。¹⁴

¹⁰ 同上；另见 Jean Spiropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht* (Verlag des Inst. f. Intern. Recht an der Univ. Kiel 1928) 66; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (CUP 1953) 24-26; V. D. Degan, 41-53.

¹¹ J. L. Brierly, *The Law of Nations* (Clarendon, 1955) 63; Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court* (Martinus Nijhoff 1965) vol. II, 63.

¹² Max Sørensen, *Les sources du droit international* (E. Munksgaard, 1946) 113; W. Friedman, *The Changing Structure of International Law* (Stevens, 1964) 196; Geza Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (International Publication Service 1969) 97-100; 国际法协会，关于使用国内法原则发展国际法问题研究小组，2016 年工作会议(8 月 10 日)，可查阅：<http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>。

¹³ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice: General Course on Public International Law* (Martinus Nijhoff 1982) 75-82 (他认为，一般法律原则可分为五类：(1) 世界各国的国内法中存在的原则，如已决案件；(2) 源自国际社会的具体性质的原则，如不干涉和主权平等；(3) 法律思想内在的原则，如特别法和后法胜于前法；(4) “等级和协调关系中在各种社会都有效的”原则；(5) 建立在“人的本性是理性人和社会人”基础上的正义原则)；Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Vol. I (Sources) (Pedone, 1944) 891 (他认为，‘一般法律原则’不仅限于国内法中的原则，还包括国际法一般原则。)；类似观点另见 Rüdiger Wolfrum, ‘General International Law (Principles, Rules, and Standards) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2013 OUP)；Brian D. Lepard, ‘The Relationship between Customary International Law and General Principles of Law’ in B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (2010 CUP) 162 (他认为，一般法律原则包括国内法一般原则、道德法一般原则和国际法一般原则)。

¹⁴ 联合国条约法会议期间，特立尼达和多巴哥表示，强行法主要是习惯国际法规则，这是因为“[一般法律原则]是强行法规则最可能的渊源，而且在如此重大的事项中，依靠与国内法的类比将非常危险”(见《联合国条约法会议正式记录》，第一届会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，全体会议和全体委员会会议简要记录，第 56 次会议，第 63-64 段)，但在 2016 年第六委员会第 26 次会议上，伊朗表示，《国际法院规约》第三十八条意义上的一般法律原则“是强制性规范的最佳规范性基础”(见大会第七十一届会议，A/C.6/71/SR.26，第 120 段)；国际法协会美国分会还表示，习惯法造法进程在逻辑上未必会促使形成强制性规范，相反，一般法律原则的造法进程更适合满足形成强行法的要求(见习惯国际法形成问题委员会，国际法协会美国分会：“国家惯例在国际法习惯规则和强行法规则形成中的作用”(1989 年 1 月 19 日)20)；另见 Bruno Simma and Philip Alston, ‘The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles’ (1989) 12 *Australian Yearbook of International Law* 104；劳特帕赫特在关于条约法的报告中指出，条约的无效性可能是因为它“不符合可被视为国际公共政策构成原则(*ordre international public*)的高于一切的国际法原则。这些原则不必具体化为被明确认可的法律规则，如禁止海盗行为或侵略战争的规则。它们可能体现一些国际法庭视为构成被文明各国普遍承认的法律原则的一部分的非常令人信服的国际道德规范。”(强调是后加的)，见特别报告员赫施·劳特派特爵士关于条约法的报告，A/CN.4/63，《1953 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 155 页。

8. 在关于《国际法院规约》的讨论中，有人建议“文明各国所承认的一般原则”后面加上“特别是国际法原则”这句话。¹⁵ 经过讨论后，修改了这一建议，第1款的起句最后改为“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：……”（强调是后加的）。¹⁶ 在这方面，一些人指出，这一改动没有深远影响，因为以前的措辞中已隐含了适用国际法。¹⁷ 但通金等其他人士指出，“这一修订推翻了法学家委员会1920年对第三十八条第一款(寅)项的普遍认识……它明确规定‘一般法律原则’是国际法原则”。¹⁸ 他认为，一般法律原则包括国内法律制度和国际法中共有的原则：它们是“国内法律制度和国际法”遵循的法律主张。¹⁹

9. 相关概念在国际刑法中作出了更具体的界定。根据《罗马规约》第二十一条，国际刑事法院适用的法律包括：“1. 首先，适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》；2. 其次，视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则，包括武装冲突国际法规确定的原则；3. 无法适用上述法律时，适用本法院从世界各法系的国内法中得出的一般法律原则”（强调是后加的）。²⁰ 佩莱认为，在《罗马规约》范围内，“国际法原则和规则”仅限于习惯国际法，而“法院从国内法中得出的一般法律原则”与《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“一般法律原则为文明各国所承认者”相对应。²¹ 前南问题国际法庭维持了相似的对渊源的适用顺序，但在一些案件中，该法庭似乎将“习惯国际法”、“国际法一般原则”、“世界主要法律制度共有的刑法一般原则”和“符合国际司法基本要求的一般法律原则”视为独立渊源。²²

10. 在国际法的其他领域，提及一般法律原则之处也非常不明确和不一致。例如，仲裁案件利比亚美国石油公司诉利比亚案和德士古公司诉利比亚案的法律选择规定指出：“特许权应依照与国际法律原则相同的利比亚法律原则管理和解释，在没有此类原则的情况下，则依照国际法庭可能适用的一般法律原则”（强

¹⁵ 联合国国际组织会议，文件，第十四卷，第167页。

¹⁶ 同上，第164页。

¹⁷ V. D. Degan, 52; G. Gaja, “General Principles of Law” (2013) Max Planck Encyclopedia of Public International Law 2.

¹⁸ G I Tunkin, “‘General Principles of Law’ in International Law” in M René et. al., *internationale Festschrift für Alfred Verdross: zum 80. Geburtstag* (Fink München 1971) 525; 另见 Antônio Augusto Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law* (Brill Nijhoff, 2014) 870.

¹⁹ 同上，Tunkin, 526.

²⁰ 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日)，第二十一条。

²¹ Alain Pellet, ‘Applicable Law’ in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (OUP, 2002) vol. II 1071-1076.

²² 检察官诉 Furundzija, 判决，案件号 IT-95-17/1-T, T. Ch. II, 1998年12月10日，第177段；检察官诉 Kupreskic 等人，判决，案件号 IT-95-16-T, T Ch. II, 2000年1月14日，第591段(在本案中，前南问题国际法庭审判分庭认为，在《规约》无法解决有关问题时，法庭应利用“(一)习惯国际法规则，或(二)国际刑法一般原则”，或在此类原则不存在时，(三)世界主要法律制度共有的刑法一般原则；或在此类原则不存在时，(四)符合国际司法基本要求的一般法律原则。”)

调是后加的)。²³ 人们注意到, 伊朗—美国索赔法庭经常提及“国际法一般原则”, 令人怀疑它指的是习惯国际法还是“文明各国承认的一般法律原则”。²⁴

11. 总之, 鉴于围绕这一概念的理论争议尚未解决, 现在还缺少关于一般法律原则及其与“国际法一般原则”和“基本原则”等其他相关概念的关系的共同商定的理解。特别是, 仍存在的问题是, 它们是否仅限于国内法院确认的原则或是否也能够产生于国际来源, 以及一般法律原则是否能产生于道德论述。这些问题在国际性法院和法庭的判例中有所反映。

3. 一般法律原则的适用

12. 虽然存在理论上的不确定性, 国际性法院和法庭普遍承认一般法律原则是国际法的一个自主的渊源, 并在实践中予以适用。虽然常设国际法院和国际法院在明确适用这一渊源时非常谨慎,²⁵ 但一般法律原则在涉及非国家行为者的国际法领域, 如国际刑法和国际投资法中发挥了更大的作用。²⁶

13. 常设国际法院以明示或默示的方式提及关于法律解释权属于法律制定者、²⁷ 任何人不得自断其案、²⁸ 恢复原状、²⁹ 不容反悔³⁰ 和管辖权的管辖权³¹ 的一般原则。国际法院提及一般法律原则的实例包括已决案件、³² 各方平等、³³ 条约必须遵守。³⁴ 这些是普遍存在于几乎所有现行法律制度中的一般法律原则的实例。

²³ 利比亚美国石油公司诉阿拉伯利比亚共和国政府案, 20 国际法律资料(1981) 33; 德士古海外石油公司诉阿拉伯利比亚共和国政府案(1977 年 1 月 19 日), 17 国际法律资料 3 (1978) 14。

²⁴ Grant Hanessian, “Principles of Law” in the Iran-US Claims Tribunal’ (1989) Columbia Journal of Transnational Law 323, 提及雷诺兹烟草公司诉伊朗伊斯兰共和国政府, 145-35-3 号裁决(1984 年 7 月 31 日), 伊朗—美国索赔法庭报告 7, 第 181、191 页; 伊朗海关管理局诉美国, 105-B-16-1 号裁决(1984 年 1 月 18 日), 伊朗—美国索赔法庭报告 5, 第 94、95、99 页; Flexi-Van Leasing, Inc. 诉伊朗伊斯兰共和国, 1982 年 12 月 20 日发布的指令, 伊朗—美国索赔法庭报告 1, 第 455、457-58 页; ARCO Iran, Inc. 诉伊朗伊斯兰共和国政府, 311-74/76/81/150-3 号裁决(1987 年 7 月 14 日), 伊朗—美国索赔法庭报告 16 (法庭对合同问题适用了“商业法和国际法一般原则”), 第 27-28 页。

²⁵ Giorgio Gaja, 6.

²⁶ N. Wöhler, ‘Application of General Principles’ (1996) ICCA Congress Series no. 7, 553.

²⁷ Jaworzyna 问题, 咨询意见, 《常设国际法院案例汇编》B 辑, 第 8 号, 第 37 页。

²⁸ 《洛桑条约》第 3 条第 2 款的解释, 咨询意见, 《常设国际法院案例汇编》B 辑, 第 12 号, 第 32 页。

²⁹ 霍茹夫工厂案, 《常设国际法院案例汇编》A 辑, 第 9 号, 第 30 页。

³⁰ 同上, 第 31 页; 东格陵兰法律地位案, 《常设国际法院案例汇编》A/B 辑, 第 53 号, 第 69 页。

³¹ 希腊—土耳其协定的解释, 咨询意见, 《常设国际法院案例汇编》B 辑, 第 16 号, 第 20 页。

³² 关于联合国行政法庭的案件, 咨询意见, 《1954 年国际法院案例汇编》, 第 53 页。

³³ 劳工组织行政法庭就针对教科文组织的申诉作出的判决, 咨询意见, 《1956 年国际法院案例汇编》, 第 85 页; 联合国行政法庭第 158 号判决的复审申请, 咨询意见, 《1973 年国际法院案例汇编》, 第 181 页; 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用, 判决, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 114 段。

³⁴ 核试验(澳大利亚诉法国)案, 《1974 年国际法院案例汇编》, 第 268 页。

14. 此外，法院似乎并不认为一般法律原则仅限于那些源自国内法的原则。例如，常设国际法院曾援引“为各国际法庭所普遍接受并同样载于许多公约的原则”、³⁵“仲裁判例以及国内法院普遍接受的原则”、³⁶“国际法原则甚至是一般法律概念”。³⁷ 国际法院曾提及，《(灭绝种族罪)公约》的基本原则是“文明国家公认对各国具有约束力的原则”。³⁸ 在尼加拉瓜案中，法院提及“人道主义法基本的一般原则”。³⁹ 在东帝汶案中，法院提及，人民自决的原则是“当代国际法的一项基本原则”。⁴⁰ 还不清楚这些案件中提及的原则是否是第三十八条第一款(寅)项意义上的一般原则。⁴¹ 此外，国际法院的案件中的反对意见和个别意见中表达了关于一般原则的其他观点。⁴²

15. 国际性法院和法庭曾更多提及一般法律原则。一般法律原则可对关键问题发挥决定性作用。⁴³ 一般法律原则经常被用来处理实质性和程序性问题。关于实体法，曾援引胁迫为量刑减免因素的原则、⁴⁴ 量刑相称性原则、⁴⁵ 法无明文

³⁵ 索菲亚和保加利亚电力公司案，《常设国际法院案例汇编》A/B辑，第79号，第199页(关于案件当事方必须避免采取任何可能妨碍执行将作出的判决的措施且不得采取任何可能加剧争端的步骤的原则)。

³⁶ 霍茹夫工厂(管辖权)案，《常设国际法院案例汇编》A辑，第9号，第31页(关于赔偿义务)。

³⁷ 霍茹夫工厂(案情实质)案，《常设国际法院案例汇编》A辑，第17号，第29页。

³⁸ 对《灭绝种族罪公约》的保留，咨询意见，《1951年国际法院案例汇编》，第23页。

³⁹ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动，案情实质，《1986年国际法院案例汇编》，第113-115和第129-130页，第218、第220和第255段。

⁴⁰ 东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案，判决，《1995年国际法院判例汇编》，第201页，第29段。

⁴¹ 一些人认为它们是一般法律原则，而其他人坚持认为这些原则在《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的范围内。例如见 e.g., Brian D. Lepard, 'The Relationship between Customary International Law and General Principles of Law' in B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (2010 CUP) 162; B. Simma and P. Alston, 'The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles of Law' (1989) 12 *Australian Yearbook of International Law* 82; *South West Africa Case, Second Phase*, I.C.J. Reports 1966, dissenting opinion of Judge Tanaka; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989 OUP) 97 and 134.

⁴² 例如，在西南非洲案中，田中法官的反对意见认为：“……不可否认的是，在第三十八条第一款(寅)项中，一些自然法因素是固有的。它将国际法渊源的概念拓展至超越了法律实证主义的范围，法律实证主义认为，各国仅受其本身意愿的约束，国际法只不过是国家同意和自行限制的法律。但我们认为，这一观点显然被第三十八条第一款(寅)项推翻了”，见西南非洲案，第二阶段，《1966年国际法院案例汇编》，田中法官的反对意见，第298页；同样，坎萨多·特林达德法官在纸浆厂案中维持了他的个别意见，认为“根据自然法(在时间上早于实在法)，一般法律原则涉及国际法的起源和基础，指导着国际法规则的解释和适用，并表明了其普遍性”。他认为“没有理由不依靠国内法和国际法确认的一般法律原则”，声称《斯德哥尔摩宣言》和《里约宣言》等国际文书所包含的防止原则和预防原则是一般法律原则。见乌拉圭河纸浆厂案，判决，《2010年国际法院案例汇编》，坎萨多·特林达德法官的个别意见。

⁴³ F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill/Nijhoff, 2008) 77-164.

⁴⁴ 检察官诉 Erdemovic, McDonald 法官和 Vohrah 法官的联合个别意见，案件号 IT-96-22-A, 上诉分庭，1997年10月7日，第40和第55-72段。

⁴⁵ 检察官诉 Bakid, 判决，案件号 IT-95-14-T, 第一审判分庭，2000年3月3日，第796段。

者不罚、⁴⁶ 确立形式责任需要分析犯罪行为的主客观因素的原则。⁴⁷ 关于程序规则，曾利用举证责任的原则、⁴⁸ 不应对被告进行缺席审判的原则⁴⁹ 以及一罪不二审原则。⁵⁰

16. 人们注意到，一般法律原则在国际投资法领域发挥了“重要作用”。⁵¹ 国际投资法庭援引的一般法律原则包括：赔偿包括实际损失和可得利益损失、⁵² 善意、⁵³ 已决案件、⁵⁴ 管辖权的管辖权、⁵⁵ 索赔人承担举证责任、⁵⁶ 不当得

⁴⁶ 检察官诉 Delalić 等人，判决，案件号 IT-96-21-T，第二审判分庭，1998 年 11 月 16 日，第 402 段。

⁴⁷ 同上，第 425 段。

⁴⁸ 同上，第 599-604 段。

⁴⁹ 检察官诉 Sesay 等人，关于第三被告 Augustine Gbao 拒绝出席塞拉利昂问题特别法庭 2004 年 7 月 7 日及之后各日审判问题的裁决，案件号 SCSL-04-15-T，审判分庭，2004 年 7 月 12 日，第 10 段。

⁵⁰ 检察官诉 Tadić，就辩方关于一罪不二审原则的请求所做的裁定，案件号 IT-94-1-T，第二审判分庭，1995 年 11 月 14 日，第 2-4 段。

⁵¹ C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (CUP 2004) 94; 另见 Tarcisio Gazzini, ‘General Principles of Law in the Field of Foreign Investment’ (2009) 10 *Journal of World Investment and Trade*, 103; A. McNair, ‘General Principles of Law Recognized by Civilized Nations’ (1957) 33 *BYIL* 15 (其中指出，一般法律原则“将证明对于适用和解释[国家]合同非常有效，这些合同虽然不是国家间合同并因此在严格意义上不受国际公法管辖，但通过一般法律原则加以管理可能比任何单一领土制度的特殊规则都更有效”)。

⁵² 阿姆科亚洲公司等诉印度尼西亚，解决投资争端国际中心案件号 ARB/81/1, 1984 年 11 月 20 日的裁决，89, 《国际法案例汇编》(1992 年)，第 405 页起，第 504 页。

⁵³ Terniras Medioambientales Tecmed, S.A. 诉墨西哥，解决投资争端国际中心案件号 ARB(AF)/00/2, 裁决，2003 年 5 月 29 日，第 153 段；Canfor 公司诉美利坚合众国，Terminal 林产品公司诉美利坚合众国，(北美自由贸易协定/联合国国际贸易法委员会合并仲裁)，初步问题，2006 年 6 月 6 日，第 182 段；Sempra Energy International 诉阿根廷共和国，解决投资争端国际中心案件号 ARB/02/16, 裁决，2007 年 9 月 28 日，第 297 段。

⁵⁴ 废物管理公司诉墨西哥(二)，解决投资争端国际中心案件号 ARB(AF)/00/3, 管辖权，2002 年 6 月 26 日，第 39 和第 43 段，法庭认为“毫无疑问，已决案件是一项国际法原则，甚至是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。事实上，双方都接受这一点”。(强调是后加的)

⁵⁵ Sociedad Anonima Eduardo Vieira 诉智利，解决投资争端国际中心案件号 ARB/04/7, 裁决，2007 年 8 月 21 日，第 203 段。

⁵⁶ Salini Costruttori S.p.A. 和 Italstrade S.p.A. 诉约旦哈西姆王国，解决投资争端国际中心案件号 ARB/02/13, 裁决，2006 年 1 月 31 日，第 70 段，法庭认为，‘普遍确立的法律原则是，由索赔人证明用于支持其主张的事实’。另见亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡，解决投资争端国际中心案件号 ICSID ARB/87/3, 裁决，1990 年 6 月 27 日，第 603 页，第 56 段；Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. 诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国，解决投资争端国际中心案件号 ARB/00/5, 裁决，2003 年 9 月 23 日，第 110 段；国际雷鸟博彩公司诉墨西哥，贸易法委员会(北美自由贸易协定)，裁决，2006 年 1 月 26 日，第 95 段。

利、⁵⁷ 当事人不得因自身过错在法律上获益。⁵⁸ 一般法律原则可在投资仲裁中发挥决定性作用。例如，*Klöckner 诉喀麦隆案*的裁决因法庭未能提供充分证据证明存在一般原则而被特设委员会撤销。⁵⁹ 投资法庭在解释“公正和公平待遇”概念时利用的原则包括善意、⁶⁰ 正当程序、⁶¹ 相称性⁶² 和其他一些原则。⁶³

17. 在伊朗—美国索赔法庭，人们注意到，一般法律原则被用来避免在伊朗、美国或第三国的法律之间进行选择。⁶⁴ 人们还注意到，法庭在适用其他的国内法可能会导致不公平结果的情况下适用了“一般法律原则”。⁶⁵ 此外，法庭没有区分其在国际公法和私法中的作用，似乎同时适用了二者中的“一般法律原则”。⁶⁶

18. 虽然在国际法的不同领域提及一般法律原则之处很多，但识别一般法律原则的方法仍然不明确。有人批评国际性法院和法庭适用没有得到普遍确认的“一

⁵⁷ 海陆联运公司诉伊朗，6 伊朗—美国索赔法庭报告(1984 年)，第 149 页起，见第 168 页，法庭认为，‘不当得利概念源于罗马法[……]世界绝大多数国家的国内法律体系都将该概念编入法律或给予司法确认，被广泛认为已纳入了国际法庭可适用的一般法律原则类别’。更近些时候，在 *Saluka Investments BV 公司(荷兰)诉捷克共和国案*，贸易法委员会，部分裁决，2006 年 3 月 17 日，第 449 段中，法庭指出，‘不当得利概念被确认为一项国际法一般原则。该原则使一当事方有权要求另一当事方返还任何在没有法律理由的情况下拿走或获得的任何具有价值的东西’。(强调是后加的)

⁵⁸ *Sempra Energy International 诉阿根廷共和国*，解决投资争端国际中心案件号 ARB/02/16，裁决，2007 年 9 月 28 日，第 353 段。

⁵⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH 等诉喀麦隆*，解决投资争端国际中心案件号 ARB/81/2，关于撤销裁决的决定，1985 年 5 月 3 日，第 243 页。

⁶⁰ *Sempra Energy International 诉阿根廷共和国*，解决投资争端国际中心案件号 ARB/02/16，裁决，2007 年 9 月 28 日，第 298 段。

⁶¹ *废物管理公司诉墨西哥*，第 98 段。

⁶² *MTD Equity Sdn. Bhd 和 MTD Chile S.A.诉智利共和国*，解决投资争端国际中心案件号 ARB/01/7，裁决，2004 年 5 月 25 日，第 109 段。

⁶³ 见 *Tarcisio Gazzini*, 118.

⁶⁴ *American Bell Int'l, Inc.诉伊朗伊斯兰共和国*，伊朗—美国索赔法庭报告 9，第 107 页，第 255-48-3 号裁决(1986 年 9 月 19 日)，伊朗—美国索赔法庭报告 12，第 170 页；*Questech, Inc.诉伊朗伊斯兰共和国国防部*，第 191-59-1 号裁决(1985 年 9 月 25 日)，(适用情势变更这项一般原则，尽管合同条款选择了伊朗法律)；*Aeronutronic Overseas Servs., Inc.诉伊朗伊斯兰共和国*，ITM 44-158-1 号裁决(1984 年 8 月 24 日)，伊朗—美国索赔法庭报告 7，第 217 页；*Gould Mktg., Inc.诉伊朗伊斯兰共和国国防部*，第 136-49/50-2 号裁决(1984 年 6 月 22 日)，伊朗—美国索赔法庭报告 6，第 272、274 页(一份通信设备销售合同中规定适用加利福尼亚州法律。法庭指出，“美国法律”包含一项“一般原则”，即在合同因失败而终止的情况下，“合同规定应付金额应按合同履行情况按比例支付”。法庭还援引了英国法律，并指出，“大陆法系中存在类似规则”。*Id.* at 274 n. 1。法庭还适用了委托法的“一般规则”，要求索赔人向被告提供索赔人持有的被告的某些设备。*Id.* at 279。另见 *Morgan Equip. Co.诉伊朗伊斯兰共和国*，第 100-28-2 号裁决(1983 年 12 月 27 日)，伊朗—美国索赔法庭报告 4，第 272 页(法庭驳回了索赔人的论点，即根据爱达荷州法律它有权作为爱达荷州法律管理的某些购买订单的第三方受益人获得补偿)；*雷诺兹烟草公司诉伊朗伊斯兰共和国政府*，第 145-35-3 号裁决(1984 年 7 月 31 日)，伊朗—美国索赔法庭报告 7，第 181 页。

⁶⁵ *CMI International, Inc.诉伊朗伊斯兰共和国道路和运输部*，第 99-245-2 号裁决(1983 年 12 月 27 日)，伊朗—美国索赔法庭报告 4；另见 *Grant Hanessian*, 329-330.

⁶⁶ *Grant Hanessian*, 350.

般原则”。⁶⁷ 还有人指出，如果将一般法律原则限定为全世界国内法普遍确认的原则，当法院或法庭不得不处理一个问题而无法找到广泛接受的原则时会遇到困难。⁶⁸ 在这方面，一些关键问题尚未得到解决，造成了法律不确定性并危及公正司法。这些问题包括决定一项原则是否得到“普遍确认”的标准、在从国内法产生一般原则时进行比较研究的范围、在进行此类分析时如何对法系和法律制度进行分类、如何选定具有代表性的国内法以及在进行类推时是否和如何为了国际适用而对这些原则进行调整。

4. 这一专题的范围和有待处理的法律问题

19. 在上述背景下，委员会可以澄清各国、国际性法院和法庭以及国际组织和机构所采用的一般法律原则的性质和范围以及识别方法。在不排除与这一专题有关的其他问题或方面的情况下，委员会可特别分析：

(一) 一般法律原则的性质和范围；

(a) 关于一般法律原则的范围和术语，特别是与“文明各国所承认的一般法律原则”、“国际法一般原则”和“基本法律原则”等概念的关系；

(b) 一般法律原则的性质和起源；

(c) 一般法律原则是条约和习惯国际法之外的一个独立的渊源；

(d) 一般法律原则的作用；

(二) 一般法律原则与国际法其他两个主要渊源，即条约和习惯国际法的关系；

(三) 识别一般法律原则的方法；

(四) 其他问题。⁶⁹

20. 委员会不妨在审议这一专题的整个过程中提及一些一般法律原则的实例，并将它们纳入将要通过的结论的评注中。

(一) 一般法律原则的性质和范围

21. 委员会必须先分析和澄清“一般法律原则”的定义，以便限定这一专题的范围。有人建议《常设国际法院规约》和《国际法院规约》第三十八条下的“一般法律原则为文明各国所承认者”应是这一研究的主要重点，还应结合与“国际

⁶⁷ F. O. Raimondo, 88; 另见 G. I. Tunkin, *Theory of International Law* (HUP 1974) 190 (提防一种愿望，即使用“一般法律原则”以宣称某些法律制度的原则对所有人具有约束力)。

⁶⁸ Michael Akehurst, 'Equity and General Principles of Law' (1976) 25(4) *International and Comparative Law Quarterly* 825.

⁶⁹ 例如，一般法律原则是否可能也是特别国际法的一个渊源。例如，有人指出，欧洲共同体法院通常仅限于审查成员国的法律，以得出该区域制度的一般原则。见 Michael Akehurst, 'Equity and General Principles of Law' (1976) 25(4) *International and Comparative Law Quarterly* 821, citing *X v. Council* [1972] 18 *Recueil* 1205; *Advocate-General Warner in Commission v. Council* [1973] E.C.R. 575, 593; *Werhahn v. Council* [1973] E.C.R. 1229, 1259-1260; *Slander v. Ulm* [1969] *Recueil* 419, 425.

法一般原则”、“基本原则”和“公平原则”等其他概念的关系对“一般法律原则”进行分析。

22. 一般法律原则的性质和特点可以结合这一概念的历史发展以及国际法律惯例中明确和隐含提及一般法律原则之处审查。例如，委员会可以审查一般法律原则被确认为国际法一个渊源的早期仲裁裁决和条约；促使“一般法律原则为文明各国所承认者”被纳入《常设国际法院规约》和后来的《国际法院规约》中的背景和辩论。还可审查条约、法院和法庭的判例、国内法律和国际文书中提及这一概念和相关概念之处。

23. 一般法律原则的来源是一个相关且重要的问题。委员会应审查一般法律原则是只能从各国的一般国内法中产生，还是一般原则可以产生于国家确认的其他来源，如国际法律制度和国际关系。

24. 还应澄清一般法律原则在国际法律制度中的地位。特别是，应对一般法律原则是国际法的一个独立渊源以及一般法律原则与条约和习惯国际法的关系进行评估。

25. 还应审查一般法律原则的作用。如上文所述，一些学者认为一般法律原则的主要作用是当找不到条约规定或习惯国际法规则时“填补”国际法中的“空缺”。⁷⁰ 其他人赋予了一般法律原则更为广泛的作用，如它为国际法制度提供资料 and 基础，并为解释和适用条约和习惯提供指导。⁷¹ 委员会可以研究一般法律原则如何随着时间的发展而发挥不同的功能和作用，促进国际法律制度以及国际法专门制度的发展。

26. 特别是，委员会还可以考虑国际性法院和法庭以及国际机构适用一般法律原则时以及各国在国际关系中利用一般法律原则和国内法院在国内判例中利用一般法律原则时的理论基础，以及一般法律原则发挥的重要作用。

27. 一个相关方面是，一般法律原则是法律权利和义务的一个来源。特别是，委员会可以研究一般法律原则通过提供实质性和程序性规则(如善意原则或一罪不二审原则)规范国际社会成员行为的那些领域。

(二) 一般法律原则与条约和习惯国际法的关系

28. 正如上文提及的国际判例反映的那样，一般法律原则被确认为国际法的主要渊源之一，是独立于条约和习惯国际法之外的一个渊源。然而，一般法律原则可能与其他两个国际法渊源，即条约和习惯国际法互相关联。应研究一般法律原则与条约和习惯规则之间的关系和相互作用。例如，委员会可以研究一般法律原则和条约及习惯规则如何促进彼此的产生和发展，习惯国际法在协助和指导条约和习惯国际法的适用和解释方面可能发挥的作用，以及一般法律原则与相应的条约和习惯国际法规则并行存在的可能性。

⁷⁰ Vladimir-Djuro Degan, *A Source of General International Law* (Martinus Nijhoff 1997) 40-41;

⁷¹ Antônio Augusto Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law* (Brill Nijhoff, 2014) 870; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (Stevens, 1958) 106

(三) 识别一般法律原则的方法

29. 识别一般法律原则的方法是一个至关重要的问题。对于产生于国内法的世界各国法律制度共有的一般原则，委员会应研究的问题包括确定世界各国法律制度共同确认一项原则的标准；产生一般法律原则的方法以及如果需要进行比较分析，比较研究的范围和深度、在进行比较分析时对法律体系和法律制度的分类；是否调整源自国内法的原则使其适合国际法律制度以及如何调整。如果以上部分的研究证明一般法律原则也可以从各国确认的国际法律制度中产生，则委员会还应帮助澄清从条约、不具约束力的国际文书、国际性法院和法庭的司法裁决等渊源中识别一般法律原则的标准和方法。

(四) 其他问题

30. 有人指出，虽然具有普遍管辖权的国际司法机构注意从世界各地的法律制度中形成一般原则，但区域司法机构有时将其比较研究的范围限定为其成员国的国内法。⁷² 在这种情况下，委员会可以审查这些法律原则是否存在以及它们的法律地位，并就此提供澄清和指导。

5. 委员会关于这一专题的工作方法

31. 这一研究将主要依据各国的惯例、条约及其起草历史、其他国际文书、国际、区域和国内法院和法庭的司法裁决以及国内法律。

32. 还将结合国际惯例参考和评估学者的意见和分析。

6. 这一专题符合选择新专题的标准

33. “一般法律原则”专题符合委员会规定的选择新专题的标准，因为它反映了国际社会在国际法的逐渐发展和编纂方面的需要。特别是，国际法的这一渊源已经使用了一个多世纪，现在人们仍然依靠这一渊源，但其性质、范围、起源、标准和识别方法仍然不明确。

34. 委员会秘书处 2016 年 3 月 31 日编写了一份题为“考虑到根据嗣后情况发展对 1996 年编订的专题清单的审查结果提出的可能审议的专题”的报告(A/CN.4/679/Add.1)。秘书处将“一般法律原则”专题列为 6 个专题中的第一个。委员会将第一次作为一个国际法渊源深入审议一般法律原则。

35. 考虑到大量的相关国家惯例及不同法院和法庭对这一渊源的适用，以及长期的理论发展，国际法委员会关于这一专题的工作将具体可行，可以为了解、识别和适用这一法律渊源提供说明和指导。

36. 基于上述情况，作为委员会审议“一般法律原则”专题的结果的结论和评注将对各国、国际组织、国际性法院和法庭以及国际法学者和从业者有所帮助。

⁷² Michael Akehurst, 818-825; 另见 Procureur de la Republique 诉 Association de defense des bruteurs d'huiles usages (ADBHU), 案件号 240/83, 第 9 段: “货物流动自由原则和自由竞争原则以及贸易自由是一项基本权利的原则都是法院确保遵守的共同体法律的一般原则”(强调是后加的); Stauder 诉 City of Ulm, 案件号 26/69 [1969] ECR 419, 第 7 段: “基本人权载入了共同体法律的一般原则, 受到法院保护”(强调是后加的)。

7. 参考文献选编

Scholarly Work

- Acosta Alvarado, P.A., *Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional*, 25 Rev. Derecho del Estado 193 (2010)
- Akehurst, M., *Equity and General Principles of Law*, 25 Int'l & Comp. L.Q. 4 (1976)
- Akehurst, M., *Note: The Hierarchy of the Sources of International Law*, 47 B.Y. Int'l L 273 (1977)
- Alpa, G., *General Principles of Law*, 1 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 1 (1994)
- Alston, P., & Simma, B., *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, 12 Austrian Y.B. Int'l L. 82 (1988-1989)
- Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 3rd ed. (Cedam—Padova, 1955)
- Bassiouni, M. C., *A Functional Approach to General Principles of International Law*, 11 Mich. J. Int'l L. 768 (1989-1990)
- Becker Lorca, A., *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*, 47 Harvard International Law Journal 283 (2006)
- Brownlie, I., *Some Questions Concerning the Applicable Law in International Tribunals*, in: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Jerzy Makarczyk ed., 1996)
- Bonafé Beatrice I., Palchetti, P., "Relying on general principles in international law", in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 160 (E. Elgar, 2016)
- Byers, M., *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (CUP, 1999)
- Charney, J. I., *International Lawmaking- Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered*, in: *New Trends in International Lawmaking – International 'Legislation' in the Public Interest: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walter-Schücking-Institute of International law March 6 to 8, 1996* (Jost Delbrück ed., 1997)
- Charney, J. I., *Universal International Law*, 87 Am. J. Int'l L. 529 (1993)
- Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens & Sons Limited, 1953)
- Chiu, H., *Chinese View on the Sources of International Law*, 28 Harvard International Law Journal 289 (1987)
- Cooke Gutteridge, H., *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research* (CUP 2nd ed., 1949)
- Crawford, J. R., *Responsibility of the International Community as a Whole*, 8 Indiana J. Global Legal Studies 303 (2001)
- D'Aspremont, J., *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (OUP, 2011)

de Vattel, E., *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature Applies to the Conduct of Affairs of Nations and Sovereignty, with Three Early Essays on the Origins and Nature of Natural Law and on Luxury* (Liberty Fund, 2008)

Degan, V. D., *General Principles of Law (A Source of General International Law)*, 3 Finnish Y.B. Int'l L. 1 (1992)

de Wet, E., *Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and its Implications for the International Court of Justice*, Netherlands Int'l L. Rev. 47 (2000)

Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Publico* (Ed. Tecnos, 2013)

do Nascimento e Silva, G. E., *The Widening Scope of International Law, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* 412 (Jerzy Makarczyk ed., 1996)

Dorđeska, M., *The Process of International Law-Making: The Evolution of General Principles of Law Recognized by Civilized Nations Through the Jurisprudence of International Courts and Tribunals* (doctoral dissertation, The George Washington University Law School, August 2016)

Fitzmaurice, G., *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, *Symbolae Verzijl* 153 (1958)

Fitzmaurice, G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, in *Recueil Des Cours* 092 (1957)

Fitzmaurice, G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*, 30 B.Y. Int'l L. 1 (1953)

Ford, C. A., *Judicial Discretion in International Jurisprudence: Article 38/1(c) and "General Principles of Law"*, 5 *Duke J. Comp & Int'l L.* 35 (1994)

Freeman Jalet, F. T., *The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations – A Study*, 10 *UCLA L. Rev.* 1041 (1962-1963)

Friedmann, W., *The Uses of "General Principles" in the Development of International Law*, 57 *Am. J. Int'l L.* 2 (1963)

Gaja, G., *General Principles of Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP, 2013)

Pineschi, L. (ed.), *General Principles of Law: The Role of the Judiciary* (Springer, 2015)

Gonidec, P. F., *Existe-t-il un Droit International Africain?*, 5 *African Journal of International and Comparative Law* 243 (1993)

Guillame, G., *The Future of International Judicial Institutions*, 44 *Int'l & Comp. L. Q.* 848 (1995)

Hathaway, O. A., *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72 *Univ. Chicago L. Rev.* 469 (2005)

Herczeg, G., *General Principles of Law and the International Legal Order*, 5 *Hungarian Academy of Sciences* (1969)

- Higgins, R., *Problems and process: International Law and How We Use It* (OUP, 1995)
- Hudson, M. O., *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (The Macmillian Company, 1943)
- Jahel, S., "Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine", *Rev. int'l. de droit comparé* Vol. 55 N^o1, 105 (2003)
- Jain, N., *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, 57 *Harv. Int'l L.J.* 111 (2016)
- Jenks, C. W., *The Conflict of the Law-Making Treaties*, 30 *B.Y. Int'l L* 401 (1953)
- Jenks, C. W., *The Scope of International Law*, 31 *B.Y. Int'l L* 1 (1954)
- Jennings, R. *The Internal Judicial Practice of the International Court of Justice*, 59 *B.Y. Int'l L* 31 (1988)
- Jennings, R., *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Jerzy Makarczyk ed., 1996)
- Jennings, R., *The Progress of International Law*, 34 *B.Y. Int'l L* 334 (1958)
- Jessup, P. C., *The Reality of International Law*, 18 *Foreign Affairs* 244 (1940)
- Jiménez de Aréchaga, E. "Curso de Derecho Internacional Público", Centro Estudiantes de Derecho (1959)
- Kamto, M., *La volonté de l'État en droit international*, (Martinus Nijhoff, 2007)
- Kelsen, H., & Tucker, R. W., *Principles of International Law*, (Holt, Rinehart & Winston, 2nd ed., 1927)
- Kooijmans, P. H., *Some Thoughts on the Relation between Extra-Legal Agreements and the Law-creating Process*, in Makarczyk J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Martinus Nijhoff, 1996) 507
- Koskenniemi, M., *The Functions of Law in the International Community*, 79 *B.Y. Int'l L* 353 (2008)
- Koskenniemi, M., *Sources of International Law* (Ashgate, 2000)
- Kotuby Jr., C. T. et al., *General Principles of Law and International Due Process* (OUP 2017)
- Laethley, C., *An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the International Law Commission Missed an Opportunity?*, 40 *N.Y.U.J. Int'l L & Pol.* 259 (2007)
- Lauterpacht, E., *The Judicial and the Meta-Judicial in International law*, in Makarczyk J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Martinus Nijhoff, 1996) 215
- Lauterpacht, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration* (Archon Books, 1927)

- Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court* (Praeger, 1958)
- McDougal, M. S., & Feliciano, F. P., *International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War*, 67 Yale L. J. 5 (1958)
- McNair, A., *The General Principles of Law recognized by Civilized Nations*, 33 B.Y. Int'l L 33 (1957)
- O'Keefe, R., *World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a Whole?*, 53 Int'l & Comp.L.Q 189 (2004)
- Pellet, A., *Article 38*, in: *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary* (Zimmermann & et al. eds., 2012)
- Pellet, A., *Principes Generaux de Droit En Droit International*, These pour le doctorat (9 February 1974)
- Perreau-Saussine, A., *Lauterpacht and Vattel on the Sources of International Law: The Place of Private Law Analogies and General Principles*, in Chetail, V., and Hagggenmacher, P., (eds) *Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective* (Martinus Nijhoff, 2011)
- Peters, A., *The Principle of Uti Possidetis Juris: How Relevant is it for Issues of Secession?*, in *Self-Determination and Secession in International Law* (OUP, 2014)
- Raimondo, F. O., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill/Nijhoff, 2008)
- Rao, P. S., *The Concept of International Community in International Law: Theory and Practice*, in: *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, 85 (Brill, 2008)
- Raz, J., *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 Yale L. J. 5 (1972)
- Reinoso Barbero, F., coordinador, *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual*", (Thompson Reuters Arazandi, 2014)
- Rosenne, S., *Codification Revisited After 50 Years*, 2 Max Planck Y. of UN L. 1 (1998)
- Rosenne, S., *Note: Res judicata: Some Recent decisions of the International Court of Justice*, 28 B.Y. Int'l L 365 (1951)
- Sandifer, D. V., *Evidence Before International Tribunals* (The Foundation Press, Inc., 1939)
- Schachter, O., *International Law in Theory and Practice* (Martin Nijhoff, 1991)
- Schlesinger, R. B., *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, 51 Am. J. Int'l L. 4 (1957)
- Shahabuddeen, M., *Precedent in the World Court* (CUP, 2007)
- Simma, B. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, 20 E. J. Int'l L. 265 (2009)
- Stone, J., *Non-Liquet and the Function of the Law in the International Community*, 35 B.Y.I.L 124 (1959)

- Stuyt, A., *The General Principles of Law: As Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction* (Martinus Nijhoff, 1946)
- Thirlway, H., *The Sources of International Law* (OUP, 2014)
- Tunkin, G. I., *Is General International Law Customary Law Only?*, 4 Eur. J. Int'l L. 534 (1993)
- Tunkin, G. I., *Theory of International Law* (George Allen & Unwin Ltd., 1974)
- Van Hoof, G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law* (Brill, 1983)
- Villiger, M. E., *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources* (Martinus Nijhoff 1985)
- Watts, A., *The International Court and the Continued Customary International Law of Treaties*, in Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum (Nisuke And ō, Edward McWhinney & Rüdiger Wolfrum eds., 2002)
- Wolfke, K., *Some Reflections on Kinds of Rules and International Law-Making by Practice*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski 587* (Jerzy Makarczyk ed., 1996)
- Wolfrum, R., 'General International Law (Principles, Rules, and Standards) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP 2013)
- Yakemtchouk, R., *L'Afrique en Droit International*, (Libraire Generale De Droite et De Jurisprudence, 1971)
- Yee, S., *Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 J. Int'l Dispute Settlement (2016)
- Zimnenko, B. L., *International Law and the Russian Legal System*, (Eleven, 2007)
- Int'l L. Assoc., *Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law*, Working session 2016 (Aug.10), available at: <http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>
- Int'l L. Assoc., *Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law*, Working session 2014 (April 8), available at: <http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>
- Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, with Annexes, Permanent Court of International Justice

Selected Jurisprudence in International Courts and Tribunals

1. Permanent Court of International Justice

- "*Lotus*", Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No.10 (Sept.7)
- Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, Judgment, 1926 P.C.I.J. (ser.A) No.7 (May 25)
- Factory at Chorzów (Indemnities)*, Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No.12 (Nov.21)
- Factory at Chorzów (Jurisdiction)*, Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No.9 (July 26)
- Factory at Chorzów (Merits)*, Judgment, 1928 P.C.I.J. (ser.A) No.17 (Sept.13)

- Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)*, Advisory Opinion, 1928 P.C.I.J. (ser.B) No.16 (Aug.28)
- Mavrommatis Palestine Concession*, Judgment, 1924 P.C.I.J. (ser.A), No. 2 (Aug.30)
- Panevezys-Saldutiskis Railway*, Judgment, 1939 P.C.I.J. (ser.A/B) No.76 (Feb.28)
- Polish Postal Service in Danzig*, Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser.B) No.11 (May 16)
- Question on Jaworzina*, Advisory Opinion, 1923 P.C.I.J. (ser.B) No.8 (Dec.6)

2. International Court of Justice

- Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Dem. Rep. Congo)*, Compensation, 2012 I.C.J. 324 (June 19)
- Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunis. v. Libya)*, Judgment, 1985 I.C.J. 192 (Dec.10)
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croat. v. Serb.)*, Judgment, 2015 I.C.J. (Feb.3); General List No.118
- Avena and Other Mexican Nationals (Mex v. U.S.)*, Judgment, 2004 I.C.J. 12 (Mar.31)
- Corfu Channel (U.K. v. Alb.)*, Compensation, 1949 I.C.J. 15 (Dec.15)
- Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory opinion, 1954 I.C.J. 47 (July 13)
- Elettronica S.p.A. (ELSI) (U.S. v. It.)*, Judgment, 1989 I.C.J. 15 (July 20)
- Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. Fr., U.K. and U.S.)*, Preliminary objections, 1954 I.C.J. 19 (June 15)
- South West Africa (Eth. v. S. Afr.; Liber. v. S. Afr.)*, Judgment, 1966 I.C.J. 6 (July 18)
- Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thai.)*, Judgment, 1962 I.C.J. 6 (June 15)

3. Inter-State Arbitration

- Antoine Fabiani Case (France v. Venezuela)*. RIAA X, 83–139, 1891
- Delagoa Bay Railway Arbitration (UK/USA v. Portugal)*, 1900
- Lena Goldfields Case (Lena Goldfields, Ltd. v. the Soviet Government)*. 5 ILR 427, 1930
- Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)*. 4 ILR 467, 1928
- The Pious Fund Case (USA v. Mexico)*. RIAA IX, 1–14, 1902
- Russian Claim for Indemnities (Russia v. Turkey)*, Permanent Court of Arbitration, 11 November 1912
- Yuille, Shortridge and Co. (UK v. Portugal)*, award of 21 October 1861

4. International Criminal Courts and Tribunals

Kambanda v. Prosecutor, Case No. ICTR-97-23-A, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Oct. 19, 2000)

Prosecutor v. Blagojević & Jokić, Case No. IT-02-60-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Jan.17, 2005)

Prosecutor v. Bralo, Case No. IT-95-17-A, Judgment on Sentencing Appeal (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Apr.2, 2007)

Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Sept. 2, 1998)

Prosecutor v. Musema, Case No. ICTR- 96-13-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Jan. 27, 2000)

Prosecutor v. Nikolić, Case No. IT- 02-60/1-S, Sentencing Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Dec.2, 2003)

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia July 15, 1999)

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defense Motion on the Principle of *Non-Bis-In-Idem* (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Nov.14, 1995)

Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo (Int'l Criminal Court May 23, 2006)

Situation in Uganda, Case No. ICC-02/04-01/05, Decision on the Prosecutor's Position on the Decision of Pre-Trial Chamber II to Redact Factual Descriptions of Crimes from the Warrants of Arrest, Motion for Reconsideration, and Motion for Clarification (Int'l Criminal Court Oct. 28, 2005)

5. Iran-US Claims Tribunal

Aeronutronic Overseas Servs., Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, 7 Iran-U.S. C.T.R., Award No. ITM 44-158-1 (Aug. 24, 1984)

American Bell Int'l, Inc. v. Islamic Republic of Iran, 9 Iran-U.S. C.T.R. 107 Award No. 255-48-3 (Sept. 19, 1986)

CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and Islamic Republic of Iran, 4 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 99-245-2 (Dec. 27, 1983)

Gould Mktg., Inc. v. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran, 6 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 136-49/50-2 (June 22, 1984)

Morgan Equip. Co. v. Islamic Republic of Iran, Award No. 100-28-2 (Dec. 27, 1983)

Questech, Inc. v. Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran, 4 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 191-59-1 (Sept. 25, 1985)

R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Gov't of the Islamic Republic of Iran, 7 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 145-35-3 (July 31, 1984)

6. International Investment Arbitration

Amco Asian Corporation and Others v. Indonesia, ICSID AKU/81/1, Award of November 20, 1984, 89 ILR (1992)

Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka, ICSID ARB/87/3, Award, 27 June 1990

Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States (Consolidated NAFTA / UNCITRAL), Preliminary Question, 6 June 2006

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment

MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A v. Chile, ICSID ARB/01/7, Award, 25 May 2004

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID ARU/02/13, Award, 31 January 2006

Sempra Energy International v. Argentina, ICSID ARB/02/16, Award, 28 September 2007

Sociedad Anonima Eduardo Vieira v. Chile, ICSID ARB/04/7, Award, 21 August 2007

Terniras Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexiro, ICSID ARE (AF)/00/2, Award, 29 May 2003

Waste Management v. Mexico (II), ICSID ARB(AF)/OO/3, Jurisdiction, 26 June 2002

7. Regional Courts

Advisory Opinion on Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants, IACtHR, OC-18/03 (17 September 2003)

Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, OC-16/99 (1 October 1999)

Case of Golder v. the United Kingdom, ECtHR Application no. 4451/70

Case of the Five Pensioners v. Peru, IACtHR Series C, No. 98 (28 February 2003)

Courage Ltd. v. Bernard Crehan, ECJ 20 September 2001, case C-453/99

Erich Stauder v. City of Ulm, [1969] ECR, Case 26/69

Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 2 ECJ 15 May 1986, case 222/84

Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat international foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 2 September 2008

Mangold v. Helm, 6 ECJ 22 November 2005, case C-144/04

B. 向国际性法院和法庭提交的证据

阿尼鲁达·拉吉普特先生

引言：

1. 本文件建议将“向国际性法院和法庭提交的证据”专题纳入国际法委员会的长期工作方案。
2. 和平解决争端是《联合国宪章》第二条第三款规定的一项义务，也是习惯国际法的一项原则。¹ 根据《联合国宪章》第三十三条第一款的规定，国际裁决是和平解决国际争端的重要途径之一。程序的清晰性和确定性将加强国际法治。
3. 在裁决过程中，证据可以发挥决定性作用。杰拉德·菲茨莫里斯爵士认为，国际诉讼的结果可能实际上“取决于种种程序或形式上的偶然因素”。² 国际性法院和法庭必须对事实适用国际法规则。因此，证明事实是裁决程序的重要组成部分：*idem est non probari non esse* (未经证明即不存在或不属实)。³ 只有在裁决机构能够适当查明事实，然后对其适用法律原则的情况下，争端才可能得到解决。⁴ 证据是证明事实的方法。⁵ 这一专题限于事实证据。
4. 过去，事实争议的解决很少需要国际性法院和法庭予以关注或花费精力。在大多数案件中，各方先承认事实，法院或法庭只是适用法律。即便存在事实争端，也是相对次要的，可以在法律解释的框架内进行处理，无须处理事实争议。国际法院在极少的情况下才不得不面对涉及复杂和具有争议的事实案件，如科孚海峡案或西南非洲案。近来，这种情况发生了变化。国际法院在灭绝种族罪案中不得不处理复杂的书面和口头证据，在捕鲸案中不得不尽力处理专家证据。案件工作量的增加以及所提起案件的性质表明，涉及复杂和具有争议的事实案件今后将越来越多。其他法院和法庭，如世界贸易组织(世贸组织)小组和上诉机构以及人权法院(非洲人权和人民权利法院、欧洲人权法院和美洲人权法院)经常处理复杂的事实问题。

¹ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，法院的管辖权和申诉的可受理性，1984年11月26日的判决，《[1984年]国际法院案例汇编》，第14页起，见第145页(第290段)。

² Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2, (Grotius Publications, 1986), pp. 575-8.

³ 科孚海峡案(大不列颠及北爱尔兰联合王国诉阿尔巴尼亚)，案情，1949年4月9日的判决，《1949年国际法院案例汇编》，第4页起，见第15-6页。

⁴ Anna Riddell and Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (British Institute of International and Comparative Law, 2009), p. 1.

⁵ Ludes 和 Gilbert 以下列文字提出了一种概括和有用的定义：“证明指的是任何试图确立真相或事实的努力，作为证据的东西，有说服力的象征物或论点；证据的效果；通过证据确立事实；‘证明’是证据的结果或效果，而‘证据’是证明或反驳事实的媒介或手段”。FJ Ludes and HJ Gilbert (eds), *Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law, Vol 31 A: Evidence* (West Publishing Company, 1964), p. 820.

5. 国际法院院长希金斯法官在国际法委员会第五十八届会议上发言强调，国际争端的性质随着事实复杂的争端的增加而出现了转变。她说：

法院的备审案件中越来越多地包括事实密集型案件，法院必须仔细审查和权衡证据。法院不能再只专注于法律问题。这些案件向法院提出了一长串新的程序性问题。⁶

文献中也注意到了对这种司法职能转变的承认。托马斯·弗朗克教授说：

国际法院是一个审判法院，也是一个终审法院。它应尽力依据事实，依据关于事实的可信结论来处理案件，并应尽可能避免如下想法，即用那些有意或无意地忽视事实的法律理论来弥补缺少事实证据或缺乏事实分析的情况。⁷

一般证据规则的必要性和重要性：

6. 国际性法院和法庭的规则和基本文书没有详细阐述证据问题。它们只是一般性地从时限和提出方面提及了证据。它们完全没有提及证据的类型、提出、处理、评估以及从证据中得出的结论。不同法院和法庭的司法惯例形成了超出国际性法院和法庭现有规则之外的证据规则。这一专题(第 10 段中讨论的专题)所涵盖的领域将填补这一空白。

7. 由于没有证据规则，法院和法庭一直依赖其他法院和法庭的判例。⁸ 这一做法给予裁决机构灵活性，但使适用或将适用的规则具有了不确定性和不一致性。让争端当事方事先知晓将对证据适用哪些规则，这应是公平司法的一部分。证据规则的不一致适用将不可避免地导致基于相同证据得出不一致结果的情况。⁹ 如果委员会着手处理这一专题，将为所有裁决机构的工作提供便利。

⁶ 罗莎琳·希金斯法官阁下 2006 年 6 月 25 日在国际法委员会第五十八届会议上的发言 (<http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=1272&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>)。

⁷ Thomas Franck, 'Fact-finding in the ICJ' in R Lillich (ed), *Fact-finding before International Tribunals* (transnational, Ardsley-on-Hudson, 1991), p. 32.

⁸ 世贸组织，美国：影响印度羊毛衣裤进口的措施——上诉机构报告(1997 年 4 月 25 日)WT/DS33/AB/R；亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡，4，解决投资争端国际中心报告，第 246 和第 272 页，1990 年；EDF(服务)有限公司诉罗马尼亚，2009 年 10 月 8 日的判决，解决投资争端国际中心第 ARB/05/13 号案件，第 221 段；Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007), pp. 35-82。

⁹ 有法官根据相同材料得出不同结论的实例。例如，在刚果民主共和国诉乌干达案中，乌干达对刚果民主共和国(当时为扎伊尔)提出反诉，声称该国是以刚果民主共和国为基地并受到刚果历届政府容忍的敌对武装团体开展的军事行动的受害方。大多数人得出的结论是，扎伊尔政府不采取行动相当于‘容忍’或‘默许’叛乱团体的活动。(第 301 段)。而 Kooijmans 法官得出了不同的结论。他说：“但我在案件档案和相关报告中都没有发现有证据表明金沙萨政府在整个相关期间无法在该国东部行使权力并因此在 1996 年 10 月以前无法履行其警戒责任；刚果民主共和国甚至没有试图提供这类证据”。刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)，案情，2005 年 12 月 19 日的判决，《[2005 年]国际法院案例汇编》，第 168 页(Kooijmans 法官的个别意见)。

8. 这一专题应局限于具有普遍适用性的证据规则。文献中有关于具有普遍适用性的证据规则的共识。¹⁰ 此外，对适用这些规则的诉讼类型所采用的参照标准(第12段)，也将对维持规则的普遍性起到指导作用。根据普遍性来检验证据规则的选择，将确保不同裁决机构的机构特点的灵活性不受妨碍。为了确保这一项目的结果的普遍性及其可接受性，可从项目早期阶段及整个进展期间与国际性法院和法庭开展(正式和非正式的)外联工作。

9. 除了裁决进程的一致性，这一专题还将有助于避免程序法不成体系问题。如果将证据(这是一个程序问题)问题置之不理，将会因法院和法庭众多以及事实和技术复杂性而导致形成互相矛盾的惯例。不统一的制度将导致不一致和不连贯的裁决，并将削弱各国对争端解决程序的信任和信心。

其他机构对这一专题的审议：

10. 国际法学会于2004年通过了‘国际裁决中的证据规则’。¹¹ 国际法学会开展的工作十分关键，对本研究非常有帮助。然而，必须考虑到，自该项目结束以来，国际法中关于证据的不同领域发生了许多新的情况，特别是在贸易法、海洋法和区域裁决机构的判例方面。¹² 国际律师协会制定了“国际律师协会证据规则”。该规则在投资条约仲裁和国际商业仲裁中经常使用。这些规则虽不限于商业关系，但在其得到适用的大多数案件中，均涉及商业关系。国际法学会和国际律师协会的工作将对本研究很有帮助。然而，借鉴过程中不能忘记它们的背景和独特性。国际法协会成立了一个‘国际性法院和法庭程序委员会’。委员会正在对程序规则进行一般性研究，证据是其审议的分专题之一。¹³ 不用说，国际法委员会可以接触各国，因此能够根据各国的意见确认研究结果的适当性和效用。这项研究的结果将成为一项具有重大实用价值的有影响力的贡献。其他独立专家

¹⁰ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, vol III, (Nijhoff, 1997), p. 1201; Hugh Thirlway, 'Procedural Law and the International Court of Justice' in Lowe and Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, (Cambridge University Press, 1996), p. 389; Chester Brown (n 8) [83-118]; Dr. Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*, (Kluwer Law International, 1996); C.F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2005).

¹¹ “国际诉讼中的证据原则”，70-I，《国际法学会年鉴》(布鲁日)，2003年，第138页。

¹² 同上，第156-87页；关于‘国际诉讼中的证据原则’的决议草案，70-I，《国际法学会年鉴》(布鲁日)，2003年，第356-7页。

¹³ 委员会任务，国际法协会国际性法院和法庭程序委员会 (<http://www.ila-hq.org/index.php/committees>)，第1页。

机构过去曾说明委员会进行此项研究的必要性。¹⁴ 这一专题还是秘书处列入需要关注的六个专题的清单的专题之一。¹⁵

11. 委员会过去主要侧重国际法中的实质性问题。委员会唯一一次从事关于程序的工作是在 1958 年编写《仲裁程序示范规则》时。¹⁶ 这不应妨碍委员会探讨这一专题，因为委员会具有必要的专门知识。除了接收各国的意见，委员会可以尝试征求经常面临这些挑战的国际性法院和法庭的意见。还可以开展其他外联活动，以获得其他专业机构的投入，从而充实委员会的工作。这将使这一项目产生可以普遍接受、有益和有影响力的结果。

本项工作的适用范围：

12. 为了使项目易于管理，可适用以下标准。这些标准将确定这一项目的结果可适用于哪些诉讼。可有以下 3 个条件：

a. 争端中至少一个当事方应为一个国家：

这一专题制定的证据规则将适用于冲突中至少有一个当事方为一个国家的情况。这是一个宽泛的标准，包括争端所有当事方或一个以上的当事方为国家的情况。这将包括：国家间争端或自然人或法人与国家间的争端；提交区域性和全球性的国际性法院和法庭的争端。这一标准将涵盖国际法内有关争端的一系列广泛的主题事项。由于第一项标准，提交国际性法院和法庭的裁定个人刑事责任的诉讼将被排除在外。这是因为国家不是诉讼本身的当事方。提交国际性法院和法庭的起诉个人犯有国际罪行的诉讼也应被排除在这一项目之外，因为这些诉讼的性质、证明的标准和质量以及国家合作的程度等都是有区别的。在处理这一专题的同时可能无法考虑到这些诉讼的细微差别。

b. 适用法律中至少一项应为国际法：

在大多数国家间争端中，国际公法是适用法律。在冲突的一个当事方为一个国家的情况下，在国际法之外可能还适用其他法律。例如伊朗—美国索赔法庭适用了多种法律，例如除了国际法还适用了商业法。¹⁷ 解决投资争端国际中心《公约》第四十二条确认，投资法庭除适用争端当事国的国内法之外，还可适用

¹⁴ *The Role and Future of the International Law Commission* (British Institute of International and Comparative Law, 1998); Vaughan Lowe, 'Future Topics and Problems of the International Legislative Process', in *The International Law Commission Fifty Years After: An Evaluation, Proceedings of the Seminar held to commemorate the fiftieth anniversary of the International Law Commission, 21-22 April 1998*, p. 130.

¹⁵ 国际法委员会，长期工作方案，‘考虑到根据嗣后情况发展对 1996 年编订的专题清单的审查结果提出的可能审议的专题——秘书处编写的工作文件——增编’，(2016 年 3 月 31 日)，A/CN.4/679/Add.I, 第 42-7 页。

¹⁶ “仲裁程序示范规则及总评注，1958 年”，《1958 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 83-88 页。

¹⁷ 《阿尔及利亚民主人民共和国政府关于解决美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府提出的索赔的声明》(《索赔处理声明》)(1981 年 1 月 19 日通过)，第 5 条：“法庭应在尊重法律的基础上裁定所有案件，适用法庭确定适用的商业法和国际法的法律规则和原则，同时考虑到贸易相关惯例、合同条款以及变化的情况”。

国际法。¹⁸ 这些法院和法庭的裁定以国际法为基础，并影响现行国际法。将这些法院和法庭保持在这一项目之内将确保避免不成体系的可能性。这一标准是必要的，它排除了当事方为国家但国际公法不适用的情况。这些是国家与法人和其他人订立的商业合同所产生的纠纷。在这些诉讼中，适用国内法或冲突法。

c. 通过(国际性法院和法庭的)裁决解决争端:

在这一项目目前的形式中，适当的做法是将项目限定为通过司法解决办法解决的争端，即通过国际性法院和法庭的裁决解决的争端。基于结果的普遍性，人权事务委员会或禁止酷刑委员会或调查委员会等其他机构可能会适用其中的一些部分。但如果在起草证据规则的时候就考虑到这一点，这个项目可能会变得难以处理。

这一专题将涵盖的领域

13. 现在处于早期阶段，只提出一个这一专题将涵盖的领域的暂定清单。这些是过去在国际性法院和法庭经常出现的主要领域，因此可以作为这一项目的重点。

a. 引言和一般条款:

引言部分条款可阐述这一项目的背景、目的和情境。在一般条款，如规定各方平等的条款中，可研究证据在哪些情况下是必要的以及有争议的事实等问题。

b. 提供证据:

当事方是否有责任提供证据？裁决机构是否能要求，以及在哪些情况下要求提供证据？

c. 证据的形式:

可以研究当事方可提供以及裁决机构可审查的不同形式的证据。书面证据、口头证据、专家证据和现场调查(*descente sur les lieux*)的处理可以成为一些专题。

d. 可采性:

是否有证据可采性的规则，如果有，哪些可采性规则可以适用？

e. 提供证据的例外情况:

提供证据是否可以有例外情况，特别是在其他当事方或裁决机构提出要求的情况下？是否可以从争端一个当事方拒绝提供证据的情况中得出不利推论？

f. 举证责任:

可研究举证责任(*onus probandi incumbit actori*)；举证责任转移；举证责任的标准；依靠例外情况的当事方应证明这些例外情况(*reus in excipiendo fit actor*)以及其他规则。

¹⁸ 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》(1965年3月18日通过，1966年10月14日生效)，《国际法材料》(1965年)，第4卷，第524页，第42条。

g. 推定:

可以进一步研究司法认知、法官知法(*jura novit curia*)等规则。

方法:

14. 这一项目的结果将主要依据司法惯例、国家惯例和学说中形成和适用的规则。¹⁹ 这一专题与裁决密切相关;因此,依靠司法惯例是明显和不可避免的。大多数证据规则将借鉴各国际性法院和法庭的判例。依赖程度的不同取决于对它们在某些领域形成的材料的定性和定量评估。在这一领域,国家惯例与司法惯例具有共生关系。在大多数情况下,法院和法庭适用的证据规则基于国家在司法诉讼中提出的论点。进而,国家在国际性法院和法庭上作出辩护时依靠这些规则,从而形成在适用这些规则方面的连续性。国家在国际性法院和法庭上作出的辩护构成国家惯例。²⁰ 随着裁决活动的增多,这一领域吸引了学术著作的关注。关于这一主题的文献数量很多。也将对这些文献进行审议。仅从国内法律制度中选取一些规则是不恰当的,还会引起争议。²¹ 适当的做法是使用来自于国内法律制度但曾被国际性法院和法庭适用的规则。国际性法院和法庭在选择使用源自不同法律制度,特别是民法和普通法传统的证据规则时一直非常敏感。

15. 在从事关于这一专题的工作时,必须牢记一些基本理论问题。这些规则将适用于涉及主权国家的争端。这些规则及其后果不得侵犯国家主权,违反一般国际法。诉讼中各当事方平等非常重要,因此要求本着诚意开展司法诉讼工作。在顾及所有这些理论考虑因素的同时不能忘记,司法的最终目标是促进实现国际法治。需要特别提及司法,因为到目前为止,国家在选择提供哪些以及多少证据方面享有极大的酌处权,而国际性法院和法庭在处理这些证据方面享有极大的酌处权。这种灵活性在过去可能很有帮助,但却耗费大量时间和资源。司法解决的增加要求简化证据以及对时间和资源进行最佳利用的程序。这不仅符合现有争端的当事国的利益,也符合今后可能会提出司法诉讼的当事方的利益。一套简化的证据规则将增强各国对于司法的信任。

¹⁹ 联合国大会‘国际法委员会章程,1947年’(1947年11月21日)(<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>),第15条。

²⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th ed, Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 10; Michael Akehurst, ‘Custom as a Source of International Law’ (1975) 47 *British Yearbook of International Law* 1, 4-5. Akehurst 举出了墨西哥铁路联盟案的例子,在该案中,国家的答复被视为有关规则的唯一证据(《1930年国际仲裁裁决汇编》,第5卷),第115页起,见第122-4页。另见 Eschauzier 索赔案,(《1931年国际仲裁裁决汇编》),第207页起,见第210-2页);梅尔杰索赔案,《1955年国际法案例汇编》,第22卷,第443页起,见第449-50页;国际法上的海盗行为,[1934] AC 586, 599-600。

²¹ 在依靠来自于国内法的程序规则时应谨慎行事,在帕克案中法庭指出:“作为一个国际法庭,委员会否认在国际程序中存在从国内程序中借用的关于举证责任的规则”。威廉·帕克(美国)诉美利坚合众国案,1926年3月31日的判决,《1951年国际仲裁裁决汇编》,第4卷,第35页起,见第39页。麦克奈尔法官在西南非洲案中用以下言论阐述了决定说明:“国际法借用这一来源的方式不是通过引进“全部”、现成和具有一套规则的私法体制”。西南非洲的国际地位,咨询意见,1950年7月11日,《1950年国际法院案例汇编》,第128页起,见第148页。

这一专题符合委员会规定的条件：

16. 委员会对于专题的选择使用3个标准：‘专题应反映各国的需要’、‘专题在国家惯例方面应处于足够成熟阶段’、‘专题应具体可行’。²² 首先，这一专题对于各国有巨大的实际效用。正如前几段所述的那样，通过裁决来解决国家间争端或当事方为国家的争端的情况显著增加。传统上，与实体法相比，程序法是一个相对被忽视的领域。正如指出的那样，国际性法院和法庭的议事规则没有述及这些要求。有必要建立一套可在国际裁决中使用的一般性的证据规则。它将向各国作出明确说明，当然也会使将适用于国际裁决的证据规则更加清楚。第二，这一专题在国家惯例和司法惯例方面都处于足够成熟的阶段。可作为规则基础的可用材料非常充足。最后，上文第13段规定的项目的范围以及第12段规定的适用领域将确保这一专题的范围既不太窄，也不太宽泛。所确定的领域具体可行。

17. 这一项目的进展取决于各种因素；然而，可尽一切努力，分三部分处理该专题：(a) 导言部分条款和提供证据；(b) 证据的形式、可采性和例外；(c) 举证责任、推定和序言。其中每一部分可分别在一份报告中阐述。

结论：

18. 应就这一专题的潜在结果进行一些思考。大会可以注意到这一专题的结果并将其推荐给各国和其他有关方面。这一专题的结果的标题有不同的备选方案。可以是‘规则’、‘示范规则’、‘原则’、‘结论’或‘准则’。关于适当标题的决定可在委员会着手处理这一专题时作出。

BIBLIOGRAPHY

Legal Instruments:

1. Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (adopted 18 March 1965, entered into force 14 October 1966), 4 ILM 524 (1965).
2. Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic of Iran (Claims Settlement Declaration) (adopted 19 January 1981).
3. Dispute Settlement Understanding of the WTO.
4. Permanent Court of Arbitration Rules (adopted and entered into force 17 December 2012).
5. Permanent Court of International Justice, Revision of the Rules of Court, [1922] PCIJ Series D, No. 2, 210.
6. Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, (WTO, DSU) WT/DSB/RC/1(96-5267), 11 December 1996
7. Rules of Court, European Court of Human Rights (adopted and entered into force 14 November 2016).

²² 《1997年国际法委员会年鉴》，第二卷，第2部分，第72页，第238段。

8. Rules of Court, International Court of Justice (adopted 14 April 1978, entered into force 1 July 1978).
9. Rules of Procedure for Arbitration proceedings, International Centre for Settlement of Investment Disputes (adopted 25 September 1967, entered into force 1 January 1968) Rules of Court, European Court of Human Rights (adopted and entered into force 14 November 2016)
10. Rules of Procedure of the European Court of Justice (adopted 3 October 2012, entered into force 1 November 2012).
11. Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights (approved by the Court during its LXXXV Regular Period of Sessions, held from 16 - 28 November 2009)
12. Rules of Procedure of the Franco-German Mixed Arbitral Tribunal.
13. Rules of Procedure of the German-Belgian Mixed Arbitral Tribunal.
14. Rules of the Tribunal, International Tribunal for the Law of the Sea (adopted 17 March 2009).
15. Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 33 UNTS 993.
16. The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (adopted 18 October 1907, entered into force 26 January 1910).
17. Tribunal Rules of Procedure, Iran-United States Claims Tribunal (adopted 3 May 1983).
18. United Nations Convention of Law of the Sea (concluded 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3.

ILC Documents:

1. "Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary, 1958", *Yearbook of the International Law Commission, 1958*, vol. II.
2. ILC, 'Long-term programme of work: Possible topics for consideration taking into account the review of the list of topics established in 1996 in the light of subsequent developments - Working paper prepared by the Secretariat - Addendum', (31 March 2016), A/CN.4/679/Add.I.

Works of Other Bodies:

1. *Acts and Documents Concerning the Organization of the Court*, Judgment, [1926] PCIJ Series D, Addendum to No 2 Revision of the Rules of Court, p. 250.
2. British Institute of International and Comparative Law, *The Role and Future of the International Law Commission* (British Institute of International and Comparative Law, 1998).
3. Institut de droit internationale "Principles of evidence in international litigation", 70-I *Yearbook of the Institute of International Law* (Bruges), 2003.
4. International Court of Justice, Registry, United Nations Institute for Training and Research, A Dialogue at the Court: Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium held on the occasion of the sixtieth anniversary of the International Court of Justice, at the Peace Palace on 10 and 11 April 2006 (The Hague International Court of Justice, Registry of the Court, 2007).
5. International Law Association Committee on the Procedure of International Courts and Tribunals, (<http://www.ila-hq.org/index.php/committees>).

Judicial Decisions:**Permanent Court of International Justice:**

1. *Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. Britain)*, Reply of the Hellenic Government of 30 August 1927, (1927) PCIJ Series C No. 13-III.
2. *Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil)*, Judgment of 12 July 1929, (1929) PCIJ Series A no 21.
3. *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Switzerland v. France)*, Merits, Judgment of 7 June 1932, (1932) PCIJ Rep Series A/B No 46.
4. *Legal Status of Eastern Greenland*, PCIJ (ser. A/B), No. 53 (5 April 1933).
5. *Lighthouses case between France and Greece (France v. Greece)*, Judgment on 17 March 1934, PCIJ Series A/B, No. 62 (1934).
6. *Case of the Diversion of Water from the River of Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Merits, Order of 13 May 1937, (1937) PCIJ Series C, No. 81.
7. *The Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Oral Statements and Documents, Pleadings of June 28 1937, (1937) PCIJ Series A./B., No. 81.

International Court of Justice:

1. *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Merits, Judgment of 9 April 1949, [1949] ICJ Reports 4.
2. *Anglo Iranian Oil Company case (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objections, Judgment of 22 July 1952, [1952] ICJ Reports 93.
3. *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, [1962] ICJ Reports 319 (Dissenting Opinion of Judge van Wyk).
4. *South West Africa Cases (Ethiopia and Liberia v. South Africa)*, Order of 29 November 1965, [1965] ICJ Reports 9.
5. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970, [1970] ICJ Reports 64 (Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice).
6. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, [1984] ICJ Reports 165.
7. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, [1986] ICJ Reports 14.
8. *South West Africa Cases (Ethiopia and Liberia v. South Africa)*, Second Phase, Judgment of 18 July 1986, [1986] ICJ Reports 6.
9. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Judgment of 13 September 1993, [1993] ICJ Reports 407
10. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 1st July 1994, [1994] ICJ Reports 112

11. *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagyamaros Project (Hungary v Slovenia)*, Decision of the Court concerning Site Visit, Order of 5 February 1997, [1997] ICJ Reports 3.
12. *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagyamaros Project (Hungary v Slovenia)*, Merits, Judgment of 25 September 1997, [1997] ICJ Reports 7.
13. *Kasikili/ Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, Counter-Memorial of the Republic of Botswana, 28 November 1997.
14. *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment of 25 March 1999, [1999] ICJ Reports 31.
15. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, Judgment of 19 December 2005, [2005] ICJ Reports 168
16. *Case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina v Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11th July 1996, [2006] ICJ Reports 595.
17. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Provisional Measures, Order on 13th July 2006, [2006] ICJ Reports 113.
18. *Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, [2007] ICJ Reports 43.
19. *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras (Nicaragua v. Honduras)*, Merits, Judgment of 8 October 2007, [2007] ICJ Reports 659.
20. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, ICJ Reports (2008).

European Court of Justice and European Court of Human Rights:

1. *Mirossevich v High Authority* [1954-6] ECR 333.
2. *Chambre Syndicate de la Sid éurgie v High Authority* [1960] ECR 281.
3. *X v. Audit Board* [1969] ECR 109.
4. *ICI v Commission* [1972] ECR-II 619.
5. *Handyside v. The United Kingdom*, App No. 5493/72 (ECtHR, 7 December 1976).
6. *Ireland v. United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, ECtHR Series A, No. 25.
7. *Klass & Others v. Germany*, App Np. 5029/71 (ECtHR, 6 September 1978).
8. *Artico v. Italy*, Judgment of 13 May 1980, ECtHR Series A, No. 37.
9. *Soci á éCdF Chimie Aztec et Fretilisants v Commission* [1990] ECR-I 3083.
10. *Nijman v Commission* [1991] ECR -II 699.
11. *Frederiksen v Parliament* [1991] ECR-II 1403.
12. *Jabari v. Turkey*, App No. 40035/98 (ECtHR, 11 July 2000).
13. *Ipek v Turkey*, App No. 25760/94 (ECtHR, 17 February 2004).
14. *Third Section Decision As To The Admissibility Of Application No.61603/00 by Waltraud Storck against Germany*, App No. 61603/00 (ECtHR, 26 October 2004).

15. *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App No. 23458/02 (ECtHR, 24 March 2011).
16. *G. R. v. The Netherlands*, App No. 22251/07 (ECtHR, 10 January 2012).
17. *C. B. v. Austria*, App No. 30465/06 (ECtHR, 4 April 2013).
18. *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, App Nos. 11082/06 and 13772/05 (ECtHR, 25 July 2013).

Inter-American Court of Human Rights:

1. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Reparations and Costs, Judgment of July 21, 1989 (Inter-American Court of Human Rights).
2. *Gangaram-Panday v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 21 January 1994 (Inter-American Court of Human Rights).
3. *Loayza-Tamayo v. Peru*, Merits, Judgment of 17 September 1997 (Inter-American Court of Human Rights).
4. *Case of Suárez-Rosero v. Ecuador*, Merits, Judgment of November 12, 1997 (Inter-American Court of Human Rights).
5. *Tradesmen v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 5 July 2004 (Inter-American Court of Human Rights).
6. *Apitz-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 5, 2008 (Inter-American Court of Human Rights).
7. *Case of Escher et al. v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of July 6, 2009 (Inter-American Court of Human Rights).
8. *Case of Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*, Preliminary objections, merits, reparations and costs, Judgment of November 28, 2012 (Inter-American Court of Human Rights).
9. *Case of López Lone et al. v. Honduras*, Preliminary objections, merits, reparations and costs, Judgment of October 5, 2015 (Inter-American Court of Human Rights).

Iran-US Claims Tribunal:

1. *Flexi-Van Leasing Inc v Iran* (20 December 1982), 1 IUSCTR 455.
2. *Richard Harza v Iran* 1 Iran-USCTR 234.
3. *Richard Harza v Iran* (23 February 1983), 2 Iran-USCTR 68.
4. *RN Pomeroy v Iran*, Award No. 50-40-3 (8 June 1983), 2I USCTR 372.
5. *Chas T Main International v Khuzestan Water and Power Authority of Iran* (27 July 1983), 3 Iran-USCTR 156.
6. *Behring International v Iranian Air Force* (19 December 1983), 4 Iran-USCTR 89.
7. *International Technical Products Corporation v Iran* (28 October 1985) 9 Iran-USCTR 10.
8. *Bechtel v Iran* (4 March 1987), 14 Iran-USCTR 149.

WTO:

1. *Japan: Taxes on Alcoholic Beverages - Report of the Panel* (11 July 1996), WT/DS8/R WT/DS10/R WT/DS11/R.

2. *United States: Measures Affecting Imports of Woven Shirts and Blouses from India - Report of the Appellate Body* (25 April 1997) WT/DS33/AB/R.
3. *European Communities: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Report of the Panel* (18 August 1997), WT/DS26/R/USA.
4. *India: Patent Protection for Pharmaceutical And Agricultural Chemical Products - Report of the Appellate Body* (19 December 1997), WT/DS50/AB/R.
5. *European Communities: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Report of the Appellate Body* (16 January 1998), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.
6. *Argentina: Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items - Report of the Appellate Body* (27 March 1998), WT/DS56/AB/R.
7. *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Report of the Panel* (15 May 1998), WT/DS58/R.
8. *Australia: Measures Affecting Importation of Salmon - Report of the Panel* (12 June 1998), WT/DS18/R.
9. *Indonesia: Certain Measures Affecting the Automobile Industry - Report of the Panel* (2 July 1998), WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/D59/R, WT/D64/R.
10. *Japan: Measures Affecting Agricultural Products – Report of the Panel* (27 October 1998) WT/DS76/R.
11. *Canada: Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft - Report of the Appellate Body* (20 August 1999), WT/DS70/AB/R.
12. *Turkey: Restrictions on Imports of Textile and Clothing Product - Report of the Panel* (22 October 1999), WT/DS34/R.
13. *European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products - Report of the Panel* (18 September 2000), WT/DS135/R.
14. *Japan: Measures Affecting the Importation of Apples – Report of the Panel* (15 July 2003) WT/DS/245/R.
15. *European Communities: Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries - Report of the Appellate Body* (7 April 2004), WT/DS246/AB/R.
16. *Korea: Taxes on Alcoholic Beverages – Report of the Appellate Body* (17 February 2009) WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R.
17. *United States: Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint) - Report of the Panel* (31 March 2011) WT/DS353/R.

Other judicial decisions:

1. *Grisbådarna(Norway v. Sweden)* (1909) 11 RIAA 147.
2. *Hurt v État allemand*, Franco-German MAT (1921), 1 TAM 98.
3. *Chamant v État allemand*, Franco-German MAT (1921-2), 1 TAM 361.
4. *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie*, Bulgar- Belgium MAT (1923), 3 TAM 308.
5. *William A Parker (USA) v United Mexican States*, Award of 31 March 1926, (1951) 4 RIAA 35.

6. *Island of Palmas Case (or Miangas), (United States v Netherlands)*, (1928), 2 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 829.
7. *Mexican Railway Union Claim*, (1930 RIAA vol 5).
8. *William E. Bowerman and Messrs. Burberry's (Ltd.) (Great Britain) v United Mexican States*, 15 February 1930, 5 RIAA 104 (GB-Mexico CC, 1930).
9. *Lillie S. Kling (USA) v United Mexican States*, 8 October 1930, Vol 4 RIAA 575 (US-Mexico CC, 1930).
10. *John Gill (Great Britain) v United Mexican States*, 19 May 1931, 5 RIAA 76 (GB-Mexico CC, 1930).
11. *Eschauzier claim*, 24 June 1931, (1931) RIAA 207.
12. *Re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586.
13. *Merg é Claim* (1955) ILR 22 443.
14. *Lighthouses Arbitration (Greece v France)* (1956) 12 RIAA 155.
15. *Palena (Argentina v Chile)* (1966) 38 ILR 10.
16. *Dispute on the Frontier between Boundary Post 62 and Mount Fitzroy (Argentina v Chile)* (1966) 22 RIAA 3.
17. *Beagle Channel (Argentina v Chile)* (1977) 52 ILR 93.
18. *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of Congo*, Award of 8 August 1980, ICSID Case No. ARB/77/2.
19. *Liberian East Timber Corporation v. Liberia*, Award of 31 March 1986, ICSID Case No. ARB/83/2.
20. *Soci é Ouest Africaine des B éons Industriels v. Senegal*, Award of 25 February 1988, ICSID Case No. ARB/82/1.
21. *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, 4 ICSID Reports, 1990.
22. *Tariff Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products (United States v Canada)*, 2 December 1996, CDA-95-2008-1 (NAFTA Ch 20 Panel 1996).
23. *The M/V 'SAIGA' (No. 20 (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea))*, Merits, Judgment of 1 July 1999, ITLOS Case No 2, (Separate Opinion of Wolfrum).
24. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, Award of 17 February 2000, ICSID Case No. ARB/96/1.
25. *Pope and Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Decision by Tribunal of 6 September 2000, [2005] 7 ICSID Reports 99.
26. *Prosecutor v Radoslav Branin and Momir Tali*, Decision on interlocutory appeal, ICTY Appeals Chamber, (11 December 2002), IT-9-36-AR73.9.
27. *Marvin Feldman v Mexico*, 16 December 2002, ARB(AF)/99/1.
28. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 1 of 31 March 2006, ICSID Case No. ARB/05/22.
29. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 2 of 24 May 2006, ICSID Case No. ARB/05/22.
30. Case No. 2011-01.

Literature

1. A Riddell, 'Report on the Oral Proceedings in the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro): Selected Procedural Aspects' (2007) 2 LJIL 414.
2. Andreas Reiner, 'Burden and General Standard of Proof' (1994) 10 Arbitration International.
3. Andres Anguilar Mawdsley, *Evidence before the International Court of Justice Essays in Ronald St. John Macdonald (edn) Honour of Wang Tieya*, (Dordrecht, Boston and London, Martinus Nijhoff, 1994).
4. Anna Riddell and Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (British Institute of International and Comparative Law, 2009).
5. C.F. Amaresinghe, *Evidence in International Litigation*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2005).
6. Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007).
7. CN Brower, 'Evidence Before International Tribunals: the Need for Some Standard Rules' (1994) 28 International Lawyer 49.
8. CN Brower, 'The Anatomy of Fact-finding before International Tribunals: An Analysis and a Proposal Concerning the Evaluation of Evidence', R Lillich (ed), *Fact Finding before International Tribunals* (Transnational Publishes, 1992).
9. Durward V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, (2nd edn, The Foundation Press, 1975).
10. E Valencia-Ospina, 'Evidence Before the International Court of Justice' (1999) 4 International Law FORUM du droit international.
11. Gillian M. White, *The Use of Experts by International Tribunals* (Syracuse University Press, 1965).
12. Hudson, 'Visits by International Tribunals to Places Cornered in Proceedings', (1937) 31 AJIL 696.
13. Hugh Thirlway, 'Dilema or Chimeria? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication' (1984) 78 AJIL 622.
14. Hugh Thirlway, 'Evidence Before International Courts and Tribunals' in R Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol 2, (Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, 1995).
15. J F Lalive, 'Quelques remarques sur la preuve devant la cour permanente et la cour internationale de justice' (1950) 7 Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 77.
16. J. C. Witenberg, 'La théorie des preuves devant les juridictions internationales' (1936-II) 56 *Recueil des Cours* 1.
17. James Cameron and Stephen Orava, 'GATT/WTO Panels between Recording and Finding Facts' in Weiss (ed), *Improving Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, (Cameron May, 2000).
18. Jochen Frowein, 'Fact-Finding by the European Commission of Human Rights' in *Fact Finding before International Tribunals* (Richard Lillian (ed), 1991).

19. Joost Pauwelyn, 'The Use of Experts in WTO Dispute Settlement', (2002) 51 ICLQ 325.
20. Keith Highet, 'Evidence and Proof of Facts' in Lori F. Samrosch, *The International Court of Justice At A Crossroads*, (Transnational Publishers, 1987).
21. Knisch P, 'On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings before International Court and Tribunals' Venturini G and Bariatti S(eds) in *Liber Fausto Pocar*, Vol 1 (2009).
22. M Straus, 'The Practice of the Iran-US Claims Tribunal in Receiving Evidence from Parties and From Experts' (1986) 3 Journal of International Arbitration 57.
23. Malcolm N Shaw, *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015* (5th edn, Brill: Nijhoff, 2017)
24. Markian Malskyy, *Adverse Inference in the WTO and the Practice of International Dispute Settlement Fora* (https://arzinger.ua/files/file_collection/en/0_Vyvod_v_pol_dr_st.pdf).
25. Markus Benzing, 'Evidentiary Issues' in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm and Christian Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd edn, Oxford University Press, 2012).
26. Michael Reisman and Eric Freedman, 'The Plaintiff's Dilema: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication' (1982) 76 AJIL 737.
27. Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*, (Kluwer Law International, 1996).
28. NH Shah, 'Discovery by Intervention: The Right of a State to seize Evidence located within the Territory of the Respondent State' (1959) 53 AJIL 595.
29. R Teitelbaum, 'Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice' in (2007) 6 The Law and Practice of International Tribunals.
30. Richard Plender (ed), *European Courts: Practice and Precedents* (Sweet & Maxwell 1997).
31. Rosalyn Higgins, 'Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom' (2001) 50 ICLQ 121.
32. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of International Court, 1920 to 2005* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006).
33. Stefan Talmon, 'Article 43' in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm and Christian Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd edn, Oxford University Press, 2012).
34. Stewart Baker and Mark Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992).
35. T Bernard, 'The Administration of Evidence in Countries of Civil Law' in P V Eijssvoogel (ed), *Evidence in International Arbitration Proceedings* (Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, 1994).
36. Thomas Franck, 'Fact-finding in the ICJ' in R Lillich (ed), *Fact-finding before International Tribunals* (Transnational Pub Inc, 1991).
37. Tomka and Samuel Wordsworth, 'The First Site Visit of the International Court of Justice in Fulfilment of its Judicial Function', (1998) 92 AJIL 133.

-
38. V S Mani, *International Adjudication: Procedural Aspects*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1980).
 39. Vaughan Lowe, ‘‘ Future Topics and Problems of the International Legislative Process’’, in *The International Law Commission Fifty Years After: An Evaluation, Proceedings of the Seminar held to commemorate the fiftieth anniversary of the International Law Commission, 21-22 April 1998*,
-



* 1 7 1 3 7 9 6 *