第 四 章

国家责任

A. 导　言

28. 委员会 1949 年第一届会议选定国家责任为其认为适合编纂的一个专题。大会 1953 年 12 月 7 日七九九（八）号决议请委员会于其认为适当时尽速着手编纂国际法国家责任篇原则。因此，委员会 1955 年第七届会议决定开始对国家责任进行研究，并指定加西亚·阿马多尔先生担任该专题特别报告员。自 1956 年至 1961 年，特别报告员连续向委员会的六届会议提交六次报告，全面论述对外国人人身及其财产造成损害的责任问题。[4]

29. 委员会 1962 年第十四届会议设立了一个小组委员会，其任务是编写一份初步报告，载列有关今后研究工作范围和方法的建议。[5]

30. 委员会于 1963 年第十五届会议一致核可小组委员会的报告，并指定罗伯特·阿戈先生担任该专题特别报告员。

31. 委员会（1969 年）第二十一届会议至（1979 年）第三十一届会议收到了特别报告员的八次报告。[6]

32. 委员会 1975 年第二十七届会议通过了“国家责任”专题条款草案的大纲，设想条款草案的结构如下：第一部分涉及国际责任的起源；第二部分涉及国际责任的内容、形式和程度；委员会可能决定列入的第三部分涉及争端的解决和国际责任的履行。[7]

33. 由于罗伯特·阿戈先生当选国际法院法官，委员会第三十一届会议任命威廉·里普哈根先生担任该专题特别报告员。

34. 委员会 1980 年第三十二届会议一读暂时通过有关“国际责任的起源”的条款草案第一部分。[8] 委员会第三十二届会议至（1986 年）第三十八届会议收到了特别报告员提交的七次报告，[9] 内容涉及草案的第二和第三部分。[10]

---

[4] 关于 1969 年之前该专题历史背景的详细讨论，见《1969 年……年鉴》[英]，第二卷，第 229 页起，A/7610/Rev.1 号文件。

[5] 同上。

[6] 特别报告员八次报告的转载情况如下：

第一次报告：《1969 年……年鉴》[英]，第二卷，第 125 页，A/CN.4/217 和 Add.1 号文件及《1971 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分)，第 193 页，A/CN.4/217/Add.2 号文件；

第二次报告：《1970 年……年鉴》[英]，第二卷，第 177 页，A/CN.4/233 号文件；

第三次报告：《1971 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 199 页，A/CN.4/246 和 Add.1-3 号文件；

第四次报告：《1972 年……年鉴》[英]，第二卷，第 71 页，A/CN.4/264 和 Add.1 号文件；

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；

第六次报告：《1977 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 3 页，A/CN.4/302 和 Add.1-3 号文件；

第七次报告：《1978 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 31 页，A/CN.4/307 和 Add.1-2 号文件；

第八次报告：《1979 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 3 页，A/CN.4/318 和 Add.1-4 号文件及《1980 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 13 页，A/CN.4/318/Add.5-7 号文件。

[7] 《1975 年……年鉴》[英]，第二卷，第 55-59 页，A/10010/Rev.1 号文件，第 38-51 段。

[8] 《1980 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 26-63 页。

[9] 特别报告员七次报告的转载情况如下：

初步报告：《1980 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 107 页，A/CN.4/330 号文件；

第二次报告：《1981 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 79 页，A/CN.4/344 号文件；

第三次报告：《1982 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 22 页，A/CN.4/354 和 Add.1-2 号文件；

第四次报告：《1983 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 3 页，A/CN.4/366 和 Add.1 号文件；

第五次报告：《1984 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/380 号文件；

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；

第七次报告：《1986 年……年鉴》[英]，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/397 和 Add.1 号文件。

[10] 委员会（1982 年）第三十四届会议将条款草案第二部分第 1 至 6 条提交起草委员会审议。委员会（1985 年）第三十七届会议决定将条款草案第二部分第 7 至 16 条提交起草委员会审议。委员会（1986 年）第三十八届会议决定将条款草案第三部分第 1 至 5 条及其附件提交起草委员会审议。

35. 委员会 1987 年第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦－鲁伊斯先生担任特别报告员，接替委员会委员任期于 1986 年 12 月 31 日届满的威廉·里普哈根先生。委员会（1988 年）第四十届会议至（1996 年）第四十八届会议收到了特别报告员提交的八次报告。[11]

36. 委员会 1995 年第四十七届会议结束时暂时通过下列条款草案，列入第二部分：第 1 至第 5 条[12]和第 6 条（停止不法行为）、第 6 条之二（赔偿）、第 7 条（恢复实物原状）、第 8 条（补偿）、第 10 条（满足）、第 10 条之二（承诺并保证不重复）、[13] 第 11 条（受害国的反措施）、第 13 条（相称）和第 14 条（禁止采取的反措施）。[14] 委员会还收到起草委员会提交的第 12 条（与采取反措施有关的条件）案文，并推迟就该条案文采取行动。[15] 委员会第四十七届会议还暂时通过下列条款草案，列入第三部分：第 1 条（谈判）、第 2 条（斡旋与调停）、第 3 条（调解）、第 4 条（调解委员会的任务）、第 5 条（仲裁）、第 6 条（仲裁法庭的职权范围）、第 7 条（仲裁裁决的效力）和附件第 1 条（调解委员会）和第 2 条（仲裁法庭）。

37. 委员会第四十八届会议期间，阿兰焦－鲁伊斯先生宣布辞去特别报告员一职。委员会结束了国家责任条款草案第二和第三部分的一读工作，决定根据其《章程》第 16 条和第 21 条，经由秘书长将委员会一读暂时通过的条款草案[16] 转交各国政府征求评论意见，并要求在 1998 年 1 月 1 日之前将这些评论意见提交秘书长。

38. 委员会 1997 年第四十九届会议设立了国家责任问题工作组，处理有关条款草案二读的事项。[17] 委员会还任命詹姆斯·克劳福德先生担任该专题特别报告员。

39. 大会 1997 年第 52/156 号决议第 3 段建议委员会考虑到各国政府的评论和意见，包括书面的或在大会辩论中口头作出的评论和意见，继续进行其目前方案中各个专题的工作，包括国家责任专题。该决议第 6 段还回顾委员会很需要得到各国政府对委员会第四十八届会议一读通过的国家责任条款草案的意见。

---

[11] 特别报告员八次报告的转载情况如下：

初步报告：《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；

第二次报告：《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件；

第三次报告：《1991 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/440 和 Add.1 号文件；

第四次报告：《1992 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/444 和 Add.1-3 号文件；

第五次报告：《1993 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 1 页，A/CN.4/453 和 Add.1-3 号文件；

第六次报告：《1994 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 3 页，A/CN.4/461 和 Add.1-3 号文件；

第七次报告：《1995 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/469 和 Add.1-2 号文件；

第八次报告：《1996 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/476 和 Add.1 号文件。

委员会（1989 年）第四十一届会议将条款草案第二部分第二章 （国际不法行为的法律后果） 第 6 和 7 条提交起草委员会审议。委员会（1990 年）第四十二届会议将条款草案第二部分第 8 至 10 条提交起草委员会审议。委员会（1992 年）第四十四届会议将条款草案第 11 至 14 条和第 5 条之二提交起草委员会，以备列入条款草案第二部分。委员会（1993 年）第四十五届会议将条款草案第三部分第 1 至 6 条及所附附件提交起草委员会审议。委员会（1995 年）第四十七届会议将条款草案第二部分第 15 至 20 条和准备列入草案第三部分的新的草案第 7 条提交起草委员会审议。第 15 至第 20 条涉及被草案第一部分第 19 条定为罪行的国际不法行为的法律后果。

[12] 第 1 至 5 条（第 1 款）的案文，见《1985 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 24-25 页。

[13] 第 1 条第 2 款、第 6 条、第 6 条之二、第 7、第 8 和第 10 条以及第 10 条之二的案文，见《1993 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 60 页起。

[14] 第 11、第 13 和第 14 条的案文，见《1994 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 150 页，脚注 454。委员会通过第 11 条时达成一项谅解，即可能要根据最后通过的第 12 条案文重新审议第 11 条（同上，第 352 段）。第 13 和 14 条的评注，见《1995 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 72-84 页，A/50/10 号文件。

[15] 见《1994 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 150 页，第 352 段。

[16] 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 61-69 页，A/51/10 号文件，第三章，D 节。第 42 条（第 3 款）、第 47 条、第 48 条和第 51 至 53 条的案文及其评注，见同上，第 65 页起。

[17] 委员会根据工作组建议通过的关于二读审议条款草案的准则，见《1997 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 59 页，第 161 段。

40. 委员会 1998 年第五十届会议收到特别报告员克劳福德先生的第一次报告[18]。该报告涉及与草案有关的一般问题、“罪行”与“不法行为责任”的区分及草案第一部分第 1 至 15 条。委员会还收到各国政府针对委员会一读暂时通过的条款草案，就国家责任问题提出的评论和意见。[19] 委员会在审议了第 1 至第 15 条之二后，将第 1 至 5 条和第 7 至第 15 条之二提交起草委员会。

41. 委员会在同届会议上注意到起草委员会关于第 1 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条、第 7 条、第 8 条、第 8 条之二、第 9 条、第 10 条、第 15 条、第 15 条之二和 A 条的报告。委员会还注意到第 2 条、第 6 条、第 11 至 14 条被删。

42. 委员会 1999 年第五十一届会议收到特别报告员的第二次报告[20]。该报告继续进行第五十届会议开始的工作，即根据各国政府的评论及国家实践、司法裁决和文献方面的发展，审议条款草案。委员会也收到各国政府针对一读暂时通过的条款草案，就国家责任问题提交的评论[21]。委员会审议了第 16 条至第 19 条第 1 款、第 20 条至第 26 条之二、第 27 条至第 28 条之二、第 29 条、第 29 条之二、第 29 条之三第 1 款、第 30 至 33 条、第 34 条之二第 1 款和第 35 条，并于随后将其提交起草委员会。

43. 委员会同届会议注意到起草委员会关于下列条款草案的报告：第 16 条、第 18 条、第 24 条、第 25 条、第 27 条、第 27 条之二、第 28 条、第 28 条之二、第 29 条、第 29 条之二、第 29 条之三、第 31 至 33 条和第 35 条。委员会也注意到第 17 条、第 19 条第 1 款、第 20 至 23 条[22]、第 26 和 34 条[23]被删。

[18] 《1998 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/490 和 Add.1-7 号文件。

[19] 同上，A/CN.4/488 和 Add.1-3 号文件。

[20] 《1999 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/498 和 Add. 1-4 号文件。

[21] 《1998 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/488 和 Add. 1-3 号文件及《1999 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/492 号文件。

[22] 一读通过的第 22 条规定必须用尽当地救济。特别报告员拟议了这个条款的新案文，列为第 26 条之二。起草委员会决定延迟对该条内容的讨论。

[23] 起草委员会通过了第 34 条（自卫），将其列为第 29 条之三。

B. 本届会议审议这个专题的情况

44. 委员会本届会议收到各国政府就国家责任问题提出的评论和意见[24]以及特别报告员的第三次报告。该报告继续进行 1998 年第五十届会议开始的工作，即根据各国政府的评论及国家实践、司法裁决和文献方面的发展，审议条款草案，尤其是第二部分的内容。委员会在 2000 年 5 月 2 日至 5 日举行的第 2613 至 2616 次会议、5 月 16 日至 18 日举行的第 2621 至 2623 次会议、6 月 8 日和 9 日及 7 月 10 日至 14 日举行的第 2634 至 2640 会议以及 7 月 20 日至 8 月 8 日举行的第 2643 至 2653 次会议上，审议了本报告。

45. 委员会决定将下列条款草案提交起草委员会：5 月 5 日第 2616 次会议提交第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条；5 月 18 日第 2623 次会议提交第 40 条之二；7 月 11 日第 2637 次会议提交第 43 和 44 条；7 月 14 日第 2640 次会议提交第 45 条、第 45 条之二和第 46 条之二；7 月 25 日第 2645 次会议提交第 46 条之三、之四、之五和之六；8 月 1 日第 2649 次会议提交第 30 条、第 47 条、第 47 条之二、第 48 条、第 49 条、第 50 条和第 50 条之二；8 月 8 日第 2653 次会议提交第 50 A 条、第 50 B 条、第 51 条及报告第 407 和 413 段脚注所载案文。

46. 委员会 2000 年 8 月 17 日第 2662 次会议注意到起草委员会关于其二读暂时通过的条款草案整套案文的报告(A/CN.4/L.600)，这些条款草案作为附件列于本章之后。

1. 特别报告员介绍与条款草案有关的一般问题

(a) 完成二读的方案

47. 如第三次报告第 3 和 4 段所表明，特别报告员重申了他打算在 2001 年委员会第五十三届会议上完成本条款草案二读的承诺。他建议按照下列计划实现这项宏大但却可行的目标：起草委员会应该搁置解决争端问题，在本届会议终了时拟定本条款草案的整套案文；这将使委员会能够在下届会议上参照

[24] 见上文脚注 21。

各国政府可能提出的进一步的意见，审议并通过全部案文和评注。

(b) 与第一部分有关的未决问题

48. 第三次报告第 2 和 3 段已经指明，在就第二部分的下列方面作出决定以前，不可能解决第一部分的四个未决问题：违背对整个国际社会的义务时的国家责任（第 19 条）；拟订关于用尽当地救济（第 22 条）和反措施（第 30 条）的条文；可能增添一个关于不履行的例外情况，即解除行为不法性的情况的条文。此外，第一部分载有在第二部分中重复了几次的内容，例如第 42 条第 4 款，这种重复没有必要，反而令人怀疑第一部分所载原则能否按照假设的情况，也适用于第二部分。

(c) 与一读通过的第二部分有关的一般考虑因素

㈠ 相较第一部分的第二部分的范围

49. 一般说来，特别报告员促请注意第一部分和第二部分之间的脱节情况，因为第一部分涉及国家违背义务的情况，第二部分，尤其是第 40 条，则涉及国家对违背国际法情事的反应。举例来说，第一部分所述义务可能是对国际组织或个人承担的义务，第二部分却没有述及由个人而不是国家援引违背义务行为的情况。因此，他提出了一个保留条款，说明第二部分不妨碍因一国对国家以外的任何个人或实体实行国际不法行为而产生的任何权利。

㈡ 标 题

50. 第二部分目前的标题“国际责任的内容、形式与程度”不够明白，显豁，可以改用比较直接的措词：“一国国际不法行为的法律后果”，这也符合国家责任是违背义务行为引起的次级法律后果这一传统观点。

㈢ 条款草案的拟订

51. 该报告的第 7(*b*)和 7(*c*)段讨论过：今后的起草工作应该审查第二部分所载条款草案中那些规定了绝对权利并使用了“适当情况下”这一限制语的难以援用的案文。有些政府从各种法律传统的角度批评这些条文不是太刻板，就是含义模糊以致缺乏内容。但是，由于特定条款的内容不够详细明确，在某些情况下，“适当情况下”一类的限制语可能还是有其必要的。

(d) 条款草案其余部分的拟议订正结构

52. 特别报告员根据报告第 8 和 9 段的讨论，为条款草案其他实质性章节提出了经订正的结构，列于第 10 段中，以解决与第 40 条有关的一些问题，并促进讨论。

53. 第二部分第一章应该保留它目前的标题（一般原则），并且至少应该包括三个涉及一般原则的条文：第 36 条── 关于国际不法行为必需产生法律后果的概括性引言条款；第 36 条之二── 停止的一般原则；和第 37 条之二── 赔偿的一般原则。此外，条款草案应该在第 40 条之二中载述“受害国”一词的定义，但也可以把这个定义放置在条款草案的其他地方。是否需要第 38 条并不明确，但是为了讨论的目的，已经予以载列。

54. 第二章将论述三种赔偿方式，即恢复原状、补偿和满足（不一定要指明在三者之间作出选择的方式，于随后指出即可）；利息；受害国共同过失的后果以及参照辩论情况可能认为适当的任何其他规定。

55. 特别报告员提议增添一个新的题为“国家责任的履行”的第二部分之二，以区分国际不法行为责任国的法律后果和违背义务行为的主要受害国（或在某些情况下，另一些国家）对这些后果的援引；并且消除第 40 条所引起的混淆。第二部分之二可载列一些条文，论述下列问题：谁有权援引责任这一一般性问题，目前第 40 条中的处理方式根本无法令人满意；援引责任之权利的丧失，类比于援引根据《维也纳条约法公约》（下称 1969 年《维也纳公约》）终止或停止施行某一条约之理由的权利的丧失；作为援引责任而不是赔偿的一种形式的反措施，因为反措施针对的是拒绝承认其责任进而停止不法行为的国家；以及第 19 条所述的援引对整个国际社会的责任方面的问题。

56. 特别报告员注意到不将采取反措施同解决争端挂钩的临时决定，他建议在整个案文通过以后，采取总括方式审议第三部分，同时考虑到它们的形式。除非将本条款草案作为一项公约提交大会，否则载列解决争端条款毫无意义。此外，接受这种条款是靠不住的，因为从字面上说，这种案文涵盖了国家义务的全部内涵。

57. 特别报告员还建议载列关于一般规定的第四部分，以便除其他外，纳入特别法条款。

2. 一般问题辩论概况

58. 特别报告员因其第三次报告而受到赞扬。这份报告不仅丰富了委员会的工作，也丰富了一般国际法，因为它针对一个极其棘手的主题，确定了一些参数，并且查明了一些问题。

(a) 完成二读的方案

59. 特别报告员提议的完成条款草案二读的计划得到了支持。但是，有人注意到，委员会搁置了一些涉及第一部分的问题，以作进一步研讨，例如：违背普遍义务时的国家责任以及有关条款与一读通过的第 19 条的关系。据说，审议第四十八届会议一读通过的第二部分条款草案[25] 时，并不像审议第一部分时那样仔细。建议尤其应对违背多边义务的问题进行深入讨论。有人指出，大会第五十五届会议将是委员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的最后一次机会。

(b) 主要规则与次要规则的区分

60. 关于报告第 50 段，有人认为，主要和次要规则的区分不成问题，因为规范在一定背景中的功能会决定它是主要还是次要规则。反之，也有人认为，主要和次要规则之间的区分从知性上说，具有诱惑力，但是相当牵强，不易维持，在实际中不易适用，有时候甚至是无效的。不过，即使在某些情况下这个区分显得牵强，也没有必要过度详细探讨这个问题；一般来说，它是起作用的，也一直是整个起草工作的基础。特别报告员也认为，虽然许多次要规则的适用会受到主要规则的影响，却不应该放弃对主要和次要规则的区分，必须酌情，特别是在评注中，明确这一点。

(c) 国家责任规则的反射性质

61. 有人表示赞成报告第 7 段为国家责任规则所定的性质。但是，也有人认为，如果打算将第一部分所列解除行为不法性的情况适用于第二部分所述义务，那就有必要在草案中明文载述。另一些人认为，最好不对这个问题作出规定，而是把它留给习惯国际法来解决。虽然认识到第一部分和第二部分之间的关系，却必须避免根据反射性的概念得出不成熟的结论。特别报告员注意到人们对反射性持不确定态度，认为应将其交由起草委员会进一步审议，以决定某些条款的去留。

(d) 条款草案的范围

62. 有人建议将条款草案的范围扩大到包括国家责任的所有情况，而不仅限于国家之间，因为在说明国际不法行为的后果时，必定要考虑到在国际法范围内受到伤害的所有各方的立场，而无论其是国家、国际组织、其他实体或个人。有人认为，虽然目前第 36 条第 1 款的措词包括了所有国际义务，但却可以在研讨另一些实体及报道要求和国内法律论坛等国家责任以外的履行程序时，将这种事项列为主要义务，因此有人对拟议的保留条款表示支持。还有人指出，不应该在条款草案中编纂全部国际责任法，因为国际责任法还没有得到充分发展，没理由这么做。目前的工作目标是拟订一般规定，为国际责任法的新分支奠定基础，将来才能根据这个领域的实践发展，拟订详细案文并辩明细微差别。

(e) 与第二部分有关的一般考虑因素

㈠ 详细和明确的适当程度

63. 有一种意见认为，由于第二部分忽略了赔偿的技术问题，必须在第二章和其他地方载列比较具体和详细的条文，规定赔偿（特别是补偿丧失的利益）的形式和方式，以及计算数额和可能的利息的方法。草案没有处理这些问题，各国必须知道支付利息的时日以及据以计算利息的一般准则。反之，有人则认为，从理论和实践上说，与救济（补偿、恢复原状、损害的间接性）有关的原则都必须由主要规则加以确定，委员会必须审慎，不要使拟订出来的案文看来像是一般规则，而实际上只载列了一些备选救济。换言之，委员会应该避免就这个专题开展过度的拟订工作。有人认为，委员会务必在就赔偿拟订详细规则的两个着手方式中找到一个中间路线，同时考虑到规则拟订得越详细，完全按照这些规则赔偿的可能性就越小，而且，赔偿规则必须有一些灵活性，这主要是因为国家责任案件通常是通过谈判来解决，而不是由国际法院或法庭加以处理。特别报告员解释说，他已经在报告第二部分中，以补偿为背景论述这些详细规定的主题，因为在这个领域，这个问题最显而易见。鉴于对这个问题有不同意见，他请求委员会提供指导，告诉他就赔偿数额和利息的计算拟订详细规则是否可取；这

[25] 见上文脚注 16。

些属于技术问题，将因具体情况而异。他将单独提出关于利息的一条，因为利息与补偿有别，但是，他暂时认为，相对而言，两条都应该是概括性的。应由委员会在适当时候决定还想要进一步深入到何种程度。

㈡ 标 题

64. 有些委员虽然与特别报告员一样，认为需要重拟第二部分的标题，但也认为拟议的新标题不能令人完全满意，因为它没有反映第二部分所载条文的内容，也没能将其同第二部分之二区别开来。为第二部分标题提出的建议包括："赔偿和履行的义务"、"国际责任的法律后果"，或采用"所涉法律问题"而不是"后果"的提法。但是，有人认为"国际责任的法律后果"这一备选标题不合适，因为责任是国际不法行为的直接法律后果，这个标题未能解决第二部分和第二部分之二间的关系问题。特别报告员同意，第二部分的标题涵盖了一些应被纳入第二部分之二的问题。令他感到高兴的是，大家显然一致认为需要区分源于不法行为的后果和加以援引的情况。委员会必须在稍后阶段审议是否应将有关条款列为两个单独的部分或同一部分中的两章。

㈢ 条款草案的拟订

65. 有人极力支持特别报告员的建议，认为应该从责任国而不是受害国的角度出发，重新拟订条款草案，因为这个着手方式与第一部分相符，并且有助于解决第二部分和第二部分之二中的一些难题。

(f)条款草案的结构

66. 特别报告员在其第三次报告第 10 段中拟议的新结构获得了普遍支持。

67. 有人认为，可以分别处理关于数个国家的规则：数个行为国的义务可在第二部分（一国国际不法行为的法律后果）中处理，数个受害国的权利则可在第二部分之二（国家责任的履行）中处理。另一种做法是将关于数个国家的所有规则列入单独的一章。

68. 有人支持特别报告员的提议：列入一个第二部分之二，把关于反措施的条款从第二部分移到第二部分之二，因为反措施涉及责任的履行，而不是国际责任的内容或形式。有人认为，根据特别报告员阿戈先生的最初设想，第二部分之二应载列关于外交保护的条款，但由于外交保护已经被当作一个单独的专题处理，现在已经不能列入这些条款了。但是，委员会已促请特别报告员在第二部分之二的第一章中列入一个关于外交保护的"不妨碍"条款。反之，有人认为，一旦审议了实质性条款，就必须重新审查是否需要载列一个第二部分和一个第二部分之二的问题了。

69. 有人支持特别报告员关于暂时搁置第三部分的建议。据认为，条款草案的形式和和平解决争端之间的联系已经明确地载于报告第 6 段。有人表示，最有害的作法莫过于使有关国家责任的实质性规则以各国会接受强制性争端解决程序这一高度假设情况为基础，一读通过的案文中的反措施也属于这种情况。反之，有人认为，案文所能采用的唯一形式是国际公约，公约可以明确要求建立一个普遍和全面的制度，以解决对整个条款草案的解释或适用所引起的任何争端。但是，如果事实证明采用这种系统的确有困难，就必须回到原来的思路，即建立一个争端解决程序，至少要解决会引起反措施的争端。

70. 也有人支持特别报告员关于列入一个载述一般规定的第四部分的建议。特别报告员正确地提议纳入一个一般部分，载列共同的"不妨碍"条款、除责任定义以外的任何定义以及涉及草案中不止一个部分的所有条款。但是，也有人认为，需要对新的第四部分的内容进行更加详细的分析。

3. 特别报告员对一般问题辩论的总结

71. 一些委员曾提出过在区分主要规则和次要规则方面所遇到的困难，关于这个问题，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。

72. 他注意到，已就第二部分或至少是其中所载以责任国义务为着眼点的后果的拟订战略以及有必要在不同部分、或至少在同一部分的不同章节论述这些义务和其他国家对这些义务的援引达成普遍一致。现有条款的实质性部分将予保留，并新增一些内容，例如前任特别报告员阿兰焦－鲁伊斯先生在其第二次报告中提议的关于利息的条款[26]。

[26] 《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 56-78 页和第 144 页，A/CN.4/425 和 Add.1 号文件。

73. 关于国家以外的实体援引一国责任的可能性，他强调说，第一部分中拟订的开放的责任概念考虑到了这种可能性。显然，国家对国家以外的实体的责任是国家责任的一部分。但这并不意味着委员会必须处理这些问题：委员会不应这样做是基于一些与国家责任领域无关的理由，不过，有必要清楚地说明它没有这样做，是为了解释第一部分内容与其他各部分内容之间的差异。这是拟议的第 40 条之二第 3 款所载保留条款的宗旨。没有必要逾越目前拟议的范围。

4. 特别报告员介绍第二部分：一国国际不法行为的法律后果

第一章 一般原则

(a) 关于国际责任的内容的引言条款（第 36 条）

74. 特别报告员指出，没有任何政府怀疑第 36 条第 1 款所载关于国家的国际责任的引言条款的必要性。[27]

(b) 停止的一般原则（第 36 条之二）

75. 特别报告员提请委员会注意涉及停止的一般原则并已在第 36 条第 2 款和第 41 条中加以处理的两个问题。首先，停止的义务是违背了主要义务的后果，如果主要义务不复存在，停止的义务也就不存在了。例如，在援引对双边条约的实质性违背作为终止条约的理由的情况下，就不会发生停止问题。这个重要的论点必须以保留条款的形式加以表述。其次，虽然各国没有对停止（第 41 条）提出批评，但有些作者认为，停止是主要义务的后果，而不是某一违背义务行为的次要结果，因此，不属于本草案的范围。如在报告第 50 段中所作的解释，特别报告员认为本草案应该述及停止的概念，因为只有在发生违背行为之后，它才会作为一种后果出现；它同反措施等次级后果相联系；它是大多数国家责任案件中的首要关注事项，例如，旨在停止不法行为并恢复被违背义务行为破坏了的法律关系的声明至关重要就说明了这一点。

76. 特别报告员拟议在一项单独的经订正的第 36 条之二[28] 中处理停止的一般原则，其中考虑到，只有当主要义务持续存在时，才会出现停止问题，而且该条在拟订该项义务时，提到了保留在草案第一部分的持续不法行为的概念。就位置而言，从逻辑上看，应该把停止的一般原则摆在赔偿之前，因为在一些情况下，提请责任国注意违背行为时，责任国会立即停止该行为，而这一事件也会就此了结。

(c) 承诺并保证不重复（第 36 条之二(续)）

77. 特别报告员提请注意国际不法行为的双重后果：假设被违背的义务持续存在时，面向未来的后果，即停止和承诺并保证不重复；面向过去的后果——赔偿，以消除违背行为所造成的损害。对这一问题的连贯处理办法意味着承诺并保证不重复和停止应该作为两项条件并列在一个单独的条文中，以确保恢复违背行为所损害的法律关系：首先，停止违背行为，其次，酌情提供不重复该行为的保证。特别报告员注意到，在不同的情况下，充分的承诺和保证可能是非常严格的安排，也可能只是允诺或保证。他认为，为了提供必要的灵活性，除使用有些不精确的“酌情”一词和“提供不重复该行为的适当承诺和保证”一语外，别无他法。

(d) 赔偿的一般原则（第 37 条之二及第 42 条第 3 和 4 款）

78. 特别报告员提请注意目前草案的两个问题。首先，在整个条款草案中，赔偿的一般原则是作为受

---

[27] 特别报告员提出的第 36 条案文如下：

“第 36 条 国际责任的内容

“一国依照第一部分的规定对国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 17 和 18 段。

[28] 特别报告员提出的第 36 条之二案文如下：

“第 36 条之二 停 止

“1. 本条款草案所规定的国际不法行为的法律后果不影响有关国家继续履行该项国际义务的责任。

“2. 实行国际不法行为的国家有义务：

“(*a*) 在从事一项持续性不法行为时，立即停止该行为；

“(*b*) 提供不重复该行为的适当承诺和保证。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 44-52 段。

害国的权利加以拟订的，但是受害国的概念却违背后果推理，摆在逻辑构造的中间位置，而不是按照法国的建议[29] 摆在开头，或按照特别报告员阿戈的建议[30] 摆在后面。换言之，条款草案案文有时是从责任国的角度措词，有时则从受害国的角度表述。其次，确定一受害国的权利意味着该受害国是唯一有关的国家，实际上，这种作法是通过将权利明确归于个别国家而把多边法律关系“双边化”了。以这种作法处理对若干国家或整个国际社会承担的责任，令人无法接受。特别报告员提议处理这两个问题的方式是将赔偿的一般原则表述为实行国际不法行为的国家对行为的后果提供适当赔偿的义务，并在第二部分的后面章节或第二部分之二中，处理谁可以援引该国的义务和应以何种方式援引的问题。

79. 此外，特别报告员提请注意，若要实施第 42 条第 1 款关于受害国权利的表述中所载的赔偿的一般原则，会引起三个问题。首先，特别报告员认为，即使有并行原因，一国还是应该其行为的直接或最近的后果负责，他不同意第 42 条评注在这方面的表述。他提议为此目的而在该条草案中使用简单措词，同时考虑到远期或间接损害的问题只能通过对具体事实适用特殊规则的方式加以解决，而且，不同的法律体系对这个问题的处理方式也会不同。其次，特别报告员指出，第 42 条第 3 款已经受到一些政府的强烈批评。*霍茹夫工厂案*[31] 中所阐述的基本原则是：责任国应为其不法行为的后果提供赔偿，如果这个措词意味着任何“直接和不太遥远的”因果关系，那么，根本不必担心要求这样做会使得该国丧失其维持生存的手段。可能采取的赔偿形式、其时间选择和方式问题很可能受到责任国态度的影响。此外，在*俄罗斯损害赔偿案*[32] 那种极端事例中，一国在有能力支付赔款之前，可能不得不延缓支付。但是，除了在第一次世界大战终了时出现赔款不兑现的事例以外，并没有要求作出此类限制的任何历史记录。基于这种理由，他提议删除第 42 条第 3 款，转而在第二章中，以具体赔偿形式为背景，解决提出的问题。第三，特别报告员提议删除第 42 条第 4 款，因为该原则已载于第 4 条。因此，他建议把第 37 条之二[33] 所载的赔偿的一般原则纳入第二部分第一章。

(e) 习惯国际法中的其他法律后果（第 38 条）

80. 特别报告员基于两点理由对第 38 条[34] 的必要性表示怀疑。首先，特别法原则规定，应由条约法或习惯国际法的特定规则来决定特定违背行为的后果。 其次，委员会还没有发现国际法下存在未被载列于第二部分的违背行为的其他一般后果。评注确定了不法行为的两种后果，但它们都与责任问题无关。如果委员会能够在国家责任范围内指明其他后果，那么，它就应该尝试指明这些后果是什么。保留第 38 条的唯一理由是不法行为不得产生权利这一格言所体现的一般法律原则。格言认为，实行了国际不法行为的国家不得以该行为为由脱离特定情况。法院在*加布奇科沃-大毛罗斯项目案*[35] 中引述了这项原则来得出终止条约情况下、而不是责任范畴中的特定后果，但是，可以想象，在特定情况下，由于不法行为不得产生权利原则的作用，也可能会引起法律义务。

81. 从位置上说，特别报告员认为，第 38 条若予保留，应该留在第二部分，因为它涉及违背行为的其他后果，第 37 和第 39 条中的保留条款则可摆放在载列一般规定的第四部分。

---

[29] 见上文脚注 19。

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

[31] *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。

[32] 1912 年 11 月 11 日裁决（俄罗斯诉土耳其）（《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷（出售品编号 61.V.4），pp. 421 et seq.）。

[33] 特别报告员提出的第 37 条之二案文如下：

“第 37 条之二 赔 偿

“1. 实行国际不法行为的国家有义务对该行为产生的后果作出充分赔偿。

“2. 应按照以下条款的规定，单独或合并地采用恢复实物原状、补偿和满足的方式提供充分赔偿，以消除该国际不法行为的后果。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 23-43 段。

[34] 特别报告员提出的第 38 条案文如下：

“第 38 条 国际不法行为的其他后果

“对于本部分各条款未列述的一国国际不法行为的法律后果，仍应遵守可适用的国际法规则。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 60-65 段。

[35] *加布奇科沃-大毛罗斯项目（匈牙利/斯洛伐克）案*，判决，《1997 年国际法院汇编》，p. 7。

5. 第二部分辩论概况

第一章 一般原则

(a) 关于国际责任的内容的引言条款
（第 36 条）

82. 重新拟议的第 36 条案文得到广泛支持，委员们认为该案文正确地提到了需要承担法律后果的国际责任。但是，也有人认为，第 36 条的案文引起了与第二部分标题同样的问题，因为第二部分之二也载述了国际不法行为的后果。也有人对第 36 条的标题不甚满意，认为它没有体现出该条本身的内容。有人提议，在法文本中，应将“est engagée par un fait”改为“est engagée à raison d’un fait”，因为一国的责任不能来自于行为本身。

(b) 停止的一般原则
（第 36 条之二）

83. 特别报告员拟议的第 36 条之二得到了支持，特别是出于其报告第 50 段所述理由。此外，还有人支持以单一条文将停止和承诺并保证不重复等相关概念连结起来。但是，也有人认为这三个概念虽然在某些方面相类似，但并不相同，应在单独的条款加以处理。

84. 有人建议，拟议的新的第 36 条之二的标题应该定为“停止和不重复”，因为停止和承诺或保证不重复是两个不同的概念。第 36 条之二的标题也被视为不能令人满意，因为它没有指明被违背义务是否继续有效。

85. 关于第 1 款，有人认为必须重申主要国际义务即使受到违背也继续有效，当事国必须予以履行。

86. 对于第 2 款(*a*)项，有人认为，应该强调与主要义务的联系，而不是依照法国拟议的第 36 条[36] 的思路，强调不法行为后果的持续状态。也有人建议案文避免提到“持续不法行为的停止”，因为不仅持续不法行为本身的概念不容易明确界定和使用，就是在有一系列瞬间行为发生的情况下，停止的义务仍然适用。特别报告员同意，这个概念并不光是与持续不法行为的概念有联系，因为可能会有一组个别违背行为构成了某种型态，这些行为本身并非持续性，但所构成的型态却是持续性的。在此情况下，也应要求停止，且可能会要求承诺并保证不重复。

(c) 承诺并保证不重复
（第 36 条之二（续））

87. 有人支持在草案中载列一项关于承诺并保证不重复的义务的规定，因为在某些情况下，的确存在着某种重复形态的真正危险，而国家不能每次都只是道歉了事。由于认识到并非每次都有这种可能，有人认为，必须以适当方式承诺并保证不重复。例如，在以武力实施违背行为的情况下，特别有必要作出不重复的保证，以使违背行为受害方消除疑虑。从法律观点看来，作出这种保证的事实构成一项新的承诺，它超越了已被违背的最初承诺。据指出，这种保证可以采取若干形式，例如向法院提交一份也许会、也许不会被列入法院裁决的声明，或者发表一份不一定要在诉讼过程中作出的外交声明。据认为，报告论证了就国家实践而言，在第 36 条之二中载列承诺并保证不重复是有合理依据的。促请注意第二次世界大战以后签订的和平条约所载述的若干措施以及世贸组织最近就《1974 年美国贸易法》第 301 条作出的小组裁决。[37]

88. 另一些委员对保留适当承诺并保证不重复条款的必要性表示怀疑。虽然认识到在日常外交实践中，各国政府常常提供这样的保证，但对于是否能够把作为政治或道德承诺提出的那种声明视为责任的法律后果，仍存有疑问。因此，有人认为，这项规定没有任何法律意义，可予删除。有些委员还认为，国家实践几乎不支持以具体的法律案文体现这个概念。有人指出，法院从来不曾在任何案例中给过不重复的承诺和保证。承诺和保证不重复在目前国家实践中的实际位置受到了质疑，因为这种作法似乎是从十九世纪外交中直接沿袭下来的。

89. 特别报告员说，十九世纪有过以强制性规定要求提供坚实保证和承诺并且加以强制执行的实例。但是，也有以向法庭作出声明的形式提供承诺和保证以及在不受强制的情况下要求承诺和保证的现代实例。此外，即使是批评这种概念的人也承认，国家实践中

[36] 见上文脚注 19。

[37] 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 39 卷（2000 年 3 月），p. 452。

常常有提供承诺和保证的情事，例如，派遣国会就外交馆舍的安全向驻在国作出承诺和保证。

90. 有人认为，在国内法要求国家机关以违反国际法的方式行事的情况下，违反国际法的，是适用该项法律的行为，而不是该项法律本身。承诺并保证不重复可能构成责成一国使其行为符合国际法的手段，例如，废除或修正有关法律。但是，也有人指出，法律的通过可能形成国家责任，例如，组织灭绝种族的法律，或授权警察施行酷刑的法律。也有人认为，在一国法律及其适用导致虽然不是持续性的、却是经常发生的严重违背义务行为的情况下，承诺并保证不重复有其必要。特别报告员说，这是一个非常棘手的问题，因为它涉及国际法和国内法之间的关系。一般而言，如果只是在国内法中存在着可能在某些情况下产生违背义务行为的规定，这个事实本身并不违反国际法，因为，除其他外，有可能以符合国际法的方式来执行此类规定。

91. 关于第 2 款(*b*)项的案文，有人认为，承诺并保证不重复的适当性和适用性在很大程度上随着特定情况而变化，因此，这项规定的措词必须具有很大的灵活性，并且使用概括性的用语。也有人支持按照捷克共和国在第六委员会中的提议，将“在适当情况下”改为“在必要情况下”，来确认对这项规定的有限度适用。此外，也有人指出，承诺并保证不重复应该是一个有两个参数的函数：违背义务行为的严重性和重复的可能性。特别报告员赞同以下立场：应该澄清承诺并保证不重复的概念且在评注中提到违背行为的严重性和重复的可能性问题。

(d) 赔偿的一般原则（第 37 条之二及第 42 条第 3 和 4 款）

92. 有人表示支持特别报告员拟议的第 37 条之二。

93. 有人认为，赔偿问题与不法行为的潜在意图有关，因为一国蓄意实行的不法行为与纯粹由疏忽所致的不法行为不应招致同样程度的责任。有人赞成在第 37 条之二中考虑到意图因素。

94. 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不合逻辑；此一后果就是责任本身。第二部分处理的，是责任引起的后果。建议按照“国际不法行为责任国有义务为该行为的后果提供充分赔偿”的意思，重新拟订该款。也有人认为，该款应改为：“负有国际责任的国家有义务为它所实行的国际不法行为的后果提供充分赔偿。”

95. 有人认为，在第 1 款中提到“充分赔偿”是有问题的，理由如下：目标并不是要求充分赔偿，而是要求尽量赔偿以便对不法行为的后果进行补救；只有在能够对损害定量计算的直接的商业合同中，才有充分赔偿的可能；提供赔偿的要求可能会随着案情或由于受影响方未能采取适当措施减轻损害而有所更改，扎菲罗号案[38] 就是这样的情况；必须考虑到责任国的支付能力，务必不要使一国沦落到贫困不堪的境地。在针对如果不采取缓解措施就应该减少赔偿的概念作出反应时，有人认为，事实上，采取缓解措施可以减少损害，赔偿也会因而减少。还有人指出，在特定案件中很难对赔偿进行定量的事实并不意味着各种规则无效。也有人认为，放弃充分赔偿概念并不明智，因为各国政府并未批评这一概念，较之不法行为国的处境，委员会应该更多地注意一国由于另一国的不法行为所受到的损害。

96. 第 37 条之二第 1 款中“该行为产生的……”一语被解释为意图在不实际提及损害或伤害的情况下，引入行为和损害或伤害之间的因果关系。但是，有人认为“产生的”一语有些含糊，主张把它改为“对该不法行为的所有后果提供赔偿”。

97. 有人认为，赔偿的义务没有扩大适用于违背义务行为所产生的间接或远期结果，而仅适用于直接或当下的结果。有人还指出，通常在行为和损害之间必须有充分因果关系的要求应该适用于补偿和赔偿原则。同样，有人认为，应该只针对违背义务行为的直接或近期后果，而不是所有后果，给予充分赔偿。关于损害的直接性，尽管原因可能不是直接原因，但因果关系链，或“可传递性”，却必须是直接并且不间断的。有人认为，委员会迟早必须对因果关系进行全面的研究。特别报告员指出，“间接损害”概念的适用取决于特定的法律情况和事实本身。他也指出，委员会一致认为需要思考第 37 条之二中的直接性或接近性专题。

98. 关于第 2 款，大家对是否应就其中所载的赔偿方式确定一个优先次序持不同意见。有些委员表

[38] 厄恩肖等（大不列颠）诉美国案（《国际仲裁裁决汇编》，第六卷（出售品编号 1955.V.3），p. 160）。

示，他们对草案把恢复实物原状放在与其他赔偿形式── 即补偿和满足── 同样的高度感到关切。有人提请注意霍茹夫工厂案[39] 以恢复原状为最佳赔偿手段而给予优先地位，这是因为它将尽可能恢复违背义务行为发生之前的情况。反之，有人认为，恢复原状不是不法行为的普遍后果，而是一种备选救济办法，其适用性应取决于一些主要规则，即确切的法律环境，由它决定补偿或恢复原状是否是适当的救济。特别报告员注意到，就选择恢复原状还是补偿而言，第 37 条之二是中立的，第 43 条目前的案文则规定恢复原状是主要的救济。他将在处理第 43 条的时候再回到这个问题上来。

99. 关于第 2 款，有人关切地指出，虽然充分赔偿可能消除国际不法行为的法律后果，它的实质或实际后果却可能持续存在，因为赔偿并不是在每种情况下都寻求消除行为的后果，有时意在为这些后果提供补偿。因此，有人建议修正“消除……后果”一语。但是，有人认为将“消除”改为不同措词方式的拟议不能令人满意，因为它是消除不法行为的后果而不是行为本身的问题，行为本身显然是无法抹灭的，新的措词方式将不再传达原来的含义。

100. 关于第 37 条之二中的赔偿问题，委员们对是否应该保留第 42 条第 3 款── 规定赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段── 有不同的意见。有些委员主张保留这项规定，认为它对发展中国家至关重要。有人则指出，第 37 条之二没有包括第 42 条第 3 款的规定，有些政府反对该款，因为一些国家可能加以滥用，以逃避其法律义务，从而减损充分赔偿原则。与此同时，有人认为，这项规定在国际法上具有其效力，并提请注意第一次世界大战以后向德国要求战争赔偿案件对《对日和约》的影响。也有人提请注意关于对维持其生活所需要的附属物品免予限制措施的国家立法。有人认为，这个问题可按照报告第 41 段中的建议，借助解除行为不法性的情况予以解决。也有人指出，《重建独立和民主奥地利的国家条约》载列了一项类似的关于保护生存手段的规定。有人问所引述的涉及日本的情况是否在关于危急情况的第 33 条的涵盖范围之内。但是，有人认为第 33 条不够充分，因为它处理的，是解除行为不法性的问题，而第 42 条第 3 款处理的，不是不法性、而是与宽免债务和在冲突过后重建和平有关的人道主义问题。据认为，这项规定不能适用于充分赔偿，但可能适用于补偿。也有人认为，应该结合反措施重新考虑这个问题。

101. 特别报告员认为这项规定不属于危急情况或危难的范围，危急情况或危难是延缓补偿付款的依据，不是取消义务的依据。《对日和约》中的情况是同盟国基于若干原因，包括认识到在一战终了时犯下了可怕的错误，决定不坚持要求任何赔偿。在某种意义上，这是一种慷慨的表现，从那时以来已经得到千倍回报。但是，它也表明如果坚持要求赔偿只能使必须支付赔偿的国家陷于贫困境地，这种要求也就不切实际了。这种极端情况引起了一个解除行为不法性的情况所未涉及到的问题。委员会面临的问题是：第 42 条第 3 款中来源于人权条约的措词意在表示极端情况下的这种关切。另一方面，世界各地的一些国家政府已经批评那种措词方式会引起滥用。委员会承认在反措施及其他情况乃至赔偿数额方面，都可能出现问题，不可能只是以一项直接性的规定加以涵盖。起草委员会需考虑是否可以某种方式体现这方面的关切。特别报告员也同意：委员会应该在研讨反措施的时候，审查第 42 条第 3 款中提到的限制。

102. 关于第 42 条第 4 款，有人认为这项规定多余，因为已经有了第 4 条第 1 款。相反，有人认为，第 4 条并未涵盖第 42 条第 4 款中所指的情况，因此，应该保留后一条款，或者扩大第 4 条的范围。

(e) 习惯国际法中的其他法律后果（第 38 条）

103. 一些委员会认为应该保留第 38 条。有人建议，它的范围不应该限于习惯国际法规则，因为其他来源的规则可能也与之有关。但是，另一些委员则同特别报告员一样认为：第 38 条并没有增加任何实质内容，因此可予删除。

104. 有一些同这项规定有关的建议。有人表示，可以将标题中的“各种后果”改为“其他后果”来加以改进，因为即使是以前提到的后果也属于“各种后果”的范围。也有人建议采取正面表述方式重新拟定案文，以实例说明还没有述及的一些法律后果，而不意图涵盖习惯法中所规定的一切后果，并

[39] 霍茹夫工厂案，案情，1928 年第 13 号判决，《常设国际法院汇编》A 辑，第 17 号，p. 47。

载列一个保留条款来涵盖可能被忽略的一切事项。此外，有人建议，这种保留条款可以参照 1969 年《维也纳公约》第七十三条的模式或者在评注中提到这一条。还有人认为，可以在第四部分或在处理特别涉及不法行为后果的法律规则（特别法）的某些部分中提到不属于国家责任法范围的后果——例如有权终止实质上遭受违反的条约或不具有领土占有所含之特权的某一国家武装占领某一领土的情况。此外，建议将第 37 条（特别法）和第 38 条的内容合并为一项规定。

105. 有些委员对将第 38 条放置在第二部分提出质疑，因为这限制了它的适用。在这一点上，有一些建议，其中包括：在第 38 条中提到第一和第二部分；把它放置在一般规定部分以指明它适用于整个草案；或像其他公约那样，把它放置在序言部分。对于把这项规定放在序言部分的建议，有不同意见，因为有人担心条款草案不会采用公约的形式，这样一条规定可能会引起一些涉及条文的问题。

106. 特别报告员说，委员们似乎普遍赞成以某种形式保留第 38 条。应由起草委员会决定是把它放在第二部分还是第四部分。

6. 特别报告员对第一章的总结

107. 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，指出委员会就许多问题取得了良好的进展，不过，还有一些未决问题，将在审议其第三次报告的其他事项时作出最后决定。

108. 特别报告员谈到他所提出的各项条款时说，已经对第二部分和许多条款的标题进行了有益的辩论。目前应由起草委员会审议针对形式提出的各项建议。委员们似乎普遍同意将这四个条款提交起草委员会，并把它们保留在草案中的某个地方。在这一点上，他认为有必要参照起草委员会的建议，把第 38 条保留在第四部分或序言部分。

109. 同样，委员们普遍认为，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用的评论，包括针对第 36 条之二强调停止问题，尤其是承诺并保证不重复，不只会在发生持续不法行为时出现，也会在发生被理解为可能会持续下去的一系列行为时出现，即使每个行为都可被视为个别行为。应由起草委员会决定是否有必要在第 36 条之二第 2 款(*a*)项中提到持续不法行为。

110. 由于第 2 款(*b*)项涉及承诺并保证不重复，一读通过的该条的标题“停止”或许应予修改。委员们对是否保留该项表示了不同意见；但是，辩论情况显示：委员们多半主张予以保留。应该考虑到：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。有人说似乎没有过由法院下令承诺并保证不重复的实例，对此，特别报告员答复说这种实例的确极少，不过，这在外交实践中是常有的事。然而，他注意到，秘书长在“彩虹勇士”号案[40] 的裁决书中载述了一些可被认定属于承诺并保证不重复这一类别的内容。前面说过，本条款草案主要适用于国家间关系领域，不过，问题如果不能以外交方式解决，最终可能需要由法院来适用本条款草案。当然，承诺并保证不重复常常由政府在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 段中提到的捷克共和国提案[41]，或许还可提及不法行为的严重性和重复发生的可能性，并且引用一读通过的对应条文。

111. 第 37 条之二主要在涉及“充分赔偿”的方面，引起一些难题。这一用语的保留受到质疑。由于这一用语曾经出现在该条原先的案文中，且不曾受到政府的强烈批评，最好是把它保留下来。但是，应该考虑到有一个平衡问题。对保留这项规定提出质疑的意见几乎集中在责任国的关注事项，但是，正如已经有人指出的那样，委员会也必须考虑到国际不法行为受害国的关注事项。确实，在一些极端情况下，责任国可能由于充分赔偿的要求而陷于贫困境地。因此，需要拟订保护措施以处理这种情况，但不得妨害充分赔偿原则。对于第 37 条之二第 2 款中出现的“消除……后果”的措词，已经有人正确地指出，不可能完全消除国际不法行为的后果。此外，国际常设法院已经在霍茹夫工厂案[42] 的

[40] 新西兰和法国解释和适用两国 1986 年 7 月 9 日缔结的有关“彩虹勇士”号事件所产生问题的两项协定的分歧案，1990 年 4 月 30 日的裁决（《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷（出售品编号 E/F.93.V.3），p. 215）。

[41] 见上文脚注 19。

[42] 见上文脚注 39。

判决书中指出，赔偿应该“尽可能”消除不法行为的后果。起草委员会可能需要审议是否应当纳入这一用语来限制“充分赔偿”一词，或者是否应该在评注中处理这一问题。

112. 委员们已经普遍同意赔偿概念中隐含了因果关系的概念，因此应该予以明示。同样，起草委员会也需要确定这个概念在第 37 条之二第 1 款中是否得到了正确表述。

113. 对于保留第 38 条，已经有相当强烈的共识，但是，对于它在案文中的确切位置，还存在分歧。起草委员会不妨考虑是否应该把它列入拟议的第四部分。

7. 特别报告员介绍一国援引另一国责任的权利（第 40 条之二）

114. 特别报告员指出，第 40 条存在若干方面的问题。在有若干受害国的情况下，它未能确认每一受害国要求停止的权利，也没有区分受害国要求停止和赔偿的权利，这些受害国在物质或其他方面受到违背行为影响的程度很不一样。这一条草案的案文确认了一些实例而不是观念，引起混淆和重叠。具体地说，在多边义务领域，它述及一整套观念却没有加以区别，例如第 2 款(*e*)项和(*f*)项以及第 3 款，或说明它们之间的关系。特别报告员指出，第 3 款的规定在第 40 条中是多余的，因为在所界定的国际罪行的情况下，已经满足第 40 条其余各款的规定。目前由第 19 条和第 51 至第 53 条处理的各方面问题将必须在以后的规定中加以解决。

115. 特别报告员确定了两个可能的处理第 40 条的办法：提供一个简单的定义，实际上通过提及主要规则或国际法的一般运作，来解决涉及人的身份的问题（这是一种可以区分主要规则和次要规则的相当极端、但却站得住脚的案文）；或更加确切地指明在对多个国家或整个国际社会造成损害的情况下，如何援引责任。他提议对双边义务采用第一个办法，只是以一项规定说明，就本条款草案来说，如果一国违背对另一国单独承担的义务，则后者受到前者国际不法行为的损害。第 40 条第 2 款(*a*)、(*b*)、(*c*)和(*d*)项中精心编制的规定是不必要的，因为可依国际法判定何时有双边义务存在。相反，他针对多边义务提出了一个比较细致和清晰的解决办法，其中，真正的问题并不是对若干国家的诸多义务，而是对一个国家集团、对所有国家或对整个国际社会的单一义务。

116. 特别报告员注意到了若干类从一定意义上说是对一个国家集团承担的义务的近期发展情况，违背这些义务所导致的并不只是双边后果，除其他外，巴塞罗那电车公司案[43] 就说明了这一点。他认为，通过三个不同类别的多边义务是于法有据的：第一，对整个国际社会承担的单一义务，即普遍义务；第二，对一特定制度的所有当事方承担的义务，即对所有方面适用的义务；第三，对一些国家或许多国家承担的义务，不过在这种情况下，会有特定国家被视为具有合法利益。特别报告员强调在国家责任领域内，必须区分以不同方式受到违背义务行为影响的不同国家，他在第三次报告第 108 段起各段中对此作了讨论。他也促请注意“受害国”所作哪些反应可允许的问题：其报告第 116 段的表 2 处理了这个问题。

117. 关于重新拟订第 40 条案文的问题，委员会应该借鉴 1969 年《维也纳公约》第六十条，它区分了某一缔约国特别受到违约情事之影响的情况和一当事国严重违反“整体义务”致使每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变的情况。拟订第 40 条的第二个方面是某项义务的所有缔约国均被认为具有合法利益的情况。特别报告员认为没理由要求对此作出明文规定，也没理由像一读通过的第 40 条那样，把它的范围限于多边条约。

118. 特别报告员拟订了第 40 条之二[44]，认为应该把这条列入一个关于援引责任的新的部分。

---

[43] 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，判决，《1970 年国际法院汇编》，p. 3。

[44] 特别报告员提出的第 40 条之二案文如下：

“第 40 条之二 一国援引另一国责任的权利

“1. 为本条款草案的目的，一国在以下情况受另一国国际不法行为的伤害：

“(*a*) 被违背的义务是个别地对它承担的义务；或

“(*b*) 有关义务是对整个国际社会（对所有国家）或对该国为其中一员的国家集团承担的义务，而违背义务行为：

“㈠ 特别影响该国；或

“㈡ 必然影响该国享受其权利或履行其义务。

（接下页）

8. 一国援引另一国责任的权利的辩论概况（第 40 条之二）

(a) 概 论

119. 一般普遍认为一读通过的第 40 条在一些方面有缺陷，这一点已由特别报告员在其报告第 96 段中指出，而且已反映在第六委员会关于这一条的辩论情况摘要[45] 中。

120. 若干委员欢迎特别报告员对第 40 条之二提出的建议，认为在若干方面有了重大改善，其中包括：为确定受害国而区分了不同类型的义务并且确认了国际义务的更大多样性，例如普遍义务；区分了受害国和对某一义务的履行具有合法利益的国家；强调一国援引另一国责任的权利，集中注意一国是否有权就多边义务援引责任的问题以及受到不同程度影响的国家可能援引某一国家责任的法律后果的程度。同时，有些委员认为，该项提议的许多方面需要进一步澄清或拟订，说明如下。

㈠ 受害国的定义

121. 有种观点认为，条款草案应该包括受害国的定义。有人指出，已有多个国家的政府提到需要拟订这样一条，以便在“受害国”、“不法行为国”和具有“合法利益”的国家之间保持适当的均衡。但是，也有观点认为，对“受害国”拟订一个全面的定义会引起重大的困难，因为这个主题事项技术性强而且非常复杂，不能只是依据习惯法行事。因此，应该拟订一个包罗广泛的定义，不过，将遵照特别报告员提议的总体方针拟订，而不采用一读通过的案文。

㈡ 普遍义务

122. 有种观点认为，按照国际法院在巴塞罗那电车公司案[46] 中的判决，普遍义务应该专门指来源于一般国际法而不是特定条约制度的基本人权。但是，也有观点认为，普遍义务并不一定要等同于基本义务、强制性规范或强制法。此外，有些委员对区分基本人权与其他人权的各种尝试表示关注，认为任何此类区分都很难实际实行，并且违反目前对人权采取统一处理办法的趋势。有人认为，为了从人权角度界定受害国的概念，相比用于区别基本权利和其他权利的定性标准，可以添加一个量化标准，以免引致对人权统一性的怀疑。也有人认为，必须区分对组成国际社会的所有国家个别承担的义务和对整个国际社会承担的义务。

123. 特别报告员也认为必须注意不可声称所有人权都一定是普遍义务。他引述了区域协定中的一些人权实例，甚至提到 “世界”人权条约中的一些条款。

㈢ 国际社会的提法

124. 第 40 条之二第 1 款和第 2 款提到国际社会，引起了各种意见和问题。有人问起：“整个国际社会”一语的含义为何？ 它是否包括个人和非政府组织。希望委员会不会将非政府组织等私人实体列为依法有权援引国家责任的法律主体。有人认为，“整个国际社会”指 1969 年《维也纳公约》第五十三条中所指国家的国际社会。另一些委员则认为，“整个国际社会”是一个更为广泛的概念。

125. 有人认为，委员会所遇到的困难有一部分可以从这样的事实得到解释：它正在讨论国际社会和对国际社会承担的义务，却没有在案文中顾及这样的国际社会的现有体制。因此，委员会应该考虑载列题为“国家对国际社会的责任”的规定，案文如下：“在违背普遍义务的情况下，违约国对以世界性国际机关和组织为代表的国家组成的国际社会负有责任”。

126. 此外，也有人认为很难了解如何实际适用国家责任规则，因为对受到影响集团的定性过于宽松，并且不切实际。此外，有人也对国际社会是否

（脚注 44 续）

“2. 此外，为本条款草案的目的，一国在以下情况对履行其为当事一方的国际义务具有合法利益：

“(*a*) 该义务是对整个国际社会（对所有国家）承担的义务；

“(*b*) 该义务的建立是为了保护包括该国在内的国家集团的集体利益。

“3. 本条不妨碍任何人或国家以外的实体因一国实施国际不法行为而直接取得的任何权利。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 66 至 118 段。

[45] 见“秘书处编制的关于大会第五十四届会议期间第六委员会讨论国际法委员会报告的专题摘要”（A/CN.4/504），A 节。

[46] 见上文脚注 43。

已经成为有权援引违背国际义务一国的责任的国际法主体提出严重质疑。

127. 特别报告员指出，“对整个国际社会承担的义务”的概念由国际法院提出。的确，这个概念还在发展 ，但是，它已经在文献中得到普遍接受，很难略过不提。此外，在第二部分和第二部分之二中，委员会并不处理国家以外的实体援引责任的问题，条款草案应该予以澄清。实际上，人权受到侵害的人可以采取的程序只能说是责任的援引，在某些情况下，别人也可以用他们的名义采取行动。应该增列一个保留条款来确认这种可能性，并将这个事项留待有关文书解决。

㈣ 第 19 条的问题

128. 若干委员认为，委员会最终必须审议第 40 条之二中处理的涉及国家“罪行”的问题。有人建议，国际罪行应该在本条范围内构成单独的一类。也有人建议，第 1 款(*b*)项应该指明一国的国际不法行为可能伤害“所有国家，如果被违背的义务对于保护国际社会的基本利益至关重要”；这项工作可以一读通过的第 19 条所载定义（或稍加完善后）作为依据。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原则。如果在发生罪行的情况下，“受害国”的概念适用于国际社会的所有国家，一读通过的第 53 条所规定的义务就会更容易理解。但是，另一些人指出，容许个别国家以不同方式单独地对某一“罪行”作出反应，会导致无政府状态，在这种情况下，只有集体反应才是适当的。有些委员认为，在处理这个问题时，不必要或不应该使用“罪行”一词，或是对不法行为作任何其他本质的区分。

㈤ 第 40 条之二的结构

129. 就第 40 条之二的结构而言，有各种意见认为，为了清楚起见，应该把这项规定分为若干单独的条文。具体地说，有人认为，应该把它分为两个条文，一条专门述及受到另一国国际不法行为伤害的国家，另一条则述及虽未直接受害但却对国际义务的履行具有合法利益的国家，这样一来，就有可能把一国援引另一国责任之权利的条件和程度规定得更加明确。

130. 也有人认为，应该按照义务的类型把第 40 条之二分为几个部分：第一部分处理双边义务或在特定情况下会引起双边关系的多边义务；第二部分处理普遍义务，规定在这些义务受到违背的情况下，所有国家都有权要求停止并要求承诺和保证不重复。还有人建议委员会考虑这些国家是否可以要求赔偿，但有一项条件，即应将补偿给予最终受益人，而那可能是另一个国家、个别的人，甚至会是整个国际社会。有人指出，委员会不必确定谁是受益人，因为那是主要规则的问题。

㈥ 第 40 条之二的位置

131. 关于第 40 条之二的位置，有如下不同看法：应该把该条载列于第二部分第一章，以确定哪类国家可以援引不法行为引起的义务。如果委员会意图在不提及“受害国”概念的情况下指明次要义务，就应该把该条放置于第二部分第一章；如果该条的功能是决定哪些国家有权援引据称实行了国际不法行为的一国的责任，就应该把它载入关于国家责任的履行的第二部分之二的开头部分。

(b) 第 40 条之二的标题

132. 有些委员认为，第 40 条之二的标题与其内容不很相应。而且，它的头两款缺乏逻辑上的联系，这两款依次述及受害国的定义和一国对国际义务的履行具有合法利益的条件。拟议的第 40 条之二的标题应该保留，但应对其内容作相应修订。

(c) 第 40 条之二第 1 款

133. 就这一款提出了许多建议。有人认为，应该修正第 1 款，澄清受害国与虽未直接受害但却具有合法利益的国家之间的区别，以使该款能够在决定谁可以触发责任的后果方面发挥作用。也有人认为，应该先界定受害国和具有合法利益的国家的概念，然后再讨论履行国际责任的问题，而且，拟议的关于一国在哪些情况下受到损害的清单应该是不限数目的，因为很难设想出一国由于另一国的国际不法行为而受害的所有情况。

134. 对于将损害或伤害的概念列入第 40 条之二第 1 款或草案其他地方，有不同看法。有观点认为，不必列入损害的概念，不将其作为不法行为的组成部分列入并不会导致所有国家都能够援引责任国的责任。相反，只有主体权利受到损害的国家或对它

承担的义务受到违背的国家可以要求赔偿。也有观点认为，不应该把伤害或损害作为国际不法行为的组成部分，或是将其列入触发援引国家责任的第 40 条之二，因为这个概念必定会被扩大到不再具有意义的程度，而且几乎不可能根据一国接近违约的程度来“拿捏分寸”。

135. 相反，一些委员认为有必要载列一项相当于第一部分第 3 条的规定，其大意可以是“一国际不法行为在下列情况下引起赔偿的义务：(*a*) 该国际不法行为引起了损害，(*b*) 该国际不法行为的承受者为另一国际法主体。”一些委员还认为，如果要在直接受害因而可以援引第 37 条之二的国家和在普遍义务范围内或作为国际社会的成员只对国际不法行为的停止具有合法利益的国家之间作出必要的区别，则损害的概念是不可或缺的。有人认为，最好只在涉及赔偿时提到伤害或损害（因为赔偿已预先假设损害的存在），在谈到是否有权采取要求停止等行动的问题时，则不必提到。也有人认为，最好在条款草案中界定损害的概念。

136. 特别报告员说，有人提议起草关于损害的条文，作为第一部分第 3 条的对应规定，这个建议值得仔细研究。必须在条款草案第二部分的若干背景（例如，毫无疑问与之相关的补偿）下处理这个概念。就损害的定义而言，首先应该谈到当双边义务受到违背时，当事国受到哪些损害；其次，是受到特别影响的国家受到了哪些损害；再次，是作为一项一旦被违背所有国家都将受到影响的整体义务的当事国，受到了哪些损害。

㈠ 第 1 款(a)项

137. 有观点认为，双边义务的处理是一个相对简单的事项，似乎已经在第 40 条之二的第 1 款(*a*)项中得到适当的反映。

㈡ 第 1 款(b)项

138. 有观点认为，这项规定应该进一步澄清报告表 1 中提到的三类多边义务，即对整个国际社会（对所有国家）承担的义务；对某一特定制度所有缔约国（对所有缔约国）承担的义务；几个或许多国家为当事国但特定国家或国家集团被承认有合法理由关切的义务。

139. 有人认为，第 1 款(*b*)项可以全部删除，因为它设想的所有情况都必须涉及对各国个别承担的以及对整个国际社会承担的义务，因而属于第 1 款(*a*)项的范围。根据第 1 款(*b*)项㈠目，被违背时特别影响到一国的普遍义务也是对该国个别承担的义务。一项普遍义务可以细分为一国对另一些国家个别承担的义务。对第 1 款(*b*)项㈡目来说也是这样：一项普遍义务如果没有得到履行，就必然影响一国享受其权利或履行其义务，那么，它同时也是对该国个别承担的义务。另一方面，有人指出，即使是就违背普遍义务的行为而言，个别国家也可能受到损害（例如非法武装袭击的受害者）。

(d) 第 40 条之二第 2 款

140. 有观点认为，第 2 款满足了提及具有合法利益的国家的要求。此种国家虽未直接受害，但至少可要求另一国停止违背义务行为。在同意特别报告员的方式的同时，也提请注意第三次报告表 2，其中列示了没有因一项普遍义务受到违背而直接受害的国家的权利。对此的解释是，这意味着在确有证据显示发生严重违背义务情事时，任何国家都可以受害国的名义采取行动，并且可以采取一整套的救济，包括反措施。

141. 有人认为，必须对某一义务的存在和该义务的受益人加以区分。就声称某项义务必须得到履行的权利来说，具有合法利益的所有国家都应享有援引的权利，即使不是为了它们本国的利益。在一国违背其对国民的人权义务的情况下，这一点尤其重要，因为若非如此，则任何别的国家都无法援引这项权利。

142. 在起草方面，列入“其为当事一方的”一语的作法受到质疑。也有人认为，第 2 款可以用以下字句开头：“此外，为本条款草案的目的，一国可依据下列各条援引国际不法行为的某些后果”，随后再列入特别报告员提出的第 2 款(*a*)项和(*b*)项。

(e) 第 40 条之二第 3 款

143. 对于第 3 款，有不同的意见。有些委员认为，必须列入这样一项规定，因为本条款草案是要适用于国与国之间的关系。但是，实际上，有相当多国家对国际组织或其他国际法主体承担国际责任的情况。据认为，就人权而言，这项规定对个人特别重要。但是，也有些委员认为无须列入这一款，因为委员会是在处理国家的责任，而不是任何其他国际法主体的权利。有人认为，提及直接形成的任

何人或“国家以外的实体”的权利是一个极为广泛、甚至危险的概念。但是，也有人指出，《生物多样性公约》等国际公约已经使用“实体”一词。

144. 有人认为，由于已确认草案第一部分包括了国家的所有国际义务，而不只是对其他国家承担的义务，当国际组织等其他国际法主体对某些国家提起诉讼或提出国际责任问题时，不妨以它作为法律依据。相反，有人认为，最好把第二部分的主题事项限定为国家之间的责任，因为出现的各种具有明确特征的责任，例如国际组织的责任和对国际组织承担的责任、个人责任以及侵犯人权的责任，都无法在可预见的将来得到全面处理。特别报告员同意对第一部分和第二部分范围的区分，指出他提出的第 3 款只是一个保留条款，在第二部分和第二部分之二只处理国家援引责任的问题时，才会派上用场。

145. 也有人认为，第 3 款应该列为单独的一个条文，并且应该予以修改，将“不妨碍……取得的任何权利”改为“不妨碍实施国际不法行为所引起的后果”，因为责任的后果不只是权利，也包括义务。

146. 特别报告员强调在人权义务方面特别需要第 3 款。必须有这一款才能避免第一部分（述及国家的所有义务）和第二部分之二（述及一国对另一国责任的援引）之间的不一致。既然国家以外的实体有可能援引一国的责任，就有必要在草案中规定这个可能性。在第 40 条之二或一个单独的条文中保留这项原则非常重要。

9. 特别报告员对一国援引另一国责任的权利的辩论的总结（第 40 条之二）

147. 特别报告员说，人们已普遍认识到一读通过的第 40 条的缺点。他提出的以单一、简单用语处理双边义务的方式得到赞同。但是，对于多边义务，提议的方式有两种。第一种见特别报告员的建议，即进一步澄清和更加详细地说明多边义务领域的问题。第二种方式需要拟订一系列定义，说明有些国家有权援引责任而不实际指明哪些国家。第二种方式应该是后备办法，在无法进一步明确多边义务的情况下才派上用场。如果通过了一般性的反致条款，委员会就无须进一步区分各类受害国。

148. 委员会真正关注的事项是确定哪些国家应该有权援引另一国的责任以及在何种程度上援引责任。在这方面，他强调了 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项的价值。在条约法领域，委员会区分了双边条约和多边条约，并且着重指出，由于多边条约被违反而受到特别影响的国家应该能够援引违约责任。就国家责任方面的义务而言，也可以此为参照。第 40 条之二中所载“特别影响该国”的提法有助于处理一些委员提出的伤害问题，因为受害的国家必定会被视为处于特殊状况。可能会有一些国家在不同程度上受到特别影响，但如果有，也为数不多。

149. 关于“第 19 条问题”，特别报告员完全尊重一些委员的愿望，即草案应处理最重要的义务、那些关系到整个国际社会的义务和最严重的违背这些义务的行为。他也同意，可能会有违背了不可克减的义务、但在集体反应方面并未引起关系到整个国际社会的基本问题的情况。不过，就援引责任的权利而言，没有必要提到严重违背对整个国际社会的义务的情况。如国际法院在*巴塞罗那电车公司案*[47]中所做的那样，一旦确定这些义务的履行关系到所有国家的利益，则为了第 40 条之二的目的，也就无需多说了。

150. 第 40 条之二第 3 款载列了关于国家以外的实体援引责任的保留意见，对此，有一些不同的看法，但普遍观点认为该款是有价值的。特别报告员认为该款是必要的，因为它解决了草案第一部分与其余各部分在适用范围上的分歧。

10. 特别报告员介绍第二部分：一国国际不法行为的法律后果（续）

第二章 赔偿的形式

(a) 第二章概论

151. 特别报告员指出，按照委员会已经商定的处理办法，第二部分第二章是从国际不法行为行为国义务的角度来处理不同形式的赔偿。在一读通过的案文中，除了承诺并保证不重复以外，还设想了三种形式的赔偿，即恢复实物原状、补偿和满足。一读通过的关于共同过失和减轻责任的第 42 条第 2 款

[47] 同上。

的规定也属于第二章而不是第一章，因为这些规定是对赔偿形式的限制。他还提议新增一个关于利息的条款并在第 44 条中删去提到利息之处。特别报告员指出，各国已经接受了将恢复原状、补偿和满足作为三种不同赔偿形式的构想，而且基本上同意对这三种赔偿形式之间的关系所采取的立场。

(b) 恢复原状（第 43 条）

152. 首先，关于第 43 条，特别报告员主张在英文本中使用“restitution”而不用“restitution in kind”，以免引起任何误解，在法文本中则使用 restitution en nature。就实质内容而言，第 43 条坚持恢复原状优先。恢复原状是主要赔偿形式，在恢复原状不能充分弥补所受损害的情况下，使用补偿。如果不这样，国家就能够以提供赔款的方式来逃避履行其国际义务。但是，在四种例外情况下不能要求恢复原状，这引起了若干问题。他建议保留其中两种例外情况。[48] 第一种例外情况属于实际上不可能恢复原状，这已被普遍接受，所以应予保留。第二种例外情况涉及强制性规范，被人们举出种种理由批评，所以应删除：这种情况一旦发生，第一部分第五章即已充分涵盖，在他看来，该章也适用于第二部分。第三种例外情况属于负担与收益不成比例，也应予以保留。第四种例外情况属于灾难性情况，受到多国政府的批评：这种情况一旦发生，(*c*)项即已充分涵盖，因而可删去(*d*)项。

(c) 补偿（第 44 条）

153. 特别报告员说，补偿无疑应涵盖受害国所遭受的任何可从经济上估算的损失。虽然一些国家建议采用更详细的补偿定义及数额计算办法，但比较详细的补偿原则的拟订需要审慎行事，因为补偿是一个动态概念，它与特定情况下适用的具体的主要规则有很大关系。他主张采用一般性的措词，然后在评注中作进一步说明，以免限制有关该主题的法律的发展。基于这些理由，他拟议的第 44 条案文比较简洁，但在评注中说明可补偿利润损失，这要视相关主要规则的内容及具体情况而定。至于利息，则在另一条中处理。[49]

(d) 满足（第 45 条）

154. 尽管已就一读通过的第 45 条达成基本一致，但该条还是引起一些困难。就第 1 款而言，将满足与精神损害联系起来是有问题的，原因有二。首先，在个人的情况下，“精神损害”一词的含意还算明确，但赔偿个人精神损害的要求应列在补偿而非满足的标题下。其次，说国家受到精神损害有点牵强，因为这似乎是在把感情、侮辱和尊严归于国家。特别报告员建议以“非物质伤害”一词来替代“精神伤害”，从而避免与个人的精神损害相混淆，并避免对国家使用感性语言。[50] 他指出，第 1 款中的“提供充分赔偿的……必要限制下”一语表明，在有些情况下，也许并不会出现满足的问题。

155. 至于第 2 款，对它是否意在做到详尽无遗尚存怀疑，但特别报告员认为不应当如此。一个重大漏洞是完全没有提到宣告，它是主要的满足形式之

---

[48] 特别报告员提出的第 43 条案文如下：

“第 43 条 恢复原状

“在并且只有在下列情况下，实行了国际不法行为的国家有义务恢复原状，即恢复到实行不法行为以前所存在的状况：

“(*a*) 恢复原状并非实际上做不到的；

……

“(*c*) 不法行为受害者从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 124-146 段。

[49] 特别报告员提出的第 44 条案文如下：

“第 44 条 补 偿

“实行了国际不法行为的国家有义务补偿由此造成的经济上能估价的损害，如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿。”

特别报告员对该条的分析，见其第三次报告第 147-166 段。

[50] 特别报告员提出的第 45 条案文如下：

“第 45 条 满 足

“1. 实行了国际不法行为的国家有义务为该行为造成的任何非物质伤害提供满足。

“2. 首先，满足应当采取承认违背行为的形式，并酌情辅之以表示遗憾或正式道歉。

“3. 此外，如果情况需要，满足可采取适当的额外形式以确保充分赔偿，除其他外，包括：

“[(*a*) 名义赔偿金；]

“(*b*) 反映伤害之严重性的赔偿金；

“(*c*) 在违背行为由官员的严重渎职或任何人的犯罪行为引起的情况下，对责任人的纪律处分或刑事诉讼。

“4. 满足必须与有关伤害成比例，不得采取羞辱责任国的形式。”

特别报告员对该条的分析，见其第三次报告第 167-194 段。

一，在司法实践中早已确立。鉴于条款草案旨在直接适用于国与国之间的关系，他建议增列“责任国承认不法行为”这一点，作为国家间行为方面，法庭宣布行为不法性的对等物。他还建议将其列为首要和最明显的满足形式。评注中应说明，在国家不承认实施了违背行为的情况下，经由其后的任何第三方程序采取的相应救济就是宣告。

156. 第 2 款(*a*)项提到了道歉，实行了不法行为的国家通常都会表示道歉。特别报告员认为，在新的第 2 款中，承认不法行为或道歉应与其他形式的满足分开处理，因为它们是最低限度的满足，也是愿意作出的任何其他形式满足的前提。另一些在某些情况下不失为允当的不那么普遍的满足形式则列于新的第 3 款中。

157. 关于其他形式的满足，特别报告员建议删去一读通过的第 2 款(*b*)项中的名义赔偿金，因为国家法律制度中规定此种赔偿的理由不适用于国际诉讼，宣告式救济几乎在所有情况下都已足够。他指出，如果这一款列举的满足形式并非详尽无遗，则在适当情况下，也不排除名义赔偿金。

158. 关于一读通过的第 2 款(*c*)项，特别报告员建议只规定酌情以赔偿金作为满足。“在严重侵犯受害国权利的情况下”一语过分限制了在所受损害不能称为“严重”或“重大”的情况下的满足的一般作用，而这种限制有违有关的法理学。特别报告员认为，在适当情况下给予相当数额的赔偿金（而不仅仅是名义赔偿金）是满足的一个方面。另一方面，第 2 款(*c*)项不包括惩戒性赔偿金。以后如果另立“严重不法行为”这一特殊类别，即可讨论惩戒性赔偿金的问题。如果在各种情况下都允许给予惩戒性赔偿金，则需要附加一些特殊条件。

159. 一读通过的第 2 款(*d*)项中的第四种满足形式涉及对责任人的纪律处分或惩戒，责任人可能是官员，也可能是私人。特别报告员建议删去“惩戒”的提法，因为这意味着个人有罪，而这一点只能通过法律程序确定，不能事先推定。此外，如果把这一款理解为并非详尽无遗，也就没有必要罗列所有可能的各类程序（例如调查）了。

160. 一读通过的第 3 款处理了对满足加以限制的问题。特别报告员指出，有些国家认为“尊严”一词没有意义，而且可能会造成规避满足的情况，因而应予以删除。但他认为，鉴于以往发生过滥用的情况，还是需要有某种保障：他建议在这一款中排除任何与所受伤害不成比例或羞辱责任国的满足形式。

(e) 利息（第 45 条之二）

161. 特别报告员提出，根据所欠本金未付则所欠利息一直算至支付本金之日的建议，应列入一项条款，处理有权获得利息的一般问题。[51] 关于付息的起始日期，问题是应在提出诉因后立即予以补偿，还是在提出要求后的一段合理时间内或在另一时间予以补偿。付息的终止日期为通过放弃或其他方式履行付款义务之日。特别报告员在第 2 款中用“除非另外商定或决定”一语的理由是，国家可以商定不付息，而且，法庭在某些情况下对处理付息问题有一定的灵活性，法庭并不承认在任何固定期限都有付息权。他认为这一条款既不应规定、也不应排除复利的可能性。考虑到这方面有限的国际判例，说当然应记入复利是很过分的，但在需要充分赔偿的适当情况下也不能排除计算复利的可能性。

(f) 减轻责任（第 46 条之二）

162. 特别报告员忆及，除共同过失的情况外，一读通过的条款草案并未涉及减轻责任问题。

163. 在他提出的案文[52] 中，(*a*)项涉及受害国或一国以其名义提出要求的个人因过失或故意的行为或不行为助成损害的情况。不同的法律制度用不同的

---

[51] 特别报告员提出的第 45 条之二案文如下：

“第 45 条之二 利 息

“1. 为确保充分赔偿而有必要时，也应支付根据本条款草案所应支付的任何本金额的利息。利率和计算方法应为最适于取得这一结果的利率和计算方法。

“2. 除非另外商定或决定，利息从本应支付赔偿金之日起算，至履行了支付赔偿金的义务之日为止。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 195-214 段。

[52] 特别报告员拟议的第 46 条之二案文如下：

“第 46 条之二 减轻责任

“在确定赔偿的形式和程度之时，应考虑到：

“(*a*) 以其名义提出索赔的任何国家、个人或实体助成损害的过失或故意的行为或不行为；

“(*b*) 受害方是否采取了合理可用的措施以减轻损害。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 215-222 段。

术语陈述过失或故意的行为或不行为，如“互有过失”和“相对过失”等。根据确凿的判例，在赔偿时可以考虑受害个人的过失。特别报告员认为，出于公平考虑，这项原则也应适用于受害国，以免要求责任国赔偿受害国行为所导致的损害或损失。

164. 特别报告员还指出，他关注的另一问题是必须确保不过多补偿受害国的损失。因此，他根据国际法院在*加布奇科沃-大毛罗斯项目案*[53] 中申明的原则，提出了与减轻损害有关的新的(*b*)项。减轻损害指的是减少本金，以防无理拒绝减轻损害的国家获得所有损失的赔偿。

11. 第二部分辩论概况（续）

第二章 赔偿的形式

(a) 第二章概论

165. 委员们同意特别报告员对第二章采取的总体做法。特别报告员避免过于详细是正确的，因为即使不法行为国已承认责任，过多的细节仍可能引起国家间新的冲突。另一方面，一些人对特别报告员建议的改动以及所采用的方法存有某些疑虑。有人认为，就补偿的实际重要性以及各类法院和法庭的裁决目前所提供的指导而言，所采用的方法不够充分，有些肤浅。

166. 关于特别报告员建议转而将重点放在责任国的义务上，有观点认为，委员会在第二部分不应只陈述原则，因此，最好承认受害国是赔偿背后的驱动力。还有人指出，应专门阐述受害国的权利，以防止因为术语的改变而造成不利影响，同时又增强案文处理“受害程度不等的”国家所提索赔要求的能力。

167. 特别报告员赞成后一种观点，他解释说，有关各条是围绕责任国的义务拟订的，并没有考虑谁有权援引责任的问题，只有到出现援引责任的问题时才可考虑这一点。如一读时所做的那样，受害国“权利”或“资格”的提法暗指责任是双边责任。但在某些情况下，也可能影响或涉及几个国家，且受影响或涉及的程度并不一样。同样，还必须认识到可能对不同的实体或对整个国际社会负有义务。所提出的草案考虑到了各种可能性。

168. 委员们赞成特别报告员提出的建议，即用“赔偿的形式”这一较短的标题来代替一读通过的第二章的标题“受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务”。新标题不仅简短一些，而且还可避免“受害国”权利在所有情况下都严格对应于责任国义务的含义。还有人建议进一步将新标题改为“赔偿的形式和方法”。特别报告员答复说，在关于履行国家责任的第二部分之二中提及“方法”较为合适。事实上，第二部分第二章涉及的是赔偿的基本形式，即第一章所述责任国提供充分赔偿的基本义务的内容。

169. 一些委员指出，迄今的讨论大多忽视了国家“罪行”的问题，并提醒委员会说，由于一读期间很晚才审议这一问题，结果，在涉及不法行为的部分列入了原本属于罪行后果的后果，进而使得关于罪行后果的第 51 至 53 条丧失了本来应有的实质内容。这种观点认为，报告第 126 段隐含了罪行的概念，该段要求特别报告员区分违背国际法普遍规则的行为和违背一般国际法强制规范的行为。该区分即可构成人们可以接受的“罪行”定义。

(b) 恢复原状（第 43 条）

170. 对于恢复原状优先于补偿的问题，人们表达了不同观点。有人批评这种优先地位过于严格，与法庭实际表现出来的灵活性不一致。另一些人提到，补偿是最经常使用的赔偿形式，但这是由于恢复原状所固有的局限性所致，并不证明从原则上讲恢复原状处于附属地位。

171. 另外，如果主要规则的实际重要性得到承认，则没有必要再确定恢复原状是不是普遍适用的赔偿形式。因此，有人认为最好给予法庭的裁决以优先地位，但也提醒说，由于所作裁决并非总是明确指出适用的法律，应该审慎行事。同样，有人认为，可以在评注里说明有些案件可以通过不会导致此类恢复原状措施的宣告式判决或命令来解决。

172. 特别报告员指出，并没有规定要求首先为采用恢复原状的方式而作出所有尝试。在受害国宁可选择补偿的案例中，选择寻求补偿而不是恢复原状的行为具有法律效力。在极少的案例中，受害国对

[53] *加布奇科沃-大毛罗斯项目案*（见上文脚注 35），p. 55，para. 80。

于恢复原状没有任何选择，即恢复原状是唯一可能的结果，这样的案例最好列入停止概念的范畴。在另外一些情况下，恢复原状明显被排除在选择范围之外，例如因为确实发生了损失，而损失无法逆转。另外，在某些情况下，其他国家也能够援引责任。这些国家可代替受害国。它们本身不会得到补偿，但是有权坚持不但要停止不法行为，也要恢复原状。委员会里有人对这种意见表示支持。

173. 特别报告员在其第三次报告第 142 段中表示了如下意见：在某些情况下，是可以排除恢复原状这一措施的，例如被告国可以在不违反义务的情况下，以合法方式获得相同或类似的结果。一些委员表示不同意：如果可以合法方式获得某一结果，那么，被告国没有利用这一方式的事实本身并不会免除其恢复原状的义务。特别报告员在答复时指出，理论上，恢复原状具有优先地位，但在实际当中，恢复原状是例外情况。委员会面临的困难便是如何将理论与实践相协调。

174. 对于恢复原状的目的，有不同的意见。一方面，有人主张，恢复原状的目的是消除国际不法行为的后果，重新恢复以前的状况。这是一读通过的第 43 条的处理办法。另一些人赞同确立这样的义务：即应建立在不发生不法行为的情况下将会存在的状况，而不单单是重新恢复以前的状况。有人指出，在国际常设法院对霍茹夫工厂案的判决中，所用的表述是赔偿必须尽可能地消除不法行为的一切后果，并重新建立如果没有发生不法行为则很可能会存在的那种情况。[54] 因此，恢复原状是面对国际不法行为时的首选反应，当然须由受害国来选择。在答复时，有人提出，这种处理办法将作为狭义救济的恢复原状与赔偿混淆起来，狭义的恢复原状意味着返回到以前的状况，而赔偿则含有另外的要素，尤其是补偿。

175. 对于特别报告员建议删除“恢复实物原状”中的“实物”一词，有不同意见。一些人赞同删除这个词，指出这就解决了是否应该提到恢复实物原状或回复原状的问题。另一些人认为，恢复实物原状是已经固定的说法。

176. 对于起草工作，有人提议将开头的“实行了国际不法行为的国家”改为“国际不法行为的责任国”。另外还有人提议将“有义务”改为“必须”，并明确规定，必须为受害国恢复原状。另外，有人提议，在某些情况下，“复原”比“恢复原状”更为准确。

177. 有观点认为，既然恢复原状本身是一项义务，那么条款草案的规定，包括涉及排除行为不法性的情况的规定，也适用于恢复原状。特别报告员在答复时说，第一部分中排除行为不法性的情况的作用是，在一段时间内暂停遵守所审议的义务。法院总是对下列两点进行区分：一是有关义务继续存在，二是在特定的时间内免除履行该义务。他认为，排除行为不法性的情况一般来说是对第 43 条所列例外情形的补充，不可能恢复原状是指永久性的不可能，而不是暂时性的。在后来的讨论中，有人怀疑，排除一项行为不法性的情况是否也适用于所审议的这部分条款草案。如果有此意图，则应该更明确地阐述出来。

178. 还有观点认为，临时保护措施和类似措施没有包含在经典的恢复原状概念中，这些措施应该有别于后来围绕案情进行诉讼所产生的恢复原状要求。特别报告员表示同意，然而他指出，临时救济可以指向停止，但是在谈论临时措施时，不会作出有关行为肯定是非法行为的裁定。

179. 委员会中，有人对拟议删除一读通过的(*b*)项所列例外表示支持，该项涉及对强制性规范的违反。他们指出，这一问题已经由国际法的一般规则解决，并已在第 29 条之二中有所涉及。然而，有人指出，条款草案需要反映出如下主张：如果实行了第 19 条所指的“罪行”，或者违反了一项强制法规范，则受害国不能为了选择补偿而放弃恢复原状，因为这里危及的是整个国际社会的重大利益。

180. 删除一读通过的(*d*)项的建议也得到了支持，该项涉及对一国政治独立或经济稳定的危害。这项例外被认为过于笼统，在实践中有可能引起过于宽泛的解释。(*c*) 项所列例外已充分涵盖其内容。

181. 有人提议纳入另一项例外，涉及因无法逾越的法律障碍而无法进行恢复原状的情况，这不一定涉及对强制性规范的违反。在这方面，提到了国有化案件的例子。有人坚持认为，若干项大会决议都表明，国有化的合法性已得到确认，实行了国有化的国家不需要恢复原状。但在这些情况下，并不产

[54] 见上文脚注 39。

生恢复原状的问题，依照定义，实行国有化的行为本身是合法的，问题变成了偿付所取得财产的问题。如果国有化行为本身是非法的，则可以适用不同的考虑。

182. 关于(*a*)项，有人问“实际上做不到”是否包含“法律上”做不到。这种情况是会产生的，例如按照国际法主要规则，国家必须通过某些类型的立法，但国家并没有这样做。在某些国家法律制度下，更改是有限制的，例如，最高法院在一项具体案件中作出的相反裁决是不能推翻的，这就使得无法做到恢复原状。

183. 另一些人指出，国家应对其行政、立法和司法部门的行为负责，任何政府部门均不得逃避纠正有可能发生的违反国际法的行为这一义务。另外，虽然在国内司法制度中对于一项不受上诉的最后判决不存在法律救济，但好多国家都曾发生过针对国际法相关问题推翻判决结果的情况。原则上说，国内法绝不是拒绝恢复原状的借口，因而不能构成做不到的理由。有人认为，必须确保不能给较强大的国家留出单方面解释“做不到”的余地。法律上做不到的真正情形很少，因此，提到实际上做不到就足够了。

184. 特别报告员提议，根据讨论的情况，委员会需要重新审议草案第 42 条第 3 款，申明如下基本原则，即一国不得以其国内法作为不履行国际义务的借口。引入“法律上做不到”这一短语可能相当于修订这一基本原则。实际情况是，有关法律地位的改变可能会导致实际上做不到，例如从一个人手中没收的财产如果已经合法地卖给另一人，则该财产无法退还。在涉及个人权利，并且以国际法作为一项关键标准时，情况会变得更为复杂，例如在人权领域。

185. 此外，还有人提及报告第 128(*b*)段提到的中美洲法院对萨尔瓦多诉尼加拉瓜案的裁决。[55] 在审理此案时，法院避免对尼加拉瓜与第三国（美利坚合众国）间条约的无效性进行处理，但没有认为恢复原状一定是不可能的。相反，法院认为尼加拉瓜有义务利用国际法下一切可能的手段，恢复并维持在缔结条约之前所存在的情况。

186. 关于(*c*)项，虽然这项规定得到了支持，但有人提出了如下问题：该项所说的“受害者”是如一读通过的文本那样指国家，还是也包括个人。有人倾向于根本不提到受伤害的实体。换句话说，即建议将“受害者”改为“受害国”。

187. (*c*)项中成比例的概念不仅涉及成本和费用，也要求考虑到违背行为的严重性或其他方面。但这一点可以通过案文或评注加以论述；无论怎样，考虑到把(*d*)项删除的建议，(*c*)项是很必要的。

(c) 补偿（第 44 条）

188. 对于列入一项关于补偿的精确规定，有人表示极力支持。

189. 有人指出，关于这一问题的各种司法裁决，例如“彩虹勇士”号案的裁决，规定了一定数量的补偿，但没有指明用于计算补偿额的准确标准，补偿额在很大程度上取决于违背行为的情况以及主要规则的内容。[56] 在许多情况下，国家会针对国际不法行为达成补偿协议，但却是在惠给的基础上达成的。在世界贸易和环境问题等方面，各国创立了特殊的补偿制度，这种制度排除了一般原则的适用。委员会所能做的，只是制定一个灵活的办法，将制定补偿量化规则的任务交给法庭和实践来完成。

190. 相反，有观点认为，特别报告员所提议的第 44 条基本上是一个起首条款，它仅说明了恢复原状具有优先地位。为了向各国和各法庭提供更多指导，需要拟订更为详细的补偿原则。另外，对补偿问题的精简处理给人的印象是，一般原则便是恢复原状，不得少于此，而且从技术角度讲，只有当没有实行任何恢复原状的措施时，才可使用补偿。有人建议提到另外的决定性因素，其中包括：当个人遭受到精神损害时，物质损害和精神损害都应得到补偿；应当补偿实际损害和可得利益损失，至少在两者数额确定时要给予补偿；唯有“传递性的”损害——即与国际不法行为具有某种必要的因果关系的损害——应该得到补偿；在不违反第 45 条之二的

[55] 见《美国国际法学报》，第 11 卷（补编），第 1 号（1917 年 1 月），p. 3；另见 1917 年 3 月 9 日的裁决（同上，第 11 卷，第 3 号（1917 年 7 月），p. 674）。

[56] 见新西兰和法国间分歧案（上文脚注 40），p. 274，paras. 126-127。

情况下，应在国际不法行为发生之日对损害作出评估。对于在条款草案里而不是单单在评注里处理利润损失问题，有人表示了赞同。常设国际法院在霍茹夫工厂案[57] 中所赞同的“充分赔偿”概念要求把补偿利润损失作为一般事项，而不单单是根据个案情况加以解决。

191. 有人提出，补偿不应超出不法行为所造成伤害或损害的限度，以免滥用补偿。在这方面，有人同意用一项规定来对补偿加以限制，例如一读通过的第 42 条第 3 款中的规定。他们指出，负担过重的补偿问题也值得探讨，因为这种补偿可能导致人权普遍受到侵犯。与此同时，应考虑国家对大规模和有系统侵犯人权行为的受害者进行补偿的经济能力。

192. 特别报告员指出，委员会面临两种选择：它可以简练的方式起草第 44 条，以灵活的用语说明一项概括性极强的原则；也可深入地阐述，力求详尽。如果委员会选择后者，它就需要提到利润损失。特别报告员之所以没有提到利润损失，主要是因为一些国家政府认为，一读通过的案文拟订得十分单薄，对国际法有一种“逆编纂”的效果。另一些人建议采用一种中间的解决办法，案文简练，但同时提到利润损失。

193. 有人询问，“经济”一词是否适于包括例如非法将一种濒危野生生物物种灭绝而这种物种对人类没有经济用途的情况。他们提议用“财政”一词来代替。另外他们还指出，答案还可以在第 45 条所载“精神损害”的含义中找到。因此，他们提议第 44 条中用“物质”损害，第 45 条中用“非物质”损害。对于第 44 条是否应列上精神损害的问题，特别报告员提到，前任特别报告员阿兰焦－鲁伊斯先生已经解答了这个问题，他说该条（原第 8 条）包含了对个人的精神损害，第 45 条（原第 10 条）包含了对国家的精神损害。[58] 对这种解决办法，是有争议的，因为“精神损害”可适用于差别很大的情况，例如个人因遭受酷刑而经历的痛苦、国家因条约被违背而遭受的侮辱等。另一些人认为，“经济上能估价的”这一提法已经包括了物质损害、精神损害和利润损失。对精神损害的补偿局限于对自然人造成的损害，这就排除了受害国所遭受的精神损害。有人指出，这反映了一种司法实践：为了对个人所受的精神损害，特别是遭受残酷待遇时所受的损害给予补偿，会采用金钱补偿的办法。

194. 有人指出，虽然第 43 条提到“受害者”，但第 44 条并没有说明谁遭受了损害，即受害的是国家、具体的人还是实体，例如个人。造成这种不准确的一个原因是，必须考虑到各种不同的情况：公司或个人在国家或国际法院或委员会面前提出的单项要求，政府代表个人或为自己而提出的要求，受害国以及“其他”国家提出的要求等。

195. 有人提到了国际解决投资争端中心法庭对克勒克纳案[59] 作出的裁决，在这起案件中，双方都被认定违反了合同，这对赔偿有很大影响。特别报告员指出，一部分解决办法便是人们所知道的“抵消”，对法院来说这是一个程序性问题，而不是责任法的一部分。事实上，克勒克纳案的裁决后来被取消，在就补偿问题作出任何进一步的决定之前，双方通过协议解决了问题。

196. 有人还提到对征收给予恰当补偿的问题，第 44 条没有处理此问题，而这是发展中国家与发达国家之间冲突的原因之一。传统的西方立场是给予“立即、充分和有效的补偿”[60]，这就要求除其他外，补偿以征收时的价值为根据，并且以可兑换货币支付，对将补偿金移出境外没有限制。然而有人认为，这一办法在外汇方面的影响很可能使面临支付平衡困难的发展中国家无法对经济进行任何有意义的调整。目前的国际实践表明，这一传统的办法已经受到很大的削弱。此外，大会 1962 年 12 月 14 日关于自然资源的永久主权的第一八〇三（十七）号决议第 4 段规定在收归国有、征收或征用时支付“适当之补偿”，这明显不同于“立即、充分和有效的”的补偿，尽管大会没有对此加以界定。然而，一些发言人强调，长期以来进行的这一辩论与第 44 条的内容无关。国有化是一种合法行为，第

[57] 见上文脚注 39。

[58] 《第二次报告》（见上文脚注 26），第 15 页，第 19 段。

[59] 克勒克纳工业设备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, p. 3）。

[60] 见 G. H. Hackworth, *Digest of International Law* (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1942), vol. III, p. 659。

44 条处理的是国际不法行为。特别报告员同意并重申，对合法和非法行为进行实质性的区分，或说明任何主要义务的内容，都不是委员会的职能。

197. 几名委员强调，单单接受主要规则在确定补偿是否合理方面起着重要作用这一原则是不够的。对不同类别的案件也需要进行分类；在这方面能够给予指导性意见的不是法律著作，更多的是仲裁裁决，例如*美国独立石油公司案*[61] 中的仲裁裁决。第 44 条应包括一项修饰语，大意为“除非主要规则规定了不同的解决办法”。对于这一点，有人指出，由司法裁决和仲裁裁决所产生的规则只是偶尔适用，面对国家责任问题，更多的往往是通过各国之间的直接接触甚至是通过国家法院来处理。这样的实践不一定反映在仲裁裁决中。作为答复，特别报告员指出，无论主要规则多么重要，很难在起草条款本身的过程中得出适当的结论。对评注中的各个要点进行讨论是更为恰当的做法。

(d) *满足*（第 45 条）

198. 有人赞成特别报告员提出的案文，认为该案文特别通过“提供”的概念保持了一定的灵活性。案文的目标是在有人实行了国际不法行为后向有关国家提出一些政治选择和权利。此外，满足可以是自主的，也可以是对恢复原状和（或）补偿的补充，这一点在拟议案文中说得很清楚。

199. 也有观点认为，第 45 条是一个混合案文，既包含对损害进行数量评估的法律，又涉及严格意义的满足措施。由于满足是对国家的一种政治惩罚形式，所以已不再使用。实际上，国家很少使用满足这种机制。那么就要问：关于满足的法律规则是否真的存在，不法行为国是否有义务向受害国提供满足。所以，条款草案应该删除或尽量减少“满足”这一分立的救济，而集中注意一种“遗漏的”救济，即通过命令或权利宣言给予的宣告式救济。虽然各国没有普遍接受这种外交性的赔偿形式，但它具有法律后果。

200. 另一些人不同意将满足说成是一种分立的赔偿形式。他们认为，满足是一种正常的赔偿形式，法院会做出关于满足的裁决和宣告足以证明这一点。国际法院在*科孚海峡案*[62] 中作出的裁决是例外，因为被告国没有实际要求赔偿；满足形式的宣言是法院唯一能够做的。但是，该案创立了一种一贯的、有价值的满足形式的宣告做法，这是条款草案应该承认的。

201. 特别报告员指出，我们正在对外交领域和法律领域进行不必要的区别。既然委员会主要是确定适用于国家间关系的规则，那么就不应该从法院权力的角度来拟订责任规则，从而造成“遗漏的”救济的问题。他拟议的案文区分了“正常”满足办法即承认不法行为的存在与第 45 条第 3 款所述的例外形式。如果没有此种承认，法院或法庭就可以在进一步的审理中发布宣告。

202. 关于第 1 款，有人同意强调实行了国际不法行为国家有义务提供满足。也有人赞成用“非物质伤害”代替“精神损害”。拟议的改变可以使关于物质损害的第 44 条与关于非物质损害的第 45 条之间形成均衡的对比。

203. 相反，有观点认为，拟议案文过于狭隘，使满足机制局限于非物质或精神损害。他们建议，受害国也有权就物质损害获得满足。“非物质伤害”一词忽视了关键的一点，即满足的目的是补偿受害国本身受到的精神损害。

204. 有人指出，依据第 43 条和第 44 条，不法行为国分别“有义务恢复原状”和“有义务补偿”，而依据第 45 条，国家有义务“提供”满足，表明满足并不是一个抽象的概念。但有人认为这加入了一种令人不满的主观性：基本上，按充分赔偿标准判断提供的满足是否充分时，可采用与判断提供的补偿是否充分相同的方式。

205. 至于对违背行为的承认，有观点认为表示遗憾或正式道歉可能就是一种承认，所有正式承认是没有必要的。

206. 有人赞成按特别报告员的建议，首先提及承认违背行为，*科孚海峡案*就是这样处理的。但也有人问及在国与国之间是否应该首先考虑承认，因为有些国家可以不承认违背行为而随意地道歉，就像

[61] 科威特和美国独立石油公司之间的仲裁，《国际法律资料》，第 21 卷，第 5 号（1982 年 9 月），p. 976。

[62] *科孚海峡案*，案情，判决，《1949 年国际法院汇编》，p.4，at p. 35。

给钱施恩一样。在其他一些情况下，道歉是为了避免违背行为产生进一步后果。在可能被提起诉讼或诉讼待决时，建议国家不要以明示或暗示方式作出任何承认，即使承认可能是总体解决办法的一部分。

207. 有人认为“酌情”一词的用法过于不准确，只有已在评注中加以解释或用实例予以说明时才是可接受的。有人建议将第 1 款和第 2 款合并，以提出一个更准确的草案。该款的开头可像一读通过的条款那样：“满足可以采取以下一种或多种形式”，然后从承认违背行为开始，以一个并非详尽无遗的清单，列出所有满足形式。

208. 有人担心拟议的第 2 款会降低道歉的地位，在一读中，道歉是作为一种独立的满足形式出现的。也有人指出，道歉含有政治成份，因为道歉通常是谈判得出的解决办法的一部分。有人怀疑承认道歉是一种满足形式是否有足够的法律确信。

209. 关于第 3 款，有人支持以一份并非详尽无遗的清单列举各种措施，并提及“充分赔偿”。不过，“如果情况需要”一语被认为过于笼统，因为国家、法院和法庭最好能准确地知道在哪类案件和哪些情况下应该采取特别步骤。

210. 关于第 3 款(*a*)项，表示的意见偏向于保留名义赔偿金的提法，可将其列入第 2 款。特别报告员指出，如果第 45 条第 3 款是包容性的，可以将名义赔偿金纳入关于反映伤害之严重性的赔偿金的(*b*)项。

211. 关于(*b*)项，有人指出，即使没有物质损害，满足的同时或之前也可以支付赔偿金；“充分赔偿”一词暗含了这种可能。相反，也有人认为，该案文包含一层不正确的含义，认为这类赔偿金是充分赔偿的一部分，是消除不法行为的一切后果所必须的。第 45 条中的赔偿金概念与第 44 条重叠，因此，可将第 3 款(*b*)项移至第 44 条或专门的赔偿金条款。

212. 有观点认为，只有在“严重侵犯”不仅对受害国而且对整个国际社会都至关重要的规则即发生国家“罪行”时，才可考虑名义赔偿金以外的赔偿金。所以，应该将这一条款移至犯罪后果一章。有人希望按一读通过的第 2 款(*c*)项，将赔偿金的范围限制于“严重侵犯受害国权利的情况”。相反，有人坚持认为，不应该把第 3 款(*b*)项局限于犯罪，而是应该按特别报告员的建议予以保留。此外，有人指出，“伤害之严重性”一语可被解释为是指不法行为的严重性，或是所受损害的严重性。

213. 有人不同意在“满足”的标题下讨论“惩罚性赔偿”和“精神损害”问题，认为可以删除第 3 款(*b*)项，但不妨碍委员会进一步讨论惩罚性赔偿问题，例如在严重违约、特别是一读通过的第 19 条所涉国际“罪行”的情况下可以这样做。

214. 特别报告员强调第 3 款(*b*)项不涉及惩罚性赔偿问题，而涉及一些法律体系所称的“严重损害”或“表示性”赔偿。如“孤独”号案[63] 表明的，在有些情况下，必须承认不法行为的严重性，这些情况不限于“严重违背行为”。

215. 有人询问“严重渎职”一词的含义，因为该词可以暗指疏忽。有人指出，由于第 3 款(*c*)项开头一句将范围局限于“如果情况需要”，所以“严重”一词可以删去。也有人认为，应该说明私人的犯罪行为只有在国家未履行预防义务时才与国家责任相关；这意味着该款的范围只限于国家工作人员的犯罪行为。对私人的任何刑事处罚都只是推迟履行主要义务。此外，有些主要规则已经要求对渎职的国家官员采取行动；鉴于这些情况，人们怀疑该款是否有必要。

216. 有人提出，第 45 条或评注应该具体提及对国际不法行为的原因进行调查，将其当作满足的一种形式。不过，有人表示应慎将调查当作一种满足形式，将其当作满足进程的一部分可能更为合适。

217. 一些委员会认为，国际刑法领域近期出现了一些支持保留第 45 条第 2 款(*d*)项的因素。在这方面，有人建议在特别报告员拟议的第 3 款(*c*)项后面增加一句，规定被告国本身可以采取处罚或刑事行动，也可以将罪犯引渡到另一国或转移到对指控罪行具有管辖权的国际刑事法庭。

---

[63] “孤独”号案，1933 年 6 月 30 日和 1935 年 1 月 5 日的裁决（《国际仲裁裁决汇编》，第三卷（出售品编号 1949.V.2），p. 1609）。

218. 关于第 4 款，有人建议将其移到第 37 条之二，或移至第二章的起首部分。

219. 有观点认为，第 45 条不必提及“羞辱”问题，因为责任国已羞辱了受害国，无须避免对它的羞辱。成比例的要求就足够了。既然某些国家认为承认违背行为本身就可能是一种羞辱，那么，第 4 款的规则就不应理解为全文适用。

220. 相反，更多人主张保留羞辱的提法，因为满足应该避免羞辱，仍有人极其担心力量的不均衡，在历史上，这曾经使得强国能够对弱国提出羞辱性的满足要求。在这方面，有人建议将英文本中“should”一词改为“must”或“shall”，还可以提到国家之间的主权平等。

(e) 利息（第 45 条之二）

221. 有人赞成第 45 条之二的主旨，特别因为一读通过的条款草案对利息问题一带而过。不过，该条应与第二部分的职能相一致，即确保受害国得到不法行为国的充分赔偿。因此，利息问题与第 44 条有着密切的联系，可以在第 44 条的范围内处理，或作为第 44 条第 2 款，或作为第 44 条之后的一个独立条款，专门阐述依第 44 条应付赔偿金的利息以及利润损失和复利问题。关于后一问题，有观点认为应该注意避免重复赔偿。此外，不能认为，如果未发生不法行为，受害国也能赚取所涉本金的复利。特别报告员指出，虽然应付利息的本金通常涉及第 44 条所规定的赔偿金，但是可预见到不属于这种情形但仍要支付利息的情况。

222. 有人认为第 1 款第二句没有必要，应该删去。第 2 款“除非另外商定或决定”的字样也没有必要，因为这是适用于第二章所有条款甚至整个条款草案的预防措施。至于利息的起算日期，有人认为实际上，利息应该从不法行为实施之日，或从损害发生之日，或者更确切地说，从赔偿金无法弥补全部损失之日算起。应据此重新拟定第 45 条之二。特别报告员答复说，原则上，决定性日期应该是发生损害之日，但法庭通常表现出一定的灵活性，这一点应该反映在案文中。

(f) 减轻责任（第 46 条之二）

223. 有人赞成列入第 46 条之二，其中包含了逐渐发展的成份。但也有人怀疑减轻责任的条件是否同样适用于恢复原状。如果适用，恢复原状的目标将受到限制，因为不法行为国在决定恢复原状的程度上可能有一定发言权。也有人指出，拟议条款草案的标题没有准确反映它的内容。

224. 第 46 条之二是对一读通过的第 42 条第 2 款的改进，不过人们也有各种担心，认为赔偿措施可能会与确定责任的主要规则相混淆 —— 尽管是无意的。应该指出所涉问题不是主要规则，而是确定赔偿程度时可以考虑的一个因素。

225. 关于(*a*)项，有观点认为只有严重过失或严重渎职可被认为能够限制赔偿的程度。

226. 特别报告员在回答问题时指出，(*b*)项不限于委员会上届会议讨论过的“清白”理论。[64] 他提到了加布奇科沃-大毛罗斯项目案[65]，国际法院在该案件中承认“有义务”减轻损害，即在确定赔偿额时，可以考虑受害国有无采取合理行动减轻损害的问题。但是，此种“义务”的提法不应理解为如果违反了义务，次要规则将适用，且必须进行赔偿。相反，如果没能减轻损害，将对可赔偿的损失加以限制。但也有观点认为，(*b*)项可能会引起困难，因为它要求各国对所有可能类别的违反国际法的行为采取预防措施，这样才能得到充分赔偿。

12. 特别报告员对第二章的总结

227. 特别报告员同意恢复原状义务（第 43 条）的程度取决于所涉主要规则这一评论。也就是说，不可能中存在着“法律”因素，但是只要说明第 29 条之二适用于第二部分，一读通过的(*b*)项就变得没有必要。一些国家争辩说，出于国内的法律原因，恢复原状是不可能的，这一论点不应成为实施国际法的理由，但显然，国际法的主要规则在这一阶段发挥作用。

228. 关于恢复原状的狭义或广义概念问题，他赞成狭义的概念。霍茹夫工厂案[66] 的意见涉及广义的赔偿，因此，是一般意义上的恢复原状，而不是第 43 条意义上的恢复原状。由于德国的反对，法庭在

[64] 《1999 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 90 页，A/54/10 号文件，第 411-415 段。

[65] 加布奇科沃-大毛罗斯项目案（见上文脚注 35），p. 55，para. 80。

[66] 见上文脚注 39。

签发意见时已排除了后者。第一章中已载明，赔偿必须是充分的。如果不对恢复原状作此一狭义理解，第 43 条与其他赔偿形式之间就会出现不可能的重叠。委员会在一读时已明确表示采取这一做法，而各国政府并未给予批评。

229. 关于对谁恢复原状的问题，必须起草有关条款草案，以便双边关系中的受害国能够援引，多边关系中的几个受害国之一能够援引，类似*西南非洲案*[67] 中埃塞俄比亚和利比里亚处境的国家也能援引。要求恢复原状的可能有不同的国家，也可基于各种利益寻求补偿，这一点也应反映在案文中。

230. 关于第 44 条，特别报告员准备考虑拟订一个更加详细的条款，但有一项谅解，即必须考虑所涉不同法律关系，包括与非国家实体的法律关系。现代的责任概念要求在多层次考虑问题。

231. 他还指出，委员会大多数委员赞成重新引入利润损失的提法，但一读通过的第 44 条在这方面遇到的困难是它并未编纂关于利润损失的现有法律。如果重新引入这一提法，则需要拟定另外一条或一款。第 45 条之二也有同样的问题。他本人偏向于单独保留第 45 条之二，不将其纳入第 44 条。因为有可能拟订关于利息的专门案文，那么，也可以单独处理利润损失问题。

232. 关于精神损害的问题，显而易见，第 44 条涉及到对个人的精神损害，而所谓的对国家的精神损害则打算放在第 45 条中处理。出于他就第 45 条说明的原因，“精神损害”一词引起混乱。不过，应该对该款的内容加以说明，“精神”这种有疑问的词语应放在评注中。

233. 至于第 45 条，有关辩论表明各种观点差异很大。满足有深厚的理论和判例基础，取消它将是一个根本性的变化。满足的概念有着多种作用，有些方面与赔偿类似，这一点与《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）第 41 条一样。国际冲突的非物质方面常常很重要，必须以一种“满足”双方要求的方式来解决分歧。使用动词“提供”即已暗示为做到满足，需要达成协议。

234. 特别报告员承认在过去，满足的机制常被滥用，但他认为这并不构成取消这一条款的充分理由，而是应该重新审查，让其发挥现代功能。一读通过的第 45 条提出的主要问题是，它没有要求实行了违背行为的国家承认违背行为的存在，也没有要求司法部门宣布违背行为的存在。在现代实践中，满足的通常形式是宣布存在违背行为，如*科孚海峡案*[68] 那样。表示遗憾或道歉暗示了违反行为的发生，可发挥同样的作用。他的意见是分离满足的概念，将它的标准形式（即实行了违背行为的国家承认违背行为或法庭宣布存在违背行为）与例外形式区分开来。对此，他反对将第 2 款和第 3 款合并的建议，认为这样做会使区别含糊不清。

235. 关于第 3 款，他说，提及的满足形式基本都是典型的，因而只具象征意义。甚至在有些情况下，如在“*孤独*”*号案*[69] 中，判决给予巨额赔偿也被看作是一种满足。委员会在一读通过这些条款时，选择在第 45 条而不是第 44 条中处理这些情况。这样做以令人不满的方式限制了这一概念，即拒绝在包含侮辱的对个人的非物质损害（一般意义上的伤害）与对国家的伤害之间进行类比。减少对可能滥用满足的担心，方法之一是确认对非物质伤害也可以按第 44 条给予补偿，即允许赔偿国家遭受的损害。这样一来，第 45 条就只限于解决争端的非货币和表示性成份了。

236. 特别报告员指出，保留主要满足形式的非穷尽清单很有用。他并非特别倾向于在条款草案中保留名义赔偿金。他还指出进行调查可能很重要，因为可以了解实际发生的情况，并且可以促使承诺并保证不重复。

237. 关于第 3 款(*c*)项，他指出，可以认为该项的内容已包含在主要规则中，不构成满足的主要功能。

238. 关于第 4 款，他回顾说，委员会多数委员同意成比例的概念，但强调第 4 款的主要目标是防止利用满足提出过份的要求。

239. 至于有关利息问题的第 45 条之二，一些委员认为利息是补偿的一部分，但多数人偏向于设立一

[67] 第二阶段，判决，《1966 年国际法院汇编》，p. 6。

[68] 见上文脚注 62。

[69] 见上文脚注 63。

个单独条款，尽管利息只是补偿的附属部分。特别报告员本人的观点是，不应将关于利息的规定列入补偿一条，因为在有些情况下，可以对补偿金以外的本金支付利息，例如，按主要规则应支付的本金。

240. 关于第 46 条之二，特别报告员认为，虽然该条的主要目标是限制补偿金额，但某些情况下也会产生不同的效果，例如推迟提出索赔可能会使法庭做出无须支付利息的判决。

241. 关于(*a*)项，他指出，大多数委员支持这一案文，该案文与一读通过的第 42 条第 2 款的用词十分接近，已为大多数国家政府接受。但是，在讨论过程中，也出现了一些分歧，有人赞成拟订详细条款，有人则希望采用较简明的行文。将由起草委员会来设法协调这两种不同意见。

13. 特别报告员介绍第二部分之二：国家责任的履行

第一章 援引国家责任

(a) 第二部分之二概论

242. 特别报告员忆及委员会暂时同意从责任国义务的角度制订第二部分，同时纳入新的第二部分之二，述及受害国援引责任的权利。委员会还接受了特别报告员提出的一种区分，即作为国家受害者的受害国与那些虽然本身未因违背行为受到具体影响但对援引责任有合法关切的国家之间的区别。

243. 本报告第三章述及受害国援引责任问题，受害国指作为双边义务当事方的国家，或特别受违背多边义务行为影响或必然受其影响的国家。这不妨碍关于另一类国家（即属于第 40 条之二第 2 款所述类别的国家）以各种方式援引责任权利的特别规定。此事项将在下文讨论。

(b) 援引一国责任的权利（第 40 条之二）

244. 尽管第 40 条之二在条款草案中的位置仍然是暂时性的，委员会曾在早些时候对它进行了辩论。后来，特别报告员建议将该条草案置于第二部分之二的第一章。他指出，在通常情况下，受害国可选择是坚持要求恢复原状，还是接受补偿。他不同意受害国可选择满足形式的说法，即受害国虽然有权坚持采用某种满足形式，但不可绝对地坚持得到特定形式的满足。然而，受害国有权拒绝恢复原状而要求获得补偿。但正如“有效”选择概念所承认的那样，受害国这样做的权利受到了一些特别的限制。这些问题通常是在持续履行主要义务的情况下予以处理，而不是如同在各种赔偿方式之间那样，通过任何的选择机制进行处理。

(c) 受害国援引责任（第 46 条之三）

245. 特别报告员在与 1969 年《维也纳公约》第六十五条类比的基础上，拟订了关于援引责任的正式要求的第 46 条之三[70]。拟议的条款草案第 1 款要求作出要求通知，作为最低的要求，因为在长时期内不作通知会产生某些后果，例如可认为该国已放弃要求权。

246. 至于第 2 款中是否可提出要求的问题，特别报告员评论说，尽管外交保护专题将涉及要求的国籍规则和用尽当地救济规则的详情，但这些是是否可提出要求本身的条件，不是国家责任条款草案范畴之外的司法受理性问题。因此，应在条款草案中予以提及，他认为第二部分之二第一章是较适当之处。

(d) 援引责任权的丧失（第 46 条之四）

247. 特别报告员指出，1969 年《维也纳公约》涉及到援引理由停止施行和终止一项条约的权利的丧失。由于在实践中常常提出这种问题，似宜拟订一项类似条款来处理援引责任权的丧失，作为第 46 条之四[71]。丧失援引责任权利的可能理由如

---

[70] 特别报告员提出的第 46 条之三案文如下：

“第 46 条之三 受害国援引责任

“1. 受害国如欲根据条款援引另一国责任时，应将其要求通知该国，并具体说明：

“(*a*) 受害国认为责任国应按照第 36 条之二作出何种行为以确保停止继续实行的任何不法行为；

“(*b*) 赔偿应采取的形式。

“2. 在下述情况下，不能根据第 1 款援引国家责任：

“(*a*) 要求不是依照与国籍有关的任何适用规则提出；

“(*b*) 要求应适用用尽当地救济规则，但以其名义提出要求的个人或实体没有用尽可使用的有效当地救济。”

[71] 特别报告员提出的第 46 条之四案文如下：

（接下页）

下：弃权、延误、解决和受违背义务的终止或停止施行。后者很重要，它可说是一种反证，因为现代的仲裁法庭指出，受违背义务的终止或停止施行并不造成援引责任权利的丧失。

248. 拟议的案文确认丧失援引责任权的两种理由，即弃权，包括通过达成解决办法作出的弃权，以及不合理的延误。就弃权而言，在正常情况下，受害国无疑有权放弃责任要求。这是一般同意原则的一种表现形式。然而，编纂国家表示同意的方式的法律是不可行的。可以视为与弃权类似的一种情况是无条件接受提供的赔偿（甚至是部分赔偿）；换言之，即解决争端。丧失援引责任权的第二个依据是时间过时；国际法并未规定要求的时期或时限，但可能出现的情况是责任国有理由认为已放弃要求，该观点已被纳入单独的一款。

(e) 多个受害国（第 46 条之五）

249. 特别报告员回顾指出，其第二次报告[72] 以第一部分第四章为背景，介绍了多个国家的问题和涉及一个以上国家时责任的性质这一令人烦恼的问题。普遍观点认为委员会应对此作更详尽的讨论。他指出在使用术语方面有依靠国内类似法律的倾向。实例包括“连带及个别责任”或“一体”责任等用语。事实上，已有将诸如“连带及个别责任”或“连带及个别赔偿责任”等用语纳入条约的情况，《外空物体所造成损害之国际责任公约》就是如此。然而，问题在于不同法律体系对此种责任往往有不同的理解，甚至在同一法律体系中，在合同法和侵权行为法等不同领域内也会有不同理解。因此，在这一领域内诉诸国内类似法律时应极其谨慎。

250. 他建议将第 46 条之五[73] 作为讨论的基础。这不妨碍某一体制的当事国制订一套该体制在一个以上国家、实体或个人的活动方面应遵守的规则。在没有特别安排的情况下，情况相对简单：如果按第 40 条之二第 1 款狭义界定的受害国不止一个，每个受害国可为各自利益援引责任国的责任。

(f) 多个国家对同一国际不法行为承担责任（第 46 条之六）

251. 特别报告员指出，第 46 条之六[74] 处理一个以上国家应对特定损害负责的情况，这种情况有别于一系列国家分别对某国造成损害的情况。典型的实例是科孚海峡案[75]。在该案中，A 国在 B 国应对存在地雷负责的情况下，在 B 国领土上埋设地雷。B 国在这种具体情况下的责任并不免除 A 国的责任。同样，按照第一部分第四章的规定，一些国家可同时对造成同一损害的同一行动负责。

252. 这一条款受到了两方面的限制。首先，第 2 款(*a*)项规定了禁止重复赔偿的规则，作为对取回赔偿的限制，法院和法庭已确认这一点。然而，出现这种问题的情况主要是受害国向几个国家提出同一要求，或至少是针对的是同一损害。虽然还可设想出另一些情况，但条款草案不能处理多重责任情况的所有程序后果。因此，在述及多个责任国的条款中提及禁止重复赔偿的规则已经足够。

253. 此外，(*b*)项纳入了两条保留条款，一是关于诉讼是否可受理的问题，二是关于要求国家之间分担的问题。关于前者，首先参照的是货币黄金案[76]

（脚注 71 续）

“第 46 条之四 援引责任权的丧失

“有下列情况之一的，不得根据条款援引一国责任：

“(*a*) 已经以无条件接受给予的赔偿的方式或以其他明确表示的形式有效放弃要求；

“(*b*) 受害国没有在发现损害后的一段合理时间内将要求通知责任国，而且有关的情况使责任国可以合理地认为已不会再提出要求。”

[72] 见上文脚注 20。

[73] 特别报告员提出的第 46 条之五案文如下：

“第 46 条之五 多个受害国

“在两个或两个以上国家受同一国际不法行为伤害时，每个受害国可以分别援引实行该国际不法行为的国家的责任。”

[74] 特别报告员提出的第 46 条之六案文如下：

“第 46 条之六 多个国家对同一国际不法行为承担责任

“1. 在两个或两个以上国家要为同一国际不法行为承担责任的情况下，每个国家的责任根据本条款草案中有关该国行为的规定加以确定。

“2. 第 1 款：

“(*a*) 不容许任何国家、个人或实体获得多于其所受损失的补偿；

“(*b*) 不妨碍：

“㈠ 任何有关法院或法庭受理诉讼的规则；

“㈡ 责任国之间的任何责任分摊规定。”

[75] 见上文脚注 62。

[76] 1943 年从罗马运走的货币黄金案，判决，《1954 年国际法院汇编》，p. 19。

规则，虽然它是一项纯粹的司法程序规则。至于应在国家间解决的分担问题，推断的结论是受害国因可归咎于 A 国的行为而受到的损害可获得充分赔偿，即使该同一行为也可归咎于 B 国，或 B 国应对其负责。此种原则是在对科孚海峡案作出裁决后产生的，得到了一般法律原则和公平考虑因素的支持。

254. 特别报告员回顾说，他也曾在其报告第 244 至 247 段中考虑过不超出诉讼请求原则，即在国际索赔方面，法院不得判予一国多于它所要求内容的赔偿。虽然法院普遍承认这一原则，但它其实是体现了根本的选择原则，因此，不需要在条款草案中具体确认。

14. 第二部分之二辩论概况

第一章 援引国家责任

(a) 援引一国责任的权利（第 40 条之二）

255. 关于将第 40 条之二放在第二部分之二的建议，有人指出，第二部分不应包含任何可以表明对哪些国家负有义务的内容。同样，对第二部分之二还需加以补充，因为特别报告员提出的第 40 条之二对受害国和具有合法利益的国家作了区分，但必须明确具有合法利益指的是什么。虽然第 46 条之三规定援引责任的受害国有权选择赔偿的形式，但对后面一类国家却只字未提。例如，那些国家可要求停止以及承诺和保证不重复。

(b) 受害国援引责任（第 46 条之三）

256. 委员们普遍支持大体按照特别报告员的建议，增加一个关于援引责任的形式的条款。

257. 关于特别报告员提出的第 1 款开首语讲到的通知要求，有观点认为，类比援引 1969 年《维也纳公约》第六十五条规定的条约的失效、停止施行或终止过于牵强附会。没理由要求一国在援引责任之前，必须首先提出抗议或表明意图。

258. 此外，对于案文没有规定必须以书面形式提出要求这一点，有人表示支持。在这方面，不宜比照 1969 年《维也纳公约》第二十三条。各国并不一定总是以书面方式联系，而且也并不一定清楚“书面”都包括哪些不同的行为。各种形式的通知，从非正式的或秘密的提醒，到公开声明或正式抗议，都可视情况被作为适当的通知形式。举例来说，在瑙鲁境内某些磷酸盐地案[77] 中便采取了灵活的办法。因此，任何要求书面通知的建议都不反映现行做法或国际法院采用的标准。相反，一些委员则建议以“书面通知”取代“通知”。还有人建议明确采用“正式通知”或“通知”的提法。特别报告员在回答时指出，他的提案只用了“通知”，较“书面”更为灵活；他同意这在很大程度上要取决于具体情况。

259. 关于(*a*)和(*b*)项，有人建议，英文本第 1 款开首语末尾表示许可的“should”应改为“shall”，以使这两项规定带有强制性。但也有人认为，“should”一词更准确地反映了法律现状。此外，有人建议删去(*a*)项和(*b*)项，而在评注中加以反映。

260. 一些发言人认为，第 1 款(*a*)项给人的印象是，受害国可以决定应如何行事，但情况并非如此。责任国有权对被违背规则所要求行动以外的行为表示反对。还有人建议，规定应是指示性而不是限制性的，以便不仅仅限于停止。

261. 关于第 1 款(*b*)项，有观点认为，受害国有权选择赔偿形式没有得到充分明确的表述，因为它只是概括地讲到要求的形式和程序，而没有讲到它的目的和内容。条款草案应明确规定选择的权利：只要有可能且不过分，受害国均可根据第 43 条要求恢复原状；在一般国际法强制性规范遭违背的情况下，受害国不能放弃恢复原状，因为遵守这一义务关系到整个国际社会的利益；但在其他情况下，国家完全可以放弃恢复原状或补偿，而要求获得满足。另一种观点认为，第 1 款(*b*)项确已清楚地规定，受害国有权选择赔偿应采取何种形式。还有人认为，受害国选择赔偿形式的“权利”不是绝对的，特别是在恢复实物原状可能的情况下，否则恢复原状优先于补偿的规则便毫无意义了。具体而言，有人疑惑是否可以推断这种选择权是受害国的一项主体权利，进而责任国一方负有相应的义务（提供受害国“正当”选择的赔偿形式）。实际上，最经常的选择，是根据有关各方的协议，在恢

[77] 瑙鲁境内某些磷酸盐地（瑙鲁诉澳大利亚）案，初步反对意见，判决，《1992 年国际法院汇编》，p. 240。

复原状和补偿之间进行选择。选择赔偿形式，应看作是受害国的一种“选择权”或“主张”，不同于责任国必须尊重的权利。在实践中，选择赔偿形式的问题应放在较后的阶段，在与责任国初步接触之后，以免把这个问题与最初的要求通知相混淆。

262. 另外还有人指出，虽然条款草案只在国家间关系上作了规定，但这种关系却可能受到另一个因素的影响，即赔偿的受益人是国家以外的个人或实体，即索赔可能是为了他们的利益。因此，有人建议承认一种可能性，即个人在选择赔偿形式上有一定的发言权。

263. 关于第 2 款，有人建议将它单列一条，题为“行使外交保护的条件”，因为它与第 1 款没有明显的联系。

264. 有人担心第 2 款(*a*)项中讲的要求的国籍规则可能会导致对今后外交保护专题相关工作的预断。此外，“要求的国籍”一词也不准确，用“国家代表其提出要求的有关个人的国籍”比较好。

265. 关于第 2 款(*b*)项，有人再次指出，在条款草案中列入一个关于用尽当地救济规则的条款将限制委员会在外交保护专题上采取行动的自由。因此，最好用一个较为中性的表述，规定根据适用的国际法规则，应用尽当地救济。这种中性的办法还可避免对以下问题进行预断，即偏向于以实质性还是程序性方式来适用用尽当地救济规则。其他人则认为，特别报告员的表述似乎倾向于程序性理论，而这样做是对的。即使如此，似乎也应在第四部分收入一个一般性的关于外交保护法的保留条款。

266. 特别报告员在答复中讲到，委员会先前曾在审议其第二次报告时审议过用尽当地救济的问题，[78] 当时的结论是，不应对这个问题下定论，因为适当的办法（实质性或程序性）取决于具体情况。在很清楚违背行为已经发生的情况下（如酷刑），用尽当地救济是一个可以放弃的程序性先决条件；在其他情况下，拒绝司法正是要求的主旨。也有可能存在界于两者之间的情况。第 46 条之三的表述无意形成对这个问题的偏见。此外，条款草案最好具体说明这一点，因为至少可以提出用尽当地救济规则适用于外交保护以外的领域，如适用于一般国际法下的个人人权要求。重要的是各项人权条约中的条款已将当地救济规则列为一般国际法下的适用规则。

267. 关于不超出诉讼请求的原则，有人赞成不将它收入条款草案，因为法院有权在特殊情况下判定高于要求人所要求内容的补偿。收录这项原则可能还会限制各国际法庭就适当结合各种救济作出决定时的灵活性。然而，另一些委员认为，这项原则是实在法的一个组成部分。

(c) 援引责任权的丧失（第 46 条之四）

268. 有观点认为，此处使用的“放弃”一词含义过宽。因此建议改用较泛的“默许”。一种意见认为，须对“无条件”和“明确”加以澄清。建议也可以规定部分放弃援引某种赔偿形式的权利，即选择救济是部分放弃的一种形式。还有观点认为，解决办法不能算作是一种放弃，而应单独处理，因为一国的单方面行动是不够的。解决办法必须通过双方国家采取行动达成。关于是否可将无条件接受赔偿建议划入放弃类，有人表示怀疑。

269. 有人提问，如果失去援引责任的权利，不法行为以及停止和赔偿责任怎么办。在这方面，建议作出赔偿的责任依然有效，只有在放弃援引责任权相当于事后同意的情况下，不法行为才可能变为合法。

270. 关于延迟和消灭时效，有人表示同意特别报告员的观点，即时间的流逝本身并不会导致不可提出赔偿要求。对于在一般国际法中，是否所有各类要求都承认消灭时效，有人表示怀疑。在“罪行”情况下，它肯定不适用，罪行被认为是不受时效限制的。类似的例子，还有一些国家在非殖民化过程中，在适用时效概念方面遇到的困难，在很多情况下，这些国家在独立时还无法掌握许可其援引另一国责任的证据：国际法院在瑙鲁境内的磷酸盐地案[79] 中对这些背景因素给予了考虑。同样，“合理时间”的提法被认为过于含糊。其他人不同意这种意见：这个概念有其用处，它允许法院根据每项要求的是非曲直，决定延误通知是否构成丧失

[78] 见其第二次报告第 220-243 段（上文脚注 20）。

[79] 见上文脚注 77。

援引责任权的理由。报告借提及拉格朗案[80] 来说明援引责任权的丧失，而这一做法是否适当，也有人表示怀疑。

271. 有人认为，最好将最后一句“责任国可以合理地认为已不再会提出要求”改为讲述要求人有何种表现，因为责任国如何看待这个问题的提法可能会造成举证问题。另外，还有人表示整句话都不够清楚，带有主观性，可以删去。

(d) 多个受害国（第 46 条之五）

272. 委员们普遍支持特别报告员的提案，认为与一读通过的条款草案采取的方针恰恰相反，当今的国际关系越来越多地涉及多边关系，这一事实应在条款草案中得到反映。

273. 但也有观点认为，第 46 条之五设想的情况过于简单。举例而言，曾在欧洲人权制度下代表一些个人（非国民）对《欧洲人权公约》的一个缔约国提出多项要求。除有关个人提出要求外，《公约》的任何其他缔约国也可提出国家间指控。此外，国籍国有权根据一般责任制度，援引有关国家对其国民所受损害的责任。此外，如果是严重违背了一项普遍义务，则任何其他国家都有权援引严格意义上的责任。因此，可以设想同一不法行为有四种不同形式后果的情况。同样，这项规定没有充分考虑国际组织卷入多国行动的情况，特别是对一个组织的成员国而言，当它们在该组织的范围内采取行动而责任是个别及连带责任时，对它们自身责任的影响。有观点认为，国家行为的不法性并不因它们是根据一个国际组织的决定采取行动而受到影响。但也有人指出，国际组织的责任问题不在本条款草案的范围内。

274. 对于将《外空物体所造成损害之国际责任公约》作为一个例子是否合适，委员们表示了不同的看法。虽然它可以作为一个个别及连带赔偿责任现象的实际例子，但一些委员认为，《公约》是一个孤立的例子，之后没有任何同样的情况，因此，不能证明是国际法中的某种趋势。其他人则认为，提及《公约》完全合理，应扩大到包括《公约》第六条，其中包括了赔偿责任和责任的要素。有人对欧洲联盟联合协定的例子是否有用表示怀疑，因为它们同样受制于特定的制度。特别报告员指出，报告的一个作用就是列出有关做法，而不管其与达成的结论是否一致。他本人曾争辩说，《公约》的连带赔偿责任制度和欧洲联盟范围内的联合协定制度都没有反映国际法下的一般立场。

(e) 多个国家对同一国际不法行为承担责任（第 46 条之六）

275. 虽然提出的条文得到了支持，但有观点认为第 1 款会造成一些问题，因为并一定总是十分清楚何时存在“同一国际不法行为”，且有多个国家实行了这一行为。可能会出现不同国家的多个不法行为造成同一损害的情况。例如，在科孚海峡案[81] 中，有人争辩说实际上有两项不法行为而不是一项。其他人则认为，科孚海峡案证明国际法是在向连带责任的概念发展。如果几个国家的国际不法行为造成了同一伤害，那么，那些国家当中的每一个都必须修复共同造成的损害，然后它们也可以转而针对其它责任国提出要求，如瑙鲁境内的磷酸盐地案[82] 中的情况。

276. 关于报告第 275 段讲到的以第 46 条之六为背景与国内法类比的辅助性，有人指出，《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款中讲到的一般法律原则是以国内法类比为根据的。另有人指出，这种类比在这个领域的相关性有限，因为各国采用的办法和术语有很大差异。

277. 关于起草第 1 款，有人建议着重强调后果，而不是确定责任。特别报告员解释说，他提到每个国家的“责任”，目的是借此把整个案文都涵盖在内。

278. 关于第 2 款，有人表示最好重新起草这项规定，将它另行安放，置于关于补偿的第 44 条当中。至于第 2 款(*a*)项，有人认为禁止重复赔偿的规则可能不仅适用于多个责任国的情况，还可作更普遍地适用；另一方面，用不着讲国家以外的“人或实体”的追偿，这个问题更适于在外交保护专题下讨论，所根据的谅解是国家可因其国民而受到伤害。此外，有人表示最好提到赔偿而不用补偿。

[80] 拉格朗（德国诉美利坚合众国）案，临时措施，1999 年 3 月 3 日的命令，《1999 年国际法院汇编》，p. 9。

[81] 见上文脚注 62。

[82] 见上文脚注 77。

279. (*b*)项㈠目涉及诉讼受理性相关规则的问题，委员们对此提出了不同意见。有人建议把它挪到评注中，因为条款草案无须论及程序问题，但也有人支持保留这一规定。

280. 关于(*b*)项㈡目，有人评论说，分摊的要求是普通法的概念，而非民法概念。因此，最好采用一个较为中性的表述。

15. 特别报告员对第一章的总结

281. 特别报告员注意到，委员会基本同意在条款草案中纳入一章关于援引国家责任的内容，以区别于关于国际不法行为的直接后果的章节。

282. 关于第 46 条之三，他认为“notice”一词不如“notification”正式。对于通知的正式程度以及是否应为书面通知，大家意见不一。他暂时倾向于委员会多数人的意见，即通知无须是书面的。

283. 更实质的问题是赔偿形式的选择问题。如果赔偿（包括恢复原状）问题牵涉到继续履行义务的问题，情况显然不一样。也许受害国并无权自行使责任国免于继续履行义务。任何选择原则均不可置这一情况于不顾。

284. 因此，委员会关注的只是当恢复过去原状至为重要时的情况，以及没有继续遵守义务的要求时的情况。问题是，在这些情况下，受害国能否自由选择赔偿形式，或者如果有可能恢复原状的话，责任国能否坚持要求恢复原状，而不进行补偿。如果受害国已经遭受了可以估量的经济损失，而这一损失尚未因恢复原状而得到充分赔偿，则责任国可否坚持要求恢复原状？他不敢肯定过去曾发生过这种情况；这一问题比较棘手，纸上谈兵很难解决。在放弃方面，他选择了“有效”一词，该词至少通过隐含的意思也适用于第 46 条之三所规定的选择。

285. 关于条款是否应更详细讨论选择的有效性和受害国不只一国而各国之间有不同意见的问题，他认为没有必要，其中部分原因是没有国家实践作指导，同时也因为这在很大程度上取决于具体情况和所涉及的规则。从第二部分第二章可能得出的推论是：在可以恢复原状的情况下，每一受害国均有权要求恢复原状。可以说，这一权利优先于另一受害国的选择 — 至少在另一受害国的选择可否定这一权利时是如此。但他认为这一点应留予推论，因为不可能设想出所有的情况。

286. 特别报告员同意多数人的观点，即应保留第 46 条之三第 2 款作为单独的一条。该款提出了一个更具普遍性的问题，即国家责任草案与外交保护草案之间的关系。外交保护与国家责任并不分离；代一名国民行事的一国，实际上是在援引国家责任。如果删去用尽当地救济规则，会引起各国政府的极大关注，特别是有鉴于该内容在一读通过的条款草案中的位置。此外，用尽当地救济规则不仅适用于外交保护，而且适用于侵犯人权的具体情况，后者不属于外交保护法的范围，但构成国家责任法的一部分。因此，他倾向于单列一条，纳入第 2 款的实质内容，将其置于第二部分之二，并不妨碍就用尽当地救济的实质和程序理论进行辩论。

287. 至于有关援引责任权的丧失的第 46 条之四，特别报告员注意到，尽管有人建议解决的概念应视为与弃权不同，但第 46 条之四(*a*)项得到了普遍支持。关于(*b*)项，他注意到，有人提出肆意拖延造成疏忽或非法延误的情况，与由于一国的拖延而造成对责任国的实际损害的情况，二者有所区别。

288. 关于多个受害国和多个责任国的问题，特别报告员注意到，条款所采用的适度的处理办法得到了普遍支持。辩论中没有人强烈支持更明确地规定个别及连带责任原则。在有关*科孚海峡案*[83] 可被解释为涉及造成相同损害的两起单独的不法行为的问题上，另一种解释可以是，两个国家在同一起不法行为中互相串通。但他建议起草委员会审议第 46 条之六是否适用于多起不法行为分别造成相同损害的情况。

289. 关于第 46 条之六第 2 款(*a*)项，特别报告员反对删除“个人或实体”这一提法的建议。受害的单个实体得到赔偿时显然会出现这一情况，即使在国内诉讼或某些国际法庭上亦是如此。在这些情况中，必须考虑重复赔偿原则。关于第 2 款(*b*)项，他同意㈠目是一条关于司法可受理性的规则，不应写入该条。或许可将这一点作为第四部分的一般性保留条款中的内容。特别报告员指出，对于㈡目的实质内容没有不同意见。

[83] 见上文脚注 62。

16. 特别报告员介绍第二部分之二：国家责任的履行（续）

第二章 反措施

(a) 反措施概论

290. 特别报告员指出，其第三次报告第三章 D 节仅涉及第 40 条之二第二款暂定的关于一个受害国采取反措施的较狭义的问题，而集体反措施这一进一步的问题是在报告第四章中分析的（见下文第 355 至 357 段）。

291. 他回顾说，虽然一读通过的条款草案在采取反措施与解决争端之间建立了联系，但他仍以委员会在第五十一届会议上暂时达成的一致意见为基础，草拟了关于反措施的实质性条款，且未与关于解决争端的新条款建立任何具体联系，他还把条款草案之下的解决争端问题留待以整个案文为背景加以处理。[84]

292. 拟议的条款是有关条款的重新编排组合，目的是解决一些概念方面和其他方面的困难，同时保持一读通过的第 47 至 50 条的实质内容。第 47 条是兼顾各方的结果，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 条引起了寻求赔偿的程序与采取反措施之间关系的问题，这是整个案文争议最大的问题，而第 48 条试图以并不令人满意的对临时措施和其他措施的区分来加以解决。第 49 条在行文上是一种双重否定，他参照国际法院在*加布奇科沃-大毛罗斯项目案*[85] 中的指导意见提出了一种较严格的表述。第 50 条处理的是两个概念上互不相同的问题：一个是采取反措施可以中止哪些义务，另一个是反措施不能造成哪些影响，比如在发生侵犯人权和侵犯第三国权利的行为时。

293. 特别报告员回顾说，在第五十一届会议上，他曾经提议增加一个第 30 条之二，述及不履行的一种例外情况，作为解除行为不法性的情况之一。[86] 当时，委员会同意推迟该条草案的审议，直至有确切行文，其必要性则会根据本届会议审议的反措施条款加以评估。鉴于第三次报告第 363 至 366 段所述理由，他不再提议将这项条款纳入条款草案。

(b) 反措施作为解除行为不法性的情况（第 30 条）

294. 特别报告员指出，委员会第五十一届会议决定保留第一部分第五章关于反措施作为排除行为不法性情况的一条，但将该条案文的定稿推迟到审议一读通过的第二部分第三章中的反措施之时。[87] 本届会议期间，特别报告员为第 30 条提出了一个新的、较简洁的行文。[88]

(c) 反措施的目的和内容（第 47 条）

295. 特别报告员提醒注意，义务的停止施行与义务履行的停止施行之间有根本性区别。1969 年《维也纳公约》处理了条约义务的停止施行，但没有规定如何重新恢复这些义务。部分出于避免与条约的停止施行相混淆这一考虑，一读通过的条款草案没有使用“停止施行”一词。相反，第 47 条只是说反措施是针对一国不遵守自身义务的情况采取的。但这种做法是有问题的，因为一国“不遵守自身义务”这种提法涵盖一切类型的情况，其中有些可能是不可挽回的和永久性的。

296. 特别报告员认为，反措施的基本概念是，受害国停止履行其对责任国的某项义务，意在促使后者履行其停止和赔偿的义务。这个基本概念已被纳入他所提议的第 47 条，[89] 受第二章其他各条规定的限制制约。

---

[84] 《1999 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 91-93 页，A/54/10 号文件，第 426-453 段。

[85] 见上文脚注 35。

[86] 《1999 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 82-84 页，A/54/10 号文件，第 334-347 段。

[87] 同上，第 332-333 段和第 91-93 页，第 426-453 段。

[88] 特别报告员提出的第 30 条案文如下：

“一国不符合该国所负国际义务的行为如果构成第[47]至[50 条之二]规定的合法反措施，则该行为的不法性即告解除。”

[89] 特别报告员提出的第 47 条案文如下：

“第 47 条 反措施的目的和内容

“1. 除须遵照下列条款规定外，受害国可向应对国际不法行为负责的国家采取反措施，以促使该国履行第二部分规定的义务，但须该责任国尚未履行这些义务并须鉴于该责任国对此项要求的反应而有此必要。

“2. 反措施限于停止履行对责任国采取措施的国家的一项或多项国际义务。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 293-297 段和第 321-333 段。

297. 特别报告员强调，可采取的反措施并不是前任特别报告员里普哈根[90]所用的对等反措施概念意义上的对等反措施，在后者的概念中，对等反措施的采取关系到同样或相关的义务。问题是，是否应当专门或至少部分提出对等反措施概念，作为在反措施领域加以区分的依据。特别报告员同意委员会在一读时对这种区分的否定。[91]把反措施限于采取对等反措施会造成一种情况，即责任国的行为越是恶劣，就越不可能对之采取反措施，因为行为越恶劣，就越有可能违反某些义务，例如人权义务。在当代世界，“以牙还牙”这种古训并不是反措施的依据。

298. 一读通过的条款草案中疏漏的另一个要点是反措施产生作用并达成解决办法的情况下如何恢复合法状况的问题。特别报告员拟用其拟订的第 47 条第 2 款所载停止履行义务的概念而不是停止义务本身的概念来处理这个问题。义务仍然有效，不存在义务停止的情况。义务是评估反措施时的参照依据。他说，国际法院在*加布奇科沃-大毛罗斯项目案*[92]中将可撤销性定为反措施概念的实质性内容之一。他从原则上同意这种考虑，但问题是如何落实，因为反措施实行之后，就会对责任国产生不利影响，而并没有人提议应当回溯性地撤销这种影响。

(d) *不受反措施影响的义务和禁止采取的反措施（第 47 条之二和第 50 条）*

299. 特别报告员建议将一读通过的第 50 条的内容分为两项规定。因此，他提议的条款草案对以下两种义务进行了区分：一种是原本就不能以停止履行作为反措施的义务（第 47 条之二[93]），另一种是采取反措施过程中不能损害的义务（第 50 条[94]）。从反措施对人权的影响这一角度来看，这是一个重要的区分。不能以停止施行人权义务作为反措施，因为根据定义，这种措施是针对国家而不是针对个人采取的。尽管如此，在反措施可能对人权义务造成的影响方面，还是会出现问题，这在第 50 条中得到处理。

300. 第 47 条之二(*a*)项明确规定，反措施不涉及强力报复、交战报复或使用武力。至于有关外交和领事豁免的(*b*)项，对于一读时的类似规定没有什么批评意见，各国政府在其评论中普遍表示支持。与第三方解决争端的义务有关的(*c*)项原包含在一读通过的第 48 条中。显然，一国不能以停止施行和平解决争端的义务作为反措施。一读通过的第 50 条还提到人权，规定采取反措施不能影响人权。然而，从第 47 条的反措施定义中可以看出，人权义务本身是不能停止施行的。取而代之，特别报告员提出了(*d*)项，涉及一个单独的、范围较窄的问题，即与报复有关的人道主义义务。(*e*)项保留在第 47 条之二中，因为一般国际法强制性规范所规定义务的履行除义务本身规定的情况外，在任何其他情况下都是不能停止施行的。

301. 关于第 50 条，特别报告员回顾说，一读通过的(*b*)项中旨在危害责任国领土完整或政治独立的极端经济胁迫或政治胁迫的提法受到很多批评。因此，他提出了一个较简单的行文，就是(*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。

302. 特别报告员还指出，即便根据条款草案是合法的，反措施也不能损害第三方的权利。如果第三

---

[90] 见其第六次报告（上文脚注 9），第 10 页，第 8 条。

[91] 见《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 70 页，A/51/10 号文件，脚注 200。

[92] 见上文脚注 35。

[93] 特别报告员提出的第 47 条之二案文如下：

“*第 47 条之二　不受反措施影响的义务*

“不得通过反措施停止施行下列义务：

“(*a*) 《联合国宪章》内载涉及武力威胁或使用武力的义务；

“(*b*) 涉及外交或领事人员、馆舍、档案或文件不可侵犯性的义务；

“(*c*) 涉及第三方解决争端的义务；

“(*d*) 预防受保护者遭受由此引起的任何形式报复行为的人道主义性质的义务；或

“(*e*) 一般国际法强制性规范规定的任何其他义务。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 334-343 段。

[94] 特别报告员拟议的第 50 条案文如下：

“*第 50 条　禁止采取的反措施*

“反措施不得：

“(*a*) 危害责任国的领土完整或构成干预该国的国内管辖权；

“(*b*) 损害第三方的权利，特别是基本人权。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 311-319 段和第 347-354 段。

方针对受害国有一项权利，受害国就要为该项权利遭到侵犯而对第三方负责。第三方可以是人，也就是基本人权的对象，因此，新的(*b*)项也涵盖人权。

(e) 与采取反措施有关的条件（第 48 条）

303. 特别报告员指出，一个国家在采取反措施之前应当先要求责任国遵守义务，以此援引责任国的责任：这一点得到了各方的同意。在他提议的第 48 条[95] 中，第 1 款反映了向责任国提出要求的基本义务。但是，除此之外，第 2 款规定可采取必要的临时措施以维护受害国的权利。第 48 条避免了“临时保护措施”这种用于司法程序的提法，取而代之的是临时实施反措施的概念。第 3 款增加了一项要求，即如果谈判未能在合理的时间内解决争端，受害国可以采取全面的反措施。

304. 考虑到委员会可能决定不在“临时”反措施与其他反措施之间加以区分，特别报告员提出一个替代条文[96]，可以取代第 48 条第 1 至 3 款。

(f) 相称（第 49 条）

305. 特别报告员说，拟议的第 49 条的新表述方式[97] 是要突出一点，即相称是合法性的必要条件。这样，在措词上就顾及了一些国家对相称性应有的决定作用所表示的关注。他提议的案文依据的是国际法院在*加布奇科沃-大毛罗斯项目案*[98] 中所用的提法。

(g) 停止施行和终止反措施（第 50 条之二）

306. 特别报告员回顾说，一读通过的第 48 条规定了国际不法行为停止和有约束力的解决争端程序开始之后停止施行反措施的可能性。一读通过的案文没有提及终止反措施的问题，也没有反映出一些国家提议增加这样一种规定。国际法院在*加布奇科沃－大毛罗斯项目案*中间接提到这一点，不过是从反措施可撤销性的角度提出的。因此，他提出了第 50 条之二[99]，其中既涵盖了反措施的停止施行（第 1 和第 2 款），又涵盖了反措施的终止（第 3 款）。关于第 1 款所述停止施行，他保留了一读案文的写法，该案文得到各国政府的支持，其部分依据是仲裁法庭在*航空服务协定案*[100] 中所提的意见。

17. 第二部分之二辩论概况（续）

第二章 反措施

(a) 反措施概论

307. 特别报告员提议的条款草案在委员会内得到支持，有人认为与一读通过的案文相比有所改进，

---

[95] 特别报告员提出的第 48 条案文如下：

“第 48 条 与采取反措施有关的条件

“1. 在采取反措施以前，受害国应：

“(*a*) 向责任国提出合理要求，吁请它履行其义务；

“(*b*) 通知责任过它打算采取的反措施；

“(*c*) 同意本着诚意与责任国谈判。

“2. 受害国可从通知之日起，临时实施为维护本章规定的它的权利可能必要的反措施。

“3. 如谈判未在合理期限内达成解决争端的办法，则按照本章规定行事的受害国可采取有关反措施。

“4. 采取反措施的国家应该按照对它和责任国有效的任何解决争端程序履行与解决争端有关的义务。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 298-305 段和第 355-360 段。

[96] 特别报告员提出的第 48 条第 1 至 3 款替代案文如下：

“1. 采取反措施以前，必须已依照第 46 条之三吁请责任国履行其义务而责任国没有或拒绝这样做。”

[97] 特别报告员提出的第 49 条案文如下：

“第 49 条 相 称

“反措施必须和所遭受的伤害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度及其对受害国的不利影响。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 306-310 段和第 346 段。

[98] 见上文脚注 35。

[99] 特别报告员提出的第 50 条之二案文如下：

“第 50 条之二 停止施行和终止反措施

“1. 在下列情况下，必须停止施行反措施：

“(*a*) 国际不法行为已经停止，并且

“(*b*) 争端已提交法庭或有权发布对当事国具有约束力的命令或作出对当事国具有约束力的裁决的其他机构。

“2. 尽管有第 1 款规定，但如责任国没有满足要求或履行法庭或机构发布的命令，或未以其他方式本着诚意实行争端解决程序，则可恢复采取本章规定反措施。

“3. 一旦责任国已履行第二部分规定的关于国际不法行为的义务，则应终止反措施。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 300、305、359 和 361 段。

[100] 1946 年 3 月 27 日*美利坚合众国与法国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（出售品编号 E/F.80.V.7），p. 417）。

被称为体现了不法行为受害国和责任国利益之间的公正平衡。

308. 一些委员对这些条款表示欢迎，因为它们表明反措施是一种事实存在，而这一事实存在是国际制度中缺乏国内制度所具有的执法手段造成的。另外，习惯国际法在一些情况下承认反措施的合法性，将其视为最后措施，以必要和相称为限。事实上，委员们承认，国际制度中法律规则的激增加大了违反国际义务的可能性，因此，也增加了作为一种救济而采取反措施的可能性。因此，拟定一个均衡的反措施制度较之保持沉默更有助于控制过度现象。同时，有人表示倾向于以否定的提法起草反措施的规定，从而突出其例外性质。

309. 一些委员继续反对反措施以及在案文中对反措施加以规定。有人说，反措施的纳入限制了条款草案的可接受性，一些较小的国家尤其这样认为，它们可能要承受强国滥用反措施的后果，不过也有人承认，较小的国家相互之间有时也采取反措施。还有人指出，反措施在习惯法中没有足够的基础。此外，反措施的影响往往是不可撤销的。如果委员会倾向于将反措施问题纳入，则有关条款应当是一般性的，而且简明扼要。

310. 另外，反措施的采取以及临时反措施概念和相称概念都可能会在自认为受害的国家与据称的责任国—— 责任尚待确定—— 之间引起分歧。所谓的受害国不可能单方面消除分歧。这样，只有通过和平解决争端的机制才能求得解决办法。因此，一些委员倾向于恢复一读通过的条款草案提出的反措施与解决争端之间的联系，这将使反措施在国际法之下有比较稳固的基础。有人认为，应考虑到有关国家之间没有争端解决程序的情况。

311. 还有一些人主张，反措施与解决争端脱钩是可以接受的，因为委员会工作的最终结果可能是拟出一份灵活的文书—— 大会宣言，而且，有越来越多的具体制度旨在规范为促使所涉国家恢复合法状况而采取的手段。

312. 特别报告员自己则认为，不可能在采取反措施与解决争端之间建立自动的联系，但是，条款应当顺应现有的和正在发展的解决争端制度，以使被确切指称违反了国际法的国家能够通过停止和终止据称的不法行为以及将案件提交可求助的司法程序处理，来防止任何反措施。

313. 在起草方面提出的建议很多，包括减少条款的数目以及增加反措施的法律定义。有人提议，条款草案应明确区分反措施、报复、反击和制裁等密切相关的概念。还有一些委员提议明确纳入对等反措施和可撤销性的概念。一些委员认为，较之构成国际罪行的违背行为，反措施更适合于涉及国际不法行为的情况；另一些委员则持相反立场。

314. 特别报告员决定撤回其在第五十一届会议上提出的建议，即在第一部分第五章纳入一个第 30 条之二，述及以一国事先的不遵守情事引起的另一国的不遵守情事作为解除行为不法性的情况之一，委员们普遍表示同意。

(b) *反措施作为解除行为不法性的情况*（第 30 条）

315. 普遍支持在第一部分第五章中纳入第 30 条，承认采取合法反措施是解除行为不法性的情况之一，依据是国际法院在*加布奇科沃-大毛罗斯项目案*[101] 中、仲裁法庭在*航空服务协定案*[102] 中都已承认这一点。相反，也有人提出，考虑到第 47 条之二和第 50 条之二，第 30 条可能没有必要。此外，有人认为，事实上，解除行为不法性的情况并非反措施本身，而是反措施所针对的国际不法行为。

(c) *反措施的目的和内容*（第 47 条）

316. 特别报告员提议的第 47 条得到支持，但也有一些建议，大多是起草方面的。例如，有人提出，要考虑到违背对第三国义务的情况，一读通过的该条案文第 3 款就有这样的规定。另一些人认为没有这个必要，因为反措施的定义本身就意味着是针对违约国采取的，其排除效力限于该国。这一点可以在第 30 条和第 47 条的起草文字中加以明确，但另拟一个关于第三方的条款是没有必要的，甚至会引起混淆。

317. 人们基本上同意特别报告员拒绝对等反措施，因为在实践中，反措施几乎不可能实质性地对

[101] 见上文脚注 35。

[102] 见上文脚注 100。

应于被违背的义务。但是，有人支持在案文中明确提及可撤销性原则。

318. 对于任何暗示反措施是受害国的一项绝对或“主体”权利的语言，人们提出了批评。因此，第 1 款可以用否定的语气或较为中性的语气重拟，如“除非……，否则受害国不得采取反措施”，或者也可以采用一读通过的案文。还有人提出，第 1 款的后一部分应当删去，或者应当写得更明确一些，举例而言，把反措施限为属于当时情况下严格意义上必要的反措施。任何情况下，反措施都不能是惩罚性的。还有人认为，在采取任何反措施之前，须绝对确证确实发生了国际不法行为。

319. 关于第 2 款，有人表示倾向于将其删去，因为该款在实践中可能引起解释方面的问题，而且，委员会在一读时有意识地将停止履行义务问题搁置一边。在这方面，有人认为，提及加布奇科沃-大毛罗斯项目案以支持保留停止概念是不适宜的。还人提出，停止履行的提法是可以接受的，因为它既涵盖了一项禁止的解除，也涵盖了一项确定义务的停止。

(d) 不受反措施影响的义务和禁止采取的反措施（第 47 条之二和第 50 条）

320. 委员会大多数人不支持特别报告员关于将一读通过的第 50 条分为两条的提议，而是倾向于恢复到关于禁止采取的反措施的单一条文，或将有关内容纳入第 48 条。另一方面，也有人提出，如果要保留这种区分，就要将第 47 条之二放在第 50 条之前。

321. 第 47 条之二得到支持，但也有人主张用较一般的措辞，而不用对禁止采取的反措施加以罗列的办法。或者，可以将第 47 条之二中的清单简化或缩短，只提及一般国际法的强制性规范，因为大多数（如果不是所有）例外都关系到强制性规范。还有人建议纳入一项一般规则，明确规定如果将要违背的义务会影响整个国际社会，则禁止采取反措施。对此，特别报告员提出一种替代案文，规定反措施只能影响责任国和受害国之间的现行义务。

322. 关于(*a*)项，有观点认为，禁止威胁或使用武力应当拟成一项禁止规定。

323. 关于(*c*)项，有人问，在实践中，如何可以反措施的方式停止施行一项涉及第三方解决争端的义务。当事一方在强制性的解决争端程序中不到场，这一点本身并不能使诉讼停止。此外，有人主张，一般应当允许责任国有充分的机会采取补救措施，特别是载有所涉义务的条约规定了确保履行义务或解决争端的机制时。如果这种机制有所欠缺，受害国就有理由根据习惯国际法采取反措施。还有人提出，可以针对一项条约明确禁止采取反措施的情况作出具体规定，例如，一读通过的第 33 条就是如此，其中明确考虑到有的情况下，条约条款可能会不允许诉诸必要状态抗辩。

324. 有人建议按一读通过的条款重新拟定(*d*)项，或增加一项，在与人权有关的方面排除报复。还有人问，是否应当保留(*e*)项，因为它的内容已经体现在不允许违背的强制性规范概念中。

325. 关于第 50 条，拟议的标题可予修正，以明确它处理的是反措施的影响。关于(*a*)项，有人对使用“干预”一词表示关注，因为在实践中难以界定。有人主张回到一读第 50 条(*b*)项的表述，即“旨在危害实行了国际不法行为的国家领土完整或政治独立的极端经济胁迫或政治胁迫”，这是大会决议中常用的提法，含有一项对发展中国家非常重要的原则。另一些人同意特别报告员的做法，不提“国家的政治独立”，因为“领土完整”已暗含了这一点。还有一种观点认为，“该国的国内管辖”这种提法与国际法的发展不一致，因为在国际法的发展中，已对《联合国宪章》第二条第七项作了限定。另一些委员对这个意见提出了异议。

326. 关于(*b*)项，委员们支持特别报告员的观点：人权义务不受反措施影响。也有人对联系“第三方”一语提及基本人权表示关注，这个用语仅适用于国家和国际法的其他主体。因此，有人提出，最好为人权专门拟一项规定。还有人指出，大多数反措施都会对某些人权造成一定影响，特别是在社会和经济领域。还有人就“基本”人权这种提法以及实践中可能会出现的解释上的分歧表示关注。另外，有人怀疑，是不是每一项侵犯人权行为都意味着禁止采取对应的反措施，还是需要在不同类型的权利之间加以区分。有人表示支持另外增加一款，禁止危害环境的反措施。

327. 对此，特别报告员强调，就反措施而言，很难对人权义务进行分析。一项本身合法的反措施如果长时间维持，就可能构成侵犯人权，例如商业禁运。关于反措施的法律需要与现有的国际人权法相协调。因此，他提议，在第 47 条之二和第 50 条合并而成的单一条文中保留对人权的影响，而不对某些人权是否为基本人权作出判断，因为权利本身的内容就决定了是否允许反措施。

(e) 与采取反措施有关的条件（第 48 条）

328. 关于第 48 条第 1 款(*a*)项，有人指出，原则上先要由受害国提出一项要求，而责任国对这一要求不予满足，才可采取反措施。这种要求必须绝对明确，使责任国就所涉含义的严重性没有任何疑问。关于(*b*)项，有观点认为，谈判之前就通知反措施为时过早。另外，该项可以删去，因为它可能不利于向责任国通报将要采取的确切的反措施。还有人建议重拟该条，使谈判的提议成为通知过程的一部分。关于(*c*)项，有人建议将“同意”一词改为“提议”或“提供”。另外，有人提出，拟议的该条强调责任国的诚意是正确的，但它忽略了受害国的诚意。如果责任国接受谈判的提议，或者责任国同意将争端交给法庭或仲裁法庭解决，受害国就不得单方面采取反措施。

329. 关于第 2 款，有人建议取消“临时”反措施与其他反措施的区分，因为如果没有关于“临时反措施”的法律框架，事实上，在实践中，这种措施就包含了全面反措施的所有内容。应当采取与此相反的提法，强调任何一类反措施的例外性质。

330. 关于第 3 款，有人就使用“争端”一词是否适宜提出疑问。同样，“合理期限”这一提法也被认为过于含混。另一些人则认为，这种用语为受害国防范旷日持久和毫无结果的谈判提供了一种令人满意的保障。

331. 特别报告员为替代第 1 至 3 款而提出的简短草案[103] 得到一些委员的支持。

332. 关于第 4 款，有观点认为，诚意概念要求按照义务需要将争端付诸仲裁或寻求司法裁决的国家不得采取在其他情况下属于不法的行为，因为那会破坏诚意。另外，如果有关国家参加了规定和平解决程序的制度框架，则采取反措施的前提就是必须先用尽这些程序。除此之外，还有人提出，应当加强第 4 款，使之反映出在采取反措施之前，需要先将争端提交现有的争端解决程序处理，以此达到恰当的平衡，既在草案中提及第三方争端解决，又找出一种将反措施与争端解决分开的实际方法。

(f) 相称（第 49 条）

333. 特别报告员提出的第 49 条新行文被认为比一读通过的行文简单明了，并获得了普遍支持，但另一些人则认为，需进一步考虑提议的措辞。这样一种规定无法保障合法性，因为它实际上等于允许受害国自己衡量其反措施的相称性。需要就相称性要求拟出一种更确切的提法。

334. 还有人指出，就与所受损害或不法行为的严重程度取得平衡这种考虑而言，容许采取反措施是为了促使不法行为方履行自己的义务，而不是对之加以惩罚或制裁。就此而言，相称仅仅是指为使不法行为方履行义务而需采取的措施的程度。国际不法行为严重程度及其对受害方影响的提法从法律的角度看没有任何增益。

(g) 停止施行和终止反措施（第 50 条之二）

335. 普遍支持纳入特别报告员提议的第 50 条之二。

336. 关于第 1 款，有人认为宜使用“终止”而不用“停止施行”。有人问，(*b*)项是否同样适用于安全理事会的决定和国际法院的命令。特别报告员表示，本条无意涵盖安理会的决定。还有人指出，规定在争端提交法庭处理的情况下就应自动停止施行反措施是没有理由的，因为要考虑到，按照第 48 条的设想，在较早阶段将同样的争端提交法庭处理并不自动意味着原本就不能采取反措施。另外，这项规定要求反措施自动停止施行，即便是有权发布停止令的法庭并未责令停止施行。

337. 关于第 2 款，有人指出，国际法庭的“命令”这种不加限定的提法会被解释为也包括程序令，而程序令是不应当包括的。因此，有人建议用“关于实质”或“关于案件是非曲直”等短语来限定这项规定。有人则建议若非如此，应将第 2 款删去。

[103] 见上文脚注 96。

18. 特别报告员对第二章的总结

338. 特别报告员回顾说，大多数国家已同意拟订关于反措施的规定，就态度而言，有的并不积极，有的则很坚决。尽管存在对考虑反措施的不积极态度，但他还是同意另一方的意见，即有某种规范总比没有好，因为反措施是实际存在的事实。另外，委员会需要明确区分两点，一是关于解决争端的草案的地位这个一般问题，二是解决争端与反措施之间的具体关系。一般问题取决于草案最终的形式。在作出这样的决定之前，第 48 条体现了在不在案文中增加新的解决争端形式的前提下，反措施与解决争端之间可能达到的最密切的关系。

339. 关于第 30 条，特别报告员说，一般意见都主张保留简化的行文。

340. 特别报告员承认，他虽设法对第 47 条之二和第 50 条加以区分，但没有成功，因此，应当合并这两条的内容。

341. 关于第 47 条，特别报告员同意，确宜作出澄清，规定除非满足某些条件，否则不得采取反措施，这样规定之后，任何不法影响就由第 30 条处理。

342. 关于第 47 条和 47 条之二，提出了两个问题：第一是可撤销性问题，第二是被停止施行义务的双边性问题。特别报告员认为，委员会甚至可以提出，反措施必须是可撤销的，必须涉及仅存在于受害国与目标国之间的义务。

343. 关于第 48 条，特别报告员指出，他提出的案文是两种对立立场的合理妥协，一种立场主张采取简单的规定，另一种立场则主张谈判途径没有关闭之前不得采取反措施。他同意关于删去第 48 条第 1 款(*b*)项的建议。

344. 关于第 49 条，委员会内的辩论也反映出委员们普遍认为条款草案应提到必须与不法行为所造成的损害相称并相当，但对于确切的体现方式，还需进一步考虑。

345. 委员会广泛赞同第 50 条之二，特别报告员认为，不论就第 48 条作出什么决定，这项规定都应保留。

19. 特别报告员介绍援引对国家集团或国际社会的责任

(a) 一般考虑因素

346. 特别报告员指出，其第三次报告第四章涉及委员会先前在本五年期内审议过的一些问题，审议的背景既包括对其第一次报告[104] 中一读通过的第 19 条的审查，也包括本届会议期间对第 40 条之二的辩论。

347. 一读通过的案文超越了编纂范围，在第 19 条中纳入了国家“罪行”这一有争议的概念，但并未以任何有意义的方式发展这一概念。它还将第 40 条和第 47 条结合在一起，从而默示了关于非直接受害国的反措施制度，但这种制度范围过广，例如，它规定第三国有权对任何侵犯人权的行为采取反措施。

348. 特别报告员回顾了委员会第五十届会议对第 19 条的辩论，并回顾了委员会处理这一问题的以下临时决定：

> ……委员会指出，对条款草案内“罪行”和“不法行为”两词的用法问题尚无一致意见，须作进一步努力，寻求可能的办法来解决提出的实质性问题。因此，委员会同意：(*a*) 在不妨碍委员会任何委员意见的情况下，委员会将暂时搁置草案第 19 条的审议，开始审议第一部分其他方面；(*b*) 应考虑如下问题：在条款草案内系统地拟定一些关键概念，如义务（普遍义务）、强制性规范（强制法）及可能另成一类的极为严重地违背国际义务的行为，是否足以解决第 19 条引起的问题。[105]

在实施第五十届会议提出的建议方面取得了进展，特别是通过分解条款草案各方面的国际罪行的概念，例如，重新审议第 40 条，并以更系统的方式，在条款草案中引入对整个国际社会承担的义务的概念以及强制性规范的概念。报告第四章着重于各种未决问题，必须根据在它之前进行的所有工作予以审议。

349. 必须认识到，解决第 19 条所述问题的首要手段，并非是国家责任法。在面临诸如灭绝种族或侵

---

[104] 见上文脚注 18。

[105] 《1998 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 78 页，第 331 段。

略一国等不法行为造成的重大灾难时，不能争辩说关于国家责任的规则本身就足以解决这些问题，无需国际社会作出任何有组织的反应或采取任何协调行动。第 19 条所指的“罪行”，历史上是指政府的行为对人民不负责任，为本身的目的行事，而其本国人民往往是其行为的首要或附带受害者。全体人民会成为此种情况下的受害者这一概念令人难以接受。必须谨慎对待以下一种观念，即宣布犯罪行为本身就是对这些问题的充分反应。

350. 同样重要的是，国际社会已开始采用更严格的方法，特别是通过《国际刑事法院罗马规约》，处理应对这些罪行负责的个人。今后的办法可以是使这些个人对其行为负责，而不是通过某种国家罪行的概念使受害的人民负责。这并不是说国家不应对其行为负责。按照经典的归因规则，国家应对此种行为负责。事实上，适用第 19 条时所依据的归因原则，与适用其他所有国际不法行为的归因原则相同。然而，如果第 19 条涉及“罪行”本身，则该条应与任何刑法一样，有它自己的归因原则。

351. 至于每个国家有权援引违背对整个国际社会的义务的责任问题，由于委员会已讨论了特别报告员先前关于第 40 条之二的建议，它接受了这种可能性。虽然这种权利必须在条款草案中明确规定，但问题是它的范围应有多广。他认为，这显然涉及停止的问题，即应认为所有国家在停止违背对国际社会的义务方面都有着合法利益；作为其结果，所有国家都有权得到相当于宣告式救济的这一方面的满足，即使它们并无个别获得其他形式满足的权利。此外，他认为此种国家至少能代表罪行受害者要求恢复现状。

352. 鉴于必须考虑到其他因素，应对此种权利加以限制。例如，如果若干国家根据国家责任规则提出不同要求，就可能会造成混乱。他认为能辨别三种不同的情况。第一，在违背对整个国际社会的义务的情况下，主要的受害者可能是一个国家，例如成为侵略对象的一个国家。在这种情况下，受害国应经由国家责任控制各种反应，即在反措施和援引责任方面，第三国的反应均应为次要反应。此种第三国可要求停止违背行为，但一旦行为业已停止，解决争端的问题首先是应由受害国解决的问题。第二，如果在此种违背行为中没有受害国，例如像柬埔寨的情况那样，受害者为责任国境内的人口或某一群体，则不存在国际社会可代表它作出反应的国家。有人认为，这仅仅是国家体制中的一种缺陷，因此超出了国家责任的范围，这种观念过于狭隘。无论责任国的观点如何，国际社会必须能够对这种情况进行干预，要求停止违背行为，这是满足和恢复原状的最低要求。第三种情况是无法指明谁是违背行为的受害者。这种例子包括在环境方面对整个国际社会承担的义务，在这种情况下，从长远来看，整个人类都会受到影响，但没有任何人特别受到影响，全球变暖就是如此。在此种情况下，国际社会的国家成员应至少能够要求停止违背行为。

353. 此外，如果国际体系中会有关于罪行的制度，它至少应包含各种惩罚概念。它还可能包含刑事制度的其他特性，但现有的国际体系无法对这些特性作出设想。关于惩罚问题，特别报告员指出的最近的实例是某个国家受到一个国际法庭即欧洲法院的“罚款”。[106] 但这是欧洲联盟在这一领域内的首次经验，它会如何发展，仍需拭目以待。不过，它表明了一项适当惩罚制度的若干必要内容，即正当程序、强制管辖权和适当诉讼程序，委员会审议国家责任条款草案时，所有这些尚无踪影。

354. 特别报告员强调了“罪行”一词的替代用语的价值，这些替代用语包括“性质严重的国际不法行为”或“特别严重的不法行为”，其中一些本身是明显的不法行为（如侵略、灭绝种族），一些是违反一般义务的严重形式（如系统实施的酷刑）。因此，这些用语所指的行为是由违背行为的情况、严重程度以及主要义务的内容所确定的。特别报告员建议在第二部分第一章中再增列一条，对此作出澄清。[107]

(b) 集体反措施（第 50 条 A 和第 50 条 B）

355. 特别报告员区分了两种与集体反措施问题有关的情况：(*a*) 一国为违背行为的受害者，以及(*b*) 没有任何国家是违背行为的受害者。他认为，如果一国本身有权因违背对整个国际社会的义务或任何

[106] 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

[107] 特别报告员提出的条款案文如下：

“本部分所确定的责任国的义务可以是对另一个国家、对若干国家、对所有其他当事国或对整个国际社会的义务，具体要看该项国际义务的性质和内容及违背行为的情形而定，而不论一国是否是该项义务的最终受益者。”

多边义务的行为而采取反措施，其他当事国应能够在该国要求时，并在该国本身可能采取的反措施的限度内予以协助。这是一种形式的“集体”反措施，因为与某种集体利益相关的任何国家均可采取这种措施，它们直接类似于集体自卫。其他国家本身之所以受到影响，是因为对它们（作为一个集团的一部分或作为国际社会的成员）承担的一项义务受到了违背。

356. 更棘手的问题是在没有受害国家的情况下采取集体反措施。这方面的国家实践尚未成熟、不够完整、未明显普及并有所争议。与这方面实践有联系的法律意见也不明确。因此，委员会有理由采用一条保留条款，将此问题留待今后处理。虽然如果无法达成一致意见，此种保留条款依然只是一种选择，但他认为，委员会应提出一项具体建议，以期征求第六委员会关于它的意见，并据此作出最后决定。因此，特别报告员建议，对整个国际社会承担的义务的各当事国有权采取集体反措施，对严重而证据确凿的违背这种义务的行为作出反应：他认为这是在诸如灭绝种族等令人震惊的违背行为的情况下可以采取的最低限度的行动。

357. 他建议在第二部分之二第三章第 50 条之二之前，加插两条关于反措施的条款，第一条处理代表受害国采取反措施的问题（第 50 条 A）[108]，第二条处理在严重违背对整个国际社会的义务的情况下采取反措施的问题（第 50 条 B）[109]。

(c) 严重违背对整个国际社会的义务的后果（第 51 条）

358. 特别报告员指出，一读通过的第 52 条所述源自第 19 条含义范围内“罪行”的其他法律后果，或是已在二读审查中取消，或是无关重要。然而，如果违背行为是令人震惊地违背了对整个国际社会的义务，而且是在没有受害国的情况下，则可以说作为国际社会成员的其他国家必须能够代表实际受害者或代表整个国际社会，而不是为其本身的利益，要求至少获得加重的损失赔偿。他提出了一个新的第二部分第三章，题为“严重违背对整个国际社会的义务”，内载单独的第 51 条[110]，也就是一读通过的第 53 条。但是，如果严重违背行为仅有的法律后果是对第三国的法律后果，就会有些异乎寻常；因此，他建议应对此种违背行为负责的国家必须支付代表受害者要求给予的惩罚性赔偿或表示性赔偿。第 51 条应包含严重违背行为的定义。由于第 19 条在条款草案其余部分中不起任何作用，因此，可予删除。虽然国际法中不存在惩罚性赔偿这一论点有很大的权威性，但他认为可以提及这一点，至少可作为一种备选方式。他还建议在第 4 款中为今后保留违背行为根据国际法包括发展中的国际法可能引起的刑事后果或其他后果。此外，他还建议在第 40 条之二中纳入另外一款，处理每个基本类别的国家，即受害国和其他国家，可在这方面提出的要求。[111]

[108] 特别报告员提出的第 50 条 A 案文如下：

“第 50 条 A. 代表受害国采取的反措施

“任何其他国家如有权按照[第 40 条之二第 2 款]援引一国的国家责任，则可应一个受害国的要求，代表它采取反措施，但须按照受害国所定的任何条件行事而且该受害国本身应有权采取这些反措施。”

[109] 特别报告员提出的第 50 条 B 案文如下：

“第 50 条 B. 严重违背对整个国际社会的义务这一情况下的反措施

“1 在第 51 条所提到没有任何个别国家受到违背行为伤害的情况下，任何国家可以不违反本章为限并按照本章的规定，采取反措施，确保停止违背行为并对受害者给予赔偿。

“2 如果超过一个国家依照第 1 款采取反措施，这些国家应合作，以确保符合本章所述关于采取反措施的条件。”

[110] 特别报告员提出的第 51 条案文如下：

“第 51 条 严重违背对整个国际社会的义务的后果

“1 本章适用于由一国严重和明显违背对整个国际社会承担的义务而产生的国际责任。

“2 就违背义务的责任国而言，这种违背行为引起其他任何国际不法行为的所有法律后果，而且还引起[惩罚性赔偿][体现违背行为严重性的赔偿]。

“3 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义务的国家维持所造成的状况；

“(*c*) 进行合作以实施旨在停止违背行为并尽可能消除其后果的措施。

“4 第 2 和第 3 款不应妨碍违背行为在国际法下可能产生的其他刑事后果或其他后果。”

[111] 特别报告员提出在第 40 条之二中增列的一款案文如下：

（接下页）

20. 援引对国家集团或国际社会的责任相关辩论概况

(a) 一般考虑因素

359. 委员们同意特别报告员的总体做法，但就案文发表了许多意见并提出了修订建议。

360. 关于委员会第五十届会议达成的妥协方案，有观点认为系统制定普遍义务和强制性规范将足能代替第 19 条。相反，也有人指出，虽然特别报告员为使委员会就国际罪行问题达成妥协花了不少精力，但赞成列入国际“罪行”的人对特别报告员的提案并不完全满意。有人建议可删除第 19 条，但考虑到国际罪行概念已成为国际法用语的一部分，应在第 51 条第 1 款案文中保留对国际罪行的提法。委员会采用了特别报告员的办法，因此，不应认为委员会放弃了罪行概念；它只是说国家责任条款草案并不是、或并不是主要地阐述这一概念的地方。因此，有人认为，如果删除第 19 条，而且不在条款草案中保留“罪行”的提法，则可将国际罪行研究列入委员会的长期工作方案。

361. 另一些委员强烈敦促谨慎行事，以免影响整个工作。对于“国家罪行”一词已获国际法接受，或删除第 19 条必定意味着放弃国际罪行概念的说法，尚存有争议。为了避免就罪行问题进行冗长的辩论，最好删除第 19 条，以集中审议严重违背国际义务行为 — 像所有其他义务一样，根据条款草案第一部分确定的违背行为 — 造成的后果。

362. 还有些委员认为“罪行”一词已是国际法的一部分，尽管对“罪行”的解释大为不同。根据其中一种解释，“罪行”一词在国际法中并无刑罚含义，只表示责任国行为的严重程度。承认存在罪行的基本立论依据是，国家可能会犯罪，例如灭绝种族罪，而这类罪行是不能与通常的、令人遗憾的违背国际义务行为等同起来的。

363. 另外，有观点认为，案文混淆了强制性规范产生的义务、普遍义务和集体义务等不同类别。他们建议进一步研究违背强制性规范的行为，并在案文中插入一保留条款，列明条款草案并不影响违背国际法强制性规范的行为可能产生的任何进一步后果。

(b) 集体反措施（第 50 条 A 和第 50 条 B）

364. 委员们对第 50 条 A 和第 50 条 B 拟议案文中的集体反措施概念发表了不同意见，但这两条都获得了一定支持。

365. 有观点认为，委员会正在做的，不是编纂国家责任法，而是构建多边公共秩序体制，而且，国际法律秩序的发展取决于国际社会的进展，而不仅仅取决于规范的制定。如果操之过急，过早地制定集体反措施规则可能不仅会损害条款草案，还会损害上述新概念的逐渐发展。

366. 还有人问，相比维持国际和平与安全，集体反措施问题与国家责任有多大关系。一些委员认为，他们只能支持有关全球性或区域性国际组织采取集体反措施，而很难接受临时授予在任何机构体制外活动的一组国家回应的权利。另外，有人指出，条款草案未能将一国或一组国家采取的个别反措施与其他现有体制如集体自卫以及各种集体安全安排等适当区分开来。事实上，如果违背普遍义务，就可根据第 51 条或《联合国宪章》第七章或第八章采取措施。

367. 还有观点认为，对国家实践的分析既未证明存在所有国家均接受的、可用于将“集体反措施”确立为一项新的法律制度的一组法律措施，也未为其提供正当理由。另一方面，有人反对只有西方国家采取这类措施的说法，并列举了许多非西方国家采取集体反措施的例子作为反证。还有些委员认为，从国家实践的审查来看，并无集体反措施，有的只是带有政治动机的措施而已。这种看法并未反映各国之间或例如人权委员会的决定中的普通观点。 特别报告员指出，他列举了这类集体措施，但

（脚注 111 续）

“第 2 款提到的国家可寻求：

“(*a*) 按照第 36 条之二停止国际不法行为；

“(*b*) 代表受害国并经它同意，按照第 37 条之二和第二章，使该国获得赔偿；

“(*c*) 如没有受害国：

“㈠ 按照第 43 条的规定为受害人或实体的利益恢复原状；

“㈡ 按照第 51 条第 2 款的规定，给予[惩罚性赔偿][体现违背行为严重性的赔偿]，这些赔偿必须有益于违背行为的受害者。”

并未就这些措施的合法性发表任何立场，而且也并不期望委员会就其合法性采取任何立场。他列举这些例子只是为了说明问题的背景。

368. 还有些委员指出，由于国际法各领域已有若干规范不遵守情事的制度，并且这几种制度均排除或大大限制了这类反应措施，因此，案文所拟制度的适用范围将非常有限，远不会带来新的、戏剧性的变化。此外，集体反措施需符合第二部分之二第二章中关于反措施的基本限制规定，只适用于严重、明显和证据确凿的违背行为。为鼓励国家守法，可以采用和平集体反措施制度，而不采取强制性措施。

369. 有人赞成将可能有权采取集体反措施的国家限于同一地区的一个国家集团。还有人提出，如需采用集体决策程序，则必须在采取集体反措施之前就援用这类程序。此外，为防止对同一违背行为实行多重制裁，可比照适用“一事不再理”原则。还有人认为“集体反措施”用语有误，因为它隐含了与双边反措施的关联。实际上，这里所设想的行动是一国或一国家集团针对违反集体义务的行为可能作出的反应。有人赞成用“多边制裁”代替这一用语。

370. 关于这类措施的范围，有观点认为，如果不是在所有情况下，那至少是在多数情况下，援用这类措施的目的只是为了促进停止据称的不法行为，而不是赔偿。因此，建议在条款草案中将集体反措施的目的限于寻求停止以及承诺和保证不重复。特别报告员答复说，他认为难以将集体反措施的范围限于停止，因为在停止不法行为后可能还需恢复原状，例如，在停止危害人类罪之后，其各种后果（如目标人口的大规模迁移等）依然存在。

371. 一些委员指出，第 50 条 A 引起了与一国在进行自卫时邀请其他国家或应邀干预人道主义情事等情况中同样的关切。有人建议应小心谨慎，认为如果一国未受直接伤害，就需限制其介入程度。然而，第 50 条 A 是开放式的，可能会遭人滥用。另外，有必要提到违背行为的严重程度，因为所拟案文似乎允许在根本不考虑违背行为严重程度的情况下采取这类集体反措施，它只规定必须相称。事实上，有人提出，第 50 条 A 与第 50 条 B 之间的差别微乎其微，甚至可说是人为的。这两项案文的共同出发点是，存在违背某项关系到整个国际社会的重要基本规则的行为，这就允许国际社会的所有成员作出反应。受害国之外的国家并不是像第 50 条 A 所规定的那样代表受害国进行干预，而是作为利益遭到威胁的国际社会的成员进行干预。干预行动的目的可以是停止、承诺和保证不重复以及赔偿。如果被违背义务是对整个国际社会的义务，则所有国家均可根据第 50 条 A 采取集体反措施。相比之下，特别报告员称，第 50 条 A 所涉情况与第 50 条 B 截然不同。第 50 条 A 涉及对一国家集团负有义务并且某一国家特别受到违背行为伤害的情况。此项义务的其他当事国可以在该国同意的情况下，在该国可采取的行动范围内，代表该国采取集体反措施，是利益一致的几个国家针对某项违背行为，代表某一受害国采取对应措施。这与第 51 条所述严重违背集体义务的情况完全无关。第 50 条 B 目前的案文只涉及并无第 40 条之二第 1 款意义上的受害国的情况。所以，第 50 条 A 的适用范围要广泛得多。

372. 关于第 50 条 B， 有观点认为，国际法院在*西南非洲案*[112] 中所作判决的潜在理念，即国家只有在涉及本国国家利益时方可采取行动，使国际法遭受挫折，而目前正在讨论的各条款摈弃了国际法院的做法，有些委员对此表示欢迎。有人问整个国际社会的利益这一概念是否已成固定概念，并问它是否必然暗示存在旨在确定这一利益的争端解决程序。另外，还有人问是否应提及受害者的利益。灭绝种族等情况事关整个国际社会。有些人持不同看法，认为此类违背行为的受害者的具体利益最为优先，因此，应作出规定，以允许代表受害国进行干预和争取赔偿。

373. 关于第 50 条 B 的案文，有观点认为其标题过于宽泛，因为它可以同样涵盖第 50 条 A 所述情况。第 1 款还应提及承诺和保证不重复。“受害者”一词有刑事含义，可用另一词代替。

(c) *严重违背对整个国际社会的义务的后果（第 51 条）*

374. 委员们在一定程度上同意特别报告员所建议的案文，总体认为这一案文比第 19 条要好，是一种

[112] 见上文脚注 67。

平衡的妥协。另一些委员则持强烈反对意见，他们认为，根据主要规则中的定性区别在第二部分加以区分无异于制定新的规则，相当于通过另一方式重新纳入第 19 条，这甚至超出了逐渐发展的范围，更不用说编纂了。另外，第 51 条的前提是建立与《联合国宪章》规定的强制措施一样，从本质上讲具有惩罚性质的集体制裁制度，而实际上完全没有必要建立这一平行制度。

375. 还有些委员认为，所提案文走得不够远。虽然实施犯罪本身不能成为各国际法院自动管辖的根据，但这为共同行动开辟了道路。此外，可以设想参照 1969 年《维也纳公约》第六十六条的规定，实行类似的争端解决程序。另外，罪行的存在影响赔偿形式的选择，尤其是，由于所保护的是整个国际社会的利益，直接受害国不得放弃充分恢复原状。

376. 关于第 1 款，有人指出，第三章的标题“严重违背对整个国际社会的义务”与提到“严重和明显”违背行为的第 1 款案文并不对应。有人认为“明显”一词有问题，因为它暗示从性质上来看，一国的粗暴行动比微妙的或暗中的行动更为恶劣。他们建议用“证据确凿的”或“有可靠证据的”来修饰违背行为。

377. 还有观点认为第 1 款应成为单独的一条，并应根据一读通过的第 19 条第 2 款扩充其内容。另外，该条可以和第 19 条第 3 款一样，以非穷尽的方式列举出大多数的严重违背行为。特别报告员同意将第 51 条分成两条并在其中增添有关内容的观点。但他和许多委员一样，反对在第一部分中列入一条，或在案文而非评注中列举具体例子。

378. 关于第 2 款，建议在处理“惩罚性赔偿”这一提法时谨慎行事的同时，也有人认为这一提法弥补了第 19 条的遗漏，因此，支持在案文中保留这一用语。但有观点认为这一提法带有太多的刑罚色彩，在现有实践中并无佐证。第三次报告第 382 段引述的《建立欧洲共同体条约》第 228 条（根据《阿姆斯特丹条约》订正编号）是一特例，完全无法表明这就是一般国际法的趋势。另外，由于这还涉及以制度化方式应对国家的国际罪行的可能性，有人怀疑能否实际执行这项规定。有人赞成用“反映违背行为严重性的赔偿”代替这一说法。

379. 关于第 3 款(*a*)项，有人指出，不承认义务源于广泛的实践，法律上的不承认不仅是针对某一行为的非法性，更多的是针对行为的无效性。

380. 有人问，第一部分第四章第 27 条是否没有涵盖(*b*)项，因为它要求参与不法行为。特别报告员答复说，第 27 条的重点放在协助或援助实施不法行为，而(*b*)项则将重点放在不法行为造成的状况上。在许多情况下，其实并无区别，因为主要义务是一项持续性义务，在持续的状况下会违背主要义务。但还可能有其他情况，例如，过去构成危害人类罪的行为导致人们逃往另一国。这里的问题是，在此种行为停止后，是否须允许人们回国。在这类情况下，(*b*)项有其自身的作用。

381. 有观点认为，(*c*)项可能会引致一种解释，即国家必须与单方面采取反措施的另一国合作，因此，该项规定是有问题的。另外，不清楚这项规定会对中立法产生何种影响。至少应将(*c*)项限于回应国根据国际法有权采取的行动。

382. 关于第 4 款，有人表示不知道“刑事后果”指的是什么。有人则对国际法中存在与国家有关的“刑事”后果表示了强烈的保留意见。另外，委员们认为应将其他后果留待以后处理，但必须认识到，今后可能会针对具体类别的违背行为制定有关法律。事实上，第 4 款毫无必要，因为不管条款草案的形式如何，它们都不会妨碍习惯法或协约法的发展。

383. 还有人建议在第 51 条中规定，参与实施一国严重违背行为的个人在另一国的刑事或民事诉讼中不能用其以国家机构的名义行事这一事实作为辩护理由。国际法大力谴责某一行为的同时又保护这一行为，实在是自相矛盾。另外，这项规定可能会使案文具有很大的威慑效果。特别报告员答复说，这样的规定不属于国家责任范畴，更宜归入个人刑事责任范畴。另外，他不赞成国家只有在极端情况下才会“透明”的说法。换句话说，针对违背国际法的行为，国家作为国家而言总是透明的，也就是说，总得对自身的行为负责，而个人，不管是否行使国家职能，一般均须根据现行的国际刑法规则，对自己的行为负责。自 1945 年以来，国际刑法从未承认个人在这方面的豁免权，现在如果说要剥夺个人的豁免权，这肯定会造成混乱。

21. 特别报告员对援引对国家集团或国际社会的责任相关辩论的总结

384. 特别报告员提到一些委员对提出的妥协办法表示怀疑或疑惑，他们提出了另外的解决办法，例如将这个问题在保留条款中单列。尽管他对表示对有些关注有同感，但他认为还是按他提出的妥协办法进行为好，至少是为了得到第六委员会的评论，也因为它反映了委员会中几种截然不同的意见之间的一种妥协立场。虽说制定一项详尽的“罪行”制度为时尚早，但委员们普遍认为应列入一个基本概念，即国家的某些义务是针对整个国际社会的，按照定义，这些义务非常重要，因此，违背义务的行为关系到所有国家。虽然可能会发生不十分严重地违背这种义务的情况（如孤立的不人道待遇情况，不必作出任何多边反应），但其他一些情况下，这些义务本身的定义就如同灭绝种族和侵略那样，决定了违背义务的行为是非常严重的。

385. 关于集体反措施，特别报告员指出，尽管有的委员表示了一些关切，但他提出的第 50 条 A 和第 50 条 B 还是获得了绝大多数人的认可。有明确惯例表明，如果一国单独受害，单独有权采取反措施，则另一国，如在被违背的规范方面有合法利益，可以提供协助。

386. 第 50 条 B 是对一读案文的更改和缩减，得到了普遍接受，几位似乎只赞成在多边情况下采取反措施的委员也接受这一条。他不赞成将各种形式的多边反应限制在一个区域，但他同意在一个区域采取的这类措施可能反映了一种集体的关切。他也同意如下意见，即对违背整个国际社会的义务的反应可以是一国作出的反应，也可以是若干国家作出的反应。

387. 关于第 51 条，特别报告员指出，委员会普遍支持将案文提交起草委员会，他表示愿意按建议将该条分成两项或更多条款。他不赞成更改第 51 条的标题并在其中提到“基本”义务这一概念。对国际社会而言，有许多义务都是“基本”义务，但个别关系基本都是双边的，如外交豁免的情况。相反，核心概念必须是*巴塞罗那电车公司案*[113] 中的核心概念，即对整个国际社会的义务，遵守这一义务符合每一国家的个别利益。

[113] 见上文脚注 43。

388. 他完全接受第 51 条第 1 款对这个类别的界定可予改进的意见，改进办法即提及一读通过的第 19 条第 2 款的某些内容。虽然考虑到一读通过的第 38 条，第 51 条第 4 款并无必要，但鉴于今后这一领域的各种可能性，他还是赞成予以保留。但是，他并不十分赞成“刑事”一词，特别是因为如予删除，也不会影响该款的落实。他也不反对删除“惩罚性”后果的提法。

389. 关于国家的“透明度”问题以及指称的涉及个人刑事责任的严重违背基本义务的后果，他重申如下意见：这个问题不应列入条款草案，因为它涉及的或是个人刑事责任类，或是国家豁免类。他赞成对法律地位作保留，因为不管怎样，已根据《国际刑事法院罗马规约》，特别是结合第 98 条和第 27 条审议法律地位问题。

22. 特别报告员介绍一般规定（第四部分）

(a) *由其他适用规则制订的特别规定*（第 37 条）

390. 特别报告员说，委员会同意根据一读通过的第 37 条列入一项特别法的规定。他建议重新拟订第 37 条[114]，因为在国际条约或处理这个特殊问题的其他文书中有一项规定并不足以使其成为特别法。相反，对这个问题的处理方式应当做到在对这项规定进行解释时，可以说它打算将其他后果排除在外。一读案文遗漏了这方面的内容，而他的提案中是有的。

(b) *国际组织的责任或对其行为的责任*（A 条）

391. A 条[115] 涉及国际组织的责任或者对其行为的责任，由起草委员会在第五十届会议上暂时通

[114] 特别报告员提出的第 37 条案文如下：

“*第 37 条　由其他适用规则制订的特别规定*

“在一国国际不法行为的成立条件或法律后果已由国际法有关该行为的其他规则专门予以确定的情况下并且只有在这种情况下，这些条款的规定不予适用。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 415-421 段。

[115] 特别报告员提出的 A 条案文如下：

“*A 条　国际组织的责任或对其行为的责任*

“这些条款不得预断在国际组织在国际法中的责任或任何国家对一国际组织的行为的责任等方面可能引起的任何问题。”

过，[116] 并得到委员会的普遍支持。

(c) 确定任何国际义务的内容的规则
（B 条）

392. 特别报告员建议委员会审议一条补充 1969 年《维也纳公约》第三十条第五项的规定，以顾及条约法。但是，国家责任条款草案不涉及主要义务存在与否或是它的内容，而是涉及违背行为的后果。因此，他拟订了一项较笼统的案文，作为 B 条[117]，不仅适用于条约法，还适用于习惯国际法。

(d) 同《联合国宪章》的关系
（第 39 条）

393. 一读通过的第 39 条受到严厉批评，包括受到前特别报告员阿兰焦-鲁伊斯先生的批评。现任特别报告员同意这些批评，因此，提出了一个简化版的第 39 条[118]，这不能被看作是暗地修正《联合国宪章》。

(e) 其他保留条款

394. 特别报告员认为，上述保留条款是仅有的必要条款。鉴于其报告第 428 段所列原因，他不支持纳入关于外交保护的保留条款或是有关无效、不承认或不可追溯性的保留条款。也没有必要列入定义条款。但是，如果委员会最终决定条款草案采用公约草案的形式，就必须要有其他规定。

23. 一般规定辩论概况（第四部分）

(a) 由其他适用规则制订的特别规定
（第 37 条）

395. 有的委员表示支持特别报告员重拟的该条款。据指出，正如特别报告员提出的那样，基于解释的法律解决办法是处理特别法制度与一般国家责任制度间关系这一问题的唯一可行办法。对于“只有在这种情况下”一语，有不同的意见：有些委员认为它引起混淆，没有必要；另一些委员则认它有用，因为国际法的其他规则可以部分适用于同一不法行为。因此，“专门”一词不够恰当。还有人提问说，“国际不法行为的成立条件或法律后果”一语是否包括这种行为的定义、一般原则、国际法下的国家行为和违背行为本身。

(b) 国际组织的责任或对其行为的责任
（A 条）

396. 有人表示支持拟议的条款，也有人指出国际组织的责任这一专题可以由委员会在今后予以审议。

(c) 确定任何国际义务的内容的规则
（B 条）

397. 有人表示支持将该规定列入条款草案。

(d) 同《联合国宪章》的关系
（第 39 条）

398. 有人表示支持特别报告员重拟的这条案文，认为它优于一读通过的案文。但也有观点认为，如果以宣言的形式通过条款草案，则不必列入关于同《联合国宪章》的关系的规定。此外，《宪章》第一百零三条足以解决这个问题，第 39 条没有必要。有一种不同的观点认为，对于保证《联合国宪章》第一百零三条优先于载列条款草案的文书而言，第 39 条是至关重要的。

399. 还有人认为，这个问题非常复杂，因为国家责任条款草案与《联合国宪章》处于不同的层次。因此，有人支持保留这一条，但应采用限制程度较低的表述，因为第 39 条提出的案文只限于国际不法行为的后果。同样，没有理由将其局限于《宪章》第一百零三条。这在 1969 年《维也纳公约》下是可以理解的，因为第一百零三条与各条约相互的先例有关，但对国家责任来说并非如此。唯一必须要声明的是，它不影响《宪章》。

(e) 其他保留条款

400. 尽管一些委员支持特别报告员不列入关于外交保护的保留条款的提议，但也有人表示赞成列入这种条款，不过不是列入第四部分，而是列入第二部分之二。

401. 有委员认为，如果条款草案的最后案文采用宣言的形式，则不应列入关于不可追溯性的规定，

---

[116] 见《1998 年……年鉴》，第一卷，第 2562 次会议，第 299 至 300 页，第 72 段。

[117] 特别报告员提出的 B 条案文如下：

“B 条 确定任何国际义务的内容的规则

“这些条款不影响有关一国国际义务（任何违背行为都可能引起国家责任）是否存在或其内容的问题。”

[118] 特别报告员提出的第 39 条案文如下：

“第 39 条 同《联合国宪章》的关系

“一国际不法行为按照这些条款产生的法律后果不影响《联合国宪章》第一百零三条的规定。”

特别报告员对本条的分析，见其第三次报告第 422-426 段。

因为条款草案会被看作是对现行法律的宣言，因而有追溯效力。相反，如果最后形式是条约的话，就必须要作出更多的规定，包括列入一条不可追溯性条款。

24. 特别报告员对一般规定的总结（第四部分）

402. 特别报告员指出，委员会普遍赞成他为第四部分提议的案文。

403. 鉴于一些委员提出的理由，他不赞成删除第 39 条，特别是鉴于一读时该条引起了广泛辩论。不过，简洁的案文更合适。

404. 关于第 37 条，对于有人认为由于有了“只有在这种情况下”一语而没有必要使用“专门”一词这一点，他认为虽然这是个起草上的问题，但必须要接受的是，某种准则附带某种后果的事实本身并不足以引发特别法原则。因此，必须增加一项内容，即这项规定意在排除其他后果，这就是“专门”一词要传达的意思。

405. 在即将完成对一读通过的条款草案的审查之际，他感谢委员会委员们在面对浩瀚材料和众多难题时所显示的耐心，也感谢秘书处和自己的助理。

附 件

起草委员会二读暂时通过的条款草案[119]

国家责任

第 一 部 分

一国的国际不法行为

第 一 章

一般原则

第 1 条 一国对其国际不法行为的责任

一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任。

第 2 条［原第 3 条］[120] 一国国际不法行为的要素

一国的国际不法行为在下列情况下发生：

(*a*) 由行为或不行为构成的行为依国际法归于该国；并且

(*b*) 该行为构成对该国国际义务的违背。

第 3 条［原第 4 条］ 把一国的行为定性为国际不法行为

在把一国的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。

第 二 章

国际法所指的国家行为

第 4 条［原第 5 条］ 国家机关的行为归于国家

1. 为本条款的目的，任何国家机关，不论它行使制宪、行政、司法或任何其他职能，不论它在国家组织中具有何种地位，也不论它作为该国中央政府机关或领土单位机关而具有何种特性，凡是以其资格行事的，其行为应视为国际法所指的国家行为。

2. 为了第 1 款的目的，机关包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或团体。

第 5 条［原第 7 条］ 行使政府权力要素的实体的行为归于国家

虽非第 4 条［原第 5 条］所指的国家机关、但经该国法律授权行使政府权力要素的实体，其行为依国际法应视为该国的行为，但以该实体在特定情况下系以此种资格行事者为限。

第 6 条［原第 8 条］ 实际上受国家指示或受其指挥或控制的行为归于国家

如果一人或一群人实际上按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的国家行为。

第 7 条［原第 8 条］ 在正式当局不存在的情况下的若干行为归于国家

如果一人或一群人在正式当局不存在或缺席和在需要行使上述权力要素的情况下实际上行使政府权力要素，其行为应视为国际法所指的国家行为。

第 8 条［原第 9 条］ 一国交由另一国支配的机关的行为归于支配国

由一国交由另一国支配的机关，如为行使支配国的政府权力要素而行事，其行为依国际法应视为支配国的行为。

---

[119] 起草委员会主席介绍报告时的发言，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2662 次会议。

[120] 方括号内的序号与一读通过的条款序号相对应。

第 9 条［原第 10 条］ 逾越权限或违背指示行事的机关的行为归于国家

国家机关或经授权行使政府权力要素的实体，如以此种资格行事，即使在特定事件中逾越权限或违背指示，其行为依国际法仍应视为国家行为。

第 10 条［原第 14 条、第 15 条］ 叛乱运动或其他运动的行为

1. 成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为国际法所指的该国的行为。

2. 在一个先已存在的国家的一部分领土或其管理下的某一领土内组成一个新国家的叛乱运动或其他运动的行为，依国际法应视为该新国家的行为。

3. 本条不妨碍把不论以何种方式涉及有关运动各项行为，而按第 4 条［原第 5 条］至第 9 条［原第 10 条］的规定应视为该国行为的任何行为归于该国。

第 11 条 经一国确认并作为其本身行为予以采取的行为

按照第 4 条［原第 5 条］、第 5 条［原第 7 条］、第 6 条［原第 8 条］、第 7 条［原第 8 条］、第 8 条［原第 9 条］或第 10 条［原第 14 条、第 15 条］不归于一国的行为，在并且只在该国确认和作为其本身行为予以采取的情况下，依国际法仍应视为该国的行为。

第 三 章

违背国际义务

第 12 条［原第 16 条、第 17 条、第 18 条］ 违背国际义务行为的发生

一国的行为如不符合国际义务对它的要求，即为违背国际义务，而不论该义务的起源或特性为何。

第 13 条［原第 18 条］ 对一国为有效的国际义务

一国的行为不应被视为对一国际义务的违背，除非该行为发生时该义务对该国有约束力。

第 14 条［原第 24 条］ 违背国际义务行为在时间上的延续

1. 没有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使其影响持续存在。

2. 有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为延续的时间为该行为持续、并且一直不符合该国际义务的整个期间。

3. 一国违背要求它防止某一特定事件之国际义务的行为开始于该事件发生的时刻，该行为延续的时间为该事件持续、并且一直不符合该义务的整个期间。

第 15 条［原第 25 条］ 一复合行为违背义务

1. 一国以被一并定义为不法行为的一系列行为或不行为违背国际义务的时刻，开始于一行为或不行为发生的时刻，该行为或不行为连同其他行为或不行为看待，足以构成不法行为。

2. 在上述情况下，该违背义务行为延续的时间为一系列行为或不行为中的第一个开始发生到此类行为再次发生并且一直不符合该国际义务的整个期间。

第 四 章

一国对另一国行为的责任

第 16 条［原第 27 条］ 援助或协助实施一国际不法行为

援助或协助另一国实施其国际不法行为的国家应对此种行为负国际责任，如果：

(*a*) 该国这样做时知道该国际不法行为的情况；而且

(*b*) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

第 17 条［原第 28 条］ 指挥和控制一国际不法行为的实施

指挥和控制另一国实施其国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

(*a*) 该国这样做时知道该国际不法行为的情况；而且

(*b*) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

第 18 条［原第 28 条］ 胁迫另一国

胁迫另一国实施一行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

(*a*) 在没有胁迫的情况下，该行为仍会是被胁迫国的国际不法行为；而且

(*b*) 胁迫国在胁迫时了解该行为的情况。

第 19 条 本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国家或任何其他国家根据本条款其他规定应该承担的国际责任。

第 五 章

解除行为不法性的情况

第 20 条［原第 29 条］ 同意

一国以有效方式表示同意另一国实行某项特定行为时，该特定行为的不法性在与该国的关系上即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

第 21 条 遵守强制性规范

一国的行为如果是在一般国际法强制性规范所要求的情况下实施的，则该行为的不法性即告解除。

第 22 条［原第 34 条］ 自卫

一国的行为如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施，则该行为的不法性即告解除。

第 23 条［原第 30 条］ 对国际不法行为采取的反措施

一国不符合对另一国国际义务的行为，在并且只在该行为构成按照第 50 条［原第 47 条］至第 55 条［原第 48 条］中规定的条件针对另一国采取的一项反措施的情况下，其不法性才可解除。

第 24 条［原第 31 条］ 不可抗力

1. 一国不符合该国国际义务的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力量或该国无力控制、无法预料的事件发生，以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务，则该行为的不法性即告解除。

2. 在下列情况下第 1 款不适用：

(*a*) 不可抗力的发生是由援引此种情况的国家的行为单独导致或与其他因素一并导致；或

(*b*) 该国已承担发生这种不可抗力的风险。

第 25 条［原第 32 条］ 危难

1. 一国不符合该国国际义务的行为，如有关行为人在遭遇危难的情况下为了挽救其生命或受其监护的其他人的生命，除此行为之外，别无其他合理方法，则该行为的不法性即告解除。

2. 在下列情况下第 1 款不适用：

(*a*) 危难情况是由援引此种情况的国家的行为单独导致或与其他因素合并导致；或

(*b*) 有关行为可能造成同样或更大的灾难。

第 26 条［原第 33 条］ 危急情况

1. 一国不得援引危急作为理由解除不符合该国所负某项国际义务的行为的不法性，除非：

(*a*) 该行为是该国保护基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法；而且

(*b*) 该行为并不严重损害作为所负义务对象的一个或几个国家或整个国际社会的基本利益。

2. 一国不得在以下情况下援引危急情况作为解除其行为不法性的理由：

(*a*) 有关国际义务来源于一般国际法强制性规范；

(*b*) 有关国际义务排除援引危急情况的可能性；或

(*c*) 该国促成了该危急情况。

第 27 条［原第 35 条］ 援引解除行为不法性的情况的后果

根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍：

(*a*) 在并且只在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；

(*b*) 对该行为所造成的任何物质损害或损失的补偿问题。

第 二 部 分

一国国际责任的内容

第 一 章

一般原则

第 28 条［原第 36 条］ 国际不法行为的法律后果

一国依照第一部分的规定对一国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

第 29 条［原第 36 条］ 继续履行的责任

本部分所规定的一国际不法行为的法律后果不影响责任国继续履行所违背义务的责任。

第 30 条［原第 41 条、第 46 条］ 停止和不重复

国际不法行为的责任国有义务：

(*a*) 在该行为持续时，停止该行为；

(*b*) 在必要情况下，提供不重复该行为的适当承诺和保证。

第 31 条［原第 42 条］ 赔偿

1. 责任国有义务对国际不法行为所造成的伤害提供充分赔偿；

2. 伤害包括一国国际不法行为的后果引起的任何损害，无论是物质损害还是精神损害。

第 32 条［原第 42 条］ 与国内法无关

责任国不得以其国内法的规定作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。

第 33 条［原第 38 条］ 国际不法行为的其他后果

对于本部分各条款中未列述的一国国际不法行为的法律后果，仍应遵守可适用的国际法规则。

第 34 条 本部分所包括国际义务的范围

1. 本部分规定的责任国义务可能是对另一国、若干国家或对整个国际社会承担的义务，取决于该国际义务的特性和内容及违背行为的情况，而不论一国是否该义务的最终受益人。

2. 本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任而直接取得的任何权利。

第 二 章

赔偿的形式

第 35 条［原第 42 条］ 赔偿的形式

对国际不法行为造成的损害的充分赔偿，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和满足的方式。

第 36 条［原第 43 条］ 恢复原状

在并且只在下列情况下，一国际不法行为的责任国有义务恢复原状，即恢复到实行不法行为以前所存在的状况：

(*a*) 恢复原状并非实际上做不到的；

(*b*) 从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不至与所引起的负担完全不成比例。

第 37 条［原第 44 条］ 补偿

1. 一国际不法行为的责任国有义务补偿该行为造成的任何损害，如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿。

2. 这种补偿应该弥补在资金上可以评估的任何物质损害或精神损害，包括可以确定的利润损失。

第 38 条［原第 45 条］ 满足

1. 一国际不法行为的责任国有义务针对该行为造成的伤害提供满足，如果这种伤害不能以恢复原状或补偿方式得到赔偿。

2. 满足可采取承认违背行为、表示遗憾、正式道歉或另一适当方式。

3. 满足不应与伤害不成比例，并且不得采取羞辱责任国的方式。

第 39 条 利息

1. 为确保充分赔偿，必要时，应支付根据本章所应支付的任何本金额的利息。应为取得这一结果规定利率和计算方法。

2. 利息从应支付本金额之日起算，至履行了支付义务之日为止。

第 40 条［原第 42 条］ 促成损害

在确定赔偿时，应考虑到受害国或寻求赔偿所涉任何人或实体由于故意或疏忽以行为或不行为促成损害的情况。

第 三 章

严重违背对国际社会的基本义务

第 41 条 本章的适用

1. 本章适用于一国严重违背对整个国际社会承担并对保护其基本利益至关重要的义务的国际不法行为所产生的国际责任。

2. 如果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，从而有使受其保护的基本利益受到重大损害的危险，则为严重的违背义务行为。

第 42 条［原第 51 条、第 53 条］ 严重违背对整个国际社会的义务的后果

1．第 41 条含义范围内的严重违背行为可使责任国承担反映违背行为严重性的赔偿。

2．它对所有其他国家产生下列义务：

(*a*) 不承认违背行为造成的状况为合法；

(*b*) 不协助或援助责任国维持由此造成的状况；

(*c*) 尽可能进行合作，使该违背行为得以停止。

3．本条不妨碍第二章提到的各种后果以及本章适用的违背行为可能依国际法引起的其他此类后果。

第二部分之二*

国家责任的履行

第 一 章

援引国家责任

第 43 条［原第 40 条］ 受 害 国

一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任：

(*a*) 被违背义务是个别地对它承担的义务；

(*b*) 被违背义务是对包括该国在内的一国家集团或对整个国际社会承担的义务，而违背该义务：

㈠ 特别影响该国；或

㈡ 会影响所有有关国家享有权利和履行义务。

第 44 条 受害国援引责任

1. 援引另一国责任的受害国应将其要求通知该国。

---

* 国际法委员会搁置了对一读通过的条款草案第三部分（争端的解决）的审议，因此有此间断。

2. 受害国可具体指明：

(*a*) 从事一项持续性不法行为的责任国应如何停止该行为；

(*b*) 应采取哪种赔偿形式。

第 45 条［原第 22 条］ 可否提出要求

在下列情况下不得援引一国责任：

(*a*) 不是按照涉及国籍的任何可适用规则提出要求；

(*b*) 该项要求应适用用尽当地救济规则但却未用尽可利用的有效当地救济。

第 46 条 援引责任权利的丧失

在下列情况下不得援引一国的责任：

(*a*) 受害国已以有效方式明确放弃要求；

(*b*) 受害国基于其行为应被视为已默许其要求失效。

第 47 条 数个国家援引责任

在数个国家由于同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国可分别援引实施了该国际不法行为的国家的责任。

第 48 条 对数个国家援引责任

1. 在数个国家应为同一国际不法行为负责任的情况下，可援引每一国家涉及该行为的责任；

2. 第 1 款：

(*a*) 不允许任何受害国取回多于所受损害的补偿；

(*b*) 不妨碍对其他责任国的任何追索权。

第 49 条 受害国以外的国家援引责任

1. 受害国以外的任何国家有权按照第 2 款在下列情况下援引另一国的责任：

(*a*) 被违背义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护集体利益而确立的义务；

(*b*) 被违背义务是对整个国际社会承担的义务。

2. 有权根据第 1 款援引责任的一国可要求责任国：

(*a*) 按照第 30 条［原第 41 条、第 46 条］的规定，停止国际不法行为并提供不重复的承诺和保证；

(*b*) 按照第二部分第二章的规定履行向受害国或被违背义务受益人提供赔偿的义务。

3. 受害国根据第 44 条、第 45 条［原第 22 条］和第 46 条援引责任的必要条件，适用于有权根据第 1 款援引责任的国家援引责任的情况。

第 二 章

反 措 施

第 50 条［原第 47 条］ 反措施的目的和限制

1. 受害国只在为促使一国际不法行为的责任国依第二部分履行其义务时，才可对该国采取反措施。

2. 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。

3. 反措施应尽可能不妨碍继续履行有关义务。

第 51 条［原第 50 条］ 不受反措施影响的义务

1. 反措施不得克减下列义务：

(*a*) 《联合国宪章》规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务；

(*b*) 保护基本人权的义务；

(*c*) 预防受保护者遭受由此引起的任何形式报复行为的人道主义性质的义务；

(*d*)一般国际法强制性规范中的任何其他义务；

(*e*) 不侵犯外交或领事人员、馆舍、档案和文件的义务。

2. 采取反措施的国家仍应按照它与责任国之间现有的任何可适用的解决争端程序履行其义务。

第 52 条［原第 49 条］ 相称

反措施必须和所遭受的伤害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。

第 53 条［原第 48 条］ 与采取反措施有关的条件

1. 受害国在采取反措施以前应根据第 44 条要求责任国履行第二部分规定的义务。

2. 受害国应将采取反措施的任何决定通知责任国并提议与该国进行谈判。

3. 虽有第 2 款的规定，受害国可为维护其权利采取必要的暂时性紧急措施。

4. 若谈判正在本着诚意进行并且不曾受到不当拖延，不得采取第 3 款中没有提到的反措施。

5. 在下列情况下不得采取反措施，如已采取，应在合理期间内停止：

(*a*) 国际不法行为已经停止；并且

(*b*) 已将争端提交有权作出对当事国具有约束力之裁决的法院或法庭。

6. 若责任国不本着诚意履行争端解决程序，第 5 款即不适用。

第 54 条 受害国以外的国家采取的反措施

1. 有权根据第 49 条第 1 款援引一国责任的任何国家可在违背行为的任何受害国提出要求时以其名义采取反措施，但以该受害国本身可根据本章采取反措施为限。

2. 在第 41 条提到的情况下，任何国家均可按照本章为被违背行为受益人的利益而采取反措施。

3. 在采取反措施的国家多于一个的情况下，有关国家应进行合作，以确保符合本章所列采取反措施的条件。

第 55 条［原第 48 条］ 终止反措施

一旦责任国履行了第二部分所列与国际不法行为有关的义务，即应尽快终止反措施。

第 四 部 分

一般规定

第 56 条［原第 37 条］ 特别法

在并且只在一国际不法行为的存在条件或其法律后果应由国际法特别规则确定的情况下，不得适用这些条款。

第 57 条 国际组织的责任或对其行为的责任

这些条款不影响一国际组织在国际法下的责任或任何国家对一国际组织的行为的责任可能引起的任何问题。

第 58 条 个人责任

这些条款不影响以国家机关或代理的资格行事的任何人在国际法中的个人责任问题。

第 59 条［原第 39 条］ 同《联合国宪章》的关系

这些条款规定的一国国际不法行为的法律后果不影响《联合国宪章》的规定。

第 五 章

外交保护

A. 导 言

406. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。[121] 同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议第 13 段请委员会进一步审查这一专题，并按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府可能提出的任何书面评论，表明其范围和内容。1997 年第四十九届会议期间，委员会按照上述大会决议，设立了一个关于该专题的工作组。[122] 外交保护问题工作组在同届会议上提交了一份报告，得到了委员会的批准。[123] 工作组试图：(*a*) 尽可能阐明这一专题的范围；(*b*) 确定应在这一专题范围内加以研究的问题。工作组提出了一个审议该专题的大纲，委员会建议特别报告员将这一大纲作为提交初步报告的基础。[124] 委员会还决定，它将设法在本五年期结束之前完成该专题的一读。

407. 委员会在第四十九届会议上任命穆罕默德·本努纳先生为该专题的特别报告员。[125]

408. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

409. 委员会 1998 年第五十五届会议收到特别报告员的初步报告[126] 。委员会在同届会议上设立了一个不限成名额工作组，负责审议在专题处理办法相关讨论基础上可能得出的一些结论。[127]

410. 1999 年第五十一届会议期间，委员会在本努纳先生当选前南斯拉夫问题国际法庭法官后，任命克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生为本专题特别报告员。[128]

B. 本届会议审议这个专题的情况

411. 委员会本届会议收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Add.1)。委员会于 2000 年 5 月 9 日至 12 日第 2617 至 2620 次会议和 5 月 19 至 25 日第 2624 至 2627 次次会议审议了第一章（报告的结构）和第二章（条款草案）。由于时间不够，委员会将推迟到下届会议审议包含第 9 条及其评注在内的第三章（持续国籍及要求的可转移性）。[129]

412. 委员会于第 2624 次会议组织了由特别报告员主持的不限成员名额非正式磋商，对第 1、第 3 和第 6 条进行研讨。非正式磋商报告载于下文第 495 段。

413. 委员会在 2000 年 6 月 9 日的第 2635 次会议上审议了非正式磋商的报告，并决定将草案第 1、3、5、6、7 和 8 条连同非正式磋商报告提交起草委员会。

1. 专题处理方式综述

414. 特别报告员介绍了他的第一次报告，指出：鉴于委员会已根据前任特别报告员本努纳先生的初步报告[130] 和两个工作组于第四十九和第五十届会议上对这个专题的处理情况讨论了该专题的处理方式和所涉一般问题，加之一些实际原因，他决定直接进入条文的提案阶段，因为这样比较有利于进行有重点的讨论从而得出结论。但是，他愿意解释一些

---

[121] 《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 101 页，A/51/10 号文件，第 248 段和附件二增编 1。

[122] 《1997 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 61 页，第 169 段。

[123] 同上，第 171 段。

[124] 同上，第 63-64 页，第 189-190 段。

[125] 同上，第 64 页，第 190 段。

[126] 《1998 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/484 号文件。

[127] 工作组的结论，同上，第二卷（第二部分），第 50 页，第 108 段。

[128] 《1999 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 18 页，A/54/10 号文件，第 19 段。

[129] 特别报告员提出的条款草案案文，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2617 次会议，第 1 段。

[130] 见上文脚注 126。