

# 国际法委员会年鉴

# 1990年

第二卷  
第一部分

第四十二届会议文件

---

联合国  
纽约, 1993年



## 说 明

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

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“年鉴”（如《1980年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的年鉴由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷（第一部分）：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷（第二部分）：国际法委员会提交大会的报告。

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

\*

\* \* \*

最初以油印形式印发的特别报告员的报告及在国际法委员会第四十一届会议期间审议的其他文件，均转载于本卷，其中已包括秘书处印发的更正和为了最后文本格式所作的必要的编辑修改。

A/CN.4/SER.A/1990/Add.I (Part I)

联合国出版物

出售品编号：C.92.V.10 (Part I)

## 目 录

### 页次

|   |      |
|---|------|
| 简称.....   | iv   |
| 关于引文的说明.....  | v    |
| 补足委员会临时空缺 (委员会章程第 11 条)<br>(议程项目 2)   |      |
| 文件 A / CN.4 / 433. 秘书处的说明.....  | vi   |
| 国家及其财产的管辖豁免 (议程项目 4)  |      |
| 文件 A / CN. 4 / 431. 特别报告员小木曾本雄先生关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告.....                        | viii |
| 危害人类和平及安全治罪法草案 (议程项目 5)   |      |
| 文件 A / CN.4 / 429 和 Add.1-4. 遵照大会第 43 / 164 和 44 / 32 号决议从各会员国收到的意见.....        | 34   |
| 文件 A / CN.4 / 430 和 Add.1. 特别报告员杜杜·锡亚姆先生关于危害人类和平及安全治罪法草案的第八次报告.....             | 40   |
| 国际水道非航行使用法 (议程项目 6)   |      |
| 文件 A / CN.4 / 427 和 Add.1. 特别报告员斯蒂芬·麦卡弗里先生关于国际水道非航行使用法的第六次报告.....               | 64   |
| 关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (议程项目 7)   |      |
| 文件 A / CN.4 / 428 和 Add.1. 特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第六次报告..... | 148  |
| 第四十二届会议文件一览表.....   | 203  |

简 称

|            |                              |
|------------|------------------------------|
| ECAFE      | 亚洲及远东经济委员会(后成为亚洲及太平洋经济社会委员会) |
| ECE        | 欧洲经济委员会                      |
| ECLA       | 拉丁美洲经济委员会                    |
| ESCAP      | 亚洲及太平洋经济社会委员会                |
| ESCWA      | 西亚经济社会委员会                    |
| FAO        | 联合国粮食及农业组织                   |
| GATT       | 关税及贸易总协定                     |
| IAEA       | 国际原子能机构                      |
| IBRD       | 国际复兴开发银行                     |
| ICJ        | 国际法院                         |
| ICRC       | 红十字国际委员会                     |
| ILA        | 国际法协会                        |
| IMO        | 国际海事组织                       |
| INTAL      | 美洲国际法律研究所                    |
| OAS        | 美洲国家组织                       |
| OECD       | 经济合作与发展组织                    |
| PCIJ       | 国际常设法院                       |
| UNEP       | 联合国环境规划署                     |
| UNESCO     | 联合国教育、科学及文化组织                |
| UNITAR     | 联合国训练研究所                     |
| World Bank | 国际复兴开发银行和国际开发协会              |

\*

\* \*

《国际法院裁决集》

《国际法院判决、咨询意见和命令集》

《国际常设法院，A 辑》

《国际常设法院判决集》（第 1-24 集，  
直到并包括 1930 年）

《国际常设法院 A 和 B 辑》

《国际常设法院判决、命令和咨询意见集》  
（第 40-80 集，从 1931 年开始）

\*

\* \*

#### 关于引文的说明

在引语中，后面加有星号的斜体字或段落在原文中都不是斜体。

除非另有说明，从用英文以外的语文撰写的著作中援引的话已由秘书处译成英文。

补足委员会临时空缺（委员会章程第 11 条）

〔议程项目 2〕

文件 A/CN.4/433

秘书处的说明

〔原文：英文〕

〔1990 年 5 月 4 日〕

1. 1990 年 4 月 29 日保罗·勒泰先生去世后，国际法委员会有一个席位空缺。
2. 国际委员会章程第 11 条适用于补足这样一个空缺。该条规定：  
委员会委员临时出缺时，应由委员会适当遵照本章程第 2 和第 8 条的各项规定自行补足空缺。

第 11 条提到的第 2 和第 8 条内容如下：

第 2 条：

1. 委员会由三十四名委员组成，各委员应为公认胜任的国际法界人士。
2. 委员会委员不得有两人同为同一国家的国民。
3. 如候选人具有双重国籍，则候选人应视为其通常行使公民和政治权利的国家的国民。

第 8 条：

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

3. 1986 年 11 月 14 日，大会根据国际法委员会章程并依照大会 1981 年 11 月 18 日第 36/39 号决议第 3 段选举了三十四名国际法委员会委员，任期 5 年，自 1987 年 1 月 1 日开始。大会在第 36/39 号决议的第 3 段中决定

……“国际法委员会的三十四名委员按照下列分配办法选出：

- “ (a) 八名非洲国家国民；
- “ (b) 七名亚洲国家国民；
- “ (c) 三名东欧国家国民；
- “ (d) 六名拉丁美洲国家国民；
- “ (e) 八名西欧或其他国家国民；

“ (f) 一名非洲国家国民与一名东欧国家国民轮流，在本决议通过后举行的第一次投票中将此席位分配给一名非洲国家国民；

“ (g) 一名亚洲国家国民与一名拉丁美洲国家国民轮流，在本决议通过后举行的第一次投票中将此席位分配给一名亚洲国家国民”。

4. 1990年5月4日，国际法委员会请秘书处于1990年5月25日分发一份候选人名单。
5. 1990年5月4日，委员会还决定于1990年5月30日举行补足临时空缺的选举。

国家及其财产的管辖豁免  
〔议程项目 4〕  
文件 A/CN.4/431 \*

关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告  
特别报告员小木曾本雄先生编写

〔原文：英文〕  
〔1990 年 4 月 11 日〕

目 录

|                          | 页次    |
|--------------------------|-------|
| 注 .....                  | xiii  |
|                          | 段次    |
| 导言 .....                 | 1-2 1 |
| 具体评论 .....               | 1     |
| 第一部分 导言 .....            | 1     |
| <u>第 1 条 本条款的范围</u>      |       |
| 通过的案文 .....              | 1     |
| 提议的案文 .....              | 2     |
| 评论 .....                 | 2     |
| 第 2 和 3 条                |       |
| 通过的案文                    |       |
| <u>第 2 条 用语</u> .....    | 2     |
| <u>第 3 条 解释性条款</u> ..... | 3     |
| 提议的案文                    |       |
| <u>第 2 条 用语</u> .....    | 3     |
| 评论 .....                 | 5     |

\* 包括文件 A/CN.4/431/Corr.1。

目 录(续)

|                                  | 页次 |
|----------------------------------|----|
| <u>第 4 条 不受本条款影响的特权和豁免</u> ..... | 7  |
| 通过的案文 .....                      | 7  |
| 提议的案文 .....                      | 7  |
| 评论 .....                         | 7  |
| <u>第 5 条 本条款不溯及既往</u>            |    |
| 通过的案文 .....                      | 8  |
| 评论 .....                         | 8  |
| 第二部分. 一般原则                       |    |
| <u>第 6 条 国家豁免</u>                |    |
| 通过的案文 .....                      | 8  |
| 提议的案文 .....                      | 8  |
| 评论 .....                         | 8  |
| <u>第 7 条 实行国家豁免的方式</u>           |    |
| 通过的案文 .....                      | 9  |
| 提议的案文 .....                      | 9  |
| 评论 .....                         | 10 |
| <u>第 8 条 明示同意行使管辖</u>            |    |
| 通过的案文 .....                      | 10 |
| 提议的案文 .....                      | 10 |
| 评论 .....                         | 11 |
| <u>第 9 条 参加法院诉讼的效果</u>           |    |
| 通过的案文 .....                      | 11 |
| 提议的案文 .....                      | 11 |
| 评论 .....                         | 12 |
| <u>第 10 条 反诉</u>                 |    |
| 通过的案文 .....                      | 12 |
| 评论 .....                         | 12 |
| 第三部分. 国家豁免的〔限制〕〔例外〕              |    |
| 评论 .....                         | 13 |

目 录(续)

|                               | <u>页次</u> |
|-------------------------------|-----------|
| <u>第 11 条 商业合同</u>            |           |
| 通过的案文 .....                   | 13        |
| 提议的案文 .....                   | 14        |
| <u>第 11 条 商业交易</u>            |           |
| 评论 .....                      | 14        |
| <u>第 11 条之二 国家企业</u>          |           |
| 提议的案文 .....                   | 14        |
| 评论 .....                      | 15        |
| <u>第 12 条 雇用合同</u>            |           |
| 通过的案文 .....                   | 15        |
| 提议的案文 .....                   | 16        |
| 评论 .....                      | 16        |
| <u>第 13 条 人身伤害和财产损失</u>       |           |
| 通过的案文 .....                   | 17        |
| 评论 .....                      | 17        |
| <u>第 14 条 财产的所有权、占有和使用</u>    |           |
| 通过的案文 .....                   | 18        |
| 评论 .....                      | 18        |
| <u>第 15 条 专利、商标和智力产权或工业产权</u> |           |
| 通过的案文 .....                   | 19        |
| 提议的案文 .....                   | 19        |
| 评论 .....                      | 19        |
| <u>第 16 条 纳税事务</u>            |           |
| 通过的案文 .....                   | 19        |
| 评论 .....                      | 20        |
| <u>第 17 条 参加公司或其他集体机构</u>     |           |
| 通过的案文 .....                   | 20        |
| 提议的案文 .....                   | 20        |
| 评论 .....                      | 20        |

目 录(续)

|                                   | <u>页次</u> |
|-----------------------------------|-----------|
| <u>第 18 条 国家拥有或国家经营的从事商业活动的船舶</u> |           |
| 通过的案文 .....                       | 21        |
| 提议的案文 .....                       | 21        |
| 评论 .....                          | 21        |
| <u>第 19 条 仲裁协定的效力</u>             |           |
| 通过的案文 .....                       | 23        |
| 提议的案文 .....                       | 23        |
| 评论 .....                          | 23        |
| <u>第 20 条 国有化的情况</u>              |           |
| 通过的案文 .....                       | 25        |
| 评论 .....                          | 25        |
| 第四部分. 关于财产免于强制措施的国家豁免             |           |
| 第 21、22 和 23 条                    |           |
| 通过的案文〔二读的第一备选案文〕                  |           |
| <u>第 21 条 免于强制措施的国家豁免</u> .....   | 25        |
| <u>第 22 条 对强制措施的同意</u> .....      | 26        |
| <u>第 23 条 特定种类的财产</u> .....       | 26        |
| 提议的案文〔二读的第二备选案文〕 .....            | 26        |
| <u>第 21 条 免于强制措施的国家豁免</u> .....   | 26        |
| <u>第 22 条 特定种类的财产</u> .....       | 27        |
| <u>第 23 条</u> .....               | 27        |
| 评论 .....                          | 27        |
| 第五部分. 杂项规定                        |           |
| <u>第 24 条 诉讼文书的送达</u>             |           |
| 通过的案文 .....                       | 30        |
| 提议的案文 .....                       | 30        |
| 评论 .....                          | 30        |
| <u>第 25 条 缺席判决</u>                |           |
| 通过的案文 .....                       | 31        |

目 录(续)

|                         | <u>页次</u> |
|-------------------------|-----------|
| 提议的案文 .....             | 31        |
| 评论 .....                | 31        |
| <u>第 26 条 免于胁迫措施的豁免</u> |           |
| 通过的案文 .....             | 32        |
| 评论 .....                | 32        |
| <u>第 27 条 程序上的豁免</u>    |           |
| 通过的案文 .....             | 32        |
| 提议的案文 .....             | 32        |
| 评论 .....                | 32        |
| <u>第 28 条 不歧视</u>       |           |
| 通过的案文 .....             | 33        |
| 评论 .....                | 33        |

## 注

本报告中所引的与国家及其财产的管辖豁免有关的文件

### 多边公约

#### 出 处

- 《关于国家豁免的欧洲公约》及其附加议定书  
(巴塞尔, 1972年5月16日) ——以下称“1972年欧洲公约”  
Council of Europe, European Treaty Series, No. 74 (Strasbourg, 1972).

### 国家立法

除澳大利亚法令外, 下引法规转载于联合国立法丛书中的一卷:

《关于国家及其财产的管辖豁免的资料》(出售品编号, E/F.81.V.10), 第一部分。

#### 出 处

- 澳大利亚  
1985年《外国国家豁免法》  
Australia, Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia passed during the year 1985 (Canberra, 1986), vol. 2, p. 2696.
- 加拿大  
1982年《国家豁免法》  
The Canada Gazette, part III (Ottawa), vol. 6, No. 15, 22 June 1982.
- 巴基斯坦  
1981年《国家豁免条例》  
The Gazette of Pakistan (Islamabad), 11 March 1981.
- 新加坡  
1979年《国家豁免法》  
联合国, 《管辖豁免资料》, 第28页起各页。
- 大不列颠及北爱尔兰联合王国  
1978年《国家豁免法》  
United Kingdom, The public General Acts, 1978, part 1, chap. 33, p. 715.
- 美利坚合众国  
1976年《外国主权豁免法》  
United States Code, 1988 Edition, vol. 12, title 27, chap. 97.

## 导 言

1. 本报告是特别报告员就国家及其财产的管辖豁免专题，向国际法委员会提交的第三次报告。<sup>1</sup> 特别报告员考虑到国际法委员会委员在上届会议上发表的意见，<sup>2</sup> 在大会第四十四届会议第六委员会上发表的意见，<sup>3</sup> 以及各国政府的书面评论与意见，<sup>4</sup> 在本报告中审查了国际法委员会在1986年第三十八届会议上一读通过的有关本专题的全部条款草案。<sup>5</sup> 关于这些条款草案的二读情况如下：在上届会议上，已将第1至11条之二，连同特别报告员的提议和一些委员在全体委员会上拟订的提议，一并送交起草委员会；在本届会议上，将对第12至28条进一步加以审议。

2. 在下面对条款草案进行的讨论中，首先列出每一条一读通过的案文，接着是特别报告员建议予以审议的案文，之后是评论，包括各国政府和委员会各委员的意见及特别报告员的建议摘要。

### 具体评论<sup>6</sup>

#### 第一部分 引言

#### 第1条 本条款的范围

##### 通过的案文

本条款适用于一国及其财产不受另一国法院管辖的豁免。

<sup>1</sup> 分别在第四十届和第四十一届会议上提交的前两次报告是：(a) 初步报告，《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分），第96页，文件A/CN.4/415；(b) 第二次报告，《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 页，文件A/CN.4/422和Add.1。

<sup>2</sup> 见《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 页起各页，第403-612段。

<sup>3</sup> 见“秘书处编写的大会第四十四届会议期间第六委员会讨论国际法委员会报告的专题摘要”（A/CN.4/L.44.3），E节。

<sup>4</sup> 见《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分），第45页，文件A/CN.4/410和Add.1-5。

<sup>5</sup> 见《1986年……年鉴》，第二卷（第二部分），第8页起各页。

<sup>6</sup> “通过的案文”和“提议的案文”两个标题分别指一读通过的案文和特别报告员提议的案文。“原案文”和“前案文……”指一读通过的案文。

## 提议的案文

本条款适用于一国及其财产免于另一国法院管辖和强制措施的豁免。

## 评论

(1) 一国政府在其书面评论中建议，第6条所载主权国家豁免原则应置于本条款草案之首。委员会一名委员建议第6条应紧接在第1条之后。但是，特别报告员认为，第1条的目的是作为导言条款指出本条款的范围。他还认为第6条不应离第11条至第19条太远，这几条阐明了第6条所载豁免原则的限制或例外情况。委员会普遍支持维持该条的原来位置。

(2) 原案文只涉及管辖豁免而没有提到免于强制措施的豁免。这可能是因于一读通过第1条时，本条款草案仍不肯定是否包括免于强制措施的豁免问题。虽然这个课题需要进行实质性详尽讨论，但一般意见认为应在草案第四部分列入一些有关免于强制措施的豁免的条款。因此，特别报告员提议的案文增添了免于“强制措施”的豁免。

## 第2条和第3条

## 通过的案文

### 第2条 用语

1. 为本条款的目的：

(a) “法院”是指一国有权行使司法职能的不论名称为何的任何机关；

(b) “商业合同”是指：

(一) 为出售或购买货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；

(二) 任何贷款合同或其他金融性质的交易，包括与任何此类贷款有关的任何担保义务或与任何此类交易有关的任何赔偿义务；

(三) 不论属于商业、工业、贸易或职业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。

2. 关于本条款用语的第1款的规定不妨碍其他国际文书或任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义。

---

(注6续)特别报告员提议的案文中的规定如与一读通过的案文中的相应规定相同，则用斜体字表示。

### 第 3 条 解释性条款

1. 本条款中使用的“国家”一词应理解为包括：
  - (a) 国家及其各种政府机关；
  - (b) 有权为行使国家主权权力而行动的国家政治区分单位；
  - (c) 有权为行使国家主权权力而行动的国家机构或部门；
  - (d) 以国家代表身分行动的国家代表。

2. 确定出售或购买货物或提供服务的合同是否属于商业合同时，首先应根据合同的性质，但如合同的目的在该国的实践中与确定合同的非商业性质有关，则也应予以考虑。

#### 提议的案文

### 第 2 条 用语

1. 为本条款的目的：
  - (a) “法院”是指一国有权行使司法职能的不论名称为何的任何机关；
  - (b) “国家”是指：
    - (一) 国家及其各种政府机关；
    - (一之二) 联邦国家的各组成州，如果前者宣布其组成州可援引本条款适用于国家的规定并接受相应的义务；
    - (二) 除联邦国家以外的有权为行使国家主权权力而行动的国家政治区分单位；<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> 有关法律如下：

- (a) 1982 年《国家豁免法》(加拿大)：

“解释”

“2. 在本法中，

“.....

“‘外国’包括：

“.....

“ (b) 外国的任何政府或外国任何政治区分单位的任何政府，包括其任何部门，和外国的任何机构，以及

“ (c) 外国的任何政治区分单位；

- (三) 有权为行使国家主权利力而行动的国家机构或部门，只要它们不包括该  
国为进行商业交易而设立的、有独立法律人格并能起诉或被诉的任何实  
体；
- (四) 以国家代表身分行动的国家代表；
- (c) “商业合同”是指：
  - (一) 为出售或购买货物或为提供服务而订立的任何合同或交易；
  - (二) 任何贷款或其他金融性质的交易，包括与任何此类贷款有关的任何担保  
义务或与任何此类交易有关的任何保赔义务；

---

(注 7 续)“‘政治区分单位’指本身是联邦国家的外国的省、州或其他类似政治区分单位。”

- (b) 1985 年《外国主权豁免法》(澳大利亚)：

“解释”

“.....”

“(3) 除非出现相反意向，在本法中提到一个外国，包括：

“(a) 外国的省、州、自治领土或其他政治区分单位（不论其名称为何）；

“.....”

政治区分单位或组成单位（例如加拿大的省，瑞士的州）均包括在“外国”的定义里。  
澳大利亚法律改革委员会认为，目的是将豁免的范围扩大到这些组织，从而协助澳大利  
亚各州要求外国给予对等待遇。

- (c) 1976 年《外国主权豁免法》美利坚合众国：

“第 1603 条. 定义

“.....”

“(a) ‘外国’包括外国的政治区分单位或机构.....”+

“.....”

- (d) 1972 年《欧洲国家豁免公约》：

“第 28 条

“1. 在不妨碍第 27 条的规定下，联邦国家的组成州不享有豁免。

“2. 但是，本公约缔约联邦国家可通过向欧洲委员会秘书长发出通知，宣布  
其组成州可援引公约中适用于缔约国的各项规定，并承担同样的义务。

“.....”

(三) 不论属于任何商业、工业、贸易或职业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。

2. 确定本条第1款(c)项下的交易是否具有商业性质时，首先应根据该交易的性质，但不排除法院地国的法院将该交易的政府性目的考虑在内。

3. 关于本条款用语的第1款的规定不妨碍其他国际文书或任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义。

#### 评论

(1) 将第2条和第3条合并的建议在委员会和大会第六委员会里均获得普遍支持。

(2) 在第1款(a)项中，“法院”一词应解释为包括上诉法院。

(3) 一些政府在书面评论和在第六委员会的发言中认为，“司法职能”等字应在该条草案中更充分加以解释。但是，特别报告员仍认为，由于司法职能因宪法和法律制度的不同而差别很大，要更详细加以定义以满足每一个人的要求是很困难的。但是，他随时会在起草委员会讨论就这一点提出的任何具体建议。

(4) 关于第1款(b)项“国家”一词的定义，委员会一些委员会认为，为本条款草案的目的，联邦国家的组成州应视为国家。特别报告员根据1972年《欧洲国家豁免公约》第28条第2款(b)项和(i)项之二提出一项案文供审议。<sup>8</sup> 根据该公约第28条第2款，“本公约的缔约联邦国家可通知欧洲委员会秘书长，宣布其组成州可援引公约中适用于缔约国的各项规定，并承担同样的义务。”

(5) 关于第1款(b)(三)项，提出了一项建议，即国家企业应排除在机构或部门这一类别之外。第六委员会也表示同样意见，但一些代表因则持不同意见。特别报告员在其建议的第1款(b)(三)项插入“不包括该国……设立的……任何实体”等字，目的是将国家企业排除在国家的机构或部门之外。由于此问题与第11条之二的实质内容有关，因此建议同该条一齐讨论。

(6) 在第1款(c)项中，特别报告员提议用“商业交易”而不用一读通过的案文中使用的“商业合同”，是因为委员会一些委员和第六委员会一些代表倾向于使用“商业交易”。前第2条第1款(b)项的“商业合同”的定义似乎是取自1978年联合王国《国家豁免法》(第3条(3))

---

<sup>8</sup> 见上文脚注7(d)。

项),<sup>9</sup> 但联合王国《国家豁免法》使用的是“交易”一词,委员会的草案使用的是“合同”。“商业合同”一词也在一读通过的案文第11条和第19条以及特别报告员在初步报告<sup>10</sup> 中提议的第11条之二中使用,这一词可改成“商业交易”,而本条款的实质内容无需大改。

(7) 关于第2款,若干政府赞成性质标准首要性,而其他政府则坚持必须给予性质标准和目的标准同样的份量。在这方面,赞成性质标准首要性的委员特别批评前第3条第2款中所载的下列但书的部分:“但如合同的目的在该国的实践中与……有关。”,认为这既是主观而且意思又模糊不清。另一方面,特别报告员在初步报告<sup>11</sup> 中提交的折衷案文也被批评为太过死板。该折衷案文规定,“如……国际协定或……书面合同规定合同是为了公共的政府性目的,则也应考虑此种目的”。不过,也有若干委员接受这一折衷案文。

(8) 鉴于上述情况,特别报告员考虑了一个代表在第六委员会上提出的建议,愿提出另一折衷案文,内容是虽然确定豁免的首要准则应是交易的性质,但法院地国的法院也应可自由地将政府性目的考虑在内。特别报告员提议的第2条第2款载列了这类措词。有人认为,之所以必须考虑交易的公共目的,是因为需要考虑到饥馑或类似不能预见的情况。特别报告员认为,鉴于对前第3条第2款的各种批评意见,为了灵活起见,让法院地国的法院有斟酌处理权而不具体说明特殊情况,也许更有利一些。

---

<sup>9</sup> 1978年联合王国《国家豁免法》的有关部分如下:

“3. (1) 国家在有关下列事项的诉讼中不享有豁免:

“(a) 国家进行的商业交易,或

“……”

“(3) 在本节里,“商业交易”是指:

“(a) 关于商品或劳务供应的任何合同;

“(b) 关于提供资金的任何贷款或其他交易和有关任何这类交易或任何其他财政义务的任何担保或赔偿;以及

“(c) 国家所进行的或它不是行使主权权力而进行的任何其他交易或活动(不论是商业、工业、财政、专业还是具有其他类似性质的);

“……”

<sup>10</sup> 文件A/CN.4/415(见上文脚注1(a)),第122段。

<sup>11</sup> 同上,第29段(第2条,第3款)。

#### 第 4 条 不受本条款影响的特权和豁免

##### 通过的案文

1. 本条款不妨碍一国所享有的有关行使下列职能的特权和豁免：

(a) 其使馆、领馆、特别使节团、派驻国际组织的代表团或派往国际组织机构或国际会议的代表团的职能，和

(b) 与上述机构有关的人员的职能。

2. 本条款同样不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免。

##### 提议的案文

1. 本条款不妨碍一国根据国际法所享有的有关行使下列职能的特权和豁免：

(a) 其使馆、领馆、特别使节团、派驻国际组织的代表团或派往国际组织机构或国际会议的代表团的职能，和

(b) 与上述机构有关的人员的职能。

2. 本条款同样不妨碍根据国际法给予国家元首、政府首脑和外交部长的特权和豁免。

##### 评论

(1) 根据一国政府在其书面评论提出的建议，在第 1 款开头语插入“根据国际法”等字。

(2) 另一政府在其书面评论中建议，第 2 款应不仅提到国家元首、还应提到政府首脑、外交部长及高级人员。有人在委员会和在第六委员会提出同一建议。这个想法也许是来自 1969 年《特别使团公约》<sup>12</sup> 第 21 条，其中规定，国家元首、政府首脑、外交部长及高级人员参加特别使团时应享有特权和豁免及其他便利。但国际法习惯规则是否规定政府首脑和外交部长享有与国家元首同样的特权和豁免，则不很清楚。特别报告员准备在这点上接受大多数人的意见。但是，对于“高级人员”，他则不愿这样做，因为确定一个人究竟是高级人员还是一般人员，没有公认准则；因此在适用这项规定时会产生一些困难。所以第 2 款只增添“政府首脑和外交部长”等字。

---

<sup>12</sup> 联合国，《1969 年法律年鉴》（出售品编号：E.71.V.4），第 125 页。

## 第 5 条 本条款不溯及既往

### 通过的案文

在不妨碍本条款所列，不管本条款是否有规定，国家及其财产的管辖豁免按照国际法均应遵守的任何规则的适用的条件下，本条款不应适用于在本条款对有关国家生效前，在另一国法院对该国提起的诉讼所引起的任何国家及其财产的管辖豁免问题。

### 评论

一国政府在书面评论中建议列入一项任择条款，使本条款适用于有关国家间在例如本条款生效前六年内出现的任何诉讼原因。另一国政府支持某些条款的追溯性适用。根据现在的措词，不溯及既往原则将适用于有关国家在本条款生效前提起的诉讼。特别报告员希望收到委员们的进一步意见，在此之前他不会接受任何上述更改一读通过的案文的建议。

## 第二部分 一般原则

### 第 6 条 国家豁免

### 通过的案文

一国本身及其财产遵照本条款的规定（和一般国际法的有关规则）享有不受另一国法院管辖的豁免。

### 提议的案文

一国本身及其财产遵照本条款的规定享有不受另一国法院管辖的豁免。

### 评论

(1) 大家都知道，各国政府的意见和委员会成员的分歧之处在于有人在理论上赞同绝对豁免原则，另外有人却在理论上赞同有限豁免原则。可是，由于委员会成员已默认委员会在进行二读时将不再辩论理论问题，所以有关第 6 条的问题已经减低至仅为如何处理方括号内的措词的问题。有些成员赞成保留它，以期在未来发展国家实践和一般国际法规则方面能维持充分的灵活性，但另有一些成员则认为这样的措词将会促成当地法院片面解释国际法并且导致国家豁免原则的减。特别报告员认为本条款的目的应该是为了就应否适用国家豁免权的精确领域达成协议。如果保持提及“一般国际法”的措词，就会产生由当地法院片面解释协议的条款的危险。因

此，他在其初步报告中曾建议应删除本条方括号内的措词。<sup>13</sup>

(2) 然而，为了符合某些成员坚持必须协助未来发展国家实践和国际法的立场，特别报告员在其初步报告内曾建议，如果本条款成为一项公约，则应在其序言部分内加添下列一国政府提议的段落：<sup>14</sup>

重申本公约未明文规范的问题仍应按照一般国际法规则加以解决。

此项提议已获得委员会某些成员和第六委员会某些代表的支持。

(3) 特别报告员在其第二次报告中还建议采用另一个替代文件，<sup>15</sup> 即增添第 6 条之二，以规定得作出在不加反对的当事国之间适用的有关豁免的例外的任择性声明。有人批评这个建议会引起制度的多重性以及因此产生的不确定性。由于顾及到这些反对意见，已撤回了提议的第 6 条之二。虽然歧见仍然存在，可是，特别报告员提出了已删去方括号内措词的本条草案，以供委员会审议。

#### 第 7 条 实行国家豁免的方式

##### 通过的案文

1. 一国应避免在其法院上对另一国提起的诉讼中行使管辖，以实行第 6 条所规定的国家豁免。

2. 一国法院上的诉讼如果事实上要迫使完成使另一国服从该法院管辖，否则即承担该法院所作出可能影响该另一国财产、权利、利益或活动的裁决的后果，即应视为对该另一国提起的诉讼，而不论该另一国是否被指名为该诉讼的当事一方。

3. 特别是，一国法院上的一项诉讼，如果是对另一国的一个机关，或对其一个政治区分单位一个机构或部门行使主权利力的行为提起的诉讼，或对该国的一位代表，就其以代表的身份所作的一项行为提起的诉讼，或用意在剥夺该另一国财产或使其不能使用所占有或控制的财产的诉讼，即应视为对该另一国提起的诉讼。

##### 提议的案文

1. 法院地国应避免在其法院上对外国提起的诉讼中行使管辖，以实行第 6 条所规定的国家豁免。

---

<sup>13</sup> 文件 A/CN.4/415 (见上文脚注 1 (a))，第 67 段。

<sup>14</sup> 同上，第 65 和 67 段。

<sup>15</sup> 文件 A/CN.4/422 和 Add.1 (见上文脚注 1 (b))，第 17 段。

2. 法院地国的诉讼如果事实上要迫使外国服从该法院管辖, 否则即承担该法院所作出可能影响该外国财产、权利、利益或活动的裁决的后果, 即应视为对该外国提起的诉讼, 而不论该外国是否被指名为该诉讼的当事一方。

3. 特别是法院地国法院上的诉讼, 如果是针对第 2 条第 1 款 (b) 项所述的某一国家任何机关或其他实体或其代表提起的诉讼, 即应视为对外国提起的诉讼。

### 评论

(1) 已经按照一国政府的书面评论内的建议修改了第 1 和 2 款, 即将“一国”改为“法院地国”和将“另一国”改为“外国”。此外, 特别报告员在初步报告<sup>16</sup> 内所提议的案文第 1 款内的“在法院地国”一词, 改为“在其法院上……提起的诉讼中”。

(2) 为了避免同第 2 条第 1 款 (b) 项重复, 所以大幅度缩短了原有提议草案第 3 款。此外还删除了第 3 款末尾从“用意在于剥夺”至“财产的诉讼”之间的文字, 以期避免同第 2 款重复。

(3) 有一国政府建议应该用比较常用的法律名词来取代“利益”和“控制”二词。虽然这些用语在普通法系国家之外可能不常用到或具有稍微不同的含义, 可是, 事实上却很难找到适当的替代用语。就本条而言, 由于上述的删除了第 3 款末尾某些文字, 所以就不再发生有关“控制”一词的问题。虽然可以了解不属于普通法系的成员国对使用“利益”二字的保留立场, 可是, 却很难以本条款草案内完全不加使用。

## 第 8 条 明示同意行使管辖

### 通过的案文

一国如以下列方式明示同意另一国法院对任何事项行使管辖, 则不得对在该法院就该事项提起的诉讼援引管辖豁免:

- (a) 国际协定,
- (b) 书面合同, 或
- (c) 在法院对特定案件发表的声明。

### 提议的案文

1. 外国如以下列方式明示同意法院地国法院对任何事项行使管辖, 则不得在该法院审理的

---

<sup>16</sup> 文件 A/CN.4/415 (见上文脚注 1 (a)), 第 79 段。

关于该事项的诉讼中援引管辖豁免：

- (a) 国际协定；
- (b) 书面合同；或
- (c) 在当事各方发生争议后表示的书面明示同意。

2. 一国有关适用另一国的法律的同意不应被解释为前一国家同意后一国家的法院行使管辖权。

#### 评论

(1) 在第1款中的“一国”和“另一国”分别改为“外国”和“法院地国”。由于应顾及两个国家的政府的书面评论中所表示的意见，所以在(c)项中使用了比较不严格的措词方式。

(2) 增添第2款是为了订明一个国家有关就某一事项适用另一国的法律的同意并不当然表示同意该后一国家法院行使管辖权。

### 第9条 参加法院诉讼的效果

#### 通过的案文

1. 一国如有下列情况，在另一国法院的诉讼中即不得援引管辖豁免：
  - (a) 该国本身提起该诉讼，或
  - (b) 就案情实质介入该诉讼或采取与案情实质有关的任何其他步骤。
2. 上述第1款(b)项不适用于任何介入或采取的步骤，如其唯一目的为：
  - (a) 援引豁免，或
  - (b) 对诉讼中争执的财产主张一项权利或利益。
3. 一国未在另一国法院的诉讼中出庭不应视为该国同意该法院行使管辖。

#### 提议的案文

1. 外国如有下列情况，则在法院地国法院的诉讼中不得援引管辖豁免：
  - (a) 该国本身提起该诉讼；或
  - (b) 介入该诉讼或采取与案情实质有关的任何其他步骤。

但如该国使法院确信它在采取这一步骤之前不可能知道可据以主张豁免的事实，则它可根据这些事实主张豁免，条件是它必须〔在一审法院就案情实质作出判决〕之前〔尽早〕这样做。

2. 上述第1款(b)项不适用于仅为下列目的而进行的任何介入或采取的任何步骤：
  - (a) 援引豁免；或

(b) 对诉讼中争执的财产主张一项权利或利益。

3. 外国代表在法院地国法院出庭作证不影响该国在该法院享有的豁免。
4. 外国未在法院地国法院的诉讼中出庭不应视为该外国同意该法院行使管辖权。

### 评论

(1) 第 1 款开首语句的修改与第 7 条和第 8 条者相同，即将“一国”和“另一国”分别改为“外国”和“法院地国”。

(2) 增添第 1 款 (b) 项中第二句话是为了使一个国家在它知道可据以主张豁免的事实之前已经采取有关诉讼案情实质的步骤的情况下仍有机会主张豁免。最初由两个国家政府在其书面评论中提出的此项建议得到委员会若干委员的支持。

(3) 关于第 3 款，某些委员曾按照同一理论，但却比较概括地提出一项提议，即使用“出庭履行提供保护的职责”的措词。特别报告员认为，“提供保护”一词可以被解释得远比“出庭作证”广泛，从而使外国可以很容易介入诉讼而不丧失豁免权。因此，他选择保持现有的比较狭义的条款，以待各方就此一问题表示进一步的意见。

### 第 10 条 反诉

#### 通过的案文

1. 一国如本身在另一国法院提起一项诉讼，则不能就与主诉相同的法律关系或事实所引起的任何对该国的反诉援引管辖豁免。
2. 一国在另一国法院的诉讼中介入提出诉讼要求，则不能就与该国提出的诉讼要求相同的法律关系或事实所引起的任何对该国的反诉援引该法院的管辖豁免。
3. 一国在另一国法院对该国提起的诉讼中提出反诉，则不能对主诉援引该法院的管辖豁免。

### 评论

(1) 有一国政府在其书面评论中曾建议增加一条但书，即规定可以向外国提起同主诉无关的反诉，但是这种反诉不得获得超过主诉的金额。

(2) 特别报告员早先曾经同意上项建议，而且提议过下列新的第 4 款规定：

4. 一国得援引管辖豁免权，如果针对它的诉讼或反诉系为了获得在数额上超过或在性质上异于该国本身所要求者。<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> 同上，第 107 段。

但是，他再三思考后认为仍应听取委员会所发出的更多的政策性指示。

(3) 根据普通法的概念，外国似乎必须受制于因同一交易而引起的任何反诉，如果反诉方已正式参加该诉讼。依第1款，一国如果本身提起诉讼，则不得就反诉援引豁免；依第2款，一国如果介入诉讼并提出要求，则不得就反诉援引豁免。这两款规定都假定反诉乃起源于同一项原有交易，即与主诉相同的法律关系。在这方面，普通法上的成案似乎表明即使准许反诉，如果反诉超出原有要求，则反诉方仍无法从外国获得任何数额的金钱。第1和2款并未规定此一限制，因为反诉乃源自与其主诉相同法律关系。

(4) 1976年美国《外国主权豁免法》(第1607条(b)项和(c)项)都没有规定有关因同一法律关系所引起的反诉的限额。该法规定，得在针对外国的同一件诉讼中提起非因同一法律关系而发生的反诉，但须反诉要求数额限于可同原诉讼要求者相抵消的限度之内。应解释为，反诉所得的数额并非要求数额，而是所判决给予者。

(5) 因此，在进行拟订诸如上述第4款之类的新规定之前，特别报告员要求获得各方指导：(a) 如果均因同一法律关系而生，是否得准许第1和2款内的反诉，而不加限制；(b) 如果反诉所得限于同主诉相抵消者，是否亦得准许针对与主诉无关的要求的反诉。

### 第三部分. 国家豁免的〔限制〕〔例外〕

#### 评论

关于第三部分的标题，特别报告员想知道有没有人支持象“不适用豁免的国家活动”一般的中立措词，或支持象一名委员会成员在上届会议所建议的“不得在另一国法院援引国家豁免的情况”的措词。如果没有人支持的话，建议推迟至结束条款草案的审议后才就该题目采取决定。

### 第11条 商业合同

#### 通过的案文

1. 一国如与一外国自然人或法人订立商业合同，而根据国际私法适用的规则，有关该商业合同的争议应由另一国法院管辖，则应认为该国已同意在该商业合同引起的诉讼中由该另一国法院行使管辖，从而不得在该诉讼中援引管辖豁免。

2. 第1款不适用于下列情况：

- (a) 商业合同是在国家之间或在政府对政府的基础上订立的，
- (b) 商业合同的当事方另有明确协议。

## 提议的案文

### 第 11 条 商业交易

1. 一国如与一外国自然人或法人进行商业交易，而根据国际私法适用的规则，有关该商业交易的争议应由另一国法院管辖，则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引行使管辖的豁免。

2. 第 1 款不适用于下列情况：

- (a) 商业交易是在国家之间或在政府对政府的基础上进行的，
- (b) 商业交易的当事方另有明确协议。

## 评论

(1) 一名成员建议象第 12 至 18 条一样，在第 1 款的开始加插“除有关国家间另有协议外”等字。但是，鉴于本规则的基本性质，加插这些字似乎不适当，因为这可能无必要地鼓励以区域协定或书面合同的方式背离该基本规则的做法。

(2) 另一名成员指出，有必要澄清合同中关于合同受另一国法律支配的协议不得被视为接受该国的管辖。如果所提议的第 8 条第 2 款的加添获得通过，就解决了该问题。

(3) 关于第 1 款“而根据国际私法适用的规则”一句，若干成员赞成一条关于交易引起的争议与法院地国之间的管辖联系的规则。但是，特别报告员认为，既然各项国家和国际文书规定不同的解决办法，统一国际私法的规则将是极为困难的。一国关于行使管辖所必须的领土联系的规则可能将该联系规定为订立合同的地点，履行合同所规定的义务的地点或合同当事方的国籍或办公地点。“根据国际私法适用的规则”一句是中立的，足以使得当地法院根据自己的规则，适当确定一项商业交易和法院地国之间的管辖联系。选定任何一项关于领土联系的规则可能造成不必要的障碍，妨碍各国接受作为整个的条款草案。

### 第 11 条之二 国家企业

## 提议的案文

如果一个国家企业与一个外国自然人或法人进行商业交易，在有关商业交易的争议中，该国家企业服从适用于自然人或法人的同样规则和责任，该国可以就该商业交易援引对法院地国法院的管辖豁免。但是，如果一个国家企业代表一国进行商业交易，则应适用第 11 条。

## 评论

(1) 特别报告员考虑到委员会上一届会议表示的意见，修改了他在初步报告<sup>18</sup> 中提出的第 11 条之二的案文。根据新的第 2 条第 1 款 (b) (三) 项，国家企业不应被列为国家机构或部门。因此，该条款规定一个国家企业应服从适用于自然人或法人的同样规则和责任，因此不得援引对法院地国法院的管辖豁免，而成立该国家企业的国家可以就国家企业进行的商业交易援引对地方法院的管辖豁免。换一句话说，原则上法院地国的法院不得就国家企业进行的商业交易控告一个国家。

(2) 但是，如果一个国家企业代表国家而加入和进行商业交易，则适用第 11 条，而该国不得就该商业交易援引管辖。若干成员表示，一个国家企业并不代表一个国家进行商业交易。但是，有时候一个国家企业在较高的机构（例如一个部）的指示下，代表政府订立商业合同或所谓作为国家的“另一个自我”进行一项商业交易。在这种情况下，可以将该商业交易视为国家与一个外国自然人或法人之间的交易，并应适用第 11 条的规定。当然法院地国的法院仍然有余地，根据第 2 条第 2 项决定该交易是否商业交易时考虑到交易的目的。

## 第 12 条 雇用合同

### 通过的案文

1. 除有关国家间另有协议外，一国对另一国原应管辖的法院中涉及该国和个人间关于已全部或部分在该另一国领土内进行的或将进行的服务工作的雇用合同的诉讼，如果该雇员是在该另一国征聘，而且适用该另一国实行的社会保险规定，则不得援引豁免。

2. 第 1 款不适用于下列情况：

(a) 征聘该雇员是为了进行与行使政府权力有关的工作；

(b) 该诉讼涉及个人的征聘、雇用期的延长或复职；

(c) 该雇员在签订雇用合同时既非法院地国的国民也非其长期居民；

(d) 该雇员在提起诉讼时是雇用国的国民；

(e) 该雇员和雇用国另有书面协议，但由于公共政策考虑，因该诉讼的事项内容而赋予法院地国法院专属管辖权者不在此限。

---

<sup>18</sup> 同上，第 122 段。

## 提议的案文

1. 除有关国家间另有协议外，一国对另一国原应管辖的法院中涉及该国和个人间关于已全部或部分在该另一国领土内进行的或将进行的服务工作的雇用合同的诉讼，如果该雇员是在该另一国征聘〔而且适用该另一国实行的社会保险规定〕则不得援引豁免。

2. 第1款不适用于下列情况：

(a) （第一备选案文）征聘该雇员是为了进行与行使政府权力有关的工作；

(a) （第二备选案文）该雇员是与行使政府权力有关的使馆或领馆行政或技术工作人员；

(b) 该诉讼涉及个人的〔征聘〕雇用期的延长或复职；

(c) 该雇员在签订雇用合同时既非法院地国的国民也非其长期居民；

(d) 该雇员在提起诉讼时是雇用国的国民；

(e) 该雇员和雇用国另有书面协议，但由于公共政策考虑，因该诉讼的事项内容而赋予法院地国法院专属管辖权者不在此限。

## 评论

(1) 对第12条存在分歧意见。一国政府在其书面评论和意见中建议删除整个条款，若干委员会成员和第六委员会的若干代表也提出这样的建议。但是，其他人却说他们认为该条款是有必要的，因为地方法院是唯一适宜保护一国的雇员的论坛，而且各国的国内法并不统一。1978年联合王国《国家豁免法》第4条载列有关该问题的详细规定，1979年新加坡《国家豁免法》和1981年巴基斯坦《国家豁免法》与联合王国的规定非常相似。但是1976年美国《外国主权豁免法》和1982年加拿大《国家豁免法》并无这一类的规定。1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第5条载列详细的规定。所有这些规定都是相当复杂的。一读通过的第12条很可能考虑到1972年《关于国家豁免的欧洲公约》<sup>19</sup> 和联合王国《国家豁免法》。<sup>20</sup>

<sup>19</sup> 1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第5条第1款规定：

“1. 合同当事国不得援引对另一合同当事国法院的管辖豁免，如果诉讼涉及该国和个人间关于在法院地国领土内进行的工作的雇用合同。”

<sup>20</sup> 1978年联合王国《国家豁免法》第4条（1）款规定：

“4.（1） 一国对涉及该国和个人间关于在联合王国境内订立的合同或关于全部或部分在联合王国进行的工作的诉讼不得援引豁免。”

(2) 特别报告员在其初步报告中建议删除第1款中有关社会保险的条件，<sup>21</sup> 因为并非所有国家都有一个社会保险制度。若干成员支持删除，而其他成员宁愿保留该条件。

(3) 特别报告员还建议删除第2款(a)和(b)项，因为根据(d)项，如果雇员是雇用国的国民，雇用国可以对法院管辖援引豁免，而征聘非其国民的人担任与行使政府权力有关的职位是一个不常见的情况。但是，特别报告员现在认为(a)项也有将使节团的行政或技术工作人员置于第1款的适用范围之外的效果，而第4条不一定能有这种效果。因此，他提出两个(a)项的备选案文，供大家考虑，第一个案文是原案文。

(4) 关于删除(b)项的问题，如果可以对涉及征聘、雇用期的延长或复职的诉讼援引豁免，由地方法院保护的事项似乎只剩下很少。一位代表在第六委员会提出“征聘”一词的适当性问题，它认为以“任命”一词取代之似乎比较适宜。无论如何，在进行进一步讨论之前，特别报告员将继续审议该问题。

### 第13条 人身伤害和财产损害

#### 通过的案文

除有关国家间另有协议外，一国对于另一国原应管辖的法院涉及人身死亡或伤害或有形财产的损害或灭失的赔偿的诉讼，如果据称责任应归于该国，造成死亡、伤害或损害的作为或不作为全部或部分发生在法院地国领土内，而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内，则不得援引豁免。

#### 评论

(1) 委员会委员们对第13条也持有分歧意见。委员会若干委员建议删除整个条款，因为他们认为该条款的根据是少数国家的法律，并可以通过外交渠道解决这些情况；其他委员认为这一类的情况并不是那么不平常，而外交保护并不是一个可行的选择。有人还指出，如果造成伤害或损害的行为或不行为的责任可归于一个国家，则引起国家责任的问题，只有国际法而非国家法院能解决这个问题。

(2) 鉴于这些分歧意见，特别报告员提出三项建议。第一，增添新的第2款，其内容为：“第1款不影响国际法中关于国家责任的任何规则”；第二，删除“而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内”等字，从而扩大该条款的范围，以包括跨国界损害；第三，第13条的适用主要限于在法院地国发生的涉及国有或国家经营的运输的交通意外所

<sup>21</sup> 文件A/CN.4/415(见上文脚注1(a))，第131段。

引起金钱上的赔偿。关于第一项建议，在委员会上届会议上没有人提出反对，但也没人表示明确支持；至于第2项建议，一些委员对建议删除那些字样表示保留；委员们对第三项建议持有不同意见，有人指出，一般的做法是通过保险解决这些问题，但是也有人指出保险并非一定包括所涉全部风险。

(3) 鉴于这些初步反应，特别报告员提出原来的案文，不作任何变动。

#### 第14条 财产的所有权、占有和使用

##### 通过的案文

1. 除有关国家间另有协议外，在涉及确定下列问题的诉讼中，一国不能援引国家豁免来阻止另一国原应管辖的法院行使其管辖：

(a) 该国对位于法院地国的不动产的任何权利或利益，或其对该不动产的占有或使用，或该国由于对该不动产的利益或占有或使用而产生的任何义务；或

(b) 该国对动产或不动产由于继承、赠与或绝产而产生的任何权利或利益；或

(c) 该国对构成死亡者、精神失常者或破产者产业一部分的财产的管理的任何权利或利益；或

(d) 该国对公司解散或结业时财产管理的任何权利或利益；或

(e) 该国对托管财产或其他方式信托的财产的管理的任何权利或利益。

2. 凡属在另一国法院向国家以外的人提起的诉讼，尽管该诉讼涉及的或要使国家丧失的财产系：

(a) 国家占有或控制的财产；或

(b) 国家对之主张拥有权利或利益的财产，

但如该国家本身在向其提起诉讼的情况下也不能援引豁免，或者该国家主张拥有的权利或利益既未得到承认，也无表面证据的支持，则不应阻止该另一国法院行使其管辖。

##### 评论

(1) 一些政府在其书面评论中提出本条款草案的范围过宽的意见。有人在委员会对第1款(c)、(d)和(e)项是否反映普遍惯例表示疑问。考虑到这些意见，特别报告员建议委员会考虑是否应删除(c)、(d)和(e)项的问题，这些部分主要代表普通法国家的惯例。

## 第 15 条 专利、商标和智力产权或工业产权

### 通过的案文

除有关国家间另有协议外，一国不得对另一国原应管辖的法院在有关下列事项的诉讼中援引豁免：

(a) 确定该国对在法院地国享受包括暂时措施在内的法律保护措施的专利、工业设计、商业名称或企业名称、商标、版权或其他任何类似形式的智力产权或工业产权的任何权利，或

(b) 据称该国在法院地国领土内侵犯在法院地国受到保护的、属于第三者的上述 (a) 项权利的行为。

### 提议的案文

除有关国家间另有协议外，外国不得对法院地国原应管辖的法院在有关下列事项的诉讼中援引豁免：

(a) 确定外国对在法院地国享受包括暂时措施在内的法律保护措施的专利、工业设计、商业名称或企业名称、商标、版权或其他任何形式的智力产权或工业产权包括植物栽培者权利和电脑产品产权的任何权利，或

(b) 据称该国在法院地国领土内侵犯在法院地国受到保护的、属于第三者的上述 (a) 项权利的行为。

### 评论

为满足一国政府在书面评论中提出的要求，在 (a) 项加插了“植物栽培者权利”等字。“电脑产品产权”一词除别的外，应被理解为包括电脑程序设计和半导体晶片布局。

## 第 16 条 纳税事务

### 通过的案文

除有关国家间另有协议外，一国对另一国原应管辖的法院有关该国按照法院地国法律可能须缴纳关税、赋税或其他类似捐费的纳税义务的诉讼，不得援引豁免。

### 提议的案文

特别报告员唯一的修改建议是同第 15 条一样，将“一国”和“另一国”分别代之以“外国”和“法院地国”。

### 评论

关于第 16 条没有提出实质问题。一国政府在书面评论中建议，仿照 1972 年《欧洲国家豁免公约》第 29 条 (c) 项修改案文如下：“本条不适用于有关关税、赋税或罚款的诉讼”。特别报告员虽然不反对这样的修改，但他希望留待委员会全体会议和起草委员会进一步讨论后再作决定。

### 第 17 条 参加公司或其他集体机构

#### 通过的案文

1. 除有关国家间另有协议外，一国对另一国原应管辖的法院有关该国参加具有或不具有法人资格的公司或其他集体机构的诉讼，即关于该国与该机构或该机构其他参加者之间关系的诉讼，不得援引豁免，但有以下条件：

(a) 该机构的参加者不限于国家或国际机构，而且

(b) 该机构是按照法院地国的法律注册或组成或其控制中心或主要营业地位于法院地国。

2. 如争端当事方之间的书面协议或建立或管理该机构的章程或其他文书中有相反的规定，本条第 1 款即不适用。

#### 提议的案文

特别报告员只建议，将第 1 款开头语内的“一国”和“另一国”分别改为“外国”和“法院地国”。

### 评论

关于第 17 条，没有引起任何反对意见。一国政府在书面评论中提议，集体机构“主要营业地”位于法院地国这一点应优先于其他标准。另一国政府提议案文中的“参加”和“参加者”分别改为“成员资格”和“成员”。特别报告员希望，除了已表明的次要文字修改外保持该条草案不加更动，以待起草委员会进一步审议。

## 第 18 条 国家拥有或国家经营的从事商业活动的船舶

### 通过的案文

1. 除有关国家间另有决议外，拥有或经营一艘从事〔非政府性〕商业活动的船舶的国家，在有关该船舶的经营的任何诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于或意图专用于〔非政府性〕商业用途，即不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

2. 第 1 款不适用于军舰、辅助舰艇或一国拥有或经营而用于或意图用于政府性非商业活动的其他船舶。

3. 为本条的目的，“有关该船舶的经营的诉讼”一语应指包括确定下列诉讼要求的任何诉讼在内的诉讼：

- (a) 关于碰撞或其他航行事故的要求；
- (b) 关于协助、救助和共同海损的要求；
- (c) 关于修理、供应或有关船舶的其他合同的要求。

4. 除有关国家间另有协议外，一国在有关该国拥有或经营的、从事〔非政府性〕商业活动的船舶所载货物的运输的诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于或意图专用于〔非政府性〕商业用途，即不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

5. 第 4 款不适用于第 2 款所述船舶所运载的任何货物，也不适用于属于国家所有、用于或意图用于政府性非商业活动的货物。

6. 国家可提出私有船舶、货物及其所有人所能利用的一切抗辩措施、时效和责任限制。

7. 如果在任何诉讼中产生有关船舶或货物的政府和非商业性质问题，该船舶或货物所属国家的外交代表或其他主管当局签署的、送达法院的证件，应作为该船舶或货物性质的证据。

### 提议的案文

特别报告员建议删除第 1 和 4 款中“非政府性”字样之外不作其他更动。

### 评论

(1) 一些国家政府在书面评论中建议删除第 1 和 4 款的“非政府性”字样。特别报告员也认为这一用语含义不清，不符合与海洋法有关的一些条约的惯例，包括 1926 年《统一关于国有

船舶豁免的某些规则的国际公约》，<sup>22</sup> 1958年《领海及毗连区公约》，<sup>23</sup> 1969年《油污损害的民事责任问题国际公约》，<sup>24</sup> 1982年《联合国海洋法公约》。<sup>25</sup> 因此，尽管少数国家仍然认为“非政府性”应予保留而不带方括号，委员会的一般趋势是主张删除。

(2) 两个国家政府建议采用与国家拥有或国家经营从事商业活动的船舶有关的分离国家财产的概念。但特别报告员和其他一些成员国认为委员会应谨慎避免不必要的重复，特别是第11条之二同本条之间的重复。

---

<sup>22</sup> 《统一有关国有船舶豁免的某些规则的国际公约》(布鲁塞尔, 1976年4月10日)(国际联盟,《条约集》, 第一百七十六卷, 第199页)第3条第1款规定:

“第3条

“1. 前两条的规定不应适用于战舰、政府快艇、巡逻舰、医疗船、辅助舰、供应舰和其他由国家拥有或经营, 在引起行动之当时专门用于政府非商业性用途的船舰, 此种船舰不应由任何法律程序予以扣押、逮捕或拘留, 也不应经受对物的法律诉讼。”

<sup>23</sup> 《领海及毗连区公约》(日内瓦, 1958年4月29日)(联合国,《条约集》, 第516卷, 第205页)第21条规定:

“第21条

“A和B款所载规则也适用于商务用途的政府船舶。”

<sup>24</sup> 《油污损害的民事责任问题国际公约》(布鲁塞尔, 1969年11月29日)(联合国,《条约集》, 第973卷, 第3页)第十一条规定:

“第十一条

“1. 本公约的规定不应适用于战舰或国家拥有或经营, 而现时仅用于政府非商业用途的其他船舶。

“2. 关于缔约国拥有而用于商业目的的船舶, 各国应受第九条所订司法权的管辖, 并应放弃一切基于其主权国家地位而有的抗辩。”

<sup>25</sup> 《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日)(《第三次联合国海洋法会议正式记录》, 第十七卷(联合国出版物, 出售品编号 E.84.V.3, 第51页, 文件 A/CONF.62/L.122)第31条规定:

(3) 关于国家拥有或国家经营从事商业活动的飞机，特别报告员在第二次报告<sup>26</sup> ①中建议，这个问题较适于在评注中论述而不应作为第18条的一项补充规定。这项建议没有人反对。

### 第19条 仲裁协定的效力

#### 通过的案文

一国如与一外国自然人或法人订立书面协定，将有关〔商业合同〕〔民事或商业问题〕的争议提交仲裁，则该国对于另一国原应管辖的法院关于下列事项的诉讼，则不得援引管辖豁免：

- (a) 仲裁协定的有效性或解释；
- (b) 仲裁程序；
- (c) 裁决的撤销。

但仲裁协定另有规定者除外。

#### 提议的案文

特别报告员只建议增添一个新项如下：“(d) 裁决的承认”（见下文评注(2)段）。

#### 评论

(1) 这里有三个问题特别报告员希望知道各成员国的意见。首先，关于本条开头方括号内的“商业合同”和“民事或商业问题”两种用语的选择，在这方面存在意见分歧。如果第2条内选用“商业交易”一语，而非“商业合同”，那么第19条也应作同样的修改。即使如此，有些成员仍然主张采用“商业合同”这一用语。无论如何，特别报告员认为没有什么理由要把法院地国法院的监督管辖权局限于“商业合同”或“商业交易”，因为仲裁的范围主要决定于仲裁协定内的规定。

①(注25续)

#### “第31条

#### 船旗国对军舰或其他用于非商业目的政府船舶 所造成的损害的责任

“对于军舰或其他用于非商业目的政府船舶不遵守沿海国有关通过领海的法律和规章或不遵守本公约的规定或其他国际法规则，而使沿海国遭受的任何损失或损害，船旗国应负国际责任。”

<sup>26</sup> 见文件 A/CN.4/422 和 Add.1 (见上文脚注 1 (b))，第 31 段。

在国家与自然人和法人之间有不少仲裁案件产生于民事或商业问题。本条最后一部分中“但仲裁协定另有规定者除外”这句话表示，当协定各当事方希望把仲裁范围局限于商业合同所生分歧时，可以在仲裁协定中加入这样的规定。因此，特别报告员主张保留“民事或商业问题”这一措词。

(2) 下一个问题是(c)项内的用字，一国政府在书面评论中提议增添对仲裁裁决的“承认和执行”。但由于强制措施问题将在条款草案的第四部分处理，特别报告员仅建议第19条增添一个关于“裁决的承认”的(d)项。在这一点上，特别报告员对“承认”采用以下解释：“提供许可证书或类似的司法证书，而将裁决转变为一项判决或相当于判决的权利”的行为。<sup>27</sup> “承认”的另一不同解释是“执行的请求，除了作为执行的第一步以外没有其他目的”。<sup>28</sup> 如果委员会多数赞成后一种解释，那么以上建议就要重新考虑。

(3) 第三个问题是开头语中“法院”的提法。前特别报告员在第六次报告中提议的案文是：“仲裁在其领土内或按照其法律进行或将要进行的另一国法院”，<sup>29</sup> 而一读通过的却是“另一国原应管辖的法院”本特别报告员认为，前一案文，即1972年《欧洲国家豁免问题公约》第12条采用的案文，<sup>30</sup> 在仲裁程序方面有它的优点。因此，报告员建议委员会委员再作进一步考虑。

---

<sup>27</sup> F.A.Mann“State contracts and international arbitration”, The British Year Book of International Law, 1967, vol.42, p.18.

<sup>28</sup> 同上，第19页。

<sup>29</sup> 《1984年……年鉴》，第二卷（第一部分），第58页，文件A/CN.4/376和Add.1和2，第256段（第20条）。

<sup>30</sup> 1972年欧洲公约第12条案文如下：

“1. 缔约国如以书面协议将民事或商业问题所生争端提交仲裁，则该国对于另一缔约国——仲裁在其领土内或按照其法律进行或将要进行——的法院有关下列事项的诉讼不得援引管辖豁免：

- (a) 仲裁协定的有效性或解释；
- (b) 仲裁程序；
- (c) 裁决的撤销。

但仲裁协定另有规定者除外。

“2. 第1款不应适用于国家间的仲裁协定。”

## 第 20 条 国有化的情况

### 通过的案文

本条款的规定不应预先判定关于一国对于包括动产或不动产、工业产权或智力产权在内的财产，所采取的国有化措施的域外效力所引起的任何问题。

### 评论

(1) 第 20 条在一读期间作为一般性保留条款出现。一些政府在其书面评论中指出，国有化措施是为主权行为，不受另一国法院的管辖。但另有一些政府认为本条的含义与适当范围不明确。还有人建议这一条列入草案第一部分。特别报告员认为采纳后一种建议会过分加重本条的份量，因为国有化的领土效果问题并不是委员会可以表示意见的问题。在上届会议上，许多委员说，他们赞成删除本条。因此，特别报告员建议从草案中删除这一条。

## 第四部分. 关于财产免于强制措施的国家豁免\*

### 第 21、22 和 23 条

#### 通过的案文 [二读的第一备选案文<sup>31</sup> ]

#### 第 21 条 免于强制措施的国家豁免

一国在有关另一国法院的诉讼中，享有免于对其财产或该国占有或控制的财产[，或该国在其中有法律保护的利益的财产]的使用实行的强制措施的豁免，包括免于任何扣押、扣留和执行措施的豁免，除非该财产：

(a) 系该国专门用于或意图用于商业 [非政府性] 用途而且与诉讼要求的标的有关，或者与被告的机构或部门有关，或

(b) 已被该国拨充或专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求。

---

\* 此处将第四部分 (第 21 条至 23 条) 作为一个整体来讨论。

<sup>31</sup> 见评论第 5 段。

## 第 22 条 对强制措施的同意的

1. 一国在有关另一国法院的诉讼中，对有关使用其财产，或该国占有或控制的财产〔或该国在其中有法律保护的利益的财产〕的强制措施，如果该国以：

- (a) 国际协定，
- (b) 书面合同，或
- (c) 在法院对特定案件发表的声明

明示同意对该财产采取强制措施，即不得援引豁免。

2. 按照第 8 条的规定同意行使管辖不应被认为默示同意按本条款第四部分采取强制措施，关于强制措施必须另行表示同意。

## 第 23 条 特定种类的财产

1. 下列各类国家财产不应视为第 21 条 (a) 款所指的一国专门用于或意图用于商业〔非政府性〕用途的财产：

- (a) 位于另一国领土内，用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构或国际会议的代表团用途的财产，包括任何银行帐户款项，
- (b) 属于军事性质，或用于或意图用于军事目的的财产，
- (c) 该国中央银行或其他货币当局位于另一国领土内的财产，
- (d) 构成该国文化遗产的一部分，或档案的一部分，位于另一国领土内，并非供出售或意图出售的财产，
- (e) 构成在另一国领土内举行的具有科学或历史价值的物品展览的一部分，并非供出售或意图出售的财产。

2. 对第 1 款所列财产种类或其一部分，不得在有关另一国法院的诉讼中采取强制措施，除非该国已按第 21 条 (b) 款将该财产拨充或专门指定用途或按第 22 条具体同意对其该类财产或其一部分采取强制措施。

提议的案文〔二读的第二备选案文<sup>32</sup>〕

## 第 21 条 免于强制措施的国家豁免

1. 不得对法院地国领土内的外国财产采取查封、扣押和执行等强制措施，除非：

<sup>32</sup> 同上。

- (a) 该一外国以下列方式明示同意对该财产采取此类措施：
- (一) 仲裁协定；
  - (二) 国际协定或书面合同；
  - (三) 在双方发生争端之后以书面表示同意；或
- (b) 该财产已被该外国拨充和专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求；或
- (c) 该财产在法院地国领土内，并且该国专门用于或意图用于商业〔非政府性〕用途〔而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构和部门有关〕。

2. 按照第 8 条的规定同意行使管辖不应被认为默示同意按本条款第四部分采取强制措施，关于强制措施必须另行表示同意。

### 第 22 条 特定种类的财产

1. 国家的下列各类财产不应视为第 21 条第 1 款 (c) 项所指的一国专门用于或意图用于商业用途的财产：

- (a) 位于另一国领土内，用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构和国际会议的代表团用途的财产，包括任何银行帐户款项；
- (b) 属于军事性质，或用于或意图用于军事目的的财产；
- (c) 该外国中央银行和其他货币当局位于法院地国领土内的用于货币目的的财产；
- (d) 构成该国文化遗产的一部分，或档案的一部分，位于另一国领土内，并非供出售和意图出售的财产；
- (e) 构成在另一国领土内举行的具有科学和历史价值的物品展览的一部分，并非供出售和意图出售的财产。

2. 对第 1 款所列财产种类和其一部分，不得在有关法院地国的法院的诉讼中采取强制措施，除非该国已按第 21 条第 1 款 (a) 项具体同意对此类财产或其一部分采取强制措施，或已按第 21 条第 1 款 (b) 项将该财产拨充或专门指定用途。

### 第 23 条

如果国家财产，包括分离的国家财产已经由该国委托国营企业作为商业用途，则该国对该国家财产在法院地国的法院中，不得援引强制措施的豁免。

#### 评论

(1) 以前有一个总的趋势，将强制措施的豁免和管辖豁免的问题分开考虑，从而导致两个问题的独立发展。因此，虽然有一种趋势，尤其是在工业化国家中，倾向于限制法院所在国的

法院的管辖豁免，但在执行方面，仍然同时存在着两种不同意见。有一种意见认为，进行执行的权利是执行管辖权的结果，而另一种相反的意见则认为，国际法禁止强制执行外国在法院所在国的财产，即使法院所在国的法院对争端的裁决有管辖权。在一些有关的案件中，瑞士、荷兰和德意志联邦共和国的法院持前一种看法，而若干社会主义国家政府则倾向于后一种看法。最近在发达国家中已经出现一种趋势，限制执行的豁免，但须对有保护的国家财产提供某些保障。

(2) 这个限制性趋势的一个例子就是1978年联合王国主权豁免法(第13条)，这一条的规定也被南非、新加坡、巴基斯坦以及最近的澳大利亚作为国内法的样板。根据这个制度，作出规定作为执行当时用于商业用途和意图用于商业用途的国家财产的裁决和仲裁的依据。根据这些原则制定的最近一些法令与上面的规定稍有不同，其中的典型代表就是1976年美国主权豁免法(第1609条)，该法除了确定豁免执行的一般规定以外，还作出了若干例外情况的规定，即在美国用于商业活动的财产不得享受这类豁免。这两种法制的主要差别是，根据联合王国法，非商业财产以及商业财产都可以适用豁免的规定，而根据美国法案豁免只能适用于商业财产。

(3) 1972年的欧洲公约确立了一套相当复杂的体制。虽然其基本规定一般禁止对明白指出可以享有豁免的财产执行各种措施，但是，公约也直接规定各缔约国有义务遵守对它们所作出的裁决。如果裁决没有获得遵守，原告可以在对其作出裁决的国家的法院中提出诉讼，并且还有另外一种可能，就是在欧洲法院提出诉讼。另一种可能就是采取任择声明程序，根据这种程序，可以对因为公约和商业活动所引起的案件，执行对债务国专门用于这种活动的财产的裁决。关于欧洲公约所规定的程序，有一个作家说，“公约所提出的模式必须看成是，态度很不同的国家之间所达成的一种妥协方案”，而且“这种解决办法不能适用于一般情况。这种模式是基于欧洲的公约缔约各国之间的特别信任达成的，因此并不能笼统地适用于一般情况”。<sup>33</sup> 欧洲公约所确定的程序可能太复杂，不能作为委员会的一个准则。

(4) 委员会的委员所表示的意见，再度截然相反。有两个委员说，禁止对一个外国的财产执行强制措施的原则，应该明确加以规定。有些社会主义国家政府在它们的书面评论中，也表示了相同的看法。但是，若干国家政府在对某些具体措词加以评论时表示，基本上它们并不反对一读通过的条款草案。此外，有一位代表在第六委员会上对强制措施的规定，可能使一个国家对于另外一个国家所作出的司法裁决，很难执行，表示关切。另一方面，有另外一位代表赞成重新改写条款草案，以明确的方式就对于国家财产禁止执行的原则加以规定。

(5) 基于这种背景，特别报告员建议委员会根据两个备选案文，进一步审议草案第四章。第一个备选案文是一读时通过的案文，第二个备选案文是根据第一个备选案文加以改写的，

---

<sup>33</sup> C.H.Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, (Cambridge, Grotius Publications, 1988), p.128.

但是案文中没有包括完全禁止执行的意见，因为特别报告员认为，根据到目前为止收到的书面评论以及在第六委员会和委员会上所提出的意见，审慎限制执行而不是完全禁止执行可能更有机会获得大家的赞成。特别报告员在他以前的两个报告<sup>34</sup>中就第一备选案文提出他的看法；特别报告员对于第二备选案文的意见如下。

(6) 关于第 21 条，特别报告员考虑到一个成员对于案文草案的建议，即有关强制措施的原则应该在于第四部分的开头，并且还考虑到另外一些成员的建议，即原来的第 21 条和 22 条应该合并为一条。第一款开头语表明对于一个外国的法院所在国领土上的财产不得执行强制措施的原则，但是，有某些例外情况的规定。第 21 条开头和第 22 条第 1 款通过的案文在方括号内载有以下措词：“或该国在其中有法律保护的利益的财产”，这一点，委员会的成员之间有不同的看法。若干国家政府在它们所提出的书面评论中批评这一句话措词含糊，并且可能扩大豁免执行的范围。虽然有些成员赞成加以保留，但是特别报告员建议加以删除。

(7) 因此，在以下情况下将适用强制措施原则的例外情况：(a) 如果一个外国通过协定或合同对这种措施明白表示同意（第 1 款 (a) 项提到“仲裁协定”，因为仲裁似乎是一个实际可行的办法）；(b) 如果该一外国已经拨充或专门指定该财产用于清偿；或 (c) 如果该财产用于商业用途。第 1 款 (c) 项的案文来自以前第 21 条 (a) 款，但是方括号内“非政府性”一词加以删除，以期符合第 18 条第 1 和第 4 款，并且把“而且与诉讼要求的标的有关或者与被诉的机构或部门有关”，等词语列入方括号中，因为对这些措词有不同意见。报告员根据各国政府的书面评论，建议删除这些措词，但是有些成员反对。

(8) 关于第 22 条，只需要一些评论，该条基本上是采用以前的第 23 条，但作了一些更改。第 1 款开头方括号内“非政府性”等字已经加以删除，所根据的理由跟第 18 条和第 21 条删除这几个字的理由一样。由于第 21 条已重新措词，随之作出的更动是，从提到第 21 条 (a) 项改为 (c) 项。因为一个国家政府提出书面评论的结果，在第 1 款 (c) 项中加上“并且用于货币用途”等字。由于这两条已重新排列，第 2 款所作出的更改是，从提到第 22 条改为第 21 条。

(9) 关于第 23 条，第 11 条之二规定，如果一个国营企业“与一个外国法人或自然人从事商业交易，该国营企业应该服从作为自然人或法人所应服从的同样的规则和责任”。这就是说，在强制措施方面，国营企业必须服从适用于自然人或法人的同样规则和责任。根据以上规定的逻辑推论，第 23 条规定，如果某国营企业受委托监管用于商业用途的国家财产，则该国营企业所属的国家在法院所在国的法院中不能够对该国家财产援引强制措施的豁免。

---

<sup>34</sup> 文件 A/CN.4/415，第 209-242 段；文件 A/CN.4/422 和 Add.1 第 42-46 段（见上文脚注 1）。

## 第五部分 杂项规定

### 第 24 条 诉讼文书的送达

#### 通过的案文

1. 以任何令状或其他对一国提起诉讼的文件送达诉讼文书应按以下方式进行：
  - (a) 按照起诉人与有关国家之间关于送达文书的专门协议，或
  - (b) 如无此项协议，则按照对法院地国和有关国家均有约束力的任何适用的国际公约，或
  - (c) 如无此项协议或公约，则通过外交渠道送交有关国家的外交部，或
  - (d) 如无上述办法，则在法院地国和有关国家的法律均允许的条件下，
    - (一) 可以需有签字收据的挂号信送交有关国家外交部的首长，或
    - (二) 以其他任何方式送达。
2. 以第 1 款 (c) 项和 (d) 项 (一) 目的方式送达诉讼文书时，外交部收到该项文书即该项文书之送达。
3. 在必要时，送达的文书应附有译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。
4. 任何国家在对其提起的诉讼中就实质问题出庭，其后即不得声称诉讼文书的送达不符合第 1 款和第 3 款的规定。

#### 提议的案文

1. 以任何令状或其他对一国提起诉讼的文件送达诉讼文书应按以下方式进行：
  - (a) 按照对法院地国和有关国家有约束力的任何适用的国际公约，或
  - (b) 如无此公约，则通过外交渠道送交有关国家的外交部。
2. 以第 1 款 (b) 项的方式送达诉讼文书时，外交部收到该项文书即该项文书之送达。
3. [在必要时，] 送达的文书应附有译成有关国家正式语文或正式语文之一 [或至少联合国正式语文之一的译本]。
4. 任何国家在对其提起的诉讼中就实质问题出庭，其后即不得声称诉讼文书的送达不符合第 1 款和第 3 款的规定。

#### 评论

- (1) 一些政府在书面评论中提出意见认为，诉讼文书传达给外交部时即为该项文书之送达，或诉讼文书的送达应通过外交渠道进行。有人指出，许多法律制度不会接受起诉人与国家之

间关于诉讼文书送达的特殊安排，考虑到这些意见，新的第1款规定，送达诉讼文书或按照国际公约进行，或通过外交渠道送达。在存在对法院地国和有关国家均有约束的公约的情况下，根据公约送达诉讼文书的程序应占优先。

(2) 第2款的变动只是随着第1款的改动作出的。

(3) 关于第3款，若干成员指出应删除方括号内“有必要时”等字。鉴于当局送达诉讼文书时将遇到的实际问题，如果删除这些字，特别报告员建议在该款末尾加添方括内的一句，从而在发生非常用语文的译本的使用可能给送达诉讼文书的当局带来困难的情况时，应接受联合国正式语文之一的译本。

### 第25条 缺席判决

#### 通过的案文

1. 除非证明符合第24条第1款和第3款的规定，而且从送达令状或其他起诉文件之日起或按照第24条第1款和第2款认为已送达文件之日起已过去至少三个月的时间，不得对一国作出缺席判决。

2. 对一国作出任何缺席判决，应将判决书的抄本，必要时附上译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。通过第24条第1款所列的一种方式，送交该有关国家，为撤销一项缺席判决所适用的时限不应少于三个月，时限应从有关国家，收到判决书抄本或认为有关国家收到判决书抄本之日算起。

#### 提议的案文

特别报告员建议的唯一改动是在第1款加添“根据本条款如果法院有管辖权”等字。

#### 评论

(1) 在第1款末尾拟议加添的字眼所体现的概念是一国政府在其书面评论中提出的，目的在于明确规定不应仅仅由于正当送达了诉讼文书而进行缺席判决。委员会另外一名成员也表示了同样的看法。如果其他成员同意，特别报告员不反对加添这些字。

(2) 若干成员建议象在第24条第3款中提议的一样，从第2款删除“必要时”一词。特别报告员建议对第25条采取同第24条同样的解决办法。

## 第 26 条 免于胁迫措施的豁免

### 通过的案文

一国在另一国法院的诉讼中，对要求该国实施或不实施特定行为否则即予罚款的任何胁迫措施享有豁免。

### 评论

(1) 对于第 26 条特别报告员没有什么建议。两个国家的政府在其书面评论中对该项规定的适当性表示疑问。另一个国家的政府虽然赞成该项规定的目标，但建议修改其措词，以防止发出这一类命令的可能。特别报告员宁愿保持原来的措词，但他想知道其他成员的意见。

## 第 27 条 程序上的豁免

### 通过的案文

1. 一国未能或拒绝为另一国法院的诉讼的目的提出任何文件或提供任何其他情报，除这种行为对该案的实质可能产生的后果外，不应产生其他后果。特别是，不得因此对该国处以罚款或罚金。

2. 一国在另一国法院中作为诉讼当事方，则在任何这类诉讼中，均无须提供无论何种名称的担保、保证书或保证金，以保证支付司法费用和开支。

### 提议的案文

1. 一国未能或拒绝为另一国法院的诉讼的目的提出任何文件或提供任何其他情报，除这种行为对该案的实质可能产生的后果外，不应产生其他后果。特别是，不得因此对该国处以罚款或罚金。

2. 一国在另一国法院中作为诉讼的被告当事方，则在任何这类诉讼中，均无须提供无论何种名称的担保、保证书或保证金，以保证支付司法费用和开支。

### 评论

有两个国家的政府在书面评论中认为，应修改不需要提供担保的条件，以致该规定只适用于被告当事国，并根据该看法建议修改第 2 款的措词。委员会一名成员支持经修改的措词，但是其他成员却表示疑问。

## 第 28 条 不歧视

### 通过的案文

1. 本条款的规定应不加歧视地适用于本条款各当事国。
2. 但下列情况不应视为歧视待遇：
  - (a) 法院地国由于该有关的另一国家限制性地适用本条款的任何规定，而限制性地适用该项规定，
  - (b) 国家彼此之间依协定相互给予与本条款的规定所要求的不同的待遇。

### 评论

(1) 若干成员在委员会上届会议的讨论中，建议删除第 28 条，而其他成员却支持保留该条款。既然就前面的条款达成普遍协议后必需就该问题进行详细的审议，特别报告员宁愿暂时保留该条款当前的措词。

危害人类和平及安全治罪法草案

〔议程项目 5〕

文件 A / CN.4 / 429 和 Add.1-4

遵照大会第 43 / 164 和 44 / 32 号决议

从各会员国收到的意见

〔原文：英文、法文、西班牙文〕

〔1990 年 3 月 23 日，5 月 11、

15 和 21 日和 6 月 15 日〕

目 录

|                | <u>页次</u> |
|----------------|-----------|
| 导言 .....       | 35        |
| 阿根廷 .....      | 35        |
| 澳大利亚 .....     | 36        |
| 比利时 .....      | 36        |
| 马里 .....       | 37        |
| 尼日利亚 .....     | 37        |
| 挪威 .....       | 38        |
| 新加坡 .....      | 38        |
| 特立尼达和多巴哥 ..... | 38        |

## 导 言

1. 大会在1988年12月9日第43/164号和1989年12月4日第44/32号关于危害人类和平及安全治罪法草案的决议中请国际法委员会继续进行拟订危害人类和平及安全治罪法草案的工作，并请秘书长继续征求各会员国对该委员会第三十五届会议报告第69(c)(一)段所载的各项结论的意见<sup>1</sup>。

2. 秘书长为了执行上述决议，于1989年2月28日和1990年2月15日发出照会，征求各会员国对上述结论的意见。

3. 对第43/164号决议的答复载于秘书长提交大会第四十四届会议的报告。<sup>2</sup>

4. 该文件印发后，秘书长又收到了一些答复，这些答复将转载于秘书长向大会第四十五届会议提出的有关报告内，其中包括1990年6月15日前收到的来自8个会员国的答复，这些答复转载于下文。

## 阿 根 廷

[原文：西班牙文]

[1990年4月23日]

关于大会第44/32号决议第3段，阿根廷政府认为国际法委员会讨论有权审判个人的国际刑事法院的规约拟订问题还为时过早。它认为，应就国际刑法体系下的罪行定义和刑罚问题达成协议后，才开始审议拟订规约的问题。

---

<sup>1</sup> 第69(c)(1)段全文如下：

“ (c) 关于治罪法的执行：

(1) 有些委员认为，一部既不规定刑罚又无有权限的刑事法院的法典是不起什么作用的，委员会应请大会指明委员会的任务是否也包括拟订有权审判个人的国际刑事法院的规约；”

(《1983年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第16页)。

<sup>2</sup> 该报告(A/44/465)载有如下会员国的答复：巴西、芬兰、阿拉伯利比亚民众国、瑞典。

## 澳大利亚

〔原文：英文〕

〔1990年5月7日〕

澳大利亚了解国际法委员会的工作很繁重，但赞成委员会继续审议设立一个国际法院来审理危害人类和平及安全罪行的提案。这种态度是与澳大利亚对大会第44/32和第44/39号决议的支持相一致的，符合其为求委员会的工作更合乎时宜和需要而作的一贯努力，也反映出它认识到例如国际贩毒这样的重大罪行为小国的司法系统带来的压力。澳大利亚认为，鉴于设立拟议的国际法院所涉及的实际困难，委员会最后需要审议有权审判个人的国际刑事法院的规约。因此，澳大利亚认为委员会的任务应理解为包括草拟此一规约。

## 比利时

〔原文：法文〕

〔1990年5月10日〕

秘书长根据关于危害人类和平及安全治罪法草案的大会第44/32号决议第3段“请比利时政府就国际法委员会第三十五届会议的报告第69(c)(i)段所载结论提出意见，比利时常驻代表为答复此要求谨提及他的政府1988年7月7日转交的复文。该复文已提交大会第四十三届会议。”<sup>1</sup>

该复文有关段落内容如下：

“1. 如要危害人类和平及安全治罪法草案能得到有效执行，则必须有一个国际司法组织能对违反治罪法各种准则的行为加以制裁。《防止及惩治灭绝种族罪公约》第6条规定，一个国际刑事法院有权审判被指控犯有灭绝种族罪的人。虽然在许多国际公约中规定的普遍惩治原则在某种程度上能够暂时取代国际刑事审判机构，但必须确认普遍惩治原则并不是国际罪行的理想解决办法，理由有二。

“2. 第一，普遍惩治原则总是在某种程度上遭到反对，因为它使本国法庭负责判决外国政府的行为。第二，一种真正违反国际秩序的罪行应受本身就是这种国际秩序的体现和保证的司法机构的审判是理所当然的。因此，国际法委员会的职权范围必须包括设立一个国际刑事审判机构。”

---

<sup>1</sup> 见A/43/525。

## 马 里

[原文：法文]

[1990年2月15日]

1. 自第一次世界大战以来，国际社会一直认为有必要拟订国际刑法和设立国际刑事管辖，但是这个创设的意愿没有获得实现。到了第二次世界大战后才达到这个目标，战犯在历史上第一次在纽伦堡受审判。

2. 联合国一直致力于拟订危害人类和平及安全治罪法草案的工作。这项工作暂停了几年以后，大会再次邀请国际法委员会研究是否存在一个国际司法秩序的问题，即是否存在一些利益而这些利益的保护不仅单独关系到每一个国家而关系到全人类的问题。

3. 环境污染的问题（臭氧层的破坏、有毒废料）就属于这一类。大家承认环境是大众的利益，因此应予以国际保护。同样，应不作任何区别地保护一切文化。在这个民族文明的时代，奴隶制，殖民化、一个人种统治另一个人种，否定世界和平与安全的霸权战争、甚至反对人类的罪行都是不可容忍的现象。

4. 委员会应编纂法律，列出和确定扰乱国际公共秩序的行为，则构成属国际刑事管辖范围的罪行。但是这一方面的法律的最后结果无论多么有价值，仍然是不明确的，因为事实上国际刑事管辖是不存在的，而许多国际罪行的行为者都是国家或政府首脑，由于他们的身份不受其本国法律的惩罚。目前，这些有责任的政治家只受到国际舆论的谴责，有的时候他们的国家遭到无理的制裁因为谴责是不足的。

5. 设立国际刑事管辖的目标是起诉和暴露一切危害人类和平及安全罪罪犯本人，无论他的身份如何。

6. 这个计划必然影响到国内法，而国内法应确保其规定与国际社会的刑事规定相一致。

7. 考虑到上述问题，马里政府认为，国际法委员会应继续拟订国际刑事管辖的规章草案。

## 尼 日 利 亚

[原文：英文]

[1990年4月25日]

尼日利亚认为，国际法委员会审议规约的拟订目前还为时过早。在与罪行定义及此类罪行引起的刑罚有关的国际刑事体系方面，仍有许多问题有待解决。国际法委员会应加紧努力，及时完成治罪法草案所列罪行的定义工作。一旦治罪法草案拟就，即可审议有权审判个人的国际刑事法院的规约问题。

## 挪 威

〔原文：英文〕

〔1990年5月29日〕

挪威政府认为，确定国际法委员会关于拟订审判个人的国际刑事法院规约的任务的问题，应有待基本的实质性问题的进一步澄清。

## 新 加 坡

〔原文：英文〕

〔1990年4月30日〕

新加坡政府支持国际法委员会使其任务包括拟订有权审判个人的国际刑事法院的规约的要求。新加坡政府也认为，一部既不规定刑罚又无刑事法院的法典是不起什么作用的。

## 特立尼达和多巴哥

〔原文：英文〕

〔1990年5月3日〕

1. 特立尼达和多巴哥一向支持各国拟订和通过一部危害人类和平及安全治罪法。此一治罪法一旦为各国接受，即成为一项重要的国际法律文书，其中将列明引起各国公愤而且破坏国际和平与安全的各项最危险罪行。

2. 某些罪行具有跨国性质，因而令人遗憾地严重限制了各国在各自国内管辖范围内打击这类罪行的有效性。种族灭绝行为、酷刑、危害外交官行为、雇佣军行为、恐怖主义行为和非法贩运毒品过境等，对各国完整构成了严重威胁，并有可能破坏其稳定、安全和发展。

3. 泛泛地说，学者和非政府组织在第二次世界大战之前即酝酿过设立国际刑事审判机构或国际刑事法院来审判被控犯有此类罪行的个人这一构想。1946年设立纽伦堡国际军事法庭之后，曾设想国际刑事法院的管辖范围将包括被控违反国际法某些规则、特别是战争罪、种族灭绝和其他有可能危及国际和平的罪行等方面的国际法规则的个人。

4. 在大会主持下，1951年正式提出了国际刑事审判机构规约草案，1954年又对其作了

修订。<sup>1</sup> 但其后一段时间却因大会 1957 年 12 月 11 日第 1187 (XII) 号决议的内容而陷于无所作为，大会在该决议中建议将国际刑事审判机构问题“延至大会再次处理侵略定义制定问题和危害人类和平及安全治罪法草案问题时再行审议”。

5. 特立尼达和多巴哥了解到，设立国际刑事审判机构的提案已在危害人类和平及安全治罪法草案这一议程项目下受到国际法委员会的审议。

6. 委员会在执行任务的过程中已成功地划分和界定了一些破坏国际和平与安全的罪行，例如侵略、种族隔离、殖民主义和战争罪等。特立尼达和多巴哥注意到本专题的特别报告员杜杜·锡亚姆先生最近提出的关于非法贩运麻醉药品的条款草案，<sup>2</sup> 并赞赏委员会及时作出积极反应而审查了这项全球性问题。

7. 但特立尼达和多巴哥坚信，拟订一部既不规定刑罚又无审判机构或法院的法典是不起什么作用的。为确保法典具有效力，必须设立一个执行机构。在这一方面，特立尼达和多巴哥支持设立一个有权审判个人的国际刑事法院。

8. 此一法院的法官的任命应视其是否具有道德地位、法学资格以及可否代表世界各法系。法院需得到各国的政治支持，其管辖范围应在法院规约中订明。规约应设法保证法院做到客观公正，务使危害人类和平及安全治罪法不易有不同的解释。规约草案还应载有法院管辖范围的基本内容，并应按照《联合国宪章》确保遵守主权原则和不干涉缔约国内政原则。

9. 特立尼达和多巴哥欣慰地注意到杜杜·锡亚姆先生在其第八次报告<sup>3</sup> 中提交的关于国际刑事法院规约的“调查表一报告”。该报告将使各国得以从容考虑可能列入国际刑事法院规约的各项规定。

10. 特立尼达和多巴哥坚信国际社会应高度重视委员会为拟订治罪法草案而进行的具有意义和成效的工作以及关于国际刑事法院规约的“调查表一报告”中所载的各项建议。后一文件所列的可能备选方案不仅有利于委员会开展工作，而且有助于各国审查设立国际刑事法院的可行性及作用。

11. 在此方面，特立尼达和多巴哥政府认为，为求国际刑事法院问题得到尽可能充分的审议，委员会不妨就这一问题任命一位特别报告员或设立一个工作组。

---

<sup>1</sup> 规约草案由根据大会 1950 年 12 月 12 日第 489 (V) 号决议设立的国际刑事审判机构委员会拟订(《大会正式记录，第七届会议，补编第 11 号》(A/2136)，附件一)，经过修订的规约草案由根据大会 1952 年 12 月 5 日第 687 (VII) 号决议设立的 1953 年委员会拟订(《大会正式记录，第九届会议，补编第 12 号》(A/2645)，附件)。

<sup>2</sup> 见下文第 55 页，文件 A/CN.4/430 和 Add.1，第二部分。

<sup>3</sup> 见文件 A/CN.4/430 和 Add.1，第三部分。

关于危害人类和平及安全治罪法草案的第八次报告

特别报告员杜杜·锡亚姆先生编写

[原文：法文]

[1990年3月8日和4月6日]

目 录

|                        | 段 次   | 页次 |
|------------------------|-------|----|
| 导 言 .....              | 1-4   | 43 |
| 第一部分. 共犯关系、共谋和未遂 ..... | 5-67  | 43 |
| A. 共犯关系 .....          | 5-38  | 43 |
| 1. 第 15 条草案 .....      | 5     | 43 |
| 2. 评论 .....            | 6-38  | 44 |
| (a) 关于方法方面的意见 .....    | 6     | 44 |
| (b) 第 1 款 .....        | 7-27  | 44 |
| (一) 实际和精神方面的共犯关系 ..... | 7-13  | 44 |
| (二) 共犯关系及其定性 .....     | 14-18 | 45 |
| (三) 行为人 .....          | 19-27 | 46 |
| (c) 第 2 款 .....        | 28-37 | 48 |
| (d) 结论 .....           | 38    | 49 |
| B. 共谋 .....            | 39-62 | 50 |
| 1. 第 16 条草案 .....      | 39    | 50 |
| 2. 评论 .....            | 40-62 | 50 |
| (a) 第 1 款 .....        | 40-43 | 50 |
| (b) 第 2 款 .....        | 44-61 | 50 |
| (一) 第一备选案文 .....       | 44-59 | 50 |
| (二) 第二备选案文 .....       | 60-61 | 53 |
| (c) 结论 .....           | 62    | 54 |
| C. 未遂 .....            | 63-67 | 54 |
| 1. 第 17 条草案 .....      | 63    | 54 |
| 2. 评论 .....            | 64-67 | 54 |
| 第二部分. 国际非法贩运麻醉品 .....  | 68-76 | 55 |

|                                   | <u>段次</u> | <u>页次</u> |
|-----------------------------------|-----------|-----------|
| A. 非法贩运麻醉品：危害和平罪行 .....           | 68-74     | 55        |
| 1. X条草案 .....                     | 68        | 55        |
| 2. 评论.....                        | 69-74     | 55        |
| (a) 第1款 .....                     | 69-70     | 55        |
| (b) 第2款 .....                     | 71        | 55        |
| (c) 治罪法草案与现行生效的各项公约的关系 .....      | 72-74     | 56        |
| B. 非法贩运麻醉品：危害人类罪行 .....           | 75-76     | 56        |
| 1. Y条草案 .....                     | 75        | 56        |
| 2. 评论 .....                       | 76        | 57        |
| 第三部分. 国际刑事法院规约 .....              | 77-108    | 57        |
| A. 导言 .....                       | 77-79     | 57        |
| B. 国际刑事法院规约 .....                 | 80-108    | 58        |
| 1. 法院管辖权.....                     | 80-85     | 58        |
| (a) 管辖权仅限于治罪法所述罪行还是包括一切国际罪行 ..... | 80-83     | 58        |
| 提出的案文 .....                       | 80        | 58        |
| 评论 .....                          | 81-83     | 58        |
| (b) 是否需要其他国家同意 .....              | 84-85     | 58        |
| 提出的案文 .....                       | 84        | 58        |
| 评论 .....                          | 85        | 59        |
| 2. 任命法官的程序.....                   | 86-87     | 59        |
| 提出的案文 .....                       | 86        | 59        |
| 评论 .....                          | 87        | 59        |
| 3. 向法院提出案件.....                   | 88-89     | 59        |
| 提出的案文 .....                       | 88        | 59        |
| 评论 .....                          | 89        | 60        |
| 4. 检察官职务.....                     | 90-91     | 60        |
| 提出的案文 .....                       | 90        | 60        |
| 评论 .....                          | 91        | 60        |
| 5. 审判前调查 .....                    | 92        | 60        |
| 提出的案文 .....                       | 92        | 60        |
| 6. 国家法院的定案权.....                  | 93-95     | 61        |

|                   | 段 次     | 页次 |
|-------------------|---------|----|
| 提出的案文 .....       | 93      | 61 |
| 评论 .....          | 94-95   | 61 |
| 7. 刑事法院的定案权 ..... | 96-97   | 61 |
| 提出的案文 .....       | 96      | 61 |
| 评论 .....          | 97      | 61 |
| 8. 控诉的撤回 .....    | 98-100  | 61 |
| 提出的案文 .....       | 98      | 61 |
| 评论 .....          | 99-100  | 62 |
| 9. 刑罚 .....       | 101-105 | 62 |
| 提出的案文 .....       | 101     | 62 |
| 评论 .....          | 102-105 | 62 |
| 10. 财政条款 .....    | 106-108 | 62 |
| 提出的案文 .....       | 106     | 62 |
| 评论 .....          | 107-108 | 63 |

## 导 言

1. 本报告分为三部分，是特别报告员向国际法委员会提交的关于危害人类和平及安全治罪法草案的第八次报告。

2. 第一部分涉及“相关罪行”或“其他罪行”，即共犯关系、共谋和未遂。特别报告员已在第四次报告中讨论了这些问题<sup>1</sup>，他将在本报告中提出关于这些罪行的条款草案及有关评论。

3. 第二部分涉及麻醉品国际贩运问题，是按照国际法委员会第四十一届会议的决定提出的，该决定要求特别报告员拟订一项关于这一问题的条款草案。<sup>2</sup> 根据委员会一些委员所表示的意见，<sup>3</sup> 特别报告员现提出两项条款草案并附有评论，其中一项将麻醉品国际贩运定为危害和平罪，另一项将其定为危害人类罪。

4. 第三部分初步涉及了国际刑事法院规约问题，特别报告员为委员会提出了各种可能的方案。

### 第一部分. 共犯关系、共谋和未遂

#### A. 共犯关系

##### 1. 第 15 条草案

5. 特别报告员提出第 15 条草案如下：

#### 第 15 条 共犯

下列行为构成危害人类和平及安全罪行：

1. 为本治罪法所界定的任何罪行的共犯。

[2. 按本治罪法的意义，共犯关系可指主罪之前的从犯行为或与主罪同时的从犯行为或主罪之后的从犯行为。]

---

<sup>1</sup> 《1986年……年鉴》，第二卷（第一部分），第63页起各页，文件A/CN.4/398，第89-145页。

<sup>2</sup> 《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 页，第210段。

<sup>3</sup> 同上，第205-209段。

## 2. 评论

### (a) 关于方法方面的意见

5. 在审议第 15 条之前，必须解决方法方面的问题。一些委员会成员认为共犯概念应列入治罪法草案关于一般原则的一般性部分内，不应列入关于罪行本身的部分内。特别报告员不同意。毫无疑问，原则上共犯与主犯负同等罪责。但确定这一原则是一回事，规定共犯罪行本身的定义是另一回事。作为一种罪行，共犯应列入治罪法关于罪行定义的部分内。

### (b) 第 1 款

#### (一) 实际和精神方面的共犯关系

7. 共犯关系可分成两类：实际行为（协助、支持、提供办法、礼物等）和思想或精神性的行为（出主意、唆使、挑衅、命令、威胁等）。

8. 协助、支持、提供办法和礼物是具体的实际行为。就这类行为而言，要将主犯（例如，杀人者）与共犯（协助和支持主犯或向主犯提供杀人办法者）区分开来相当容易。

9. 就精神方面的共犯行为而言，问题比较复杂。有时候难以决定谁是主犯，谁是共犯：授意、唆使或下令进行行为者，还是实际执行者。在这些情况下，下令、授意或煽动进行一犯罪行为的人有时候被视为“肇端者”（动脑筋出主意的人），有时候被视为间接犯、有时候被视为共犯。在其他情况下，下令的人和执行的人被视为共同主犯。一切取决于案件情况和所涉各人的参与程度，也取决于法律制度。

10. 基于这一理由，有些国家的法律提供上司被视作下属的共犯的事例。

因此，1944 年 8 月 28 日关于惩处战争罪的法国法令（第 4 条）规定，如下属被起诉为主犯则其上司不能被起诉为主犯，如上司组织或容许其下属犯下犯罪行为，则应被视为共犯。1947 年 8 月 2 日关于惩处战争罪的卢森堡法令（第 3 条）、1945 年 10 月 8 日关于审判和惩处战犯的第 73 号希腊宪法法令（第 4 条）及 1946 年 10 月 24 日关于审讯战犯的中国法（第 9 条）均采取类似办法。

11. 美国最高法院在山下案中认为共犯可因军队司令违反其控制辖下部队的职责而产生，

在所涉案件中，正是由于这一点导致严重违反了战争法和战争习惯。<sup>4</sup>

12. 按此也可援引远东国际军事法庭判决，该项判决将这种共犯关系引伸至政府成员和所有与受保护者的福利有关的官员。<sup>5</sup> 同样地，在人质案件中，假定部队司令须对其“知道或应该知道的”下属所犯行为负责。<sup>6</sup>

13. 这些例子显示出难以确切截然区分主犯、共同主犯和共犯的概念。这些概念的内容视不同的刑法而定。由于难以制定精确准则以区分共犯、主犯、共同主犯等概念，因此，国际军事法庭规约在同一条款中不加区别地提到“领导者、组织者、唆使者和共犯”（国际军事法庭规约<sup>7</sup> 第6条末尾和远东国际军事法庭规约第5条（c）款）；<sup>8</sup> 以及“犯罪行为的从犯或下令或支持犯罪行为或同意参与其事的任何人”（同盟国控制理事会第10号法律第二条第2款）。<sup>9</sup> 这些简短的提法说明共犯概念的范围及其内容的变化，这在共犯行为及其定性以及在作出这种行为的人的地位中反映出来。

## （二）共犯关系及其定性

14. 刑法对各类共犯行为采取不同的处理办法。因此，有些刑法不把出主意当作罪行（例如，法国刑法）。但其他刑法则认为出主意犯罪是共犯关系。例如，加拿大刑法规定出主意是促使、支持或导致他人犯罪的行为（第22条）。

---

<sup>4</sup> 见 Law Reports of Trials of War Criminals (15-volume series, prepared by the United Nations War Crimes Commission) (London, H. M. Stationery Office, 1947-1949), vol. IV, p. 43; and United States Reports (Washington, D. C., 1947), vol. 327, pp. 14-15.

<sup>5</sup> 见 Law Reports of Trials ..., vol. XV, pp. 72-73.

<sup>6</sup> 见 Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Nuernberg, October 1946-April 1949) (15-volume series, hereinafter referred to as "American Military Tribunals") (Washington, D. C., U.S. Government Printing Office, 1949-1953), case No. 7, vol. XI, p. 1303.

<sup>7</sup> 下称“纽伦堡规约”，作为附件载于1945年8月8日关于起诉和惩处欧洲轴心国战争要犯的伦敦协定（联合国《条约集》第82卷，第279页）。

<sup>8</sup> 见 Documents on American Foreign Relations (Princeton University Press), vol. VIII (July 1945-December 1946) (1948), pp. 354 et seq.

<sup>9</sup> 1945年12月20日在柏林颁布的关于惩处犯有战争罪和危害和平与人类罪者的法律（盟国管制委员会《军政府法规》）（柏林，1946年）。

15. 关于问题的另一个方面，不妨提请注意在一些国家的法律中，规避或不干预等反面行为不算是罪行，或者只有在极不寻常的情况下才定为罪行（例如1944年10月28日关于惩处战犯的法国法令。在其他国家的法律中规避被定为罪行。德国法律即其一例。

16. 这种不同的处理办法也在对共犯行为作出实际的定性中反映出来。一种行为在一个法律体系中被认为是共犯行为，但在另一体系中则被视为另一种独立的罪行。典型的例子是隐瞒。

17. 有时候，这种定性在同一法律体系中随着时间演变。例如，1810年至1915年的法国刑法和1915年至现在的法国刑法就对隐瞒概念的归类作了不同修改：在1810年的刑法中隐瞒被定为共犯行为，但从1915年开始被视为自主罪行。

18. 一般来说，如果共犯行为是有某些具体特征或达到某一程度的严重性，则往往将它与共犯行为分开，另成一项独立的罪行。这项规则也适用于国际法。因此，在山下案<sup>10</sup> 和其他案例定下司法先例后，根据1949年《日内瓦公约》第一号附加议定书<sup>11</sup> 第86条第1款，军事司令的共犯行为被定为自主罪行。这些连续的、不同的定性显示出同谋概念的内容的复杂性及其演变的性质。

### (三) 行为人

19. 关于事件的行为人，即在共犯关系中扮演一个角色的那些人，我们注意到存在不明确和含糊的地方。观察者必须在主犯、同犯、直接犯、间接犯和共犯等概念之间采取一条不明确的路线。

20. 若干国家的法律没有界定主犯的定义：例如，1810年法国刑法、1871年德国法典、1989年芬兰法典、1902年挪威法典、1930年丹麦法典、1930年意大利法典、1932年波兰法典、1937年中国法典、1940年冰岛法典、1950年希腊法典、1951年南斯拉夫法典和1954年格陵兰法典。

21. 然而，其他国家的刑法典却有这个定义：包括1867年比利时法典（第66条）、1879年卢森堡法典（第66条）、1881年荷兰法典（第47条）、1886年葡萄牙法典（第20条）、1932年菲律宾法典（第17条）、1936年古巴法典（第28条）、1951年埃及法典（第39条）、1944年西班牙法典（第14条）、1951年保加利亚法典（第18条）、1957年埃塞俄比亚法典（第32条）、1961年匈牙利法典（第13条）和1961年捷克斯洛伐克法典（第9条）。

22. 如果要把行为人分成类别和精确确定每一行为人扮演的角色，不明确的定义就会引起

---

<sup>10</sup> 见上文脚注4。

<sup>11</sup> 1977年6月8日在日内瓦通过的关于保护国际冲突中的受害者的议定书（联合国，《条约集》，第1125卷，第3页）。

困惑。以最简单的方式来说，同谋关系牵涉两个行为人：不法行为的实际罪犯（贼、凶手等），称为主犯和协助主犯的人（通过帮助、支持、提供手段等），称为共犯。但是，就目前审议的专题而言，这个简单的方式并没有反映出同谋关系事实上的复杂性，我们刚刚看到，在一些情况下很难分辨谁是主犯，谁是共犯，就思想上或精神上的行为（商议、怂恿、命令、滥用权力）而言，尤其如此。在这些情况下，实际的罪犯和其上级之间有时候存在等级的关系，若承认共犯所起的是一个次要的作用的话，就很难将后者视为前者的共犯。因此，这些罪行有时候不列为共犯关系而归入另外一类。我们已经看到，军事指挥官应对其下属所触犯的罪行或不法行为负责的情况就是一个例子。

23. 还应注意的是，若没有书面发出命令和提供劝告的话，有时候很难证明这一事实。此外，在执行命令的时候，发出命令的人经常都不在场；有时候，一些领导或组织人甚至不知道在执行他们所拟订并指导执行者的行为的总计划时所犯下的每一项不法行为。在研究关于共谋的第16条草案（下文第46段）时将更详细分析这个情况。目前讨论的不法行为都打破了传统的概念。主犯和共犯之间典型一分为二的关系，即最简单的方式已不能再适用了，因为行为人的数目很多。参与者这个更广泛的概念取代了这个二元性的分类，这个概念同时包括主犯和共犯。有时候可以考虑是否应该将所有行为人定为参与者，不需精确确定每人所扮演的角色。

24. 国际军事法庭在其判决中有时候拒绝分辨主犯和共犯。例如，英国区的最高法院认为同谋和主罪均为危害人类罪，因此共犯应该因为他犯下危害人类罪而并非因为他是这一罪行的共犯而被判刑。<sup>12</sup> 所述行为，不论主要行为或从犯行为，均为参与行为，这些行为之间没有任何主要或次要的关系。就责任而言这些行为都是相等的，即使在判刑时存在某些主观考虑，如意图或意识程度。

25. 在这一分析层次上，主要行为和从犯行为之间的区分完全消失，而这两个概念则融合成一个更笼统的并包括两者的参与犯罪概念。主犯和共犯的概念之间的区分也同时消失，并由参与者的概念取代之，该概念适用于参与一项犯罪行为的所有行为人。这就是把犯罪的所有参与者处于同等地位的原则。

26. 参与犯罪的概念最广泛意义不但包括传统的共犯关系概念，而且包括共谋的概念，所以，在参与犯罪的标题下的单独一项规定中本来可以处理这两个概念。但是，报告员宁愿将共犯

---

<sup>12</sup> Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (Berlin, 1949), vol. 1, p. 25; (cited in H. Meyrowitz, La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n.10 du Conseil de contrôle allié (Paris, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1960), p.373)

关系和共谋列为分开的条款，同时记住，这些概念一旦转移为国际法就会发生变化，因为所涉罪行规模巨大以及行为和行为人很多（因此难以确定各个行为人所扮演的角色）。

27. 共犯行为和主罪的触犯之间的因果关系也反映出共犯关系的概念的复杂性。这种因果关系产生共犯行为是在犯罪之前或之后进行的问题，第15条草案第2款处理了该问题。

(c) 第2款

28. 第2款是关于共犯行为是在主罪之前或之后进行的问题。同谋关系的概念是否只限于主罪前的从犯行为或主罪时的同犯行为？该概念是否还可以包括主罪之后的从犯行为？不同的法律制度有不同的规定。

29. 若干法律制度规定，主罪之后的行为构成独立的罪行，即使这些罪行与主罪有关。一个例子就是隐藏人或财产或不揭发罪行的情况。这种办法一般称为大陆法系的办法，与普通法系有所不同。在这里并不是要进行比较法研究，只是要选择一些例子来解释这个问题。因此，加拿大刑事法典<sup>13</sup> ①第23(1)条中有一条关于事后从犯的具体规定。该条规定：

23. (1) 某一不法行为的事后从犯为知道一个人曾参与该不法行为而收容、安慰他或协助他逃走的人。

30. 该事后不法行为是以下列概念为根据：参与不只限于与将要触犯或正在触犯的不法行为的关系，这种关系还可以包括与已触犯的不法行为的关系。因此，共犯的行为与不法行为之间不一定需要存在因果关系。

31. 今天这个概念与普通法的关系非常密切，其根源是罗马法，该法区分 *Cursus Plurium delictum* 的各个阶段：*autecedens*、*Concomitans*、*Subsequens*。我们看到，到1810年，法国刑事法典仍然规定隐藏为共犯罪，而到较晚的时候才将隐藏财产定为具体的罪行。甚至现在，隐藏不法行为者（第61条，第1款）仍然是同谋罪。

32. 两个分开的法律制度，一个将共犯关系的定义限于之前或同时进行的行为，而另一个包括之后进行的行为的情况今天已不存在了。目前，这一领域有各个不同的方法。

33. 当代的大陆法也提及主罪之后的共犯行为。1975年德意志民主共和国刑事法典第22条，第(2)，3款规定：“凡在犯罪者犯下不法行为后向其提供事前允诺的援助（帮助）者，作为该受惩处行为的参与者负有刑事责任”。根据法国司法习惯，如果根据事前的协议在不法行为之后提供帮助的行为则构成同谋。<sup>14</sup> ②德意志联邦共和国刑法规定：应以共犯关系的罪名对“凡向

① <sup>13</sup> 见 Revised Statutes of Canada 1970 (Ottawa, 1970), vol. II, p. 1505.

② <sup>14</sup> 最高上诉法院，刑事分庭，1963年4月30日的判决，(Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Paris), No. 157)。

犯下不法行为者提供援助，以求使其能够从中得益的人”（第 257 条，第 1 款）和对“故意全面或局部阻止就不法行为对第三者实施刑事处罚的人”（第 258 条，第 1 款）提起诉讼。苏联刑法承认一种主罪之后的共犯关系形式。根据 Igor Andrejew，该概念的根据是“接触”的观念，即以事后的行为与事前触犯的不法行为之间的直接关系为根据。<sup>15</sup>

34. 就国际刑法而言，应指出国际军事法庭在其判决中也适用参与犯罪概念的广义。就 Funk 案件而言，被告以经济部长和 Reichs bank 银行董事长的身分与黑衫队签订了合同，黑衫队向他运送被杀害的犹太人的贵重物品和黄金，其中包括从眼镜框和假牙中获取的黄金。纽伦堡法庭认为被告明确同意或默许隐藏物主死亡之后以不正当手段获取的财物的行为。该法庭宣布：“Funk 肯定说他不知道 Reichs bank 接受这类财物。然而，法庭认为要么他知道 Reichs bank 接受这类财物，要么他对这种交易故意采取视而不见的态度。”<sup>16</sup>

35. 这些例子证明，任何试图对这一主题进行严格分类的做法，都将是冒险的。一个比较适当的办法似乎是在该领域采取某种简化办法。

36. 1957 年，在雅典举行的第七次国际刑法大会就对主犯和参与犯罪概念所采取的现代方法问题通过的决议指出：“不是由于事前的协议而事后提供援助的行为，如隐藏的行为应以特别不法行为加以惩罚”（B 条第 5 款）。<sup>17</sup>

37. 法学家的确倾向于将事后参与和共犯关系分开。然而，即使存在这种倾向，不得不承认的是该领域的刑法仍然不一致，象我们所看到的，仍然存在各种不同的规定。特别报告员由于不能否认这两种趋势的存在而建议单独一项规则，因此，感到最好提出考虑到这两种趋势的条款草案。这就是第 15 条草案方括号内的第 2 款的目的。

#### (d) 结论

38. 从这些评论得到的结论是，在国际刑法中，共犯关系概念是非常广泛的，不但因为参与犯罪的行为和行为人的数目和种类是无数的，而且因为其时间上的适用范围，这个范围可以包

---

<sup>15</sup> I. Andrejew, *Le droit pénal comparé des pays socialistes*, (Paris, Pedone, 1981), pp.61 et seq.

<sup>16</sup> 见 *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal (Nuremberg, 14 November 1945–1 October 1946)* (official English text, 42 volumes) (Nürnberg, 1947–1949), vol. I, p.306; cited in Meyrowitz, *op. cit.* (见 footnote 12 above), p.377.

<sup>17</sup> 见 *Actes du VII<sup>e</sup> Congrès international de droit pénal* (Athens, 26 September–2 October 1957), *Compte-rendu des discussions* (Athens, 1961), p.349.

括主罪前后的行为。使用戏剧的术语来说，在所审议的罪行中，共犯关系是一场非常复杂和强烈的戏剧。

## B. 共谋

### 1. 第 16 条草案

39. 特别报告员提出第 16 条草案如下：

#### 第 16 条 共谋

下列行为构成危害人类和平及安全罪行：

1. 参与共同计划或共谋犯本治罪法所界定的任何罪行。
2. (第一备选案文)。对于执行上文第 1 款所述共同计划而犯的任何罪行，不仅犯此罪行的人应负刑事责任，而且命令、教唆或组织这一计划或参与执行的任何个人也应负刑事责任。
2. (第二备选案文)。每一参与者应按其本身的参与予以处罚，而不论其他人的参与。

### 2. 评论

#### (a) 第 1 款

40. 第 1 款将共谋，即参与共同计划以犯危害人类和平及安全罪行，划定为罪行。

41. 共谋有两种程度。第一种是协议，即两人或多人之间意图一致或达成协议以期犯罪。第二种是亲身执行计划的罪行。

42. 第 1 款涉及协议。如果治罪法草案把协议单独列为一项罪行，而不论任何人体行动，则可起一种遏制作用。目的将是防止个人以没有亲身参与执行提议的计划为由免除自己的责任。

43. 仅仅同意制定一犯罪计划本质上就是危害人类和平及安全罪。对于审议中的罪行，这样一种定性并非罕见。在许多法律制度里，犯罪协议本质上是一项罪行，即使后来没有亲身去做。

#### (b) 第 2 款

##### (一) 第一备选案文

44. 第 2 款涉及共谋的第二阶段，即执行共同计划。它结合了集体责任和个人责任的概念：任何参与者旨在执行共同计划的任何行动即使进行这类行动的人负刑事责任，同时也使所有

参与密谋者负刑事责任。

45. 参与者的这种双重责任载于纽伦堡宪章（第6条最后一段）。纽伦堡法庭的一些法官对这种双重责任有重大保留。他们认为，要个人为他没有亲身犯下的罪行负责，这种做法不能令人接受。另一方面，其他法官则赞成严格执行该宪章第6条最后一段的规定，这项规定是以总检察官杰克森提出的共谋理论的定义为依据的<sup>18</sup>。根据总检察官的说法，共谋暗指双重责任：个人责任和集体责任。在共同计划里，每一个人不仅为其在执行计划中亲身进行的行动负责，而且也参与计划的任何人进行的所有行动负责，即使该个人在有关行动进行时并不在场或甚至不知有这些行动。

46. 第6条最后一段所载规定之所以存在，是因为出现了迄今为止鲜为人知的一类参与者，即组织者。在这方面，组织者被认为是策划、组织或指挥罪行的个人。这类参与无疑地是我们时代里最危险的一类。领袖和组织者不是经常可以看见的。他们策划罪行发出命令，但却躲在幕后。由于在计划执行时他们不在场，他们不知道他们的命令执行者所犯下的每一项罪行，特别是当有关罪行多不胜数、性质繁杂和规模很大时，情况更是如此。重大战争犯的情况就是这样。因此，根据纽伦堡宪章规定，他们不仅应为犯罪行动的概念和组织负责，而且还应为每一个在执行他们制订的计划时犯罪的个人负责。

47. 关于组织者的这一特殊责任，苏联法学家 A.N. Trainin 作了解释。1945年他成为苏联出席伦敦会议的代表团成员。Trainin 在1944年于莫斯科出版的研究报告<sup>19</sup>中区分两类应负责任的个人：直接犯罪者和间接犯罪者，即应负责任的政府官员、军事指挥部成员、财政及经济领导人等。那些间接犯罪者是组织者。虽然他们负有较大责任，但如果只有那些犯下他们组织的罪行的人才被检控，则他们就可以完全逃脱惩罚。纽伦堡宪章第6条最后一段是以这项思想为依据的。但是，就纽伦堡法庭而言，正是总检察官杰克森将这项思想同共谋理论联系起来，给予它两重责任，即个人责任和集体责任。

48. 应当注意，在纽伦堡宪章中 Complot 和 Conspiracy（共谋）是同义词，而且在该宪章的英文本和法文本里是互相对应的。

49. 纽伦堡法庭选择的解决办法是在危害和平罪方面限制共谋的适用性。纽伦堡法庭认为，其宪章第6条（a）项提及的危害和平罪，即“计划、准备或进行侵略战争、或违反国际条约、协议或保证的战争”，只能由应负责任的政府官员犯下，这些人因集体责任而牵连在一起。

---

<sup>18</sup> 关于这一点，见特别报告员的第四次报告文件 A/CN.4/398（见上文脚注1），第123段。

<sup>19</sup> 英译本：A. N. Trainin, Hitlerite Responsibility under Criminal Law (London, Hutchinson & Co., 1945)。

50. 委员会的1954年治罪法草案<sup>20</sup>，不象纽伦堡法庭那样，而是扩大共谋概念的范围，使它包括所有危害和平及安全罪。1954年草案第2条第13款（一）项提及“旨在犯下本条上述各款所界定的罪行的共谋”。这项规定大大扩大了共谋的范围。

51. 在许多法律制度内，共谋概念传统上较多地适用于危害国家的罪行。如罪行是对准国家机构、其领土完整和安全，则国家才是真正的目标。

52. 对于危害人类和平及安全罪来说，这项定义则显得过份限制。国家并非是有唯一的实体，还有其他实体存在，包括种族、宗教和文化实体。对这些实体犯下的罪行恰恰构成危害人类罪。种族灭绝和种族隔离不是针对国家，而是针对种族实体。此外，Complot或共谋的概念已列入关于种族灭绝和种族隔离的公约中。

53. 还应当指出，对于纽伦堡法庭的限制性解释，不是所有军事法庭都一致遵守的。例如，集体责任的概念就在Pohl案件中运用了，而该案件并不涉及危害和平罪。美国军事法庭在判决书上说：

“Pohl本人没有实际运送盗窃的物品到德国或者本人并没有把死亡犯人牙齿中的黄金取出这一事实并不能开脱他的罪责。这是一项牵涉广泛的犯罪计划，需要许多人的合作，而Pohl参与的部分是保存和记载战利品。知道这项行动的非法目的及伴随的罪行，他甚至积极参与行动的事后阶段已使他成为整个事件的共犯”。<sup>21</sup>

54. 今天，更需要处理不断发生的集体罪行和这类罪行所引起的新问题。这项需要必须靠着重惩罚的法律解决办法来满足。赞成个人责任和赞成集体责任的人之间的辩论因此而逐渐平静下来。

55. 重大罪行不能再认为是个人的行为。有关罪行是一些个人和有时担任政治、民事或军事职位的高官所犯下或唆使犯下的，他们组成集团以加强其行动的影响。因此，为应付罪行的这种新方面，法律必须给刑事责任下新的定义，在目前讨论的情况下，这种责任必须采取集体形式，因为要确定每一个参与集体罪行的个人所起的作用已经越来越困难了。

56. 正是共谋概念所暗含的两重责任使纽伦堡法庭的一些法官有保留意见。一直是该法庭的法国法官的Henri Donnedieu de Vabres指出：“这是有趣但有点牵强的解释”。<sup>22</sup> 这位杰出

---

<sup>20</sup> 委员会1954年第六届会议通过，《大会正式记录，第九届会议，补编第9号》（A/2693），第11-12页，第54段；转载于《1985年……年鉴》，第二卷（第二部分），第8页，第18段。

<sup>21</sup> 美国军事法庭（见上文脚注5），第4号案，第五卷，第989页。

<sup>22</sup> H. Donnedieu de Vabres, *Le procès de Nuremberg, Course of Lectures* (Paris, Domat-Montchrestien, 1948), p.254.

的法学家提出的意见今天也许会不同。

57. Roger Merle 和 André Vitu 在研究集体罪行的现象时指出：这些集体罪行所引起的法律问题从犯罪学来说同拿破仑时代已不尽相同，因此解决这些问题的方法很自然会逐渐出现。眼前想到的有两种主要选择办法，一种是集团每一成员按其在有关行动中所担任角色的个人责任，另一种是所有参与者的集体责任。面对这种情况，传统的刑法专家明显地赞成第一种办法，因为这种办法似乎是与刑罚个人化原则相符合的唯一选择。他们反对第二种办法，因为对此老一套法律已提供太多不幸的例子。但是，这一值得称赞的原则立场设多久便挡不住事情的自然发展所施加的压力。……当代的刑法专家虽然继续同样重视个人刑事责任原则，但似乎比其前辈较注意从罪行的集体性质推出较广泛的结论。<sup>23</sup>

58. 一些研究特殊法律对一般刑法的影响的作者得出结论认为，“刑法在传统上本是主观的，现在已逐渐走上无个性特征、有风险和客观化的道路。”<sup>24</sup> 事实是，为了应付犯罪学领域的发展所产生的新情况，越来越需有满足惩罚需要的特殊法律，而这类法律背离传统刑事责任原则。

59. 此外，现在的一些法典也规定了集体责任原则。南斯拉夫刑法典第 23 条明文规定：“凡创立或利用一个组织、一伙人、共谋集团、团体或一些其他社团以犯刑事罪的人，均应为这类集团的犯罪计划所产生的所有刑事罪行而受到惩罚就象这些罪行是由他犯下那样”。

## (二) 第二备选案文

60. 第 2 款的第二备选案文是以个人责任原则为依据的。个人责任的实例可以在一些刑法典里找到。德意志联邦共和国刑法典第 29 条明文规定：“每一个参与者均按其本身所犯的罪予以处罚，而不论其他人所犯的罪”。

61. 德意志民主共和国刑法典第 22 条第 3 段更进一步，引入许多差别细微的东西。根据有关规定，刑事责任多大是按整个行为的严重性、个人对该行为的贡献的程度和效果、其动机以及他在多大程度上叫其他人参加等因素来衡量。这项十分详尽的规定的目的是确定个人责任的确切程度。不过，有人可能会问，它是否真的适用于象现在审议中的那些罪行，它是否符合现代犯罪学和满足对所涉罪行给予惩罚的需要。

---

<sup>23</sup> R. Merle 和 A. Vitu, Traité de droit criminel, 6th ed. Paris, Cujas, 第 622 页。

<sup>24</sup> R. Legros “L’ influence des lois particulières sur le droit pénal général”, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Paris), vol. 23 (1968), p. 234.

### (c) 结论

62. 我们将注意到，虽然共犯和共谋是不同的概念，但是它们非常相似，有时还是重叠的。共谋概念暗指参与共谋的成员之间有某种程度共犯关系，他们相互支持、帮助和怂恿。象共犯关系那样，共谋概念暗含协议和意图一致。因此这两个概念往往产生同样的现象，即群罪。这就是为什么纽伦堡宪章第6条有关从犯参与共同计划情况的同一案文中既列入组织者也列入从犯的原因。

### C. 未遂

#### 1. 第17条草案

63. 特别报告员建议第17条草案如下：

#### 第17条 未遂

以下行为构成危害人类和平及安全罪行：

企图犯危害人类和平及安全罪行未遂。

#### 2. 评论

64. 可以注意到未遂的概念没有列入国际军事法庭章程，因此，国际法委员会1950年拟订的“经纽伦堡法庭组织法和法庭判决确认的国际法原则”也没有包括这个概念是可以理解的。<sup>25</sup> 可是，1954年的治罪法草案第二条第13款（四）项列入了未遂的概念，但没有说明定义。

65. 一般而言，未遂表示只是由于不受犯罪者意图主宰的情况而失败或中止的任何开始执行的犯罪。这个概念在过去以及将来会继续引起有趣的理论上讨论。<sup>26</sup>

66. 由于所涉的罪行性质，未遂理论只能对审议中的罪行作有限的应用。例如，企图犯侵略行为未遂采取什么方式？在什么时候可以说执行一项侵略行为的开端存在？在开始执行一项侵略行为与侵略行为本身之间可否划定一个界限？如果大家审议侵略威胁罪行。情况则更使人迷惑。可不可可以说企图作出侵略威胁未遂？可不可可以说企图准备侵略或破坏条约未遂？大家可不可可以说企图执行种族隔离或犯种族灭绝罪行未遂？

<sup>25</sup> 案文见《1985年……年鉴》，第二卷（第二部分），第12页，第45段。

<sup>26</sup> 见特别报告员第四次报告，文件A/CN.4/398（上文脚注1），第142-145段。

67. 可是，不能忽视未遂的概念多数危害人类罪行（例如，种族灭绝和种族隔离）由一系列的、具体的犯罪行为（例如，杀害和暗杀）等组成，在这些情况下，未遂完全可以理解，

## 第二部分. 国际非法贩运麻醉品

### A. 非法贩运麻醉品：危害和平罪行

#### 1. X条草案<sup>\*</sup>

68. 特别报告员建议X条草案如下：

#### X条. 非法贩运麻醉品：危害和平罪行

以下行为构成危害和平罪行：

1. 从事非法贩运麻醉品。
2. 非法贩运麻醉品是指为了下述目的而安排贩运：违反已生效的公约规定，生产、制造、提炼、配制、提供、提供出售、经销、销售、根据任何条件交付、经纪、发运、运输、输入或输出任何麻醉品或精神调理物质。

#### 2. 评论

##### (a) 第1款

69. 第1款将贩运麻醉品作为危害和平罪行处理。这一款当然不包括构成孤立的个人贩运麻醉品的行为，而这些行为受到他们犯罪的所在国的法律惩罚。本款在这里要处理的是组织或私人集团、或公共官员作为贩运中的主犯或从犯的大规模贩运。

70. 这些贩运可能引起一系列的冲突，例如生产国或发运国、过境国和终点国之间的冲突。如果有组织的集团渗透政府对和平威胁则更大，因为后果是国家本身在一定程度上成为国际非法行为的犯罪者。

##### (b) 第2款

71. 第2款处理被认为非法贩运的物质。似乎不必在本草案中列举这些物质，因为它们已在现行生效的公约中列出，主要的文书是经1972年日内瓦议定书所修订的1961年《麻醉药品

---

\* 委员会将来要决定将这条草案列入危害和平罪行中的哪一部分。

单一公约》，<sup>27</sup> 和 1971 年的《精神调理物质公约》<sup>28</sup>。

(c) 治罪法草案与现行生效的各项公约的关系

72. 为了将贩运麻醉品确定为一项危害人类和平及安全的罪行，治罪法草案符合目前国际社会的要求，它越来越多地将有关的现象看成是人类最大的祸害之一。

73. 各缔约国在 1936 年《取缔非法贩卖危险品公约》<sup>29</sup> 第 2 条中保证，特别通过监禁或其他剥夺自由的惩罚对非法贩运麻醉品、秘密策划、未遂和准备行为加以严重惩罚。有关的条款列入 1961 年的《麻醉药品单一公约》。

74. 1988 年 12 月 19 日通过的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》<sup>30</sup> 第 3 条（犯罪和制裁）规定，各缔约国应采取必要的措施，将该条第 1 款提及的罪行确定为刑事犯罪。各缔约国尤其必须确保其法院和其他主管当局能考虑到使所犯罪行特别严重的实际情况，例如罪犯参与其他的国际有组织的犯罪活动；罪犯参与通过所犯罪行得到协助的其他非法活动；罪犯使用暴力或武器；罪犯担任公职和犯罪涉及有关职位（第 3 条，第 5 款（b）项至（e）项）。公约指出的所有加重罪名的情况使罪行的刑事性质越来越明显，因此，性质严重，必须列为治罪法所包括的罪行。

B. 非法贩运麻醉品：危害人类罪行

1. Y 条草案\*

75. 特别报告员建议 Y 条草案如下：

Y 条. 非法贩运麻醉品：危害人类罪行

以下行为构成危害人类罪行：

依本治罪法草案 X 条规定情况从事任何非法贩运麻醉药物。

---

<sup>27</sup> 联合国，《条约集》，第 976 卷，第 105 页。

<sup>28</sup> 同上，第 1019 卷，第 175 页。

<sup>29</sup> 国际联盟，《条约集》，第一百九十八卷。

<sup>30</sup> E/CONF.82/15 和 Corr.2。

\* 委员会将来要决定将这条草案列入危害人类罪行中的哪一部分。

## 2. 评论

76. 贩运麻醉药物对和平构成威胁，但首先对人类构成威胁。它可能使人类沉沦。因此，将非法贩运麻醉药物作为危害和平罪行及危害人类罪行这一种双重定性是完全合理的。

### 第三部分. 国际刑事法院规约

#### A. 导言

77. 报告第三部分是依照委员会在一读通过的第四条款草案（审判或引渡义务）中采取的处理办法编写的。该条第三款指出，其第一款和第二款的规定并不预先判定国际刑事法院的设立和管辖权。此外，委员会在评注（第五款）中指出，第四条款第三款涉及可能设立国际刑事法院的问题，草案所采取的管辖权方案不妨碍委员会在适当时候考虑拟订国际刑事法院规约的问题。<sup>31</sup>

78. 本部分也是按照大会1988年12月9日第43/164号和1989年12月4日第44/32号关于危害人类和平及安全治罪法草案的决议第二段提出的。大会在该段中注意到委员会在处理指定司法当局来执行治罪法草案条款方面的最近构想，并鼓励该委员会就这个问题进一步探讨一切可能的替代办法。

79. 第三部分属于初步性质，是问题单形式的报告，其目的在于向委员会提出一些可供选择的办法并征求意见。这些选择办法主要涉及下列事项：

1 法院管辖权：

(a) 管辖权仅限于治罪法所述罪行还是包括一切国际罪行？

(b) 是否需要其他国家同意

2 任命法官的程序

3 向法院提出案件

4 检察官职务

5 审判前调查

6 国家法院的定案权

7 刑事法院的定案权

8 控诉的撤回

---

<sup>31</sup> 委员会第四十届会议暂时通过的第四条款案文和评注，见《1988年……年鉴》，第二卷（第二部分），第67-68页。

9 刑罚

10 财政条款

B. 国际刑事法院规约

1. 法院管辖权

(a) 管辖权仅限于治罪法所述罪行还是包括一切国际罪行？

提出的案文

80. 特别报告员提出下列两种案文：

案文A： 兹设立国际刑事法院的审判被控犯有危害人类和平及安全治罪法所述罪行的自然人。

案文B： 兹设立国际刑事法院的审判被控犯有危害人类和平及安全治罪法所述罪行或经其他有效国际文书定义为罪行的其他过犯的自然人。

评论

81. 国际刑事管辖应局限于危害人类和平及安全治罪法草案所述的罪行，还是也应包含在治罪法中未提及的其他国际罪行？众所周知，治罪法并不包括所有的国际罪行；不包括在内的罪行如下：散发虚假或歪曲的消息或假文件，旨在对国际关系造成有害影响；对外国的凌辱；一国伪造另一国货币和偷窃国家或古代珍宝；破坏水底电缆；国际贩运诲淫出版物。

82. 因此，鉴于国际罪行的概念较危害人类和平及安全罪为广，且其范围扩及治罪法草案所述罪行以外的其他一切国际罪行，当前的问题是，刑事法院的管辖权究竟应局限于危害人类和平与安全罪还是应包括一切国际罪行。

83. 较好的办法是赋予刑事法院以最大限度的管辖权；否则的话，就需要设立两个国际刑事司法机构而导致复杂化。

(b) 是否需要其他国家同意

提出的案文

84. 特别报告员提出下列两种案文：

案文A： 任何人非经罪行发生地国或其籍属国或经罪行所针对的国家或受害人的籍属国授予法院管辖权，不应由法院进行审判。

案文 B: 任一国家, 如果罪行发生于该国境内, 或为罪行进行的对象, 或受害人持有该国国籍, 即可向法院控诉犯罪人。如果上述国家之一对法院的管辖权表示异议, 法院应解决其间的争议。

#### 评论

85. 案文 A 的根据是 1953 年国际刑事管辖问题委员会拟订的, 后经修订的规约草案第 27 条<sup>32</sup>。是否恰当? 从法律观点而言, 一个国家对于危害其安全的罪行无论如何都可加以惩处, 即使是在国外由外国人犯下的罪行。此外, 绝大多数情况下, 这种解决办法等于是要求那些主使或容忍犯罪行为的国家政府的同意。

### 2. 任命法官的程序

#### 提出的案文

86. 特别报告员提出下列两种案文:

案文 A: 法官应由联合国秘书长所召集的联合国大会出席及参加表决的绝对多数选出。

案文 B: 法官应由法院规约缔约国代表出席及参加表决的绝对多数选出。

#### 评论

87. 案文 B 的根据是 1953 年国际刑事管辖问题委员会拟订的, 后经修订的规约草案第 11 条<sup>33</sup>。但这一条款中所设想的小范围似乎与危害人类和平与安全罪涉及整个国际社会的性质不符。还应指出的是, 第 11 条将选举权授予一个小团体而同时却委任联合国秘书长召集选举会议, 其间存在矛盾。

### 3. 向法院提出案件

#### 提出的案文

88. 特别报告员提出下列三种案文:

案文 A: 案件可由联合国任一缔约国向法院提出。

---

<sup>32</sup> 这一委员会的报告, 见《大会正式记录, 第九届会议, 补编第 12 号》(A/2645), 附件。

<sup>33</sup> 同上。

案文 B: 案件可由本规约任一会员国向法院提出。

案文 C: 案件可由联合国任一会员国向法院提出，但须经法院规约中指定的联合国机关同意。

#### 评论

89. 案文 C 所指机关应为大会还是安全理事会？有人认为应指大会，因为安全理事会的否决权有可能使法院瘫痪。另一方面，大会的绝对多数或够格的三分之二多数为避免不当控诉或否决权的滥用提供了保证。

### 4. 检察官职务

#### 提出的案文

90. 特别报告员提出下列两种案文：

案文 A: 原告应指派一名律师执行检察官职务。检察官应拟订起诉书并在案件提交全体法官审判时负责公诉事宜。

案文 B: 当案件提交全体法官审判时，应向刑事法院指派一名检察官长执行公诉职务。

#### 评论

91. 案文 A 是与 1953 年委员会拟订的，后经修订的规章草案第 34 条相一致的。<sup>34</sup> 这个办法简单，但不能适当区分国家与国际社会的利益。检察官职务要求一定的专门技术能力，某一情况下指派的人选不一定有这种能力来维护国家利益。检察官有可能同国家官员相混淆。

### 5. 审判前调查

#### 提出的案文

92. 特别报告员提出下列案文：

1. 侦查庭负责进行审判前的调查，其法官人数由法院规约规定。侦查庭法官受命任职于法院，其任命不得于期满后立即连任。

2. 侦查庭可下令进行它认为必要的任何预备性查询或安全措施，例如传讯证人，发出传票、侦查令或逮捕令、任命调查团、发出调查嘱咐书并请求引渡，必要时可请求国家提供合作。

---

<sup>34</sup> 同上。

## 6. 国家法院的定案权

### 提出的案文

93. 特别报告员提出下列两种案文：

案文 A： 法院不得对国家法院已作出刑法最终判决的罪行进行审判或处刑。

案文 B： 法院可在下列情况下对一国法院已作出判决的罪行进行审判和处刑：罪行发生地国或罪行所针对的国家或受害人的籍属国有理由认为上述国家的判决并非基于对法律或行为的适当评断。

### 评论

94. 案文 A 严格适用一罪不二审规则。

95. 但这项原则可能存在一些缺点。最好是能避免回复到被告获得宽大处理的某些先例。这就是提出案文 B 的理由。

## 7. 刑事法院的定案权

### 提出的案文

96. 特别报告员提出下列案文：

本公约缔约国的法院不得审讯已提交刑事法院的案件。

### 评论

97. 这是最为简单明了的办法。这个办法可避免刑事法院与国家法庭管辖权的冲突，同时可增强刑事法院的权力。

## 8. 控诉的撤回

### 提出的案文

98. 特别报告员提出下列两案文：

案文 A： 控诉如经撤回，诉讼程序应依照事实中止，除非另一个有权这样做的国家要求重新进行，以使刑事诉讼得以在法院提出。

案文 B： 控诉的撤回并不表示依照事实中止诉讼程序。诉讼应继续进行直至案件被撤销或

法院宣判有罪或无罪时为止。

#### 评论

99. 案文 A 主张这样的原则，上诉如果撤回，诉讼程序应予中止，只要其他有权以某种身分特别是作为原告或民事诉讼方向法院提出申诉的国家，不表示异议即可。

100. 案文 B 所根据的原则是对危类人类和平及安全罪的起诉不应仅仅视直接有关国家的意旨而中断。此类罪行关涉整个国际社会。真正存在的危险是，谈判或者安排可能干扰了对那些特别严重而超越当事各方主观利益的行为的起诉。

### 9. 刑罚

#### 提出的案文

101. 特别报告员提出下列三种案文：

案文 A： 法院应对宣判有罪的被告处以任何它认为合理的刑罚。

案文 B： 法院应对被告处以任何它认为合理的刑罚，死刑除外。

案文 C： 法院应对宣判有罪的被告处以无期或有期徒刑，并可附带罚款和没收财产。

#### 评论

102. 案文 A 的根据是纽伦堡组织法第 27 条<sup>35</sup>，其中未排除死刑。

103. 案文 B 排除了死刑，这是考虑到某些国家，特别是西欧国家刑法的发展。

104. 案文 C 不仅排除死刑，而且排除其他形式未获普遍接受的严厉刑罚。

105. 应该指出，刑罚随时代和国家而各不相同，其中涉及道德、哲学或宗教概念。因此宜于选择那些获得最广泛同意，并有国际社会普遍接受的原则为依据的刑罚。

### 10. 财政条款

#### 提出的案文

106. 特别报告员提出下列两种案文：

案文 A： 大会应设一专款，按照所订规则筹资和管理。法院及其属下其他实体或机构的费用应由这笔专款开支。

---

<sup>35</sup> 见上文脚注 7。

案文B： 法院规约缔约国和加入者应设一专款，按照通过的规则筹资和管理。法院及其属下其他实体或机构的费用应由这笔专款开支。

#### 评论

107. 案文 A 假设法院由大会设立。

108. 案文 B 的假设范围较为狭窄，即法院仅由规约缔约国设立。

国际水道非航行使用法

〔议程项目 6〕

文件 A/CN.4/427 和 Add.1

关于国际水道非航行使用法的第六次报告

特别报告员斯蒂芬·麦卡弗里先生编写

〔原文：英文〕

〔1990年2月23日和6月7日〕

目 录

|   | 段 次   | 页次 |
|---|-------|----|
| 导言 .....                                | 1     | 67 |
| 章次                                      |       |    |
| 一、国际水道的管理 .....                         | 2-19  | 67 |
| A. 导言 .....                             | 2     | 67 |
| B. 国家惯例 .....                           | 3-6   | 68 |
| C. 国际组织的工作 .....                        | 7-17  | 71 |
| D. 结论 .....                             | 18-19 | 79 |
| E. 提议的案文 .....                          |       | 80 |
| <u>第 26 条. 联合机构管理</u> .....             |       | 80 |
| 评论 .....                                |       | 80 |
| 二、水力设施的安全 .....                         | 20-36 | 89 |
| A. 导言和概况 .....                          | 20-22 | 89 |
| B. 国家惯例和评论者的意见 .....                    | 23-35 | 90 |
| C. 提议的案文 .....                          | 36    | 96 |
| <u>第 27 条. 保护水资源和设施</u> .....           |       | 96 |
| 评论 .....                                |       | 97 |
| <u>第 28 条. 国际水道和水道设施在武装冲突中的地位</u> ..... |       | 97 |
| 评论 .....                                |       | 97 |
| 三、条款草案的执行 .....                         | 37-39 | 99 |

\* 包括文件 A/CN.4/427/Corr.1。

|  | 段 次   | 页次  |
|--|-------|-----|
| A. 导言 .....                                  | 37-39 | 99  |
| B. 提议的附件                                     |       |     |
| <u>附件一. 条款的执行</u> .....                      |       | 101 |
| 第 1 条. 定义 .....                              |       | 101 |
| 评论 .....                                     |       | 101 |
| 第 2 条. <u>不歧视</u> .....                      |       | 102 |
| 评论 .....                                     |       | 102 |
| 第 3 条. <u>根据国内法提出要求</u> .....                |       | 103 |
| 评论 .....                                     |       | 103 |
| 第 4 条. <u>平等机会权利</u> .....                   |       | 104 |
| 评论 .....                                     |       | 105 |
| 第 5 条. <u>提供资料</u> .....                     |       | 107 |
| 评论 .....                                     |       | 107 |
| 第 6 条. <u>管辖豁免</u> .....                     |       | 109 |
| 评论 .....                                     |       | 109 |
| 第 7 条. <u>当事国会议</u> .....                    |       | 112 |
| 评论 .....                                     |       | 112 |
| 第 8 条. <u>条款的修正</u> .....                    |       | 114 |
| 评论 .....                                     |       | 114 |
| 四、解决争端 .....                                 | 40-90 | 115 |
| A. 导言 .....                                  | 40-44 | 115 |
| B. 解决争端的方法以及国家在有关国际水道的问题中应用这些方<br>法的情况 ..... | 45-56 | 117 |
| C. 诉诸专家意见 .....                              | 57-80 | 124 |
| D. 国际组织的工作 .....                             | 81-85 | 131 |
| E. 前任特别报告员的提案 .....                          | 86-90 | 133 |
| F. 提议的附件 .....                               |       | 134 |
| 附件二. <u>实况调查和解决争端</u> .....                  |       | 134 |
| A. 实况调查 .....                                |       | 134 |
| 第 1 条. <u>实况调查</u> .....                     |       | 134 |
| 评论 .....                                     |       | 135 |

|                                  | <u>段 次</u> | <u>页次</u> |
|----------------------------------|------------|-----------|
| B. 解决争端 .....                    |            | 138       |
| <u>第 2 条. 以和平方法解决争端的义务</u> ..... |            | 138       |
| 评论 .....                         |            | 138       |
| <u>第 3 条. 协商和谈判</u> .....        |            | 138       |
| 评论 .....                         |            | 139       |
| <u>第 4 条. 调解</u> .....           |            | 140       |
| 评论 .....                         |            | 140       |
| <u>第 5 条. 仲裁</u> .....           |            | 141       |
| 评论 .....                         |            | 141       |
| <u>附件. 本报告引用的条约</u> .....        |            | 142       |

## 导 言

1. 特别报告员按照在关于国际水道非航行使用法的第四次报告中订出的时间表<sup>1</sup> 在本报告中处理条款草案余下的部分，即有关国际水道管理、水力设施安全和解决争端的部分。因此，本报告提出了关于这些分专题的条款草案以及支持材料。特别报告员还载有涉及便利以非司法方式补偿实际或潜在损害的“条款的执行”案文。这些案文的基准素材乃是在委员会内和在第六委员会内的各种评论以及本特别报告员的研究成果；所有这些都表明应该采取一切可行的步骤来便利非司法补偿，以作为履行本条款草案所订各项义务的第一个实际步骤。

## 第 一 章

### 国际水道的管理

#### A. 导 言

2. 过去的特别报告员斯蒂芬·施韦贝尔先生<sup>2</sup> 和詹姆斯·埃文森先生<sup>3</sup> 和联合国各种研究和报告<sup>4</sup> 均已深入探讨过国际水道的管理这个分题——它亦称为国际水道的行政安排。本特别报告员在其第三次报告中曾经审查过现代水资源管理的相关特点，以期能够为审议与国际水道的利用有关的各项程序性规则提供一种理论基础。<sup>5</sup> 该报告叙述了完全在一个国家内、

<sup>1</sup> 《1988年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第208页，文件A/CN.4/412和Add.1和2，第8段。

<sup>2</sup> 见施韦贝尔先生的第三次报告，(《1982年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第175-181页，文件A/CN.4/348，第452-471段)。

<sup>3</sup> 见埃文森先生的第一次报告，(《1983年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第178-179页，文件A/CN.4/367，第131-137段)，第二次报告，(《1984年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第116页，文件A/CN.4/381，第75段)。

<sup>4</sup> 见：(a) 《河川流域的综合开发》(联合国出版物，出售品编号：E.70.II.A.4)；(b) 《河川流域的管理》(联合国出版物，出售品编号：E.70.II.E.17)；(c) 《国际水资源的管理：机构与法律问题》，自然资源与水丛刊第1期(联合国出版物，出售品编号：E.75.II.A.2)；(d) 《国际河湖流域的开发与管理经验》，自然资源与水丛刊第10期(联合国出版物，出售品编号：E.82.II.A.17)；(e) 《国际河川流域管理的机构问题：财政和合同上的考虑因素》，自然资源与水丛刊，第17期(联合国出版物，出售品编号：E.87.II.A.16)。

<sup>5</sup> 《1987年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第17段起各段，文件A/CN.4/406和Add.1和2，第6-38段。

联邦制下各不同的单位间和国际一级上已建立的水道多种用途规划和综合发展体制。鉴于已经对本专题做过很广泛的研讨，特别报告员将仅在本章内简要地回顾和增补过去各件报告内曾经详尽叙述过的权威著作，<sup>6</sup> 然后提出有关本专题的一个条文草案，供委员会审议。

## B. 国家惯例

3. 希伯特·阿瑟·史密斯在1931年出版的书名为《国际河流的经济利用》的创新著作<sup>7</sup> 曾以他精心的研究为基础得到的结论乃是，按照国际水道的国家惯例，应可获致下列各项国际法原则：

第一项原则乃是，每一河流系统当然都构成一个不可分开的实际单位；因此，开发它时必须力求能够在最大的限度上有利于它所服务的整个人类区域，不论该区域是否已分为两个或更多的政治管辖区。每一相关政府都有义务积极地尽全力提供合作以促进此项开发，虽然不可能要求它不得顾及任何关键利益或者作出任何其他有关其本身利益的牺牲而不提供的充分赔偿和安全保障……”<sup>8</sup>

史密斯认为可以从此一原则延伸出来的其他原则中应该包括下列的原则：

“（7）如果遇有任何河流系统的情况引起了经常都必须加以解决的有关正当利用该河流系统的种种问题，则应设置常设的国际委员会来处理任何可能发生的一切此类问题。”<sup>9</sup>

史密斯教授的确曾经在其著作中用第五章来讨论“国际委员会的职权”。即使在二十世纪头三十年内，这已不是一种新的构想。早在1911年，国际法学会在其“关于利用国际水道规章”的决议的第7款中已建议：<sup>10</sup>

……如果因为建筑新的工程或因改建现有的工程而在位于别国境内的河流中引起严重后

<sup>6</sup> 特别参看施韦贝尔先生的第三次报告，文件A/CN.4/348（上文脚注2）第452-471段。

<sup>7</sup> H.A.Smith, The Economic Uses of International Rivers (London, 1931)。

<sup>8</sup> 同上，第150-151页。应该指出，Smith在本世纪较早时期的著作中已使用了“河流系统”一词。J.L.Brierly亦用过此一名词。例如见他的名著第五版，J.L.Brierly, The Law of Nations (Oxford, Clarendon Press, 1955), p.205。委员会将会很关注此一国际水道概念的形成事实上对本专题的研究人员而言已有相当长的时期，因为委员会终须决定一个问题，那就是，条款草案是否应该以国际水道“系统”的概念为基础。

<sup>9</sup> Smith, 前引书，第152页。

<sup>10</sup> 1911年4月20日通过的决议，见Annuaire de l'Institut de droit international, 1911 (Paris), vol.24, pp.365-367；转载于《1974年……年鉴》，第二卷（第二部分），第200页，文件A/5409，第1072段。

果应该任命常设的联席委员会，由它们作出判决或者至少表示其意见。

在这方面的国家实践可以回溯到很久以前。例如，奥地利女皇以米兰公国女主人的身分同威尼斯共和国缔结的1754年《瓦普里奥条约》就授权一个已经存在的联席边界委员会负责执行有关共同使用奥利亚河的职务。<sup>11</sup>

4. 如同过去的报告所述<sup>12</sup>，许多早期的，尤其是十九世纪有关国际水道系统的协定都特别涉及到对航行和渔业的规范。比较近的，尤其是第二次世界大战以后缔结的协定则主要涉及国际水道系统的利用或开发的其他方面，例如水道开发潜力的研究、灌溉、洪水控制、水力发电和污染<sup>13</sup>。由于对水、粮食和电力的需要量激增，这些类用途已显著地重要起来，从而更需要设置共同的体制性机构来实施各种协定。目前的此类共同机构几乎已同国际水道的数目一样多；它们或为特设机构，或为常设机构，但均具有极为广泛的各种不同的职责和权利<sup>14</sup>。

5. 秘书处在1979年4月内编辑的有关国际水道非航行使用的多边和双边委员会的附注一览表已开列出90个此类机构<sup>15</sup>。其中虽然以涉及欧洲的水道系统者为最多，可是世界每一地区都设有之。此外，在编制此一览表时，发展中国家，尤其是非洲的此类行政安排的数目正在增加。秘书处在这一方面指出，非洲新兴独立国家已经表现出一种愿意就通过设置国际河流委员会的办法进行合作以期解决河流问题的应受赞赏的意志；虽然非洲在1959年时只有一个国际河流委员会——即尼罗河常设联合技术委员会，可是，其后已在非洲设置了八个新的河流委员会。

<sup>11</sup> 另见奥地利同荷兰之间的1785年《芳登布鲁条约》；该条约设置了一个双边机构来决定共同在默兹河上建筑船闸的最佳地点。另载于1952年欧洲经济委员会的报告，“具有共同利益的河流和湖泊水力发电开发的法律问题”，(E/ECE/136)，第175段。

<sup>12</sup> 例如见特别报告员第四次报告内有关国际协定的调查结果，文件A/CN.4/412和Add.1和2（见上文脚注1），第39-48段。

<sup>13</sup> 见有关《国际水资源的管理》中“多边协定”的讨论情况（上文脚注4(c)），第91-97段，特别是第96段。

<sup>14</sup> 关于“为了证明办法的最大可能的多样性而选出的”某些此类协定的摘要说明，同上，附件四。另见国际法协会，《第五十七届会议报告，马德里，1976年》（伦敦，1978年）中有关设置国际水道共同管理机构的协定一览表，第256页起各页。N.Ely and A.Wolman, “Administration”，载于 The Law of International Drainage Basins (A.H.Garretson, R.D.Hayton and C.J.Olmstead eds., (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1967) p.124; 以及施韦贝尔先生第三次报告中，关于有关国际河湖委员会的著作详尽的一览表，文件A/CN.4/348（见上文脚注2），脚注746。

<sup>15</sup> 未出版的一览表。

其后，此一趋势仍在继续发展<sup>16</sup>。

6. 单单看已由水道国，特别是利用国际水道最频繁的国家<sup>17</sup>设立的委员会和其他行政安排的数目就可以知道此类共同体制性机构乃是高度依靠共享的水资源的当然会发生的必然结果，从而也附带显示出各国之间的相互依赖关系。可能更加重要的是，1977年在马德普拉塔举行的联合国水会议所通过的各项决议之一已确认新生人口急需获得有限的淡水资源并曾指出，

---

<sup>16</sup> 例如见《有关国际水道非航行使用用途的非洲国家条约》内的协定，自然资源与水专辑第13期(联合国出版物，出售品编号：E/F.84.II.A.7)，尤其是1978年6月30日《关于设立冈比亚河流域开发组织的条约》以及1980年11月21日《关于设立尼日尔河流域管理局的条约》。一般见C.O.Okidi,“国家与非洲国际流域的管理”，《自然资源期刊》，(Albuquerque, N.M.)，第28卷(1988年)，第645页；以及K.V.Krishnamurthy,“非洲水发展的挑战”，《自然资源论坛》，(New York)，第1卷(1977年)，第379页。

<sup>17</sup> 立刻想到的实例包括共享尼罗河、加拿大和美国之间的大湖和其他边界水域、普拉塔河、恒河、印度河、多瑙河和莱茵河的国家。例如见下列的协定：关于尼罗河，1959年11月8日阿拉伯联合共和国同苏丹之间的协定，以及1960年1月17日关于设立常设技术委员会的议定书；关于加拿大和美国之间的大湖和其他边界水域，1909年1月11日英国和美国间边界水域和加拿大和美国间边界水域条约，(以下称“1909年边界水域条约”)，第七条，关于设置美国和加拿大国际联席委员会者，(在L.M.Bloomfield and G.F.Fitzgerald中进行了讨论)，加拿大和美国的边界水域问题(1912年至1958年间的国际联席委员会)(多伦多，Carswell, 1958年)；关于普拉塔河，1967年2月27日在布宜诺斯艾利斯普拉塔河流域各国外交部长的联合声明设立普拉塔河政府间协调委员会，(见OAS, Rios y Lagos Internacionales(Utilización para fines agrícolas e industriales), 4th rev.ed.(OEA/Ser.1/VI, CIJ-75 rev.2), 第148页)，在A/CN.4/274, 第323段中作了概述；关于恒河，1975年11月5日有关分享恒河河水和增加水流量的协定，订于法拉卡，第四条规定设立监督分享恒河河水安排的印度-孟加拉国联席委员会者；关于印度河，1960年9月16日印度和巴基斯坦间1960年印度河河水条约，第八条规定设立印度河常设委员会；关于多瑙河，1948年8月18日关于多瑙河航行制度公约，第二章规定设立多瑙河委员会；关于莱茵河，1963年4月29日关于保护莱茵河免受污染国际委员会的协议，和1976年12月3日关于保护莱茵河免受化学污染的公约。

关于设立国际水道管理联席委员会的协定一览表，见上文脚注4所引资料。

“迫切需要加紧寻找和开发水资源并且为了有效利用而进行综合管理。”<sup>18</sup> 此项需要可能以在非洲最为迫切，因为水文工作者估计非洲大约正在利用其全部水资源中的百分之二。<sup>19</sup> 同样，虽然“全世界水力发电的潜力中有三分之一在非洲，……但是，已有能源同可开发的潜力的比例亦仅为百分之二”。<sup>20</sup>

### C. 国际组织的工作

7. 近年来大量河流和湖泊联合委员会的出现至少可部分归因于联合国主持下进行的工作。从联合国会议的报告和建议看到的主题是，虽然一般国际法没有规定组织这些机构的义务，但通过联合机构管理国际水道系统不仅是越来越普遍的现象，而且也是水道国之间一件几乎是不可或缺的合作方法，假如水道系统要获得适当的利用和保护。

8. 秘书长在1971年1月关于国际水资源开发问题为当时新成立的自然资源委员会编写的报告中提醒我们说，国际水道可提供加强国家间关系的机会，并指出“必须”为此制定国际安排：<sup>21</sup>

3. 国际水资源的存在提供了一种促进国际友好的独特机会。为了适当有利地利用这些水资源，各国必须联合起来采取切合实际的措施，使一切当事方可通过合作行动获得实际和明显的好处。水是关键性的资源，其利益可通过共同努力而成倍扩大，有害后果可通过共同努力来防止或消除。因此，作为一个国际河流流域的共同流域国显然有进行国际合作的鼓励因素。此外，在共同制订和执行计划时，国际机构在政策和实际工作方面均获得宝贵经验。较新的国际水资源发展安排的趋势的特点是，当事方的国际水资源发展活动的范围和种类日趋扩大。欧洲和北美洲基本上以国际河流的单一用途和非消耗性用途为根据的传统组织模式

<sup>18</sup> 关于水部门国际合作体制安排的第八号决议，（见联合国，《1977年3月14日至25日在马普拉塔举行的联合国水事会议报告》，文件 E/CONF.70/29（出售品编号：E.77.II.A.12）第一章）。除了其有关的综合方式管理和开发国际水道系统的主要职责之外，这些共同机构还能够为有关开发各别水道的计划寻得来自多边开发银行和其他国际机构的经费支持。见 P.K.Menon，“开发国际水资源的体制性机构”，*Revue belge de droit international*, (Brussels), vol.8, (1972), p.99。

<sup>19</sup> 见 Krishnamurthy, 前引书（上文脚注16），第371页和 Okidi, 前引书，（上文脚注16），第647至648页。

<sup>20</sup> 见 Okidi, 第648页。

<sup>21</sup> 文件 E/C.7/2/Add.6, 转载于《1974年……年鉴》，第二卷（第二部分），第328页，文件 A/CN.4/274, 第334段。

现在已加添了新的方面。

.....

### 对新体制解决办法的需要

12. 更广泛地开发和利用国际水资源的压力日增, 冲突的可能性和合作的需要日趋明显, 因此, 水资源管理人员、政界领导人、区域规划人员和国际法专家必须制定较完善的体制架构, 以适应日渐增多的国际合作需要。必须在进行国际水资源开发和利用的国家之间和在具有这些领域的经验和资料的组织和个人之间建立范围广阔和灵活的新交流渠道。

13. 可采用的各种体制安排洋洋大观。作为例子, 这包括简单的做法如每个国家提名一名官员, 授权该官员就具体目的交换数据和甚至开发计划; 或规定设立一个拥有自己的专业工作人员、技术服务处和政府间理事机构的国际流域机构。

14. 体制安排应有助于解决每种情况的具体协调需要。从长远角度来看, 鉴于对水资源的需要不断改变, 和鉴于资源基础的性质和特性和其他动态的环境影响因素, 体制也必须具有灵活性。”

9. 国际组织为鼓励水道国家建立管理国际水道的体制而作出的努力可通过下列例子说明。

10. 联合国人类环境问题会议在人类环境行动计划建议 51<sup>22</sup> 中建议各国考虑建立共同体制安排, 并提议这些体制可发挥的一系列作用:

建议有关政府考虑成立流域委员会或其他适当机制, 以便有关国家之间在多管辖权共有的水资源方面进行合作。

.....

(c) 如有关国家认为适当, 这些安排可在区域基础上进行下列工作:

(一) 通过有关国家商定的一些国际机制收集、分析和交换水文数据;

---

<sup>22</sup> 联合国人类环境问题会议报告, 1972年6月5至16日, 斯德哥尔摩(联合国出版物, 出售品编号: E.73.II.A.14), 第二章。

另见环境规划署理事会1978年通过的“在环境领域指导各国保护和协调使用两个或多个国家共同享有的自然资源的行为原则草案”(1978年5月19日决定6/14); 按照原则2, “国家应考虑建立象国际联合委员会这样的体制结构, 以便协商与保护和共有自然资源有关的环境问题(环境规划署, 《环境法。准则和原则, 第2号, 共有的自然资源》(内罗毕, 1978年)。)关于原则草案的背景和文本, 见康斯坦丁·斯塔弗罗普洛斯先生在国际法委员会第三十五届会议上递交给委员会的说明, 《1983年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第195页, 文件A/CN.4/L.353)。

- (二) 针对规划需要的共同数据收集方案；
- (三) 评价现有用水情况的环境后果；
- (四) 共同研究与水资源有关的问题的原因和表征，考虑到水质控制的技术、经济和社会问题；
- (五) 作为一项环境资产合理利用水资源，包括质量管制方案；
- (六) 规定水资源的权利和主张的司法和行政保护；

.....

(八) 为共有资源进行财政和技术合作；

(d) 应组织区域会议促进上述考虑因素。”

11. 自然资源委员会在 1973 年举行的第三届会议上向经济及社会理事会提出的一项建议<sup>23</sup> 最终导致 1977 年的联合国水事会议。<sup>24</sup> 除了许多关于管理共有水资源的建议以外，<sup>25</sup> 会议通过的马德普拉塔行动计划包括一项关于“水事委员会”的决议，其中

建议秘书长研究可否在目前有关的国际河流委员会那些负责管理和发展国际河流的代表之间组织会议，以促使各流域组织之间进行对话，讨论可以促进交流经验的办法。应邀请共用水资源，但尚未建立整个流域的体制架构的各个别国家的代表参加会议.....<sup>26</sup>

12. 此项决议导致召开一系列这类会议，头一个是 1981 年在塞内加尔达喀尔举行的联合国国际河流组织区域间会议。关于体制和法律安排的会议结论是从设有共同管理机制的水道国家的经验总结得出的重要经验：

4. 如国家准备设立一个常设或特设国际组织管理共有水资源以反映涉及的共同利益，设立此组织的协定起码应在缔约国接受的国际水事法原则的范围内列入下列应尽量清楚说明的因素：

- 目标
- 领土管辖权
- 组成
- 职权与权力
- 决策程序

<sup>23</sup> 《经济及社会理事会正式记录，第五十四届会议，补编第4号》，E/5247，第114段。

<sup>24</sup> 有关会议背景的讨论，参看《1974年.....年鉴》，第二卷（第二部分），第329页，文件A/CN.4/274号，第336段。

<sup>25</sup> 见《联合国水事会议报告.....》，（上文脚注18），第一章，“建议”，A、D、G和H节。

<sup>26</sup> 同上，第一章，决议七。

## 财务条款

防止和解决争端的程序。

5. ……鉴于流域水文关系的一体性，最佳办法是拟订统一发展方案，并尽量由公认的机构在流域一级执行。如这种做法行不通，应力求协调各有关机构的活动。

6. ……关于行政、管理和技术人员的组成，会议认为技术事项应由专家处理，如有问题则应由外交人员从旁协助，双方的活动应相辅相成。

7. 关于内部决策问题……，国际流域机构的决策程序各不相同，因此协定应作出规定，确保作出的决定的有效性。<sup>27</sup>

13. 最近，一个重点在于非洲区域的河流和湖盆发展区域间会议于1988年10月10日至15日在埃塞俄比亚的斯亚贝巴举行了会议。<sup>28</sup> 会议通过的提议包括在“资源评估和规划”标题下的以下建议：

会议建议国家政府和在适当时由流域组织采取行动执行下列提案，以改善资源评价和统一规划多部门的流域发展和管理工作。

……

2. 制定和执行办法与体制安排，以收集和储存与流域和湖盆项目有关的数据，规定和促进有关当事方之间交流资料和取用数据，以更好地规划和管理流域资源。作为补充，应定期制定最新的优先方案，为支持分阶段进行的流域计划收集数据和建立联络网。<sup>29</sup>

14. 在“法律和体制方面”的标题下，提出了下列建议：<sup>30</sup>

“1. 政府承认流域组织是开发进程的重要和具有影响力的推动者，政府应给予应有的重视，并通过立法，向决策和技术机构提供高水平的人员。

2. 政府承认以系统的办法管理流域水资源是管制和管理资源的必要起点，因为下列水文循环因素既是相互影响，又是各不相同——地面水、地下水、水与大气的相互作用和淡水与海洋的相互作用；

3. 政府采用适用于水资源的国际法一般原则，其中包括：每个流域国公平使用的权利

---

<sup>27</sup> 联合国，《发展……经验》，见上文脚注4(d)，第一部分，“会议报告”第28段，关于专题一的结论；另见第49段，关于专题二（合作安排的进展）的结论1、3-6和8，以及第69段，专题三“经济和其他考虑因素”的结论3和4。

<sup>28</sup> 见《河流和湖泊发展》自然资源/水丛刊20号（联合国出版物，出售品编号：90.II.A.10）。

<sup>29</sup> 同上，第一部分，《会议报告》，第3.A节。

<sup>30</sup> 同上，第3.B节。

和不对共同流域国家造成重大损害（包括环境）的义务、承认交换有关资料和数据义务。就一个或多个流域国家计划的项目或方案通知可能受到其不利影响的共同流域国和相互进行协商的义务、应任何其他流域国的要求就流域发展工作的合作或协作作出体制安排的问题进行协商的义务；……<sup>31</sup>

……

区域间会议也指出，过去二十年的流域发展战略的成绩参差，有些情况成绩有限。会议特别指出下列导致行政管理计划无法充分发挥其作用的因素：

(a) 与社会经济发展的广泛目标比较，流域组织所负责的工作的职权与范围可能过于狭窄，以致未能及时、有效和灵活地进行工作。

(b) 供流域组织使用的体制机构和安排证明不足够。

(c) 流域组织采用不适当的工作方法。

(d) 流域组织和各本国政府之间没有充分统一和协调工作。

(e) 成员国没有在财政上充分支持流域组织。

(f) 财政资源和人力资源均不足够。

(g) 流域组织和各种从事规划和执行共同开发方案和项目的分区域组织之间不必要地重复工作并且缺乏协调。

(h) 项目构想、规划和执行等各个阶段均缺乏地方参与。

(i) 在有些项目的执行，成员国与捐助者的参与不均衡，有的时候各捐助者之间缺乏协调。<sup>32</sup>

15. 欧洲经济委员会也曾审议以联合机构管理国际水道的问题。该委员会在其 1987 年第

---

<sup>31</sup> 此建议后括号内的说明如下：

“（在全体会议时，几个与会者对此建议表示持有保留意见，并指出即使道义上有义务交换数据或相互进行协商，这必须根据协定进行。）”

虽然这个说明与委员会整个专题的工作有关，但它似乎没有表示有人对建议中有关“就流域发展工作的合作或协作作出体制安排……”的一部分表示持有保留意见，该部分涉及到目前审议中的分题。

紧接上文引用的建议3是另一项与目前审议中的分题有直接关系的建议：

4. “政府认识到，流域国家公平享用国际流域的水资源的权利可能取决于一项条件，即国家愿意在对等基础上积极参与为保持水体的良好状况而必须采取的合理措施和方案（公平参与）；……”（同上，第3.B节）。

<sup>32</sup> 同上，第3.D节。

四十二届会议上通过的“关于在跨界水体方面进行合作的原则”<sup>33</sup> 中建议水道国考虑设立联合委员会并就共同管理机制提出下列建议：

“6. 沿岸国家如尚未有适当体制安排，应考虑建立如联合委员会和工作组等体制安排，以作为促进协定目的和帮助执行其规定的手段。协定应规定联合委员会或其他合作机构的结构、职务、职权和经费措筹办法。

“6 (a) . 委员会的正式性质、职务，及活动的地理和实质范围应尽可能按照实际情况调整。应充分考虑到缔约国的现行国家机构和法律规定，及水文、环境、经济和其他有关情况。

“6 (b) . 如已建立体制安排，缔约国应充分利用，提供一切必要手段以有效执行其任务。

“6 (c) . 委员会、工作组或其他体制安排应以各个别缔约国为此目的指派的代表团组成。委员会应自行制定其工作的议事规则。委员会应有权征求专家和科学机构的意见和任命特设或常设工作队。

“6 (d) . 对于短期的小规模项目，缔约国可设立特设工作组处理共同关心的具体问题。如活动范围较广、项目时间较长，应设立联合委员会和在必要时设立常设秘书处。”

16. 1970年代中期出现了两项关于以共同体制安排管理国际水资源的重要研究。第一项

---

<sup>33</sup> 1987年4月10日第一(42)号决定(见《经济及社会理事会正式记录, 1987年, 补编第13号》(E/1987/33-E/ECE/1148), 第四章)。

又见题为“水资源管理的生态系统办法”的报告(ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1), 该报告提交给了欧洲经济委员会关于环境和水问题的政府高级顾问水问题工作组第三次会议(1989年12月11日至14日)。本报告第三章“生态系统办法应用于水管理”。特别讨论了以下问题: 机构安排; 规划; 影响评估; 生态系统评价; 监测; 生态预测、模拟和制作模型; 及公众参与和教育。

此外, 值得注意的有西亚经济和社会委员会在这一领域正在进行的工作。在为西亚经社会地区水安全特设专家组会议(1989年11月13日至16日)编写的一份工作文件(E/ESCWA/NR/89/WG.3/WP.5)中, 建议设立水资源开发、保护和管理体制, 作为提议的“水战略行动计划”的一部分。此外, 工作文件中提到, 西亚经社会提议设立区域水资源委员会, 作为西亚经社会地区水资源开发领域促进水资源政府当局间区域/分区域合作的体制安排。

研究是联合国关于国际水资源开发的法律和体制方面的专家组所编写。<sup>34</sup> 下面的专家组调查结果反映最近国家惯例的发展和指出共同经营国际水道日趋重要:

557. ....最近有关尼罗河、印度河、尼日尔河、塞内加尔河、拉普拉塔河、湄公河下游和雅穆河流域的安排是争取实现共同发展和保养国际水资源的相互合作和协作的认真尝试。这些协定及其他协定反映越来越多国家接受区域国际规划原则, 以实现相互依靠的国家利益。

558. 沿岸国的相互合作.....在许多情况下导致比原来可以获得的更为有效的开发。在整个流域的范围内而不只是在国家范围内对水资源工作的多用途可能性和水文后果进行调查导致对所有有关国家有显著净利益的发展计划。交换水文和其他数据、协调或共同建造和经营如水坝和回流治理工程等项目, 及分摊这些项目的费用等问题是许多成功的国际协定的主题。

.....

561. 鉴于各国情况不同, 每个国际水资源系统的性质独特, 因此共同使用系统的国家必须制定最适合其目的和能力的具体法律制度 and 体制安排。但现行国际法和国际惯例是适当的起点.....<sup>35</sup>

17. 1970年代的另一项全面研究由国际法协会国际水资源法委员会编写。<sup>36</sup> 国际法协会在1976年在马德里举行的第五十七届会议通过一套关于“国际水资源管理及设立国际水资源管理局的指导原则”的条款。<sup>37</sup> 条款内容如下:

## 第 1 条

在本章使用范围内,“国际水资源管理局”一词是指两个或以上的流域国家, 为养护、发展和使用一个国际流域的水资源而通过协定设立的任何形式的体制或其他安排。

## 第 2 条

1. 为执行公平使用国际流域水资源的原则和根据关于防止和解决争端的《赫尔辛基

---

<sup>34</sup> 《国际水资源的管理》, (见上文脚注4(c))。本报告前言中说, 该研究旨在作为“一本前瞻性参考手册, 系统地列出和讨论各种可采用的法律和组办法。”

<sup>35</sup> 同上, 第六章, 第A.1.节。

<sup>36</sup> 见国际法协会, 《第五十七届会议报告》, 马德里, 1976年(见上文脚注14), 从第239页起各页。报告员: D.A.Caponera先生就此专题提出的“设立国际水资源管理局指导原则”载于同上第253-256页。该报告包括除了别的以外, 按各大洲开列的“设立国际流域水资源共同管理机构的协定一览表”(同上, 第256页起各页)。

<sup>37</sup> 同上, 第三十七页(条款)和从第三十八页起各页(指导方针)。

规则》]第四章的规定,有关和感兴趣的流域国应进行谈判,以达成协定,设立一个国际水资源管理局。

2. 根据上面第1款设立一个国际水资源管理局并不妨害存在或其后指定任何联合机构、调解委员会或在发生与目前或将来使用国际流域水资源有关的问题或争端时由同流域国根据[《赫尔辛基规则》]第三十一条组成或提交的法庭。

### 第 3 条

国际水资源管理局成员国在适当情况下应邀请其他国家,包括根据条约、其他文书或具有约束力的习惯,有权使用国际流域水资源或对此感到关心的非流域国家或国际组织参加国际水资源管理局的活动。

### 第 4 条

1. 为建立一个有效的国际水资源管理局,设立管理局的协定应明文规定该国际水资源管理局的目标或宗旨、性质和组成、形式和期限、法律地位、业务范围、职务和权力,及经费问题等。

2. 设立国际水资源管理局时应考虑到附于本条款的指导原则。”《赫尔辛基规则》公布十年后通过这些条款是明显地朝着共同管理国际水道的方向迈出的一步。《赫尔辛基规则》在题为“防止和解决争端的程序”的第六章中<sup>38</sup> 对此问题作出规定,但上述条款明确地对这些联合机构的管理工作作出了规定。

---

<sup>38</sup> 《赫尔辛基规则》第6章第三十一条规定如下:

#### “第三十一条

“1. 如果流域国对国际流域内水域目前或将来的利用发生问题或争议时,建议流域国将问题或争议提交一个联合机构,并要求该机构对国际流域进行调查,拟订计划或建议以便实现对全体流域国有利的最充分有效的利用。

“2. 建议责成联合机构将其职权范围内一切事宜报告有关成员国的主管当局。

“3. 建议联合机构的成员国在适当时机,要求根据条约有权利利用国际流域内水域的非流域国配合该联合机构的工作,或是允许他们对该机构陈述意见。”

(国际法协会,《第五十二届会议报告,赫尔辛基,1966年》,(伦敦,1967年)第524页)。

#### D. 结论

18. 本章首先提到 H.A. 史密斯的结论, 即在经常可能发生与适当使用水道有关的问题时, 水道国应设立常设联合委员会。但上面提到的国际协定和研究更进一步, 认识到不仅需要这些机构解决可能在利用国际水道方面出现的问题, 而且需要它们从事积极发展和保护国际水道系统的工作。已故的詹姆斯·布赖尔利也得出同样结论:

……逐渐认识到的是, 如果要为一切沿岸国的利益充分利用河流系统的资源, 任何有起码大小的国际河流几乎都必须有某种形式的国际共管……<sup>39</sup>

19. 国际组织和国际法学者的研究承认“公平使用”规则(载于第 6 条)的普遍性和灵活性为其主要优点, 同时需要密切合作, 包括经常联系, 以促成其有效执行。国际协定规定设立联合水道委员会反映认识到此一事实。第 9 条(合作的一般义务)和第 10 条(定期交换数据和资料)一般地提及水道国之间进行合作的需要, 分题为“计划的措施”的条款草案第三部更具体地作出了规定。特别报告员在本报告中进一步提议在条款草案加添一个关于“执行”的附件, 但在报告本章内提出的条款可被视为执行条款的一种形式。<sup>40</sup> 通过鼓励设立常设机构管理国际水道,

---

<sup>39</sup> J. L. Brierly, The Law of Nations 6th ed. H. Waldock, (Oxford Clarendon Press, 1963), p.233. 请参看 Brierly's first edition (Oxford, 1928), p.123. 若干其他出版物也承认这样的需要, 例如 F. Florio, "Sur l'utilisation des eaux non maritimes en droit international", in Festschrift für Friedrich Berber (Munich, Beck, 1973), p.156; B. Chauhan, "Management of international water resources through international water resources commissions", 国际法协会, 印度分会, "1973 年 3 月 10 日和 11 日的年度研讨会记录。" 新德里; R. D. Hayton 和 A. E. Utton, "跨界地面水: 贝拉焦条约草案", 《自然资源杂志》, 第 29 卷 (1989 年), 第 663 页 (特别见条约草案第三条, 题为“按照本协定负责的委员会”, 第 684 页)。关于此主题的文献概览, 见施韦贝尔先生的第三次报告, 文件 A/CN.4/348 (上文脚注 2), 脚注 746。

科学家得出了同样的结论:“只有国际合作统一管理水资源才能改善 [供应短缺和污染问题]” (Scientific American (New York, N.Y.), Special issue, "Managing Planet Earth" (September, 1989), p.4, 概述了 J.W.M. La Riviere, "Threats to the world's water", p.48.)

<sup>40</sup> 联合水道委员会不仅可以执行公平使用和参与的一般义务 (第 6 条), 合作 (第 9 条), 交换数据和资料 (第 10 条), 通知、协商和谈判规划措施 (第 11-21 条), 而且还可以执行关于避免重大损害 (第 8 条) 和 [水道] [系统] 协定 (第 4 和 5 条) 的条款。

条款提供了一个实际架构，水道国可一起规划和监察其共有水资源的利用、保护和发展。

#### E. 提议的案文

### 〔第九部分 国际水道的管理〕

#### 第 26 条 联合机构管理

1. 在任何一个水道国的要求下，各水道国应就国际水道〔系统〕联合管理组织的建立问题进行协商。

2. 为本条款的目的，“管理”一词包括（但不限于）下列职务：

- (a) 履行本条款规定的水道国的义务，特别是本条款第二部分和第三部分所载的义务；
- (b) 促进经常联系以及交换数据和资料；
- (c) 不断监测国际水道〔系统〕情况；
- (d) 对国际水道〔系统〕进行持续、多目标和综合的发展规划；
- (e) 就国际水道〔系统〕的使用和保护问题提出和执行水道国的决定；及
- (f) 就污染、国际水道〔系统〕的使用引起的其他环境影响、紧急情况或与水有关的危害和危险情况，提出和执行警报和控制制度。

3. 第 1 款提及的联合组织的职务，除第 2 段所述的之外，可包括：

- (a) 对水道国提交该组织的问题进行实况调查并提出报告和建议；及
- (b) 作为协商、谈判和进行水道国可能制定的其他和平解决程序的场所。

#### 评论

(1)“第八部分”和“第 26 条草案”的编号是暂时性的。如特别报告员在第四次报告<sup>41</sup>中指出，本分题和之后的分题按他判断都可在本条款草案内或在附件中讨论。如委员会决定将它们放入附件，则它们的编号将应重编。

(2) 第 26 条草案在很大程度上与两名前特别报告员即现在的埃文森先生和施韦贝尔先生就同一专题提出的条文平行。这些较早提出的条文（与第 26 条相比较和它们相互之间）在处理上很不同，把它们列在这里是让委员会委员在审议第 26 条草案时作为参考。施韦贝尔先生在其第三次报告中提出的条文草案如下：

---

<sup>41</sup> 文件 A/CN.4/412 和 Add.1 和 2（见上文脚注 1），第 7 段。

## 第15条 行政管理

在任何水道系统国的要求下以及该区域的经济和社会需要对水资源提出大量或互相冲突的要求，或需要对国际水道系统进行保护或控制措施时，各有关水道系统国应进行谈判，以期建立永久性机构，或加强任何现有组织，以便扩大它们的协商，制定或执行有关国际水道系统的决定，以及促进对它们共有的水道资源的最佳合理利用、保护和控制。”<sup>42</sup>

埃文森先生在其第二次报告中提出的条文草案如下：

### 第15条 国际水道的管理：委员会的成立

1. 水道国在实际可行且有利于合理经营、管理、保护和控制国际水道的水域的情况下，应设立永久性的制度性机构，或在便利的情况下应加强现有组织或机关，以建立定期会议和协商的制度，提供专家咨询和建议，采用其他过程和决策程序，加强有关各水道国之间的有效和友好合作，从而促进最适当地利用、保护和控制国际水道及其水域。

2. 为此目的，水道国应在切实可行的情况下设立双边、多边或区域性的水道联合委员会，并应就委员会的工作方式、筹资办法和主要任务达成协议。

委员会除其他外可有如下职责：

- (a) 收集、查证和传播有关国际水道的利用、保护和养护的情报和资料；
- (b) 提出和进行有关利用、保护和控制的调查和研究；
- (c) 不断监测国际水道；
- (d) 向水道国建议最适当利用和有效保护与控制水道的必要措施和程序；
- (e) 作为协商、谈判和进行水道国赋予委员会的其他和平解决程序的场所；
- (f) 提出和操作有关污染、用水的其他环境影响、自然危害或可能对水道国权利或利益造成破坏或损害的其他危害的控制和警报系统。”<sup>43</sup>

(3) 对有关机构安排的各项条约规定的审查表明，水道国已建立了种类繁多的这类组织。一些协议只涉及某一水道，而其他协议则涉及若干组成和流经共同边界的水道。这个协议赋予有关委员会的权力完全是针对协议的主题事项的。因此，当协议只涉及一条水道时，联合机构的职权可能规定得很具体，而当协议涉及一系列边界河流、湖泊和含水层时，则可能规定得比较一般。第26条草案的措词故意写得比较一般，以合乎纲领性协议的要求。同时，本条的目的是指导各水道国，如果它们决定建立这类联合机构，则可授予这类联合机构什么样的权力和职务。第26

<sup>42</sup> 文件A/CN.4/348（见上文脚注2），第471段。

<sup>43</sup> 文件A/CN.4/381（见上文脚注3），第76页。

条的案文主要是受到建立联合机构来管理水道的各国际协议的启发。下面是这类协议的代表性实例。它们取自与尼日尔河、“印度河水系”<sup>44</sup> 以及加拿大与美国之间的“边界水域”<sup>45</sup> 有关的条约。

(a) 《1980年11月21日关于建立尼日尔河流域管理局的公约》。<sup>46</sup>

## 第二章 管理局的宗旨和目标

### 第3条 宗旨

1. 管理局的宗旨是促进各成员国之间的合作，特别是通过开发尼日尔河流域的能源、水资源、农业、畜牧业、渔业、林业、运输、通讯和工业；确保在各个领域对尼日尔河流域进行综合开发。

2. 根据前款所述宗旨，管理局的行动应集中于协调各国有关流域的开发政策；进行综合开发项目和方案。

### 第4条 目标

1. 管理局应负责：

(a) 协调各国的开发政策，确保各成员国在共享水资源方面采取公平的政策。

(b) 在各成员国的同意下，制定流域开发总政策，这项政策应与流域的国际地位相一致。

(c) 制定和执行流域综合开发计划。

(d) 开始推行和监测一项关于利用流域的地面水和地下水的有计划的和合理的区域政策。

(e) 计划和进行各项调查和研究。

(f) 制定计划，建筑、利用和维修构筑物 and 制定能在综合开发流域总目标内实现的项目。

2. 为了第(1)款所述目标，“管理局”应按照各国有关尼日尔河流域的开发计划和根据综合

---

<sup>44</sup> 这是1960年印度和巴基斯坦《印度河条约》的前言的用语。

<sup>45</sup> 这是1909年《英国和美国的边界水域条约》的用语，例如在序条里。

<sup>46</sup> 本公约将前“尼日尔河委员会”改为“尼日尔河流域管理局”（前言和第1条）。关于非洲国家间建立水道联合委员会的协定的其他例子可见1992年3月11日关于成立塞内加尔河流域开发组织的公约；1964年5月22日关于开发乍得湖流域开发公约和规约，1973年10月10日关于设立乍得湖流域委员会开发基金的协定。

开发流域总目标，明显地采取下列活动：

(a) 统计和规划

- (一) 收集、利用、传播和交换技术数据及有关数据并将这些数据集中化和标准化；
- (二) 协调各成员国进行的计划、项目和研究；
- (三) 审议各成员国提出的项目，以期建议和执行协调的研究方案；
- (四) 监测各成员国进行的研究和工程，之后利用这些国家定期提交的报告；
- (五) 拟订总计划和流域综合开发方案，并在方案各个阶段的各种备选用途、项目和部门之间确定优先次序。

(b) 基础设施

- (一) 设计、研究和建造各类规模不一的多用途水力构筑物；
- (二) 在运输和通讯领域设计、研究和建造各种工程、工厂和项目；
- (三) 改善和养护可航行水道；
- (四) 发展河流运输，促进综合多式联运系统（海—河—铁路—公路），作为实现一体化和使内陆萨赫勒成员国与外界接触的因素。

(c) 水控制和利用

- (一) 调节主水道的流量和排水；
- (二) 水灾控制；
- (三) 建造和维修堤坝；
- (四) 防止和控制干旱和沙漠化；
- (五) 防止水土流失和泥沙沉积；
- (六) 建造构筑物和工程以开发土地，包括咸水和排水控制。

(d) 环境控制和保护

- (一) 保护环境，包括制定各国在对流域的水系作其他用途时适用的各种准则和措施；
- (二) 防止和减少水污染；
- (三) 保护人类健康和遗传资源（动物群和植物群）。

(e) 航行控制和管理

对尼日尔河及其支流和分流一切形式的航行进行的控制和制定的规则，均应以1963年在尼

亚美签署的《关于尼日尔河流域国家间航行和经济合作的尼亚美公约》为准。

(f) 土地和农-牧业发展

- (一) 发展粮食作物；
- (二) 发展农-牧业、渔业和林业资源；
- (三) 为本国工业、农业和畜牧业目的实施允许合理利用水系的方案。

(g) 为项目和工程提供资金

在双边-多边或国际各级基础上申请财政和技术援助，以便进行各项研究和工程，促进尼日尔河的开发，并为此签订协议，条件是涉及成员国财政承诺的协议只有经部长理事会批准后才生效。

3. 为实现上文第(2)款所述目标而拟制定的条件和法律规定如有必要和在每个情况下，应列入附件附在公约上，成为公约的一个组成部分。

4. 各成员国保证将它们打算在流域进行的项目和工程通知执行秘书处。

此外，它们保证不在其领土管辖下的那一部分尼日尔河、其支流和分流进行会污染河水或改变动物区系和植物区系的生物特征的任何工程。

### 第三章 管理局的机构

#### 第5条 机构

1. 管理局的机构应如下：

- (a) 国家和政府首脑会议；
- (b) 部长理事会；
- (c) 专家技术委员会；
- (d) 执行秘书处及其专门机构。

(b) 1960年9月19日印度和巴基斯坦间签订的1960年印度河条约。

“第八条：印度河常设委员会

(1) 印度和巴基斯坦将各自设置印度河水域专员的常设职位，并将任命在水文和水的利用方面的高级工程师担任。专员应代表本国政府处理一切有关本条约的问题，除非一方政府决定在某个专门问题上同对方政府直接商谈外，应通过两国专员交流有关执行本条约的一切事务，特别在以下方面：

- (a) 按条约规定提供并交换情况或资料；

(b) 按条约规定向对方发送通知或接受对方的通知。

(2) 专员的地位和他对本国政府应负的责任由该国政府决定。

(3) 两国专员共同组成常设印度河委员会。

(4) 委员会的宗旨和职能将是建立和保持双方合作关系以实施本条约，促进合作以开发水域，特别是，

(a) 研究并向两国政府报告一切有关开发水域的问题，亦可由两国政府共同委托委员会进行研究；如果仅由一国政府向委员会提出，则另一方委员需经本国政府批准始得参与研究；

(b) 尽一切努力按照第九条第一款规定，迅速解决出现的问题；

(c) 每隔五年对水域进行一次全面视察以了解工程和开发情况；

(d) 根据一方委员的要求，尽快到他认为有必要去现场视察的地方了解有关工程和现场情况；

(e) 在过渡时期采取必要措施以执行附件（八）的规定。

(5) 委员会至少每年轮流在印度和巴基斯坦举行一次例会。例会每年在 11 月举行，亦可在双方委员商定的其他时间举行。在一方委员提出要求时，委员会应即召开会议。

(6) 为使双方委员能履行其职务，两国政府同意给予另一方委员根据联合国特权和豁免公约（1946 年 2 月 13 日通过）第四条第 11、12 和 13 节规定的联合国主要机构和附属机构会员国代表所享有的特权和豁免。双方约定给予对方委员以特权和豁免并不为其本人享有利益，而为保证他们独立地执行任务，为此任命委员的一方政府不仅有权利而且有责任在其认为豁免妨碍公正执行法律而停止豁免并不影响其执行任务，则可以停止豁免。

(7) 各方委员根据第四款第 3、4 项进行视察时，可有两名顾问或助理人员偕同，他们将获得适当的便利条件。

(8) 委员会应在每年 6 月 1 日前向两国政府提交到当年 3 月 31 日为止的年度工作报告，并可在它认为需要时提交其他报告。

(9) 各方委员及其平时工作人员的费用由本国政府负担。第七条第一款规定的工程所需要的专门工作人员的费用则按此规定办理。

(10) 委员会应决定其工作程序。

### 第九条 解决分歧与争议

(1) 双方之间对解释或实施本条约有问题时，或是有可能出现违反条约的事实时，应先由委员会处理，力求达成协议使问题得到解决。

.....

(c) 1909年1月11日英国和美国关于边界水域以及加拿大和美国之间边界问题的条约(1909年边界水域条约)。

### 第七 条

缔约双方同意建立并维持美-加国际联合委员会，由6名委员组成，美方3人由美国总统任命，英方3人由加拿大总督提名，并由英王陛下任命。

### 第八 条

国际联合委员会将有权管辖和处理一切有关本条约第三条和第四条规定应经委员会批准的使用水域、截阻和引水事宜，在处理时应按照缔约双方为此专门规定的下列规则和原则：

缔约双方各自在其境内一侧对边界水域享有平等和相同的权利。

.....

委员会有权以多数作出决定。如果委员会对问题有不同意见而票数相等时，各方委员应分别向本国政府报告。缔约双方将力求对分歧意见达成协议，作出调整。双方协议将采取议定书形式，并通知各方委员，以便通过必要程序加以实行。

### 第九 条

缔约双方还同意，凡属在两国边界沿线，涉及它们相互之间以及同对方居民之间的权利、义务或利益而出现的问题或分歧意见，应提交国际联合委员会研究和提出报告，美国政府或加拿大自治领政府可随时要求委员会对此类问题提供咨询意见。

国际联合委员会对于向它提交的事件有权进行研究，并对各个专门问题报告事实和现状，以及提出适当的结论和建议，但不得违反其职权范围的规定。

委员会的报告不得视为事实上或法律上的决定，亦不具有仲裁裁决的性质。

如果委员会全体或多数委员对事件取得一致意见，则应向两国政府提出联合报告。在不能达成一致时，少数持不同意见的委员亦可向两国政府提出联合报告，或单独报告本国政府。

如果委员会对问题或事件有不同看法而票数相等时，各方委员应分别向本国政府报告。

### 第十 条

任何涉及美国或加拿大自治领或其居民的权利、义务或利益的问题或分歧意见，如经缔约双方同意，可提交国际联合委员会决定，但美方采取该行动时应得到参议院的同意，英国政府应得到总督的同意。委员会有权对向它提出的每个事件进行研究，报告问题的事实和现状，并提出适当的结论和建议，但不得违反其职权范围的规定。

委员会多数委员对于向委员会提交的问题和事件有权作出决定或调查结论。

如果委员会有分歧意见而票数相等或不可能对问题或事件作出决定或调查结论，则双方委员有责任向两国政府提出联合报告或分别向本国政府报告，说明不同的结论性意见，而由缔约双方根据 1907 年 10 月 18 日关于和平解决国际争端的海牙公约第 45 条第 4-6 节规定指定公断人。公断人有权对委员会未能解决的问题作出决定。

### 第十一条

委员会的全部决定和联合报告应复制送存美国国务卿和加拿大自治领总督，包括委员会的一切公文。

### 第十二条

国际联合委员会应在其委员任命后尽快在华盛顿举行会议，由委员会根据需要确定今后的会议时间和地点，但根据两国政府的特别指示随时可以召开会议。每个委员在任命后出席第一次会议时，应在开始工作以前，提出书面庄严声明，保证忠实和公正地履行本条约规定的任务，该声明应载入委员会会议记录。

美国和加拿大两个分组将各自指定一名秘书，在委员会举行联席会议时执行联合秘书任务。委员会根据需要可聘用工程师和文书助理人员。委员会成员和秘书的薪金及开支费用应由本国政府支付，委员会必要合理的开支则由缔约双方平均分担。

委员会有权在本条约规定的职权范围内，对事件进行调查，并在必要时要求证人宣誓作证和取证，一切有关方面都应有机会申述。缔约双方同意通过适当和必要的立法措施，使委员会在其边界一侧拥有上述权力，有权传审和强制证人向委员会作证。委员会应根据公正原则制订议事规则，亲自审理和通过其代表或职员审理。”

(4) 第 26 条草案第 1 款试图在下列两种办法之间取得平衡：一种要求成立联合机构——一般国际法不要求水道国有此项义务，对于某些国际水道，甚至可能没有这种需要——以及另一种只建议各水道国考虑成立这类机构——也许没有充分反映国家和实地专家对联合机构管理的重视。因此第 1 款规定各水道国在其中任何一国的要求下须就成立联合组织问题进行协商。鉴于委员会对第 7 条和第 11-21 条的讨论，本款不要求进行本质上的“谈判”。委员会也许应审议这样一项问题，即更强的义务（象施韦贝尔先生在其第三次报告中提出的第 15 条草案所设想的）<sup>47</sup> 是否更为可取。

---

<sup>47</sup> 本条草案在本评论的第 2 段中全文引述，该草案规定，除其他事项外，“各水道系统国应进行谈判，以期建立永久性机构……。”

(5) 第2款载列一份说明联合机构可能履行的职务的清单。正如本评论第(3)段援引的各条约规定所指出,这类组织所能履行的职务范围极广。已作出努力将第2款所列清单限于最重要和共同的职务。但是,应当注意到(a)项载列相当多种职务,因为它的作用是执行本条款草案所规定的实质性程序义务。同样的办法也用于《1960年印度河条约》,该条约第八条规定印度河常设委员会应“通过两国专员交流有关执行本条约的一切事务……”(第(1)款);而且“委员会的宗旨和职能将是建立和保持双方合作关系以实施本条约,促进合作以开发水域……。”(第(4)款)。

(6) 第3款载列一份可能委托联合组织进行的其他职务的非详尽无遗的清单。本款所列职务超出实质性管理职务。但是,这些都是经常分派给联合机构去执行的职务,就如印度河常设委员会(印度和巴基斯坦)<sup>48</sup>和国际联合委员会(加拿大和美国)<sup>49</sup>的情况那样。适用的国际协定一般规定,这些机构提交的报告和建议都是没有约束力的。

(7) 联合委员会的工作人员一般都以技术专家为主,而且都特别内行于实况调查和提出有关协调各水道国之间的任何分歧的备选办法的建议。关于国际水道开发的法律和体制方面问题专家组的报告建议不同意见尽可能在技术一级上解决,

……因为处理日常国际水资源问题的懂专业和经验丰富的官员及其对应专家最有资格整理和评价大量复杂的事实数据,衡量引起争议的水资源事项所涉及的科学、工程和管理方面的各项考虑因素……。〔因此,〕应尽可能在业务一级提供适当的调解机构以解决不同意见。<sup>50</sup>

这同一课题——提供程序使各项争端在提交高级别政府当局解决之前先在较低级别加以解决——启发了特别报告员在本报告关于执行和解决争端的第三章和第四章中提出的建议。

---

<sup>48</sup> 见上文本评论第3段所引第八条第4款和第九条第1款。

<sup>49</sup> 见1909年《边界水域条约》第八条和特别是第九条和第十条,转载于上文本评论第3段。

<sup>50</sup> 《国际水资源的管理……》(见上文脚注4(c)),第457段。

## 第二章

### 水力设施的安全

#### A. 导言和概况

20. 两位前特别报告员对水力设施的安全这一分专题进行了广泛的讨论，并就此课题提交了条文草案。<sup>51</sup> 这些讨论确定了可列为一条或多条条款草案的若干可能内容：(1) 在设计、建造和保养“含有危险力量的工程或装置”<sup>52</sup> 包括水坝、堤坝和堰时适当保证它们的安全的义务；<sup>53</sup> (2) 防止放毒的义务；(3) 在和平时期或在武装冲突时期不袭击、摧毁或毁坏水力设施和其他装置的义务（除非用作军事用途）；(4) 在准备或进行攻击性军事行动时不利用水力设施或能够释放危险力量或物质的其他装置的义务；(5) 经要求即就防止放毒和恐怖主义行动的安全措施进行协商的义务；(6) 在武装冲突期间尽可能维持以前建立的向其他国家警报与水有关的危害和紧急情况的系统的义务；以及(7) 在和平期间或武装冲突期间不切断一水道国的水源以危害平民的生存或危害环境的生命力。

21. 虽然施韦贝尔先生和埃文森先生认为这整个分专题极为重要，但埃文森先生在其报告中对条款草案涉及本分专题有关在武装冲突期间保护水资源和设施方面问题的适宜性表示怀疑：

……1949年日内瓦公约的两个议定书是在经过长时间审慎微妙的谈判后商定的。特别报告员担心在这里列入这类规定会被认为是对这两项议定书的修正或增补，从而引起对有关

---

<sup>51</sup> 见施韦贝尔先生的第三次报告对水力设施和水安全和第13条草案（水资源和设施安全）的讨论，（文件A/CN.4/348（见上文脚注2），第390-415段）；埃文森先生的第一次报告第28条草案（国际水道系统、设施和建筑物的安全）及所附评论（文件A/CN.4/367（见上文脚注3），第186-190段），以及埃文森先生的第二次报告第28条草案国际水道、设施和建筑物等的安全和第28条之二（武装冲突期间国际水道、其水域和建筑物等的地位）及所附评论（文件A/CN.4/381（见上文脚注3），第94-97段）。

<sup>52</sup> 引语出自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（《第一号议定书》），第56条第1款（见下文第32段）。

<sup>53</sup> 埃文森先生提议的第28条的两个文本第1款都要求国际水道国“尽力维持并保护”国际水道及所附属的设施和建筑物等。施韦贝尔先生的第三次报告承认这类设施可能对特别是下游国家构成危险，文件A/CN.4/348（见上文脚注2），第391段。

国际和国内武装冲突的原则和规则的重新讨论：……<sup>54</sup>

出于这些考虑，埃文森先生在其第一次报告提出的第28条中对武装冲突情况只字不提。但是，1983年委员会和大会第六委员会在讨论这一条时说服他在本条草案中至少以一般的方式讨论这个课题。因此，他在第二次报告中提出新案文（第28条之二），在单独一项中涉及国际水道及有关设施在武装冲突中的地位问题。<sup>55</sup> 施韦贝尔先生则在他的第三次报告提出的第13条六项案文中用四项论及武装冲突情况。<sup>56</sup>

22. 现任特别报告中虽然充分认识到在武装冲突期间保护水资源和设施的显著重要性，但免不了受埃文森法官列举的考虑因素以及委员会和第六委员会所表示的类似关心所影响。在对本事项进行谨慎考虑后，他的结论是，按照埃文森法官的第二次报告提出的两项条文来处理本分专题，这种做法遭到强烈反对的机会最小。因此，特别报告员将在简略回顾这个领域的最重要先例后根据这一基本办法提出条文草案。

#### B. 国家惯例和评论者的意见

23. 施韦贝尔先生在其第三次报告中对水资源和设施安全问题的性质叙述如下：

重要水力设施可能因失败、管理不善或破坏而产生的公共安全问题，及水利设施本身的安全问题，是一直存在的。举例来说，一座高储量水坝的塌溃可能造成成千上万人死亡，并带来极大的经济和财政恶果。特别是最近几十年来，随着更为复杂和耗资更大的多目标项目的建成，人们也更加担心了。除加紧占用和使用下游低洼地区可能带来的灾难外，由于这种水利设施容易遭受恐怖行为的危害，已使（或应该已使）水利设施的管理人员加强安全方面的防范措施，并审查紧急操作程序。

……

水系国有权关心水利设施是否安全可靠，这不仅因为这类设施可能造成死亡和破坏。目前已越来越多地在区域或水系范围内按照发展、治理和环境保护计划开展重大项目，每个参加的水系国均直接或间接从中受益并分摊所需费用。在共同协商和交换资料及数据的过程中，水系国将越来越多地谈到设施保护和水源安全，以及人们素来较为关切的安全施工和操作等问题。”<sup>57</sup>

24. 当然，这些忧虑不仅限于和平时期。虽然武装冲突对饮用水的安全和水力设施的安全

<sup>54</sup> 文件A/CN.4/367（见上文脚注3），第186段。

<sup>55</sup> 文件A/CN.4/381（见上文脚注3），第96段。

<sup>56</sup> 文件A/CN.4/348（上文脚注2），第415段。

<sup>57</sup> 文件A/CN.4/348（见上文脚注2），第390和392段。

会构成特别严重的危险，但是这一事实不应削弱和平时期适当建造、维修和管理的重要性。若干政府，特别是瑞士、瑞典和德国政府，<sup>58</sup> 认识到诸如水坝等水力工程的崩塌会造成灾难性后果，制定了国内法，规定给予特别保护。

25. 国家条约实践也显示类似关注。例如，1963年8月23日法国和瑞士签订了《埃莫松湖水力发电项目公约》，根据这项公约，它们将分享该项目用源自两国的河水产生的电力。该公约规定工程的设计和总蓝图将由特许权获得者制定，但未事先经双方批准不得执行。（第2条）；该公约还规定特许权获得者承担排水和溢水的义务，并规定他必须让水坝和纳入的水往下游流出必要的水量，以保障诸如公共卫生、灌溉、渔保护和环境保护（第3条）。建立一常设监督委员会执行公约各项规定（第4条）。还特别规定工程的安全由工程所在国的法律管辖（第2条）

26. 《1957年5月27日瑞士和意大利关于施珀尔河水力利用公约》是讨论水设施安全问题的协议的另一例子。该公约第8条涉及水坝建造条件和防洪问题。它规定所建造的水坝必须确保瑞士最大限度的安全和符合瑞士现行的法律。该条进一步规定所设计的水坝必须有足够的排水孔让洪水可在任何时候流走。

27. 关于武装冲突，历来的国际法学家从 Gentili, Grotius 和 Vattel 到 Fauchille 和 Oppenheim, 都谴责在水供应系统中下毒作为进行战争的手段的作法。<sup>59</sup> 这个问题在1907年《关于陆战法规和惯例的海牙公约》（条约四）所附条例里也有论及。特别是关于“蓄意造成不必要痛苦”的武器或材料的使用所附条例第23条（e）项。Oppenheim 在分析第23条时说，“不得向敌人用以提取饮用水的水井、水泵、河流等水源放毒”。<sup>60</sup> 论及这一问题的还有1956年美国陆军战地手册，该手册载列一份“违反战争法规的典型行为（‘战争罪行’）”一览表，其中一项

---

<sup>58</sup> 见“关于武装冲突期间水资源和水设施的保护的中期报告”（报告员，F.J.Berber），国际法协会国际水资源法委员会，见国际法协会，《第五十六届会议的报告，新德里，1974年》（伦敦，1976年），第136页。

<sup>59</sup> 但相反意见可见 Micheld'Amboise 的结论，Le quidon des gens de guerre (1543)，“侵扰敌方的水，在水中放毒”在法律上是许可的。这些作者的意见载于施韦贝尔先生的第三次报告，文件 A/CN.4/348（见上文脚注2），第400-401段。

<sup>60</sup> L.Oppenheim, International Law: A Treatise 7th ed., H.Law-terpacht ed. (London, Longmans, Green, 1952), Vol.II: Disputes, War and Neutrality, p.340, sect. 110. Oppenheim 补充说：“围攻城镇的军队可……切断向受困之敌提供饮用水的河流，但不得在河水里放毒。”（同上，第419页，第157节）。

是“在水井或河流里放毒”。<sup>61</sup>

28. 英国 1958 年军事法规手册涉及陆战法规的那一部分也有类似规定：

“不得在敌人可能汲取饮水的水井、抽水机、水管、水库、湖泊、河流和诸如此类的水中放毒或加以污染。张贴告示使敌人知道水源已被污染，并不能使放毒或污染水源的行为成为合法”。<sup>62</sup>

29. 虽然几个世纪以来若干国家当局和文书都论及在水供应系统放毒的问题，但是，对水资源和设施安全这项范围更广的问题进行系统研究和编纂有关规则则是近年来的事。国际法协会国际水资源法委员会向 1974 年在新德里举行的国际法协会第 56 次会议提出的“中期报告”承认这项事态发展：

对人类环境的世界性威胁的新认识，过去十年来才扭转人们对武装冲突中保护水和水设施问题的考虑，然而这些考虑仍远未达到物质上周全或方法上系统化的程度。<sup>63</sup>

30. 接着在 1976 年马德里举行的第 57 次会议上，国际法协会通过下列关于“武装冲突期间保护水资源和水设施”的：

#### “决议

回顾近数十年来对水的需求大量增加并随之发展了水设施；

认识到现代武器的破坏力；

考虑到水资源和水设施对全世界人民的健康甚至生命都具有极大的重要性，而水资源和水设施是极易遭受损坏和破坏的；

考虑到国际法上没有关于武装冲突期间保护水资源和水设施不受损害或破坏的特别规则；

深信迫切需要制定明确的规则来保护水资源和水设施免于损害或破坏，从而有助于发展适用于武装冲突的国际人道主义法律；

通过以下各条作为制定这类规则的准则：

---

<sup>61</sup> 美国陆军部关于陆战法规的战地手册 (FM-27-10) (1956年)，第504 (一) 段，引自 M. M. Whiteman; Digest of International Law (Washington, D.C., U. S. Government Printing Office), Vol. 10 (1968), p.455。又见该手册第 37 (b) 段，引自 Whiteman, 同上。

<sup>62</sup> 联合王国，陆军部，The Law of War on Land, Being Part III of the Manual of Military Law (1958), p. 42, 引自 whiteman, 前引书，第 458 页。

<sup>63</sup> 国际法协会，《第五十六届会议的报告……》，(见上文脚注58)，第136页。

## 第 一 条

平民人口维持健康和生命所必需的水资源不得放毒、或以其他方式使其不宜于人类取用。

## 第 二 条

不得截断或破坏平民人口保持最低生存条件所必需的供水设施。

## 第 三 条

应禁止为军事目的将水资源转移，对平民人口引起丧失平衡的痛苦，或对有关地区的生态平衡造成重大损害。在任何情况下应禁止为损害或破坏平民人口的最低生存条件或有关地区的基本生态平衡或为恐吓人口的目的而进行水资源转移。

## 第 四 条

对水设施——例如拦有危险水势的水坝和堤防——假使可能涉及对平民人口造成极大危险或对基本生态平衡造成重大损害，应予禁止。

## 第 五 条

引起水灾以及使用第二至第四条未提到的手段对水力平衡进行任何其他干预，假使涉及对平民人口造成极大危险或对有关地区的生态平衡造成重大损害，则应予禁止。

## 第 六 条

1. 以上第一至第五条所载的禁令亦适用于敌占区。
2. 占领国应按照水力平衡的必要规定管理敌产。
3. 在占领区内，假使水设施的完整维持和有效运行对平民人口的健康和生存极端重要，则应禁止对它们进行掠夺、破坏或故意损害。

## 第 七 条

有关使用水资源的条约或条约的部分内容，其有效性不因战争的爆发而终止，而仅是暂停生效。此种暂停只应在战争的目的或军事的必要迫切要求执行暂停，并且在平民人口生存的最低要求已获保证的情况下才可行之。

## 第 八 条

1. 应禁止由于和平条约或类似的法律文书的规定而剥夺一国人民的水资源以至于威胁到健康或生存的经济或物质条件。

2. 假使因为划定新国界，一个国家领土内的水力系统必须依赖另一个国家领土内建立的工程，则必须作出安排，以保证人民生活所必需的供水不受中断。”<sup>64</sup>

国际法协会在通过上述条款时表示，它“有一项了解，即这些规则也应适用于意图损害或破坏一个国家或地区的水资源的其他行为”。<sup>65</sup>

31. 国际法协会第五十七次会议通过上述条款草案后一年，日内瓦关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道主义法律的外交会议经过三年的会议之后，以协商一致意见于1977年6月8日通过了附加在1949年8月12日日内瓦公约上的两项议定书，其中若干规定与本问题有关。这些规定是《第一号议定书》的第54条和第56条，这两条涉及国际武装冲突；受难者的保护问题；及《第二号议定书》的第14条和第15条，这两条涉及非国际武装冲突受难者的保护问题。《第一号议定书》第54条涉及“对平民居民生存所不可缺少的物体的保护”，其中第2款规定如下：

2. 不论是什么动机，也不论是为了使平民饥饿、使其迁移，还是为了任何其他动机，基于使对平民居民生存所不可缺少的物体，如粮食、生产粮食的农业区、农作物、牲畜、饮水装置和饮水供应和灌溉工程，<sup>\*</sup>对平民居民失去供养价值的特定目的，而进行的攻击、毁坏、移动或使其失去效用，都是禁止的。<sup>66</sup>

同一条第4款进一步规定“这类物体不应成为报复的对象”。

32. 第一号议定书第56条题为“对含有危险力量的工程和装置的保护”，其部分规定如下：

1. 含有危险力量的工程或装置，如堤坝和核发电站，即使这类物体是军事目标，也不应成

<sup>64</sup> 国际法协会，《第五十七届会议的报告……》，（见上文脚注14）第三十五至三十六页。

<sup>65</sup> 同上，第三十四页。施韦贝尔先生在其第三次报告中说，国际法协会的这些条款虽然十分有用，但不应就此认为委员会的条款应只限于武装冲突的情况。文件A/CN.4/348（见上文脚注2）第407段。

<sup>66</sup> 红十字国际委员会关于该项条款的评注解释说“‘攻击’、‘毁坏’、‘移动’和‘使其失效用’的使用是为了包括所有的可能性，其中包括化学或其他制剂造成的污染和水库的污染……”（红十字国际委员会，《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际武装冲突受难者的附加议定书评注》（日内瓦，Martinus Nijhoff，1987年），第655页。）

为攻击的对象，如果这种攻击可能引起危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失。其他在这类工程或装置的位置上或在其附近的军事目标，也不应成为攻击的对象，如果这种攻击可能引起该工程或装置危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失。

2. 在下列情形下，应停止第一款所规定的免受攻击的特别保护：

(a) 对于堤坝，如果该堤坝是用于其通常作用以外的目的和用以使军事行动得到经常、重要和直接支持的，而且如果这种攻击是终止这种支持的唯一可能的方法；

(b) 对于核电站，如果该核电站是供应电力使军事行动得到经常重要和直接支持的，而且如果这种攻击是终止这种支持的唯一可能的方法；

.....

4. 使第一款所载的任何工程、装置或军事目标成为报告的对象，是禁止的。

5. 冲突各方应努力避免将任何军事目标设在第一款所载的工程或装置的附近。然而，为了保卫被保护工程或装置不受攻击的唯一目的而建立的装置是允许的，而且其本身不应成为攻击的对象，但除对受保护工程或装置的被攻击作出反应所需的防御行动外，这类装置应不用于敌对行动，而且其武装应限于仅能击退对受保护工程或装置的敌对行动的武器。

6. 关于含有危险力量的物体，敦促缔约各方和冲突各方彼此另订协定，另外加以保护。

7. 为了便利对本条所保护的物体的识别，冲突各方得用本议定书附件一第十六条所规定的同一轴线上一组三个鲜橙色圆形所构成的特殊记号标明。没有这种标记，并不免除冲突任何一方依据本条所承担的义务。<sup>67</sup>

33. 《第二号议定书》第14条“对平民居民生存所不可缺少的物体的保护”规定如下：

作为作战方法使平民居民陷于饥饿，是禁止的。因此，为了该目的，对平民居民所不可缺少的物体，如粮食、生产粮食的农业区、农作物、牲畜、饮水装置和供应及灌溉工程，进

---

<sup>67</sup> 红十字国际委员会在本条评注中回顾说，广泛的破坏可能因水堤、水坝和其他工程的毁坏而造成：

“.....1938年，中国当局为阻止日本军队炸开了郑州附近的黄河大堤，造成了很大的损失和普遍的损害。1944年.....在荷兰，德国军队为防止敌人的前进引海水淹没了数千公顷的农田。

“此外，在第二次世界大战中对水电大坝进行了蓄意的攻击。最为著名的是1943年5月破坏了德国埃德尔河和默讷河大堤的攻击。这些行动造成了相当大的损害：125个工厂被毁坏或严重损害，另外3,000公顷耕地当年颗粒未收，1,300人丧生，其中包括一些被放逐人员和盟军战俘，最后还损失了6,500头牲畜。”（同上，第667页。）

行攻击、破坏、移动或使其失去效用，都是禁止的。<sup>68</sup>

34. 第十五条“对含有危险力量的工程和装置的保护”规定如下：

含有危险力量的工程或装置，如堤坝和核发电站，如果对之进行攻击可能引起危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失，即使这类物体是军事目标，也不应成为攻击的对象。<sup>69</sup>

35. 如上所述（第21段），埃文森先生对委员会条款草案讨论1977年日内瓦议定书所讨论的课题的适宜性有所保留。他特别指出：

……由于1977年日内瓦外交会议上面临的重大困难，看来关于武装冲突法的问题是否应载入本公约草案值得怀疑。……这可能给本委员会的工作造成预料不到的困难。  
……<sup>70</sup>

### C. 提议的条文

36. 基于本章A节提出的理由，以下条款草案没有详细地讨论到武装冲突时保护水和水力设施的问题。第27条草案的焦点是水资源和设施的安全，第28条草案一般性地涉及到在武装冲突时期当中它们的地位。

## 第十部分. 保护水资源和设施

### 第27条 保护水资源和设施

1. 各水道国应尽力维修和保护国际水道及有关设施、装置和其他工程。
2. 各水道国应进行协商，以期就下列事项达成协议或安排：
  - (a) 建立、管理和维修各项设施、装备和其他工程的一般条件和具体规格；
  - (b) 制定充分的安全标准和安全措施，以保护国际水道和有关设施、装置和其他工程、免受自然力或故意行为或疏忽行为所引起的危害和危险。

<sup>68</sup> 该项条款的背景和解释可见红十字国际委员会评注。（同上，第1455页起各页）。

<sup>69</sup> 红十字国际委员会对该条款的评注指出：

“……该项名单是详尽无遗的，但并不意味着不存在它们的可能在平民中造成严重损失的其他类型工程或装置的破坏。因而在外交会议上提出了例如原油储存设施问题和原油产品以及石油设备的危险。最后，只能就以上列出的项目达成一致意见，不过，这并不排除在不同的国际法律体制下保护其他类型的设施。”（同上，第1462页）

<sup>70</sup> 见埃文森先生的第一次报告，文件A/CN.4/367（上文脚注3），第46段。

3. 各水道国应就水资源和设施的保护问题，特别是就本条草案第2款所述条件、具体规格、标准和措施交换数据和资料。

### 评论

(1) 鉴于第26条草案评论(1)款中提出的理由，第十部分和第27条的编号只是临时的。

(2) 第27条第1款要求各水道国“尽力”将国际水道以及任何设施或工程保持在安全状态下，保护它们不受到下毒或破坏等的故意毁坏。

(3) 同第26条第1款相比，第2款要求各水道国进行协商，不论是否有任何水道国提出这项要求，这同埃文森法官提出的对应条款草案的第2款是相一致的(第28条)，<sup>71</sup> 而且目前的特别报告员认为，鉴于一个主要设施发生故障或水的供给受到污染可能造成灾难性的后果，这项规定是必须要有。协商的目的是要就建造和维持水坝的条件和规格等事项达成协议，就象本章前面提到的瑞士和意大利就利用SPO的水力于1957年定立的公约<sup>72</sup> 的第8条所规定的那样。按照第2款(b)项，水道国应就制定有关“自然力或故意行为或疏忽行为所引起的危害和危险”的充分的安全标准和安全措施进行进一步协商。埃文森法官提出对应条款(第28条第2款(b)项)也提到“建造的失误，不充分的维护和其他原因造成的危害和危险”。(b)项内未包括这些事项，因为人们相信，它们包括在(a)项的范围内。

(4) 最后，第3款要求各水道国就水资源和设施的保护问题交换数据和资料。它特别提到了第2款(a)项中提到的“条件”和“规格”，和(b)项中提到的安全“标准”和安全“措施”。取得这些资料符合水系国的正当利益，因为它们更需要保它们的人口不致遭受灾难以及受到任何为发展水道，分享水力，保护和管理生命资源等而日益普遍的共同双边或多边安排的干扰所引起的损害。

### 第28条 国际水道和水道设施在武装冲突中的地位

国际水道及有关设施、装置和其他工程应专用于与《联合国宪章》载明的各项原则相一致的和平目的，在国际武装冲突和国内武装冲突中皆不容侵犯。

### 评论

(1) 第28条草案同埃文森法官第二次报告提出的第28条之二<sup>73</sup> 十分类似。本条略有简化，但保留了基本的实质内容。

<sup>71</sup> 同上，第186段。

<sup>72</sup> 见上文第26款。

<sup>73</sup> 见上文脚注51。

(2) 虽然该条款草案的第一部分——即国际水道及其工程应专用于和平目的——同1949年日内瓦公约第一号附加议定书第56条是相一致的，但该条并未明确提出这项要求。<sup>74</sup> 该条款草案第二部分——即该水道及工程在国际和国内武装冲突中皆不容侵犯——是不是国际法的明文要求也同样并不明确。事实上，在水源中下毒受到了普遍的谴责，但切断敌人的水源却得到 Fauchille<sup>75</sup> 和 Oppenheim<sup>76</sup> 的许可，1956年美国陆军野战手册对1907年《海牙公约四》所附规则的评论也如此认为<sup>77</sup>。但是鉴于今天世界上淡水的重要性和稀少的情况，埃文森先生提议的规则具有了强制性的力量。鉴于这些考虑，除了1977年日内瓦议定书所根据的人道主义原则——特别是保护文明人类生存不可缺少的资源的原则<sup>78</sup>——之外，国际水道及设施不容侵犯似乎确实是一个基本的概念。因此再次提出了这个原则供委员会审议。

---

<sup>74</sup> 第56条第5款（载列入上文第32段）仅规定“冲突各方应努力避免将任何军事目标设在‘受到该条第1款保护的’工程或装置的附近”。

<sup>75</sup> Fauchille认为“可以打穿水坝以摧毁水闸‘而且’可以改变河流水道，切断敌人的水源”。（P.Fauchille, Traité de droit international public, 8th rev. ed; H. Bonfils' tome II, Manuel de droit international public (Paris 1921), p. 123)。

<sup>76</sup> 见上文脚注60。

<sup>77</sup> 手册第37条（b）款指出规则第23（a）条“并不禁止采取措施，使溪流枯竭，改变河流和沟渠的水道……”同上，（转引自 Whiteman, 前引书，（上文脚注61））。

<sup>78</sup> 第一号议定书第四部分（平民居民）第三章（平民物体）在第54条中论述了“对平民居民生存不可缺少的物体的保护”；（引自上文第31段）。其中没有关于平民居民生存不可缺少的“资源”的规定，但它明文规定“物体”包括“饮水装置和饮水装置和灌溉工程”。

### 第三章

#### 条款草案的执行

##### A. 引言

37. 虽然原来并没有包括在对委员会提出的第四次报告<sup>79</sup> 扼要提到的其余问题内，但特别报告员相信关于执行条款的规定对于未来文件的顺利操作是极为重要的。虽然提议的附件（下文B节）的标题是“条款的执行”，但它不是要——也不应试图制定一个框架协定——来处理这个问题的每一个方面。它是要订立若干广泛的原则，以便利条款的执行，使各私人当事方更容易得到补救，以及帮助水道国之间避免发生冲突。

38. 第一项原则是不加歧视。附件一第2条草案规定了执行这项原则，它要求水道国在考虑是否允许会影响到国际水道交流的活动时应给领土外影响和国内影响给予相同的份量。附件第3条要求在其他国家内受到伤害的人可求助于水道国的国内司法系统。第4条规定在其他国家的人士在利用引起实际或可能的损害的水道国的有关行政或司法程序方面具有平等的权利。为了使这一项规定具有意义，第5条要求水道国采取适当措施，向其他国家内可能受影响的人提供充分资料，使他们能行使第4条规定的权利。第6条草案是关于管辖豁免的，它规定对另一国家的人造成损害的水道国对于那些人士不应享有相对其本国公民更大的管辖豁免。第7条草案规定了缔约国会议常会的程序，以便审查各条款的执行情况并履行其他职能。最后，第8条草案规定由缔约国会议修正条款的程序。特别报告员承认，第7和第8条草案同附件的其他条款一样，完全可以构成条款草案正文的一部分。他将它们包括在附件中不是由于实质性原因，而是因为委员会核准的条款草案的概要未包括本章中提议的那种规定。然而，特别报告员建议委员会考虑将列入附件一中的这些规定列入条款草案正文中的可能性。

39. 施韦贝尔先生强调“利用若干‘级别’的”程序来避免和解决各种差异。<sup>80</sup> 他还注意到，

“在某些国际水道系统里，共同水系国的国民具有取得资料和利用行政和司法程序的平等机会——得到平等的待遇——的规则已经具有了相当大的重要性。”<sup>81</sup> 该附件的一个主

---

<sup>79</sup> 文件A/CN.4/412和Add.1和2（见上文脚注1），第7段。

<sup>80</sup> 文件A/CN.4/348（见上文脚注2），第478-479页。

<sup>81</sup> 同上，第515页。

要前提是，实际和可能的水道问题应尽可能地通过法院和行政机关在私人一级上予以解决。<sup>82</sup>除了得到以穷尽当地补救办法为根据的政策的支持外，<sup>83</sup>在这一级别上解决问题往往能比外交程序更迅速地使实际受到损害的人得到补救，<sup>84</sup>并可避免问题升级，以及被不必要地政治化。

---

<sup>82</sup> 关于跨界污染损害的问题，麦卡弗里在以下论文中发展了这项理论：“Trans-boundary Pollution Injuries: Jurisdictional Considerations in Private Litigation between Canada and the United States”，California Western International Law Journal (San Diego), vol.3(1973), p.191, 特别是 pp. 192-193; 和 Private Remedies for Transfrontier Environmental Disturbances, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 8, (Morges, Switzerland, International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources (1975), 特别是 pp. 11-12。还可参看 A. Rest, Convention on Compensation for Transfrontier Environmental Injuries, Beitraege zur Umweltgestaltung, No. A53 (Berlin, Erich Schmidt, 1976) (以英文、法文和德文出版); 和 Luftverschmutzung und Haftung in Europa(Kehl am Rhein, N. P. Engel, 1986)。

<sup>83</sup> 按照Brownlie的说法

“……这项规则是基于实际和政治的考虑因素，而不是从整个国际法导出的任何逻辑的必然结论。人们提出的更具有说服力的实际考虑因素有：以国家法院作为审理个人和公司提出的要求的法院更为适当和方便，有需要避免外交保护一级上小型要求倍增的情况，外侨通过居住和商业活动以某种方式与当地管辖建立了联系，以及应利用一种可能导致对事实进行分类，对损害进行赔偿的程序。……” (I. Brownlie, Principles of Public International Law 3d. ed. (Oxford, Clarendon Press 1979), p.496)。

虽然在大部分有人受到损害而对一国提出要求的案件中都采用了这一理论，在一国境内的行为对另一国的提出要求者造成损害的案件中似乎也适用这一理论。

“……受损害方在寻求政府协助以前穷尽一切当地补救办法的习惯要求所根据的政策特别适合这个情况，因为违犯活动往往位于受损害方的同一生态区内或位于他的附件。” (麦卡弗里，“跨界污染损害……”，前引书，(上文脚注 82)，第 191 页。)

<sup>84</sup> 例如，在美国同意大利之间发生的 Electronica Sicula S. P. A (ELSI) 案件中，引起这一案件的若干事实——尤其是巴勒莫市长征用 ELSI 的工厂——发生在 1968 年，美国政府最初于 1974 年向意大利政府提出要求，国际法院分庭于 1989 年 7 月 20 日做出了判决。(《1989 年国际法院裁决集》)，第 15 页，第 32 页起各页，第 30 段起各段。

此外，一国可能由于害怕危害到它国某一个人声称使他受到损害的国家的关系而不愿意支持该个人的要求。自然人和法人可以利用其他水系国的司法和行政程序的做法由于可以在受到最直接影响的人的层面上解决问题，对于各国本身之间避免发生许多争端应该是有帮助的。如果不能适用这些程序或是问题无法在这个级别上解决，有关的国家应可利用关于争端的解决的附件二所载的各种程序。

## B. 提议的附件

### 附件一

#### 条款的执行

#### 第1条 定义

为本附件的目的，“起源水道国”指在其国内所进行或计划进行的活动影响到或可能影响到国际水道〔系统〕并对另一水道国造成或可能造成明显损害的水道国。

#### 评论

(1) “起源水道国”的定义所根据的是经合发组织理事会 1977 年 5 月 17 日关于执行跨界污染平等通达权利和无差别待遇制度的建议<sup>85</sup> 中“起源国”的定义：

(e) “起源国”指任何国家有跨界污染源起或可能源起自该国境内属该国管辖之下所进行或预计进行的活动者。<sup>86</sup>

(2) “活动”一词采用其广泛含义，指任何土地或水的使用，包括条款草案第三部分：“计划的措施”所述各项“措施”。案文选用“活动”一词而非“措施”是因为后者不够广泛，不能包括所有各种使用情况。关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任条款草案也采用了

---

<sup>85</sup> 建议C (77) 28 (定本) (经合发组织,《经合发组织与环境》(巴黎1986年),第150页起各页)。一般见 S. Van Hoogstraten, P. Dupuy 和 H. Smets,“平等通达权利: 跨界污染”2《环境政策与法律》(洛桑),第二卷,(1976年)。

<sup>86</sup> 跨界污染在经合组织建议附件中定义如下:

“(c) ‘跨界污染’为任何有意无意的污染,其发源地属于一国的国家管辖范围并且全部或部分位于该国领土以内而对另一国国家管辖的地区造成影响。”(经合组织,前引书,第151页。)

“活动”一词。<sup>87</sup>

## 第 2 条 不歧视

在考虑是否对提议的、计划的或现有的活动给予许可时，这类活动对另一国引起或可能引起的不利影响应与这类活动对其所在水道国的不利影响同等对待。

### 评论

(1) 第 2 条草案的根据是 1974 年 2 月 19 日《北欧保护环境公约》<sup>88</sup> (“北欧公约”) 第 2 条，其中规定：

## 第 2 条

“在考虑环境有害活动是否许可进行时，这类活动对另一国引起或可能引起的损害应等同于活动所在国的损害。”

(2) 第 2 条的目的有二：执行不歧视的一般原则，提供法律基础以供对所计划活动的界外影响作行政上的考虑。该条对不歧视原则<sup>89</sup> 的执行是要求在管制现有的或计划进行的活动方面，水道国当局对待这些活动可能在其他国家造成的任何不利影响应等同于本国的影响。例如，当 A 国法律要求主管当局考虑提议的一项活动的有害影响的决定是否给予操作许可时，提议的

---

<sup>87</sup> 特别报告员巴尔沃萨先生关于该专题的第五次报告提出的条款草案从头到尾都出现“活动”一词，尽管未加定义。例如草案第 1 条除其他外规定“本条款应适用于在一国领土内……进行的……活动。”(《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 \_\_\_ 页，文件 A/CN.4/423，第 16 段。)

<sup>88</sup> 关于该项公约，一般见 A. C. Kiss, “La Convention Nordique sur l’environnement”, Annuaire français de droit international, 1974 (Paris), vol. xx, P. 808; 和 C. Flinterman, B. Kwiatkowska 和 J. G. Lammers, eds., 《跨界空气污染》(Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986), B. Broms, 第 8 章和 C. Phillips, 第 9 章。

<sup>89</sup> 见经合组织文件, “对跨界污染事项不歧视”(1978年)。又见环境规划署“环境领域行为原则草案……。”(上文脚注 22), 原则 13, 该条规定:

## “原则 13

各国根据其国内环境政策审议国内活动的可行性时须考虑到由于利用共同享有的自然资源而产生的潜在的不利环境影响，而不论这种影响发生在它们的管辖区范围之内或之外。

第2条规定该项活动在B国引起的任何有害影响应在作决定的过程中给予A国本身遭受有害影响的同等考虑。自分发许可过程的开始即须考虑界外影响的这项规定还有助于减少各水道国之间由于适用条款草案第三部分“计划的措施”而引起的分歧。

(3) 第2条的第二个目的是提供法律基础,使行政当局可据以考虑居住他国或在他国进行活动的人的意见。这种意见规定于以下第4条。许多法律制度只授权行政当局考虑立法国家境内可能产生的影响。但如有关机构缺乏考虑国外影响的权力,那么外国人参与行政决定的权利就毫无意义。因此,第2条要求水道国授权其主管行政当局在评价提议的活动是否准许进行时,考虑到其他国家遭受或可能遭受的影响。

(4) 提到“他国”境内的不利影响表明了须加考虑的不仅是其他水道国的不利影响,而且还包括活动所在国或可能的所在国以外的任何国家。譬如说,这项规定可适用于以下情况:投入国际水道的污染物最终影响到非水道国的某一沿海国家的居民财产或该国环境。

(5) 一如1988年暂时通过的第12条的情况,“不利影响”这一用语所指的影响不一定达到1988年暂时通过的第8条意义下的“明显损害”的程度。但“不利影响”的使用对第12条内“明显不利影响”而言具有较为一般性的含义,因为行政机构根据法律可加以考虑的一切种类不利影响——有些可能不属“明显”影响——都在第2条规定的范围之内。

### 第3条 根据国内法提出要求

1. 各水道国对于在其管辖下的自然人或法人所进行的或计划进行的活动在其他国家造成或可能造成的明显损害,应确保可按照其法律制度提出要求,以获得迅速充分的赔偿或其他救助。

2. 为了对第1款所提及的明显损害保证迅速而充分的赔偿或其他救助的目的,各水道国应进行合作,以便就估量和赔偿损害的责任以及解决有关的争端,实施现行国际法和进一步发展国际法,并在适当情况下,拟订诸如强制保险或赔偿基金等关于交付充分赔偿的标准和程序。

### 评论

(1) 第1款所根据的是1982年《联合国海洋法公约》第235条第2款,其案文如下:

2. 各国对于在其管辖下的自然人或法人污染海洋环境所造成的损害,应确保按照其法律制度,可以提起申诉以获得迅速和适当的补偿或其他救济。

(2) 第1款要求对于在其他国家造成“或威胁造成的”损害提供补偿“或其他救济”;其适用对象特别是当水道国措施的执行极有可能在他国造成明显损害的情况。在这种情况下,第二国内受到损害威胁的人有权与第一国的人一样地通过第一国的主管司法或行政当局寻求同等的禁制性

或类似救济<sup>90</sup>。第1款内“或其他救济”等字的含义即在于此。本款要求向他国可能受影响者提供此种救济。

(3) 一如本附件第2条草案的情况,提到“他国的”明显损害表示不仅仅对于其他水道国的损害应提供补救<sup>91</sup>。因此,当一水道国A国境内某人向水道中倾卸物质,最终对B国领海内活动的操作者造成明显污染损害时,第3条规定第一国应向该活动操作者提供补救。

(4) 第2款的根据是《联合国海洋法公约》第235条第3款,其中规定:

3. 为了对污染海洋环境所造成的一切损害保证迅速而适当地给予补偿的目的,各国应进行合作,以便就估量和补偿损害的责任以及解决有关的争端,实施现行国际法和进一步发展国际法,并在适当情形下,拟订诸如强制保险或补偿基金等关于给付适当补偿的标准和程序。

(5) 第2款的目的是强调在与水有关的活动造成或威胁造成跨界损害时的补救办法方面,各国执行和进一步发展实质性和程序性法律的重要性。第2款特别关切的是执行和进一步发展(1)有关对违反未来公约条款所造成的损害进行补偿或其他救济的国际法律准则;(2)评价损害和支付赔偿的程序和办法。达成这些目标的途径可以是旨在便于向个人、财产或环境所受损害提供适当补救的双边、区域或多边会议和文书。水道国的此种努力应指向消除通过法院或行政机构进行补偿的任何实质性或程序性障碍,而确保能通过强制保险或受害方补偿基金等方式提供补偿。“或其他救济”等字的目的是除了上述禁制性救济之外还包括环境修复<sup>92</sup>和净化。

#### 第4条 平等机会权利

1. 起源水道国应确保另一国遭受明显伤损或有很大危险遭受明显损害的任何人获得适当待遇,其程度至少与起源水道国在本国发生的类似明显损害案件中给予同等条件或地位的人的待遇相等。

2. 本条第1款所提及的待遇,包括参加或诉诸起源水道国可用来防止本国损害或污染,或对所遭受的任何损害获得赔偿,或恢复任何环境退化的所有行政或司法程序的权利。

---

<sup>90</sup> 此处所用的“禁制性救济”包括命令一项活动不得开始或停止作业,或采取措施清除污染或修复受损财产、生态系统或动植物的生命。“禁制令”一词经定义为“对人的裁决令,要求所命令的对象做或不做某一事项”。Black's Law Dictionary, 5th ed. (St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1979), P-705.)。

<sup>91</sup> 见上文,第2条草案评注第(4)段。

<sup>92</sup> “修复”一词在以下第4条草案的评注中加以讨论。

## 评论

(1) 第1款的根据是经合发组织理事会1977年5月17日“关于执行跨界污染平等通达权利和无差别待遇制度”的附加在建议C(77)28中的关于跨界污染原则。这些原则的第4(a)段规定如下:

4. (a) “来源国应确保遭受跨界污染损害或有遭受跨界污染的重大危险的任何人所接受的待遇至少应等同于来源国在国内污染的类似情况下给予相同状况或地位者的待遇;”<sup>93</sup>

(2) 1974年《北欧保护环境公约》第3条也规定了类似的权利如下:

### 第 3 条

任何人如果由于另一缔约国的有损环境活动所引起的损害而受到影响或可能受到影响,应有权向该国适当法院或行政当局咨询此种活动是否许可的问题,包括预防损害的措施问题,并有权以活动所在国法律实体的相同限度和条件就法院或行政当局的裁决提出上诉。

本条第一款的规定同样适用于对有损环境活动引起的损害提供补偿的诉讼程序。判决补偿问题时所根据的规则给予受害一方的利益不应少于活动所在国的补偿规则。<sup>94</sup>

(3) 国际法协会于1982年在蒙特利尔举行的第六十次会议上通过的国际流域水污染规则第8条中要求各国在不歧视的基础上向受影响人员提供应用司法和行政管理程序的机会。

### 第 8 条

各国应为因国际流域水污染而受到不利影响或可能受到不利影响的人提供补救办法。各国尤其应在不歧视的基础上为这些人提供诉诸污染起源领土国的司法和行政机构的机会,并应通过协

---

<sup>93</sup> 经合组织,前引书,(上文脚注85),第152页。

<sup>94</sup> 又见环境规划署“环境领域行为原则草案……(上文脚注22),第14条规定:

### 第 14 条

“国家应按照其法律制度,在适当情况下,在商定的基础上,努力为其他国家已经或可能受到因利用共有自然资源而产生的环境损害的不利影响的人提供同样的行政和司法程序中的平等机会和待遇,并提供为其本国管辖范围内已经或可能受到同样影响的人提供的同样的补救办法。”

议或其他办法对诸如法院的管辖权、适用的法律和判决的执行等事项做出规定。<sup>95</sup>

(4) 一如本附件第2和3条的情况，提到“他国的”明显损害表示应提供补救的情况不仅仅是其他水道国的明显损害。<sup>96</sup>

(5) 第2款所根据的也是经合组织理事会1977年5月17日通过的附加在建议C(77)28中的关于执行跨界污染原则，其中第4(b)段规定：

(b) 从程序观点来看，这一待遇包括参与或诉诸来源国内现有一切行政和司法程序，以便预防国内污染、减轻污染和/或为造成的损害取得补偿的权利。<sup>97</sup>

(6) 对环境而言，使用“修复”一词是因为“恢复”环境严格说来是不可能的。<sup>98</sup> “修复”的含义包括：清除石油或化学散溢，治疗受到此种散溢影响的野生动物，尽可能恢复自然系统，包括栖息地和产卵地。如果有害活动操作者无法或不宜在受影响国领土内进行修复工作，则应采取其

<sup>95</sup> 国际法协会，《第六十次会议报告，蒙特利尔，1982年》（伦敦，1983年），第544页。

<sup>96</sup> 见上文第2条评注(4)段和第3条评注(3)段的解释。

<sup>97</sup> 经合组织，前引书，(上文脚注85)，第152页。

关于允许别国公民参加起源国行政程序的案例，见1986年埃姆斯兰德案，在该案中，荷兰的一位公民被允许在德意志联邦共和国参加行政程序。程序关于是否应准许在德国边界的一边、即离荷兰原告住处25公里的地方建造核发电厂（埃姆斯兰德厂）；原告对该厂安全和防范措施是否充分提出异议（见1986年12月17日德意志联邦共和国联邦行政法院的裁决（*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts*, vol. 75 (1987), p. 285)）。按照有关该案的一篇文章，法院说，国家有义务防止、减少和控制污染，以避免损害外国领土；因此，当准许在边界地区建造核电站时，当局必须确实实施考虑外国利益的联邦原子能法的高标准；提供平等机会权利是确保履行这一国际习惯法义务的又一办法。（Flormann, “Nuclear Pomer Plant at the Border. The Right of a Netherlands citizen before the Administrative Court of West Germany”, *Transboundary Resources Report* (Albuquerque, N. M.), vol. 3, No.3 (1989) .

<sup>98</sup> 在提交国际法院的关于瑙鲁某些磷酸盐地案（瑙鲁诉澳大利亚案）（1989年5月19日的申请书）中，瑙鲁控诉“澳大利亚通过不做出任何规定……以修复<sup>\*</sup>在澳大利亚管理时期曾开采的磷酸盐地……，未能遵守被公认为在执行自决原则时应适用的国际标准。”（第45段。）

除了自决原则外，瑙鲁诉讼要求的根据是滥用权利（第47段）和拒绝司法（第46段）的理论。瑙鲁特别主张澳大利亚有义务归还：“它包括将该岛屿的这些部分……恢复<sup>\*</sup>到合理的状况<sup>\*</sup>，以便于作为一个主权国的瑙鲁人民居住”。（第49段）

他办法，例如赔偿该国受影响的人或实体支出的费用。

### 第 5 条 提供资料

1. 起源水道国应采取适当措施，向另一国有很大危险遭受明显损害的人提供充分资料，使他们能及时行使本条第 2 款所提及的权利。在情况许可时，这类资料应与起源水道国在本国类似案件中提供的资料相同。

2. 水道国应指定一个或多个当局，使其有充分时间接受和传播第 1 款所提及的资料，以便积极参与起源水道国的现有程序。

### 评论

1. 第 5 条草案旨在协助执行无歧视性和公平待遇原则。在没有资料的情况下，其他国家的实际或可能受到影响的人士不可能查明他们损害的原因或寻求解救办法。关于 1989 年 11 月于索非亚举行的欧洲安全与合作会议环境保护会议的结论和建议的报告，<sup>99</sup> 除其他外已承认获取资料的重要性。按照该项报告：

与会国重申它们尊重与环境问题有关的个人、团体和组织获得、出版和发行有关这些问题的资料的权利，不得设置与欧洲安全与合作会议的规定不相符的法律和行政障碍。……

与会国还承诺促进

……关于环境问题的资料和数据以及视听和印刷材料的复制、分发和交换，并鼓励公众查阅这种资料、数据和材料。

欧洲共同体承认公众有查阅环境资料的同样权利。<sup>100</sup> 欧洲委员会欧洲法律合作委员会主持下

---

<sup>99</sup> 文件 CSCE/SEM.36/Rev.1，索非亚，1989 年 11 月 3 日。又见欧洲经济委员会关于卑尔根会议（1990 年 5 月 8-16 日），递交给联合国环境和发展会议筹备委员会第一次会议（内罗毕，1990 年 8 月）的报告（A/CONF.151/PC/10）。该报告附件一载有“关于欧洲经委会地区持续发展的卑尔根部长宣言”，宣言第五节涉及到“提高认识和公众参与”。

<sup>100</sup> 欧洲共同体理事会于 1990 年 6 月 7 日通过了一项关于自由查阅环境资料的指示。该指示旨在确保自由查阅和传播政府当局拥有的环境资料，并规定查阅这种资料的基本条件（第 1 段）。除了某些保留外，政府当局将根据要求允许任何自然人或法人查阅环境资料，没有证明利害关系的义务（第 3 条）。（《欧洲共同体公报》（卢森堡），第 L158 期，1990 年 6 月 23 日，第 56 页。）

草拟的关于危险活动造成的损害赔偿的初步规则草案也规定个人可查阅资料。<sup>101</sup> 这些规则规定“任何人”可以查阅公共机关和危险活动任何经营者等所持有的资料，因为这些资料是证明依据规则要求赔偿所需。<sup>102</sup> 公共机关和管理者两者都适用一些限制。提供受害人员查阅公共机关和管理者所持有的资料的一部分理论根据由专家委员会说明如下：

“受害人比较能够判断受害程度，而且如果他们查阅公共机关所持有的关于环境的资料，他们也比较能够确立因果关系。”<sup>103</sup>

(2) 第五条草案第1款是以经合组织理事会1977年5月17日通过的附在建议C(77) 28上有关跨界污染的原则为根据的，原则第9(a)段规定如下：

9. (a) “起源国应采取适当措施，向受到跨界污染重大危害的个人提供充分的资料，使其及时行使本建议所提及的权利。这类资料应尽可能与起源国在本国类似污染提供的资料相同。”<sup>104</sup>

所用“另一国的人士”一词的意义与本附件前面几条相同。

(3) 第2段是以上述经合组织理事会关于跨界污染的原则为根据的，原则第9(b)段规定如下：

(b) 受影响国<sup>105</sup> 应指定一个以上的机构，履行受理责任和在规定时限之内，配合执行起源国

---

(注100续) 一些国家的国内法也要求就有造成明显损害的重大危险的活动向公众提供资料。这种法规的一个实例是美利坚合众国1986年10月17日的《紧急规划和社区知情权法》(United States Code, 1988 Edition, vol. 17, title 42, sects. 11001-11050)。

<sup>101</sup> 规则草案和附带评论由环境损害赔偿专家委员会编制。见欧洲委员会法律事务厅编制的秘书处备忘录(CDCJ(89)60)，斯特拉斯堡，1989年9月8日。

<sup>102</sup> 规则第11条(“查阅公共机关所持有的资料”)和第12条(“查阅管理者所持有的资料”)，同上，第29-30页。报告将这些规则草案，特别是第12条规则定性为“调和委员会内部和工作组提出各种观念的初步尝试……”。(同上，第15页，第46段)。

<sup>103</sup> 同上，第15页，第46段。另一方面，

……“一些专家认为将收集有关证实案件事实和向法庭和有关各方提供这种资料的职责委托‘环境保护机构’较宜。”(同上)。

虽然这种提议可能是妥善的，但是并非所有水道国都设有这种机构，而且本条款草案也无权要求设立这种机构。

<sup>104</sup> 经合组织，同上，(上文脚注85)第153页。

<sup>105</sup> “受影响国”的定义是“受到跨界污染影响或跨界污染重大危害的任何国家”。(同上，第151页)。

现行程序，分发这种资料。

## 第6条 管辖豁免

1. 起源水道国只有在其本国公民和惯常居民对它提起的诉讼中享有管辖豁免的情况下，才能对在其他国家受损害的人在该国提出的诉讼享有管辖豁免。
2. 水道国应采取适当措施，确保其机构和部门的行为与本条款相一致。

### 评论

(1) 第六条草案根据非歧视性原则。它将确保受到国有或国营活动损伤的人，有相同的权利要求这些实体赔偿，不管这些实体是建在起源水道国或由起源水道国管理，还是建在另外的国家。第1款列出了这条一般性原则。“诉讼”一词包括原告人或上诉人要求“强制措施”，与委员会关于国家及其财产管辖豁免的条款草案第五编用语相同。<sup>106</sup>

(2) 这一条所用的“起源水道国”一词不仅包括该国的各机关，而且也包括其代理机构、公司和其他机构。它与管辖豁免条文草案所用“国家”同义。<sup>107</sup> “其他国家”用语与本附件前面条文意义相同。

(3) “公民和长期居民”指在起源水道国居住或做事的自然人和法人。海牙国际私法公约所用的“长期居住”一词旨在协调那些作为公约缔约国的民法国家和普通法国家“原籍”概念的意义。<sup>108</sup>

(4) 第2款是根据1982年《联合国海洋法公约》第二三六条。该条规定：

---

<sup>106</sup> 《1986年……年鉴》，第二卷（第二编），第11页，另一种处理办法是在单独一段中处理强制措施问题。这一段本文如下：

“起源水道国只有在其拥有和管理本国公民或长期居民在它要求强制措施享有管辖豁免的情况下，才能对在其他国家受损伤的人就其要求这种措施在该国提出的诉讼享有管辖豁免。”

特别报告员认为这种处理办法稍嫌累赘，因此只单纯地在评论中申明“诉讼”一词包括向起源水道国要求强制措施。

<sup>107</sup> 见1986年一读通过的条款草案第3条第1款“国家”一词的“解释性规定”（《1986……年鉴》，第二卷（第二部分）。第9页）。

<sup>108</sup> 例如见《关于解决国籍法和原籍法之间冲突的公约》第5条（海牙，1955年6月15日）。

### 第二三六条 主权豁免

本公约关于保护和保全海洋环境的规定，不适用于任何军舰、海军辅助船、为国家所拥有或经营在当时只供政府非商业性服务之用的其他船只或飞机。但每一国家应采取不妨害该国所拥有或经营的这种船只或飞机的操作或操作能力的适当措施，以确保在合理可行范围内这种船只或飞机的活动方式符合本公约。

虽然第2款的目的与公约第二三六条不同，但是两种条款都强调各国努力确保其代理机构和机构符合该各项义务的重要性。第2款与第二三六条不同，甚至在有关代理机构和机构享有管辖豁免时也适用。虽然在有管辖豁免的情况下这种条款的需要可能更迫切，但是不能因为没有这种豁免，国家实体就一定按照其职责相一致的方式行事，或在其他国家受损伤的人将得到赔偿。即使在有豁免的情况下取得赔偿有若干潜在的障碍——例如提出诉讼费，收集证据和建立因果关系<sup>109</sup>——这些可能会产生与豁免规则本身相同的最后效果。这指出属于起源水道国范围的防止的重要性。由于这些理由，将第2款所规定的责任限定于有豁免的情况似乎是不必要的。

(5) 第2款所用的“代理机构和机构”用语包括起源水道国所拥有或经营的公司。读者在这

---

<sup>109</sup> 一般参看 McCaffrey, “Expediting the provision of compensation to accident victims. in G. Handl and A. E. Luk. eds., Transferring Hazardous Technologies and Substances: The International Legal Challenge (London, Graham & Trotman, 1990), pp. 199 et seq.; 和 “Accidents do happen: Hazardous technology and international tort litigation”, The Transnational Lawyer (Sacramento, Calif.), vol. 1 (1988), p.41.

这些种类的问题——在某些情况下，同主权豁免幽灵一起——大概可说明受害个人在最近的案例中对其本国政府当局提出要求，对源于外国的污染造成的损失获得救助的倾向。例如见伯尔尼州上诉法院 1989 年 5 月 31 日在 *Rey und Leimgruber v. Schweizerische Eidgenossenschaft* 案中的裁决，裁决确认瑞士联邦政府对切尔诺贝利核事故辐射给原告的蔬菜业造成的损失负有责任（见 Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (Lausanne, 1991), Vol. 116, part II, p. 483); 和一个人和德意志联邦共和国吕贝克城在联邦共和国法院对联邦共和国主管当局的诉讼案，寻求对源于德意志民主共和国申贝格废水倾倒入产生的跨界地下水污染造成的察明的饮用水污染进行救助。后一案件在 M. Núñez-Müller, “The Schoenberg Case: Trans-frontier movements of Hazardous waste”, Natural Resources: Journal (Albuquerque, N. M.), vol. 30 (1990), p.153 中进行了讨论。

方面并请参看关于本条款草案的这一评论的第(2)段。

(6) 简单地论及本草案第6条与初读通过的国家及其财产管辖豁免条款草案第13条(人身伤害和财产损害)之间的关系也许是很适宜的。<sup>110</sup> 第13条的有关部分如下:

“……一国对于另一国原应管辖的法院涉及人身死亡或伤害或有形财产的损害或灭失的赔偿的诉讼,如果据称责任应归于该国、造成死亡、伤害或损害的作为或不作为全部或部分发生在法院地国领土上,而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内,则不得援引豁免。”

关于管辖豁免的条款草案当然只涉及一国对于另一国原应管辖的豁免。因此,它们的条款不适用于本附件,因为依据本附件,任何在起源水道国以外受损伤人员提起涉及该国的诉讼将向该国国内法庭和行政机关提出。但是,有人可能主张支持第13条所处理案件中不能豁免的同样政策也将支持本附件的各种案件。这种政策似乎是受伤害个人不应由于“行为”国管辖豁免的理由而“不能诉诸审判”。<sup>111</sup> 在目前的情况中,这将暗示,如果B国的公民在该国由于诸如A国公司在A国的国际水道排入污染而受到伤害,这个人应该可以在他本国法庭或法院提出诉讼控告A国,要求赔偿伤害。但是,第6条还没有到这种程度。它只要求起源水道国本国公民和长期居民享有的向其机关、公司或其他实体的任何追索权也应为该国之外受到伤害的人所享有。可能的情况是预见由于A国的作为或不作为造成在该国的伤害与预见由于A国的作为或不作为造成在B国的伤害之间原则上没有区别;但是特别报告没有利用委员会的一些指示,不愿提议起源水道国在受伤害的外国人提出诉讼时接受其本国法庭和法院的管辖,即使它们在其本国公民提出诉讼时享有管辖豁免。这种不愿意也因为委员会决定管辖豁免草案第13条不适用于“可能爆炸或造成伤害诸如邮寄炸弹或出口炸药、火药或危险物质等跨界伤害或跨界不法行为或损害的案件……”。<sup>112</sup> 但是委员会确认“非不法行为现场的法庭可能被认为是不便利地点法院”,一旦“如果(‘行为’)国有权援用管辖豁免,受伤害个人将无法诉诸审判。”<sup>113</sup> 因此,受到A起源水道国作为或不作为伤害的B国的个人唯一追索权是努力说服B国帮助他向A国求偿。正如上文(第39段)所说明的,本附件的程序所要避免的正是这种宣扬争端。特别报告员特别欢迎委员会各成员就这一点发表意见。

<sup>110</sup> 《1986……年鉴》,第二卷(第二部分),第10页。

<sup>111</sup> 参看关于管辖豁免的条款草案第14条(后来编为第13条)的评论的第3段,载《1984年……年鉴》,第二卷(第一部分),第66页。

<sup>112</sup> 第14条评注的(7)段(同上,第69段)。虽然第13条没有要求受伤害者必须留在法院国,但是这一条评注的第7段对这个问题的规定是很明确的。

<sup>113</sup> 同上,第66页,评注第3段。

## 第7条 当事国会议

1. 本条款当事国应至少于条款生效后两年召开一次当事国会议。其后，除非会议另有决定，当事国应至少每两年举行一次例行会议，并应根据至少三分之一当事国的书面要求随时举行特别会议。

2. 在第1款规定的会议上，当事国应审查本条款的执行情况。此外，当事国可以：

(a) 按照本附件第8条审议和通过对本条款的修正案；

(b) 接受和审议任何当事国或根据本条款附件二设立的任何小组委员会或其他机构提出的任何报告；以及

(c) 酌情就如何加强本条款的效能提出建议。

3. 在每次例会上，当事国可决定按照本条第1款的规定举行下一次例会的时间和地点。

4. 在任何会议上，当事国可决定并通过会议的议事规则。

5. 联合国、其专门机构和国际原子能机构以及任何非本条款当事国的国家可派遣观察员列席当事国会议，观察员应有权参加，但无表决权。

6. 除非至少有三分之一出席会议的当事国反对，属于以下类别的任何组织或机构如果在国际水道的非航行使用包括保护、维护和管理方面具有专门资格而且向当事国表示希望派遣观察员列席当事国会议，应允许其列席会议：

(a) 国际政府或非政府组织或机构以及国家政府机关和机构；以及

(b) 经所在国为此目的核准的国家非政府组织或机构。

一旦获准列席，代表这些组织和机构的观察员应有权参加，但无表决权。

### 评论

(1) 最近几项与环境或跨界损害有关的公约载有“缔约国会议”例行会议的规定。<sup>114</sup> 这些协定一般就缔约国的制度化和经常性集体行动作了规定。通过这种办法，缔约国可以定期审查有关公约的有效性，并监督其执行情况。其他多边协定有效使用了类似办法，作为其解决争端机

0

---

<sup>114</sup> 例如见1972年3月29日的，《空间物体所造成损害的国际责任公约》，第二十六条；1979年11月13日的《关于大范围跨界空气污染的日内瓦公约》，第10条（关于“执行机构”）；1985年3月22日的《关于保护臭氧层的维也纳公约》，第6条；和1987年9月16日的《关于使臭氧层受到损耗的物质的蒙特利尔议定书》，第11条（规定在上述维也纳公约缔约国会议的同时举行常会，并根据至少三分之一缔约国的要求举行特别会议）。

制的一部分。<sup>115</sup>

(2) 第7条草案系以1973年3月2日《濒于灭绝的野生动植物种国际贸易公约》第十一条作为根据。该条规定如下：

#### 第十一条 缔约国会议

1. 秘书处应至迟于本公约生效后两年召开一次缔约国会议。
2. 其后，除非会议另有决定，秘书处应至少每两年召开一次例行会议，并应根据至少三分之一缔约国的书面要求随时举行特别会议。
3. 在例行会议或特别会议上，缔约国应审查本公约的执行情况，并可：
  - (a) 作出必要规定，使秘书处能够履行其职责；
  - (b) 按照第十五条审议和通过附录一和二的修正案；
  - (c) 审查在附录一、二和三所列物种的恢复和养护方面作出的进展；
  - (d) 收受和审议秘书处或任何缔约国提出的任何报告；以及
  - (e) 酌情就如何加强本公约的效力提出建议。
4. 在每次例行会议上，缔约国可决定在何时和何地按照本条第2款的规定举行下一次例行会议。
5. 在任何会议上，缔约国可决定并通过会议议事规则。
6. 联合国、其专门机构和国际原子能机构以及任何未加入本公约的国家可派遣观察员出席缔约国会议，他们应有权参加，但无表决权。
7. 除非至少有三分之一出席会议的缔约国反对，属于以下类别的任何组织或机构如果在野生动植物的保护、养护或管理方面具有合格技术专长而且向秘书处表示希望派遣观察员列席缔约国会议，应可列席会议：

- (a) 国际政府或非政府组织或机构以及国家政府机关和机构；以及
- (b) 经所在国为此目的核可的国家非政府组织或机构。

一旦获准列席，这些观察员应有权参加，但无表决权。

(3) 同一项公约第十二条规定，一旦公约生效，“联合国环境规划署执行主任应提供秘书处”。有一个秘书处担负召开缔约国会议、为会议提供服务、应本条款缔约国的要求进行调查研究等职责，显然很有帮助，但根据设想，本条款草案系一纲要协定，因而特别报告员未便提议建立一个常设机构。若最后根据本条款草案缔结一项公约，缔约国如果愿意，当然可建立此一机构。

---

<sup>115</sup> 特别参看《关税及贸易总协定》(关贸总协定)，第二十三条，关于争端的解决的下文第四章讨论了有关的关贸总协定程序。

## 第8条 条款的修正

1. 应根据至少三分之一当事国的书面要求举行当事国会议的特别会议，审议和通过本条款的修正案。此修正案应以出席并参加表决的当事国三分之二多数通过。为本条文的目的，“出席并参加表决的当事国”是指出席并投赞成票或反对票的当事国。弃权的当事国不应计入通过修正案所需的三分之二数目。

2. 提出任何修正案的当事国应于会前至少 90 天将提议的修正案案文通告所有当事国。

3. 修正案应在三分之二当事国将该修正案的接受书交存于〔保存国政府〕〔联合国秘书长〕后 60 天对接受该修正案的当事国生效。其后，修正案应在任何其他当事国交存该修正案的接受书后 60 天对该当事国生效。

### 评论

(1) 特别报告员认为就条款的修正作出规定十分重要，因为这样可使缔约国能够考虑事态的变化。例如，如果淡水污染急剧恶化和干旱及沙漠化等问题日趋严重，缔约国可增订本条款关于这些问题的条款。

(2) 第 8 条草案系以 1973 年《濒于灭绝的野生动植物种国际贸易公约》第十七条作为根据。该条规定如下：

## 第十七条 公约的修正

1. 应根据至少三分之一缔约国的书面要求召开缔约国会议的特别会议，审议和通过本公约的修正案。此修正案应以出席并参加表决的缔约国三分之二多数通过。为这一目的，“出席并参加表决的缔约国”是指出席并投赞成票或反对票的缔约国。弃权的缔约国不应计入通过修正案所需的三分之二数目。

2. 秘书处应于会前至少 90 天将提议的任何修正案案文送交所有缔约国。

3. 修正案应在三分之二缔约国将该修正案的接受书交存于保存国政府后 60 天对接受该修正案的缔约国生效。其后，修正案应在任何其他缔约国交存该修正案的接受书后 60 天对该缔约国生效。

(3) 第 8 条草案与第十七条的不同之处仅在于后者第 1 和第 2 款关于秘书处的规定和第 3 款关于保存者的规定。本附件第 7 条草案的评注中已论述了秘书处问题。至于保存者，它可以是一国政府，也可以是联合国秘书长，或环境规划署或粮农组织等另一适当机构的主管。特别报告员认为，第十七条的其余规定也适用于本条款草案的情况。他特别欢迎就第 3 款关于修正案生效的规定提出意见。

## 第四章

### 解决争端

#### A. 引言

40. 前两任特别报告员都曾探讨过解决争端的问题，他们并都就此分专题提出了条款（见下文，第 86 段起各段）。它确实属于国际水道非航行使用法条款草案的一部分，但理由与国际法大部分其他领域上适用的理由有所不同。其中的一个主要原因是本条款草案的大部分基本规定是一般性和具有弹性的（譬如关于“公平合理的利用和参与”的第 6 条）。这些规定的一般性和灵活性对于一项关于国际水道的框架文书是很合适的，但同样这些性质也可能使它们在某些情况下难于适用。此外，条款草案中的许多规定的运用将取决某些关键事实。如果有关的水道国，这些事实无法达成协议，它们的法律义务将是不明确的。因此在这种情况下，必须要有一些方法，客观地建立这些运作的事实。

41. 从本报告和以往的报告中，我们看到水道国往往把收集有关国际水道的数据和资料的工作交给技术专家，而这往往是在一个联合委员会或其他体制安排的范围内进行的。就象上文第一章指出的，如果建立了这种联合委员会，它们往往最能够调查真相并解决有关水道国个别义务方面可能会发生的任何问题。既使在没有成立这种机关的情形下，国家实践和研究了这个问题的专家的工作<sup>116</sup> 显示出，在援引更正式的解决争端和程序之前应尽可能试图在技术一级上解决任何分歧。

42. 鉴于这些考虑，特别报告员在本章为避免和解决水道争端提出了一个分等级分阶段的过程。提案以若干主张为根据：首先，在这些领域内往往必须大量依靠技术专门知识；其次，一份非约束性的专家报告，其中或许包括行动的建议，往往可以不需要诉诸强制性和约束性的程序而使实际或可能的争端得到解决；第三，唯有在试图在技术一级上通过非约束性程序来解决分歧的努力失败后才应诉诸后一类程序。

---

<sup>116</sup> 特别见《国际水资源的管理》（上文脚注 4 (c)），第五章，“调停的程序和争端的解决”，特别是第 455 和 457 至 458 段。还可参见例如 Smith 前引书（上文脚注 7），第 152 页（原则 6 和 7）；F.J. Berber, 《Rivers in International Law》(London, Stevens, 1959), p. 271; 和 C. B. Bourne, “Mediation, conciliation and adjudication in the settlement of International drainage basin disputes”, The Canadian yearbook of International Law 1971 (Vancouver), vol. IX, p. 114, 一般可参见 Bourne,

43. 从以上讨论看来，虽然本章采用了这样的标题，但其中所载提案显然将不限于一般了解的“解决争端”。“国际水道法律争端”一词曾被定义为：

“两个或多个国际水域国之间……关于以下方面的国际争端：

(一) 国际水域的水资源和保护、利用、分享（包括分享利益）、控制、发展或管理，  
〔或〕

(二) 关于该水资源的保护、利用、分享（包括分享利益）、控制、发展和管理的任何协定的条件和解释或此种协定的执行，包括执行此种协定引起的一切事项”。<sup>117</sup>

这个定义一般而言，足以描述解决争端过程的本身，但它不包括本章提出的某些其他程序（例如调查真相。那些程序是关于执行本条款（这方面可以在前一章中处理）和避免争端发生的。唯有在过程的较早阶段内无法解决问题时，才会应用到提议中解决争端的程序。

44. 在本章 B 节中，特别报告员将简短地回顾解决国际争端的主要原则并举出若干国家在解决涉及国际水道的争端中应用这些原则的例子。在 C 节内他将说明国家和国际组织利用专家来协助避免和解决水道和其他争端的情况。在 D 节他将国际组织有关解决这种争端所做的工作作一概览。E 节将回顾前几任特别报告员关于此小专题的提案。最后，特别报告员将在 F 节内提出一套关于调查真相和解决争端的条款草案。

---

(注 116 续) “Procedure in the development of international drainage basins: the duty to consult and to negotiate”, The Canadian yearbook of International Law 1972, vol, X, p. 212; R.B. Bider, The Settlement of International Environmental Disputes, (Madison, Wisc., University of Wisconsin, 1976); UNITAR Protecting the Human Environment: Procedures and Principles for preventing and Resolving International Controversies by A. L. Levin (United Nations Publication, Sales No.E.77.XV.PS/9); R.E.Stein“The settlement of environmental disputes: Towards a system of flexible dispute settlement”, Syracuse Journal of International Law and Commerce (Syracuse, N.Y.), vol.12 (1985), p.283; 以及施韦贝尔先生第三次报告，文件 A/CN.4/348 (见上文脚注 2)，脚注 776 和 778 所引来源。

<sup>117</sup> B. R. Chauhan, Settlement of International Water law Disputes in International Drainage Basins (Berlin, Erich Schmidt, 1981), PP.96-97. Chauhan 在这个定义中包括了一“水域国”同一国家的政治区分单位之间的争端（例如德国的州），因为后者偶尔也会就国际水道订立协定（同上，第 97 页和脚注 45）。

B. 解决争端的方法以及国家在有关国际水道的问题中应用这些方法的情况

45. 对和平解决争端的问题进行深入的探讨将远远超出本章的范围和目的，特别是鉴于委员会的委员们对于解决国际争端的一般原则是很熟悉的。<sup>118</sup> 本节的目的要有限的多，仅在于提供一个审议后面材料的背景。

46. 埃文森先生所说的关于解决争端的任何讨论的“明显起点”是《联合国宪章》，特别是第二条所制定的各项原则<sup>119</sup>。该条第3项规定了“以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义”的义务。《宪章》关于争端之和平解决的第六章的头一条，是第三十三条。该条第一项列出了以下解决争端的和平方法：“谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或〔各当事国〕自行选择之其他和平方法”。第33条要求“任何争端之当事国，于争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持时”，应“尽先”以那些方法求得解决。

47. 本章提出的程序虽然是以第三十三条所列的一些和平解决争端办法为依据，但国际水道所涉争端的继续存在即使并不“足以危及国际和平与安全之维持”也将适用此种程序。事实上，《宪章》第二条第3款要求各会员国以和平方法解决其国际争端，以免危及“正义”等等。这种情况即使在“对国际和平与安全”<sup>120</sup>的威胁时也会发生。

48. William Bishop 认为当事各方直接谈判是“最简单的”和平解决方式。

……也很可能是大多数日常发生的分歧得到调解的方式……通过交换意见，通常经由外交渠

---

<sup>118</sup> 事实上，联合国宪章和加强联合国作用特别委员会目前正在进行这项审查工作。具体地说，秘书处正在编写一本关于和平解决国家间争端的手册草案。例如可参见秘书长关于手册草案工作进展的报告（A/AC.182/L.61），一般的资料可参见特别委员会的报告（《大会正式记录，四十四届会议，补编33号（A/44/33）》）特别是第五章，“和平解决国家间争端”。

关于本节讨论的解决争端的不同方法，特别是有关国际水道的争端的更详细讨论，可参见 Chauhan 前引书，（上文脚注117），第321-367页。

<sup>119</sup> 见埃文森先生的第一次报告，文件A/CN.4/367（见上文脚注3），第200段。

<sup>120</sup> 根据对宪章的评注：“除了维护和平与安全之外还必须尊重正义原则”。（L.M. Goodrich和E. Hambro. Charter of the United Nations: Commentary and Documents, 2nd ed. (Boston, World Peace Foundation, 1949), p.102.) 并参看该书第三版，L. M. Goodrich, E. Hambro 和 A. P. Simons (New York, Columbia University

道，而在相互交流过程中达成协议。<sup>121</sup>

Manfred Lachs 曾经表示，

……国家经常采取谈判方式，原因很可能是它们争于对彼此间分歧所引起的决定始终保持控制。当然也有许多国际争端和问题是无法以其他方式解决的……。<sup>122</sup>

Lachs 虽然承认“外交……有其限度”，但指出“谈判的义务……并不意味着实际达成协议的义务。义务仅在于尽力而为。”<sup>123</sup> 国际法院在《北海大陆架》案件的说明中表示：

……当事各方有义务开展谈判以争取达成协议。……；其态度应使谈判具有意义而不应有任何一方坚持立场不肯妥协。<sup>124</sup>

---

(注 120 续) Press 1969) .p.41. 关于水道国之间争端可能危及国际和平与安全的情况参见 Bourne, “Mediation, Conciliation……”, Loc.cit. (上文脚注<sup>116</sup>) 第157页的论述。水道争端曾引起过侵略指控。例如玻利维亚和智利关于 Lauca 河的争端, (见 L.M.Lecaros, “International rivers: the Laucacase” Indian Journal of International Law, (New Delhi), vol.3 (1963), pp.148-149; 和特别报告员的第二次报告 (《1986 年……年鉴》第二卷 (第一部分), 第 112 页, 文件 A/CN.4/399 和 Add.1 和 2, 第 94 段)。此外, 以色列及其阿拉伯邻国各自宣布它们认为单方面使约旦河改道是属侵略性行为。(参见 K.B.Doherty “Jordan Waters Conflict”, International Conciliation (New York), No.553 (May 1965), pp.35 and 65; 和特别报告员的第二次报告文件 A/CN.4/399 和 Add.1 和 2, 第 96 段)。一般参看施韦贝尔先生第三次报告, 文件 A/CN.4/348 所引来源 (见上文脚注 2), 脚注 778; 和上文提及的 Bourne 的文章, “Mediation, Conciliation……”, Loc.cit., pp.154-155。

<sup>121</sup> W.W.Bishop, International Law: Cases and Materials, 2nd ed. (Boston, Little Brown, 1962), p.58. 《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》称谈判为一种“灵活有效的解决争端办法” (大会 1982 年 11 月 15 日第 37/10 号决议, 附件, 第一节, 第 10 款)。

<sup>122</sup> M.Lachs, “The law and the settlement of international disputes”, in K.V.Raman, ed. Dispute Settlement Through the United Nations (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1977, p.288)。

<sup>123</sup> 同上, 第 289 页。

<sup>124</sup> 德意志联邦共和国诉丹麦案, 德意志联邦共和国诉荷兰案, 1969 年 2 月 20 日判决 (《1969 年国际法院裁决集》, 第 47 页, 第 85 (a) 段)。应注意国际法院在这些案件