

国际法委员会年鉴

2000年

第一卷

第五十二届会议
各次会议的简要记录
2000年5月1日至6月9日和
7月10日至8月18日

联合国



国际法委员会年鉴

2000年

第一卷

第五十二届会议
各次会议的简要记录
2000年5月1日至6月9日和
7月10日至8月18日



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《1998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。

*

* * *

本卷载有国际法委员会第五十二届会议各次会议的简要记录(A/CN.4/SR.2612-A/CN.4/SR.2664)，根据委员会的要求做了更正，并做了必要的编辑上的修改。

A/CN.4/SER.A/2000

联合国出版物
出售品编号：C.03.V.6
ISBN 978-92-1-039617-2
ISSN 1994-4705

目 录

	页次		页次
委员会委员	vii	第 2619 次会议	
主席团成员	vii	2000 年 5 月 11 日, 星期四, 上午 10 时	
议程	viii	外交保护(续)	
简称	ix	特别报告员的第一次报告(续)	57
本卷所引用的案例	x	第 2620 次会议	
本卷引用的多边文书	xvii	2000 年 5 月 12 日, 星期五, 上午 10 时	
第五十二届会议文件一览表	xxiii	外交保护(续)	
		特别报告员的第一次报告(续)	66
第 2612 至 2664 次会议简要记录		第 2621 次会议	
第五十二届会议第一期会议简要记录		2000 年 5 月 16 日, 星期二, 上午 10 时 05 分	
2000 年 5 月 1 日至 6 月 9 日在日内瓦举行		国家责任(续)	
第 2612 次会议		特别报告员的第三次报告(续)	74
2000 年 5 月 1 日, 星期一, 下午 3 时 10 分		第 2622 次会议	
会议开幕	1	2000 年 5 月 17 日, 星期三, 上午 10 时 05 分	
选举主席团成员	1	国家责任(续)	
通过议程	2	特别报告员的第三次报告(续)	82
本届会议的工作安排	2	本届会议的工作安排(续)	89
填补临时空缺(《章程》第 11 条)	2	第 2623 次会议	
本届会议的工作安排(续)	2	2000 年 5 月 18 日, 星期四, 上午 10 时	
第 2613 次会议		国家责任(续)	
2000 年 5 月 2 日, 星期二, 上午 10 时 10 分		特别报告员的第三次报告(续)	90
本届会议的工作安排(续)	2	第 2624 次会议	
国家责任		2000 年 5 月 19 日, 星期五, 上午 10 时	
特别报告员的第三次报告	2	外交保护(续)	
第 2614 次会议		特别报告员的第一次报告(续)	95
2000 年 5 月 3 日, 星期三, 上午 10 时 05 分		国家单方面行为	
国家责任(续)		特别报告员的第三次报告	98
特别报告员的第三次报告(续)	11	第 2625 次会议	
第 2615 次会议		2000 年 5 月 23 日, 星期二, 上午 10 时	
2000 年 5 月 4 日, 星期四, 上午 10 时 05 分		外交保护(续)	
国家责任(续)		特别报告员的第一次报告(续)	102
特别报告员的第三次报告(续)	19	第 2626 次会议	
第 2616 次会议		2000 年 5 月 24 日, 星期三, 上午 10 时	
2000 年 5 月 5 日, 星期五, 上午 10 时 05 分		外交保护(续)	
国家责任(续)		特别报告员的第一次报告(续完)	110
特别报告员的第三次报告(续)	27	第 2627 次会议	
本届会议的工作安排(续)	36	2000 年 5 月 25 日, 星期四, 上午 10 时	
第 2617 次会议		外交保护(续)	
2000 年 5 月 9 日, 星期二, 上午 10 时 05 分		特别报告员的第一次报告(续完)	118
外交保护		第 2628 次会议	
特别报告员的第一次报告	36	2000 年 5 月 26 日, 星期五, 上午 10 时 05 分	
第 2618 次会议		国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的	
2000 年 5 月 10 日, 星期三, 上午 10 时		国际责任(预防危险活动的跨界损害)	
外交保护(续)		工作组的报告	125
特别报告员的第一次报告(续)	48		

	页次
国家单方面行为(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	127
第 2629 次会议	
2000 年 5 月 30 日, 星期二, 上午 10 时	
国家单方面行为(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	132
第 2630 次会议	
2000 年 5 月 31 日, 星期三, 上午 10 时	
国家单方面行为(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	141
对条约的保留 特别报告员的第五次报告	148
第 2631 次会议	
2000 年 6 月 2 日, 星期五, 上午 10 时 05 分	
对条约的保留(续) 特别报告员的第五次报告(续).....	151
第 2632 次会议	
2000 年 6 月 6 日, 星期二, 上午 10 时	
对条约的保留(续) 特别报告员的第五次报告(续).....	159
第 2633 次会议	
2000 年 6 月 7 日, 星期三, 上午 10 时 05 分	
对条约的保留(续) 特别报告员的第五次报告(续).....	168
国家单方面行为(续完) 特别报告员的第三次报告(续完).....	172
第 2634 次会议	
2000 年 6 月 8 日, 星期四, 上午 10 时 05 分	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	176
第 2635 次会议	
2000 年 6 月 9 日, 星期五, 上午 10 时 05 分	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	184
外交保护(续完).....	189
本届会议的工作安排(续完).....	191
吉尔贝托·阿马多纪念演讲.....	192
第五十二届会议第二期会议简要记录 2000 年 7 月 10 日至 8 月 18 日在日内瓦举行	
第 2636 次会议	
2000 年 7 月 10 日, 星期一, 下午 3 时 05 分	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	193
第 2637 次会议	
2000 年 7 月 11 日, 星期二, 上午 10 时	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	198

	页次
第 2638 次会议	
2000 年 7 月 12 日, 星期三, 上午 10 时	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	208
第 2639 次会议	
2000 年 7 月 13 日, 星期四, 上午 10 时 05 分	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	217
第 2640 次会议	
2000 年 7 月 14 日, 星期五, 上午 10 时	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	224
对条约的保留(续) 起草委员会提议的准则草案	230
第 2641 次会议	
2000 年 7 月 18 日, 星期二, 上午 10 时 05 分	
国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(预防危险活动的跨界损害)(续) 特别报告员的第三次报告	235
第 2642 次会议	
2000 年 7 月 19 日, 星期三, 上午 10 时	
国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(预防危险活动的跨界损害)(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	242
第 2643 次会议	
2000 年 7 月 20 日, 星期四, 上午 10 时 05 分	
国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(预防危险活动的跨界损害)(续完) 特别报告员的第三次报告(续完).....	250
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	254
第 2644 次会议	
2000 年 7 月 21 日, 星期五, 上午 10 时	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	258
第 2645 次会议	
2000 年 7 月 25 日, 星期二, 上午 10 时 05 分	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	267
第 2646 次会议	
2000 年 7 月 26 日, 星期三, 上午 10 时	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	277
第 2647 次会议	
2000 年 7 月 27 日, 星期四, 上午 10 时	
国家责任(续) 特别报告员的第三次报告(续).....	287

	页次
第 2648 次会议	
2000 年 7 月 28 日, 星期五, 上午 10 时	
国家责任(续)	
特别报告员的第三次报告(续)	295
同其他机构的合作	
美洲司法委员会观察员的发言	300
第 2649 次会议	
2000 年 8 月 1 日, 星期二, 上午 10 时	
国家责任(续)	
特别报告员的第三次报告(续)	302
第 2650 次会议	
2000 年 8 月 2 日, 星期三, 上午 10 时	
国家责任(续)	
特别报告员的第三次报告(续)	314
第 2651 次会议	
2000 年 8 月 3 日, 星期四, 上午 10 时	
国家责任(续)	
特别报告员的第三次报告(续)	324
对条约的保留(续完)	
特别报告员的第五次报告(续完)	330
第 2652 次会议	
2000 年 8 月 4 日, 星期五, 上午 10 时	
国家责任(续)	
特别报告员的第三次报告(续)	334
第 2653 次会议	
2000 年 8 月 8 日, 星期二, 上午 10 时	
国家责任(续)	
特别报告员的第三次报告(续完)	344
第 2654 次会议	
同其他机构的合作(续)	
亚非法律协商委员会观察员发言	352
第 2655 次会议	
2000 年 8 月 11 日, 星期五, 上午 10 时 05 分	
委员会第五十二届会议工作报告草稿	
第一章 会议的工作安排	355
第二章 委员会第五十二届会议工作情况概述	355
第五章 外交保护	
A. 导言	355
B. 本届会议审议这个专题的情况	355
同其他机构的合作(续)	
国际公法法律顾问特设委员会观察员的发言	357
第 2656 次会议	
2000 年 8 月 14 日, 星期一, 上午 10 时	
委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)	
第六章 国家单方面行为	
A. 导言	360

	页次
B. 本届会议审议这个专题的情况	
1. 委员会收到的文件与讨论这个专题的会议	361
2. 特别报告员介绍第三次报告	361
3. 辩论概况	362
4. 成立工作组	365
第 2657 次会议	
2000 年 8 月 14 日, 星期一, 下午 3 时 05 分	
委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)	
第六章 国家单方面行为(续完)	
B. 本届会议审议这个专题的情况(续完)	366
4. 成立工作组(续完)	366
2. 特别报告员介绍第三次报告(续完)	366
3. 辩论概况(续完)	367
第八章 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)	
A. 导言	367
B. 本届会议审议这个专题的情况	367
第 2658 次会议	
2000 年 8 月 15 日, 星期二, 上午 10 时	
同其他机构的合作(续完)	
国际法院院长的访问	371
委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)	
第五章 外交保护(续)	
B. 本届会议审议这个专题的情况(续)	378
第 2659 次会议	
2000 年 8 月 15 日, 星期二, 下午 3 时 05 分	
委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)	
第五章 外交保护(续)	
B. 本届会议审议这个专题的情况(续)	380
第七章 对条约的保留	
A. 导言	382
B. 本届会议审议这一专题的情况	383
C. 委员会一读暂时通过的关于对条约的保留的准则草案案文	
1. 准则草案案文	384
2. 委员会第五十二届会议通过的准则草案案文及其评注	384
准则草案 1.1.8 评注	384
准则草案 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 评注	385
准则草案 1.4.7 [1.4.8] 评注	385
准则草案 1.7 评注	385
第 2660 次会议	
2000 年 8 月 16 日, 星期三, 上午 10 时	
委员会的方案、程序和工作方法及其文件	
规划小组主席的报告	386

	页次		页次
委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)		第 2663 次会议	
第七章 对条约的保留(续完)		2000 年 8 月 17 日, 星期四, 下午 3 时 05 分	
C. 委员会一读暂时通过的关于对条约的保留的准则草案案文(续完)		委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)	
2. 委员会第五十二届会议通过的准则草案案文及其评注(续完).....	386	第四章 国家责任(续).....	415
准则 1.7.1[1.7.1、1.7.2、1.7.3、1.7.4]评注.....	386	B. 本届会议审议这个专题的情况(续).....	415
准则 1.7.2[1.7.5]评注.....	387	第 2664 次会议	
第四章 国家责任		2000 年 8 月 18 日, 星期五, 上午 10 时	
A. 导言.....	388	委员会第五十二届会议工作报告草稿(续完)	
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	388	第四章 国家责任(续完)	
第 2661 次会议		B. 本届会议审议这个专题的情况(续完).....	422
2000 年 8 月 16 日, 星期三, 下午 3 时 05 分		第九章 委员会的其他决定和结论	
委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)		A. 委员会的方案、程序和工作方法及其文件.....	424
第五章 外交保护(续完)		B. 第五十三届会议的日期和地点.....	425
B. 本届会议审议这个专题的情况(续完).....	393	C. 同其他机构的合作.....	425
第四章 国家责任(完)		D. 大会第五十五届会议的代表情况.....	425
B. 本届会议审议这个专题的情况(续).....	394	E. 国际法讲习会.....	425
第 2662 次会议		F. 吉尔贝托·阿马多纪念演讲.....	425
2000 年 8 月 17 日, 星期四, 上午 10 时 10 分		第三章 委员会特别想听取意见的具体问题....	425
国家责任(续完)		第二章 委员会第五十二届会议工作概要(续完).....	425
起草委员会二读提出的条款草案.....	400	会议闭幕.....	425

委员会委员

姓名	国籍	姓名	国籍
埃曼努尔·阿克韦·阿多先生	加纳	彼得·卡巴齐先生	乌干达
侯赛因·巴哈纳先生	巴林	莫里斯·卡姆托先生	喀麦隆
若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生	巴西	詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生	坦桑尼亚联合共和国
伊恩·布朗利先生	大不列颠及北爱尔兰联合王国	莫赫塔尔·库苏马-阿特马贾先生	印度尼西亚
恩里克·坎迪奥蒂先生	阿根廷	伊戈尔·伊万诺维奇·卢卡舒克先生	俄罗斯联邦
詹姆斯·克劳福德先生	澳大利亚	特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生	罗马尼亚
克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生	南非	贾姆契德·蒙塔兹先生	伊朗伊斯兰共和国
康斯坦丁·伊科诺米季斯先生	希腊	迪迪耶·奥佩蒂-巴丹先生	乌拉圭
纳比尔·埃拉拉比先生	埃及	纪尧姆·庞布-奇文达先生	加蓬
乔治·加亚先生	意大利	阿兰·佩莱先生	法国
兹齐斯拉夫·加利茨基先生	波兰	彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生	印度
劳尔·伊卢斯特雷·戈科先生	菲律宾	维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生	委内瑞拉
格哈德·哈夫纳先生	奥地利	罗伯特·罗森斯托克先生	美利坚合众国
贺其治先生	中国	贝尔纳多·塞普尔维达先生	墨西哥
毛里西奥·埃多西亚·萨卡萨先生	尼加拉瓜	布鲁诺·辛马先生	德国
卡米勒·伊德里斯先生	苏丹	彼得·托姆卡先生	斯洛伐克
豪尔赫·伊留埃卡先生	巴拿马	山田中正先生	日本

主席团成员

主席：山田中正先生
第一副主席：莫里斯·卡姆托先生
第二副主席：彼得·托姆卡先生
起草委员会主席：乔治·加亚先生
报告员：维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生

副秘书长兼法律顾问汉斯·科雷尔先生代表秘书长出席了本届会议。法律事务厅编纂司司长瓦奇拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书，并在法律顾问缺席时代表秘书长。

议 程

委员会在 2000 年 5 月 1 日举行的第 2612 次会议上通过了以下议程：

1. 填补临时空缺(章程第 11 条)
2. 本届会议的工作安排
3. 国家责任
4. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)
5. 对条约的保留
6. 外交保护
7. 国家的单方面行为
8. 委员会的方案、程序和工作方法及其文件
9. 同其他机构的合作
10. 第五十三届会议的日期和地点
11. 其他事项

简称

东盟(ASEAN)	东南亚国家联盟
西非经共体(ECOWAS)	西非国家经济共同体
国际法院(ICJ)	国际法院
红十字委员会(ICRC)	红十字国际委员会
解决投资争端中心(ICSID)	解决投资争端国际中心
国际法协会(ILA)	国际法协会
劳工组织(ILO)	国际劳工组织
海事组织(IMO)	国际海事组织
北约组织(NATO)	北大西洋公约组织
美洲国家组织(OAS)	美洲国家组织
非统组织(OAU)	非洲统一组织
经合组织(OECD)	经济合作与发展组织
欧安组织(OSCE)	欧洲安全与合作组织
常设国际法院(PCIJ)	常设国际法院
难民署(UNHCR)	联合国难民事务高级专员办事处
世贸组织(WTO)	世界贸易组织

*

* *

《美国国际法学报》(AJIL)	《美国国际法学报》(<i>American Journal of International Law</i>)
《国际法院汇编》(<i>I.C.J. Reports</i>)	国际法院,《判决、咨询意见和命令汇编》(ICJ, <i>Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders</i>)
《国际法律资料》(ILM)	《国际法律资料》(<i>International Legal Materials</i>) (Washington, D. C.)
《国际法报告》(ILR)	《国际法报告》(<i>International Law Reports</i>)
《常设国际法院汇编》A辑 (<i>P.C.I.J., Series A</i>)	常设国际法院,《判决汇编》(PCIJ, <i>Collection of Judgments</i>) (Nos. 1-24: up to and including 1930)
《常设国际法院汇编》A/B辑 (<i>P.C.I.J., Series A/B</i>)	常设国际法院,《判决、命令和咨询意见汇编》(PCIJ, <i>Judgments, Orders and Advisory Opinions</i>)(Nos. 40-80: beginning in 1931)
《公法概览》(RGDIP)	《国际公法综合杂志》(<i>Revue générale de droit international public</i>)
《国际仲裁裁决汇编》(UNRIAA)	联合国,《国际仲裁裁决汇编》(<i>United Nations, Report of International Arbitral Awards</i>)

*

* *

本卷中,“前南斯拉夫问题国际法庭”系指起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭;“卢旺达问题国际法庭”系指起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭。

*

* *

关于引文的说明

在引文中,后面加有星号的楷体词语或段落原始文本中并非楷体或斜体。

除非另有说明,出自外文著作的引文均由秘书处所译。

*

* *

国际法委员会的互联网地址是:www.un.org/law/ilc/index.htm。

本卷所引用的案例

案 件	决定的性质和来源
1988年7月3日空中事件案	1988年7月3日空中事件案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国), 1989年12月13日的命令, 《1989年国际法院汇编》, 第132页。
1999年8月10日空中事件案	1999年8月10日空中事件案(巴基斯坦诉印度), 管辖权, 判决, 《2000年国际法院汇编》, 第12页。
航空服务协定案	1946年3月27日美利坚合众国和法国之间的航空服务协定案, 1978年12月9日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第十八卷(出版物编号: E/F.80.V.7), 第417页)。
“亚拉巴马”号案	日内瓦仲裁(“亚拉巴马”号案)(美利坚合众国诉大不列颠), 1872年9月14日的裁决(J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i> (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1898), vol. I, 第572页)。
亚历山大案	亚历山大遗嘱执行人诉美国案(J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i> (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1898), vol. III, 第2529页)。
安巴蒂耶洛斯案	安巴蒂耶洛斯案, 初步反对意见, 判决, 《1952年国际法院汇编》, 第28页。
美国独立石油公司—科威特仲裁案	科威特和美国独立石油公司之间的仲裁案, 《国际法律资料》, 第二十一卷, 第5号(1982年9月), 第976页。
《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案	《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案, 临时措施, 1993年4月8日的命令, 《1993年国际法院汇编》, 第3页; 同上, 1993年9月13日的命令, 《1993年国际法院汇编》, 第325页。 同上, 初步反对意见, 判决, 《1996年国际法院汇编》, 第595页。 同上, 反诉, 1997年12月17日的命令, 《1997年国际法院汇编》, 第243页。 同上, 1998年1月22日的命令, 《1998年国际法院汇编》, 第3页。 同上, 1998年12月11日的命令, 《1998年国际法院汇编》, 第743页。 同上, 1999年9月14日的命令, 《1999年国际法院汇编》, 第1015页。 同上, 2000年6月27日的命令, 《2000年国际法院汇编》, 第108页。
刚果境内的武装活动案	刚果境内的武装活动案(刚果民主共和国诉布隆迪), 1999年10月21日的命令, 《1999年国际法院汇编》, 第1018页。 同上(刚果民主共和国诉卢旺达), 1999年10月21日的命令, 《1999年国际法院汇编》, 第1025页。 同上(刚果民主共和国诉乌干达), 临时措施, 2000年7月1日的命令, 《2000年国际法院汇编》, 第111页。

巴塞罗那电车公司案	巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案, 初步反对意见, 判决, 《1964年国际法院汇编》, 第6页。 同上, 第二阶段, 判决, 《1970年国际法院汇编》, 第3页。
边界和跨边界武装行动案	边界和跨边界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯), 管辖权和可否受理, 判决, 《1988年国际法院汇编》, 第69页。
卡内瓦罗案	卡内瓦罗案(意大利诉秘鲁), 1912年5月3日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷(出售品编号: 61.V.4), 第397页)。
“迦太基”号案	“迦太基”号案(法国诉意大利), 1913年5月6日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷(出售品编号: E/F.61.V.4), 第449页)。
瑙鲁境内某些磷酸盐地案	瑙鲁境内某些磷酸盐地案(瑙鲁诉澳大利亚), 初步反对意见, 判决, 《1992年国际法院汇编》, 第240页。
霍茹夫工厂案	霍茹夫工厂案, 管辖权, 1927年第8号判决, 《常设国际法院汇编》A辑, 第9号。
赫里索斯托莫斯案	欧洲委员会, 欧洲人权委员会, <i>Decisions and Reports</i> , 申诉书15299/89、15300/89及15318/89号, 赫里索斯托莫斯等诉土耳其案, vol. 68 (Strasbourg, 1993), 第216页。
欧洲共同体委员会诉希腊共和国案	欧洲法院, C-387/97号案(欧洲共同体委员会诉希腊共和国), 2000年7月4日的判决。
科孚海峡案	科孚海峡案, 案情, 判决, 《1949年国际法院汇编》, 第4页。 同上, 1949年12月15日的判决, 《1949年国际法院汇编》, 第244页。
迪亚洛案	艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国), 1999年11月25日的命令, 《1999年国际法院汇编》。
迪克森车轮公司案	迪克森车轮公司案(美国诉墨西哥合众国), 1931年7月的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第四卷(出售品编号: 1951.V.1), 第669页起)。
关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案	关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案, 咨询意见, 《1999年国际法院汇编》, 第62页。
东帝汶案	东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚), 判决, 《1995年国际法院汇编》, 第90页。
东卡累利阿案	东卡累利阿地位案, 1923年的咨询意见, 《常设国际法院汇编》B辑, 第5号。
东格陵兰案	东格陵兰法律地位案, 1933年判决, 《常设国际法院汇编》A/B辑, 第53号, 第22页。
萨尔瓦多诉尼加拉瓜案	萨尔瓦多诉尼加拉瓜案, 中美洲法院, 1917年3月9日的裁决(《美国国际法学报》, 第11卷, 第3号(1917年7月), 第674页)。
西西里电子公司案	西西里电子公司案, 判决, 《1989年国际法院汇编》, 第15页。

案 件	决定的性质和来源
埃斯法汗尼厄恩案	埃斯法汗尼厄恩诉伊朗商业银行案, 第 157 仲裁裁决(1983 年 3 月 29 日), <i>Iran-United States Claims Tribunal Reports</i> (Cambridge, Grotius, 1984), vol. 2, 第 157 页。
渔业管辖权案	渔业管辖权案(西班牙诉加拿大), 法院管辖权, 判决, 《1998 年国际法院汇编》, 第 432 页。
弗莱根海默案	弗莱根海默案, 1958 年 9 月 20 日第 182 号裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷(出售品编号: 65.V.4), 第 327 页)。
罗多彼中部森林案	罗多彼中部森林案, 1933 年 3 月 29 日的裁决, (《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(出售品编号: 1949.V.2), 第 1405 页起)。
加布奇科沃一大毛罗斯项目案	加布奇科沃一大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克), 判决, 《1997 年国际法院汇编》, 第 7 页。
大贝尔特海峡案	大贝尔特海峡通行权案(芬兰诉丹麦), 临时措施, 1991 年 7 月 29 日的命令, 《1991 年国际法院汇编》, 第 12 页。
“孤独”号案	“孤独”号轮船案, 1933 年 6 月 30 日和 1935 年 1 月 5 日的仲裁裁决, (《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(出售品编号: 1949.V.2), 第 1609 页)。
国际工商业投资公司案	国际工商业投资公司案, 判决, 《1959 年国际法院汇编》, 第 6 页。
伊朗-美国, 第 A/18 号案	伊朗-美国, 第 A/18 号案, 1984 年 4 月 6 月的裁决, <i>Iran-United States Claims Tribunal Reports</i> (Cambridge, Grotius, 1985), vol. 5, 第 251 页。
卡西基里/塞杜杜岛案	卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚), 判决, 《1999 年国际法院汇编》, 第 1045 页。
凯利特案	凯利特案, 1897 年 9 月 20 日的仲裁, J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i> , (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1898), vol. II, 第 1862 页。
克勒克纳案	克勒克纳工业系统有限公司等诉喀麦隆共和国案, 案情裁决(ICSID Reports (Cambridge University Press, Grotius, 1994), vol. 2, 第 3 页)。
拉格朗案	拉格朗案(德国诉美利坚合众国), 临时措施, 1999 年 3 月 3 日的命令, 《1999 年国际法院汇编》, 第 9 页。
喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案	喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案, 初步反对意见, 判决, 《1998 年国际法院汇编》, 第 275 页。 同上, 1999 年 6 月 30 日的命令, 《1999 年国际法院汇编》, 第 983 页。 同上, 参加诉讼申请, 2001 年 10 月 21 日的命令, 《1999 年国际法院汇编》, 第 1029 页。
以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案	以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案, 咨询意见, 《1996 年国际法院汇编》, 第 226 页。

- 使用武力的合法性案 使用武力的合法性案(南斯拉夫诉比利时), 临时措施, 1999年6月2日的命令, 《1999年国际法院汇编》, 第124页。
(南斯拉夫诉加拿大), 同上, 第259页。
(南斯拉夫诉法国), 同上, 第363页。
(南斯拉夫诉德国), 同上, 第422页。
(南斯拉夫诉意大利), 同上, 第481页。
(南斯拉夫诉荷兰), 同上, 第542页。
(南斯拉夫诉葡萄牙), 同上, 第656页。
(南斯拉夫诉西班牙), 同上, 第761页。
(南斯拉夫诉联合王国), 同上, 第826页。
(南斯拉夫诉美利坚合众国), 同上, 第916页。
- 灯塔案 奥斯曼帝国准许修建灯塔案, 1956年7月24/27日的裁决(法国诉希腊)(《国际仲裁裁决汇编》, 第十二卷(出售品编号: 63.V.3), 第155页)。
- 洛克比案 洛克比空难事件引起的1971年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国), 临时措施, 1992年4月14日的命令, 《1992年国际法院汇编》, 第3页。
同上(阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国), 同上, 第114页。
同上(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国), 初步反对意见, 判决, 《1998年国际法院汇编》, 第9页。
同上(阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国), 同上, 第115页。
同上(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国), 1999年6月29日的命令, 《1999年国际法院汇编》, 第975页。
同上(阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国), 同上, 第979页。
- 洛伊齐杜案 洛伊齐杜诉土耳其案, 欧洲人权法院, *Series A: Judgments and Decisions*, vol. 310 (初步反对意见), 1995年3月23日的判决(欧洲委员会, 斯特拉斯堡, 1995年)和1996年12月18日的判决(案情), *Reports of Judgments and Decisions 1996-VI* (欧洲委员会, 斯特拉斯堡, 1995年)。
- “荷花”号案 “荷花”号案, 1927年第9号判决, 《常设国际法院汇编》A辑, 第10号。
- “卢西塔尼亚”号案 在“卢西塔尼亚”号案(美国/德国)中的意见, 1923年11月1日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第七卷(出售品编号: 1956.V.5), 第32页起)。
- “马努巴”号案 “马努巴”号案(法国/意大利), 1913年5月6日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷(出售品编号: E/F.61.V.4), 第463页)。
- 尼加拉瓜和洪都拉斯间在加勒比海的海洋划界案 尼加拉瓜和洪都拉斯间在加勒比海的海洋划界案(尼加拉瓜诉洪都拉斯), 2000年3月21日的命令, 《2000年国际法院汇编》, 第6页。

案 件	决定的性质和来源
卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题案	卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题案, 1999 年 2 月 17 日的命令, 《1999 年国际法院汇编》, 第 3 页。
马夫罗马蒂斯案	马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案, 1924 年第 2 号判决, 《常设国际法院汇编》A 辑, 第 2 号。
麦克尼尔案	威廉·麦克尼尔案(大不列颠诉墨西哥合众国), 1931 年 5 月 19 日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第 164 页)。
梅尔杰索赔案	梅尔杰索赔案, 意大利—美国调解委员会, 1955 年 6 月 10 日(《国际法报告》, 第 22 卷(1958), 第 443 页)。
尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案	尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国), 案情, 判决, 《1986 年国际法院汇编》, 第 14 页。
货币黄金案	1943 年从罗马运走的货币黄金案, 判决, 《1954 年国际法院汇编》, 第 19 页。
“塞加”号(2 号)案	“塞加”号(2 号)案(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚), 国际海洋法法庭, 1999 年 7 月 1 日的判决(《国际法律资料》, 第 38 卷, 第 5 号(1999 年 9 月), 第 1323 页)。
纳米比亚案	南非不顾安全理事会第 276 (1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果案, 咨询意见, 《1971 年国际法院汇编》, 第 16 页。
瑙里拉案	葡萄牙殖民地案(瑙里拉事件), (《国际仲裁裁决汇编》, 第二卷(出售品编号: 1949.V.1), 第 1011 页)。
尼加拉瓜诉洪都拉斯案	尼加拉瓜诉洪都拉斯案, 中美洲法院, 2000 年 1 月 17 日的判决。
北喀麦隆案	北喀麦隆案, 判决, 《1963 年国际法院汇编》, 第 15 页。
诺特博姆案	诺特博姆案, 第二阶段, 判决, 《1955 年国际法院汇编》, 第 4 页。
核试验案	核试验案(澳大利亚诉法国), 判决, 《1974 年国际法院汇编》, 第 253 页。 同上(新西兰诉法国), 同上, 第 457 页。
石油平台案	石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国), 初步反对意见, 判决, 《1996 年国际法院汇编》, 第 803 页。 同上, 反诉, 1998 年 3 月 10 日的命令, 《1998 年国际法院汇编》, 第 190 页。
帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案	帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案, 1939 年判决, 《常设国际法院汇编》A/B 辑, 第 76 号, 第 4 页。
巴拉圭诉美国案	《维也纳领事关系公约》案(巴拉圭诉美利坚合众国), 临时措施, 1998 年 4 月 9 日的命令, 《1998 年国际法院汇编》, 第 248 页。

案 件	决定的性质和来源
摩洛哥磷酸盐案	摩洛哥磷酸盐案, 1938 年的判决, 《常设国际法院汇编》A/B 辑, 第 74 号, 第 10 页。
皮诺切特案	雷吉娜诉鲍街都市受薪裁判官, 皮诺切特·乌加特一方诉讼(3 号)案, 英格兰, 上议院, 1999 年 3 月 24 日, 《国际法报告》, 第 119 卷。
“彩虹勇士”号案	关于新西兰和法国就“彩虹勇士”号事件所产生问题的分歧案, 联合国秘书长 1986 年 7 月 6 日的裁断(《国际仲裁裁决汇编》, 第十九卷(出售品编号: E/F.90.V.7), 第 197 页起)。
赔偿案	执行联合国职务时遭受伤害赔偿案, 咨询意见, 《1949 年国际法院汇编》, 第 174 页。
请求解释 1998 年 6 月 11 日对喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案所作判决案	请求解释 1998 年 6 月 11 日对喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案所作判决案, 初步反对意见(尼日利亚诉喀麦隆), 判决, 《1999 年国际法院汇编》, 第 31 页。
对《灭绝种族罪公约》提出的保留案	对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留案, 咨询意见, 《1951 年国际法院汇编》, 第 15 页。
对死刑的限制案	对死刑的限制(《美洲人权公约》第 4(2)和第 4(4)条)案, 美洲人权法院 1983 年 9 月 8 日咨询意见 OC-3/83, Series A, No. 3。
俄国赔偿金案	俄国赔偿金案, 1912 年 11 月 11 日的裁决(《国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷(出售品编号: 61.V.4), 第 421 页起)。
塞尔牟尼案	塞尔牟尼诉法国案, 欧洲人权法院, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, 1999 年 7 月 28 日的判决(欧洲委员会, 斯特拉斯堡, 1999 年)。
西南非洲案	西南非洲案, 初步反对意见, 判决, 《1962 年国际法院汇编》, 第 319 页。 同上(第二阶段), 判决, 《1966 年国际法院汇编》, 第 6 页。
利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案	利吉丹岛和西巴丹岛的主权归属案(印度尼西亚/马来西亚), 1998 年 11 月 10 日的命令, 《1998 年国际法院汇编》, 第 429 页。 同上, 2000 年 5 月 11 日的命令, 国际法院。
“温布尔登”号案	“温布尔登”号案, 1923 年的判决, 《常设国际法院汇编》A 辑, 第 1 号。
塔迪奇案	检察官诉杜什科·塔迪奇案, 第 IT-94-1-A 号案, 前南斯拉夫问题国际法庭, 1999 年 7 月 15 日的判决(《国际法律资料》, 第 38 卷, 第 6 号(1999 年 11 月), 第 1518 页)。
柏威夏寺案	柏威夏寺案, 案情, 判决, 《1962 年国际法院汇编》, 第 6 页。
领土争端案	领土争端案(阿拉伯利比亚民众国/乍得), 判决, 《1994 年国际法院汇编》, 第 6 页。
德士古案	德士古海外石油公司和加利福尼亚亚洲石油公司诉阿拉伯利比亚共和国政府(1977 年)案, 《国际法报告》, 第 53 卷(1979), 第 389 页。

案 件	决定的性质和来源
美国驻德黑兰外交和 领事人员案	美国驻德黑兰外交和领事人员案，命令，《1979年国际法院汇编》，第7页。 同上，判决，《1980年国际法院汇编》，第3页。
贝拉斯克斯·罗德里格斯案	美洲人权法院，贝拉斯克斯·罗德里格斯案补偿性损害赔偿案(《美洲人权公约》第63条第1款)，1989年7月21日的判决，Series C No. 7。
“扎菲罗”号案	厄恩肖等(大不列颠)诉美国案(“扎菲罗”号案)。《国际仲裁裁决汇编》，第六卷(出售品编号：1955.V.3)，第160页。

本卷所引用的多边文书

来源

和平解决国际争端

- 《和平友好一般条约》[英](1907年12月20日,哥伦比亚特区华盛顿) 《美国国际法学报》(增刊), vol. 2 (1908), 第219页。
- 《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(《凯洛格-白里安公约》)[英](1928年8月27日,巴黎) 国际联盟,《条约汇编》,第九十四卷,第2137号,第57页。

友好关系与合作

- 《美洲国家间互助条约》[英](1947年9月2日,里约热内卢) 联合国,《条约汇编》,第21卷,第324号,第77页。
- 《北大西洋公约》[英](1949年4月4日,华盛顿) 同上,第34卷,第541号,第243页。
- 《友好合作互助条约》(《华沙条约》)[俄](1955年5月4日,华沙) 同上,第219卷,第2962号,第3页。

特权和豁免、外交领事关系

- 《联合国特权和豁免公约》(1946年2月13日,纽约) 同上,第1卷,第4号,第15页和第90卷,第327页(第1卷的更正)。
- 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日,维也纳) 同上,第500卷,第7310号,第95页。
- 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日,维也纳) 同上,第596卷,第8638号,第261页。
- 《欧洲领事职权公约》[英](1967年12月11日,巴黎) 同上,第48642号。
- 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(1975年3月14日,维也纳) 联合国,《1975年法律年鉴》[英](出售品编号: E.77.V.3), 第87页。

人权

- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日,纽约) 同上,《条约汇编》,第78卷,第1021号,第277页。

- 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)[英](1950年11月4日,罗马) 同上,第213卷,第2889号,第221页。
- 《保护人权与基本自由公约关于公约所建管制机制结构改革问题的第11号议定书》[英](1994年5月11日,斯特拉斯堡) 同上,第2465卷,第2889号,第203页。
- 《保护人权与基本自由公约关于禁止歧视的第12号议定书》[英](2000年3月20日,巴黎) 同上。
- 《欧洲社会宪章》[英](1961年10月18日,都灵) 同上,第529卷,第7659号,第89页。
- 《劳工组织机器防护公约》[英](第119号)(1963年6月25日,日内瓦) 同上,第532卷,第7717号,第159页。
- 《经济、社会、文化权利国际公约》[旧译《经济、社会、文化权利国际盟约》](1966年12月16日,纽约) 同上,第993卷,第14531号,第3页。
- 《公民权利和政治权利国际公约》[旧译《公民及政治权利国际盟约》](1966年12月16日,纽约) 同上,第999卷,第14668号,第171页。
- 《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》(1976年3月23日,纽约) 同上。
- 《欧洲领养儿童公约》[英](1967年4月24日,斯特拉斯堡) 同上,第634卷,第9067号,第255页。
- 《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)[英](1969年11月22日,圣何塞) 同上,第1144卷,第17955号,第123页。
- 《消除对妇女一切形式歧视公约(消除对妇女歧视公约)》(1979年12月18日,纽约) 同上,第1249卷,第20378号,第13页。
- 《个人数据自动化处理中保护个人公约》[英](1981年1月28日,斯特拉斯堡) 同上,第1496卷,第25702号,第65页。
- 《非洲人权和人民权利宪章》[英](1981年6月27日,内罗毕) 同上,第1520卷,第26363号,第217页。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1966年12月16日,纽约) 同上,第1465卷,第24841号,第85页。
- 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年12月18日,纽约) 同上,第2220卷,第39481号,第3页。
- 《欧洲区域或少数民族语言宪章》[英](1967年4月24日,斯特拉斯堡) 同上,第2044卷,第35358号,第575页。

难民和无国籍人

- 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(1930年《海牙公约》)[英](1930年4月12日,海牙) 国际联盟,《条约汇编》,第一百七十九卷,第4137号,第89页。
- 《关于难民地位的公约》[英](1951年7月28日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》,第189卷,第2545号,第137页。
- 《关于难民地位的议定书》[英](1967年1月31日,纽约) 同上,第606卷,第8791号,第267页。
- 《减少无国籍状态公约》(1961年8月30日,纽约) 同上,第989卷,第14458号,第175页。
- 《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》[英](1963年5月6日,斯特拉斯堡) 同上,第634卷,第9065号,第221页。
- 《欧洲国籍公约》[英](1997年11月6日,斯特拉斯堡) 同上,第2135卷,第37248号,第213页。

国际贸易与发展

- 《统一支票法公约》[英](1931年3月19日,日内瓦) 国际联盟,《条约汇编》第一百四十三卷,第3316号,第355页。
- 《关税及贸易总协定》[英](1947年10月30日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》,第55卷,第814号,第187页。
- 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》[英](1965年3月18日,华盛顿) 同上,第575卷,第8359号,第159页。
- 《第四号非加太—欧共同体协定》(《洛美协定》)[英](1989年12月15日,洛美) 同上,第1924卷,第32847号,第3页。

杂项刑事问题

- 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日,罗马) 同上,第2187卷,第38544号,第3页。

海洋法

- 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日,蒙特哥湾) 同上,第1833卷,第31363号,第3页。
- 《执行1982年12月10日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定的协定》(1995年8月4日,纽约) 同上,第2167卷,第37924号,第3页。

武装冲突中适用的法律

- 《限制使用武力以索偿合同债务公约》(《波特公约》)
[英](1907年10月18日,海牙) J. B. Scott 编, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, 3rd edition (New York, Oxford University Press, 1918), 第 89 页。
- 《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》(1949年8月12日,日内瓦) 联合国,《条约汇编》,第 75 卷,第 970-973 号,第 31 页起。
- 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》[英] 同上,第 970 号,第 31 页。
- 《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》[英] 同上,第 971 号,第 85 页。
- 《关于战俘待遇之日内瓦公约》[英] 同上,第 972 号,第 135 页。
- 《关于战时保护平民之日内瓦公约》[英] 同上,第 973 号,第 287 页。
- 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)和《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)(1977年6月8日,日内瓦) 同上,第 1125 卷,第 17512-17513 号,第 3 和第 609 页。
- 《对日和平条约》[英](1951年9月8日,旧金山) 同上,第 136 卷,第 1832 号,第 45 页。
- 《重建独立和民主奥地利的国家条约》[英](1955年5月15日,维也纳) 同上,第 217 卷,第 2949 号,第 223 页。

条约法

- 《维也纳条约法公约》(1969年《维也纳利比亚》)(1969年5月23日,维也纳) 联合国,《条约汇编》,第 1155 卷,第 18232 号,第 331 页。
- 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1978年《维也纳公约》)(1978年8月23日,维也纳) 同上,第 1946 卷,第 33356 号,第 3 页。
- 《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986年《维也纳公约》)(1986年3月21日,维也纳) A/CONF.129/15 号文件。

赔偿责任

- 《外空物体所造成损害之国际责任公约》[英](1972年3月29日,伦敦、莫斯科、华盛顿) 同上,第 961 卷,第 13810 号,第 187 页。

环境与自然资源

- 《远距离越境空气污染公约》[英](1979年11月13日,日内瓦) 同上,第1302卷,第21623号,第217页。
- 《及早通报核事故公约》(1985年3月22日,维也纳) 同上,第1439卷,第24404号,第275页。
- 《越境环境影响评估公约》[英](1991年2月25日,埃斯波) 同上,第1989卷,第34028号,第309页。
- 《生物多样性公约》(1992年6月5日,里约热内卢) 同上,第1760卷,第30619号,第79页。
- 《国际水道非航行使用法公约》(1997年5月21日,纽约) 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第49号》,第三卷,第51/229号决议,附件。

杂项

- 《国际货币基金组织协定条款》[英](1945年12月27日,华盛顿) 联合国,《条约汇编》,第2卷,第20号,第39页。
- 《南极条约》[英](1959年12月1日,华盛顿) 同上,第402卷,第5778号,第71页。
- 《承认及执行民商事外国判决的公约》[英](1971年2月1日,海牙) 同上,第1144卷,第17957号,第249页。
- 《关于信托的法律适用及其承认的公约》[英](1985年7月1日,海牙) 同上,第1664卷,第28632号,第311页。
- 《关于犯罪收益的清洗、搜查、扣押和没收问题的公约》[英](1990年11月8日,斯特拉斯堡) 同上,第1862卷,第31704号,第69页。
- 《欧洲联盟条约》(《马斯特里赫特条约》)[英](1992年2月7日,马斯特里赫特) 同上,第1757卷,第30615号,第3页。
- 《经欧洲联盟条约修正的建立欧洲共同体条约》(《建立欧洲共同体条约》)[英](1957年3月25日,罗马) 欧洲联盟, *Selected Instruments taken from the Treaties*, book I, vol. I (Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995), 第101页。
- 《修正欧洲联盟条约、建立欧洲共同体的各项条约和若干有关文件的阿姆斯特丹条约》(《阿姆斯特丹条约》)[英](1997年10月2日,阿姆斯特丹) 联合国,《条约汇编》,第47936号。

来源

- 《欧洲联盟条约合并文本》[英](1997年10月2日, 阿姆斯特丹) *Official Journal of the European Communities*, No. C340, vol. 40 (10 November 1997), 第145页。
- 《建立欧洲共同体条约合并文本》[英](1997年10月2日, 阿姆斯特丹) 同上, 第173页。
- 《美洲国家反腐败公约》[英](1996年3月29日, 加拉加斯) E/1996/99号文件。
- 《反腐败刑法公约》[英](1999年1月27日, 斯特拉斯堡) 联合国, 《条约汇编》, 第2216卷, 第39391号, 第225页。
- 《反腐败民法公约》[英](1999年11月4日, 斯特拉斯堡) 同上, 第2246卷, 第39988号, 第3页。

第五十二届会议文件一览表

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/502 和 Add.1 和 2	填补委员会的临时空缺[《国际法委员会章程》第 11 条]: 秘书处的说明	转载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。
A/CN.4/503	第五十二届会议临时议程	油印件。通过的议程见本卷第八页。
A/CN.4/504 和 Add.1	秘书处编制的关于大会第五十四届会议期间第六委员会辩论的专题摘要	油印件。
A/CN.4/505	关于国家单方面行为的第三次报告: 特别报告员维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生	转载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。
A/CN.4/506[和 Corr. 1]和 Add.1	关于外交保护的第一次报告: 特别报告员约翰·杜尔加德先生	同上。
A/CN.4/507 和 Add.1[和 Add.1/Corr.1], Add.2[和 Add.2/Corr.1 和 2], Add.3 [和 Add.3/Corr.1]和 Add.4	关于国家责任的第三次报告: 特别报告员詹姆斯·克劳福德先生	同上。
A/CN.4/508 和 Add.1-4	关于对条约的保留的第五次报告: 特别报告员阿兰·佩莱先生	同上。
A/CN.4/509	国际法不加禁止的行为所生产的损害性后果的国际责任(预防危险活动造成的越境损害): 各国政府提出的评论和意见: 秘书长的报告	同上。
A/CN.4/510	关于国际法不加禁止的行为所生产的损害性后果的国际责任(预防危险活动的越界损害)的第三次报告: 特别报告员彭马拉朱·斯雷尼瓦萨·拉奥提出	同上。
A/CN.4/511	国家单方面行为: 各国政府对问题单的答复: 秘书长的报告	同上。
A/CN.4/L.590	国际法委员会第五十二届会议工作报告草稿: 第一章(导言)	油印件。通过的案文, 见《大会正式记录, 第五十五届会议, 补编第 10 号》(A/55/10)。最终文本载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。
A/CN.4/L.591	同上, 第二章(委员会第五十二届会议工作摘要)	同上。
A/CN.4/L.592	同上, 第三章(委员会乐意听取评论的具体问题)	同上。
A/CN.4/L.593[和 Corr.1]和 Add.1-6	同上, 第四章(国家责任)	同上。
A/CN.4/L.594	同上, 第五章(外交保护)	同上。

文 件	标 题	备注和参考资料
A/CN.4/L.595 和 Add.1	同上, 第六章(国家的单方面行为)	同上。
A/CN.4/L.596 和 Add.1-4	同上, 第七章(对条约的保留)	同上。
A/CN.4/L.597	同上, 第八章(关于国际法不加禁止的行为所生产的损害性后果的国际责任(预防危险活动的越界损害))	同上。
A/CN.4/L.598 和 Add.1	同上, 第九章(委员会的其他决定和结论)	同上。
A/CN.4/L.599	对条约的保留: 起草委员会所通过准则草案的标题和案文: 准则 1.1.8、准则 1.4.6[1.4.6、1.4.7]、准则 1.4.7 [1.4.8]、准则 1.7、准则 1.7.1 [1.7.1、1.7.2、1.7.3、1.7.4]、准则 1.7.2 [1.7.5]	见第 2640 次会议的简要记录 (第 61 段)。
A/CN.4/L.600	国家责任: 起草委员会暂时通过的条款草案	油印件。案文, 见《大会正式记录, 第五十五届会议, 补编第 10 号》(A/55/10)。最终文本载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第四章, 附件。
A/CN.4/SR.2612- A/CN.4/SR.2664	第 2612 至 2664 次会议的临时简要记录	油印件。最终文本载于本卷。

国际法委员会

第五十二届会议第一期会议简要记录

2000年5月1日至6月9日在日内瓦举行

第 2612 次会议

2000年5月1日，星期一，下午3时10分

离任主席：兹齐斯拉夫·加利茨基先生

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

会议开幕

1. 离任主席宣布国际法委员会第五十二届会议开幕，并回顾说，根据委员会的愿望，本届会议将分两期举行。他向委员会所有委员表示欢迎，并感谢他们在上届会议期间向他提供的合作和支持。

2. 他按任务规定参加了大会第六委员会的各次会议，专题摘要(A/CN.4/504 和 Add.1)反映了各次会

议对委员会第五十一届会议工作报告的精彩讨论。遗憾的是，由于他的专业义务，他不能参加与委员会保持关系的区域机构的会议。但应他的要求，哈夫纳先生代表委员会参加了亚非法律磋商委员会2000年2月19日至23日在开罗举行的第三十九届会议，他就委员会工作的发言受到欢迎，引起了浓厚兴趣。

选举主席团成员

委员会以鼓掌方式选举山田先生为主席。

山田先生就任主席。

3. 主席感谢委员会委员对他表示信任，选举他担任主席的职务。他将尽力做好这项工作，以证明他本人不辜负委员们对他的信任，但他知道他履行任务时，能指望委员会委员合作和秘书处协助。

委员会以鼓掌方式选举卡姆托先生为第一副主席。

委员会以鼓掌方式选举托姆卡先生为第二副主席。

委员会以鼓掌方式选举加亚先生为起草委员会主席。

委员会以鼓掌方式选举罗德里格斯·赛德尼奥先生为报告员。

通过议程(A/CN.4/503)

4. 主席请委员会通过临时议程(A/CN.4/503)。

临时议程通过。

本届会议的工作安排

[议程项目 2]

5. 主席建议休会，让扩大主席团开会，审议本届会议的工作安排问题。

下午 3 时 40 分休会，下午 4 时 35 分复会。

填补临时空缺(《章程》第 11 条)
(A/CN.4/502 和 Add.1 和 2)

[议程项目 1]

6. 主席宣布，扩大主席团的建议要求委员会填补两个临时空缺。根据惯例，他宣布休会，以便召开非公开会议，举行选举。

下午 4 时 45 分休会，下午 5 时复会。

7. 主席宣布，委员会选出卡米勒·伊德里斯先生填补因杜杜·锡亚姆先生去世而造成的空缺，选出贾姆契德·蒙塔兹先生填补因奥恩·哈苏奈先生入选国际法院而造成的空缺。他代表委员会通知新当选的委员，请他们在委员会就职。

本届会议的工作安排(续)

[议程项目 2]

8. 佩莱先生说，他不赞成委员会 5 月 1 日开始工作，这一天是非宗教性的国际假日，除瑞士和联合国外，世界其他地区都承认。这样做是完全不正常的，特别是因为联合国必须庆祝与它无关的节日。他也不赞成他得到的标牌上印上英文缩写“ILC”。这在座落于瑞士，一个说法语的国家，的国际组织中是不可接受的。

下午 5 时 10 分散会。

第 2613 次会议

2000 年 5 月 2 日，星期二，上午 10 时 10 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、梅莱斯卡努先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

本届会议的工作安排(续)

[议程项目 2]

1. 主席回顾说，委员会在上次会议通过了今后两星期的工作方案。他请委员通知起草委员会主席加亚先生或规划小组主席卡姆托先生，说他们有意参加起草委员会或规划小组的工作。起草委员会将首先处理国家责任条款。

国家责任¹ (A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告

2. 克劳福德先生(特别报告员)在介绍他的关于国家责任的第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)时说，今年早些时候在联合王国剑桥举行的非正式会议加速了他对若干问题的考虑，他对与会者表示感激。国际法协会成立了一个国家责任研究组，现已提出了第一次

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

报告。研究组由若干著名法学家组成，包括该专题前特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生。

3. 第三次报告使委员会着手重新审议条款草案第二部分。该报告可进一步细分为两个部分。一部分阐述赔偿、恢复原状和补偿的确切内容，尤其着重补偿条款是否应该更为详细，以便回答各国政府提出的批评。另一部分将叙述所涉责任问题、不只一个国家而是若干国家为受害国的情况和审议前两次报告时所出现的任何问题。他重申自己承诺，也希望委员会做出同样承诺，在 2001 年委员会第五十三届会议上完成条款草案的二读。为了实现该目标，起草委员会可在本届会议结束时提出一个文本，暂时搁置争端的解决问题，以便委员会可在第五十三届会议上对整个案文和评注润色：这是一个宏大的方案，但却是可行的方案。

4. 第三次报告第一章 A 节查明了条款草案第一部分悬而未决的四个问题：违背对整个国际社会承担的义务的国家责任(第 19 条)、用尽当地救济条款的拟订(第 22 条)和反措施条款的拟订(第 30 条)以及是否可能插入一种例外情况，即把不履行义务也作为一种解除行为不法性的情况。这四个问题也与条款草案第二部分有关，因此直到第二部分的有些方面决定后才能最终解决。在若干情况中，尤其是在第 42 条第 4 款，第二部分重复了第一部分的材料。这样做没有必要，引起人们怀疑第一部分关于违背国际义务的原则是否适用于第二部分所述的国际义务。然而，必须假定它们适用。

5. 报告处理了两个相互关联的问题：第二部分第一章(一般原则)的内容，条款草案其余部分的整个结构和处理办法。除了一般原则外，第二部分规定了受害国的权利、反措施和国际罪行的后果。第三部分叙述了争端的解决。已暂时决定不在采取反措施与争端的解决之间确立联系。因此第三部分应暂时搁置。一旦整个草案获得通过，争端的解决可从广义上加以审议，草案要采纳的形式亦可如此。如果不作为一项公约提交大会，那么增加争端解决条款显然没有意义。他怀疑此类条款是否会被接受，因为案文几乎涵盖了国家的全部义务。

6. 报告第 7 段(b)和(c)分段体现了一个普通法从业人士在处理第二部分的材料时经历的困难。在普通法中，这些材料被视为救济法的一部分。其中大部分材料是从法院的权力或职能角度进行阐述的。另

一方面，条款草案是从有关国家的义务和特权的角度拟订的，符合国际法中采取的传统办法，其中司法解决取决于国家的同意。这种办法要求这些条款从明确的权利角度拟订，或者说，要自始至终加上“酌情”的字眼。这种不便适用的措词引起不同法律传统的各国政府的批评，理由是这些条款不是过于死板就是太含糊其词而缺乏内容。该问题现在无法纠正，但在将来的起草工作中必须铭记这一点。

7. 报告第 8 段和第 9 段提出了改善第二部分结构的若干提议，还有主要理由。目前的标题，“国际责任的内容、形式与程度”，不容易被多数国际法理解，可用更直截了当的措辞“一国国际不法行为的法律后果”取代，这符合国家责任系产生于违背行为的次要法律后果的传统意见。

8. 第二部分第一章的标题虽然称为“一般原则”，但一条原则也没有。因此应该像第一部分第一章那样列入一些原则。也应该有一章阐述三种形式的赔偿：恢复原状、补偿和抵偿。停止概念目前放在第一部分第二章。它不是一种赔偿形式，应放在第一部分作为一般原则加以拟订，与赔偿一般原则并列。这样将能够在第二部分第二章解释何为恢复原状、补偿和抵偿，而不必具体说明在它们之间作选择的方式。在基于霍茹夫工厂案(管辖权)而确定的惯例下，不法行为国的基本义务是作为作出赔偿的义务来处理的。该一般原则的内容因受害国的情况或自身过失而异。他打算在报告第二部分处理的另一问题是，当几个国家对单一不法行为负责或受这单一不法行为伤害时，如何处理这些情况。

9. 应该考虑另外增加两个部分。首先他坚信，应该增加一个关于一般规定的第四部分，在此部分中，除其他内容外，应特别列入关于特别法的规定。关于新增部分争议更大的提案是将国际不法行为对责任国的法律后果与违约行为为主要受害者，或在某些情况中其他国家，对这些后果的援引进行区分。这一区分将消除第 40 条造成的一些混淆。因此他提议增加第二部分之二，将其标题定为“履行国家责任”。前特别报告员罗伯托·阿戈在工作初期阶段也有同样的想法，认为该部分也可以包含外交保护，以之作为一个国家在其国民遭到伤害时援引另一国的责任的办法。

10. 第 40 条回答了谁有权处理违约行为的一般问题，但回答得令人很不满意。《维也纳条约法公

约》(以下简称“1969年《维也纳公约》”)包含了丧失援引终止或停止施行一项条约的理由的权利。按平行推理,第二部分之二有理由列入一条关于丧失援引责任的规定的规定。再者,反措施可被视为援引责任的一种形式。之所以对一个国家采取反措施是因为它拒绝承认责任和拒绝停止不法行为。因此,反措施列在履行责任标题下,而不是赔偿形式的标题之下。此外,第19条处理的问题一般来说可称作援引对整个国际社会的责任。

11. 出于这些原因,他提议其余实质性条款仍采用第10段提出的结构。这一提案绝对不是最终案文,且仅供讨论之用。在第40条,大量问题纠缠在一起,建议的结构旨在理顺它们。

12. 关于拟题为“一国国际不法行为的法律后果”的第二部分,他感谢佩莱先生在剑桥会议上提出的提案。四项一般原则可列入第二部分第一章:国际不法行为引起法律后果的原则;现在载于第42条的赔偿的一般原则;停止问题;和在第40条之下提出的问题。

13. 第36条第1款只是关于国家的国际责任的正式导言性条款。没有任何政府认为它没有必要而加以反对。正如布朗利先生指出的,联系条款有时是需要的。然而,赔偿的一般原则是一较复杂的问题。整个条款草案将它拟订为受害国的一项权利。法国建议以所有责任都是不法行为国对受害国的责任的主张为出发点。³特别报告员阿戈赞成将责任作为一个国家违反义务产生的后果来处理,仅在界定了该义务后才处理责任的后果。⁴换言之,受害国概念可作为逻辑结构的开端或结尾提出,但第40条干脆将它放在中间,随后又没有给出任何论证。这引起了严重问题。

14. 此外,在对若干国家或整个国际社会的责任框架内,查明受害国的权利意味着该受害国是所涉及的唯一国家。委员会曾说它并非简单地将多边义务“双边化”,但它所做的却正是如此,因为它没有履行早些时候的承诺,结果是这方面出现了根本不协调的案

文。他提议予以修改,不是按照“法国方式”,而是按照“阿戈方式”,换言之,保留第一部分第一章所载的基本责任概念,将它移到第二部分,让第三部分处理援引问题。目前的条款草案没有处理其在第40条处理多边义务并将它们单独归属单个国家而引起的问题,从而造成了令人无法容忍的情况。根据目前措词的第40条,违反人权行为的主要受害者可以接受补偿并视该问题已经解决;其他国家有权以反措施方式进行干预。正如若干政府已经指出的,事实不可能如此。他提议以下列方式处理该问题;在第二部分中处理一般原则,第二章处理赔偿内容;并从第一部分确定的国家,即责任国,的义务的方面加以拟定。这样做不会损失任何内容;而得到的大量好处是可以将谁怎样处置该国的问题押后处置。这放在第二部分较后一节处理还是放在他提议的第二部分之二处理,是次要问题。分析切入点至关重要:要么从责任相对另一国家而产生的概念着手;要么贯彻阿戈概念,即就不法行为而言,先有责任,后有法律(这是载于条款草案第1和第3条的概念),二者必居其一,然后贯彻到底,至少贯彻到不法行为的直接后果。这就是在一般意义的赔偿义务和停止义务两方面必做的。

15. 他主张赔偿的一般原则应拟定为犯下国际不法行为的国家以适当形式对该行为的后果进行赔偿的义务。当然,第42条第1款关于受害国权利提法中已包含了此种原则。但实行这样一种一般原则会引起若干问题。第一个问题涉及因果关系。特别报告员阿兰焦-鲁伊斯对该问题有强烈的看法,阿兰焦-鲁伊斯在第42条的评注中提出,认为如果不法行为的特定后果还因其他情况而产生,即还有并存原因,该国仅应该对损失负一定程度的责任。⁵对此,他本人不同意。一国对其行为的直接或相近后果负责。诚然,在此情形中难以说明应使用哪一个形容词。不同的法律制度使用不同的术语,但它们均对不法行为直接产生的后果与人类一般行为引起的长期副作用的结果,即意外结果相区别。

16. 他认为没有理由偏离以这种方式处理因果关系的传统。他提议条款草案用简单的语言实现该目的,铭记一位法律学者的告诫:特定措辞不能解决问题,问题只有在对特定事实适用特定规则时才能解决。然而,显而易见的是,就损害的远遥或直接

³ 见《1998年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/488和Add.1-3号文件。

⁴ 第二次报告(《1970年……年鉴》[英],第二卷,第192页,A/CN.4/233号文件)。

⁵ 见原第6条之二评注第(6)段(《1993年……年鉴》,第二部分(第二部分),第65页)。

或无论人们怎么称呼它来说，问题的确存在。这需要恰当予以表述，评注也要作相应修改。当然，在有些情形中，实际上需要动用法律来裁定某些后果仅可能产生于特定类型的违约行为，而相对其他类型的违约行为而言，法律可能更加严厉。这一概念必须纳入一般条款，至少必须纳入一般术语。

17. 第 42 条第 3 款即“在任何情况下，赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段”，之所以列入草案，是因为前特别报告员担心给违法国带来过分的惩罚后果。它是在有关恢复原状的一些条款中反映出的一种顾虑。例如，如果与受害国要得到的好处相比，恢复原状是过于沉重的负担，那就没有义务恢复原状。因此，具体条款载有如何处理赔偿引起过分惩罚问题的办法。然而，前特别报告员以为也需要某种一般规定。第 42 条第 3 款的措辞遭到各国政府的强烈批评；只有德国出于历史上可以理解的原因予以支持。批评似乎有道理。赔偿可能采取的形式、时机和方式问题很有可能受到责任国立场的影响。此外，在极端情形中，如俄国赔偿金案，一个国家可以将赔偿推迟到有能力支付之时。但除了第一次世界大战结束时赔偿付款失败外，历史上没有出现需要此种类型的担保的情况。此外，列入这样一种担保造成巨大问题。原则上，赔偿要求一个国家将某物恢复原状，而根据定义，某物不是它自己的谋生手段，而是别人的，即别人的领土或财产。可能出现的种种问题可在方式层次上触及。

18. 出于这些原因，他提议删除第 42 条第 3 款并处理在第二章具体赔偿形式背景下提出的问题。正如霍茹夫工厂案所述，基本原则是责任国应对其不法行为的后果作赔偿；只要该措辞中包含某种“直接和不过分遥远”的概念，就没有理由担心赔偿要求会使该国丧失其谋生手段。每年国际债务安排中结清的国家负债要比赔偿付款产生的负债大得多。而且，因为这些理由，第 42 条第 3 款解决的问题不如制造的问题多。

19. 根据第 42 条第 4 款，犯下国际不法行为的国家不能援引其国内法规定作为不提供充分赔偿的理由。然而，草案第 4 条已阐明了这一点。因此，他在第 119 段中提议，第二部分第一章，即第 37 条之二第 1 和第 2 款，应增加一条一般原则。

20. 停止的一般原则以两种略有不同的形式出现在第 36 条第 2 款和第 41 条。他同意草案中关于这两

条相互联系，应单独构成一条的主要思想，但主张用稍有不同的措辞。

21. 第一个问题是违约行为对主要义务的后果。如果主要义务不复存在，就没有停止行为的义务。某些情况不产生停止问题，最明显的是对双边条约的重大违反，因另一国以此作为中止该条约的理由。这一点需要以保留条款形式提出，但它是一个重要问题。

22. 关于停止这个较正面的问题(第 41 条)，对这项规定有意见的国家不多。但是文献有观点认为，停止系主要义务的后果，而不是违约行为的次要后果，因而不属于草案范畴的意见。他试图在报告第 50 段解释他为何不同意这一意见。停止概念仅在违约行为发生后产生。它也许是次要后果，不过在方式上与赔偿不尽相同，但它肯定是违约行为的后果。此外，停止与违约行为的其他后果，例如与反措施(但不局限于它)之间有关系。其次并且最重要的是，就条款草案而言，在引起问题的多数国家责任案例中，国家的主要关切不是从违约行为中将获得多少金钱赔偿，而是如何停止不法行为和恢复违约行为破坏了的法律关系。这就是为什么诸如声明等救济在国家责任案件中发挥了如此重要作用的原因。省略关于停止的条款会歪曲国家责任的现实。

23. 措辞问题仍未解决。法国曾提出一种提法，他已经将它列入第 52 段。为了讨论目的，他提出了略有不同的措辞，其中考虑到了停止问题只有在主要义务继续生效时才产生的事实。这载于报告第 119 段第 36 条之二。停止的一般原则应首先阐述，因为从逻辑上讲它先于赔偿：现实中将会有这样的情况，违约行为引起责任国的注意，责任国立即停止该行为，使问题不再发展。他在拟订停止义务时参考了持续不法行为的概念，其中也谈到正确地保留在草案第一部分的停止概念。

24. 要讨论的第二个问题是承诺和保证不重复。前特别报告员阿兰焦—鲁伊斯将它作为一种违约行为的独特后果来处理，意识到确切来说它不是一个赔偿问题，因为根据定义，人们讨论的是将来而不是过去。阿兰焦—鲁伊斯先生分开确定承诺和保证概念的做法极其有用。国际不法行为的后果主要有两方面：一个指向未来和一个指向过去。指向未来的是停止和承诺与保证不重复，当然在两种情况中假定义务继续存在。另一方面是赔偿，即弥补违约造成的损

害。这是处理该问题的联贯方式，在处理停止概念的条款中列入承诺和保证同样恰当。毕竟，谋求停止的国家希望得到保证，恢复被违约行为破坏了的法律关系。这里必须符合两个条件：第一停止违约行为；第二酌情保证违约行为不再重复。然后法律关系才恢复，而不影响违约行为产生的赔偿问题。

25. 在有些情况下，要求的承诺和保证异常严格；而在其他情况下仅作出允诺或许诺似乎就够了。尽管他早些时候对这种不精确的措辞提出批评，但他认为除了使用“适当”的字眼和插入“提供不再重犯的适当承诺和保证”的短语别无他途。

26. 他同意法国的意见：第 37 条和第 39 条是保留条款，可放在一般部分，但不能列入第 38 条。第 38 条涉及违约的其他后果，如果要使它有任何意义的话，就应留在原处。第 38 条意味着有一些具体规则处理具体违约情况中的后果，无论该具体规则是条约法或国际习惯法。这些规则当然适用，但它们根据特别法原则而适用；第 38 条没有必要这样规定。然而，第 38 条还暗示，根据国际法，违约行为还有其他一般后果，那部分的条文中没有规定予以阐述。第六委员会有可能会说，如果在 40 年以后，国际法委员会仍不知道它们是什么，那么第 38 条也许就没有必要了。评注确认了不法行为的两个后果，但对责任主题均没有任何影响。如果委员会可以精确地指出在国家责任领域国际不法行为的其他后果，那么它不妨试图说明它们是什么。保留第 38 条的唯一理由是侵权行为不得产生权利这一格言中体现的一般法律原则。该原则认为，当一个国家犯下不法行为，它不可能凭借该行为摆脱某一特定处境。这项一般法律原则可在不同情形中造成各种后果。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中援引了该原则，提出不能中止遭违反的双边条约对匈牙利产生的后果。法院在该案中提出的特定后果属于中止条约范畴而不是责任范畴，但可以想象，由于侵权行为不得产生权利原则的生成效果，法律义务可能会在具体情况中产生。因此，可能有理由保留第 38 条，并在评注中提出更有说服力的解释。他暂时提议将第 38 条放在方括弧内，希望委员会彻底解决。

27. 关于第 40 条，对“受害国”不能作简单的界定。它必须放在整个草案的背景下予以考虑，确定列入它会有什么样的后果。每个受害国有要求恢复原状、补偿与抵偿，也有权采取反措施，但奇怪的

是不能要求停止；然而，在受害国为若干个的情况下，有理由对停止和赔偿加以区别。

28. 第 40 条给人的印象是，提出了一整套概念，却未试图去说明它们如何相互关联。例如，令人感到极不寻常的是说，每个国家均受违背一般人权义务行为的损害，然后在最后加上国际罪行。正如一国所指出的是，第三款的规定，联系第 40 条来看，完全多余，因为如果发生了该条界定的国际罪行，那么第 40 条其他各款就已经够了。

29. 处理第 40 条的办法基本上有两种。一种是由委员会前委员巴兰达先生提出的办法，该办法在报告第 68 段的一个脚注中有详述。⁶ 它是一个十分简单的定义。其效果将会是在处理确认受害或受影响人等问题时，回头参照主要规则或国际法的一般实施情况。那将会是对主要规则和次要规则作的相当极端的区别，但它会完全站得住脚。另一办法将会是试图准确解释在多国或整个国际社会受到伤害的情形下，如何确定责任。问题是该条仅停留在两者之间，处于两不搭界的绝境。他提议，双边义务基本上采用巴兰达先生的解决办法；多边义务采用更详细和明确的解决办法。关于双边义务，巴兰特先生是绝对正确的，第 40 条第 2 款(a)、(b)、(c)和(d)项所述相当详尽的规定属多余；国际法会说明双边义务何时适用。委员会只要确认下列一点即可：如一国对另一国有义务，那么另一国已受违背该义务的行为损害。真正的问题在于多边义务，且不大在于对若干国家的内容可能相同的若干义务，而主要在于对一组国家、所有国家或整个国际社会的一项义务。第 40 条第 2 款(e)和(f)项和第 3 款处理了这一范畴的概念而没有在它们与其他概念之间作任何区别。这正是各种概念没有理清之处。

30. 要注意的第一点是，直到最近本来有可靠的理由声称：即使在一定意义上可能是对一组国家承担的义务，但当违约行为发生时，后果总是双边的。如果情况是如此，那么巴兰特先生对第 40 条所载定义的处理办法就是正确的。令人惊奇的是，甚至乌什科夫先生也持这种立场，尽管苏联执意支持国家

⁶ 他说：“委员会不是要冒着忽视某些可能的危险，审议公认一国受损害的每一种情况，而可以把受害国界定为因为可归于另一国的国际不法行为已经遭受物质或精神损害的国家。”（《1984 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1867 次会议，第 315-316 页，第 9 段）

罪行的概念。⁷ 然而，他自己认为这种处理办法再也不可能行得通了，原因有若干。

31. 第一，国际法院在巴塞罗那电车公司案中明确地说，存在着对整个国际社会的义务。尽管该国家是国际社会的一员并有权援引责任原则，但这些义务不是对任何单个国家承担的。相反，它们是对某个集体承担的。基本难题是，尽管这些义务在一定意义上是对集体承担的，但是没有集体可言。杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士在对纳米比亚案的反对意见中指出，国际社会作为一个整体不是一个单独的法律实体；无人有权代表它为一般目的行事。没有机关能像英美法系中检察长代表公共利益那样代表国际社会。

32. 所需要的是在国家不可能或不能有效和集体行动的情况下，设计一种对等物。这样做时必须首先区别违约行为的主要受害者和其他国家的合法利益。实际上，国际法院紧接在巴塞罗那电车公司案法律意见后在纳米比亚案中正是这样做的，其中国际法院指出该案中的违约行为(国际法院 1966 年拒绝对此案作裁决)是对西南非人民而不是任何国家的违约行为。国际法院在西南非洲案(第二阶段)中说，鉴于当时的情况，国际法院不打算裁断其他两个非洲国家有权援引南非对该违约行为的责任。然而，法院并没有说从法律上讲它们不能这样做；法院只是说，依据对早在 1920 年制订的管辖权规定的解释，它们没有得到这项权利。尽管这一事实可能令人遗憾，但该案中的裁决仅仅是对如何解释特定管辖权规定的裁决而已。既然如此，且根据随后国际法的发展，国际法院在西南非洲案(第二阶段)中面临的法律问题可完全搁置一边。后来的裁决十分清楚地表明可以承认履约符合国家的合法利益，即它们有权援引责任而无需自己成为受违约行为损害的实体。这并非一个纯学术区别而是一个有很大关系的问题。第一部分规定，如果以有效方式表示同意，不法性即告解除。但完全清楚的是埃塞俄比亚和利比里亚表示的同意不可能解决非法性问题：就违约行为而言，它们实际上是为公共利益而行为；所涉及的不是它们的权利。任何连贯一致的国家责任制度只要试图通过努力解决这些问题而不是将它们

们转交别处，从而超出“巴拉达方法”范围，就得作此区别。

33. 关于重新拟订第 40 条的问题，委员会应尽量汲取现有法律经验，其主要内容是 1969 年《维也纳公约》第六十条。它代表了委员会此前的尝试：一是从法律后果方面区别双边条约与多边条约；二是在多边条约领域制订出违约行为可能有何种后果。在这项工作中，委员会关注的不是责任领域的违约后果，而是给单个国家做出反应的权利的后果，例如停止执行条约。在巴塞罗那电车公司案法律意见之前通过的 1969 年《维也纳公约》对两种情况作了区别：一种是某一特定缔约方受到违约行为特别影响；另一种是一方严重违反规定从根本上改变了每个缔约方对履约的立场——他称之为“整体义务”。

34. 1969 年《维也纳公约》第六十条仅关注重大违约行为——引起暂时停止或中止条约的违约行为。委员会现在关注的不仅仅是重大违约行为，而是任何违约行为。还应该指出，整体义务本身影响到所有当事方。显然，这种义务有可能存在。例如，根据一区域裁军条约，每个国家不获取特定武器的许诺以其他国家也不这样做为条件。如果一个国家获取了此种武器，所有其他国家事实上均受到影响，无特别之分，而是都一样。因此，条约法特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士提出的整体义务概念似乎有其价值。

35. 拟订第 40 条的第二个方面涉及承诺某一义务的所有当事方都具有合法利益的情况。第 40 条的有关条文要求有明确规定并限于多边条约。他看不出为什么规定应该明确：规定需要清楚，但可以清楚地暗示。他也看不出为何它不应该是一般国际法义务的任何理由。确切地讲，同样的利益可以反映在国际法一般规则中——例如，尊重海洋自由，这也会反映在《联合国海洋法公约》的相应条款中。

36. 因此，关于双边义务，只要有一项规定即可，阐明为了条款草案的目的，一国受另一国的国际不法行为伤害，如果所违义务是对受害国单独承担的义务。这实际上是将“巴拉达办法”适用于双边义务。

37. 应该顺便提到，即使关于通常视为双边的义务，也仍然可能存在着其他国家的某种利益。例

⁷ 《1985 年……年鉴》[英]，第一卷，第 1929 次会议，第 310 页，第 47 段。

如，外交豁免通常被认为属于派遣国与接受国之间的纯双边关系。显然这些国家可以自由修改这种关系的内容，如果愿意就可以废除外交官的豁免。然而也有其他国家对严重违反外交豁免表示关切的事例。但是没有必要废除国际法的纯双边违约概念。相反，评注可以指出，即使在双边义务中，为了遵守义务仍有可能进行非正式外交交流。

38. 关于多边义务，过去委员会曾将它放在 1969 年《维也纳公约》第六十条第 2 项处理过，当然暂时停止条约与国家责任是两个十分不同的问题。然而，如果一个受到违反国际义务行为特别影响的国家，且它是有关国际义务的当事方，或属于遭到违反的整体义务的当事方之一的国家能够暂时停止该义务，却不能要求(违约方)履约，即停止违反行为，那将是很奇怪的。国家责任实际上就是要求履约和接受不履约的后果。因此，第 40 条的范围不应比 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项窄，并铭记“重大”违约概念是该公约特有的。因此有理由通过三类不同的多边义务。第一类是巴塞罗那电车公司案类，即对整个国际社会的义务。遗憾的是，文献往往轻视此类义务。实际上，对整个国际社会的义务是对该群体单独的一项义务而不是对单个国家的大量次要个体义务。如果某一特定义务在两个国家之间遭到克减，那就很可能意味着这不是一项普遍义务。此种义务的确自成一类，为数非常有限。

39. 第二类常常与第一类混淆，它是对某一特定体制中的所有成员的义务，即普遍方义务。这方面的例子至少可以在《南极条约》规定的某些义务中找到。该条约任何缔约国的主权要求必然会影响到其他缔约国。多边义务属于普遍方义务的亚类。一项区域人权条约虽然所载人权并无适用于整个国际社会的地位，仍然是一项对各方的普遍义务。当然，委员会没有必要指出哪些义务属于哪一类，如它在第 40 条所做的那样，那有损其名声。它只需要决定有哪些类型即可。现有国际法汇编在这方面有巨大帮助。也有一些义务是对一些或许多国家承担的义务，承认特定国家具有法律利益：例如，就第六十条而言，特定国家受到特别影响的情况。第三次报告第 107 段表 1 提供了上面各种类型义务的实例。

40. 报告第 108 段及以后各段讨论了如何区分不同国家以不同方式受违约行为影响的问题。现在的第二部分已经做了这样的区分，但只是初步区分，因

为就停止而言它没有使用“受害国”一词。例如，与补偿相比，各国在谋求停止(违约行为)方面肯定有更广泛的利益，因为作为该制度的缔约方，履约是大家的利益所在。

41. 假定草案要在第二部分或第二部分之二而不是第一部分处理反措施，进一步的例子是一国是一违约行为的特殊受害者的情况。如果受害国不想采取反措施，那么第三国采取反措施就会引起严重问题，这与集体自卫制度一样，即如果第三国采取行动，护卫没有要求其援助的国家，严重问题就会产生。对这些问题的任何探索表明，有必要加以区别。

42. 作为一般问题，应该指出，第二部分，特别是第 40 条，关注的是各国对违反国际法行为的反应。而第一部分关注的是国家违反义务的行为。因此第一部分与第二部分脱节。例如，第一部分涵盖的义务可能是对国际组织或对个人的义务——而对这些义务的违反并未在第二部分中进行探讨。这其实是特别报告员阿戈对责任主题采取的处理办法的必然结果，这样委员会就不会将国家责任同国际责任区别处理。因此他提议拟定一项保留条款，明言第二部分不妨碍任何人或任何除国家外的实体主张因一国实施国际不法行而取得的任何权利。

43. 关于可容许“受害国”做出何种反应的问题，第 116 段表 2 提出了一种可能的办法。必须认识到，当委员会关注对国际社会的义务问题时，它发现自己完全处于逐步发展的领域。因此，他提出的任何提案势必有点尝试性。

44. 表 2 提议，在纯双边情形中，受害国可依照现有案文所列的每一项权利做出反应。在多边义务框架中，与 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项的类比意味着，把受到特别影响的国家视为受到违反双边义务行为损害的国家来处理。至于其他情型，如一国是普遍义务的当事方或义务是指对整个国际社会的义务，就可以理所当然地认为所有这些国家均有要求停止的权利。问题是它们在何种程度上可以更进一步，要求与赔偿有关的权利。他的提议是，假定这些国家所受影响并不比同组中的任何其他国家所受影响大，它们不能单独要求这其中的任何权利，而只可以与同组的其他国家一致要求——严重违反普遍义务的情况除外。

45. 尝试硬性理顺既凌乱又有点贫乏的材料，只是

为了促进对问题的逻辑讨论。现有案文回答了表 2 提出的每一个问题，但回答很不令人满意。是否普遍义务的任何当事国都可要求恢复原状？现有案文的答复是“是”，而现有评注中却是“否”。是否对各方的义务的任何当事国，尽管没有受到影响，但仍都可要求补偿？答复仍然是“是”。是否任何国家都可以采取反措施？答复仍然是“是”。他不能同意这些答复。委员会需要查明在哪些情况中肯定答复可以令人接受。这样一种办法将与诸如集体自卫等类似领域的一般国际法相一致，能使受普遍违约行为之害的国家对局势有所控制而不孤立无援，如双边概念中的那种情况。这意味着目前由第 19 条和第 51 至 53 条处理的该问题的各个方面，将在较后的规定中解决。显而易见的是，解决该问题不应该把整个罪行概念与众多其他问题一起堆在第 40 条。

46. 他也想知道将受害国概念适用于表 2 所列有权答复的所有国家是否仍然明智或者是否应该区分受害国与具有合法利益的其他国家，即用国际法院在巴塞罗那电车公司案中实际使用，报告第 97 段援引的措辞。是否应该采取这一措辞，还是个争论未决的问题。另一问题是第 40 条或第 40 条之二放在何处的问题。如果要通过一个关于援引责任的新部分，那么该部分包含第 40 条之二则理所当然。再者，这将取决于委员会是否选择作该区别，但是没有任何东西能妨碍讨论与第 40 条本身有关的主要问题。

47. 因此，他为第二部分提出了新标题，但第一章应保留现用标题。第一章应该至少包含三条：第 36 条，一般引言性条款；第 36 条之二，把停止作为一般原则处理和第 37 条之二，将赔偿作为一般原则。此外，条款草案应该载有“受害国”的定义，在第 40 条之二中给出，但也可以放在案文的其他地方。是否需要第 38 条尚不肯定，但为了讨论目的已包含在内。随后，在此基础上制订第二章，处理恢复原状、补偿、抵偿和后果，包括受害国或有关国家自身过失，以及根据辩论可能认为恰当的任何其他条款。

48. 他的介绍提出了有关整个草案结构的根本问题。委员会似乎不可能依据现有材料就提议的新方案达成深思熟虑的结论，也不可能就是否应该另立一个第二部分之二进行令人满意的辩论。他建议推迟对该问题的讨论。鉴于第 37 条和第 39 条无疑应放在第四部分，可在第四部分中对它们进行审查。

第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条拟订的每一项原则显然需要予以讨论，与现有第 40 条及其备选案文有关的一系列问题也如此，因此它们也许可以构成就该案文进行辩论的材料基础。委员会应该决定它是否希望将这些问题分开来处理还是作为一个整体处理。如果委员会决定将它们作为一个整体进行审议，他建议先研究第 36 条、第 36 条之二、第 37 条、第 37 条之二和第 38 条，然后审议与第 40 条有关的属于结构性质的核心问题。这种办法也许有助于提前将头 4 条以及各部分的标题提交起草委员会。第 40 条及其影响不妨此后予以审议。

49. 佩莱先生说，第三次报告内容很丰富，难以挑出特定要点。他宁可特别报告员分若干部分作介绍，每一部分肯定会引起富有成果的辩论。特别报告员决定全面介绍实际上相当于草案第二部分的第一章。眼下他自己的发言将局限于报告第 1 至第 65 段和条款草案第 36 至第 38 条。尽管他支持报告的主旨，但在有些要点上他不同意特别报告员的意见，他尤其要对导言发表若干意见。

50. 特别报告员在报告第 2 段(a)节提出了普遍义务的概念。他在口头介绍中将此界定为对整个国际社会的义务，根据的是国际法院在巴塞罗那电车公司案采取的提法。尽管如此，在对所有国家的义务范围内，必须将向国际社会的所有组成国家分别承担的义务和向整体国际社会承担的义务加以区分。他的印象是，特别报告员忘记了第一类而过分侧重对整体国际社会的义务。如此侧重使他有点担心，因为例如无害通过领海权是每个国家对所有其他国家承担的义务，的确属于普遍义务。因此它不是一项对整体国际社会的义务。在某处考虑这第一类义务至关重要。如果特别报告员不愿将此称为普遍义务，他应该给他另找一个名称。不管怎样它是在国际规则和義務中有其一席之地的一项义务，应有别于对整体国际社会的义务。

51. 相反，有些法律理论视禁止种族灭绝或尊重基本人权的义务为一个国家对国际社会作为一个整体而不是分别对其他国家承担的多边义务。报告的确详细而透彻地处理了这类义务。只有在有关第二类义务才产生国家所犯国际罪行问题，特别报告员在第 2 段(a)节扼要提到此。

52. 正如特别报告员在报告第 9(d)段所示，罪行问题无疑与结构调整后的第二部分第一章，至少到第

38 段结束，无关，他同意这种看法。尽管如此，该问题必将产生，并在处理第 40 条和审查第二部分第二章和第三章时必须予以解决。委员会直到一读结束时才研究第二部分。对第 51 至第 53 条，换言之关于履行国家责任的罪行概念的后果是分开进行仔细研究的。他认为，这些条款是委员会拼凑起来的。此外，若干国家在其意见中常常表示了这一看法。他希望特别报告员不再重蹈委员会之覆辙。在讨论第二部分第二章之前，委员会应该了解是否的确存在类似于罪行概念的东西。

53. 在认真讨论第二部分第二章和第三章之前，显然有必要清除第 19 条和第 51 条至第 53 条的多余内容。尽管特别报告员作了许诺，但他对是否会采取这种行动仍有疑虑。他赞许地注意到，特别报告员在第 59 段承认不重复问题主要取决于义务的性质和违背义务行为的性质。他虽然同意这一意见，但更希望申明，特别严重违反基本义务的行为不能以处理一般违约行为的办法来处理。那将无异于间接提到第 19 条视为构成罪行的行为，而不赋予该字眼任何刑事含义，尽管有特别报告员在其报告第 9 段(d)分段发表的看法。第 40 条似乎也没有解决这一复杂难题，而委员会必须承认，严重违反基本义务的行为须遵循特别制度来处理，这样才有可能达到共识。

54. 改变草案结构的提议对他很有吸引力。他尤其深信必须搁置关于解决争端的第三部分。危害最大的莫过于让国家责任的实质性规则取决于各国接受强制性争端解决程序的高度假设，目前反措施就属于这样的情况。委员会的态度意味着它相信能成功地向各国“力荐”整个草案。有论点称即使无法很好地规范采取反措施的权利也无关宏旨，因为始终可诉诸解决争端的办法，这种论点使一些委员的良知得以宽慰。这种观点是有害的，因为绝对无法肯定整个草案会被接受。

55. 同样，特别报告员正确地提议增加一个第四部分——或者一个也许可称为引言的部分——其中载有普遍“不妨碍”条款以及除责任以外的任何定义。如果起草这样一个一般部分，它应包含涉及草案多部分的所有条款。例如，特别报告员在第 7 段(a)分段提出了非常有意义的两点，即第 42 条第 4 款和第 4 条含义相同。对此他不完全肯定。但如果是这样，就应该努力在一般部分将这两条合并成一条规定。上次会议上成立的工作组不妨发挥作用，

在未来几天处理该问题。特别报告员在第 7(a)段还指出，不可抗力可作为解除不支付赔偿行为的不法性情况。稍后特别报告员在有关第 42 条第 3 款提出的非常有说服力的论点中似乎建议，现有草案欢迎批评。他同意这一点，因为法律原因并非要一国人民丧失其谋生手段，而是因为存在一种危急情况，这一特定理由可以与解除不法性的更为一般的法律理由相联。

56. 如果是这样，在修改第 35 条时，解除不法性的情况的条款难道就不应该移到一般部分？事实也许会证明这是一个有点复杂的解决办法，但如不采取此类行动，就将需要在某处，可能的话在第一章，表明解除不法性的情况在不遵守第二部分规定的义务时适用，并应明确规定关于解除不法性情况的规则适用于赔偿义务。正如他在过去说过的，国家责任产生的义务是责任规则适用的国际义务。在必须适用第二部分规则时，第一部分的规则在一定程度上是主要规则。特别报告员似乎同意在有些情况可以不遵守规则产生的义务，因为的确存在不法性被解除的情况。这有必要在第一章加以说明。

57. 在这方面，他赞同特别报告员显然抱有的并在第 7 段(b)分段间接提到的意见，即草案是从受害者权利的角度而不是责任国义务的角度拟定的。虽然特别报告员的推理很有说服力，但他也可提出一些反对论点。特别报告员十分正确地指出，在不怎么依靠法院的国际法制度中，最好从义务角度谈问题。尽管如此，下列两个问题有点令人不安。

58. 第一问题，也即较次要的问题是，如果没有受害国或整个国际社会的成员要求履行义务，那么该义务就是虚拟的。一个国家很可能有赔偿义务，但如果无人要求履约，那么就不会有结果出现。尽管如此，但整个国际责任制度就是如此运作的，他对这点没有太大意见。另一方面，他更关切的是没有任何地方明确提到伤害概念。当然，可以肯定第 40 条和第 40 条之二间接提到伤害概念，因为它们间接提到了受害者，但这不是同一件事。尽管他热情支持阿戈在关于招致责任问题的立场，其中把伤害概念排除在责任的实际定义之外——第 1 条和第 3 条的通过是对这一办法的确认——但他觉得在做责任推论时，必须提到伤害概念。似乎有必要制定一个相当于第一部分第 3 条的规定，其行文不妨如下：“一国际不法行为在下列情况引起赔偿义务：(a) 国际不法行为造成了伤害，(b) 这一伤害

是对国际法的另一主体造成的”。尽管如此，特别报告员曾说他不提及对国际法其他主体的伤害而仅想涉及对一个国家的伤害。这样就有必要在某处解释草案并非是一部简单的关于国家责任的草案，而是针对国家而言的国家责任的草案。这在目前并非绝对一目了然。在草案的某处以及在第 40 条重新引入损害概念是必要的。伤害肯定发生了，有人必然受到伤害了，但这是两个大相径庭的问题。这需要与第 3 条对称。关于该主题的必要规定放在第二部分之二，即关于国家责任的履行，也许更好。

59. 虽然将目前的条款分为第二部分和第二部分之二是一个极好的主意，但它需要一些评注。他不喜欢第二部分的标题，“一国国际不法行为的法律后果”，因为它也同样很适用于第二部分之二。“履行国家责任”（第二部分之二），包括可能诉诸反措施，也是国际不法行为的法律后果。像“赔偿和履行义务”的罗列性标题也许更适合第二部分。

60. 第二部分之二应该载有关于外交保护的条款，这是给人而不是给国际法主体造成伤害时履行国家责任的一个核心问题，但鉴于外交保护正作为一个单独的专题处理，将它再列入第二部分之二是不可能的。尽管如此，他极力敦促特别报告员考虑提交关乎外交保护的“不妨碍”条款草案。该条款的自然所在将是第二部分之二第一章。

下午 1 时散会。

第 2614 次会议

2000 年 5 月 3 日，星期三，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊德里斯先生、伊留埃

卡先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席对新当选的委员会委员伊德里斯先生表示了热烈欢迎，并请委员会各委员继续审议特别报告员的第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)。
2. 伊德里斯先生感谢主席说，由于信息技术和世界贸易波澜壮阔的发展，委员会在编纂和逐步发展国际法方面的作用比以往更重要。
3. 近年来，委员会研究了一些重要的专题，诸如建立国际刑事法院、危害人类和平及安全治罪法草案、国家及其财产的管辖豁免和国家责任。委员会还在对条约的保留、国家单方面行为、预防跨界损害和外交保护方面取得了显著的进展。他拟积极地参与委员会在国际法各个领域的工作，认为委员会应探讨类似信息技术之类的新专题。
4. 佩莱先生，在答复委员会两位委员有关“妨害(préjudice)”一词比“损害(dommage)”好的看法时说，在国际法中这两个用语是同义词。
5. 在继续对特别报告员的第三次报告进行评论(第 2613 次会议)时，他说，条款草案目前的第二部分案文同不可否认的成功之作第一部分的草案相比，实在是败笔。特别报告员承认第二部分必须全面订正。特别报告员在报告第 8 段中申明，第二部分是

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章 D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

根据前任特别报告员详细而认真的报告编写的。他本人并不认同这一点。前特别报告员加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生在极大程度上疏忽了赔偿的技术问题，因此，他真诚地希望，现任特别报告员特别是在第二部分第二章中，提出各项更为具体和详细的条款，列明赔偿的形式和方式，包括赔偿目的，尤其是对消极损害的补偿，和计算赔偿金额和利息的办法。这些均是目前案文未曾提及的问题。各国必须知道他们何时必须支付利息，也需要有计算利息的一般准则。因此，特别报告员在报告第 19 段中承诺提供的较详细规定是受人欢迎的。

6. 关于涉及多国的赔偿情况，不仅涉及受害国(第 40 条所处置的问题)，而且还牵涉到国际不法行为的实施者，见报告第 31 至 37 段，他看出了若干问题。第 37 段说，几个国家的共同行为共同造成损害的情况，下文有详细讨论，却没有；报告未对此问题展开深入的分析。因此，他希望特别报告员探讨国际法中共同连带责任这个重大问题。正如国际法院所审理案件，诸如东帝汶案和尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案所展示的，这是一个极为重要的真正问题。在国家责任条款草案中，条款本身务必明确地答复，在国际法中共同责任与连带责任之间有何区别的问题。

7. 他认为，特别报告员在报告第 39、50 和 53 段提到“次要”义务或后果，是不对的。对此还是称之为“衍生”义务或后果为好。整个责任法都是由次要规范构成，适用于责任的规则，当然也属次要规则。然而，称一项违约行为的后果是次要的，它们源于或衍生于次要规范，并无助益。为了明确起见，在条款的评注中不应使用那些不必要地使问题复杂化的术语。

8. 再说特别报告员提出的条款草案，他说，第 36 条毫无异议，但他在前一天就指出过，第二部分之二所述的问题，可能除了反措施外均属国际不法行为后果的范畴，反措施是不予赔偿、不停止或不履行某一义务造成的后果。从某种程度上讲，这些是衍生性的后果。另一方面，能够对第二部分之二第一章和第三章所规定的责任进行援引，绝对是国际不法行为的后果之一。因此，他曾提请注意的第二部分之二的标题问题，也见于第 36 条措辞中。

9. 第 50 段已对第 36 条之二作出清晰的介绍。他认为该条款是令人满意的，尤其出于第 50 条(c)项

中所述及的原因：一国绝不能“赎回”一项不法行为或违背国际法的行为。

10. 他多少有些怀疑有关承诺和保证不重复的一般性义务。这个抽象性的概念很难阐明。他并不反对该款，但它几乎没有国际法的根据，所以他怀疑该款是否现实。无论如何，倘若委员会决定保留第 36 条之二第 2 款(b)项，那么委员会就必须阐明这项所谓的义务实际存在的具体实例。

11. 第 37 条之二拟订得特别好，但该条所述及的“下列条款”应明确地指出赔偿可共同支付或可连带支付的情况。有关共同或连带责任的问题应在条款中明文规定，而不应仅在评注加以阐述。

12. 他不像特别报告员那么怀疑第 38 条的有用程度。正如报告第 60、61 和 65 段所示，条款草案并非没有载明一般性后果，但第 38 条没有说继续受习惯法管辖的是条款草案未规定的一般性后果。该条说，习惯法规则继续适用于条款草案未涵盖的情况。在任何一项草案提到习惯法，以表明草案绝非仅是兜底性质，这是合理的做法。因此，他认为，该条应予以保留，鉴于第二部分存在着如此之多的缺陷，就更应当加以保留了。他希望特别报告员竭力弥补这些缺陷，但他怀疑这项编纂工作能否做到面面俱到，无所不包。因此，应当保留第 38 条。然而，与特别报告员一样，他也认为该条应放在一般性规定部分，因为该条所载的原则适用于整个条款草案。

13. 克劳福德先生(特别报告员)请委员们，参照佩莱先生的做法，仅限于对开头的四个条文提出评论。一俟完成了对这四条的辩论，即可将其提交起草委员会。

14. 布朗利先生说，这是个极难处理的议题，特别报告员的报告很有帮助，因为报告帮助设置了参数，探明问题所在。他支持特别报告员有关各条文编列位置和必须拟订第四部分的提议。

15. 然而，他对国家责任第二部分条款草案工作现状，存在着若干普遍关切。从理论角度和法律如何运作的角度来看，他似乎觉得，必须由主要规则来确定有关救济——赔偿、恢复原状、损害的远遥——的原则的内容。因此，委员会必须极为谨慎地拟订条款的案文。他并不是说，委员会必须回避救济主

题，但委员会要当心，不要在列举可选的救济措施时将条文拟订成看上去类似一般规则的东西。他与佩莱先生的观点不同。他认为必须避免过细阐述本专题。在赔偿作为一般专题的情况下，他认为恢复原状显然不是不法行为的一般性后果。这只是一项可选的救济，能否适用取决于具体情况，而具体情况本身又得依据主要规则来确定。为了举例说明，他提到了一国没收或征用外国资产是否合法问题。征收只能在特定条件下才可能是非法的。例如，出于公共利益的目的征收，表面上是合法的，但如果不给予适当补偿就不合法了。例如，倘若是出于明显种族原因或在违背某项基本人权原则情况下实施的征收，其本身亦是非法的行为。在这类情况下，不补偿只是加剧了不法的严重性，并非构成不法性的条件。恢复原状应适用第二类救济，而不适用第一类。在另一些情况下，必须根据“主要规则的因地制宜”，即确切的法律情形，来确定赔偿或恢复原状是否为适当的救济，这是再清楚不过的。委员会无法开列一个目录，一一注明哪些情况可适用恢复原状而不适宜补偿。可能得对第 37 条之二条款起草做出分析，以辨明其含义是否指明恢复原状是普遍适用的救济。评注应酌情做出必要的澄清。

16. 一读通过的第 41 条有关停止不法行为的问题，与第 37 条之二所述的恢复原状的一般问题直接相关。特别报告员在报告第 50 段中正确地指出，停止持续不法行为可视为遵守主要规范义务的作用。从这个角度来说，它不是违背国际义务的次要后果，不应列入条款草案。然而，特别报告员接着提出了将停止不法行为列入草案第二部分的确凿、实在理由。但这并没有解决分析性的问题，即除了在司法领域内，法院可以法律禁令(如按在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中)的方式要求“停止”外，只有通过某种人为构想，才可把这个概念与一般国际法中的“国际不法行为的后果”联系起来。因此，该案文至少应避免提到“停止持续不法行为”。不仅持续不法行为的概念难以确切地指出和运用，而且停止的义务也同样适用于一系列瞬时的行为。

17. 赔偿问题也涉及因果关系问题和不法行为的根本意图。显然，一个实施侵犯行为的国家就蓄意实施的不法行为与纯粹因疏忽所造成的后果，应承担的责任在程度上是不同的。但是，这又直接涉及主要规则领域，而应避免所谓的“一概”而论的做法。

18. 最后，关于特别报告员在报告第 53 至 59 段所述的适当承诺和保证不重复，他想知道它们在目前国家实践中的实际地位。看来它们是直接从 19 世纪的外交关系中继承下来的。尽管这些保证在原则上得到接受，但在如今具体的法律背景下，它们的适当性和适用性却大有差异。这并不意味着，在赔偿框架内不应触及这些问题，但在拟订有关条款时应采用极其灵活的概括性措词。

19. 辛马先生说，委员会不应为了在 2001 年第五十三届会议完成条款草案二读而匆匆忙忙地通过令人不满的案文。一读通过的第二部分条款草案，绝未像当初审议第一部分条款草案时那么仔细认真。尤其关于违背多边义务的问题，应当成为深入探讨的主题。评注的起草工作尚处于起步阶段。就算把条款草案的完成工作拖到下一个五年任期，只要是真正令人满意的方式，也好过重重复当初一读时的情形。如果委员会想在下届会议完成工作，就必须在 8 月之前提出一份完整的草案，因为，对委员会来说，第五十五届大会是最后一次机会，可让委员会聆听第六委员会对多边损害、反措施和争端的解决等众多未定问题的反馈意见。这些问题极其重要，不能手一摆就放过了。特别报告员在介绍其报告时再次指出，第二部分条款草案与第一部分条款草案的相应性，这些条款均确立了有关国家责任的一般性次要规则，他也对“反射性”条款进行了论述。然而，这些条款虽确实为相应性的条款，而且这是两套对应性的条款，重要的是须避免作出不成熟的结论。例如，如果委员会决定把未履行契约的抗辩列入草案——他认为，委员会不应作出这样的决定——规则的“反射性”会导致各国可能投桃报李，彻底解除这些规则对彼此的束缚。

20. 关于方法，他同意佩莱先生关于应该重新考虑拟订第二部分和第二部分之二的做法的意见。关于条款本身以及特别报告员提议的新措词，他并不反对第 36 条或删除第 42 条第 3 款，然而这个问题无疑最终应与反措施联系起来重新审议。关于反措施的相称性或反措施必须以尊重人权为限度的问题，均是必须要展开更深入的探讨。他具体想到的是安理会对伊拉克实行的制裁，对伊拉克人民造成的影响。

21. 他同意特别报告员的提议，停止应写入起首部分，而这个概念应与承诺和保证不重复挂钩。佩莱先生和布朗利先生对把不重复的适当承诺和保证列

入条款草案的可取性提出了异议。他并不认同他们的意见。他认为这些条款应具有司法背景下的地位，而且他提议特别报告员参阅世贸组织特别审查小组对美国 1974 年《贸易法》301 条款所作的裁决。³ 倘若美国的立法容许一再违反国际法，那么国际法院批准保证不重复的保证措施是有道理的。他同意，“在适当情况下”这一措词可能太含混了，留下了特别支持参照国内法的漏洞。捷克共和国在第六委员会上提出的一项解决办法是把第 46 条中的“在适当情况下”改为“在必要情况下”。

22. 第 38 条就适用国际习惯法提出的问题，不妨通过两条途径加以解决：可以保留这一条的要旨，条件是不仅应提及国家责任条款草案第二部分的规定，也要提到第一部分的规定。此外，最好像其他公约一样处理，把第 38 条放在序言内。他不同意特别报告员的意见。他认为没有必要以 1969 年《维也纳公约》第七十三条作为范本增列一项保留条款。

23. 尽管主席建议暂且将第 40 条搁置在一旁，他还是想就该条作几点介绍性的评述，怕日后再也没有机会就此展开讨论。第 40 条涉及援引国家责任后果的权利。他的初步意见是，他对特别报告员以零敲碎打方式处理手头这个专题感到相当难解，因为不了解特别报告员处理一系列救济时，特别是反措施时，会如何考虑损害的多边化问题，就很难充分审议第 40 条的主题。特别报告员在第三次报告的表 2 中给出了情况概述，但显然没有解决所有的问题。例如，表中最后一项说，可于所有国家达成协议后采取反措施。他请委员们举出一个实例，以证明违背普遍义务的行为发生后，世界上所有国家就制裁或反措施达成了一致。再者，照该项看，遇确实证实的重大违约行为，各国都有权诉诸反措施。特别报告员的用语让人想到了经济及社会理事会 1970 年 5 月 27 日第 1503 (XLVIII)号决议绝妙的套语——某种程度上令人遗憾的先例，因为这一程序实际上太累赘，政治意味太强，几乎等于是欺骗。

24. 他说，替代草案第 19 条的新制度轮廓结构令人满意，但是直到目前只见轮廓结构，而且强制法

和普遍义务概念，用布朗利先生杜撰的比喻来说，仍然有相当大部分在车库里。在这种情况下，他只能把它看作是因果报应的一个部分。在他看来，借着东帝汶案，试图锁闭已经紧闭的车库大门的特别报告员，发现自己面对的任务是为这些概念进行抗辩并在国家责任的背景下将这种概念加以施行。

25. 强制法和普遍义务概念模糊不清，在条约法中是可以容忍的，因为在条约法中它们的后果是孤立的且规定了某些程序性保障措施。的确，这就是车迄今仍然在车库的原因。然而，国家责任则是一辆危险得多的车，从某种程度讲，也是考验这些观念的关键时刻。再者，就他而言，他赞同报告的总体方向；特别报告员似乎既避开了前面的豺狼，没把多边责任假定为是对没有求偿者地位的“国际社会”的责任，又避开了后面的猛虎，没有不论是否与违反国际法行为沾边，就极其慷慨地赋予每个人以权利。

26. 第 40 条是进入这一难行之地的大门。既然特别报告员把一读通过的第 40 条批得体无完肤，那么，他想他也可对特别报告员的第 40 条之二稍加批评。该条新案文有若干缺陷。第一个缺陷是结构缺陷。“一国援引另一国责任的权利”的标题，并非真正符合条款内容，而且前两款之间也无逻辑上的联系。这两款先后确定了“受害国”的定义和一国在履行其作为当事方的国际义务中具有合法利益的条件。但受害国和拥有合法利益的国家，二个概念实际上不搭界。它们属于不同范畴。“合法利益”观念必须从比特别报告员所述更广泛的意义上理解：一种利益受法律保护，于是就成了一种权利。因此，他对国际法院有关巴塞罗那电车公司案判决的解释与特别报告员不同。判决[英]第 32 页(第 97 段)没有任何内容可以有力地支持特别报告员的解读。

27. 他想提起一个建设性提议来结束对第 40 条的评论。为什么不彻底解开死结，摆脱“伤害(injury)”作为法律上触发援引国家责任的观念？以他看，作为这种触发器的“伤害”观念，像“损害(damage)”概念一样，已经无用，也无意义。把“损害”扩大到“法律损害(legal damage)”，与此同时，又把“伤害”扩大到每个人多少均因每一项违反国际法的行为而受害的地步——这就荒谬了。因此，他提议，应保留特别报告员拟议的第 40 条之二的标题，但将第 1 款的导言改为：“为了本条款草案的目的，一国有权援引另一国的责任，倘……”。

³ 见世贸组织，report of the Panel on *United States – Sections 301–310 of the Trade Act of 1974* (document WT/DS152/R of 22 December 1999)；转载于《国际法律资料》，第三十九卷(2000年3月)，第452页。

这样，即可照特别报告员的提案通过第 1 款(a)和(b)项。

28. 第 2 款不妨以下列措词起句：“此外，为本条款草案的目的，一国可根据下列条款援引国际不法行为的某些后果”，接着载列特别报告员拟议的第 2 款(a)和(b)项。

29. 第 41 条的案文也不妨按此作出修正。他说，他将提供一份书面提案，供下次专题会议讨论。

30. 布朗利先生就议事程序问题发言说，佩莱先生与他本人虽都对第 40 条持有广泛的意见，但他们均遵从主席的指示，不讨论第 40 条。然而辛马先生则不管这一建议提及了这个问题，他请求主席要么敞开讨论第 40 条，要么请主席更坚定地重申暂不评论此条款的建议。

31. 克劳福德先生(特别报告员)指出，对第 40 条尚未进行过实质性的讨论。

32. 主席说，委员会各位委员最终会有机会就第 40 条展开彻底的讨论；眼下请各位仅限于评论第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条。

33. 加亚先生大体上赞同第三次报告。他祝贺特别报告员，称这份报告令人印象深刻，拟议重新编排新案文的内容更是如此。他赞同特别报告员的提议，即应当采取与第一部分一样的做法，第二部分应采取责任国的角度，而不是受害国的视角。然而，条款草案应深入探讨，审议一切国家应承担责任的状况，而不只是产生一国对他国的责任的情况。鉴于工作量很大，委员会可能更倾向于仅就这种情况展开探讨。但如果采纳特别报告员的观点，认为有关侵犯人权行为或侵犯自决权的行为不仅伤害了国家，而且也侵害了个人或民众，那么条款草案就很难无视这后一种情况了。这就影响到了责任国因国际不法行为而必须履行的义务。因此，例如，倘若人权遭到侵犯的个人要求得到补偿而不是恢复原状，国家就不得坚持采取恢复原状。在描述国际不法行为的后果时，就势必要考虑到，依照国际法来看已受到伤害的各方的处境，不论受害者是国家、国际组织、其他实体，还是个人。没有必要更确切地界定个人或国家之外的实体何时受到伤害了。这是一个无须在条款草案中予以详细解决的主要规范问题。

34. 关于第 36 条之二，他倾向于赞同颇有想象力的提议，即将不重复的承诺和保证与停止归并为一类。特别报告员提议，为了确定何时需要作出承诺和保证，委员会应超越一读通过的案文范围；而且遭违背的义务性质也具有特殊的相关性。这也曾是佩莱先生提出的建议，也见于捷克共和国的意见中。⁴ 在某些情况下，可能不需要这种类型的承诺，因为并不存在着重复的风险，而另一些不那么严重的行为则恰恰相反，会有出现重复的可能。例如，对于一个曾犯有种族灭绝行为而且仍然大权在握的政府，则有理由假定存在着再度发生种族灭绝行为的严峻风险。这就有充足的理由坚持要求作出“不重复的承诺和保证”。但还可能出现的一种情况是，上述政府可能被另一个人权记录颇佳的政府所取代。该国虽仍是一个犯有不法行为的国家，然而，一旦重复的风险显然业已消失，就不必要求作出“不重复的保证”了。另一方面，仍然存在着重复一些轻度侵权的严重风险。案文可以将不重复的承诺和保证与重复的风险严重程度挂钩，在评注中具体阐明这一要点，引述辛马先生的实例，即在适用某项法律过程中产生了不法行为，但此项法律却仍然有效的情况。倘若存在着这项立法会再度适用并导致不法行为的危险，那么各国就有理由坚持要求废除这项立法，尽管这项立法本身并不是不法行为的根源。

35. 第 37 条之二应阐明评注中早已提出而且特别报告员在介绍中也已述及的观点，即并不是所有的侵权行为都应得到充分赔偿。只有直接或最近的后果才会如此。也许如布朗利先生所提，还应考虑到另一个因素，即主观因素。第 37 条之二是表述这一因素的适当位置，因为该条涉及国际不法行为的一切可能后果。

36. 再说第 38 条，他说一旦条文被放在方括弧内，等待它的命运便不妙了。该条不妨用正面措词方式重新拟订，以举例方式，阐明某些尚未得到处置的法律后果，而不应按佩莱先生所提议的，试图涵盖习惯法所规定的所有后果，列入一项保留条款以囊括任何可能疏漏的情况。也许在本条款草案的某处应提到并非真正属于国家责任法部分的后果。

⁴ 见第 2613 次会议，脚注 3。

提及这些后果的最佳之处不在第二部分，而是第四部分，或紧贴提及特别涉及某些不法行为后果的规则(特别法)之处。在起草第 38 条时，委员会没有忘记条约的有效性或终止问题。倘若发生了一项重大违反某一条约的不法行为，那么 1969 年《维也纳公约》第六十条所述后果也同样适用。也许没必要这么说，但申明一项违反某一条约的行为会产生超出国家责任法所述后果的后果，也无什么害处。这些后果是直接后果，意思是说不法行为不会导致终止某一条约，但在这类情况下，则有权利终止条约。增列这项规定或许是有助益的。条款中也应当提到不法行为造成非合法情况这一棘手问题。在以武力占领领土的情况下，就有一系列明显属于国家责任的后果，但由于占领国在占领这片领土期间无权享有因占据这片领土而拥有的特权，也可能产生一些其他后果。因此，他主张保留一项重拟的第 38 条，将它放置在案文的别处。

37. 卡姆托先生欢迎特别报告员所做的工作，重新编排国家责任条款草案第二部分，使之更加连贯充实。他对于区分主要规则与次要规则始终持有疑问，这种区分虽有学术上的诱惑力，但在实践中则难以行得通。特别报告员在第二次⁵和第三次报告中，一些委员在口头发言中，均提出了各种理由，清楚地论述了这种区分有时是无效的。话虽如此，由于这是整个起草工作的基点，或许无必要就此问题再加赘述。

38. 他同意特别报告员的看法，必须重新拟订第二部分的标题，但不清楚“法律后果”这样的表述是否恰当，因为这个措词似乎并未全面地体现第二部分各条款的内容。也许称之为法律意义较为适当；因为“后果”是与不法行为本身紧密相连的全部影响，而第二部分基本上针对不法行为所引起的反应，或所涉及的情况，并不是通常所理解的那种严格法律含义上的后果。

39. 第 36 条的法文本中“est engagée par un fait”等词应当改为“est engagée à raison d'un fait”，因为一国的责任不可能出版行为本身。

40. 关于第 36 条之二第 2 款(b)项，虽不可能每一种情况都需要作出的适当承诺和保证，但还是应当予以保留。不重复的保证可能有助于解决诉诸武力犯下违约行为的情况，因为它可使曾受过违约行为之害的当事方放心。“保证”一词可能有些牵强，因为一国虽承诺不再重犯此行为，并不意味着它将信守诺言。无论如何，从法律角度来看，作出保证将是一项附加的因素。从根本上来讲，这是在当初违约行为之后，再作出的新承诺。从心理上讲，可为对方提供一项新增的承诺。这样的保证可采取若干形式。既可以由犯有国际不法行为的国家在法院面前作出承诺，也可以是一项外交行为。

41. 第 37 条之二第 2 款产生了一个起草上的问题。充分赔偿也许可消除国际不法行为的法律后果，但行为的实质或事实后果仍可能存在，因为赔偿并非在每一种情况都寻求消除不法行为的后果，而有时是为了对后果作出补偿。“消除后果”这一措辞也许应修改。他认为，该款也许最好采取典型做法，阐明可通过实物复原予以赔偿，复原不成，就应采取补偿或抵偿的形式。最后那一句应阐明可采取两种赔偿形式结合的方式，这样才比较妥善。但目前的提法给人的印象是，实物复原与补偿和抵偿等其他赔偿方式均处于同等地位。

42. 最后，关于第 38 条，他赞同一些委员的观点，认为该条的存在具有一定的意义。标题不妨加以改进：“其他后果(*autres conséquences*)”比“各种后果(*conséquences diverses*)”好，因为即使原先提到的后果也都包含在“各种后果(*conséquences diverses*)”这一表述中，这一表述可能包含了第 36 条之二或第 37 条之二所列内容。”

43. 库苏马—阿特马贾先生说，他同意卡姆托先生的意见，主要规则与次要规则之间的区别颇牵强，也难以维持。关于国家责任，他提及原殖民地在获取独立之际，对殖民国家的资产实行国有化的实例。在这种情况下，为了纠正原殖民国在外国人和当地人之间实行区别待遇的做法，原殖民地有权拒绝给予迅速、有效和充分的补偿。此外，加亚先生就第 38 条所发表的意见看来是颇有道理的，而且他欢迎加亚先生的提议，应当在为此目的专门拟订的第四部分中处理国际不法行为的后果。至于第 40 条，这是一个非常困难的条款，需要特殊处理，也应当单独加以审议。

⁵ 《1999 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/498 和 Add.1-4 号文件。

44. 克劳福德先生(特别报告员)说,为了加速委员会的审议,他将立即扼要答复对其第三次报告的评论意见。首先,不论如何看待“罪行”概念,都必须把注意力集中放在那些最严重的违约行为的后果上。

45. 在起草委员会的工作期间,他认真地研究了佩莱先生提议,即应把有关损害条款当作第一部分第 3 条的对文来拟订。这个问题应在条款草案第二部分的各种语境中处理,例如,在恢复原状和补偿中,因为它与恢复原状和补偿无疑是相关的。第二部分的标题的确涵盖了应该列入第二部分之二的某些方面。他高兴地看到,在不法行为引起的后果与援引这些后果之间必须作出区别的问题上达成了明显的共识。在以后的某一阶段中,有必要审议有关条款是否应构成两个分开的部分,还是同一部分的两章问题。

46. 报告第二部分在补偿的情况下阐述了详细规定问题,因为此问题是在补偿情况下发生的。由于佩莱先生与布朗利先生对此问题有分歧,他将在本届会议第一期会议期间寻求委员会的指导。他在报告第一章 B 节中,将提议另外拟订有关利息的条文,因为利息与补偿是两码事。至于详述确定补偿金额或补偿基本原则是否可取的问题,他还要请求委员会的指示,因为这是一个非常复杂的问题,需要详加研究,而且与外交保护问题又不无关联。

47. 他也将在报告第三章 B 节中论述佩莱先生提出的共同连带责任这一个重要问题。

48. 关于承诺和保证不重复的问题,他只是厘清了第 19 条和第 40 条中纠结在一起的各种问题。在探讨责任问题的历史中,特别在 19 世纪,确实存在着按胁迫条件和以武力胁迫方式强求作出铁定承诺和保证的情况,而这就是为何会引起某些反应的原因。然而,还有一些在法院前以声明方式作出保证和承诺,以及在无胁迫情况下,要求作出此类保证的形式。他本人赞同加亚先生的立场,认为应该澄清承诺和保证不重复的表述并在评注中说明违约行为的严重程度和重复风险的问题。这是一个非常棘手的问题,因为这涉及国际法与国内法之间关系。因此,在这一点上,比较明智的办法是,若国内立法仅是在某种情况下有产生违背义务的行为的可能性,只要该立法案文能以符合国际法的方式予以施行,则该立法的存在本身不应被视为对国际法的违背。大体上看来,这是一项正确的原则。

49. 看来普遍上支持以某种方式保留第 38 条。至于究竟应将它放在第二部分内,还是第四部分,将是起草委员会要决定的事。他个人主张采取第二种备选方案,并重拟该条款。

50. 他同意布朗利先生的看法,“遥远损害”概念的适用不仅取决于具体的法律情况,还取决于事实本身。委员会不应拘泥于细节,最好避免保留那种基于按国内法类推的典型套语。恢复原状是否是一种可供选择的救济呢?第 37 条之二在选择恢复原状与补偿之间采取了中立的态度,而按目前的第 43 条确定恢复原状是首要救济。在讨论第 43 条时,他将再探讨这个问题。他感谢布朗利先生为了在条款草案中保留停止概念提出的论点。他高兴地看到此立场得到了普遍接受。此外,他与布朗利先生一样认为,这个概念不单与持续不法行为有联系,因为可以存在本身不会被单独归类为不法行为、却必须停止、甚或承诺和保证不重复的个人违约行为模式。起草委员会应审查这一点。

51. 辛马先生和佩莱先生对反射性的问题尚无把握。这个问题需要起草委员会进一步审议,并必须决定是保留还是删除某些条款。此外,他同意辛马先生,认为委员会在研究反措施时,应当审查第 42 条第 3 款所述及的限度问题。

52. 他注意到加亚先生同意必须在第 37 条之二的上下文中反映直接性和相近性的问题。他就第 38 条的摆放位置提出的评论意见值得考虑。

53. 他本人认为,委员会较为关注停止与赔偿,而不太注重诸如法律行为有效性之类的根本性问题。虽然那是法律效力的问题,但其本身也引起了一些问题。

54. 他赞同卡姆托先生就起草问题提出的大部分评论意见。虽然许多次要规则的适用受主要规则的制约,却不应放弃主要规则与次要规则之间的区分。

55. 佩莱先生请特别报告员举出法院承诺和保证不重复的实例。除了国际法院在核试验案(新西兰诉法国)判决中确认的对不重复行为的含糊司法保证外,他没见到任何实例说明如情况变化,申诉者可以请示审查情况。但这不是一是责任问题。在该案中,国际法院并没有裁定法国犯下了国际不法行为,而且法院的结论实际上看来也不是不重复的保证。辛马先生所举的实例也不能令他信服:他的印象是,

上诉机构丝毫未作出不重复的保证。他赞成逐渐发展国际法，但必须确定发展的方向。

56. 关于恢复原状问题，他一开始就同意特别报告员将这个问题与第43条一并审议。为此，他与布朗利先生有不同意见：一旦霍茹夫工厂案判决所确立的原则得到接受，优先恢复原状就是顺理成章的事了。赔偿的目的并不是尽可能地消除国际不法行为的后果。如果不首先适用恢复原状原则，那么一些国家，尤其是富有国家便能够实施国际不法行为。这是不可接受的；恢复原状必须是赔偿的首要形式。恢复原状是一项规则。

57. 他对布朗利先生和库苏马-阿特马贾先生提到国有化感到不安。国有化与责任问题风马牛不相及。依照国际法，国有化是一项合法的行为，而且实施国有化的权利必须取决于若干条件，包括支付补偿和不搞歧视的义务。只有当国家不履行这些义务时，它才犯有应承担责任的国际不法行为。就国有化作出的补偿，并不是就国际不法行为所作的补偿。

58. 关于损害的直接性，他指出，因果关系链或“传递”必须是直接而不间断的，而原因则可能不是直接的。他吃不准对因果关系是否应该用“接近”。在国际不法行为与损害之间可能发生一系列的事件，而这种“传递”链极其稳固，损害是可依据违约责任，即不法行为责任，得到赔偿。这个观念应体现在条款中，而不是评注里。

59. 辛马先生说，他从讨论中总结认为，承诺与保证不重复应当是两个参数的函数；违约的严重程度和重复的概率。他不明白为何违约的严重程度比其他因素会需要违约方作出更进一步的承诺和保证。例如，在非法占领领土的情况下，最重要的是由法院宣布这项占领行为是非法的。在一国的立法及其适用可导致严重违反行为的情况下，虽说违反行为不是持续性的，却会一再发生，便有必要作出不重复的承诺和保证。在这种情况下，国际法院完全有理由宣告要承诺和保证不重复，却不一定非要废除有关立法不可。

60. 克劳福德先生(特别报告员)说，他实在想不出法院裁定准许承诺和保证不重复的任何实例。国家实践中却往往给出这一类的承诺和保证，例如派遣国向驻在国作出有关外交馆舍安全的保证。

61. 托姆卡先生指出不重复的保证不只存在于司法实践。有些学者认为第二次世界大战之后签署的各项和平条约中所载的某些措施，包含了不重复的保证。

62. 卡姆托先生说，不重复的保证虽可视为国际法逐渐发展的一部分，却是有助益的。然而，必须搞清楚由谁来作出保证：究竟是受理案件的法院，还是犯有国际不法行为的国家？根据讨论，他得到的印象是，得由法院来作出这样的保证，而事实上则应该由国家作出这种保证。这就产生了一个国家究竟是在诉讼期间，还是在诉讼程序之外，向法院作出保证的问题。上述两种都是可以想象的情况。再来看他前面所说使用武力违犯国际法的实例，他说在这种情况下最有必要保证不重复。保证可以声明的方式向法院作出，既可列入也可不列入法院的裁断，也可采取外交声明的方式，这样就不必在诉讼程序期间作出。不论采取上述何种方式，这只是在有关国家在当初违背的承诺之外再作出的承诺。要求一国停止其不法行为，实际是要求该国履行其国际承诺，也就是作出不重复的保证。因此，保证不重复的法律效力基本上只具有心理作用。除了在少数情况下，说实在的，没有任何确切的保证能确保国家今后不会违背承诺。他举了一个例子，甲国领土上有一个军事训练营位于与乙国接壤的边境。如果甲国国民或训练营受训的外国人时常越过边境，在乙国领土上实施犯罪或采取军事行动，就可以援引甲国的国际责任。甲国通过采取停止此类行为的措施终止了可归于它的国际不法行为。可是，甲国可能已经给出了不重复保证，例如承诺拆除军事训练营，或把训练营从有关边境移走。关于保证不重复的规定当然列入目前审议的条款草案中。

63. 加亚先生(起草委员会主席)宣布“国家责任”专题起草委员会由下列委员组成：克劳福德先生(特别报告员)、阿多先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、佩莱先生、罗森斯托克先生和当然委员罗德里格斯·塞德尼奥先生。

下午1时05分散会。

第 2615 次会议

2000 年 5 月 4 日，星期四，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊德里斯先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504A 节；
A/CN.4/507 和 Add.1-4；² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 哈夫纳先生说，在重新谈到条款草案第 36 至第 38 条之前，他将集中精力处理第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)处理的最突出问题。他保留他对第 40 条和第 40 条之二的立场。

2. 他支持特别报告员在报告中发表的大部分意见。例如，第 6 段明确显示了条款草案形式与和平解决争端之间的联系；第 7 段叙述了规定的反射性质和次要规范问题。他本人并不知道加上这种限定词会引起何种问题，因为显然，规范在特定情况中的职能决定它具备主要还是次要性质。同样，也可以质疑 1969 年《维也纳公约》是否对该公约本身适用。回答这一问题的困难在于其关于非追溯性的规

定，一个无论如何也不适用于目前情况的条款，不然就不会有把该公约适用于其自身的问题了。因此，必须假定国家责任相当于违背国际法造成的义务之和。如果这些义务有一项没有得到履行，国家责任就因没有遵守这条国家责任规则而产生了。在这样的情况，国家责任规则适用于国家责任规则本身。被违反的规则充当实质性或主要规范；适用于该违约行为的规则为次要规范或后起规范。例如，如果一个国家犯下瞬时性质的违法行为，也不根据国家责任制度规定履行违法所致的义务，那就会产生持续性质的新违法行为。他认为条款中没有必要详细阐明这一意见，一项评论将足以说明问题。

3. 第 9 段正确指出，第 1 份草案完全忽视了涉及多个国家时的特点。尽管如此，委员会必须处理该问题，因为国家共同体日益一体化，意味着一项违背国际法的行为会影响到更多的国家。在受害国有多个的情况下，必须确定哪些国家有权作出反应、何种类型的反应恰当和这些国家之间的关系。在行为国有多个的情况下，必须确定哪些国家有义务、程度如何(共同责任或者共同连带责任)和它们之间的关系，比方说，有可能出现它们其中之一有权从另一国得到补偿的情况。

4. 他赞成特别报告员在第 10 段提议的草案新结构。唯一值得商榷的一点是第二部分第三章是否不应放在第二部分之二。也许关于多国的规则可以分开。第二章处理行为国的义务，因此多国问题应在这里处理。第二章之二涉及受害国的权利，因此有关多个受害国的规则应列入这一章。另一种可能性是单立一章列出关于多国情况的所有规则。

5. 鉴于剩余时间很短，对条款草案应该列入或省略的问题已进行了一些讨论。委员会不应该试图做它所不可能做到的，而是应该努力在第五十三届会议上完成此项工作，因为各国在日常生活中迫切需要这些条款并已经正在适用第一部分的一些现有条款草案。此外，国际关系和法律的范例已发生转变，随之也出现了不同种类的责任，如国际组织的责任和对国际组织的责任、个人责任和对侵犯人权行为的责任等。所有这些责任均有具体的特点，不可能在预见的将来加以全面处理。因此他赞成将国家责任的主体限于国家之间。出于这一实际理由，他不同意佩莱先生关于参照国际法主题的提议(第 2613 次会议)。他也不赞成视损害为国家责任组成因素，不过，它无

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

疑是决定赔偿金额时必须考虑的一个标准。必须排除的另一个问题是引起国家责任的行为的效力。委员会应该列出可涵盖的问题的一览表。

6. 在布朗利先生和佩莱先生对赔偿详细规则采取的两种办法之间必须找到一种折中办法。我们必须记住，规则越详细，赔偿完全遵守它们的可能性就越小，这反过来又将造成更多的国家责任案。鉴于委员会的目标不是为更多的违反国际法行为创造条件而是解决问题，因此赔偿规则需要一些灵活性。尽管如此，必须铭记霍茹夫工厂案详细阐明的最终目标。当然，国家责任案通常通过谈判而不是国际法院解决。因此，虽然必须就受害国指望获得的赔偿问题，为受害国提供一些准则，但详细的规定将不会有利于这些问题的解决。这种谈判的真正问题通常不是国家赔偿额，而是是否发生了不法行为。如果一国被指控犯下不法行为并正视这一情况，那么只要在评估赔偿方面有酌情处理的余地，就较容易让该国承认它做错了。

7. 第 36 条的新措辞没有引起重大问题。原第 42 条第 3 款不能完全适用于赔偿，但也许可以适用于补偿。同样，出于这些考虑，第 4 条存在似乎使第 42 条第 4 款显得多余。他赞成把第 36 条和第 36 条之二分开，也赞成后者的结构。停止义务不是违反国际法之后的另外一项义务。如果法院宣布了停止义务，那么这种裁定的主旨不是不再从事不法活动的义务，而是承认活动非法，而且必须遵守国际法规则仅仅是一种后果。然而，如果采用条款草案使用的提法并且阐明该义务并非仅仅涉及持续不法行为，他将同意将该义务列入国家责任领域。

8. 承诺并保证不重复的义务不应该列入停止义务的同一规定。他同意卡姆托先生的意见(第 2614 次会议)：尽管特别报告员曾提到这两种义务的瞻前性质，但它们之间有重大区别。承诺和保证规定强加给行为国的额外新义务是由违约行为引起的，而停止不法活动的义务则不是违约行为招致的新义务。不过，他赞同特别报告员的意见：鉴于作适当承诺的义务不属于赔偿范畴，它应该分开来叙述，也许放在第 37 条之二之后。

9. 尽管人们对拟订这样一条的必要性表示怀疑，但实践为其提供了理由。实际上特别报告员提到常常要求作此种承诺的外交豁免案例。在国内法迫使

国家机构触犯国际法时，拟定一条这类条款就尤其必要。鉴于只有在执行国内法时才犯下违法行为，该法本身并不构成违法行为。宣布该国违犯国际法将不会影响该国法规。因此我们需要找到一种办法，迫使国家让国内法规符合国际法。最能说明这种情况的例子是《维也纳领事关系条约》第 36 条。该条规定的探访权常常遭拒绝，结果人们不得不提出得到承诺和保证的要求。另一方面，新案文中无条件的特点不应当坚持。他支持捷克共和国先提出、后来辛马先生又提出(第 2614 次会议)的“在必要情况下”的提法，这将肯定解决加亚先生提出的问题。

10. 第 37 条的位置仍有待加以辩论。他同意第 37 条之二所反映的想法：赔偿应该视为违法者的责任或义务，而不应视为受害国的权利。这种办法将留下了受害国和第三国对不法行为的法律立场问题。因果关系和远因问题是一个非常棘手的问题。国家刑法和民法对该问题采取不同意见。委员会迟早得对近因、远因、直接原因、必要原因以及并存原因、介入原因和替代原因进行全面研究。鉴于国际法中先例不多，每一情况得根据其案情来判断。在这方面，他赞成报告第 32 段提到的，第 44 条评注最后一部分发表的意见。³ 至于卡姆托先生关于用不同的措词取代第 37 条之二第 2 款的“消除”字眼的提议，这是一个消除不法行为后果而不是行为本身的问题，因为木已成舟无法还原，新的套语将不再转达原意。

11. 第 38 条放在方括号内，但这是必要的，因为草案不可能涵盖不法行为的所有法律后果。如果有人坚持认为它包含了所有法律后果，那么对个人责任、非法行为的可反对性和责任的继承等问题将采取什么样的立场？鉴于评注没有提到 1969 年《维也纳公约》第七十三条，那么这里明确提到该条难道不明智？他认为评注应该提到该条。

12. 伊科诺米季斯先生说，他将基本上把重点放在第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条方面，但将首先发表一些一般意见。他完全支持特别报告员在报告第 3 段发表的意见。他认为，委员会只要努力，应该有可能在大会第五十五届会议上向第六委员会提交草案全文。

³ 见原第 8 条评注第(13)段(《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 77 页)。

13. 关于报告第 6 段，案文可采取的唯一形式是国际公约的形式。显然那将要求制定一种一般而全面的制度去解决在解释或适用整个草案过程中可能产生的任何争端。然而如果事实证明难以推行这样一种制度，那将有必要回到退一步的主张，即至少为反措施引起的争端制定争端解决程序。

14. 他赞赏特别报告员为第 19 条谋求妥协解决办法的努力。特别报告员不得不处理第 19 条第 2 款的定义问题，因为它对于这样一种妥协至关重要。该定义使国际社会概念处于最重要的位置，是在发展国际法和国际社会方面取得的重大进展。

15. 正如特别报告员在第 17 段指出的，草案包括了国家的所有国际义务、而不是仅仅对其他国家所承担的那些义务。因此，当国际法的其他主体，如国际组织，对国家提起诉讼和提出国际责任问题时，草案也许可作为法律基础。该问题值得仔细审查。他本人不反对将国家责任扩大到包含国际组织。

16. 就报告第 7 段(a)分段和第 42 段而言，若主张第一部分规定的解除不法性的情况也应适用于第二部分产生的义务，那么这一事实必须在草案中明确说明。仅在评注中提到此是不够的，在这一点上他完全同意佩莱先生的意见(第 2613 次会议)。他本人认为，不应该对该问题作规定；应将它交给国际习惯法处理。另一方面，第 42 条第 3 款应予以保留，因为它规定在任何情况下都不应当使居民丧失谋生手段。鉴于第 4 条似乎不包括第 42 条第 4 款提到的情况，保留第 42 条第 4 款也许是明智的，该款规定不可援引国内法为不提供充分赔偿的理由，因为它是仿效 1969 年《维也纳公约》第二十七条的做法的。另一种办法，第 4 条的范围不妨予以扩大，以便明确处理这种情况。

17. 他认为第二部分的标题应为“国际责任的法律后果”。从逻辑上讲，国际不法行为在先，并引起国家的国际责任。后者一旦形成，即招致若干后果，实际上第二部分已经予以阐述。第 36 条明言，所涉后果因此是国际责任的后果，而不是不法行为的后果。

18. 关于第 36 条，他对标题不完全满意，起草委员会应予以重审。一旦发生了最严重违约行为，特别是第 19 条所指的违约行为，就应该要求第 36 条之二提到的不重复的承诺和保证。出于他早些时候

为修正第二部分标题提出的理由，第 37 条之二第 1 款的行文应为：“国际责任国有义务对所犯国际不法行为的后果作充分赔偿”。尽管国际责任是一基本要素，但该条的现有措词却完全忽视了它。

19. 他同意卡姆托先生关于第 38 条标题的提案(第 2614 次会议)；也同意该条应放在第四部分。最后，将第 38 条和第 37 条(特别法)的内容合并为一条规定将是明智的。

20. 卢卡舒克先生说，委员会必须迎接新千年的挑战；而最重要的挑战莫过于完成国家责任条款草案。第六委员会强调需要在本五年内完成；特别报告员表明了履行这一义务的决心。他支持这份非常详细的报告中提出的提案。他认为尤其值得欢迎的是脚注载有全部出版资料，不仅仅是作者和著作的标题。

21. 委员会在拟定草案时必须不仅考虑法律义务，而且也考虑其他类型的国际义务和相应的责任。文献中的“非约束性协定”一语有许多用法。这与有约束力但法律意义上的无约束力的协定指的不是同样的东西；它常常指欧安组织文书规定的义务，这类义务显然被界定为政治性质的。这就是为什么他认为第 16 条令人非常失望，⁴ 该条谈到违背国际义务的问题，“而不论该义务的起源或特性如何”。每一条款应明确提到法律意义上的国际义务。

22. 特别报告员将大量精力放在条款草案的结构方面，这是正确的。他的提案在所有条款草案未定稿时作小的订正，即可予以通过。这些条款还不够编纂整个国际责任法，如此处理还为时太早。目标，从一定程度讲，是为一个新法的部门——国际责任法奠定基础。因此特别报告员把重点放在一般条款的拟定方面尤其重要：细节和微小区别在将来会随着该领域实践的发展而水到渠成。

23. 报告提出了一个重要问题：赔偿不得造成剥夺一国居民的谋生手段。这对发展中国家至关重要，因为采取反措施会给它们的不稳定经济造成严重后果。他认为有关该主题的规定必须保留。承诺并保证不重复是责任的组成部分。当一个孩子因表现不

⁴ 起草委员会在国际法委员会第五十一届会议上通过的条款草案，见《1999 年……年鉴》，第一卷，第 2605 次会议，第 290 页，第 4 段。

好受惩罚时，会大叫“我再也不做了！”，从而承认他已经做错了并保证将来改邪归正。同样的反应发生在国家之间的关系中。

24. 伊科诺米季斯先生已经指出，条款草案将国际不法行为的法律后果和国际责任类似但不同的概念等同起来，从而混淆了它们的真正因果关系。特别报告员为第二部分提议的标题指国际不法行为的法律后果，但这些后果构成责任，不过没有使用责任这个字。同样，第 37 条之二说犯下国际不法行为的国家有义务，但根本没有提到责任。另一方面，第 119 段提议的第 36 条新案文措词正确，因为它提到导致法律后果的国际责任。

25. 委员会的许多委员都支持保留第 38 条，但他同意特别报告员关于没有理由这样做的意见。这样的规定通常载于公约中：《维也纳公约》就是见证。但人们对条款草案是否最终变为一项公约有很大疑问。在草案涵盖的国际法的新领域，像第 38 条那样的非常笼统的规定会引起许多问题和疑问。

26. 佩莱先生说，伊科诺米季斯先生和卢卡舒克先生提出了一个极其重要的问题：第二部分述及国际不法行为的后果不合逻辑，因为国际不法行为引起责任，而又正是该责任产生后果。应该说这一处理办法比特别报告员阿戈所持立场又前进了一步。阿戈曾认为责任是国际不法行为的一系列后果。如果新办法被采纳(他认为应该采纳)，第 37 条之二应该按照下列方式予以重新拟定：“对国际不法行为行为负有责任的国家有义务就该行为产生的后果作出充分赔偿”。起草委员会可处理该问题。

27. 然而，伊科诺米季斯先生提出的有关第二部分标题的提案仍未能使他信服。如果标题是“国家责任的法律后果”，那么他(第 1613 次会议)就第二部分和第二部分之二之间的关系提出的问题仍未解决，因为第二部分之二也涉及国家责任的后果，也许包括诉诸反措施的可能性。

28. 哈夫纳先生提到卢卡舒克先生的论点，即第 38 条在非约束性协定中无容身空间，因为公约中通常如此时，指出，不仅是其他公约，1969 年《维也纳公约》也没有在实质性部分，而是在序言部分载有类似条款，而序言部分是没有约束力的。

29. 卢卡舒克先生说条文放在序言部分并不使它失

去意义。根据 1969 年《维也纳公约》第三十一条，条约上下文包括连同序言和附件在内的案文。比第 38 条通常是否放在一公约还是一些其他文书的问题更为重要的是，这样一种不确定的制定方式会引起许多节外生枝的问题和复杂情况，这就是他认为不应该保留的原因。

30. 伊科诺米季斯先生感谢佩莱先生的建设性意见。他说他自己关于第二部分标题的提议仅仅是一种初步提法，因为一旦该部分的所有条款最终确定下来，标题将予以重新审查。他赞成卢卡舒克先生刚才的意见：序言是任何一项条约的关键内容，在有些具体情况中，序言载有极其严肃的承诺。为了反映缔约方的意愿，序言规定的法律义务像条约其他部分规定的义务一样，同样具有约束力。

31. 贺先生赞赏特别报告员的杰出报告，它为本五年开始之时按计划前进奠定了良好基础。他基本上可以同意提议的从第二部分起的条款草案的结构；并对第二部分第一章的条款草案不是从国家权利而是从国家义务的角度重新拟定的做法表示欢迎，这与一读通过的案文不一样。这样做将有可能解决一些难题。

32. 第一部分涉及国际不法行为，换言之，重点放在国家对所涉行为的责任方面。第二部分涉及受害国的权利，但义务与权利之间的联系生硬。一读通过的、第 40 条第 3 款暗示的、现在出现在第 40 条之二的普遍义务概念，不能轻而易举地变为权利文字。关于从义务角度重新拟定第二部分的条款问题，受害国现在可按照违背的义务是对单个国家承担的还是对整个国际社会承担的(换言之普遍义务)来分类；新的第 40 条之二可以引入普遍义务的概念。

33. 赔偿义务，一国国际不法行为的主要法律后果，没有扩大到违约产生的间接或远期结果，它们与直接或立即产生的结果不同。行为与损害之间有充足因果联系的习惯要求应该适用于补偿，也适用于赔偿原则。提议的关于赔偿的一般条款应该从犯下国际不法行为的国家的义务的角度拟定；评注应该叙述相关要点。

34. 停止和承诺或保证不重复是两个不同的概念。即使违反义务的行为已经停止，承诺或保证仍然需要，因为它们涉及未来履行义务之事。停止继续犯

不法行为是未来履约的消极方面，而承诺或保证不重复可说成是积极方面，并具有独特和自主职能。与停止违背义务的行为不一样，它们侧重将来并发挥预防而不是补救作用，预先假定不法行为有重复之险。因此有些国家赞成加强承诺并保证不重复的制度，这就是提议的新的第 36 条之二的标题似乎不适当的原因：该标题应该为“停止和不重复”而不是“停止”。

35. 关于第 38 条，国际不法行为的其他后果，尽管具体指定该领域的确切习惯规则似乎有困难，但是法律原则可能在具体情况中产生新的后果是可能的。因此最好留下回旋余地。范围不应该局限于国际习惯法规则：出自其他渊源的规则也可能很重要。他同意其他委员意见，第 38 条应予以保留，但须做必要的修正。

36. 加利茨基先生说佩服特别报告员的努力，简化从委员会的前任手中继承下来的材料。他完全支持这种办法，也赞同报告第 119 段提议的重新拟定第 36 条至第 38 条的概念和形式。

37. 具体而言，他支持将关于停止的所有现有条款集中在第 36 条之二。当然措词问题有可能出现，特别是在提供适当承诺并保证不重复方面，但必须列入一些此类措词。仅规定犯下国际不法行为的国家对停止该行为完全负责是不够的。条款草案应该采取更积极性的态度和谋求真正不重复的承诺和保证。从报告中可以看出，这样的提法列入第 36 条之二在国家实践中似乎有合理的依据。

38. 总的来说他赞同第 37 条之二，但要指出一些具体问题。第二款罗列了行使充分赔偿权的方式，它们并非特别报告员的发明而是二次世界大战之前常设国际法院在霍茹夫工厂案(管辖权)中采用的措辞。法院提到了实物复原，或不能实物复原时付款，从而给予恢复原状以优先。但草案将实物复原与补偿和抵偿放在完全同等地位。他认为，常设法院也指出，恢复原状是赔偿的最好方式，因为它尽可能将情况恢复到违反国际规则之前的原状。

39. 正如联合王国政府指出的，⁵ 草案剥夺了受影

响国选择赔偿方式、坚持要求某种程度或种类的赔偿的机会。如果不在赔偿方式中指定顺序，那么这种方式的选择权就交给了犯下国际不法行为的国家，从而损害受害国的利益。委员会应该考虑这样一种办法是否正当合理。

40. 特别报告员对保留第 38 条表示怀疑，但他本人认为出于若干其他委员已提出的理由该条在草案中应该找到一席之地。

41. 主席以委员会委员身份发言说，他完全支持特别报告员在报告第 10 段阐述的新结构提案。将不法行为国的义务问题与受害国可如何援引不法行为国的责任的问题分开，是最恰当的做法。第二部分的新标题比过去的好得多。第二部分之二，“履行国家责任”，的唯一问题可能也属于更大范畴的法律后果，但起草委员会可轻而易举的处理该问题。

42. 他仅有几个无关紧要的问题。是否有必要保留第 36 条之二第 2 款(b)项，提供不重复的适当承诺和保证？诚然，在日常外交实践中，各政府常常作出这种承诺。正如特别报告员早些时候所说的，在非法侵入外交馆舍的情况中，接受国道歉，承诺加强警察保护，并向派遣国保证将不允许再发生此类事件。但这种声明是作为一种政治或道德承诺；是否要将其视为一种法律后果？他同意特别报告员在第 58 段的分析，其中他指出对违背义务行为已提供充分赔偿的国家不大可能会因未能向受害国提供令其满意的承诺和保证不重复而遭受反措施。然而，那样的话，这项规定就没有法律意义，因而不妨予以删除。

43. 第 37 条之二现在已经去掉第 42 条第 3 款的规定，即赔偿不得导致一国居民丧失其谋生手段。这项规定不受欢迎，包括日本政府⁶在内的许多政府反对它，因为它会被各国滥用，以逃避其法律义务和削弱充分赔偿原则，一条他赞成的原则。同时他同意德国的意见：第 3 款在国际法中有效。⁷ 特别报告员曾提到第一次世界大战后要求德国作战争赔偿的情况。盟国 1951 年与日本和平谈判时对德国案例记忆犹新。对日和平条约承认日本应向盟国赔偿战争期间造成的损失和痛苦，但也承认如果日本要

⁵ 见《1998 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/488 和 Add.1-3 号文件。

⁶ 见《1999 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/492 号文件。

⁷ 见上文脚注 5。

维持独立的经济，其资源不足以完全赔偿所有这些损失和痛苦，同时又履行其其他义务。结果，诸如曾经被日本占领过的印度尼西亚、菲律宾和亚洲若干其他国家得到以服务形式提供的赔偿而不是货币形式的补偿，例如帮助盖建工厂和其他建筑项目。所有其他盟国放弃了一切赔偿要求。这也许可称为特别法，但特别报告员从人权条约中援引了有关规定。

44. 他还提到日本关于制约措施的民事诉讼规则。诸如衣服、寝具、生活所需的家具和厨房用具、食品和燃料等项目不得被扣押。这些规则是建立在具有一百多年的德国模式的基础之上。第三世界国家尤其需要这一法律概念。正如报告第 41 段所建议的，该问题可通过诉诸解除不法性的情况来加以解决。总之，他希望第 37 条之二的评注表明委员会充分考虑了这一概念。

45. 他将第 37 条之二第 1 款中的“源于该行为”等字眼解释为试图在行为与损害或伤害之间引入因果联系而不实际提到损害或伤害。“源于”的字眼不怎么明确，他倾向于采用“对该不法行为的所有后果作赔偿”的措词。

46. 辛马先生说，他不同意主席对适当承诺和保证不重复发表的评论意见。目前的案文的确可能过分笼统和宽容，但是确实存在经常重复的真正危险。哈夫纳先生早些时候曾提到若干国家违反多边公约条款的两个例子。有些国家每次只是道歉而已，然后继续照常违约。这一关切可通过采纳捷克共和国在第六委员会提议的措辞解决：不用“在适当情况下”而采纳“在必要情况下”的字眼，因为不容否认的情况是：要不法行为者做的不止是仅仅道歉而已。

47. 哈夫纳先生说，《重建独立和民主奥地利的国家条约》载有关于保护生存手段的类似规定。假定国家责任条款草案也适用于确保严格国家责任的义务，他对在危急情况下，第 33 条是否不能涵盖主席引用的案例提出了疑问。

48. 主席以委员会委员身份发言说，他可以同意以这种方式处理该问题。制定像这样一条规定是危险的，因为它有可能被滥用。但是，不管怎样，必须让人们知道委员会审议过这一点。

49. 克劳福德先生(特别报告员)说，主席关于第 42 条第 3 款的说明很值得注意。他认为该立场既不属

危急又不属危难的范围，因为他本人已经提到利用这些规定作为推迟支付赔偿的理由的问题。它们不是废除义务的理由。《对日和平条约》和第二次世界大战结束时其他若干事件发生的情况是，盟国出于各种原因，包括认识到第一次世界大战结束时所犯的可怕错误，决定根本不坚持要求赔偿。这在某种意义上是一种慷慨行为，自此后该行为得到成千倍的回报。但它也表明，如果赔偿仅仅使必须支付赔偿的国家陷入贫困，那么坚持要求赔偿就没有意义了。不法性解除的情形无法回答此种极端情况引起的问题。委员会要处理的问题是第 42 条第 3 款，即从人权条约中采纳的措词，是用来对这种极端情况表示关注。另一方面，世界各地的若干政府批评它容易被滥用。委员会同意，特别是在反措施情况中，但就算在赔偿数量的情况中也同意，问题会产生，并且不可能仅依靠一个对直接性的要求就涵盖所有这些问题。第一次世界大战结束时理论上要德国支付的赔偿包括诸如战胜国武装部队养恤金等问题，尽管这些武装部队当然在战争爆发之前就已经存在，而且也没有因果关系的理论要求德国作为国际法事项来支付这些赔款。第二次世界大战以后的情况有些不同，采纳的处理也不同。起草委员会将需要审议是否有反应这一关切的某种办法。

50. 加利茨基先生说，这正是第 42 条第 3 款的问题所在。特别报告员本人承认需要反应国际法人道主义方面日益增长的影响。他认为仅有第 33 条，这还不够。它处理的是一个不同的问题，解除行为的不法性，第 42 条第 3 款处理的不是不法性问题，而是人道主义方面的问题。这与第 33 条完全不同。因此他要提请起草委员会注意该问题以便在某个时刻将该问题作为另一难题提出。

51. 戈科先生说，他认为有两种不同的义务：停止不法行为的义务和随后提供适当的承诺和保证不重复的义务。为了第 36 条之二的目的，停止可能不够。因此需要不法行为国提供这种承诺和保证，因为这必须与停止相呼应。

52. 他认为，第 37 条暗示的是赔偿必须充分。“充分”的字眼属多余，可以删除。

53. 斯里尼瓦萨·拉奥先生在提到第 36 条第 1 款的现有措词时指出，特别报告员解释说它涵盖所有国际义务，包括侵犯人权行为。从这个意义上讲，它包含了实体，个人和国际组织的情况，即使该义

务的主要受益者不是国家本身。这一点很有道理，但也正如加亚先生指出的，至于这些其他实体，该问题可留给主要义务处理，即使它属于国家责任范畴，只要主要义务有明确说明，该问题仍可留给主要义务处理。这将还需要与通过申报、诉诸国内法律和许多其他途径履行人权义务的方式相区别。这种结构不可能用不大受赏识的国家干预制度取代，但是，如果违反行为是大规模的、持续不断的和有可能影响国际和平与安全的性质，这也许给采取干预行动留下余地。

54. 该趋势得到普遍承认，在该范围内，委员会可为国家责任也发挥作用找到场所。将它们合并在一起并置于国家对国家的义务的同等级水平，也不附加适当的限制，可能转达错误印象。他希望这一点可予以避免。条款评注可更有效地阐明这些问题。

55. 他要说的第二点与第 37 条之二第 1 款对充分赔偿的提法有关。大概目标不是充分赔偿，而是尽可能多地赔偿，因为在若干情况中似乎无法适用充分赔偿规定。特别报告员正确指出，居民不应该被剥夺谋生手段，必须考虑责任国的支付能力和不得让一个国家沦落到贫穷境地。国家处理这些问题时往往比较实际。与戈科先生一样，他不知道“充分”一词是否真正需要；他同意布朗利先生的意见，即归根结底，赔偿总得联系实际情况来看；随后故意的不法行为和其他方面将作为考虑提出何种类型的赔偿的因素。基本点是赔偿必须尽可能完善，以弥补不法行为的后果。

56. 据说获得赔偿是受害国的一项权利。第 42 条的评注说，是受害国的决定推动了这项具有不同形式的权利的执行进程。⁸ 他同意这一说法。然而，说赔偿义务自动产生，同谁启动索赔没联系，这种说法会引起各种困难。更具体的说，如果考虑到受到不同伤害的国家的概念，那么如果国家受伤害程度不同，最直接受影响的国家不决定启动赔偿进程而其他国家也赞成这样做，这种局面会造成某些复杂情况。这个问题应当深究，而且无论如何应由起草委员会予以深入研究。

57. 关于损害的远遥问题，报告第 29 段提出一个

要点，即有一项要素或一批综合要素远远超出自然因果关系的范围，并且这一点应当在赔偿的一般原则的拟议说明中体现出来。但也有人认为，损害的远因不是法律的一部分。两种情形必须予以协调，而不要破坏草案的简约。

58. 关于减轻损害的义务为适足赔偿的例外，即报告作了充分解释的问题，再次引起的问题是充分赔偿是否始终是唯一标准。正如“扎菲罗”号案所示，赔偿要求可因案情的变化、因受影响方本应采取也有能力采取却没有采取适当措施而不断更改。

59. 关于共存原因问题，他也认为，即使不法行为很大程度上归于一方，但一种以上的原因相互作用，造成累积影响，在这样的情况中赔偿程度将再次受到影响。因此，他的结论是“充分”赔偿从来就不充分，主席和其他委员已经阐述了这一点。他们指出受害国的谋生手段必须与责任国的生存手段相称。

60. 这一点在初步假定损害赔偿金额的情况中更为明显。只有在损害赔偿可用数字表示的简单商业合同情况中才有可能充分赔偿。充分赔偿概念在处理国家间关系的办法中并不恰当，因为这种关系范围较广，其中涉及诸如侵略和侵犯人权等问题。他赞成在确定责任及其后果的初期阶段采取较人道的处理办法，顾及诸如国家支付能力等重要因素，而不是特别报告员主张的办法，即先确定充分赔偿，然后提出次要的一套减轻标准。

61. 他同意特别报告员的意见：必须处理停止违约行为和继续履行国际义务的问题，但他怀疑将两个概念联在一起为明智之举。法国提议的第 36 条第 2 款的新案文⁹ 似乎体现在特别报告员在报告第 119 段中提议的新第 36 条之二第 1 款中。但特别报告员的提法中似乎仍然缺少法国提案中的某些内容。法国提案强调与主要义务的联系，而特别报告员的提法更侧重不法性后果的连续性。特别报告员和起草委员会需要进一步斟酌该问题。

62. 关于承诺和保证不重复的问题，他同意特别报告员在报告第 59 段表示的意见，即主要须视确切情

⁸ 见原第 6 条之二评注第(4)段(《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 64 页)

⁹ 见上文脚注 5。

况而定，包括义务的性质和违背义务行为的性质。问题是，在一整套条款草案中是否需要以法律义务而不是道德义务形式提出的具体建议。毫无疑问，该问题不应该与赔偿等后果相提并论。佩莱先生和布朗利先生认为，国家实践中没有什么证据能支持在具体的提法中体现该观念。而哈夫纳先生和辛马先生似乎认为，该观念需要体现在条款草案中。国家不给出不重犯不法行为的承诺，因为在某些情况下，这就要要求修正国家立法，以落实商定的或适用该国的国际标准；他们对此表示关切，是对的。然而，该问题在所审查条文的有限范围内不可能详加讨论，而应该放在不同的层次处理。在目前的关键时刻，按特别报告员所建议的，采用温和而灵活的措辞也许是最恰当的解决办法。

63. 最后，他注意到特别报告员倾向于略去第 38 条。这也是他自己倾向的解决办法。不过，他也尊重一些委员的立场，他们认为委员会必须努力解决该条处理的问题。至于这样一种办法将采取何种形式，他无成见，并愿由起草委员会拿出适当的提法。

64. 罗森斯托克先生说，为了有效利用时间，提出的问题应该在起草委员会审议。然而，他要对一种观点发表一些看法。这种观点认为减轻损害，如不履行，从逻辑上讲势必导致赔偿减少。实际上，减轻损害才会导致要支付赔偿的损害减少。严格使用术语将有助于制定随着时间的推移而可以解决政府之间的争端的框架。

65. 哈夫纳先生说，在一部法律规定国家机关必须以与国际法相反的方式行事的情况中，违背国际法的不是该法本身而是适用该法的行为。承诺和保证不重复是迫使一国使其法律符合国际法的手段。如果条款草案省略承诺和保证不重复的概念，那么如何迫使一个国家修改其法律？

66. 佩莱先生说，虽然双方都有法律论据，他认为哈夫纳先生关于一项法律的通过不涉及国家责任的断言似乎有些草率。例如，组织种族灭绝罪行为的法律即使获得通过而没有执行，仍肯定构成国际不法行为。

67. 针对哈夫纳先生提出的问题，他仍不相信该问题属于保证不重复范畴。诚然，废除有关法律将构

成这样一种保证。然而，他不知道是否有任何需要将承诺和保证不重复作为一个自主概念。援引的所有事例实际上可予抵偿、履约或停止概念相连。没有人提出不同情形中的具体事例来说明某一保证实际上是根据国际法提出的，如特别报告员提议的条款草案第 36 条之二第 2 款(b)项所说。

68. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他赞同佩莱先生对审议中的概念的理解。显然，没有国家能够援引其国内法作为逃避其国际义务的借口。一个国家一旦承担一项义务，就必须通过其国内立法有效付诸实施。在这一点上，他本人与哈夫纳先生没有分歧。然而，问题并非如此简单。就不断演变且界定不是很清的标准颁布新法律就没有意义，特别是在国家缺乏执行能力的情况下。在涉及国际习惯法和没有被普遍接受的国际标准情况下，问题甚至更复杂。

69. 哈夫纳先生说，佩莱先生说他仓促下结论的指责是正确的。他有意压缩了他的论点以便简化问题。当然，一些主要规范迫使国家颁布某些立法。另一方面，其他主要规范则迫使国家采取某种态度。在这些情形中，只有当国内法付诸实施后才发生违法行为，因此，法律本身并没有达到违背国际义务的程度。他可以同意，抵偿一条包括要求承诺或保证不重复的权利，条件是案文或起码评注阐明这一事实。然而他不能同意国家没有义务修改其法律的意见，因为如果这样，对该国而言，国内法将高于国际法。

70. 罗森斯托克先生说，在特定情况中难以确定赔偿数额，并不意味着这些规则无效。条款草案要求“充分赔偿”，同时承认在一个不十全十美的世界赔偿绝不会真正充分。

71. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，他与罗森斯托克先生虽然从不同的角度看待问题，但意见一致。半满的杯子，但也是半空的杯子。

72. 克劳福德先生(特别报告员)指出“充分赔偿”的字眼见于一读通过的条款草案第 42 条，也没有受到各政府的批评。

下午 1 时散会。

第 2616 次会议

2000 年 5 月 5 日，星期五，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

继任主席：莫里斯·卡姆托先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504,A 节;
A/CN.4/L.507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席邀请委员会委员继续审议特别报告员第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)第 119 段中所载第 36 条、第 36 条之二、第 37 条和第 38 条。

2. 托姆卡先生说，第三次报告以饶有兴趣和有用的方式介绍了对条款草案第二部分的二读。

3. 具体地说，他同意特别报告员拟议的新结构，尤其是题为“国家责任的履行”的第二部分之二新案文。这种方式完全忠实于委员会和当时特别报告员罗伯托·阿戈先生的原先意图，即在审议了专门探讨国际责任起源的第一部分和专门探讨国际责任

内容、形式和程度的第二部分以后，审议载入关于解决争端和履行国际责任的第三部分。³

4. 特别报告员打算移动目前位于第二部分的反措施条款，这个意图应该受到赞扬，不过，反措施条款与国际责任的内容或形式无关。反措施是用于促使违背国际义务的国家履行其赔偿新义务——责任的核心——的手段。因此，关于反措施的规定属于履行责任的部分。

5. 特别报告员建议添加一个题为“一般规定”的第四部分，把一读通过的现第 37 条和第 39 条的内容纳入这个部分，这项建议还需要进行更加详细的分析。

6. 他信服特别报告员的论点，即第一部分的规定适用于国家的所有国际义务，所以应该载列作为先前某一不法行为的后果而产生的新义务。因此，第 42 条第 4 款应该避免重复第 4 条的内容。在这一点上，他记得，在第一部分第一章标题“一般原则”的评注中，委员会明确地指出，“草案第一章，载列四个条文(第 1 至第 4 条)，专门规定了适用于整个条款草案的一些法律原则”。⁴ 因此，他不赞成佩莱先生(第 1613 次会议)提出的建议，即第二部分应该载列一项规定，说明第一部分第五章也适用于第二部分。添加这样的案文将造成用反证法进行解释的不必要问题。

7. 对于特别报告员提议的第二部分标题：“一国国际不法行为的法律后果”来说，责任事实上是国际不法行为的法律后果。因此，委员会某委员拟议的稍微不同的标题：“国际责任的法律后果”并不适当。

8. 他认为，特别报告员提出的第 36 条的标题“国际责任的内容”并没有反映这项规定本身的内容，也许是由于特别报告员为第二部分的标题提出了一个不同的措词方式的缘故。起草委员会应该审议这个问题。对于第 36 条之二来说，他赞成特别报告员打算在被违背的义务的持续有效性、停止国际不法行为与承诺并保证不重复之间建立更密切联系。但

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

³ 《1975 年……年鉴》[英]，第二卷，第 55-59 页，A/10010/Rev.1 号文件，第 38-51 段。

⁴ 评注，见《1973 年……年鉴》[英]，第二卷，第 173 页起，A/9010/Rev.1 号文件，第 58 段。

是，他指出，上述三种观念虽然在某些方面类似，却是截然不同的，因此，他更希望可以单独的条文加以处理。无论如何，第 36 条之二的标题“停止”并没有包括所有这三个观念。第 1 款必须重申，主要国际义务虽然受到违背，却仍然有效，有关国家仍必须予以履行第 2 款(b)项的拟议措词意味着，在任何情况下都应当承诺和保证不重复，但是，辩论情况显示，只有在某些情况下，它们才是重要的。起草委员会应该适当考虑到这一点。

9. 关于题为“赔偿”的第 37 条之二，他指出，对应的原条文(第 42 条，标题也是“赔偿”)规定充分赔偿，并没有遭到各国政府的反对。因此放弃这个观念并不明智。在这方面，委员会首先应该注意一国因另一国的不法行为遭受的损害，其次才是不法行为国的情况。最后，关于特别报告员提出的、题为“国际不法行为的其他后果”的第 38 条的新案文，他与特别报告员一样认为：没有必要为此拟订一个具体条文。通常，关于适用文书中没有列举的国际习惯法规则的条款，都载于文书的序言部分。因此，如果条款草案最终采取公约的形式，就应该采用这种处理办法。

10. 阿多先生说，他对于特别报告员第三次报告中提议大都赞同。例如，插入关于履行国家责任的第二部分和关于一般规定的第四部分的提议，还有暂时搁置第三部分的提议。

11. 他认为第 36 条之二和第 37 条之二没有问题。它们是不同的赔偿类型，选择将取决于案件的事实。在这一点上，应该强调，从受害国证实某项不法行为已被犯下或引起不作为的时刻起，就可以援引一国的责任；不必证明实际的损害。一国应对所造成的损害提供赔偿来履行对违背国际义务行为承担的责任，这是不容否认的。“赔偿”是一般性的用语，它描述一国为了履行或免除上述义务所能够采取的各种方法。它包括了要求停止违约行为的权利、要求实物复原的权利、在无法实物复原的情况下要求补偿的权利以及要求得到抵偿的权利。特别报告员重新拟订的第 36 条之二和第 37 条之二包含了上述所有赔偿方式。应该把它们连同第 36 条提交起草委员会。关于第 38 条，他认为特别报告员提议的新案文较佳，但不热衷于主张保留这一条。卢卡舒克先生已经指出(第 2615 次会议)，这一条没有增加任何实质内容，所以不妨加以舍弃。如果必须加

以保留，他只有为格外审慎起见和在把它放在第四部分的条件下，才会加以支持。他保留在稍后阶段就第 40 条之二发言的权利。

12. 伊留埃卡先生说，第三次报告应该得到赞扬，它不但丰富了委员会的工作，也丰富了整个国际法。他认为，第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条都应该放置于条款草案中，特别报告员和起草委员会可以根据辩论中提出的意见加以改善。

13. 特别报告员就二读审议条款草案的时间表提交的宏伟工作方案从以下原则出发：委员会已在第五十一届会议上完成了第一部分条款草案的二读，这一部分的基本概念基本上没有引起任何质疑，但是，委员会搁置了同第一部分有关的一些问题，例如：违背普遍义务的国家责任，有关条款与一读通过的第 19 条之间的关系。

14. 他认为，题为“国际罪行和国际不法行为”的第 19 条是使整个条款草案凝聚在一起的奠基石。从第二次世界大战中出现的“国际罪行”概念，指的是对于最严重的国际不法行为的国家责任。有最严重国际不法行为的单独责任制度，也有其他不法行为的单独责任制度。委员会已对这个专题开展了值得赞扬的工作，但若不将上述内容加以考虑，委员会就不可能圆满地完成这个工作。

15. 克劳福德先生(特别报告员)总结第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条的辩论情况，指出，委员会和工作组在许多问题上，包括在伊留埃卡先生刚提到的问题上，取得了可喜的进展，不过，还有一些未决问题，在审议报告其他事项时要作出最后决定。

16. 他满意地注意到，普遍同意从责任国的义务的角度拟订第二部分的战略……至少其中所载的后果，还同意即使不在不同部分中，至少也是在同一个部分的不同章中处理这些义务和其他国家对这些义务的援引。目前的条款，即使经过重新安排，其实质和另一些内容也会被保留下来，例如也许是前任特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生所在第二次报告⁵中提议的关于利息的一个条文，这一点也已经明显了。

⁵ 《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 56-78 页和第 143 页，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件。

17. 关于国家以外的实体援引一国责任的可能性，加亚先生提出的问题，他强调说，第一部分中提出的责任这一开放概念考虑到了这样的可能性。显然，国家对国家以外的实体的责任是国家责任领域的一部分。委员会并不是因此就必须处理这些问题：它不应该这样做是基于与国家责任领域无关的一些理由，不过，有必要清楚地说明它没有这样做，是为了讲明第一部分的内容与其他各部分的内容之间的差异。这并不是在拟议的第 40 条之二第 3 款中载列保留条款的目的。没有必要逾越目前拟议的范围。

18. 至于区分主要规则和次要规则方面的困难，一些委员会提出的这个问题，他认为，委员会除了遵守原先的决定并且维持这种区分以外，别无选择。

19. 特别报告员谈到他所提的各个条文时说，已经对第二部分标题的措辞，以及许多条文标题的措辞，进行了有益辩论。目前应由起草委员会就针对形式提出的一切建议进行审议。似乎普遍同意将四个条文提交起草委员会，并且应该把这四个条文保留在草案中的某些位置。在这一点上，他认为有必要参照起草委员会将作出的建议，把第 38 条保留在第四部分或序言部分。

20. 同样，普遍同意第 36 条之二和第 37 条之二应该分别载列关于停止和赔偿原则的一般声明，以便在第一章中确立平衡。已经就形式提出了一些有趣的评论意见，特别是布朗利先生的评论意见。针对第 36 条之二，他强调，停止问题，尤其是承诺和保证不重复问题，不只会发生在持续不法行为的情况中发生，也会在一系列纵然个个都可以单独来看，却被理解为可能持续发生的行为的情况中发生。起草委员会应该决定是否需要在第 2 款(a)项中提到持续不法行为。由于第 2 款(b)项涉及承诺和保证不重复，条文的标题“停止”或许应该修改。委员们对是否保留该项表示了不同的意见；但是，辩论情况表明，委员们多半主张予以保留。不要忘记，没有任何政府提议删除一读通过的第 46 条，不过，已经有人提议把它移到别的位置。针对佩莱先生说似乎没有法院下令承诺和保证不重复的实例，特别报告员答复说，这种实例的确极少。但是，他说，秘书长在“彩虹勇士”号案中做出的裁决载述可以认定属于承诺和保证不重复类的一些内容。他已经说过，本条款草案基本上是在国家间关系领域中运作，不过是法院须适用本条款草案。当然，承诺和保证不

重复常常由政府违背某一义务以后作出，而不只是在持续违背义务以后才作出。起草委员会不妨重新拟订该项的案文，采纳第三次报告第 56 段提到的捷克共和国关于第三章的提案，⁶ 也许可提及不法行为的严重性和不法行为重复发生的可能性，并且借鉴一读通过的对应条文。

21. 第 37 条之二引起了一些困难，特别在涉及“充分赔偿”一词方面。斯里尼瓦萨·拉奥先生质疑(第 2614 次会议)这一用语是否应当保留。由于这一用语曾经出现在该条原先的案文中，也不曾受到政府的显著批评，最好把它保留下来。但是，必须牢记，还有一个平衡的问题。斯里尼瓦萨·拉奥先生的发言几乎全集中在责任国的关注事项上，但是，托姆卡先生已指出，委员会也必须考虑到国际不法行为受害国的关注事项。当然，在极端的情况下，责任国可能由于充分赔偿的要求而陷于贫困的境地。因此，需要拟订防护措施以处理这种情况，但不得妨害充分赔偿的原则。对于第 37 条之二第 2 款中所载的“消除……后果”等字眼，卡姆托先生已经正确地指出(同上)，要完全消除国际不法行为的后果是办不到的。此外，常设国际法院已经在霍茹夫工厂案的判决中指出，赔偿应该“尽可能”消除不法行为的后果。对起草委员会来说，要审议是列入这一用语以限定“充分赔偿”或者这个问题是否应该在评注中加以处理，可能是个问题。

22. 委员们普遍同意赔偿概念含有因果关系的概念，因此应该予以表明。起草委员会也需要决定这个概念是否在第 37 条之二第 1 款中得到正确表述的问题。

23. 对于保留第 38 条，已经有相当强烈的共识予以支持，但对于它在案文中的确切位置，还有一些分歧的意见。起草委员会不妨考虑是否把它列入拟议的第四部分。

24. 对于第 40 条之二，他强调，基本的宗旨是区别责任国在停止和赔偿方面的义务和其他国家援引这一责任的权利。他对委员会至少已经在接受这项区别方面走了相当长的一段路感到高兴。

卡姆托先生主持会议。

⁶ 见第 2613 次会议，脚注 3。

25. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望把第 36 至第 38 条送交起草委员会。

就这样议定。

26. 他请委员会委员审议第 40 条之二。

27. 辛马先生说，第 40 条之二目前的标题“一国援引另一国责任的权利”并没有履行承诺，因为它没有明确回答这种权利是否存在问题。反之，它提出了两个不同的概念：第 1 款中的“受害国”概念和第 2 款中的具有“合法利益”的国家概念。在某种意义上说，这两个概念当然是相关的，但在第 40 条之二中，并没有按照应有的方式真正互相对应。此外，对国际法院在巴塞罗那电车公司案中所做判决的不同解释，意味着有一个理论问题的雷区存在；他对判决的解读与特别报告员不同。因此，他建议避免以“损害”作为援引国家责任的触发点，因为几乎无法根据一国对一不法行为的接近程度对其进行“校准”，在这一点上，他引述了人权条约的实例。要不按照阿兰焦—鲁伊斯先生的做法将所有国家视为受害国，要不就认为没有一国是受害国，结果使得这些条约产生不了作用。他认为比较明智的做法是避开“合法利益”，而主张按照标题，直接指向某些法律后果的“援引权”。特别报告员对这一条提出了与他的措辞相当接近的新措辞。他不反对改动措辞，例如伊科诺米季斯先生提议的改动，即将“责任的法律后果”改为“另一国国际不法行为的法律后果”。他的主要关注事项是为第 40 条之二议定一个可以接受的运作结构。

28. 布朗利先生说，他对第 40 条之二的的内容基本上同意辛马先生的主张。他主要关心一些间接的问题，例如委员会必须考虑到的立法政策问题。

29. 首先，委员会所制订的任何条款草案，无论如何巧妙，都会引起反对和混淆，因为这个主题技术性极强，也极其复杂，不可能光是以习惯法作为依据。该第 40 条之二或一些类似的案文会引起反对的情况已经从大会第六委员会在其第五十四届会议期间举行讨论的专题摘要(A/CN.4/504 和 Add.1)的内容得到证实。该文件关于第 40 条原案文的段落对普遍义务提出了一些问题。第六委员会委员的反应表明有问题存在，而不是刻意刁难。

30. 其次，委员会也应该注意到它所编纂的文件的

读者，即使仅是临时文件。这种文件并不是专供法院使用，也供很难忙里偷闲的并不总是精通国际法的法律顾问以及法律领域以外的人使用。因此，需要避免拟订得过于细密，以便不致引起混淆。

31. 最后，虽然有可能拟订“受害国”的合理定义，为这个概念拟订包罗全面定义却造成了技术上的重大困难。特别报告员一度曾区别双边和多边的义务，认为，在一般国际法中，义务是由双方承担的。这个意见具有确凿的根据，必须予以接受。但是，特别报告员进而认为，多边义务情况则不一样。他不同意这个观点。他认为，不同之处是难于查明一般国际法原则，但是，他多少想采用 1969 年《维也纳公约》中对普遍义务的解决办法，即可以对照习惯法的发展。

32. 对完成目前任务的经济考量也是一个要考虑的因素。他十分重视报告第 119 页第 40 条之二的脚注，也与特别报告员一样感到关切，但是，委员会当然可以在新的一章中阐明第 40 条之二中的原则，不过，会为此耽搁一段相当长的期间。

33. 加亚先生说，第 40 条之二的依据是双边和多边义务之间的区别，在特定情况下，它一方面引起双边关系，另一方面则引起普遍义务。这个区别拟订得比一读通过的第 40 条案文明确得多，并且连贯得多。这种区分必不可少，应该载于案文的某些地方。进一步澄清和拟订也是可能的，并且可以考虑列入一般规定中。

34. 大家已经提出了一些饶有兴味的建议。他本人建议第 40 条之二应该根据义务的类型分为几个部分。这个条款的第一部分可随即处理违背在特定情况下引起双边关系的双边或多边义务的行为。典型的事例可能是违背有关公海航行自由的义务的行为：无论是在条约或一般国际法中予以规定，这都是多边义务。但是，在外国船舶被另一国军舰阻拦的特定情况下，侵犯行为只影响一个国家。其他国家可能关注这个问题，但是受害国只有一个。

35. 这个条款的第二部分涉及普遍义务。对这些义务的违背会影响所有国家。可是在某种情况下，违反此类义务则特别影响一个或多个国家。

36. 第 40 条之二的的第一部分，即目前的第 1 款(a)项，可能处理第一种情况，而把第 1 款(a)项和第 2

款合并起来的该条的第二部分则处理普遍义务，并可以开宗明义：在这些义务受到违背的情况下，所有国家有权要求停止并且要求承诺和保证不重复。

37. 他认为，委员会可能考虑是否所有国家也可以要求赔偿，但有一条，即要向最终受益人提供补偿，最终受益人可能是另一国家、个人、甚至整个国际社会。委员会无须确定谁是最终受益人；斯里尼瓦萨·拉奥先生(第 2614 次会议)指出，那是一个主要规则的问题。在普遍义务的情况下，可能会有一个特别的受益人，只有他有权获得补偿。按照特别报告员的思路，则委员会不应该详细审议国家以外受益人的情况。如果一国受到侵略，那是整个国际社会关注的事项。所有国家都可以要求停止，要求承诺和保证不重复，也可以要求赔偿，但是只受到侵略的国家可以要求补偿。可以说，该国还有另一些权利，它对义务的履行也有一定的作用。特别受到影响的国家要在恢复原状和补偿之间作出选择。有关履行的第二部分之二应该处理这个事项。在第二部分的第一章和第二章中，委员会可能只从责任国的观点提到一系列的义务。

38. 根据阿比—萨阿卜所谓的三个同心圆理论，大圆是施加普遍义务的规范。中圆是强制法，即旨在终止载有违背普遍义务的规定之条约或使之失效的规则。最后那个小圆规定了一些义务，如果违背了这些义务，便构成以往所说的“国家罪行”——严重违背普遍义务的行为。无论这个理论是否正确，他都要提到这个理论，因为，与特别报告员所提议的相反，他不认为委员会应该详细叙述强制法。第 40 条之二的案文载述了双边义务和普遍义务之间的区别，而不论强制性规范是否规定了这些普遍义务。由于普遍义务受到违背而直接受影响的国不能以协定或单方面同意取消该义务，它甚至不能以放弃权利的方式取消违约行为的后果。在任何特定情况下，义务是对其他所有国家承担的义务，这是普遍义务的根本性质。他认为，对委员会来说，有了普遍义务的概念就够了。还需要解决的问题是，就严重违背普遍义务的情况来说，是否还需要在第二部分或其他地方增列一些规定。

39. 戈科先生说，他对第 40 条之二的评论，尤其是对于“受害国”问题的评论，是初步的，他保留将来，特别是起草案文时评述这个问题的权利。他赞扬特别报告员在报告中极其明晰地介绍了这个问题。

40. 第六委员会对“受害国”的含义提出若干一般性评论，见专题摘要。有些代表团认为，“受害国”条款应该明确规定侵犯受害国权利的不法行为，并且明文提到有关国家所受到的物质或精神损害。另一些代表团坚持认为，不必提到如此造成的损害，因为侵犯某项权利的行为可能产生潜在的损害，而不造成实际损害。也有人支持该把具体受到某一国际不法行为损害的一国或数国同对相关义务的履行具有合法利益、但没有受到可以量化的损害的其他国家区别开来。只有具体受害的国家才应该有权要求赔偿和补偿；在没有受到实际伤害的情况下，国家不能要求赔偿。也有人认为，第 40 条第 2 款中所列的各种情况并非穷尽无遗的，因为它没有明文提到双边习惯或由单方面行为引起的违背义务行为。最后，有人坚持认为，违背条约规定的行为首先应该照条约本身的条款处理，其后的适当法律准绳应该是条约法，而不是国家责任。

41. 特别报告员在报告第 67 段中提到导致拟订第 40 条原案文⁷的讨论内容，非常有用。当时，委员会一些委员曾经提议采用“灵活到足以包括所有情况的程度”的措词。⁸他完全同意特别报告员的看法，他说第 40 条的作用是作为整个草案的枢纽，使第一部分中对义务的处理和第二部分中对权利的处理互相挂钩。

42. 第 40 条第 1 款的原案文非常明确：它给出了一个大致定义，把受害国界定为其权利受到另一国的国际不法行为侵犯的国家。人们不得与国内法的规定做比较：在刑法领域或光是在损害和侵权领域，受害方是其权利受到另一当事方的作为或不作为为违反或侵犯的人。该作为或不作为为受害方提供向违约方求偿的救济或补救。这些概念总是一样：侵犯一方权利的作为或不作为的存在、作为或不作为方的责任以及给予受害方一些赔偿。顺便提到，条款草案第一部分第 3 条也提到“作为和不作为”。于是，或许不必像第 40 条原案文第 2 款那样，列出可能发生各种情况。毕竟是受害国必须提出权利受到侵犯问题。

⁷ 特别报告员里普根先生第 5 次报告中提出的原第 5 条，见《1984 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 3 页，A/CN.4/380 号文件；第二卷(第二部分)，第 101-102 页，第 355 段。

⁸ 同上，第 103 页，第 367 段。

43. 关于第 40 条, 已经有一些政府对它可能与条约法重叠或不一致表示关切。有一个代表团正确地认为, 作为根据国际习惯法援引责任的条件, 在违背义务行为和要求“受害国”地位的国家之间必须存在充分的联系。

44. 第 40 条的第一案文过于混乱和复杂。最令人庆幸的是, 特别报告员在报告第 119 段中提出了“比较清淡的”新案文, 理解和适用起来简单得多了, 也容易得多了。该第 40 条之二强调被违背的义务——对受害国单独承担的、对整个国际社会或对包括受害国在内的一国家集团承担的义务。新案文第 2 款也提到一国在一国际义务的履行中具有合法利益的情况: 如果该义务是对整个国际社会承担的义务或该义务是为了保护集体利益而确立的, 该国就要受该义务的约束。最后, 第 3 款处理了任何人或国家以外的实体直接取得的权利问题。应该就这个问题拟订单独的条文。

45. 实在对原案文的起草人感到抱歉, 但第 40 条的新案文的确比原案文好。现在应由起草委员会进一步加以改善, 考虑到第六委员会中发表的意见, 设法找到一种十分灵活足以包含一切情况的提法。

46. 就国家责任这类重要专题要拟订的条文, 不仅对律师和教授来说, 而且也对所有其他读者, 特别是学生来说, 必须明白易懂。在马尼拉, 有学生问他, 国际法规则是否故意拟订得极其复杂, 使各国以此作为借口, 不用实行它呢? 他对此语感触良多, 值得各们委员三思。

47. 哈夫纳先生说, 委员会要对第 40 条和拟议的第 40 条之二引起的问题采取立场, 有个两个备选办法: 回归国际关系和法律的根源或干脆设法为本条找到一种可以接受的提法。鉴于这两个办法固有的困难, 可能必须走一条中间路线。

48. 尽管多边主义有所发展, 当前盛行由个别国家而不是由中央机关执行法律的“威斯特伐利亚”体系。在这个概念的基础上, 且很容易拟订一个条文, 规定受害国有权援引责任。但仍须界定受害国的含义。例如, 如果沿海国把它的专属经济区或权利扩大到可以容许的距离以外的大陆架范围, 内陆国能否认为它受到损害? 国际法院曾经审议这个问题并且总结认为, 由于地理情况, 内陆国不能认为它受到上述活动的损害。他不认为这是正确的结

论, 因为涉及一国利益的结论不能光是根据其地理位置加以论断。此外, 由于出现人权法和不是对个别国家、而是对所有国家、乃至全人类承担的义务概念, 国际法有了新的发展。人们不再认为国际法只制约可以确定的国家之间对双方具有拘束力的关系; 多边主义正在取得进展。国际法院为了努力处理这些新趋势, 目前提到了普遍义务。

49. 为了确定哪些国家应该有权援引国际责任, 委员会必得牢记这些趋势。委员会必须考虑到, 未真正或根本没有受害的国家必须有权对违背若干国际法规范的行为作出反应。违背一项规范时, 可能引起三种情况: (a) 根本没有受害国(例如, 人权受到侵犯的情况); (b) 所有国家认为本国受害(例如, 发生环境损害或违背环境保护条约的情况); (c) 根本违反国际法以至所有国家必须有权作出反应的情况(例如, 发生侵略事件)。由于多边主义的增长, 又产生另一个类别: (d) 对若干国家承担、但只在涉及一个别国家的关系中得到履行的义务(例如外交豁免的情况)。在(b)情况下, 比如说, 如果一国违反了禁止排放氢氟烃等规定, 则环境条约的任何缔约国通常有权作出反应, 并且有权援引国际责任。但是, 在(d)情况下, 就可以问, 是否应当认为没有直接受到影响的国家在抽象遵守相关规范中也具有合法利益——换言之, 是否光是由于具有合法利益, 它们就有权援引责任。对这个问题的思考, 可见《国际法院规约》第六十三条; 该条规定, 凡解释所缔结条约的情况下, 缔约国有参加诉讼之权利。因此, 可以问这种制度是否也应当适用于援引责任的权利。通常倾向于扩大援引责任的权利, 但没有扩大到在所有情况下赋予所有国家以这种权利的地步。

50. 确定了这个问题以后, 他希望了解特别报告员如何在他的第 40 条之二中加以解决这个问题。新案文与原案文大有区别, 因新案文不再区分双边和多边规范, 却区分了双边义务和普遍义务, 这种区分对有权援引责任的国家的定义有重大影响。

51. 本报告第 99 至 105 段中分析了双边义务。在第 105 段中, 特别报告员解释说, 第三国可能有意提到某种违约行为, 但不必在本条款草案中予以规定。他本人持有相反的看法: 如果发生违背对某个特定当事国承担的出自多边条约的国际义务, 给第三国以介入机会, 那就需要有确定的规范(如果直接

受害国不希望采取行动, 这就是很有用的东西了), 来规定不干预规则的例外事项, 这是正统学说的要求。

52. 对违背普遍义务, 新条款草案规定各国只有在两种情况下有权援引责任: 它们直接受到违约行为的影响时和它们是一整体条约的当事国时。根据这项定义, 任何一国家都无权援引另一国对侵犯人权行为的责任; 在不等于损害另一国的环境损害方面, 这种权利同样也不是有系统地存在的。因此, 特别报告员在其第 40 条之二第 2 款中列入一项规定, 申明一国是某国际义务的当事方, 在履行该国际义务中具有合法利益, 如果该义务是对整个国际社会承担的义务, 即是一项普遍义务, 或该义务是为了保护集体利益而确立的, 就有权利采取行动。当然, 由于把握普遍义务的确切含义不容易, 所以有必要在评注中载入一项定义。

53. 弄清如此区分两类国家的后果是有意义的, 但是条款的案文并没有明确这些结果。特别报告员在报告中解释说, 按照与 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项类比的方法, “利害相关”国可以用受害者的名义(这是不会引起任何困难的情况)或按照缔约国的协议参加程序。他本人同辛马先生一样认为: 事先协定的要求可能造成困难。如果“利害相关”国只有权要求停止或恢复原状, 只要受害国不认为它的权利受到了妨碍, 就不需要事先协定了。索求补偿或抵偿或采取反措施, 则是不同的问题了。在那种情况下, 除非利害相关国以受害者的名义采取行动, 否则似乎就需要有一项协定, 因为不然会造成其他混乱。这些问题迫切需要明确处理, 其最后案文还没有拟订出来。

54. 总之, 只要不知道区分两类国家的影响, 就无法对第 40 条之二作出最后的评价。最后, 如同辛马先生在提议新标题时指出的, 特别报告员所提第 40 条之二的标题的措词并不符合其内容, 应该在两者之间建立某种联系。他也同戈科先生一样认为, 第 3 款应该单列。

55. 佩莱先生说, 照特别报告员看来, 第 40 条之二的的作用是确定哪些国家有权援引被指控实行了国际不法行为的国家的责任。这个办法的优点是它比哈夫纳先生和加亚先生提出的国际法中的一般性理论务实, 并且最终回答了特别报告员在其报告第 117 和第 118 段中提出的问题。因此, 特别报告员

拟议的第 40 条之二案文应该载入第二部分之二的开头, 因为这个部分述及国家责任的履行, 而该条处理理由谁触发此类执行的问题。此外, 这也是特别报告员提出的解决办法。他修改了一读通过的第 40 条之二的标题和法理, 这个做法当然是正确的。可以基于若干原因对一读的标题和法理进行批评。但是, 令人感到遗憾的是, 他没有把这条路走到底, 从他的重要分析中得到一切合理结论。他似乎不曾脱离前特别报告员里普哈根先生的学说方法, 布朗利先生认为这种方法过于复杂。辛马先生的做法较好, 至少刚开始时的情况是这样。在第 1 款中, 它查明了一国有权援引另一国国际不法行为责任的情况。令人遗憾的是, 它随即又提出了哪类义务受到违背的问题, 而这个问题实际是决定一国何时有权做出国际责任的推断。受违背的义务的性质并不重要: 真正重要的是想要对违约行为作出反应的国家的立场。

56. 如果把第 40 条之二移到第二部分之二的开头, 这的确是合理的做法, 那就应该在第二部分中列举责任的直接后果并且加以界定。在向起草委员会提交第 36 条、第 36 条之二和第 37 条之二时, 国际法委员会已经描绘出第二部分应该如何的主要方针, 不过, 还必须增添赔偿利息支付的规定, 而且特别报告员也已经同意这么做。他本人仍然认为, 关于赔偿的条款应该复杂一点。第二部分也应该包括第 45 条之二, 特别报告员打算起草的有多个不法行为国的条文, 他认为把这一条列在第二部分比列在第二部分之二合适。归根到底, 责任的后果并不是很复杂。上文中已经指出, 它们包括国际义务的履行(第 36 条之二第 1 款)、停止国际不法行为(第 36 条之二第 2 款(a)项)、如果认为重要的话, 或许也可列入承诺和保证不重复(第 36 条之二第 2 款(b)项), 不过, 特别报告员还没有提出实例, 最后一个要点, 单独或合并采用三种不同类型的赔偿方式。三者都应该载于第二部分。接着应该载列第 40 条, 在这一条中规定谁有权要求停止、保证等等, 只是应有之义。可以很容易地将四种后果聚合在一起。先规定赔偿, 再接着规定另外三种: 停止、履行、(或许还包括)承诺和保证不重复。在特别报告员完成报告以后再来处理反措施比较妥善。

57. 如果接受这个推论, 并且把载在第 40 条前面的条款作为出发点, 第 40 条须解决的唯一问题是责任的哪种后果可以由一国根据它对受违背之义务的

立场加以触发。特别报告员已经试图在其报告第 116 段表 2 中做采取这样的办法。这也是第 40 条之二试图明文规定的内容，但所用方式看来极其复杂，却不是很精确，因为有可以各种可能的方式加以解读。显然，分歧是存在的，但是，很难看出可以根据哪种情况触发何种责任。再者，特别报告员对义务的理论特别关注，对如何触发责任程序，并不那么关心。里普哈根在报告⁹中提议作为第 5 条的条文原则上是以不同的思考方式为依据的，特别报告员采取的处理办法，几乎与它一样复杂。他本人认为，报告中显然应当对狭义的受害国和其他间接受害国作出简单的区分。前者是直接受到损害或伤害的国家，后者是国际法对巴塞罗那电车公司案的判决确定的具有合法利益的其他国家，即其他有关国家。

58. 在这一点上，他同意特别报告员的意见，但认为特别报告员根据其推理得出的结论很奇怪。现状很明显。一方面，有有权援引源于责任的所有后果的国家，即受害或直接受害的国家，也有有权援引除了赔偿以外的所有责任后果的国家。一国不能对在另一国实行的、影响另一国人口的灭绝种族罪索取金钱赔偿。另一方面，完全清楚的是，所有其他国家当然有权而且可能也有义务作出反应，这也是罪行观念的一大优点。至少，它们有权要求停止、要求履行义务和酌情要求承诺和不重复。总之，直接受害国有权自行或通过其国民要求赔偿。其他国家有权触发责任的后果，但不能要求赔偿。

59. 在这一点上，没有什么是极其复杂的，这正是他试图所提第 40-1 条和第 40-2 条(ILC(LII)/WG/SR/CRD.2)中阐明的观点。他认为他的提案文的措辞很简单，也比特别报告员和辛马先生提交的案文(ILC(LII)/WG/SR/CRD.1)的措辞更能发挥作用；这措辞可以改进，也必须加以补充。当然，有必要在某些地方界定损害。他个人认为，应该在条款草案中、而不是在评注中加以界定。合法利益也必须加以界定，在条款草案中界定不会有任何困难，只需使用特别报告员拟议的第 2 款案文就行了，或使用辛马先生在他拟议的案文中载录的案文，或许需要作一些文字上的改动。在他自己的提案中，他只是把第 40 条

之二第 2 款调换为第 40-2 条(b)项，而在文字上作了微小的改动。特别报告员和辛马先生提案中所载的第 3 款必须保留，他在自己的提案第 40 条中使用了这一款。但是，他与哈夫纳先生一样认为，不应将第 3 款列入第 40 条之二。应该将这一款移开，并且予以修改：“不妨碍……取得的任何权利”可以改为“不妨碍由于实行了国际不法行为所引起的后果”，因为责任的后果不光是权利，还有义务。例如，在发生灭绝种族等罪行的情况下，显然，有关国家——即国际社会中的所有国家，不仅有权，实际上也有义务作出反应，应该把这种情况写入第 3 款。

60. 总之，他的第一项建议是把第 40 条之二分为三条，因为与其他条款比较起来，这一条太冗长了。但这只是文字上的改动，即使特别报告员或辛马先生的提案获得通过，也需要作文字上的改动。

61. 他的第二项建议是把第 1 款彻底改动，以便明示特别报告员自己对受害国和具有合法利益的国家所做的区分。经过这样一番有用的澄清，这一条便能发挥作用，决定谁会触发责任后果，这一点在特别报告员和辛马先生的提案中根本不清楚。

62. 他的第三项建议是为了重新引入损害和伤害概念。必须发生了损害，才有赔偿的义务，因为如果不是这样，国际法就会完全不顾道德。但是，如果受到损害的事实是准许一国要求赔偿的理由，那么准许一国，或在某些情况下使一国有义务，不要求赔偿而做出其他反应的理由，可能是某一普遍义务受到违背。

63. 他的第四项建议意在询问特别报告员是否有可能界定损害的含义，最好在条款草案中界定。但是，如果特别报告员在评注中界定，他也不会反对。

64. 他所提议的基本上与特别报告员在其报告中所分析的没有什么不同，有分歧的只是第 40 条之二第 1 款。特别报告员说他从其报告中得出了适当的结论。他本人根据特别报告员的报告提出了更清楚明的案文。但是，他希望重申同意报告第 66 至第 118 段中所载述的一般法理，这并不妨碍他将来做出反应，评论特别报告员针对保护整个国家之国际社会根本利益所基的严重违反行为，亦即第 19 条下的罪行。但是，特别报告员说的完全正确，就可以触发责任后果的东西来说，如果对国际社会承担的

⁹ 《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 3 页，A/CN.4/389 号文件。

义务遭到违背，那么是否是实行了罪行，则无关紧要。因此，他认为，实际上没有必要在第 40 条之二中重新引入罪行概念。

65. 辛马先生保留在稍后阶段更加详细评述佩莱先生提案的权利。他说，把佩莱先生提出的办法称为简单得多的优雅办法，可能产生误导作用。当然，第 40-1 条之二在提案中所占篇幅不多，却可能打开潘多拉的盒子。如果委员会真正试图明确“损害”和“伤害”的定义，佩莱先生所取方法的优雅和简单可能立马化为乌有。在不考虑将整个损害概念从草案中拿走的情况下，避免把损害规定为国际不法行为的要素，可能是个好主意。由于赔偿预先假设了损害的存在，只在涉及赔偿时提及损害，可能比在涉及采取行动权利问题时提及，要容易处理得多。

66. 他认为，佩莱先生提案，题为“保护合法利益”的第 40-2 条是基于对国际法院在巴塞罗那电车公司案中所做判决的错误解读，与特别报告员一样的错误解读，即基于对“合法利益”概念的过于狭隘的解释。佩莱先生和特别报告员的提案给人的印象都是，具有“合法利益”不像直接受害那么紧要。但是，他本人对电车案判决的解读则不是这样。他自认为，具有合法利益的国家具有不小于直接受害国的权利的权利，而按照佩莱先生和特别报告员的提案，只有直接受害国才是完全有权采取行动的国家。

67. 就佩莱先生提案的第 40-1 条第 2 款来说，对具有合法利益但没有受害的国家给予特别报告员所提第 36 条之二中规定的权利，做得还不够。他主张增加特别报告员在报告第 116 段表 2 中所概述的其他因素，例如以受害者的名义采取行动或根据同各当事国建立的共识采取行动，不过，他认识到很难就上述概念给出精确的定义。

68. 克劳福德先生(特别报告员)感谢一些委员提议了第 40 条之二新案文，它们有共同特点，为起草委员会开展工作打下了基础。他无意冒犯，但想提示佩莱先生他的提案缺少了他已经塞入一项条文中的对损害进行定义的三个要素。他也认为该条文应该分解为几个部分。他肯定是在采取分解策略，以便解决采取了合并策略的第 40 条的难题。可能他还做得不够彻底。

69. 如果要求他为“损害”下定义，他会说，按照定义，损害首先是被违背的双边义务当事国所遭受的东西，其次是特别受到影响的国家所遭受的东西，再次是只因为是一项整体义务的当事国，只因此类义务意在影响所有国家而受到影响的国家所遭受的东西。因此，他和佩莱先生对于实质内容具有相同的见解。

70. 他不想成为鼓吹第三流派学说的教授，但指出，上述概念的确具有某种理论依据。他在发展损害概念方面试图做到的是，采取双边的情况和 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项中所指明的情况。必须说，委员会在起草 1969 年《维也纳公约》相当晚的阶段才拟订了该款。这一款纯粹是被委员会编出来的，没有许多材料可据。评注¹⁰中没有载列许多支持该款的论点，但是该款得到广泛的接受。人们显然能够从这个实例中得到启发。总之，关于义务的一般理论远比佩莱先生所认可的多。

71. 他指出，辛马先生也为了推进这一事项而提出了宝贵的建议，辛马先生激进提案有一个优点：那就是避开了任何有关损害和利益等概念的辩论。他打算根据利益——而不是根据损害——来拟订第 40 条之二，但是他已经总结认为，这种做法并没有使案文得到改善。

72. 采纳拟议解决办法的所有要素，并非不可能。他认为，所有委员都同意的，在他看来也是不可或缺的而且已经载于国际法院对巴塞罗那电车公司案判决中的唯一要点是不同立场间是有区别的，比如，西南非洲的人民的立场与埃塞俄比亚和利比里亚人民的立场是有区别的。一旦委员们对此达成一致意见，将对厘清第 40 条纠缠在一直的问题大有帮助。

73. 他欢迎上述的积极贡献。他与布朗利先生一样认为，委员会必须立即向第六委员会提交一份提案，提案要清楚明白，在先前的案文中具有极其坚实的基础，以便得到一定程度的接受。到目前为止，委员会本身至今已经是相当接受了，再经过起草委员会委员们的努力，这个问题就可以解决。如果得不到解决，而且如果委员会不回归原第 40 条，就必须拟定简单得多的案文；果真这样，那就令人感到遗憾了。

¹⁰ 见第 57 条评注，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 253-255 页。

正如委员会曾认为必须在多边条约方面超越 1969 年《维也纳公约》第六十条第一项，它也必须有多边义务背景下的责任法领域走得更远。它能够根据目前的讨论结果，向前迈出这重要的一步。

74. 哈夫纳先生与辛马先生和克劳福德先生看法一致，他问佩莱先生，是否应当从其所提第 40-1 条第 1 款中“受到[物质或精神]损害的一国”的解释推出两项结论。首先，违背一项国际义务本身确实构成精神损害。其次，在违背关于保护少数群体的某项双边协定的情况下，保护少数群体的国家，即使不能被视为受到损害，却必须有权采取源于另一方国家的责任的任何措施。换言之，对该条的解释基本上取决于损害的定义。

75. 斯里尼瓦萨·拉奥先生保留在稍后阶段评述这一问题的权利。他说，他认为佩莱先生已经试图提出一个能够处理极其困难的基本责任概念的可行方式。如果赔偿不是第 40 条为无权提出要求遵守被违背之义务问题的间接受害国规定的，那么他问现在正发明什么是联合国论坛中还没有的新东西。间接受害国只能到多边论坛去求得抵偿。当然，它可以寄发外交备忘录，但是，如果它要取得结果，它就必须转向联合国决议，世贸组织争端解决体制和其他专门机制。如果这些机制派不上用场，就必须发明某种新车轮。否则，将只有一套单边的、极为散漫而且选项不多的反应可供用于维护某一个利益共同体。这是根本的困难所在，还不曾讨论过。

本届会议的工作安排(续)*

76. 主席宣布设立国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)问题工作组。工作组成员为：斯里尼瓦萨·拉奥先生(主席兼特别报告员)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、卡特卡先生、卢卡舒克先生、罗森斯托克先生和罗德里格斯·塞德尼奥先生(当然成员)。

下午 1 时散会。

* 第 2613 次会议续会。

第 2617 次会议

2000 年 5 月 9 日，星期二，上午 10 时 05 分

主席：莫里斯·卡姆托先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊德里斯先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

外交保护(A/CN.4/506 和 Add.1¹)

[议程项目 6]

特别报告员的第一报告

1. 主席邀请特别报告员介绍他关于外交保护的第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)，其中包括条款草案第 1 至第 9 条，案文如下：

第 1 条. 范围

1. 本文件中，外交保护是指一国因另一国的国际不法行为或不作为对其国民的人身或财产造成损害而对另一国采取的行动。

2. 在第 8 条规定的例外情况中，也可向非本国国民提供外交保护。

第 2 条

禁止将进行武力威胁或使用武力作为外交保护的手段，但为了营救国民且满足下列条件的情况除外：

- (a) 保护国无法通过和平手段确保其国民的安全；
- (b) 损害国不愿意或不能够保证保护国国民的安全；
- (c) 保护国国民的人身面临紧急危险；

¹ 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

(d) 使用武力与局势的情况相称；

(e) 一旦国民被营救，即停止使用武力，且保护国撤出其部队。

第 3 条

国籍国有代表受另一国非法损害的国民行使外交保护的權利。在不违反第 4 条规定的情况下，国籍国有行使这项权利的自由裁量权。

第 4 条

1. 如果一项可归于另一国的严重违反强制法规规范行为造成损害，除非受损害人能够就此种损害向有管辖权的国际法院或法庭索赔，否则，若接到请求，国籍国就有代表该受损害人行使外交保护的法定义务。

2. 若出现下列情况，国籍国的这项义务将被免除：

(a) 行使外交保护会严重危害本国和(或)其人民的首要利益；

(b) 另一国代表受损害人行使外交保护；

(c) 受害人不持有本国的有效和主要国籍。

3. 国家有义务在其国内法中规定必须在有管辖权的国内法院或其他独立的国家当局坚持行使这项权利。

第 5 条

在自然人的外交保护的范畴内，“国籍国”是指寻求保护的個人，因出生、血统或善意归化而获得国籍的国家。

第 6 条

在不违反第 9 条第 4 款规定的情况下，国籍国可代表受损害国民针对其另一国行使外交保护，即使该受损害者也是后一国的国民，若该个人的[主要][有效]国籍属于前一国。

第 7 条

1. 根据第 5 条所列标准，双重国籍或多重国籍国民任何所属国均可代表该国民针对其也不具有国籍的国家行使外交保护。

2. 依第 5 条的定义，两个或多个国籍国可共同代表双重或多重国籍的国民行使外交保护。

第 8 条

一国可为受损害的无国籍者和(或)难民实行外交保护，如该人通常是主张国的合法居民[并与该国具有有效联

系？]，但损害必须在该人成为主张国的合法居民之后发生。

第 9 条

1. 如果受害人在遭受损害后已善意变更国籍，新国籍国可以针对此项损害为受损害人行使外交保护，但须原国籍国在国籍变更发生之日未曾或非正在对受损害人行使外交保护。

2. 如果主张已经善意转移给持有另一国国籍的一个或几个人員，也可以适用本条规则。

3. 受害人的国籍变更或将主张转移给另一国国民，并不影响原国籍国针对受害人仍为本国国民时所受伤害对该国一般利益造成的损害自行提出索赔的权利。

4. 新国籍国不得就某人仍为原国籍国国民时所受损害针对原国籍国行使外交保护。

2. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他感谢莱顿大学科内利斯·范·福伦霍芬基金会赞助的研究助理茹然璠·德恩-劳奇马尼女士，感谢她为他编写第一次报告做出的无比宝贵的贡献。

3. 第一次报告第一章是导言，提出如何使用外交保护这一权利进行人权保护。其后是第二章，载有条款草案及其评论。条款提出了若干有争议的问题，他要求委员会就这些问题给予帮助和指导。这些问题本可以沿着前特别报告员本努纳先生所编初步报告²的路子，在介绍性报告中提出，而不在条款草案中加以详细阐述。然而，他认为，把一项有争议的规则拟作条款草案可以使之更加明朗化，从而引发该专题目前研究阶段所需要的争论和不同看法。报告也载列了将在以后报告中提交的其他条款提纲。

4. 条款草案分为两组。在第一组(第 1 至第 4 条)中，第 1 和第 3 条主要是基础性的，而第 2 条和第 4 条则是特有争议的。第二组的第 5 至第 8 条是同样有争议的，但都是处理与国籍有关的问题的。因此，他建议暂时仅介绍导言和前四条草案，供大家辩论。

5. 关于报告第一章中的导言，他刚开始工作时曾误以为外交保护方面的许多问题已经得到了解决，

² 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，A/CN.4/484 号文件。

因为本专题有许多做法和先例。然而，他却惊愕地发现这个议题充满了争议。在第二次世界大战和人权条约出现之前，国际法中几乎没有任何针对个人的程序，使个人能对自己的国家对自己的待遇提出质疑。另一方面，如果个人的人权在国外遭到一个外国的损害，此人的国籍国可以进行干预来保护他。实际上，享有这种特权地位的主要是西方列强的国民，因为正是这些国家最愿意进行干预，保护本国国民。对非西方国家来说更为严重的是，对国民的损害即是对其国家本身的损害这种拟制，把外交保护提到了重要的政治高度。因此，外交保护不可避免地发展中国、特别是拉丁美洲国家的发展中国家，视为一种歧视性行使强权而不是保护外侨人权的方式。

6. 他说近年来发生了很大变化。对本国人和外侨的司法标准发生了重要变化。大约 150 个国家加入了《公民权利和政治权利国际公约》或其在欧洲、美洲和非洲的对应性区域公约，其中规定了签约国对国民和外侨的司法标准。另外，在国外经商的人现在通常可以基于双边协定或多边条约获得救济措施，例如《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》设立了解决投资争端中心。

7. 这些进展使许多人以为外交保护过时了。大体上来说，这种看法的理由是，发展中国家所倡导的享有国民同等待遇标准和主要由西方强国所倡导的外侨待遇国际最低标准已经被国际人权标准所取代，该标准吸收了《世界人权宣言》³ 的核心条款，在待遇方面对本国人和外侨一视同仁。现在，个人成了国际法的主体，有资格在国际上行使自己的人权。应该把国家代表其国民索赔的权利限制在外侨和损害国不能就任何其他解决办法达成一致的情况。只有在这种情况下，国籍国才能干预，而且是以个人的代理人而不是国家的身份进行干预。根据这种看法，国家有权代表其国民行事以维护自身的权利就成了一个过时的拟制，应该被摒弃——但国家切身利益受到了影响的情形也许除外。

8. 他认为，这种看法有缺陷，理由有二。第一，它对在法律中使用拟制表示了不必要的蔑视；第二，它夸大了国际保护人权的现状。

9. 对于拟制问题来说，在有些情况下，侵害外侨人权的做法可能与国籍国利益有关——例如，在损害是系统的，并反映出损害国对有关国家所有国民一律采取歧视性政策的情况下。但在外侨遭到孤立损害的情形中，干预国实际上起到作为个人代理人为其索赔的作用。在这种情况下，对国家的损害这一观念确实是个拟制。若干规则都证实了这一点，包括用尽当地救济要求，持续国籍要求，以及这样一个事实，即法庭对国家所受损害进行量化评估时，一般考虑到个人所受的损害。

10. 因此，外交保护显然是以某种拟制为前提的。这种拟制引起了前特别报告员的格外关切。他并不像前任那样对法律拟制持蔑视态度。罗马法高度依赖程序性拟制来实现衡平，许多法律体系都继承了这一传统。对于一个重要的制度，委员会不应仅仅因为它是基于拟制、经不起逻辑检验而不予理会。

11. 第二，国际人权法领域的进展使外交保护过时了，这种意见需要深入细查。首任国家责任专题特别报告员加西亚·阿马多尔认为，允许国家代表其受害国民进行主张的传统外交保护概念，属于个人权利和国家权利不可分割的时代。现在的情况全然不同了，外侨和国民一样，他们作为人而不是因其国籍而享有各项权利。加西亚·阿马多尔认为，这意味着国际上已承认外侨是独立于其国籍国的法律个体，是国际权利的真正主体。根据这一推理，可以认为享有国际法的各项权利和义务的这个人，除在非常情况下，出国时应该自己照料自己。

12. 他不想就个人是国际法的“主体”还是“客体”这一问题进行无益的争论。最好是把个人看成国际法律秩序的参与者。作为参与者，个人可以通过行使人权条约或双边协定规定的权利，参与国际法律秩序。但也必须认识到，个人虽然可以享有国际法规定的各项权利，其可用的救济却是有限的。这是加西亚·阿马多尔倾向于忽视的一点。

13. 虽然《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）为千百万欧洲人提供了实际的救济，但难说《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）或《非洲人权和人民权利宪章》也取得了同样的成就。此外，世界上大多数人口都在亚洲，他们却没有受到任何区域性人权公约的保护。因此，认为世界性或区域性人权公约为保护个人的人权提供了有效救济，在多数情况下，不过是沉湎于幻想罢了。可悲的是，实

³ 大会 1948 年 12 月 10 日第 217 A (III)号决议。

际上只是有限的国家才承认个人有权向那些公约监督机构请愿，且在那些国家中只有少数人根据那些公约得到了或可能得到令人满意的救济。

14. 外侨的处境也是如此。世界性或区域性人权公约对缔约国境内的所有个人(无论是国民还是外侨)提供保护。但是，在外国投资领域之外，尚无任何多边公约致力于保护外侨的权利提供救济。在个人根据国际法获得全面的程序性权利和实际救济之前，放弃外交保护是人权领域里的一项倒退。作为保护人权的一项重要工具，外交保护应当得到加强和推动，而不应简单地作为过去时代的产物而不予理会。

15. 国际人权法并不仅仅包含多边条约。在这方面有一整套包括外交保护制度在内的国际习惯法。国际人权条约很重要，特别是由于它们对缔约国境内的外侨和国民都给予保护，但救济却很无力。尽管外交保护只用于保护个人不受外国政府的伤害，但却是一项普遍适用的国际习惯法规则，至少有可能提供更有效的救济。多数国家对待他国提出的外交保护要求比对待就其行为向人权监督机构所做投诉更严肃。尽管这是可悲的，然而却是国际生活现状的真实写照。

16. 因此，他认为，外交保护依然是人权保护宝库中的重要武器。只要国家在国际关系中仍然举足轻重，那么各国支持其国民因权利受到侵犯而提出主张就仍然是保护人权的最有效救济。人们不应削弱这种救济，斥之为已经失去效用的过时拟制而不予置理，而应竭尽全力加强构成外交保护权的各项规则。他的报告就是建立在这种指导思想之上的。

17. 在条款草案方面，必须首先说，“外交保护”一词有误导性并欠准确。它多涉及保护国民，而同外交或外交行动关系不大。举个明显的例子，代表受损害个人采取司法程序就超越了采取外交行动的阶段。因此，如果政府认为本委员会处理的不是保护外侨而是保护外交人员的话，几乎没什么可指责的。当委员会请各国政府就它们在这方面的实践提出建议时，大多数政府只提供了它们在外交特权和豁免权方面的立法。这是可以理解的，因为“外交保护”是一种艺术性措辞，而不能准确反映其内容。

18. 第 1 条旨在对这个专题进行描述而不是定义。该条款也无意探讨国际组织的职能保护问题。报告

第 38 段简单提到了这问题，但由于它实际提出了许多迥然不同的原则问题，可能不在本研究的范围之内。外交保护理论显然与国家对外侨负责密切相关。实际上，本委员会在最初开始编写国家责任条款草案时，曾试图既涵盖目前拟订的国家责任原则，也包含外交保护问题。至 1920 年代，国际社会已经广泛接受了这样一个观点，即国际不法行为或不作为对外侨造成的损害，涉及实施这种行为的国家的责任。当时普遍认为，一个国家没有义务接纳外侨，可一旦接纳了，则对外侨的国籍国负有义务，须按外侨待遇国际最低标准为外侨人身或财产提供一定程度的保护。

19. 以往曾数次尝试编纂此项原则，其中多数尝试都把外交保护专题与国家责任挂钩。研究该专题的作者们也都主要根据这种关系来为外交保护下定义。在非殖民化期间，有些人曾认为这一制度是西方帝国主义的工具。后来，这种观点似乎已被摒弃，现在普遍认为外交保护是国际法中的一项习惯规则。

20. 目前的条款草案基本上是些次要规则，而且没有试图提出一项包括主要规则的条款，说明在什么情况下对外侨采取的不法行为或不作为涉及国家的责任。也没有试图拟定一项关于赔偿的条款，因为这是应该由国家责任草案全面处理的问题。

21. 第 3 条涉及的问题是保护权涉及国家还是涉及个人。现阶段，只要这样说就足够了：该保护权历来归于受害个人的国籍国。对于损害是针对其国籍国的这种拟制可以追溯到十八世纪和瓦特尔⁴，而且由常设国际法院在马夫罗马蒂斯案、帕涅韦兹斯—萨尔杜提斯基铁路案和诺特博姆案中予以认可。

22. 第 1 条中的“行动”一词较为棘手。多数外交保护定义都未能充分解决一国在行使外交保护时可以采取的运动的性质。在上面提到的案例中，常设国际法院看上去对“外交行动”和“司法诉讼”进

⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle (The Law of Nations or the Principles of Natural Law)*, 1758 年版的英文译文见 *The Classics of International Law*, vol. III (Washington, D.C., Carnegie Institution of Washington, 1916).

行了区别，国际法院在诺特博姆案和伊朗-美国，第 A/18 号案中重复了这一区别。相比之下，法律学者们却不做这种区别，并倾向于用“外交保护”一词来涵盖领事行动、谈判、调解、司法诉讼和仲裁程序、报复、反报、断绝外交关系、经济压力以及最后的解决办法——使用武力。这是个特别有争议的问题。在这个问题上，他大量参考了博尔夏德关于这个问题的权威性著作，⁵ 其中列举了所有上述救济。邓恩也说过，⁶ 该词在此是个通称，涵盖保护国外公民的一般性问题，包括为履行义务而可能采取外交手段以外的其他手段的情况。

23. 关于受害国可以来取哪些行动的问题，大体上将在国家责任草案有关反措施的条款涉及。在本草案中，第二条涉及的是使用武力这个棘手问题。该条提出了两个极有争议的问题：第一，国际法是否允许为保护国民而采取武力干预，这是一个长期专题问题；第二，这个问题是否确实属于外交保护的范畴。他不想在评论中用很大篇幅来讨论这个问题，特别是第 2 条还有可能遭到委员会的拒绝。尽管如此，他的报告载有可供辩论的充分材料，根据这些材料可以决定是否应当在草案中载入一个这类性质的条款。

24. 通常认为，把使用武力作为外交保护的最后手段是本专题的一部分。历史充满了利用保护国民为借口进行军事干预的例子。在帝国主义列强对委内瑞拉进行这种干预后，《限制使用武力以索偿合同债务公约》（《波特公约》）禁止用武力追偿一国政府向另一国政府主张的欠本国国民的合同债务。这项禁令并不是绝对的，人们承认，如果被告国不服从仲裁或其裁决，他国仍可诉诸武力。委员会以前历任特别报告员都考虑了这个问题，他们是大致同意禁止将使用武力作为外交保护手段的。1956 年，在第八届会议上，加西亚·阿马多尔编写了第一次报告，题为“国际责任”，⁷ 其中载有若干“讨论

依据”，认为直接行使外交保护绝不意味着进行武力威胁或实际使用武力，或以任何其他形式干预被告国的国内外事务。⁸ 尽管委员会的讨论记录没有表明对这些规定有任何反对意见，唯一支持这些规定的看法是克雷洛夫和斯皮罗普洛斯表示赞成的简短记录。⁹ 然而，他自己也不知为什么随后的所有报告均删除了这项规定。

25. 前特别报告员在其初步报告中毫无保留地声明，各国行使外交保护不可进行武力威胁或使用武力。他个人认为，在这类情况下禁止武力威胁或使用武力的愿望是值得赞赏的，但却极少顾及当代国际法；对《联合国宪章》的解释和各国的做法即是明证。阮国丁的著作反映了国际法律师界所面临的两难困境。¹⁰ 阮国丁首先声明禁止在外交保护中使用武力，但随后又认为各国为保护其国民而进行军事行动的合法性是个微妙的问题。事实确是如此。尽管如此，他自己的报告并没有回避问题，即目前的国际法是否允许使用武力保护国民以及这个问题是否在外交保护的范畴之内。

26. 《联合国宪章》第二条第四项禁止使用武力。就单方面干预而言，唯一的例外载于关于自卫权的第五十一条。宪章第二条第四项明确禁止使用武力索偿合同债务，以及用采取报复方式进行武力威胁。因此，行使外交保护时进行武力威胁或使用武力，只有可被定性为某种自卫，才可能是正当合理的。

27. 国际法早在 1945 年之前就制定了自卫权。普遍认为，广义的自卫权包括防患于未然的自卫和保护国民而进行的干预。《联合国宪章》第五十一条没有提到这些，只提到在发生武装攻击时的一些做法。学者们进行了大量的辩论，包括布朗利先生和辛马先生在内的一些作者争辩说，第五十一条对自卫权作出了全面而排外的规定，即一国只有在受到武装攻击时才能进行干预。而包括鲍厄特先生在内的其他人则认为，第五十一条中的“自然权利”一词保留了宪章产生之前的习惯权利，允许一国为保护其国民而进行干预。

⁵ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (New York, Banks Law Publishing, 1919).

⁶ F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932).

⁷ 《1956 年……年鉴》，第二卷，第 173 页，A/CN.4/96 号文件。

⁸ 同上，第 221 页，第七号讨论依据，第(3)段。

⁹ 同上，第一卷，第 371 次会议，第 233-235 页。

¹⁰ P. Daillier, Nguyen Quoc Dinh 和 A. Pellet, *Droit international public*, 6th ed. (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999).

28. 联合国各国际法庭和各政治机关的决定几乎没有对这个问题提供任何指导。各法院一般都回避这个问题。国际法院在审理美国在伊朗伊斯兰共和国的国民救援行动时绕开了这个问题。每当联合国政治机关提出这个问题时，多数情况下，否定权阻止做出明确决定。值得注意的是，奥本海¹¹曾断言，各国几乎无意否定仅限于保护国民的干预在紧急情况下是合理的。

29. 该权利在过去却被大肆滥用并依然易于被滥用。因此，如果要包括第 2 条，就必须从狭义角度加以拟订。他试图在第 2 条中这样做的时候，受了 1976 年以色列在恩德培机场救援行动的影响。在领土国是否有能力或愿意释放人质的问题上是有争议的。为了便于讨论，先假定乌干达无力发动救援行动，那么这个行动就等于是一个没有试图破坏领土国政治稳定的行动了。因此，他是根据这个先例提出他的论据的，而不是根据许多其他表明干涉国有领土或政治企图的先例。

30. 他认为，第 2 条比绝对禁止使用武力更准确地反映了国家实践，因为绝对禁止使用武力难以与各国的实际做法调和。另一方面，广泛的干预权，也不可受损害国和第三国在为保护国民进行干预的情况下提出的抗议调和。最明智的政策是承认这种性质的权利的存在，但对其行使规定严格的限制。

31. 在报告第 60 段中，他指出本研究不处理人道主义干预问题。不少作者不能区别保护国际人道主义或任何国家国民的人道主义干预和干预国只为保护本国国民或大多数本国国民而采用干预方式实行的外交保护。他确信第 2 条会引起大量争论。可以选择是载入第 2 条或载入一个坚持第 2 条原则的条款，或者排除该条。排除的理由有二，一是《联合国宪章》第二条第四项禁止此类干预，二是尽管武力威胁或使用武力根据国际习惯法或宪章，可能也合法的，但它不应再视为外交保护理论的一部分。基于已针对该主题做出全面深入辩论，他认为首先在这个问题上作出决定会有助于防止这个问题再次出现。

32. 第 3 条可能争议较少。它提出的问题是，国籍国因其国民遭受的损害而援引另一国的责任时，是在维护谁的权利。认为损害国民就是损害国家本身的传统观点受到了挑战，因为它有各种内在的不一致之处。他已经指出，这一原则在几个世纪前已被接受，而且常设国际法院在马夫罗马蒂斯案和帕涅韦兹斯-萨尔杜提斯基铁路案中也予以认可。该法院认为，国家接管其国民的案件，代表国民采取外交行动或提出国际司法诉讼，实际上就是在维护其本身的权利，通过其国民确保国际法的规则得到尊重。国际法院在诺特博姆案中重申了这一原则，而且国际法学会 1965 年在华沙会议上通过的决议“国家因个人所受损害提出的国际主张的国家性质”第 3 段也肯定了这项原则。¹²

33. 对该原则的依据已提出了若干建议。有些作者提出，它存在于国家主权和国家自保权与平等权之中。布赖尔利提出了一个令人满意的解释，报告第 63 段加以引用，即当一国为保护其国民进行干预时，或由于其国民受到损害而采取行动时，并不一定仅仅与该个人有关，而通常有为捍卫国际法原则的更深刻的意义。¹³因此，这关系到整个国家的利益，而不只是该个人的利益。另一方面，必须承认，国际法庭的做法并非一致。它们常常在国家代表受害人提出诉讼时，把个人称为主张人。这意味着国家仅仅是有关个人的代理人，而且许多学者都认为国家强行实行的是个人的权利而不是自己的权利。学者们还提到有这样一些制度，如用尽当地救济、持续国籍要求和按个人所受损害评估损害赔偿额。

34. 由于人权领域的发展，如果个人能够为维护其人权向国际法庭或监测机构提出诉讼的话，就很难说国家是在维护自己的权利。因此，他准备接受主题是个拟制的看法。另一方面，有必要探讨传统看法的实用性而不是其逻辑是否严密问题。尽管外交保护是建立在拟制的基础上的，但它是个公认的国际习惯法制度，依然是保护人权的重要工具。它为

¹² Institut de droit international, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)* (Paris, Pedone, 1992), 第 59 页。

¹³ J. L. Briery, “The theory of implied State complicity in international claims”, *The British Year Book of International Law*, 1928, vol. 9, 第 48 页。

¹¹ R. Jennings 和 A. Watts 编, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol. I, *Peace* (London, Longman, 1992), 第 440 页。

保护无法从国际机构获得救济的千百万外侨提供了一种潜在的救济，并为虽然能获得国际人权文书中规定的救济，但往往救济不力的人提供更有效的救济。

35. 在外交保护权利人的身份问题上的辩论对范围问题产生了重要影响。如果权利人是国家的话，无论个人是否自身在国际管辖地得到救济，国家都可以行使其权利。但如果权利人是个人的话，就可以认为国家的权利纯属兜底和程序性质，也就是说，它是一种只有在个人没有救济可用的时候才能行使的权利。这种方法是奥雷戈·比库尼亚先生在向国际法协会提交的报告中提出来的，¹⁴ 事实证明它有助于本委员会编写目前的报告。

36. 第 3 条试图编纂传统形式的外交保护原则。它承认外交保护是国家的一种权利，在本国国民受到另一国非法损害时，国家可以遵照第 4 条的规定酌情行使。国籍国的外交干预权不限于大规模和系统地侵犯人权的情况，在个人根据人权条约或外国投资条约享有救济时，国家也不必放弃行使外交干预权。在实践中，当个人确实得到个人救济时，国家无疑不会坚持其权利，或许它还会与个人一道依照有关条约维护该人的权利。但原则上，根据第 3 条，国家不必受此制约，因为当其国民受到非法损害时，它的权利也受到了侵犯。

37. 第 4 条处理的是另一个有争议的问题，并且是个在逐步发展而非编纂领域中拟议法提案。根据传统理论，国家在决定是否代表其国民行使外交保护方面具有绝对权利。但它没有义务这样做。因此，正如博尔夏德明确指出的那样，按照国际法，在国外受到损害的国民不享有外交保护的权力。国际法院在巴塞罗那电车公司案中也重申了这一立场。同样，它也是许多学者支持的观点。但另外学者则认为，该立场是国际法的一个不足之处，而且国际人权法目前的进展也要求国家有某种义务为受害个人提供外交保护。第六委员会已经讨论了这个问题，多数发言者都表示，他们认为国家在是否给予外交保护方面具有绝对的自由裁量权。尽管如此，有其他发言人持相反意见。

¹⁴ F. Orrego Vicuña, "The changing law of nationality of claims", 提交给国际法协会外交保护委员会的最后报告，没有出版，1999 年。

38. 这方面的国家实践是很有意思的。许多国家在宪法中都表明，个人确实享有外交保护权。有些国家、特别是东欧国家的宪法中使用了一些措辞，大意说，国家必须保护其海外国民的合法权利，或本国国民居住国外时也应受到保护。然而，他不知道按照这些国家的国内法，这种权利是否可以强制实行，还是仅仅意在保证其国民在国外受到损害时有与该国领事官员取得联系的权利。如果他的同事中有人来自其宪法中载有这类条款的国家，能告诉他是否有强制实行这种权利的国内救济，他就非感激。

39. 在第 84 至第 86 段中，他描述了若干国家的实践。这种实践表明，在某些情况下，国家有法律义务对受害个人提供外交保护。在第 84 段中，他提到一个与联合王国法律有关的有趣理论，即与个人合法期待有关的行政法理论可以扩展到外交保护的领域。如果这样做的话，受害个人即可以认为，如果他符合联合王国有国际索赔规则中的条件，他就可以合法期待受到保护。

40. 在第 85 段中，他提请大家注意美国 1868 年制定的一项法规。根据这项法规，美国总统有义务在某种情况下为国民提供保护。尽管如此，他在该段最后的脚注指出，在雷德帕斯诉基辛格案¹⁵ 中，法院裁断，外交保护权不受司法审查的约束。这一领域中的不确定因素导致在若干案件中，个人坚称他们享有外交保护权，并认为国家有义务提供这种保护。

41. 鉴于某些宪法似乎给国家施加了义务，第六委员会表示出对这种看法的某种支持，而且这个问题一直争议相当大，国际法委员会应该对它进行审议，并决定其逐步发展的时机是否成熟。这不是一个可以立马撒手不管的问题，特别是其目的是增进个人的权利。正如他所建议的那样，外交保护的主要目的是增进个人的人权。

42. 有趣的是，奥雷戈·比库尼亚先生提出的一种观点，认为国家给予外交保护的自由裁量权并不是绝对的，并且应该受到司法审查的约束。¹⁶ 他力图在第 4 条中采纳这种观点，提出只有在极有限的情况下，一国才可能有义务为其国民提供外交保护。

¹⁵ 415 F. Supp. 566 (W.D.Tex. 1976)，维持原判，545 F.2d 167 (5th Cir. 1976)。

¹⁶ 见上文脚注 14。

43. 报告第 89 段至第 93 段描述了应对这种权利施加的限制。第一，它应该限于违反强制法规范的行为。第二，国籍国应有广阔的考量余地，如果国际利益另有要求时，不应被迫为其国民提供保护。第三，如果个人已经在国际法庭获得救济，就应该取消国家这一义务。第四，如果一国可以对双重或多重国籍的个人提供保护，另一国就没有这项义务。最后，他提出一种观点，即国家应该没有任何义务保护与国籍国没有真正或有效联系的国民——这是诺特博姆案准则可适用的领域。他完全认识到这是逐步进展方面的一个问题，并因此提请本委员会注意第 4 条。再者，委员会也应尽早决定这个提议是否过于激进。

44. 布朗利先生说，第一次报告是一个全面的报告，甚至可能超出了特别报告员的授权。编写中进行了深入研究，并明确地阐明了问题，这是有益的。在人权规范新进展和外交保护老问题之间的相互作用方面，他要感谢最近去世的美国国际律师理查德·利利奇的开创性工作。他的著作往往受到低估，然而却被特别报告员采用了。

45. 他同意特别报告员的许多结论，因为，实质上，他认为，外交保护并没有过时，而是成了国家实践的一部分。他个人认为，在这方面大家听说不多，原因是多数情况下它们就这样发生了。政府在这一领域中的行动并不总是公开的，许多事件在已出版的材料中也没有报道。

46. 尽管如此，特别报告员似乎倾向于夸大该专题中有争议的要素。在第 10 段中，他表示外交保护是国际法中最有争议的问题之一。事实并不一定如此，不过它确实牵涉到一些重要问题，而且是委员会议程中的一个重要的题目。

47. 在个人或公司与国家间的实际关系方面，他接受第 63 段中引用的布赖尔利的观点，并同意特别报告员的意见，即把这种关系称为拟制是无益的。归根结蒂，不能把它归纳成一个单独成分，而且即使是在人权领域里，这种关系也是复杂的——根据《欧洲人权公约》审理的洛伊齐杜案的案件程序就是证明。

48. 本报告，特别是在第 25 和第 29 段中，对外交保护与人权保护之间的关系做了一些明确和现实的评价。在相当艰难的当代世界中，摒弃目前任何可

利用的保护机制都是不负责任的。需要把各种工具加以组合，而外交保护(尽管适用起来有缺陷和种种困难)依然是这种组合的一部分。这个制度可以改进，但不应破坏。这显然是特别报告员的意见，他同意这种意见。

49. 在第 1 条中，他没有发现重要的结构问题。然而，出于若干原因，他对第 2 条感到很吃惊。第 43 段表明，法律学者使用“外交保护”一词涵盖各种行动并包括“最终的解决办法——使用武力”。第 47 段说，使用武力作为外交保护的最终手段经常被视为外交保护专题的组成部分。对该理论的现状作出这种判断是极其令人吃惊的。他认为，使用武力不是本专题的一部分，而且不在本委员会的授权范围内。外交保护主要和主张可否受理有关，令他惊讶的是这类词语在报告中并不经常出现。第 2 条涉及自我救助的一种形式。委员会不可能处理所有机制，尽管有些机制本身很重要，通过这些机制可以向控诉国家的个人提供保护。这些机制包括一整套行动，其中有维护和平、领事活动，以及例如世界银行工作人员协会最近采取的行动。另外，在考虑使用武力保护海外国民的问题时，不应把它孤立于使用武力这个整体问题和《联合国宪章》的适用之外。

50. 报告显然依照 1842 年的惯例而不是 1945 或 1999 年的惯例来确认习惯法，以及对法律来源材料的使用，他认为也有些问题。他请大家注意第 58 段，并说，把政治性机关没有谴责某种行动视作为是习惯法的证据是不可靠的主张。如果该段指的是安理会没作出任何反应的话，这并不意味着联大曾对有关事件袖手旁观，或不结盟运动或英联邦未曾通过任何有关决议。有些国家的做法与这种看法背道而驰：在恩德培突然袭击和其他声称保护国民或声称进行人道主义干预的事件中，国际社会表现出对违法行为的某种宽容，这与主动批准一项行动为合法行动大不一样。恩德培事件本身不是个有说服力的先例：安理会的辩论表明，非洲成员国远未满意。在那种条件下，尽管有些国家对色列的行动进行了谴责，但各国反应迟缓。不可忘记：许多人被杀害了，包括人质和乌干达人。

51. 初步看来，第 3 条不成问题。特别报告员说第 4 条是拟议法，是非常坦率的，第 7 条也有同样的问题。他称赞第 4 条是在处理一件极其棘手的问题上的首次尝试，但认为国家实践证实了这一点的看

法是自相矛盾的。在第 80 和第 81 段中提到的宪法条款根本没有提供任何法律意见的证据，只是在德国的例子中明确地说明了它们是基于一般国际法的。想要令人信服的话应该举出各国为非国民向他国索赔并得到赔偿的例子，然而报告却没有给出这样的例子。第 75 段中提到的博尔夏德的观点¹⁷反映了 1915 年主导看法，但是没有多少现代作者认为外交保护是国家的义务。第 87 段中得出的结论是根据实际现有材料作出的乐观评价，即有“迹象”表明最近国家实践是支持这一观点的。

52. 巴埃纳·苏亚雷斯先生说，本报告思路清晰、直截了当，并表达了对人权的关切，他相信委员会的所有成员都有这种关切。报告做出的评论和建议符合国际法逐步进展的方向。对现有法律程序的分析也是为了前进并使其更适合当前的情形。

53. 本专题是个有争议并棘手的题目：其悠久的历史穿插着悲剧性事件和武力行动，它们被形象地总结为“炮舰外交”。在保护国民的借口下，曾经出现过可悲的、完全无理的行径。国际事务中的法律程序绝不能由于这些曲意使用而受到损害。目的应该是推动建立规范从而提高对法律程序的尊重。为达到这个目的，本委员会必须为各国提供必要的条件以便作出决定，而带有评注的条款草案是最合适的手段。

54. 至于报告的导言部分，辩论外交保护是不是个法律拟制问题是没有意义的。重要的是看它是否为某种目的服务、是否有用并值得保留，还是当作过去的东西丢弃。他认为外交保护是有意义的，没有过时。谈到第 11 段，他认为对遭受不符合一般文明标准待遇的公民实行保护早已不是强国的特权了。但以各种各样的借口使用武力在很大程度上依然是国际关系的一部分。他认为冷战的结束与信息、贸易和金融的全球化并没有给国民或外国公民及其财产带来更多的安全。同样，当代国际法在保护人权方面取得的重要进展也没有产生如此有效的改进，可以放弃外交保护这类国际机制。

55. 特别报告员提到了两份近期文书来证明外交保护的做法依然存在。这两份文书是《非居住国国民

个人人权宣言》¹⁸ 和《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》。这两个文书赋予移徙工人和外国人有关的权利，即在他们的权利受到损害时可以向他们本国的领事或外交机构求助。全球化的主要问题之一是，越来越多的人为寻求更好的生活与工作条件而进行国际性迁徙，其结果是需要他们的权利受到侵害时保护他们。

56. 他赞成特别报告员在第 32 段中的评论，即不应该把这个救济作为过时的拟制而弃置，从而削弱这一救济，而应该尽全力加强涵盖外交保护权的规则。因此，亟需对程序进行更严格的控制，从而达到下列目的：第一，防止以保护为借口使用武力；第二，改善个人取得救济的渠道。

57. 特别报告员在第 25 段中提到了《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》）。与这方面的其他国际文书相比，该文书在历史悠久的美洲人权委员会和美洲人权法院的实施中，获得了极大的成功。

58. 作为对条款草案的初步意见，他暗示第 2 条造成了无法解决的困难。超出《联合国宪章》的规定来扩大禁止武力威胁或使用武力的范围是非常危险的。他不同意对自卫权所做的极其广义的解释。但他同意前特别报告员在初步报告中提出的观点，即一国在实行外交保护时，不得进行武力威胁或使用武力。

59. 总之，他希望强调一点，即对本专题的审议是个良好的时机，它可以改变以为外交保护只是强国欺凌弱国的专用手段的观点，并确保它在行使过程中以均衡的方式使个人受惠。

60. 加亚先生说，本报告具有启发意义，讨论了本委员会在外交保护方面可能面临的极有争议的问题。特别报告员在报告中给予外交保护高度的重视，把它视为确保人权不受侵害的工具。一国为其公民利益提出人权问题时利用外交保护，并非显而易见的。根据国际法，人权方面的义务一般是普遍义务。任何国家都可以要求停止违约行为，无论受影响的人是本国国民、违法国国民，还是第三国的国民。因此，在援引人权问题时，任何要求国籍的

¹⁷ 同前(上文脚注 5)，第 29 页。

¹⁸ 大会 1985 年 12 月 13 日第 40/144 号决议，附件。

规定似乎都不在讨论范围内。然而，各国的主要关切是保护本国国民的人权，而且尽管人权方面的一般国际法规则在许多情形中也没有按国籍对受保护的個人加以区分，但在涉及外侨时，它们确实显得更为有效。因此，他愿意接受特别报告员的说法，即外交保护的概念包含保护一国国民的人权，但是外交保护呈现某些特点，这些特点使其很难进行概括并涵盖外交保护的所有其他方面。

61. 第一个特点是，正如国际法院在其巴塞罗那电车公司案的著名判词中指出的，只有一个国家，即国籍国可以在外交保护案件中进行干预，但在人权案件中，任何国家都可以这样做。因此，为了对其国民的人权进行保护，国籍国不能放弃所有的主张。第二个特点涉及国家责任专题：就人权而论，国际法对个人提供更多的保护。例如，似乎有理由认为，在涉及侵犯人权的国家责任案件中，个人有权选择要求恢复原状还是赔偿；但要在外交保护的其他情形中做出这种结论则困难得多。例如，在国籍国与侵权国达成一揽子协议之后，如果一个财产受到影响的公司希望恢复原状而不是赔偿，难道可以说这个协议就不符合国际法吗？尽管在对待外侨方面，个人的作用从总体上来说可能真的加大了，但人权保护的特点使人很难把外交保护的各種情况归于一类。

62. 第 2 和第 4 条涉及了赋予人权不同地位的情况。他完全同意布朗利先生的观点，即第 2 条在草案中没有一席之地，委员会应该集中把注意力处理外交保护特有的问题。第 4 条在确定利用外交保护义务时走得太远。他希望能够澄清一个问题。特别报告员提出，在某些情况下，应该有实行外交保护的义务，但却没有完全说清楚是对谁的义务。这可能对个人承担的义务，但由于他还提到强制性规范，这就引起一个问题，即他是否还认为应该对整个国际社会也负有义务。

63. 伊科诺米季斯先生在发表初步意见时说，这份第一次报告使本委员会能够以尽可能全面的方式审查外交保护问题。第 1 条中使用的“行动”一词引出了某些问题。外交保护是个长期的、复杂的过程，有开始，常常也有终结，但不总是如此。一般情况下，当一国接到个人的投诉时，它会对这个投诉进行研究，以便决定其严重程度及其合法性。这初步准备和调查阶段不构成外交保护的一部分。使

馆、领事馆，甚至外交部，都有可能进行联络工作，但不涉及外交保护。只有在一国政府决定代表其国民对声称是未根据某些国际法规则对待其国民的政府提出主张的时候，外交保护才开始实行。

64. 外交保护一般有两个阶段。第一阶段是外交性质的：有关个人所属国与另一国进行谈判，以期找到解决办法。如果找到了解决办法，外交保护就有了保证，问题也就了结了。反之，该国要么中断其动议(这是经常发生的)，要么两国之间发生争端。争端一旦得到解决，外交保护的程序也就终止了。第 1 条在所有这些可能性方面均欠明确。

65. 第 2 条(a)项令人惊讶，因为它制造了不可解决的困难，而且与《联合国宪章》背道而驰，特别是违背了在国际关系中不使用武力的原则。唯一可以使用武力的例外是自卫情况，且宪章对自卫的概念作出了非常严格的定义。实行自卫总是以遭到武装侵略为先决条件的，并只能持续到安理会采取维持和平与国际安全的必要措施之时。国际法对自卫采取严格的控制，但令人不可思议的是，其他例外，尤其是特别报告员提议的有关外侨的那些如此具有危险性的例外，能够这么快地被列为不诉诸武力原则的例外。从法律的角度来说，不诉诸武力原则是本世纪国际法的最重要规则。

66. 特别报告员的提案还违背了另一项至关重要的国际法原则，即不干涉各国内政的原则。这项原则是在习惯法中发展起来的，如今在《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》¹⁹中得到了最全面的表述。它规定任何国家或国家集团都没有权利以任何理由(因此包括保护国民)直接或间接干预另一个国家的内外事务；因此，针对另一国国格或针对其政治、经济或文化成份进行武装干预和任何其他形式的干预或威胁企图，都是违法国际法的。

67. 在这方面，他提醒委员注意国际法院在科孚海峡案中所做的明确谴责。国际法院在该案件中裁定，所谓的干预权只能视为武力政策的体现，它在过去曾造成了极其严重的滥用；尽管国际组织能力有限，也不允许它在国际法中占有一席之地。国际

¹⁹ 大会 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV)号决议，附件。

法院还在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动中谴责了这种所谓的权利。在尊重国家主权方面，特别报告员的提议也是反其道而行之的。根据《联合国宪章》和习惯法，各国在尊重其他国家的主权方面，特别是领土主权方面，有严格的义务。

68. 最后，不使用武力、不干预并尊重国家主权的原則是无条件的和绝对的，不存在任何把使用武力作为保证外交保护的手段的可能性。因此，他同意巴埃纳·苏亚雷斯先生的观点，即必须采用前任特别报告员举出的例子，因为它们明确地在外交保护行动中排除了武力威胁或使用武力。这种毫不含糊的规定在今天比在任何时候都必要。因此，他不赞同第 2 条。该条是在具体的外交保护法和一般国际法方面的危险倒退。

69. 戈科先生在谈到巴埃纳·苏亚雷斯先生和伊科诺米季斯先生就限制外交保护范围的可能性所提的一个要点时，举了个具体的例子。菲律宾政府曾经为试图使一位国民免于死刑而代表她进行过干预，结果没有成功。这位国民是个家庭女仆，被拘留在新加坡。难就难在要从审判她的方式中挑出毛病。他认为，不能指控国家对被拘留的人实施了国际违法行为，因为拘留是法院的事。

70. 托姆卡先生说，特别报告员的第一次报告提出了若干有争议的问题。他个人认为外交保护是具有完善习惯规则的国际法的一个传统课题。常设国际法院和国际法院在外交保护方面已经做出了一些裁决，重要的是在这些裁决的基础上进一步发展。他的印象是，特别报告员贬低了这些裁决的重要性。本委员会必须谨慎对待逐步进展建议。它必须首先努力编纂习惯国际法规则，此后才能填补必要的空白。

71. 他认为，外交保护与个人和外国之间的最初争端有关；在声称受到国际不法行为损害的国民的国籍国，支持其国民的索赔并将其作为自己的要求提出或代表个人提出时，这个争端就变成国家之间的问题了。此后，它就成了国家间的争端，由此产生各种法律后果，其中之一是，争端应该通过和平手段得到解决，而不是诉诸武力。

72. 尽管特别报告员说他无意在第 1 条中下定义，但这一条中却包含了一个定义，而不是其后各条的

适用范围。其次，正如伊科诺米季斯先生所指出的，特别报告员提到了国家采取的行动，但却没有说明是什么样的行动，是外交程序还是司法程序。这导致特别报告员说在外交保护的框架内可以诉诸武力，但这不是他所赞成的立场。另外，在第 1 条第 1 款中“因另一国的国际不法行为或不作为对……造成损害”一句，应该与国家责任条款相一致。他回忆道，在国家责任草案第 1 条的评注的第(14)段中，对为什么使用“不法行为”²⁰而未使用“行为或不作为”作出了解释。由于本专题与国家责任专题密切相关，本委员会应该尽力使用同一语言。

73. 他反对把第 2 条包括进来，因为它和外交保护主题无关。根据国际法的其他原则，例如危急原则，特别报告员提到的行动可能是合理的或可允许的，但像人道主义干预一样，这些都是有争议的问题。

74. 由于他难以接受第 4 条，他认为在第 3 条中提及第 4 条是不合适的。第 3 条的措辞应该明确一国民因另一国的国际不法行为而受到损害。特别报告员说，意在将第 4 条作为逐步进展的问题。但当他力图解释一国在何种情况下有法律义务采取外交保护时，问题就产生了，其中之一是对谁负有这项义务：对其他国家，即有望成为目前正在审议的文书的缔约国，还是对一个国民？他问，本委员会是在起草一份人权文书，为各国制定其对国民，在某些情况下甚至对非国民的义务，还是在为国与国之间关系制定规则？此外，这种义务又要和强制法问题连在一起，而强制法规则的性质仍然是有争议的。这个问题也将在条款草案提交到第六委员会时造成更多的困难。特别报告员建议，这项义务应该在有管辖权的国内法院或其他独立的国家当局监督下强制履行(第 3 款)，但就第 2 款(a)项规定的例外而论，很难看出法院会怎样裁决。它是否会认定在严重违反强制法的案件中，不采取外交保护是国家的首要利益？对这种做法存在着重大意见分歧。

75. 有些国家把外交保护问题看作是政府的行为。特别报告员提到了法国的做法。第六委员会的一些代表(特别报告员在报告第 78 段的脚注中列出)争辩

²⁰ 《1973 年……年鉴》[英]，第二卷，第 176 页，A/9010/Rev.1 号文件。

说，国家有权斟酌决定是否实行外交保护；如果本委员会把第 4 条像目前起草的这样提交上去，可能会遭到各国的反对。

76. 他说，第 1 条和第 3 条可以提交给起草委员会。第 4 条还不具备这样做的条件，而第 2 条则应该删除。

77. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，讨论表明，外交保护没有与拒绝行使适当的法律程序直接联系在一起，而是与一国的国际不法行为联系在一起，后者直接引出了国家责任问题。这里有个细微差别问题，而且戈科先生已经提出了这个问题。如果把这个问题的只作为一项国家责任提出的话——即为要求抵偿和某种停止的后果，那么有关外交保护的一整套法律有时似乎就没有意义了。他问是否这真是委员会要采取的方法或者鉴于国家实践，这是否是目前的最佳方法。

78. 托姆卡先生说，本委员会的做法应该基于惯例，即外交保护的条件是，一国在对待外国国民方面违反了国际义务，而该外国国民则也用尽了当地救济。这时，该国民的国籍国可以接手此案，并把赔偿要求作为国家的要求来提出，从而把一个外国国民与一个国家之间的争端变为两个国家之间的争端。

79. 戈科先生说，他不知道是否真的应该把这个问题与国际不法行为联系在一起。如果保留第 1 条中“对其国民的人身或财产造成的损害”的措辞，就产生了国家责任的一整套问题。

80. 辛马先生说，他认为特别报告员根据第四十九届会议²¹和第五十届会议²²工作组的讨论结果来完成他的报告是正确的，即本委员会的任务是在外交保护传统意义的范围内就这个问题进行工作，不采纳某些人所泛指的外交保护问题与日常的领事和外交支助。外交保护的傳統意义是，国家在其国民遭受国际不法行为(即违反国际法的行为)待遇时所采取的行动。由此产生的问题是决定如何处理用尽

当地救济。在这个问题上，委员会正顾左右而言它，但它又必须在某个阶段作出决定。而且，用尽当地救济可能会相对特别报告员的专题在其之前一个阶段出现，即根据该议题的实质性理论可视为国际不法行为的先决条件的东西，那就不是特别报告员关切的事了。另一方面，如果委员会决定把用尽当地救济作为程序问题，认为必将纳入提出主张的过程中，特别报告员就不能绕过它来处理该专题了。

81. 哈夫纳先生说，根据辛马先生的观点，采取外交保护是由于出现了国际不法行为。问题是，外交保护权的行使仅导致决定是否具有国际不法行为。因此，问题是，当仅仅声称有国际不法行为时，是否就可以进行外交保护了。

82. 辛马先生说，国家当然是在其从法律的角度认为它的国民遭到了违反国际法的损害时，才会采取外交保护。另一国可能会不同意并争辩说该国民必须首先用尽当地救济。但那是个事实问题，并不证明他刚才提出的法律要点不对。

83. 杜加尔德先生(特别报告员)说，委员会正在触及区分主要规则与次要规则所固有的困难。戈科先生在某种程度上提议，列入一项有关拒绝司法的条款，可能不无益处。但是，由于他认为这是次要规则，因此谨慎地绕开了这个问题。辛马先生提醒大家注意在用尽当地救济方面的困难。他试图只限于讨论次要规则。

下午 1 时散会。

第 2618 次会议

2000 年 5 月 10 日，星期三，上午 10 时

主席：莫里斯·卡姆托先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊德里斯先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特

²¹ 《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 63 页，第 189 段。

²² 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 50 页，第 108 段。

马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布一奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

外交保护(续)(A/CN.4/506 Add.1¹)

[议程项目 6]

特别报告员的第一次报告(续)

1. 主席热烈欢迎现在就任的国际法委员会新当选委员蒙塔兹先生，请委员会继续审议关于外交保护的第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)所载草案第 1 至 4 条。
2. 蒙塔兹先生感谢委员会的信任，选举他为委员，并保证他将通力合作。
3. 伊留埃卡先生说，特别报告员的第一次报告是一个政治、外交和法律平衡兼顾的杰作。特别报告员正确地指出，外交保护有许多实践和先例，但外交保护仍然是国际法中最有争议的问题之一。外交保护权利是以现代法律制度价值观为基础的促进保护人权的一种手段。在审议该报告的实质内容之前，他提请注意英文本和西班牙文本之间的一个差异。在第 1 条和报告第 41 段起的各段中，西班牙文本将“行动”一词翻译成“medidas”，这不恰当，应当改为“accion”一词，《联合国宪章》第四十八条用该词来翻译“行动”。他希望作出必要的更正。
4. 特别报告员在报告第 14 段中正确地提到外交保护导致的严重滥用，他指出，美国以保护身在拉丁美洲的国民为借口进行的军事干预，一直持续到最近，并明确地举出 1983 年对格林纳达的干预²和

1989 年对巴拿马的干预。³ 这些案例佐证了他的理论，即从一国对另一国采取行动以补救对其国民的损害的意义上来看，外交保护仍然是一个完整的专题。为了避免任何误解，应当指出，把对巴拿马的干预当为一个旨在保护美国在该国的国民而进行干预的案例，不当。事实是，1989 年 12 月 20 日，美国约 24,000 人入侵巴拿马，这一行动使许多军人和平民成为受害者，导致了巴拿马政府的实际首脑诺列加将军被捕，并将他移送到美国，以毒品走私罪对其进行了审理和判刑。确实，从那以来巴拿马的局势起了变化，1999 年 12 月 31 日，美国根据《关于巴拿马运河永久中立和营运的条约》⁴ 和《巴拿马运河条约》，⁵ 通称托里霍斯-卡特条约，将巴拿马运河移交给了巴拿马主权国，并撤除了其军事基地，从而为与巴拿马及拉丁美洲和加勒比各国和陆关系的新时代铺平了道路。

5. 在第 2 条中，特别报告员考虑了允许一国为营救其国民而进行武力威胁或使用武力的可能性。很明显，这一想法违背了《联合国宪章》第二条第四项。例如，在入侵巴拿马的案件中，就有关于使用武力的问题。主张军事行动的人想要重新解释宪章第二条，认为自卫权是一项“自然”权利，国家不仅为保卫其领土，而且为保卫其国民和财产而使用武力的情况并非不常见。他简要叙述了支持和反对美国在巴拿马的军事行动的论点，以便对本专题的审议和条款草案的拟定作出他的贡献；他指出，当时的美国国务院法律顾问索费尔发表了一篇文章，⁶ 坚持认为，美国使用武装力量是合法的。但是，其他一些著名法学家却质疑该行动的合法性。例如，亨金指出，索费尔的解释并未证明美国使用武力有理，入侵巴拿马是对国际法的公然违犯。⁷ 他逐点批驳了美国提出来证明其行动有理的所有理由。他的论点引出了下列结论。

³ 同上，vol. 84, No. 2 (April, 1990)，第 545 页。

⁴ 联合国，《条约汇编》，第 1161 卷，第 18342 号。

⁵ 同上，第 1280 卷，第 21086 号。

⁶ A. D. Sofaer, “The legality of the United States action in Panama”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29, No. 2 (1991), 第 281 页。

⁷ L. Henkin, “The invasion of Panama under international law: a dangerous precedent”, 同上，第 293 页。

¹ 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

² 见 M. N. Leich, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 78, No. 1 (January, 1984), 第 200 页。

6. 关于保护美国公民生命的问题，没有证据表明，美国部队和其他在巴拿马的美国国民无法安全撤回美国或撤到运河区，或是装备良好的位于运河区的美国军队不能够保卫自己及其家属和其他美国国民。即使假定美国公民的生命受到威胁，这也不能证明入侵有理，因为入侵违背了《联合国宪章》第二条第四项。根据亨金的说法，承认在人道主义干预中使用武力为第二条第四项禁止使用武力的例外只能根据恩德培原则；该原则规定，一国只能在有关另一国政府缺乏能力和意愿保护有生命危险的个人的情况下，在不超过保护和解救相关个人严格必须的程度内以武力进入该另一国。但是，宪章第二条第四项并未允许任何例外，授权武装入侵，以便营救那些如果将其从有生命危险的领土撤离本可得到营救的人员。宪章这条规定没有例外，不允许因为一个政权危及人的生命，或是对大量无辜人员的死亡负有责任而使用武力推翻它。

7. 以民主濒危为名证明入侵巴拿马有理在国际法上站不住脚，国际法拒绝所谓的“里根主义”。里根主义维护为建立民主而使用武力的权利，正如国际法早些时候拒绝“勃列日涅夫主义”一样；勃列日涅夫主义维护为建立社会主义而使用武力的权利。至于巴拿马宣战的论点，即使巴拿马曾对美国宣战，美国也无法证明入侵有理。《联合国宪章》没有授权从事战争、宣战或反宣战。仅在宣战国实施武装攻击的情况下，宪章会以宣战为由授权使用武力。

8. 关于保卫巴拿马运河的论点，《联合国宪章》或托里霍斯—卡特条约均未授权为保障巴拿马运河在安全条件下持续运转而针对巴拿马的领土完整或政治独立使用武力。在联合国成立和宪章颁布半个世纪以后，关于为了维护这些条约的完整性而允许军事入侵的理论必须加以驳斥。关于逮捕诺列加将军以便能够在美国就危及美国公民生命对其加以审判的这一动机，不妨质问，根据国际法，美国是否有权入侵巴拿马，以实现其目标。也许当时的美国总统将逮捕诺列加包括为其对自卫权的笼统引述的一部分。但是，在国际法上，自卫权的定义绝不包括为逮捕所谓毒品走私者而入侵另一国家的权利。

9. 用来证明入侵巴拿马有理的主要论点是将入侵描述为合法行使《联合国宪章》第五十一条所承认的自卫权，对敌对行为——包括对美国驻巴拿马军人

的一两次攻击——和对宣战作出的反应。美国政府在援引自卫权之时，丝毫没有提到宪章第五十一条的基本观点，即仅作为对武装攻击的反应才允许使用武力自卫。美国政府显然并未主张诺列加政权的敌对行为构成了宪章第五十一条意义上的对美国的武装攻击。当时的美国政府认为，第五十一条允许在行使自卫的自然权利中使用武力，即使在没有武装攻击的情况下。这个特殊要点经过了充分讨论，但讨论中得出的占上风的意见是：在行使自卫权中使用武力仅在对武装攻击作出反应之时才合法。

10. 应当指出，国际社会认为入侵巴拿马没有任何正当理由，无论其是作为保护境外的国民而采取的行动或是以任何其他根据都没有理由，国际社会将入侵视为对国际法的公然违反。美洲国家组织 1989 年 12 月 21 日以 20 票对 1 票、5 票弃权通过了一项决议，对干涉巴拿马表示痛惜，并要求撤出美国军队。12 月 23 日，安全理事会收到了一份思路相同的决议草案 S/21048，10 票赞成，4 票反对，1 票弃权，但由于行使否决权而未获通过。⁸大会所作声明最引人注目，大会在 1989 年 12 月 29 日第 44/240 号决议中对美利坚合众国武装部队干涉巴拿马深表痛惜，干涉构成了对国际法的公然违犯，并要求立即停止干涉，要求美国武装入侵部队立即撤出巴拿马。

11. 他保留在稍后阶段提到特别报告员所提第 4 至 8 条的权利。

12. 卡巴齐先生祝贺特别报告员详细、结构良好、透彻和明确的报告。特别报告员在报告中没有回避有争议的问题，并明确地在促进保护人权需求的基础上假定了外交保护制度。

13. 他认为，国家是否诉诸外交保护以主张其权利、其国民的权利或国家和国民的权利这一问题特别重要。正如特别报告员在报告第 10 段中所指出，重要的是存在大量的相关实践和先例。外交保护在习惯国际法中的地位已得到很好的确立。他认为，诉诸此种保护的国家的国家是在行使自己的权利，为受其保护的国民谋福利。国家并非仅仅作为代理行事，如为无权在另一国或一个国际司法机构中起诉的国民提供领事服务。

⁸ 见 S/PV.2902。最后案文，见《安全理事会正式记录，第四十四年》，第 2902 次会议。

14. 因此外交保护并非一种过时的便利手段。它仍然是一个十分有用的工具，正如特别报告员在报告第 32 段中所有力论述的一样。特别报告员在第 23、24 和 26 段中使用了注意性别差异的措辞，也应当得到赞扬。

15. 关于条款草案，他不难接受第 1 条和第 3 条，这两条可以交给起草委员会进行常规的最后润色。

16. 特别报告员在报告第 80 和 81 段中承认，第 4 条所依据的国家实践不足。就这一问题发言的大多数委员都同意，外交保护是国家的主权特权，由国家斟酌行使。国家立法最多从为身在国外的国民提供保护的角度阐明国家政策目标，但却没有规定有约束力的法律条款。外交保护显然没有被承认为一项人权，因此也不能如此强制执行。因而人们就会有疑问，委员会能够逐步发展国际法之下的哪一类权利？无论如何，任何此种推定的个人权利或国家义务都不能解释为整个国际社会的权利或义务。因此他并不信服其存在，他认为在目前阶段应当放弃第 4 条。

17. 除了在本专题范围之外，第 2 条还是一个危险的提议。特别报告员自己意识到所涉的危险。在报告第 48 和 59 段中，他清楚地表明，在过去和现在的历史中，以保护国民为借口进行军事干涉的案例比比皆是。《联合国宪章》第二条第四项禁止使用武力，唯一的例外是第五十一条所规定的自卫权。但是自卫权不可能包括以实行外交保护为借口进行军事干涉的权利。甚至在推定的紧急情况下或攻击国以其国民的名义在另一国采取营救行动的情况下，给与有关国家就紧急情况的存在或营救行动的需要作出单方面决定的自由也将是危险的。

18. 恩德培行动不仅在乌干达之外视为成功案例，而且被许多乌干达人称为成功，这主要是由于当时乌干达政权不得人心，也由于该行动的果敢性。但却不能有把握地称其为合法。该行动使许多无辜的乌干达人丧生，他们与劫机或营救人质行动毫无关系。财产遭到毁坏。因此，该突击行动不能构成先例，确立为国际法、特别是《联合国宪章》所禁止的使用武力的权利。在国际法逐步发展范围内处理这一问题的任何尝试都应当以合法性、多边性、和平解决国家之间的争端和促进人权为基础的世界秩序为方向，不应当以使用武力、特别是基于国家单方面决定使用武力为方向。即使有使用武力可能为合法的情况，外交保护手

段也并非其中之一。因此，他强烈支持放弃第 2 条。

19. 佩莱先生说，尽管保护人权当然是 20 世纪国际法的一项重大进展，但这并非就是说如外交保护这样一个相对精确的技术专题应当总是转为另一个完全不同而且更加广泛的专题，即转为保护国民的专题，或者从更广泛的角度而言，转为在当今世界保障人权的方法。但看来这正是特别报告员在研究中所采用的方法。

20. 他回顾了将本专题列入委员会长期工作方案的背景情况，他说，基本和唯一的目的是弥补有关国家责任条款草案的空白，因为最初的想法是在关于履行责任的第三部分处理外交保护。这一想法被搁置了，尽管正如卡巴齐先生所指出，外交保护是国家可以用来履行国际责任的一个工具。当一国犯下招致国际责任的国际不法行为，按照国家责任条款草案第 1 条和第 3 条的规定，它可能对一外国造成损害——“近期”损害，或对外国国民造成损害——“远期”损害。到那时、仅仅到那时，外交保护才派上用场。这是一个历时很长的制度，其主要特征直至 19 世纪末 20 世纪初尚未得到充分概括。正如特别报告员所指出，欧洲国家和美国面临一种两难困境：一方面，它们想要在拉丁美洲——当时的“第三世界”——保护其国民，特别是其财产；另一方面，它们又不打算质疑国际法是主权国之间、而且仅仅是它们之间的法律这一基本假定，正如“荷花”号案所清楚表明。因此不存在承认私人个体——无论是自然人还是法人——具有任何国际法律人格的问题。正是为了解决这一两难困境，常设国际法院在**马夫罗马蒂斯案**中令人钦佩地提出了外交保护的拟制，并从此以后不断被重复。根据这一拟制，当一国为了扶助其国民，为其采取外交或法律行动之时，它实际上是在主张其自己的权利。外交保护不过就是如此。外交保护并非如特别报告员所想象，是国家可用来为其国民提供保护的行动，更不是私人个体可以用来保护自己权利的行动。诚然，如果个体的基本权利因其并非为其国民的国家违反国际法规则而遭到侵犯，外交保护可以提供尊重有关权利的一种手段。但这并非外交保护制度的目的，而且外交保护比国际保护概念要悠久得多。与特别报告员报告第 54 段中的论据相反，其目的并非保护人权，甚至不是一般意义上的保护国民。外交保护是为国家所受拟制损害获得赔偿的一种程序手段。

21. 问题是是否应当维持这种拟制。在没有任何更

好的办法之前，应当予以维持。关于这一点，他赞同特别报告员在报告第 17 至 30 段中所述的意见。他赞同下列观点，认为在 21 世纪之初，个体应当最终被承认为国际法的主体，例如令人印象深刻的国际刑法的扩展——使个体成为万民法的主体——所表明，以及国际对人权、甚至国际投资的保护的扩展所表明，它使私人个体在特定情况下能够自己提起国际司法或准司法诉讼。在这一点上，他会比特别报告员在报告第 24 段中所做走得更远。个体已经是国际法的主体，具有完全不同于国家的特性。但是，诚然，有关趋势还不够广泛，还不足以摒弃外交保护。

22. 但是，如果维持这种拟制——看来需要这样，则条款草案就必须满足一个基本条件。正如第五十届会议所设工作组所指出和特别报告员在报告第 4(a) 段中所重申，委员会应当对外交保护继续采用一种习惯法所构想的办法。⁹ 换句话说，委员会应当将外交保护的傳統概念作为起点，并坚持这一概念，而不是不惜代价将国际法引向无法预计和不可预见的方向。而且，作为从根本上而言属于保守的制度，除了通过一种人为的嫁接程序，外交保护肯定不适合这样发展。

23. 鉴于上述，他要对特别报告员提议的前四条草案作一些评论。他认为，第 1 条第 2 款多余，因为它所提到的第 8 条是自足的，只可以在第 1 条的评注中提到。第 1 条第 1 款需作两项重要程度不同的评论。第一和较为不重要的一点是，所用措辞应当与国家责任条款草案所用的一致。特别是，正如托姆卡先生所指出(第 2617 次会议)，最好删除提及“不作为”的文字，因为国家责任条款草案业已确立，国际不法行为包括作为和不作为。在法文本中，也最好用国际不法行为的“attribution”，而不用“imputation”，与国家责任条款草案仔细斟酌的措辞保持一致。如果国际法委员会将该条款草案交给起草委员会，则应由起草委员会就此作出决定。第二和更为重要的一点是，他当然不相信外交保护是一项行动，正如伊科诺米季斯先生所清楚表明的那样。它可能导致行动，但它并非一项行动。它仅仅在于认同受到伤害的私人个体的一项主张。外交保护本身并非外交或司法行动：它是启动此种行

动，而这是完全不同的事情。“行动”一词令人误解，更为令人遗憾的是它导致了灾难性的草案第 2 条，遭到委员会其他委员的谴责。

24. 在这方面，他敦促特别报告员删除所有提到使用武力之处。尽管没有任何主题禁止谈论，但他与托姆卡先生不同，他并不赞同委员会应当总是预测第六委员会愿望这一观点，引起草案第 2 条预期会引起的一类反应应当有很好的理由。在此种情况下，他看不出这样做有任何科学的理由。相反，他认为，草案第 2 条完全离题了。一方面，该条以《联合国宪章》的法律为基础，这是在委员会的范围之外，而不是以构成委员会职权范围之一部分的国际责任法为基础。另一方面，该条提到委员会并不关注的行动，而没有提到委员会所关注的对申诉的支持问题。他引证报告第 59 段中提到的例子支持他的论点，不对以色列的行动作价值评判，他认为，恩德陪突击行动与外交保护问题绝对没有任何关系：对于基于明显不能归于乌干达的国际不法行为所造成的损害获得赔偿这点没有问题，问题在于在解救人质过程中完全忽视了在这一事件中无能为力的一国家的领土主权。至于伊留埃卡先生提到的令人遗憾的巴拿马案件，该事件与外交保护没有任何关系。

25. 作为对草案第 2 条的最后一点评论，他提请注意报告中提到《国际公法》这本著作的一个脚注，¹⁰ 以正视听。身为作者之一，他说，第 777 页涉及“实施外交保护”，除其他外，其中说道，“外交保护不能用作使用国际法上的不法手段的借口：使用武力已不再能够以此为由证明有理，因为国际法禁止使用武力”。先前提到的该书第 905 页，其中用很长的篇幅讨论了武装干涉和报复问题，但完全没有提到外交保护。相反，其中提出了反对武装报复和干涉的有力论据。在回顾了过去一些武装干涉的案例之后，作者说，由于使用了武装部队，报复是在《联合国宪章》第二条第四项规定的禁止使用武力的范围之内。关于国家为维护一项权利而进行的武装干涉，作者说，“国际法院在科孚海峡案中对被告的不利判决过于笼统，无法适用于本案”，并得出结论认为，最多仅可部分接受国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中极为有理和有限的立场，国际法院认为：

⁹ 见第 2617 次会议，脚注 22。

¹⁰ 同上，脚注 10。

若要提供‘人道主义援助’不被谴责为干涉尼加拉瓜内部事务，它就不仅必须限于红十字的实践中所奉行的目的，即‘防止和减轻人的痛苦’和‘保护生命和健康并确保对人的尊重’；而且还必须首先不加歧视地给予所有需要的人……。无论如何，尽管美国可以对尼加拉瓜尊重人权方面的情况作出自己的估计，但使用武力不可能是监督或确保此种尊重的适当方法[见第 125 页第 243 段和第 134 页第 268 段]。

因此他完全不能信服草案第 2 条。

26. 先前的发言者忽略了第 3 条，尽管该条十分重要。该条比第 2 条更具相关性，但他却仍然不能够接受。如果他对特别报告员理解正确，特别报告员的意见就是严格坚持外交保护的傳統理论。尽管他并不“喜欢”该理论，但他认为，委员会应当坚持该理论，但第 3 条并没有这样做，而且还涉及太多的主题。他认为，问题的关键在于“代表受另一国非法损害的国民”等用语。首先，应当更为恰当地说“受另一国国际不法行为损害的”，如托姆卡先生所指出，这一提法具有将这一主题保持在其适当的范围——即国际责任的范围——之内的好处。第二而且更为重要的是，正是在传统理论方面，并非个人受到损害，而是国家因个人受到损害而受到损害。这是传统拟制之所在；人们可以接受，也可以摒弃，但是，如果打算保持这一拟制，如特别报告员所做——他赞同这一做法，那么就不能够让它从前门进来，随后又将其从后门扔出去。

27. 与特别报告员在报告第 66 段中所述相反，在保护人权或保护投资的范围内，十分值得欢迎的承认个人直接权利的举措已经对传统理论造成了无法争辩的侵蚀。从法律方面来说，承认此种权利引起的唯一严重问题是，它是完整地保留了传统外交保护还是取代了它。但他确实同意特别报告员的意见，认为外交保护是现行实证国际法之下国家的自由裁量权——这一点也许应当讲得更明确，问题是，现在是否是应将国家的自由裁量权限于较窄的范围之内的时候了。

28. 关于第 4 条，他不会像先前的发言者那样严厉，因为他同意该条的基本假定。该条基本上是说，在严重违反一项对保障整个国际社会根本利益至关重要的义务的情况下，国家不能无动于衷。说白了，如果某处发生了种族灭绝，或如果一个国家系统地采用酷刑或种族歧视作为治理手段，其他国家不能够袖手旁观。但问题也仍然不是外交保护的问题。这是一个更普遍的问题，一个委员会各位委

员熟悉的问题，因为它涉及国家的国际罪行。在此种情况下，各国不仅有权力，而且有义务采取行动，尽管仍然没有使用武力的理由。但是，这并不意味着外交保护应当作为此种行动的工具，首先因为外交保护并非一项行动，而且更为重要的是，因为要维护的并非仅仅是国民的权利和利益，而且是整个国际社会的权利和利益。这一问题并非出现在外交保护之下，而是出现在更为广泛的國家責任之下，确切地说，在國家責任草案第 51 条之下。

29. 对他而言，较容易的选择是支持将草案第 1 和第 3 条交给起草委员会，并忘掉草案第 2 和第 4 条的意见。但是，鉴于有关总办法的一些根本问题尚须解答，若建议特别报告员根据委员会的讨论重新审查所有条款草案是否也不见得更好。这一问题要由特别报告员来决定。

30. 伊德里斯先生赞扬特别报告员高质量的详实全面的报告。他表现出了灵活性，承认报告有些部分应当删改。因此委员会应当仅审议报告的有关部分，将其认为多余的部分搁置一旁。

31. 外交保护制度已在理论上和国家实践中得到确立，使其权利遭到甲国侵犯的乙国国民能够获得赔偿。报告中很好地反映了这一起点。尽管通过了各项国际人权文书，包括区域性的人权文书，但有关这一主题的国际法并未得到应有的良好发展。即使仅仅出于这一理由，外交保护也是一个有用的机制，作为防止侵犯外侨权利的一个保障，因为没有其国籍国的干预，外侨就无法获得任何赔偿。正如特别报告员所指出，委员会应当尽一切努力加强外交保护，而不是设法予以削弱。外交保护是否为一项拟制这一问题并不十分重要。委员会应当集中于使外交保护制度在实践中更为有用，以便保护生活在甲国家的乙国国民的权利。牢记这一点，委员会应当优先考虑编纂习惯法规则，而不是逐步发展新的规则。

32. 他同意草案第 1 条所体现的原则，但认为，该条应当仅涉及次要规则，搁置主要规则，主要规则可以在更广泛的國家責任的框架内审议。关于第 2 条提到的武力威胁或使用武力问题，他赞同委员会许多其他委员的意见，认为其与外交保护并不相关，并可能导致与在國家責任框架内规定的反措施制度混淆。而且，许多国家会认为这一意见不能接受，因为外交保护可能被用作侵犯另一国领土完整

的借口。《联合国宪章》明确界定了有关使用武力的原则，规定只能在自卫的情况下使用武力。因此这一问题应当排除在第 2 条的范围之外。

33. 关于外交保护权人问题的第 3 条，他问道，如果国家享有这一权利，那么国家就可以在用尽所有国内救济之前随时进行干预。另一方面，如果该权利属于有关外侨，那么国家是否仅能够在其国民用尽了所有当地国内救济之时才能行使这一权利？特别报告员指出，在传统的形式上，外交保护权属于国家，但这是一个很有争议的问题，委员会应当进一步探索。

34. 第 4 条同样很有争议。提出了实施外交保护的法律责任是对何人承担的问题；这一义务是对其他当事国还是对受害人承担的？他注意到委员会的一般意见是，个人也是国际法主体，他请特别报告员进一步研究这一问题。

35. 最后，他说，报告目前的标题令人混淆。给人的印象是，报告实际处理的是外交人员的保护。为了避免任何误解，应当予以审查。

36. 佩莱先生谈到伊德里斯先生最后的一项评论，他说，任何东西当然都可以用任何名称来称呼。但是，词语确实有意义，制度确实有名称。外交人员不懂国际法十分不幸，但他们的无知并非委员会重新命名可追溯到瓦特尔的一种制度的理由。因此，应当保留“外交保护”这一标题。

37. 卡特卡先生说，他认为，伊德里斯先生的评论有道理。就在前一天，特别报告员还指出，各国政府在自己的答复中混淆了外交保护与外交人员的特权与豁免。因此，特别报告员修订报告的标题或在一般性评论中澄清其含义是可取的。

38. 辛马先生说，他认为，这是一个信息和教育的问题。如果外交人员和诸如法律顾问等国际法的其他使用者没有很好地理解外交保护的涵义，委员会应当作出努力明确地向他们解释。

39. 伊科诺米季斯先生说，他同意佩莱先生的意见。没有必要更改标题，但可加以改进，增加一些词澄清这一概念。

40. 巴埃纳·苏亚雷斯先生说，他也同意佩莱先生的意见。并非所选标题有误，而是解释有误。

41. 布朗利先生说，他也同意佩莱先生的意见。但是，为了避免把问题搞复杂，可以在报告序言中阐明“外交保护”的概念。

42. 卢卡舒克先生说，委员会不应当在这一问题上花太多时间；他也反对更改标题，因为外交保护在国际法中根源太深了。

43. 贺先生说，从一开始就区分外交保护与《维也纳外交关系公约》规定的保护是有用的。

44. 奥佩蒂·巴丹先生建议，“人员和财产的外交保护”也许是更为准确的标题，但无论如何，直到辩论结束，才应当审议这一问题。

45. 坎迪奥蒂先生说，没有理由更改标题，在第 1 条中给出一个清楚和确切地定义更为恰当。

46. 杜加尔德先生(特别报告员)说，作为信息，博尔夏德的著作，关于这一问题的经典，名为《国外公民或国民外交保护或国际求偿法》。¹¹

47. 阿多先生说，在国际法著作中，“求偿权国籍”常常用作外交保护的同义词。因此可以放在括号中列在标题之后，或在评注中解释也可以使用该词。

48. 主席说，他认为，所审议专题的现标题“外交保护”可以保留，即使其意义可能需要在导言或评注中加以界定。关于将条款交给起草委员会的问题，最好委员会在辩论结束时就此作出决定。

49. 卢卡舒克先生祝贺特别报告员的报告，报告是对国际法最复杂的问题之一的认真研究。特别报告员从应当特别注重习惯法、更确切地说实证法这一原则出发，是正确的。外交保护领域有了很大的发展，与国际人权法的发展相关。很难不同意允许国家就侵犯其公民的权利进行求偿是提供法律保护避免侵犯人权事项最有效的手段之一的想法。这一思想是外交保护的核心。

50. 他满意地注意到，特别报告员查询了俄文资料来源，这在委员会的工作中并不常见。他还欢迎特别报告员表明打算在本五年期间完成一读。

¹¹ 同上，脚注 5。

51. 虽然特别报告员就法律拟制谈了很多，但他的报告绝对是现实的。然而，并非每个人都同意他对国家权利和个人权利二分法的拟制所给予的重视。包括伊德里斯先生、卡巴齐先生和佩莱先生在内的许多委员都已谈到过这一问题。国家不仅有权，而且有义务保护其公民的权利。这是国家的主要职能之一——一个不能保护其国民的国家对国民而言是无用的。在国际法中，这一原则在外交保护制度中得到了具体表现。侵犯公民的权利就是侵犯国家的权利。第1条第1款涉及一国因国际不法行为而对另一国家国民造成的损害；国际不法行为意味着有关国家的责任。报告引用了大量案例支持这一概念，但特别报告员认为，在有些情况下，国家仍然作为个人的代表行事，并非为了捍卫和保护其自己的权利。看来没有必要不断地强调这一国家权力的自由酌处性质。说这一权力属于国家，是国家行使这一权力就够了。

52. 特别报告员正确地提请注意国内法中考虑作为国家的一项义务给予外交保护的趋向。一般而言，国内法和国际法的发展趋向于承认个人有权得到外交保护。俄罗斯联邦是国内法中包括这种规定的国家之一。国家有义务保护其在外国的公民这一原则写入了《俄罗斯联邦宪法》(第61条)，并体现在许多立法案中，诸如关于外交部的法令和关于俄罗斯联邦大使馆的法令，其中突出了保护在外国的俄罗斯国民。

53. 第1条正确地规定，只有在犯有国际不法行为的情况下，而非在违反国内法的情况下，才能提供外交保护。因此，第3条英文本中“非法(unlawfully)”一词应作相应修正。

54. 讨论表明，第2条争议最大。该条值得特别注意，因为它涉及使用武力问题。他原则上同意在实施外交保护中武力威胁或使用武力只有在自卫的情况下才有理。为了支持这一观点，特别报告员在对《联合国宪章》第五十一条的解释中引用了传统习惯法。他自己对第五十一条的解释与特别报告员的解释有些不同。该条涉及“联合国会员国受到武力攻击”的情况，换句话说即是对一个国家的武装攻击的情况。国家的概念不仅包括领土，而且还包括人口。

55. 他同意特别报告员的意见，认为必须反映国家实践，可以忽略完全禁止使用武力。如果法国或其他民主国家的电视频道播出对在外国的法国人所犯

暴行的画面，而法国政府没有立即采取必要措施，该政府当政的时间就可能不会很长了。人们只需要想一想一家美国电视台播出美国维和人员在摩加迪沙街道上被拖行的情况就够了。几天之后，美国政府就宣布从索马里撤出其部队。这就是为什么他认为委员会的任务不是对现实闭上眼睛，而是作出务实的规定。规定应当限制滥用有关权利的可能性，规定只有在极端情况下使用武力才是合法的。伊留埃卡先生、卡巴齐先生和其他委员就此提出了有说服力的证据。如果接受自卫的情况，看来有必要在第2条中提到《联合国宪章》第五十一条，确切地说，提到要立即告知安理会会员国在行使自卫权方面采取的措施。而且，该条可以“自卫的情况”为标题。

56. 在提交的所有条款草案中，第4条最不成功。特别报告员说，国家有法律义务在严重违反强制法准则之时实施外交保护。也许可以问一问，在国际法中确立此种义务是否有理。如果存在此种义务，那么它更多的是国内法义务。报告第80段末尾说，“某些国家认为对其在国外的公民提供外交保护是恰当的”，这显得很奇怪，因为不可能想象哪个国家会认为保护其国民不恰当。特别报告员关于国家不仅有权力，而且有法律义务保护其在外国的公民的结论完全正确，符合当代国际法的主要目标，即加强个人的权利而不是加强主权国家的权利。但是，由于主张应当允许国家在履行这项义务方面有广泛的酌余地，特别报告员大大缩小了其范围。最后，根据第4条第3款，“国家有义务在其国内法中规定……行使这项权利”。不清楚“权利”一词指的是什么，因为该条仅涉及义务。一般而言，有很好的理由认为，应当去掉第4条，因为该条看来提出的问题多于回答的问题。但是，草案其他各条应当交给起草委员会。

57. 罗德里格斯·塞德尼奥先生祝贺特别报告员高质量的工作。外交保护是一个重要的问题，工作的目的应当是拟出结论，反映在条款草案中。尽管就条款草案所要采取的最终形式作出决定还为时过早，但仍然可以说，若要为人所接受，条款草案就必须实际可行。因此必须谨慎推进，因为尽管国际法的编撰是一个可以接受的进程，但其逐渐发展却仍然不能这样说。人们不可能强使国际法向意想不到的、甚至有时不能确定的方向发展。

58. 外交保护涉及两个重要的问题，即人权和国家责任。就人权而言，外交保护是一种机制(不是像报

告所说的一种“行动”或一项“措施”)，目的是在一国身处另一国家领土上的国民的权利可能遭到侵犯的情况下，保护有关权利。不能说可能遭到侵犯的所有权利都是人权，但实际上其中许多是“人权”，如执法不公、非法剥夺自由、缺乏正常司法程序，甚至侵犯移民工人的权利或对外国人的歧视。

59. 而且，外交保护机制和人权保护机制，尽管相互补充，却是不同的。自 1945 年以来，人权文书一直在持续发展。既有全球机制也有区域机制，如美洲人权委员会和《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)。这些区域机制通常很好地起作用。但是，外交保护规则不应当归纳为人权问题，因为这样会限制其范围。外交保护应当作为一个单独议题处理。然而，正如伊科诺米季斯先生所指出，这是一个与国家的国际责任密切相关的议题。

60. 第 1 条部分反映了这一联系。在这方面，特别报告员进一步阐述了他(第 2617 次会议)提出的概念，即甲国在相信乙国对其国民犯有国际不法行为之时采取行动，或甲国行使权利，宣告领土国犯下了国际不法行为。这是一个问题。尽管有这种理论，但他个人并不认为，一国可以单边宣告另一国违反了国际法规则。第 1 条提到“[一国]因[另一国]的国际不法行为或不作为对其国民的人身或财产造成的损害”。这一措辞表示，受害人的国籍国认为领土国犯下了不法行为，而他认为，这样做就预先判断了有关行为的性质。而且，也许没有必要将国际不法行为与国际不法的不作为区分开来。第 1 条在“范围”这一标题之下提到了外交保护定义的一些基本要素，外交保护实际上是一种机制而非一种行动。在这方面，应当指出，法文本中在“行动(action)”之前列入了“全部(toute)”一词——英文原文中没有对应的词，结果是不适当地扩大了范围，而这看来并非英文原文的目的。

61. 关于第 2 条，他同意先前发言人所表示的担忧，因为他不相信使用武力问题在外交保护的条款草案中占有一席之地。《联合国宪章》规定的普遍禁止使用武力的唯一例外是自卫的情况(第五十一条)。如果委员会规定更多的例外，那么它就很可能通过将外交保护变为一种干涉的权利而严重地危及，而非促进，国际法的发展。

62. 他顺便指出，特别报告员故意选择不涉及国际机构可以其官员名义行使的“职能保护”问题。尽

管这一问题目前可以搁置，但早晚却必须处理，至少在评注中处理。此外，它还涉及报告第 55 段起提到的“人道主义干预”问题。他认为，“人道主义干预”这一术语——无论如何，他倾向于使用“人道主义行动”一词——仅可用来描述国际社会或有关国际机构通过专门机制而采取的行动，以便保护遭受危险的人员或人口。

63. 第 3 条规定国籍国有代表受另一国损害的国民实行外交保护的权力，该条确立了一项得到普遍接受的原则，看来没有问题。

64. 根据第 4 条第 1 款，除了第 2 款所列的情况之外，如果有严重违反强制法规范的行为，第 3 条规定的实行外交保护的“权利”就将成为一项“法律义务”。关于这一点，他完全同意特别报告员在报告第 88 至 93 段中提出的论点。在他看来，唯一自然的情况是，在其国民最基本的权利遭到严重侵犯之时，一国有义务保护其在国外的国民。

65. 上述基本上就是他对所审议条款草案的初步评论。

66. 卡特卡先生说，特别报告员提交的报告至少有一大优点：就一个有争议的问题提供了思考的材料。这一问题很复杂，部分是因为与国家责任和人权的关系。要了解这种复杂性，只需要看一看报告第 43 段的清单就够了。他希望，委员会的工作将有助于为国际社会澄清这些问题。无论由于外交保护可能会出现哪些滥用权力的情况，其长处显然大于其短处，这一原则并未因人权法的发展而失效，特别是因为——正如特别报告员正确地强调的那样，除了与投资相关的情况外，没有国际文书保护在国外的个人的权利。与私人个体向人权机构的申诉相比，各国也可能更加严肃地对待外交保护。

67. 再来谈条款草案本身，他说，一般而言，他同意第 1 条的内容，却认为第 2 款过多地强调了对非国民的保护。他认为，这并非第 1 条中应提出的问题，而是一个应当在以后阶段处理的问题。另一方面，他倾向赞同罗德里格斯·塞德尼奥先生关于“职能保护”的意见：如果这一问题不在有关界定主题范围的第 1 条中提出，以后就很难再回到这一问题。

68. 第 2 条引起的批评最多。正如特别报告员在报告第 48 段中所回顾，不幸的是，以保护国民为借口

过度使用武力的情况很多。毫无疑问，最令人震惊的案例是德国、大不列颠和意大利 1902 年对委内瑞拉所采取的措施，委内瑞拉没有支付欠上述国家国民的合同债务。¹² 确实，特别报告员曾努力限制该条的范围，规定仅为了营救“面临直接危险”的国民才能使用武力。但是，众所周知，《联合国宪章》禁止使用武力，第五十一条所规定自卫的情况除外，委员会为了外交保护的目的是以任何方式将其“合法化”将是危险的。总的来说，最好删除这一条，该条在这样一个草案中没有地位。

69. 关于第 3 条，他也认为，实行外交保护的权利应当由各国酌情行使。因此，对他而言，该条看来可以接受。

70. 他对第 4 条有更多的保留：如果严重违反强制法规范，第 3 条所述的权利就应当成为义务，这相当正常，至少应在评注中解释第 2 款(a)项中对危害“人民的首要利益”的理解。

71. 最后，他相信，只有草案第 1 条和第 3 条应当交给起草委员会，这两条得到普遍接受，最好放弃不应列入草案的第 2 条和第 4 条。

72. 哈夫纳先生说，再次谈外交保护理论没有意义，在前任特别报告员于第五十届会议上提交初步报告之时就详细讨论过外交保护的理论。¹³ 因此，他将仅集中谈论正在审议的报告，幸运的是，现任特别报告员在报告中采取了一种比其前任更加务实和更加依据实际经验的办法，以一系列完整的文件和实际资料为基础。

73. 第 1 条所表述的基本概念十分清楚：甲国有权就乙国所犯不法行为对乙国提出权利要求，即便并非甲国本身而是甲国民蒙受了有关不法行为造成的损害。显然，这一概念依据的假设是，国家是一个实体，一个包括其国民在内的整体。其与国家责任的联系相当清楚，这就意味着有些术语可以借用，至少这两个领域所用的术语应当一致起来，正如佩莱先生和托姆卡先生已经指出的。

74. 关于第 1 条，更准确地说关于特别报告员对第 1 条的评论，他想要知道报告第 36 段与第 43 段是否有些矛盾，第 36 段谈到《维也纳领事关系公约》第 5 条规定的对国民利益的保护，第 43 段引证邓恩的定义。¹⁴ 根据这一定义，政府只能根据国际义务的主张以其国民的名义作出行为，有关行为要在保护一词的技术意义范围之内。邓恩的定义明显窄于该公约，最好澄清这一点。

75. 其他一些发言者曾强调，第 2 条引起了一些重大问题，委员会不能无限期地规避这些问题。特别报告员正面处理了这些问题，很值得称赞。然而，不可想象的是，在外交保护的范围内为国家提供法律根据，允许其在除《联合国宪章》规定的自卫情况以外使用武力。自卫的概念不能够扩大到也包括保护一国在外国的国民。人人都知道目前被扣在菲律宾的人质的可悲状况，但能否合理地希望通过给予其国籍国武力干涉的权利使其获得释放而改善其状况？这样做就相当于授权有关国籍国违背领土国的愿望行事，有可能引发国家之间的冲突，使暴力升级。因此他不能赞同报告第 59 段末的意见。该意见认为，从政策的角度来看，明智的做法是，承认这项权利的存在，但规定严格的限制，而非无视该权利的存在，从而允许各国援引传统的论据，支持广泛的干预权，造成更多滥用。而且，他怀疑，此种行动是否在外交保护行为的意义范围之内，至少是在邓恩所界定的意义范围之内。概言之，他同意先前的发言者和以前历任特别报告员的意见，认为外交保护在任何情况下都不意味着武力威胁或使用武力。因此第 2 条在条款草案中没有立足之地。

76. 关于第 3 条，他希望使原英文本中“非法损害 (unlawfully injured)”一词的含义更加明确(副词“非法(unlawfully)”在法文本中没有译出)，尽管从评注中来看，其显然指的是国际法上的不法行为造成的损害。也许保留第二句不恰当，这一句解释说，实行外交保护的权利要求具有酌情处理的性质，因为有些人可能会争辩说，这样的措辞妨碍了各国颁布国内立法，使这一权利在某些情况下为义务。实际上，是权利要求针对的国家有义务通过外交保护接受另

¹² 见《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，第 216-217 页，第 228 段。

¹³ 见第 2617 次会议，脚注 2。

¹⁴ 见 Dunn，同前引述著作(第 2617 次会议，脚注 6)，第 18-20 页。

一国就其国民遭受的损害而提出的权利要求。没有必要详述国籍国与其国民的关系；重要的是具体说明请求国在哪些条件下可以援引外交保护。

77. 他怀疑第 4 条是否有用。正如先前一些发言人所强调，必须区分人权和外交保护，因为如果将两者混为一谈，则引起的问题可能多于解决的问题。托姆卡先生已经问过，在有关上下文中强制法作何理解，但他想要确切知道的是，第 1 款开头“可归于”这些措辞的含义。它们是否涉及法律或事实的可能性？如果违反行为确实很严重，纵然有可能诉诸法院或主管国际法庭，也不能实行外交保护？当然，这可能影响到用尽国内救济问题，但是，若违反行为严重，重要的事情显然是要能够迅速作出反应。这方面的问题值得进一步研究，除此之外，第 4 条看来没有提出什么令人感兴趣的東西。

78. 他也同意先前发言者的意见，建议仅将第 1 条和第 3 条交给起草委员会。

下午 1 时散会。

第 2619 次会议

2000 年 5 月 11 日，星期四，上午 10 时

主席：莫里斯·卡姆托先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、托姆卡先生

外交保护(续)(A/CN.4/506 和 Add.1¹)

[议程项目 6]

特别报告员的第一次报告(续)

1. 加利茨基先生说，特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)所提条款草案的第一个问题，是第 1 条所述的条款范围。对于外交保护概念，可能有三种不同的处理方法。第一种是辛马先生(第 2617 次会议)所述的外交使团和领馆提供的“每日保护”，这一方法过于狭窄，不符合委员会的目的。然而，他提到这个方法是因为特别报告员谈及了中欧和东欧某些国家的宪法，包括波兰的宪法，这些国家的宪法均阐明了其国民在海外期间应得到国家保护的权利。但由于缺乏有关可能的“当地救济”的其他国内规范以及立宪前的现行惯例，他怕宪法惯例会被解释得太狭隘，即仅仅涉及这种“每日保护”。

2. 第二种是第 1 条提出的外交保护办法，即按布朗利先生的建议(同上)，可将外交保护与求偿可否受理这个更广泛的概念联系起来。在这种情况下必须对“行动”一词作出适当的解释。不妨按国家责任草案中所使用的措词完善本条款；该草案中已提出了“国际不法行为或不作为”²一语。

3. 特别报告员在第 2 条中提出了范围更广且风险性更大的草案适用定义和范围，在“行动”的含义中纳入了“武力威胁或使用武力”。在马夫罗马蒂斯案中，常设国际法院裁断，一国行使外交保护的正確方式是，诉诸外交行动或国际司法诉讼程序[见第 12 页]。特别报告员的报告第 55 段认为，只有能够在实行外交保护时进行武力威胁或使用武力定性为自卫，才能证明它是合理的。然而，正如伊科诺米季斯先生(第 2617 次会议)所指出的，《联合国宪章》已以极为精确和狭义的方式，设定了自卫权和使用武力的自卫权。鉴于禁止武力威胁和使用武力这项原则在现代国际法中的绝对重要性，不应再考虑增加任何新的例外。在第 2 条规定的情况下的进行武力威胁或使用武力问题，实际上属于另一个复杂的议

¹ 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

题，即人道主义干预权议题。就此而论，他对特别报告员朝着法律逐渐发展方向迈进表示赞赏。

4. 然而，托姆卡先生说对(同上)，委员会应首先注重对现有国际法的编纂，把人道主义干预以及使用武力的可能性，置于外交保护范畴之外。人道主义干预的概念在理论和实践中仍受到质疑，而且特别报告员本人在报告第 60 段中说，国际法是否承认强行使人道主义干预权利的问题不属于本项研究的范围。

5. 至于第 3 条，要就外交保护权的范围和性质作出最后结论还为时尚早。有关国家实施外交保护裁量权的措词，只有在涉及严重违犯强制法的情况下，才可以逾越第 4 条规定的限度。这才是体现佩莱先生称之为“国际人权主义”新情况的适当之处。由于外交保护问题与自然人的国籍问题密切相关，值得铭记的是，近几十年来国籍的法律性质出现了重大的变化，已从国家的特权演化为个人固有的人权。委员会第五十一届会议通过的关于国家继承中自然人的国籍的条款草案已适当地体现出了这一点。³ 因此，对于某一国国民享有该国外交保护权的问题应予以重新审议，以便有可能会进一步限制国家行使这项权利时的裁量权。最后，他同意哈夫纳先生的意见，应维持本条现用的标题。

6. 罗森斯托克先生说，他欢迎特别报告员强调增强对人权的支持以及个人在国际层面上的日益重要性。特别报告员承认，人权领域虽然出现了显著的改善，个人在国际上的地位明显得到提高，但仍需得到外交保护手段措施的帮助。当然，这项专题也包括了法人。此外，当委员会审议第 4 条时，可能更加需要审慎处理，可宣称采取外交保护的国家，不一定就是可采取行动的唯一的国家。

7. 至于是否保留第 1 条第二款以及是否应提及“不作为”的问题，是起草委员会的事务。他并不认为“行动”一词必然会产生令人难以理解的问题。

8. 第 2 条有两个问题。一个是，它是涵盖了委员会在外交保护工作中应当融入的材料；另一个问题涉及所提条款的优点。对于后一点，他认为无论在法律上还是就各国当其国民生命处于危险时可能采

取的观点而论，特别报告员都是正确的。将范例的营救行动视为被某种弃权所涵盖，这种说法无法令人信服。为染指毒品贩运并对别国合法派驻境内的军事人员进行骚扰的独裁者的辩护，不能为推翻第 2 条提供有说服力的理由。比较容易达成一致的是，在目前讨论的专题下让委员会确定使用武力的权利范围既无必要也无用处。他赞同那些认为第 2 条不属委员会所关注领域的看法，该条应予以删除。

9. 第 3 条没有造成实质性的问题。他理解特别报告员在第 4 条努力要实现的目标，即促使各国更积极地保护其国民的权利。然而，当所有这些限制条件都被叠加，而且坦诚而言，这些限制似乎都有必要时，大体上就达成了一种诸如“各国应这样或那样做”的说法。也许在不造成更多的困难和混乱的情况下，能使各国朝正确方向迈进的一部序言和一份声明，或一项条约，将是解决这个问题的适当办法，而且也是对促使各国更加积极从事的这项令人敬佩的努力所作的响应。在不愿意越过这一低姿态做法的种种原因中，就有如何实用地定义公然违背强制法规范的行动的问题。他并不反对把第 4 条交给起草委员会或一个非正式工作组，但也不会坚持非这么做不可。

10. 阿多先生说正在审议的法律领域中大部分的现行法，显然是既往国际社会的遗产，当初的国际社会比今日小得多。有关外交保护的大部分国际法，是在欧洲和北美的经济、社会和政治观念向世界其他地区传播后才开始形成的。

11. 特别报告员在处理第 2 和第 4 条时越俎代庖，这两条的条款超出委员会任务的范围，因此如果删除这两条，他不会感到遗憾。

12. 他认为，有必要制订出外交保护的规则，这是一个当今关系重大的议题。这个专题与国家责任密切相关，而且委员会仍在国家责任方面，就受害国概念展开探讨。受害国也是这一专题讨论中的要点。国籍也是外交保护的一个突出主题；确实，赋予外交保护的另一个名称是，求偿权国籍。

13. 如果对国家犯下不法行为，不会产生国籍问题。相反，如果对受害国的某国民犯下不法行为，情况则是受害国拥有保护全体国民的“外交保护”权。因此，如某一国侨民在海外遭到违反国际法行

³ 《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 22 页，第 47 段。

为的不正当对待，该国可就此国民的情况与违约国交涉。至于是否提出交涉，这由受害国本身自由酌处。国际法没有规定受害国须提出交涉的义务。因此，他反对第 4 条。就此而论，他既不赞成特别报告员在第 87 段中所述的意见，也不赞成第 90 段中引用的奥雷戈·比库尼亚的意见。⁴ 试图按这些意见的模式拟订第 4 条的做法是不可接受的。

14. 一旦国家承接了其国民的案件，求偿就成为受害国本身的主张，其理由是，虽然国际法、特别是在国际人权领域中，给予个人有限渠道的趋势在不断发展，然而，一般的原则仍然是，个人不得提出和坚持一项国际主张。

15. 国际法规定国家的“外交保护”权只限于其本国国民。因此，他甚感踌躇的是第 1 条第 2 款一向非国民提供外交保护——否定了这项基本原则。根据第 1 条第 2 款，在第 8 条规定的例外情况下，可向非本国国民提供外交保护，但这一规定会引起相当大的争议。既然第 1 条第 2 款规定必须受第 8 条的限制，那么在对第 8 条展开讨论之前，他反对将本条送交起草委员会。倘若删除第 8 条，那么第 1 条第 2 款也必须删掉。不过，第 1 条第 1 款可以提交起草委员会。

16. 既然无国籍是对国籍的否定，而国籍则是外交保护的依据，那么草案如何才能照顾到一项关于无国籍者或难民的条款，这一点不明确。是否任何国家都可以为无国籍者或难民披上外交保护的斗篷以支持其案由呢？在这样的情况下，国际法庭是否会赋予国家出庭权呢？法定居住和有效联系，是否足以替代国籍规定呢？由于外交保护权仅限于国家的本国国民，那么就产生了国籍的定义是什么的问题。国籍的界定是国内法的事；国际法对这个问题没有什么影响。

17. 他不同意佩莱先生(第 2618 次会议)一个字也不送交起草委员会，或重新修订整个报告的意见。

18. 贺先生说，不可否认，外交保护经常遭到滥用，而且国家越强往往越有利于行使外交保护。只要其他更好的救济不能取代外交保护，就必须保留外交保护，因为外交保护极为必要。在任何情况下，其利都大于弊。

19. 报告第一章导言部分有若干点需要进一步澄清。首先，有人一直坚称，外侨，与国民一样，是作为人类一员，而不因其国籍，享有各项权利。当把外侨视为国际权利的主体时，情况确实如此。由于个体在国际法中的地位问题尚未确定，因此个体的救济是有限的。另一方面，国家作为国际关系中的主导要素，它所提供的救济必定是最为有效的。

20. 第二，一个相关的问题是，按照国际法享有某些权利的外侨，在海外是否能保护自己。其答案是，倘若他的救济有限，就得由国籍国代为行使权利并代表他采取行动。

21. 第三，第 27 和 28 段引用的《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》和《非居住国国民个人人权宣言》⁵，极好地证明了国家不想将这些权利赋予移徙工人的确凿事实。对于外侨，他们虽然本该享有国际法规定的人权，但是他们没有国际法规定的有效救济。他们唯一的渠道是，请求其本国出面干预。鉴于上述所有原因，外交保护仍是为侨民提供保护的一项重要手段。

22. 至于第 1 条和“行动”一词的含义，令人惊奇的是第 43 段竟然在“外交保护”中列入了“使用武力”。与此相反，前任特别报告员本努纳先生在其初步报告⁶中强调，在行使外交保护时，各国不可诉诸于武力威胁或使用武力。

23. 至于第 2 条，他赞成其他委员的观点：将外交保护使用武力合法化是违背《联合国宪章》基本原则的。这个问题不属于委员会讨论本专题任务的范围。至于第 4 条，鉴于一些不确定性和缺乏国家惯例，最好不要讨论这个问题，况且这个问题与目前所审议的专题并非密切相关。

24. 他同意可以将第 1 条和第 3 条交给起草委员会。“外交保护”一词早已确定，因此标题不应改变。然而，看来有必要在导言部分或脚注中阐明，外交保护与《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》为外交官员和领事人员提供的某种保护形式之间的区别。

⁴ 见第 2617 次会议，脚注 14。

⁵ 同上，脚注 18。

⁶ 同上，脚注 2。

25. 庞布一奇文达先生说，特别报告员第一次报告所述及的方方面面，令人印象深刻，但是人们亦理所当然地会问这份报告是否成功地把互相抵触的数量与质量标准结合起来。在报告结构方面，人们惊异地发现，报告的开篇不是一个导言，而是两个导言。占报告相当大篇幅的是八项条款草案及其广泛评注。这些评注原本是要阐明专题的实质，然而却往往冲淡了其本质。报告第 9(a)段承诺将在导言中审查专题的历史和范围。然而，历史概览却仅限于两次世界大战期间的阶段。因为它假定本专题尽人皆知，从某些国家在区别外交保护与对外交工作人员的保护时遇到的种种困难来看，这一假定是相当成问题的。报告是否有助于第六委员会把这一专题弄得更加清楚易懂是值得怀疑的。

26. 与前任不同，现任特别报告员企图提供一个外交保护概观，但将职能保护排除在外，对大量有关国际组织代表和官员的判例也是如此，而它们可能正属于外交保护的范畴。这一概观也未阐明任何理由证明，为何要将最初受害者为自然人的制度和最初受害者为法人的制度作同样处理。

27. 更大的难题是，特别报告员与其前任不同，背离了传统性构想，为这一概念提出了一个新的基础，作为保护人权的一种制度。侵犯基本人权或自由确实可以是国家受理个人案由的一种情况，但是侵权行为也必须构成可归于另外一个国家的国际不法行为。将两类情况变成一种情况似乎有些草率，因为第一种情况——属于国际法的主题——是地位问题，而第二类情况则是由一项制度或若干项制度组成的人权问题。

28. 正如他所暗示的那样，由于对这一专题的历史回顾仅限于两次大战之间这一阶段，这将无法触碰到外交保护问题。不对第二次世界大战以后的发展情况进行任何讨论，即意味着在 1945 年以后，外交保护已经成为昨日黄花。实际上，此后案例法颇为可观：诺特博姆案、国际工商业投资公司案、巴塞罗那电车公司案和西西里电子公司案等，在此仅举其中几项，还未提及目前正有待国际法院裁定的迪亚洛案。为什么报告中没有提及这些曾在相当大的程度上巩固了外交保护传统概念的案件呢？鉴于此问题仍然具有专题性质，对这个问题的现象论，应当从两个角度，即首先从体系角度，然后再从制度角度，作出澄清。

29. 如果把外交保护视为一个体系，这至少涉及三大类行动者：国家和国际组织；个人和经济代理；

以及法官和国际仲裁者。最后一类显示出外交保护作为和平解决国家间争端的机制所起的传统作用。因此，外交保护和使用武力，这两个互不相容的概念之间存在着冲突。一项截然反和平的措施是根本不可能为和平服务的。因此应当摒弃第 2 条，关于这一点他将回头再谈。

30. 作为一种情景，外交保护也受到经济利益存在的强烈影响，而经济利益赋予主张以内容，也使求偿国提出的损害主张能够得以评估。就此而论，外交保护与国家的国际责任是同质的。

31. 作为一项制度，外交保护是一项普遍公认的宝贵工具，在早已确立的因此也必须加以编纂的规则基础上运作。这些规则涉及把一项国内问题提升到国际争端的地位的程序。这些规则也涉及外交保护的目的是，即在国际法律秩序中重建法治。这两类规则都涉及实现这一目的的程序。它们只是次要的程序性规则吗？这就产生了特别报告员所提按条款草案区分主要规则与次要规则的相关性问题。

32. 总的来说，第 1 至第 4 条存在着三种令人困扰的弊病。第一，它们使类别混淆。第 1 条的标题没有反映其内容，而第 2 至第 4 条则使读者在这些杂乱无章的类别中摸不着头脑。第二，从结构上来说，“范围”和“定义”两个概念不相称。第 2 至第 4 条是基于未界定的“行动”概念，这实际上有助于解释为什么它们与一般国际法不相符，也违背了外交保护的性质和精神。

33. 第三，条款草案受到了虽然值得称赞但是导向错误的变革愿望的损害。委员会奉命致力于逐步发展国际法。委员会的任务不是过度发展国际法，这等于是一种退步，会把国际法律秩序引向未知的领域。第 2 条恰好显现出了这种危险，而且出于其他委员们业已阐明的理由，是完全不可接受的。具体而言，第 1 条除了定义和范围的混乱之外，也同样是难以接受的，因为它从同一观点处理对人的损害和对财产的损坏。就启动外交保护而论，可以单独地援用其中的一项，而不涉及另一项，从而剥夺保护的外交性质。第 3 和第 4 条根本上是相互矛盾的，因为倘若外交保护是国家或个人的一项权利，那么它就不能成为国际社会的一项权利，或用于为国际社会服务。

34. 出于上述这些原因，他认为草案前四条没有一条是可以提交给起草委员会的。特别报告员就一个

所谓熟知，而其参数尚未界定的专题提出条款草案，还为时尚早。界定这一专题的范围，需要展开非正式的磋商。此后，才适宜起草一份初步报告。

35. 坎迪奥蒂先生说，特别报告员的第一次报告及其中所载的条款草案提案，对辩论起到了抛砖引玉的作用。在处理外交保护时，委员会必须考虑到委员会全体讨论会和各工作组业已确定的某些前提，即：保持基于习惯法的态度；编纂有关外交保护的国际法次要规则，只要主要规则有助于阐明本专题的某些方面，也不回避考虑主要规则；认为外交保护基本上是国家的自由裁量权；最后，应考虑到在当代国际法律秩序中日益得到承认和保护的个人权利。

36. 关于报告第一章的导言，他同意特别报告员的看法：国家行使外交保护权所基于的拟制——据此，对某国某一国民的伤害即构成了对该国本身的伤害，因此国家可为个人出面要求索赔——以及常设国际法院在马夫罗马蒂斯案中提出的拟制，都是有益的法律求助手段，不应该遭到它所蒙受的指责。

37. 他还同意特别报告员的观点，认为当代国际法已经发展了维护个人权益的有效区域性或其他体制，但外交保护却远未过时。相反，外交保护仍然是各国维护其侨民权益的便捷的普遍救济。

38. 第 1 条必须一开始即阐明并确实界定外交保护体制，以便有别于其他各种体制，例如有别于对外交工作人员的保护或者对侨民的领事援助，以免一开始就出现任何混淆。

39. 从这个纯粹技术性含义而论，外交保护是使国家的国际责任行之有效的的手段之一。第 1 条已经载有本专题有关内容的定义，然而草案也许还得加以完善。这是一国对另一国提出诉讼的程序措施，通过这种程序措施由此把自然人或法人的索赔转化为国际法律关系。关于向非本国国民提供外交保护的问题，阿多先生发表了一些引人深思的评论，对此在审议第 8 条时必须加以考虑。

40. 他同意各位委员对特别报告员所提第 2 条的措辞提出的反对意见，表示应当明确果断地禁止外交保护采取武力威胁或使用武力。条款草案不应载列任何例外规定，以免对该项禁令引起任何质疑。免

除一国诉诸武力行动的责任的情况，可能包括迫在眉睫的危险或危急情况，这是关于国家责任条款草案所管的事项。但是在外交保护情况下，容许使用武力、为使用武力辩解或使得使用武力合法化的任何规则都是危险的，因此是不可接受的。

41. 正如特别报告员指出的，自从 1902 年德拉哥学说⁷提出和拟订了《波特公约》以来，禁止武力威胁和使用武力历来是外交保护权发展中最为显著的一个方面，必然进一步地推进了一般国际法的发展。《联合国宪章》第二条第四项体现的规则便是这种发展的最终结果。

42. 由于上述原因，他不赞成完全删除第 2 条。起首部分中表述的概念应在草案的某处加以保留，因为这是关于外交保护的惯国际法发展中的一个重要组成部分。然而，特别报告员拟议的其余措词即“但……情况除外”，应当按委员会大部分委员发表的意见，予以删除。应当铭记，在国家责任条款草案第 50 条(禁止采取的反措施)中，(a)项明确禁止国家利用反措施诉诸于《联合国宪章》所禁止的武力威胁或使用武力。然而，处于在边缘情况下诉诸武力的倾向日趋增长之际，任何试图删除特别报告员草拟的第 2 条第一句前半部分的尝试，都有可能遭到误解。

43. 第 3 条把外交保护定性为国家权利，体现出了法理和判例所承认的国际习惯法规则，然而该条的措词也许还应按照哈夫纳先生、佩莱先生(第 2618 次会方)和托姆卡先生(第 2617 次会议)所提思路加以完善。

44. 另一方面，对于第 4 条还须谨慎从事，因为特别报告员在该条中提议，如果是由于严重违背强制法规范而造成的损害，这项自由裁量权应成为一项义务。特别报告员指出，列入这项义务将是逐步发展的一项举措，体现出最近承认国民享有外交保护权的趋势。虽然对促进维护和保护人权的关切是值得注意的，但是，对各国确立起这样的一项义务似乎是不可取的，因为强制法的概念和范围在许多人看来是有争议的，而且是不确切的。在国际法学理论或判例中很少提及这样一项义务。

⁷ 见第 2618 次会议，脚注 12。

45. 正如其他委员所说, 不管怎样, 委员会在编纂这一专题时, 应限于这项体制的严格技术概念。“保护”和“外交”这两个措词的含义不清, 不应导致委员会对概念的混淆, 越出其任务的范围。因此, 第4条应当删除。

46. 戈科先生要求作出澄清, 他询问坎迪奥蒂先生是否在提议应保留第2条的第一部分, 即删掉各项例外情况。

47. 坎迪奥蒂先生确认确实如此。第一句中所确立的原则应当维持。国家责任草案第50条(a)项也体现了这项原则。因此, 外交保护条款草案必须列入这一原则。

48. 佩莱先生说, 有关原则要广泛得多, 它不仅具体涉及外交保护, 同时还涉及反措施。他对给外交保护条款草案附加有关责任的普遍规则是否明智表示疑问。

49. 虽然他基本同意第2条起首部分的措词, 但列入此类规则可能意味着委员会正在进入一个似乎与特别报告员的想象截然不同、颇有争议的领域。这就等于说禁止采用某些方法实施外交保护; 用否定式的措词来阐述这一问题时, 通过具体阐明行使外交保护所容许的手段来取得陈述上的平衡, 这一做法也是合乎逻辑的。

50. 如果坎迪奥蒂的建议得到接受, 那么条款草案就有可能不平衡。他个人支持案文的实质内容, 但是否有必要在外交保护草案中引入有关国际责任的一般规则, 这是颇有疑问的。如果这么做, 则必须具体地阐明行使外交保护可采取的法律手段, 换言之, 必须明确规定究竟应当通过外交渠道还是司法渠道, 抑或是诉诸于解决争端所用的一切手段。

51. 布朗利先生说, 一开始他为坎迪奥蒂先生的看上去颇合逻辑的提议所吸引, 但是经过深思之后, 他反对以任何形式在第2条中列入第一项提议。委员会应通过一项明确的规则, 阐明使用武力不属于外交保护的范畴。接受坎迪奥蒂先生的简单化提议仍会引起一系列的混乱和困难, 并将会为解决这些混乱和困难白费大量的时间。因此, 他同意佩莱先生的意见。

52. 此外, 禁止把武力威胁或使用武力作为外交保护的一项手段的说法是混淆不清的, 从字面或实践

中看, 使用武力保护国民或寻求主张是一种自助的形式, 并不是法律或实际上的外交保护形式。由于这一原因, 第2条案文即使掐头去尾也会造成困难。

53. 伊科诺米季斯先生不同意佩莱先生和布朗利先生对坎迪奥蒂先生提案的意见。他认为, 只要条款措词明确, 阐明彻底禁止为了外交保护目的使用武力, 就毫无引起混乱的理由。如果没有这样一项条款, 那么在这点上就有可能模棱两可, 很危险。少数论者坚持认为, 不妨允许使用武力营救处于险境的国民。眼下是该结束这种理论的时候了。草案中确实需要有一项类似坎迪奥蒂先生建议的条款。也许此项条款应当重拟, 以求更为明确。它不一定非得采取第2条的形式, 但可以写入序言, 或者列入案文的某处。此外, 国家责任专题第一任特别报告员加西亚·阿马多先生⁸和和前特别报告员本努纳先生(在其初步报告⁹中)均表达了类似看法。因此, 他强烈地支持坎迪奥蒂的提案。

54. 正如庞布一奇文达先生雄辩地指出, 外交保护概念与使用武力的观念并非同出一辙。外交保护是一项和平的体制, 建立这一体制的目的是为了避免可能发生的冲突。因此必须明确无误地阐明这一事实。

55. 加利茨基先生说, 他对坎迪奥蒂先生的提案感到左右为难。就其实质而言, 他完全赞成这一措词。然而, 考虑到一些委员所表达的意见, 在条款草案中列入这样的绝对说法也许是不明智的, 因为这超出了委员会的任务范围。不妨遵循马夫罗马蒂斯案定下的先例, 申明一旦就外交保护的范畴和概念作出了界定, 那么第一条所述的“行动”就是指外交措施或国际司法诉讼程序。起草委员会不妨考虑这种可能性。为了避免某些委员所述的困难, 应具体阐明实施外交保护时可接受的手段, 以排除使用武力。

56. 卢卡舒克先生说, 他理解坎迪奥蒂先生提案背后的想法, 他也有同样的想法, 但是他认为, 这样造成的法律释义将是极为怪诞的。外交保护与一国

⁸ 见第2617次会议, 脚注7。

⁹ 《1998年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/484号文件, 第11段。

的任何一项国际行动一样，应当遵从国际法的规则。第二条阐述的仅是一项原则。为什么该项条款不能说，外交保护不得违背不干预内政的原则呢？这样的措辞将会兼顾到所述的原则。因此佩莱先生的提议看来是完全符合逻辑的。倘若述及不可接受的手段，那么也应该列举可接受的方法。在随后讨论外交保护问题时，也许有可能重新审议这一问题。鉴于对第 2 条意见的分歧，该条应全部删除。

57. 戈科先生指出，列入一项禁止武力威胁或使用武力条款大概是出于对过往一些事件的考虑；他说，有关外交保护的案文确实应当列入一项阐明这一原则的明确表述。

58. 杜加尔德先生(特别报告员)解释说，将第 2 条放入草案中是因为第 1 条中的“行动”一词造成了一些难题。传统论者认为，这一用语包含了所有各项手段，包括使用武力，而博尔夏德的观点当然是在《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(《凯洛格—白里安公约》)和《联合国宪章》第二条第四项所载禁止条款之前发表的。

59. 他感到不安的是下列一些观点，这些观点声称自卫权包含了对国民的庇护。在辩论中，委员会很少注意到包括两位杰出的前委员在内的这个学派的观点。显然，辩论的结果认为，“外交保护”一语不包括在任何情况下使用武力，而且也不属于委员会的任务范围。也许，他应当在评注中阐明，“外交行动”一语不得扩展至使用武力。委员会已就此专题发表了某种权威性的意见。协商一致的意见显然认为，不可能将使用武力视为对国民实行外交保护的一种形式。

60. 卢卡舒克先生说，他赞同特别报告员极有建设性的提案。

61. 主席说，在禁止武力威胁或使用武力方面已经提出了若干项提案。首先，外交保护的宗旨是要避免武力，尽管在《联合国宪章》通过之前曾经常性地使用过武力手段。外交保护与国家责任之间的联系看来在于履行国家责任。外交保护，从逻辑上，构成了国家责任的一部分。既然如此，人们承认，至少就反措施而言，使用武力是受到禁止的。因此，坎迪奥蒂先生的建议看来是中肯的。

62. 在审议诸如外交保护这类传统体制时，必须记

住，对外交保护形成敌意是由于以往滥用武力所致。也许应当采取加利茨基先生所提的方式加以解决，并明确地阐明，外交保护是启动和平解决争端的一项程序，目的是保护在另一国可能遭受或已经遭受伤害的国民的权利或财产。这样，不必求助草案第 2 条第一句的措辞，即可将武力排除在外。至于使用武力保护国民是否属于自卫的一种形式，这是一个可以展开无休止辩论的问题。一项值得考虑的的建设性解决办法可以是删除第 1 条所载的“行动”这一用语，代之以阐明外交保护系指启动和平解决争端的一项程序。

63. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，特别报告员将外交保护问题置于人权背景下，扩大了委员会必须集中展开研究的领域。特别报告员已表明了解以往的滥用情况。然而，他认为，对人权的巩固虽已逐步地增进了对个人的保护，但是，这一领域中的空白意味着外交保护体制的有用之处，而且应予以增强。这是一项值得认真审议的观点。巴埃纳·苏亚雷斯先生认为必须有一项平衡的外交保护文书，这是正确的。

64. 第五十届会议所设工作组已认真审议了委员会面前的这项专题，并已得出了一些结论。¹⁰ 难道特别报告员不应当在上述这些结论的范畴内展开对此问题的研究吗？难道他不应当限于国际习惯法范围之内吗？在这个极为传统的领域内仍有许多灰色地带，它们将为委员会提供做出贡献的诸多机会。

65. 工作组达成的第二项结论是委员会应当只探讨次要规则，这一主张是非常有意思的。这种主张在国家责任专题中也曾提出过。提及行使外交保护的限度时，所涉及的究竟是什么样的次要规则？不可能把这些限度归类为次要规则。因此，要在主要规则与次要规则之间确立一条严格分界线是完全不可能的。有时这样的区分只能作为拒绝答复棘手问题的借口。然而，棘手的问题还得要解决，而且灵活的余地毕竟还是有的。

66. 要想在这五年期间完成对本专题的审议是不现实的，因为特别报告员本人和委员会全体委员都必须更为认真地斟酌所涉及的问题。第六委员会就这一问题展开的辩论表明，想匆促通过外交保护草案的任何尝试都面临着重重困难。我们所需要的并不

¹⁰ 见第 2617 次会议，脚注 22。

是增强外交保护的机制，而是要小心谨慎地制定一项平衡的文书。

67. 报告第 25 段说，要说各项世界性人权公约、尤其是《公民权利和政治权利国际公约》为个人提供了有效保护其人权的救济，那是幻想，而幻想不同于拟制，在法律推论中无任何地位。特别报告员是在说，人权法仍然在演变，还存在着许多空白，而且还缺乏个人所需的这一类保护。这点到了要害，但这个问题应当在保护人权领域中加以解决，而不应用有限的外交保护手段，外交保护只是一种追求既定权利的工具。正如另一位委员所说，委员会在外交保护领域已有足够多的事情要做，不必尝试去解决人权领域出现的问题。这些问题更为复杂且更为重要，最好留给专门场所去处理。在拒绝适当程序，不提供有效救济的情况下，就需要实行外交保护，则完全是另一回事了。

68. 第 1 条说，“外交保护是指……采取的行动”。他本以为，这首先是一项权利，而第 3 条也确实指明了这是一项权利。既然行动是权利的后果，那么就应先提及权利，而不是先提后果。外交保护应视为一项权利，而不是一项义务，因为行使权利所伴随的是裁量权，而义务是必须履行的，不涉及裁量权。

69. 有人辩称，国内不法行为造成的损害并不产生国际责任。如果国家不法行为和国际不法行为确实一分为二，那么仅将外交保护推至国际层面的损害，就会限制纠正不法行为机制的运作。适当法律程序究竟是国际责任问题，还是执行国内法的问题？他正在力求有深入了解。损害本身可以定性为合法还是不合法的问题，也须得到解决。

70. 第 4 条说，国家有“法律义务”行使外交保护，但是这项义务只能应受害者的要求实施。这就有了矛盾：如果国家负有义务，那么国家就必须履行义务，否则国家就犯有不法行为。报告援引奥雷戈·比库尼亚¹¹的话说，如果国籍国不选择行使外交保护，就必须有国内救济可供有关个人利用。但是，倘若这是国家责任问题，不履行也是一项不法行为，那么是否就会成为国际问题了呢？因此有必要设想外交保护是一项按裁量权方式加以行使的权

利，而违背外交保护的行为，则可成为有关个人在国内法院起诉其本国的理由。若要进一步探讨，就得审查：如果一个国家不维护其本国国民的权利，那么在什么样的情况下可以引发一项国际行动。

71. 第 4 条说，受害者提出的“请求”仅与严重违背强制法的行为有关，但是这种提法会大幅度地缩小外交保护权的范围。这就意味着，只有在涉及强制法的情况下，国家才可出面干预。也许其主观意图是，当强制法规则遭到违背时，国家可不必顾虑情境，而且确实应当比任何其他情况下都更为有效、更乐意出面干预。这一提法与国家责任的原则相矛盾。根据国家责任，如果涉及强制法，不仅国籍国，而且所有其他国家，都有权和义务保护所涉个人。

72. 第 4 条第 3 款规定，“国家有义务在其国内法中规定必须……行使”个人权利。在此，特别报告员再次从包含国家义务和个人权利的人权模型的角度处理问题。然而，对这一点应从外交保护的角度去看：国家有权对其遭受伤害的国民采取行使裁量权的保护。

73. 报告提出了许多颇有意义的想法，他不能一一触及。在外交保护情况下提到强制法是一个可引人深思的问题，然而令人失望的是，仅用短短一个段落(第 89 段)论述这一问题，并未解释在强制法下究竟涉及了那一种类型的权利。如果要保留第 4 条，就必须大加澄清，而且还得充实实质性的内容。

74. 另一个令人感兴趣的问题是，个人可在多大程度上自己提出主张，同时又行使外交保护权。国家确切应在哪一点上行使外交保护权，如果行使保护权，那么个人在多大程度上依然是游戏的参与者，这些无疑需要予以进一步关注。哈佛法学院起草的《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约草案》¹²提出，国家提出的主张应给予优先权。这是否意味着国民提出的主张将不再予以考虑，或者若加以考虑，也不会成为求偿解决的焦点？此外，也没有阐明这两项同时并存的主张之间的相互关系——就必须解决和救济此类主张的国家而言，更是如

¹¹ 同上，脚注 14。

¹² 转载于 L. B. Sohn and R. R. Baxter, “Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens”, *American Journal of International Law* (Washington, D.C.), vol. 55 (July, 1961), 第 548 页。

此。针对这些问题必须制定出一些原则，它们构成了行使外交保护的部分合法内容。

75. 尽管受坎迪奥蒂先生关于第 2 条的提案的吸引，他还是认同该条应予以删除的普遍观点，并认为，第 4 条也应当同样予以删除。至于草案的剩余部分是应当提交给起草委员会还是暂时搁置，等待特别报告员作进一步研究，他认为两者皆可。他谨此感谢特别报告员为审议一个往往得到默认却从未深入审议过的问题提供了一次机会。

76. 卢卡舒克先生说，他只想对斯里尼瓦萨·拉奥先生评论中的一个论点提出异议，尽管拉奥先生并不是直截了当而只是作为一个问题提出的。条款草案称，只有国际不法行为才为外交保护提供了依据，但是斯里尼瓦萨·拉奥先生认为，违反国内法也是如此。他本人认为，除非国际法规则遭到了违背，否则不存在外交保护的依据。否则就是不现实的，也是不可接受的，即外国政府可以监督别国遵循法律的情况。例如，如果某国政府的警察罚款过重，外国政府即可出面干预。

77. 斯里尼瓦萨·拉奥先生还询问，合法与不合法的伤害之间有什么区别。很简单，如果斯里尼瓦萨·拉奥先生的阑尾被切除，那就是合法伤害，然而，他如果被某个歹徒捅了一刀，那就是非法伤害。

78. 哈夫纳先生说，他将尽力答复斯里尼瓦萨·拉奥先生，尽管他认为他本人只是一个提出问题而不是答复这些复杂问题的人。关于伤害的定义，看来普遍一致认为，必须改进第 1 条的草案，因为眼下所讨论的绝对是国际法所述的伤害，而不是国内法所述的伤害。至于违反国内法行为是否也使一国可有权行使外交保护权，他同意卢卡舒克先生的意见，但是认为必须达成一项妥协，即此类违约行为可能导致正当法律程序被拒绝。例如，倘若违反国内法的行为伤害了一位侨民，而国内法院未作出纠正，那么将产生国际法下的伤害。然而，他对于是否应在外交保护背景下探讨国际法的伤害定义有些犹豫，因为就此可以展开无休止的讨论。

79. 斯里尼瓦萨·拉奥先生曾说，必须在第 1 条中阐明外交保护是一项权利，他赞同这一观点。但是，斯里尼瓦萨·拉奥先生又进一步阐明，必须具备裁量权的要素。然而，倘若外交保护被视为一项

权利，裁量权不就是一种自然后果吗？在此，没有必要强调这一权利的裁量性质。

80. 佩莱先生在提到哈夫纳先生提出的观点时说，外交保护下的一个普遍问题并不是拒绝正当法律程序，而是用尽国内救济。拒绝正当法律程序显然是一项国际不法行为，可能引起外交保护；用尽国内救济则是一个比拒绝正当法律程序更为广泛的问题。即使在未发生拒绝正当法律程序的情况下，也可启动外交保护，而注重于执法的不公会涉及主要规则。

81. 外交保护权中的“自由裁量”要素，可能会在法国法律中引起一些问题。这与自由专断权不同。自由裁量权通常系指，在一系列不同做法中作出选择，但必须根据法律来作出这一选择。这是区别法治国家与独裁国家的基准。然而，在法国法律中，作为赋予君主绝对权力的最后一丝残余，国家在行使外交保护的一切决定方面具有自由专断权，而不是自由裁量权。这些决定绝不受司法控制，而且国家绝对不受任何规则的制约。他并不为此感到骄傲，因为这样使法国处于与东欧诸国的对立面。在东欧诸国中，行使外交保护显然多少带有强制性。

82. 加亚先生指出，一些委员提出必须确定国际责任与外交保护之间的联系。这种联系不一定非得理解为将一项不法行为列为外交保护的条件。相反，外交保护涉及国际不法行为，也可用于防止不法行为的发生。在一国国民在外国面临遭受虐待的情况下，该国就完全有理由采取外交行动，并提出主张，从而避免这种虐待并防止违背义务。

83. 戈科先生在提及“裁量权”一语时说，常设国际法院在马夫罗马蒂斯案的判决中使用了“有权(entitled)”一词，这就意味着涉及一项权利，但这项权利是可以放弃的，或者一个国家可以选择不用这项权利。换言之，该案赋予了国家行使或不行使外交保护权的裁量权。

84. 斯里尼瓦萨·拉奥先生欢迎哈夫纳先生在答复卢卡舒克先生关于伤害问题时所采用的方式。这里所说的国内伤害当然不是指轻微的罚款。国内法赋予了外侨某些权利，然而如果不能按照国内法维护这些权利，那就构成了拒绝正当法律程序。加亚先生按其本人的推论，进一步阐述了不将行使外交保护权与国家责任完全或绝对挂钩的原因，因为外交保护是国家往往用于确保不发生不法行为的一项手段。

一般说来，国家首先在非正式层面以若干方式互动，然后才提出正式索赔。因此，外交保护程序在正式层面是一回事，在非正式层面又是一回事。

下午 1 时 05 分散会。

第 2620 次会议

2000 年 5 月 12 日，星期五，上午 10 时

主席：莫里斯·卡姆托先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

外交保护(续)(A/CN.4/506 和 Add.1¹)

[议程项目 6]

特别报告员的第一次报告(续)

1. 奥佩蒂·巴丹先生说，尽管外交保护的原则已经根深蒂固，但发展这种保护或界定行使外交保护的条件比较困难。然而必须制定规则来防止或尽可能减少滥用这种机制的行为。
2. 一个特别棘手的问题是使用武力的问题，令人遗憾的是，除了《联合国宪章》第五十一条规定的情况以外，当今世界上这种事例实在太多。他并不想重新挑起关于联合国或区域武装部队为了保护人

权而展开的所谓“人道主义干预”的讨论，但如果委员会的讨论仅仅限于严格意义上的外交保护领域，就必须承认使用武力会给国际关系带来严重的危险。相反，外交保护必须置于和平解决争端的背景中，任何使用武力的可能性都必须坚决排除。但这并不意味着可以利用禁止使用武力是隐含或理所当然的为借口而不能讨论该问题；既然这一方面已经列入初稿，对此保持沉默就可能被解释为一个非常重要的专题上的一个空白。

3. 委员会必须解决的另一个问题是外交保护公约的范围，此类公约必须基于国家主权平等的原则及其保护其国民的权利和财产的义务。国际组织代表其工作人员行使的“职能保护”是另一回事，不应该与这种文书放在一起处理。

4. 外交保护作为防止对财产或人身的侵犯一种手段是必须维护的一种机制，因为它不能与人权保护机制混淆，即使“人权”因素在外交保护方面发挥重要作用。在人权保护中，程序是为了个人的直接利益，而在外交保护中，采取行动的权利属于国籍国并取决于国家的意愿。国籍构成了使这项权利得以行使的“依附关系”这种概念也许有点过时。当今重要的因素是居住地点。一国可能认为，对于在其领土上居住的人如同对于其本国国民一样负有义务。否则它会被指控实行歧视。令人遗憾的是，特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)中没有述及这一点。

5. 总的来说，第六委员会支持这样的概念，即关于是否行使外交保护的决定是每一个主权国家的特权。他认为，只要一个人与一个国家有联系，无论该联系在领土之内还是之外，该国就负有保护义务。今后的公约中应该沿着这些思路作出非常明确的规定。他还认为有必要在概念上平衡兼顾行使外交保护所依据的原则与人权保护所依据的原则。

6. 他认为，条款草案最好不要预先判断可归于一国的、触发外交保护机制的行为性质合法不合法。否则，委员会就会涉及国家责任和赔偿或补偿的范围，而基本目标是确保有效地对人身和财产进行保护。必须明白无误地指出，对可归于另一国家的行为或不作为作出限定的第 1 条第 1 款的措词只是临时的。

7. 最后他说，外交保护专题在委员会中也许没有得到充分彻底的讨论，因此目前无法将本条款草案

¹ 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

提交起草委员会，即使假定起草委员会拥有明确无误的任务规定。而且情况显然并非如此，委员会就这些问题达成协商一致意见仍有很长一段路程。

8. 戈科先生说，他认真地阅读了特别报告员非常有益的评论。这些评论可以比作执行机构为了阐述特定法令内容颁发的法令和命令。这些评论不仅解释了条款草案，而且还推动了委员会的讨论。

9. 他首先谈到一般性意见，指出“外交保护”一词与“外交”一词是联系在一起的。因此产生了问题，即在有关国家之间没有外交关系的情况下是否可以援引外交保护。现在有些国家仍然没有与其他国家建立外交关系。

10. 他在谈到特别报告员的草案前四个条款时指出，在第 1 条第 1 款中，外交保护的定义是指甲国因可归于乙国的国际不法行为或不作为对本国民的人身或财产造成损害而对乙国采取的行动。但特别报告员没有具体说明这是否还包括诉讼中的缺陷或漏洞或未能尊重辩护方的权利造成的损害。特别报告员在报告第 43 段中援引了邓恩的话，而后者认为，外交行动一词“总的来说包括一国政府代表其……公民或其财产利益进行的各种正式交涉”，² 这还似乎包括一国的国民在另一国是受害人的虚假诉讼。这一点应该在该条款里明确指出。

11. 至于关于使用武力的第 2 条，应该回过来讨论其他发言者已经提到的在菲律宾被扣押的人质案。绑架者是叛乱分子，人质的国籍国与菲律宾政府进行了联系，敦促它进行谈判而不是试图开展营救行动。这种办法是一种外交保护，已经对菲律宾政府产生了相当不愉快的后果，人人皆知使用武力只能使局势恶化。因此必须明确排除使用武力，而只应该保留第 2 条开始一直到“手段”为止。

12. 至于关于国籍国行使外交保护的权力的第 3 条，应该提请注意常设国际法院对马夫罗马蒂斯案的判决，其中指出，“国际法的一项基本原则是国家有权保护其国民……”[见第 12 页]。“有权”一词意味着“赋予权利”。当然第 3 条应该与第 4 条

结合起来解读，因为这两条都谈到国家的权利和法律义务及其采取行动的自由裁量权。

13. 大家还记得这样一个案件，一位年轻妇女在另一个国家受雇担任家庭佣人，在刺死试图强奸她的雇主以后被判处死刑。她的国籍国代表她进行了干预，赋予她外交保护，因而使她免于绞刑。如果她的国籍国利用其自由裁量权拒绝行使外交保护权，她无疑会处于一个非常困难的境地。毫无疑问，她本来可诉诸于一个国际机构，因为她被剥夺了受到公正审判的人权。问题是，审判她的国家与保护国有良好的商业关系，因为保护国向它供应石油。第 4 条目前的措辞规定，如果行使外交保护会“严重危害本国和(或)其人民的首要利益”，国籍国则被解除行使外交保护的法定义务。特别报告员在评论中强调指出，按照传统的外交保护理论，国家有保护其国民的权利，但没有义务这样做。因此这是一项不完整的权利。国际法院在巴塞罗那电车公司案中重申了这一立场。此外，特别报告员在报告第 64 段中指出，在司法诉讼中不是始终坚持损害个人即损害国家本身的概念。他还说，国家为其国民提起诉讼时，很少宣称是维护国家本身的利益，往往称受损害的个人为“主张人”。但外交保护提供了人权保护机制以外的可能性，而对于人权保护机制的效率，特别报告员在其报告第 25 段中提出了有点过分严厉的质疑，而人权法的发展也决没有使这种保护过时。因此他重申他在审议前特别报告员³ 关于国家行使外交保护的自由裁量权问题的初步报告时已经采取的立场：为了防止任意行为，标准必须规定在何种情况下一国可以拒绝为其受害国民行使外交保护的权力。他支持《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约草案》⁴ 提出的令人感兴趣的折中解决办法：受害个人和国籍国均可以对损害国提出主张，但国家主张优先。

14. 最后，他建议将第 1、3 和第 4 条提交起草委员会改写。至于第 2 条，第一句到“手段”为止应该予以保留，所列种种例外情况应该删去。

15. 辛马先生说，看来对于外交保护的概念存在两种极端意见。一方面，无论是特别报告员在第一次

² 见 Dunn, 同前引述著作(第 2617 次会议, 脚注 6), 第 18 页。

³ 见第 2617 次会议, 脚注 2。

⁴ 见第 2619 次会议, 脚注 12。

报告中，还是委员会委员在其评论中，均没有清晰地从这一概念中排除一国领事人员在别的国家对其本国国民提供的所谓日常保护。这些活动旨在协助其国民维护其权利并免遭侵权行为，而正是在这种活动的背景下，军事保护的专题作为领事保护的天然延伸或极致方式而应运而生。报告第 36 段和第 43 段并没有摆脱这种混乱。《维也纳领事关系公约》第 5 条所指的“外交保护”实际上不是委员会这一专题的一部分。他不是批评这种解释，而只是想澄清委员会今后将讨论什么和应该准备讨论什么。与此极端相反的意见是，外交保护实际根本不是一个过程，而只是“求偿的可受理性”或“求偿权国籍”的同义词。这种观点似乎有点太狭窄。如果外交保护的概念用于技术含义，即常设国际法院在马夫罗马蒂斯案中采用的含义，那么它就包括与提出求偿有关的问题，而不仅仅是可受理性。但他同意，求偿权国籍问题恰恰是这一议题的核心。

16. 特别报告员反复提到博尔夏德 1915 年所著的一本关于人权和外交保护著作，⁵ 当年美国海上陆战队占领了维拉克鲁斯，有 50 万至 150 万人在一个南欧国家遭到屠杀，而其他国家没有表示严重的关注。问题是，1915 年所写的一本书是否仍然可以视为经典。如果可以的话，就应该称为旧约，而特别报告员的报告就应该视为新约。

17. 至于外交保护是否是基于拟制，他赞成布朗利先生的观点，即英美国际法律师的思维中贯穿着的一种常识见解；在他们看来，马夫罗马蒂斯案中出现的外交保护的概念绝没有拟制的东西。在这方面，他不敢真正肯定特别报告员在第 21 段最后一句中意指什么，因为无从了解他是否认为马夫罗马蒂斯案中界定的外交保护经不起逻辑推敲。他本人认为，并非如此。

18. 佩莱先生(第 2618 次会议)说过，特别报告员处理外交保护的办​​法太偏向于人权。他同意是有这种倾向，但并不认为这种倾向太过分或是错误的。委员会委员们似乎都同意，外交保护条款草案应填补国家责任法律方面的一个空白，并应该作为这种法律的一个附件。因此特别报告员的工作也应该本着已经开始渗透到委员会有关国家责任方面工作的人权精神。

19. 他在阐述加亚先生(第 2619 次会议)提出的论点时说，委员会必须认识到，其任务是在马夫罗马蒂斯案的意义上推敲、汇编或制定外交保护理论，换言之，就是重新确认并编撰对求偿国籍的非常严格要求和限制。随后就会产生连续国籍的问题。只有当某人在违约时是其国民而且一直到其提出求偿时仍然是其国民的情况下，有关国家才有权支持此人提出的求偿。他不知道委员会是否会认可这项原则：他只想指出这一专题的技术性有多强。委员会有些委员甚至将这一专题与求偿权国籍或求偿可受理性问题等同起来。另一方面，在本届会议上，委员会应该承认人权是普遍义务，如果遭到违反，每一个国家都有权至少要求停止这种行为。如果遵照克劳福德先生的模式，在侵犯普遍义务的情况下，国籍国将成为特别受影响国家，将比任何其他国家取得更多的权利。这意味着，在违约行为既损害外国侨民又是侵犯人权的情况下，国籍国可以利用两套规则：一套庄严老式的严格规则和一套包括人权保护概念的比较现代的、简便有效的“政治上正确的”规则。委员会今后回过头来审议人权保护问题时，必须牢记在外交保护概念方面正在展开的工作，并从人权求偿在习惯国际法中越来越多的角度来看待外交保护。如果今后财产权利被确认为人权，那么外交保护就没有多大用处，因为援引人权比援引一些国际最低标准规定的权利更行之有效。应该注意不要创造在人权和外交保护之间产生重叠和可能混淆的领域，否则会削弱现行外交保护权。

20. 外交保护工作的最后形式将可能取决于国家责任条款草案的最后形式。若委员会决定以公约草案以外的形式表述国家责任，很难想象对于外交保护不会用同样的形式表述。

21. 在第 1 条中，“行动”一词受到了批评，但从这一条的上下文来看，其含义是明确的。外交保护并不仅仅包括核对是否可以受理求偿。这还涉及一些程序性方面，当然不是军事方面。他同意许多先前发言者的意见，即“行动”和“行为或不作为”必须与国家责任草案第 1 条相吻合。

22. 他祝贺特别报告员在完全意识到草案第 2 条可能会引起争论的情况下有勇气提交该草案。该条可以算得上出师未捷身先死，应该予以放弃。伊科诺米季斯先生认为(第 2617 次会议)，必须将武力明确排除在外交保护范围之外；与此相反，他认为对此应不置一言，因为这不属于委员会的任务范围。至

⁵ 见第 2617 次会议，脚注 5。

于报告第 52 段的脚注提到他与人合著的著作，⁶ 他说该著作中已明言，当下有一种倾向，若以军事行动保护国民之类的行动如果多少是相称的，而且是真正唯一可利用的手段，那么出于政治原因，就可加以容忍。但他不同意布朗利先生(同上)的意见，后者曾提到对非法性的放弃。他并不认为在某种情况下非法性被真正的放弃，例如安全理事会由于一票否决而无能为力，大会上表达的意见却迥然不同。但这并非委员会目前关心的问题。

23. 关于第 3 条，使用“受……非法损害的国民”的措辞可以从法律角度加以批评，但从上下文来看，这种说法的含义非常明确。这是对马夫罗马蒂斯案衍生的原则略为生硬的表达，起草委员会可以加以改进。

24. 他担心第 4 条不起作用，因此也应该放弃。委员会的委员已经询问外交保护是对谁承担的义务，这种义务是否应该成为一种人权。如果这是一种人权，就会成为一种普遍义务，并扩散开来，使所有其他国家有权参与一国的决策过程并“帮助它”决定是否协助一位国民。这会引发极大的混乱。从普遍义务中推出一种确保某项规定得到遵守的权利是一回事，但从普遍义务中推出其他国家须做某事的义务则完全是另一回事。因此，如果外交保护不是一项人权，就是一项宪法权利，是基于国内法的一项权利，因此不是委员会的事。第 4 条第 3 款使这一问题更加实在可见，因为它赋予国内法院以裁决这一问题的管辖权。他怀疑，国内法院是否真正有资格裁决强制法问题。根据第 4 条第 3 款提出国内诉讼，就必然会促使个人提出荒谬和过分的主张，要求其国籍国提供援助或保护，而有关政府必然会否认个人援引的某些权利实际上是强制性的权利。

25. 布朗利先生说，他感到困惑的是，发言者倾向于假定国家责任与外交保护之间有密切的关系。显然这两者在运作方面有关系，但实质性方面的重迭并不很大。有一些界限问题，例如可以问，“洁手”规则是一个可否受理问题还是一个责任问题。也许是两者。基本上来说，一国是否有资格行使各种形式的外交保护的问题和求偿的实质内容问题是

完全有区别的。委员会不应该刻意在议程上再节外生枝。他本人认为，求偿的可否接受问题至少应该在报告中提到，因为这是相关的问题，但这两个议题并不相同。按照戈科先生提出的方案，除非在另一国受审判的个人的国籍国真正提出求偿，否则这种情况恰恰是外交保护运作的一部分。受审判的个人的国籍国正在行使某种现实意义上的外交保护，这不一定是将行为本身、审判和惩罚定性为非法的问题。这可能是后果，但两者不应等同起来。事实仍然是，需审议的问题是在谈判商定的对抗求偿、需付诸仲裁的求偿或国际法院受理的求偿领域中的求偿可否受理问题，这一点应该得到承认。特别报告员正确地援引的许多材料都常设国际法院或国际法院的裁决。

26. 蒙塔兹先生祝贺特别报告员的第一次报告，其中提供了非常有益的材料。作为对该报告的一般性评论，他说，在导言中应有一二段勾勒本专题的界限，并明确指出特别报告员搁置的内容。要排除的第一个问题是报告第 38 段中提到的职能保护问题。同时可以这样解释，像对国际组织聘用的专家和公务员的保护一样，国际法对外交官的保护，更确切地说，给予他们的豁免不属于这一专题范围。特别报告员不应该等到第 60 段，而是应该一开始就说明，国际法是否承认强制性人道主义干预权利的问题不属于本研究报告范围。他本人认为，特别报告员并非始终将外交保护与那种干预区别开来，这从第 52 段中就可以看出，特别报告员在该段中提到了与其说是属于所谓的人道主义干预而不如说属于外交保护的一种做法。

27. 关于问题的实质内容，他承认从理论和案例法中引用的许多话有价值，但他认为特别报告员应该更多地着眼于国家实践，因为正如他在第 10 段中指出的那样，国家实践有很多。这无疑将为在今后的条款中引入各国行使外交保护时可以启动的程序奠定更好的基础。这是一个长期的项目，但无疑可以丰富本研究报告。

28. 再说第 1 条，他同意其他委员的意见，即使用“行动”一词并不妥当。特别报告员本人在介绍时明确指出，这一词可能会引起困难。最好不要采用该词，因为它带有《联合国宪章》第七章的含义并包含安全理事会可以采取的强制行动。可以设想其他解决办法。“程序”一词可能比“行动”一词好。该词用

⁶ A. Verdross 和 B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3rd ed. (Berlin, Duncker & Humblot, 1984).

于基于理论的各种外交保护的定义，特别报告员也在报告第 37 段提到该词。另一个办法是回到第四十九届会议⁷上外交保护工作组采用而且特别报告员在第 40 段中提到的措词，即支持国民诉讼的权利。

29. 由于已经给出的所有有关理由，他也赞成删去第 2 条。他还反对保留这一条的起首部分。明确禁止武力威胁或使用武力只会削弱而不是加强禁止使用武力的原则。他赞成布朗利先生和佩莱先生表达的意见，佩莱先生无疑不主张广义解释《联合国宪章》第二条第四项。但他不知道以下这种做法是否也没用，即略为更多地注意第 2 条(b)项，特别是注意一国即使希望提供外交保护但无能为力的情况，例如令人遗憾地成为越来越普遍的情况，即一个国家的结构崩溃以及该国可以称之为“解体”的情况。也许以后特别报告员可以为研究这一问题向委员会提供材料。必须承认，在这种情况下，使用武力问题是在完全不同的情况下产生的。

30. 第 3 条无需任何特别的评论，但其中提到草案第 4 条，他希望就这一条规定表达一些意见。尽管他赞成保留国家责任条款草案第 19 条，⁸因此也赞成保留犯罪和违法行为之间的区别，但他认为，这种区别在外交保护方面无足轻重。他完全同意特别报告员的意见，因为特别报告员在其报告第 89 段的脚注中指出，国家责任条款草案第 19 条没有提到强制法，但强制法规范与所列举的事例之间显然有关联性。不管怎样，有关情况综合起来表明一种不是孤立的而是大规模侵犯各类个体的权利的情况，一个国家的公民几乎无法同希望行使外交保护的国家的国民隔绝开来。他认为，旨在制止上述脚注中提到的情况的任何干预多少接近于人道主义干预，但他不赞成为此目的使用武力。无论如何，人道主义干预不是我们审议的专题。这主要是一国拒绝赋予某个少数民族自决权而引起的问题，因此难以想象在这种情况下行使外交保护。

31. 哈夫纳先生说，蒙塔兹先生所举在一个解体的国家里外国人需要的外交保护可能需要以武力方式取得的事例，不属于外交保护的范畴，因为特别报

告员所提第 1 条把外交保护界定为作为“一国……对另一国采取的行动”。

32. 庞布—奇文达先生承认蒙塔兹先生提出的问题是中肯的，但他倾向于同意哈夫纳先生的意见。这种解体的国家与其说是国家领土或国家人口，不如说是政府，即国家的行政机构。是否在这一层次——掌握权力和行使主权的层次——出现了解体？如果是这样，就有理由询问如何能行使外交保护，因为行使外交保护假定主张国，即支持其国民诉讼的国家政府向另一国提出申请。对话，实际上是谈判必须在两国政府之间进行，否则就完全可以问，求偿是否真正为外交保护提出的。

33. 卢卡舒克先生说，他认为蒙塔兹先生提出的问题很重要。他不赞成哈夫纳先生的意见，即如果没有国家，就不可能有外交保护问题。应该由谁来确定一国是否存在？这是一个主观政治判断的问题。蒙塔兹先生提出的事例既不是拟制，也不是异想天开，而是日常现实。这在法律上是有充分根据的，值得委员会注意和支持。

34. 蒙塔兹先生解释说，他是直接按照第 2 条(b)项提出建议的，因为这一项提到损害国不能保证保护国国民的安全。这一项处理的不是不愿意，而是无能为力。

35. 卡巴齐先生说，他认为蒙塔兹先生是指某国政府确实存在但由于特殊原因而无法保证外国人安全的情况。如果国籍国愿意代表其国民采取行动，它必须与其他有关国家寻求一种方法来达到这一目的。

36. 蒙塔兹先生承认，一国的解体程度可能不同。在某些情况下，一国领土上存在的几个权力机构都可能寻求接管权力，没有任何机构有能力确保对其他国家国民的保护。

37. 坎迪奥蒂先生说，蒙塔兹先生提出的建议非常有趣。特别引起他注意的是，在发言开始时关于必须明确限定所审议议题以便阐明一些要点的一般性评论。

38. 主席以委员会委员的身分对已经进行的意见交流发言时指出，他同意坎迪奥蒂先生的意见，即一旦为了本研究的目的而界定外交保护的概念以后，一切将更加明朗，而且讨论会更顺利。从国家责任的观点角度来看，也可能产生蒙塔兹先生提出的问题，即国家很可能无法为其国民行使外交保护。

⁷ 《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 62 页，第 182 段。

⁸ 见第 2613 次会议，脚注 1。

39. 他在评论所审议的报告时，祝贺特别报告员无所畏惧地在人权和人道主义干预问题上采取了大胆勇敢的立场。他本人对为了逐步发展国际法而做的所有努力极感兴趣，不仅仅是因为这是委员会任务规定中的两个主要内容之一，不能作为一项原则问题或为了貌似有理的保守主义的利益而搁置一边，而且还因为它可以为重大的法律进展铺平道路。然而他感到担忧的是，特别报告员选择在外交保护领域从事逐步发展国际法的工作，但没有明确说明他正在这样做，也没有表明其渊源和理由，更重要的是没有注意避免干扰禁止使用武力这一原则，因为这一原则被合理认为是国际法的成就之一，也确实是国家之间关系法律的支柱之一。首先，使用武力受到一套相当明确的法律条件的制约，而且不可能在《联合国宪章》规定的严格法律框架范围之外设想采取这种行动。第二，对人权的国际保护其本身受到法律和体制条件及其本身机制的制约，如果这种机制包括外交保护，势必扭曲外交保护的性质；界定其法律体制是极为困难的，因为在这种情况下，会采用一个概念来指两种截然不同的事物。第三，即使在人权的幌子下，人道主义干预也不能够引入外交保护的领域，因为这是十九世纪作为制定强权政策的一种手段而创建的一种机制，而当时尚未宣布禁止使用武力是国际法的一项原则。

40. 他认为，特别报告员本来应该首先提出两个简单的问题。第一个问题涉及外交保护的定义。从报告第 10 至第 21 段可以看出，特别报告员无疑没有避开这一点，但他没有提供一个全面的答案；要提供全面答案，不仅必须根据一整套国际案例法分析该机制，而且还应该在导言中或在随后的章节中将外交保护概念和对外交和领事人员或国际组织官员的保护等类似或有关的概念区别开来。第二个问题应该是，外交保护当今是否可于用于传统国际法规定的其目的以外的目的。对这两个问题的答复无疑会有助于界定这一专题，使之有可能作出这样的结论，即外交保护与人权保护无关，而且与人道主义干预更加无关。外交保护概念必须严格根据它在传统国际法中的含义加以理解；这方面的习惯已经根深蒂固，国家实践相对而言已众所周知，案例法量极其丰富，足以提供编纂不会引起争论的确切规则。

41. 他在谈到审议草案第 1 至第 4 条时指出，正如标题表明的那样，第 1 条述及外交保护的定义，而不是其范围。第 1 款，特别是“行动”一词产生了

根本性的法律问题。外交保护是一项权利；这是一国对另一国启动的和平解决争端程序的权利，目的是在国民在东道国受到损害的情况下保护他的权利或财产。造成损害的行为并不一定非得是一国际不法行为。例如可以设想，一个人在外国的财产被没收，他用尽了一切可用的国内救济也无济于事。在这种情况下并没有拒绝司法，但法律显然被误用，要么是因为司法机构腐败，要么是有关国家施加压力或发出指示。在这种情况下是否应该行使外交保护？是否违反了国际法——是否发生了国际不法行为？至少应该提出这些问题。恰恰在这种情况下可以行使外交保护，因为一个在外国的个人的权利或财产受到了损害；常设国际法院和国际法院的判例法中有许多这一方面的事例。然而已经产生而且必须在评论中加以回答的另一个问题是，外交保护是否可以转变成一种程序，以便在只有三级管辖权而且国家最高法院已经作出了损害某一外国国民利益的裁决的国家提供第四级的管辖权。那么外交保护将成为一种为了司法审查复核而提起诉讼的机制。

42. 需要得到回答的另一个问题是，外交保护是否应该仅仅视为一种有争论的程序。与委员会其他委员一样，他倾向于认为外交保护可以通过外交谈判行使，而不必诉诸诉讼。第 1 条第 2 款可以保留，关键要看它提到的第 8 条的内容，因为第 8 条粗看起来似乎引起了许多问题。

43. 他赞同对第 2 条已经作出的所有评论，并认为这一条确实应该删去，特别是考虑到有人建议在第 1 条中提出和平解决争端的想法。这样就可以解决这一问题而无须提到使用武力或禁止使用武力。

44. 谈到第 3 条引起的关于任意或强制行使外交保护的辩论，他认为，支持应该自由裁量行使外交保护的观念是符合逻辑和正常的。这种观念不仅符合实在法中既定的判例，而且从法律和实践观点来看，也符合国家代替其国民启动程序的原初拟制。从法律上来说，这种拟制使外交保护成为国家的一项权利，然后成为有关国家的权利。在这种意义上，外交保护成为一项主观权利，而不是一项义务。一旦国家作为其国民的代理人，就不再是该国民，而是国家受到国际法或国际法院的保护；正是国家行使这项主观权利。此外，将外交保护视为一项义务就等于创造了一项外交保护权，这项权利就会成为个人的一项固有的权利，因此使这一问题脱离本专题的范围。此外，从实践上来说，行使典型

和传统意义上的外交保护意味着给国家带来费用负担，即便是胜诉并获得赔偿亦如此。国家从一开始就必须承担诉讼的费用。但也有可能国家无力这样做，因此在考虑了方方面面以后，决定不为此原因而提起诉讼。任何人无权责成国家采取行动。另外还必须考虑到国家关于提起诉讼是否及时的观点。因此看来应该保留自由裁量行使外交保护的设想，但应当在评注中解释做出这种选择的理由并详细说明“自由裁量行使”的概念。

45. 最后提到委员会其他委员已经提到的引起许多困难的第4条，他说，他也赞成将其删去。

46. 哈夫纳先生说，他不知道特别报告员是否在其今后的工作中也不应当处理行使外交保护对承认一国或一国政府可能产生的法律影响问题。

47. 佩莱先生提到主席提出的两个重要问题时说，首先，他认为十分明显的是，正常行使外交保护是通过谈判进行的，而所有其他程序，特别包括法院诉讼，多少总是特殊情况。第二，关于在合法行为造成损害的情况下是否可以行使外交保护的问题，他认为提出这一点很对，但援引的事例不适当，因为它涉及不法行为。这一问题无疑是一个复杂的问题，因此应该提出，不仅是因为涉及国家责任专题，而且涉及国际法未加禁止的行为产生的损害性后果的国际赔偿责任问题。

48. 庞布-奇文达先生也谈到佩莱先生提到的主席发言中的两个问题，他说，他同意，在法院或法庭上提起诉讼作为行使外交保护的手段多少总是特殊情况。此外，伊科诺米季斯先生(第2619次会议)描述的做法表明，政治和外交是行使外交保护的实际行动。外交，从定义上来说，是建立国家之间关系的最好方法，外交保护通过将其置入友好关系的方案可以取得很多好处，这样就可避免往往代价昂贵和复杂的法院诉讼。第二，关于在合法行为的框架内行使外交保护的问题，他完全赞同奥佩蒂·巴丹先生的意见，即启动外交保护程序并不预先判断引起这种行动的行为是否非法。

49. 最后，关于主席提到的是否应该将外交保护视为另外一级管辖权的问题，他认为，从理论上和实践上来说，这一点都是很重要的。从理论上来说，这一点是回到国内与国际法律体系之间是否有分界线的问题，如果有的话，则引起了如何跨越这种界

线的问题。从实践上来说，向国际法官或仲裁者提出求偿，就是让有关国家的国内法律体系的运作受到审判；必须查明所有国内救济是否用尽，司法是否得当等。但这意味着从司法领域转到私法领域。

50. 布朗利先生说，主席提出的在一国的活动不是非法活动情况下行使外交保护的问题并不特别相关。另一方面，他认为，外交保护的原则往往是在一国有可能受到损害的情况下适用的，例如一部法案已经起草并将提交议会审议，根据国际法有可能对一国造成损害的特定措施即将获得通过。除了关于征用或没收外国人财产的事例以外，还可以举出外交使团待遇的事例。目前的第1条仅提到对国民的个人财产实际造成的损害，但没有提到有可能损害的情况。

51. 卢卡舒克先生在谈到斯里尼瓦萨·拉奥先生(同上)提出和其他委员谈到的原则问题时说，他想知道，是否只有在有一项国际不法行为已经发生的情况下才可以行使外交保护，换言之，一国违反国内法是否足以引发外交保护。多数专家确实认为，根据传统国际法是足以引起，但即使如此，按照用尽国内救济的规则，这势必涉及国际规则确定的某一层面的国家间责任。

52. 目前情况有所不同，违反国内法并不是行使外交保护的充分理由。一国必得违反关于外侨权利的一项或若干项国际规则，但必得对这些行为负责才能给外交保护以正当行使的理由。加亚先生曾问(同上)，如果一个外国国民受到酷刑或有辱人格的待遇，应该采取何种行动。他认为，关于用尽国内救济的规则对这一问题作出了答复。实际上，如果事先就知道外国国民的权利没有通过国内救济真正得到保障，就可以直接诉诸外交保护。例如，如果一艘意大利轮船上的乘客被扣作人质，并受到酷刑或有辱人格的待遇，加亚先生将向其政府提出何种行动建议？

53. 委员会还应该审议一国由于某种理由无法向其公民提供外交保护的情况，例如象塞拉利昂目前的情况那样。哪一国可以向塞拉利昂的国民提供这种保护？

54. 戈科先生说，他注意到主席关于外交保护作为行使国家自由裁量权的评论。他同意，从实际上来说，如果存在一项权利，一国可以行使这项权利，

也可以不行使。他担心的是，在提到国家时，指的是该国政府，换言之是掌握政权的人，但这些人在某些情况下可以改变政策。那么所涉及的问题是不受法院管制的某种政府行为。他对自由裁量权概念表示关注，因为这可能对一国的国民造成损害。例如，如果某一个人在另一国被宣布为不受欢迎的人，并对其实施了一项国际不法行为，显然就应该行使外交保护。然而，由于某种原因，有关国家可能不愿意行使这种保护。换言之，他担心自由裁量权可能会引起滥用。

55. 他回到布朗利先生提到的事例时回顾说，提交给美国国会的一项法案，规定对与古巴等国家进行交易的美国所设外国公司进行制裁。这项法案对加拿大这样一个不仅与美国，而且与古巴和其他国家都有贸易关系的国家构成了一种可能的损害。他认为，应该考虑自由裁量权，但为了避免滥用，必须制定规则来保障外交保护权的行使。

56. 奥佩蒂·巴丹先生指出，根据第 1 条第 2 款，“在第 8 条规定的例外情况中，也可向非本国国民提供外交保护。”第 8 条确实规定了这些例外情况。此外，第 5 条将国籍国界定为“寻求保护的一个人，因出生、血统或善意归化而获得国籍的国家”。在这种情况下，他要求委员会审议惯常居住地的问题，因为这一概念是个人与国家之间联系的基础。这一概念近几年来得到了很大的发展，在保护个人及其家属的框架内尤其如此。特别报告员可以在下一次报告中研究是否有可能向在某国有惯常居住地的个人提供外交保护。

57. 伊科诺米季斯先生说，他赞同主席的意见，即外交保护始终是一种完全和平的行动或进程。这一概念应该在委员会的工作中明确体现出来；这项概念也许应该列入一项条款，明确说明外交保护与使用武力格格不入。

58. 实际做法回答了这样一个问题，即对于不仅根据国际法，而且根据国内法均属于非法的一种行为是否可以行使外交保护。国内的非法性首先是一个由国内法院裁决的问题；如果在用尽国内救济以后仍然存在国内不法性，在多数情况下国内和国际不法性会重合，其形式是拒绝司法或实质性违反法治。如果依然存在怀疑，一种争端解决程序将可以解决确定国内法还是国际法遭到违反的问题。不管怎样，外交保护仅适用于违反国际法的情况。

59. 加亚先生在答复卢卡舒克先生向他提出的问题时又举了一个例子，即歧视性地驱逐外国侨民的法案。如果这种行为被视为一种不法行为，受影响的外国侨民的国籍国甚至在他们被驱逐之前就可以向有关国家交涉。国籍国不能说该不法行为已经实施，因为该法案可能不会通过，或者即使通过了，驱逐出境也可能不会发生。然而，国籍国有权确保在对待其国民方面遵守国际法。在以上列举的两个酷刑和驱逐的事例中，没有要用尽的救济。如果有，这将引起用尽国内救济的性质这一困难问题，但现在还不是审议这一问题的时候。他在回头谈到卢卡舒克先生提到的那种情况时说，在试图解决争端时，国家可采用和平的方法。

60. 阿多先生说，他同意佩莱先生的意见，即行使外交保护的正常途径是通过谈判。但其本身是不够的；司法诉讼也发挥作用。这实际上是应该从常设国际法院对马夫罗马蒂斯案的判决中得出的结论。因此出发点确实是谈判，但如果谈判没有结果，就必须向国际法院提起司法诉讼，例如以仲裁或国际诉讼的形式进行。

61. 关于塞拉利昂的案件，他指出，在国际法规定的限度内，一国如认为合适，就可以行使外交保护，因为这是它正在维护自身的权利。是否给予外交保护，保护到何种程度，国家是唯一的判断者。因此，尽管塞拉利昂政府目前无法行使外交保护，但这并不意味着它今后不能这样做。

62. 托姆卡先生说，讨论表明存在可能把虽有些相似之处但在法律上不同的概念混淆起来的危险。采取习惯法的看法，也是委员会工作应该依据的，行使外交保护的先决条件是指称违反了国际法。因此，与某一法案或与一国采取的预防措施有关的情况不属于外交保护的范畴。在这些情况下，一国可以提请另一国注意必须履行其义务，但不能在国际法院上援引其责任，因为没有出现违约行为。两国在解释一项国际公约方面可能会产生争端，但与外交保护无关。这与某种并非是非法的活动对外国国民造成损害的情况也不一样；此时该国民与国家之间发生争端的理由是什么？该国民不能指称国际法或国内法已经遭到违反。当然国籍国可以代表他施加压力，但这不是一个外交保护问题。后者适用的情况是，关于外侨待遇或关于人权的国际法遭到违反，受损害的国民在用尽国内救济以后无法取得赔

偿时。在这种情况下，国籍国可以在国际上处理这种案件。为了避免任何可能的混淆，必须明确区别这两种不同的情况。

63. 斯里尼瓦萨·拉奥先生祝贺特别报告员高质量地完成了工作。但他应该在下一次报告中集中处理行使外交保护的条件：必须知道这种保护何时是正当的或不正当的，在何种条件下这种保护是正当的，而在哪一点上它涉及国家责任领域。目前的混乱状况是他未能提出确切的准则造成的。第 1 条中提出的外交保护定义也引起了问题，因为它仅仅涉及国家责任。因此特别报告员在今后报告中应为委员会提供这些领域的准则。

64. 辛马先生说，必须再进一步。在请特别报告员明确答复关于行使外交保护的限制或条件的问题之前，必须明确指出外交保护的涵义是什么。他认为，在这一点上没有达成任何协商一致意见。

65. 坎迪奥蒂先生说，委员会确实不明确了解它试图编撰的法律概念究竟是什么。因此首先就应该商定国际法规定的外交保护的严格定义；委员会不应该将与外交保护毫无关系的其他各种外交行动列入外交保护。

66. 此外，正如哈夫纳先生所说的那样，必须理解外交保护的效果。他认为，这一问题可以在书面规则起草之前由一个工作组进行研究，因此他支持佩莱先生关于建立这样一个工作组的建议。外交保护已经在一些判决中明确界定，包括常设国际法院关于马夫罗马蒂斯案的判决，但如果增补毫无关联的概念，就有可能打开潘朵拉之盒，将根本不同的概念混合起来。因此必须设立一个工作组协助特别报告员界定外交保护的范畴。

67. 奥佩蒂·巴丹先生说，他支持这一建议，并建议在下一周设立该工作组。

68. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他希望可以不仅答复奥佩蒂·巴丹先生的建议，而且尽快总结就第 1 至第 4 条所作的评论。

下午 1 时 10 分散会。

第 2621 次会议

2000 年 5 月 16 日，星期二，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊德里斯先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)* (A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)*

1. 主席向负责法律事务的副秘书长、联合国法律顾问汉斯·科雷尔先生表示热烈欢迎，请委员会继续审议特别报告员的第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)，尤其是第 40 条之二。

2. 加亚先生说，他拟就佩莱先生的提议(第 2616 次会议)做出回复。佩莱先生提议应将第 40 条之二目前探讨的问题放在关于履行国家责任的第二部分之二中处理。报告第 118 段显示，特别报告员倾向于赞同这一看法。他赞成从不行为国义务的角度表述第二部分各项规定的设想，但是认为这些义务必须对某方承担的：要么对一个或几个国家，要么

* 第 2616 次会议的续会。

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

对另一个国际法主体承担这些义务。因此，第二部分第一章需要列入诸如目前 40 条之二的条款，不论使用何种标题，力求查明，须对哪类主体承担因某一不法行为所引起的义务。另一方面，没有必要从权利、合法利益角度或以任何其他方式对违背普遍义务中的普遍的法律地位进行定性。

3. 据他所知，委员会的大部分意见认为，条文草案只应设定因不法行为而确立的国家之间的关系。若是这样，当草案说不法国家负有义务时，则必然意味着须对某一国家或若干个国家负有此义务。因此，如果说违背普遍义务的国家必须予以赔偿，那么该义务就是对所有其他国家承担的义务，不论这些国家是否为恢复原状或补偿的最终受益国。

4. 他说第二部分必须提到义务受益国，并不意味着第二部分之二就没有必要提及援引责任问题，然而，就违背普遍义务而提出共同主张的问题，则可在随后讨论第二部分之二时再予以解决。

5. 罗德里格斯·塞德尼奥先生欢迎特别报告员努力完善已经一读通过的条文，特别是第 40 条的条文。原先的案文有若干优点，但无疑过于繁杂琐碎。报告第 96 条罗列了原案文的一些不足之处，他基本同意第 96 条所述的意见。

6. 第 40 条之二提出了四个问题：“受害国”的含义、关于履行某项国际义务的合法利益的定义、援引义务的权利以及具有合法利益国家的权利。该条款的拟议文本中没有一个文本解决上述所有四个问题，起草委员会应探讨该问题。例如，尽管向起草委员会提交的提案中显然列有“受害国”的定义，但特别报告员在报告中提出的提案中则没有列入该定义。草案应当列有一款，最好是一整条，具体阐明这一用语的含义。许多国家政府提到了制定此条款的重要性，它将有助于平衡条文，将“受害国”、“不法行为国”和具有“合法利益”的国家置于平等的地位。

7. 该条的标题与内容不完全相符。另一方面，特别报告员关于第二款的提案完全合乎必须提及的下列各国的情况：具有合法利益的国家、非直接受影响的国家以及那些尽管不能援引责任、但可以要求另一国停止违法约行为的国家。佩莱先生的提案十分明确，回溯了第 36 条之二关于国家继续责任履行义务，停止不法行为，承诺和保证不重复。

8. 特别报告员对第 40 条之二提出的第 1 款(a)和(b)项和第 2 款(a)和(b)项的案文，提到了各项具体义务，若违背这些义务，则受害国可据此援用国际责任。上述两类义务，囊括了一切义务，包含源于单方面行为和习惯国际法的义务。然而，他同意其他委员的意见，即最好不列出各项义务，从而回避复杂的讨论，以免起草工作复杂化。

9. 他认为特别报告员的拟议第 3 款没有必要，尤其反对提及任何人或“除国家之外的实体”直接获得的权利。这是一个十分广泛，甚至颇为危险的概念。

10. 目前，委员会手中的所有提案都可转交起草委员会，但委员会应决定是否应对各项义务进行详细审议，是否应保留第 3 款，而他本人认为该款不应该列入草案。最后，为明确起见，起草委员会应将第 40 条之二分为四个单独的条款。

11. 辛马先生说，应当铭记，国际法院在判决巴塞罗那电车公司案时，想到的正是基本人权，虽没有使用这种确切的表述。因此，声称所有人权产生的义务均是普遍义务，是颇有问题的说法。普遍义务的分类应当保留给由一般国际法而不是从某一具体条约体制产生的基本人权。在具体条约体制中，普遍义务可以认为是各方的普遍义务。讨论第 40 条之二时，应当考虑到这个区别。

12. 基于区域条约体制施加了各种人权义务，其中有些不是巴塞罗那电车公司案所指的基本性质的人权义务。在某些情况下，国家责任的一般制度可适用于此类条约规定的义务，但只是以剩余的方式适用。解释《欧洲人权公约》所载人权的方法，就是仔细地审查了各成员国行政法的每一个细微之处。例如，德国发现，欧洲人权法院就德国关于行为失检的法律做出的判决是完全不恰当的，所涉的问题并未达到人权机关必须出面审议的地步。将那些由《欧洲人权公约》或《公民权利和政治权利国际公约》规定的义务视为普遍义务的观念，简直是荒谬的，导致了站不住脚的结论。

13. 草案应当排除伤害和损害观念。细读先前的评注可知，如果将损害列为一个构成要素，就会使这一概念扩大到毫无意义的程度。因此，在国际不法行为的要素清单以及可援引国家责任的第 40 条之二中，也应当排除损害，而只应在有关补偿的条款中提及损害，因为在该条款提及是完全适宜的。

14. 他完全反对罗德里格斯·塞德尼奥先生关于第40条之二第3款的见解,并认为该款是对人权问题进行表述的恰当之处。该款阐明,不论国家之间就履行人权义务达成何种协议,国家有权力对违背人权义务行为提供救济的事实,并不能对其他实体可能拥有的权利产生影响。当然,在人权背景下,这种实体也包括个人。在目前对强迫劳动作出补偿问题展开的讨论中,第3款确立的原则对德国和奥地利极其重要。一项合法主张称,如果在国家对国家层次处置赔偿问题,那么个人就一无所获了。他不认为这样的做法是合理的:因此,在考虑到人权的情况下,必须制定出维护个人的“不损害”条款。

15. 他已经解释,他提出修改第40条之二措辞的动机,是出于使条文与标题相符的关注,而他提出的第1款(a)项、(b)项(1)目和(b)项(2)目的内容是可商榷的。现在他认为,可以完全删除(b)项,因为该条设定的所有情况,都与对个别国家承担的以及对整个国际社会所承担的义务相关,因此,已经涵盖在(a)项内。

16. 根据第1款(b)项(1),若违背了普遍义务对某国产生了特别影响,则该义务也是对那国个别承担的义务。普遍义务可以详细地划分为某个国家对另一个国家个别承担的义务:例如,奥地利对列支敦士登承担不以军事手段占领列支敦士登的义务。(b)项(2)目也同样如此:若不履行普遍义务势必影响到该国享有其权利或者履行其义务,则普遍义务同时也是对一国个别承担的义务。

17. 倘若完全删除(b)项,则可遵照特别报告员建议,在评注中加上与1969年《维也纳公约》的类比。他不相信这种类比有用,因为可从若干个角度批评对该公约第六十条第二项,而且这种区别会产生混淆,且毫无必要。

18. 克劳福德先生(特别报告员)说,他同意辛马先生的观点,认为必须谨慎,不可宣称所有人权必定是普遍义务:显然,区域协定甚至普遍人权条约某些条款规定的人权都不是普遍义务。第40条原先条文的缺陷之一是,极为广泛地将人权单独划为一项特殊的义务类别。要限制这一类别,也会造成问题。委员会必须遵循基本的方法。虽然首要和次要规则之间的区别较粗,然而委员会在起草国家责任时,并没有就特定首要规则内容做出说明。人权领域与其他方面一样,也同样划分的较粗。人权是国

际法的一个重要部分,因此,条款草案应当列入人权,但同样重要的是,条款既不得与实质性的人权领域相重叠,也不可以基于一般国际人权法为一种或另一种法律的基础上开展工作。只要知道存在人权,而且可产生某种效果就足够了;其余部分可在解释和适用首要规则时加以处置。

19. 按照以上推论,他同意辛马先生的意见,需要第3款,但是人权义务不是该条款旨在保留的惟一类别的义务。虽然未提及所述规则的内容或规则如何运作,但第3款是一项保留条款。它不可或缺,否则,第一部分的内容与第二部分的内容之间会不一致。第一部分述及各国所有义务;加亚先生声称大部分意见认为,第二部分只涉及一个国家援用另一国家责任的问题。由于国家以外的实体亦可以援用一国的责任,因此必须在草案中列明这种可能性。至于是否应有单独一个条款或者作为第40条之二的一部分讨论这种可能性,这个问题可在起草委员会探讨,但第3款阐明的原则是重要的。

20. 他想为之前用1969年《维也纳公约》进行类比作一个辩护。仅仅规定或在评注中阐明通过第3款和第六十条第二项确认的这些国家本身是有关义务的受益者是不够的。它们可能是,也可能不是。1969年《维也纳公约》第六十条的结构很特殊,对双边条约和多边条约进行了区分。根据类推,委员会正在试图对双边义务和多边义务进行区分。在出现违背双边义务的情况时,受影响国有权援引这项义务,问题就此终结。然而,当某国为一项多边条约缔约国或义务的当事国时,则可能不会被认定为义务的受益国家,但该国可在第2款所确认的情况下,合理地援引这项义务。这也就可合理地推断说,如果该国能单方面暂停义务,犹如根据公约第六十条规定的那样,该国就能够援引停止的义务。

21. 国际法必须支持义务的持续而不是义务的中止,而若规定一个国家面临严重违反义务行为的唯一选择是中止义务,则是前后不一致的。可能中止履行义务,不会有利于任何人,而停止违约行为则对人人有益。至少,在谈论停止和补偿本身时,以此种方式扩大条款草案的范围是合理的。就起草问题而论,有各种不同的方式。但是,简单地将两种类别强行合并为一类双边义务,不免牵强附会。

22. 佩莱先生说辛马先生的评论表明,无法把外交保护与国家责任分开。不能说这两项草案是互不相

关的；他们处理的不仅仅是同一个问题，而且外交保护只不过是国家责任的延伸。

23. 他对辛马先生就“普遍”的解释感到有些关切，这个词的基本含义是“对每一个人”。它并不是“强制性”或“基本性”的意思。他看不出为何委员会以如下藉口来窜改某个用语，即它在以某种方式解释巴塞罗那电车公司案的晦涩的法官附带意见。在此案中，国际法院裁定，鉴于所涉权利的重要性，可以认为所有国家在确保这些权利得到维护方面都有合法利益。这就说，该案的争议点在于一项为各国设立合法利益的义务，但并未自动地涉及基本的义务。法院可能列举了若干基本义务的实例，但是普遍这一观念，不可简化为此类义务观念。必须做出若干区分。

24. 首先，有法院裁定对整个国际社会负有的义务。这些义务可能涉及，例如，人权、环境问题或禁止使用武力等方面：这些都是对每一方承担的义务。奥地利可能意欲入侵列支敦士登，或者德国意欲入侵奥地利，但是意欲并不是法律概念，无论德国或者奥地利对某一邻国心态何种。他看不出，这有什么具体的意义。各国，包括每一个单独的国家，都对整个国际社会负有不使用武力的责任，这是一项普遍义务，履行普遍义务涉及整个国际社会。义务可能是基本的义务，如不使用武力之类；但可能有“较小的”义务，诸如关于通过某项条约而订立并对所有各缔约国负有的人权义务的义务，例如，特别报告员设想的特定的普遍义务。然而，它们是对每一人的义务，或者义务所约束的整个群体的义务。

25. 第二，还有一些不是对整个国际社会，而是对国际社会每个成员所负的义务，例如，无害通过的权利：允许船舶通过一国的领水，这是对国际社会中每个成员所负的义务。这并不是对整个国际社会承担的义务，却是一项普遍义务，因为这是对各国承担的义务。问题是对整个国际社会承担的义务，有些是强制性的，绝对的，其他却不是。这是极为重要的区别。然而，如辛马先生所做，将强制性义务和普遍义务划等号，是不可接受的。

26. 另一个有关的问题是违背义务行为的性质。一个国家可能违背强制性、普遍规则，而不构成犯罪。例如，在塞尔牟尼案中，欧洲人权法院谴责法国实施酷刑。禁止酷刑是国际法的绝对性规则，既是强制性的又是普遍的，似乎是无可争议的。谴责法国所

犯的酷刑行为，则不同于系统性的酷刑政策：没有人宣称，法国系统、广泛地运用酷刑作为一项施政原则。这一区别在责任法中必定产生种种后果。这就是罪行切入之处：若法国运用酷刑作为一项系统性的政策，则将犯有第 19 条所指的罪行。就以上的实例而论，它违反强制法、普遍法规则，但却不是一桩罪行。因此，委员会很可能在第二部分之二的某一点，不仅需要处理所违背的义务，而且还要处理违背义务行为的性质。他得到的印象是，尽管报告员拒绝运用“罪行”词汇，但特别报告员同意这一点。在此必须明确，对整个国际社会所负的义务，并不都是普遍义务；强制性义务不同于普遍义务；而且在确定的责任方面，违背义务行为的性质是重要的。但是，委员会不必在条款草案内提出国际义务的一般理论；只须权衡此类理论对责任的影响就够了。

27. 哈夫纳先生注意到，根据佩莱先生的意见，由无害通过形成的义务，可不被视为一项普遍义务；列举了当时公布的某个国家派军舰，或采取法律行动封锁海峡的情况。这是违背普遍义务，使每个国家都有权做出反应的行为呢，还是仅仅违反了对邻国或对那些海峡使用国家的义务的行为？

28. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，人们越来越频繁地提及人权问题。若有些基本人权义务可以视为普遍义务，那么违反这类义务可以成为某种共同关切的问题，并且赋予所有国家以要求遵循这些义务的权利。这类人权义务是否也迫使各国作为一项责任来推进履行这些义务呢？也许这事不应完全留给主管当局，特别是当它们愿意却不能履行这项义务时。必须对于人权展开有意义的讨论，不可只泛泛而论。他非常感谢辛马先生和特别报告员就有关人权问题发表的意见。

29. 佩莱先生在答复哈夫纳先生说，无害通过的权利是所有各方的权利，因此是对所有各方承担的义务，但不是强制义务。在第二部分之二中，必须就此双重性确定具体的后果。被拒绝通过的国家，不论是否是河岸国，都有权因其蒙受的损害获得赔偿，而国际社会的其他成员国则可要求停止这种行为。他非常希望特别报告员在第二部分之二中解答此问题。目前，他本人的答复认为，这是一项普遍义务，不是强制性义务。

30. 辛马先生认为，“普遍”这个词并没有概括文献和判例中述及的多边义务的所有含义。因此，过

多地深究该措词的含义并非十分有益。

31. 伊德里斯先生说,受害国概念是确立国家责任专题的理由。这个专题提出了若干问题。一项普遍违约行为,诸如一桩侵略罪行,会造成对所有其他国家的伤害吗?如果是,那么所有其他国家都有权获得赔偿吗?而且应得到多大程度的赔偿?所有其他国家应当对某项国际不法行为做出什么性质的反应?反应是否应是集体性的,而如果是,应当保护什么样的集体利益?此外,物质损失或损害应当成为界定所蒙受的伤害和寻求补救的论据吗?或者仅凭合法利益和道德利益,就足以作为针对某项国际不法行为提出赔偿或补偿的理由?应当区分受一项违反国际义务行为直接危害的国家与间接危害的国家吗?侵略行为应归为国际罪行?

32. 特别报告员处理第 40 条的方法,与前特别报告员里普哈根先生在第六次报告³中所采取的方法有两个方面的不同,他认为原先的第 40 条不足以处置同一不法行为伤害一个以上国家的情况,也将重点从不违法行为国违反义务转移到了受害国权利上。

33. 然而,特别报告员似乎认为,原第 40 条较多地集中于双边基础上的伤害或后果,而不是从各国都受到伤害并有权采取行动的多边关系方面考虑。为此,他表示怀疑,第 40 条为国家责任的法律后果的编撰和逐步发展提供了适当的基础。

34. 第 40 条之二则不同,因为它力求区分受影响的国家,把它们分为不同类别,并且为被违背的义务订出不同的法律后果,从停止,包括承诺和保证,到恢复原状、补偿、抵偿和反措施。

35. 关于第 40 条之二的范围,他发现区分国际不法行为的直接受害国与那些仅仅具有合法利益的国家是可取的。他还赞成如下的观点,即认为只有权利受到违约行为直接影响的国家才有资格寻求适当的补救,而那些仅仅具有合法利益的国家则不应寻求赔偿,却可以就包含违反普遍义务的不法行为,如侵略罪、大规模侵犯人权和大规模毁灭环境或人类共同遗产的行为等,寻求其他补救措施。拟适用

³ 见条款草案第 2 部分第 5 条及其评注(《1985 年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),第 5-8 页, A/CN.4/389 号文件)。

的补救措施可采取停止、恢复原状、抵偿或反措施的形式。巴塞罗那电车公司案充分确立了这样的区别。国际法院在此案件中区别了在双边情况下产生的权利和针对整个国际社会的纯粹合法利益。特别报告员在其报告第 97 段中详尽地阐明了这一点。

36. 此外,应在出现物质损害或者有形损失的情况下受影响国才能提出国家责任的主张。仅仅是侵犯一个国家的合法利益,并没有造成物质损害或者损失,不当成为自动主张损害或补偿的理由。

37. 草案还应载有一项保留条款,以支持某一专题领域某项条约或公约制约的具体法律制度,诸如分别受外层空间条约和海洋法公约制约的人类共同遗产。

38. 第 40 条之二第 1 款(b)项关于“该国作为其中一员的国家集团”的提法,使问题更加复杂,并且对国际法的基础提出了质疑。究竟应以国家主权为依据,还是以国家作为某个集团成员的事实为依据,来援引侵权国的国家责任?这项权利从何而来?他非常希望特别报告员在一般性辩论中就此问题做出更明确地阐述。对第 2 款提到整个国际社会,也可提出同样的问题。很难明白,实践中如何对受影响群体如此含混的理论定性适用国家责任规则。在政治演说中,这种提法可能具有吸引力,然而,在触及这样的概念的实际法律用途时,则必须谨慎。

39. 暂且回到侵略问题时,他说,他对特别报告员提问的答复是肯定的。《联合国宪章》第二条第四项是明确无误的。

40. 至于本条草案的位置,如果倾向于区分上述两类不同的受害国,那么,这一条就应当置于一般性原则的章节内。

41. 克劳福德先生(特别报告员)说,伊德里斯先生曾多次提及“纯粹的合法利益”,这种提法可能引起混乱。显然在违背对整个国际社会承担的义务的情况下,某个实体或某个国家完全可能成为首要受害者,例如成为武装进攻的首要对象,但可以认为,在此类情况下,其他国家可能具有司法性质的利益。在此情况下,这些国家的情况从某种意义上讲是次要的。但是在他提出的第 40 条之二第 2 款以及提交的其他案文中所述的这一类别,对双边义务

的类别来说绝不是次要的：只是不同而已，就像法律制度区分私法框架内和公法框架内援引责任的权利一样。公法标准因主题的性质而显然不同：它和私法领域(合同和侵权行为或不法行为)不同，不只处理主观权利。因此，这并非某一类别高于另一类别的问题，纯粹是区别问题。委员会正在编撰的条款草案，拟处置整个国际义务领域的问题，并非只是类似于国内法律体制中私法的国际义务方面的问题。

42. 卢卡舒克先生说，第 40 条之二在条款草案中占有关键性的地位。随着全球化，整个国际社会的利益显得日益重要，国际法的首要任务之一是维护国际社会的利益。只有在普遍的基础上才能完成这项任务，没有一个国家，或者一个国家集团可以认为其本身是整个国际社会的代表。

43. 为了证实他的断言，他提到了目前法律专家就科索沃的干预和单边主义问题展开的辩论。辛马先生发表了一篇文章，⁴ 引起了第一轮辩论。他在文章中颇有说服力表明，北约组织的行动违反了国际法。辛马先生若就此打住，不断言称北约组织的行动与合法性有着一线之隔，那么一切本来都不错。在单边主义辩论中也可以看到同样的倾向，辩论的参与者试图澄清在什么情况下可以允许国际法本来禁止的单边行为。换言之，委员会在讨论国际法不加禁止的行为后果的责任，单边主义者找到了回避对国际法所禁止的行为承担责任的办法。

44. 关于第 40 条之二，辛马先生正确地指出，委员会所谈论的是违背义务行为的责任，而不是违背义务行为的后果，因为责任是违背义务行为的法律后果。他没有时间确切地了解辛马先生的新提案，但他的印象是，这项提案不如他本人的最初草案。尽管本条的标题为“一国援引另一国责任的权利”，但第 1 款出于某种原因提及了一国有权援引另一国责任的一切法律后果，而不是另一国的责任。因此，责任似乎还有一些次要的法律后果。他认为，只要阐明一国有权援引另一国的责任就够了。

45. 还不妨讨论是否有可能在特别报告员所提第 1 款(b)项的结尾列入一项规定，阐明：“(三)或[违反

义务行为]不符合义务的目的和宗旨”。这项条款直接源自 1969 年《维也纳公约》第六十条第三项，并可涵盖最严重的违背义务行为，即那些对义务的继续存在的可能性提出质疑的行为。

46. 从巴塞罗那电车公司案的判决中可以断定，为了就双边义务提出索赔，国家必须首先证明其有权提出索赔；而就普遍义务来看，所有国家在保护这些义务方面，都具有相关的合法利益。他觉得，特别报告员的提案恰恰符合这些需要，基本上是照搬国际法院的裁决，并且是在这种情况下可采取的最佳办法。委员会目前遇到困难，部分原因是委员会在讨论国际社会及对国际社会所承担的义务，而在草案中却忽略了国际社会。然而，国际社会是一个真正的法律现象。1969 年《维也纳公约》已经确立，只有整个国际社会才可确立强制性规范。此外，在发生违反国际法的情况下，国家应对国际社会承担责任。无人对此提出质疑。问题的核心是，如何落实责任。辛马先生正确地指出，要使所有国家达成一致的意愿是不可能的。而事实上也不需要这样的一致意愿。委员会在起草该公约期间已明确认定，国家之国际社会全体，宜理解为一个具有充分代表性的多数，不应按字面理解为所有国家——这项决定得到联合国条约法会议⁵ 的确认。因此，这才有可能在联合国、联合国专门机构或具有代表性的国际会议框架内，达成国际社会的一致意见。

47. 因此，委员会应审议，在条款草案中列入一项题为“国家对国际社会的责任”的条款，是否可取。该款条文如下：“若一国违反普遍义务，则其对由全世界国际机关和组织所代表的国家之国际社会负有责任”。看来这是一项不可缺少的条款。

48. 佩莱先生提交的第二部分之二的提案值得认真审议。尽管草案以“履行国家责任”为标题，但提到的似乎与其说是履行问题，不如说是合法利益概

⁴ B. Simma, “NATO, the UN and the use of force: Legal aspects”, *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), No. 1, 第 1 页。

⁵ 见《联合国条约法会议正式纪录，第一次会议，维也纳，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日，全体会议和全体委员会会议简要纪录》[英] (联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，第 472 页，全体委员会第 80 次会议，第 12 段；以及《同上，第二次会议，维也纳，1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，全体会议和全体委员会会议简要纪录》[英] (联合国出版物，出售品编号：E.70.V.6)，第 94 页，第 19 次全体会议，第 11 段和第 17 段。

念。第 40-1 条第 1 款第一句基本重复了关于一般原则的第一章已经阐明的责任一般规则。条文并没有象特别报告员拟议的案文那样，将违背双边义务的责任单独列为至关重要的责任。

49. 最后，就佩莱先生在其第 40-X 条中所述国际社会作为“国际法主体”这个极有争议的问题顺便轻率地做出决定，似乎不可取。委员会在每五十一届会议上讨论国家单方面行动条款草案时，已经就此问题采取了立场。⁶ 一旦有机会就伊科诺米季斯先生的提案进行详细研究，他就会提出评论意见。

50. 卡姆托先生说，特别报告员拟议的第 40 条之二似乎与标题不完全相符，案文集中阐述的是受害国的定义。较为可取的做法是，根据各国在第六委员会上表达的愿望，就此问题制定一项条款，从而区分若违反就须承担国家的国际责任的不同类别义务；并审议单立一项履行条款的问题。

51. 委员会还应当审议，是否应冒着使特别报告员的任务更为复杂的风险，把损害概念重新引入辩论。与“具体受影响国家”等相当含糊的概念相比，目前国内和国际法均较明确地确立了损害概念。此外，若要从根本上区分遭受直接损害因而可以援引第 37 条之二的国家与在普遍义务框架内或作为国际社会成员仅仅在停止国际不法行为方面具有合法利益的国家，则损害概念显然是不可缺少的。用特别报告员采取的做法，就能够做出这样的区分。

52. 在第 40 条之二或草案的其他地方必须保留第 3 款，因为各国不仅对其他国家，而且对其他实体负有责任。他认为使用“实体”一词没有问题，《生物多样性公约》等各种国际公约中已经使用了。

53. 关于普遍义务的概念与人权之间关系的问题，他非常怀疑区分基本人权与其他人权的尝试是否可取。此外，任何此类区分也很难付诸实践，而且也违背了目前对人权采取整体做法的趋势。做出这样区分的尝试，会产生若干尴尬的问题：分等级排列人权是否可取？在区域性文书或习惯法中所确立的某项权利，若尚未载入世界人权文书，是否就认为

不是一项基本权利呢？某些最终被确认为基本人权的权利，就是先载列在区域性文书中，然后再收入世界人权文书的。

54. 特别报告员提出，解决争端问题应暂时搁置，因为这可使委员会在其目前任务的时限内完成有关国家责任的工作。这个建议可能有些切实的价值。然而，这是一个关键性的问题，而且是需要在国家责任辩论中加以审议的问题。自从常设国际法院对东卡累利阿案提出标志性咨询意见之后，争端解决问题一直被认为纯粹属国家事务，但是在国际法中出现了一种趋势，将每一项多边文书视为某种法律分支体系，设有各自的争端解决程序。然而，在某一特定的文书中列入此类程序，并不意味着为所有其他文书确立了普遍的争端解决程序。最近，若干主要的世界文书列入了此类程序；例如，《联合国海洋法公约》载有一项极其灵活的程序，不妨碍各国通过传统的外交或政治途径解决相互之间的争端，但也确实确定通过其他途径解决不了，则付诸司法解决的原则。问题是，无论草案最终采用何种形式，如果一国无法解决同另一国家的争端，是否可允许该国阻止任何司法解决机制。虽然他并未提出《联合国海洋法公约》条款可适用于本草案，但却主张拟定一项条款，阐明一旦不能通过任何其他方式解决争端，则应允许由公正的第三方出面解决争端。

55. 卢卡舒克先生说，他理解为什么卡姆托先生请求为受害国确立一项特殊的地位。在某种情况下，国家的利益遭受到损失，而在另一种情况下，则蒙受了伤害。在上述两种情况下利益都受到了影响，但是，最好是查明造成实质性损害的利益的具体性质。

56. 他不赞成在条款草案中列入解决争端的条款。《联合国海洋法公约》确立了其本身的争端解决程序，因为它在创建自身的法律体制，但是委员会承担了一项截然不同的任务，即编纂有关国家责任的一般条款。编纂有关争端解决的规则是一项巨大的任务，需要若干年的时间才能完成，将使委员会无法在可预见的将来通过这些条款草案。在争取大会通过草案方面，业已存在相当多的障碍。

57. 克劳福德先生(特别报告员)说，争端的解决是一个不同的问题，可阻碍草案的进展。根据他对前

⁶ 见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 148 页，第 586 段。

几年辩论的理解认为，委员会大部分意见认为，反措施和争端的解决之间并无整体的关系。在此基础上，委员会继续展开了有关反措施方面的工件。此外，若条款草案不采取公约的形式，解决争端条款也就不宜保留了。《联合国海洋法公约》设有极为复杂的争端解决制度，以处置某个具体领域的行为，而国家责任条款草案则是极为普遍的条文，确立各国应承担的一切义务。因此，即使涵盖条款草案的解决争端的兜底条款，亦会确立一个有关国家所有义务的兜底制度。引入这样的制度对成功编纂条款草案来说没有必要，倒确实有可能适得其反。

58. 草案若不采取公约的形式，虽会令人感到失望，但是，在目前的国际气氛下，公约方式是不现实的选择。因此，不会产生列入争端解决条款问题。无论如何，即使条款采取公约形式，列入此类条款也将毁掉整个案文。在世贸组织或《联合国海洋法公约》背景下中采取解决争端程序是一回事，而在全球基础上采取这样的程序，则完全是另一回事。尽管今年晚些时候在第六委员会展开的辩论将从新的角度揭示各国对此问题的态度，但各国显然不愿意通过新的一般性公约。此外，若不需在外交会议上展开全面的重新谈判条款草案即可获得通过，则条款草案可能提供更好且更完整的成果。

59. 戈科先生说，对条款感兴趣的人，不总限于国际法学者，而且从最终使用者，诸如从在国际法院或某些其他诉讼地中代表受害国的律师的角度看待这一问题，可能会有助益。如果他本人是这样的一位律师，他宁可援用一开始即澄清“受害国”含义的简洁条款。他的理由是，他的委托国由于违反义务的行为而受到伤害，而且该义务是对他的委托国承担的。他将指出，不法行为国作为一项文书的缔约国之一，根据这项文书，亦有其本身的合法利益。当涉及对国际社会的普遍义务时，情况将会变得更复杂，但他关注的主要问题是，如果某个缔约国违背了某项义务，特别影响了他的委托者，如何确保在法庭上恰到好处地阐明该缔约国的情况，并表明不法行为国在履行该国际义务方面具有合法利益。

60. 他感到关注的是，在多边条约的情况下，人们可能得起诉其他权利可能受到影响的国家。虽然先前面他已经提到第六委员会某些成员对原第 40 条表示的质疑，但他同意第 40 条之二新案文有所改进。

61. 庞布—奇文达先生说，他与卡姆托先生一样对

试图在制约无疑颇为复杂的人权类别的“统一规则”上，做出正式与“习惯”方面的区分感到关注。他并不赞同区分基本人权与非基本人权，因为在实际中很难适用这样的区分。从法律角度来看，界定某个人在某些方面多少处于中心地位而在另一方面则处于边缘地位，不如保持一种同样的态度更有助益。这是人的全部问题、需要和要求赋予了人权概念以实质内容，而所有将这些融入法律的尝试，都促进了人权体制的统一。因此，他不能支持任何对基本人权与其他人权之间的区分。

62. 关于第 40 条之二，问题是“受害国”一词本身是否适用下一个标准定义，而且最好是确立起同一概念的定义。人们探讨了双边、多边和普遍义务等各类义务，也探讨了基于惯例的义务，但是确立这些义务的形式本身并不重要。确立一个始终同一的受害国概念之所以重要的原因在于，多少应确立伤害的衡量尺度。因违反某项义务的行为造成的损害，使得某种伤害可以量化。除了按伤害或损害，就针对不法行为提的索赔或停止不法行为的要求做出精确的评估之外，是否还存在其他的规范？只有违反义务的行为，不论是违反双边还是任何其他类别的义务，才构成了不法行为。为了寻求停止不法行为，或者寻求赔偿，必须提出最起码的具体要件。无论涉及多大的利益，与针对违反某项具体义务的后果提出索赔时须提供证据的方式一样，法官、仲裁者或国家集团，都不会接受缺乏此类要件的索赔。

63. 他赞同卡姆托先生的观点，有必要列入争端解决的最低限制条款。相当一段时期以来，他一直持有这种观点并认为这符合当前国际法律体制一体化的趋势。一般原则和规则将会确立责任法的总体框架。从司法机制的角度来看，这个总体框架不会影响国际法律秩序的运作。这种对申明这些一般原则和规则似乎一直被深深推入了背景中。委员会应采取更为综合的做法，而不是制订一项与构成国际法律体制的机制无多大关系的责任法，以便最佳利用特别报告员的工作成果。

64. 关于是否列入损害概念问题，佩莱先生的主导思想是，在意识到保持国际不法行为概念的必要性同时，必要提出一项客观的规则。他强烈地支持佩莱先生的提案，条件是，可以重新改写该提案，因为索赔方包括某些直接的受害者和一系列不太直接的受害者。列入损害概念可以确立索赔方的总体范

围，并能够从“赔偿的分配”，或从干脆使所有各方都得到满足的角度，安排执行工作。

下午 1 时散会。

第 2622 次会议

2000 年 5 月 17 日，星期三，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504,A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会委员继续审议国家责任专题特别报告员在其第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)中提出的第 40 条之二。
2. 卡特卡先生说，卢卡舒克先生(第 2621 次会议)指出，争端的解决这一专题的讨论可能历时数年，

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

有众多国家不接受这项条款，特别报告员怀疑通过这一专题的公约的可能性。还应该注意的是，许多政府在第六委员会甚至没有提出这一专题。他不知道它们的态度是表示对这一专题不重视，还是这一专题向它们提出了特别的问题。委员会或许应该研究这一问题，比如在规划小组对此问题进行研究。

3. 特别报告员还说过，所通过文书的形式可能决定是否应该有强制争端解决条款。小型辩论使他有点困惑，他的印象是文书形式和争端解决问题尚未定论。委员会前一年审议这些要点时，曾断定争端解决进一步澄清。但特别报告员在拟议的案文中略去了一读通过的第 40 条第 2 款(b)项，似乎证实了不提及争端解决的倾向。如果委员会在条款草案中略去所有这类条款，那就只是通过一项不具约束力的文书。可以辩称，目前五年期的特点是通过软法，采取宣言形式的国家继承涉及的自然人国籍问题条款草案就是明证。³ 国家单方面行为条款草案和国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)条款草案，可能遭遇同样命运。这种事态无疑为声称委员会已经没有专题可编纂的人增加了口实。经过四十年的努力，结果是通过一项不具约束力的国家责任文书，有点令人惋惜，可谓是大山出小鼠。他还想到斯里尼瓦萨·拉奥先生(同上)论及普遍义务与人权问题时说过的话：人类大多数关切的问题被武断地拒绝，说成不重要，而只对某些集团有关的议题却继续支配着国际法议程。卡姆托先生(同上)提到了如何确定基本人权和，比如说，基本人权中是否会纳入发展权的问题。他希望委员会有机会按特别报告员提出的本五年期工作安排再次深入讨论争端解决问题。

4. 卢卡舒克先生说，卡姆托先生和卡特卡先生提出的意见值得委员会认真思考。解决这个问题的方法之一是搁置和平解决争端议题，留待将来编纂。他认为，务必避免在和平解决争端手段与责任问题之间建立刚性联系，因为可能阻碍不久将来通过国家责任文书。

5. 他提请大家注意“和平解决争端”一语的模糊性。它是从国际法遥远的过去继承下来的说法，当

³ 见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 44 和 47 段。

时只有两类解决争端的合法手段：和平手段和军事手段。现在的情况完全不同了，只有和平手段是合法的。因此，最好只提及“争端的解决”。

6. 杜加尔德先生对特别报告员的工作表示祝贺。他同意特别报告员对一读通过的第 40 条的形式和内容的批评：该条过长，而且含义混淆，作为条款草案的关键性条款，现有案文不明确。特别报告员所提的第 40 条之二，对解决所引起的问题大有帮助。他对该条特别感兴趣，因为与他自己在外交保护领域的工作有关。他想知道，非国民遭受违反强制法规范的行为的侵害，如果国籍国拒绝或无力保护，另一国是否可以予以保护。在这种情况下，重要的是对违反强制法规范与侵犯人权加以区别。国际法院在巴塞罗那电车公司案判决第 91 段中就此点做出了明确裁断：“特别是关于人权，虽然本判决第 34 段中已经提及，但应该指出，它们也包括防止拒绝司法。从普遍意义上看，载述人权的文书不赋予国家不论国籍对此类权利遭受侵犯者一概给予保护的资格”[见第 47 页，第 91 段]。因此，国际法院将违反强制法规范的侵犯人权行为与不违反强制法规范的侵犯人权行为区分开来。

7. 虽然他已经拟订了该专题的条款草案，但在对第 40 条之二的去留作出决定之前，不想将其列入报告。他认为第 40 条之二第 2 款回答了他的问题，但对其措辞不完全满意。例如，他认为没有理由加入“当事一方”等字眼。无论如何，他以为，该条款保护的利益是指禁止酷刑或歧视等习惯国际法义务。换言之，按报告第 109 段的设想，如果甲国对乙国国民施加酷刑，而乙国没有反应，他认为，丙国可作为第二受害者代表乙国国民参与案件。如果根据第 40 条之二第 2 款，丙国有利益，他就假定丙国可以采取第 110 段和第 113 段提议的行动，即它可以提出抗议，或要求停止或要求恢复原状。虽然丙国不能为自己主张补偿，但可以代表受害国或受害个人主张补偿。

8. 这一问题提醒注意国际法律秩序过去 30 年发生的、影响外交保护理论范围的深刻变化。承认国家可以干预保护外国侨民，对外交保护规则和适用方式具有重要影响。例如，它就用尽当地救济规则提出了非常困难的问题。特别报告员如能给予一些指导，将有助于他确定外交保护工作的范围。

9. 伊科诺米季斯先生介绍了他的第 40 条之二提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.3)。他说，提案在本条标题

和内容方面都考虑了受害国与具有合法利益的国家之间的区别。他认为，在讨论履行国家责任问题之前，必须明确这两个概念。而且，所列国家遭受受害情况的清单是开放性的，因为很难设想一国受另一国国际不法行为损害的所有情况。这一领域的国际实践差异很大，所以最好加上“特别”一词，以使这一清单没有限制。

10. 第 1 款(a)项主要指双边义务，也载入了几乎所有其他提案。第 1 款(b)项是条款草案的关键部分，它具体阐明一国的国际不法行为可能损害“所有国家，如果所违背的义务是保护国际社会根本利益所必须。”这是一读通过的草案第 19 条的定义。他不可能以同一种方式处理以下两个根本不同的东西：禁止灭绝种族或侵略等国际犯罪的强制法规则；仅仅违反外交邮袋不可侵犯等多边习惯或条约义务的行为。前一种情况违背了国际社会的重大或根本利益，影响到国际公共秩序，而后一种情况只涉及国际规范，无论该规范如何重要。为威慑国际犯罪而制定有效的战略，需要通过他的提案所载之类的条款。而且，在发生国际犯罪的情况下，国际责任的所有后果，可能除补偿外，都适用于所有国家，恢复原状原则更是适用。例如，如果是侵略，则必须恢复到实施国际犯罪之前的情况。在这方面，遇有犯罪时，如对国际社会所有国家适用“受害国”概念，那么一读通过的第 53 条中的义务就容易理解了。

11. 他不想评论第 1 款(c)项，因为它的措辞与其他提案的措辞类似。这一款涉及多边义务，包括普遍性的义务。

12. 第 2 款努力更明确说明哪些国家对要求广义上停止违反普遍义务或多边义务的行为具有合法利益。它们是受有关义务约束，但没有受到违约行为直接损害的国家。

13. 戈科先生说，他发现伊科诺米季斯先生的提案很有意思，但有些国家的观点是，如在习惯国际法下援引国家责任，则必须在不法行为与该国之间建立充分联系。

14. 一国违反义务，当然意味着受害国受到该违约行为的特别影响，妨碍了该国权利的行使，所违背的义务是双边或多边的。阐述这些要点似乎没有必要。显而易见，受害国在另一国遵守有关义务方面有特别利益。简言之，他想知道，一旦确定违背了

义务，而且受害国是受违约义务行为影响的国家，那么这种区别是否还有必要。

15. 哈夫纳先生说，国家责任辩论已经到了关键时刻，影响到国际法和国际政治。普遍一词含混不清，给他造成很多麻烦。论者对本专题的看法也莫衷一是，他们给出的普遍义务定义差异也很大。有的论者谈到保护国际社会共同价值观念的规范，有的则谈到一旦遭违背就会损害所有国家的规范。有的将这些规范与强制法规范等同起来，有的认为与设立国际犯罪——无论是国际犯罪或涉及个人责任的犯罪——的规范类同。也有的论者将普遍这一限定适用于违反不能分配到任何具体国家的义务。在这种情况下，任何国家都没有资格援引责任；根据巴塞罗那电车公司案的判决来看，这是极其令人吃惊的事。为了避免被说成是不完全法，有关理论解释说任何国家都有权援引责任。如果普遍义务是指对整个国际社会的义务，那么他不知道是否因为无法分配，所以就加上这一限定。

16. 必须提出的另一问题是“整个国际社会(international community as a whole)”一词的含义。它在所有情况下和在各类义务中是否包括个人和非政府组织？在这一点常被引用的1969年《维也纳公约》第五十三条只提到“国家之社会(community of states)”。他认为“国家之社会”与“整个国际社会”有区别。加亚先生的提案(ILC(LII)/WG/SR/ CRD.4)对两者作了区别，这一区别当然应该保留。国际法院在提及普遍义务时，也在同类中设定了几种不同义务。

17. 关于第40条之二，委员会应该明确它所指的是哪类普遍义务，是指所有此类义务，还是只指某些义务？

18. 委员会当然可以说它不必在这些问题费心，因为一项义务是否属于普遍义务的问题，由主要规则来界定。但这一办法也不解决问题；相反，引起的问题比解答的问题还多。某些澄清是必要的，否则各国可能要求委员会说明为什么对这些义务做不同处理。关于这一点，他还回顾说，1967年11月1日，马耳他代表曾提出对国际海床适用人类共同遗产原则，当时没有人知道是什么意思。⁴ 界定这一

概念经过了15年的谈判。委员会应该避免类似情况。

19. 界定这一概念的另一方法，是采取1969年《维也纳公约》第五十三条界定强制法规范所用的程序方法。因此，国家共同体也有义务界定普遍义务。这样的办法也许可能简化问题，但没有提供解决问题的答案。目前，界定普遍义务比强制法规范重要。将这些义务与其他义务区分开来，就必得界定某些共同的法律特点。问题是这些特点是普遍义务的组成要素，还是创立这种特别义务的后果。

20. 在草案第40条之二中，特别报告员对普遍义务、普遍义务和为保护国家集团集体利益而承担的义务(分别见第2款(a)项、第1款(b)项和第2款(b)项)作了区分。他承认这一办法主要是为了清楚，但不知道这一清单是否包含所有可能情况，或是否留下一些漏洞。

21. 例如，按草案的设想，在违反海洋法的情况下，是否所有国家包括内陆国都有权援引国际责任？是否要区分缔结《联合国海洋法公约》的内陆国与没有缔约因此也无权采取行动的国家？《海洋法公约》第192条规定的保护和保全海洋环境的义务是否可视为普遍义务？这些问题都有待于澄清。

22. 同样，关于他经常提到的人权问题，特别报告员也没有解决。报告第88段说人权义务不是对任何特定国家承担的，这就等于说它们是普遍义务。在这之后，他在第106段(b)分段又解释说，区域人权条约下产生的义务是一国家集团集体利益的事项(根据报告第92段，意味着是普遍义务)。他本人则认为，人权属于普遍义务，因为它们基于普遍的信念。看一下《公民权利和政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》下的所有权利是否属于这一类，很有意思。

23. 鉴于所有这些问题，他断定，尽管需要定义，但委员会的唯一实际办法是尽量不要界定这些义务，只是加以描述就够了。可以说，第40条之二中可视为普遍义务的任何义务，国家共同体承认直接受害国以外的国家也有权有限制地援引国家责任。这当然不适用于区域人权条约下的义务，它们属于第2款(b)项提到的“保护国家集团集体利益”的范畴，该项没有规定直接受害国的权利。他希望听取特别报告员对该观点的意见。

⁴ 见《大会正式记录，第二十二届会议，第一委员会》，第1515次会议(A/C.1/PV.1515)和更正，第3段起。

24. 再来看委员会委员所提第 40 条之二的一些起草提案，他发现辛马先生的措辞(ILC(LII)/WG/SR/CRD.1)不如特别报告员的措辞灵活。特别是，克劳福德先生提出的一国“对履行其为当事一方的国际义务具有合法利益”的案文似乎比“一国有权(有资格)援引另一国责任的某些法律后果”的案文提供了更多的可能性。后一案文将所有未直接遭受损害而只有“利益”的国家置于同等地位，赋予它们同样的权利。第 1 款(a)项“被违背的义务是对它单独承担的义务”一句也需要澄清。

25. 关于伊科诺米季斯先生的提案，应该听取提案人赋予第 1 款(b)项“保护国际社会的根本利益”一语的含义。它的本意似乎是给予所有国家援引国际责任以对国际不法行为作出反应的权利。但这真的是委员会想要的吗？第 1 款开头“可能视情况特别损害”一语的意思也需要澄清。用“可能”一词是指一国成要为受害国必须满足某些“其他条件”，还是说该国在任何情况下都不受“损害”？他希望这些问题能够得到澄清。

26. 卢卡舒克先生说，哈夫纳先生提出了一个原则性问题，提到了加亚先生区分对所有国家的责任与对整个国际社会的责任的提案。这一区别在法律上没有存在的理由。1969 年《维也纳公约》第五十三条正确提到了“国家^{*}之国际社会全体”，但没有说除了在国家关系框架之内，不可能有国际[国家]责任。“整个国际社会”概念对应一个相当不同的观念，所涉问题不再是国家之社会，而是指整个世界社会。当然，这一概念不仅尚未界定，而且对正在审议的专题也是不相干的。

27. 布朗利先生再次告诫说委员会，不应该进行一个不可能成功的尝试，将国家的所有权利和义务都分门别类。这个努力无论多么伟大，但本议题无法穷尽，因为它无止境。正如伊科诺米季斯先生在其提案第 1 款(b)项中指出的，只要违背的义务“保护国际社会的根本利益所必须”，国际不法行为可能损害“所有国家”，那么就必须界定“基本义务”。委员会当然可以决定，这一问题将随国际习惯法的发展自动解决，但一味地试图编纂整个系列的新概念，就是着手一项任务，它在理论上可能很有意思，但会延缓委员会的工作，减少此项工作得到第六委员会批准的机会。在国家责任领域，委员会在界定受害国方面有足够的工作要做，更不要说

与外交保护专题的重叠或重复问题了。

28. 辛马先生说，他对问题的分析与布朗利先生不同。委员会需要做的不是界定受害国，而是界定或明确谁有权援引国家责任。

29. 伊科诺米季斯先生的提案第 1 款(b)项事实上从关于国际罪行问题的第 19 条第 2 款中汲取了灵感。国际罪行是一个十分重要的议题，委员会在某一阶段还必须回头讨论。

30. 至于加亚先生提到的“整个国际社会”，没有必要出定义，因为它的真实含义正是 1969 年《维也纳公约》第五十三条所说的“国家之国际社会全体”。

31. 同样，地区和世界人权保护的差异也不必夸大，实质上是一回事。最后，关于哈夫纳先生从海洋法中引述的实例，应当指出，所涉问题不是国家责任问题，而只是一个可反对性问题。

32. 庞布一齐文达先生说，伊科诺米季斯先生所提措辞的优点是回答了一个具体问题，即如果有违背国际义务的情况发生，各国有权采取行动，确保该义务得到遵守。该提案第 1 款(b)项与辛马先生提到的第 19 条第 2 款之间的联系十分清楚，他同意辛马先生的观点，也认为国际罪行的概念十分重要，在做出最后决定之前的各个阶段都必须给予考虑。

33. 他不知道伊科诺米季斯先生所提案文第 1 款(a)项与(c)项(一)目的目的是否雷同，顺便提一下，其中副词使用过多。“被违背的义务是对其单独承担的国家”与“如违背义务行为特别影响该国，那么任何国家”两句话意思真的有什么区别吗？在其中第二项中，伊科诺米季斯先生虽然没有明说，但想到的是违背习惯义务的行为，而在该项早期版本中考虑的则是违背双边条约所述义务的行为？如果是这样，最好明说。

34. 除了这些小小的批评外，伊科诺米季斯先生的提案似乎符合实现综合的努力，应该继续下去。

35. 伊科诺米季斯先生回答了前几位发言者的问题和评论。他对哈夫纳先生说，他在提案第 1 款(b)项中只是照搬了第 19 条所给的定义中，认为没必要比第 19 条更加详细。不过，他同意可以在评注中凸显强制法概念与国际罪行概念之间的密切联系。禁止

国际罪行的规则事实上是强制法规则，但是更严厉，因为不容有任何例外。

36. 第 1 款的结构可能是模仿第 19 条，在“可能……损害”之后紧跟着一个并非穷尽无遗的清单，列出国家受到或可能受到严重违背国际义务行为损害的诸多情况。不过，这一结构可以改进。

37. 他同意布朗利先生的意见，即在国际法渐进发展过程中不是任何事物都可以界定的，有些概念是习惯国际法发展的结果。

38. 庞布一奇文达先生的话极有意思：第 1 款(a)项与第 1 款(c)项(一)目所述的情况确实十分类似，第 1 款(a)项涉及双边义务(双边条约义务仅对有关国家承担)，而第 1 款(c)项(一)目中所违背的义务是对所有缔约国承担的多边义务，尽管受到具体影响的只是其中一个国家。

39. 庞布一奇文达先生说，听了刚才所做的解释后，他比任何时候都坚信伊科诺米季斯先生提案的价值。只是需要删去第 1 款(a)项中的副词“单独”，规定所违背的义务是双边义务，再把第 1 款(c)项(一)目中的“特别影响”改为“违背习惯规则”。

40. 戈科先生感谢伊科诺米季斯先生对各类义务的解释，也同意布朗利先生的意见，即委员会不应该过于强调这些义务，因为那样可能是在游离本专题。一读通过的第 40 条明确指出，“受害国”是指“在一国行为……构成该国的国际不法行为时，其权利遭受该国侵犯的任何国家”。初始定义在讨论中不断得到修订和补充，从律师的观点看有点遗憾，因为损害与赔偿概念之间的传统联系已经提供了令人满意的分析基础。作为国际法律工作者，委员会委员应该在此类的条文中对违背的义务加以分类。如果是对整个国际社会的义务，那就明说，因为在此类情况下，直接受害国以外的国家也可能受到该违约行为的影响。所以，他不反对在条款草案中提及影响整个国际社会的义务。不过，这一问题不应无限复杂化。也许起草委员会的任务应该是改进和简化这一条款，侧重注意“受害国”一词的含义。

41. 奥佩蒂·巴丹先生说，他担心委员会远离而非接近一项解决办法。一位委员要求对伊科诺米季斯先生提案第 1 款(b)项中“违背的义务是基本义务”

一句予以界定。另一委员则问同一提案中“国际社会的基本利益”一语的含义。布朗利先生完全正确地指出，这与这其说与严格意义的国际法发展有关，不如说与国际习惯法的发展有关。伊科诺米季斯先生曾说第 1 款(a)项与第 1 款(c)项(一)目之间的区别在于责任来源：一是双边义务，一是多边义务。

42. 他认为，委员会尚未建立一个牢固的概念基础，以此正确地理解各种要素。它在理论方面花费的时间过多，如此继续下去，一定麻烦不断。它必须务实，摆脱掩盖事物本来面目的理论的细枝末节。

43. 特别报告员在所提出的第 40 条之二中指出，国家对国际社会的责任是对违背对整个国际社会的义务所负的责任。所涉问题不是“基本利益”，而是条约法明确载述的义务。他希望委员会不要拘泥该含义，要避免将非政府组织等肯定不具备国家构成要素的私营实体纳入在法律上有权援引国家责任的法律主体中。倘若继续坚持这一做法，它可能达成一项与国家责任无关、只涉及一般国际责任的公约，这与它所奉的任务不符了。

44. 阿多先生说，他同意特别报告员的意见，即一读通过的第 40 条中与多边义务、包括与普遍义务有关的方面没有得到彻底审议，所以第 40 条有几方面的缺陷。特别报告员改拟的第 40 条之二当然有所改进，引入了普遍义务这一概念，尽管这一概念的适用还存在问题。例如，当国际不法行为违反了多边条约，具备“受害国”资格的条约所有其他缔约国都有权诉诸国际法院，保护国际社会的“公共”或“集体”利益。当然，行使这一权利的条件是被告国即违背义务国必须在条约中具体同意接受国际法院的管辖，或作出《国际法院规约》第 35 条第 2 款规定的声明。因此，行使违背普遍义务产生的权利，必须具有管辖基础。东帝汶案耐人寻味：葡萄牙不仅以联合国承认的领土管理国名义提出自身权利受到侵犯，而且提出东帝汶人民的权利受到侵犯。作为非国家实体，东帝汶本身无法提出申诉，但葡萄牙主动维护东帝汶人民的自决权和对海岸毗邻海洋区域自然资源的主权。国际法院在判决中以 14 票对 2 票判定，它对争端不具有管辖权，因为要裁决葡萄牙申诉，必须首先裁决印度尼西亚的行为是否合法，由于印度尼西亚不接受国际法院管辖，所以它无法这样做。

45. 问题是，如果每个国家都可以对另一国家损害

集体利益的行为提起法律诉讼，法律是否可以得到更广泛的遵守。这种解决办法所涉危险是，每个国家都可自封自己是国际社会的警察，有责任确保自身决定的普遍义务得到遵守。

46. 他同意特别报告员改拟的草案第 40 条之二，但从概念上看也不乏困难。关于第 3 款，既然委员会讨论的是国家责任，国际法其他主体的权利应该与其无关。如果为慎重起见，可以保留第 3 款。最后，特别报告员对第 40 条第 3 款即罪行问题没有发表意见，但委员会迟早得讨论。

47. 托姆卡先生：第 40 条本是委员会第三十七会议暂时通过的第 5 条，其中“受害国”的定义，引来了各国的大量批评。特别报告员在报告第 96 段和其他地方令人信服地说明了该条在许多方面存在缺陷。委员会通过该条时，背离了以前认为所违背的国际义务的来源与把某一行为定性为不法行为，与国际不法行为引起的国际责任无关的立场。这一思想在第 17 条曾有明确表述，目前也一定程度上为起草委员会在国际法委员会第五十一届会议通过的第 16 条所涵盖。⁵ 特别报告员认为义务的来源(条约、惯例、判决)无关紧要，他为确定受害国而只限于分析不同种类的义务，这种看法是对的。

48. 一读通过的第 40 条评注⁶和特别报告员报告的一个显著特点是很少提及案例和先例，而第一部分和至少第二部分序言条文中则基于大量的国际惯例。在上述评注和报告中，特别报告员多用逻辑推理，少用经验或国家实践，这从第 112 段第二句就可以看出来。

49. 特别报告员对第 40 条的批评之一是，它过早地从义务的表述转入权利的表述。然而，他想知道，特别报告员将第 40 条之二冠以“一国援引另一国责任的权利”的标题，是否想让自己也遭受同样的批评？可以问一下，照特别报告员的看法，何时将义务表述转为权利表述，是否真有必要。是否可以将责任的内容界定为违反主要责任国家的新义务？报告和委员会的讨论表明，令人惊讶的是缺乏

完备的国际法律义务理论。所以，委员会应该感激特别报告员对四种义务分类的贡献：双边义务；对整个国际社会的义务(普遍义务)；对某一特殊制度所有当事方的义务(普遍方义务)；当事方为一些或许许多国家，但只承认特定国家或国家集团在其中具有合法利益的义务。就是在这方面引起了一些问题。例如，既然义务是对整个国际社会承担的，那么对整个国际社会的义务是否意味着国际社会是国际法的主体？如果是这样，谁代表国际社会行事？是联合国？他对国际社会成为国际法的主体，有权援引违反国际义务的国家的责任，深表怀疑。

50. 特别报告员列举了一些普遍方义务，特别是环境领域内生物多样性或全球变暖方面的义务。这些义务事实上是利益所有国家的典型义务，无论它们是否属于有关多边条约的缔约国。关于上述后一类多边义务，谁确认特定国家或国家集团拥有合法利益？他与特别报告员有同感，也认为合法利益的存在是对有关主要规则的解释或适用问题。这对于委员会目前关心的问题可能提供一个总体解决办法。对一国所违背的主要义务加以解释，不仅有助于确定该义务和以前违背主要义务的行为所致新的责任义务的一个或数个受益国。他对加亚先生的案文颇有些赞同，因为他是适用同样办法从义务的角度处理责任的，而且简明扼要。

51. 既然条款草案要适用于国家间关系，但实际上常有国家对国际组织或国际法其他主体承担国际责任的情况，所以完全有理由在案文中列入一项保留条款，说明该条款不妨害一国的国际不行为违背对国际组织或其他国际法主体的义务所产生的责任问题。特别报告员提出的第 40 条之二第 3 款表达了这一思想，不过是狭义的，因为只涉及草案第二部分。此款应列入草案，条件是起草委员会要推敲其措辞，为它寻找适当的位置。

52. 蒙塔兹先生谈及对人权义务的处理时说，有人问尊重人权的义务是否是普遍义务，所有国家是否可以不加区别都被视为“受害国”。为现实起见，必得加以区别。令人遗憾的是，目前国际社会对人权规则尚未达成一致意见。然而，各国商定了最低限度规则，即国际法院在巴塞罗那电车公司案中称为基本人权原则和规则的“最基本的”权利。国际法院援引了若干实例，如免受奴隶制和种族歧视，还可加上生命权、思想和信仰自由以及禁止酷

⁵ 见第 2615 次会议，脚注 4。

⁶ 该条(原第 5 条)的评注，见《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 25 页起。

刑等。条约法、特别是世界性或区域性的国际人权文书，如《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》（《哥斯达黎加圣何塞公约》），都承认这些“基本权利”的存在。但必须说，将这些基本权利与其他权利加以区分有点不自然，损害人权的整体性。他高兴地看到这种区分逐渐模糊了。最近的国际文书，如《非洲人权和人民权利宪章》就没有做出这种区分。他在这种情况下还提到《欧洲人权公约》某些缔约国最近承诺不援引保障条款的态度。可以问一问，实践是否不倾向于——如特别报告员在报告第 86 段提到的——以基于系统或严重侵犯人权概念的基准来替代对基本权利与其他权利所做有点过时的区分。因此，当发生系统或严重侵犯人权情况时，所有国家都可被视为受害国。这一标准或基准的好处是《国际刑事法院罗马规约》第 7 条保留了它，其中使用了“广泛或系统”等字眼。还可以指出，《国际刑事法院罗马规约》规定，国际刑事法院管辖的罪行，即灭绝种族罪、侵略、战争罪和危害人类罪为整个国际社会所关切，因为它们损害了国际和平与安全。因此，公平而论，这些罪行实施时，《国际刑事法院罗马规约》所有缔约国都可视为受到损害。这一做法的好处是回应了特别报告员在第 87 段中表示的关切，即个别受害者的权利与国家回应该加以区分，避免将人权变为国家权利。为了确定人权方面的受害国概念，他不知道是否应该有一个定量标准，用以区分基本权利与其他权利的定性标准相对应，以免质疑人权的统一性。征求加亚先生的意见后，他断定，会议开始时提到其 40 条之二提案提到的“违约行为的情况”可以同时指定定量标准和定性标准。

53. 卡姆托先生赞扬特别报告员在处理可能引起国家责任的违背义务行为之前试图对国际义务加以解释。不考虑义务理论，就无法审议这一问题。

54. 第 40 条之二的各项提案不是相互排斥的，除了加亚先生的草案外，都在设法界定哪些国家可被视为受害国，哪些国家具有合法利益。现在既然已经认真地确定了这两个概念，那么委员会应该先界定它们，再对定义作出适当结论，以便执行。

55. 关于“整个国际社会”一词，委员会不能无视现有的国际环境；这种从条款草案第 19 条照抄的措辞完全符合目前的国际法趋势。国家罪行的概念不能删掉，即使不用该词。问题是知道在哪些情况

下，国际不法行为被认为构成罪行，引起犯罪国的国际责任，并被所有国家所援引。

56. 蒙塔兹先生对人权问题的讨论做了很好的总结。希望对基本人权与其他人权加以区分是不符合实际的。在某些情况下，被认为是次要权利的东西，是落实主要权利的条件。人权是一个整体，应该尊重它们的统一性。《国际刑事法院罗马规约》提出的基准概念不能适用于生命权等个人权利。这不是说整个国际社会的基本权利应该抛弃，而是说委员会必须考虑如何参照第 19 条和实践重新表达这些权利。

57. 罗森斯托克先生说，他基本同意卡姆托先生的意见，但不会把“罪行”一词与国家联系在一起。

58. 他同意特别报告员提出的第 40 条之二比其他提法，特别是加亚先生的提法，更符合委员会必须采取的办法。最好是保留第 40 条之二，加以改进，或者分成两条。一条侧重于受另一国不法行为损害的国家，另一条侧重于对履行国际义务具有合法利益的国家。

59. 伊科诺米季斯先生说，为避免其提案第 2 款“对要求停止国际不法行为具有合法利益”的词语造成混乱，应该改为“对要求尊重所违背的义务具有合法利益”。条款草案下一章确定和规范违背有关义务的后果。

60. 贺先生指出，第 40 条之二是整个草案的轴心，他感谢特别报告员在报告第 66 至 119 段提出并详细分析一读通过的第 40 条引起的问题。除非这些问题得到解决，否则委员会无法讨论所有有关条款。这些问题包括委员会过多注意双边义务，对此用了长长的四个款，可以简化，采纳特别报告员在第 40 条之二提出的以下行文：“为本条款草案的目的，一国在以下情况下受另一国国际不法行为的损害：被违背的义务是对它单独承担的义务。”

61. 关于条款中是否应保留统一的“受害国”概念，他认为，鉴于报告中的分析，鉴于所做的讨论，提出单方面的“受害国”的概念似乎没有必要。最好是将“受害国”与未具体受到违约行为影响但“具有合法利益的国家”相区分。这也是特别报告员第 40 条之二以及伊科诺米季斯先生和辛马先生提案中包含的想法。

62. 关于是否如佩莱先生所说损害应成为“受害国”定义的核心(ILC(LII)/WG/SR/CRD.2)，他说，

不把损害列为不法行为的一个要素，并不是说所有国家都可以援引不法行为国的责任。相反，只有主观权利受到损害的国家才可以这样做。换句话说，只有违背义务行为所涉的国家才可以要求赔偿。所以，似乎没有必要在第 40 条之二中加入损害。

63. 关于第 40 条第 2 款(e)项同时提及多边条约和习惯国际法，他同意最好分别说明这两个国际法渊源。最后，如果委员会打算在不提及“受害国”概念的情况下具体规定次要义务，那么可以将第 40 条之二放在第二部分第一章。

64. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，特别报告员在报告中非常透彻地说明了第 40 条的局限性，实际上也正是第 40 条之二打算克服的局限。在目前情况下，第 40 条之二好于初始案文，但仍有改进的余地，从委员会一些委员的提案中就可以看出来。辛马先生在其提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1)中更关心诉讼资格而非损害定义本身。关于这一点，将概念从国内法转入国际法并不容易。在国内法只有直接损害可以引起诉讼资格，而在国际法则必须超越损害来加以确定，除非损害严重，否则无法办到。

65. 印度宪法也载有公共利益诉讼的概念，为解决责任和赔偿问题提出了一种解决办法，但这一概念对由国家组成的国际社会不适用。如何认定一项合法利益是整个国际社会的利益？国家并不有着同样的利益。这正是将普遍义务转化为诉讼资格的困难之处。因普遍义务可以触发援引一国的责任，这一思想尚未充分发展，无法判定所涉是以整个国际社会名义保护的合法利益，而不是与国际社会利益相悖的特殊利益。

66. 让国际社会在发生违背第 19 条所列那种普遍义务时可以采取适当行动的必要条件还不具备。因此必须审议放弃第 19 条问题。这样做的唯一理由是，任何国家实际上都不能代表国际社会援引该条款。

67. 他赞成放弃第 40 条之二，留待国际法未来的发展来解决。甚至对第 19 条也可以采取同样的办法。他同样也提议以后再拟订第 40 条。

68. 克劳福德先生(特别报告员)说，“对整个国际社会承担的义务”的概念不是委员会的发明，是国际法院提出来的。委员会只是认同了这一概念，问题是要认同何种程度。事实上，它主要注意合法利

益或法律资格。它当然不愿意使国际义务沦为与国际义务没有任何关系的政治论坛的辩论。

69. 加亚先生说，他的提案没有非常新的东西，只是措辞与特别报告员和其他人提出的草案不同。

70. 他的提案是为了避免给“受害国”下定义或避免对“权利”与“合法利益”作出困难的区分，同时力求界定第二部分所说的义务是对哪些国家承担的义务。按照主要规则，可以是另一国、几个国家、所有其他或整个国际社会。如果一国违反了国际义务，它应该赔偿，但赔偿不一定对以上实体有利：赔偿可能有利于具体受影响的国家、个人或另一实体。

71. 克劳福德先生(特别报告员)指出，委员会实质上在作选择，要么弄懂第 40 条的意思，要么提出一项极简单的案文，如“受害国就是受害的国家”。这就是他对违背双边义务行为提出的草案，肯定是合适的。问题是国际法律秩序不只是由双边义务组成。因此，问题就来了，委员会是否应忽视对违背纯粹双边义务援引国家责任的权利。为了推进这一问题的讨论，委员会委员应该注重一个关键性问题，即就法律资格原则及其后果而言，是需要阐述和解释“多边义务”概念的内容，还是提及一般国际法就足够了。

72. 他完全同意佩莱先生的意见，即违背基本规范并不意味着违背行为一定很严重。

本届会议的工作安排(续)*

[议程项目 2]

73. 卡姆托先生(规划小组主席)说，规划小组由巴埃纳·苏亚雷斯先生、伊科诺米季斯先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、伊留埃卡先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生组成，罗德里格斯·塞德尼奥先生是当然成员。规划小组欢迎委员会所有委员自由参加。

下午 1 时散会。

* 第 2613 次会议续会。

第 2623 次会议

2000 年 5 月 18 日，星期四，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504,A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告

1. 巴哈纳先生说，为了完整起见，第 40 条必须包含三项基本要素。第一个是受害国概念，因为确认受害国是就国际不法行为援引国家责任过程的关键部分。第二个是国家的合法利益的概念，因为必得区分直接受害于国际不法行为的国家与仅对引起受害国所援引的义务的行为有合法利益的其他国家。第三个要素是对整个国际社会的义务，因为在对整个国际社会的义务中，所有国家在该义务履行方面均有合法利益。直接按照国际法或人权条约等普遍接受的多边条约，根据国际法院对巴塞罗那电车公司案的判决，上述情形将会产生普遍义务。

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

2. 一读通过的第 40 条包含所有三项要素，但有人批评它不全面和措辞不确定，如特别报告员在第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)第 75 段所指出的，在义务和权利的相互关系方面引起一些混淆。第 78 段称，各国政府虽然支持在具体受到国际不法行为伤害的国家与在履行该义务中有合法利益的国家之间加以区别的主张，但也对第 2 款(e)项和(f)项和第 3 款的措词表示严重关切。这一区别会导致产生两类国家：第一类国家有权为自身要求赔偿，第二类国家则只能要求停止不法行为，要求对受具体损害的国家进行赔偿。

3. 他同意特别报告员在第 96 段提出的意见，即第 40 条未能详细说明多边责任关系在哪些方面不同于双边责任关系，对所有类别的受害国一视同仁以及未区分受违背多边义务行为“特别影响”的国家与并未受到此种影响的国家。第 40 条之二矫正了这些缺陷并载有国家责任法律后果范围内的所有必要因素：它区分了具体受害国与对履行义务具有合法利益的国家，澄清了对整个国际社会或对受害国所属的国家集团承担的义务。它还对下列两种情况作了区别：所违背的义务系对受害国单独承担的义务；一国在履行为了保护一国家集团的集体利益所确定的义务方面有合法利益。此外，它对多边关系产生的责任与双边关系产生的责任作了区别。

4. 辛马先生的提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1)没有达到他想要达到的要求，因为它完全回避了受害国这一核心问题。该提案的确保留了下列两种情况之间的区别：所违背的义务是对有关国家单独所承担的和所违背的义务是对国际社会所承担的或者它的确立是为了保护一国家集团的集体利益。然而，认为一国有权援引国际不法行为的一切法律后果而不区别个别受害国与非直接受害但在履行义务方面有合法利益的国家，这种说法无助于确定行为国责任的法律后果。此外，第 1 和第 2 款之间有明显矛盾：第 1 款谈到“所有法律后果”，但在第 2 款中，“所有”被“[某些]”一词取而代之。

5. 佩莱先生的提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.2)载有他提到的所有必要因素，但英文本至少混淆不清，需要重新起草。第 2 款似乎不相关，因为其适用取决于第 36 条之二并且与提案的第 40-2 条相重，因为该款也涉及一国的合法利益。此外，各款的序号不一致和使用不必要的标题加剧了这一混淆。然而，

重要的是，佩莱先生和辛马先生的案文均没有改变特别报告员为第 40 条之二提出的提案的第 3 款。

6. 佩莱先生提案的一个优点是它载有受害国定义，将受害国界定为“由于可归于责任国的国际不法行为而受到[物质或精神]损害的国家”。人们可以回顾，法国政府认为各条款应“明确提到一国由于另一国家的国际不法行为而在物质上或精神上遭受的损害”。³

7. 至于伊科诺米季斯先生的提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.3)，它载有特别报告员提案的所有要点但风格不同。第 1 款中的“可能，视情况而言，……特别是”等字眼削弱了该款，使之成为非专属性的。然而，“保护国际社会的基本利益”的概念，尽管相当含糊而且没有法律基础界定何时某一义务对这种保护“至关重要”，但赞成对严重违反义务责任国采取较强有力措施的人则会欢迎在第 1 款(b)项提出这一概念。

8. 关于一读通过的第 40 条第 3 款的有争议问题，可以认为提议的条款第 1 款(b)项基本上包含了影响整个国际社会的最严重国际不法行为和侵犯人权行为，但是他认为应对构成国际罪行的此种行为本身另行分类。因此，第 40 条之二第 1 款(b)项应以某种方式提到此类行为。此外，特别报告员在答复有些委员表示的关注时应该在其提案中增加一款，提出受害国定义。

9. 加利茨基先生说，特别报告员做了出色的工作，重新起草了一项条款，该条最初的形式可以说是对可能出现的情况的一个过于详细但没有效率的列举的典范。他转变了重点，由虽然复杂但仍非详尽无遗的“受害国”定义转到一国援引另一国责任的权利问题。在这样做时，他着重阐述国家有权援引有关多边义务的责任问题和受不同影响的国家可能援引一国责任的法律后果的程度。他还提出了狭义受害国与本身没有受到违反国际义务具体影响但具有合法利益的国家之间的区别。该区别似乎理由充足，从有关普遍义务——对整个国际社会的义务——的巴塞罗那电车公司案角度而言更是如此，因为在这种情况下，所有国家可认为对保护所涉权利具有合法利益。

10. 第 40 条之二似乎得到了委员会委员的普遍赞同。委员们提交的个人提案不是为了质疑特别报告员的想法，而是旨在予以改善和澄清。着重一国援引另一国责任的权利而不是受害国的定义，是所有提案的共同点。前进的最佳途径是确定各提案中和辩论期间发表的意见中的共同点，并将它们与特别报告员提出的本条草案合并。

11. 第 40 条之二的最后案文势必要考虑一国援引另一国责任的权利的两大主要可能来源的基本区别，即一国因国际不法行为遭受的损害和一国在履行国际义务方面具有的合法利益。佩莱先生强调该区别是正确的，因为它对于进一步审议国家责任次要后果很重要。当一国的合法利益受到影响，但该国并没有受到直接损害，可允许作出回应的范围似乎较窄。然而，该条也应体现另一区别，即双边义务与多边义务之间的区别。正如特别报告员在其报告第 102 段指出的，处理双边义务是一个相对简单的问题，似乎也充分体现于第 40 条之二第 1 款(a)项。在比双边义务要复杂得多的多边义务情况中，特别报告员在表 1 中对三种类型的多边义务作了区别：对整个国际社会承担的义务(普遍义务)；对某一特定制度所有当事方承担的义务(普遍义务)；几个或许多国家为当事方但特定国家或特定国家集团被认定有合法利益的义务。令人遗憾的是，第 40 条之二的实际案文没有明确体现这一分类。该条分为两款，反映了对受害国和具有合法利益的国家的区分；将多边义务分为三类，与该区分搅一起，似乎没有得到体现。该条也有一些重复：例如，普遍义务出现在第 1 款(b)项和第 2 款(a)项，而对国家集团承担的义务则出现在第 1 款(b)项和第 2 款(b)项。必须将按照国家援引另一国责任的权利渊源和根据义务类型进行分类的这两种分类方法进行统一，似乎在所难免。

12. 委员们提出的提案有一共同趋势，即简化措词和突出基本概念，不过加亚先生的提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.4)做得比较过分。只有当特别报告员提出的概念被否决，那才会有用，根据讨论情况，这不大可能发生。最佳途径是将特别报告员提出的第 40 条之二，连同讨论期间提出的意见和提案，一起交给起草委员会。

13. 有一项关于能否将第 40 条之二分为独立的两条的提案，即罗森斯托克先生的提案(第 2622 次会议)，似乎特别值得注意。第 1 和第 2 款处理的是与

³ 见 2613 次会议，脚注 3。

受害和合法利益有关的不同类型问题，如果将该条一分为二有可能更明确表述一国援引另一国责任的条件的条件和程度，则可以将其分开。那样将必须为第 40 条之二第 3 款找到合适的位置，因为辩论期间已强调了该款内容的重要性。

14. 最后，他认为第 40 条之二的案文没有充分体现或以最佳方式反映特别报告员在其报告中表示的意见。鉴于这些意见似乎可完全令人接受，起草委员会应努力赋予它们以最终形式。

15. 卡巴齐先生感谢特别报告员编写精彩的第三次报告和第二部分第一章中关于一般原则的五条草案。讨论期间提出了有用的问题和重要的建议，丰富了该专题，并为特别报告员和起草委员会提供了指导意见。前四条相当令人满意，但第 40 条之二就不那么令人满意了。例如，有人已经指出了该条的标题与内容之间不一致。

16. 的确需要拟定一条清楚阐明哪个国家或哪些国家可援引另一国家或另一些国家的责任的条款，这是整个项目的核心。特别报告员提出的第 40 条之二实质上达到了要求。鉴于只有当一个国家能够宣称在物质上或精神上受另一国家的国际不法行为的伤害，它才可援引另一国家的责任，那么阐明如何和何时视某一国家受到如此伤害十分重要。

17. 该条在许多方面比一读通过的第 40 条有重大改进。对法律顾问和实务人员，包括非法律工作者的领导人来说，非常需要比原 40 条更简明的规定。委员会委员提出的四项提案各有其巨大长处；起草委员会应予以适当考虑。然而特别报告员的案文对满足最终用户的要求大有帮助。尤其值得欢迎的是案文对两种情况作了重要区别：第 40 条之二第 1 款处理的是由于违背双边或多边义务，一国家受到直接伤害；第 40 条之二第 2 款涉及仅对履行义务有合法利益的国家。确保履行国际义务即可满足此种合法利益。在这样的情况下，所涉国家应该仅关注停止不法行为和酌情关注不重复的保证，但不应关注对赔偿的索求，那是第 1 款设想的国家所关注的问题。

18. 特别报告员提出的第 40 条之二应与讨论期间提出的各种建议一起提交起草委员会。

19. 克劳福德先生(特别报告员)对讨论作了小结。他感谢委员们就第二部分的核心问题提出的有益意

见和深刻批评。这是自 1985 年委员会第三十七届会议以来就该问题进行的第一次辩论。这次讨论的另一长处是它在一定程度上消除了布朗利先生对委员会承担任务过多的关切。

20. 支持第 40 条的委员很少；他为该条缺陷开列的清单得到委员们的普遍认可。该条处理双边义务部分篇幅冗长。关于多边义务方面，正如托姆卡先生雄辩论证的(同上)，该条不严谨、重复并与草案其余部分不对称。它没有立足于援引多边责任的现行法律，特别是巴塞罗那电车公司案和 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项。最后，它将义务与权利相提并论，因而没有处理在履行义务方面具有不同利益的国家的国家的问题。贺先生指出了普遍义务和普遍权利之间的显著不同(同上)。就责任国的义务而不是另一国或另一些国家的权利而言，委员们普遍支持第二部分的案文和第二部分与第二部分之二两者之间的拟议区别。显然，将第 40 条之二提交起草委员会的意见也得到大力支持。用只言片语简单处理双边义务的提案同样得到了认可。

21. 然而，除了这几项以外的领域分歧较大。布朗利先生指明(第 2616 次会议)需要为法律实务人员而不是法律教授起草一项案文，主要目的是供国家使用，而不必深究基本理论问题，以免忽视草案的目的。奥佩蒂·巴丹先生非常中肯地提醒我们，必须完成案文以便提交大会 2001 年第五十六届会议。他同意布朗利先生的下列两点意见：一是需要谨慎；二是就多边义务而言，问题并非是否要反致一般国际法而是应该在多大程度上反致一般国际法。显然，情况仍在发展，几乎不可能全面阐述，遑论法律编纂。因此内容在一定程度上要灵活。

22. 现已提出了两种办法。第一种办法体现于他的提案和伊科诺米季斯先生、辛马先生及佩莱先生的提案中。这种办法试图在多边义务领域作额外澄清和进一步说明。由加亚先生倡导的第二种办法，是对有权援引责任的国家规定给出一系列定义，实际上却没有具体说明这些定义是什么。的确正如特别报告员里普哈根在初步报告⁴中所说，义务越重要和越普遍，国际法中有关谁有权援引该义务的指导

⁴ 《1980 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 128-129 页，A/CN.4/330 号文件，第 97 段。

就越少。尽管有巴塞罗那电车公司案的判决，但国际法院几乎没有因为所给予的指导而受到注意。然而，第二种办法应予以采纳，不是作为第一思路，而是作为退一步的考量，以免起草委员会的工作无法更明确地阐述多边义务。如果采纳一般反致，委员会就没有资格再对各类受害国作任何进一步区分。尽管如此，这种区分仍然是必要的，因为普遍认为受害者——即使是诸如侵略罪行的受害者——的立场与对维护和平与安全有利益的第三国的立场是不同的。起草委员会应探索第 40 条之二的各种案文，以便就多边义务提供一些进一步的说明。

23. 他虽然不同意哈夫纳先生的意见，但同意布朗利先生和佩莱先生的意见，即尽管处理第 40 条时必须着眼于一般义务理论，但委员会的关注更明确：确定哪些国家应该能够援引另一国家的责任和它们可以这样做的程度。关于这一点，他要强调 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项的价值；该项是该公约中出现“双边”字眼的唯一地方。委员会从条约法的角度处理该问题，对双边和多边义务作了区别，强调特别受违背多边义务行为影响的国家能够在下列背景下援引这一违反义务行为：与多边义务有关的权利的“所有权”属于集体缔结条约的国家而不是个别国家。委员会最近的讨论意味着有关权利属于特定国家。这适用于双边条约和双边义务。然而，第六十条第二项涉及的是不同的问题，即因严重违约而中止多边条约。如果一个国家可以中止一项条约但却不能要求停止违约行为，那就会让人感到奇怪。因而，这两个问题有直接的类比关系。

24. “特别受影响国家”的提法也有助于处理危害或损害问题，因为受害国必须被视为处于特殊情况。可能有一系列特别受影响国家，但即便如此，相对而言范围不会太广。第 40 条对此没有加以处理是个问题，一些其他提案包括辛马先生经修订的提案也没有处理该问题。

25. 在讨论多边义务时，解释国际法院在巴塞罗那电车公司案所做判决的有关段落出现了分歧，但该案仅仅是讨论的起点。违约行为的受害者与对履行义务有利益的国家之间存在区别，第 40 条应体现这一区别，对此论点无异议。

26. 第 40 条之二第 3 款规定国家以外的实体可援引责任，对此款的保留意见也现了分歧，但普遍意

见似乎是该款有其价值。他认为该款至关重要，因为它消除了草案第一部分与其余部分之间在范围方面的不同。因此，它必须有一席之地，但确切置于何处则是起草委员会要决定的事。

27. 第 40 条非常笼统地提到人权，没有考虑草案中的其他条款，也间接授予在“普通”侵犯人权情形中毫无正当理由可言的的反应权利。他本人的意见是，委员会应始终如一，坚持草案应适用于整个一系列国家义务而不以任何特别主要义务为基础。应该就国际义务达成一种立场；各种人权义务，无论是全球性的还是区域性的、具体的还是普遍的、被广泛接受的还是有争议的，均应在该框架内找到其自己的位置。哈夫纳先生说得正确，第 40 条之二间接处理区域人权义务令人质疑；起草委员会得考虑该问题。

28. 他完全同意辛马先生对佩莱先生所提伤害(injury)问题作出的反应。用一个中性词来表达，危害(harm)概念是直接相关的概念，他已经用源于 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项款的“特别受影响国家”的提法来体现它。加利茨基先生提到多边义务提法重复的问题。这种文字肯定不优美，但却是必要的，因为侵略受害者的处境不同于侵略所涉及的第三国的处境。这恰恰正是国际法院在纳米比亚案中就西南非人民的权利与联合国或个别会员国如埃塞俄比亚和利比里亚的关切之间的区别所发表的意见。佩莱先生的提案引起的另一问题是，“[物质的或精神的]损害”造成把握不定的困境。它是对一些未经指明的法律体系的反致，就其本身而言，不是一项描述。

29. 各种备选提案的另一共同点是可称之为“第 19 条争议”的东西。他充分尊重有些委员的愿望：草案应当适当区分最重要的义务，即整个国际社会关切的义务，与最严重违背这些义务的行为。他同意佩莱先生的意见，有可能存在违反不可克减的义务的行为，就集体回应而言它不会引起整个国际社会关切的根本问题。

30. 第 40 条第 3 款的问题是它与对整个国际社会承担的更为一般类义务相重叠并为后者所包含。如果此类义务存在，则是一个次要类别。但此类义务一旦确立，如国际法院在巴塞罗那电车公司案中所做的那样，所有国家对履行这些义务均有利益，对第 40 条之二而言就没有必要再阐述了。佩莱先生尽

管断言国家有可能犯罪，但在其提案中明确接受这一点。他本人认为，也许有必要在草案其他条款中反映这些其他内容，但他几年来主张的办法是从实用角度处理该问题并对责任进行仔细审查，为其在草案中产生的具体目的而服务。援引责任是一回事，援引责任引起的后果则可能是另一回事。这样可将该问题分门别类并就它的一些要素达成协议。因而，他喜欢佩莱先生的方法胜过喜欢伊科诺米季斯先生采取的方法，当然伊科诺米季斯先生提案的各个方面非常雄辩和简洁，可由起草委员会予以考虑。尽管如此，一旦承认国家对履行普遍义务具有受法律保护的利益，那么援引问题就在此程度上得到解决。再有问题，到时候再处理。伊科诺米季斯先生还问，定义应该是包容性的还是排除性的。这是起草委员会应该铭记的一项深思熟虑的意见。鉴于认识不断变化，应该制订包容性的定义。

31. 辛马先生说，为了简化起草委员会的工作，他撤回经修订的提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1)，但保留他的原始提案(ILC(LII)/WG/SR/CRD.1)。

32. 加亚先生说，特别报告员的草案和委员们的提案间接提到委员会不可能界定的概念，如“普遍义务”、“特别受影响国家”等。起草委员会会努力处理这些问题，但它仅能尽力而已；委员会正走向布朗利先生于讨论一开始就谈到的难题。

33. 有些提案认为，凡是仅具有合法利益的国家，仅可以援引责任：他们可以要求停止不法行为，也许还可以要求不重复的保证和承诺，但再不能要求其他任何东西。假定所涉义务之一是国家侵犯了对其国民的人权义务，委员会所说的是赔偿义务。在其他国家没有受到特别影响，因此其他国家也没有权利援引赔偿义务时，委员会不妨主张无赔偿义务可言。必须考虑两个方面：义务是对谁承担的和义务的受益者是谁。从有权要求某些义务必须履行的意义上而言，所有国家应该具有援引权，尽管并非为了它们自己的利益。反措施不是目前要讨论的问题。

34. 辛马先生说，加亚先生的意见有力地阐述了委员会所面临的程序问题。委员会负有责任，因为它造成部分混淆，并引起斯里尼瓦萨·拉奥先生和其他委员对重新开展援引国家责任问题的讨论提出了一些担心。换言之，委员会并不真正清楚一切后果。目前它所具备的一切只是报告的表 2。关于不

直接受到违反普遍义务行为伤害的国家的权利，表 2 列举了若干可能性。按照他对该可能性清单的理解，这些国家可以不仅仅笔之于书或宣布发生了违约情况：任何国家可代表受害者行事，并具有整个一系列救济，包括在确凿证实严重违背义务情形中采取反措施。正是基于对表 2 的这一解读，他基本上同意特别报告员提出的处理办法。

35. 卡姆托先生说，关于以义务而不是以权利为基础的处理办法，他从来没有反对把特殊严重性这一要素作为干预理由。人权与保护若干项权利的国际义务两者之间的混淆，意味着对不同类别的人权难以作区别。关于国际社会任何其他成员国可能有权利以发生侵犯人权行为理由进行干预或援引另一国的责任问题，这里显然需要侵权行为有一定程度的严重性。也许甚至有必要在案文中明确使用“严重”的字眼，因为当委员会谈到酷刑或灭绝种族罪等问题时，它是从国际义务的角度出发处理该问题的，而当它谈到，比如说，生命权时，它是从人权角度处理该问题。这一区别是有用的。

36. 显然，普遍义务概念的内容不为人知。如果使用该词而不加以界定或规定保障条款，就完全可以断定，面对普遍义务的每个国家均有权援引另一国的责任，甚至采取反措施。这是一条十分危险的办法，因为它会打开潘多拉的盒子，引起无尽的问题。不应该忘记处理影响人权的情况已有其他机制：安全理事会经常根据《联合国宪章》第七章对此种情况进行干预，因此委员会没有理由让各国采取反措施来回应违背普遍义务行为。

37. 戈科先生说，当第 40 条一读获得通过时，人们曾希望有可能制订的条文会简明扼要，然而又具备足够灵活性以涵盖一切有关问题。他的初步印象是加亚先生的提案正是这样做的。

38. 斯里尼瓦萨·拉奥先生提到诉讼资格问题，他似乎将此与合法利益相提并论了。这一点与目前的讨论密切相关，不妨在起草委员会处理。

39. 伊科诺米季斯先生说，加亚先生完全正确：他列举的事例是恰切的，也是特别报告员的草案没有涵盖的。他也同意卡姆托先生的大部分意见。对某些非常严重违约行为，有必要扩大受害国清单。但不管怎样，委员会的最终案文不得妨碍国际法通过习惯法取得发展。

40. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望将第 40 条之二提交起草委员会。

就这样议定。

上午 11 时 25 分散会。

第 2624 次会议

2000 年 5 月 19 日，星期五，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

外交保护(续)* (A/CN.4/506 和 Add.1¹)

[议程项目 6]

特别报告员的第一次报告(续)*

1. 主席注意到委员会已完成对外交保护草案第 1 至 4 条款的审议，请特别报告员总结讨论情况。
2. 杜加尔德先生(特别报告员)感谢委员会委员以建设性态度参加辩论。他知道，许多人本宁愿他不把第 2 和第 4 条款草案列入第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)中，但从理智上讲他觉得必须这样做。

* 第 2620 次会议续会。

¹ 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

3. 就第 2 条而言，必须承认，一些国家认为使用武力是外交保护的终极形式。在二战前后的文献中都可见到支持这一立场的意见。事实上，一些国家曾多次为保护其国民采取武力干涉行动，同时争辩说它们在行使外交保护权。可以预见，它们将来还会继续这样做。凭心而论，和两位前任一样，他不能认为，就保护国民而言，在所有情况下使用武力都是非法的。但是，他尝试让此类干预受到严格限制。有些委员不接受草案第 2 条，理由是《联合国宪章》禁止甚至为了保护国民而使用武力，只有在受到武装攻击的情况下，才能使用武力。但是，委员会多数委员对《宪章》的规定没有采取坚定立场，宁愿摒弃第 2 条，因为它根本不属于外交保护议题的范围。辩论情况表明，在“外交保护”的含义上没有一致意见，但也表明，外交保护不包括使用武力。因此，委员会不接受草案第 2 条这一点是相当明确的。

4. 至于关于国家保护国民义务的第 4 条，特别报告员承认，他是引入了拟议法提案。上文已经指出，提案得到一些撰写人以及第六委员会和国际法协会代表的支持；提案甚至被纳入一些宪法。因此，这是逐步发展国际法的一项工作。但是，一直以来都普遍认为，这一问题尚未成熟到值得委员会注意的程度，在能加以审议之前，还需要更多国家实践，尤其还需要形成更多法律概念。因此，委员会不接受草案第 4 条也似乎是相当明确的。

5. 提到草案第 1 和第 3 条背后的一般哲理，他注意到，委员会委员一致认为外交保护的概念没有过时。外交保护是保护人权的一种手段的观点受到强烈支持，不过一些委员认为过分强调了人权方面，另一些委员则认为外交保护与人权根本无关；然而这是少数人的观点。

6. 对外交保护是建立在拟制基础之上的观点也没有强烈反对意见。委员会多数委员认为，它首先是保护一国国民，其次从更广的角度来看，是保护全体人类的一种手段。然而，对外交保护的总体范围并无定见。题目本身受到批评，一些委员建议明确一点，即外交保护行动的目的不是为了保护外交人员，而是身在国外的国民。在外交保护行动是否包括职能保护的问题上也存在意见分歧。

7. 对第 1 条没有重大反对意见。但是，有人对所使用的语言提出质疑，特别是“行动”一词，不同委员对它有不同理解。有人表示认为，应该进一步

注意这一问题。有些委员也认为，第 1 条的措辞应该与国家责任条款的措辞一致。在这方面，他指出，不满意度在很大程度上是由某些词语的法语译文引起的。

8. 对进行外交保护之前必须有不法行为发生这一观点提出了一些值得注意的意见。布朗利先生和加亚先生提请注意潜在不法行为的可能性，例如所规定措施可能构成不法行为的一项法律草案。这个问题也需要进一步审议。

9. 在第 3 条中，他建议委员会采取出自常设国际法院在马夫罗马蒂斯案所做判决的传统观点；该观点认为，外交保护是国家的权利，国家并不是以国民的名义行事。一些委员曾表示认为，应该更有力地强调国家的诉求。另一些委员认为，应该更加强调国民受到损害是违背国际法的结果。他认为，条款草案中含有这个意思，但他同意可以把这个意思更明确表达出来。

10. 第 3 条还规定，根据第 4 条，国籍国在行使外交保护时拥有自由裁量权。一些委员恳求他不要强调国家自由裁量权，因为这会有损于目前争取在宪法上坚持国家保护国民的义务的努力。其他委员甚至建议，把第 4 条的一些规定列入第 3 条，以争取限制国家的自由裁量权。

11. 总的来说，第 1 条和第 3 条似乎得到很大支持，绝大多数委员赞成将这些条款直接提交起草委员会。但是，鉴于出现的各种困难，尤其是有关第 1 条的问题，他认为这样做还为时尚早，最好在提交起草委员会前通过非正式磋商审查这些条款然后在全体会议上重新审议。

12. 罗森斯托克先生回顾说，有人在辩论开始时曾提出，委员会最好不对关于使用武力的第 2 条第 4 款和《联合国宪章》第五十一条进行辩论，因为这不属于在审专题的范围。从这个意义上讲，说关于草案第 2 条主旨的任何具体观点在讨论中占上风，是不准确的。他的印象是，委员会不认为需要在外交保护条款草案背景下提出这一问题。如果会议记录显示委员会所有委员都同意某一具体观点，那将是令人遗憾的。委员们一致同意的是，不就此问题采取立场。

13. 布朗利先生说她同意。许多委员都说过，使用

武力问题不属于委员会在外交保护方面的授权范围。他希望在非正式磋商中注意在可能受到损害时实行外交保护的问题。

14. 伊科诺米季斯先生说，委员会一致认为，外交保护是一种和平的国际体制，但后来又分为两派意见，一派意见赞成条款草案中明确载入一项规定，排除使用武力，也排除对一国内部或外部事务的干涉；另一派意见认为这种规定没有必要。

15. 杜加尔德先生(特别报告员)说，罗森斯托克先生的评述正确反映了委员会的认识，即使用武力问题不属于外交保护的范畴。他只想说明，委员会少数委员的意见较强烈。

16. 卡特卡先生说，会议简要记录本身就应说明问题，不需要特别报告员再加评注。伊科诺米季斯先生正确地说，委员会整体认为外交保护是一种和平机制。然而，坎迪奥蒂先生等其他委员则提出不同建议。因此，不能下结论说已就任何问题取得一致意见。

17. 庞布-奇文达先生说，伊科诺米季斯先生正确地提到，对草案第 2 条的主旨有两派意见。一派意见根据现代一般国际法原则认为，消除一切模糊痕迹至关重要，因此，条款草案应包括禁止使用武力。另一派意见认为这没有必要。坎迪奥蒂先生、加利茨基先生和卡姆托先生等其他委员则建议，为了解决这一问题，反映两种趋势中第一派意见的措辞应纳入草案第 1 条。委员会最后没有作出任何决定。

18. 他遗憾地注意到，特别报告员的总结没有准确反映辩论情况，杜加尔德先生没有提到几次提出的处理本专题的方法和办法的一些主要事项。委员会所有委员都认为需要比报告更明确地限定、澄清和重新界定这一问题的范围。第 1 条在这方面至关重要，因为它决定了外交保护的范畴，条款草案的所有其他规定均衍生自这一条。委员们提出的所有实质性问题都与这一条有某种关系。因此，他赞成进行非正式磋商，以确定是否应该恢复有关工作。

19. 主席提醒说，第 1 至 4 条的讨论已经结束，特别报告员已经作了总结，不应该重开讨论。

20. 戈科先生说，针对第 2 条曾进行过一次深入的辩论，辩论情况表明使用武力的问题不属于外交保

护的范畴。因此，他认为，草案必须规定绝对禁止在进行外交保护时使用武力。

21. 主席说，如果无异议，他就认为委员会同意以非正式磋商的形式重新审议第 1 和第 3 条。

就这样决定。

22. 主席请特别报告员介绍其第一次报告所载草案第 5 至 8 条。

23. 杜加尔德先生(特别报告员)说，第 5 条实质上审视了诺特博姆案中所述原则，即为实行外交保护之目的，在国籍国和有关个人之间应该有有效联系。问题是，这个原则是否准确反映了习惯法，是否应该加以编纂。

24. 诺特博姆案被视为有关下述立场的权威案件：不论是在双重或多重国籍的情况下，还是在国民只有一个国籍的情况下，国民和国籍国都应该有有效联系。但是，有两个因素可能限制了该案判决的影响，使之成为非典型判决。第一，对列支敦士登根据国内法将国籍给予诺特博姆的合法性仍然存在疑问；第二，诺特博姆与危地马拉的关系肯定比他同列支敦士登的关系密切。因此，他认为，国际法院并无意针对所有国家宣布诺特博姆的列支敦士登国籍地位。它审慎地将判决局限于列支敦士登代表诺特博姆针对危地马拉行使外交保护的权利，因此，并没有回答列支敦士登是否能针对危地马拉以外的国家保护诺特博姆的问题。

25. 关于这项原则的适用，国家实践方面的资料很少，学术界的意见也有分歧。接受这一原则将会严重影响外交保护的范畴，因为在现代世界中，由于全球化和迁徙，许多凭出生或血统取得国籍的人与国籍国并没有有效联系。这就是为什么他认为不宜严格适用真正联系原则，而且不应由此推导出普遍规则。因此，他提出的草案第 5 条规定，“为自然人的外交保护之目的，‘国籍国’系指寻求保护的自然人凭出生、血统或善意归化获得其国籍的国家。”它借鉴国籍法所遵循的两项基本原则。第一，国家行使外交保护权依据的是国家和个人之间的国籍关系；第二，应由每一国家根据本国法律确定谁是其国民。它还考虑到本报告第 95 至第 105 段以理论、案例法、国际惯例和一般法律原则所示，这种权利远不是绝对权利，而是一种相对权利。例

如，出生和血统都被看作为给予国籍和为外交保护之目的承认国籍的令人满意的联系因素。原则上，这也适用于通过归化给予国籍的情况，无论是通过结婚和领养依法自动获得国籍，还是满足居住要求后通过个人申请获得国籍。国际法不承认以欺骗手段实现的归化、以歧视方式批准的归化或在国籍国与个人没有任何关系的情况下实现的归化。这种情况属于给予国籍的国家滥用权利的问题，这就使归化成为恶意的。但是，要预先假定国家是善意的，它在决定给予其国籍所必须的联系因素时是有评估余地的。

26. 第 6 条涉及双重或多重国籍问题，这是国际生活中的一种现实情况，虽然并非所有国家都承认。问题是，一国籍国是否可以针对另一国籍国为一具有双重或多重国籍的国民实行外交保护。编纂工作、国家实践、司法裁决和学术论文在这个议题上都有分歧，详见报告第 122 至 159 段。但是第 6 条中所倡导的规则却得到了支持：在某些条件下，甲国籍国可针对乙国籍国为一受害国民提供外交保护，如果该受害人的主要国籍是甲国国籍。主要或有效国籍的标准很重要，法院必须认真考虑有关人员与甲国的关系是否比与乙国更密切。

27. 第 7 条涉及为双重或多重国籍的国民针对第三国实行外交保护的问题，第三国即有关人员不是其国民的国家。第 7 条指出，任何国籍国均不必证明其与有关人员之间存在有效联系，而只需按照第 5 条证明有国籍关系即可实行外交保护。这是以伊朗—美国索赔法庭和联合国赔偿委员会的裁决为依据，在意见分歧的情况下商定的一项折中规则。

28. 第 8 条阐明的为无国籍人和难民实行外交保护的规则是逐渐发展国际法的一个实例。这一规则显然不同于迪克森车轮公司案中所阐述的传统立场。特别是在第二次世界大战以后，通过了有关无国籍人和难民的若干公约，但并未涉及外交保护问题。许多作者认为这是一种疏忽，应该予以弥补，因为基于伊朗—美国索赔法庭的判例，居住地是涉及个人与一国之间关系的一个重要方面，而某国又是一些难民和无国籍人士的居住国，则该国必能够保护这些难民和无国籍人士。接下来的问题就是，虽然并没有关于这一问题的做法和判例，委员会是否准备沿着这条路继续走下去。

29. 布朗利先生感谢特别报告员进行了非常有益的

研究。报告提供了大量有用的材料，特别是相关的判例和伊朗—美国索赔法庭和(科威特—伊拉克冲突以后设立的)联合国赔偿委员会等专门司法机关作出的裁决。然而，他对杜加尔德先生的分析并非一概接受，并对草案第5至8条提出了严肃批评。

30. 以国籍作为外交保护权根据的第5条，未考虑到若干政治和社会现实。众所周知，在许多传统社会中没有出生登记规定，在这种社会中，很难让许多文盲证明其国籍。另一种情况是，战争受害者和难民仓促跨越国界，通常没有旅行证件，只能口头说明其来处。要求这些人证明其国籍，特别是出示证件，显然毫无意义，重要的是事实。

31. 在这个意义上，“有效国籍”原则很有用，为确定国籍提供了依据，否则便没有依据，但特别报告员在这个问题上的立场似乎有点不明确。他在报告第117段评论第5条时采取审慎立场，说：“如果严格适用诺特博姆案中提出的真实联系要求，就会严重削弱传统的外交保护理论，因为它实际上会使数以百万计的人得不到外交保护”，然后，他又在对第6和第8条的评述中再次得到这一原则，赋予它很重大的积极作用。

32. 诺特博姆案并未确立有效或主要国籍原则。关于这一原则，多年来有许多法语国家的资料。在国家实践中，常常是以居住地而非国籍作为解决领土争端时要考虑的联系因素。在现实世界中，在不可能通过普通证件证明的情况下，居住地就是实行外交保护的依据。

33. 他不希望在现阶段提出正式草案建议，他认为，应该删除第5条“血统”一词后面的“或”字，并应在“善意归化”一词后增添“或一般国际法所确认的其他关联因素”等词。

34. 奥佩蒂·巴丹先生说，他完全赞同布朗利先生的意见，甚至认为可更进一步。以国籍作为行使外交保护权的依据，不仅忽略了无国籍人士、难民等的情况，而且忽略了国民在国外定居的情况越来越多。居住地作为与东道国的一种实际关系，与国籍一样有效。即使这种关系超出了传统概念的范围，仍是当代生活的一个现实，委员会应该予以考虑。在对第5至第8条的审议中，不应将居住地只看作一个附带因素，而应看作一个实际联系因素。

国家单方面行为(A/CN.4/504, C节;
A/CN.4/505; ² A/CN.4/511³)

[议程项目 7]

特别报告员的第三次报告

35. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(特别报告员)在介绍关于国家单方面行为的第三次报告(A/CN.4/505)时说，报告分为概述和一章二部分。在概述中，他考虑了以1969年《维也纳公约》为本题依据的可能性，并提到了单方面行为与禁止反悔之间的关系；在一章中，他建议重新拟订载于第二次报告⁴中的第1至第7条。新条款草案案文如下：

第1条. 单方面行为的定义

本文件中所涉的“国家单方面行为”是指由一个国家作出的，意图对一个或多个国家或国际组织产生法律效力的，且为该国或该国际组织所知的明确意思表示。

第2条. 国家作出单方面行为的能力

每个国家都有作出单方面行为的能力。

第3条. 经授权以国家名义作出单方面行为的人

1. 国家元首、政府首脑和外交部长视为可以国家的名义作出单方面行为的国家代表。

2. 若有关国家的实践或其他情况可表明该国有意视某人代表国家名义作出某种单方面行为的被授权人，则此人可被视为经授权以国家名义作出该单方面行为的人。

第4条. 未经授权的人所作行为的事后确认

未依照第3条授权以国家名义行事的人所作单方面行为，非经该国明示确认，不产生法律效力。

第5条. 单方面行为的无效性

出现下列情况，一国可援引单方面行为无效：

(a) 一国行为的作出是以该国在行为作出时假定存在的一项错误事实或错误情况为基础，而该项事实或情况构成

² 同上。

³ 同上。

⁴ 《1999年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/500和Add.1号文件。他第二次报告提出的条款草案案文，同上，第一卷，第2593次会议，第24段。

了该国同意接受该行为约束的根本基础。但如错误是由该国本身的行为所促成，或如当时情况足以告知该国有错误的可能，则上文规定不适用：

(b) 一国因受另一国欺诈行为诱使而作出该行为；

(c) 该行为是因行为者受他国直接或间接行使的贿赂行为而作出的；

(d) 该行为的作出是因行为者受到行为或威胁的胁迫所致；

(e) 该行为的作出是因受到违反《联合国宪章》所载国际法原则以武力威胁或使用武力所致；

(f) 单方面行为作出时与国际法强制性规范冲突；

(g) 单方面行为作出时与安全理事会的决定冲突；

(h) 单方面行为的作出与行为国国内法的一项具有根本重要性规范冲突。

36. 1999 年 10 月 30 日，秘书处向各国政府发出一份调查表，⁵ 调查各国在单方面行为领域的实践。遗憾的是，他在编写报告时，尚未收到任何政府的答复。但是自那以后，已有一些政府做出了答复。

37. 人人都承认单方面行为在国际关系中发挥的重要作用以及制订规范这种行为运作的具体规则的必要性。但单方面行为的性质千差万别，一些国家政府甚至怀疑能否制订对此类行为普遍适用的规则，因此更难做此类编纂和逐渐发展。但这一观点必须加以限定，因为应当有可能找出所有这类行为的共同特点，从而制定出普遍适用的规则。

38. 关于能否以 1969 年《维也纳公约》为基础的问题，他注意到，委员会委员在前几届会议上就此问题发表了极为不同、甚至是相互抵触的观点。为了避免再度引发无休止的讨论，他支持采用一项折中办法：虽然把《维也纳公约》的条款照搬给单方面行为显然是不可思议的，但也不能忽视该份文书及其准备工作材料。《维也纳公约》中关于行为的准备、执行、法律效力、解释和延续时间等内容显然十分有用，值得借鉴，可单方面行为当然也有自己的特点。

⁵ 见大会 1999 年 12 月 9 日第 54/111 号决议，第 4 段。

39. 单方面行为与禁止反悔之间的关系十分清楚。不过，他在报告第 27 段中已指出，应当记住，与禁止反悔有关的行为和举措的具体目的不是为利用这种行为的国家确立一项法律义务。此外，禁止反悔的独特要素不是国家的行为，而是另一国对这种行为的依赖。

40. 鉴于委员会委员上届会议期间发表以及第六委员会发表的意见，特别报告员特别谨慎地重新拟订了关于单方面行为定义的第 1 条(原第 2 条)。单方面行为定义非常重要，因为它是全部条款草案的基础。争议点与其说是说明一个术语的含义，不如说是界定一类行为，以确定专题的范围。有几个要素是决定性的：行为国的意图、“行为”一词的使用、法律效力及自主性问题，或更准确地说，行为的“非从属性”。一切单方面行为，不论是抗议、弃权、承认、允诺、宣战，还是其他，都有一个共同点，即它们都单方面意愿表示，是由一国针对行为对象(不管是一国、数国、整个国际社会还是一个或多个国际组织)作出的，目的是产生某种法律效力。但实际上，单方面行为可能会采取各种形式，并没有使问题简单化：例如，抗议可与允诺一样，通过书面或口头声明提出，也可以通过断绝或中断外交关系或召回大使等所谓“明确的”行为来提出。问题是，这类行为是否真的是条款草案意义上的单方面行为。

41. 然而，所有单方面行为都有一个基本要素，即行为国的意图。正是根据这一点才能确定一国是否有意在国际上作出法律承诺或政治承诺。如果国家未作出这样的承诺，那么严格来说，就不存在单方面行为。

42. 值得注意的是，在新草案第 1 条中，“行为”一词取代了原第 2 条中的“行为[声明]”一词。国家通常是以书面或口头声明的形式表示弃权、抗议、承认、允诺等，所以乍看起来，这个词似乎可以作为共同特点，但他最后还是采纳了一些人的意见，认为这种办法限制太严，“声明”一词也无法适用于某些单方面行为。因此，他决定采用“行为”一词。“行为”更具概括性，好处是不会事先将任何实质行为排除在外，但某些行为或决定性行为，如允诺方面的行为，是否可被视为单方面行为，疑问仍在。

43. 已提出的另一个问题是法律效力问题。当然，这个问题以后阶段将详加论述。在旧文本中，法律

效力只涉及国家通过单方面行为可能要承担的义务，但经过委员会的讨论，看来“产生法律效力”具有广泛得多的含义，国家不仅可能要承担义务，而且还可重申权利。根据这种理论，虽然一国不能通过单方面行为把义务强加给其他国家，但可以申明根据一般国际法或条约法其他国家必须履行某些义务。例如，国家确定其专属经济区的单方面行为就是如此。国家这样做时，就重申了一般国际法或条约法赋予它的权利，并表明其他国家必须履行某些义务。毫无疑问，这一主张并未违背契约对第三方无损益原则和他人行为与当事人无关原则等公认的国际法准则，因为一国不经他国同意，显然不能以任何形式把义务强加给他国。

44. 原第 2 条用“自主”一词形容单方面行为，由于在报告第 63 段中概述的委员会几位委员所持的反对意见，没有再出现于新条款草案。但特别报告员认为，须在评注中增添若干要点，将依据条约的单方面行为与严格意义上的单方面行为区别开来。他一直认为可确定两种从属性：一是相对于另一行为的从属性，二是相对于行为对象国接受单方面行为与否的从属性。因此，他在第一次报告⁶中提出了双重自主性的说法，但考虑到委员们并不赞同，他未将这点纳入新草案。但虽然未用“自主”一词，也必须理解为，有关单方面行为并不从属于先前存在的其他法律行为或其他法律规范。这一问题仍有待商榷，他兴致勃勃地期望了解委员会对此问题的多数意见。

45. 报告中考虑的另一问题是单方面行为的明确性问题。如前面所指出，国家意愿表示必须是明确的，这个问题与国家意图比与行为的实际内容联系更密切。即使行为的内容并不一定清楚，但意愿表示必须清楚。“明确”的意思是“清楚”，因为正如一国代表在第六委员会中所指出，如果行为国并没有明确打算产生规范效力，显然就不存在单方面法律行为。

46. 特别报告员关于新草案第 1 条的最后一点是，他在案文中用“为该国或该国际组织所知”代替了“公开的”一词。“公开的”指的是行为对象国必须知晓这一行为，否则就无效力。重要的是应在案文中

指明，行为必须为行为对象所知，因为国家的单方面行为，只有在行为国打算作出法律承诺，有关其他国家也知道这一承诺的程度上，约束行为国。

47. 特别报告员还在报告中提到，与 1969 年《维也纳公约》不同的是，条款草案涉及一般意义上的单方面行为，涵盖了所有类别的单方面行为，所以草案中不应当有以该公约第三条为基础的条款。该公约涉及一种条约行为，它所界定的条约不排除不同于该公约可能也适用的条约的其他行为。另外，特别报告员还考虑到第六委员会委员关于不希望将有关这一问题的条款纳入草案的意见。

48. 新草案第 2 条，基本重复了原第 3 条，只是根据委员们在上届会议上提议对起草文字作了修改。报告中还载入新草案第 3 条，该条是仿照 1969 年《维也纳公约》第七条拟订的，略作修改后基本沿用原草案第 4 条的文字。一些国家表示认为，在使国家承担义务的代表或其他人的身份方面，可以紧密遵循该公约。特别报告员曾说过，该条第 1 款应保持不变，因为在审议其第二次报告期间，委员们发表的意见与委员会在通过条约法条款草案时发表的意见以及在联合国条约法会议上发表的意见极为相似。但第 2 款已经修正，并扩大了范围，使第 1 款所述人员之外的其他人员能代表国家行事，并以国家名义在国际上承担义务。这一案文偏离了该公约的相关规定，但符合单方面行为的特点。关键是要考虑到有必要在国际关系中建立信任和安全，当然也可能认为，这样的规定可能会适得其反。他认为，将授权范围扩大到可被视为代表国家行事的其他人员可很好地建立信任，而这正是委员会开展本专题工作的目的。此款用了“人”，而不是“代表”一词，在西班牙文本中，则用了 *habilitada*，而没用前一届会议出于第三次报告第 106 和第 107 段所述的理由未予接受的 *autorizada* 一词。

49. 新草案第 4 条是根据 1969 年《维也纳公约》拟订的，采用了原第 5 条的措词。该条款涵盖了两种不同情况：一个人可能未经授权代表国家行事，一个人因获得授权可代表国家行事，但有关行动不属授权范围或他在授权范围外行事。在这两种情况下，国家可以确认有关行为。该公约规定，国家的确认可以是明示或暗示，但有人认为，在这一具体情况下，考虑到单方面行为的特点，并考虑到在某些情况下澄清必然有局限性，这种确认应当明示，以便给予作出单方面行为的国家以更大的保障。

⁶ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/486 号文件。

50. 第二次报告中有一关于表示同意的具体规定，即草案第 6 条，有人认为过于类似条约法，即太像 1969 年《维也纳公约》的相关规定，因此，就单方面行为而言，既不适用，又无道理。报告第 125 段指出，如果认为第 3 条及第 4 条实际上可以包括表示同意，那么关于意愿表示或表示同意的具体条款就无必要。意愿表示问题与行为的发生，即行为产生法律效力之时，如是单方面行为，则与单方行为作出之时，紧密相关。而根据条约法，条约的存在或产生法律效力之时则是与条约的正式生效分不开的。这无疑是本专题提出的最复杂、最重要的问题，委员会以后阶段将会加以论述。

51. 沉默与同意的表示有关。由于委员会大多数委员认为，即使不能说沉默没有任何法律效力，但沉默也不构成法律行为，所以特别报告员在研究中省略了这一问题。另一方面，在意愿的形成和协议的拟订以及相对于单方面行为本身等方面，沉默的重要性是众所周知的。然而，不管沉默是否法律行为，也不管本研究报告对象是意图产生法律效力的行为，以他看，都不能认为沉默与另一行为无关。国家可以沉默表示接受某种情况，甚至放弃某项权利，但不太能作出允诺。无论如何，沉默基本上是反应行为，必定与其他行为、态度或先前的法律行为相联系。

52. 最后，报告审查了单方面行为无效问题，必须根据 1969 年《维也纳公约》和整个国际法处理这一问题。新草案第 5 条大体以该公约的规定为蓝本，内容与第二次报告中提出的原第 7 条类似。特别报告员在新的案文中，根据杜加尔德先生在上届会议⁷上发表的关于某一行为如违背安全理事会根据《联合国宪章》中维持国际和平与安全的第七章所通过的决定即为无效的意见，增添了一项导致无效的重要原因。虽然安理会也可根据关于建立调查委员会的第六章通过决定，但此项无效原因只与安全理事会根据第七章通过的决定有关。

53. 最后，特别报告员说，其报告是对本专题的一般介绍，他将在考虑到即将设立的工作小组中委员会委员提出的指导意见的情况下增加不同方面的内容。

54. 坎迪奥蒂先生感谢特别报告员努力理顺一个由于复杂多样而困难重重的专题，努力提出新的意见，帮助限定和准确确定研究目的。他同意特别报告员的观点，认为在日常外交实践中单方面行为很重要，同意必须尝试整理和澄清关于这类行为的一般法律原则和习惯规则，以增强国际关系的稳定性。令人遗憾的是，迄今为止，没有几个国家答复秘书处发出的关于这一问题的调查表。调查表答复中所载信息、尤其是有关单方面行为具体实践的资料对特别报告员和委员会的工作，无比宝贵，大有帮助。

55. 他同特别报告员一样认为，1969 年《维也纳公约》内编纂的条约法准范成了分析国家单方面行为规则的有益参考框架。条约和单方面行为是同一种类即法律行为的两种行为。因此，反映各类法律行为共同参数和特征的规则，既应适用于双边法律行为——条约，也应适用于单边法律行为。但这种类似特征的存在并不能保证为编纂国家单方面行为规则而自动应用该公约的规范。两者之间存在着重大差异，这就是为什么特别报告员明智地建议采取“灵活的并行办法”。

56. 特别报告员关于禁止反悔问题及其与单方面行为可能有的关系的评述恰到好处。显然，禁止反悔本身既不是单方面也不是双方面的法律行为，而是一种情形或效力，在法律和普通行为背景下在某种条件下产生，而且对国际法的两个或更多的主体之间的法律关系产生具体影响。因此，这个问题暂时可以在单方面行为的一般研究中予以忽略，留待以后再探讨，以确定它在特定环境下可能产生的影响。

57. 关于新草案第 1 条中单方面行为的定义问题，特别报告员提出了新措词，跟他以前提的措词相比更简单明了，有所改进，但也许还可以进一步提炼。该定义应该说明单方面行为的基本组成部分，即一国不需要借助一个或多个其他国际法主体而欲在国际上产生法律效力的意愿表示或表达。因此，这个字义有两个组成部分，即国家意愿的单方面表达和通过此种表达在国际上产生法律效力的意图。特别报告员略去自主概念是正确的，此一概念模糊，可以同时指两种情况，即意愿表示的单方面性质以及将受其他具体规范制约的单方面行为排除在研究范围之外。

58. 他认为，可以把修饰意愿表示的“明确”一词删除。应该知道，在法律上，意愿表达必须总是明

⁷ 《1999 年……年鉴》，第一卷，第 2595 次会议，第 24 段。

确和可理解的；如果意愿表示不明确，无法用普通解释方式澄清，则不构成法律行为。此外，1969年《维也纳公约》中“条约”一词的定义并不要求意愿一致“明确”，尽管为了真正构成协议，条约显然应当是明确的。

59. 该定义也不必详细说明行为对象国应当知悉意愿表达行为的要求。这个意思已包含在意愿“表达”或“表示”等用语中。没有以其可能对对象国所知的方式表达或表示的意愿，便不可能产生任何法律效力。因此，知道是有效的一个条件而非定义的一部分。

60. 他赞同特别报告员为佐证新第3条两款中所示规则援引的标准。然而，在第2款中与其提“有关国家”，不如只提单方面行为国家的做法和意图，因为原则上正是“有关国家”其意愿表达通过国家元首、政府首脑或外交部长以外的经授权人员引起了单方面行为，而非其他国家。

61. 也许应该将有关单方面行为无效的新草案第5条款视为处理此一问题的初步办法，因为无效的原因需要更加系统和详细的分析。在讨论了无效的问题之后，特别报告员也许可以在以后的研究中具体说明决定单方面行为有效的条件。这便需要审查行为可能有的实质内容、按国际法行为是否合法、意愿表示的无误、意愿表达应为人知的要求以及在国际上产生效力。一旦确定了这些条件并加以详细说明，即可较容易地制定有关无效的适当规则。

62. 他热切盼望特别报告员继续研究本专题，处理单方面行为的形式、效果、约束性、解释、修订、经历时间、暂停和取消等极为重要的问题。他毫不怀疑，特别报告员向委员会提交这些部分之后，委员会将能更全面了解题目的关键部分，就有更好的条件进行透彻和成熟的讨论，在工作中取得进展。

63. 庞布一奇文达先生称赞特别报告员取得良好成绩，反映了委员会委员和各国代表在第六委员中所表达的关注。特别报告员的第三次报告内容生动而循序渐进，但有些实质性问题尚未处理，如行为对象国对意愿表示的接受，特别是接受的形式以及有关对象国或所有对象国的具体说明。

下午1时散会。

第2625次会议

2000年5月23日，星期二，上午10时

主席：山田中正先生

出席：巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布一奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

外交保护(续)(A/CN.4/506和Add.1¹)

[议程项目6]

特别报告员的第一次报告(续)

1. 主席请委员会继续讨论特别报告员第一次报告(A/CN.4/506和Add.1)所载的草案第5至第8条。
2. 辛马先生说，他不同意布朗利先生(第2624次会议)的一些意见。尤其是，布朗利先生批评特别报告员在草案第5条中列举国家与个人各项联系的因素时未能适当考虑到惯常居所因素，辛马先生不知这究竟是何意思。如果布朗利先生是把惯常居所作为取得国籍的一种手段，则是在国家继承有关的国籍专题已详细讨论过的问题，不该进入目前的讨论。
3. 如果为论述起见，在外交保护范围内来审视惯常居所，则会引起两个问题。首先，如果某人在一国有惯常居所，该国就有权提供外交保护吗？他认为，如果该人由于出生、血统或善意归化而取得了另一国籍，那么，与该人的唯一联系只是该人在境内有惯常居所的国家，光凭这一点，不会获得实行外交保护的权利。如果有关人员是无国籍人或难

¹ 转载于《2000年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

民，情况就不一样了。无国籍人或难民问题已在第 8 条中予以处理。第二个问题是，由于出生地主义、血统主义或善意归化而取得一国国籍的自然人，会不会由于惯常居住在另一国，而使国籍国丧失对他实行外交保护的权力。布朗利先生似乎暗示会。而这样，惯常居所就成了外交保护的天敌了。他强烈反对这一观点，认为这可能会导致出现卡尔沃条款² 死灰复燃的最糟糕情况。他大力支持特别报告员在报告第 117 段中阐述的、但备受布朗利先生抨击的论点。

4. 与布朗利先生的看法恰恰相反，他认为特别报告员对诺特博姆案的处理是明智而恰当的。此案是外交保护领域可资借鉴的主要案件，因而他不能同意关于人们过于强调此案的说法。他顺便指出，在第 112 段中，“出生地主义或血统主义(jus soli or jus sanguinis)”应改作宾格，即“jure soli or jure sanguinis”。

5. 他敦促特别报告员在第 5 条评论中进一步阐述善意归化问题及其后果，也欢迎进一步讨论善意归化与恶意归化之间的区别。

6. 他赞同第 6 条的要旨，赞同把“主要和有效”国籍的提法列入其中。他也同意把它放在第 7 条之后的建议。第 155 和 156 段所提到巴尔—雅各布论文³ 可能会引起某些误解，因为其中所述的美国当代惯例实际上是十九世纪的惯例。关于第 7 条，委员会应确定愿意如何处理中性用语的问题。

7. 虽然第 8 条明确显示了国家履行普遍义务的责任与外交保护之间的重叠，他仍支持第 8 条。第 181 段中“保护”一词用得不够严谨，在讨论外交保护问题时应予以避免。

8. 卢卡舒克先生向委员会通报说，参与前一天非正式磋商的多数委员均表示赞成特别报告员的提案。

9. 他通常尊重辛马先生就拉丁文法发表的意见，不过，出生地主义(jus soli)和血统主义(jus sanguinis)习惯上用于主格。

10. 关于报告的实质，评论和条款草案本身也许都过于注意与国际法一不同领域相关的国籍问题。例如，第 5 条试图界定“因出生、血统或……归化”合法取得国籍的途径。他认为采用“……指寻求保护的(合法)拥有其国籍的国家”这样的措辞较为妥当。

11. 他承认国籍问题与外交保护专题的相关性，也承认联系本专题解决其中一些问题的可取性，然而他觉得，外交保护专题本身已经够复杂的了，在完成整个草案之前应推迟对一些国籍问题的审议。如果按他所指思路进行修正，第 5 条是可以接受的。

12. 第 6 条意图推翻关于国籍国不得针对受害人另一国籍国实行外交保护的公法公认标准。毫无疑问地是，这样修改确有某些道理，但目前这么做的时机尚未成熟。显然，国籍国可以针对一国民的另一国籍国为该国民提供某种保护，但这并不意味着充分行使外交保护权。因此，他主张也应暂时搁置第 6 条。

13. 第 7 条提出大大改变现行做法有充分根据，但未顾及有关个人所在第三国的权利。他认为应在该条中增列第三款，明确规定第三国有权只准许一个国籍国行使外交保护权。

14. 最后，第 8 条体现了国际法的逐渐发展，也有国际惯例和《欧洲领事职权公约》等文书作为依据。世界各地无国籍人和难民数以百万计，因此，讨论这些人的保护问题极为适当。他认为应将第一行中的“和(或)”改为“或”。考虑到在索偿国合法居住已是有效联系的充足证明，可以删除第二行中方括弧内的内容。

15. 埃多西亚·萨卡萨先生感谢特别报告员编写了资料翔实的报告。他说，委员会在外交保护专题上面临的重大挑战是，既要重申仲裁庭、法院和专门委员会作出许多复杂决定所依据的制度的有效性，又要在其程序上力求不仅反映已有的传统，而且反映尤其在人权和人道主义法领域个人作为国际法主体和国际法律秩序参与者的地位等情况。另一挑战是，进一步逐渐发展外交保护制度，尤其是代表无国籍人和难民进一步发展外交保护制度。

16. 第 5 条对澄清“国籍国”这一术语有些用，但该条的范围可能有点限制过严。正如布朗利先生指出的那样，可在联系因素的列举中加上国际法承认

² 见《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，第 206-208 页，A/CN.4/96 号文件。

³ N. Bar-Yaacov, *Dual Nationality* (London, Stevens and Sons, 1961).

的其他联系。尤其是，应将第 8 条提及的无国籍人和难民情况列入第 5 条的范畴。有些作者认为，除了狭义的国民外，国籍国以外的国家也可以根据特别协定代表或保护其他人。例如，关于国际法院在赔偿案中的咨询意见，奥本海称，在有些情况下，一国可对并无本国国籍的人实行保护。⁴

17. 当代出现的全球化和人口大规模移徙现象，突出强调有必要以务实态度对待外交保护问题。特别报告员在第 117 段中承认，诺特博姆案中提出的真正联系要求如果严格加以适用，会妨碍外交保护的傳統理论，会使很多被迫离开本国、定居其他地方的人丧失外交保护。因此，第 5 条应留有余地，顾及与某一国只有微弱联系的背井离乡者的权利和希望。自从诺特博姆案以来情况已有变化，因此，对该案判决的适用性既不应高估，也不应等闲视之。

18. 关于第 6 条，哈佛法学院起草的《关于国家对外侨受损害所负国际责任的公约草案》⁵ 和《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(以下简称“1930 年《海牙公约》”)极有份量，确定了一国不得针对本国国民的另一国籍国向该国民提供外交保护的规则。这项规则源于卡内瓦罗案，在国际法院对赔偿案的判决中重申。确有一派理论倾向于摒弃这项原则，但许多知名国际法学者仍将其视为国际习惯法的一项规则。孔巴科等其他作者否认梅尔杰索赔偿案的判例真正推翻了这项传统规则，但承认其范围受到了限制。⁶ 据梅尔杰索赔偿案的判例，有效或主要国籍原则高于国家间权利的平等。尽管诺特博姆案仍是最重要的参考框架，但国家主权平等原则仍理所当然地获得大力支持。在双重国籍很明确的情况下，不分青红皂白地适用主要或有效国籍原则都可能会造成荒唐的后果，甚至可能会损害国家主权。正如人们在亚历山大案中指出的那样，“任何政府均不会承认另一国政府有为被它视为本国国民的人进行干预的权利”[见第 2531 页]。因此，事实证明可能有必要修正第 6 条，以顾及拥有明确双重国籍的情况。特别报告员本人在第 158 段中称，如果双

重国籍者与两国的关系差不多，法庭在适用有效优先的原则时应慎重，因为这会严重损害两个国籍国的平等关系。他想进一步阐述这一论点。他认为至少一般说来，一个自愿接受一国国籍的人会拒绝按照其在作出入籍选择后所应遵循的规则和内部程序行事，似乎是没有道理的。所以，第 6 条不能成为一项普遍规则，必须考虑到常理和现实需要。

19. 第 7 条往正确方向迈出了一步，允许双重或多重国籍者的任何国籍国针对第三方实行外交保护。正如特别报告员在第 170 段中指出的那样，在这类情况下，只要证明该国与受损害者之间确实存在正当国籍联系即可。

20. 第 8 条是逐渐发展国际法的例子，允许为居住在求偿国中的无国籍人和难民实行外交保护。卢卡舒克先生说得对，确实不必证明与有关国家之间存在联系。该条反映了国际法的人道主义性质。国际法不会无视这些人的困难处境。该条还重申了外交保护制度在实现以公正为基础的文明共处这项国际法根本目标方面的作用。

21. 戈科先生说，第 5 条在界定国籍国时列举了出生、血统和善意归化这三种联系。因此，只有众所周知的出生地主义原则和血统主义原则以及归化，被视为可接受的联系。他认为这种办法过于局限，因为其他因素也可能把某人与某国有效联系起来，使该人有资格获得外交保护。例如，有人可能会要求返回因情势所迫而丧失正式公民身份的原籍国。另一个例子是惯常居所，有人可能会因原籍国的政局而在另一国归化入籍。特别报告员在报告第 153 段中还列举了其他一些因素。

22. 关于每一国均有权根据本国法律确定谁是本国国民这一点已经得到公认。但考虑到其他国家可能有确凿理由质疑一国对国民的确定，国际法可以在外交保护上限制此项权力。国籍国有权根据第 3 条的规定代表受另一国非法损害的国民实行外交保护，不过，它也可以出于若干理由不行使此项权利。除非其他国家提出合理异议，国籍国还可考虑个人与该国的其他国籍联系。因此，不宜将第 5 条提及的联系因素视为独有的联系因素。

23. 他讲述了个人所知道与条款草案特别相关的一起事件。有位著名的菲律宾医治疗术士竞选市长并赢得了选举，但却止步于资格问题，因为他在动乱时

⁴ 见 *Oppenheim's International Law* (第 2617 次会议，脚注 11)，第 515 页。

⁵ 见第 16 条(a)项(《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，第 230 页，A/CN.4/96 号文件，附件 9)。

⁶ 见 J. Combacau and S. Sur, *Droit international public*, 4th ed. (Paris, Montchrestien, 1999)，第 327 至 328 页。

期离开本国而在另一国接到了归化入籍令。最高法院维持了检察长对该人竞选资格的异议，驳回了该人辩护律师提出的关于他在原籍国动乱时期不得寻求庇护的论点。此人后来到俄罗斯联邦行医，因被控违规行医和进行欺诈行为而遭监禁。他请求并获得了菲律宾政府的外交保护。这一事件体现了国家在实行外交保护上的自由裁量权。在此案中，虽然血统主义的存在并无争议，但菲律宾严格要求只有本国公民方可担任公职，而当后来此人在国外遭关押时，该国却毫无问题地给予了最高级别的外交保护。

24. 不可推论，俄罗斯联邦关押此人构成不法行为或此人蒙受了任何损害。该人是因有关方面误解其活动而被关押的，一旦问题澄清了，即获释放。但不管怎样，该人是在被关押几个月后才获释回家的。由于国籍联系颇成疑问，当然可以大大质疑菲律宾实行外交保护的权力。如果该请求保护遭到拒绝，他就不得不自己想办法了。前任特别报告员本努纳先生在初步报告⁷中指出，实行外交保护与其说是一项法律义务，还不如说是在不违背国籍国根本利益情况下的一项道义责任。

25. 为此，他建议第 5 条除了措辞上改动外，还要增添以下内容：“……但条件是，除非任何其他一个或多个国家在国际上提出合理的异议，国籍国可在实行外交保护时考虑国籍之外的其他联系或关系”。他以后会就其他条款草案发表意见。

26. 杜加尔德先生(特别报告员)指出，戈科先生举的例子看来符合第 7 条第 1 款的规定。

27. 主席说，根据日本的法律，出生时就为日本国民的人并不因在国外取得另一国籍而丧失日本国籍。他不知道菲律宾的情况是否也是如此。

28. 托姆卡先生说，他怀疑在并无对国际不法行为的指控的情况下是否可以实行外交保护。

29. 戈科先生同意特别报告员的说法，认为菲律宾政府为此人采取的行动确实属于第 7 条的范畴。他答复主席和托姆卡先生说，由于当时的俄罗斯政府接受了菲律宾政府的代理权，所以，并未进一步追

究是否犯有国际不法行为问题或双重国籍问题。

30. 加利茨基先生说，他的印象是对第 5 条仍有某些误解，戈科先生的发言即证实了这一点。据他理解，该条的目的只是界定取得国籍的途径或手段。特别报告员本人在报告第 101 和 102 段中将这些方法称为联系因素，无疑使问题变得复杂了。因出生或血统而给予国籍的情况已在国际法中得到明确阐述和确认，而归化，即使是“善意归化”，则有进行区分的很大余地，需按每种情况的具体背景(如领养、婚姻、或惯常居所和合法居所等)进行区分。国家在给予个人国籍过程中必须考虑这些因素。如果他对第 5 条的目标理解无误的话，那么，可以断定，增添一般国际法确认的其他“联系因素”只会损害该条的含义。

31. 加亚先生注意到，卢卡舒克先生建议应推迟审议第 5 条所涉的各项问题。加亚先生说，他则倾向于更进一步。是否有任何必要规定确定某人是否拥有某国国籍的标准？看来不必在外交保护草案中规定这些标准。相反，关键问题是要查明支持个人权利主张的国家是否有权这样做。国籍发挥了作用，但不必详述国籍的具体内容。

32. 第 5 条并不想全面概述与国籍有关的国际法规则。该条将出生、血统和归化作为适当标准，但并没有考虑到一国根据国际法在某些情况下可能有义务将其国籍给予或不给予个人的可能性。另一方面，第 5 条为一国可以质疑另一国给予某人国籍提供了一些依据。一国可以不是善意归化为由，声称此种归化入籍是恶意的。国家如此宣称是件不同寻常的事情，因为对恶意的指控不可轻视。特别报告员在介绍(第 2617 次会议)中曾提到，国家认为将国籍给予个人是在行使其主权权力，谁要是认为这样做不适当，会引起各国高度敏感。

33. 因此，应采用国际法院在诺特博姆案中采取的安全做法，承认各国原则上可以自由地将其国籍给予个人。特定个人有无某国国籍的问题涉及该国法规的适用，最好由该国自己决定。根据诺特博姆案的判决，处理国籍要求的方式是允许其他国家，如果愿意，就可以就一国与其某一国民之间是否存在有效联系提出异议。这一解决办法与布朗利先生(第 2624 次会议)提出的相似：用有效性代替国籍。不过，他认为应保留国籍的要求，而且原则上应由求偿国决定。如果没有有效联系，其他国家即无权就

⁷ 见第 2617 次会议，脚注 2。

权利主张提出异议。

34. 正如特别报告员指出的那样，在国家实践中对国籍有效性提出异议的事例确实极少，一国对另一国给予国籍的方式提出异议的事例则更少。说明这种或那种质疑的案例数目不具决定性作用：确切地讲，必须确定被主张国是否认为有权以不具有有效性为由加以反对。

35. 如果委员会保留有效性标准，它应施加一些限制，以便使这项标准能够发挥作用。它应审议是任何其他国家都可以就个人的国籍不具有有效性提出异议，还是只有与该人有最重要联系的国家才有权声称该人与求偿国之间并无真正联系。特别报告员在报告第 109 段中正确地指出，诺特博姆案判决的一些段落赞成采用一项相对标准，也就是说只有重要联系的国家才可提出异议，认为个人与求偿国之间并无任何真正的联系。还有一些段落以更为笼统的方式描述了有效性或真正联系标准。

36. 巴塞罗那电车公司案涉及一公司而不是个人，而国际法院却提到了诺特博姆案中使用的标准。虽然国际法院没有明确认可这项标准，却审议了它是否对加拿大适用的问题，结果断定巴塞罗那电车公司案与加拿大之间具有充分联系，但并没有比较这些联系与西班牙(附属公司运营地)或与比利时(拥有巴塞罗那电车公司股票的公司为该国国民)的联系。

37. 除了国际法院的判决提供的支持外，从政策的角度来看，似乎也应采用绝对标准。外交保护的基本概念是，对个人造成或可能造成的损害会对国籍国造成特别重大的影响。虽然可以利用这一制度保护本国国民的人权，但这一制度的目的并不是允许国家为个人提出求偿。不管一国是否与某人有更紧密的联系，该国，如果想，就可以提出异议，说缺乏真正的联系。如果没有真正的联系，国籍国就不会受到特别的影响。这就意味着回到诺特博姆案的判决，具体而言，回到特别报告员在报告第 106 段中所用的具体措词。第 106 段指出，“国籍由一国给予，它只授权该国针对另一国实行保护，这是该国与个人联系在法律上的具体体现。”[见第 23 页]

38. 关于第 8 条，也许在特定情况下还应考虑替代国籍的因素，而且当然需要认真审议难民和无国籍人的情况。有必要搞清楚这与涉及惯常居所的国籍情况有无相似之处。即使允许行使外交保护，委员

会也不走很远，因为难民或无国籍人通常在居住国遭到伤害，而该国不大会进行干预。所以，这更多地涉及保护人权以及设法查明在居住国之外是否有其他国家有权提出求偿的问题。

39. 卡姆托先生提到加亚先生对利用外交保护保护人权的可能性发表的意见时间，单是国际不法行为本身是否可以触发外交保护？还是有可能构成国际不法行为的行为即可触发外交保护？

40. 加亚先生说，在这点上意见有分歧。他本人认为外交保护应与国际不法行为联系起来，但也可以设想采取预防行动以防止发生不法行为的情况。有些人则认为，只有在发生了国际不法行为之后才可实行外交保护。

41. 伊科诺米季斯先生说，第 5 条与第 3 条密切相关，而且规定了国民、而不是国籍国的定义。出生、血统或归化是给予国籍的标准，这些标准是适当的，并已获得普遍接受。只要具备其中一项标准就足以确定国籍国和国民之间的有效联系，即使该国民经常住在另一国。报告第 117 段称诺特博姆案中提出的真正联系要求严重损害了外交保护的傳統理论，他本人不同意这样的说法。相反，只要某人拥有一国国籍，根据其中的一项标准，该国即可实行外交保护。

42. 特别报告员在第 104 段中提到，在强迫归化的情况下国籍是不被承认的。这种说法虽然不是无的放矢，却似乎没有考虑到国家继承情况。国家继承是一项制度，根据这种制度继承国有权以权威的方式大批给予国籍，特别是给予持有被继承国国籍和惯常居住在继承对象国领土内的人。对自愿归化规则而言，这是国际法中一个重要而公认的例外。

43. “保护的目的(objet de la protection)”这一用词至少在法文中有贬义，因此应避免使用这一措词。“善意”归化说法也令人起疑，最好改成“合法”归化。

44. 关于双重国籍问题的第 6 条很有新意。1930 年《海牙公约》订立了处理此类问题的标准，规定一国不得为一国民针对其另一国籍国实行外交保护。而第 6 条则授权最有效或主要国籍国针对另一国实行外交保护。特别报告员提议的重大修订意见有无道理？与埃多西亚·萨卡萨先生和卢卡舒克先生一

样，他认为这种意见并无道理。首先，这违背国家主权平等原则，允许为了属于被告国合法国民的人干预被告国的内政。其次，很难将主要国籍与非主要国籍或次要国籍区别开来。再次，一国国籍国为对持有双重国籍的人实行外交保护而对另一国籍国提出求偿的事例非常罕见。最后，双重国籍给了持有者许多好处，为什么他们不应该也承受一些坏处呢？

45. 与允许第三国适用主要国籍理论的 1930 年《海牙公约》第 5 条相比，第 7 条也颇有新意。该条规定国籍国可以代表持双重或多重国籍的国民针对另一国实行外交保护。由于这涉及为本国国民的利益采取行动的国籍国与对该国民采取国际不法行为的第三国之间的正常法律关系，这里的创新是可以接受的。两个或两个以上国籍国只要承认双重或多重国籍，由这些国家共同实行外交保护的概念也是可以接受的。但在第 7 条或评注中应规定两个国籍国为具有双重国籍的国民同时但分别针对第三国实行外交保护的可能性。在这种情况下，第三国必须能够利用传统解决办法，即适用主要国籍原则，以便使其中一个求偿国撤诉。

46. 他同意第 8 条所述的一般想法，但只有事先获得庇护权且合法居住一段时间(例如 5 年以上)的难民方有权获得外交保护。在第 8 条的上下文中，方括弧中提及的有效联系并不是一项相关标准。

47. 蒙塔兹先生感谢特别报告员在报告中提供了十分有用的材料，这肯定有助于委员会精确确定一个很有争议的专题。第 5 条没有什么大问题，不过，应根据现行国内法中的出生地主义和血统主义自动给予的国籍与通过归化取得的国籍更明确地区分开来。在第一种情况下，个人与国籍国缺乏有效联系不可置疑，所以他难以接受报告第 112 段提及的众多作者发表的相反意见。在某些情况下，缺乏有效联系确实使根据出生地主义或血统主义给予的国籍没有任何实际效力。正由于这一原因，若干国家在最近的立法中要求根据出生地主义取得国籍的个人要求有关当局确认其国籍，而且，在某些情况下，此类确认需符合某些条件，包括有效联系的存在。在归化入籍中，个人与给予国籍的国家之间的有效联系是必不可少的。只有在此背景下才可谈论善意问题，更确切地讲，可用恶意为由对这种归化入籍提出异议。

48. 第 6 条带来了一些困难。特别报告员从学术角

度坦率探讨了关于双重国籍问题的两个学派，他对此表示感谢。从所调查研究的编纂工作来看，一个明显趋势是，国家没有责任受理双重国籍国民提出的请求的规则。关于这一问题，从文献来看，尽管报告第 145 段引述的许多知名现代作者认为可为双重国籍者实行外交保护，但人们对此分歧很大。另外，从法院的判决来看，对这一问题并无任何共识。

49. 特别报告员反复提到伊朗—美国索赔法庭确定的先例。该法庭审议了大量双重国籍国民的案例，并明显赞成主要国籍原则。但我们应谨慎对待这些先例。报告第 148 段提及的 1981 年《阿尔及尔宣言》实际上是阿尔及利亚人民民主共和国就美国政府与伊朗伊斯兰共和国政府之间解决求偿问题发表的宣言。⁸ 该宣言的目的是解决美国国民与伊朗国民之间的法律争端。法庭就埃斯法汗尼厄恩案作出的裁决提到了这一事实。此项裁决是根据主要国籍原则做出的许多裁决中的第一项。

50. 特别报告员在第 148 段中提到伊朗—美国索赔法庭的体制特性，还从埃斯法汗尼厄恩案的裁决中引述了一段，称它不是向国民提供外交保护的典型例证。可以参照《关于美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府理赔的阿尔及利亚政府宣言》第 3 条第 3 款进一步分析这一问题。该款规定，如果索赔额超过 25 万美元(埃斯法汗尼厄恩案中的索赔额即超过此数)，个人可直接诉诸法庭。⁹ 值得指出的是，埃斯法汗尼厄恩先生由于具有伊朗籍，在极为有利的条件下成了在伊朗营业的一家美国公司的股东。

51. 在伊朗—美国赔偿法庭中多次出现的问题是，伊朗在不知道其国民拥有美国籍的情况下没收这些国民的财产是否构成国际不法行为。其他案件中也出现了同样的问题。他希望指出，根据伊朗法律，只有伊朗国民才有权拥有不动产。换句话说，具有双重国籍者在获得不动产和股票方面因伊朗国籍而获得了很大好处。

52. 上述宣言第 3 条规定，如果索赔额不到 25 万美元，国籍国可以支持其国民。这类案件的处理程序与外交保护情况较为相似。因此，不妨进一步发

⁸ 见《国际法律资料》，第二十卷，第 1 号(1981 年 1 月)，第 223 页。

⁹ 同上，第 231 页。

展伊朗—美国索赔法庭的判例，尤其是研究由有关国民的国籍国提出的索赔额不到 25 万美元的案例。

53. 他怀疑该法庭判例的相关性。他在此方面指出，第 6 条不符合习惯国际法。他同意伊科诺米季斯先生、埃多西亚·萨卡萨先生和卢卡舒克先生就此问题发表的意见。

54. 第 7 条方向正确。第 8 条令人欢迎，其唯一缺陷是，在某种程度上质疑外交保护制度所依据的拟制。他同意特别报告员在第 178 段中阐述的论点。

55. 最后，他想指出，根据《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条，每一缔约国承诺尊重和保障领土内的一切个人享有该公约承认的各项权利。这无疑也涵盖难民和无国籍人。

56. 贺先生说，第 1 条的目的是陈述国际法语汇中“外交保护”术语的含义。第 3 条的基本假定是，国籍国有权为受到另一国国际不法行为损害的国民实行外交保护。第 5 条则进一步阐述了正是国籍联系为国籍国实行保护的权利提供了基础这一原则。公认的是，每一国均有权根据本国的法律确定谁是其国民。但是，国家必须遵循国籍授予方面的国际标准。根据国际法，出生、血统和归化是公认的联系，但如果是归化入籍，无论是双重或多重国籍还是单一国籍，国家与个人之间必须有真正和有效联系。从外交保护的角度来看，国籍的给予应是善意的。因此，第 120 段得出的结论是合理的，并获得了广泛支持。

57. 尽管如此，仍可就第 5 条提出一些问题。报告第 94 段先指出一国因受害者与该国之间的国籍联系而有权实行外交保护，然后强调“除特殊情况外”，国家不得向非国民提供保护，或支持其权利要求。这引起了两个问题。首先，是否可将第 8 条所规定的对无国籍人和难民实行外交保护列为“特殊情况”？他认为不能这样，因为国家只能酌情为其国民实行外交保护。其次，能否通过一项国际协议授权一国代表另一国或另一国国民行事？只有在开展进一步研究之后才能答复这一问题。这两个问题都需要澄清。

58. 另一个问题是，由于将删除关于使用武力问题的第 2 条，外交保护内容是否涵盖求偿以外的保护形式？有人称，从性质上来说，外交保护是一国吁

请另一国履行对其应负义务的一项国际程序。前任特别报告员在初步报告中也认为，原则上国家可选择各种行动方式来保护本国国民，但在实行外交保护时不得诉诸武力威胁或使用武力。因此，需进一步审议可否有其他保护形式的问题。

59. 第 6 条所载的原则是，如有双重国籍，应由同有关个人有着较强的和更真实的法律或其他联系的国家行使提出求偿的权利。虽然对此问题意见分歧，但大部分权威文献都支持在处理双重国籍者问题时采用主要国籍原则。“主要”或“有效”国籍是第 6 条的关键措词。第 153 段引述了伊朗—美国索赔法庭判例中的若干因素。在确定个人与国籍国之间联系的有效性时应考虑所有这些因素。说明这些因素将大大有助于落实第 6 条。法庭应审慎适用主要国籍原则，平衡一切有关因素，以便顺利解决这一难题。

60. 第 7 条第 2 款在原则上无可辩驳，但如能举出具体案例支持其适用就更好了。特别报告员提出的第 8 条是对法律的逐渐发展，而不是编纂。一般而言，外交保护限于国民。虽然各项人权条约向无国籍人和难民提供了某种保护，但多数国家并不打算向这两类人提供外交保护。若干司法裁决强调指出，一国不可能对无国籍人犯下国际不法行为，因此，任何国家均无权为无国籍人进行干预或提出要求。《关于难民地位的公约》明确规定，签发旅行证件绝不意味着证件持有人有权获得签发国外交和领事机构的保护，也不授予签发国外交和领事机构的保护权。《减少无国籍状态公约》根本未提保护问题。尽管近些年在保护难民和无国籍人方面取得了一些进展，但讨论向这些人提供外交保护问题的时机看来尚未成熟。

61. 卡姆托先生指出，有两个因素触发外交保护，一是国际不法行为，二是国籍联系。因此，特别报告员在出色的研究工作中从外交保护受益人与实行外交保护国家之间必须存在的国籍联系着手，是完全可以理解的。但委员会不应在编纂外交保护的框架内审议国籍问题或详细讨论取得国籍的种种方法。他完全同意加亚先生在此方面的意见。这一问题应留给国家处理，因为它属于国内法范畴，而且，在此方面显然应适用国家主权原则。

62. 关于是否保留第 5 条以及如何保留的问题，他犹豫不决。如应保留，可以将该条的内容改为：

“在自然人的外交保护范畴中，‘国籍国’系个人拥有或取得其国籍的国家”。然后，应由国内法解释个人如何可以取得国籍。这一定义乍看尚能令人满意，但细想一下就不是那么回事了，因为它未能完全涵盖其他假设，尤其是埃多西亚·萨卡萨先生提出的假设。贺先生提到一国根据某项协议在第三国保障另一国权益的情况。如果特别报告员想排除这一情况，也许应在评注中解释这在何种程度上不属外交保护的范畴，并明确指明不考虑这一情况。如果想要保留第 5 条的任何内容，应依他的提议重写该条。

63. 关于有效联系，不得完全抛开诺特博姆案的判决。蒙塔兹先生提到对法律实体的外交保护，但在涉及个人时也可审视有效联系问题。在某些情况下，要确定另一国是否可以实行外交保护，仍离不开有效联系。归根到底，特别报告员在谈论主要国籍时也再次引入了有效联系概念。决定主要国籍的因素，如果不是有效联系，是什么呢？因此，考虑到诺特博姆案的判决，应调整、而不是全盘放弃有效联系概念。

64. 关于第 6 条，也许应保留主要国籍概念。问题是，主要国籍国可否针对其他国籍联系“较弱的”国家实行外交保护。主要国籍国有权实行外交保护吗？特别报告员需要澄清这一点。

65. 他不反对第 7 条。第 8 条很吸引人，因为它涉及对国际法的逐渐发展，他对此表示支持。特别报告员提出的第 8 条的现有案文在条理上比以前清楚得多。他个人赞成保留“有效联系”一语，因为在这方面已取得了相当大的进展，可采用若干预防办法维护它。如果不增列若干极为确切的条件，包括增加有效联系，就无法轻易为难民实行外交保护。他甚至倾向于在条款草案中或至少在评注中载入伊科诺米季斯先生的意见，即规定必须在一段时间后才可实行外交保护。当然，委员会意识到第 8 条的人道主义色彩。但确实不能就以保护难民的权利，即以维护人道主义法律或人权为名，就放弃规定若干条件，特别是因为正在讨论一项已经被公认的概念。

66. 另一个更重要的问题是，在为难民提供外交保护方面，避难国可否针对难民的国籍国实行外交保护。特别报告员在第 184 段中完全正确地指出，由避难国为逃离迫害的难民实行外交保护是不适当

的。他认为，不只是在评注中而且在第 8 条正文中，都应载入一种观念，无论如何，避难国不得针对难民的国籍国为难民实行外交保护。可一旦如此申明，那么关于外交保护目的就有了问题，而且他发现，在这样的情况下，除非认为有关难民，比如说，是在避难国中开展国际业务的商人，否则难以想像如何能针对难民逃离的国籍国以外的另一国实行外交保护。一来，难民的情况通常是临时性的，二来，难民受到若干限制，无法在其他地方工作或获得此类保护。因此，虽然这一想法无疑推动了法律前进，但应更好地加以阐述。另外，如要保留这一想法，第 8 条必须明确规定不得针对难民的国籍国实行此种保护。

67. 卢卡舒克先生说，他有一点疑问。外交保护的受惠者是一个人，而条款草案却只字未提个人的权利。当某人在另一国定居时，他会决定出示两本护照中的哪一本。换句话说，他本人已确定了自己的身份。该人是否有权这样做？他有权拒绝某一国的外交保护？卢卡舒克先生对此不太肯定，但认为似乎需要注重个人的权利。

下午 12 时 45 分散会。

第 2626 次会议

2000 年 5 月 24 日，星期三，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

外交保护(续)(A/CN.4/506 和 Add.1¹)

[议程项目 6]

特别报告员的第一次报告(续)

1. 加利茨基先生指出,特别报告员在第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)中,将国家行使外交保护的权力基于受害个人与国家之间的国籍关系。这似乎是正确的做法,因为这相当明确而详尽地说明了个人国籍体制对外交保护的范围和实际程度的影响。

2. 在第 5 条中,特别报告员将外交保护范畴内的“国籍国”的定义与受保护个人获得其国籍的方法直接相连。条款中提到了因出生、血统和善意归化获得国籍的三种方法。特别报告员在其报告第 101 段中将这获得国籍的方法称之为国际法普遍承认的联系。在辩论期间,有人建议,一般国际法所承认的惯常住所等其他联系因素应列入第 5 条,但他认为,任何扩大这类因素清单的做法都不可取。事实上,还有许多其他获得国籍的途径,尤其是通过归化方式获得国籍,在这方面,视国籍是通过领养、立为嫡嗣、承认、婚姻,还是其他手段获得的,法律学者们还将其区分为非自愿归化与自愿归化。归化本身仍然是一个极为广泛的概念,即使特别报告员将其限制为善意归化,基于不同的缘由,归化可采取不同的形式。在这些缘由中,惯常住所往往起着重要的作用,尽管通常与其他联系因素结合在一起。例如,《欧洲国籍公约》第 6 条第 4 款述及缔约国的国内法应协助获得其国籍的各类人员,将他们具体分为七类,其中三类人员与合法的惯常住所相关。然而,他认为,除了第 8 条规定的特殊情况之外,在任何情况下,惯常住所都不能取代国籍联系作为将受害人与有资格为他或她出面行使外交保护权的国家之间相联系的必要因素。

3. 特别报告员在“归化”这一术语之前加了“善意”的具体定性词。正如辛马先生(第 2625 次会议)所指出的那样,对“善意”的提法,须加以进一步审议。特别报告员本人承认,国际法不会承认所有情况下的归化。他列举了一些以欺诈骗取归化、以歧视性的方式赋予归化、强迫归化和在没有任何联系的情况下赋予归化的事例。毫无疑问,这些“恶

意”归化的实例并未全部列出可以理所当然拒绝承认归化的全部情况。拒绝的理由可包括当事国或当事个人的不正当方式。例如,《欧洲国籍公约》第 7 条第 1 款(b)项规定,在“以欺诈行为、提供虚假资料或隐瞒任何与申请人有关事实的手段获得缔约国国籍”的情况下,可造成国籍的丧失。然而,尽管可能存在恶意的归化情况,但应当注意到,正如报告第 105 段所言,有一种倾向于国家本着善意行事的推断。此外,他认为没有理由将善意的推断仅限于国家,并认为这种推断应当扩大到个人。

4. 尽管第 5 条中的善意要求仅限于归化,但他认为很难同意蒙塔兹先生的观点(同上),即不能质疑根据出生地主义或血统主义获得的国籍。如果是这样,第 6 条存在的理由将受到严重的威胁。他再次援引《欧洲国籍公约》第 7 条第 1 款(e)项。该条款规定,“若缔约国与惯常居住在国外的国民之间无真正联系”,则有可能丧失国籍。

5. 在结束对第 5 条的评论时,他说,卡姆托先生的提案(同上)对他有吸引力,即该条应该缩短,不要提及获得国籍的方式。由于在辩论中发表的各种不同意见,包括对遗漏通过遣返获得国籍等一些方式的批评,这似乎是最好的折中解决方案。第 5 条更为简洁紧凑的条文,应足以说明受害者的国籍与国籍国为该当事人行使外交保护权之间的必要联系。

6. 至于处理多重国籍对行使外交保护权的影响这一复杂得多的问题的第 6 条,特别报告员准备承认受害者的国籍国对该人的另一国籍国为他或她出面行使外交保护的国家的国籍是主要和有效国籍。得出这样的结论并不容易,因为进行分析的起点——1930 年《海牙公约》第 4 条——多少令人有些沮丧,因为该款称:“一国不能针对本国某一国民亦拥有其国籍的国家为此国民提供外交保护”。甚至当前,这项原则仍然有人支持。

7. 然而,正如特别报告员所示,主要和有效国籍原则的发展伴随着对具有双重或多重国籍者行使外交保护问题出现重大的态度变化。特别报告员列举了从诺特博姆案到伊朗—美国索赔法庭的判例对双重国籍案适用主要或有效国籍原则的许多实例,主要是司法裁决。他在报告第 160 段中得出的结论

¹ 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

是，因此，第 6 条所载的原则反映出习惯国际法现有的立场，符合国际人权法的发展，向个人提供甚至针对其国籍国的法律保护。然而，情况似乎并非如此简单。首先，迄今为止，国际人权法的发展纯粹源于条约规则，而且范围有限，因为它们仅涉及受这些规则约束的国家以及这些规则所确立的权利和自由。此外，特别报告员在其报告第 146 段中坦率承认，法学家们对有效国籍原则的可适用性有不同的意见。他列举了一些国家拒绝为本国国民对另一国籍国行使外交保护的许多实例，列举了国际法院就赔偿案提出的咨询意见。咨询意见称各国不针对另一国籍国保护其国民的做法是“常规的做法”[见第 16 页]。

8. 特别报告员指出，《欧洲国籍公约》未就这一问题采取立场。尽管如此，他指出，《欧洲国籍公约》1995 年的草案曾载有一项特殊的条款，允许国籍国基于人道主义或其他类似的理由，针对某一国民的另一个国籍国为其行使外交保护。然而，由于包括波兰在内的许多国家强烈抨击和坚决反对，在该公约的最后文本中删除了此条款。还必须铭记，虽然各国目前比 30 至 50 年前更容忍多重国籍，但许多国家仍然在国内立法中列入了 1930 年《海牙公约》第 3 款所载的规则，即，“一个具有两个或多个国籍的人，可被视为他拥有国籍的每一国家的国民”。而且似乎各国甚至现在也不那么热切地放弃这项权利。

9. 在总结他对第 6 条的意见时，他说应该强调，在双重国籍情况下，在当事人的一个国籍国对第三国行使外交保护时，主要或有效国籍原则自有用武之地。然而，在对当事人的另一个国籍国适用这项原则时，国际习惯法对编纂这样的规则尚未给予充分的支持。此外，若从逐步发展国际法的角度探讨草案第 6 条，确定某一国籍国是否可针对另一国籍国行使外交保护的关键因素不应为原告国是否为主要国籍国，而是当事人与被告国之间是否缺乏真正和有效联系。

10. 他感到，关于代表持有双重或多重国籍的人对第三国行使外交保护问题的第 7 条多少有些混乱。特别报告员似乎摒弃了他在第 6 条中力求适用的主要或有效国籍原则。他在报告第 173 段中承认，被告国有权就恶意获得的原告国的国籍提出异议。他认为，善意国籍联系并不能完全取代 1930 年《海牙公约》第 5 条规定以及随后的判例，包括国际法院对诺特博姆案的判决，确认的主要或有效国籍原

则。当然，究竟对善意的概念应做出广义还是狭义地解释还是一个问题。它是否包括诸如有效联系的要求？在第 7 条条文中，特别报告员对国籍采取了严格的正规态度，不考虑当事人与有关国家之间是否存在有效联系。就这一点，他认为，虽然完全可以将主要国籍原置于一旁，然而应在第 7 条中插入一项例外条款，以防与多重国籍持有者毫无有效联系的某个国家利用该条为其行使外交保护。

11. 最后，他完全支持第 8 条，正如委员会许多委员指出的那样，该条具有两个无可争议的优点。第一，它体现了现代国际法人道主义化的倾向以及考虑到人道主义因素的趋势。第二，它以典型的方式说明，在恰当的时间和适当的情况下，委员会可完成一项首要任务，即逐步发展国际法。尽管第 8 条还需要进一步完善，但这并无损于该条的价值。

12. 卡巴齐先生赞扬特别报告员为拟订这些拟议的条款草案做了大量工作，看看脚注中列举的许多法律裁决和学者著作就可以看出。他说，原则上，他觉得第 5 条没有问题，即使他认为，特别报告员走得太远，涉入国籍问题，无谓冒险，招致批评。就第 5 条而言，没有必要了解如何获得国籍，或者国籍是否有效。第 5 条紧扣有关外交保护范围的第 1 条和国家对其国民行使外交保护权的第 3 条。除了受国际法确定的限制外，由每个国家根据国内法确定谁是其国民的想法并无争议。通常总是假定，当一个国家断定某个人为其国民时，情况确实是这样。为了行使外交保护，一个国家并不必证明某个人的国籍是有效的。正如报告第 118 段所述，举证的责任在于被告国必须拿出证据，证明由于如第 104 段所述的理由而国籍无效，此外要证明归化违反了原告国的国内法规定。若第 5 条的基本原则是，为了行使对自然人外交保护的目的是，国籍国是寻求保护的作为其国民的国家，那么为何要指出证明国籍效力不能成立的情况而混淆这一问题呢？探讨一个原本应基于次要规则的专题，这么做，会误入主要规则领域。他同意前面几位发言者的意见，即第 5 条不应当指出可获得国籍的方式。

13. 尽管有国家对本国国民不承担责任的经典规则，但基于特别报告员报告中阐述的理由，他赞同第 6 条。尽管如第 153 段指出的那样，确定有效或主要国籍问题存在种种问题，然而这是可以做到的。至于在两个国籍国之间，若求偿力量对比明显

有利于原告国，则原告国即可胜诉。正如第 158 段所述，无论胜负与否，这并不是一个必须解决的问题。对原告国与被告国之间是否存在有效或主要国籍的问题所产生的任何疑问，都必须以有利于被告国的方式加以消除。这是拟议法最有用的条款，他支持这项条款。

14. 他还支持第 7 条，他认为该条没有问题，并同意草案第 8 条，尤其在删除原第 4 条之后——他同意删除。倘若将外交保护视为个人针对给予他或她外交保护的国家的权利，他就不会支持第 8 条，因为这将对庇护国或者难民及无国籍者的收容国施加额外的负担。但是，由于国家将行使外交保护仅作为是其自行决定的事，他认为该条款不会给该国施加额外负担，要求它保护其领土上的难民和无国籍者，而是一项为处境已经困难的人提供保护的有益的人权规定。可能有人会要拒绝该提案，认为它超出了第 1 条、第 3 条，甚至可能第 5 条规定的项目范围。但是，由于某些公约和专著对此有所支持，并出于人道主义的原因，这是一个应当逐步发展的领域。大概还有第三类人，根据这一条规定，可予以保护，特别是如果某些人就第 5 条所主张的长期居住原则得以接受；这类人既不是难民，也不是无国籍者，而是东道国境内的长期居民，还可能具有长期居住地位。上述居住所在国应能够为这些人，尤其是在名义上的国籍国无能为力的情况下，针对第三国始终提供外交保护。这种设想可能把国际法的逐步发展做得过度了，但却值得思考。

15. 卡特卡先生说，他同意第 5 条的基本哲理，该条是以自由运用诺特博姆案判决确立的有效联系原则为基础的。然而，委员会应当避免通过一项可能滋生误解的开放性条款。第 5 条增加的内容都必须具体，应避免诸如“国际法确认的任何其他相关联系”等含糊提法。委员会某些委员建议增加的“惯常住所”标准，只有在惯常住所是基于有关个人自由选择 and 意愿的情况下，才可成为相关的因素。但情况并非始终如此，因此委员会对此应谨慎从事。

16. 第 6 条编纂了双重或多重国籍情况下的主要或有效国籍概念。这一概念是国际律师和国际法庭上颇具争议的问题。认为积极国籍国应能够对消极国籍国采取外交保护的观念，似乎有损国家平等的原则。因此，对第 6 条必须重新加以审议，以减少当事人的国籍国之间产生冲突的可能性。

17. 第 8 条套以国际法逐步发展的名义，显然违背了外交保护权仅限于国籍国行使的常识。在这方面，人们问惯常住所是否可使个人有资格得到外交保护。答案是，若当事人为无国籍者或难民，则收容国可以行使外交保护，然而，在现实世界中，情况往往并非如此明确。例如，坦桑尼亚目前收容了将近 100 万来自邻国的难民。其中有些难民在坦桑尼亚境内居留了 30 多年，虽然在法律上仍然保留了原籍国的国籍，但实际上，他们已经失去了同原籍国的联系。难民署根据《关于难民地位的公约》仍然为他们提供保护。若拟议的第 8 条通过，将要求坦桑尼亚联合共和国对这些惯常居住在其领土上的难民行使外交保护。在这种情况下，理所当然要问，一个因国际社会没有充分地分摊负担，而已经不堪负重的收容国为何应承担额外的负担呢？他不能赞同第 8 条将是否行使外交保护留给国家自行决定的观点。他还认为，在出现国际不法行为的情况下第三国可代表难民和无国籍者对收容国行使外交保护行为的建议太过分了。倘若出现了违背普遍义务的行为，则将由难民署作为“保护”主管机构，就此问题与有关的国家政府进行交涉。如果国际组织可对其工作人员行使职能保护，那就没有理由认为联合国或难民署为何不能对受他们“保护”的难民采取同样的保护行动。这将减轻收容国的负担，而且这些收容国大部分是发展中国家。这些国家面临的一些严重问题不仅会影响其经济生活，而且会影响环境和公共秩序。他促请委员会对此问题谨慎从事。

18. 哈夫纳先生说，他基本同意特别报告员对第 5 至第 8 条所列问题采取的方针。

19. 除了必须进行几处起草方面的修改之外，第 5 条还产生了前几位发言者已提及的另一个问题，即“善意归化”问题。“善意”的标准是一个主观的标准，很难适用。在目前情况下，这当然还不是目前情况下的一个争议点，“有效国籍”概念也不是。有效国籍概念将限制国家以有悖于行使外交保护的日的，即为当事人的利益采取行动而行使外交保护行动的权利。因此，他准备支持卡姆托先生的提案，即删除第 5 条中的“出生、血统或善意归化”的措词。然而，作为卡姆托先生的立场与特别报告员立场之间的折中，他建议出生地主义和血统标准，很有用，应予保留，归化标准也应附上“根据国际法”的措词，其理解是，除了前两项之外，归化涵盖了获得国籍的一切方法。

20. 第 6 条处理的是第 7 条规定中所列的一种特殊情况，因此应当置于第 7 条之后，而不应列在第 7 条之前。由于“受害”一词含义不明确，因而，引起了与之有关的一个正式问题，起草委员会大概要给予一定的关注。鉴于全球化以及人员频繁地跨界流动，必须非常准确地界定行使第 6 条所述权利的条件。设想的两项标准是主要国籍和有效国籍。问题是这两项标准究竟是各自不同，还是含义相同。案例法似乎假定两者标准同等。然而，如果“和”这个连词，放置在“主要”与“有效”两个形容词之间，这就意味着这是两个彼此不同的概念。这就与案例法的结论相悖，并将改变国家行使外交保护的权力。他个人倾向于“主要国籍”的概念，因为这个概念意味着，在两个国籍联系中，其中一个比另一个更强。另一方面，“有效国籍”的提法可能意味着这两个国籍联系都不足以确立国家行使外交保护的权力；例如，就具有双重国籍者而论，可以坚称，任何一个国籍联系都无效。因此，任何一个国家都不能行使外交保护。

21. 第 7 条第 1 款只反映出第 5 条的内容，未增加任何新的东西。至于第 2 款，所出问题不仅是在实践中是否确实存在条款可运用的情况，而且是一国行使的外交保护与另一国行使的外交保护之间有何联系。例如，若一国籍国放弃行使外交保护权，或者宣布对被告国采取的反应感到满意，这是否会对有资格行使外交保护的其他国籍国产生影响？外交保护不能联合行使，而且对所设想的具体情况作出规定无现实必要。

22. 他同意第 8 条所载规则隶属国际法逐步发展的领域，同时，他认同该条拟欲实现的目标，但这是一个棘手的问题，而且他认为将无国籍者与难民这两个问题分开处置更为便利。这两种情况不一样。例如，在原告国境内的法定住所与难民有关吗？与委员会其他一些委员一样，他认为应当将行使外交保护的权力赋予给予难民地位的国家，而不是居住国。假定欧盟的一个成员国，根据欧盟的一般政策行事，批准某一个人的庇护或难民地位，那么这个人就享有在欧盟的另一个国家合法居住的权利。在这种情况下，就没有必要将行使外交保护的权力转给当事人合法居住的国家；这项权利应当由给予难民地位的国家行使。当然，若在通常法定住所标准之外，再加上主要或有效联系的标准，那就是另一回事了。有些人在另一国境内定居，并且在那里获

得了难民地位之后，由于情况改善又返回其原籍国的情况，可能发生而且确实发生过。在这种情况下，只应授权原籍国行使外交保护。条款草案应当单独列出一项条款阐明这一问题。最后，还应考虑到在离开原籍国之前难民遭受伤害的情况。

23. 辛马先生在提及哈夫纳先生对第 8 条的分析和他述及的假设情况时说，某个人进入第一个欧盟成员国获得了难民地位之后，再定居另一个成员国并在那里居住多年，并不罕见。如果此人要求外交保护，是否像哈夫纳先生建议的那样，应将行使外交保护的权力限制于此人最初进入而且与他或她或许没有什么有效联系的国家？

24. 哈夫纳先生说，他同意在辛马先生所述的情况下，授权法定住所国行使外交保护，当然是合理的。问题是确定承认居住国拥有这项权利的时间。难民必须证明在境内居住了多少年才可使居住国有权为他或她行使外交保护权？这是一个无法逾越的问题，而且正因为如此他才建议按照国籍国的情况类推，行使外交保护的权力应当赋予给予难民地位的国家。应当理解，这项权利只是一项权利，而不是一项义务。正如卡特卡先生所解释的，若当事国认为是一种负担，它始终可以拒绝行使这项权利。

25. 库苏马—阿特马贾先生说，他不知道目前审议的专题究竟是外交保护，还是国籍，无论为单一、双重或多重性国籍。

26. 虽然该问题可以在欧盟等一体化程度很高的区域构架内很容易解决；但在东盟等严密程度较差的区域框架内则不太容易解决；而在由各个主权国家组成的国际社会框架内，则更难解决。正如已经提出的那样，这项解决办法也许在于依据国籍权利的传统理论，审慎划定外交保护的范围。

27. 他确信，特别报告员在今后的工作中将适当注意到所作的评论。

28. 卡姆托先生说，第 5 条中提出的折中意见令人吃惊，因为不清楚为何应当提到获得国籍的某些方法，而不提其他办法。最好将“出生、血统或善意归化”的措词，改为哈夫纳先生提出的措词，再附上“按照国际法”等措词。

29. 关于第 8 条，哈夫纳先生和其他委员说得对，

无国籍者的问题应与难民问题分开处理。但是他列举的欧盟的例子并非很有说服力，因为制约欧盟之内人员流动的规则与世界其他地方的规则不一样。一个人若持有某一申根国家的护照，拥有《关于难民地位的公约》所说的难民地位，而居住在欧盟任何一个成员国内，该国都可得到为之提供外交保护。另一方面，给予难民地位的国家有资格提供外交保护的观念，是一个很好的观念，因为这至少会形成不仅是事实上而且是合法的联系。有关国家可据此承认给予难民某种特殊地位。

30. 他赞同卡姆托先生在评论收容大量难民的国家时表达的正当关注。恰如其分的法律对策是，规定外交保护不是一项国际义务，而是国家的一项主观权利，国家可自由决定行使还是不行使。

31. 克劳福德先生说，关于职能保护问题，较为合理的做法是，对于已给予难民地位的国家，针对在给予难民地位后出现的损失，给予它们或承认它们的行使外交保护的权力。他注意到，辩论正在确立这样的限制，但这意味着，对给予难民地位前发生的事件，则完全排除外交保护。冒着唱反调的风险，他不愿再探讨下去。

32. 与保护难民相关的问题是得寸进尺。若各国认为给予难民地位是给予国籍的第一步，而任何行使外交保护的行为实际上是向个人阐明，给予难民地位意味着给予国籍，这将是又一个抑制给予难民地位的因素。他感到，在该术语的传统定义中，难民地位是保护个人不受迫害或有充分理由担心遭受迫害的极重要武器。如果委员会对此过分地加以重负，则在维持传统体制方面已经存在的严重困难将会加剧。

33. 加亚先生在提及第 6 条时说，他支持主张用“主要”，而不用“有效”一词的各位委员，因为这是一个比较个人与某一国家或另一国家相互之间关系的问题。然而，他并不完全赞同主张采用这一措词所述的理由，因为通过出生而获得的国籍很可能是有效的国籍：这取决于赋予“有效”一词的含义。委员们的主要观点似乎是，这一措词应当用，但要以只在极端情况下才会阻止国籍国行使外交保护的方式予以使用。

34. 特别报告员和哈夫纳先生想尽可能延伸外交保护概念，因为这有益于个人。这些条款的范围尚未

界定，必须予以澄清。必须确定外交保护，究竟仅仅旨在作为外侨待遇规则的一部分，还是只是为了保护人权，倘若如此，为了保护人权，则国籍国是否可提出其他国家无权提出的申诉。这是问题的根源。如果答复是否定的，则国籍联系就不没有关联，就无需尽可能延伸外交保护；如果答复是肯定的，这将意味着重新返回到第二次世界大战之前存在的情况，即各国只求维护本国国民的人权。

35. 辛马先生在到了对第 8 条的评论，有些人把外交保护看作是国家的自由裁量权，而不是义务，其他人则看到委员会的审议出现了将国家权利转为个人权利的倾向。他说，在外交保护工作与国家责任工作之间须达到平衡。在国家责任的范围内可考虑加强个人权利的可能性。

36. 卡姆托先生关于第 5 条应当删除“因出生、血统或善意归化而”的提案，似乎得到许多委员的支持，但拟议增加的“按照国际法”一句，按委员会的惯例，始终系指国家已经做的某件事。例如，在探讨国家继承中的自然人国籍问题时，曾指明国家可“按照国际法”给予国籍。² 如果称个人“按照国际法”获得国籍，则可能造成个人若选择了错误国籍则违反了国际法的印象。必须谨慎措词，避免造成这种印象。

37. 伊科诺米季斯先生说，第 8 条的范围不应包括在外国工作，但与其本国保持着完全正常关系的经济难民。如果证明有必要，国籍国能够为这类个人提供外交保护。他认为，第 8 条适用于政治难民。政治难民与经济难民不同，与其原籍国没有任何关系，且不再寻求原籍国的保护，因此需要第三国给予保护。难民为得到外交保护，仅在行使外交保护的居住国是不够的。难民在一国领土上居住，还必须在法律上得到了居住国的承认，确实是《关于难民地位的公约》所指的难民。尽管这个解决办法比第 8 条规定的办法严格一些，但是他认为必须符合这两项条件。

38. 加利茨基先生提请注意第 8 条的人道主义内容，并且表示他本人对该条基本满意，尽管他认为该条的法律存在理由与人权无关。该条的真正目的

² 见第 3 条评注第(2)段(《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 29 页)。

是为了涵盖某人在某种情况下被剥夺外交保护可能性的情况。对于根本不可能求助任何国家的无国籍者，对不可能求助于他在理论上属于其国民的国家的难民，第 8 条出于外交保护目的提到了替代国籍国的办法。这与人权保护不存在竞争或混淆的问题。该条款草案的依据是截然不同的另一种情况。

39. 卡姆托先生说，他支持克劳福德先生提出的论据，认为克劳福德先生的观点绝不是唱反调。然而，按照定义，难民状况只是暂时的，而且必须是暂时的状况。虽然只要驱逐政治难民的政权在位一天，他们就可以仍然为政治难民，但是其他各类难民——不是经济难民，他们不属于本专题范围，而且是有争议的一类——而是因战争或灾难而背井离乡的难民，他们可期望迅速地返回家园。这些难民保留了其本国的国籍。在外国平均滞留了 2 至 5 年的难民，即使滞留时间再长，没有东道国的意愿，单是时间长短不当有法律后果。在他或她等待返回之际，而且必须时请求得到外交保护，难民地位赋予的保护就足够了。无论如何，今后审议第 8 条时，值得考虑到克劳福德先生的意见。

40. 辛马先生说，在第 8 条中，“难民”一词不可能被理解为被包括伊科诺米季斯先生所称的经济难民。它仅指《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》含义所指的难民。“经济难民”一词应当避免，因为它不是真正的法律用语。

41. 蒙塔兹先生说，尽管他对卡特卡先生所表达的关切极为敏感，因为根据难民署统计资料，他的祖国伊朗伊斯兰共和国，收容的难民数量最大，但他并不赞同这些关切，因为第 8 条仅赋予某个国家某项权利，并未确立国家的义务。收容国可自由决定是否对国境内寻求庇护的人给予外交保护。

42. 除了已提到的政治难民和经济难民之外，还有第三类难民，包括因武装冲突或自然灾害而背井离乡的难民。伊科诺米季斯先生所提意见，即按照第 8 条应当只对那些因政治或任何其他原因已获得此类难民地位的人提供外交保护的学说，可能值得进一步思考。

43. 哈夫纳先生说，个人利益概念已经超出了人权概念的范围。他赞同辛马先生的意见，即经济难民的概念不存在，而且是一个自相矛盾的词语。“难民”一词必须在有关国际文书指定的含义内使用。

44. 克劳福德先生的论据有其优点，但问题是应精准确定究竟应从何时起居住为合法。如果行使外交保护的权力只赋予难民具有法定住所的国家，那就剥夺了此人享有另一国家外交保护的权力。个人受伤害的情况将肯定最经常地在其具有法定住所的国家发生，因为这是他应该居住的地方。若只有该国被赋予行使外交保护的权力，则它绝不会针对自己行使外交保护权。必须赋予另一个国家行使外交保护的可能性，这必然首先是给予难民地位的国家。因此，这是一个复杂的问题，因此理当区分无国籍者的状况与难民的状况，即使不为此单立两款，也应阐立两款。

45. 塞普尔维达先生在评论所提出的所有条款草案时说，特别报告员能够娴熟地汇集若干有助于界定当今世界外交保护性质和范围的法律概念。为此，委员会可帮助一个曾在拉丁美洲遭致很大反对的程序树立起某些可信度和尊严。这是将近两个世纪来饱经各种武装干涉和镇压扭曲了外交保护的根含义所造成的抵触情绪。现在，委员会有机会为谈判商定的、服务于所有国家利益的原则奠定新的基础。他主张先不要就是否应编撰一篇一般定义的章节采取立场，但他确实认为从一开始就应该界定外交保护的边界，并提出了有若干基本标准应当铭记。

46. 首先，外交保护必须视为一项程序，而不是某个国家针对另一国家采取的措施或行动，从而排除在投资或商业协定之类的案件中个人可以将争端提交国际仲裁的诉讼。这种保护源于构成国际不法行为的行为或不作为，意思是说在某一国家违反其国际义务时，就行使这种保护。这种保护还预先假定对某人或某一外国人的财产造成了损害，而这一损害与国际不法行为或不作为之间存在着因果关系。问题是可启动外交保护程序的归责或归因原则。若要将伤害归责于某个国家，则必须存在执法不公的情况，即必须不存在进一步从该国家获得赔偿或抵偿的可能性。一旦用尽当地所有行政和法律救济，如果违反国际义务的行为造成的损害未得到弥补，即可启动外交保护程序。行使这项程序具有特殊的性质，因为国籍国所拥有的自由裁量权不能自动和必然地形成一项国际法义务。条款草案最好主要提及国民待遇，尤其是自然人的待遇。鉴于法人的国籍可能是法人总部所在地或注册地国家的国籍，也可能是股东的国籍，甚至可能是主要决策中心的国籍，显然难以确定，因此法人的概念应当摒弃。最后，外交保护绝对不得包括武力

威胁或使用武力。当某一外籍个人成为某项国际不法行为的受害者，并在用尽一切其他救济后向其国籍国请求外交保护时，只能运用和平手段为当事人所受伤害获得补偿。

47. 因此，第 2 条应当彻底重拟，因为在外交保护中禁止使用武力必须是绝对的，而且不得有任何例外。对《联合国宪章》第二条第四项和第五十一条的过宽解释造成了许多滥用权力的情况；事后事实往往表明，自卫的援用并不恰当。在这样的一项条款中，当一国家的国民生命或安全受到威胁时，允许国际社会应采取有效的集体措施，比准许单方面使用武力，更合理。

48. 第 3 条提出的关键问题是：当国籍国追究另一个国家伤害本国民的责任时，究竟谁是所声称的权利的持有者？必须铭记，蒙受伤害的是个人，而不是国家，而且受害者可采取除外交保护以外的救济获得赔偿。根据争端的性质和所受伤害，他不仅可提出法律起诉，或者向行政法院投诉此案，而且可以诉诸国际仲裁法庭或人权机构。代表当事人提出申诉的国家只有兜底的职能，并无专有或绝对的权利。另外，国家以自由裁量的方式行使这一职能，而且对国民造成的伤害与外交保护之间并无自动和必然的关联。第 3 条还产生了措词上的问题：当该条称“国籍国有代表受另一国非法损害*的国民行使外交保护的权力”时，必须铭记第 1 条规定，这种损害必须是由“因[另一]国的国际不法行为或不作为”造成的。若行使外交保护的规定是所受伤害应由国际不法行为引起，则也许在第 3 条或有关定义的章节中也应加以具体阐明。

49. 第 4 条提出了若干重要的问题，首先一个国家是否真正具有第 1 条所规定的行使外交保护的“法律义务”。虽然一个国家具有保护在其本国领土内外的国民利益的道德义务，但这与其说是一项按严格意义上的道德义务，不如说是一项范围也许有限的政治义务。将外交保护作为应对严重违反强制法规范的办法，也并非一种十分妥当的设想。这种违反行为，需要国家之社会根据《联合国宪章》第七章采取强制措施。最后，第 4 条载有那么多例外和例外条款，实际上无法适用。

50. 他提议，第 5 条的后半段应当修改为：“‘国籍国’系指基于某人的出生地点、其父母一方或另一方的国籍或有效的归化而意欲施加保护且已经给

予该人以国籍的国家”。他坚持采用“其父母一方或另一方”的措辞，因为立法在这方面各有不同说法。看来将此列为先决条件，要求行使外交保护的國家有效地承认拟加以保护的人拥有本国国籍，是完全有道理的。至于归化的情况，除非申请人与国家具有真正和有效联系，否则该国将不会同意行使外交保护。

51. 第 6 条提出的问题颇为复杂，因为许多国家允许其国民保留原国籍，并认为即使他们后来获得了另一国的国籍，也不可能丧失原国籍。这就意味着，原籍国(即，第一国籍国)在任何情况下都拥有代表该国民对国民已获得国籍的国家(第二国籍国)行使外交保护的权力。委员会本身最好只限于 1930 年《海牙公约》第 4 条所列的原则。第 4 条规定“一国不可代表其某一国民，针对该国民也拥有国籍的另一国家提供外交保护”。双重国籍者针对其有义务效忠和忠诚的国家提出救济(或者代表他提出救济)是不合法的。

52. 最后，委员会必须回头讨论的另一个根本性问题是，在外交保护框架内极具重要意义的执法不公问题。

53. 他赞赏特别报告员在其报告中提到了两位拉丁美洲法学家，即加西亚·阿马多和奥雷戈·比库尼亚的著作，但拉丁美洲许多其他作者也撰写了有关外交保护专题的论著；除了各处常见的卡洛斯·卡尔沃的论著之外，他还想到了坡德斯塔·柯斯塔、詹梅纳兹·德阿雷查贾以及赛萨·塞普尔维达等人。他将非常乐意为特别报告员提供一份有关的参考文献。

54. 卢卡舒克先生说，他仍然对条款草案并未载有任何有关公民或国民权利的条款感到关切。尽管行使外交保护的权力是国家的一项权利，而不是个人权利，在论及个人作为保护的“对象”时，委员会最终会身不由己地按照保护候鸟和其他濒危物种等公约，确立类推。正如辛马先生所强调的，草案必须在国家权利与公民权利之间达成平衡。有鉴于此，他提议在草案中列入三项规定，措词如下：第一，“公民有权要求其为国民的国家为他提供外交保护”；第二，“公民有权拒绝其为国民的国家提供外交保护”；和第三，“持有两个或更多国家国籍的所有人，在另一国领土内逗留期间，有权表明观点，宣布哪个是他的有效国籍。另一个国家必须考虑这一观点”。从国际法逐步发展的角度来看，

这几项规定也许并不构成十分明显的进步，却是符合具体现实，应得到各国的热烈欢迎。

55. 埃多西亚·萨卡萨先生在谈及塞普尔维达先生的评论时说，用尽当地救济(或执法不公)的问题实际上非常重要。必须考虑到国与国之间在当地救济的手段和程序上迥然不同；外交保护绝不是自动的，因为这可能侵犯各国在这一领域的特权或侵犯国家的主权。

56. 他完全赞同塞普尔维达先生的观点，即必须完全彻底杜绝使用武力或使用武力威胁的情况。委员会必须通过编纂工作，努力加强有时颇有争议的外交保护原则的信誉，但委员会必须明确地确定，外交保护权只能以和平的方式行使。在条款中必须清楚地阐明这一点。

57. 戈科先生说，塞普尔维达先生提出的执法不公问题，在外交保护方面尤其棘手。埃多西亚·萨卡萨先生已指出，各法院有其本身的程序规则、其本身的受理标准，等等，而当某一国家认为其国民是执法不公的受害者时，另一方(即另一国)则可能持有截然不同的看法。在这种情况下怎么办？

58. 执法不公是经常发生的事，而重要的是得确立一项国际最低标准，作为所有文明化社会在尊重辩护方权利方面遵循的道德标准。然而，出于正在审议的问题的需要，委员会应当从受伤害国民已经用尽现有当地救济时起，开始推理论证。如果委员会想再往后退，则会自动逾越委员会的任务规定。

59. 杜加尔德先生(特别报告员)热诚地感谢塞普尔维达先生主动提供拉丁美洲作者的参考文献，这必然是非常有用的。至于执法不公问题，他指出，这属于主要规则的范围。如果委员会着手对这一问题进行研究，可能需要几十年才能完成。因此他本人仅限于进一步考虑用尽当地救济问题。该问题本身是一个困难的专题。

60. 托姆卡先生说，二十世纪五六十年代的委员会未能够编纂出国家责任规则，主要原因是特别报告员过分地侧重于外侨待遇的问题。委员会在审议外交保护时，不得在国家针对外侨的权利和义务问题上重蹈覆辙，并应当决定不审查显然构成主要规则的执法不公问题。

61. 罗森斯托克先生说，他完全同意托姆卡先生的

意见。委员会已决定不再涉足主要规则领域，并应遵循这项决定。不能在目前审议的专题框架内探讨执法不公问题。

62. 总之，第 5 至第 8 条似乎令人满意，他仅扼要地谈几点意见。第 5 条中“善意归化”的措词事实上是可以讨论的，而“因出生、血统或善意归化”应当删除；人们完全可以问，后面所举的实例究竟是想澄清问题，还是使问题复杂化。布朗利先生在评论中指出，必须考虑到现实世界，更加重视居住地，显然是恰当的，但也应铭记卡特卡先生对收容国形成额外负担的关切，这有可能妨碍收容国给予难民庇护。

63. 第 6 条与现代世界接轨的很好，现在世界越来越强调个人，例如目前为消除无国籍状况的后果所作的努力即可见一斑。特别报告员在该条中采取的做法符合目前国际法院的各项裁决。

64. 第 7 条未引起任何问题，可直接送交起草委员会。然而，他同意一些发言者的意见，建议调整第 6 条和第 7 条的顺序。报告第 175 段起载有支持第 8 条的说服力甚强的论据，因此该条也应送交起草委员会。

65. 他期待特别报告员随后的报告。他请特别报告员不要像巴布罗夫的实验犬产生过多的条件反射那样，对“违背强制性规范”或“违背普遍义务”的概念做出过强的反应。这两个问题很可能会使委员会超越其工作范围，造成不必要的对抗。

下午 1 时散会。

第 2627 次会议

2000 年 5 月 25 日，星期四，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾

先生、卢卡舒克先生、庞布一奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

外交保护(续)(A/CN.4/506 和 Add.1¹)

[议程项目 6]

特别报告员的第一次报告(续完)

1. 托姆卡先生说,第 5 条是“国籍国”的定义。这一定义的显然是必要的,因为依第 3 条国籍国有权对受另一国不法行为损害的国民实行外交保护。但是,该条在草案中的位置比较特别,因为第 3 条中使用的术语直到第 5 条中才下定义。实际上,题为“范围”的第 1 条,试图对外交保护下个定义,所以如果象这种情况下通常所做的那样,紧接在第 1 条之后增加一条,专列术语的定义,也许是十分有用的。

2. 尽管因血统或出生地而获得国籍不会引起外交保护方面任何特别的问题,但通过归化方式而获得国籍却可能带来问题。特别报告员在第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)第 104 段中正确地指出,国际法不会承认所有情况下的归化。从特别报告员的工作中似乎可以看出,在法律上多数人认为,通过归化方式给予国籍的情况要求个人与国家之间有更加紧密的联系,即通常所称的“真正或有效联系”。但特别报告员没有认同这种观点,他在第 117 段中的主要论点是,担心如果严格适用国际法院在诺特博姆案判决中提出的真正或有效联系要求,料想会让数以百万计的人无法从外交保护中受益,从而破坏外交保护的傳統理论。

3. 对此他本人并不完全信服,因为在当今全球化和人口移徙的世界上,有数以百万计的人离开国籍国,到他们从未获得其国籍的国家谋生。如果这些人移居一国而从未获得该国的国籍,要求善意归化的第 5 条就不会为他们提供任何更好的保护,因为他们根本就不会归化。

4. 不幸的是,特别报告员在第 112 段中没有详细论述其观点,即很难把真正联系这一要求局限于归化。在他看来,真正联系这一要求恰恰在归化的情况下能够发挥作用。在因血统或出生地而获得国籍的情况下,阐明真正联系要求是多余的,因为公认血统和出生地原则中已包含了的必要附属条件。

5. 特别报告员没有对归化的情况提出真正联系这一要求,而是提出了善意归化要求。正当归化属于推定性质,而证明恶意的举证责任则在被告国。对他本人来说,他不知道有任何法院裁定主权国恶意行事的案例,因此如果特别报告员能提供国际司法惯例中的事例,他将表示感激。特别报告员自己承认(第 108 段),国际法院不愿意作出这样的裁定。由此,让被告国来承担举证责任是不公正的。第 5 条中最好能使用伊科诺米季斯先生(第 2625 次会议)提出的,第 111 段所引的弗莱根海默案[见第 377 页]中也使用过的“有效归化”一词。随后可在评注中解释有效归化的含义,即符合国际法要求包括真正联系要求的归化。

6. 第 6 条还提出了不少令人感兴趣的问题。正如加利茨基先生(第 2626 次会议)和其他委员所指出的,该条偏离了国际习惯法,而国际习惯法应该是本专题工作的依据。国际法学会 1965 年华沙会议也达成了这样的结论,该届会议通过了一项决议,规定被告国可以拒绝一国为同时拥有原告国和被告国国籍的个人所遭受的损害而提出的国际索赔。²该学会认为,处理索赔的法院不可受理该类索赔。加利茨基先生还提醒委员们注意,欧洲委员会的成员国在通过《欧洲国籍公约》时采取过同样的立场,这一点十分有用。

7. 特别报告员就第 5 条发表了看法,摒弃了真正或有效联系这一要求,而随后在第 6 条中却采用了与国籍相关的有效性概念,这一点是自相矛盾的。瑞士和联合王国等一些国家认为,对于不代表持有双重国籍的人针对其第二国籍国行使外交保护是一般规则,行使外交保护仅仅是在特殊情况下的例外——对联合王国而言,这种情况是指被告国将索赔者当作为联合王国的国民对待,因此而不将其当作本国国民对待,见第 156 段——那么这种情况应该反

¹ 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

² 见第 2617 次会议,第 32 段和脚注 12。

映在第 6 条的措辞中。第 6 条应该以否定形式重新写成：“国籍国不可代表受损害国民针对其另一国籍国实行外交保护，除非被告国将该个人作为前一[或：索赔]国的国民对待。”

8. 在第 7 条第 1 款中，无须明确提及“第 5 条所列标准”，而且应把“也”字删除。

9. 第 8 条是作为拟议法提案而提交的，因此应该慎重对待。在提交大会的委员会届会工作报告中，征求各国的意见可能是明智之举。在某种程度上，第 8 条改变了外交保护的性质，把它当为一种属于国家的权利，一种以其国民的名义确保遵守国际法规则的权利。草案承认一国有权确保尊重有关非国民的国际法。

10. 巴哈纳先生说，第 5 条要求通过出生、血统或归化取得国籍，以便国籍国为自然人实行外交保护。但是，该条的行文让人觉得其目的是要对“国籍国”作出定义，而事实上不是这种情况。相反，委员会需要确定国民要求其国籍国给予外交保护的依据，而这一依据即是出生、血统或归化。所以，第 5 条中将包含的原则应确定为：“为实行外交保护的，凡因出生、血统或归化而获得国籍的自然人，可以获得其国籍国的外交保护”。这样的措辞就简单得多。他在其提案中去掉了“个人”和“是指”以及“善意”这些多余的词。归化和国籍法，同有关出生和血统的法律一样，是无任何限制条件的国籍法的一种渊源。但是当这个问题因归化者提起申诉而提交给法院时，法院就可以问，其归化是否善意。这正符合诺特博姆案的情况。

11. 这三种渊源为要求取得外交保护的，构成受损害国民与其国籍国之间的国籍联系。这一原则在不少公约和国际法院的案例中得到证实。根据评论中所提及的 1930 年《海牙公约》的第一条，“应由每个国家按照本国法律自行决定谁是其国民”。特别代表在第 100 段确认，在人权领域，各国在给予国籍方面必须遵守国际标准；而且他还在同一段中还提到对国籍授予属于国家国内管辖这一原的某些限制。但是就第 5 条而言，出生、血统和归化等连系因素构成得到国际法普遍承认的行使外交保护的真正或有效联系，这一点看来是毫无疑问的。

12. 人们可能会问，在归化问题上，是否象诺特博姆案一样还应有额外的真正或有效联系。诺特博姆案

似乎不能普遍化，而应受到至少三个方面的限制。首先，它适用于双重国籍，一种国籍基于诺特博姆维持 34 年之久的危地马拉原籍，这确立了其与国籍国之间的有效和真正联系；另一种国籍要弱得多，是建立在其列支敦士登归化基础上的。国际法院认为，事实清楚地表明诺特博姆与列支敦士登之间缺乏任何归属关系，而诺特博姆与危地马拉之间却存在着长期密切的联系，这种联系绝不会因归化而削弱。由此有必要将真正联系这一原则的要求限制于诺特博姆案的特别事实，而不要将其当作为国际法中一条可以不加区分地适用于所有外交保护情况的普遍原则。因此，他同意特别报告员第 111 段中的观点，即不能认为有效和真正联系原则是一项习惯国际法规则，适用于不涉及双重或多重国籍的情况。第二，有效或真正联系的原则只限适用于双重或多重国籍的情况。诺特博姆案引起的第三个问题是，除出生和血统之外，归化是唯一在外交保护索赔中造成混乱的因素，因为各国的国籍法在通过归化给予国籍的条件方面相差很大。再说，正如诺特博姆案所显示的，国家在使某人归化当中可能滥用权力或不公正行事。法院裁定，列支敦士登放弃了有关居住时间限制方面的某些规定，以顾及此人归化申请的紧急性。因此，报告第 104 段正确地指出，国际法不会承认所有情况下的归化。靠欺骗手段获得的归化和以种族和性别为由的歧视方式授予的归化，都可能是不予承认的例子。

13. 第 6 条涉及双重国籍。特别报告员认为双重国籍是国际生活中的一个事实，但他也同意，双重或多重国籍在军事义务和外交保护方面带来了许多问题。然而特别报告员在第 122 段发表的评论中承认，1930 年在海牙举行的国际法编纂会议及其他国际组织曾试图减少或取消双重或多重国籍，但未获成功。结果，1930 年《海牙公约》最后不得不承认，持有两个或多个国籍者可被其每一国籍国视为国民。尽管许多国家的法律明文禁止同时拥有另一国家的国籍，但双重国籍的原则，只要国际法予以承认，就可能继续越来越流行。

14. 根据特别报告员在第 123 段中提出的看法，大部分法律权威似乎均支持第 6 条主张的规则。但必须牢记的是，按 1930 年《海牙公约》第 4 条，一国不得针对国民的另一国籍国向国民提供外交保护。在提出第 6 条时，特别报告员颠倒了 1930 年《海牙公约》中的规则的顺序，在措辞上采用了肯定形式，而没有采用否定形式。然后，他提出了有效国

籍原则这一解决办法。换言之，一个国籍国针对另一国籍国实行外交保护时，法院应适用有效国籍标准，即法院应仔细审查提出保护申诉的具体情况，争取查明受损害的国民与哪一个国家有有效或真正联系。

15. 为什么不采用 1930 年《海牙公约》第 4 条，而采取第 6 条中颠倒顺序的原则？如果说双重国籍在国家实践中造成了冲突或混乱，那么委员会为什么还要编纂它以赋予它可信度？如能采用 1930 年《海牙公约》第 4 条，将是向着减少因双重国籍而在外交保护方面产生的冲突的方向迈出的有益的一步。

16. 然而，也许可以令人信服地辩称，该条可以从诺特博姆案以及国家实践中找到依据。因此委员会也许会认为草案第 6 条是可以接受的。果真如此的话，他想作一些修改，将其改为：“在不违反第 9 条第 4 款的前提下，国籍国如系受损害国民的有效国籍国，可在该国民的另一国籍国中对其实行外交保护”。这样措辞的好处是可以避免使用“针对”和“代表”等词，也可避免重复“受害国民”、“受害人”和“个人”等词，而且还可倾向于使用“有效”一词，因为该词比“主要”一词更符合诺特博姆案。这两个词属于同义词。诺特博姆案中使用的是“有效或真正联系”。

17. 他建议应对第 7 条第 1 款重新措词以避免使用“代表”、“针对一国”、“他或她”以及“也”等词。重新措词后行文如下：

“根据第 5 条，持双重或多重国籍之人的任何国籍国，可为该国民在其非国籍国中遭受到的损害的主张实行外交保护”。

“根据所列标准”一语组由“根据第 5 条”来替代，因为有关标准并没有详尽无遗地列出。他同意特别报告员的意见，有效或主要国籍原则不适用于一国籍国争取在双重国籍者的非国籍国中保护该人的情况。他还同意报告第 170 段中的陈述，即在涉及第三国的双重国籍案件中，解决关于有效联系的冲突，最好是要求索赔国仅仅证明它与受害人之间的确存在正当国籍联系。

18. 第 7 条第 2 款允许两个或多个的国籍国为双重或多重国籍者实行外交保护。如果两个或多个国籍国共同代表双重或多重国籍者实行外交保护，支持

其索赔要求，将加强这一国民在被告国的索赔要求。但是，如果一国在双重国籍的案件中不愿意这么做，第 2 款就不再适用；如果第三国籍国不愿意，就只有两个国家可以共同实行外交保护。可以将第 2 款的措词改为：“根据第 5 条，在本条款草案范畴内，两个或多个国籍国可以共同对双重或多重国籍者实行外交保护”。他避免使用“依……的定义”等词，他认为这些词不太准确，同时也还避免使用“代表”等词。

19. 特别报告员正确地指出，第 8 条符合当前保护无国籍者和难民方面的发展形势。它是逐渐发展国际法的一次尝试，应受到欢迎。如得到通过，它将推翻第 175 段所引迪克森车轮公司案阐述的原则，即一国损害无国籍的个人不构成国际不法行为。这种苛刻的裁决如果适用于某些种类的政治难民和无国籍者，是有悖于国际规范和标准及公平原则的。对于该条中所提出的一般原则，没有理由感到担忧，因为该条并未规定任何义务。“可以”一词意味着国家在这一问题上可以选择，可以具体案情具体审查。但他建议将“和(或)”改为“或”，并将“合法居民”改为“常住居民”。“合法”一词在此不具相关性，对所涉人员而言，只会使事情复杂化。方括号中的词语应予删除，并将分号改为逗号。最后，他表示反对将该条分成两部分，即一部分关于难民，另一部分关于无国籍者这一设想。

20. 卢卡舒克先生提到巴哈纳先生就条款草案的范围所发表的评论说，第 1 条忽略了领土范围这个重要问题。该条假定，对一国民的人身或财产的损害是在该国家领土内发生的。但该人或财产事实上可能位于另一国领土上。因此应插入一款类似国家责任草案中关于主权、管辖权或国家控制方面的内容。第 1 条中提及“对其国民的人身或财产造成损害”，给人的印象是造成了身体上的损害。如果说“对国民的人身权包括财产权造成损害”，会更准确些。

21. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，特别报告员在第 5 至 8 条中提出的材料，为卓有成效地开展编纂和逐渐发展国际法的工作奠定了基础。特别报告员面面俱到，令人钦佩；因此如果有人偶尔表达相当强的相反意见，他不应当见怪。

22. 关于第 5 条，他建议略去国家给予国籍的权利等问题，因为这些问题可能会将人的注意力从核心问题上引开。第 5 条提出的获得国籍的要求，与第

1 条相反，给人的印象是，国家给予国籍的权利受到质疑；国家无权依据非善意理由给予国籍。但那基本上是一个可反对性问题，而不是国籍问题。重要的是一国行使权利向第三国提出索赔的目的。从这一角度来看问题，善意国籍问题、诺特博姆案及其他问题便变得清楚起来。诺特博姆案不是关于国家给予国籍的权利问题，而是关于列支敦士登向危地马拉提出索赔的权利问题。他认为，国际法在国家给予国籍的权利方面并未规定任何限制，但第 100 段中述及的问题可能例外，即各项人权条约使那些拒绝给予某些个人以国籍的立法无效。因此，第 97、98、101 和 102 段都提到可反对性问题，而不是国家给予国籍的权利问题，国家给予国籍的权利实际上是一项绝对权利。第 102 段根据诺特博姆案得出的结论应作相应的修改。

23. 第 6 条处理的是一个国籍国支持对另一个国籍国提出索赔时有时发生的冲突，这是一个非常敏感的问题。在实践当中，例如在伊朗—美国索赔法庭中，这些冲突是依据协议而不是调和国际法中类似原则来处理的。他同意伊科诺米季斯先生的意见，拥有双重国籍的人，因双重国籍身份而享有某些利益，但也要能接受可能被拒绝给予若干其他特别权利的现实。无论如何，国家要比国际法的理论家们更加讲究实用。它们只能接受那些与其在具体环境中的利益相符的说法。因此，需要慎重行事，而不要强调多重国籍所涉的问题的特异性。可能的话，因这种身份而提出的索赔，应依据各国之间达成的协议来处理。在没有这种协议的情况下，也许可以通过逐渐发展提出若干原则。

24. 第 7 条第 1 款“其也不具有国籍”这一短语中的“也”字应予删除。第 2 款承认两个或多个国籍国有权共同支持索赔，但这种索赔主张所针对的国家，在某些情况下会受到过分的压力，特别是受政治上或经济上更强大的国家的压力。他不知道如何把握鼓励这种行为的分寸。

25. 第 8 条是逐渐发展的一个重要尝试，而且引起了许多棘手的法律问题。他想知道在处理无国籍者和难民问题上是否采用主要规则。他请那些更擅长区分主要规则和次要规则的同事指点迷津。

26. 第 6 条允许国籍国代表受害国民针对其另一国籍国实行外交保护，第 8 条给予难民和无国籍者以实际上与国民相同的地位。因此，不清楚东道国可

否代表难民向其国籍国提出索赔。这样的话会带来一些重大的实际困难。难民逃亡时，往往都将其财产留在国籍国内，而这些财产可能会被没收。东道国通常会避免支持提出索赔，这不仅是出于政治权宜的考虑，而且还因为可能会损害难民自身的诉讼。另一方面，难民与第三国之间很少出现问题，因此不需要考虑。

27. 当一个东道国由于道义上或现实考虑而不得不支持在其领土上的、受其管辖或受其控制的人向第三国提出索赔时，这一行为不应视为一项法律义务，而是一种可自由载量的诉因。东道国明智的话，会与有关的其他国家协同行动。他肯定特别报告员在任何时候都不是在暗示，给予难民身份与授予国籍权仅一步之遥。他只是在表示，国家出于人道主义考虑，可以对难民的若干索赔给予支持，将其视同国民，因为再无其他人会支持其诉讼。

28. 总的来说，第 8 条涉及的是人权问题，因此事先经各方同意并通过难民署等国际论坛来妥善处理。

29. 卡特卡先生说，目前空谈人权、法治和善政很时髦。谁要没有这么做，就被看成是反动或反对人权的。委员会不要觉得非要在这一重要问题上人云亦云。东道国没有法律义务要实行外交保护。在多数情况下，收容难民的是发展中国家，这些国家还有许多其他问题，负担沉重，因此出于实际原因，已无力去实行外交保护。

30. 戈科先生说，拉奥先生刚才就拒绝司法问题发表的意见也适用于难民和无国籍者在其原国籍国的情况。从实际角度看，在这种情况下外交保护并非一种有效体制，因为无法保证原国籍国会作出任何反应。至于第 6 条，他不理解为什么国籍国要想代表另一国家的国民实行外交保护。

31. 卡巴齐先生说，要感谢斯里尼瓦萨·拉奥先生提出东道国为无国籍者或难民针对国籍国实行外交保护这一问题。但如果将第 8 条规定的范围扩大，使其包括无国籍者或难民在其本国的财产权，他是不会支持这条规定的。这种措词应坚决排除，他希望特别报告员在评论中作出适当澄清。

32. 伊科诺米季斯先生说，斯里尼瓦萨·拉奥先生指出了第 6 条和第 8 条的共同之处，对此应向斯里

尼瓦萨·拉奥先生表示祝贺。他已经说过，他对授予甲国籍国代表同时拥有乙国国籍的国民针对乙国实行外交保护的權利心存疑虑。第 8 条中的规定比第 6 条有过之而无不及，因此似乎更容易让人产生疑虑。应很清楚地表明，只有在某人的难民地位得到正式承认时，东道国才能实行外交保护。这是当前的实际情况，应在法律中加以明确规定。

33. 罗森斯托克先生说，他原打算提出东道国对其领土上的无国籍者或难民实行外交保护的權利提出的时限问题，但伊科诺米季斯先生在发言中已经谈及。关于卡特卡先生及其他委员发言担心第 8 条中的规定可能会额外增加东道国的负担问题，他指出，东道国根本没有义务实行外交保护；它们完全可以行使自由裁量权。

34. 辛马先生说，他表示同意。虽然他体谅有些委员担心为东道国提供的选择在实践中可能会变成一种负担，但他觉得不应拒绝授予居住国以代表其领土上的无国籍者或难民实行外交保护的權利。这一權利也许不会经常行使，但没有任何理由拒不授予。如果将第 8 条拆成分别处理无国籍者和难民的两条规定，他赞成保留特别报告员提出的案文。对于第 6 条，他亦表示支持，该条所提出的原則很重要，因此不能留予双边制度或安排去处理。最后，关于斯里尼瓦萨·拉奥先生就第 5 条所作的发言，他想知道可否从正在审议的专题中完全排除可反对性问题。无论争议的问题是可反对性还是无效性，一定得对一个在像诺特博姆案中发挥过如此重要作用的问题有所交待。他不清楚斯里尼瓦萨·拉奥先生是指应将这一问题完全排除在外，还是指对其作用加以更多限制。

35. 罗德里格斯·塞德尼奥先生说，鉴于全世界流离失所者和难民的人数之众，第 8 条是很重要的，而且无论其中所载规定属于主要規則还是次要規則，该条均应予以保留。难民地位在《关于难民地位的公约》和《关于难民地位的议定书》中已有明确定义，对无国籍者和难民实行外交保护的想想法显然是适宜的。他认为授予东道国以对其领土上的无国籍者或难民实行外交保护的權利并不等于获得国籍的第一步，而且他同意其他委员所强调的意见，即这项规定不是为东道国施加了任何义务，而只是让其有权、或能够斟酌处理。虽然他承认在实际当中做起来有难度，但他相信该条中确立的规范很重要，是逐渐发展国际法中的一个组成部分。

36. 贺先生说，他承认保护受害的无国籍者或难民是一个重要问题，必须加以处理，但他想知道处理这一问题的合适机构是否应为现有的人权组织、难民署和依人权条约建立的国际机构。收容成千上万难民的国家，尤其是发展中国家，可能会认为对这些难民实行外交保护只能使其负担更重。

37. 塞普尔维达先生首先提及斯里尼瓦萨·拉奥先生关于第 5 条的发言，并说他对在任何情况下都要排除主要原則这一点不敢肯定。此外，必须探讨执法不公和用尽当地救济等问题，因为这些问题与外交保护之间的联系是无法割断的。关于第 8 条，他倾向于要求对无国籍者和难民进行分别处理。另外，关于一国可能或应当对难民给予针对国籍国或原国籍国的外交保护这一问题的规定应更具体一些，并应与向原国籍国索赔的现有主規則挂钩。在此方面，他回顾说，1981 年和 1982 年墨西哥收容了逃离当时的危地马拉政权的约 50,000 名难民。墨西哥政府当时没有采取针对危地马拉实行外交保护这一被认为会引起争议的步骤，而是更倾向于寻求外交解决办法，而且最终找到了这种办法，让大多数难民得以重返家园。在面临难民大量涌入时，各国应更加重视采取什么办法来处理这一问题并避免实行外交保护。报告第 184 段简要地谈到了这个问题。

38. 巴哈纳先生注意到第 8 条引起了颇大的意见分歧，并说他仍然赞成该条，但想知道是否可以通过修正该条案文的开头部分来达成妥协，修正后的开头部分为：“在不损害第 5 条的前提下，一国在特殊情况下，可行外交保护……”。可能还需要在第 5 条中增加另一款规定。关于斯里尼瓦萨·拉奥先生提出的东道国可能不愿意对难民实行外交保护的问题，他提请注意第 8 条的最后部分，即：“……但损害必须在该人成为索赔国的合法居民之后发生”。单独将难民问题作出一条规定也许是有益的，因为在某些情况下难民是因发生灭绝种族罪时逃离家园的，但他指出，很难区分无任何文件证明其国籍的难民与无国籍者。

39. 加利茨基先生说，他支持将第 8 条分成两个部分的想法，一部分处理无国籍者这一较简单的问题，另一部分处理难民这一类更棘手的问题。第 8 条按目前的措词，未能解决难民离开原籍国之后可能遭受的财产损害问题。第 6 条如得到通过，亦应在针对难民的国籍国实行外交保护的可能性方面有

所交待。关于这一点，不要忘记，当代国际法中的一个趋势是避免发生丧失国籍的情形，或在可能的情况下，消除这种情形。例如，《欧洲国籍公约》中有一条专门规定，为居住国施加了为难民获得国籍提供便利的义务(第 6 条第 4 款(g)项)。这是未来可能要寻求的解决办法，委员会不应对此种可能性视而不见。

40. 辛马先生提及塞普尔维达先生关于正在审议的专题中可能将执法不公排除的问题，说他希望在这种情况下单独处理用尽当地救济问题。关于巴哈纳先生提出的保护因发生灭绝种族罪行而逃亡的人的问题，这一问题似乎介于外交保护和国家责任之间，而且也许可以视为与后者联系更紧。最后，关于贺先生提出的观点，难民署无疑是与难民问题最直接相关的机构。但据他所知，难民署处涉及的不是从严格意义上的外交保护问题，而是更直接的援助。

41. 卢卡舒克先生说，他愿意同意第 8 条的主要观点，但须对该条稍加修正。他还赞成伊科诺米季斯先生提出的关于原籍国对与该国有着民族、文化及其他方面的联系的人所享有权利的提案。随着时间的推移，这一问题可能会越来越重要，因此他认为应拟订一项适当规定并写入草案中。

42. 罗德里格斯·塞德尼奥先生说，无国籍者问题是按法定居所标准来处理的，而难民地位须明确授予，两者完全不同。这两种情况是不一样的，不应放在一条之中。他同意辛马先生的意见，即难民署的工作与外交保护绝无任何关系。

43. 斯里尼瓦萨·拉奥先生感谢委员会的委员在他本人所作的微薄贡献的基础上提出了佳思妙想。他称第 5 条基本上提出了一个可反对性问题，而不是质疑国籍的有效性；辛马先生问两者之间有什么区别。可反对性指的是一种程序上的机制，使得各国可以确保，必须解决索赔依据是否有效这一实质性问题，然后才能提出索赔要求。一国给予国籍的依据不是问题所在，而且也不是本专题要讨论的问题。需要确定的是，一旦给予国籍，在国外处理与其他国家的事务时，可以使用国籍达到何种目的。

44. 巴埃纳·苏亚雷斯先生说，正如其他委员已经指出的，可删除第 5 条的短语“因出生、血统或善意归化”，来改进该条的措辞。列举获得国籍种种

方法，似乎只会让案文变得复杂。更精练的说法可能更适合该条的宗旨。他支持关于在“获得”之前增加“持有或”几个字的提案，并认为哈夫纳先生关于末尾部分的短语的提案是可以接受的。国家保留确定国籍的权利，当然将在国际法规则所确定的限制之内行使这一权利。

45. 第 6 条是有争议的，该条的命运在某种程度上将取决于就第 9 条第 4 款所作出的决定。只要起草委员会牢记他提请注意的情形而且同意可重新拟订，他就赞成保留第 6 段所表达的思想。

46. 他难以接受第 7 条第 2 款，该款规定与有关人员有国籍联系的两个或多个国家可共同实行外交保护。由于可能引起一些问题，包括实际问题，而且因为与草案中其他规定之间有相互联系，因此这一点需要进一步审议。第 8 条在逐渐发展国际法和跟上国际社会所关注的形势方面，向前迈出了重要一步，但如能对该条所预见的情形作更详细的规定，便能更清楚地划定其范围，将使其更加有效、更有根据。必须要牢记，围绕该条规定的适用方面有各种现实、实际情况以及必须履行的责任。还必须要考虑斯里尼瓦萨·拉奥先生所指出的那些困难，而且要考虑必须通过抓紧该条的起草工作，仔细区分无国籍者和难民之间的不同。

47. 最后，条款草案中应明确提及，必须要在已用尽国内救济之后才能实行外交保护。他认为，如果委员会根据另一专题所做的工作中载入这一原则，也不属于不必要的重复。草案中应当明确阐明，受害人必须在已用尽索赔所针对的国家中的国内法律救济之后才能诉诸国籍国的外交保护这一原则。

48. 罗森斯托克先生说，他同意用尽国内救济是本题的一个重要部分，但不应将其解释为在所有情况下，都必须要用尽一些无益的程序才能采取行动：用尽国内救济的效力，根据其固有的性质，在没有任何内部程序可用来矫正不公正行为的情况下，是有限的。

49. 伊科诺米季斯先生说，他同意巴埃纳·苏亚雷斯先生和罗森斯托克先生关于用尽国内救济是本题的一个重要部分的意见。当然，对用尽国内救济的要求必须要有例外，其中包括塞普尔维达先生提及的执法不公的情况。特别报告员说过，这一问题可列入国家责任专题，或者他本人也会予以探讨。

这一问题非常重要，因此委员会需要确切知道将在何时何处予以讨论。

50. 主席以委员会委员的身份发言说，他对第 5 条提及“因出生、血统或善意归化”而获得国籍的一些概念觉得难以接受。特别报告员在报告第 102 段中将出生界定为出生地主义的情况，将血统界定为血统主义的情况。但按血统主义原则赋予的国籍同样也以出生为依据并在出生时给予。因此出生应被解释为包括出生地主义和血统主义两者。

51. 在第 6 条中，他在“主要”和“有效”二者中倾向于前者，因为该词带有优先于其他的含义。应当进一步审议对受害人利用不法行为国籍利益的情况及何时此种行为又与所受损害具有相关性。他同意，主要国籍的概念可在第 7 条方面发挥作用。无论如何，第 6 条和第 7 条均应统一考虑，以确保其涵盖所有多重国籍的情况。

52. 关于第 8 条，传统上外交保护仅限于国民，因此国籍被认为是连结国家和个人一根牢靠的纽带。近来在一些特殊情况下，因惯常居所等其他因素而形成的联系比国籍更牢靠。难民问题讨论揭示了难民问题的复杂性。难民的存在起因于政治冲突，而每一种情况都有其特殊性。一条一般性的规则未必能涵盖不正常的政治形势。

53. 这种不正常的政治形势之一是现有 800,000 名朝鲜人生活在日本。1910 年，日本侵吞了朝鲜，并使所有居民成为日本国民。³ 1943 年大不列颠、中国和美国领导人签署的《开罗宣言》⁴ 表示，三个大国注意到朝鲜人民遭到奴役的处境，决心使朝鲜在适当时候获得自由和独立。当盟军 1945 年占领日本时，这一原则得到落实，因此住在日本的 2,500,000 名朝鲜裔居民全部丧失日本国籍。有四分之三人选择返回朝鲜，但剩下的由于在朝鲜半岛无任何生计，继续留在日本。

54. 由于日本实行的是血统主义规则，因此该国的朝鲜人有经历六代尚未获得日本国籍的情形。从严格意义上讲，朝鲜半岛上朝韩两国政府均称其为本

³ 见 1910 年 8 月 22 日《日本帝国政府侵吞条约》。

⁴ 美国国务院，*A Decade of American Foreign Policy: 1941-1949, Basic Documents* (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1950)，第 20 页。

国国民。他们由于没有护照，因此出国旅行时使用一种日本旅行文件以保证返回时能再次入境。在必要时日本向他们提供领事援助。日本是否应有权代表他们针对第三国实行外交保护？

55. 对这一问题，他认为是无法通过委员会正在拟订的那种一般性规则来解决，而必须通过朝鲜半岛上局势实现政治正常化来解决。所以，虽然必须要处理对难民实行外交保护的问题，但他不敢肯定一条外交保护的一般性原则可处理这一问题。

56. 杜加尔德先生(特别报告员)在总结辩论情况时说，是否应将执法不公问题列入本研究的问题，可在非正式磋商中讨论。他完全同意，用尽当地救济问题，尽管还正在国家责任专题中加以讨论，但外交保护方面的工作中也必须提及。

57. 关于第 5 条，库苏马-阿特马贾先生恰如其分地指出，委员会的研究涉及的是外交保护而不是获得国籍的问题。第 5 条也许未能足够清楚地加以区分。辛马先生说得对，真正的问题在于，当某人通常居住在别处时，国籍国是否丧失其对该人实行保护的权力——换言之，所涉的是对国家保护国民的权利提出质疑，而不是国家可在哪些情况下给予国籍。正如斯里尼瓦萨·拉奥先生指出的，可反对性也有一定影响，在重新起草该条时应加以处理。加亚先生和卡姆托先生对起草方面提出了有益的建议，根据这些建议，条款将删去所提及出生、血统和归化等字眼。有人反对使用“善意”一词，这也是一个措词上的问题。

58. 布朗利先生对第 5 条提出了更实质性的反对意见，称该条反映的是一个中产阶级世界，忽视了许多人根本无任何身份文件或护照，忽视了只有居所和惯常居所把他们与特定国家联系起来。这一点当然是对的，但可以肯定，在这种情况下，一国如要为惯常居住在其领土上的人实行外交保护，可以给予该人国籍。所有公民只要向国籍国证明其惯常居住在该国，均可获得国籍。所以，虽然提出了如何改进第 5 条的许多建议，但没有任何人对必须作出这一规定提出质疑。没有人认为诺特博姆案规则是一条绝对规则，应予以编纂。因此他认为该条是有益的，可以提交起草委员会。

59. 第 6 条引起了更大的困难，而且造成了明显的意见分歧。他同意把这一条置于第 7 条之后比较适

当。他不像一些委员那样，认为它是逐渐发展国际法的一个明显事例。这里存在着两种观点，两者都得到有力的权威支持；委员会必须在相互竞争的两条原则之间作出选择。蒙塔兹先生强烈请求采用被告国无责任原则。另一方面，塞普尔维达先生提出了中肯的观点，许多国家不容许其国民放弃或丧失其国籍。因此，一人放弃了与原国籍国的所有联系，也取得了另一国的国籍，却又受与原国籍的国籍联系的正式约束，这样的情况有可能发生。它的含义可能是：如果该个人受到原籍国的伤害，第二国籍国不能提供保护。显然，条款草案必须载列一条包含第 6 条内容的规定。但因为意见分歧很大，在起草委员会中似乎不大可能解决这种分歧，因此他提议第 6 条在非正式磋商中讨论。

60. 第 7 条得到了广泛的支持，在起草方面也提出了一些有益的建议，该条中提出的原则也没有受到严重质疑。因此他提议将该条提交起草委员会。

61. 第 8 条显然是在逐渐发展国际法，委员们中绝大多数都予以支持。所提出的反对意见实践上也根据不足。第一，国家保留了实行外交保护的权力，因此可对这个问题斟酌处理。第二，没有人认为，某个人的庇护国可对其国籍国提出诉讼。报告第 183 和 184 段对此讲得很清楚，不过该条本身也许可以讲得更明确。第三，条款不可能被滥用：居住在某一国家的无国籍者和难民不可能经常到该国以外去旅行，因为他们必须向居留国申请旅行文件，实际上，这种事情并不经常发生。只有当使用这种旅行文件的人在其原籍国以外的第三国受到损害时才需要对他实行外交保护。卡巴齐先生举例说明了这个问题。一些委员提出了改善案文的建议，其中包括有人认为应该将这一条分成两个部分，分别就无国籍者和难民作出规定。这些问题最好由起草委员会去处理，因此他提议将该条提交起草委员会。

62. 总的来说，第 5 条、第 7 条和第 8 条均可提交起草委员会，但只有在委员会听取关于第 1 至第 3 条的非正式磋商的报告并且就此作出决定之后，才能这样做。对于第 6 条，却应举行非正式磋商进行审议。

63. 主席宣布委员会已结束对第 5 至 8 条的讨论。他说，如无异议，他就认为，委员会希望依照特别报告员的建议，在非正式磋商中对第 6 条进行讨论，而且先看过关于第 1 至 3 条的非正式磋商报

告，再就将剩下各条提交起草委员会事宜做出最终决定。

就这样议定。

下午 1 时散会。

第 2628 次会议

2000 年 5 月 26 日，星期五，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)¹
(A/CN.4/504, D 节, A/CN.4/509,²
A/CN.4/510³)

[议程项目 4]

工作组的报告

1. 主席请国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)工作组主席报告工作组工作情况。

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 22 页，第 55 段。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

³ 同上。

2. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(工作组主席)说,为了更好地理解工作组的活动,值得简略回顾自1997年委员会第四十九届会议以来审议国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题的各主要阶段。在第四十九届会议上,委员会决定首先着重讨论副标题“预防危险活动的跨界损害”⁴下的预防问题,并任命他为该专题这一部分的特别报告员。在1998年第五十届会议上,他提交了关于预防危险活动的跨界损害的第一次报告⁵,以及有关预防重大跨界损害的未来公约的17项条款草案。他设法在这些条款草案中规划这一专题,条款草案经委员会一读通过,并由第六委员会在第五十届会议结束时送交大会审议。

3. 第1条(本条款草案所适用的活动)规定,未来公约所涵盖的活动是指有可能造成重大跨界损害的活动。这些活动不仅如最初计划的,包括可以称之为“极端危险”的活动,例如核活动,而且包括由于对人、财产、环境等产生的后果而可能造成重大损害的所有活动,从而稍微扩大了公约草案的范围。

4. 另一方面,已决定略去迄今认为属于该专题范围的一些领域。未来公约不涵盖对全球公域,亦即对不属于某一特定国家专属管辖范围内的资源或地理区域造成损害的活动。造成非重大短期损害的活动和无法断定明确起源(例如具有长期累积损害后果的具有多种起源的污染)的活动也不包括在适用范围内。

5. 委员会和第六委员会赞同这种做法,同时强调不应把这理解为对上述问题缺乏兴趣,也许随后会在其他情景下予以审议。

6. 这就明确划定了该专题的范围,但问题是,条款草案是否应当列出所覆盖的活动。在第四十九届会议上设立的一个工作组已经就此进行了讨论,并得出了结论,认为由于技术的发展,拟就这样一份清单是不可能的。但在一个框架公约内,“具体化”似乎即无益又不可取。因此,最后认为最好由未来公约各缔约国自行决定这些规则适用于哪些活动,他完全赞同这一解决办法。

⁴ 《1997年……年鉴》,第二卷(第二部分),第60页,第168段。

⁵ 《1998年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/487和Add.1号文件。

7. 草案也有必要规定“重大跨界危险”的含义吗?理论中对此一概念尚未有满意的定义。在讨论国际水道的非航行使用问题时,人们认为,重大危险指并非无足轻重或琐细的或可以根据公认规范或标准可查明或可确定的危险。尽管就未来的预防重大跨界损害公约的情况而言,可能会对一个可以允许或容忍的“危险水平”加以确定,例如通过有关国际组织或进行谈判来确定,但鉴于有关这一问题的不确定因素,经反复思考,仍然认为最好由公约缔约国自行决定。

8. 在此基础上,工作组抱着可以在第二读时获得通过的想法对前17条进行了复审。第3条(预防)规定,各国必须采取一切适当措施,预防或尽可能减少重大跨界损害的危险。大家一致认为,在这方面,各国均有义务予以应有的注意。但问题是,没有予以应有的注意的国家是否必须对此负责。最初有人主张,如果没有予以应有的注意,但并未造成任何损害,则没有理由承担责任。这一立场在1998年遭到了放弃。自此之后,人们认为,因另一国没有予以注意而可能受到影响的国家至少可以请求开始磋商。他本人支持这一解决方法,但不幸的是该解决办法又带来了另一个问题,即第3条与呼吁平衡各国间利益的第12条(公平利益均衡所涉及的因素)之间的联系问题。实现这种公平的平衡是推定各国通过讨论和谈判找出解决方法,这与各国有义务从一开始就给予应有的注意的要求相矛盾:有人主张,在第3条中采用强制性规则后,委员会不能在第12条中建议对有关国家之间的谈判同样作出强制性规定,以确保某种公平利益均衡得到保护。工作组成员详尽讨论了这一问题,并得出结论,认为未来公约第10至第13条赋予各缔约国进行谈判和协商的可能性并没有削弱第3条所规定的注意义务;相反,它还有助于使这一义务更加明确。

9. 工作组还着重讨论了有关预防研究的标题问题,尽管并非一致赞同,但仍建议删去“危险活动的”一语,因为按照定义,造成重大损害的活动就是危险活动。一些工作组成员还提出应更改该专题英文本标题中“行为”一词,认为“活动”这个词较为可取。但工作组大多数成员认为,这种词义差别没有实际意义,更多的是技术或学术方面的意义,不须要修正20多年没有产生什么问题的标题,特别是第六委员会的讨论显示,各国认为这个问题是次要的。

10. 工作组认真审议了第 1 至第 17 条, 并提出了修正意见。有关这一专题的第三次报告(A/CN.4/510)将反映出这些建议。委员会第二期会议开始时, 他将向委员会提交该报告。

国家单方面行为(续)* (A/CN.4/504,C 节,
A/CN.4/505,⁶ A/CN.4/511⁷)

[议程项目 7]

特别报告员的第三次报告⁸ (续)*

11. 主席说, 为了协助委员会的工作, 秘书处分发了一份英文文本的非正式文件, 其中载有迄今为止收到的、以一般性意见和具体意见的形式对根据委员会第五十一届会议作出的决定送交各国政府的国家单方面行为专题问题单所作的答复。⁹ 至此共有十一个国家作出答复, 随后收到的答复文本也将以非正式文件的形式分发, 并将收入有关政府对问题单所作答复的文件定本(A/CN.4/511)。

12. 埃多西亚·萨卡萨先生说, 特别报告员所做工作和他提交的第三次报告(A/CN.4/505)值得特别称赞, 这是因为单方面行为越来越成为表示意愿的方式, 但尚不存在明确的规范框架。法学家的著述和司法决定无论多么有益, 也仅仅刚开始描述国际义务舞台上这个单独走向前台的新角色的个性, 并不十分清楚这个角色会怎样发展。特别报告员成功地规范了单方面行为的术语, 引入了确定性、安全、稳定和信心等要素, 不仅符合作出单方面行为的国家的利益, 而且也符合援引或拒绝单方面行为的国家的利益。

13. 他指出, 在对问题单作出答复的 11 个国家政府中, 至少有 6 个国家政府提到难以回答其中某些问题, 因为似乎无法起草或定义约束所有单方面行

为的共同规则, 因为单方面行为数量众多, 复杂而多样。第六委员会在大会第五十四届会议期间的讨论给人以同样的印象, 一些国家建议委员会稳打稳扎继续努力, 从创设义务的宣言而非旨在获得或维护权利的宣言开始做起。这样表示出的关切源自两个问题, 这也许有一定的道理。第一, 制定适用于各种类型的单方面行为的规则是否可能? 第二, 委员会是否从一开始就应决定是拟订一般规则还是也拟订具体规则? 他认为, 实际上这些问题并非无法解决。不过委员会必须谨慎行事, 采取前瞻性的办法。

14. 最终的解决办法也许还是重新使用委员会几经尝试和检验的工作方法, 将条款草案分为两部分: 第一部分确定适用于一切单方面行为的一般性规则, 第二部分列出由于独特性而无法统一规范的特定类别单方面行为的适用条款。

15. 同委员会其他成员一样, 他也认为, 构成条款草案第一部分的第 1 至第 5 条恰当体现了适用于所有单方面行为的一套一般性规则, 并不造成真正根本性的问题。

16. 他简要地提到报告的具体方面, 表示同意特别报告员的意见(报告的第 19 和第 20 段), 1969 年《维也纳公约》的各项条款不能自动转用于国家单方面行为: 只能按类推适用, 作为一个灵活的参照基准。

17. 关于新草案第 1 条(单方面行为的定义), 他满意地注意到, 特别报告员用“行为”一词代替了“声明”一词, 因为“行为”一词其范围比“声明”一词广泛。“意图”概念作为该专题的重要组成原素受到欢迎, 因为国家应该意识到, 在其作出单方面行为时, 即开始受法律承诺的约束。实际上, 这正是单方面行为区别于政治行为的主要特点之一。他还赞同使用“所知”一词, 该词比“公开”更可取。他也同样认为, 或许应该删去用来描述国家意愿表示的形容词“明确”。他进一步指出, 尽管单方面行为的自发性概念是通过区分以条约为基础的行为和单方面行为来澄清问题的主要方法, 但并未将此概念包括进特别报告员提议的定义之中。

18. 他赞成新草案第 2 条(国家作出单方面行为的能力), 根据此条, 各国均具有作出单方面行为的能力, 但他建议在该条添加“按照国际法”一语。关于新草案第 3 条(经授权以国家名义作出单方面行为的

* 第 2624 次会议续会。

⁶ 见上文脚注 2。

⁷ 同上。

⁸ 特别报告员的第三次报告所载条款草案案文, 见第 2624 次会议, 第 35 段。

⁹ 见《1999 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 149 页, 第 594 段。

人), 他表示赞同第 1 款。无疑, 根据诸如国际法院对核试验案的裁决等先例和惯例, 第 2 款略微扩大了 1969 年《维也纳公约》第七条的范围。然而, 在这一点上, 委员会尤其应谨慎。他接受新草案第 4 条(未经授权的人所作行为的事后确认)。关于新草案第 5 条(单方面行为的无效性), 他建议在西班牙文、英文和法文文本中列入引语, 说明单方面行为无效的情况。他赞同与《维也纳公约》相应条款的相似之处。除了这些相似之处外, 在(g)项中增加了一项补充性的无效根据, 即单方面行为违反安全理事会决定时亦为无效。他建议略去(a)项中提到的“同意”, 因为该词往往与条约词汇有关。他对(h)项的相关性存有疑问, 该条规定, 单方面行为如与作出单方面行为国家的国内法至关重要的准则相抵触则无效。该款提到各国宪法, 但在民主制国家, 单方面行为并非一定要由国家议会批准。该项研究涵括的单方面行为包括在有些情况行政部门下作出的行为, 这些行为会对立法行为或政府不同部门之间的协调产生影响。

19. 最后, 他认为, 委员会在使用诸如“创设权利”或“确认权利”等词语时应该非常谨慎。在这方面, 需要对该报告第 49 段作出某些澄清。无论如何, 应该牢记, 条约相对原则适用于单方面行为。1969 年《维也纳公约》第三十四条明确规定了“条约非经第三国同意, 不为该国创设义务或权利”的原则。因此, 特别报告员提请特别注意的他人行为与当事人无关的原则在此种情况下极为恰当: 它确保国际法得到尊重, 尤其是非经第三国同意不为该国创设义务或权利。

20. 加亚先生说, 特别报告员的第三次报告在对专题进行分析和提出可成为适当法律框架的条款草案方面取得了重大进展。但是, 他原本希望能取得更大的进展, 现在多少有些失望。但这并非完全是特别报告员方面的问题。迄今为止只有 11 个国家对委员会的问卷作了答复, 而且第三次报告是在收到这些答复之前编写的。应该指出, 问卷的目的就是向各国政府索取资料, 征询各国在单方面行为方面的实践经验以及对委员会本专题研究涉及的一些问题所持的立场。¹⁰ 迄今为止所收到的答复包括一些对委员会的工作有意义的资料, 但这些答复没有提到有关国家在单方面行为方面的实践情况。似乎有沟通

方面的问题, 或许存在某种误解, 因为委员会并未收到它所希望得到的答复, 即各国实践方面的资料和信息。因此, 特别报告员的第三次报告和秘书处关于各国答复的非正式文件中包含的有关各国实践的信息很少。这一点令人严重关切, 因为在委员会收集有关各国实践的充分资料并作出分析之前, 很难鉴别不同的单方面行为的特有要素, 并确定是否可以提出普遍规则以及在何种程度上提出普遍规则。

21. 委员会第五十一届会议重新召集的国家单方面行为工作组¹¹, 初步通过了单方面行为的定义¹², 以之作为收集国家实践的出发点, 他认为这一定义比特别报告员提出的新草案第 1 条更可取。理由有二点, 其一, 正如坎迪奥蒂先生(第 2624 次会议)和埃多西亚·萨卡萨先生所指出的, “明确”这一形容词是多余的。其二, 在最初的定义中, 行为应该通知给有关国家或国际组织或以其他方式告知, 而现在唯一的要求是行为应该为有关国家或国际组织所知。这个措辞有误导性, 它可能造成这样的印象: 有关国家或国际组织有可能是通过比如说间谍行动或情报活动而知悉情况的。但是, 行为国本身必须采取一定步骤, 使这一行为为行为对象或国际社会所知。因此, 他认为, 应该恢复使用工作组提出的并在第五十一届会议上通过的定义。委员会现在必须努力鉴别条款草案能够适用的各种单方面行为, 无论这些行为是否受共同规则或特别制度的制约。在第 1 条中, 对考虑施行的行为包括其影响作出某些说明也许是有益的, 当然, 也不会试图详尽无遗地予以论述, 同时考虑到对诸如同意或抗议等单方面行为的特性存在着意见分歧。

22. 特别报告员在其第三次报告中论述了若干与作出单方面行为及其合法性有关的问题。鉴于需要收集和分析有关国家实践的资料, 审查以 1969 年《维也纳公约》为模式所制定的各项规则对所有还是仅对某些单方面行为的适用程度, 他对其中许多问题暂时没有明确的意见。

23. 被遗漏但需要论述的一个问题类似于 1969 年《维也纳公约》第四十六条涉及的问题: 即国内法下缔结条约的能力问题。新草案第 3 条(经授权以国

¹⁰ 同上, 第 593 段。

¹¹ 同上, 第 148 页, 第 577 段起。

¹² 同上, 第 149 页, 第 589 段。

家名义作出单方面行为的人)与 1969 年《维也纳公约》第七条类似,具体规定了经授权以国家名义作出单方面行为的人,但并未提及所作出的行为,根据宪法或法律规定,是否须有国家其他一些机构的参与方为有效的问题。国家首脑可以批准条约,这并不意味着宪法没有规定须事先获得议会的批准。因此,首先应弄清是否有适用于单方面行为的宪法规则,如果没有,适用于条约的宪法规则在何种程度上可以根据宪法类推适用于委员会所处理的一些单方面行为。然后应弄清,违反宪法规则是否对单方面行为的有效性带来影响。草案第 5 条(h)项似乎涉及行为的内容而非作出行为的能力。

24. 庞布—奇文达先生说,他将对国家单方面行为一般定义草案所采用的某些标准发表评论意见,并非质疑其相关性,仅只考虑其有关的是非曲直。

25. 关于意图标准,他想要知道,仅仅关注行为国意图的决定会不会过于教条并忽略了实际问题。显然,单方面行为是受切身利益驱动的行为,因此首先是为了追求某个目标而作出的行为。从其目的和背景的角度来看,它是出于自身利益的行为。通过分析行为背后的意图,毫无疑问可以辨识利益的性质及所要实现目标,但一旦国家决定作出一种行为则肯定是意味着它这样做自有相应的利益。定义草案中所提到的“意愿表达”事实上是一种行为。国家表示意愿即主动作出行为,换言之,就是承担义务或确认权利。然而,为了采取这类主动行动,国家必须认为这样做符合其自身利益;否则,国家是不会贸然行动的。因此,或许应该把利益这一概念融进单方面行为的客观定义中,不是取代意图这个概念,而是赋予这个较难定义的概念以意义和内容。因此,虽然利益概念可以是隐含的,可谓意愿表达的“上游”,但仍应尽可能明确地将其纳入单方面行为的决定因素之列,而非仅只予以暗示。首先,如果该项利益以法律为基础,则成为法定利益,而此种法定利益则是国家主动作出单方面行为所寻求的法律效果的核心。第二,包含利益概念避免了对明确意愿表达这一概念进行辩论的需要;定义明确的利益必定明确;它必然与决定或行为的法律效果相符合。当然,特别报告员提出的定义既非难以了解,也不是不可采纳,通过重新确定利益概念,会使这一定义更加清楚明了。

26. 他谈到自主权的标准时说,无可质疑,这引起了某些问题。由法律制度衍生而来的法定利益才可

成为决定因素。某些法定利益则是国家性质所固有的,并非一定要在成为条约条款或法律规则之后其作为义务的来源才可成立。例如,一国因国家生存处于危险之中,与另一国保持友好睦邻关系便符合该国的利益。在这种情况下,政治利益和法定利益相近。这类利益为国家性质所固有,并非一定源自国际法律制度;有时(的确常常是)源自国内法律制度。在理论和实践上,就合法性或国际对抗性来说,通常出现国内法和国际法之间这种逻辑论证的内在问题。然而,一旦满足了合法性或国际对抗性的先决条件,这两个体系之间的界线便趋于灵活或甚至相互渗透。就渊源而非制度来说,出现所述关于利益的法律基础问题,视情况不同,也许是习惯法、条约法或一般国际法。保持友好睦邻关系的义务可以成为作出行为的正当理由。但这是普通国际法中的义务。如果把维护自主权作为就其他制度而论界定国家单方面行为的标准,在处理上则应格外谨慎。正如特别报告员在其第三次报告第 61 段中所说,对这种标准的解释不能“太过宽泛”;重要的是通过采用这一标准,排除与其他制度有关的行为,例如与条约法有关的一切行为。然而,特别报告员又在其报告第 62 段中确认,单方面行为出现于提出之时。单方面行为由什么而引起的?出于什么原因?为达到什么目的?报告中并没有试图回答这些问题。

27. 他将评论“公开”的标准,特别是决定确保公开的方法,亦即使行为的对象国获知的方法和单方面行为的形式,即对象国实际知晓该行为的证明。这些问题在拟议的单方面行为定义中似乎没有予以充分考虑。特别报告员决定注重实质内容,但对单方面行为进行全面和完整描述时突出单方面行为的形式方面会有所获益。草案中并没有出现这类描述。理想的情况是,对这一专题采取更加平衡的办法,尤其是考虑到该项制度可能在结构上必定会区别于一般条款。埃多西亚·萨卡萨先生谈到可否采用编写国家继承¹³涉及的自然人国籍问题条款草案时采用的办法,即先行起草若干一般条款,然后起草具体条款。他并不反对这一建议,但他本人更倾向于建议特别报告员在保持其目前办法的同时,如新草案第 1 条中正确提出的那样,在草案中至少纳入一整套一般规定。

¹³ 该条款草案案文,同上,第 22 页,第 47 段。

28. 毫无疑问,关于定义的第1条是需要的,但特别报告员提出的定义有两个缺陷。第一个缺陷与特别报告员决定忽略单方面行为的形式方面而引起的问题有关,而第二个缺陷则由于以“意图……产生法律效力”这一标准为基础的定义不明,可以说是有倾向性的。意图就是一种倾向,一种观点。根据一种观点来作出一项定义似乎并不恰当,因为这样获得的规则仅具指示性而非强制性。他担心对“软法”的偏爱而忽视了在条款草案中制定“硬法”的需要。

29. 新草案第2条无疑成为草案一般条款的组成部分。该条款草案回顾了国家与单方面行为之间的固有联系。意愿表达反映出国家的法律人格;它意味着,不管国家大小或政治重要性如何,国家就是国家,所有国家都是平等的。法律人格的概念类似于国家间平等的概念。因此国家作出单方面行为的能力是国家性质所固有的。特别报告员对草案第2条不作具体评论是对的,评论则是多余的。

30. 该套一般规定或许应该包括两项新的组成部分。首先,大家会对一条明确了国家单方面行为的名称和形式的多样性的条款草案表示欢迎。这一对草案第1条进行补充的条款草案可以参照1969年《维也纳公约》和《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下简称“1986年《维也纳公约》”)第2条第1款(a)项,该项读作:“‘条约’指[……]国际协议,……也不论其特定的名称为何”。提到名称会使所有对由实践所显示出的国家单方面行为的多样性提出疑问的成员消除疑虑。第一套一般条款除了名称以外还应该包含关于条款草案范围的条款。此时可以引入各类单方面行为的类型,不只是它们被指定的名称而且还有各自的定义。这样就可以说,草案的第一部分并非敷衍了事,它含有人们所期待的实质性内容。

31. 一旦做到这一点,草案可以继续论述专门与制度有关的一套条款,第一条就是新草案第3条。标题应该为“代表国家作出单方面行为的资格”,而不是“经授权以国家名义作出单方面行为的人”,使其保持在法律的基本概念范围之内,与能力概念相符。该条草案有两段,应该由包含新草案第4条的第3款予以补充,草案第4条实际上属于草案第3条。这样便会全面考虑资格问题,从而公平对待一般法律原则,即合法原则。无资格者作出单方面行为的后果则可纳入有关行为无效的一章。

32. 应该重新拟定草案第3条,不仅只包含草案第4条,而且根据以下三个原则重新拟定:第一,将条约法确认的各类授权人士(国家元首、总理、外交部长)移入单方面行为法,是可以接受的。第二,如果要扩大可以向国家作出单方面行动的人士的范围,就不应牵扯到条约法所特有的某些方法,如全权,而应以单方面行为者在国家机器中的地位为基础,换言之,以在国家中行使政治权力的方式以及单方面行为者所作所为的具体技术领域为基础,但这两者均需经确认。第三,将授权人士的范围扩大到外交使团团团长或各国常驻国际组织的代表,在同样的条件下是可以接受的。

33. 草案第3条第2款提到“其他情况”的概念,基于这些区别因素,也许有些关联性,但没有这些因素,则难以理解该项概念的意思。“有关国家的实践”这一概念为国际法所接受,而“其他情况”的概念则在时间和空间上是相对的。

34. 最后,他说,应该按照下列方法重新制定草案第3条。题目应该按照上文所述予以修正。在第1款中,“视为可以国家名义作出单方面行为的国家代表”一语应改为“有权以国家名义作出单方面行为”。既然无人可以质疑该款提到的当局的资格,较直接的措辞会免除无益的曲解。在第2款的法文文本中,“Une personne est considérée comme habilitée par l'Etat pour accomplir en son nom un acte unilatéral”一语太累赘,应改为“Une personne est présumée compétente pour accomplir au nom de l'Etat un acte unilatéral”。这里所涉及的是作出某一特定行为资格的假定。第2款应以“除非有关国家实践或其他情况可以证明他没有资格”结尾。在这类情况下,该人士要么有资格,要么无资格。归根结底,该段显示,各国有权自行选择代表自己的授权人士。有的人,既不是国家元首,也不是政府首脑或外交部长,仍被视为有资格,除非惯例或其他情况证明其没有资格。如此简洁地叙说这个问题,可以使该款更加明白易懂。接下来跟上第3款,包含草案第4条的内容。

35. 当然,这些措辞方面的建议将提交起草委员会,并由起草委员会对之作出决定。他有意避免论及新草案第5条,因为该条所提出的问题严肃而复杂,需要大量有关国家实践的资料才能够予以论述。这些问题当然无损于特别报告员的第三次报告所做工作的质量。

36. 戈科先生提到意图问题时说，他注意到该报告第 34 段中的说明，但不能理解在达到仲裁阶段之前是如何确定意图的。甚至在核试验案中，密特朗总统曾经讲过法国的核试验将结束，这一意图也只是在国际法院裁定该项声明已公开作出且明确无误，因此即使并未真正打算停止试验也对密特朗总统具有约束力之后才变得明确起来。克林顿总统关于只要米洛舍维奇总统继续当政则前南斯拉夫的一部分便不会得到任何援助的声明属于同一种类：在职国家元首受其声明的约束。他本人曾担任菲律宾驻加拿大大使，还清楚地记得戴高乐将军那震耳发聩的呼声“自由魁北克万岁！”¹⁴所带来的问题。这也属于在职国家元首作出的声明。然而，在事情达到需要裁决或司法判决的地步之前，是无法确定意图的，因为声明总会被否定。

37. 政治行为和法律行为之间的区别含糊不明。一项行为只要维持在特定国家领土内便被视为政治行为，一旦影响其他国家，则变成法律行为。然而，当今世界上的任何行为都会在其他国家产生影响。某一国家的国家领土定义就曾构成问题，因为该定义影响到另一国的部分领土，很难确定这是政治问题还是法律问题。

38. 他保留迟些时候就国家单方面行为的其他方面发言的权利。

39. 库苏马—阿特马贾先生说，特别报告员在编写第三次报告时显然考虑到了委员会成员的意见，该报告对某些问题的论述更为明确了。

40. 在第二次报告¹⁵中提到的一项国家单方面行为涉及一些国家在某些公约不允许保留时而作出的声明。早在 1960 年代，阿南德的一篇文章¹⁶明确指出，应该把这类声明理解为作出保留。第三次报告引用了一项声明，作为具有法律效力的单方面行为的实

例。第 164 段便把《杜鲁门公告》¹⁷作为一个实例。当时，其他国家准备仿效这一实例，因为技术进步使人们能够扩展对海底资源的勘探和开采。一项单方行为从而成为国际法逐渐发展的基础。

41. 还有另外一个单方面行为的实例，当时与国际法相违背。他提到的是印度尼西亚 1945 年 8 月 17 日宣布独立。当时日本占领着印度尼西亚，收听国外广播遭到禁止。尽管实行了这一措施，日本部队将于 1945 年 8 月 16 日签署停火协议的消息仍然传出。日本已经安排晚些时日承认印度尼西亚独立，甚至已经起草了宪法草案，但这就意味着印度尼西亚共和国是由外国强权所创立，这是不可接受的。革命青年迫使苏加诺总统在还未缔结和平条约之前就宣布独立。士气沮丧的日本部队对独立游击队员没有进行任何抵抗，游击队员们解除了日本部队的武装，并继续进行斗争。这一单方面行为在作出之时是非法的，但却是受到明确意图的驱动。单方面行为要具有法律效力就必须合法，这是不正确的。一切均取决于实现有关意图的方式。有时，一项行为在开头时是非法的，但如果有人民的力量在后推动，则可以是合法的。苏加诺总统对他所作决定的解释是，机会来临，不容错失。印度尼西亚随后缔结了有关海床和底土的双边条约，使其与邻国的关系正常化，从而为宣布独立的政治行为增加了经济方面。

42. 主席说，特别报告员表示，他认为在当前阶段应当设立一个工作组，并希望在这一工作组的框架内举行磋商。

43. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(特别报告员)宣布，工作小组由巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、庞布—奇文达先生和塞普尔维达先生组成，并欢迎所有成员参与其工作。

下午 1 时 05 分散会。

¹⁴ See C. Rousseau, "Chronique des faits internationaux", RGDIPI [《公法概览》] (Paris), vol. 72, No. 1 (January-March 1968), 第 164 页开始。

¹⁵ 见第 2624 次会议，脚注 4。

¹⁶ R. P. Anand, "Reservations to multilateral conventions", *Indian Journal of International Law*, vol. I, No. 1 (July 1960), 第 84 页。

¹⁷ 1945 年 9 月 28 日“美国关于大陆架底土和海床自然资源的政策”公告(M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 4 (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1965), 第 756 至 757 页)。

第 2629 次会议

2000 年 5 月 30 日，星期二，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、坎托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

国家单方面行为(续)(A/CN.4/504, C 节, A/CN.4/505,¹ A/CN.4/511²)

[议程项目 7]

特别报告员的第三次报告³ (续)

1. 卢卡舒克先生祝贺特别报告员在完成一项极其艰难的任务过程中取得了进步。然而，第三次报告(A/CN.4/505)揭示出所面临的其它一些难题。
2. 条款草案没有充分反映出单方面行为与国际法之间的联系。他在提及国际法院关于核试验案的判决时指出，单方面行为的约束力取决于国际法，尤其取决于善意原则，这一原则必须作为一项单独条款纳入草案。
3. 单方面行为依据国际法而具有法律效力，在草案中也必须体现这一点。他非正式地提出，或许可以把“依据国际法”一语插入第一条“产生法律效力”之前。

¹ 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

² 同上。

³ 特别报告员的第三次报告载列的条款草案案文，见第 2624 次会议，第 35 段。

4. 单方面行为与国际法的强制性规范之间的关系十分重要。与特别报告员的看法不同，他认为一种单方面行为若与强制性规范产生冲突，便违反了这种规范。只有彼此同意，并只有在它们的相互联系中，国家才能够背离这些规范：禁止单方面背离。特别报告员指出有些单方面行为旨在改变强制性规范，但它们不具有法律效力。这类行为——要约、承诺——只有在其它国家予以接受的情况下才具有法律意义。最近对不使用武力原则的高度单方面解释就说明了国家可以提议改变强制性规范。

5. 有些单方面行为一旦作出即产生法律效力，不管别国采取什么行动，而另一些单方面行为只有当别国接受时才能产生法律效力，两者必须加以区分。不是所有使法律规则生效的行为都要求被别国接受——在法律限制范围内，国家可以单方面实现自己的权利。

6. 特别报告员能够明确工作初期需要解决的主要问题，但普遍规则却不能涵盖所有不同的单方面行为。他应当确定值得研究的那些单方面行为，然后确定其中每个单方面行为的法律特征。对学说和国家实践的分析表明，大多数情况下，承诺、抗议、承认和放弃均被视为单方面行为。这虽未详尽列举所有的单方面行为，但可以作为一个起点。

7. 他认为单方面行为可以分为几类。第一类是“纯粹的”单方面行为，即确实执行了国际法并且不需要别国作出反应的单方面行为。第二类是国家承担义务的行为。通常将之称为承诺，尽管这一术语属用词不当，因为它指的是道义责任而非法律义务。当得到别国承认时，这种行为就产生了一种协议，由此可以导致别国不仅拥有权利，而且要承担义务。这类行为的一个典型例子是埃及 1957 年关于苏伊士运河管理制度的声明。⁴ 最后一类是符合一个国家对于特定情况或事实所持立场的行为——承认、放弃、抗议，这也是纯粹的单方面行为，因为它不需要别国的承认。

⁴ 《关于苏伊士运河及其经营安排的宣言(给联合国秘书长的送文函)》(1957 年 4 月 24 日，开罗)，联合国，《条约汇编》，第 265 卷，第 3821 号，第 299 页。

8. 他欢迎新的第 1 条中提到产生法律效力的“意图”，因为在某些情况下，当一种单方面行为得到别国承认后，才会间接产生法律效力。另一方面，将“自主”一词从单方面行为过去的定义(原第 2 条)中删除，造成了某些困难。这将意味着单方面行为也包括与条约有关的行为。然而，考虑到委员会有些委员坚持删除该词，或许可以找到一种妥协办法，即在“意图”之前加上“单方面”一词。在这种上下文中这可以解释为指的是行为的自主性质。此外，他对“作出”一词不满意，至少是在俄文本中，因为总的看来，指的应是行为的产生，而不是结果。

9. 特别报告员提请注意国家采取默认的方式即可产生单方面行为，这是正确的。在近代，默认对一般国际法，包括强制法的发展起着重要作用。安全理事会曾多次通过决议，包括建立特设国际法庭的决议，其所行使的权力是《联合国宪章》未授予的权力，而联合国会员国则默认了这些决定，从而使其获得了效力。

10. 关于新草案第 5 条(f)项，一种与国际法某项强制性规范产生冲突的单方面行为，在得到另一国家承认之前不具有法律效力。由此可能产生这样的解释，即该款不仅使违反习惯规则，而且使违反条约规则的行为合法化。在第 5 条(g)项中，应该明确表示，单方面行为，不只是在违反安全理事会决定时无效，如果它违反了《联合国宪章》，则更应视为无效。他希望在该款添加“及国际法庭的裁决”一语。此外，对(h)项，不妨用 1969 年《维也纳公约》涉及在一国缔结国际条约的能力方面与国内法产生冲突问题的措辞予以补充。最后，应修改第 5 条的起首部分，表明所涉国家是作出单方面行为的国家。

11. 巴哈纳先生在提到第三次报告的第 14 段时说，特别报告员似乎不怀疑主题的相关性，但这个问题无须提出，因为委员会通过主题时就已经对此问题作出了决定。⁵ 在第 17 段中，特别报告员强调了主题与 1969 年《维也纳公约》的关系，但是在第 18 段中却指出，适用于单方面行为的法律与条约法之间存在差别。紧跟 1969 年《维也纳公约》的做法

并不可取，因为条约法与单方面行为法有着本质上的区别。事实上这两者之间不具有平行关系。

12. 在第六委员会中，有些代表团甚至对于在第 22 段提到的存在着一种灵活的平行关系的观点也表示怀疑，认为应将单方面行为规则的编纂工作与条约法分开。一项条约需要有两个或更多的缔约方，这一特征不同于一种单方面行为，单方面行为一旦有效作出，并被承认是可实施的，便可能要按照 1969 年《维也纳公约》承担所采取的条约行为带来的全部或部分法律后果。因此，条约的全部或部分后果，例如涉及有效性、能力、无效、撤消、保留、善意和解释等方面的后果，可比照适用于意图产生法律效力的单方面行为。

13. 委员会上届会议要求各国政府就单方面行为问题作出答复，其中联合王国的答复是，过分突出了 1969 年《维也纳公约》，而且不能确信该公约的条款能比照适用于各种类型的国家单方面行为。格鲁吉亚表示 1969 年《维也纳公约》的规则不能比照适用于单方面行为，这两者的性质不同。特别报告员应考虑这些意见。

14. 关于不容反悔和排除问题，第六委员会的一些代表承认不容反悔原则与单方面行为之间存在某种关系，但其他人则予以否认，认为两者的性质不同。特别报告员申明不容反悔原则与单方面行为无关是正确的，他在报告第 27 段中指出，两者差异极大，例如不容反悔原则的独特要素不在于国家的行为，而在于另一国对此行为的信任。单方面行为旨在为行为国创设一种法律义务，而不容反悔原则则不能对使用该原则的国家创立这样一种关系。

15. 特别报告员指出了在为“国家单方面行为”拟订一个恰当的法律定义方面遇到的困难。第 31 段中列出了一些要点，并已全部纳入了草案，但是特别报告员试图根据第六委员会的讨论情况和各国政府提供的书面评论来改进措辞。第 34 段指出，行为国的意图对主题至关重要，该意图应该只限于国家作出的意图产生法律效力的单方面行为，从而将所有的国家政治行为或带有政治意图的单方面行为或声明排除在外。在这一点上，委员会应支持特别报告员的立场。

⁵ 见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，A/51/10 号文件，第 248 段，附件二和增编 3。

16. 基于第六委员会所表示的顾虑，特别报告员把“单方面声明”改为“单方面行为”是有道理的，尽管他在第 40 段中也同意，大部分(如果不是全部的话)单方面行为都是以声明形式作出的。第 37 至第 47 段中列举的所有例子都表明，在大多数情况下，单方面行为是以声明形式作出的。第 41 段指出，以口头声明或书面声明的方式作出的行为，实际上是有目共睹的，特别报告员在第 47 段中也承认，他使用“行为”一语是为了顾及一派很重要的意见，这些意见认为，这一用语较为宽泛，限制性不强。

17. 单方面行为的新定义没有言明表示行为的形式；然而这些行为必须以一种形式来体现——它们不可能在真空中进行。要拟订一个全面的定义很复杂，这一点不容忽视，但第 1 条中的新定义并不令人满意。因此，他建议在“国家作出的”的“国家”之后插入“以声明或可接受的其它任何形式”一语，或者，添加一个第二段：“第一段中定义的国家单方面行为的形式可以是声明或可接受的其它任何形式。”他还建议第 1 条中应含有一项规定，或许应单独成为一款，说明国家的单方面行为可以以口头或书面形式作出。

18. 报告第 48 至第 59 段，在一些判例和国家实践基础上，举例证明在新的第 1 条中使用“产生法律效力”一语是恰当的。基于第 48 段中举出的理由，他支持所建议的这种新的提法。特别报告员经常提到一种被普遍接受的原则，即在未得到另一个国家或国际组织同意的情况下，国家不能通过单方面行为将义务强加于这个实体。然而提到的许多情况都与条约制度而非单方面行为的制度相关。

19. 在关于单方面行为的“自主”问题一节中，特别报告员讨论了一个基本问题：即这些行为的“非依赖性特征”，如第 60 段所述。在第 61 段中，把“自主”一词纳入单方面行为定义的理由是为了排除与其它制度有关的行为，如与条约法有关的一切行为。他赞成纳入该词，因为“自主”是单方面行为的一个重要特征。因此，他不同意特别报告员在第 69 段中自带的抱歉语气和笼统的说法。

20. 单方面行为以前的定义中已含有“明确”一词，在新草案第 1 条中保留了这个词。这是一个基本的要素，因为很难想象如何能以不明确或含有隐含条件或限制的方式作出单方面行为，也很难想象如何能轻易和迅速地取消单方面行为。第 71 段中提

出的问题是，这种行为的明确性必须与意愿表达相关，抑或与行为的内容相关。

21. “公开”也是定义的一个基本要素，但该词的内涵很广，可包括使用传播媒介，而实际上该词在此的意思是指，单方面行为中的承诺至少应为对象国和其它有关国家所知。原第二条中使用的“公开作出”一语已被工作组改为“通知给有关国家或组织或为其所知”，⁶ 这似乎可以接受。特别报告员建议的新的表达法是“且为该国内国际组织所知”，但是这需要解释清楚。提到的“该国或该国际组织”一语与前面一句中的“一个或多个国家或国际组织”这一用语前后不吻合，造成混乱。在与法律效力有关的一句中用的是复数，而在与公开性有关的一句中则用的是单数。这大概不是有意的。因此，应将第 1 条的最后一句改为“并为该国或该国际组织或者为这些国家或国际组织所知”，或者就改为“并为其所知”。另一方面，他认为原第 2 条中的表达法没有什么不妥之处，应继续保留。因此，应把“并为该国或该国际组织所知”改回为以前的“通知给有关国家或国际组织或为它们所知”。第六委员会的讨论主题摘要(A/CN.4/504)第 131 段指出，后一种表达法得到了各代表团的支持。既然如此，为何还要改动呢？

22. 他同意关于删除原第 1 条(本条款草案的范围)的建议。新的第 1 条包含了先前案文中的适用范围的要害。此外，该草案不需要增加一条以 1969 年《维也纳公约》第三条为基础的条款。这两种情况似乎没有任何相似之处。如报告第 89 段所述，“单方面”一词词义宽泛，涵盖了国家单方面意愿的一切表现。

23. 新草案第 2 条可以接受，他赞同新草案第 3 条第 1 款，因为国家元首、政府首脑和外交部长无疑能够通过单方面行为使国家承担法律义务。荷兰政府在对委员会问题单作出的答复中，在上述三类人之外增加了外交使团团团长，但他怀疑，在没有明确授权的情况下，外交使团团团长是否能担负起如此重要的任务。

24. 他不太同意目前形式的新草案第 3 条第 2 款，

⁶ 见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 589 段。

它过于宽泛。的确，没有人能够调查每一国家的实践和情况，决定作出单方面行为的人是否有资格代表国家的人。这就为任何下级官员作出单方面行为提供了机会，而这种行为很可能随后被宣布为无效。委员会应将第 2 款所列能够作出单方面行为的人员类别限定在只为了具体目的而拥有全权作出单方面行为的外交使团团长和其他国家公使。这样，授予第 1 款中三类人的一般授权与授予第 2 款中这类人的限制较严格的授权两者之间可有所区别。

25. 他不支持新草案第 4 条，因为它不具有足够的限制性。如果有人未经授权而作出了单方面行为，其国家事后怎能批准他的非法行为？义务法规定，未经授权而非法采取行动者，其行为从一开始就是无效的。因此，国家事后不能赋予最初没有授权的行为以合法性。然而，该条与新草案第 3 条第 2 款有关，他曾建议以更明确的条款代替后者。如果他的建议被接受，则国家将不需要根据第 4 条来宣布未经授权者作出的单方面行为是无效的。然而特别报告员应注意这样一个事实，即新草案第 4 条提到的是整个第 3 条，但实际上只应针对第 3 条第 2 款，因为第 3 条第 1 款所列三类人作出的单方面行为是不会受到质疑的。

26. 关于报告第 126 至第 133 段中涉及的沉默与单方面行为问题，沉默与不容反悔原则有关，不属于该专题范围。他支持关于“单方面行为的无效性”的新草案第 5 条，但如果能把由未经授权的人作出的单方面行为也作为宣布无效的另一个原因包括在内，将会是有益的。该条草案紧跟 1969 年《维也纳公约》，但问题在于根据条约法制度适用于条约无效原因的规则是否能比照适用于新草案第 5 条中列出的相同因素。

27. 贺先生表示同意删除原第 1 条，并同意将之纳入新的第 1 条。新的第 1 条现有极大的改进，可作为拟订各条款草案的起点。

28. 定义中没有必要保留自主这一要素。一方面，单方面行为应与国际法的已有规则有关，当然或许可以排除与其它制度例如条约法有关的行为。另一方面，尽管某些情况下，对象国不必接受单方面行为，但在其它情况下，若对象国的利益被牵涉在内，则必须作出反应。

29. 他注意到“意图”与“意思表示”共同出现，

应避免这种重复。应该将新草案第 1 条提交给起草委员会，以便找到一种更准确而简洁的措辞。

30. 新草案第 3 条第 2 款沿用了 1969 年《维也纳公约》中的相关条款。然而，其中“如果从有关国家的实践可见”一句不清楚。此外，或许可以用一种更准确的措辞，如以“授权以国家名义作出单方面行为的人”来明确代表国家或代表国家行事的人的资格。

31. 原第 4 条第 3 款沿用了 1969 年《维也纳公约》第七条第二项(丁)款，完全符合新草案第 3 条的范围和内容，应予以保留。删除原第 6 条是明智之举，因为新草案第 3 条和第 4 条中已包含了其内容。

32. 在某些情况下，沉默的确具有法律效力，诸如涉及放弃、抗议或承认的情况。然而，沉默不能视作严格意义上的单方面行为，因为它缺乏意图，而意图是界定单方面行为的重要内容。因此，没有必要在草案中涉及沉默问题。

33. 最后，他同意起草新草案第 5 条时应与 1969 年《维也纳公约》的主要思路与方法保持一致。

34. 辛马先生赞扬特别报告员勇于处理他认为不宜编纂规则的主题。

35. 在处理单方面行为问题上，委员会处境维艰。国家的实践很广泛，而且所有人都一致认为，各国经常求助于单方面行为，但是似乎还不能获得大量实践的资料。甚至国家似乎对其行动也解释不清，这一点只需审阅它们对委员会问题单的答复就很清楚。单方面行为之所以对国家具有吸引力，恰恰是因为与条约相比，国家在实行单方面行为时享有更大的自由。问题是如何把这一相对的行动自由“编纂成规则”。在此，委员会左右为难：要么是对大量单方面行为套用 1969 年《维也纳公约》的规定，而国家则会绝对无法接受最终文书；要么委员会的工作就只是编纂与已获接受的法律制度沾点边的单方面行为。结果等于只是就国家目前现行的实践作出规定，最后制订的文书也就没有多少价值了。然而，如果委员会继续这项专题，那么这必定是其工作程序。

36. 再者，司法判例也显示了一个独特的要点：委

员会一贯只注重核试验案和东格陵兰案。在核试验案中，国际法院发现自己面前放的是个政治上的“烫手山芋”，它在处理该案时就单方面承诺的约束性草率得出结论，而在其它情况下，它本可能会谨慎得多。在东格陵兰案中，法律专家们仍不清楚此案涉及的是严格意义上的单方面行为，还是根据某项条约作出的声明。

37. 委员会应采取一种归纳性更强的办法，即必须首先根据一种可行的定义——第 1 条应该只是一项可行的定义——来审视具体的单方面行为，然后努力强调存在的共同问题，或许能找到可适用于所有情况的解决办法。但是，如果委员会继续讨论 1969 年《维也纳公约》的适用性问题，而对于所设想的单方面行为没有一个清楚的概念，这将是危险的。

38. 委员会不曾真正了解在这个专题上各国会接受什么样的规则，但它仍决定由秘书处向各国发送问卷，以帮助特别报告员收集关于国家实践的资料。⁷之后特别报告员于 2000 年 2 月向秘书处提交了其第三次报告，尽管当时国家实践的资料还没收集完毕，而且尚未接到任何对问题单的答复。或许现在仍有待获得更多的答复。

39. 至于报告本身，他以前从未遇到过一份联合国文件像这份那样有如此多的语言缺陷。例如，第 25 段令人无法理解。

40. 关于新草案第 1 条，工作组和委员会全体，经过大量讨论后，在第五十一届会议结束时已经就可行的定义达成了一致意见，但是特别报告员在某些方面又作了改动。他不明白为什么特别报告员要重新审查在上届会议时绝大多数委员就已经存有疑虑的一些问题。例如，在第 70 至第 77 段中，特别报告员再次提起“明确”一词，而该词始终是含混的，因为不清楚是否应该以明确意愿表达来规定国家必须清楚解释它所说的话。第 71 和第 73 段似乎有此倾向，但定义也暗示，国家可以有意作出不明确的声明。例如，许多国家曾承认巴勒斯坦解放组织是巴勒斯坦人民的合法代表，但是，至少在国际法律范畴，无人知道这意味着什么。各国显然希望它们的声明不是太明确。因此，用“明确”一词很

危险，应当予以删除。

41. 新草案第 1 条较先前案文(原第 2 条)有了显著改进，但他认为没有必要在新草案第 4 条中提及“明示”确认。为什么一个国家不能以暗示的方式确认一种由未经授权的人作出的单方面行为的有效性？

42. 第 128 段中提到，值得说明的是，国家是否可以通过沉默作出一项单方面行为，这一说法很奇怪，因为不可能以沉默方式来“作出”一种法律行为。

43. 关于新草案第 5 条，他从第 142 和第 143 段中吃惊地读到，在欺骗行为问题上，有国家担心原第 7 条(b)项规定可能与国家执行外交政策并使其它国家赞同其政策的某些公认方式有抵触。他认为，欺骗行为应是宣布无效的理由之一。

44. 关于武力问题，第 150 段的评论会引起误解。在新草案第 5 条(e)项中，特别报告员说，如果某一行为是通过武力威胁或使用武力来实现的，则该行为无效，这样讲没有错。但这和本身与禁止使用武力原则相抵触的行为无效的说法是截然不同的。

45. 此外，令人吃惊的是，第 153 段没有提及新草案第 5 条(h)项，看起来似乎是后来添加进去的。必须补上对该项的评注。关于新草案第 5 条的引语，他与卢卡舒克先生遇到同样的难题。哪些国家能援引“单方面行为无效”条款？但与卢卡舒克先生不同的是，他认为至少就(f)项和(g)项而言，有权援引这项无效条款的不只是作出违反强制法或安全理事会决定的单方面行为的国家。关于安理会决议对法律行为有效性的影响的讨论使人困惑。该讨论与杜加尔德先生的评论有关，特别报告员在第 156 段中引用了杜加尔德先生的话，即第 7 条应把安理会决议列为可援引以示单方面行为无效的因素之一。例如，如果安理会某项决议——特别是根据《联合国宪章》第七章作出的决议——要求会员国不得承认某一特定实体为国家，而某一国家作出与此抵触的声明，则可以说这一单方面行为无效。⁸显然，这就带来了一个问题，必须得到解决。特别报告员这样做了，但却又断定，即使根据《联合国宪章》第六章通过的安理会决议也可以具有约束力。正如第 160 段

⁷ 见第 2624 次会议，脚注 5。

⁸ 同上，脚注 7。

所述,从法律角度来看,的确如此,但若说根据《宪章》第六章通过的一项安理会决议或决定可以宣布国家的单方面法律行为无效,这就太有些离谱了。

46. 他认为,导致类似单方面行为未达到预期效果这种情况的唯一的可能是,安全理事会明确根据《联合国宪章》第七章通过一项决定,或明确提到《联合国宪章》第三十九条。当然,他了解由于冷战出现的做法,冷战期间,安理会在许多情况下只能通过混淆这种决定的法律依据来达成决定;他也知道在纳米比亚案咨询意见中,国际法院一些成员曾竭力使安理会决议具有约束力而又不提及其法律依据。然而,现在冷战结束了,他看不出为什么只因为一项决定的约束性不够明确,便可使一国作出的声明自动无效。他希望提请注意《联合国宪章》第一百零三条,其中规定,在宪章义务与其它国际协定义务发生冲突时,宪章义务高于其它义务。但是这不一定意味着该法律行为是无效的。

47. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说,安全理事会决议对单方面行为法律有效性的影响是个非常重要的问题。他大致同意根据《联合国宪章》第六章通过的安理会建议不能使单方面行为无效。

48. 辛马先生具有敏锐的观察力,他当然了解安全理事会针对会员国作出的决议在含义上有时刻意不明确,特别是当它对《联合国宪章》第六章或第七章忽略不提时。他想知道辛马先生是否认为,只有当安理会决议十分明确时,才能援引宪章第二十五条。

49. 即使安全理事会决议不能使单方面法律行为无效,他仍认为联合国会员国也必须履行这些决议所规定的义务,特别是当这些决议获得全体一致通过时。甚至可以设想,这将促使各国重新审视那些违反安理会决议的单方面行为。

50. 埃拉拉比先生指出,虽然辛马先生不同意使用“使之无效”的说法,但《联合国宪章》第一百零三条中明确规定,如果会员国根据宪章所承担的义务与它们根据其它国际协定所承担的义务之间产生冲突,则宪章义务高于其它义务。他认为,第一百零三条中的规定意味着彼此不相容的法律义务,不论是条约规定的义务还是根据单方面行为所承担的义务,都是无效的。

51. 辛马先生说,他不反对安全理事会采取含义不明确的行动。他的论点是,宣布某一条约或者某一单方面行为无效,是目前最严厉的法律制裁。还有一些并不如此极端的办法,例如法律制度通过不可对抗原则来谴责一项行为。如果安理会实行武器禁运,而某些国家反其道而行之缔结协定或作出单方面行为,这种协定或行为不能被宣布为无效,而只是不付诸实施而已。如果规则 A 优先于规则 B,也不一定就意味着规则 B 必须被视为无效。例如,根据欧洲法院的判例,如果国内法的某一规则与共同体法的某一规则不相符,这项国内规则不会被判作无效,只是在若干具体情况下不适用而已。

52. 托姆卡先生表示大体上同意辛马先生的意见。1969 年《维也纳公约》没有规定,不符合安全理事会决议是宣布一项条约无效的理由之一。而且《联合国宪章》第一百零三条的意旨也不在于使其它条约义务无效。当一项宪章义务由于一项安理会决定而起作用后,条约义务或许可以暂停履行,但条约依然有效,并在安理会决定予以撤消之后,继续具有约束力。这同样适用于单方面行为。如果草案第 5 条(g)项中的“安全理事会决定”一语要包括根据《宪章》第六章作出的决定,那么安理会所被赋予的权力就超过了迄今为止它试图拥有的权力。

53. 塞普尔维达先生说,根据新草案第 5 条,如果单方面行为在作出时违反了安全理事会的某一决定,则该行为可以被宣布为无效。但是单方面行为也可以在较后阶段被宣布为无效。例如,1965 年罗得西亚作出单方面独立声明,随后安全理事会于 1965 年 11 月 20 日根据《联合国宪章》第七章作出了第 217 (1965)号决议,宣布该声明无效,并实施了强制性措施——主要是经济制裁。在该实例中,安理会的决定是在单方面行为之后作出的。

54. 佩莱先生赞扬特别报告员能够再次认真对待这个主题,与辛马先生不同,他认为可以为该主题编纂规则。特别报告员在其第三次报告中作了必要的澄清和修正,但在实例方面仍有些抽象和不足,这一缺陷尤其令人感到遗憾,因为该专题被接受与否,取决于委员会能否利用目前的国家实践资料作为其建议的依据。

55. 关于条约法,尤其是 1986 年《维也纳公约》对本专题的影响,草案能否涵盖国家的单方面行为对国际组织的效力以及与国家的单方面行为类似的

国际组织的行为的效力尚不清楚。只有新草案第 1 条提到国际组织，而且只作为国际行为的对象，而不是作为行为者。委员会明智地决定草案中不包括国际组织通过的决议，但“决议”一词并不涵盖国际组织的所有行为。国际组织、尤其是区域一体化组织也可对国家以及其它国际组织作出单方面承诺。因此，必须比照该公约，经适当变通后，解决这类行为所涉的问题。

56. 国家单方面行为的对象也可以是其它实体，如民族解放运动和个人。问题是，单方面行为是否像条约一样会带来整体义务。他认为有此可能，因而促请特别报告员研究这个问题。

57. 在条款草案与条约法的关系问题上，特别报告员明智地采取了一种弹性办法，因为它们的目的是突出单方面行为与条约的不同特征，这种特征之一是对单方面行为的解释问题。委员会在上届会议上曾就如何解释由对条约的保留而形成的特殊的单方面行为展开了非常有益的讨论。

58. 尽管他从未完全理解联合王国与美国规定的不容反悔规则的微妙之处，但国际法的基本观点似乎是，一个国家或国际组织与其合作伙伴的行动不应犹豫不决，令其产生误解。因此，他询问第 25 段中“有关不容反悔原则的行为”一语的含义。任何单方面行为都有可能产生不容反悔问题。他还对第 27 段中的陈述有点不安，该段说不容反悔的特征要素不在于国家的行为，而在于他国对此行为的信赖。如果能够这样说，即当一个单方面行为业已促使行为对象以行为国所表达的立场为根据时就可能导致不容反悔的产生，难道不是更好吗？不容反悔是该主题的一个部分，原因在于它是单方面行为可能引起的后果之一。因此，特别报告员在论述单方面行为的影响时，应该述及不容反悔问题。

59. 新草案第 1 条提出的难题最多，因为它对其它各条都有影响。虽然特别报告员所采用办法的许多方面都是令人信服的，而且该条比原第 2 条要好，但他仍不能完全同意所提议的措辞。最好删去“声明”一词，哪怕只是因为它与“单方面行为”这种表达法之间的关系极不明确。他同意特别报告员的看法，即单方面行为的影响甚微，但他对特别报告员在沉默问题上的模糊态度感到困惑。虽然他自己的观点没有其他委员那么强烈，但他仍认为委员会

在条款中或至少在评注中，都应该对该问题采取一种明确的立场。

60. 核试验案表明，与报告第 41 段中所暗示的不同，“没有歧义”并不是能正式确定的行为所导致的产物，而是与口头声明相结合(排除了正式书面确认的必要)导致的产物。而且他相信第 45 段提到的多边行为对于行为对象而言具有相同的效果。例如，胜方与败方发表的联合声明或减免第三国债务的联合声明显然是一种多边行为，但对于行为对象而言是一种单方面行为。然而，不清楚的是，如何把这类行为与多边条约区分开。无论如何，在这类行为是否属于条款草案的范围这个问题上，特别报告员应态度明确。

61. 他同意特别报告员的观点，认为行为国的意图对于单方面行为的定义至关重要，但不赞同贺先生的意见，即“意思表示”与“意图”两者意思重复。然而，如果说意图是单方面行为含义的基本组成部分，那么定义中无论如何不应涉及沉默问题。柏威夏寺案中泰国的沉默或许是种单方面行为，但它持续的时间很长，而行为的概念则暗示着即时性。再者，一种不经意的行为肯定不能算是一种单方面行为。

62. 假定意图至关重要，接下来就应关注意图的目的。他同意特别报告员的观点，认为目的是要产生法律效力。但词义界定阶段问题的症结是，行为国意图产生何种法律效力，不管这些效力能否得到实现。如果行为者旨在要产生某些法律效力，便会引出一种单方面行为。报告对这一点的表述不明确。第 48 至第 59 段关注的不是行为者力求产生的法律效力，而是通过行为所实现的法律效力。另外，新草案第 1 条本身的范围仅限于行为者的意图，这是正确的。

63. 在新草案第 1 条中，特别报告员对“对一个或多个国家或国际组织产生法律效力”一语作出了不必要的限制。这方面应以 1969 年《维也纳公约》第一条第一项(甲)款中的定义为指导。根据该公约，条约是受国际法制约的一项国际协议。他认为，有必要对单方面行为采用同样的术语，指出单方面行为首先而且最重要的是受国际法制约的一种行为，然后把行为者直接列入国际法范围，尽管预计主要问题可能出现在国内法范围内。例如，如果一个国家在国内法中径直采取了一种立场，而对国际法持

完全漠视态度，如美国在 1996 年《古巴自由和民主团结法》(赫尔姆斯—伯顿法案)⁹ 中的做法那样，那么有无可能称此为单方面行为。他再一次想知道为什么特别报告员希望把单方面行为的法律效力局限在与其它国家和国际组织的关系上，而人民、民族解放运动或个人也可以是单方面承担的义务的受益人。起草委员会应该删去“对一个或多个国家或国际组织”一语，并加入“并受国际法制约”这一措辞。

64. 如果单方面行为要产生法律效力，显然单方面行为的对象必须知道这点。这里涉及的也不是定义问题，而是适用的法律制度问题。“知道”这个概念引出了“知道”什么的问题以及如何确定行为对象是否真的知道。一个国家有可能只是在一段时间之后才得知此种行为。这就产生了一个问题，即单方面行为是从得知该行为之时才算存在呢，还是从对象国表明它已得知该行为之时才算存在？尽管报告第 78 段引用了瑞士联邦外交部所作的评论，¹⁰ 他仍然认为，“知道”这一概念所带来的问题要多于它所能解决的问题。他认为去掉“公开作出”该行为这个概念是没有道理的。无论是出于实践还是理论方面的原因，重要的问题是作出该行为的公开性而不是接受与否。

65. 对于单方面行为的“自主性”这个概念，他仍感到很困惑。但特别报告员显然已决定在定义中不提及这种行为的自主性，这一举措令人欢迎。尽管如此，第 69 段中陈述的论点令他不能信服，该段暗示自主概念隐含在定义内。一个单方面行为不可能产生效力，除非根据一般国际法可以授权这样做。这种授权可以很具体，例如国家有权单方面确定从基线起 12 海哩的水域为其领水。这种授权也可以较为宽泛，因为从整体来看，国家有权单方面作出限定其主权权力有效范围的承诺。但单方面行为从来不是自主的。没有国际法依据的行为是无效的。这不涉及定义问题，而是是否有效或合法的问题。

66. 关于删去原第 1 条的问题，完全可以想象得

⁹ 见《国际法律资料》，第三十五卷，第 2 号(1996 年 3 月)，第 359 页。

¹⁰ L. Caflisch, “La pratique suisse en matière de droit international public 1995”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1996, No. 4, 第 593 页，见第 596 页。

到，有些类型的单方面行为应该从草案中删除，例如，与条约的缔结和适用有关的行为(批准、保留等)。因此，首先应该制订一个被排除的行为类型的详细清单，这就需要重新引入一条类似 1969 年《维也纳公约》第一条和第三条的有关范围的条款草案。应该具体指明的是，条款草案只适用于国家单方面行为，而不适用于国际组织的行为。这样，1986 年《维也纳公约》就不再具有任何相关性。其次，应排除与条约的缔结和适用有关的单方面行为。第三，应排除多边行为，但不一定排除这种可能性，即这些行为可能产生与严格意义上的单方面行为相同的效力。

67. 如果委员会大多数委员都希望如此，或许就应该清楚地表明，草案并不涉及国家或国际组织以外的实体作出的单方面行为所产生的法律效力。他已经说明，他个人将对草案范围上的这种限制感到遗憾。

68. 与原第 3 条相对应的新草案第 2 条，没有任何难点。新草案第 3 条，尤其是特别报告员对该条的意见不是很有说服力。报告第 103 和 104 段中提到的认捐会议——特别报告员在该问题上没能得出任何明确的结论——或许列在关于受法律约束的意图这一标题下更为适当。一般说来，对条款草案的许多审议，其性质相当不确定，令人感到遗憾。此外，很难解释，为什么在第 105 和 106 段中，特别报告员认为技术性的部长不能使国家承担义务，而在别处则似乎说高级官员可以为国家带来义务。如果后一情况属实，技术性的部长自然也能够使国家承担义务。他赞同特别报告员修改新草案第 3 条案文的决定——该条以前的形式(原第 4 条)太接近 1969 年《维也纳公约》的相应规则，但对第 2 款的拟订有所质疑。应当明确指出“人”一词是指“其他人士”。此外，在提到“有关国家”时用复数是否合适？诚然，作出单方面行为的国家是唯一有关国家，应该只用单数形式。该款中“其它情况”的提法非常有用；在这方面，也许可以在第 3 条的评注中具体提到国家代理人或其他经授权的代表在国际诉讼过程中作出的保证。东帝汶案就是一个恰当例子。

69. 至于新草案第 4 条，他对涉及国家对未经授权者以国家名义作出的单方面行为的确认问题时使用“明示”这一副词提出质疑。确认单方面行为时遵

循的规则应与作出单方面行为时遵循的规则相同。他更倾向使用以前的措辞，因为不太生硬。法文本中的“effets juridiques”一词应为单数形式。关于第126至第133段中涉及的沉默和单方面行为问题，他重申其观点，即虽然某些类型的沉默肯定不是也不可能构成单方面行为，但其他类型的沉默或许可以被描述为以有意的“足以说明问题的沉默”表示的默认，因此确实构成这种行为。柏威夏寺案就是一个很好的例子。

70. 关于新草案第5条，应给单方面行为无效的每一条理由单列一项条款，并附有其相应的评注。他强烈反对列入有关违反安全理事会决定的单方面行为的(g)项，并指出1969年《维也纳公约》对这个问题很谨慎，未作任何规定。该款可能触犯国家的尊严，而且也没有必要突出安全理事会决定，它不过是根据《联合国宪章》，由此也是根据整个条约法而制定的法律的一部分。他欢迎特别报告员的决定，即以该公约第五十三条为基础来拟订(f)项，但仍想知道的是，为什么没有把该公约第六十四条也考虑在内，该条涉及到一般国际法的新强制性规范的出现问题。实际上完全可以将强制法的定义列入草案。

71. 最后，他建议，在把条款草案提交起草委员会时，国际法委员会应请起草委员会讨论特别报告员的提法与1969年《维也纳公约》条款之间的差别，并考虑是否宜列入一项限定草案范围的条款，以及考虑未被包括在草案范围内的单方面行为问题。

72. 巴埃纳·苏亚雷斯先生祝贺特别报告员在编写其第三次报告时所表现出的想象力和说服力，而且能够平静地接受委员会和第六委员会以及各国政府在对问题单的答复中提出的批评与建议。他表示，如果能获得更广泛的有关国家实践的资料，将会极大地促进本专题工作。委员会在提交给大会的报告中，或许应更明确地重申其请各国提供这类资料的呼吁。

73. 他与多数委员的观点是一致的，承认该专题的相关性，可以作为加强国际关系的稳定性和可预测性的一种手段。在条款草案与1969年《维也纳公约》之间的关系问题上，他支持特别报告员所提出的“灵活的平行”观点，并在不容反悔问题上支持特别报告员的立场。

74. 新草案第1条纳入了委员会和第六委员会提出

的许多建议，与上届会议审议的案文相比，有明显进步。坚持把“明确意思表示”作为单方面行为定义的一个基本要素的决定令人欢迎。虽然在某些外解决办法铺平道路，但在此是不能被接受的。关于单方面行为的非独立性这个概念，有必要予以进一步讨论，从而能够以协商一致的措辞来表达这个问题。至于公开宣布一个行为从而能为有关国家或国际组织所知这一问题，特别报告员或许可以在评注中说明他想以何种形式来表达这种知道。

75. 新草案第3条不仅涉及国家的实践，还涉及到“其他情况”。他希望措辞能够有更大限制性。此外，顺便说到报告第105段中提及的“技术性的部长”问题，内阁通常由政治家组成，其中有些内阁成员或许比其他人更熟悉某些专题，但没有什么人能被称为“技术性的部长”。第117段中谈到了两个问题，其中后一个问题与新草案第4条有关，即一个人可能经授权代表国家行事，但其行事不在所获授权的权限范围内。遗憾的是，这个问题没有体现在该条款草案中。

76. 关于新草案第5条，应祝贺特别报告员，他仔细查明了使单方面行为无效的八种不同原因，从而反映出委员会和第六委员会所表明观点，但评论意见中或许应对列入某些原因的理由作更详细的说明。欢迎在(c)项中列入腐败问题。一些法律文书，如《美洲国家反腐败公约》，普遍关注反腐败问题。然而，他想知道是否必须要将发生腐败的可能性范围缩小至“他国直接或间接行使”。不能排除这样一种可能性，即作出单方面行为的人可能受到他人或某一企业的贿赂。最后，他对在(g)项中列入与安全理事会决定相抵触的单方面行为问题表示赞许，但同时也指出，特别报告员曾在口头介绍报告时提及《联合国宪章》第七章，但遗憾的是在案文中却并未提及。

77. 罗森斯托克先生表示，在所审议的专题可能不宜编纂规则的问题上，他虽然没有辛马先生那么肯定，但也同样存有疑虑，而且在很大程度上赞同辛马先生的观点。尤其是，他想促请特别报告员更加强调国家实践，并采取分别注重每个问题的工作方法。关于新草案第5条(g)项，安全理事会1966年4月9日第221(1966)号决议是否就是根据《联合国宪章》第七章采取的行动，这一点并不清楚。在对罗得西亚实行制裁时，根据该项决议拦截了“乔安娜五号”轮。由于缺乏关键的要素，不能说拦截该

船只是根据第七章采取的行动，但他毫不怀疑安全理事会的行动，如果没有义务，肯定也授权拦截该油轮。这是法律义务和政治义务相互作用的一个非常复杂的问题，他认为顺便提及这个问题并不是一种负责任的处理方法。

78. 斯里尼瓦萨·拉奥先生祝贺特别报告员在这样一个复杂而困难的主题上采取了积极办法，认为如果能更重视在国家实践方面缺乏何种资料这一问题，本可以使工作更加有益。委员们希望特别报告员予以指点的是，哪些情况和国际法一般规则能够将单方面行为与政治行为区分开，并产生法律效力。

79. 关于新草案第 1 条中的单方面行为定义，一种行为产生的法律效力不一定、或不总能够表明国家作出该行为时的最初意图。国家是一个政治实体，其意图依具体情形可以是摸棱两可的也可以是明确的。他认为，衡量实际产生的效果的标准，通常应受到评判以确定意图的性质。结合具体环境来审视政策考虑，对于评判某个行为的意图起着十分重要的作用。因此需要采取一种将政策考量考虑在内的归纳办法。

80. 关于特别报告员对不容反悔问题得出的结论，同样是很难把国家作出一种单方面行为本身与该行为对目标国产生的效果区分开，尤其是如果一致认为单方面行为不必具有自主性这一特征。这个问题也值得仔细研究。最后，虽然新草案第 5 条(h)项中涉及的问题无疑与新草案第 3 条有关，但其中有些重要方面表明不只与该条有关。一个国家能否运用其国内法的条款来规避由于它作出的一项有效的单方面行为而产生的国际义务？换言之，一个国家作出一项单方面行为后，能否不顾该行为已经产生了国际义务，仍声称其国内法没有为这类行为作出规定？对此问题还需要作进一步考虑。

下午 1 时 05 分散会。

第 2630 次会议

2000 年 5 月 31 日，星期三，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、

布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

国家单方面行为(续)(A/CN.4/504, C 节, A/CN.4/505,¹ A/CN.4/511²)

[议程项目 7]

特别报告员的第三次报告³ (续)

1. 戈科先生说，尽管这个专题不易着手，特别报告员还是编制了一份连贯和详细的第三次报告(A/CN.4/505)，处理了许多敏感的问题，考虑到了在委员会和其他机构中发表的各种意见，为此他向特别报告员表示祝贺。

2. 他对若干国家对关于国家单方面行为问题的问卷(作为非正式文件⁴ 分发)所作答复作了评论，认为这些国家在对该问题的一般性意见中似乎同意单方面行为的性质是多种多样的，不过，它们也承认，有些国家在国际关系中常常使用这一做法。在没有正式条约的情况下，这种行为就是一国向另一国表达其愿望的手段，是开展日常外交活动的便捷途径。

3. 各国的答复中也提到了具体问题。就 1969 年《维也纳公约》的可适用性来说，似乎形成了一种共识，认为该公约可能不适用于单方面行为，但可

¹ 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

² 同上。

³ 关于其第三次报告载列的条款草案案文，见第 2624 次会议，第 35 段。

⁴ 见第 2628 次会议，第 11 段。

以在这方面发挥有益的指导作用。关于授权代表国家行事的人的问题，对问题单作出答复的国家一致认为，该公约具有类比关系。就单方面行为可能采取的形式来说，口头和书面声明都是可以接受的，视行为的类型而定。至于单方面行为的内容，可有多种类型，并不限于某几种类型。但是，有国家(意大利)引证了三类行为：谈及援引某一法律情况之可能性的行为、引起法律义务的行为、为了行使某一主权权利必须采取的行为。关于法律效力问题，答复中强调了义务的产生和消失以及其他国家的权利的产生和撤销。有些国家会对不同的行为以及行为所要产生的法律效力加以区分。有国家(荷兰)认为，单方面行为不能产生与国际法一般原则不符的效力。各国似乎赞同单方面行为的重要性和效用。它们似乎也承认互惠原则，尤其是友好国家之间的互惠原则。关于适用哪些规则的问题，各国都认为，应该适当顾及单方面行为的特定性质，以类比的方式适用1969年《维也纳公约》中有关解释的原则。单方面行为的合法性问题可以提交有关条约机构审议。关于行为的持续期间问题，各国都很重视可否撤回问题，认为如果一项行为不再适宜即可予以撤回，或者在发生根本变化的情形下予以停止。有一个国家认为，行为的持续期间不受限制，但若由双边条约通告废除，即可予以终止。各国一致认为可以撤回，但认为必须发出撤回通知，可在考虑到事件的具体情况之后以类比方式适用该公约。过失、欺诈、腐败、不遵守国际法规则以及某些国家不遵守依国际条约承担的义务，都可以成为撤回的理由。希望另一些国家也对问题单作出答复。他知道有些答复是在第三次报告完成之后收到的。尽管如此，这些答复也许能够在对本专题的进一步研究中派上用场。

4. 特别报告员在其报告第30至第36段中阐述了国家单方面行为的准确定义的基本要素，希望就这一主题达成确切的共识。他在新草案第1条中提出了精心拟订的定义，其中涵盖了第31段所列出的一切要素。其内容包括提到“一个国家作出的，意图……产生法律效力的……明确意思表示”。他认为，其含义是：主权国家的声明必须是精心拟订、仔细推敲、深思熟虑和目的明确的，国家元首的声明更是如此。毫无疑问，抗议、放弃、承诺、承认和任何其他此类行为都是并且应该是有明确意图的。然而，如果单方面声明只限于这类行为，人们

可能要问：在这种定义中是否只应该包括国家愿意作出的声明，而不包括以可能不完全的方式作出、却有意产生效力的行为或声明呢？人们或许还会问：这种效力应该是法律效力还是政治效力呢？国家元首脱离讲稿发表公开声明是常有的事。公众人物往往突然受到媒体的追问而匆促作答。领导人在电台或电视上提到入侵威胁或军队撤退、作出让步或甚至提出权利主张，这类事情也并不少见。在这方面，西沙群岛就是一个明显的例子：在发现有丰富的石油矿藏之前，谁也不曾对它发生兴趣。而自发现了石油以后，至少有五个国家提出了所有权主张，甚至对竞争者发出威胁。这些声明当然都是单方面的而且产生了效力，那么，这里的问题是，这些权利主张和威胁是否具有提议的定义中所理解的法律效力。对问题单作出答复的一个国家明确地指出，单方面行为的效力不得与国际法一般规则相抵触。当然，国际法对威胁不予制裁。这一点在报告第149和150段述及单方面行为无效问题时曾有涉及。关于单方面行为的另一个发人深思的例子是，戴高乐总统发出的“自由魁北克万岁”的呼声，⁵多年之后依然能够引起魁北克分离主义者的共鸣。

5. 关于意图问题，他同意特别报告员的看法，认为很难将这种行为归入不同的类别，并且确定它们是否纯属政治行为，因而不产生法律效力。当然，行为国的意图是具有决定性的标准，但是如何加以确定呢？是否作为单方面行为的后果而受到限制，最终取决于事实资料的收集以及如何加以评价。国际法院在对常被引述的核试验案的裁决中认为，法国在法律上受到其将停止大气层核试验的声明的约束，因为它公开作出了声明，明确表示法国打算遵守这项声明。但是，必须有一项法院判决来落实这项意图。换言之，澳大利亚和新西兰必须就这一事项向法院提起诉讼。他也认为，各国有可能采取单方面行为时并没有认识到其意图的后果。在上述案例中，有一些迹象显示，密特朗总统并未真正打算立即停止核试验。承担了义务或作出了允诺的声明的问题在于，它们可能会有所改变或甚至遭到否认。但同时，它们的义务性质依然不明确，导致行为对象国拒绝予以认真对待。

6. 他注意到“公开”一词的遗漏，在报告的第78

⁵ 同上，脚注14。

和 79 段中已有说明。声明必须让其他国家知晓，这是他对“公开”一词含义的理解。总之，国家元首或政府首脑作出的任何声明不能不公开。使用了“明确意思表示”等措辞的定义显示，潜在的意图是将单方面行为视为正式声明，实际上或许应该是书面声明。也许只有在冲突或萌生对抗的情况下，一国才有可能对另一国作出非书面声明。然而，随着现代通讯技术的发展，任何口头声明都可即时翻译成书面声明，因此书面声明与口头声明两者的区分意义就不大了。

7. 他并不特别反对使用“行为”、“法律效力”、“自主性”或单方面行为的“明确”性质等用语。或许可以在新草案第 2 条(国家作出单方面行为的能力)中增添“资格”一词。第 126 段中关于沉默的讨论是令人感兴趣的，但是，可以指出，在证据法领域中，沉默可能相当于某种承认。在发生冲突的情况下，如果一国对另一国提出质疑，以证明该国就其他国家的某一行为提出了虚假的权利主张，如果该国家保持沉默，其沉默态度可能被视为默认。关于单方面行为的无效性的条文，把标题改为“单方面行为的可撤销性”较为稳妥。单方面行为比条约灵活，因此应该较易撤销，不过撤销所依据的理由应与裁定无效的理由相同。

8. 他认为，所提议的新草案五个条文，连同各国政府对问题单的答复，可提交起草委员会或工作组进一步审议。

9. 伊科诺米季斯先生感谢特别报告员提交了其第三次报告，该报告较之前一份报告有所改进。他首先对该报告作了一般性评论，认为研究这一问题的重要性是不言而喻的。国家单方面行为，如草案所述，体现在国际实践中，甚至成为国际法的渊源，虽然《国际法院规约》第三十八条并未予以提及。当然，在某些情况下，这项渊源可能对国家产生具有主观性质的权利与义务，但原则上不会创建法律，换言之，不会产生可适用的一般性国际规则。各国不能单方面制订法律。不可否认，这个主题很难处理，首先，国家宪法和本国法通常根本不提或很少提到可能在国际层面上对国家具有约束力的国家单方面行为，公约和习惯规则的情况就有所不同，它们通常会在国家的本国立法框架内得到处理。此外，有关这些行为的国际实践经验远远谈不上丰富。实际上，国家赋予其他国家以权利，自己

却承担着与这些权利相应的义务，这样的行为是很少的。因此，委员会注定要在极少工具可资利用、极少指导方针可资依循的情形下，着眼于双重的目标，就一个鲜为人知的领域编纂规则：一方面，就有关可能在国际层面上对国家具有约束力的单方面行为提出一套协调一致的明确规则，保护国家不因自身行为而受到损害；另一方面，通过新的法律渊源产生核心规则，以符合国际社会的利益。

10. 他的第二项一般性意见涉及国家单方面行为与 1969 年《维也纳公约》之间的关系。由于特别报告员作了很好的解释，这项关系已经明确。要是没有该公约，也就无法依据国际法对国家具有约束力的国家单方面行为编纂规则。1969 年《维也纳公约》确实为编纂有关国家单方面行为以及国际组织的行为编纂规则铺平了道路。但不应逐字照搬该公约条款，应在具有约束力的单方面行为的特征与条约行为的特征正好吻合时，将其作为灵感的源泉，加以合理而审慎的利用。换言之，必须将关于国家单方面行为的研究作为起点，必要时再参照该公约寻找解决办法，而不是本末倒置。

11. 第三，他原本倾向于将不容反悔和沉默作为可以在国际层面产生法律效力的国家单方面行为列入草案。但是，他可以暂时同意将这个问题搁置到稍后阶段再行审议。

12. 他提到新的条款草案时指出：第 1 条中所载单方面行为的定义有三个核心要素。第一个要素是国家以产生权利与义务的方式藉单方面行为承担义务的意愿。他倾向于讲权利与义务，而不是法律效力，因为法律效力较为宽泛，概念相当模糊。第二个要素是该行为的自主、不依赖或“无联系”性质，即，它不受国际法的其他渊源，包括国际条约或现行习惯规则的限制。较可取的(当然也较容易和安全的)做法是，只探讨单方面行为的自主性质，不去试图从草案的范围中排除实际上与条款草案无关以及为数众多的不同的其他所有国家单方面行为。第三个核心要素是单方面行为的对象，它可以是其他国家或国际组织。在这方面，整个国际社会是否也可以视为一个国家、数个国家或所有国家的单方面行为所产生的一项权利的受益人，搞清楚这一点尤其重要。他认为问题的答复是肯定的。他也同意佩莱先生的建议(第 2629 次会议)，认为单方面行为应该遵守国际法，受国际条约等国际法的制约。他

也同意坎迪奥蒂先生、埃多西亚·萨卡萨先生和其他委员的意见，认为单方面行为的明确性质及其公开性是无需在定义中处理的要素。这些要素可以在审议一国际行为的有效性条件时加以处理。另一方面，他认为，单方面行为的自主性是区分在国际层面产生权利与义务的国家单方面行为和国家的其他单方面行为的决定性要素，但在新草案第 1 条中却未得到足够的强调。

13. 新草案第 2 条反映了 1969 年《维也纳公约》第六条中所载规定。在逻辑上紧接新草案第 1 条的这项规定应该以下列方式完成：“每一国家都有能力作出可能在国际层面产生权利与义务的单方面行为”。

14. 他赞成新草案第 3 条第 1 款(授权以国家名义作出单方面行为的人)。但他认为，该款如果采纳庞布一奇文达先生拟议的那种较强烈和较直接的措辞，那就更合适。至少，“视为……代表”一语应该改为“是……的代表”。第 2 款中的“有关国家”一语在该款中不合适。该款可以措辞如下：

“若根据一国实践和某个单方面行为作出的情况断定某人经授权代表该国家行事，则也可将该人视为经授权以该国家名义作出该单方面行为的人”。

15. 他对新草案第 4 条(未经授权的人所作行为的事后确认)没有反对意见，但根据庞布一奇文达先生明智的建议，大可将该条列为第 3 条第 3 款。

16. 他得到的印象是，新草案第 5 条(单方面行为的无效性)的拟议时机稍微过早。该条应该在审议了单方面行为有效性以后，尤其是在拟订了关于单方面行为撤销的条文以后才审议。有效性的条件与无效的原因密切相关，但如果单方面行为能够撤销，则使用该方法相比对无效的原因的援引更能符合国家的利益，这一点也是明确的。因此，无效的原因本质上应该涉及不可撤销的单方面行为，换句话说，就是使作出该行为的国家同另一实体联系起来。

17. 他不反对将新的条文草案送交起草委员会。

18. 卡特卡先生祝贺特别报告员编写了出色的第三次报告，该报告考虑到了委员会委员们的意见和各国政府在大会第六委员会发表的意见。一些政府对问题单作了答复，但遗憾的是由于送交时间太晚，无法列

入报告。这些答复显示出各国对能否制定适用于所有单方面行为的一般规则的看法以及对于这些规则所应涵盖的行为类型的看法，存在很大的分歧。

19. 因此，委员会应对国际社会提供指导，明确地划定本专题的范围，设法在“最大主义者”与“最小主义者”的着手方式之间达成一种妥协，前者想要编纂所有类型的单方面行为，后者则主张逐个研究各种“产生义务的行为”。

20. 他曾一度持相反的观点，但现在同意这样一种看法，即，不能不提及 1969 年《维也纳公约》，即使有些人认为，这样做是对维也纳公约体系的绝对地位的承认。特别报告员已决定在新草案第 1 条中与该公约保持距离，不列入以该公约第三条为基础的条款，从而对单方面行为和条约作了明确的划分。

21. 对于单方面行为的定义，他认为，该定义应该涵盖一国以任何方式(换言之，以口头和书面方式)作出的所有单方面行为。但另一方面，他认为不需要明确规定“明确”意思表示，因为实践中难于评量。新草案第 1 条的最后一个条件规定，该行为从行为“对象”(换言之，一个或多个国家或一个或多个国际组织)得知之时起才产生法律效力，也许不是很恰当，因为这一做法等于使得单方面行为为国比行为对象占优势，后者可能事后才获知。

22. 新草案第 2 条不会引起任何问题。不过，新草案第 3 条，尤其是第 2 款中的措辞方式也许限制性太强。显然，外交实践和 1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》，尤其是根据该公约第十二条，若干国家代表可在其各自的权限范围内授权以国家名义作出单方面行为。

23. 特别报告员在报告的第 103 和 104 段中提出了一个问题，即一国在认捐会议上作出的单方面行为(亦即承诺)是否应该被视为只是政治行为或视为对发表声明的国家具有法律约束力的行为。理论上讲，行为国应该被认为负有法律义务，因为人们假定行为国基于善意作出承诺，在行为对象当中产生期望。令人感到遗憾的是，实践表明，这种承诺常常未能兑现。在联合国和其他国际组织的档案中，这种事例的记载比比皆是。因此，特别报告员最好将这种声明视为政治声明，而不是产生法律效力的行为。

24. 新草案第 4 条可以接受。关于一国是否可以保持沉默的方式有效作出单方面行为的问题，特别报告员在报告第 129 段中指出，一国以保持沉默的方式作出某种承诺或提议，这似乎不大可能，这样讲是正确的。不妨可以考虑引入同意、抗议、放弃或不容反悔等概念，但是在本条款中不应列入关于沉默和单方面行为的条文。

25. 新草案第 5 条是直接受到 1969 年《维也纳公约》第五编第二节的启发。根据该条(g)项，单方面行为与安全理事会的某项决定有冲突是该行为无效的原因之一。根据卢卡舒克先生的意见(第 2629 次会议)，他想知道是否删除该条款并在评注中处理这个问题不大合适。

26. 最后，他再次指出，经验显示，根据推论似乎与现行国际法规规范相反的单方面行为实际上有助于国际法的发展。人们可以举例引证以坦桑尼亚前总统的名字命名的“尼雷尔主义”，⁶就国家继承问题而言，他不接受对前殖民国所缔结双边条约的自动继承原则。该学说最初受到严厉的批评，但终于在 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(以下简称“1978 年《维也纳公约》”)第三部分第三节中得到考虑。

27. 哈夫纳先生赞扬特别报告员处理了一个有时看来不可能解决的棘手任务：一些委员，如辛马先生(第 2629 次会议)，就认为不可能拟订适用于所有单方面行为的一般规则，佩莱先生及另一些委员则强调确有编纂这种规则的需要。他本人认为，委员会至少应该作出尝试，即便结果证明编纂规则是不可能的。特别报告员无法考虑到各国政府的评论，因为他编写报告时尚未收到各国政府的答复，但是，若要使拟订的条文为各国政府所接受而不至于成为一纸空文，委员会现在就必须研究各国对问卷的答复，考虑到各国的意见。委员会也应该更多地考虑到各国的实践。在这方面，他想冒昧地更正特别报告员在其报告第 53 段中出现的一个小错误。永久中立的地位不能通过单方面行为来确立：至少，需要采取一种双边行为。另一方面，战时发布的中立声明完全是单方面行为，并不依赖于交战国的接受。

⁶ 见 1967 年《阿鲁沙宣言》(J. K. Nyerere, *Ujamaa: Essays on Socialism* (London, Oxford University Press, 1968), 第 13 页)。

第 53 段中提到奥地利政府所作声明的脚注，与中立问题无关。在该脚注中所引述的实例只涉及奥地利政府向《重建独立和民主奥地利的国家条约》的四个签署国所发送的通知。但是，在这方面的实践经验史不绝书，比如说，特别报告员可以提及在福克兰群岛(马尔维纳斯)冲突或海湾战争期间发布的声明，这是有用的。

28. 在逐条审议新条款草案之前，他想指出，委员会一些委员在该报告的法文本两个脚注中被称为“女士”。他希望译本大体上应该更加审慎和准确。

29. 关于新草案第 1 条，有人已经对要求“明确”意思表示的效用表示怀疑，他赞同这一看法。如果该要求同样也适用于条约，所有带有“建设性的含糊”的条约都将超出条约法的范围，不过，大家都知道，实际上从未有过这种情况。因此，看来不需要在第 1 条中载列这个细节。这并不是说，第 1 条的范围不应受到限制。应该澄清的是，其中提到的行为是自主的单方面行为，而不是涉及条约时的行为。的确，单方面行为本质上是多种多样的：国家采取这种行为只能“触发”根据条约制度或甚至根据习惯法业已确立的权利与义务，但它们也可以自行“设定”它们打算承担的义务。他建议目前只将注意力放在第二类行为上。

30. 新草案第 1 条也载明，作出单方面行为的意图是为了产生“法律效力”，并未具体说明这种效力是否在国内法或国际法中产生。佩莱先生曾经强调，应该说明有关单方面行为不得违反国际法。

31. 关于新草案第 2 条，虽然英文译本(“作出单方面行为”)与西班牙原文相对应，他仍要指出一点，即任何人都可以“作出”单方面行为。他认为，采用“签发(issue)”这一动词较为适当，但这一问题可以交由起草委员会处理。

32. 他认为很难对新草案第 3 条作出论断，在此之前，必须在第 1 条中明确哪些行为属于本条款草案的范围。但是，他不能支持伊科诺米季斯先生的提议，即，将第 1 款中的“视为……代表”一语改为“是……的代表”。除了这样的措辞可能引起与某些国家的宪法相抵触的问题以外，“视为”这一措辞在此产生了一个可否定的推定，这是该条中所必不可少的要素。

33. 新草案第 5 条, 辛马先生先是把它比作金矿, 接着又把它比作雷区, 它的确包括了太多的内容。所列的各种无效的理由应该以单独条文加以分别处理, 1969 年《维也纳公约》中这样处理是相当正确的, 因为不同的情况会产生不同的后果。(g)项涉及与安全理事会决定有冲突的单方面行为无效问题, 它解决了一些问题, 但又引起更多的问题: 辛马先生指出, 依《联合国宪章》承担的义务优先于根据某一条约承担的义务(第一百零三条), 这一点很正确。当然, 《联合国宪章》规定的义务也包括联合国机关(不仅是安全理事会)所作出的决议或有约束力的决定所产生的义务。此外, 这些决议或决定只有一部分具有约束力是常有的事, 这一点也需要加以澄清。

34. 他也认为, 在探讨无效的理由时, 没有任何理由区分单方面行为和条约; 1969 年《维也纳公约》中没有任何条文规定, 如果某一条约与《联合国宪章》规定的义务相抵触, 即可宣布为无效。基于所有这些理由, 他认为(g)项是多余的。

35. (h)项中规定的无效的理由, 即, 与对国内法带根本重要性的规范相抵触, 也会引起问题。比如说, 带根本重要性的规范可能来源于作出单方面行为的国家的宪法。这是不是意味着, 如果一国在作出一单方面行为时, 违反了宪法义务, 就可以在事后宣布该单方面行为无效呢? 那就等于赋予国内法以优先地位, 这是不能令人接受的。

36. 他也同意卢卡舒克先生对于在条文开头使用不定冠词“一”的保留意见。务必确切澄清到底哪些国家有权援引单方面行为无效规则。从逻辑上讲, 这种可能性只应该保留给作出该行为的国家, 其他国家均排除在外, 因为不如此则后患无穷。

37. 在这一点上, 伊科诺米季斯先生提议首先重点讨论的是“援引”单方面行为的条件, 其次才是无效问题, 这一做法颇有意思, 这种着手方式可能具有比较务实的优点。

38. 鉴于上述种种意见, 他认为, 特别报告员拟议的条款草案中只有新草案第 1 至第 4 条可能送交起草委员会。新草案第 5 条需要重新全盘考虑。

39. 卡姆托先生说, 特别报告员的第三次报告向前迈进了一大步, 他显然审慎地考虑到了委员会的讨

论情况以及各国在第六委员会中表达的意见。委员们不只一次地说过, 这个专题十分复杂, 但这并不意味着无法加以编纂。要解决的是在国际关系中极为重要的、至少同条约一样悠久的一类行为, 它同条约一样都是当代国际法的一个渊源。委员会的任务是促请特别报告员进一步努力收集这方面的实践资料, 他在编写其报告时未能利用各国在对问卷的答复中所表达的意见。在这种情况下, 特别报告员采用了一种广泛的方法, 以便对所有有关行为有一个总体看法, 就使他能够牢牢把握其专题的来龙去脉, 并能准确界定单方面行为的范围而言, 这种方法是适切的。来自不同方面, 包括第六委员会的建议认为, 这项研究应该限于承诺和承认等某些种类的行为, 但这样一来, 限制性过强, 如果获得通过, 会遗漏一大部分单方面行为。

40. 就特别报告员所考虑的一些初步问题来说, 当然必须避免过度与条约法类比, 以免引起混淆。就不容反悔而言, 它本身并不是一个法律行为, 而是产生了法律效力的事实, 他赞同佩莱先生的观点, 认为应该在单方面行为的效力范围内予以审议。

41. 应该深入研究那些效力本身, 如果不考虑到单方面行为对象的态度或反应, 便无从着手。在这方面, 需要说明两点意见。首先, 在某些情况下, 单方面行为可能成为国际协议中的一个要素。实践证明, 一旦同时表达或相继表达的两个意愿相吻合, 无论是载于同一份文件或者不同文件中, 便形成了 1969 年《维也纳公约》所指的那种国际协议, 这是合乎逻辑的。特别报告员应该研究这一问题, 以便更好地确定哪些行为应该算是相对于“条约”单方面行为的这类单方面行为。这个问题不一定要在一个条文草案中处理, 可以在评注中论述。

42. 其次, 他认为不应该立刻排除沉默。如法律学说所接受的那样, 沉默的确可以构成一种真正的法律行为。在某些情况下, 表示默认为的沉默可以使最初单方面行为产生其所有的法律效力, 尤其是当该行为旨在对一个或多个其他国家产生义务时。而在有的情况下, 一国可以通过沉默表示同意, 即使条约法规定同意必须明示。在任何情况下, 沉默问题都值得研究。关于特别报告员对新草案第 1 条的建议, 他倾向于继续使用对单方面行为的传统定义, 作为意图产生法律效力的意愿表达。从法律观点来看, 特别报告员在草案第 1 条中的处理方法,

即对意图的表述，是重复的，因为意图与意思表示是分不开的，如果表达意愿，就一定是有意图。对于委员会一些委员所批评的“明确”一词来说，特别报告员使用这个词是要表达其报告的第 73 和 76 段中所提出的清晰明确的概念。这是一个历来由法官决定的判断问题，并不属于单方面行为的定义范围。着重点在一定程度上应该放在单方面行为必要的精确性这一概念上。他同意伊科诺米季斯先生的意见，认为第 1 条中的最后一个条件，“且为该国或该国际组织所知”，主要是单方面行为有效的一个条件。他也支持伊科诺米季斯先生的提议，即，在起草有关单方面行为的无效条件的条款前，应先就有关单方面行为的有效条件拟订一项单独条款。

43. 关于新草案第 1 条的问题，特别报告员也对政治宣言和意图产生法律效力的单方面行为作了区分。在这方面，他不了解据以作出这种区分的标准会是什么。这是一个正式标准、还是涉及与法律行为有关的行为内容的标准呢？某些行为的性质从其形式来说是明确的，但另一些行为的性质则只有对事情来龙去脉进行分析以后才能确定。在这方面，令人感到遗憾的是，特别报告员没有充分强调据以作出判决的事件背景概念，例如，国际法院在卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题案中得出的结论是，联合公报构成一项国际协议。事件背景也可以成为确定一单方面行为的决定性因素。

44. 他认为新草案第 2 条没有问题，但是对新草案第 3 条提出一条意见。特别报告员提到了具有域外效力的国内法的例子，如赫尔姆斯—伯顿法⁷，这一举例很恰当。我们能够撇开具有域外效力的国内法吗？如果这样做，理由又是什么呢？另一方面，如果认为它们应该属于本项研究的范围，或许应该修订草案第 3 条，譬如说，把议会也列为“经授权以国家名义作出单方面行为的人”。该条草案现有第 2 款是否涵盖这类单方面行为的的行为者，尚无法确定。

45. 对新草案第 4 条毋需置评，但是新草案第 5 条只有在研究了单方面行为的有效条件以后才可能仔细加以研究。

46. 最后，他说，新草案第 1 至第 4 条可以提交起

草委员会。

47. 佩莱先生说，卡姆托先生提到的具有域外效力的国内单方面行为问题极其重要，在目前阶段的确还没有解决。他再度提到，关于赫尔姆斯—伯顿法，他认为，在那种情况下，美国国会并没有打算涉足国际法领域。他认为，凡是属于本研究范围的单方面行为，都必须受到国际法的制约。

48. 关于提到单方面行为必要的精确性的构想，他完全不同意卡姆托先生的意见。义务可能精确，也可能不精确，但是义务毕竟还是义务，对于国家单方面行为产生的义务来说，情况同样如此。在定义中提出精确的概念似乎会损害工作的成果。

49. 卡姆托先生说，他自己恐怕不曾把意思表达清楚：他只是希望在评注中提到这一点，在某些情况下，一项单方面行为的精确程度能够使它产生充分的效力。

50. 托姆卡先生说，特别报告员煞费苦心地考虑到委员会委员们在前一届会议上提出的批评，为此将研究范围扩大到包括所有产生法律效力的单方面行为。但是，他未能考虑到各国政府对委员会的问卷提交的书面意见，在这方面，他指出，有不少国家在答复中对通盘着手的方式提出疑问，尤其是认为，试图以单一的一套一般性规则制约不同的单方面行为是不明智的做法。有一个国家认为，这样做没有意义，还有一个国家认为，委员会的上策是就不同单方面行为的特点问题进行学术研究。

51. 新草案第 1 条中所提议的定义的主要问题是“对同一个或多个其他国家的关系产生法律效力”这一措辞。结果形成一个极其宽泛的单方面行为的定义，实际上无法为各种行为拟订共同的规则，如承认和建立专属经济区等迥然不同的行为。后一例子，特别报告员在其报告第 54 段中业已提到，它表明在相关的情况下，单方面行为可能是使条约或一般国际法所规定之权利起作用的工具。在那种特定情况下，有关行为的法律后果是由《联合国海洋法公约》确定的，对于不是该公约缔约国的国家来说，则由一般国际法确定，并不是由委员会所拟订的单方面行为规则来确定的。譬如，就国会作出单方面行为而言，新草案第 3 条的适切性何在？因此，意大利政府在对问卷的答复中所说的“行使一项主权权利所需要的单方面行为”，应该不包括在

⁷ 见第 2629 次会议，脚注 10。

研究范围之内。对于承认、抗议或放弃等其他行为，似乎很难拟订共同的规则。他回顾说，国家和政府的承认是秘书处 1949 年向委员会第一届会议提

交的可能编纂的专题之一，⁸ 委员会从不认为该专题适宜列入其工作方案。某些国家的告诫必须谨慎对待，似乎最好采取逐步着手的方式。在这方面，产生义务的一类单方面行为无疑是最适于识别和拟订规则的。特别报告员在研究行为国的意图或法律效力等概念时，几乎总是提到义务或承诺，他在报告的第 35 段中指出了这一点。

52. 就新草案第 1 条来说，他主张在目前阶段不予置评，因为它的措辞方式取决于本条款草案的范围和委员会必须作出的一项决定，如果委员会希望在工作上取得进展，并且不希望其工作结果在第六委员会中被某些国家拒绝或“束之高阁”的话。

53. 新草案第 2 和第 3 条没有出现任何具体问题，是可以接受的。至于新草案第 4 条，当国家未援引缺乏授权作为该行为无效的理由，但履行了它应承担的义务时，对于未经为特定目的授权的人作出的单方面行为，可以明确(如特别报告员所提议)或默认的方式予以确认。

54. 新草案第 5 条问题最多，可能应该重新拟订。应该区分以下两种情况：一、一国援引使行为无效的理由时才能确定行为无效(相对无效)；二、无效是依法律施加的制裁或直接源于国际法的相关规定(绝对无效或根据法律认定的无效)。分别作为该条草案(a)、(b)和(c)项主题的错误、欺诈和贿赂问题，各国可以援引它们作为以国家名义作出的单方面行为无效的原因。(h)项也可以采取同样的处理方式，该项旨在涵盖与作出违反行为国内法的一项具有根本重要性规范相抵触的单方面行为的情况。不过，不能把这项规定解释为承认国内法优先于根据国际法所承担的义务。他认为，(h)项应该以不同的方式拟订，以突出这样的事实，即在作出单方面行为时，即已违反了一项对国内法或宪法具有根本重要性的规范，它涉及到承担国际义务或在国际层面作出法律行为的能力。

⁸ 见《1949 年……年鉴》[英]，第 280 页，第 15 段。

55. 违反《联合国宪章》所载国际法原则，通过以武力相威胁或使用武力作出此种行为，以及单方面行为与国际法强制性规范之间的冲突，分别为新草

案第 5 条(e)项和(f)项的主题，属于直接为法律所禁止的绝对无效情况，这些行为自始无效。

56. 新草案第 5 条(d)项中提到对作出单方面行为的人使用胁迫手段，这种情况较特殊，因为在这种情况下，行为者并没有表达他应该代表的国家的意愿，而是表达了使用胁迫手段的国家的意愿。没有意愿，就没有法律行为，没有行为，无效也就无从谈起。鉴于前面所述为无效法律行为情况，这种情况即属于一种非法律行为。

57. 最后，关于新草案第 5 条(g)项，他重申曾提出过的疑问(第 2629 次会议)，并表示同意哈夫纳先生在这个问题上的观点。

对条约的保留⁹ (A/CN.4/504, B 节, A/CN.4/508 和 Add.1-4,¹⁰ A/CN.4/L.599)

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告

58. 佩莱先生(特别报告员)介绍关于对条约的保留的第五次报告(A/CN.4/508 和 Add.1-4)时说，该报告分为两部分：第一部分，载有导言和经过修订和更新的第四次报告，¹¹ 他在第五十一届会议上提交了这份报告，因时间不够，委员会未能审议；涉及保留和解释性声明的代替办法的一章；和载列一读通过或在第五次报告中提出的所有涉及定义的准则草案的综合案文的一份附件，包括暂时编列为 1.1.8、1.4.6 至 1.4.8 和 1.7.1 至 1.7.5 的九个新准则草案。本届会议第二期会议期间，将在第一部分之后提出关于保留与解释性声明的程序的第二部分，这一部分将分为两章，分别论述保留和解释性声明的作出、更改和撤回，以及“保留对话”，即对保留和

⁹ 关于委员会在其第五十和五十一届会议上暂时通过的准则草案，见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 470 段。

¹⁰ 见上文脚注 1。

¹¹ 《1999 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/499 和 A/CN.4/478/Rev.1 号文件。

解释性声明的接受和反对的作出与撤回。

59. 在导言中，他简要地提到委员会早期对这个专题的工作及其成果，说明了自审议第三次报告以来的一些事态发展，¹² 首先概述了各国和国际组织对问卷的答复。¹³ 与通常的情况比较，答复率尚令人满意，但实际情况却不尽然，在联合国 188 个会员国中，只有 33 个作了答复，没有作出答复的国家中，有好几个国家都有一名国民担任委员会委员一职。国际组织的答复率较高，为 40%，但是，国际一体化组织，特别是欧洲共同体，了解其做法和立场是极其重要的，它们却明显地保持沉默。令人遗憾的是，欧洲共同体，尽管资源丰富、拥有称职的工作人员，并且没有任何经费问题，在日益需要其与各国平等的基础上加入多边条约之时，却采取了这种态度。

60. 他提请委员会注意人权事务委员会 1999 年 11 月 2 日在罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案中作出的决定，¹⁴ 他在其报告的第 12 段中大段引用了该判决的案文。据他所知，这是人权事务委员会首次在一具体案件中适用其第 24 号一般性意见(关于批准或加入《公民权利和政治权利国际公约》或《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》时提出的保留意见或者有关根据该公约第四十一条提出的声明的问题¹⁵)的原则。该案的基本问题是，特立尼达和多巴哥有关排除被判处死刑的人向人权事务委员会提出申诉的可能性的保留可否受理。且不论对错，人权事务委员会决定该项保留不予受理，并且得出结论，认为“其后果是不能阻止委员会根据《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》对本项来文进行审议”。¹⁶ 这一立场符合第 24 号一般性意见，但是显然不符合委员会 1997 年在第四十九届会议上通过的关于对包括人权条约在内的规范性

多边条约的保留问题的初步结论第 10 段，¹⁷ 委员会在该段中指出，凡保留不能被其权限在初步结论第 5 段中得到承认的人权条约监测机构接受时，保留国有责任得出适当的结论。换言之，在上述案件中，人权事务委员会坚持其立场，遵循第 24 号一般性意见的原则，正如他在其报告第 10 至第 15 段所述，对初步结论提出意见的人权条约监督机构大多都采取了这一立场。由此来看，人权事务委员会和委员会似乎都同意这样的可能性：人权条约监督机构可能意识到一项保留的有效性，但是对确定一项保留不可接受的后果有不同的意见。因此，委员会必须决定在其第四十九届会议上通过的上述初步结论中应该如何处理。他推断委员会有些委员认为应该在本届会议或者至迟在下届会议再度审议这个问题。他在报告第 18 段中指出，他认为不应再次进行讨论；委员会，作为一个由一般国际法学家组成的机构，所能采取的明智做法是，根据国际法提出他认为正确的解决办法。然而，他认为，在现阶段再次与人权条约监督机构争论不休，没有任何意义。得出的结论只是初步结论，委员会还要进行讨论，但是，出于该目的，必须满足两个条件。人权条约监督机构和各国首先必须对初步结论作出反应。但是，如第 16 段中所述，人权条约监督机构并没有认真地作出回应，只有 5 个国家作出了回应，提出的答复并不具有足够的代表性，不可能得出结论说，正在形成某种有意义的趋势。其次，委员会必须完成对《实践指南》草案核心内容，尤其是保留的可接受性和保留的效力的审议。只有这样，才能够从人权的角度检验初步结论的正确性。然而，最早也只能在 2001 年即将举行的下届会议上这么做，或者，更有可能是在 2002 年第五十四届会议上着手。因此，他认为，此事应该顺势而为。毕竟，目标不是为了说服人权条约监测机构，而是要找出最符合普遍利益的、最合理的解决办法。

61. 他提请注意他在编写第五次报告时尚未注意到的与本专题有关的另一个重要事态发展。防止歧视及保护少数群体小组委员会在其第五十届会议上作出的题为“对人权条约的保留”的 1998 年 8 月 26 日第 1998/113 号决定中，决定请委员弗朗索瓦斯·汉普森女士编写一份关于对人权条约的保留的工作

¹² 《1998 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/491 和 Add.1-6 号文件。

¹³ 见《1995 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 124 页，第 489 段。

¹⁴ 《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 40 号》(A/55/40)，第二卷，附件十一，第 845/1999 号来文，罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案，第 260 页。

¹⁵ 同上，《第五十届会议，补编第 40 号》(A/50/40)，第一卷，附件五，第 126 页。

¹⁶ 同上，《第五十五届会议，补编第 40 号》(A/55/40)，第二卷，附件十一，第 269 页，第 6.7 段。

¹⁷ 《1997 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 57 页，第 157 段。

文件。¹⁸ 因此，汉普森女士提交了一份相当简短的工作文件¹⁹，她在这份工作文件第 3 段中只提到“一些有关问题”，但这份文件令人感兴趣，可以分发给各位委员参阅。她显然提到了关于对条约的保留的第二次报告，²⁰ 但是没有提到委员会的初步结论。她的出发点是人权条约的“特异”原则，她在提出了一些并未给予答案的很好的问题之后，得出的结论是：应该主要根据对所发送给各国的详细问题单的答复进行更加深入的研究。她在其工作文件第 34 段中说：“这种研究将涉及经费问题。开展研究的人员需要在研究方面获得援助，很可能需要聘请两名全时专职助理，以确保开展全面的研究”。他不能不注意到，该小组委员会报告员的要求比委员会特别报告员要多，在这一点上，他提到其报告第 37 段中的脚注。在其 1999 年 8 月 26 日第 1999/27 号决议中，已更名为增进和保护人权小组委员会的该小组委员会注意到上述工作文件，决定任命汉普森女士为特别报告员，并请秘书长向她提供一切必要协助，使她能够完成该项任务。人权委员会在其 2000 年 4 月 26 日第 2000/108 号决定中，决定请该小组委员会要求汉普森女士在其第五十二届会议上向小组委员会提交其拟议开展的有关对人权条约的保留问题研究的经修订的职权范围，进一步澄清这项研究将如何补充已经开展的，尤其是委员会所开展的有关这一专题的工作。因此，他打算与还没有主动与他联系的汉普森女士接洽，看看是否应问明她的意图，或是否应更进一步，建议与她密切合作。就个人而言，他相信对与人权条约监督机构进行互利对话保持一种开放态度，是完全符合委员会的利益的。例如，不妨可邀请该小组委员会特别报告员在委员会下届会议上列席公开或非公开会议，以便与她交换意见。但是，也可以采取其他可能的合作方式，他很乐于看到委员会委员们能说明他们的想法和可能想提出的建议。他认为，这是不要急于“锁定”初步结论的另一个原因。委员会若给人以这样的印象，即想急于表态而不准备听取人权专家的意见，这未免令人感到遗憾。

62. 他继续介绍第五次报告的导言说，第 22 至第

31 段回顾了委员会审议第三次报告的情况。在报告第 31 至第 49 段中，他描述了第六委员会审议委员会报告中相应章节的情况。在此过程中，他试图认真对待并且考虑到各国的反应，但在这方面他不想过于顺从。委员会和第六委员会职能不同，相互间必须听取对方的意见，委员会应从法律角度表明观点，不必一味迁就。有鉴于此，他提请注意各国答复中最有疑问或最有用的一些内容。

63. 在报告第 51 至第 56 段中，他概括了其他机构，如亚非法律协商委员会和欧洲委员会对国际条约的保留专家小组的倡议，后者在这方面尤其活跃并曾邀请他于 2000 年 9 月参加国际公法法律顾问特设委员会(公法顾委)有关对条约的保留问题的会议。第 57 至第 65 段对第五次报告作了一般性的简要介绍，内容要点他在口头介绍时已经提到。第五次报告导言的附件列有一个对照表，在他所提议的准则草案与委员会一读通过的案文之间可进行词语检索。

64. 他在谈到报告第一部分的实质内容，尤其是保留和解释性声明的代替问题时说，据他所知，除了维拉利 1978 年在比利时鲁汶天主教大学举办的一个国际人权文书中免责条款问题研讨会上提交了一份非常简要的研究报告以外，还从未有人就保留的代替问题作过系统的研究。²¹ 委员会正在审议的他的报告这一部分正是以一概念为基础：保留是对条约对作出保留的国家或国际组织的约束力加以限制的一个手段。但是，这些并不是唯一的手段，把保留同达到同一目的的其他手段作一比较是极为有趣和有益的，何况，还可以加以辨别，从保留的法律制度着眼，看看能否从其他手段中吸取经验教训。正是本着这种精神，他提出了九条新的准则草案案文，供委员会审议。

65. 在第 71 至第 103 段中，他首先概述了修改或解释条约义务的不同程序，然后较为具体地逐项加以论述。他承认，这种方法不是很严格，但是优点在于可以突出看似不重要、却又相当基本的概念：保留不是条约义务灵活性的重要内容。还有许多其

¹⁸ 见 E/CN.4/1999/4-E/CN.4/Sub.2/1998/45, 第 84 页。

¹⁹ E/CN.4/Sub.2/1999/28 和 Corr.1。

²⁰ 《1999 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/477 和 Add.1 和 A/CN.4/478 号文件。

²¹ M. Virally, “Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l’effet obligatoire des traités”, *Les clauses échappatoires en matière d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme* (Brussels, Bruylant, 1982), 第 5 页。

他程序与保留具有相同或可比的效力，至少在某些情况下，可能比保留更有效并且易于使用。这个概念相当直截了当地体现在准则草案 1.7.1 (载列于报告第 94 段)，其案文如下：

1.7.1 保留的替代办法

为了更改某一条约的规定适用于缔约方的效力，国家和国际组织可以采用保留以外的其他程序。

他完全知道，这样一项条款非比寻常，如果载入条约，很有可能招致批评，但是问题在于，拟议的《实践指南》不是条约，也算不上是条约。其目的是为各国提供一般性准则，使其行为有所依循。基于这样的观点，那种准则是有用的，它的好处在于可以提请外交官和领导人注意，在特定情况下，还有另一些程序具有与保留同样的优点，但不一定有同样的缺点。而准则草案，如果不是有些深奥的话，或许也略为简要，他之所以在第 95 段中以说明的方式提议准则草案 1.7.2，原因就在于此。当然，人们可能认为这类条款不属于条约的范围，如果只是因为拟议的清单很可能不完整或在任何情况下都不可能完整。当然，譬如说，通常可以在评注中举例说明一般主张，但是，他不大相信那种便捷程序，在目前的情况下，他更是不予相信，因为这会使《实践指南》的“实际可读性”大大减少。因此，准则草案 1.7.2 列举了各种可容许修改条约规定之效力的各种程序，并把它们分列在两个标题下，一类是条约本身规定的程序，另一类是条约中没有规定的程序，所列程序并非详尽无遗。如报告第 86 至第 92 段中所述，对保留的替代办法的这种分类似乎是最合乎逻辑和最便于运作。问题在于，基于实际目的，认为无法同意某项保留的谈判人员务必记住，基于这个或那个理由，可能豁免条款比较易于使用，同时也能产生与保留类似的结果。与保留一并存在的那些机制不妨一并列在称为“可选项”的单一标题之下，但应该考虑到它们有着极大的差异，运作方式往往也不相同，这也正是它们有用的原因。

66. 他提议委员会的讨论应该侧重于一般评论和准则草案 1.7.1 和 1.7.2，希望能将它们提交起草委员会。一旦就这两个准则草案作出决定后，他将一并提出准则草案 1.7.3、1.7.4 和 1.1.8，准则草案 1.4.6 至 1.4.8，其次是准则草案 1.7.5。

下午 1 时 05 分散会。

第 2631 次会议

2000 年 6 月 2 日，星期五，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布一奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

对条约的保留¹ (续)(A/CN.4/504, B 节,
A/CN.4/508 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.599)

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告(续)

1. 卡特卡先生说，第五次报告(A/CN.4/508 和 Add.1-4)的导言对委员会关于该专题的先前工作做了有益的总结。第 5 段中关于只有 33 个会员国和 24 个国际组织对委员会有关条约保留的问题单作出答复的情况，令人关切。迄今没有从任何非洲国家收到任何答复的事实，尤其令人不安。他认为，这种未作答复的情况是由于缺乏能力而不是缺乏兴趣。需要采取紧急行动来提高发展中国家外交部法律司的能力。关于其他专题，对问卷的答复往往仅来自一个地理区域，这不是一种正常事态。
2. 对于特别报告员在第 17 段中表达的观点，即在现阶段重新讨论国际法委员会在其第四十九届会议

¹ 关于委员会在其第五十届和五十一届会议上暂时通过的准则草案案文，见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 470 段。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

上通过的初步结论没有任何意义，³ 一些条约机构明显感到应该要求国际法委员会按照人权委员会第 24 号一般性意见所反映的做法，调整其初步结论。他赞成第 16 段中提出的关于人权条约机构应继续严格遵守其任务规定的观点，认为条约机构，正如第 15 段所证明的那样，试图利用特别报告员的报告，以图说服缔约国撤回或修改其保留。至少可以说，这是一种不正常的程序。

3. 对于第 28 段中特别报告员对为《实践指南》的规定采用的编号制度——一些委员，包括其本人在内，对此持批评态度——的看法，他无法理解关于调整期已经过去，编号方法不再造成任何特定问题的结论。仅靠时间的过去并没有使一种错误的情况被接受，第六委员会委员的沉默也并不意味着同意。他吁请特别报告员简化编号格式，还表示他认为很难看出第五次报告导言附件所列的“对照表”的用意是什么。

4. 特别报告员在第 30 段中回顾，《实践指南》第一章的唯一目的是界定“保留”一词的定义，并将该词与其他单方面声明作出区分。在下一段中，他承认最初有些犹豫，但认为在《实践指南》随后各章中应当界定保留本身的法律制度以及解释性声明的法律制度。诚然，为了避免无止境地扩大专题范围，在拟定未来各章之前彻底解决定义的问题不是更好吗？在这一点上，他赞成第 37 段的一条脚注中提到的联合王国的看法，并提请注意下一个脚注，他认为该脚注是不必要的，而且特别报告员本人在该脚注提出该专题过于宽泛和复杂。

5. 至于第五次报告第 57 至第 65 段有关概略一节和有关保留和解释性声明的替代办法的一章，他认为，保留和其他类似单方面声明的目标是，通过允许对条约的某些规定特别关切的国家和国际组织具有一些灵活性，促使一项条约实现普遍性。为此，保留和解释性声明似乎足以保障一项条约的主要目标，同时让尽可能多的国家成为其缔约国。他认为不必考虑特别报告员所引用的替代程序，该程序对明确性几乎毫无助益，只会使该问题模糊不清。

6. 特别报告员在报告第 93 段中承认，在提议把有关保留的替代办法的准则列入《实践指南》之前犹

豫了很长时间。最终作出的列入这种准则的决定会受到反对。尽管在第 95 段中提出了各种论点，但更应当在评注中提及保留的替代办法。此外，虽然在同一段中指出不打算将《实践指南》变成一个国际条约，然而第 36 段中却认为委员会从没有反对过将其草拟为一份公约草案的备选办法。委员会在完成了所有准则的拟定之后，理应处理《实践指南》的最终形式问题。

7. 准则 1.7.1 不必要地扩大了该专题的范围，准则 1.7.2 则似乎位置不当，因为该条款中的一部分已经包括在准则 1.4.1 和 1.4.2 之内。中止、修正和补充协议已充分地包含在维也纳公约体系中。最后，他强调需要制订一项实际和方便使用者的指南，并重申他认为应当把对保留和解释性声明的可能替代办法的讨论留给评注。

8. 罗森斯托克先生祝贺特别报告员提交了令人感兴趣和印象深刻的第五次报告。他同意卡特卡先生对编号制度的一些看法，但认为摘要、讨论和建议读起来引人入胜。然而，必须承认，就整个项目而言，似乎不仅在五年内不大可能完成，实际上已显现出永无休止的苗头。在这一点上，他对卡特卡先生的意见深有同感。委员会言行不符，是无法赢得朋友的。

9. 对于提议增加有关保留和解释性声明的替代方法的准则，除这一步骤是否构成委员会任务的一部分和对时间的花费等问题外，还有一种风险的存在，即最终被明确的替代程序可能成为诸如如何降低一项条约效力的建议。尽管如此，报告中所确定的方法，如保留本身，确实能够在利益不同的各方之间取得更广泛的协议范围。为此，以及由于报告第 93 段中提出的原因，他同意特别报告员的决定，即作为委员会工作的一部分将这一准则进行扩充。

10. 对于准则 1.7.3 中包含的一些项目是否绝对必要，令人怀疑。在没有一个条款或准则表明它们不是保留的情况下，是否要把最终的条款看作是保留？准则 1.7.4 提出了类似的问题，令人高兴的是，特别报告员准备予以删除。报告第 168 和第 178 段中指出的让步，也值得欢迎。

11. 他认为报告中唯一不明确的一点是，从第 160 段开始的各段关于免责条款和保留的讨论。就免责条款而言，为什么没有提到非保留国决定不与保留

³ 见第 2630 次会议，脚注 17。

国成为缔约伙伴的资格？除这一问题外，他坚决支持立即把综合案文提交给起草委员会。

12. 对于委员会对人权事务委员会第 24 号一般性意见的临时结论，他倾向于赞同特别报告员的想法，即力求避免争论。不幸的是，这种基于有关各方而不是一个特殊利益集团的利益的负责任的做法，一些人可能并不认同，他们只要能够达到目的，似乎准备看到条约法解体。一些人不愿慎重考虑国家方面的意愿表达的重要性和后果，似乎很想看到整个条约体系赖以依存的共识受到威胁。在未来某一时刻，这方面的限制会成为对责任的放弃。在这方面，他也很赞同卡特卡先生的观点。能否作为一项临时保护措施并为了养成合作的习惯，探讨可否开始同第 24 号一般性意见的支持者联合行动，鼓励各国承担起它们的责任，不赞成不能接受的保留？目的是消除或减少其支持者所憎恨的且一直试图用责任来斗争的真空状态。虽然这种做法不能解决问题，却有可能限定问题的范围并大体上带来良好的合作。

13. 卢卡舒克先生说，读完特别报告员杰出的第五次报告后，真的很遗憾，他不能不问自己，对条约的保留的专题与更一般性的条约起草问题之间是否存在着直接的联系。他所得出的结论是，如果这种联系确实存在，也决不是直接的联系。准则草案中提出的定义可分为两组，第一组包括准则 1.1.8、1.4.6、1.4.7 和 1.4.8，第二组包括准则 1.7.2 至 1.7.5。第一组定义可能对条约起草范围内的讨论有用，但同对条约的保留的专题没有直接关系。第二组定义关系到对保留和解释性声明的替代办法。考虑到特别报告员自己承认这种替代办法的数量实际上是无限制的，而且鉴于卡特卡先生和罗森斯托克先生提出的论据，他倾向于认为，列入所涉及的定义不会取得任何满意的结果，并呼吁特别报告员履行其承诺，将下一部分工作的范围严格限于保留问题。

14. 卡姆托先生对报告导言中对委员会有关该专题的先前工作的总结表示赞赏，它对委员会中的新进委员特别重要。在提到有关第二次报告的结果的一节时，⁴ 他问道，就委员会已经审议、随后在人权

条约机构工作过程中出现的专题而言，在委员会的草案完成之前，让另一机构推迟有关该议题的工作，是否妥当。他同意其他委员的看法，即关于保留和解释性声明的替代办法的议题同正在审议的专题之间的联系，充其量也是间接的联系。尽管考虑到报告第 66 和第 68 段中提出的考虑因素时，他仍对通过特别报告员主张的办法是否符合委员会的利益表示怀疑。首先，向各国建议大量旨在削弱一个条约的方法，难道就是委员会的作用或职责吗？特别报告员在介绍性发言时指出，外交官和政治家认为没有约束力的义务是理想的。即便如此，他仍对是否需要委员会帮助实现这一理想表示疑惑。找到躲避条约限制方法的任务，肯定可以留待外交部的法律司完成。保留的存在已经使条约制度具有多种形式。采用替代办法或豁免条款，只会使它进一步削弱。

15. 报告第 73 段中关于条约是“自愿陷阱”的建议令人感兴趣，但并未准确地反映出条约法。它意指国家虽措手不及，但仍可通过条约谈判的过程并在提出保留的过程中完全自由地表明其愿望。使国家免于落入“陷阱”既不是保留，也不是保留的替代办法，而是条约各缔约国终止和退出条约的权利。在“温布尔登”号案中，常设国际法院把加入国际约定的权利说成是国家主权的特征。因此，当一个国家提出保留而另一个国家接受时，该国即表明其意愿而没有落入陷阱。

16. 最后，他建议保留准则草案 1.7.1，而不应再谈及保留的替代办法，或如果确实认为这种替代办法不属于草案的范围，则一并删除准则草案 1.7.1 和 1.7.2 的内容。

17. 辛马先生说，第五次报告读起来令人兴趣盎然、具有智力挑战和悬念的成分，这本是委员会对特别报告员的期望。与其他委员不同，他认为特别报告员再次提出对保留的替代办法是正确的。这些替代办法实际存在于国家实践中，而委员会是否应当向各国建议它们可以削弱条约义务的方法的问题，是没有意义的。实际上，一些替代办法的破坏性远远小于保留。

18. 至于由弗朗索瓦丝·汉普森女士向防止歧视及保护少数群体小组委员会(现为增进和保护人权小组

⁴ 同上，脚注 20。

委员会⁵)提交的有关人权条约的保留的工作文件,它反映出布朗利先生在另一个场合中所称的“工会态度”,即利益集团试图保护其地盘不被其他集团侵入。如果该小组委员会对保留问题有兴趣,这只能是鼓励委员会继续在该领域的工作。尽管汉普森女士表示极为愿意同特别报告员合作,但该小组委员会显然试图自己把握方向,制定一个针对委员会工作的注重人权的替代办法。这当然违背了任何成本效益和合理性的迫切需要,但这却是联合国内部的行事方法。

19. 特别报告员在其第五次报告中所采取的做法,是又一个实例,说明整个国际社会对人权条约的保留问题更为关注。国家方面采取日益一致的行动,或许在某种程度上是对该委员会采取的这一原则所作的反应,即确定一个保留国在提出保留时是否太过分,责任不应只留给人权条约机构,但必须由保留国和其他缔约国共同承担。特别报告员在其报告第 55 段中提到了欧洲委员会正在协调的努力,而欧盟内部也确立了其它程序。所有这些方法的目的是保障更高的同质性,并使各国能够开诚布公地发表与其它国家不同的意见。关于对欧洲各机构内部所使用的方法的较全面的叙述,可参见赛德为纪念康拉德·京特尔的散文集的撰稿。⁶

20. 此外,根据所谓可分割性理论,如果一项保留不被受理,则保留国仍被认为受整个条约的约束而不享有保留,这一理论现在不仅适用于联合国和欧洲联盟的条约机构,而且适用于各国。人们乐于知道各国对采用可分割性理论是否有任何反应或异议。他认为,在一些情况下,认为不可受理的保留被撤回或修改,主要是回应各国的反应。他所知的是阿拉伯叙利亚共和国提出的具体保留以及马尔代夫提出的关于加入《消除对妇女一切形式歧视公约》的保留。⁷这能说是一种法律上的变化吗?各

⁵ 同上,脚注 19。

⁶ F. Cede, “European responses to questionable reservations”, *Development and Developing International and European Law: Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th birthday*, W. Benedek, H. Isak 和 R. Kicker 编(Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999), 第 21 页。

⁷ *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General* [《交给秘书长保存的多边条约》](United Nations publication (出售品编号: E.00.V.2), document ST/LEG/SER.E/18 (Vol. I), 第 192 页。

国以及条约机构现在不是还在实行可分割性理论吗?如果情况如此,委员会可能需要对这一事态发展作出反应。在这一点上,他想听听特别报告员的意见。特别报告员很可能像委员会许多委员一样,认为可分割性理论与缔结条约的最高原则——同意原则——相矛盾。然而,如果保留国意识到其他国家很有可能会反对其保留并作出等同于采用可分割性理论的反应,或许可分割性可与同意进行调合。

21. 在第 30 段的一条脚注中,特别报告员把澳大利亚国际律师卡尔·泽马内克所写的文章说成是对他的“侮辱”。⁸泽马内克关于全面性保留根本不被看作是保留的看法,显然同特别报告员的看法不同。然而,不应当把它看作是“侮辱”,它只是一种学术上的分歧。他本人同意特别报告员的看法,因为同适用于保留的相对成熟的制度相比较,泽马内克的做法会导致最危险的一种保留不受任何制度的制约。

22. 报告建议对保留的替代办法应同保留分开讨论。实际上,二者很难分开。若干国家都曾根据《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 28 条提出声明,按照准则草案 1.1.8,这些声明就是保留,因为它们构成排除条款。该公约受 1969 年《维也纳公约》的一般制度的制约,其第十九条指出,如果一项条约规定只可提出特殊的保留,则其它保留不可受理。因此,根据《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 28 条提出的声明,即不接受该公约中规定的某项程序的声明,是针对该公约能够提出的唯一保留。然而,实际上所提出的相当一部分保留与这些程序毫无关系。或许值得重新考虑,条约中允许各国退出某些程序的条款,实际上应被认为是保留。

23. 哈夫纳先生说,据他对辛马先生对不可受理保留问题的解决办法的理解,如果一个国家提出其它国家认为不可受理的保留,就有两种选择:保留国或者修正其保留,或者退出该条约。但如果条约是“永久”条约,该国由于条约未就终止或退出作出任何规定而无法退出条约,又该如何处理?

⁸ K. Zemanek, “Alain Pellet’s definition of a reservation”, *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, No. 2 (1998), 第 295 至 299 页。

24. 庞布—奇文达先生说，辛马先生的意见使特别报告员确定的对保留的替代办法大为明朗，他不禁要问道其最终结果如何。是将它们纳入针对所有这类方法的一套新的补充性制度，还是仅只是提出供人们了解？1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》在某种程度上已经涵盖和纳入了保留。替代办法的用意是什么？

25. 当替代程序是限制性或豁免条款时，它们怎能被认为是保留？因为就定义而言，它们导致谈判，以期达到各国意愿的趋同或明确分歧。如果它们引起不利反应，那么保留是什么——是条款引起的反应，还是条款本身？

26. 辛马先生在回答哈夫纳先生提出的问题时指出，他谈的不是技术含义的退出，而仅仅是指出保留国可以看作是有条件地加入一项条约，而如果对最迟在加入或批准时提出的保留所作答复涉及到可分割性理论，则该国实际上不会成为该条约的缔约国。

27. 佩莱先生(特别报告员)说，他正在对其报告草拟一章新的内容。这一章不是关于提出保留，而是并于提出保留和解释性声明的反应的一章。暂定标题为“保留的对话”。他不能肯定一些欧洲机构和斯堪的纳维亚国家采取的做法能否被认为是创设新的法律规则，尽管它们在某种程度上对条约的不可分割性原则提出了质疑。他正在考虑这一问题。应该有必要考虑是否需要将暂时几乎仅限于欧洲国家的做法列入准则草案。

28. 布朗利先生祝贺特别报告员在其报告中采用了高质量的研究资料，这是对文献的重要补充，这绝不是所有报告都能够做到的。他基本上同意提出资料和解决办法的方式。然而，他确实赞同卡特卡先生和罗森斯托克先生提出的告戒，即需要铭记专题的实际范围以及委员会同大会之间的关系。

29. 对于准则草案 1.7.1 和 1.7.2，他赞同特别报告员说明什么做法不构成保留的方法，但对替代方法的问题不满意，它们偏离了委员会的任务，确实应当在导言中涉及。

30. 关于委员会同人权事务委员会和其他人权监督机构之间的不和谐关系，需要格外谨慎行事。辛马先生提到其所作的工会之间的划界纠纷的比喻，当然还有委员会同各人权机构之间的一般性竞争问

题。人权条约监督机构成立的目的是制定法律，尽管它们在履行其职责时会偶然这样做。

31. 委婉地说，这个问题也就是特别报告员从法定角度上讲要在多大程度上考虑到增进和保护人权小组委员会及其他机构的看法。特别报告员不能忽视这些看法，这也不是他的行事方法。真正的问题是分类问题：当一个监督机构就该主题事项作出决定时，问题的性质是什么？监督机构越过权限了吗？绝不能把该问题当作是联合国内部的制度问题。委员会必须审视专题的术语问题。

32. 委员会在考虑各监督机构的做法时，必须铭记这些机构所运作的政治和外交环境。委员会必须经常采用法律原则对伴随着各机构运作而来的政策问题进行审查。例如，继人权事务委员会关于罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案⁹的决定之后，各国今后在接受监督机构的资格时会更加保守吗？欧洲理事会部长委员会在执行《欧洲人权公约》方面的态度，却是另外一个问题。这些情况如何在一般的政治和外交情势下起作用，是一个敏感的问题。如果委员会要就人权事务委员会的态度表明立场，就不应仅仅是技术性的观点，还应当考虑到其他相关政治和外交问题。

33. 卢卡舒克先生说，辛马先生偏离了正在讨论的专题。委员会已决定推迟对国际人权文书的保留的审议。

34. 辛马先生提醒卢卡舒克先生注意，如一些委员已经指出的那样，讨论与该问题有关的第五次报告导言的实质内容，是完全合理的。

35. 佩莱先生(特别报告员)说，他不仅征求了委员会委员的意见，而且还征求了如何对汉普森女士的工作文件¹⁰作出回应，如果委员会给予他这样做的权限，他就会与之联系。他想知道汉普森女士为什么没有试图同委员会联系。

36. 主席在以委员会委员的身份发言时指出，特别报告员在第五次报告的第 12 段中讨论了人权事务委员会 1999 年 11 月 2 日对罗尔·肯尼迪诉特立尼达

⁹ 见第 2630 次会议，脚注 14。

¹⁰ 同上，脚注 19。

和多巴哥案的一项决定，该决定宣布根据第 24 号一般性意见，接受一名被判处死刑的特立尼达和多巴哥国民的申诉，尽管特立尼达和多巴哥政府对《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》提出的保留排除了这种来文的可受理性。他同意特别报告员的看法，即委员会现在还不应该审查其对规范性多边文书、包括人权条约的保留的初步结论。然而，特别报告员同人权机构、特别是同汉普森女士进行密切对话，则颇为有益。

37. 1998 年 5 月 26 日，特立尼达和多巴哥通告废除《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，但在同一天在提出保留(如第 12 段所述)的情况下又重新加入。¹¹ 圭亚那于 1999 年 1 月 5 日也如法炮制。¹² 这些行动等于在一个国家接受了整个一项条约的约束效力后提出保留，从而违反了 1969 年《维也纳公约》第十九条。然而，从技术上讲，这两国政府并未违反任何国际法规则。委员会可能需要讨论这种不应有的做法。

38. 另一方面，他对人权事务委员会的决定深感疑虑。该决定忽视了一项基本的国际法原则：主权国家同意接受条约约束的要求。人权事务委员会的决定产生适得其反的结果。特立尼达和多巴哥再次通告废除《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，自 2000 年 6 月 27 日起生效。人权事务委员会无法再收到由特立达和多巴哥国民提出的任何申诉。

39. 对于准则草案 1.7.1 和 1.7.2，他同意各国可诉诸于程序而不是保留，以修改条约规定的法律效果。因此，他不反对在准则草案 1.7.2 中列举这类程序，但他不能肯定这些程序是否在概念上应为对保留的替代办法。一个保留制度必须在保持条约的一致性与确保普遍加入条约两者之间取得平衡。

40. 在准则 1.7.2 中，前三项程序来自条约的规定。例如，《联合国海洋法公约》第 309 条规定，除该公约其他条款明确许可之外，不可对该公约提出任何保留或例外。按照第 92 条第 1 款，船只必须只悬挂一个国家的旗帜航行，除国际条约或该公约

中明确规定的例外情况以外，在公海上必须服从其专属管辖权。这项规定确认了基本原则：只有船旗国对于公海上的船只才拥有管辖权。但第 1 款也允许例外的情况。例如，中国、日本和菲律宾为了打击毒品贩运，可以同意在公海上对对方的船只行使共同管辖权。这种安排是条约的一个组成部分。或许起草委员会可以澄清这究竟是一个限制性条款，还是对保留的替代办法。

41. 埃拉拉比先生说，大家都同意，维也纳条约体系并不包括解释性声明。如果涉及该议题，委员会就需要非常小心，不要使天平偏向任何一方，因为这会给条约的普遍性造成障碍。还必须避免使问题过于复杂和详细，在这方面他顺带提到了编号制度。

42. 对于准则草案 1.7.1 和 1.7.2，作为一名执业律师，他认为这种建议是最有用的。他不同意卡姆托先生关于这种问题应留给法律顾问解决的看法。如布朗利先生指出的，这种准则也可以放在导言中。他赞同特别报告员同汉普森女士联系的提议。委员会与各人权监督机构各行其道，于委员会的工作不利。

43. 最后，他阅读了泽马内克的文章，同意其中大部分内容，特别是有关全面保留的部分。

44. 卡姆托先生说，对于第五次报告的主旨，尽管人们表达了各种观点，他的看法始终不变。辛马先生提出的一个论点是，特别报告员试图列入对保留的替代办法的内容实际上已经存在。埃拉拉比先生提出的第二种论点为，建议是有益的。然而，真正的问题是，报告这一部分涉及到的议题是否属于特别报告员的任务范畴，或者无论如何都应属于保留议题的一部分。他认为情况并非如此。准则草案 1.7.2 中所列的一切程序，均构成条约条款。除第三项外，它们都给人以议定事项的印象，实际上都出现在将要通过的条约最后案文之中，这意味着这些条款的制度实际上就是条约制度，因为它们是条约中已接受的议定条款。这的确使法律义务不甚严格，但并不是要对该条约一旦获得通过后可产生的这种义务的效力的范围进行限制。他不明白，委员会如何能把属于条约条款的限制性条款与性质最初为单方面声明或行为以及条约其他各方会以某种方式对其作出答复的对条约的保留混为一谈。侧重于对保留的替代办法，造成的问题可能多于它解决的

¹¹ 《……多边条约》(见上文脚注 7)，第 176 页和第 177 页，脚注 5。

¹² 同上，第 174 页和第 177 页，脚注 4。

问题，特别报告员已经意识到这一点，因为他谈到了替代办法，即保留之外的情况。第一部分已经有一项关于声明而不是保留的准则，部分提到不属于保留范围的问题。准则草案 1.7.1 可以增加进去，准则草案 1.7.2 则可以删除。

45. 他不反对委员会要作为咨询机构详化规则以帮助各国外交部就条约进行谈判，但这与保留的规则毫无关系。

46. 辛马先生想知道特别报告员在拟订一项议题时有多少回旋余地。他的印象是特别报告员先生可任意探讨某些替代办法。

47. 罗森斯托克先生说，第六委员会不反对特别报告员扩大其权限，但很可能在某一阶段指出拖延任务的完成和使问题复杂化的潜在后果。因此需要谨慎行事。

48. 佩莱先生(特别报告员)首先在提到埃拉拉比先生的一点看法时说，他高兴地听到一位执业律师表示他的工作大为有益，尽管常常带有理论性质。他提出了有关保留的替代办法的准则草案，向各国外交部的法律顾问表明通过保留以外的方式使条约程序更加灵活是有可能的。他不明白为什么这会偏离主题；正相反，它是问题的核心。保留的目的是调整条约的效力。由于各种原因，不会就特殊性质的保留达成任何一致意见。在这种情况下，法律顾问有一套关于保留的准则颇为有益，可使他们了解到可以其他的方法取得同样的结果。为了澄清一些委员中似乎根深蒂固的一种严重误解，他强调无意界定适用于这种替代办法的法律制度。按照他提出的以及委员会业已批准的较宽泛的任务授权，他会在草案所剩部分中仅限于简单和有条件的解释性声明的议题。然而，他在这一阶段探讨替代办法，因为有时很难将其同保留区分开来。

49. 对于有关他在准则草案 1.7.2 中列入了显然既不是保留也不是单方面声明而是条约条款的说法，他要指出的是，象杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士和乔治·塞勒这样著名的国际法评论员都把其中一些程序称作保留。因此，坚持认为它们不是保留是有意义的，他认为略去保留和解释性声明的替代办法问题将是实践中和理性上的错误。他强调，随着关于这种替代办法的准则草案 1.7.5 的完成，他已经完成了《实践指南》中关于定义的第一章。希望委员会在本届

会议结束前将接着审议有关提出保留的下一章。

50. 他不能同意卡姆托先生关于替代程序往往会削弱条约的论点。他确实为保留本身辩护。他认为，不应仅仅把保留看作是必然的祸害，而应看作旨在尽可能使条约能够被接受的一种方法，考虑到，由于 1951 年的泛美制度，条约的核心规定没有变化。他并不认为委员会的作用在于加强具有约束力的法律，而是将概念标准化并确立可以合理接受的一般规则。如辛马先生所指出，一些替代程序对条约的威胁很可能小于保留。无论如何，替代程序同保留一样，是一个法律事实，各国应当能够权衡利弊。

51. 他把条约说成是“自愿陷阱”，指的是一个国家一旦加入一项条约，就受其约束。卡姆托先生提到根据 1969 年《维也纳公约》中止或退出的权利，但这一权利受到严重限制。该公约所承认的退出的唯一真正可能性，就是情势变迁，即情况的根本变化。保留使一个国家得以表示虽然它广泛接受这一“陷阱”，但由于条约提出的某些问题而希望保留一种免责条款。虽然庞布一奇文达先生已经解释了其建议的范围，但他的意见却似乎是请求把替代程序列入草案。

52. 布朗利先生关于对外交官和政治家在对条约提出保留时的心态进行社会政治研究的想法，确实很有意思，但却需要一大批研究助手。

53. 主席认为，特立尼达和多巴哥采取的措施违反了 1969 年《维也纳公约》第十九条的精神而不是其文字。他自己的看法不是这样直截了当，因为他认为条约法中有某些漏洞，在相关情况下可能是适用的。另一方面，人权条约机构则是在铤而走险。人权事务委员会在罗尔·肯尼迪诉特立尼达和多巴哥案中的决定，导致缔约国通告废除《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，并剥夺其国民提出个人申诉的可能性。该委员会所采取的立场过于僵化，结果则是人权法律在国际公法中推进过度。他会在关于提出保留的下一章中讨论主席提出的那种问题。

54. 他在答复埃拉拉比先生时说，他无意挑起争端，只是提出建设性意见。他谈得相当详细，因为该议题非常具体，他认为其意义重大。只是重述 1969 年《维也纳公约》的规定是不够的。

55. 对于他应如何答复汉普森女士没有人作任何建议, 他多少有些失望, 但他的理解是, 委员会大致同意为协作作出某种安排。然而, 他注意到她尚未得到人权委员会的许可, 而且也注意到国际法委员会正在开展此专题的工作。或许该委员会可以在下届会议上安排在一个工作小组中同汉普森女士进行某种形式的对话, 或邀请她在委员会发言, 以便特别报告员能够确保不要忽视她所关切的问题。

56. 布朗利先生说, 他所想到的研究不必特别复杂。主席提出了一个可以汇编何种信息的例子: 即监督机构以某种方式行动时, 各国应如何作出反应。

57. 杜加尔德先生说, 特别报告员关于同汉普森女士会晤的建议非常合理, 委员会的沉默应被解释为同意。

58. 卢卡舒克先生说, 他认为特别报告员误解了委员会对其报告的反应。他对该议题的理论贡献受到高度赞赏, 而有争议的条款则具有相当的实用价值。然而, 委员会并不是为执业律师编写一套教科书甚至是说明, 而更像是一份制定标准的文件。因此, 替代程序应载于评注而不是准则草案。

59. 佩莱先生(特别报告员)介绍准则草案 1.7.3、1.7.4 和 1.1.8 时说, 准则草案 1.7.2 及其评注表明, 可使用不属于保留的各种程序来产生与保留同样的效果。报告第 104 至第 210 段审查了这些程序, 强调它们同保留共同的特征以及加以区分的不同特征, 对此的理解是, 它们在条约中所赋予的名称不足以确定其性质。如果条约中规定了允许修改其效力的程序, 则从其被指定的方式来看无法决定它是否为保留, 因为按照准则草案 1.1 所反映的 1969 年《维也纳公约》的定义, 单方面声明的措辞或命名不足以界定程序。如业已通过的一些准则草案所指出, 它的作用不过是对这一程序特点的提示而已。

60. 然而, 在一些情况中, 缔约国修改条约效力的程序显然不是准则草案 1.1 或 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》所界定的保留, 例如旨在修改其效力的条约条款, 换言之, 即代表某些缔约国或某类缔约国限制条约产生的义务的条约规定。报告第 111 至第 113 段以及相应的脚注中载有一些例子。1969 年《维也纳公约》的定义表明, 这种条款不是保留, 原因非常明显: 它们不是单方面声明, 而是条约的组成部分。因此, 他提议在第

116 段所载准则草案 1.7.3 条中予以论述。

61. 一些委员已经指责他论述的是准则草案中显而易见的内容。然而, 就是在这个议题上, 甚至连第 114 和第 115 段中引述的最重要的作者也难免纠缠不清。尤其是佐里契奇法官在其附于国际法院对安巴蒂耶洛斯案的判决书的不同意见中指出, 保留是一项条约的缔约各方商定的旨在限制一项或多项条款适用情况的规定。上述作者认为保留实际就是一项条约条款。保留的概念通常被以这种含意加以使用, 例如国家管辖权保留、专属管辖权保留或非仲裁性保留。因此, 他强烈建议把准则草案 1.7.3 列入《实践指南》。

62. 修正案是可以用来修改条约效力或使其效力多样化的另一个程序, 但只是针对某些缔约方生效。不同于他刚才所提到的限制性条款, 就他所知, 修正案并未引起混淆, 因此提出一项准则草案是多余的。

63. 同样情况适用于一个国家或一个国际组织寻求中止执行一项条约或条约一些规定的声明。如 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 65 条第 1 款所述, 这种程序构成单方面声明。在适用于提出声明的国家时, 它们对条约或条约一些规定的法律效力产生影响, 但条约的效力保持不变。尽管这种中止执行的声明乍看起来似乎象保留, 但实际上是在条约已经生效而不是在表示同意受其约束时提出。因此, 它们受制于一个不同于有关该公约之下保留的单独制度。此外, 从来没有人提出根据一项豁免条款或放弃条款提出的单方面声明可等同于一项保留。所以不必列入有关该议题的准则草案, 而第 143 段中提出的准则只是要说明他的论点, 或者如委员会所希望的那样, 列入题为“保留和解释性声明以外的单方面声明”综合性的 1.4 节。

64. 报告第 120 至第 130 段中描述的以及准则草案 1.7.4 中所谈到的极为有意思的“双边化”现象, 却不适用于此, 第 129 段提出了两种版本的准则草案, 较具限制性的文本为:

“根据某一条约的明确规定缔结的一项协定, 如有两个或几个国家意图藉此排除或修改该条约中某些规定或整个条约适用于这些国家彼此间关系时的法律效力, 不构成本《实践指南》所述的保留。”

65. 在海牙国际私法会议草拟《民商事案件外国判决的承认与执行公约》期间，为双边化保留的方法提供了理论基础和有系统的形式。它涉及到在一条约中列入一些条款，使条约对两个签署国的生效取决于这两个国家之间是否缔结了双边协议。双边协议的缔约方可对适用于它们之间关系的基本条约提出澄清或修正。基本条约的生效服从于这样一项协议的缔结，这与对保留的研究毫无关系。但是从另一方面讲，两国可以改变一条约法律效力的安排，更近似于正在研究的主题。然而，实际上这种双边协议不能看作是保留，因为它们不构成单方面声明。

66. 鉴于其特殊性质，他认为在《实践指南》中应提及双边化程序超出保留的定义范围。准则草案 1.7.4 较宽泛的措辞，不仅会涵盖严格意义上的双边化现象，而且还包括在基本条约中并未预见到却用途与保留相同的国家间协议。显然，正如他指出的那样，这种协议并不合乎保留的要求，因为它们不构成单方面声明。该准则草案的第二种版本为：

“两个或多个国家意图藉以排除或修改一个条约中某些规定或整个条约适用于这些国家彼此间关系时的法律效力的一项协定，不构成本《实践指南》所述的保留。”

67. 鉴于对一项准则中提到两种不同类型的程序的可行性心存疑虑，他倾向于选择较狭义版本的准则草案 1.7.4，侧重于双边化保留，但想听听各位委员在这方面的意见。

下午 1 时散会。

第 2632 次会议

2000 年 6 月 6 日，星期二，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、库苏马-阿特马贾先

生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生

对条约的保留¹ (续)(A/CN.4/504, B 节, A/CN.4/508 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.599)

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告(续)

1. 卡巴齐先生，同其他委员一样，赞扬特别报告员提出了卓越的第五次报告(A/CN.4/508 和 Add.1-4)，并特别感谢他提交了关于就审议中的议题所展开的各方面工作的更新资料，这有助于正确理解这一问题。所有这些工作都推动了特别报告员的研究，并使委员会能够就一些关键问题通过重要的初步结论：例如，目前阶段没有破坏维也纳条约体系保留制度的完整性或修订 1969 年《维也纳公约》、1978 年《维也纳公约》或 1986 年《维也纳公约》有关条款的问题。此外，将为各国和国际组织编写一个实践指南，其中包括附有评注的准则，必要时包括示范条款。似乎也几乎肯定，该专题的标题将仍然是“对条约的保留”。

2. 然而，就格式而言，他和委员会其他委员一样，认为特别报告员的编号方法有些问题。报告第 28 段中给出的两点解释缺乏说服力。

3. 关于其他机构，特别是根据联合国人权文书设立的机构，的观点、立场和工作文件，他认为，委员会在作出最后决定之前应该给予其应有的注意。这些机构确实具有其各自主管领域里的专门知识，通常有充分能力解决有关问题。此外，它们通常完全可以分析并确定有关国家实践。因此，特别报告员继续与它们合作颇为有益。

¹ 关于委员会在其第五十和第五十一届会议上暂时通过的准则草案案文，见《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 470 段。

² 转载于《2000 年……年鉴》第二卷(第一部分)。

4. 他谈到拟议的保留和解释性声明的替代办法准则时说，特别报告员提请注意国家在修改其所加入条约的规定的适用时有时利用的一些程序，但并不一定称之为“保留”，并在第 80 段中就此种程序提供必要的细节，这一做法是对的。他注意到，特别报告员在第 93 段中承认，他犹豫了很长时间才提议将保留的替代办法准则草案列入审议中的《实践指南》。他估计特别报告员犹豫的原因主要是这些替代办法同保留的区别并非总是那么的明显，因此他很想知道如何指望《实践指南》的潜在用户遵循指南行事。实践指南应该尽可能简明扼要。所提出的备选办法不应该埋没于一堆模棱两可的替代办法中。各国享有保留或无保留地履行或不履行国际义务的主权权利。他不赞同特别报告员在其报告第 73 和第 74 段中提出的意见，即保留的替代办法使各缔约方能够避免条约的“自愿陷阱”，或至少减轻其严重程度，因此，毫无疑问，理想的做法是无约束力的义务。他个人认为，保留程序是灵活的，足以保护国家。此外，替代办法只是改头换面的保留，这两者并非总是很容易区分开来，恐怕原因就在于此。无论如何，不管该程序是“外科手术型”还是“治疗型”，其结果都一样：改变国家或国际组织所加入条约的规定的适用。

5. 既然保留的替代办法是现实存在的，他并不介意是在关于保留的定义的准则评注中还是在报告的其他部分提到这些替代办法，但放在《实践指南》正文中是不合适的，有可能造成概念混淆。

6. 蒙塔兹先生说，他感谢特别报告员提交了有关对条约的保留的报告，其中涉及保留和解释性声明的替代办法，从而遵循了他适时向委员会宣布的且没有收到任何反对意见的工作计划。

7. 然而，他很想知道使用这些替代办法的国家能否象特别报告员所认为的那样，必要时确实能够克服保留引起的一些问题。不能肯定的是，执行和监督机构能否接受这些替代办法，它们是否会被迫以反对保留的同样理由对其有效性提出质疑。因此，他对特别报告员所做工作心存疑虑，因为这些替代办法的一大优点是有助于政治家实现最终目标，即承担一项最好是非约束性的义务。尽管如此，他很乐意看到把这些替代办法纳入评注。

8. 不管怎样，我们不能视而不见的是，特别报告

员关于保留的替代办法的极为中肯的评论是符合 1993 年 6 月 25 日的世界人权会议通过的《维也纳宣言和行动纲领》中所提出的目标的，³ 该文件强调必须限制对人权条约所作保留的数量和范围。正

因为如此，防止歧视和保护少数群体小组委员会才要求小组委员会成员汉普森女士编写一个关于对人权条约的保留问题的文件。⁴ 这一具有极大促进作用的文件⁵ 清楚地表明，她的工作与大会赋予国际法委员会的任务并未重叠，如果人权委员会授权，她准备继续开展工作。实际上，汉普森女士已特别注意到 1969 年《维也纳公约》的缺点，包括第二十条，其中为接到保留通知后提出反对意见规定了 12 个月的截止期限。她还打算对这一条提出异议并质疑截止期限，因为这不适用于所有条约。因此，委员会和人权委员会之间可以进行富有成效的合作，特别是对监督机构关于保留无效的决定的影响方面的研究，这正是汉普森女士打算深入研究的问题。这种合作还可以使两个机构避免得出截然相反的结论，这种可能性更大，因为汉普森女士在其报告的第 13 段中将人权标准说成是国际法律秩序的基本内容。出于这种种原因，他赞成两位特别报告员之间进行尽可能长期的合作。

9. 庞布一奇文达先生说，他对第五次报告第二章有一种矛盾感觉，他并未低估特别报告员所做的大量工作，但又确实很想知道这项工作的实际效用。

10. 特别报告员第五次报告的重要意义主要在于保留和解释性声明的替代办法的“基本核心”。这也是该报告的核心，特别是从法律理论的角度来看，他认为特别令人关注的是，特别报告员提交了一份知识渊博的文件，内容详尽，例证丰富，而且对法律文献，特别是法文本文献作出了重大贡献。该报告将激励人们开展超越国际条约范围的新的研究，探讨一般国际法渊源的一般理论，因为它提到从国际法渊源的角度来看一直被视为国际法精髓的方面，即国家意愿的作用。保留的替代办法是条约各缔约方希望得到的结果，而不只是一方所希望的结果。替代办法是“条约中的条约”，或者，换言

³ A/CONF.157/24 (Part I), 第三章。

⁴ 见第 2630 次会议，脚注 18。

⁵ 同上，脚注 19。

之，是避免这种或那种限制的一种手段。在这种情况下产生的问题是，是否尽管如此，条约最重要的部分依然保持不变。

11. 他很想知道保留的替代办法在编写实践指南过程中究竟有何实际效用。他认为，如果最终结果不是起草一个起码的规则，正在进行的研究就没有任何意义。当然，可以利用这种研究来清楚地说明保留的定义，但这是不够的。需要确定的是所提到的程序的范围。特别报告员谈到修改条约效力的程序，而从第五次报告附件所载的准则草案可清楚地看出，它们实际上是限制条约效力的程序。他认为，很难想象修改仅仅涉及狭义上的法律行为的灵活性，而不会涉及广义上的法律行为的灵活性，但如果修改意味着后者意义上的灵活性，是否实际上也就涉及到一种“保留”呢？

12. 他认为，特别报告员本来可以只限于阐述准则草案 1.7.3 和 1.7.4，并且只是通过举例说明来向委员会阐述他对“保留的替代办法”的理解。准则草案 1.7.1 和 1.7.2 相对保留的替代办法的功能而言，所占篇幅太大，而这只是为了帮助界定“保留”的概念。因此最好将这些内容放在评注或注释里面，否则人们会不知所云。

13. 佩莱先生(特别报告员)继续介绍准则草案 1.1.8 说，这一条所指的是与保留具有同样目的的单方面声明，因为这些声明的目的是排除或修改一项条约的某些规定在对发表声明的国家或国际组织适用时的法律效力，这与 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 2 条第 1 款(d)项和准则草案 1.1 提出的保留的定义完全相符。在这方面，为有助于庞布一奇文达先生理解，他指出，委员会从未将保留的定义界定为只是为了限制一项条约的效力，而这也是令一些委员遗憾的，包括伊科诺米季斯先生。这种可能性是在准则草案 1.1.5 中提出的，但各个维也纳公约在涉及保留的实际定义时都谨慎地避免了使用“限制”一词。准则草案 1.1.8 中提到的单方面声明实际上是保留，这说明应该将该草案列入《实践指南》关于定义的第一章。然而这是相当特殊的保留，因为这是按照条约中授权各缔约方或其中一些缔约方排除或修改一些条约条款的法律效力明文规定作出的。这种授权缔约方不适用条约某些规定的条款，如果使用“保留”一词，就称为“保留条款”。如果没有使用“保留”一词，往往

就称为“选择退出”或“不缔约”条款。当他已开始编写报告这一部分时，他对这些条款的性质或根据这些条款所作单方面声明的性质还没有定见。他能肯定的只有一点：选择退出条款非常类似于保留条款，根据选择退出条款所作的声明也非常类似于保留本身，因此需要进一步探讨其性质。他之所以按照在第一次⁶和第二次报告⁷中曾向委员会作出的承诺(如蒙塔兹先生提醒他注意的那样)，得出结论认为，委员会应该关注他所称之为的“保留的替代办法”，其原因大致如此。因此，其论点的出发点是，选择退出条款非常类似于保留条款，但通常不是这样提出，这一出发点似乎使一些委员感到为难。他研究了这一现象，最后认识到现在看来是不言自明的问题：这种排除条款就是保留条款，这些条款允许的单方面声明就是条约授权的保留。这就是他试图在其第五次报告第 148 至第 178 段中说明的问题。

14. 选择退出条款程序是极为常见的，如第 152 至第 154 段所示，此种条款见诸于所有各类条约，不将这些条款视为保留条款的最有力的论点很可能来自劳工组织自成立以来一直坚持的主张。这种主张就是，一方面在其各项公约中普遍设置这种选出条款，另一方面，与所有法律理论相悖，坚持认为这些不是保留条款，因此根据这些规定所作的声明也不是保留。他认为这一主张是站不住脚的。此外，这一主张受到了每一个保留问题专家的质疑，而对于他们的理由，他觉得似乎无以辩驳。特别是，与劳工组织律师的观点(至少官方看法)相反，将这些保留看成根据一般国际法必然和专门作出的单方面声明，这肯定不符合保留的定义。这种保留完全可以采取这种形式，而且实际上往往采取这种形式，即在条约中明文规定只允许某些特定的保留。这并不意味着，当条约准许作出保留时，根据这种准许所作的单方面声明不是保留。然而这似乎就是劳工组织的观点，而且是劳工组织的律师对其长期以来一味坚持的奇怪主张所作的唯一解释。此外，1969 年《维也纳公约》第十九条(乙)项或第二十条明确规定，条约可以明确允许作保留，结果可能是，但并不一定是，其他保留被禁止。从劳工组织的实践

⁶ 《1995 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/470 号文件。

⁷ 《1996 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/477 和 Add.1 号文件和 A/CN.4/478 号文件。

中只能得出一种结论：没有明确准许的保留即被禁止。这并不意味着，根据劳工组织各项公约中的选择退出条款所作的单方面声明不是保留。例如，《劳工组织机器防护公约》(第 119 号)第 17 条第 1 款规定：“本公约的规定适用于所有经济活动部门，除非批准本公约的会员国通过批准时所作的声明明确规定更有限的适用”，因此难以看出，有关声明同保留有什么区别，这种规定同保留条款有什么区别。由于劳工组织的惯例被视为法律，劳工组织的规则无疑具有习惯法性质，根据这种规则，不得对该组织主持下通过的公约作任何保留，除非予以明确允许，但这完全是另一个问题。

15. 辛马先生(第 2631 次会议)提出了另一个较为普遍的论点，反对把选择退出条款所作的声明列为保留。他想知道，将根据选择退出条款所作的声明列为保留是否符合 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 19 条(b)项，因为根据该款可以作出保留，除非条约规定“只准作出一些特定的保留，而所提保留不在其内”。他认为这不是一种否决性反对。第 19 条(b)项并未说，如果有些保留是明确规定的，则所有其他保留都被禁止。它所说的有所不同，即如果条约规定只能作具体规定的保留，则禁止其他保留，这是显而易见的。因此，辛马先生的论点并不是要否认根据选择退出条款所作的声明是一种保留。实际上，他的反对意见只适用于条约明确规定只准许作出那种声明的情况。在多数情况下并非如此。

16. 罗森斯托克先生也对这一问题表示了疑问，他指出，缔约国不可能反对根据不缔约条款所作的声明。这无疑是对的，但他认为，这并不一定将这种声明排除在一般保留之外。其一，它不是一个定义问题，而是一个法律制度问题。其二，或许特别是，根据保留条款所作的每一项保留以及称为“协议保留”的情况毫无疑问都是如此。一旦一项条约明确规定了一项保留，缔约国就知道会是什么结果：它们提前接受了条约本身中的有关一项或多项保留。因此，似乎得出的推断是，1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 20 条中关于接受保留和反对保留的规则不适用于明确规定的保留，包括选出条款或排除条款。因此，尽管他同意罗森斯托克先生意见中的实质内容，但意见中没有任何语句表明，将选出声明视为保留有什么不对。这种声明一般只受适用于根据保留条款作出保留的

法律制度的制约。这就是为什么似乎没有任何重要的论证反对将选出条款视为保留条款和将根据这些条款所作的声明视为保留，只要这些声明是在表示同意受约束时所作。

17. 然而，似乎更有争议的问题是，有些条约所准许的可在任何其他时候作出的这种声明，是否可以视为保留。他在第五次报告的第 173 段列举了一些实例。问题倒不是在于时机，因为 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》的规定，尤其是《实践指南》具有兜底性质，问题在于，若声明不是在表示同意受约束的同时作出，则对发表声明的国家或国际组织来说，该声明不再与条约的生效有任何关系，而正如该公约中关于保留的第 19 条及以下各条所规定，保留是与条约生效过程密切相关的。因此，虽然他曾考虑增加一条准则草案以明确这一点，但他并不认为有必要在《实践指南》中具体表明这一点，因为这与准则草案 1.1.8 中的规定正好相反。尽管如此，如果委员会委员有不同意见，也不妨将第五次报告的第 177 段中概述的准则草案列入《实践指南》。

18. 同样，如他在第 168 和第 169 段中所试图说明的，他认为没有必要列入一项具体的准则草案来专门论述“协议保留”，因为这基本上只是保留条款，而不是保留，只是具体而有限地说明了对条约可作出什么保留。这种令人误解的措辞在讨论协议保留的法律著述中并不少见，但显而易见，这些不是 1969 年《维也纳公约》第二条第一项(丁)款意义上的保留。尽管如此，他还是尝试着起草了一个案文，以表明在界定协议保留的准则中应该包括那些内容。这个案文载于报告第 169 段，也可以列入《实践指南》，但他认为无此必要。当然，另一方面，或许在《实践指南》的最后条款中，有必要说明更普遍理解的“保留条款”是什么。

19. 他介绍了准则草案 1.4.6、1.4.7 和 1.4.8，它们载于《实践指南》关于单方面声明而不是关于保留和解释性声明的第一章第 4 节。虽然是单方面声明，但并不是保留。这些声明不是根据选择退出条款作出的，而是根据缔约条款或选择加入条款或在条约规定中提供一种选择的类似条款作出的。

20. 由此推断，似乎没有什么必要区别对待根据这两种条款(选择加入条款和选择退出条款)所作的声

明，因为这两种条款非常类似。然而，对于根据缔约条款所作的单方面的声明和根据不缔约条款所作的单方面声明这两者之间的不同，似乎是由沿用 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》中定义的准则草案 1.1 采用的保留的定义来区分的。选择加入条款非常普遍。首先想到的是著名的《国际法院规约》第三十六条第二项。然而这种程序肯定并不限于关于仲裁或管辖权的条约。他在其报告第 183 段和该段的脚注中列举了一些实例。与有些人的说法相反，缔约条款的作用并非与保留条款相同。首先，根据选择加入条款所作的声明并不是为了排除或修改条约某些规定的法律效力；其目的是增加由于条约的批准而产生的义务。此外，这绝不影响条约对发表这种声明的国家或国际组织的生效；相反，选择加入声明只有当条约生效时才有效。最后，由于他刚才所说明的原因，这种声明可以随时作出。

21. 因此根据缔约条款所作的声明并不是保留，即使是具有修改条约效力的目的和效果的单方面声明。如果仅仅是为了与根据选择退出条款所作的实际上具有保留性质的声明保持对称，似乎难以略去关于这些声明的准则草案。这就是他提出准则草案 1.4.6 的原因。

22. 选择加入声明本身可以伴有通常称为保留的声明。这里最著名的实例(但不是唯一的实例)所采取的形式也是，在作出接受国际法院强制管辖权的自愿声明的同时，往往还提出了许多“保留”，这些声明就是选择加入声明。在这种情况下，也只是由于用词不当才会将这些限制称为保留。条款草案 1.4.7 的目的就是要说明这一点。

23. 的确，同保留一样，这些条件和限制的目的在于限制某一条约规定或据以作出保留的可选条款的适用。这些限制也的确是出现在单方面声明中。然而，这些限制不是这种声明的实际对象，所限制的也不是条约的效力，而是可选声明本身的效力。这些限制可以视为单方面声明的条款或规定，但不是单方面声明。因此，这些限制肯定不是 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》和《实践指南》意义上的保留。

24. 根据综合条款作出的声明也是如此，因为严格来讲，这些条款不是选择加入条款，也不是真正的

选择退出条款，但无疑可以视为介于这两者之间的条款。这些是“选择条款”，要求国家或国际组织在条约规定中作出选择。这些规定对国家选定的规定来说是一种选择加入条款，而对于国家排除的规定来说是一种选择退出条款。因此，可以得出结论认为，如他在准则草案 1.1.8 中所建议的说法，国家排除某些规定的声明是保留，而按照准则草案 1.4.6，国家表示同意受某些规定约束的声明不是保留。令人遗憾的是，这种解决办法并不可行，因为在一项声明中表示了采用和排除的双重行为。因此，必须作出选择。

25. 在这方面可以提出三点意见。第一，这类条款比人们想象的数量要多，也比委员会在对后来成为 1969 年《维也纳公约》第十七条第二项条款的评论中所指出的要多，这一款确切规定条约允许缔约方在条约各种规定中作出选择的情况。他在第五次报告的第 200、第 201 和第 206 段中就列举了许多实例。第二，选择条款本身又分成两类。一类参照《欧洲社会宪章》制度，缔约国可以从条约规定中自由选择接受一些基本规定。不太常见的第二类可以定为替代条款，因为这些条款规定各国必须在一条规定(或一组规定)和另一条规定(或另一组规定)之间作出选择。报告中援引的著名的《国际货币基金组织协定条款》第十四条第 1 节就是一个很好的实例。第三，然而，根据上述任何一类作出选择的单方面声明显然不能列为保留，即使在某些方面相类似，包括这些声明通常是在表示同意受约束时所作的声明。类似性至此为止，而出现的一个重大差别是：一方面，这些选择是国家加入条约的条件，另一方面，这种条件不是国家而是由条约规定的。归根结底，这些声明在这方面与保留毫无相似之处，这就阐明了他对准则草案 1.4.8 提出的措辞。

26. 然后他介绍了准则草案 1.7.5，这是第五次报告第二章中述及解释性声明的唯一准则。他刚才谈到的排除条款、可选条款、替代条款和其他条款实际上在解释性声明方面没有引起任何问题。实际上只是在保留方面引起了(区别或比较的)问题。在《实践指南》中具体规定，解释性声明与允许加入条约的国家和国际组织规定或阐明条约或其中一些规定的含义和范围的其他程序并存，由于是一项实际工作，看来并不是多余的。这种程序甚少。他只发现了两例，在其报告第 96 至第 100 段中作了简要说

明。一方面，条约本身中载有解释性条款，另一方面，缔约方之间或部分缔约方之间缔结了解释性协定，以及特别是可以称为“双边化解释”的条款，这些解释对于解释性声明就象“双边化保留”对于保留一样。他知道，从学术或理论角度来看，这些程序偏离了该议题，但委员会不是在编写大学教科书。他认为，实际上，如埃拉拉比先生所正确指出，提醒国家或尤其是提醒外交部的法律顾问和外交官注意他们可利用的机会，这并非多余之举。

27. 他建议将所有准则草案提交起草委员会，他希望该委员会在最后审定提议的准则草案时不会遇到太大的困难，而这些提案无疑可以得到改进。

28. 戈亚先生说，他在研究特别报告员提议的第1.7节中的准则草案时想到了两个具体实例。第一个实例是《欧洲领养儿童公约》，其中第6条规定，儿童可由“有婚姻关系的两个人……或希望收养的单身者”收养。加入该公约的欧洲国家不是必须在其国内立法中认同两种可能性。国家可自由作出选择。这个例子正好说明了，一项条款可限制一项国际义务的对象，因而归入准则草案1.7.2的范围。

29. 第二个例子是海牙国际私法会议通过的《关于信托的法律适用及其承认的公约》。该公约第13条规定：“如果一种信托的重要元素……与没有信托或所涉类别信托制度的国家较密切地联系在一起，任何国家均不得有义务承认这种信托”。同样，未建立信托制度的国家没有义务承认这种信托，可自由作出决定。如果予以承认，它不能够因此扩大其根据该公约所承担之义务的范围，而只能在其国内法中列出条约所述内容，与保留的情况不一样的是，条约对该国的效力范围不得有任何改变。由于“限制条款”是公约本身的一部分，这个例子似乎即可归入准则1.7.2，也可归入准则1.7.3的范围。因此他想知道，在第1.7节中列入一项专门关于限制性条款的准则是否真的有用。他认为，所有“保留的替代办法”是可以集中列入一项准则的。限制性条款影响到义务的范围，也就是保留的替代办法。如果特别报告员想保留这种区别，他本应至少按照准则1.7.2的同样的方针起草准则1.7.3，而不是在准则1.7.2没有载明“构成本《实践指南》意义上的保留”的情况下，明确规定限制性条款并不构成这种保留。

30. 罗森斯托克先生说，如果他对特别报告员对他的问题的答复没有理解错，选择退出条款和保留具有同样的效力，但对第三方的效力是否也确实如此？当一个国家提出选择退出条款时，第三国无权表示反对。但保留的情况有所不同。如果第三国对某一签字国的保留有异议，它可以与试图规避某些义务的国家一起拒绝受该条约的约束。因此佩莱先生的答复并不包括这一问题的所有方面。

31. 哈夫纳先生感谢特别报告员向委员会提交了一份内容非常丰富的报告，阐述了没有直接参加国际条约起草工作的人仍然非常不熟悉的一个专题。他希望，该报告还可从理论上提请注意国家如何形成其条约关系而不诉诸于保留文书的问题。当然这些“保留的替代办法”使国家能够承担“定制”的义务，并不十分有利于条约的同质性适用，但为了确保有更多的签署国而往往是有必要的。

32. 他在对报告作一般性评论时说，特别报告员在第5段中对欧洲共同体没有提出任何意见表示遗憾，对此他有同感。欧洲共同体不仅可以提供许多实例，从而极大地推动对现有做法的审查，而且鉴于它经常需要一种特定的法律地位才能够加入国际条约，表明它与这一问题直接有关。第二，他非常支持特别报告员的意见，即有必要与人权事务委员会和增进和保护人权小组委员会等联合国人权机构进一步协调工作。如果与这些机构缺乏合作，不仅会在审议某些专题方面导致代价昂贵的重复工作，而且还会由于采用不同的解决办法而导致国际法不成体系。因此，他建议委员会按照其章程第17条第1款赋予它的职责，发挥协调员的作用。编纂司不妨提请有关机构注意委员会正在讨论的问题。委员会也不妨更密切地注意欧洲范围内正在进行的工作，他很想知道，特别报告员在其报告第56段的一条脚注中提到的欧洲委员会的题为“对国际条约的保留实践指南”文件，⁸ 是否可以向委员会所有委员分发。

33. 第三，特别报告员在报告的第30段中提出的理论，即保留可以同保留的可接受性分别界定，似乎对应该如何解释1969年《维也纳公约》第二十条

⁸ 见欧洲委员会，CAHDI(2000)12 rev., 附录V。

产生了影响。这一条中采用了“保留”一词，但没有加以进一步限定。是否必须得出这样的结论，即准则草案 1.1 中载列的并不排除不能允许或不许可的保留的非常宽泛的保留定义自动适用？他认为，这种结论构成了一种真正的危险。特别报告员也许可以在其下一次报告中再讨论这一问题。

34. 他在提到准则草案时说，他完全赞同特别报告员的意见，即保留并非改变条约效力的唯一手段，但他不敢肯定，“保留的替代办法”是否真的必须有一整套准则。他认为，特别报告员专注于他的专题，这可能会拖延委员会的工作。此外，准则草案 1.7.1 的案文不是很明确。在“为了更改某一条约的规定……的效力”这一段话中，“条约”一词是否也包括双边条约？如果包括的话，其余准则中“条约”的含义是什么？这一点应该解释清楚。此外，第二句中“可以采用……程序”这种说法给人的印象是，采用其他程序是一般国际法产生的一种可能性或一项权利，而在某些情况下，只有在条约本身中有特别规定的情况下才存在这种可能性。问题在于“可以”一词的用法，因为对此可作出不同的解释。

35. 他认为，准则草案 1.7.2 中所载允许更改某一条约的规定效力的程序清单是以举例方式提出的，并非详尽无遗。然而，他怀疑，准则草案是否有必要纳入一个显然与准则草案 1.1 给出的定义不符的保留行为的清单。他认为，这一清单应该放在评注里。此外，列举的实例并不始终很明确。例如，他难以理解“限制条款……限制条约所定各项义务的对象”的含义。特别报告员很可能是指建立欧洲共同体的条约第 296 和第 297 条(按照《阿姆斯特丹条约》经修订的编号)、《公民权利和政治权利国际公约》第四条或《欧洲人权公约》第 15 条等一些条款，有时称为“主权保留”，但这一概念的技术性不是很强，不应该作为制定这种准则的一种理由。

36. 关于限制性条款的准则 1.7.3 也可以略去。即使国家可以根据这类条款来同意更改条约的效力，这些条款肯定不会同准则 1.1 中界定的保留相混淆，至少自通过 1969 年《维也纳公约》以来没有出现这种情况。

37. 就起草而言，“条约中所载的一般规则”这种提法使人困惑。比较明确的提法是“条约中所载的不同规则”，除非特别报告员的实际意图是将准则的范围限于一般性规定。

38. 在这方面，他指出，在报告第 110 段倒数第二个短语中的“排除”和“条款”之间插入“任何”一词，使该句令人费解。

39. 他说到准则草案 1.7.4 时赞同地说，相互协定和保留有点类似，因为它们都不影响到条约的目标和宗旨，但两者的主要差别在于保留具有单方面性质。因此该准则没有必要。在这种情况下可以讨论的问题是，在条约规定可以作出保留的情况下，一国是否有权排除条约的某项规定对一个或其他一些缔约国适用的法律效力，这种声明是否必须具有保留的特征，即使该条约没有明确规定这种权利。由于特别报告员将一定时期内排除履行一项义务的声明排除在保留范围之外，可以认为，这种声明，如果只是就某些国家排除根据某一条约履行的义务，也不在保留的范围之内，但他并不完全相信这种结论。

40. 准则草案 1.1.8 中述及的排除条款，实践中经常予以采用，但引起了许多问题。这种条款和准许保留的条款似乎几乎没有差别。例如，如果《及早通报核事故公约》等条约中的一个条款规定缔约国有权宣布其将不适用某个赔偿责任条款，那么这种条款和准许国家就某一条约的某项规定作保留的条款有什么差别？就这两种情况而言，均已进行了谈判，以便准确界定哪条规定可以成为这种声明的对象，因此这两者都相当于“协议保留”。因此，第 168 段中的特别报告员关于这一措辞是“令人误解的”的结论是正确的，不应该列入准则。然而必须考虑这些条款的问题，因为这些条款经常使用，并就其他保留的可接受性提出了问题。在这方面，他不同意特别报告员在答复辛马先生提出的问题时对 1969 年《维也纳公约》第十九条的解释：各国几乎不可能商定一个可允许保留的条款清单并加上“只有”一词来排除任何其他保留。

41. 在起草《国际刑事法院罗马规约》期间，对保留问题进行了长时间的讨论。最后通过的第一百二十条禁止作任何保留。尽管该规约没有明确说明对哪些规定可以作保留，但可以这样说，其中一些规定准许国家发表具有与保留同样效力的声明。他想到的第一个实例是第一百二十四条的过渡条款，这一条款规定国家有权宣布它们不接受关于法院管辖权的第八条的某些法律效力。一国根据第一百二十四条发表的声明或许是一种旨在排除或更改条约某些规定对该国适用的法律效力的声明。如果从这一

意义上理解第一百二十四条，而且将根据这一条所作的声明视为一种保留，那么根据1969年《维也纳公约》第十九条(乙)项，即使没有排除保留的条款，也不允许作任何其他保留。根据这些考虑，可以认为第一百二十条是多余的。当然，也可以说，鉴于有时间限制(七年)，根据第一百二十四条所作的声明并不是一种保留。但如果将其视为一种保留，第一百二十条和第一百二十四条就是相矛盾的。也可以认为，这是特别报告员在其报告第162段中提到的一种“术语不确切”的情况。

42. 最后特别报告员得出结论说，根据这种排除条款所作的声明和保留是相同的。但他本人认为是有差别的。几年以前，当他在《及早通报核事故公约》方面遇到这一问题时，得到的印象是，根据1969年《维也纳公约》第二十一条，保留具有对等效力，而就排除责任的条款而言，效力只是单方面的，在这一意义上，这两者之间是有差别的。他不知道这种特殊性是否只是由该公约的对象产生的，但了解一下其他公约中是否存在类似区别还是有益的。当然，这一问题会造成更多困难，因为对一般人权条约的保留引起了对等效力问题。毫无疑问，这个具体问题必须在准则中加以处理，他仍然难以同意这样的观点，即这可以用一些“术语不确切”来解释。

43. 关于通过单方面声明在某一条约的条款中进行选择的程序，他同意在报告的第177段中表述的意见，即在条约生效以后根据排除条款提出的单方面声明不属于保留的范围。这一结论是根据准则草案1.1所载的定义得出的，因此只能作为评注的一部分。

44. 关于准则草案1.4.6，委员会又涉及到可选条款。在这方面，可提出的问题是，为何准则要区分国家明确接受条约规定义务的声明和根据排除条款所作的声明。在起草国际公约中的解决争端条款时，有一个从列入到排除，即从准则草案1.4.6所涉条款到准则草案1.1.8所述条款的过渡：以前国家能够通过声明表示接受某一强制性司法程序，而现在的趋势是规定这种程序，并允许国家通过一项单方面声明排除这种程序。尽管这两种条款在政治上非常接近，但准则中所作的区分似乎是正确的，因为在国内立法中对这两种条款的处理可能有所不同。毫无疑问，准则1.4.6这类准则是有必要的，因为这种声

明具有单方面性质，不属于准则1.4.1的范围。

45. 他提到准则草案1.4.7时说，他赞同特别报告员根据渔业管辖权案判决表示的观点。但也可以这样说，保留的定义已经排除了这种声明，因为这种声明不是与条约直接有关，而是涉及条约规定的一项声明。这一点可以在评注中提到，但在这种特定情况下，他同意一种特殊的准则。

46. 他怀疑准则草案1.4.8述及的条款是否需要一条专门准则；这种条款可以和根据准则草案1.4.6述及的一种任择条款所作的声明联系起来，但不必与它们合并。这些条款非常相似，因此，《欧洲社会宪章》第20条将它们合并为一条规定。如国家根据这一条款所作的大量声明所表明，《欧洲区域或少数民族语言宪章》这一例子比报告所述略为复杂。因此第2条第2款和必须与第2条一起阅读的第3条载有不同类型的声明：报告第202段中讨论的声明和该宪章第三条所涵盖的声明，因为在发表声明之前，根据第三条国家必须宣布该宪章将适用于何种语言。他宣读了第3条。当然，根据第3条第1款作出的声明不属于准则草案1.4.8的范围，因为该条没有向缔约国提供一种选择；这可以列入准则草案1.4.6所涉条款，但这也会有问题，因为这一条并未授权国家接受一种义务，而是规定它们必须表明该宪章的适用范围。因此，如果在单独准则中述及所有其他条款，问题可能是，是否就没有必要提到“根据规定一国必须确定条约适用范围的条款所作的单方面声明”。

47. 准则草案1.7.5是可以接受的，但第二句没有必要。然而，他不同意特别报告员在其报告第99段中就1969年《维也纳公约》和1986年《维也纳公约》第31条发表的意见。对“缔约方”一词的解释始终是指条约的所有缔约方，因此，如果仅仅一些缔约方希望就对某一条约的特定解释缔结一项协定，那么这就是一项不属于第31条范围的相互协定。

48. 最后，他建议将准则草案1.1.8、1.4.6、1.4.7、1.4.8(将后者与准则草案1.4.6相结合，而不是合并在一起)、1.7.1和1.7.5提交起草委员会。

49. 主席建议，为了尽可能最佳利用起草委员会的时间，应该暂时向该委员会提交将联系紧密的准则草案1.7.1、1.7.2、1.7.3和1.7.4提交起草委员会，

但条件是，委员们仍然可以就这些准则发表评论，而且起草委员会应该适当考虑到在全体会议上发表的意见。这种办法可以使起草委员会开始工作。如果没有反对意见，他认为委员会同意他的建议。

就这样议定。

50. 戈亚先生(起草委员会主席)宣布说，对条约的保留问题起草委员会由以下委员组成：佩莱先生(特别报告员)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、卡姆托先生、庞布一奇文达先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生和当然成员罗德里格斯·塞德尼奥先生。

51. 布朗利先生提到准则草案 1.1.8 时说，他同意哈夫纳先生的意见，即根据排除条款提出的保留与协议保留很接近。

52. 贺先生说，全体会议上的辩论表明，准则草案 1.7.1 和 1.7.2 应该归入《实践指南》。这些准则和报告正文中随附的评注将使包括外交人员和非专业律师在内的实践者更清楚地了解大量复杂的问题。

53. 至于关于保留的替代办法的准则草案 1.7.2 和报告第 83 段，第一类限制性条款相当于希金斯女士提出的所谓“回收条款”。⁹ 他认为，如果参照准则草案 1.7.2 和报告第 83 和第 140 段中载列的定义，这种克减也可以列入特别报告员提议的第二类——“豁免条款”。然而鉴于在条约中广泛采用的克减条款的重要性，应该使之成为一种更改条约规定效力的单独一类程序。否则，为了提请注意这些条款的重要性，可以在准则草案 1.7.2 中豁免条款的定义中“一般性义务”后面加上“或克减这种义务”。

54. 他注意到，特别报告员对准则草案 1.7.4 的标题提出了两种办法，他表示，第二个标题“有相同目的国家间协定为保留”应该予以保留，因为它比较普遍，涵盖了所有协定，包括双边保留和修正以及条约的某些缔约方可能缔结的议定书。

55. 他同意特别报告员的意见，即报告第 143 段中提出的新准则不是重要准则，但为了详尽无遗地表述，其中所载要点可以在评注中更详细地讨论。

56. 鉴于已经提议用准则草案 1.1.8、1.4.6 和 1.4.7 来补充已经暂时通过的准则草案，他建议把它们提交起草委员会，因此委员会可以改进其措辞并确定应该将其插入《实践指南》的哪一部分。

57. 辛马先生提到根据选择退出条款所作声明时说，报告第 148 段中提到 1969 年《维也纳公约》第十七条是令人误解的，因为这一条只涉及加入条约某些部分，这一条的案文和委员会的评注显然说明，该公约规定，根据第十七条只加入条约一部分的国家与原则上加入整个条约但可作第十九条及以下各条规定的某些保留的国家是有区别的。

58. 哈夫纳先生在提到他对 1969 年《维也纳公约》第十九条(乙)项的解释和特别报告员在这方面所作的评论时，提出了一个很有意义的实例，即一项多边公约不允许保留，但允许一些声明。如果错误地认为这种声明是保留，那么条约的各项规定之间就会出现矛盾。总体而言，他问特别报告员，如果实际上该公约中没有一条关于保留的规定对此适用，将声明称为保留究竟会达到什么目的。如果特别报告员坚持其主张，也许他可以将排除条约某些实质性规定的适用的声明与排除某些程序的适用，因而不同于保留的声明区别开来。

59. 庞布一奇文达先生说，与特别报告员的观点不同，他不敢肯定，一项条约仅仅允许某些保留就意味着它禁止所有其他保留。

下午 1 时散会。

第 2633 次会议

2000 年 6 月 7 日，星期三，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、

⁹ R. Higgins, “Derogations under human rights treaties”, *The British Year Book of International Law*, 1976-1977, 第 281 页。

杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生

对条约的保留¹ (续)(A/CN.4/504, B 节,
A/CN.4/508 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.599)

[议程项目 5]

特别报告员的第五次报告(续)

1. 伊科诺米季斯先生说, 特别报告员的第五次报告(A/CN.4/508 和 Add.1-4)有关保留和解释性声明的替代办法的第二章值得特别赞扬。据他所知, 这是首次就一个困难且不熟悉的专题编纂出一份杰出的综合研究报告, 该报告无疑将成为一份非常宝贵的参考文献。

2. 他提到委员会在其第四十九届会议上通过的关于对包括人权条约在内的规范性多边条约的保留的初步结论³ 时说, 他一直认为, 委员会在这方面采取的倡议是不成熟的, 且不说是贸然的。但他同意特别报告员在其报告第 18 段中的提议, 一俟委员会完成了对所有关于保留制度实质性问题的审查之后, 即着手重新审查上述初步结论。

3. 关于准则草案的目的, 大家普遍同意, 不应当修改 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》确立的保留制度。然而, 他认为, 若委员会发现在这一制度中存在着任何错误、含糊不清或者遗漏的问题, 则应当依照准则草案加以纠正。为此, 不仅应当澄清和界定迅速演变的主题事项, 而且还应当对现存的问题提出切实的解决办法, 并弥补任何遗漏。

¹ 关于委员会在其第五十和第五十一届会议上暂时通过的准则草案案文, 见《1999 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 470 段。

² 转载于《2000 年……年鉴》第二卷(第一部分)。

³ 见第 2630 次会议, 脚注 17。

4. 一个尚未得到令人满意解决的重要问题, 尤其是参照特别报告员的某些新提案, 是保留的定义问题。根据 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》的定义, 保留是一项单方面的声明, 旨在排除或更改一项条约中某些规定的法律效力。然而, 对于动词“更改”, 可有两种理解: 一种是, 限制性的; 另一种, 则是扩大性的, 而保留始终被认为是限制性的, 准则草案 1.1.5、1.1.6、1.4.1 和 1.4.2 均强调了这一点。特别报告员本人在其报告第 118 段指出, 保留只能限制提出保留国的条约义务。因此, 他认为, 应当修改上述两项《维也纳公约》的定义, 从而更强烈地突出保留始终具有限制性的事实。

5. 准则草案 1.7.1 至 1.7.4 所述的程序与保留毫不相关, 尽管它们有时起着同样的作用。此外, 大部分新准则并不涉及单方面声明, 只涉及条约缔约方之间的条约条款或补充协议。因此, 它们显然不属于委员会的职权范围之列。

6. 然而, 问题是这些保留是否有用。关于题为“保留的替代办法”介绍性的准则 1.7.1, 他与庞布-奇文达先生的观点一致, 反对使用动词“更改”, 因为对它可有几种解释: 限制性、扩大性或中间状态。该词应改为具有限制性内涵的动词, 如“限定(limit)”、“限制(restrict)”、“降低(reduce)”或“减轻(diminish)”。

7. 准则草案 1.7.2 第一部分关于任择条款的第三分项应当删除。该款项与保留这一概念相抵触, 因为有关各方实际上同意受那些未对其规定的义务的约束, 从而增加而不是限制了他们应承担的义务。因此, 这类条款不可被称为对保留的替代办法。

8. 准则草案 1.7.2 条第二部分, 尤其就法律技术方法而论, 也远远脱离了可接受的保留定义。因此, 最好不提所列的程序, 因为, 无论如何各国以及国际组织的法律顾问是深谙此道的。

9. 关于限制条款的准则草案 1.7.3 是多余的, 因为准则草案 1.7.2 所述的第一项程序已涵盖了这部分内容。同样, 出于与准则草案 1.7.2 第二部分同样的理由, 也应当删除准则草案 1.7.4。因此, 他赞同哈夫纳先生的意见, 《实践指南》不需要载入准则草案 1.7.3 和 1.7.4。

10. 最后，他提议将准则草案 1.7.1 与准则草案 1.7.2 的前两个分项合并，编纂成下列综合准则：

“为了限制某一条约条款效力适用于缔约方，国家或国际组织可采用保留以外的其他程序，诸如在条约中包含：

“(a) 关于限定条约所规定义务的目标、范围或适用的限制性条款；

“(b) 允许缔约方在特定情况下和特定时间内不适用条约义务的豁免条款。”

11. 当然，拟议的准则得附上有关目前的准则草案 1.7.1 至 1.7.4 的实质性且论据充实的评注，列明一切有益的材料。

12. 加利茨基先生说，起草委员会曾彻底讨论了保留的专有限制性问题，指出在若干情况下，保留的目的是扩大某些条款的含义，例如一些东欧国家对《防止及惩治灭绝种族罪公约》所作的保留。因此，特别报告员拟议的措辞是可取的，它涵盖了所有可能的情况。

13. 布朗利先生说，他同意若干保留意在限制条款的范围，然而，从分析的角度来看，保留的目的是要更改条款。运用限制或扩大这种实际比喻的说法是肤浅的，无法阐明国家如何依据其本国利益行事，也未能辩明国家改变文书含义的动机。

14. 戈科先生说，他同意伊科诺米季斯先生的看法，就对条约的保留议题，决定通过有关的初步结论，似乎还有些为时尚早。菲律宾政府对对初步结论作出回应时，即表示了一定程度的理解，但在《实践指南》的最后案文提出之前，暂时不作判断。

15. 罗森斯托克先生提议，伊科诺米季斯先生将其拟议的新准则开篇首句改为：“为了便于限制某一条约条款的效力”。

16. 伊科诺米季斯先生说，他始终认为应有限制的理解保留，因为国家作出保留，一般是为了排除条约条款的某些成分。他在希腊外交部条法司供职 35 年期间，从未遇到过某项保留超越条约所载义务范围的情况。那些据称属于此类的程序，从严格含义而论，大体上不属于保留的范围，只是就超越条约所规定义务的范围，发表的单方面声明，此外，也正是准则草案 1.4.1 和 1.4.2 所述的情况。从而牢固

确立了限制性保留的概念。

17. 佩莱先生(特别报告员)说，委员会关于准则草案 1.1、1.1.6、1.4.1 和 1.4.2 的决定已经结束了就此问题的辩论。

18. 巴埃纳·苏亚雷斯先生说，他对特别报告员殚精竭虑地研究和所拟议的准则范围印象深刻。《实践指南》旨在为各国提供咨询和指导，若能使读者易于理解，则将增进其实效。

19. 他想知道，一旦就保留和解释性声明作出界定之后，案文扩大列入准则草案 1.7.1、1.7.2 和 1.7.5 的做法，是否恰当。审查除保留之外的其它一些可用于修改条约条款的程序，当然是颇为有益的，然而，若在评注中阐述上述这些准则的内容，那么如特别报告员本人所述，则将维持《实践指南》以及“单方面目的”的持续性。报告牢固确立了有关程序的有效性。这些程序的目的，与保留的目的一样，是力求在维持条约的目标和宗旨与吸引尽可能大多数缔约国之间达成平衡。

20. 特别报告员阐述的论点及列举的实例，理由充分地论证了第 167 段中提议的根据排除条款提出的有关保留的准则草案 1.1.8 的措辞。

21. 他同意特别报告员在第 168 段中就“协议保留”所表达的意见，即其中列入一项有关此专题的准则草案是不恰当的。他对第 177 段中所载的准则草案也持有同样的看法。该段有关于条约生效后，依据排除条款提出单方面声明的问题，可以在评注中做出充分的阐述。

22. 至于弗朗索瓦·汉普森女士为增进和保护人权小组委员会编纂的关于对人权条约的保留问题的文件⁴，他主张，只要这两个机构之间的工作是互为补充的，且不会影响到委员会的任务，则应促进两者之间就共同关注的问题展开对话。不只是在当前情况下、而且只要其它国际机构尤其是联合国条约监测机构所探讨的问题构成了委员会工作方案的一部分，就必须互通信息和开展合作。

23. 杜加尔德先生提议，特别报告员应当澄清报告

⁴ 同上，脚注 19。

第 83 段第一个脚注中所述的限制条款与回收条款的区别问题。保留可用于限制多边条款规定的人权义务，是令人十分关注的根源，也是汉普森女士的工作文件所探讨的主题。然而，如特别报告员正确指出的，通过人权条约本身的条款也可限制此类义务。这些既可称之为限制条款，也可称之为回收条款。在该脚注中，特别报告员趋向于混淆这两种条款。就限制条款而论，一监督机构确定某一条约缔约方是否为了公共卫生、国家安全、道德等方面的利益，有权对条约义务加以限制。对回收条款做出正确界定的不是罗莎琳·希金斯法官⁵，而是吉特曼，后者把这些条款称为“允许某一国家有权在国内法允许的范围内对授予的权利实行限制的规定”。⁶回收条款与限制条款之间具有根本性区别的一个例子是《非洲人权和人民权利宪章》第六条，该条阐明，“除非根据事先已经制定好的依据和条件，任何人均不得被剥夺自由”。这是一个极为严重的限制条款，因为它使得国家本身能够确定是否受条约义务的约束。

24. 由于对人权条约的保留在委员会的辩论中所起的重大作用，他认为应当更多地注意此类问题。为此，必须列入准则草案 1.7.3，阐明限制条款和回收条款不属于保留条款。

25. 佩莱先生(特别报告员)在总结讨论情况时说，他将首先探讨一些一般性问题。

26. 卡特卡先生，以及卢卡舒克先生在某种程度上称，委员会从来未就草案的最后形式表明立场。严格地说，这是事实。他从未想强迫委员会就最后案文作出正式决定。但是他始终清楚地表示，他倾向于以灵活方式编纂文书，可作为各国在涉及保留问题时的参考文献。这就是他那个《实践指南》的含义。他始终以这种方式理解委员会在其第四十七届会议上作出的决定⁷。由《实践指南》提炼出一项议定书草案并不是不可能，尽管他本人并不主张这样

做。不过，目前形式的准则草案尚不适宜载于一项条约。草案要形成一项条约，还须作出重大修订。委员会提交大会的第五十一届会议工作报告清楚地阐明了该指南将采取的形式。⁸

27. 在这一点上，他想提及埃拉拉比先生以及在一定程度上卡特卡先生也提出的详细程度问题。鉴于主题事项的性质，委员会必须比公约草案更深入细致地开展探讨。无论如何，一些已经生效的公约，尤其是 1969 年《维也纳公约》，均载有保留的条款。他的目的是要更具体地阐明这一专题，因此必须进行细节处理。某些准则草案仅仅照搬该公约所载的内容，似乎出于现实的原因是必不可少的，因此国家通过准则可获得有关保留的法律概观。但是，没有必要像 1969 年《维也纳公约》那么笼统。情况的特殊性在于：委员会从来未曾为了更具体地阐明某一专题，而回头再讨论业已探讨过的问题。该公约的准备工作材料已经形成了许多有关保留的设想。他只是致力于进一步地发展这些设想。否则，目前的工作就显得毫无意义了。

28. 与会者提出了与人权机构合作的问题。由于人权委员会尚未批准增进和保护人权小组委员会有关任命弗朗索瓦斯·汉普森女士为特别报告员的决定，⁹这就构成一个问题。尽管对她的身份尚有一些疑问，他还是打算询问她，他们是否可就拟讨论的若干问题达成一致。

29. 关于该专题的工作状况，他将在本届会议第二期会议上提供更多的材料。这个专题确实比他原先想象的复杂的多。他希望能够在 2001 年的第五十三届会议上就保留的合法性问题提出一份全面报告，但是，他不可能在下届会议上就合法的保留或国家继承两者的效力问题提出报告。换言之，这项专题的工作比原计划落后了两年，不可能再追回已经延误的时间。在此必须指出，对与对条约的保留有关的法律提出的某些问题，尤其是对条约的保留的解

⁵ 见 2632 次会议，脚注 9。

⁶ R. Gittleman, "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A legal analysis", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, No. 4 (Summer 1982), 第 667 页，见第 691 页。

⁷ 《1995 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 124 页，A/50/10 号文件，第 487(b)段。

⁸ 《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 94 页，A/50/10 号文件，第 457 段。

⁹ 见《经济及社会理事会正式记录，2000 年，补编第 3 号》(E/2000/23)，第二章，B 节，第 2000/108 号决议和第 467 至 468 段。

释问题，并未列入他第一次报告¹⁰的清单。他需要设法将之列入报告，也许可列入有关保留效力的章节。

30. 有些委员有着这么一个印象，认为他对保留持否定态度，而另一些委员则认为，他们是他们坚定的支持者。实际上，他对此问题完全持中立态度。保留是国际法向前迈进的一个步骤，因为保留使得国家在赞成总体条约的同时，还保留一定的行动自由。他不同意坎托先生的观点：委员会的职责不是来维护条约的整体性；委员会应当促进合理的解决办法，使得保留法能够运作，而且不会减损条约的精髓。

31. 卢卡舒克先生、庞布一奇文达先生和罗森斯托克先生误解了他的提案中那些类似于保留的“东西”，所有这些提案，除了准则草案 1.1.8 以外，其目的都是消除耐人寻味的问题。其中一些问题是在国际法中也难以辨别的单方面声明，本可在前几年作为“一揽子”章节予以同时处理。他之所以没有这样做，是因为当时考虑的是选择加入条款与选择退出条款的设想，而这两者很难分开。根据这两项条款，国家做出单方面声明。他认为，若这些单方面声明是保留，就必须将其置于草案的第 1.1 节，也就是准则草案 1.1.8。若认为这些不是保留，那么就应当将它们归入“一揽子”的章节，亦即第 1.4 节。但是，剩余的程序，不能完全地置于《实践指南》之外，而且这些并不是单方面声明。至少有一项程序与保留确实极为相似，即双边保留(准则草案 1.7.4)。实际上，双边保留是协议，必须在《指南》的某一处加以规定。他从不认为，凡是拟运用《指南》的国家，都会系统地参照评注，犹如凡是运用 1969 年《维也纳公约》者都不会系统地参照委员会的评注一样。¹¹ 因此，他反对在评注中列入一切。

32. 另一个为何编纂有关限制条款的准则草案 1.7.3 的原因是，这类列在条约中旨在限制条约范围的条款，尽管过去被诸如菲茨莫里斯、塞勒和佐里契奇法官等人称之为保留，但它们显然不是保留。目前的术语用法仍颇为含糊不清：“国家资格”或“不可仲裁性保留”这类术语仍在使用，因此他就 1.7.3

中的一项特殊的准则草案作出规定。这就是为何他在限制条款与双边保留之间做出区别，只是作为准则草案 1.7.2 的例证。至于加亚先生，他想重申的是，他讲到的这些“奇怪的事物”只是根据准则草案 1.7.3 拟订的限制条款，是由准则草案 1.7.2 第 1 项发展形成的。他向各位委员保证，从 1.4 和 1.7 开始的准则草案，旨在使委员会一劳永逸地处理这些款项。在本届会议第二期会议期间讨论他的第五次报告的内容时，委员们将会看到，有时必须回头探讨保留的替代办法。例如，国家不能利用某一替代办法，违背关于禁止过时的保留的规定。因此，这些替代办法的定义在今后是有用的。他的报告的下一部分所包括的一项准则草案阐明，国家不能以某种保留的替代办法或以对早先保留的解释而违反规定，即在最终表示同意接受约束，不能再做出保留。这就表明，保留的替代办法草案不是毫无意义的，它们以后是有利用价值的。

33. 关于辛马先生和罗森斯托克先生的评论，他说，根据 1969 年《维也纳公约》第十九条(乙)项，保留条款，除了所允许的之外，必须排除所有其他的保留。条约具体阐明允许某些保留并禁止所有其他的保留，是极为常见的做法。他想到了在这种情况下欧洲委员会的许多保留情况。这显然是第十九条(乙)项所涵盖的问题。罗森斯托克先生似乎认为，有人可能反对这种保留。他不同意。虽然该公约第二十条并未明确地阐明，然而若一项条约明确表示允许保留，那就不可再提出反对。或许当他开始考虑对保留的反对问题时，问题会较为清楚。

34. 在答复哈夫纳先生的问题时，他说，他既不排除属人理由的保留，也不排除属时理由的保留。然而，他多少感到有些不安，因为他曾认为，对于未经承认的实体排除适用的不承认保留属于保留的一种，而哈夫纳先生则说，这些并不是保留。他的提议做了相应的修改；为此，目前他不太清楚该如何考虑。

35. 辛马先生希望对排除条款作出区别，说明根据排除条款就实质内容发表的单方面声明是保留，而根据排除条款就程序发表的单方面声明则不是保留。他感到难以理解辛马先生的观点。要做出区别是可以的，但是，为什么对某一种情况做出肯定的结论，而对另一种情况，则予以否定？这项提案所根据的理由是什么？他绝不反对折中办法，但折中

¹⁰ 见第 2632 次会议，脚注 6。

¹¹ 《1966 年……年鉴》[英]第二卷，第 187 页起。

办法必须具有逻辑基础。

36. 归根结底，对其提案的真正反对意见，仅涉及准则草案 1.1.8，但他尚未听到有说服力的反对理由，因此，他无法理解委员会怎么可以说，根据排除条款发表的单方面声明就不是保留。有些人可能辩称，若这些是保留，那么则可能在某些方面受某一具体法律制度的约束；在某种程度上，1969 年《维也纳公约》第二十条所作规定即属于这种情况，而他亦同意这一点。然而，没有一位委员能够提出令人信服的论点，阐明为何这些声明不是保留。也许起草委员会可将准则草案 1.1.8 写得含蓄点。

37. 主席指出，委员会结束了就特别报告员的第五次报告所开展的辩论。由于在一些准则草案的处理上存在意见分歧，他建议将所有准则草案提交起草委员会。

38. 罗森斯托克先生说，他认为，这项决定不会有损于委员们关于某些准则是否应当列入的立场。

39. 主席确认，罗森斯托克先生的理解是正确的。如果没有反对意见，他就认为委员会希望将所有的准则草案提交起草委员会。

就这样议定。

国家单方面行为(续完)* (A/CN.4/504, C 节,
A/CN.4/505,¹² A/CN.4/511¹³)

[议程项目 7]

特别报告员的第三次报告¹⁴ (续完)*

40. 加利茨基先生祝贺特别报告员努力尽量考虑到委员会委员和第六委员会委员所表达的不同意见，随后说，令人遗憾的是，第三次报告(A/CN.4/505)未能反映出各国政府对 1999 年 9 月发送的问卷所作的答

复。¹⁵ 收到的答复数量较少，也是令人遗憾的问题。

41. 至于第三次报告所载列的意见和提案，单方面行为先前的定义与新定义之间主要的差别在于，删除了此类行为应属“自发”的规定。此外，以“意图……产生法律效力”取代“获得国际法律义务的意图”，并且取消“公开提出”的规定，而代之以这种行为应该为有关国家或国际组织所了解这个条件。最后，摒弃“多边”单方面行为概念的做法，是朝着正确方向迈出的一步。他同意删除新草案第 3 条案文中的原第 4 条第 3 款；在这种情况下，列入 1969 年《维也纳公约》第七条所载规则，似乎不恰当。按照报告第 125 段的解释，决定删除关于表示同意的原第 6 条，似乎是完全可以接受的，尽管这样做即暂不考虑把沉默作为提出单方面法律行为的一种手段的问题。

42. 第二次报告¹⁶ 中提议的重新拟定第 1 至第 7 条所采取的做法存在着严重的缺陷，因为几乎在每一情况下，特别报告员都觉得有必要只支持一方在委员会和第六委员会中发表的意见。关于拟议的单方面行为的定义，问题已清晰可见。无论在国家实践还是理论中，都未看到有关单方面行为的精确和统一的定义，有关这一问题的国际司法裁决也是数量有限，并非十分有帮助。这种局面的主要原因在于，如对问题单所作的一些答复中的情况一样，似乎有一种倾向，就是把众多不同类别的行为笼统地罗列在同一标题之下。尤其是萨尔瓦多和意大利的答复，涵盖面太广，无任何实际帮助。正如特别报告员在其第三次报告第 41 段中所承认的，问题的实质在于，单方面的行为可有多种不同形式。因此，界定条款草案的范围显然绝对有必要，而他不能同意特别报告员简单地以一项旨在包含单方面行为的定义的条款取而代之的决定。草案开篇提出的这一定义，包含一切不属于草案范围的所有行为，诸如国际组织行为、多边行为和根据条约制度采取的行为，最终将较易于界定国家单方面行为的实际概念。

43. 对于在单方面行为的定义中保留“自主”概念是否可取的问题，众说纷纭，莫衷一是。他认为，虽然“自主”这一术语可能并不完全令人满意，但

* 第 2630 次会议续会。

¹² 见上文脚注 2。

¹³ 同上。

¹⁴ 关于其第三次报告所载列的条款草案案文，见第 2624 次会议，第 35 段。

¹⁵ 见第 2624 次会议，第 36 段，和第 2628 次会议，第 11 段。

¹⁶ 见第 2624 次会议，脚注 4。

是不应当完全排除作为单方面行为的特征之一的这种非依赖性的概念，这个问题或许也可采取列入适当的条款以界定条款草案范围的做法，予以解决。

44. 在单方面行为的定义以及在随后各项条款的拟定方面遇到的困难，并不是偶然的。如辛马先生所指出(第 2629 次会议)，这些困难来自这样的情况，即国家希望通过采取单方面行为，可获得比较为严格和牢固确立的国际条约法规则所给予的更大程度上的自由。倘若确实怀有这种意向——倘若单方面行为的吸引力恰恰在于这种行为相对的灵活性和非正式性，那么，是否有必要编纂制约单方面行为的规则，以及是否具备了法规编纂所必要的法律背景，还需要予以重新考虑。他认为，还不能就此问题作出肯定的答复。

45. 问卷请各国政府阐明，他们在多大程度上认为，1969 年《维也纳公约》规则可经必要修正适用于单方面行为。阿根廷对此问题所作答复最为稳妥，承认该公约的许多规则可以比照适用，但告诫不要自动照搬。对有关受权以国家名义作出单方面行为的人的原第 4 条(新的第 3 条)所作的修改，符合这种做法，因此，他接受该条款。

46. 另一方面，还需要深入细致地审议新草案第 5 条，以探明关于条约无效的现行规则在多大程度上适用于单方面行为。例如，传统上被列为条约无效的原因之一的一个错误，在单方面行为的情况下，是否也应采取同样的处理方式？如委员会本届会议的辩论所表明，引入有关与安全理事会决定发生冲突的单方面行为的(g)项时，要求更为详细的阐述。在任何情况下，必须清楚地阐明，条款只涉及根据《联合国宪章》第七章所采取的决定。他对新草案第 5 条(h)项深感疑虑；在 1969 年《维也纳公约》第四十六条第一项的背景下，“其具有基本重要性的国内法规则”的表述，具有截然不同的含义。

47. 最后，他说，深入分析目前国家在单方面行为方面的实践，可大为改进条款草案和报告。在可能获得一些外部援助的情况下，深入开展这一领域的研究，将有益于特别报告员今后的工作。简言之，他并不反对将新草案第 1 至第 4 条提交起草委员会，但是，他感到新草案第 5 条还需要深入探讨，最好在工作组内展开讨论。

48. 布朗利先生承认特别报告员努力调整其原先的

做法，以考虑到委员会内部所表达的意见，认为迄今所采取的方法产生的主要问题是，若其它国家未做出反应，即使反应只是表示沉默，非依赖性或自主性行为亦不具有法律效力。反应的形式可以是接受(明示或暗示)或拒绝。而另一个问题，也是他在目前阶段不想提议探讨的问题是，与国家的行为构成某种非正式协议的情况相重叠的可能性。以东格陵兰案为例，有些编纂者把它看作是单方面行为的典型事例，可称之为挪威与丹麦之间非正式协议的一个案例。这种分类问题通常可通过一项保留条款加以解决。

49. 不容反悔这一主题还涉及其他国家对最初单方面行为的反应。例如，在柏威夏寺案中，泰国因其采用了附件一地图上的边界线的行为而受到阻止。尽管这个事件无疑涉及到泰国方面的单方面行为或行动，但它的行动被认为是与柬埔寨相对抗。换句话说，这两个国家之间有一种关系框架。

50. 基于这些方面的考虑，他就专题的定义，尤其是诱发行为的性质或有关因素得出了一个具有普遍性的论点。“声明”这个概念现在已经摒弃，但“单方面行为”这一表述也可能过于狭窄。一切都取决于发生国和其他国家这两者的行动，换言之，取决于一个国家与其他国家之间的关系。涉及意图证据的一般性相关问题，从广义上讲，则是界定相关因素或突发行为的又一个理由。“行为”这个概念限制性太强。不可能简单地透过一个单独“行为”来说明法律状况。所谓的“单方面行为”的背景和前题，往往在法律上具有重要意义。

51. 在这方面，提到沉默的效力也可能牵涉到没有能够有效地对这个问题进行归类。需要评价的是在某个特定环境下、涉及某个诱发行为的沉默，而不是沉默本身或孤立的沉默行为。

52. 正在审议的这个专题与条约法的一般区别在于：就条约而言，在诱发行为(即条约)与对后果的法律分析之间有一个比较清楚的区分。就单方面行为或行动而言，常常很难把诱发行为或行动与构建法律后果的过程分离开。该意见也可举柏威夏寺案一例加以说明。

53. 蒙塔兹先生赞赏特别报告员随时愿意探讨正在审议的极其复杂专题，认为许多国家在答复问题时遇到的困难是，存在着大量不同种类的普遍行

为，而且国家在这一领域的实践从未形成系统性审查的主题。在这方面，他建议，不妨请那些尚未就问题单作出答复的国家，提供更多的实例说明本国实践情况。毫无疑问，这类资料，尤其是对象国提供的资料，对特别报告员今后的工作具有重大的价值。

54. 关于第三次报告的实质内容，特别报告员叙述其理论时，也许更多地关注用法语撰写文章的编纂者的意见，为此他特别提及伊科诺米季斯先生的一篇文章。¹⁷

55. 单方面行为是日常外交的一项工具，可作为对条约承诺的一种有用的替代办法。作为绕过国家之间在签订协议方面往往存在的思想意识和政治障碍的手段，单方面行为是无可替代的。因此确定制约国家实践的习惯规则并倡导它们增进国际关系的稳定性，这既是及时的也是明确的。

56. 迄今收到的对问卷的答复，都确认正在审议的条款草案与1969年《维也纳公约》之间存在着强有力的关系。该公约尤其可作为有关条款的依据，以诠释单方面行为及其有效性。与此同时，特别报告员正确地指出，条约性质与单方面行为性质之间是有差别的。在这方面，我们可回顾一下国际法院对核试验案放弃了单方面行为具有双方同意基础的概念。尽管如此，除了关于单方面行为的解释和有效性之外，对该公约的任何引用，都应该极为谨慎并持灵活的态度。关于不容反悔专题，他提及雅克就此所述的观点，后者认为，与单方面行为相反，不容反悔情况下的根本因素是对象国的行为。反过来，就单方面行为而言，对象国的行为，例外情况除外，并不能增加行为的约束力。¹⁸ 同一作者还提出了第三方规定的问题，这一论点值得进一步关注。

57. 特别报告员就一简单的法律事件与某一法律行为之间作出区别是正确的。一项国际法律事件是国际秩序赋予法律后果的事件，而一项法律行为或单

方面行为，只是某个国际法主体——不论是国家还是某个国际组织——意愿的体现。至于新草案第1条所载的单方面行为定义，他完全同意报告第36段中就行为国意图标准的有效性所阐述的观点。在这方面，他再次提到国际法院就核试验案所作的判决，国际法院在该判决中强调行为国受约束的意图。

58. 卡彭蒂耶在一份研究中指出，人们提到单方面行为的自主性或承诺时，指的是只有参照行为者的规范性的意图，才可确定的法律价值。¹⁹ 换言之，单方面行为的行为者必须有意作出某项承诺并必须承担某种义务性行动。在核试验案中，国际法院认定，自主是单方面行为的一个重要成分，而特别报告员在其报告第63段中也陈述了这一观点。因此，单方面行为者方面存在意图就足以使一项行为产生法律效力，而依照单方面行为作出的承诺的约束性质，则基于行为者意愿的自主性。这就显得没有必要依靠不容反悔和善意的概念来为单方面行为的约束力做合理的解释。

59. 他同意特别报告员的意见，即单方面行为的行为者不能把义务强加于另一国。第58段中列举的关于《赫尔姆斯—伯顿法案》²⁰ 则恰恰相反，而且还可援引1996年《伊朗和利比亚制裁法案》（《达马托—肯尼迪法案》）²¹ 为这方面的实例。正如特别报告员在其报告第52段中援引K.斯库比谢夫斯基的研究时所指出的，单方面的行为只是启动了国家根据国际法应当承担的某些义务。²² 这方面的例子包括宣布战争或者国家借此宣布国际武装冲突开始的行动，之后中立国将不得不允许交战国的舰船在公海上检查该国的商业船只，以核实商船上并未载有运往敌对地区的战争物资。

60. 他对新草案第1和第2条未感到困难。他同意

¹⁷ C. Economides, "Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international", *Annuaire français de droit international*, vol. 34 (1988), 第131页。

¹⁸ 见 J.-P. Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972)。

¹⁹ J. Charpentier, "Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences", 收录于 *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, J. Makarczyk 编 (The Hague, Kluwer Law International, 1996), 第367至380页, 见第371页。

²⁰ 见第2629次会议, 脚注9。

²¹ 《国际法律资料》, 第三十五卷, 第5号(1996年9月), 第1274页。

²² K. Skubiszewski, "Unilateral acts of States", *International Law: Achievements and Prospects*, M. Bedjaoui 编 (Dordrecht, M. Nijhoff, 1991), 第233页。

坎托先生就新草案第 3 条发表的评论(第 2630 次会议), 并想再次询问, 为何政府机构、尤其是全权机构和立法机关不应有权提出单方面行为。他想到的是议会, 还有在国内政局不稳的情况下出现的各种机构和委员会, 它们努力巩固手中的权力并行使主权, 直到建立起永久性体制。在伊朗伊斯兰共和国的旧政权倒台之后, 革命委员会即发挥了这样的作用, 并且在过渡期间采取了若干单方面行为。

61. 在谈及新草案第 5 条时, 他赞同伊科诺米季斯先生的想法, 认为应先着手编纂一项条款, 具体阐明在何种条件下, 单方面行为才有效。此外, 还应该列入一项条款, 阐明国家没有能力作出单方面行为问题。一国提出的任何单方面承诺, 若与该国的客观地位不相符, 则显然是没有法律效力的。例如, 若一个中立国作出一项与有关中立的国际义务不相符的单方面行为, 则该行为亦为无效。

62. 庞布一奇文达先生说, 他对蒙塔兹先生将单方面行为描述为一种日常外交的手段的精辟见解表示赞赏, 但是当他进而称单方面行为可取代条约承诺时, 则不敢苟同。这两种处理方法在效力、实际效用以及甚至在时间顺序上都是毫不相关的。它们依次有序地存在, 但绝不以任何方式成为限制对方的条件, 也绝不在任何意义上取代对方。

63. 蒙塔兹先生说, 当政治大环境阻碍两国达成某一条约时, 单方面行为可被视为对条约承诺的替代办法。

64. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(特别报告员)在总结讨论时, 感谢各位委员的评论。本专题的重要性显然得到了确认, 而且普遍承认, 在国际关系中越来越频繁地采用单方面行为的做法。然而, 对于可否对所有单方面行为制订出一项共同规则的问题, 委员会以及各国政府对问题单的答复都对此表示怀疑。他在某种程度上也持有同样的疑问。然而, 报告所载的关于作出单方面行为的定义和一般规则适用于国家的所有单方面行为。他准备在下一份报告中对有关各种单方面行为的具体规则加以分类。一类行为可以是国家依据其承担义务, 另一类行为则是国家可通过其获得、拒绝或者确认一项权利。一位委员曾就这类行为分类提出过建议。正如另一位委员所说, 在对行为进行分类之后, 即可审议国家据此承担义务的法律效力, 以及有关适用、解释和行为期限的所有问题。

65. 草案第 1 至第 4 条应参照对每项条款的评论提交起草委员会审议, 工作组则应继续深入研究新草案第 5 条, 包括在此条之前应增列关于有效性的条件的款项。

66. 至于新草案第 1 条, 有些人认为, 从第一次报告²³中所采取的限制性做法到目前较为宽松的提法, 这有一个发展过程。这是一个必要的过渡, 但正因为如此, 一些国家对该条的反应可能与它们的问题单中所采取的立场有所不同。有人说, 他过分地紧跟委员会的思路。当然, 从一开始他就有自己的设想, 但是, 若一味坚持己见是不现实的。不管他本人有什么想法, 努力达成共识, 才有价值。例如, 他尊重大多数人的意见, 从定义中删除了他本人认为值得保留的一些措辞。

67. 有些委员指出, 新草案第 1 条中“意愿表达”和“意图”可能是同义反复, 但是这两者之间有截然不同的区别, 前者是行为的实际施行, 后者则是国家赋予所实施行为的含义。两者互为补充, 应当予以保留。

68. 他在第一次报告中述及的“法律效力”是一个比“义务”更宽泛的概念, “义务”未涵盖某些单方面行为。然而, 有些委员说, 这项概念过于笼统, 应当采用“权利和义务”的措辞。起草委员会可就此进行讨论。

69. 条款草案述及国家作出的单方面行为, 但并不表示国家不可能针对其他国家或整个国际社会, 乃至各国际组织采取单方面行为。因此有人问, 为何不可能是针对其他实体采取单方面行为。这是一个有意思的问题, 尽管他多少担心的是, 在整个联合国系统而不仅仅是在委员会内, 存在着拟将国家之外的实体纳入国际关系的倾向。在现实中, 责任制度只适用于国家, 因此, 也许让国家和国际组织之外的实体依据国家所承担的义务而享有某种权利, 是不恰当的。在本届会议第二期会议期间, 工作组可就此论点进行审查。

70. 尽管大多数委员建议删除“明确”一词, 但他仍认为, 要说明意愿表达必要的清晰程度时, 这一用语是有益的, 应当保留, 即使只是出现在评注中。

²³ 见第 2624 次会议, 脚注 6。

71. 采用“为……所知”的句子，取代原先关于公开性的提法，范围更宽而且更恰当，但是有人提出异议，理由是难以确定国家在什么时间获知情况的。有人提议，载有该句的最后条款，应改为参照1969年《维也纳公约》的措辞，以表明行为是受国际法制约的。

72. 有些委员提议，是否可重新插入一项有关草案范围的条款，他在第二次报告中也曾提出这一意见。若大多数委员都同意这么做，起草委员会则须按充分符合关于单方面行为定义的第1条，拟定这样一项条款。还有人建议，可在原第3条中重新列入一项保留条款，意在防止排除其他的单方面行为。然而，他认为，目前的单方面行为的定义已足够宽泛。

73. 对于新草案第2条，未提出实质性的批评意见。新草案第3条第2款是一项创新，表明了国际法在某种程度上的逐步发展，因为它提到了除国家元首、政府首脑和外交部长之外的人可以被视为受权以国家名义行事的人。这一观点似乎得到普遍接受，虽然起草委员会可能就“有关国家的实践”和“其他情况”等短语提出的问题进行研究。

74. 新草案第4条采用的“明示”一词，较之1969年《维也纳公约》所用的相应措辞更有限制性。这引起了某些评论意见，大多数委员主张采用与该文书一致的措辞。工作组也可就这一点进行深入探讨。

75. 工作组可就新草案第5条展开深入审议。一位委员提出了极为有意义的建议，即该条(g)项不仅应当提及安全理事会的决定，也应提及根据《联合国宪章》第七章所设立机构作出的决定。他是故意回避列入如此具体的说明，因为，不提及这一点，该项也包含了安理会根据第六章建立调查委员会时所作出的决定。对此也可进行探讨。一位委员提及，必须阐明谁可以援用行为无效性，因此也须对各种无效的原因作出区分。

76. 就不容反悔和沉默提出了若干评论意见。虽然或许没有理由在有关作出单方面行为的材料中提及这两点，但他认为，在有关国家行为的案文中必须予以阐明，因此应列入涉及行为的法律效力的未来的报告。

77. 在不详细阐述他下次报告涵盖范围的情况下，他想说，工作组认真审查了国家提出消极安全保证的

单方面声明，有些国家认为其中的一些声明属于法律行为，另一些国家则认为是政治行为。虽然有许多此类行为可见于文件，但仍难以搞清楚国家是如何解释这些行为的。因此，很难分析国家惯例。据称，对国家惯例未加以充分收集和分类，今后应努力做好这项工作，从而可作为下次报告的参考资料。

78. 戈科先生注意到约有10个国家对问卷作了答复，这些答复将有助于完善本专题工作，并询问，从中是否能看出有任何模式。

79. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(特别报告员)说，有些答复对本专题的处理至关重要。这是由于目前的审议阶段所致；随着专题的逐步发展，国家可能会认为较易接受。一些国家在答复中对本国的实践进行了反省，承认存在着这类行为。另一些答复则较具理论性和学术性，提到各种类型的单方面行为。无论如何，这些答复都极为有用。编撰一份评注增编的建议将在稍后阶段予以考虑。

80. 主席说，如果没有反对意见，他就认为委员会同意特别报告员的提议。

就这样议定。

下午1时05分散会。

第2634次会议

2000年6月8日，星期四，上午10时05分

主席：山田中正先生

出席：巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生

国家责任¹ (续)* (A/CN.4/504, A 节,
A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)*

1. 主席请委员会委员在特别报告员第三次报告第一章 B 节(A/CN.4/507 和 Add.1-4)的基础上继续审议国家责任专题。

2. 克劳福德先生(特别报告员)说,根据委员会商定的办法,条款草案第二部分第二章从实施国际不法行为国家的责任的角度规定不同形式的赔偿问题。在一读通过的案文中,除了承诺与保证不再重犯以外,还设想另外三种赔偿形式,即恢复原状、补偿和抵偿。他还认为一读通过的第 42 条第 2 款有关自身过失和减轻责任的条文应归于第二章,而不是第一章,因为它们是对赔偿形式的限制。此外,在第二次报告中,当时的特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生对于利息问题拟出了一项单独的条文,³ 该条遭到强烈的批评,最终予以删除,因为它关注于非实质性的因素,而不是利息问题本身。从当时的讨论来看,显然委员会多数成员认为支付利息应当是一项基本原则,如果当时有适当的条文提交到委员会,很可能已经获得通过。这就是为何特别报告员对利息问题提出了一项新条文的原因。同时,他在新拟的第 44 条中删去了有关利息的规定。

3. 没有国家提出删掉第 42 和第 43 条中的条款。对于它们的表述,特别是第 43 条中关于例外的措辞,当然有一些批评,各国还要求关于一些问题比如补偿问题的条款应当更加具体,但是他们接受这种观点,即恢复原状、补偿和抵偿是三种不同的赔偿形式,而对于这三者之间的关系,大体上认可一读采取的立场。尽管如此,他在其第三次报告中还是进一步探讨了这些关系问题,尤其是恢复原状和补偿的关系,因为在这个问题上法律意见仍有分歧。

4. 一读通过的第 43 条主张恢复原状优先原则,并列出了 4 种例外。恢复原状被看作是赔偿的主要形式,补偿是在恢复原状不能充分补偿所受伤害时采用的另一种形式。他在通过条款时指出,他倾向于在英文文本中使用“恢复原状(restitution)”而不是“实物恢复原状(restitution in kind)”,以避免产生任何误解,不过,他当然不会反对在法文文本中继续使用“restitution en nature”这一措辞。事实上,考虑到第 43 条的上下文和内容,在这个问题上不可能混淆。

5. 对于实质问题,恢复原状和停止的关系是一个复杂的问题,涉及到在首要责任已经无效时恢复原状义务的内容。在最近的一些案件中出现了这个问题。例如,在“彩虹勇士”号案中,如果基本义务不是持续性义务,恢复原状就会毫无意义。另一方面,在大贝尔特海峡案中,恢复原状的问题是在尊重大贝尔特海峡通行自由的持续性义务的背景下产生的,如果有对这种通过的任何不合法阻碍——这一点当然是有争议的——恢复原状就有其实际意义。第一章处理了停止和赔偿的关系问题,这个问题适合作理论分析,但并不适合列入条款草案,尽管可以在评注中进一步探讨。然而,就该条的措辞而言,恢复和补偿的关系问题更为重要。阿兰焦—鲁伊斯先生强烈主张恢复原状是最好的赔偿形式,其他形式的赔偿只是在恢复原状不可行时起替代的作用。这个观点的问题在于,在绝大多数案件中,实际使用的赔偿形式是补偿。不管理论观点是什么,个案只能通过考虑每个案件的特定情况,特别是主要规则来解决,因为在这样做时,要求恢复原状的国家常常试图得到一些它可能无权得到的东西。因此,在伊朗—美国,第 A/18 号案中,美国有义务撤销某些司法机构,但是没有义务通过进一步修正立法,规定确保以后不再建立新的机构。同样,有义务开展环境影响研究或者在进行一项活动之前发出通知的国家可以不这样做,但是无论如何它还是有权开展这一活动。在这些情形中,侵权行为与一国希望通过恢复原状所获得的东西之间的关系是间接的和偶然的,这会影响审判这起案件的法院的分析。对赋予恢复原状优先权持有保留意见,是担心国家仅仅是因为偶然违法了国际法就被要求“撤消”它们在合法活动的框架内所做的任何事项。他认为,这种情况提出的问题可以得到解决,而不用否定恢复原状的优先地位。在国家间关系的框架内,恢复原状仍然是首要的赔偿形式,特别是

* 第 2623 次会议续会。

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文,见《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 61 页,第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 见第 2616 次会议,脚注 5。

当它关系到一个持续性义务时，这一点应当在第 43 条和评注中作出明确规定，否则，国家可以通过提出支付金钱而逃避履行其国际义务。他认为，法律专家在这一问题上的困惑是由于他们往往将国家间关系的恢复原状同征用情况下的恢复原状混为一谈。在征用的情况下，接受国对其领土和资源当然拥有国家征用权，这一点影响到恢复原状原则的适用方式。在这方面，德士古案是唯一作出了有利于全面恢复原状的裁决的案件，但遭到了广泛的批评；在实践中，它意味着要支付更高额的补偿。在他看来，这些问题暂且撇开，因为它们同征用领域的实质性首要义务的内容有关，并影响投资者与资本输入国的关系；它们跟条款草案第二部分所规定的责任无关，没有理由修改一读采取的立场，即恢复原状作为一种赔偿手段具有优先性。

6. 一读通过的第 43 条(a)至(d)项所规定的恢复原状的例外，遭到了各国政府的批评，理由是，它们使该条引言段落中的规则变得毫无意义。他建议删去四项例外中的两项。

7. 第一项例外，即作为(a)项主题的实质不可能已得到普遍的认可：甚至国际法也不要求做不可能做到的事情，该项是令人满意的。

8. 第二项例外，适用于恢复原状涉及到违背根据一般国际法的强制性规范所产生的义务的情况((b)项)，因各种理由而遭到了批评。例如，法国在作出评论时，不接受强制性规范的概念。⁴ 但是，最常见的批评是，几乎不可能想象出一种恢复原状会涉及到违反根据一般国际法的强制性规范所产生的义务，特别是就停止和持续性义务来考虑恢复原状时。在他看来，第一部分第五章规定的排除不法性的情况适用于第二部分，其中一种情形同实施强制性规范有关。因此，即使第 43 条(b)项所设想的情况出现，也可以为第五章的条款所涵盖。为此，他建议删去(b)项。

9. 第三项例外涉及到受害国从恢复原状而不是补偿中所得到的利益与其所引起的负担完全不成比例的情形，这一点来自于国内法律体系采用的合理原则。事实上，如果恢复以前的状况虽然不是不可能，但代价太大，而且也不方便，以致同受害方所得到的利

益完全不成比例，那么，不进行恢复原状而允许补偿就是合理的，当然必须是充分补偿。总的说来，这种情况不涉及持续性的不法行为。布朗利先生一贯认为相关的原则应建立在首要义务的基础上，并参照该义务在特定情况下的特性。他认为(c)项应予保留，并拟出了同一读通过的文本十分接近的措辞。

10. 第四项例外涉及恢复原状将严重危害对国际不法行为负责的国家的政治独立或经济稳定，而如不恢复实物原状，受害国也不会受到相同程度的影响的情形。对于“而”一词争议极大，在阿兰焦—鲁伊斯先生所拟最初的文本中没有该词，其重点完全落在责任国的情况上。但是，在一些情况下，恰恰是受害国存亡危在旦夕。(d)项在所审议的条款中当然是受批评最多的款项。在多数国家看来，该项所称的情形从来没有出现过，因此，这项规定是不切实际的；此外，其措辞过于宽泛和模糊，根本不清楚它到底适用于哪些情形。在他看来，(c)项完全可以包含这种情形，因此，他提议删去(d)项。他提到，关于恢复原状的条款，他新拟的整个条文可见第 146 段和报告的结尾处。基本上就是一读通过的条款，文字上作了一些简化，并删去了(b)项和(d)项。

11. 一读通过的第 44 条由两款构成。在第 1 款中，补偿可以实现对物质损失的补偿，而非物质性损害只能通过低偿来完成。在第 2 款中，委员会想要给补偿下一个定义，但是该款对利息和利润损失问题所言模糊，毫无实际的指导意义，因此可有可无。他先撇开利息问题不谈，而是提出了一项单独的条文，他认为毫无疑问补偿应当覆盖受害国所受到的任何经济上可估量的损害，这一概念同第 1 款相吻合。关于该条款草案的辩论所涉及的实质性的问题是，第 1 款中相对简单的一般原则声明，加入第 2 款中的某些要素，是否应予保留，或者是否需要作出一个更详细的补偿的定义。一些国家政府以及委员会部分委员认为，该条款过于简略；补偿的量化问题的确提出很多问题，但在这一问题上有着丰富的实践，委员会应当进一步发展这一概念。与第 43 和第 45 条相比，第 44 条也过于简洁了。

12. 在试图拟定更为具体的补偿原则之前，人们有理由谨慎行事。在征用的补偿问题上，近些年一直努力制订这样的原则，经合组织也在努力开展这项工作并将其作为其投资保护工作的一部分。在征用问题上的难点在于要求补偿的主要规则的内容。一

⁴ 见第 2613 次会议，脚注 3。

般来讲，国家有权征用外国人的财产，只要这种征用是为了公共利益并且不带有歧视性。只有在国家未按照国际法的要求进行补偿时，才产生违反国际法的问题。这时就会产生问题，但不是设定补偿标准的阶段。在霍茹夫工厂案中提出了这一重要的区别而且至今依然有效。委员会应当避免具体列出一个特定的主要规则的内容或者详细说明是同在合法征用和非法征用的界限。如何它要这么做，也要在外交保护专题的范围内去做。

13. 第二点需要谨慎注意的是，补偿是一个极富动态的概念。实际上人权法院一开始在这一领域是很谨慎的，例如，欧洲人权法院所裁决的补偿数额起初非常小。而最近，欧洲人权法院和美洲人权法院在补偿这一问题上也开始有较大动作。在其报告第 157 段中，他引用了这两个系统所作的重要裁决，这些裁决都受到了霍茹夫工厂案和委员会有关国家责任的工作的影响。由于这些原因，似乎应当有相对概括性的表述，任何必要的进一步指导意见都应当以不限制这方面法律效力的形式列入评注中。

14. 关于补偿的限制，赞同一读通过的第 42 条第 3 款有关生存手段的主张在补偿问题上更具说服力，因为一个国家有可能在另一国造成灾难性的损害，而这一损害在不法行为实施时是无法预见的。国内法律体系对这一问题有多种不同的处理方式，首先是援用直接原因的概念，委员会一致认为这一概念应当体现在条款草案中，尤其是有关赔偿和补偿的条款。一些行为与损害之间关系太远，不能要求补偿。第二，国内法律体系会考虑主要规则所涉及的损害的类别，第三，它们为某些活动设置了赔偿责任限额制度。不管委员会是否决定采用他报告第 163 段中所建议的较激烈的方式，似乎这个问题都应该在逐案处理的基础上由处理这一案件的法院或国家通过本国立法来解决。

15. 本条正文中提到利润损失，但并未作进一步澄清，这就像“对公牛挥舞红布”。因此，他提出了在第 165 段中提出了一个简化版本的第 44 条，但有一项谅解，即可以在评注中说明某些情况下的利润损失可以得到补偿，这取决于相关的主要规则的内容以及特定案件的具体情况。如果委员会希望有关于补偿的更为详细的条文，他很愿意草拟一个，但前提是他得到非常明确的指示。

16. 布朗利先生说，委员会还要做大量的工作，才

能完成对这样一个意义极为重大而不太适合制定为规范的问题的讨论。他对规则制定活动大体持怀疑态度，但认为，在多数场合下，评估并利用以往经验的最好方法是收集经验证据而不是重回到所谓的一般规则上。他之所以对产生出一系列的明显太过笼统的条文提议感到不是很满意，原因就在于此。然而，委员会需要完成它的使命。因此，在当前的问题上，它必须草拟出一些带有适当条款的有用的规则，以避免笼统概括，而这似乎是目前审议的报告部分的特征。

17. 他满意地指出，特别报告员承认主要规则的重要性，但很遗憾的是，他没有将这种承认纳入其逻辑结论。仅仅承认主要规则在决定是否应当补偿以及补偿应当采取何种形式或者是否应当支付利息等问题上作用重大还远远不够。还必须对其适用的情形做出分类。

18. 关于相关的渊源问题，他说报告应当减少对法律著述的依赖，多参照法理学，特别是仲裁裁决。他感到特别遗憾的是，报告没有提到对美国独立石油公司—科威特仲裁案的裁决，该仲裁涉及到一系列有关的协议，显示出协议本身就是适用的法律。赔偿的确取决于相关的法律，恢复原状也是一样。

19. 他并不认为恢复原状是主要赔偿方式。这个问题上有很多不确定性。事实上，如果给予主要规则以应有的现实重要性，就不需要确定恢复原状是不是普遍适用的主要补偿形式。这个问题可有另一种解决方式。通过增加一些诸如“除非相关的主要规则要求有不同的解决方式”的条款，就有可能避免笼统概括。关于渊源，更多参照法庭的裁决会更好，当然也要谨慎，因为就像在伊朗—美国索赔法庭上处理的索赔案件中所表明的，适用的法律不可能总是得到清楚的说明。他同时认为，适用的法律是否是一般国际法无关紧要。或许应当在评注中指出，一些案件可以通过权利宣告或者法院的宣告性判决来解决，无需裁决恢复原状，例如，要求从有争议的领土上撤出就属于这类情况。

20. 最后，他不同意将惩罚性赔偿和问题在“抵偿”的标题下进行探讨。

21. 加亚先生说，他觉得，特别报告员的提议大致上说来是有说服力的，无论如何，它们比起一读通过的相应的案文有所改进。在他看来，委员会别无

选择，只能阐明从司法裁决和仲裁裁决中产生的规则。但问题是这些规则都只是偶尔才适用。

22. 他想知道在新拟定的第 43 条(c)项中“受害者”这一表述指的是谁。像早期版本的条款中一样指的是国家吗？还是也包括个人，比如，当违反义务关系到对外国人的待遇或者基本权利时？如果包括个人，恢复原状是针对另一国，还是针对受害的个人，或者是为后者的利益而针对另一国？(c)项的措辞应予改变，避免提及受害的实体。然而，是否有可能将国家责任局限于国家间关系而忽略个人？

23. 在实质不可能这一问题上，他不赞同特别报告员在第 141 段中所作的解释，特别是关于死刑的情况。他也不赞成第 142 段的观点，即在被告国可以合法地取得同样或实际上相似的结果，同时又不违反义务(实质上指程序性义务)的情况下，就可以排除恢复原状。人们会说，如果有合法的途径达到既定的结果，被告国没有利用该途径的这一事实本身并不能免除其恢复原状的义务。国家必须启动该程序；恢复原状是可能的，不会出现不当的问题。问题不在于什么构成恢复原状，这取决于相关主要规则的内容，问题是对义务的违反是否必须要求恢复原状。

24. 哈夫纳先生说，提议的两个草案条款，特别是关于恢复原状的第 43 条，带来一些问题。看起来恢复原状是一项义务，因此，正在草拟的条款草案的所有规定，甚至是涉及排除不法性的情况的规定，都适用于恢复原状。所产生的问题是，这将产生什么样的后果。例如，如果出现排除不法性的情况，国家将无须承担恢复原状的义务，但仍应承担补偿的义务，因为其最初的义务显然依然存在。那么有关排除不法性情况的规定同与补偿有关的恢复原状的规定是什么关系？例如，第 43 条所讲的实际上不可能同不可抗力是什么关系？是恢复原状的例外作为特别法代替了排除不法性的情况呢？还是说排除不法性的情况是对这些例外的补充？

25. 克劳福德先生(特别报告员)就最后一点作出答复说，如果第 43 条所规定的其中一项条件得到满足，就没有恢复原状的义务一说；只有在涉及条款草案第一部分所列排除不法性的情形时，才产生补偿的问题，假设情况是它们在所有情况下都可适用。这些情况的结果之一是在一定时间内中止遵守

有关义务。危难和危急状况就有这样的效果。然而，这种暂时性效果也有可能持续足够长的时间，从而取代该义务。法院历来都对基本义务的继续存在和在特定期免除履行义务予以明确区分。

26. 他认为，排除不法性的情况一般来说是对第 43 条所规定的例外的补充。因此，予以恢复原状的不可能指的是永久性而非暂时性的不可能。

27. 卢卡舒克先生感谢特别报告员提交了一份详细的报告。他认可报告的基本思路，并认为拟议的第 43 和第 44 条比一读通过的文本更容易适用，因为它们更加符合现实情况。

28. 他保留在稍后阶段对特别报告员的提议作出更详细的评论的权利。

29. 伊科诺米季斯先生认为，赔偿问题只能用比较概括性的方式极为谨慎地解决，留待实践尤其是国际和国内判例来解决细节问题。他并不赞同特别报告员所说的将“恢复原状”前的“实物”一词删掉的主张，认为其论证并不充分。特别报告员拟议的新条款在准确性上不如一读通过的条款。例如，第 43 条没有说明应当向谁做出恢复原状。当然，不言而喻是指受害国，但在这样重要的文本中，准确性是必要的。第 44 条犯有同样的毛病，因为在原条款中明确指出的责任国与受害国之间的双边关系，在新条文中被删去了。排除某项行为不法性的情况是否也适用于审议的这部分条款草案，他对此提出质疑，认为应当仔细研究这个问题。在这部分也没有用“责任国”的概念。当然，众所周知，一个国家因为实施了国际不法行为而应当承担责任，但是国际责任和责任国的概念应当在文本中占据首要的地位。他对于第 43 条中两个例外被删掉的问题持保留意见。他并不是赞成规定这些例外，只是还没有形成一种确定的意见，因此他保留以后就这一问题发表意见的权利。

30. 主席提到，起草这些条款是为了保障受害国选择赔偿方式的权利。不妨可以考虑不法行为者也有选择权利。他询问特别报告员是否可以从其报告第 123 段得出这样的结论，即他打算按第二部分之二的思路加进一项具体条款。

31. 克劳福德先生(特别报告员)说，对主席所提问题的回答是“是”。这些条款之所以围绕着责任国

的责任来起草，就是为谁有权援引责任的问题留有空间，援引责任时可以作出选择的问题同样如此。不应当忘记，委员会所研究的责任是面向不同的实体，甚至非实体。例如，国际社会作为一个整体并不是法人，但是有对国际社会的义务。在一些情况下，有数个国家受害。提到“对受害国的”义务意味着一种纯粹双边形式的责任，而这并不是所涉及的内容。一读时并未试图解决这个问题。现在，委员会在第二部分之二中再次回到这个问题，对责任国以所提及的一种方式进行赔偿的义务和有权选择赔偿方式的其他国家援引责任这两个问题作出明确区分。很明显，除了一些特殊情况外，受害国可能更倾向于补偿而非恢复原状。这些条款可以构筑这样一个框架，即阐明实施不法行为的国家的责任是什么，其次是国家可以采取什么行动来援引这些责任。原条款之所以被认为涉及到例如补偿和恢复原状之间的选择，原因很简单，它们表明了一项权利，而这项权利被认为包含选择的权利。很明显，在双边的背景下，受害国有权作出选择，明确地规定这一点比默示要好。

32. 辛马先生说，不应当先入为主地认为不属于受害国的国家不可以请求恢复原状，但是停止与恢复原状的区分带来一个棘手的问题，例如，涉及到违反人权的问题时。因此，目前的评注案文应当被看作是暂时的。

33. 克劳福德先生(特别报告员)说，很明显，作为遭受损害的受害国，应当有权利选择赔偿的方式。在某些情况下，其他国家能够援引责任。加亚先生正确地提到一种可能性，即那些国家有可能代替受害国。很明显它们自己不会得到补偿，但是他们有权要求不仅仅是停止，还可以要求恢复原状。正是由于这种可能，他才这样草拟出第 43 条的相关条款。必须将被牵涉其中的国家所受到的不利影响与受害者，即真正被不法行为侵害的人所受到的损害加以权衡和比较。条款草案的拟定方式留有空间，受害国仍有可能主张自己的权利，其他国家也有可能更广泛的基础上主张这些权利。

34. 庞布—奇文达先生提到哈夫纳先生提出的问题，即在不同形式的赔偿中，排除不法性的情况属于哪一类，认为有两个可能的答案。第一个答案是，第二章建立在不法性没有被排除的假设上。就此处理对不法行为的不同形式补偿问题。第二种答

案是从减轻责任的角度处理这个问题——而且也许应在这一背景下回应所关切的这一问题，这也是他所关注的问题。

35. 对于第 43 和第 44 条，他倾向于采用罗伯托·阿戈建议的措辞。当然，特别报告员提议的条款更简明，但人们可能要问，他是否舍弃了一些重要的而不是次要的问题。比如，一读通过的第 43 条(d)项中的例外就被删去。相应地，对于是否实施某一国际不法行为可能涉及不止一个国家的问题，在新文本中也没有涉及，而这一问题是非常重要的。

36. 同样，在对赔偿的总体处理上，特别报告员倾向于回到老路上去。在阿戈草拟的文本中，第一部分的焦点就是实施国际不法行为的国家问题，第二部分的重点在于受害国。现在，这种方式被倒置了：草案条款是以“实施国际不法行为的国家”作为开头的。

37. 在第一部分，关键是确立原则。在论及第二部分所涉规则时，似乎委员会不得不超越原则之外。出于这种目的，如果把受害国置于较为主动的位置会更好，这样能够表明受害国是赔偿背后的推动力。

38. 有一点他完全赞同特别报告员的看法，即删去“实物”一词。不管是说恢复原状还是指实物赔偿。恢复原状只可以恢复以不当手段没收之全部。这并不仅仅是个语言形式的问题，更是个内容实质的问题。既然整个体系是建立在违反国际义务之上的，总的问题就是如何恢复权利，即义务的对立面。在委员会所认同的、将整个法律责任系统建立在对国际义务的违反，即实施不法行为之上的方案中，忽略了这样一个重要的并且应重新恢复的方面。

39. 补偿的问题并不适合采用特别报告员在其第三次报告中所作的那种紧凑的处理方式。可能有人要问为什么他在第 165 段所提出的条款中再次提到恢复原状。补偿是从恢复原状中派生出来的一种赔偿方式，而人们的印象中恢复原状是基本原则，按照技术术语来讲，如果没有恢复原状，就应当补偿。抵偿也是一样，这些条款草案虽然很明智，但是也提出了一些问题，需要起草委员会来处理。

40. 克劳福德先生(特别报告员)提醒庞布—奇文达先生，条款草案第二部分不是阿戈先生起草的，而是里普哈根先生和阿兰焦—鲁伊斯先生起草的，因

此,阿戈先生在涉及恢复原状和补偿问题的条款上是让受害国还是让责任国起“积极作用”还不得而知。作为特别报告员,他一直试图理清这些问题,但绝不认为已经很好地解决了这些问题。他的目标是,在处理履行责任的章节中,体现出第1和第3条中隐含的一系列价值,因此,他又回到了他认为被先前的特别报告员错误地放弃的一种方式上。

41. 罗森斯托克先生认为,如果不把特别报告员所提议的条款置于草案的整个文本中考虑,很难对其提出意见。例如,对于第40条同其他条款的关联有一个清楚的了解非常重要。第44条的内容只有在评注内容的基础上进行评价。因此,他对第43和第44条的评论只能是初步的。

42. 但是,他赞同特别报告员的提议,即将第二章的标题“受害国的权利和实施了国际不法行为的国家的义务”改为简短的标题“赔偿的形式”。这个标题不仅简洁,而且,正如特别报告员在第120段中所强调的那样,避免产生“受害国”的权利在所有情况下都与责任国的义务严格相关的含义。

43. 特别报告员提议的第43条的措辞是可以接受的,但须以新拟的第45条的文本也被接受为前提。

44. 第44条新的措辞给他带来更多问题,因为他不敢肯定将提及利润损失的措辞删去不会产生误解。当然,如特别报告员在其报告第149段中所指出,那些字句在原文本中可能“可有可无”,但是这不是删掉它的原因。利润损失绝对要提,或者在第44条中明确提出,就像他主张的那样,或者至少列入一个单独的条文或写入评注。

45. 克劳福德先生(特别报告员)说,对于利润损失的问题似乎有一些误解。关于履行责任的第二部分之二的通过当然会影响第44条的内容。阿兰焦—鲁伊斯先生在其第二次报告中⁵已为这一条(原第8条)草拟了两个文本,一个较短的文本和一个较长的文本。较长的文本存在一些问题,因为它的内容实际上并不比短文本多出多少,而且它还包含了一些有争议的问题。委员会和起草委员会因此倾向于采用

短的文本,⁶但最终各国政府和一些委员还是认为短的文本不够充分。

46. 现在,委员会可以在两个办法之间选择:可以起草一个非常简略的草案第44条,用灵活的语言表述一个非常概括性的原则;或者是较为详细,尽量包含所有情形。在这个问题上很难有折中的办法。如果委员会倾向采用较长的条文一较之一读通过的办法在战略上有所改变—这个版本将必须提及利润损失问题。然而,这是应当由委员会决定的事情,他等待委员们对此提出指导意见。

47. 加利茨基先生说,跟前面的发言者一样,他只是想简单地作一些初步性评论,因为刚发下来的第三次报告的第一章B节需要进一步的研究。

48. 关于第44条的措辞,特别报告员似乎先入为主地否决了介于目前较短的文本和较长的分析性文本这两者间的任何折中方案,前者没有提及利润损失,后者则以一读通过的案文为基础。然而,考虑到各国政府的评论和一些委员的意见,或许可就这类折中解决办法达成一致意见。目前他没有具体的建议,但是他认为不是没有办法在一个简略的第44条中提及利润损失问题。有时极其简单的解决办法就可使十分复杂的问题迎刃而解,如第43条的新标题所示,对于是否应当提及实物恢复原状还是恢复原状的问题,去掉“实物”二字即可解决。

49. 罗森斯托克先生说,他完全赞同加利茨基先生的观点。完全可以在一个简略的第44条中提到利润损失问题,只要在评注中加以解释即可。

50. 克劳福德先生(特别报告员)说,他不反对这种解决办法,但是想澄清一点。在他看来,委员会不会像加利茨基先生所说的那样,必须在一读通过的第44条和提议的新版本之间作出选择,而是要在新版本和阿兰焦—鲁伊斯先生在第二次报告中所提出的一个详细的条款中进行选择。他认为他没有改变一读通过的第44条的实质内容。当然,他去掉了“利息”的概念,这一概念在单独的条文已有详述,但是他还删去了有关利润损失的规定,只是因为一些国家政府认为在这一点上案文拟定过于单薄,有一种对国际法“逆编纂”的作用。因此,他

⁵ 见《1989年……年鉴》,第二卷(第一部分),第143和144页,A/CN.4/425和Add.1号文件,第191段。

⁶ 见第8条及其评注(《1993年……年鉴》,第二卷(第二部分),第74至第83页)。

倾向于在评注中处理这一问题。

51. 阿兰焦—鲁伊斯先生在他第二次报告中所提议的条文非常具有分析性，用五段说明了补偿的不同方法。

52. 加利茨基先生说，他不反对特别报告员删去“利息”问题的决定，这个问题不必在第 44 条中提出，但是他仍然认为利润损失问题尚未解决。

53. 埃拉拉比先生说，他赞成前几位发言者的观点，尤其是罗森斯托克先生的观点，第 44 条应当规定利润损失问题，即使以简略的方式起草比较好。

54. 克劳福德先生(特别报告员)提到布朗利先生的评论说，很显然在赔偿领域存在主要规则与次要规则的关系问题。与有时人们通常的想法不同，次要规则不会独立于主要规则而自动“适用”。这一点还没有得到特别法的足够重视。

55. 不管主要规则如何重要，在起草条文时都很难得出适当的结论。正因为如此，他倾向于在评注中解决这一问题。另外，他还指出，条文本通常不会提及主要义务的内容。在一读通过的第 19 和第 40 条中曾经试图这样解决问题，但事实证明这种方法是有害的。

56. 至于精神损害和惩罚性赔偿是否属于第 44 条，他提到阿兰焦—鲁伊斯先生对这个问题的解决方法是让该条(原第 8 条)涉及对个人的精神损害问题，第 45 条(原第 10 条)涉及对国家的精神损害问题。这个方案争议很大，因为“精神损害”的这一术语可以适用于完全不同的事务，既可以指个人受到的酷刑伤害，也可以指由于违反条约而对一个国家的冒犯。可能需要在审议第 45 条之后再回到这一问题上。

57. 加亚先生的评论很贴切：回到现状显然不是恢复原状的唯一一种形式，虽然它在某种程度是原型。所有的事情基本上都是个程度问题。事实上，第 43 条的主要问题还是主要规则与次要规则的关系问题。在国家责任的理论中，恢复原状是一种沿用已久的赔偿形式，但在实践中，如第 143 段中给出的例子，它并不常用。因此，问题在于如何使理论与实践相一致。

58. 他感谢伊科诺米季奇先生提醒他注意一些不准

确之处，他将尽力改正。

59. 他承认庞布—奇文达先生提到的受害国为多国的的问题确实存在。例如，两个“受害国”不能同时实现对同一个人的引渡。然而，如果对赔偿的基本义务与受害国或其他国援引赔偿的义务两者作出区分，就可大大解决这个问题。这就是他在案文第一部分着力表达的观点。

60. 对于委员们的第一反应，他认为，暂时撇开利润损失问题，委员会的大多数委员主张采纳一个简略的第 44 条，同时在评注中加以详细说明。

61. 戈科先生说，他也赞成这种方案。在他看来，应当以报告第 165 段中所载新拟出的第 44 条为基础继续讨论，起草委员会可以就这一条的案文作详细的说明。当然，不能忽略各国政府就这一问题所作的评论。比如，在第 152 段就讲到，基于伊朗—美国索赔法庭以及联合国赔偿委员会所作的裁决，美国认为目前草案中(原文本第 44 条)的第 2 段不仅同绝大多数有关这一问题的判例法不符，而且破坏了“充分赔偿”的原则。⁷

62. 是不是必须考虑这个问题，即新文本和旧文本中都用到的“可从经济上加以估价的任何损失”暗含了利润损失和利息？起草委员会必须考虑这一问题。

63. 罗森斯托克先生说，他完全支持特别报告员刚才建议的方案，即第 44 条应当简略，但要在评注中提到利润损失问题并予以详细说明。

64. 贺先生说，依他之见，第 44 条的主要问题在于补偿范围的界定问题。因此，应当进一步修正这一条，以覆盖所有实施国际不法行为的国家有补偿义务的情况。

65. 在条文中，有必要通过明确此种损害与国际不法行为的联系，来界定“可从经济上加以估价的任何损失”。应当明确这一因果关系。文本中还应当规定利润损失问题。

下午 1 时散会。

⁷ 见第 2613 次会议，脚注 3。

第 2635 次会议

2000 年 6 月 9 日，星期五，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：巴埃纳·苏亚雷斯先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节,
A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请特别报告员继续介绍其第三次报告的第一章 B 节(A/CN.4/507 和 Add.1-4)。
2. 克劳福德先生(特别报告员)说,在介绍第一章 B 节的其余部分时,他不打算挑起对第 43 和第 44 条的进一步辩论。他建议,本届会议第二期会议第一次全体会议的开始部分应当留给那些希望在这两条提交到起草委员会之前对其进行评论的委员,然后应当继续就他在第三次报告中提议的其他三条,即第 45 条(抵偿)、第 45 条之二(利息)和第 46 条之二(减轻责任)进行讨论。他现在将介绍这些条款。
3. 他首先说到第 45 条,认为一读通过的条款草案的第 1 款(即第 167 段所列)的关键语句是:“为……损害——尤其是精神损害——提供充分赔偿的条件和必要限制下从它获得满足。”因此,“精

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文,见《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 61 页,第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

神损害”一词同抵偿联系起来使用。然后第 2 款列出了抵偿可能采取的形式。

4. 尽管对于第 45 条基本达成一致,但它还有许多难题要解决。第 1 款提到对精神损害的抵偿是有问题的。首先,“精神损害”一词在适用于个人的情况下有一个相当广为接受的含义。正如本专题前任特别报告员阿兰焦一鲁伊斯先生多次强调的那样,代表个人提出的补偿要求,如要求对其所受痛苦或者对其权利的严重侵犯进行补偿,应当列在补偿的标题之下,而不是在抵偿的标题之下。因此,联系第 44 和第 45 条讨论精神损害有些困难。其次,讨论对国家的精神损害似有不当,因为这样做是给国家赋予了所有类型的感觉、情绪、侮辱和尊严。这种说法反映了一种现实的考虑,当然也会有这种情况,即国家或者国家政府,比如说,因为某种不法行为而蒙受羞辱。但是,明智的做法还是对国家使用情感语言应有合理的限度,避免同对个人的精神损害相混淆。他赞同多米尼克的想法,即应当使用“非物质损害”(préjudice immatériel)一词,而不是“精神损害”一词作为抵偿的主题事项。³

5. “出于提供充分赔偿之必要”这一表述的目的在于表明可能有些情况中不出现抵偿的问题。在产生损害时只是简单的一个分配损失的问题,在这样的情况下第 43 条和第 44 条就足够了。

6. 从准备工作材料中看得出来第 2 款是否要详尽列出抵偿的各种形式。有一段评注认为它是详尽的,而另一段则观点相反。⁴在介绍这一条款时,起草委员会主席认为第 2 款是详尽的,但是该款起首语又暗示出它并不详尽。不管怎样,它不应当是详尽无余的。

7. 司法实践中主要的抵偿形式是宣布,这一点通过科孚海峡案、“彩虹勇士”号案和其他许多案例得到了确立。在科孚海峡案中,国际法院明确指

³ C. Dominicé, “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État”, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation: recueil d'études* (Paris, Presses Universitaires de France, 1997), 第 349 页, 见第 354 页。

⁴ 见第 10 条的评注(9)和(16)段(《1993 年……年鉴》,第二卷(第二部分),分别为第 86 和 88 页)。

出，公告扫雷行动是非法的这一行为本身就是充分抵偿。自此，这种说法在许多案件中被一再重复。因此，如果说第 2 款是详尽无余的，那么它遗漏了在司法实践中最常见的补救办法，阿兰焦—鲁伊斯先生自己也曾指出这一点，他提出公告是抵偿的一种形式，⁵ 一些国家政府，包括法国政府，都曾提出过这一观点。⁶ 然而，公告的问题在于，顾名思义，应当是由第三方作出公告；公告不可能自己作出。然而，起草这些条款时，其假定前提是它们直接适用于国与国的关系，而司法程序是这些关系的后续。换句话说，这些条款是采用了公告的传统——这里的“公告”是有着不同的意义的——即，基于法

院的职能就是确认争端当事国之间现有的法律关系。当然，这些裁决根据一案不二审原则可能是有约束力的，但那是另外一个问题。因此，从起草技巧的角度讲，将公告放入第 2 款有一定难度。把它放入第 2 款似乎是无可厚非的，但问题是第 2 款是处理一个国家如何应对另一国的有充分理由的关于违反国际法的诉求。

8. 因此，他提出国家承认的概念，这一概念在国家实践中有过范例：在拉格朗案和巴拉圭诉美国案中，美国承认违反了《维也纳领事关系公约》第三十六条第一款。很显然，美国并不是因为谈论自己的行为就宣告存在违反条约义务，但是它承认存在对义务的违反。假设说，如果假定没有承认对于是否存在违反事项有争议，但承认没有造成物质损失，以及相关的个人也随后被释放，那么很显然，法庭在这些情况下所做的只是做出一个确认。在这种情况下，对条约的违反应当是相对轻微的，只要宣布存在这样一种违反就足够了。因此，责任国的承认在国家对国家的行为方面来说等同于法庭的确认。这是最低形式的抵偿，但是是一个非常有用和经常给予的补救办法。因此，他提议将对违反事项的承认作为首要的抵偿形式。然后由评注作出解释，当一国拒绝承认其违反了义务时，在随后的任何第三方程序中获得的相应的补救办法就是公告。

⁵ 见第 10 条第 3 款(《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 144 页，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件，第 191 段。

⁶ 见《1998 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/488 和 Add.1-3 号文件。

9. 第 2 款也提及了国家间经常作出的道歉行为。一个国家不能就自己作出一个公告，同样，法庭也不能代表国家作出道歉；只有国家能够为自己的行为道歉。不过，也有这样的例子，即法庭或者其他第三方甚至要求(当然是提议)进行道歉。秘书长在其对“彩虹勇士”号案的裁决中表示，法国应当为其违约行为道歉。当然，那实际上就是对商定条件的一种裁决，但是它仍然是一个表明应当进行道歉的第三方的裁决。道歉，或者按法国建议的话说是表示遗憾，比承认稍微更进一步，后者更中立一些。然而，似乎还是应当包含道歉。

10. 他提议，在新的第 2 款中，承认或者道歉应当同其他的抵偿形式区分对待，因为它是给予其他形式的抵偿的基础。它也是最起码的抵偿形式。强调确认性救济的价值很有用，报告中所引用的资料来源也强调了这一点。单列出这一点的的作用就在于可以将最起码的抵偿形式和有可能是例外但在一些情况下可能适用的其他形式区别开来，后者将包含在新的第 3 款中。

11. 他提到其他的抵偿形式时说，第 2 款首先列出的是象征性损害赔偿。尽管国际法的实践中有裁决给予名义上的损害赔偿的例子，但并不清楚它是否有用。他倾向于常设仲裁法院在“迦太基”案和“马努巴”号案中采纳的观点，即当仲裁法院裁决宣布存在违反义务行为时，裁决给予一法郎作为损害赔偿金毫无意义。名义上的损害赔偿，至少在普通法体系中，有三个作用。第一个作用是承认存在违反义务行为；这是在英联邦国家的法院提出宣告这一救济办法之前采用的做法。因此，它是确认性补救的早期对应物。第二个作用是提出了裁决诉讼费用的藉口，因为如果裁决给与四分之一便士的名义上的损害赔偿，也会裁决补偿诉讼费用，诉讼费用实际上可能数额很大。名义上的损害赔偿的第三个作用是羞辱原告。典型的例子是某人声称其名誉受损的诽谤诉讼案。陪审团裁决给予一先令的象征性损害赔偿，表明陪审团认为原告的名声多么值钱。因此，名义上的损害赔偿也可以用来表示，虽然从技术上讲原告可能是有诉由的，但其诉讼并没有实质依据。

12. 在普通法系中给予名义上的损害赔偿的这三种理由在国际诉讼中并不适用。如常设仲裁法院所指出，确认性救济足以替代名义上的损害赔偿。在实

践中通常没有就诉讼费用作出裁决；国际诉讼事件并没有带来诉讼费用问题，即使有，肯定也未到这一程度。第三个理由是不要提及名义上的损害赔偿的另一个原因。

13. 他并不是认为小额损害赔偿金不适当，最近有裁决给予小额损害赔偿金的例子，如裁定给予 100 荷兰盾的赔偿。也有一些例子是通过一般性赔偿而不区分是赔偿还是抵偿的方式裁决给予少量金额的补偿。但是，它们不是国家法律制度意义上的名义上的损害赔偿。他认为，第 3 款应当是非详尽的，因为可以引证一些提供抵偿的例子，当然，这些例子并不属于现有的类型，“彩虹勇士”号案中所提出的非常有想象力的救济就属此类。如果该条款是非详尽的，就不需要列出名义上的损害赔偿。相对来说，裁决给予名义上的损害赔偿的现代案例寥寥无几，在第 188 段的一条脚注中提及这一问题。最近的一个在国家对国家的案件中裁决给予名义上的损害赔偿的是灯塔案。在最近一个案件中，法庭裁决给予 3 法郎来补偿利润损失，这首先是说明利润并不高。他提议从第 45 条中删除“名义上的赔偿金”一词(他暂时用方括号将其括了起来)，不是因为不可能出现适用名义上的损害赔偿的情况，而是因为不值得过分强调。

14. 第 2 款中所提到的第三类(也可能被归入他所拟的第 3 款的第一类)是指：“反映侵犯之严重性的赔偿金。”但是，在委员会一读通过的条款草案中，损害赔偿仅限于受害国的权利受到严重侵犯的案件。问题不仅仅在于给“严重”一词下定义有多难，而是在国家实践中，在他看来并没有构成严重侵犯的案件中以抵偿的方式作出了损害赔偿的裁决，而给予的损害赔偿金数额并不是特别高。在“彩虹勇士”号案第一阶段给予抵偿的裁决可以被看作是对严重侵犯作出的反应，在 1986 年这自然是个数额极大的裁决——700 万美元。在“孤独”号案中，裁决作为抵偿而给予加拿大 25000 美元。没有裁决给予补偿，因为有关船舶实际上为美国公民所有，他们试图违反禁令贩酒，但因造成一艘在加拿大登记的船舶沉没而对加拿大造成了冒犯，故裁决给予损害赔偿。在这种情况下，将其描述为一种严重侵犯未免有些夸大其辞。显然这是对义务的违反，但并不是严重侵犯，损害赔偿金也并不是特别高。在国际实践中还可举出其他一些实例，说明对不太严重的违反义务行为通过抵偿的方式裁决给予

适当的赔偿。因此，“在严重侵犯……的情形下”的措辞不恰当地限制了抵偿就一般的违反义务行为而言的正常作用。

15. 这就带来了第 3 款(c)项的作用问题。它是要在国际法中建立惩罚性赔偿制度还是别的什么作用？在前任特别报告员在其第二次报告中提出的最初版本的第 10 条案文中，他特别在第 1 款中写入了“惩罚性赔偿”一词。⁷ 起草委员会在委员会第四十四届会议上没有采纳这种观点，而是采纳了“惩戒性的损害赔偿”的概念，⁸ 这个词也是来自于在损害赔偿问题上的一个特定的传统。惩戒性损害赔偿不是惩罚性赔偿。它们不是用来作为一种惩罚，而是用来作为一种鉴戒。当然，这可以加以更精确的区分，但是，当存在严重侵犯和对受害国的真正冒犯时，可以裁决给予惩戒性损害赔偿。例如，如果在搜捕中严重侵犯某人的隐私权或住宅，或者以诽谤方式严重侮辱了某人，都可以裁决给予惩戒性损害赔偿，即使它们并不具有惩罚性。惩罚性损害赔偿最重要的特点在于它们是根据一些倍数来裁决的，如美国反垄断法中规定的三倍的惩罚性损害赔偿。委员会和起草委员会不打算采纳惩罚性损害赔偿的概念，第 3 款(c)项的措辞也是要表明惩戒性损害赔偿的概念。这带来两个问题，首先，对惩罚性损害赔偿该如何处理？其次，对第 3 款(c)项如何处理？关于惩罚性损害赔偿，回顾“卢西塔尼亚”号案，对于认为国际法中没有惩罚性损害赔偿的这一观点很有权威性；如果存在惩罚性损害赔偿，也是局限于有严重侵犯行为的案件。“严重侵犯”可能是恰当的用语，但是他认为委员会要想将其单独列为一类的话，还需要某种定义更加严谨和更加强硬的用语。似乎毫无争议的是，除这一类之外(如果予以保留)，就没有惩罚性损害赔偿的立足之处了。

16. 因此，他赞同委员会一读时所作的决定，即第 3 款(c)项不应当规定惩罚性损害赔偿。但是问题在于，是否应当规定惩戒性损害赔偿。在他看来，将“在严重侵犯受害国权利的情形下”的措辞删去，只是规定裁决酌情以抵偿的方式给予一般性赔偿，正如在“孤独”号案中所给予的裁决一样，这同一

⁷ 见上文脚注 5。

⁸ 见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 270 页，第 57 段。

般国际法的裁决更为一致。这将会使规定酌情给予所谓的表示性或惩戒性损害赔偿，以及排除惩罚性损害赔偿成为可能。惩罚性损害赔偿问题将在可能专门列出的“严重侵犯”这一类下提及，并要附加特别条件。如果委员会决定保留任何同第 19 条的措辞接近的用语，在那种情况下不允许惩罚性损害赔偿就会是矛盾的。但是，如果提及“犯罪”，就不可能排除惩罚性损害赔偿。他感到困惑不解的是，一些评论员及某些委员为何即赞成规定犯罪这一类别却又不采纳惩罚性损害赔偿的概念。如果是想避免使用刑法用语，就应该前后一致，始终如一。

17. 第四种形式的抵偿是纪律处分或对责任者的惩罚，这些责任者可能是官员也可能是个人。法国不同意“惩罚”一词，提出这意味着个人有罪一说。⁹ 这种看法是正确的。如在引渡条约中，就应当规定将事项提交给适当的起诉机构，该机构会将其作为刑事案件来处理。委员会的意图是，一读通过的第 45 条第 2 款(d)项中所指的行动的形式只能在例外的情形下适用，但是，除了国家所应遵守的主要义务，例如在国际刑法条约下的义务以外，这些做法在有些情况下还是适当的。因此，他提议保留这一款，但应大致上以法国的建议为基础，对某些用语重新措辞。

18. 很明显，还有其他的程序可以被恰当地称之为抵偿的形式，如对导致损害的某起事故的联合调查。但是，如果认为一读通过的第 2 款是非详尽的，就不需要规定所有可能的抵偿形式。在评注中给出例子就足够了。

19. 一读通过的第 3 款涉及对抵偿的限制问题。一些国家抱怨说，它们不理解“尊严”一词指的是什么。他们要么认为这一款为逃避抵偿义务提供了可能的条件，要么认为这一款毫无意义，并建议将之删去。不过，也有国家担心会出现过多对不同形式的象征性行为的要求。阿兰焦—鲁伊斯先生所引用的两个案件都存在羞辱性的集体要求。¹⁰ 因此，他提议保留第 3 款，但对措辞要做细微的修改。

20. 新拟的第 45 条第 1 款包含了这样一个前言性

条款，即实行了国际不法行为的国家必须为该行为造成的任何非物质损害提供抵偿。当然，抵偿这一问题上的因果关系概念不同于补偿问题上所用的因果关系的概念。新拟第 2 款规定，首先，抵偿应当是采用承认违犯事项的形式，并酌情辅之以表示遗憾或正式道歉。新拟第 3 款列出了其他形式的抵偿，在特殊情况下有可能确保实现充分补偿，不过，在他看来，只应当提及两种特定情况。新拟第 4 款防止抵偿与有关伤害不成比例以及采取羞辱责任国的方式。

21. 讲到利息问题时，他注意到委员会已决定不采纳阿兰焦—鲁伊斯先生的提议，在他看来，不采纳的原因在于该提议没有涉及问题的核心。这个提议集中在两个问题上：复利以及利息计算的起止日期。尤其是前一个问题，争议非常之大，国际法庭就复利问题作出裁决的实践也极其有限。国际法院和常设国际法院在出现利息计算问题时都作出给予单利的裁决，或者考虑给予单利的可能性，如在“温布尔登”号案，科孚海峡案(补偿金额评估)，霍茹夫工厂案(案情实质)中。因此，可以援引具有相当权威性的裁决来反驳裁决给予复利的观点。阿兰焦—鲁伊斯先生根据拟议法提出关于这一问题的条文时，他忽略了一个基本的假设，即如果所欠的补偿金没有支付，那么这笔补偿金的利息直至支付之日才到期付息，这一论点在委员会第四十三届会议的辩论中没有人反对。因此，该条款草案没有被采纳。对于各国政府提出的许多评论，他认为该条款草案应当包含一个不集中于复利问题，只是简单地规范获得利息的一般权利问题的条款。

22. 他也试图用某种较为灵活的术语来处理前任特别报告员提议的条文中所包含的第二个问题，即裁决给予的利息计算的起止时间问题。还应当作出决定的是，应当支付利息的补偿金本应何时支付。有关这一问题的判例与文献中存在重大分歧。在一些法律体系中，在诉因出现之日就应当支付该笔补偿金。而在有的法律体系中，直到受害国提出支付要求时，才应当支付。这两种规则在特定情形下都有道理。在另外一些情形下，可能应自当事方之间正常交往中所欠款项到期应付之时即开始计息。为了满足应支付利息可能的不同起始日期之间有一定灵活性的需要，他在第 45 条之二第 2 款中提出了一个比前任特别报告员的提议更具概括性的表述，后者主张采用诉因产生的日期。补偿金应何时支付的问题是一个由法庭来决定的事项：或者是诉因产生后立即

⁹ 见上文脚注 6。

¹⁰ 见《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 98 页，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件，第 124 段。

支付；或者是在提起请求之后一段合理时间内，或者是其他的时间。他认为，新的表述解决了阿兰焦—鲁伊斯先生先前提议中过于僵化的措辞所带来的一些问题。对于利息支付的停止日，即支付的义务完成之日，取得了较为广泛的一致意见，不管这种完成是以弃权方式还是其他方式。在这点上，他觉得没有理由偏离阿兰焦—鲁伊斯先生的结论。

23. 一些国家政府认为，该条款应当包含复利问题，曼在其著述中极力推崇这一点。¹¹ 不过，在这个问题上，法院仍然极为谨慎。例如，伊朗—美国索赔法庭认为不需要有条款明确授权其作出支付复利的裁决，因为法庭的一般管辖权已经包含了此种权力。但是，只有在极特别的案件中它才会作出此种裁决。他的观点是，如果诉求是基于一个包含有复利条款的基础合同，对裁决给予复利则没有异议。但是，即使在这种情况下，国际法庭也还是极其谨慎。因此他提议，按照国际判例，不排除在特别的情形下裁决给予复利的可能，但并不需要明确提及。

24. 他提请注意解决投资争端中心的一个法庭作出的一项裁决，其中对于一项 20 多年的征用行为的未支付补偿金的复利作了某种调整。¹² 由于适用利率和计算方法需要一定程度的自由裁量，这个原则应当扩展到需要给予某种形式的复利的特殊案件中。这一点可在评注中明确说明。如果委员会根据在复利问题上的现有案例和著述试图对复利问题规定得太细，整个条文就很有可能受到影响。

25. 他在宣读他所提议的第 45 条之二时说，第 1 款的第二句是基于前任特别报告员提议的条文，略显松散，但根据权威性的著述来看，很难再更加明晰。在关于日期问题的第 2 款中，他使用了“除非另有约定或决定”的措辞，因为国家可能会同意不裁决支付利息，另外在有些情况下法庭对利息问题也给予一定程度的灵活性，这同认为存在对一个固定时期的利息的普通权利的观点不太一致。例如，

¹¹ F. A. Mann, “Compound interest as an item of damage in international law”, *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), 第 377 页起，特别见第 383 页。

¹² 圣埃伦娜开发有限公司诉哥斯达黎加共和国(第 ARB/96/1 号案)，2000 年 2 月 17 日的裁决，第 103-105 段 (*ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, No. 1 (Spring 2000), 第 167 页起，见第 202 页)。

法庭曾允许支付期限短于严格适用时期或者利率低于市场利率的利息。在一些有关国家继承问题的条款草案中使用了这种措辞，尽管还是有些模糊，但他认为在这个问题上需要一定程度的灵活性。

26. 在第二部分第二章的最后条款，即他在第三次报告中提议的关于减轻责任的第 46 条之二中，所涉及的一个问题在以前的条款草案中没有涉及，另一个关于共同过失的问题则在一读通过的第 42 条第 2 款中作了规定。该款就以下情况作出规定，即受害国或者由国家代表其提出诉求的个人由于过失或故意作为或不作为也促使损失的发生，对此，不同的法律体系使用的术语也不同，比如称为“自身过失”或者“比较过失”。对此，普遍接受的判例认为，在赔偿中，如受害者是个人，则应当将受害者的过失考虑在内。没有任何国家评论对这一原则提出异议。但把它扩展到受害国时，委员会就采用了渐进的方式来处理。有一两个国家政府对委员会的步骤提出质疑，理由是自身过失的原则不应当适用于国家间案例。他不明白有何理由不能适用。如果不能适用的话，就会出现这样的情况，即责任国由于受害国的行为而被迫赔偿损害或损失。

27. 因此，他提议保留第 2 款，仅在措辞上稍作改动。他这样做的原因跟因果关系的问题无关。前任特别报告员最初的提议是，损害的发生是出于多种原因时，应当减少赔偿额。¹³ 起草委员会没有采纳这一理论，¹⁴ 他在报告中也持同样的观点。他现在保留第 2 款主要是基于公平的考虑，这似乎也适用于国家或者该国国民有比较过失的情况。另外，他注意到，在国家代表一国民提出诉求的多数情况中，国家都是依照自己的权利提出诉求。

28. 第一章 B 节所提到的关切之一是，受害国不应因为由复杂的原因引起的损失而得到过多的补偿。他认为前任特别报告员将因果关系的分解原则作为处理这一问题的主要工具是不正确的。应当努力在责任国与受害国之间的补偿问题上达到平衡。因此，他现在提出一个关于减轻责任的新的条款，

¹³ 见第 8 条，第 5 款(《1989 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第 143 页，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件，第 191 段)。

¹⁴ 见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2288 次会议，第 265 和第 266 页，第 20 至第 26 段。

这一条款实质上是基于国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中对该原则的表述。

29. 他还打算就第二部分之二提出一个反对双重损害赔偿的原则(这不是一项赔偿量化原则)。例如,如在涉及多个国家的案件中有数个侵权行为者,可能会裁决权利请求国从两个国家获得同等数额的损害赔偿金,因为这二个国家都对不法行为负有同样的责任。然而,在所有的法律体系中,原告无权获得比所受损害更多的赔偿。在援引国家责任的情况下,应当重申这一原则。在他看来,这同计算数量无关,而是同援引法规有关。从另一方面说,减轻损害同最初数额的减少有关。国家如果不合理地拒绝减少损害,它就很可能发现最终无法就其损失获得全额赔偿。基本上所有的法律体系和国际法院都承认这一基本原则。因此,在条款草案中说明这一点是适当的,他就此提出一个新的第 46 条之二。

30. 主席说,本届会议第二期会议开始时将继续围绕国家责任条款草案进行辩论。届时还将就第 43 和第 44 条提交起草委员会的问题作出决定。

外交保护(续完)* (A/CN.4/506 和 Corr.1 和 Add.1¹⁵)

[议程项目 6]

31. 杜加尔德先生(特别报告员)介绍了关于外交保护问题条款草案的非正式磋商报告(ILC(LII)/IC/DP/WP.1),他说,尽管在委员会的辩论中,相当多的委员支持将条款草案第 5、第 7 和第 8 条提交给起草委员会,但是会议还是决定在就条款草案第 1、第 3 和第 6 条进行非正式磋商后再提交这些草案。

32. 举行了三次这样的磋商。磋商集中于第 1 条,试图界定外交保护范围。有人建议,特别是塞普尔韦达先生(第 2626 次会议)建议,对这一问题的研究应当包括执法不公的专题,并且第 1 条应指出委员会打算考虑这一问题。特别报告员和其他一些委员反对这种观点,主要理由是它是一项主要规则,而整个专题的目的是把重点放在次要规则上。

33. 不过,人们普遍一致认为,不能完全避开执法不公问题,必须在评注中提及这一问题。这一概念的要素是有关用尽当地补救办法这一条款的基本特点。另外,人们还一致认为,在报告或条款草案中对执法不公问题不作实质性的涉及,同样,第 1 条不应该提及这个问题。

34. 在辩论过程中,有人建议某些专题不列入研究范围。在非正式磋商中考虑了这些建议,并商定条款草案不要涉及非正式磋商的报告第 2 段(a)至(d)项所列的问题。第 1 条不要附有排除条款,但在评注中应当说明条款草案不处理这些问题。

35. 对于条款草案的范围是否应当仅局限于对自然人的损害问题,尚有一些争论。多数人的观点是,至少在目前阶段,这样的限制是不明智的,条款应当既涉及自然人的行为,也涉及法人的行为。这样,第 1 条中所用的“国民”一词,就包含了两类人。对于是否要提及“和平”程序的问题也有一些争论。起草委员会在考虑非正式磋商报告中所提及的三种方案时,将会考虑这些建议。

36. 对第 3 条没有多少争论,唯一提出的问题是,国籍国是有权行使该条所规定的权利,还是仅仅拥有这些权利。这个问题需要起草委员会来决定。

37. 需要谨记,事实说明第 6 条在委员会中是有很大的争议的。非正式磋商承认对这一条的实质有不同的意见,但仍然一致认为应当将该条提交起草委员会,但有一项谅解,即委员会会考虑加入保障性的内容防止滥用该条所阐述的原则。在非正式磋商报告的 C 部分中描述了三种可能规定这种保障性内容的方法。

38. 对于将条款草案第 5、第 7 和第 8 条提交起草委员会的问题,没有反对意见,因此,根据非正式磋商的结果,他建议将条款草案第 1、第 3、第 5、第 6、第 7 和第 8 条提交起草委员会。

39. 伊科诺米季斯先生说,为第 1 条所拟的三种条文的表述本身都不充分;令人满意的结果只能是将这三种条文综合在一起。他同意提交第 1 条,但有一项谅解,即起草委员会考虑将提议的三种条文结合在一起。但是,他担心这种考虑意味着委员会要花费大量的时间。同样要注意在拟定条文时应说明,称外交保护为“一个程序”或“一个过程”,不是指“任何”意义上的程序或过程;它是指在特

* 第 2627 次会议续会。

¹⁵ 见上文脚注 2。

定情况下的非常具体和明确的程序或过程。很明显，该条还有许多工作要做。

40. 他对于第 6 条有较重大的保留。委员们可能会忆及他本人反对在条款草案中列入这一条，因为它同国家平等原则是相悖的，在国家实践中也毫无根据。在没有更严格的标准的情况下，起草委员会如何能拟出文件 C 部分所建议的条文？在他看来，特别报告员在提出对该条更有利的论据时应当重新考虑这一条。

41. 克劳福德先生说，他完全支持将第 6 条提交起草委员会的建议，不管有多大的争议，因为一旦委员会进行充分辩论后，即予以提交，这是委员会通常的做法。至于第 1 条，他希望起草委员会慎重行事，不要将外交保护原则适用于在责任国领土之外发生的人员受伤害的情况。至于“国民”一词涵盖个人和法人的用法，他担心非正式磋商报告的第 3 段最后一句是否会使人以为委员会很可能在未来的条款所涉范围中将法人排除在外。

42. 加利茨基先生说，他赞同伊科诺米季斯先生对第 6 条的疑问。在他看来，将该条提交给起草委员会的时机尚未成熟。许多意见分歧还需要解决。在处理上是否应当使该条反映目前的国际习惯法？他个人对此表示严重怀疑。或者说，它是国际法渐进发展的一个实例？如果是这样，它需要委员会委员给予更多的支持。他虽然同意将其他条款提交起草委员会，但是认为委员会应当在本届会议第二期会议上继续讨论第 6 条的问题，最好是在非正式磋商的框架下讨论。

43. 罗森斯托克先生说，他认为有足够的国家实践支持第 6 条，反面意见反映出对当前现状认识不足。众所周知，起草委员会的作用不仅仅是局限于修饰文字；它也要考虑到总体平衡，在一定程度上还要审查提案的实质内容。基于此，他坚决支持非正式磋商的建议，并认为在全体会议上重启讨论是令人十分遗憾的事情。

44. 辛马先生说，他也坚决主张把第 6 条提交给起草委员会。诚然，参与非正式磋商的委员人数极少，但是与会者几乎一致支持第 6 条所包含的原则。如果这一条是国际法渐进发展过程中的一个尝试，那么委员会应当坚持这一方向。

45. 戈科先生说，如果将第 6 条提交给起草委员

会，他希望对于他在委员会的辩论中所提出的保留将会得到适当考虑。对于第 1 条，他说在评注中应当注明不提及执法不公这一概念的唯一原因是它属于主要规则的范畴。

46. 哈夫纳先生说，他赞同克劳福德先生、罗森斯托克先生和辛马先生就将第 6 条提交给起草委员会的问题所表达的观点。在处理对条约的保留问题时，委员会曾决定将所有的准则草案都提交起草委员会，尽管并不是所有的准则草案都得到全体委员的支持。他认为没有理由将关于外交保护问题的条款草案区别对待。

47. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，第 6 条涉及双边关系中重要的政策问题，是个很棘手的条款。他个人认为“主要”或“有效”国籍这些措辞太过模糊，而这一条不容许有明确的解释。由于委员会的辩论是非决定性的，他赞同前面的发言者的观点，即进一步讨论将有助于澄清这个问题。至于哈夫纳先生所提出的与对条约的保留问题的准则草案的类比，他指出现在的这个问题涉及更核心的政策问题。

48. 杜加尔德先生(特别报告员)说，伊科诺米季斯先生已作出让步，认为关于第 1 条的未决问题可以由起草委员会来处理，那么将草案第 1、第 3、第 5、第 7 和第 8 条提交起草委员会就没有任何问题了。至于第 6 条，他说，在他的第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)的评论中反映了在这个问题上的两种不同立场。委员会开展的充分辩论说明观点分歧仍然存在，因此，就第 6 条问题举行了非正式磋商。参加非正式磋商的委员人数不多，但是讨论非常充分，与会者一致认为应将第 6 条提交起草委员会，同时建议考虑列入保障条款以防止滥用。如果委员会现在决定不将第 6 条提交起草委员会，他不能确信再进行一次全面的辩论或进一步的非正式磋商会产生什么样的结果。

49. 斯里尼瓦萨·拉奥先生认为，如果特别报告员拟出一个简短的注释，为“主要”或“有效”国籍的概念给出一个定义，这会很有帮助。如果在这个关键点上能达成一致，他就不再反对将第 6 条提交起草委员会。

50. 伊科诺米季斯先生说，他同意这些评论意见。特别报告员用注释概括一下对第 6 条的讨论情况，这很有必要。非正式磋商报告的 C 部分提出了对第

6 条进一步研究的三个方面，这项工作只能由特别报告员，而不是由起草委员会来做。特别报告员应当深入研究这些问题，将其成果提交给委员会，或许还要举行进一步的讨论，然后再将条文提交起草委员会。委员会必须做出更多此种的努力，因为第 6 条本身太微妙且富有争议。

51. 戈科先生说，他对第 6 条的实质性方面持保留意见，他不能确定委员会是否应将该条提交起草委员会，尽管适当的程序做法是这样。如果提交起草委员会不会产生太多问题，最好的做法也许是在全体会议上重新讨论第 6 条。

52. 罗森斯托克先生说，这个问题已经在全体会议上讨论过了，也举行了非正式磋商，没有人被阻止参与这些讨论。在向委员会报告时，非正式磋商组一致建议将第 6 条提交起草委员会。如果委员会将其重新交给非正式磋商进行讨论，那将是很糟糕的做法，对第 6 条的工作不可能有任何推动作用。即使委员会将该条提交起草委员会，也不意味着它就批准这一条。所提出的问题可以合理地加以讨论，如果特别报告员要拟出几段文字来指明在现有实践基础上，在决定主要国籍时采用了那些标准，而哪些同第 6 条相关，这两项工作也可以齐头并进。

53. 罗德里格斯·塞德尼奥先生说，程序问题当然同某种实质问题密切相关。已经进行过有益的意见交换，显示出在实质问题上缺乏一致，实质问题引发对起草委员会是否应当讨论第 6 条这一问题的疑问。不过，如果起草委员会打算审议这一条款，它就必须像非正式磋商报告的 C 部分所建议的那样，加进保障条款。

54. 加利茨基先生说，他对第 6 条的评论意见目的在于防止在后期出现问题。起草委员会不像工作小组或者非正式磋商那样有较大的回旋余地，如果该条被重新拿到委员会上讨论，而委员会中反对的声音很大，那么可能的结果只能是被否决。

55. 较为明智的做法是，委员会请特别报告员就主要国籍这一问题准备更多的材料(他个人认为，这一点很关键)，然后在本届会议第二期会议上重新讨论这个问题。他不赞同最初起草的这一条，认为不妨在非正式磋商中再审议一下这一问题。

56. 主席总结了讨论情况，指出委员会已就实质问

题进行了广泛的讨论，所有的观点都反映在简要记录和委员会提交大会的报告中。对于非正式磋商一致通过的将第 6 条提交起草委员会的建议，委员会完全有权接受或是拒绝，但是，如果违背惯例，将这一问题重新付诸讨论，将会带来很多棘手的问题。

57. 他建议委员会遵循传统的做法，请起草委员会审议所有这些条文，同时虑及在全体会议中所表达的各种观点，非正式磋商报告和特别报告员所要做的更多的努力。如果起草委员会到了对第 6 条的问题不可能再有进展的地步，起草委员会主席通常可以请求就相关的具体问题进行全会辩论。

58. 克劳福德先生说，他赞同这种做法。他指出，对起草委员会的最终成果来讲，委员会并不是只起橡皮印章的作用。如果起草委员会提交第 6 条，很多对该条有异议的委员完全可以提议删掉或者修正这一条。他认为维持常规的程序非常重要，但认为或许可对第 6 条某些方面加以修正。

59. 主席说，如果没有异议，他就认为委员会打算采纳他所建议的这一做法。

就这样议定。

本届会议的工作安排(续完)*

[议程项目 2]

60. 主席宣布说，规划组已开会讨论过委员会 2001 年第四十三届会议举行的时间和地点，但是讨论没有结果，不过人们形成了新的共识，赞同再召开一个分期会议。如果要安排好必要的会议筹备事项，必须在 7 月中的委员会会议上作出决定，为此主席团已决定重新设立分期会议工作组。在上一届会议上，罗森斯托克先生主持了该工作组的工作，他已同意再次主持这项工作。他还同意在本届会议第二期会议一开始就下一届会议的时间和地点举行广泛的非正式磋商，希望就这些问题发表意见的委员可以同他联系。

* 续自第 2622 次会议。

吉尔贝托·阿马多纪念演讲

61. 巴埃纳·苏亚雷斯先生指出，委员会每两年举办一次纪念吉尔贝托·阿马多的演讲活动，吉尔贝托·阿马多先生是委员会的最早成员之一，多年来为委员会的工作做出了宝贵的贡献。在本届会议上将延续这一做法，佩莱先生已经答应做演讲，演讲将于 2000 年 7 月 18 日星期二下午 5 时举行，题目

为“人权运动与国际法”。

62. 主席宣布说，委员会已经完成了其本届会议第一期会议的工作。他感谢秘书处工作人员给予的合作与帮助。

上午 11 时 45 分散会。

第五十二届会议第二期会议简要记录

2000年7月10日至8月18日在日内瓦举行

第 2636 次会议

2000年7月10日，星期一，下午3时05分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节,
A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会委员们重新开始审议关于国家责任的第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)第一章 B 节所载条款草案第 43 和第 44 条，特别报告员已在本届会议第一期会议(第 2634 次会议)上对其作了介绍。

2. 克劳福德先生(特别报告员)说，在本届会议第一期会议的辩论中提出了许多问题，例如，关于恢复

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

原状和补偿之间的关系以及用一整条专门规定补偿的意义问题。针对罗森斯托克先生(同上)的评论意见，他为第 44 条提供了一条评注，委员会的委员们可根据该评注决定这一条款本身是否应该扩展或他提出的相对简洁的版本是否充分。

3. 伊科诺米季斯先生说，他想谈一下第 43 和第 44 条，但也要对第 45 条之二发表一些意见，他注意到该条和第 44 条之间有紧密的联系。

4. 关于第 43 条，他完全赞同这一观点，即恢复原状理应作为赔偿的主要形式，尽管事实上补偿是最常用的方式。在每一个责任案件中，目标是通过恢复先前的状态尽可能地完全消除所有国际不法行为所留下的痕迹，也就是说，通过实物恢复原状恢复以前的状态。基于特别报告员在其第三次报告中提到的两个根本原因，即这种情况极其罕见并且毕竟基本为第 43 条(c)项所涵盖，他可以同意删除一读通过的第 43 条(d)项中规定的例外，即，严重危及责任国的政治独立和经济稳定。他也同意删除(b)项中提到的例外—违背根据强制法中的强制性规范所产生的义务—只要第 29 条之二得到明确的适用；这是起草委员会应该慎重考虑的事情。

5. 最好做一些措辞上的改动，如：“实行了国际不法行为的”的措辞应改为“应负责任的”，这已有许多实例；在法文本中，“obligé”一词应替换为“tenu”，这是一个更加符合法律用语的措辞；如果在提到恢复原状时用“实物”一词来修饰，规定会更准确。法文本第 43 条起首句应为如下：“Tout État responsable est tenu de restituer en nature, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant qu'il n'ait commis le fait internationalement illicite, dès lors et pour autant que cette restitution en nature...”。(c)项中用语“ceux qui sont lésés”(“受害者”)应改为“l'État ou les États lésés”(“国家或受害国”)。

6. 至于第 44 条, 他赞成采用类似于一读通过的灵活的措辞, 但应该尽可能的准确。他可以赞同在某一条款中规定对补偿的限制, 如第 42 条第 3 款中的一项规定。他还认为, 利息作为补偿的一个重要因素应包含在第 44 条中, 或许为此第 2 款要予以扩大。关于利润损失和复利的问题不仅仅在评注中而且应在条款草案中予以谨慎处理。因此, 第 44 条的案文应为如下:

“1. 凡责任国实施的国际不法行为所造成的损害未以实物恢复原状的方式得到补偿的, 责任国有义务进行补偿。

“2. 在本条范畴内, 补偿在确保充分赔偿的必要范围内包括任何经济上可估量的损害、应付本金的利息, 以及可能在某些情况下包括利润损失或复利。”

最后, 特别报告员所提议的第 45 条之二中所涉及到的利率和计算方式, 以及支付利息的期间的部分, 可作为第 3 款的主题加到第 44 条中。

7. 贺先生说, 特别报告员所提议的标题为“赔偿形式”的第二部分第二章, 是建立在国际法的基本原则基础之上的, 即: 任何违约行为都包含有赔偿的义务在内。对于常设国际法院在霍茹夫工厂案中阐述的这一原则, 国际法院的裁决作了确认, 在因违约而导致国际责任的案件中, 不同的国际法院和法庭也都适用过这一原则。我们可以从多个角度来看待赔偿义务的内容。就一般意义来说, 它必须尽量消除国际不法行为产生的所有后果, 并且重建不实施不法行为本会存在的状况, 从而达到第二章的规定中所要达到的“充分赔偿”的总体目标。第二, 赔偿的义务作为一国国际不法行为的主要法律后果, 并不扩展到与直接或即时产生的后果截然不同的那些间接或遥远的后果。关于足够偶然性联系的一贯要求, 应在赔偿或补偿的相关条款中清楚地加以阐明, 或至少在评注中加以阐明。第三, 在这个问题上有不同观点, 但“充分赔偿”必须包括可得利益损失和利息, 否则将与判例法的多数原则相抵触, 同时, 也和充分赔偿原则相抵触。最后, 相关案文应表达或体现出赔偿和所受损失之间必要的相称性。认为处罚应超出充分赔偿的观点是不可接受的, 应予以摒弃, 因为在责任的概念中暗含的赔偿责任不应超出消除不法行为的所有后果的范围。没有证实造成了任何损害, 无论是物质损害还是精神损害, 就不可

能裁决给予赔偿, 这一点早已达成共识。

8. 关于特别报告员提议的第 43 条中所涉及到的恢复原状问题, 他说, 恢复原状应优先于包括补偿在内的其他任何赔偿形式的办法受到了批评, 那些主张在恢复原状和赔偿的关系中采用更灵活的方式, 以确保受害国可以自由选择它认为适当的救济形式的人认为这一办法过于僵硬, 与实践相矛盾。特别报告员虽然坚持认为应把恢复原状置于首要地位, 但赞同对其实行有条件的优先, 尤其在涉及合法占据的领土或依法扣留的人员或有历史或文化价值的财产的案件中。因此在提议的第 43 条中应保留这一优先原则, 但须明确规定某些例外。在一读通过的第 43 条中, 如果达到充分赔偿的恢复原状是可能的, 行为国就不能选择补偿, 但在这种情况下受害国家有可能选择补偿吗?

9. 关于特别报告员提议的第 44 条, 正如特别报告员在第三次报告第 166 段中所述, 主要的问题是是否有必要更详细地阐明补偿的原则。鉴于补偿作为赔偿的一个主要方法的重要性以及第 44 条的功能在于确定补偿的范围这样一个事实, 看来有必要详尽地规定与补偿有关的要素和条件, 以便更好地确定其数额。在缺乏一些决定因素的情况下仅仅提到“任何经济上可估量的损害”是不够的。在它们中间, 对于损害和国际不法行为之间的因果关系的惯常的要求应该明确说明, 利润损失也应当有所体现, 即使已有一项关于利息问题的单独条款, 它主要与计息方法有关。鉴于法律的不确定状态和国家实践方面的差异, 起草一个更为详尽的补偿规则十分困难, 但目前的第 44 条则过于简单, 没有把意思充分恰当地表达出来。尽管在赔偿的形式上还可找到比较灵活的措辞, 但作为补偿形式的充分赔偿的基本原则应该予以充分尊重, 并在条款本身中更详细地体现出来。同时, 为了避免可能的规则滥用, 不妨可规定补偿不应超过不法行为造成的损害后果。

10. 哈夫纳先生指出, 任何关于第 43 和第 44 条的评论在很大的程度上取决于对第 40 条以及第 40 条之二的审议结果。他现在要作的评论是基于如下假设: 这些条款草案如果不是只与受害国家相关就是首先与受害国家相关, 从狭义上来说, 受害国可以对国际不法行为所造成的损害主张充分赔偿。第二, 既然条款草案的最终措辞在一定程度上取决于最终版本的评注, 他保留必要时在评注的基础上调整他个人观点的权利。

11. 总的来说, 他认可特别报告员对所审议的国家责任部分采取的一般做法, 他赞成对条款草案作一般性表述, 因为太多的细节会导致极难(如果不是不可能的话)就文本达成普遍一致的意见, 并会导致国家在新的领域产生冲突。国家责任领域最重要的问题是对责任的确认, 而并非对损害赔偿的评估。这个观点已被国际法院在关于加布奇科沃—大毛罗斯项目案中确认。在该案中, 正如在报告第 155 段所指出的, 法院并不认为补偿问题是案件的核心问题。因此, 在很多案件中, 赔偿金的数额均由协商决定。在这一方面, 他对频繁诉诸于仲裁裁决的想法持保留态度, 尽管毫无疑问, 仲裁裁决是查明现有法律的一个主要来源。首先, 仲裁裁决并不考虑国家责任通常由有关的国家或国家法院所直接决定这一事实。其次, 仲裁裁决经常是作为解决争端的条件之一予以保密的。

12. 谈到第 43 条, 他说恢复原状当然是对不法行为的首选反应, 但这取决于受害国的选择。如果该方式不如(譬如说)补偿方式使用频繁, 是因为该方式的局限性而非恢复原状处于次要地位。第 142 段明确表达了恢复原状的义务是重建没有不法行为的情况下本应存在的状态, 并非仅仅是恢复先前的状态。在这一点上, 他对条款正文本身有一些疑虑: 必须考虑到任何事物都不是一成不变的这一事实。关于恢复原状义务的局限性, 提到实际上不可能也产生了一些问题, 必须要查明是否包括法律上不可能。有关国际法和国内法之间联系的不同理论对此有着不同的答案。二元论认为法律上不可能包含于实际上不可能之中, 与之相反的一元论则认为国际法是优先的。在这方面, 委员会也必须考虑到条款草案第 43 条与第 4 条的关系, 后者是将诉诸于国内法排除在外的。换言之, 也可以认为责任国不能通过引用本国法律来逃避重建的义务。例如, 这将产生与 1969 年《维也纳公约》第二十七条相同的表述结果。然而, 第 4 条的表述并非是为了达到相同的效果。因此, 问题还是实际上不可能是否包含法律上不可能, 如果至少可在评注中处理这一问题, 也会有所帮助的。至于第 43 条(c)项的局限性, 在于措辞“受害者”如果参照第 40 条之二的話, 将会产生一些疑问。问题是有争议的的利益是否是受不法行为之害的受害者个人或相关国家所取得的利益。既然第 40 条之二只讲到国家是受害实体, 这就给人以这样的印象, 似乎第 43 条(c)项中所指的也仅是国家。因此, 最好在评注中说明一下。

13. 特别报告员提议的新的第 44 条较为简短, 采用了更一般的形式, 较之一读通过的版本更为可取, 这与伊科诺米季斯先生的观点相悖。如第 158 段所建议, 在外交保护情况下不涉及损害赔偿的量化问题。当然也不可能更为详细地描述补偿的量化问题。该领域通过的不同裁决规定了一定数额的补偿, 但并未给出计算的标准。例如, 在“彩虹勇士”号案中, 迄今无法了解确定精确的补偿数额所用的决定性的标准。在最近的中国驻贝尔格莱德大使馆遭导弹袭击一案中, 不是作出严格意义上的补偿, 而是作为特惠支付了一笔或多或少等同于损害赔偿金的款额, 当然要想精确地找出最终支付数额所依据的标准是十分困难的。原则应该是, 所提供的补偿应确保不法行为的受害者认为能了结争端。

14. 至于条款的措辞, 是否保留“经济上”这一用语可能有点问题, 因为该用语可能导致一些疑问。例如, 它能否适用于人类灭绝某一濒危物种的不法行为? 这一措辞在使用上似乎一直不够准确。当然, 该问题的解决也依赖于第 45 条中关于“精神损害”的含义。或许解决方式是在第 44 条中用“物质损害”, 第 45 条中用“非物质损害”来表达, 限定词“物质”的含义当然比“可从经济上加以估价的”更为广泛。对该术语的选择也会出于以下的考虑。既然第 44 条提到对经济上可估量的损害的补偿, 就可以得出结论, 认为其他形式的损害赔偿属于第 45 条的范围, 该条述及非物质性损害。因此, 第 44 条显然是要包括物质损害。比较第 43 条和第 44 条仍有一个问题。拟议的新的第 43 条提到受害者应从恢复原状中得到的利益。第 44 条并未提及对谁造成了损害: 是第 40 条或第 40 条之二意义上的受害者, 还是真正的受害者, 比如个人。他认为, 两种情况都意味着同样的主体, 即遭受不法行为之害的政府或个人。至少在评注中说明这一点将有助于解决问题。这方面还有一个问题是, 应该向谁支付补偿? 向实际的受害者吗? 这是否意味着实施外交保护的国家有义务将补偿转交给受害者? 他认为, 委员会要回答这些问题, 必须首先确定这种情况是否属于外交保护或国家责任的范围。无论如何, 他不反对至少在评注中阐明源自于“补偿”的一般含义的补偿的义务。至于在报告第 161 至第 164 段中讨论的补偿限制问题, 人们通常在赔偿责任的范围内提出这一问题, 因为在赔偿责任的范围内补偿不必有不法行为。当前的普遍趋势是限制补偿数额, 因为没有限制的话, 某些活动就不可能签

订保险合同。不过，报告第 163 段中提到的情形在国家责任的情况下并不存在。尽管他大致同意特别报告员在该问题上的立场，但仍认为在这方面特大危险性活动的例子并不恰当，应做其他的考虑。可能提出的问题是，国家是否会因必须支付巨额补偿金而可能违反其保护国内民众生命和健康的人权义务？因此，有义务的国家可对另一国援引的对补偿的某种限制，可以源自这类人权义务。另一问题是，有义务作出补偿的国家是否可以为了限制其义务而诉诸关于危急情况的第 33 条，对这一问题或许可在评注中处理。

15. 戈科先生表示，他从伊科诺米季斯先生和贺先生的发言中得到一个印象，即他们设想了一种赔偿等级体系，因为国家在寻求补偿之前应首先寻求恢复原状。然而，恢复原状是一种权利，它意味着受害国可以自由决定行使与否。他希望特别报告员能够对这方面的情况加以阐述。如一些发言所述，受害国可能会倾向于不通过恢复原状程序而直接寻求补偿。他想知道是否应该把寻求恢复原状作为一个前提，不论在寻求补偿之前是否必须证明恢复原状是不可能的，换言之，不论是否可以类比民法的规定，即在起诉担保人之前必须首先寻求恢复原状。

16. 克劳福德先生(特别报告员)说，很明显，在受害国可以选择寻求补偿的情况下，选择寻求补偿而非恢复原状的权利在法律上是有效的。当然，也不存在这样的要求：必须首先穷尽为恢复原状所作的所有尝试。一般情况下，这对于受害国都是一个问题的。我们很可能会想到这样的情况：受害国可能别无选择，唯一可能的结果就是恢复原状，但是这都是非常极端的情形。停止而非恢复原状的概念较好地包括了这些内容。条款草案，尤其在第二部分之二中，清楚地表明，从狭义上定义的受害国(如哈夫纳先生所说)有选择的权利。在一般情况下这项权利是有效的，恢复原状则变得无关紧要，实践中的情况经常如此。当然，也会有其他的情形，即恢复原状显然是绝对不可能的，举例来说，因为确实发生了损失，如死亡或者严重且无法挽回的损害。至于戈科先生所提出的担保问题，第二部分第二章并没有涉及担保法或者两个不同的国家应对不法行为的不同方面负责任的情况。它仅涉及单个国家以及与该国有关的不同形式赔偿之间的关系。涉及多个国家的情况将在审议他的报告第三章 B 节时加以处理。

17. 蒙塔兹先生谈到，根据他的个人理解，特别报告员将会考虑多个受害国的问题，他在第 126 段中提到过，而且委员会在 1993 年其第四十五届会议上已决定要重新审议这个问题。他期待看到特别报告员将如何展开这个主题。

18. 关于第 43 条，恢复原状是公认的最符合一般责任原则的赔偿形式，根据该原则，一个实施国际不法行为的国家必须通过重新确立实施该行为前存在的状态来消除它所带来的法律后果和实际后果。还存在着一种可以称之为“纯粹恢复性的”恢复原状的办法。这似乎就是特别报告员所选择的办法，因为他提议的条款草案表明，实施国际不法行为的国家“有义务恢复原状，即重建实行不法行为以前存在的状态”。这种恢复原状当然不影响任何补偿。

19. 在新的条款草案中，特别报告员把恢复原状义务的例外从四条减少到了两条。第一条例外，“实际上不可能”，问题不大，因为它源于谚语：“没有人有义务做不可能之事”。这同样适用于一读通过的案文中的第二条例外，但特别报告员对此做了保留：不言而喻，如果恢复原状所涉及的负担与受害国从恢复原状而非补偿中得到的利益不成比例，实施不法行为的国家则不必恢复原状。

20. 删除另外两项例外引起了一些麻烦。删除有关违反一般国际法的强制性规范所产生的义务的例外似乎基于两个论点。第一个论点是法国在其意见³中以问题的形式提出来的，而且看来已被特别报告员采纳，即恢复合法性怎么可能违背强制性规范。第二个论点就是前任特别报告员没有列举恢复原状会违背这种规范的例子。似乎参照强制法是问题所在，而且是删除这一例外的真正原因。但事实仍然是，在某些情况下，而非在简单的、假设的案例中，恢复原状很有可能遇到无法逾越的法律障碍。前任特别报告员在其初步报告⁴中曾指出，可以设想一种情况，就是恢复原状可能会与《联合国宪章》，尤其是第一百零三条产生冲突，或者与条约法或习惯法规则产生冲突。他列举了其合法性不再是问题的收归国有的例子。一个实行合法国有化的

³ 见第 2613 次会议，脚注 3。

⁴ 《1988 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 6 页，A/CN.4/416 和 Add.1 号文件。

国家不可能受到恢复原状义务的束缚，这一点是毫无争议的。因此，他认为给恢复原状义务加上第三项例外是合适的，以涵盖以下情况，即恢复原状会遇到无法逾越的法律障碍，但不一定涉及违反一般国际法的强制性规范的情况。这项例外也包括涉及严重威胁到不法行为国的政治独立的情况，该项例外出现在一读通过的案文(d)项中，那么有可能会被删除。

21. 特别报告员为有关补偿的第 44 条所提议的案文规定对“任何经济上可估量的损害”进行补偿。这是一种既包括直接物质损害、精神损害，也包括利润损失的表述。对于因国际不法行为造成的物质损害进行赔偿的必要性，大家的意见是一致的，而且也没有产生任何困难。至于精神损害，应把作为国民的个人或受害国代理人遭受的精神损害与国家本身蒙受的精神损害加以区别。他认为抵偿应成为后一种形式的损害的补偿方式，而第 44 条规定的精神损害赔偿应被严格限制在自然人所受到的损害范围内。这就与目前的做法保持一致。在这方面，可参考国际法院在科孚海峡案中所作的裁决以及英国—墨西哥专门索赔委员会在麦克尼尔案中的裁决。科孚海峡案裁决的补偿被宣布为精神损害赔偿。

22. 至于利润损失(可得利益损失)，只能核准委员会在其第四十五届会议上得出的并且在特别报告员的报告中提到的结论。⁵ 不管是在理论上还是在实践中，对利润损失的补偿都没有被普遍接受，而且由于这方面的法律依据差异极大，很难找到能得到广泛支持的精确的规则。但是，特别报告员提出的措辞——“任何经济上可估量的损害”，应从广义上进行解释，以便也包括利润损失。可能同样放在评注中说明较为合适。

23. 关于补偿的限制问题，特别报告员本人在报告的第 162 段中承认，造成严重损害的补偿要求可能剥夺人口本身维持生计的能力，对这一问题需要加以考虑。这样的问题应放在大规模和系统性侵犯人权的范畴中，而不需建立专门的人权制度。他认为委员会应重视这个问题并且在评注中注明，在这种情况下，补偿可以受到限制。

24. 戈科先生谈到，特别报告员关于恢复原状的评注很有建设性，报告的第 124 段末和第 126 段初出

现的评论值得大家重视。受害国可以有选择，可以不要恢复原状而直接要求补偿。在有多个受害国的情况下，不法行为国将面临着多种赔偿要求，一些国家会选择恢复原状，而另外一些国家可能寻求补偿。

25. 一种导致赔偿义务产生的不法行为就是在冲突过程中对领土的非法占有或吞并，伴随着苦难和破坏。而菲律宾人在第二次世界大战中就曾蒙受巨大的痛苦，经过多年经济才得以复苏。马尼拉曾一度遍地碎石瓦砾，无疑是遭受战争摧毁最严重的城市之一。在战争的情况下，恢复实物原状是不可能的，这也是菲律宾人签订赔偿协定的原因所在。⁶ 之后不久，菲律宾国会通过第 1789 号共和国法令，宣布成立赔偿委员会，以充分利用赔款来确保最大限度地为人民造福。显然无法恢复原状，只有补偿是可能的。第 43 条或许是有利的，它不妨碍受害国就赔偿形式达成协议。如果保留该条款草案，则应规定它不适用于发生剧变或导致一个国家彻底毁灭，成千上万的人失去生命的战争的情况。特别报告员提议的新版本比原始版本的措辞更清楚，优点是直接指出了不法行为国的义务而非受害国的权利。

26. 他同意特别报告员所拟的第 44 条；它比一读通过的条文更简单，更清楚，更简练。

27. 关于他先前的评论，在谈到保证的概念时，他的意思只是提出恢复原状要求并不是保证人恢复的一个前提。特别报告员的措辞“任何经济上可估量的损害”所具有的优点是，范围很广泛，足以包含各种损失，包括可得利益损失，甚至是利息。

28. 罗森斯托克先生在提到上面一位发言人的发言时说，所涉及的问题仅仅是由责任国进行的恢复原状以及由此发生了不法行为的情况。无论是收归国有还是领土转让都有可能合法地发生，但这并不意味着必须对恢复原状作出任何限制。

29. 主席作为委员会成员发言，他指出，在报告的第 136 至第 143 段中，特别报告员引用了大贝尔特海峡案，且相当详尽地论述了指出临时措施的问题。他认为禁令不属于恢复原状的传统概念，并想知道特别报告员在这方面打算如何处理。

⁵ 见第 8 条的评注第(27)段(《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 80 页)。

⁶ 1956 年 5 月 9 日在马尼拉签订(联合国，《条约汇编》，第 285 卷，第 4148 号，第 3 页)。

30. 至于补偿,他注意到 155 段提到了加布奇科沃—大毛罗斯项目案,指出法院曾建议“零数协议”。此外,在克勒克纳案中,仲裁法庭认定双方当事人同样违反了他们的约定。他问特别报告员是否打算把此概念引进条款草案中。

31. 克劳福德先生(特别报告员)对大会主席的评论作了答复,认为指示临时措施不属于赔偿的范畴。他之所以引用大贝尔特海峡案是因为在临时措施时期,一方曾辩称,如果要修建大桥,拆毁大桥造成的不利后果将大于芬兰受到的损失。因此不存在临时措施的情况。大桥的准备工作已接近尾声,但是尚未修建,并且法院并不打算接受当时的理由,声明如果法院认为大桥妨碍通行权,不能排除其可能会下令拆除大桥。

32. 至于主席所提出的第二个问题,他说他一直在尽力解决阿兰焦—鲁伊斯先生和其他法律工作者所提出的问题,即理论和实践存在的明显的反差。大家都认为恢复原状是赔偿的首要方式,但在实践中却是很少采用。至于抵偿另一方对当事人造成的侵害的问题,这部分地与程序问题有关,有时称之为抵销,但这并不真正属于国家责任法的一部分。

33. 最后,他忆及,主席提到的克勒克纳案中提出了另一个问题,即关于不履行的例外。他将会在审议了与反措施有关的问题之后在第三章中对此进行讨论。但他认为,无论如何,例外的适用实际上限于由于条约产生的义务。因此在条款草案中无需讨论。

下午 4 时 40 分散会。

第 2637 次会议

2000 年,7 月 11 日,星期二,上午 10 时

主席:彼得·托姆卡先生

出席:阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先

生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、伊德里斯先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节,
A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会继续就第三次报告的第一章 B 节(A/CN.4/507 和 Add.1-4),特别是第 43 和第 44 条进行讨论,以期将其提交起草委员会。

2. 辛马先生说,特别报告员应当得到很高的评价,不仅仅是因为他准备了大量的材料,而首先是因为他的特殊才华,这表现在他能不断改进前期的工作。

3. 在他看来,讨论还面临一个问题,即草案中其他跟现在的讨论相关的部分的还没有澄清。因此,哈夫纳先生曾经提出(第 2636 次会议),补救办法本身和谁可以请求哪些补救办法的问题是紧密相连的,这个关系在第 40 条之二也被提及。例如,在存在令人震惊的违反人权行为的情况下,按照特别报告员的说法,除了直接受害国以外,其他的国家也有权采取反措施以促使其停止侵害。对于这一点他完全同意。但是,非直接受害国是否也可以采取反措施为受害者争取补偿或者其他形式的赔偿呢?在一国侵犯了居住在该国的人的人权的情况下,必须有这样的补偿,而问题则在于谁可以提起诉讼,通过什么方式获得补偿。从目前特别报告员所拟的条文来看,这一点还不甚清楚。

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文,见《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 61 页,第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

4. 停止和恢复原状的区别问题在这种背景下起着重要的作用。按照特别报告员的看法,恢复原状关系到消除过去的损害,而停止则关系到停止正在进行的侵害。但是,他希望第三次报告中所提到的有关恢复原状的义务的某些例子能进一步澄清。例如,如果一个人被非法拘禁,恢复原状当然应当先于补偿。国家不能仅仅要求补偿,拿到钱就不再过问,让这个人继续在监狱中受罪。但是,如果这个人还在被非法拘禁,何以提出恢复原状——在这种情况下消除过去的损害?

5. 在恢复原状优先于补偿的问题上,如果在两者之间可以做出选择,也只有受害国可以做出选择。他在提到蒙塔兹先生(同上)所作的评论时说,在征用案件中,认为责任国可以选择对非法征用的财产恢复原状,或者对受害者进行补偿的观点有很大问题。当然,他所说的是次要规则下的补偿,而不是征用外国财产的主要规则中所要求的补偿义务。

6. 恢复原状和补偿都是有限度的:对恢复原状的限制规定在第 43 条(a)和(c)项,对补偿的限制规定在评注中。鉴于这些限制,很难排出先后次序。大陆法系方式和普通法系方式的矛盾或许也渗入了讨论中。如果将补偿同恢复原状放在同一层次上,就可以更容易地适应普通法系的传统,而大陆法系的司法界则倾向于先寻求恢复原状,只有在不可能恢复原状时,才转而寻求补偿。

7. 霍茹夫工厂案在文献中和委员会早期的工作中多有论及,但是在该案中所运用的赔偿方式却同委员会所采取的不同。常设国际法院在霍茹夫工厂案的判决中认为,赔偿必须尽可能地消除非法行为的所有后果,并重新恢复如未施行不法行为很可能存在的状况。因此,问题是如果没有发生不法行为,将会是什么样的状况。委员会对恢复原状的处理方式体现在一读通过的第 43 条中,该方式限于重建不法行为发生前一直存在的状况,其暗含的目标是让时间倒转。但是,如果严格按照霍茹夫工厂案中整体补偿的方式,可得利益损失就需要被补偿,但是按照特别报告员的建议,可得利益损失问题还是悬而未决,尽管可以以就事论事、个案处理的方式来解决。

8. 特别报告员提议的新的第 43 条(a)项所列的恢复原状的第一个例外是关于实际上不可能。哈夫纳先生曾经询问(同上)是否不应当包括法律上不可能,

即,如不法行为的受害者 A 国向 B 国要求恢复原状,而 B 国答复说它不能给予这种补偿,因为其国内法不允许。但是,这不是个法律上不可能的例子,因为,国际法不排除修改国内法的可能性。

《欧洲人权公约》原案文中的第 50 条,现在的第 41 条规定,如果不能充分恢复原状,必须给予补偿。但是这一条款和其他相似的条款构成一个国家间的自愿协议,协议不会超出一般国际法允许的范围,这也是承认在多数情况下要求一个国家废止立法是极端困难的。而这其中的困难同不可能又是完全不同的两回事,两者不能混淆在一起。

9. 他同意其他人的看法,即新的第 43 条(c)项中所提到的“受害者”的措辞非常不恰当,因为这可能被理解作也包含除国家之外的实体。第 40 条之二第 3 款应当作此理解。但是,其范围应当在整个草案中做广义的解释,这样委员会就不需要再为适用于非国家实体的补救办法问题加入措辞模糊的条款。

10. 至于特别报告员联系大贝尔特海峡案和死刑案(巴拉圭诉美国案和拉格朗案)讨论恢复原状问题,他同意山田中正先生的观点,即对于涉及强制性的救济的恢复原状与对后在有关案情实质问题的程序中所裁决的恢复原状应当有所区别。

11. 至于第 44 条,关于补偿问题,许多委员以及特别报告员都意识到要构建一个有意义的表述方式非常困难,就像在很多例子中,国家就一起国际不法行为的补偿问题达成了一致,但是责任国坚持要求宽限给付。第二个困难在于,国家创设了以惯例为主导的特别补偿方式,特别是在世界贸易和环境问题上,这些方式从实践的角度排除了对一般原则的适用。报告提到了环境法方面的赔偿责任条约,但是这些条约都同对行为人的赔偿责任限制有关。就他所知,还没有国家责任的条约给出这些限制。他赞同特别报告员的观点,即委员会目前所能做的只是设计一个灵活的方案,或许要把伊科诺米季斯先生(同上)提出的一些修正包含进去。任何涉及制订有关补偿的量化规则的问题都要交给委员会,由其在今后的几年中努力解决。

12. 哈夫纳先生指出第 44 条“可从经济上加以估价的损害”一语有问题,并询问用“物质损害”来形容是否会更好。在第 148 段,特别报告员将“可从经济上加以估价的损害”解释为既包括物质损害,也包括精神损害。他很想知道如何从经济上估

量精神损害。也许抵偿或者名义上的损害赔偿的方式是更适当的方式。最后，正如他之前提出的，如果严格遵循霍茹夫工厂案中充分补偿的原则，则应当对可得利益损失给予补偿，但是如果遵循现在第44条的表述方式，则可得利益损失可以以个案处理的方式来解决。

13. 哈夫纳先生说，法律上不可能的问题是真正的问题。根据国际法的主要规则，国家必须实行某些立法。但是如果议会不这样做又会是什么情况呢？或许可能的办法只是给受害者以补偿。当然，改变法律存在限制：例如，最高法院的裁决无法推翻，在这种情况下恢复原状当然是不可能的。

14. 辛马先生指出了法律上不可能这一概念所存在的问题，他举例说，议会颁布的立法被认定违反了国际法，政府虽试图撤销这一法律，但是没有成功。换句话说，国际法的规定将问题转给执行机构，而执行机构无法使议会做出使立法符合国际法所必要的行为。但是，这不是在国家责任问题上看待国家的正确视角。国家更应该被看作是一个“黑箱”，任何政府机关都不应当逃避修正任何可能发生的违反国际法行为的义务。

15. 关于最高法院的裁决无法被推翻的问题，根据希腊最高法院最近所作的一项裁决，德意志联邦共和国，作为第三帝国的继承国，对于其在二战期间在希腊所犯下的反人类罪不能得到豁免。³ 如果要避免对其在希腊的国家财产进行强制执行，要给予超过5000万德国马克的赔偿。德意志联邦共和国认为这项裁决不符合有关主权豁免的国际法。但是，当一个国家认为一个无法上诉的最终判决是违法的情况下，它该怎么办？先付款，然后要求补偿损失吗？当然这几乎近似荒谬了。

16. 加亚先生说，尽管在国内法律体系中对一个无法上诉的最终判决也许没有法律补救办法，但这并不意味着国内法律局势不能改变。一些国家在有关国际法的问题上推翻了判决结果的例子也屡见不鲜。在两次世界大战之间所达成的一系列有关司法或仲裁的双边协定就包含了旨在避免推翻最终判决的条

款。这证实了国际法的适用是可以导致产生推翻判决的义务的。与物质上不可能相反，没有所谓的法律上不可能：唯一可能的例外是这样一种非常稀奇的情况，即为了实现恢复原状必须违反某个国际法义务。从实践的角度讲，实际上不可能才是委员会应当关注的唯一问题。国内法带来的困难只能是在决定恢复原状或补偿哪个更合适时需要考虑的不同因素之一。

17. 他就辛马先生所提出的另一个观点提出了看法。即使像大家已经同意的那样，委员会只处理国与国关系问题，但也不能忽略国家的权利被侵害，而该权利影响到该国国民个人这种情况背后的现实问题。它不能通过设置一个像辛马先生所建议的例外条款这样的手段来处理这个问题。委员会必须深入考虑谁可以援引责任，谁有权在补偿和恢复原状之间做出选择的问题。虽然它只是考虑涉及国与国关系时的个人的作用问题，但是它必须考虑到个人。

18. 庞布—奇文达先生说，考虑到其目的(包含所有经济上可估量的损害)，草案第44条涉及的问题是可以理解的。辛马先生似乎对这一估量问题采取了一种谨小慎微的方式，将其理解为只是同物质损害有关，而与精神损害无关。他不同意这种方式，而倾向于委员会一读通过条款草案时所采取的立场，即，任何损害都可以获得补偿，都可以从经济上来估价。这一观点在判例法中也有体现：法官或仲裁员均已作出裁定，认为对于精神损害也可以给予经济补偿或赔偿。

19. 戈科先生说，“可从经济上加以估价的损害”一语只能指从金钱上所能估量的损害。但是，有些损害是不能以金钱来衡量的。例如，惩罚性损害赔偿金就属于完全不同的一类。

20. 卡巴齐先生说，需要对这样一个问题进一步澄清，即如果在国家权力分立的情况下，议会通过了一条立法，结果构成了国际不法行为，这该如何处理？可以给予补偿，但是如果执行机构不能摆脱相关的立法，不法行为就会持续下去。在这种情况下，补偿不能带来有意义的补救办法。

21. 伊科诺米季斯先生说，委员会必须决定它是支持辛马先生所援引的在所有情况下都必须补偿利润损失的原则，还是采用特别报告员所提出的以个案

³ 见 I. Bantekas, “Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany”, AJIL [《美国国际法学报》], vol. 92, No. 4 (October 1998), 第 765 页。

处理的方式评估利润损失的方式。他倾向于后一种方式。然而，如果采用前一种原则，这种原则——以及各种例外——都应当在条款草案本身写明。评注是用来解释这些原则和例外存在的理由的。对于执行的可能性，以及相关的实际上或法律上的障碍问题，在他看来，应当对“实际上不可能”给予广泛的解释；应当包含任何从国内法中产生的任何法律障碍。至于权力分立的问题，这个概念只适用于国内法，而不适用于国际法。国家对其执法、立法和司法机构的行为负全部责任。辛马先生所提到就属于这类情形。

22. 克劳福德先生(特别报告员)说，讨论再次证实了他的怀疑，即起草委员会应当重新考虑一读通过的第 42 条第 4 款，即重申国家不应当以其国内法作为不履行国际义务的理由这一基本原则。如果国际法要求其改变立法，国家不能声称其立法无法改变。从原则上讲，应以国际法为准。从实践上讲，在一些国家改变立法确实比在另外一些国家要容易，但是委员会不能基于这种考虑来制订法律。因此，他很担心“法律上不可能”的说法会导致对他之前所提到的基本原则的修改。但是，有时，相关的法律地位改变了，结果导致实际上不可能。例如，从一个人手中所征收的财产如果已经被合法地卖给了另一个人，就不可能再恢复了。如果是涉及个人的权利，而国际法成为一种次要标准，那情况就更加复杂了，人权领域就是如此。例如，一个符合国际法要求的法律体系可能在某个个案中无法实现正义。要重建这个制度可能会存在一些国际法律上的障碍；但是不管怎么样仍然存在个别问题。

《欧洲人权公约》第 41 条通过赋予补偿相对于恢复原状的优先权来处理这个问题，尽管这是否构成特别法仍是个有争议的问题。他大体上同意伊科诺米季斯先生所提出的对“实际上不可能”的解释：他对可能出现对实际上和法律上不可能问题的错误的两分法感到忧虑。

23. 庞布—奇文达先生对特别报告员对国际不法行为行为者和受害国在赔偿形式的关系上的角色的定位表示关注。从确定责任国的意义上讲，他仍然倾向于采用一读通过的第 43 条的说法，该条将重点放在受害国决定国际义务的问题的权利上。在特别报告员所提出的版本中，关于赔偿形式的条款草案支持霍茹夫工厂案中所包含的基本原则，但是这种方式过于学术化。更注重实践的方式会更加有效。

24. 新拟的第 43 条不限于恢复实物原状，这是正确的。问题在于恢复原状暗含着一种时间和空间的转换；然而，在这种标准下，无法肯定例如领土是否还保持原有特性。如果有一天中东和平进程要继续讨论戈兰高地的未来问题，这个问题就特别相关了。因此，恢复实物原状应当被看作是相对的。规定恢复原状的范围也很重要。例如，“物质损害”是否包括精神损害就是个问题。一读通过的第 43 条在这个问题上不是特别明确。实际上，“恢复原状”这个词本身不一定合适。在一些情况下，“恢复”或者甚至“赔偿”可能更准确。条款草案中的措辞太模糊。它没有包含所有可能的情形，因此削弱了条文的主旨。

25. 特别报告员提议的第 44 条问题少一些。他只是对使用“可从经济上加以估价的损害”一语表示质疑，因为 1970 和 1980 年代需要进行仲裁的很多活动——除了那些跟碳氢化合物或收归国有有关的以外——都不属于这一类。从一读通过的文本中删去“受害国”的提法是合乎逻辑的进步。同样，任何恢复实物原状的提法也会大大减少补偿作为赔偿的一种形式的明确性。最好不要指明相关的补偿方式；否则，在其他所有相关的条文中也要同样清楚地指明。最后，对于伊科诺米季斯先生的建议，他认为第 44 条应当概括性地提及利润损失和利润问题。

26. 阿多先生说，恢复实物原状的目的在于重建国际不法行为或疏忽行为实施以前本已存在的状况。但是，法庭都毫无例外地考虑现实的困难，而酌情裁决给予货币补偿。根据其《规约》第三十六条第二款，国际法院被赋予了同样的自由裁量权。最近不常裁决给予恢复实物原状，虽然在柏威夏寺案中，法院裁决泰国归还其从寺庙中挪走的所有雕塑和其他物品。在他看来，恢复原状应当作为一种基本的赔偿形式保留在草案中。他赞同特别报告员所拟的第 43 条，包括删去(b)项(该项毫无必要存在)和(d)项，(c)项足以包含这些条文的规定。他也赞同报告员将第 44 条只设一款的建议，认为特别报告员的推理非常有说服力。

27. 但是，他很关心补偿的恰当形式问题，而第 44 条没有涉及这一点。在这个问题上，发展中国家与西方工业化国家的争论一直很激烈。经典的西方立

场是赫尔的“及时、充分、有效的补偿”原则。⁴ 换句话说，应当赔偿财产的全部价值，如果可以确定的话，通常是“公平市场价值”，如果还有“继续经营价值”，也要考虑在内。补偿是基于征收时的价值，而且应当以可兑换的货币支付，并对汇出不设任何限制。

28. 然而，这一原则中所包含的外汇问题，实际上会对面临国际收支平衡问题的发展中国家的任何重要的经济重建设置障碍。就其本国情况而论，赫尔原则就会影响加纳在 1973 年参与冶炼业，除非它能够调动足够的外汇资源保证对矿业和木材公司应付的全额补偿金随时汇出。但是，很显然，如果加纳有这样充足的外汇，它很可能不会这样急于参与这项工业。

29. 他认为，对一个在帝国势力的庇护下以极其微小的代价，或者根本就没有付出代价就获得了一个煤矿的大都会公司，不应当要求新独立的非洲国家政府为该煤矿支付公平市场价值。他质疑在这种情况下考虑到 50 或 100 年的时间里从以名义对价开采一个资源而取得的异常高额的利润，“公平市场价值”这一说法本身的意义究竟是什么。他同时质疑，计算当时的市场价值时，是否应忽略在殖民时期给予该公司的自由特许权，或者，实际上，市场价值是否真正存在。一个很好的例子是，考虑到阿散蒂金矿公司从 1892 年起就以非常宽松的特许条件给英国公司开采，1972 年加纳政府是否应当以充分反映高涨的金价的补偿额补偿给隆霍矿山公司(伦敦和罗得西亚矿业和土地有限公司)。

30. 这些绝不是夸大的问题。目前的国际实践表明在传统的原则中已经有了相当多的修改。此外，在大会 1962 年 12 月 14 日关于天然资源的永久主权的第 1803 号(XVII)决议第 4 段中，大会已经规定了在收归国有，征收或征用时给予“适当补偿”。虽然大会没有定义“适当”一词，但它明显背离了“迅速、充分和有效”的说法。《各国经济权利和义务宪章》⁵ 也规定了“适当补偿”(第二章第二条(c)项)，但是删掉了这方面所有提及国际法的部分。

⁴ 见 G. H. Hackworth, *Digest of International Law* (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1942), vol. III, 第 659 页。

⁵ 大会 1974 年 12 月 12 日第 3281 (XXIX) 号决议。

31. 在提出这个问题时，他并不是在第 44 条案文中对这一补偿原则提出更细的措辞。但是，他相信，特别报告员在考虑到评注中不大得要领的处理方式时，会考虑这一问题。在制定法律时要考虑到所有情况。即使在西方法学家中间也能发现人们对赫尔原则反映习惯国际法一说表示质疑，这些学者包括沙克特⁶ 和已故的委员会委员赫什·劳特派特爵士，后者曾在 1948 年就这一问题写过文章。在奥本海的《国际法》中也可以找到这一段。⁷

32. 佩莱先生说，阿多先生在其他方面都是正确的，但是他所提出的问题同第 44 条的内容并无关系。收归国有是合法的行为，而第 44 条处理的是国际不法行为。因此，关于收归国有的补偿问题与此无关。特别报告员的报告第 158 段的关于收归国有问题的长长的脚注更促进了这种混淆。

33. 布朗利先生说，即使那些不同意阿多先生对法律的理解的委员也都承认，一些国家政府，比如加纳政府，在处理原则标准问题时面临严重的问题。他重申自己的观点，即这很大程度上取决于行为的背景。因此，同经济重建有关的国有化同作为种族歧视或种族清洗政策一部分的征用或没收是完全不同的两回事。委员会必须警惕过分的概括化。他补充说，劳特派特在 1936 年就表达了他的观点。

34. 克劳福德先生(特别报告员)说，他同意佩莱先生的观点。实际上，他的报告第 158 段明确指出，区别合法和不合法的征收，或者写明任何主要义务的内容，并不是委员会的工作。他之所以要列入该条脚注，是要将关于这一问题的大量文献考虑在内。其次，他指出，正如霍茹夫工厂所表明的那样，被征用的财产有时确实需要在国家责任的背景下进行估价。

35. 卢卡舒克先生称赞第三次报告跟其前面的报告一样，都坚实地建立在国际法原则，多数是“硬”法的基础上。其现实的态度很令人钦佩，恰当反映

⁶ 见 O. Schachter, “Compensation for Expropriation”, AJIL[《美国国际法学报》], vol. 78, No. 1 (January 1984), 第 121 页。

⁷ 见 L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8th ed., H. Lauterpacht 编(London, Longmans, Green, 1955), vol. I, Peace, 第 352 页。

了现存的法律规则。特别报告员避免了过多的细节描绘，特别是在相关的条文没有完全反映在国内法中时，这种做法是正确的。委员会通过制定国家责任的法律可有极大的建树；实际上，他知道布朗利先生最近出版的国际法一书也专设一章论述这一问题。但是，委员会应当继续努力，在其下届会议上通过完成二读，实现其使命。国家责任是个重要的问题，但是不同的国家有不同的利益，这在委员会就可以看得出来。如果委员会采纳特别报告员提出的方式，各国政府会更愿意接受条款草案。

36. 谈到具体问题，他说，第二章的新标题“赔偿的形式”清楚地反映了实质内容。另一方面，在许多情况下，条款草案中责任的概念似乎是隐含的而不是被清楚地表达出来。第 43 和第 44 条就是这种情况。例如，如果第 43 条被重新拟成“对国际不法行为的实施负有责任的国家(或“承担责任的”国家)有义务进行恢复实物原状。”会更好。可能会有人反对说，这样一种修改对条文的实际内容并无多大改动。但是，必须记住法律是一个严格的逻辑体系。因此，在一些情况下，不提及责任问题会带来负面的法律后果。另外，给予补偿的义务不是来自于不法行为本身，而是来自于法律责任关系。这是法律架构，不应当被忽视。

37. 他赞同将有关强制性规范的第 43 条(b)项删去。正如各国政府的评论中所重申的，这些问题已经由一般国际法规则解决了。同样，第 43 条(d)项最好也删去，因为它太过概括，在解释上可能过于宽泛，从而规避责任。

38. 至于停止和恢复原状这两个概念的关系问题，将停止描述成“恢复履行”不太正确。停止不法行为是首要的，通常也是最重要的义务，有时候比补偿还要重要。因此，正如卡巴齐先生曾经指出的那样，在草案中必须给予停止以适当的地位。

39. 他赞同特别报告员所提议的第 44 条中概括性和灵活的提法。同时，他对于第 43 条的评论有一些疑问，它们似乎将外交保护和国家责任的专题分开了。在报告第 158 段中，特别报告员正确地指出了外交保护这一专题大致属于责任的范畴。这一点应当在草案中明确提出，以强调二者之间的联系。同时他要强调这一点是因为，正如其他人所评述的那样，同侵犯自然人和法人的权利相关的国家责任问题在条款草案中没有得到明确反映。这个问题非常

重要，特别报告员应当给予更多的关注。他认为，如果规定了这一点的话，第 43 和第 44 条现在就可以提交给起草委员会处理了。

40. 佩莱先生说，总的来说，草案的第一部分，第二部分的第一章，只需要略作一些小的调整。而第二部分第二章却极为不同。正如在一读通过的那样，这一章只不过是一个大纲，而且是个没有说服力的大纲。他感觉很复杂，不仅仅是对特别报告员提出的修改意见，还有一般地对整体上所采用的方式。第一部分的看似多余但是必要的澄清是正当的，但是总的来说，涉及到第二部分所规范的专题的实质问题上时，更有争议了。对于第 44 条的补偿问题更是如此，这一条很缺乏内容，虽然现在由第 45 条之二规范的利息问题做了一些补充。

41. 他清楚地知道，特别报告员要达到委员会所设的严格的日程期限压力很大。但是，他很想知道委员会同意采纳特别报告员所提出的“顺势”方式是否正确。他并不是在质疑特别报告员所做的工作：他所批评的是整个工作开展的基础。在他看来，只有重新全面考虑这套差劲的条款草案，才能真正有所改进。虽然他不是要将自己放于特别报告员的位置，他仍然想列出重新考虑的主要方面，现在开始做还不晚。

42. 一读通过的第 42 条，即报告中所提议的第 37 条之二，应当作为任何对赔偿的形式问题(顺便提一下，最好拟为“赔偿的形式和方式”)深入的重新讨论的起点。赔偿必须是充分的，必须消除国际不法行为带来的所有后果。一个国家实施了某种国际不法行为，就应对其违反国际法所带来的损害负责，并且必须作出赔偿。但是，一读通过许多条款，以及特别报告员现在所提议的条款——他承认，这些条款比之前的草案有进步——似乎是要保护责任国而非受害国的利益。例如，为什么要在第 45 条第 4 款中明确规定抵偿“不得采取羞辱责任国的方式”？除了条件性的语气在法律文本中总是不完全令人信服这个问题外，他看不出有什么必要避免羞辱一个已经羞辱过受害国的责任国。相称性要求本身就足够了，不需要更多的规定，这反倒会偏离主题。

43. 非常令人失望的是，特别报告员自己局限于仅在其报告的第 125 段中捎带地提了一下恢复实物原状是要重建国际不法行为实施之前存在的状况，还是要重建如果没有国际不法行为本会出现的状况这

个基本问题。正如辛马先生所强调的，这个问题关系到报告中未提及的另一个重要问题，即是否应当给可得利益损失以补偿的问题。虽然一读通过的第44条第2款没能真正解决这个问题，但是它至少起到了引起大家对这个问题的注意的作用，但是特别报告员新拟的第44条完全没有提及这个问题。他的第一印象是，根据委员会已经采纳的充分补偿的原则，应当重建的是如果没有国际不法行为本会存在的情况，应当给予可得利益损失以补偿。但是，目前的条款草案没有规定这种解决方法。

44. 第二个讨论中被忽略的问题当然是犯罪问题。很遗憾，特别报告员在这方面没有能够从其前任阿兰焦—鲁伊斯先生的不幸的例子中吸取教训，后者将对这个问题的讨论推迟到第11个小时。结果是一片混乱，委员会不得不在关于不法行为后果的章节加入意见，即将其用来处理犯罪问题更好，这样使第51至第53条关于犯罪后果的条文失去了很多本属于它们的实质内容。现在特别报告员重蹈覆辙，当然带来同样的僵局。但是，犯罪的概念仍然隐含在报告的第126段中，在这一段特别报告员不得不区别某个行为仅仅是违反了国际法的某个简单的规则还是违反了一般国际法的强制性规范——这个区别可能构成了“犯罪”的一个可以接受的定义。国家在第一种情况下可能会放弃要求恢复原状，但在第二种情况下不会。这只是区别犯罪和不法行为的一系列结果中的一个，这一点特别报告员似乎也承认。但是，因为这个关键问题还悬而未决，条款草案就造成了不小的混淆，实际上，将原第43条(b)项删去是个倒退。应当保留这一款，但是应当将其放入第44条，以强调无论如何补偿也不能用来作为一种用钱消除犯罪后果的方式。

45. 犯罪的概念在特别报告员提议的第45条第3款(b)项也可以找到。在报告的第174段中，特别报告员详细引述了捷克共和国在这个问题上的令人信服的观点。紧接着在第190段，他坦然地不经讨论就说对于裁决给予惩罚性损害赔偿的问题没有什么案例，也毫无根据。但是，第45条第3款(b)项还是规定了“反映损害之严重程度的损害赔偿金”，同时删掉了规定“严重侵犯受害国权利”的条款。

46. 对于克劳福德先生(特别报告员)所提出的程序问题，主席要求佩莱先生以在当天结束对第43和第44条的讨论并将其提交给起草委员会的目的为念，

在本次会议上将其评论局限在对这两条的评论上。

47. 佩莱先生说，他要表达的观点是，特别报告员执意拒绝辩论犯罪问题，是要阻止委员会对赔偿问题进行大讨论。因此，应当拟一个计划，对第43、第44、第45、第45条之二和第46条之二一起进行一般性辩论。

48. 同哈夫纳先生一样，他也感到很吃惊的是，除了在第43条(c)项中使用了复数的“那些(those)”这一表达之外，在条款草案中根本没有反映出特别报告员在受害国问题上的重要观点。这个遗漏使得失去了第三次机会。他认为，特别报告员太过尊重目前的条款草案，因此没有能够拟出大家希望的较大的修改，不管怎么样，起草委员会应当根据其就第40条作出的决定和受害国和损害的新定义来审查第43、第44和第45条。

49. 总的来说，特别报告员所拟的新条款同一读通过的条款没有多大区别，即使有所不同，也总是方向不对。因此，对于第43条(他将就这一条详细讨论)，他不确定新的标题“恢复原状(Restitution)”是对原来的标题“实物恢复原状(Restitution in kind)”的改进。英文版与法文版都能接受的选择，可能是“恢复原状(Restitutio in integrum)”，它能确切反映所要表达的意思。此外，在法文版中的“est obligé de”应当改为“a l'obligation de”，而在两个版本中都删去“恢复原状，即(make restitution, that is, to)”这个奇怪的表达。就像卢卡舒克先生所指出的那样，更重要的是在第43、第44和第45条以“责任国”作为主语就足够了，因为有义务进行赔偿的国家未必就是实施了国际不法行为的国家。

50. 另外，他希望重申一点，在没有更多的令人信服的解释之前，他不打算认同恢复原状的目的是重建不法行为实施之前本已存在的状况这一观点。如果恢复原状是要完全地，那么至少根据以往经验，重建国际不法行为没有实施之前本会出现的状况似乎更符合逻辑。在这方面，第三次报告的第125段所引用的一读通过的条款草案的评注⁸却极其令人迷惑，它将两种完全不同的方式混为一谈。

⁸ 见第7条的评注(《1993年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第60至第64页)。

51. 对于第 43 条(a)项,他同意辛马先生的观点,而跟伊科诺米季斯先生和特别报告员的观点有分歧。同有些国家有时所声称的相反,国内法从来不能也不应当成为拒绝履行恢复原状义务的借口,因此它也不会构成实际上不可能。

52. 他对第 43 条(a)项没有其他的异议,对于提议删去(b)项的建议也没有意见,只要草案的某个部分(而不只是在评注中)说明如果发生了犯罪,或者换句话说,如果违反了强制性规范,不能放弃恢复原状而只给予补偿。国际法赋予恢复原状以优先权是有充分的根据的,即对国际法的违反绝不可以用钱来疏通;同时,当涉及整个国际社会的重要利益时,受害国也无权放弃请求赔偿而只要求补偿。最后,他对(c)项和删去(d)项没有异议。

53. 实际上,第 44 条是个“非条款”,经修改后,它甚至还没有一读通过的相应条文有内容。既然第 2 款被删掉了,除了在最后的语句(如“如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿”)中给予恢复原状优先权以外,就没有什么实质性内容了。但是,像伊科诺米季斯先生和贺先生一样,他认为应当更进一步澄清这一点。对“经济上”这个提法他也感到有问题,“财政上”这一提法更好一些,因为需要从财政和货币的角度来评价损害。哈夫纳先生似乎认为“可从经济上加以估价的损害”等同于物质损害——在对国家有直接的即时的损害的情况下的确如此。但是,阿里士多德的名言“金钱是衡量所有有价值东西的共同尺度”也同样适用于个人所遭受的精神损害,这是自 1923 年“卢西塔尼亚”号案以来就明白确立的一贯原则。这些要点应该反映在第 44 条中。而这一条只是提供了一个框架,还需要起草一个更为详细的,抓住问题核心的条款。

54. 他仔细阅读了特别报告员为维护其“最低限度”或“顺势”的方式所做的论证,但还是认为委员会的职责是为国家和法院提供关于补偿问题的指导方针,这是一些国家明确要求的一这一点在报告的第 150 段中也得到了承认。特别报告员在第 154 至第 160 段中为其最低限度的方式提出了两个主要论据:其一,几乎没有成规惯例;其二,政府常常友好地解决争端。但是,他指出,在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中,国际法院没有在补偿问题上作出决定,只是鼓励当事国双方友好地解决争议。这样的解决同国际法基本原则相反,一般都没有实现

充分赔偿,原因很简单,有非法律考量的介入。不管草案的未来形式如何,其所制订的规则本质上来说都是未明确说明的,如果国家认为合适,它就可以不予考虑。但是,这并不能减轻委员会在编纂并逐步发展现存规则方面的职责,特别是如果需要这样的工作而没有明确的规则时。不管怎么样他都不认为这些规则像特别报告员说的那样模糊,当然他在第 159 段的一条脚注中所引用的布朗利先生的话除外。⁹ 迄今人们已就这些规则做了大量的工作,其中有利利奇先生、两次世界大战期间法国的佩尔索纳先生,较为近期的有布里吉特·施特恩先生。虽然在目前的阶段还不可能深入太多细节问题,但是肯定可以找到一种折中的办法。

55. 在提出目前只能作为未来必须的工作的框架的文本之后,至少需要弄清楚五点。首先,应当阐明补偿应同造成的损害足够对等。这是第 37 条之二所采纳的方式,没有理由不在第 43 条中像第 44 条那样继续采用同样的方式。第二,应当阐明补偿应当是既补偿物质损害,也应当补偿精神损害,如果个人受到精神损害的话。第三,应当阐明补偿应补偿实际利益损失和可得利益损失,至少在两者数额确定时要给予补偿。在第 43 条中应当规定关于损害的确定性的概念。第四,应当阐明只有“传递性的”损害,即同国际不法行为有必要的因果关系和一定的联系的损害,有可能得到补偿。第五,应当阐明应评估国际不法行为发生时的损害,但须受第 45 条之二(这一条也许应当紧跟着第 44 条)的限制。这五点是最基本的,不阐明这些问题,就很难说国际法委员会是在对国际法进行编纂和逐渐发展的工作。

56. 加利茨基先生说,他支持一些人的看法,认为应当使用“恢复原状”一词,而不用“实物恢复原状”,因为它更适用于第 43 条的案文。第 43 条(a)项采用的规定恢复原状的例外的方式是双重否定(“不是实际上不可能”),他认为,应当考虑用肯定式重新拟订这一款。这两点起草委员会都应当考虑到。

57. 卢卡舒克先生说,尽管他能理解佩莱先生关于侵略问题以及将相关的条款并入的观点,他自身的

⁹ I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I* (Oxford, Clarendon Press, 1983), 第 223 至 227 页。

经验以及第六委员会讨论的经过都显示出在不法行为问题上还远没有达成一致，在回到侵略的问题之前，应当先处理它们的后果问题。佩莱先生的建议不应采纳，因为正如他和特别报告员无疑都已意识到的，在目前的阶段不可能起草出详细的条款。

58. 伊留埃卡先生说，在报告的第 146 段，特别报告员提议将第 43 条中以前案文的一些部分删去。特别报告员基本上是把恢复原状等同于重建不法行为实施之前本已存在的状况，但是第 43 条所列的例外又偏离了佩莱先生所提到的恢复原状的概念。在第 128 段，特别报告员提到了支持一读通过的第 43 条所列的恢复原状的四种例外的评注，主要问题就出在这里。“不是实际上不可能”一语的运用会导致这样的情况，即国际不法行为的责任国面临恢复原状实际上不可能的情况。合理的国际立法应当不给更强大的国家以做出单方面解释的余地(如这些国家会声称，很遗憾它们希望能履行的国际义务与其国内的标准不相符)，这一点至关重要。

59. 至于报告的第 128 段(a)项，会出现这样的情况，举例来说，一国因为邻国倾倒有毒废物并且其已渗入地下水层，其部分领土因这一国际不法行为而遭受了非常严重的损害；在这种情况下不可能重建之前存在的状况。

60. 在这方面，特别报告员和起草委员会应当谨记，一定不要让实际上不可能被理解为可以维持一种状态，因为在这种状态中，一部分人被剥夺了其基本人权。在评注中应当明确写明“不是实际上不可能”一语并不会使责任国逃避其消除国际不法行为的所有后果的义务，这一点非常重要。这是保护所涉及的基本人权的要求。

61. 对于在第 128 段(c)项中提及的责任国为恢复实物原状而承受的负担同受害国从这种特定的赔偿而不是从补偿中所获得的利益的相称性问题，他说，在处理恢复原状造成严重不成比例的负担(第 144 段(c)项)问题时，特别报告员指出需要澄清一点，即相称性的概念不仅是关于成本与花费，还要求将违反事项之严重性，或者是在涉及侵犯基本人权问题时，要把侵害本身考虑在内，这一点非常正确。他认为，第 43 和第 44 条可以提交到起草委员会处理。

62. 埃多西亚·萨卡萨先生说，第 43 条当然应当指恢复原状，因为国际不法行为最符合逻辑的后果

就是恢复原来的状况。这种赔偿方式应当被看作是责任国的义务而不是受害国的权利。至于在报告第 127 段中提及的实际上不可能，以及有时区分实际上和法律上的恢复原状的问题，应当允许用评注来解决法律上不可能的问题，这是个完全不同的问题。在霍茹夫工厂案中所采用的说法是恢复原状应当尽可能消除不法行为的所有后果，而他想指出的是，在适用时这比仅仅说“实际上”或者“法律上”恢复原状更具概括性。将关于违反了一项从一般国际法强制性规范中产生的义务的例外删去是正确的。应当谨记，草案是一个不可分割的整体，不需要像第 29 条之二那样再次重复已经规定的原则。

63. 关于报告第 128 段(b)项所提到的中美洲法院在萨尔瓦多诉尼加拉瓜案¹⁰中的裁决(并请注意英文文本中错误地将其说成是“美洲”法院)，他说法院回避了关于尼加拉瓜同第三国(美国)的条约无效的问题，但是认为恢复原状并不一定是做不到的。相反，法院认为尼加拉瓜有义务使用国际法所许可的一切手段来恢复和维持在缔结条约之前已存在的法治。还应当强调的是在尼加拉瓜和萨尔瓦多之间并不是一个双边问题；它涉及到 1907 年的一项区域性友好条约——《和平友好一般条约》。还应当考虑该法院作出裁决的其他一些有趣的案件，特别是 2000 年 1 月 17 日的尼加拉瓜诉洪都拉斯案。

64. 最后，关于相称性问题的第三个例外，有绝对的必要，它涵盖了一读通过的第 43 条(d)项关于危及行为国的政治独立和经济稳定的问题，因此，可以删去(d)项，但评注中应写明该款已经为相称原则所涵盖。

65. 关于第 44 条应当保持适当的平衡。有必要确保关于可以用货币衡量的经济损害的一般性条款，以及评注(如果不是条文)，最起码应当更广泛和明确一些，覆盖利润损失、利息、特殊情况、精神损害和物质损害以及补偿的概念。

66. 克劳福德先生(特别报告员)说，他一定会简明扼要地陈述，因为应当谨记当前会议的目标还是要提出一个完整的条款草案文本。如果佩莱先生对于第 44 条早一些发表意见，并且委员会在上次会议结

¹⁰ 见 AJIL[《美国国际法学报》]，vol. 11 (1917)，第 674 页。

束时采纳了这些意见(当时是有这样的机会的),他就不会花这么多时间撰写一个 20 页的评注,而是要拟出新的条文了。

67. 在合法征用的情况下,征用问题当然主要是个主要义务的内容问题,但是在非法征用的情况下,就存在估价价值的问题。

68. 他赞同一些委员的意见,倾向于使用的“责任国”或者其他一些相似的提法。第二章的题目可以提及方式,但在他看来这主要是第二部分之二的的问题。其所涉及的是赔偿的基本形式问题,换句话说,就责任国而言,即第一章所列义务的内容问题。

69. 对于第 43 条,布朗利先生已经严肃指出,恢复原状的义务的范围取决于相关的主要规则。这些主要规则并不仅仅以规范责任的次要规则为载体。辩论反映出在普通法系和大陆法系处理方式的不同。主要规则很重要,蒙塔兹先生在其所提出的取代(b)项的例外条款中也指明了这一点。它涉及到作为不恢复原状基础的法律规则的地位问题,只要说明第 29 条之二适用于第二部分,就没有必要保留(b)项,在这个问题上已经达成共识。的确有些情况下显然不适合进行恢复原状,不需要提及相关的规则是国际法强制性规范。真正的问题是是否能用语言确切地表达这类问题,而不会给它试图解决的问题再带来新的问题。蒙塔兹先生的方案似乎点到了问题的要害,因为他特别提出有些国家声称其无法恢复原状,因为其国内法不允许,因此它们不会履行这一义务。这些法律上的原因在国际法上是站不住脚的,但是很明显在此时国际法的主要规则可以发挥作用。应由起草委员会来考虑是否存在一种方式能够解决这些问题。

70. 对于恢复原状这个概念的狭义和广义理解的问题,他毫不隐晦地赞成在第 43 条采用狭义的概念。霍茹夫工厂案的判决是关于一般意义上的赔偿,因此,也是关于一般意义上的恢复原状;它并不是第 43 条意义上的恢复原状,因为这个意义上的恢复原状被德国所拒绝(对此法院在该案的早期有纪录),常设国际法院发布法官意见时已经将其排除。根本不存在这样的问题:就像第一章所提出的那样,一般性赔偿必须充分。如果不从狭义的角度规定恢复原状,就会导致第 43 条和其他的赔偿形式出现完全不能忍受的交叉,尽管前任特别报告员的第二次报

告¹¹中还有一些模糊之处,一读时委员会已经清楚地采纳了窄义的定义,各国政府并未对此有很多批评。在第一章对赔偿采用了宽泛的定义,并指出赔偿必须是充分的。他赞同佩莱先生关于充分赔偿的所有意见,只要是以这种方式所理解的充分赔偿。

71. 伊科诺米季斯先生和庞布一奇文达先生提出了恢复原状向谁做出的问题。问题在于现在我们正努力覆盖所有的情形,从某种程度上讲在理解相关的条文时必须要有可预见性,因为从对第 40 条的辩论完全可以看出前面是什么。因此,条文的起草必须使其能够在双边的背景中被受害国援引,也能在多边的背景中被数个受害国之一援引,或者像在西南非洲案中实际被埃塞俄比亚和利比里亚这样的国家所援引。恢复原状可以由不同的国家提出,补偿的提出也可以代表不同的利益。在重新构建第二部分时,核心还是继续把所有的问题放在双边的背景下来处理。佩莱先生批评他对第 44 条的细节部分注意不够,但是这个问题还无定论,如果委员会愿意,他很乐意在下届会议上就更具体的问题提出更细的条文。

72. 关键是不同的国家都可以援引任何一个条文。如果德国当时在赢了霍茹夫工厂案之后寻求双重补偿(因为工厂主已经获得了金钱补偿),是不会成功的。将所涉及的不同法律关系(包括同非国家实体的法律关系)考虑在内,这一点至关重要。不可能把所有的事情都简化至国与国的双边关系的框架下。如果说他的第三次报告中有什么优点,那就是从多个角度重构了责任的概念,这是能够使责任这个概念更反映现实,更现代化的唯一的方式。

73. 对于恢复原状的形式问题,伊科诺米季斯先生也同意他的观点,认为毫无必要用“实物”一词,但这个问题要由起草委员会来决定。他个人明确反对在条款草案中使用拉丁文。应当努力寻找地道的表达,为掩盖难点而使用废弃的语言,这一点令人难以忍受。

74. 关于可得利益损失(即利润损失)的问题,委员会中大多数人的意见是应当重新提到这一点。但是,第 44 条的问题在于它会使现存的关于利润损失问题的法律解体。如果委员会仍然认为应当重新提

¹¹ 见第 2634 次会议,脚注 5。

到这一点，就需要再设置一个条款。他曾经想尽力在评注中处理这些不同的问题。这个问题同第 45 条之二也有关，可以在讨论第 45 条时再处理。他强烈主张仍然将第 45 条之二单列，而不是并入第 44 条。一读中非常明显的倾向是要将所有的内容都并入第 44 条，这是导致条文只能被拟成概括性的原因之一。对于利息问题有个详细的条文，这是可能的，也可以对利润损失问题拟出一个详细的条文。但是，两者在处理上都不能使用范畴根本不同的概括性条文的模糊提法。

75. 非常清楚，第 44 条覆盖了对个人的精神损害问题，但是，对于什么算作是对国家的精神损害问题规定在第 45 条。“精神损害”一词的运用本身会产生混淆，其原因他已经跟第 45 条联系起来作了阐述。立场方面的内容应当阐明，像“精神”这样有问题的表述应当留给评注来解决。

76. 主席说，如果没有异议，他就认为委员会同意将条款草案第 43 和第 44 条提交起草委员会处理。

就这样议定。

77. 罗森斯托克先生提出了一个程序性问题，他询问伊科诺米季斯先生对第 43 和第 44 条提出的具体的提议是否也将提交起草委员会处理。

78. 主席说当然要提交。另外，一些委员在辩论中没有发言，这被理解为他们会将其观点反映到起草委员会。

下午 1 时 15 分散会。

第 2638 次会议

2000 年 7 月 12 日，星期三，上午 10 时

主席：彼得·托姆卡先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先

生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节,
A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会继续就特别报告员在其第三次报告的第一章 B 节(A/CN.4/507 和 Add.1-4)中所提议的第 45 条，第 45 条之二和第 46 条之二进行审议。

2. 哈夫纳先生说，他发言的第一部分将主要论及第 45 条，这一条在他看来是整个条款草案中最棘手的部分。他支持将把“精神损害”改为“非物质损害”的建议，不仅仅是出于特别报告员给出的原因，还在于“精神”这一形容词似乎含有道德的概念。抵偿意在包含所有通过赔偿或者补偿都不能弥补的损害，因此当然不仅仅涉及对道义的违反。从另一方面来说很明显的是，即使是致人死亡也会产生补偿的义务，而不是抵偿的义务。因此，当在前南斯拉夫的一次官方举办的打猎聚会上，奥地利大使不小心射死了法国大使，法国大使的遗孀因此起诉奥地利政府，请求给予财政补偿。奥地利法院精确地计算了损失额。所支付的款项当然构成补偿，而不是抵偿。在这种情况下，抵偿所包含的应当是对损失所造成的精神或者情感上的损害的赔偿。此外，他看不出第 1 款为什么要写行为“诱发(occasioned)”损害，而不用在其他条文中所使用的“造成(caused)”损害的提法。

3. 总的来说，他认为第 3 款所列的措施应当是非详尽措施。他认为承认违反了义务不一定是第一步，除非受害国坚持要抵偿这种方式。很多时候不

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

法行为国认为保住面子很重要，例如，它们只是表示遗憾而不是明确承认其违反了义务。在这种情况下，是否实行了国际不法行为这个问题可能还悬而未决，但是受害者随即所提起诉求的法院却要承认另一国的表示遗憾就构成一种形式的抵偿。从另一方面来说，受害者当然完全有权宣布其只是在某些情况下获得了抵偿，因为明确承认违反其义务可以是其中一种情况。

4. 至于名义上的损害赔偿，考虑到条文的列举并不是详尽无遗的，而这种情况又极其罕见，因此没有必要将其列入条文。至于惩罚性损害赔偿，必须承认国际法并不承认惩罚性损害赔偿，关于这一点可能要提及像康德这样的一些大哲学家的观点，康德没有采用惩罚性损害赔偿的概念，因为惩罚性损害赔偿只能存在于一个基于从属关系的制度中，而国际法的基本原则是平等。

5. 第 3 款(b)项提到“反映损害之严重程度的损害赔偿金”，这种说法带来一些问题。该用语意味着这些损害赔偿是充分赔偿的组成部分，换句话说，为了消除不法行为的所有后果，这些赔偿是必要的。“损害之严重程度”的说法可以有两种解释：它可能指不法行为的严重性，也可能是指所受损害的严重性。惯常的用法似乎倾向于第一种解释，在这种情况下就会有这样的问题，即消除不法行为的所有后果是否是这种损害赔偿真正的目的，因为从文本中可以看出不法行为的后果取决于侵害行为的严重程度。因此，决定不法行为后果的并不是受害者所受的伤害，而是不法行为本身以及其所发生的背景。

6. 如果从第二种意义上理解“严重性”一词，即将其理解作受害者所受损害的严重程度，可能有人要问什么样的情况决定严重性。决定性因素不会是损害的数额，因为这已经被赔偿的定义所覆盖(赔偿就是要重建不法行为实施之前存在的情势)。因此，严重性只能在受害者主观评价的基础上来决定，而受害者往往会禁不住提出过分的要求，在没有适当的程序的情况下无法评价其正当性。那么，所受损害的严重程度是取决于被违反的主要规则的特性，还是取决于不法行为被实施的方式？

7. 将损害赔偿的范围限于一读通过的第 45 条第 2 款(c)项中提到的“严重侵犯受害国权利”的情形似乎比较好。特别报告员在其报告的第 191 段中解释了其删掉这个限制的原因，但是我所感兴趣的是，

在他所引的例子中为什么要裁决给予损害赔偿金：是因为所受损害的严重性吗？还是由于其他的原因？还有一些情况是，裁决给予的损害赔偿虽然不是名义的，但是数额也不是很多。但是他所提出的表述并没有设置任何数量上的限制，给人的印象是总是可以请求给予损害赔偿，而且对赔偿额也只有大体的限制。因此，他倾向于采用更严格的规定。

8. 第 3 款(c)项引出了关于“严重的违法行为”的含义问题。一个国家是否只有在其官员出现严重渎职的情况下亦或在其官员有过失的情况下才可以对其启动程序，而这要取决于其国内法。由于该款的引语将其范围局限于“如果情况需要”的情形中，“严重的”这一形容词就可以删掉。此外，如果主要规则已经要求在渎职的情况下对其官员采取行动，这样一个限制性条件就会侵犯到主要规则。

9. 至于第 45 条第 4 款，“不应”这一用语不应当被理解作必然排除羞辱性行为，例如，在起初的不法行为本身就极具羞辱性的情况下就不应当排除。此外，承认违反义务本身在一些国家看来可能就是羞辱性的，因此必须明确指出第 4 款的规则不应当被理解作全文适用。

10. 至于报告员所提议的其他条文，他说第 45 条之二所规定的利息问题，可以被认为已经包含在第 44 条对可得利益损失的赔偿义务之中。因此，这个条款也可以删去。如果还是有必要明确规定利息问题，可以删掉第 1 款的第 2 句话，也可以删掉整个第 2 款，因为这一款的内容已包含在充分补偿的概念之中。

11. 第 46 条之二是基于两个概念，自身过错和减轻损害的责任。对于前者，他想知道第 27 条关于援助或帮助的规则在何种程度上适用于所设想的情形。可能有人会说，第 46 条之二(a)项中所提的国家共同参与造成了损害的情形可以发生在第 27 条所设想的一国帮助另一国实施了不法行为的情况下。当然，也可以说受害国不可能对自己实施不法行为；但是，第 27 条的表述并未规定说参与侵害的国家应当是独立实施了侵权行为；它只提到一种假设。也可以有相反的观点，即第 46 条之二指的只是促使造成了损害，而不是促使实施了不法行为。在这个方面进一步澄清会有用处。

12. 对不同程度的过错，或犯罪意图的规定带来了另一个问题：“过失”仅指重大过失还是包括轻微

的过失？在《外空物体所造成损害之国际责任公约》中提到了这一概念。在他看来，只有“重大”过失或者严重渎职行为才可以被看作限制了赔偿的范围。

13. 该条中所规定的第二个问题当然同第一个问题有关。需要指出(a)项提到“任何国家、个人或实体”，而根据报告的第 222 段，(b)项中提到的只是受害国。因此，如果一个私人公司受到了损害，我们能不能假设其已经采取了措施减轻损害？当然，有人会说不能给私人实体施加义务；但是，国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中并没有设定一个减轻损害的法律义务，在(b)项中也没有：它只是提出应当考虑是否采取了减轻损害的措施。为什么要采用这样不同的方式？

14. 这样一个规则带来的经济估算会带来这样的结果，即如果一个不法行为造成了损害，而受害国采取了保护性措施，该国就有权获得充分赔偿，包括(其期望的)采取这些措施的成本。而如果它没有采取这样的措施，其获得赔偿的权利就减小了。其结果是，每个国家都必须常常考虑某个国际不法行为被实施的可能性，并采取预防性措施防止这种结果。最糟的情况是，一国会被迫总是要维持一支军队以保卫国家，因为，如果侵略国没有遇到抵抗的话，被侵略国就不能获得充分赔偿。他认为，采取减轻损害的措施的义务只适用于环境法领域。可以从主要规则中推演出这一义务，没有必要在这一条中作出规定。

15. 最后，还有一个问题是，责任减轻的条件是否也适用于恢复原状。如果适用，恢复原状的客体就可能受到限制。那么是不是由不法行为国来决定恢复原状的程度？

16. 加亚先生说，虽然第 43 和第 44 条规定，责任国“有义务恢复原状”，“有义务补偿”，但根据第 45 条，它只有义务对带来的非物质损害“提出”抵偿。“提出”的概念很可能是基于抵偿这个概念很难抽象地进行定义这样的看法。应当承认，其他的词也很模糊，“恢复原状”覆盖了一个从某种程度上来说很有争议的概念，但这个概念意味着重建不法行为实施之前存在的状态；“补偿”一词也没被定义得很充分，但是它总包含着支付一定数量金钱的意思。“抵偿”一词模糊得多，因为它的形态很可能是多种多样的。另外，不法行为国往往不愿

给予抵偿，除非它肯定这种抵偿会消除某个针对它的诉求。

17. 一般来说，只有在协议中规定了抵偿应当采纳的形式后，一国才会给予抵偿。不同形态的抵偿做法可以在评注中写出。如果采用这种方式，第 45 条的起草就会大大简化，只要规定：“不法行为国有义务给予抵偿。具体的抵偿形式由当事国协议确定”就行了。那么就更容易将某个国际法院的判决或仲裁裁决中宣布某行为的违法性也归入抵偿的概念中了。国际海洋法法庭在“赛加”号(2 号)案的判决中，就采纳了特别报告员在其报告的第 183 至第 185 段中特意提到的这种赔偿形式。当事双方达成的协议就有可能产生赋予法庭以确定所应当采取的赔偿形式之权力的效果(如应赔偿的话)。法庭或许会裁定以满意的方式对犯下渎职罪的国家官员进行纪律处分，或者裁定其承认实施了不法行为本身就构成足够的抵偿。如果保留抵偿必须由不法行为国“提出”的观点的话，就很难理解这种情况了。

18. 戈科先生说，他不知道哈夫纳先生为什么赞同特别报告员用“非物质损害”代替“精神损害”的意见，在国内法中存在精神损害的概念，而且这一概念并不会带来混淆。

19. 他在提到一读通过的第 45 条时说，他认为要实现充分赔偿，就必须规定抵偿。但是，赔偿似乎可以紧跟着要求抵偿的诉求出现：例如，澳大利亚的土著居民要求澳大利亚政府首脑对于其过去的行为向其人民道歉。政府首脑拒绝道歉，显然是害怕正式道歉的结果可能是铺天盖地而来的要求赔偿的诉求。

20. 克劳福德先生(特别报告员)答复说，在一些国内立法中提到的“精神损害”已经包含在第 44 条(补偿可以是对个人所受的痛苦和损害)中。在第 45 条中运用同一个词而赋予其不同的含义会带来混淆。后一条关系到非常模糊的伤害(即不是可以从经济上估量的损害)的概念。该领域的一位专家、多米尼斯也提议采用“非物质损害”这一说法。³

21. 至于要求进行道歉，这个概念是毫无争议的。在第 2 款，这个概念被“酌情”这一附带条件加以限定。如果一国已经获得了恢复原状和补偿，还要

³ 见第 2635 次会议，脚注 3。

求抵偿，并且在抵偿没有得到时，就采取反措施，这是很怪异的。

22. 加亚先生提出了一个非常有趣的建议，根据这一建议，一个国际法院或者国际仲裁裁决可以在抵偿这件事情上发挥作用。但是委员会不能从国际法院的角度起草条文，因为它不能假设这个法院会存在。如果可以肯定其有可能存在，起草方面的很多困难，如关于利息的计算问题的困难，就都迎刃而解。

23. 哈夫纳先生回应戈科先生的观点时说，法律也用了“法人”一词，但并没有带来混淆。这就是说，除了特别报告员所提出的运用“非物质性”这个表达的理由之外，还应当谨记其提议的变化使规定物质损害的第 44 条同规定非物质损害的第 45 条构成了严格的对称。这种形式清楚表明赔偿的两种形式，即补偿和抵偿并未交迭。

24. 佩莱先生继续就其就特别报告员所采纳的方式问题所作的评论(第 2637 次会议)发表意见，他说，他认为推迟对犯罪问题的讨论或者至少是推迟了对这一问题下结论将不仅使委员会的生活和工作复杂化，还将特别报告员置于跟其前任同样的位置，即当他们发现之前感到反常的某些现象可以通过引入犯罪的概念来进行解释时，已为时太晚。因此，虽然受害国通常可以在恢复原状和补偿之间进行选择，但在国际不法行为构成犯罪的情况下(即至少违法了一般国际法的强制性规范)，这个选择就不存在了，因为受害国自己不能阻止适用一个整个国际社会都希望得到遵守的规则。此外，报告第 174 段所提到的捷克共和国对于就一读通过的第 45 条第 2 款(c)项(现在成为特别报告员所提出的文本中的第 3 款(c)项)提出的意见是正确的，即高于名义上的赔偿额的损害赔偿，在犯罪的情况下是可以想像的，而在较轻的侵害(délits)或者仅仅是国际不法行为的情况下不能想像的。⁴ 也是由于这个原因，他反对将有关侵权的严重性的提法删去，他担心这种删除是由于特别报告员对犯罪概念的反反对，而不是基于任何理性的考虑。一读通过的第 45 条第 2 款(d)项(现为新拟的第 45 条第 3 款(c)项)，会从根据国家“犯罪”的概念的讨论中受益，如果在“官员的严重渎

职或者……任何人的犯罪行为”与第 19 条关于犯罪的规定相互对照，并审查这二者一或者三者一之间可能存在的关系，这将非常有益。他强调他所作的其他的一般性的评论(同上)也适用于第 45 条，其中最主要的是委员会应当将充分赔偿的概念(即一方面，对国际不法行为造成的损害必须做出充分赔偿，另一方面，赔偿不应当超过对损害的实际补偿)作为指导原则和强制性的法律。

25. 由于他的这些观点，他对于旧的第 45 条和特别报告员新拟的第 45 条都持严重的保留态度。

26. 第 1 款的措辞应当同对有关恢复原状和补偿的条款的修改保持一致。“非物质损害”一词尤其不够有说服力，原因有二：第一，“精神损害(或伤害)”一语已经广为接受，而“非物质损害”一语却鲜为少见，尽管二者的意思完全相同。特别报告员所指的一实质上他也赞同其观点一是国家直接或立即所受到的精神损害，而不是国家行使外交保护所代表的国民所受的精神损害。问题(也是他不赞同所拟的条文的第二个原因)是，它忽略了一个关键的细节，即抵偿的目的(而且毫无疑问是唯一的)在于赔偿国家本身所遭受的精神损害。在报告第 181 段的一条脚注中，特别报告员提到其“非物质损害”一语取自多米尼斯的一篇文章。在考虑到可以在第 45 条第 1 款规定“国家蒙受的精神损害”来反映出这个细节可能就足够了，他也认为它没能够解决这个问题，因为当一个国家“代表它的一个国民”来行使外交保护时，它被视为是在行使其自己的权利。“直接的精神损害”的概念—法国的法律学者所熟悉的一个的词—或许应当被写入第 1 款，然后在评注中给出定义。不管怎样，这个细节都不应当被忽略。

27. 关于第 2 款，他说“首先”一语完全是多余的。他对于在法律文件中使用“应该采取(devrait prendre)”这样条件性的用语也同样有严重保留。在他看来，公告是最低程度的抵偿形式，不需要用预防性的条件来限制。另一方面，他同意特别报告员的观点，即不应当提及法院关于不法性的结论，并不主要是基于报告第 183 和第 184 段所提到的原因，而主要是基于第 185 段提到的原因，即委员会的条款草案涉及的是国家之间的关系，而不是国际法庭和仲裁员的权利。依他之见，根本没有必要提及宣告性判决，同样也没有必要提及关于补偿的司

⁴ 见第 2613 次会议，脚注 3。

法判决或仲裁裁决。最后，他表示不赞同“酌情”这一措辞，他倾向于将其看作是回避问题的一个手段，但是如果委员会不愿意规定得更详细，而其所提及的“情况”规定在评注中，并用例子来解释清楚，他也愿意接受这一表达方式。

28. 对于第 3 款，他有五点意见。首先，“如果情况需要”的措辞有同“酌情”一样的问题，因为国家、法院和仲裁员所想要知道的是具体是在哪些情况下应当采取某个特定的步骤，但是如果在评注中部分地弥补了这个遗漏，他也愿意接受这一表达方式。第二，他同意在第 3 款的起句中对“充分赔偿”的新的提法。第三，“除了其他以外(*inter alia*)”一词至少跟法文本中的“诸如(*telles que*)”一词和英文文本中的“包括(*including*)”一词有重复之嫌。

29. 第四，虽然他原则上承认损害赔偿可以取代抵偿，但是他仍然强烈反对特别报告员对赔偿的分析。一方面，在不存在犯罪的情况下，赔偿只能是名义上的(可以认为其象征性的意义可以被改变)；但是，如果惩罚性或加重的损害赔偿，即不仅仅是名义上的损害赔偿(这里细微的区别在大陆法系根本不存在)是可以接受的，那么接受的唯一可能的理由就是发生了犯罪。虽然这构成了犯罪的后果，应当加入第 52 条，但是在第 45 条不应当这样规定。他不认为国家“仅仅”因为违反了国际法就应当被如此“惩罚”，因为他仍然认为除了犯罪的情况外，关于国家责任的国际法中并没有“过错”的概念。换句话说，只有在“严重侵害”了一个不仅对受害国，而且是对整个国际社会极其重要的规则的情况下(即所谓的一或者应当称为的一犯罪，实际上构成其后果之一)，加重的或者非名义上的损害赔偿才是可以接受的，而不幸的是特别报告员提议删去“严重侵害”这个词。此外，损害赔偿金反映了侵害的严重程度，因为后者可以以货币来衡量，因此，所涉问题不是抵偿，而是补偿。所以，对于第 3 款的前两项，他倾向于保留(a)项关于名义上的损害赔偿的规定，而将(b)项从第 45 条中删去，将其移到规定犯罪的后果(即严重违反对整个国际社会极其重要的规则的后果)的章节中去。

30. 第五点，(c)项似乎有点无关紧要(除了还存在“彩虹勇士”号案这样的先例)，并且带来很多问题。因此，如果违反义务不是由于官员的职务上的

严重的渎职行为，就不会招致国家责任，因此不应当规定在条款草案中。另一方面，如果违反义务是由于官员的职务行为所造成的，问题就在于国家的这种“透明化”是否恰当。他认为，只有在出现国际犯罪的情况下，才可以给出一个肯定答案，因此关于国家透明度的问题应当在有关犯罪或相应的概念的章节中予以阐述。不管怎样，可以把(c)项从第 45 条中删去，特别是如果第 3 款的例举是非详尽的。

31. 关于第 4 款，相称原则当然没有任何问题，但是他认为，由于相称原则同抵偿并不特别相关，将其放入第 37 条之二或者第二章的总序也许会更恰当。无论如何，他重申他反对第 4 款最后一个短语的使用，因为他认为不需要考虑羞辱他国国家尊严的情况。无论如何，第 2 款和第 3 款所提到的抵偿方式没有一点“羞辱性”的意思：对于某个国家，问题只是需要它承认它没有遵守某个国际法的规则——这种不遵守本身也许可以被叫做是“羞辱性”的，而承认并不是羞辱性的。

32. 至于第 45 条之二关于利息的问题，首先，他原则上同意在条款草案中规定一条有关利息的条文。此外，他注意到特别报告员虽然认识到实在法的规则非常模糊，还是大胆地提出了至少是一些宽泛的指导方针，这比起现有的条款草案对此保持沉默的态度来说是个坚实的进步。但是，对于复利问题，他采用了一种稍微不同的方式。不管以前的司法意见在这个问题上是如何谨慎，如果复利对于充分赔偿是必要的，就没有理由排除其适用，评注对这一问题的处理不应当过于消极。

33. 至于第 45 条之二的实际措辞，他对于“根据本条款草案所应支付的任何本金的利息”这一表达的复杂拖沓感到很吃惊。当然，如果只是像第 44 条那样说在适当时应付的赔偿，又过于简单了。尽管在报告中没有这样的表达，但是特别报告员似乎认为“所应支付的本金”既包含了第 44 条意义上的补偿，又包含了第 45 条意义上的损害赔偿。但是，就像前文提到过的，由于损害赔偿只能是名义的(发生犯罪的情况除外)，就不应当支付利息。此外，由于损害赔偿常常是一次总付，除了在延期偿付款利息的情况下外，也不会有支付利息的问题，而特别报告员提出略去这一点。因此，他提议第 45 条之二应当成为第 44 条之二，只规定第 44 条下的补偿支付

日到期后的利息问题。此外，起草委员会应当重新考虑第 1 款第二句的措辞，其中所包含的观点似乎是合理的。

34. 第 2 款第 1 句中“除非另有约定或决定”不必写出，因为这个预防措施适用于第二章的所有条文，实际上适用于整个条款草案。在这里而不在别的地方写出这句话，会招致相反的不合适的论点。

35. 第 2 款的剩余部分在确定利息到期日方面很清楚，但在确定起算日方面很模糊，因为英文本和法文本有所不同，尽管两个文本都具有原始文本的地位。法文本很难理解，但是一旦抓住了其意思，其所要表达的意思似乎比英文本中的更可接受，英文本表面上通俗易懂，但似乎存在错误。说“利息自应支付补偿金之日起支付”是不够的，因为还有适用于延期偿付款利息的制度，特别报告员正确地排除了这个问题，理由是这是个国际程序的问题，不在国家责任法的范围之内。实践中，利息似乎应当自不法行为之日起支付，更确切地说，自损害发生之日起支付，或者，再确切地说，自补偿不能完全弥补损害之日起支付；这的确是法文本中所要表达的观点，尽管其措辞很拗口。

36. 在法文本的第 46 条之二中，他提议在(a)项的“ou”之后加上“de”一词，这样就不会给人以过错必须是故意的这种印象。其次，他请求进一步证实(a)项包括但不限于“清白”原则，因为在序言部分没有提到这个原则，他感到很迷惑。

37. 对于(b)项，他不知道它是否意味着受害国有义务减轻损害。对这一问题的回答有重要的现实意义，应当明确地回答这个问题，最好是在条文中而不是在评注中回答，至少要暗含这一点。肯定的回答会意味着能够减轻损害而没有减轻损害的国家应当在赔偿问题上遭到惩罚；而否定的回答可能会导致鼓励国家采用可能最糟糕的政策来达到其目标。在这方面，加布奇科沃—大毛罗斯项目在国际法院所提出的诉求，特别是阿瑟·沃茨爵士所作的答辩，包含了一些有趣的进步。在他看来，在这个领域还有逐渐发展的空间；委员会可以也应当在这一问题上采取某种立场。不管怎样，就像报告的第 222 段所指出的那样(该段没有能够给出明确的回答)，问题确实存在，评注应当采纳一种更清晰明了而不是遮遮掩掩的方式。

38. 克劳福德先生(特别报告员)承认法文本的第 45 条之二第 2 款中的“起算日”一语的定义不能令人满意。这个问题应当随后继续讨论。他同时也承认英文文本中有矛盾之处，并注意到第 2 款的“补偿”应当写成“本金”。尽管应当支付利息的本金通常等同于第 44 条中的补偿，但也可能会有不一样的情况，而利息仍然还是要支付的。

39. 关于第 46 条之二，(a)项并不限于“清白”原则。他认为国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目中已经确定了减轻损害的“义务”(这段判决他引述在报告的第 30 段)。这种方式为在确定赔偿额时，将受害国是否采取了合理行动减轻损害考虑在内的提议提供了权威例子。佩莱先生关于产生最差结果的意见在这方面是完全中肯的。

40. 阿多先生问佩莱先生是否认为在所有涉及抵偿的案件中都只应当裁决给予名义上的损害赔偿，尤其是，他是否认为在“彩虹勇士”号案中法国被要求向一项基金支付 700 万美元是名义上的赔偿。难道他不认为充分赔偿包括不一定是名义上的损害赔偿？

41. 佩莱先生就“彩虹勇士”号案提出了三种解释。首先，从严格意义上讲，秘书长并不是一个仲裁员，他只是提出了一个建议，而该建议被接受了。因此，其结果可被看作是一项友好解决方案。第二，法国毕竟严重违反了国际法的一个基本原则，其行为可以被认为是犯罪。第三个解释，也是他认可的解释，存在于对阿多先生的肯定回答，即在这个案件中裁决给予了名义上的损害赔偿，但是该赔偿金额很大，因此，其象征性意义不明了，实际上，这是个相当特殊的例子，一个基本的谅解是，所付的赔偿金将被用来发展法国与新西兰的友好关系。因此，该案并没有严格直接适用一般国际法的规则，而是不像阿多先生所设想的那样尴尬的一种变通解决办法。

42. 罗森斯托克先生说，他同意佩莱先生的观点，即新拟的第 45 条之二的第 2 款中的“除非另有约定或决定”一语应当被删去。从另一方面说，他对佩莱先生关于利息应当从何时起支付的问题以及特别报告员的回答感到极端困惑。在他看来，利息应当自不法行为或损害发生之日起支付，而不是从仲裁裁决做出之日支付，后者的时间可能跟前者相隔太远。

43. 克劳福德先生(特别报告员)说,用“应当支付本金”这个说法仅仅是为了有一些灵活性。造成损害的时间可能晚于违反义务行为发生的时间。在一个很短的时间内可能有各种各样的情况发生,在法院裁决中也可以看出一些灵活性。但是,原则上讲,决定性的日期是损害发生之日,当然不会是判决作出之日。

44. 对于名义上的损害赔偿的问题,他认为佩莱先生使用“象征性”一词来等同于“名义上”(一个可以忽略不计的数额),而不是意味着“有象征的作用”,因为所有的抵偿就定义来看都是象征性的。

45. 布朗利先生说,对利息问题的讨论使他再次确信不能概括性地规定补救办法问题,因为所有这些问题都取决于其发生的法律背景。一旦进入细节,国际法的规则就会被撇开,而被特定案件中有关利息支付问题的主要规则所取代。

46. 阿多先生说,他从佩莱先生对他所提出的问题的回答中可以推论,佩莱先生认为应当保留关于抵偿问题的第 45 条第 3 款中的“如果情况要求”和“酌情”等措辞。但是,佩莱先生似乎以前曾主张删去这些。

47. 佩莱先生说,他不能理解阿多先生在这一问题上的观点。对于布朗利先生的观点,反对进行法律编纂是可以的,但是,如果已经决定进行编纂,就应当在逐渐发展国际法的基础上进行编纂。他认为第 45 条和第 45 条之二中的概括性的程度是很合理的。

48. 对于特别报告员认为他用“象征性”这个词来描述非名义上的损害赔偿是不着边际的看法,他说他只是从报告中读到了这样的信息。特别报告员没有在名义上的损害赔偿和非名义上的损害赔偿之间做出区分。他说的是名义上的损害赔偿金,将象征仅仅表现在名义上的损害赔偿中是没有道理的。如果他修改了报告,将“象征性”改为“名义上”,他应当表达出来,这样就可以对此进行讨论。他本人不赞成放弃“象征性”而使用“名义上”。在他看来,玩文字游戏的不是他,而是特别报告员。

49. 克劳福德先生(特别报告员)提到在一读不可能决定第 45 条第 3 款是否应当是详尽无遗的。如果是详尽的,名义上的损害赔偿很明显已经包含在反映损害之严重程度的损害赔偿中,因此不需要保留第

3 款(a)项。如果该款不是详尽无遗的,那么情况就完全不同了。

50. 他并不是要迫使委员会在国家责任领域接受普通法的概念。他只是记得起草委员会的一名大陆法系主席在通过第 45 条时说,该条引入了惩罚性损害赔偿的概念。他本人并没有这样做,有记录表明第 3 款(b)项就是要处理这一问题。

51. 他请委员会不要用国内法来做类比。国际法中国家的精神损害的概念就是一个极有问题的类比。第 45 条的表达提出这样一个事实,即存在需要明确指出损害的严重性的情况。这些情况不能被人为了地局限于严重违反了国际法义务。在“彩虹勇士”号案(这个案件在他看来并不属于第 19 条的管辖范围)中,已经有人对这类问题表示严重关切,在“孤独”号案和其他的案件中也有这样的情况。在这个方面有抵偿的作用,因此第 3 款(b)项完全适合。他将在报告的第四章中讨论第 19 条的问题。如果严格按照第 19 条,就没有其他的选择,只能提出对那种类型的违反义务要求给予惩罚性损害赔偿金。第 3 款(b)项不涉及惩罚性损害赔偿金的问题。

52. 伊科诺米季斯先生指出,佩莱先生在回答阿多先生的问题时,没有在引用的案件中排除支付惩罚性损害赔偿金的可能性。

53. 布朗利先生说,在他看来,第 45 条包含了三个不太和谐的方面。首先,他认为,第 3 款提到的赔偿是通常法律意义上的赔偿。第二,有一个方面虽然很重要,但是属于国际不法行为的后果这一类,即属于规定停止和不再犯的第 3 款(c)项和第 2 款,而不是真正属于草案的这一部分。最后,道歉问题有政治因素在内。

54. 一些委员提出,存在两种法律渊源。第一种是在国际法院中适用的关于国家责任,尤其是在目前的补救办法问题上的法律。第二种是所谓的政治背景,即由国家进行处理,而没有司法程序的介入。有些文献往往将这两种层次混在一起。它们只是简单地以经验主义的方式看待国际法的渊源,然后将这两种类型看作是同样的。这种看法似乎很不理智,但是很难找到另外的办法。

55. 听完特别报告员和委员会其他委员的发言后,他感觉委员会所作的选择是淡化司法层面的适用,

而要依赖外交实践，这在他看来也许不是很明智。这个选择很危险，因为毫无疑问，恰恰是在国家双边关系的背景下大多数分歧都不是通过特定的具体法律规则，而是通过协议或谈判来处理的。

56. 第 44 条处理损害赔偿问题的方式同第 45 条的处理方式似乎不幸有些交叠。他不明白为什么精神损害的概念产生了这么多的问题。但是第 45 条的这个方面最好是归于第 44 条的补偿问题。至于惩罚性损害赔偿，过去对弱小国家常常有一种惩罚的形式。从逻辑上讲，应当去掉过去意义上的抵偿这一条，而将不同的方面分开，分别归入处理国际不法行为的后果和通常的赔偿形式的条文。否则，我们就是把一个在今天毫不适用的历史包袱加入到一个技术性法律性条文中。

57. 根据他的经验，国家通常并不道歉。事实上，国家往往把随便给出的道歉看作是承认。就像他已经指出的，道歉问题常常是谈判全盘处理的问题中的一个。

58. 有必要明确指出，抵偿并不排除包括补偿在内的其他补救办法。事实上，第 45 条将有关对损害的数量估算的法律同严格意义上的抵偿措施混同起来了。后者过去实际上是对国家的一种政治性惩罚，现在已经不是了。最后，抵偿不能被看作为正式的赔偿形式，它根本不可能是一种赔偿的形式。

59. 克劳福德先生(特别报告员)说，很明显国家不会在达成协议之前进行道歉，因为道歉即表示其承认负有责任。接受第 45 条第 1 款所规定的提议(这被看作是对事件的最终解决)可以构成抵偿，一个替代这样的提议的司法裁决也可以构成抵偿。在这个意义上，他不认为自己的观点同加亚先生的有什么差异。

60. 佩莱先生说，他同意布朗利先生关于文件来源问题的观点，也认为外交惯例的意义远远不如司法实践的意义大。显然，条款草案不应当是提议在国家间进行次要的协议解决方式，而是要在缺乏协议的情况下提出适用的法律规则。

61. 另一方面，他对于布朗利先生关于新旧不同形式的抵偿，关于一般性的补救办法和严格意义上的抵偿间的区别的观点不太能理解，特别是不太理解关于抵偿不是一种赔偿形式的观点。恰恰相反，抵

偿绝对是赔偿的通常形式，法院做出这样的裁决，认为当事方做出的声明就构成足够的抵偿，这就证明了这一点。法院的决定在国家这方面未宣布承认违犯事项时就可以替代后者。

62. 实践中，说国家不道歉是不符合实际的。在“彩虹勇士”号案中，法国承认其负有责任，也就是正式进行了道歉。因此，道歉并不过时。它是一种现代的令人信服的赔偿形式。在这个案件中，新西兰对其所蒙受的精神损害也得到了赔偿。

63. 杜加尔德先生说，跟佩莱先生一样，他对于布朗利先生作出国家不道歉的这个观察判断感到迷惑不解。在近年的实践中，一系列的案件中，国家都为其行为作出道歉，但是并没有承认其违反了国际法。在这个方面，卢旺达种族灭绝案很有意义。美国不是为其违反了国际法进行道歉，而是为其在安理会的行动的判断错误而道歉。法国保持了沉默，很可能是因为在这种情况下其道歉可能被视为是承认负有责任。

64. 布朗利先生说，司法确认负有责任构成一种不同类型的抵偿，这种抵偿造成了起草委员会面临的问题。似乎有种救济方式被忽略了，即通过禁令或其他方式禁止行使权利的确认进行救济的方式。问题在于人们没有认为它们是一种外交形式的赔偿，在某种程度上来说在这个系统中存在着鸿沟。佩莱先生所提到的抵偿是另一种司法形式上的抵偿，而不是第 45 条所规定的抵偿。在外交层面的赔偿和司法层面的赔偿之间似乎有所差别。

65. 他并不是说国家从不道歉。国家也道歉，但是几乎总是谈判妥协的一部分。最近采取的多数抵偿的措施都是谈判妥协的一部分。在很多案件中大家可能认为国家会道歉，但它们没有道歉。

66. 辛马先生说，在巴拉圭诉美国案中，巴拉圭向国际法院提交备忘录后，美国作出正式的严肃的道歉，几个星期后，巴拉圭撤回了诉求。在另一个目前还没有做出判决案件中(因此，他也不打算讨论细节)，国家也作出了道歉，而这并不是谈判协议的一部分。

67. 克劳福德先生(特别报告员)说，他对于一些委员在外交和法律领域所作的区分感到有些迷惑。他已经在其报告的第 240 段中解释了他的观点，因为

这一点跟第二部分之第二章所提出的关于承认的一些问题有关。国际法院有给予确认的职能，可以确定当事方的权利和义务是什么，尽管其裁决可以有既判力，但是并不是由法院来形成国家间的法律关系；国际法首先就直接适用于国家间关系。固然，条款草案的重点是国家之间的关系，但委员会仍然要确定适用于这些关系的规则。换句话说，这是个明确法律关系，以使法院可以在此法律关系下给予可以被恰当地称作是司法补救的裁决的问题。因此，不能从法院权力的角度来起草这些规则。这就造成了布朗利先生所称的“被忽略的救济措施”的问题，但是他认为他并没有忽略这一问题，这就是为什么他在“正常”的抵偿方式(即在法律文件中承认违反了义务)和第 45 条第 3 款所规定的例外的或者至少是不常用的抵偿方式之间做出区分。

68. 戈科先生在提到道歉的问题时说，国家不轻易作出道歉是因为其道歉有可能被看作承认有错，因此会招致对方提出赔偿要求。

69. 蒙塔兹先生询问布朗利先生是不是因为国家蒙受的精神损害是无法确定的，所以他认为抵偿不是一种赔偿形式。

70. 布朗利先生说，他担心蒙塔兹先生也成了第 45 条自身模糊性的受害者。对于法律条文中的损害赔偿或者补偿问题，他承认国家可以遭受精神损害，“孤独”号案就是个很好的例子，因为没有为了获得对精神损害的赔偿而威胁使用武力，没有国家实力的因素介入。这种精神损害的确属于第 44 条的规定范围。但是如果大家考虑到抵偿的通常情况，多数都是要来羞辱一些国家，历史上的许多例子都不会满足第 45 条第 4 款所列的条件。此外，对于道歉问题，应当问这样一个问题(迄今为止还没有人提出这个问题)，即道歉是否是作为一个法律意见提出的。

71. 卢卡舒克先生注意到第 45 条引起了热烈的讨论，招来很多批评。他说他同意多数观点。特别报告员所拟的条文没有充分地定义抵偿的概念。该条可以被解释为规定了只有在存在精神损害时，承认违反义务才是重要的，但是这种承认在所有情况下都是必要的，因为这是从责任中产生的第一个义务。此外，新拟的这一条似乎将精神损害同非物质损害的存在联系起来，但是任何不法行为，不管是物质性的还是非物质性的，都会造成精神损害。由

于这些原因，他对第 45 条提出两个变通的文本，第一个范围很广，覆盖了所有抵偿的情况，第二种则仅限于精神损害。这两种文本是：

“造成精神损害的国际不法行为责任国有义务提供抵偿，即提供精神赔偿。”

或

“在国际不法行为只是造成非物质损害的情况下，实施不法行为的责任国有义务提供抵偿，即提供精神赔偿。”

72. 此外，同佩莱先生一样，他认为“精神损害”一词比“非物质损害”这一表达方式更好，因为这一表达方式已经存在于许多法律体系中，另外一个原因是，“精神”一词划定了损害的范围，而“非物质性”一词是否定性的，并没有划定损害的范围。

73. 他认为关于名义上的损害赔偿的条款应当保留。

74. 至于报告第 192 段所提出的权力分离可能会妨碍追究个人的刑事责任的问题，委员会已经进行过辩论，不过是在一个不同的背景下辩论的，达成的结论是国家不能引用国内法的规定来逃避其国际义务，特别是在责任领域。在现在这个问题上，并不是一般意义上的国内法会妨碍对罪犯的追诉，而是刑法的原则，如“法无明文者不罚”原则会妨碍追诉。不过，这个障碍并不是不可逾越的。

75. 总之，他认为第 45 条可以提交给起草委员会。

76. 伊科诺米季斯先生说，对第 45 条第 1 款，除了他在对第 43 和第 44 条的评论中所提出的形式问题外，没有其他的意见。因此，应当将第 45 条第 1 款规定为：“国际不法行为的责任国有义务给予抵偿，以补偿其行为带来的非物质性/精神损害”。条文必须以法律的语言拟出，应当提到义务，而不是规定“提出”，因为“提出”可能会被接受，也可能会被拒绝。

77. 至于第 2 款和第 3 款，他认为不需要区别赔偿的声明和其他的抵偿形式。拟一个条款用非详尽的方式(以承认违反义务为第一种)覆盖所有形式的抵偿就足够了。同样，《联合国宪章》第三十三条在规

必须首先进行谈判，虽然实践中谈判实际上是首先运用的解决方式。在第 45 条的评注中也可以指出承认违反义务通常是抵偿的第一种形式。新拟的这一款应当按照类似于一读通过的方式开头：“抵偿可以采用以下一种或几种方式”，然后列出不同形式的抵偿方式。他还认为，在现有第 2 款中，不同形式的抵偿应当分别列出，前面加上破折号。他所提出的方法也可以避免频繁重复使用“酌情”和“如果情况需要”这样的说法，频繁使用这些说法使文本显得繁冗拖沓。

78. 对于名义上的损害赔偿，他并不反对将其规定在草案中，虽然其意义很有限，因为列出不同形式的抵偿只是指示性的。但是，他坚持认为惩罚性损害赔偿应当只针对严重侵害，特别是第 19 条规定的国际犯罪。在这个问题上，他赞同报告第 174 段所提出的捷克共和国的观点，即“在条款草案中引入惩罚性损害赔偿的概念会使“犯罪”的责任体系有重要的提前预警的功能”。正如佩莱先生所说的，对犯下国际罪行的责任国施以惩罚性损害赔偿义务，这种可能性应当是实施这种犯罪行为的特定后果。因此，他提议第 3 款(b)项应当修改如下：“对于严重的违反，尤其是第 19 条第 2 款所规定的行为，损害赔偿应反映侵害之严重程度。”从这一点来考虑，不愿意规定惩罚性损害赔偿根本不合逻辑：如果受害国可以因为精神损害得到补偿，就没有理由不让责任国对其极其严重的侵害行为支付惩罚性损害赔偿金。在第 3 款(c)项的“任何人”前面应当加入“在其管辖范围内的”一语，这样更加准确。第 4 款应当将“不应当”一词该为“不许”，以加强语气。

79. 关于第 45 条之二，他认为利息问题应当归入第 44 条，利润损失和复利问题也应当在第 44 条提出。

80. 第 46 条之二(a)项应当表述为“任何受害的国家或个人或实体”；这完全是个措辞上的变动。至于(b)项，其目前的表述有问题，因为它意味着其指的是故意或者疏忽。

81. 克劳福德先生(特别报告员)说第 46 条之二(a)项提出“任何国家”是为了涵盖第二部分之二第二章中所提到的另一国代表受害国提出诉求的情况。

下午 1 时散会。

第 2639 次会议

2000 年 7 月 13 日，星期四，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节, A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会继续就特别报告员的第三次报告的第一章 B 节(A/CN.4/507 和 Add.1-4)中的第 45 条、第 45 条之二和第 46 条之二进行审议。
2. 罗德里格斯·塞德尼奥先生仅就条款草案第 45 条发表意见。他说，实际上标题应当是“形式和方式上对赔偿的抵偿”。他对第三次报告表示赞赏，也承认第 45 条款的复杂性，认为将第 1 款颠倒过来表述，首先规定实施国际不法行为的国家有义务提出抵偿，而不是像一读通过的文本那样先规定受害国有权利从责任国获得抵偿，这种处理方法极其合理。条文的意思没有变，但是这样就同关于恢复原状和补偿的条文一致了。第 1 款大体上来说是可以接受的，但是西班牙文文本中“损害”应当用

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

“perjuicio”来表达，而不是用“daño”。特别报告员在其报告的第180和第181段给出的解释非常有说服力。“非物质损害”一语意义较广，包含了法律上、精神上甚至政治上的损害：在“彩虹勇士”号案的裁决中，法庭就确认了非物质损害，因为它认为新西兰的荣誉、尊严和声望受到了损害。

3. 第2款给抵偿的定义提出了有用的要素，即承认违犯事项，表示遗憾或者正式道歉。第1款与第2款可以结合起来，使文本更明确，更简洁，但是，就第2款的实质内容而言，承认违犯事项不应当被理解为将随后的表示遗憾或者正式道歉排除在外，虽然在出现后面的情况时，就包含着前面的承认，因而就不必再作出此种承认。但是，正如特别报告员所建议的，这两种要素都应当保留。

4. 特别报告员新拟的条款草案跟前面的草案一样，都包含了各种方式，其中第3款列举了一个例示性(虽然并不是详尽无余)的清单。他赞同将“充分赔偿”的概念列入草案，在西班牙文文本中应当写作“reparación íntegra”，同时他还想知道抵偿是自动的，还是对恢复原状和(或)补偿的补充。他认为两种都可以。在科孚海峡案中，抵偿是自动产生的，因为国际法院认为联合王国就其海军的行为所发表的声明本身就构成适当的抵偿。抵偿可以同时或者事先支付损害赔偿金，即使没有发生物质损害，总体上可以被看作带有惩罚性。该款在“充分赔偿”的范围内覆盖了这一点。他同意一些委员的观点，即承认违犯事项的公告应当被纳入国家间关系中，但是这并不意味着承认违犯事项的司法和仲裁确认以及赔偿的声明并不重要且没有各种后果，包括法律后果。司法机构的声明不应当被认为替代了施行不法行为的国家的声明。

5. 第3款(a)项应当保留不动，因为支付名义上的损害赔偿是一种适当的抵偿方式，但是第3款(a)项带来一些疑问，因为对损害的严重程度的确定带来了评估和主观性的问题，有可能使抵偿的内容相互不同并且不够确切。第3款(c)项是可以接受的，如果按照伊科诺米季斯先生的建议规定国家的国内管辖权则更好。

6. 第4款跟一读通过的第2款(c)项和第3款规范同样的问题，应当阐明的是，受害国不能要求对于责任国是羞辱性的抵偿。或许可以用另一个词来表

达损害尊严这个概念。在他看来，一读通过的文本更明确地规定了受害国获得抵偿的权利，而此种权利并不能使其有权提出损害责任国尊严的要求。在新拟的条款草案文本中应当保留这个原则。

7. 杜加尔德先生祝贺特别报告员提出了一个精彩的报告，他说不论是在对一读通过的第45条的评注中，还是在特报告员就新拟的第45条所作的评论中，都没有把过失作为一种渎职行为来看，但是他认为第3款(c)项的“渎职”确实包括了过失。不管怎么样，如果这个问题不是不言自明的，就应当在评注中注明。

8. 同一项中所提到的刑事诉讼是基于一个带来在国际刑法领域最新发展的条款。承认这些发展很重要。为了说明其观点，他请委员们假设这样一种情况，一国的军事独裁政权对另一国的国民以歧视性的方式施以酷刑。此后，该军事独裁政权被推翻，随之建立了一个文官政府，该政府想要为受害者所遭受的精神损害提供抵偿。后一届政府可能决定对有关国民所遭受的侵害提供补偿，或者为其所受到的精神损害提供抵偿。最明显的抵偿方式当然是对有关施虐者提出起诉，但从政治上来看，这对于新政权来说可能是很棘手的事情，它可能被迫给予大赦，而事实上它也许更希望将这些人送交国际刑事法庭，或者将其引渡到起诉国，或者其他希望行使刑事管辖权的国家。他提议在第3款(c)项末尾加上一条，规定被诉国自己应当采取惩戒行动或刑事诉讼，或者将其引渡到另一国，亦或送至有管辖权的国际刑事法庭。这个改动不大，但是它考虑到了国际刑法领域的最新发展。

9. 庞布一奇文达先生说，把这三个新的草案条款揉在一起，就带来相互关系和解释方面的问题。第45条之二在实质内容上没有什么大问题，但是如果将其紧跟在关于补偿问题的条款即第44条之后可能更一致，更合理。

10. 至于第45条，他倾向于采用一读通过的文本，因为这个文本更清晰。新的文本内容更丰富，但是，也正因为如此，它把完全不同的情况和假设并列在一起，这就造成了根本性的缺陷。一读通过的文本较好，因为不论是在其表述中，还是在其角色分配中(这一点更加重要)，其重点都是放在受害国上。而现在的文本只有在第46条之二(b)项中才

提及受害国，他对此感到很不安。这种对主要规范对象如此忽略的做法如果能在起草委员会得到纠正就好了。

11. 他想知道第 45 条中的“非物质损害”是否是一个广为接受的术语，为了能与一读通过的文本的精神保持一致，他还是倾向于使用“精神伤害”或“精神损害”一词。

12. 如伊科诺米季斯先生所说，霍茹夫工厂案使国家有义务根据某种特定的方式做出赔偿，条文的引言应当规定这一原则，即责任国应当为其对受害国的国际不法行为提供抵偿。若用与一读通过的第 45 条相似的说法来表述这个原则，效果更好。

13. 他还关心的一个问题是，第 2 款使用了条件句，而不是现在时态。第 1 款明确设定了原则；第 2 款当然应当用现在时态表达。

14. 至于第 2 款的内容，承认违犯事项这个问题会引起人们的辩论和争论。他认为，试图澄清案文正文中双边的违反和第三方的干预的区别，对以承认为方式的抵偿没有多大作用。同样，使用附带性的“酌情”一语，接下来是抵偿的另两种形式，这也带来一个问题。他希望加入名义上的损害赔偿。

15. 第 3 款还有一些问题，例如去掉“除其他外”一词，不过他主要关心的问题是将(a)项挪到第 2 款。(b)项应当被挪到第 44 条(但这需要得到特别报告员和起草委员会的同意)，因为它跟经济上可估量的损害有关。另一方面，它也可能成为一个特定条文的主题，规范体现损害的严重程度的赔偿以及受到影响的不同利益，包括整个国际社会的利益的问题。

16. (c)项也应当被删去，但是是基于不同的原因：它所涉及的问题应当由国内法处理，而不是由国际法来处理。从实质上来说，应当是不法行为国处理其官员的渎职问题。这种情况下的惩戒行动或者刑事诉讼的功效问题不在国际法的范畴之内。惩罚不是在真空的情况下施加的：他们取决于相关国家的法律体系。与国际法对国内法的优越性相一致，国际法不可能处理国家法律中具体的惩罚问题。

17. 第 4 款引起了本不该在此提出的激烈的批评。他倾向于保留这一款，但前提是将最后一部分，即

“有关……不得采取羞辱责任国的方式”删去，或者用“对受害国造成的”一语来替代。羞辱只是偿还债务作出赔偿中令人不快的一个方面。

18. 总之，他祝贺特别报告员就抵偿的表述提出了一个非常开放的提法，这样起草委员会可以以新的形式来强调基本的方面。

19. 贺先生说，第 45 条所规定的抵偿是国际法中一种重要的、有充分根据的赔偿形式。新拟的这一条内容更丰富，对一读通过的第 45 条作出了改进。但是，还有一些问题需要进一步讨论。

20. 用“非物质损害”一语来代替“精神伤害或精神损害”是可以接受的，但是第 45 条的引言第 1 款似乎是根据以下假设起草的，即抵偿只是要覆盖非物质损害。抵偿并不是适用于所有的情况，但是根据第 37 条之二的规定，抵偿可以单独适用，也可以同其他的赔偿形式如恢复原状和补偿等一起适用，因此，在许多既有物质损害又有非物质损害的场合也应当适用。所以，抵偿不光适用于非物质损害，它也适用于其他形式的损害。同样，第 45 条第 1 款的“对任何非物质损害作出抵偿”的表达应当用“对损害，包括对非物质损害作出抵偿”或者“对损害，尤其是对……非物质损害作出抵偿”来替代。

21. 他同意伊科诺米季斯先生的观点，即第 2 款和第 3 款可以合并在一起。新的一款可以这样开头“抵偿可以采取以下一种或几种形式以确保充分赔偿：”。(a)项应当以“道歉”替代括号中的“名义上的损害赔偿”，在现代实践中很少裁决给予“名义上的损害赔偿”。(b)项和(c)项保持不变，但是第 4 款要重新编号。这个条款很重要，因为如果没有特别的法律条文来规定，就不能裁决要求惩罚性的赔偿。

22. 特别报告员提议将“调查”作为第二种抵偿形式的一部分。由于对于造成损害的事故原因的适当调查与其他形式的赔偿如补偿和惩戒行动与刑事诉讼密切相关，可以在抵偿的条文中提及调查，或者至少应当在评注中提及。

23. 对第 45 条之二的主要观点是认为利息问题应当单列一条。这一条阐明了必须支付本金的利息以确保充分赔偿这项一般原则。尽管对于支付利息的

起始日期问题还没有确定，但是已经明确指出的是，利率和计算方式应当最适合实现充分赔偿。有关利息的裁决应当包含利润损失。在报告第 149 段所引用的第 44 条的评注中，指出主要的目标是避免“双重补偿”。³ 根据这种限制，利息的数额必须与损失的利润数额相等，这一点应当在评注中说明。

24. 对于第 46 条之二，减轻责任的确应当规定在第二章。现在基本上都认为自身过失同赔偿额的确有关，例如在《外空物体所造成损害之国际责任公约》中就规定了这一点。根据有关减轻损害的一般国际法原则，国家不仅被允许，而且实际上有义务采取合理措施以减轻所造成的损失、损害或伤害。不履行减轻义务可能会导致其无法获得赔偿，加布奇科沃一大毛罗斯项目案就说明了这一点。受害国减轻损害的义务不是一项独立的义务，而是对受害国所能要求的损害赔偿金的一种限制因素。从这个意义上讲，第 46 条之二包含了一些渐进发展的因素。对将其列入草案这一点，不会有强烈的反对。

25. 蒙塔兹先生说，第 45 条所引起的争论源于这一事实，即旨在补偿或者消除受害国所蒙受的精神损害的抵偿是一种国家并不常求助的制度。这一领域中的实践和案例法都不太多，也许是因为对于国家来说，荣誉和声望这两个精神损害的主要部分现在并没有消除国际不法行为给其造成的物质影响那样重要。因为事实证明，对抵偿还无法进行法典编纂，特别报告员所采取的基本上忠实于现有实践的态度是十分可贵的。

26. 提出的第一个问题是，有关抵偿的法律规则是否真的存在，不法行为国是否确有义务对受害国提供抵偿。在很多情况下，不法行为国别无选择，只能作出道歉，特别是如果受害国是一个强国的情况下。在这种情况下，我们不禁会说，这是政治机遇的问题。有时是通过一个协议(默示的或者其他方式的)使不法行为国作出道歉。著述中常常引用两个案例，一个是凯利特案(该案中美国的一位副总领事受到泰国士兵的骚扰)，一个是大家较熟悉的“孤独”

号案。在两个案例中，都有协议认为应当向受害国道歉。这就是为什么他倾向于使用一读通过的第 45 条的文本(“受害国有权获得……抵偿”)，而不用特别报告员提议的文本(实施不法行为的国家有义务提供抵偿)的原因，因为旧的文本比较灵活一些。

27. 对于不同的抵偿形式，新拟的第 45 条第 2 款中首先规定承认违犯事项，这一点令人感到满意。这同国际法院在科孚海峡案中所作的裁决是一致的，即承认违犯事项本身就是一种适当的抵偿方式。第 2 款接着提及了表示遗憾或者正式道歉。不过，国家要求作出这种姿态的情况很少发生。例如，伊朗伊斯兰共和国人质事件之后，美国并没有要求道歉，而这个事件是典型的对国家进行侮辱或精神损害的事件。另一个例子是伊朗国家航空公司的飞机被击落的事件。伊朗没有要求美国道歉，但是要求美国当局对击落飞机的战舰的指挥官作出纪律处分。但是，必须防止根据第 45 条第 3 款(c)项过多的采用惩戒行动作为一种抵偿方式，因为它可能会成为对不法行为国国内事务的一种干涉。该条款的范围或许应当仅限于国家机构的犯罪行为，其原因就在于此。他同意庞布一奇文达先生在这一问题上所发表的中肯的观点。

28. 对于第 45 条第(3)款(b)项是否应当保留的问题，他持有极大怀疑。国际法学会在 1927 年的有关这一问题的草案中并未指明反映损害之严重程度的损害赔偿(也可以称为惩罚性赔偿)是抵偿的一种形式。⁴ 仅仅承认违犯事项以及同时予以公开宣布，通常就具有足够的惩罚性，不需要再采取其他任何惩罚性行动。对于抵偿究竟是补偿性的还是惩罚性的这个问题，人们所持观点不一。他本人认为它是补偿性的。除了支付物质赔偿之外，受害国还可以基于抵偿再额外要求一笔金额，这一看法几乎是不可接受的。最好的方法是删去第(3)款(b)项。

29. 新拟的第 45 条第 4 款提出得很适时，也是可以接受的，它能抵消条文中的不平衡之处，这些不平衡过去那些常常使强国给弱国施加羞辱性的、损害国家尊严和平等的抵偿方式。

³ 见第 8 条的评注第(27)段(《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 80 页。

⁴ 关于“国家在其领土内造成外国人的个人或财产损害的国际责任”的草案(《1956 年……年鉴》[英]第二卷，第 227 页，A/CN.4/96 号文件，附件 8)。

30. 最后，他想提请大家注意报告第 206 段的一条脚注的说法不够准确，应当把“监护委员会”改为“宪法监护委员会”。

31. 布朗利先生说，他所听到的评论更加坚定了他的看法，即应当将第 45 条分为三个部分。一个部分是关于补偿，法律意义上的赔偿，仅仅是数量问题。另一部分形成国际不法行为的后果的一部分：第 4 款和停止与不重复的概念之间存在密切的关系。最后，还要列入一个纯粹是关于政治性措施的部分，其中包括要求道歉等措施。在这方面，他不能确信表示遗憾和正式道歉的做法是否有法律意见作依据。

32. 由于会议中所发表的这些评论，他现在知道第 3 款(c)项应当放在国际不法行为的后果这一部分。贺先生指出在这种情况下需要调查，这是完全正确的。不明确官员个人所承担的责任，更不用说刑事责任，就会出现由于过失或者违反国际准则而带来国家责任的情况。跟杜加尔德先生所发表的有趣的观点相反，在发生国际犯罪的情况下，特别是当这些犯罪是多边公约所涉问题时，根据国际法有独立的起诉相关个人的义务。

33. 19 世纪末西方国家所采取的许多要求赔偿金并惩处官员的做法与正义毫无关系，其目的纯粹是要通过要求惩处那些(即使他们不一定真正犯了罪)官员来达到从政治上惩罚或羞辱他国的目的。(c)项的主题就是关于此种政治报复行为，将其规定在草案中是否值得还应三思。另一方面来讲，第 45 条可以接受的部分应当细分一下，有的内容可列入其他条文。

34. 国家责任制度就像一辆老爷车，委员会应当对其发动机进行调整使其和谐运转，而不是简单地修修补补。不管是对问题还是对著述都需要进行更深入的分析。

35. 卡巴齐先生说，特别报告员的第三次报告使委员会能够在之前努力的基础上大大改进关于国家责任的国际法的编纂和逐渐发展工作。对于一个极其复杂的问题作出了进一步的明确和澄清。他大体上赞同这几天特别报告员和其他委员所提出的修改。第 45 条之二和第 46 条之二没有任何问题，应当提交起草委员会。

36. 第 45 条问题较多。首先，并没有在该条中定义“抵偿”一词。不清楚的是，如果实施国际不法

行为的责任国按照第 3 款规定作出了充分赔偿，承认了违犯事项，并在适当的情况下表示了遗憾，受害国对此感到满意，这是否就是抵偿，还是说它还有其他的意思。第 43 条中界定了“恢复原状”一词，对“抵偿”一词下一个定义在目前的情况下也是很有用的。关于第 1 款，他对于“精神”一词没有什么异议，但较之“非物质性”一词来看，后者更好一点。一些委员也建议，保留“诱发的”一词比换成“造成的”一词更好。他认为“造成的”一词意味着犯罪意图或者直接故意。第 3 款(a)项和(b)项招致了相当多的批评，主要是由于这些条款在不同的人看来有不同的意思。他本人更关心引进惩罚性的问题，特别是在(b)项中。也许像佩莱先生建议的那样将其归入第 19 条和第 51 条及以下会更好。

37. 尽管抵偿的确是一个早已存在的国家实践，国际法院也常常以此作为一种补救或赔偿形式，但是应小心谨慎，避免给抵偿的形式加入任何羞辱性的成分。因此，他坚决反对像一些人建议的那样将第 4 款的后半部分删去。事实上，他和伊科诺米季斯先生的观点一样，认为“应当”一词应当由“必须”或者“得”一词取代，他个人更倾向于用后者。同特别报告员一样，他希望要求向外国国旗敬礼作为抵偿方式的时代已经结束。不应鼓励羞辱的做法，即使它是通过交换条件的方式，因为它并不会恢复公共秩序，也不能在国家之间实现和解。在任何情况下，责任国方面的任何这类冒犯行为都完全可以根据第 3 款(b)项通过反映损害之严重程度的方式来处理。

38. 罗森斯托克先生说，他对这个精彩的文本所要做的唯一改动主要是文字方面的，可以在评注中适当提及。在条款草案(或者至少是第二部分)以及相关的评注中所应贯穿的原则是，被另一国的不法行为所侵害的国家有权获得充分赔偿，并且是有权从不行为国获得充分赔偿。如果委员会不规定从损害或利润损失之日起支付复利，不法行为国就在损害受害国的情况下获利。他并不是主张对本金支付利息同时还支付利润损失，没有人支持双重补偿，也没有人建议在文本中规定这一点。但这并不适用于延期偿付利息的情况，因为长时间的延期偿付会带来很多损害。委员会规定抵偿必须成比例，但不应当采用羞辱的形式，这可能会被认为是在说，尽管受害国可能已经受到羞辱，但不行为国的感受也必须予以维护。当然，很难想出一个具体的实例

说明适用于这些条件的情况，但是这不应当影响对遭受羞辱的受害国的关注以及简单的比例标准可能产生的极具威慑性的效果。

39. 对于第 45 条，他能理解一些委员希望将第 1 款中的“提出(offer)”改为“提供(provide)”一词的观点，但是对这一改动的好处表示怀疑，因为从现有案文中很明显可以看出，不法行为国有义务提出抵偿，而合理的建议被无理拒绝的情况显然不可能出现。或许应当在评注中处理此种可能性问题。至于第 4 款中的“应当”一词，从上下文来看并不是不可接受的，但他认为最好还是避免用这个词。草案其他部分应当原文不动。没有必要再产生在实在法中没有依据的质的差异。此外，他还认为列举 19 世纪的政治报复的例子并不是要使第 3 款(c)项无效；举出这些例子只是作为一种警示来防止滥用。

40. 第 45 条之二的主要观点是可以接受的。如果要使其同第二部分的基本作用相一致，就需要对措辞进一步修正，或者作一些评注，第二部分的基本作用是确保受害国从不法行为国获得充分赔偿。第 46 条之二在某些方面来说是对一读通过的第 42 条第 2 款的改进，但是也带来了一些问题，由可能——虽然并不是故意的——将赔偿额的估量同确立责任的主要规则以及英国在其评论中所引用的“明示其一即排除其他”的原则⁵混同起来。他不反对删掉草案这一条，并想知道其他人是否反对。相反，只要评注中明确指出当前的问题并不是主要规则的问题，而是在确定应支付的赔偿金时所要考虑的一个因素的问题，条款草案就不会带来无法弥补的损害。如果规定这一条对于委员会的其他委员来说很重要，那么也不是完全不可接受。

41. 辛马先生说，第 45 条最重要的方面是其指导原则，根据这一原则，受害国可以选择抵偿的方式，这意味着在适应个案的特定特点方面可以有灵活性。但是，他认为，在这一原则和案文中，尤其是第 2 款所规定的前后次序之间存在着矛盾，而这个矛盾比其他的草案条文中的矛盾大得多。

42. 提到第 1 款，他也同意有的委员的观点，即将“提出”一词改为其他的词，比如“提供”。“非

物质损害”一语比“精神损害”要好。另一方面，在一读通过的条文中所使用的“造成的”一词比“诱发的”一词好：当然应该明确所造成的损害同侵权行为之间的因果关系。至于“有义务”一词，它同该条其他各款(尤其是第 3 款)形成奇怪的对比，如此多的限制性条款限制这一点，有可能会削弱了该条的主旨。

43. 第 2 款所带来的问题更加具有根本性。特别报告员强调司法机构确认违法是抵偿最常见的形式，对此他有些担忧。正如第 2 款中的“首先”一语所表现出的，如果有一个第三方解决程序，受害国的第一个要求会是声明发生了违反国际法的行动。但是，如报告第 185 段所表明的，特别报告员承认这样的第三方解决程序并不多见，因此他主张用承认违犯事项来替代这种声明。但是，在国家对国家一级，承认违犯事项是否真的应当是“首先”的，他对此表示怀疑。在实践中，国家通常不会在伤口上撒盐。表示遗憾或者道歉可能就暗示了承认。相反，他注意到，有些国家随便道歉，但不承认违犯事项，宁愿采用惠给金的方式。然而，在另外一些例子中，国家提出道歉以避免违犯事项带来任何更多的后果。由于这些原因，他认为第 2 款在第 45 条中并不合适。

44. 此外，特别报告员似乎降低了道歉的地位。在一读通过的草案中，道歉是一种独立的抵偿形式。在新拟的条款草案中，道歉只是作为承认违犯事项的可能的伴随物被提出。从历史观点看，道歉经常被滥用，譬如义和团起义运动后中国就曾被迫道歉，但这并不能说道歉就不是一种救济措施。在这种情况下，他指出并不是蒙塔兹先生所说的那样，总是弱国向强国道歉。美国最近就向巴拉圭作出正式而明确的道歉。

45. 至于第 3 款，他同意佩莱先生的观点，认为“反映损害之严重程度的损害赔偿”特别适用于犯罪的情况。但是，第 3 款(b)项不应当被限于犯罪的情况，特别是在像“彩虹勇士”号案属于犯罪一类的情况下，应当保持不变，佩莱先生似乎极力主张这一点。在这方面，他注意到报告第 170 段提到原第 19 条，这在他看来是一厢情愿的提法。

46. 至于第 3 款(c)项，应当澄清的一点是，只有在国家违其预防义务的意义上，个人的犯罪行为方与

⁵ 见第 2613 次会议，脚注 3。

国家责任有关。任何对个人的刑事处罚都是对主要义务的迟延履行。至于第 4 款，抵偿的比例很难确定或执行。一个极端的例子是，17 世纪将一个瑞士公民在一个他所批评的政府的使馆门前斩首。他强烈主张用“须”替换“应”一词。毕竟，赔偿的目的是要建立法律上的和平，而羞辱可能会导致进一步违反国际义务。

47. 至于第 45 条之二以及哈夫纳先生提到(第 2638 次会议)的损失的利益与利息的关系问题，这个问题起草委员会正在讨论，其大致思路似乎跟佩莱先生所提出的相同。同时他也赞同哈夫纳先生的观点，即第 1 款第二句无关紧要，应当删去。不过，他希望保留第 2 款，只是如特别报告员提议的那样，用“本金”一词来代替“补偿”。

48. 至于第 46 条之二，他提到佩莱先生曾询问过(同上)特别报告员(a)项是否是“清白原则”的一个方面，回答是否定的。但是，“清白原则”的概念极其模糊。如果从最广义上理解为不法行为间的一系列联系，他认为将(a)项看作是对“清白原则”的一种表述毫不为过。在这种情况下，即使有人倾向于将过错的概念规定在次要规则中，为了保持一致性，在目前这个阶段也应当避免在(a)项中提到作为主观因素的过错，因为即使规定在(a)项中，它仍然属于主要规则的范畴。

49. 至于减轻损害，他认为第 46 条之二(b)项中没有规定减轻损害的义务，因为如果违反了义务，次要规则就会适用，那就必须赔偿。未能减轻损害应当对所能获得的赔偿金构成限制。这个原则是诚意原则，或者是出尔反尔表示。

50. 布朗利先生说，针对罗森斯托克先生和辛马先生的发言，他对于抵偿问题的观点不能被看作是过时的。虽然看起来似乎很奇怪，不过关于这个问题的现有案文(他自己称之为赔偿金的问题)确实保留了过去的思维模式。这个问题带来了一个重要的分析性和结构性问题，这在第 45 条第 3 款(c)项中尤其突出。存在国际责任和作出充分赔偿的义务的后果，与对做出可能不构成犯罪的行为的个人进行审判，这两者之间未必有联系。仔细考虑这一问题至关重要。

51. 佩莱先生说，他认为布朗利先生的立场很有趣。道歉无论如何也只不过时；在很多情况下这都是

恰当的赔偿方式，而且，正如他和辛马先生所指出的，国家还继续采用道歉的方式。至于“清白原则”的问题，他认为特别报告员对他的问题所作的回答并不令人信服。他原本期待特别报告员会说所用的一般提法不限于“清白原则”，但是，如果某个人也共同促成了损害的发生，而此种促成作用减少了赔偿金，就这一意义来说，它覆盖了“清白原则”。但是，现在争议的焦点是，减轻赔偿而不是减轻责任的问题，责任仍然是全部的责任。

52. 对于辛马先生所发表的意见，他说，他并不认为一名委员发表同其本国的立场截然不同的观点是有勇气的表现。委员们是独立于各国政府的，他自己对本国政府也毫无畏惧。说到此，他希望对其曾就“彩虹勇士”号案所发表的意见作出澄清(同上)。对于阿多先生的观点，他已经说过，在该案中，法国支付给新西兰的一笔相对数目较大的款子有三种可能的解释。这笔钱可以被看作是象征性支付；犯罪的后果；或者他倾向于的解释是，是根据联合国秘书长的决定作出的特定的外交安排。法国违反了一个对整个国际社会有重要意义的国际法规则(因为它关系到新西兰的领土主权)，这显然要承担国际责任。但是，在他看来，这个违犯事项不能被看成是“犯罪”，因为它既不是“大规模”的行为，也不具有“系统性”。他认为，这两个因素犯罪的定义中不可或缺的部分，尽管他也承认，第 19 条目前的措辞(他认为这一条毫不过时，但是毫无疑问会带来激烈的辩论)没有包含这两种因素的任何一种，只有在其第 3 款所引的例子中暗含了这些因素。

53. 戈科先生说，新拟的第 45 条中将道歉作为一种较重要的抵偿形式，对此他表示欢迎。虽然辛马先生在这个问题上持保留意见，但在这个国际外交关系变化不定的时代，道歉仍不失为一个非常有价值的工具。

54. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，国家通常试图通过寻求和解，和睦和新的合作方式来解决复杂的纠纷，因此在考虑政治局势的基础上，会从一系列的可选方式中作出灵活的选择。目前的目标应当是给国家设定一系列的政治选择和权利，而不是设定一个严格的序列，将国际不法行为的必然后果和义务一一列出。但是，在目前过于程序性的表述中，第二章没有考虑这些政治上的细节问题，相反却给出了这样误导性的印象，即国际不法行为自动引发出

这样严格的一个后果序列，必须机械地予以遵循。然而，举例来说，道歉只是国家可采取的若干方式中的一个，并不像新拟的第 45 条所暗含的那样，是构成充分赔偿的一揽子措施中不可缺少的一个。

55. 提到细节问题，他说他完全可以接受特别报告员将“精神损害”一词改成“非物质损害”的建议。在他看来，规定名义上的损害赔偿的第 45 条第 3 款(a)项应当保留，作为国家另外一个有用的选择，或许可以作为正式道歉的一种替代方式。但是，评注应当强调第 3 款所列的抵偿的形式是选择性的，不是强制性后果。

56. 如果要删去第 45 条第 3 款(b)项的引言，不当妨碍委员会将来对惩罚性赔偿问题进行讨论。第 3 款(b)项的新文本似乎同补偿有关，而不是同抵偿有关。起草委员会应当进一步讨论这个问题。他对第 45 条之二或者对 46 条之二没有什么疑问，这两条应当保留，必要时可对文字作进一步推敲。关于利息的许多问题应当留给法院去考虑。损害并不像罗森斯托克先生所强调的那样容易量化，从更广义上的抵偿角度来讲，坚持获得全额补偿未必是好事。最后，在任何对国际不法行为的后果的讨论中，都必须适当考虑到被告的权利。

57. 罗森斯托克先生说，在国内社会，多数争端都是通过谈判来解决的，因此是属于妥协。毫无疑问，在国际社会也是如此，或许更甚。既然如此，就仍然需要有有力的标准来衡量损失。从长远来看，缺少这样的标准必定会使受害国在请求对所蒙受的损害作出补偿时处于劣势。这就说明了需要有一种有效的形式可以进行谈判是十分有益的。

58. 库苏马—阿特马贾先生感谢同事们在辩论中提出了很多具有启迪意义的观点。他尤其赞同贺先生的观点，即在关于抵偿的条文中应当规定调查；还有佩莱先生关于委员会委员的独立性的观点；以及斯里尼瓦萨·拉奥先生关于在第 45 条中需要规定更灵活的程序的意見。他还对第 45 条之二第 2 款提议的安插在实践中是否可行感到很怀疑。

59. 主席说，在下次全体会议上对第 45 条、第 45 条之二和第 46 条之二的辩论结束后，将决定是否将这三条提交起草委员会。如果没有异议，他就认为委员会同意授权起草委员会主席在委员会在当天下午的会议上讨论这些条款时，对迄今在全体会

议辩论中所表述的观点进行非正式的考虑。

就这样议定。

下午 1 时散会。

第 2640 次会议

2000 年 7 月 14 日，星期五，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、埃多西亚·萨卡萨先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节, A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会委员继续就特别报告员的第三次报告第一章 B 节中的第 45 条、第 45 条之二和第 46 条之二(A/CN.4/507 和 Add.1-4)进行讨论。
2. 埃多西亚·萨卡萨先生对特别报告员不止一次地引用了美洲的法院的判决(包括美洲人权法院和中美洲法院)表示赞许。

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

3. 在抵偿这个问题上, 拉丁美洲的经验并不都有益。在之前的会议上, 委员会就有两位委员要求保留第 45 条第 4 款, 该款规定抵偿不得采取羞辱责任国的方式。事实是弱国常常不得不向外国国旗敬礼以提供抵偿, 但却没有机会让外国向它们的国旗敬礼, 即使是基于最严重的侵害。在这一层次上, 法律必须成为一项工具, 确保在强国和弱国间实现平衡与平等。他引用了艾森塔克—莱亚尔事件来说明这一点, 这是起源于 1878 年一名尼加拉瓜公民和他的妻子(她是某个强国的领事的女儿)之间发生的一起事件。由于这一事件, 该强国提出了抗议并为此出动了若干炮舰。尼加拉瓜不得不在该国的国旗前集合士兵列队行进, 这一天被历史学家认为是蒙羞受辱的一天。因此, 似乎非常有必要在草案中规定一个关于国家主权平等原则的条款, 不管是在新拟的第 45 条第 4 款还是在更概括性的条文中。

4. 对抵偿问题的讨论必须建立在对国家遭受的非物质损害和对个人的精神损害进行区别的基础上。正如特别报告员在其报告的第 181 段所建议的, 应当采用多米尼克提出的“非物质”一词。³ 精神损害必须归入涉及补偿问题的第 44 条。正如美洲人权法院在贝拉斯克斯·罗德里格斯案中指出的, 精神损害也有权获得补偿, 尤其是当涉及到侵犯人权的时候。非物质损害属于完全不同的范畴。

5. 如加亚先生所说, 第 45 条第 1 款的措辞应当加以修正, 使得国家有义务“给予(give)”抵偿, 而不是“提出(offer)”抵偿。

6. 第 2 款和第 3 款应当合并成单独一款, 这一款涉及抵偿的形式问题, 不应当是详尽无余的。第 3 款(b)项涉及反映损害之严重程度的损害赔偿, 应当归入涉及补偿问题的第 44 条, 同时应当提到第 19 条, 这一条给国家犯罪下了定义。如果第 3 款(c)项不是规定对责任人的纪律处分或刑事处罚, 而是规定开展调查以确定不法行为的责任并通报此种调查的结果, 这样会更好。事实上, 展开调查本身就可以为一种赔偿方式。

7. 关于抵偿的自主权问题, 他说, 当然存在自主权, 但这一权利是相对的。充分赔偿的原则可以通过一种抵偿形式来实现, 也可以通过几种抵偿形式

实现, 如果这些抵偿形式可以补充其他的赔偿形式, 或其本身也足够补偿, 这要看它们是否能构成充分赔偿, 能否抵偿当事方协议达成的条件, 或者符合受害国的要求(就像法国在“迦太基”号案和“马努巴”号案所提出的要求和新西兰在“彩虹勇士”号案中所提出的要求那样)。如多米尼克先生所说, 抵偿的自主性在于, 在不同的情况下, 抵偿可以构成全部的赔偿, 也可以称为其他赔偿形式的补充。

8. 总的来说, 他认为现在所讨论的文本, 就像委员会正在研究讨论的其他条款草案一样, 必须区别一般原则和明确适用于该主题的规则, 避免无益的重复。一次性规定一些规则即可, 使之可以共同起作用, 而不是在一些情况下重复适用, 在另一些情况下则予以忽略。例如, 充分赔偿, 赔偿的成比例性, 和其他在讨论中提出的其他方面——比如要考虑主要规则, 赔偿和国际不法行为之间的因果关系, 必须对损害进行补偿的日期的确定, 在就不同的赔偿形式而言的国家主权的平等性——可能的话, 都应当被认为是一般原则并分别处理。这样, 不同的赔偿形式及其组成部分和实质内容就可以以最完善的形式提出。

9. 加利茨基先生说, 在几个问题上, 他对关于抵偿问题的第 45 条提出的一些规则不太满意。特别报告员所拟的第 45 条的案文, 虽然看起来较之先前的文本篇幅更长, 内容更详尽, 但是有一个很大的缺陷, 即它使抵偿这一制度仅仅适用于非物质损害或者精神损害, 而之前它是适用于所有的损害, 尤其是精神损害。范围过窄的规定可能会带来一些问题。比如, 这是否意味着受害国在蒙受物质损害的情况下无权得到抵偿? 是否必须同时存在非物质损害才证明受害国有权获得抵偿? 这种办法可能会有点不合常理。

10. 实际上, 这种狭窄的规定方式同第 44 条采用的方式相同。首先, 补偿仅限于国家和个人所受到的可以从经济上加以估价的损害, 也即被理解为只适用于物质损害。不过, 后来, 起草委员会提出一项建议, 拟将补偿扩展到个人所遭受的精神损害, 最后(在这一点上似乎达成了临时协议), 补偿应当适用于所有可以从经济估价的损害, 不管是物质损害还是精神损害, 不管是国家蒙受的还是个人遭受的损害。这个发展似乎很合理, 因为它反映出了在“彩虹勇士”号案中已经相当明确承认的一点, 即抵偿不应当被看作是非物质损害的唯一赔偿形式。

³ 见第 2635 次会议, 脚注 3。

11. 如果委员会决定补偿不仅仅限于物质损害,那么它不应当也承认不仅遭受了精神损害,而且遭受了物质损害的国家也应当有权要求抵偿吗?对这个问题的肯定回答会在补偿和抵偿之间形成一种理想的平衡,使这两种赔偿形式在适用上有同样的范围和灵活性。因此,它们通过其各自具体的措施,既能适用于物质损害,也都同样可以适用于精神损害。关于这种具体性,应当仔细考虑下面这个问题,即所谓的“惩罚性赔偿”是应当放在抵偿这一领域内,还是应当归入补偿范畴内,亦或是应当出现在处理犯罪问题的条款中。

12. 总之,他说,他所提出的批评意见并不减损他对特别报告员在这一专题上所做的杰出工作的钦佩和尊敬。

13. 戈科先生说,对应当根据前面的条文来理解第45条,在恢复原状或补偿之外,抵偿对于实现充分赔偿损害也是必要的。

14. 克劳福德先生(特别报告员)对关于其报告的第一章B节所进行的辩论进行总结时说,他将首先谈一下第45条之二和46条之二,这两条的问题相对要少一些。

15. 第45条之二是关于利息问题。一些委员认为利息问题必须单独成文,其他一些委员则认为利息只是补偿的一个方面。前任特别报告员对利息问题提出了一个单独的条文,当时委员会就该条发表意见的所有委员都一致认为必须支付利息。问题是当时拟出的条文没有指明这一原则:对复利和利息的计算等问题已规定了次要规则。因此,这一条没有获得通过。他认为,从目前的辩论可以看出,委员会大多数委员认为对于利息问题应当单列一条,虽然利息只是赔偿的一种修饰性的形式。他个人认为,关于利息问题的条款一定不能并入关于补偿的条款,因为这会出现一些情况,例如,对于到期应付的本金应当支付利息,但是这种利息的支付并不是补偿意义上的损害赔偿金,而是主要规则的要求。对于第45条之二第1款第一句的争议相对较少,但对该条的其他部分则有一些疑问。不过,这都是些措辞上的问题,他对于这些问题没有别的补充。

16. 关于涉及减轻责任问题的第46条之二,他说,已经有委员提出该条的题目跟内容不太符合,起草委员会完全可以考虑其他的题目。尽管该条所

陈述的命题的首要作用是减少应支付的补偿额,但是也可以设想到一些带来其他效果的情况。比如,曾经有过这样的情况,即,由于延迟提出支付请求,法庭即裁定不应支付利息。因此,责任国的行为或者国家代表其提出主张的个人的行为都可以是与补偿以外的其他赔偿相关的因素。

17. 第46条之二(a)项基本上同一读通过的条文是一样的,各国在其评论中也接受这一项。它包含了一个公认的原则,即在确定赔偿数额的时候应当考虑国家代表其提出主张的个人的行为。这个原则确实有时被跟“清白”规则联系起来,但是这一规则是否是国际法中的一项独立的原则,这一点还有待讨论。总的来说,委员会的大部分委员似乎倾向于保留(a)项。

18. 在辩论中有一些对立的观点,反映出大陆法系和英美法系的矛盾,即那些希望条文比较宽泛的委员和希望条文尽可能简明的委员之间的矛盾。对此,他一直试图采取一种折中的方式。第46条之二下面的两项所提的主张都是在相关著述和法院裁决中已经广为接受的,应当包含在条款草案中。必须在受害国希望获得充分赔偿的愿望和赔偿数额不能过高的需要之间建立一种平衡。

19. 有委员提出这样一个问题,即第46条之二(b)项是否反映出有减轻损害的积极义务。委员会不需要在这个问题上表明立场,因为这取决于每个案例的具体情况。

20. 总而言之,对于第45条之二和第46条之二,没有人反对将其提交给起草委员会,起草委员会可以考虑就这两条所提出的意见。

21. 跟其他两条不同,第45条引起了很大的争论,几乎是对赔偿的作用问题的基本理念的分歧。在方式这一点上也存在很大问题。很明显,抵偿的概念既存在于学术著作中,还存在于案例法中。将抵偿从赔偿方式中去掉,将其作用分散列入其他的赔偿方式,这会是一个很大的变化,但是如果对此有合理的逻辑,就没有理由不这样做。毕竟,放弃一个不必要的或容易混淆的概念也是逐渐发展法律的一种适当方式。

22. 需要注意的第一点是,抵偿是一个相当混杂的概念。在18世纪,这个词几乎与赔偿是同义词。在《欧

洲人权公约》第 41 条中以及普通法中的“和解和抵偿(accord and satisfaction)”中有这种等同的痕迹。他承认像委员会一些委员所提出的那样，他对该问题分析的不够详尽。但从另一方面说，抵偿在相关著述中已经被广为接受，并在最近的实践中得到应用。

23. 此外，国家在某些方面是相当特殊的实体。它们是民众的代表，许多国际争端中发生冲突的价值是不能简单数量化的。国际争端的非物质方面通常是最重要的方面，第三方的一个作用是可以让争端以一种能让双方得到一定抵偿的方式解决。加亚先生说抵偿通过某种协议方式产生，这是完全正确的；抵偿的这个方面特性就是暗含在第 45 条的“提出”一词上。

24. 正如埃多西亚·萨卡萨先生所说的，抵偿这个概念在过去被用来施加严重的侮辱。这个理由不足以让我们放弃这个概念，但是需要仔细重新审查这个概念以确保它在现代社会中发挥适当的作用。

25. 一读通过的第 44 条的主要问题在于它没有规定抵偿的最主要的形式，即国家承认其有违犯事项，以及在司法程序中确认发生了违犯事项。实际上，在当代实践中，标准的抵偿形式是公告存在违反国际法的行为，最好的例子就是科孚海峡案。在争端的解决中，除了对物质损害和精神损害的补偿和恢复原状之外，抵偿也可以发挥作用。表示遗憾和正式道歉可以暗含着承认违反了义务，可以起到同样的作用。很明显，这些抵偿形式还继续存在：最近就有一些例子而且是重要的例子。他之所一直试图“分割”抵偿的概念，将他认为抵偿的“标准”形式，即责任国的承认或法庭的确认，同例外的形式区分开来，其原因就在于此。因此，如果像有些委员希望的那样，决定将第 45 条第 2 款和第 3 款合并起来，他将为此感到遗憾，因为他认为应当保留这种区别。

26. 第 3 款所列出的抵偿的形式实质上有一种“表现性的”，因而具有象征性的作用。有一些案例中，法庭裁决给予大额款项来提供抵偿，“孤独”号案就是最好的例子。如果承认跟第 19 条所规定的相应的一类，就可以施以惩罚性赔偿，但是现在的主题是与国家的严重冒犯(不限于任何可想到的犯罪类型)相关的“表意”赔偿。令人遗憾的是，“彩虹勇士”号案并不涉及第 19 条所规定的犯罪，但是巨额赔偿仍然可以起作用，问题是，按照布朗利先生及其他人的建议，是将其归于第 44 条，还是应当归

于第 45 条。在一读中，委员会决定采纳第二种方案，但是对其适用有所限制，该限制的方式不能令人满意，它拒绝同个人所受的精神损害作对比，因而同相关的著述和案例都不符合。要防止再次出现过去对抵偿进行滥用的行为，一种方法就是承认非物质损害也可以根据第 44 条获得补偿。根据这一条，可以对损害裁决给予“表意”赔偿。普通法的从业律师将会很愿意这样做，因为他们对于赔偿的概念相对未作详细区分。这将意味着第 45 条只处理争端解决中的非货币方面和“表意”方面。

27. 他对于是否应当保留对名义上的损害赔偿金的规定没有强烈的观点。

28. 贺先生所提出的另一种抵偿的形式——调查，也很值得一提，因为实际上调查出到底发生了什么也是争端解决的重要的方面。

29. 问题在于是否应当保留第 45 条第 3 款(c)项的规定。有人会说它所规定的情形实质上都被主要规则所涵盖，并且它们也不是抵偿的主要作用。可以在第 3 款中非详尽地列举抵偿形式。

30. 对于第 45 条第 4 款，委员会一些委员对第一部分提出了批评，还有一些委员对第二部分提出了批评。一些委员强调需要避免过去那种羞辱国家的行为，但是大家已经就相称性问题基本达成一致，这个方面同每一种抵偿形式和反措施都是相联系的。第 4 款旨在确保对抵偿的要求不会太过分，其潜台词是已经得到恢复原状和补偿的国家因为其没有获得抵偿仍然可以采取反措施。

31. 对于第 45 条起草委员会面临一个很重要的任务；对该条的适当表述一定会对现代补偿法中大有助益。

32. 佩莱先生说，讨论使他认识到，他的一些观点理由还不是很充分，他希望纠正一些观点。

33. 对于利息问题，特别报告员的观点是有说服力的，在本金可以通过恢复原状的方式支付时，利息是可以支付的。由于“精神损害”一语仅适用于个人，他不反对用“非物质损害”一词来指代传统的“对国家的精神损害”，只要委员会在评注中注明。

34. 对于第 45 条第 4 款的最后部分他曾经采取了非常严格的立场，但是他却在讨论中吃惊地发现，

过去的实践在受害国的国民的集体潜意识中留下了很深的印记。虽然这一规定不太合理，但它或许会有些用处，特别是因为委员会所倾向采纳的的赔偿形式不是详尽无余的。另一方面，他觉得一些委员认为仅仅承认违犯了国际法就构成羞辱，这是不正确的。

35. 关于第 4 款与相称性问题有关的第一部分，他仍然不同意特别报告员的观点。

36. 对于贺先生和特别报告员认为调查本身是一种抵偿方式的观点，他感到很关切。调查的确可以成为最终带来抵偿的一个过程(如请第三方解决)的一部分，但是调查本身并不是抵偿。体制化的方法不应当归入规范性的条文中。

37. 他还很关注特别报告员所采取的立场，这一立场也反映了加亚先生的观点，即抵偿是在协议的情况下给予的。在抵偿中协议的因素并不比在其他的赔偿形式中多，在后者中还必须加上一些会彻底改变整个行为性质的东西。无论如何，这一因素与抵偿并不是不相容的。

38. 布朗利先生说，在他看来，将第 45 条的内容分开处理的观点是合理的，因为将不同的因素分开使我们有可能适当地审视它们。有以下三个因素：法律意义上的对国家的精神损害，与补偿有关；其次，国际不法行为的后果，这一点同停止和不再重犯有关；以及所谓的政治措施。

39. 有三种这样的措施构成抵偿：首先，象征性赔偿，这个似乎有些特别，也许并不重要。第二，道歉，尽管在这方面没有一致的实践或法律意见。有些情况中没有给予或者要求道歉。当然，有些引人注目的例子中，强国向弱国作出道歉的表示。诚然，这可能是一种规范的行为；但并不意味着这是一个法律问题。第三种政治措施是，要求对那些不法行为的责任人进行审判。但是，这些审判并不必然同国家责任的问题挂钩。例如，可能会有这样一种情况，外侨受到了不公平待遇，但是相关的官员并没有施暴或者滥用权力；根据国内法不存在犯罪行为。但是，请求国仍然要求处分责任人，主要是基于政治方面而不是法律方面的原因，因为根本不存在犯罪问题。

40. 第 4 款带来了一个特别的问题。它似乎意味着，如果有羞辱行为，则其应当同不法行为成比例，似乎羞辱可以是相对的。在他看来，他所提到

的政治性措施正好有这样的目的，即羞辱不法行为国。更一般地说，他认为委员会对于其臆想的情况给予太多关注，而不是关注现实本身，并且倾向于将每一个主题都转到人权问题上。

41. 伊科诺米季斯先生提到特别报告员认为抵偿可能不是单方面行为的观点，他认为事实恰恰相反。抵偿确实常常是产生于协商或者甚至是相关国家的正式协议，但是，从官方意义上来说它本身仍然是个单方面行为，当然它所具有的单方面行为的意义要大于恢复原状和补偿，因为恢复原状和补偿必然意味着当事人之间的协议。无论如何，委员会的作用不是解决这样一个次要问题，而是确立受害国的权利和责任国的义务，以便利双方之间达成协议。

42. 至于第 4 款，如果相关的羞辱是因使用一个广为接受的抵偿方式而产生的，就应当承认：这就是游戏的规则。但是，如果抵偿仅仅是要冒犯另一个国家，那它就是不可忍受的。

43. 卢卡舒克先生说，抵偿是一种非常具体的赔偿方式，因此应当确定它与其他赔偿方式——补偿和恢复原状——的关系。事实上，应当给它一个确切的定义，指出它等同于精神赔偿。

44. 一位委员提出，只有在引起抵偿主张的损害本质上是非物质性时，才会适用抵偿。抵偿只能构成对违犯事项的承认。这个观点很有意思，应当写入评注中，并将抵偿作为单独一个专题处理。

45. 辛马先生说，他想知道抵偿是否不总是基于当事方的谈判，这与一些委员所说的观点相佐。所有的赔偿，不管采取什么形式，都是建立在谈判之上的，从这个意义上讲，抵偿也不例外。例如，1967 年六日战争期间以色列对美国人员的攻击，以及中国在贝尔格莱德使馆被炸，都引起热烈的讨论。另一方面，也有些情况是，并没有订立任何基础协议，国家就给予或者提出给予抵偿。

46. 至于对国际不法行为责任人的纪律处分或者惩罚，不应当只是关注以滥用或羞辱性方式提出此种要求的情况。也有很多情况是，即便不法行为非常严重，此种要求都是以完全恰当的方式提出的。抵偿完全可以采取一种适当的形式。

47. 加亚先生说，他在关于第 45 条第 1 款所作的发言(第 2638 次会议)中已经指出，虽然第 43 条和

第 44 条规定国家有义务“恢复原状”和“补偿”，但是第 45 条却规定国家只需要“提出(offer)”抵偿。他的意思是第 45 条应当规定给予抵偿的义务。

48. 在他看来，需要进行谈判的事项并不是抵偿本身(它取决于当事方的协议)，而是抵偿的形式，这个问题与补偿和恢复原状是不同的，后者的内容往往事先就已经知道。有谈判的余地是因为(仅举一例)道歉就可以采取很多形式。

49. 卡巴齐先生提到第 45 条第 3 款(c)项，他说，佩莱先生指出，调查的结果可能带来抵偿，但调查本身并不是抵偿，这是完全正确的。没有什么能比在争端之初就显示出诚意更令人满意的了。这些诚意为争端的解决奠定了基础，通过让当事方自由援引第 2 款和第 3 款的其他规定，其本身可能就足以解决争端。

50. 主席说，如果没有反对意见，他就认为委员会希望将条款草案第 45 条、第 45 条之二和第 46 条之二提交起草委员会。

就这样议定。

51. 主席请特别报告员介绍其第三次报告的第二章和第三章。

52. 克劳福德先生(特别报告员)说，在对条款草案结构的讨论中，委员会暂时同意单列一款处理受害国援引国家责任的权利的问题，在这个前提下，委员会认可了他所提出的受害国(或者说不法行为的国家受害者)和对援引国家责任一举表示出合理的司法关注的国家之间的区别，即使后者自己并没有因为违犯事项而直接受害。他在第 40 条之二中试图定义这两类国家。第三章中包含了关于受害国援引国家责任(如第 40 条之二第 1 款所规定的)的一系列建议，而且并不妨碍对于第 2 款所规定的这类国家援引国家责任的权利制订进一步的规定。他期待着委员会委员们读完这一章后提出自己的意见。不过，他还想强调下面一些方面。

53. 对于第三章题目为“一般性审议”的 A 节中关于受害国选择赔偿形式的权利问题，很明显，在通常情况下，受害国可以在恢复原状和补偿之间做出选择。尽管如此，他并不完全同意认为受害国可以选择抵偿方式的主张，尽管它有权坚持要求有宣布这样基本的抵偿形式。至于真正的问题——在恢复

原状和补偿之间的选择，在有些情况下，对于受害国选择赔偿形式的权利可能会有一些限制，他在报告中也简要地讨论了这些情况。实际上这些情况都有例外性，它们是从持续履行主要义务，而不是选择赔偿形式问题的角度来处理。通过同第一部分第 29 条关于同意的规定作类比，可以通过规定受害国的“有效”的选择来解决这个问题。

54. 至于第 234 至第 238 段论及的关于援引国家责任的正式要求，基本的宗旨是不要使程序过分拘泥于形式。但是，同 1969 年《维也纳公约》第六十五条作类比，加入了一个条款，即第 46 条之三，这一款只是要求通知其主张。不给予此种通知就可能会产生某种后果；例如，该国如果坚持不给予通知，则可能被视作放弃其主张。

55. 第 239 至第 242 段涉及的与用尽当地救济措施和主张的国籍问题有关的主张的可受理性问题，并不是个司法可受理性的问题，它首先是主张的可受理性问题。因此，相关的条款就采用了一种对相关的问题列出清单的方法。

56. 关于第 243 至第 249 段论及的获得赔偿的限制问题，首先是关于不超出诉讼请求的原则，这一原则在法院中是广为接受的，根据这一原则，涉及国际主张时，法院不会裁决给予比一国多于其主张的赔偿。他认为，这个原则实际上显示了基本的选择原理，因而不需要在文本中具体规定这一原则。第二个问题涉及到防止双重赔偿的规则问题，这个规则已为法院和法庭广泛接受。这个问题主要出现在这样的情况中，即同一主张，实际上是同一损害，由受害国对多个国家同时提起(当然还可以设想出其他的导致双重赔偿的情形)。但是，应当谨记，委员会不打算规定所有有关国家责任的程序性细节，在涉及多个责任国问题的条款中，即第 46 条之六中来提及避免双重赔偿的问题似乎就足够了。

57. 关于第 250 至第 262 段所讨论的丧失援引责任的权利的问题，他说，尽管这样一款可能被认为是多余的，但是，以类似的 1969 年《维也纳公约》第四十五条规定为基础，至少提出一个拟议的条款似乎较为妥当。在考虑了一系列的可能会导致丧失援引责任的权利的理由——放弃，迟延，协议解决和所违反的义务终止或中止——之后，他在第 46 条之四中只明确保留了两种理由，即如果放弃了主张(包括以达成协议的方式来放弃)，则不能再援引国家责

任, 以及如果不合理的迟延通知(等于默认丧失主张)也会导致这种结果。

58. 对于多个国家的问题和涉及一个以上国家的责任性质这个复杂的问题, 他强调说, 人们常常倾向于使用他们所熟悉的术语, 特别是关于“共同和连带责任”或者“连带责任”。实际上, 已有将这些用语纳入条约的情况。例如, 《外空物体所造成损害之国际责任公约》就使用了“共同和连带责任”一语(第四条第二款), 并明确规定了其在发射空间物体方面的确切含义。但是, 除了此类例子之外, 还应当谨记关于连带责任还有着很多不同的体系, 在借助国内类似法律时应极其谨慎。

59. 对于多个受害国的问题, 他对第 46 条之五提出了一个相对简单的提议, 考虑到受害国的定义已经包含在第 40 条之二第 1 款, “实施了国际不法行为的国家”这一表述以后可以改成“责任国”。

60. 同一国际不法行为存在多个责任国的这种情况, 明显有别于一系列国家分别对某国, 或者每个国家都对所造成的损害负有责任的情况。只有第一种情况(最经典的例子是科孚海峡案)规定在第 46 条之六第 1 款的另一个相对简单的条文中。但是, 其中包含的原则是有条件的, 被第 2 款的条文从两个方面加以限制, 首先, 受禁止双重赔偿原则的限制, 其次, 受多个责任国之间必须分清责任的限制。在他看来, 第 46 条之六中所提议的条文同国际法院在科孚海峡案中所作的判决是一致的, 无论如何都有一般法律原则和公平考虑的支持。

对条约的保留⁴ (续)* (A/CN.4/504, B 节, A/CN.4/508 和 Add.1-4,⁵ A/CN.4/L.599)

[议程项目 5]

起草委员会提议的准则草案

61. 主席请起草委员会主席介绍起草委员会通过的准则草案(A/CN.4/L.599), 其标题和案文如下:

* 第 2633 次会议续会。

⁴ 关于委员会在其第五十和第五十一届会议上暂时通过的准则草案案文, 见《1999 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 96 页起, 第 470 段。

⁵ 见上文脚注 2。

1.1.8 根据排除条款作出的保留

一国或一国际组织在表示同意接受某一条约的约束时, 根据某一条款作出单方面声明, 如该条款明确准许各缔约方或某些缔约方排除或更改条约中某些规定对其适用的法律效力, 此项声明即构成一项保留。

1.4.6[1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出单方面声明

1. 若条约中某一条款明确准许各缔约方接受该条约本来未施加诸缔约方的一项义务, 则一国或一国际组织根据该条款作出的单方面声明不属于本实践指南的范围。

2. 根据任择条款所作单方面声明中载列的限制或条件, 不构成本实践指南所称的保留。

1.4.7[1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明

若条约所载某一条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项规定之间作一选择, 则一国或一国际组织根据该条款作出的单方面声明不在本实践指南的范围之内。

1.7 保留和解释性声明的替代办法

1.7.1[1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 保留的替代办法

为了达到与保留相近的效果, 国家或国际组织也可以采用替代办法, 例如:

(a) 在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制性条款;

(b) 若条约有明确规定, 两个或几个国家或国际组织可依照该规定缔结一份协定, 藉此排除或更改该条约中某些规定对它们之间关系的法律效力。

1.7.2[1.7.5] 解释性声明的替代办法

为了确定或阐明某一条约或其中某些规定的含义或适用范围, 国家或国际组织也可以采用解释性声明以外的程序, 例如:

(a) 在条约中增列旨在解释该条约的规定;

(b) 为此目的订立补充协定。

62. 加亚先生(起草委员会主席)介绍了起草委员会的报告, 他说, 在上周本届会议的第一部分期间, 委员会专门举行了三次会议讨论这个问题, 其间, 在特别报告员和委员会一些委员的通力合作下, 委员会得以完成了对准则草案 1.1.8、1.4.6 至 1.4.8 和 1.7.1 至 1.7.5 的讨论。因此, 起草委员会现在向委

员会提交其所通过的 5 条准则草案的案文供审议通过。它们是根据委员会已经通过的准则的结构来制订的，不过重新作了编号。为清楚起见，特别报告员最初为准则草案编排的序号照旧放在方括号中。

63. 对于准则草案 1.1.8，起草委员会的结论是，最好保留这样一个观点，即排除条款包含那些旨在使缔约各方或某些缔约方排除条约中某些对其适用的规定，也包含那些能使它们修改条约某些规定的法律效力的条款。标题仍然具有综合性，因为它只提及“根据排除条款作出的保留”；将特别报告员起草的文本中的“*formulées*”一词换成“*faites*”，是为了使法文文本同英文文本保持一致，这样做似乎更为恰当。至于准则草案的措辞，委员会已经讨论过特别报告员在草案中所用的“在表示其同意受约束时”的表述。委员会研究了认为应当列出国家可能表示同意受约束的不同方式，以使该表述更准确的建议，但是最终认为此种列举没有必要。委员会倾向于使用一种与该建议略有不同的表述，这种表述借鉴了在委员会第五十一届会议上已经暂时通过的准则草案 1.1.5 和 1.1.6 的表述。出于同样的考虑，委员会也决定从最初的准则草案中删去“或由国家在通知继承时”一语，在准则草案 1.1.5 和 1.1.6 中并未明确设想该情形。最初的准则草案中的“条约中”这一表述是多余的，删掉之后的文本较为紧凑一些。

64. 准则草案 1.4.6 将特别报告员所拟的准则草案 1.4.6 和准则草案 1.4.7 合并在一起，将其内容合并在一个专门论及任择条款的准则草案中。起草委员会这样做是为了简化文本，使新条文的第一款述及根据众所周知的任择条款作出的单方面声明，第二款则规定国家对这些声明可以施加的限制，这些限制通常被称为“保留”。其表现形式，就如同是国家根据《国际法院规约》第三十六条第二款作出声明，又对这些声明做出保留。“根据任择条款作出的单方面声明”这一标题是准则草案 1.4.6 所拟标题的翻版，只是把“采取(*adopted*)”一词改为“作出(*made*)”，改动的原因同准则草案 1.1.8 的一样。

65. 对于第一款和对声明的效力的描述，起草委员会决定删去原准则草案 1.4.6 中所提到的条约的“生效”一词，因为这很可能会有多种解释。还有委员建议规定“任择义务”或者“附加义务”，委员会最终还是通过了一个它认为更简洁的表述，即“条

约本来未施加……的义务”。第二款重复了原准则草案 1.4.7 的表述，将其同第一款的案文联系起来。

66. 准则草案 1.4.7 涉及对条约规定作出选择的单方面声明，与特别报告员所拟的以前的准则草案 1.4.8 相对应。起草委员会审议了一项提议，该提议认为也应当规定可以对条约的“部分”或“章节”作出选择。不过，委员会认为，提到“规定”就足以覆盖所有的情况，因此应当原样保留这种表达，但要在评注中做出适当解释。委员会还决定题目也原封不动。它在原来的准则草案文本中加入了逗号，并使法文文本(其中规定了“*clause expresse*”)跟英文文本(使用了副词“*expressly*”)保持一致。

67. 1.7 这一部分涉及特别报告员提出的保留和解释性声明的替代办法，对此起草委员会首先审议了关于保留的替代办法的准则草案。由于委员会一致认为特别报告员所拟的准则草案可能会被认为过于详细了，起草委员会一直努力使案文更紧凑一些。已经讨论过两种不同的方式：首先是一种“极简派”的方式，即只保留特别报告员所拟出的准则草案 1.7.1 或者该准则草案的变体，而在评注中请读者考虑准则草案 1.7.2、1.7.3 和 1.7.4 所设想的情势。另一种方式是将 4 个准则草案条款案文合并为一个，将明文引用的案件限制到必要的最低限度。

68. 如果单独保留准则草案 1.7.1，则其能传达的含义太少了，因此起草委员会倾向于采用第二种方式，其结果就是重新拟订了准则草案 1.7.1。委员会毫不迟疑地通过了这个准则草案，但有一些委员本来希望案文更精炼一些。

69. 这一款的起首句使用了原来的准则草案 1.7.1 中的元素。新的准则草案为了阐释清楚，进一步提到了国家或者国际组织可以选择使用的两种不同的程序。选择这两个程序是因为在实践中它们常常被不恰当地看作是保留或者被定义为保留。委员会所要表达的观点是阐明如此对应的做法是不正确的。所提到的第一个程序，即加入限制性条款，同原来的准则草案 1.7.2 中提出一个程序相对应，即新准则草案的 1.7.3。第二个程序是原来的准则草案 1.7.4 中规定的。

70. 起草委员会已经开始审议关于起首句的一个提议，即将特别报告员提议的“调整(*moduler*)”一词改成“限制(*restreindre*)”。委员会已经考虑是否用其他

的词，如“减少(*atténuer*)”或者“弱化(*assouplir*)”。委员会还讨论了可能重新引用准则草案 1.1.1 的表述，即“修改条约某些条款或者就一些具体的方面修改整个条约的法律效力”。但是对于在目前所讨论的准则草案的背景下重新引用这一表述是否明智，一些委员对此表示怀疑。还有委员提出了其他的表述方式，其中有获得“同等效果(*effets équivalents*)”、“相似效果(*effets similaires*)”、“类比效果(*effets analogues*)”或者“大致相似的效果(*résultats essentiellement de même nature*)”。最后，委员会决定采纳一种较具概括性但是更恰当的表述，即“达到与保留相近的效果”。

71. 起草委员会已经决定使用“替代程序”一语来明确阐明这是对所提到的保留的替代方式。委员会还考虑了是否需要用“也”(法文文本中是“*également*”)一词，该词的含义已经暗含在“替代”这一形容词中，但最终还是决定保留该词，以强调准则草案的主题。在最初的英文文本中的“可以使用”的表达换成了“也可以采用”，这样就同法文文本取得一致。

72. 对于准则草案中的项目中所给出的两个例子，起草委员会在起首句的结尾处用了“例如”一词，以指明列举远非详尽无余的。第一个例子的案文是基于原来的准则草案 1.7.3，但措辞紧凑一些。新的措辞是：“在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制性条款。”至于第二个例子，委员会决定保留关于所谓的“双边化”保留的条款，基本上是要阐明其所指的程序实际上并不是保留。原来的准则草案 1.7.4 是现在提议的第二项的案文的基础。会议上对“根据条约的具体的条款”这一表述提出了一些疑问，有些委员认为这个表述的限制性太强，但是委员会仍决定保留这一表述，因为它指的是假设中最常见的情况。为简化表述，防止不必要地采用拉丁文，准则草案 1.7.4 中的“对它们彼此间关系的适用”换成了“对它们之间关系”。

73. 最后的准则草案条款，即准则草案 1.7.2，是基于特别报告员提议的准则草案 1.7.5。根据对准则草案 1.7.1 至 1.7.4 的起草的经验，起草委员会着手审议了该准则草案条款，它是根据新的准则草案 1.7.1 为模本所拟的条文为基础。在案文的第一部分，它遵循了与特别报告员所拟出的准则草案 1.7.5 相似的表达，并给出了两个说明性例子。它保留了

准则草案 1.7.5 的标题。

74. 至于案文，将新的准则草案与特别报告员所提出的原案文相比较，就可以看到起草委员会将“各缔约方”(该词似乎不太恰当)改成了“国家或国际组织”，这就使该条款同其他已经通过的准则草案相一致。

75. 对于第一项，即，在条约中增列旨在解释条约的规定的例子(这个程序特别报告员在其提交的准则草案案文中已经提及)，一致的意见是保留一个按照新的准则草案 1.7.1 第一项的模式起草的条款。委员会还删去了限定“条款”一词的“明示”这个形容词，而在英文文本中加入了“该条约(*of the treaty*)”一语。

76. 在第 2 项中，起草委员会决定保留原来文本中提到的“补充协定”一语，但使用了单数。委员会还讨论了可以代替“补充”一词的其他选择，例如，形容词“特别”，但是最终还是决定保留“补充”一词。委员会还对英文文本作了一个小小的修改，用“为同样的目的(*to the same end*)”一语代替了原来的“为此目的(*to that end*)”。

77. 起草委员会建议委员会通过其报告中的准则草案，使特别报告员得以开始编写评注。

78. 伊科诺米季斯先生说，在准则草案 1.1.8 中，不应当表述为“根据某一条款”，而应当表述为“根据其中某一条款”，换句话说，即根据条约中的其一条款。这样的修改会使案文更清楚。

79. 在准则草案 1.7.1 第二项的后半部分，“该条约(*of the treaty*)”一词应当改为“那个条约(*of that treaty*)”，同样也是为了更清晰，并强调该项所指的条约是同一个条约。

80. 哈夫纳先生说，准则草案 1.1.8 是否适用于某些规定了一些例外而不因此影响其他保留的地位的国际条约，他对此依然感到怀疑。不过，考虑到大家基本上都倾向于通过现在所拟订的这一准则草案，他也就不坚持质疑这个问题。

81. 至于准则草案 1.1.7，他的理解是，第二项并不违背条约法已阐明的规定，即这些限制适用于相关的条约。这意味着，达成这种协议的权利应当被理

解作遵守适用于这种情况的一般国际法所设的限制。这同下面这个限制尤其相关，根据这一限制，国家不应当达成同条约的目的和宗旨不相容的协议。

82. 加亚先生(起草委员会主席)说，由于特别报告员已经表示同意，伊科诺米季斯先生提出的两点建议可以接受。

83. 对于哈夫纳先生的观点，他说，现在所讨论的准则草案并不涉及保留和解释性声明的有效性问题。目前的问题并不是相关的协议是根据 1969 年《维也纳公约》第四十一条有效，还是根据该公约中规定的其他原则有效的问题。

84. 哈夫纳先生说，他同意这一点，但是他强调说，保留的有效性仍然要解决。他担心，如果委员会要通过目前关于所谓的彼此之间的条约或协议的准则草案案文，就不能处理以后的准则中的规则的有效性。按照现在的文本，准则草案给人的印象是，对于达成这种条约的权利没有任何限制，他希望大家应该明白，采用的解释应当是条约法的解释。

85. 罗森斯托克先生说，伊科诺米季斯先生提议将准则草案 1.1.8 的英文文本中的“某一条款”改为“其中某一条款”，此种修改远不如现有文本的表达意思确切，还可能会带来概念上的混淆。从语法上看，某一或某些条款可以同“单方面声明”联系在一起。因此，他倾向于保留准则草案现在的表述，对于提出的其他修改他并没有意见。

86. 托姆卡先生说，伊科诺米季斯先生所提出的修改可能会带来解释上的问题，比如，可能出现这样的问题，即，一项条款就足以排除或修改一个法律效果，还是必须要有几个条款共同起作用。在他这方面，他完全支持起草委员会提出的案文。

87. 辛马先生说，他认为伊科诺米季斯先生是想阐明，相关的条款必须是可能就其作出单方面声明的同一条约中的条款。

88. 至于哈夫纳先生所关切的问题，在他看来，准则草案 1.7.1 的“若条约有明确规定……依照该规定缔结一份协定”一语就覆盖到它们，实际上就消除了他所担心的危险。如果彼此之间的协定可以根据

某个条约的明确规定缔结，此种明确规定就可以授权缔结同条约的目的和宗旨相悖的协定，对此他无法想象。

89. 庞布一奇文达先生提请委员会注意，这一套准则草案带来了相当多的争议。他想知道，尽管在起草过程中付出了极大努力，是否还不应将准则草案 1.7.1 和 1.7.2 可否列入《实践指南》的这场辩论视为已经结束。读过这些条款，可能会产生这样的印象，即它们是在请某一条约的缔约国和国际组织背离它们本来认为要执行一个法律文书所必须遵循的道路。考虑到这些可能性最终会影响我们起初是要探索如何实施的这一体系，因此，他对于是否应当采纳这两个准则草案持保留态度。

90. 阅过准则草案 1.4.6 的案文会发现，其规定不属于《实践指南》的范畴。这使人对其第二款的价值和目的产生了疑问，因为准则本身不属于《指南》的范畴。第二款没有增列什么新的内容，它不构成一个准则。

91. 佩莱先生(特别报告员)说，关于替代方式的问题，庞布一奇文达先生只是重复了他已经发表过的观点。现在不是重新辩论的时候。尽管一些委员有保留意见，但大家已达成一致看法，即，就《实践指南》而言，有准则总比没有准则强。

92. 但是，对于庞布一奇文达先生对准则草案 1.4.6 所持的观点，他有些吃惊。起草委员会对这一条的表述尽管与他本人所提出的案文相似，但并不属于《实践指南》的范围，对此，庞布一奇文达先生似乎很吃惊。关于定义的 1.4 部分所包含的准则都是这样起草的，如果他想去掉该项准则，就必须删掉整个 1.4 部分，构成了所谓的“集合”，换句话说，那些排除任何不构成保留因而不属于《实践指南》范围的准则。另一方面，解释性声明虽然不是保留，但确实属于《实践指南》的范围。这两点澄清似乎必不可少，否则，第一部分的整个结构都会遭到质疑，而这是不能接受的。

93. 对于伊科诺米季斯先生对准则草案 1.1.8 的修改意见以及罗森斯托克先生对其英文文本的保留，如果委员会要采用“其中某一条款”的表述，排除条款可能存在于一个不同的条约中的观点就会毫无意义。可以设想这样一种情况，国家间缔结了一项条约，若干年之后，同样是这几个国家又达成了另

一项条约，规定可以排除第一个条约的效果。也许从未提出过这种问题，但是伊科诺米季斯先生所提出的表述缺点在于没有考虑在另一个条约中出现排除条款的可能性。另一种可以设想出的情形是，一国可能在乙条约生效后才加入了甲条约，并且可能做出了这种声明。这样一来，就不是原来设想的情形了，为了使伊科诺米季斯先生满意，他可以接受加入一种更严格的东西，但这似乎并不是不可缺少的。不过，最好还是用一个在准则草案其他处所用的惯用语，如“条约中某一条款”。

94. 准则草案 1.1.7 也是如此，用“该条约中的某些规定”比“条约的某些规定”会更好。不管是在准则草案 1.1.8 中还是在准则草案 1.1.7 中保留这一表述，罗森斯托克先生所提起的问题都会得到解决或者消除。

95. 至于哈夫纳先生，他也是重申了他在委员会会议上发表的观点，也是极少数人的观点。因此没有必要回到这个问题，特别是辛马先生对于准则草案 1.1.7 的第二项已经提供了非常好的答案。由于协定是根据条约的明确规定条款缔结的，很难认为它如何会不被允许。在这种情况下，哈夫纳先生混淆了定义和容许性这两个问题，这也是他常常出现的问题。

96. 伊科诺米季斯先生说，特别报告员在他提议的准则草案 1.1.8 中明确规定，声明必须按照相关的条约作出，而不是按照另一个条约作出。其所指的是从非常狭窄的意义上解释的排除条款，没有设想另一个条约也会被考虑在内的情形。将条约与其中某一条款联系起来表达是完全必要的。措辞如何并不重要，特别报告员所提议的措辞(“在该条约中出现的(appearing in that treaty)”)是令人满意的。

97. 托姆卡先生说，为了保持一致，应当小心谨慎，确保在准则草案通篇使用的词汇是一致的。“该条约(du traité)”这一表达不但出现在准则草案 1.7.1 中，也出现在准则草案 1.4.6 和准则草案 1.4.7 中。因此，他倾向于保留准则草案 1.7.1 原有的表述，不作任何改动。

98. 加亚先生(起草委员会主席)补充说，在已经通过的一些准则草案条款中(1.1.4、1.1.5 和 1.1.6)中都有这个表述。伊科诺米季斯先生所提出的问题是个体一般性问题，如果重新将准则草案作为一个整体进

行审查，以保证其措辞是一致的，必要时再加以修改，这样做较为可取。但是，委员会可能要原文通过现在所提议的这个准则草案案文，以后再做修改。

99. 对于伊科诺米季斯先生就准则草案 1.1.8 所提出的建议，他指出，如果委员会要通过“根据该条约中某一条款”这个表述，就需要在“明确准许各缔约方”之前加上“以及”一词，这就使案文有些繁冗拖沓了。

100. 主席说，很难在全体会议上处理措辞表述的问题。他提议，按照起草委员会主席的建议，委员会应当支持起草委员会的建议，即原文通过现在所审议的这个准则草案案文，但在其余的准则草案通过时再对其作些文字上的修饰。如果没有反对意见，他就认为委员会希望继续以这种方式进行工作。

就这样议定。

下午 1 时 05 分散会。

第 2641 次会议

2000 年 7 月 18 日，星期二，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的
国际责任(预防危险活动的跨界损害)¹ (续)*
(A/CN.4/504, D 节, A/CN.4/509,²
A/CN.4/510³)

[议程项目 4]

特别报告员的第三次报告

1. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)介绍了他的第三次报告(A/CN.4/510), 报告是关于预防危险活动的跨界损害, 这是国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一更大的专题下的一个分专题。特别报告员一开始简要介绍了委员会进行预防问题条款草案二读的背景情况。国际责任这一专题最初源于委员会对于因实施国际不法行为而产生的国家责任问题的审议。这就产生了在其他方面不是不法的活动造成损害情况下的国际责任问题, 这里所说的“不法”的反义词不是“合法”而是“不加禁止”。委员会认为这种情况应该从一个稍微不同的角度加以考虑, 因此, 任命了一个特别报告员来考虑这一新的专题。最初, 委员会努力同时处理责任和预防这两个专题。但是, 到第四十四届会议时, 委员会渐渐觉得应该先处理预防问题, 从而在之后决定有关国际责任的最合适的行动方针之前, 先保持正在出现的、对该概念中含有的应有的注意义务的共识。⁴ 虽然这一决定作为促进该专题的进程的方法受到了赞赏, 但是在第六委员会中各国对于把这两个专题分开的是否可取表示了关切, 因为它们分开可能会导致二者最终脱节, 并且这一方法还忽视了委员会任务的主要目的。尽管如此, 委员会在其第五十一届会议上仍然决定先完成对预防问题条款草案的二读⁵, 接着再决定是否处理责任专题, 及如果是的话, 如何和什么时候处理。

2. 作为预防危险活动的跨界损害专题的特别报告员, 他碰到许多政策问题。因此, 他需要考虑诸如什么活动是属于该专题范围; 应有的注意义务包含哪些要素; 以及不履行应有的注意义务会出现什么后果之类的问题。这些问题都很棘手, 这些年来, 不论是在委员会内, 还是在学说上或国家实践中都未就其形成共识。

3. 这一主题也不可能与促进可持续发展这一大的主题分割开来, 这就意味着在决策时要给予环境和发展相应的同等份量的考虑。它也不能脱离能力建设, 能力建设包括制定及提高有关标准, 以最大限度地降低与潜在危险技术相关联的风险。如何处理在遵守最通用的标准与使用最通用的技术也无法避免损害的情况, 这个问题可能最好在稍晚的阶段再来解决, 或许是在讨论责任问题时一并处理, 但无论如何, 在此时刻委员会没有必要在这一问题上纠缠过久。

4. 出于这些考虑, 委员会在规定预防问题时应尽可能采用严谨和精确的措辞, 将其范围限于某些活动, 即那些涉及起源国和可能受影响的国家间有形联系的活动, 在这种联系中, 该活动有造成“重大跨界损害”的危险。“重大”一词并不象其看上去那样含糊不清, 因为各国可以在相互间规定在为特定目的而建立的机制中所适用的标准。这就减轻了委员会的任务, 委员会用不着讨论一些相关现象, 如蔓延的污染、实际损害、多种活动的累积效应造成的损害(如空气污染)或者对不在一国管辖范围内的地区(所谓的“全球公域”)造成的损害。尽管如此, 那些提议在第六委员会得到了广泛的支持, 并且没有引起强烈的反对。一些国家对那四、五个目前被排除在外的领域表示关注, 但这些领域, 相比预防原则和“污染者付费”原则这些不能孤立地处理的防治体系的构成部分, 更有希望在稍晚阶段获得逐渐发展, 必要时他还会讨论到这一点。

5. 委员会和国际社会所要处理的关于防治问题的 17 个条款草案, 其大部分内容基本上都构成逐渐发展, 因为没有任何一套获得普遍接受的程序适用于防治领域。他的工作以及委员会的工作所遵循的指导原则是, 必须发展使各国能够以协调一致的方式行动, 而不是孤立地行动的程序。

6. 第六委员会在审议条款草案的过程中所产生的一个问题是, 当存在重大跨界损害的危险时, 要求

* 第 2628 次会议续会。

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文, 见《1998 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 22 页, 第 55 段。

² 转载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

³ 同上。

⁴ 见《1992 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 55 页, 第 344 至第 349 段。

⁵ 见《1999 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 151 页, 第 607 至第 608 段。

各国在考虑到公平的利益平衡的情况下协商出一套机制，这是否淡化了应有的注意义务。在他看来，一读通过的第 12 条仅仅是以一种各方均可接受的方式界定了这一义务，并未减损这种义务。所产生的另一个问题涉及到应有的注意的确切性质。在其第三次报告的第 20 段中，他将第二次报告⁶中有关这一问题的结论作了扼要的重述。在第二次报告的第 35 至第 49 段中述及有关不履行应有的注意义务的后果问题。在该报告第 49 段，他对此所作的结论是，是否履行义务的问题不在预防条款草案的制定范围。

7. 第三次报告所述及的最重要的一个问题是，即既然大家已经同意暂时搁置国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题，而集中讨论应有的注意义务问题，委员会是否仍然需要在对“国际法不加禁止的行为”的较广的分类下讨论预防危险活动的跨界损害这个分专题。保留这一分类有何意义，或取消该分类又会有何后果？这一问题已经引起了委员会一些委员的注意，并在其他论坛中被提出过。

8. 这一问题是无法回避的，他在其第三次报告的第五章中谈到了这一问题。国家责任处理的是不法行为问题，国际责任处理的则是国际法不一定禁止的行为所产生的损害的补偿问题。所以，既然预防基本上是一个处理危险问题，原本是要将之与不法行为相区别的“国际不加禁止的行为”这一词语也许就没有必要，或实际上是不合适的。然而，这一概念不能轻易舍弃，因为它已与人们的某种预期联系在一起，即如果某些尽职义务是通过预防来规定的，在未履行该义务时，预期的活动就会自动被禁止，因为没有履行尽职义务，或者因为该国只被要求尽可能有效地履行其尽职义务，所以该活动仍是可允许的。换句话说，问题是如果不强调该活动是不加禁止的，那么该活动是否会因为未履行尽职义务而被禁止。是否删除“国际法不加禁止的行为”这一提法，主要的顾虑就在于此。虽然确实有此担心，但是他所征求过意见的当局无一表示，不遵守尽职义务就会使得该活动本身受到禁止。但是不遵守这一义务的确产生有可能受到影响的一方与鼓励这种活动的一方进行磋商的权利，这种权利成为了

整个应有的注意概念的组成部分。他认为，删除这一提法不会引发更多的问题，甚至还会确保委员会内就条款草案达成更多的共识。

9. 许多大国十分关切的一个问题是，孤立地强调预防原则而不是将预防和国际合作、能力建设和可持续发展这一更广泛的主题相联系，会使各国不愿意采用目前所阐述的机制。它们所表明的一些观点事关重大，他已在第四章中设法予以回答。

10. 为了鼓励就这些条款达成更广泛的一致意见，使之获得普遍认可，委员会应适当注意序言中提到的内容；该序言对于保证草案得到广泛支持是至关重要的。

11. 在本届会议第一期会议期间，工作组召开了五次会议，讨论了对一读通过的条款草案(序言部分除外)提出的修改意见，并审议了各国所作的评论。对现在提交给委员会的所有条款草案达成了一致意见。条款草案有所修改，但主要是文字上的修改。方括号中的编号对应一读通过的条款。

12. 第 2 条(a)项已经按照所作的评论予以重新起草，以便消除因一读通过的文本中使用连词“和”而可能引起的混淆。为了条款草案的目的所涉及的危险是在从造成重大损害的较高的概率到较低的概率的一个特定范围内的，这一概念写得更加明确了。

13. 第 2 条(f)项是新拟的，因为“当事国”这个术语在条款草案中经常出现，故认为有此必要。

14. 第 4 条中加入了“有关”一词，目的是强调并非所有一般的国际组织都涵盖在内。

15. 第 6[7]条第 1 款是重新起草的关于事先核准原则的文本，但是所作的改动完全是根据所作的评论而进行的文字修改。第 6 条第 2 款所作的改动基本上也是文字修改，但是，正如智利所指出的那样，即便作出了种种修改，该条款实施起来，在既得权利和甚至可能引发国际索赔的外国投资方面仍然可能遇到问题。不过，这些问题可以也应当由国家根据国内法要求及其所承担的国际义务有针对性地加以解决。人们希望这些问题不会引起不可克服的困难，因为国家管理危险活动的规定一般都会根据实施过程中所获得的经验以及科技的发展而不断加以修订。

⁶ 同上，第二卷(第一部分)，A/CN.4/501 号文件。

16. 第 7[8]条现在在题目中包含了“环境”一词，并且强调对环境影响的任何评估都必须特别根据危险活动可能造成的跨界损害而作出。

17. 第 8[9]条仅仅是引进“当事国”一词，以表明起源国和可能受影响国家都有责任向其民众提供有关危险活动的相关信息。

18. 第 9[10]条不是要更改原先条款的实质，而是要求在合理时间内，或无论如何六个月期间内，在没有收到可能受影响的国家的答复以前，不应就是否事先核准危险活动做出任何最后决定。

19. 第 10[11]条让有关国家来确定协商期的时间范围。修改后的该条款草案加入了一个新款，是一读通过的第 13 条第 3 款的翻版，只有一处改动。新拟条款强调，起源国可以同意在一段合理期间内暂停有关活动，而不是原先的第 13 条第 3 款所提出的六个月。这一款的移动被认为是必要的，因为在新的第 12[13]条项下提到了第 10[11]条。即使这一程序是应可能受影响的国家的请求而启动的，所遵循的程序也会是相同的，但是在这种情况下，这样一种程序，在其适用的范围内，必须是用于处理已由起源国核准并且正在进行的行动。

20. 第 11[12]、12[13](除了移去的第 3 款)、13[14]、15[16]和 19[17]条的条文没有变化。新的第 14[15]条基本上和原来的条文相同，只是依照所作的有用的建议而增加了“或涉及知识产权”的措辞。

21. 根据各国的建议，加进了新的第 16 和第 17 条。将这些条款加进预防框架一直被认为是合理的，因为每一个国家都要求加入紧急措施或备灾措施，以作为预防或防范措施。这些条款的内容基本上是根据《国际水道非航行使用法公约》所载的类似条款。第 18[6]条是原来的第 6 条，为了更好地表达而移动了该条的位置。

22. 最后，序言被认为是必要的，这也是要考虑到一些国家的观点，它们强调发展权、处理环境和发展的平衡方式、国际合作的重要性以及对国家自由的限制。这些都是贯穿于条款草案中的思想，希望这样一个序言，而不是一些国家所建议的阐述这些原则的具体条款，可提供合理的基础，便于大多数国家接受所提议的这些条款。这样一个序言对于一

个框架公约来说也是适宜的，而框架公约是建议通过的这些条款可以采纳的形式。

23. 卢卡舒克先生祝贺特别报告员和委员会完成关于预防跨界损害条款草案的起草工作，他说，在他看来草案已经可以通过了。特别报告员设法克服了许多困难，考虑了各国的不同立场，并提出了一个能够解决许多复杂且重要的问题的草案。

24. 特别报告员提请注意序言的重要性，这是正确的，但他对此却有所怀疑，因为序言中只提到大会决议，这些决议虽然是重要文件但却是“软”法。有一系列公约载有与条款草案直接有关的规定，表明条款不仅有“软”法而且还有国际法作为其坚实的基础，这才是非常重要的。

25. 关于实施的第 5 条适当地规定了国家采取一切必要措施的义务，而国内法在实施未来的公约时起着非常重要的，实际上是决定性的作用。这不仅仅是组织上的问题，而且还是这样的—一个公约该如何解释的问题。很多时候，国内法的相应条款会更成熟、更具体。

26. 一个例子是 1999 年 4 月俄罗斯联邦通过的题为“大气保护”的关于空气质量保护的法律，该法律旨在落实公民享有良好的环境并获得有关环境的可靠信息的宪法权利。它所提出的基本原则是优先保护当代和子孙后代的生命和健康，法律规定建立一个成熟的体系来管理空气质量的保护及监测，这一点和正在讨论的条款草案的要求是一样的。俄罗斯这一法律中有单独的一章规定了公民在空气质量保护方面的权利。他们不仅有权获得相关的信息，还有权参与有关的决策。违反法律的人应承担民事、行政及刑事责任，并且还要对受害者进行充分补偿。值得关注的是，该法对跨界污染问题给予极大重视，责成所有运营者采取必要措施减少跨界污染。该法有专门一章论及国际合作问题，其中规定俄罗斯联邦应依照国际条约开展这类合作，并指出国际条约的规定优于国内法，这些规定可以用来解释未来的公约。俄罗斯这一法律载有对跨界空气污染的非常详细的定义。他提出的这个例子使人们有理由得出这样一个结论：目前讨论的草案从国内法的角度来看完全是现实的，它的实施在国家方面也不应存在法律上的阻碍。

27. 戈科先生请特别报告员注意一篇题为“太阳、

沙滩和有毒废物”的文章，⁷ 该文章中写道，欧洲法院(在欧洲共同体委员会诉希腊共和国案中)首次裁决对欧盟一成员征收罚金。希腊要每日支付19000美元，直到希腊当局清除了倾倒在位于克里特岛西部海滩风景区附近的一条干涸的沟壑中的有毒废物。文章中说负责克里特岛废物管理的当局拒不执行国家有关禁止倾倒，并在居民区附近修建一个高科技回收厂的计划。文章引用希腊环境部长的话说，每次他采取行动解决危机时，当地人就会阻碍国家工作人员开始修造一个临时废物贮存场所。

28. 他认为，在这一情况中，就是国家履行了尽职义务，但却因为无法掌控的情况而不能实施其计划，在这一点上他希望特别报告员也持有相同意见。这种情况可以适用于目前所讨论的专题。

29. 加亚先生赞扬特别报告员为了改进案本并使其在委员会获得通过所作的不懈努力，并特别赞扬他推动条款草案的制定工作，将国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一难以捉摸的主题转到预防危险活动所产生的跨界损害这一更实在的主题上来。

30. 至于保留第1条中“国际法不加禁止的活动”这一措辞的问题，他想知道只提及预防重大危险的义务而不管有关活动是否为国际法所禁止，是否不大可取。如果由于涉及一种重大危险而产生一种义务，则该活动是否被禁止以及出于可能与该危险毫无关系的原因而被禁止有何意义呢？此外，一项活动可能受到国际法的禁止，但不一定与可能遭到损害的国家有关。在涉及到旨在预防对另一国造成的重大损害的程序时，为何要让起源国对第三国所承担的义务影响到条款草案的适用呢？他同意这一观点，即第1条不应再规定国际法不加禁止的活动为条款草案的适用条件。

31. 特别报告员提到了一些国家提出的批评，这些批评是说一读通过的条款草案只涉及国家间的跨界损害，并没有提出对国家管辖外的地区或对全球公域造成的损害的问题。在目前阶段很难涉及这一问题，但如果仅为了表明委员会注意到这个问题并且很关注，譬如说，可能对臭氧层造成损害并最终会

影响到全人类的工业活动，可以在序言或一个“不影响”规定中提到这一点。

32. 在他看来，条款草案的核心是使起源国承担通知和协商的义务。根据第9[10]条，只有当起源国作出评估表明有重大危险的时候才产生通知的义务。根据第7[8]条，起源国有义务在可能造成跨界损害的情况下作出此种评估，但它可能不会进行非常彻底的评估，部分原因在于，如果发现有重大损害的危险，则会产生进一步的义务。因此，草案反而促使起源国不去做它原本份内应做的事，即在可能发生重大损害时应当预先发出通知。

33. 根据《越境环境影响评估公约》第3条，对可能造成重大跨界影响的活动，起源国的通知义务是强制性的。条款草案不是要减损该项义务，但却规定了较轻的义务，这可能会影响该公约的正确实施。

34. 可能蒙受损害的国家真正关心其能否参与风险评估。它们应该不仅能够要求给予通知，还可以事先收到有关通知，使它们能够对评估有所帮助，毋庸置疑，这样会使评估工作更加细致而深入。

35. 最后一点是，一旦评估有重大损害危险时，就涉及有关国家负有义务的问题。根据第10[11]条，规定这些义务是希望可以找到一个协商一致的解决办法。草案没有提及协议可能的内容，但一些规定表明可以帮助国家达成一项回应条款草案所关注的问题的协议。一种方法可以是建议国家考虑建立一个联合监测机构，委托该机构开展相关活动，如确保正确地保持利益均衡，危险程度不会大为增加，以及适当编制应急计划。如有关水道和其他一些领域的协议所表明的那样，这种方法往往是确保国家间合作的最佳途径。

36. 布朗利先生说，他支持加亚先生对“国际法不加禁止的活动”这一措辞的批评。他称赞特别报告员在其第三次报告的第27、第32和第33段中所概述的做法，即强调预防专题涉及处理危险问题。

37. 对于一般概念体系，他遇到的唯一难点是对尽职义务的强调，特别是在第二次报告的第18至第49段中。⁸ 需要谨慎从事，因为依赖这一概念可能

⁷ Time, 17 July 2000, 第23页。

⁸ 见上文脚注6。

会产生与国家责任问题的混淆，而这恰恰是特别报告员试图避免的问题。在有关预防的草案中，尽职义务的使用价值是有限的。尽职作为一个概念本身不具有独立性，因为它的含义取决于具体情况。它仅仅提到了相关的法律标准。它可能会和过失或违反注意义务相混淆，而该标准不应只限于非蓄意制造危险的活动。

38. 总的来说，特别报告员成功地将他的主题与国家责任问题区分开来。必须把预防专题视为环境法的构成部分，这一点在就长期工作方案作出最后决定时应予以考虑。

39. 哈夫纳先生要求澄清加亚先生关于(作为协商的结果之一)各国协议建立联合监测机构的需要所作的评论：这是国家应负的义务还是仅仅是其可以设想的一种可能？

40. 加亚先生说他认为这是一种能够提到的可能性，但将由当事国来决定它们是否愿意建立这样的机构。

41. 辛马先生赞扬了特别报告员对其报告和拟议的公约草案所作的精彩、详尽的介绍。随着时间的推移，专题中一些最富争议的问题被逐渐删除。责任问题、“污染者付费”原则和预防原则都被删除，剩下的工程不大，其内容编纂成法的时机几乎都过于成熟了。他赞同特别报告员的观点，倾向于制定一个公约而不是先前设想的一个宣言。以软法形式提出的条款草案不过是使过去 25 年内已经形成的原则的种类数量有所增加而已。另外，既然国家责任问题很可能最后以宣言的形式表现，关于预防问题的草案采用公约的形式就有更充足的理由。这是近五年期内唯一可能采取公约形式的努力成果。

42. 作为对环境法方面有关预防的一系列条款的介绍，序言对行动自由这方面用词过重。序言中提到的第二份和第三份文书有关自然资源和发展，但在它们之前应提到所列出的第四份文书——《关于环境与发展的里约宣言》(《里约宣言》)⁹，该文书属于环境法领域。根据卢卡舒克先生的建议，可以提

到一般国际法关于照顾邻国领土的义务：使用自己财产时不得损害别人财产。

43. 从有关预防的辩论一开始，对于这些原则的法律性质人们就有很多的疑惑，为了解除这些疑惑，特别报告员作了大量工作。在他看来，条款草案是一套独立的有关处理危险或预防的主要规则，有关这一专题的工作主要涉及基本上属于程序性质的尽职这一主要义务。未来的公约将不影响其他环境条约所规定的更高标准和更具体的义务。第 18[6]条所提及的习惯国际法，应理解为只关系到习惯国际法规定的“各项义务”而不是行动自由，虽然它确实也是习惯国际法一部分。不遵守未来的公约将引起国家责任，除非将程序发展为关于具体的污染案例的条约所述的特别法律。特别报告员认为不存在与国家责任的消极重叠，这是正确的。

44. 他赞同加亚先生有关删除第 1 条中“国际法不加禁止的活动”这一措辞的评论。当草案不仅仅关系到预防还涉及损害时，这一措辞对防止与国家责任在法律和知识产权方面的重叠是必要的，但是，责任问题即已排除，这一措辞也就可以删去。因此，预防义务也适用于国际法禁止的活动，这是他所乐见的更开放的做法。然而，必须要对国际环境法所禁止的活动(很少会制造危险)和诸如裁军规则等完全不同的国际法规则所禁止的活动加以区分。

45. 既然草案包含了国际法不加禁止的活动，或许就应当对整个草案予以审议。例如，第 6[7]条要求事先核准，现在看来是有问题的，因为它规定了国际法规则禁止的活动，即完全非法的活动，也可以获得核准。或许第 6[7]条中应当包含一个第 4 款，表明国际法禁止的非法活动不能被核准。

46. 布朗利先生说，他倾向于把使用自己财产时不得损害别人财产这一格言插入第 18[6]条这样的保留条款中，而不是序言中。特别报告员对预防和国际法其他领域所作的仔细划分应予以保留。

47. 对尽职的提及暗示着草案不适用于故意或鲁莽的行为，这是完全不现实的，实际上是一个退步。故意或纯粹鲁莽的活动无疑包括在危险源的范围内，因为这些活动完全不考虑对其他国家所造成的危险。文献上的一个奇怪的趋势是忽略“有意”，有关“彩虹勇士”号案的材料就属于这种情况，总的来说，这些材料都没有提到故意行为。他想听听

⁹ 《联合国环境与发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢》，(联合国出版物，出售品编号：C.93.I.8 和更正)，第一卷：《环发会议通过的决议》，决议 1，附件一。

特别报告员对这一问题的看法。

48. 辛马先生说，他认为很难把恶意或故意的有害行为包含在草案的内容中。例如，第 6[7]条的内容表明，如果一个国家预期会因某种环境污染给另一国家造成损害，该国应请求事先核准，进行影响评估等等。整个草案的一个前提是活动是基于基本善意做出的，但对这些活动仍应给予相当程度的应有的注意。

49. 罗森斯托克先生说，他不明白为什么在所讨论的情形下未事先核准不能像其他违反某项义务的行为那样被视为加重罪行。现代意义的尽职义务源于“亚拉巴马”号案，该案中无法证明在活动中是否从事了不当行为。从该案看来，尽职义务当然可视为适用于恶意和故意的活动。

50. 哈夫纳先生说，辛马先生认为要求事先核准和去除有关国际法不加禁止的活动的限制之间是矛盾的，这一点他不敢苟同。他读了第 6[7]条和其他有关事先核准的条款时，认为它们并未授予事先核准的权利，只是说如果进行一种活动，需要进行核准。他认为不需要为了使其考虑到所设想的活动变化而重新审查草案。

51. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说草案的主题是明确的。如果一个国家从事的一种活动有产生跨界损害的危险，该国就应当作出必要的评估，安排核准并在其后对项目进行审议，以确保其符合某一标准。所设想的项目一般是大规模项目，比如原子能工厂或水力发电项目，因而可能涉及有毒废物倾倒的危险。然而在这一过程中的每个阶段，进行此类活动的国家应对另一国家或有关的各国负责。“有意”的因素或该活动的意图或合法性与条款草案的目的无关。如果该活动是受到禁止的，就不可避免地会产生各种其他后果，而继续进行这类活动的国家必须对这些后果承担全部责任。因此，如果这些活动是非法的，而各国也这样认为，那么把“国际法不加禁止的活动”这一词语删去并不会产生多大区别。删去该措辞也不一定要对条款草案的规定进行审议。如果活动是非法的，条款草案就不再适用；这就变成了国家责任问题。他认为，条款草案关注的是处理不当和所涉各国需要保持警惕的问题。他对罗森斯托克先生提到尽职的概念源于“亚拉巴马”号案这一点表示欢迎，因为这在某种

程度上也说明了他的观点。他不反对删去这一词语，但认为无此必要。

52. 托姆卡先生说，委员会处理的问题是预防，这一问题包含于国际法不加禁止的活动引起的损害性后果这一更大的专题内。因此，如果委员会想扩大条款草案的范围，使其涵盖国际法禁止的活动，那么它应在第六委员会中寻求各国的批准。其次，报告第 33 段的建议的效果可能会削弱禁止的概念。他怀疑从事受到禁止的活动的国家，即使明知其活动可能造成损害，是否会通知其他有关国家。因此，如果委员会认为条款草案应适用于一切活动，就不应鼓励国家忽视条款草案的规定。他认为条款草案应仅适用于国际法不加禁止的活动。

53. 布朗利先生说，引用“亚拉巴马”号案的缺点是该案涉及的并不是尽职而是故意违反在美国内战时期适用的中立的标准。至于第 6[7]条，他理解辛马先生提出的观点，但是该条在有关故意行为的问题上并不是结论性的规定；如果草案成为一项公约，就会有国家不适当地适用公约规定的情况。因此，委员会必须确保条款草案涵盖有意行为。通常“有意”和过失之间没有明确的区别；正如在“亚拉巴马”号案中，政府在什么程度上犯有过失或更严重的罪过是不明确的。然而，他所注意到的困难也许更多的是语言上的问题而不是实质性问题。

54. 加亚先生说，对于条款草案他主要关注的是有关通知、告知和协商的规定。条款草案应明确说明它适用于所有种类的活动。问题不在于某一行为本身是否被禁止，而在于它是否涉及起源国违反对于可能受到该活动的损害性后果影响的国家的一项义务。因此，他主张重新措辞第 6[7]条和第 11[12]条，以便规定任何种类的活动均应得到核准。

55. 辛马先生说，正如战时法和诉诸战争权的原则所表明的，特别报告员提出的观点并不是国际法上的未知事项。然而这一点很难理解。这就好像是受害者要求凶手在行刺之前先给匕首消毒以预防败血症。报告第 33 段选出的条款草案中，第 3 条是起首条款，其他条款都是由此条得出的。它所包含的内容似乎重申了条款仅仅涉及国际法不加禁止的活动这一点。

56. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说，这些年来，委员会在审议各种草案时，并没有把精力集

中在各种活动的性质上，而是集中在预防的内容上。由此产生的疑惑不过是因为该专题的这一方面以前从未讨论过。在他看来，委员会成功地提出了预防应依据的原则。一些委员主张，如果保留“国际法不加禁止的活动”这一词语，会因要辨别哪些活动是禁止的、哪些是不禁止的，而有可能使读者的注意力从预防的内容上转移开。同其前任特别报告员罗伯特·昆廷—巴克斯特一样，他本人关注的是解释和界定预防的概念而不是解决国际法禁止的行为的各个方面。然而，在什么活动是被禁止的、哪些是不禁止的问题上，学者们习惯性地引发了有关争论。为了避免这一无谓的、教条的争论，他在第 33 段中列入这项建议，试图以此使那些关注“国际法不加禁止的活动”这一措辞是否保留的人放心。然而，这类活动也必须遵守第 10[11]、11[12] 和 12[13] 条的规定。另一方面，如果一项活动是被国际法明确禁止的，则不应由条款草案来处理其后果问题。没有必要重复规定。

57. 伊留埃卡先生请求特别报告员解释两个问题。

其一，他想知道军事活动是否如一些国家所称的那样，不在条款的范围之内。他所指的军事活动是广义上的，包括和平时期也包括战争时期，并包括军事占领、在外国设置军事基地及部署联合国维和部队。如果在进行这类活动的过程中损害了环境或自然资源，条款在这一点上应有更多规定。第二，他希望能对第 1 和第 2 条中跨界损害的定義的范围作更详细的说明。特别是，他想知道当一国是活动的行为国或发起国，而活动是在该国控制但并非其所有的地域进行的情况下，在活动造成损害时，应如何适用草案的条款。一个相关的例子是瑙鲁的磷酸盐矿，当时瑙鲁是澳大利亚、英国和新西兰的受保护国。澳大利亚大量开采磷酸盐矿造成了严重的损害。它进行了善后工作，但瑙鲁境内某些磷酸盐地案仍诉至国际法庭并最终达成了和平解决方案。但是，近期的一项研究表明此种情况下造成的损害问题，即造成损害的国家并不与损害发生的地域相邻时，应涵盖在有关预防的条款内。

58. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)提及军事活动问题时说，工作组讨论了该问题并得出结论：所有活动，不论其是否为军事活动，假定它们是完全被国际法所允许的，如果造成了跨界损害，都应包含在预防机制之中。如果不能确定活动是否被国际法所允许时，仍应包含在内。但是，如果活动是

被禁止的，则条款不予适用；这时应规定有国家责任下的补救办法。因兵工厂运营或是出于安全因素要封锁某一区域的实验这类活动而受影响的国家，有权就此种活动的跨界影响问题介入。进行这类活动的国家对可能受影响的国家负有一项相应的义务。评注中简要述及了这一问题，还可作出进一步说明。

59. 关于瑙鲁境内的磷酸盐矿，伊留埃卡先生提出了重要的观点。纳米比亚也有过类似的情况。在纳米比亚案中，国际法院裁定，国家如果对某一地域拥有控制权，不论此种控制合法与否，都应对在该地域内发生的一切活动负责。但是，条款也许不能提供处理该种情况下产生的损害的合理规则；例如托管领土法也许会更合适。在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中，澳大利亚的解决办法是处理这一问题的一个合理办法。有关核试验之类的其它某些活动的情况，并不是很明确。不过，他完全同意在一方认为一项活动是被禁止的，而另一方认为不是禁止的时，应适用预防条款。

下午 1 时散会。

第 2642 次会议

2000 年 7 月 19 日，星期三，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的
国际责任(预防危险活动的跨界损害)¹ (续)
(A/CN.4/504, D 节, A/CN.4/509,²
A/CN.4/510³)

[议程项目 4]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 庞布—奇文达先生感谢特别报告员提交了一份清晰、扼要、审慎而完备的关于预防危险活动的跨界损害分专题的第三次报告(A/CN.4/510), 他认为这份报告既具有学术性, 又具有资料性。

2. 这份报告之所以具有学术性是因为它界定了主题的基本概念和范围(尤其见第 14 和第 16 段)并展望了与国际不法行为引起的责任有关的和与预防概念及将来处理具体赔偿制度有关的未来情形, 从而全面解读了关于国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的整个国际责任制度。

3. 这份报告之所以具有资料性是因为特别报告员巧妙处理了尽职原则与容许的行为之间的辩证关系, 由此向读者揭示了预防概念的含义和目的, 并且在条款草案中提出了一个制度结构。

4. 根据特别报告员所作的报告, 应有的注意义务可以归纳为相关国家负有的以一致的方式处理危险的义务。这些危险是在一国家的领土内从事的活动或可能导致其他国家领土内的损害的活动引起的。要求预防国际法不加禁止的活动引起损害的危险的一般性规则与传统上认为领土是国家实施管辖的物质基础的观念发生了冲突。于是, 立法上的选择权就转变为一项建立充分、有效的规范性、立法和执行的工具的义务。自此, 国际法就具有对国内法的限定性、指导性和强制的制约性。随后, 国际国内法律秩序的关系问题就被具体地提出来了, 而不再仅仅限于理论方面的论述。领土管辖与国际法不加禁止的活动引起损害的危险之间的联系揭示了国际法施加于国家的一般性义务以及由于违反该项义

务所要做出赔偿的义务。从而, 预防的义务就具体化为一项主要规则, 该项义务在本专题的前几次报告中被认为是针对任何国际法不加禁止的活动的一项绝对义务。因此, 第三次报告的第 25 至第 30 段所论述的国家责任与国际责任之间的关系确实存在, 特别报告员也将最终紧紧围绕这个问题做出阐述。

5. 他想提请大家注意在当前工业的迁徙和经济全球化趋势的背景下, 对领土的作用重新思考和引申发展。毫无疑问, 在过去的仅仅二十多年中, 当第三世界国家要求发达国家进行技术转让时, 它们并没有注意到发达国家技术的不利一面, 从而成为了技术引进的受害者。它们当然没有想到今天根据条款草案的含义, 从起源国或当事国的意义上来说, 他们本国也不再仅仅是统包施工设施的基地, 而且还成为了风险营造者。因此, 国际社会需要提供一个为各国普遍接受的规范性和概念性的文件, 以保护在目前广泛存在的错综复杂的合作关系中出现的相互重叠、互为补充的利益。他认为, 这里就提出了部分与预防重大跨界损害有关的条款草案在当前和未来的价值, 第三次报告也附加了该条款草案。

6. 他同意特别报告员的观点, 认为条款草案应采取公约而不是宣言的形式。

7. 正如卢卡舒克先生所指出的(第 2641 次会议), 组成条款草案序言的大会决议草案在规范标准方面缺乏实质性内容, 他同意卢卡舒克先生在这方面所作的批评。决议草案需要加以充实, 不但要考虑国际法的一般规则、环境法的具体原则和发展权, 还要考虑联合国环境与发展会议通过的《二十一世纪议程》的原则。⁴

8. 然而实质上, 序言第五段提出了一个创新性的表述, 该表述为条款草案的结构提供了观念和概念上的根据, 此外, 他认为, 无论从涉及预防的部分还是未来涉及赔偿的部分来看, 该表述都构成了整个制度的基石。各国所期待的正是未来涉及赔偿的部分的内容, 第五段中所包含的原则将作为在原有制度需要完善的情况下委员会必须起草预防规定和

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文, 见《1998 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 22 页, 第 55 段。

² 转载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

³ 同上。

⁴ 《联合国环境与发展会议的报告, 1992 年 6 月 3 日至 14 日, 里约热内卢》, (联合国出版物, 出售品编号: C.93.I.8 和更正), 第一卷: 《环发会议通过的决议》, 决议 1, 附件二。

赔偿规定时的示范规则。因此，应当将该段移至条款草案的正文部分，还应当加以重新拟订，使其名副其实地成为整个制度的指导性原则。

9. 关于草案第 1 条，他赞成保留“国际法不加禁止的活动”这一明确的措辞，而且该措辞还应当用在标题中，以此使案文前后一致。至于该规定的目的，特别报告员所提及的是活动还是损害，或者说，他所感兴趣的是原因还是后果，这一点不清楚。条款草案不适用于活动，而适用于重大跨界损害的危险；而预防该种危险正是该专题的核心。第 1 条所依据的一种观点是任何人类活动所固有的危险的概念——这是在第三次报告中未曾出现过的措辞。然而，这是个有争论的问题，而且那种观点看起来正是各国倡导的、需要起源国和可能受影响国共同进行管理的制度的驱动力。该制度本身是以休戚相关的观念为基础的。如果认定有必要对一项活动重新定位的话，起源国与可能受影响国之间的关系可能立即改变。

10. 后一种观点本应在第 1 条中出现，然而第 1 条的规定有些过度抽象。简单的表述，例如提及工业、商业或农业活动，本可以为该专题下的新问题提供有用的指导。诸如此类的阐明将会使条款草案更加有用和精确，或许可以放在评注中。

11. 关于第 2 条，他建议重新起草(a)项如下：“‘造成重大跨界损害之危险’指重大可预见的损害出现的危险，不论其严重性如何”。在对“引起重大跨界损害的危险”的解释中必须提到“严重”的概念，这就有可能考虑到“重大”损害的最低限度问题，第三次报告的第 16 段讨论到这一问题。

12. 在(c)项中，法文版中的“*États concernés*”应当改为“*États intéressés*”，以使该项与建议的(f)项一致，而(f)项应当移到(c)项之后。

13. 在条款草案之前的决议草案的第 5 段应当移至第 2 条之后，就此成为第 2 条之二，标题为“预防义务”，案文如下：

“1. 各国在领土内或在其管辖或控制下的其他领土内实施或允许实施不加禁止的活动的自由不是无限制的。

“2. 该自由要求一国承担预防由于这种活动对别国，特别是邻国，造成重大损害危险的义务。”

14. 第 3 条案文保持不变，但须对其内容加以修正。但是，其标题应当是“预防措施”而不是“预防”。

15. 第 6[7]条有一个疏忽，需要在第 1 款(a)项的“进行”前加上“在其领土内”，以表明开首所指的国家与第 1 款(a)项中所指的领土有联系。

16. 在第 10[11]条的法文版中“*Les États fixent ensemble*”这一表述似有不妥，应当改为“*Les États fixent d'un commun accord*”。

17. 最后，第 10[11]条中，就“软”法起草的第 2 款之二中，“*fait en sorte*”（“应当商定采用”）也是不好的，因为起源国很容易会以它为借口，声称其没有义务采取此类措施，只是有义务商定采用而已。而使用“*prend des mesures pratiques...*”（“起源国应当采取适当可行的措施”）这一表述的指示性更强。

18. 卡特卡先生认为庞布一奇文达先生所提出的序言第 5 段应当移至公约草案案文的正文部分，使它成为关于预防义务的第 2 条之二的建议很有意思，但问题是它打乱了序言的平衡，因为序言的第 2 和第 3 段是要提请人们注意对自然资源的永久主权和发展权这些重要原则。如果要采纳该建议，就应当尽可能在新的第 2 条之二中提及这两个原则。

19. 托姆卡先生说，他同意卡特卡先生的观点，也认为庞布一奇文达先生的建议将打乱序言的平衡；然而不仅如此，该建议还将改变公约草案案文的整个要旨。因此，对这方面的改动需要极其审慎。

20. 戈科先生询问庞布一奇文达先生是否认为当起源国从事某一项活动且该活动会不可避免地造成损害时，是否可以根据第 19[17]条对其下达暂停该活动的命令。

21. 庞布一奇文达先生在回答卡特卡先生和托姆卡先生时说，保留序言的第 5 段应该问题不大，并且其实质内容在公约草案案文中有进一步阐述。至于戈科先生提出的有趣的问题，毫无疑问，由特别报告员从委员会全体委员的角度作出回答和说明该问题，是再合适不过的了。

22. 伊科诺米季斯先生说，特别报告员在极短的时间内出色地完成了任务，他所提交的条款草案实际上就可以二读通过。不过，它们还可以进一步改进。

23. 首先，他同布朗利先生、加亚先生和辛马先生一样，也认为将第 1 条中“国际法不加禁止的”的措辞删除的做法是明智的，因为这样处理不但没有什么大的意义，反而可能导致误解。正如特别报告员在其第三次报告第 28 段所说的，国际法本身普遍禁止的活动为数不多。如果删除这些措辞，草案就可以适用于所有情况，除非规定另一种预防制度的特别法或者条款草案的实施背离了强制法的某一规则。

24. 其次，人们完全可以说，在如今的跨界关系中，一国应当防止对别国造成重大的跨界损害的规则是国际环境法的一项习惯法规范。过去的一段时间，该规则已为国际实践所确认，《国际水道非航行使用法公约》第 7 条就是一个值得注意的例子。因此，草案第 3 条确定了这一习惯法规则，并且效法该例，规定其必须适用于任何可能造成重大跨界损害的活动，而不仅仅是危险活动。可以重新起草第 1 条使之更为清楚。

25. 此外，该草案背离了早已确立的国际争端解决办法的原则。根据第 9[10]条，当起源国对在其领土内计划实施的一项活动会给可能受影响国造成重大跨界损害的情况予以通知时，就有可能产生国际争端。根据国际法，当国际争端产生时，争端各方应避免采取任何会使争端扩大或使争端的解决更加困难的单边行动。然而，条款草案没有考虑到国际法院在许多情况下援引的国际法的基本原则，而是授权起源国在予以通知之后，单方从事讨论中的活动，尽管与可能受影响国之间还存在争端。为了在这方面达到一个令人满意而又公平的平衡，用特别报告员在报告第 34 段的话来说，可能受影响国的任何“否决权”都有必要排除，而起源国的单边行动在涉及该活动的争端存续时也应排除，直到争端解决。公平的平衡目前还无法达到，就现在形式的条款草案来看，它比较有利于起源国，而对可能受影响国的保护似有欠缺。

26. 第 19[17]条第 2 款有严重的缺陷。起草委员会可以借鉴《国际水道非航行使用法公约》第 33 条的规定来对其加以补充。

27. 加亚先生建议加强条款草案中提出的通知制度，庞布一奇文达先生则建议添加关于预防义务的新的第 2 条之二，对于这两项建议他表示支持。

28. 条款草案还引起了其它一些评论意见，但是这些评论意见并不很重要。第 2 条(a)项有一个问题：它不够清晰，应当加以说明或者直接删除。第 6[7]条第 1 款中“起源国”这一措辞应当用“该起源国”代替。第 9[10]条第 2 款并没有明确指出其所指 6 个月的期限从何时间点起算。第 10[11]条没有说明如果当事国没有就协商期间的合理期限达成一致的话将怎么办。第 11[12]条(c)项中，法文版的最后一句的“和”应当改成“或”。至于第 18[6]条，他想知道是否应不明确提及国际组织，特别是欧盟制定的规则。最后，序言应当提及《关于各国依联合国宪章建立友好关系与合作的国际法原则宣言》，⁵《联合国宪章》规定了合作的义务，并处理其它与条款草案有关的问题。总之，他表示，他也认为条款草案应当采取国际公约的形式。

29. 卢卡舒克先生说，与伊科诺米季斯先生的观点不同，他认为第 1 条中限定“活动”一词的“国际法不加禁止的”的措辞必须保留，因为它有助于界定条款草案的范围并避免产生与任何国家责任领域的重叠问题。不过，他也同意伊科诺米季斯先生的观点，即起源国与可能受影响国之间确有一定的不平衡，只有当案文成为一项公约的草案时，换句话说，如所希望的那样作为将会由最大多数国家批准的一个文本提出时，重新确立这种平衡才具有现实意义。

30. 哈夫纳先生在评论特别报告员对审议中的问题所作的分析后说，与特别报告员的观点不同的是，他并不认为是否保留“国际法不加禁止的”的措辞的问题与国家责任以及国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这两个专题之间的关系有紧密的联系。当然，它与条款草案的范围有关，但是，在此之外如果大家一致认为国际责任与国家补偿其不法行为引起的损害的义务有关，那么所讨论的这一措辞只关乎有关活动被禁止的性质是否构成条款适用的一个条件。不遵守条款规定则必然产生责任。

31. 在报告的第 17 到第 20 段，特别报告员论述了预防与国际责任之间的关系，他在该标题下提出了应有的注意这个问题，这一点令人费解。正如辛马

⁵ 见第 2617 次会议，脚注 19。

先生所解释的那样(第 2641 次会议), 必须假定一个国家违反了预防的义务就必然要承担责任。这样一来, 就谈到了尽职, 他同意报告就这一点表达的观点, 因为它反映了尊重国际法规则的特定标准。正如布朗利先生强调的(同上), 它仅仅构成了国家责任问题的一个方面, 与国家责任本身并非同义语。不过, 注意义务是相对的还是绝对的仍然是个问题。当然, 就讨论中的活动的危险程度而言, 它仍然是相对义务; 然而, 要使其取决于当事国的经济发展水平则又提出了一些问题。当然, 《里约宣言》⁶ 和其它一些国际文书都提到了环境法领域的相对义务。但由谁来判断一个国家什么时候不能建立和维持一个适当的行政机器呢? 问题是要确知责任何时发生。比较大小国家的预算后, 为什么不能说小国比大国承担更少的义务呢? 可不可以这样认为, 出现赤字预算的国家承担的义务要少于预算盈余的国家? 那是不是也就意味着, 如果起源国是一个发展水平与其相当的国家而不是一个工业化国家, 受影响的发展中国家所能主张的权利自然也要少? 委员会虽然没有否认发展中国家在环境权利方面的需要, 但也不应当无视一个事实, 那就是它并没有着手处理南北冲突背景下的冲突关系; 这类冲突未得到讨论。因此, 可能有人会问, 文本中所指的“不同经济发展水平”的措辞是否有特别意义。

32. 报告的第 20 段(d)项说到, 因为起源国负有尽职义务, 所以其应当在更大程度上承担举证责任。“更大程度”是什么意思? 它会不会导致举证责任的转移?

33. 特别报告员在报告的第 22 段提到了可持续发展、能力建设以及国际融资机制的问题。这又涉及到所谓的差别责任问题。但是下列句子看起来似乎引起了前后矛盾: 一方面, 报告提到差别责任, 但另一方面又声称国家不能因此种差别而不履行其预防义务。差别责任在多大程度上减少了预防义务? 传统的法律要求对此做出精确的限制。提到发展水平不同的问题, 他询问能力建设和国际融资机制的问题如何影响发展水平一样或者相当的国家之间的关系。这并不是可以适用那些原则的国家与国家共同体之间的关系问题, 因为国家共同体必然包括有着不同发展水平的国家。如果国家不会受到影响的

话, 它们能否参与讨论中的融资行为, 他对此表示怀疑。他不明白为什么特别报告员如此强调那些问题。所幸的是, 条款草案在这方面反映了一个更为平衡的做法。

34. 谈到条款草案, 他说他只是建议在文字上作些小的修改, 现已没有足够的时间再像庞布一奇文达先生建议的那样作出较大的修改。

35. 他在上届会议上说过, 他支持删除“国际法不加禁止的”的措辞。是否不遵守条款草案而使活动成为被禁止的活动, 或者说是否只有在那些规定得到遵守的情况下一项活动才成为合法活动, 这些问题仍有待讨论。很清楚, 如果一项活动的实施违反了预防条款, 那它必然引起国家责任, 因此, 认为该活动不合法, 并非直接基于活动本质上是否具有合法性, 更多的是由于该活动违反了条款规定。为了避免在这些问题上的讨论, 特别报告员恰当地提议删除“国际法不加禁止的”的措辞, 许多国家也提出了这一建议。他并不认为删除该措辞必须对其它条款草案, 特别是第 6[7]条作出修订。该条款没有赋予经营者核准权, 因此国家也没有义务核准被禁止的活动。第 6[7]条唯一的要求就是活动开始之前必须经过核准。它并没有限制国家不予核准的权利。这仍然是国家的一项自由裁量权, 而不予核准的唯一后果就是该活动无法进行。

36. 有人争论说, 一国不会就其计划实施、但被禁止的活动对别国进行通知, 但他认为国家是认为所通报的活动是合法的, 这就产生提供信息的义务。他同意特别报告员的观点, 即委员会只应着力解决预防的问题, 不应解决附带的问题, 如某项活动是否应当禁止。那种思路与委员会在其它问题上的处理方式完全一致。类似的国际文书, 如《越境环境影响评估公约》, 就仅涉及计划的活动, 而不是不为国际法所禁止的活动。如果要保留这些措辞, 那么通常就有必要证明一项活动是合法的, 以确定条款草案是否适用, 而这将会影响文件的有效性。

37. 委员会的本意是在条款草案中不涉及全球域的问题和类似的问题。这就应当听取加亚先生的建议, 在序言中提及这些问题以清楚地表明委员会的意图。加亚先生也对第 9[10]条提出了批评, 该条规定必须要有实际危险的迹象才须履行通知义务。为了满足这个目的, 措辞可以改为“表明有……不能合理排除……的危险”或者“表明有可能……的危险”。

⁶ 见第 2641 次会议, 脚注 9。

38. 至于建议的案文中包含的“使用自己财产时不得损害别人财产”原则的内容，他同意布朗利先生的观点，认为第 18[6]条已涵盖了这一原则。

39. 至于是否应当提及联合监测机构，他认为这是个不受欢迎的话题，因为它可能被认为会导致国际组织的扩张，国际机构权力膨胀，以及经费增长。该观点应予保留，可在评注中合适提及。他不支持卢卡舒克先生和辛马先生的观点，即在序言中提及某些其它文书。

40. 关于第 5 条，他想知道增加“相关”一词是否合适。根据第 2 条(f)项的定义，那就意味着只有当活动计划好以后，一国才有采取必要的立法、行政或其它行动的义务。而到了这一阶段，采取立法措施显然太迟了。所以不应插入“相关”一词。

41. 他提醒注意报告末尾包含有趣评论的“注意”，尽管其地位不明。委员会委员知道，第 3 条和第 11[12]、12[13]条之间有着极为敏感的关系，各国也强调了这一点。然而，类推适用《国际水道非航行使用法公约》第 7 条的做法有误导性，因为所讨论的条款草案与公约第 7 条所规定的事项是完全不同的。第 7 条规定，只有当采取了必要的预防措施而损害无法避免时，各因素之间的制衡才有用；然而在条款草案中，所有预防措施都受制衡因素的影响。不过，看起来各国都打算采用类推适用的方法。

42. 第 3 条和第 11[12]、12[13]条之间的关系又提出了一个问题：起源国已采取了某些预防措施，但这些措施与其它情况下和可能受影响国协商以后必须采取的措施相比不甚严格，那么在这种前提下，如果仍然发生了采取更严格的预防措施本可以避免的损害那是否表明，可能受影响国放弃了对起源国主张责任的权利。无论答案如何，问题仅仅突出说明了上述三个条款之间的特别关系，并使人对“注意”的最后一句话的适当与否产生怀疑。要解决该问题，可能要借鉴《远距离越境空气污染公约》，该公约的一个注解指明，公约规定不影响责任问题。

43. 他支持佩莱先生的观点，认为要么在序言中，要么在条款草案正文中提及预防原则，这一原则在国际环境法中的作用越来越重要。

44. 关于伊科诺米季斯先生关于第 18[6]条的评论，他说，如果对“根据相关条约”的措辞作出了

宽泛的解释，国际组织以及欧洲联盟所制定的规则就被涵盖在内，也就没有必要修正该条款了。

45. 总之，他说，委员会应毫不犹豫地将条款草案提交起草委员会，或者，如果特别报告员同意的话，也可以提交给一个工作组。

46. 蒙塔兹先生赞赏特别报告员让一个停滞不前甚至有些被忽视的专题重新恢复了活力。一旦他所提出的 19 个条款草案作为框架公约获得通过，它们将为面临跨界污染损害性后果的国家提供良好的指导。

47. 关于序言，他同意加亚先生和卢卡舒克先生对作为“软”法一部分援引的文书的评论。序言部分确实没有提到实在法，应当对其加以明确和澄清。然而这些段落提到了《里约宣言》，该宣言可以认为是“硬”法，因为在国际法院关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中，已援用了该宣言的原则二(该原则已被《联合国人类环境会议宣言》(《斯德哥尔摩宣言》)⁷原则二十一所确认)，以此表达“当事国的共同信念”，并构成“国际环境法规则的组成部分”[见第 241 和第 242 页，第 27 和第 29 段]。条约草案与实在法确实有关，因而序言中应当有所提及。根据庞布一奇文达先生的建议，也有必要提到《二十一世纪议程》。

48. 国际法院还提到了尊重全球公域的环境问题。尽管在现阶段上无意解决该问题，但这一观念应给予更多的关注。现在，人类在大气层中的活动在多大程度上对人类健康造成重大损害，这一点还无法确知。例如，温室效应导致的全球变暖可能只是暂时性的气候变化的结果，但无论如何，它所带来的危险是严重的、根本性的危险。这个领域是一个不同于一般为法律所涵盖的领域：潜在的损害似乎就是一种确实的危险。提及这个问题的原因是其关系到国际社会，因而将其写入序言会得到各国的认同。在这种情况下，也应当提到享有清洁健康环境的基本权利。

49. 序言最后一个段落提及“区域经济一体化组织”，而第 4 和第 16 条却讨论了“有关国际组织”。他认为应当采用第二种措辞。

⁷ 《联合国人类环境会议的报告，1992 年 6 月 5 日至 16 日，斯德哥尔摩》，(联合国出版物，出售品编号：C.73.II.A.14 和更正)，第一部分，第一章。

50. 谈到条款草案,他首先提到第 1 条,认为如加亚先生建议的那样,就涉及可能造成损害的活动而言,最好删除“国际法不加禁止的”的措辞。特别报告员曾提到核试验的问题(第 2641 次会议),他认为核试验为国际法所禁止。尽管国际法院提出了关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见,这依然是一个极富争议性的问题,但删除该措辞将有利于使未来公约的适用范围扩大到无疑会引起重大跨界损害危险、而且在一些情况下会导致重大跨界损害的核试验活动。

51. 第 5 条中,应当在“监督”和“机制”之后插入“以及采取后续措施”这一措辞;因为各国不仅有必要进行监测,还有必要采取后续措施实施国家通过的立法、行政和其它措施。

52. 第 7[8]条中,他想知道的是,既然在国际环境法上早已确立了“影响研究”的概念,使用“影响的评估”一词是否合适。

53. 第 8[9]和第 9[10]条提出了确定位置的问题,因为可能受影响国应优先被告之有跨界损害的危险。随后,当事国必须通知民众可能存在的危险。因此这两个条款的前后顺序应当颠倒一下。

54. 第 11[12]条最重要,是为了达到公平利益均衡而必须予以考虑的因素之一,它没有提到为起源国经济发展而进行的经济活动的重要性。这个问题值得深入考虑。

55. 第 15[16]条没能充分强调一点,即可能遭受重大跨界损害伤害的一国公民有资格诉诸起源国法院。明智的做法是,将案文与《国际水道非航行使用法公约》的规定保持一致。

56. 关于解决争端的第 19[17]条应当更加具体一些。可以借鉴《联合国在维持国际和平与安全方面进行实况调查宣言》⁸,其中包含一系列相关规定。应当注意的是,该宣言并没有对实况调查委员会与和解委员会作出区分,实况调查委员会必要时可以作为和解委员会进行调解。这一方法可以证明对所讨论的专题是有助益的。

57. 贺先生说条款草案是要在起源国与可能受跨界影响国之间达成利益上的平衡。

58. 首先,人们一般认为,责任与预防是两个单独的问题,应当分别加以处理。委员会在其第四十八届会议上设立的工作组在处理这两个问题,但也因为损害了责任制度的基本概念而在第六委员会中遭到了批评。有人指出,对一国领土的管辖权或者主权本身并不构成国家的国际责任的基础,对发生于一国境内的某种活动的实际控制才是重要的考虑因素。因此,跨界损害的责任是对经营者而不是对国家而言。有人建议委员会不要从国际责任的角度,而应当从环境制度的角度来对待条款草案。结果,委员会决定暂且搁置责任问题直到其完成关于预防的条款草案的二读工作。考虑到这一专题的性质以及报告第 31 至第 34 段所述因素,他认为删除第 1 条中“国际法不加禁止的”的措辞较为妥当。

59. 其次,关于应有的注意义务,特别报告员在报告的第 20 段列举了大量要素,在第 20 段(b)项中,他指出要求的注意程度应当与所涉活动可能引起的危险程度成比例。因此,如果一项活动具有较大危险性的话,程序上的义务(事先核准、环境影响评估、预防措施)就更为重要,更为严格。另一方面,要求的注意程度应取决于国家的能力和其经济发展所处阶段。一国的经济发展水平应当是用于决定特定国家的注意程度的考虑因素。这符合《里约宣言》的原则十一。因此,预防原则与应有的注意义务的适用不应当孤立地对待,脱离可持续发展这一大的背景,同时要考虑发展中国家与经济转型国家的需求与实践。在缺乏体现对发展中国家特定情况考虑的要求的规定时,他建议在评注中强调所有这些问题。

60. 第三,关于第 3、第 4、第 10[11]和第 11[12]条,以及对于这些条款可能导致应有的注意义务减损的担忧,他说应当强调的是,通过磋商与合作达成的利益均衡不应免除一国的义务。相反,利益均衡只会产生这样一种制度,它使当事国可以更令人满意的方式履行其预防义务。

61. 最后,他同意特别报告员与委员会其他委员的观点,认为条款草案应采用公约的形式。

62. 托姆卡先生说,特别报告员在其第三次报告中采用的方法有点不同于以往,它没有采用逐条处理的办法,而是进行了总体概述,着重强调了某些问

⁸ 大会 1991 年 12 月 9 日第 46/59 号决议,附件。

题。此外，他提醒大家只有五国政府提交了书面评论，这一比例不到联合国会员国总数的 3%。

63. 在报告的第 36 段，特别报告员建议将条款草案作为框架公约通过，尽管目前的标题所设想的仅仅是一项公约。也许添加“框架”一词不能理解为削弱文件的约束力，它不是要促使国家更乐于接受案文，只是表示其它文书以后还必须由国家相互间或在联合国国际社会内部加以协商。

64. 关于序言，特别报告员建议将下列两个要素结合在一起。第一个要素，即序言中涉及现有相关文书的段落，应当放到标题之后，开头应当用“缔约国”而不是“大会”。另外一个要素，特别是提议的最后三段应当删除，因为委员会的职责不是拟定大会决议草案。

65. 至于条款草案的正文部分，他并不完全同意删除第 1 条中“国际法不加禁止的活动”这一用语的观点，尽管几乎没有什么活动是被国际法严格禁止的。无论如何，各国不可能对国际法明确禁止的活动适用条款草案。尽管人们对于某些活动(例如核试验)是否为国际法所禁止仍心存疑虑，但也不能期望那些认为这类活动不被国际法禁止并因此可能在未来进行这种试验活动的国家，也会成为拟议的公约的缔约国，如果它们的加入可以解释为表明公约也应适用于此类活动的话。

66. 他希望提请起草委员会和特别报告员注意联合王国关于第 1 条的评论，该评论见秘书长的报告(A/CN.4/509)，其中载有各国政府提出的评论和意见。尤其是，他想知道复数形式的“活动”是否合适，或者说是否如同第 17 条那样不应当以单数形式表达。至于第 3 条，他注意到第三次报告中未述及荷兰的建议，他认为至少应当在关于条款草案的评注中提到。

67. 至于第 5 条，他也赞同删除“相关”一词的建议，因为没有必要：如果已经产生了重大跨界损害的危险，采取条款草案所设想的种种措施可能为时已晚。最后，关于“注意”以及秘书长的报告所载的联合王国的一般性意见的要点，他认为在最后案文中，应当在对适当条款的评注或委员会报告中，而不是在公约草案的文本末尾，解决这个问题。

68. 巴埃纳·苏亚雷斯先生满意地看到委员会有关审议的专题的工作在合作和随时准备协调各种时常

冲突的观点的气氛中接近尾声，这在很大程度上要归功于特别报告员的聪明才智，他始终关注的是自己提出的案文的实际方面和结果。他愿意采纳特别报告员在其第三次报告的附件中包含的序言，因为序言本身非常重要。他赞赏拟订的案文，但他也支持这样的建议，即在不影响其结构的情况下，应当提及现有的关于发展与环境的公约。那将有利于平衡考虑两个活动领域。

69. 特别报告员在其报告的第 34 段说，根据条款草案，可能受到他国有潜在危险的活动影响的国家不享有否决权。该权利不存在。其目的是为了保证开展合作，以使相关国家以它们自己选择的某种形式和机制参与制定与适用危险控制制度。这看起来合理。关于第 35 段提到的可否删除第 1 条中“国际法不加禁止的活动”一语的问题，他不赞同主张删除的论点，倾向于保留现有的措辞。然而，他赞成特别报告员在第 36 段中提出的建议，即条款草案应当作为框架公约获得通过。

70. 经工作组(他是该工作组的成员)讨论或根据各国政府所作的评论，对部分条款草案的措辞作了一些修改，总体而言，有所改进。然而，他感谢特别报告员为使第 2 条(a)项的措辞更为清晰和精确所作出的努力。另一方面，第 14[15]条会引起关注，因为它列出了三类情况，给起源国在极大的余地，可保留对其“国家安全”或“对保护其工业秘密或相关知识产权”极为重要的数据和资料。这就给除外情况留下了极大的空间，尽管要求起源国与其他当事国真诚合作的规定稍微限制了这一范围。他不希望再就此进行讨论，认为条款草案的实施需要特别的注意和审慎。他赞成将条款草案提交起草委员会。

71. 罗德里格斯·塞德尼奥先生强调了区分预防与责任二者的重要性，这对于适当解决预防专题很有帮助，而且有助于条款草案的二读不至于忽视委员会授权的主要目的——国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任。

72. 条款草案的序言涉及基本原则，例如对自然资源的永久主权、发展权以及《里约宣言》有关的原则，并列举对国家在其境内或其管辖下实施或允许实施某些活动的自由的限制，这种做法是合适的。甚至最好明确提及某些与环境有关的、普遍接受的实体法的法律文书。他还同意提及《二十一世纪议

程》或者至少是其所包含的某些原则。特别是以大会决议的形式提到发展权，这一点非常关键，因为这将在必须保留的、有关预防的第 3 条和有关利益平衡的第 10[11]、11[12]条——特别是第 11[12]条——之间建立必要的联系。正如特别报告员在第 22 段中指出的，预防原则和应有的注意义务与可持续发展、能力建设和国际融资机制有着广泛联系。

73. 案文应当反映预防义务与经济发展水平之间的紧密联系；预防义务的要素已在报告的第 20 段详细完整地列出，而经济发展水平无论如何是免责条款合理与否的标准。尽管有时很难判断经济发展的水平，但那是条款草案中一个非常有用的概念。

74. 他认为，明确规定条款草案适用于会导致重大跨界损害的危险性活动，这一点也很重要。责任仅仅适用于对这些跨界损害的危险的管理。关于违反国际法的行为造成的、或者说国际不法行为造成的损害，从另一方面来说，这个问题属于国家责任的范畴。在这方面，他对有人建议删除第 1 条中的“国际法不加禁止的活动”的措辞表示关切，因为这一措辞对可导致赔偿责任与国家责任双轨制度的两类活动作了必要的区分。他注意到，尽管特别报告员在报告的第 31 段中证明了使用该措辞的合理性，但在第 35 段中他又提议将其删除。同时，第 1 条又保留了该措辞。他赞成保留这一措辞以界定所争论的赔偿责任的范围，并认为应当极为谨慎地处理这个问题。

75. 总的说来，他赞同在各国政府所作评论的基础上由特别报告员提交委员会的修正案。他认为，条款草案可以采用国际法意义上的框架公约的形式。第 2 条增加的(f)项定义了“当事国”，该项非常有用；但在第 14[15]条中提到知识产权会影响交换资料，还会影响预防和尽可能减小损害的目的。最后，关于第 19[17]条，他注意到，因为整个草案目的在于建立一套预防制度以防止争端的产生；第 19[17]条不是唯一与争端解决有关的规定，但是应当视其为一般的争端解决机制的一个要素。因此，他认为起草委员会可以对该条款草案作一些改进，可借鉴《国际水道非航行使用法公约》第 33 条，特别是将与条款草案解释和适用以及与预防和将危险减少到最低限度相关的直接磋商的概念写入第 1 段。

76. 埃拉拉比先生赞同这一观点，即有必要制定一个有法律约束力的公约，特别是鉴于在这一专题上现已有大量的软法可资利用。

77. 应当根据建议删除第 1 条中的“国际法不加禁止的活动”的措辞，使条款草案的范围得以扩大。这样的扩大也符合序言中列明的一般目的，并且与特别报告员在其第二次报告⁹的第 16 段所作的评论是一致的，该评论指出，“中国、古巴、埃及和印度认为委员会所提议的预防概念并没有从更广泛的可持续发展的背景来考虑”。

78. 其次，他注意到，尽管第二次和第三次报告都很关注尽职问题，但没有任何条款具体涉及这一概念。如果没有界定，可在第 3 条中予以适当提及。

79. 关于第 19[17]条涉及的争端解决程序，他说，该条的两个段落缺乏实质内容。第 1 段是比照《联合国宪章》第三十三条制定的，但有所删节，只添加了“迅速”一词。第 2 段的实质性稍强，但是事实调查委员会的报告应由当事方本着诚议加以考虑，这一规定对于公约来说明显不够。因此，他建议将第 1 和第 2 段重新措辞或者颠倒一下顺序，或者作为最终解决办法，规定某种形式的司法解决机制。在这样的一种司法解决或者说实际上是全面解决争端的情况下，可以对下达禁止令或采取预防措施作出规定。

80. 最后，他也认为第 2 条(b)项应当提及全球公域问题，由此反映国际法院关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中采纳的“不受任何国家主权管辖的区域”的概念。

下午 1 时散会。

⁹ 见第 2641 次会议，脚注 6。

第 2643 次会议

2000 年 7 月 20 日，星期四，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先

生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的
国际责任(预防危险活动的跨界损害)¹ (续完)
(A/CN.4/504, D 节, A/CN.4/509,²
A/CN.4/510³)

[议程项目 4]

特别报告员的第三次报告(续完)

1. 加利茨基先生说,委员会关于本专题的工作已经到了最后阶段。有人提出了一个大胆的提议,即将载于特别报告员的第三次报告附件的条款草案(A/CN.4/510)作为一个关于预防重大跨界损害的框架公约加以通过。这一建议看上去是完全合理的,因为各个条款都被详细的加以拟定,并且谨慎的加以平衡,从而使它们涵盖了关于预防的所有问题。草案的一个优点是它的范围精确,考虑到两个重要因素:把预防专题和赔偿责任这一综合主题分开,和承认赔偿责任和责任制度的二元性。这种做法的结果是,条款主要针对危险控制,把它作为预防重大跨界损害的一部分。这似乎是正确的选择。从对使用的词语所下的定义可以明显看出,草案力图避免使用不准确的概念,特别是“跨界损害”、“造成重大跨界损害的危险”以及参与预防程序的各类国家。准确的定义使制定同样准确的规则成为可能。

2. 关于提议的公约草案的范围,其主要问题似乎是在将预防责任与更为宽泛的国际赔偿责任概念加以区分的制度中是否应保留“国际法不加禁止的活动”的提法。对此,委员会中有不同的意见。他赞成在第 1 条中保留这一词语,理由如下。第一,草

案的标题中有这一词语,并且他也知道规定预防责任的规则和那些规定整个国际赔偿责任问题的规则间存在着差异,但是他仍然认为这两个体系间应当存在某种连接。而所讨论的这一词语似乎就提供了这种连接。第二,正如第三次报告的第 31 段中所正确提到的,使用这一词语使潜在的受害者不需要去证明损失是由不法行为还是非法行为引起的。最后,提及“国际法不加禁止的活动”标明了在国家责任专题和国际赔偿责任专题间的一个重要的分界线,而就后者而言,预防原则只是一项分专题。

3. 关于各种所谓的极度危险活动(例如外空活动)的国际公约似乎确认了责任和赔偿责任制度的二元性。十分例外的情况是,人们可能认为条款草案把国际赔偿责任的某些方面和国际责任的某些方面连接了起来。例如,《外空物体所造成损害之国际责任公约》第六条第二款规定,“遇损害之造成系因发射国从事与国际法……之活动时,”不得免除任何责任。然而,国际责任和赔偿责任的结合更多是一个例外,因为它适用于规定国际赔偿责任的规则的最后适用阶段。在这种情况下,作为加强赔偿责任的一个因素,“与国际法不符”的行为可以被证明是正当的。

4. 另一方面,任何试图扩大预防责任从而使其包括为国际法所禁止的活动的做法都是反常的。从条款草案中产生的,预防责任是前活动性质的。要求打算施行国际不法行为的国家事先遵守条款中所包含的所有预防程序,这是极不现实的。因此,似乎把条款草案仅适用于国际法不加禁止的行为,实际上反而是有好处的,因为这样的话,今后的实施将会更容易并且可以避免需要慎重处理的责任问题。

5. 同样地,避免把过多处理附加事项的新规定包括在内的做法也是明智的,否则的话就会破坏条款在形式和内容方面现有的平衡和协调。采取这种现实的做法的一个更深刻的原因是,委员会并未因循可能已可编纂成法典的习惯性规则,而是在逐渐发展的软领域上进行工作的。对各国来说,简洁但却准确、有效的条款对于遵守“简洁即美”原则更为有用。

6. 这同样也适用于序言,当然,序言可以几乎无止境地提及各种条约和文件。但是,特别报告员的选择充分表明了条款的最重要的来源。在草案最后

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文,见《1998 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 22 页,第 55 段。

² 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 同上。

通过之前，不妨考虑一下是否在序言中反映草案所依据的主要法律原则。其他委员已经提出了其中一些原则，例如，尽职原则或可持续发展原则。

7. 作为工作组的一名成员，他认为，尽管草案受到很大的限制，但它仍然可以在环境法和一般国际赔偿责任法领域提供进一步发展的基础。他希望，委员会能够在本届会议上完成这项工作，从而能够在联合国大会第五十五届会议上将草案提交给第六届委员会。

8. 布朗利先生说，他难得地不同意加利茨基先生的观点。委员会的委员们表示支持条款草案，但却又试图把它们归并到国际法的其他领域。条款最有价值的一点在于它突破了新的领域：它们不涉及国家责任或赔偿责任，不管是前者还是后者，它们也不是软法。就功能而言，它们专门处理一组特定的问题，即风险控制。因此，将其和关于赔偿责任、补偿或和平解决的一般公约相提并论，没有多大帮助。特别报告员阐述了无争端和争端前的情况。在这些情况下，解决模式自然应与仲裁和裁判的一般形式有所不同，这些一般形式在大多数情况下都是不合适的。在环境法领域，事实调查是最重要的因素，这点在第 19[17]条中详述。

9. 保留“国际法不加禁止的活动”这一短语也许并没有坏处；而在委员会中，对于是否保留该短语句的观点几乎完全不同。但是，他所关注的问题是，这一短语引起了很多误解。似乎很多人希望保留它的原因是，他们认为条款草案和赔偿责任或责任领域之一存在一种联系。但事实上并不存在这种联系。他赞成删去这一短语，因为它是所有误解的源头。

10. 加利茨基先生说，他和布朗利先生只在一点上存在分歧：他赞成保留“国际法不加禁止的活动”一语，而布朗利先生不赞成。除此之外，他们的观点是一致的。他已明确地指出了条款和责任及赔偿责任问题之间的不同。他引用了《外空物体所造成损害之国际责任公约》来说明一点，即和条款草案不同，该公约包含了责任和赔偿责任之间的关系，虽然这只是在例外的情况下。他强调说，关于预防的条款草案处理的是前活动的情况。不过，认为预防和赔偿责任之间没有联系也是不正确的：预防问题毕竟源于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任这一主要专题，并且报告也强调了二者的联系。

11. 戈科先生请求解释一国政府如何将条款适用于本国所面临的情况。虽然菲律宾是无核国，但台湾南端建有一些核电站，它们离菲律宾北部很近。如果发生事故，菲律宾会受到影响，这自然是令人十分关注的事情。他想知道，条款草案通过的话，菲律宾政府应采取什么方针，以及在一些情况下，例如，在定向刮风时，它是否应发出通知或警告。

12. 罗森斯托克先生说，委员会审议这一专题已有十年之久，三位特别报告员为之作出不少贡献，他们的报告澄清了这些问题并阐明了可能的分析框架。如何把所提出的许多观点转变为具体的结果，往往是最棘手的问题。特别报告员和工作组应该为他们所提出的一个出色的案文而受到称赞。最终还会出现更好的结果。同时，他也赞同卢卡舒克先生的观点，认为有关预防问题的草案很有用，它代表了我们所能作出的最大限度的努力。该草案应送交起草委员会并在本届会议上予以通过。至于文书的形式，他认为采用公约的形式最为适合。

13. 他倾向于现有案文原文不动。只要有一个适当的评注来避免对其实际目的的误解或误读，保留或删除“国际法不加禁止的活动”一语都不会产生不当的后果，不过他本人更倾向于删除该词，原因如哈夫纳先生所述(第 2642 次会议)。另外，正如托姆卡先生所指出，序言还存在着技术性问题。实际上，他怀疑序言是否有用或是否必要。鉴于现有版本的序言无故提起一些有争议的材料，但却没有提到其他重要的材料，例如，1972 年在斯德哥尔摩举行的影响深远的联合国人类环境会议，如果委员会决定包含一个序言，那么他建议采用一个和现有版本相比较稳健的序言。委员会在条款草案上已做出那么多的工作，如果让自己纠缠在序言上而裹足不前，这是令人悲哀的。这不是一个南北问题，任何试图把它变成这种问题的努力都会造成不必要的问题。他相信，委员会不会因追求完美而放弃好的选择，它将能够把条款草案提交大会第五十五届会议予以通过。

14. 佩莱先生说，虽然他认为条款草案有一些“软”，但他大体上赞同条款草案的规定，因为他认为预防问题在最初草案中是可编纂法典和逐渐发展方面唯一时机成熟的那一部分。但是，他不能同意罗森斯托克先生认为它们代表了可以获得的最大结果的这一观点。相反，令人失望的是，这方面

几乎看不到逐渐发展的痕迹。即使在编纂法典方面，委员会甚至都没有就实在法作出谨慎的评价。委员会不打算将条款草案限于国际环境法，但是它不能逃避的现实是，条款草案主要是针对重大环境损害的预防。要明白条款是沿循而不是伴随、更不是先于国际环境法领域的发展，并不需要成为这一快速扩展领域的专家，他当然也不会以专家自诩。

15. 正如他两年前曾说过的，第3条最终的措辞不如《里约宣言》⁴的原则二，甚至不如《斯德哥尔摩宣言》⁵的原则二十一严格，特别是关于预防义务在领土上的适用这一方面，对此他十分遗憾。第6[7]条第1款(a)项并不能对此有所补救。有些人极力主张至少应明确提到应有的注意义务，他同意这一观点。此外，他还感到遗憾的是，条款中没有包含预防原则，甚至连《里约宣言》中原则十五所赋予该原则的不完整意义上的预防原则也没有。第7[8]条也落后于《里约宣言》的原则十七，更不用说《越境环境影响评估公约》了。后者早在1991年2月25日就已获得通过，距今已有十年，在这期间发生了许多变化，关于预防义务的规则也愈加严格。相比之下，条款草案却好像是朝反方向发展。

16. 在他看来，使用“酌情”一词削弱了新拟的草案第16条的效力，这一词语为各国提供了一个危险并且无用的例外条款。因此，他赞成删除这一词语。另外，他无法理解第6[7]条第2款中新增列的句子有何重要意义，甚至也无法理解其含义。另一方面，他完全同意新拟的第9[10]条第2款的要旨，和原来的版本相比，该款是一个很大的进步。他还认为把原来第6条的内容移至第18[6]条是正确的；这是一个明智的预防措施。在这一点上，他和罗德里格斯·塞德尼奥先生、托姆卡先生、加利茨基先生以及其他委员一样，都认为不应该删除“国际法不加禁止的活动”这一词语。若将其删除的话，好像委员会是要将非法活动合法化，把它们和不被禁止的活动混为一谈。请布朗利先生原谅，他认为保留这一词语不会造成任何危害。他还注意到，在文本的变化上，他认为法文版的第6[7]条第1款(a)项和第8[9]条与其他文本相比，仍有许多需要改进的地方，他希望起草委员会会注意这一问题。

⁴ 见第2641次会议，脚注9。

⁵ 见第2642次会议，脚注7。

17. 关于草案及整个专题的未来这一较为概括的问题，他想知道将条款草案提交起草委员会的时机是否真的适当。五年的期限没有完全结束，他想知道剩下的时间是不是不应用于让特别报告员修改、补充条款草案，考虑并纳入国际环境法方面的新发展，和特别强调预防原则、有关影响研究的问题，或许还有预防争端问题。他提请大家注意，以山田先生为主席的工作组在那一点上就易受环境法中编纂法典和逐渐发展影响的问题所作的评论。他的这一提议的目的不仅是要改进现有的条款草案，他认为现有的条款草案是可以接受的，当然如果增加一些内容会更好。他还希望案文能够反映那些想为环境法做些贡献的其他委员的希望。预防专题最符合这一目的。但是，在条款草案通过后，仅从环境的视角来继续本专题是不合理的。因此，他建议进一步审议预防问题，依据环境法的发展使其更加具体。

18. 至于专题的标题，布朗利先生在第五十届会议上曾极力主张委员会在国际法不加禁止的行为产生的损害性后果的国际责任这一问题上采取明确的立场，并就委员会所应提出的建议作出决定。当时形成的普遍一致意见是应该采取一个立场，但在这一点上，该问题也仅限于此。委员会负起责任是必要的，它至少应当召开一次会议，不论全体会议还是规划小组会议，专门来讨论这一问题，讨论可以基于特别报告员或委员会其他委员的评注进行。他本人的立场很明确。他认为该专题不应再继续讨论：它既不适宜于法典编纂也不适宜于国际法的逐渐发展。相反，它应该并且只能是国家间协商的对象。委员会不应再进一步讨论不休。从法律层面上说，它仅有的贡献可能是说明，如果一国不履行有关预防的义务，该国应当负责任，而不是负赔偿责任；并且没有必要用整个条款草案来处理该专题。如果需要说明的话，可以在条款草案中增列一条，专门述及预防问题。无论如何，委员会都应当决定采用某种方法。如果不明确规定的话，就会是如果不应负赔偿责任，至少应当负责任。

19. 库苏马—阿特马贾先生称赞特别报告员提出了一套出色的条款草案，不管其最后会采用什么形式，他表示对作为起草委员会主席的加亚先生的能力有信心，相信他可以解决所有遗留问题而使各方满意。在加利茨基先生和布朗利先生的辩论中，尽管他很尊敬后者，但他仍要支持前者的观

点。他赞成将条款草案提交起草委员会，以便在委员会下届会议之前得以通过。

20. 巴哈纳先生说，特别报告员提出了准确而简洁的第三次报告，对此应向他表示祝贺，并且应支持他想在五年期结束之前完成该分专题的工作的愿望。

21. 审议条款草案的过程中出现的主要问题看来是：国际法不加禁止的活动(第 1 条)；重大损害的含义和性质(第 2 条)；应有的注意的概念(第 3 条)；关于国家在预防问题上进行合作的义务及有关程序的其它条文；赔偿责任专题和预防专题之间关系的问题；争端解决；以及最后一点，条款草案最终应采用的形式。所列举的这一串有争议的问题当然不是详尽无遗的。但是，由于委员会在其第四十九届会议上作出集中注意力于预防分专题的决定⁶并且在特别报告员的适当指导下，条款草案的修正有了很大进步，他认为，条款草案在二读时就可以完成了。

22. 他不同意特别报告员关于将“国际法不加禁止的”一语从第 1 条删除的建议。有必要保留这一词语，以维持国家责任专题和国际赔偿责任之间的法律区别，正如特别报告员在其第三次报告的第 26 段中承认的，委员会很多年前就承认有必要加以区分。因此，这一无根据的最后一刻的建议是令人惊讶的，特别是考虑到特别报告员在报告的第 5 段中明确说明没有国家质疑在草案第 1 条中对“国际法不加禁止的行为”这一词语的使用。

23. 至于“重大损害”这一措辞，引用捷克共和国关于这一问题的评论来说，关于这一问题的争议现在似乎已到了没什么可再争辩的地步。特别是由于现在它已载入《国际水道非航行使用法公约》，因此在有关预防问题的条款草案中使用这一措辞是顺理成章的。至于“产生重大跨界损害的危险”这一措辞，他是可以接受的，虽然他同意一些国家的观点，认为第 2 条(a)项中的定义混乱。但是，为了保持一致，应当用“重大”一词代替“灾难性的”这一词语。

24. 至于备受争议的“尽职”概念在第 3 条上下文

的适用性，特别报告员在其第二次报告⁷的第三部分，特别是第 24 段中，对这一问题作了全面的论述，其中提到一些国家认为违反应有的注意义务只能引起国家责任领域内的后果。在这一点上，他对中国的意见印象深刻，如第二次报告的第 3 段所述，中国认为“不遵守尽职义务而未造成损害，将不会引起任何赔偿责任”，但如造成损害，则可能引起国家责任或民事责任，或同时引起这两种责任。如果国家遵守了应有的注意义务，但仍出现损害，则应由营运者承担责任。⁸总的来说，第 3 条是可以接受的，如果其中列出的责任属于应有的注意义务的话。不过，没必要在第 3 条中明确提到这一概念。

25. 委员会对第 4 至第 17 条也曾作过全面的辩论，因此不应再产生任何进一步的论争。至于国际赔偿责任专题，他仍然认为，如果委员会要充分履行其职责，那么在关于预防的条款于委员会在二读通过后在第六委员会以框架公约的形式通过后，它应马上回到该专题上。正如特别报告员在第三次报告的第 3 段中所正确指出的，委员会有义务处理赔偿责任问题。现在关于国家实践和国际协议有大量的材料，还有前任特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生留下的很多很有价值的材料。

26. 最后，他认为目前起草的关于解决争端的第 19[17]条是不完善的，需要一些改进。可以论证的是，无论如何都没有必要在一项只处理预防问题的框架公约中包含争端解决的规定。但是，这并不损害委员会在回到国际赔偿责任专题时可能对第 19[17]条作进一步的审议。

27. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)在总结辩论时说，他将努力争取避免卷入到任何进一步的意识形态上的或其他的对抗中。委员会面对的是在环境理想主义和想获得飞速发展的科技创新的全部好处的要求之间存在的一种好像不能调和的冲突。作为对佩莱先生的回应，他说他选择不涉及环境法中的问题，而是从他在委员会第四十八届会议上从前任特别报告员接过来的条款草案和评注中提取出最实用的部分，虽然在形式上一些人会称之为的一套

⁶ 见第 2628 次会议，脚注 4。

⁷ 见第 2641 次会议，脚注 6。

⁸ 见《大会正式记录，第五十三届会议，第六委员会》，第 14 次会议(A/C.6/53/SR.14)，和更正，第 43 段。

“残余”的条款草案。令他大为吃惊的是，事实证明一读通过的条款草案为大多数国家所接受，对此他感到宽慰。作为特别报告员，他没有自己的议程：是赞成佩莱先生的建议从而进一步延长各国都已厌烦的过程，还是赞同各国表明的选择，那完全是委员会决定的事。作为特别报告员，他建议委员会将条款的范围缩小至易于处理的限度内，因为不这样的话，就有可能使得该专题的工作变得更加旷日持久。

28. 因此，他没有被佩莱先生及其他一些人认为委员会应考虑预防原则的意见所说服。他在他的第一次报告的第四章中涉及了该原则，⁹而他在该报告的第72段中阐述了他对于这一问题的总结。在有可能产生严重或不可复原的损害时，对环境损害的原因和结果缺乏充分的科学确定性不能成为延迟采取预防环境恶化措施的理由，这一原则很合理。他相信，在有指导的情况下，各国就会借助这一原则。在他看来，预防原则已经包含在预防和事先核准原则以及环境影响评价中，不可能将其与之分割开来。

29. 至于争端的解决，第19[17]条在第六委员会中已普遍得到各国的批准。在委员会二读通过后各国还有机会对该条进行审议。因此，本届会议上所作的任何决定都不是不能改变的。无论如何，他都认为没有必要将第19[17]条发回起草委员会。

30. 对各条条款还有很多其他的建议，他主张起草委员会能采纳所提出的建议。罗森斯托克先生评论说条款草案是能取得的最好的成果，现在最好就将它们提交起草委员会，这使他大受鼓舞。他的建议就是应将条款草案提交起草委员会并且应尽快送回委员会。

31. 有人提出这个问题，即在第3条条款中是否应当直接提到尽职的概念，还是应当保持第3条的原状，只是把解释放到评注中。虽然他承认巴哈纳先生的推论，但他仍然认为“一切适当的措施”和“尽职”是同义的，保留前者要比插入提及后者更加灵活而且不容易引起混淆。在评注中加入解释是告知各国所涉及的内容的一个较好的办法。遵循经过实践和检验后的公约的指导，是明智的做法，他建议保持第3条的原状，并在评注中解释“一切适当的措施”就是“尽职”。

⁹ 见第2628次会议，脚注5。

32. 第1条中究竟是删除还是保留“国际法不加禁止的活动”这一词语，委员会内部对此持正反两种意见的人数差不多相等。他所磋商过的许多权威人士都赞成保留这一词语，该词实际上成为国家责任专题和较广的国际赔偿责任专题之间的一个主要分界线，就后者而言，预防原则只是一项分专题。因为这一词语，对于赔偿责任和责任间的意识形态上的辩论无法平息。无论它是否保留，这一条款的真正目的是危险控制以及鼓励起源国与可能受影响国进行磋商。草案的一个主要价值是强调尽早进行磋商的原则。

33. 主席说，没有反对意见的话，他就认为委员会同意将草案序言和修正过的草案第1至第19条提交起草委员会。

就这样议定。

国家责任¹⁰ (续)* (A/CN.4/504, A节, A/CN.4/507 和 Add.1-4, ¹¹ A/CN.4/L.600)

[议程项目3]

特别报告员的第三次报告(续)*

34. 主席请委员们开始审议特别报告员的第三次报告的第二和第三章(A/CN.4/507 和 Add.1-4)。

35. 加亚先生说，第三章很出色，其中提出的问题很新颖，所提供的一般解决方法也很适当。他将就几个他认为还没有充分解决的问题发表意见。

36. 如果采纳特别报告员关于把新的第40条之二放到第二部分之二的建议得到通过，则第二部分中就不会有对该部分中规定的义务享有权利的国家的描述。从第二部分中删去唯一有关受害国的规定所造成的空白应加以填补，哪怕只是笼统地提及第二部分之二的几句话。虽然条款草案是要规定国家间的关系，但是，如果赔偿的受益人不是国家而是个人或实体，这些关系就可能会受到影响。在这种情况下，应使个人或实体有可能在赔偿形式的选择上有

* 第2640次会议续会。

¹⁰ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)第61页，第三章，D节。

¹¹ 见上文脚注2。

一定的发言权。同样，对于那些所谓出于个人或其他实体的利益而放弃的主张来说，假定个人或那些实体也扮演了某种角色，这也是合乎情理的。所关切的这一问题虽然有些模糊，但它间接地反映于应“有效地放弃”主张的要求中，或许评注可以阐述得清楚一些。尽管第三次报告的第 233 段中作出了说明，条款案文在赔偿形式的选择的问题上并没有使用类似的语言。

37. 特别报告员提议的第 40 条之二对受害国和在法律上有利害关系的国家两者作了区分。但是，第 40 条之二并没有说明在法律上有利害关系的国家的含义是什么。第 46 条之三阐明受害国可能援引国家责任并选择赔偿的形式，但对另一类国家却只字未提。虽然这类国家完全可以按照第一章所述内容提出要求，即要求停止和保证不再发生，这一点应在第 40 条之二予以规定。此外，案文中还应当规定它们是否可以就赔偿问题有所行动。但是，如果说因为后一类国家没有受到损害因而不能要求恢复原状或补偿，这会产生重大后果。一读通过的第 40 条规定，如果一条习惯规则或一个多边条约规定了有关人权的义务，那么，就习惯规则而言的所有国家以及多边条约的所有缔约国都能够要求赔偿。这也许有些过度，可以重新审议一下，但是现在若规定没有受到损害的国家不能要求赔偿，则可能向反方向走得太远。在违反人权的情况下没有特别受影响的国家时，虽违反人权义务，但可能并未产生多大的后果。对于过去常称作为国家国际犯罪，而现在称为严重违反普遍义务这一问题，人们甚至给予了更大的关注。有必要找出某种解决办法，使违反某项义务的国家不能简单地说，既然没有带来损害，它也就不履行任何赔偿义务。

38. 在他看来，第 239 段将援引 1969 年《维也纳公约》第六十五条规定的条约实施的失效、终止或中止与援引对另一方的国家责任相提并论，这过于牵强附会。在后一种情况下，规定一国在援引责任之前，必须首先提出抗议或发出通知，是没有道理的。它完全可以直接援引。不应该设定任何像该公约第六十五条所设想的那种预先要求。

39. 在法文版的报告中，关于多个受害国的条款应当是“第 46 条之五”，而不是“五”，但是仔细研究后，他认为，该条款案文若能就多个国家受到损害时的赔偿形式的选择作出规定，将会是有益的。

评注无疑会对此有所说明，但在条款本身中也应当规定对各国的指导。

40. 第 6 条之六会造成一些问题，因为并不总是能轻易地确定存在同一国际不法行为，并且有多个国家应对这一行为负责的情况。科孚海峡案中，有一个国家应对布设水雷负责，另一个国家也负有责任，因为它没有行使其作为主权国家的权力来防止水雷的布设和警告过往船只；这里有两种不同的义务，因此也有两种不法行为。损害可能是由多个不法行为造成的，但是，可能不是多个国家都对同一不法行为负有责任。各种有关案例和问题应在评注中讨论。此外，第 2 款(b)项(i)目是正确的，但没有必要专设一项条款来论及程序问题。

41. 克劳福德先生(特别报告员)说，他同意加亚先生所说的大部分观点，并且很高兴地告诉他马上就会看到报告的第三章 D 节，该节将包含那条故意遗漏的规定。

42. 辛马先生说，他和加亚先生都特别关注普遍义务的履行和执行问题。读了第 226 段之后，他担心即使在报告第三章增加一节，没有直接受到损害的国家仍然有不能得到救济的危险。但是总的来说，他同意所讨论的文件所含的哲理以及条款草案的体系。

43. 在第 238 段中，特别报告员说，由于国家间通信一般采用书面形式，规定采用书面形式发出有关主张的通知应该是合理的。但是，幸好第 46 条之三没有提到主张应该采用书面形式。在他看来，提到 1969 年《维也纳公约》是有一定价值的，但是，和援引国家责任相比，援引终止或中止一个条约的权利范围太窄，并且不经常发生。无论如何，该公约只涉及书面缔结的条约。此外，第 46 条之三在第 1 款中正确的使用有强制性措辞“应”，而没有用“当”。这是这条规定的实质，“应”应在全文中使用。

44. 第 1 款在表明受害国必须通知其主张后，规定该国“当”具体说明所要采取的赔偿形式(第 1 款(b)项)。另一方面，这些行动可能在两个不同的阶段进行：先发出通知，之后讨论应得到的赔偿的形式。这种可能性应予以考虑。

45. 第 46 条之三第 2 款(b)项的内容倾向于对关于用尽当地补救办法应采用什么办法预先作出判决：是采用认为这是一个实体问题的前任特别报告员阿戈先生的方法，还是采用认为这是一个程序问题的

现任特别报告员的办法。他本人认为该规定不影响这一问题的解决。同样地，提及主张的国籍的规则(第 2 款(a)项)似乎对在外交保护领域要采取的决定预先定下框框。

46. 关于第 250 至第 256 段论述的失去援引责任的权利，使用“放弃”一词好像并不合适。该词属于国际贸易用语，并且含有有意的行为、弃权之意。另外，它的含义比 1969 年《维也纳公约》中使用的“默示”一词的含义要窄，而他更倾向于使用后者。

47. 至于关于延误问题的第 257 至第 259 段，他同意一种观点，即时间的流逝本身并不会致使赔偿的主张不可受理，并且应有较大的灵活性，这些也为国际法院所承认。第 258 段中提到仍然在国际法院待决的拉格朗案，这一做法欠妥，它使涉及该案的委员会的委员处于尴尬的境地。该段的最后一句话是不准确的：德国不是在违犯行为发生六年半后，而是在更晚的时候才提起诉讼；它是直到 1992 年才得知协商权利受到了侵犯，但是该违犯行为发生于 1982 年。

48. 他完全同意第 46 条之四的评注，但认为(b)项的措辞仍然可以改进。该款应谈及索赔方所采取的行动，而不是提及责任国、有过错方。他更赞同采用 1969 年《维也纳公约》第四十五条表述同样思想的方式，即，该国“行为必须视为已默认条约之效力……”。提及责任国可能或不可能相信什么，会导致证据上的很大困难。

49. 第 267 至第 283 段中对多个责任国的问题的分析和所提议的条款——第 46 条之五，看起来有一些简单，特别是考虑到在多个国家的行动中会涉及国际组织。例如，北约组织本身的责任和成员国所采取的军事一体化和军事行动间的相互关系非常复杂。诚然，国际组织的责任不在草案所涉范围之内，但是对于在一个国际组织的成员国没有依据连带和个别责任行动时所带来的问题仍应有所规定。

50. 第 46 条之六第 2 款(a)项是有价值的。未涉及货币黄金案的人很难理解必要第三方原则的所有优点，因此强调该原则和程序的可受理性有关联是有益的，不能把它当作实质性原则。

51. 第 275 段的第一句中有关国际法渊源的陈述过于绝对，也许应该重新审议。他还想知道是否存在任何有关适用第 276 段(d)项中所引用的不正当的行为不能构成权利这一原则的判例法。

52. 最后，他支持将审议中的条款草案提交起草委员会的意见。

53. 克劳福德先生(特别报告员)说，提到拉格朗案仅仅是因为其中一种意见似乎具有相关性，提到它决不是为了影响该案的结果。对于辛马先生提到的有关拉格朗案的事实方面的错误，将对他的报告加以更正。

54. 罗森斯托克先生说，他认为辛马先生对于拉格朗案的评论的基本要旨是希望在讨论正在审理中的案例时应谨慎行事。尊重这一要求是非常正确的。

55. 杜加尔德先生说，他同意不得公开讨论未决审判的规则是重要的，但是如果严格适用这一规则，则肯定会压制辩论。许多案例，特别是提交国际法院审理的那些案例，会延续很多年，洛克比案就是一例。当然，谨慎是应该的，但是也应该有一定灵活性。

56. 卡巴齐先生赞扬了这些评论。不得公开讨论未决审判的规则很重要，但一些案例是分阶段解决的，所以应该可以提及那些已经解决的问题，即使该案本身仍然待决。

57. 托姆卡先生说，不应阻碍委员会讨论已经作出的判决或命令。在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，法院已经作出判决，但形式上该案仍然列在等待着执行协议的总清单上。关于洛克比案现已有了临时措施和法院命令。这些材料应该是有用的，但是委员会委员还应站在其中某一方的一边，并且不应就目前或未来的程序阐述观点。

58. 罗森斯托克先生说，没有人建议适用一条硬性的规则。相反，倒是有人主张谨慎、小心和灵活地对待可能产生的问题。

59. 哈夫纳先生说，报告的第三章涉及了许多国家责任领域的新专题。他赞同该文件的总体结构和理念，但仍应该提到几个小问题。

60. 他同意辛马先生关于第 238 段的评论，因为他不认为在所有情况下主张都需要以书面形式作出。第 242 段把主张权国籍规则描述为援引责任的“一般”条件，但是“一般”是否可以理解为允许例外？该主题属于外交保护专题，并且已经在该专题下提出了不依赖该条规则的一条草案条款。

61. 用第 258 段中提到的拉格朗案来表明援引责任

权利的丧失是否恰当，对此他表示怀疑。该段的最后一句是“德国在最后一刻才提起诉讼”，这给人一种错误的印象。诉讼是在“最后一刻”采取的，不是在权利丧失前，而是在予以执行前。因此，这一词语提到权利的丧失，不是因为时限届满而是因为不可能避免执行。

62. 第 272 段中提到的《外空物体所造成损害之国际责任公约》可以作为一个实际的例子，但它是一个独特的例子，之后还没有任何同样的情况，并且在他看来，它不会也不能作为国际法中任何发展趋势的证明。同样地，对于第 274 段中提到的欧盟和其成员国之间的“各种协定”是否可以作为共同责任的例子，他也有疑问。事实上，它有两部分——共同体部分和国家部分，后者完全属于成员国的权限范围之内。理论上讲，执行的义务在国际组织和其成员国之间先验分配。《联合国海洋法公约》附件四是依据会员国和国际组织间权限的划分。该附件第 6 条第 2 款提到的连带和个别责任是一种例外的情况，他认为它是被设想为在没有说明权限时的某种制裁形式。因此，这种责任只适用于双重例外的情况中，几乎不可能具有普遍意义。

63. 令人费解的是，关于第 46 条之三第 1 款(a)项，为什么受害国应说明责任国应作出何种行为。难道说明甲国违反了某一特定条款还不够？目前的案文给人的印象是，受害国可以决定如何行事，但情况并非如此。如果受害国所建议的行为不是所违背的规则所要求采取的行为，责任国完全有权反对。提及第 36 条之二似乎是表示，此种偏离所违背的规范的行为是不能允许的；因此没有必要让受害国来界定该行为。也没有必要详述外交保护，因为表述为按照国际法的适用规则，必须用尽当地补救办法，这就足够了。委员会不应涉及外交保护专题下所涵盖的问题而给自己制造困难。因此，第 46 条之三可以相对短一些。

64. 他非常赞同第 46 条之四的实质内容，不过他认为对于(a)项还应在评注中作大量的解释，因为案文中的“无条件”和“明确的”这两个用语都没有予以说明。应改变(b)项的措辞，因为该项的意义是可以合理地认为受害国不再会继续或提出主张。不妨可以讨论一下该规则是否可以有某些例外，例如，异乎寻常的行为。即使 1969 年《维也纳公约》也给第 45 条设置了例外。另外，如果丧失了援引责任的权利，对不

法行为本身以及对停止不法行为并就其作出赔偿的义务会产生什么影响呢？因为没有人能够援引其不法性的后果，不法行为就会变得具有合法性吗？一个后果可能是，作出赔偿的责任仍然有效，因为不法行为不能仅仅因为丧失了援引责任的权利而变得具有合法性。只有在权利的放弃相当于事后同意的情况下，不法行为才可能变为合法。一个相关的法律意见的产生可以改变一个相关的规范，但是它不具有溯及力，因此行为本身仍然具有不法性。如果责任国再次实施该行为并且相关的规范没有改变的话，受害国可以再次认为自己受到损害并援引责任，尽管它之前已经丧失了这一权利。这一点可能会引起误解。

65. 他基本上赞同第 46 条之五，但是该问题比条款所显示的要复杂的多。事实上，孤立来看这一条甚至可以删去，因为它的结果可以从其它的规定中得出。要举例说明其中涉及的复杂性，可以引用下面这个例子，一些外国人(非欧洲国家国民)的人权遭甲国严重侵犯，而甲国是《欧洲人权公约》的成员国，因而，这些个人有权在该公约体系下以个人控诉的形式援引责任。同时，其他任何缔约国也有权在欧洲人权法庭提出控诉。国籍国有权在委员会现在正在建立的国家责任制度下援引甲国的责任。此外，既然这是对一项普遍义务的严重和大规模的违反，任何其他国家也都有权援引严格意义上的责任。因此，一个并且是同一个不法行为就有四种不同形式的后果。甲国和该个人的国籍国之间的关系以及根据该公约提出的控诉这两个问题将会进一步进行讨论，不过他对简单提及一个特别法规则是否充分表示怀疑。需要把它和非常广义上的异地未决的诉讼案件进行类比。有趣的是，这一规则是在多个责任国部分而不是在多个受害国部分中提及的。

66. 第二个例子是流经多国的河流问题。如果上游沿岸国修建水坝切断了河流，许多下游沿岸国使用该河流的权利因同一个行为而受到损害。如果它们没有就赔偿形式达成一致，例如，一国希望恢复原状，其他国家则希望补偿，就会产生许多问题。不可以同时提供这两种赔偿方式。如果上游沿岸国向第一个下游沿岸国提供了恢复原状的赔偿，其影响会自动延伸下一个下游沿岸国，不管后者是否希望采用这种方式。因此，需要一个规定来处理各种赔偿形式的不相容性。一种选择是，恢复原状为优先选项，除非受害各国另有约定。另一个选择是依靠受害各国间达成的协议，但是在受害各国不能就一

种共同的赔偿形式达成协议时，会引起应该怎么做的问题。这是否等于放弃援引责任的权利，从而使责任国免除责任了呢？这一问题需要加以说明。

67. 他支持第 46 条之六，只要它不给共同责任指定任何特别的种类，但是他同意加亚先生的观点，认为该问题比较复杂，科孚海峡案并不是最恰当的例子。第 2 款(a)项可能会导致反面推论，这当然是大家不希望出现的情况。为什么这一规则仅适用于多个责任国的情况，而不是普遍的适用呢？

68. 总的来说，他认为条款草案应当提交起草委员会。

69. 克劳福德先生(特别报告员)说，他完全同意哈夫纳先生对《外空物体所造成损害之国际责任公约》与欧洲联盟的“各种协议”所作的类比分析。该公约中对共同和连带责任所作的详细的规定是不常见的，他之所以提到该公约并不是因为他认为它反映了一般国际法，而是因为它是这一领域中最详细的规定。推断国际法的一般原则确实是基于类比进行的，但是不能从国家法律体系直接跳到国际法，而不经找出不同法律体系的共同基础这一必要的中间过程，从这一共同基础来推断出某种一般法律原则。至于“各种协议”，《联合国海洋法公约》附件四规定了对一种特别情况的特殊处理，但是，与普遍的假定相反，“各种协议”下的法律立场却各不相同。

下午 1 时散会。

第 2644 次会议

2000 年 7 月 21 日，星期五，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒

克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节, A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会委员继续审议特别报告员的第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)的第二章和第三章。

2. 蒙塔兹先生说，很遗憾他没有更多的时间来仔细地研究第二章和第三章，尽管这些章节第一次涉及到一些非常敏感的问题，而这些问题对委员会将来的工作是至关重要的。他总体评价道，一读通过的条款草案第 19 条中对犯罪行为和不法行为所作的区分，对于许多提议的条款，特别是对于有关丧失援引责任的权利的条款，以及有关多个受害国的第 46 条之五都具有相关性。在这两种情况下，如果涉及到违反一个一般国际法的基本规则，那么，就会引起完全不同的问题。报告的第 233 段确认了这一论点的有效性，在该段中特别报告员说，受害国可能不得单方面免除责任国继续履行义务。问题是该陈述是否暗示，如果一国违反了基本或普遍适用的规则，由此直接受到损害的国家不能单方面决定免除责任国的义务，因为整个国际社会的利益都因此受到了威胁。如果答案是肯定的，那么结论只能是，由于特别报告员不愿考虑关于第 19 条中区分问题的辩论，这就再一次给委员会带来了一个难题。

3. 考虑到第二章和第三章的内容，以及第 237 段中对援引责任应采用的形式的论述，他想知道受害国在向一个国际或地区组织提起了该国与不法行为责任国间的争议后，该受害国是不是不能在这些组

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

织的政治机构的框架下提出其主张。在一些情况下，受害国不打算向这些机构提起主张，因为不管怎样，这些机构都没有审查这一主张的权限。但是，在这些机构内部通过对应对所述的不法行为负责的国家的责任提出异议来表明自己的立场，这可以被看作是某种非正式的援引责任的方法。在 1988 年 7 月 3 日空中事件案中提出了这一问题，而且该案没有请求国际法院做出裁决。另一方面，在石油平台案中，从伊朗伊斯兰共和国在波斯湾的石油平台受到破坏，到伊朗伊斯兰共和国将该事项提交国际法院审理，这一漫长的过程并没有妨碍国际法院宣告其拥有管辖权。该案目前仍有待国际法院作出最后裁决。实际上，在这两个案例中，伊朗伊斯兰共和国援用了它在国际组织的政治机构的框架中所采取的立场。

4. 关于第 241 段，用尽当地救济措施的问题应被看作是与外交保护领域的主张是否可以受理相关的规则，并且在任何情况下，该规则都不适用于对人权的大规模的和系统的侵犯的情况，显然，这也包括那些涉及到对居住在国际不法行为责任国领土上的外国人的权利的侵犯。

5. 克劳福德先生(特别报告员)说，报告的第 233 段实际上提到了强制性规范和其他规范之间的一个细微差别。毫无疑问，在持续违反强制性规范的情况下，如果该规范自身没有规定，受害国不能宣布免除责任国继续履行的义务，这是一个涉及到广泛利益的问题。事实上，该段使人们注意到这一情况下关于恢复原状问题的可能的后果。自承担这一任务以来，他就一直在研究有关第 19 条的问题，试图在其报告的第四章中直接了当地处理它们。

6. 卢卡舒克先生说，对于特别报告员试图研究肆无忌惮和严重违反对整个国际社会的义务的问题的这一做法，他表示赞同，并且希望特别报告员在委员会全体成员的帮助下能够解决这一极其复杂的问题。这一问题一个极其重要的方面涉及到在发生违反对整个国际社会的义务的情况下的对策。报告的第 232 段提出了一个更具体、更实际的问题，其中特别报告员提到了受害国选择各种可能的赔偿形式的权利，但是却没有提到责任国在这方面的权利。在他看来，赔偿形式从来都应该是双方协商解决的问题。

7. 关于对援引责任的正式要求，特别报告员对于国际法院就瑙鲁境内某些磷酸盐地案所作的判决的

总结是要有条件限制的。虽然法院貌似不大重视该案中的形式问题，但是它也明确声明，鉴于澳大利亚和瑙鲁之间关系的特殊性和异常性，采用这一方法有正当的理由。不能因此就从其中推断出一个一般规则，因此，第 46 条之三第 1 款中应该明确规定，受害国应该“正式”告知其主张。在第 238 段中，特别报告员认为，规定采用书面形式发出有关主张的通知应该是合理的，这好像更加印证了这一点。

8. 关于用尽当地补救办法这一问题，第 241 段提到了“外侨最低待遇标准”，特别报告员使用这一措辞并不带有偏见，但是在国际范围内使用它却有不合宜的内涵。这一措辞实际上是大国在要求其他国家对其国民所适用的法律制度应该符合它们自己所确定的标准的情况下使用的一种表述，换句话说，就是适用一种特权制度。这一做法自然引起了激烈的反对。既然委员会在审议外交保护专题时必定会再次碰到这一措辞问题，在所审议的专题的框架下，提及公认的人权就足够了。

9. 他认为不超出诉讼请求原则并没有对处理求偿主张的机构在考虑了案件的所有情况后，作出高于所请求的赔偿的判决的权限造成限制。这种做法当然是一个例外，但是这也并非是不可想象的，例如，在发展中国家作为当事方提起诉讼的情况下。因此，特别报告员建议不用单独的条款来规定这一原则，是正确的做法。

10. 草案第 46 条之五和第 46 条之六是关于涉及多个国家的情况，它们反映出在现代国际关系的框架下采取日益多边的方法的必要性，这些条款当然应该提交起草委员会。在关于这些条款的评论中，第 267 段中提到，一个国家机关的行为并不仅仅因为该行为与一个国际组织的决定一致而失去该性质。因此，如果是安理会作出制裁的决定，而这一决定的实施则需要中止双边协定，有关国家为了执行安理会的决定而拒绝履行其在该条约下的义务，在这种情况下该国是否仍然要承担责任，这一点是有疑问的。

11. 关于数个受害国的情况，他同意第 279 段的陈述，在他看来，该段符合一些法律原则，依据这些法律原则，受到最严重损害的国家有权单方使用它所能采取的一切防御手段作为反措施。因此，在一个特定国家内发生大规模侵犯人权的情况下，其他所有国家当然都会被认为受到了损害，但是其国民

因这些侵权行为而特别受到侵害的国家有权代表其国民行使外交保护权利。

12. 关于第 46 条之四(b)项,“而有关情况使责任国可以合理地认为已不再会提出主张”,这一措辞主观性太强,并且(b)项的第一部分已足以处理所提出的问题。

13. 最后,关于责任概念和不法行为的可对抗性或不可对抗性的概念之间的关系,原则上对抗性和责任之间没有直接的关系。对抗性并非是和一个侵权行为联系在一起。他认为,要解决这一问题需要花费大量的时间和精力,因为这一问题即便是在法律实践中也没有被明确地提出。因此,只能把它放在评注中处理。

14. 总之,他支持所提议的条款草案并且赞同将它们提交起草委员会。

15. 布朗利先生说,第三章中提到的问题已得到了实质性的处理,所剩下的难题最好留给起草委员会来解决,这些条款草案应尽快提交起草委员会。因此,他将仅就几个技术性问题作出评论。

16. 关于特别报告员在第 238 段中提到的问题,即一国对另一国提出责任主张,必须满足一些关于发出通知的起码要求,使责任国知道指控和可以做出回应,他个人认为在该段段尾所提供的答案过于狭隘。另外,该段的脚注中所作的与有关保留问题的 1969 年《维也纳公约》第二十三条的类比并不特别让人信服。特别报告员并没有引用任何判例或权威著作来支持他的这一解决方法。在实践中国家通信是否一般采用书面形式是不确定的。此外,既然没有解释“书面”一词的定义,那么它是否是指普通照会,对两个外交官之间会谈的非正式的但却是同时和可靠的记录,亦或是事后的报告?例如,在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中,正如特别报告员在评注中所指出的,该案提出了弃权 and 延误的问题,国际法院采取了一种比较灵活的一般方法,因为它接受了瑙鲁总统的宣誓书,声称他曾多次向澳大利亚当局提出了有关这些主张的问题。虽然他本人不愿意提供一种解决方法,但是起草委员会可能会重新审查特别报告员的建议,因为特别报告员的建议看起来并未反映现行做法或国际法院采纳的标准。

17. 对报告的第 257 至第 259 段中提出的延误问题

的处理可以在评注中加以完善,虽然在条款草案中这一问题也没有得到彻底的解决。虽然这种延误不是不可受理的理由,但是所有教科书都倾向于疏于解释,并普遍给人以这样的印象,似乎存在一个消灭时效原则,而且评注中也错误地反映了同样的观点,这就带来了难题。诚然,作为比较法的一个一般原则,行为的消灭时效这个一般概念确实存在,但是,分析这一概念时可以把它分解为两个要素:一是从当事方的行为中所暗示出的放弃,二是因为一主张的性质过于久远,使涉嫌的责任国在证据和程序公平方面非常不利。评注中注意到了这些问题,但是条款草案中并没有反映出这种区分。

18. 在极少数案件中,例如,一个特定协议中规定了一段特定的年限,在这段时间过去后任何主张都将会自动失效,这时就产生了消灭时效问题,但是消灭时效不应当被视为是一般国际法的组成部分而且评注中也没有这样的主张。

19. 克劳福德先生(特别报告员)说,他担心委员会的委员也许会对提议的第 46 条之三和其所对应的评注之间的差异感到有些困惑,第 46 条之三中讲到责任国必须收到受害国的通知,但是评注中说明通知必须采用书面形式。在查阅原始资料后,他得出的结论是,要求通知采用书面形式过于绝对。因此他接受批评,但是他也注意到一场辩论已经开始,一些委员,如卢卡舒克先生,都赞成通知采用书面形式。他个人认为,“要求通知”这一提法较为灵活,同时这也是一种正确的解决办法,因为,如果要提出一个主张,某些事情不能指望涉嫌的责任国知情,而且也没有必要告知它。但是在其他情况下,主张明显地存在,要求某人必须提出并陈述该主张的想法似乎并不吸引人。评注和条款草案之间存在着差异,这是因为他改变了后者的案文却没有修改评注,对此他表示歉意。然而,正是因为该评注这一问题才提起到委员会,并且其他委员有可能对此持不同意见。他个人赞同这一较灵活的提法,即主张须要通知,但并不要求该通知须要以书面形式提出。

20. 卢卡舒克先生说,他理解特别报告员的疑虑和他所采取的立场。因此,作为一个可以令他满意的折中方法,他建议应使用“应正式通知”一语,而不是“必须以书面形式通知”。

21. 杜加尔德先生就他作为外交保护专题特别报告员认为具有特别意义的一些问题及相关的第 46 条之

三第 2 款发表评论。他说,他对这一规定基本上感到满意。一读通过的条款草案不包含任何主张的国籍的规定,而这是非常正常的,因为大家已经决定放弃这一主题以及国家责任专题的第一任特别报告员弗朗西斯科·加西亚·阿马多先生的方法。读了报告的第四和第五章之后,他很高兴地注意到,在第 428 段中,特别报告员讨论了关于外交保护主题和主张国籍的保留条款问题,并且特别报告员认为除了第 46 条之三第 2 款(a)项所包含的内容,没有必要设置任何保留条款。很显然,主张国籍的整个问题将会在有关外交保护的报告中予以处理,而本期会议已在这一主题上花了大量时间。尽管如此,对于草案规定的措辞,他还有一些保留;引言款和(a)项中使用的双重否定(“如果主张未依照……提出,不能……援引国家责任”)是不恰当的,但是这一问题应由起草委员会处理。

22. 用尽当地救济措施原则是一个更大的难题。一读通过的第 22 条包含了一条关于这一主题的规定,这个问题在前几次会议上也讨论过。该条规定基本上是源于特别报告员阿戈先生的想法,反映了他在摩洛哥磷酸盐案中未能成功说服他人的观点。另外,该问题在委员会中进行辩论时,阿戈先生是否透露了他在该案中的个人利益呢,弄明白这一点是有趣的。他个人认为,委员会委员明确指出他们曾在其中担任法律顾问的具体案例,这是一个有益的迹象,这样所有人就都能知道他们的职业利益是什么。无论如何,如果要列入一个第 22 条这类的条款,外交保护问题特别报告员就会束手束脚。坦白的说,他对这一主题持开放的观点,既不坚决支持实质性观点,也不坚决支持程序性观点。和前任特别报告员弗朗西斯科·加西亚·阿马多先生一样,他认为这两种办法各有所长。援引用尽当地补救办法的规则的背景情况非常重要。他希望能更充分地审议这一问题。如果关于外交保护的报告中会处理该主题,那么就不应在正审议中的条款草案中再加以详细的讨论。

23. 出于这一原因,他赞同第 46 条之三中对这一规则的处理方式:仅作提及,但不就采取何种办法进行表态,也不试图详细处理该问题。既然委员会曾决定应该在研究外交保护时提及这一问题,那么就不宜再进一步处理该问题。哈夫纳先生建议第 46 条之三第 2 款完全可以略去。他提出这一建议也许是因为他预计在稍晚的阶段会加入一个保留条款。他个

人的观点是,按照现在的情况,第 2 款比一个保留条款更为可取,并且他个人非常满意该条规定。

24. 哈夫纳先生解释说,他并没有提议删除整个第 2 款,只是提议应把它缩短。

25. 加亚先生说,他同意哈夫纳先生的观点,认为该规定的措辞可以简短一点。目前的案文无疑是倾向于程序性理论,因为它假定已经产生了责任。也许能找到一种较为含糊的表述。杜加尔德先生的评论让他很为难,因为他想知道是否必须要披露他在西西里电子公司案中作辩护时所采取的程序性做法,之前他写了一本书,在该书中他是赞同采取实质性观点的。至于杜加尔德先生对阿戈先生有利益问题的暗示,阿戈先生从未隐瞒他曾涉及摩洛哥磷酸盐案,该案至少可以追溯到国际联盟时代。

26. 克劳福德先生(特别报告员)提请大家注意,他在关于国家责任的第二次报告中详细论述了第 22 条。³关于该主题的辩论反映委员会希望对这两种可能性都不要下定论。在有的情况下,显然发生了违犯事项,而用尽当地救济措施是一个可以放弃的程序性先决条件。在其他情况下,执法不公构成主张的实质,但是也可能存在介于二者之间的情况,难以将它们分类。

27. 第 46 条的表述并不打算对这一问题造成损害,但是很清楚在那种情况下,这并不是司法可受理性问题而是国家间层面上的主张的可受理性问题,因此这也应归入条款草案。但是,应以这样一种方式陈述,即实质问题可以放在外交保护专题框架下予以审查。同样,对于与对大规模侵犯人权的主张不同的、依据一般国际法的个人人权主张可否适用用尽当地补救办法的规则的问题,也不应下定论。重要的是各项人权条约中适用用尽当地补救办法的规则条款都提到一般国际法,而不仅仅适用从其他情境中抽取的一个规则。这暗示了该规则是可以普遍适用的。虽然他本人在第二次报告中采取倾向于程序性的观点,但是他认为委员会在这一点上可以暂不下定论。

28. 杜加尔德先生说,加亚先生说第 46 条之三第 2 款(b)项倾向于程序性立场,这也许是因为它所属的

³ 见第 2614 次会议,脚注 5。

那一章主要是涉及程序性问题。他同意加亚先生和特别报告员的观点,认为在目前阶段委员会不应决定这问题是实质性的还是程序性的,亦或介于二者之间。当这一问题提交到起草委员会时,起草委员会应特别注意兼顾到各种可能性。

29. 佩莱先生说,他承认特别报告员在其第三次报告的第 284 段中所提交的草案条款是非常及时的。

30. 不妨考虑一下这些建议是基于什么宗旨提出的。撇开之前由弗朗西斯科·加西亚·阿马多先生负责的那段“史前”时间不谈,后来的四位特别报告员也接受委托来处理这一重要的专题。首先是阿戈,他的综合和推理才能、或许还有他的复仇精神深刻地改变了国家责任专题的传统概念。其后是里普哈根,他负责的期间由于过于抽象、刻板并没有产生多少实质性的影响,在他之后是阿兰焦—鲁伊斯先生,他采取了一种重于说教而技术性不够的方法。现在是克劳福德先生,虽然除了犯罪问题之外,他没有脱离以前那些非常严格的学说,但是就所普遍使用的最佳意义而言,可以说是实用性。他得到的印象是特别报告员主要关注的是完成条款草案并使它们充分起到作用,为此他补充了第二部分,特别是在前一草案中的该部分的许多缺漏之处,这些缺漏已经成了该部分的特征。第二部分之二的第一章是对于这一出色的方案的恰当的说明,但是他不明白特别报告员为何在解释他的意图时使用了古怪的术语,特别是在报告的第 227 段中,他使用并且是滥用了“次级”一词来描述国际不法行为的后果(即,仅就责任而言,国际不法行为的后果)、责任的后果(也许可以称之为不法行为的“三级”后果)甚至可以是不法行为的“四级”程序性后果。

31. 有人说尽管用词不当,但是整体方案还是清楚的:正如第一章的标题所表明的,任务是确定在何种情况下一国可以援引实施了国际不法行为的另一国家的责任。更明确地说,问题是受害国能从关于该主张的责任中得出什么结果。他认为,这些条件中第一条应该是国家受到了损害,但这是第 40 条之二所讨论的问题,至少是在广义上讨论的问题,而在起草委员会审议该案文的时候,必定还有机会再次提到这一问题。

32. 关于特别报告员所提议的条款,他注意到第 46 条之三引起了最多有关原则的问题,这并不是由于

它所规定的内容,而是由于它所省略的内容。正如报告第 232 段中所指出的,特别报告员建议在第二部分条款的提法上做一些改动,把重点从强调受害国的权利转移到强调责任国的义务。和委员会的大部分成员一样,他也支持这一改动,但是,他所同意的条件必须是在第二部分之二中清楚地表述受害国或受害各国的相应的权利,因为这好像是特别报告员所建议的新的结构基本思想:第二部分是关于责任国的义务,而第二部分之二则强调受害国的权利(或义务)。

33. 这一点上的一个主要问题是受害国能否从各种不同的赔偿方式中加以选择,如果可以,选择的范围又有多大。报告的第 227、第 231 段(a)项、第 232 和第 233 段中涉及到这一重要问题(已在第 25 和第 26 段中讨论过)。特别报告员对这一问题清楚而明确的答复是,受害国有选择赔偿形式的权利。这种观点的优点是其确定性,或许有点过于绝对,但是它也有一个主要的缺点:虽然第 233 段中提到选择必须是“有效”的,但是第 46 条之三并没有使用这一词语。第 46 条之三只涉及形式和程序(广义上的),而没有涉及主张可能的主题的实际内容。

34. 因此,在第 46 条之三之前似乎应该设有另一个条款,清楚地阐明有关属于受害国的选择权的原则,而根据关于第 43 和第 44 条的辩论来判断,关于这一点委员会委员间好像已经达成普遍的一致意见。在他看来,这个一致意见仅仅涉及受害国在恢复原状和补偿间进行选择的自由权原则。委员会好像同意受害国可以依照第 43 条的规定要求恢复原状,换句话说,即只要物质上可能并且不会给责任国带来不相称的负担。而根本的原因是,不能使从事不法行为的国家有“疏通”其违反国际法的行为的可能性,这在任何情况下都是违反国家间平等原则的,因为一些国家有财力来疏通其不法行为,而其他一些国家没有此种财力。在评注中也应包含这一解释,因为这是对于受害国有权要求恢复原状而非补偿的唯一真正有说服力的解释。但是,他也认为,至于在犯罪的情况下,或更广泛的,在违背一般国际法的强制性规范的情况下,受害国不能放弃恢复原状(当然至少是在有可能时)的问题,委员会委员在审议时已经达成一致意见,因为在这种情况下,履行该义务不仅关系到受害国,还关系到整个国际社会。

35. 所提出的问题还有抵偿。他认为,一国绝不会放弃恢复原状或补偿而选择抵偿。他还认为特别报

告员在其对放弃赔偿问题的评论中承认，至少是默认了这一点。但是，条款草案本身却没有就这一问题作任何规定。这就又带来另一个问题：受害国有权要求抵偿，如果这是对该损害充分赔偿的一个必要的组成部分，这一点好像已被人们所接受。但是，受害国能否要求一种特定的抵偿形式呢？第 46 条之三第 1 款(b)项似乎规定了这一点，但是，第 45 条在这一点上却又非常含糊。如果对于这一问题没有明确的答案，那么也许可以在条款草案中避免提到这一难题，仅仅是在评注中涉及这一问题。但是，无论如何都不应像现在这样对这一问题只字不提，报告也没有以这种形式处理该问题。

36. 另一方面，他认为在条款草案中某处或许是在第 40 条之二和第 46 条之三之间，明确规定“在第 43 条中规定的情况下，受害国有权要求恢复原状而不是要求补偿”，这是绝对必要的，因此他希望就此提出正式的提议。

37. 一旦确定了之前所说的受害国决定应采取的赔偿形式的情形，以及关于这一情形的一些限制，则第 46 条之三就不会引起任何非常严重的问题，即使很可能条文会大大地加以简化。第 1 款可以简化为现有的起首条款，因为它的(a)项和(b)项所提出的问题已引起委员会其他委员的关注，而无论如何，这些问题可能并不是所有的问题。要补充这些问题就需要进行详尽的论述，而这最好留待外交实践去解决。关于起首条款，他提议两点改动意见：第一，可以简单的用“援引”，而不用“打算援引”。关于这一点存在着分歧；“打算”词义模糊，而且没有增加任何实际意义。第二，在法文文本中，可以直接采用“notifie”来代替“doit notifier”，案文可以写为：“受害国援引另一国的责任时，应将其主张通知该国。”其中“根据本条款”也可以略去。另外，和布朗利先生和辛马先生一样，并且出于他们已经给出的原因，他认为不需要规定主张应该采取“书面形式”，尽管报告的第 238 段中给出了理由，但无论如何条款草案的案文中都不应作这样的规定。不管怎样，形式并不重要：重要的是被援引责任的国家应该知道有问题存在。

38. 至于第 2 款，应该承认它超越了外交保护问题特别报告员的专门工作领域，因为它一方面涉及受到最初损害的个人的国籍，另一方面又涉及用尽当地补救办法；换句话说，传统上，外交保护从属于

这两种条件。因此，他想知道，这么具体的规定是否正确，仅仅提到外交保护是不是会更好。做到这一点可能非常容易，但也许不是在第 46 条之三中，也许是在第 40 条之二的起首条款中，该条款可以这样起草：“依据适用于外交保护的规则，一国有权援引另一国的责任……”。另一个可能性是在未来的第四部分中加入一个条款，规定：“本条款草案不损害适用于外交保护的规则”。第三个可能性是起草一个新的第 46 条之三(之二)专门规定这一问题，该条可表达为：“只要满足适用外交保护规则所必要的条件，即可援引通过一个国际不法行为损害个人的国家的责任。”无论如何，目前的第 46 条之三的第 2 款中有两个问题使他感到困扰：第一，该款和第 1 款出现在同一个条款中有一些不协调，因为第 1 款涉及的是援引责任的正式条件，这是一个完全不同的问题；第二，该条款过于具体，但是同时可能又不完整，因为委员会已经决定把外交保护和责任这两个问题分开处理。

39. 关于第 46 条之四，他注意到辛马先生批评英文文本中使用的“放弃”一词，对此他说，他不能明确建议一个更合适的词，但是他非常怀疑使用“默许”一词是否合适，使用这一词语有可能只提及责任的本身而非责任的后果，而特别报告员在其报告的第 254 段中警告了这一危险。同意不法性和放弃赔偿是不同的。无论如何，法文文本中使用的“renunciation”一词是非常正确的。另外，注意到哈夫纳先生批评第 46 条之四的(a)项的末尾中“或以其他明确的形式”这一表达，他说他认为这一表达非常合适，在报告的第 256 段中该表达被证明是十分正确的。

40. (b)项还表明了几乎所有的优点，对此他也不能赞同卢卡舒克先生和辛马先生对这一灵活并恰当的表达提出的批评，他们认为该表达好像分立地暗示了以行为禁止反言，对此，国际法中的相关条件比普通法中的条件要灵活，并且它并不专指倡导者之一的行为，而是指当事方之间在对另一方的行为做出反应时的相互作用。在法文文本中的同一项中，应用“préjudice”代替“lésion”。

41. 虽然他赞同第 46 条之四的规定，但是他认为该条款缺少某些因素，而应有第二个段落或一个独立的条款对其进行专门规定，并且他实际上已经提到了这些因素，即，部分放弃的情形，不是放弃援

引责任的权利而是放弃最常出现的赔偿形式——恢复原状和(或)补偿,从而选择抵偿。或许这样规定即可:“受害国可以部分放弃应得的充分赔偿”,但应有一个附带条款,规定在违反强制法规定时不能放弃恢复原状主张。

42. 关于第 46 条之五和之六,他同意哈夫纳先生和辛马先生的观点,他们都仔细研究了一个事实,即多个受害国和多个责任国所引起的问题比那两个可能使人们相信的条款更加复杂,但是他不大赞同辛马先生或卢卡舒克先生的观点,他们俩人似乎都主张委员会应该在讨论国际组织的问题时处理多个国家的情形,不论是关于积极的还是关于消极的责任。无论如何,不管对错与否,委员会已经决定将所有与国际组织紧密或疏远相关的问题排除在外,并且他认为在目前阶段,正如特别报告员在其报告的第 276 段(a)项和第 282 段中所坚决主张的那样,最好维持这一决定。对此他完全同意特别报告员在第 283 段中所述的观点,即关于多个受害国和责任国的问题必须尽可能地在条款草案的正文中予以阐明。

43. 在谈到第 46 条之六时,他说,关于实质内容,虽然他曾在国际法院中就几起提出这一问题的案例进行答辩,但是在这一问题上他并没有明确阐述过任何观点,只是认为在这一领域内和国内法进行类比是非常危险的。但是,正如特别报告员在其报告的第 275 段中再明确不过地阐述的那样,“《国际法院规约》第三十八条第一项反映的国际法渊源不包括根据国内法律制度的类推……”,这一说法是不准确的。他认为这正是该规定的(c)项中所引用的“一般法律原则”的目标和目的,该规定适用于各国国内法院所共同接受的原则。不过,在目前的情况下,涉及连带和个别责任时,各国的制度大不相同,这又与人们可能从报告的第 272 段得出的印象不同。因此,虽然出于和特别报告员所举出的原因完全不同的原因,他还是赞同特别报告员的观点,认为与国内法律制度的类比不会产生什么结果。因此,在这一点上别无他择,只能通过国际法来处理问题,而特别报告员最后也说明这一领域的实践很少,并且不具有绝对的决定性意义。但是,他认为,特别报告员找到的为数不多几个例子是相当有说服力的,但《外空物体所造成损害之国际责任公约》除外,该公约确立了关于客观责任的一个条约制度,因此涵盖了不属国际不法行为的活动,而事实已证明,该条约对于委员会并无任何助

益。但是,特别报告员所给的其他的例子,包括一些委员质疑其相关性的科孚海峡案,似乎都表明国际法倾向于连带和个别责任而非连带责任的观点。这意味着如果多个国家的国际不法行为造成了同一种损害,每个国家都有义务对整个损害进行赔偿,虽然该国也可以求助于其他责任国。这似乎是特别报告员在其报告的第 277 段所引用的沙哈布丁法官在其对瑙鲁境内某些磷酸盐地案的个别意见中所得出的结论,他对这一结论表示赞同,虽然该段末尾的含义非常模糊。另外,这还是该案中诉讼国实际上所坚持的“情形”。考虑到这一领域内中的实践不多,他也承认没有一个绝对明确的结论,但是对于受害者来说这似乎是最合理的也是最方便的。因此,在没有明确的习惯法可供编纂法典的情况下,委员会可能会从国际法的逐渐发展的角度采纳这一原则,这实际上只不过是对于可以从对实践的公正的分析中辨别出的趋势加以巩固。但是,第 46 条之六的起草有些让人吃惊:虽然特别报告员进行了客观分析并且似乎也得出了同他一样的结论,但是第 46 条之六的案文却好像是朝着完全相反的方向拟出。

“应依照目前的条款草案决定各国[为一个并且同一个不法行为负责]的责任”,这一点是无可置疑的,但是这并不是所争论的问题:决定责任是草案第一部分的主体,而目前的情况下重要的是责任的后果。但是第 1 款没有提到,然而第 2 款添加或减去了第 1 款中没有列出的一项原则。他认为第 1 款应以一种完全不同的方式起草,例如,可规定如下:

“当两个或两个以上的国家对一个并且是同一个国际不法行为负责时,每个国家都有义务”——或谨慎一点,起草为“可能有义务”——“对该行为所造成的所有损害进行赔偿”。

44. 一旦规定了这一原则,第 2 款也就易于理解了。该原则并不允许一国获得多于其所受损失的补偿(第 2 款(a)项)并且不妨碍被要求全部赔偿的国家要求其他责任国分担(第 2 款(b)项(ii)目)。同时,第 2 款(b)项(i)目不属于该草案条款,应该有一个更概括的规定来说明草案的整个第二部分都无损于目前的程序规则以及国际法院和法庭的管辖权。

45. 对第 46 条之六的措辞也要作一些评论。在第 2 款(a)项中,只提到个人或实体而不提国家,这一做法似乎不妥,因为这些是和外交保护法或者实际上是和国内立法相关的问题。他还想知道第 2 款(a)项是否应限于补偿;对此他首先想到的是归还一笔钱。

“赔偿”也许要比“补偿”更全面一些，并且一定会更准确。最后，在第 2 款(b)项(ii)目中对于“分担的要求”一语的法文译文，“*exigence de contribution*”是普通法上的用语。采用一个较为中性的表述会更为可取，即仅仅说明第 1 款不损害此种可能性，即任何可能被要求提供充分赔偿的国家都有可能对其他责任国采取行动。或许不妨加入“考虑到收回与每个国家所进行的不法行为”或“所造成的损害成比例的一笔金额”等措辞。

46. 对于第 46 条之五，他没有什么评论，倒不是因为该条没有问题，而是因为没有解决问题的方法。考虑到所有情况并且没有关于相关实践的充分的知识(也许除了罗多彼中部森林案以外根本就没有此类实践)，这似乎说明了一条合理的规则，尽管这一规则的合理性如此明显以致要问是否还有必要加入这一规则。他认为，如果只是为了与非常重要的第 46 条之六保持平衡，答案应该就是肯定的。他只是想知道委员会是不是不应在特别报告员在其报告的第 281 段中所采取的立场和仲裁员厄斯腾·温登先生在罗多彼中部森林案中采取的立场之间做出选择，而他倾向于赞同前者的立场。特别报告员没有提出任何明确的建议。起草委员会不妨可以审议这一问题。

47. 最后，他重申他的观点，即尽管他作出批评性的评论，特别是对于一些迟迟未予解决的问题的批评，特别报告员所提议的条款，至少在目的上，是非常有用的并且无疑会增加整个条款草案的价值。因此，起草委员会应当对这些条款草案进行审查并最后审定。

48. 罗森斯托克先生说，如果没有记错的话，佩莱先生曾经也认为对于受害国应该能够选择赔偿形式的观点重视不够。在这种情况下，他想知道为什么佩莱先生会赞成删除第 46 条之三第 1 款(b)项。

49. 加利茨基先生认为，和佩莱先生所说的相反，特别报告员在报告的第 272 段中引用《外空物体所造成损害之国际责任公约》的例子是完全合理的。实际上，他认为集合了赔偿责任和责任因素的公约的第六条也应该被引用。

50. 克劳福德先生(特别报告员)提到罗森斯托克先生的评论时说，在第 46 条之三第 1 款(b)项中，他的意图是要强调受害国有权选择所应采取的赔偿形式。作为对佩莱先生评论的答复，他说，第 46 条之

六第 1 款中使用的“责任”一词，从整体上涉及草案的第一和第二部分。在他看来，除了措辞之外，佩莱先生在原则上是和他持一致意见的。

51. 佩莱先生回应特别报告员时说，在他看来，有问题的词是“决定”，因为它提及了责任的起源。

52. 此外，他完全不同意加利茨基先生的观点。援引确立有关责任的特别制度的公约是危险的，因为这会消除赔偿责任和责任之间的区别。

53. 至于罗森斯托克先生的评论，按现在的情况，第 46 条之三第 1 款(b)项仅仅是一个程序性的规定，它说明一国应该具体说明应该采取的赔偿形式。这与受害国选择赔偿形式的权利无关。

54. 伊科诺米季斯先生说，很遗憾，由于案文的法文文本分发过迟，他没有足够的时间去研究。因此，他对委员会所审议的条款草案的评论只是初步的意见。

55. 第 46 条之三似乎不涵盖一国没有受到损害但却仍有权援引另一国责任的情况。既然出现了这种情况，特别是当整个国际社会的基本利益受到严重影响时，正如加亚先生所说的，就应该考虑这一因素。关于第 1 款(b)项，他更加明确地指出，受害国并没有选择赔偿形式的绝对的权利，特别是在恢复实物原状有可能的情况下。否则，除了当事方之间另有约定外，恢复原状优先于赔偿的原则便毫无意义了。另外，对于应采取的赔偿形式的选择取决于已经采纳的关于恢复原状、补偿和抵偿的基本规定。在第 46 条之三中处理这一问题无疑是不适当的。

56. 另外，该条款不够完整。受害国可以主张的远不只是仅仅要求停止侵害，但是提议的案文却没有如此规定。如果要保留这一规定，它就应该规定主张所包含的一系列因素仅仅是指示性的，而不是限制性的。此外，决定应采取的赔偿形式常常需要一个长期的过程，而不能立即或单方作出明确的规定。实际上，第 46 条之三唯一有用的一点是要求受害国以书面形式通知其主张。因此，在根据佩莱先生的提议而设的一条专门规定中，这一点应予以保留，或者应该在评注中提到通知主张的问题。

57. 第 46 条之三第 2 款应该包含一个完全独立的规定，题目可以是“行使外交保护的条件”。还

有，提到“依据第 1 款援引的”责任太过于天真，因为一个国家的责任并不是根据第 1 款而产生的，而是根据整个条款草案所确立的制度而产生的。因此，第 2 款没有涉及国家间的直接责任，它处理的是国家代表其国民行动的情况，不论该国民是自然人还是法人。这种情况应该以某种方式予以涵盖，为此他建议采用下列案文：

“只有在下列情况下国家才能依据外交保护援引另一国的责任：

“(a) 其要求符合关于主张的国籍的规则；

“(b) 以其名义而行使外交保护的个人或实体用尽了可以使用的所有有效的当地救济措施。”

如果认为不宜详细论述，那么以下的措辞可以使案文更加简洁：“如果行使外交保护的条件未予以满足，国家能依据外交保护援引另一国的责任。”

58. 关于第 46 条之四(a)项，他同意辛马先生的观点，认为“放弃”一词没有按其技术上的意义来使用。“无条件接受给予的赔偿”一语仅仅是指争端的解决，不是通过放弃而是因为受害国已经获得抵偿。另外，“或以其他明确的方式”一语可以包含放弃和其他丧失援引责任权利的形式。因此，这需要起草委员会加以审查。

59. 第 46 条之四(b)项的问题较多，因为它涉及时效问题。如果要规定时效，应把它归入初级规则。他认为把时效问题通过次要规则引入条款草案会产生扭曲作用。首先，关于“合理的时间”的规则不适用于所有的犯法行为：正如第 19 条中所规定的，它适用于违法行为，但不适用于犯罪。在当今世界，人们认为影响整个国际社会的最为严重的违犯事项是不受时效限制的。第二，该规定不够完整。其中没有明确规定对国家的期望，并且语义过于含糊。该规定应全部删除。

60. 相反，第 46 条之五似乎非常有用。但他遗憾的是，该规定没有提出所有的变化形式：它规定了一个或多个受害国的情况，却没有规定影响整个国际社会的利益的一个非常严重的违犯事项使所有国家都受到损害的情况。这是一个缺点，但是他承认他也不知道该如何加以修改。

61. 关于第 46 条之六，正如佩莱先生所建议的，最好是把该条限于援引每个国家的责任，而不要像目前第 1 款中的措辞一样，提到“决定”这种责任。责任的确定问题属于条款草案的另一个部分。另外，和第 2 款(b)项(ii)目不同，第 2 款(b)项(i)目所处位置不妥。然而，前者的措辞应该加以改进，特别是法文文本中的措辞。第 2 款(a)项是一条有用的规定，但是最好删除提到的“个人或实体”一语。只需要在评注中说明，该规定在个别情况下不适用于国家而适用于机构或个人。

62. 阿多先生说，草案第 46 条之三规定了一个明显的情况：援引国家责任的唯一方法就是将主张通知该国，并具体说明要求该国为确保停止实施不法行为所需采取的行为以及所应采取的赔偿形式。在这一点上，像前面的发言人所说的那样，第 1 款中的“当明确”应改为“应明确”，因为后者更有分量。第 2 款(a)项规定主张国籍的规则，该规则限制了依据国际法给予国家的行使外交保护的权力。该权利还受到第 2 款(b)项中包含的用尽当地补救办法的规则的限制。从该项中可以明显看出，如果可使用的当地补救办法不是有效的，那么诉诸当地补救办法就毫无意义。同样，如果存在补救办法，但是来源国当局却阻止其使用，那么就可以视为已经符合用尽当地补救办法的规则。举例来说，国际法院在巴塞罗那电车公司案中确认了这一点(初步反对意见)。因此特别报告员为条款草案提议的措辞是适当的。

63. 如果把(b)项中提到的“合理的时间”理解为是基于个案进行评估的并且考虑到特殊情形，他也赞同所提议的第 46 条之四。第 46 条之五和之六也是可以接受的。因此他认为特别报告员提议的第二部分之二的第一章应该提交起草委员会。

64. 卢卡舒克先生提到第 46 条之三第 1 款时说，应该保留“当”一词，而不应像一些委员所建议的那样改为含有义务之意的“应”。如果受害国必须在其主张中具体说明应采取的赔偿形式，那么这就可以解释为，譬如说，受害国如果没有要求补偿，它也就无权提出这种主张。

下午 12 时 40 分散会。

第 2645 次会议

2000 年 7 月 25 日，星期二，上午 10 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节,
A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 贺先生说，特别报告员在新的第二部分之二论述了国家责任的履行，其内容全面，论断充分且平衡，这是十分值得赞赏的。该部分无疑将成为条款草案中不可或缺的部分。

2. 第 46 条之三第 1 款，包含了援引责任的一个重要因素：受害国需要将其主张通知责任国。第三次报告的第 234 和第 236 段(A/CN.4/507 和 Add.1-4)强调了受害国或利益相关国应对违犯事项作出反应，第一步即是提请责任国注意违犯情势，以使其停止违犯事项并提供补救。第 236 和第 237 段指出，应当注意不要过分强调通知程序的形式，因为国际法院并未过于看重形式问题。根据当时情况的要求，各种形式的通知，不管是非官方的或私密的提醒抑

或公开声明或正式抗议，均可被认为是适当的通知方式，但是未能向责任国发送上述通知可导致严重的法律后果，包括丧失援引责任的权利。

3. 在所述的有关主张责任的通知的所有要求中，有一项似乎遗漏了：时间要素。对通知是否有时限方面的要求？答案在第 46 条之四(b)项中可以找到，该项表明必须是在受害国注意到损害后的“合理时间内”让责任国知道主张的存在。相应地，评注中也应提及时间要素。

4. 他同意特别报告员的观点，认为第 46 条之三的第 2 款(a)和(b)项有关主张的国籍以及用尽当地补救办法的内容，阐述了一般法律原则，其适用范围不仅局限于外交保护的情形，也就是有关外国国民的个人和外国公司的待遇的情形，而且上述原则应当视为援引国家责任的一般条件。然而，与其他委员一样，他也认为第 2 款应当写入另一单独的条款，因为它阐述的是不得援引国家责任的情形，而第 1 款则是关于给予通知的需要。

5. 他对于第 46 条之四采用传统方式区分弃权 and 迟延表示欢迎，并特别对(b)项的措辞表示赞赏，因为采用此种措辞可在受害国与责任国的利益之间达成较为公正的平衡。然而在解决方面出现了一些困难。诚然，按照(a)项的规定，受害国不加限定地接受责任国提出的赔偿，可视为一种弃权。尽管如此，在大多数情况下，一国作出单方面行动是不够的：须通过两个国家为寻求对双方都有益的解决办法而采取行动才能达致解决。总之，不能因此将解决视为一种弃权，必须单独予以处理。

6. 在对于同一国际不法行为有多个受害国(第 46 条之五)和有多个责任国(第 46 条之六)情况无具体解决办法的时候，最好遵从提议的下述一般原则，即每一国就其自己的国际义务而言只对自己的行为负责，每个受害国有权向任何责任国就其行为造成或可归因于其行为的损失索赔，但须遵守第 46 条之六第 2 款的限制。正如报告所指出的，对同一不法行为存在着几个受害国或责任国的情况在实践当中似没有造成任何困难，因而无必要在第 46 条之五以外另作出具体的规定。

7. 托姆卡先生说，特别报告员提议起草一个新的第二部分之二，对此应表示祝贺，因为与一读通过的案文相比，这是一大改进，尤其就反措施而言。

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

8. 需要给予注意的第一个问题是所谓受害国选择赔偿形式的“权利”。虽然第 46 条之三并没有明确地提及此种权利，但第 1 款(b)项似含有此意。在讨论期间，特别报告员似确认了这一种解释。在报告第 232 段，特别报告员更为明确地说，应该更为明确地阐述选择的权利。在第 233 段，他提到，单是提到对某种赔偿形式进行“有效的”挑选就够了，至于有效性的条件可由一般国际法来确定。选择的权利是否可理解为受害国的主观权利，并且是否与之对应存在着责任国提供受害国“有效”选定的那种赔偿的义务？按照第 233 段中的说法，答案显然是肯定的。该段提到，按照本条款草案，这种选择应当具有效力。但这种结论与特别报告员在报告第 227 段中的批评意见一致吗？该段提到，一读通过的第二部分没有考虑到其他国家、甚至是责任国本身的选择或反应因素。

9. 引述了两个案例来说明进行选择的“权利”：霍茹夫工厂案和大贝尔特海峡案。在第一个案例中，德国较之恢复原状的可能性更倾向于选择获得补偿。在第二个案例中，尽管国际不法行为实际发生前就已达成和解(因为 1992 年该桥梁尚未修建且石油钻塔及钻井船的自由通行并未受到阻碍)，但芬兰最终选择的是获得补偿。这与加布奇科沃—大毛罗斯项目案中的情形很相似，在该案中，尽管修改工程或就其达成一致意见的可能性当时一直存在，当事方之一仍于 1991 年在本国领土上开始动工修建工程，在当时并未对另一国造成任何影响。在大贝尔特海峡案中，同样存在修改建桥项目或就此达成一致意见的可能。如果当时并未发生国际不法行为，丹麦承担责任的问题也就无从提起，更遑论在第 43 和第 44 条意义上的恢复原状或补偿的义务。芬兰同意桥梁建设工程继续进行，作为交换条件，对方将为其造船厂支付一笔资金，最终该桥梁于 2000 年正式投入运营。

10. 在实践中，选择通常在恢复原状与补偿之间进行。特别报告员在其报告的第 143 段作出的正确的结论：应当保留优先选择恢复原状的原则。第 44 条明确了这种优先性，规定实施了国际不法行为的一国有义务对损害进行补偿，“如果此种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿”。相应地，第 46 条之三不应解释为确认受害国享有主观选择赔偿方式的权利。这种选择权应当是受害国的一项可选项。如果受害国要求恢复原状，而恢复原状并非事实上不可

能，或者不会引发因选择恢复原状而非补偿导致与所获利益严重不对称的负担，则责任国有义务进行恢复原状。如果受害国要求补偿而不是恢复原状，尽管恢复原状并非事实上不可能也不会引发不对称的负担，则可能出现下述两种基本的情形。要么是责任国同意给予补偿而不进行恢复原状，同时由于该项同意，恢复原状的优先性实际被推翻；要么是责任国不同意支付补偿并表示愿意进行恢复原状。在该种情况下，受害国应该无权拒绝接受恢复原状并坚持要求补偿，但是如果第 46 条之三被解释为规定受害国有权选择赔偿的方式，则上述拒绝恢复原状并要求补偿的情形将成立。由于在该条款中并未明确说明所谓的选择“权利”，他的批评只是针对报告中的相关段落，这些段落显然将会作为编写第 46 条之三的评注的基础。

11. 对于第 46 条之三第 1 款(b)项，他更倾向于使用“其要求的赔偿方式”而不是“赔偿应采取的形式”。他对于在第 247 段中作出的结论有点疑问，根据该结论，“不超出诉讼请求”规则是对以下更加基本的原则的程序性补充和完善，即受害国有权从足以获得充分赔偿的所有可得的补救办法中做出选择。他本人认为“不超出诉讼请求”的原则是司法程序法的一项法律原则，或者是一项一般法律原则，其适用范围不仅仅局限于有关国家责任的问题，还涉及到更加深广的领域，比如，有关海洋和陆地划界的主张问题。鉴于委员会关切的不是司法程序法的法典编纂，也就没有必要在此阐明该原则。

12. 第 46 条之三第 2 款(b)项中所用的“主张权的国籍”这一短语并不准确，尽管该短语曾在联合国及其他国家的法律学说和实践中使用。“国籍”描述了个人与一国之间的一种特殊关系，并非指主张与一国之间的关系。其实际意思是指一国代表其提出主张权个人的国籍。在今后的工作中，委员会应设法对“主张权国籍”这一用语有所改进。用尽当地补救办法的规则同样也属于外交保护这一不同的主题。在国际不法行为直接(而不是通过其国民)对一国造成损害的国家责任领域，无法适用这两个规则。因此第 2 款并无必要。这类事项最好交由委员会在今后关于外交保护专题的工作中处理，同时，在第四部分加入有关外交保护的规则的但书似乎足够了。

13. 对于第 46 条之四，他赞同这一观点，即如果一国放弃主张，则不得再援引责任，但是不加限制

地接受赔偿要约是否属于弃权的一种，这一点还不能确定。或是一国提议了一种形式的赔偿并且被接受，该种情况即属于协议而不是弃权，或者，实际提供了一种形式的赔偿，援引责任即不再成立，因为赔偿的义务已经履行。

14. 在第 46 条之六第 2 款(a)项中似乎用“赔偿”一词代替“补偿”一词更为可取。他还想知道第 2 款(b)项(i)目中使用的“是否可受理”一词是否正确。难道不应用“主张的可受理性”或“申请的受理性”来代替吗？

15. 卡巴齐先生说，他完全同意获得委员们普遍支持的建议，即草案第 46 条之三、之四、之五和之六应当提交起草委员会。上述条款与第三次报告的第二章和第三章中基于充分研究进行的推论是一致的。特别报告员所作的出色工作受到赞誉，实属名至实归，对此他本人也乐于认可。

16. 他原则上接受第 46 条之三的条款，但是毫无疑问，该条款还需要起草委员会作进一步修改和完善。第 1 款规定了给予主张通知的方式。特别报告员曾指出，通知应当采用书面形式，这是正式的国家间通讯方式，但是他也承认应当注意不要过分强调程序的形式。司法界的态度显示，递交通知无需拘泥于形式。另一方面，特别报告员着重强调了在主张顺利地加以考虑的情况下给予被告国有效通知的重要性。正如一些委员建议的那样，为保证必要的灵活性，第 1 款中的“通知”一词不应使用“正式”或“书面”等词语加以修饰。他倾向于使用特别报告员提议的措辞。另外，第 2 款对于援引国家责任的限制的规定已经十分清楚，不需要进一步详述。不管怎样，对该问题的进一步处理属于外交保护这另一个专题的主题范畴。

17. 总体来讲，尽管没有看到设置有关迟延的(b)项的必要性，对于第 46 条之四他还是可以接受的。该项可以删除，在(a)项中可提及迟延，就像在发生违犯事项时可终止或中止履行义务一样。

18. 戈科先生对第三章表示赞赏，认为该章不仅内容全面和有说服力，而且还阐明了当代的法律原则和规则。毫无疑问，特别报告员的工作如同第六届委员会在条款草案一读后所设想的那样，对草案进行了更新和简化。

19. 第二部分之二的第一章，题为“一国援引国家责任”，包含了实质性权利和程序性规则。前者是指受害国援引另一国责任的权利，程序性规则则涉及援引的方式。毫无疑问受害国享有选择赔偿形式的权利，尽管并无任何不利因素妨碍当事各方(受害国和责任国)就赔偿金额达成协议。这类协议在第二次世界大战后非常普遍。特别报告员在这两者之间保持了平衡，没有对第 46 条之三第 1 款的表述提出异议。

20. 第 46 条之三第 2 款中的受理规则有可能提出过多的其他问题。一条有关主张的国籍的简单条款可能就足矣。主张的国籍背后的理论依据是，当一国与另一国有紧密联系的个人或实体在该国蒙受损害时触及了本国的合法利益。此外，还有许多概念上的完善，例如，国籍的延续性、国籍的变更、国际性协议或国内立法。所有这些都表明，如第 242 段所述，在外交保护专题下处理这一事项更为恰当。同样，他也对第 241 段的观点表示赞同，认为应当加入一条但书取代第 22 条，规定适用用尽当地救济措施规则的情况。毕竟，一些地方法律本质上存在缺陷或者在执行上可能有不严格或随意性的问题。在这一点上，他希望就卡尔沃条款³作进一步讨论，根据该条款外国人在另一国签署的协议中放弃了向其本国提出诉求的权利。

21. “不超出诉讼请求”原则适用于国际性诉讼时是合理的。这并不是创新：国内法院无一例外地适用该原则。即使有关证据倾向于支持更大数额的索赔，法院通常只将裁决限制在诉讼请求之内。因此，他同意特别报告员在第 247 段中的结论：即不必对该原则作详细规定，以免国际法庭在裁定适当的各种补救办法时灵活性不够。同样，防止双重赔偿的规则实际上可以包含在充分公平赔偿这一基本原则之内，尽管如第 248 段所述，不同的人有权向不同的法院提出同样主张的可能性是存在的。这就提出了当事方、主张或救济的同一性问题，该问题可能会导致对主张造成影响。同时也存在“挑选法庭”问题，即各当事方有可能向不同的法院提出主张。但这基本上属于程序问题，应当由法庭或由谨慎的被告方予以考虑。

³ 见第 2625 次会议，脚注 2。

22. 在第 46 条之四，使用“有效”一词来形容“放弃”则排除了事后失效的对弃权者的同意。模棱两可的表述可能存在于个人与个人的关系中，但是在由各自官员作出决定的当事国之间的关系中不大会出现模棱两可的表述。不过，他还是提议采用“声明放弃”而不是“放弃”一词，认为这样更为妥当，尽管特别报告员就其选择后者的观点作出了有说服力的解释。声明放弃意味着正式宣布放弃某一权利。在这方面，如果没有在合理时间内提请责任国注意所提出的主张，或许根据(b)项规定，适用“迟误”规则可能较为妥当。不容反悔则是另一种可能。

23. 如第 259 段所述，在国际法院的实践中对于时效终止没有明确的衡量标准。因此很难衡量对不能提出主张的预期合理与否。有时具体情况不容一国及时提出主张。菲律宾就曾面临这一问题。当时苏禄苏丹对婆罗洲的沙巴享有所有权，在菲律宾尚属于英联邦一部分的时候，苏丹已将该领土割让给菲律宾政府。但是，菲律宾政府直至于 1946 年获得独立后才主张对该领土的权利，在此之前英国一家公司（后来则是马来西亚）加强了其对该领土的控制。这一迟延问题曾在菲律宾与马来西亚之间的外交谈判中讨论过。然而，马来西亚拒绝作为一当事方将此事提交国际法院审理。

24. 他对和解问题并无争议：要达成和解，双方意见必须一致，仅仅单方行动是不够的。引述 1969 年《维也纳公约》是适当的，因为该公约的条款规定条约的终止不损害或影响任何有关赔偿的义务和权利。评注很好地说明了第 46 条之五和之六，特别是在第 282 段作出了总结。他认为，总结阐述了每一国家对于其行为的责任以及受害国的求偿权；后者不能获得多于其损失的补偿，并且在责任国不止一国的情况下，就有可能产生责任分担问题。这种情况是经常发生的。非统组织曾经确认数个国家和实体对于 1994 年发生于卢旺达的种族灭绝行为负有责任。这同样也可能适用于共同防御条约，根据这种条约，对一国的攻击即构成对其伙伴国的攻击。此外，加入条约的任何国家都可能对实施共同防御负有责任。北约组织成员国可能会负有连带责任，而国际法院在关于贝尔格莱德轰炸事件的使用武力的合法性案中就有可能引发多数的问题。在这方面，共同连带义务的特殊性在于几方达成一致；原告可以向任何一方寻求救济，该方也有要求其他各方分

担责任的权利。上述原则很好地体现在第 46 条之六和报告的第 282 段中。

25. 国际法院的罗莎琳·希金斯法官曾写道：似乎没有国家责任涉及不到的专题。⁴ 然而，他认为，把国家责任问题扩大为“包罗万象的法律”的这一倾向已对委员会结束有关该主题的工作产生了相当多的问题。经过辩论和审议过的条款内容丰富，表明了国家责任覆盖面之广，并进一步反映了国际法决不是不实际的，而是相关的、及时的和充满活力的。赔偿专题就是一个生动的例证。条款草案应当提交起草委员会。

26. 库苏马-阿特马贾先生就特别报告员的第三次报告向其表示祝贺。鉴于其他委员，特别是戈科先生，已经作出了极具启发性的评论，对于所讨论的问题他没什么可补充的了。

27. 巴哈纳先生说，特别报告员在第二部分之二的第一章中加入第 40 条之二，这样处理很好，因为该条款包含了“受害国”的定义。但是，将新的条款草案编号为第 46 条之三到第 46 条之六的做法是否明智，他对此表示怀疑，因为它可能令人产生困惑甚至产生误解。结果就是过分扩充第 46 条，而这最终还是会要分列为几条不同的条款。肯定可以找到更加简单的编号方式。

28. 他提请特别注意报告的第 227 和第 228 段，这两款区分了国际不法行为的次要后果与对这些后果加以处理的方法。在第 232 段中，特别报告员讨论了对赔偿形式的选择问题，这其中包括补偿、恢复原状或停止侵害。对一读通过的第二部分案文中提出的问题所作的处理有了一些必要的改进，反映了受害国和责任国两方面的选择权或回应余地这一要素。

29. 不过，拟订的条款草案某些地方的措辞还可以更为紧凑一些。第 46 条之三第 1 款中“谋求”一词可能会弱化该条款。而且，应当用“书面通知”代替“通知”一词，同时“应”和“当”两字需要保持一致。最后，“根据本条款”一语应当改为“根据本部分”。则该款应为：

⁴ R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (New York, Oxford University Press, 1994).

“1. 受害国援引另一国责任时，当将其主张书面通知该国，并当具体指明：

“(a) 责任国按照第 36 条之二的规定作出何种行动，确保停止任何持续性 不法行为；

“(b) 当采用哪种赔偿形式。”

30. 这样修改的好处很多。首先，删除“谋求”一词会加强了本款的要旨。其次，以“书面通知”替换“通知”与 1969 年《维也纳公约》的第二十三条和第六十七条规定相符，这两个条款均提及以书面形式通知。这一点也与在报告的第 238 段和该段的脚注中反映的特别报告员的想法是一致的。

“notification”比“notice”一词更为可取，因为后者不够正式，如此修改就与第 237 段提及的国际法院对瑙鲁境内某些磷酸盐地案的判决相一致。条款草案应当更具灵活性，以避免责任国以未获得正式通知为借口而拒绝遵守其义务。书面通知可以是任何形式的。至于用“当”代替“应”一词，根据法院对该案的判决所隐含的意思也能够对此作出合理的解释，因为“当”一词可对受害国给予责任国通知的形式要求留有灵活性。特别报告员本人也曾在第 238 段中提到，一国对另一国提出责任主张，必须满足关于通知的一些起码要求。

31. 根据 1969 年《维也纳公约》的规定进行类推，进一步证实了书面通知或通讯的必要性，特别报告员在报告的第 238 段中也曾提到，规定采用书面形式发出有关主张的通知似乎是适当的。因此，特别报告员在提议的条款第 1 款的案文中没有明确地反映出该规定是没有任何理由的。

32. 第 1 款(a)项中“它认为”的语句应当删除，因为该语句并不是起草法律文件的用语。对于第 1 款(b)项，首先应当注意恢复原状应当优先于其他任何方式的赔偿；其次，受害国对于赔偿方式的选择权并非是绝对的，它受到某些限制。特别报告员在其报告的第 134 段中论述了这些限制，认为如果责任国仍有义务继续履行所违反的义务，而受害国则无权(或不能自行)免除履行这一义务，那么受害国可能就别无选择，只能放弃恢复原状的要求。因此，似乎有必要在第 1 款(b)项中反映出这些观点。

33. 此外，第 1 款(b)项的措辞应当加以修正以反映出下述事实，即在实践中，责任国提供的赔偿形式通常是由受害国与责任国通过外交途径的谈判商定

的。因而，有关国家可能通过双边谈判达成一项和解协议，进而解决主张问题。同时，它们还可能会选择补偿而不是恢复原状的方式达成和解。而且，经过双边谈判，受害国可能会同意完全放弃其主张，或接受抵偿作为一种赔偿方式。因此，并不仅仅是由受害国单方对赔偿方式作出选择。所有这些可能性都可以基于受害国和责任国双方的共同行为达成对责任的主张的解决，在这种情况下，两国有可能共同行动，选择任何一种赔偿方式，或确定某一具体方式的赔偿优于另外一种。因此，第 1 款(b)项应当反映出那些可能性。

34. 第 46 条之三第 2 款应当重新措辞，以包括一条新的独立条款，题目为“援引责任的条件”。这一新条款应当以肯定而不是否定的方式制定，具体行文如下：

“第 X 条

“受害国根据第 46 条之三提出的责任主张应符合：

“(a) 与主张权的国籍有关的任何适用的规则；

“(b) 任何用尽当地救济措施的规则，如果责任主张属于有效适用该规则的情况。”

35. 将该条款单列的好处在于，使其成为仅仅第 46 条之三需要的一个纯粹的程序性条款，以使该条更加全面，因为如果不提及主张的国籍和用尽当地补救办法的规则，第 46 条之三则不完整。与此同时，他避免提及第 2 款(b)的第二个短语，以便不回避与用尽当地救济措施规则有关的实质性问题，严格地说，这些问题属于外交保护这一专题。

36. 此外，简化草案第二部分之二的规则或原则似乎与报告的第 241 段所提及的目标相一致，该段提到，该保留条款应作一般性规定：它应当包括适用于用尽当地救济措施规则所适用的任何情况。当然，评注中需要提及在责任主张中可能不适用用尽当地救济措施规则的例外情况。报告的第 241 段引述了该规则不适用于侵犯人权的例子。毋庸赘言，目前不需要在第一部分就用尽当地救济措施规定详细的实质性的第 22 条。该条应当相应地删除。无论如何，外交保护专题特别报告员，杜加尔德先生，都可以放心国家责任专题特别报告员通过一项无害

的程序性条款来完善第 46 条之三，并不会越入杜加尔德先生负责的专门领域。

37. 大体上讲，对于第 46 条之四，他没有异议。但是(a)项和(b)项将被重新排序为第 1 款和第 2 款。(a)项中，“有效地放弃”应当反映特别报告员在报告的第 253 和第 256 段中提及的所有情况和弃权方式，在上述段落中特别报告员将弃权正确地描述为表明了同意的一般原则。另外，从第 256 段中也可注意到，弃权可能特别通过有关国家的行为予以推定，尽管澳大利亚在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中的论断被国际法院驳回。

38. (a)项的另外一个问题是有关“或以其他明确方式”的表述。这一表述有歧义，应当重新措辞，以清楚地反映出要表达的意思。可能导致援引国家责任的权利的丧失等其他情形，如迟延、和解以及终止或中止所违反的义务，条款本身或至少在该条款的评注中应当具体地提到。

39. (b)项中“通知”一词应当替换为“知晓”。“在合理时间内”一语非常有用，因为这可由法院根据每一主张的案情实质来裁定通知的迟延是否构成丧失援引责任的理由。严格意义上讲，在第三次报告中提及的“消灭时效”在该种责任主张的情形中是否可行，这一点令人怀疑。对于每一个主张的时限问题，国际法院倾向于基于个案采取灵活的立场。

40. 第 46 条之五中所述的原则反映了通行惯例，即每一受害国可提出单独的主张。为了强调该原则，不妨可用“根据自己的权利”替代“可为各自利益”一语。该条还应当反映因受害国之间不能就主张的赔偿形式达成一致而导致的一些问题。

41. 第 46 条之六第 1 款存在一个问题：正如伊科诺米季斯先生指出的那样，“予以确定”一语似乎并不恰当。第 1 款应当重新措辞为：“在两个或两个以上国家应为同一国际不法行为负责的情况下，每个国家的责任可以根据该国所施行的国际不法行为予以援引。”这样更改将使有关术语与第 46 条之五的用语以及第二部分之二的第一章的题目相一致。他倾向使用动词“可以”以及删除“根据本草案”，也是出于保持前后一致的愿望。

42. 第 46 条之六第 2 款受到其他委员的批评。该款似乎不宜写入该条。首先，它与第 1 款并无直接

的关系，其次，它应当恰当提及的是赔偿而不是补偿。此外，它也应当仅适用于国家，无须提及个人或实体。但是，他不同意佩莱先生的观点，即在该条第 2 款的情况下与国内法进行类比是危险或不相关的。国际法院的判决中有很多采用此种类比的例子。但是，如果特别报告员设想对其报告的第 243 至第 249 段中有关对获得赔偿的限制的原则编纂法典，并且由此产生一些问题，第 46 条之六第 2 款仅仅提及补偿这一项，似乎并没有穷尽有关原则。简言之，第 2 款应当重新起草并放在有关赔偿的形式的条款草案的其它部分，或许在第二章有关补偿的一节。

43. 卡姆托先生首先提到第 46 条之三第 1 款(b)项时说，特别报告员在其第三次报告的第 232 段中表示，声明受害国有权对可采用的赔偿形式作出选择。鉴于所要采取的赔偿的形式须由国家共同商定，或者如谈判未果，将由一个公正的第三方决定，他认为选择不完全是一项权利(“un droit”)而是一项主张(“une prétension”)——第 1 款(b)项由于使用了“当”，读上去似乎是对此作出了确认。

44. 他发表的第二个评论涉及取得时效的概念。第 46 条之四(b)项中，援引责任权利的丧失，前提条件是受害国未能在注意到损害后的合理时间内通知责任国。该条件虽然忠实地反映了当今的判例，但在考虑到国与国之间关系这一现实的基础上，对前提条件的规定可能还应有所放宽，因为取得时效的概念还需要结合一些国家经历非殖民化进程的情况来考虑。在很多情况下，很多国家在独立时并未获得能够证明该国可以援引另一国的责任的证据。其中一例就是在 1960 年新独立的前比属刚果发生的事件。此外，由于内战或旷日持久的内部冲突导致新独立的国家难以援引另一国家的责任，这种情况时有发生。索马里就是一个例子，塞拉利昂也存在这种可能性。因此，说明受害国必须“能够确定被告国的责任”的语句应当列入第 46 条之四(b)项，或至少包含在评注中。

45. 加利茨基先生说，他完全理解卡姆托先生对于刚刚摆脱殖民统治的国家的困境的担心，但是他认为，“在受害国注意到损害后的合理时间内”这句话可以消除那些担忧的方式作出解释。在评注中可以阐明这一点。

46. 对于另一个问题，他注意到第 46 条之四逻辑

上应当先规定主张，其次才是对主张的放弃。因此，就有个调整(a)项和(b)项顺序的问题。

47. 克劳福德先生(特别报告员)总结讨论情况时说，似乎大家普遍同意将把讨论的条款草案提交起草委员会。许多评论与条款的措辞有关，或是提出了对条款重新措辞可以解决的问题。但是，还有一些实质性的意见需要处理。他认真注意到所提出的这类意见，但因所余时间不多，不能对每一委员提出的意见一一作答，他谨先表示歉意。

48. 普遍的一致意见认为，条款草案应当包含一个关于援引的章节，有别于处理国际不法行为的直接后果的有关章节。在报告的第三章中，如果不明确，也是含蓄地表明，受害国或其他国家援引权利的权利放在第二部分之二中较为恰当。在这方面，他注意到第 46 条之三到第 46 条之六的编号方式相对奇怪，对此的解释是需要第 46 条和第 47 条之间加入这些内容。希望在本届会议该专题的工作结束时，起草委员会将对所有条款(从第 1 条到最后一条)重新进行编号，以避免使用拉丁文。

49. 关于第 46 条之三的第一点实质性意见涉及“通知”一词，巴哈纳先生认为该词较之“告知”更为正式，但他本人则希望本处使用的一词不太正式。对于通知的正式程度以及是否应为书面通知的问题，大家意见不一致，报告中也反映了这一点，并提到通知应当采取书面形式，尽管条款本身没有要求。他暂时倾向于第二种观点，委员会多数人显然支持这一观点。这将由起草委员会来考虑。

50. 一个较具实质性的问题是有关赔偿形式的选择权。需要阐述的第一点是，赔偿问题(包括恢复原状)一旦牵涉到继续履行义务的问题，情况会大相径庭。受害国很可能无法单方面免去责任国持续履行的义务。选择权的任何规则都无法解决该情形。因此，在选择权框架下，委员会唯一关注的情况是，恢复原状至过去的状态存在风险，但又没有继续履行的要求。问题是，在此种情况下，受害国是否可以自由地选择赔偿的形式，或者在有可能恢复原状而赔偿会造成不当负担的情况下，责任国能否能够坚持恢复原状而不是给予补偿。很明显，如果受害国已经蒙受了经济上可估量的损失，那么除了恢复原状之外，必须对该损失给予补偿。他不清楚是否曾经有过这一情形，但该问题很难抽象地加以解决。在一个措辞上无疑存在缺陷的条款中，他之所

以选择使用“有效”一词，至少就弃权问题，原因就在于此；但这同样也适用于第 46 条之三，至少通过默示的方式。

51. 就若干受害国未能就赔偿的形式达成一致的相关情形列举了一例：处于河流下游的两个共同沿岸国，其中甲国准备接受对于未得到的适当的河水流量所给予的补偿，而乙国则不予接受。在这种情况下，甲国将理所当然地对乙国负有确保适当供水的义务。因而，两个上游国家之间的协议也可能会导致对下游国家继续履行义务之权利的侵害，而不仅仅是影响该国就既往事项的权利。不论如何，在这种情况下都会提出的一个问题是，对于选择的有效性以及有多个受害国且受害国之间不能达成一致这两个问题，条款是否应作详细规定。他出于本能而非经过深思熟虑，决定在这几点上不深入细节，部分原因是缺乏国家实践的指导，同时也是因为很多问题将取决于当时的具体情况。根据第二部分第二章大概可以推论的是：在可给予恢复原状的情况下，每个受害国均有权要求恢复原状。该权利也可能优先于另一受害国的选择权，至少在选择会导致对该权利否定的情况下。如果这就是正确的答案，或许就应当将它写入条款中；或者可以在评注中充分阐述。无论如何，这一观点已超越了现有的法律学说和实践的范围，对此托姆卡先生已在他的深刻分析中阐明。托姆卡先生正确地指出，大贝尔特海峡案并不是一个涉及责任的案例，因为直至和解发生都不存在任何违犯事项，而仅仅是一个可能想到的未来的违犯事项。当然，霍茹夫工厂案涉及到代表一国国民要求给予财产补偿的主张，对此没有人可以否认明显存在选择权的事实。即使撇开未来履行的问题不谈，该权利是否存在于各种情况之下仍是一个难以回答的问题。

52. 他同意多数委员的意见，认为应当保留第 46 条之三第 2 款，但应将其作为一个单独的条款。这就提出了国家责任问题草案和外交保护问题草案之间关系这一更宽泛的问题。在他看来，外交保护与国家责任是不可分的；它是国家责任专题中的一个独立部分。他基本上同意巴哈纳先生和其他委员提出的意见，即第 2 款不应规定过细；但是他认为该款确有其存在的必要，而且他不大赞同设置一个关于外交保护的宽泛的保留条款，因为这样的条款是不可能涉及国家所关心的问题。如果删除用尽当地补救办法规则，便会在各国政府间引发很大程度的

担忧，特别是考虑到它在一读通过的条款中的位置。所以他赞成加入一条包含第 2 款的实质内容的单独条款，该条款将考虑到措辞上的各种问题，但不作详细规定。该条在措辞拟订上不应影响关于用尽当地救济措施的实质性和程序性理论的辩论，并且应当将它列入第二部分之二。对于保留用尽当地救济措施规则来说，另一个并且在他看来也是具有决定性的考虑是，该规则不仅适用于外交保护领域，而且也适用于侵犯人权的情形，该情形并不是外交保护法律的一部分但却属于国家责任法律的一部分。

53. 关于援引责任权利的丧失问题，尽管有意见认为和解的概念应当区别于弃权的概念，但总体说来，第 46 条之四(a)项还是获得了普遍的支持。这可能是正确的。对于(b)项，有委员认为，无异于迟误或迟延的不合理情的迟延与因国家的迟延而对责任国造成实际损害两者是有区别的。或许起草委员会应当考虑把(b)项分为二个部分处理，虽然这只是委员所表达的意见并且尚无定论。

54. 对于不止一个受害国和责任国的问题，条款中采取的谨慎做法得到普遍的支持。当然，没有人强烈主张采取一种适用连带责任规则这一更明确的方式。有观点认为，对科孚海峡案事实的一种解释是，两个独立的不法行为涉及同一损害。当然，另外一种解释是，两个国家秘密合作实施了一起不法行为。无论如何，起草委员不妨可以考虑第 46 条之六是否适用于若干不法行为均造成同一损害的情形。

55. 对于第 46 条之六第 2 款(a)项，他强烈反对删除“个人或实体”的建议。如果受害的单个实体甚至可以通过国内法律程序获得赔偿，就更不要说其他程序了，该款规定的情形显然是存在的。双重赔偿的原则当然需要给予考虑，他同意巴哈纳先生的意见，认为该项并没有穷尽该原则的各种情形，尽管它提出了他本人及多数人都认为应当包括在内的一种特殊的情形。

56. 对于第 2 款(b)项，他同意佩莱先生和其他委员的意见，认为(一)目属于司法可受理性规则，不当列入该条。它应当是第四部分的一项一般性保留条款的主题。他没有就其作出相关规定，认为应当由起草委员会斟酌拟定。对国与国关系中主张的可受理性和国际法院对案例的可受理性应加以严格的

区分。(一)目其中提到的事项显然是与后者而不是与前者有关。

57. 对于第 2 款(b)项(二)目的内容没有异议，但是也有人询问，在共同责任国之间是否存在适用不正当的行为不能构成权利的原则的权威学说。他不清楚是否存在权威学说，只是提出一种可能性而已。该项规定这个问题应根据具体情况来处理，他很乐意由起草委员斟酌合适的词句。

58. 主席说，如果没有异议，他就认为委员会同意将条款草案提交起草委员会。

就这样议定。

59. 主席请特别报告员介绍其第三次报告的第三章 D 节。

60. 克劳福德先生(特别报告员)说，第三章 D 节讨论的是一般性反措施专题，是就该议题提出的三批反措施中的第二批。委员们可能还记得(在其第二次报告的第一章 D 节中⁵)，委员会在其第五十一届会议上曾讨论过一些关于反措施的一般性问题，特别是一读通过的条款在采取反措施与解决争端之间所建立的联系。第 286 段对讨论结果做了总结。多数人的意见是，责任国单方面求助于争端解决的权利是不成立的。当然他本人也支持这一观点，现在依然如此，它在第六委员会的辩论中也得到了广泛的支持。无论如何，委员会达成了临时性一致意见：不管有关争端解决的问题如何，委员会都将着手起草有关反措施的实质性条款，并在下一届会议中在通盘考虑全部条款的基础之上继续讨论有关解决争端的问题。第三章 D 节是在上述假定的基础上完成的。

61. 第三章 D 节没有讨论第三批反措施——集体反措施和单个国家向整个国际社会援引责任时采取的反措施，报告的第四章讨论了这一议题。第三章 D 节讨论的只是第 40 条之二第 2 款中暂时定义的受害国采取反措施这一范围较窄的问题。它讨论的情形相对直接一些，即 A 国给 B 国造成了损害，而 B 国在未能获得赔偿的情况下寻求对 A 国采取反措施。

⁵ 见第 2614 次会议，脚注 5。

62. 一读通过的第 47 至第 50 条处理该种情形，报告在第 292 至第 319 段中大量描述了这些条款和各国政府对条款所作的详细评论。⁶ 对于这些经过深思熟虑作出的评论，也给予了充分的考虑。法国作出的一些评论他几乎一字不漏地予以采用，为此他特别要向法国政府表示感谢。

63. 他提议的条款与一读通过的有关反措施的第 47 至第 50 条的意思是一致的，但对于上述条款作了重新编排组合，目的是解决一些概念方面和其他方面的困难。第 47 条是兼顾两方面的结果，一方面是要界定反措施，同时又要对之加以限定，这就造成了问题。第 48 条引起了据以寻求赔偿的程序与采取反措施两者之间的关系问题，这是整个案文争议最大的问题；他曾试图解决这个问题，从口头上或许也具有实质性的方式对临时措施和其它措施加以区分，但这并不太令人满意。第 49 条的措辞不够缜密，他建议参照国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中提出的指导意见提出一个较严格的提法。第 50 条混淆了两个根本不同的问题：一个问题是采取反措施可以中止那些义务，另一个问题是反措施不能造成哪些影响，比如侵犯人权和侵犯第三国权利。分析是否明确有待于作出这样的区分。

64. 结果就是，提出了大量的条款以回应与反措施有关的广泛关注，同时还要保留委员会一读时努力处理的许多实质性问题。

65. 在认同反措施的手段性观点的基础之上，提议的新的第 47 条定义了反措施的目的和内容，规定了不能通过采取反措施而中止履行的义务。第 48 条规定了诉诸反措施的程序性条件，第 49 条是有关相称性，而第 50 条规定了不得采取的反措施。第 50 条之二，是对法国政府特别提出的建议而作出的回应，规定了反措施的中止和终止。

66. 中止履行一项义务和终止一项义务有根本的区别，这一点在有关反措施的许多讨论并没有予以明确。1969 年《维也纳公约》就条约义务的中止作了规定，主要是说当一国有权终止一项双边条约时，该国同样可以中止履行义务。公约根本没有规定如何重新履行条约义务，换句话说，中止如何以及何时可以被终止。问题是，对于中止设定了较高门

槛：比如，必须存在实质性的违犯事项。中止的效力是双方免于履行义务，而中止的效力是暂停履行被中止的义务。的确，中止国不得采取任何行动阻止被中止的条约日后重新生效，不过可以假定，如果中止国最初可以终止该条约，它当然在以后某个阶段也可以行使该权利，除非它放弃了该权利。

67. 问题在于确定什么措施应被视为反措施。部分出于避免与条约的中止相混淆这一考虑，一读通过的条款草案没有使用“中止”一词。相反，第 47 条的提法仅仅是，反措施是针对一国没有遵守其义务的情况采取的，但这似乎引起了一个严重的问题，因为一国“没有遵守这些义务”这一提法包含各种情形，其中有些可能是不可挽回的和永久性的。

68. 国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中表示，反措施应当是可逆转的，但是一读通过的条款草案中并没有反映出反措施概念的这一重要要素。根据定义，采取反措施是为了鼓励、促使或者可能的话迫使责任国遵守其停止侵害或进行赔偿的义务。反措施应当与违犯事项相称，因此，一旦责任国遵守了自己的义务，反措施就应当终止。更进一步讲，如果反措施意味着甚至在需要采取反措施的情况已经过去之后受害国仍持续性违反其义务，这种反措施就不应当采取。在这种意义上，国际法院明确了反措施这一概念中的一个实质性要素。可逆转性实际是指必须有可能回归到双方均遵守法律义务的状态。某些行动可以不遵守第 47 条所界定的国际义务的方式采取，但这是与可逆转性不一致的。另一方面，规定反措施应当具有可逆转性也存在一些障碍，因为毕竟反措施已经被采取并且在此过程中产生了效果。

69. 有时候反措施的后果是不可逆转的，这一情况很难表述。因此，他选择恢复使用“中止”履行义务，前任特别报告员里普哈根曾使用了这一词语。⁷ 或许第 47 条之二也应当使用这种形式的用语。在决定反措施相称性时，在责任国遵守其停止侵害和进行赔偿的义务的情况下，责任国对履行义务的权利就是所要考虑的权利之一。如何加以表述是起草委员会考虑的事项，但是一读通过的条款草案中遗漏了一项要素，即未能就反措施取得适当的效果后回复到合法状态的问题做出规定。他努力通过采用中

⁶ 见第 2615 次会议，脚注 5 和脚注 6。

⁷ 见第六次报告(《1985 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 3 页，A/CN.4/389 号文件)，见第 10 至 11 页。

止履行义务而不是中止义务本身的概念来解决这一问题。义务仍然有效，并不存在暂时中止的情形。义务是反措施的参照依据。

70. 对于第 47 条，还有一个问题需要考虑。可以采取的反措施并不是特别报告员里普哈根所用的概念意义内上的对等的反措施。在涉及相同或相关的义务时才采取对等的反措施。问题在于，是否应当专门提出对等的反措施的概念，还是至少应当部分地提出，作为在反措施方面加以区分的依据。委员会在一读中否定了这种区分，因为将反措施限于采取对等的反措施将造成这样一种情况，即责任国的行为越是恶劣，就越不可能对其采取反措施，因为行为越是恶劣，就越有可能侵犯某些权利，例如人权。在侵犯人权或其他极其恶劣的违犯事项的情况下，显然人道方面的考虑是会影响采取反措施的。

71. 性质上可以作为反措施的主体的一类行动是冻结资产，中止许可、执照或经营业务。这些都属于相对易于被逆转的行动。条款草案应当鼓励采取具有可逆转特性的反措施，出于这些原因，以及实际上在大多数情况下都难以采取对等的反措施，委员会在一读中决定不采用这种反措施制度。他同意这一决定以及作出这项决定的理由。

72. 第 47 条的表述似乎是兼顾两方面的结果，因为该条提出了反措施对第三国的影响的问题，这实际上是独立于反措施的定义的。反措施的基本概念是受害国为促使责任国遵守其停止侵害及进行赔偿的义务而中止向责任国履行一项义务。新的第 47 条包含了该基本概念，当然是以遵守第二章规定的限制为前提的。

73. 条款草案也区分了那些并非依据反措施制度而中止的义务和在采取反措施过程中不得侵犯的义务。第 47 条之二对前者作出了规定，第 50 条则规定了后者。一读通过的第 50 条的内容分为两个部分。该条非常重要，因为一国即使在采取第二章规定的合法的反措施的过程中，也不得作出第 50 条所提及的行动。第 47 条之二规定了首先不得作为反措施而中止的义务。如果考虑到反措施对人权的影响，这是一个非常重要的区分。没有人建议人权义务可以作为反措施而予以中止。采取的反措施是针对一国而不是针对个人的。尽管如此，在反措施对人权的影响方面仍然存在问题，第 50 条对此作了规定。

74. 有鉴于此，他基本上采用了第 50 条的内容。

在第 50 条中，不得采取反措施而中止的义务包括，最重要的是，与《联合国宪章》体现的不使用武力威胁或使用武力原则有关的义务。委员会在一读程序中明确表示，该条不涉及武力报复、交战报复或者使用武力，这是第 47 条之二(a)项所涉及的问题。

75. 一读中没有对目前为第 47 条之二(b)项的这项规定提出什么批评，各国政府在其评论中基本上对该条表示认可。他列入了有关外交和领事代表、馆舍、档案或文件不受侵犯的义务，将其作为不能以反措施为由而中止的义务。

76. 第 47 条之二(c)项有关第三方解决争端的义务，已经明确地包含在第 48 条当中，但是很明显，一国不得以中止义务的方式来和平解决争端。就反措施而言，和平解决争端将包括并涉及因采取反措施所出现的情形。

77. 第 50 条继续涉及人权问题，规定采取反措施不得侵犯人权。这就提出了两个不同的问题。根据第 47 条中关于反措施的定义，清楚地表明人权义务不得中止，第 47 条之二(d)项涉及的是性质不同且范围较窄的人道主义报复的问题，该问题属于在 1969 年《维也纳公约》以及 1977 年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背景下对这些问题讨论之后的一般国际法范畴。

78. 他保留了现在的第 47 条之二(e)项中的规定，因为很清楚，除这些义务本身规定的情况外，一般国际法的强制性规范规定履行的义务在任何情况下都不能被中止。

79. 即使根据条款草案是合法的，反措施也不得损害第三方的权利，同样，第三方行使的权利也不得被中止。如果第三方对于受害国行使某一权利，受害国应当就任何对该权利的违反对该第三方负责。第三方包括个人，即基本人权的对象，因此新的第 50 条(b)项也涵盖人权。

80. 一读通过的第 50 条(b)项提及旨在危害责任国领土完整或政治独立的极端经济或政治胁迫，人们对此作了很多评论。显然，各国关注的是可能通过反措施来实施极端胁迫这种情形。但是，在一定程度上，反措施在本质上具有强制性，因为它的目的在于促使一国遵守其国际义务。一方面认为相称的反措施促使一国遵守其国际义务，另一方面，则又

抱怨反措施具有强制性，这种观点是自相矛盾的。对于其他一些关切，他试图在新的第 50 条中予以表述。(a)项规定，反措施不得危及责任国领土完整或构成对其国内管辖的干涉。当然，必须记住的是，就定义而言，促使一国遵守其义务并相应采取反措施，不属于该国管辖权内的事项，但是因反措施而采取的行动却可能侵害其管辖权。该条是为了使一读通过的第 50 条(b)项在表述上更能令人接受，该款曾招致了不少批评。

81. 有关诉诸反措施的条件问题，他采纳了法国政府有关该事项的建议实质性内容。人们普遍认为，在一国采取反措施之前，该国必须援引责任国的责任，要求其遵守自己的义务。问题是责任国没有遵守其义务时怎么办。条款草案区分了临时保护性措施和其它措施。他建议避免使用“临时保护措施”的提法，这是司法程序所用语言，而采用第 48 条第 2 款中执行临时反措施的概念。若接受反措施可以涉及对某些权利(比如冻结资产)的中止这一观点，则此类反措施必须立即采取，否则就根本无法进行这类反措施，进而会促使采取更为极端的措施。因此，受害国需要采取临时措施以保护自己，同时保证谈判的继续进行。这就是一读通过的第 48 条的基本观点，虽然这很难实施。

82. 他提议的新的第 48 条在第 1 款中规定了向责任国提出主张的基本义务，并在第 2 款中明确在维护受害国权利的必要时可以同时采取临时措施。第 3 款写入了进一步的要求，如果通过谈判未能在合理时间内解决争端，受害国可以采取正式的反措施。一个例子就是，如果这些反措施采取扣押财产的方式，就会有不得向管辖区域外转移财产的禁令以维护受害国保有最终扣押该财产的权利。扣押财产本身就是一种具有较强实质性的反措施。当然，没收财产由于其不可逆转性，所以根本不在反措施之列。因此，新的第 48 条以略微不同的方式体现了一读时使委员会得到启示的折中方案。鉴于有关该问题的观点强硬，如果委员会决定不采取中间立场，他已在新的第 48 条的脚注中建议了一个更简洁的版本。

下午 1 时 15 分散会。

第 2646 次会议

2000 年 7 月 26 日，星期三，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节,
A/CN.4/507 和 Add.1-4, ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请特别报告员继续介绍其第三次报告的第三章 D 节(A/CN.4/507 和 Add.1-4)。
2. 克劳福德先生(特别报告员)说，他(在第 2645 次会议上)首先讨论了反措施的定义，其次，他还谈到了与采取反措施有关的条件，即程序性条件。
3. 但是，还有些基本的条件国家在采取反措施时必须予以遵守。首先，当然是第 49 条所包含的相称原则。在所收到的评论中，没有国家对该原则持有异议，尽管有些国家很关注相称原则在确定反措施的合法性方面的关键作用问题。其他一些国家对于一读通过的第 49 条对这些情形所采取的相当宽松的处理方式表示忧虑，因为它采取了一种双重否定的方式：“反措施不应与……不成比例。”国际法院

¹ 关于委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中曾以肯定的方式表达了同样的观点，认为反措施必须同所受损害成比例。第 49 条的表述应当更清楚，指出相称是合法性的关键要件这个事实；不应当像之前的条款那样只是一个模糊的原则性规定。

4. 关于反措施问题的第三点，也是最后一点，是所采取措施的中止和终止。一读通过的条文对此没有涉及，但是有一些国家政府，包括法国政府，³ 都极力主张在草案案中规定这一问题。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中间接提到了这一问题，但是是从可撤销性的角度讲的。如果一个反措施无法中止或终止，那么该反措施就是不可撤销的，如果其不可撤销，法院就认定该反措施是非法的。

5. 一读通过的条款草案规定，如果不法行为已经停止，并且争议已经提交给一个其决定对双方国家都具有约束力的第三方进行裁决时，应当中止反措施。这一规定似乎是令人满意的，因为反措施所适用的情况是，如果没有权威性的第三方，受害国别无选择，只能自己采取行动。因此一读通过的第 48 条假定，一旦强制性的解决程序被启动，就没有必要再采取反措施。各国基本上都认可这一规定，当然，措辞上还需要有所改进。事实上，这部分是基于航空服务协定案的仲裁裁决。第 48 条的这个方面已经包含在新的第 50 条之二中。该条增列了第三款，规定“责任国已按第二部分的规定遵守其与国际不法行为有关的义务，即应对之终止反措施。”不管反措施是否已经中止，该款都会起作用。

6. 关于可能有多个受害国的情形也应当有所规定。根据第二部分之二第一章中的提议，每个受害国都应当有权采取与其所遭受损害成比例的反措施，该权利独立于集体反措施的立场。它可作为另一章的主题事项。

7. 卢卡舒克先生说，采取反措施的权利不是违犯国际法的结果，而是实施不法行为的国家拒绝履行从其同受害国的关系中所产生的其应当履行的义务的结果。因此，反措施不是责任这一主题的内在构成部分；它们只是促使国家履行其义务的一种手

段。换句话说，仅仅存在违犯事项本身不会产生诉诸反措施的权利。特别报告员充分理解了这一点，他指出了反措施可以合法存在的特定环境，即在那些特定环境下，这些反措施可以促使不法行为国履行其停止、中止和赔偿的次要义务。一些国家，如捷克共和国，⁴ 也在其评论中强调反措施不是对违反义务的直接的和自动的反应方式。所有这些都旨在使反措施成为一种独立的国际法律制度，只有在国家拒绝履行义务时才会起作用。

8. 实际上，特别报告员并没有给反措施下一个定义。在他看来，这个制度极其重要，因此拟出一个非常清楚的法律定义是绝对必要的。特别报告员在其报告的第 322 段中说，他赞成将第 47 条拟为应叙明受害国有权为了相关条款的目的，按照相关条文内所明确的条件针对责任国采取反措施。新的第 47 条没有解决这个问题，也没有给出任何定义，然而，特别报告员的分析包含的因素足以形成一个定义，该定义可以为“反措施是受害国所采取的，与其对责任国的义务不相符，但有权对责任国采取的促使其履行国际法所规定的义务的措施。”

9. 第 47 条第 2 款也带来一些问题。将反措施限于中止遵守一项或多项国际义务，背离了目前的法律标准。1969 年《维也纳公约》第六十条规定，如缔约一方对双边条约规定有重大违反情事，则另一方有权以违反情事为由要求终止条约或中止条约的适用。在对多边条约产生这种违反情事的情况下，其他缔约方均有权通过一致协议全部或部分中止条约的适用。第 47 条应当与这一规定保持一致。特别报告员在第 331 段中阐明，区别反措施与制裁的要素是反措施不是强制性的，这一点很正确。

10. 必须明确区别反措施和制裁，它们是两种截然不同的东西。正如前任特别报告员所指出的，国家仅有权采取反措施的观点是基于实践和法律意见。相反，制裁是联合国的独有权利，任何国家或国家集团都无权在联合国的框架之外施加制裁。也许在第 47 条中加入这样一款更好：“本条不影响联合国根据《联合国宪章》采取制裁的权利。”

11. 第 1 款的另一个缺点是，它声称反措施的目标

³ 见第 2613 次会议，脚注 3。

⁴ 同上。

是“促使[国家]遵守其……义务”。可以说反报有同样的作用，但是草案案中无一处提及反报问题。然而反报措施是很重要的，也需要从法律上明确定义。

12. 第 47 条还提出了一国对另一国的行为进行评价的问题，该衡量常常包含有主观的因素。此外，国家会犯一些善意的错误。因此，应当拟出一个条款，规定反措施所针对的国家可以采取的一些使自己免责的方式。这一条款对于一些小国尤其重要，这些小国往往确有合理理论反对某些强国对其采取的反措施。

13. 至于第 47 条之二，他仅仅指出该条在内容上同第 50 条非常相近，因此应当直接放在第 50 条之前。

14. 新的第 50 条(b)项提到“第三方的权利，特别是基本人权”。如果这些“第三方”是国家或机构，其“基本人权”是指什么？最明智的办法是单列一款来论及人权问题。

15. 新的第 50 条之二相当明确地指出，如果国际不法行为已经停止，反措施就应当中止。但是，可以设想出这样一种情形：反措施已经中止了，而责任国随即又拒绝履行其例如恢复原状或补偿的次要义务。那么受害国应采取什么立场？该条的第 3 款如果表述为“一旦责任国履行了第二部分所规定的对于其国际不法行为负责的义务，反措施即应立即终止。”

16. 他认为，委员会现在讨论的条款草案条文可以提交起草委员会。

17. 克劳福德先生(特别报告员)说，他希望澄清一下他在反措施与条约法的关系问题上所持立场。根据 1969 年《维也纳公约》第六十条，由于条约受到违反而受害的国家可以终止条约或中止条约的适用，前提条件是：违犯事项必须是“重大”的(其定义设定了相当高的门槛)，并且，根据条约的性质，可以仅中止条约的一部分。如果条约被终止，没有哪一方还需要履行义务。如果条约被中止了，它就被暂时搁置，双方都无须遵守，直到其效力恢复(假定受中止影响的当事方同意恢复的话)。

18. 反措施制度则截然不同。基于 1969 年《维也纳公约》第六十条宣布退出条约的行为是合法的。

因此，委员会对此毫无兴趣，因为委员会处理的是国家不遵守条约以促使另一方履行其在条款草案第二部分下的义务的问题。前提条件也不同，即使违犯事项不是“重大”的，也可以采取反措施，尽管反措施必须成比例。与之相似的是，没有权利义务分离的要求；国家如享有权利，就必须履行相关义务，这对于评估采取反措施的权利有重大意义。

19. 虽然他认为中止履行的概念很有吸引力，因为这个概念同可撤销性有关，但他还是能理解委员会可能采取的观点，即将该概念用在第 47 条第 2 款可能会同条约的中止相混淆。这可能是对的，但是必须区别 1969 年《维也纳公约》中所规定的情形和国家责任范围内的情形。

20. 对于目前讨论的这一章(排除不法性的情况)，他还想再作两点评论。首先，如果其他条款获得通过，那么他也为第 30 条拟出了一个简洁的表述。在就反措施问题作出决定之前，该条还有讨论的余地。⁵ 基于其报告的第 363 至第 366 段所解释的稍微有点复杂的原因，他认为反措施足以涵盖广义的不履行的例外的概念，而他的基于常设国际法院在霍茹夫工厂案中的法官意见所形成的狭义的概念由第二部分第 38 条规定就足够了，已经有人提议保留这一条。因此，他并不极力主张通过不履行的例外这种方式来单列出一种排除不法性的情形。

21. 辛马先生说，他同意特别报告员就反措施而言对条约的中止和义务履行的中止所作的区别。但是，他不能同意特别报告员在 1969 年《维也纳公约》所规定的情形和国家责任所涉及的情形所作的区分。特别报告员说，该公约第六十条只允许在重大违反的情况下才可以终止或中止施行条约，这就意味着在违犯事项不是足够严重时，国家无权采取这两种行为，但是可以基于次要的理由采取反措施。该结论并不令人信服，因为，正如他在许多出版物上所发表的观点一样，人们会这样认为，即该公约第六十条的主要目的是允许由于对方的违反行为而采取成比例的、对等的中止，而不是作为反措施。实际上，该公约前言最后一段指出：“凡未经本公约各条规定之问题，将仍以国际习惯法规则为准。”已经有基于第六十条所包含的以未履行契约

⁵ 《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 92 至 93 页，第 448 段。

的抗辩这一理念而采取成比例的，对等的中止的情况。这是他与特别报告员持有不同意见的唯一一处。

22. 克劳福德先生(特别报告员)说，根据 1969 年《维也纳公约》，条约可以基于重大违反情事而被中止或终止。换句话说，如果违反是非重大的，就不能触动条约。辛马先生说得对，广义的不履行的例外会带来相当于双方互负义务背景下的中止，但这是该公约所涵盖的问题。有必要排除那种认为除了公约规定的之外还有其他的终止条约或中止其效力的观点，因为该公约已经阐明它已详尽无余地列出了这样做的种种理由。

23. 佩莱先生说，卢卡舒克先生提出了关于反措施(之前称为报复)同反报之间的区别，这一点很有用，但是他错误地责备了特别报告员没有在条款草案中列入反报。反报针对的可以是合法行为，也可以是不法行为。就定义而言，它是一种合法措施——因此，不是一种“排除不法性的情形”——国家如果对另一国的态度不满，就可以采取这种措施，以敌意的态度回应敌意的态度。反报不是国际不法行为的结果，不属于这一专题的范畴。此外，如果反措施中再增列反报，委员会就进一步远离了责任这一概念，该概念一开始就假设发生了国际不法行为。也许应当在评注中指出，最好不要立即采取反措施，而应当先诉诸反报，因为反报不会威胁到国际法律制度。但是，如果在条款草案中这样规定就是错误的了，哪怕是从所谓的法律政策的角度考虑将其归入条文。

24. 卢卡舒克先生解释其观点说，反报可以用来“促使一国遵守其义务。”这就是为什么用一款或一条来说明条款草案不涉及诉诸反报的问题是恰当的。

25. 托姆卡先生说，他认为反报可以用来针对不法行为。反报与反措施的根本区别在于反报一点都不影响法律状况：它是针对一个行为的反应，不是法律工具。委员会是在编纂法律制度，不涉及非法律的问题。

26. 罗森斯托克先生说，他也认为委员会论及反报这个问题是不当的，它不属于目前讨论的专题的范畴。辛马先生赞同这一点。

27. 辛马先生说，他认为“反措施”一词有些奇怪，就这一问题进行讨论并拟出条款的决定是值得欢迎的，因为反措施是无法改变的事实，不会因为委员会试图忽略它就不存在。

28. 实质上，他认为特别报告员拟出了一个很充分的草案，他原则上同意他的提议。

29. 至于程序问题，他很惊讶的是，在委员会第五十一届会议上，在一读通过的草案中规定的反措施与通过仲裁解决争端两者之间的程序性联系这么快就被废弃了。然而，他能够接受将反措施与争端解决程序分开，首先是因为，他印象中委员会最终的结果将是一个软法，换句话说，是将由大会通过的某类宣言，其次，因为有日益增多的特别制度(特别法)来规范如何促使国家回到合法状态，以此来恢复强国和较弱的国家间的势力均衡。

30. 报告的第三章 D 节所规定的问题的一些方面很好。首先，特别报告员在新的第 47 条对反措施所下的定义对旧的文本有明显的改进。其次，在基于条约法中止义务和中止履行(而不影响义务)之间做出了有益的区别。第三，他同意不采纳里普哈根关于对等措施，或对等反措施的观点，⁶ 倒不是说这些措施不存在，而是说它们基本上是属于同其他的反措施完全相同的法律制度的范畴。第四，他认为特别报告员对于不应当成为反措施的合法目标的义务(规定于第 47 条之二)与第 50 条所规定的可以称为对权利的附带侵害这两者所作的区别十分有用。他赞同不采用在排除不法行为的情况中加入不履行的例外(未履行契约的抗辩)这种观点的做法。最后，他支持为第 30 条重新拟出一个条文，将“制裁”一词换成“反措施”的提议。

31. 他对特别报告员对人权的定位有较多异议。首先，他认为在新的第 50 条(b)项中同第三方的权利联系起来讲人权非常奇怪，因为“第三方”的表达在国际法中是和国家或其他法律主体联系起来的，而不是同个人联系在一起；其次，如果一个人有人权，他就是一方，纯粹的一方，而不是第三方；最后，“第三方”一词通常意味着这个人并未涉入，但是如果这个人拥有人权的话，情况就不是这样

⁶ 见第 2645 次会议，脚注 7。

了。此外，他不能同意特别报告员对为何将人权排除在反措施的效力之外进行解释时提出的理念。其理念是，对于人权义务，首要的受益者不是其他国家，而是个人。这一理念完全不错，但要解除国家要求另一国履行人权义务的责任，从而淡化人权义务的国家间性质的方面，这是很危险的。他本人的理念是，虽然人权不能成为反措施的对象，这是正确的，人权义务，不管是基于条约还是基于国际习惯法，从定义上讲，都是新的第 40 条之二意义上的“完整的义务”。因此，对这些义务的履行不能双边化，这样会损害其他当事国要求一国遵守人权义务的权利。

32. 他认可新的第 47 条第 1 款的第一部分，但是对于“在该责任国没有遵守这些义务并根据请其遵守这些义务的要求判断确有必要的情况下”这一部分有些疑问。该表述使句子过长，并包含了第 50 条之二中所处理的时间因素，以及作为第 49 条的主题的相称原则。他提出了一种表述，将第 1 款的末尾部分删去，剩余部分同第 2 款结合在一起。案文可表述为：“……第二部分，通过中止履行采取措施国对责任国的一项或多项国际义务。”他还认为“一项或多项义务”这一词语也不是很恰当，应当请起草委员会重新审议。

33. 至于第 47 条之二，他说(a)项至(c)项的案文应当加强力度，应当这样规定这些义务：

“(a) 根据《联合国宪章》不进行武力威胁或使用武力的义务；

“(b) 尊重并保证外交或领事机构、馆舍、档案或文件的不可侵犯性的义务；

“(c) 将争议提交第三方解决的义务；”。

至于(d)项，有一个更基本的问题，该项使人自然联想到 1969 年《维也纳公约》第六十条第五款，并且规定了人道主义法所排除的“报复”的问题。由于在联合国条约法会议时，人权还是一个相对较新的概念，而今天，在像报复这样的问题上无论怎么强调人权也不过分，因此，他认为要么加入一个单独的有关基本人权的条款，要么对目前的(d)项重新措辞，以一读通过的文本为指导，将基本人权排除在报复的实施之外。最后，他认为应当将“消除(precluding)”一词改为“排除(excluding)”。

34. 新的第 48 条规定了一个非常重要的概念，因此他倾向于用保留其广义的规定方式，而不是将其缩减为在该条的脚注中所提议的方式。在第 1 款(c)项中，“同意(agree)”一词也许应当用“提议(offer)”一词来代替，因为目前的措辞可能会使人产生“缔约的承诺”的印象。第 2 款重拾了旧的临时保护措施的概念，这对于使第 48 条整体能够为一些国家所理解来说，是必然的弊端，但是，新的表述并不像评注试图建议的那样不同于一读通过的表述。在第 3 款，他不知道使用“争端”一词是否恰当，因为需要有些条件适用于法律争端，也可能会有人问起这是否属于该词本身的技术含义上的争端。

35. 对于新的第 49 条关于相称性问题，他说，他倾向于将否定的表述改为国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案的判决中所作的肯定的提法。由于按照现在的措辞，第 49 条“国际不法行为的严重性及其对受害国的伤害后果”这一语句没有增加任何内容，他认为应当更严格地遵循法院在该案中的判决。应当将其表述为：“考虑到受国际不法行为侵害的权利。”

36. 至于新的第 50 条，他想知道提及“干预”是否意味着打开了潘朵拉匣子。对于(b)项，他提到了他曾经提及的关于第三方的权利同基本人权的联系问题，但是他赞成第 350 段中援引的经济、社会、文化权利委员会的第 8 号一般性意见。

37. 最后，他说他赞成将所有的条款草案提交起草委员会。

38. 罗森斯托克先生说，对于相称问题，特别报告员努力去做，并且做得较为成功的是，总括里普哈根所认为的航空服务协定案中的两种衡量比例性的标准，即，不仅仅是非法行为的严重程度以及因法国的行为而产生的损失，还包括如果就同美国订立的其他类似协定也发生此种行为所带来的危害性后果。⁷

39. 克劳福德先生(特别报告员)说，第 50 条(b)项确实带来了一个问题，但是一读通过的案文也同样

⁷ 同上。

带来问题。真正的问题是，一国所采取的自认为是合法的反措施（例如贸易禁运）可能在一段时间之后带来侵犯人权的后果。这就是为什么他希望在第 50 条涉及人权问题的原因，倒不是说不想严肃对待这些，而是因为在反措施的范围内分析人权是一个非常微妙棘手的事情。很明显，一国不可能采取涉及这种中止人权的反措施。但是，可能有的情况下人不是权利的主体，而(从某种意义上来说)是客体。在以往的人道主义法中禁止报复就是这样，这种禁止，跟现代的人权法不同，是一个纯粹的国家间的义务，而个人是受益者。正因为如此，他在第 47 条之二中规定了禁止报复，尽管该条的措辞在适当时还可以进行讨论。

40. 就分析而言，只要承认不受反措施支配的义务与不受禁止的反措施支配的义务两者间的区别，遵守人权原则的问题自然就属于第 50 条的范畴，而不属于第 47 条之二所涉范畴。

41. 他也赞同这样一个观点，即将第三方的权利和基本人权一起规定在第 50 条(b)项，可能会有“人权主义”滥用之嫌，因为，这等于是将人权的受益者作为跟国家相对的第三方。问题是，用单独的第三款专门规定人权又显得太奇怪，因为，在现实中，与作为反措施的主体的国与国的义务相比，它们又是第三方的权利。解决办法是，将(b)项分为两部分，一部分处理第三国的权利，另一部分处理人权的问题。这样一来会忽略对于第三国以外的实体的权利产生不利影响的可能性，但这一点可以在评注中阐释。

42. 辛马先生说，他赞同将第 50 条(b)项分为两部分，一部分处理第三方的权利，另一部分处理基本人权的问题，但是他希望强调这一点，即认为人权义务不是对其他国家所承担的义务，这就有使人权义务“私有化”的危险。他认为，人权义务，特别是条约中规定的义务，有双重的性质：它们是缔约国之间的义务，就像其他的义务一样，在被违反时为采取反措施提供了正当理由。这个方面很重要，不应当被欧洲人权法院所提出的人权的其他方面所遮盖，从后一种意义上来说，从条约中所产生的这些义务不仅仅是国家间的义务，它们还是(或许首先是)对个人的义务。

43. 如果在第 47 条之二加入一项条款，像一读通

过的文本一样把基本人权义务排除在反措施的范围之外，不会是不合逻辑的。

44. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，就报复而言的人权保护和一般意义上的人权保护这两者的区别在某种程度上是存在的。如果是从武装冲突的角度来讨论人权保护，那就是指实实在在的对无辜平民的保护。如果一国成为反措施的目标(因而也是一个要求它必须自卫的攻击的目标)，它可以通过宣布紧急状态暂时中止对很多人权的保护。然而，某些人权保护的中止就条款草案的目的而言可能没有太大影响。然而，如果像二战时期那样，发生有大批的人被隔离并投入集中营的情况，又该如何处理？很难将人权的问题同武装冲突的问题截然分开。此外，时代不同了，越来越多的权利被视为基本人权。应当拟定条文，使受影响国和采取反措施的国家都有义务保护基本人权。从这个意义上讲，第 47 条之二和第 50 条之间的区别已经意义不大了。

45. 克劳福德先生(特别报告员)就斯里尼瓦萨·拉奥先生的观点作了回答。他说，人权当然应该无条件地得到保护。公共紧急状态下的克减条款是人权制度的一部分，实际上，它们的确规定了在武装冲突时拘禁公民的可接受性的限度。它们不属于反措施法的一部分。

46. 对于辛马先生所提出的观点，问题在于，如果在第 47 条之二插入关于一般性保护人权的条款，就忽略了第 50 条中更重要的问题，因为采取反措施而对人权的侵犯不是由于对个人实施了报复，而是由于附带出现了对个人的伤害，这种伤害可能会极其严重。因此，最重要的是国家应当被告知，即使他们实施经济封锁或冻结银行账户的措施，个人权利仍然要尊重，当然也要有些克减。因此，如果可以在第 47 条之二与典型的报复问题相联采用更具限制性的规定和第 50 条中更广泛地保护人权之间作出选择，则采用辛马先生建议的方式会更好保护人权。

47. 加利茨基先生指出，一读通过的第 50 条已经包含了所有现在分别包含于第 47 条之二和第 50 条之中的全部要件。因此，重新回顾这种分割的结果从而避免任何的重复或遗漏是非常重要的。前面已经提到，第 47 条之二(d)项涉及人道主义性质的义务。这种术语上的区别应当被考虑在内。辩论的一

些参与者认为这个概念包含人权。他倾向于将用语协调起来，确定是称人道主义法，还是像在第 50 条那样称为人权法。起草委员会应当讨论这个问题。这一点对两个条款的(a)项都同样适用，这些条款也存在对一读通过的第 50 条采取的分割程序而产生的问题。对于这两个条款中的不同项目的程序上的分割应当重新认真审议。

48. 辛马先生说，他希望能保持 47 条之二同第 50 条之间的区分。在一国对另一国采取经济反措施的情况下，不能根据第 47 条之二中止的义务应是那些产生于贸易协定或其他经济援助协定的义务。附带的损害当然会转嫁在无辜的平民身上；第 50 条很好地处理了这一问题，该条款主旨明确，没有概念混淆问题。另一方面，难道不能设想出明确针对人权义务的反措施吗？

49. 对于斯里尼瓦萨·拉奥先生所给出的人们被隔离起来并送入集中营的例子，需要进行反思。这些人完全有可能是目标国的国民。然而，这更多地同外交保护、对外侨的最低待遇有关，因此也同个人人权有关。

50. 但是，也可能出现其他的情况。例如，可能在德国存在一个奥地利的朋友的集会。如果两国之间产生了麻烦，德国可能通过采取反措施拘留这些奥地利的的朋友组织成员，而被拘留者可能是德国自己的国民。这样的措施并不是不可想象的；事实上，在报纸上就可以看到这样的例子。

51. 因此，在第 50 条加入需要考虑的人权因素并不能解决很多问题，也不能解除他自己的担心。最好是起草委员会重新审议这一问题。

52. 佩莱先生说，他在反措施问题上的立场是众所周知的。首先，他不怎么喜欢那些最终不可避免地只会被最强大的国家使用的措施，如干涉措施。第二，反措施很可能是个弊端，但又是必然的弊端，无论如何它们就是现实。因此，只要国际社会本质上还是分权化的，就需要欣然接受它们；在缺乏一个有组织的法律系统的情况下，这种原始的“私人司法”是不可避免的。第三，既然世界就是如此，那么最好对反措施进行规范，而不是使其处于一些人希望加以限制的无法可依的状态下。对于弱者来说，没有什么比无法可依更危险的了。

53. 因此，特别报告员提议的条款，总的来说，似乎是对一读通过的草案条款的进步，虽然还不够完善，有些地方实际上还有些退步。

54. 这当然适用于第 47 条开头的表述，该表述重复了前任特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生最初提议的表述⁸，当时由于委员会大多数委员的反对，该表述未获得通过，虽然有少数人执意坚持，其中就有现任特别报告员。一读通过的第 47 条是中立的：它是把反措施作为一种事实来提出的。特别报告员是在请委员会回到这种坚实的中立的立场上来，但没有清楚地阐明这样重回老路的原因，他也请委员会接受反措施在某些情况下是合法的观点：“受害国……可……采取反措施……”。他倾向于采用一种否定的提法，就像一些国家建议的那样：“……受害国不得采取反措施，除非……”。如果这一措辞对于委员会的大多数委员是不能接受的，至少不应当假设国家会诉诸反措施；委员会至少应当回到其在 1996 年第四十八届会议上好不容易才达成的中立的、妥协的表述方式。在他看来，无论如何从理论层面上来讲，报告最不可取的地方，就是特别报告员未作任何解释，大笔一挥，就背弃了一个好不容易才达成的平衡的表述方法。

55. 在其他方面，特别报告员要简化第 47 条，这还是正确的，尽管这种改进还可以走得更远。和辛马先生一样，他对于第 1 款中“……根据请其遵守这些义务的要求判断”这一表述的合法性也有疑问。除了在乍一看觉得很难理解以外，他还认为，虽然这种要求和反应应当被考虑在内，但它们只是其中两个相关因素；事实是只有在“鉴于情况非常必要”时才可以采取反措施，他比较倾向于采用这一表述，因为它更简单明了，更具限制性，也更简洁。

56. 对于第 47 条第 2 款，他赞同特别报告员的观点，认为将反措施限于特别报告员里普哈根所称的“对等反措施”是不现实的。另一方面，除了第 347 段所阐释的原因外，他对于特别报告员将对第三方的权利的保护从条款中删去感到很遗憾，这一部分曾经规定在一读通过的该条款的第 3 款。考虑

⁸ 见第四次报告(《1992 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件)，第 22 页，第 11 条。

到第 348 段给人的印象是特别报告员最终被爱尔兰政府的提议⁹ 所说服, 结果应当是在第 47 条和第 30 条中加强第三方的地位, 特别报告员最终的删除就更令人吃惊了。

57. 事实上, 在某些情况下, 第三方的利益不可避免地会被反措施所损害。但是, 权利和利益这两者不应当混淆, 如果第三方有权利, 就没有理由认为(如果他们没有过错)由于施行国际不法行为的国家的违反行为而对其权利的侵犯是正当的。一读通过的第 47 条第 3 款明确述及这种情况的后果。将该概念重新纳入条款草案很重要, 特别报告员所拟的措辞模棱两可的表述, 以及似乎起同样作用的“对责任国……的措施”这一含义模糊的表达, 都不应当保留。另一方面, 他完全不能赞同认为在国家间责任方面个人可以成为“第三方”的观点。因此, 他不能接受特别报告员为第 50 条(b)项所拟的表述。在下面这一点上他赞同卢卡舒克先生和辛马先生的观点, 即个人不是人权法的客体, 他们是义务的一方, 无论如何不是第三方。他不肯定将第 50 条(b)项分为两部分是否足以解决他所关注的问题。

58. 作为特别报告员对一读通过的案文进行修改的结果, 第 48 条有了最清楚和最引人注目的发展。该条款文曾经是基于这样天真的信念, 即由于理论上讲国家可以按照第三部分的规定接受强制性仲裁, 这将对反措施所常常带来的滥用起到限制作用。完全依赖于这样一个不现实的机制(很明显对于大多数国家来说都是不能接受的), 意味着忽略了必须施加于反措施的“私人司法”的基本限制。特别报告员建议放弃这个荒谬的概念是正确的, 因为这一概念曾使委员会的委员相信国际社会同国内社会一样, 或者应当对国际社会采用同样的模式。

59. 另一方面, 保留一读通过的案文的优点也很重要, 其优点在于使采取反措施依赖于在合理时间内善意地进行谈判。他承认, 特别报告员提议的第 48 条第 3 款就表达了这一观点。但是, 他感到遗憾的是, 第 3 款和规定同意善意地进行谈判的义务的第 1 款(c)项之间的逻辑联系被第 2 款打断了, 他倾向于将第 2 款移至条款的结尾处。其所规定的临时措施应当从其本身性质来看: 它们对于禁止在进行

谈判之前就采取反措施的规则的例外。更多的重点应该放在其例外性质上, 而不是在“所必要的”这一表达上, 他倾向于一种更有力的表述, 如“事实证明(或实际)所必要的”。另一方面, 特别报告员消除了“保护措施”这样的提法带来的模糊性, 这是正确的, 尽管事实上其内涵是一致的。国际程序法上的保护措施可能看起来是一样的, 但其实不然。

60. 对于第 1 款和第 2 款的顺序, 他还认为第 1 款(b)项出现得太快, 要求受害国在谈判开始前应通知其将要采取的反措施, 这一规定不具灵活性了。更符合逻辑和更可行的顺序应当是, 首先, 合理要求赔偿, 接着是善意的谈判。也许不需要规定一个单独的同意谈判的义务, 因为打算采取反措施的国家不应当仅仅是“同意谈判”。它应当提议进行谈判, 然后可以就其所要采取的反措施通知对方, 这可以合理地用来作为谈判的砝码。这也符合第 47 条第 1 款规定的逻辑, 该款在结尾处简单提及根据责任国对受害国的请求所作的反应来判断确有必要采取反措施。

61. 第 4 款原则上没有什么问题, 其措辞灵活, 可以达到可以接受的结果, 不过它可以变成第 3 款, 实际上, 也可以放在第 2 款之前。

62. 另一方面, 他强烈反对新的第 48 条的脚注中所提出的另一种提法, 这种表述在理论上过早地抹煞了一读通过的草案的主要功绩, 即, 谈判的义务。

63. 第 49 条所规定的相称性是一个至关重要的概念, 特别报告员将“国际不法行为的严重程度”这一表述之后的“和”一词换成了一读通过的条款中的“或”, 他对此表示欢迎。同辛马先生的看法一样, 他也认为特别报告员提议重新使用的“相称”一词, 比一读通过的案文中的“不成比例”这种否定句式要好很多。

64. 他提议将第 47 条之二同第 50 条放在一起讨论。他指出, 特别报告员在其报告的第 334 段阐述了他对于不致因为反措施而中止的义务同在反措施实施期间内必须履行的义务所做的区别, 这一区别澄清了问题。在这里, 特别报告员的方式过于笛卡尔式了。但是, 抽象地讲, 他能理解特别报告员对反措施的主体和其效果所作的区分, 但是不能理解

⁹ 见上文脚注 3。

这种区分对第 47 条之二和第 50 条的适用。如果第 50 条(a)项在起草上稍微有所不同, 但又不影响其实质内容, 例如, 可以规定, 不能通过反措施限制不得危及其他国家领土完整的义务, 其结果就是“不受反措施影响的义务”, 换句话说, 即第 47 条之二项下的义务。这对不干涉的义务也是一样。至于(b)项(他已就此发表过评论), 他希望补充的一点是, 虽然第 340 段和第 341 段做出了解释, 他还是不能理解尊重基本人权在哪方面同第 47 条之二项下的人道主义义务有实质上的不同。

65. 无论如何, 似乎重新用一个单一的第 50 条处理禁止的反措施更为明智。在这方面, 他同意加利茨基先生的观点, 尽管辛马先生有强烈不同的主张。

66. 不需要对第 47 条之二和第 50 条中所列出的 7 种禁止的反措施逐点进行详细的讨论。在他看来, 提及根据《联合国宪章》禁止使用武力和根据一般国际法的强制性规范产生的义务就可以了, 前提是在评注中阐明某些义务(包括那些与外交机构不可侵犯有关的义务)的强制性是有争议的。正因为如此, 国际法院在其就美国驻德黑兰外交和领事人员案所发布的命令中也提到“强制性义务”[第 20 页, 第 41 段]。同样, 在其关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中, 国际法院也将第 47 条之二(d)项所提到的人道主义义务描述为“不可侵犯的”[第 257 页, 第 79 段]。在这一点上, 他赞同辛马先生的观点, 即不需要将人道主义义务从尊重人权中区分出来, 他还赞成辛马先生关于个人的基本人权、以及将第 47 条之二和第 50 条限于这些基本人权的观点。这一点毫无疑问也适用于领土完整原则, 或许也适用于不干涉原则。只剩下关于由第三方解决争端的义务, 而第 48 条第 4 款似乎能覆盖主要的假定。当然, 该款并不完全同第 47 条之二(c)项同延, 但是他不确定是否需要这些附加处理次要假定的规定。

67. 无论如何, 他虽然对第 47 条之二和第 50 条所列诸多事项的内容并无异议, 但正如他在一读的辩论中所持的态度一样, 他对于列举程序本身有疑问, 因为该排列很可能不是详尽无余的。确信无一遗漏是不大可能的, 就像第 47 条之二(e)项中提及强制法一样, 点到即可。

68. 对于第 50 条之二, 他倾向于将其规定在草案

中, 明确指出在采取反措施有正当理由的情况本身停止时, 反措施也必须停止, 这是完全正确的。

69. 因此, 第 50 条之二第 3 款没有什么问题。另一方面, 第 2 款是不必要的。首先, 它带来一些措辞方面的问题, 例如, 他对“可……恢复”这个表述不太认同, 这个表述是对第 47 条开头的较弱的回应, 而对于第 47 条他已经说得很明确了。此外, “要求”或者“命令”这两个词似乎都不令人满意。最后, “本着诚意”这一表述也不能令人满意。起草委员会可能会修正这些问题, 但是无论如何这些限定条件是多余的, 完全可以放在评注中, 可能的话, 再加入一些具体的例示。这些规定很具体, 但这是第 1 款暗含的结果。无论如何该款规定完全没有必要, 他不赞成将其提交起草委员会。

70. 对于第 1 款, 问题就不同了, 该款可以提交起草委员会。但是, 他不知道在其(b)项中的“命令”一词使用是否恰当, 他认为委员会不妨仅提及法庭或受权作出对当事方有约束力的决定的机构。

71. (b)项还带来另外两个问题, 第一, 它是否也包含安全理事会根据《联合国宪章》第二十五条所作的决定。他假定是包括的, 但是还是应该在评注中阐明并解释这一点。这对于洛克比案也提出了有趣的法律问题。

72. 第二, (b)项指的是国际法院的裁决, 还是其他法院关于采取临时措施的决定的, 这一点还不清楚。自然会出现这种情况, 但这并不是所拟文本的意思。在他看来, 国际法院的裁决并不构成有约束力的决定, 更不能称为“禁令”。或许指的是第 2 款的“要求”, 但是如果是这样的话, 第 1 款和第 2 款就不对应了。

73. 至于第 30 条, 他对于特别报告员在其报告的第 362 段所提出的表述没有异议, 较之以前的表述, 这一表述的确有了进步, 因为加了“在其范围内 (and to the extent that)”一语。但是, 他不知道这个条款是否有必要。将其放在第一部分导致语义不明确, 对此委员会的一些委员在之前的会议上表示了关注, 因为反措施看起来既是一种排除不法性的情形, 同时又是责任的后果。同一个法律概念有这样双重的意义似乎并不好。当然, 抽象地来看, 反措施可以被看作是排除不法性的情形, 但是其他的法律制度也是这样, 例如, 安全理事会要求国家

采取同其一些义务不符的措施的决定(安理会可以在一定限度内这样做)就是这样;对于不法行为的同意,或者关于未履行契约的例外(特别报告员很明智地决定在条款草案中不提及这些例外)也可能是这样。他认为特别报告员的做法很对,这同他认为在第一部分提及反措施既不必要也不恰当所基于的理由是一样的,特别是由于(严格地讲)并不是反措施排除不法性,而是之前责任国行为的不法性排除了反措施的不法性。实际上是第一个不法行为成为第二个不法行为的理由,而不是反措施本身的作用。其中有不合逻辑之处。第30条没有必要,第47之二到第50条之二的规定就足够了。

74. 总之,他说他赞成将目前讨论的所有的条款草案都提交起草委员会,第50条之二第2款和第30条除外。他还强烈主张:首先,重新起草第47条以避免使人误认为反措施是一项权利;第二,将第50条并入第47条之二,大大减少这两款所列举的可能的情形;第三,在反措施的一般制度与解决争端之间保持明确的区分。其他的问题都是措辞修改的问题。

75. 卢卡舒克先生说,他大体上赞同佩莱先生的评论,除了那些有关第47条之二(d)项和第50条(b)项的观点。他也认为,人道主义义务,即从国际人道主义法中产生的义务,同人权的区别应当保留。

76. 克劳福德先生(特别报告员)说,他特别不赞同佩莱先生认为采取反措施的限制都可以由强制法来覆盖的观点,在这一点上,他不能认可其提议。由于国家几乎从未就哪一个规范具有强制法性质达成一致,这种表述会大大扩大反措施的范围,当然这并不是佩莱先生所希望看到的结果。他尤其强烈反对将第47条之二(b)项所提到的外交和领事馆舍、档案和文件的不可侵犯性说成是强制法的规范的观点。无论如何,这一款已经得到了国家的同意,他反对将其删除。

77. 另一方面,如果讨论的条文将以适当的形式出现在条款草案中,第30条可能是不必要的,但是,如果是以一读通过的那种中立性的和完全不令人满意的表述出现,则该条实际上是完全必要的。

78. 伊科诺米季斯先生说,他想知道,在这样一种假设的情况下,如果受害国作出第48条所规定的通知之后,责任国答复说它对违犯事项的存在持有疑

问,提议将争议立即提交国际法院或者仲裁庭审理,那么受害国是否还可以采取反措施,包括第48条第2款规定的反措施。

79. 杜加尔德先生说,他赞同卢卡舒克先生的观点,即在国际人道主义法和人权法之间必须有明确的区分。

80. 罗森斯托克先生提到佩莱先生的建议,即应当将第30条中关于反措施的表述删掉,理由是真正的问题在于责任国起初的不法行为。他说,按照这种逻辑,就更有充分的理由删掉关于自卫的提法。这样就会使第30条失去所有的实质内容,重新形成整个条文,从而以完全不同的方式解决其所要解决的问题。但是,这样一来,委员会就很可能无法在2001年第五十三届会议上完成其对这一专题的工作。

81. 辛马先生说,他也认为第30条应当保留。不过,第50条的标题在他看来太宽泛了,他倾向于采用一个不同的标题,例如“禁止的反措施效果”。此外,国际法院对美国驻德黑兰外交和领事人员案所发布的命令的英文文本使用了很强烈的措辞,但是没有提及外交法是否属于强制法的范畴。根据安全理事会的决定不履行某一义务的问题可以用一个保留条款来处理。

82. 庞布-奇文达先生同意佩莱先生就第48条条款顺序所发表的观点。但是,他认为没有理由将该条第3款的争端解决方式局限于谈判。

83. 托姆卡先生就第30条说,在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中,国际法院将反措施视为排除不法性的情况。此外,从1930年代以及著名的凯尔森条款开始,这一点已成为广为接受的原则。¹⁰因此,将反措施列入排除不法性的情形非常重要。

84. 此外,国家可以通过双边协议,减损其有关外交和领事馆舍、档案和文件的不可侵犯的义务,这些义务不属于强制法的范畴。

¹⁰ H. Kelsen, "Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienna), vol. XII, No. 4 (October, 1932), 第571页起。

85. 蒙塔兹先生说，反措施只能是针对实际上不法的行为采取，并就此指出，特别报告员在其报告的第 294 段指出，仅真诚认为行为属于非法是不够的。

86. 佩莱先生说，他仍然认为在第 47 条之二，将对各种义务的列举用一个能覆盖全面的更概括性的表述会更好。目前的列举无论如何是不完整的：例如，还可以提到环境法下的义务和其他许多义务。在这一点上，他感到很惊讶的是，特别报告员过去曾经批评过第 19 条第 3 款的拟法，但是现在竟然在第 47 条之二运用了同样的方式。

87. 对于伊科诺米季斯先生所提出的问题，可以在第 50 条之二第 1 款(b)项找到答案。至于谁来确定有无必要采取反措施，就国际法而言，国家是合法性的首要裁判者(尽管这一点令人遗憾)。因此，尽可能地限制使用反措施非常重要。

88. 对于罗森斯托克先生的观点，他说，如果仅仅因为是个特别法的问题，第 30 条关于自卫的提法也可以删掉。

89. 对于辛马先生的评论，他说，诚然，安全理事会根据《联合国宪章》第七章作出的可使国家不履行义务的决定已经由条款草案中的一条特殊条款作出规定，但是其作用同反措施是一样的。对于托姆卡先生所引用的案例，国际法院可能对委员会的条款草案给予了更多的分量，而不是因一读通过的案文而证明有充足的理由。

90. 卡姆托先生说，第 30 条必须保留，特别是考虑到罗森斯托克先生给出的原因。他还强调了反措施和解决争端之间不可分割的联系，关于这一点他下次会议上会进一步阐释。

91. 克劳福德先生(特别报告员)就伊科诺米季斯先生的问题回答道，在所设想的这种情况下，如果不法行为停止了，受害国就不能采取反措施。对于佩莱先生提出的问题，他说安全理事会的决定不属于第 50 条之二第 1 款(b)项的范畴，而是属于第 39 条所涉范畴。

下午 1 时散会。

第 2647 次会议

2000 年 7 月 27 日，星期四，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、托姆卡先生

国家责任¹(续)(A/CN.4/504, A 节; A/CN.4/507 和 Add.1-4²; A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请委员会继续就第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)第三章 D 节进行讨论。
2. 卡特卡先生说，在一读通过的第二部分第三章的一般性评注里，反措施被描述为整个国家责任制度中最棘手和最有争议的部分。评注说，国家采取反措施是诉诸单方面的自助措施。因此，在他看来，在处理拟出的案文时需要格外谨慎小心。
3. 从一些大国所表达的观点来看，很明显它们并不排斥强力反措施，这也是一个明显的危险信号，表明反措施可能会被滥用，特别会被强国滥用来针对弱国，而后者采取反措施的能力可能只限于外交抗议书。在草案中加入反措施会使一些国家难以接受这些条款。他在关于第 30 条的辩论中就已经表明了反对在草案中规定反措施的这一立场。
4. 特别报告员打算在委员会第五十三届会议完成条款草案的二读，由起草委员会拟出一个完整的文

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案的案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

本，解决争端问题则暂时搁置，直到快要结束时才讨论。分步解决的过程使一些问题处于某种令人质疑的状态。举例来说，第 19 条可能陷入“严重违反”的范畴。特别报告员已经指出他倾向于采纳一种在国家责任方面不具拘束力的制度，并割裂了反措施同有约束力的解决争端的联系，在第 287 段中指出，“这种联系会使目标国有单方……的权利”。他个人认为应当给受害国同样的权利，因为解决争端是一种广为接受的和平解决冲突的方式。

5. 国际法协会的国家责任问题研究小组在其第一次报告中指出，反措施是将法律秩序交由强国操纵的危险举动，需要有一些规定能阐释反措施与强制性解决争端两者间的联系，切实保证实现国际公法的法治。令人失望的是，该报告继而又认为，希望至少就反措施建立强制性的管辖的方式似乎不太现实。时间和国家的反应会告诉我们哪种方式是现实的。正如 1969 年《维也纳公约》第五编与强制性解决争端联系起来一样，反措施也必须同其联系在一起。

6. 特别报告员对一读通过的有关反措施的条款有所改动，认为反措施的目的是手段性的，换句话说，是要促使对方遵守义务。这未必是对的，因为为了满足受害国的政治或经济目的，反措施可以是惩罚性的。无论反措施以何种面目出现，显然都不会是令人愉快的。正如第 30 条³的评注所指出，这些措施的目的是，顾名思义，施加惩罚或确保义务得到履行，它们在不同的情况下会侵害措施所针对的对象的有效的和主观的权利。评注指出，这个基本特征用来对适用反措施(有时被称为“制裁”)同仅仅是行使对损害获得赔偿的权利这两者加以区别。评注对于反措施的目的已经明确阐释了。因此，这实际上是在要求委员会将强国欺凌弱国的丛林规则合法化。他反对将反措施规定在条款草案中。

7. 如果委员会还是决定规定反措施，那么他有几点评论要说。对条文的重新组合并没有使事情简化。拟出的新的第 47 条之二是从一读通过的第 50 条抽出来的，并没有使案文有所改进，在他看来，重新恢复关于禁止采取的反措施的总括性的第 50 条比较好。特别报告员将一读通过的第 47 条描述为

“混合”条款，然而，在其拟出的新条文中，他保留了该条第 1 款的主旨。他个人认为，这更多是关于反措施的问题，而不仅仅是促使对方遵守的问题。当一国的海外财产被冻结时，告诉它该行动只是一种手段，这并无多大益处；相关国家可能都无钱购买药品了，因此，手段可能导致惩罚性的结果。正如卢卡舒克先生所说的，反措施很难具体地定义。第 47 条也许需要修改。

8. 特别报告员在修改有关反措施的条文时明确了 5 个基本问题。他没有采用对等反措施的提法，这是正确的，因为事实上没有对等性；这是一个单向性的行为。一些发展中国家在发达国家持有财产，因此在其采取反措施时很容易成为受害者，而多数发达国家在发展中国家并没有类似的财产可作为反措施行动的目标。

9. 在第 47 条之二，特别报告员指出了修改不受反措施制度支配的义务的问题。报告的第 334 段指出，更妥善、更明智的处理方式似乎是区别不致因为反措施而暂停的义务和在反措施实施期间内必须履行的义务——换言之，应区别反措施的主体和反措施后果。他个人认为，同一读通过的第 50 条相比，这个区别毫无益处。卢卡舒克先生提议把第 47 条之二放在第 50 条之后，因为两者之间有紧密的联系，而另一位委员认为应把它们合并在一起。第 47 条之二的起首句的措辞不像一读通过的第 50 条的措辞那样具有强制性。事实上，“可以 (may)”这个裁量性的用语可能暗含着可能存在可以中止其所提到的义务的情形。(a)项的案文中如果将“内含 (embodied)”换成“内载 (enshrined)”会更好。

10. 他很关注关于删除一读通过的第 50 条(b)项的问题。特别报告员在第 312 段中声称，反措施是强制性的，这一点更加证实了他对反措施最大的担心。特别报告员在第 352 段中进一步辩称，不可能合法“制订”措施以危害一国领土完整，因为不能以使用武力作为反措施。这些论点很难站得住脚，因为一国的主权和生存不是仅仅因为使用武力而受到威胁，经济和政治胁迫都给许多发展中国家的主权带来了不可弥补的危害。一些委员在讨论人权条款时对附带损害表示了关注，他希望他们也同样关注经济胁迫。

11. 此后特别报告员在经过删节的第 50 条拟出了较为缓和的表述来处理一读通过的第 50 条(b)项的

³ 《1979 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 115 页起。

支持者的观点。但是，新拟的第 50 条(a)项的案文是不够的，因为它使条文更宽泛，忽略了经济和(或)政治胁迫被用来为破坏稳定的反措施提供正当理由的这种社会现实。在他看来，应当使用一读通过的第 50 条(b)项的表述。

12. 在一读通过的 4 个条文中，按说第 48 条是迄今为止最具争议性的条款。如果新拟的条文的第 1 款(c)项变成(a)项以强调在采取反措施前进行谈判的重要性会更好；对他来说，该条的重要性不仅仅是在逻辑上。虽然特别报告员将“临时保护措施”这个不太妙的表述换为“临时”措施，但基本的问题仍然存在，不管对之冠以什么名称，反措施本身就是错误的，因为其本质上是单方面行为。不管是临时的还是全面的，其影响很难消除，主要问题不是持续时期或时间，问题在于采取反措施本身。在这一点上，他倾向于第 358(d)段中的说法，推迟一切反措施直至谈判完结或最后破裂。或者，“临时”和其他反措施的区别应当被抹掉。第 48 条第 4 款有些模糊，用一读通过的第 48 条第 3 款的表述更好。

13. 新拟的第 49 条的表述是肯定式的，一读通过的文本则是否定式的，优点在于删除了双重否定式的表述。但是，由于他已经提到过的原因，加入第 346 段中所述的目的概念毫无用处。

14. 新拟的第 50 条(b)款规定反措施不得损害第三方的权利，特别是基本人权。特别报告员在第 347 段辩称，没有必要提到可能受到反措施影响的第三国的利益。尽管反措施可能不能客观地实施，但也会给第三国带来损害。例如，A 国对 B 国实施的贸易禁运可能对 C 国造成严重损害，使之成为反措施的无辜受害者；内陆发展中国家可能由于反措施而被禁止通行。将“基本人权”作为一种具体的情况提出带来一个问题，即它是否意味着目标国的人的人权被排除在外，因为它不是第三国。使用“基本”一词也引出了旧的争论，即什么是基本人权，它们同其他可以减损的人权是什么关系。它引入了一种主观评价的因素，最好去掉这个因素。

15. 在新拟的第 50 条之二，特别报告员引入了法国的一种观点，其内容是导致可以采取反措施的情形一旦结束，反措施就应当终止。他已经澄清一点，即他谈的是终止义务的履行，而不是义务本身，但是为什么条文规定如果国际不法行为停止就中止义务的履行？该条借用了一读通过的第 48 条的表述，应当

使用“终止”一词，而不是“中止”。此外，第 3 款也是有条件的终止，因为提到了第二部分项下的义务。这是一种扩大该款范围的不必要的联系。

16. 最后，他希望重申他反对将反措施规定在条款草案中。如果委员会决定保留反措施，根据一读通过的条款草案采用概括性的条文比采用具体的条文更好。公平地说，特别报告员对这样一个困难的题目的处理已经尽到最大努力了。

17. 加亚先生说，新拟的条款似乎比一读通过的条款更好，虽然有些方面还有改进的余地。例如，与反措施相关的案文可以再有所缩小。

18. 他赞同将合法的反措施的目的描述为强制性的。第 47 条指出目的是促使对方遵守第二部分项下的义务。但是，条文没有充分地反映出该目的。第 50 条之二第 3 款恰当地规定，一旦目标国遵守了第二部分项下的义务，反措施就应当停止。第 49 条规定，反措施必须同所受的损害相称，考虑到国际不法行为的严重程度以及其对受害方的有害影响。此种说法使人想到反措施是对不法行为的制裁，违犯事项越严重，反措施的力度就越大。在他看来，应将相称性与反措施的强制性目的联系起来评价。例如，如果 A 国表示愿意对所造成的全部损害进行补偿，但是坚持说，要这样做，必须立法，那么反措施只能是用来促使立法快速通过；在这个例子中，侵害的严重程度并不重要。也可能在其他的条件下，损害的严重程度的确影响国家遵守义务的可能性，在这种情况下，提到严重程度还是有好处的。第 49 条的措词是借用瑙里拉案和航空服务协定案这样的案例的判决表述。在他看来，需要修改这些表述。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中认为，反措施的目的在于促使责任国遵守其国际法项下的义务，但将其说成是反措施合法性的条件之一有点淡化该目的的相关性。法院也没有将相称性同该目的联系起来。跟委员会最早的条款草案中对目的问题所采取的淡漠的态度多少有些相同，法院认为“考虑到相关的权利”，相称性跟“所受的损害”是相关的[第 56 页，第 85 段]。委员会应当向前迈进一步，阐释出反措施的目的在相称性问题上可能具有的含义。

19. 对于加利茨基先生、卡特卡先生和佩莱先生关于第 47 条之二和第 50 条的关系问题的很多观点他都表示赞成。事实上对义务的直接违反和通过结果

造成的违反两者之间界限分明。如果一国有义务保护个人的生命权，那么它是直接损害了这些权利还是通过采取经济和其他措施使人民饿死，这并不重要。尽管可以说对非强制性规范项下的义务的违反只可以在受害国和责任国的关系中找到正当理由，但这种违反通常对国际社会无关紧要。但是，他认为这不适用于非强制性规范项下的所有义务。如果反措施意味着采取措施的国家违反了对其他几个国家，特别是对整个国际社会的义务，那么认为这些反措施根据国际法仍然是合法的观点就会很奇怪。应当有个一般规则，规定如果所违反的义务影响到整个国际社会，反措施就应当被禁止。这会覆盖新拟的第 47 条之二和第 50 条的许多情况，当然也能覆盖在第 47 条之二(a)项、(d)项和(e)项以及在第 50 条所规定的情况。虽然很难删掉一读通过的第 50 条的所有例举，但是可以保留一个到两个，并且加入一个更具概括性的规定。跟佩莱先生不同，他对于单独规定外交机构的不可侵性和有关解决争端的义务没有异议。

20. 国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案的判决的第 84 段中要求在采取反措施之前进行正式通知，这意味着首先要经过一段时间。第 48 条第 1 款中指出提议进行谈判构成给出通知的过程的一部分，这一做法是有益的。他认为(b)项没有必要存在，因为就即将采取的具体反措施通知责任国可能会起到反作用。

21. 第 48 条第 2 款关于通知问题的表述法否认了进行正式通知的必要性，此外，该表述也并不确切。他更赞成采用第 48 条脚注中提议的另一种表述文本，另外再加上一些因素。

22. 克劳福德先生(特别报告员)就加亚先生所说的影响国际社会的义务问题说道，他想知道条款草案是否可以被解释为只能就责任国和受害国之间有效的双边义务，采取反措施。如果是这样，那么应当有的唯一的例外就是在第 47 条之二和第 50 条所作的规定，即外交或领事代表机构的不可侵犯性以及解决争端，以及可能还有国内管辖权。

23. 罗森斯托克先生说，在一个本来可以很有说服力的陈述中，他却惊讶地听到发言者认为除了给出通知以外，国家在采取反措施之前还要等待一段时间。这种观点无论如何也没有在习惯法中得到体现，其带来的问题比其解决的问题更多。只要提出

要求，法律显然支持受害国有权采取反措施，而不是为了采取某种临时措施试图改变法律要求。

24. 加亚先生说，如果委员会要部分地逐渐发展法律，就可以规定，只有双边义务(在仅仅是对责任国的义务的意义)可以因反措施而受到违反。当多边条约在实践中带来一系列的双边关系的情况下，其项下的义务也可以因反措施而受到违反。这可能会比起目前的习惯国际法对反措施的限制更为严格。在答复罗森斯托克先生提出的疑问时，他说，没有理由认为草案不能对采取反措施之前的必要时间期限作出规定。不应当允许责任国通过拖延时间来消除其行为的后果，但是也不能在未就追究责任事项通知责任国之前突然对其采取行动。

25. 克劳福德先生(特别报告员)说，他完全接受对第 48 条第 1 款(b)项的批评意见，不反对删掉这一项。他写入了这一项只是因为这是法国提议的一部分，似乎代表了在这一问题上的有益的妥协。

26. 卡姆托先生说，与委员会其他一些委员的观点一样，他对于反措施持保留态度，首先是因为他将反措施看作是一个倒退，与当今的发展趋势正好相反，当前是要通过争端解决机制(包括司法机制)调整国际关系。特别是可以解决国家各个层面的争端的国际法律制度如雨后春笋般出现时，委员会现在却授予国家进行干预，而且在某些方面取代其地位的权利，这一点非常奇怪。此外，他也不相信在一般习惯法中有充足的依据支持反措施。最近的实践是基于一些国家所采取的行动，但是这还远远不是传统上所理解的习惯法。

27. 也许就反措施是否应当规定在草案中重新展开讨论是毫无意义的。该问题已经被详细讨论过并且已经得到解决。但是，该主题在政治上如此敏感，因此，在建立起相关的法律制度前仔细地描述反措施非常重要。能否将反措施纳入众所周知的一些制度，例如报复、反报、对等措施和制裁？在这些措施的范围内，反措施占据一个很窄的空间。例如，试图完全将反措施同制裁分开，这过于人为化了。报告的第 290 段和第 296 段详细叙述了一些政府在这方面所表示的关注，然而特别报告员自己在第 287 段采取了相反的观点。措施是惩罚性的，不是基于其来源——是一国的个别行动还是集体行动——而是基于其效果，以及其如何被目标对象看待。怎

么能认为联合国或欧洲联盟做出的就未遵守人权条约项下的义务而施加贸易禁运的决定性质上是制裁，而一国就同一理由所做的决定就不是呢？如果问各国政府它们如何看待反措施，他敢肯定它们会说它们或多或少将反措施等同于制裁。

28. 至于对等性问题，作为 1969 年《维也纳公约》第六十条意义上的重大违反的结果，条约中止，尤其是终止的结果是临时性地或者永久性地消除这一规范。另一方面，反措施对违犯事项的反应没有这种效果：条约义务被破坏了，但是还可以援引，条约还仍然有效。

29. 与一开始就是合法的反报相比，反措施从一开始就是不合法的，只有通过其针对的不法行为而变得合法。与报复不同的是，反措施在性质上永远都不可能是武力性的。武装报复只是在禁止使用武力还没有被阐释为国际法的基本原则时得到认可。现在，禁止使用武力被明确地规定在《联合国宪章》中。因此，反措施是非武力性的报复，可能有制裁或者惩罚的性质，也可能没有。“反措施”一词是一般性的、中立的，因此可以被国家所接受，因为它包含了(至少部分地包含了)报复与制裁这两个概念。在二十世纪初叶之前的混乱状态下，国家还能够采取报复和制裁这两种手段，但今天这种做法已经行不通了。反措施出现在二十世纪七十年代末和八十年代初，这个时期是安全理事会的权威受到相当的削弱，而“私人司法”同时扩张的时期。在发展相关的制度时不可忘掉这些。

30. 主要的问题是如何保证在实施反措施时认为自己受害的一国不会像一个中立的第三方一样行动，保证反措施不会妨碍和平解决争端或者使之复杂化？报告的第三章 D 节虽然对之前有关这一主题的报告有所改进，但没有就这些问题提供令人完全满意的答案。

31. 诉诸反措施的原则，以及临时反措施和相称的概念都可能带来认为自己受害的国家和指称的责任国之间的争议(此时责任问题还有待确认)。声称受害的国家不能单方地解决这种争议(例如，通过采取全面的反措施来解决)。只有通过从谈判到司法程序这一系列的和平解决争端机制来达成解决办法。在他看来，为何说反措施的采用同和平解决争端方式是不可分割地联系在一起的，其原因就在于此，但按照特别报告员的观点却并非如此。在第 287 段，特别报告

员说在反措施和解决争端之间不应当有任何特殊的联系，因为这种联系给所谓的责任国一种单方面援引第三方解决的权利，然而这种权利也应该给予受害国，以代替其采取反措施的权利。为什么受害国会认为其被剥夺了诉诸第三方解决的权利？如果像第 299 段所列的情况一样，所谓的责任国延长谈判并参与对话过程是可能的话，他就可以理解为何在某些情况下规定反措施是有必要的。但是，他还是不能赞同割裂反措施和和平解决争端两者之间联系的观点。

32. 事实上，他倾向于在第二部分中规定一个成熟的、综合的反措施法律制度。基本的理念必须是，反措施的采取只能是促进解决争端程序的良好运转，或者是促进执行从这种程序中产生的决定，而不能妨碍最终决定的实施。事实上，由有权发出有约束力的禁令的第三方在紧急情况下做出实施“临时”措施的决定(而不是命令)，更符合现代国际法的实践。这是目前国际海洋法法庭所成功扮演的角色。虽然国际法院没有这种权力，这一点很令人遗憾，它可能会成为提议修改《国际法院规约》的理由。但是如果当事方有要求，任何国际仲裁庭都可以做出紧急裁定。此外，没有什么可以阻止已经基于特别协议同意将一案件提交国际法院处理的两个国家规定法院所采取的任何“临时性”措施对它们有拘束力。因此，有一系列的紧急程序可以消除采取反措施的必要性，后者在一些国家手里可能会构成明显的威胁。此外，反措施可能不相称，但是如果最终发现所谓的责任国根本不应当承担赔偿责任，又该如何处理？必须就赔偿——且该赔偿须由公正的第三方裁决——作出规定。

33. 反措施可以在解决争端机制启动之前采取，但是应当随即由一个公正的第三方审查其合法性，反措施也可以在争端解决之后启动，从而保证第三方所做出的决定能够有效实施。基于这种理解，他希望对于条款草案本身作出以下评论。

34. 在第 47 条第 1 款，他提议在“按照第二部分”之后加入“或者根据公正的第三方所作出的有约束力的决定产生的”。对于法文版第 47 条之二(a)项，他赞同其他委员提议的将“*prévues dans*”改为“*conformément à*”的改动。在(c)项，“第三方”这一表述应当删掉，以便使该条款有更宽的调整范围。

35. 如果将第 48 条第 1 款(a)项和(b)项调换一下会比较合适。他还认为“责任国”一词应当改为“被认为应当负责的国家”，原因他之前已经给出。

36. 他认为第 48 条第 2 款的问题特别大，因为它没有列出有关诉诸反措施的任何实际条件。如果要保留该款，就应当加入例如“在紧急状况下”或“如果情况需要”这样的短语，略去“临时”一词。他还倾向于加上“根据第 47 条第 2 款”的表述，删去“从通知之日起”一语：在刚刚通知后就采取反措施是没有理由的，即使反措施是临时措施。事实上，他对“临时”反措施的有效性感到质疑：它们或者是反措施，或者不是。如果他的提议被接受，第 3 款自然应该被删掉，第 4 款成为第 3 款。他会再提出一个新的第 4 款，是通过对第 50 条之二第 2 款(该款更应当属于第 48 条)重新表述而形成的。他建议按照下面的思路来措辞：

“如果责任国不遵守解决争端程序中第三方所作出的决定，一国可以实施确保该决定得到实施所必要的反措施。”

37. 至于第 49 条，它的作用是强调有必要建立解决争端机制，因为相称性不能存在于真空中：需要有机构来评估和监督。

38. 没有理由保留第 50 条，至少不能将其作为一个单独的条款保留：其标题在逻辑上是不可能的。可以将其标题标为“禁止的行为”或者“反措施”，但是，就定义而言，反措施不能被禁止。解决办法是将第 50 条的规定纳入第 48 条。此外，对于(a)项，在法文版中所提到的“国内管辖”是不恰当的。“*domaine réservé*”一词可能会带来争议，因为其含义特别有争议。他更倾向于采用“*jurisdiction interne*”的表述。他对第 50 条之二设想的唯一改变是将第 2 款挪到第 48 条，重新编号为第 3 款。

39. 戈科先生说，他赞同卡姆托先生所采取的这种现实的办法。实际上问题就是在何种情况下一国可以被认为是受害国。在当今世界，一国侵入了另一国的领土、领空或专属经济区的情况比比皆是，为此提出很多控诉和反诉。通常不会有将争议提交第三方的问题。但是第 48 条第 2 款要求受害国向责任国通知其即将采取的反措施。这一做法忽略了严酷的生活现实：反措施是一种自救的方式。在第 48 条的要点和在第 30 条的最初的提议之间有明显的区别：前者设定了暂行措施；而后者在一国针对另一国违反国际义务的行为采取反措施时适用。因此，

他不知道是否还应当保留第 30 条。

40. 庞布-奇文达先生说，他对卡姆托先生的评论有一点深有感触：需要确保被认为应当负责的国家的确应当负责。必须首先确认责任的存在，才可实施反措施。如果随后发现采取反措施并没有充分的根据，就会出现一个很棘手的情形：反措施不能建立在假设存在的责任之上。如果责任未得到确认，规范临时反措施的系统本身就可能(因建立在臆想上)受到损害。甚至可能出现这样的情况，声称受害的国家最终却是应当为违反行为负责的责任国。条款草案应当考虑到这种可能性。

41. 罗森斯托克先生虽然部分同意庞布-奇文达先生的观点，但是说他会走得更远。卡姆托先生不能接受第 47 条，因为该条以不法性为条件，同样不能接受第 50 条，也是因为该条没有以不法性为条件。这显示出一种不典型的不合逻辑，表明委员会采取了一种有偏向的办法来处理一个可能只是对目前世界的状况的现实反映的棘手的问题。不是每个人都接受国际法院的强制性管辖，也没有能覆盖所有地区的解决争端机制。反措施或者某种类型的报复肯定是要采用的。因此，问题是，是否有可能找到一个一致的基础，使这种行为能够处于一种体制化的控制之中，而不是偏向一些集团而歧视另一些。除非达成这样的协议，否则整个发展解决争端机制的努力都会失败。

42. 戈科先生对于是否采取了正确的方式表示怀疑。解决争端显然是最好的办法(如果可能的话)，但是，像在埃塞俄比亚和厄立特里亚两国边界战争这样的情况下，遵守第 48 条第 2 款的过程可能会导致责任国采取进一步的行动。然而，其他的方法，似乎应该是承认所谓的受害国的单方面行动。

43. 卡姆托先生说，他不否认他在反措施的原则上表达了强烈的观点，但是这些观点考虑到国际社会的现实。有人认为他排除了采取临时反措施的可能性，这是不正确的。但是，问题是应当在什么条件下和什么情况中采取临时反措施。他也并不认为国际法院是受害国唯一可以提起诉求的机关，众所周知，国家也可以诉诸仲裁。最后，他不是整体上反对第 50 条，他只是反对其不合逻辑的标题。这个问题可以通过将该条并入第 48 条来解决。

44. 克劳福德先生(特别报告员)说,现实主义对不同的人有不同的意义。卡特卡先生批评他过于现实主义,因为他认为条款草案不会成为一个有强制管辖权的条约。但是,尽管他很明显希望这样一个结果(即条约有强制管辖权),因为进一步巩固其工作成果将会很令人满意,但是现实地讲很难设想有这样的结果。如果委员会决定规定一个比第 30 条的概括性条款更充分的反措施制度,则其任务是在反措施与解决争端间确立一种关系,这种关系能适应这种朝着第三方解决的方向迈进的缓慢但可辨别的发展趋势。由于各种原因,不可能在采取反措施和解决争端之间确立一种新的自动的联系,但是可以将条文拟成适应现存的和发展的争端解决机制,这样被认为实施了国际不法行为的国家就能够通过停止或终止该行为和将该案提交法院来阻止反措施的采用。这是条款草案中的规定应当达到的效果。

45. 卢卡舒克先生说,他对于卡姆托先生关于和平解决争端方式的关注深有同感,但他担心卡姆托先生的方式可能要求重新建立国际法的这整个分支。这相当不现实,同时,他不能接受特别报告员将其自己描述为现实主义的归类:与当前实践相比他所提出的哪怕是最细微的限制都明显带有理想主义色彩。如果各国政府批准了哪怕最少数量的提议的条款,对委员会来说也是一种成功的表示和国际法在逐渐发展中迈出的重要一步。

46. 斯里尼瓦萨·拉奥先生称赞特别报告员在该议题的错综复杂的结构中开辟新路的做法,这个复杂的制度中充满了细微差别和位置互换,不可能充分把握。更为复杂的是,它跟政策问题还紧紧相连。殖民主义时期的情况不再重要了,已经时过境迁,但是它的确改变了整个国际社会对反措施的态度。前任特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生认为反措施被滥用的可能性很大,因此更明智的办法是将其归入国家责任这一更宽泛的议题中。如果要完全覆盖它,整个其他的国际法制度都会被涉及。甚至要适用特别法。此外,可能需要规定一个关于不适当地适用之前的条款的后果的条款。是否需要次级保障措施,他表示怀疑。

47. 另一方面,认为反措施肯定是会被采取,因此必须设定条款以确保某种程度的合理性,这种看法似乎已经占了上风。他不会断然地说,反措施不适合进行法律考量。有时,国家被迫诉诸最低限度的

保护措施,但是,这些措施应当仅限于制裁,并只能在符合《联合国宪章》的前提下实施,此种行动可以是冻结银行存款,取消经济援助,或中止条约权利和义务。在侵犯人权的情况下,此种行动可能包括由人权委员会做出决议,或者由特别报告员指出了侵犯人权事实的存在。他所给出的例子显示出极力主张一种方式或另一种方式都是同现实脱节的,尽管他承认委员会的辩论使国际法院在讨论加布奇科沃—大毛罗斯项目案时提出了四项提议,这四点提议反过来则为委员会提供了进一步的指导。但是,委员会是否会继续进行实际的法典编纂,这是另一个问题。

48. 各国在第六委员会所发表的评论比委员会内部所提出的评论更为合理和实用,在委员会常常是各种观点一个比一个激烈。但是,国家的这种实用主义是需要效仿的榜样:它们可能提出各种主张但是最终它们相互妥协。因此,他对于关于反措施的俗套的提议是否有用感到怀疑。事实上,如果将反措施的议题从国家责任这一专题中一并删去,也不会有什么害处。

49. 没有人质疑反措施应当是最后采取的措施——用佩莱先生的话说,是一种“无法避免的弊端”。因此,如果反措施被看作是一般规则的例外,权利主张者不能成为其自己诉求的裁判者和执行者,草案就应当尽可能多地为国家设置合理障碍,否则国家会过分急于诉诸这种措施。因此,一读通过的条款重点放在反措施和解决争端两者的关系上。在为二读所拟的新的第 48 条中应当更加强烈地突出这个重点,解决争端不应当只是一种选择。在这一点上,他注意到第 48 条第 4 款似乎是多余的,因为它只是陈述了一个明显的事实,即在存在有效的争端解决程序的情况下,国家在采取反措施之前必须先诉诸这些程序。但是,如果保留第 48 条第 4 款,就像佩莱先生和其他委员所建议的一样,该款按照逻辑应当置于第 3 款之前,以更好地反映事情的自然顺序。同样,像特别报告员所提议的那样,第 48 条第 1 款(b)项,以及其通知的要求不应当被删掉,因为它列出了事情的逻辑顺序,也可能使责任国的注意力集中在受害国的损害中最显著的方面。至于(c)项,他赞同将“同意”一词换为“提议”的提议。在(a)项中,“有理有据的请求”应当换为“书面主张”。

50. 问题是,受害国可以寻求帮助的国际法体系是一个极其复杂的法律体系,其设立者和实践者可以

理解该体系，但是对于受这些条款所支配的 180 个或更多的国家来说很难理解。因此，国家不重视其法律顾问的意见，而是采取了自己的方式，使用它们通常用得更为方便的国内机制。简单地说，国际法的编纂过程还不是很成功：在适用和解释时，甚至对于用极其明了的方式所拟出的《联合国宪章》也存在疑问。强制法是一个密封的盒子，没有人知道其确切的内容。因此，除了权利和义务是直接通过双边或多边条约的方式协商出来的情况，如果一套国际法的发展和实施使大多数国家感到被排斥在外，这套法律的适用会非常有限。

51. 很难看出一个确立了普遍义务和强制法义务，因此确立了一种更高的法律秩序的存在结构会允许国家有无法无天、任意妄为的单方面行为。在这种框架下，国际社会似乎时有时无。但是真正的选择要么是在一个全球性的(虽然是理想化的)体系，要么是一个国际性的各行其道的体系，不可能有折中的方案。在处理反措施问题时，必须在受害国的利益、责任国的利益和国际社会的利益之间达到一种平衡。

52. 同第 47 条一样，第 48 条和第 50 条在限制国家采取反措施的自由方面也起到了有益的作用。但是，在他看来，第 47 条和第 50 条应当合并。第 47 条之二的起首句的表述似乎显示出之后列出的对义务的中止是由国家自由裁量的事情。如果这不是该条的本意，就应当使起首句措辞更强烈，避免使人产生上述印象。同样，在(a)项，应当用一个比“所载的”更强的词。在第 47 条之二(a)项和第 50 条(a)项之间似乎也有交叉：将这两项合并起来或许会更好。更好地概述适用于反措施的条件。

53. 除了特别报告员提请注意的消极方面之外，应当鼓励在可行的情况下采取报复性反措施。应当在条款草案中(而不是仅仅在评注中)更多强调这一点。

54. 特别报告员所提到的另一个问题是作为反措施的合法性或合理性的标准的反措施的可撤销性问题。正如特别报告员在其报告的第 289 段指出的那样，可撤销性是已经得到国际法院赞同的标准，委员会应当对法院的工作有所回应，正如法院回应了委员会的工作一样。对于这个问题应当进一步进行讨论，至少是在起草委员会中进行讨论。此外，他

认为，可撤销性不应当等同于中止，而应当被看作是非常重要的独立标准。

55. 他的第三个提议是，只有在涉及强制法的义务或需要填补空白时才应当启用反措施条款草案。它们永远不应当替代国家所创设的其他独立的制度，这些制度虽然有些可能不够完善，但是必须得到尊重，并允许其在国际法的整个框架内逐步发展。

56. 反措施不能侵犯人权，这一观点也应当受到重视。在诉诸反措施时，保护人权必须是个基本条件，而不是仅仅附加于第三方权利这个单独的问题上的问题。

57. 最后，关于相称性问题，国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中指出，反措施必须和所遭受的损害相称，并考虑到相关的权利。但是，特别报告员提出反措施必须“和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程序和对受害国的有害影响”(第 49 条)。他还没有时间仔细考虑这一问题，但是他的第一印象是这两种方式很不一样。这个问题毫无疑问值得进一步商议。最后，虽然可以合法地诉诸反措施来促使另一方遵守其义务，但也必须把它们同完全不同的惩罚性制裁区别开来。

58. 库苏马-阿特马贾先生说，他只是想就关于作为反措施的合法性的标准的可撤销性问题指出一点。世事变迁太快，在一些情况下，反措施可能最终证明是不可撤销的。

下午 1 时零 5 分散会。

第 2648 次会议

2000 年 7 月 28 日，星期五，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先

生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、托姆卡先生

国家责任¹(续)(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4²; A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 杜加尔德先生说, 国际律师们不喜欢反措施以及报复, 因为这些会提醒他们: 他们所从事的领域还很原始, 缺少国内法律制度中的强制执行手段。这或许能说明为何国际法教科书里往往很少提及报复或反措施。然而反措施与报复现实存在于国际社会, 或者借用斯里尼瓦萨·拉奥先生先前的说法: 它们是必然的弊端, 因此, 当代的国际法学者应致力于限制这些措施的过度使用。起草委员会似乎也同意这种观点。因此, 既应承认反措施的存在是一种令人遗憾的国际法律秩序, 又应采纳旨在限制反措施的适用的规则。特别报告员在第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)中提交的条款草案稍作修改便能达到这一目标。

2. 一读通过的第 47 条案文过于粗略, 不过他很高兴看到特别报告员已经对这一条进行了实质上的修订。就他个人而言, 他仅仅对条文的最后一句话得以保留感到遗憾, 但是起草委员会应能重写这一句, 使行文更为清晰、精练。

3. 特别报告员拒绝采用“对等反措施”这一概念, 这是正确的。在实践中反措施几乎不可能同已遭违反的义务有对应关系。例如, 1984 年南非仍然奉行种族隔离政策, 六名反种族隔离运动领导人到德班的英国领事馆寻求庇护。南非政府称英国领事

馆向政治犯提供庇护违反了《维也纳领事关系公约》。作为报复, 南非拒绝承诺将四名被指控违反英国政府武器禁运令的南非人交还给英国审判。这个例子揭示了反措施同所谓的侵害程度相称在实践中所存在的困难。

4. 他赞同斯里尼瓦萨·拉奥先生关于反措施应是“可逆的”的观点。虽然特别报告员在原则上同意这一点, 但是却不愿在第 47 条第 2 款的条文中明文提及。他个人认为, 或许在第 47 条中明确提到这一点更为明智, 因此, 这是应由起草委员会处理的一个问题。

5. 关于第 47 条之二和第 50 条, 杜加尔德先生说, 他理解特别报告员在其报告第 334 段中提出的将这两条分开的缘由。第 47 条之二涉及反措施的主体, 而第 50 条讨论的是反措施的效果。然而, 与对草案作出评论的大多数委员一样, 他也认为这两项条文的联系非常紧密, 应当并为一条。如果不合并的话, 它们也应相邻。此外, 第 50 条的标题与内容不太吻合, 辛马先生提出的“禁止采取的反措施产生的影响”这一标题似乎更为合适。起草委员会应解决这一问题, 同样, 起草委员会也应将第 47 条之二的标题中的“义务”一词删去, 以避免重复。

6. 第 50 条的问题更多。首先, 有必要将人权与第三方权利分列在两款中。反措施大多都不可避免地对某些人权(特别是社会与经济方面的人权)带来负面影响。然而, 他并不确定使用“基本”一词在该问题上会有所裨益。此外, 正如辛马先生建议的那样, 一项旨在禁止反措施危害环境的条款也应被包含在本条之内。

7. 特别报告员所拟的第 50 条(a)项的案文很难让人满意。采用一读通过的原第 50 条(b)项的案文更为可取。尽管对“极端”一词定义有些困难, “领土完整和政治独立”这一表述仍应予以保留。因为这一表述非常重要, 也经常在联合国大会决议中出现。发展中国家重视尊重领土完整与政治独立这一原则, 而且无论如何, 先前的措辞要清晰一些。众所周知, “干预”一词很难定义, 而且使用“国内管辖权”这一措辞非常不合适, 因为英语中它让人联想到过去的那个时代, 当时《联合国宪章》第二条第七项几乎完全排除了国际法的适用。这与现在的做法已完全不一样。因此再改用一读通过的案文更为可取。

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案的案文, 见《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 61 页, 第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

8. 就其他条文而言,他不反对第 49 条、第 50 条之二以及第 30 条。第 48 条第 1 款(c)项中的“同意”一词若改为“提议”,他也赞同第 48 条。这几个条文都可提交起草委员会。

9. 埃拉拉比先生说,“反措施”的概念存在很大争议。原则上讲,他个人对此很反感,因为反措施突显了富有、强大的国家与其他国家之间力量的不均衡,甚至加大了这些国家之间的差距。他作为本国代表在安全理事会供职已有两年。在这两年中,他切身体会到那些大国要想把它们意志强加给国际社会是多么的容易。然而人们必须面对现实。在当代世界中,反措施不仅被使用,还常常被滥用,在某种程度上它已为习惯国际法承认。因此,委员会需要为其制订一个严密的制度。

10. 1964 年发生的一起事件给什么是“对等的”、“相称的”以及“可逆的”反措施提供了绝佳例证。在刚果国内发生动乱的期间,刚果政府决定软禁埃及驻刚果大使。不久后当乔姆伯先生过境埃及时,埃及政府也将他软禁起来。当埃及大使被释放时,他也同时恢复了自由。

11. 关于特别报告员所拟定的条款草案,埃拉拉比先生赞同佩莱先生的观点及其给出的理由。他个人也倾向于以否定的语气重拟第 47 条,例如“……不得采取反措施,除非……”。此外,第 47 条第 1 款的行文应在“……规定的义务”处结束,因为后面的文字既不清晰又毫无意义。

12. 禁止使用武力威胁或使用武力是当代国际法的一项重要原则,这一原则应在第 47 条之二(a)项中明确提及。第 48 条第 3 款中的“合理期限内”这一提法应当删除。他赞同杜加尔德先生对第 50 条涉及的反措施的评论,并希望恢复此前采用的“领土完整和政治独立”这一表述。最后,他同意对特别报告员在其报告第 366 段提出的有关第 30 条的意见。

13. 阿多先生说,不可否认反措施机制对强国更有利。特别报告员在其报告的第 290 段中也注意到,在对是否保留有关反措施的条款(即第 47 至第 50 条)这一问题发表意见时,许多国家政府都提到反措施的不平衡性质,因为它只是有利于最强大的国家。因此,前任特别报告员里普哈根先生的评论也就不足为怪了。他认为在制定合法诉求此种行为的前提条件时,委员会应注意到,虽然各国之间事实上存

在不均衡,但不应使该种不均衡不合理地导致富裕强大的国家比起那些弱小贫穷的国家具有更有利的地位。因此,精心设计一个平衡的反措施制度非常重要,在控制对反措施的滥用问题(许多人担心这点)上,制定制度比起保持沉默更有用。正如特别报告员所说的那样,对反措施不加以任何规制只会带来灾难。鉴于当今国际法以及国际关系的现状,各国有必要保留实施反措施的权利以对抗侵犯其合法权利的不法行为。由于缺乏一个强制的司法程序、国际组织也只有有限的权力对违法国采取制裁措施,因此缺乏有效的执行手段一直是国际法为人诟病之处。然而在一个四分五裂的世界中,这种状况是不可避免的。

14. 一般国际法允许在某些情况下采用有限和相称的反措施。但是,有关反措施的判决和仲裁裁决还并不多见,并且,也鲜有学者论及这一问题。反措施虽然在国家实践中很常见,然而这些做法也不能对确定报复的时机以及对反措施的准确限制有大的帮助。倒是有人主张应优先采用和平解决争端方式而非采用反措施,然而二者间究竟有何关系则很少为人所涉及。非强制性的自救以及非暴力反措施仍将是国际法重要的特征之一,并将随着国际法和义务范围的扩展而发展。法律规则越多,被违反的可能性越大;相应的,那些认为自己受到侵害,却又找不到其他救济手段的国家采用反措施的可能性也就越大。诸如贸易禁运、冻结资产、中止条约义务以及驱逐外国人等措施验证了这一结论。航空服务协定案阐明了一种实施国际法的方法,即自救。在此案中反措施一词首次被使用,此后它逐渐取代了“报复”一词。这很可能是由于“报复”一词带有贬义,因它包括已被公认为违法的武力报复。

15. 因此,反措施是指被合法化的违法行为,其合法性来源由于对抗先前的非法行为这一事实。这是他从关于国家责任的条款草案第一部分第 30 条推出的结论。

16. 瑞里拉案常常被用来说明有关报复的法律的权威性著述。根据该案,报复的目的必须是从侵害国处获得赔偿或是恢复法制,避免再发生违犯的行为。仅仅当受害国获取赔偿或是遵守义务的“要求没有得到满足”时,采取报复才是合法的。涉及使用武力的反措施为《联合国宪章》第二条第四项所明令禁止。

17. 关于特别报告员拟定的条款草案,他表示他同

意将反措施列入第二部分之二的第二章，但是他认为案文还值得商榷。他建议删除第 47 条第 2 款。删去它毫无影响；相反，若保留这一款，则可能会导致混淆及解释的困难。由于该条内在的局限性，它也可能对反措施限制过度。

18. 既然任何情况下都不能违反强制法规则，还有必要保留第 47 条之二(e)项吗？但是委员会或许会出于谨慎保留该项。至于涉及第三方解决争议的(c)项，他认为，当有关国家有义务承诺通过和平方式解决争议时，作为一项一般规则，必须给予责任国充分的机会进行补救。因此，不应在受害国提出要求之后立即决定采取反措施。相应地，如果争议双方正式承诺将通过和平方式解决争议，任何一国随后采用的反措施就应当被视为不法行为。但是，某些情况下争端解决程序可能是不充分的。此时，受害国可能依习惯国际法合法地采取反措施。这一过程完全有可能发生，因为从适用范围来看，反措施的原则独立存在于条约法所建立的争端解决机制之外。

19. 特别报告员的分析表明符合下列条件的反措施是合法的：(a) 发生了违反国际义务的行为；(b) 受害国的要求未能得到满足；(c) 受害国采取的反措施符合相称原则。

20. 第 48 条原则上规定，受害国先要提出要求，而责任国对这一要求不予满足，才可采取反措施。虽然还没有严格的规则规定要求应包含哪些内容，但该要求必须绝对明确，使责任国就该要求或其所涉含义的严重性没有任何疑问。同第 1 款(b)项的表述恰恰相反，受害国并没有义务声明其拟采取的反措施的性质。关于第 1 款(c)项，最好采用受害国应“建议谈判”的行文，因为责任国才有权决定接受这一提议；或是拒绝受害国的要求，从而导致自己面临反措施。

21. 至于规定了受害国的争端解决义务的第 4 款，他认为诚意概念意味着，有义务将争端付诸仲裁和寻求司法裁决的国家，不得食言采取非法行为。一旦仲裁或司法程序开始之后，就不得再自行采取反措施，因为在此情况下，反措施会阻碍司法程序的进行。这或许是特别报告员起草第 4 款的原因。但这样并不能解决所有问题。例如，西非经共体或是非统组织都规定了和平的争议解决程序。参加了这些组织机构的国家在采取反措施前必须要用尽这些程序。这段时间内，它们采取反措施的权利仅仅是

暂时中止，如果这一制度框架无法达到预期效果，它们可再度获得采取反措施的权利。例如，在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院发布临时措施令，要求伊朗伊斯兰共和国政府停止扣留人质及其他的非法行为。但在此后的诉讼进程中，伊朗伊斯兰共和国一直无视该项命令。很明显，在这种情况下法庭无法提供充分的补救。正因为如此，当法庭已无力阻止被诉的不法行为继续造成损害时，就有必要保留在诉讼过程中采取反措施的权利，这种情况不是不可能的。

22. 他完全赞同第 49 条包含的原则及其规定的表述方式。然而，判断“相称”与否的标准可能会很难确定。他也赞同第 50 条(a)项。就第 50 条(b)项而言，他认为诸如监禁或是酷刑折磨侵害国公民这样的反措施应定性为不法行为，因为这些行为与业已确定的人权标准相抵触。在判断反措施的合法性时，是否有必要区分它侵害的人权类型？采取反措施的国家不得损害责任国国民的人身安全已是共识。但是，如果一国国民的人身自由受到另一国的限制，该国对另一国的国民采用相同的限制措施是否合法呢？特别报告员有这个问题的答案吗？

23. 而且，第 50 条(b)项指的是第三方的权利。国家间日益增长的经济和政治的相互依存关系意味着针对一国采取的反措施可能会对无辜的第三方造成非故意的影响。对第三方或其财产的损害是否影响反措施的合法性？委员会是否应该拟订相关的规则以解决这一问题？受损害的第三方本身是否有权求助于反措施？而且如果有权这样做，这些反措施又是针对谁采取的？是原本的受害国还是原本的侵害国？这些非常棘手的进退两难的问题可能都需要委员会予以仔细考虑。

24. 最后，他同意草案第 47 条至第 50 条之二中体现的原则。他认为这些条款应送交起草委员会。

25. 戈科先生说，他还不确定第 50 条(b)项中的“基本人权”一词究竟有何含义。两项(人权)公约，《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》保障了公民、政治、经济、社会以及文化方面的权利。若反措施是合法的话，其中哪项权利可以不受侵害呢？

26. 阿多先生说，这正是他刚才提到过的问题。虽然将酷刑作为反措施显然是非法的，然而应当允许

受害国对责任国国民的人身自由进行限制。他举例说，1983年尼日利亚驱逐加纳公民就是对1969年加纳驱逐尼日利亚公民一举采取的反措施。

27. 卡姆托先生说，很难将尼日利亚驱逐加纳公民的行为看作是反措施，因为这距前一个行为已相隔10多年之久。

28. 克劳福德先生(特别报告员)说，多边条约中有关人权的规则与反措施的规则必须互相配合。阿多先生所作的区分很恰当，但是确有必要保护人权免受反措施的影响。他个人建议，对于是否有部分基本人权在某种情况下可受到反措施的限制，而有的人权则是不可减损的这一问题的，委员会应避免表明看法。

29. 蒙塔兹先生认为，总体上来说，特别报告员成功地平衡了受害国及实施不法行为国双方的利益。从报告中可以清楚地看到，虽然反措施在满足一定前提条件下，根据国际法可能被认为是合法的，它们也只能被作为最后诉诸的手段。这些新条文旨在防止对反措施的滥用，通过引入实质上及程序上的限制条件，来限制受害国采取反措施的自由。

30. 对反措施的实质限制条件的列举始于第47条，它明确规定了反措施的目的。该条第1款不会带来任何难题，因为它规定反措施的目的是使应对国际不法行为承担责任的国家遵守其义务。这即是说，反措施不应当具有惩罚性。但是，假如某一违反国际法的行为也构成了犯罪，就可能存在问题。委员会在工作后一阶段还会再讨论这个问题。

31. 第47条之二逐项列举了禁止受害国采取反措施的情况。条文中这一非穷尽式的清单可以缩短一些，里面有几款内容有重叠。(a)项和(e)项涉及同一主题；使用“一般国际法强制性规范”这一表述就已足够。(a)项中涉及的不进行武力威胁或使用武力的义务在《联合国宪章》中已有规定，因此这无疑已是国际法的一项强制性规范。(b)项中提到的外交豁免也显然具有强制性，不可受到侵害。国际法院在此问题上的态度一直很明确。

32. 或许应当明确，(d)项中提到的人道主义性质的义务既包括国际人道主义法中的规定，又包括人权法的相关规定。在这两种情况下，禁止对受此种条约保护的人采取任何方式的报复。显然，(d)项基于

1969年《维也纳公约》第六十条第五项。该款禁止停止施行“关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”。无疑这条是对既定的国际惯例的表达。值得注意的是，1970年，在1969年《维也纳公约》尚未生效之时，国际法院在对纳米比亚案可能带来的法律后果发表咨询意见时就引用了这条。

33. 他注意到第47条之二与第50条有逻辑上的联系，即两项条文都是规定禁止的反措施。他非常遗憾第50条(b)项删去对不法行为责任国的政治独立有害的反措施。特别报告员在其报告第352段中论证了删除的必要性，他认为反措施不可能危及一国的政治独立。然而若受害国是责任国主要的贸易伙伴，如果受害国拒绝购买责任国的出口产品(责任国又是单一经济国家)，就可能出现这一问题。随后而造成的损失很有可能会危及责任国的政治独立。

34. 第50条(b)项提到了“基本人权”，这也可能带来某种问题。“基本权利”究竟意味着什么？或许是指那些永不得克减的人权，但是有时又并非如此。例如，《经济、社会、文化权利国际公约》第11条规定人人享有免于饥饿的“基本”权利。因此可以认为，根据第50条(b)项，给实施不法行为的国家的平民带来饥荒的反措施应当被禁止，因为它侵害了一项基本人权。

35. 在这一点上也应注意到，1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》第23条要求各缔约国对于纯为另一缔约国平民使用之医疗与医院供应品，均应许其自由通过，即使该另一缔约国为其敌国。毫无疑问，这一条也表达了一项既定的国际法规则。因此，目的在于限制战时，更不用说和平时期，运送此类物资的反措施应当被禁止。

36. 还是关于第50条，他对报告中关于第347段最后一个脚注中所举的示例感到十分不解。交战国军舰有权在公海上检查挂中立国国旗的商船，以确定它们是否向敌方领土内偷运战时禁运品，这与所讨论的专题毫无关联。此外，法文本中使用“*droit de poursuite*”一词不妥，因为它在海洋法中有特定含义。如果要保留这个脚注的话，也至少要修改措辞。

37. 至于对反措施在程序上的限制，他认为辛马先生提出的问题很恰当，即是否应当将争端解决问题

条款纳入草案中。不过，在采取反措施时，有关国家间会就反措施针对国的行为的性质产生争议。仅当反措施系对不法行为的回应之时，采取反措施才可能有正当理由。因此此类争议可能还是取决于争议的行为是否合法。例如，1969 年，伊拉克废除了与伊朗签订的边界条约，而该条约自 1937 年以来就一直对伊拉克具有约束力。用卡姆托先生的话来说，伊拉克以自己成为“指称的责任国”而感到自豪。因此其行为并不能归入合法的反措施范畴，而应归到反报或是报复一类。

38. 正因为这样，在案文中规定有第三方参加的争议解决程序更为明智。在许多实例中，一国采取了反措施，而作为反措施目标的国家则坚决否认其先前行为的不法性。合法性争议出现后，而国际法又没有给出明确的指导，或是相关国际法规则又有大的变动之时，他奇怪怎会有人认为强制性争端解决程序不必要。他对条款草案第 50 条之二表示欢迎，因为它可以体现了对这个关键性问题的关注。

39. 最后，他提请注意报告的第 364 段，该段举出交换战俘协议作为例证。这一表述并不正确，也不符合国际人道主义法。根据 1949 年 8 月 12 日《关于战俘待遇之日内瓦公约》第 118 条，交战国并无义务交换战俘，而是应当在实际战事停止后，毫不迟延地、无条件释放战俘。这也就是说，签订了交换战俘协议的国家即违反了公约的规定。而公约的这一规定显然是对既定的国际习惯的表达。明智的做法是不要引用此类例子。

40. 庞布—奇文达先生说，各国对委员会一读通过的条款草案反应不一，可见反措施问题具有很强的政治敏感性。需要精心制定旨在包含和限制反措施的后果的法律规则，因为就定义而言，反措施属于单方面做出但其后果会引起广泛关注的决定，有必要给以一定的规制。在这方面，第三次报告第 367 段所载的第 47 至第 50 条是勇敢的举动，应当予以保留，至少应作为委员会的一份工作文件。

41. 第三章 D 节提出三点一般性评论。首先，它至少可能引起两种反应。第一种是倾向于戏剧化地表现反措施这一思想，将其视为脱离的方法，即成为因国际社会制度化程度很高而赋予的自己施行法律的一种安排。持这一倾向的国家主张将反措施规则规范化、成文化。与之形成对照的是一种漠视反措施的态度，或者对反措施不予重视的倾向，理由

是一国决定是否采取反措施完全取决于其对自身利益的衡量。正如航空服务协定案中仲裁员勒特尔先生所说的那样，反措施在某种程度上是自私的。从这一立场出发，也有必要编纂反措施规则，因为它能有助于限制弱肉强食规则对国际关系产生的影响。无论存在哪种反应，委员会都应继续履行其职责。

42. 为了达到这一目标，委员会必须清楚自己在讨论什么。在这方面，有关反措施的概念，第三章 D 节比起委员会一读通过的案文有所后退。一读的草案案文中规定反措施的合法性由其目标决定，但并未充分说明反措施的实质内容，这一做法有利有弊。D 节则完全没有涉及这个问题，这也正是经特别报告员重拟后的第 47 条存在的概念性缺陷之一。D 节也没有解决反措施的地位问题，特别在存在多个责任国情况下的地位问题，因为即使是一个非常强大的国家，在同时面对多个敌方时，也会感到束手无策，永远也不可能战胜所有对手。这意味着反措施的效力具有相对性。将反措施分成两类可能会损害正在精心制订的制度的统一性。这两类反措施是指：受害国可自行采取的、作为临时保护措施的反措施；以及依据公平的第三方指示采取的反措施。D 节并没有明确界定其中任一类反措施制度，尽管只需要体系内建立一个合适的争端解决机制，这些问题就能得到澄清。

43. 最后，报告给人的印象是反措施的正常结构应建立在两个基本的支柱上，这两个支柱应当保证制度能合理运行。第一个支柱是指“相称性”的要求，其实质已发展成了一项无需证明的规则或一般法律原则。在条款草案案文中作出更明确恰当的表述，会有助于消除反措施动机的模糊性，从而便于确定采取反措施方是否符合诚意标准。在草案案文中没有提到第二个支柱，它是指亟需建立的争端解决机制，特别报告员和起草委员会应就此提出建议。这一机制应当足够灵活，以赋予反措施在当代国际法中更合理的依据或合法性，从而消除反措施的双重性可能带来的不确定性。双重性是指反措施既可以作为临时保护措施，也可能依据公平的第三方指示采取。由于指称的受害国可以对所谓的责任国采取反措施，这将会有助于提供一个可以缩小责任假定范围的合理方法。届时可能存在责任的竞合，因为没有人能确定哪一方为责任方，哪一方是受害方。第三章 D 节也没有提出任何解决这一问题

的方法。相应地，反措施的效果或有效性及相关条款草案的可靠性在某种程度上都值得怀疑。

44. 他还提出，条款草案在提交委员会之前，还需要作许多修改。首先，第 47 条的标题“反措施的目的与内容”应改为“反措施的目标与目的”，因为重要的是决定采取反措施的国家欲达到的目的。他认为很明显有必要对反措施进行定义，虽然它仅仅是国际责任体系中的新生事物。基于一读通过的第 47 条第 1 款的行文，他提出如下的案文：

“为本草案文件之目的，‘反措施’是指受害国在其认为合理的限度内单方面采取的任何措施，目的是促使责任国遵守其按照该条款所承担的义务，只要责任国此前未遵守这些义务，并且未对受害国的此种要求作出回应”。

他在这个句子的最后特意避免使用“必要”这个概念，因为它太具主观性，很容易带来争论。第 2 款应被改为：

“在不违反第 48 条至第 50 条所规定的条件及限制的前提下，受害国可对责任国采取暂不履行其一项或多项国际义务的反措施。”

应当再使用一读通过的案文的第 3 款，仅需把原案文中的“施行国际不法行为的国家”改为“责任国”即可。

45. 第 47 条之二的存在，完全是因为一读通过的第 50 条被无缘无故地分拆为两条。正像蒙塔兹先生和佩莱先生建议的那样，委员会应考虑将特别报告员提议的第 47 条之二和一读通过的第 50 条合并为一条更加精练的条文。然而，“不受反措施约束的义务”这一标题，比起一读时委员会采用的“禁止采取的反措施”更为可取。后一标题自相矛盾，因为反措施一旦获准可以采用，就不可能再被禁止。

46. 特别报告员提出的第 48 条案文的结构不过是舞文弄墨的产物。如果不从实用性出发，而是刻板地或模式化地去执行的话，就会抹煞一个事实，即反措施必须具有实用性，至少在一定程度上植根于国际法律体系中，它的存在不仅对国家有益，也对国际法和国际社会有益。这正是他主张第 48 条应由三款组成的原因。第 1 款应规定，行使采取反措施的权利应受到已经开始的争端解决程序的限制，该争端解决程序亦应在条款草案中予以规定。因此，

委员会不妨利用一读通过的第 48 条第 2 款的措辞，第 1 款的条文应为：

“受害国在采取反措施以前，应该履行本草案文件下其他有效的争端解决机制或受害国与责任国间商定的有关争端解决的义务。”

随后的第 2 款应规定临时保护措施。该临时措施应结合第 1 款的规定适用，而不能将其排除在外。随后的第 3 款应按照佩莱先生的建议把这些因素按次序排列起来，其案文应为

“受害国在采取反措施以前，应该遵循如下程序：

“(a) 请求停止不法行为或是给予损害赔偿；

“(b) 提议进行谈判；

“(c) 通知拟采取的反措施。”

47. 最后，正像特别报告员在第三章 D 节中所建议的那样，第 49 条及第 50 条应专门规定反措施的相称性以及反措施的中止。

同其他机构的合作

[议程项目 9]

美洲司法委员会观察员的发言

48. 主席欢迎美洲司法委员会观察员波拉德先生的到来，并请他向委员会发言。

49. 波拉德先生(美洲司法委员会观察员)说，该委员会由 11 名法学家组成。他们都是美洲国家组织成员国的国民，委员由该组织大会选举，任期四年，可连选连任。委员以个人身份任职。

50. 委员会的主要目的是为美洲国家组织提供国际法律事务咨询意见，促进国际法的逐渐发展编纂，以及研究在美洲发展中国家一体化过程中存在的法律问题，以及统一各国法律体系的可能性。在近几届常会上，委员会主要致力于讨论以下五个主要专题：获取信息权，包括对个人信息的获取(及对此权利的限制)；改善美洲司法行政；《联合国海洋法公约》在美洲国家的适用；编写关于人权及生物医学或人身保护问题的报告；以及美洲半球司法方面的安全问题。

51. 应美洲国家组织大会的要求，委员会试图确定国家立法对获取信息以及个人信息提供的现有保护程度，以确定是否有在《个人数据自动化处理中保护个人公约》的基础上制定一项美洲公约的初步草案的必要性。委员会认为，电子邮件以及计算机电子传输系统，无论其属于政府还是私人实体，都应给予充分的法律保护。然而，鉴于只有六个成员国对提供信息的请求作出了答复，委员会决定继续审议这一专题，以决定如何更好地开展这项工作，特别是是否需要逐步制订基本原则、指导方针、示范法或是国际文书草案以指导该领域的活动。

52. “改善美洲的司法行政”这一议题自 1995 年以来就列入了委员会的议程。该议题已以初步报告的形式提交美洲国家组织常设理事会。该报告对保障司法独立以及对履行职责中的法律工作者保护的原则、程序以及制度进行了深入研究。对于美洲国家司法部长以及总检察长会议所产生的倡议，委员会给予了极大的支持。委员会特别感谢部长们关于建立美洲司法研究中心的决定，以及在向社会中的弱势群体提供更多的司法救济和加强美洲国家组织成员国之间的司法合作以应对跨国犯罪以及网络犯罪方面所作的承诺。

53. 2000 年 3 月，委员会通过了对《联合国海洋法公约》成员国所承担的权利和义务的评估报告，并且同意将其分发给成员国国内负责执行公约及与海洋法有关的部门。对意欲批准该公约的国家而言，这份报告也是非常有用的指南，因为它总结了发展中国家在执行公约时遇到的复杂情况及困难。委员会也决定继续进行此项审查工作，审查将基于成员国以及美洲国家组织常设理事会下属的和法律政治事务委员会对报告的评论来进行。

54. 根据一位委员的提议，委员会现已开始就关于人权及生物学或人身保护问题的报告的编写工作进行讨论。所明确的问题包括受孕后胚胎的生存权以及人工受孕中多余胚胎的问题。委员会一致同意，最终目标必须是保护胚胎，消除“代孕”以及在男方死后进行人工受孕的这类做法。然而，委员会也考虑到就此问题制定示范法或是公约草案的时机还不成熟。委员会决定向泛美卫生组织通报这一立场，并要求其提供有关科学、医学及技术方面应考量因素的信息和意见，以及其他有关的信息。

55. 2000 年 3 月 20 日至 31 日期间，委员会在华盛

顿举行了第五十六次常务会议。在同美洲国家组织成员国外交部法律顾问会面时，各方就美洲的新安全概念交换了意见。墨西哥、秘鲁和智利代表以及委员们提交了书面材料。一名委员代表加拿大提出了一份题为《人的安全保障：不断变化世界中的人类安全》的文件。加拿大提出的论点是国家安全与个人安全相辅相成。没有个人的安全，就没有世界的安全。其他文件从更广泛的全球责任的角度提出了美洲今后的安全问题。这些问题都将成为委员会下次常务会议进一步讨论的议题。

56. 委员会同美洲国家组织成员国外交部法律顾问的联合会议过去是每年召开一次，今后将改为三年召开一次。1998 年 8 月，在 1999 年海牙和平会议百年纪念共同主办方的联席会议上，审议了主办方提出的初步报告。主办方承诺，在最后审定的报告中，一定会考虑联席会议中各方表达的观点和作出的结论。

57. 从 1974 年起，委员会每年都为美洲国家组织成员国的官员开设国际法课程。许多著名的专家都参与了这一活动。1999 年 8 月，国际法委员会的两名委员，巴埃纳·苏亚雷斯先生和坎迪奥蒂先生，也讲授了部分课程。

58. 最后，他感谢委员会各位委员在维护及加强委员会与美洲司法委员会的合作方面作出的努力，并保证说美洲司法委员会十分重视当前的合作关系。

59. 奥佩蒂·巴丹先生说，美洲司法委员会观察员的出席象征着对区域性以及全球性法典编纂进行协调的必要性。必须认识到二者间存在互补关系。

60. 西半球的安全呈现出地区安全的新模式，在这个背景下显得非常重要。这些新模式应当符合《联合国宪章》。在某些近期被采用的措施中，人们不禁关注到宪章中提供的解决机制没有被适用。在最近召开的美洲国家组织大会上，人的安全保障问题成为深入讨论的主题，这也是个非常重要的问题。最后，美洲地区正在努力实现经济与社会的一体化，司法委员会在此领域内的工作必将受到欢迎。

61. 不干涉原则时常限制国际组织促进民主保护的活动的活动。然而，几周之前美洲国家组织采取措施，帮助秘鲁政府重新开始民主对话，改善不同权力机构间的关系，以及重建秘鲁宪法法院和司法体制。这

清楚地表明美洲国家组织并没有无视问题的存在，事实上，恰恰相反，它没有采用惩罚性的手段，而是强调合作。

62. 他感谢美洲司法委员会观察员的讲话，并希望美洲司法委员会继续开展区域法典编纂工作，以弥补国际法典编纂方面考虑不足的现状。

63. 蒙塔兹先生说，拉丁美洲国家在逐渐发展海洋法方面发挥了重要作用，他希望美洲司法委员会观察员能就拉美成员国在施行《联合国海洋法公约》规定时遇到的困难提供更多的信息。他认为公约的规定十分错综复杂。

64. 戈科先生询问在贯彻《美洲国家反腐败公约》方面都采取了哪些步骤。在他所在的亚洲地区，腐败问题极受关注。事实上，这一现象已不再具有地方性，而是遍布所有国家。因此他想知道美洲国家组织都采取了哪些措施来同腐败进行斗争。

65. 托姆卡先生询问美洲司法委员会观察员，该委员会未来的行动计划以及成员国与委员会间是否就国际法委员会的工作有信息交流。他确信有些美洲国家组织成员国就其工作直接向国际法委员会递交了书面意见。

66. 波拉德先生(美洲司法委员会观察员)说，困难主要产生于《联合国海洋法公约》，例如相邻国家间领海、毗连区以及大陆架的划界问题。但是真正的问题在于外交部法律服务处缺少能制定任务计划表以及执行任务的工作人员，因此还有大量的工作要做。

67. 至于腐败问题，司法委员会花费大量的时间起草法律草案，以使戈科先生提到的《美洲国家反腐败公约》得以实施。目前，成员国应在委员会工作成果的基础上采取必要的措施。

68. 关于托姆卡先生提出美洲司法委员会是否关注国际法委员会工作的问题。的确，美洲司法委员会主要关注所隶属的机构，即美洲国家组织大会和常设理事会提交的问题。不过，这并不妨碍它关注国际法委员会的工作，也不会影响到它与国际法委员会委员进行接触的极大兴趣。

中午 12 时 50 分散会。

第 2649 次会议

2000 年 8 月 1 日，星期二，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹(续)(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4;² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 托姆卡先生说，反措施已经获国际法承认是法律制度，这也反映在国际法院最近在加布奇科沃一大毛罗斯项目案的判决中，该判决将反措施视为一种可排除某种可能定性为不法行为的不法性的情形。因此，应当在第一部分第五章第 30 条中将合法的反措施列为排除不法性的情形之一。特别报告员在其第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)第 362 段中提出新拟的第 30 条为未来的工作提供了有用的基础，他完全同意将其提交起草委员会。

2. 因此，他也赞成将第 47 条归入规定合法的反措施的第 50 条之二，同时他很欣赏特别报告员并没有坚持让大家接受他所拟出的第 30 条之二，该条中不

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案的案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》第二卷(第一部分)。

履行的例外(不守约者不得要求践约的抗辩)原本将被涵盖在排除不法性的情形之中。几位委员对于国家不合法地诉诸反措施的问题表示关注,最好的处理方式是对其合法性规定明确的条件,以此来限制国家滥用的可能性。这是在草案中明确规定反措施的采取应当遵循的条件的另外一个原因,已经有一些主要的国家在条款草案一读通过之后的书面评论³中不主张这样做,这些国家均主张将这个问题搁置在草案外。

3. 第 47 条正确地指出,反措施的目的是促使实施了国际不法行为的国家遵守产生于其责任下的义务,例如,停止的义务、赔偿的义务,或者两者都有,而且排除了惩罚性反措施。尽管如此,第 47 条还是带来一些问题。首先,从第 1 款所用的“可”一词来看,不清楚受害国是否有采取反措施的主观权利,同时所谓不法行为国方面是否有容忍该行为的关联义务?还是该款只规定了受害国采取这种措施的可能性。在其报告的第 322 段,特别报告员明确指出:“第 47 条最好是订为一种说明式的条文,其中应叙明受害国有权为了相关条文内所订的目的,按照相关条文内所订的条件针对应负责任的国家采取反措施。”但是,这一权利并没有规定在条文本身。因此,尽管在报告的第 294 段,特别报告员并没有完全支持委员会一读通过第 47 条时采取的方式,但他实际上还是多少采取了同样的方式。“合法”一词没有出现在第二部分之二第二章,而是出现在第 30 条,而且反措施的不法性不是由第 47 条及以下各条来排除,而是由第 30 条来排除。

4. 这个问题乍一看似乎纯粹是理论性的,但是,有些政府也许不愿意承认国家采取反措施的“权利”。例如,阿根廷提出,反措施应当被视为一种仅仅为国际法所容忍的行为,而丹麦则代表北欧国家倾向于首先说诉诸反措施是不合法的,除非满足某些条件。⁴

5. 在其对第 30 条的评注的第(1)段,⁵委员会将反措施限制为“一种国际法上允许的*针对一个国际

犯罪行为的措施”,并在第(4)段中指出:“只有在特定的情况下,国际法才准予*受国际不法行为侵害的国家针对责任国采取侵犯其国际主观权利措施的可能性。”在第 30 条的评注中,委员会提到反措施时并未使用“有权”一词。一读通过的第二部分第三章(反措施)的一般性评注中也没有使用“有权”一词。⁶相反,第(2)段指出。“有足够的证据证明,反措施的实践作为一种回应不法行为的手段是被习惯国际法允许的*。”因此,“有权”采取反措施的概念只是出现在第 47 条评注的第(1)段,该段指出,“反措施的基本概念是受害国可有权不遵守其对不法行为国的一项或几项义务。”但是,如果在某些情况下,在行使主观权利时可以采取反措施,就不需要将反措施归入第一部分的排除不法性的情形之中,因为,顾名思义,权利的行使不可能同时是非法的。

6. 因此,他赞同特别报告员所拟的第 47 条第 1 款的表述,前提是在评注中注明第 1 款允许的是采取反措施的可能性(faculté),而不是有权采取反措施。

7. 至于中止义务与反措施的关系问题,前者规定在第 47 条第 2 款,该款规定“反措施限于暂不履行……一项或多项国际义务”,并且在第 47 条之二的起首部分提到不受反措施影响的义务。在这方面,他完全同意报告的第 325 段中表述的观点,但是对第 324 段以及将一个之前委员会已经有意避免使用的概念引入条文的做法是否明智感到很怀疑。在第 324 段,特别报告员提到了国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中的裁决,但是,这个例子中的情形很不一样。法院已经认可了一方的论点,即一方停止履行条约所规定的工作的决定无异于暂停条约的适用,但是,法院认为要确定一个公约是否被适当地中止,这必须根据条约法来进行。因此,在起草第 47 条和第 47 条之二时必须小心谨慎,不要提及暂不履行。在第 2 款指出反措施仅限于对国家的一项或多项国际义务的不履行,就足以避免使人误认为国家责任法为暂不履行义务规定了另一种理由。

8. 将第 47 条之二与第 50 条区别开来到底是基于什么标准并不清楚,他也赞同那些主张像一读通过的条文一样将这二者合并在一起的观点。虽然第 47 条之二的列举基本是可以接受的,但是他想知道在

³ 《1998 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/488 和 Add.1-3 号文件,《1999 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/492 号文件。

⁴ 同上。

⁵ 见第 2647 次会议,脚注 3。

⁶ 见上文脚注 1。

实践中如何通过反措施来暂不履行有关第三方争端解决((c)项)的义务。如果存在强制性管辖,国家行使使其使第三方介入的权利,另一方不出庭本身不会使程序停止。事实上,应当明确地规定条约明确禁止采取反措施的情形,特别报告员在其报告的第343段谈及了这个问题,但是他的结论是可以利用特别法条款(一读通过的第37条)实现此项目的;且在这点上只须指出对第50条的评注内所述的可能情况就足够了。但是,在处理关于紧急状况的问题时,委员会一读就通过了第33条的案文,规定如果条约明确排除此种可能性,则不能援引必要状态。

9. 最后,他支持特别报告员所拟的第49条的表述,但是顺带指出,“相称”一词不仅由国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中使用过,委员会在将近20年前在对第30条的评注中也使用过。

10. 卡巴齐先生说,反措施的支持者辩称,在一个缺乏能够在国家之间分配和实施正义的中央法律权威的世界里,必须允许或使国家有权在其国际权利受到侵害时保护和捍卫自己的利益。他们进一步辩称,这种做法无论如何是得到现存的有法律效力的国际惯例的授权的。他们还认为,国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中也支持这种做法,还有,根据世界的这种状况,精心制订一个平衡的反措施制度可能比保持沉默在防止滥用方面更起作用。此外,他们还进一步主张,在草案中对反措施规定严格的限制和禁止性规定,这样保证声称受害的国家只有在没有其他的选择时才对所谓的不法行为国采取反措施,并且防止对第三国产生连带的损害和对基本人权产生侵害。

11. 因此,草案要规定,首先,反措施只能针对确实非法的行为采取;第二,反措施的目的在于促使责任国遵守其停止和赔偿的义务,而不进行惩罚性制裁;第三,反措施只能是在其他方式都不奏效,或者在促使不法行为国遵守其国际义务方面明显无效时作为最后采取的手段来使用;第四,反措施只能在实现其目标所必要的范围内来使用;第五,根据法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中的裁决,反措施必须是可逆性的;最后,在采取反措施之前和采取反措施的过程中所谓的受害国和所谓的不法行为国应当进行对话。

12. 乍一看,所有这些论点都给了其所提议的反措

施制度一副人性化的面孔。但是,事实上,即使令之更人性化,该制度也没有什么用。虽然从理论上讲,反措施是所有国家都可使用的工具,但是在实践中,该制度不平衡的本质更有利于强大的国家,受损害的则是弱小的国家。强国坚决支持反措施,而占国家的绝大多数的弱国则更多表示反对,这绝不是什么偶然的巧合。采取中间立场的国家也是像预想中的那样态度暧昧,因为他们害怕成为强国所采取的反措施的受害者,但是又希望通过反措施制裁比自己弱的国家。

13. 此外,对于是不法行为还是非法行为,以及其程度和严重性的确定都交由采取反措施的国家单方面裁量。同样,比例的问题,特别是关于确定受害者所受损害的严重程度的问题,也交由采取反措施的国家来确定。此外,正如特别报告员所承认的,反措施的效果可能是不可逆的。另外,尽管条款草案试图禁止采取对第三方有消极影响或侵犯基本人权的反措施,对第三方的严重损害和对人权的侵害常常是不可避免的,即使它们不是直接的针对目标。对此,特别报告员也不持异议。

14. 辛马先生将反措施比作一条难以捕捉的龙,这很形象,但是没有指出应当采取任何措施来驯服它。也许是因为龙本身就是不可能被驯服的。无论如何,如果在荒野里碰到不那么神秘的动物,如狮子和豹子,而不将其放入人群,就明显安全一些。因此,他无法支持目前拟出的这套条款草案,因为它们只能加剧国家间的不平衡,而其中大多数国家现已成为不发达、不利的贸易条件、技术落后和严重债务负担的受害者。

15. 至于现在特别报告员在第三次报告中提出的条款是否比一读通过的条款有所进步的问题,他同意那些认为目前的条文是在朝错误的方向迈出了一步的观点,卡姆托先生已经就此进行了有力的论辩。一读通过的条款与在采取反措施之前适用的争端解决机制相联系,这些机制除了为反措施的滥用提供了预防措施外,还设定了条款草案最终可能会采用有约束力的国际文书的方式出台的这种可能。而现在的条文没有这种设定。第50条(b)项禁止通过反措施诉诸极端的经济或政治强制措施来危害实施了国际不法行为的国家的领土或政治独立,而该项要从交由二读通过的草案中删掉。实际上,现在没有剩下什么防止可能出现的错误的预防措施。如果必

须在所拟的供一读和二读通过的草案中进行选择，他会倾向于前者，因为它至少将反措施与之前的争端解决程序联系起来，从而为弱国提供了一些慰藉。第 48 条第 1 款所规定的关于诉诸反措施的程序性限制几乎完全被该条第 2 款架空了。

16. 总之，虽然他也跟委员会的一些委员一样，反对将合法的反措施列入条款草案，特别是由于卡特卡先生所给出的原因，他还是要承认和赞赏特别报告员的水平，他很有能力地处理了极度棘手和复杂的国家责任这个专题中最错综复杂的一部分。

17. 巴哈纳先生说，基于他对各国政府所提出的评论的理解和委员会中普遍的支持意见，特别报告员提出了一套关于反措施的条款草案，这套草案同草案第三部分所设想的争端解决程序没有特别联系。在其报告的第 289 段，特别报告员提到了加布奇科沃-大毛罗斯项目案的判决，这似乎激发他对反措施的条文进行了修改。在总结其对法院判决的结论时，特别报告员指出法院已经接受了反措施的概念，并且也支持相称性的要求，虽然还采用了比第 49 条的表述的含义更严格的方式。结果是拟订出一套有较大改进的关于反措施的条款草案，这套草案可能会获得比一读通过的条文更多的支持。特别报告员在这一问题上所作的突破性的工作应当得到肯定。

18. 由于新拟的第 47 条规定了受害国采取反措施的权利，并规定了如果责任国不遵守要求或通知，则反措施是合法的，这比一读通过的案文要好，后者只是仅仅定义了这些措施。“可……采取反措施”的表述更合适，因为它们允许受害国为维护其权利而采取行动。另一方面，可以找到一个比第 1 款的“对此项要求的反应(in response to the call)”的更适当的表述。同样，用比一读通过的第 47 条的“要求(to the demands)”更温和一点的表达会更好。“对受害国通知其如此行事的反应(its response to the notification of the injured State that it do so)”可能更恰当。此外，在新拟的第 2 款的“限于”的表述更好，因为这种措辞表现出了反措施的基本范围，这一点在报告的第 323 段有所论及。第 47 条之二对一读通过的第 50 条所列的 5 类行为的表述更为恰当，但是应当把(a)项到(e)项用 1 至 5 编号。

19. 新拟的第 48 条的内容比一读通过的案文有很大提高，因为它们没有提及第三部分，第 1 款(a)、

(b)、(c)项里列举了受害国以逻辑顺序采取的渐进的步骤。这种文明的程序性实践值得赞许。但是，第 1 款(a)项应当表述为“通知责任国，要求其履行义务”，因为，在他看来，“合理要求”的表述是多余的。任何通知都必须指出其做出的原因。在第 1 款(b)项使用“通知”一词是正确的。第 1 款(a)项至(c)项所列的程序应当保留，第 1 款(b)项不应删去，因为在采取任何反措施之前，必须采取该项所规定的步骤。第 1 款(c)项，“提议”比“同意”一词更适当。

20. 特别报告员似乎认为，作为对责任国实施的不法行为的第一反应，采取临时措施是正当的但是他个人并不赞同第 2 款，因为，在缺乏一个关于“临时措施”的法律框架的情况下，临时措施在事实上和实践中包含了反措施的所有元素，同时又没有防止滥用的措施。因此，知道其必定要遵从第 1 款所规定的逐步程序的受害国更有可能根据第 2 款诉诸反措施，这样使第 1 款项下的程序变得毫无意义，缺乏实质内容。

21. 虽然可以删掉第 2 款关于临时措施的规定，但他也不同意特别报告院所提议的将第 3 款和第 4 款删除的看法，因为它们同第 1 款是相联系的。“在合理期限内”一语应当给受害国提供一个防止进行过分拖延而又毫无成效的谈判的安全措施。

22. 新拟的关于相称性的第 49 条比现有的条文更简单，更清晰，就像其在关于国际法院加布奇科沃-大毛罗斯项目案的判决中一样，正确地包含了对采取反措施的权利的限制。新拟的第 50 条也同样是个很大的进步，因为(a)项比一读通过的条文中的(b)项措辞更明晰，在目前的(d)项中的内容可以在新拟的条文的(b)项中找到。他倾向于基于报告的第 352 至 354 段所列的原因接受新拟的第 50 条(a)项的表述，他也赞同特别报告员的观点，认为无需加上“或国家的政治独立”一语，因为这一点已经暗含在“领土完整”中。

23. 关于第 50 条(b)项中的“基本”或根本人权指的是什么这个问题，特别报告员在其报告的第 351 段作了正确的回答。该段似乎指出对(b)项的扩大解释会包括禁止针对个人进行报复，这种行为在国际人道主义法中是禁止的。报告的第 349 段解释了为什么要在(b)项强调第三方，而不是第三国。一方面，如果把该解释同(b)项的明示条文联系起来看，就证实该款是一般性地处理第三方的权利，特别是

基本人权，因而所涉范围比基本人权要广泛得多。因此，国家很可能拒绝接受这样的(b)项，但是如果将“权利”改为“人权”一词，使整个短语表达为“损害第三方的人权”，国家就很有可能接受。

24. 他注意到新拟的第 50 条之二包含了一读通过的第 48 条中的多数元素，提议重新拟写引语第 1 款，可表述为：“一旦出现下列情形，反措施必须中止”。第 3 款和第 2 款应当调换。

25. 最后，就新拟的第 30 条的表述来说，鉴于委员会内部似乎达成的一致意见普遍认为反措施的原则应当并入第二部分之二，按照报告的第 362 段的建议，第 30 条就必须规定在草案的第一部分。特别报告员重新拟出的第 30 条比一读通过的条款要好，但是为了更清楚起见，“对另一国”的表述应当插在“国际义务”之前，这样该部分表述为“对另一国的国际义务”。

26. 贺先生提请注意反措施制度在国家责任制度中占有重要的地位这一事实。其国际法中的存在已经在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中得到证实，委员会将其归入规定实施的第二部分之二的决定中。这是一个很敏感的话题，因为它涉及受害国和不法行为国的利益。弱小国家害怕反措施被滥用作施加强制和实施强国要求的工具。因此，反措施只能在例外的情况下作为一种最后的解决方式来使用，必须谨慎地、简洁地对其进行规范，以反映习惯国际法，而不能在表述上有损弱小国家的利益。

27. 因此，有的委员建议应当缩小反措施的划定范围，严格限定其适用范围以防止滥用，并确定一个第三方争端解决程序。另一个提议是明确指出必须善意地采取、客观地适用反措施，并且不能影响第三方的权利。此外，有的委员强调，反措施和强制性争端解决程序对于维持法治至关重要。

28. 另一方面，认为在反措施上施加太多未经授权的限制的观点导致提出了要割断采取反措施与诉诸争端解决程序的联系的说法，因为后者的国际机制太费周折，而且不法行为国可能启动这些程序作为拖延时间的战术。此外，诉诸这些程序会阻碍国家采取其认为适当的反措施。

29. 因此，问题的核心部分在于是否应当将反措施的采取同争端解决联系起来。虽然这种联系可能保

证法治秩序，但只要国家还没有普遍接受强制性第三管辖权，这种联系似乎不太现实。也许有可能在草案中规定一个第三方争端解决的一般性制度，同时找到一种将反措施和争端解决分开的可行的方式，以此来作为折中方案。要达到这个目的，需要调整、详细规定和加强第 48 条，这是关于反措施的关键条文。第 1 款(c)项的“同意”一词应当换成“提议”。第 3 款应当规定“如果谈判没有对争议达成解决办法：”，然后应当加上这样两项：“(a) 受害国或不法行为国可以将其争端提交两国之间任何有效的争端解决程序；(b) 如果两国之间没有有效的争端解决程序，受害国和不法行为国可以协议方式将其争端提交任何争端解决程序。”第 4 款应当整个删除，改为“受害国在用尽上述程序后，可以采取相关的反措施。”

30. 普遍认为，第 49 条规定的相称性在国际法中为反措施设定了限制。新拟的案文遵从了加布奇科沃—大毛罗斯项目案的论证，考虑到国际不法行为的严重程度及其对受害方的有害影响。因而已提供了一种高度有效的限制，有助于防止在没有强制管辖权的体系中抑制单方面的武断行为。

31. 伊科诺米季斯先生指出反措施是一种过时的实践，它不可避免地会有利于强国，同时会损害国际法的名誉和权威。国家立法早已经禁止个人恣意妄为，因此看到这个规则不适用国际法很令人震惊。反措施的确是一种弊端，但它们真的是必要的弊端吗？无论如何，既然委员会大多数委员赞成接受反措施，他只能强调有必要将其置于尽可能严格的、限制性的制度之下。

32. 他的国家在评论中已正确地指出，反措施针对可以归为侵权的违犯行为更适当，不大适用于构成国际犯罪的违犯行为，这一区别应当反映在第三章。他深信，国家若试图对条款草案第 19 条所规定的国际犯罪单独采取的可能是严重的反措施，这未免太幼稚了。

33. 国际犯罪破坏了国际公共秩序，因此，任何的回应都应当由国际社会通过其主管机构，首先是安全理事会集体做出。这种措施自然不仅仅是手段性的，也应当是惩罚性和有目的的。他希望特别报告员在其第三次报告第四章中探讨这一问题。

34. 目前，第 47 条或另外一条应当明确指出反措

施不适用于发生违犯了对整个国际社会的根本利益的保护至关重要的国际义务的情形。特别报告员所拟出的第 47 条的表述可以解释成这样，但是只能限于种族屠杀这类不可逆转的犯罪方面。同样，草案应当包含一个规定反措施不适用于国际犯罪的条款。

35. 在准许任何反措施之前，有必要对于国际不法行为的发生完全确定。考虑到两个权威著述的观点，即波利蒂斯⁷和菲茨莫里斯⁸许多年前就考虑过这一问题，在第 47 条中的“国际不法行为”前至少加入“已确定的”一词会比较明智。

36. 他完全同意卡姆托先生、卡特卡先生和斯里尼瓦萨·拉奥先生的观点，认为有必要在反措施和争端解决之间建立联系。通过协商谈判或诉诸第三方解决争端的方式必须优于任何的反措施。否则，在很可能有争议的情况中采取单方面行动会易为采用，这是以牺牲国际正义为代价的。这就必然需要特别谨慎，以保证该程序迅速进行，并且双方都善意行事。只有在对等反措施明显不可能时才可以采取与责任国的国际不法行为等同或相称的反措施。此外，采用反措施的可逆转性标准也有助于引发这些机制。

37. 第 47 条的“受害国可……采取……”这一表达可以换为“受害国可能不得不……采取……”。第 2 款可以表述为“反措施包括采取这些措施的国家暂不履行对责任国的一项或多项国际义务，但在任何情况下都不会影响这些义务的有效性。”一读通过的第 47 条第 3 款可以保留在该条，或者保留在第二章的某一处。

38. 基于庞布-奇文达先生所给出的原因，第 47 条之二和第 50 条应当合并并在“不受反措施影响的义务”的标题之下(第 2648 次会议)。该章最重要的条款第 48 条问题最多，因为该条偏向于受害国，而受害国人始至终都控制着局面。该条特别强调了责任国善意的重要性，这是对的，但是对于受害国(也许

根本不存在受害国)善意的问题却未提及。怎样使该条更为平衡呢？应当将第 1 款(b)项放在第 1 款(a)项之前，在这三项所要求的行为之间规定很短的最后期限。如果责任国接受谈判的提议，谈判破裂后又同意由法庭或仲裁庭解决争端，受害国就应当被禁止单方面诉诸反措施。同样，受害国如果拒绝将事件提交公平的第三方处理，也不得有权诉诸反措施。此外，在第 2 款规定的反措施和第 3 款提及的反措施之间没有清楚的区分。另一方面，如果责任国拒绝协商谈判或者拒绝将争端交由公平的第三方解决，或者不执行法庭的裁决，则可以对其采取反措施。

39. 第 49 条应当表述为“反措施必须同所遭受的损害程度相称，或者，如果可能的话，应当与之相当。”“相称”一词不应当被理解为“对等”。第 49 条的最后一句的表述，没有增加任何与法律相关的东西。第 50 条之二的标题需要修改。英文本第 1 款(b)项中的“和”一词应当换成“或”，第 2 款以“或未以……程序”这一句应当删掉。第 1 款(b)项跟其关于第 48 条的提议相一致，因为他不知道在将一项争议于较早的阶段提交仲裁庭但却没有自动暂不采用反措施的情况下，后来的提交怎能自动暂不采取反措施。

40. 罗森斯托克先生说，他参与像目前这样围绕着强者总比弱者好这个事实的辩论已经 20 年了。难道对关于反措施有什么东西这么例外，这么特别，以至于使人不能将其接受为一种对待一个不完美的世界的方式？每个人都同意伊科诺米季斯先生所说的国际社会很不幸没有发展到国内社会发展的程度，法律义务不时地必须由反措施来实施。反措施或报复在习惯国际法中的作用目前已经广为认可。最近承认这一点的例子是国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中所采取的立场。法院和其他处理反措施问题的机构都明确指出，其所认可的反措施有限制，相关的规则必须同其有效性相一致，必须避免滥用。反措施是对违反国际义务的行为所作的回应，委员会试图掩盖这一事实以及反措施的目的是恢复之前的状况，而这个关系应当规定在法律中，这一点对谁都没有好处。

41. 特别报告员所拟的新的草案较之一读通过的草案有进步，一读通过的草案是在委员会上匆匆拼凑出来的，它使起草委员会所做的大量精心而细致的工作归于无效。

⁷ N.Politis, “Le régime des représailles en temps de paix”, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934 (Brussels), 第 31 页。

⁸ 关于条约法的第四次报告(《1959 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 37 页, A/CN.4/120 号文件), 第 46 页。

42. 他赞同那些希望删掉第 47 条第 1 款的最后的语句的观点。该条第 2 款似乎是可接受的, 因为“暂不履行”既覆盖了停止一种不作为的义务, 也包含了中止一种积极义务。但是起草委员会可能希望拟出一个不这样模糊的措辞。第 47 条之二(c)项似乎太过于宽泛。它指的是跟不法行为无关的义务还是指所涉及的具体的反措施? 如果是这样的, 理由是什么?

43. 第 48 条采用了一种复杂而冒险的方式, 应当换成该条脚注中的表述。对于粗心的人, 它是一个陷阱, 会带来混淆和争议。它反映的不是习惯法, 也不是国际法院的裁决。至于关于相称性的第 49 条, “严重性”一词往往说的是结果, 而不是恢复到原来的状况。第 50 条似乎是告诉国家, 即使其领土完整受到危害, 其国内管辖权受到侵犯, 它还是不能做出相称的回应。这是很荒谬的。(b)项起草的有点不太恰当。虽然在任何反措施的观念下也不能允许损害第三国, 但它不影响受害国和损害国彼此之间的法律关系。

44. 第 50 条之二似乎规定, 即使有权发出中止命令的法庭或仲裁庭没有发布命令, 反措施也要自动中止。这是不是太主动了? 如果不能达成一致, 可以通过将第 30 条包含在第一部分的客观表述中来满足基本需要, 而不需要规定具体的导致中止的行为。

45. 最后, 他认为委员会像 50 年前那样看待世界不符合任何人的利益。

46. 奥佩蒂·巴丹先生说, 一部分人不希望将反措施规定在草案中使其受国际法规范, 另一部分人则希望将其规定在草案中由国际法来调整, 这两种观点正面冲突。在这个领域内, 国际法本身与外交关系的界限相当不清楚。委员会作为一个法律专家的组织有义务帮助消除这种不确定性。其首要任务是确定, 在反措施这个问题上, 委员会是应当仅限于反映现状, 还是像其《国际法委员会规约》第十五条规定的那样, 进入逐渐发展国际法的阶段。

47. 问题还有现在是否有一套普遍接受的习惯法规则允许使用武力。国际社会中的量变和质变情况都可以观察得到。联合国现有 189 个会员国, 彼此对其都持有不同的期待。一些国家在寻求机会让联合国能够解决类似经济发展这样重要的国内问题, 其他一些国家则希望该组织能够使某些国际行为或做法合法

化。今天再谈习惯法很困难, 因为它们总是一成不变。委员会因此以一种比较开放的方式处理反措施问题, 但是不应当放弃其对法律的现实主义观点。

48. 委员会可能会讨论通过一些规则, 作为对国家采取反措施来解决争端, 这些反措施实际上是一种武力使用的建议, 这些规则在一读通过的文本的第三部分, 所谓的责任国可以选择通过单方面启用仲裁机制来阻止反措施的使用。这已经承认了反措施和以和平方式解决争端之间的联系。新拟的第 48 条第 4 款要求采取反措施的受害国履行其在“有效的任何争端解决程序”下以和平方式解决争端的义务。但是, 在没有这种有效的程序的情况下, 就没有这种义务。这种有更强限制的表述真的是促进了国际法的逐渐发展吗?

49. 此外, 一读所通过的第 50 条将极端的经济或政治胁迫作为禁止的反措施之一, 但是在现在新拟的条文中没有这样的规定。这是不现实的, 因为这种措施不仅对政府而且对人民都由很强烈的影响。应当考虑到一些先例。在旧金山通过《联合国宪章》之时, 拉丁美洲国家就提交了请求禁止经济制裁的提议。《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》⁹ 禁止实施经济制裁, 还应当谨记最近的地区性宣言或法律意见, 如美洲司法委员会就《赫尔姆斯-伯顿法案》¹⁰ 作出的法律意见。

50. 第 50 条(b)项没有定义基本人权, 特别报告员说这项工作不应当由委员会来做。基本人权包含经济权利吗? 对于一个新近刚刚获得政治独立的国家, 经济权利, 包括例如市场准入的权利, 实际上是基本权利。经济稳定带来政治稳定。

51. 第 50 条(b)项规定“第三方”, 而不是像一读通过的第 47 条那样规定“第三国”, 这是很大的进步。这个表述更宽泛, 包括了个人、经济实体和国家。

52. 如果最终将反措施规定在条款草案中, 它们应当被设定为是一个国际法中的例外, 而不是一种权利。此外, 受害国本身被授权可以衡量自己所采取

⁹ 见第 2617 次会议, 脚注 19。

¹⁰ 见第 2629 次会议, 脚注 9。

的反措施的合法性，这是否真正能够保证合法性，他对此表示极大怀疑。因此第 49 条所规定的相称性是个很成问题的概念。如果加入关于这方面的规定，条文就应该尽可能的简单、紧凑。

53. 主席以委员会成员的身份发言说，他支持特别报告员就反措施问题所拟的条文的基本思路。

54. 新拟的第 48 条第 4 款，第 50 条之二第 1 款(b)项规定的是同一个主题，即采取反措施后的情形，因此，应当放到一起来读。他有一个特别的问题。日本同美国订立的《友好通商航海条约》¹¹ 第 24 条第 2 款规定：“缔约方对于本条约的解释或适用的争端不能通过外交方式令人满意地处理时，应当提交到国际法院，除非缔约方同意采用其他的和平方式来解决。”如果日本违反了条约，例如在其领土内歧视美国人，违反了给予其最惠国待遇的承诺，美国首先必须通过外交方式争取解决争端。如果未能达成一项解决方案，它可以诉诸反措施。之后，根据第 24 条第 2 款，它有义务将争议提交国际法院处理或者商定采用其他的和平解决争端方式。争端提交到国际法院后，美国必须中止其反措施。这是对草案第 48 条第 4 款、第 50 条之二第 1 款(b)项的正确解释吗？

55. 他想起的另一个问题是，《友好通商航海条约》是特别法，而条款草案既是一般规则，也是具有兜底性质的国际法。因此，该条约第 24 条第 2 款对于从该条约产生的问题优先适用：其自成一体 的争端解决机制排除了任何诉诸反措施的可能性。

56. 他还认为，草案第 49 条规定的相称原则是国际习惯法的一部分。但是，如果从与所遭受的侵害或不法行为的严重程度相平衡的角度解释该原则，他感到有些困难。在这一点上，他同意加亚先生的观点，并同意美国政府所做的评论。反措施被授权来促使不法行为国遵守其义务。因此，相称原则也应当与这个目的相关，换句话说，应当同需要用来促使对方遵守义务的最低程度的措施相称。

57. 加利茨基先生祝贺特别报告员在反措施这个棘手问题上表现出了创造性和坚韧不拔的精神。从第

四十六届到第四十八届会议，委员会已经就该主题进行了广泛的讨论，最终接受了第 47 条至第 50 条的一系列规则。在第五十一届会议上，委员会就反措施问题采取了一种双管齐下的方式。它决定保留第 30 条，规定反措施是第一部分第五章排除不法性的一种情形；同时，在讨论完第二部分第三章的反措施制度之前，暂时对第 30 条不做定论。特别报告员在其第二次报告¹² 中指出了四种选择，即提出在第二部分全部保留反措施的规定，也提议全部删掉。当时委员会委员中的主流观点是在第 30 条之外实质性地规定反措施问题，但要避免同争端解决有任何特别联系。委员会在对于有关反措施的条款在责任问题草案中的位置和规模问题做出最后决定时必须考虑上述讨论的结果。

58. 在其第三次报告中，特别报告员对于重新拟写有关反措施的条款提出了一些创新的和大胆的建议。除了一些批评之外，主流的观点似乎是，在国家责任的实施这一部分对反措施单列一章会比较有用。但是，所拟出的这一章的条文太宽泛了，应当通过将一些条文合并起来使之更紧凑。尽管他同意奥佩蒂·巴丹先生所说的反措施的使用应当被看作在本质上是特例的观点，但是不应当忘记，反措施在国家日常实践中的应用并不少。在拟议的条文中所缺乏的似乎是在国家责任问题草案的范围内对反措施的一个更简洁的定义或者法律描述。应当努力在反措施、报复、反报和制裁这些密切联系的概念之间进行区别。

59. 在其报告的第 289 段，特别报告员正确地提到了国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中所充分列举的反措施概念中的元素。但是，这些元素并没有完全反映在第 47 条所包含的非常简单而实用的反措施准定义中。像反措施的双边和可逆转性的重要因素没有得到足够的强调。

60. 他已经表达过他对于特别报告员所提出的在一读通过的 第 50 条案文中关于禁止的反措施的“分割”问题，该观点会最终导致产生新的第 47 条之二来规定不受反措施影响的义务。事实上，对于不受反措施影响的义务和不受禁止的反措施影响的义务，通常不可能加以明确区分。此外，为什么一些

¹¹ 1953 年 4 月 2 日在东京签署(联合国，《条约汇编》，第 206 卷，第 2788 号，第 143 页)。

¹² 见第 2614 次会议，脚注 5。

直接产生于《联合国宪章》第二条的义务规定在第 47 条之二(a)项, 而另外一些义务则规定在第 50 条(a)项, 对此也可能提出疑问。一读通过的第 50 条已经将这些问题放在一起规定, 并使用了同宪章更一致的语言。

61. 第 47 条之二和第 50 条对“人道主义性质的义务”和“基本人权”所作的区别在实际应用中可能会带来一些问题。“基本人权”的概念对于应当具体包含哪些权利会带来严重的问题。行动自由权和免受饥饿权也包括在内吗? 那么保护财产权呢? 这个权利在实践中常常因适用反措施而受到侵害。

62. 此外, 在第 50 条(b)项将“第三方的权利”同“基本人权”相提并论不是一个很好的主意, 因为第一个概念跟国家相连, 而第二个适用于个人。为了避免在第 50 条中人为规定“第三方的权利”可能带来的任何问题, 也许恢复一读通过的第 47 条第 3 款的表述更好, 后者在反措施的目的和内容下规范同一个问题, 这种规定方式更合适。

63. 对于将所拟的第 47 条之二和第 50 条分开有很多反对的意见。如果分开的话, 这两条也必须紧挨在一起或前后相接, 必须对其相对的范围有清晰的界定, 同时还必须使用同其他的国际文书, 特别是同《联合国宪章》相一致的表述。

64. 关于诉诸反措施的形式条件列在第 48 条, 但是它们似乎过于详细, 应当压缩。例如, 第 1 款(a)项和第 1 款(b)项应当合并在一起。这些条件的列举顺序有点问题: 一读通过的第 48 条列出了一个更合逻辑的顺序, 其中本着诚意进行谈判的义务被列在条件之首。

65. 第 49 条, 关于相称问题, 是遵循了国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中适用的提法, 大体上似乎是可以接受的。它应当作为单独的条款, 以强调相称原则对反措施的适用的重要性。第 50 条之二需要进行措辞上的修改, 不过它符合逻辑地列出了关于反措施的一套规则, 含有关于中止和终止问题的必要条款。

66. 他也跟委员会其他一些成员一样, 赞成将第 47 条至第 50 条之二提交给起草委员会做最后的修改。

67. 克劳福德先生(特别报告员)在做辩论总结时

说, 他的观点不妨碍之后表达的任何观点, 他和起草委员会都会充分考虑这些观点。

68. 在其第五十一届会议上, 委员会就已决定开始修正有关反措施的条文, 使之不像一读所提出的那样同单方面的争端解决有任何特定联系, 然后再讨论所收到的对于修正后的案文的评论。第六委员会之后会对提议的条文规定做出评论, 委员会将在第五十三届会议上就最后定本继续进行一般性讨论。

69. 一些国家和委员会委员都做出了很多评论, 有宏观的, 如卡巴齐先生和卡特卡先生所做的评论, 也有针对具体问题的。总的来说, 国家要么勉强接受对有关反措施的条款的修正, 要么积极支持这一修正, 尽管他们在看到最终结果时可能还会改变主意。但是委员会有责任为各国拟出尽可能好的案文, 然后根据国家的评论来做出最终决定。

70. 普遍不愿意考虑反措施的态度是可以理解的, 但是采用反措施则是个现实。作为一个经历过采取反措施的情况的人, 他相信有规范总比没有规范好, 在这个方面他强烈支持阿多先生、贺先生、辛马先生和托姆卡先生以及其他一些委员的观点。委员会在努力起草出最好的文本时, 对于草案在争端解决问题上的基本立场这个一般性问题和争端解决与反措施的联系这个具体问题应当进行区分。一般性问题取决于草案最后将会采取的形式, 而这一点还是个未知数。如果, 根据从第六委员会得到的反馈信息, 委员会多数人都认为草案应当采取公约的形式, 对他来说是可以接受的。但是, 第 48 条包含了反措施和争端解决之间尽可能紧密的关系, 但没有在文本中引进新的争端解决方式。委员会已经尽可能地朝着前任委员鲍厄特先生建议的妥协办法而努力, 同时同第五十一届会议所做出的关于国家平等的原则的基本决定保持一致。委员会在该届会议上所审议的案文强烈诱惑国家采取反措施, 因而严重损害了该原则。

71. 辩论的内容极其丰富广泛, 他无法论及所有的问题。但是, 很明显, 他试图在第 47 条之二与第 50 条之间进行区别的努力完全失败了。这两者应当合并在一起, 他希望还是有可能区别作为反措施主体的义务和在采取反措施过程中不能违反的义务。但是, 正如加亚先生所说的, 单独的一项条文就足以达到这个目的。

72. 至于也将提交起草委员会讨论的第 30 条与第

二部分之二的条款的关系，普遍的观点是第 30 条应当简洁一些。他对巴哈纳先生所建议在英文中插入“对责任国”一语的观点感到很关注。该条列出了反措施的法律效果，即，如果根据条款规定反措施是正当的，它们就排除了相对于目标国的不法性。正如国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中所做的裁决，以及第二章所明确规定的，反措施是手段性的。这样一来，按照托姆卡先生关于第 47 条的建议可能可以做出一些澄清：应当将表述方式倒过来，规定只有满足某些条件，才能采取反措施。这就不会使任何非法的效果都由第 30 条来规范。这就不会包含一读通过的案文中的任何空洞的内容，对这种空洞的说词罗森斯托克先生提出了尖锐的批评。对于第 47 条采取的更加明晰的方法人们普遍表示支持，尽管也要注意奥佩蒂·巴丹先生和托姆卡先生的观点。他希望起草委员会能够解决这一问题。

73. 对于第 47 条和第 47 条之二的很多评论都是关于其行文措辞的，但是有两点是根本性的问题。实际上，它们认为其第三次报告第三章 D 节还走的不够远。第一个是关于可撤销性问题，第二个是所中止的义务的双边性问题。委员会可能会硬着头皮接受这个它不喜欢的东西，明确指出反措施必须是可撤销的，必须仅仅与受害国和目标国之间的义务相关。可撤销性的问题带来了一个特别的问题：毫无疑问在采取反措施期间所采取的行动随后应当取消。根据第 30 条能够排除不法性的行为无疑会被采取。正如托姆卡先生所强调的，可撤销性意味着恢复原状。这一概念不应当忽略。他已经试图通过中止义务的履行这一概念来指出这一点，对于将义务的中止和履行义务的中止两者所作的区别，也得到了广泛支持。第 50 条之二第 3 款也被视为是朝着正确的方向迈出的一步。走的是否够远或者起草委员会是否能够再做出提高，都还不得而知，当然，这个问题还需要进一步的商讨。不过，他认为这个问题过于微妙，不大容易解决。

74. 对于作为反措施的主体的义务的双边性也出现一些问题。正如罗森斯托克先生所说的，很明显，受害国相对于第三国的立场完全没有受到条款草案的影响。如果第三国是被侵害的对象，它就有独立的权利。从这个意义上来讲，反措施是双边的。起草委员会还是得考虑是否要多做一些工作。

75. 对于第 48 条的措辞有很多的评论，一些委员

倾向于采用该条脚注中的简洁案文，一些委员则建议在谈判没有破裂之前不能采取任何的反措施。一读时进行的同样的和旷日持久的辩论反映出在这个专题背后潜在的矛盾。第 48 条的条款很明显可以再加以改进，但它是试图在两种立场中达成一种合理的妥协，它考虑到了一个事实，那就是可撤销的或者可中止一类的临时反措施恰恰是那些如果不立即采取就不可能再采取的措施。因此，他依然赞同沿用第 48 条条文的方式，毕竟，该条的规定本质上与一读达成的妥协方式相同。可能还存在很多缺陷，但是起草委员会可以努力修正该条款草案。

76. 他同意将第 48 条第 1 款(b)项删掉。起初将其写入草案中是因为这是在用稍微不同的语言支持法国政府为了解决一个棘手的问题所提出的一种中和的提议。

77. 在是否有必要规定相称原则问题上的看法普遍一致：是用单独的条文还是作为一个宽泛的综合条款的一部分来规定是起草委员会所要解决的问题。成比例问题也是如此，尽管他承认第 49 条最后的语句带来了一个问题，对这个问题已作过尖锐的分析。起草委员会显然也需要讨论这个问题。可能国际法院在该案文的第二部分和第一部分上的提法都是正确的。

78. 正如他已经说过的，第 50 条需要跟第 47 条之二合并起来。而第 50 条之二在讨论中已得到普遍的认可。不管对于第 48 条做出什么决定，一些与第 50 条之二一致的条款都应当保留，当然该条文还有很多方面有待改进。

79. 尽管一些委员提出了一些质疑，委员会还是要将相关的条款和第 30 条提交起草委员会，来看看是否能产生出一个反映大家所提出的不同观点的综合性的条款，交由第六委员会和委员会在其第五十三届会议上讨论。

80. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意将第三次报告第 367 段所载的条款草案和第 30 条提交起草委员会。

就这样议定。

81. 奥佩蒂·巴丹先生说，他相信，将这些条款草案提交给起草委员会不会对委员会对该专题讨论的

结果进行预决。起草委员会可能会解决所提出的很多问题，但是，这不应当被理解为已经决定认可将反措施机制规定在条款草案中。

82. 主席向委员会保证说，还有机会审查起草委员会的报告并做出进一步的评论。

83. 克劳福德先生(特别报告员)说，在本届会议上很难再有机会进行进一步的辩论。确切地说，这是一个需要起草委员会进行提高改进的问题。在其第四次报告中(如果一切顺利，这将是最后一次报告)他会根据各国在第六委员会的反应重新讨论这个问题。在其五十三届会议上，委员会将审议整个条款草案，包括对其第三次报告第三章 D 节与第四章中问题的处理。到时候会在不同选择中做出最后决定。

84. 哈夫纳先生说，他同意第三次报告第三章 D 节中的几乎所有观点以及特别报告员所表达的很多观点。但是，报告的第 338 段似乎规定了接受国“终止该使团”的权利。他很怀疑(就像最近的实践所证明的那样)，外交法中是否有这样的规则。实际上，欧洲委员会就已进行过有关这一问题的讨论。在第 343 段所提到的欧盟条约实际上是《建立欧洲共同体条约》，执行的排他性性质即以该条约为依据，并且《修正欧洲联盟条约、建立欧洲共同体的各项条约和若干文件的阿姆斯特丹条约》第 292 条也确认了这一点。但是，即使在欧洲共同体法的领域内，也可以说执行制度对于国家责任的目的来说不是一个独立的制度。另一方面，欧洲共同体之外的欧洲联盟条约似乎没有构成一个封闭的体系，因为一国、三国或十四国对认定违反了《欧洲联盟条约》所含原则的另一国采取的措施被认为是合法的。当然迄今为止还没有人反对这个结论。第 343 段还包含了一个说法，可以被解释为意味着如果一个条约禁止保留，该条约的责任排除了反措施目的的适用。他不能接受这个提法。毕竟，《联合国海洋法公约》中的权利就可以为实现这个目的而使用。

85. 对于第 47 条第 1 款，不仅仅是在责任国没有遵守起初的义务的情况下，而且就其没有遵守而言，受害国均应当有权采取反措施。不过，对于第 2 款，他想知道，像其他一些委员提议的那样“对责任国”的表达是否能够足够清楚地反映出反措施的双边性质。第 47 条之二很难同第 50 条区别开来，除了下面这一点，即前者规定了某些不能被反

措施中止的权利，后者则只是简单地规定如果某些权利被中止，这种中止也不能等同于对领土完整的威胁。他倾向于将这两个条款分开，但是要紧紧相连。他对第 47 条之二(b)项的理解是，对享受外交豁免的其他人的权利的侵犯可能会导致采取反措施。这一点不适用于“双边的”外交人员(例如出访另一国的部长)的权利。(c)项的“第三”一词应当删掉，因为很多条约规定的争端解决机制并没有第三方参与，或者它们至少要求以这种程序作为诉诸第三方解决的前提。目前的表述会带来这样的问题，即可以中止谈判或协商的义务，而不能中止裁决程序，尽管前者必然先于后者出现。至于第 48 条，他倾向于采用特别报告员在该条脚注所规定的简短表述，他还赞同主席和加亚先生关于第 49 条的观点。

86. 第 50 条(a)项可能会被错用来排除任何的反措施。例如，拒绝运送军事物资可能被认为威胁到一国的领土完整，因为这样一来一国保卫其领土的能力就受到了限制。无论如何，其所用的措辞的目标与草案第 47 条之二(a)项的目标不同，它不要求使用武力来达到想要的目的。因此，要么应当将其纳入草案第 47 条之二(a)项，要么用例如“构成对领土完整的直接威胁”这样的语句来进行限制。而污染也对一国的完整构成威胁。因此，比较明智的做法是保留泛泛提及领土完整的表述，而要对领土完整受到威胁的方式加以限制。考虑到不干涉原则的模糊的定义，他对于是否应当保留关于干涉的规定感到怀疑，(b)项包含了两个不同的观念，应当分别规定。第一个观念可以仍然规定在第 50 条，但是可能将第二个移到第 47 条之二，因为基本人权不成为反措施的客体。无论如何它们跟第 47 条之二(d)项所规定的人道主义性质的权利是不同的。在第 50 条之二第 2 款，不加任何限制的提及国际法庭的“决定”会导致在解释时也包括程序性的决定，例如在某个日期之前送交一份书面文件的决定。他很怀疑这是否符合原意。因此，应当规定得更详细一些，加上“关于实质”或者“关于案件是非曲直”的表述。

87. 最后，对于条文的顺序，他提议，应当将限制诉诸反措施的权利的条款放在一起，与那些规定程序性问题的条款分开。现在的这种规定法将两者混合在了一起。

88. 戈科先生指出，根据第 48 条的评注第(4)段，

“临时保护措施”一词来自于有权做出临时决定或指出应当采取哪些措施保护争议方各自的权利的国际法院或法庭的程序。而根据特别报告员现在拟出的案文，受害国可能单方面暂时采取这种反措施。此外，临时措施并不是全面的反措施，然而第 48 条第 2 款似乎覆盖了不属于临时保护措施范围的反措施。因此，产生的问题是这些措施和临时实施的反措施之间是否有真正的区别。对于前者，在国内法或者国际法庭中当然有类似的程序：请求发布禁令禁止某一行为，即是广为承认的程序。此外，在该程序内，还同样承认附带的补救，以禁令来使被告国停止相应的行为，这种禁令补救可以类比为临时保护措施。可以在重新拟出的第 48 条第 2 款中保留临时措施，但是可能还要对文字加以推敲以澄清这些规定的要点。

89. 布朗利先生说，他对于反措施没有非常成型的观点，因为反措施问题是个非常棘手的问题。但是，他认为，哪怕是在较晚阶段对委员会所面临的这个任务的性质进行审视也是很有价值的。有必要考虑其在国际法中现在的地位。委员会不只是一个法律编纂机关，它可以造法，或者提出新的法律条文。然而，试探一下它所探索的这部分水位深浅很重要。从报告和辩论中，他发现大家轻易就假设非强制性反措施在一般国际法是得到承认的。这种主张似是而非，非强制性反措施的确被承认为排除不法性的情形之一，这就是第 30 条出台的原因，这一点并不令人吃惊。但是，建立一种两维的、低调的、列出一种排除不法性的情况的制度——其他情况例如同意，遵守强行性规范和自卫——同建立一个三维的制度，即，通过条文来使反措施合法化，而这些条文可能会使那些可能之前没有被接受为一般国际法的一部分的元素合法化，这两者之间有质的不同。

90. 反措施有多重目标，这些目标不仅仅是法律意义上的，还体现在国家的政治行为方面。它们被作为一种促使另一国进入争端解决程序的手段；作为一种报复；一种威慑；一种使一国放弃一项政策的诱因，在这种情况下适用的一种临时自卫措施；或者作为一种自救方式来达成解决方案。尽管特别报告员目前的工作很出色，质量很高，但是特别报告员及其前任都没有清楚地确定应当将上述目标中哪一个规定在草案中使之合法化，尽管第 47 条和第 48 条暗含的意思是反措施的目标是自救。在这种背

景下，目的应当是促使对方停止和赔偿，但是不通过任何和平解决的程序来实现这些目标。

91. 他并不是在提出有关联系的问题，只是简单地分析了这些条款表面上的效力。毕竟，如果没有任何实际的和平解决程序的干预，分析到最后，条款草案会使自救合法化，即使其是非强制性的。特别报告员的方式是经验性的，尽管该议题是一个需要驯服的野兽。但是，在对需要合法化的目的之间的选择与相称性和“可撤销性”这样技术性的问题之间存在着直接联系：后者只有在其前提背景清晰的情况下才能处理得恰当。因此，他相信，即使在审议该议题的目前这个阶段，应当给例如自救这样的合法目的以更多关注。这不仅仅是一个旷日持久的对联系问题的辩论。这更是一个为实现和平解决争端而适用的压力是否应当被合法化的问题。也许这就是委员会想要达到的目标，但是，如果是这样，就应当目标明确，而在他看来，委员会恰恰缺乏这种明确性。

下午 1 时散会。

第 2650 次会议

2000 年 8 月 2 日，星期三，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4;² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 主席请特别报告员介绍其第三次报告第四章(A/CN.4/507 和 Add.1-4)。

2. 克劳福德先生(特别报告员)说,第四章中论述对国家集团或国际社会援引责任的部分,涉及委员会在下述两个场合已经审议过的问题:结合他第一次报告³二读审议第一部分第 19 条以及本届会议开始时载于其报告第一章的第 40 条第二部分。显然,第四章在审议所涉问题的过程中引起很大争议。不能说委员会在进行编纂工作。一读通过的案文引入了第 19 条界定的“罪行”这一有争议的概念,它还将第 40 条和第 47 条结合在一起形成了对非直接受害国的反措施制度,而这种制度是完全站不住脚的,因为它使第三国有权针对侵犯个人人权等任何违背行为采取反措施。

3. 问题在于,委员会完成此项工作,意味着所从事的不仅是以某种方式发展国家责任法——是否属于渐进性发展则仍有待观察,而是在一读时形成的更广义的发展形式背景下这样做的,而这种发展形式显然不是渐进性的。问题是下一步应该怎么办。委员会应当能够在起草委员会帮助下,在本届会议结束前拿出一个完整的案文,以便能在下届会议之前收到第六委员会和各国政府的评论意见,然后作出最后决定。委员会应努力以广为接受的方式拟订第四章所载列的建议。因此,他请各位委员仅就提议的条款发表评论意见,避免再次发生第五十届会议时就第 19 条进行激烈辩论的情况,而由于那次辩论,结果是做出了载于第三次报告第 369 段的决定,促使并将继续促使沿着第 371 段所指方向发展,对“罪行”概念加以“分解”。他强调说,委

员会在本届会议上通过条款草案,并不是做最后决定。在下届会议上将有足够的时间做最后决定。

4. 尽管对整个国际社会的义务之概念得到承认,但仍有一些悬而未决的问题。首先,应当认识到国家责任法不是解决第 19 条所述违背行为问题的首要手段。如他在第 372 段所指出,有一种不切实际的想法认为,在发生例如种族灭绝或侵略时,国家责任的规则本身就足够了,无需整个国际社会采取协调行动。事实上,第 19 条中定义为“罪行”的行为主要涉及对自己人民不负责任的政府的行为。因此,应设法保护其人民免受可能采取的任何制裁之害。在这方面,一件有意义的事情是,部分由于委员会的倡议,部分由于其他原因,国际社会已开始——通过《国际刑事法院罗马规约》,该规约已于 1998 年通过,尽管尚未生效——承认在这些罪行中个人责任的概念。当然,国家应对其行为承担责任,但这种责任只起辅助作用,正如第四章试图说明的那样。

5. 在本届会议开始时,委员会原则上批准了每个国家均有权因发生违背对国际社会的义务的情况而援引责任。还有待确定这种权利的范围应有多大。显然,它应涉及停止违背行为,并且作为其结果,涉及代表受害者寻求宣告性补救办法和恢复原状的权利。

6. 因此,问题是,在考虑其他因素的情况下,应对这些权利采取哪些限制。他请委员会考虑三类不同情况。首先,如果主要受害者是一个国家,该国成为侵略的对象,或其人民成为另一个国家所犯战争罪行的受害者,那么应由受害国采取适当行动;其他国家的任何反应应当是次要的,不管是在援引责任方面还是在采取反措施方面。其次,在没有受害国的情况下(通常是在人民或部分人民成为所谓“自我灭绝的屠杀”行为受害者的背景下)显然没有任何国家可代其采取行动。在这种情况下,无论责任国的观点如何,国际社会应能够进行干预,并寻求停止、抵偿和恢复原状。国际社会还应能够寻求赔偿,但在现有机制下是不可能的。显然,第三国不能为自己寻求赔偿。在第三种情况下,没有人(或者也许每个人)成为违背行为的受害者。这适用于某些可能有长期效应但无具体影响的情况,如全球变暖或臭氧层变薄。在这种情况下,作为国际社会成员的国家应当能够以其成员身份寻求停止和抵偿,尽管在许多情况下寻求恢复原状非常困难。

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案的案文,见《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 61 页,第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 《1998 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/490 和 Add.1-7 号文件。

7. 问题是委员会是否能够跨越这一位置。如果它打算制订一项名副其实的“罪行”制度，这一制度至少要涉及惩罚的概念。第 380 段及其后几段，特别是第 382 段叙述了欧洲共同体委员会诉希腊共和国案，欧洲法院——在即便不是在全世界也是在全欧洲拥有管辖权——在此案中有史以来第一次对一个成员国连续违背欧洲法律实行罚款。他在第 383 至 385 段分析了这一程序，以审视国际层面能从中吸取哪些教训。在国际法不允许确立集体程序时，它就要确立个别程序。在某种程度上，这一点也适用于反措施。在这方面可以设想两种情况。首先，如果发生违背对整个国际社会的义务或事实上任何多边义务的情况，受害国本身因而有权采取反措施，则该义务的其他当事国应当能够在该国提出请求时帮助其采取反措施，但要以它们自身可采取的反措施为限度。这种程序可直接与集体自卫程序相比。另一种情况，涉及针对没有国家受害者违背行为采取的集体反措施就很难处理。这方面做法有限，但确实存在。第 391 段及其后几段对此作了分析，分析结论载于第 396 段，他提请委员会注意这一段。这方面的做法明显不成熟，尚有争议，并且很难说具有普遍性。此外，直到最近，这方面的做法才得到法律意见的支持。在这种情况下，委员会应当仅通过一个保留条款，留待今后再发展这方面的法律。在第五十届会议上他暂时是这么想的。不过他现在认识到，委员会没有必要如此谨慎，除非第六委员会这样要求。至少可以提交第 401 段及其后几段所载的建议，即对整个国际社会的某项义务的当事国应当有权针对严重而确凿的违背行为采取集体反措施。

8. 在第 407 段及其后几段，他在分析了一读通过的实施第二部分所列“罪行”导致的额外法律后果之后，表示认为，这些不应视为对罪行所作出的反应，理由已在报告中列出。然而，值得商榷的是，在发生严重违背国际社会的义务的情况下，如果不存在受害国，作为国际社会成员的其他国家应当能够代表实际受害者向责任国寻求加重的损害赔偿。从这个意义上讲，条款草案构成国际法的渐进发展。因此，他提出第 53 条的新条文，载于第 412 段，其中增加了措辞较为温和的一款，删除了可导致需进一步发展刑法的“罪行”一词。其结果是拟订了新的第 51 条草案，题为“严重违背对整个国际社会的义务的后果”，它构成新的题为“严重违背对整个国际社会的义务的后果”的第三章之唯一条款。

9. 他还提请委员会注意第 413 段的脚注，其中载有第 40 条之二可能包含的所有基本概念。此外，他提出关于反措施方面两个条款的建议，即第 50 条 A，题为“代表受害国采取的反措施”，和第 50 条 B，题为“在严重违背对整个国际社会的义务情况下的反措施”。

10. 他认为，委员会提交第六委员会的案文应尽可能是一项协商一致的案文，这点非常重要。如果委员会在“罪行”这样有争议的概念上表现出分歧，整个条款草案就只能被弃置了。正因为这样，尽管他提议采取的行动可能要求过高，但考虑到委员会第五十届会议做出的决定，这样的行动仍是最有可能实现的主张。至于关于一般规定的第四部分，委员会同意其中应包含一个“特别法”条款，正如一读时通过的第 37 条那样。他建议重新拟订该条，因为仅仅有条约这样的案文处理该特殊问题是不够的；案文应当采取以下方式处理这个问题，即在解释有关规定时，可以说案文打算将所有其他后果排除在外。

11. 第五十届会议通过的第二个保留条款，即第 50 条 A，保持不变。

12. 第三个保留条款是第 39 条草案，它涉及条款草案与《联合国宪章》的关系。本条受到包括前特别报告员在内的严厉批评。现任特别报告员接纳这些批评，因此提出本条的简化版本，使其看起来不像在暗地修正宪章。

13. 还需要一个关于条约法的保留条款，具体说明关于国家责任的条款草案不涉及主要义务是否存在或其内容，只涉及违背行为的后果。因此，他尝试对第 50 条 B 采取宽泛的行文，以便它既适用于国际习惯法，也适用于条约法。

14. 目前只需要这些保留条款。鉴于第 428 段所述原因，关于外交保护的保留条款是不必要的，该专题和国家责任之间的关系可在评注中说明。条款草案也未处理无效问题和不承认问题。不需要提及不可追溯性，关于定义的条款也不必要。

15. 最后，他建议应将新的条款草案增加到关于国家责任的案文中，以便一旦起草委员会出人意外或奇迹般地在本届会议上完成审议工作，第六委员会在大会下一届会议上可以审议这些条款，国际法委员会本身可在其第五十三届会议上审议这些条款。

16. 卡特卡先生说，特别报告员的介绍很有启发性，他也希望委员会就所审议的问题达成一致意见。

17. “集体反措施”一词系用词不当。事实上，所设想的是一个国家或国家集团针对违背集体义务的行为采取的行动。如果能找到其他用语，将会减少产生混淆的可能性。虽然他反对反措施，但他完全认识到，在涉及实力相当国家的情况下，可以采用“集体”反措施，因为虽然块头相当的人拥抱并不危险，但一个巨人的热烈拥抱可能让人窒息。因此，他可以考虑在区域范围内采取反措施。例如，非洲大湖区国家对本区域侵犯人权的一个国家采取反措施，促使不法行为者坐到谈判桌前，解决施政问题。虽然花费了很多时间，但不久就要签订一项“和平协定”。另一个比较微妙的例子是欧洲联盟对奥地利采取的措施。他不知道这些措施是否产生预期效果，但他想听一下特别报告员对这件事的意见。他不敢确定委员会是否准备起草适合区域情况的规定。

18. 在审查国家做法时，特别报告员引用了一些集体反措施的例子，其中第一个例子涉及实施种族灭绝的国家。这表明了反措施所处的两难处境，反措施是一个政治敏感问题，特别是考虑到这些反措施的采用并不统一。前南斯拉夫的情况和1994年发生在卢旺达的大屠杀就是这方面令人悲哀的事例。特别报告员在他的分析中得出结论，必须限制有权采取集体反措施的国家范围。他本人则认为，这种权利必须局限于与特定区域相联系的一些国家。

19. 在涉及严重违背对整个国际社会的义务的后果的第51条草案中，特别报告员尝试解决一读通过的相关的第19条和第53条所造成的难题。他在报告的第374段中建议，应当考虑普遍认为其内容具有普遍性质和不可削弱性质……的少数几个准则。他引用了国际法院在巴塞罗那电车公司案中的意见，但补充说条款草案没有必要援引、事实上也不宜援引这些准则的例子。他本人不同意特别报告员对这个问题的看法。他所举的一些例子已包括在第19条中。这些例子只是示例性的，并无包罗万象之意。因此应予保留。特别报告员引用的例子是，国际关系中禁止使用武力、禁止灭绝种族和奴役、自决权和不可克减的人权和人道主义法义务。他明智地回避了侵略和大规模污染等有争议问题。不过，对于

有广泛共识的严重违反案例，应将其纳入条款草案。特别报告员还采取一个令人欢迎的步骤，即避免使用拉丁语术语 *erga omnes* (普遍义务) 和 *ius cogens* (强制法)。然而，将这些例子降级移到评注中，对于像他一样坚定支持第19条的人来说是不公平的。

20. 在第51条第2款中，特别报告员采用了“惩罚性赔偿”一语，但将该词语放在了方括号内。第413段脚注所载规定的(c)项同样如此。他建议将其增加到第40条之二。看来使用方括号，是特别报告员在其报告第380段中所表达的“国际法中不存在惩罚性赔偿”的观点所致，但是他本人认为，委员会应当将方括号去掉。即使为违背行为受害者的利益使用惩罚性赔偿，也是承认存在罪行的良好开端。

21. 应当注意到，在第51条中，特别报告员回应了一读通过的第53条的措辞，将“罪行”一词改为“严重违背”或“违背”。特别报告员在第412段中说到由于提议的第三章自成一体，而且一读时通过的第19条在第一部分内起不了任何作用，所以，如果通过第三章，就可删除第19条。针对这一说法，他并不理解其含义。

22. 第50条A“代表受害国采取的反措施”需要保留，正像行使自卫权的一国向另一国发出援助“邀请”的情况一样。这一点也适用于人道主义危机中接到“邀请”后进行的干预。这种情况下需要非常小心，在一国没有直接受害时，其参与应是有限的，如报告第402段所述。然而，第50条A没有对此作出实际限制，可能导致被滥用。起草委员会应予详细审查。

23. 第50条B与第50条A有着相同的缺点。采取反措施形式的干预让小国感到担心。尚不存在机制，因为委员会没有拟订这样的机制。在任何情况下，即使现有集体安全机构面临困难，反措施是否会更好地发挥作用仍令人怀疑。当然，可以根据这些规定，通过对不法行为国施加压力而设法寻求停止不法行为，但这些规定在这方面可能不够清晰。

24. 关于有关一般规定的第四部分，他支持由特别报告员重新拟订有关条款，特别是关于特别法的第37条和关于责任条款同《联合国宪章》的关系的第39条。A条是一个关于国际组织责任的保留条款，

委员会如果接受长期工作方案工作组的报告，将来可对这一专题进行研究。

25. 哈夫纳先生提到卡特卡先生关于他称为“欧洲联盟对奥地利采取的措施”的评论意见，强调说这些措施并非欧洲联盟采取的措施，而是欧洲联盟 14 个成员国采取的措施，它们不属于条款草案的范畴，因为奥地利没有任何违背行为，因而不涉及国家责任。这些不是反措施，也不是制裁，而是必须根据欧洲联盟法律和根据一般国际法就其本身作出判断的措施。

26. 克劳福德先生(特别报告员)说，他完全同意哈夫纳先生的意见。

27. 关于卡特卡先生提到的报告第 412 段倒数第二句，他指出这句话的意思是，如果必须有相当于第 19 条的条款，则须将它纳入第三章。第 19 条在草案第一部分绝对起不了任何作用，不应该放在那里。如果委员会决定列举第 50 条提到的违背行为的例子，就必须把这些例子放在第三章而非第一部分。

28. 辛马先生说，至少在原则上，他对特别报告员在报告第四章中达到的结果即拟议的条款草案感到满意，但关于这个问题的介绍非常复杂与琐碎，对一些次要问题的介绍太详细，如对欧洲共同体委员会诉希腊共和国案，而其他问题则几乎完全没有涉及，如第 51 条中提到的问题。令人奇怪的还有旨在回应批评第 40 条的规定放在一个脚注，即第 413 段的脚注内。他希望对条款草案的接受不要因此而受到影响，并希望特别报告员将要起草的评注能系统而深入地处理被无声无息地忽略的问题，特别是考虑到大量的文献，特别报告员在任何脚注中都没有提到这些文献。

29. 关于委员会在第五十届会议上达成并转载于报告第 369 段的具有历史意义的妥协，可以认为特别报告员系统地拟订普遍义务和强制性规范将是对第 19 条令人满意的替代。他遗憾没有进行这项拟订工作，但最终结果可以接受，尽管有些差强人意。所幸的是，目前规划的制度范围非常有限，因为已经实施的许多特殊制度使其沦为某种“次等”制度。例如，《联合国宪章》第七章界定了适用于侵略以及严重侵犯人权的制度，现在安全理事会将后者也视为对国际和平的威胁。在这方面，还有越来越多

的条约制度的例子，例如《第四号非加太—欧共同体协定》(《洛美协定》)，该协定将尊重人权作为欧洲联盟国家履行有关义务的一个条件。有自成一体的国际贸易制度，有专门的环境制度。

30. 人们对允许非直接受害国采取反措施有某种不安，但这种不安只是对一般反措施的不安。一方面，委员会担心创造一个怪物，但另一方面，它又不能允许重大和严重违背国际法行为不受惩罚。也许这项工作看起来有些不自然，特别是在“没有受害者”的违背行为中。特别报告员列举全球变暖作为这种违背行为的例子，但他本人认为，国家可以通过反措施防止全球变暖的想法简直荒唐可笑。

31. 不过，值得欢迎的是集体反措施将受到一些限制的制约，起草委员会正在对这些限制加以归并。其次，只有严重的、明显的和证据确凿的违背行为才会成为这类反措施的对象。其三，各国的做法表明，非直接受害国远没有在发生违背人权和其他普遍义务行为时滥用反措施，事实上它们对这种违背行为并不那么关心，对这种违背行为采取选择性态度的情况非常普遍。在任何情况下，赋予第三国义务必须十分谨慎，如同第 51 条那样。最后，由“有组织的国际社会”例如联合国对违背普遍义务的行为作出反应接近于不负责任的愤世嫉俗态度。

32. 必须在评注中强调，采取集体反措施的决定也必须尽可能由集体做出。

33. 委员会决不能忘记，它所设计的是一种非强制性反措施制度，这种制度将有助于避免出现下述情况：各国声称已用尽所有和平手段，采取联合王国在 1998 年对南斯拉夫采取集体措施时所持的态度。⁴如果委员会界定了可行的和平的集体反措施制度，各国采取其他做法、譬如在科索沃采取的令人遗憾的做法的可能性就会降低。

34. 报告中所载关于集体反措施的案例研究非常引人注意，但也许特别报告员本可提及美国在 1970 年代通过的法律，其中规定军事、经济和技术援助以特定的人权表现为条件。所述的其中一些法律甚至

⁴ 见 G. Marston 编, “United Kingdom materials on international law 1998”, *The British Year Book of International Law*, 1998, vol. 69, 第 580 至 581 页。

规定必须将红十字国际委员会的调查结果作为评估这种表现的基础考虑进去，委员会不妨考虑这样的程序。提及欧洲共同体惩罚措施的篇幅太长，他得出的结论是，由于像欧洲共同体这样高度一体化的机构花了40年时间才达成了规定这些惩罚的《马斯特里赫特条约》，国际社会要拟订一项名副其实的反措施制度也许需要好几十年时间。关于惩罚性赔偿，必须制订对国家的要求进行协调的程序。

35. 他认为，特别报告员在其报告的第413段的脚注中建议增加到第40条之二的规定应列在一个单独的条款中。(a)项应提到不再重犯的保证，报告的有关段落中数次提到这一点。

36. 就第三国而言，第50条A应提到违背行为的严重性，因为照目前的行文，似乎允许不考虑违背行为的严重性而援助受害国。

37. 第50条B的标题太广泛，照目前的行文，这项规定也涉及第50条A所处理的情况。第1款中有一处错误，应当提到第51条。此外，报告第377至379段所界定的类别不应出现在本条的案文中。

38. 至于第51条，委员会必须一劳永逸地决定如何限定它所考虑的各种违背行为。第51条提到“严重和明显”违背行为，而报告案文将其描述为“严重和令人震惊的”，有时描述为“证据确凿的”。特别报告员在介绍报告时提到“证据确凿的”违背行为，他本人更倾向使用该词语或“经可靠证实的”词语，该词语在讨论人权时被广泛使用，还有提及客观第三方的评价的好处。第1款的措辞也可以接近一读通过的第19条第2款的措辞。

39. 第3款(a)项规定的义务已相对确定，没有引起任何问题，而第3款(b)项造成与第27条的关系理论上的问题并不大。不过，关于合作义务的第3款(c)项可能是经审议所有条款中问题最大的。在诸如1997年底和1998年初的科索沃等局势中，一个想在采取反措施方面发挥领导作用的国家，可要求其他国家给予合作，但没有任何规定表明负有与谁合作的义务：是与国际社会、与受害者还是与请求给予合作的国家？无论如何，委员会不能规定每个国家有义务应牵头国家的要求而给予合作。

40. 在第4款，对惩罚性后果的提及不够明确。它是指个人刑事责任还是指国家的直接刑事责任这一

荒唐想法？还必须问清楚第48条所界定的程序性条件是否都可以适用于集体反措施。

41. 关于提议的一般规定，第37条中“只有在这种情况下”词语应予删除，因为它们在逻辑上与“专门”一词相抵触。不存在什么专门性的量度。新的第39条的措辞比一读所通过的改善很多。

42. 卢卡舒克先生说，他对第50条B第2款有一些疑问，该款涉及国家间的合作，包含一个具有一般原则性质的规则，是“软”法律。尽管如此，它反映了合作原则，合作原则是国际法的基本原则之一。因此，就集体反措施而言，这一点特别重要，必须予以保留。

43. 庞布-奇文达先生感谢辛马先生提请委员会注意第51条结构上的一个缺点，第51条提到两件事：第1款处理“违背国际义务”，换言之，即第一部分第三章标题所涵盖的内容，而第2至4款对应的是本条的标题，即按严重性尺度衡量并导致某些后果的违背行为的类型以及后果本身。必须正确评价委员会、正确评价它为区分“罪行”和“不法行为”所做的努力，这种区分采用罗伯特·阿戈的术语，以严重性概念为基础⁵。对使用两个不同术语曾进行过长时间的讨论，现在发现与所具有的内涵相比，使用两个术语本身引起的问题更多。在目前审议的案文中，这些术语已不存在，即使仍保留着其目的，这是件好事。因而，第51条第1款仍保留着前第19条第2款的内容，即使没有说明这一点。

44. 为了在特别报告员提议的结构中加以区分，为对称起见，似乎有必要将第51条分成两部分。第1款将作为一个特殊条款，标题定为例如“严重和明显违背对整个国际社会的义务”，纳入第一部分，放在题为“违背国际义务”的第三章第25条之后。与此相对称，第二部分将包含该特殊规定的后果，即新的第51条第2和第3款。这样安排将注意到长期以来委员会一直在关心的问题。

45. 辛马先生说，他同意庞布-奇文达先生的意见，即在某种程度上，适用于可称为“一般”的违

⁵ 见第五次报告(《1976年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第3页，A/CN.4/291和Add.1-2号文件)，第39页，第117段。

背行为的制度和适用于违背普遍义务的制度之间缺乏对称性。因此他建议应对第三章加以充实，因为该章只有一个关于严重违背对国际社会的基本义务的条款，显得有些单薄。应增加关于下列内容的条款：一般伤害、受害国可用补救手段、受害国可采取的反措施、适用于对国际社会的义务、第 413 段的脚注规定的内容，然后是第 50 条 A、第 50 条 B 和第 51 条。这样才是与一个非常重要问题相称的有威严的制度。

46. 克劳福德先生(特别报告员)说，他完全可以同意将第 51 条分成两部分并增加新的内容，但强烈反对将它放在第一部分，它在第一部分完全起不了任何作用。而且，如果将它放在第一部分，就必须考虑适用于该类违背行为的责任归属规则。因此，它的位置在第三章。他不反对辛马先生提议的结构。

47. 庞布—奇文达先生解释了他的看法，说第一部分结尾必须表明是只有一类还是有几类违背行为。人们可能不理解为什么针对一种不法行为的后果在第二部分有几种制度。

48. 托姆卡先生说，他同意特别报告员的意见。第一部分必须不加区分地涉及违背国际法的行为本身。将从违背行为的后果的角度加以区分：首先是“通常的”后果，然后是“严重违背对整个国际社会的义务”的后果。为了充实第三章，可采取以下解决办法：将新的第 51 条第 1 款作为单独的一条，将第 2、3 和 4 款作为另一条放在其后面。

49. 加亚先生就第 413 段的脚注规定的内容暗示，受害国以外的国家在对整个国际社会的国际义务遭到违背时可寻求的措施。特别报告员回顾——如(b)项的脚注中提议的新款案文所明确表示的那样——在这种特殊情况下，非受害国可以为了受害的人或实体的利益寻求恢复原状，也可为违背行为的受害者寻求损害赔偿，但后者只有在普遍义务遭到严重和明显违背的情况下。例如，在发生严重和明显侵犯人权行为的情况下，寻求责任国给予赔偿是可能的，但如果侵犯行为不严重和不明显呢？在实践中，可以说不存在提供赔偿的义务，因为责任国的义务只是理论上的。没有一个国家可以要求尊重这项义务。另一些情况下也是这样，如有些海洋污染的情况就是如此。即在某些情况下，即使有受害国，损害也可能超越该国所遭受损害的范围。委员会也许应为这种偶然性留出余地，考虑除受害国本

身有权提出的要求以外，是否可能寻求别的东西。

50. 他还认为，第 374 段就可克减和不可克减的人权之间所作的总体区分不是十分贴切。如果根据国际习惯法存在着对人权的义务，至少是从赔偿的义务的角度来看，其中哪些权利受到侵犯没有多大区别。

51. 在就这个问题发表评论的最后，他认为第 413 段的脚注规定的内容中提议的段落只是部分令人满意，应增加一些内容。应当考虑到以下可能性：在没有受害国的情况下，任何国家都可以寻求赔偿，即使不是为了自身的利益。

52. 关于国际罪行问题，他回顾说将第 19 条放在第一部分的设想有符合逻辑的解释，罗伯特·阿戈在其第五次报告⁶和委员会的讨论中也说明这一点。按照原来的做法，国家的国际罪行并不被视为导致不法行为普通后果加上某种其他后果的严重违背义务行为。原来的想法是將有两套后果。在此情况下，第一部分必须纳入某些关于国际罪行的内容。然而，委员会逐步趋向于认为：国际罪行基本上是引起进一步后果的不法行为。当时没有理由在第一部分指出国际罪行。

53. 新的第 51 条似乎没有比一读时提供的内容增加很多东西。第 2 款基本是新的，即惩罚性赔偿的观点。作为国际法逐渐发展过程中的一种做法，他对此并不反对，但他确实对该原则的实际执行持有疑虑。一个国家如何获得这种惩罚性赔偿？这一点必须与是否可能以一种制度化的方式对国家的国际罪行作出反应联系起来。

54. 他同意辛马先生有关新的第 51 条第 3 款的看法。应将第 3 款(b)项与第 27 条联系起来理解，后者已经包括了第 3 款(b)项的内容。诚然，第 27 条处理的是实施不法行为，第 3 款(b)项处理的是维持不法行为，但维持不法行为确实以某种方式助长了不法行为，如果援助或协助产生导致国际责任的后果，就很难设想一些国家怎么能够说，在发生严重或明显违背国际义务的情况下，它们不负有第 27 条所隐含的同类义务。第 3 款(b)项没有什么不妥，但至少应包括对第 27 条的相互参照。

⁶ 同上。

55. 在某种程度上，他也同意辛马先生关于第 3 款(c)项的评论意见，即各国必须进行合作以实施旨在停止违背行为的措施。这意味着——因而走得远一点——国家有义务在采取反措施方面予以合作，即使这些措施是由一国单方面采取的。合作的必要性是可以理解的，但决不能以这种方式表示。第 3 款(c)项至少应当重新拟订。

56. 由于新的第 51 条内容不够充实，他建议本条应涉及更多内容，增加一些有关严重和明显违背对整个国际社会国际义务的一般额外后果的内容。在这方面，他提到国际法在将以国家机构名义行事的个人行为之法律后果归于个人方面设立的障碍。基本规则是国家不能将这种行为视为个人行为，而应视为国家行为，但有一些例外情况，特别是就个人所犯下的国际罪行而言。如果国家元首使该国犯下种族灭绝罪，他就不能说其个人行为是一种国家行为，这时国际法规定可以对他的行为予以惩罚。然而，并非违背国家对整个国际社会的义务的所有行为都意味着以国家名义行事的个人犯了国际罪行。因此，将导致国家犯下严重和明显违背对国际社会义务的行为界定为个人的国际罪行是不合理的。他自己的建议范围非常有限。他的建议只是使国家有可能将个人与国家分开，以便行为导致严重和明显违背国家对整个国际社会义务的个人，在刑事或民事案件中不能将他以国家机构名义行事作为抗辩理由。纳入一项大意如此的规定将使得有可能在国家间关系中增加一个威慑因素。

57. 关于第 4 款，他认为将这种违背行为的进一步后果留待未来法律发展是明智的，不管这种发展是否涉及机构反应。如报告所述，这类发展完全可以一般地涉及各类严重和明显违背行为，但更有可能涉及具体违背行为。因而，可能对于一类违背行为而言已经有了一种制度，而对于另一种违背行为而言则没有。应当说明，目前不仅考虑到了总体发展，而且考虑到了从技术角度看属于特殊法范畴的具体发展，因为这也可能是将要采取的形式。国际社会将对某些违背行为作出反应，但不一定对其他违背行为作出反应，后者也许被认为同样严重，但可能需要不同的反应，国际社会还没有为这种反应做好准备。

58. 他发言的最后部分涉及反措施。他同意在发生违背对整个国际社会的义务的行为时采取反措施的

国家做法方面的调查。然而，调查得出的结论以及第 50 条 A 和第 50 条 B 的案文与实践不完全一致。在提到的多数情况下，也许在所有情况下，反措施的唯一目的是争取停止涉嫌不法行为。没有证据表明国家曾为获得赔偿而使用集体反措施。即使一国有权寻求赔偿，目前做法似乎证明只应当为停止违背行为采取反措施。因此不存在可以完全对应的情况，这是完全可以理解的，应认为是好事，因为委员会没有试图将反措施扩大可以采用的各种场合。只应在以停止违背行为为目的的情况下使用反措施才可被视为可允许的。这样做还有一个好处，因为在有受害国的情况下，不必征得受害国的同意。如特别报告员所回顾，在这种情况下，受害国不可能允许克减义务，而另一国可以要求停止。因此，在一国的部分领土被军事占领的情况下，即使该国为某种理由没有提出抗议，别的国家仍可以施加压力，要求结束军事占领。因此，它们采用反措施以实现停止是合理的。

59. 克劳福德先生(特别报告员)说，新的第 51 条第 3 款(b)项与第一部分第四章第 27 条部分重叠是可能的。在第 27 条中，强调的是不法行为的实施，而在第 51 条第 3 款(b)项，强调的是维持不法行为造成的情况。显然从一读时就存在这种区别，这种区别会引起什么变化吗？可以假设，在许多情况下，就一种持续的情况而言，主要义务(当然也是一种持续的义务)将遭到违背。不过，有些情况可能并非如此。例如，如果相当于危害人类罪的行为导致人们逃往另一国然后留在那里，问题是是否允许这些人返回家园。尚不清楚，如不允许这些人返回家园，这本身是否危害人类罪。在类似这种背景下，很可能存有适用第 51 条某种情况的余地。正因为这样，很难将集体反措施局限于停止。很可能存在着不法行为停止之后类似于停止的恢复原状的情况，不能肯定是否应对两者明确区分。他完全同意加亚先生对这种情况的看法，即停止意在适用于所有情况。此外，目前适用的欧洲共同体法律所规定的惩罚制度主要侧重于停止。是否应当作此限制仍需要考虑。显然，他自己在接受较严格的限制方面没有困难，但问题在于在发生例如危害人类罪之后恢复原状时，此时罪行已经停止，而实施这种罪行的政府已经下台，但其后果仍存在，例如有成千上百万人流离失所。认可这些后果也许相当于在以一种奇怪的方式在事后认可这种罪行。这种情况可能在第一部分第四章没有涉及。

60. 还存在国家“透明度”的问题，加亚先生曾试图运用这一概念，他说在发生严重违背行为的情况下，在随后的个人起诉中，个人无权依赖其以国家机构名义行事的地位。他认为加亚先生所提议的规定不涉及确立新的刑事罪。相反，它涉及的是禁止依赖豁免权，这个问题曾出现“彩虹勇士”号案中，只是没有太明确。

61. 他认为，这个问题也许不完全是国家责任问题，而是个人责任问题。他不完全同意这样的看法：只有在极端情况下国家才会变得“透明”。就违背国际法而言，国家始终是透明的。换言之，它始终应对其行为负责，私人个体始终应对自己的行为负责，不管他是否担任公职。总体而言，把二者联系起来的主意不好。

62. 历史上关于国家透明度原则的唯一事例是《纽伦堡法庭章程》⁷ 第 9 条中所界定的“犯罪组织”类别，其中有据以确定某些组织为事实上的犯罪组织的单独程序。个人因其是这些组织的成员而被作为罪犯对待，尽管存在着第二阶段程序，被告能够就其犯罪组织成员的身份请求减轻惩罚。关于这段历史经验，需要说明两点：首先，这种事情从未重复过，因为“因结社而有罪”的罪行从未在以后的任何文本中出现；其次，该原则不是对德国或德国政府适用，而是对组织适用，如党卫军。

63. 他认为，试图在国家责任和个人责任之间找到联系的做法就是使对个人指控的问题政治化，关于包括国家官员在内的个人根据国际法应对罪行负责的现行国际法规则本身就是关于透明度的规则，不管有关行为属于哪一类，也不管是否可归因于国家，该规则都适用。

64. 加亚先生说，他同意就可归因于个人的国际罪行而言，不一定需要指出透明度规则，因为它自然源于一般原则。然而，也可能有些民事责任问题或现行国际法还没有到达认定某项活动为犯罪的阶段的情况。因此，他建议的目的不是处理个人责任问题，而是只涉及国家间关系，但同时也对个人有威慑作用。

65. 克劳福德先生(特别报告员)说，他同意这是一

个实际问题，该问题曾出现在如皮诺切特案中。但是，问题是从法律角度看，这个问题是否属于责任问题。他认为，从豁免的角度看，这么说是正确的，但人们可能会问，作为原则问题，委员会是否应涉足这一领域。在这方面，他注意到委员会在第五十一届会议处理豁免领域这个问题时是非常保守的。他还想知道案文所涉内容是否已经过多。不过他鼓励加亚先生不要撤回他的建议，也许委员会其他成员会支持他的建议。

66. 杜加尔德先生说，作为外交保护专题特别报告员，他支持特别报告员在其报告第 428(b)段中对外交保护所采取的做法。其次，他认为如果委员会计划以宣言形式通过条款草案，就不应提到可追溯性问题，以期可将条款草案解释为以宣言形式公布现行法律，从而具有追溯效力。至于第 396 段所表达的观点，即有关对违背集体义务的反应的实践主要由西方国家所主宰，有实例表明这种观点并不准确。在这方面，特别是希哈塔，将 1973-1974 年阿拉伯产油国联合抵制解释为针对以色列非法占领西岸和耶路撒冷及西方国家支持这种占领所作出的反应。⁸ 另一个例子是非洲国家对南非的种族隔离和罗得西亚的少数人统治作出的反应，当然，这样做并没有违背条约，而是违背了国际习惯法，因为国家特别是邻国允许解放运动在其领土建立基地和开展活动。这是非洲国家对违背与人权和自决有关的集体义务作出的反应的例子。

67. 他认为，1966 年国际法院在西南非洲案中的裁决对于国际法来说是一大倒退，因为法院确认只有涉及到其国家利益时国家才能采取行动。法院在巴塞罗纳电车公司案中在某种程度上修正了其立场，但在东帝汶案中，法院似乎在事实上(如果不是在法律上的话)又回到了以前的立场上。因此，他非常欢迎特别报告员在第 50 条 B 和报告的几个段落中大胆否定国际法院在 1966 年声明的原则。他愿自豪地成为导致该原则被最终抛弃的一员。

68. 他还注意到，也许出于礼貌或者本着妥协精神，委员会成员回避了第 19 条的问题，并回顾第五十届会议，在可能把本条保留在草案中的问题上，委员会中持两种意见的成员势均力敌。因此，第四章是

⁷ 《国际军事法庭宪章》所附 1945 年 8 月 8 日起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的《伦敦协议》[英](联合国,《条约汇编》,第 82 卷,第 II-251 号,第 279 页),第 290 页。

⁸ I.F.I. Shihata, “Destination embargo of Arab oil: its legality under international law”, AJIL [《美国国际法学报》], vol. 68, No. 4 (October 1974), 第 591 页。

一个明智的妥协做法，一方面使第 19 条的支持者因为有了强制法和普遍义务而感到安慰，另一方面又通过放弃“罪行”一词使第 19 条的反对者感到满意。不过，他对这种做法也不是十分满意。当然，第 19 条应予取消，但罪行的概念不应彻底消除。例如，可以这种方式来提到罪行的概念：在新的第 51 条第 1 款结尾增加一句话，说明由一国严重和系统违背对于保护国际社会的根本利益至关重要的国际义务所导致的这类行为构成犯罪。这句话的措辞应主要以第 19 条的措辞为基础，在第 19 条中增加“严重和系统违背国际义务”这一概念，如特别报告中在其报告第 404 段和第 405 段所提到的那样。不需要对第 51 条作进一步修改。不过，他认识到对这种想法可能有多种反对意见。如特别报告员强调，如果委员会通过国际罪行这一概念，就必须以更系统的方式处理这个问题，特别是要界定关于管辖权和正当程序的具体规则，还要审议惩罚问题。然而，一些成员也许认为在条款草案中提到“罪行”一词是完全无法接受的。

69. 另一方面，这种做法也许有好处。首先，这种解决办法肯定比保留几乎众口一词认为措辞特别糟糕的第 19 条好些，特别是因为它列举了一些事例，尽管通过举例的方式来制订立法是不正常的。另一个好处将是保留“罪行”一词，因为委员会必须面对这样的事实，即不管它喜欢与否，国家罪行的概念现在已是国际法所用术语和习惯用语中一个组成部分。彻底放弃这一概念可能会被许多人甚至第六委员会的人视为倒退。特别报告员本人在其报告的第 391 段引用一个例子，其中美国称乌干达政府的行为构成“国际种族灭绝罪行”，并明确提到国家本身。此外，众所周知，在南非的种族隔离时代，国际社会多次谴责种族隔离是一种国际罪行，并称国家是罪犯。这种立场除了产生政治后果外，也在法律方面产生影响，因为它使民族解放运动使用武力有了某种合法性或合法性的外衣。然而，人们可能会问到名称如何确定，他看不出为何特别报告员在第 372 段中所述构成“严重违背基本义务”的行为不可称为“国际罪行”。国家在这些情况下所作反应的例子也表明，对国家行为的描述不够清楚。例如，当荷兰政府决定暂停对苏里南的援助时，就说事关情况发生了根本变化。⁹ 另一些国家将它们

的行为称为对严重违背基本义务采取的集体反措施。他指出，新的第 51 条第 2 款已经提到“惩罚性赔偿”，第 3 款提到了不承认的概念，两者都含有它们属于罪行的意思。如果委员会只因“罪行”一词已成为国际法术语的组成部分而想保留该词，它可以在第 51 条中容易地做到这一点，而不需再次引进第 19 条。与特别报告员所提议的妥协方案相比，这样做也许更能使第 19 条的支持者感到满意。

70. 不过，他注意到，如果委员会采用这种做法，在本五年期内就无法完成条款草案。特别报告员大力呼吁就这个问题作出妥协，他同意缺乏妥协将对条款草案造成严重后果，也许也会对委员会的声誉造成严重后果。特别报告员提议的妥协方案是明智的，因此他准备接受，前提是委员会不应被认为完全放弃了国际罪行的概念。他认为在当代国际秩序中，国际罪行的概念是有其存在的场合的，但这种场合不是在关于国家责任的条款草案中。因此，他坚持认为，如果委员会舍弃第 19 条，应在其长期工作方案中纳入对国际罪行的研究。还有一个明智的做法是委员会在向第六委员会提交条款草案时提出这项建议，以便给人以它没有放弃一个目前已深深扎根于国际法的重要概念的印象。

71. 最后，他说，他准备按照上述条件接受妥协方案。

72. 罗森斯托克先生说，他不想保持沉默，好象“国家的国际罪行”一词已确实成为国际法术语的组成部分了。相反，这是一个不切实际的词语。他不理解该词怎么会被纳入委员会的工作中；过去十年间它没有一次得到委员会至少半数成员的支持。他还认为下述预期是不合理的，即作为接受特别报告员提出的立法建议应付出的代价，必须接受罪行的概念。委员会必须决定，它是否希望及以什么代价和在多大程度上因为突发奇想而损害迄今就国家责任专题所做的所有事情。特别报告员的建议是令人感兴趣的，值得予以考虑并且必须在一读的基础上明确提交大会，以便得到反馈和指示，即是否支持沿着提议的方向继续工作。然而，如果委员会跨越这一点，所冒的巨大风险将是危及它正在开展的整个工作。有些发言将某类行为说成“犯罪”，这些发言究其实质是政治性的，在目前情况下，罪行的概念并不具有律师所使用的术语的通常意义。

⁹ 见《荷兰国际法年鉴》[英]，第十五卷(1984年)，第321页。

73. 哈夫纳先生说, 他认为国际法术语中已接受“国家的国际罪行”的措辞, 只是大家的理解方式不同罢了。就目前的法律而言, 至少有三种不同的解释, 从而使得这个问题非常敏感。

74. 伊科诺米季斯先生说, 他认为第 19 条是草案的一个关键条款, 更有价值, 它也反映了法律的逐步发展。目前委员会的面前有另一个建议, 这是特别报告员为找到达成一致意见的基础而作出的巨大努力的结果。然而, 他个人不认为已找到理想的折中方式。杜加尔德先生提出一个切实可行的建议, 应十分认真地考虑这一建议, 以便达成平衡兼顾的解决办法。也许为了达成更加令人满意的妥协方案而提出其他建议, 但他不能同意罗森斯托克先生所持的明显否定的立场。多年来进行的工作理所当然必须予以捍卫, 但不能以损害委员会的部分工作为代价。

75. 克劳福德先生(特别报告员)说, 第 51 条第 4 款使用“刑事”一词有各种可能的含义, 因为委员会不能排除国际法几十年发展的可能性和偶然性。

76. 关于向第六委员会提交条款草案, 第六委员会最好有一个综合性案文, 以便可以知道各条款如何相互关联, 并且国际法委员会在向大会报告的本届会议工作报告中可以区分各国政府就报告的哪些方面提出了实质性评论意见, 这些方面代表了多年的工作, 而且基本上是新的内容。

77. 辛马先生指出, 他所谓应使第 51 条的案文更接近第 19 条, 指的不是整个第 19 条, 而是第 19 条第 2 款, 其中描述的是第 19 条所涉及的义务, 他肯定无意提议在这样做的过程中增加“罪行”一词。

78. 布朗利先生说, 委员会所做的工作涉及国家责任的编纂工作, 这项工作长期以来一直是习惯法的组成部分, 不管委员会工作的结果如何, 这项工作将继续进行下去。委员会还在雄心勃勃地试图仅仅以规范方面的手段建立多边公共秩序体制。出于这个原因和别的原因, 委员会必须审查国家做法, 例如国家做法将表明, 并不仅仅是西方国家曾参加多边制裁。

79. 关于第 19 条, 他不同意采取下述态度, 即认为委员会放弃第 19 条在某种程度上相当于放弃国际罪行这一概念。委员会一些成员确实认为第 19 条以

较弱的语气表述了国际罪行这一概念, 它所处的位置不适当。这是一个不恰当的条款, 无论如何不应当出现在草案中。

80. 暂时而言, 委员会关心的问题应是向第六委员会转交一个综合性草案以获取反馈意见。

81. 关于报告的更具体的方面, 可以发展和充实关于国家做法的提法。关于术语, 他认为集体反措施的概念可能引起误解, 一个重要原因是它与双边反措施联系在一起。集体反措施实质上是集体制裁, 这些措施常常是并行采取而非集体采取。虽然很难找到一个替代术语, 但他倾向于使用“多边制裁”一词。

82. 像特别报告员那样说第 51 条所提到的不承认义务属于渐进发展的领域, 这种说法是不准确的。委员会在这方面也必须小心谨慎地在其工作与已存在几十年的事实之间建立联系。国际联盟大会早在 1930 年代初就第一次确认了不承认原则, 这一点应在评注中予以确认。报告至少还应提到无效性问题, 不承认除了在某些情况下属于政治制裁以外, 在法律性更强的背景下, 不承认是对一项行为无效性的反应。

83. 他不认为第 51 条中“一国严重和明显违背……责任”词语像表面看来那么客观, 因为安全理事会常任理事国所实施的违背行为经常不视为违反。

下午 1 时 10 分散会。

第 2651 次会议

2000 年 8 月 3 日, 星期四, 上午 10 时

主席: 山田中正先生

出席: 阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏

马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 戈科先生说, 在他担任菲律宾副检察长期间, 曾处理过一些含有国际因素的案例。然而, 他主要扎根于对国内法律的研究和分析以及诉讼代理。因此, 他认为特别报告员的第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)特别富有启发性。他曾对某些问题抱有的疑虑大部分已经消除。

2. 该报告第 375 段和第 376 段中所用“合法利益”一词提出了一个重要问题, 即应如何理解这个表达法。他怀疑这是否是那种在某个司法论坛中被认可或能够通过司法检查标准的合法权益。总之, 合法权益是一种实际存在并受到合法保护的利益。而且, 当一方不能在诉讼中表明法定权益或缺乏法律人格时, 对出庭资格的规定可作为一种防止措施。国际法院已经审理了有关该问题的若干案例, 其中包括西南非洲案, 在该案中埃塞俄比亚和利比亚向法院提出申请, 要求法院确认南非作为委任统治国的地位。法院采取经验主义观点把合法权益当成一般性问题处理, 并作为一般性原则拒绝将该概念局限于涉及某个实际有形物体的规定。法院认为这类权利或利益如要存在, 必须通过某种案文或文书或者法治被明确授予提出要求者。北喀麦隆案提出了类似的问题, 其中要求法院宣布联合国作为喀麦隆的管理当局, 未能履行其根据相关托管协定所承担的义务。

3. 另一个可能存在的程序问题是将多方当事人适当合并的问题。被合并各方当事人的合法利益的存在当然极其重要。然而另一个问题是, 是否存在有效的诉讼事由, 或是否提出了合法要求, 而非仅仅抗议或要求赔偿。只有出现严重违背义务情况时, 其他国家, 或整个国际社会才有正当理由参与。因此, 首先要考虑的一个问题是出现哪种违背行为才会需要其他国家参与。违背行为一旦作出, 其他国家立即获得加入受害国的所必须的合法利益, 当然首先必须征得受害国同意。不经同意, 其他国家即使愿意, 恐怕也不能够加入。不过, 仍然存在的问题是, 除违背行为的性质(这是援助一受害国时使用的标准)外, 为数众多的联盟、条约或区域集团是否足以提供一种合法利益。

4. 第 391 段中列举的反措施示例不是严格意义上的集体反措施, 因为采取这些措施的国家不能自称受到伤害。事实上, 某些国家只是以情况出现根本性变化为由, 决定暂时停止条约权利。此外, 第 396 段中承认国家实践由一个特定的西方国家群体主宰。如报告第 290 段中所证实的, 非洲和亚洲国家采取集体反措施的情形实属凤毛麟角, 这与反措施有利于最强大国家这一事实有关。鉴于发达国家、发展中国家和不发达国家之间的现状, 必须严肃思考这个问题。富裕和工业化国家以结盟形式集结到一起, 而其他国家彼此之间的联系薄弱并依赖某个强国的支持。它们虽然是主权和独立国家, 但在经济上却具有依附性。结果是, 尽管费尽心思详细进行阐述, 但采取集体反措施的可能性却很小。存在着阻止国家加入受害国的强有力的理由。在这方面, 由非统组织召集的一个独立小组曾就 1994 年卢旺达境内的灭绝种族行为而谴责某些国家和机构。在此值得一问的是, 为什么在发生种族灭绝这样严重违背对国际社会的义务的行为之后, 不曾有任何国家进行干预, 从而支持它们所声称相信的观念。

5. 他将在起草委员会上就拟订的条款的措辞发表意见。

6. 蒙塔兹先生说, 第三次报告的第四章非常有利, 可以使委员会在各国的双边关系方面扩大其关于责任的讨论。经一读通过的, 处理一个最具争议问题的第 19 条的影响在该章无处不在。他不想重新展开关于国际罪行与国际不法行为之间的区别的辩

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文, 见《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 61 页, 第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

论，因此他仅指出区别的存在不可避免，有时应当给予严肃考虑。他已经仔细注意到杜加尔德先生(第 2650 次会议)在这方面的提议。

7. 至于报告本身，他完全赞同特别报告员在第 372 段所表示关注，同时也是安全理事会表示关注的问题，即安理会某些决议给目标国无辜平民居民造成的有害影响。安理会主席曾就需要确保制裁措施符合国际人道主义法的问题发表过若干声明。安理会将建立一个独立的专家小组来审议这一问题。

8. 关于第 391 段，他同意杜加尔德先生的意见，认为采取集体反措施不应只局限于西方国家，并请注意某些阿拉伯国家继《戴维营协议》³ 后针对埃及采取的措施，以及海湾合作委员会成员国继科威特遭侵略后针对伊拉克采取的措施。

9. 关于第 393 段，尽管使用了“侵略”一词(该词在国际法中无疑具有否定涵义)来描述苏维埃社会主义共和国联盟在阿富汗的行为，但令人有点惊讶的是，特别报告员对该行为的非法性似乎仍存有疑虑。

10. 第 374 段揭示，国际法院在其关于巴塞罗纳电车公司案的裁决中定为普遍适用的准则类别与一般国际法的强制性准则之间存在混淆状况。这种混淆或许是因为列举的所有示例均涉及一般国际法或强制法的强制性规范造成的。

11. 他同意布朗利先生对“集体反措施”一语所持的保留意见，并完全支持他提出的以“多边制裁”来替代的建议。然而，他本人主要关注的问题是，特别报告员推理的依据是，未受到直接影响的国家有权出来援助一项严重违背对国际社会义务之行为的受害国。第 50 条 A 和第 50 条 B 中提出了这项权利。但是这种办法没有考虑到国际社会的成员国必须对违反国际人道主义法之行为作出反应的义务，从所有《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》以及《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)第 1 条就明确载明了这项义务，规定各缔约国在一

切情况下均应尊重并“保证”这些公约“被尊重”。法律意见压倒多数地认为，“保证被尊重”这一表达法使国家担负起对任何违反国际人道主义法的行为做出反应的义务。国际法院在审理关于尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案时，在此问题上的立场已经相当明确。在关于该案的判决第 220 段中，法院说明“美国在任何情况下都有义务“根据《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》第 1 条规定‘尊重’四公约，甚至‘保证’四公约‘得到尊重’”。而且法院补充说明，这种义务“源于人道主义法的一般原则，四公约仅是这些原则的具体表达”。

12. 因此，问题是如何能最好地处理这个问题。他想建议，在公认的后期阶段，在新的第 51 条第 3 款中插入关于保证尊重国际人道主义法的规定。至于第 3(c)款，它明确涉及合作问题，以便终止违背一项应尽义务的行为。换言之，未受到直接伤害的国家不得索赔，理由很简单，就是这些国家所受伤害的性质是非物质或精神上的。

13. 第 4 款按照目前情况是无用的。不言而喻，即使条款草案以公约形式获得通过，它们也不能妨碍习惯法或条约法的发展。

14. 关于一读通过的第 39 条，他感谢第 426 段的脚注中提及了阿兰焦—鲁伊斯先生提出的极有激励性的条款，他认为这一条完全具有说服力。他怀疑特别报告员也对此印象深刻，这便可以解释为什么对措辞做出了彻底修改，事实上是建议全部删除该项条款草案。自国际法院就洛克比案做出判决以来，《联合国宪章》第一百零三条得到广泛解释。然而，很明显第一百零三条仅与宪章本身的规定有关，而与包括安全理事会在内的联合国机构作出的决定并无关系。另一方面，它使宪章的条款优先于其他法律文书中载明的条款，由此将纯习惯性规则排除。因此，显然提出了这样一个问题，即条款草案一经通过后是否会因为它们经过了编纂而丧失其习惯性。他对此表示怀疑。法院在就尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案作出判决时，对宪章第五十一条和自卫概念的态度曾相当明确。在其判决第 176 段中，法院说明习惯法与条约法继续并存，第五十一条不能代替国际习惯法。

15. 对于目前摆在委员会面前的条款草案可以适用相同的论据。这些条款的规定有时以一般国际法为

³ 1978 年 9 月 17 日在华盛顿签署的于戴维营议定的《关于实现中东和平的纲要》(联合国，《条约汇编》，第 1138 卷，第 17853 号，第 39 页)。

基础。那些具有习惯法性质的规定将不属于《联合国宪章》第一百零三条的适用范围。他认为第 39 条未增添任何内容,因此怀疑其有效性。在起草《国际刑事法院罗马规约》过程中曾提出同样的问题。该规约第 16 条使安全理事会能够无限期地延缓提交法院的某一案例,该条曾遭到诸多当前法律意见代表的批评。因此,他愿意同意特别报告员在第 426 段的脚注中的提议,即把第 39 条全部删除。

16. 哈夫纳先生说,应祝贺特别报告员,他通过提交其第三次报告的第四章,完成了为二读准备关于国家责任的条款草案的艰巨任务。第四章具有深远的政治后果和政治含义,而且还在国际法和国际关系的持续发展方面提出了极其复杂的问题。

17. 第一部分涉及普遍义务和保护国家集体利益的义务。在这方面,有必要解决国际罪行这个难题。他也认为国际罪行就这点而论不应被列入条款草案。一向认为可以达成共识,即这样一种罪行即使存在,详细处理它们的时机也尚未成熟,而且无论如何对它们加以定义的任务属于主要规则而非次级规则的范畴。由于主要规则尚未确定这类罪行的程度、范围和内容,所以要处理继主要规则存在后出现的次级规则或后果还为时过早。当然,可以声称在 1969 年《维也纳公约》中的强制法方面出现了相同的情况,其中不含有对该概念内容的定义。然而,必须牢记,罪行是个敏感得多的领域,就涉及强制法的问题,该公约有意规定了一个提交国际法院的强制性司法程序——在国家责任范畴内不会出现这种情况。他因此支持特别报告员的这一决定,即仅仅处理具有能表明其严重性的独特特征的不法行为。

18. 在这方面,还必须铭记条款草案已经明确了不同类别的义务。义务可以是双边的也可以是多边的,包括属于一个国家集团的义务,或属于整个国际社会的义务。虽然这两类都包括更多的分类别,如影响其他国家享有权利的义务,以及旨在保护某项集体利益的义务等。但是这种分类应不同于各种违背行为的类别,违背行为的类别可适用于所有类型的义务,如具有持续性的那些义务。一种特殊的违背行为是严重和明显违背。新的第 51 条处理对整个国际社会负有的全部义务,但只涉及某些类型的违背行为。因此,符合第 19 条下原始定义的罪行与第 51 条中涉及的违背行为之间存在着实质性区别。因而,罪行(如果存在的话)在第 51 条中未予处理,

所以他同意杜加尔德先生的观点,即把该项目列入委员会今后的议程或许是个好主意。另一方面,杜加尔德先生的其他建议,即把第 19 条下的罪行定义纳入第 51 条,这将彻底改变该条款的范围。在他看来,在为二读提议的条款草案中,认为罪行只涵盖于特别法规则中。如果在目前处理这个问题可能会严重损害整项工作。

19. 特别报告员在其关于国家责任与个人责任之间关系的口头介绍中所表明观点是正确的。尽管经典理论认为国家责任不受个人责任的约束,但是后者的作用无疑是要使人民摆脱他们因国家责任而处于的人质地位。他非常同意这样一种哲学,该哲学也为建立国际刑事法院奠定了基础。

20. 同样,目前国际法不承认惩罚性赔偿是一种惯例。特别报告员在其报告第 382 段中引述的《建立欧洲共同体条约》第 228 条(按照《阿姆斯特丹条约》修订编号)是一特例,体现了自签署《欧洲联盟条约》以来实现的高度一体化,以及该条约适用方面仍然存在的问题。还应指出仍无权执行关于罚款的决定——这个事实仅仅确认了委员会正在处理国际法的逐渐发展问题。如特别报告员所正确指出的,尽管欧洲联盟委员会先前已经提出该程序,但这方面的第一项决定是欧洲共同体法院最近刚于 2000 年 7 月作出的。不过,值得指出的是,在环境事务方面已经启动该程序,在这些事务中涉及到普遍义务,而且可能没有受害国。因此,一方面,不可能在欧洲共同体法院权力的基础上进行推广,另一方面,这项权力实际上只局限于某种类型的案例。

21. 至于条款草案本身,出于他已经提及的理由,他赞成保留新的第 51 条第 2 款中第二个括号内的文字,并由此删除“惩罚性赔偿”这一提法。关于布朗利先生提出的问题,即第 3 款(a)项在多大程度上涉及到有效性问题的讨论应被列入评注。虽然加亚先生和辛马先生(第 2650 次会议)关于第 3 款(b)项与第 27 条的关系的发言似乎具有说服力,但他仍然倾向于支持特别报告员在就两项条款之间的差别问题答复加亚先生时所表达的观点。因此,他认为第 3 款(b)项具有一定的价值。

22. 主要问题在于第 3 款(c)项,它与第 3 款(b)项一起肯定都受到了《联合国宪章》第二条第五项的启发。两项条款均将义务普遍化,使之扩展到联合国

以外，扩展到采取这类措施并应承担义务的任何国家。他在委员会审议关于强制性规范的第 29 条之二期间已经说过，这些条款似乎影响到中立法。(c) 项的情况尤其如此，如果适用该项规定，将会改变中立的根本宗旨，也就是公正。根据该项原则，一个中立国将必须为责任国提供与它按**要求为(c)项**所指其他国家所提供的相同的援助。然而，这将与**(b)项**下的义务相矛盾。当然，可以认为中立现已不再受制于等距离规则。不过，这种断言仍然是可争论的。可以援用特别法规则来解决这个问题，但他怀疑是否可以将中立法视为国家责任方面的一种特别法。因此，只能认为责任国不得容忍中立国与其他国家之间的这种合作，因为它也将受到国家责任规则的约束——这与参加联合国的中立国的情况类似。但是，人们必须承认中立法正在经历重大变革，该条款由此将构成对国际法的发展——尽管这种发展是否是“逐渐”的仍是个争论未决的问题。他怀疑是否能够走得如此远，所以也加入那些曾对该项规定表示疑虑的人的行列。

23. 其他考虑因素也引人对第 3 款(c)项表示怀疑。由此，根据《联合国宪章》第七章通过的 1990 年 11 月 29 日安全理事会第 678 (1990)号决议第 2 段，授权成员国使用一切必要手段在科威特恢复国际和平与安全。同一决议第 3 段要求所有国家为根据决议第 2 段采取行动提供适当支持。该决议未使用“决定”一词，意味着安理会没有将明确的合作义务强加给未参与第 2 段所涉集体反措施的国家。显然，安理会当时不能肯定这样一种义务是否符合国际法或者是否可能被各国接受。从宪章第二条第五项也不可能得出结论，认为有与采取集体措施的国家进行合作的任何义务。从安理会决议与宪章第二条第五项(或许还有第二十五条)之间的联系可以推断出的唯一义务是，各国不得妨碍实施这些措施。

24. 第 3 款(c)项提出的另一个问题是，“进行合作以实施旨在停止违背行为，……的措施”这个表达法。当然，尽管可以推断这些措施必定是合法的，但这在任何地方均未陈述。因此，要强加给这些措施的第一个条件是，它们必须符合国际法。只有在这些措施符合国际法之后才能确定合作的义务。

25. 至于第 4 款，“刑事”后果的提法是多余的，因为其后出现的“或者其他后果”使之无效。然而，该报告第 413 段的脚注中的规定作了必要的补

充，尽管辛马先生曾提议将之确立为一项单独的条款。在该条脚注所提出的(a)项应插入不重复的说法，因为不重复与停止是密切相关的。随后重要的问题是，国家是否应当有权要求恢复原状和额外赔偿，并采取反措施促使责任国服从。该条脚注所提出的(c)项在这方面提出了各种问题：**(c)项(一)**目使用了“为受害的人或实体的利益”的表达法，这可能**需要援引国与受害者之间进行交流**，而**(c)项(二)**目似乎不要求这种交流，尽管损害赔偿应有益于违背行为的受害者。虽然这项提议受到某种道德信念的支持，但他怀疑是否曾有发生这种情况的示例。显然两种条款都必须与第 51 条一起来理解，第 51 条未能说明哪些国家有权援引责任国的义务。因此，该条脚注中的提案是第 51 条的一个必然结果。

26. 他可以支持新提议的第 37 条的表述方式，包括“并且只有在这种情况下”一语。据推测，其意图可能是第 37 条应把关于国家责任的整个草案置于特别法律制度下。但是，该条只提到“一国国际不法行为的成立条件”，所以他怀疑这是否也包括对这种行为的定义，或就各部分的标题而言，是否包括一般性原则、国际法下的国家行为和违背行为本身。如要保留该案文，则应在评注中给予某种澄清，此事可由起草委员会负责。对于特别法律制度与国家责任一般制度之间的关系问题肯定需要找到一种法律解决办法。一个不受制于某项特别制度的国家在一般制度下有权援引国家责任，那么它能否根据该一般制度采取行动？特别报告员在其评注中提到了一种借助解释的解决办法。这种解决办法目前已处于进程的末期阶段，无论该意见是否提供了一种貌似有理的解决办法，委员会似乎都不得不表示同意。尽管如此，这仍涉及到十分复杂的问题。

27. 新的第 39 条的拟订措辞毫无问题，虽然可以认为该规定是多余的，因为它源于《联合国宪章》第一百零三条。尽管如此，考虑到蒙塔兹先生的意见(他在某种程度上赞同其关切事项)，需要审议草案最终法律地位的后果。如果这些条款最终采纳一种体现习惯国际法的决议形式，那么便可以认为它们优先于宪章，因为宪章第一百零三条涵盖了条约义务，但不包括习惯法。因此，新的第 39 条草案特别重要，因为在解释该条时应确保宪章第一百零三条优先于将载有条款草案的文书。

28. 伊科诺米季斯先生说，他将仅仅讨论委员会针

对一读通过的条款草案第 19 条和第 51 至第 53 条正在寻求的折中办法。

29. 他认为特别报告员提议的折中办法不令人满意，而且据假定也不可能令人满意。特别报告员删除了“国际罪行”一语，而该用语目前在国际法中已得到明确确定：“侵略罪”和“灭绝种族罪”的说法现已普遍通用。此外，仅该用语便对最严重的违背行为具有巨大的阻止作用。其次，特别报告员从一读所通过的条款中删除了整个第 19 条、第 40 条第 3 款和第 52 条，且现在建议以一个新的第 51 条代替被删除的条款。

30. 新的第 51 条第 1 款应按照辛马先生和托姆卡先生的提议单独构成一项条款，并应得到大幅度扩展。该条款必须包含关于严重违背行为的定义，如第 19 条第 2 款目前所阐明的那样。该定义应当这样措辞：“一国违背对于保护整个国际社会基本利益至关重要的国际义务的行为，构成本章含义范围内的严重违背行为。”

31. 他支持在条款中提及违背行为必须得到充分证实或必须明显，如任何国际不法行为的情况一样，特别是当一国就此采取反措施时。该条款中还必须列举第 19 条第 3 款所提及的多数，如果不是全部严重违背行为，特别是侵略行为。毋庸赘言，这种列举并非详尽无疑，但仍然至关重要，因为人人都必须了解“严重违背”的含义。

32. 第 51 条第 2 款是特别报告员提出的唯一实质性提案，也应构成一项独立的条款。他认为，仅仅应在严重违背情况下保留惩罚性赔偿。至于目前方括号中的两种表达法，他认为最好将它们合并为“反映违背行为严重性的惩罚性赔偿”。

33. 第 3 款也应被划分为两项条款。第一条可以这样措辞：“一严重违背行为将导致其他各国分别地”——“分别地”在此很重要——“产生下列义务：”，后面是按照目前措辞的(a)项和(b)项。第二条可以这样来表述：“一严重违背行为还引起所有国家与受害国合作的义务：(a) 在履行前一项条款规定的义务方面；(b) 在实施旨在消除严重违背行为后果的措施方面。”不用说，这些措施必须符合国际法。

34. 第 4 款可以构成本章的最后条款。自然，起草委员会还需要对该款作出大量改进。

35. 另一个需要考虑的因素是，第 40 条之二第 2 款以及第 50 条 A 和第 50 条 B 是否能够填补因删除第 40 条第 3 款而造成的空白。回答这个问题并非易事。新条款规定很复杂，需要仔细研究，他希望不仅是能够在全体会议上，而且特别能够在起草委员会会议上进行研究。然而，要执行第 50 条之二中的规定并避免可能的滥用情况，似乎必须根据《联合国宪章》，在属于各国国家管辖范围的事项中遵守不干预义务，《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》⁴ 中对这项义务作出了详细说明。他的提案中没有任何新内容。这些提案以特别报告员建议的第 51 条和一读通过的第 51 条为基础，并且还在某种程度上引用了第 19 条。

36. 关于特别报告员提议的折中办法，他的结论是，委员会当前的任务应当是试图尽可能地改进案文，并在下届会议上重提这个问题。最后，他希望祝贺特别报告员就极其重要的议题所做的报告，并感谢他为提出一个公平和公正的折中办法而作出的努力。

37. 卡巴齐先生说，多亏特别报告员的努力，委员会现在似乎即将向大会和整个国际社会提出一整套关于国家责任的条款草案。在其第三次报告的第四章中，特别报告员试图捆紧一切松散部分并就有争议的规定提出折中办法，重新调整七巧板的各部分，从而使出现的图案更加清晰。

38. 他大体上欢迎特别报告员的考虑，欢迎对每个国家在发生违背对整个国际社会的义务行为时援引责任的这一概念的详细阐述，并特别欢迎在代表另一国家行使该项权利的情况下对该权利加以限制，这些限制非常有用。他不太赞成特别报告员就惩罚性赔偿的概念勉强采取的步骤，这种勉强态度值得表扬。然而，特别报告员所说的或许是对的，即欧洲联盟制定的新道路可以及时地，可能在不太久远的将来证明对其他国家或区域集团具有吸引力。

39. 他还支持特别报告员对集体反措施问题的处理，尽管特别报告员一反往常做法，提供的国家实践示例几乎只局限于西方国家。杜加尔德先生和卡特卡先生补充提供了一些来自非洲国家的示例，包括曾经一度被称为“前线国家”的国家以及东非和大湖区国家。跃入脑海的其他例子有英联邦国家近

⁴ 见第 2617 次会议，脚注 19。

年来针对诸如尼日利亚等违法国家采取的集体行动。所有这些例子应能够再次向委员会保证，就集体反措施而言，的确存在着广泛的国家实践。尽管这些例子不一定总相当于在第二部分之二第二章的含义范围内采取的反措施，但其要素则在那些国家实践中清晰可辨。

40. 因此，或许可以假设他最终顺从了单方面反措施的概念。但事实并非如此。他可以忍受集体反措施，或布朗利先生所更喜欢的说法，集体制裁的概念，因为与个别国家采取单方面反措施的情况不同，在集体反措施情况中，错误和滥用的范围由于参与的其他国家的智慧和善意而缩减。这种情况不同于第二部分之二第二章所涉及单方面判断的“自助”情况。

41. 他欢迎特别报告员对“严重违背”对整个国际社会的义务问题的处理，以及所提出的建议。与其他一些委员不同，他不支持国家犯罪的概念。国家可能作出严重违背国际法从而损害其他国家的行为，而且这也总是会损害整个国际社会。因此，这类国家应预料到有作出赔偿的相称后果。但事情应当到此为止。对于“国家罪行”这一表达法并不存在一种普遍接受的理解，因为即使在国家刑罚条款范围内也未对此作出阐释——这个理由足以避免使用这个用语。“罪行”一词所含的贬义可能会诬蔑暂时受到残暴制度统治的国家的无辜人民。在艾迪·阿明政权统治下的乌干达的情况便是如此，虽然美国可能有正当理由对乌干达施加贸易制裁措施，但承受制裁冲击的是在阿明种族灭绝政策统治下已经深受苦难的人民，而非阿明及其军队。

42. 他同意在关于严重违背国际义务问题的第二部分第三章中不宜列入包含有第 19 条所载各项原则的规定；这些规定更应当属于处理一国国际责任的法律后果的第二部分第二章。

43. 至于新的第 51 条第 2 款，他更喜欢“反映违背行为严重性的赔偿”这一措辞，因为惩罚国家的概念令人不快。“为合法”一语应从第 3 款(a)项中删除，因为由一违背行为造成的情况不可能是合法的。也许可以用“可接受的”来代替“合法”。关于已经对第 3 款(c)项中涉及的合作义务所表示的疑虑，他也有同感，而且他赞成哈夫纳先生的意见，认为无论在任何情况下都不可能存在这种义务。他同意第 50 条 A 和第 50 条 B 以及第四部分中所载的各项原则。

44. 卢卡舒克先生说，他同意报告中阐述的多数要点，但他怀疑委员会是否能够驯服卡巴齐先生在先前一次会议上曾提及的狮子和老虎。

45. 第 376 段表明，对整个国际社会所负的义务使得有权为普遍利益而采取行动。强制执行这些义务是否要求国家为维护普遍利益而采取行动？这是否意味着承认某种与罗马法中的群众行动相类似的东西？在西南非洲案中，国际法院认为国际法中尚不存在这种制度，特别报告员似乎也采取这一立场。

46. 在第 391 段中，特别报告员指出，由于对北约组织袭击南斯拉夫行动的合法性存有疑问，所以成员国没有依赖法律依据，而是依赖道德和政治依据。或许应当规定无论是从道德还是政治方面考虑，反措施都是不可预测的——这一点可能具有实际意义。

47. 特别报告员在第 394 段中提到违背普遍义务情况下的报复性行动，这提醒我们如果不在条款草案中提及这一问题，它将会是理论和实践中不断遇到的一个难题。

48. 他有点担忧第三章的标题，因为它令人觉得这一章是在讨论严重违背的概念或在列举这类违背行为。该标题如果用于刑法的某一节会很合适，但作为程序法的一个题目则欠妥。既然这一章涉及责任，就应以“严重违背……义务的责任”为标题。同样，关于第 51 条，严重违背义务的后果是引起责任，而且该条也确实谈论责任。所以，其标题应当反映其内容，读为“严重违背……的责任”。由此第 2 款或许应该这样表述“就违背该义务的责任国而言，这种责任应引起任何其他国际不法行为的所有法律后果，而且还引起惩罚性赔偿。”惩罚性赔偿在该背景下非常重要。

49. 他真正担心的是新的第 51 条第 3 款(a)项，因为它似乎不承认违背行为所造成的状况为合法的义务与违背行为的具体特征毫不相干，但却可以适用于任何违背行为。不过，确实不可能承认任何不合法的后果。

50. 第 3 款(b)项中也遗漏了责任的概念。如果这样来表述该项，即“不援助或协助违背了该义务的责任国……”，则会准确得多。他不认为有必要完全删除第 19 条，在这方面，他完全赞成伊科诺米季斯先生的意见。

51. 第 50 条 A 中所载规定的重要性必须得到强调, 如果没有这些规定, 便可能导致警察国家的做法, 它们代表其他国家强迫遵守国际法, 并由此使其他国家依赖于它们。第 50 条 B 的标题再一次遗漏了“责任”一词。

52. 至于第 50 条 B 第 1 款, 在涉及普遍义务时, 任何国家都可被视为受害国, 因而不存在中立国。所以该款应这样表述“在第 50 条没有提到任何个别国家直接或特别受到违背行为损害的情况下……”。特别报告员忽视了责任的多重性所提出的相当严肃的问题, 换言之, 就是对直接受害国和具有法定利益的国家类别的界定。在实践中曾经常并且会继续遇到这类难题。

53. 关于第 39 条, 他对仅提及《联合国宪章》第一百零三条存有疑问, 这一条赋予宪章整体一种特殊地位。因此, 应当先提及宪章整体, 而最后提到第一百零三条。起草委员会无疑可以根据这项条款拟订一项可被接受的规定。

**对条约的保留⁵ (续完)* (A/CN.4/504, B 节;
A/CN.4/508 和 Add.1-4; ⁶ A/CN.4/L.599)**

[项目议程 5]

特别报告员的第五次报告(续完)**

54. 主席请特别报告员介绍其关于对条约的保留的第五次报告第三章(A/CN.4/508 和 Add.1-4)。

55. 佩莱先生(特别报告员)说, 他首先希望通知各位委员, 由于汉普森女士没有为促进和保护人权小组委员会本届会议准备文件, 因此人权委员会将推迟一年审议对人权条约的保留问题。

56. 在第三章中讨论的问题是提出保留和解释性声明的时机问题, 该章仅以法文, 而没有按照秘书处坚持要求的以法文和英文编写。对于委员会来说,

* 续自第 2640 次会议。

** 见第 2633 次会议。

⁵ 委员会第五十届会议和第五十一届会议暂时通过的条款草案案文, 见《1999 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 96 页, 第 470 段。

⁶ 见上文脚注 2。

这并非一个全新的问题, 因为在讨论准则草案 1.1 中通过的保留定义时曾一起讨论过这个问题。该保留的定义沿用了 1969 年《维也纳公约》中的定义。该定义明确说明, 保留是一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入一条约或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明。该定义曾得到进一步澄清, 特别是在准则草案 1.1.2 中, 说明可以提出保留的情况包括 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 11 条提及的表示同意接受约束的所有方式。尽管如此, 这些澄清没有完全解决与何时可以或必须提出保留有关的所有难题。这些是第三章中讨论的问题。讨论时从提出保留的角度入手, 这是第五次报告题为“保留的提出、修改和撤回以及解释性说明”的第三章第一节的内容。

57. 他严格遵守审议第一次报告⁷时通过的工作计划, 因此只调查了提出保留的程序。他没有审查错误程序的潜在后果, 这只有在仔细审查由不准许的保留造成的问题时才可能予以考虑。他研究了提出保留的情况, 但没有审查这种提出是否正确。然而, 他注意到 1969 年《维也纳公约》在定义保留时的措辞有个奇怪之处。第二条谈及一国在某个特定时间“所作(made)”单方面声明, 而第十九至第二十三条则普遍使用“提出(formulate)”这个动词。然而, 第十九条(乙)项提及由一条约规定的可以“作出”而不是“提出”的保留。这种区别不是偶然的, 而是经过仔细斟酌的。只有在保留本身足以产生效果, 无须得到认可或接受时才能使用“作出”一语。当保留是由有关国家提议, 但其自身并不产生通常与保留有关的效果时, 必须使用“提出”一语。他认为, 第二条中使用“作出”一语是错误的, 但很可能不值得修改准则草案 1.1。公约不可能重写。但是在委员会将审议或通过的准则草案中, 必须小心谨慎, 正确使用这两个动词。

58. 他希望提请委员会注意报告中未曾讨论过的一个问题, 即可以修改保留的时机。显而易见, 在提出保留与修改保留之间是有关系的。尽管如此, 修改与撤回保留是不可分的, 因为修改是一种缓和的撤回形式。他将在其报告的下一部分审查这个问题, 委员会将在第五十三届会议对此进行审议。

⁷ 见第 2632 次会议, 脚注 6。

59. 他在报告中审查的问题非常枯燥且技术性很强,但这些问题的实践意义并非无足轻重。题为“在签署时提具的保留和正式予以确认”的准则草案 2.2.1,初看也许显得复杂,但它只是转载了 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款,其中包括关于国际组织参加的规则。这体现在关于相当于国家批准的确认行为的提法中。他提议委员会应简单地遵循它在通过准则草案 1.1 时曾用过的方法,换言之就是在《实践指南》中列入一项 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》所共有的规定。这是必要的,以便使指南尽可能全面和便于使用。

60. 他曾自问 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款中的规则是否合理,并且想到鉴于已经在原则上作出决定,并且得到第六委员会的核准,除非有绝对必要,否则不对维也纳公约的规则提出质疑,因此建议修改第 23 条第 2 款中的规则就必须有正当的理由。就准则草案 2.2.1 而言,他认为没有这种必要。这并不意味着第 23 条第 2 款没有任何缺点。这很可能超出了简单的法典编纂工作,而且在通过该款时,它更类似于需要逐渐发展的规则。自那时起,该规则便已得到普遍接受并体现了普遍的,如果不是一贯的实践做法。如果委员会要对该规则提出质疑,则可能对随后的实践也会提出疑问。

61. 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款所载规则的优点,在委员会向大会提交的关于第十四届会议(1962 年)的工作报告⁸,关于第十七届会议工作报告的第二部分和关于第十八届会议(1966 年)工作报告⁹的第二部分,以及特别报告员保罗·罗伊特在关于国家和国际组织间或两个或更多国际组织间所缔结条约问题的第四和第五次报告¹⁰中都作了说明。尽管如此,该规则的主要缺点在于,由于要求在表示最后同意接受约束时确认保留,因此很可能会阻碍国家表明它们在一项案文获得通过时(即签署时)意图作出的保留。表

⁸ 《1962 年……年鉴》[英],第二卷,第 182 页, A/5209 号文件。

⁹ 《1966 年……年鉴》[英],第二卷,第 210-211 页, A/6309/Rev.1 (partII)号文件。

¹⁰ 《1975 年……年鉴》[英],第二卷,第 38 页, A/CN.4/285 号文件,以及《1976 年……年鉴》[英],第二卷(第一部分),第 146 页, A/CN.4/290 和 Add.1 号文件。

明意图的做法有利于对各缔约方今后的承诺或保证有更大的可预测性。然而,尽管缺点的分量超过了优点,但尚不至于要对 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款提出质疑。

62. 第二个问题是,重新表述 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项是否不是个好主意。该款的案文不尽令人满意。例如,“须经”一语的含义不清楚。而且所列出的表示同意接受条约约束的方式也不完全,因为这与该公约第二条第一项(丁)款关于保留的定义中所列出的方式相同,没有涵盖该公约第十一条中的全部要素。其实正是因为这个缺漏,委员会通过了准则草案 1.1.2,以填补空白。准则草案 1.1.2 在这里的措辞可以更全面,但他认为这没有必要:在评注中提及缺漏的内容,特别是交换构成条约的文书就足够了。

63. 同样,他认为不必补充 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项以便考虑国家继承的问题。委员会已经商定将关于该主题的所有准则合并为单独一节,而且不论在任何情况中“国家”都包含“继承国”的概念。当一继承国批准一项条约时,它首先是以一个国家,而不是以继承国行事。因此,在准则草案 2.2.1 中,只应该沿用该公约第二十三条第二项的措辞,不明确提及继承国,但或许可以在评注中就这个主题纳入比该公约拟订者们所提到的更多内容。总体上,只要可能,就应当以该公约的措辞为起点,必要时可使之更为确切。

64. 一个的确需要更精确的问题在单独一项准则中予以处理,即题为“在谈判、通过或认证条约案文时提具的保留和正式予以确认”的准则草案 2.2.2。之所以要单独列出一项规定而没有简单地扩展准则草案 2.2.1,是出于原则和实用方面的理由。不能重写 1969 年《维也纳公约》,而准则草案 2.2.1 也已经相当长。准则草案 2.2.2 只是重新陈述了委员会在详细阐释该公约过程中提议的案文。但正如本报告第 241 段和第 254 段中指出的,该案文有时像鲁达所形容的那样“神秘”¹¹地消失。案文就这样在不曾提出任何正当理由情况下消失了。

¹¹ J. M. Ruda, “Reservations to treaties”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1975-III (Leiden, Sijthoff, 1977), vol. 146, 第 195 页。

65. 他提议在准则草案 2.2.2 中添加的细节是, 将准则草案 2.2.1 中的规则扩展至在谈判、通过或认证条约时提出的初期保留。其理由可参见委员会关于第十八届会议的工作报告,¹² 另外也被转载于其报告第 253 段。有时依赖这些初期保留相当于依赖正式保留, 而且委员会认为重要的是所涉国家在签署、批准、接受、核准或加入条约时应正式重申有关声明。

66. 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项中还有其他两点需要得到补充。第一点涵盖在准则草案 2.2.3 中: 在签署简化形式的协定, 即仅经签署即告生效的条约时提出的保留无须事后予以确认。这项规则可以相反地从准则草案 2.2.1 中推出, 但是不言而喻的东西被说明后效果甚至会更好, 而且由于委员会正在详细制定《实践指南》, 就更应当说清楚。这样还可以消除转载于准则草案 2.2.1 的 1969 年《维也纳公约》第二十三条第二项中“须经”一语的模糊性。他能够预见的唯一真正问题是起草问题。是将所涉条约以令民法领域的执业人员满意的措辞描述为“简化形式的协定”, 还是描述为“仅经签署即告生效的条约”, 这实际上是一回事, 但或许更容易被普通法领域的执业人员接受。

67. 关于在表示最终同意接受条约约束之前提出的保留的最后一项准则草案是准则草案 2.2.4, 题为“在签署时提具条约明白规定的保留”。该主题在此并不很重要, 但通过这项准则草案将有效地澄清一点, 关于这一点的实际做法各种各样而且很不确定。在第 262 段中, 他列举了《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务公约》的示例。该公约规定签约方可在签署该公约时作出保留, 即使这是一份必须得到正式批准的文书。在这种情况下, 要求一个利用公约授权在签署时作出保留的国家必须在其表示最后同意接受文书约束时确认其保留是否合理? 他相当肯定地认为, 这不合理, 而且还可能造成严重的实践问题, 至少是对于过去在这种情况下作出的保留而言, 这些保留中有许多无疑依据条约中明确载明的授权不曾得到确认。的确, 其他国家, 或者相同的国家在其他条约中, 为防万一在签署时确认了提出的保留, 但不确认的情况更加经常。

68. 至于逾期提出的保留问题, 大家商定除非条约另有规定, 最后可以提出保留的时刻是在表示最终同

意接受约束之时。该项规则源于保留的定义本身, 而且在 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 19 条的起首语中也有所暗示。国际法院在关于边界和跨界武装行动案中, 美洲人权法院在其关于对死刑的限制案的咨询意见中, 以及瑞士联邦法庭在其报告第 282 段列举的一个非常有趣的案例¹³ 中都提及了这项规则。他在第 281 至第 285 段中陈述的其他先例具有相当明显的后果。关于不得在表示最后同意接受约束以后提出保留的原则足够严格, 各国无论是通过解释(如美洲人权法院的裁决所显示的)还是通过给在一项任择条款下作出的声明增加条件或限制(如欧洲人权委员会对赫里索斯托莫斯案的裁决和欧洲人权法院对洛伊齐杜案的判决)都不能规避。《实践指南》中有必要阐明这项原则, 而这正是他对题为“采用保留以外的其他程序过时排除或更改条约的法律效力”的准则草案 2.3.4 建议的内容。

69. 尽管该项原则不容质疑, 必须以严格的方式对其进行解释, 但其可成为一项相反规定的主题。事实上, 缔约方完全可以这样说, 在表示同意接受约束或在条约生效以后照样可以提出或甚至作出保留。报告第 289 段列举了从 1912 年至 1999 年期间在批准后准予提出保留的示例。由于习惯法原则坚持, 在条约沉默的情况下, 必须最迟在同意接受约束时提出保留, 因此任何减损都必须明确。在准则草案 2.3.4 和 2.3.1 中, “除非条约另有规定”的说法暗示, 各国如果要减损这项原则, 则条约中必须对这种减损作出明确规定。

70. 他建议走得更远一些, 将关于减损的示范条款连同准则草案 2.3.1 一起提供给各国, 如果谈判者们愿意这些示范条款可被纳入未来条约。在这方面, 他提及委员会关于其第四十七届会议的工作报告, 其中指出, 如果必要, 将给国家实践准则附加示范条款。¹⁴ 他相信委员会和他一样都将这些示范条款视为可以被纳入条约, 以防止保留方面出现执行问题的简单条款范例。这便是第 312 段中的示范条款的目的, 他希望起草委员会将它们与准则草案 2.3.1 一起进行讨论。

¹³ 瑞士联邦最高法院, *F. v. R. and State Council of the Canton of Thurgau*, 1992 年 12 月 17 日裁决, *Journal des Tribunaux*, 1995, 第 536 页。

¹⁴ 《1995 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 488 和第 496 段。

¹² 见第 18 条评注第(3)段(上文脚注 9), 第 208 页。

71. 然而，该准则草案的案文可由起草委员会在文体上加以改进，但这项准则突出了在表示同意后禁止提出保留的两项重要例外：“除非条约另有规定”和“除非其他缔约方不反对”。第一个例外是不言而喻的，第二个例外是合理的，并且源于已得到确认的实践。说它合理是因为不得强迫国家同意撤消对一项明显的非强制性习惯规则的适用。由于一缔约方可以退出条约并在重新加入时提出另外的保留，所以采取不必要的僵硬态度是不明智的：只要没有任何其他缔约方反对，应准许缔约方直接作出保留，不必通过退出程序。

72. 秘书长在 1970 年代末大大缓和了他先前的立场，就是为应付这种情况。1979 年，法国表明要废止《统一支票法公约》，目的是要在提出新的保留的条件下重新加入该公约。¹⁵ 代表受托人秘书长行事的法律顾问建议，法国给秘书长写一封信，他将把信传递给其他缔约方，如果没有任何反对意见，保留将被视为生效。此后，秘书长对他作为受托人的所有条约都遵循这种做法。报告第 298 至第 302 段中列举了涉及其他受托人的类似情况的示例。这种方法无疑防止了一些文书被彻底废止，而且事实上，任何缔约方如认为提出的保留属于滥用，可以予以反对。出于这种想法，他提议了准则草案 2.3.3，题为“对过时提具的保留的反对”。

73. 文献中建议这种反对应与对一般保留的反对具有相同的效果，而且反对只能阻止一项过时提出的保留在反对国与保留国之间产生效力。他本人并不同意，因为这将意味着对与提出保留的时限有关的所有规则表示质疑。如果任何国家或任何组织可以在任何时候提出新的保留，这将严重威胁到法律关系的安全和稳定。条约必须遵守的原则将会受到损害。而且，这种解释不符合受托人的做法，用联合国法律顾问的话说，这些受托人一贯认为，在缔约各国不提出任何异议的情况下，一项过时提出的保留才可被视为生效。

74. 在准则草案 2.3.1 和 2.3.3 中，最重要的是没有国家反对过时提出的保留。另一方面，过时提出的原则一旦被接受，就应适用保留的通常法律制度，什么都不能阻止一个不反对过时提出保留的缔约国

反对保留本身，甚至拒绝受到保留国的约束。准则草案 2.3.3 中仍保留这种可能性。他怀疑是否应当要求明示而不是默示接受保留，但这不符合受托人的惯例和国家惯例，而且也不切实际。至多可以要求国家不反对保留。

75. 最后留下的难题是，可对过时提出的保留表示反对的期限。这方面的做法并不明确。曾经面临这个问题的多数受托人都设法不对此表态。联合国秘书长为了对欧盟所作陈述作出反应，最近于 2000 年 4 月 4 日宣布将期限由 90 天变为 12 个月。90 天当然太短，各国没有时间审查提出的保留。海事组织秘书长采用的一个月期限显然更是太短。而另一方面 12 个月时间则太长，因为在这整个期间各国都不能确定保留的结果。然而，1969 年《维也纳公约》第二十条第五项规定，可在 12 个月内对保留提出反对，另外考虑到联合国秘书长的立场，他提议将期限定为 12 个月，而不是 6 个月，尽管他本人觉得后者更合适。

76. 至于以属时理由提出的解释性声明问题，好像很少发生过时的解释性声明这种情况，因为相反于对保留的定义的操作，在定义解释性声明的准则草案 1.2 中没有包含任何时间因素。尽管在迄今通过的任何一项准则草案中均未予以阐明，但已经一致同意这意味着可以在任何时刻作出解释性声明。不过，一些条约明确限制可以提出解释性声明的时刻，例如《联合国海洋法公约》第 310 条和《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼类种群的规定》第 43 条。这在关于纯粹的解释性声明的准则草案 2.4.3 中得到明确规定。准则草案 1.2.1 指出，只有在表示同意接受条约约束时才可提出有条件的解释性声明。在此将不得不纳入一项关于有条件的解释性声明的单独准则草案。由于这种声明与保留的作用一样，所以他提议将准则草案 2.2.3 和 2.2.4 与关于有条件的解释性声明的准则草案 2.4.4、2.4.6 和 2.4.7 互换位置。

77. 他将其第五次报告第三章所载的 14 项准则草案与上述意见一起提交给委员会审议，并希望能将这些准则草案和意见提交给起草委员会。

下午 1 时 10 分散会。

¹⁵ 见联合国，《1978 年法律年鉴》[英](出售品编号：E.80.V.1)，第 199-200 页。

第 2652 次会议

2000 年 8 月 4 日，星期五，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、奥佩蒂·巴丹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续)

1. 托姆卡先生回顾，自从特别报告员在第五十届会议上提议将条款草案第 19 条和第 51 至第 53 条删除没有获得成功以后，委员会就如何进一步审议所涉问题的程序达成了一项折中办法，特别报告员第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)第 369 段中对此进行了讨论。虽然该报告第 371 段中显示，特别报告员为履行其职责作出了勤恳的努力，但还是有若干问题没有得到解决。

2. 例如，当特别报告员在第三次报告第四章中处理“对国家集团或国际社会的责任”时，能否推论说：责任是一样的；或者说，违背对一国家集团承担的义务和对国际社会承担的义务的法律后果是一样的？当第 19 条更多地涉及对整个国际社会承担的义务、而不是对一国家集团承担的义务的违背时，这项概念是否被认为取代了第 19 条中所使用的“国际罪行”这一令人感到不合宜的措辞方式呢？

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文，见《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61 页，第三章，D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)。

3. 此外，尽管特别报告员作出了努力，但该报告中所使用的一些概念相对比较“模糊”。对于普遍性义务、强制性规范(绝对法)、最严重的违背和集体义务来说，的确是这样。特别报告员在第 40 条之二第 2 款(a)项中使用了普遍义务这一术语来修饰对整个国际社会承担的义务。他在报告第 373 段中申明：对整个国际社会承担的义务的内容与强制性规范的内容基本上都扩及于同样的时间和空间，顾名思义，一强制性规范必须在所有国家面前都具有同样的地位，它们都是具有普遍义务作用的规范，不得有所减损。但是，特别报告员自己指出，某一项义务可能在所有国家面前具有同样的地位，但可以在某两个特定国家之间通过一项协定加以修改，可能导致该项义务不再具有强制性的结果。特别报告员接着总结指出，在出现减损的情况下，则同一义务并非是针对整个国际社会的。因此，问题在于：为什么在第 40 条之二第 2 款(a)项中对整个国际社会的义务在有可能被减损的情况下被限定为普遍义务，在那种情况下，其含义是：该项义务一旦受到减损，就不再是针对整个国际社会的义务了。因此，在处理“罪行”一词先前所包括的含义时，最好是集中处理对强制性规范的违背，因为委员会在第 19 条中所使用的术语意味着该条包括了来源于强制性规范、而不是来源于普遍性义务的较广泛的概念。虽然他赞同特别报告员在该报告第 374 和第 375 段中所表示的意见，但他认为，对这些问题的处理相当草率，应该进行更加彻底的研究。而且，他认为，强制性规范实例的引证应该列入评注里、而不是列入条文中。此外，他也怀疑国家的同意是否能够对强制性规范受违背的情况起到任何作用，因为这种规范可能没有受到任何减损。引入刑罚可能重新引起关于国家刑事责任的不必要的辩论，因为绝大多数的国家不认为国际法中有这种责任存在。虽然特别报告员引证过欧洲共同体法院施加过一项刑罚的有趣事例，但却必须认识到，该法院的权限是以一特定条约作为依据的，在一般国际法中这是无法设想到的状况。

4. 该报告对集体反措施方面的国家实践的审查饶有兴味，但却非完全均衡。当然，该项审查显示，不同区域的国家采取了类似的措施，但是，在一些情形下，作为集体反措施表现出来的行动，从性质上说较多地受到政治诱因的扭曲。但是，美国国会针对乌干达制定的一项法规是个非常有趣的事例，美国国会认为一政府可能涉及一犯罪行为，如果该

行为归于一国，则该国便须对该行为承担责任。因此，可以这样认为：美国国会的立场与美国政府对一读通过的条款草案正式表示的立场并不一样。

5. 他在阅读了第三次报告第四章以后所得到的综合印象是：特别报告员不加辨别地叙述了分别属于稍微不同的一些类别的若干概念，由于他认为有关人权的国际文书和环境法中所载义务是普遍性义务而且在许多情况下甚至具有强制性性质，就使得混淆的程度更加严重了。然而即使是将一些人权界定为不可减损的权利的条款(不是指缔约国之间减损权利的情况，而是指禁止一国在宣布进入紧急状态时抑减损这些基本人权的情况)也不能对此加以确定。

6. 因此，他想知道委员会是否批准本条款草案或在别处继续审议对强制性规范的违背行为，为了解决这种情况而拟订一项保留条款，指明：本条款草案不预断违背国际法强制性规范的任何可能的后果。委员会也可能作出安排，将这个问题列为工作方案上的一个单独的专题进行审议，但这个程序和建议必须先征求联合国会员国同意。

7. 对于第四部分所载的一般性规定，他基本上赞同第 37 条以及条款草案 A 条和 B 条的内容，不过其措辞方式须由起草委员会加以改进。关于与《联合国宪章》的关系的第 39 条应予删除。如果委员会最终建议大会以一份宣言或公约的形式通过本条款草案，则与宪章的关系问题总是必须以宪章本身的第一百零三条来解决。

8. 卡姆托先生说，特别报告员在第三次报告第四章中显示了他第三章中所表现的那种勇气和对于均衡的关切，毫不犹豫地勇敢发展国际法或试图编纂极不相同的比较不确定的实践，就此而论，他是特别值得祝贺的。但还是有必要对一些概念和某种创新性的、有时候令人预料不到的术语，提出一些简短的意见。例如，“被害国(victim State)”概念可能与在别处下了明确定义的“受害国(injured State)”概念产生混淆，所以即使只是保持前后一致，也应该继续使用“受害国(injured State)”这一术语。同样，特别报告员在报告第 380 段中认为，“集体反措施”概念包括“惩罚性赔偿金”和“处罚”以及从经济禁运到中止空中交通等对于不法行为的另一些应对形式，因此，他对“集体反措施”的概念是否適切感到有些怀疑。它们基本上是学说上所指的“国际制裁”。实际上，委员会在第 47 至

第 50 条中审议过的“个别反措施”与集体反措施的不同之处，一方面固然应该在于一为个别、另一为集体的特性，但显而易见的是，以个别、集体或多边方式采取的反措施，其内容并不一样。因此，同一术语或同一概念不能用于表述两种不同的法律现实。他认为，除了反报措施和相互措施以外，在国际层级上对不法行为的任何应对措施都构成制裁。法律著作中有一大部分根据本国法律标准规定制裁的定义，把重点放在违反行为的犯罪者、违反行为的定性、依法预计或依法预先确定采取的制裁，但是国际法中的制裁概念应该在比较广泛的基础上规定其含义，同时在一定程度上借鉴国内法中的现有概念，但也应考虑到国际社会不成体系的现实状况，与国内法律系统相同的体制类型并不存在。正是基于这个原因，他才会审议第 47 至第 50 条时指出：在制裁的定义中，务必阐明行为对象国对反措施或应对措施的理解的内容。

9. 谈到特别报告员所介绍的实践，或许应该举出一些比较合适的事例，尤其应该从法律意义上尽量做好这项介绍工作。就此而论，应该在每一情况下，务必先说明责任国所违背的初始义务，然后再提到受害国所采取的制裁或反措施。特别报告员在提到美国 1978 年对乌干达的事例和后来对阿根廷和伊拉克采取的措施时，都是这样做的。但是，令人感到惊奇的是，在波兰和苏维埃社会主义共和国联盟的事例中，苏联的军队只是沿着边境、而不是越过边境或在波兰境内移动，就认为有理由对苏联采取“反措施”；在南斯拉夫联盟共和国的事例中，仅凭人人提到的“人道主义危机”，而不进一步说明它违背了哪项或哪些国际义务，就认为有理由对它采取反措施了。而且，在后一事例中，联合国政府³所援引的理由至少是令人惊奇的，因为它认为基于“道德和政治理由”，南斯拉夫应该丧失它根据双边条约应该享有的权利。因此，委员会有必要加以澄清，才不会使人以为它在可疑的做法上人云亦云，或者使人认为它无意明确说明允许采取反措施的条件。

10. 谈到罪行的概念，他所得到的印象是，有时候委员会十分谨小慎微，因为在法律用语中，罪行概念是个稳定的概念，国际社会中最重要的一些国家已经用它来作为采取某些行动的理由。在这一点

³ 见第 2650 次会议，脚注 4。

上, 不应该把美国国会在 1978 年所采取的立场视为可以忽略的因素, 即使一些意见后来有了改变也是如此。这是一个事实论点, 但也有其他的论点表明, 在国际法律体系的概念中也可以找到国际罪行概念。例如, 特别报告员自己设想了惩罚赔偿金的事实就加强了这样的想法: 有特殊性质的违背行为存在, 所以需要给予特别的定性。此外, 灭绝种族或种族隔离等罪行也是国家实施的或者藉国家的体制或手段实施的。例如, 要谈论卢旺达的灭绝种族罪行, 却忽略该国用于协助实施该项罪行的手段, 这是办不到的。因此, 如果为了均衡与调和, 不考虑法律性质或现实情况, 把“罪行”一词搁置一旁, 却绝对无法排斥“罪行”一词的内容。此外, 可以改变一下对透明概念的立场, 而认为: 确定一个人的某一罪行时, 是对国家的某一罪行的假定, 这是回头探究国家罪行的出发点。这一切理由都意味着罪行的概念的确存在, 委员会应该在条款草案中适当地加以使用。

11. 他赞同伊科诺米季斯先生(第 2651 次会议)提出的建议, 认为委员会应就第 51 条拟订折中案文, 并且务必在不使用该术语的情形下尽力充分采用第 19 条的内容。

12. 谈到第 50 条 A, “应一个受害国的要求, 代表它”应该改为“应一个受害国的要求, 以其名义代表它”, 使要求另一国采取反措施的一受害国不致丧失自己再度采取、或随后采取反措施的可能性。在涉及多边反措施的情形下则应务必以类比方式确定适用一事不再理的规则, 以防止对同一违约行为的制裁扩散, 以免忽略了在这种情况下也应该适用的相称原则。

13. 最后, 基于蒙塔兹先生(同上)在上次会议上解释过的理由, 他完全赞成删除第 39 条, 该条没有什么作用, 徒然增加混淆, 引起解释问题。

14. 克劳福德先生(特别报告员)说, 他要申明他在该报告第 399 段的脚注中说过的论点, 即: 在引证若干事例时, 他不曾判断或促使委员会判断在这些情况下采取的措施的内容。他引述了关于措施(反措施、反报或其他行为)的特定事例, 并不意味着对其是非曲直作出任何判断。它们只是涉及该情况的国家实践的一些事例。

15. 佩莱先生对特别报告员的精心杰作表示祝贺, 认为他信守承诺, 成功地在本届会议上完成对整个

条款草案的审查, 但作出了一项危险决定, 把最可能引起争论的反措施、罪行和责任法与《联合国宪章》法律之间关系等问题搁置到最后。不过, 他的做法是对的: 最好让各国能够最后一次在第六委员会中表示它们的反应, 而且为了这样做, 让它们对委员会打算解决的问题有解决方案的构想——无论这些方案是否为妥协的方案。不过, 特别报告员或许应该从这方面开始着手, 最后才解决比较技术性的问题。起草委员会务必从容工作, 因为国际法委员会要在下届会议(而不是本届会议)才通过最后案文。

16. 就实质内容而言, 应该指出, 本条款草案与《联合国宪章》之间的关系, 更加概括地说是国家的国际责任法与维持国际和平与安全法之间的关系, 是个根本性的问题, 特别报告员却对它着墨最少。第四部分第 39 条中处理了这个问题。他无意反对该条草案所依据的概念, 但不能不指出, 国家责任草案与宪章是截然不同的两回事。

17. 至多, 《联合国宪章》只能被视为阐述主要规则, 同违背主要规则的其他任何行为一样, 一国需对归于它的违约行为承担责任, 但审议中的草案涉及或应该只涉及次级规则; 反过来理解, 它不意味着宪章的机制在某些情况下无助于履行责任。不过这些情况只是偶然的情况, 因为联合国的主要功能不是确保遵守国际法, 在所有情况下, 其主要功能都是维护国际和平与安全。至少, 人们可以像联合国王国和另一些国家所强调过的那样, 认为上述两个规则体系之间的关系极其复杂。与本届会议期间表示过的两种意见相反, 他不认为这可以成为逃避问题的理由。他反而认为, 特别报告员需要比拟订第 39 条时更加审慎, 最重要的是, 它受到很大的限制, 仅仅是从一个非常特殊的观点(规则的层级)出发, 才会把它们分隔开来, 托姆卡先生认为只有在以条约形式通过本条款草案的情况下这种做法才有价值, 在他看来这毫无任何意义。

18. 第 39 条在两个方面受到限制。第一、保留条款只适用于“国际不法行为的法律后果”, 他不明白这是什么道理。《联合国宪章》也有可能、而的确也是、对国际不法行为的来源具有影响, 例如, 通过大会、安全理事会或联合国其他机关的决议所产生的义务。第二、它只限于宪章第一百零三条, 对此, 他又不明白是何道理了。1969 年《维也纳公

约》第三十条第一项中提到以不违反宪章第一百零三条为限，就像国际组织章程中的另一些可比较的规定一样，这是设想得到的，与条约的层级有关：宪章是条约，1969 年《维也纳公约》也是条约。但目前的情况并不是那样。为什么是宪章第一百零三条而不是另外一条呢？重要的是，责任法与宪章的法律分别属于完全不同的层面。只需将第 39 条的案文拟订为“本条款不妨碍《联合国宪章》”也就足够了。仅仅是提到第一百零三条是危险的，因为在其他方面存在着不兼容的危险。

19. 还有，就第四部分来说，他赞同特别报告员所拟议的 A 条和 B 条，他不同意其有关外交保护的立场。草案中似乎需要载列一项条文，说明本草案不涉及外交保护。看来有必要在本条款草案中开列一条，说明本草案不涉及外交保护。每当特别报告员或其他委员在可疑的规定中希望委员会介入非国家实体造成的损害(间接损害)领域时，这一步骤将大大简化委员会的工作。在那种情况下，就适用外交保护法。关于外交保护的“不妨碍”条款应该载列于第二部分。

20. 他赞同特别报告员所拟议的第 37 条，但有一项小小的保留意见：副词“只有……”似乎不合适。事实上，其他国际法规则很可能有一部分适用于特定种类的不法行为，但是，对于其他行为来说，则适用责任法。此外，该副词与在第 37 条中使用的措施方式不兼容：“在并且只有在……”，因此他希望予以删除。

21. 关于第二部分第三章，也说是说，关于第 51 条，首先是罪行问题，他重申：他与另一些委员一样，支持国家的国际罪行概念。他认为，使用“罪行”一词指明严重违反为了保护整个国际社会的根本利益非有不可的国际义务情事或特别严重违反强制法规范情事，是完全适宜的。他也认为，这个词在国际法中并没有它在国内法中的那种刑事含义。最后，他认为，正是基于卡巴齐先生(第 2651 次会议)为了加以拒绝所使用的理由，这个词是完全合适的：它使得有关国家蒙受骂名，事实正是这样。实行种族灭绝的国家是一个犯罪国。即使这种刑事行为的后果不是刑事类型的后果，这么说也没有什么难为情的。但是，他满意地注意到：事实上，由于特别报告员多多少少沿袭了其前任阿兰焦—鲁伊斯先生的路线，他已经“改变为信奉罪行概念”了。

他们一开始都公开宣布反对第 19 条中所建立的罪行概念。随后，两人却都承认：基于相当单纯和明显的理由，它符合一项绝对的需要：无法以相同的方式处理一国可能犯下的灭绝种族罪行，也无法处理双边或多边条约中令人遗憾的、属于第 19 条含义范围内的“不法行为”，他个人当然不会对删除“罪行”这一术语感到遗憾。

22. 前任特别报告员与现任特别报告员之间的不同在于：现任特别报告员在披露自己的转变方面比较审慎。特别报告员知道无法在委员会中达成一致意见，也无法获得试图宰制第六委员会舆论而且往往得逞的主要西方国家的认可，他欣然牺牲了“罪行”一词而保留其实际含义，费尽心思地多少改进了以前被草案称为“罪行”、现在则没有了名称的概念，不过是有些费力、也不是那么精确的迂回说法，即“严重违反对整个国际社会的义务”罢了。这个方式不够确切，因为为了适用载于第三章中的规则，仅仅说它是“对整个国际社会的”义务还不够。应该总结指出(而这正是本条款草案未能做到的)：上述义务是被同一个“整个国际社会”根据适用于绝对法之确定的同一体系视为基本义务的。有关规则也应该是保护国际社会基本利益(而不仅仅是任何利益)的规则。但是，一读通过的第 19 条第 2 款把这个概念表现得比较明确，目前拟议的案文就含糊笼统得多。实际上，特别报告员在很大程度上开拓了他(佩莱先生)经常认为需要的概念、但也认为这一概念必须只适用于真正具有根本性的义务。此外，特别报告员正确地坚持了违约程度应该严重的事实。在这方面，他本人不太喜欢使用形容词“公然”，因为它引起了举证的问题。

23. 另一些委员曾经提议，认为将一读通过的案文与拟议的新案文综合起来就应该能够得出相当令人满意的解决办法，包括：将新的第 51 条第 1 款分拆，使它成为一个单独的条文，放在第三章的开头，可能也不必放在第一部分。在这方面，他赞同特别报告员的看法，认为罪行定义的用处只是引起罪行的特定后果：光是载列于第三章就够了。该条款案文应该像伊科诺米季斯先生(同上)拟议的那样，但有一项重要的差异。他极力反对在该条款文本本身载述第 19 条第 3 款中的示例，因为不应该把示例载列于编纂的案文中。最简单也最令人满意的做法是拟订这样的案文：“本章适用于国家的国际罪行”，接着载列那些罪行的定义。如果不顾“罪行”一词已经

被供奉了四分之一世纪之久的事实而要加以废除，那就不妨使用这样的案文：“本章适用于一国严重违反国际社会认为保护其根本利益不可或缺的一项国际义务所引起的责任”，或将其中的“国际社会认为保护其根本利益不可或缺的一项国际义务”简化为“为保护国际社会的根本利益不可或缺的一项国际义务”，或者改为“一般国际法的强制性规范”。但这些只是基本的起草问题。总之，他担心，由于特别报告员拟议的案文含义模糊，委员会将采取对国际不法行为适用加重责任办法，这就不应该了。第 19 条案文的拟订比较精确，但在似非而是的情况下，其措辞比较谨慎。

24. 谈到后果问题，首先，他不会第 41 条的消失感到遗憾，因为该条本来就是多余的。其次，虽然他在审议第 45 条时曾经强烈加以反对，但他并不反对这样的观点：罪行可能引起需要加重赔偿的某种义务。不过，他不认为需要使用形容词“惩罚性”，这个词有无意义地造成刺激的刑事含义。他认为，使用第 51 条第 2 款中加了方括号的第二个措辞方式“反映违背行为严重性的赔偿”也就够了。此外，法文本和英文本中的措辞方式肯定都不妥当：人们不能说违约“……引起损害赔偿金”；至多只能说，违约引起支付损害赔偿金的义务。它不仅仅是起草问题，还会引起一些比较严重的问题。实际上，他并不认为这些加重损害赔偿金在一切情况下都是不可避免和应该支付的。在罪行的情况下，如果需要充分赔偿便有这样的可能性(完全排除了为其他违约情事作出赔偿)。事实上，在第 2 款中便迫不及待地提到加重损害赔偿金是相当令人感到惊奇的，因为比较合适的做法是：将第 2 款的开头部分移到应该根据第 1 款重新拟订的新条文，将可能加重赔偿的任何规定放置在第 51 条的结尾，或者放在一项单独的条文中。

25. 在进行更全面的审议之前，他与其他委员有不同的看法，他认为拟议的第 3 款和它的 3 个项是可以接受的。但是，他非常反对第 4 款，尤其反对将任何更多的后果限定为“刑事或其他”后果。他同意拟订一项保留条款，说明可能会有其他后果，但他绝对不接受刑事后果的概念。在这方面，他说，特别报告员详细地讨论过《建立欧洲共同体条约》第 228 条(根据《阿姆斯特丹条约》修订了编号)中所规定的惩罚性付款问题。他本人相当怀疑这种惩罚性付款是否真正具有刑事性质。接着，最重要的

是，特别报告员自己承认，国际法中并不存在这种付款。刑事制裁不以国家为对象——至少在国际责任法的情形下是这样。虽然侵略了主权国家的纳粹德国或伊拉克等犯罪国受到了“制裁”，但它们却是在“战争法”或“《联合国宪章》法”的情形下受到惩罚，唯独不是在国际责任法的情形下受到惩罚。第 39 条如果能够适当拟订，便足够或者说应该足够了。按照一般国际法目前的发展情况，国家的刑事责任并不存在，第 51 条第 4 款的措辞方式非常危险，因为它的含义正好相反。如果按照特别报告员在其报告第 411 段中的主张，就有必要保留未来发展的可能性，只须说明第 2 款和第 3 款不妨碍违约情事在国际法中产生的更多后果就够，不必对后果附加任何其他限制条件。这种处理方式对未来保留了各种可能性。依目前情况以及无疑从长远的将来情况来看，国家的国际责任并不是刑事责任，因此，第 4 款的措辞方式产生了可怕的误导作用。

26. 当然，第 4 款可以从其他方面加以理解，可以将承担任何刑事后果者视为不是国家本身，而是以国家名义行事的个人。在这种情况下，他就同意，因为他仍然认为，国家的国际罪行(或一国严重违反国际社会认为保护其根本利益不可或缺的一项国际义务)概念的一个主要后果是：在那种情况下，该国就会变成透明的。在这方面，他同意加亚先生(第 2650 次会议)发表的意见，即国家领导人不再享有豁免，必须直接亲自为他们实施的或被责成以国家名义实施的不法行为负责。国家的门面消失了，因为它们是很特殊的、构成罪行的违约行为。但是，这种观点很重要，是“严重违反……等等”的结果，正在迅速取得优势地位，应该以这样的措辞方式予以宣示：“这种违约引起实施国际不法行为的国家代理人的国际责任”。他很赞成这个观点。认为它是辩论的核心，他愿意要求委员会以投票方式决定是否将其列入案文。

27. 第三章有两个漏洞。第一个漏洞是基于国际法院在巴塞罗那电车公司案中的法官意见，可作为实施罪行的结果采取共同行动，这就背弃了该法院在比该案早四年以前在西南非洲案中所采取的立场。当然，实行一罪行或“严重违反……等等”本身不能构成国际管辖和法院权限的自主基础，本条款草案也不涉及法院的权限。但是，如果这种权限的确存在，国际社会的所有成员由于有人犯下某一罪行，而注意到必须采取行动，则应该在本草案中予

以载明。第二个漏洞是委员会已经在一读通过的第 43 至第 45 条中详细讨论过的问题，即罪行的存在对赔偿方式的选择具有影响。尤其是，直接受害国无法在那种情况下采取不要恢复原状而要补偿，因为要是这样，它就需要行使不属于它，而是属于整个国际社会的权利。此外，基于同样的理由，受害国更不能在这种情况下放弃赔偿，但是，在简单的直接违背义务的情况下，它就可以轻易地这样做。这是不容本条款草案忽视的一个具有根本性的后果。如果一国由于受到侵略而丧失了一半领土，便属于这种情况。它会要求国际社会放弃任何行动吗？那是完全不可想象的。禁止侵略的规则是保护整个国际社会权益的规则。

28. 反措施问题分为两个单独的条文(第 50 条 A 和第 50 条 B)处理，这是令人感到遗憾的处理方式。特别报告员发挥了无边无际的灵活性，企图使委员们相信，反措施涉及两种单独的情况。他本人仍然认为，这是无足轻重的、基本上是相当肤浅的区分方式。带根本性的共同出发点是：违约行为涉及对整个国际社会具有根本重要性的规则，使国际社会的所有国家成员有理由行使采取应对措施的权利。因此，无论有无遭受特别严重损害的国家，都应有采取应对措施的权利。其他国家未曾根据第 50 条 A “代表”受害国采取干预措施：它们要是这样做，总是以利益受到威胁的国际社会成员的名义行事。此外，对特别报告员在报告第 400 段中以相当篇幅引述的尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案，他并不以为然。引起争议的问题历来不是由于美国的保留如何适当阐释《联合国宪章》的法律，而是如何落实与国家的国际责任风马牛不相及的“维护和平的法律”。特别报告员为了拉扯关系而再次强调的加布奇科沃-大毛罗斯项目案看来非常牵强。他认为，它与国家责任法无关。基于这些理由，他对第 50 条 A 一类的规定能否使人信服郑重提出质疑，第 50 条 A 是个假设，与第 50 条 B 中所援引的另一个假设毫不相干。

29. 另一方面，他并非没有觉察到，上述应对措施的方式(更确切地说是宗旨)有所不同，取决于受害国是否直接受害，根据草案第二部分的含义，只有一个或数个受害特别严重的受害国才能够为它们自己取得赔偿。但在稍后阶段才能采取那种行动。最初，受害国作为利益受到威胁的国际社会成员采取应对措施。随后，如果它本国受到个别的损害，它

才有资格要求援引第二章所载述的所有后果。他认为，第 50 条 A 和第 50 条 B 载有必须考虑到的实质内容，但并没有从适当的立场出发予以表述。第一，其主要思想应该是：所有国家在那种情况下都可以采取应对措施；第二，应该指出它们当然可以根据通常为合法反措施规定的限度范围内这样做，但应同时考虑到总体相称原则，换言之，违约行为越是严重，采取应对措施的门槛就越高；第三，应该表明，在一切情况下，那些应对措施可以着眼于停止违约行为、保证不重复(应该提及)和赔偿受害者(不是受害国)的利益；以及第四点，应该在某一条的结尾或在单独一条内另外载明，条款草案中所界定的直接受害国可以直接、分别地根据条款草案第二部分的规定要求赔偿。这样一来，无论是否在案文中保留“罪行”一词，委员会将要二读通过的条款草案都会取得引人注目的进步。总而言之，如果处理方式不变，区区一个词语有什么关系呢？即使特别报告员拟议的草案远非理想，它也比一读通过的案文能更好地指出一项罪行的后果，只要特别报告员继续展现同样开放的胸襟，起草委员会就有大事改进案文的机会。

30. 因此，他赞成将审议中的条文草案和他简要提及的仍然缺少的条文草案提交起草委员会。他将会更加详尽地讨论这些问题，因为这些问题十分重要，值得继续进行钻研。

31. 克劳福德先生(特别报告员)说，第 50 条 A 中所处理的情况与第 50 条 B 中所设想的情况完全不同。它适用于被违反的义务是对一国家集团承担的义务或该集团中有一国受害情况特别严重的情况。该义务的其他当事方可以在该受害国同意的情形下以其名义采取集体反措施。第 50 条 A 不涉及对整个国际社会承担的义务。按照佩莱先生的解释，第 50 条 A 可能会被删除，并且得出这样的结论：在第 40 条之二第 1 款的含义范围内，受害国以外的一国能够采取反措施的唯一情况是第三章所载述的情况。

32. 庞布-奇文达先生说，他要对佩莱先生高度凝练的发言提出三点评论。首先，在以整个国际社会的名义采取集体反应措施的行为与以受害国名义要求赔偿的行为是互相矛盾的；其次，以受害国的名义要求赔偿似乎很像整个国际社会所行使的一种外交保护。第三，也许也是最重要的一点是，整个国际社会采取的有组织的反应措施的概念似乎指反措

施。此外，人们很想知道整个国际社会的利益是否一个已经牢固确立的概念。当这个或那个国家说它是国际社会的名义行事时，应该请它拿出证据，以免空口无凭。因此，可能需要第三方仲裁，从而引起了安排争端解决机制的问题，在严重违约与采取反措施情况下，这个问题十分尖锐。

33. 佩莱先生答复特别报告员说，如果第 50 条 A 的确适用于一种个别的情况，就应该将其载入关于反措施的第二章，而第 50 条 B 的合适位置应该是第三章。

34. 谈到庞布一奇文达先生的评论，他认为，集体反措施当然应该受到第二章中对所有一般性反措施规定的限制。在这方面，关于责任的条款草案绝对不能为诉诸武力提供任何理由。

35. 此外，对于严重违背对整个国际社会承担义务情事(例如灭绝种族)的直接受害者的情况(例如卢旺达的情况)，可以想象得到的情况是国际社会可以要求卢旺达政府向受害者提供赔偿。有些国家也可以在有管辖权联系的情况下个别地向国际法院提出这样的要求。至于如何确定有罪行存在的问题，本条款草案应该载列类似于 1969 年《维也纳公约》第六十六条的一项规定。委员会从来不曾偏离这个解决办法，甚至曾经表示要再度加以审议，而且可以轻易地在下届会议上办到。

36. 戈科先生说，如果各国都不对所有严重违背对整个国际社会承担的义务作出反应，通常会将这种严重违背义务的情事提请联合国注意，由联合国作出决议，这意味着是以国际社会国家成员的名义行事。没有必要由各国个别地作出反应。

37. 伊科诺米季斯先生说，佩莱先生对第 50 条 A 和第 50 条 B 作出了不为特别报告员接受的解释，他希望在这方面作出一些澄清。他自己对第 50 条 A 的解释是：该条既适用于严重违约情事，也适用于有某一国直接受害的多边违约情事。在严重违约情况下，其他国家可以应受害国的请求以其名义行事；触发反应的是该受害国。另一方面，第 50 条 B 则涉及没有直接受害国的严重违约情况，所有国家都可以用它们自己的名义作出反应。他询问特别报告员对这两条可否这样解释。

38. 辛马先生提出程序问题说，应主席的要求，委

员会已经决定，鉴于时间不多，不能就委员们的发言进行讨论。他询问主席委员会是否决定放弃那种解决方式。

39. 主席说，他不希望阻止委员们发表意见，但他希望委员们考虑到发言必须有所节制。

40. 克劳福德先生(特别报告员)说，伊科诺米季斯先生的解释是正确的：第 50 条 A 涉及以受害国名义采取的反措施，因为采取反措施的国家受害国都是符合它们的共同利益的该项义务的当事方。第 50 条 B 涉及对整个国际社会承担的义务并且只限于严重违背义务的情况。它只适用于有第 40 条之二第 1 款所指的受害国的情况。显而易见，这两条互相重叠，如果被违背的义务是对整个国际社会承担的义务而且有一个受害国，则第 50 条 A 便适用。在这种情况下，由受害国作出决定。例如，在伊拉克入侵科威特的情况下，有一项对整个国际社会承担的义务被违背了，而科威特便是第 40 条之二第 1 款所指的受害国；因此，便由科威特决定是否采取反措施。在这种情况下，第 50 条 B 可以被视为较第 50 条 A 优先，便可以讨论这个问题，但是，第 50 条 A 的适用范围显然宽泛得多。

41. 至于这两条在条款草案中的位置，当他拟议一项条文取代已经存在的另一项条文时，条文的编号是一样的。这可能是引起混淆的原因，但是，既然条款草案已经重组，也就不预先断定该条应该放在条款草案的什么位置了。

42. 阿多先生说，特别报告员为了解决国家罪行与违背对整个国际社会的义务引起的问题做了一件令人赞美的的工作。考虑到特别报告员曾经像他自己一样反对在条款中载列国家罪行概念，他能够在报告第四章中拟议这些条文是值得称赞的。它们回应了国际社会从来不曾加以界定而只是视为当然的目前需要，而不是从案例法和国家实践方面编纂规则。如同特别报告员指出的那样，尽管围绕着第 19 条和国家的国际罪行概念进行了实质性辩论，但实践则几乎完全不存在。

43. 他赞成对报告第四章采取的通盘处理方式。所拟议的折中案文应该能够同时满足热衷于将国家罪行概念列入和反对这样做的委员们要求。他本人认为，没有必要不惜代价地冒着进行无谓争论的危险提及罪行，因为这个概念本身已经引起人们的注意了。

44. 按照特别报告员在他拟议的条款草案中的规定，国家的国际罪行的一个特征是：国际社会的所有国家成员，即使没有由于严重违约行为而直接受害，也有权通过采取反措施要求停止该行为。另一个特征是：各国有责任不宽恕该违约行为，并且不承认因而导致的情况的有效性。特别报告员也拟议了这样的规定。总的来说，拟议的第三章应予通过并且提交起草委员会，但应删除第 51 条第 3 款(c)项和第 4 款。因为它们看来不需要，实际上是多余的。

45. 最后，他赞同特别报告员有关在第四部分载列一般性规定的提议。

46. 奥佩蒂·巴丹先生说，他赞赏在全体会议过程中发挥的论点，尤其是对佩莱先生的论点表示赞赏。他认为应该非常仔细地加以理解。从报告第 369 段显然可以看出，特别报告员履行了其职责，因为他只是服从了委员会的意愿，虽然第 19 条不见了，但却没有放弃它所保护的合法权益，他只是废弃了原来的措辞，并没有废弃其内容。

47. 特别报告员说过，国家责任一般法的作用对整个国际社会承担的各种义务方面属于次级规则。但这种作用的确存在。应该提出的问题的根本实质是：国际社会利益中属于国家责任方面的程度同属于维护国际和平与安全体系的一部分的程度各有几分？两者之间确有一条分界线，应该明确地加以划分。

48. 从委员会的工作情况推断，与接受集体反措施概念的情况相反，要接受个别反措施概念并不容易，因为在评估相称程度和确定反措施的后果方面，很难使受害国针对责任国采取的行为合法化。目前的辩论已经显示出一个不容忽视的方面：当受整个国际社会保护的合法权益受到攻击的时候，有些国家得到某种授权，以便能够在暂时联盟的情况下，从维护国际和平与安全的机构体制范围之外捍卫国际社会的价值。他怀疑该机构体制能否以这样的方式得到加强。他询问这是否以国际社会的名义使个别的、集体的或部分集体的行为合法化的方法？这不就是通常由某一国际组织采取的、未经明确界定的行为吗？虽然两者属于不同的范畴。

49. 这个论点需要谈得详细一些。采取集体反措施的用意并不是要解决主管国际组织的缺陷。正如同

个别的反措施是国际法正规运作的例外一样，只有当正常的机制不能运作了才应该采取集体反措施。这种以国际声援的名义采取的反措施应该为诉诸机构体制留下余地。在案文中有必要说明这一点，否则上述两个方面就会割裂开来，这种割裂很难令人接受。

50. 在集体反措施方面也会引起相称性的问题。但当所要保护的合法利益具有普遍性质，因而参与维护的行为者不只一个的时候，相称程度就比较难以评估。因此，他同意佩莱先生的看法，认为第 19 条所涉及的问题之一是如何使用诸如环境、禁止灭绝种族等合法权益的实例的问题。但他认为，不应该放弃上述价值观念不是事例，而是该条文的根本实质的思想。

51. 另外，他也同意佩莱先生对于赔偿问题的观点。不应认为采取压制性集体行动是为了求取赔偿，应该说那是对受害者(在这里是指国际社会)提供赔偿的手段，是一种价值观念，而不是一个活动的主题。

52. 特别报告员说过，对于国家是否存在拥有采取集体反措施的权利并不能得出确切的结论。因此，本条款草案是拟订者自称建立在不确定的基础之上的。换言之，委员会是在逐渐发展国际法，但却没有办法依靠既定的惯例。他从自己的政治经验中得出的结论是，从这种工作中浮现出来的那种规则将很难令人接受。国家立法机构将很难接受授权给一国家集团从体制框架之外捍卫普遍的共同利益的做法。

53. 特别报告员在报告第 411 段中谈到未来的发展，但他本人对这种发展相当悲观。修改《联合国宪章》的工作已经显示：要促使法律关系和权力关系重新达到均衡以便重新安排国际生活是多么困难。他担任过一年的大会主席工作，经验使他认为：改革安全理事会的改革不会成功。因此，似乎可以这样理解他的观点：如果无法发展一个政治体系来保护各国的完整和国际社会的合法权益，就可以通过国家责任法来实现这一目的。人们很可能怀疑这是否正确的方法。

54. 加利茨基先生说，特别报告员拟议的条款第二部分第三章，题为“严重违背对整个国际社会的义务”，实际上是对委员会在第五十届会议上遇到的

严重困难的折中解决办法，当时委员会正在审议第 19 条中提出的对国际罪行与国际不法行为的区分。由于委员会未曾达成令人满意的解决办法，特别报告员便以独特的方式将问题分解，在条款草案中拟订诸如普遍义务、一般国际法的强制性规范、乃至严重违背对整个国际社会承担的义务等主要概念。特别报告员采取通盘着手方式，以避免直接拟订实际上属于初级规则领域的国际罪行概念，这种做法似乎可以接受。它不以狭义或广义的定义方式使用“国际罪行”这一可能令人质疑的术语，而在条款草案中集中处理严重违背国际义务行为可能引起的后果，看来更为有用。

55. 但是，需要对拟议的第三章的形式和内容提出几点批评。第一、本章标题中的“严重违背”一语与新的第 51 条第 1 款中所拟议的案文，即：“严重和明显违背”的措辞方式不同。使用这种概括的用语需要像 1969 年《维也纳公约》第四十六条和第六十条中的用语那样，给予比较详细的定义。

56. 其次，虽然新的章节中唯一的一条，即第 51 条，标题为“严重违背对整个国际社会的义务的后果”，但在该条本身，那些后果实际上限定于不法行为的责任国或所有其他国家的义务。案文中没有提出其他可能的后果，尤其是涉及“其他国家”的权利的那些后果，这种做法不能以第 51 条第 4 款中所载的一般性“免责”条款来加以辩解。虽然对于在严重违背对整个国际社会承担的义务的情况下采取反措施的第 50 条 B 被正确地放在第二部分第二章中，看来，像反措施这样一种严重违背行为的重要后果，至少应该在第二部分第三章中予以提及。与条款草案其他各章相比较而言，总体来说第三章给予人们一种过于有限、而且不均衡的印象。

57. 特别报告员拟议的第 50 条 A 和第 50 条 B 是为了在第二部分之二第二章中拟定一套关于反措施的条款。不过还存在一些漏洞，例如一国家集团的成员国在对该集团承担的义务被违反时并不能像第 40 条之二第 1 款中所规定的那样，应受害国的要求或以受害国的名义正式采取反措施。

58. 第 50 条 B 第 1 款似乎意味着：采取反措施的目的应该扩大到不仅包括促使停止违法行为，也包括促使承诺和保证不重复这一行为。就赔偿的情况而言，“受害者”一语具有一些刑法上的含义，因

此应该避免使用，例如可用“受到违反行为影响的人”加以代替。

59. 同样，特别报告员在其报告中使用的“集体反措施”一语可以用“多边反措施”加以代替，因为后者并不意味着采取体制性的、或有组织的反应形式。

60. 特别报告员在本报告第 391 段中，列举了一些国家针对违反普遍义务情事采取应对行动的实例，除其他外，提到 1980 年的情况，当时波兰政府实施了戒严法，接着又采取违反基本人权的措施，美国采取的反措施包括立即中止波兰 LOT 航空公司的飞机根据双边协定所享有的着陆权。波兰要求根据协定实行当时已被终止的仲裁程序。美国表示同意，可能因此产生了一个饶有兴趣的示例，无疑产生在了那种情况下采取的反措施的合法性问题。但是，情况并非如此，因为经过了一个建立仲裁法庭的冗长程序以后，波兰不再要求仲裁，而与美国缔结了一项新的双边航空服务协定。⁴

61. 特别报告员也为草案第四部分拟议了一些条款，称为“一般规定”。这个标题与该部分的内容不一致，因为多半是一些保留条款，这一部分的标题可以称为“最后规定”或“最后条款”。如果委员会决定关于国家责任的工作成果应该采取条约的形式，就必须在草案中增添关于不可追溯性的条款和其他条款。另一方面，在这种情况下，第 39 条就变得毫无意义了，因为它只反映《联合国宪章》第一百零三条所规定的各项义务的优先地位。

62. 他祝贺特别报告员成功地结束了关于责任的条款草案的起草工作。他认为，应该尽快将该条款草案提交起草委员会。

63. 坎迪奥蒂先生说，他认为，特别报告员提交条款草案以后，已有可能着手研讨国家的“国际罪行”问题。无论对一读通过的条款草案使用的“刑罚主义”术语作出了怎样的最后决定，重要的是特别报告员重新拟订条文的工作，一国特别严重违背

⁴ 见《美利坚合众国政府与波兰人民共和国政府 1972 年 7 月 19 日签订的航空运输协议》（《美国条约和其他国际协议》[英]，第 23 卷，第 4 部分(1972 年)，第 4269 页）。

对整个国际社会的基本义务的存在还是受到了承认，从责任的后果来讲应该对该类违背义务行为适用特别规则，这一看法显然已被接受。

64. 因此，这类违背义务行为是由于不能履行通常被确认为具有普遍范围及无形内涵的义务而造成的，即使有的国家没有因该等违背义务行为而直接受害，但这种行为侵犯了所有国家的合法利益。这种义务包括不得使用武力、灭绝种族、奴役，或必须尊重基本人权和人道主义法。在这一点上，委员会应该参照国际社会的发展和目前的结构限制谨慎将事。如同布朗利先生所说的，能否在国际层级上实行法治，在很大程度上取决于国际社会的体制发展，而不仅仅取决于标准化的手段。从这个观点看来，建立国际刑事法院以审判个人的国际罪行，无论这些个人是否以国家的代理身份行事，都显示这个途径是走不通的。

65. 对于审议中的事项来说，特别报告员建议以新的一章载述严重违背对整个国际社会承担的义务的后果，并且在这些后果中列入实质性和较确切内容的规则，这一点似乎非常重要。在这方面，特别报告员的分析和作为一种特别后果规定了惩罚性赔偿的新的第 51 条第 2 款草案是适切的。

66. 他也赞同报告第 411 段所表述并且载于第 51 条第 4 款的概念，由于国际不法行为被归类为一种罪行或违背对整个国际社会承担的义务的行为所引起的更多刑事后果和其他性质的后果应该留待将来处理。特别报告员也不妨区分其他国家对责任国该类违约行为采取应对措施的各种可能性，这取决于违法行为的主要受害者是一个国家或责任国的人民甚或无法识别的情况。

67. 因此，他赞同辛马先生和其他委员的建议，在载述有权援引责任的国家一章中列入脚注 413 中所列的规则，作为一个单独条文，在(a)项中载列保证不重复的规定。

68. 特别报告员处理对这类违约行为的反措施的方式也有助于澄清这个专题，但并没有忽略了这样的事实：如果采取反措施，则无论是个别的还是多边的反措施，在并且只在各国没有任何其他合法和有效的手段可以促使不法行为停止并且最终获得赔偿的情况下，才是可以容忍的解决办法。不过，无论在任

情况下，所采取的措施都不应该包括武力威胁或使用武力，这是《联合国宪章》所规定禁止的。

69. 委员们在辩论特别报告员提交的条款草案案文过程中提出了一些饶有兴味的看法，起草委员会肯定会考虑到这些看法。他尤其赞同按照伊科诺米季斯先生的建议，按照第 19 条第 2 款，将第 51 条第 1 款列为一个单独条文，以便将违背对整个国际社会具有基本重要性的义务的行为定性为“严重的、确定的和明显违约的行为”。为了加以说明，可以在评注中列举此种违约行为的一些比较明显的示例。

70. 最后，杜加尔德先生提出了一项饶有兴味的建议，他希望将国家的国际罪行研究列为委员会长期工作方案的专题。他赞同特别报告员为第四部分拟议的一般规定的内容和措辞方式。

中午 12 时 45 分散会。

第 2653 次会议

2000 年 8 月 8 日，星期二，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生、罗德里格斯—塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹ (续)(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

特别报告员的第三次报告(续完)

1. 巴哈纳先生促请注意特别报告员第三次报告(A/CN.4/507 和 Add.1-4)第 368 段,特别报告员在这一段中详细说明了涉及第四章的两组主要问题:一国对一国家集团的责任,以及草案第四部分载列的备用条款和保留条款。第 369 段再度提到,在对一读通过的第 19 条和第 51 至第 53 条提到的有关“国际罪行”问题进行广泛辩论以后,国际法委员会暂时决定“可能自成一类的极为严重地违背国际义务的行为……足以解决第 19 条引起的问题”。³特别报告员在这个背景之下向国际法委员会提交了第 51 条、第 50 条 A 和第 50 条 B。

2. 第 51 条引起了尖锐的批评,特别是有些委员似乎不认为第 19 条不能在第二部分第三章中发挥任何作用。为了希望以较少争议的条款获得接受,他提议重新拟订第 51 条。杜加尔德先生的意见得到伊科诺米季斯先生的支持,认为需要在第 51 条中保留国际罪行概念并且以辛马先生对第 19 条第 2 款的注解为基础,将第 51 条分为两个部分:第一部分是第 51 条规定严重违背对整个国际社会的义务的行为的定义,第二部分则以第 51 条之二载列严重违背这种义务的行为的后果。

3. 经他重新拟订的第 51 条的案文为:

“本章适用于由一国严重和明显违背对保护整个国际社会根本利益至关重要的国际义务的行为所引起的国际责任。这种违背行为可以构成当代国际法下的国际罪行”。

第 51 条之二的措辞如下:

“严重和明显违背第 51 条中所规定的行为

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文,见《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 61 页,第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 《1998 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 78 页,第 331 段。

导致以下后果:

“1. 就违背该义务的责任国而言,这种违背行为应引起任何其他国际不法行为的法律后果,而且还引起反映违背行为严重性的惩罚性损害赔偿金或任何其他损害赔偿。

“2. 这种违背行为还引起所有其他国家的下列其他义务:

“(a) 不承认违背行为所造成的状况为合法;

“(b) 不援助或协助违背了该义务的国家维持所造成的状况。

“3. 第 1 款和第 2 款不应妨碍违背行为在一般国际法上可能带来的这种进一步的刑事后果或其他后果。”

4. 他在提议的第 51 条案文中,载列了保护整个国际社会基本权益的原则和国际罪行概念,在“构成”前面加上“可以”的字眼。如同杜加尔德先生说过的,为了保持在将来重新审议的可能性,国际法委员会不应该舍弃国际罪行的概念。这个概念仍然保留着,也许只是在名义上存在于他的提案中,不会对作为一个法人的国家引起任何犯罪或刑事后果。第 51 条之二第 1 款载明违背行为的法律后果,只提到惩罚性损害赔偿金,提到违背行为而不提到罪行。此外,他所提议的第 51 条案文在“国际罪行”前面加上了“当代国际法下的”的短语。

5. 伊科诺米季斯先生可能对提到国际罪行不满意,他想在第 51 条中提到侵略罪行。但该条提到违背行为,不是罪行,而在那里或条款草案的任何其他地方提到侵略或第 19 条第 3 款中提到的其他罪行,则并不合适。侵略罪行应该留待安全理事会根据《联合国宪章》第七章处理,当然不得妨碍可由受害国自己以及可能单独或集体协助受害国的其他国家的自卫权。这种权利是根据宪章的规定给予的,草案第 29 条之三将其确认为排除不法性的情况。

6. 特别报告员似乎没有拒绝国家责任范围内的罪行概念,因为在第 410 段中,他申明“这些后果基本上是可以接受的,但有一个前提:它们不应对其他非公然的、系统性的或严重的违背行为产生相反的影响。”他认为,他自己的提案弥合了普通违背

行为和在第 19 条第 2 款含义范围内上升为或构成国际罪行的具有这种严重性的严重和明显违背行为之间的差距。对国际罪行的提法得到委员会若干委员的支持，多数委员赞同将第 51 条分为两个部分。但是，第 51 条可能需要由起草委员会和委员会在其第五十三届会议上进一步讨论。

7. 除此以外，他就同意特别报告员在第 408 段和第 410 段中有关一读通过的第 51 至第 53 条现有案文内容的论点，同意将这些条文合并和将第 52 条撤销。将特别报告员提议的新的第 51 条第 3 款(a)项至(c)项案文中的“罪行”一词改为较适当的“违背”一词是可以理解的，也是必须的。第 3 款(c)项完善地合并了一读通过的第 53 条(c)项和(d)项的现有案文。他与一些委员不一样，他同意在提议的新的第 51 条第 3 款(c)项中引进合作原则，但认为其执行可能需要采取某些形式的协调程序。新的第 4 款有其必要性，这是为了容纳违背行为在国际法上引起的刑事后果或刑罚后果。

8. 第 50 条 A 和第 50 条 B 总体而言是可以接受的，不过，值得注意的是，它们没有使用报告第 386 至第 390 段中屡次出现的“集体反措施”一词。特别报告员选择了当各国在它们作为当事一方的集体义务被违背时即使它们不是受害国也可以合法方式维护其权利的情况下根据惯例进行讨论的做法。但是，对第 391 至第 394 段和第 397 段中国家实践的审查情况显示，并没有任何明确证据可说明其中所述及的一些国家的反应已经被称为反措施。有些国家并没有依赖采取反措施的权利，而是宣告由于情况发生根本的变化它有权中止条约的做法。在另一些情况下，一些国家宣告了采取反措施的权利，但其实际反应并没有达到采取反措施的地步。因此，在按照第 40 条之二第 1 款来说并没有遭受损害的情况下，无法就国家采取反措施的权利得出明确的结论。

9. 第 50 条 A 明显涉及受害国以外的一国根据第 40 条之二第 2 款采取的反措施，在这种情况下，一国对某项义务的履行具有合法权益，但没有指明反措施可由一个以上的国家在受害国提出要求的情形下采取，即使这种要求最有可能是向一个以上的国家提出的。在紧急情况下，受害国是不可能规定条件的。因此，“按照该国所定的任何条件行事”一语并不需要。第 50 条 B 第 2 款应该适用于第 50 条

A 以及第 50 条 B 第 1 款，可能需要采取一些协调程序以履行必要合作。如同布朗利先生所说，特别报告员应该引述更多国家实践的示例，使第六委员会更能够接受第 50 条 A 和第 50 条 B，或者至少做到减少争论。

10. 对于一般规定和保留条款，新的第 37 条在改变标题以后是可以接受的，但是，“或”和“法律后果”两个短语之中，有一个应该删除。A 条也是可以接受的，为了使含义更加明晰，应压缩标题使其更为简洁。他表示对 B 条没有任何困难，但希望增添“根据一般国际法”的字句。关于同《联合国宪章》的关系的第 39 条比一读通过的案文更为可取，并且考虑到了第 426 段脚注中所引述的前任特别报告员阿兰焦·鲁伊斯的看法。⁴ 另一些委员认为应该删除该条，对此他表示异议。

11. 巴埃纳·苏亚雷斯先生认为特别报告员编写的第四章立论均衡而且文笔出色，对他表示祝贺。有些条款是首次审议，这意味着还不曾听取过各国政府的意见。但是，特别报告员已经指出，必要时，委员会总是可以在下届会议上再度审议这些条款以及另外一些案文。

12. 大会第六委员会肯定会考虑到一些条款具有的影响深远的政治后果。委员会的许多委员恰当地对制裁平民的后果表示关切，他对此表示欢迎。这些条款涉及不具有体制特性的集体措施，特别报告员已经在报告第 387 段中指出这一点。这是必须注意被人们称为必不可少的驯兽工作的另一个理由，即必须驯服滥用权力的野兽。对集体反措施的纪律规则越是严格，委员会的工作就能够做得越好。人人似乎都同意：对怪物必须控制，而不是喂养。

13. 条文的拟订和起草委员会的讨论都已经谨慎进行，但将来起草时，应该记住他刚刚表达过的关切事项。有些委员根本不认可反措施，无论是否集体的反措施，另一些委员则无法接受这一概念，但都同意讨论它，因为这是限制该措施范围的唯一途径。每个人最关心的是历来有分歧的关键问题：如果委员会想要完成工作，目前就必须加以解决。有

⁴ G. Arangio-Ruiz, “Article 39 of the ILC draft articles on State responsibility”, 收录于 *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, No. 3 (2000), 第 747 至 769 页。

人认为第 19 条合理而且有用，这种人宁可直说不讳，不过，他也可以赞同另一些人主张采取的折中方式，只要这种方式真正促成协议并且保留了第 19 条所述概念的内容。

14. 特别报告员开展了值得称赞的工作，已经提出一些提案，在他的支持下，伊科诺米季斯先生作出了非常有益的贡献。他希望起草委员会能找到适当的解决办法，一个适当有力和精确的解决办法。第 37 条有用，应该予以保留。它在草案中有特定的位置，或许尽管采取了一种不同的措辞方式，例如佩莱提议的那种案文。他认为，现在应该是将一些条文提交给起草委员会的时候了。

15. 罗德里格斯·塞德尼奥先生说，委员会以特别报告员及其前任的报告为基础撰写的关于国家责任的工作远远超出了编纂的范围，开始达到逐渐发展的地步，委员会一定会在适当时候，尤其是办得到的时候，全力以赴。逐渐发展，无论如何加以界定，都应该集中注意国家的一般性行为，不仅仅是赞成这种发展的国家的行为，也要注意反对这种发展的国家的行为，因为这些国家往往代表着不容国际法委员会忽视的大多数。

16. 特别报告员认为，取得协商一致意见是向前迈进的最佳途径，但这种协商一致意见应该考虑到已经表示的所有关切事项。人们应该明确地认识到，即使协商一致意见是在若干标准的协议基础上达成的，也还是无法保证它会得到各国的接受。因此，委员会应该在达成结论时小心谨慎。

17. 提议的条款草案避免使用了“罪行”一词。但是，这绝不意味着漠视国际罪行的概念，这种概念还是与特定类别的国际义务结合在一起的，应该受到特定制度的制约。

18. 如同特别报告员说过的那样，应该议定第 19 条的案文。强迫接受是不行的，予以删除更是办不到的，但是应该找出一个可以接受的方法，确认根本义务的存在，并且必须重视对这些义务的违背行为，特别是在最严重情况下发生、因而至少应该承担明确后果的行为。他所想到的那些义务应该在草案第二部分中作出规定，当然要考虑到第 19 条的要点，尊重这些义务符合大家的利益，任何国家都应该能够坚持予以尊重，起码能够要求制止这种违背行为。不过，这并不是说，这种利益不受限制，因

为它不同于受害国的利益，在受害国受到重大损害的情况下，则更是这样。

19. 新的第 51 条基本上修正了对适用范围作出规定的第 51 条至第 53 条第 1 款，如同庞布-奇文达先生所说的，应该成为一个单独条款，因为其案文与该条文草案的标题不符合。第 2 款规定了惩罚性赔偿金，对早先的内容作了补充，尽管是在报告第 380 段提出的这些论点，但无论如何，在严重违背的情形下，这都会被接受。不过，惩罚性赔偿金概念必须要明确界定，因为他无法确认这个措辞是否在所有法系中都具有同样的含义。第 3 款进一步规定了严重违背对整个国际社会的义务的行为所引起的具体义务：两项消极义务和一项积极义务。该款是对其原来案文的改进，特别是，第 3 款(c)项成功地合并了一读通过的案文(c)项和(d)项，在一定程度上考虑到了打击国际罪行方面所需要的国际团结，或者，如果避免使用这个用语则称为严重违背根本义务行为。适用第 3 款(c)项所规定措施方面的合作义务并没有引进新概念，同样的义务已被载入关于个人刑事责任的《国际刑事法院罗马规约》，这是另外一项因素，在发生违背行为的情况下，应该作为一项单独的规定，经常考虑到它；新的第 4 款载有一项条款，考虑到没有在该条中作出规定的法律后果。在这一方面，应该理解到，所谈及的刑罚“后果”必须只涉及个人刑事责任。

20. 就集体反措施问题而言，由于其法律上的复杂性和所涉及的政治问题，造成严重的困难，以集体方式或其他方式采取反措施的权利，应该以极其精确而且均衡的规则加以制约，使反措施能够实现其目标，但又不致被滥用于对较小国家造成具体损害。以一读通过的第 43 条第 3 款为基础的第 50 条 B 涉及一个微妙的问题。在严重违背根本义务的情况下，人们对反措施制度感到担心的是：各国对于界定或确定严重违背义务行为有过大的活动余地。特别报告员从报告第 401 段起，根据对现有实践的研究，提交了一些结论。但是，后者过于靠近政治，而不那么接近法律，无法证明这种权利的存在。其他方面的反应也应该考虑在内。他想起许多国家在人权委员会中对于针对各国侵犯人权现象采取集体行动的反应。虽然这种反应涉及使用武力，但却展示了与国际法委员会所面临的极其不同的标准。有人坚决认为，这种行动与不干涉原则和领土完整原则冲突，甚至涉及某一国家或国家集团为了

提出它们自己对国际社会权益的解释而滥用权力。他认为，把要求停止的权利等同于采取反措施的权利是毫无根据的，即使是某一违反情节严重、一贯存在、而且持续发生的情况也不例外。

21. 当然，重要的是要制订某种形式的规章。各国应该可以不通过使用武力的方式而采取某种办法来确保尊重义务，但任何制度都应该采取人们普遍接受的做法保持均衡和实际的运作状态。应该制订详细的规定，不仅涉及义务的性质，而且涉及违背行为的严重性质及其一贯存在和持续发生的程度。这样就能够使规定得到适当的解释并且防止被滥用。

22. 罗森斯托克先生说，在审议第三次报告第四章的时候，委员会遇到过极其复杂的问题，在本届会议上还没有时间详细加以思考或寻求共同的立场。特别报告员的提议是从以往的非正式理解出发，创造全新的概念，尤其是要通过立法产生单纯而简单的规则，而不要编纂甚或设法以拟议法提议来操作现有的做法。绝对要避免仓促行动。

23. 对于委员会正在审议的具体问题，他希望再度指出，“国家罪行”是毫无依据的概念，如果加以追究，就会造成混淆，并且可能妨碍个人刑事责任领域正在发展的各个方面，而委员会已经在这些方面做出了重大贡献。本报告第 380 段在这一点上特别令人信服。此外，委员会已经决定把重点放在次级规则，而不去发明新的主要规则。条款草案第 51 条试图辨别触发国家责任的作为或不作为的性质，这种概念的探讨是在、并且应该在委员会的范围之外进行。这样做无异于制订新规则。尝试建立“严重程度”的类别有着炼金术士做实验的意味，第 51 条第 2 款机智地提到“惩罚性损害赔偿金”。只有炼金术士才能够取得这样的成果。对于“体现违背行为严重程度的损害”一语，令他感到疑惑的是，它能增加违法国的责任量吗？如果没有增加分毫，那又何必多此一举呢？如果确有增加，它就意味着再度作出了定性的区别。

24. 关于新的第 51 条，有更多的现实问题需要解决，对于其中的一些问题，起草委员会即使无法彻底解决，也可加以改进。例如，在第 1 款中，“严重”和推论“不严重”的违背行为区别何在？他对这种区别有无先例感到怀疑。也许，按照类比方式，与“重大”和“非重大”的区别状态相同，只是偶而引起更加危险的后果罢了。如果这是为了使

受害国维持完整，他怀疑是否有做这种区别的必要性。如果有什么区别，“一贯”一语就比“严重”可取，因为它至少是定量、而不是定性的。“明白”一词也会引起困难。所涉问题在于：一国的公开不法行为从性质上说比较狡的不法行为还坏，因为涉及对其他国家的相应不同的权利。那是引诱一些国家耽溺于秘密的不法行为。他怀疑那历来就是国际法院在尼加拉关境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案所作判决的意图。涉及违背《联合国宪章》第二条第四项的边境事件比起由于违法国纪律松弛，没有注意到顺风国的情况而引起的化学爆炸来，到底是较严重、还是较不严重呢？委员会可以听从加利茨基先生的意见，通过下定义来澄清一些问题。但是，也有可能因而陷入一个没完没了的过程当中。

25. 他对于新的第 51 条第 3 款(a)项和第 3 款(b)项，没有特别的问题，但是，他有意听取其他委员对“义务”这一用语的意见，它是否总是适当呢？或者只是有时适当？如果只是后者，那又如何加以区别呢？的确，关于非直接受害国的微调和有节制的雄心，或许值得作为避免若干困难的方式来进一步加以考虑。他远远不能确信第 4 款有存在的必要性。同时，提到“刑事后果”的做法，既不需要，也不可取，不过，在某些方面，某些人可能认为它是对知情人使眼色，使他们确认定性的区别仍然存在，只不过是暂时中止罢了。

26. 他仍然赞成特别报告员最初的看法，即认为第 19 条应该删除，不改为比较委婉的措辞，可能改为保留条款。这并不意味着反措施需要从第二部分中移除，或是说间接受害国的作用不能以比一读通过的案文更好的方式处理得更加适当。如同第 375 段所指出的，所有国家对要求停止和保证不重复均具有合法利益。

27. 委员会有自失立场的危险。委员们，包括特别报告员在内，应该重新阅读第 411 段，并且注意它的谨慎措辞。随着某些规则的制订，这个过程似乎已经开始，但却因而试图建立公共秩序的新系统。布朗利先生在这方面的评述抓住了要点，奥佩蒂·巴丹先生(第 2652 次会议)带着政治观点的发言令人警醒。它含有警告的信号，如果受到忽视，就会危害整个条款草案，过早地制订有关集体反措施的规则的做法，可能会损害草案和这种新观念的总体发展。

28. 如果有必要避免对这个问题采取立场，就可以

着重说明必须将对反措施的讨论只限于第一部分的理由。第二部分不曾处理解除不法性的任何其他情况，部分原因在于这样做将会模糊主要规则与次级规则之间的界线，另一部分原因在于已经认定它的草案宣言并不是济世药方，而只是相互关联的一系列规则，加以说明的话，可以帮助各国解决一些、而不是全部的问题。涉及普遍义务的问题本身可能不是足以将反措施从第二部分中删除的充分依据，但是这样做的理由可能会随着起草委员会的讨论而散播开来。

29. 另一方面，在仔细进一步研究不直接受害的国家的作时，如果明确地理解到，不可能在不法行为之间作出定性的区别，因而谦虚地回答布朗利先生和奥佩蒂·巴丹先生的意见，将反措施问题列入第二部分中，就可能行得通，甚至值得这样做。但是，条款草案可能会崩溃，或者以这样的方式陷入僵局：关于国家责任的宣言或条约在各种各样工作组的努力中失败，未能为它争取任何地位以后将屡次被拖延下来。

30. 顺便提及，使用与《联合国宪章》第七章有联系的“制裁”一语，至少可以说是不可靠的。在该章中使用“措施”而不使用“制裁”的决定得到了极其认真的考虑，并且极为审慎。

31. 特别报告员对第四部分中的一般规定的提议，除了作出相对微小的编辑改动以外，没有引起任何问题。委员会内部对第 39 条所作的一些讨论已经引起不安，反映了关于《联合国宪章》第一百零三条的冲击和影响的过度受限的观点。因此，列入一段按照法国政府⁵或特别报告员提议的方针编写的文字是正确的做法。

32. 委员会已经走过一段漫长的道路。基本上，它所面临的问题从性质上说是有限的。如果委员会从现有的国家实践出发，谦逊而坚决，它应该能够在一年内给予世人一件重要的有用产品。

33. 塞普尔维达先生说，应该对特别报告员的第三次报告表示祝贺，这是一系列报告的顶点，逐渐克服在四年前看来还是无法逾越的障碍，例如国际罪行和不法行为等令人烦恼的问题。要断言在这方面

提议的解决办法能否得到各国的支持，仍然为时过早，但它可能对国际法的逐渐发展作出了重大贡献。

34. 为了理解第三次报告第四章取得了哪些成就，必须再次提到早先的一些观念，它们形成了一些工作假设，如果确实得到接受，就有助于该章所载列的提议获得接受。例如，提议的第 40 条之二规定了一国有权援引另一国责任的情况。对于一国受到另一国国际不法行为伤害的情况的定义，不仅使得被违背的义务能够被视为个别义务，而且被视为整个国际社会的义务。受害国涵义的扩展使缔约国在与整个国际社会缔结了国际义务，或为保护国家集团的利益而确定了义务以后，有了履行义务的合法权益。

35. 这项规定无疑在国际事务的管理上跨出了一步。但是，这项规则的依据必须由国家实践予以确认。仍待确定的事项是，一般是否确认，仅仅因为一国所涉及的对于国际社会的一项义务没有得到履行，就可以认定该国受害。还有必要规定受到各种程度伤害的国家能够援引的国家责任的法律后果的真正性质。例如违背普遍义务的情况，人们仍不明白应该使用哪些机制使具有合法权益、但没有直接受害的国家促成停止、恢复原状、补偿、抵偿，或者在极端情形下，采取集体反措施。这个问题同适用规则的效能联系在一起，该规则预先假定了一项抽象的原则。

36. 反措施作为促使责任国遵守其国际义务的必要手段，是一国援引另一国责任的权利的一个方面。他原先反对在条款草案中载列反措施，认为那无异于通过立法、而从法律上承认以滥用权力为基础的一项办法。委员会将要收录一项以胁迫和单方面使用武力为基础的原则，它将成为任何均衡法律秩序的诅咒。但是，他必须承认，起草一些以规定反措施的宗旨和内容、不受制于反措施的义务、采取反措施的条件、相称、禁止的反措施以及反措施在符合若干条件以后的中止和终止，已经转向一个正确的方向。提议的新的第 47 至第 50 条之二是反措施在其性质和范围上的定义的重大进展，为规定防止滥用权力的必要法律保障制订了办法。

37. 一项创新是引进了集体反措施概念，从某种意义上说，它自然地来源于对第 40 条之二中所载规则的接受。特别报告员所提出的问题是，当国家作为

⁵ 见第 2615 次会议，脚注 5。

缔约一方的义务受到违反时，即使从严格的意义上说，它并没有直接受害，它是否有对违背集体义务行为作出反应的合法权利。特别报告员认为，这些情况并不限定于一国家集团采取一致行动的情况，也包括了这样的可能性：集体的成分也可能来源于一国作为某项多边义务的缔约一方、为了维护公益而针对违背该项多边义务的行为宣示其作出反应的权利，不过，它并没有个别地受到该项违背行为的伤害。因此，作出了一项区分：一方面是采取个别的反措施，无论是否由一国或一个国家集团在其权限范围内由自己的机构作出；另一方面是根据《联合国宪章》第七章采取的体制化的集体措施。

38. 接受这种假设的问题在于：这种区分并不够明确，并且似乎牵涉到其他现有机构的重叠，例如集体自卫和集体安全，就《美洲国家间互助条约》、《北大西洋条约》或目前已不存在的《友好合作互助条约》（《华沙条约》）等区域集体安全条约的情况来说，更是这样。

39. 就集体自卫的情况而言，各国的重大利益受到违背，这些国家集体行使无疑属于它们的个别权利。就集体安全的情况而言，一国的重大利益受到影响，其他国家便采取声援行动，前来援助。就集体反措施的情况而言，受到违背的义务的性质，换言之即该国合法权益的定义，不是直接受到伤害的国家，而是受到影响的国家，很容易与集体自卫或集体安全中所暗含权利的性质混淆。因此必须明确区分这几类权利的要素，以便限定和限制集体反措施的范围。

40. 例如，第 50 条 A 确定第三国可以受害国的名义采取哪些反措施，看来酷似 50 年来在区域集体安全条约中所采取的那类措施。更加引人注意的是，按照提议的第 50 条 B 的规定，可以对违背整体国际社会的义务的严重违背行为采取反措施的情况。违背这种普遍义务可以构成的不法行为的严重程度无疑会促成《联合国宪章》第五十一条所规定的措施或集体安全行动。在这些情况下，很难找到可供建立“集体反措施”的新法律机制的余地。

41. 集体反措施的依据和效力，取决于受影响之权利的类型和以受害国和协助受害国援引一国责任的国家之名义已经确立之义务的类型。但是，其他不可或缺的要害是整个国际社会、而不只是其中的一部分国家公认这些措施合法、合理。因此，重要的

是，应该拟订一项国家实践中的一般原则，使许多国家能够接受集体反措施概念，认定它是属于通常公认的规范系统的一项法律概念，因而是对国际法律秩序的一项贡献。

42. 但是，特别报告员对国家实践所作的分析并未证明一批法律措施的存在已经得到所有国家接受，因而有理由制订集体反措施，成为新的法律机制。首先，所提供的示例为数极少。而且，说明中提到少数国家采取的反措施，这些国家全是工业化国家。第三次报告中提供的示例没有一个是一组非工业化国家采取集体反措施的示例。他本人无法由于一时冲动而提出拉丁美洲国家援引或行使集体反措施的示例。

43. 在特别报告员提到的六个示例中，有三个在一定程度上受到《联合国宪章》第七章所规定的条款和规则的限制。它再度显示，很难在集体安全、集体自卫和集体反措施之间划定一条明确的分界线。

44. 关于严重违背对整个国际社会的义务的后果的相关规定载于新的第 51 条，也是预先假设建立一个基本上具有惩罚性质的集体制裁制度，可以藉《联合国宪章》中规定的强制执行措施予以识别。看来，无需急着按照已经生效的宪法规范建立一种并行的制度，也没有任何现成的有组织和集中化的体制机制，来代替已经实际展现其优点和缺点的现行制度。

45. 最后，即使接受特别报告员用于使反措施制度与和平解决争端制度脱离联系的论点，从案文中删除专门规定如何在极为敏感的国际责任领域解决国家间争端的一章，是不合乎需要的，在往后的年月里，无疑将因为此举而纠纷不断。

46. 佩莱先生说，通过对所谓的“集体反措施”发动凶猛的攻击，塞普尔维达先生和其他委员正在徒劳地发起攻势，批评缔约国集体采取的反措施，但是，那并不是特别报告员寻求锁定的现象。特别报告员本人是在扮演魔法师的学徒，对“集体反措施”现象贴上标签，事实上并无其事。真正的问题是，在发生诸如灭绝种族等特别严重的违背行为，使整个国际社会都受到影响，从而使个别国家都感到关切的时候，国际社会的任何国家是否都有权个别地作出反应，即使它们并没有由于该违背行为而直接受害。他认为，这个答案是需要加重语气的肯

定答复。但是，那并不意味着该项反应必须是集体反应，更是无需涉及使用武力。因此，他完全同意特别报告员对于实质内容的看法，但认为“集体反措施”这一用语在这方面最不能令人满意。

47. 贺先生指出，在违背缔约国集体利益的普遍义务方面，又发生了国家罪行问题。但是，他不认为，国家罪行的概念已经在关于国家责任的国际法方面确立下来，因为它与对个别刑事责任的立场不一样，还没有任何国家实践或国际判例予以支持。

48. 第 51 条中对严重违背对整个国际社会的义务的后果的处理，完全依赖第 40 条之二和之三中对国际义务的分类。但如同哈夫纳先生已经着重指出的，第 51 条中所述违背行为和第 19 条中所指罪行有很大的差别。一些评论者认为，虽然影响国际社会根本利益的行为将被称为对整个国际社会的不法行为，反过来说并不真实。因此，即使罪行存在，第 51 条也并未涵盖。于是，杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生和佩莱先生的建议将完全改变该条的范围，因而危害全部运作。由于国家罪行概念没有得到国际法的承认，委员会如为此而大动干戈，似乎会徒劳无功。

49. 新的第 51 条第 1 款是可以接受的，在第 2 款中，备选的“反映违背行为严重性的赔偿”是优选案文。就第 3 款(a)来说，布朗利先生历来相当正确地提到效力问题。反之，卡巴齐先生在提到“为合法”的字词时认为，由违法行为所引起的任何情况都不能视为合法。因此，似乎适于在评注中指出，必须考虑到“现实”，作为不承认现况中的一项因素。

50. 第 4 款是多余的。他赞同特别报告员的这一观点，认为，鉴于社区义务方面进步迅速，为将来的发展留有余地是合适的。同样，也有必要等待“罪行”概念的发展。因此，最好在第四部分中，而不是在第 51 条中，就这个问题拟订一般性的不影响条款，只处理违背普遍义务的后果。

51. 当然应该按照辛马先生、哈夫纳先生和坎迪奥蒂先生的提议，将该报告第 413 段中所载的建议的一部分纳入第 40 条之二，并将另一部分纳入一个单独的条文，将“不重复”一词插入第 36 条之三。他同意第 50 条 A 和第 50 条 B 应该列在第二部分之第二章，因为它们处理具有不同性质、不同内容的

问题。最后，无论草案采取宣言或公约的形式，按照第 429 段中的措辞方式保留第 37 条，都是有益的。

52. 克劳福德先生(特别报告员)解释说，刚刚向委员们传阅的协商一致案文，按照条文最终列在草案中的次序，提供了一种知情的猜想，起草委员会将按照这个次序提请委员会通过并将其提交大会第六委员会。

53. 他按照伊科诺米季斯先生和其他委员的意见，预料起草委员会可能很想将第 51 条一分为二。据假定，该报告第 413 段中所载建议将连同第 40 条之二第 2 款列为新的第 49 条的一个次级部分。新条文将涉及对一集体或多边性质的义务具有合法权益的、成员较多的国家集团。

54. 他尽力使提出的、与第四章有关的各种各样的提案在法律上具有意义。巴哈纳先生、伊科诺米季斯先生和佩莱先生的意见极具建设性，他对托姆卡先生和奥佩蒂·巴丹先生的发言印象特别深刻，两人都对委员会所报道的委员发言具有广泛的经验，都对报告第四章所涉及的有待推动的实质事项的包含范围，表示相当的怀疑。托姆卡先生的立场与他自己在第五十届会议所持的立场相似，即第 19 条问题可以全部归入一项保留条款中处理，这的确是可供第六委员会采取的一个备选办法。尽管如此，他深信，委员会应该更加倾向于建议的折中案文，这不仅是为了征求第六委员会的评论，也因为反映了委员会中对比较为强烈的观点之间的合理的中间立场。

55. 尽管所谓适当拟定罪行制度的时机尚未成熟，但却必须要表达缔约国对整个国际社会持有少数义务的基本想法。顾名思义，这些义务性质严重，同样是顾名思义，若是这些义务被违背了，也是重大的事件。对这些义务的琐细违背行为有可能发生，但在某些情况下，诸如灭绝种族和侵略等情况，这些义务的定义就达到了排除琐细违背行为的程度。试图在援引集体利益责任的新的第 49 条案文中体现这一概念的做法，似乎得到了普遍赞同。

56. 就另外一些问题达成了许多一致意见，令人感到惊奇。他十分赞赏塞普尔维达先生就“集体”反措施的整个问题雄辩地发表的宏论，不过，称为“多边”反措施可能更可取一些。佩莱先生正确地指出，违背对整个国际社会的义务行为引起的反应

可能是一国或若干国家采取的反应。它们的集体性质是由义务的性质和它们的反应所涉及的违背行为决定的，并不是由于它们作为一个集团采取行动所致。

57. 按照实际情况来说，看来新的第 51 条可以提交起草委员会进一步作出改进，他对分割条文的结果感到好奇。必须要承认，由于实践经验有限，委员会的活动是立法性的，尽管有些条文重申现有的不承认领域和接受对整个国际社会的义务的基本类型。委员会的工作不能称为逐渐发展，尽管有些结果可能是逐渐产生的。因此，委员会将等待第六委员会的评论，并在其下届会议上再度审议所涉及的问题。这是委员会审议工作的一个非常重要的方面，因为它使第六委员会有机会提出实质性的建言，并且促进了国际法委员会和第六委员会之间的关系，这是委员会第四十八届会议工作报告中所规定的目标。

58. 他并不热衷于修改第 51 条的标题，以使它提到一些基本的义务。国际法中有许多义务，尽管它们产生双边关系也带着根本性质。外交豁免作为一个整体，对于国家之间的关系和对于整体国际社会而言，显然是至关重要的，但有一些个别的关系还是双边关系。核心的观念必然是在巴塞罗那电车公司案判决中所确立的概念，即：有一些义务是对整个国际社会承担的，每一个国家作为个体，都与遵守这些义务利益攸关。“基本”一词并没有抓住这个概念。当然，按照定义，由于它是对整个国际社会承担的义务，这个规范是基本的，但是，反过来说，情况未必这样。违背行为的性质自然还可以加上限制条件，因为对这些义务的违背行为设想起来可能是较为次要的。

59. 他已经小心地注意到委员们的发言，起草委员会应该考虑到这些意见。但是，有一两个论点需要立即评论。对于新的第 51 条第 1 款中所指违背行为之类型的定义，有一些方面还可以改进。第 19 条第 2 款中或其他地方的某些材料有所助益，但不应影响他对“基本”义务概念已经表示的保留意见。

60. 第 4 款并非绝对必要，除其他外，这是由于有了一读通过的第 38 条(重新编号以后的第 33 条)，但主要由于在这个方面存在进一步发展的可能性，该款会有其用处。他个人对于“刑事”一词，并没有强烈的感觉，如有反对意见，可予忽略，因为若

予以删除，并不影响这项条款的运作。对于佩莱先生极力主张列入这项观念，坚持认为无论是惩罚性赔偿金还是刑事后果都促使它失去任何惩罚的成分，使他稍感欣慰。就他自己的观点而言，他对此并不持反对意见，因为如果委员会审查对整个国际社会承担的义务，惩罚性后果可以搁置一边。

61. 透明问题和所称的涉及个人刑事责任的严重违背基本义务的后果，在本条款草案中没有任何位置，因为它提出了关于人员的个人刑事责任类型(换一种说法就是国家豁免的类型)的问题。他乐于保持目前的法律立场，因为最近的《国际刑事法院罗马规约》中考虑到了这个事项，其中列有两项相关条款，关于官方身份的无关性的第 27 条明确规定，任何个人如因国际法下的罪行被控告或被定罪，不得以其官方身份提出抗辩。无论怎么说，国家的责任都是控告的先决条件。很简单，该人员作为个人，对国际法中的个人所涉刑事规则的违背行为负有责任。人们一向理解《纽伦堡法庭宪章》以及该法庭判决中所承认的国际法原则。⁶ 第 27 条结合了第 98 条，特别作出规定，如果被请求国执行本法院的一项移交或协助请求该国将违背对第三国的个人或财产的国家或外交豁免权所承担的国际法义务，则本法院不得提出该项请求。因此，该条驳斥了这样的想法，当行为归于国家时，国家豁免不知如何就消失了，但如果是由个人执行的，那就是一项罪行了。他不反对灭绝种族是一项罪行的通称，但是《国际刑事法院罗马规约》对豁免问题所采取的处理方式是和它的废除不一致的。当委员会在一年以前处理国家豁免问题时，它对这个问题的处理方式极为保守。因此，必须首尾一致。委员会不应该由于喜爱巴塞罗那电车公司案类型的义务而自失立场，把它在讨论国际法的另一些领域时不准备容许的任何后果归于某项违背行为。

62. 尽管塞普尔维达先生和另一些委员已经对如果一个个别地受害而且有权个别地采取反措施则对于被侵犯的规范具有权益的另一国应该能够协助这一点表示关切，第 50 条 A 和第 50 条 B 还是得到了正面的响应，他对此感到有些惊奇。这方面有过明确的实践。因此，第 50 条 A 并不属于目前实践的范

⁶ 《1950 年……年鉴》[英]，第二卷，第 374-378 页，A/1316 号文件，第 95-127 段。

围以外。第 50 条 B 显然很不一样，尽管它是根据一读通过的案文大事修改和删减以后的版本。该案文得到了广泛接受，其中有些委员好像历来只有当反措施是由多国采取时才会赞成，却也接受了。他不同意卡特卡先生的如下观点：可以设想上述行动限于在单一区域采取的多边反应；不过他同意卡特卡先生的另一个论点：上述行动确实反映了该区域内当地社区的一个关切事项。尽管如此，权力不平等现象无论在区域层级或是全球层级都同样存在。

63. 一般普遍赞成将第四部分原来的案文提交起草委员会，不过建议在个别地方作一些文字上的改动。基于一些委员所提出的理由，鉴于早先的版本引起广泛辩论，他只得将第 39 条全部删除。另一方面，经过精减的案文看来反而合适。

64. 对于第四部分，普遍赞成 B 条是可喜的。就第 37 条而言，佩莱先生认为，鉴于有了“在……并且只有在”的措辞，“专门”一词就没有必要了。但是，委员会必须接受：特定规范带来特定后果的仅有的事实本身并不足以触发特别法原则。他曾经试图表达这样的概念：“专门”一词要求规定进一步的条件。或许这个词的语意太强了。起草委员会必须解决这个问题。

65. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望将条款草案连同该报告第 407 段和第 413 段中所载事项提交起草委员会。

就这样议定。

上午 11 时 50 分散会。

第 2654 次会议

2000 年 8 月 10 日，星期四，中午 12 时 10 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先

生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

同其他机构的合作(续)*

[议程项目 9]

亚非法律协商委员会观察员发言

1. 主席邀请亚非法律协商委员会(亚非法协)秘书长卡米尔先生发言，向委员会介绍亚非法协的活动情况。

2. 卡米尔先生(亚非法律协商委员会观察员)说，亚非法协很重视与国际法委员会之间传统的长期联系，对委员会在确定当代国际法的形式和内容方面发挥的作用表示赞赏。鉴于亚非法协的主要目标之一是审查委员会正在审议的各项问题，为了在委员会表达亚非法协成员国的观点，两个机构互派代表出席彼此的年度届会已经成为惯例。近年来，委员会也派代表出席了大会届会期间在纽约联合国总部召开的亚非法协成员国法律顾问会议。他热诚期望能在大会第五十五届会议期间欢迎委员会的成员。

3. 亚非法协第三十九届会议于 2000 年 2 月在开罗举行，会议选举了新的主席团成员和新的秘书长。委员会的四位成员，包括正式代表委员会的哈夫纳先生，参加了该届会议。议程上的实质项目多达 14 个，其中包括委员会第五十一届会议工作的实质项目。这项工作引起亚洲和非洲各国政府的深切关注，也引起作为一个团体为其成员国服务的亚非法协的关注。亚非法协希望在其届会期间所表达过的各种意见将引起委员会的关注。

4. 关于国家责任的专题，有人表示，希望委员会尽量保留一读通过的条款草案。特别报告员在提议的新案文中作了一些评论。有一个代表团说，它主张保留第 20 条，该条分清了行为义务与结果义务之

* 续自第 2648 次会议。

间的区别。发展中国家对该条款特别关注，因为它们多半不具备其他国家履行结果义务所需要的同样手段。正如委员会自己正确地指出过的那样，预防的义务属于行为义务的范围，因此，凡是提到这一概念的文字，都可以从条款草案中删除。关于用尽当地救济的第 26 条之二体现了一般国际法的既定规则。用尽当地救济是国际求偿的先决条件，因此，违反一项国际义务的情况只有在用尽了这些救济以后才会发生。对于与危急情况有关的第 33 条，亚非法协的代表已与特别报告员达成共识。当然，该条不涉及需要在另一国领土上使用武力进行人道主义干预。对于有关反措施的第 30 条，有一个代表团赞成在条款草案中增添关于反措施的一系列规则。该代表团也支持把反措施与强制解决争端联系起来。当然，该项程序必须同时适用于双方，也就是说，同时适用于不法行为国和受害国。

5. 谈到国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任，他说，亚非法协的一些代表团赞扬了特别报告员的工作，并且支持“污染者付费”原则和特别报告员已经接受的“权益”概念。也有人表示担心，委员会在其第五十一届会议上作出的中止审议该专题的决定，可能延误完成与该专题有关的工作。有一个代表团表示希望最后结果采用框架公约的形式。

6. 在对条约的保留方面，据指出，1969 年《维也纳公约》在既维护条约的统一和完整，又确保条约获得全面批准之间实现了灵活而实际的平衡。在这种背景之下，据认为，拟订一套准则是用以弥补维也纳体系中任何差距的较为实际的做法。至于使人权条约监督机构来确定保留的效力或对保留接受与否的观点，一直有人指出，这样的职责会超越这些机构的权限，而且赋予它们具有追溯力的权威。人们也一直认为，需要有一个能够以协调的方式把各项人权协定综合起来的灵活的体系。1998 年 4 月，亚非法协第三十七届会议期间在新德里举行了一次有关对条约的保留的特别会议。已向委员会第五十届会议汇报了这次会议的结果。亚非法协十分乐于就委员会议程上的另一专题举行类似的会议。

7. 谈到国家单方面行为，他说，出席亚非法协第三十九届会议的代表团认为，委员会应当采取措施，拟定适用的条款。尤其应确切划定意图包含的单方面行为的范围。在这方面，过去的做法是把重

点放在必须对“条约行为”与“单方面行为”作出区别上。亚非法协也对委员会通过了一套包含 27 条关于国家继承涉及的自然人国籍问题的条款草案表示赞扬。

8. 关于日本政府的倡议，亚非法协在其第三十九届会议的议程中列入了一个题为“国家及其财产的管辖豁免”的议程项目。委员会委员哈夫纳先生描述了委员会关于这个专题的工作。几乎所有发言的代表团都认为确有必要尽快编纂有关这个问题的国际规则。其中有一个代表团着重指出，这个问题性质复杂，同时涉及国际公法、公司法和商业惯例。随着现代国家的功能发生变动，绝对的豁免理论必然向限制性的豁免理论过渡。有人提到关于国家拥有或经营的船舶的条款草案(第 17 条)的明确规定，认为该条款也可涵盖空中运输。

9. 在实质内容方面，有代表团认为，就豁免来说，国家应当对确定“国营企业”的地位拥有发言权。对“性质”或“宗旨”测试有不同的看法，这表明应当拟订明确的标准，以鉴定某项活动是否商业交易。在草拟关于这个议题的一般性公约期间，必须考虑到国家实践和各种法律体系(民法、普通法和伊斯兰法)的判例。

10. 亚非法协打算在大会第五十五届会议期间在纽约举行其成员国法律顾问会议时，就这个议题进行辩论。亚非法协的成员国将因而能够就国家及其财产的管辖豁免条款草案交流意见，并且在第六委员会协调其立场。有一个代表团强调第六委员会和委员会需要加强对话，并建议委员会的报告应当尽早提前分发给各国。亚非法协需要寻找大力促进委员会工作的方法和手段。鉴于年度届会时间短促，已有人建议委员会，日后在届会期间，应当只审议委员会议程上所载列的某个专题，以便深入审议一些重要的问题。

11. 亚非法协第三十九届会议审议的其他项目为：联合国国际法十年¹、难民的地位与待遇、驱逐巴勒斯坦人和以色列的其他行径(包括犹太人违反国际法大规模移居于被其侵占的领土)、对移徙工人的法律保护、国家立法的域外适用：对第三方的制裁、联合国设立国际刑事法院问题全权代表外交会议的后续行动、联合国环境与发展会议、联合国各机构和

¹ 大会在 1989 年 11 月 17 日第 44/23 号决议中宣布。

其他涉及国际贸易法的国际组织的立法行动、1999年11月30日至12月3日在西雅图举行的世贸组织第三届部长级会议结果报告、1999年11月在新德里举行的落实知识产权所涉问题研讨会报告。

12. 他就加强亚非法协与委员会之间关系的方法提出两项建议。第一项建议是：共同举办研讨会或讲习班，联合国法律事务厅也可参加，目的是查清各国为何不愿批准根据委员会案文拟订的某些公约，设法促使各国加入这些公约。第二项建议是，委员会认为亚非法协可在鼓励各国更积极参加委员会和大会第六委员会的工作方面发挥作用，尤其是就委员会的调查表和意见征询作出回复。

13. 谈到亚非法协与委员会之间今后的合作，他说，亚非法协秘书处将继续就委员会所审议的实质性项目编写说明和意见，以便为亚非法协各成员国在第六委员会中的代表讨论委员会报告提供帮助。因此，将在2001年举行的亚非法协第四十届会议议程中列入一个题为“国际法委员会第五十二届会议工作报告”的项目。他以亚非法协的名义邀请委员会的主席和委员们参加该届会议，并且希望亚非法协和委员会继续进行更加密切的合作。

14. 最后，他指出，亚非法协今后几年的目标是说服非洲和亚洲的法语国家成员国加入亚非法协。因此，已将亚非法协的规章和条例译成法文，不久将发放到各法语国家。

15. 贺先生说，他欢迎这一传统：即亚非法协秘书长每年向委员会报告其活动，委员会的委员则参加亚非法协的年度届会和其他会议以及研讨会，向他们报告委员会的工作情况。尤其令他感到高兴的是，亚非法协已经在其意见和有关材料中表示对委员会议程上的专题感兴趣。委员会和亚非法协的秘书处也对共同关注的事项进行合作和交换文件。他诚挚地希望，在亚非法协新任秘书长的引导下，亚非法协与委员会之间的合作能够进一步发展。

16. 蒙塔兹先生提醒说，亚非法协是一个区域性组织，国际社会的成员国有四分之一是它的成员，在逐渐发展国际法方面，该组织已经发挥、并且将继续发挥极为重要的作用。

17. 他十分支持亚非法协秘书长的第一项建议，不过，他认为，不仅应当考虑到委员会已经拟订了案文

的“夭折”公约，也应当考虑到委员会的“夭折”案文。对于第二项建议，亚非法协应鼓励其成员国回复委员会的调查表，就该调查表所涉及的专题举行讨论。最后，他认为，虽然新德里与非洲法语国家之间距离遥远，但不应妨碍它们成为亚非法协的成员国。

18. 戈科先生说，他坚信亚非法协能够发挥有效作用，敦促它的45个成员回复委员会就特定专题或案文寄给它们的调查表。从人们士分期待《罗马规约》生效的观点来说，亚非法协的协助也会特别有效，在1996年马尼拉会议期间，亚非法协在筹备工作方面就作出了重大的贡献。由于《国际刑事法院罗马规约》的正式生效取决于60份批准书的交存，而迄今只有10个国家予以批准，亚非法协应与其成员进行联系，鼓励它们交存其本国的批准书。

19. 斯里尼瓦萨·拉奥先生感谢亚非法律协商委员会观察员出色的报告，以及为了加强委员会与亚非法协的关系，有志于国际法的逐步发展和编纂而提出的那些建议。他确信，主要得益于亚非法协新任秘书长的个人素养，非洲和亚洲将有越来越多的法语国家加入为亚非法协。

20. 阿多先生说，他很想知道，亚非法协前任秘书长在委员会上一届会议发言时提到的开设网址计划的执行情况。

21. 卡米尔先生(亚非法律协商委员会观察员)说，网站已经开设，即将向委员会的委员通报网址。

22. 主席感谢亚非法律协商委员会观察员就亚非法协的活动所作的引人入胜的发言。

下午1时散会。

第2655次会议

2000年8月11日，星期五，上午10时05分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先

生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

委员会第五十二届会议工作报告草稿

1. 主席请委员们审议委员会的报告草稿。

第一章 会议的工作安排(A/CN.4/L.590)

第 1 至第 10 段

第 1 至第 10 段通过。

第 11 段

2. 主席说，应删除第 11 段中“主持了会议开幕式并”等字，因为法律顾问科雷尔先生事实上还没有主持会议开幕式。

经修正的第 11 段通过。

第 12 段

第 12 段通过。

经修正的第一章通过。

第二章 委员会第五十二届会议工作情况概述(A/CN.4/L.591)

第 1 段

第 1 段通过。

第 2 段

3. 就佩莱先生的询问，杜加尔德先生和加亚先生证实，提交给起草委员会的是条款草案第 1 条、第 3 条和第 5 至第 8 条。条款草案第 4 条没有提交。

经修正的第 2 段通过。

第 3 段和第 4 段

第 3 段和第 4 段通过。

第 5 段

4. 伊科诺米季斯先生建议应将“subsidaire”从该段的法文本中删除。

5. 主席解释说，委员会一直将预防危险活动的跨界损害作为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副专题在审议。

6. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员)提议，法文本中应将副专题的概念译为“sous-thème”。

经对法文本作出修正的第 5 段通过。

第 6 段

7. 主席建议第 6 段推迟到规划小组提交报告之后再通过。

就这样议定。

第 7 段

第 7 段通过。

第 8 段和第 9 段

经略作编辑改动的第 8 段和第 9 段通过。

第五章 外交保护(A/CN.4/L.594)

A. 导言

第 1 至 4 段

第 1 至 4 段通过。

第 5 段

8. 托姆卡先生指出，本努纳先生是于 1998 年，而不是 1999 年当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官。

9. 米库尔卡先生(委员会秘书)说，这段应改为“在本努纳先生当选前南斯拉夫问题国际法庭法官后，1999 年第五十一届会议期间，委员会任命克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生为本专题特别报告员”。

经修正的第 5 段通过。

B. 本届会议审议这个专题的情况

第 6 段和第 7 段

第 6 段和第 7 段通过。

第 8 段

10. 主席说,有必要修改第 8 段,以说明条款草案第 1 条、第 3 条和第 5 至第 8 条已被提交起草委员会。

经修正的第 8 段通过。

第 9 至 13 段

第 9 至 13 段通过。

第 14 至 16 段

11. 佩莱先生询问,在提及这些条款时是否不应当说它们是条款草案。

12. 庞布-奇文达先生说,在已经通过的段落中对“条款”和“条款草案”的使用不曾加以区别。最好能更加一致,他认为“条款草案”的说法更恰当。

13. 佩莱先生和托姆卡先生提议,秘书处应明确这方面的通常做法是什么。

14. 蒙塔兹先生建议,鉴于第 13 段谈及 8 项条款草案,此段可被视为介绍性段落。

15. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员)说,第 13 段的确具有介绍性。他认为,为了简练,后面可用“条款”一词。

第 14 至 16 段通过。

第 17 段

16. 卡姆托先生说,此段就外交保护是否包括保护人权的问题提出了两个对立的观点,但没有表明整个委员会支持其中哪个观点。这将使普通读者,包括第六委员会的代表不明白委员会对此问题的看法。

17. 杜加尔德先生(特别报告员)说,关于这一问题并没有协商一致意见,此段反映了这样一个事实,即表达了不同的观点,但没有清晰可辨的倾向。这个问题涉及外交保护的基本宗旨,而不需要作出什么决定。

18. 加亚先生说,他想表明一种一般看法。本报告不应当忙于确切说明委员会有多少委员就某个特定问题发表了特定的意见。这方面的情况可以参阅简

要记录,一旦更正程序结束后,便可从委员会网站上查阅到。

19. 托姆卡先生赞同特别报告员的意见,并请注意第 89 段,其中指明第 1 条为非正式磋商的主题,因为尚未对该条达成协商一致意见。

20. 佩莱先生说,第 17 段这样的措辞很好:它忠实地反映了关于第 1 条的讨论。

21. 戈科先生提请注意第 16 至第 22 段的标题,即“辩论概况”,并说第 17 段仅仅汇总了就外交保护是否包括保护人权问题所表明的各种观点,而没有反映委员会的最后态度。

第 17 段通过。

第 18 段

22. 托姆卡先生说,第二句和第四句话互相矛盾。最好的办法是删除第二句话中“通常分为两个阶段”这几个词,然后删除第三句中的“第一”一词。

就这样议定。

经修正的第 18 段通过。

第 19 段

第 19 段通过。

第 20 段

23. 辛马先生说,第三句中“特别是东欧国家”的说法是多余的,应当删除,加利茨基先生和托姆卡先生支持他的说法。

就这样议定。

经修正的第 20 段通过。

第 21 段

24. 辛马先生指出,第二句话中提到一种折中的解决办法,这在违反国内法的情况下是不适当的。应将“采取折中的解决办法”删除,将“它认为”也删除。

就这样决定。

经修正的第 21 段通过。

第 22 段

25. 辛马先生说，第一句措辞很笨拙。他提议将后半句改为“在委员会关于后者的文件中的用语应该与其关于前者的文件中的用语一致”。

就这样议定。

26. 卡姆托先生指出法文本最后一句中似乎缺了一个短语。

27. 主席说，这个疏忽将得到纠正。

经修正的第 22 段通过。

第 23 段

第 23 段通过。

第 24 段

28. 辛马先生说，他反对将第一句中提及的意见描述为“饶有兴趣的”。这暗示某些意见比其他意见更令人关注。

29. 巴哈纳先生提议删除“饶有兴味的”这几个字。

30. 主席指出，第 23 和第 24 段的标题是“特别报告员的总结”。如果特别报告员这样描述那些意见，并且不反对使用“饶有兴味的”说法，那么就没有理由删除它，佩莱先生支持他的意见。

31. 卡巴齐先生说，特别报告员在自己的报告中有权作出自己想作的任何评价，但委员会现在是要通过提交大会的报告。应当删除“饶有兴味的”这几个字，加亚先生支持他的意见。

32. 坎迪奥蒂先生建议，在第一句的开始插入“在他看来”几个字。

33. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他没有什么特别的意见，但删除“饶有兴味的”这几个字会更好。

就这样议定。

34. 托姆卡先生提议，应在第 24 段第二句结尾的“不法行为”前插入“国际”两个字。

就这样议定。

35. 巴哈纳先生说，由此，“可能构成”与“不法行为”之间也同样应插入“国际”两个字。

就这样议定。

36. 巴哈纳先生说，应删除第 24 段最后一句，因为它表达的是特别报告员的意见，而这是委员会的报告。

37. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他的意图是让起草委员会进一步审议这个问题。

38. 戈科先生说，他支持保留最后一句话，它只是表明了特别报告员在关于外交保护问题的讨论结束时对情况的评估意见。

39. 主席建议在最后一句结尾插入“起草委员会”，从而使特别报告员的意图更加明确。

就这样议定。

经修正的第 24 段通过。

同其他机构的合作(续)

[议程项目 9]

国际公法法律顾问特设委员会观察员的发言

40. 主席请欧洲委员会国际公法法律顾问特设委员会(公法顾委)秘书贝尼特斯先生向委员会介绍自委员会前一届会议以来欧洲委员会内部的新情况。

41. 贝尼特斯先生(欧洲委员会国际公法法律顾问特设委员会观察员)说，2000 年是《欧洲人权公约》通过五十周年，为纪念这个重大事件组织了一些活动，包括编写了一些文件论述与委员会所关注的问题有关的专题。首先是一份报告，由马克斯·普朗克国际和外国公法研究所、埃里克·卡斯特伦研究所和研究国际私法国际商事仲裁和欧洲法的研究机构在公法顾委主持下，根据欧洲委员会就这些问题方面的国家实践开展的一个试验性项目所

收集的资料编写。¹ 该报告于 1999 年 9 月公法顾委会议上提交给欧洲委员会秘书长，随后转交给联合国秘书长，作为欧洲委员会对联合国国际法十年的贡献。²

42. 在委员会第五十一届会议上，他曾提及欧洲委员会部长委员会通过了关于应付对国际条约不可接受的保留的第 R (99) 13 号建议。³ 2000 年，公法顾委编写了一份题为《对国际条约的保留方面的实际问题》的文件，⁴ 从而完成了其关于该项专题的工作，这是一份以条约制订者的专门知识为基础的注重实践的文件。其目的是要尽可能避免同国际条约的保留有关的问题。公法顾委及其关于对国际条约的保留问题工作组广泛地讨论了这个问题，特别着重于最近的发展情况，尤其是宣告废止条约、有保留重新批准条约和修改保留的做法。公法顾委密切关注了联合国秘书长作为国际条约保存人采取的做法，并与其代表开展了对话，从而确定这种做法的意义。应当强调的是，公法顾委通过的这份文件既不是建议也不是条约，其目的只是供欧洲委员会成员国使用。该文件得到部长委员会的认可并由欧洲委员会的《政府公报》发表，欧洲委员会关于对国际条约的保留问题专家小组的工作至此结束。然而，作为对国际条约的保留的欧洲观察站，公法顾委将在欧洲委员会内外开展活动。它还将与那些保留的可接受性受到质疑的保留国开展对话。公法顾委期待佩莱先生出席 2000 年 9 月公法顾委的会议。

43. 作为对《欧洲人权公约》五十周年的另一项贡献，公法顾委委托编写了一份关于该公约对国际公法发展的影响的特别报告。⁵ 该份报告评估了下述问题的影响：对条约的保留、对条约的解释、国家主权、正当程序标准、环境保护、含有普遍义务的

国家责任、外交保护、责任和属地性原则、国家对非政府行为和可归罪行为的责任，以及在国际人道主义法领域中，对相称原则的适用和对附带损害的限制。作者的结论是，《欧洲人权公约》对一般国际法的影响意义重大。然而，迄今为止，在对条约的保留这个方面，其影响只限于人权系统，而没有扩展至一般国际法。该报告和一份公法顾委的重要讨论记录已转交给部长委员会，作为公法顾委对纪念该公约五十周年的贡献。讨论中提出的一个问题是，由欧洲联盟拟订一份《基本权利宪章》，以及这样一种宪章可能产生的影响——对此，一些代表曾对斯特拉斯堡人权机构的运作方式表示担忧。因此，决定将由公法顾委担任这一行动的信息交换中心。副秘书长作为受托拟订宪章草案的工作组成员之一，将在 9 月公法顾委的会议上汇报进展情况。

44. 公法顾委于 2000 年 5 月举行了一次关于批准《国际刑事法院罗马规约》对欧洲委员会成员国的意义的磋商会议，欧洲犯罪问题委员会曾派代表参加。其间，公法顾委审议了国际刑事法院的最新发展情况。所有与会者均强调他们承诺维护《国际刑事法院罗马规约》的完整性，并重申早先成立该法院的目的。在这方面，他们指出欧洲委员会 41 个成员国可以发挥重要的作用，因为该规约生效所必须的批准书是 60 份，它们的数量占了三分之二。另一项活动是与各种国际机构的代表交换意见。欧洲人权法院院长出席了一次讨论会，讨论《保护人权与基本自由公约第 11 号议定书》生效后斯特拉斯堡系统中的发展情况、改组由此建立的控制机构以及自欧洲人权委员会规模逐步缩小以来该系统的统一情况。此外，还与国际和解和仲裁法院院长和副院长进行了有益的意见交流，他们呼吁成员国更多地利用该法院。

45. 法律合作方面还有一项活动，就是打击腐败现象，国际法委员会也曾对此表示关注。欧洲委员会《反腐败刑法公约》和《反腐败民法公约》已被成员国和其他国家广泛接受。已有 30 多个成员国和一个非成员国，即波斯尼亚和黑塞哥维那签署了《反腐败刑法公约》，并已有 3 个国家予以批准。有 20 多个国家，连同波斯尼亚和黑塞哥维那已经签署了《反腐败民法公约》，而保加利亚已经批准了该公约。为使这两项公约生效，必须要有 14 份批准书。欧洲委员会还通过了部长委员会向成员国提出的关于《政府官员行为守则》的第 R (2000) 10 号建议，试图打击公共部门的腐败现象。这项建议通过后，

¹ J. Klabbers 等编，*State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition: the Pilot Project of the Council of Europe* (The Hague, Kluwer Law International, 1999).

² 见第 2654 次会议，脚注 1。

³ 欧洲委员会，第 670 次部长代表会议(1999 年 5 月 18 日)。

⁴ 见第 2632 次会议，脚注 8。

⁵ T. Meron, *The Implications of the European Convention on Human Rights for the Development of Public International Law* (Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000).

欧洲委员会便完成了部长委员会于 1996 年通过的《反腐败行动纲领》所规定的反腐败任务。在这方面，他提及欧洲委员会的《建立反腐败国家集团(反腐败国家集团)的部分和扩大协定》，⁶ 无论成员国还是非成员国都可以平等地参加这个集团，尽管并非所有成员国都必须参加。该集团监督欧洲委员会在反腐败领域的一切活动以及成员国和非成员国对此作出的承诺。建立该集团的条件是，有 14 个成员国发出通知表示愿意参加；迄今已有 22 个国家这样做了。奥地利、意大利、马耳他和葡萄牙也表示愿意加入反腐败国家集团。

46. 有大量国家签署了《欧洲国籍公约》，并且已有 3 个国家予以批准从而满足了其生效条件，该公约已于 2000 年 3 月 1 日生效。他还提请注意部长委员会向各成员国提出的关于避免和减少无国籍状态的第 R (99) 18 号建议。此外，部长委员会还通过了《保护人权与基本自由公约关于禁止歧视的第 12 号议定书》，这将是确保通过《保护人权与基本自由公约》来集体实施基本权利以及加强向成员国提供打击种族主义手段的另一个实质性步骤。最后，他提请注意欧洲委员会人权总干事向联合国人权委员会所作的一项声明。

47. 卡特卡先生指出，根据第 R (2000) 10 号建议附录所载的《公职人员行为守则范本》第 1 条第 4 款，该守则不适用于公开选举产生的代表、政府成员或司法机关人员。他想知道为什么将公职人员的这个重要部分排除在外。莫不是另有一种适用于他们的行为守则。

48. 加利茨基先生欢迎欧洲委员会与国际法委员会之间开展持续交流。在 1999 年 10 月第一次欧洲国籍问题会议上，国际法委员会关于国家继承问题的国籍条款草案获得高度评价，并确实对这方面今后的发展具有某种影响，诸如通过了第 R (99) 18 号建议和关于多重国籍的建议草案，这本身就与国际法委员会外交保护方面的工作有关。此外，拟议中的《欧洲国籍公约》补充议定书无疑将借鉴国际法委员会的工作。

49. 托姆卡先生告诉委员们，公法顾委每年秋季都

举行会议，为第六委员会审议国际法委员会的报告作准备。辛马先生每年编写关于委员会工作的最新资料并在《北欧国际法学报》发表，这些资料在委员会向大会提交的报告发表之前提供了宝贵的信息，因此大大便利了公法顾委的讨论。

50. 戈科先生说，欧洲委员会在腐败专题方面进行的极其重要的工作提供了丰富的材料，将继续大大有助于委员会推进其自身关于该专题的工作。他指出，《公职人员行为守则范本》似乎载有一项规定，要求政府官员定期申报其资产和债务。他还询问在《反腐败刑法公约》和《反腐败民法公约》中是如何处理洗黑钱问题的。

51. 佩莱先生想知道，在关于批准《国际刑事法院罗马规约》对成员国的意义的磋商会议结论中提出的“承诺维护《国际刑事法院罗马规约》的完整性”这一有点深奥的表述的确切含义。此外，他希望进一步说明对《欧洲委员会公约》提出逾期保留的最后期限。

52. 加亚先生说，佩莱先生关于对条约的保留的第五次报告(A/CN.4/508 和 Add.1-4)第 316 段中所载的对保存人做法的调查表明，在面对一项逾期的保留时，联合国秘书长和海事组织秘书长会向所有缔约方发送一份照会，询问他们对提出的保留有何异议。如果未提出任何异议，则认为保留可以接受，即使保留提出得过迟。根据应对国际条约的保留方面实践问题的背景文件第 16 节最后一段来看，目前在欧洲委员会不存在这种可能性。他很想知道，特别是考虑到该段结尾的意见，为什么一些国家开始探索规避这种禁止的方法，诸如宣告废止一项条约然后在提出保留的情况下重新批准该项条约。

53. 贝尼特斯先生(欧洲委员会国际公法法律顾问特设委员会观察员)在回答卡特卡先生的问题时说，将政府高级公职人员和选举产生的代表排除在《公职人员行为守则范本》范围之外的理由是，该守则载有某些原则，诸如要求在政治上保持中立等，不能适用于部长、部长私人办公室的人员或选出的代表等肩负有政治使命的人。欧洲委员会尚未制订出可以适用于这类人的守则范本，但鉴于这方面的政治意愿，欧洲委员会会议不排除提出这样一种守则的可能性。在地方和区域两级，主管机构，即欧洲地方和区域当局具有准法定地位的代表大会，为地方和区域选出的代表通过了一项《行为守则》。

⁶ 欧洲委员会，部长委员会，第 (98) 7 号决议(1998 年 5 月 5 日)。

54. 至于戈科先生关于申报资产的问题,《公职人员行为守则范本》第14条规定,公职人员有义务在受到任命时并在此后定期申报其资产。欧洲委员会对资产的定义载于第13条第2款,该定义非常广泛,包括任何性质的个人和家庭资产。第14条涉及离开公职的人员,必须与载有在这方面更多规定的第26条一起来理解。《反腐败刑法公约》和《反腐败民法公约》要求必须有14份批准书才能生效,不久就应该能够达到这个数字。已收到22个国家的通知,表示愿意加入反腐败国家集团,建立该国家集团的协定因此已经生效。公法顾委将很乐意向委员会提供这方面的任何有关信息。至于戈科先生就洗黑钱情况提出的问题,欧洲委员会《关于犯罪收益的清洗、搜查、扣押和没收问题的公约》已经生效,而且确实是欧洲委员会打击犯罪行为的主要依据之一。

55. 欧洲委员会在国籍方面的工作远远超出了最近通过的部长委员会关于避免无国籍状态的建议。正如加利茨基先生指出的,欧洲委员会正在采取一些行动,而且这些行动有望很快使有关案文获得通过。

56. 至于托姆卡先生的意见,他强调欧洲委员会非常感谢其处理国际法和国籍问题的委员会与国际法委员会之间开展的富有成效的合作,其委员会将继续致力于这种合作。因此,佩莱先生将出席公法顾委的下次会议。辛马先生定期提交的报告是这种合作的另一个示例。委员会秘书处也乐于向公法顾委提供关于委员会最近一届会议工作年度报告的预发本,以便于它参加第六委员会的工作。而且委员会一些委员曾是或兼任公法顾委委员的事实也进一步加强了这种合作。托姆卡先生自己便是这两个机构的副主席。

57. 在回答加亚先生和佩莱先生的提问时,他说,关于欧洲委员会成员国承诺维护“《国际刑事法院罗马规约》的完整性”的提法是经过慎重考虑选择的一种表达法。他认为,这样说的意图是排除代表团可能利用谈判议事规则之机对该规约本身的条款提出质疑。关于逾期提出保留的最后期限问题他没有确定的情况奉告。这类保留是可接受的,而他不知道对此施加过任何最后期限。

58. 公法顾委非常关注宣告废止和重新批准条约的可能性方面的近况。这个问题载于关于对国际条约的保留方面的实践问题的背景文件第8节第1段,

其中说明对这种行动的有效性存有争议。有关段落继续说明:“有意见认为,这个程序是在规避只有在表示同意接受约束时可以作出保留这项规则。还有意见认为,尽管非常令人不满意,但针对这种程序没有正式的规则。”幸而,欧洲委员会尚未面对过这方面的具体情况。他个人预感到这样的做法将不受欢迎。

59. 主席感谢欧洲委员会国际公法法律顾问特设委员会观察员非常全面的介绍。

下午1时散会。

第2656次会议

2000年8月14日,星期一,上午10时

主席:山田中正先生

出席:阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)

第六章 国家单方面行为(A/CN.4/L.595和Add.1)

1. 主席请委员会委员们审议报告草稿第六章。

A. 导言

第1至11段(A/CN.4/L.595)

第1至11段通过。

A节通过。

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 委员会收到的文件与讨论这个专题的会议

第 12 至 14 段

第 12 至 14 段通过。

2. 特别报告员介绍第三次报告

第 15 至 18 段

第 15 至 18 段通过。

第 19 段

2. 蒙塔兹先生说，在法文本中，应将“ou forclusion”置于括号内，并放在其最初的位置上，即第 15 段中“estoppel”一词之后。

经修正的法文本第 19 段通过。

第 20 段

第 20 段通过。

第 21 段

3. 卢卡舒克先生说，应删除第二句话中的“或政治承诺”这几个字，因为委员会已决定仅仅审议在国际上具有法律效力的单方面行为。

4. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，尽管第 21 段准确反映了他在介绍其报告时所说的内容，但他不反对按照卢卡舒克先生的提议作出删除。

5. 托姆卡先生说，第 21 段应保持原封不动，因为虽然委员会已决定仅仅审议具有法律效力的单方面行为，但各国仍可以在国际上作出政治承诺。

6. 佩莱先生说，至少应当删除英文本第三行中的“or not”。

7. 主席说，他认为委员会希望通过经佩莱先生修正的第 21 段。

就这样议定。

经修正的第 21 段通过。

第 22 段

8. 托姆卡先生说，在提及一项新的条款草案时，

应在脚注中转载案文，以便于理解报告。委员会在关于国家责任的第四章中便采取了这种做法。这项意见自然对提及新条款草案的所有其他段落都适用。

9. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，他同意托姆卡先生的意见，并将按他的请求去做。

第 22 段通过。

第 23 段

第 23 段通过。

第 24 段

10. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，第三句话中有个错误：被使用了三次的“依赖性”一词应改为“独立性”。

经修正的第 24 段通过。

第 25 段和第 26 段

第 25 段和第 26 段通过。

第 27 段

11. 佩莱先生说，第二句话不清楚，他认为特别报告员的意思是，1969 年《维也纳公约》定义条约时不排除其他可能被定性为条约的行为。

12. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，在西班牙文本中，有关句子准确地反映了他所说的意思，即 1969 年《维也纳公约》中定义的条约并不是该公约所适用的唯一类型的条约行为。

13. 在特别报告员、伊科诺米季斯先生、哈夫纳先生、卡特卡先生、庞布—奇文达先生、佩莱先生和托姆卡先生交换意见之后，主席提议暂缓对第 27 段的审议，直到报告员与有关委员进行非正式磋商并拟订出一个可被所有委员接受的案文。

就这样议定。

第 28 段

第 28 段通过。

第 29 段

14. 布朗利先生说，倒数第二句话中的“扩大(enlarging)”应改为“扩充(extending)”。

经修正的英文本第 29 段通过。

第 30 至 32 段

第 30 至 32 段通过。

第 33 段

15. 蒙塔兹先生说，他对最后一句话的含义有疑问，是否有必要提及安全理事会建立调查委员会的问题，这与本段其余内容毫无关系。

16. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，安全理事会可以根据《联合国宪章》第七章通过决定，并以此作为一项单方面行为无效的理由。根据宪章第六章，它只能通过建议，这不能作为单方面行为无效的理由，除非它还可以(这是唯一的例外)作出成立调查委员会的决定。

第 33 段通过。

3. 辩论概况

第 34 段

第 34 段通过。

第 35 段

17. 卢卡舒克先生提议，为了合乎逻辑，应将第二句话中的“整理和澄清”改为“澄清和整理”。

18. 蒙塔兹先生在提及最后一句话时说，他不认为单方面行为可以代替条约法。说它可以代替条约缔结程序会更恰当一些。

19. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，当国家想维持某种法律关系，但又因为政治环境不允许而不能求助于条约行为时，它们可以采取单方面行为。作为报告员，他准备努力找到可以更好地反映这层意思的措辞方法。

20. 托姆卡先生说，要解决这个问题，只需说明单方面行为可被视为一项“代替条约”即可。

21. 伊科诺米季斯先生说，他同意这项提议，而且如果说单方面行为可被视为代替条约行为甚至会更加准确，因为其含义正是如此。

22. 戈科先生提及第四句话时说，“充其量与条约同样久远的”这种措辞很别扭。

23. 布朗利先生提议改为“至少与条约同样久远

的”。

经修正的第 35 段通过。

第 36 段和第 37 段

24. 庞布—奇文达先生说，第 37 段只是重复第 36 段第一句话中已经表达过的意思。

25. 主席提议用第 37 段代替第 36 段第一句话。

就这样议定。

经修正的第 36 段和第 37 段通过。

第 38 段

26. 蒙塔兹先生说，他对第三句话开始部分，即“在决定如何围绕这一相对的行动自由度‘编纂’规则时”不理解，因为“自由度”与“编纂”显然是相互矛盾的。为了避免任何误解，他提议将句子改为：“在试图找到办法来编纂限制行动自由度的规则时，……”。

27. 戈科先生说，前面两句话对这句话作出了解释，说明了指的是哪种行动自由度，以及为什么被定性为“相对的”。

28. 辛马先生说，这句话中陈述的是他所表达的意见，并且反映得很准确。将“编纂”一词放在引号中正是为了表明“编纂”自由度规则这个概念不同寻常。

29. 托姆卡先生说，“编纂”与“行动自由度”是矛盾的，但这不是本报告中唯一的矛盾之处，而报告有时就只是将讨论过程中所表达的矛盾的意见汇总起来。例如，第 35 段开始说单方面行为是重要的，是日常外交实践的一部分，而第 36 段结尾却说委员会“缺乏工具或指导”来编纂“这一较陌生领域”的规则。报告反映讨论中出现的对立意见是很正常的。

第 38 段通过。

第 39 段

30. 庞布—奇文达先生提议，应将“指出”这个词改为“观察到”，伊科诺米季斯先生支持他的意见。

经修正的第 39 段通过。

第 40 段和第 41 段

第 40 段和第 41 段通过。

第 42 段

31. 卢卡舒克先生提议将第七句话中的“以及国际组织的行为”删除。

32. 伊科诺米季斯先生说，尽管这是他表达的意见，但他也认为这些词在此没有相关性。

经修正的第 42 段通过。

第 43 至 47 段

第 43 至 47 段通过。

第 48 段

33. 佩莱先生提议，在法文本中，应将“accord officieux”这两个词改为“accord informel”。

经修正的法文本第 48 段通过。

第 49 段和第 50 段

第 49 段和第 50 段通过。

第 51 段

34. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)在提及最后一句话时说，他不太明白怎么会取消了“多边”单方面行为这一概念，因为，就他所知，根本不曾提及过这个概念。因此这句话应当删除。

经修正的第 51 段通过。

第 52 段和第 53 段

第 52 段和第 53 段通过。

第 54 段

35. 主席以委员会委员的身份发言说，在英文本中，“an unilateral act”出现了若干次，应当改为“a unilateral act”。他请报告员处理这个问题。

36. 托姆卡先生说，应将“核试验一案”改为“核试验案”，因为这里说到两个案例。

经修正的第 54 段通过。

第 55 段和第 56 段

第 55 段和第 56 段通过。

第 57 段

37. 托姆卡先生说，在第六句结尾的“卡塔尔与巴林间海洋划界和领土问题案”后应添加“(管辖)”两字。

经修正的第 57 段通过。

第 58 段

38. 佩莱先生说，在第一句的结尾，用“因为大众、国家解放运动或个人也都可以受益于法律承诺”比“因为大众、国家解放运动或个人也都可以产生法律义务”表达得更清楚。

39. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意这项提议，将第一句话结尾部分改为“也可以受益于法律承诺”。

就这样议定。

40. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，第一句中“有些委员有认为”的说法或许不准确，因为只有一位委员有疑问。

41. 卡特卡先生提议，用比较中立的表达法“有人询问”来取代“有些委员认为”，斯里尼瓦萨·拉奥先生支持他的看法。

42. 主席说，如无异议，他就认为委员会同意这项提议。就这样议定。

经修正的第 58 段通过。

第 59 至 68 段

第 59 至 68 段通过。

第 69 段

43. 佩莱先生说，与英文本最后两句话相对应的法文本最后一句话，均与前面的句子重复，应当删除。

44. 主席说，如无异议，他就认为委员会决定删除英文本中的最后两句话和法文本中的最后一句话。

就这样议定。

经修正的第 69 段通过。

第 70 至 73 段

第 70 至 73 段通过。

第 74 段

45. 主席在回答戈科先生的提问时说，“一种意见”不一定是指“一位委员”。

46. 坎迪奥蒂先生指出，这在法文本中是用“un membre”来表达的。因此应当改为“selon une opinion”，应要求秘书处协调整个案文。

经修正的法文本第 74 段通过。

第 75 至 80 段

第 75 至 80 段通过。

第 81 段

47. 托姆卡先生说，在最后一句话中，应将“1977 年东帝汶案”改为“1995 年东帝汶案”。

经修正的第 81 段通过。

第 82 段

第 82 段通过。

第 83 段

48. 佩莱先生说，他不明白第八句话的意思，因为推定无资格比推定有资格更合乎逻辑。第七句话也不太符合逻辑。

49. 托姆卡先生说，应重新审视整个段落。他提议报告员应当努力找到有关简要记录中所提到的言论，并与发表该言论的人进行核对，然后将其结论通知委员会。

50. 主席说，第 83 段应推迟到报告员解决问题后再通过。

就这样议定。

第 84 至 94 段

第 84 至 94 段通过。

第 95 段

51. 布朗利先生说，在第二句中，他不太满意“该国的客观地位”这种表达法，特别是涉及到中立地位时。他提议删除“客观”这两个字。

52. 哈夫纳先生说，可以通过用“普遍地位”代替“客观地位”来解决这个问题。

53. 库苏马-阿特马贾先生说，他不同意哈夫纳先生的提议，因为这指的是“普遍义务”而不是“普遍地位”。

54. 庞布-奇文达先生指出，委员会应当谨慎，不要将两个概念混为一谈，并说他同意库苏马-阿特马贾先生的意见。

55. 托姆卡先生说，没有必要改动“地位”一词，因为下一句话中列举了示例。

56. 佩莱先生说，他认为应采纳布朗利先生的明智提议。

57. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望通过由布朗利先生修改的第 95 段。

就这样议定。

经修正的第 95 段通过。

第 96 段

58. 布朗利先生说，应将英文本第二句结尾的“unopposability”改为“inopposability”。

经修正的英文本第 96 段通过。

第 97 至 101 段

第 97 至 101 段通过。

第 102 段

59. 佩莱先生提议，为了使第 102 段有具体含义，应将“直接由法律的原因所致”改为“直接来源于一般国际法”。

60. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，他接受佩莱先生的提议。此外，应将“案例绝对无效”改为“绝对无效的理由”。

经修正的第 102 段通过。

第 103 至 106 段

第 103 至 106 段通过。

第 107 段

61. 托姆卡先生提及倒数第二句话时说，他不清楚

是否应将“仍然具有约束力”这几个字改为“仍然起作用”。

62. 辛马先生提议使用“再次付诸实施”来表达。

63. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望通过由辛马先生修改的第 107 段。

就这样议定。

经修正的第 107 段通过。

第 108 段和第 109 段

第 108 段和第 109 段通过。

64. 托姆卡先生指出，后面的段落涉及报告员的总结，因此他想知道是否应根据通常做法，将它们放入一个题为“特别报告员的总结”的新的第 4 节中，而目前的第 4 节(成立工作组)(A/CN.4/L.595/Add.1)则应变成第 5 节。

65. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望通过这项提议。

就这样议定。

第 110 至 114 段

第 110 至 114 段通过。

第 115 段

66. 托姆卡先生指出，最后一句话没有如实反映辩论情况，他提议应将这句话改为：“这一点可以由工作组进一步研究”。

经修正的第 115 段通过。

第 116 至 123 段

第 116 至 123 段通过。

第 124 段

67. 布朗利先生提议精简这一段，以使之更加概括。

68. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，他将根据这几行内容提交新的案文。

69. 主席说，他认为委员会暂时不希望对第 124 段作出决定。

就这样议定。

第 125 段

70. 主席说，托姆卡先生关于第 115 段的意见也适用于第 125 段，请报告员相应地修改本段。

第 125 段按照这一谅解通过。

4. 成立工作组(A/CN.4/L.595/Add.1)

第 126 至 128 段

71. 佩莱先生提醒注意，工作组尚未向委员会提交报告，因此还没有进行审议。他怀疑是否应当通过这些段落。例如，他指出在第 127 段的起始部分中，就有关该专题的进一步工作，提到“普遍的支持”。这种普遍的支持从何而来？肯定不是来自委员会。

72. 托姆卡先生在回答佩莱先生时提议，应说明这种支持来自工作组。

73. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，工作组的确还没有向委员会提交报告。尽管如此，他仍然认为，应在委员会的报告中反映工作组的工作情况。因此他接受托姆卡先生的提议。

74. 佩莱先生说，托姆卡先生的提议很好，但还不够。他本人提议在第 127 段结尾或在一个第 127 段之二中说明委员会尚未能讨论有关结论。

75. 哈夫纳先生说，他也支持托姆卡先生的提议，但指出如果采纳这项提议，第 128 段就没有存在的必要了。

76. 卢卡舒克先生说，他不同意第 127 段(a)项中陈述的结论，因为单方面行为产生的法律效力是国际法事先确定的。

77. 主席提醒注意，(a)至(b)项中的结论是工作组的，不是委员会的结论。

78. 佩莱先生说，他也是这样理解第 127 段的，至于实质内容，他支持卢卡舒克先生的意见。他同意托姆卡先生的提议，并重申他建议在第 127 段后增添一句话，作为一个新的第 127 段之二。此外，他认为第 128 段合理，建议予以保留。

79. 哈夫纳先生在提及第 128 段时，询问委员会是

否真能就尚未审议的问题向第六委员会的代表团征求意见。为了合乎逻辑，第 128 段或许应以“但是”一语来开始。

80. 伊科诺米季斯先生建议，将佩莱先生提议增加的第 127 段之二中的内容移到第 128 段中，并根据哈夫纳先生表明的思路来修改第 128 段。

81. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员兼本专题特别报告员)说，伊科诺米季斯先生的意见可以采纳。

82. 主席请报告员向下次会议提交一份新的文本。

下午 1 时散会。

第 2657 次会议

2000 年 8 月 14 日，星期一，下午 3 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)

第六章 国家单方面行为(续完)(A/CN.4/L.595 和 Add.1)

B. 本届会议审议这个专题的情况(续完)

4. 成立工作组(续完)(A/CN.4/L.595/Add.1)

第 127 段和第 128 段(续完)

1. 主席说，经过磋商，为第 127 段起首部分提出了新的表述方式，如下：

“工作组报告说，尽管鉴于上述情况，会议不可能得出最后结论，但对今后关于这个专题的工作而言，工作组成员对以下几个问题表示大力支持：”。

这段新文字之后续接目前的(a)至(d)分段，内容措辞不变。

2. 第 128 段改为：

“委员会没有时间审议工作组的报告。但委员会同意，应征求各国政府对以上(a)、(b)和(c)点的意见，秘书处则应按以上(d)点的建议行事。”

3. 哈夫纳先生询问，工作组是否以文件形式向委员会提交了一份正式报告。

4. 主席说，严格地讲，不曾提交任何正式报告。但是该段的主要要点是，委员会还没有时间在全会上审议工作组主席汇报的问题。

经修正的第 127 段和第 128 段通过。

2. 特别报告员介绍第三次报告(续完)(A/CN.4/L.595)

第 27 段(续完)

5. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员)建议第 27 段第二句话应重新表述为：“1969 年《维也纳公约》只涉及一类约定文书，即它所界定的条约，但并未排除不同于公约第二条第一项(甲)款所界定条约的其他类别的约定文书。该公约名称虽为‘条约法公约’，但其规则也适用于其他类别的约定文书。”

6. 伊科诺米季斯先生说，“不同于……条约”一语多余，只会造成混乱。“其他类别的约定文书”这种表达法已经充分涵盖了这种差别。不过他并不想坚持强调这一点。

7. 主席说，如果要使用“公约第二条第一项(甲)款所界定的”这个表达法，就应当保留“不同于……条约”一语。

经修正的第 27 段通过。

3. 辩论概况(续完)

第 83 段(续完)

8. 主席说, 报告员曾提议, 第 83 段以“此外”一词开始的最后五句话, 论及报告中通常不讨论的起草问题, 应当予以删除。

经修正的第 83 段通过。

第 124 段(续完)

9. 主席说, 曾有人提议删除第 124 段中三句话。该段经修改后如下:

“特别报告员对是否能够从政府对问卷(A/CN.4/511)的答复中看出任何模式的问题作了回答, 他说, 有些答复就处理该专题的问题提出了批评, 但这些答复非常有用, 在以后的报告中, 将考虑关于提供评注增编的建议。”

经修正的第 124 段通过。

经修正的 B 节通过。

经修正的第六章通过。

第八章 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)(A/CN.4/L.597)

A. 引言

第 1 至 8 段

第 1 至 8 段通过。

A 节通过。

B. 本届会议审议这个专题的情况

第 9 至 12 段

第 9 至 12 段通过。

第 13 段

10. 罗德里格斯 - 塞德尼奥先生(报告员)说, 应将第 13 段结尾的“并未减损这种义务”改为“只会有助于厘清并界定这种义务”。

经修正的第 13 段通过。

第 14 段

第 14 段通过。

第 15 段

11. 佩莱先生说, 倒数第二句话中“接触的权利”这样表达不清楚。

12. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说, 可以将这个说法改为“磋商的权利”就这样议定。

13. 罗德里格斯 - 塞德尼奥先生(报告员)提议将第三句话开始的“所以, 如果”改为“此外”, 并在“处理危险的问题”处结束这句话。

14. 他说, 第三句话的剩余部分应重新起草, 改为“‘国际法不加禁止的行为’一语原先意在将这种行为与国家责任专题所涵盖的行为相区别, 对于界定预防制度的范围来说, 就不一定必要, 甚至不一定恰当。”佩莱先生说, 所提议的新起草办法引出了英文本中长期存在的关于赔偿责任与责任的区别问题。法文本和西班牙文本中不存在这种区别问题。

15. 在加利茨基先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)、罗森斯托克先生参加的简短讨论之后, 主席建议, 如果用“将这些活动与国家责任专题所涵盖的活动相区别”来取代“将之与不法行为相区别”, 就可避免这个问题。

就这样议定。

16. 罗德里格斯 - 塞德尼奥先生(报告员)提议将第五句话中“成为受到禁止的”改为“可以论证说应受到禁止”。他说, 为了更清楚, 应将第 15 段最后一句话改为, “他认为, 删除‘国际法不加禁止的行为’这一提法不会引发更多的问题, 甚至可能确保就条款草案达到更一致的意见。”

就这样议定。

17. 塞普尔维达先生说, 经过修改的第三句话在法文本和西班牙文本中仍造成难题, 因为“responsabilidad”或“responsabilité”显然是毫无意义的重复。

18. 佩莱先生认为委员会在原地兜圈子。他建议可以将第二句话改为“国家责任处理的是不法行为, 而国际责任, 即本报告的主题, 处理的则是赔偿问题”。此外, 法文本对最后一句话的翻译是错误的, 译文应当更贴近英文原文。

19. 托姆卡先生建议, 为了便于理解, 应将“liability”一字加上括号放在法文、西班牙文和俄文本中相关的字后面。

20. 卡巴齐先生询问第 15 段第二句话中的“国际法不一定禁止的行为”这个表达法是否可能不意味着国际责任在某些情况下涵盖国际法禁止的行为。

21. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说, 卡巴齐先生提出了一个中肯的起草问题。最好将这句话改写为“国际法不明示/明文禁止的行为”。

22. 托姆卡先生说, 只需删除“一定”一词即可。

经修正的第 15 段通过。

第 16 段

第 16 段通过。

第 17 段

23. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员)提议将“特别应该注意前言”改为“在序言中对上述关切给予必要的注意”。

24. 蒙塔兹先生说, 文中应当提及条款草案, 而不是条款。此外, 法文本应与佩莱先生为第 15 段提议的措辞方法一致。“普遍承认”这种表达法可能造成某些难题, 应予以删除。因此, 这句话应当改为“为了鼓励就条款草案达成更广泛的一致意见……”。

经修正的第 17 段通过。

第 18 段

第 18 段通过。

第 19 段

经略做编辑改动的第 19 段通过。

第 20 至 26 段

第 20 至 26 段通过。

第 27 段

经略做编辑改动的第 27 段通过。

第 28 至 32 段

第 28 至 32 段通过。

第 33 段

25. 罗德里格斯-塞德尼奥先生(报告员)说, 应重

新起草该段最后一句话, 改为“在对于有关活动是否受到禁止这一点上没有一致看法或明确法律规定的情况下, 也可适用预防条款”。

经修正的第 33 段通过。

第 34 段

26. 哈夫纳先生指出, 在英文本中, 应将“the principle of precaution”这几个词改为“the precautionary principle”。

经修正的第 34 段通过。

第 35 段

第 35 段通过。

第 35 段之二

27. 庞布-奇文达先生对有关序言的第 35 段没有提及他就序言部分第五段所表达的意见表示不满。因此, 他提议增加一个新的第 35 段之二, 内容为:

“然而, 就案由事项而言, 一位委员指出序言部分第五段措辞新颖, 对关于预防问题的章节和将来关于赔偿问题的章节而言, 赋予了整套条款草案一个重要的概念基础, 事实上, 是赋予了开启整个系统的钥匙。这一段论及各国在其境内进行或许可进行活动的自由问题, 因此, 该委员认为应当将之转到目前条款草案中的一项具体规定下, 即成为关于预防义务的条款草案第 2 条之二。”

28. 他认为, 他提请报告员、特别报告员以及事实上整个委员会注意的措辞, 反映了他所认为的序言部分一个值得注意的基本特征。

29. 罗森斯托克先生说, 他不反对列入庞布-奇文达先生的意见, 但必须比他刚刚提议的段落更为简洁。

30. 佩莱先生想知道是否可以这样说: “一位委员建议, 鉴于其重要性, 应该在目前的条款草案中对序言第 5 段所载明的关于国家有权在其境内自由进行活动的原则作出规定”。这种表达法更适度, 更适用于一份不准备简单重复每个委员意见的报告。

31. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说, 他乐意在报告中简短地提及庞布-奇文达先生的看

法。

32. 庞布—奇文达先生说，他同意根据佩莱先生建议的语句来表达他的关切。

第 35 段之二通过。

第 36 段

第 36 段通过。

第 37 段和第 38 段

33. 庞布—奇文达先生说，他对第 37 段中提到的预防责任这个概念感到困惑，认为在论及这个概念之前，应拟订一个关于预防义务的条款草案。他提请注意第 2642 次会议简要记录，在这次会议上他曾为这样一项条款提议措辞，并建议将该记录中的有关段落纳入本报告。

34. 佩莱先生说，他反对将委员会的报告变为一种对简要记录的拼凑。然而，他接受按照如下思路的措辞，即“一位委员认为，应列入一项关于预防义务的条款”。

35. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)建议第 37 段和第 38 段应颠倒次序，这样才能更符合逻辑关系并更好地反映讨论情况。他还提议在将成为第 37 段的第 38 段中，“涵盖”一词应改为“删除 [……] 一语”。就这样决定。

经修正的第 37 段和第 38 段通过。

第 39 段和第 40 段

第 39 和第 40 段通过。

第 40 段之二

36. 米库尔卡先生(委员会秘书)宣读了一位委员提议的下述文字：“还有人认为，拟议的删除等于使受到禁止的活动合法化，而这是不能接受的”。

第 40 段之二通过。

第 41 段

第 41 段通过。

第 41 段之二

37. 在托姆卡先生和主席建议下进行磋商后，米库尔卡先生(委员会秘书)宣读了下述作为第 41 条之二的文字：“至于条款草案第 3 条，一位委员认为应

在单独一条中界定预防义务的定义”。

38. 伊科诺米季斯先生提醒注意，他也曾持有同样的意见，因此提议将“一位委员认为”改为“有人认为”。

就这样议定。

经修正的第 41 段之二通过。

第 42 段

39. 佩莱先生说，“可以核准 [……]”的说法似乎不准确，提议将之改为“[……] 须得到核准”。

40. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说“任何种类的活动”这种说法太宽泛。

41. 经过有佩莱先生和哈夫纳先生参与的简短讨论后，主席建议将这个短语改为“属于条款草案范围内的任何活动”。

就这样决定。

经修正的第 42 段通过。

第 43 段和第 44 段

第 43 段和第 44 段通过。

第 45 段

42. 加亚先生提议删除“正确维持利益均衡”一语，并将“利益的水平”一语改为“危险程度”。

经修正的第 45 段通过。

第 46 段

第 46 段通过。

第 46 段之二

43. 伊科诺米季斯先生在蒙塔兹先生支持下提议插入一个新的段落，案文如下：“关于第 19 条第 2 款，有人指出，对于该款的遗漏之处，可借鉴《国际水道非航行使用法公约》第 33 条的规定来予以弥补”。

就这样议定。

第 46 段之二通过。

第 47 段

44. 托姆卡先生提议在“公约”一词前插入“框架”两个字。

经修正的第 47 段通过。

第 48 段和第 49 段

第 48 段和第 49 段通过。

第 50 段

45. 佩莱先生建议,为了与上文第 15 段中的措辞保持一致,应将“约定原则”改为“磋商的原则”。

46. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说,如果采纳佩莱先生的建议,前一句话的结尾就应当由“作出约定”改为“磋商”。

47. 哈夫纳先生说,可以说,不存在磋商的原则这样一种概念。所以应当重新表述这句话,以排除有关这样一种原则的任何提法。

48. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)提议换用如下表述方法:“草案的主要价值是强调尽早进行磋商”。

49. 布朗利先生说,应保留“磋商原则”一语。这虽是一个不同寻常的表达方式,但委员会事实上正在条款草案框架内创立这样一种原则,由此与通常提及的作为一般国际法中所采用的一系列办法之一的磋商加以区别。

50. 伊科诺米季斯先生建议可以用“需要”或“必要”来取代“原则”一词。归根结底,这句话的重点在于最好尽早进行磋商。

51. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)提议将“原则”改为“责任(duty)”,这样可以更好地表达义务的概念。

52. 主席回顾第 15 段中用了“接触的权利”这种表达法,依此类推,在第 50 段中使用“磋商的权利”或许比较合适。

53. 蒙塔兹先生建议,或许应当使用特别报告员提及的“义务(obligation)”一词。

54. 库苏马-阿特马贾先生说,他认为用“义务”和“责任”都可以,但后者的意思更为强烈。

55. 主席建议使用“义务”这个词。

经修正的第 50 段通过。

第 51 段

56. 罗森斯托克先生说,英文本中的“leaving”一词肯定是个印刷错误,应当删除。

经修正的第 51 段通过。

第 52 段

57. 伊科诺米季斯先生说,“他认为委员会没有必要予以重新起草”这句话不当,它暗示了特别报告员的恼怒情绪。因此,应当作出修改或删除。

58. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说,他承认这一点。供选择的一个办法是,重新表述该段后半句话,改为“……由于第 19 条已普遍获得各国政府同意,他建议予以保留,不作任何修改。”

经修正的第 52 段通过。

第 53 段

第 53 段通过。

第 54 段

59. 主席建议增加一句话,以说明起草委员会在本届会议上没有时间审议序言草案和订正后的条款草案第 1 条至第 19 条。

60. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)说,匆忙中,他将条款草案的标题插在了序言前面,而它的恰当位置应在序言之后,第 1 条之前。

61. 加亚先生说,序言读起来好像一项决议草案。起草委员会应当只审议条款草案,所以应以一个适合于公约草案的序言来取代现有的序言草案。

62. 托姆卡先生支持主席的建议。这句话可以改为“因为没有时间,起草委员会没能够审议序言草案和条款草案”。此外,还必须澄清附件的地位。除了脚注 6 中的说明外,附件与本报告之间没有明确联系。至少应扩充脚注 9,以提醒读者附件的地位。至于序言草案,他想重申其观点,即最后三段不适当。它们适合于一项大会决议草案,而委员会在此没有起草这样一项决议的任务。关于将标题放在序言草案之后的提议可以接受。条款草案不是委员会通过的一个成果,而是特别报告员提议的一个文本。任何批评意见都应由特别报告员处理。

63. 主席提出的问题是,附件是什么的附件。如果以关于外交保护和国家单方面行为的报告为例,使附件构成一个脚注,则会使其地位更清楚。

64. 斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)支持这项建议。最恰当的位置是在脚注 6 中,这样也可以明确条款草案只是他一个人的责任。

65. 主席说，附件太长，不宜作为一条脚注。不过，格式问题可以以后再作讨论。

66. 哈夫纳先生也认为将附件放入一条脚注，可以使其地位更清楚。但是，关于移动标题位置的建议更成问题。如果移动标题的位置，实际上就没有序言部分了，各国便会无可非议地将现有案文视为大会的一项决议草案。

67. 伊科诺米季斯先生说，如果失去序言草案所载的积极意见将会很可惜。因此他建议删除“大会”以及“通过”和“请”这几个用语，这样剩余部分就可以成为一个适当的序言。

68. 主席建议，无论附件的地位如何，应将整个案文提交给起草委员会，并由起草委员会作出必要的修正。

69. 罗森斯托克先生表示同意，认为哈夫纳先生所说的，即现有案文不构成一项公约的序言是正确的，但不必在委员会内作进一步讨论。特别报告员提议的案文已经提交给起草委员会，而本委员会在逐段审议最后案文时将有时间作出一项决定。

70. 佩莱先生说，委员会不应冒险重新开始整个讨论。各国希望看到的是特别报告员提出的案文，在委员会批准前，该案文只由特别报告员个人负责。应在第 54 段结尾处增加一个比托姆卡先生所建议的更全面的解释，如下：“然而，为方便各国，委员会将特别报告员提议的序言草案和订正后的条款草案案文附在本章后”。

71. 布朗利先生说，虽然他同意其他委员就附件的地位问题所发表的意见，但有序言草案和订正后的条款草案作参考，并且最好是在一个附件中，显然极有帮助。他相信与本报告其他章节之间存在的任何不协调之处均会得到解决。

经修正的第 54 段通过。

经修正的 B 节通过。

经修正的第八章通过。

下午 6 时散会。

第 2658 次会议

2000 年 8 月 15 日，星期二，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、卡特卡先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

同其他机构的合作(续完)*

[议程项目 9]

国际法院院长的访问

1. 主席对国际法院院长纪尧姆先生表示欢迎，他的访问表明了国际法院与国际法委员会之间有着密切的联系。
2. 纪尧姆先生(国际法院院长)说，他首先要感谢主席对他的欢迎，并特别代表他本人及法院，感谢主席邀请他到委员会发言，以便进行惯例的意见交流。
3. 国际法院与委员会之间的确具有悠久的合作传统。这两个机构靠着个人纽带结合在一起，因为首先委员会一些前任委员现在是国际法院的法官，其次委员会一些现任委员时常到国际法院作顾问。不过，除此之外，这两个机构首先是靠一种共同的目标结合在一起——即发展国际法。诚然，它们所使用的方法是不同的，因为国际法院必须就个别争端作出判决，或必须应要求针对具体问题提出咨询意见，而委员会发挥的作用则要广泛得多，它要编纂

* 续自第 2655 次会议。

并逐渐发展国际法。这两者的职能在国际法的发展中显然是互补的。国际法院和委员会还彼此影响对方，例如在海洋法或条约法中曾几次出现这种情况。

4. 当然，委员会了解国际法院目前在做什么，它正在审理什么案件，其短期和中期的问题是什么，以及从更通盘的角度了解哈夫纳先生最近在一份引人关注的研究报告《国际法不成体系引起的危险》¹中所讨论的现象，即国际法和国际司法不成体系的现象——这是一个引起共同关注的主题——造成了哪些问题。

5. 目前，国际法院正在审理 23 个案件，这是国际司法史上的最高纪录，而且非常重要的事实是，这些案件涉及世界各个地区，涉及所有的法律体系，既有工业化国家，也有发展中国家，其中 5 个案件发生在非洲国家，2 个案件在亚洲国家，10 个案件在欧洲国家，1 个案件在拉美国家，另外 5 个是跨越大陆的案件。这些案件的目的极其迥异。法院审理的是传统案件，例如邻国之间的领土争端，这些国家希望确定一条共同边界或确定其对某些地区的主权。这是下述 4 个案件的主要内容：卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题案；喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案；利吉丹岛和西巴丹丹的主权归属案(印度尼西亚/马来西亚)；以及尼加拉瓜和洪都拉斯间在加勒比海的海洋划界案。国际法院显然是处理这些问题的机构，因为这类案件，正如在早先的仲裁条约阐述的那样，往往由于与民族荣誉有关的原因，或出于政治或外交考虑而很难通过谈判解决，而在这类案件中，法官可以真正发挥作用。

6. 传统类型的案件还包括一国针对其一或多名国民在境外所遭受的待遇提出控告的情况。国际法院目前正在审理两起这类案件：拉格朗案和迪亚洛案。

7. 法院审理的第三类案件是与引起联合国政治机构，即大会或安全理事会关注的事件有关的案件：洛克比案；石油平台案，其中伊朗控告美国在 1987 年和 1988 年海湾战争期间破坏了石油平台；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，其中波斯尼亚

和黑塞哥维那以及克罗地亚分别提出起诉，要求谴责南斯拉夫违反公约的行为；使用武力的合法性案，其中南斯拉夫对北约组织 10 个成员国在科索沃的行动的合法性提出质疑；最后，刚果境内的武装活动案，其中刚果民主共和国声称是布隆迪、乌干达和卢旺达武装入侵的受害者。显然，国际法院审理了许多极其不同的案件，这些案件往往因为被告国对管辖权或不可受理性提出初步反对意见，甚或提出反诉而变得复杂。在国际法院的惯例中，反诉是一种很少使用的手段，但正在开始得到越来越广泛的使用，而且更不用说，起诉国，目前还有被告国都可以要求法院指示临时性措施。

8. 在过去一年中，即自 1999 年 8 月 1 日以来，国际法院从事了一些活动。

9. 1999 年 12 月，国际法院解决了博茨瓦纳和纳米比亚在卡西基利/塞杜杜岛案中的争端，该案涉及塞杜杜岛的主权问题，法院裁定该岛是博茨瓦纳领土的一部分，但明确说明在环绕该岛的两条航道中，两国的国民以及悬挂两国旗帜的船只应当平等地享受国民待遇。国际法院还完成了对 1999 年 8 月 10 日空中事件案的审理工作，巴基斯坦于 1999 年 9 月向法院提交此案，控告印度战斗机击毁一架巴基斯坦飞机，印度称这架飞机是在印度境内被击毁，而巴基斯坦则称是在巴基斯坦境内被击毁。由于印度对国际法院管辖权提出了异议，所以法院迅速处置了案件，说明考虑到印度曾对其接受国际法院强制管辖的声明提出保留，因此法院对该案没有管辖权，但它同时提醒当事双方有义务通过和平方式解决它们之间的一切争端，特别是源自飞机事故的争端。

10. 国际法院还就刚果民主共和国针对乌干达提出的指示临时性措施的要求作出了裁决。法院在 2000 年 7 月 1 日颁布的一道命令中，指明了双方在这方面可采取的一些措施。除此以外，法院还颁布了大约十二道命令，主要涉及程序问题，其中特别有一道命令，准许具有合法利益的赤道几内亚参与喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案的诉讼。最后，在 2000 年 5 月至 6 月进行了五周听讯后，法院已开始就卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题案进行审议，并很可能于今年年底作出判决。法院把对拉格朗案的听讯工作列入今年秋季的计划。最后，法院在处理准备接受裁决的案件方面基本上是成功的，

¹ 关于该研究报告见《2000 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件。

但 2001 年上半年情况可能会变得困难得多，因为到时将有数起案件同时准备接受裁决。

11. 这样，国际法院便会遇到许多问题，首先就是预算问题。它为拥有 62 名成员的法院书记处编制的年度预算略高于 1000 万美元，而前南斯拉夫问题国际法庭的年度预算将近 1 亿美元并雇用了 1000 名代理人。诚然，这两个法院的职能不大一样，诸如刑事法庭需要现场调查人员。尽管如此，国际法院仍然需要更多的人力和财政资源，这既是为了书记官处，也是为了其自身，因为国际法院的法官们应当像大多数其他国际法院中的法官一样，有助手来帮助他们完成任务。国际法院希望自己的这项意见会被听取，因为大会在通过其 1999 年预算时，曾表示下一次的预算数额将会增加。

12. 显然，无论是对于各当事方还是对于国际法院来说，问题都出在工作的组织方面。文件往往过多，因此重要的是要限制其数量。美国和德国已经联合决定以一份诉状和辩诉状针对彼此提交的拉格朗案，并将听证会的数量减至五次，当事双方各两次，另外双方再各用半次会议进行答辩。这种措施是合理的，而且可以允许国家在不使法院负担过多的文件和诉状的情况下，表明自己的观点。不过，国际法院自己也要采取行动。具体说，它决定在管辖权和可否受理问题上，原则上将减少法官笔录的数量，换言之，法院在进一步考虑之后将直接从听讯过渡到审议。上面所列措施无疑并非详尽无遗的。

13. 从长期来看，今后的问题是国际法不成体系和国际的法院激增的问题，这影响到了国际法院。事实上，各种特别的国际的法院增加了，而且与国际法院这个唯一具有普遍和一般管辖权的机构并列，出现了一些国际法庭，特别是国际海洋法法庭、前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭，以及若干具有人权管辖权的法院、经常作为常设法庭的仲裁法庭和世贸组织的解决争端机构。这种局面无可否认具有其优势。大量争端可以被提交给法官审理这个事实当然标志着司法和法律方面的一个进步，特别是因为这种现象并没有削弱传统法院，而且各国政府自此通常更习惯于自然地法官求助，法官在各个领域中发挥的作用日益重要。不过，这种局面也有其难处。最明显的是有可能使国际法不成体系，无论是委员会关注的主要规则，还

是国际法院关注的次要规则都将如此。至于次要规则，管辖权的增加可能会导致判决的冲突，不过这种冲突很少体现在判决的实际措辞方面——因为不太可能将同一个问题提交给不同的法官审理，而是可能体现在进行求证和依法推理的过程中。最近一个例子是塔迪奇案，其中涉及到在一外国干预一国内部冲突情况中将某些行为归于国家的问题，对此，前南斯拉夫问题国际刑事法庭有意采取了不同于国际法院的立场。该刑事法庭回顾了国际法院的判例法，对之进行了批评并表示不予以采用。这是一个令人担心的危险，它既然已经实际地出现在这起个别案件中，就可能出现在许多其他情况中。这是坏事还是好事？一些拥护市场力的人们或许会声称，让法院之间相互竞争并推崇将制定最佳判例法的法院是件好事——换言之，这是对国际司法适用自然选择法的问题。但是，出于一些理由，这并不是一个令人满意的制度。第一，它给法院地带来了不确定性——这种不确定性可能导致管辖权的冲突，尤其会导致各国挑选法院地的现象——而且给法律的内容也带来了不确定性。第二，它还可能产生不利的效果，因为竞争可能导致法律方面的宣传蛊惑，即哪个是最好的法院：是能够最好地维护国家利益的法院、还是能够最好地维护受害者利益或法律利益的法院？一方面越是希望法官在国际生活中发挥日益重要的作用，另一方面就越可能造成受法官们控制这种憾事。第三，而且决不是最无足轻重的，它给国际法带来了无秩序和混乱状态。如果矛盾情况越来越多，各国便很难知道如何行动，而且国家的法律顾问也将很难履行其任务。国际法和国际司法这种不成体系的状况，对国际法在国际生活中所起的作用构成了真正的威胁。

14. 那么答案是什么？首先可以说，只须将国内法的模式转给国际法就足够了，换言之，就是将本国际法院变为面向所有专门国际法院的上诉法院。这是个值得注意的想法，但或许不太现实。各国似乎并不比这种或那种主题的专家们更愿意接受这样一种体系。另一方面，显然看起来不需要更多的国际法院。事实上，有建议要成立例如关于空间或关于环境的国际法庭，但这似乎并不是个好主意，因为使国际法过分专门化将导致平庸，或甚至导致形成不连贯的结果。可从其他方面解决这个问题，即使本国际法院能够审理由其他国际法院提交的预决问题，换言之，就是将目前欧洲共同体的法律制度转给国际司法制度。其中的不同之处在于，在欧洲共同体

的法律制度中，一名国家法官可以在欧洲法院提出预决问题，但国际法院却不能这样做，因为各国政府将表现得极不情愿。另一方面，如果各国同意将一些案件提交某个国际法院审理，那么后者可以向本国际法院提出预决问题，而这并不意味着放弃其他方面主权的问题。这仅是组织国际司法的一种方法，换言之，这将给各国际法庭提供一个机会，当它们在确定、解释或适用一项条约或国际公法的习惯性规则过程中遇到严重困难时，可以在作出裁决前请本国际法院予以澄清。这个程序可以通过一个明确的条约来予以采用，不必修改《国际法院规约》，该规约第三十六条第一款规定，“法院之管辖包括各当事国提交之一切案件，及《联合国宪章》或现行条约及协约中所特定之一切事件”。这样一种解决方案，虽不完全令人满意，因为它仍然允许各法庭决定是否要诉诸国际法院，但却至少开辟了一条途径，值得加以研究。

15. 他十分愿意与委员会的委员们交换意见。

16. 主席感谢国际法院院长引人入胜的发言。

17. 哈夫纳先生感谢国际法院院长对法院的活动以及他与国际法委员会委员们就国际法问题所共有的想法所做的说明。院长提出了一个与他自己想法接近的主题，即国际法和国际司法不成体系现象造成的危险，以及用以创立国际法的办法不完整和争端本身的性质，促使国际解决争端机制增加了。造成这些问题的原因是争端当事方有多种多样——民间个人、公司针对国家，等等——尤其是民间个人从其本国获得的自由度增加了，从而不论是在提出求偿方面，还是在参与诉讼方面，都能够成为国际关系中的独立行为者。正是因此出现了一些特别法院和国际刑事法院。而且，他想指出，安全理事会2000年8月14日全体一致通过了关于成立塞拉利昂问题特别法庭的第1315(2000)号决议。

18. 建立各种类型的解决争端机制似乎十分必要，尤其是因为这可以引导各国利用这些机制而不是利用武力解决争端。不过，不能忘记这也会破坏整个国际法体系的和谐与一致。为了避免这种现象，首先应在各种法庭与解决争端机制之间建立较密切的联系，使它们对各自所审议的案件和作出的判决有一种客观了解。那么国际法院在此程序中的位置如何？关于这个问题，他指出《国际刑事法院罗马规

约》第119条规定，国际法院可以审理国家之间关于解释和适用规约的争端，除非问题直接属于国际刑事法院的管辖范围。问题是这是否意味着是朝承认国际法院在所有国际解决争端机制中发挥主要作用迈出的第一步，以及这种作用对于应要求依据国际法就并非国家之间而是不同行为者之间的诉讼作出裁决的各种解决争端机制的管辖权是否有影响。

19. 布朗利先生询问国际法院院长，他是否认为口头辩护是国际法院的必要程序。

20. 杜加尔德先生提到法院院长关于各种国际法庭激增问题的意见时指出，与许多法学家一样，他也曾对前南斯拉夫问题国际法庭在塔迪克案中自己裁定安全理事会成立这个法庭是合法的感到吃惊。他怀疑是否最好由安理会自己向国际法院征求关于该问题的咨询意见，而且，一般说来，安理会是否不应该太频繁地利用它所具有的这种向国际法院征询意见的权力。

21. 卢卡舒克先生想知道，鉴于国际法院的工作量，它是否不太经常利用分庭程序，此外，是否最好由联合国机构来更经常地向国际法院征询意见，因为这些机构在国际关系中发挥特殊的作用，并具有几乎相当于裁决的权力，即使这些裁决不具有约束力。

22. 阿多先生询问国际法院院长，他是否认为法院有权监督安全理事会各项决定的合法性。

23. 斯里尼瓦萨·拉奥先生指出国际法院院长曾提及各国际法庭向国际法院提交预决问题的可能性，说他担心在实际中各个国际法庭的法官们可能不愿采取这样一种解决办法。总的说来，这些法官与国际法院的法官经受过相同的培训并具备相同的技能，从心理上说，他们不太可能愿意将某个问题交由其他人处理。所以，同样出于这些理由，似乎也不可能将国际法院变成一个上诉法院。

24. 纪尧姆先生(国际法院院长)说，他和哈夫纳先生一样，认为各种国际法庭的激增与国际生活中行为者(无论是个人、公司还是非政府组织)的增加是一致的，而后果是争端中当事方增加了，并要做出更多种类的判决。不过，发生分歧的可能性并不出现在判决本身的措辞中，而是出现在解释性说明中，换言之，出现在对法律规则的说明中，而这些

规则是判决所依赖的基础。首先的步骤无疑是改善各种法院与法庭之间的交流。然后，法官们应当更熟悉其他法院的判例法，而终究而言，最基本的因素是法官们的智慧。在这方面，法官们与其他人一样，也有可能要别出心裁或独树一帜，或想使自己作为一个团体得到承认。他认为不能完全依赖人的智慧。正规培训似乎必不可少。

25. 至于布朗利先生的问题，是一个长期辩论的问题，其中国家法律传统发挥着重要作用。就国际司法而言，有时出于政治理由必须举行口头听证。各国政府希望向其公众及其议会证明他们为取得成功已经做了力所能及的一切努力。国际法院的听证会有时被电视转播，例如在卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题案中，两个有关国家对听证会进行了直播。另一个理由是，在书面程序中，当事方的地位改变了，而口头辩论往往可以允许当事双方，例如通过放弃他们在书面论据中提出的某些论点来解决案件。他认为，解决办法是，在简单的案件中，例如国际法院审查其管辖权的案件中，可以缩减口头程序或将之限于半天。而在较复杂的案件中，或至少在法院审查案情时，必须经过口头程序，但可以予以大幅度缩减和限制，例如进行必要调整将口头程序限于一周。

26. 关于杜加尔德先生的问题以及卢卡舒克先生的第二个问题，他认为更多地利用咨询意见程序可以避免使法律分裂。至于杜加尔德先生提及的案件，一个法院自身似乎很难就其成立的合法性问题作出裁决。事实上，如果前南斯拉夫问题国际法庭曾采用相反的办法，情况可能极其有悖常理。在这起案件中，肯定最好由安全理事会来向国际法院征询意见。他打算在出席大会即将举行的一届会议时，与安理会取得联系，努力使之更了解这种可能性。

27. 至于卢卡舒克先生提出的第一个问题，增加使用分庭程序有两个困难。首先要得到有关国家的同意；当国家向一个国际法院提交案件时，它们希望该法院由尽可能最好的成员组成。仲裁程序中的情况显然如此。国家往往更愿意由本国际法院全体合议庭来审查案件，而不是由一个分庭来审查案件，因为它们不知道审判庭的成员组成情况，所以很难事先确定其倾向。其次，虽然分庭确实缩减了法官们的工作量，但并没有削减书记处的工作量，而目前，在书记处便存在很大的困难。因此，他认为，

增加使用分庭程序似乎不是解决问题的办法。

28. 他不能回答阿多先生关于监督安全理事会各项决定的问题，因为这是国际法院在洛克比案中面对的问题。利比亚阿拉伯民众国认为安全理事会在这方面的决定不合法。因此，国际法院作为一种辩护方法，可能会导致说明它是否有权监督安全理事会决定的合法性，如果确实有权，那么这种合法性的条件是什么，例如，它必须符合《联合国宪章》，也必须符合一般国际法。

29. 他同意斯里尼瓦萨·拉奥先生的意见。他承认一名法官与任何其他人一样，很难不自己作出判决，而是请其他某个人替他作出判决。

30. 佩莱先生说，国际法院院长认为提交法院的所有诉状都太长，应当缩短，这不令人吃惊，法官们可能很难忍受律师们过长的辩护。不过，律师们的意见不同，因为他们所代表的国家希望确定已经说尽可说的一切来为它们的案件辩护，而口头程序是听取它们陈述的最后机会。因此，他对国际法院试图缩短口头程序的热情感到有些不安。他认为，应找到一种平衡，因为这里争论的是政治、外交和心理问题。

31. 他认为，各种国际法庭的激增不一定是坏事，可以合理地继续下去。没有人能够肯定自己掌握有唯一的真理，在这方面，没有道理说前南斯拉夫问题国际法庭在塔迪克案中采取的解决办法不如国际法院的办法。而且，他认为不一定要停止创立特别国际法院。有些领域技术性非常强，而本国际法院不一定在所有主题方面都是合格胜任的。世界贸易组织的解决争端机构就是这方面的好例子。然而，协调机制是必要的，《欧洲联盟条约》（《马斯特里赫特条约》）第 177 条中采纳的预决问题程序很可能是个正确的解决办法。他想知道纪尧姆先生为什么如此反对国家法院向国际法院提交预决问题。国家的法官们往往对国际法特别无知。而且，如果一国同意其法院向国际法院征求意见，那么很难看出国际法院有何理由不这样做。

32. 伊科诺米季斯先生对国际法院成员所表现出的温和态度，且往往是极端温和的态度提出质疑。纪尧姆先生曾谈到国际法院的智慧，但人们也曾听说过它的胆怯，有时甚至是懦弱。人们的印象是，国际法院在审查针对一项国际条约提出的，涉及其管

管辖权的保留时，经常倾向于对条款作出广泛的解释，并倾向于无管辖权，而不是有管辖权。纪尧姆先生能否证实这种印象？

33. 他还注意到国际法院在其判决中比在其咨询意见中表现得更温和，它在咨询意见中可以更大胆一些。换言之，咨询意见是否比判决更能允许法院进一步发展国际法？

34. 最后，就他所知，联合国秘书长从不曾向国际法院征询意见。是否应当授予他权力，事实上应鼓励他这样做？既然秘书长天天都要关注全世界的国际生活，可以推定他有许多法律问题要问，所以他向国际法院提出这些问题或许是正常的。这难道不是发展国际法的另一条途径吗？

35. 戈科先生回顾，根据《国际法院规约》，国际法院要具有管辖权，必须征得争端当事双方的同意，但有时可以是推定的同意，换言之，即默示的同意。他想知道法院如何看待默示同意问题，以及它是否已经有机会在这种情况下采取过行动。

36. 辛马先生提到通过媒体报道国际法院听证会的问题，说他从纪尧姆先生的发言中了解到纪尧姆先生不反对这种办法。那么更具体地说，纪尧姆先生对电视转播法院的工作情况有何想法？

37. 国际法院有一个令习惯于国家法院的律师们非常惊讶的特征，即一当事方无论何时被问及一个问题，都要利用数日，有时是利用数周时间来作出答复。这无疑解释了为什么诉讼程序毫无生气，连法官们自己似乎都受到影响。难道不能像欧洲法院和其他法院那样，使诉讼程序更活跃一些？

38. 纪尧姆先生(国际法院院长)说，他同意佩莱先生的意见，即口头辩护涉及到政治、外交和心理要素，是不容忽视的。显然，这种诉讼的意图不只是一要听取法官的意见，而且还要听取公众的意见。在很多情况下，律师们自己知道他们所说的对问题几乎没有意义，而且对判决可能毫无影响。但这并不是一项不屑一顾的工作，因为各国有时很难将问题提交给一个国际法院审理。因此，它们理应有机会使其人民及其议会了解它们已经为维护国家利益做出了一切努力。但这不一定需要进行五周的诉讼。自法官本人告知当事双方，因为法院的资源有限因而不不要过分这一时刻起，便有可能找到一种能够平

衡司法需要与公众意见需要的解决办法。

39. 另一方面，佩莱先生认为法官们之间的竞争毕竟不是件坏事，没有人是绝对可靠的，而前南斯拉夫问题国际法庭作出与国际法院不同的判决或许是正确的。对此他表示不同意。问题不在于一种解决办法是否正确——这是一个学术问题——而在于对一个问题作出判决后是否还应对之产生质疑。有句老话是“*res judicata pro veritate habetur*”，意思是，定案即视为事实。鉴于国际法的脆弱性，这是要考虑的主要因素，无论一个人如何评价一项个别裁决具有根据。

40. 他毫不反对国家法院将某些案件转交国际法院审理的原则，但很难看出为什么各国政府会同意这样做。他列举了一些专业杂志过去发表的若干项研究报告，其中提出过这种想法，但不能说得到了各国政府的支持。令人遗憾的是，这不比将国际法院变成其他国际法院的上诉法院这种解决办法更现实。从道理上说，它们都是令人满意的解决办法，但似乎并不切实可行。

41. 伊科诺米季斯先生对法院的“温和”态度事实上如果不是“懦弱”的话就是“胆怯”的说法表示疑惑，并在这方面特别提到法院就针对条约或声明中提出的涉及其管辖权的保留的解释。他对此持有不同意见。在有些案件中，当解决办法不明显时，法院即宣布自己具有管辖权，例如在卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题案中，情况便是如此。在最近的渔业管辖权案和1999年8月10日空中事件案中，法院发现其面对的保留在提出这些保留的国家的意识中是完全明确的。在第一个案件中，加拿大拒绝承认关于北大西洋渔场的一切争端。西班牙对加拿大检查西班牙在北大西洋的船只这一行为提出控诉。保留显然适用。在第二个案件中，印度不承认与英联邦国家或曾经是英联邦成员国的任何国家——巴基斯坦的情况曾是如此——之间的一切争端。一国际除非忽视国家明确表达的意愿，否则如何能够绕过这种类型的保留。国际法院的管辖权是以当事双方的同意为依据。正因为如此，各国同意可以由国际法院作出裁决。当法院面临一项明确表明国家意愿的保留时，如果在违背国家意愿的情况下对之进行解释，这将是糟糕的法律政策，尤其是糟糕的法律。当然，一名法官总是愿意宣布自己具有管辖权，但若承认自己没有管辖权，则可能是需要智慧的。

42. 与伊科诺米季斯先生一样，他也认为与针对国家间争端作出判决相比，咨询意见很可能为发展国际法提供更好的机会。这种类型的争端非常具体，具有非常明确的范围，以及有时会被遗忘，在这些案件中，国际法院应必须以尽可能绝对多数通过其判决，以便使之更具有适当的基础并更易于执行。因此，目的是抓住有争议案件的要点，并在无须任何附加证明的情况下证明解决办法是正当合理的。他列举了有时令法律著作者遗憾的例子，即领土争端(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)案，其中国际法院认为根据 1955 年法国与利比亚阿拉伯民众国之间的《友谊与睦邻条约》，² 奥祖地带属于乍得的主权范围。国际法院对该条约以前的整个状况没有表态，因为该条约证明所接受的解决办法是合理的。这份判决书英文本共有 23 页，而当事双方提交的材料超过 6000 页，判决书中仅用半页处理了当事双方就无须作出裁决的问题提交的数千页材料。公法学家们认为国际法院没有使自己过度疲劳。但如果国际法院当时要解决所有问题，则成员之间很可能出现分歧，从而削弱判决的力量，而现在判决是以一致意见(利比亚专案法官除外)通过的，并在三个月内得到了执行。这个案件之所以能够获得这个好结果，在很大程度上是因为法院仅仅抓住了某些重点问题，而没有不得要领地去研究枝节问题。然而，与判决相比，通过咨询意见，有时可能实现更全面的发展。

43. 秘书长之所以从未向国际法院征询意见，理由很简单，这就是他无权这样做。曾经讨论过这个问题，但没能达成共识。就个人而言，他认为可以考虑授予秘书长这项权力。从政治角度看，无疑必须将征询意见这个问题与联合国内各国可能商定的某个具体程序结合起来。

44. 至于戈科先生关于“当事人同意的法院”这个问题，最近没有这种程序的例证。国际法院定期审理一国提出的请求，这种请求实际是向另一国明确表示愿意就某个特定案件到国际法院出庭。由国际法院传达这个信息。如果另一国不予答复，或予以否定答复，则案件到此为止。厄立特里亚便曾针对埃塞俄比亚向国际法院提出过这种请求，经法院传

达给埃塞俄比亚后，未得到答复。因此，可能不会有任何“当事人同意的法院”。对于默示的同意必须谨慎对待，因为如果说同意可以是默示的，那么它必须明确，而这正是困难所在。

45. 关于辛马先生的问题，他不反对电视转播法院的听证会，这或许是因为，事实上当事双方的发言都是经过事先准备的，没有任何过于自发的诉讼程序。因此，无论是从法院的立场，或从当事方的立场出发，对口头辩护进行转播并没有任何缺点，因为，这些程序是经过事先组织的。法院提出的唯一要求纯粹是物质方面的，即不得有可能扰乱其工作的任何技术设备。

46. 关于是否能使口头诉讼程序更加活跃的问题，又可以提到两种传统：一种是非常活跃的讨论，法官与当事双方之间交换意见，其中法官毫不犹豫地表达自己对事情的看法；另一种传统则相反，由于在某些国家比在其他国家更尊重审议的保密性，因此法官不可能流露一丝自己的反应。而且，当事方自身也很少愿意这样做，因为他们非常害怕不能把握自己的答复。证据是，国际法院通常给予当事方一个选择机会，要么立即答复，即在下次开庭时作出答复，要么作出书面答复，当事方往往选择书面答复。这其中的理由是，国家是复杂的机构，作出一个答复有时需要在国内进行磋商，这是不可能就地进行的。有些事态当然可以得到改善，例如欧洲法院的情况。然而，在更接近于国内法的共同体法律制度中比在更加不确定的国际法律制度中更容易作出立即答复。最后，法官们提出的问题是国内讨论的内容：国际法院的委员，在未与其同事讨论的情况下，无权提出问题。这便说明了为什么提出的许多问题纯粹是事实上的。这个制度无疑不是完善的，但很难取得进步。

47. 卡姆托先生说，他想知道国际法院关于它所指明的初步措施的法律效力问题的意见。如果能更肯定这种措施具有约束力，岂不是可以合理地期望：各国会更经常地就它们不得不求助于安全理事会的一些争端向国际法院咨询或谋求其他解决办法？

48. 蒙塔兹先生说，国际法院曾两次应要求对《联合国特权和豁免公约》的某些规定作出解释。它似乎对根据该公约而准予执行任务的联合国专家的豁免权作出了一种广泛的解释。它肯定充分意识到其解释的潜在后果。这种证据表现在马来西亚与联合

² 联合国，《条约汇编》，第 1596 卷，第 27943 号，第 151 页。

国之间的关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案中。国际法院曾说豁免原则不会引起对国际组织的责任原则的质疑。然而，条约法——更具体地说是《联合国特权和豁免公约》——在国际组织的责任这个重要问题上保持了沉默。他想知道国际法院是否因此在向国际社会、法律著作作者以及——更加确切地说——是国际法委员会提出某种要求，请它们通过发展国际法来弥补这个差距。

49. 纪尧姆先生(国际法院院长)在答复卡姆托先生时说，关于国际法院所指明的初步措施是否具有约束力的问题曾进行了长期辩论。《国际法院规约》——特别是其英文本中——在这方面有文本上的争议。但是也有相反的主张。或许仅仅忽视了一个问题：即在刚果境内的武装活动案中，指明初步措施的命令在法文本中用“[国家]应该”，在英文本中用“[国家]必须”，而习惯措辞是“[国家]应该”。判例法中英语方面的这种演变最终可能确实值得注意。

50. 在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案中，国际法院曾明确说明，如果因为专家们有豁免权而不能让他们对其以官方身份提出的意见负责，这样就要由联合国来承担责任。这似乎很合理，因为责任中出现空白是无法想象的。国际法院没有写更多的内容，因为法院仅仅强调只要采取行动就会有责任。如果专家不负责任，那么联合国就要负责任。即使可以考虑在这方面发展国际法，但法院没有更进一步。事实上，提及这个问题的段落从性质上看更像是判决中附带表示的非正式意见。

51. 主席感谢国际法院院长极有助益的发言。

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)

第五章 外交保护(续)*(A/CN.4/L.594)

B. 本届会议审议这个专题的情况(续)*

52. 主席请委员们继续审议报告第五章。

第 25 段

第 25 段通过。

第 26 段

53. 辛马先生说，本段不清楚，似乎不断在改变主题，以致于在“但是，这项权利在过去被严重滥用，……”这句话中，很难看出指的是什么权利。

为了消除一切模糊，他提议应将这句话改为“但是，以武力保护本国国民的权利在过去被严重滥用，……”。

54. 托姆卡先生说，应将第二句话中的“单方干涉”改为“单方面行为”。

55. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他同意上述两项提议。

经修正的第 26 段通过。

第 27 段

56. 辛马先生说，经特别报告员同意，他提议对第一句话进行补充，说明不属于研究范畴的是“以武力保护外国国民人权的”人道主义干预行动。一部分学说认为人道主义干预行动既包括以武力保护一国国民，也包括保护外国人的行动。

57. 罗德里格斯—塞德尼奥先生(报告员)在伊科诺米季斯先生的支持下说，这样一种说明可以被相反地解释为，承认外交保护与其他形式的人道主义干预行动之间具有联系，而情况并非如此。

58. 杜加尔德先生(特别报告员)说，只须参看其第一次报告(A/CN.4/506)第 60 段便可看出，辛马先生提议的说明是恰当的。因此，他同意这项提议。

59. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望通过经辛马先生修改的第 27 段。

就这样议定。

经修正的第 27 段通过。

第 28 至 31 段

第 28 至 31 段通过。

第 32 段

60. 布朗利先生说，第 32 段第三句话似乎与第 31 段第一句话的意思矛盾，且这在第 34 段的结尾处再次被提及并且阐明了一些委员提出的意见，即议程上列入的外交保护专题不包括国家武力威胁或使用武力的合法性问题。然而，就第 32 段第三句话目前的措辞方式来看，暗示了采取这种立场的委员实际上支持特别报告员在第 2 条中表明的法律概念，这是错误的。

61. 加亚先生支持这个意见，提议通过两项修改来解决这个问题：将“委员”改为“一些委员”，并将“会采取”改为“可以采取”。

62. 托姆卡先生说，谨慎起见应把第三句话全部删除。

63. 戈科先生说，他认为这句话正确地反映了讨论情况，不应删除。

64. 佩莱先生说，这句话令人不可理解，因为它将法律上的考虑与事实上的考虑混杂在一起，如果把“会采取”改为“有权采取”，将使措辞更清楚。

65. 辛马先生提议将“特别报告员的法律观点是正确的”改为“特别报告员对《联合国宪章》第五十一条(或自卫权)的解释是正确的”。

66. 贺先生说，必须了解曾提出此意见的委员们的看法。

67. 加利茨基先生提议，为了使这句话的两部分之间更合乎逻辑，应在结尾添加“但不属于外交保护范围”一语。

68. 杜加尔德先生(特别报告员)提议，鉴于提出的各种建议，应将这句话改为“但是，赞同第二种看法(即认为使用武力问题不属于外交保护范围)的一些委员认为，特别报告员的观点在法律上是正确的，各国在行使自卫权时可以使用武力来保护其国民，但这不属于外交保护的范畴”。

69. 布朗利先生说，这项提议不足以反映第三组委员的意见，他们只承认使用武力问题不属于委员会的任务范围，而且他们有意不参加关于该问题的辩论。所以，应请特别报告员在报告员的协助下，找到一种表达方式，以便能够清楚表明委员会中存在的这三种意见。

70. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，它支持布朗利先生的提议。

71. 主席建议报告员与特别报告员以及对第三句话提出保留意见的委员会委员们一起努力，找到一种表达方式，提交给以后的一次会议。如无异议，他就认为委员会同意这项提议。

就这样议定。

第 33 段

第 33 段通过。

第 34 段

72. 伊科诺米季斯先生认为第七句话中的“委员们大多”这种表达法暗示委员会中存在多数派和少数派，为了恢复委员会中两种思想派别之间的平衡，应将这个表达法改为“其他委员们”。他还指出，在讨论中，九位委员曾以书面形式提交了关于第“X”条的草案，即“外交保护是一种和平的国际手段，防止借助武力威胁或使用武力并防止干预一国的国内或国外事务。”本报告中没有提及这项草案，应当补充进去。但这是特别报告员的事情。

73. 辛马先生说，第七句话全句应当重新措辞，因为用“大多数委员没有对《宪章》的规定采取坚定的立场”这种表达方式来反映包括他本人和布朗利先生在内的委员们的立场是很拙劣的。他们的意见是必须坚持外交保护问题，只须说明使用武力问题不属于该专题的范围即可。

74. 布朗利先生重申，他在讨论第 32 段时曾说过，措辞应更清楚地反映委员会中存在的三个思想派别，即支持第 2 条的委员、不赞成第 2 条的委员和立场特别谨慎，或只认为使用武力问题不属于外交保护专题范围的委员。

75. 卡姆托先生说，应找到一种办法来重申曾以书面形式提交第“X”条草案的九位委员的坚定立场。本段第四句话中说“平心而论，他[特别报告员]不可能像前任特别报告员那样认为在保护国民的情况下使用武力是非法行为”，这是令人不能接受的。必须有另一种意见与之抗衡，所以必须非常清楚地提及那些曾坚决支持禁止各国，即使是为了保护其国民也不得使用武力的委员们的意见，这也是所拟议的第“X”条的含义。

76. 罗森斯托克先生指出，该段阐明了特别报告员提出的结论。但是，只须用一个简明的句子就足以解决布朗利先生所提及的关于委员会中出现的三个思想派别的问题。

77. 主席说，为了使报告员和特别报告员能够考虑有关的表达方法，将在以后的一次会议上继续审议第 34 段。

下午 1 时散会。

第 2659 次会议

2000 年 8 月 15 日，星期二，下午 3 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、库苏马-阿特马贾先生、蒙塔兹先生、佩莱先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生、辛马先生、托姆卡先生

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)

第五章 外交保护(续)(A/CN.4/L.594)

B. 本届会议审议这个专题的情况(续)

第 32 段(续完)

1. 主席说，经报告员、特别报告员和其他委员进行非正式磋商后，建议将第三句分成两句，行文如下：“但是，一些赞同第二种看法——即认为使用武力问题不属于外交保护范围——的委员认为特别报告员对《联合国宪章》第五十一条的解释是正确的，各国将有权在其侨民生死攸关的情况下使用武力来行使自卫权。赞同第二种看法的其他委员在使用武力问题上没有采取任何立场”。

经修正的第 32 段通过。

第 34 段(续完)

2. 主席说，经磋商后，还提议第七句应当行文如下：“然而，委员会其他委员没有对《联合国宪章》的规定采取立场……”。

经修正的第 34 段通过。

第 35 段

3. 托姆卡先生建议在“诺特博姆案”这一短语之前加上“国际法院”几个字。

经修正的第 35 段通过。

第 36 至 42 段

第 36 至 42 段通过。

第 43 段

4. 杜加尔德先生(特别报告员)说，在讨论第 1 条时，一些委员反对突出提及东欧国家宪法。因此，为了前后一致，应删去“尤其是东欧国家的宪法”这一短语。

经修正的第 43 段通过。

第 44 段

第 44 段通过。

第 45 段

5. 托姆卡先生建议以“当代”这个词取代“现代”一词。

经修正的第 45 段通过。

第 46 至 53 段

第 46 至 53 段通过。

第 54 段

6. 托姆卡先生说，括号中“科威特—伊拉克冲突以后设立的”这一短语对于这样一个政治上敏感的题目过于中立。因此，他建议删除这一短语。

经修正的第 54 段通过。

第 55 至 61 段

第 55 至 61 段通过。

第 62 段

7. 托姆卡先生说，最近通过关于在另一国家解体情况下给予国籍的立法的国家，可能对“以强制方式”这一短语持有异议。应找到某种更能接受的措辞方式。

8. 伊科诺米季斯先生说，该段反映了他在会上的发言。他没有使用“强制的”一词，该词听起来确实不妥。他认为“依职权”将是合适的选择。

9. 布朗利先生建议使用英国法律中的中立和非评价性短语：“依法行事”。

就这样议定。

经修正的第 62 段通过。

第 63 段和第 64 段

第 63 段和第 64 段通过。

第 65 段

经略作编辑改动的第 65 段通过。

第 66 段

第 66 段通过。

第 67 段

10. 托姆卡先生表示更愿意将意思模糊的“即使所有国家都不予承认”这一短语重新措辞，修改后的行文是：“即使不是所有国家都予以承认”，库苏马—阿特马贾先生赞同这一修改。

11. 布朗利先生说，他对现有的这部分案文没有反对意见，但他认为这一短语的宾语需要澄清。应加入“这种制度”。

经修正的第 67 段通过。

第 68 至 75 段

12. 辛马先生说，他认为关于第 6 条辩论的整个概况无法令人满意。正如特别报告员在其结论性意见中，特别是第 75 段中所指出的，两种观点均得到有力的权威支持，然而在总结中这两种观点之间显然缺乏平衡。对赞成主要国籍国家可能对另一国籍国家行使外交保护这一规则的可适用性的论点作了简短解释，而把概况的三分之二篇幅用于说明相反观点，并得到 1930 年《海牙公约》逐字引文的佐证。据他回顾，委员会持这两种意见的人数几乎相等，双方均有同样强烈的情绪。

13. 伊科诺米季斯先生说，他同意辛马先生的意见。委员会对第 6 条所载原则存在强烈的反对意见，然而这仅在第 72 段得到微不足道的反映。他因而建议在第 69 段之后加上一个新段落，说明相反意见，并载列赞同它的所有论据。无论采取何种办法，这些段落均需重新进行审查，以便建立能如实反映两种迥然不同的思想派系的更好的平衡。

14. 戈科先生说，如果按照这一思路，就存在需要重新起草有关整个第 6 条辩论概况的危险。他赞成逐段地审议辩论概况。

15. 辛马先生说，他同意伊科诺米季斯先生关于存

在不平衡情况的意见，但他认为这种不平衡向相反观点倾斜。第 69 段和第 70 段开头部分有几个短语赞成关于第 6 条所载原则应该适用的观点，但在以后部分，论据全部有利于相反观点。整个第 72 段是反对特别报告员意见的论据：尽管援引了一些实例，“但是情况并非这样简单”；之后引证了一系列反对这一原则的论据。需要对起草工作进行大量修改，逐段通读案文毫无意义。

16. 主席询问辛马先生是否认为需要全部重新起草第 68 至 74 段，或他是否认为增加一个新的段落便可恢复两种意见之间的平衡。

17. 辛马先生说，辩论的实质内容得到了极大的歪曲，以致于增加一个段落也不足以纠正这种失衡。他认为有关委员可举行非正式会议并提出备选案文。

18. 卡巴齐先生要求对第 75 段中“有力的权威”的提法作出澄清，说明它与法律权威有关，还是与赞成每一观点的委员人数相关。

19. 杜加尔德先生(特别报告员)说，他当时想的是法律权威。他将乐于对该案文作出修改以反映这一点。

20. 卡巴齐先生说，只要不暗示对一方的支持大于另一方，就没有必要加上“法律”一词。

21. 布朗利先生提议，正如第 32 段的情况那样，应将第 68 至第 74 段提交特别报告员、报告员和其他委员，以便必要时根据会上的意见重新进行起草。

22. 主席说，他同意上述意见。一些委员要求审查有关第 6 条的所有段落，但在全会上无法这样做。报告员应与特别报告员和有关委员进行磋商。与此同时，委员会应推迟通过这些段落。

23. 杜加尔德先生(特别报告员)说，委员会存在明显的意见冲突。辛马先生认为应对最后通过的和非正式磋商会议核准的意见给予更多的注意，他认为辛马先生的意见是正确的，而伊科诺米季斯先生却有不同的想法。少数人的意见或许得到过份的强调，以免给人以它受到忽视的暗示。他因此请求委员会对如何重新起草这些段落提供指导。

24. 伊科诺米季斯先生说, 第 68 至第 74 段的依据是简要记录。然而, 在第 72 段之前, 没有适当反映那些赞同国家对其本国国民无责任的传统规则的委员的观点。因此他建议按照下列思路起草第 69 段之二:

“另一方面, 其他委员支持国家对其国民无责任的传统规则, 并引证下文各段列出的若干论据, 特别是目前依然有效的 1930 年《海牙公约》第 4 条, 该条规定‘一国不得为一国民向其另一国籍国要求实行外交保护。’”

关于第 6 条的其余段落可保持不变。

25. 辛马先生说, 例如第 72 段最后一句未反映辩论中双方提出的观点和他自己的发言。该句还应说明其中表达的立场受到质疑。伊科诺米季斯先生的建设性提议似乎提供了一个推进讨论的办法。

26. 托姆卡先生说, 最好的办法将是请报告员、特别报告员和有关委员根据简要记录编写新的案文, 供以后会议审议。

27. 戈科先生赞成托姆卡先生的意见, 但认为在本次会议上讨论伊科诺米季斯先生的建议或许有益。

28. 主席说, 这一问题似乎无法在本次会议上解决, 为此, 如无异议, 他就认为委员会希望不加修改地通过第 75 段, 并在报告员、特别报告员和有关委员进行进一步磋商之前, 推迟审议第 68 至 74 段。

就这样议定。

第 75 段通过

第 76 至 80 段

第 76 至 80 段通过。

第 81 段

29. 托姆卡先生提请注意第 81 段最后两句之间的明显不一致。由于两句中的第一句引用了伊朗—美国索赔法庭的判例, 就应在第二句中删去“缺乏有关实践和判例的情况下”, 该句因而以“是否愿意继续贯彻这个方针呢?”的措辞结束。

经修正的第 81 段通过。

第 82 至 86 段

第 82 至 86 段通过。

第 87 段

30. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(报告员)说, 关于难民署的意见与第 87 段的思路无关, 应将它们移到该段结尾或另立一段。他认为由于难民署没有代表难民向有关国家政府提出申诉的权力, 难民署实行的“保护”与外交保护有很大的不同, 因此最好全部删除这些提法。

31. 辛马先生说, 如果删除有关难民署的问题, 就会打乱第 87 段的平衡, 原因在于第一句提到的不同意见将得不到反映。

32. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(报告员)说, 保持第 87 段平衡的唯一办法是重新起草该段, 以便将开头与结尾部分联系起来, 同时删除中间部分, 该部分对该段的其他内容绝对没有影响。

33. 主席说, 他认为委员会希望推迟对第 87 段的审议。

就这样议定。

第 88 段

34. 辛马先生说, 为了前后一致, 第 88 段应与反映特别报告员意见的其他段落一样, 以“特别报告员认为……”的表述方式开头。

经修正的第 88 段通过。

第 89 段

经略作编辑改动的第 89 段通过。

第 90 段

第 90 段通过。

第七章 对条约的保留(A/CN.4/L.596 和 Add.1-4)

A. 导言(A/CN.4/L.596)

第 1 至 15 段

35. 佩莱先生(特别报告员)说, 第 10 至 14 段含有委员会关于上届会议报告中已反映的许多细节, 因此它们是多余的。为此, 可大大压缩这些段落。第 10 段的大部分内容、第 11 段的许多内容和第 12 段除第一句之外的所有内容均可删除。应保留第 13 段的前三句, 该段的其他内容以及第 14 段的全部内容均应删除。

经修正的第 1 至 15 段通过。

经修正的 A 节通过。

B. 本届会议审议这一专题的情况(A/CN.4/L.596 和 Add.1)

第 16 至 18 段(A/CN.4/L.596)

第 16 至 18 段通过。

第 19 至 23 段(A/CN.4/L.596/Add.1)

第 19 至 23 段通过。

第 24 段

经对法文本作细微改正的第 24 段通过。

第 25 段

36. 佩莱先生(特别报告员)说,第七章的脚注仅指引读者去查阅其第五次报告(A/CN.4/508 和 Add.1-4)所载的准则案文。应根据本报告其他各章采用的程序,在脚注中全文转载准则草案案文。

37. 主席说,秘书处将记下特别报告员的请求。

第 25 段通过。

第 26 至 29 段

第 26 至 29 段通过。

第 30 段

38. 辛马先生说,与本报告的其他各章不同,第七章的许多内容加上多个实质性脚注,像是特别报告员的“小报告”。

39. 佩莱先生(特别报告员)说,该章有意以“小报告”形式起草,这样可以免去他在委员会下届会议上重新介绍报告该部分的费时任务,这部分内容已在本届会议上作了介绍,但未对它展开辩论。因此不应改变第七章的格式。

40. 伊科诺米季斯先生赞同特别报告员的立场,并说若在报告中详细解释准则草案,将对委员会极有帮助,这一做法在报告的其他各章可能得到有益的效仿。

41. 托姆卡先生说,最好的做法可能是保留第七章的现有格式,同时请未来报告员和秘书处在起草委员会今后会议报告时牢记辛马先生的评论。

就这样议定。

第 30 段通过。

第 31 段和第 32 段

第 31 段和第 32 段通过。

第 33 段

42. 卡姆托先生的意见是,应在脚注中引用一个以上的实例,原因在于案文的正文提及“一些实例”。

43. 托姆卡先生认为在“参看瑞士”之前加上“例如”可解决这一难题。

经修正的第 33 段通过。

第 34 段

第 34 段通过。

第 35 段

44. 佩莱先生(特别报告员)、加亚先生和罗森斯托克先生提请注意英文本一些起草措辞上的错误。括号中的措辞“but also”,应该是“as well as”。该句以下内容为:“……其他缔约国默许后来提出的保留……”。

经修正的第 35 段通过。

第 36 段和第 37 段

第 36 段和第 37 段通过。

第 38 段

45. 佩莱先生(特别报告员)说,应在法文本中删除“S'agissant par la suite des déclarations interprétatives”这一短语。

经对法文本作出修正的第 38 段通过。

第 39 段

经对法文本作细微改动的第 39 段通过。

第 40 段

第 40 段通过。

第 41 段

46. 哈夫纳先生和辛马先生说,尽管围绕着准则的通过问题进行了长时间的讨论,但报告对这些讨论却只字未提。

47. 佩莱先生(特别报告员)说,他不能接受起草该报告的所有责任。不过,报告员正确地遵守了习惯做法。委员会通过的准则草案在分发评注之后才公布。它们概括反映了讨论的情况。这一情况或许令人感到遗憾,但委员会以前的报告从未既包括评注又包括讨论概况。他在过去曾有一次设法先不公布

准则，以便能将讨论情况载入报告。由于他尽力起草审议中的这份文件所载的评注草案，因此没有提供辩论概况。

48. 辛马先生说，他对上述事实表示同意，但委员会在本届会议上面临特殊情况。它是第一次审查特别报告员的提案案文，并在同一次会议上通过其中的部分内容，但报告的任何章节均未反映委员会的思考。

49. 佩莱先生(特别报告员)说，没有要求任何人批准未经讨论的内容。他重申报告员只不过是遵照通常做法行事。

50. 托姆卡先生说，他记得在上一届会议上以宣言和附载评注的形式通过与国家继承有关的自然人国籍条款草案时，该报告未包括所进行的讨论的记录。或许秘书处可唤起委员们对拟遵照的程序的记忆。

51. 主席强调没有理由不按委员会的通常做法行事。尽管他充分理解辛马先生关注的问题，但有必要限制报告的篇幅。

第 41 段通过。

经修正的 B 节通过。

C. 委员会一读暂时通过的关于对条约的保留的准则草案案文 (A/CN.4/L.596/Add.2-4)

1. 准则草案案文(A/CN.4/L.596/Add.2)

第 1 段

52. 佩莱先生(特别报告员)询问是否有可能包括一个脚注，说明委员会第五十一届会议通过的准则草案评注可在其提交大会的第五十二届会议工作报告中找到。

就这样议定。

经修正的第 1 段通过。

2. 委员会第五十二届会议通过的准则草案案文及其评注 (A/CN.4/L.596/Add.3-4)

53. 哈夫纳先生说，或许应在第 2 节开始时插入一段，以反映委员会正在通过评注的实际情况。

54. 主席说，应相应地插入一段。

准则草案 1.1.8 评注(A/CN.4/L.596/Add.3)

55. 辛马先生询问第(5)段第一句的含义。

56. 库苏马—阿特马贾先生说，他理解它被用来提及及其他确实排除保留的公约，例如《联合国海洋法公约》。

57. 辛马先生询问该句是否不应按以下措辞行文：“实际上，几部维也纳公约并没有排除提出保留的做法，这不是基于一般国际条约法默示准许作出保留，如 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 19 条至第 23 条的规定，而是基于特定的条约规定。

58. 佩莱先生(特别报告员)说，他同意辛马先生提出的这句内容。

59. 托姆卡先生提议删除脚注 12。究竟由谁进行核实呢？

就这样议定。

60. 加亚先生询问第(15)段的含义。或许可修改最后一句，明确表明可能或不可能对所述条款提出保留。

61. 罗森斯托克先生说，按照现有的措辞，第二句似乎排除了那些可供在条约各项规定之间作出选择的条款不属保留的可能性，这不是该句的本意。他提议应从“不属保留”一语中将“不”字换个位置，将该字放在该句靠前的地方，行文为：“……以便不暗含所有作出……的条款……”。

62. 托姆卡先生指出，根据第(15)段，选择有时属保留，有时则不是。这与第(13)段和准则草案 1.1.8 相冲突，这两者均直接或间接提到 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》，即选择属于保留。第(15)段应当删除。

63. 伊科诺米季斯先生说，他同意加亚先生关于第(15)段有点难懂的意见。不过，仔细阅读一下便可看出 1969 年《维也纳公约》和 1986 年《维也纳公约》第 17 条所述在某些情况下选择可能构成保留的情况与此类条款不属保留的情况之间的差别。第(15)段应保留不动。

64. 库苏马—阿特马贾先生说，他赞成保留该段或

删除整个第二句，但他反对对第二句进行小的修改。

65. 佩莱先生(特别报告员)说，第(15)段背后的想法是，1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 17 条暗示以保留或其他手段接受条约可能是部分接受，这意味着准许部分参与的条款可能属于保留，也可能不属于保留。如果这是罗森斯托克先生的修改意见所说明的意思，它是可以接受的。

66. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望通过罗森斯托克先生提出的修改意见。

就这样议定。

经修正的第(15)段通过。

经修正的准则草案 1.1.8 评注通过。

准则草案 1.4.6[1.4.6,1.4.7]评注

67. 卡巴齐先生提议对第(5)段进行文字修改。

68. 哈夫纳先生提请注意(a)项，并要求对“一般说来”这一短语予以澄清。

69. 在有哈夫纳先生、佩莱先生(特别报告员)和罗森斯托克先生参加的简短讨论之后，主席提议以“在大多数情况下”这一措辞来取代“一般说来”。

就这样议定。

经修正的第(5)段通过。

70. 伊科诺米季斯先生说，在第(9)段的最后一句，应修改“国际法院管辖权”一词，改为“国际法院强制管辖权”，辛马先生赞成这一意见。

71. 布朗利先生说，现有措辞是正确的：国际法院的管辖权在本段所述诉讼阶段属于任择性。一旦接受这一管辖权，它便是强制性的。

72. 托姆卡先生建议删去“的任择条款”。

就这样议定。

经修正的第(9)段通过。

经修正的准则草案 1.4.6[1.4.6,1.4.7]评注通过。

准则草案 1.4.7[1.4.8]评注

73. 辛马先生对第(12)段第一句“与”这个字的使用提出疑问。

74. 主席建议以“在这种声明与保留之间”这一短语取代“与保留”。

就这样议定。

经修正的第(12)段通过。

经修正的准则草案 1.4.7[1.4.8]评注通过。

准则草案 1.7 评注(A/CN.4/L.596/Add.4)

75. 佩莱先生(特别报告员)和辛马先生提请注意在评注的开头需要作出的一些文字改动。

76. 伊科诺米季斯先生说，第(1)段最后一句的结尾可能引起对它的错误解释。他提议删除“既能维护条约‘硬核’”这一短语。

就这样议定。

经修正的第(1)段通过。

77. 哈夫纳先生询问第(2)段第一句提及的“条约的条款”是否是使各国有权缔结条约的条款，或者是否是它们本身就是条约规定。如果属于后一种情况，“条约”一词比“条约条款”更可取。

78. 佩莱先生(特别报告员)说，如果能使意思更加清楚，可用“条约本身的条款”这一短语来取代“条约的条款”这一短语。

就这样议定。

经修正的第(2)段通过。

经修正的准则草案 1.7 评注通过。

下午 6 时散会。

第 2660 次会议

2000 年 8 月 16 日，星期三，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生

委员会的方案、程序和工作方法及其文件(A/CN.4/504,E 节)

[议程项目 8]

规划小组主席的报告

1. 主席请规划小组主席卡姆托先生汇报规划小组的工作情况。
2. 卡姆托先生(规划小组主席)说，规划小组在委员会本届会议期间举行了四次会议，讨论了大会第五十四届会议期间第六委员会所讨论的专题摘要 E 节，标题为“国际法委员会的其他决定和结论”(A/CN.4/504, 第 181 至第 188 段)，此外还考虑了 1999 年 12 月 9 日大会第 54/111 号决议第 8 至第 11 段。规划小组决定重建长期工作方案工作组和分期届会工作组。此外，小组还收到了佩莱先生提交的提案，题为“选举国际法委员会”(ILC(LII)/PG/WP.1)。
3. 规划小组在其 2000 年 8 月 10 日举行的会议上审议了上述两个工作组的报告，做出如下决定：首先，通过长期工作方案工作组的报告(ILC(LII)/WG/LT/L.1 和 Add.1)，并将 ILC(LII)/WG/LT/L.1 号文件最后一段第一句中的“也许值得”改为“值得”；其次，通过分期届会工作组的报告(ILC(LII)/WG/SPS/L.1)；最后，将佩莱先生提交的题为“选举国际法委员会”的提案列入委员会下届会议的议程。

4. 委员会报告草稿(A/CN.4/L.598)第九章将反映关于长期工作方案的决定和关于分期届会工作组工作的决定，该工作组负责处理委员会今后届会的会期、性质和地点问题。他感谢规划小组和两个工作组的全体成员，特别是长期工作方案工作组主席布朗利先生，和分期届会工作组主席罗森斯托克先生，感谢他们的合作精神和为取得具体成果而做出的努力。

5. 主席感谢规划小组主席，并建议委员会注意他的口头报告。

就这样议定。

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)

第七章 对条约的保留(续完)(A/CN.4/L.596 和 Add.1-4)

C. 委员会一读暂时通过的关于对条约的保留的
准则草案案文(续完)(A/CN.4/L.596/Add.2-4)

2. 委员会第五十二届会议通过的准则草案案文及其评注(续完)
(A/CN.4/L.596/Add.3-4)

6. 主席请委员会委员继续逐段审议，从准则 1.7.1 [1.7.1、1.7.2、1.7.3、1.7.4]的评注开始。

准则草案 1.7.1 [1.7.1、1.7.2、1.7.3、1.7.4] 评注 (A/CN.4/L.596/
Add.4)

第(1)段

第(1)段通过。

第(2)段

7. 辛马先生提议，为使案文更清楚，应将脚注 4 中提到的《国际劳工组织组织法》第 19 条第 3 款移到本段的引导句中。

经修正的第(2)段通过。

第(3)段

8. 辛马先生提到最后一句话，说他不明白“法院强制令”一语的含义，认为或许应予以删除。

9. 主席说，如无异议，他便认为委员会希望删除“法院强制令或”这些字。

就这样议定。

经修正的第(3)段通过。

第(4)段和第(5)段

经修正的第(4)段和第(5)段通过。

第(6)段

10. 辛马先生说, 在第二个分段中, “减损”一词的意思纯粹是事实上的, 应改为“减损条款”。

11. 佩莱先生(特别报告员)说, 这项提议对法文本不适用。

12. 主席说, 如无异议, 他便认为委员会希望根据辛马先生的提议修改英文本。

就这样议定。

经修正的第(6)段通过。

第(7)段和第(8)段

第(7)段和第(8)段通过。

第(9)段

13. 辛马先生说, 本段的引导句中提到准则草案 1.4, 而第一分段中提到了准则草案 1.1.8, 这两者之间是矛盾的。

14. 佩莱先生(特别报告员)提议, 为了消除这个矛盾, 应删除第一分段。

经修正的第(9)段通过。

第(10)段

15. 辛马先生说, 他不能确定第一句中的“另一些”指的是什么, 是否最好改为“另一些声明”或“另一些条款”。

16. 佩莱先生(特别报告员)说, 他认为最好改为“另一些替代程序”。

17. 主席说, 如无异议, 他便认为委员会同意特别报告员提出的修正。

就这样议定。

经修正的第(10)段通过。

第(11)至(19)段

第(11)至(19)段通过。

第(20)段

18. 辛马先生说, 第(19)段中说双边化制度可以追

溯到《关税及贸易总协定》, 而第(20)段中暗示双边化的概念始于 1971 年, 这似乎是矛盾的。

19. 佩莱先生(特别报告员)说, 并不存在矛盾, 因为在双边化概念于 1971 年被理论化之前, 《关税及贸易总协定》的拟订者们事实上已经在不知道的情况下涉入了此概念。表面上的矛盾可能是翻译问题, 因为最后一句中的法文字“théorisée”被译成了“审查”。

20. 布朗利先生提议在英文本中使用“阐述(elaborated)”一字。

经对英文本作出修正的第(20)段通过。

第(21)段

21. 辛马先生说, “以下是开列的 23 种可能的方法”的说法似乎在宣布一个事实上无处可寻的清单。

22. 佩莱先生(特别报告员)说, 这也是翻译错误造成的一个问题。这句话应当改为“然后开列了……”。

经对英文本作出修正的第(21)段通过。

第(22)段

第(22)段通过。

第(23)段

23. 辛马先生说, 应将英文本第二句中的“difference with”改为“difference from”。

经对英文本作出修正的第(23)段通过。

第(24)段

第(24)段通过。

准则草案 1.7.2[1.7.5]评注

第(1)段

24. 伊科诺米季斯先生提议, 重新起草最后一句话, 将“能够提到的几乎不多于两个”删除, 因为准则草案 1.7.2[1.7.5]中列出的程序仅是说明性的, 还有其他替代声明的程序, 如单方面行为等。不过, 若删除上述半句话, 或许应在英文本的“not”和“as”之间添加“nearly”一字。

25. 佩莱先生(特别报告员)说, 由于最后一句话要

引出后面的段落，因此他想将这句话分为两句。第一句话为“但是并没有那么多”，第二句话为“作为示例，能够提到的这类程序有两个”。

26. 主席说，如无异议，他便认为委员会同意特别报告员的修正。

就这样议定。

经修正的第(1)段通过。

第(2)段

第(2)段通过。

第(3)段

27. 辛马先生说，法文 *interprète* 可以指解读法律文本的法学家，但英文字“解释者”的含义狭窄得多，用在此处不当。

28. 哈夫纳先生提议将“解释者”改为“在解释过程中”。

29. 佩莱先生(特别报告员)说，最简单的办法是删除“解释者”这个词语。

经修正的第(3)段通过。

第(4)段和第(5)段

第(4)段和第(5)段通过。

经修正的 C 节通过。

经修正的第七章全文通过。

第四章 国家责任(A/CN.4/L.593 和 Corr.1 和 Add.1-6)

30. 主席请委员会委员审议本报告草案第四章。

A. 导言(A/CN.4/L.593)

第 1 至 9 段

第 1 至 9 段通过。

第 10 段

31. 在有布朗利先生、克劳福德先生(特别报告员)、庞布一奇文达先生和佩莱先生参与的讨论后，主席说，如无异议，他便认为委员会希望保留第 10 段。

就这样议定。

第 10 段通过。

第 11 至 17 段

第 11 至 17 段通过。

A 节通过。

B. 本届会议审议这个专题的情况(A/CN.4/L.593 和 Corr.1 和 Add.1-6)

第 18 段和第 19 段(A/CN.4/L.593/Corr.1)

第 18 段和第 19 段通过。

第 20 段

32. 克劳福德先生(特别报告员)提议，将第 20 段的审议工作推迟至下一天进行。

33. 主席说，他认为委员会同意这项提议。

就这样议定。

第 1 至 12 段(A/CN.4/L.593/Add.1)

第 1 至 12 段通过。

第 13 段

34. 佩莱先生提到最后一句话，认为一方面说，据认为，最好在委员会下届会议上完成某些条款的审议工作，而另一方面，同时请第六委员会在大会第五十五届会议上提供对条款最后部分的反馈意见，这是不可能的。

35. 克劳福德先生(特别报告员)说，他意识到了这个矛盾，提议将这句话改为“有人指出，大会第五十五届会议将给委员会一个最后的机会从第六委员会得到对反措施和解决争端等问题的反馈意见。”

经修正的第 13 段通过。

第 14 段

36. 佩莱先生说，法文本第一句话中的“*article*”应改为“*paragraphe*”。

经修正的第 14 段通过。

第 15 段

37. 佩莱先生说，第一句话应当更清楚，说明指的是特别报告员的报告的第 7 段。另外，第二句话措辞糟糕，应当重新起草。

38. 克劳福德先生(特别报告员)提议，将第二句话

分为两句。第一句在“…… 在本条款草案中明文载述”处结束。第二句以“其他人认为，最好……”开始。

经修正的第 15 段通过。

第 16 段

39. 佩莱先生说，他希望重写法文本中的第 16 段。

40. 主席说，秘书处将使法文本与原始的英文本保持一致。

第 16 段按照这一谅解通过。

第 17 段

41. 佩莱先生提到了第一句话，建议删除“其中包括赔偿的标的”一语。在倒数第二句话中，很难说确定赔偿数额的问题属于外交保护范畴。这至多在受害者是私人个体时才能这样说，但将与确定金额有关的所有问题都归入外交保护的专题是不明智的。

42. 克劳福德先生(特别报告员)提议，将“会在外交保护方面引起如果不是更严重的、也会是同等的关注”改为“因具体情况而异。”

经修正的第 17 段通过。

第 18 段

第 18 段通过。

第 19 段

43. 佩莱先生提议，为了忠实反映辩论情况，应在“支持”一词前添加“强有力的”这一措辞。

经修正的第 19 段通过。

第 20 段

第 20 段通过。

第 21 段

44. 佩莱先生说，为使读者更清楚，应说明第二部分之二、第三章和第二章之二所涉及的是什么。

45. 克劳福德先生(特别报告员)提议，为了解决佩莱先生关注的问题，可以删除该段第一句话，因为该段其余部分可以令人理解。

经修正的第 21 段通过。

第 22 段

46. 佩莱先生提到第二句话，说作为一种社会习俗，至少在法文本中，不应在已故前特别报告员的姓名后加“先生”一词。此外，他还提议将同一句话中的“matière”改为“sujet”。

经对法文本作出修正的第 22 段通过。

第 23 段

第 23 段通过。

第 24 段

47. 佩莱先生说，应将法文本第二句话中的“proposerait”改为“proposait”。

经对法文本作出修正的第 24 段通过。

第 25 段

第 25 段通过。

第 26 段

48. 克劳福德先生(特别报告员)在回答佩莱先生的意见时，提议删除最后一句话中的“即使经过重新安排”一语。

49. 坎迪奥蒂先生说，在法文本中，应在“maintenues”和“complétées”之间加一个逗号。

经修正的第 26 段通过。

第 27 段

第 27 段通过。

第 28 段

50. 克劳福德先生(特别报告员)说，这里的编号“28”实际上并未引出一个段落，应当删除，然后相应地将后面的段落重新编号。

第 29 段

第 29 段通过。

第 30 段

51. 佩莱先生说，法文本最后一句话中的réparations 一字毫无意义，很可能表明了“救济”一字有多么难翻译。

52. 克劳福德先生(特别报告员)提议，为了解决这个问题，应将“宣言等补救措施”这一措辞修正为“诸如宣言”。

经修正的第 30 段通过。

第 31 段和第 32 段

第 31 段和第 32 段通过。

第 33 段

53. 佩莱先生说，他对第四句话中出现“多边义务”措辞感到吃惊。就受害国的情况而言，提及的应当是“权利”。

54. 克劳福德先生(特别报告员)提议，将“多边义务”改为“多边法律关系”。

55. 卡姆托先生说，他同意特别报告员提议的修改办法，但是如果这样修改，就必须把“将多边义务明确归于”改为“将那些权利归于”。

56. 佩莱先生说，倒数第二句话中提到的反措施在此毫不相关，因为第 33 段涉及的是赔偿的一般性原则。

57. 克劳福德先生(特别报告员)在回答佩莱先生的意见时，提议删除倒数第二句话。

经修正的第 33 段通过。

第 34 段

58. 佩莱先生说，应在英文本第四句话中的“政府”前添加“某些”一字。此外，应将法文本第七句话末尾的“de le faire”改为“d’y procéder”。

59. 主席说秘书处将对法文本进行修改。

60. 佩莱先生询问倒数第三句为何出现“保证”这个概念。

61. 克劳福德先生(特别报告员)提议将“保证”改为“限制”。

经修正的第 34 段通过。

第 35 段

第 35 段通过。

第 36 段

62. 佩莱先生说，应在第一句话中的“第 38 条”后增加“若予以保留”一语，因为当时还不能肯定委员会是否会保留这项条款。

63. 克劳福德先生(特别报告员)说，他同意佩莱先生提议的修改。

经修正的第 36 段通过。

第 37 段

64. 克劳福德先生(特别报告员)说，第 37 段事实上不构成一个段落，因此应当删除这个段落编号，并相应地给后面的段落重新编号。

第 38 段

第 38 段通过。

第 39 段

65. 佩莱先生说，“报告第 50(c)段”应当为“报告第 50 段”。

经修正的第 39 段通过。

第 40 段和第 41 段

第 40 段和第 41 段通过。

第 42 段

66. 佩莱先生说，最后一句话，特别是“因为可能有一种个别违背行为的形态本身并不被单独归类为不法行为”这一表达不清楚。

67. 克劳福德先生(特别报告员)提议，将本段的结尾改为“因为可能会发现有一组个别违背行为构成了某种形态，这些个别违背行为本身并非持续性，但所构成的形态却属于持续性。在此情况下，也应……”。

经修正的第 42 段通过。

第 43 段

第 43 段通过。

第 44 段

68. 佩莱先生说，应将法文本最后一句话中的“On a remis en cause”改为“On a émis des doutes sur”。

69. 布朗利先生说，应删除第二句话“虽然认识到”后面的逗号。

经修正的第 44 段通过。

第 45 段

第 45 段通过。

第 46 段

70. 佩莱先生在克劳福德先生(特别报告员)支持下说, 应将第三句话中的“组织灭绝种族行为的法律”改为“组织灭绝种族的法律”。

71. 罗森斯托克先生提议, 修改最后一句话的结尾部分, 改为“特别是因为可以采取符合国际法的方式执行该案文”。可采取这种方式执行各项规定这一事实并不是导致这些规定本身违反国际法的唯一理由。

72. 伊科诺米季斯先生提议, 删除第三句话中的“明文”一词, 因为它可能相反地暗示, 以默认的方式授权警察施行酷刑的法律不会引起国家责任。

经修正的第 46 段通过。

第 47 至 49 段

第 47 至 49 段通过。

第 50 段

73. 佩莱先生在伊科诺米季斯先生支持下说, 第 50 段反映的是他和伊科诺米季斯先生的意见, 但第一句话没有给予准确体现, 应当将这句话改为“关于第 1 款, 有人认为, 在第二部分提到国际不法行为的后果是不合逻辑的: 此种后果就是责任本身, 第二部分所处理的是责任所引起的后果。”

经修正的第 50 段通过。

第 51 段

74. 布朗利先生说, 英文本第三句话中的“reparations”一字应当用单数形式。

75. 佩莱先生说, 在第二句话中, 这个字也应当是单数形式。

经修正的第 51 段通过。

第 52 段

第 52 段通过。

第 53 段

76. 卡姆托先生说, 英文本应当将第四句话中的拉丁词语翻译出来。

77. 布朗利先生说, 在一些法律系统中经常使用有关词语。

78. 哈夫纳先生证实确实如此。

79. 库苏马—阿特马贾先生指出英文字“cause”不能准确翻译出拉丁字 *causa* 的含义。他认为在此应使用拉丁语。

80. 佩莱先生说, 对于不熟悉普通法的人来说, 将不能理解这些词语。因此, 他提议删除对“原因”的列举, 并将该表述改为“对因果关系进行一般研究”。

81. 加亚先生同意这项提议。

82. 克劳福德先生(特别报告员)说, 他也同意这项提议, 但指出英文本应当使用“causation”而不是“causality”。

经修正的第 53 段通过。

第 54 段

83. 佩莱先生说, 他不明白第二句话的逻辑。

84. 克劳福德先生(特别报告员)说, 他也觉得第二句话不清楚。他提议这句话应当在“补偿和抵偿”这一措辞之后结束。

经修正的第 54 段通过。

第 55 段和第 56 段

第 55 段和第 56 段通过。

第 57 段

85. 佩莱先生在克劳福德先生(特别报告员)支持下说, 在第一句话中提到“取消或量化义务的依据”是不可能的。他提议删除“或量化”几个字。

经修正的第 57 段通过。

第 58 至 61 段

第 58 至 61 段通过。

第 62 段

86. 卡巴齐先生说, 最后一句话中使用的“个人”一词表明改变了观点, 他想知道这是为什么。

87. 克劳福德先生(特别报告员)提议, 将最后一句话删除。

经修正的第 62 段通过。

第 63 至 65 段

第 63 至 65 段通过。

第 66 段

88. 佩莱先生提到第四句话后半部分，说它与前半部分矛盾，因为前面说几乎没有过保证不重复的实例，而后面说这种实例在外交实践中是常有的事。

89. 克劳福德先生(特别报告员)说，为使这句话的逻辑更清楚，可以将末尾部分的措辞“不过，在外交实践中是常有的事”改为“另一方面，这些做法在外交实践中是常见的”。

经修正的第 66 段通过。

第 67 段

第 67 段通过。

第 68 段

90. 克劳福德先生(特别报告员)说，应将英文本第一句中的“causality”改为“causation”。

经修正的第 68 段通过。

第 69 段

第 69 段通过。

第 1 至 5 段(A/CN.4/L.593/Add.2)

第 1 至 5 段通过。

第 6 段

91. 罗森斯托克先生说，第 6 段列举了特别报告员报告中某个段落作为论据。按照会议刚才所做的决定，很可能应当说明该段落的内容。

92. 克劳福德先生(特别报告员)提议对其报告第 96 段的提法应修改为“……在许多方面，正如特别报告员在其报告第 96 段中所指出，以及第六委员会的专题摘要所反映的那样……”。经修正的第 6 段通过。

第 7 段

93. 庞布一奇文达先生说，法文本在本段开始处所用的“Plusieurs membres ont applaudi”这种表达法有些过度。他提议使用“Plusieurs membres se sont félicités”这种平常的表达法。

经修正的第 7 段通过。

第 8 至 10 段

第 8 至 10 段通过。

第 11 段

94. 加亚先生指出最后一句话反映了这样一种观点，即“整个国际社会”指的是国家的国际社会。他记得参加讨论的若干委员曾对此表示异议。他提议在本段结尾添加这样一句话“另一些委员则认为，‘整个国际社会’是一个更为广泛的概念”。

95. 辛马先生提到第三句话中提及的非政府组织，他说他认为不必说明那些组织“缺乏一些组成要素，不具备国家资格”。他提议删除这句话。

96. 克劳福德先生(特别报告员)说，他支持上述两项修正。

经修正的第 11 段通过。

第 12 段

97. 辛马先生说，第一句话不清楚。

98. 克劳福德先生(特别报告员)说，为了更清楚，可以将“却没有在案文中就这样的国际社会做出规定”改为“却没有在案文中就国际社会的现有各个机构做出规定”。

经修正的第 12 段通过。

第 13 段

99. 克劳福德先生(特别报告员)提议，删除本段开始处的“但是”一词，因为该段在逻辑上与前面一段并不对立。

100. 伊科诺米季斯先生说，第一句话中的措辞“实际适用于……宽松，并且不切实际”让人看不懂。

101. 克劳福德先生(特别报告员)提议，将之改为“实际适用于……鉴于这种松散和理论化的定性”。

102. 佩莱先生说，法文本中的“caractérisation”一字行不通。在此应当用“qualification”一字。

经修正的第 13 段通过。

第 14 段

第 14 段通过。

第 15 段

103. 辛马先生说，他不明白第四句话为什么要说“国际责任的所有后果都应……适用于所有国家”。

这里的目的是要说清楚各国必须能够援引国际责任的所有后果。

104. 克劳福德先生(特别报告员)提议,将第四句改为“又有人认为,或许除了严重违约情况下的补偿以外,所有国家都应有权针对责任的所有后果援引责任。特别重要的是恢复原状形式的赔偿原则。”

105. 罗森斯托克先生提议,在最后一句话的末尾增加“或任何对不法行为的定性区分”这一措辞。

经修正的第 15 段通过。

下午 1 时散会。

第 2661 次会议

2000 年 8 月 16 日,星期三,下午 3 时 05 分

主席:山田中正先生

出席:阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)

第五章 外交保护(续完)^{*}(A/CN.4/L.594)

B. 本届会议审议这个专题的情况(续完)^{*}

第 68 至 72 段(续完)^{*}

1. 主席宣布报告员已与就这几段表示意见的委员们举行磋商,并且拟订了所有委员都能够接受的新案文。第 70 段中的“据指出”应该改为“支持第 6 条的委员们指出”。就这样议定。

2. 主席说,第 71 段中,头两句和第三句的第一部分,截止及包括“这项分析的出发点”应该改为:“另一些委员支持国家对其本国国民无责任规则,并且提出若干支持这项规则的论点。把特别的着重点放在”,第三句余下部分不作改动,最后一句应予改为:“为双重国籍的国民针对他或她应该忠诚的国家行使保护是不合法的。”

3. 罗森斯托克先生在得到辛马先生支持的情形下说,提议的最后一句的新案文中用“它”指代双重国籍的国民,犯了文法上的错误,应该改为“他/她”。

就这样议定。

4. 主席说,第 72 段的起首语,“但是,特别报告员说明过,”应该改为“这些委员认为”。第五句、第六句第一个词(“此外,”)和第八句应该删除。

就这样议定。

经修正的第 68 至第 72 段通过。

第 73 段(续完)^{*}

5. 主席说,第 73 段应予删除。

就这样议定。

第 74 段(续完)^{*}

第 74 段通过。

第 74 段之二

6. 主席宣读拟议的第 74 段之二的案文:“支持第 6 条的委员重申:第 6 条反映了当前的国际法思潮,并且拒绝这样的论点,也即:双重国籍的国民应该在外交保护方面处于不利地位,因为如果不是这样,他们就会由于他们具有双重国籍身份而得到好处。”

第 74 段之二通过。

第 87 段(续完)^{*}

7. 主席说,第 87 段应该改为:“有些委员认为虽然不应该就给予难民身份之前出现的事项要求难民

^{*} 续自第 2659 次会议。

的国籍国实行外交保护，但应该毫不犹豫地就给予难民身份以后发生的问题要求其国籍国给予保护。”

经修正的第 87 段通过。

第 87 段之二

8. 主席宣读一份拟议的第 87 段之二的文案：“担心对难民的外交保护会对东道国构成负担的委员们认为，联合国难民事务高级专员应该按照各国国际组织为其工作人员提供职能保护的同样方式，向难民提供职能保护。”

第 87 段之二通过。

经修正的 B 节通过。

经修正的第五章通过。

第四章 国家责任(续)(A/CN.4/L.593 和 Corr.1 和 Add.1-6)

B. 本届会议审议这个专题的情况(续)

第 16 段(A/CN.4/L.593/Add.2)

9. 辛马先生认为，在第二句的措辞“对国际义务的履行具有合法利益的国家”和“这样一来”之间插入“但并未直接受害”这一措辞。

就这样议定。

经修正的第 16 段通过。

第 17 段和第 18 段

第 17 段和第 18 段通过。

第 19 段

10. 佩莱先生说，第二句中双引号内最后几个字“其为当事一方的”似乎放错地方，其含义也不精确。

11. 辛马先生在获得克劳福德先生(特别报告员)支持的情形下提议将这几个字删除。

就这样议定。

经修正的第 19 段通过。

第 20 段

12. 辛马先生提议把第二句的“具有合法利益的国家之间的区别，使它”改为“具有合法利益但没有直接受害的国家之间的区别，使它”。

就这样议定。

13. 伊科诺米季斯先生提请注意需要对法文本作编辑上的更正。

经修正的第 20 段通过。

第 21 段

14. 佩莱先生说，第二句表达了一个在他看来无法理解的概念。他提议，删除“因为”两字，“意味着”一词应当改为“导致”。

15. 罗森斯托克先生说，如果修正案文获得通过，应该在英文本的“损害”一词后面加上一个分号。

就这样议定。

16. 卡姆托先生提议第二句中的措辞“不法行为”应当改为“责任”，以确保与案文的其他部分一致。

就这样议定。

经修正的第 21 段通过。

第 22 段

17. 辛马先生提议将第一句中的“有人认为”改为“有些委员认为”。

就这样议定。

经修正的第 22 段通过。

第 23 段

第 23 段通过。

第 24 段

18. 辛马先生说，第二句表达了一个他无法理解的概念。他希望获得澄清。

19. 克劳福德先生(特别报告员)说，他主张删除这一句。

20. 哈夫纳先生说，这一句反映了他表示过的意见，单独地从其中提到的特别报告员报告中的部分文字来阅读，是无法理解的。他不反对删除的提议。

经修正的第 24 段通过。

第 25 段和第 26 段

第 25 段和第 26 段通过。

第 27 段

21. 罗森斯托克先生提请注意第二句：“没有直接受害的国家虽然不能援引责任，却能够要求另一国停止违背义务。”要求停止违约行为事实上就是援引责任，这句话没有意义。他提议将“责任”一词改为“赔偿”。

22. 辛马先生支持这项提议，认为应该伴随着将“援引”改为“要求承担”。

23. 卢卡舒克先生说，罗森斯托克先生提出了一个非常重要的论点，但是如果将“责任”一词删除，这句话将不再具有任何意义或法律基础。他宁可将这一句的案文改为：“没有直接受害的国家可以援引责任，以促使另一国停止违背义务。”

24. 在与克劳福德先生(特别报告员)、佩莱先生和辛马先生进行了简短的讨论以后，罗森斯托克先生在克劳福德先生(特别报告员)的支持下说，可以援引责任的程度并不是随着可以提出的要求而变化的。例如，在人权问题上，可以援引全部的责任，当事人有权要求停止，但是，无权要求赔偿。

25. 辛马先生说，应该按照有关的条文草案审视第 27 段，据此，国家有权做的远远多于只是要求停止违背义务。

26. 伊科诺米季斯先生说，目前的案文应该尽可能地受到尊重，改动越少越好。因此，他认为，应该把第二句改为：“这些国家虽然没有直接受害，至少可以要求另一国停止违背义务。”

就这样议定。

经修正的第 27 段通过。

第 28 段

27. 辛马先生说，第一句措辞笨拙。他建议措辞如下：“……必须区分某项义务及其受益人是否存在”。

28. 克劳福德先生(特别报告员)说，他欢迎“区分”这一措辞。但是，在这句的末尾，他更倾向于使用“义务的受益人”这一短语。由于这一改动，应该将下一个词“因此”删除，并且将行文太长的第二句分为两句。“利益”一字后面的逗号应该改为分号，并且将下一句改为：“在一国侵犯本国国

民人权义务的情形下，这一点特别重要……”。

29. 戈科先生强调了在第二句中保留下列短语的重要性：“……所有具有合法利益的国家都应该具有援引的权利。”

30. 斯里尼瓦萨·拉奥先生要求澄清“某项义务”是否对各国构成额外的要求或者它只是强调一种现有的普遍义务。

31. 克劳福德先生(特别报告员)说，后一种解释是正确的。

经修正的第 28 段通过。

第 29 段和第 30 段

第 29 段和第 30 段通过。

第 31 段

32. 克劳福德先生(特别报告员)说，在第二句中的“国家之间的责任”中，“国家”一词可以删除，因为它是多余的。

33. 哈夫纳先生提请注意最后一句中的“保留条款”在印刷上发生错误。

经修正的第 31 段通过。

第 32 段和第 33 段

第 32 段和第 33 段通过。

第 34 段

34. 佩莱先生说，在法文本的第一句中，“et”应该改为“mais”，以反映这样的事实：一读通过的第 40 条所获得的支持度很低。

35. 辛马先生说，他记得，没有任何一位委员支持第 40 条。即使使用“很少人”一词也会造成混淆视听。

36. 克劳福德先生(特别报告员)说，一部分问题是翻译造成的。法文本使用了“quelques”作为英文本中“few”的对应词。备选案文“……少数支持者但是”是可以接受的；最好是改为“几乎没有支持者并且”。

37. 佩莱先生认为，整句话应该改为简单的表述：“特别报告员注意到一读通过的第 40 条的不足之处得到公认。”

就这样议定。

38. 罗森斯托克先生说，第二句中的“也”一字指代什么并不清楚，应该删除。

就这样议定。

经修正的第 34 段通过。

第 35 段

39. 辛马先生要求澄清第三句后半部分。

40. 克劳福德先生(特别报告员)说，该短语是早先案文的遗迹，实在混淆视听。也没有必要区分“中止”和“终止”。因此，他认为“其先决条件是：涉及一多边义务的权利的“所有权”属于作为一个集体成为一条约当事各方的国家，而不是个别的国家”这一整段措辞都应予以删除。

41. 哈夫纳先生提到同一句的第一部分时发言问起：委员会区别多边和双边义务而不区别条约的表述方式是否正确，因为它是在条约法的语境中这样做的。

42. 克劳福德先生(特别报告员)说，这种想法被压缩得太厉害了。“义务”应该改为“条约”。接着，应该增添一句如下：“可以比照国家责任方面的义务。”

43. 在克劳福德先生(特别报告员)、戈科先生和库苏马-阿特马贾先生进行简短的讨论以后，主席建议以这样的案文取代整个第三句：“委员会在条约法的情形下区分了双边和多边条约，并且强调由于多边条约被违背而特别受到影响的国家应该能够援引违约责任。可以比照国家责任方面的义务。”

经修正的第 35 段通过。

第 36 段

44. 蒙塔兹先生提醒注意法文本中两个印刷错误。第一句的案文应该是“...introduire dûment dans le projet d'articles la distinction....”。

45. 克劳福德先生(特别报告员)补充说，应当用英文词“incorporate”在法文中的对应词取代introduire一词。有些委员说已经作了相关区分，所以不能再“采用”它们。

46. 卢卡舒克先生说，谈论区别义务和违约责任是毫无意义的：两者是完全单独的问题，无论如何，

没有直接涉及国家责任。

47. 克劳福德先生(特别报告员)说，这句中的比较因素是固有的：区别在于对整个国际社会的义务和其他义务之间，以及严重违约责任和其他违约责任之间。他认为，英文本中的“适当区分”应该改为“恰当处理”。

48. 罗森斯托克先生说，“恰当”一词误传了这句话的主旨，它只是确认有些委员主张采取特定的办法，而不是核可这个办法。

49. 克劳福德先生(特别报告员)建议，以“处理”一词替代“适当区分”这一短语。

50. 辛马先生问起：第三句结尾的措辞“若其存在”中使用的“其”是指什么。

51. 克劳福德先生(特别报告员)同意这一句含义混淆不清。他建议将它改为：“但是，就援引权利来说，没有必要提到严重违反对整个国际社会承担的义务的行为。一旦确定……”。有了包容性较大的类别，就无需范围较窄的类别了。

就这样议定。

经修正的第 36 段通过。

第 37 段

52. 加利茨基先生提议，为了澄清，最后一句开头的代名词“他”应该改为“特别报告员”。

经修正的第 37 段通过。

第 1 段(A/CN.4/L.593/Add.3)

第 1 段通过。

第 2 段

53. 托姆卡先生提议将第三句中的“弥补所受损害”改为“弥补损害”。

54. 答复哈夫纳先生的问题时，克劳福德先生(特别报告员)提议将“损害”一词置于第三句的末尾，删除“这是因为，”并且用“如果不这样，”带出新的的一句。

经修正的第 2 段通过。

第 3 段

第 3 段通过。

第 4 段

经对法文本作编辑改动的第 4 段通过。

第 5 至 7 段

第 5 至 7 段通过。

第 8 段

55. 佩莱先生说：第一句中“‘能够反映严重程度’的赔偿金”这一术语的含义为何？

56. 克劳福德先生(特别报告员)说，这是起草委员会一读通过时所用的术语，是指有别于惩罚性赔偿金的惩戒性赔偿金，某些法系没有承认这种区别。他用引号把它括起来以显示这一点，但同时避免使用“惩戒性”一词，在抵偿的情形下，提到的是损害的表现，而不是量化的损失。

57. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，如果保留这些深奥的新术语，就需要在脚注中加以解释。

58. 克劳福德先生(特别报告员)提出“惩戒性或‘能够反映严重程度’”这一表述。

59. 卢卡舒克先生问起：“常见不法行为”一词的含义为何？“一般不法行为”这一措辞似乎更为适当。

60. 蒙塔兹先生说，他认为“expressifs”一字在法文本中没有意义。

61. 戈科先生说，在某些法系中，“惩戒性”可能意味着“惩罚性”，其含义是把应当对损害负责的一方“示众”。

62. 何先生指出，把这个词放入引号是提醒该词是摘引的。

63. 辛马先生建议指明这个词摘引自前任特别报告员。总之，特别报告员应该有权敲定对术语的选择。

64. 克劳福德先生(特别报告员)重申自己偏向于“惩戒性或‘能够反映严重程度’”这一表述。关于戈科先生的论点，该段后半部分明确显示，所提到的赔偿金并不是惩罚性的。关于卢卡舒克先生的有充分依据的论点，最好是把“常见违法行为”改为“普通违法行为(不涉及严重侵权)”。

65. 佩莱先生说，“violations courantes”在法文本中是可以接受的。关于辛马先生的第二个论点，如果特别报告员的术语为他人所不能理解，他就应该说明其含义。

66. 使用“惩戒性或‘能够反映严重程度’”这一表述会在随后一句中引起困难，因为该表述将意味着：该处所指的“惩戒性”赔偿金有别于“能够反映严重程度”的赔偿金。因此需要拟订新的表述，例如：“酌情判处‘惩戒性’赔偿金的观念却会排斥惩罚性赔偿金……”。

67. 克劳福德先生(特别报告员)说，鉴于一些委员的疑虑，最好忽略“能够反映严重程度”这一术语，而只是一般性规定“处以一般的惩戒性赔偿金”。

68. 辛马先生说，“普通”一词有中立的含义，不适合用它来限定“违法行为”。所以，他提议采取“在不涉及严重侵权的违法行为方面”这一折中的表述。

69. 克劳福德先生(特别报告员)提议修改第二句，把“在适当情况下支付惩戒性赔偿金”改为“在适当情况下支付巨额赔偿金”，这意味着：惩戒性赔偿金可能导致巨额罚金，但排斥惩罚性赔偿金。

70. 罗森斯托克先生说，必须增添“通常称为‘抵偿’的……”这一措辞才能把意思表达完全。

71. 佩莱先生说，比较好的表述是：“通常称为一种可能的抵偿方式的……”。必须增添“也即不仅是名义上的”这一措辞来进一步限定“巨额”一词，虽然这句肯定会因此显得笨拙。

72. 布朗利先生说，他反对罗森斯托克先生的提议，因为它曲解了特别报告员的想法。而且，在句中增添这么多不同元素以后，会造成迷惑，就是委员们也几乎无法理解。

73. 克劳福德先生(特别报告员)说，他对罗森斯托克先生的提议没有强烈的感觉，他可以接受佩莱先生的提议，增添“也即不仅是名义上的”这一措辞。但是，如果增添两个元素之一，或者两者均予列入，就需要重拟新句子，并以下列文字开头：“其中不考虑惩罚性赔偿金……”。

74. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(报告员)说, 目前已经对第 8 段原来的案文作了重大的修改, 特别报告员应该拟订新案文并予以分发, 以免造成任何混淆。

75. 克劳福德先生(特别报告员)说, 他将拟订第 8 段的新案文, 供下次会议审议。

76. 主席说, 他认为委员会打算推迟审议第 8 段。

就这样议定。

第 9 至 12 段

第 9 至 12 段通过。

第 13 段

经对法文本作编辑改动的第 13 段通过。

第 14 段

第 14 段通过。

第 15 段

经细微编辑改动的第 15 段通过。

第 16 段

经对法文本作细微编辑改动的第 16 段通过。

第 17 段

77. 针对辛马先生提出的问题, 克劳福德先生(特别报告员)提议修改倒数第一句中的“(如整个国际社会)、甚至非实体”等语, 改为: “或对整个国际社会”。

经修正的第 17 段通过。

第 18 段

第 18 段通过。

第 19 段

78. 针对辛马先生提出的问题, 克劳福德先生(特别报告员)提议将最后一句中的“简单规则”改为“普通规则”。

79. 罗森斯托克先生提议将本段开头的“据指出”这一措辞改为“有些委员指出”, 并且在第三句开头增添“这种观点认为”。

80. 托姆卡先生对第二句中的“不法行为的……后果”的表述提出质疑。

81. 克劳福德先生(特别报告员)解释说, 在一读期间, 有些委员认为, 第二部分应该采取不同的安排方式, 使不法行为的后果限于一节, 并用单独的一节载述第 19 条中所界定的国际罪行的后果。为了解决托姆卡先生提出的问题可以在“结果”和“部分”这两个词后面分别加上逗号, 使这一短语变成“……结果, 在涉及不法行为的部分, 列入了原由罪行造成的后果……”。

经修正的第 19 段通过。

第 20 至 23 段

第 20 至 23 段通过。

第 24 段

82. 克劳福德先生(特别报告员)说, 第五句的措辞“赔偿”应予删除, 使得案文成为“……在霍茹夫工厂案中, 所用的方法是, 赔偿必须……”。

经修正的第 24 段通过。

第 25 段和第 26 段

第 25 段和第 26 段通过。

第 27 段

83. 罗森斯托克先生说, 第四句中的“非法性”应该改为“不法性”。第五句中的表述“有人怀疑”是不合适的。“有人表示怀疑”更文雅一些。

经修正的第 27 段通过。

第 28 段

第 28 段通过。

第 29 段

84. 佩莱先生提请注意一个情况: 英文本最后一句中的“international society”应该改为“international community”。

85. 辛马先生认为, 同一句中的“罪行”一词有必要加以限定。

86. 克劳福德先生(特别报告员)建议采用“第 19 条含义中的‘罪行’”一词。

经修正的第 29 条通过。

第 30 段

第 30 段通过。

第 31 段

87. 辛马先生说, 英文本中“legal nationalization”应改为“lawful nationalization”, 并且指出: 倒数第二句中提到的补偿是根据国际法基本规则给予的补偿。

88. 克劳福德先生(特别报告员)提议从第三句中删除“合法”一词, 并将倒数第二句中的“补偿”一词替换为“赔付所取走财产”。

经修正的第 31 段通过。

第 32 段

89. 辛马先生建议在第二句中的“是会产生的”之后增添“例如”, 因为所述及的情况不仅是在法律上而且是在实际上也办不到的情况。

90. 蒙塔兹先生说, 在法文本中, 第三句的案文应该是“*Il existait des limites au changement de la situation juridique*”。

91. 克劳福德先生(特别报告员)说, 英文本中对应的短语也压缩得太厉害, 无法传达正确的含义。他提议改为: “某些法律制度对可能做出的改变进行了限制。例如……”

92. 哈夫纳先生问起: 在“法律制度”前面增添“国家”两字, 岂不是更好?

93. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(报告员)说, 他认为, 在最后一句中, 各种语文本中与“推翻”一词相对应的术语应该协调, 因为它们并不是精确地互相对应的。

94. 库苏马-阿特马贾先生说, 他倾向于采用原来的案文, 否则国际法委员会就是在批准一个容许各国推卸其国际义务的程序。

95. 克劳福德先生(特别报告员)指出, 委员会不可能批准任何程序, 它只是在表达意见。所述及的情况是一种由于最高法院的判决导致司法失败的情况。该判决的结果可以由于获得赦免而扭转, 但是不能修改宪法从而声称不曾有过该判决。当然, 国际法上的立场是明确的。法律上办不到的情况是有可能发生的。

经修正的第 32 段通过。

第 33 段

第 33 段通过。

第 34 段

96. 罗森斯托克先生指出, 第一句中的“不应利用”应该改为“不应依赖”。

就这样议定。

97. 加利茨基先生提到最后一句说, 特别报告员的结论并不是依据《欧洲人权公约》第 41 条的案文, 而是依据欧洲人权法院的实践。

98. 辛马先生赞同加利茨基先生的观点, 并指出, 或许可以将最后一句删除, 因为没有必要提到区域发展。

就这样议定。

经修正的第 34 段通过。

第 35 至 38 段

第 35 至 38 段通过。

第 39 段

经略作编辑改动的第 39 段通过。

第 40 段

99. 佩莱先生提请注意: 委员会从来没有讨论过“危害”。至多, 它可能提到损害或损失。因此, 应该相应地修改第一句。

100. 布朗利先生说, 应该将第二句中的“一读通过的关于用……一项规定……”改为“一读通过的关于用诸如……的一项规定……”。

经修正的第 40 段通过。

第 41 段

经略作编辑改动的第 41 段通过。

第 42 至 44 段

第 42 至 44 段通过。

第 45 段

101. 辛马先生说, 对国有化和征用情形下的补偿进行了长时间的讨论, 但是, 在讨论末尾, 一些委员激烈地认为, 补偿与国家责任无关。或许, 把整段删除是比较慎重的, 因为有些委员显然冒然进入了与本专题无关的主题。

102. 布朗利先生说, 他主张保留委员会的审议详情。

103. 克劳福德先生(特别报告员)说, 他同意布朗利先生的意见。

第 45 段通过。

第 46 段和第 47 段

第 46 段和第 47 段通过。

第 48 段

经略作编辑改动的第 48 段通过。

第 49 段和第 50 段

第 49 段和第 50 段通过。

第 51 段

经对西班牙文本略作编辑改动的第 51 段通过。

第 52 段

第 52 段通过。

第 53 段

经对法文本略作编辑改动的第 53 段通过。

第 54 段

经略作编辑改动的第 54 段通过。

第 55 段

104. 克劳福德先生(特别报告员)说, 最后一句的“在诉讼待决之前”应该改为: “在可能起诉或诉讼待决之前”。

经修正的第 55 段通过。

第 56 至 69 段

第 56 至 69 段通过。

第 70 段

105. 布朗利先生问起: 在第四句中, “应付赔偿金的利息”与“利润损失”之间是否漏掉了什么?

106. 克劳福德先生(特别报告员)提议措辞如下: “判给利润损失期间不应计入利息”。

107. 罗森斯托克先生说, 就基本投资所涉及的利息来说, 这一措辞方式是正确的。但是, 如果有人奉命付款以补偿利润损失而不曾支付该款项, 大概就应该计入那段拖欠期间的利息。因此, 需要小心处理这段案文。

108. 克劳福德先生(特别报告员)提议, 在“重复赔偿”后面加上一个句号。下一句应该这样开头: “此外, 不能认为, 如果未发生不法行为, 受害国也能……”。

经修正的第 70 段通过。

下午 6 时散会。

第 2662 次会议

2000 年 8 月 17 日, 星期四, 上午 10 时 10 分

主席: 山田中正先生

出席: 阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺先生、伊留埃卡先生、卡巴齐先生、卡姆托先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

国家责任¹(续完)*(A/CN.4/504, A 节;
A/CN.4/507 和 Add.1-4; ² A/CN.4/L.600)

[议程项目 3]

起草委员会二读提出的条款草案

1. 主席请起草委员会主席加亚先生介绍起草委员会有关国家责任的报告, 其中载有起草委员会二读通过的条款草案(A/CN.4/L.600)。

* 续自第 2653 次会议。

¹ 国际法委员会一读暂时通过的条款草案的案文, 见《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 61 页, 第三章, D 节。

² 转载于《2000 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。

2. 加亚先生(起草委员会主席)说, 本届会议期间, 起草委员会举行了 27 次会议, 其中 24 次专门讨论国家责任专题。起草委员会完成了对提交给它的一些条文的审议, 目前已经能够提交全部案文。但是, 起草委员会认为, 应该推迟最后通过案文的日期, 以便有机会在下届会议开始时审查条文。为了作一个完整的描述, 提交国际法委员会的报告纳入了起草委员会在国际法委员会第五十届³和第五十一届⁴会议上通过的条文, 只作微小的改动。所有条文都重新编号, 一读通过的条款编号放入方括号置后。

3. 起草委员会已经处理在第一部分的条文中尚未确定的一些问题。第一, 起草委员会把标题改为“一国的国际不法行为”, 它比原来的标题“国际责任的起源”更加适合于第一部分的内容。第二, 起草委员会删除了第一部分第三章中一读通过的关于用尽当地救济的第 22 条, 因为这个问题是在第 45[22]条中处理的。第三, 起草委员会将 A 条从第一部分第二章移到了第四部分, 这是考虑到在草案的新结构中, 这一条最好置于关于一般规定的部分。第四, 起草委员会删除了第五章的第 34 条之二, 这一条的案文是特别报告员拟议的, 其中第 1 款要求援引排除不法性情况的国家尽快通知其他当事国。审议了关于反措施的条文以后, 起草委员会总结认为, 第 34 条之二没有必要存在, 很难在通知中陈述一项可平等适用于一切排除不法性情况的一般规则。

4. 特别报告员提议改动条款草案的结构, 获得了国际法委员会的普遍支持。他将第二部分中的援引责任条款同责任内容条款区分开来。结果拟订了一个题为“国家责任的履行”的第二部分之二。第二部分之二载述因实施了国际不法行为依法应该承担的次级后果和处理这些后果的各种方式之间的区别。它载述了援引责任的权利问题、可否提出权利要求和反对双重追索规则等问题。为了避免与关于解决争端的第三部分草案混淆, 这个新的草案部分暂时称为第二部分之二。国际法委员会必须重新审议对各部分的编号问题。所有一般性条款都已置于第四部分中。

³ 《1998 年……年鉴》, 第一卷, 第 2562 次会议, 第 72 段。

⁴ 《1999 年……年鉴》, 第一卷, 第 2605 次会议, 第 4 段。

5. 他接着介绍了起草委员会在本届会议上二读通过的条款。

6. 第 23[30]条是第一部分中唯一的新条文。国际法委员会将对该条文的审议推迟到所有有关反措施(这无疑是最具争议性的国家责任问题之一)的条文草案都提交以后进行。委员们的主流看法是: 反措施只能在特定的和有特别规定的条件下采取并且需要受到若干限制。但是, 把所有这些要素放在一个条文中, 将需要有一个极为冗长的案文, 同第一部分第五章中关于排除不法性情况的其他条文不成比例。因此, 起草委员会决定在第一部分中载列一个关于反措施的较短条文, 在内容和条件方面与第二部分之二中的有关条文联系起来。

7. 第 23[30]条开头的措辞与一读通过的第 30 条相同, 并且载明: 只有符合了若干条件以后, 反措施的不法性才得以排除。首先, 反措施只有在与责任国有关的情形下才有可能正当的。“在并且只在……的情况下”的措辞方式是为了指明这个条件。第二, 只有在符合第 50[47]条至第 55[48]条所规定的条件的情形下才能够采取反措施。起草委员会刻意强调第一个条件, 为此使用的措辞方式是: “针对*另一[责任]国采取的一项反措施”应该照顾到国际法委员会表示的一些关切, 也即不应该针对第三国采取反措施。一读通过的这一条案文中的“反措施”曾经受到“legitimate (合乎法律的)”一词的限定, 特别报告员把它改为“lawful (法律所许可的)”。起草委员会无法从这两个限定语中商定一个, 决定不以任何方式限定反措施, 只是援引了对实行反措施做出条件限制以及对反措施本身进行限制的一些条款。

8. 第二部分分为三章, 目前的标题是“一国国际责任的内容”。第一章: “一般原则”, 由七个条文组成。

9. 第一个条文是第 28[36]条, “国际不法行为的法律后果”, 相当于一读通过的第 36 条第 1 款。起草委员会没有改变特别报告员拟议的措辞方式。也保留了经过特别报告员订正的标题: “国际不法行为的法律后果”。该条文适用于第二部分所载所有条文的一般原则, 其中规定: 一国的国际不法行为所引起的国际责任按照第一部分的规定需要承担第二部分中所规定的法律后果。

10. 第 29[36]条的标题是“继续履行的责任”，相当于一读通过的第 36 条第 2 款和特别报告员拟议的第 36 条之二。第 36 条之二由两款组成。第 1 款来自第 36 条，第 2 款合并了关于停止的第 41 条和关于承诺和保证不重复的第 46 条，特别报告员曾经建议把它们放置在单一的条文中。大家想必记得：有些委员没有同意这项建议，他们要求拟订两个条文而不是一个。起草委员会遵循了这个建议，因此提交了第 29[36]条和第 30[41、46]条。第 29[36]条以特别报告员的提议的案文为基础。起草委员会认为，新的措辞方式更为明确地载述了这样的原则：不法行为的法律后果不影响一国继续履行被它违背的义务的责任。但是，作了一些改动。它没有使用特别报告员所提议的“当事国”一词，而改用起草委员会认为含义足够明确的“责任国”一词。这并不是意味着必须在全部案文中以“责任国”一词取代“实行了国际不法行为的国家”一语。在某些情形下，较长的用语比较明确或者比较文雅。起草委员会也以“这个部分”取代“这些规定”并且以“被违背的义务”取代“国际义务”。

11. 第 30[41、46]条的标题是“停止和不重复”，相当于特别报告员提议的第 36 条之二第 2 款和一读通过的第 41 条和第 46 条。因此，它同时处理了停止和不重复问题。许多委员在国际法委员会的辩论期间说过，这两个内容在逻辑上互相联系，可以放置于单一的条文中。起草委员会也赞成这个看法。在起首句中，它用“国际不法行为的责任国”取代“实行国际不法行为的国家”，这就使得含义更加精确，因为某一国家可能没有亲自实际实行不法行为，但可以要求它为另一国家的行为负责。

12. (a)项处理停止不法行为的义务，相当于一读通过的第 41 条。许多委员与特别报告员一样认为，停止的问题应该置于第二部分第一章，而不是第二部分第二章。大家想必记得：一读通过的第 41 条和特别报告员对第 36 条之二第 2 款(a)项的修订案文中都处理过持续发生不法行为情形下的停止问题。有些委员认为，对措辞的限制没有必要那么严格。起草委员会也同意：(a)项也应该适用于一国接二连三地违背义务的情况，并且认为，“继续”一词可以被理解为包括这些情况。起草委员会把该项的措辞方式简化了，新的措辞方式“在从事一项持续性的不法行为时，立即停止该行为”的含义范围比较广泛，因此比较可取。

13. (b)项相当于一读通过的关于承诺和保证不重复的第 46 条。国际法委员会同意特别报告员的分析，也认为，这个问题应该在第一章、而不要在第二章中处理。有几位委员指出：承诺和保证不重复并不是在任何情况下都合适。在有重复的疑虑情形下特别有必要承诺和保证不重复。(b)项涉及单一的行为、一系列的行为和持续发生的行为。承诺和保证不重复采取不同的形式，涉及不同的情况。通常承诺是用口头表示的，而保证不重复则牵涉到另外的情形，也即：某些预防性的行动。在有可能重复发生不法行为的情形下，才适于要求承诺和保证不重复。它们是特殊情况下的措施。这是(b)项起首句“在必要情况下”等语所要表述的意图。起草委员会同国际法委员会一样，已经充分注意到，在过去，保证不重复已经牵涉到影响深远的要求，但是，它认为，不能仅因为有些要求是过度的要求就从条文中去掉保证。在某些特殊情况下，说口头保证不够充分可能是合理的。

14. 关于第 31[42]条，他忆及：由于有些政府认为一读通过的第 43 至第 45 条的含义发生重叠并且第 42 条本身也不够明确，因此特别报告员拟议了有关赔偿及其各种形式的条文的修订案文。提议的第 37 条之二有一部分是以一读通过的第 42 条第 1 款为基础的。考虑到第二部分的新结构，起草委员会认为它应该界定第 31[42]条的范围，说明责任国有对不法行为所造成的损害有充分赔偿的义务，并接着对损害的概念下定义。因此，拟议的条文包括两款。

15. 对于第 1 款，起草委员会首先审议了“充分”赔偿的问题。在全体会议中，有人提议予以删除，起草委员会却决定保留一读通过的这一条文的措辞方式，作为对赔偿的一般原则的表述。但是，案文没有处理损害问题。第 42 条第 1 款规定了充分赔偿，但没有指明应该给予哪种程度的充分赔偿。而且，条文是用受害国的权利加以表达的，特别报告员从责任国的义务的观点拟订条文。为了进一步明确，也为了处理因果关系问题，他使用了“该行为产生的后果”一语作为充分赔偿的标的。起草委员会认为这些用语具有误导作用。不法行为产生的“后果”这一概念比充分赔偿的标的的含义广泛。实际上，赔偿只是为了赔偿损害，而不是为了解决不法行为产生的所有后果。

16. 第 2 款把“伤害”界定为任何损害，无论是一

国国际不法行为所产生的物质损害，还是精神损害的后果。因此，人们对伤害作了广义的理解。对“伤害”和“损害”的含义有何不同进行了一些讨论。起草委员会的一些委员认为，这两个用语的含义不同，但是没有就不同之处在何处达成一致意见。起草委员会最后决定把伤害界定为包括任何损害。除了“物质损害”以外还提到“精神”损害是为了容许对“伤害”一词作广义的解释。可以认定“精神”损害不只是遭受苦难，也包括伤害的广泛概念，有些人可能把它解释为“侵犯合法权利”并且已经使得各国受害。因此，第 2 款中对伤害所下的定义所引起的那类义务不只包括引起恢复原状和补偿义务的那种伤害，还包括会引起抵偿义务的那种。

17. 第 2 款也处理了在国际法委员会的辩论期间提起的另一个问题，即在一读通过的条文中没有提到过的国际不法行为和伤害之间的因果关系问题。这一款用“……一国国际不法行为的后果引起的[伤害]”提到因果关系。起草委员会审议了用于限制该因果关系的若干建议，但是，最后它认为，由于就每一违背国际义务的行为来说，对因果关系的要求不一定都一样，对某一限定词的使用可能不是谨慎的，甚至不是精确的。对因果关系的需求通常表述于初级规则中。只要阐明：伤害应该是不法行为的后果这个论点，那也就够了。但是该评注应该阐明因果关系问题。

18. 第 32[42]条的标题是“与国内法无关”，相当于一读通过的第 42 条第 4 款和特别报告员拟议的第 37 条之三。第 42 条第 4 款规定，实施了国际不法行为的国家不能援引其国内法的规定作为未能提供充分赔偿的理由。特别报告员删除了这一款，因为二读通过的第 3[4]条处理了同一问题，并且包括了这一点。从国际法委员会中的讨论看来，显然，情况不是这样。第 3[4]条提到国内法与某一行为是否定性为不法行为无关，但不包括第二部分中所涉及的问题。因此，起草委员会决定拟议新的第 32[42]条。它对一读通过的案文作了若干文字上的改动，以使它适应第二部分的新结构。还扩充了案文的内容：它涉及国内法与履行第二部分所规定的义务无关的问题。这部分是归因于第二部分的新结构，它认为承诺和保证不重复是与赔偿分开的另一个事项。

19. 第 33[38]条的标题是“国际不法行为的其他后果”，相当于一读通过的第 38 条。同特别报告员不一样，起草委员会认为，应该保留这一条，因为它具有两个功能：第一，维护对可能没有完全体现在条款草案中的国际习惯法国家责任规则的适用；第二，意图维护因违背并非由国家责任规则本身所产生、而是源自条约法或国际法其他领域的某项国际义务带来的某些影响。将在评注中解释这一点和该情况与特别法原则之间的区别。

20. 第 34 条的标题是“本部分所包括国际义务的范围”，其中议定了第一章的规定。特别报告员所提议的第 38 条之二第 1 款指出：如何界定第二部分中责任国的义务所针对的国家取决于据以确定已违背之义务的初级规则，也取决于违背义务的情况。例如，视情况不同，海洋污染可能影响整个国际社会或者一个或一个以上的沿海国。第 1 款只是指明：责任国可能对另一个国家、若干国家或整个国际社会都存在义务。提到“若干国家”的情况包括某一违背行为影响到条约的所有其他缔约国或根据习惯法确立的某个法律制度。例如，当某项义务可以被界定为“多边”义务时(某一裁军条约所规定的义务便可能属于这种情况)，要是某一国家违背了该义务，必然影响到条约的所有其他缔约国。当对某一国家负有一项赔偿义务时，该国不一定因此而受益。例如，一国对违背保护人权条约所规定的义务所承担的责任可能对该条约所有其他缔约国都存在，但是，必须把受到影响的个人视为最终受益人，并且在这个意义上，视其为拥有赔偿权利的人。

21. 特别报告员曾经把第 2 款拟议为第 40 条之四。其目的是阐明：虽然第一部分适用于可以认定某一国家实施了某一国际不法行为的所有情况(第四部分所规定的例外除外)，但第二部分对范围做出了较大限制。如果赔偿义务针对国家以外的实体产生，则第一部分不适用。

22. 第二部分第二章的标题是“赔偿的形式”，由六个条文组成。头一个条文是第 35[42]条“赔偿的形式”，它相当于一读通过的第 42 条第 1 款和特别报告员拟议的第 37 条之二修订案文的第 2 款。起草委员会决定第二章以一个引言条款开头，其中仅开列所有赔偿形式，关于每一种赔偿形式的条文则叙述特定赔偿形式的内容及其适用方式。该条文的评

注也应该说明：充分赔偿并不总是必须或者有可能以某种赔偿形式进行的。它可能需要采取所有的形式或者只是其中的某些形式，这取决于已经造成的损害的性质和程度。此外，起草委员会认为，初级规则可能对赔偿的方式和程度起到重要作用。应该在评注中全面说明这个问题。由于第 31 条第 2 款已经界定损害的定义，因而简化了第 35[42]条的措辞方式。案文没有使用“后果”一词，而只提到“对……造成的损害的充分赔偿”。

23. 第 36[43]条的标题是“恢复原状”，相当于一读通过的第 43 条，它所使用的起首条款，除了这一点以外，同第二章的其他条文一样，按照国际不法行为责任国的义务拟定了案文，因此以以下措辞作为起首：“——国际不法行为的责任国有义务”。国际法委员会讨论了本条文是否应该仅谈及责任国有义务恢复原状或者也应该包括“恢复到实行不法行为以前所存在的状况”这一措辞，该措辞已经出现在一读通过的案文中。有人指出，这些用语载明的是一般政策，适用于充分赔偿，而不仅是适用于恢复原状(某种赔偿方式之一)。由于第 31[42]条和第 35[42]条都提到充分赔偿，对有关用语应该采用狭义的解释，应该只是意图包括诸如归还被盗文化财产的情况。起草委员会也注意到恢复原状概念的复杂性，例如恢复原状可能包括复原或者涉及恢复权利。这些问题可以在评注中讨论。因此，起草委员会决定保留上述用语。

24. 在同一情形下产生了另外两个问题。第一，有人认为，应该提到“如果没有国际不法行为则目前可能仍然存在的情况”。起草委员会认为使用这种措辞方式有困难，因为它是充分赔偿的同义语。关于第二个问题，即：“实行不法行为以前”一语所指的时限，起草委员会认为，这个时限在一定程度上取决于实际情况和前因后果。例如，若有合理的疑虑认为非法取走财产的行为将要发生，可能影响该财产的价值。因此，时限通常指实行不法行为的时间，但是，在某些情形下，它可能指较早的时间。应该在评注中讨论这些问题。

25. 起草委员会决定以“恢复原状”取代“实物恢复原状”，因为它的含义范围较狭窄。一读通过的案文中也出现过的“在并且只在恢复原状的情况下”这一用语考虑到了恢复部分原状，并且阐明了恢复原状的优先地位高于补偿，但必须符合该条文

本身所规定的条件。

26. 一读通过的条文规定了一般规则的四个例外情况，起草委员会所提交的案文却只载列了两个。委员们普遍支持(a)项例外，因此起草委员会予以保留。起草委员会认为，“实际上做不到”这一用语是为了包括法律上不可能办到的若干情况，例如会侵犯第三方合法权益的情况。但是，(a)项并不处理互相冲突的国际义务，因为这些义务不属于第 36[43]条的范围。应该在评注中解释这些事项。起草委员会删除了在一读通过的案文中作为(b)项出现的属于强制性规范的例外情况，因为它认为：不仅恢复原状会违背强制性规范的可能性极其微小，而且，鉴于有关遵守强制性规范的第一部分第 21 条，从根本性质来说，强制性规范显然凌驾于与它抵触的所有其他规则之上。此外，在恢复原状方面，明文提到强制性规范可能被视为意味着相反的论证，认为同一例外不适用于条款草案中所载述的其他义务。起草委员会提交的(b)项相当于一读通过的(c)项，只是在文字上作了细微的改动，例如删除“受害国”一词。这些用语并不是极为恰当，因为：第一，受害国可能不只一个；第二，可能不必按照受害国、而是必须按照最终受益人的情况评价受益情况。这些关切是用“从恢复原状……所得到的利益”这一较短的用语表达的。一读通过的(d)项是个例外条款，它规定恢复原状不应严重危害责任国的政治独立或经济稳定，对此，起草委员会认为，这些情况必须视为稀有情况，无论如何，必须适用(b)项的规定。

27. 起草委员会总结认为，可要求某一法院或仲裁法庭发布的特定清偿命令并不属于为第二部分通过的补救措施分类。同样的情况也适用于对权利的司法宣告。基本上，这些都是程序上的补救，应该在评注中提到这一点。

28. 第 37[44]条的标题是“补偿”，该标题没有经过修订，它相当于一读通过的第 44 条，也处理了利息和利润损失的问题。特别报告员根据各国政府的意见，建议以单一条文处理利息问题，并以比较广泛的方式予以处理，因为它涉及一些重要问题。起草委员会遵循了这些建议。第 37[44]条解决了补偿和利润损失问题，而不是利息问题，利息问题在第 39 条中处理。与一读通过的案文一样，第 37[44]条由两款组成。第 1 款中规定了补偿的一般原则，第

2 款则更加详细地规定了应当给予补偿的对象。

29. 起草委员会接受了特别报告员的建议，也即在形式上，以要求责任国履行义务的形式重新拟定第 1 款，而不是按照一读所采取的办法那样，以受害国权利的形式拟定该款。此外，起草委员会把“实行了国际不法行为的国家”改为“一国际不法行为的责任国”，以便符合前款的措辞方式。起初，起草委员会考虑在第 1 款对损害施加“经济上”或“资金上”可以评估的限制条件。但是，后来决定把这种限制条件放置在第 2 款中，作为指明补偿金额的方式，认为这样处理比较合适。起草委员会因此选择比较概括地提到“该行为造成的损害”，该措辞似乎比较容易理解，同时仍然保留了行为和损害之间的因果关系。按照特别报告员的建议，起草委员会也将一读通过的“在并且只在损害没有以恢复原状方式得到补偿的情况下”改为“如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿”。不过所起到的作用还是一样。完全恢复原状并不总是办得到的，即使办得到，有关国家也可能只议定部分地恢复原状，即使受害国在有权做出选择的情况下也可能只愿意部分地恢复原状。一读通过的该款的末尾提及的“实物恢复原状”也缩短为“恢复原状”，这是起草委员会决定第 36[43]条的措辞之后带来的必然结果。与一读通过的案文一样，该条没有处理多个受害国的问题，可以在评注第 47 条时提到这个问题。

30. 尽管特别报告员最初提议应当将第 2 款删除，这一款还是被保留了下来。起草委员会认为，国际法委员会的辩论证明了在一读通过的条文草案中载列于第 2 款的办法得到了支持。起草委员会因此试图改进一读通过的第 2 款的案文。除了利息问题以外，第 2 款还考虑了另外两个问题：对损害或伤害的概念进行限定以及和增添一些提到利润损失的文字。起草委员会认为，无论是补偿条文中对损害或伤害所作的区别、抵偿条文中所提到的损害或伤害，还是特别报告员所拟议的相关案文，似乎都不完全准确或有所帮助。一国所遭受的“精神损害”概念令人有点难以捉摸。此外，考虑到已经载列于关于赔偿的第 31[42]条第 2 款中的对于“伤害”一词的广泛定义，起草委员会认为，为了避免补偿和抵偿的重叠，应该以比较直截了当的标准区分与补偿有关的损害或伤害以及与抵偿有关的损害或伤害。根据这个办法，关于补偿的第 37[44]条和关于

抵偿的第 38[45]条之间的主要区别涉及相关损害是否能够以资金数额进行评估。因此，起草委员会拟定了一项表述，为了第 37[44]条的目的，将损害或伤害限定为可以用资金数额予以评估的，以便与不能用资金数额予以评估的补偿情形下的损害或伤害形成对比。在起草时，起草委员会注意到，一读通过的案文中提到可以在经济上予以评估的损害，各国政府对此并没有表示不赞成。但是，经过一番讨论以后，起草委员会决定“在资金上可以评估的”这一措辞方式比较精确。起草委员会遵循国际法委员会提出的建议，也决定在第 2 款中提到利润损失。按照商定，要求补偿利润损失并非一定是要求给予全额赔偿。它部分取决于对已被违背之义务做出规定的初级规则的内容。起草委员会考虑了法庭在谨慎处理是否准予利润损失补偿方面的实践。主要的思想表现在一读通过的案文中使用的“酌情”这一用语上。起草委员会意图拟订能够限制投机性求偿的较模糊的标准。在讨论了各种术语以后，起草委员会最终决定采用“确定”一词。将在评注中详细谈论这个问题，并且说明：虽然同样是遇到损害的情况，但有些包括利润损失，另一些则不包括。

31. 起草委员会提交的第 38[45]条处理的是最后一种形式的赔偿，也即抵偿，该条相当于一读通过的第 45 条。国际法委员会和起草委员会对这个条文进行了广泛的辩论，一致认为，抵偿并不是一种普通的赔偿形式。在大多数情形下，如果一国的国际不法行为造成的损害可以用恢复原状或补偿予以充分赔偿，那就没有抵偿的余地了。起草委员会也认为，只有对该国造成的损害是不能在资金上予以评估的情况下才能够准予抵偿，考虑到过去曾经要求过的一些不合理的抵偿形式，必须对抵偿做出一些限制性规定。

32. 这个条文分为三款。第 1 款规定了抵偿的法律性质，以及可能准予抵偿的损害情况。考虑到：有几位委员无法接受特别报告员在提案中使用的“提议”一词，认为它不符合提供抵偿的义务的法律性质。起草委员会把第 1 款的案文改为：“一国际不法行为的责任国有义务抵偿……”。因此，新的措辞方式使得起首条款符合第二章先前各条款。第 1 款最后部分的案文为：“该行为所造成的损失，除非已^{*}恢复原状或补偿方式得到赔偿”，强调了可准予抵偿的损害类型和抵偿的极为特殊的性质。抵

偿是为了救济无法在资金上予以评估的、相当于有意冒犯该国的损害。它常常具有象征性质。

33. 第 2 款说明了抵偿的方式，基本上符合一读通过的条文的第 2 款以及特别报告员提议修正的第 2 款和第 3 款。考虑到在国际法委员会上提出的意见，起草委员会认为，一读通过的案文和特别报告员拟议的案文毫无必要地详尽列出了可准予采取的抵偿类型。虽然似乎应该举例说明，但也没有必要详尽开列。起草委员会提交的款文规定：“抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或另一适当方式”。“另一适当方式”表明这一列举并未穷尽一切可能的抵偿方式，并且表明：适当的抵偿方式可取决于违背义务的情形。第 38[45]条是否应该在各种抵偿方式中提到对于其行为带来国际不法行为的个人采取纪律或惩罚措施呢？这个问题在国际法委员会和起草委员会内部引起了不同的意见，由于第 2 款无意提供详尽的清单，起草委员会也就决定不在案文中提到纪律或惩罚措施。将在评注中做出适当的解释。按照国际法委员会提出的意见，清单中没有包括惩戒性赔偿金，一读通过的第 2 款(c)项已经间接提到采取这项措施的可能性，后来，在讨论特别报告员关于第 41 条所列特定违背义务类别的提案时也提到了这一点。

34. 第 3 款与一读通过的条文的第 3 款相对应，是以特别报告员提议的案文为基础拟订的。鉴于以往发生过不符合各国主权平等的滥用情形，它根据如下两个标准规定了对抵偿的限制条件：第一，抵偿不应与损失不成比例；第二、抵偿不得采取羞辱责任国的方式。起草委员会注意到，相称性条件不仅针对抵偿的情况，但认为相称性不能被视为是以同样方式适用于不同情况的一般标准，并发现以强调该标准对抵偿具有重要意义的的方式来表述该标准是有用的。

35. 第 39 条的标题是“利息”，相当于特别报告员为答复一些政府的意见而提出的第 45 条之二。但是，一读通过的案文并没有载列一个单独的条文，只在第 44 条第 2 款中提到利息。国际法委员会的辩论已经明确显示：利息并不是一种自主的赔偿形式，并且不一定在每一种情况下都是补偿的一个必要部分，但有可能为了要求充分赔偿而计入利息。这也就是为什么起草委员会根据特别报告员的提议作了一些文字上的改动之后提出的案文使用了有别

于“补偿”的“本金额”一词的原因。

36. 第 1 款的措辞为：“为确保充分赔偿而有必要时，也应支付……利息”，它足够灵活，足以避免这样的理解，也即：利息的支付是自动的。这种处理方式也符合各种法系的传统和国际法庭的实践。

37. 第 2 款指出利息从应支付本金额之日起算，至履行了该项义务之日为止。就此而论，这一条文处理的是判决后的利息，但是涉及用以弥补法院或法庭所判给的金额的利息。评注中应该载明：如果受害国会因此获得双重补偿，则不得同时领取利息和对利润损失的补偿。

38. 第 40[42]条的标题是“促成损害”，它实质上是为了处理一读通过的第 42 条第 2 款中处理的问题，即：由于疏忽造成损害的情况。特别报告员认为，这个问题具有足够的重要性，应该用单一的条文予以处理，他为此拟订了一项案文作为第 46 条之二。起草委员会拟议的条文没有处理减轻责任的情况。起草委员会假定责任已经产生。该案文以特别报告员拟议的(a)项的案文为基础，而后者又是以一读通过的案文为依据。它载列了一项单一的款文，其中规定：“在确定赔偿时，应考虑到提出索赔的受害国或任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为造成损害的情况”。根据这一条文，以及一读通过的案文，并不是每一作为或不作为都具有相关性，只有出于故意或出于疏忽的才具有相关性。同样如同在一读通过的案文中所载述的，相关的作为或不作为也有可能是与提出索赔的受害国或任何受害人或实体做出的。“提出索赔的”等语与一读通过的案文及特别报告员拟议的案文不同，后两者的措辞都是“以其名义提出索赔的”。提到索赔的文字首次在该条文中出现。起草委员会认为，它出现在第二章是不合适的。

39. 该条文是灵活的。“疏忽”一词没有受到任何形容词的限定。疏忽与赔偿之间的关系取决于造成损害的程度和个案的实际情况，这属于更适合在评注中做出解释的问题。“应考虑到”等字意味着：该条文处理的是能够减少赔偿的一些因素。特别报告员拟议的条文的(b)项已被删除，因为在起草委员会看来，不能确定国际法中存在减轻损害的义务。因此，在评注中应该说明，如果受害国能够采取任何措施，以减少损害，它就应该采取这些措施，要

是未能在适当的案件中这样做，那么这种情形在确定赔偿额时可能会被考虑在内。

40. 关于的第二部分第三章，“严重违反对国际社会的基本义务”，起草委员会难以抉择。一读通过的案文涉及“国际罪行”，在国际法委员会内部和各国政府之间都引起了争议。特别报告员建议舍弃这种处理方式，转而集中精力处理对整个国际社会的各项义务和严重违反这些义务所产生的影响。按照该处理方式，他向国际法委员会提交了一些提案，其中包括删除一读通过的第 19 条，以及增添一项新条文来处理违反对整个国际社会的义务的后果。这些后果在很大程度上相当于一读通过的有关国际罪行的条文所设想的后果。但是，特别报告员拟议的案文未能解决国际罪行这一概念的支持者和反对者提请注意的所有问题。考虑到在国际法委员会上发表的评论意见，起草委员会基本上遵循了特别报告员的处理方式。删除了提到国家的国际罪行的文字，但确定了一些严重违反对整个国际社会的义务的特殊后果。这似乎是起草委员会希望达成共识的中间地带。但是，有些委员表达了保留意见，特别是对第 42[51、53]条，“严重违反对整个国际社会的义务的后果”，的第 1 款。

41. 第三章由两条组成。第 41 条，“本章的适用”，相当于特别报告员拟议的第 51 条，其中规定：本章适用于构成一国严重违反对整个国际社会承担并对保护其利益至关重要的义务的国际不法行为所产生的国际责任。因此规定了三个条件。第一，必须是对整个国际社会承担的义务。第二，必须是对保护其基本利益至关重要的义务。第三，必须是严重的违反行为。诚然，这些准则都是一般性的，不是很精确，但是它们的用意是要提供一般指导方针，说明第三章中所处理的义务和违背义务行为的全面性。

42. 为了进一步澄清“严重”违背义务行为的概念，第 41 条第 2 款规定了两个准则。第一，此种违背义务行为涉及责任国“严重或一贯”不履行该项义务。第二，此种违约行为有使“受其保护的基本利益”，即第 1 款中所提到的整个国际社会的基本利益，“受到重大损害的危险”。“严重”一词强调责任国未能履行义务的性质和严重性，为此规定了超出简单疏忽程度的一项标准。“一贯”一词也强调了责任国未能履行义务的性质，为此促请注意

未能履行义务情事屡次发生的情况。显然，这一款不包括微小、琐细、非主要或可疑的违背义务行为。此外，这种未能履行义务的后果必须是有“受到重大损害的危险”。起草委员会考虑了特别报告员提议的“不可逆转的”损害的措辞方式，但是认为它并不总是恰当。例如，在侵略的情况下，如果侵略者撤退，这个局势才可以称为不可逆转的。特别报告员也提议过“明显违背”的措辞方式，但是，起草委员会没有同意采用，因为担心它会排除以不能被定性为“明显”的微妙方式实施的严重违约行为。

43. 第三章的另一条是第 42[51、53]条，相当于一读通过的第 51 条和 53 条。它是特别报告员提议的案文为基础拟订的，原来列为第 52 条，以简化的方式处理了前一条中提到的严重违背义务的后果。

44. 第 1 款规定：这种严重违约行为对责任国来说，可能包括反映“违约行为严重性”的赔偿。起草委员会详细讨论了这一款，同时考虑到在国际法委员会中表达过的意见，这种意见认为：即使对于违背有关义务的行为，也不应该支付惩戒性赔偿金。委员们对于损害是否实际上同“惩罚性赔偿金”一样反映“违约行为的严重性”，持不同的意见。在实践中，后者具有特殊性质，常常受到特别制度的限制。但是，可能在某些情况下，违约行为的严重性引起了严重的财务后果。“可”一字是为了传达这项理解。该款是为了反映出这样一个问题：责任国除了承担第 37[44]条规定的损害以外，是否还要承担反映违背行为严重性的损害？

45. 第 2 款载述其他国家的义务。这些义务的拟订是为了进一步规定责任国需要承受的消极后果。这一款所界定的一些义务也可能适用于其他不法行为的情况。将在评注中阐述这个论点。列举第三国的这些义务是为了着重指出它们对于特殊违约行为特别重要。根据第 2 款(a)项，其他国家有义务不承认违约行为造成的情况为“合法”，评注中将说明是否承认与“效力”密切相关，但又与“效力”有所区别。第 2 款(b)项是第 2 款(a)项的合理推论，它规定：其他国家不得协助或援助责任国维持由于违约行为造成的情况。协助或援助意味着采取积极措施，但不一定意味着为第 16[27]条所载的不法行为承担责任。“造成的情况”等语指由于不法行为的结果所引起的特定情况。将在评注中详细说明这些问题。第 2 款(c)项要求其他国家进行合作，使该违

约行为停止。但是，这项要求受到“尽可能”一语的限制，以考虑到某些情况，例如对某些国家具有约束力可能使它们无法进行合作的法律义务，例如中立法规定的一些义务。

46. 第 3 款是一个不妨碍条款。它规定：第三章首先不妨碍第二章的后果，其次不妨碍依国际法引起的其他后果。严重违反对整个国际社会的义务或者违背若干上述义务的行为都有可能引起这些后果。特别报告员拟议的案文提到了“惩罚或其他”后果。起草委员会删除了那些文字，因为没有必要把它们列入该条的案文。评注中将详细说明这些论点。第 3 款仅承认这方面的法律正在发展，并且不受该条文草案妨碍。

47. 第二部分之二的标题是“国家责任的履行”，一共两章。第一章处理“一国援引国家责任”，由七个条文组成。关于“受害国”定义的问题，他忆及：国际法委员会就特别报告员拟议的第 40 条之二举行了广泛的讨论。这一条重新拟订了一读通过的关于“受害国”定义的第 40 条。一读通过的案文的难点在于“受害国”的定义极为广泛，有一部分不一致。一些国家的政府在它们的评论中着重指出：许多国家可能声称它们受害，并因而有权要求按照一些条文的规定申请采取全部的救济措施。因此，特别报告员重新拟订的案文是为了区别受到“伤害”的国家和只是具有“合法权益”的国家。一些委员认为，这项提案在足够明确地做出这一区分方面并未完全成功，而且还引起了另一些困难。使用“受害国”和具有“合法权益”的国家这两个术语不能令人满意，因为受害国也具有合法权益。不过，通常认为应当区分受到不法行为侵害、因而有权采取特定救济措施的各类国家。虽然同意特别报告员所采取的着手方式，但有些委员提出了书面建议，试图提供做出这种区分的备选方案。鉴于所提出的一些意见和建议，起草委员采用了这一观点，也即：对于受害国的任何定义均应考虑到可能实施并对各国造成不利影响的各种类型的非法行为。区分第一类国家与第二类国家应当以其有权主张的法律后果为依据。

48. 特别报告员提出的第 40 条之二第 3 款将把国家以外的受害实体排除在该条草案的范围之外。考虑到难以解决一读通过的条款中没有处理的这些复杂问题，国际法委员会也支持特别报告员的这个观

点。

49. 起草委员会同意国际法委员会表示的一般意见，也即采用单一条文的形式解决了太多重要的困难问题，并认为最好将问题分解，以两个单独的条文——即第 43[40]条，“受害国”，和第 49 条，“受害国以外的国家援引责任”，——分别予以处理，第 34 条第 2 款显示：国家以外受害实体的问题被排除在条文草案的范围之外。

50. 第二部分之二第一章的第一条和最后一条分别为第 43[40]条和第 49 条，涉及可能受到国际不法行为影响的两类国家。起草委员会认为，在任何特定情况下鉴别受害国在一定程度上都取决于有关的主要规则和案情；在次要规则的情况下，能够采取的行动是鉴别受影响国家的类型和它们援引责任和特定救济措施的资格。起草委员会避免使用在早先的案文中使用过的“合法权益”一词，以便不致在“受害国”和“具有合法权益的国家”之间造成专有术语方面的困难，因为所有受害国也都具有合法权益，它们并不形成截然不同的类别。起草委员会也避免使用“普遍义务”一词，认为“对整个国际社会的义务”一词更为可取。从受害国援引不法行为国责任的权利或资格看来，第 43[40]条和第 49 条出现了重叠。第 43[40]条开头的短语“一国有权……作为受害国……援引……责任”是为了区分受害国和第 49 条中所规定的有权援引不法行为国的责任的其他类别的国家。第 43[40]条和第 49 条用单数谈到“国家”，但是没有排除受害国多于一个的可能性。

51. 第 43[40]条对受害国一词作了狭义的规定。(a)项考虑了在双边关系中违背义务的行为，因为在这种情况下，最容易鉴别这一类型的受害国。最常见的例子是违反双边条约义务或违反涉及若干双边关系的多边条约义务的行为。无论有关义务涉及条约法还是习惯法，要鉴别多边关系中的受害国都较难办到。在多边关系中，非法行为可能明确地影响到由于违约行为而受害的一个或多个国家。因此，可以将这些国家都视为受到非法行为影响的国家。同一多边关系中的其他缔约国也可能对履行该义务感到关切。

52. (b)项涉及对若干国家或对整个国际社会的义务。“对包括该国在内的*一国家集团的义务”一语表示：义务是对该集团承担的义务，也是在特定情

况下的义务，也就是说，同案情有关。(b)项首先述及违反多边关系中义务的行为，这种违约行为特别影响到受害国家集团中的一国或多国。(b)项(一)目中的“特别”一词强调了不法行为对受害国特别不利的影 响。有若干事例可以阐明这个论点。在侵略的情形下，人们可以区分受到侵略的国家和有权或有资格维护公共秩序的其他国家。不法行为的影响的差异也可以区别有资格向责任国求偿的国家。对可视为第 43[40]条 (b)项(一)目所指的那一类别的国家而言，必须存在特别不利的影 响，从而与所有其他也受到不法行为影 响区分开来。起草委员会考虑了“特别”一词的备选用语(“直接”、“特定”、“必要”)等，但是决定“特别”一词最为合适，特别是因为 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(乙)款中已经予以采用，不过在该公约中，它也指违反多边条约义务的行为仅涉及一个国家的情况。(b)项(一)目和(b)项(二)目中的“影 响”一词表明受到不利和消极的影 响，将在评注中做出说明。(b)项也涉及多边关系中的义务，它也被称为“整体”义务，因为对其中一国的违约行为会影响到属于相关集团的所有国家享有权利或履行义务。受到违约行为影 响的所有国家实际上是特别受到影 响的国家。(b)项(二)目涉及每一国家受到影 响的情况，因为每一个国家都只是在假定其他国家都遵守义务的情况下才会遵守义务，例如遵守裁军条约所规定的义务的情况。“影 响一切有关国家享有权利和履行义务”是以《维也纳公约》第四十一条第一项(乙)款(二)目的案文为依据。应该在评注中说明整体义务的特性——违背了这种义务可能影 响集团的成员国享有权利或履行义务的情况。“有关国家”明确提及“整体”义务被违背的国家集团。

53. 第 49 条的标题是“受害国以外的国家援引责任”，它纳入了集体权益的概念。第 43[40]条(b)项(一)目和第 49 条第 1 款可能指以不同方式影 响不同类别国家的同一不法行为，但是，第 43 条可以说只涉及作为个别国家的受害国本身，第 49 条第 1 款则涉及作为某一国家集团成员或国际社会成员受到违约行为影 响的国家。第 49 条第 1 款(a)项涉及被违背的义务是对包括受害国在内的国家集团承担的、为保护集体利益而确立的义务。“被违背的义务是对包括该国在内的*一国家集团承担的”一语再次表明：在特定情况下，这些义务是对该集团的所有成员承担的。被违背的义务必须符合属于该类义务的两个标准：第一，它必须是对该集团承担的。第

二，它必须是为保护集体利益而确立的。第 1 款(b)项涉及违背对整个国际社会承担的义务的行为。

54. 第 49 条第 2 款和第 3 款将在解释第一章余下各条之后再行介绍。

55. 第 44 条的标题是“一受害国援引责任”，相当于特别报告员拟议的第 46 条之三。它涉及受害国在援引责任时所涉及的实质和程序问题，例如赔偿形式的选择和可否提出要求，这些是在一读通过的草案中所没有充分处理过的问题。由于国际法委员会辩论中普遍认为，由于这些问题的重要性，应该分别用一些单独的条文对其做出规定，起草委员会已将特别报告员拟议的第 46 条之三分为两个部分。第 44 条以第 46 条之三第 1 款为基础拟订为两款。第 1 款规定，第 43[40]条中界定的受害国在援引另一国责任时应当将其要求通知该国。国际法委员会讨论了受害国给予的通知和提供赔偿的义务之间的关系，并对以下问题表示关切：要求发出通知，尤其是以书面形式发出通知，会对该受害国构成不适当的负担。但是，起草委员会认为，在正常情况下，当一国要援引另一国的责任时，应将其要求通知该国。将在评注中说明：这种通知无需用书面形式提出，而且它并非是在实行了不法行为以后立即提供赔偿义务的条件。第 2 款中载列的通知的各项要素是任择的，受害国可以自由裁量使用。第 2 款(a)项规定：受害国可能指明责任国应当采取的行动以停止不法行为。当然，这种指明对责任国没有约束力。受害国只能够要求责任国遵守其初级义务。但是，责任国应当设想如何使受害国满意，因为这样做有利于解决争端。第 2 款(b)项涉及选择赔偿形式的问题，委员们对这个问题发生了意见分歧。有些委员为选择赔偿形式的权利进行辩护，另一些委员无法如此确信，不认为这是一项绝对权利。起草委员会本身并不认为这一条应该规定以绝对的方式选择赔偿形式的权利，因此，第 2 款(b)项纯粹是对受害国的指导。

56. 第 45[22]条，“可否提出要求”，相当于特别报告员拟议的第 46 条之三第 2 款，主要涉及两项要求：第一，提出要求的国籍；第二，用尽当地补救办法，这是一读通过的第 22 条的主题。将在可否提出要求方面对这两项要求进行审议，这一点与可否提出司法程序不同。案文没有排除这样的可能性：也即在某些情况下，只有当用尽了当地补救办法以

后，不法行为才有可能发生。这一条规定：在下列两种情况下不能援引一国的责任：*(a)*不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出的要求（这一条没有指明是哪些规则，因为这是应该在外交保护情形下予以解决的问题）；以及*(b)*该项要求应适用用尽当地补救办法规则却未用尽可利用的有效当地补救办法，这项案文基本上是特别报告员拟议的。后面这项规定足够灵活，可以适用于所有情况，并考虑了这样的事实：用尽当地补救办法规则只适用于若干赔偿形式。将在评注中说明“可利用的有效”一语。还将要求国际法委员会审议在外交保护情形下用尽当地补救办法的问题，尽管当地补救办法规则的范围可能更为广泛。

57. 第 46 条，“援引责任权利的丧失”，是按照特别报告员拟议的第 46 条之四重新措辞的，涉及丧失援引责任权利的问题，一读通过的条款草案中没有处理这个问题。*(a)*项涉及放弃要求。只有当受害国已以有效方式明确放弃要求以后，这项放弃才是有效的。在特别报告员拟议的案文中，达成解决办法是丧失援引责任权利的根据。但是，考虑到国际法委员会提出的看法，起草委员会同意：解决办法不能作为丧失援引责任权利的根据。解决办法是改变了法律状况的当事方之间达成的协议的主题。必要时，评注将载述这个论点，并且说明使放弃行为发生效力的条件。*(b)*项涉及意味着阻碍的不合理的耽搁。国际法委员会曾经广泛讨论过的这一项。有些委员表示反对，理由是特别报告员拟议的案文似乎是在表述一项限制权利要求的一般性规则，肯定不适用于所有情况，另一些委员却赞成保留一个经过修改的条款，该条款以不妨碍责任国这一概念作为基础。起草委员会同意后一种观点，并且以避免涉及限制权利要求问题的方式重新拟订了该条。起草委员会强调国家的行为是据以确定丧失援引责任权利的标准，这种国家行为在可适用的情形下可能包括不合理的耽搁。起草委员会所拟议的措辞方式比较接近 1969 年《维也纳公约》第四十五条(乙)项。评注中将以比较概括的方式处理耽搁问题，并指出：就这一点来说，耽搁不是丧失援引责任权利的依据，评注中还将说明：*(a)*项和*(b)*项可适用于部分权利要求，也可以适用于整个权利要求。

58. 第 47 条的标题是“若干国家援引责任”，这是对特别报告员拟议的第 46 条之五的修订案文。它规定了在一读通过的条款草案中没有充分处理过的

一项原则，也即在有若干受害国的情形下，每一受害国可以分别援引实施了国际不法行为的国家的责任。起草委员会添加了“分别”一词，使这个论点相当明确，并且将特别报告员拟议的案文中的“两个或多个国家”改为“若干国家”。这个条文没有处理受害国对赔偿形式采取不同态度的情况，因为这个问题的实际意义似乎有限。如果出现这种情况，它很可能呈现出特殊的表征，将会受到违约内容的重大影响。

59. 第 48 条的标题是“对若干国家援引责任”，这一条以特别报告员拟议的第 46 条之六为基础。其第 1 款规定：在若干国家应为同一国际不法行为负责的情况下，可对每一国家援引涉及该行为的责任。其第 2 款规定了两项保障措施。*(a)*项规定：不允许受害国取回多于所受损失的补偿。禁止双重追索的原则是为了保护责任国，责任国的补偿义务只限于受害国所受的损失。有人问起：谈论“赔偿”而不是“补偿”是否更为妥当？起草委员会认为，在正常情况下，禁止双重追索是法庭常常用于货币赔偿形式的既定规则。起草委员会也删除了特别报告员拟议的案文中提到“人或实体”的文字，因为条款草案第二部分只涉及一些国家对其他国家的责任。将在评注中说明通常适用禁止双重追索原则，无论谁是取回的受益人。*(b)*项规定：第 1 款不妨碍对其他责任国的任何追索权。这只是提醒一下：这些条文不涉及当若干国家应该对同一不法行为负责时应如何分担责任的问题。

60. 应该指出的是，起草委员会没有保留第 46 条之六的第 2 款*(b)*项(一)目，该项涉及是否可提起程序的问题，因为它同意国际法委员会大多数委员的看法，认为这个问题不属于本条款草案的范围。不过可以在评注中进行论述。

61. 关于第 49 条，“受害国以外的国家援引责任”，其中的第 1 款已经在区分这类国家和受害国类型时审议过了。按照特别报告员的提议，考虑到国际法委员会表达的意见，起草委员会总结认为，该类别的任何国家均有权要求停止不法行为，并且在必要情形下要求承诺和保证不重复，并有权按照第二部分第二章的规定向责任国主张赔偿。虽然特别报告员设想过只可主张恢复原状，但起草委员会认为有关国家也应该有权寻求其他形式的赔偿，因为这将确保：在违背对整个国际社会的义务的所有

情形下，国家有权求偿。但是，只可以基于受害国或被违背之义务的其他受益人的利益提出赔偿主张。所有这些问题都载于第 49 条第 2 款。第 3 款只是规定：受害国援引另一国责任时所适用的条件和限制也适用于前面提到过的其他各类国家的情况。

62. 第二部分第二章的标题是“反措施”，它规定了采取反措施的目的和条件以及对反措施所施加的限制。这一章由六个条文组成，国际法委员会对该章进行了长时间的讨论，特别是因为根据一读通过的对应的条文的规定，在采取了反措施的情形下，与国家责任有关的争端应该间接提交给一个强制性的争端解决程序。反措施的确引起很多争议。特别报告员和起草委员会先后试图化解歧见，为此设计了一个附带了条件和限制的操作系统，其用意是把反措施限制在一般可接受的范围内。

63. 第 50[47]条的标题是“反措施的目的和限制”，它界定了反措施的目的和第 23[30]条中提到的一些条件。这一条相当于一读通过的 47 条，由三款组成。第 1 款指明：反措施的目的是促使一国际不法行为的责任国依照第二部分履行其义务，这意味着：反措施不具有惩戒性目的。这一条也规定了采取反措施的第一项条件。必须存在责任国未按第二部分履行其义务的情形。“才可*……采取反措施”的措辞方式表明了它的特殊性质。由于一些委员曾经在全会上建议限定“不法行为”一词的含义，起草委员会详细地讨论了这个事项，但最后总结认为，最好不要这样做。因此，第 1 款是一个以客观标准为依据的简单表述。只有在已经实际实施不法行为的情况下才能采取反措施。显然，若事实证明采取反措施的国家对不法行为的认定缺乏充分的依据，它便是自担风险采取这样的措施。

64. 第 2 款界定了反措施的法律性质和双边特性。反措施限于“暂不履行对”责任国采取措施的该国的一项或多项国际义务。与第 23[30]条的情况一样，反措施的双边特性使第三国能够受到保护。“暂不履行”义务一语同时包括作为和不作为。而且，“暂不”一语的用意是强调反措施的暂时性质。将在评注中说明这一切论点，并说明反措施并不是反报的措施，因此，采取反措施的限制和条件不适用于反报。

65. 第 3 款借鉴了 1969 年《维也纳公约》第七十

二条第二项，它规定：若一国暂不履行某条约，它在暂不履行期间不得做出任何行为排除恢复履行。这一款提到一些委员所说的反措施的“可逆转性”。起草委员会不认为，所有反措施从严格的字面含义说都是或者应该是可以逆转的。这可能是一项不合理的限制。反措施的后果不可能总是可以逆转的。反措施有时可能造成不可逆转的间接损害，即使在取消了反措施以后也是这样，尽管也许有可能重新履行主要的义务。例如，暂不履行某项贸易协议可能导致暂不履行行为所针对的国家中的某公司破产。不过，这种结果并不排除在停止反措施以后重新履行两国之间的贸易协议。

66. 第 3 款中的“尽可能”一语表明：如果受害国可以在若干合法而且有效的反措施之间做出选择，它应该选择不阻止重新履行“有关义务”，也即因采取反措施而暂不履行的那些义务，的反措施。

67. 第 51[50]条的标题是“不受反措施影响的义务”，它相当于一读通过的关于禁止采取的反措施的第 50 条。特别报告员在第 47 条之二和第 50 条这两个条文中处理了禁止采取的反措施，但是，在国际法委员会辩论期间，许多委员表示倾向于将这两个条文合并，因为它们所要解决的问题密切相关。

68. 第 51[50]条的措辞与一读通过的案文不同，分为两款。其第 1 款规定：反措施不得涉及对本条所列义务的任何减损。动词“涉及”的用意是要同时涵盖反措施的目标和后果，它使得起首条款的含义比一读通过的 50 条的起首条款更加广泛。

69. “减损”一词是为了表达：本条文中所列的每一项义务都受到其他规则的影响，第 51 条并不是为了凌驾这些规则，或者说，为了这个事项而界定这些规则。它意味着：反措施绝对不应该影响对这些义务的履行。

70. (a)项相当于一读通过的 50 条(a)项，它涉及《联合国宪章》规定的禁止使用或威胁使用武力的义务。其案文涉及强制性的反措施。国际法委员会详细讨论了经济和政治上的强制措施，但没有就是否把它们包括在内达成一致意见。起草委员会认为，一读通过的(b)项意图解决的关切事项包含在该条的其他规定中，其中包括新的(b)项。

71. (b)项相当于一读通过的(d)项。起草委员会担

心：鉴于人权概念赋予的广泛含义，除非对提及人权的文字做出限定，否则诉诸反措施的行为会受到严格的限制。在英文本中，“basic human rights (基础人权)”一语已经被改为“fundamental human rights (基本人权)”。评注中将说明限定词“fundamental (基本)”的含义范围。同一读通过的案文一样，重要的是：反措施的影响基本上应限于受害国和责任国，并且应该对个人只起到最小限度的影响。尤其是，务必不使基本人权受到侵犯。

72. (c)项涉及禁止实行报复的人道主义性质的义务，该项没有作为单独的一项列入一读通过的案文。它被归入了涉及基本人权保护的条文中。国际法委员会的看法认为，人道主义法方面的报复行为是个单独的问题，不能纳入一般的人权概念范围。

73. (d)项相当于一读通过的(e)项，它涉及一般国际法的强制性规范。起草委员会中的一些委员认为，从(a)项到(c)项几乎完全涵盖了强制性规范类别，但是大多数委员都支持保留较具一般性质的条款。起草委员会也考虑到使这一项符合第 43[40]条的可能性，因此提到“对整个国际社会的任何其他义务”，但起草委员会认为这种措辞方式过于宽泛，并倾向于采用范围较为狭窄的“强制性规范”一词。

74. (e)项涉及不侵犯外交或领事人员、馆舍、档案和文件的义务，它相当于一读通过的(c)项，但在文字上作了细微的改动。这一项至关重要，因为外交或领事人员有可能成为反措施的目标。要是没有这项限制，国家之间的关系可能会遇到极大的困难。

75. 第 1 款中各类别义务的次序与一读通过的案文中的次序不同。在后者中，目前关于强制性规范的第 1 款(d)项置于所列清单的末尾，指明：“违反一般国际法强制性规范的任何其他行为”。但是，该项的位置并不意味着在其前面列出的一切其他义务都是强制性规范的规定。起草委员会认为，把涉及强制性规范的这一项放在提及可视为属于强制性规范范围的各项——也即(a)项至(c)项的后面——其作用会比较明显。(e)项不涉及强制性规范，因此应该置于(d)项之后。这种安排强调了关于保护基本人权的(b)项的解释，因为该项仅涉及因其强制性而不受任何减损的那一类人权。

76. 第 2 款涉及适用于当事方的解决争端程序，并

强调了在采取反措施时遵守这些程序的重要性。此外，该款还意味着：解决争端机制本身不能成为反措施的主体。

77. 第 52[49]条的标题是“相称”，这一条没有改变，它相当于一读通过的第 49 条。后者规定反措施必须与国际不法行为的严重程度和受到的损害相称。在国际法委员会的讨论中，有人指出，鉴于反措施的目的是促使责任国履行其义务，该对照这一目的评估是否相称。起草委员会认为，反措施的目的是否具有相关性主要取决于具体情况，它可能采取国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中的措辞方式，按照该措辞，反措施应该与受到的损害相称，同时考虑到“有关权利”。

78. 因此，这一条的修订案文主要把是否相称与受到的伤害联系起来，同时考虑到另外两项标准，也即：不法行为的严重程度和有关权利。“考虑到”一词并不意味着穷尽一切可能，另外的因素可能与确定是否相称有关。这些因素必须按照每一案件的具体情况加以界定。关于一些委员建议删除提及不法行为严重性的文字的问题，起草委员有意见分歧，无法就这个问题达成一致。所涉相关文字被保留，因为一读通过的案文中已经出现了这些文字，而且各国政府并未对此提出批评。此外，在新案文中，严重性只是需要考虑的标准之一。“有关权利”是受害国的权利，也是不法行为责任国的权利。这个词的含义也包括可能受到影响的国家的权利。起草委员会已经把该条文排在第 53[48]条，“与采取反措施有关的条件”，的前面，因为它与第二章中排在它前面的一些条文一样，都涉及实质问题，而该章的其他各条文则涉及程序性问题。

79. 第 53[48]条相当于一读通过的第 48 条，特别报告员把后者分为两个部分，将一读通过的案文中的第 3 款和第 4 款的案文并入关于中止或终止反措施的第 50 条之二。在重新审议这两个条款时，起草委员会认为，特别报告员拟议的第 50 条之二的头两款应该移到第 53 条，这样所有与采取反措施有关的程序性条件都被置于同一个条文中。在拟订第 53 条的时候，起草委员会意图调和国际法委员会表达的有广泛分歧的意见，特别是考虑到对一读通过的第 48 条提出的批评，因为第 48 条把反措施与强制性争端解决程序联系起来。

80. 起草委员会认为，在采取反措施以前，受害国必须按照第 44 条要求责任国履行第二部分规定的义务。有关通知的要求载于第 1 款。这一款背后的逻辑是：考虑到反措施的特殊性质和潜在影响，在受害国将其权利要求通知提交其他国家以前，不应该采取反措施，即便发出通知与采取反措施之间的时间间隔不长。如果受害国已经按照第 44 条将其权利主张通知责任国，那么它无需再度这样做，以便为了采取反措施而履行第 53[48]条第 1 款。此外，第 1 款规定的通知也可指受害国打算采取反措施的决定，从而满足第 2 款规定的要求之一。

81. 第 2 款规定，一旦受害国决定采取反措施，它必须通知责任国，并且“提议”同该国谈判。因此，起草委员会按照国际法委员会表达的主流意见重新拟订了后一项要求。尽管一些委员表示了关切，但考虑到反措施可能对其他国家产生严重后果，起草委员会认为第 2 款中的要求是有益的，并且不会对受害国构成过度的负担。此外，执行第 1 款和执行第 2 款之间的时间关系仍然不严格。通知可能是在相当短暂的时间间隔内、甚至是同时做出的。该款还规定受害国可以采取暂时性紧急措施，保护其权利。一些委员认为，例外条款缺乏理由，因为很难明确区分暂时性紧急反措施和其他反措施。

82. 第 3 款涉及一读通过的案文中提及的“暂时性保护措施”。特别报告员在其提议中表示可以改进措辞方式，但是，他同意受害国在必须保护自己的权利时，可以紧急采取一些反措施。这是自此之后将此类措施称为“暂时性紧急反措施”的原因。这些反措施不受第 2 款中规定的要求的限制，但是，在受害国按照第 1 款的规定发出其权利主张通知之前，不能采取反措施。这些反措施受到与一般反措施同样的限制。反措施从原则上说，应该是暂时性的，但是这种特性已经在第 3 款中强调过了。暂时性因素对第 3 款也是至关重要的。受害国如果没有快速采取行动，就可能丧失保护其权利的机会。评注中将进一步说明这个论点，特别是第 1 款和第 3 款之间的关系。所提及的权利包括受害国按照第二部分应该享有的权利。

83. 第 4 款是特别报告员拟议的第 48 条第 3 款的修订案文，在国际法委员会的辩论中引起了一些争议。该款的目的是在当事方秉诚谈判之际阻碍采取反措施。它不适用于第 3 款提及的反措施。因此，

即使在谈判期间，受害国也可以采取暂时性紧急反措施。起草委员会的一名委员反对第 4 款，理由是这一款不符合仲裁庭在航空服务协定案中表达的意见，而且不合理。

84. 第 5 款涉及不法行为已经停止并且已经将争端提交有权做出对当事国具有约束力之决定的法院或法庭的情况。一旦符合这些条件，受害国就不能采取反措施，如果它已经采取一些反措施，则必须在一段合理期间内停止。这样做的道理在于：一旦当事人将争端提交法院，就应当由法院依据提出的请求下令采取暂时性措施保护受害国的权利。采用“在合理期间内”这一措辞对停止反措施进行限制是为了顾及建立法庭可能需要的时间，并考虑到有可能采取有关的暂时性措施或任何其他必要措施。这一款假定相关的法院或法庭对争端有管辖权，并且有权下令采取暂时措施。提及“法院或法庭”的文字是功能性的案文，是指有权做出对涉案各当事人有约束力的决定的任何第三方争端解决机制，不论其名称为何。但是，它不是指政治机关，例如安全理事会。

85. 第 6 款以一读通过的第 48 条第 4 款和特别报告员拟议的第 50 条之二第 2 款为基础。不过，该款是以更为概括的方式拟订的，其中规定责任国有秉承善意遵守当事国之间议定的争端解决程序的义务。它涉及当事国向主管法院或法庭提出诉讼，且法院或法庭已经下令采取暂时性措施或做出判决但责任国没有履行判决的情况。它也适用于缔约国未能在成立法庭时进行合作、或在法庭成立以后没有出庭的情况。在该款所涉及的情况下，不能适用根据第 5 款对采取反措施施加的限制。

86. 第 54 条的标题是“受害国以外的国家采取的反措施”，这是一读通过的案文中没有出现的新规定，它涉及有权按照第 49 条援引一国责任的受害国以外的国家采取的反措施。特别报告员在其第 50 条 A 和第 50 条 B 的草案中处理了这个问题，分别涉及以受害国名义采取的反措施和在违反对整个国际社会的义务的情况下采取的反措施。在进行了一些讨论以后，起草委员会总结认为，特别报告员所拟议的这两个条文没有包括所有情况，并且在一定程度上互相重叠。此外，第 50 条 B 涉及的合作问题也与第 50 条 A 规定的情况有关。因此，国际法委员会决定将两个条文合并。

87. 特别报告员和起草委员会都认为，在没有第

43[40]条所指受害国的情况下，必须区分以下两种行为：一，影响若干国家或整个国际社会的违约行为；二，严重违反对整个国际社会承担的、且对于保护第41条中规定的根本利益至关重要的义务的行为。只有在涉及第二种违约行为的情形下，不属于第43[40]条规定的受害国范围的国家才有理由采取反措施。就其他违约行为来说，只有在存在有受害国的情形下，有权按照第49条援引责任的国家才可以采取反措施。

88. 在存在受害国的情形下，因义务被违背而受害的任何其他国家都可以采取反措施，但必须受到一些条件的限制。这些条件是：一，这种反措施必须按照受害国的请求以其名义实行；二，受害国自己必须有权采取反措施。换言之，它提供了一种与受害国合作的方式。因此，受害国的意愿对于决定采取反措施和选择反措施方式起到重大的作用。

89. 对于第41条中提到的违约行为，起草委员会认为：任何国家都可以基于被违背之义务的受益人的利益采取反措施。特别报告员在就该特定问题拟议的案文中，把这种可能性限定为不存在第43[40]条所指受害国的情况。起草委员对这个问题发生了意见分歧。一种看法认为，在存在第43[40]条所指受害国的情形下，在决定是否采取反措施和采取哪种形式的反措施方面，受害国的意愿最为重要。而另外一种看法认为，在严重违背为保护整个国际社会的根本利益而承担的义务时，受害国的意愿关系不大甚至没有任何关系。起草委员会总结认为，在这种违约情形下，受害国没有第1款中所载述的那种作用，“为违约行为的受益人”这一措辞方式暗指受害国的利益。这个论点将在评注中进一步说明。这就是第54条第1款和第2款涉及的两种情况。

90. 这一条提出的另一个问题是采取反措施的若干国家之间进行协调的问题。与国际法委员会一样，起草委员会不认为能够详细探讨这个问题。首先，任何关于优先次序和协调问题的决定都取决于实际情况和一些其他因素。能够合理地要求做到的不过是各国通常应当在打算采取反措施时进行合作，从而使这些措施，无论是个别实行的或是集体实行的，都能够符合关于采取反措施的第二章所规定的条件。主要的考虑之一当然是必须具有相称性。第3款是用一般术语表达的，涵盖了第1款和第2款中所涉及的情

况。它至少可以比照适用于第43[40]条界定的两个或两个以上的受害国采取反措施的情况。这些国家也应该按照第3款规定的原则进行合作。

91. 应该提到的是：在该条文规定的情形下讨论过的问题之一是采取反措施的权利应该在何种范围和程度上限于在联合国或区域组织主持下采取的集体措施，或者说它们是否应该不妨碍这些措施。起草委员会还无法就这个论点达成一致意见。第一，它牵涉到国际法委员会尚未审议或特别报告员的报告尚未提及且起草委员会尚未有足够时间充分研究相关原则的一些复杂问题。第二，起草委员会总是很难表述适用于所有情况的一般规则。第三，在这方面的任何冒险举动都将使国际法委员会深入到逐渐发展领域。第四，一些委员认为，该事项在任何情况下都不属于本专题的范围。

92. 第二章最后一条是第55[48]条，“反措施的终止”，它相当于特别报告员拟议的第50条之二第3款，涉及责任国履行第二部分规定的义务的情形。在这种情形下，没有任何理由维持反措施，因此应该予以终止。

93. 草案第四部分的标题是“一般规定”，这部分由四个条文组成。

94. 第一个条文是第56[37]条，标题为“特别法”，它相当于一读通过的第37条。起草委员会简化了这一条的案文，以指明条款草案和涉及国家责任的其他规则之间的关系，起草委员会假设：即便这些规则的法律等级不会高于条款草案中载列的规则，但至少与其相等。按照第56[37]条的规定，只有在依据国际法特别规则确定存在国际不法行为的情况或其后果的条件下才不得适用这些条款。特别规则将确定在多大程度上减损条款草案规定的更为概括的国家责任一般规则。

95. 第57条的标题是“国际组织的责任或对其行为的责任”，这一条不曾载于一读通过的案文中。它是起草委员会在国际法委员会第五十届会议上作为A条通过的。⁵起草委员会只改变了其英文案文的起首条款，使它同其他条文的措辞方式一致。“这些条文不预断任何问题”一语已经改为：“这

⁵ 见上文脚注3。

些条款不妨碍……任何问题”。

96. 关于第 58 条，“个人的责任”，起草委员会没有接受一些委员的提议，即：按照一读通过的案文在第 51 条中增列一款，规定各国在遇到严重违背对整个国际社会承担的义务时应该保持“透明”。不过，起草委员会认为在一般规定中阐明以下观点是有益的，也即：这些条文不处理代表某国的机关或以某国代理人名义行事的任何人依国际法应承担的个人责任问题。虽然这一点已经可以从这些条文只处理国家责任的事实中推断出来，但起草委员会认为，增列一个具体的条款将使这个论点更加明确。这就是第 58 条的目的，它也是一个“不妨碍”条款。

97. 特别报告员拟议了一个条文，明文规定：该条文不影响若受到违背则可能引起国家责任的主要规则。这条文为“B 条”，其标题是“确定任何国际义务内容的规则”。但是，主要规则和次要规则之间的关系是复杂的，可以认为：有些条文冲撞了涉及初级规则的问题。起草委员会认为无法以简明的方式表述拟议的原则。因此，起草委员会决定在对第一部分的评注中处理这个问题更为适合，它将在该评注中更为详细地予以说明。因此删除了 B 条。

98. 第四部分最后一条是第 59[39]条，“与《联合国宪章》的关系”，这一条相当于一读通过的第 39 条。二读期间，国际法委员会有些委员认为这一条没有必要，另一些委员则认为，由于该条已经在一读通过的条文中取得了特殊的重要性，最好还是把它保留下来，但需要稍微修改一下。目前该条采取“不妨碍”条款的形式，并且无意影响这些条文和《联合国宪章》之间的关系。总之，这种关系并不取决于可以说与本条款草案所涉问题有特定关系的某些表征。

99. 由于第 59[39]条是一个“不妨碍”条款，起草委员会认为应该按照国际法委员会的一些委员的建议，删除其中提及《联合国宪章》第一百零三条的文字，而改为提及整个宪章。

100. 主席说，按照起草委员会主席的建议，国际法委员会将只注意到起草委员会的报告，等到下届会议再就有关国家责任的条款草案做出决定。因此，关于条款草案的实质性讨论将在下届会议举行。

下午 1 时 10 分散会。

第 2663 次会议

2000 年 8 月 17 日，星期四，下午 3 时 05 分

主席：山田中正先生

出席：巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、卡姆托先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯-塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续)*

第四章 国家责任(续)*(A/CN.4/L.593 和 Corr.1 和 Add.1-6)

1. 主席宣布可以举行简短的意见交流，讨论是否需要就起草委员会的报告(A/CN.4/L.600)采取进一步的行动，阐明起草委员会二读暂时通过的条款草案。
2. 在举行了有布朗利先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、库苏马-阿特马贾先生、加利茨基先生、蒙塔兹先生、佩莱先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生和克劳福德先生(特别报告员)参加的程序性讨论以后，主席建议国际法委员会不妨在下次会议上简短地审议该事项。

就这样议定。

B. 本届会议审议这个专题的情况(续)*

3. 主席请各位委员继续审议第四章 B 节各段。

第 8 段(续完)*(A/CN.4/L.593/Add.3)

4. 主席宣读了特别报告员关于新的第 8 段的提议：“关于现有的第 2 款(c)项，特别报告员建议只一般性地规定酌情以赔偿金作为抵偿。‘在严重侵犯受害国权利的情况下’一语不适当地限制了对无

* 续自第 2661 次会议。

法量化为‘严重’或‘非常’的损害给予抵偿的正常作用；而这种限制是与有关的法理学不相符的。他认为，在适当情形下的实质性的(而不只是名义上的)损害赔偿金是抵偿的一个方面。另一方面，第2款(c)项不包括惩罚性赔偿金，稍后将在可能另立的‘严重不法行为’这一类别中处理这个主题。如果确实容许给予惩罚性赔偿金，还需要附加一些特别条件。”

经修正的第8段通过。

第71至74段

第71至74段通过。

第75段

5. 哈夫纳先生提议，为了记录对第46条之二(b)项提出的若干反对意见，应该在本段末尾加上一句话，案文如下：“不过也有人认为，只要其中要求各国为取得充分赔偿必须对所有可能违反国际法的行为采取预防措施，则(b)项就会引起困难。”

6. 克劳福德先生(特别报告员)核可了这项提议。

经修正的第75段通过。

第76段

第76段通过。

第77段

7. 辛马先生提议，第三句中的“一般”一词应该删除，英文本第四句中的“taken”一字应改为“understood”。

经修正的第77段通过。

第78至82段

第78至82段通过。

第83段和第84段

8. 卡姆托先生建议对这两段的法文本作编辑上的改动。

9. 辛马先生提议，在第83段第一句话中，“在历史上常被滥用”应该改为“在过去常被滥用”。

经修正的第83和第84段通过。

第85至90段

第85至90段通过。

第1段和第2段(A/CN.4/L.593/Add.4)

第1段和第2段通过。

第3段

10. 佩莱先生提议对第四句的法文本作编辑上的改动，并且删除“一般地”三字。第五句中的“在正常情况下”应该改为“但是”。

11. 克劳福德先生(特别报告员)核可了这些提议，并表示为确保第四句话的协调一致，英文本的案文应该是：“...could not absolutely insist on a specific form of satisfaction, though it was entitled to insist on some form of satisfaction (不可绝对地坚持采用特定的抵偿形式，尽管有权坚持采用一些抵偿形式)”。

就这样议定。

12. 伊科诺米季斯先生说，最后一句最后一部分的含义不清楚。

13. 克劳福德先生(特别报告员)说，法文本应该与英文本对应，在持续履行主要义务和选择赔偿形式之间作出区别。

14. 在回答斯里尼瓦萨·拉奥先生的询问时，他说第3段概述的讨论涉及各种赔偿方式，也即：抵偿情形下的恢复原状、补偿和抵偿。抵偿本身可能采取不同的方式，为了避免混淆，后来将这些赔偿方式称为赔偿形式。该段最后三句涉及备受争论的关于受害国在多大程度上有权选择补偿或恢复原状的问题。第三和第四句涉及受害国是否有权指定它所希望的抵偿形式：例如，起诉某位特定的官员。委员会认为，受害国通常有权选择赔偿形式，但行使这种权利不得允许受害国指定特定的抵偿形式，除非该抵偿形式本身就是履行义务的一个方面。

经修正的第3段通过。

第4至6段

第4至6段通过。

第7段

15. 佩莱先生说，最后一句中提到的“延迟(delay)”应该是“不适当的延迟(undue delay)”。

经修正的第7段通过。

第 8 段

16. 加利茨基先生说, 该段提及的公约应当与第 33 段的情形一样被正确地称为“《外空物体所造成损害之国际责任公约》”。

17. 佩莱先生说, 法文本的第三句可以使用完全正确的法文术语, 不必只使用英文术语。

18. 克劳福德先生(特别报告员)提到佩莱先生的意见, 指出有必要核对一下“共同连带责任”在《外空物体所造成损害之国际责任公约》中的译法, 因为必须在英文本和法文本中沿用原来的措辞方式。

19. 主席说, 秘书处将查阅这个问题。

经修正的第 8 段通过。

第 9 段和第 10 段

第 9 段和第 10 段通过。

第 11 段

20. 布朗利先生认为, 第三句中的“索赔要求”一语应该改为“主张内容”。

经修正的第 11 段通过。

第 12 段

经略作编辑改动的第 12 段通过。

第 13 段

第 13 段通过。

第 14 段

经略作编辑改动的第 14 段通过。

第 15 至 20 段

第 15 至 20 段通过。

第 21 段

经略作编辑改动的第 21 段通过。

第 22 至 25 段

第 22 至 25 段通过。

第 26 段

21. 哈夫纳先生说, 拉丁语应为“non ultra petita (不超出诉讼请求)”。

22. 佩莱先生说, 按照这一段目前的情况, 只有不太传统的意见得到反映。因此, 他建议在末尾添加另外一句, 案文如下: “但是, 其他委员认为这项原则是制定法不可分割的组成部分。”

经修正的第 26 段通过。

第 27 至 31 段

第 27 至 31 段通过。

第 32 段

23. 辛马先生说, 在《欧洲人权公约》的情形下, 提到“当事方之间普遍适用的”更为适当。其次, 第四句中“严格意义上”一语应该删除, 因为国际法委员会还没有在那些条款中讨论援引责任的权利。

24. 加亚先生说, 他反对添加“当事方”一词: 这种义务可以适用于《欧洲人权公约》以外的情况, 严重违背普遍义务的情形在没有当事方的情况下也有可能存在。

25. 佩莱先生建议这一段用“然而”而不是用“但同时”开头。第 32 段毕竟是在限定第 31 段表示的意见。

26. 克劳福德先生(特别报告员)核可了佩莱先生的建议。至于辛马先生的论点, 他同意删除“严格意义上”一语。另一方面, 他同意加亚先生的意见, 认为该句不仅涉及《欧洲人权公约》, 因此, “当事方”一词没有必要。此外经再次考虑之后, 他将删除第三句末尾的“同时所在国有权根据普遍制度援引有关国家的责任”。该句的第一部分充分地说明了该公约规定的情况, 因此没有必要进一步说明。

27. 哈夫纳先生说, “严格意义上”的意义在于援引责任的权利仅与具有合法权益的国家有关。其他国家只在某些情形下才有那种权利。同时, “普遍制度”是指国际法制度, 实际上涉及行使外交保护的问题。它说明了国家针对同一个违背国际法行为所拥有的各种权利。

28. 克劳福德先生(特别报告员)说, 哈夫纳先生的解释澄清了问题, 但是摘要的含义仍然不明确, 考虑到随后一句的含义, 提议的删除是站不住脚的。因此, 他建议在“国家间的指控”之后增添一句, 案文如下: “此外国籍国有权依据一般国际法就其

国民受到的伤害援引另一国的责任。”

29. 伊科诺米季斯先生建议将新句子第二部分改写如下：“依据一般责任制度援引相关国家的责任”。

30. 克劳福德先生(特别报告员)说，伊科诺米季斯先生提议的修改案文可能比他自己拟订的案文好。他将把这个事项留给秘书处决定。

经修正的第 32 段通过。

第 33 段

第 33 段通过。

第 34 段

31. 加亚先生说，第二句似乎是以他的注释为基础的，但是，按照目前的案文看来，它没有任何意义的。因此，他认为，这一句应该修改为：“可能会有促成同一损害的不同国家的多个违法行为。”

32. 斯里尼瓦萨·拉奥先生建议，如果仅删除这一句的第二部分，将收到同样的效果。

33. 加亚先生说，他建议的修正案自然地提及科孚海峡案的例子，可以用不同的方式来加以解读。

经修正的第 34 段通过。

第 35 段

34. 佩莱先生说，说某些一般法律原则“包括”国内法的类比是不充分的。他认为应该把“包括”改为“以……为基础”。其次，“相关性有限”比“不那么重要”为好。

经修正的第 35 段通过。

第 36 段

35. 佩莱先生问起：为什么该段的末尾只第一部分和第二部分，却没有提到第二部分之二。

36. 克劳福德先生(特别报告员)说，实际提到的部分是第一部分和第二部分，但如果把所使用的措辞改为“全部案文”也是完全可以接受的。

经修正的第 36 段通过。

第 37 段

37. 布朗利先生说，在英文本第二句中，“topic”和“diplomatic”之间漏掉了“of”一字。在这种情

形下，“外交保护”和“国家立法”这两个概念奇怪地并列在一起。

38. 克劳福德先生(特别报告员)也认为“国内立法”一语对位置不对，并建议删除。

经修正的第 37 段通过。

第 38 段

第 38 段通过。

第 39 段

39. 佩莱先生说，说明缴款的要求是普通法概念而不是民法概念是比较精确的。因此，他建议为此修改案文。他还对法文本中使用“romaniste”一词提出质疑。

经修正的第 39 段通过。

第 40 段和第 41 段

第 40 段和第 41 段通过。

第 42 段

40. 佩莱先生说，倒数第三句以“如果受害国的财政损失可以估量”作为起首语，如果在其之后增加“且尚未以恢复原状的方式得到充分赔偿。”这一措辞，则其含义就会明确得多。

41. 克劳福德先生(特别报告员)说，虽然他不反对按照提议的措辞方式进行修改，但事实上如果发生诸如一国财产被没收的情事，即使后来又取回该财产，该国也已经遭受了该财产的损失。

经修正的第 42 段通过。

第 43 段

42. 佩莱先生质疑法文本最后一句使用的“principe de déduction”这一措辞。最好把该措词改为“cette déduction implicite”。

43. 克劳福德先生(特别报告员)说，这是翻译的问题，应该将其提交秘书处处理。

第 43 段按照这一谅解通过。

第 44 段

44. 布朗利先生说，在第三句中，关于外交保护是国家责任的“一部分”的说法或许过于独断。把它说成是一种关系或一种互补或许较好。

45. 克劳福德先生(特别报告员)建议应当把“是国家责任的一部分”改为另一个句子,也即:“代表其国民之一采取行动的国家尽管是在援引另一国……”

46. 佩莱先生说,特别报告员的确准确地表达了那种感觉,以便使像他这样坚信外交保护是国家责任的“一部分”的委员放心。

47. 卡姆托先生建议,通过说明“外交保护不是独立于国家责任之外的一个专题”,这个问题可以得到澄清。

48. 佩莱先生说,虽然根据委员会自己的用语,卡姆托先生的措辞是正确的,但却可能让一般读者感到困惑。

49. 克劳福德先生(特别报告员)说,他更倾向于自己早先提议的修正案文。

50. 伊科诺米季斯先生说,下一句的法文本案文有一些错误。也许“force”一字应该是“fortes”。

经修正的第 44 段通过。

第 45 段和第 46 段

第 45 段和第 46 段通过。

第 47 段

51. 佩莱先生说,根据法文本,在一些情形下,受害的个别实体取回了多于所受损害的赔偿。他认为很难设想这样一种情况。

52. 克劳福德先生(特别报告员)说,那种情形与英文本不符。它涉及因个人或国家在不同的法院地卷入单独的诉讼而产生的问题,在这种情况下将适用双重赔偿原则。在翻译成法文时可能不准确。

第 47 段通过。

第 1 段和第 2 段(A/CN.4/L.593/Add.5)

第 1 段和第 2 段通过。

第 3 段

53. 佩莱先生说,在法文本中,在第三句开头使用“créait”一字比使用“avait créé”这一措辞方式可取。

经修正的第 3 段通过。

第 4 段和第 5 段

第 4 段和第 5 段通过。

第 6 段

54. 卢卡舒克先生指出特别报告员正确地强调了 1969 年《维也纳公约》的重要性,但远远地偏离了该公约的条文。应该说明偏离的理由,而他却找不到这方面的解释。

55. 克劳福德先生(特别报告员)说,卢卡舒克先生指的是他本人在做介绍时可能谈到过的不足之处,不过这一点已经准确地体现在第 6 段中。

第 6 段通过。

第 7 至 15 段

第 7 至 15 段通过。

第 16 段

56. 布朗利先生提议将最后一句中的措辞“依据的是国际法院……所用的提法”改为“依据的是国际法院……所用的表述”。

经修正的第 16 段通过。

第 17 段和第 18 段

经略作编辑改动的第 17 段和第 18 段通过。

第 19 段

57. 佩莱先生建议将法文本中第一句的“rappelait”一字改为“résultait du fait”。

58. 蒙塔兹先生提议修改法文本第三句中的表述“prolifération des régimes juridiques dans la vie international”,以使其与英文本一致。

59. 布朗利先生说,第一句中的“反映出”一词应该改为“表明”。

经修正的第 19 段通过。

第 20 段

第 20 段通过。

第 21 段

60. 伊科诺米季斯先生得到卡姆托先生的支持,在提到法文本第四句说,不只一位,而是有好几位委员希望恢复提及反措施与解决争端之间的联系。

61. 克劳福德先生(特别报告员)说,法文本中有一个错误。为了使行文风格有一些变化,英文本中对应的句子使用了“有人表示倾向于”这一表述。比较好的表述应该是“几位委员表示倾向于”。

经修正的第 21 段通过。

第 22 段

62. 库苏马-阿特马贾先生提议第一句的措辞“反措施……脱钩……”应当为“脱钩的反措施……”。

经修正的第 22 段通过。

第 23 段

63. 佩莱先生说,该款中靠近结尾部分的“行动”一词应当为“反措施”。

64. 克劳福德先生(特别报告员)承认,“行动”一词不正确,事实上应该改为“据称的违法行为”。

经修正的第 23 段通过。

第 24 段

65. 佩莱先生说,这一段的最后一句应该体现这样的事实,也即:包括他自己在内的一些委员持有不同的意见。

66. 克劳福德先生(特别报告员)提议在“国际不法行为”后面增添一个分号,并在这一句的末尾增添如下字句:“另一些委员持相反立场”。

经修正的第 24 段通过。

第 25 段

第 25 段通过。

第 26 段

67. 佩莱先生提议在这一段末尾增添如下一句:“此外,一位委员认为实际上这种排除不法性的情况并不是反措施,而是它所反驳的国际不法行为。”

68. 克劳福德先生(特别报告员)在回应罗森斯托克先生的意见时提议在“加布奇科沃-大毛罗斯项目案”后面增添如下字句:“并由航空服务协议案中的法庭”。

经修正的第 26 段通过。

第 27 至 31 段

第 27 至 31 段通过。

第 32 段

69. 佩莱先生说,最后一句中所使用的“双边”一词并不完全正确。有关义务也有可能是多边义务。比较好的措辞方式应该是:“对责任国和受害国之间的有约束力的已生效义务”。

70. 克劳福德先生(特别报告员)说,这一句准确地反映了他在辩论中所说的话,不管这些话的法律依据如何。所指涉的并不是双边条约,而是可能起源于多边条约的双边义务,但是这种义务顾名思义不是对整个国际社会承担的义务,尤其不是强制性规范。只需要把“双边”前面的定冠词删除就可以了。

71. 辛马先生说,“现行双边义务”这一用语会引起误会。比较理想的案文应该是:“规定反措施只能影响已生效义务”。

72. 克劳福德先生(特别报告员)说,问题在于:对整个国际社会承担的义务顾名思义是两个国家之间的已生效义务。辛马先生的案文需要添加“双边的”或“专有的”来加以限定。

73. 辛马先生说,他可以接受“责任国和受害国之间的已生效义务”这一表述。

经修正的第 32 段通过。

第 33 段

第 33 段通过。

第 34 段

74. 卡姆托先生说,这一段并没有体现出关于如果没有争端解决条款来约束当事方会产生什么后果的辩论的情况。

75. 克劳福德先生(特别报告员)说,该段涉及两次互相关联但又互不相同的辩论之中的第一次辩论。不过建议确认一下卡姆托先生提到的辩论是否在本报告的相关段落,也即第 21 段中得到充分体现。

76. 蒙塔兹先生支持特别报告员关于应该确认卡姆托先生提及的辩论的建议。

77. 主席说，秘书处会注意到与第 21 段有关的建议。

第 34 段通过。

第 35 段

第 35 段通过。

第 36 段

78. 伊科诺米季斯先生说，这一段的末尾没有适当地反映辩论的情况。因此，他提议在该段的末尾增添一句，也即：“其他一些委员对这种观点有争议”。

经修正的第 36 段通过。

第 37 段

第 37 段通过。

第 38 段

79. 佩莱先生说，法文本使用的 *un article 50 confiné* 一语和英文本采用的“重新合并的第 50 条”这一措辞都有很大的改进余地。应该改为：“结合了第 47 条之二和第 50 条的单一条文”。

经修正的第 38 条通过。

第 39 至 41 段

第 39 至 41 段通过。

第 42 段

80. 伊科诺米季斯先生说，特别报告员提出的缩短的案文应该转载于脚注中。

81. 克劳福德先生(特别报告员)提议增添一个脚注，与脚注 12 形成交叉对照。

经修正的第 42 段通过。

第 43 段和第 44 段

第 43 段和第 44 段通过。

第 45 段

82. 加亚先生提议：第二句中的“最起码程度”应予删除。

经修正的第 45 段通过。

第 46 至 48 段

第 46 至 48 段通过。

第 49 段

83. 在回应蒙塔兹先生的意见时，克劳福德先生(特别报告员)提议第一句应修正为：“特别报告员忆及大部分国家，无论是持勉强或是肯定的态度，都接受……”。

经对法文本略作编辑改动的第 49 段通过。

第 50 段

第 50 段通过。

第 51 段

84. 佩莱先生提到这一段的最后一句说，他仍然无法理解提议区别第 47 条之二和第 50 条对所依据的“基本思想”。

85. 克劳福德先生(特别报告员)提议删除最后一句。

经修正的第 51 段通过。

第 52 至 54 段

第 52 至 54 段通过。

第 55 段

86. 佩莱先生问起：“等同性”的含义是什么。

87. 罗森斯托克先生说，这一段可以重新拟订，以使它更好地反映这样的基本思想，也即反措施必须与最初的违法行为造成的情况成比例并且相称。

经修正的第 55 段通过。

第 56 段

第 56 段通过。

下午 6 时 05 分散会。

第 2664 次会议

2000 年 8 月 18 日，星期五，上午 10 时

主席：山田中正先生

出席：阿多先生、亚雷斯先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、卡姆托先生、库苏马-阿特马贾先生、卢卡舒克先生、蒙塔兹先生、庞布-奇文达先生、佩莱先生、罗德里格斯·塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生

委员会第五十二届会议工作报告草稿(续完)

第四章 国家责任(续完)(A/CN.4/L.593 和 Corr.1 和 Add.1-6)

B. 本届会议审议这个专题的情况(续完)

1. 主席请委员们继续审议文件第四章 B 节。

第 1 至 6 段(A/CN.4/L.593/Add.6)

第 1 至 6 段通过。

第 7 段

2. 布朗利先生说，本段开头的“但是”一词应该删除。

经修正的第 7 段通过。

第 8 段

3. 佩莱先生在克劳福德先生(特别报告员)的支持下说，应该把法文本第一句中的“il fallait”改为“il faudrait”。

经修正的第 8 段通过。

第 9 段

第 9 段通过。

第 10 段

4. 佩莱先生说，“集体反措施”这一术语会引起误解，为了避免再度发生任何争议，应该在第 10 段

对其做简要定义。因此，他提议，应将第三句中的“集体”一词加上引号，并将这句的末尾改为“鉴于反措施可以由涉及某些集体利益的任何国家采取并且直接类比于集体自卫”。

经修正的第 10 段通过。

第 11 段和第 12 段

第 11 段和第 12 段通过。

第 13 段

5. 伊科诺米季斯先生说，他认为，第二句中的“以受信托者的身份”这一表述不清楚。它应该改为“以后者的名义”或类似的表述。

6. 克劳福德先生(特别报告员)说，他与伊科诺米季斯先生一样，认为“以受信托者的身份”这一表述方式含义不清，不过，他提议，将它改为含义较广的表述，即“或者代表整个国际社会”。

经修正的第 13 段通过。

第 14 至 20 段

第 14 至 20 段通过。

第 21 段

7. 布朗利先生说，应该在英文本最后一句的“magnitude”一字后面增添“as”一字。

经修正的第 21 段通过。

第 22 段

8. 布朗利先生说，倒数第二句中的“合理性”应该改为“合法性”。

9. 佩莱先生说，第四句中的“报复”一词的用法不恰当，因为所涉及的措施是合法的。他提议，应该把它改为“措施”。

10. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(报告员)以国际法委员会委员的身份发言，他指出在辩论期间表达的意见没有在第 22 段中得到适当的反映，他希望在第四句后面增添一个新句子，其案文为：“这项意见没有反映各国的普遍意见或各项决定，例如人权委员会中的决定。”

经修正的第 22 段通过。

第 23 段

第 23 段通过。

第 24 段

11. 佩莱先生说，第四句和第五句含义模糊，因此提议把它们改为：“此外，有人认为“集体反措施”用语不当，因为它意味着与双边反措施的联系。反之，设想的行动是对违背集体义务行为的反应，而这种反应可能由单个国家或国家集团实施。”

12. 卡姆托先生提到第三句的开头，认为它应该指出一事不再理原则“可以比照适用”而不是“应遵循”。

13. 克劳福德先生(特别报告员)说，他核可上述两项提议。

经修正的第 424 段通过。

第 25 段

第 25 段通过。

第 26 段

14. 罗德里格斯·塞德尼奥先生(报告员)说，一般说来，这一段太长。陈述特别报告员意见的第二部分应该载列于特别报告员介绍相关条文的段落中。

15. 克劳福德先生(特别报告员)说，在该段那一部分陈述的意见已经在讨论过程中表述过，因此才被列入第 26 段中。但是，由于该段的确太长，他提议把它一分为二，大概从中间另起一段，由下列文字带头：“相反特别报告员指出，第 50 条……”，这就形成一种自然的中断。

16. 伊科诺米季斯先生说，从内容和位置看来，倒数第三句含混不清，他认为应予删除。

17. 佩莱先生说，将该句置于第八句与第九句之间就行了。

18. 克劳福德先生(特别报告员)说，他核可该项提议。

经修正的第 26 段通过。

第 27 段

19. 蒙塔兹先生说，他希望秘书处核对第一句中提到的西南非洲案的日期和确切名称。

20. 杜加尔德先生提到卡姆托先生曾在其评论中问起第一行中所用的“立场”一词的用法，并表示的确是他在讨论过程中使用过的术语，提议把它保留下来。

21. 克劳福德先生(特别报告员)说，他核可这项提议。

经秘书处核对的第 27 段通过。

第 28 段和第 29 段

第 28 段和第 29 段通过。

第 30 段

22. 佩莱先生提议，为了使第二句的含义更加明确，应该把它分解为两个部分，案文如下：“虽然犯罪本身不能成为国际法院自动管辖的根据，但为共同行动提供了依据。此外，也许可以预见一种类比 1969 年《维也纳公约》第六十六条的解决争端程序。”

经修正的第 30 段通过。

第 31 至 36 段

第 31 至 36 段通过。

第 37 段

23. 佩莱先生说，应当在第二句末尾增加“对各国”这一措辞，以便使这一句更为明确。

经修正的第 37 段通过。

第 38 段

24. 加亚先生说，第一句不妥当。应该把它改为含义较为广泛的表述：“还有人建议在第 51 条规定参与国家实施的严重违法行为的个人无权在对另一国提起的刑事或民事诉讼中声称其代表国家机构行事。”

25. 克劳福德先生(特别报告员)说，他核可这项提案。

经修正的第 38 段通过。

第 39 段

26. 蒙塔兹先生说，他无法理解倒数第二句中的“违背这种义务是非常严重的”这一措辞的含义，这一措辞应改为“违背这种义务涉及所有的国家”。

经修正的第 39 段通过。

第 40 至 52 段

第 40 至 52 段通过。

第 53 段

27. 伊科诺米季斯先生提到，与到目前为止的做法相反，有关条文的案文并没有作为可促进谈判的注解出现。

28. 主席要求秘书处弥补这一不足之处。

第 53 段按照这一谅解通过。

第 54 至 60 段

第 54 至 60 段通过。

29. 主席请各位委员就暂搁的第四章 B 节的各段做出决定。

第 21 段(续完)(A/CN.4/L.593/Add.5)

30. 进一步谈到卡姆托先生的提议，克劳福德先生(特别报告员)建议将这项提议的英文本改为：“有人建议应当考虑相关国家之间不存在争端解决程序的情况。”

31. 主席说，如无异议，他就认为委员会希望通过经修正的第 21 段。

就这样议定。

经修正的第 21 段通过。

第 20 段(续完)(A/CN.4/L.593/Corr.1)

32. 主席说，第 20 段应改为：

“委员会在 8 月 17 日举行的第 2662 次会议上注意到起草委员会的报告(A/CN.4/L.600)，其中载有起草委员会二读暂时通过的全部条款草案，该报告转载于本章附件。”

如无异议，他就认为委员会同意这项提议。

就这样议定。

经修正的第 20 段通过。

33. 主席进一步请各位委员讨论应该如何处理下列两个事项：一、起草委员会暂时通过的条款草案；二、起草委员会主席的报告的记录全文。

34. 进一步听取有布朗利先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、库苏马·阿特马贾先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、辛马先生和米库尔卡先生(委员会秘书)参加的意见交流以后，主席建议，所有的条款草案都应该列为委员会报告第四章的附件，同时在脚注中指出草案已经由起草委员会暂时通过，并请秘书处尽快向各国政府递交起草委员会主席的报告的记录全文，一并附上整套条款草案，用一项统括性的注解说明草案的现状，并请各国政府在 2001 年 1 月底之前递交对草案的评论和意见。如无异议，他就认为委员会同意该项提议。

就这样议定。

经修正的第四章通过。

第九章 委员会的其他决定和结论(A/CN.4/L.598 和 Add.1)

A. 委员会的方案、程序和工作方法及其文件(A/CN.4/L.598)

第 1 至 3 段

第 1 至 3 段通过。

第 4 段

35. 主席说，这一段应该用如下案文加以补充：“在 8 月 18 日举行的第 2664 次会议上”。

经这样补充的第 4 段通过。

第 5 段

第 5 段通过。

第 6 段

36. 佩莱先生说，最好阐明已将每一个选定的专题指定给“国际法委员会”的某位委员。

经修正的第 6 段通过。

第 7 至 9 段

第 7 至 9 段通过。

第 10 段

37. 辛马先生说, 他希望将第一句中的“与……不一样”一语改为“不同于”。

经修正的第 10 段通过。

第 11 至 14 段

第 11 至 14 段通过。

B. 第五十三届会议的日期和地点

C. 同其他机构的合作

第 15 至 20 段

第 15 至 20 段通过。

B 节和 C 节通过。

D. 大会第五十五届会议的代表情况

第 21 段

第 21 段通过。

第 22 段

38. 主席说, 主席团建议国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)问题特别报告员斯里尼瓦萨·拉奥先生应当参加第六委员会的工作。如无异议, 他就认为委员会同意这项建议。

就这样议定。

经这样补充的第 22 段通过。

经修正的 D 节通过。

E. 国际法讲习会(A/CN.4/L.598/Add.1)

F. 吉尔贝托·阿马多纪念演讲

第 1 至 15 段

第 1 至 15 段通过。

E 节和 F 节通过。

经修正的第九章通过。

第三章 委员会特别想听取意见的具体问题(A/CN.4/L.592)

第 1 段

第 1 段通过。

第 2 段

39. 主席建议第一句应予删除, 该段应该重新拟订为一个单独的句子, 措辞如下: “委员会请各国政府就起草委员会暂时通过的条款草案全文提出评论和意见, 特别是就可能需要进一步审议以期在 2001 年第五十三届会议上完成二读的那些方面提出建议。”如无异议, 他就认为委员会希望通过这项提议。

就这样议定。

经修正的第 2 段通过。

第 3 至 6 段

第 3 至第 6 段通过。

经修正的第三章通过。

第二章 委员会第五十二届会议工作概要(续完)*
(A/CN.4/L.591)

第 6 段(续完)*

40. 主席说, 由于规划小组关于长期工作方案的报告已经介绍过了, 因此他建议, 如无异议, 他就认为委员会应该通过暂搁的第二章第 6 段。

就这样议定。

第 6 段通过。

经修正的第二章通过。

经修正的委员会第五十二届会议工作报告草稿全文通过。

会议闭幕

41. 在通常的相互致意之后, 主席宣布国际法委员会第五十二届会议闭幕。

中午散会。

* 续自第 2655 次会议。

United Nations publication
Sales No. C.03.V.6
ISSN 1994-4705

Yearbook of the International Law Commission 2000
Volume I

ISBN 978-92-1-039617-2



Printed at United Nations, Geneva—GE.13-61317—December 2014—44
