

第四章

国家责任

A. 引言

30. 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 日第 799(VIII)号决议要求委员会一俟认为时机成熟,即着手编纂有关国家责任的国际法原则。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份报告,全面论述对外国人人身及其财产造成损害的责任问题。¹¹

31. 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。¹²

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

33. 委员会自 1969 年第二十一届会议至 1979 年第三十一届会议收到特别报告员的八份报告。¹³ 委员

会 1975 年第二十七届会议通过了关于“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;第二部分涉及国家责任的内容、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。¹⁴

34. 委员会 1980 年第三十二届会议一读暂时通过了有关“国际责任的起源”的条款草案第一部分。¹⁵

35. 由于阿戈先生当选为国际法院法官,委员会于 1979 年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。委员会自 1980 年第三十二届会议至 1986 年第三十八届会议收到特别报告员提交的七份报告,¹⁶ 内容涉及该专题的第二和第三部分。

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 和 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 和 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。

¹⁴ 《1975 年……年鉴》[英],第二卷,第 55-59 页, A/10010/Rev.1 号文件,第 38-51 段。

¹⁵ 《1980 年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第三章,第 26-63 页。

¹⁶ 特别报告员的七份报告转载于:

第一次报告:《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.4/334 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 和 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;

¹¹ 特别报告员的六份报告转载于:

第一次报告:《1956 年……年鉴》[英],第二卷,第 173 页, A/CN.4/96 号文件;

第二次报告:《1957 年……年鉴》[英],第二卷,第 104 页, A/CN.4/106 号文件;

第三次报告:《1958 年……年鉴》[英],第二卷,第 47 页, A/CN.4/111 号文件;

第四次报告:《1959 年……年鉴》[英],第二卷,第 1 页, A/CN.4/119 号文件;

第五次报告:《1960 年……年鉴》[英],第二卷,第 41 页, A/CN.4/125 号文件;

第六次报告:《1961 年……年鉴》[英],第二卷,第 1 页, A/CN.4/134 和 Add.1 号文件。

¹² 见《1962 年……年鉴》[英],第二卷,第 189 页, A/5209 号文件,第 47 段。

¹³ 特别报告员的八份报告转载于:

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 和 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;

36. 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, 接替任期于 1986 年 12 月 31 日届满的威廉·里普哈根先生。委员会自 1988 年第四十届会议至 1996 年第四十八届会议收到阿兰焦—鲁伊斯先生提交的八份报告。¹⁷

37. 委员会 1996 年第四十八届会议完成了国家责任条款草案第二和第三部分的一读工作, 根据其《章程》第 16 和第 21 条, 决定经由秘书长将委员会一读暂时通过的条款草案¹⁸ 转交各国政府征求评论和意见, 要求在 1998 年 1 月 1 日之前将此类评论和意见提交秘书长。

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, 处理有关条约草案二读的事项。¹⁹ 委员会还任命詹姆斯·克劳福德先生担任特别报告员。

39. 委员会自 1998 年第五十届会议至 2000 年第五十二届会议收到了特别报告员詹姆斯·克劳福

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。

¹⁷ 特别报告员的八份报告转载于:

第一次报告: 《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》[英], 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》[英], 第二卷(第一部分), 第3页, A/CN.4/469和Add.1和2号文件;

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

¹⁸ 委员会一读暂时通过的条款草案案文, 见《1996年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第三章D节, 第58-65页。第42条第3款、第47条、第48条和第51至第53条及其评注, 同上, 第65页及以下各页。

¹⁹ 委员会根据工作组建议通过的二读审议条款草案的指导方针, 见《1997年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第58页, 第161段。

德先生的三份报告。²⁰ 这几份报告介绍条款草案案文的审议情况, 以参照各国政府的评论²¹ 以及国家实践、司法裁决和文献进行二读。

40. 委员会 2000 年第五十二届会议注意到了起草委员会关于起草委员会二读暂时通过的整个条款草案的报告(A/CN.4/L.600)。²² 委员会鉴于各国政府对条款草案提出的进一步评论, 决定在 2001 年第五十三届会议上完成对条款草案的二读。

B. 本届会议审议本专题的情况

41. 委员会本届会议收到了各国政府对起草委员会在上届会议暂时通过的条款草案的评论和意见(A/CN.4/515 和 Add.1-3)以及特别报告员詹姆斯·克劳福德先生的第四次报告(A/CN.4/517 和 Add.1)。该报告根据各国政府提出的评论和意见处理了条款草案方面的主要问题。委员会分别在 2001 年 4 月 23 日、25 日和 26 日以及 5 月 1 日至 11 日和 18 日举行的第 2665、第 2667、第 2668、第 2670 至第 2675 次以及第 2677 次会议上审议了该报告。辩论主要着重于条款草案方面的四个主要未决问题, 即: 严重违背对整个国际社会的义务(第二部分, 第三章); 反措施(第二部分之二, 第二章); 关于争端解决的规定(第三部分); 以及条款草案的形式。

42. 委员会决定在 2001 年 5 月 3 日和 8 日的第 2672 和第 2674 次会议上将条款草案提交起草委员会。

²⁰ 特别报告员的三份报告转载于:

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

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

《2000年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/507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号文件以及《1999年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/492号文件; 另见大会第六委员会讨论的专题摘要: A/CN.4/483, C节; A/CN.4/496, D节; 以及A/CN.4/504, A节。

²² 《2000年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第四章, 附件。

43. 委员会还决定在 2001 年 5 月 4 日第 2673 次会议上就本专题设立两个工作组：一个不限成员名额工作组处理该专题的主要未决问题；另一个工作组审议条款草案的评注。²³

44. 根据主要未决问题不限成员名额工作组的建议，委员会同意作为对其在二读通过条款草案方面一贯做法的一项例外，按专题的重要性的复杂性和问题的复杂性列入对四个问题的辩论摘要。主要未决问题不限成员名额工作组的建议载于下文第 49、第 55、第 60 和第 67 段。

1. 主要未决问题辩论概况

(a) 严重违背对整个国际社会的义务(起草委员会在第五十二届会议提出的第二部分第三章)²⁴

45. 对于第二部分第三章所载的严重违约的规定，有各种不同的意见，特别报告员第四次报告也有讨论。

46. 有些委员赞成保留该章。他们认为，考虑到业已决定不提及原来的第 19 条中“国家的国际罪行”概念，该章能对案文作必要的平衡，因而对案文的全面平衡至关重要。此外，删除该章是一种倒退，会削弱委员会从事的工作，并表明委员会在解决难题和有争议的问题方面没有能力找到办法。

47. 但是，赞成保留该章的许多委员认为，该章可通过各种修正案予以改进。尤其是，严重违背义务概念需要作进一步澄清；严重违背义务的后果必须更确切地界定和扩大，以便除其他事项外澄清各国援引一国因严重违约而承担责任的权力(所谓的“大众诉讼”)；必须进一步表明一种严重违约行为何时引起惩罚性赔偿或明示赔偿；尤其必须更清楚地界定这种赔偿，以区别于当前根据国际法尚不可得的惩罚性损害赔偿；必须澄清和发展第 42 条第 2 款所载的合作和不得承认的义务；应该更加明确地规定，上述后果并未一一列举，也不相互排斥。

²³ 国家责任条款草案评注工作组的组成，见上文第 8 段。

²⁴ 见上文脚注 22。起草委员会的报告，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2662 次会议。

48. 另一些委员赞成删除该章，理由如下：它涉及主要规则；对严重违背义务行为与普通违背义务行为作出定性的区分，在现行国际法中没有根据，而且鉴于可能发生的违背义务范围广大，因此也不宜作为一项方针予以区分；条款中的有些内容问题很大，如严重违背义务行为的界定、加重的损失赔偿概念、所有国家必须履行的义务、允许各国采取的反措施等。他们认为，为避免影响“严重违背义务行为”方面的规则的发展，应在第四部分或别处列入一条“不影响”条款，而不是另列一章。

49. 应不限成员名额工作组的建议，委员会达成谅解，即保留该章，删除反映违背义务行为严重性的损害赔偿的第 42 条第 1 款。作为上述谅解的一部分，以前关于严重违背对整个国际社会承担的、对保护其基本利益至关重要的义务的提法，主要涉及国际法院在巴塞罗那电车公司案²⁵中所表示的援引问题，因此将代之以强制性规范类。使用这一类较为可取，因为它与次要义务的范围有关，而不属于援引这种义务。这样做的另一个好处是，到目前为止，强制性规范概念已在 1969 年《维也纳公约》中牢牢确立。新案文不应处理无关紧要或次要的违反强制性规范的行为，而只应处理严重违背强制性规范的行为。委员会还要求起草委员会进一步审议严重违背义务行为的后果方面的各种问题，以便予以简化，避免过于模糊不清的套语，并将适用范围缩小到真正属于该章范围的情况。

(b) 反措施(起草委员会在第五十二届会议提出的第二部分之二第二章)²⁶

50. 对第二部分之二第二章所载关于反措施的规定，也存在不同意见，特别报告员第四次报告中也有讨论。

51. 有些委员赞成保留该章，理由如下：反措施的存在不容否认，而且被承认为国际法的一部

²⁵ 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》，第 3 页。

²⁶ 见上文脚注 22。起草委员会的报告，见《2000 年……年鉴》，第一卷，第 2662 次会议。

分，国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案²⁷中也已经予以确认；与解除不法性的其他情况不同的是，反措施在履行责任方面起决定性作用，因为反措施的目的是促使不法行为国不仅履行停止义务，而且也履行赔偿义务；第 50 至第 53 条和第 55 条所载的反措施制度为避免滥用而在采取反措施方面规定了严格准绳，在反措施方面规定了比模糊而不明确的习惯国际法规则更为明确的界线，它是一种脆弱平衡，其基本结构应予维护；将这些规定列入第 23 条，既不合逻辑，也不符合实际，因为它的目的和功能不同，添加进去的规定篇幅也较长。

52. 赞成保留该章的有些委员提出了各种修正案。他们认为，这样的修正能够在采取反措施的权利与制止误用反措施的必要性之间起到平衡作用。这些建议有：强化第 53 条中提及的争端解决；为解决反措施方面的争议规定了一个灵活迅速的争端解决机制。

53. 另一些委员认为应删除该章，理由如下：这些规定没有必要，而且在重要的方面没有反映法律状况或者反措施的作用逻辑。习惯法规定的反措施制度只发展了一部分，该章涉及的是没有明确界定的概念的几种方式。此外，这些规定在以下几个方面不能解决问题：它们未能处理反措施的多重目的，它们规定的程序条件太严格，不符合国际判例和仲裁裁决。他们建议在删除该章的同时可以如若干国家政府提议的那样强化和扩大第 23 条案文的范围。

54. 除了这个关于第二章的一般性问题外，委员们对第 54 条规定的受害国以外的国家采取的反措施问题存在不同意见。有一些委员支持这项规定，说它对处理第 41 条的严重违背义务行为有用而且很有必要；它是严重违背义务行为的一种基本后果，如果没有这种后果，国家在处理这种违背义务行为方面将无能为力，它对草案的平衡至关重要。他们认为，这项规定至少是国际法逐渐发展的一种合理形式；实际上，有些方面至少得到了国家实践的支持。另一些委员反对这项规定，理由如下：第 54 条没有作为法律或将来逐渐编纂的现有基础，因为各种实践不一致，也没有

法律确信；第 54 条有若干方面的缺陷，如为欺压小国规定了表面的合法性；创造了一种“自己动手的”制裁制度，威胁到以《联合国宪章》为基础的安全制度；增加了一种解除“集体”反措施不法性的新情况，而这种集体反措施与“普通”反措施无关，而且最后可能会扩大到使用武力。他们建议删除第 54 条，代之以一项保留条款。

55. 委员会根据不限成员名额工作组的建议达成谅解，认为不宜将反措施方面的全部条款或者大部分条款塞进第 23 条，因为该条只处理问题的一个方面。要是这样做，会使第 23 条过分沉重，甚至会使它难以理解。作为谅解的一部分，第一部分第五章保留第 23 条。第三部分保留关于反措施的一章，而删除关于受害国以外的国家采取的反措施的第 54 条，代之以一项保留条款，使各方对这个问题的立场不受影响。此外，处理反措施相关条件的第 53 条将予重新审议，反措施与临时反措施之间的区别将予删除。该条应简化，使之大体上与仲裁法庭在空运协定案²⁸和国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中的裁决保持一致。关于不受反措施影响的义务的第 51 条和关于相称的第 52 条，必要时也将重新审议。

(c) 解决争端的规定(第三部分)

56. 一读通过的条款草案包括了关于争端解决的第三部分。²⁹ 对这部分争端解决规定存在不同意见。

57. 有些委员赞成将一般性的争端解决方面的规定列入，特别是如果委员会要建议拟订一项公约的话，因为该专题意义重大而且较复杂，案文涉及具体的条约规则所不适用的许多国际法重要问题；此外，将争端解决方面的规定列入，能提高法院和法庭通过它们的裁决发展法律的能力。还有的委员认为，因反措施易于受到滥用，至少在反措施方面，必须要制定强制性的争端解决机制。

²⁸ 1946 年 3 月 27 日美利坚合众国和法国之间的空运协定案，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)，第 415 页。

²⁹ 关于解决争端条款的案文，见《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 64-65 页。

²⁷ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，判决，《1997 年国际法院汇编》，第 7 页。

58. 另一些委员认为没有必要列入争端解决规定。日益扩大的协定国际法的主要部分已经充分包括了争端解决规定，其基础是《联合国宪章》第三十三条所阐述的原则。他们认为，鉴于国家责任的主要义务和次要义务与国家责任法是整个国际法结构不可分割的一部分这一事实之间具有密切联系，国家责任框架内关于解决争端的特殊机制可能会造成与现行争端解决机制的重叠，造成这种机制不成体系和大量增多。实际上，国家责任领域强制性争端解决的一般性规定无异于颠倒《宪章》第三十三条的规则，这种举措是出乎预料的，即使是现在也几乎不切实际。

59. 还有一些委员认为，完全没有争端解决机制也不合适，他们建议如某国政府提议的那样，列入类似于《联合国宪章》第三十三条的一般性争端解决规定。

60. 委员会按不限成员名额工作组的建议达成了谅解，即不列入争端解决机制的规定，而将提请注意委员会一读草案拟订的机制，³⁰ 将其作为国家责任方面争端解决的一种可资利用的手段；并将让大会考虑当其决定拟订一项公约时是否列入争端解决规定和列入何种形式的争端解决规定问题。

(d) 条款草案的形式

61. 关于拟向大会提议的条款草案的最终形式问题，委员们根据《章程》第 23 条对委员会可用的各种选择是否适宜问题发表了不同意见。许多委员支持缔结一项公约，或者举行一次缔结公约的会议。但是另一些委员较赞成大会以决议的方式注意到或者通过报告。还有一种选择是，如同委员会第五十一届会议上在国家继承涉及的自然人国籍条款草案方面提议的那样，委员会可建议以宣言的形式通过条款草案。³¹

62. 支持通过国际公约的委员主要认为，委员会的任务是陈述法律，这只能通过公约来做；委员会具有将它所有的主要草案作为国际公约通过的传统；对条款草案采取这种做法，能确保它们的

地位，与 1969 年《维也纳公约》一起作为国际公法基本支柱之一。此外，鉴于其重要性，责任制度所特有的义务和权利需要有一套规则，而这套规则只能在具有约束力的权威性文书中才能设想。以条约的形式陈述国际法习惯规则，能使这些规则更有确定性，更可靠，约束力更大，从而使法律的重要篇章得以巩固。此外，若不以条约的形式编纂国家责任法，国际法律秩序中就会出现不平衡，而主要规则比次要规则的编纂更加全面所凭借的正是这种国际法律秩序。如果不批准，也许未必会产生“反向编纂”的问题。习惯规则编入一项公约，如果该公约得不到批准，其本身也不意味着这些规则不再享有这种地位。实际上，未得到批准的公约仍发挥重要作用。他们指出，参加外交会议的所有国家都会平等地参与条约的拟订工作。1969 年《维也纳公约》花了超过 10 年的时间才生效，甚至到现在世界上才有不到一半的国家批准了该公约；这两种情况均没有对它陈述条约法的权威产生明显影响。他们说国家必然会打破案文的平衡，意味着它们的行为违背自己的利益，实际情况是，国家在原则上以负责任的态度采取行动，能够进行政治谈判，即使在一般性编纂的框架内，也能够产生令人满意的结果。此外，编纂会议对委员会编写的协商一致案文几乎没有做出更改。

63. 反对通过一项公约的委员指出，公约难以陈述国际法的基本内容；与国家豁免法和其他法规不同的是，国际责任法不需要在国家立法中执行；此外，未经批准的公约含有大量的习惯国际法内容，这可能会造成“反向编纂”。同样，无论对公约缔约国或对非缔约国来说，均不知道将会产生什么影响。国家可能会提出保留或者采取不合作的态度，这又是一种危险。1969 年《维也纳公约》主要处理形式问题，而国家责任专题涉及国际法的实质内容，并且预先假定有关缔约国之间会有争议或争端，而不是假定缔结条约之类的契约活动，因此将该公约作类比，是不确切的。同样，由于二读通过的条款草案肯定会产生影响，现有案文已被国际法院和其他法庭广泛引用和依靠，因此并不一定非有公约的形式不可。此外，举行全权大使会议，过程将旷日持久，结果也难以预测，而且会对辛辛苦苦费时 40 多年才达成的案文平衡产生异议。

³⁰ 见上文脚注 18。

³¹ 见《1999 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 20 页，第 44 段。

64. 有些委员支持非条约的形式, 他们认为, 尽管在理想的条件下公约可能较合适, 但鉴于必然会产生所有困难, 这种做法并不现实。此外, 不应让大会在“或者公约或者什么都没有”之间做出刻板的选择。一项一致通过的大会决议或宣言, 将比一项经过多年的编写工作后通过并由少数国家批准的公约更加有效。实际上, 如果委员会的报告经过大会决议的通过或受到注意, 它将会被看作是对国家在其权利和责任方面提供指导的现行规则、国家实践和学说的权威性研究, 从而促进法律稳定和国际关系的可预测性。以宣言的形式通过, 将切实地使对立国家承担证明宣言不具约束力的举证责任。他们认为, 这种“软法律”文书, 如同国际法院的判例所证明的那样, 确实对国际关系和国家行为产生决定性影响。

65. 反对采取不具约束力文书形式的委员指出, 这种着手方式会贬损国际法中国家责任问题的重要性, 使人们对案文价值产生怀疑。大会决议不可能像条约那样具有同等的规范价值。它将偏离要求确立一种普遍法律规则制度的初衷和目的, 也无从提供弥补习惯国际法不足之处的办法。它也无法考虑一个项目从一开始就列入委员会议程的历史因素。指望大会以宣言形式通过案文, 而不首先对条款草案进行大量修正, 这是不现实的。不能保证有些国家不会对该文书附上解释性声明。因此, 宣言引起与公约一样的问题, 但毫无长处之处。

66. 关于将逐渐发展的要素列入草案的意义问题, 有一种意见认为, 条款草案的最终形式取决于它们的内容: 如果一个实质性的立法内容被列入, 适当的形式便是多边公约, 但如果条款草案只编纂现行规则, 则没有必要采取公约形式。还有一种意见认为, 正是因为案文含有逐渐发展的要素, 就必须要小心谨慎, 不应建议采取公约形式。实践表明, 国家通常不赞成将这种要素列入具有国际约束力的文书。有些委员对此提出反驳, 他们指出, 各种公约, 如海洋法和领事关系等方面的公约列入了编纂和逐渐发展国际法的要素。如委员会以前的案文那样, 条款草案兼收两类要素, 但并不总是能确定某一规定属于哪一类, 从长远来看, 如果一项规定被认为是合理并且平衡的, 也许就不成问题。此外, 一些公约已经阐明了国际法的实质要素。例如, 1969年《维也纳公约》就载入了强制性规范的基本概念。

67. 根据不限成员名额工作组的建议, 委员会达成谅解, 即它首先应建议大会在一项决议中注意到条款草案并将条款案文附于决议之后。这个程序类似于大会2000年12月12日第55/153号决议就“国家继承涉及的自然入国籍”条款所遵循的程序。这项建议还提议, 鉴于该专题的重要性, 大会在第二阶段和随后阶段中应考虑通过关于本专题的公约。在第二阶段自然会提出争端解决问题(见上文第60段)。

2. 改变专题的标题

68. 委员会关注的是, 标题“国家责任”不十分明确, 不能将本专题与国内法中的国家责任区分开来。它考虑了各种标题, 如“国际法中的国家责任”、“国家的国际责任”和“国家对国际不法行为的国际责任”等等。最后一项提案的优点之一是, 较宜于将案文翻译成其他语言, 因为它明确将专题区别于对国际法不加禁止行为的国际“责任”概念。最后, 委员会决定采用“国家对国际不法行为的责任”这一标题, 去掉了“责任”前的“国际”这一限定词, 以免同一标题中两次出现“国际”一词。由于条款草案只涉及国际不法行为, 而不是任何其他不法行为, 因此认为应保留“不法行为”前的“国际”一词。

3. 通过条款草案和评注

69. 起草委员会主席在2001年5月29日至31日和8月3日举行的委员会第2681至第2683次和第2701次会议上提交了他的报告(A/CN.4/L.602和Corr.1号以及随后的A/CN.4/L.602/Rev.1号文件)。委员会在这些会议上审议了起草委员会的报告, 并在第2683和第2701次会议上通过了国家对国际不法行为的责任的全部条款草案。

70. 在2001年8月6日至9日第2702至第2709次会议上, 委员会通过了上述条款草案的评注。

71. 委员会现根据《章程》向大会提交这些条款草案以及下列建议。

C. 委员会的建议

72. 委员会2001年8月9日第2709次会议按照其《章程》第23条, 决定建议大会在一项决议中注意到国家对国际不法行为的责任条款草案, 并将其列为该项决议的附件。

73. 委员会还决定建议大会鉴于本专题的重要性，在稍后阶段审议能否召开一次全权代表国际会议，审查国家对国际不法行为的责任条款草案，以期缔结一项关于本专题的公约。委员会认为，如果上述国际会议认定应该建立一个与条款草案有关的争端解决法律机制，则解决争端问题可以在会议上解决。

D. 赞扬特别报告员詹姆斯·克劳福德先生

74. 委员会 2001 年 8 月 9 日第 2709 次会议在通过《国家对国际不法行为的责任条款草案》案文以后，鼓掌通过下列决议：

“国际法委员会，

“通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》，

“对特别报告员詹姆斯·克劳福德先生通过不懈的努力和专心致志的工作为编写条款草案作出卓越贡献从而在拟订《国家对国际不法行为的责任条款草案》方面取得成果，表示由衷赞赏和热诚感谢。”

75. 委员会也对前任特别报告员弗朗西斯科·加西亚-阿马多尔先生、罗伯托·阿戈先生、威廉·里普哈根先生和加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生对本专题工作作出卓越贡献表示深为赞赏。

E. 国家对国际不法行为的责任条款草案

1. 条款草案案文

76. 委员会第五十三届会议通过的条款草案案文载录如下：

国家对国际不法行为的责任

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 一国国际不法行为的要素

一国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 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

把行为归于一国

第 4 条 国家机关的行为

1. 任何国家机关，不论行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性，其行为应视为国际法所指的国家行为。

2. 机关包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或实体。

第 5 条 行使政府权力要素的个人或实体的行为

虽非第 4 条所指的国家机关但经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体，其行为依国际法应视为该国的行为，但以该个人或实体在特定情况下以此种资格行事者为限。

第 6 条 一国交另一国支配的机关的行为

一国交另一国支配的机关，若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。

第 7 条 逾越权限或违背指示

国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。

第 8 条 受到国家指挥或控制的行为

如果一人或一群人实际上是在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一国的行为。

第 9 条 正式当局不存在或缺席时实施的行为

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政府权力要素的情况下实际上正在行使政府权力要素，其行为应视为国际法所指的一国的行为。

第 10 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的、按照第 4 至第 9 条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

按照前述各条款不归于一国的行为，在并且只在该国确认和作为其本身行为予以采取的行为的情况下，依国际法应视为该国的行为。

第三章

违背国际义务

第 12 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 对一国为有效的国际义务

一国的行为不构成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 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、并且一直不遵守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、并且一直不遵守该义务的整个期间。

第 15 条 一复合行为违背义务

1. 一国通过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，该违背义务行为持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遵守该国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 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该对此种行为负国际责任，如果：

(a) 该国在知道该国际不法行为的情况下这样做，而且

(b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

第 17 条 指挥或控制一国际不法行为的实施

指挥或控制另一国实施其国际不法行为的国家应该对该行为负国际责任，如果：

(a) 该国在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且

(b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

第 18 条 胁迫另一国

胁迫另一国实施一行为的国家应该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) 胁迫国在知道该行为的情况下这样做。

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这些条款的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 同意

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

第 21 条 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，该行为的不法性即告解除。

第 22 条 对一国际不法行为采取的反措施

一国不遵守其对另一国国际义务的行为，在并且只在该行为构成按照第三部分第二章针对该另一国采取的一项反措施的情况下，其不法性才可解除。

第 23 条 不可抗力

1. 一国不遵守其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一并导致；或
- (b) 该国已承担发生这种情况的风险。

第 24 条 危难

1. 就一国不遵守该国国际义务的行为而言，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，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一并导致；或
- (b) 有关行为可能造成类似的或更大的灾难。

第 25 条 危急情况

1. 一国不得援引危急情况作为理解除不遵守该国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国或数国的基本利益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) 有关国际义务排除援引危急情况的可能性；或
- (b) 该国促成了该危急情况。

第 26 条 遵守强制性规范

一国违反一般国际法某一强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性。

第 27 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失的赔偿问题。

第二部分**一国国际责任的内容****第一章****一般原则****第 28 条 国际不法行为的法律后果**

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

第 29 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 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 赔偿

1. 责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿；
2. 损害包括一国国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害还是精神损害。

第 32 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 本部分所列国际义务的范围

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，具体取决于该国国际义务的特性和内容及违反义务的情况。
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可能直接取得的任何权利。

第二章**赔偿损害****第 34 条 赔偿方式**

充分赔偿国际不法行为造成的损害，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

第 35 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，即恢复到实施不法行为以前所存在的状况：

- (a) 恢复原状并非实际上办不到的；
- (b) 从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。

第 36 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经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。

第 37 条 抵偿

1. 一国际不法行为的责任国有义务抵偿该行为造成的损失，如果这种损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿；

2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或另一种合适的方式。

3. 抵偿不应与损失不成比例，而且不得采取羞辱责任国的方式。

第 38 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. 利息应从支付本金金额之日起算，至履行了支付义务之日为止。

第 39 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

严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务

第 40 条 本章的适用

1. 本章适用于一国严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务所产生的国际责任。

2. 违背此类义务如涉及责任国严重或系统性地不履行该义务，则为严重违约行为。

第 41 条 严重违背依本章承担的一项义务的特定后果

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第 40 条含义范围内的任何严重违背义务行为。

2. 任何国家均不得承认第 40 条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情况为合法，也不得协助或援助保持该状况。

3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的此类后果。

第三部分

一国国际责任的履行

第一章

一国责任的援引

第 42 条 一受害国援引责任

一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任：

- (a) 被违背的义务是个别地对该国承担的义务；或
- (b) 被违背的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

(一) 特别影响该国；或

(二) 彻底改变了该义务所对的所有其他国家为进一步履行该义务的立场。

第 43 条 一受害国通知其要求

1. 援引另一国责任的受害国应将其要求通知该国。

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) 应根据第二部分的规定采取哪种赔偿形式。

第 44 条 可否提出要求

在下列情况下不得援引一国的责任：

- (a) 不是按照涉及及要求国籍的任何适用规则提出要求；
- (b) 该项要求适用用尽当地救济规则，却未用尽可利用的有效当地救济。

第 45 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放弃要求；或
- (b) 受害国基于其行为应被视为已以有效方式默许其要求失效。

第 46 条 数个受害国

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 47 条 数个责任国

1. 在数个国家应为同一国际不法行为负责任的情况下，可对每一国家援引涉及该行为的责任：

2. 第 1 款：

(a) 不允许任何受害国取回多于所受损失的补偿；

(b) 不妨碍对其他责任国的任何追索权利。

第 48 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) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务；或

(b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。

2. 有权按照第 1 款援引责任的任何国家可要求责任国：

(a) 按照第 30 条的规定，停止国际不法行为，并提供不重复的承诺和保证；和

(b) 按照前几条的规定履行向受害国或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。

3. 受害国根据第 43 条、第 44 条和第 45 条援引责任的必要条件，适用于根据第 1 款有权援引责任的国家援引责任的情况。

第二章**反措施****第 49 条 反措施的目的和限制**

1. 一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. 反措施限于采取措施的国家暂不履行对责任国的国际义务。

3. 反措施应尽可能允许恢复履行有关义务。

第 50 条 不受反措施影响的义务

1. 反措施不得影响下列义务：

(a) 《联合国宪章》中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) 禁止报复的人道主义性质的义务；

(d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。

2. 采取反措施的国家仍应履行其下列义务：

(a) 实行它与责任国之间任何适用的解决争端程序；

(b) 尊重外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性。

第 51 条 相称

反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。

第 52 条 与采取反措施有关的条件

1. 一受害国在采取反措施以前应：

(a) 根据第 43 条要求责任国履行第二部分规定的义务；

(b) 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。

2. 虽有第 1 款(b)项的规定，受害国可采取必要的紧急反措施以维护其权利。

3. 在下列情况下不得采取反措施，如已采取，务必停止，不得无理拖延：

(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。

4. 若责任国不秉诚履行解决争端程序，第 3 款即不适用。

第 53 条 终止反措施

一旦责任国按照第二部分履行其与国际不法行为有关的义务，即应尽快终止反措施。

第 54 条 受害国以外的国家采取的反措施

本章不妨碍依第 48 条第 1 款有权援引另一国责任的任何国家，对该另一国采取合法措施，以确保停止该违背义务行为和使受害国和被违背之义务的受益人得到赔偿。

第四部分**一般规定****第 55 条 特别法**

在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。

第 56 条 本条款中没有明文规定的国家责任问题

在本条款中没有明文规定的情况下，关于一国对一国际不法行为的责任问题，仍应遵守可适用的国际法规则。

第 57 条 国际组织的责任

本条款不影响一国际组织依国际法承担的，或任何国家对一国际组织的行为所负的责任的任何问题。

第 58 条 个人的责任

本条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。

第 59 条 《联合国宪章》

本条款不妨碍《联合国宪章》的规定。

2. 条款草案案文及其评注

77. 委员会第五十三届会议通过的条款草案案文及其评记载录如下：

国家对国际不法行为的责任

总评注

(1) 本条款试图以编纂和逐渐发展方式拟订关于国家对国际不法行为的责任的国际法基本规则。重点是在国家责任的次要规则方面：也就是说，根据国际法认定国家应对其违法的行为或不行为负责的一般条件，以及这种责任所引起的法律后果。本条款并不试图界定一旦被违背便会引起责任的国际法的内容。这种界定是主要规则的职能，编纂主要规则时需要重申大多数实质性的习惯国际法和协定国际法。

(2) 负责确定本项目基本结构和方针的罗伯特·阿戈先生认为本条款应该详细说明：

主导国家对国际不法行为的责任的原则，在确定原则与界定规则之间保持严格的区分，规则赋予国家必须遵守否则就会引起责任的义务……界定规则和规则所加义务的内容是一回事，确定该项义务是否已经被违背、如果违背了应该承担哪些后果，又是另一回事。³²

(3) 如果有了主要规则以规定一国根据国际法应该承担的义务之后，假定已经发生该国是否遵守该项义务的问题，还会产生若干一般性问题，其中包括：

(a) 在将行为定性为非法方面，国际法有

别于当事国国内法的作用；

(b) 确定在何种情况下应将行为归于作为国际法主体的国家；

(c) 指明一国在何时和多长一段期间违背了某项国际义务；

(d) 确定一国在何种情况下可为另一国实行的违背某项国际义务的行为负责；

(e) 界定可以排除国际法规定的行为不法性的情况；

(f) 从停止不法行为和赔偿造成的任何损害方面详述国家责任的内容，即详述由一国犯下国际不法行为所引起的新的法律关系；

(g) 确定一国援引另一国的责任的任何程序性或实质性先决条件，确定可能丧失援引责任之权利的情况；

(h) 规定一国在何种条件下有权针对违背国际义务的行为采取旨在确保责任国履行这些条款所规定之义务的反措施。

这属于国家责任次要规则的领域。

(4) 以下若干事项不属于本条款所处理的国家责任的范围：

(a) 正如已经指出的那样，本条款的作用不是要详细说明某些主要规则所规定的义务的内容，或对主要规则详细加以解释。本条款也不处理某些主要义务是否对一国生效或在多长期间内生效的问题。一国是否一项有效条约的缔约国、该条约是否对该国有效以及其中哪些条款对该国有效、如何解释该条约等事项须由条约法加以确定。国际义务的其他“来源”，例如习惯国际法，也基本上是如此。本条款接受国际法主要规则在有关时期的现有状况和内容；这些主要规则提供了确定每一国家随后承担的义务是否已经被违背以及对另一些国家有何法律后果的框架。

(b) 本条款所处理的后果是由实施国际不法行为本身引起的后果。³³ 本条款不拟处理一违约行为对主要规则是否继续有效或具有约束力所产生的影响(例如 1969 年《维也纳公约》第六十

³² 《1970 年……年鉴》[英]，第二卷，第 306 页，A/8010/Rev.1 号文件，第 66(c)段。

³³ 为了本条款的目的，“国际不法行为”包括不行为，并且扩大适用于由若干行为或不行为一起构成国际不法行为的行为。见第 1 条评注第(1)段。

条规定：受害国有援引重大违约情事而终止或停止施行某一条约的权利)，也不拟包括国际组织可能对不法行为作出的反应等间接的或另外的后果。国际组织为了履行其职能，可能需要对一国是否违背了某项国际义务的问题采取一项立场。但即使是这样，后果将由该国际组织确定或属于其组成文书的范围，而不属于本条款的范围。对于联合国根据《宪章》采取行动的情况来说，尤其这样，第 59 条对此种情况作出了明确保留。

(c) 本条款仅处理了国际不法行为的责任问题。可能会有这样的情形：对于国际法不加禁止甚至是明确允许的行为的有害后果，国家有义务给予补偿(例如补偿出于公益目的而以适当方式拿走的财产)。另外还会有这样的情形：一国在完成了一些合法活动之后有义务恢复原状。这些给予补偿或恢复原状的要求涉及主要义务；正是不予赔偿或不恢复原状，招致了有关国家的国际责任。因此为了本条款的目的，国际责任仅产生于违背国际法的不法行为。这一点也反映在本条款的标题上。

(d) 本条款仅涉及国家对国际不法行为的责任，将国际组织或国家以外的其他实体的责任问题搁置一边(见第 57 和第 58 条)。

(5) 但是，本条款又涉及国家责任的全部领域。因此其范围并不限于违背双边性质的义务，例如与另一国签订的双边条约所产生的义务。它们适用于国家的国际义务的全部领域，包括对一国或数国、对个人或群体、或对整个国际社会的义务。条款既是一般性的，也多半是备用性的。原则上，国家在制定或同意遵守某一规则时，可以指明：违犯此规则，只引起特定后果，从而把普通责任规则排除在外。第 55 条对此作出了明确规定。

(6) 本条款分为四部分。第一部分是：“一国的国际不法行为”，载述引起一国国际责任的必要条件。第二部分是：“一国国际责任的内容”，载述了责任国对其国际不法行为应承担的法律后果，特别是涉及停止不法行为和给予赔偿的后果。第三部分是“一国国际责任的履行”。它确定了可以对国际不法行为作出反应的一国或数国，并且限定了作出反应的方式，包括在若干情况下采取必要的反措施以确保停止不法行为和为其后果提供赔偿。第四部分载述适用于整个条款草案的若干一般规定。

第一部分

一国的国际不法行为

第一部分界定了引起国家责任的一般必要条件。第一章规定了引起责任的三项基本原则，整个条款都源于这三项原则。第二章规定了将行为归于国家的情况。第三章概要说明当事国的此类行为等于违背有关国家国际义务的情况。第四章载述了一国可能为另一国违背其国际义务的行为负责的一些例外情况。第五章规定了在何种情况下可以排除违背一国国际义务的行为的不法性。

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。

评注

(1) 第 1 条规定整个条款的根本原则，即：一国违反国际法的行为引起其国际责任。一国的一国际不法行为可以包括一项或多项行为或不行为或两者兼而有之。是否有国际不法行为取决于：一、据说已被违背的义务的要求；二、第一部分中所规定的此种行为的框架条件。“国际责任”一词包括按照国际法由于一国的国际不法行为而产生的所有新的法律关系。这些新的法律关系的内容载于第二部分。

(2) 国际常设法院在若干案件中适用了第 1 条所载述的原则。例如，常设法院在摩洛哥磷酸盐案中申明：当一国对另一国实行一国际不法行为时，“两国之间立即”确定了国际责任。³⁴ 国际法院在若干情况下适用了该项原则，例如科孚海

³⁴ 摩洛哥磷酸盐案，1938 年判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 74 号，第 10 页，详见第 28 页。另见“温布尔登号”轮船案，1923 年，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 1 号，第 15 页，详见第 30 页；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，第 21 页；同上，案情，1928 年第 13 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 17 号，第 29 页。

峡案、³⁵ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案³⁶ 以及加布奇科沃一大毛罗斯项目案。³⁷ 法院也在关于伤害的赔偿案³⁸ 以及和约的解释(第二阶段)案³⁹ 的咨询意见中提及这项原则, 指出: “拒不履行条约义务情事引起国际责任”。⁴⁰ 仲裁法庭屡次在下列案件中申明这项原则, 例如秘鲁意大利侨民索赔案、⁴¹ 迪克森车轮公司案、⁴² 国际渔业公司案、⁴³ 摩洛哥西班牙区保护地的英国索赔案⁴⁴ 以及阿姆斯特朗软木塞公司案。⁴⁵ 在“彩虹勇士号”案(新西兰诉法国)

³⁵ 科孚海峡案, 案情, 判决, 《1949年国际法院汇编》, 第4页, 详见第23页。

³⁶ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国), 案情, 判决, 《1986年国际法院汇编》, 第14页, 详见第142页, 第283段和第149页, 第292段。

³⁷ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注27), 详见第38页, 第47段。

³⁸ 对执行联合国职务时所受伤害的赔偿案, 咨询意见, 《1949年国际法院汇编》, 第174页, 详见第184页。

³⁹ 与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释案, 第二阶段, 咨询意见, 《1950年国际法院汇编》, 第221页。

⁴⁰ 同上, 第228页。

⁴¹ 1901年作出的这些裁决中, 有7件重申, “国际法中一项普遍公认的原则指出: 国家应为其代理犯下的违反国际法行为负责”(《国际仲裁裁决汇编》, 第十五卷(出售品编号: 66.V.3), 第399页(基耶萨的索赔), 第401页(塞萨雷戈的索赔), 第404页(圣圭内蒂的索赔), 第407页(韦尔切利的索赔), 第408页(奎伊罗洛的索赔), 第409页(罗杰罗的索赔), 以及第411页(米利亚的索赔))。

⁴² 迪克森车轮公司(美国)诉墨西哥合众国案, 《国际仲裁裁决汇编》, 第四卷(出售品编号: 1951.V.1), 第669页, 详见第678页(1931年)。

⁴³ 国际渔业公司(美国)诉墨西哥合众国案, 同上, 第691页, 详见第701页(1931年)。

⁴⁴ 仲裁人马克斯·休伯尔指出, “责任是权利的必然结果。所有国际权利均引起国际责任”是一项无可争议的原则。《国际仲裁裁决汇编》, 第二卷(出售品编号: 1949.V.1), 第615页, 详见第641页(1925年)。

⁴⁵ 意大利—美国调解委员会指出, 没有一个国家“可以逃避由于犯下从国际法一般原则的观点看来是违法的行为所引起的责任”, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十四卷(出售品编号: 65.V.4), 第159页, 详见第163页(1953年)。

中,⁴⁶ 仲裁法庭着重指出: “一国违背任何义务的任何行为, 无论其起因为何, 都引起国家责任”。⁴⁷

(3) 一国的每一国际不法行为均引起该国的国际责任, 并因此除了实行该行为以前的国际法律关系以外, 又产生了新的国际法律关系, 这一点在委员会首次拟定第1条以前⁴⁸ 和以后⁴⁹, 都已经得到广泛的承认。诚然, 早先对一国际不法行为所产生的法律关系的定义有意见分歧。有一种处理方式, 与安齐洛蒂有关联, 它完全从违法国与受害国之间因国际不法行为而确立的具有约束力的双边关系角度, 来描述一国际不法行为引起的后果。在这种关系中, 根据受害国要求赔偿的“主观”权利, 确定违法国的赔偿义务。另一种意见, 与凯尔森有关联, 它首先认为法律秩序是一种强制性秩序, 并认为授权受害国对责任国实行强制性制裁是不法行为直接引起的主要法律后果。⁵⁰ 这种意见认为, 一般国际法授权受害国对不法之事作出反应; 赔偿的义务被当作次要事项

⁴⁶ 新西兰和法国解释或适用两国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, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十卷(出售品编号: E/F.93.V.3), 第215页(1990年)。

⁴⁷ 同上, 第251页, 第75段。

⁴⁸ 例如见 D. Anzilotti, 《国际法课程》, 第4版(帕多瓦, CEDAM 出版社, 1955年)第一卷, 第385页; W. Wengle, 《国际法》(柏林, 施普林格出版社, 1964年)第一卷, 第499页; G. I. Tunkin, *Teoriya mezhdunarodnogo prava*, (莫斯科, Mezhdunarodnye otnoshenia 出版社, 1970年), 第470页, [英] W.E. Butler 译, *Theory of International Law* (伦敦, 乔治艾伦与昂温出版公司, 1974年), 第415页; E. Jimenez de Arechaga, “国际责任”, 《国际公法手册》, M. Sørensen 编辑, (伦敦, 麦克米伦出版社, 1968年), 第533页。

⁴⁹ 例如见 I. Brownlie, 《国际公法原则》, 第5版(牛津大学出版社, 1998年), 第435页; B. Conforti, 《国际法》, 第4版(米兰, Editoriale Scientifica 出版社, 1995年), 第332页; P. Daillier 和 A. 佩莱, 《国际公法》(*Nguyen Quoc Dinh*), 第6版(巴黎, 法学及司法判例出版社, 1999年), 第742页; P.-M. Dupuy, 《国际公法》, 第4版(巴黎, 达罗兹出版社, 1998年), 第414页; 以及 R. Wolfrum, “国际不法行为”, 《国际公法百科全书》, R. 伯恩哈特编辑(阿姆斯特丹, 北荷兰出版社 1995年), 第二卷, 第1398页。

⁵⁰ 见 H. Kelsen, 《国际法原则》, 第2版, R. W. Tucker 编辑(纽约, 霍尔特、莱因哈特和温斯顿出版社, 1966年), 第22页。

处理，这是责任国可因此避免受到强制制裁的方式。盛行的第三种看法认为：国际不法行为的后果不能只限于赔偿或“制裁”。⁵¹ 在国际法中，与在任何法律系统中一样，不法行为可能产生各种各样的法律关系，视情况而定。

(4) 一国际不法行为的发生所引起的法律关系是否基本上是双边的，即它是否只涉及责任国和受害国彼此之间的关系本身，对于这一问题也有意见分歧。日益得到确认的观点认为，某些不法行为使得当事国必须对数国或许多国家、甚至对整个国际社会承担责任。国际法院在巴塞罗那电车案中朝着这个方向迈出了重要一步，指出：

一国对整个国际社会的义务和在外交保护领域产生的对另一国的义务，两者之间应该作出实质性的区分。从义务的性质看来，对整个国际社会的义务是所有国家所关心的。鉴于所涉权利的重要性，所有国家在保护这些权利中都有合法权益；这些义务是普遍性义务。⁵²

每个国家根据其作为国际社会成员的资格，对若干基本权利的保护和若干基本义务的履行具有合法利益。在这些事项中，国际法院援引了“宣布侵略行为和灭绝种族行为为非法行为，也是……关于人身基本权利，包括受到保护以免遭受奴役和种族歧视的原则和规则”的例证。⁵³ 在后来的案件中，国际法院重申了这个概念。⁵⁴ 国际责任概念范围扩大的结果必须在本条款中得到反映，尽管本条款包括责任标准的双边情况，但并不限于那些情况。

⁵¹ 例如见R.AGO，“国际犯罪”，《课程汇编》，第1939-II号(巴黎，西雷出版社，1947年)，第68卷，第415页，详见第430-440页；以及L. 奥本海，《国际法：条约》，第一卷，《和平》，第8版，H. Lauterpacht编辑(伦敦，朗曼格林书局1955年)，第352-354页。

⁵² 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注25)，第32页，第33段。

⁵³ 同上，第34段。

⁵⁴ 见东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)，判决，《1995年国际法院汇编》，第90页，详见第102页，第29段；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，咨询意见，《1996年国际法院汇编》，第226页，详见第258页，第83段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，初步反对意见，判决，《1996年国际法院汇编》，第595页，详见第615-616页，第31-32段。

(5) 因此，第1条中的“国际责任”一词涵盖国际法中由一国的国际不法行为产生的各种关系，无论这些关系是否限于违法国和一受害国，或者也扩大到包括其他国家或甚至扩大到其他国际法主体，无论是否侧重恢复原状或补偿的义务，或者也给予受害国以反措施作出反应的可能性。

(6) 第1条规定一国的每一国际不法行为均引起该国的国际责任，并不意味着不可追究其他国家对有关行为或因此造成的损害的责任。第二章规定，同样的行为可以同时归于数个国家。第四章规定，一国可以为另一国的国际不法行为承担责任，条件是该行为是在该国指挥或控制下实行的。虽然如此，国际法的基本原则是：每一国在它自己的国际义务上要为自己的行为负责。

(7) 本条款只载述国家责任。当然，国际法院在损害赔偿案中确认，联合国“是一个国际法主体，能够拥有国际权利和义务……它有能力通过提出国际要求来维护其权利”。⁵⁵ 国际法院也曾促请注意联合国对其机关或代理之行为的责任。⁵⁶ 或许可以这样认为：对不法行为的责任概念是拥有国际法律人格的一项基本因素。不过，特殊考虑适用于其他国际法人的责任，这些特殊考虑不属于本条款的范围。⁵⁷

(8) 关于术语，在法文本中使用“*fait intentionalement illicite* (国际不法行为)”一语比使用“*delit* (侵权行为)”或在国际法中具有特别含义的其他类似措辞适宜。基于同样的理由，最好避免在英文本中使用“*tort*”，“*delict*”或“*delinquency*”，或在西班牙文本中使用“*delito*”。在法文本中使用“*fait intentionalement illicite* (国际不法行为)”比使用“*acte internationalement illicite* (国际不法行为)”合适，因为不法性通常来源于不行为，“*acte* (行为)”一语很难表达这个含义。此外，后一用语似乎具有法律后果是行为者所欲的含义。基于同样的理

⁵⁵ 损害赔偿案(见上文脚注38)，第179页。

⁵⁶ 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案，咨询意见，《1999年国际法院汇编》，第62页，详见第88-89页，第66段。

⁵⁷ 有关国际组织的立场，见第57条和评注。

由，西班牙文本中采用了“*hecho inte-nacionalmente ilicito*”一语。英文本必须保持“*internationally wrongful act* (国际不法行为)”的措辞方式，因为法文中的“*fait* (行为)”在英文中没有确切的对应语；不过，使用“*act* (行为)”一词是为了包含不行为，在第2条中明确说明了这一点。

第2条 一国国际不法行为的要素

一国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。

评注

(1) 第1条载述一国的每一国际不法行为均引起该国国际责任的基本原则。第2条规定了确定该国有国际不法行为存在的必要条件，即国际不法行为的要素。确定了两项要素。第一，该行为依国际法必须归于该国；第二，为了确定该国对该行为的责任，该行为必须是违背了当时对该国有效的国际法律义务的行为。

(2) 例如国际常设法院在摩洛哥磷酸盐案中说明了这两项因素。常设国际法院把国际责任的产生同“归于该国并且被认定为违反另一国条约权利的行为”的存在明确地联系起来。⁵⁸ 国际法院也在若干情况下提到这两项因素。它在美国驻德黑兰外交和领事人员案中指出，为了确定伊朗伊斯兰共和国的责任：

首先，必须确定在法律上可以在多大范围内将有关行为视为可以归罪于伊朗国。其次，必须考虑到这些行为符合或者违背伊朗根据目前生效的条约或可以适用的其他国际法规则应该承担的义务的情况。⁵⁹

⁵⁸ 见上文脚注34。

⁵⁹ 美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980年国际法院汇编》，第3页，详见第29页，第56段。参见第41页，第90段。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注36)，第117-118页，第226段；加布奇科沃一大毛罗斯项目案(上文脚注27)，第54页，第78段。

同样，在迪克森车轮公司案中，墨西哥—美国一般索赔委员会指出，引起一国国际责任的必要条件是“可以将一国际不法行为归于它，也就是说，存在违反依国际司法标准规定之责任的行为”。⁶⁰

(3) 有时人们把归属要素说成是“主观的”，而把违约要素说成是“客观的”，但是本条款避免使用这种术语。⁶¹ 是否存在违背规则的行为可能取决于当事国或其代理的意图或知识，在这个意义上可以说是“主观的”。例如，《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条规定：“本公约内所称灭绝种族系指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者……”在其他情况下，是否违背某项义务的标准可能是“客观的”，因为当事国机关或代理的注意或不注意可能是不相干的。在这个意义上，责任是“客观的”还是“主观的”取决于具体情况，尤其包括有关主要义务的内容。本条款没有在这方面规定任何一般性规则。其他标准也是如此，不论它们是否要求一定程度的过错、有罪性、过失或缺乏应有的注意。这些标准依情境不同而各异，其原因基本上与条约的规定或产生基本义务的其他规则的目标和宗旨有关。本条款也没有在这方面就各种可能的不同标准之间的关系规定任何假设。确立这些假设是在特定案件上解释和运用所涉基本规则的问题。

(4) 归于国家的行为可以分为行为或不行为。根据不行为援引一国国际责任的情况至少与根据积极行为援引责任的情况一样多，从原则上说，两者之间不存在任何差异。另外，从与确定责任有关的周围情况中分离出“不行为”可能是困难的。例如在科孚海峡案中，国际法院裁断，阿尔巴尼亚知道、或者本应该知道其领海中有水雷，却没有就此向第三国提出警告，这构成了其责任的充分基础。⁶² 在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，法院总结认为，伊朗伊斯兰共和国的责任是由其当局“没有采取适当步骤的”“不行为”

⁶⁰ 见上文脚注42。

⁶¹ 参见《1973年……年鉴》[英]，第二卷，第179页，A/9010/Rev.1号文件，第3条评注第(1)段。

⁶² 科孚海峡案，案情(见上文脚注35)，第22-23页。

引起的，而在当时情况下，这些步骤显然是需要的。⁶³ 在一些情况下，可能是行为和不行为兼而有之，它们构成了责任的基础。⁶⁴

(5) 要将特定行为定性为国际不法行为，首先必须归于国家。国家是真正有组织的实体，是有充分的权力依国际法行事的法人。但是承认这一点并不否认国家本身不能采取行动的基本事实。“国家的行为”必须涉及个人或团体的一些行为或不行为：“国家只能由和通过其代理或代表采取行动。”⁶⁵ 这里的问题是应该把谁视为代表国家行事的人，即为了确定国家责任的目的，什么能构成“国家的行为”。

(6) 把行为归于国家的含义是将国家视为国际法主体。在许多法系中，国家机关由各种法人(部委或其他法律实体)组成，它们被视为具有单独的权利和义务，因此可以单独起诉它们，追究它们的责任。就国家责任的国际法来说，情况则不同了。国家被当成一个整体对待，这一点与他们在国际法中被确认为单一的法人是一致的。这一点与其他方面一样，将行为归于国家必然是一种规范性的行动。至关紧要的是，某一特定事件与根据第二章中规定的一项或另一项规则应归于国家的行为(无论行为或不行为)有充分的联系。

(7) 国家的国际不法行为能够存在的第二项条件是：归于国家的行为应该构成对该国某项国际义务的违背行为。关于违背国家某项国际义务的术语很久以来便已确定，并用于指条约和非条约义

务。常设国际法院在对霍茹夫工厂案管辖权的判决中，使用了“违背承诺”的措辞。⁶⁶ 它在随后对是非曲直的判决中使用了同样措辞。⁶⁷ 国际法院在损害赔偿案中明确地提及这些措辞。⁶⁸ 仲裁法庭在“彩虹勇士号”案中，提到“一国违背任何义务的任何行为”。⁶⁹ 实际上，也用上了诸如“不履行国际义务”、“不符合国际义务的行为”、“违背一国际义务的行为”或“违背承诺”等术语。⁷⁰ 所有这些措辞基本上具有相同含义。“违背一国际义务的行为”是本条款中的优选用语，与《国际法院规约》第36条第2款(c)项中的用语一致。

(8) 在国际法中，违背一项义务的概念往往等同于违反他人的权利。国际常设法院在对摩洛哥磷酸盐案的判决中，提到“违反另一国条约权利”的行为。⁷¹ 该案涉及载述各方相互权利和责任的有限多边条约，但是有些人认为义务和权利的相关性是国际法的一项一般特征：凡是国际法主体的国际义务，必有另一或另外一些主体、甚至其他主体的全体(整个国际社会)的国际权利与之相对。但是，不同的事件可能涉及国际法的所有其他主体共同持有的权利，而不是某一或某几个国家的特定权利。不同的国家可能以不同方式成为某项义务的受益人，或对该义务的履行具有不同的利益。因此，鉴于法律规则和体制多种多样，它们力求保护的利益也各不相同，多边义务可能与双边义务不同。但是，任何义务是否受到违背仍然引起第2条所确定的两个基本问题，无论被违背的的特性或起源为何，情况都是这样。谁可以援引某项义务被违背所引起的责任是另一

⁶³ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注59)，第31-32页，第63和第67段。另见贝拉斯克斯·罗德里格斯诉洪都拉斯案，《美洲人权法院汇编》，C辑，第4号，第170段(1988年)：“国际法规定，一国应为其代理以其官方名义行事的行为和不行为负责”；与波兰国籍的取得有关的事件案，《国际仲裁裁决汇编》，第一卷(出售品编号：1948.V.2)，第401页，详见第425页(1924年)。

⁶⁴ 例如，《关于敷设自动触发水雷公约》(1907年10月18日《海牙第八公约》)第4条规定，一中立国在其海岸外敷设水雷却未向其他缔约国发出必要通知，为此应当承担相应责任。

⁶⁵ 波兰境内的德国定居者案，1923年咨询意见，《常设国际法院汇编》，B辑，第6号，第22页。

⁶⁶ 霍茹夫工厂案，管辖权(见上文脚注34)。

⁶⁷ 霍茹夫工厂案，案情(同上)。

⁶⁸ 损害赔偿案(见上文脚注38)，第184页。

⁶⁹ “彩虹勇士号”案(见上文脚注46)，第251页，第75段。

⁷⁰ 在1930年于海牙召开的国际法编纂会议上，通过了“任何未能履行国家的国际义务之情事”的用语(见《1956年……年鉴》[英]，第二卷，第225页，A/CN.4/96号文件，附件3，第1条)。

⁷¹ 见上文脚注34。

个问题：第三部分便处理这个问题。⁷²

(9) 因此，第 2 条所载述的原则没有例外。该项原则是，国际不法行为有两项必要条件：该项行为依国际法归于该国；该国因该项行为而违背了该国的某项国际义务。问题在于这两项必要条件是否也是充分条件。据说，有时候，国际责任并不是一国不顾其义务的行为引起的，除非存在更多的因素，尤其是对另一国的“损害”。但是，是否需要这些因素取决于主要义务的内容，在这方面并没有一般规则。例如，条约规定制订统一法律的义务由于没有制订该法律而遭违背，另一缔约国也不必指称它因此而受到了任何特定损害。是否由于责任国未能采取行动，某项特定义务就被违背了？还是必需发生进一步的事件，取决于主要义务的内容和对其内容的解释，不能抽象地加以确定。⁷³

(10) 一个相关问题是：过错是否构成一国国际不法行为的内容？如果“过错”指存在着伤害的意图等，则其答案肯定不是。在主要义务方面不存在对于精神内容的任何特定要求的情形下，只是一国的行为才是关键，不以任何意图为转移。

(11) 第 2 条提出第一部分随后各章所处理的问题，并且把它们放置在必要的法律环境中。(a)款——规定依国际法归于国家的行为是构成国际不法行为的必要条件——与第二章相应，但第四章则处理一国对另一国国际不法行为负责的特殊情况。(b)款——规定这种行为必须构成对一国际义务的违背——与第三章所载述的一般原则相应，但是第五章则处理了行为违背了义务但其不法性被排除的情况。

(12) 在(a)款中，“attribution (归于)”一词是用于指将某一行为或不行为与一国联系起来。在国际实践和司法判决中，也使用了“imputation (归咎)”一

词。⁷⁴ 但是，“attribution”避免了认为将行为同该国联系起来法律程序是一种法律拟制，或认为该行为“实际上”是他人的行为的暗示。

(13) (b)款中提到违背一国际义务而不是一国际法规则或规范的情况。就这些目的来说，要紧的不仅是某一规则的存在，还包括某一规则在特定情况下适用于责任国的情况。“obligation (义务)”一词通常用于国际司法判决和实践以及文献中，以包括上述各种可能性。提及“义务”时，仅限于指国际法规定的义务，这一问题在第 3 条得到进一步澄清。

第 3 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。

评注

(1) 第 3 条明示了第 2 条中已经暗示的一项原则，即：将一特定行为定性为国际不法行为，不因当事国依国内法将其定性为合法行为而受影响。这项原则包括两个因素。第一，一国的行为，只要不违背国际义务，即使违反该国本国法律的规定，也不能定性为国际不法行为。第二，最为重要的一点是：一国不能辩称其行为符合其国内法而不应依国际法定性为不法行为。一国的行为如果构成对一国际义务的违背，则必须定性为国际不法行为，即使该行为并不违反该国的国内法，即使根据该国内法该国实际上必须采取那样的行动，也不例外。

(2) 就上面第一个要素而言，最明确的司法判决或许是常设国际法院对波兰国民待遇案的判决。⁷⁵ 该法院否认波兰政府有权向国际联盟的机关提交对波兰国民适用《但泽自由市宪法》中若干规定

⁷² 另见第 33 条第 2 款和评注。

⁷³ 对各种义务的分析实例，见美国驻德黑兰外交和领事人员案(上文脚注 59)，第 30-33 页，第 62-68 段；“彩虹勇士号”案(上文脚注 46)，第 266-267 页，第 107-110 段；世贸组织，专家组报告，《美国—1974 年贸易法第 301-310 节》(WT/DS152/R)，1999 年 12 月 22 日，第 7.41 段及以下各段。

⁷⁴ 例如见美国驻德黑兰外交和领事人员案(上文脚注 59)，第 29 页，第 56 和第 58 段；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 36)，第 51 页，第 86 段。

⁷⁵ 波兰国民和其他波兰裔或操波兰语人士在但泽领土内的待遇案，1932 年咨询意见，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 44 号，第 4 页。

的问题，理由如下：

根据公认的一些原则，一国不能据另一国的宪法来对另一国采取行动，它只能据国际法和正式接受的国际义务……反之，一国不能对另一国引用本国的宪法来规避它依国际法或有效条约应该承担的义务。……适用《但泽宪法》的结果可能……违背了但泽应当向波兰履行的国际义务，无论根据条约规定或一般国际法，都不例外……但是，在具有这种性质的情况中，引起该自由市的责任的不是该宪法和其他法律，而是国际义务。⁷⁶

(3) 符合国内法规定绝对不能排除将行为定性为国际不法行为，这一点也是相当明确的。国际司法判决在这个问题上没有留下任何疑问。具体地说，常设法院在对“温布尔登号”轮船案的初次判决中明确承认了这项原则。法院拒绝接受德国政府的论点，即：船只若通过基尔运河，将构成对德国中立命令的违反，法庭认为：

国家个体发布的中立命令不能凌驾于《和平条约》的规定之上……根据《凡尔赛条约》第 380 条的规定，德国有明确的责任，应让[温布尔登号轮船通过基尔运河]。德国不能提出本国的中立命令来否定德国按照该条规定所接受的义务。⁷⁷

法院多次重申了这项原则：

……在条约缔约各国之间的关系中，本国法律的规定不能凌驾条约的规定，这是公认的国际法原则；⁷⁸

……确切无疑的是，法国不能以本国的法律规章限制其国际义务的范围；⁷⁹

……一国不能对另一国引用本国宪法以规避依国际法或生效的条约应该履行的义务。⁸⁰

同项原则的另一侧面也在关于交换希腊和土耳其

居民案⁸¹ 和但泽法院管辖权案⁸² 的咨询意见中得到确认。

(4) 国际法院经常提及并适用这项原则，⁸³ 例如在损害赔偿案中，国际法院指出，“索赔主张根据的是被追究责任的会员国对一项国际义务的违背……该会员国不能争辩说这项义务是受国内法制约的”。⁸⁴ 在西西里电子公司案中，法院的一个分庭强调了这项规则，指出：

遵守国内法与遵守条约规定是不同的问题。违反条约的行为在国内法中可能是合法行为，而在国内法中不合法的行为可能根本不是违反条约规定的行为。即使长官认为依意大利法律，征用是完全合理的，但并不能排除它是违反《友好通商航海条约》行为的可能性。⁸⁵

反之，该分庭解释说：

公共权力机关的行为在国内法中可能历来不合法的，并不一定意味着在国际法中该行为是如同违反条约或其他规章一类的不法行为。地方法院认定某一行为是不法行为的裁定，可能确实与该行为是任意行为的论点有关；但是，仅仅凭借该裁定，要是没有更多的论据，还不能说不法性等于任意性……一国内法院裁定某项行为是缺乏理据、或不合理、或任意的行为，不可由此认定该行为必归类为国际法中的任意行为，虽然国内法当局对受到责难之行为的定性描述可能具有宝贵的指示作用。⁸⁶

⁸¹ 交换希腊和土耳其居民案，1925 年咨询意见，《常设国际法院汇编》，B 辑，第 10 号，第 20 页。

⁸² 但泽法院管辖权案，1928 年咨询意见，《常设国际法院汇编》，B 辑，第 15 号，第 26-27 页。另见芬莱勋爵对关于取得波兰国籍案的意见，1923 年咨询意见，《常设国际法院汇编》，B 辑，第 7 号，第 26 页。

⁸³ 见渔业案，判决，《1951 年国际法院汇编》，第 116 页，详见第 132 页；诺特博姆案，初步反对意见，判决，《1953 年国际法院汇编》，第 111 页，详见第 123 页；《1902 年未成年人监护权公约》的适用案，《1958 年国际法院汇编》，第 55 页，详见第 67 页；1947 年 6 月 26 日《联合国总部协定》第二十一节规定的仲裁义务的适用案，咨询意见，《1988 年国际法院汇编》，第 12 页，详见第 34-35 页，第 57 段。

⁸⁴ 损害赔偿案(见上文脚注 38)，详见第 180 页。

⁸⁵ 西西里电子公司案，判决，《1989 年国际法院汇编》，第 15 页，详见第 51 页，第 73 段。

⁸⁶ 同上，第 74 页，第 124 段。

⁷⁶ 同上，第 24-25 页。另见“荷花号”案，1927 年第 9 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 10 号，第 24 页。

⁷⁷ “温布尔登号”轮船案(见上文脚注 34)，第 29-30 页。

⁷⁸ 希腊—保加利亚社区族群案，1930 年咨询意见，《常设国际法院汇编》，B 辑，第 17 号，第 32 页。

⁷⁹ 上萨伏依自由区和热克斯区案，1930 年 12 月 6 日的命令，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 24 号，第 12 页；同上，1932 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 46 号，第 96 页，详见第 167 页。

⁸⁰ 波兰国民待遇案(见上文脚注 75)，第 24 页。

许多仲裁法庭也适用了这项原则。⁸⁷

(5) 在国际联盟主持下进行的国家责任编纂工作和在联合国主持下进行的国家权利和义务和条约法的编纂工作中，也明确认可了这项原则。委员会国家权利和义务宣言草案第 13 条规定：

各国有义务诚实地履行由条约和国际法其他渊源产生的义务，不得借口于其宪法或法律之规定而不履行此种责任。⁸⁹

(6) 1969 年《维也纳公约》同样认可了这项原则，其中第二十七条规定：

⁸⁷ 例如见日内瓦仲裁(“亚拉巴马号”案)，载于穆尔，《历史与摘要》，第四卷，第 4144 页，详见第 4156 和第 4157 页(1872 年)；挪威船主求偿案(挪威诉美利坚合众国)，《国际仲裁裁决汇编》，第一卷(出售品编号：1948.V.2)，第 307 卷，详见第 331 页(1922 年)；阿吉拉尔-艾默里和加拿大皇家银行索赔(蒂诺科案)(大不列颠诉哥斯达黎加)，同上，第 369 页，详见第 386 页(1923 年)；舒弗耳德求偿案，同上，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 1079 页，详见第 2098 页(“不许一主权国家制定国内法以阻止另一主权国家为其臣民所遭受的不法行为提出索赔，这是既定的国际法原则。”) (1930 年)；沃伦堡案，同上，第十四卷(出售品编号：65.V.4)，第 283 页，详见第 289 页(1956 年)；弗莱根海默案，同上，第 327 页，详见第 360 页(1958 年)。

⁸⁸ 1930 年海牙会议筹备委员会向各国征求有关国家责任资料的第一项要求指出：

“具体地说，只要一国依国际法承担了义务，就不能以其国内法的规定为借口逃避该项义务。”

各国在其答复中，以明示或暗示的方式同意了这项原则(见国际联盟国际法编纂会议，《筹备委员会编写的讨论基础》，第三卷：《国家对在其境内的外国人的的人身或财产损害的责任》(C.75.M.69.1929.V号文件)，第16页。在1930年海牙会议举行辩论期间，各国表示全面同意第一点中所载述的概念，会议第三委员会通过了第5条，其内容如下：“一国不得援引其国内法的规定逃避国际责任。”(C.351(c)M.145(c).1930.V号文件；转载于《1956年……年鉴》[英]，第二卷，第225页，A/CN.4/96号文件，附件3)。

⁸⁹ 见大会 1949 年 12 月 6 日第 375(IV)号决议，附件。委员会辩论情况，见《1949 年……年鉴》[英]，第 105-106、第 150 和第 171 页。大会辩论情况，见《大会正式记录，第四届会议，第六委员会》，1949 年 10 月 18-25 日，第 168-173 次会议；1949 年 10 月 27 日-11 月 3 日，第 175-183 次会议；《大会正式记录，第四届会议，全体会议》，1949 年 12 月 6 日，第 270 次会议。

一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约，此项规则不妨碍第四十六条。⁹⁰

(7) 在国际法中把一行为定性为不法行为，不因国内法中把同一行为定性为合法行为而受影响，这项规则并没有为国际法规则要求一国遵照其国内法规定的情况作出例外规定，例如应对外侨适用与本国国民同样的法律待遇。的确，在这种情形下，对国内法的遵守与国际责任问题有关，但这是由于国际法规则才使得它与之有关的，例如把遵守国内法的标准纳入可适用的国际标准中或作为其一个方面。尤其是在损害外侨的人身及其财产方面和人权方面，国内法的内容和适用往往会涉及国际责任问题。在每一情况下，都可以从分析中看出，国内法的规定或者与适用可适用的国际标准的事实有关，或者已在附带或不附带条件的情况下以某种形式实际纳入该项标准。

(8) 关于本规则的措辞方式，“不能援引一国国内法阻止该国的某一行为依国际法被定性为不法行为”这一措辞，与 1930 年海牙会议上一读通过的草案第 5 条类似，也与 1969 年《维也纳公约》第二十七条类似，其优点是明确指出了国家不能以国内法作为逃避国际责任的手段。这种措辞听起来像是程序规则，不宜用于陈述原则。援引责任的问题属于第三部分的范围，而这项原则涉及责任起源的基本问题。此外，在许多情况下，国内法问题与责任的存在或不存在有关。上文已经指出，在这种情况下，只有国际法才能确定在何种范围和限制内提及国内法。最能体现这个要素的说法是：第一，把国家行为定性为国际不法行为以国际法为准；第二，申明不得以该行为在国内法中的合法性为借口而不依国际法将其定性为不法行为。

(9) 关于术语，“国内法”的英文是“internal law”，而不是“municipal law”，因为后者有时候含义较狭窄，而且因为 1969 年《维也纳公约》中使用了“internal law”。使用“national law”就更不合适了，因为在某些法律系统中，它仅指中央立法机构所制订的法律，并不指省、州或地方当局的法律。

⁹⁰ 该《公约》第四十六条对在有限的情况下，即对国内法的违反“明显并涉及一项具有根本重要性的国内法规则”的情况下，就缔约权力援引国内法规定一事作了规定。

规。第 3 条中的原则适用于国家范围内由任何级别的任何立法当局所制定的一切法律规章。⁹¹ 法文本中“国内法”的用语是“*droit interne*”，而不是“*législation interne*”或“*loi interne*”，因为它包括了本国法律秩序中的所有规定，无论是成文法还是不成文法，也无论是是否采取了宪法或立法规则、行政命令或司法决定的形式。

第二章

把行为归于一国

评注

(1) 根据第 2 条，发生一国国际责任的两个基本情况之一是：有关行为可依国际法归于该国。第二章规定了有理由把行为归于某一国的情况，即：当某一行为或不行为、或由某一系列行为或不行为组成的一行为可视为该国行为的情况。

(2) 从理论上说，通过国籍、惯常居所或组成公司而与国家取得联系的所有的人、社团或集体的行为，无论是否与政府有任何联系，都可能归于国家。在国际法中避免这种做法，一则为了将责任限定于国家作为一个组织所从事的行为，再则为了确认以自己的名义行事、而不是在公共当局的怂恿下采取行动的人的自主性。因此，一般的规则是：在国际一级上归于国家的唯一行为是国家政府机关，或在其指挥、指使或控制下的其他人(即：国家的代理)的行为。⁹²

⁹¹ 参见拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，临时措施，1999年3月3日的命令，《1999年国际法院汇编》，第9页，详见第16页，第28段。

⁹² 例如见 I. 布朗利，《国家的法律体系：国家责任》，第一部分(牛津，克拉伦登出版社，1983年)，第132-166页；D.D.Caron，“责任基础：归属和其他跨实体规则”，《伊朗—美国索赔法庭：其对国家责任法的贡献》，R. B. Lillich 和 D. B. Magraw 编辑(纽约州哈德逊欧文顿，跨国出版社，1998年)，第109页；L. Condorelli，“L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances”，《课程汇编》，第1984-VI号(多德雷赫特，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1988年)，第189卷，第9页；H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme: problèmes d'imputation* (巴黎，贝多内出版社，1994年)；A. V. Freeman，“国家对武装力量非法行为所负的责任”，《课程汇编》，第1955-II号(莱顿，西哈托夫出版社，1956年)，第88卷，第261页；以及 F. Przetacznik，“国家对其机关未经授权的行为所负的国际责任”，《斯里兰卡国际法杂志》，第1卷(1989年6月)，第151页。

(3) 作为一种推论，私人的行为本身不归于国家。这项规则在 1923 年特立尼案和其他案例中获得最终确立。国际联盟理事会将一起涉及意大利和希腊事件而引起的某些问题提交给一个专门由法学家组成的委员会审议。⁹³ 该案涉及一负责划定希腊与阿尔巴尼亚边界的国际委员会的主席和若干委员在希腊领土上被暗杀的事件。在答复第 5 个问题，委员会说：

只有当国家在其境内因忽视采取一切合理措施防止犯罪并追踪、逮捕和审判罪犯而对外籍人士犯有政治罪时才涉及国家的责任。⁹⁴

(4) 把行为归于作为国际法主体的国家，其依据是国际法所确定的标准，而不是基于对实际因果关系的确认。作为一种规范行动，必须在将行为归于某一国与将行为定性为国际不法行为之间作出明确区分。所涉及的因素是，为了确定责任，必须有国家的行为存在。表明该行为归于某一国家，本身并不能说明该行为是否具有合法性，归属规则不应该用别有暗示的措辞来拟定。但是，第二章所述各种归属规则具有累积的作用，所以如果某一国家没有采取必要措施以防止发生这种作用，就必须为私人当事方的行为后果负责。例如，就此而论，接受国可以不为私人夺取大使馆负责，但如果它没有采取一切必要措施来保护该大使馆免遭夺取或重新恢复对该大使馆的控制，则须承担责任。⁹⁵ 在这方面，归属依据与据说被违反的特定义务两者之间常常有密切的联系，尽管分析起来这两个因素之间有所不同。

(5) 为了确定责任而把行为归于某一国家的问题，必须与授权特定机关以国家名义做出承诺的其他国际法程序区别开来。因此，国家元首或政府首脑或外交部长被视为有权代表国家而无需出示全权证书。⁹⁶ 这种规则与意在确定国家责任的

⁹³ 国际联盟，《公报》，第4年，第11号(1923年11月)，第1349页。

⁹⁴ 同上，第5年，第4号(1924年4月)，第524页。另见简斯案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第82页(1925年)。

⁹⁵ 见美国驻德黑兰外交和领事人员案(上文脚注59)。

⁹⁶ 见1969年《维也纳公约》第七、第八、第四十六和第四十七条。

归属无关。原则上，国家必须为违背国际义务行为承担责任，而不论发生行为的行政或政府当局的层级如何。⁹⁷ 因此，本章中所列关于归属的规则是为了上述特定目的，而并非为了需要为国家或政府下定义的其他目的而拟定的。

(6) 为了确定责任而确定国家机关的组成要素时，最重要的因素是每一国家的国内法和实践。国家的组织和国家机关的功能通常不受国际法制约。每一国家应该自行决定政府的组织方式和政府所应该发挥的功能。虽然国家可以根据本国的法律与实践而自由决定本国政府的组织结构和功能，国际法却有明确不同的作用。例如，发挥政府职能和行使公权力的若干机构(例如警察)的行为归于国家，即使国内法认定这些机构是不受政府行政部门管理的自主机构，也不例外。⁹⁸ 国家机关逾越权限行事的行为也可依国际法归于国家，而不论依其国内法确定的该机关的地位如何。⁹⁹

(7) 本章目的是阐明为了确定国际责任而把行为归于国际法主体即国家的情况。因此，行为归于作为国际法主体而不是国内法主体的国家。在国内法中，通常将“国家”分为一系列不同的法律实体。例如，部委、司局、各种各样的单位，国家职司委员会或自治机关可能依国内法具有单独的法律人格，职有专司，各自负责。但是，国际法不允许一国以内部分权方式逃避其国际责任。国家作为一个国际法主体，应该为形成组织，以该组织名义行事的所有机关、部门和官员的行为负责，无论它们是否依国内法具有单独的法律人格。

(8) 第二章由 8 项条文组成。第 4 条规定把国家机关的行为归于国家的基本规则。第 5 条处理受权行使一国政府权力的实体的行为。第 6 条处理甲国一机关交乙国支配，并受权行使乙国政府权力的特殊情况。第 7 条明文规定受权行使政府权力的机关或实体的行为应归于国家，即使这些行为是在有关机关或人员的权力范围以外或在违反

指示的情况下进行的，也应归于国家。第 8 至第 11 条接着处理了另外一些情况，即不是国家机关或实体的行为但依国际法应归于国家的行为。第 8 条处理按照一国家机关的指示或在其指挥或控制下实施的行为。第 9 条处理在没有正式当局存在的情况下实施的若干涉及政府权力要素的行为。第 10 条载述在界定情况下为叛乱运动的行为承担责任的特殊情况。第 11 条处理按照前述某一条文的规定不归于国家、但国家明确地或通过行为作为自己的行为予以采取的行为。

(9) 这些规则是累积的，但也是限定的。若没有明确的承诺或保证(可能是特别法¹⁰⁰)，则在本章未述及的情况下，一国不对人员或实体的行为负责。伊朗—美国索赔法庭已经申明，“为了把某一行为归于国家，必须合理无疑确定行为者及其与该国的联系”。¹⁰¹ 这已经遵循了第 2 条的规定。

第 4 条 国家机关的行为

1. 任何国家机关，不论行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性，其行为应视为国际法所指的国家行为。

2. 机关包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或团体。

评注

(1) 第 4 条第 1 款载述国际法中确定国家责任的第一归属原则——国家机关的行为归于国家。提到“国家机关”包括组成国家组织并以国家名义行事的所有个体或集体实体。它包括国家内部立足于与该国中央政府机关同样基础上的领土政府实体：最后一句明确了这一点。

(2) 个人或不具备国家机关地位的实体的若干行为在国际法中可归于国家，本章后面的条文处理

⁹⁷ 就联邦国家而言，这一点在拉格朗案(见上文脚注 91)中得到强调。当然这种情况的发生不限于联邦国家的情况。另外见第 5 条及其评注。

⁹⁸ 见第 4 条评注第(11)段；另见第 5 条和评注。

⁹⁹ 见第 7 条和评注。

¹⁰⁰ 见第 55 条和评注。

¹⁰¹ 肯尼斯·耶格尔诉伊朗伊斯兰共和国案，《伊朗美国索赔法庭报告书》，第 17 卷，第 92 页，详见第 101-102 页(1987 年)。

了这些情况。但这项规则却是个出发点。它界定了归属的核心情况，并且是处理其他情况的出发点。例如，根据第 8 条，由国家授权、因而可归于国家的行为，必须曾经直接或间接地得到一国家机关的授权。

(3) 国家为以其名义行事的国家机关的行为负责，这种做法很久以来一直在国际司法判决中得到确认。例如在摩西案(1871 年)中，墨西哥—美国混合索赔委员会公断人利伯在裁决中指出：

“管理当局的官员或人员在此种程度上代表政府，在国际层面上，政府就是所有官员和当权人员的总称”。¹⁰² 从那时以来，有过关于这项原则的许多表述。¹⁰³

(4) 各国政府向 1930 年海牙会议筹备委员会提出的答复¹⁰⁴ 一致认为：国家机关的行为或不行为必须归于国家。该会议第三委员会一读一致通过第 1 条，该条规定一国因“其任何机关未能履行国家的国际义务”，应承担国际责任。¹⁰⁵

(5) 国家统一原则必须是：为了确定国际责任，应该将所有国家机关的行为或不行为视为国家的行为或不行为。显然，没有特别指定任何类别的机关为国际不法行为的行为者，事实上，国家的任何机关都可能是此类行为的行为者。由于国际义务具有多样性，要对能够实行国际不法行为与不能够实行国际不法行为的机关进行一般性区分，是办不到的。这一点体现在第 4 条第 1 款的结束语中，它明确地体现了这个事项上的国际法规则。

¹⁰² 穆尔，《历史与摘要》，第三卷，第 3127 页，详见第 3129 页(1871 年)。

¹⁰³ 例如见意大利侨民索赔案(上文脚注 41)；萨尔瓦多商业公司案，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷(出售品编号：66.V.3)，第 455 页，详见第 477 页(1902 年)；芬兰船东案(大不列颠/芬兰)，同上，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第 1479 页，详见第 1501 页(1934 年)。

¹⁰⁴ 国际联盟，国际法编纂会议，《讨论基础》(见上文脚注 88)，第 25、第 41 和第 52 页；《第三卷补编：各国政府对问题单提出的答复；加拿大和美利坚合众国的答复》(C.75(a)M.69(a).1929.V 号文件)，第 2-3 页和第 6 页。

¹⁰⁵ 转载于《1956 年……年鉴》[英]，第二卷，第 225 页，A/CN.4/96 号文件，附件 3。

(6) 因此，第 4 条中的“国家机关”一语的用意是指最普遍的含义。它不限于中央政府的机关、高级官员或负责国家外交事务的人员。它扩大适用于任何种类或任何类别的、在等级结构的任何级别上履行任何职能的政府机关，包括省级机关、甚至地方一级的机关。没有为了确定国际责任而区分立法、行政或司法机关。因此，在萨尔瓦多商业公司案中，法庭指出：

一国应为其政府官员以官员名义行事的行为负责，无论该官员属于该国政府的立法、行政还是司法部门。¹⁰⁶

国际法院也明确确认了这项规则。在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案中，国际法院指出：

根据明确的国际法规则，必须将一国任何机关的行为视为该国的行为。这项规则……具有习惯特点。¹⁰⁷

在该案中，法院主要关心国家法院的裁决，但是同项原则适用于立法和行政部门的行为。¹⁰⁸ 常设国际法院在德国在波兰上西里西亚的某些利益案(案情)中指出：

从国际法和作为国际法机构的法院的立场看来，国内

¹⁰⁶ 见萨尔瓦多商业公司案(上文脚注 103)。另见查廷案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第 282 页，详见第 285-286 页(1927 年)；《和约》第 79 条解释争端案，同上，第十三卷(出售品编号：64.V.3)，第 389 页，详见第 438 页(1955 年)。

¹⁰⁷ 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案(见上文脚注 56)，第 87 页，第 62 段，其中提到国家责任条款草案中目前体现在第 4 条的原第 6 条。

¹⁰⁸ 关于立法行为，例如见波兰境内的德裔定居者案(上文脚注 65)，详见第 35-36 页；波兰国民待遇案(上文脚注 75)，详见第 24-25 页；摩洛哥磷酸盐案(上文脚注 34)，详见第 25-26 页；摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案，判决，《1952 年国际法院汇编》，第 176 页，详见第 193-194 页。关于行政行为，例如见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 36)；西西里电子公司案(上文脚注 85)。关于司法行为，例如见“荷花号”案(上文脚注 76)；但泽法院管辖权案(上文脚注 82)；安巴蒂耶洛斯案，案情，判决，《1953 年国际法院汇编》，第 10 页，详见第 21-22 页。在某些案件中，有关行为可能同时涉及行政行为和司法行为；例如见 1902 年《公约》的适用案(上文脚注 83)，详见第 65 页。

法……以与法律裁决或行政管理措施同样的方式表示国家意愿，构成国家的活动。¹⁰⁹

因此，第 4 条适用于各机关，无论它们行使的是“立法、行政、司法或任何其他职能”。这一措辞考虑到这样的事实：三权分立原则并没有得到一致遵循，许多机关行使的政府权力兼具立法、行政或司法性质。而且，这个措辞是个延伸而不是限制的措辞，“或任何其他职能”等语明确了这一点。¹¹⁰ 对归属而言，将某一国家机关的行为归类为“商业”行为或“事务权行为”，都不相干。当然，一国违犯合同的行为本身不一定违反国际法的行为。¹¹¹ 在国际法上，有另一些必要事项与此有关，例如该国法院在其他缔约方提出的诉讼中拒绝司法。但就第 4 条的目的来说，一国家机关的缔约或违约却是该国的行为，¹¹² 在若干情形下，这种行为可能等于国际不法行为。¹¹³

(7) 在原则层次上，并不区分“上级”和“下属”官员，只要他们是以官员名义行事。这一点明文载于第 4 条中的“无论在国家组织中的地位如何”。无疑，低级官员的活动范围受到较大限制；可能无法做出最后决定。但是，为了第 4 条的目的，他们以官员名义实施的行为却可以归于

¹⁰⁹ 德国在波兰上西里西亚的某些利益案，案情，1926 年第 7 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 7 号，详见第 19 页。

¹¹⁰ 这些职能可能包括对私营部门给予行政指导。这种指导是否涉及违反国际义务行为可能是一个问题，但是，作为“指导”行为，它明显地归于国家。例如见关贸总协定，《日本—半导体贸易》，1988 年 3 月 24 日的小组报告，第 110-111 段；世贸组织，《日本—影响消费者照相胶片和照相纸的措施》，小组报告(T/DS44/R)，第 10.12-10.16 段。

¹¹¹ 见第 3 条和评注。

¹¹² 例如见欧洲人权法院对瑞典机车司机工会案的裁决，《欧洲人权法院汇编》，A 辑，第 20 号(1976 年)，第 14 页，以及对施密特和达尔斯特伦诉瑞典案的判决，同上，A 辑，第 21 号(1976 年)，第 15 页。

¹¹³ 第六委员会中凡是对与这个问题有关的特定问题提出答复的委员都确认，是否将国家机关的行为分类为统治权行为或事务权行为，都不相干(见《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 35 段)。

国家。二战以后的一些混合委员会往往必须考虑到故产管理员、市长和警官等国家次要机关的行为，并且一贯地将这些人的行为归于该国。¹¹⁴

(8) 同理，第 4 条中的原则也同样适用于中央政府机关和区域或地方机关。这项原则很久以来已经得到确认。例如，法国—意大利调解委员会在吉斯公爵继承人案中指出：

为了在本案中达成裁决的目的，1947 年 8 月 29 日法令不是由意大利国、而是由西西里区域颁布的事实是无关紧要的。因为意大利国必须负责履行《和平条约》，甚至要负责西西里，尽管西西里在内部关系中根据意大利共和国公法获得了自治。¹¹⁵

这项原则在 1930 年海牙会议筹备工作中得到强烈的支持。会议明确询问各国政府的意见：国家是否应该为“行使政府职能的(市镇、州省等)立法或行政机关的行为或不行为负责”。各国的答复一律认为应该。¹¹⁶

(9) 为此，有关领土单位是联邦的一个组成部分或一个特定自治区无关紧要，该国国内法是否授权联邦议会强迫该组成单位奉行该国的国际义务，也与此无关。“蒙蒂霍”案的裁决是这方面

¹¹⁴ 例如见居里案，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷(出售品编号：65.V.4)，第 21 页(1954 年)，详见第 24 页(1954 年)；《和约》第 79 条解释争端案(上文脚注 106)，详见第 431-432 页；莫塞案，《国际仲裁裁决汇编》，第十三卷(出售品编号：64.V.3)，第 486 页，详见第 492-493 页(1953 年)。更早的裁决，见罗珀案，同上，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第 145 页(1927 年)；马西案，同上，第 155 页(1927 年)；韦案，同上，第 391 页，详见第 400 页(1928 年)；鲍德温案，同上，第六卷(出售品编号：1955.V.3)，第 328 页(1933 年)。参见西西里电子公司案(见上文脚注 85)中关于巴勒莫市长征用工厂的审议情况，例如第 50 页，第 70 段。

¹¹⁵ 《国际仲裁裁决汇编》，第十三卷(出售品编号：64.V.3)，第 150 页(1951 年)，详见第 161 页(1951 年)。较早的裁决见菲埃里·多米尼克公司案，同上，第十卷(出售品编号：60.V.4)，第 139 页，详见第 156 页(1905 年)。

¹¹⁶ 国际联盟，国际法编纂会议，《讨论基础》(见上文脚注 104)，第 90 页；《第三卷补编》(同上)，第 3 和第 18 页。

一系列一致裁决的起点。¹¹⁷ 法国—墨西哥索赔委员会在佩拉案中重申“……联邦必须为各州引起外国索赔的一切行为承担国际责任的原则”，并且特别指出这种国际责任“……不容否认，即使联邦宪法不认为中央政府有权控制各州或要求各州在行事时遵守国际法规则，也是这样”。¹¹⁸ 从此以后，这项规则一贯适用。例如，国际法院在拉格朗案中就此指出：

鉴于一国的国际责任由在该国行事的主管机关和当局的任何行为招致，而不管它们是什么机构；鉴于美国应该采取可以利用的一切措施确保沃尔特·拉格朗在上述诉讼最后判决以前不致被处死；鉴于，根据法院获得的资料，本院命令中所指措施的执行属于亚利桑那州州长的管辖权范围；鉴于美国政府因此有义务将本院命令转交该州长；鉴于亚利桑那州长有义务遵照美国的国际承诺行事。¹¹⁹

(10) 采取这种观点的理由由于下列事实而得到加强：联邦国家在结构和权力分配方面差异很大；在大多数情况下，各组成单位没有属于他们自己的(无论如何有限的)单独国际法律人格，也没有任何缔约权力。在联邦的各组成单位能够以自己的名义缔结国际协定的情况下，¹²⁰ 另一缔约方很可能同意如果对方违约，只诉究该组成单位。在这种情况下，这个事项将不涉及联邦的责任，因而不属于本条款的范围。另一种可能情况是：联邦依条约所承担的责任可能由该条约中的联邦条款

加以限制。¹²¹ 这显然是一般规则的一种例外情况，只适用于缔约国之间的关系和该条约所涉及的事项。它具有特别法原则所赋予的效力：见第55条。

(11) 第2款解释国内法在确定某一国家机关的地位方面的恰当性。如果一国的法律把一实体定性为机关，那就没有困难。另一方面，只提到以国内法确定国家机关的地位是不够的。在若干法系中，各种实体的地位和职能不仅是由法律而且也是由实践惯例决定的，仅仅提及国内法可能引起误导作用。此外，一国国内法可能无法详尽无遗地确定或根本无法确定哪些实体具有“机关”的地位。在这种情形下，虽然据国内法规定某一实体的权力及其与其他实体的关系将与它被归类为“机关”有关，但是，国内法本身并不做分类工作。即使如此，国内法中所使用的“机关”一语也可能具有特殊的含义，但不是第5条中所指的范围极为广泛的含义。例如，在某些法系中，“政府”一词仅指国家元首和内阁部委等最高级的机关。在另一些法系中，警察部门具有不受行政部门辖制的特殊地位；不能因此便认为，为了国际法的目的，警察部门不是国家机关。¹²² 因此，一国仅仅依国内法声称某一的确以国家机关名义行事的实体不具有机关的地位，并无法免除该国对其行为的责任。第4条第2款中以“包括”一词实现这个结果。

(12) 在第4条第2款以及第5条和第7条使用了“个人或实体”。这是为了从广义上包括任何自然人或法人，其中包括担任公职的个人、部门、专门委员会或行使公权力的其他机关等等。1991年通过的国家及其财产的管辖豁免条款草案也按照同样的含义使用了“实体”这一术语。¹²³

¹¹⁷ 见穆尔，《历史与摘要》，第二卷，第1440页，详见第1440页(1874年)。另见德布里索等案，穆尔，《历史与摘要》，第三卷，第2967页，详见第2970-2971页(1855年)；皮埃里·多米尼克公司案(上文脚注115)，详见第156-157页；戴维案，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷(出售品编号：59.V.5)，第467页，详见第468页(1903年)；简斯案(上文脚注94)；斯温尼案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第101页(1925年)；昆塔尼拉案，同上，第101页，详见第103页(1925年)；尤曼斯案，同上，第110页，详见第116页(1925年)；马连案，同上，第173页，详见第177页(1927年)；维纳布勒案，同上，第218页，详见第230页(1925年)；特里波列案，同上，第598页，详见第601页(1925年)。

¹¹⁸ 《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第534页，详见第536页(1929年)。

¹¹⁹ 拉格朗案，临时措施(见上文脚注91)。另见拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001年国际法院汇编》，第466页，详见第495页，第81段。

¹²⁰ 例如见1999年4月18日《瑞士联邦宪法》第56条第3款和第172条第3款。

¹²¹ 例如见《保护世界文化和自然遗产公约》第34条。

¹²² 例如见科学派教会案，德国联邦宪政法院，1978年9月26日的判决，案号：VI ZR 267/76，《新法学周刊》，第21期(1979年5月)，第1101页；《国际法报告》，第65卷，第193页；普罗彭德金融物业有限公司诉辛格案(1997年)，英格兰上诉法院，《国际法报告》，第111卷，第611页(1997年)。这些是国家豁免案件，但是，同样的原则也适用于国家责任领域。

¹²³ 见《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第14-18页。

(13) 虽然第 4 条中所载述的原则明确无疑,但在适用上也可能发生困难。特别困难的是如何确定某个国家机关的人是否以国家机关的名义行事。为了这个目的,该人是否有隐蔽的或不适当的动机或者可能滥用政府权力,并不相干。在该人以明确的官方名义或以当局作为幌子行事时,其行为应归于国家。国际仲裁裁决中历来明确区分未经授权的国家机关行为与纯属私人的行为。例如,美国—墨西哥一般索赔委员会对马连案的裁决(1927 年)考虑到:一、以私人名义行事的某一官员的行为;二、同一官员以官方名义滥用权力的另一行为。¹²⁴ 后一行为归于国家,前一行为并不是。法国—墨西哥索赔委员会在凯尔案中只在“与官方职能无关、实际上只是私人行为”的情况下,才免除国家的责任。¹²⁵ 纯属私人行为的情况不应该与超越其权限行事或违反其作业规则的国家机关行为混淆起来。在后一情况下,该机关却是以国家名义行事的:第 7 条中确认了这项原则。¹²⁶ 当然,在进行这种检验标准时,每一案件的审理都必须以其事实和情况为依据。

第 5 条 行使政府权力要素的个人或实体的行为

虽非第 4 条所指的国家机关但经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体,其行为依国际法应视为该国的行为,但以该个人或实体在特定情况下以此种资格行事者为限。

评注

(1) 第 5 条处理把不是第 4 条所指国家机关但受权行使政府权力的机构的行为归于国家的情况。该条的用意是为了考虑到日益常见的准国家实体代替国家机关行使政府权力要素的现象,也考虑

¹²⁴ 马连案(上文脚注 117), 详见第 175 页。

¹²⁵ 《国际仲裁裁决汇编》, 第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第 516 页, 详见第 531 页(1929 年)。另见本斯利案, 载于穆尔, 《历史与摘要》, 第三卷, 第 3018 页(1850 年)(“在没有任何官方程序色彩和与其正式职责没有任何联系的情形下肆意践踏……”)。卡斯特莱恩案, 同上, 第 2999 页(1880 年)。又见第 7 条和评注。

¹²⁶ 见第 7 条评注第(7)段。

到以前的国营公司私有化以后仍保有若干政府职能或管理职能的情况。

(2) “实体”这一普通用语反映了各种各样的实体虽然不是机关却可以依法由国家法律授权行使政府权力要素的情况。这些实体可能包括国营公司、准公共实体、政府的各种代理、特殊情况下甚至包括私营公司,只要在每一情况下,国家依法授权该实体行使通常由国家机关行使的公共性质的职能,而且实体的行为也涉及有关政府权力的行使。例如,某些国家的私营保卫公司可能根据合同担任监狱的警卫,可以以那种名义根据司法判决或监狱规章行使拘留和纪律等公权力。私营或国营的航空公司可能已授权行使有关移民管制或检疫的若干权力。在伊朗—美国索赔法庭审理的一起案件中,有一个国家设立的自治基金会在政府密切监督下拥有用于慈善事业的财产;它的权力包括查明查封的财产。据认为,它是一个国营实体而不是私营实体,因此归该法庭的管辖;关于该基金会对据称被没收的财产的管理,无论如何,应该属于第 5 条的适用范围。¹²⁷

(3) 一实体可根据特定法系的标准归类为国营或私营实体的事实,国家对其资金、或扩而大之,对其资产所有权程度不同的参与的存在,以及它不受行政部门监督的事实——这些都不是把实体的行为归于国家的决定性标准。反之,第 5 条提到这些实体的真正共同特性:它们都在一定程度上或特定的情况中受权行使特定的政府权力要素。

(4) 准国家实体或许是相对说来比较现代的现象,但是第 5 条中所体现的原则已经被确认相当一段时间了。例如,1930 年海牙会议筹备委员会指明,某些国家政府强烈支持将代替政府行使行政或立法权力的自治团体的行为归于国家。例如德国政府宣称:

当一些团体受权以政府机关的名义行事,例如维持一个地区的治安……国家应为其机关承担责任的原则以同等的效力适用。从国际法的角度来看,一国是否以自己的警察维持一个地区的治安还是在不同程度上委托一些自治团体行

¹²⁷ 凯悦国际公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案,《伊朗美国索赔报告书》,第 9 卷,第 72 页,详见第 88-94 页(1985 年)。

使这一职责，是无关紧要的。¹²⁸

据此，筹备委员会拟订了下列讨论基础，虽然该会议第三委员会无法在会期内对其加以审查：

一国由此种……自治机构行使立法或行政性质的政府职能时，若这些机构的行为或不行为违反该国的国际义务，应对外国人因此受到的损害负责。¹²⁹

(5) 依国际法把“准国家”实体的行为归于国家的理由是基于这样的事实：国家的国内法授权该实体行使某些政府权力要素。如果为了确定国际责任的目的，把它视为国家的行为，此种实体的行为就必须涉及政府的活动，而不是该实体所从事的其他私人活动或商业活动。例如，铁路公司获得了若干警察权力，如果它行使警察权力，依国际法将视为国家的行为，如果从事其他活动(例如售票或购置车皮)，就不能视为国家的行为。

(6) 第 5 条并不是要为了把一实体的行为归于国家而确切界定“政府权力”的范围。如果超越一定的范围，算不算“政府的”就取决于特定社会、其历史和传统的情况。特别重要的是，不仅仅是权力的内容，还要看对该实体的授权方式、行使那些权力的目的、该实体必须为行使那些权力向政府负责的程度。这些基本上都是将一般标准适用于各种情况的问题。

(7) 第 5 条的措辞明确限定为依国内法授权行使政府权力的那些实体。这一点与第 8 条所指一实体在国家的指挥或控制下行事的情况不同，也有别于适用第 9 条所说在国家机关人员不存在或缺席但需要行使政府权力的情况下实体或群体夺取权力的情况。为了第 5 条的目的，也适用于一实体在权力的行使上需要有独立的裁量权或行事权的情况；没有必要证明该行为实际上是在国家的控制下进行的。另一方面，第 5 条不拟适用于国

¹²⁸ 国际联盟，国际法编纂会议，《讨论基础》(见上文脚注 88)，第 90 页。德国政府指出：这些评述可扩大适用于这种情况，即“国家，作为一种例外措施，授权私人组织行使政府权力和职责或核准它们行使主权权利的情况，例如私营铁路公司获准保持警察力量”，同上。

¹²⁹ 同上，第 92 页。

内法只是授权或允许自助或自卫式的行为，即该国普遍授权或核准公民或居民的行为。有关国内法必须明确批准这种需要行使政府权力的行为；仅仅作为社区事务一般规章的一部分允许进行活动是不够的。因此，这是一个范围狭窄的类别。

第 6 条 一国交另一国支配的机关的行为

一国交另一国支配的机关，若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。

评注

(1) 第 6 条涉及有限度而明确的情况，一国的机关实际上交另一国支配，以便该机关可以暂时为了另一国的利益，在另一国的管理下行事。在这种情况下，本是一国的机关，完全以另一国的名义行事，其行为只归于该另一国。

(2) 第 6 条中“交……支配”一语阐明为了将依国际法使该机关的行为视为接受国的行为而不是派遣国的行为所必须满足的基本条件。“交”接受国“支配”的机关是一个专门概念，意味着该机关是经接受国同意、在接受国的支配下、为接受国的目的而行事。不仅必须委任该机关行使与支配国有关的职能，而且在履行接受国委托行使的职能时，该机关也必须与接受国的机关一道行事，只听接受国的指控和控制，不受派遣国的指示。因此，第 6 条不涉及依照条约或以其他方式进行国家间合作或协作的普通情况。¹³⁰

(3) 可以列入“交”另一国“支配”的一国家机关这个限定概念范围内的示例，可能包括交另一国指挥以协助防治瘟疫或自然灾害的保健部门的一部分或某个其他单位，或在特定情况下指派到另一国司法机关任职的法官。另一方面，一国机关只是在另一国境内向其提供援助或协助的情况

¹³⁰ 因此，意大利根据与阿尔巴尼亚的协定在海上控制非法移民的行为，不可归于阿尔巴尼亚：扎瓦拉等诉意大利和阿尔巴尼亚案，请诉书编号：39473-98，欧洲人权法院，2001年1月11日的判决。反之，土耳其在欧共体—土耳其关税联盟背景下采取的行为仍归于土耳其：见世贸组织，专家组报告，《土耳其对纺织品和服装制品进口所施加的限制》，WT/DS34/R，1999年5月31日，第9.33-9.44段。

不在第 6 条范围之内。例如，为了行使集体自卫权利或为了其他目的，可能派遣武装部队支援另一国。该部队仍由派遣国指挥，所行使的是派遣国而不是接受国的政府权力要素。也可能发生这样的情况：一国的机关按照本国和另一国的共同指示行事，或者可能有一个实体为若干国家的共同机关的情况。在这些情况下，按照本章另一些条文的规定，有关行为归于两国。¹³¹

(4) 因此，对第 6 条而言，关键是在有关机关与接受国政府结构或当局之间建立一种职能联系。

“交”另一国“支配”的机关这一概念，排除了为派送国的目的或甚至为共同的目的派往另一国家而又保持其自主性和地位的国家机关的情况：例如，文化使团、外交或领事使团、外国救灾或援助组织。下列情况也不属于第 6 条的范围：在不征得“受惠”国家的同意下代行其职能，例如，处于未独立状况、领土被占领或类似情况地位的国家，被迫允许自己的机关的行为或多或少被另一国弃置不顾或取代。¹³²

(5) 若要适用第 6 条，还必须满足另外两项标准。第一，所指机关必须拥有派遣国机关的地位；第二，其行为必须包含行使接受国政府权力的要素。这两项条件中的第一项将不具备派遣国机关地位的私人实体或个人排除在第 6 条范围之外。例如，在技术援助方案下交一国支配的专家或顾问，不具备派遣国机关的地位。第二项条件是一国交另一国支配的机关必须“行使”接受国“政府权力要素”。只有在借用机关需要行使接受国的政府权力的情况下，才有可归于该接受国的行为。与国家在例如共同防御、援助和发展领域合作行动的实例数量相比，第 6 条只涵盖具体而有限的“转移责任”概念。然而，在国家实践中情况并非不可知。

(6) 在谢弗罗案中，一位英国驻波斯领事，暂时交法国领馆负责，他丢失了托付给他的某些文件。对于法国提出的诉讼，仲裁人比奇曼判裁“英国政府不能为其领事以另一国领馆所管之人

的身份造成的疏忽负责。”¹³³ 仲裁人在裁定中暗示，英国领事代行职责的商定条件中未载有对其行为负责的规定。如果第三国就此提出诉讼，按照第 6 条真正应诉者应是这一行为实施所代表的国家。

(7) 欧洲人权委员会在涉及瑞士警察在列支敦士登行使“委托”权力的两起案例中审议了类似问题。¹³⁴ 当时列支敦士登并非《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)的缔约方，因此如果有关行为只归于列支敦士登，则不可能发生违反该公约的行为。欧洲人权委员会裁断，此案可以受理，依据是根据瑞士和列支敦士登 1923 年处理两国关系的条约，瑞士在列支敦士登行使其本身的海关和移民管辖权，但需征得后者的同意和出于共同利益。涉案警察只受瑞士法律管辖，因此，被视为行使瑞士公共当局的权力。从这个意义上说，他们并非“交”接受国“支配”。¹³⁵

(8) 适用第 6 条的另一个长期存在的实例是联合王国枢密院司法委员会，它担任英联邦中若干独立国家的最终上诉法院。枢密院对英联邦独立国家上诉作出的裁决归该国而不归联合王国。根据条约安排行事的某些最高上诉法院发挥着与枢密院平行的作用。¹³⁶ 一国法官在一段期间内借调给另一国的示例很多：他们以接受国法官身份作出的裁决不能归于派遣国，即便派遣国继续支付他们的薪金。

¹³³ 《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 1113 页，详见第 1141 页(1931 年)。

¹³⁴ X 和 Y 诉瑞士案，请诉书编号：7289/75 和 7349/76，1977 年 7 月 14 日的裁决；欧洲委员会，欧洲人权委员会，《决定和报告》，第 9 卷，第 57 页；《欧洲人权公约年鉴》，1977 年，第 20 卷(1978 年)，第 372 页，详见第 402-406 页。

¹³⁵ 另见德罗兹德和雅努塞克诉法国和西班牙案，《欧洲人权法院汇编》，A 辑，第 240 号(1992 年)，第 96 和第 110 段。另见主计长兼审计长诉戴维森案(新西兰上诉法院)，《国际法报告》，第 104 卷(1996 年)，第 526 页，详见第 536-537 页(库克)，第 574-576 页(里查森)。以其他理由向枢密院提出的上诉被驳回，见布兰尼根诉戴维森案，同上，第 108 卷，第 622 页。

¹³⁶ 例如关于瑙鲁最高法院向澳大利亚最高法院提出上诉的协定(1976 年 9 月 6 日，瑙鲁)(联合国，《条约汇编》，第 1216 卷，第 19617 号，第 151 页)。

¹³¹ 另见第 47 条和评注。

¹³² 一国承担指挥、控制和胁迫另一国实施国际不法行为的责任，见第 17 和第 18 条及评注。

(9) 在国际组织将其一机构交由一国支配并行使该国政府权力要素的情况下，也可能发生同样的问题。与第 6 条目前限制的国与国之间的示例相比，这种情况，更加属于例外情况。它还引起了国家与国际组织之间关系这类难题，这类问题不属于本条款的范围。因此，第 57 条将所有关于国际组织或一国对某一国际组织行为的责任的问题都排除在本条款范围之外。同样，第 6 条不涉及诸如一国根据条约将被告人转交一国际机构的情况。¹³⁷ 在此情况下，有关国家与国际机构合作，并不对国际机构随后的行为承担责任。

第 7 条 逾越权限或违背指示

国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。

评注

(1) 第 7 条涉及的是国家机关或实体未经授权的行为或越权行为这一重要问题。它清楚地表明，国家机关或授权行使政府权利要素的实体以官方身份行事，即使逾越权限或违背指示行事，其行为仍归于国家。

(2) 国家不能以下述概念为遁词，即按照其国内法或下达给其机关或代理人的指示，他们的行为或不行为本不应发生，或应采取不同的形式。即使所涉机关或实体以官方地位为掩护公开实施不法行为或明显逾越其权限，情况仍然如此。即便该国的其他机关宣称该行为与其无关，亦是如此。¹³⁸ 任何其他规则都会违背第 3 条所陈述的基本原则，因为不然的话国家就可以引用其国内法为这一行为辩解，称该行为实际上由其机关实施，不能归于国家。

(3) 这项规则逐渐演变以回应国际关系中的清晰

和安全需要。尽管早期外交实践和仲裁法庭措辞含混，¹³⁹ 国家实践倾向于支持英国政府为答复意大利的请求而表明的主张，即“所有政府均应对其代理人以其官方身份实施的行为负责”。¹⁴⁰ 西班牙政府已指出：“如果不是这样，最后就有可能授权滥用权力，因为在大多数情况下无实际办法证明代理人是否按照收到的批示行事”。¹⁴¹ 此时美国支持的“国际法规则是主权国家在外交程序上对代理人不仅逾越实际授权而且逾越表见授权的渎职行为而给一外国人造成的损害不承担责任”。¹⁴² 或许不同措辞具有基本相同的效果，因为不属于实际和表见授权范围内的行为不可能“以……官方身份做出”。无论怎样说，至 1930 年海牙会议时，对筹委会提出的征求意见请求作出反应的大多数国家明显赞成以最广义方式拟订这项规则，规定“在国家境内以公职身份(职能行为)但逾越其授权的行为”归于国家。¹⁴³ 委员会编写的《讨论基础》反应了这一观点。会议第三委员会一读通过了以下一条：

如果由于一国官员以其官方职能为掩护而作出的未授权行

¹³⁹ 在早期的一些案例中，国家需对官员的行为负国际责任，但没有明确官员是否逾越授权：例如见下述案件：“独生子”案，穆尔，《历史与摘要》，第四卷，第 3404-3405 页；“威廉·李”案，同上，第 3405 页；多诺霍案，同上，第三卷，第 3012 页。法庭虽然对这个问题作出了明确的审查，但并未一贯地适用任何单一原则：例如见刘易斯案，同上，第 3019 页；加迪诺案，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷(出售品编号：66.V.3)，第 414 页(1901 年)；“拉卡泽”案，Lapradelle-Politis，第二卷，第 290 页，详见第 297-298 页；“威廉·耶顿”案，穆尔，《历史与摘要》，第三卷，第 2944 页，详见第 2946 页。

¹⁴⁰ 关于英国政府和西班牙政府应意大利请求针对与秘鲁的争端于 1898 年发表的意见，见《意大利外交部档案》，政治篇，P，第 43 号。

¹⁴¹ 阿尔莫多瓦尔·德里奥公爵的普通照会，1898 年 7 月 4 日，同上。

¹⁴² “美国圣经协会”事件，美国国务卿的声明，1885 年 8 月 17 日，穆尔，《文摘》，第四卷，第 743 页；“夏国和米利根”案，G. H. Hackworth，《国际法文摘》(哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1943 年)，第五卷，第 575 页；“米勒”案，同上，第 570-571 页。

¹⁴³ 国际联盟，国际法编纂会议，《讨论基础》……(见上文脚注 88)，第五点，第 2(b)项，第 74 页；《第三卷补编》……(见上文脚注 104)，第 3 和第 17 页。

¹³⁷ 例如见《国际刑事法院罗马规约》第 89 条。

¹³⁸ 例如见“斯塔尔和赫勒尔德”纠纷，穆尔，《文摘》，第六卷，第 775 页。

为使一外国人蒙受损失，如果这一行为违背该国的国际法义务，则引起……该国的国际责任。¹⁴⁴

(4) 在国际判例、国家实践和法学家们的著作均已牢固地树立起了这个意义上的当代规则。¹⁴⁵ 例如，这一点得到《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第一号议定书)第91条规定的肯定：“……冲突一方，……应对组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责”。这显然包含违反命令或指示从事的行为。评注指出，第91条以协商一致获得通过并“符合关于国际责任的一般法律原则”。¹⁴⁶

(5) 这一现代规则的明确表述见于凯尔案。该案涉及两名墨西哥军官谋杀一名法国人，两人勒索赎金未果，将凯尔押进当地的兵营并将他枪杀。委员会判裁：

这两名军官，即便被认为是逾越职权行事……即便其上司撤销了命令，仍然招致了国家的责任，因为他们以军官身份为掩护行事并且利用了由于其身份而供其支配的手段。¹⁴⁷

(6) 国际人权法院和法庭也适用了同一规则。例

¹⁴⁴ 国际联盟，国际法编纂会议，《讨论基础》，C.351(c)M.145(c).1930.V号文件(见上文脚注88)，第237页。对这一现代规则演变情况的详细介绍，见《1975年……年鉴》[英]，第二卷，第61-70页。

¹⁴⁵ 例如，特别报告员加西亚·阿马多尔的1961年订正草案规定，“如果有关国家机关或官员逾越权限但又意在以其官方身份行事，其行为或不行为均应归于国家”(《1961年……年鉴》[英]，第二卷，第53页)。

¹⁴⁶ 红十字委员会，《对1949年8月12日日内瓦四公约的1977年6月8日附加议定书的评论》(日内瓦，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1987年)，第1053-1054页。

¹⁴⁷ 凯尔案(见上文脚注125)。对这项规则的其他表述，见马尔案，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷(出售品编号：60.V.4)，详见第732-733页(1903年)；拉马西卡案，同上，第十一卷(出售品编号：61.V.4)，详见第560页(1916年)；尤曼斯案(上文脚注117)；马连案，同上；史蒂芬斯案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第267-268页(1927年)；韦案(上文脚注114)，第400-401页。美国求偿法院对荷兰皇家劳埃德公司诉美国案的裁决，73 Ct.Cl.722(1931)(《国际公法案例年度文摘》(伦敦，巴特沃思出版社，1938年)，第6卷，第442页)也经常引述。

如美洲人权法院在贝拉斯克斯·罗德里格斯案中
说：

这一[违反《公约》的]结论不因机关或官员是否违反了国内法的规定或逾越了权限：根据国际法，一国对其代理人以官方身份采取的行为或不行为负责，即便这种代理人超越其权力范围或违反国内法行事亦是如此。¹⁴⁸

(7) 确定第7条对于官方机构未授权行为的适用性所要解决的核心问题是，该机构的行为是否以官方身份作出。官员尽管违法或违背指示却以官方身份行事的情况，必须与其行为与官方职责范围相去甚远，应与等同于个人私人行为而不能归于国家的情况加以区别。用伊朗—美国索赔法庭的话说，问题在于行为是否由“披着政府授权外衣的人所为。”¹⁴⁹

(8) 如申诉的行为属于有计划有步骤或反复出现的行为，即国家了解或应当了解并本应采取步骤加以防止的行为，则可避免对未经授权但仍属“官方”的行为与“私人”行为加以区别的问题。然而，在某些情况下仍需要对这两种情况加以区别，例如在审议身为官员的个人严重违法行为的个别案例。这一区分体现在第7条“[机关、个人或实体]若以此种资格行事”这一表述中。这表明所指行为仅包括意图行使或明显地在行使其官方职能的机关的行为和不行为，而非恰巧属于国家机关或代理人的个人的私人行为或不行为。¹⁵⁰ 总之，问题在于他们是否凭表见授权行事。

(9) 如所述，第7条只适用于国家机关或授权行

¹⁴⁸ 贝拉斯克斯·罗德里格斯案(见上文脚注63)；另见《国际法报告》，第95卷，第232页，详见第296页。

¹⁴⁹ 佩特罗莱恩石油公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，《伊朗美国索赔法庭报告书》，第27卷，第64页，详见第92页(1991年)。另见第4条评注第(13)段。

¹⁵⁰ 第7条所载述的越权行事行为的一种形式是一国官员为实行某些行为或达成某些交易而接受贿赂。本条款不涉及接着产生的交易效力相关问题(参见1969年《维也纳公约》第五十条)。就贪污腐败行为的责任而言，各种各样情况都会发生，无需在本条款中明确予以处理。在一国贿赂另一国有关机关实行某些官方行为的情况下，贪污腐败国应根据第8条或第17条承担责任。在这种情况下，很少发生受贿官员本国对贪污腐败国的责任问题，但可能发生其对第三方的责任问题，后者可根据第7条妥善加以解决。

使政府权力要素的实体的行为，即只是用于第 4、第 5 和第 6 条所涵盖的归属情况。由其他个人、群体或实体未经授权的行为引起不同的问题，第 8、第 9 和第 10 条分别处理了这些问题。

(10) 作为归属规则，第 7 条并不涉及行为是否等同于违反国际义务的问题。下达给一机关或实体的指示被置之不理，或其行为属于越权行为，这在确定是否违反义务时可能重要，但这是另外一个问题。¹⁵¹ 同样，第 7 条并不涉及因机关或代理人越权或违反指示所犯国际不法行为引起的索赔可否受理的问题。如果根据地方法律，出现未授权或无效行为，因而可采取当地救济，那就必须根据用尽当地救济的原则，在提出国际求偿之前，先诉诸地方救济。¹⁵²

第 8 条 受到国家指挥或控制的行为

如果一人或一群人实际上是在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一国的行为。

评注

(1) 作为一般原则，私人或私人实体的行为依国际法不归于国家。但是可能发生这样的情况：由于从事该行为的人或实体与国家之间存在着特定的实际关系，这种行为可归于国家。第 8 条处理了两种这样的情况。第一种是私人奉国家指示实施不法行为的情况。第二种是私人在国家的指挥或控制下行事的比较普通的情况。¹⁵³ 铭记国际法中的效力原则发挥的重要作用，在这两种情况下都必须考虑到行事的人或群体与国家机构之间存在着实际联系。

(2) 把实际上得到国家核准的行为归于国家的做

法在国际法学上得到了广泛接受。¹⁵⁴ 在此类案件中，涉及的人员是否私人是无紧要的；其行为是否涉及“政府的活动”也没有关系。最常见的这种情况是：国家机关为了辅助自己的行动而招聘或唆使私人或群体担任国家正式编制以外的“辅助人员”。例如，一些个人或私人团体虽然没有明确接受国家的委托，也没有纳入国家警察编制或武装部队，却受雇担任辅助人员，或当作“志愿人员”送到邻国工作，或奉命到国外执行特殊任务。

(3) 确定行为是否“受一国的指挥或控制”是比较复杂的问题。只有国家指挥或控制特定行动而且所诉行为是该项行动的一个完整组成部分，才把行为归于国家。这项原则不应用于只是与某一行动有关且不受国家指挥或控制的附带行为或外围行为。

(4) 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中，的确由国家加以控制的行为才可以归于国家，其控制程度是关键问题。问题在于：是否可以把反政府分子的行为归于美国，以便依国际人道主义法使美国一般地为其违法行为承担责任。法院根据“控制”概念分析了这个问题。另一方面，法院裁断，由于美国对尼加拉瓜行动军提供“计划、指挥和支助”，应为此担负责任。¹⁵⁵ 但是，法院拒绝了尼加拉瓜以反政府分子受到美国控制为由，把反政府分子的一切行为归于美国的要求。法院总结指出：

尽管美国为反政府分子提供了大量津贴和其他支助，却没有明确证据显示美国实际上在一切领域实行的控制大到可以认定反政府分子是以美国的名义行事的程度。

.....

在没有更确凿证据的情况下，仅仅上面提到的美国的一切参与形式、甚至美国对高度依赖它的一支军队的全面控

¹⁵¹ 见西里电子公司案(上文脚注 85)，特别详见第 52、第 62 和第 74 页。

¹⁵² 另见第 44 条(b)项及评注。

¹⁵³ 有人提出了不同问题：即一国在另一国的指挥或控制下从事国际不法行为问题：见第 17 条和评注，尤其是第(7)段中提到的“指挥”和“控制”在各种语文中的含义。

¹⁵⁴ 例如见扎菲罗案，《国际仲裁裁决汇编》，第六卷(出售品编号：1955.V.3)，第 160 页(1925 年)；斯蒂芬斯案，(上文脚注 147)，第 267 页；利哈伊谷地铁路公司等(美国)诉德国(故意破坏案)：“黑汤姆”事件和“金斯兰”事件，同上，第八卷(出售品编号：58.V.2)，第 84 页(1930 年)和第 458 页(1939 年)。

¹⁵⁵ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 36)，第 51 页，第 86 段。

制，并不意味着美国指挥或执行了申请国所指称的侵犯人权和违反人道主义法的犯罪行为。这种行为很可能是反政府分子在不受美国控制情况下犯下的。若要美国承担对这种行为的法律责任，从原则上说，就必须证明：美国在尼加拉瓜指称的侵犯人权事件过程中，对军事或准军事行动实行了有效控制。¹⁵⁶

因此，虽然美国必须为支助反政府分子担负责任，根据由实际参与和提供指挥的情况判断，只有在一些个别事例中，可以把反政府分子自己的行为归于美国。法院确认，仅凭反政府分子对美国的依赖和美国对反政府分子支助的一般情况，并不足以构成把行为归于美国的理由。

(5) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭也探讨了这些问题。在塔迪奇案中，该分庭强调：

国际法对把私人的行为归于国家的要求是：国家对个人实行了控制。但是，控制的程度可能根据每一案件的实际情况而各不相同。上诉分庭看不出为什么在每一情况下国际法对控制程度的检验要求高门槛。¹⁵⁷

该上诉分庭裁断，按照国际法的规定，为了将武装冲突视为国际冲突，南斯拉夫当局对上述军队的控制程度必须是“不仅限于资助和装备军队，还需参与军事行动的规划和监督的全面控制”。¹⁵⁸ 在推理过程中，他们绝大多数认为，必需否定国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中所采取的方式。但是塔迪奇案中的法律问题和实际情况与国际法院审理的此案不同。法庭的职责是究明个人的刑事责任问题而不是国家的责任问题，该案中的问题不涉及责任而涉及国际人道主义法的适用规则。¹⁵⁹ 总之，需

¹⁵⁶ 同上，第 62 和第 64-65 页，第 109 和第 115 段。另见阿戈法官的同意意见，同上，第 189 页，第 17 段。

¹⁵⁷ 检察官诉杜什科·塔迪奇案，前南斯拉夫问题国际法庭，第 IT-94-1-A(1999) 号案，《国际法律资料》，第 38 卷，第 6 号(1999 年 11 月)，第 1518 页，详见第 1541 页，第 117 段。审判分庭的判决(IT-94-1-T(1997) 号案)，见《国际法报告》，第 112 卷，第 1 页。

¹⁵⁸ 《国际法律资料》，第 38 卷，第 6 号(1999 年 11 月)，第 1546 页，第 145 段。

¹⁵⁹ 见沙哈布迪恩法官的解释，同上，第 1614-1615 页。

要逐案鉴别特定行为是否在国家控制下进行，以确定是否应该将该行为归于国家。¹⁶⁰

(6) 国家拥有和控制的公司或企业的行为方面，也发生问题。如果这种公司的行为违反该国的国际义务，便产生可否将这种行为归于国家的问题。在讨论这个问题的时候，必须记得：国际法承认，在国家一级上的公司实体通常分离各自为政，但只把“公司面纱”当作障眼法或诈欺或逃避手段的情况除外。¹⁶¹ 国家起初根据特别法或其他规章成立了公司实体，这不是将该实体的后来行为归于国家的充分根据。¹⁶² 公司实体，虽然为国家所拥有，从这个意义上说就是受国家控制，却公认是单独实体，从表面证据上看，其执行活动的行为不归于国家，除非它们在行使第 5 条所指政府权力要素。这是某国营石油公司在实际查封财产时所采取的立场，没有任何证据显示，国家利用其股权指挥该公司查封财产的情况。¹⁶³ 另一方面，若有证据显示该公司行使公共权力¹⁶⁴ 或

¹⁶⁰ 例如，伊朗—美国索赔法庭和欧洲人权法院也处理了要达到多大控制程度才可将行为归于国家的问题：耶格尔案(见上文脚注 101)，第 103 页。另见斯塔雷特房产公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，《伊朗美国索赔法庭报告书》，第 4 卷，第 122 页，详见第 143 页(1983 年)；欧洲人权法院也处理了这个问题：洛伊齐杜土耳其案，案情，《欧洲人权法院报告书》，第 1996-VI 号，第 2216 页，详见第 2235-2236 页，第 56 段，另见第 2234 页，第 52 段；同上，初步反对意见，《欧洲人权法院汇编》，A 辑，第 310 号，第 23 页，第 62 段(1995 年)。

¹⁶¹ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 25)，第 39 页，第 56-58 段。

¹⁶² 例如工人理事会问题在下列案件中得到了审议：谢林公司诉伊朗伊斯兰共和国案，《伊朗美国索赔法庭报告书》，第 5 卷，第 361 页(1984 年)；奥蒂斯电梯公司诉伊朗伊斯兰共和国案，同上，第 14 卷，第 283 页(1987 年)；伊斯特曼柯达公司诉伊朗伊斯兰共和国案，同上，第 17 卷，第 153 页(1987 年)。

¹⁶³ 塞德柯公司诉伊朗国营石油公司案，同上，第 15 卷，第 23 页(1987 年)。另见国际技术产品公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，同上，第 9 卷，第 206 页(1985 年)；佛勒克西租箱股份有限公司诉伊朗伊斯兰共和国案，同上，第 12 卷，第 335 页，详见第 349 页(1986 年)。

¹⁶⁴ 菲利普斯石油(伊朗)公司诉伊朗伊斯兰共和国案，同上，第 21 卷，第 79 页(1989 年)；佩特罗莱恩案(见上文脚注 149)。

该国利用在公司中的股权或明确控制一公司以便取得特定的结果，¹⁶⁵ 则该行为历来归于该国。¹⁶⁶

(7) 显然，一国可通过对一群体的明确指挥或控制，切实地对该群体的行为负责。每起案件将取决于案件本身的事实，尤其是下达的指示或者行使的指挥或控制与所诉特定行为之间的关系的事实。在第 8 条的案文中，“指示”、“指挥”和“控制”三个措辞是分离性的；仅仅证明了其中的任何一个，就够了。此外，据明确指出，指示、指挥或控制必须涉及据说等于国际不法行为的行为。

(8) 若一国已授权采取一行为，或对该行为行使指挥或控制，可能产生该国对超出授权范围行为的责任问题。例如，如果代理人在执行合法指令或指示的时候，从事一些违反指令或指示或违反指示国国际义务的活动，便可能发生问题。为了解决这种情况，可以问明：非法行为或未经授权的行为是否真的因任务而发生或是否明显地超出了任务的范围。一般来说，一国在对不属于其机关的人员发出指示的时候，并不承担其指示将以国际不法行为方式执行的危险。另一方面，若一些人员或群体在一国的有效控制下实施了一些行为，即使特定指示被忽视了，却仍然符合将行为归于它的条件。根据第 8 条的规定，该行为是在该国控制下实行的，自应归于该国。

(9) 第 8 条使用了“一人或一群人”的措辞，反映了这样一个事实：适用这一条的行为是没有单独法律人格、但有事实根据的一群人所采取的行动。因此，虽然一国可能授权诸如公司等法律实体采取行动，它也可能涉及没有法律人格而作为一个集体行事的个人或集体。

¹⁶⁵ 德黑兰先锋公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，同上，第 10 卷，第 228 页(1986 年)；美国贝尔国际公司诉伊朗伊斯兰共和国案，同上，第 12 卷，第 170 页(1986 年)。

¹⁶⁶ 见赫尔茨伯格等诉芬兰案(《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 40 号》(A/37/40)，附件十四，第 R.14/61 号来文，第 161 页，详见第 164 页，第 9.1 段)(1982 年)。见 X 诉爱尔兰案，请诉书第 4125/69 号，《欧洲人权公约年鉴》，1971 年，第 14 卷(1973 年)，第 199 页；扬、詹姆斯和韦伯斯特诉联合王国案，《欧洲人权法院汇编》，A 辑，第 44 号(1981 年)。

第 9 条 正式当局不存在或缺席时实施的行为

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政府权力要素的情况下实际上正在行使政府权力要素，其行为应视为国际法所指的一国的行为。

评注

(1) 第 9 条载述一人或一群人在正式当局缺席时和不存在正式当局时行使政府权力要素的行为的例外情况。“需要……的情况”等措辞指明了这一条中所设想到的例外情况。这种情况很少见，只在革命、武装冲突或外国占领等正式当局解散、正在解体或受到取缔或暂时不起作用的情况下发生。它们也可能包括合法当局正在逐渐恢复(例如在外国占领以后)的情况。

(2) 第 9 条的根本原则借用了大规模动员或征兵，即在正规军情况下的全民自卫等老观念：¹⁶⁷ 实际上，它是一种危急情况的代理形式。在国家责任领域，这种情况还是时时发生。例如，伊朗伊斯兰共和国革命后革命护卫队“(革命)委员会”立即采取的立场，曾被伊朗—美国索赔法庭按照第 9 条所述原则进行处理。耶格尔诉伊朗伊斯兰共和国案，除其他外，涉及革命后立即在德黑兰机场行使移民、海关和类似职能的行为。法庭裁断，将这种行为归于伊朗伊斯兰共和国，其根据是，如果该行为实际上得到政府批准，那么，护卫队：

至少在正式当局缺席的情况下，在新政府想必知道并没有明确反对的行动中，行使了政府权力要素。¹⁶⁸

(3) 第 9 条规定了为将行为归于国家必须满足的三项条件：第一，该行为必须切实涉及政府权力要素的行使；第二，该行为必须在正式当局不存在或缺席时实施；第三，情况需要行使上述权力要素。

¹⁶⁷ 《陆战法规和习惯章程》(附于关于陆战法规和习惯的 1989 年《海牙第二公约》和 1907 年《海牙第四公约》)第 2 条确认这项原则为合法；1949 年 8 月 12 日《关于战俘待遇之日内瓦公约》第 4 条 A 款第 6 项中也确认了这一点。

¹⁶⁸ 耶格尔案(见上文脚注 101)，第 104 页，第 43 段。

(4) 关于第一项条件, 行事的一人或一群人必须行使政府职能, 不过是自主行事。在这方面, 所从事的活动的性质比行为者与国家组织之间的正式联系重要。必须着重指出: 第 9 条所涉私人并不相当于通常事实上的政府。第 9 条设想到的情况预先假定政府机关和国家机构的存在, 在某些情况下, 由非正式人员充当其工作人员或辅助其工作。这种情况可能发生在暂时失去控制的国家的部分领土上或其他特定情况中。另一方面, 一个通常事实上的政府本身是一个国家机构, 取代了以前存在过的国家机构。这种政府机关的行为适用第 4 条而不适用第 9 条。¹⁶⁹

(5) 关于第二项条件, “不存在或缺席”是为了涵盖国家机构完全崩溃的情况, 也涵盖正式当局不行使某些特定方面的职能的情况, 例如国家机关部分崩溃或丧失对某一特定地方的控制的情况。“不存在或缺席”用语是为了表述两种情况。

(6) 第 9 条下的第三项归属条件规定: 当时的情况必须已经到了需要私人行使政府权力要素的地步。“需要”一语传达了需要行使政府职能的概念, 不过, 不一定是有关行为。换言之, 私人行使政府权力要素的情形, 定然已赋予在任何合法当局不存在的情况下, 尝试行使警察或其他职能的行为以正当理由。因此, 就有了第 9 条所规定的代理形式的规范要素, 这一要素使上述情况有别于私人当事方的行为, 包括叛乱部队的行为, 不归于国家的普通原则。¹⁷⁰

第 10 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。

¹⁶⁹ 例如见仲裁员塔夫特 1923 年 10 月 18 日在蒂诺科案(上文脚注 87)做出的仲裁裁决, 第 381-382 页。关于国家对事实上的政府行为的责任, 另见 J.A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht* (科隆, 海曼出版社, 1968 年), 第 70-71 页。某一流亡政府的行为可能属于第 9 条的范围, 视其情况而定。

¹⁷⁰ 例如见桑比亚焦案, 《国际仲裁裁决汇编》, 第十卷(出售品编号: 60.V.4), 第 499 页, 详见第 512 页(1904 年); 另见第 10 条和评注。

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的、按照第 4 至第 9 条规定应视为该国行为的任何行为归于该国。

评注

(1) 第 10 条涉及将随后产生该国新政府或成功建立新国家的反叛运动或其他运动的行为归于国家的特殊情况。

(2) 起初, 这种运动成员的行为呈现为纯粹的私人个人行为。这种行为可等同于参加暴乱或群众示威的个人或团体的行为, 因此不能归于国家。一旦有组织的运动事实上产生了, 就更不能将其行为归为国家, 因为国家对其活动无法实行有效的控制。处理这类运动在与合法当局持续斗争期间所做行为的一般原则是, 根据国际法该行为无法归于国家。换言之, 不成功的叛乱组织的行为不归于国家, 但适用第二章其他某项条文的情况(例如第 9 条中所设想到的一些特殊情况)除外。

(3) 对这项一般原则可在仲裁判例中找到充分的支持。国际仲裁机构, 包括混合索赔委员会¹⁷¹ 和仲裁法庭¹⁷² 一致确认尼尔森专员在索利斯案(1928 年)中所称的“既定的国际法原则”, 即任何政府在本身未违背诚信, 或在镇压叛乱方面无疏忽而言的情况下, 都不会对叛乱集团对抗政府权威而犯下的行为负责。¹⁷³ 外交实践在承认叛乱运动的

¹⁷¹ 见各个混合委员会的裁决: 苏洛亚加政府和米拉蒙政府案, 穆尔, 《历史与摘要》, 第三卷, 第 2873 页; 麦肯尼案, 同上, 第 2881 页; 南部邦联案, 同上, 第 2886 页; 同盟国债务案, 同上, 第 2900 页, 马克西米利安政府案, 同上, 第 2902 页, 详见第 2928-2929 页。

¹⁷² 例如见摩洛哥西班牙保护地的英国索赔案(上文脚注 44), 第 642 页; 伊洛伊洛索赔案, 《国际仲裁裁决汇编》, 第六卷(出售品编号: 1955.V.3), 第 158 页, 详见第 159-160 页(1925 年)。

¹⁷³ 《国际仲裁裁决汇编》, 第四卷(出售品编号: 1951.V.1), 第 358 页, 详见第 361 页(1928 年)(参见国内边疆和国外传信会案, 同上, 第六卷(出售品编号: 1955.V.3), 第 42 页(1920 年)); 参见桑比亚焦案, (上文脚注 170), 第 524 页。

行为不能归于国家方面表现出高度的一致。例如从 1930 年海牙会议筹备工作中就能看到这一点。各国政府对筹备委员会征求信息的第九点的答复表现出了极大的一致性：(a) 反叛运动各机关的行为不能归于国家或引起国家的国际责任；(b) 只有国家机关针对反叛分子的有害行为所从事的行为才能归于国家，引起国家的国际责任，而且只有当这种行为构成违反该国的国际义务时才成立。¹⁷⁴

(4) 反叛运动或其他运动的行为不能归于国家，这项一般原则所基于的假设是，该运动的结构和组织独立于国家的结构和组织之外。国家成功地镇压了反叛的情况即是如此。相形之下，在该运动实现了其目的，本身成了国家的新政府或在前国家的部分领土上或在其管辖下的领土上成立了新的国家的情况下，如果该新政权或新的国家回避其以前行为的责任，那就不正常了。在这类例外的情况下，第 10 条规定成功的反叛运动或其他运动的行为归于国家。依国际法将成功的反叛运动或其他运动行为归于国家的依据是，该运动与最终政府之间的连续性。因此“行为”一词只涉及该运动的行为而非该运动的成员以其个人身份所从事的个人行为。

(5) 在反叛运动作为新政府取代了国家的原先政府的情况下，反叛运动的统治组织成为该国的统治组织。国家的新组织与反叛运动组织之间因而存在的连续性，理所当然地导致将反叛运动斗争期间的行为归于国家。在这种情况下，国家作为国际法的主体未停止存在。它仍为同一国家，尽管其体制发生了变化、重组和调整。此外，它是责任可以归属的唯一国际法主体。这一情况要求反叛运动机构在夺权斗争中从事的行为和当时成立的政府的行为一并归为国家。

(6) 对于反叛运动或其他运动成功地在以前存在的国家的部分领土上或在以前由其管辖的领土上成立一新国家的情况，将反叛运动或其他运动的行为归为国家，也可依该运动的组织与它所建立的国家的组织之间的连续性为依据。实际上，以前曾

具有反叛运动或其他运动特征的另一实体，现已成为它通过斗争而建立的国家的政府。前国家无法对这些行为负责。唯一的可能性是要求新国家对其本身创建时所从事的行为承担责任，这是一项被接受的规则。

(7) 第 10 条第 1 款涉及叛乱运动胜利后以其本身的结构取代了所涉国家前政府的结构的情况。使用“成为新政府”这样的措辞正是为了描述这一结果。然而，对于现行当局与反叛运动领导人达成协议之后成立的全国和解政府的情况，不应太坚持第 1 款中的规则。为了全面和平解决，把反对派分子吸收进了重建政府之中，不应单因这个，就让国家对暴力反对运动的行为负责。因此，适用第 1 款的标准为前反叛运动与其所成功组成的新政府之间存在真正实质性的连续性。

(8) 第 10 条第 2 款涉及的是第二种情况，反叛运动或其他革命运动的结构成为一新国家的结构，它因先前从属国家主权或管辖的部分领土的分离或非殖化而成立。采用“或其管理下的某一领土”这样的表述，是考虑到不同附属领地所具有的不同法律地位。

(9) 对第 10 条所采用的“反叛运动”一词所含各种类型团体下一个全面定义很困难，原因在于反叛运动实际上可能采取各种不同的表现形式，从有限的国内骚乱、真正的内战局面、反殖民化斗争、全国解放阵线行动到革命或反革命运动，等等。反叛运动可能以该运动行动所针对的国家领土为据点，或以第三国领土为根据地。尽管存在这种不同，仍可以将《1949 年 8 月 12 日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第二议定书》)所载武装冲突法的适用起点作为指导。其第 1 条第 1 款提到“在负责统帅下对该方[有关国家]一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突”，与这类集团形成对照的是“内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而又不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”(第 1 条第 2 款)。在各项议定书范围内，“持不同政见的武装部队”定义体现了关于“反叛运动”的基本思想。

¹⁷⁴ 国际联盟，国际法编纂会议，《讨论基础》(见上文脚注 88)，第 108 页；《第三卷补编》，(见上文脚注 104)，第 3 和第 20 页。

(10) 与第 1 款相比较, 由第 2 款阐明的归属规则范围扩大到包括反叛或其他“运动”。这一术语反映了更加多样运动的存在, 其行动有可能造成新国家的形成。然而, 这一措辞并不包括主张分离或革命并且在国家框架内从事的公民团体的行动。它也不包括在一叛乱运动在一领土内鼓动与另一国合并获得成功的情况。基本上, 这是一个继承情况, 并且不属于本条款的范围, 第 10 条则聚集于有关运动的连续性和最终成立的新政府或国家(视实际情况而定)。

(11) 出于第 10 条的目的, 不能依据其成立政府的任何国际“合法性”或任何非法性而对不同类别的运动加以区分, 尽管在其他情况下作出这种区分可能十分重要。¹⁷⁵ 从制定国家责任法律规则的角度出发, 以提及其渊源的合法性或非法性的考虑因素而免除一新政府或一新国家对其人员的行为的责任, 既无必要, 也不可取。¹⁷⁶ 相反, 着眼点必须放在具体的行为上, 放在该行为根据国际法适用规则是否合法方面。

(12) 仲裁裁决连同国家实践和法律文献均表明普遍接受第 10 条中的两项肯定归属规则。国际仲裁裁决, 例如针对委内瑞拉(1903 年)和墨西哥(1920-1930 年)设立的混合委员会的仲裁裁决, 支持对其运动成功地实现了革命目标的反叛分子行为的责任归属。例如, 在玻利瓦尔铁路公司索赔中, 以下措辞对该原则作出了陈述:

国家从一开始即对一次成功革命的义务承担责任, 因为从理论上, 它以一开始既代表了一种做出改变的国家意志, 而又以最终成功的结果为体现。¹⁷⁷

¹⁷⁵ 见 H. H. 阿特拉姆, “民族解放运动和国际责任”, 《联合国编纂国家责任》, B. 西马和 M. 斯皮内迪编辑(纽约, 奥西阿纳出版社, 1987 年), 第 35 页。

¹⁷⁶ 如同国际法院所说, “国家对影响其他国家的行为承担责任的依据是对一领土的实际控制而不是主权或所有权的合法性”, 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议持续留驻纳米比亚(西南部非洲)对各国的法律后果案, 咨询意见, 《1971 年国际法院汇编》, 第 16 页, 详见第 54 页, 第 118 段。

¹⁷⁷ 《国际仲裁裁决汇编》, 第九卷(出售品编号: 59.V.5), 第 445 页, 详见第 453 页, (1903 年)。另见卡贝略港与瓦伦西亚铁路公司案, 同上, 第 510 页, 详见第 513 页(1903 年)。

法国—委内瑞拉混合索赔委员会在关于法国委内瑞拉铁路公司案的裁决中强调, “除非革命取得成功”, 否则国家不能对革命者的行为负责, 因为这类行为涉及到国家“根据公法普遍确认的规则”的责任。¹⁷⁸ 在潘松案中, 法国—墨西哥索赔委员会作出以下裁决:

如果损害起源于, 例如革命者在最后成功之前的征用或所要求的强迫捐助……, 或者损害由成功的革命军队所犯的罪行而造成……, 国家的责任……就不容否认。¹⁷⁹

(13) 1930 年海牙会议筹备委员会在向各国政府征求信息的请求中提出了就成功的反叛运动的行为追究国家责任的可能性问题。根据从若干国家政府收到的答复, 会议筹备委员会起草了以下讨论基础: “一国应对一反叛党派取得成功并已成为政府而给外国人造成的损害负责, 其程度应与法律上的政府或其官员或军队对所造成的损害负相同责任。”¹⁸⁰ 尽管因缺少时间未对这一主张进行讨论, 但可以认为它反映了目前第 2 款中所载的归属规则。

(14) 近年来的裁决和实践, 总的来说, 并未给出怀疑第 10 条所载主张的任何理由。在一起案例中, 纳米比亚最高法院走得更远, 甚至接受对南非前行政当局“所做任何事情”的责任。¹⁸¹

¹⁷⁸ 同上, 第十卷(出售品编号: 60.V.4), 第 285 页, 详见第 354 页(1902 年)。另见迪克斯案, 同上, 第九卷(出售品编号: 59.V.5), 第 119 页(1902 年)。

¹⁷⁹ 同上, 第五卷(出售品编号: 1952.V.3), 第 327 页, 详见第 353 页(1928 年)。

¹⁸⁰ 国际联盟, 国际法编纂会议, 《讨论基础》(见上文脚注 88), 第 108 和第 116 页; 《讨论基础》, 第 22(c)项, 同上, 第 118 页; 载录于《1956 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 223 页, 详见第 224 页, A/CN.4/96 号文件。

¹⁸¹ 纳米比亚最高法院特别以一条宪法规定为指导作出裁断, “新政府继承了对本国先前各机关所从事行为的责任”: 纳米比亚国防部长诉姆旺单吉案, 《南非法律报告》, 第 1992 (2)号, 第 355 页, 详见第 360 页; 《国际法报告》, 第 91 卷, 第 341 页, 详见第 361 页。另一方面, 见 44123 安大略有限公司诉克里帕斯·基扬加等案, 11 *Kampala Law Reports* 14, 第 20-21 页(1992 年); 《国际法报告》, 第 103 卷, 第 259 页, 详见第 266 页(乌干达高等法院)。

(15) 若国家本来能够对该运动的行为采取警惕、防止或惩罚措施，却行事失当，未能这样做，则可能发生例外情况。第 10 条第 3 款保留了这种可能性。第 3 款规定：第 1 和第 2 款的归属规则不妨碍把无论以何种方式涉及有关运动的行为、按照第二章其他规定应视为该国行为的任何行为归于该国。“无论以何种方式涉及有关运动的行为”一语是为了具有广泛的含义。因此，某一国若未能采取可采取的步骤以保护外交使团的房地，使它免于受到某一叛乱运动攻击的危险，显然是可以归于国家的行为，第 3 款保留了这种可能性。

(16) 另一种可能性是，叛乱运动本身可能需依国际法为它自己的行为，例如它的军队犯下的违反国际人道主义法行为，承担责任。但是，不成功的叛乱运动或其他运动的国际责任不属于只涉及国家责任的本条款的范围。

第 11 条 经一国确认并作为其本身行为予以采取的行为

按照前述各条款不归于一国的行为，在并且只在该国确认并作为其本身行为予以采取的行为的情况下，依国际法应视为该国的行为。

评注

(1) 第二章涵盖的所有责任归属依据，除第 10 条规定的反叛运动或其他运动的行为外，都假定个人或作为国家机关的机构的地位，或其代表国家行事的职权，是在指称犯有不法时即已证实的。相反，第 11 条规定，实施时不归于国家或不可能归于国家，但随后经国家确认并作为其本身行为予以采取的行为，归于国家。

(2) 在许多情况下，经国家确认并予以采取的行为，将是私人或实体的行为。源于国家实践和国际司法裁决的一般原则是，不代表国家行事的个人或一群人的行为，依国际法不视为该国的行为。这一结论总是成立的，个人行事的条件和受个人行为影响的利益则可不论。

(3) 因此，第 11 条像第 10 条一样，也依据纯粹的个人行为不能归于国家这项原则。但它承认“但是”，“在并且只在该国确认并作为其本身行为予以采取的行为的情况下”，该行为应视为该国的行为。在司法裁决和国家实践中可以找到适用这项原则的实例。例如，在灯塔案仲裁中，法庭裁断希腊就对违反克里特岛在作为奥斯曼帝国一个自治领地时达成的一项租界协定的行为承担责任，部分依据是这一违反行为曾“得到[希腊]的认可，似乎是一项正常的移交……且最终由其继续，即便是取得了对该岛屿的领土主权……”。¹⁸² 就国家继承问题而言，新国家是否继承前国家有关领土方面的任何国家责任并不明确。¹⁸³ 然而，如果继承国面对其境内持续的不法行为而认可这一局面并允许其继续，则即可推断它应对此承担责任。

(4) 除了国家继承问题外，美国驻德黑兰外交和领事人员案提供了国家后来采取特定行为的又一个示例。国际法院对武装分子占据美国大使馆并扣留其工作人员之后立即出现的法律局面，与伊朗国家发布命令明确同意和保持这一局面所造成的局势作出了明确区分。用法院的话讲：

阿亚图拉·霍梅尼就此宣布的保持对使馆的占领和作为人质扣留其驻守人员作为向美国政府施加压力的政策，得到了其他伊朗主管当局的遵守，并得到他们在各种场合下所作声明的一再赞同。这项政策的结果是根本地改变了因占领使馆和作为人质扣押外交和领事工作人员所造成局面的法律性质。阿亚图拉·霍梅尼及伊朗国家其他机关对这些事实的核准和保持下去的决定，将持续占领使馆和扣押人质转化为国家行为。¹⁸⁴

在本案中，“核准”武装分子行为的效果是否只是预期的，还是这使伊朗伊斯兰共和国从一开始就对占据使馆和扣押使馆工作人员的整个过程负责，无关紧要。根据不同的法律依据，即伊朗伊

¹⁸² 奥斯曼帝国准许修建灯塔案，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷(出售品编号：63.V.3)，第 160 页，详见第 198 页 (1956 年)。

¹⁸³ 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(以下简称“1978 年《维也纳公约》”)第 39 条保留了此事。

¹⁸⁴ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59)，第 35 页，第 74 段。

斯兰共和国未能采取足够的行动防止占领或使之立即终止，伊朗伊斯兰共和国已经被要求对前一段时期负责。¹⁸⁵ 在其他情况下并不存在这种先前的责任。但是，如果确认和采取明确无误且不附带条件，就完全有理由使其具有追溯效果。这也正是法庭在灯塔案仲裁中所作的。¹⁸⁶ 这与第 10 条针对反叛运动而确立的立场相一致，并且避免了对实际上同一连续行为负责程度上的漏洞。

(5) 关于国家实践，逮捕并随后在以色列审判阿道夫·艾希曼可能为国家随后采取私人行为提供一个示例。1960 年 5 月 10 日，艾希曼在布宜诺斯艾利斯被一伙以色列人逮捕。他在布宜诺斯艾利斯的一个私人家中被关押数周后被空运到以色列。阿根廷后来指责以色列政府在逮捕艾希曼一事上共谋。在安理会讨论这项申诉时，以色列外交部长果达·梅厄对这一指控既不承认也不否认，而将逮捕艾希曼的人称为“志愿团体”。¹⁸⁷ 安理会 1960 年 6 月 23 日第 138(1960)号决议在其调查结果中暗示以色列政府至少知悉并同意在阿根廷成功逮捕艾希曼的计划。逮捕艾希曼的人可能“事实上奉”以色列“的指示或在其指导或控制下”行事；在这种情况下，他们的行为，根据第 8 条，归于该国更为妥当。但如果对某些行为是否属于第 8 条的范围存有疑问，尔后该国采取有关行为即可消除。

(6) “确认并作为其本身行为予以采取的行为”一语目的在于将确认并采取的情况与仅是支持和认可的情况加以区别。¹⁸⁸ 国际法院在美国驻伊朗外交和领事人员案中使用了如下措辞，例如“批准”、“认可”、“盖上政府官方批准的印章”和“决定持续保持[这一局面]”。¹⁸⁹ 在该案中，这些是足够的，但作为一项一般事务，根据第 11 条，仅凭国家确认行为的事实存在或口头表示批准该行为，则不能将该行为归于国家。在国际争执中，国家通常采取在某种一般意义上说相当于“批准”或“认可”行为的立场。但并不一定承

担任何责任。“采取”一词则含有国家实际上承认这一行为为本身的行为的意思。的确，除非明确表示国家有意接受本不归于自己的行为的责任，第 11 条可涵盖国家没有批准而是力求防止某行为，甚至为之深表遗憾，却接受有关行为责任的情况。无论此种接受在特定情况下如何措辞，第 11 条中“确认并采取”这一用语清楚表明，必要条件不仅是泛泛确认某种实际情况，而是有关国家查明了有关行为，并把它当作自己的行为。

(7) 第 11 条所确立的原则，涉及的只是归属问题。即便行为已由国家确认和采取，仍有必要考虑这一行为是否为国际不法行为。就第 11 条而言，采取国的国际义务为衡量不法性的标准。就原行为者而言，这一行为可能合法，或者行为者可能是私人当事方，其有关方面的行为不受国际法管束。同样，就其本身的国际义务而言，采取或确认行为合法的国家并不对任何其他个人或实体的非法行为承担责任。如此承担责任势必得再进一步，相当于同意对另一方的不法行为作出损失赔偿。

(8) “在并且只在”一词旨在传达多层意思。首先，尤其是私人、团体或实体的行为不能将责任归为国家，除非根据第二章的某一其他条款，或除非得到国家的确认和采取。第二，国家只能在某种程度上确认和采取行为。换言之，一国可能选择只确认和采取有关行为的一部分。第三，确认和采取行为，无论采取文字或行为方式，都必须明确和毫不含混。

(9) 如同“和”一字所表明的那样，确认和采取的条件是叠加的。两个条件的顺序表明在援引第 11 条的情况下事件的正常次序。一国确认和采取行为可以是明示的(例如美国驻德黑兰外交和领事人员案)，或者可以从有关国家的行为中推定。

第三章

违背国际义务

评注

(1) 当归于作为国际法主体的一国的行为相当于该国未遵守应承担的国际义务时，或者用第 2 条(b)项的措辞说，当该行为构成“对该国国际义务的违背”时，即为违背国际义务。本章将在可能范围内概括地阐述违背国际义务的概念。

¹⁸⁵ 同上，第 31-33 页，第 63-68 段。

¹⁸⁶ 灯塔案仲裁(见上文脚注 182)，第 197-198 页。

¹⁸⁷ 《安全理事会正式记录，第十五卷》，第 866 次会议，1960 年 6 月 22 日，第 18 段。

¹⁸⁸ 一国援助或协助另一国实施国际不法行为是另一个问题，在第 16 条中予以处理。

¹⁸⁹ 见上文脚注 59。

(2) 必须再次强调, 这些条款并不意图详述国际法主要规则的内容或由此引起的特定国家的义务。¹⁹⁰ 在确定可归于一国的某一行为是否构成违背其国际义务时, 主要的考虑重点将是有关的主要义务。必须对此义务加以解释并适用于有关情况, 从而确定所要求的行为实质、应遵守的标准、待取得的结果等。没有抽象的违背国际义务这种事, 因此第三章只能在确定违背国际义务是否发生、其发生时间、其持续时间方面发挥辅助作用。尽管如此, 仍有若干基本原则可加以阐述。

(3) 国际不法行为的本质在于国家的实际行为不符合它为遵守某一特定国际义务应当采取的行为。这种行为引起了集合在国际责任这一通称下的各种新法律关系。因此第三章开始的一条概括地规定在何时可视为发生了违背国际义务(第 12 条)。这样界定了基本概念后, 本章的其他条款就专门规定这一概念如何适用于各种不同情况。特别是, 本章论述了时际法适用于国家责任的问题, 即一国违背国际义务, 只有在该义务遭受违背时已对该国生效的情况下, 才须负责的原则(第 13 条); 并论述了同样重要的持续违背问题(第 14 条), 还论述了确定是否及何时发生违背不是针对单一行为而是针对复合行为的义务情况这一特别问题, 即违背的本质在于被一并定义为不法行为的一系列行为的情况(第 15 条)。

(4) 由于上文第(2)段所述的理由, 既不可能也无必要在本部分范围内论述所有可能在确定是否发生违背国际义务中出现的问题。违背义务的证据和证明问题完全不属于本章条款的范围。其他问题则涉及国际义务的分类或类型。这些只有在可以看出在国家责任次要规则范围内具有明显重要性的情况下, 才被纳入案文。¹⁹¹

第 12 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。

¹⁹⁰ 见总评注第(2)至第(4)段。

¹⁹¹ 例如见行为义务和结果义务的分类, 第 12 条评注第(11)至第(12)段。

评注

(1) 第 2 条规定, 一国违背它应承担的国际义务时即引起该国的国际责任。首先必须说明违背国际义务意味着什么。这是第 12 条的目的, 即最概括地界定什么构成一国违背国际义务。为了在任何具体案件中得出违背国际义务的结论, 有必要考虑到第三章中阐明违背国际义务发生的进一步条件的其他规定, 以及第五章中有关可能解除一国行为不法性的情况的规定。但是归根到底, 是否发生了违背国际义务之事, 何时发生, 则取决于义务的确切条件、其解释和适用, 同时要考虑到义务的目标和宗旨以及案件的实情。

(2) 在采用违背国际义务概念时, 有必要再次强调, 根据第 3 条所述原则, 国际法具有自主性。就第 12 条而论, 违背国际义务是该义务要求该国采取的行为与该国的实际采取的行为不相符合——即, 国际法的要求与事实不相符。这可以用不同的方式表示。例如, 国际法院用过下述措辞: “与一国的义务不相容”、¹⁹² “违反”或“不符合某一规则”的行为、¹⁹³ 以及“未遵守……条约义务”。¹⁹⁴ 在西西里电子公司案中, 国际法院的一个分庭问起“征用是否符合……《友谊、通商和航行条约》的规定问题”。¹⁹⁵ “不符合该义务对它的要求”这一措辞最适合于表述什么是一国违背国际义务的本质。它考虑到了即使一国的行为仅部分地违反它应承担的国际义务也可能存在违背该义务的可能性。在有些情况下, 要求有关国家采取精确界定的行为; 在另一些情况下, 义务仅确定最低标准, 在这项标准之上国家可自由行事。国际义务禁止的行为可能包括某一行为或某一不行为或既行为又不行为; 它可能涉及通过立法; 或在特定情况下采取的具体行政或其他行动, 甚至威胁采取这类行动, 无

¹⁹² 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59), 第 29 页, 第 56 段。

¹⁹³ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 36), 分别见第 64 页, 第 115 段和第 98 页, 第 186 段。

¹⁹⁴ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27), 第 46 页, 第 57 段。

¹⁹⁵ 西西里电子公司案(见上文脚注 85), 第 50 页, 第 70 段。

论威胁是否落实；或最后司法判决。它可能要求提供便利条件，或采取预防措施或执行一项禁令。在每一情况下，正是通过比较国家实际从事的行为与国际义务合法规定的行为来确定是否违背该义务。“不符合”这一用词灵活性很大，足以包括可用来表达一项义务的许多不同方式以及违背该义务可能采取的各种形式。

(3) 第 12 条申明，有关行为如不符合国际义务对它的要求，即违背该义务，“不论该义务的起源为何”。这一措辞表明，本条款是普遍适用的。它们适用于国家的所有国际义务，不论其起源为何。国际义务可能是由国际法的惯例规则、条约或国际法律秩序内适用的一般原则确定的。国家可通过单方面行为承担国际义务。¹⁹⁶ 国际义务可能由条约的规定产生(国际组织主管有关问题的机构作出的决定、国际法院或另一法庭在两个国家之间作出的判决等)。没有必要在第 12 条中列出这些可能性，因为一国违背国际义务即应承担责任的，无论有关义务的具体起源为何。“不论其起源为何”这种套语述及国际义务的所有可能来源，也就是说，国际法承认的所有创造法律义务的程序。“来源”一词有时也在这方面使用，例如《联合国宪章》在序言中强调有必要尊重“由条约和国际法其他渊源而起之义务”。具有同样含义的“起源”一词并不带来“来源”一词所引起的疑问和理论辩论。

(4) 根据第 12 条，义务的起源或出处本身并不改变一国如违背该义务将给它带来责任的结论，它本身也不影响由此引起的国家责任制度。一国的义务可能由一项条约和习惯国际法的一项规则或由一项条约和一个单方面行为产生。¹⁹⁷ 此外，实

¹⁹⁶ 所以，法国通过单方面行为承诺不再进行大气层核试验：核试验案(澳大利亚诉法国)，判决，《1974 年国际法院汇编》，第 253 页；核试验案(新西兰诉法国)，同上，第 457 页。依此承担的义务范围在请求根据 1974 年 12 月 20 日法院关于核试验案(新西兰诉法国)的判决书第 63 段审查情势案中作了澄清，1995 年 12 月 22 日的命令，《1995 年国际法院汇编》，第 288 页。

¹⁹⁷ 国际法院在若干场合承认“在国际条约法和惯例法中存在相同的规则”，尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 36)，第 95 页，第 177 段；另见北海大陆架案，判决，《1969 年国际法院汇编》，第 3 页，详见第 38-39 页，第 63 段。

践清楚地表明，义务的这些不同根据彼此互相作用。条约，特别是多边条约，可有助于形成一般国际法；惯例法可帮助条约的解释；条约所载的义务可因为一国的单方面行为适用于该国，等等。因此国际法院和法庭都认为国家的责任是因“违反国际司法标准施加的义务”而产生的。¹⁹⁸ 在“彩虹勇士号”案仲裁中，法庭说“一国违反一项任何来源的义务都引起国家责任，从而引起赔偿责任”。¹⁹⁹ 在加布奇科沃—大毛罗斯项目案，国际法院以委员会 1976 年暂时通过的有关条款草案作为其论点的依据，指出“公认的是，国家一旦实施国际不法行为，不论其未遵守的义务的性质为何，都可能引起国际责任”。²⁰⁰

(5) 因此，国际法不容对违反条约的责任制度与违反一些其他规则的责任制度作出区分，即不区分因契约引起的责任和因过失引起的责任，如有些法律制度所做的区分。在“彩虹勇士号”案仲裁中，法庭确认“国际法领域不区分契约责任和侵权责任”。²⁰¹ 至于所违背义务的起源，目前有单一普遍国家责任制度。但没有像国内法律制度那样在国家责任中区分“民事”责任与“刑事”责任。

(6) 国家责任可能因违背双边义务或违背对一些国家或整个国际社会所负的义务而产生。它可能涉及轻微的违犯以及最严重的违背一般国际法强制性规范规定的义务。违背的严重性和所违背义务的强制性问题，可能影响给责任国，在某些情况下也可能给其他国家带来的后果。因此在条款第二部分和第三部分中对某些违背的后果作了一

¹⁹⁸ 迪克森车轮公司案(见上文脚注 42)；参见戈尔登贝格案，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 901 页，详见第 908-909 页(1928 年)；国际渔业公司案(见上文脚注 43)，第 701 页(“国际法的某项原则”)；阿姆斯特朗软木塞公司案(见上文脚注 45)，第 163 页(“国际法的任何规则”)。

¹⁹⁹ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 251 页，第 75 段。另见巴塞罗那电车公司案(上文脚注 25)，第 46 页，第 86 段(“违背一项条约或一般法律规则引起的国际义务”)。

²⁰⁰ 加布奇科沃—大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)第 38 页，第 47 段。“可能涉及的”这一限定词可能是因为在该案件中可能存在解除不法性的情况。

²⁰¹ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 251 页，第 75 段。

些区分。²⁰² 但第一部分规定的违背国际义务的国家责任制度范围全面、性质普泛并且适用灵活。因此第一部分能够适用于各种可能的情况而无需进一步区分有关的义务类别或违背类别。

(7) 即使国际法律秩序基本原则，也不是基于任何特别的法律渊源或特定的立法程序，与国内法律制度中立宪性质的规则大不相同。根据 1969 年《维也纳公约》第五十三条，一般国际法强制性规范是“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”。第五十三条承认强制性规范可以创立，也承认国家在这方面发挥特别的作用，因为国家是代表国际社会的规范性权力最高级拥有者。此外，强制性规范对国家施加的义务必定影响到整个国际社会的关键利益，要求的责任制度可能比适用于其他国际不法行为的责任制度更严格。但这是属于国家责任内容的问题。²⁰³ 至少就条款第一部分而言，存在一个普遍的单一国家责任制度。

(8) 同样的考虑适用于《联合国宪章》引起的义务。由于《宪章》是条约，它所载的义务，从其起源的角度来看，是条约义务。如《宪章》第一百零三条所示，²⁰⁴ 《宪章》的特殊重要性来自其明文规定以及联合国会员国几乎包括世界上所有国家这一事实。

(9) 条款的总范围不仅包括被违背义务的公约或其他起源也包括其主题。具体提及存在国际不法行为的条件的国际裁判，都论及违背国际义务而没有对所违背义务的主题作任何限制。²⁰⁵ 法院和法庭一贯确认对国家可能承担国际义务的主题没有先验限制的原则。因此，常设国际法院在对

“温布尔登号”轮船案作出的第一次判决中说，“缔结国际协议的权利是国家主权的一项属性”。²⁰⁶ 这一论点经常得到认可。²⁰⁷

(10) 同样地，有时有人认为涉及某一主题的义务只可能被同一类型的行为所违背。这一论点构成了反对法院对石油平台案管辖权的依据。有人声称一项友好、通商和航行条约原则上不可能被涉及使用武力的行为所违背。法院的答复如下：

1955 年条约就各种事项对缔约各方施加了各种义务。缔约一方任何有违这些义务的行动均属非法，不论行为所采取的方式为何。以使用武力的方式侵犯另一缔约方根据条约享有的权利，与通过行政决定或以任何其他手段实施的侵犯行为一样不合法。因此，涉及使用武力的事项本身并不被排除在 1955 年条约的范围以外。²⁰⁸

因此一国违背国际义务即构成国际不法行为，不论所违背义务的主题或内容为何，也不论对不符合要求的行为所作的描述为何。

(11) 第 12 条还规定有关行为如不符合国际义务的要求即为违背该国际义务，“不论该义务的特性为何”。在实践中，国际义务有各种不同的分类。例如通常对行为义务和结果义务作了区分。这一区分可能有助于确定违背在何时发生。但它并非独一无二，²⁰⁹ 而且就本条款来说似乎不具有特定的或直接的影响。例如，在科洛扎案中，欧洲人权法院对在一个人缺席的情况下进行审判表示关注，因为该人实际上没有收到审判通知，被判处六年监禁，并且后来不许他对其定罪提出申诉。他声称他没有获得公平审判，这违背了《欧洲人权公约》第 6 条第(1)款的规定。法院指出：

²⁰⁶ “温布尔登号”轮船案(上文脚注 34)，第 25 页。

²⁰⁷ 例如见诺特博姆案，第二阶段，《1955 年国际法院汇编》，第 4 页，详见第 20-21 页；印度领土通行权案，案情，判决，《1960 年国际法院汇编》，第 6 页，详见第 33 页；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 36)，第 131 页，第 259 段。

²⁰⁸ 石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院汇编》，第 803 页，详见第 811-812 页，第 21 段。

²⁰⁹ 见加布奇科沃一大毛罗斯项目案(上文脚注 27)，第 77 页，第 135 段，其中法院提到各当事方接受了“行为义务、履行义务和结果义务”。

²⁰² 见第三部分第二章和评注；另见第 48 条和评注。

²⁰³ 见第 40 条和第 41 条及评注。

²⁰⁴ 该条规定“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先”。

²⁰⁵ 例如见霍茹夫工厂案，管辖权(上文脚注 34)；霍茹夫工厂案，案情(同上)；伤害赔偿案(上文脚注 38)。这些裁决都申明“对国际约定的任何违背”都带来国际责任。另见与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释案(上文脚注 39)，第 228 页。

在选择用于确保本国法律制度符合第 6 条第(1)款规定的手段方面, 缔约国享有广泛的酌处权。法院的任务并非向缔约国指出这些手段, 而是确定是否实现了《公约》所要求的结果……。为实现结果, 必须证明, 国内法所提供的资源是有效的, ‘被控实施刑事犯罪’的人绝不应承担举证责任, 证明他并非试图逃避法律制裁或他的缺席是不可抗力造成的。²¹⁰

因此法院认为第 6 条第(1)款施加了结果义务。²¹¹ 但是, 为了决定在本案件情况下是否发生违背公约的情况, 法院并非仅仅将所要求的结果(审判时被告人在场的机会)与实际取得的结果(在该特定案件中缺乏此种机会)进行比较。确切说, 法院审查了意大利可以更多采取何种措施使申诉人的权利“有效”。²¹² 行为义务与结果义务之间的区分并非实际作出违背第 6 条第(1)款的裁决的决定性因素。²¹³

(12) 一国制定法规, 如果其内容表面上与国际义务要求相抵触, 或者在特定情况下必须先加以执行然后才能说发生了违背义务行为, 常常会发生是否违背义务问题。此外, 也不可能制定适用于

所有情况的一般规则。²¹⁴ 某些义务可能仅因通过不相容的法规而被违背。²¹⁵ 如果是这种情况, 仅是通过该法规就给制定法规的国家带来国际责任, 因为立法机关本身就是为责任归属目的设立的国家机构。²¹⁶ 在其他情况下, 制定法规本身可能不等于违背义务,²¹⁷ 特别是如果有国家能够以不违反有关国际义务的方式实行该法规。如果是这样, 是否发生违背义务将取决于是否和如何实行该法规。²¹⁸

第 13 条 对一国为有效的国际义务

一国的行为不构成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。

评注

(1) 第 13 条规定的基本原则是, 违背必须是在该义务对该国有约束力时发生, 才产生责任。这只不过是时际法一般原则在国家责任领域的适用, 正如于贝法官在帕尔马斯岛案的另一种情况下所言:

一个法律事实必须依照其同一时期的法律来判断, 而不是依照在与此法律事实有关的争端产生时的生效法律或解决

²¹⁰ 科洛扎诉意大利案, 《欧洲人权法院汇编》, A 辑, 第 89 号(1985 年), 第 15-16 页, 第 30 段, 引述德屈贝尔诉比利时案, 同上, 第 86 号(1984 年), 第 20 页, 第 35 段。

²¹¹ 参见医师救生站诉奥地利案, 法院在其中对第 11 条作如下解释:

“虽然缔约国有义务采取合理的适当措施让合法示威游行得以和平进行, 但是缔约国不能绝对保证这一点。在选择所采用的手段方面, 它们享有广泛的酌处权……在这方面, 它们根据公约第 11 条承担的义务是一种同应采取的措施有关的义务而不是同应取得的结果有关的义务。”(《欧洲人权法院汇编》, A 辑, 第 139 号, 第 12 页, 第 34 段(1988 年))

在科洛扎案(见上文脚注 210)中, 法院使用了类似措辞, 但认定该义务是结果义务。参见 C. Tomuschat, “What is a ‘breach’ of the European Convention on Human Rights?”, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Lawson 和 de Blois 编辑, (多德雷赫特, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1994 年), 第 3 卷, 第 315 页, 详见第 328 页。

²¹² 科洛扎案(见上文脚注 210), 第 28 段。

²¹³ 另见伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案, A15 (IV) 号案和 A24 号案, 《伊朗美国索赔法庭报告书》, 第 32 卷, 第 115 页(1996 年)。

²¹⁴ 参见 1947 年 6 月 26 日《联合国总部协定》第二十一节规定的仲裁义务的适用案(上文脚注 83), 第 30 页, 第 42 段。

²¹⁵ 统一法律条约一般将被解释为需要立即执行, 即体现使统一法律的规定成为每个缔约国法律的一部分的义务: 例如见 B. Conforti, “Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme”, 《国际私法和诉讼法杂志》, 第 24 卷(1988 年), 第 233 页。

²¹⁶ 见第 4 条和评注。具体示例, 例如见欧洲人权法院对下列案件的裁决: 诺里斯诉爱尔兰案, 《欧洲人权法院汇编》, A 辑, 第 142 号, 第 31 段(1988 年), 引用克拉斯等诉德国案, 同上, 第 28 号, 第 33 段(1978 年); 马尔茨克斯诉比利时案, 同上, 第 31 号, 第 27 段(1979 年); 约翰斯顿等诉爱尔兰案, 同上, 第 112 号, 第 33 段(1986 年); 达吉恩诉联合王国案, 同上, 第 45 号, 第 41 段(1981 年); 莫迪诺斯诉塞浦路斯案, 同上, 第 259 号, 第 24 段(1993 年)。另见颁布和执行违反《公约》(《美洲人权公约》第 1 条和第 2 条)法律的国际责任案, 第 OC-14/94 号咨询意见, 《美洲人权法院汇编》, A 辑, 第 14 号(1994 年)。美洲法院也认为确定法规草案是否符合人权条约的规定是可能的: 对死刑的限制(《美洲人权公约》第 4(2)和第 4(4)条)案, 第 OC-3/83 号咨询意见, A 辑, 第 3 号(1983 年)。

²¹⁷ 国际法院在拉格朗案中的裁判, 判决(见上文脚注 119), 第 497 页, 第 90-91 段。

²¹⁸ 例如见世贸组织, 专家组报告(上文脚注 73), 第 7.34-7.57 段。

争端时的生效法律来判断。²¹⁹

第 13 条在责任要求方面为国家提供了重要的保障。其提法(“不构成……除非……”)符合保证不在国家责任问题方面追溯适用国际法的概念。

(2) 国际法庭在许多案件中适用了第 13 条规定的原则。一个启发性的示例是美国一大不列颠混合委员会的公断人贝茨就不列颠当局扣押从事奴隶贩卖的美国船舶并释放属于美国国民的奴隶的行为作出的裁决。提交混合委员会的各事件是在不同时候发生的,公断人必须确定在每个事件发生时奴隶制是否“违反国际法”。发生在奴隶贩卖仍被认为合法的时候的较早事件,相当于不列颠当局方面违背了尊重和保护外国国民财产的国际义务。²²⁰较迟的事件发生在奴隶贩卖被“所有文明国家禁止”的时候,因此,不涉及大不列颠的责任。²²¹

(3) 仲裁人阿塞在裁决俄罗斯当局扣押并没收在俄罗斯领水以外捕海豹的美国船舶是否应视为国际不法行为时,适用了同样的原则。在他对“詹姆斯·汉密尔顿·刘易斯号”案的裁决中,仲裁人说,问题的解决必须“按照国际法的一般原则和在扣押船舶时对两个缔约方生效并具有约束力的国际协定的精神”。²²²由于根据当时生效的原则,俄罗斯没有权利扣押美国船舶,因此扣押和

²¹⁹ 帕尔马斯岛案(荷兰/美利坚合众国),《国际仲裁裁决汇编》,第二卷(出售品编号:1949.V.1),第 829 页,详见第 845 页(1949 年)。关于时际法,一般说来,见 1975 年国际法学会威斯巴登年会通过的第一号决议,《国际法学会年鉴》,第 56 卷(1975 年),第 536-540 页;关于辩论,同上,第 339-374 页;关于 M. 索伦森的报告,同上,第 55 卷(1973 年),第 1-116 页。又见 W.Karl,“国家责任法定时间因素”,斯皮内迪和西马编辑,同前(上文脚注 175),第 95 页。

²²⁰ 见企业案, Lapradelle-Politis(上文脚注 139),第一卷,第 703 页;穆尔,《历史与摘要》,第四卷,第 4349 页,详见第 4373 页。另见“埃尔莫萨”案和“克雷奥勒”案, Lapradelle-Politis, 同前,第 704 页;穆尔,《历史与摘要》,第四卷,第 4374-4375 页。

²²¹ 见“劳伦斯”案, Lapradelle-Politis, 同前,第 741 页;穆尔,《历史与摘要》,第三卷,第 2824 页。另见“沃卢西亚”案, Lapradelle-Politis, 同前,第 741 页。

²²² 合恩角之鸽号、詹姆斯·汉密尔顿·刘易斯号、怀特号及凯特和安娜号船舶诉讼案,《国际仲裁裁决汇编》,第九卷(出售品编号:59.V.5),第 66 页,详见第 69 页(1902 年)。

没收船舶是非法行为,俄罗斯必须给予赔偿。²²³ 欧洲联盟委员会和欧洲人权法院一贯适用同一原则驳回与《欧洲保护人权和基本自由公约》尚未对有关国家生效期间的有关诉讼。²²⁴

(4) 国家惯例也支持这项原则。要求仲裁人适用在指称的不法行为发生时有效的国际法规则是仲裁协定中的共同规定,²²⁵无疑地是以明文确认一般公认的原则方式提出。研究这个问题的国际法撰写人确认,行为的不法性必须根据该行为发生时有效的义务予以确定。²²⁶

(5) 国家责任可包括最严重的行为,对这类情况的责任制度将相应地严格。但即使在一般国际法,一项新强制性规范产生时,如 1969 年《维也纳公约》第六十四条所设想的,也并不要求追溯承担责任。第七十一条第二项(乙)款规定这种新的强制规范“不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势;但嗣后此等权利、义务或情势之保持仅以与一般国际法新强制规律不相抵触者为限”。

²²³ 另见“怀特号”案,同上,第 74 页。在这些案件中,仲裁协定本身都要求仲裁人适用在行为发生时有效的法律。不过,缔约方的意图显然是确认一般原则在仲裁协定范围内的适用,而不是确立一项例外。又见“利斯曼号”轮船案,同上,第三卷(出售品编号:1949.V.2),第 1767 页,详见第 1771 页(1937 年)。

²²⁴ 例如见 X 诉德国案,请诉书第 1151/61 号(1961 年),欧洲委员会,欧洲人权委员会,《决定和报告》,第 7 号(1962 年 3 月),第 119 页(1961 年),以及后来的许多裁决。

²²⁵ 例如见美利坚合众国政府与俄罗斯帝国政府之间为将有关俄罗斯扣押美国船舶的国际责任的某些争端提交仲裁互换的声明:《国际仲裁裁决汇编》,第九卷(出售品编号:59.V.5),第 57 页(1900 年)。

²²⁶ 例如见 P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public: problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire* (巴黎,法学及司法判例出版社,1970 年),第 119、第 135 和第 292 页; D. Bindschedler-Robert, “De la rétroactivité en droit international public”, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (日内瓦大学法学院/国际问题研究生院,1968 年),第 184 页; M. Sørensen, “Le problème intertemporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme”, *Mélanges offerts à Polys Modinos* (巴黎,贝多内出版社,1968 年),第 304 页; T.O. Elias, “国际法学说”,《美国国际法学报》,第 2 号(1980 年),第 285 页; R. Higgins, “Time and the law: international perspectives on an old problem”, 《国际法与比较法季刊》,第 46 卷(1997 年 7 月),第 501 页。

(6) 因此对所有国际义务适用时际原则是适当的, 并且第 13 条是普遍适用的。不过, 这并不妨碍一国有可能同意赔偿由于在行事时并不违背任何对该国有效的国际义务的行为造成的损害。事实上追溯承担责任的情况很少。特殊法原则(第 55 条)足以处理任何这样的情况, 即可能同意或决定对行事时并不违背国际义务的行为追溯承担责任。²²⁷

(7) 在国际法中, 第 13 条规定的原则不仅是责任的必要基础也是充分基础。换句话说, 一旦责任因国际不法行为而产生了, 就不会因后来义务终止而受到影响, 无论义务是由于被违背的条约终止还是由于国际法改变而终止。因此, 如国际法院在北喀麦隆案中所说:

如果在托管期间, 托管国应对违反《托管协定》的规定并对另一联合国会员国或其一名国民造成损害的某一行为负责, 索赔诉讼不会因托管终止而了结。²²⁸

同样地, 在“彩虹勇士号”案仲裁中, 仲裁法庭裁断, 尽管随着时间的推移有关条约义务已经终止, 但法国对其早先违背行为承担的责任仍然存在。²²⁹

(8) 这项原则的两个方面在国际法院对瑙鲁境内某些磷酸盐地案的裁决中均有暗示。澳大利亚在此争辩说, 与其共同管理瑙鲁托管领土时期(1947-1968 年)有关的国家责任要求不能在几十年之后才提出, 尽管提出该要求并未正式放弃。法院采用了宽松的延误或不合理拖延标准, 驳回了这一论点。²³⁰ 但是, 它又继续说:

²²⁷ 关于一国确认和采取的行为的追溯效力, 见第 11 条和评注, 特别是第(4)段。这种确认和采取不会赋予采取国家的义务以追溯效力。

²²⁸ 北喀麦隆案, 初步反对意见, 判决, 《1963 年国际法院汇编》, 第 15 页, 详见第 35 页。

²²⁹ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46), 第 265-266 页。

²³⁰ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案(瑙鲁诉澳大利亚), 初步反对意见, 判决, 《1992 年国际法院汇编》, 第 240 页, 详见第 253-255 页, 第 31-36 段。见第 45 条(b)项和评注。

法院将在适当的时候确保瑙鲁延误提起诉讼绝不会妨碍澳大利亚认定事实和确定适用法律的内容。²³¹

法院显然打算适用提出要求时的有效法律。瑙鲁本身也确有必要采取这一立场, 因为其要求是建立在违反《托管协定》的基础之上, 而该协定在瑙鲁 1968 年获得独立之日起终止。其要求是澳大利亚根据在特定时间内的有效法律而承担的责任, 即使主要义务已经终止, 也继续存在。²³²

(9) 因此第 13 条规定的基本原则早已确立。一个可能的限定涉及国际法院多数法官在纳米比亚案中对义务的渐进解释。²³³ 但是时际原则并不要求对条约条款的解释历久不变。对条约条款的渐进解释在某些情况下是允许的,²³⁴ 但这与一国只对违背该国在行事时对它有效的义务负有责任的原则毫无关系。时际法原则也不意味着在某一特定义务开始生效之前发生的事实不能加以考虑, 如果这些事实在其他方面很重要的话。例如, 在处理确保对被告审判不被不当延迟的义务时, 该义务开始生效之前的拘留时间可能是重要事实, 尽管不能就该义务生效之前的期间给予补偿。²³⁵

第 14 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。

²³¹ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案, 同上, 第 225 页, 第 36 段。

²³² 该案件在法院有机会审议案情之前已得到解决: 瑙鲁境内某些磷酸盐地案, 1993 年 9 月 13 日的命令, 《1993 年国际法院汇编》, 第 322 页; 关于解决协定, 见《澳大利亚和瑙鲁共和国在国际法庭上解决瑙鲁境内某些磷酸盐地案的协定》(1993 年 8 月 10 日, 瑙鲁)(联合国, 《条约汇编》, 第 1770 卷, 第 30807 号, 第 379 页)。

²³³ 纳米比亚案(见上文脚注 176), 第 31-32 页, 第 53 段。

²³⁴ 例如见泰勒诉联合王国案, 《欧洲人权法院汇编》, A 辑, 第 26 号, 第 15-16 页(1978 年)。

²³⁵ 例如见扎纳诉土耳其案, 《欧洲人权法院报告书》, 第 1997-VII 号, 第 2533 页(1997 年); J. Pauwelyn, “持续侵犯国际义务的概念: 选定问题”, 《英国国际法年鉴》, 1995 年, 第 66 卷, 第 415 页, 详见第 443-445 页。

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、并且一直不遵守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、并且一直不遵守该义务的整个期间。

评注

(1) 如何确定不法行为在何时开始和持续到何时是一个常常出现的问题，²³⁶ 在国家责任方面有种种影响，包括第 30 条中阐述的持续性不法行为的停止这一重要问题。虽然违背国际义务的发生和存在时间大多数取决于义务的存在和内容，取决于该项违背的事实，但已确立了某些基本概念。这些都在第 14 条中阐述。第 14 条处理该问题不要求详尽，但也涉及了若干有关问题。特别是它区别了在时间上不持续的违背行为与持续的不法行为(分别见第(1)和第(2)款)；它也涉及将这种区别适用到防止义务这一重要问题上。在每一宗情况下，它都考虑到被违背的义务的继续生效问题。

(2) 国际不法行为一般需要一段时间才发生。为了第 14 条的目的，最重要的是区别一项正在持续的违背行为与一项已经完成的违背行为。根据第 1 款，一项完成的行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使其影响或后果持续存在。

²³⁶ 例如见马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案，1924 年第 2 号判决，《国际常设法院汇编》，A 辑，第 2 号，第 35 页；摩洛哥磷酸盐案(上文脚注 34)，第 23-29 页；索菲亚和保加利亚电力公司案，1939 年的判决，《国际常设法院汇编》，A/B 辑，第 77 号，第 64 页，详见第 80-82 页；印度领土通行权案(上文脚注 207)，第 33-36 页。该问题经常在欧洲人权公约各机构中提出。例如见欧洲人权委员会在德贝克尔诉比利时案中的裁决，请诉书第 214/56 号，《欧洲人权公约年鉴》，1958-1959 年，第 214 页，详见第 234 和第 244 页；法院在爱尔兰诉联合王国案中的判决，《欧洲人权法院汇编》，A 辑，第 25 号，第 64 页；帕帕米哈洛普洛斯等诉希腊案，同上，第 260-B 号，第 40 段(1993 年)；阿格罗泰克西姆等诉希腊案，同上，第 330-A 号，第 22 页，第 58 段。另见 E. Wyler, “Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite”，《公法概览》，第 95 卷，第 881 页 (1991 年)。

“发生的时刻”等措辞旨在为一个已完成的不法行为提供一个更准确的时间框架，但并不要求该行为必须在一刻间完成。

(3) 根据第 2 款，一个持续的不法行为持续时间，为该行为持续，并且一直不遵守该国际义务的整个期间，只要该项国际义务在这段期间对该国家有约束力。²³⁷ 持续性不法行为的示例包括实际维持与立法国条约义务有抵触的立法条款，非法拘留外国官员或非法占领使馆馆舍，武力维持殖民统治，非法占领另一国家的部分领土或未经另一国同意在另一国驻军。

(4) 一项不法行为是否完成或是否具有持续性，取决于两项因素：主要义务和特定案件的情况。举例说，美洲人权法院把强迫或非自愿失踪解释为一项持续的不法行为，只要该失踪人士下落不明这项行为就一直继续下去。²³⁸ 关于非法没收财产是一项已完成的或持续的行为的问题，在某种程度上，同样地取决于声称被违背的主要规则的内容。在通过法律程序没收的情况下，在有关的产权证被过户后，没收本身是一项完成的行为。但是，事实上的“蚕食”或变相的占领则又不相同。²³⁹ 在特别情况下，一个法庭可以有理由拒绝承认一项法律或法令，结果是导致拒绝接受可能引起持续的不法行为的身份、所有权或占有。²⁴⁰

(5) 此外，完成的行为与持续的行为之间的区别是相对的。一个持续的不法行为本身可以中止：如一名人质可能被释放、一名失踪者的尸体被交还亲属。一项持续的不法行为基本上是一项已经开始，但在有关的时间内还未完成的行为。若一持续的不法行为停止，例如已经释放人质或从非法占领的领土撤退军队，对于其后的情况来说，该行为被视为不再具有持续的性质，即便该行为

²³⁷ 见第 13 条和评注，特别是第(2)段。

²³⁸ 布拉克案，《美洲人权法院汇编》，C 辑，第 36 号，第 67 段(1998 年)。

²³⁹ 帕帕米哈洛普洛斯诉希腊案(见上文脚注 236)。

²⁴⁰ 洛伊齐杜案，案情(见上文脚注 160)，第 2216 页。

的若干影响可能继续存在，也是这样。这方面的情况适用第 14 条第 1 款的规定。

(6) 一项行为的持续性质不单是因为其影响或后果在时间上有延续性。它必须本身是一项持续的不法行为。在许多国际不法行为中，它们的后果可能延续很久。早期的酷刑行为引起的痛苦或没收财产的经济后果，即使在酷刑停止后或产权转移后，仍旧延续下去。本条款第二部分规定，这些后果应是包括归还在内的次要赔偿义务的对象。在决定应付补偿额时，如此延长这些后果很重要。但是，它们并不限定违背义务行为本身是持续的。

(7) 持续的不法行为的概念在许多国家的法律制度中存在，在国际法中源于特里佩尔。²⁴¹ 国际法院和其他国际法庭曾再三提及。举例说，在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院提到“伊朗连续地并仍旧继续地违背其根据 1961 年和 1963 年《维也纳公约》对美国的义务”。²⁴²

(8) 一项持续的不法行为的后果取决于发生该行为的背景以及被违背的义务的期限。举例说，“彩虹勇士号”案仲裁的案由是法国未曾按照法国和新西兰之间一项协定的规定将两名特工人员拘禁在法属太平洋豪岛上三年时间。仲裁法庭赞同地提及委员会的条款草案(现在合并为第 14 条)，以及一次性不法行为与持续性不法行为之间的区分，并提出：

将这种分类适用于本案就可以明显看出，由于没有将那两名特工人员还押于豪岛而构成的违约行为不仅仅是实质性的违约，而且也是持续性的违约行为。这一分类不单纯是理论性质的，正相反，它具有实际的后果，因为该违约行为的严重性以及它在时间上的延续必然会对确定能与具有

²⁴¹ H. 特里佩尔，《国际法和联邦法》(莱比锡，赫希菲尔德出版公司，1899 年)，第 289 页。该概念后来见于有关国家责任的一般性研究以及接受国际法院强制管辖权的一些声明中所使用的“某一日期之前的情况或事实”的解释文件。

²⁴² 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59)，第 37 页，第 80 段。另见第 36-37 页，第 78-79 段。

这两种特征的违反行为相称的赔偿产生相当大的影响。²⁴³

仲裁法庭接着根据这一区分，针对协议所规定的法国义务期限作出了进一步的法律推论。²⁴⁴

(9) 欧洲人权法院为了确定它对一系列案件的属时管辖权，也采用了持续不法行为的概念。问题在于法院的管辖权可能局限于被告国成为《公约》或有关《议定书》的缔约国并接受个人请愿权之后。因此，在帕帕米哈洛普洛斯案中，不属于正式没收的扣押财产行为发生在希腊承认法院权限之前大约八年。法院裁断，《欧洲人权公约议定书》第 1 条规定的和平享有财产的权利持续受到侵犯，这种违约行为在议定书生效后还继续下去；因此认定，它对该项要求拥有管辖权。²⁴⁵

(10) 在洛伊齐杜案²⁴⁶中，法院对土耳其 1974 年入侵塞浦路斯所造成的后果采用了相同的推理；由于该次侵略，申诉人被剥夺接触她在北塞浦路斯的财产的权利。土耳其辩称，根据 1985 年《北塞浦路斯土耳其共和国宪法》第 159 条，有关的财产已经被没收，而且这发生在 1990 年土耳其接受法院管辖权之前。法院裁断，依照国际法并考虑到安全理事会的有关决议，它不能承认《1985 年宪法》的法律效力，因此当时并未完成财产的没收，而财产继续属于申诉人。土耳其共和国和土耳其军队剥夺申诉人使用其财产权利的行为在土耳其接受法院管辖权之后仍在继续，因而是对《欧洲人权公约议定书》第 1 条的违反。²⁴⁷

²⁴³ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 264 页，第 101 段。

²⁴⁴ 同上，第 265-266 页，第 105-106 段，见肯尼思·基思勋爵的个别意见，同上，第 279-284 页。

²⁴⁵ 见上文脚注 236。

²⁴⁶ 洛伊齐杜案，案情(见上文脚注 160)，第 2216 页。

²⁴⁷ 同上，第 2230-2232 页和第 2237-2238 页，第 41-47 段和第 63-64 段。不过，见本哈尔法官的反对意见，第 2242 页，第 2 段(洛佩斯·罗查、贾姆布雷克、佩蒂蒂、巴卡和戈尔居克鲁等法官实质上同意他的意见)。另见洛伊齐杜案，初步反对意见(上文脚注 160)，第 33-34 页，第 102-105 段；塞浦路斯诉土耳其案，请诉书第 25781/94 号，2001 年 5 月 10 日的判决，《欧洲人权法院报告书》，第 2001-IV 号。

(11) 人权事务委员会也赞同关于持续性不法行为的概念。例如，在洛夫莱斯诉加拿大案中，它裁断它有权审理申诉人丧失其作为一个印地安群体在册成员地位对她的持续影响，尽管这一丧失是发生于她 1970 年结婚之时，而加拿大在 1976 年才接受人权事务委员会的管辖权。人权事务委员会指出，它：

通常没有职权审理有关《公约》和《任择议定书》生效以前发生的事件的控告。……就桑德拉·洛夫莱斯的情况而言，委员会对造成她在 1970 年结婚时丧失印地安人地位的根源……没有权力表示任何意见……

不过，委员会认识到，如果所说的违反行为虽然发生在 1976 年 8 月 19 日以前，但在该日期之后还在继续，或者产生一些影响，而这些影响本身即构成违反行为，那么情况就会有所不同。²⁴⁸

它裁定，加拿大立法使洛夫莱斯不能行使其作为少数族裔成员的权利，其持续性影响在该日期之后足以构成对《公民及政治权利国际公约》第 27 条的违反。在此，持续性违背行为的概念不仅涉及委员会的管辖权，而且也涉及把第 27 条作为《公约》中最直接相关条款适用于有关事实。

(12) 因此，在过去某个时候开始，而且在当时即构成(或者，假如当时有关主要规则对当事国有效，便会构成)违约的行为，在目前有可能会继续存在并导致持续性的不法行为。此外，这一持续的性质会对各种不同方面产生法律影响，包括国家责任方面。例如，第 30 条所载的停止义务适用于持续性的不法行为。

(13) 关于一项已完成的或正在继续的不法行为的一个共同问题，是在何时发生了违反国际法的行为，以区别于仅仅让人担心或即将发生的情况。正如在第 12 条的情况下所指出的，这个问题只能根据某一主要规则予以答复。一些规则明确禁止

实施威胁、²⁴⁹ 煽动或图谋；²⁵⁰ 在这种情况下，威胁、煽动或图谋本身就是不法行为。另一方面，在国际不法行为导致一些事件的发生之时——举例说，一条国际河流的改道——仅仅是预备性行为就不一定是不法行为。²⁵¹ 在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，问题在于改道计划(“备选项目 C”)在什么时候实施。法院裁断在多瑙河实际改道的时候才发生违约行为。法院指出：

在 1991 年 11 月至 1992 年 10 月期间，捷克斯洛伐克只是在其本国领土上实施执行备选项目 C 所需但如果当事各方之间达成协议便会放弃的工程，因而并未预先确定它将作出的最后决定。只要多瑙河尚未被单方面筑坝拦截，则备选项目 C 就没有实际上实施。

此种情况在国际法中并不罕见，而且就此事而论，在国内法中也不罕见。在发生不法行为或罪行之前常常会有一些预备行为，但不能将预备行为与不法行为或罪行本身混为一谈。这也是要区分不法行为(无论一次性行为还是持续性行为)的实际施行与在该行为发生前的预备性而且‘不具备不法行为性质’的行为的原因所在”。²⁵²

²⁴⁹ 特别是，《联合国宪章》第二条第四项禁止“实行武力威胁或使用武力……侵害任何……国家之领土完整或政治独立”。关于什么是实行武力威胁的问题，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注 54)，第 246-247 页，第 47-48 段；另见 R. Sadurska, “武力威胁”，《美国国际法学报》，第 82 卷，第 2 号(1988 年 4 月)，第 239 页。

²⁵⁰ 特别全面的提法是《防止及惩治灭绝种族罪公约》第三条，该条禁止灭绝种族、预谋灭绝种族、直接公然煽动灭绝种族、意图灭绝种族、共谋灭绝种族。另见《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第 2 条和《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第 2 条。

²⁵¹ 在一些法律体系中，用“预期违约”的概念处理一当事方在规定执行时间之前明确拒绝履行契约义务之事。面对预期违约，有关当事方有权终止契约，并诉请赔偿损失。见 K. Zweigert 和 H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3rd rev. ed., T. Weir 译(牛津，克拉伦登出版社，1998 年)，第 508 页。其他体系没有采用这一概念，但也取得了类似结果，例如它们把在履行义务时间之前拒绝履行义务的行为解释为一种“直接违约行为”：同上，第 494 页(德国法)。在国际法中似乎没有任何对等的概念，但 1969 年《维也纳公约》第六十条第三项(甲)款界定重大违约行为包括“废弃条约，而此种废弃非本公约所准许者”。显然，这一废约行为在履行义务时间之前有可能发生。

²⁵² 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 54 页，第 79 段，引述目前第 30 条评注草案。

²⁴⁸ 洛夫莱斯诉加拿大案，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第 40 号》(A/34/40)，附件十八，第 R.6/24 号来文，第 172 页，第 10-11 段(1981 年)。

因此，法院区分了不法行为的实际施行与预备性质的行为。预备行为本身如果不“预先确定将作出的最后决定”，则就不构成违背行为。但是，对于在任何特定案件中情况是否如此，这将取决于确切的事实以及主要义务的内容。今后将会出现判断和程度的问题，而它们无法用任何特定措辞来预先加以确定。在第14条第1和第3款中使用“发生”一词就是为了包括各种可能性。

(14) 第14条第3款规定了一类特别是违背国际义务的行为，即防止某一特定事件发生的违约行为。防止的义务通常被认为是最大努力的义务，要求国家采取所有合理或必要措施，防止某一事件发生，但又不保证该事件不会发生。违背一项防止义务很可能是一项持续的不法行为，虽然，就其他持续不法行为而言，第13条的效力是在该义务仍旧有效的期间内，如果事件继续和仍旧不符合该项义务的规定，才产生持续性违背。举例说，特雷耳炼锌厂案仲裁²⁵³中处理的防止空气污染跨界损害的义务，只要继续排放污染，就遭到了违背。的确，在这类情况下，违背行为可能由于未予以制止而日益严重。然而，不是所有旨在防止一项行为发生的义务都属于这一类。如果有关义务只在于防止该事件的最初发生(不同于其继续)，就没有持续的不法行为。²⁵⁴如果有关义务停止了，那时候任何持续行为从定义上来说也不再是不法行为。²⁵⁵第3款的措辞“并且一直不遵守该义务”就是为了包括这两种情况。

第15条 一复合行为违背义务

1. 一国通过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，该违背义务行为持续的时间为一系列行为或不行为中的第一个开始发生

²⁵³ 特雷耳炼锌厂案，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第1905页(1938年，1941年)。

²⁵⁴ 例如甲国防止公布某些消息的义务。对这项义务的违背不一定是持续性的，因为一旦消息公布了，这项义务就失去了意义。

²⁵⁵ 见“彩虹勇士号”案(上文脚注46)，第266页。

到此类行为再次发生并且一直不遵守该国国际义务的整个期间。

评注

(1) 在第14条区分已完成的行为与持续的行为所确立的基本框架内，第15条作了更详尽的规定，即一项复合不法行为的概念。复合行为导致不断的违背，其时间从构成不法行为的一系列行为的第一个行为或不行为开始。

(2) 第15条所涵复合行为限于义务的违背，它们涉及某种行为聚合，而不涉及个别行为本身。换言之，它们的重点是“一并被定义为不法行为的一系列行为或不行为”。其实例包括涉及灭绝种族罪、种族隔离或危害人类罪、系统性种族歧视行为、某项贸易协定所禁止的系统性种族歧视行为等等义务。国际法中的一些最严重的不法行为是根据其复合性质而界定的。这些义务在国际法上的重要性值得在第15条中予以特别处理。²⁵⁶

(3) 即使它具有特别性质，禁止灭绝种族罪在《防止及惩治灭绝种族罪公约》和后来的文书中均以相同措辞拟订，²⁵⁷可作为“复合”义务的一个好示例，因为它意味着责任实体(包括政府)必然已采取一种系统性的政策或做法。根据《公约》第二条(a)项的规定，“灭绝种族”的主要罪证是“杀害[某一民族、人种、种族或宗教团体的成员]”以期全部或局部消灭该群体。这项定义的两个分句均包含有系统性的因素。灭绝种族罪必须是蓄意进行，并旨在实际消灭该群体。在蓄意进行屠杀和造成伤害等行为累积起来之后，才算是犯下灭绝种族罪，因为这才符合第二条的定义。但是，一旦跨过这个界线，便可以说，该罪行的实行时间延续到犯下任何这些行为的整个期间。

²⁵⁶ 又见 J. J. A. Salmon, “Le fait étatique complexe: une notion contestable”, *Annuaire français de droit international*, 第28卷(1982年)，第709页。

²⁵⁷ 例如见原先作为 S/25704 和 Add.1 号文件的附件公布，经安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议批准，经过 1998 年 5 月 13 日第 1166(1998)号决议修正和 2000 年 11 月 30 日第 1329(2000)号决议修正的《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第 4 条；经安全理事会 1994 年 11 月 8 日第 955(1994)号决议批准的《卢旺达问题国际法庭规约》第 2 条；以及《国际刑事法院罗马规约》第 6 条。

任何蓄意实施行为的任何个人则是犯下灭绝种族罪。²⁵⁸

(4) 有必要分清楚复合义务与由一项“复合”行为违背的单一义务。复合行为无疑更有可能引起有持续性的违背行为，但单一行为也可能造成有持续性的违背行为。然而，如果义务本身是根据行为的累积性质来界定，也就是说，累积性行为构成不法行为的本质，情况就不同了。种族隔离与个别的种族歧视行为不同类；灭绝种族也与因族裔或种族动机进行的个别杀害行为不同类。

(5) 在爱尔兰诉联合王国案中，爱尔兰指控对在北爱尔兰被拘留者遭受非法待遇的做法，据说这种待遇等于酷刑或不人道或有辱人格的待遇。此案以此被裁定可以受理。这造成各种程序性和补救性后果。尤其是，对于指称属于上述做法的每一个事件，无须遵守用尽当地救济规则。但是，法院否认发生任何有系统性的个别不法行为。它只是认为，爱尔兰有权指控由一系列违背《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 7 条规定的行为构成的一种做法，并要求停止这种做法。法院说：

不符《公约》的一种做法是由相同或类似的违背行为累积组成，这些行为很多而且相互关联，不仅足以形成单独的事件或例外，而且足以形成一种格局或系统；离开这些违背行为，单独一个做法本身并不构成违反行为*……

做法的概念对于用尽国内救济规则的适用，尤为重要。载于《公约》第 26 条的这项规则，适用于国家的申诉……其适用方式与个人申诉相同……。另一方面，这项规则原则上不适用于如下情况：申请国指控某项做法本身，以防止其持续或再次发生，但不要求委员会或法院对所提出的、作为这项做法的证明或说明的每起案件做出裁决。²⁵⁹

²⁵⁸ 时际原则不适用于《公约》，因为根据该《公约》第一条的规定，《公约》是宣告性的。因此对不论何时所犯的灭绝种族罪，均有加以起诉的义务。见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，初步反对意见(上文脚注 54)，第 617 页，第 34 段。

²⁵⁹ 爱尔兰诉联合王国案(见上文脚注 236)，第 64 页，第 159 段；另见第 63 页，第 157 段。又见美国在石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)中提出的反诉，1998 年 3 月 10 日的命令，《1998 年国际法院汇编》，第 190 页，这项反诉同样将重点放在一般性情况，而非放在具体事例上。

在危害人类罪的情况中，复合行为是同其组成部分的个别违反人权行为分开的一种违反行为。

(6) 必须对一项不法行为的必要因素与发生了这一行为的证据或证明方面的需求进一步加以区分。举例说，一个国家的个别种族歧视行为是国际不法行为，²⁶⁰即使可能需要提供国家官员的一系列(牵涉到同一个或处于同样情况的其他人)行为为证，以显示任何这些行为都是歧视性的而不是有合法根据的。在本质上，这些歧视不是一个复合行为，但是为了证明的目的，可能必须提出相当于这一行为的做法为证。

(7) 一项复合行为的性质的后果是，完成该行为的时间，不可能是一系列行为的首次行为或不行为的发生时间。只到以后才会发现首次行为或不行为似乎开启了一系列行为。只有在一系列行为或不行为发生后，才显示出该复合行为不仅仅是一连串的单独立行，而且是一项复合行为，即被一并定义为不法行为的行。

(8) 第 15 条第 1 款界定一项复合行为“发生”的时间为最后的行为或不行为发生的时间，这一行为或不行为连同其他行为或不行为看待足以构成该不法行为，从这种意义上说，并不一定非要是最后的行为或不行为不可。在决定何时发生违反国际法情况时，对已完成的和持续的不法行为也适用同样的考虑；此事取决于确切的事实和主要义务的内容。发生了多少次的行为或不行为才构成违反义务，也取决于主要规则的措辞和目的。行为或不行为必须是一系列的一部分，但该条并无规定必须犯了整个系列的不法行为才能被列入复合不法行为一类，而是只要发生了足够次数的行为就构成了违反情况。在发生足以构成违反情况的行为时，可能不知道后来还会发生其他行为，以及一系列的违反行为还未完成。此外，一些系列的行为或不行为受到中止，从未完成，但不一定妨碍把这些已发生的行为或不行为归类为复合不法行为，只要它们加起来足以构成违反。

(9) 虽然复合行为由被一并定义为不法行为的一系列行为或不行为构成，但这并不排除以下的可

²⁶⁰ 例如见《消除一切形式种族歧视国际公约》第 2 条；以及《公民及政治权利国际公约》第 26 条。

能性，即该系列中每一个单项行为根据另一项义务来说都是不法行为。举例说，灭绝种族不法行为一般是由一系列本身都是国际非法行为构成的。它也不会影响到行为实施的时间因素：一系列的行为或不行为可在同一时间、连续或在不同时间发生。

(10) 第 15 条第 2 款处理了一项复合行为在时间上的延续。一旦发生了足够次数的行为或不行为，造成了复合行为的不法结果，违反行为就应从一系列行为中的第一项行为开始。在发生了足以构成不法行为系列的行为或不行为以前，第一项行为或不行为的地位并非很明确；但在那时候，该行为应被视为从第一次行为或不行为实施起的整段期间发生。如果不是这样，禁止的效力也就被削弱了。

(11) 在第 2 款中加入“一直”这一词是为了第 13 条中规定的时际原则。根据该原则，在构成违反的一系列行为实施时，国际义务必须对国家具有约束力。如有义务在一系列行为开始时还不存在，以后才出现，就国家责任来说，该系列中的“第一项”行为或不行为将是义务产生后第一次发生的行为或不行为。这并不一定阻止法庭为了其他目的，考虑到较早的行为或不行为(例如，以便为后来的违反确定事实基础，或提供意图证据)。

第四章

一国对另一国行为的责任

评注

(1) 根据第一章中所定基本原则，每一国应对其国际不法行为负责，即应对根据第二章归属于该国、根据第三章违背该国国际义务的行为负责。²⁶¹ 国家责任是有关国家特有的责任，这项原则是整个本条款的基础。它将被称为独立责任原则。由于每一国有自己的一系列国际义务和自己的相关责任，这项原则是合适的。

(2) 但是，国际不法行为往往是几个国家一起协

作而不是某一国家单独行动的结果。²⁶² 它可能包括数个国家的独立行为，每一国家在一国际不法行为中起到它自己的作用。情况也有可能是，若干国家通过同一个机关实施一不法行为。²⁶³ 国际不法行为也有可能来源于一国以另一国名义实施有关行为的情况。

(3) 各种形式的协作行为可共存于同一案件中。例如，澳大利亚、新西兰和联合王国这三个国家一起组建了瑙鲁托管领土管理当局。在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中，诉讼是单独针对澳大利亚以三国的“共同名义”所采取的行动提起的。²⁶⁴ 澳大利亚采取的行动包括数国的“共同”行动和一国以其他两个国家和它自己的名义采取的行动。反之，如果行为国的有关机关只是在第 6 条含义范围内交请求国“支配”，则只有请求国对该行动负责。

(4) 在某些情况下，一国行为的不法性可能是由另一国的单独行动决定的。甲国可以在下述情形采取行动：涉及乙国，而且乙国家的行为对于评估甲国是否违背本国国际义务很重要、甚至具有决定性。例如，在泽林案中，欧洲人权法院裁决，引渡国若按照拟议的做法，将一个人引渡至该个人将遭受不人道或有辱人格的待遇或处罚的非《欧洲人权公约》缔约国，则违背《公约》第 3 条。²⁶⁵ 另外，甲国的国际义务可能要求它防止乙

²⁶² 参见 M. L. Padelletti, 《多个国家涉及国际不法行为的情况》(米兰, 朱弗雷出版社, 1990 年); 布朗利, 《国家的法律体系: 国家责任》(上文脚注 92), 第 189-192 页; J. Quigley, “国际法中的共犯: 国家责任的新方向”《英国国际法年鉴》, 1986 年, 第 57 卷, 第 77 页; J.E. Noyes 和 B. D. Smith, “国家责任, 以及连带责任原则”, 《耶鲁国际法学报》, 第 13 卷(1988 年), 第 225 页; B. Graefrath, “国际责任法中的共犯”, 《比利时国际法评论》, 第 29 卷(1996 年), 第 370 页。

²⁶³ 在一些情况下, 该行为可能是由国际组织的机关实施的。这种情况引起了国际组织的国际责任问题, 它不属于本条款的范围。见第 57 条和评注。

²⁶⁴ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案, 初步反对意见(见上文脚注 230), 第 258 页, 第 47 段; 另见沙哈布迪恩法官的单独意见, 同上, 第 284 页。

²⁶⁵ 泽林诉联合王国案, 《欧洲人权法院汇编》, A 辑, 第 161 号, 第 33-36 页, 第 85-91 段(1989 年)。另见克鲁斯·巴拉斯等诉瑞典案, 同上, 第 201 号, 第 28 页, 第 69-70 段(1991 年); 维尔瓦拉贾等诉联合王国案, 同上, 第 215 号, 第 37 页, 第 115-116 段(1991 年)。

²⁶¹ 特别见第 2 条和评注。

国采取某种行为，至少要防止此类行为可能产生的损害。因此，在科孚海峡案²⁶⁶中，确定责任的依据是阿尔巴尼亚未能警告联合王国阿尔巴尼亚水域有第三国布置的水雷。阿尔巴尼亚在这种情况下中的责任是原始的，而非源于乙国行为的不法性。

(5) 在数国实施合作行为的多数情况下，不法行为的责任应根据上文第(1)段中提到的单独责任原则予以决定。但可能在某些情况下，甲国机关不是作为乙国的机关或机构行事，行为却可要求乙国负责，即使该行为的不法性源于或基本上源于对甲国国际义务的违背。第一部分第四章规定了在适当情况下甲国应该对乙国的一国际不法行为承担责任的特殊情况。

(6) 第四章包括三种情况。第 16 条处理甲国援助或协助乙国实施一国际不法行为的情况。第 17 条处理甲国由于指挥或控制乙国实施一国际不法行为而应对该行为负责的情况。第 18 条处理甲国蓄意胁迫乙国实施一行为，要是不加以胁迫，则该行为属于该乙国自己的国际不法行为的特殊情况。²⁶⁷ 在所有这三种情况下，无论出于自愿或非自愿，该行为还是由行为国的机关或代理实施的，并且，在不受胁迫的情况下，就是违背该国国际义务的行为。第二国卷入该违约行为，源于该国愿意协助行为国、指挥和控制行为国或胁迫行为国。但是，这三种情况之间有重要的不同。根据第 16 条，主要责任国是行为国，协助国仅仅具有支持的作用。同样，根据第 17 条，行为国虽然受到另一国的指挥或控制，却实施了国际不法行为。反之，根据第 18 条，在胁迫情况下，胁迫国在行为上是主要煽动者，被胁迫国只是它的工具而已。

(7) 本章的一个特征是：它规定了某些行为是国际不法行为。看来它可能模糊了本条款对国家的主要义务(实质义务)与国家责任的次要义务之间所维持的区分。²⁶⁸ 之所以这样处理是因为第四章所

规定的责任是衍生义务。²⁶⁹ 在国家法律体系中，处理共谋、共犯和诱导违约的规则可以归入义务法的“通则”部分。此外，一国卷入另一国的行为的概念与第二章中所处理的归属问题类似。

(8) 另一方面，第四章所包括的情况具有特殊性，是单独责任原则的例外情况，只包括若干情况。在拟订一国为另一国的国际不法行为负责的这些特殊情况，必须牢记国际系统的若干特征。首先，可能发生这样的情况：同一行为对一国来说是国际不法行为，但对注意到本国国际义务的另一国来说可能并非不法行为。不允许衍生责任的规则破坏 1969 年《维也纳公约》第三十四条所定原则：一条约“非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”；对单边义务而言，在某些情况下，甚至在一般国际法规则方面，也发生类似问题。因此，只有在发生胁迫的极端情况下，一国才需要为如果由该国自己实行便不算国际不法行为的行为负责。其次，各国通过多种多样的机关和代理从事了包罗广泛的活动。例如，一国向另一国提供资金或其他援助，不应该承担另一国将该项援助改用于从事国际不法行为的危险。因此，有必要确立援助、指挥与胁迫国的行动同实行国际不法行为的国家的行为之间的密切联系。因此，本条款在这一部分规定：前一国家应该了解有关国际不法行为的情形，在该行为和援助、指挥或胁迫国的行为之间确立明确的因果关系。确立此种因果关系不应影响国家责任事项中的“不法意图”的一般性问题，本条款对此持中立态度。²⁷⁰

(9) 类似的考虑因素决定了不将“衍生责任”的若干情况列入第四章。其中之一是煽动。通常不认为煽动不法行为足以引起煽动国的责任，只要煽动国在煽动不法行为的同时不给予具体的支持和提供指挥与控制。²⁷¹ 但是，可能会有禁止在若

²⁶⁹ 参见仲裁员胡贝尔在摩洛哥西班牙保护地的英国索赔案中所使用的“衍生责任”一词(上文注脚 44)，第 648 页。

²⁷⁰ 见上文第 2 条评注第(3)和第(10)段。

²⁷¹ 见美国—法国专员关于 1831 年法国赔款案的声明，载于穆尔，《历史与摘要》，第五卷，第 4447 页，详见第 4473-4476 页。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 36)，第 129 页，第 255 段，以及施维贝尔法官的反对意见，第 389 页，第 259 段。

²⁶⁶ 科孚海峡案，案情(见上文脚注 35)，第 22 页。

²⁶⁷ 如果一国遭受胁迫，其行为的不法性可依不可抗力予以解除；见第 23 条和评注。

²⁶⁸ 见总评注第(1)、第(2)和第(4)段对区别的解釋。

干情况下进行煽动的特定条约义务。²⁷² 另一个考虑因素是在某些国内法系中称为“事后从犯”的问题。第三国似乎没有在制止另一国可能已经进行的国际不法行为中履行合作的普遍义务。再说,规定任何此类事后制止义务是特定条约义务要处理的问题。但是,在这里,有两项重要的限制条件。首先,在某些情况下,甲国在乙国已经实施一国际不法行为以后给予乙国的协助,实际上可能是甲国采取该项行动。在这种情况下,根据第 11 条规定,可能引起该项行为的责任。其次,在严重违背一般国际法强制性规范所定义务的情况下,可能引起制止一非法情况的特殊合作义务。顾名思义,在这种情况下,国家应该议定不许减损这种义务,遇有严重违背这种义务的情事,还有若干合作义务。第 41 条中规定了这种义务。

第 16 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该对此种行为负国际责任,如果:

(a) 该国在知道该国际不法行为的情况下这样做;而且

(b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

评注

(1) 第 16 条处理甲国向乙国提供援助或协助以便利乙国实施一国际不法行为的情况。如果甲国自愿协助或援助乙国实施违背乙国国际义务的行为,例如明知其为国际不法行为还为该项行动提供必要的便利或经费,便发生这种情况。其他事例包括为关闭国际水道、便利在外国境内绑架某人或协助破坏第三国国民的财产而提供手段。每一情况下主要责任国为行为国,协助国只起到支持的作用。因此,第 16 条的起首部分中使用了“该国”,把提供援助或协助的情况与伙同或参与实行一国际不法行为的情况区别开来。第 16 条规定,协助国的援助或协助不应与行为国的责任混淆。在这种情况下,协助国只在自己的行为造成或促成国际不法行为的程度上负责。因此,在绝对确已发生国际不法行为的情况下,协助国的

责任范围才不致扩大到补偿行为本身的地步。

(2) 目前已有各种特定的实质性规则存在,禁止一国援助其他国家实施若干不法行为,甚至要求第三国防止或抑制这种行为。²⁷³ 这种规定并不以衍生责任的任何一般原则为转移,也不否定这种原则的存在,从这些规定中推断没有任何一般规则存在是错误的。对于《联合国宪章》第二条第五项等条约规定来说,也存在着超越第 16 条范围和宗旨的特定理由。

(3) 第 16 条以三种方式限制了援助或协助的责任范围。第一,提供援助或协助的有关国家的机关或机构必须了解使得受援国的行为成为国际不法行为的情况;第二,援助或协助必须是:为了便利该行为的实施而给予的,并且必须是实际给予了;第三,已经完成的该行为若由协助国自己实施,也必定会构成国际不法行为。

(4) 协助国必须了解使得受援国的行为成为国际不法行为的情况这一要求体现在该国“知道该国际不法行为的情况”。一国向另一国提供物质或资金协助或援助,通常不承担其协助或援助被用于实行国际不法行为的危险。如果协助国或援助国不知道受援国打算使用其援助或协助的情况,它就不承担任何国际责任。

(5) 第二项要求是:援助或协助的给予必须是为了便利实施不法行为,而且必须是实际给予了。这项规定把第 16 条的适用范围限制在给予的援助或协助显然与随后的不法行为有关的情况。第 16 条规定,一国不必为援助或协助负责任,除非有关国家机关意图使用获得的援助或协助便利不法行为的实施,而且该国际不法行为实际上是由受援国或受助国实施的。没有任何规定要求:该项援助或协助对该国际不法行为的实施而言应该是不可或缺的;仅仅大大促成该行为就够了。

(6) 第三项条件把第 16 条的适用范围限制在援助或协助违背对援助国或协助国本身有约束力的义务的情况。一援助国或协助国不得故意促使另一

²⁷² 例如见《防止及惩治灭绝种族罪公约》第三条(c)项;以及《消除一切形式种族歧视国际公约》第 4 条。

²⁷³ 例如见《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》第一原则(大会 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV)号决议,附件);《侵略定义》第 3 条(f)项(大会 1974 年 12 月 14 日第 3314(XXIX)号决议,附件)。

国违背两国都必须遵守的义务；一国不能通过另一国做自己不能做的事。但是，一国不受制于另一国对第三国承担的义务。这项基本原则也体现在 1969 年《维也纳公约》第三十四和第三十五条。相对来说，一国可以不符合另一国对第三国承担的义务的方式为它本国自由行事。在这种情况下，任何责任问题将是受到援助的国家与受害国之间的事情。因此，为确定协助国的责任，必须规定：如果该行为可归于协助国，则该问题应构成对协助国本国国际义务的违背。

(7) 在被违背的义务同样对协助国不利的情形下，国家实践支持让通过援助或协助有意参与另一国实行的国际不法行为的一国承担国际责任。例如，伊朗伊斯兰共和国 1984 年抗议联合王国向伊拉克提供资金和军事援助，据称包括用于攻击伊朗军队的化学武器，因为这项援助助长伊拉克的侵略行为。²⁷⁴ 联合王国政府同时否认了它拥有化学武器和向伊拉克提供化学武器的指控。²⁷⁵ 1998 年，有一项类似的指控声称苏丹允许伊拉克技术人员使用苏丹的设施生产神经毒气，以这种方式协助伊拉克生产化学武器。伊拉克驻联合国代表否认了这项指控。²⁷⁶

(8) 不使用武力的义务也可能由于协助国允许另一国使用其领土对第三国进行武装攻击而被协助国所违背。当美国对黎巴嫩进行干预时由于德国允许美国军机在其领土上使用机场而有人指控德国参加了武装攻击，德意志联邦共和国针对此事发表的一项声明提供了这样的示例。德意志联邦共和国虽然否认美国和联合王国在近东采取的措施构成干预，但似乎接受了：一国将它自己的领土让另一国使用以便利另一国家非法使用武力的行为本身是一项国际不法行为。²⁷⁷ 1986 年 4 月的黎波里轰炸事件是另一个示例。阿拉伯利比亚民众国控告联合王国必须为该事件负责，因为联合王国允许美国战斗机使用其若干空军基地攻击利比亚目标。²⁷⁸ 阿拉伯利比亚民众国宣称，由于联

合王国“直接支持并且促成”该项袭击而“应负部分责任”。²⁷⁹ 联合王国否认了该项责任，因为利比亚对美国目标进行恐怖主义攻击，美国的攻击行为是自卫还击行为。²⁸⁰ 安全理事会关于这项攻击事件的一项决议草案被否决了，但是联合国大会印发了一项决议，谴责这项“军事攻击”“违反《联合国宪章》和国际法”，要求各国“不要为实行侵略阿拉伯利比亚民众国的行为提供任何协助或便利”。²⁸¹

(9) 不提供援助或协助以便利另一国实行一国际不法行为的义务并不限于禁止使用武力。例如，一国如果协助另一国规避联合国安全理事会施加的制裁²⁸² 或向一国提供物质援助供它侵犯人权，可能必须承担责任。在这方面，联合国大会曾经在若干情况下要求会员国不要向被发现实行严重侵犯人权行为的国家供应武器和提供其他军事援助。²⁸³ 在指控一国的援助为另一国侵犯人权提供便利的情况下，必须仔细审查每一案件的特殊情况，以确定援助国是否意识到它所提供的援助并且有意为实行国际不法行为提供便利。

(10) 第 16 条规定，援助国故意协助另一国违背它们同受约束的一国际义务，应为它自己的这一行为负责。就此而论，它不为受援国的行为负责。在某些情况下，这可能是没有差异的区别：如果援助是不法行为的必要组成部分，没有援助，不法行为就不会发生，受到的损害可以同时归咎于援助国和行为国。²⁸⁴ 但是，在其他情况下，这个区别可能很重要：对于主要行为的实施来说，援助可能只是附带因素，即使影响受到损

²⁷⁴ 《纽约时报》，1984 年 3 月 6 日，第 A1 页。

²⁷⁵ 同上，1984 年 3 月 5 日，第 A1 页。

²⁷⁶ 同上，1998 年 8 月 26 日，第 A8 页。

²⁷⁷ 联邦政府的照会全文，见《比较公法和国际法杂志》，第 20 卷（1960 年 8 月），第 663-664 页。

²⁷⁸ 见美利坚合众国，《国务院公报》，第 2111 号（1986 年 6 月），第 8 页。

²⁷⁹ 见利比亚人民局哈默德·胡代里大使的发言，巴黎，《泰晤士报》，1986 年 4 月 16 日，第 6 页。

²⁸⁰ 首相玛格丽特·撒切尔女士的发言，《下议院辩论》，第 6 辑，第 95 卷，col. 737（1986 年 4 月 15 日），载录于《英国国际法年鉴》，1986 年，第 57 卷，第 637-638 页。

²⁸¹ 大会 1986 年 11 月 20 日第 41/38 号决议，第 1 和第 3 段。

²⁸² 例如见克林顿总统的报告，《美国国际法学报》，第 91 卷，第 4 号（1997 年 10 月），第 709 页。

²⁸³ 经济及社会理事会报告，大会第三委员会报告，决议草案十七(A/37/745)，第 50 页。

²⁸⁴ 数个国家对同一损害的并存责任问题，见第 47 条和评注。

害的程度，也只起到微小的作用。一国若援助另一国实施一国际不法行为，不一定需要为该项行为的一切后果向受害者提供赔偿，按照本条款第二部分中所载述的原则，只需为它自己行为的后果负责。

(11) 第 16 条没有处理受助国或受援国不在场或不同意的情况下，是否可以受理为确定援助国或协助国的责任而提出的司法诉讼问题。国际法院一再重申，法院不能裁定甲国的国际责任，如果要作出裁定，就必须在乙国不在场和未征得其同意的情况下对其行为“的合法性作出裁决，以此作为先决条件”。²⁸⁵ 这就是所谓的货币黄金原则。²⁸⁶ 该原则适用于第 16 条所涉情况，因为协助或援助国承担责任的实质是受助或受援国自己实行了国际不法行为。除其他因素外，前者所给协助或援助的非法性取决于后者行为的非法性。这种情况有时在确定协助或援助国的责任时造成某些实际困难，但无损于第 16 条的宗旨。货币黄金原则涉及可否受理在国际司法诉讼中提出的权利主张问题，而不涉及责任本身的问题。此外，该原则并不是包罗一切的，因而货币黄金原则不可能是在每起案件中不受理司法诉讼的障碍。总之，向另一国提供非法援助常常引起外交抗议。各国有权指称谁是另一国不法行为的共犯，即使国际法院可能根本无权或由于其他国家不在场而无权对指控做出裁决。

第 17 条 指挥或控制一国际不法行为的实施

指挥或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) 该国在知道国际不法行为的情况下这样做；而且
- (b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

²⁸⁵ 东帝汶案(见上文脚注 54)，第 105 页，第 35 段。

²⁸⁶ 1943 年从罗马运走的货币黄金案，判决，《1954 年国际法院汇编》，第 19 页，详见第 32 页；瑙鲁境内某些磷酸盐地案，初步反对意见(见上文脚注 230)，第 261 页，第 55 段。

评注

(1) 第 17 条处理衍生责任的第二种情况：一国指挥和控制另一国实施国际不法行为。第 16 条规定，为实施一国际不法行为提供援助或协助的一国在且只在提供了援助或协助的程度上承担国际责任。反之，指挥和控制另一国实施一国际不法行为的一国要为该行为本身承担责任，因为它指挥和控制了全部行为。

(2) 由于指挥和控制另一国实施一国际不法行为而承担国际责任的一些事例，目前基本上具有历史重要性。从“宗主关系”或“保护关系”等国际附属关系看来，应该使使役国为正式归于附属国的行为承担国际责任。例如，在摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案中，²⁸⁷ 法国根据任择条款在其保护国摩洛哥着手处理了关于美国国民权利的争端诉讼。美国的反对意见认为，任何最终的判决不可能被认为对摩洛哥具有约束力，因为它不是诉讼的当事方。法国确认：它一方面以自己的名义行事，另一方面也以保护国摩洛哥的名义行事，其结果就是，法院的判决将同时对法国和摩洛哥具有约束力，²⁸⁸ 该案件便在这个基础上进行。²⁸⁹ 法院的判决涉及法国对摩洛哥行为的责任问题，起诉书和美国的反诉中都提出了这个问题。

(3) 随着 1945 年以来国际关系尤其是非殖民化进程的发展，旧式的附属关系已经终止。这种联系不涉及由代表国指挥或控制的任何合法权利。在代表权方面，被代表的实体仍然需为它自己的国际义务承担责任，即使外交通讯可能通过另一国家传达。在这种情况下，代表国因为仅仅是代为传达通讯，所以不对通讯的内容承担责任。这一点并不抵触摩洛哥西班牙保护地的英国索赔案仲裁，其中申明：“保护国的责任……来源于……这样的事实：保护国在其国际关系中单独代表受

²⁸⁷ 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案(见上文脚注 108)，第 176 页。

²⁸⁸ 同上，《国际法院书状》，第 1 卷，第 235 页；第二卷，第 431-433 页；随即美国撤消了它的初步反对意见：同上，第 434 页。

²⁸⁹ 见摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案(上文脚注 108)，第 179 页。

保护领土，”²⁹⁰ 保护国应“为受保护的国家”负责。²⁹¹ 仲裁的主要事项是要确保，在结束受保护国直接国际关系的保护关系情况下，不能免除受保护国实施的不法行为对第三国造成损害的国际责任。保护国接受替受保护国负责的义务，被视为避免该项危险的适当手段。²⁹² 就此而论，接受这一义务的理据并不是基于“代表权”关系，而是保护国几乎实际上控制了受保护国。它不仅仅是一个通讯渠道。

(4) 诸如属地的其他附属关系，完全不属于第 17 条的范围，第 17 条只涉及一国对另一国行为的责任。在一领土与另一领土之间的附属关系的大多数情况下，即使属地拥有某种国际人格，也不是一个国家。联邦的组成单位即使凭它自己的权利、而不是由联邦授权缔结了条约或其他国际法律关系，它本身也不是国际法所说的国家。就国家责任而论，联邦中各邦的地位与任何其他国家没有任何差别：本条款草案第 4 至第 9 条中所阐明的普通原则适用于其组成单位的行为，联邦在国际上必须为该行为承担责任，即使该行为属于依照联邦宪法由地方自己控制的范围也是这样。²⁹³

(5) 但是，一国行使权利，指挥和控制另一国的行动的情况的确存在，或者是可以设想得到的，无论这是条约中作为军事占领的结果或者基于另一些理由。例如，德国在第二次世界大战中作为交战国占领意大利期间，通常认为，罗马的意大利警察是在占领国的控制之下开展行动的。因此，教廷对意大利警察 1944 年 2 月强行进入圣保罗教堂的不法行为提出抗议时，坚称德国当局应为该行为负责。²⁹⁴ 在这种情况下，占领国应为它所指挥和控制的被占领国的行为负责。

(6) 第 17 条仅限于统治国实际指挥和控制违背附

属国国际义务的情况。国际法庭一贯地拒绝仅凭统治国有权干预附属国内部行政事务就推断统治国应承担责任，除非该项权力是在特定情况下行使的。例如，在布朗案中，仲裁法庭裁断，大不列颠在布尔战争以前作为南非的宗主国的权力“远未达到应该由它对布朗所遭受的不正当行为负责的程”。²⁹⁵ 该法庭还否认英国拥有干涉内部行政事务的权力，它又说，没有任何证据可证明“大不列颠确实承诺进行这样的干涉”。²⁹⁶ 因此，宗主关系“并未导致英国对所申诉的行为应负的责任。”²⁹⁷ 在吉斯公爵继承人案中，法意调解委员会裁断，意大利在盟国占领西西里期间在西西里征用财产，因此应对此负责。其裁决并不是以盟国没有权力征用财产或制止意大利这样做为依据的。相反委员会的大多数委员指出，事实上，“占领军指挥官不干涉，也没有任何盟国当局要求签发征用令”。²⁹⁸ 一国可能在某一领域在对另一国拥有行使指挥和控制的权力，但不能将这作为把另一国在该领域内的任何不法行为都归于该占领国的充分依据。²⁹⁹

(7) 在第 17 条措辞中，“控制”一词指支配不法行为的实施的情况，而不仅仅实行监督，影响或关切就更搭不上边了。同样，“指挥”一词的含义并不仅仅是煽动或暗示，而是指实际指挥一项行动。指挥和控制的行为都必须是为了实行不法行为，才能要求统治国承担责任。英文中通用的“Direction and Control (指挥和控制)”措辞选择，却在其他语文本中产生一些困难，主要由于“*direction* (指挥)”在法文本中可能意味着“完全的权力”，但在英文本中并没有这种含义。

²⁹⁵ 罗伯特·布朗(美国)诉大不列颠案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1955.V.3)，第 120 页，详见第 130 页(1923 年)。

²⁹⁶ 同上，第 131 页。

²⁹⁷ 同上。

²⁹⁸ 吉斯公爵继承人案(见上文脚注 115)。关于其他情况，另见德罗兹德和雅诺塞克诉法国和西班牙案(上文脚注 135)；另见伊里瓦恩·佩雷斯诉法国案，《欧洲人权法院汇编》，A 辑，第 325-C 号，第 62-63 页，第 29-31 段(1995 年)。

²⁹⁹ 从举证责任方面看来，一国依附另一国这一事实可能很重要，因为仅仅有正式国家机构并不排除那种控制实际上是由占领国实行的可能性。参见 *Restitution of Household Effects Belonging to Jews Deported from Hungary (Germany)*, Kammergericht of Berlin, 《国际法报告》，第 44 卷，第 301 页，详见第 340-342 页(1965 年)。

²⁹⁰ 摩洛哥西班牙保护地的英国索赔案(见上文脚注 44)，第 649 页。

²⁹¹ 同上，第 648 页。

²⁹² 同上。

²⁹³ 例如见拉格朗案，临时措施(上文脚注 91)。

²⁹⁴ 见 R. 阿戈，“战时对罗马的占领与拉特兰条约”，《专题报告与研究》(米兰，朱弗雷出版社，1945 年)，第二卷，第 167-168 页。

(8) 第 17 条还为责任的承担附带了两项条件。第一，统治国只有在知道使附属国的行为成为不法行为的情况下才需要承担责任。第二，必须证明完成了的行为若由指挥和控制的³⁰⁰国家自己实施也是不法行为。在统治国不能反对的双边义务情况下，这项条件十分重要。在多边义务尤其是对国际社会承担义务的情况下，其重要性小得多。基本原则是：一国应该无法通过另一国做到它自己做不到的事。

(9) 关于被指挥和控制的国家的责任，仅凭另一国指挥它执行一国际不法行为的事实并不构成第一部分第五章所定的借口。如果有关行为会违背其国际义务，它就应该拒绝遵守该项指示。在国际法中，对于国家来说，“超级命令”的辩解是不存在的。这并不是说，受指挥和控制的国家的行为的不法性不得依第五章予以解除，而是说，如果它能够证明有不可抗力等解除不法性之情形存在，就可予以解除。在这种情况下，受害国只需检视指挥国的情况即可。但就若干国家之间的情况来说，真正的不可抗力情况或胁迫情况是例外情况。反之，如果的确符合第 17 条中所规定的条件，则指挥国不能以受指挥国愿意、甚至热心参与实施该国际不法行为作为不承担责任的借口。

第 18 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，该行为仍会是胁迫国的国际不法行为；而且

(b) 胁迫国在知道该胁迫行为的情况下这样做。

评注

(1) 第四章所处理的衍生责任的第三种情况是甲国为乙国所胁迫的情况。第 18 条涉及故意实行胁迫，以使一国违背其对第三国的义务的特殊问题。在这种情况下，胁迫国对第三国的责任不是来源于它的胁迫行为，而是来自被胁迫国的行动所引起的不法行为。胁迫行为本身的责任是胁迫国对被胁迫国的责任，而第 18 条规定的责任是胁迫国对该胁迫行为的受害国，尤其是对受到该胁迫行为伤害的第三国的责任。

(2) 为了第 18 条的目的，胁迫与第 23 条所指的不可抗力具有同样的基本特性。只要有迫使被胁迫国意志屈服，除了顺从胁迫国的意愿之外别无选择的行为，就够了。仅仅使得遵守义务更加困难或费力，或者使行为国在行为时受到协助或指挥还不够：这些问题属于前面几项条文的范围。而且，胁迫国必须胁迫实施国际不法行为。仅仅以胁迫行为使得被胁迫国更加难于遵守义务还不够。

(3) 虽然为了第 18 条的目的，胁迫被从严定义，但不限于非法胁迫。³⁰⁰ 作为一个实际问题，符合本条要求的大多数胁迫行为将是非法的，例如，因为一国违反《宪章》规定而进行武力威胁或使用武力，或者由于采取了干预行为，即：以胁迫方式干预他国内政。反措施的情况也是这样。它们可能具有胁迫的性质，但如同在第 49 条中明文规定的那样，其作用是要促使一违法国对采取反措施的国家履行停止和赔偿的义务，不是要胁迫该国违背它对第三国承担的义务。³⁰¹ 但是，胁迫也可能采取其他形式，例如：施加重大的经济压力使得受胁迫国无法履行被违背的义务。

(4) 将胁迫行为等同于不可抗力意味着：在适用第 18 条的大多数情况下，可以解除受胁迫国对受害第三国承担的责任。这一点反映在第 18 条(a)项的“在没有胁迫的情况下”这一措辞中。等同于不可抗力的胁迫可以成为解除对受胁迫国的一行为之不法性的原因。因此，第 18 条没有³⁰²在起首条款中将该行为称为国际不法行为，在没有解除受援国或受控国行为不法性的类似情况的第 16 条和第 17 条也采取了这样的处理方式。但是，没有任何理由解除该行为对胁迫国的不法性。反之，如果不能使胁迫国对该行为承担责任，受害国可能根本无法采取任何补救办法。

(5) 第 18 条规定的责任还有一项条件，即胁迫国必须意识到如果没有胁迫也会引起被胁迫国之行为的不法性情况。据理解，在(b)项中提到“情况”是指事实状况而不是指胁迫国对该行为之合法性的判断。这一点从“该行为的情况”一语得到澄清。因此，虽然对法律无知不能作为借口，

³⁰⁰ P. 路透，《条约法导论》，第 2 修订版(伦敦开根·保罗国际出版社，1995 年)，第 271-274 段。

³⁰¹ 见第 49 条第 2 款和评注。

对事实无知对于确定胁迫国的责任来说，却是实质性的。

(6) 打算胁迫另一国违背其对第三国的义务的一国，必须就该行为的后果对第三国承担责任，而不论胁迫国是否也受到该义务的约束。否则，受害国有可能丧失任何补救办法，因为行为国将能够依靠不可抗力作为解除不法性的情况。因此，第 18 条与第 16 和第 17 条的不同在于：它不考虑在胁迫国本身不受有关义务约束的情况下免除对被胁迫国的行为的责任。

(7) 国家实践支持一国对它所胁迫的另一国的国际不法行为承担责任的原则。在罗马尼亚-美国案中，美国政府针对美国公司拥有的若干油库和其他设施由于罗马尼亚政府在一战期间下令破坏而提出的索赔要求，起初是对英国政府提出的。当设施受到破坏时，罗马尼亚正在同德国交战，德国正在准备入侵罗马尼亚，美国声称罗马尼亚当局“被迫”按照英国的要求采取该项措施。为了支持其要求，美国政府称，本案的情况显示了“一个强大的交战国，为了某种目的，主要是海上防卫要求的目的，在一个弱小的盟国领土上采取一项军事行动，强迫弱小盟国沉默。”³⁰² 英国政府拒绝承担责任，指称：它对罗马尼亚当局的影响“绝对没有超过在从事共同事业的协作政府之间进行劝说和忠告的范围。”³⁰³ 美国政府与英国政府之间的争论点，不是一国对它所胁迫的另一国的行为承担责任，而是在该案的特定情况中发生“强迫”行为。³⁰⁴

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这些条款的其他规定应该承担的国际责任。

³⁰² 美国驻伦敦大使馆照会，1925 年 2 月 16 日，见 Hackworth，同前(上文脚注 142)，第 702 页。

³⁰³ 英国外交部照会，1928 年 7 月 5 日，同上，第 704 页。

³⁰⁴ 与在拒绝司法的情况下胁迫违约有关的另一个示例，见 C.L. Bouvé，“俄罗斯在侵权行为中对波斯违约的赔偿责任”，《美国国际法学报》，第 6 卷，第 2 号(1912 年 4 月)，第 389 页。

评注

(1) 第 19 条具有三项目的。第一，它保持了实施国际不法行为的国家的责任，虽然它是在另一国的援助或协助、指挥和控制或胁迫的情况下实施的。它确认将国际责任归咎于一协助、指挥或胁迫国家，并不能解除受援助、指挥或胁迫国的责任。

(2) 第二，本条申明，第四章的规定不妨碍根据界定特定行为为非法的任何国际法规则确定协助、指挥或胁迫国责任的任何其他依据。“根据这些条款的其他规定”一语特别指可能影响责任问题的第 23 条(不可抗力)。该措辞也促请注意本条款的其他规定可能涉及犯下该行为的国家，第四章绝对不排除它在这方面的责任问题。

(3) 第三，第 19 条保持了根据本条款其他规定可能将国际不法行为归于它的“任何其他国家”的责任。

(4) 因此，第 19 条是旨在避免对可能来源于主要规则(不包括若干协助形式)或来源于在其他情况下可以根据第二章归于任何国家的行为的责任，做出任何相反的推论。本条同时适用于受到牵连的国家和行为国。本条申明，第四章只涉及引起不法性的行为是一国所犯下而不是由其他国家实施的行为的情况。如果两个国家都实施了该行为，那么，该情况将属于第二章所处理的共犯领域。

第五章

解除行为不法性的情况

评注

(1) 第五章规定了解除有关国家否则为不符合国际义务行为的不法性的六种情况。某一特定情况下存在的符合本章解除不法性的情况可提供一面盾牌，用以对抗否则便是理由充分的权利主张或对某项国际义务的违背。这六种情况是：同意(第 20 条)、自卫(第 21 条)、反措施(第 22 条)、不可抗力(第 23 条)、危难(第 24 条)和危急情况(第 25 条)。第 26 条明确规定，如果援引其中任何一种情况会与一般国际法强制性规范冲突，则不得予以援引。第 27 条述及援引这些情况之一的某些后果。

(2) 与现有条款的拟订原则相一致的是, 第五章中规定的解除行为不法性的情况是普遍适用的。除非另有规定,³⁰⁵ 这些情况适用于任何国际不法行为, 无论其是否涉及一国违背一般国际法某项规则、某项条约、某一单方面行为或任何其他来源规定的一种义务。这些情况并不废除或终止该项义务; 与之相反, 它们会在有关情况继续存在时为不履行义务的行为提供理由或辩解。国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中强调了这一点。匈牙利力图提出论据证明, 该国违背《加布奇科沃—大毛罗斯拦截系统建造和运行条约》规定的义务而中止该项目工作的行为的不法性, 已为危急情况所解除。国际法院在审理匈牙利的申诉时指出:

匈牙利声称的危急情况——假设已得到确认——不能因而允许得出一种结论, 即……它的行动符合 1977 年条约的义务, 或这些义务已停止对其具有约束力。它只能允许确认, 在此情况下, 匈牙利如此这样行动, 不会引起国际责任。³⁰⁶

因此, 必须在解除不法性的情况的作用与终止义务本身两者之间做出区分。第五章中的情况所发挥的是盾牌而不是利剑的作用。如菲茨莫里斯所述, 在适用解除不法性的情况之一时, “不履行不仅只是有理有据而已, 它是‘指向’一旦造成不履行的因素和为不履行辩护的因素不再存在时, 立即恢复履行”。³⁰⁷

(3) 在各国际法庭的判决中明显出现了这种区分。在“彩虹勇士号”案仲裁中, 法庭裁断条约法和国家责任法都必须适用, 前者决定条约是否仍然有效, 后者则决定当条约仍然有效时, 违反条约的行为的后果为何, 包括所述行为的不法性是否已告解除的问题。³⁰⁸ 在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中, 法院指出:

³⁰⁵ 例如, 根据相反的某项条约, 该条约将构成第 55 条规定的特别法。

³⁰⁶ 加布奇科沃—大毛罗斯项目案(见上文脚注 27), 第 39 页, 第 48 段。

³⁰⁷ 《1959 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 41 页, A/CN.4/120 号文件。

³⁰⁸ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46), 第 251-252 页, 第 75 段。

即使查实确有危急情况存在, 也不能用作为终止一项条约的理由。它只能用作为免除一国未能执行一条约的责任。它即使是有理的, 也不因而终止一项条约; 条约在危急情况持续存在时可能不生效; 实际上它可能处在休眠状态, 但——除非缔约方通过双方协议终止该条约——否则该条约依然存在。一旦危急情况停止, 遵守条约义务的责任立即恢复。³⁰⁹

(4) 虽然同样的事实相当于, 例如第 23 条规定的不可抗力和 1969 年《维也纳公约》第六十一条所述的发生意外不可能履行的情况, 但两者是不相同的。只要存在不可抗力, 它就为不履行义务提供正当理由; 发生意外不可能履行的情况则为根据第 61 条规定的终止或暂不适用条约提供正当理由。前者对特定的义务起作用, 后者则对作为该义务来源的条约起作用。正如这两种理论的适用范围各不相同, 它们的适用方式也各不相同。不可抗力为暂不履行义务作出辩解, 但发生意外不可能履行的情况不致使条约自动终止: 至少双方之中必须有一方决定终止才行。

(5) 解除行为不法性的情况的概念可追溯到 1930 年海牙会议筹备委员会的工作。其《讨论基础》³¹⁰ 中列出了两种“国家可拒不承担其责任的情况”, 即自卫和报复。³¹¹ 该委员会认为, 在外交保护的意义上, 国家责任的范围还可能受到受害人采取的“挑衅态度”的影响(《讨论基础》第 19 点), 国家不能对其武装部队“镇压暴动、骚乱或其他动乱”造成的损害负责(《讨论基础》第 21 点)。但对这些问题均未得出任何结论。

(6) 国际法委员会在关于伤害外国人的国际责任³¹² 和条约履行³¹³ 的工作中, 发展了解除不法

³⁰⁹ 加布奇科沃—大毛罗斯项目案(见上文脚注 27), 第 63 页, 第 101 段; 另见第 38 页, 第 47 段。

³¹⁰ 《1956 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 219-225 页, A/CN.4/96 号文件。

³¹¹ 同上, 第 224-225 页。在同一标题下讨论了根据卡尔沃条款提出的问题 and 用尽当地救济。

³¹² 《1958 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 72 页。关于特别报告员加西亚·阿马多尔对各种情况的讨论, 见其“关于国家责任的第一次报告”, 《1956 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 203-209 页, A/CN.4/96 号文件 及其“关于国家责任的第三次报告”, 《1958 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 50-55 页, A/CN.4/111 号文件。

性的情况的类别。不履行条约的托辞这一主题未纳入 1969 年《维也纳公约》范围内。³¹⁴ 该主题是一个国家责任法的问题。

(7) 应将解除不法性的情况与实际效果可能是允许一国逃避责任的其他论据区分开来。这些论据与法院或法庭对某一争端是否拥有管辖权或某一索偿要求是否可以受理的问题丝毫无关。应将它们与组成义务的各种要求区分开来，也就是与在出现不法性问题时首先必须存在、并原则上由该项义务本身具体规定的那些成分区分开来。从这一意义上说，解除不法性的情况所起的作用类似国内法律制度中的辩护和辩解，而许多法律制度往往以相同的名称承认第五章确认的各种情况。³¹⁵ 另一方面，国内法对这些情况并没有共同的处理办法，而且第五章中的条件和限制也是独立发展拟订的。

(8) 如同这些条款不涉及法院或法庭的管辖权问题一样，它们也不涉及证据和举证责任的问题。在关于国家责任的双边争端中，确定国家责任的举证责任原则上落在求偿国身上。然而，如果与国际义务冲突的行为可归于一国，而该国又力图援引第五章规定的情况回避责任，情况就变了，该国就负有举证责任，为自己的行为提出理由或进行辩解。事实上通常的情况是，只有该国才充分了解可为其不履行行为进行辩解的各种事实。

(9) 第五章规定了目前根据一般国际法承认的解除不法性的情况。³¹⁶ 可供选择的某些其他情况已被排除在外。例如，不履行的抗辩(未履行契约的抗辩)最好视为某种相互或双务义务的一种特性，

而不作为一种解除不法性的情况。³¹⁷ 一国不得从本身的不法行为中受益的原则可在国家责任领域内产生各种后果，但这是一种一般原则，而不是解除不法性的具体情况。³¹⁸ 所谓的“洁手”理论主要是国际法院或法院在审理是否可受理索偿要求时援引的，但极少予以适用。这里也不必将其包括在内。³¹⁹

第 20 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家的关系到即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

评注

(1) 第 20 条反映了在第一部分特定意义上的关于同意的国际法基本原则。根据这项原则，一国对另一国某一特定行为表示同意，即解除该行为对于该同意国的不法性，但该项同意必须以有效方式表示，而且以该行为不逾越所表示同意的范围为限。

(2) 一些国家对另一些国家的行为表示同意是日常发生的事，如果没有这种同意，这种行为就会

³¹³ 见特别报告员菲茨莫里斯“关于条约法的第四次报告”(上文脚注 307)，第 44-47 页及其评论，同上，第 63-74 页。

³¹⁴ 见《公约》第七十三条。

³¹⁵ 见 C.von Bar 的比较评论，《欧洲共同侵权行为法》(牛津大学出版社，2000 年)，第 2 卷，第 449-592 页。

³¹⁶ 关于受害国或其他人或实体促成损害的作用，见第 39 条及评注。这并不解除不法性，但在确定赔偿多少和赔偿形式时是有关的。

³¹⁷ 参见默兹河分流案，1937 年的判决《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 70 号，第 4 页，特别详见第 50 和第 77 页。另见菲茨莫里斯，“关于条约法的第四次报告”(上文脚注 307)，第 43-47 页；D.W. 格里格，“Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties”，《弗吉尼亚大学国际法杂志》，第三十四卷(1994 年)，第 295 页；关于比较评论，见 G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account* (牛津，克拉伦登出版社，1987 年)，第 245-317 页。关于不履行的抗辩与反措施之间的关系，见下文第三部分第二章评注第(5)段。

³¹⁸ 例如见霍茹夫工厂案，管辖权(上文脚注 34)，第 31 页；参见加布奇科沃—大毛罗斯项目案(上文脚注 27)，第 67 页，第 110 段。

³¹⁹ 见 J.J.A. Salmon, “Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales”，《法国国际法年鉴》，第 10 卷(1964 年)，第 225 页；A. Miaja de la Muela, “Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux”，载于 *Mélanges offerts à Juraj Andrássy* (海牙，马蒂蒂斯·奈霍夫出版社，1968 年) 第 189 页，以及施韦贝尔法官在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(上文脚注 36)中的反对意见，第 392-394 页。

违背国际义务。简单的例子包括经由一国领空和国内水域过境，在其领土上安置设施，或在该国进行官方调查或查询。但是，在对于某种情况或某种行为过程的同意，与对于作为其依据的义务本身的同意这两者之间必须加以区分。在双边条约情况下，缔约国可在任何时候同意终止或暂停该项条约；在这种情况下，条约规定的义务将随之终止或暂停。³²⁰ 但除了这种可能性之外，国家有权不履行其应个别对它们履行的某项义务，或一般地允许行为发生(在没有这种允许的情况下)将成为就本身而言是不法的行为。在这些情况下，主要义务继续制约着两国间的关系，但在某一特定情况下，或而为了某一特定行为的目的，这一首要义务会因表示了同意而被取代。

(3) 一国可在事先甚至在其正在发生之时对作出的否则会成为不法的行为表示同意。相比之下，在行为发生之后表示的同意属于一种弃权或默许，从而导致丧失援引责任的权利。这一点在第45条述及。

(4) 为了解除不法性，对在特定情况下不履行某一义务的同意必须是“有效的”。是否以有效方式表示了同意，这是由国家责任框架范围外的国际法规则处理的事项。问题包括，表明同意的代理或个人是否获得授权代表国家这样做(如果不是，该行为国是否知道或应已知道没有此种授权的情况)，或该项同意因胁迫或因其他因素而变得无效。³²¹ 事实上，可能存在着国家究竟能否以有效方式表示同意这一问题。第20条提及“以有效方式表示同意”，这强调了必须在某些情况下审议这些问题。

(5) 某一个人或实体是否有权在某一特定情况下给予同意，这是不同于该个人或实体的行为是否可为第二章的目的而归于该国的问题。例如，已

提出的问题是：某一区域当局表示的同意能否使派遣外国军队进入一国领土的行为合法化？还是只有中央政府才能给予这种同意？指出区域当局的行为可根据第4条归于该国并没有解决这些问题。³²² 在其他情况下，给予同意的政府的“合法性”受到了质疑。有时由于同意是在违反该国国内法有关条款的情况下表示的，因此该同意的效力便受到了质疑。这些问题应视与表示国家意愿有关的国际法规则而定，也应视国际法在某些情况下提及的国内法的规则而定。

(6) 什么人有权对违反某一规则的行为表示同意，可能视规则而定。同意对使馆馆舍进行搜查是一回事，同意在一国领土上建立军事基地则是另一回事。根据每个国家作出的安排以及关于实际和表见代理权的一般原则，不同的官员或机构可拥有不同方面的权力。但在任何情况下，同意都必须遵循某些模式方可认为有效。同意必须是自由给予和明确予以确认。它必须由该国实际明确表示，而不是仅仅根据如向该国提出请求它一定会同意加以推定。同意可能会由于错误、欺诈、贪污或胁迫而变得无效。在这方面，关于对条约同意的有效性的各项原则提供了相关指导。

(7) 除了提请注意有效同意的先决条件包括表示同意的权力问题之外，同意应该有效这一要求还发挥一种作用。这种要求表明存在着可能根本无法以有效方式表示同意的情况。这一问题在涉及第26条(对强制性规范的遵守)时进行了讨论，该条适用于整个第五部分。³²³

(8) 一国表示具有使某一行为合法化作用的同意的示例包括：在另一国领土上进行调查、对外来部队行使管辖权、人道主义救济和拯救行动以及在外国领土上对人员进行逮捕和拘留。在萨瓦尔卡案中，仲裁法庭认定逮捕萨瓦尔卡不违反法国主权，因为法国已暗示同意由其宪兵采取行动将

³²⁰ 1969年《维也纳公约》第五十四条(乙)款。

³²¹ 例如见关于奥地利对由纽伦堡法庭审理的1938年连接案表示同意的问题。法庭否定奥地利已表示同意；即使它确已表示同意，也是受胁迫所致，不能成为兼并的借口。见国际军事法庭(纽伦堡)1946年10月1日判决和判刑，载于《美国国际法学报》，第41卷，第1号(1947年1月)，第172页，详见第192-194页。

³²² 1960年比利时向刚果共和国派遣军队时出现了这一问题。见《安全理事会正式记录，第十五卷》，第873次会议，1960年7月13-14日，特别是比利时代表的发言，第186-188段和第209段。

³²³ 见第26条评注第(6)段。

其逮捕，因而法国宪兵协助英国当局进行了逮捕。³²⁴ 在考虑此种案件适用第 20 条时，可能必须注意有关主要规则。例如，只有外交使团负责人才可同意驻在国进入使团房舍。³²⁵

(9) 第 20 条关系到两个有关国家的关系。在要求有若干国家同意的情况下，一国的同意不会解除对于另一国的不法性。³²⁶ 此外，在必须通过同意才能解除不法性的情况下，必须表明该行为属于该项同意的范围。同意另一国的商用飞机越境飞行，并不解除运送军队和军事设备的飞机越境飞行的不法性。同意外国军队在其领土上驻扎一定时期，并不解除此种部队逾期驻扎的不法性。³²⁷ 这些限制由第 20 条中的“特定行为”以及“不逾越该项同意的范围为限”等词所指明。

(10) 第 20 条只设想了国家对否则会违背某一国际义务的行为表示的同意。国际法还可考虑到非国家实体如公司或私人的同意。投资者可在多大程度上通过协议事先放弃外交保护的规则，这是很久以来一直有争议的问题，但根据《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》(第 27 条第 1 款)，投资者根据该公约对仲裁表示的同意具有暂时停止接受投资者国籍国外交保护权利的作用。受惠者不能放弃国际人权条约赋予的权利，但个

³²⁴ 《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷(出售品编号：61.V.4)，第 243 页，详见第 252-255 页(1911 年)。

³²⁵ 《维也纳外交关系公约》第 22 条第 1 款。

³²⁶ 奥地利对拟议的 1931 年关税同盟表示了同意，但这并不解除该同盟在德国应对《协约及参战各国对德和约》(《凡尔赛和约》)所有缔约国承担的尊重奥地利独立的义务方面的不法性。同样，德国的同意，也并不解除关税同盟在保持《协约国及参战各国对奥和约》(《圣日尔曼-昂莱和约》)给予奥地利的完全独立方面的不法性。见德奥之间关税制度案，1931 年的咨询意见，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 41 号，第 37 页，详见第 46 和第 49 页。

³²⁷ 不遵守同意所附加的条件未必会使行为超越同意的限制。例如，同意外来部队驻扎在某国领土可能要求支付使用设施的租金。不支付租金无疑是一种不法行为，但不致使外来部队变成占领军。

人的自由同意对于它们的适用很重要。³²⁸ 在这些情况下，国际法具体规则本身考虑到有关的同意并涉及其作用。相比之下，第 20 条则提出了有关国家享有权利和履行义务的一般原则。

第 21 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。

评注

(1) 存在着允许自卫作为禁止在国际关系中使用武力的例外情况的一般原则，这是无可争议的。

《联合国宪章》第五十一条保护国家在面临武装攻击时进行自卫的“自然权利”，并成为第二条第四项规定的不得威胁使用武力或不得使用武力的义务定义的组成部分。因此，一国在行使《宪章》第五十一条所述的固有自卫权利时，并没有违背甚至没有潜在地违背第二条第四项的规定。³²⁹

(2) 自卫可以理所当然地不履行《联合国宪章》第二条第四项规定的义务以外的某种义务，只要此种不履行与违背该项规定有关。传统国际法在处理这些问题时，确立了一种单独的战争法律制度，确定了交战国权利的范围，并暂停实施交战各方在爆发战争时有效的多数条约。³³⁰ 在宪章时期，宣战是罕见的现象，一方或双方宣称是自卫的军事行动也在彼此“和平”相处的国家之间发生。³³¹ 1969 年《维也纳公约》将这些问题搁置一边，在第七十三条中规定该《公约》不妨碍“国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题”。

³²⁸ 例如见《公民及政治权利国际公约》第 7 条；第 8 条第 3 款；第 14 条第 3 款(g)项；第 23 条第 3 款。

³²⁹ 参见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注 54)，第 244 页，第 38 段；第 263 页，第 96 段，其中强调在自卫中使用武力的合法性。

³³⁰ 又见罗德·麦克奈尔和 A. D. 瓦茨，《战争的法律效应》，第 4 版(剑桥大学出版社，1966 年)。

³³¹ 在石油平台案，初步反对意见(见上文脚注 208)中，没有否认 1955 年《友好、经济关系和领事权利条约》依然有效，虽然美国海军对伊朗采取了多次行动。在该案中，双方同意在自卫能成为采取任何此种行动的理由的限度内，这些行动是合法的。

(3) 这并不是说, 自卫解除了所有情况下行为的不法性或对所有义务的不法性。这种实例涉及国际人道主义法和人权义务。1949 年日内瓦四公约以及《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》), 都平等地适用于国际武装冲突的所有当事方, 习惯国际人道主义法也是如此。³³² 人权条约载有用于公众紧急状况时期的权利减损条款, 包括为自卫采取的行动。至于国际人道主义法规定的义务以及在不可减损的人权条款方面, 自卫并不解除行为的不法性。

(4) 国际法院在关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中, 对这一问题提供了某种指导。法院审理的一个问题是: 由于核武器可造成大规模和长期的损害, 使用核武器是否必然是违背环境义务的行为? 法院指出:

问题不是关于保护环境的条约在武装冲突期间是否适用, 而是这些条约所产生的义务是否原意就是军事冲突期间的全面克制义务。

法院不认为这些条约可能原意就打算因某国有保护环境的义务而不让该国根据国际法规定行使自卫权利。然而, 各国在评估什么是追求合法军事目标必做和宜做的事时, 必须将环境因素考虑在内。对环境的尊重是评估某项行动是否符合必要性和相称性原则的要素之一。³³³

如果表明或意指某项国际义务适用于即使是处于武装冲突中的国家, 以此作为一种明确的制约因素, 则采取自卫行动的一国应受到该项国际义务的“完全限制”。³³⁴

(5) 第 21 条的根本作用, 是解除面临一个进攻国家时采取自卫行动的一国的行为不法性。但在有

³³² 如国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见(见上文脚注 54)中, 第 257 页, 第 79 段, 述及国际人道主义法规则时指出, “它们构成了不可违反的国际习惯法原则”。关于武装冲突期间人权与人道主义法之间的关系, 见第 240 页, 第 25 段。

³³³ 同上, 第 242 页, 第 30 段。

³³⁴ 例如见《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》。

些情况下, 可能产生对第三国的作用。国际法院在关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案的咨询意见中, 指出:

就适用于武装冲突的人道主义法原则而言, 国际法明白无误地规定, 无论中立原则的内容为何, 该原则具有类似于人道主义原则和规则的根本性, 它适用于(需依照《联合国宪章》的有关规定)所有国际武装冲突, 无论该冲突使用何种武器。³³⁵

中立法区分了针对交战国的行为与针对中立国的行为。但中立国并不受存在战争状态的影响。第 21 条搁置了有关自卫行动对第三国影响的所有问题。

(6) 因此, 第 21 条反映了一种普遍接受的立场, 即自卫解除了在国际法规定的范围内采取的行为的不法性。该条提及的是“按照《联合国宪章》采取的”行动。此外, “合法”一词暗指采取的行动遵守了在武装冲突中适用的全面克制义务, 也遵守了自卫概念中固有的相称和必要性的要求。就第五章的目的而言, 第 21 条只是反映了基本原则, 而将自卫的范围和适用问题留给《宪章》中提及的可适用的主要规则去处理。

第 22 条 对一国际不法行为采取的反措施

一国不遵守其对另一国国际义务的行为, 在并且只在该行为构成按照第三部分第二章针对该另一国采取的一项反措施的情况下, 其不法性才可解除。

评注

(1) 在某些情况下, 一国作出的国际非法行为可使受该行为损害的另一国有理由采取非强制反措施, 以便使之停止, 并取得对损害的赔偿。第 22 条是从解除不法性的情况这一角度处理这一状况。第三部分第二章对反措施作了更为详细的规定。

(2) 司法判决、国家实践和学说确认了一种论

³³⁵ 《1996 年国际法院汇编》(见上文脚注 54), 第 261 页, 第 89 段。

点，即符合某种实质性和程序性条件的反措施可能是合法的。在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，国际法院明确赞同，反措施可为“对另一国先前的和……针对该国的国际非法行为而采取的”否则是非法的行为提供正当理由，³³⁶ 但必须符合某些条件。在一些仲裁裁决中，尤其是“瑙利拉”案、³³⁷ “西斯尼号”案³³⁸ 和空运协定案³³⁹ 的裁决书中，也可见到某些案件中的这类措施的合法性得到了类似承认。

(3) 在有关反措施的文献中，有时提及对先前的一国际不法行为实行“制裁”或作出“反应”；历史上较常见的用语为“合法报复”或更普通的“自我保护”或“自助”措施。“制裁”一词用于按照某一国际组织的组成文书、尤其是按照《联合国宪章》第七章采取的措施——尽管事实上《宪章》使用的是“措施(measures)”而不是“制裁(sanctions)”。在目前的情况下，“报复(reprisals)”一词已不再广泛使用，因为它会联系到涉及使用武力的交战报复的法律。至少自空运协定案仲裁以来，³⁴⁰ 人们更喜欢使用“反措施”一词，因此为本条款目的也采用了这一措辞。

(4) 在按照第 22 条采取反措施的情况下，根本性的义务并未暂停，更没有终止；有关行为的不法性因其反措施性质而暂告解除，但条件是要满足采取反措施的必要条件，而且只在满足期间才能解除。第 22 条提及的第三部分第二章规定了这些条件。作为对另一国国际不法行为的一种反应，反措施只有在与该国的关系上才可具有正当理由。“在并且只在”以及“针对”该责任国的“反措施”等词强调了这一点。针对第三国的行为不符合这一定义，因此不能将其辩解成为反措施。另一方面，对于第三国产生的间接或伴生影响，不包括违背对第三国任何义务的独立行为，不得采

取不属第 22 条范围内的反措施。

(5) 反措施只能解除在受害国与实施国际不法行为的国家之间关系中的不法性。在“西斯尼号”案中明确表示了这项原则，法庭在该案中强调指出：

报复在原则上是违背国际法的行为，只有在它们是由同样违背国际法的其他某些行为所挑起的情况下，才可予以辩护。只有针对挑衅国采取的报复行为才是允许的。诚然，可能发生的情况是，针对违约国采取的合法报复行为可能影响到某一无辜国家的国民。但这将是一种间接和无意的后果，而在实践中，受害国总会努力避免并尽量限制这种后果。³⁴¹

因此，德国对葡萄牙的行为的不法性未告解除。由于涉及使用武力，该项裁决涉及的是交战报复，而不是第 22 条意义上的反措施。但同样的原则也适用于反措施，法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中强调有关的措施必须“针对”责任国时，确认了这一点。³⁴²

(6) 如果第 22 条孤立存在，本来就必须为反措施的合法性规定其他条件，尤其包括相称的要求、反措施的暂时性或可逆转性，以及某些不得对之采取反措施的基本义务的地位。由于第三部分第二章已述及这些条件，在此只需提及就已足够。第 22 条包括按照这些条件符合反措施要求的任何行动。有一个问题是，如果须对第三国承担的义务遭受违背，但第三国本身并未单独受到有关国际不法行为的损害，则第三国是否可采取反措施？³⁴³ 例如，关于应对整个国际社会承担的义务，国际法院申明，所有国家在该义务遵守中均有合法权益。³⁴⁴ 第 54 条搁置了一个问题：是否任何国家都可采取措施，确保为了普遍利益而不

³³⁶ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 55 页，第 83 段。

³³⁷ 葡萄牙殖民地案(瑙利拉事件)，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第 1011 页，详见第 1025-1026 页 (1928 年)。

³³⁸ 同上，第 1035 页，详见第 1052 页(1930 年)。

³³⁹ 空运协定案(见上文脚注 28)。

³⁴⁰ 同上，尤其是第 443-446 页，第 80-98 段。

³⁴¹ “西斯尼号”案(见上文脚注 338)，第 1056-1057 页。

³⁴² 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 55 页，第 83 段。

³⁴³ 关于受害国与有权援引国家责任的其他国家之间的区分，见第 42 条和第 48 条及评注。

³⁴⁴ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 25)，第 32 页，第 33 段。

是为其作为受害国本身的单独利益而遵守某项国际义务？虽然第 22 条并未提及在这种情况下采取的不符合反措施条件的措施，但该条也未排除这种可能性。

第 23 条 不可抗力

1. 一国不遵守其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) 不可抗力的情况是由援引这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情况的风险。

评注

(1) 不可抗力经常被援引作为解除一国行为不法性的理由。³⁴⁵ 它涉及的情况是有关国家实际上被迫以不符合其必须履行的某一国际义务要求的方式行事。不可抗力与危难(第 24 条)或危急情况(第 25 条)的状况不同，因为该国否则会成为国际不法行为的行为是非自愿的，或至少不包含任何可自愿选择的因素。

(2) 一种不可抗力的情况只有在符合三种因素的情况下才能解除行为的不法性：(a) 有关行为必须为不可抗拒的力量或无法预料的事件所造成，(b) 该行为超越有关国家的控制范围，以及(c) 该行为使该国在这种情况下实际上不可能履行义务。修饰“力量”一词的形容词“不可抗拒的”强调，必须有一种该国无法以本身的能力避免或抵抗的制约因素。要成为“无法预料”，该事件必须是既未被预料到，也不易预料到的那种事件。此外，“不可抗拒的力量”和“无法预料的事件”必须

³⁴⁵ “作为解除不法性的情况的‘不可抗力’和‘意外事故’：关于国家实践、国际司法判决和学说的调查报告”，秘书处编写的研究报告(《1978 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 61 页，A/CN.4/315 号文件)。

如“起因于不可抗力……，以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务”等词所述，与事实上不可能履行义务的情况有因果联系。按照第 2 款，在符合这些因素的情况下，只要存在“不可抗力”的情况，该国行为的不法性就可告解除。

(3) 实际上无法履行义务，就形成了不可抗力，这可能起因于自然或环境的事件(例如，可能使一国的飞机改变航向进入另一国领空的恶劣天气以及地震、水灾或旱灾)或起因于人类的干预(如因叛乱而造成失去对国家部分领土的控制，或第三国进行的军事行动对某一地区的破坏)，或起因于这两种情况的某种结合。某种涉及对国家施加武力的胁迫或强迫的状况，如果符合第 23 条的各种要求，也可等同于不可抗力。尤其是这种情况必须是不可抗拒的，以致该国没有逃脱其影响的实际可能性。不可抗力并不包括例如因某种政治和经济危机而致使履行义务困难加大的情况。它也不包括因有关国家疏忽或不尽责而造成的状况，³⁴⁶ 即使是引起的损害本身是意外或无意的。³⁴⁷

(4) 在起草成为 1969 年《维也纳公约》第六十一条的条文时，国际法委员会认为，如同发生意外不可能履行是终止条约的理由一样，不可抗力是在履行条约方面解除不法性的一种情况。³⁴⁸ 联合

³⁴⁶ 例如，关于 1915 年 10 月 17 日德国飞行员轰炸瑞士拉绍德封以及 1917 年 4 月 26 日法国飞行员轰炸瑞士梁上波朗特吕等事件，都归罪于飞行员的疏忽，交战各国保证惩处肇事者，并对遭受的损失作出赔偿(秘书处编写的研究报告，同上，第 255-256 段)。

³⁴⁷ 例如，1906 年，美国查塔努加号船进入中国芝罘港时，其一名军官被一艘法国军舰的枪弹击中受伤后身亡。美国政府获得了赔偿，并指出：

“虽然英格兰上尉的身亡只能被视为意外，但不能将其视为属于无法避免因而不用为之承担责任的一类事故。事实上，迪佩蒂-图阿尔号军舰负责步枪实弹射击的军官缺乏适当的预防措施，在查塔努加号船通过公海航道正常航行途中进入火力线时，未停止射击。如果没有这种促成因素，是不可能想象会发生这起事故的。”

M.M.怀特曼，《国际法上的损害赔偿》(哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1937 年)，第一卷，第 221 页。另见秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 130 段。

³⁴⁸ 《1966 年……年鉴》[英]，第二卷，第 255 页。

国条约法会议采用了同样的观点。³⁴⁹ 但为了条约的稳定性，会议在终止条约方面坚持第六十一条的狭义提法。虽然与作为解除不法性情况的不可抗力相联系的困难程度相当之大，但它仍低于第六十一条对以发生意外不可能为理由而终止条约的要求，国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中就指出：

第六十一条第一项要求有“实施条约所必不可少之标的物永久消失或毁坏”来证明以不可能履约为理由而终止是合理的。会议期间有一项建议扩大该条的范围，纳入诸如因严重的财政困难而不可能支付某些款项等情况……尽管承认此种情况可能导致解除一个缔约方不履行其条约义务的不法性，但与会国却不愿意认为此种情况是终止或停止条约的理由，而是宁可将限于一种较狭义的概念。³⁵⁰

(5) 在实践中，援引“不可能”的许多案件并未涉及不同于更难以履行义务的实际上不可能，因此以不可抗力为由的申诉失败。但出现过实质性不可能的情况，如一国的飞机由于损坏或因天气而失去控制，未经另一国许可而被迫飞入另一国的领空。在这些情况中，解除不法性的原则得到了接受。³⁵¹

(6) 除了空中事故之外，以下条约也在船只无害通过方面承认了第 23 条的原则：《领海及毗连区公约》第 14 条第 3 款(《联合国海洋法公约》第

³⁴⁹ 例如见墨西哥代表的建议，《联合国条约法会议正式记录，第一届和第二届会议，1968 年 3 月 26 日至 5 月 24 日和 1969 年 4 月 9 日至 5 月 22 日，维也纳，会议文件》(联合国出版物，出售品编号：E.70.V.5)，全体委员会在会议第一届会议上的工作报告，A/CONF.39/14 号文件，第 182 页，第 531 (a) 段。

³⁵⁰ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 63 页，第 102 段。

³⁵¹ 例如见因天气意外入侵领空的情况，以及在秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)第 250-256 段中讨论的第一次世界大战期间因导航错误而意外轰炸中立国领土的案件。另见与 1946 年美国军用飞机进入南斯拉夫领空事件有关的国家之间的来往公文：美利坚合众国，《国务院公报》(哥伦比亚特区华盛顿)，第十五卷，第 376 号(1946 年 9 月 15 日)，第 502 页，载于秘书处编写的研究报告，第 144 段，以及 1954 年引起向国际法院提交申请的事件：《国际法院书状》，美利坚合众国飞机和机组人员在匈牙利所受待遇案，第 14 页(1953 年 3 月 17 日给匈牙利政府的照会)。至于这些案例究竟是以危难作为依据还是以不可抗力作为依据，并不总是很清楚。

18 条第 2 款)，《内陆国家过境贸易公约》第 7 条第 1 款。这些规定都纳入了不可抗力作为有关主要规则的组成因素；尽管如此，在这些情况下对不可抗力的接受有助于确认一项内容类似的国际法一般原则。

(7) 这项原则已为各国际法庭所接受。混合索赔委员会经常引用无法预计叛乱分子进攻的情况，否定领土所属国对造成外国人遭受损失的责任。³⁵² 在灯塔案仲裁中，一家法国公司拥有的灯塔 1915 年被希腊政府征用，后来为敌方行动所毁。仲裁法庭依据不可抗力的理由，驳回了法国要求修复灯塔的要求。³⁵³ 该原则在俄国赔偿金案中获得了接受，但以不可抗力为由的申诉失败，因为支付债款不是实际上不可能的事。³⁵⁴ 常设国际法院在塞尔维亚贷款案和巴西贷款案中承认不可抗力是一项一般法律原则(尽管又一次依据案件事实驳回了申诉)。³⁵⁵ 较近来在“彩虹勇士号”案仲裁中，法国援引了不可抗力，作为解除其将军官撤离豪岛而在治疗之后未将军官送回该岛之行为的不法性的一种情况。法庭对此作出了简要审理：

新西兰认为不可抗力的借口在此案中不当的意见是正确的，因为检验它是否适用是实质上绝不可能，而且致使履约更为困难或负担沉重的情况并不构成不可抗力的理由。³⁵⁶

(8) 除了作为国际公法问题适用于国家间案件外，不可抗力还广泛实质性地应用在国际商业仲

³⁵² 例如见美英索赔委员会在圣奥尔本斯抢劫案中的裁决，穆尔，《历史与摘要》，第十五卷，第 4042 页(1873 年)，秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 339 段；美国—委内瑞拉索赔委员会在维佩曼案中的裁决，穆尔，《历史与摘要》，第三卷，第 3039 页，秘书处编写的研究报告，第 349-350 段；德布里索等案(上文脚注 117)，秘书处编写的研究报告，第 352 段；以及英国—墨西哥索赔委员会在吉尔案中的裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第 157 页(1931 年)，秘书处编写的研究报告，第 463 段。

³⁵³ 灯塔案仲裁(见上文脚注 182)，第 219-220 页。

³⁵⁴ 《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷(出售品编号：61.V.4)，第 421 页，详见第 443 页(1912 年)。

³⁵⁵ 塞尔维亚贷款案，1929 年第 14 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 20 号，第 39-40 页；巴西贷款案，第 15 号判决，同上，第 21 号，第 120 页。

³⁵⁶ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 253 页。

裁之中，而且有条件可成为一般法律原则。³⁵⁷

(9) 如果一国造成或引起有关情况，则它不得援引不可抗力作为理由。在阿拉伯利比亚投资公司和布隆迪共和国案中，仲裁法庭驳回了以不可抗力为由的申诉，因为“所称的不可能不是由一种不可抗拒的力量或布隆迪无力控制的无法预料的外部事件所造成。事实上，这种不可能是该国单方面决定的结果……”。³⁵⁸ 根据 1969 年《维也纳公约》第六十一条规定的终止条约的同样理由，“倘条约不可能履行系一当事国违反条约义务或违反对条约任何其他当事国所负任何其他国际义务之结果”，则不可援引实质性不可能履行为由。类比这项规定，第 2 款(a)项否定了在不可抗力是因援引此种情况的国家的行为单独与其他因素一并导致的情况下提出的申诉。要适用第 2 款(a)项，援引不可抗力的国家促成实质性不可能履行的情况是不够的；不可抗力的情况必须“起因于”援引此种情况的国家的行为。这是顾及在以下情况下援引不可抗力：一国做了某事，无意中促成了实质性不可能履行的情况的发生，这种事事后看来本来是可以不同的方式来做，但当时是本着善意去做的，其本身并未使该事件变得更无法预料。第 2 款(a)项要求该国在不可抗力的发生方面发挥重大的作用。

(10) 第 2 款(b)项涉及该国已接受发生不可抗力的风险的情况，不论它是根据义务本身这样做，还是通过其行为或通过某种单方面行为这样做。这反映了一项原则，即如果该国已承诺防止该特定情况的发生，或以其他方式承担风险，则不可抗

³⁵⁷ 伊朗—美国索赔法庭判例法关于不可抗力的判例，见 G.H.Aldrich, 《伊朗—美国索赔法庭判例》，(牛津，克拉伦登出版社，1996 年)，第 306-320 页。欧洲法院也承认不可抗力是一般法律原则：例如见第 145/85 号案件，*Denkavit* 诉比利时案，《欧洲人权法院报告书》，第 1987-2 号，第 565 页；第 101/84 号案件，欧洲共同体委员会诉意大利共和国案，同上，《报告书》，第 1985-6 号，第 2629 页。另见《联合国国际货物销售公约》第 79 条，P.Schlechtriem 编辑，《联合国国际货物销售公约评释》，第 2 版(G. Thomas 译)(牛津，克拉伦登出版社，1998 年)，第 600-625 页；私法协原则第 7.1.7 条，《国际商事合同原则》(罗马，私法协，1994 年)，第 169-171 页。

³⁵⁸ 《国际法报告》，第 96 卷(1994 年)，第 318 页，第 55 段。

力不应免除履行义务。³⁵⁹ 一旦该国接受了对某一特定风险的责任，它就不能要求以不可抗力为理由逃避责任。但承担风险必须是毫不含糊的，而且必须针对应对之承担义务的人。

第 24 条 危难

1. 就一国不遵守其国际义务的行为而言，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一并导致；或

(b) 有关行为可能造成类似的或更大的灾难。

评注

(1) 第 24 条涉及行为可归于国家的个人本人或受其监护的其他人处于险境的具体情况。该条解除国家人员在其别无其他合理方式拯救生命的情况下采取的行为的不法性。与第 23 条述及的不可抗力的情况不同，在危难情况下采取行动的人并不是非自愿行事，尽管险境实际上已使之没有选择可言。³⁶⁰ 这也不是在遵守国际法与维护作为第 25 条所述危急情况特点的国家其他合法利益两者之间作出选择的情况。此处涉及的利益是拯救无论其国籍为何的人的生命这一切身利益。

(2) 在实践中，危难案件主要涉及飞机或船只在恶劣天气条件下或在发生机械或航行故障后进入国家领地的情况。³⁶¹ 一个例子是 1946 年美国军

³⁵⁹ 如秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)第 31 段指出，国家可通过协议声明放弃援引不可抗力的权利。最普遍的做法是以订立协定或确定义务的方式，事先承担某一特定不可抗力事件的风险。

³⁶⁰ 因此，考虑到这种情况的作者往往将此定义为“相对不可能”履行国际义务。见 O.J. Lissitzyn, “近来的做法和国际法中对侵犯领空者的处理”，《美国国际法学报》，第 47 卷，第 4 号(1953 年 10 月)，第 588 页。

³⁶¹ 见秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 141-142 段和第 252 段。

用飞机进入南斯拉夫领空事件。美国飞机两次未经准许进入南斯拉夫领空，并遭到南斯拉夫防空部队攻击。美国政府对南斯拉夫的行动提出抗议，理由是飞机只是为躲避极端危险才进入南斯拉夫领空。南斯拉夫政府作出回应，谴责美国一贯侵犯其领空，声称鉴于其频频发生，这只能是故意的行为。后来，南斯拉夫代办照会通知美国国务院说，铁托元帅已禁止对未经准许飞越南斯拉夫上空的飞机开火，因为美国政府应该“采取必要措施，制止此种飞行，但紧急状况或恶劣天气除外，对紧急状况或恶劣天气美国和南斯拉夫当局可做出安排”。³⁶² 美国代理国务卿在答复时，重申美国飞机没有故意在未经南斯拉夫当局事先准许的情况下飞越南斯拉夫领空，“除非为紧急状况所迫”。然而，代理国务卿补充说：

我想，南斯拉夫政府应该会认识到，在一架飞机及机上人员遭受危险时，该飞机可改变航道以求安全，即使此种行动可能导致在未经事先许可的情况下飞越南斯拉夫领空。³⁶³

(3) 在侵犯海洋边界的案件中也提出了以危难为由的申诉。例如 1975 年 12 月，在英国海军船只进入冰岛领水后，联合王国政府声称该船只这一行动的目的在于力图“躲避恶劣天气，因为根据习惯国际法，它们有权这样做”。³⁶⁴ 冰岛则认为，英国船只在其水域的唯一目的是挑起事端，但未对如下一点提出抗辩：如果英国船只处于危难境地，它们可进入冰岛领水。

(4) 虽然历来的做法着重涉及船只和飞机的情况，但第 24 条并不限于此种情况。³⁶⁵ “彩虹勇

³⁶² 美利坚合众国，《国务院公报》(见上文脚注 351)，转载于秘书处编写的研究报告(见上文脚注 345)，第 144 段。

³⁶³ 秘书处编写的研究报告(见上文脚注 345)，第 145 段。同样的论点可见于美国政府 1968 年 12 月 2 日向国际法院提交的有关另一起空中事件的诉状(《国际法院书状》，1955 年 7 月 27 日空中事件，第 358-359 页)。

³⁶⁴ 《安全理事会正式记录，第三十年》，第 1866 次会议，1975 年 12 月 16 日，第 24 段；秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 136 段。

³⁶⁵ 还有涉及为拯救处于险境之人的生命而侵犯陆地边界的情况。例如见 1862 年意大利士兵侵犯奥地利边界的情况，秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 121 段。

士号”案仲裁涉及援引危难作为在船只和飞机之外解除不法性的情况。法国试图为其将两名军官撤离豪岛的行为提供正当理由，其依据是“在涉及影响到国家代理机构基本人道主义考虑的极端紧迫的情况下的危难情况”。³⁶⁶ 法庭一致同意认为，该申诉在原则上可以受理，而且大多数意见认为可适用于两起案件之一的事实。至于该项原则，法庭要求法国表明以下三点：

(1) 存在涉及医疗或其他基本考虑的极端紧急的特殊情况，但这方面的条件一向是，其后由另一方立即确认或清楚证明存在这种特殊情况。

(2) 一俟所援引的支持遣返的理由不复存在，就恢复履行豪岛任务的原状。

(3) 按照 1986 年协定确曾真诚地征求新西兰的同意。³⁶⁷

事实上，其中一名军官确实面临可能迫在眉睫的危险，虽然也许不至于危及生命；后来为他检查身体的新西兰医生也没有否认这一点。相形之下，就另一名军官而言，所给理由(因怀孕而需要接受检查和想要探视临终的父亲)则不足以证明有理由采取紧急行动。该人员及其孩子的生命从未受到任何威胁，何况附近还有极好的医疗设施。法庭裁断：

显而易见，这些情况全然无法证明法国有责任将普里厄上尉撤离豪岛以及有理由因为未将这两名军官送回该岛(就马法尔少校而言，将他们撤离的理由已消失)而不履行有关义务。在这方面法国显然没有履行它的义务。³⁶⁸

(5) 许多条约也接受了援引危难作为证明否则即为不法的行为正当的情况。《领海及毗连区公约》第 14 条第 3 款允许船只在通过外国领海航行时停泊和抛锚，但以危难情况使此种行为成为必要时为限。《联合国海洋法公约》³⁶⁹ 第 18 条第 2 款以十分同样的措辞重复了这项规定。类似规定

³⁶⁶ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 254-255 页，第 78 段。

³⁶⁷ 同上，第 255 页，第 79 段。

³⁶⁸ 同上，第 263 页，第 99 段。

³⁶⁹ 另见该《公约》第 39 条第 1 款(c)项、第 98 条和第 109 条。

也出现在关于防止海洋污染的国际公约之中。³⁷⁰

(6) 第 24 条限于人的生命遭受危险的情况。法庭在“彩虹勇士号”案仲裁中对援引危难提供理由的情况似乎采用了一种较宽泛的观点，显然同意认为严重的健康危险就是充足的理由。在将第 24 条的范围扩大到不致威胁到生命的情况时产生的问题，是在何处确定任何较低的界限。在涉及飞机的危难情况下，要确定是否存在对生命的威胁通常并不困难，其他的情况则提出了一系列广泛的可能性。鉴于第五章的范围，也鉴于有可能采用其他办法来解决显然对生命无威胁的情况，因此似乎没有必要将危难情况的范围扩大到超出对生命本身的威胁之外。然而，在国家人员身处危难之中而必须采取行动拯救生命的情况下，评估危难条件应有某种程度的灵活性。第 24 条中“别无其他合理方法”这一标准，力图在向国家机关为拯救生命而选择行动时提供某种灵活性的愿望与有必要限制抗辩的特殊性质范围之间达到平衡。

(7) 只可在以下情况下，才可援引危难作为解除行为不法性的一种情况：国家人员为拯救自己的生命而行事，或该国家机关或人员与处于险境的人之间存在着一种特殊关系。它不扩大到较为一般的紧急状况，因为这些状况与其说是危难问题，不如说是危急情况问题。

(8) 第 24 条仅解除为避免生命受到威胁的状况所必要的行为的不法性。因此它不免除国家或国家人员遵守其他的(国家或国际)要求，例如到达时通知有关当局的要求，或提供有关航行、乘客或货

物的资料的要求。³⁷¹

(9) 与不可抗力的情况一样，援引国造成或引起的情况不属于危难的情况。在许多情况下，援引危难的国家可能促成有关情况，即使是间接的。然而，应优先考虑拯救生命必要的措施，而按照第 2 款(a)项，只有在危难情况是由援引国的行为单独导致或与其他因素一并导致时，才不适用危难。这与第 23 条第 2 款(a)项的提法相同。³⁷²

(10) 只有在试图予以保护的利益(如乘客或机组人员的生命)显然高于该情况下遭受危险的其他利益时，危难才能解除行为的不法性。如果极力予以免除的行为危及的生命多于其可能拯救的生命，或可能以其他方式造成更大的灾难，则不能以危难抗辩为由。例如，运载炸药的军用飞机在紧急降落时可能造成灾难，严重故障的核潜艇进入一港口避难，可能给港口造成核辐射污染。第 2 款(b)项规定，如果有关行为可能造成类似或更大的灾难，则不得适用危难。这与第 1 款相符，该款在提出该行为者是否“别无其他合理方法”来拯救生命时，就确定了一种客观的检验标准。必须在拯救生命的总体目标范围内对“类似或更大的灾难”这一措辞做出评价。

第 25 条 危急情况

1. 一国不得援引危急情况作为理由解除不遵守该国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国或数国的基本利益或整个国际社会的基本利益。

³⁷⁰ 例如见《国际防止海上油污公约》，其中第四条第 1 款(a)项规定，如果将油倾倒入海的行为的“目的是为了确保护船安全，防止对船只或货物的损害，或拯救海上生命”，则禁止将油倾倒入海的条款不适用。另见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》，其中第五条第 1 款规定，禁止倾倒废物的条款在下列情况下不适用：如果倾倒废物为“确保人的生命或船只、飞机、平台或其他海上人造结构的安全所必需，……在构成对人的生命的危险或对船只、飞机、平台或其他海上人造结构的真正威胁的任何情况下，如果倾倒废物显然是避免此种威胁的唯一方式”。又比较《防止船舶和飞机倾倒废物造成海洋污染公约》(第 8 条第 1 款)，1973 年《国际防止船舶污染公约》(《防污公约》)，附件一，第 11(a)条。

³⁷¹ 见凯辛和刘易斯诉国王案，《加拿大法律报告》(1935 年)，第 130 页(即使船只是在危难情况下进入港口，也不得免除报告其航行情况的要求)。另见“丽贝卡号”案，墨西哥—美国普通索赔委员会，《美国国际法学报》，第 23 卷，第 4 号(1929 年 10 月)，第 806 页(船只在危难情况下进入港口；因违反海关规定而收缴货物：扣押；进港为情况所必需而非仅为方便之举，因此收缴为非法)；“五月号”诉国王案，《加拿大法律报告》(1931 年)，第 374 页；“昆城号”诉国王案，同上，第 387 页；雷克斯诉弗拉奥案，《主权法律报告》(1935 年)，第 685 页(进行了“真实和不可抗拒”危难情况检验)。

³⁷² 见第 23 条评注第(9)段。

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) 有关国际义务排除援引危急情况的可能性; 或
- (b) 该国促成了该危急情况。

评注

(1) “危急情况”(“*état de nécessité*”)一词被用来指一些特殊情况,在这些情况下,国家可保护受某一迫在眉睫的严重危险威胁的基本利益的唯一办法,是暂不履行某些较不重要或较不紧迫的其他国际义务。按照第 25 条严格规定的条件,此种辩解理由被承认为解除行为不法性的一种情况。

(2) 以危急情况为由的辩解在若干方面是特殊的。与同意(第 20 条)、自卫(第 21 条)或反措施(第 22 条)不同的是,它不取决于受害国先前的行为。与不可抗力(第 23 条)不同的是,它不涉及非自愿或受胁迫的行为。与危难(第 24 条)不同的是,危急情况不涉及国家官员负责管理的个人的生命面临的危险,而涉及该国或整个国际社会的基本利益面临的严重危险。它是在以下情况下出现的:援引危急情况的国家的基本利益与它的一种义务之间存在着无法调和的冲突。这些特殊性质意味着,可采用危急情况作为不履行义务行为的理由的情况极为罕见,而且它必须受到严格限制,保障它不受到可能的滥用。³⁷³

(3) 有大量权威支持作为解除不法性情况的危急情况。一些国家援引过危急情况,若干国际法庭也对它进行了审理。在这些案件中,危急情况已在原则上获得接受,或至少未被驳回。

(4) 在 1832 年英国与葡萄牙的争端中,葡萄牙政

府声称,尽管有条约规定,但由于向从事平息内乱的某些特遣部队提供给养是紧迫的危急情况,因此占用英国国民拥有的财产有其正当理由。英国政府被告知说:

英国与葡萄牙之间的条约的性质[不]是极其严格,极其根本,在任何情况下都更正不得,必须极其严格遵守条约规定,以致剥夺葡萄牙政府使用这些财产的权利,因为这些财产对于该国的安全甚至该国的生存本身都可能是绝对必不可少的。

危急情况可作为此种占用英国国民财产的行为的理由,其范围必须取决于特定案件的情况,但这种情况必须是迫切和紧迫的。³⁷⁴

(5) 1837 年的“卡罗琳号”事件,尽管经常作为自卫事例提及,其实涉及在使用武力法律依据与现在十分不同的时代中援引危急情况的辩解。在该案件中,英国武装部队进入美国领土,并袭击和毁坏了美国公民拥有的一艘船只,该船当时正在向加拿大叛乱分子运送新兵以及军事和其他物资。在对美国的抗议作出回应时,英国驻华盛顿公使福克斯提到了“自卫和自保的危急情况”;向英国政府提供咨询意见的顾问也提出了这一点。该顾问指出,“英国当局的行为”有其正当理由,因为它是“为预防措施所绝对必需的”。³⁷⁵ 韦伯斯特国务卿在答复福克斯公使时说,“只有十分明显和绝对的危急情况,才能为在和平时期在一国领土内”作出的“敌对行为提供正当理由”,并指出英国政府必须证明其部队的行动真正是由“自卫的危急情况”所造成,而这种危急情况是“迫在眉睫,势不可挡,别无选择,也没有任何考虑的时间。”³⁷⁶ 1841 年 12 月 7 日,泰勒总统在向国会发表咨文时重申:

³⁷⁴ 罗德·麦克奈尔编辑,《国际法意见》(剑桥大学出版社,1956年),第二卷,《和平》,第 232 页。

³⁷⁵ 分别见 W.R.Manning 编辑, *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations 1784-1860* (哥伦比亚特区华盛顿,卡内基国际和平基金会,1943年),第三卷,第 422 页;以及罗德·麦克奈尔编辑,《国际法意见》(上文脚注 374),第 221 页,详见第 228 页。

³⁷⁶ 《英国和外国文件》,1840-1841 年(伦敦,里奇韦出版社,1857年),第 29 卷,第 1129 页。

³⁷³ 德国于 1914 年占领卢森堡和比利时,或许是此种滥用的典型情况。德国试图依据危急情况为此进行辩解。尤其见 1914 年 8 月 2 日德国驻布鲁塞尔公使向比利时外交部部长呈递的照会,载于 J.B. Scott 编辑,《与爆发欧洲战争有关的外交文件》(纽约,牛津大学出版社,1916年),第一部分,第 749-750 页,以及德国总理贝特曼·霍尔韦格 1914 年 8 月 4 日在德国国会的讲话,其中有人们熟悉的一句话:“我们正处于自卫状态,而危急情况是不讲法律的”。《国际法年鉴》,第三卷(1916年),第 728 页。

除了在最紧急和极端的情况下，本国政府绝不承认任何外国政府有权侵犯我国领土，无论是逮捕可能已违反该外国政府国内法的人，或是毁坏这些人的财产。³⁷⁷

这起事件直到 1842 年才结束。两国政府交换函件，在信函中一致认为，“这项重大原则在出现一种极其危急的情况下可以而且必须暂停适用”。英国政府派往华盛顿的特使阿什伯顿爵士补充说，“必须是在所承认的极端危急情况持续尽可能短的期间内才能这样做，并必须严格限于这种危急情况所限定的狭义范围”。³⁷⁸

(6) 在 1893 年的“俄罗斯海狗”争议事件中，应予保护免受某项“严重迫切危险”的“基本利益”，是一个不受任何国家管辖或不受任何国际规则约束的地区的自然环境。在面临海狗因不加限制的捕掠而遭受灭绝危险的情况下，俄国政府发布了法令，禁止在公海的某一地区捕掠海狗。俄国外交部部长 1893 年 2 月 12 日(2 月 24 日)致函英国大使，解释已采取的行动理由，即鉴于捕掠季节即将来临，“绝对必须采取紧急临时措施”。他“强调上述措施基本上属预防性质，而这些措施是在特殊情况压力下采取的”，³⁷⁹ 并宣布愿与英国政府缔结一项协议，长期解决在该地区捕掠海狗的问题。

(7) 在俄国赔偿金案中，奥斯曼帝国政府为拖延向俄国政府支付债款而援引的理由之一，是该国政府财政状况极端困难，将此称为“不可抗力”，但更像是一种危急情况。仲裁法庭原则上接受了这一申诉：

首先援引的不可抗力例外，在国际公法和私法中都是可争论的；国际法必须使其本身适应政治紧急状况。俄罗斯帝国政府明确承认……，“如果国家的存在本身受到危险，

³⁷⁷ 同上，1841-1842 年，第 30 卷，第 194 页。

³⁷⁸ 同上，第 195 页。见韦伯斯特大臣的答复：第 201 页。

³⁷⁹ 同上，1893-1894 年(伦敦，皇家印务局，1899 年)，第 86 卷，第 220 页；秘书处编写的研究报告(见上文脚注 345)，第 155 段。

如果遵守国际义务会造成……自我毁灭”，就可减轻国家履行条约的义务。³⁸⁰

但它认为：

承认支付(或立约贷款支付该款项)金额相对少的 600 万法郎会危及奥斯曼帝国的生存，或会严重危及其内部或外部局势，显然是言过其实。³⁸¹

它认为，要解除不符合国际义务的行为的不法性，遵守国际义务必然是“自我毁灭”。³⁸²

(8) 在比利时商会案³⁸³中，根据两项仲裁裁决，希腊政府欠一家比利时公司的钱。比利时请求常设国际法院宣布，希腊政府拒不执行裁决，违背了它的国际义务。希腊政府推说本国预算和金融状况严峻。³⁸⁴ 法院指出，宣布希腊政府是否有正当理由不执行仲裁裁决一事不属其职权范围。然而法院含蓄地接受了双方一致同意的基本原则。³⁸⁵

(9) 1967 年 3 月，利比里亚托利峡谷号油轮在英国领水之外的康沃尔海岸的海中岩石上搁浅，溢出大量石油，威胁着英国海岸。在各种补救办法失效之后，英国政府决定轰炸该船，以便燃尽剩余的

³⁸⁰ 见上文脚注 354；另见秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 394 段。

³⁸¹ 同上。

³⁸² 争端当事方都同意，财政严重拮据可作为以不同于原先规定的方式履行义务的正当理由，罗多彼中部森林案的仲裁裁决的执行即出现了这种情况，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第 1405 页(1933 年)。见国际联盟，《公报》，第 15 年，第 11 号(第一部分)(1934 年 11 月)，第 1432 页。

³⁸³ 比利时商会案，1939 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 78 号，第 160 页。

³⁸⁴ 《常设国际法院汇编》，C 辑，第 87 号，第 141 页和第 190 页；秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 278 段。希腊关于危急情况的论点，总体见第 276-287 段。

³⁸⁵ 见上文脚注 383；秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 288 段。另见塞尔维亚贷款案，其中当事方以及法院对该点的立场十分相似(上文脚注 355)；法国委内瑞拉铁路公司案(上文脚注 178)，第 353 页；秘书处编写的研究报告(上文脚注 345)，第 263-268 段和第 385-386 段。在其对奥斯卡·钦思案的个别意见中，安吉洛蒂法官接受了一项原则：“危急情况可作为不履行国际义务的理由”，但依据事实否定了它的可适用性(1934 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 63 号，第 65 页，详见第 112-114 页)。

石油。这一行动获得成功。英国政府没有事前对其行动提出任何合法理由，但强调了存在极其危险的状况，并声称只是在所有其他办法都不凑效之后才作出轰炸该船的决定。³⁸⁶ 此事未引起国际抗议。后来缔结了一项公约，处理今后可能证明有必要进行干预以避免严重油污污染的情况。³⁸⁷

(10) 在“彩虹勇士号”案仲裁中，仲裁法庭对危急情况的理由存在与否表示怀疑。法庭注意到委员会的条款草案“据称授权一国援引危急情况采取不法行动”，并将委员会的建议说成是“有争议的”。³⁸⁸

(11) 相形之下，在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中，国际法院认真审议了根据委员会条款草案(现为第 25 条)提出的论据，明确接受这项原则，但同时拒绝在该案情形中援引这项原则。至于这项原则本身，国际法院指出，当事双方都依据委员会的条款草案，认为是提法适当，并指出：

法院认为……，习惯国际法承认危急情况是解除不符合国际义务的行为不法性的一项理由。此外法院指出，解除不法性的这种理由只有在特殊情况下才可接受。国际法委员会解释为何采用否定表达方式时，也持同样的观点……

因此，委员会认为，危急情况只有在某些严格限定的条件下才可以援引，必须以积累的方式符合满足这些条件；至于这些条件是否得到满足，不能只由所涉国家做出判断。

……在本案中，以下基本条件……是有关的：一国与其一种国际义务相抵触的行为必须是由该国的“基本利益”引发的；这个利益必须已受到某项“严重迫切危险”的威胁；受到质疑的行为必须是保护这项利益的“唯一办法”；该行为绝不能“严重损害”该项义务所针对的国家的“基本利益”；行为国绝不能“促成危急情况的发

³⁸⁶ “托利峡谷号”案，诏书第 3246 号(伦敦，皇家印务局，1967 年)。

³⁸⁷ 《国际干预公海油污事故公约》。

³⁸⁸ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 254 页。在阿拉伯利比亚外国投资公司诉布隆迪共和国案(见上文脚注 358)，第 319 页，法庭拒绝编撰关于危急情况的理论是否适当作出评论，同时指出布隆迪采取的措施显然并非为保护基本利益对抗某项严重迫切危险的唯一办法。

生”。这些条件反映了习惯国际法。³⁸⁹

(12) 危急情况抗辩在渔业管辖权案中显然是个问题。³⁹⁰ 西北大西洋渔业组织为养护跨界鱼类种群采取了管制措施，但加拿大认为，由于种种原因，这些措施效力不高。根据 1994 年《沿海渔业保护法》，加拿大宣布大浅滩的跨界鱼类种群受到了“灭绝的威胁”，并声称，该法和条例的目的是“使加拿大得以采取必要紧急行动，防止进一步灭绝这些鱼类种群，并使之得以重新繁殖”。后来，加拿大官员在公海登上并扣押了一艘西班牙埃斯泰号渔船，导致与欧洲联盟及西班牙发生冲突。西班牙政府否定对养护的关切可成为扣押该船的理由，“因为这违反了加拿大为其缔约国的《西北大西洋渔业组织公约》[《西北大西洋渔业未来多边合作公约》]的公认条款”³⁹¹ 加拿大不同意这种说法，指出“扣押埃斯泰号对于制止西班牙渔民过度捕捞格陵兰庸鲽鱼是必要的”。³⁹² 法院裁断，它对此案无管辖权。³⁹³

(13) 危急情况抗辩的存在及其限度，已在作者之间引起了长期争议。早期作者明确接受其中的大

³⁸⁹ 加布奇科沃—大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 40-41 页，第 51-52 段。

³⁹⁰ 渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，法院的管辖权，判决，《1998 年国际法院汇编》，第 432 页。

³⁹¹ 同上，第 443 页，第 20 段。欧盟于 1995 年 3 月 10 日提出抗议，声称“不能以任何方式”为扣押船只行为“进行辩解”。关于该抗议，见西班牙的诉状(法院的管辖权)，《国际法院书状》，渔业管辖权案(西班牙诉加拿大)，第 17 页，详见第 38 页，第 15 段。

³⁹² 渔业管辖权案(见上文脚注 390)，第 443 页，第 20 段。另见加拿大的辩诉状(1996 年 2 月 29 日)，《国际法院书状》(上文脚注 391)，第 17-45 段。

³⁹³ 根据欧盟与加拿大达成的一项协议记录，加拿大同意废止将《1994 年法》适用于西北大西洋渔业组织海域的西班牙和葡萄牙船只的规则，并释放了埃斯泰号。双方明确坚持各自“对《加拿大近海鱼类保护法》1994 年 5 月 25 日修正案及随后颁布的规则是否符合习惯国际法和《西北大西洋渔业组织公约》的问题”的立场，并保留“其按照国际法维护和保护其权利的能力”。见加拿大-欧洲共同体关于鱼种养护和管理的协议记录(1995 年 4 月 20 日，布鲁塞尔)，《国际法资料》，第 34 卷(1995 年 12 月)，第 1260 页。另见《执行 1982 年 12 月 10 日联合国海洋法公约有关养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼种的规定的协定》。

部分内容，但附加了严格条件。³⁹⁴ 十九世纪，与“国家基本权利”概念相联系的滥用危急情况的现象导致出现了对这一学说的抵制。二十世纪，反对国际法中危急情况概念的作者的作者的人数有所增加，但学说的大部分仍然支持此种抗辩的存在。³⁹⁵

(14) 总体而言，国家实践和司法裁决支持一种意见，认为在某些十分有限的条件下，危急情况可构成解除行为不法性的情况，第 25 条体现了这一意见。这些案件表明已援引了危急情况，用以解除违背广泛多样的行为不法性，无论是其起源于习惯还是公约。³⁹⁶ 已援引危急情况来保护范围广泛的各种利益，包括保护环境，在公共紧急状态期间维护国家及其人民的生存，或确保平民安全。但在允许任何此种抗辩之前，必须规定严格的条件。第 25 条反映了这一点。尤其是为了强调危急情况的特殊性质以及对其可能被滥用的关切，第 25 条使用了一种否定措辞(不得援引危急情况……，除非)。³⁹⁷ 在这方面，它反映了 1969 年《维也纳公约》中涉及情况根本变化问题的第六

³⁹⁴ 见 B. Ayala, *De jure et officii bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582 年) (哥伦比亚特区华盛顿, 卡内基研究所, 1912 年), 第二卷, 第 135 页; A. Gentili, *De iure belli, libri tres* (1612 年) (牛津, 克拉伦登出版社, 1933 年), 第二卷, 第 351 页; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646 年) (牛津, 克拉伦登出版社, 1925 年), 第二卷, 第 193 页及以后各页; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688 年) (牛津, 克拉伦登出版社, 1934 年), 第二卷第 295-296 页; C. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764 年) (牛津, 克拉伦登出版社, 1934 年), 第 173-174 页; 以及 E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758 年) (哥伦比亚特区华盛顿, 卡内基研究所, 1916 年), 第三卷, 第 149 页。

³⁹⁵ 见对早先学说的综述, 《1980 年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第 47-49 页; 另见 P.A. Pillitu, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale* (佩鲁贾大学/Licosia 出版社, 1981 年); J. Barboza, “Necessity (revisited) in international law”, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, J. Makarczyk 编辑(海牙, 马蒂努斯·奈霍夫出版社 1984 年), 第 27 页; 以及 R. Boed, “State of necessity as a justification for internationally wrongful conduct”, 《耶鲁人权和发展法律期刊》, 第 3 卷(2000 年), 第 1 页。

³⁹⁶ 关于被违背的义务的起源无关紧要的一般说明, 见第 12 条和评注。

³⁹⁷ 国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)中提及这一否定提法, 第 40 页, 第 51 段。

十二条的措辞。它还反映了第 1 款在确定不能援引危急情况的两项条件时的用语, 也反映了第 2 款将两种情况完全排除在危急情况托辞范围之外时的措辞。³⁹⁸

(15) 第 1 款(a)项规定的第一条件是, 只有在为保护基本利益对抗某项严重迫切危险时才可援引危急情况。某一特定利益是否为“基本”利益要视所有的情况而定, 而不能事先做出判断。这涉及该国及其人民的特定利益, 也涉及整个国际社会的特定利益。但无论是何种利益, 只有在它受到严重迫切危险威胁时, 才符合这项条件。危险必须客观予以确定, 而不能仅仅是担心有此可能。危险除了是严重之外, 还须是迫切的, 也就是近在眼前的。但如法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中所言:

这并不排除……某一“危险”虽属于长期危险, 在某一特定时候可断定, 危险的发生, 无论还要过多少时间, 总是必然无疑, 不可避免。这种情况一俟确定, 即可认为该危险是“迫切”的。³⁹⁹

此外, 采取的行动必须是可采用的保护该利益的“唯一办法”。如果可采用其他(在其他方面合法)办法, 即使是代价可能更高或较不方便的办法, 均不得使用此种抗辩。例如在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中, 由于特别考虑到已完成的工作量以及所花费的金钱, 并考虑到以其他办法解决任何问题的可能性, 法院并不认为单方面暂停并放弃该项目是唯一可采用的做法。⁴⁰⁰ 第 1 款(a)项中的“办法”一词不限于单方面的行动, 而是可包括通过与其他国家的合作行动或通过国际组织而采取的其他形式的行为(例如通过区域渔业主管机构采取的渔业养护措施)。此外, 对危急情况的要求是此抗辩的固有要求: 超出该目的绝对必要范围的任何行为都不得包括在内。

(16) 就第 1 款(a)项而言, 仅仅是担心发生或可能发生的危险是不够的。诚然, 就有关例如养护和

³⁹⁸ 所有解除不法性的情况共通的另一种排除条件涉及强制性规范(见第 26 条和评注)。

³⁹⁹ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27), 第 42 页, 第 54 段。

⁴⁰⁰ 同上, 第 42-43 页, 第 55 段。

环境或大型结构的安全等问题而言，往往会有在科学上不能确定的问题，对于是否存在危险，这种危险的严重或迫切程度如何，以及建议采用的办法是否为该情况下可采用的唯一办法等问题，了解情况的专家也可能会表示不同的观点。按其定义而言，在涉及危急情况的案件中，危险尚未发生。在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，法院指出，援引国不能成为对危急情况做出判断的唯一国家，⁴⁰¹ 但如果根据当时以合理方式得到的证据显然确定存在着危险，那末在某种程度上对未来难以预料的情况，未必会使一国无资格援引危急情况。

(17) 第 1 款(b)项规定的援引危急情况的第二项条件是，有关的行为不得严重损害对方国家或有关国家或整个国际社会的基本利益(见下文第(18)段)。换言之，援引的利益必须重于所有其他考虑因素，不只是从行为国的观点看如此，而是根据无论是个人还是集体的竞合利益的合理评估看也是如此。⁴⁰²

(18) 就措辞来说，使用“整个国际社会”一语就足够了，不必像 1969 年《维也纳公约》第五十三条的具体案文那样使用“国家之国际社会全体”的措辞方式。该《公约》第五十三条之所以插入“国家之”一语是为了强调国家对制订国际法具有最高权威，尤其是在确立强制性规范方面具有最高权威。另一方面，国际法院在巴塞罗那电车公司案中使用了“整个国际社会”一语，⁴⁰³ 若干条约和其他国际文书通常按照这个词在第 1 款(b)项中的含义加以使用。⁴⁰⁴

⁴⁰¹ 同上，第 40 页，第 51 段。

⁴⁰² 在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，国际法院申明必须考虑到对方国家的相反利益(见上文脚注 27)，第 46 页，第 58 段。

⁴⁰³ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 25)，第 32 页，第 33 段。

⁴⁰⁴ 例如见《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》序言部分第三段；《反对劫持人质国际公约》序言部分第四段；《制止危及海上航行安全非法行为公约》序言部分第五段；《联合国人员和有关人员安全公约》序言部分第三段；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》序言部分第十段；《国际刑事法院罗马规约》序言部分第九段；以及《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》序言部分第九段。

(19) 除第 1 款中的条件之外，第 2 款对危急情况的任何援引规定了两种一般性限制。“得”字的使用表明了这一点。第 2 款(a)项涉及有关的国际义务明确或含蓄地排除依凭危急情况的各种状况。例如，适用于武装冲突的某些人道主义公约明确排除依凭军事危急情况。另一些公约虽未明文排除危急情况，但旨在适用于责任国遭受危险并显然涉及其基本利益的非常状况。在这种情况下，无危急情况抗辩可用显然出自该项规则的目标和目的。

(20) 按照第 2 款(b)项，如果责任国促成了危急状况，则不得依凭危急情况。因此，在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，法院认为由于匈牙利“以行为或不行为帮助造成了”所称的危急情况，因而不能依凭该状况来解除不法性。⁴⁰⁵ 要根据第 2 款(b)项禁用危急情况抗辩，对危急状况的促成必须是充分实质性的，不仅仅是偶然的或无关紧要的。第 2 款(b)项的措辞比第 23 条第 2 款(a)项以及第 24 条第 2 款(a)项更为明确，因为危急情况需要更严格地予以限制。

(21) 如第 25 条所示，危急情况抗辩并非旨在涵盖原则上受主要义务约束的行为。对于有关国际关系中使用武力的规则，对“军事危急情况”问题，这一点具有特别重要的意义。诚然，在少数情况下援引了危急情况抗辩作为在国外采取军事行动的理由，在声称进行人道主义干预的情况下更是如此。⁴⁰⁶ 第 25 条没有涉及的一个问题是：未按照《联合国宪章》第七章或第八章批准的强行的人道主义干预措施，根据现代国际法是否合法？⁴⁰⁷ “军事危急情况”的理论也是如此，而这

⁴⁰⁵ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 46 页，第 57 段。

⁴⁰⁶ 例如，1960 年比利时援引了危急情况，作为在刚果进行军事干预的理由。安全理事会讨论了这一事项，但没有使用危急情况抗辩这一用语。见《安全理事会正式记录，第十五卷》，第 873 次会议，1960 年 7 月 13-14 日，第 144、第 182 和第 192 段；第 877 次会议，1960 年 7 月 20-21 日，第 31 段及以下各段和第 142 段；第 878 次会议，1960 年 7 月 21 日，第 23 和第 65 段；第 879 次会议，1960 年 7 月 21-22 日，第 80 段及以下各段和第 118 和第 151 段。关于“卡罗琳号”事件，见上文，第(5)段。

⁴⁰⁷ 关于把违背强制性规范的行为统统排除在解除不法性情况的范围之外，另见第 26 条和评注。

种理论首先就是战争和中立法一系列实质性规则的根本标准,而且包括在国际人道主义法领域若干条约的条款用语之中。⁴⁰⁸在这两方面,虽然与第25条类似的各种基本考虑因素可能有所作用,但在拟定和解释主要义务时已将它们考虑在内。⁴⁰⁹

第26条 遵守强制性规范

一国违反一般国际法某一强制性规范所产生的义务的任何行为,不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性。

评注

(1) 根据1969年《维也纳公约》第五十三条规定,条约与一般国际法强制规范抵触者无效。根据第六十四条规定,先订条约与新强制规范抵触者即成为无效而终止。⁴¹⁰问题是这些规定对于第五章中所处理的事项会有什么影响。

(2) 条约法问题特别报告员杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士以“持续符合国际法”的一个内含条件为根据处理了这个问题,他指出:

如果对一条约义务的遵守不符合国际法中具有强制法

⁴⁰⁸ 例如见关于《陆战法规和习惯章程》(附于1899年《海牙第二公约》和1907年《海牙第四公约》),其中禁止破坏敌方财产,“除非此种破坏或扣押为战争的危急情况所急需”。同样,《1949年8月12日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一议定书》)第54条第5款似乎允许在“军事危急情况”需要时,可攻击对平民的生存必不可少的物体。

⁴⁰⁹ 例如见M. Huber, “Die Kriegerrechtlichen Verträge und die Kriegsraison”, 《国际法杂志》,第七卷(1913年),第351页; D. Anzilotti, 《国际法课程》(Rome, Athenaeum, 1915年),第三卷,第207页; C. De Visscher, “Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité”, 《公法概览》,第24卷(1917年),第74页; N. C. H. Dunbar, “Military necessity in war crimes trials”, 《英国国际法年鉴》,1952年,第29卷,第442页; C. Greenwood, “Historical development and legal basis”, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, D. Fleck 编辑(牛津大学出版社,1995年),第1页,详见第30-33页;以及Y. Dinstein, “Military necessity”, 《国际公法百科全书》, R. 伯恩哈特编辑(阿姆斯特丹,埃尔斯韦尔出版社,1997年),第3卷,第395-397页。

⁴¹⁰ 另见第四十四条第5项,其中规定:在第五十三条所称之情形下,条约之规定一概不许分离。

性质的新规则或禁令,则有理由(而且必须)不遵守涉及上述不符合情况的任何条约义务……

如果缔结条约之后出现的情况,使一项与缔结条约时情况无关的现行国际法规则发挥作用,则同一项原则适用。⁴¹¹

但是,委员会除了第五十三条和第六十四条本身以外,不曾就这个问题拟议任何具体的条文。

(3) 在一些主要义务看来互相抵触的情况下,若其中有一项义务属于一国直接根据一般国际法强制性规范而具有的义务,则显然必须优先遵守该义务。其解释和适用的程序应该能够解决上述问题而无需诉诸国家责任的次要规则。从理论上说,可以设想以后可能在一项(从表面上看显然合法而从宗旨来说也无可厚非的)条约义务与一项强制性规范之间发生抵触的情况。如果发生这样的情况,仅仅由于未能预见条约在特定情况下的适用就使条约作废,那就太过分了。但是,在实践中,似乎不曾发生上述情况。⁴¹²即使发生那种情况,一般国际法强制性规范会产生强有力的解释原则,足以解决所有的或大部分的明显抵触情况。

(4) 但是,不妨申明,第一部分第五章中解除不法性的情况,并不许可或开脱任何减损一般国际法强制性规范的情况。例如,采取反措施的一国不得减损诸如以下陈述的规范:灭绝种族罪不能成为反种族灭绝罪的理由。⁴¹³同样,危急情况抗辩也不能成为违背强制性规范的借口。明确将这项原则纳入第五章的各项条文中是办得到的,但

⁴¹¹ 关于条约法问题的第四次报告,《1959年……年鉴》(见上文脚注307),第46页。另见S. Rosenne, 《条约的违反》(剑桥,格劳秀斯,1985年),第63页。

⁴¹² 可能采取的类比方式,见专案法官劳特帕赫特在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案中的评论,临时措施,1993年9月13日的命令,《1993年国际法院汇编》,第325页,详见第439-441页。法院没有在其命令中处理这些问题。

⁴¹³ 如同国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案裁决中所指出的,“绝对不能以一项违约行为作为借口而采取另一项违约行为”(反诉案,1997年12月17日的命令,《1997年国际法院汇编》,第243页,详见第258页,第35段)。

是，采取分别处理这项基本原则的方法，一则比较省事，二则比较符合这类规范的主要特性。因此，第 26 条规定：一国违背一般国际法某项强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以第五章中的任何规定作为理由解除其不法性。⁴¹⁴

(5) 确定一般国际法强制性规范的标准是严格的。1969 年《维也纳公约》第五十三条不仅要求有关规范符合作为本身具有约束力的一般国际法规范的所有确认标准，还要求它被国家之国际社会全体承认具有强制性。到目前为止，已经公认具有这种属性的强制性标准比较稀少。但有各种国家法庭和国际法庭已经在不限于条约有效性情境中确认强制性规范的概念。⁴¹⁵ 已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止实行侵略、灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪行和酷刑，还有自决权。⁴¹⁶

(6) 按照第 26 条，解除不法性的情况不能作为一国违背其依一般国际法强制性规则承担的义务的理由或借口。第 26 条没有处理是否在任何特定情况下有过这种违约这一先前的问题。这一点与第五章中的若干条文特别有关。甲国无法使乙国免于遵守强制性规范的义务，例如，在与灭绝种族或酷刑有关的义务，无论是以条约或其他方式都办不到这一点。⁴¹⁷ 但是，在适用某些强制性规范方面，特定国家的同意可能有关。例如，一国可能基于合法的目的以有效方式同意一外国在其境内派驻军事人员。在何种情况下才算以有效方式

给予了同意，又是应由其他国际法规则而不是由国家责任的次要规则加以确定的问题。⁴¹⁸

第 27 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失的赔偿问题。

评注

(1) 第 27 条是一项不妨碍条款，涉及依第五章援引解除不法性情况的某些事件或后果。它处理两个问题。第一，它申明，解除不法性的情况本身不影响根本的义务，所以，如果情况不再存在，义务也就恢复全部的效力和作用。第二，它系指在若干情况下支付赔偿的可能性。第 27 条被订为一项不妨碍条款，因为就第一点来说，事实揭示了可解除不法性的情况，结果可能导致义务的终止，而对于第二点来说，则无法泛泛明确确定何时应该支付赔偿。

(2) 第 27 条(a)项载述当妨碍遵守某项义务的情况不再存在或逐渐不起作用以后情况如何的问题。它明确了：第五章只起到解除的作用。在并且只在解除不法性的情况消失、或不再基于任何理由起到解除作用以后，才必须再度遵守有关义务(假若仍然有效的话)，因此，早先有借口不予遵守义务的国家又必须遵守了。“并且只在”等语是为了包括妨碍遵守义务的条件逐渐减少并且允许部分地履行义务的情况。

(3) 法庭在“彩虹勇士号”案仲裁中确认了这项原则，⁴¹⁹ 国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目中更加明确地确认了这项原则。匈牙利辩称危急情况解除了其中断项目工作之行为的不法性，国际法院在审议这一论点时指出，“一旦危急情

⁴¹⁴ 为方便起见，又在第三部分第二章中论述反措施的上下文中阐明这项限制。见第 50 条及评注第(9)和第(10)段。

⁴¹⁵ 例如见前南斯拉夫问题国际法庭对 IT-95-17/1-T 号案件的裁决，检察官诉安托·富伦基亚案，1998 年 12 月 10 日的判决，《国际法律资料》，第 38 卷，第 2 号(1999 年 3 月)，第 317 页；英国上议院在雷吉娜诉博街都市受薪裁判官等人，皮诺切特·乌加特单方诉讼案中的裁决(第 3 号)，《国际法报告》，第 119 卷。参见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(上文脚注 54)，第 257 页，第 79 段。

⁴¹⁶ 参见东帝汶案(上文脚注 54)。

⁴¹⁷ 见第 45 条评注第(4)段。

⁴¹⁸ 见第 20 条评注第(4)至第(7)段。

⁴¹⁹ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 251-252 页，第 75 段。

况不再存在，遵守条约的义务就恢复了。”⁴²⁰但是，解除不法性的特殊情况也可能成为终止根本义务的充分依据。因此，为反措施提供理由的违反条约的行为，用 1969 年《维也纳公约》第六十条的措辞来讲可能是“重大”的，因而允许受害国终止条约。反之，这种义务可能完全恢复、或在原则上完全恢复作用，但是恢复履行义务的方式可能需要加以解决。这些都不是第 27 条能解决的事项，而第 27 条只能规定：援引解除行为不法性的情况不妨碍“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”。在这种情形下，“遵守该项义务”包括停止不法行为。

(4) 第 27 条(b)项是对第五章所述情况下可能赔偿损害之问题的一项保留。虽然第 27 条(b)项使用了“赔偿”一语，却不涉及对不法行为支付赔偿的第 34 条范围内的补偿。确切地讲，它涉及的问题是：依凭解除行为不法性的情况的一国是否应该弥补直接受害的任何国家所受到的重大损失。“重大损失”的含义比本条款中其他地方所载述的损害概念还要狭隘：第 27 条只涉及一当事方要依靠第五章所述某种情况时如何调整可能引起的损失。

(5) (b)项是在若干情况下允许一国依凭解除行为不法性之情况的适当条件。如果不能诉诸这项条件，其行为因而就不合法的国家，可能设法将为它自己的利益或利害关系进行辩护的责任转移给无辜的第三国。匈牙利在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中援引危急情况抗辩时接受了这项原则。法院指出，“匈牙利明确承认，这种危急情况绝对不能使它免除对其伙伴提供赔偿的责任。”⁴²¹

(6) (b)项没有尝试详细阐明在何种情况下应当支付赔偿。一般说来，第五章所述的可能情况极其广泛，不宜规定一套详细的赔偿办法。应由援引解除行为不法性的国家与任何受到影响的国家商定在特定情况下应付赔偿的可能和赔偿数额。

⁴²⁰ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 63 页，第 101 段；另见第 38 页，第 47 段。

⁴²¹ 同上，第 39 页，第 48 段。另一个问题是与工程项目有关的应计费用的会计问题(同上，第 81 页，第 152-153 段)。

第二部分

一国国际责任的内容

(1) 本条款第一部分界定了国家责任产生的一般性必要条件，第二部分则载述对责任国的法律后果。的确，一国的国际不法行为可能引起国家责任范围以外的法律后果。例如，对一条约的重大违背情事可能使得一受害国有权全部或部分地终止或暂停该条约。⁴²²但是，第二部分的重点是由于一国犯下国际不法行为而产生的新的法律关系。这一点构成本条款所列一国国际责任的实质或内容。

(2) 在国家责任的范围内，由于一国犯下国际不法行为所产生的后果可能以某种术语作出具体规定，以便全部或部分地排除其他后果。⁴²³但是，在没有做出具体规定的情形下，国际法要求责任国承担新义务，尤其是对该不法行为所产生的损害性后果提供赔偿的义务。《常设国际法院规约》第 36 条第 2 款承认了违背一国际义务行为及其直接法律后果在赔偿义务中的密切关系，《国际法院规约》将这一条文沿用为其第 36 条第 2 款，未做任何改动。根据该款规定，《规约》缔约国除其他事项外，可在涉及下列事项的争端中将法院的管辖视为具有强制性：

(寅) 任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务者；

(卯) 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。

本条款第一部分阐明了适用于(寅)项中所确定之问题的一般法律规则，第二部分则载列(卯)项中所确定之问题的一般法律规则。

(3) 第二部分包含三章。第一章载列若干一般原则并且比较确切地说明了第二部分的范围。第二章着重赔偿形式(恢复原状、补偿、抵偿)以及它们之间的关系。第三章载述严重违背源于一般国际

⁴²² 1969 年《维也纳公约》第六十条。

⁴²³ 关于涉及国家责任的特别法原则，见第 55 条及评注。

法强制性规范的义务时所产生的特殊情况，并且规定了这种违约行为对责任国和其他国家的若干法律后果。

第一章

一般原则

评注

(1) 第二部分第一章包含六项条文，以概括性用语界定了一国国际不法行为的法律后果。个别的违背国际法行为有各种各样的情况，从比较细微的或轻度的情况到危害社区与人民生存、国家领土完整和政治独立以及整个区域的环境等情况。无论有关义务是对另一国，还是对另一些或所有的国家乃至整个国际社会承担的，均包括在内。但除了个别情况的严重性和后果以外，为了维护对国际法的遵守和实现各国通过国际层级上的立法工作加以推进的目标，国家责任的规则和制度是至关重要的。

(2) 在第一章范围内，第 28 条是导言性条文，它申明：一国一旦实施了国际不法行为即应承担法律后果的原则。第 29 条表明，这些后果不妨碍责任国继续履行所违背义务的责任，也不取代这一责任。第 30 条将这一点推进一步，而规定了停止和承诺以及保证不重复。第 31 条阐明了一国对其违背国际法行为所造成的损害提供赔偿的一般义务。第 32 条明确了责任国不得依凭其国内法规避依据第二部分所产生的停止和赔偿义务。最后，第 33 条从两方面规定了该部分的范围，一方面是义务承担国，另一方面因为义务是直接对个人或国家以外的实体产生的，所以本条款第二部分或第三部分未涵盖的若干法律后果。

第 28 条 国际不法行为的法律后果

一国依照第一部分的规定对其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。

评注

(1) 第 28 条起到对第二部分的导言作用，具有说明的性质。第一部分规定一国的国际责任何时产生，第二部分载列国际不法行为的责任所产生的法律后果，第 28 条则把两个部分联系起来。

(2) 第二部分载列的国际不法行为的核心法律后果是责任国停止不法行为的义务(第 30 条)和对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿的义务(第 31 条)。如果国际不法行为构成对一般国际法强制性规范所涉义务的重大违背，这一违背行为可能对责任国和其他国家引起进一步的后果。最重要的是，在这种情况下，所有国家都有义务合作，以制止违约行为、不承认违约行为所造成的情况为合法、不援助或协助责任国维护违约行为造成的情况(第 40-41 条)。

(3) 第 28 条不排除国际不法行为可能在该行为的责任国与个人或国家以外实体之间的关系上引起法律后果的可能性。这种情况来源于第 1 条，其中包括该国的所有义务而不仅限于对其他国家承担的义务。因此，在所违背义务的主要受益人不是国家的情况下，国家责任也扩大到包括违背人权义务现象和其他违背国际法情事。但是，第一部分适用于国际不法行为可能由一国犯下的所有情况，第二部分的范围则比较有限。它并不适用于对个人或对国家以外实体承担的赔偿义务或由个人或国家以外实体援引的赔偿义务。换言之，第二部分的规定不妨碍任何人或国家以外任何实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利，第 33 条阐明了这一点。

第 29 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。

评注

(1) 如果一国违背一国际义务，关于所影响的法律关系的恢复及前程问题就成了核心问题。除了赔偿问题以外，还直接引起两个问题，即：责任国的行为对所违背义务的影响；如果违约行为仍在持续则停止该行为。前一问题由第 29 条处理，后一问题则由第 30 条处理。

(2) 第 29 条载述一项一般原则：国际不法行为的法律后果不影响该国继续履行所违背义务的责任。由于国际不法行为，责任国与责任国应该向其履行国际义务的一个或数个国家之间建立了一套法律关系。但这并不意味着先前由主要义务确立的法律关系已经消失。即使责任国遵守第二部分规定的停止不法行为和对造成的损害提供充分赔偿的义务，也不能因而解除它继续履行所违背之义务的责任。继续履行一国际义务的义务尽管受到违背，却是持续性不法行为概念(见第 14 条)和停止义务(见第 30 条(a)项)的依据。

(3) 的确，在某些情况下，违背某项义务的最终结果可能是停止该项义务本身。例如，由于一双边条约受到重大违背而受害的国家可能选择终止该项条约。⁴²⁴ 但 1969 年《维也纳公约》的有关规定阐明了：仅仅是条约违背、甚至拒绝履行条约并不能终止条约。⁴²⁵ 这是一个应该由受害国在该公约允许的范围内对违约行为作出反应的事项。受害国可能无意终止条约，反而要求继续履行条约。如果一条约由于被违背而予以正式终止，并不影响条约终止以前依据条约确立的法律关系，包括对任何违背情事提供赔偿的义务。⁴²⁶ 违背一般国际法规定的义务更是不可能影响根本义务，就此而论，永远不至于产生这样的影响。反之，在发生违约情事而不需要任何受害国援引的情况下，则产生国家责任的次级法律关系。

(4) 第 29 条无需处理上述可能情况。它所规定的只是：国际不法行为在国家责任范围内的法律后果不影响继续履行所违背之义务的责任。尽管义务受到违背，该义务是否存在以及在何种程度上

⁴²⁴ 见上文脚注 422。

⁴²⁵ 的确，在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，法院裁断，双方的持续性重大违约行为不具有终止 1977 年《加布奇科沃一大毛罗斯拦截系统建造和运行条约》的效力(见上文脚注 27)，第 68 页，第 114 段。

⁴²⁶ 例如见“彩虹勇士号”案(上文脚注 46)，第 266 页，引述麦克奈尔爵士对安巴蒂耶洛斯案的意见(反对意见)，初步反对意见，《1952 年国际法院汇编》，第 28 页，详见第 63 页。关于这个具体论点，法院自己同意：同上，第 45 页。在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，匈牙利同意，它由于捷克斯洛伐克违约而终止 1977 年《加布奇科沃一大毛罗斯拦截系统建造和运行条约》的法律后果只是预期的，并不影响每一当事方的应有权利(见上文脚注 27)，第 73-74 页，第 125-127 段。法院裁断，该条约仍然有效，因此不曾处理该问题。

存在，并不是由国家责任法加以规定的事项，而应该由主要义务相关规则加以制约。

第 30 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。

评注

(1) 第 30 条涉及违背国际义务所引起的两个单独却又相互联系的问题：由责任国停止不法行为问题；在必要情况下由责任国给予承诺和保证不重复的问题。两个问题都涉及恢复和修正受违约情事影响的法律关系。停止似乎处于未来履行义务的消极面，与保证停止持续性不法行为有关，承诺和保证则起到防止的作用，可以称为对未来履行义务的积极加固。根本义务的继续存在对于两个方面来说，都是一个必要假设，因为如果该项义务在被违背以后停止了，就不发生停止的问题，也就无所谓承诺和保证不重复了。⁴²⁷

(2) 第 30 条(a)项载述国际不法行为的责任国停止该不法行为的义务。依照第 2 条，“行为”一词包括行为和不行为。因此，停止涉及在时间上延续的所有不法行为，“无论国家的行为是行为或不行为……因为可能有以不采取若干行动为主的停止”。⁴²⁸

(3) 法庭在“彩虹勇士号”案仲裁中着重指出停止不法行为发生的“两个密切联系的必要条件”，“即不法行为具有持续的性质以及被违背的规则在发布命令的时候仍然有效。”⁴²⁹ 虽然停止不法行为的义务通常最有可能在持续不法行为的情况下发生，⁴³⁰ 第 30 条也包括一国接连违背

⁴²⁷ 1969 年《维也纳公约》第七十条第一项。

⁴²⁸ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 270 页，第 113 段。

⁴²⁹ 同上，第 114 段。

⁴³⁰ 关于持续性不法行为的概念，见第 14 条评注第(3)至第(11)段。

义务的情况，意味着再度发生违约情事的可能性。该条(a)项使用“在该行为持续时”的措辞，是为了包括上述两个情况。

(4) 停止违背国际义务的行为是消除不法行为之后果的第一必要条件。它与赔偿一起构成国际不法行为的两个一般性后果。停止通常是违背国际义务的行为所引起的争论的主要焦点。⁴³¹ 在遇到违背国际法情事时，不仅是国家而且大会和安全理事会等国际机关也会要求停止违法行为。反之，赔偿虽然在许多情况下很重要，但可能并不是国家在责任问题争端中的主要问题。⁴³²

(5) 停止的作用是制止违背国际法行为并且保障根本主要规则的持续有效性和效力。因此，责任国的停止义务同时保护着一个或数个受害国以及整个国际社会在维护法治和依靠法治中的利益。

(6) 不把停止仅仅作为履行主要义务的责任的一种职能，有若干理由。第一，停止问题只有在有违法情事时才发生。发生了以后应该如何应对不仅取决于对主要义务的解释，也取决于涉及救济的次要规则，在规定国际不法行为之后果的条款中至少笼统地加以载述是合适的。第二，持续性不法行为是涉及国家责任的案件的共同特征，第14条对此作了具体处理。第二部分有必要阐明这种行为的后果。

(7) 停止问题往往是在与赔偿问题，尤其是恢复原状问题密切联系的情况下发生。停止的结果可能与恢复原状没有区别，例如涉及释放人质或归

还所夺取的物品或房地的情况。但是，两者必须区别开来。与恢复原状不同，停止不受与相称有关的限制。⁴³³ 它可能产生一持续性的义务，即使是在排除了如实恢复原状的可能性或只能恢复到近似原状的情况下，也是这样。

(8) “彩虹勇士号”案仲裁说明了区别停止与恢复原状的困难。新西兰力求将两位人员还押到豪岛。新西兰认为，法国必须在三年的余下期间将这两人还押该岛；该项义务并未终止，因为就项目的来说，不能将在该岛上度过的期间计入。法庭不予同意。它认为，该项义务有固定的期限，而且已经届满，因此不存在停止问题。⁴³⁴ 显然，如果法国再也没有将该两人还押到该岛的持续性义务，则将这两位人员归还新西兰就没有意义了。如果被违背的义务不再存在，恢复原状可能价值不大或根本没有价值。反之，如果责任国必须继续履行所违背的义务，而受害国又无权使责任国免除这项义务，则可能根本就不存在放弃要求恢复原状的备选办法。对于有关国家的义务来说，停止与恢复原状之间的区别可能具有重要的后果。

(9) 第30条(b)项规定责任国有义务在必要情况下提供适当承诺和保证不重复。承诺和保证是为了恢复对一持续关系的信心，但比停止具有大得多的灵活性，而且并不是在所有情况下都需要这样做。通常是在受害国有理由相信仅仅是恢复先前状态并不能圆满地保护自己时才要求这样做。例如，1964至1965年美国驻莫斯科大使馆前一再发生游行示威以后，约翰逊总统声明：

美国政府必须坚持，按照国际法和习惯的要求，为了处理各国之间的外交关系，美国外交机构和人员必要得到保护。表示遗憾和提供补偿并不能代替适当的保护。⁴³⁵

这种要求并不总是采取承诺或保证的形式，但是，它们共同具有的特性是向前看和关注可能发

⁴³¹ 世贸组织争端解决机制的焦点在于停止、而不是赔偿：《建立世界贸易组织的协定》，附件2(《关于解决争端的规则和程序的谅解》，尤其是第3条第7款，其中规定：“只有在立即撤回该措施为并不实际而在撤回不符合适用协定之前作为临时措施”才给予补偿。就世界贸易组织的情况来说，停止与赔偿之间的区别，例如见专家组报告，《澳大利亚——为汽车皮革制造商和出口商提供补贴》(WT/DS126/RW和Corr.1)，2000年1月21日，第6.49段。

⁴³² 国际法院承认可能如此的情况，例如见渔业管辖权案(德意志联邦共和国诉冰岛)，案情，判决，《1974年国际法院汇编》，第175页，详见第201-205页，第65-76段；加布奇科沃一大毛罗斯项目案(上文脚注27)，第81页，第153段。另见C. D. 格雷，《国际法中的司法救济》(牛津，克拉伦登出版社，1987年)，第77-92页。

⁴³³ 见第35条(b)项及评注。

⁴³⁴ 《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷，第217页(1990年)，详见第266页，第105段(1990年)。

⁴³⁵ 转载于《国际法律资料》，第4卷，第2号(1965年7月)，第698页。

生其他违约情事。它们着重预防而不是赔偿，并且将其内容载入第 30 条。

(10) 拉格朗案中辩论了承诺或保证不重复的义务是不是国际不法行为的法律后果问题。该案涉及承认没有按照《维也纳领事关系公约》第 36 条发出领事通知的问题。德国在其第四条意见中，要求对未来遵守《公约》的手段提供一般和具体的承诺和保证。美国辩称，提供这种承诺或保证超越了《公约》中所载义务的范围，而且法院没有要求这种承诺或保证的管辖权。无论如何，正式的承诺和保证是空前未有的，因此不应提出要求。德国要求补救的权利最多是要求道歉，而美国已经道歉。另一方面，鉴于美国已经采取广泛的行动以确保联邦和各州的官员将来遵守《公约》，提供承诺或保证就不合适了。关于管辖权，法院裁断：

关于德国指称的违背《公约》情事的适当救济的争端，是在解释或适用《公约》时发生的一项争端，因此属于法院的管辖范围。如果法院对一特定事项的有关争端具有管辖权，就不需要另寻管辖权依据来审理一当事方就违背义务情事要求予以补救的办法……因此，在本案中，法院对德国的第四条意见具有管辖权。⁴³⁶

关于适当性问题，法院指出，在没有发出领事通知，致使外国国民“受到长期监禁或被判处严厉刑罚”的任何情况下，仅仅道歉是不够的。⁴³⁷但是，从美国针对将来如何采取步骤遵守《公约》而提供的资料看来，法院裁断：

美国为了确保落实履行第 36 条第 1 款(b)项规定义务时所采取的具体措施而做出的承诺，应该视为符合德国关于不重复的一般性保证的要求。⁴³⁸

对于德国要求提供的特殊保证，法院只限于声明：

虽然有上面提到的承诺……，如果美国未能遵守发出领事

⁴³⁶ 拉格朗案，判决(见上文脚注 119)，第 485 页，第 48 段，引述霍茹夫工厂案，管辖权(上文脚注 34)。

⁴³⁷ 拉格朗案，判决(见上文脚注 119)，第 512 页，第 123 段。

⁴³⁸ 同上，第 513 页，第 124 段；另见执行部分，第 516 页，第 128 (6)段。

通知的义务而对德国国民造成不利后果，致使有关个人受到长期监禁或被判处严厉刑罚，仅仅道歉是不够的。在上述定罪和判刑的情况下，美国有责任允许复核和重新审理有关定罪和判刑，顾及《公约》中所载述的权利受到侵犯的情况。⁴³⁹

于是，法院确认了它对德国第四条意见的管辖权，并且在其执行部分中作了答复。但是，它没有讨论要求保证不重复的法律依据。

(11) 承诺或保证不重复可以采取抵偿的方式(例如废除允许发生违约情事的法规)，因此两者在实践中有一些重叠。⁴⁴⁰但是，把它视为继续和修复受违约情事影响的法律关系的问题比较合适。在受害国要求承诺和保证不重复的情况下，这个问题基本上是巩固一持续性法律关系，重在未来而不是过去。此外，受害国以外的国家也有可能按照第 48 条要求承诺和保证不重复。

(12) 承诺通常以口头方式提供，而保证不重复则涉及更多——例如，责任国必须采取预防措施以避免重犯违约行为。对于可能要求提供的保证种类，国际实践并不一致。受害国通常要求保证不重复违法行为而不指明保证的形式，⁴⁴¹在违法行为影响其国民之时，则要求对人员和财产提供较妥善的保护。⁴⁴²在拉格朗案中，法院相当明确地说明了美国将来要是再违约就应该承担的义务，但也指出“这项义务可以用不同方式予以履行。履行的方法由美国选择。”⁴⁴³它又指出：一国不可能提供坚定的不重复保证。⁴⁴⁴它能否适当地保

⁴³⁹ 同上，第 513-514 页，第 125 段。另见第 127 段和执行部分(第 128 (7)段)。

⁴⁴⁰ 见第 36 条评注(5)段。

⁴⁴¹ 在 1904 年的“多格浅滩”事件中，联合王国要求“保证不再发生此类不能容忍的事件”，G. F. de Martens, *Nouveau recueil général de traités*, 第 2 辑，第三十三卷，第 642 页。另见 1966 年 3 月发生中国驻雅加达总领事馆遭受攻击的事件后，中国和印度尼西亚两国交换的备忘录，中国外交部副部长要求保证今后不再发生同类事件，《公法概览》，第 70 卷(1966 年)，第 1013 页及以后各页。

⁴⁴² 这种保证在多恩事件(1886 年)中给出，穆尔，《文摘》，第六卷，第 345-346 页。

⁴⁴³ 拉格朗案，判决(见上文脚注 119)，第 513 页，第 125 段。

⁴⁴⁴ 同上，第 124 段。

证不重复取决于有关义务的性质。

(13) 在某些情况下，受害国可能要求责任国采取特定措施或以特定方式采取行动，以避免重复违约行为。有时候，受害国只要求责任国承诺将来尊重受害国的权利。⁴⁴⁵ 在另一些情况下，受害国要求提出具体说明，⁴⁴⁶ 或采取其他特定行动。⁴⁴⁷ 但是，承诺和保证不重复并不总是适当，即使应要求这样做，也有问题。多半取决于具体情况，尤其是义务和违约行为的性质。(b)项结尾的“在必要情况下”的措辞说明了措施的相当特殊的性质。责任国关于承诺和保证不重复的义务采取了灵活的措辞方式，以防止滥用或过度提出权利要求，在过去，有些国家就提出过这样的要求。

第 31 条 赔偿

1. 责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿；

2. 损害包括一国国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害或精神损害。

评注

(1) 提供充分赔偿的义务是责任国因实施国际不法行为而承担的第二项一般义务。常设国际法院在霍茹夫工厂案中对实施国际不法行为之后果的

⁴⁴⁵ 例如见 1901 年案件，奥托曼帝国正式承诺从此以后英国、奥地利和法国的邮政服务将在其境内自由开展业务活动：《公法概览》，第 8 卷(1901 年)，第 777 页，详见第 788 和第 792 页。

⁴⁴⁶ 例如见涉及德国商船“赫尔佐克号”和“邦德斯拉特号”的事件，英国海军先后在 1899 年 12 月和 1900 年 12 月布尔战争期间扣押这两艘船只，德国提醒英国注意“有必要训令英国海军司令不要骚扰不在战场附近的德国商人”：Martens, 同前(上文脚注 441)，第二十九卷，第 456 页，详见第 486 页。

⁴⁴⁷ 在特雷尔炼锌厂案(见上文脚注 253)中，仲裁法庭指明了特雷尔炼锌厂必须采取的措施，包括采取措施以“防止将来在美国造成严重熏蒸”(第 1934 页)。国际机构常常提出更改或废除法规的要求，例如见人权事务委员会的决定：托雷斯·拉米雷斯诉乌拉圭案，1980 年 7 月 23 日的决定，《大会正式记录，第三十五届会议，补编第 40 号》(A/35/40)，第 126 页，第 19 段；兰萨诉乌拉圭案，1980 年 4 月 3 月的决定，同上，第 119 页，第 17 段；德尔米特·巴尔巴托诉乌拉圭案，1982 年 10 月 21 日的决定，《大会正式记录，第三十八届会议，补编第 40 号》(A/38/40)，第 133 页，第 11 段。

一般原则作了如下说明：

违约行为产生以适当形式提供赔偿的义务，这是一项国际法原则。因此，赔偿是对不适用某项公约的不可或缺的补充，这一点无需在公约中载明。赔偿可能是因为不适用公约引起的，赔偿分歧也关于如何适用公约的分歧。⁴⁴⁸

在多次被引证和适用的这一段引文中，⁴⁴⁹ 法院使用了“赔偿”一词的最概括含义。法院驳回了波兰的如下论点：解释和适用一条约的管辖权并不包含处理有关赔偿形式和内容之争端的管辖权。争端发展到那个阶段，德国不再为其国民要求归还有关工厂或随工厂一起被没收的财产。

(2) 在同一案件的后一阶段，常设国际法院接着更详细地指出赔偿义务的内容。它说：

非法行为的实际概念有一项基本原则——一项似乎是经由国际惯例、尤其是仲裁法庭裁决建立的原则，它规定赔偿必须尽可能消除非法行为的所有后果，并恢复实行不法行为以前极可能存在的状况。实物复原，如不可能，则偿付一笔相当于实物复原所生价值的款额；必要时，并对实物复原或代替实物复原的付款不能包括的所受损失，给予赔偿——这些原则应有助于确定违反国际法行为应付的赔偿数额。⁴⁵⁰

在第一句中，常设国际法院提供了赔偿的一般定义，强调赔偿的功能是恢复受到非法行为影响的状况。⁴⁵¹ 常设法院在第二句中处理的非法行为“补偿”所包括的赔偿方面——即恢复原状或偿付其价值并加上因不法行为所遭受的损失赔偿。

(3) 第 31 条规定责任国承担的义务是提供霍茹夫工厂案中所指的那种“充分赔偿”。换言之，责任国必须努力提供本部分第二章所述一种或多种赔偿形式“消除非法行为的所有后果，恢复实行

⁴⁴⁸ 霍茹夫工厂案，管辖权(见上文脚注 34)。

⁴⁴⁹ 参见国际法院在提及这一裁决时的论述，拉格朗案，判决(上文脚注 119)，第 485 页，第 48 段。

⁴⁵⁰ 霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)，第 47 页。

⁴⁵¹ 参见 P.-M. 迪普伊，“Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”，《课程汇编》，第 1984-V 号(多德雷赫特，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1986 年)，第 188 卷，第 9 页，详见第 94 页，他在这里使用了“恢复”一词。

不法行为以前极可能存在的状况”。⁴⁵²

(4) 一般赔偿义务在第 31 条中被拟订为国家责任的直接的必然结果，即：拟订为责任国由于违约而产生的一项义务，而不是拟订为一个或数个受害国的权利。这个措辞方式避免了在同一义务是同时对数个、许多个或所有国家承担，但只有其中一些国家特别受到影响的情况下可能发生的困难。但是，除了超过一个国家有权援引责任的情况所产生的问题外，⁴⁵³ 一旦实施了国际不法行为，一般赔偿义务即自动产生，就此而论，并无需任何国家提出要求或抗议，即使在这种情况下采取的赔偿形式可能取决于一个或数个受害国的反应，也是这样。

(5) 责任国提供充分赔偿的义务涉及“国际不法行为所造成的损害”。第 2 款中界定的“损害”的含义应该理解为包括该行为所造成的任何损害。具体而言，按照第 2 款，“损害”包括所造成的任何物质损害或精神损害。这样的措辞旨在具有包容性，把广义的物质损害和精神损害都包括在内，同时又具有限制性，把仅仅属于本身未受到该违约行为影响的国家的抽象关注或一般利益排除在外。⁴⁵⁴ “物质”损害在这里是指对国家和其国民的财产或其他利益造成的经济上可评估的损害。“精神”损害包括个人的哀伤和苦难、亲爱者的死亡或个人由于个人的家庭或私密生活受到侵扰而受到的冒犯等事项。本部分第二章中对上述各种损害的赔偿问题有比较详细的载述。⁴⁵⁵

⁴⁵² 霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)，第 47 页。

⁴⁵³ 关于有权援引责任的国家的状况，见第 42 条和第 48 条及其评注。对于有多数受害国的情况，见第 46 条和评注。

⁴⁵⁴ 这些国家本身虽未受到损害，但可按照第 48 条针对属于一般利益的某类义务被违背而援引责任。关于伤害和损害概念的一般情况，见 B. Bollecker-Stem, 《国际责任学说中的损害》(巴黎，贝多内出版社，1973 年)；B. Graefrath, “责任和造成的损害：责任和损害之间的关系”，《课程汇编》，第 1984-II 号(海牙，奈霍夫出版社，1985 年)，第 185 卷，第 95 页；A. Tanzi, “损害是否国际不法行为之存在的一个明显条件？”，斯皮内迪和西马编辑，同前(上文脚注 175)第 1 页；I. 布朗利，《国际法体系：国家责任》，第 53-88 页。

⁴⁵⁵ 特别见第 36 条和评注。

(6) 损害受保护之利益是不是国际不法行为的必要因素，这个问题已经讨论过。⁴⁵⁶ 通常没有这样的规定；这毋宁是应由有关主要规则决定的事项。在某些情况下，重要的是，一件坏事的主旨是对另一国造成实际损害的原因。在某些情况下，重要的是没有采取必要的预防措施来防止损害，即使结果并没有造成任何损害。在某些情况下，有一种采取指定行动的直率承诺，例如将一致的规则纳入国内法。在每一情况下，都是主要义务决定需要什么。因此，第 12 条将违背国际义务行为定义为没有遵守某项义务。

(7) 作为一项必然结果，除了有关主要义务规定的要求以外，并没有一般性的规定，要求一国在就违法行为寻求赔偿以前受到物质伤害或损害。实际损害的存在在很大程度上涉及赔偿的形式和额度。但是，并没有任何一般性的要求规定一国要受到物质伤害或损害才有权寻求某种形式的赔偿。在“彩虹勇士号”案仲裁中，起初辩称“按照国际责任的原理，损害是对赔偿责任提供依据的必要条件”，但是，双方后来议定：

侵犯非物质利益的非法行为，例如，由于影响一国的荣誉、尊严或声望的行为，受害国有权获得适足的赔偿，即使这些行为没有对求偿国造成金钱或物质损失。⁴⁵⁷

法庭裁断，法国的违法行为“在新西兰激起愤怒和引起公愤，还造成具有精神、政治和法律性质的非物质性的损害……，因为这不仅冒犯了新西兰本身的尊严和声望，而且也冒犯了其最高司法和行政当局的尊严和声望”。⁴⁵⁸

(8) 如果两个国家议定从事某项特定行为，一国不履行义务，必然影响另一国。一国违背了议定的承诺，便相应地侵犯了另一国采取行动的权利。要求国家责任次要规则在这个阶段介入，并规定由于没有发生任何可以确定的损害所以不必承担任何责任，是没有根据的。如果双方愿意承诺如此拟订义务，它们可以这样做。在许多情况下，违法行为可能产生的损害(例如在禁渔期捕鱼

⁴⁵⁶ 见第 2 条评注第(9)段。

⁴⁵⁷ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46)，第 266-267 页，第 107 和第 109 段。

⁴⁵⁸ 同上，第 267 页，第 110 段。

对渔业造成的损害、超出规定限度的排放对环境造成的损害、从河流引走超出允许限度的水)是远期发生、可能发生或不能确定的。但是,各国可以在这些领域中就其共同的长期利益做出直接的、无条件的承诺。因此,第31条以概括和宽泛的方式对“损害”下了定义,而把阐明每一案件中的具体要求留给主要义务去处理。

(9) 第2款处理另一个问题,即:国际不法行为与损害之间因果关系问题。只有“一国国际不法行为造成的……损害”,才必须给予充分赔偿。这一短语用于澄清,总的来说,赔偿的案由是来源于不法行为并可归咎于不法行为的损害,而非一国际不法行为所生产的任何和所有后果。

(10) 损害或损失归咎于一不法行为,从原则上说,是一个法律的程序而不仅是一个历史的或因果关系的程序。不同措辞被用于描述为了产生赔偿义务必然存在于不法行为和损害之间的联系。例如,有人提到“归于[不法行为]近因”的损失,⁴⁵⁹有人提到“过于间接、遥远和不定而无法估计”的损害,⁴⁶⁰也有人提到不法行为“对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害(包括环境的损害和自然资源的损耗)和伤害”。⁴⁶¹因

⁴⁵⁹ 见美国—德国混合索赔委员会,第二号行政裁定,《国际仲裁裁决汇编》,第七卷(出售品编号:1956.V.5),第23页,详见第30页(1923年)。另见迪克斯案(上文脚注178),第121页,以及加拿大在苏联宇宙954号核动力卫星于1978年在其境内坠毁后发表的索赔书:《国际法律资料》,第18卷(1979年),第907页,第23段。

⁴⁶⁰ 见特雷尔炼锌厂案仲裁(上文脚注253),《国际仲裁裁决汇编》,第1931页。另见A. Hauriou,“国际仲裁中的间接损害”,《公法概览》,第31卷(1924年),第209页,引述“亚拉巴马号”案仲裁为最强有力地适用排除“间接损害”规则的情况(上文脚注87)。

⁴⁶¹ 安全理事会1991年4月3日第687(1991)号决议,第16段。这是参照《联合国宪章》第七章而通过的一项决议,但其措辞是为了体现伊拉克“按照国际法……因非法入侵和占领科威特”应负的赔偿责任。联合国赔偿委员会和理事会就如何解释第16段中的指示和原因的要求提供了一些指导。例如见《专员小组就严重人身伤害或死亡的个人索赔(“B”类索赔)提出的建议》,1994年4月14日的报告(S/AC.26/1994/1),理事会以1994年5月26日第20号决定(S/AC.26/Dec.20(1994))予以批准;审查井喷控制索赔(“WBC 索赔”)专任专员小组1996年11月15日报告和建议(S/AC.26/1996/5/Annex),第66-86段,理事会以1996年12月17日第40号决定(S/AC.26/Dec.40(1996))予以批准。

此,实际上的因果关系是赔偿的必要条件但并非充分条件。另一有关的要素是“过远”或“过于间接”的损害不属于赔偿的范围。在某些情况下,可以使用“直接”标准,⁴⁶²在另一些情况下,则使用“可预见”⁴⁶³或“近因”标准。⁴⁶⁴但也可能要考虑到其他因素:例如就所违反的规则的目的而言,国家机关是否故意造成有关伤害,或者造成的伤害是否属于被违背的规则的范围。⁴⁶⁵换言之,就每一违背国际义务情况来说,因果关系的必要条件不一定一样。在国际法和在国内法上,损害的远因问题“不是可以用一项单一文字条文就能满意解决的问题”。⁴⁶⁶不是过远的充分因果关系的概念体现于第31条中的一般性必要条件中,即:伤害必需是不法行为的结果,但没有附加任何限制性短语。

(11) 影响到赔偿范围的另一个因素是减轻损害的问题。不法行为的受害者即使完全无辜,在面临伤害时应该也会采取合理的行动。这一点虽然常常被称为“减轻损害的义务”,但其本身不是一项产生责任的法律义务。它只是说,受害方如果没有采取减轻损害的行动,可能失去相应的赔偿。⁴⁶⁷国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中清楚地说明了这一点:

⁴⁶² 如安全理事会第687(1991)号决议,第16段。

⁴⁶³ 例如见“瑙利拉”案(上文脚注337),第1031页。

⁴⁶⁴ 对因果关系和疏远性问题的比较评论,例如见H.L.A. Hart & A. M. Honore,《法律中的因果关系》(第二版)(牛津,克拉伦登出版社,1985年);A. M. Honore,“损害问题上的因果关系和疏远性的情况”,《比较国际百科全书》,A. Tune 编辑,(蒂宾根,莫尔出版社/海牙,马蒂努斯·奈霍夫出版社,1983年),第十一卷,第一部分,第7章;K. Zweigert 和 H. Kotz,同前(上文脚注251),第601-627页。特别是第609页及以下各页;B. S. Markesinis,《德国义务法》:第二卷,《民事侵权行为法:比较介绍》,第3版(牛津,克拉伦登出版社,1997年),第95-108页,多次提到该文献。

⁴⁶⁵ 例如见伊朗—美国索赔法庭在伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案中的裁决,案号:A15(IV)和A24,裁决号:590-A15(IV)/A24-FT,1998年12月28日,《世界贸易和仲裁材料》,第11卷,第2号(1999年),第45页。

⁴⁶⁶ P.S. Atiyah,《契约法导论》(第五版)(牛津,克拉伦登出版社,1995年),第466页。

⁴⁶⁷ 在井喷控制索赔案中,联合国赔偿委员会的一个小组指出,“根据有关减轻损害的国际法一般原则……索赔人不仅被允许、而且的确有义务采取合理步骤……减轻正在造成的损失、损害或伤害”,1996年11月15日的报告(S/AC.26/1994/5/Annex)(见上文脚注461),第54段。

斯洛伐克又坚称，它在执行备选条文 C 时，是根据减轻损害的义务采取行动的。它说：“国际法的一项一般原则是，因另一缔约方不履约而受到伤害的一方，必须设法减轻它所受的伤害。”

根据这项原则可以断言，没有采取必要措施减少所受损害的受害国，无权对本来可以避免的那一部分损害提出赔偿要求。虽然这项原则因此可能为计算损害赔偿提供一个基础，但不能为本来的不法行为辩护。⁴⁶⁸

(12) 往往出现两个不同的原因并发而造成伤害的情况。在美国驻德黑兰外交和领事人员案⁴⁶⁹中，激进学生当初劫持人质(当时他们不是作为国家机构或代理人员采取行动)可归于两项因素：学生本身的独立行动，伊朗当局也没有采取必要步骤保护大使馆。在科孚海峡案⁴⁷⁰中，英国船只受到损害是因为第三国的布雷行动和阿尔巴尼亚没有警告水雷存在所造成的。在这种情况下，虽然有关伤害的确是由不同因素并发造成的，而且其中只有一个因素归于责任国，但国际实践和国际法庭的裁决却都不支持为并存原因而减少或减轻赔偿，⁴⁷¹ 不过分担过失的情况除外。⁴⁷² 例如，在科孚海峡案中，即使阿尔巴尼亚本身没有布雷，

⁴⁶⁸ 加布奇科沃—大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 55 页，第 80 段。

⁴⁶⁹ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59)，第 29-32 页。

⁴⁷⁰ 科孚海峡案，案情(见上文脚注 35)，第 17-18 页和第 22-23 页。

⁴⁷¹ 这种做法符合通常在国内法中处理这类问题的方式。“通则：如果认定侵权行为人的行为是受害人遭受损害的原因，侵权行为人应对因此造成的所有损害支付赔偿，虽然该项损害的形成有共存原因而且该原因应由另一人负责……换言之，侵权行为人对受害人的责任不因为考虑到还有另一人也应负责任而受影响”：J.A. 维尔，“复杂的赔偿责任”，A. Tunc 编辑，同前(上文脚注 464)，第 2 部分，第 12 章，第 43 页。美国在 1955 年 7 月 27 日空中事件案中的答辩引述了这种比较法上的经验，它提到《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)和(d)项时，指出，“在所有文明国家中，这项规则实质上是一样的。权利受到侵害的原告人可以一并或一次针对数人的方式起诉任何或所有的共同侵权人，虽然他可能只从他们或他们之中的任何一个或几个收取所受损害的全部数额”(1958 年 12 月 2 日诉状(见上文脚注 363)第 229 页)。

⁴⁷² 见第 39 条和评注。

联合王国还是根据阿尔巴尼亚没有对布雷提出警告的不法行为，从阿尔巴尼亚取得全部索赔款额。⁴⁷³ 在并存原因不是另一国的行为(该国可能应另行负责)，而是个人的行为或水灾等一些自然事件的情况下，结果更是如此。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，伊朗伊斯兰共和国从它没有保护人质的时刻开始，就必须对人质的拘留充分负责。⁴⁷⁴

(13) 诚然，这样的情况可能发生，即：能够适当地把一项可确定的伤害要素单独归于几项实际共同起作用的原因中的一项。但是，除非能够证明在因果关系上可以把一部分的伤害与归于责任国的伤害分开，不然，责任国应对其不法行为的所有(不是太远)后果负责。事实上，在扎菲罗号案索赔中，法庭更进一步，实际上规定责任国有责任证明有多少损害不能归于它的行为。法庭说：

我们认为明确的是，并非所有的损害都是由扎菲罗号的中国船员造成的。证据表明，有未能查明的一部分损害是由菲律宾叛乱者所造成，估计某部分可能是由该公司的中国雇员所造成。但是，我们并不认为英国负有举证的责任，以证明哪些损害应由扎菲罗号偿付。由于证明显示扎菲罗号上的中国船员在很大程度上参与了此事，同时不能证明身份不明的违法者担负的部分，我们不得不裁定美国应负全部责任。

然而，由于我们的调查确定，有很大一部分(但未能查明)的损害不应由扎菲罗号的中国船员负责，因此，我们裁断不得索偿款额的利息。⁴⁷⁵

(14) 有时有人表示这样的关切：违法行为造成的所有损失的一般赔偿原则可能导致赔偿与违法行为严重性完全不成比例。但是，“相称”的概念以不同的方式适用于不同的赔偿形式。⁴⁷⁶ 载述赔偿形式的第二章的个别条文中酌情处理了这个问题。

⁴⁷³ 见科孚海峡案，评估赔偿数额，判决，《1949 年国际法院汇编》，第 244 页，详见第 250 页。

⁴⁷⁴ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59)，第 31-33 页。

⁴⁷⁵ 扎菲罗号案(见上文脚注 154)，第 164-165 页。

⁴⁷⁶ 见第 35 条(b)项、第 37 条第 3 款、第 39 条及评注。

第 32 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。

评注

(1) 第 3 条涉及国内法在将一行为定性为违法行为中的作用。第 32 条明确规定一国的国内法与遵守停止和赔偿的义务无关。该条规定：实施了国际不法行为的一国不得援引其国内法作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。第 3 条和第 32 条为了国家责任的目的都实行这样的一般原则：一国不得以其国内法作为不能遵守其国际义务的理由。⁴⁷⁷ 虽然一国机关须在国内法律制度下运作，面对国内法律制度所构成的遵守国际义务障碍，会发生种种实际困难，但该国并无权以其本国法律或实践作为不能履行第二部分所列国际义务的法律障碍。

(2) 第 32 条以 1969 年《维也纳公约》第二十七条为范本，该条规定：一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。这项一般原则同样适用于第二部分中所列国家责任规则所产生的国际义务。这项原则可以有主要规则，或以特别法加以限制，例如《欧洲人权公约》第 50 条规定，“如果上述当事国的国内法只允许给予部分赔偿”，则只须以抵偿代替充分赔偿。⁴⁷⁸

(3) 责任国不得以其国内法为理由而不履行由于实施一国际不法行为所产生的义务的原则，在国家实践和国际判决中得到支持。例如，1906 年日本与美国之间对加利福尼亚州歧视性教育政策的争端通过修正加利福尼亚州的立法而得到解决。⁴⁷⁹ 在涉及《魏玛宪法》(1919 年 8 月 11 日

⁴⁷⁷ 见第 3 条评注第(2)至第(4)段。

⁴⁷⁸ 经《保护人权与基本自由公约关于公约所建管制机制结构改革问题的第 11 号议定书》修正的《公约》第 41 条。其他示例包括 1949 年 4 月 23 日《和平解决国际争端修订总议定书》第 32 条和《关于和平解决争端的欧洲公约》第 30 条。

⁴⁷⁹ 见 R.L. Buell, “The development of the anti-Japanese agitation in the United States”, 《政治科学季刊》，第 37 卷 (1922 年)，第 620 页及以下各页。

《共和国宪法》)第 61 条第 2 款的事件中，对该《宪法》做了一项修正，以确保《协约及参战各国对德和约》(《凡尔赛条约》)第 80 条所产生的义务得到履行。⁴⁸⁰ 在彼得·帕兹马尼大学案中，常设国际法院阐明：要归还的财产应“免于任何转让措施、强制管理或没收”。⁴⁸¹ 总之，国际法不承认：第二部分所规定的责任国义务受到该国国内法制度的限制，也不允许以国内法作为理由而不履行停止和赔偿的义务。

第 33 条 本部分所列国际义务的范围

1. 本部分规定的责任国义务可能是对另一国、对若干国家或对整个国际社会承担的义务，具体取决于该国际义务的特性和内容及违反义务的情况。

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

评注

(1) 第 33 条是第二部分第一章的最后一条，本条澄清了本部分所列国际义务的范围和作用。第 1 款尤其明确了：如何确定应承担第二部分所列责任国义务的一国或数国，取决于据以确立所违背之义务的主要规则和所违反义务的情况。例如，海洋污染，如果程度严重而且分布广泛，可能影响整个国际社会或一区域的沿岸国家；在另一些情况下，它可能只影响单一的邻国。显然，违约行为的严重性也会影响停止和赔偿的义务的范围。

(2) 第 1 款规定，在特定情况中，责任国的义务可能是对另一国、数国或整个国际社会承担的。提到数国的情况包括一违约行为影响一条约所有其他缔约方或习惯国际法所立某一法律制度各有

⁴⁸⁰ 见《英国和外国文件》，1919 年(伦敦，皇家印务局，1922 年)，第 112 卷，第 1094 页。

⁴⁸¹ 匈牙利/捷克斯洛伐克混合仲裁法庭的一项判决引起的上诉案(彼得·帕兹马尼大学案)，1933 年的判决，《常设国际法院汇编》，A/B 辑，第 61 号，第 208 页，详见第 249 页。

关方的情况。例如，当一义务可以被界定为一“整体”义务的时候，一国对该义务的违背必定影响该条约的所有其他缔约方。⁴⁸²

(3) 在一赔偿义务是对某一国承担的情况下，赔偿不一定使该国得到利益。例如，一国违背一保护人权条约所规定义务的责任，可能是对该条约所有其他缔约方承担的，但是，有关的个人应被视为最终受益人，从这个意义上说，应被视为有关权利的持有人。国际法中的个人权利也可能产生于人权的范围以外。⁴⁸³ 国际法院在拉格朗案中作出的判决显示了各种可能的情况，法院在判决中裁断，《维也纳领事关系公约》第 36 条“创造了个人权利，由于《任择议定书》第一条，被羁押人的国籍国可在本法院援引该项权利”。⁴⁸⁴

(4) 上述可能性成为需要第 33 条第 2 款的基础。第二部分载述国家在停止和赔偿方面的次要义务，以及除其他事项外，这些义务可能是对一国或数国或对整个国际社会承担的。在对非国家实体承担主要义务的情况下，可能已有可供该实体自行援引而无需任何国家介入的一些程序。例如，一些人权条约规定受到影响的个人向法院或其他机构提出申诉的权利，属于这种情况。一些双边或区域投资保护协定规定的权利，也属于这种情况。第三部分涉及其他国家援引责任的情况，无论它们是依第 42 条视为“受害国”，或依第 48 条视为其他利益攸关国，也无论它们是否可以根据一些特别规则行使援引责任的特定权利(第 55 条)。本条不处理个人或国家以外的实体援引责任的可能性，第 2 款澄清了这一点。个人或国家以外的实体是否有权自行援引责任和多大程度上有权自行援引责任，应由特定主要规则决定。第 2 款只承认可能性：所以列入“任何人或国家以外的实体……可能直接取得的”这一措辞。

⁴⁸² 又见第 42 条(b)项(二)目和评注。

⁴⁸³ 参见但泽法院管辖权案(上文脚注 82)，第 17-21 页。

⁴⁸⁴ 拉格朗案，判决(见上文脚注 119)，第 77 段。在这种情况下，法院不认为必需决定个人权利是否“呈现了人权的特性”(第 78 段)。

第二章

赔偿损害

评注

第二章涉及损害的赔偿方式，进一步阐述了第 31 条所述的一般原则，尤其是力求更清楚地确定恢复原状、补偿和抵偿这几种不同赔偿方式之间的关系、利息的作用以及考虑关于受害者是否可能在任何程度上促成所受损害的问题等。

第 34 条 赔偿方式

充分赔偿国际不法行为造成的损害，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

评注

(1) 第二章第 34 条开宗明义，确定了单独或合并履行充分赔偿国际不法行为造成的损害的义务的形式。由于第 31 条已在关于充分赔偿的一般义务规定中确定了“损害”概念，以及不法行为与损害之间必要的因果关系，⁴⁸⁵ 第 34 条仅需提及“充分赔偿……损害”即可。

(2) 在霍茹夫工厂案中，所涉损害为物质损害，常设法院只审理了恢复原状和补偿这两种形式的赔偿问题。⁴⁸⁶ 在某些情况下，可能还需以抵偿作为另外一种形式的赔偿。因此，充分赔偿可视具体情况，采取恢复原状、补偿和抵偿等形式。第 34 条还明确指出，在某些情况下，只有并用各种赔偿方式，才能进行充分赔偿。例如，如果不法行为造成了进一步的物质损失，例如丧失对遭非法扣留的财产的使用权造成的损害，仅仅恢复不法行为发生之前的状态可能还够不上充分赔偿。因此，视所造成的损害的类别和程度，消除不法行为的一切后果可能需要所提供的几种或所有方式的赔偿。

(3) 所违背的主要义务也可能会大大影响赔偿的

⁴⁸⁵ 见第 31 条评注第(4)至第(14)段。

⁴⁸⁶ 霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)，第 47 页。

方式和程度。尤其是，如果恢复原状并不涉及归还受害国的人员、财产或领土，则须对所涉国家的有关权利和职权适用恢复到先前状态的概念。例如，如果所涉的是决定行使国家实权的一项程序性义务，可能就如此。在这类情况下，恢复原状不应使受害国获得的权利多于在履行义务情况下本应获得的权利。⁴⁸⁷

(4) 提供第 34 条所述的每种赔偿须符合第二章随后各条中确定的各项条件。这一限制由“应照本章的规定”一语予以指明。它也会因受害国对不同赔偿方式所做任何有效选择而受到影响。例如，在多数情况下，受害国有权选择获得补偿，而不是恢复原状。第 43 条即反映了受害国有权选择赔偿方式这一点。

(5) 人们有时担心，充分赔偿原则，对责任国而言，可能会导致不相称的、甚至极为有害的要求。问题是，是否应将相称原则作为充分赔偿义务的一部分。在本条款中，相称是在每种赔偿方式的上下文中加以处理的，顾及了各自的特点。因此，如果恢复原状造成的负担与受害国或其他当事方获得的好处毫不相称，即不得采用恢复原状方式。⁴⁸⁸ 仅仅补偿因国际不法行为实际造成的损害，而不补偿间接的或遥远的损害。⁴⁸⁹ 抵偿不得“与损失不成比例”。⁴⁹⁰ 因此，在每种赔偿方式中均考虑到了这类因素。

(6) 第二章所述的几种赔偿方式是履行第 31 条确定的基本赔偿义务的几种办法。实际上并无单独的、次要的恢复原状、补偿和抵偿的义务。在实践中，根据第 31 条所定充分赔偿违约行为的要求，从要求采用一种方式的赔偿而不是另一种方式的赔偿是否适当的问题角度来看，有一定的灵

活性。⁴⁹¹ 如果迫于具体情况不采用或无法采用某种方式的赔偿，其他赔偿方式、尤其是抵偿将相应变得更为重要。

第 35 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，即恢复到实施不法行为以前所存在的状况：

(a) 恢复原状并非实际上办不到的；

(b) 从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。

评注

(1) 根据第 34 条，恢复原状是国际不法行为受害国可利用的第一种赔偿方式。恢复原状指尽量恢复国际不法行为发生之前存在的状况，但条件是此状况发生的任何变化均可追溯到此项行为。最简单的恢复原状涉及释放遭不法拘留者或归还遭不法扣押的财产等行为。在其他情况下，恢复原状可能更为复杂。

(2) 恢复原状概念并无统一的定义。据一项定义，恢复原状指的是恢复先前状态，即恢复实施不法行为以前所存在的状况。据另一项定义，恢复原状指的是建立或恢复如果不实施不法行为原本会存在的状况。第一项定义范围较窄，按照这一定义，不用给予受害方可能应得的补偿，不用补偿其蒙受的损失(如遭不法扣押后归还的财产使用方面的损失)。第二项定义在恢复原状概念中引入了充分赔偿的其他内容，有把作为一种赔偿方式的恢复原状与基本赔偿义务本身混而为一的倾向。第 35 条采用的是狭义定义，好处是将重点放在评估客观状况上，而不需设想探讨如果没有发生不法行为将会出现的情况。当然，如第 36 条所表明的那样，在这种狭义的恢复原状之外也许还必须作出补偿，以确保充分赔偿所造成的损害。

(3) 由于恢复原状最贴近关于责任国有义务通过

⁴⁸⁷ 在拉格朗案(见上文脚注 119)判决中，国际法院指出，如果违反《维也纳领事关系公约》第 36 条的通知规定，造成严惩或长期拘留情况，将需“在考虑到侵犯《公约》所定权利的情况下，重审判决的公正性”(第 514 页，第 125 段)。这种恢复原状考虑到了所涉权利的有限性质。

⁴⁸⁸ 见第 35 条(b)项和评注。

⁴⁸⁹ 见第 31 条和评注。

⁴⁹⁰ 见第 37 条第 3 款和评注。

⁴⁹¹ 例如，梅拉妮·拉舍纳尔案(《国际仲裁裁决汇编》，第十三卷(出售品编号：64.V.3)，第 117 页，详见第 130-131 页(1954 年))，法国—意大利调解委员会认为，由于恢复原状需要困难的内部程序，因此放弃了原先决定的恢复原状安排，而接受了补偿办法。另见第 35 条评注第(4)段。

恢复实行不法行为前存在的状态以消除其不法行为造成的法律后果和实质后果的一般性原则，因而在各种形式的赔偿中，恢复原状为首选。国际常设法院在霍茹夫工厂案中确认了恢复原状的优先地位。常设法院称，责任国“有义务恢复原状，如果不成，则有义务支付赔偿额，以代替已变得不可能的恢复原状措施”。法院进一步指出，“由于当事方均认为无法恢复霍茹夫工厂，因此只能用等值赔偿代替恢复原状”。⁴⁹² 因此，从判例中可以看出，法庭只在认定由于某种原因无法恢复原状的情况下才考虑采取补偿措施。⁴⁹³ 不过，尽管在实践中恢复原状可能会遇到种种困难，与补偿相比，国家却往往更倾向于要求恢复原状。事实上，在某些案件中，尤其是在涉及适用强制性规范的案件中，可能会将恢复原状要求作为履行主要义务的一部分看待。

(4) 另一方面，经常出现无法恢复原状的情况，或对受害国来说恢复原状的价值大大降低了，因此其他形式的赔偿享有优先。第三部分阐述了在不同赔偿形式之间进行选择的问题。⁴⁹⁴ 除了受害国或其他实体的有效选择之外，也许实际上根本就无法恢复原状，例如有关财物已经灭失或性质已变，或者出于某种原因而不可能恢复先前状态。事实上，在某些案件中，法庭从当事方的协议条款或立场中推定，法院有酌处权给予补偿，而不采用恢复原状办法。例如，在沃尔特·弗莱彻·史密斯案中，仲裁员一方面坚持原则上应恢复原状，一方面认为根据仲裁协议有酌处权裁定给予补偿，并称给予补偿符合“当事方和公众的最佳利益”。⁴⁹⁵ 在美国独立石油公司案仲裁中，当事方认定，在科威特法令取消特许权之后实际上

无法恢复先前状态。⁴⁹⁶

(5) 恢复原状可以是物质上恢复或归还领土、人员或财产，或取消某项法令，或某几样措施并用。恢复物质原状包括释放被拘留的个人，向另一国移交在本国领土上逮捕的个人，⁴⁹⁷ 恢复船舶原状⁴⁹⁸ 或其他类财产⁴⁹⁹，其中包括文件、艺术品、股票等。⁵⁰⁰ 有时用“法律上恢复原状”这一术语指需要或涉及更改责任国法律制度中或责任国与受害国法律关系上的法律状况。这类示例有：撤回、取消或修正违背国际法规则而制订的宪法或立法规定，⁵⁰¹ 取消或复议就外国人的人身或财产非法采取的行政措施或法律措施，⁵⁰² 或(在国际法允许的情况下)要求采取措施终止条约。⁵⁰³ 在有些案例中，可能既涉及物质上又涉及法律上

⁴⁹⁶ 科威特政府诉美国独立石油公司案，《国际法报告》，第66卷，第519页，详见第533页(1982年)。

⁴⁹⁷ 实质上归还人员的示例有，“特伦特号”(1861年)和“佛罗里达号”(1864年)事件，二者均涉及释放在船上逮捕的个人(穆尔，《文摘》，第七卷，第768和第1090-1091页)；美国驻德黑兰领外交和领事人员案，国际法院在此案中命令伊朗立即释放遭扣押的每一位美国国民(见上文脚注59)，第44-45页。

⁴⁹⁸ 例如见“贾亚法里耶号”事件(1886年)中，一艘埃及军舰在红海上扣押了在意大利注册的来自马萨瓦的4艘商船：Società Italiana per l'Organizzazione Inter-nazionale-Consiglio Nazionale delle Ricerche，《意大利国际法实践》，第一辑(纽约州多布斯费里，奥西阿纳出版社，1970年)，第二卷，第901-902页。

⁴⁹⁹ 例如，柏威夏寺案，案情，判决，《1962年国际法院汇编》，第6页，详见第36-37页，国际法院在此案中作出了对柬埔寨索赔有利的裁决，其中包括归还泰国当局从该地区 and 该庙宇中拿走的某些物品。另见大都会宾馆案，《国际仲裁裁决汇编》，第十三卷(出售品编号：64.V.3)，第219页(1950年)；奥托案，同上，第240页(1950年)，埃农案，同上，第249页(1951年)。

⁵⁰⁰ 在布泽乌—内霍亚希铁路案中，仲裁庭要求向一家德国公司归还一家罗马尼亚铁路公司的股票：《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第1839页(1939年)。

⁵⁰¹ 关于一部法律本身的存在等于违背国际义务的情况，见第12条评注第(12)段。

⁵⁰² 例如马丁尼案，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第975页(1930年)。

⁵⁰³ 在《布赖恩—查莫罗条约》案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)中，中美洲法院做出判决，认定“就本案所涉事项而言，尼加拉瓜政府有义务根据国际法采取可能的措施，恢复并维持在《布赖恩—查莫罗条约》之前这两个当事国之间存在的法律状况”(Anales de la Corte de Justicia Centroamericana(圣何塞，哥斯达黎加)，第六卷，第16-18号(1916年12月至1917年5月)，第7页)；以及《美国国际法学报》，第二卷，第3号(1917年)，第674页，详见第696页；另见第683页。

⁴⁹² 霍茹夫工厂案(见上文脚注34)，第48段。

⁴⁹³ 例如见，摩洛哥西班牙区域的英国索赔案(上文脚注44)，第621-625页和第651-742页；葡萄牙没收教会财产案，《国际仲裁裁决汇编》，第一卷(出售品编号：1948.V.2)，第7页(1920年)；沃尔特·弗莱彻·史密斯案，同上，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第913页，详见第918页(1927年)；勒巴·德库尔蒙继承人案，同上，第十三卷(出售品编号：64.V.3)，第761页，详见第764页(1957年)。

⁴⁹⁴ 见第43条和第45条及评注。

⁴⁹⁵ 沃尔特·弗莱彻·史密斯案(见上文脚注493)。在希腊电话公司案中，仲裁庭在下令恢复原状时指出，“出于重大的国家原因”，责任国也可提供补偿。(见 J. G. Wel-ter & S.M.施韦贝尔，“Some little known cases on concessions”，《英国国际法年鉴》，1964年，第40卷，第216页，详见第221页。

恢复原状。⁵⁰⁴ 在其他情况下, 国际法院或法庭也可通过确定对当事方具有约束力的法律立场, 做出相当于以另一形式恢复原状的裁决。⁵⁰⁵ 因此, 第 35 条中“恢复原状”用语是广义的, 涵盖了责任国为将其国际不法行为导致的状况恢复到原来状态须采取的任何行动。

(6) 为了恢复原状而可能需要做的, 往往取决于遭违背的主要义务的内容。如果所违背的义务具有持续性, 作为首要赔偿形式的恢复原状措施特别重要; 如果此项义务源于一般国际法的强制性规范, 则更是如此。例如, 在非法吞并一国的情况下, 撤回占领国的各种力量和废除任何吞并法令, 可被视为必需停止, 而不是恢复原状。⁵⁰⁶ 即使如此, 无论是停止还是恢复原状, 都需采取附加措施, 归还侵略过程中扣押的人员或财产。

(7) 恢复原状的义务并非毫无限制。尤其是, 根据第 35 条的规定, “在并且只在”并非实际上做不到或并非完全不成比例的情况下, 才需恢复原状。“在并且只在”等字明确表明, 恢复原状是有条件的, 即责任国有义务在并非实际上做不到或不成比例的情况下采取恢复原状措施。

(8) 根据第 35 条(a)项, 如果恢复原状“实际上办不到”, 则无须恢复原状。例如应归还的财产已永久丢失、毁坏, 或已损坏到毫无价值的地步, 则不需恢复原状。另一方面, 不能仅以法律困难或实际困难为由称无法恢复原状, 责任国可能必

⁵⁰⁴ 因此, 常设国际法院裁断, 捷克斯洛伐克“有义务向匈牙利布达佩斯皇家彼得·帕兹马尼大学归还其索要的不动产, 不得采取任何转移、强制管理或扣押措施, 且须将这些不动产恢复到实行这些措施之前的状态”(匈牙利/捷克斯洛伐克混合仲裁法庭的一项判决引起的上诉案(见上文脚注 481))。

⁵⁰⁵ 在东格陵兰法律地位案中, 常设法院裁决, “挪威政府 1931 年 7 月 10 日发表的占领声明以及该国政府在此方面采取的任何步骤, 都违背了现行法律状况, 因此是非法和无效的”(1933 年的判决, 《常设国际法院汇编》, A/B 辑, 第 53 号, 第 22 页, 详见第 75 页)。在上萨伏依自由区及热克斯区案(见上文脚注 79)中, 常设法院裁决, 法国“必须根据有关条约和文书的规定拆除关税线; 只要当事国通过协定予以更改, 这一制度就应继续有效”(第 172 页)。另见 F.A.Mann, “The consequences of an international wrong in international and municipal law”, 《英国国际法年鉴》, 1976-1977 年, 第 48 卷, 第 1 页, 详见第 5-8 页。

⁵⁰⁶ 见上文第 30 条评注第(8)段。

须为克服这些困难做出特别的努力。根据第 32 条的规定, 不法行为国不得援引其国内法规定为无法提供充分赔偿开脱, 另外, 也不能纯以政治或行政障碍为由称无法恢复原状。

(9) 实际上办不到恢复原状并不限于所涉物品已毁坏的情况, 它可以涵盖更复杂的情况。在罗多彼中部森林案中, 原告只对森林的一部分拥有产权, 而其他参与者并未提起诉讼。由于森林的状况已与非法抢占时不一样, 因此, 需要进行详细的调查才能确定其状况。另外, 自抢占后, 第三方获得了对森林的产权。由于这些原因, 法院未要求恢复原状。⁵⁰⁷ 从此案来看, 需要广义理解无法恢复原状概念。此案涉及责任国法律体制内的财产权问题。⁵⁰⁸ 但如果直接涉及国际权利和义务, 立场可能就不一样了。在这种情况下, 恢复原状发挥着特别重要的作用。

(10) 在某些情况下, 在考虑实际上是否可以恢复原状时, 可能还须考虑第三方的立场。罗多彼中部森林案正是如此。至于第三方的立场是否会与恢复原状相排斥, 这取决于具体情况, 包括第三方在成交时或获得所争议的权利时是否真诚行事, 并且是否注意到了关于恢复原状的诉求。

(11) 第 35 条(b)项规定的第二种例外涉及从恢复原状中得到的利益与对责任国付出的代价完全不相称的情况。具体而言, 如果“从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益……与所引起的负担完全不成比例”, 即不得要求恢复原状。这只适用于恢复原状对责任国造成的负担与受害国或不法行为的任何受害者将得到的利益严重不相称的情况, 因此是出于公正性和合理性的考虑。⁵⁰⁹ 无

⁵⁰⁷ 罗多彼中部森林案(见上文脚注 382), 第 1432 页。

⁵⁰⁸ 关于国家合约仲裁的恢复原状问题, 见德士古海外石油公司和加利福尼亚亚洲石油公司诉阿拉伯利比亚共和国政府案, 《国际法报告》, 第 53 卷, 第 389 页, 详见第 507-508 页, 第 109 段(1977 年); 英国石油勘探(利比亚)有限公司诉阿拉伯利比亚共和国政府案, 同上, 第 297 页, 详见第 354 页(1974 年); 利比亚美国石油公司(利美公司)诉阿拉伯利比亚共和国政府案, 同上, 第 62 卷, 第 140 页, 详见第 200 页(1977 年)。

⁵⁰⁹ 例如见 J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (莱顿·西哈托夫出版社, 1973 年), 第六部分, 第 744 页, 以及德国国际法协会的立场, 《1969 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 149 页。

论怎样，如果在权衡恢复原状与补偿时对补偿并无明显偏好，则须侧重受害国的立场。在任何案件中，如果不恢复原状将有损受害国的政治独立或经济稳定，将毫无例外地偏重受害国的立场。

第 36 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经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。

评注

(1) 第 36 条处理一国际不法行为造成的损害如果没有以恢复原状的方式得到赔偿，即需赔偿问题。第 31 条第 2 款确定的“损害”概念既包括物质损害，也包括精神损害。⁵¹⁰ 第 36 条第 2 款进一步诠释了这一定义，规定补偿应该弥补在所涉案件中在经济上可以评估的任何损害，包括任何可以确定的利润损失。使用“在经济上可评估的”这一限定语的用意是排除有时被称作对一国“精神损害”的补偿。这种精神损害，例如与财产或人员实际损失无关的侵权行为造成的冒犯或损害，属于第 37 条抵偿专题的范围。

(2) 在各种形式的赔偿中，补偿也许是国际实践中人们最普遍寻求的赔偿方式。在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中，法院宣称：“受害国有权获得犯有国际不法行为并造成损害的国家的赔偿，这是国际法的一项既定规则”。⁵¹¹ 在国家责任诉求方面具有管辖权的国际法院或法庭，按照此项管辖权，有权就所受损害给予补偿，同样也由来已久。⁵¹²

⁵¹⁰ 见第 31 条评注第(5)、第(6)和第(8)段。

⁵¹¹ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 81 页，第 152 段。另见常设国际法院就霍茹夫工厂案，案情(上文脚注 34)做出的声明，常设法院宣称，“赔偿所受冤屈可能在于赔偿金，这是国际法的一项原则”(第 27 页)。

⁵¹² 霍茹夫工厂案，管辖权(见上文脚注 34)；渔业管辖权案(见上文脚注 432)，第 203-205 页，第 71-76 段；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事活动和准军事活动案(见上文脚注 36)，第 142 页。

(3) 第 36 条第 1 款最后的短语(“如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿”)阐明了补偿与恢复原状这种赔偿形式之间的关系。尽管恢复原状就法律原则来讲是占第一位的，但往往缺如或不足。这种方式可能会部分或全部被排除，理由可能是第 35 条所提到的意外情况，或者是因为受害国宁可得到补偿，或其他原因。即使在恢复原状的情况下，仍有可能保证不了充分赔偿。补偿的作用是填补任何差距，以便确保充分赔偿所受损失。⁵¹³ 如“卢西塔尼亚号”案仲裁人所说：

“损害”的基本概念是……赔偿所受损失，即对不法行为给予司法上核实的补偿。救济应与损失相称，以使受害方全部获赔。⁵¹⁴

同样，常设法院就补偿作用阐述如下：

实物复原，或在不可能实物复原时支付与恢复原状相等价的钱款；必要时，对于实物复原或取而代之的付款抵消不了的所受损失给予损害赔偿，这些是有助于确定为有违国际法的行为应付多大数额补偿的原则。⁵¹⁵

大量的案例法、国家实践及法学家的著作均证实获得这类损失补偿的权利。

(4) 与抵偿相比，补偿的功能是补救国际不法行为造成的实际损失。换言之，第 36 条的作用如其标题所示，纯属补偿性质。补偿针对的是受害国或其国民遭受的在经济上可评估的损害。补偿的目的不是要惩罚责任国，补偿也不具有示范性或

⁵¹³ 霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)，第 47-48 页。

⁵¹⁴ 《国际仲裁裁决汇编》，第七卷(出售品编号：1956.V.5)，第 32 页，详见第 39 页(1923 年)。

⁵¹⁵ 霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)，第 47 页，另外，国际海洋法法庭引述并应用了这项观点，“赛加羚羊号”轮船案(2 号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，判决，《1999 年海洋法法庭汇编》，第 65 页，第 170 段(1999 年)。另见帕帕米哈洛普洛斯等诉希腊案(第 50 条)，《欧洲人权法院汇编》，A 辑，第 330-B 号，第 36 段(1995 年)；贝拉斯克斯·罗德里格斯案(上文脚注 63)，第 26-27 页和第 30-31 页；蒂皮茨、阿贝特、麦卡锡、斯特拉顿[合伙企业]诉伊朗塔姆斯-阿法咨询工程公司等案，《伊朗美国索赔法院报告书》，第 6 卷，第 219 页，详见第 225 页(1984 年)。

警戒性。⁵¹⁶ 因而，补偿一般包括支付一笔款项(尽管有时可能经商定采取其他价值形式)。的确，第 37 条所述抵偿可能需要采取付款形式，但这种付款有着不同于补偿的功能。金钱补偿的用意是在可能的范围内抵偿受害国因违约行为遭受的损害。抵偿涉及的是非物质性伤害，特别是对国家的非物质性伤害，而这种伤害的货币价值只能以大约象征性的方式加以估计。⁵¹⁷

(5) 与第二部分的其他规定相一致，第 36 条表现为责任国有义务为实行国际不法行为的后果提供赔偿。⁵¹⁸ “在经济上可以评估的任何损害”这一短语界定了这项义务的范围，即可从经济角度加以估价的任何损害。在经济上可以评估的损害既包括国家本身(的财产或人员受到损害或为补救或减轻国际不法行为造成的损害而支出的开支)遭受的损害，也包括本国自然人或公司遭受的损害，国家是以其名义在外交保护的框架内提出索赔的。

(6) 除国际法院外，处理补偿问题的国际法庭还有国际海洋法法庭、⁵¹⁹ 伊朗—美国索赔法庭、⁵²⁰

各人权法院和其他机构、⁵²¹ 依《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》设立的解决投资争端国际中心法庭。⁵²² 也有通过协议、通常在不加损害的基础上按协议条件支付大量赔款来解决赔偿要求的情况。⁵²³ 这些机构确定的补偿评估规则和原则可视为体现了第 36 条所述的一般原则。

(7) 关于可补偿损害的适当类别和定量时采用的评估原则，各不相同，关键要看某些主要义务的内容，对当事方各自行为的评价，再往大处讲，也要看对达成公平和可接受结果的关切。⁵²⁴ 以下列举的示例说明了可赔偿的损失类别和可利用的定量方法。

(8) 对国家的损害本身可能产生于击落其飞行器或击沉其船舶、对其外交驻地和外交人员的袭击、对其他公共财产所造成的破坏、对污染损害作出反应所涉的费用，或诸如由于某一不法行为造成必须向受伤官员支付养恤金和医疗费用而产生的附带损害等。这样的清单不可能包罗无遗，国家所遭受的应予补偿的损害的类别不止此处列举的类别。

⁵¹⁶ 在贝拉斯克斯·罗德里格斯案即补偿性损害赔偿金案中，美洲人权法院裁断，国际法不承认惩罚性或警戒性损害赔偿的概念(C 辑，第 7 号(1989 年))。另见莱特列尔和莫菲特案，《国际法报告》，第 88 卷，第 727 页(1992 年)，涉及智利特务在华盛顿暗杀一名前智利部长；仲裁协定排除了任何惩罚性损害赔偿裁决，尽管按美国法律可以给予这种裁决。关于惩罚性赔偿，另见 N. Jorgensen, “A reappraisal of punitive damages in international law”, 《英国国际法年鉴》，1997 年，第 68 卷，第 247-266 页；S. Wittich, “Awe of the gods and fear of the priests: punitive damages in the law of State responsibility”, 《奥地利国际法与欧洲法评论》，第 3 卷，第 1 号(1998 年)，第 101 页。

⁵¹⁷ 见第 37 条评注第(3)段。

⁵¹⁸ 关于国际不法行为与损害之间充足因果关联的要求，见第 31 条评注第(11)至第(13)段。

⁵¹⁹ 例如见“赛加羚羊号”轮船案(见上文脚注 515)，第 170-177 段。

⁵²⁰ 伊朗—美国索赔法庭积累了大量的评估损失和确定没收财产价值问题的判例。关于该法庭有关这些主题的判例的评论，详见 G. Aldrich, 同前，第 5-6 章和第 12 章；C. N. Brower 和 J. D. Brueschke, 《伊朗美国索赔法庭》(海牙，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1998 年)，第 14-18 章；M. Pellonpää, “Compensable claims before the Tribunal: expropriation claims”, 《伊朗—美国索赔法庭：其对国家责任法的贡献》，R. B. Lillich 和 D. B. McGraw 编辑(哈德逊欧文顿，跨国出版社，1998 年)，第 185-266 页；以及 D. P. Stewart, “Compensation and valuation issues”, 同上，第 325-385 页。

⁵²¹ 关于这类机构如何做出赔偿裁决的评论，见 D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, (牛津，牛津大学出版社，1999 年)，第 214-279 页。

⁵²² 解决投资争端国际中心法庭有权对缔约国及其国民之间的投资纠纷案件裁决赔偿损失或采取其他救济。有些索赔须直接诉诸国际法，例如见亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡共和国案，《解决投资争端国际中心报告》(剑桥大学出版社，1997 年)，第 4 卷，第 245 页(1990 年)。

⁵²³ 例如见瑙鲁境内某些磷酸盐地案，初步反对意见(上文脚注 230)；法院关于解决之后撤诉的命令，同上，命令(上文脚注 232)；大贝尔特海峡通行权案(芬兰诉丹麦)，1992 年 9 月 10 日的命令，《1992 年国际法院汇编》，第 348 页(解决之后撤诉的命令)；1988 年 7 月 3 日空中事件案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，1996 年 2 月 22 日的命令，《1996 年国际法院汇编》，第 9 页(解决之后撤诉的命令)。

⁵²⁴ 见 G. H. Aldrich, 同前(上文脚注 357)，第 242 页。另见 B. Graefrath, “Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages”(上文脚注 454)，第 101 页；L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international* (巴黎，西雷出版社，1938 年)；格雷，同前(上文脚注 432)，第 33-34 页；J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public* (巴黎，1939 年)；M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illicito internazionale* (米兰，朱弗雷出版社，1990 年)。

(9) 在科孚海峡案中, 联合王国曾就三项损害寻求补偿: 一是更换已遭彻底毁坏的索玛雷斯号驱逐舰, 二是补偿沃拉奇号驱逐舰所遭受的损害, 三是补偿因海军人员伤亡而造成的损害。法院将评估工作委托给专家调查。关于索玛雷斯号驱逐舰的问题, 法院裁定: “赔偿的真正尺度”是“赔偿[驱逐舰]在其毁坏时的价格”, 并裁断联合王国政府所索赔偿金额(700,087 英镑)是合理的。关于沃拉奇号驱逐舰的损害, 专家们达成了一个比联合王国的索赔金额 93,812 英镑略低的数字, “其理由是估价上必然约略的性质, 特别是在补给品和设备方面”。除了裁决赔偿两艘驱逐舰所受损害的金额之外, 法院还支持联合王国 50,048 英镑的索赔, 作为“它对受害者或其家属支付的养恤金费用和其他补助金, 以及管理、医疗等费用。”⁵²⁵

(10) 在“赛加羚羊号”案中, 圣文森特和格林纳丁斯在一艘在圣文森特和格林纳丁斯注册的船舶“赛加羚羊号”及其船员遭到非法拘留和扣押之后, 向几内亚索赔。海洋法法庭裁决补偿总额为 2,123,357 美元外加利息。所补偿的损害类型, 除其他外, 还包括该船舶所遭受的损害, 其中包括修理费用, 该轮的租用方面所遭受的损失, 与该轮被扣押有关的费用, 以及拘押该轮船长、船员以及在船上的其他人员的损害赔偿金。圣文森特和格林纳丁斯曾经就因拘留和扣押“赛加羚羊号”而引起的该国在悬挂其国旗的船舶方面的权利受到侵犯而提出索赔, 但是法庭认为, 它宣称几内亚在当时的情况下扣押该轮并使用过分的武力是不法行为, 已经构成了充分补偿。⁵²⁶ 关于非法扣押该轮所导致的注册收入损失的索赔以及官员们因处理拘留和拘押该轮及其船员一事所损失的时间而导致的费用的索赔, 也没有成功。就前一项索赔而言, 法庭裁断, 圣文森特和格林纳丁斯没有提出支持证据。就后一项索赔而言, 法庭认为, 这类费用是不能获得赔偿的, 因为这是在行使一个船旗国的正常职责过程中所涉及的费用。⁵²⁷

⁵²⁵ 科孚海峡案, 补偿金额评估(见上文脚注 473), 第 249 页。

⁵²⁶ “赛加羚羊号”轮船案(见上文脚注 515), 第 176 段。

⁵²⁷ 同上, 第 177 段。

(11) 在若干案件中, 赔款的支付是在引起船舶损害或沉没, 或在有些情况下是在引起船员死亡或伤害的船舶不法袭击事件之后由受害国和加害国直接谈判的。⁵²⁸ 在发生对某国的飞行器造成损害情况下, 也有类似赔款谈判, 例如在就摧毁一架伊朗飞机并使机上的 290 名乘客丧命的事件产生的争端以后, 伊朗和美国所达成的“完全最终解决办法。”⁵²⁹

(12) 各国还经常在外交馆舍袭击之后就使馆本身所遭损害⁵³⁰ 或其人员所受伤害⁵³¹ 谈判订立支付赔偿协议。对其他公共财产例如道路和基础设施造成的损害也一向是索赔的主题。⁵³² 在许多案件中, 所作出的赔偿是出自恩惠, 不损及利益, 且并不承认有任何责任。⁵³³

(13) 国家可以就国家本身遭受的损害索赔的另一

⁵²⁸ 见古巴就其飞机在公海上炸沉一艘巴哈马船舶造成船员死亡的事件对巴哈马的赔款(《公法概览》, 第 85 卷(1981 年), 第 540 页); 以色列就 1967 年对美国船舶“自由号”的袭击造成船员伤亡的事件支付的赔款(同上, 第 562 页), 以及伊拉克就 1987 年 5 月伊拉克飞机严重损坏美国船舶“斯塔克号”中发生的 37 人死亡事件而支付的 27,00 万美元(《美国国际法学报》, 第 83 卷(1989 年), 第 561 页)。

⁵²⁹ 1988 年 7 月 3 日的空中事件案(见上文脚注 523)(关于解决之后撤诉的命令)。关于解决协议本身, 参见伊朗和美国 1996 年 2 月 9 日就解决某些国际法院和法庭案件的总协议, 1996 年 2 月 22 日, 由伊朗—美国索赔法庭下令做出了议定裁决: (1996)32 Iran-U.S.C.T.R. 207, 详见第 213 页。

⁵³⁰ 例如参见 1966 年 12 月 1 日大不列颠及北爱尔兰联合王国政府与印度尼西亚共和国政府就联合王国政府和不列颠国民因 1963 年 9 月印度尼西亚动乱遭受的损失的换文, 要求印度尼西亚除其他外还赔偿暴民暴力行为中对英国大使馆造成的损害(《条约汇编》, 第 34 号(1967 年))(伦敦, 皇家印务局), 以及巴基斯坦就 1979 年劫掠美国驻伊斯兰堡大使馆事件付给美国的赔款(《公法概览》, 第 85 卷(1981 年), 第 880 页)。

⁵³¹ 例如见亨利·迈尔斯领事索赔案(美国诉萨尔瓦多)(1890 年)《美国外交文件》, 第 64-65 页; (1892 年), 第 24-44 页和第 49-51 页; (1893 年), 第 174-179 页、第 181-182 页和第 184 页; 怀特曼, 《国际法上的损害赔偿》(上文脚注 347), 第 80-81 页。

⁵³² 例如见怀特曼, 《国际法上的损害赔偿》(上文脚注 347), 第 81 页。

⁵³³ 例如根据美国与中国达成的协议, 美国同意向 1999 年 5 月 7 日中国驻贝尔格莱德使馆被炸事件中伤亡人员的家庭赔付 450 万美元, 《美国国际法学报》, 第 94 卷(2000 年), 第 1 号(2000 年 1 月), 第 127 页。

种情况是对治理污染损害支出了费用。1978年1月,苏联“宇宙-954号”人造卫星在加拿大领土坠毁以后,加拿大曾经提出索赔,以支付确定放射性碎片的位置与找回、清除和测试这些碎片以及清洗受影响地区所涉费用,是“共同和分别地根据(a)各有关国际协定……以及(b)国际法的一般原则”。⁵³⁴加拿大在计算其索赔金额时,声称它是在适用“国际法一般原则确立的有关标准。根据这些标准则应该付给公平的赔偿,在其索赔中只包括由于卫星的闯入和碎片的积淀而直接引起的,可以合理的确定程度计算的合理费用”。⁵³⁵该索赔案最终于1981年4月份解决,当时双方同意由苏方支付300万加元的惠给金(约为索赔金额的50%)。⁵³⁶

(14) 赔偿委员会审理了污染费用索赔案,评估了伊拉克根据国际法“对其非法入侵和占领科威特造成的任何直接损失和损害——包括环境损害和自然资源损耗……”所负的责任。⁵³⁷赔偿委员会理事第7号决定阐明了“环境损害和自然资源损耗”所涉的各种损害。⁵³⁸

(15) 在发生某一件引起或威胁引起环境损害的国际不法行为之后裁决或同意给予赔偿的情况下,赔款一向是用于向受害国偿付污染预防或补救工作所致费用,或用于补偿受污染财产的贬值。⁵³⁹但是,环境损害往往大大超过可以容易地从清洗费用或财产贬值的角度予以定量的程度。从原则

上说,对于这类环境价值的损害(生物多样性、环境的舒适性等——有时称为“非使用价值”),其真实和应该予以赔偿的程度不亚于对财产的损失,不过可能很难定量。

(16) 在外交保护领域,尤其在人身伤害和有形财产占取或损害方面,已有大量关于适当补偿标准和估价方法的指导。按照明确的规则,国家可要求补偿其官员或国民所受人身伤害,此外当然可以要求补偿该国本身于同一事件中遭受的任何直接伤害。应予补偿的人身伤害既包括相关的物质损失,如收入和收入能力的损失和医疗费等,也包括个人遭受的非物质损害。在国家的法律制度中,有时将非物质损害称为“精神损害”,不过并非普遍如此。非物质损害一般包括丧失亲人、疼痛和痛苦以及因个人、家庭或私生活遭侵扰所蒙受的感情伤害。“卢西塔尼亚号”案强调,与受害国遭受的物质伤害一样,非物质损害也是可予经济估价的,并且是可以要求补偿的。⁵⁴⁰仲裁员认为,根据国际法规定,应补偿精神痛苦、感情伤害、羞辱、耻辱、人格受损、社会地位丧失或信誉和名誉受损等情况,这类伤害是“确实的。它们难以按金钱标准衡量或估价并不有损其真实性,因此没有什么道理不补偿受害人……”。⁵⁴¹

(17) 各国际法院和法庭多次估算了个人伤害的补偿额。例如,在“赛加羚羊号”轮船案⁵⁴²中,法庭裁定圣文森特和格林纳丁斯有权获得补偿,其中包括补偿船员遭受的伤害、非法逮捕、拘留以及其他形式虐待的损害赔偿金。

(18) 从历史上来看,对一国国民或官员人身伤害的补偿,主要由处理伤害外国人的国家责任的混合索赔委员会提出。索赔委员会曾在非正常死亡和剥夺自由案件中裁定补偿人身伤害。在非正常死亡索赔案中,损害赔偿金一般按未亡继承人的

⁵³⁴ 加拿大就宇宙954号卫星造成的损害向苏维埃社会主义共和国联盟索赔,1979年1月23日(见上文脚注459),第899和第905页。

⁵³⁵ 同上,第907页。

⁵³⁶ 加拿大与苏维埃社会主义共和国联盟之间关于宇宙954号卫星所致损害的议定书(莫斯科,1981年4月2日),联合国,《条约汇编》,第1470卷,第24934号,第269页。另见《国际法律资料》,第20卷,第3号(1981年5月),第689页。

⁵³⁷ 安全理事会第687(1991)号决议,第16段(见上文脚注461)。

⁵³⁸ 1992年3月17日第7号决定,适用另外类别索赔要求的标准(S/AC.26/1991/7/Rev.1),第35段。

⁵³⁹ 见仲裁法庭在特雷耳炼锌厂案中做出的裁决(见上文脚注253)。该裁决规定就国境另一边加拿大的一家炼锌厂排放的二氧化硫对土地和财产造成的损害向美国提供赔偿。赔偿金额是根据受影响土地的贬值而估定的。

⁵⁴⁰ 见上文脚注514。国际法庭经常对遭受精神伤害的个人予以经济补偿。这方面的示例见谢弗罗案(见上文脚注133)(《美国国际法学报》中的英文译文,第27卷(1933年1月),第153页);盖奇案,《国际仲裁裁决汇编》,第九卷(出售品编号:59.V.5),第226页(1903年);迪卡罗案,同上,第十卷(出售品编号:60.V.4),第597页(1903年);让·马尼纳特继承人案,同上,第55页(1903年)。

⁵⁴¹ “卢西塔尼亚号”案(见上文脚注514),第40页。

⁵⁴² 见上文脚注515。

损失估算，即按仲裁人帕克在“卢西塔尼亚号”案所用的著名公式估算：

(a) 假如死者未遇害可能为索赔人提供的资金额，加上(b) 死者在照顾、教育或监护索赔人方面的个人服务对索赔人的经济价值，再加上(c) 合理补偿索赔人因这类死亡可能实际遭受的突然丧亲的精神痛苦或冲击。将这些估算额的总和换算成目前的现金额通常就等于索赔人所承受的损失额。⁵⁴³

在剥夺自由情况下，仲裁员有时按拘留期计算给予每天固定数额的补偿。⁵⁴⁴ 如果在遭不法逮捕和监禁后拘押条约过于严酷，结果造成特别严重的身心伤害，则往往增加仲裁赔偿额。⁵⁴⁵

(19) 人权机构，尤其是欧洲人权法院和美洲人权法院，也处理人身伤害的赔偿问题。补偿裁决涵盖物质损失(收入损失、养老金损失、医药费等)和非物质损害(疼痛和痛苦、精神焦虑、羞辱、丧失生活乐趣以及丧失同伴或配偶)。非物质损害通常是按公平估算办法予以量化。迄今为止，这些机构裁决或建议给予的补偿金额或损害赔偿金很小。⁵⁴⁶ 但有关人权机构的补偿裁决是参照一般国际法规定的赔偿原则作出的。⁵⁴⁷

(20) 除了大量的涉及多重索赔的一次总付补偿协议外，⁵⁴⁸ 许多特设和常设法庭及委员会也曾裁定

对国际不法行为引起的国民财产索赔，所报告的案件跨越时间长达两个世纪。由于裁决机构各不相同，做出的裁决自然差异很大，⁵⁴⁹ 但它们为确定这一损害项下的补偿提供了有用的指导原则。

(21) 估算损失参照点是财产权受侵犯的索赔人所遭受的损失。这一损失通常按具体损失项目算出：(一) 资本价值补偿额；(二) 利润损失补偿额；以及(三) 杂费。

(22) 因国际不法行为而没收或毁损的财产，反映其资本价值的补偿通常按受损财产的“公平市场价值”进行评估。⁵⁵⁰ 然而，评估“公平市场价值”的方法取决于有关资产的性质。如果有关财产或可比财产可在公开市场上自由交易，其价值较容易确定。在这类案件中，除了长期未决索赔的举证困难外，选择和采用基于市场数据和资产

⁵⁴³ “卢西塔尼亚号”案(见上文脚注 514)，第 35 页。

⁵⁴⁴ 例如，“托佩兹号”案，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷(出售品编号：59.V.5)，第 387 页，详见第 389 页(1903 年)；福克纳案，同上，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第 67 页，详见第 71 页(1926 年)。

⁵⁴⁵ 例如，威廉·麦克尼尔案，同上，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第 164 页，详见第 168 页(1931 年)。

⁵⁴⁶ 见 Shelton 的评述，同前(上文脚注 521)，第 8-9 章；A. Randelzhofer & C. Tomuschat (编辑)，*State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (海牙，奈霍夫出版社，1999 年)；R. Pisillo Mazzeschi, “La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea”, *La Comunità Internazionale*, 第 53 卷(1998 年)，第 215 页。

⁵⁴⁷ 见美洲人权法院在贝拉斯克斯·罗德里格斯案中的裁决(上文脚注 63)，第 26-27 页和第 30-31 页。参见帕帕米哈洛普洛斯案(上文脚注 515)。

⁵⁴⁸ 例如见 R.B.Lillich & B.H.Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (夏洛特维尔，弗吉尼亚大学出版社，1975 年)；B.H.Weston, R.B.Lillich 和 D.J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (纽约州阿德里斯里：跨国出版社，1999 年)。

⁵⁴⁹ 关于没收案，尤其是关于在常设国际法院于霍茹夫工厂案，案情(上文脚注 34)，第 47 页中对国家合法没收财产与非法占取加以明确区分情况下所适用的补偿标准问题，一直存有争议。在若干案件中，法庭适用这一区别做出裁决，支持补偿非法占取案中的利润损失(例如见仲裁员在下述案件中的意见：利比亚美国石油公司(利美公司)案(上文脚注 508)，第 202-203 页；另见美国独立石油公司案(上文脚注 496)，第 600 页，第 138 段；阿莫科国际金融公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，《伊朗美国索赔法院报告书》，第 15 卷，第 189 页，详见第 246 页，第 192 段(1987 年))。但并非所有案件均按占取行为的合法性或非合法性确定适用的补偿原则。例如见伊朗—美国索赔法庭在菲利普斯石油公司案(上文脚注 164)，第 122 页，第 110 段。另见斯塔雷特房产公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，《伊朗美国索赔法院报告书》，第 16 卷，第 112 页(1987 年)，其中法庭对占取的合法性不做区别，其裁定包括了利润损失赔偿。

⁵⁵⁰ 见美国国际集团公司诉伊朗伊斯兰共和国案，其中说，根据一般国际法，“应根据股票的公平市场价值进行估价”：《伊朗美国索赔法院报告书》，第 4 卷，第 96 页，详见第 106 页(1983 年)。在斯塔雷特房产公司诉伊朗伊斯兰共和国案中，法庭接受了专家关于公平市场价值的意见，即“公平市场价值是愿意购买的买主向愿意出售的卖主支付的价格，双方都了解情况，都希望获得最大利益，均未受任何胁迫或威胁”(第 201 页)。另见《外国直接投资待遇问题指导方针》，其中第四部分第 3 条说，赔偿“如果基于被占取财产的公平市场价值，应认为是适当的，因为这一价值是占取或占取的决定公布前夕确定的。”，世界银行，《外国投资待遇的法律框架》，(哥伦比亚特区华盛顿，世界银行，1992 年)，第二卷，第 41 页。同样，根据《能源宪章条约》第 13 条第 1 款，没收资产的赔偿“应相当于没收前夕被没收投资的公平市场价值”。

实际性质的估价方法没有什么争议。⁵⁵¹ 如果有关财产独特或不寻常,如艺术品和其他文化财产⁵⁵²或不是频繁或最近市场交易的对象时,确定价值比较困难。例如,某些属于营业中性质的企业,特别是其股票并非经常交易的企业便是这样。⁵⁵³

(23) 1945 年以来各种特别法庭的裁决大多涉及对国有化商业实体的索赔。这些案件爱用的方法是审查企业的资产,酌情折让商业信誉和获利能力。这一方法的优点在于在尽可能对企业有形资产的价值作出客观估价的基础上提出赔偿。商业信誉和其他获利能力指标,除非由最近的销售或可接受的公平开价的资料得以证实,否则可能不确定。然而,对于那些整体大于各部分相加之和的盈利企业来说,如不对这类因素给以应有的注意,补偿就不够全面。⁵⁵⁴

(24) 对资本损失的另一种估价方法是确定账面净值,即企业总资产与帐面总负债之间的差额。其优点在于这些数据可参考市场成本加以确定,它

⁵⁵¹ 尤其是在一次性总付清算案中,索赔历经数十年后才达成协议。例如见,1986 年 7 月 15 日《大不列颠及北爱尔兰联合王国与苏维埃社会主义共和国联盟关于 1939 年之前所提互相金融与财产索赔协议》(《条约汇编》,第 65 号(1986 年))(伦敦,皇家印务局)涉及可以追溯到 1917 年的索赔,1987 年 6 月 5 日《大不列颠及北爱尔兰联合王国与中华人民共和国之间的互相金融与财产索赔协议》(《条约汇编》,第 37 号(1987 年),同上)关于 1949 年产生的索赔。在这类案件中,估价方法的选用有时取决于是否存在证据。

⁵⁵² 见《专员小组就损害为 10 万美元以上的第一批个人索赔(“D”类索赔)的第二部分提出的报告和建议》,1998 年 3 月 12 日(S/AC.26/1998/3),第 48-49 段,其中赔偿委员会审议了伊拉克军事人员夺取索赔人艺术收藏的索赔。

⁵⁵³ 凡股票价格可提供可靠的价值证据时,即可采用股票价格,例如在 INA 公司诉伊朗伊斯兰共和国案中就这样做了,《伊朗美国索赔法庭报告书》,第 8 卷,第 373 页(1985 年)。

⁵⁵⁴ 早期索赔承认,即便夺取财产合法,对于继续经营企业的赔偿应当大于该企业财产部分的价值。例如,美国—墨西哥索赔委员会在驳回一起合法占用利润损失索赔案中称,对财产部分的偿付将会“因构成持续经营企业的价值部分的存在而增加”:国富银行公司案(第 22-B 号裁决)(1926 年),美国—墨西哥索赔委员会(哥伦比亚特区华盛顿,美国政府出版局,1948 年),第 153 页(1926 年)。另见赔偿委员会理事会在《关于商业损失赔偿问题的提议和结论:损害类别及其价值之确定》中的第 9 号决定(S/AC.26/1992/9),第 16 段。

们通常取自同期记录,它们所依据的数据是索赔人为其他用途提供的,而非用于索赔的证明。因此,账面净值(或这种方法的某些变体)通常被用来评估企业的价值。这一方法的局限性是:依赖历史数字;使用的某些会计原则往往低估资产价值,特别是通货膨胀期间的资产价值;编制数据的目的并未考虑赔偿用途和任何赔偿规则。资产负债表中可能载有商业信誉项目,但这类数字的可靠性取决于与实际销售时间是否接近。

(25) 凡遇有企业不是继续经营企业时,⁵⁵⁵ 通常使用所谓“拆分”、“清算”或“解散”价值。在采用这一估价方法时,对于超出或高于个人财产市场价值的部分没有规定。已研究出了一些方法,在无实际交易情况下推定一种假设价值,代表有意愿的买方和卖方可能商定的价值。⁵⁵⁶

(26) 1945 年以后,制定了将风险和概率的不同因素考虑进去的估价方法。⁵⁵⁷ 现金流量贴现法因而受到青睐,尤其是在计算一段有限时间内的收入的情况下,例如递耗资产,尤其如此。虽然是作为一种商业价值评估手段开发的,但也可用于为赔偿目的的计算价值。⁵⁵⁸ 不过,在采用现金流量贴现法确定补偿的资本价值时出现若干困难。该方法分析各种固有的投机性成份,有些对结果具有重要影响(如贴现率、币值波动、通货膨胀数字、商品价格、利率和其他商业风险)。于是,法

⁵⁵⁵ 关于已发现是非持续经营企业的企业实例,见费尔普斯·道奇公司诉伊朗伊斯兰共和国案,《伊朗美国索赔法院报告书》,第 10 卷,第 121 页(1986 年),该企业建立时间不长,无法表明它的生存能力。在塞德柯公司诉伊朗国营石油公司案中,索赔只索取解散价值,同上,第 180 页(1986 年)。

⁵⁵⁶ 结果的假设性讨论,见阿莫科国际金融公司诉伊朗伊斯兰共和国案(见上文脚注 549),第 256-257 页,第 220-223 段。

⁵⁵⁷ 例如见赔偿委员会为评估科威特公司索赔而制定的详细方法(《专员小组就第一批“E4”索赔提出的报告和建议》),1999 年 3 月 19 日(S/AC.26/1999/4),第 32-62 段),另见代表非科威特公司和其他商业实体提出的索赔,不包括石油部门、建筑/工程和出口担保索赔(《专员小组就第三批“E2”索赔提出的报告和建议》),1999 年 12 月 9 日(S/AC.26/1999/22)。

⁵⁵⁸ 利用现金流贴现法评估资本价值,在以下案例中有详细分析:阿莫科国际金融公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案(见上文脚注 549);斯塔雷特房产公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案(同上);菲利普斯石油(伊朗)公司案(见上文脚注 164);卜拉希米(沙欣·沙恩)诉伊朗伊斯兰共和国案,《伊朗美国索赔法院报告书》,第 30 卷,第 170 页(1994 年)。

庭在采用这一方法确定补偿时十分慎重。尽管基于收入的方法原则上已获接受，但基于资产的方法则更为人们所推崇。⁵⁵⁹ 一个令人关切的问题是从一企业的资本价值与合同所定利润之间关系中产生的双重计算风险。⁵⁶⁰

(27) 第 36 条第 2 款确认，在某些情况下，利润损失赔偿可能是合适的。一些国际法庭在评估赔偿额时将利润损失裁决列入在内。例如，合恩角之鸽号案⁵⁶¹ 和蓝宝石国际石油有限公司诉伊朗国营石油公司案⁵⁶² 的裁决。利润损失在霍茹夫工厂案中起到一定作用，常设法院裁定受害方应该根据赔偿时的损害情况而非没收时的损害情况获赔财产价值。⁵⁶³ 在利比亚美国石油公司(利美公司)诉利比亚案⁵⁶⁴ 和国际投资争端解决中心的某些仲裁中，⁵⁶⁵ 对基于合同的利润损失做出了利润损失补偿裁定。然而，裁定对利润损失的补偿实际上不如裁定对应计损失的补偿那样普遍。法庭不愿

⁵⁵⁹ 例如见阿莫科案(上文脚注 549)；斯塔雷特房产公司案(同上)；菲利普斯石油(伊朗)公司案(上文脚注 164)。关于利润损失索赔，相应青睐于以过去的业绩而不是以预测来评估索赔。例如，赔偿委员会第 9 号决定中的企业损失估价准则(上文脚注 554)称：“确定价值的方法应该注重过去的绩效，而不是注重对未来的预测和估计”(第 19 段)。

⁵⁶⁰ 例如见卜拉希米案(上文脚注 558)，第 227 页，第 159 段。

⁵⁶¹ 船舶案(见上文脚注 222)(合恩角之鸽号案)，第 63 页(1902 年)(包括对扣押一艘美国捕鲸船利润损失的赔偿)。类似结论，见迪拉果阿湾铁路案(1900 年)，Martens，同前(上文脚注 441)，第三十卷，第 329 页(1900 年)；穆尔，《历史与摘要》，第二卷，第 1865 页(1900 年)；威廉·李案(上文脚注 139)，第 3405-3407 页；以及尤伊勒·肖特里奇公司案(大不列颠诉葡萄牙)，Lapradelle & Politis，同前(同上)，第二卷，第 78 页(1861 年)。对比下列案件的裁决：加拿大案(美利坚合众国诉巴西)，穆尔，《历史与摘要》，第二卷，第 1733 页(1870 年)及拉卡泽案(见上文脚注 139)。

⁵⁶² 《国际法报告》，第 35 卷，第 136 页，详见第 187 和第 189 页(1963 年)。

⁵⁶³ 霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)，第 47-48 页和第 53 页。

⁵⁶⁴ 利比亚美国石油公司(利美公司)案(见上文脚注 508)，第 140 页。

⁵⁶⁵ 例如见美国仪表公司亚洲公司等诉印度尼西亚共和国案，第一次仲裁(1984 年)；撤销(1986 年)；重新提交案(1990 年)，《解决投资争端国际中心报告》(剑桥，格劳秀斯，1993 年)，第 1 卷，第 377 页；阿吉普公司诉刚果人民共和国政府案，同上，第 306 页(1979 年)。

意对本身带有推测成分的索赔提供补偿。⁵⁶⁶ 与有形资产相比，利润(以及按收入计算的无形资产)较容易受商业和政治风险的影响，而且越是对将来进行预测越是如此。在已裁决的未来利润损失案中，预期收入流已具有足够的属性，可以被认为是受到法律保护且有足够受到补偿的一种利益。⁵⁶⁷ 这通常是通过合同安排或者在某些情况下有可靠的交易历史而实现的。⁵⁶⁸

(28) 利润损失可以明确区分为三种类型：第一，在使用权暂时丧失但所有权未受干涉期间，产生收入的财产的利润损失；第二，在所有权被剥夺之日至裁决之日，产生收入财产的利润损失；⁵⁶⁹ 第三，在做出裁决之日后所裁决的预期利润的未来利润损失。⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ 根据舒弗耳德案(见上文脚注 87)的仲裁员，“损失的利益一定是合同的直接成果，不得过于遥远，过于推测。”(第 1099 页)。另见美国仪表公司亚洲公司等案(上文脚注 565)，其中说，“非投机性利润”是可以回收的(第 612 页，第 178 段)。赔偿委员会也强调要求索赔人提供“明确和确凿证据说明企业在营业中或预期可以盈利。”(见《专员小组就第一批“E3”索赔提出的报告和建议》，1998 年 12 月 17 日(S/AC.26/1998/13)，第 147 段)。在评估建筑合同的利润损失索赔时，专员小组一般要求索赔人的计算考虑固有的风险(同上，第 157 段，《专员小组就第四批“E3”索赔提出的报告和建议》，1999 年 9 月 30 日(S/AC.26/1999/14)，第 126 段)。

⁵⁶⁷ 在审议未来利润索赔时，处理第四批“E3”索赔的索赔委员会专员小组表示，这些索赔要取得获赔建议，“必须以足够的书面或其他适当证据证明具有成功(赢得)经营的历史，证明存在做出保证假定今后会有赢利合同这一结论的充分可靠的势态”(S/AC.26/1999/14)，第 140 段(见上文脚注 566)。

⁵⁶⁸ 怀特曼指出，“要想使预期利润得到允许，它就不能太过推测、太偶然、太不确定等等。必须有证据表明它们已被合理预计到的；而且预计到的利润是很可能的，而不仅仅是有可能。”(《国际法上的损害赔偿》(哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1943 年)，第三卷，第 1837 年)。

⁵⁶⁹ 最经常涉及的是剥夺财产，而不是非法中止合同或优惠。如果裁决为恢复原状，那么对利润损失的裁决就类似于暂时剥夺财产。如果像霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)和挪威船主求偿案(上文脚注 87)中那样没有裁决为恢复原状，那么到作为替代恢复原状的补偿得到之时可以裁定利润损失。

⁵⁷⁰ 正如在美国仪表公司亚洲公司等诉印度尼西亚共和国，第一次仲裁；撤销，重新提交案(见上文脚注 565)所述，对未来利润损失的裁决是根据受合同保护的收入流而不是根据没收的创收财产确定的。在《赔偿委员会就第二批“E2”索赔提出的报告和建议》中，专员小组在讨论利润减少时裁定，由于生意滑坡造成的损失可以得到补偿，尽管有形资产并没有受到影响，而且在相关阶段生意仍然在运作(S/AC.26/1999/6，第 76 段)。

(29) 第一类涉及因使用权暂时丧失但仍享有产生收入财产所有权期间利润损失的索赔。⁵⁷¹ 在这些情况下, 所有权未受干预, 因此在有关期间获赔损失是指索赔者在所有权未遭侵犯时理应得到的收入。

(30) 第二类索赔涉及非法占取产生收入的财产。在这类情况下, 对直至裁决之时的利润损失裁决给予赔偿。在霍茹夫工厂案中,⁵⁷² 利润损失的形式是再投资的收入, 代表着占取到裁定这一期间的利润。在挪威船主要求赔偿案中,⁵⁷³ 对裁定之日以后时期的利润损失裁决不予赔偿。产生收入财产的资本价值通过补偿机制一旦得到恢复, 以补偿形式支付的资金可以再次投资, 以重新建立收入流。尽管此种案件中利润损失赔偿裁决的理由没有十分明确地说出, 但可能等于承认索赔人在可能恢复原状转化为赔偿金之前对财产有权获得连续性收益。⁵⁷⁴

(31) 第三类利润损失索赔是在特许权和其他受合同保护利益的情况下发生的。在这类案件中, 未来收入损失有时获得赔偿裁决。⁵⁷⁵ 涉及合同时,

⁵⁷¹ 许多早期案例涉及被扣押船只。在“蒙蒂霍号”案中, 一艘美国船舶在巴拿马被扣押, 首席仲裁员允许就船只的使用损失每天支付一定数额(见上文脚注 117)。在“贝奇号”案中, 不仅裁定对被扣押的货物价值作出赔偿, 而且还对被扣期间的滞留费即使用损失费给予补偿: 穆尔, 《国际仲裁》(纽约, 牛津大学出版社, 1933 年), 第五卷, 第 47 页, 详见第 113 页。

⁵⁷² 霍茹夫工厂案, 案情(见上文脚注 34)。

⁵⁷³ 挪威船主求偿案(见上文脚注 87)。

⁵⁷⁴ 关于赔偿委员会处理伊拉克入侵科威特后摧毁商业机构、造成利润损失索赔的方法, 见 S/AC.26/1999/4(上文脚注 557), 第 184-187 段。

⁵⁷⁵ 在有些案例中, 裁决之日后不再赔偿利润损失, 尽管原因与产生收入财产的性质无关。例如见罗伯特·梅案(美国诉危地马拉), 1900 For. Rel. 648; 怀特曼, 《国际法上的损害赔偿》第三卷(上文脚注 568), 第 1704 和第 1860 页, 其中特许权已到期。在另一些案例中, 产生不可抗力的情况致使合同义务中止: 例如见古尔德营销公司诉伊朗伊斯兰共和国国防部案, 《伊朗美国索赔法院报告书》, 第 6 卷, 第 272 页 (1984 年); 喜万年技术系统公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案, 同上, 第 8 卷, 第 298 页(1985 年)。在迪拉果阿湾铁路案(上文脚注 561)中, 在舒弗耳德案(见上文脚注 87)中, 对已终止的特许权赔偿利润损失。在蓝宝石国际石油有限公司案(见上文脚注 562), 第 136 页; 利比亚美国石油公司(利美公司)案(见上文脚注 508), 第 140 页及美国仪表公司亚洲公司等诉印度尼西亚共和国, 第一次仲裁; 撤销; 重新提交案(见上文脚注 565), 根据合同关系维持利润损失赔偿裁决。

获赔的是未来收入流, 直至对所有权的法律承认结束时为止。在有些合同中, 这是立即的, 例如当合同在国家请求下可确定时,⁵⁷⁶ 或存在中止合同的某种其他依据时, 便是如此。它也可以产生于合同条款标明的未来某个日期。

(32) 在其他情况下, 利润损失因不能被充分确定为受法律保护的利益而遭排斥。例如, 在奥斯卡·钦恩案中,⁵⁷⁷ 没有给予垄断以既得权利的地位。在亚洲农产品案中,⁵⁷⁸ 一家新成立的公司提出的利润损失索赔因缺乏明确的收入证据而被驳回。利润损失索赔也受对追索损害赔偿金的通常限制, 例如因果关系、间接性、证据要求以及会计原则, 以试图从估计数据中剔除风险成分。

(33) 如果要裁决赔偿利润损失, 那么根据第 38 条在同一期间对获利资本裁决支付利息是不恰当的, 因为资本总额不能既赚取利息又同时产出利润。主要目的是在确保充分赔偿的同时避免双重追偿。

(34) 有一点十分明确: 如果在修复损害和以其他方式减轻违约行为造成的损失时合理地支出杂费, 那么这些杂费可以得到赔偿。⁵⁷⁹ 这种费用可能涉及人员撤离或必需储存或亏本出售未交付产品等。

第 37 条 抵偿

1. 一国际不法行为的责任国有义务抵偿该行为造成的损失, 如果这种损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿。

2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或另一种合适的方式。

⁵⁷⁶ 见喜万年技术系统公司案(见上文脚注)。

⁵⁷⁷ 见上文脚注 385。

⁵⁷⁸ 见上文脚注 522。

⁵⁷⁹ 赔偿委员会已做出过杂费补偿裁决(见《就第一批“E2”索赔提出的报告和建议》(S/AC.26/1998/7), 其中对撤离和救助费用(第 133、第 153 和第 249 段)、遣返(第 228 段)、解雇费用(第 214 段)、修缮费用(第 225 段)以及减轻损失的费用(第 183 段)裁决予以补偿, 伊朗-美国索赔法庭(见通用电气公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案, 第 26 卷, 第 148 页, 详见第 165-169 页, 第 56-60 段和第 67-69 段)(1991 年)也对亏本重新出售的物品和保存费用做出了赔偿裁决。

3. 抵偿不应与损失不成比例, 而且不得采取羞辱责任国的方式。

评注

(1) 抵偿是责任国在履行其对一国际不法行为所造成的伤害作出全面赔偿的义务时势必提供的赔偿的第三种方式。它并非赔偿的标准方式, 其意思是说在许多情况下, 由一国国际不法行为造成的损害可通过恢复原状和(或)补偿加以充分补救。

“在[损害]无法以恢复原状或补偿予以弥补时”这一句话, 强调了抵偿补救的例外性质及其与充分赔偿原则的关系。只有在上述两种方式没有提供充分赔偿的情况下才需要抵偿。

(2) 第 37 条分为 3 款, 每款涉及抵偿的一个单独方面。第 1 款涉及的是抵偿的法律性质和可作出抵偿的损害类型。第 2 款以非穷尽方式描述了一部分抵偿的方式。第 3 款注意到以往曾发生过有时要求不合理的抵偿方式的情况, 故而对作出抵偿的义务加以限定。

(3) 根据第 31 条第 2 款, 责任国有义务作出充分赔偿的损害包括“一国国际不法行为造成的任何损害, 无论是物质损害还是精神损害”。国际不法行为造成的物质和精神损害, 通常在经济上是可评估的, 因此可以补偿补救涵盖。而抵偿是对那些经济上无法评估, 相当于冒犯他国的伤害做出的一种补救。这类损害常常具有一种象征性质, 起源于违反义务, 与对有关国家的物质后果无关。

(4) 国际法早已确立了对这种损害即有时称之为“非物质损害”⁵⁸⁰ 的抵偿补救。例如, 法庭在“彩虹勇士号”案仲裁中指出:

各国及国际法院和国际法庭对于违反国际义务采用抵偿作为一种补救或赔偿方式(从广义上说)已属于一种长期的既定实践。这一实践尤其涉及直接给国家造成了精神或法律损害的情况, 它尤其与涉及国际责任的对个人的损害不同。⁵⁸¹

⁵⁸⁰ 见 C. Dominicé, “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État”, in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation; Recueil d'études* (巴黎, 法国大学出版社, 1997 年) 第 349 页, 详见第 354 页。

⁵⁸¹ “彩虹勇士号”案(见上文脚注 46), 第 272-273 页, 第 122 段。

国家实践还提供了许多示例, 说明在一国国际不法行为给另一国造成非物质损害的情况下要求抵偿的情况。这类例子包括侮辱国家象征, 例如国旗,⁵⁸² 侵犯主权或领土完整,⁵⁸³ 对船只和飞机作出攻击,⁵⁸⁴ 虐待或蓄意攻击国家元首或政府首脑或外交和领事代表或其他受保护的人士⁵⁸⁵ 以及侵犯使领馆馆邸或使团人员的住所。⁵⁸⁶

(5) 第 37 条第 2 款规定, 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或另一种恰当的方式。该条所列举的抵偿的形式只不过是几个示例。抵偿的恰当方式取决于所处的情况, 因此无法事先规定。⁵⁸⁷ 存在许多可能性, 其中包括对造

⁵⁸² 例子包括马吉案(怀特曼, 《国际法上的损害赔偿》, 第一卷(见上文脚注 347(1874 年), 第 64 页), 小军舰案(*La prassi italiana di diritto internazionale*, 第 2 辑(见上文脚注 498), 第三卷, 第 2564 号(1863 年))和 1920 年在柏林因侮辱法国国旗引发的案件(C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (纽约, 纽约大学出版社, 1928 年), 第 186-187 页)。

⁵⁸³ 如“彩虹勇士号”案仲裁中发生的情况(见上文脚注 46)。

⁵⁸⁴ 示例包括 1961 年在地中海国际水域法国战斗机对载有勃列日涅夫主席的苏联飞机的攻击(《公法概览》, 第 65 卷(1961 年), 第 603 页)和 1980 年一架古巴飞机击沉了一艘巴哈马轮船(同上, 第 84 卷(1980 年), 第 1078-1079 页)。

⁵⁸⁵ 见 F. Przetacznik, “La responsabilité internationale de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat”, 《公法概览》, 第 78 卷 (1974 年), 第 917 页, 详见第 951 页。

⁵⁸⁶ 示例包括 1851 年新奥尔良游行示威者对西班牙领馆的袭击(穆尔, 《文摘》, 第六卷, 第 811 页, 详见第 812 页), 和 1888 年两名埃及警察试图闯入意大利驻亚历山大领馆馆邸而未遂的事件(《意大利国际法实践》, 第 2 辑(见上文脚注 498), 第三卷, 第 2558 号)。另见 1961 年在贝尔格莱德法国大使馆门前发生的示威游行之后作出的道歉和表达的遗憾(《公法概览》, 第 65 卷(1961 年), 第 610 页), 以及 1964 年开罗美国新闻处图书馆发生的火灾(同上, 第 69 卷(1965 年), 第 130-131 页)和 1965 年卡拉奇美国新闻处图书馆发生的火灾(同上, 第 70 卷(1966 年), 第 165-166 页)。

⁵⁸⁷ 在“彩虹勇士号”案仲裁中, 法庭虽然驳回了新西兰提出的恢复原状和(或)中止要求并拒绝予以补偿, 但以抵偿的方式做出了各种宣布, 此外建议“协助[各方]结束目前的不愉快事件”。具体而言, 法庭建议法国捐款 200 万美元, 设立一项基金, 以“促进两国公民之间的密切和友好关系”。见(见上文脚注 46), 第 274 页, 第 126-127 段。另见 L. Migliorino, “Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du Rainbow Warrior”, 《公法概览》, 第 96 卷(1992 年), 第 61 页。

成伤害或损害事件的原因进行应有的调查,⁵⁸⁸ 为受益人设立管理补偿付款的信托基金, 对其行为造成国际不法行为的个人采取纪律或刑事行动,⁵⁸⁹ 或对非金钱损害作出象征性的损害赔偿。⁵⁹⁰ 在有关中止范围内的条款中所述及的不再重复的承诺和保证, 也等于一种抵偿方式。⁵⁹¹ 第 2 款并未力图举出所有可能, 但也无意排除各种可能。此外, 第 2 款中抵偿方式的排序也无意体现任何层级或厚此薄彼。第 2 款只是给出示例, 未按照恰当性或严重性排序。如果存在某种恰当方式, 应当按照个案的具体情况来决定。

(6) 在对一国所受精神或非物质损害案件提供的最常见抵偿方式之一, 是由主管法院或法庭宣布该行为违法。国际法院在科孚海峡案中确认声明性救济作为抵偿的一种方式在对一国的非物质损害案中是有用的。法院在此案认定英国海军在爆炸之后进行的扫雷作业(“零售行动”)属于非法, 并指出:

为确保遵守国际法, 本法庭作为国际法的一个机关宣布英国海军的行动构成对阿尔巴尼亚主权的侵犯。这一声明系根据阿尔巴尼亚领事的请求做出的, 其本身属于一种恰当的抵偿。⁵⁹²

此后的许多案例都沿循了这一做法。⁵⁹³ 然而, 虽然在特定案件中可将主管法院或法庭做出的声明作为一种抵偿方式对待, 但这类声明与抵偿救济没有内在联系。任何对于争端有管辖权的法院或

法庭, 均有权判定所审行为合法与否, 并就调查结果作出声明, 以此作为案件裁定程序的一部分。这种声明可能是关于任何赔偿方式裁决的前奏, 也可能是所寻求的唯一救济。法庭在科孚海峡案中所做, 就是用声明作为一种抵偿方式, 因为阿尔巴尼亚没要求其他方式的救济。而且, 这种声明还有其他好处: 它应当明确并能自圆其说, 按照定义不能超出第 37 条第 3 款所述抵偿的范围或限度。第 2 款之所以没有将司法声明列入, 只是因为这一声明必须出自对争端具有管辖权的主管第三方, 而条款无意具体述及第三方或涉足司法管辖权问题。相反, 第 37 条明文责任国承认不法行为是一种抵偿方式。

(7) 道歉是抵偿的另一种常见方式, 可由适当的官员甚至是国家元首口头或书面作出。在“孤独号”轮船案、⁵⁹⁴ 凯利特案⁵⁹⁵ 和“彩虹勇士号”案⁵⁹⁶ 等案件中, 要求当事方表示遗憾或作出道歉, 而在领事关系案⁵⁹⁷ 和拉格朗案⁵⁹⁸ 等案件中, 责任国作出了上述表示。要求道歉和作出道歉是外交实践中的一个常见特征, 在理所固然的情况下, 提供及时道歉可大大地协助解决争端。在其他情况下, 可能不需要道歉, 例如以特准方式解决的案件, 或者道歉是不够的。在拉格朗案中, 法院认为“在本案中道歉是不够的, 因为正像其他类似案件一样, 其中并未遵照《维也纳公约》第三十六条第 1 款及时告之外籍人士所享有的权利而将其长期拘留或判处严重刑罚”。⁵⁹⁹

(8) 以往以“抵偿”为掩护提出的过分要求⁶⁰⁰ 表

⁵⁸⁸ 例如美国海军对造成美国潜艇和一艘日本渔船“爱媛丸号”在檀香山水域相撞的原因作出调查:《纽约时报》, 2001 年 2 月 8 日, 第 1 部分, 第 1 页。

⁵⁸⁹ 在下述两案中, 请求对有罪个人采取行动: 伯纳多特伯爵 1948 年在巴勒斯坦受命为联合国服务时被害案(怀特曼,《国际法文摘》, 第 8 卷, 第 742-743 页)和两名美国官员在德黑兰被害案(《公法概览》, 第 80 卷(1976 年), 第 257 页)。

⁵⁹⁰ 例如见“孤独号”轮船案,《国际仲裁裁决汇编》, 第三卷(出售品编号: 1949.V.2), 第 1609 页(1935 年);“彩虹勇士号”案(上文脚注 46)。

⁵⁹¹ 见第 30 条评注第(11)段。

⁵⁹² 科孚海峡案, 案情(见上文脚注 35), 第 35 页, 执行部分加以重申(第 36 页)。

⁵⁹³ 例如“彩虹勇士号”案(见上文脚注 46), 第 273 页, 第 123 段。

⁵⁹⁴ 见上文脚注 590。

⁵⁹⁵ 穆尔,《文摘》, 第五卷, 第 43 页(1897 年)。

⁵⁹⁶ 见上文脚注 46。

⁵⁹⁷ 《维也纳领事关系公约》案(巴拉圭诉美利坚合众国), 临时措施, 1998 年 4 月 9 日的命令,《1998 年国际法院汇编》, 第 248 页。关于美国的道歉内容, 见美国国务院在巴拉圭亚松森发布的声明内容; 发言人詹姆斯·鲁本 1998 年 11 月 4 日的新闻发言稿。关于 1998 年 11 月 4 日不再继续诉讼的命令, 见《1998 年国际法院汇编》, 第 426 页。

⁵⁹⁸ 见上文脚注 119。

⁵⁹⁹ 拉格朗案, 案情(同上), 第 123 段。

⁶⁰⁰ 例如, 1900 年发生义和团运动之后提交给中国政府的联合照会和 1923 年泰利尼事件之后使节会议对希腊提出的要求: 见 C. Eagleton, 同前(上文脚注 582), 第 187-188 页。

明，需要对以抵偿方式寻求的措施施加某些限制，从而防止违反各国平等原则的滥用行为。⁶⁰¹尤其是，抵偿本义并不具备惩罚性质，它也不包括惩罚性赔偿。第37条第3款确立了两项标准，对作出抵偿的义务施加了限制：第一，抵偿与损害成比例；第二，要求抵偿不得采取羞辱责任国的方式。的确，“羞辱”一词欠精确，但历史上确实存在提出这种要求的示例。

第38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. 利息应从支付本金金额之日起算，至履行了支付义务之日为止。

评注

(1) 利息不是一种自动的赔偿方式，在每一案例中亦非属于补偿的必要部分。鉴于此种原因，第38条中采用了“本金金额”一词而非“补偿”一词。然而，在某些情况下需要对利息作出裁定以便对一国际不法行为造成的损害作出充分赔偿，而它通常是赔偿索赔和法庭裁决中单独处理的一项。

(2) 作为一项一般原则，受损害国有权对体现其损失的本金金额的利息提出要求，但数额应在有关索赔的解决或判决或裁决之日以前确定，而且以确保充分赔偿而必需为限。⁶⁰²国际法学界支持一项一般规则，即把利息裁决作为充分赔偿的一个方面。⁶⁰³在“温布尔登号”轮船案中，常设法

院裁定由做出判决之日起偿付简单利息6%，其依据是利息只应“从确定本金金额和确定赔偿义务之时起”予以支付。⁶⁰⁴

(3) 利息裁定问题时常出现在其他法庭，案例包括基本索赔涉及对私人当事方的损害和对国家本身的损害。⁶⁰⁵伊朗美国索赔法庭的经验值得借鉴。在伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案(案例A-19)中，法庭裁断，其处理索赔的一般管辖权包括裁定利息的权力，但它拒绝为利息裁决规定统一的标准，理由是利息裁定属于每一分庭的管辖权，并且涉及“在裁决每一具体案件时行使的酌处权”。⁶⁰⁶关于原则问题，法庭指出：

利息索赔属于提出的赔偿索赔的一部分，它并不构成需要独立司法批准的一项单独行动的原因。《理赔声明》第5条要求本法庭“以法律为依据”对索赔作出裁决。法院在做出裁决时，通常将利息索赔作为其有责任裁决的“索赔”的一个有机组成部分。本法庭注意到各分庭一贯将利息裁定为“对因延迟付款而蒙受的损害的赔偿”……的确，虽然仲裁协定中未明确提及利息，但仲裁法庭习惯将利息裁决作为损害赔偿裁决的一部分。鉴于利息裁定属于法庭对索赔作出裁决的职权中所固有的权利，排除这种权利只能由《理赔声明》的一项明示条款作出规定。不存在这种条款。因此，法庭得出结论，裁定利息显然属于其对所受损害做出赔偿裁决的权力范围。⁶⁰⁷

对于政府之间的索赔，法庭裁定的利息率不同而且较低。⁶⁰⁸法庭在某些案件中未做出利息裁定，例如在其认为一次性仲裁赔款已体现了充分赔偿

⁶⁰⁴ 见上文脚注34。法院考虑到“世界目前的财政状况和……公共贷款的现状”，认为法国提出的6%的利率要求公平合理。

⁶⁰⁵ 在“赛加羚羊号”轮船案(见上文脚注515)中，海洋法法庭按照不同的利率对不同类别的损失做出了利息裁定(第173段)。

⁶⁰⁶ 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案，《伊朗美国索赔法院报告书》，第16卷，第285页，详见第290页(1987年)。Aldrich, 同前(见上文脚注357)，第475-476页，指出，三个分庭的做法并不完全一致。

⁶⁰⁷ 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案(见上文脚注606)，第289-290页。

⁶⁰⁸ 见C.N. Brower & J.D. Brueschke, 同前(上文脚注520)，第626-627页，涉及有关案件。采纳的利息率为10%，而商业索赔的利息率为12%。

⁶⁰¹ 早期的法学作家都强调了防止滥用抵偿的必要性，例如J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 第3版(诺德林根，贝克出版社，1878年)；C. Lardy 译为法文：《国际法编纂》，第5修订版(巴黎，费利克斯·阿尔康出版社，1895年)，第268-269页。

⁶⁰² 因此凡按现行价值做出的损失评估自裁决之日起无需交付利息。见灯塔案仲裁(上文脚注182)，第252-253页。

⁶⁰³ 例如见下面两案中的利息裁决：伊利诺伊中央铁路公司(美国)诉墨西哥合众国案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第134页(1926年)；卢卡斯案，《国际法报告》，第30卷，第220页(1966年)；另见美德混合索赔委员会做出的第三号行政决定，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷(出售品编号：1956.V.5)，第66页(1923年)。

的情况或在其他有关的情况下。⁶⁰⁹

(4) 联合国赔偿委员会理事会第 16 号决定涉及到利息问题。理事会规定：

1. 利息的裁定将从所受损失之日起至付款之日止计算，利率应足以赔偿成功的索赔人因未能使用判决的本金所受的损失。

2. 理事会将在适当时候审议利息的计算和支付方式。

3. 利息将在本金判决后支付。⁶¹⁰

这项规定既包含了原则上赞同必要时裁定利息以赔偿索赔人的决定，也要求应用该原则应当灵活。不过，利息作为赔偿的一种形式，被视为次要内容，从属于索赔的本金。

(5) 各人权法院和法庭也设想了利息裁定，尽管这类机构的赔偿做法较为谨慎，而且索赔几乎一向未得到偿付。这样做在于保护长时间内以分期付款方式支付的损害仲裁赔偿的价值。⁶¹¹

(6) 在其最近的实践中，国家赔偿委员会和法庭通常在评估赔偿时也受理利息问题。然而，在某些部分一次性总付清算中，索赔均明确限定为本金损失的数额，理由是由于要分配的资金有限，本金索赔应优先。⁶¹² 一些国家法院的裁决也根据国际法处理了利息问题，⁶¹³ 尽管利息问题常常是作为诉讼地法的一部分处理的。

⁶⁰⁹ 见第三分庭对以下案件的详细分析：麦科洛公司诉邮政、电报和电话部等案，《伊朗美国索赔法院报告书》，第 11 卷，第 3 页，详见第 26-31 页(1986 年)。

⁶¹⁰ 利息裁定，1993 年 1 月 4 日第 16 号决定(S/AC.26/1992/16)。

⁶¹¹ 例如见贝拉斯克斯·罗德里格斯案，即补偿性损害赔偿金案(上文脚注 516)，第 57 段。另见帕帕米哈洛普洛斯案(上文脚注 515)，第 39 段，其中只对裁定的金钱损失支付利息。又见 D.Shelton，同前(上文脚注 521)，第 270-272 页。

⁶¹² 例如见外国赔偿(中华人民共和国)令，第 2201 号(1987 年)法定文书(伦敦，皇家印务局)，第 10 段，使联合王国与中国之间的一项理赔协定生效(上文脚注 551)。

⁶¹³ 例如见麦克森公司诉伊朗伊斯兰共和国案，美国哥伦比亚特区法院，116 F. Supp. 2d 13 (2000 年)。

(7) 虽然国际裁决和实践正朝着作为充分赔偿的一部分赔偿利息的方向发展，但受害国并非自动获得偿付利息的权利。利息的裁定取决于每起案件的情况；尤其取决于裁定利息是否是确保充分赔偿所必需。这一做法与各种法系以及国际法庭的实践相一致。

(8) 利息问题的一个方面就是可能裁定复合利息。法院和法庭的一般看法是反对裁定复合利息，即便是认为索赔人通常有权获得利息赔偿的法庭也是如此。例如，伊美索赔法庭一贯驳回对复合利息的索赔，其中包括索赔人应与索赔有关的负债而蒙受交纳复合利息费用所蒙受损失的案情。在雷诺兹烟草公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案中，法庭没有裁定：

任何有别于通常不作复合利息裁定的国际先例的特殊原因。正如一名权威人士所述，“在国际法损害赔偿问题的范围内，没有什么规则的解决能够超过不批准复合利息的规则了”……即便是“所有数额”可推定为包括利息进而允许复合利息的话，由于措辞的模糊性，本法庭按照所述国际规则对这一条作出解释，因而排除复合利息。⁶¹⁴

与这一做法相一致，法庭未按照似乎对复合利息作出规定的合同条款行事，为的是防止索赔人赚取的利润“与可能的损失完全不成比例，而这种损失可能因本应由其支配而未到位的数额造成”。⁶¹⁵ 因此主流法学权威继续支持仲裁人休伯在摩洛哥西班牙保护地的英国索赔案中表达的观点：

涉及赔偿一国对另一国损害——由一国国民在另一国领土上所遭受的损害——的仲裁案例法……一致拒绝复合利息。在这种情况下，需要有极强有力和非常具体的论据才能准许这种利息。⁶¹⁶

⁶¹⁴ 《伊朗美国索赔法院报告书》，第 7 卷，第 181 页，详见第 191-192 页(1984 年)，引述了怀特曼，《国际法上的损害赔偿》，第三卷(见上文脚注 568)，第 1997 页。

⁶¹⁵ 阿那康德(伊朗)有限公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案，《伊朗美国索赔法院报告书》，第 13 卷，第 199 页，详见第 235 页(1986 年)。另见 Aldrich，同前(上文脚注 357)，第 477-478 页。

⁶¹⁶ 摩洛哥西班牙保护地的英国索赔案(见上文脚注 44)，第 650 页。参见美国独立石油公司案仲裁(上文脚注 496)，其中裁定的利息，在一段时间内为复合利息而未说明理由。它占最终裁定赔偿额的一半以上(第 613 页，第 178 (5)段)。

对于国与国之间索赔的复合利息也是一样。

(9) 然而一些法学作者主张对这项原则重新审议,理由是“受损害方应得的复合利息应作为可追索的损害项处理”。⁶¹⁷ 这一观点在某些案件中也得到仲裁法庭的支持。⁶¹⁸ 但就国际法目前的状况看,在缺乏证明部分复合要素作为充分赔偿的一个方面属于合情合理的特殊情况下,无法说受害国有权得到复合利息。

(10) 实际计算应以赔偿支付的本金金额的利息造成了一系列复杂问题,会涉及起始日(违约日、⁶¹⁹ 应付款日、索赔日或要求日)、终止日(清偿协定日或裁定日、实际支付日)以及适用利率(被告国现行利率、原告国现行利率、国际拆借利率)。对于应付利息额的量化和评估问题国际上没有统一做法。⁶²⁰ 在实践中,每一案件的具体情况和当事方的行为均严重影响到结果。在伊美索赔法庭就这类事宜发表的意见中有一种睿智的看法,即如果当事方不能解决,必须“赋予[单独法庭]在裁决每一具体案情时……行使酌处权”。⁶²¹ 另一方面,目前实际做法不明朗的状态又使得对利息的计算作

出一项一般规定十分有用。因此,第 38 条指明,利息应从支付本金之日起计算,直至履行了该项义务之日为止。确定利率和计算方式,目的在于充分的赔偿因国际不法行为而蒙受的损害。

(11) 如在赔偿不法行为造成的损害时已经列入了利润损失的索赔额,尚若受损害国因此获得双重赔偿,则裁定利息即为不妥。从概念上说本金不可能在赚取利息的同时又赚取利润。但本已经获得的但扣住不给原主的利润是可以赚取利息的。

(12) 第 38 条并未涉及判决后或延期偿付的利息。第 38 条只涉及构成法院或法庭应当裁定的金额的利息,即补偿性利息。法院或法庭裁定判决后利息的权力是一项程序事宜。

第 39 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。

评注

(1) 第 39 条处理的情况是一国国际不法行为造成的损害,根据第 1 和第 28 条,该国对这一损害负责,但受损害国或这一不法行为受害的个人由于某种故意或疏忽行为或不行为而实质上促成了这一损害。它着眼于在国内法律制度中所指的“被害人本身的过失”、“相对过失”、“受害者的过失”等。⁶²²

(2) 第 39 条承认,在评估赔偿的方式和程度时,应当考虑受害国或寻求赔偿所涉任何个人或实体的行为。这完全与应当充分赔偿只因国际不法行为,而非别的引起的损害这项原则相一致。它还同责任国与不法行为受害者之间应当公平这一点相一致。

(3) 在拉格朗案中,国际法院承认求偿国的行为对确定赔偿的方式和数额很重要。在此案中,德国在断言发生了不法行为和提出诉讼时出现了延误。法院指出,“德国提出诉讼的方式和提出

⁶¹⁷ F.A.Mann, “Compound Interest as an Item of Damage in International Law”, 《关于国际法的进一步研究》(牛津,克拉伦登出版社,1990年),第377页,详见第383页。

⁶¹⁸ 例如见圣埃伦娜开发公司诉哥斯达黎加共和国案,ARB/96/1号案,《解决投资争端国际中心报告》(剑桥,格劳秀斯,2002年),第5卷,最终裁决(2000年2月1日),第103-105段。

⁶¹⁹ 采用违约日作为计算利息支付期的起始日是有问题的,因为可能难以确定该日期,而且许多法系要求索赔人在利息起算之前提出支付要求。在俄国赔偿金案(见上文脚注354)第442页中正式提出的要求日被作为相关的日期,这是由欧洲法系的一般性立场推导出来的。无论如何,在确定是否理赔利息时,是否及时提出支付索赔是十分有关的。

⁶²⁰ 例如见 J.Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (海牙,克鲁维尔出版社,1998年),第13页。应当指出,一些伊斯兰国家受伊斯兰法的影响,在其本国法律甚至在宪法中禁止支付利息。然而,在商业和国际背景中,它们定出了替代利息的其他方法。例如,《伊朗宪法》第43和第49条禁止支付利息,但监护委员会裁断,这一禁令不适用于“外国政府、机构、公司和个人,它们按照它们自己所信仰的原则,并不认为[利息]属于被禁止之列”(同上,第38-40页,及参考资料)。

⁶²¹ 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案(A19号案)(见上文脚注606)。

⁶²² 见 C.von Bar, 同前(上文脚注315),第517-540页。

的时间应受到批评”，还说，“倘若德国提出的申诉包含一项索赔要求”，法院将把上述因素和其他因素一道加以考虑。⁶²³

(4) 受害国促成损害，在确定恰当赔偿方面很重要，这已得到法律文献⁶²⁴ 和国家实践的广泛承认。⁶²⁵ 虽然受害国促成损害的问题时常在补偿情况下出现，但这项原则与其他赔偿方式也有关系。例如，如果一艘国有船只被另一国非法扣留并在扣留期内因船长的疏忽而受到损害，责任国可能只需归还受损船只即可。

(5) 就这一点而言，并非促成所受损害的每一行为或不行为都有关。相反，第 39 条只要求将那些可认为属于故意或疏忽的行为或不行为加以考虑，即不法行为的受害者对其本人的财产或权利明显缺乏应有的注意。⁶²⁶ 虽然对疏忽性行为或不行为的概念未加以定性，例如疏忽应当达到“严重”或“重大”程度这一要求，但任何疏忽与赔偿的关系取决于它所促成损害的程度以及案件的其他情况。⁶²⁷ “应考虑到”等字眼表示该条处理的是在相应案件中可能影响到索赔方式或减少赔偿额的因素。

⁶²³ 拉格朗案，判决(上文脚注 119)，详见第 487 页，第 57 段和第 508 页，第 116 段。关于延误在丧失援引责任的权利方面的意义，见第 45 条(b)项和评注。

⁶²⁴ 例如见 B. Graefrath, “Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages”(上文脚注 454); B. Bollecker-Stern, 同前(上文脚注 454)，第 265-300 页。

⁶²⁵ 在迪拉果阿湾铁路案(见上文脚注 561)中，仲裁人指出：“所有能够引证对租赁公司不利而对葡萄牙政府有利的情况，均减少了后者的责任并证明有理由……减少赔偿。”在“温布尔登号”轮船案(见上文脚注 34)中，第 31 页产生了这样一个问题：在选择其他航道之前应通过基尔海峡但遭到拒绝从而在基尔停靠了一段时间的船只，是否促成了所受到的损害。尽管常设国际法院虽裁断船长在当时条件下属于合理行事，却暗暗承认船长的行为可能影响赔偿额。关于其他示例，见格雷，同前(上文脚注 432)，第 23 页。

⁶²⁶ 该名词语取自《外空物体所造成损害之国际责任公约》第六条第 1 款。

⁶²⁷ 有可能设想这种情况：有关损害安全归于受害者的行为而与“责任”国毫不相干。这种情况是由第 31 条所提关于近因的一般要求所涵盖的而不是由第 39 条所涵盖的。关于减少损害的问题，见第 31 条评注第(11)段。

(6) 促成损害的故意或疏忽性行为或不行为可能是受损害国或“寻求赔偿所涉任何人或实体”的行为。这一句的目的在于不仅包含国家在外交保护领域代表其国民索赔的情况，而且还包含在主要影响到第三方的行为方面，一国援引另一国的责任的情况。根据第 42 和第 48 条，出现这种情况时可能产生若干不同的情景。基本想法是，就有利于另一国的赔偿而言，谋求赔偿的国家所处的地位不应当优于寻求赔偿所涉个人或实体单独提出索赔时所处的地位。

第三章

严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务

评注

(1) 第二部分第三章题为：“严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务”。该章阐明了违反国际法的一些特殊类型行为情况引起的某些后果，提出了两项确定标准：第一，它们涉及违背依一般国际法强制性规范承担的义务；第二，有关违反行为考虑到其规模或性质，本身是严重的。第三章包括两条，第一条界定了本章的适用范围(第 40 条)，第二条规定了属于本章范围的违反行为引起的法律后果(第 41 条)。

(2) 对于是否应承认违反国际法的不同行为之间存在质的区别，曾有过重要争论。⁶²⁸ 国际法院在巴塞罗那电车公司案中强调了这个问题，讲到：

在国家对整个国际社会所负义务与对他国所负外交保护义务之间，应作基本区分。从性质上讲，前一项义务是所有国家都关切的。由于所牵涉权利的重要性，可认定所有国家在保护这些权利上具有合法利益；这是一种普遍义务。⁶²⁹

在这里，国际法院对比了受害国在外交保护上所

⁶²⁸ 完备的参考文献，见 M. Spinedi, “Crimes of States: bibliography”, *International Crimes of State*, J. H. H. Weiler, A. Cassese 和 M. Spinedi (编辑)(柏林，德古意特出版社，1989 年)，第 339-353 页；以及 N. H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes* (牛津，牛津大学出版社，2000 年) 第 299-314 页。

⁶²⁹ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 25)，第 32 页，第 33 段。见 M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (牛津，克拉伦登出版社，1997 年)。

处的立场与所有国家在违背对整个国际社会的义务上所处的立场。虽然在该案中不存在那种义务，但法院的声明明确表示，对国家责任而言，某些义务是对整个国际社会的，“由于所涉权利的重要性”，因此所有国家在这些权利的保护上均有重要的法律意义。

(3) 国际法院后来多次利用机会，重申了对整个国际社会承担义务的概念，尽管在适用上十分谨慎。在东帝汶案中，法院说：“葡萄牙认为从《宪章》和联合国实践中演化而来的人民自决权具有普遍性，这种说法无可指摘。”⁶³⁰ 在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案的初步反对意见阶段，法院表示：“《灭绝种族公约》中所载的权利和义务，是普遍的权利和义务”：⁶³¹ 这项裁定巩固了法院的结论，它对索赔的属时管辖权并不限于当事方受《公约》约束之后。

(4) 一个有密切联系的进展情况，是1969年《维也纳公约》第五十三和第六十四条承认国际法强制性规范概念。这些规定承认具有根本性质的实质性规范的存在，即使条约也不允许对它们有任何减损。⁶³²

(5) 从一开始即承认，上述进展情况会对国家责任的次级规则产生影响，需以某种方式在条款中得到反映。最初的想法是，可通过提出一类“国家的国际犯罪”来做到这一点，它与所有其他情况的国际不法行为（“国际违法行为”）截然不同。⁶³³ 但违反此类基本规范行为对国家的刑事后果，却没有任何新的发展。例如，国际法不承认即使是对严重违反强制规范义务的惩罚性赔偿裁定。根据第34条，损害赔偿的作用基本上是补偿性的。⁶³⁴ 总体而言，仍是国际军事法庭在1946年讲到的情况：“违反国际法的罪行是人而非抽

象实体所为，因此只有通过惩治犯下此类罪行的个人，才能使国际法的规定得到实施”。⁶³⁵

(6) 根据这一方针，尽管纽伦堡和东京军事法庭对一些具体的政府官员以其官方身份犯下的罪行进行了审判并定罪，但设立这两个法庭的文书都没有将德国和日本作为“罪犯”对待。⁶³⁶ 至于更近的国际实践，安全理事会设立的南斯拉夫和乌干达问题特设法庭也是基于同样方针。两个法庭都只对个人提出起诉。⁶³⁷ 在有关布拉斯基奇案携带证件到庭作证的传票的决定中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭表示：“根据目前的国际法，显而易见，国家依定义，不能作为类似于国家刑法制度规定的刑事制裁的主体”。⁶³⁸ 同样，《国际刑事法院罗马规约》确定了“对于整个国际社会关注的最严重罪行”（序言）的管辖权，但将这一管辖权限于“自然人”（第25条第（一）款），该条还明确规定，《规约》“关于个人刑事责任的任何规定，不影响国家依国际法所负的责任”（第（四）款）。⁶³⁹

(7) 因此，本条款不承认对第一部分而言国家的“罪行”与“违法行为”之间存在任何区别。一方面，条款必须反映出，在国家责任领域，一般国际法强制性规范与对整个国际社会的义务，这

⁶³⁵ 国际军事法庭(纽伦堡)，1946年10月1日的判决，转载于《美国国际法学报》(见上文脚注321)，第221页。

⁶³⁶ 尽管1945年的《伦敦章程》明确规定，可将“群体或组织”判为“罪犯”，见《国际军事法庭章程》，《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》，附件，联合国，《条约汇编》，第82卷，第251号，第279页，第9和第10条。

⁶³⁷ 分别见《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第1和第6条；以及《卢旺达问题国际法庭规约》第1和第7条(上文脚注257)。

⁶³⁸ 检察官诉布拉斯基奇案，前南斯拉夫问题国际法庭，IT-95-14-AR 108之二号案，《国际法报告》，第110卷，第688页，详见第698页，第25段(1997年)。参见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，初步反对意见(上文脚注54)，其中没有任何当事方认为程序具有刑事性。另见第12条评注第(6)段。

⁶³⁹ 另见第10条：“除为了本规约的目的以外，本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则。”

⁶³⁰ 见上文脚注54。

⁶³¹ 《防止并惩治灭绝种族罪公约》的适用案，初步反对意见(见上文脚注54)，第616页，第31段。

⁶³² 见第26条及评注。

⁶³³ 见《1976年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第95-122页，特别是第(6)-(34)段。另见第12条评注第(5)段。

⁶³⁴ 见第36条评注第(4)段。

些基本概念会引起某些后果。无论一般国际法强制性规范与对整个国际社会的义务是否一个单一基本思想的不同方面，至少在它们之间存在着相当大的重叠。国际法院所举对整个国际社会的义务的实例，⁶⁴⁰ 都涉及公认是一般国际法强制性规范产生的义务。同样，委员会在评注后来又成为1969年《维也纳公约》第五十三条的规定时所举强制性规范的实例，⁶⁴¹ 也是对整个国际社会的义务。但至少重点不同。一般国际法强制性规范强调一定数量的基本义务的范围和优先性，而对整个国际社会的义务则主要是所有国家遵守——如就本条款而言，在违反行为中有权援引任何国家的责任问题——的合法权益。根据它们重点的不同，应以两种不同的方式反应这两个概念的后果。第一，严重违背一般国际法强制性规范产生的义务，可引起更多的后果，不仅对责任国，而且也对所有其他国家。第二，所有国家都有权就违背对整个国际社会的义务行为援引责任。其中第一点是本章的问题，第二点在第48条中处理。

第40条 本章的适用

1. 本章适用于一国严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务所产生的国际责任。

2. 违背此类义务如涉及责任国严重或系统性不履行该义务，则为严重违约行为。

评注

(1) 第40条的作用，是界定本章所涉违约行为的范围。这一条确立了两项标准，以区分“严重

⁶⁴⁰ 国际法院认为，普遍义务“在当代国际法中，源于——举例而言——规定侵略行为和灭绝种族为非法，也源于有关人的基本权利的原则和规则，包括不受奴役和种族歧视”：巴塞罗那电车公司案(见上文脚注25)，详见第32页，第34段。另见东帝汶案(上文脚注54)；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(同上)；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案，初步反对意见(同上)。

⁶⁴¹ 国际法委员会以下列条约为例，它们由于与一般国际法强制性规范或强制法规则发生冲突，会违反本条规定：“(a) 意图违反《宪章》的原则非法使用武力的条约，(b) 意图采取国际法规定的任何其他犯罪行为的条约，以及(c) 意图或纵容此种行为的条约，如奴隶贸易、海盗行为或灭绝种族，要求所有国家在制止这类行为方面进行合作……其他可能的示例，还提到了侵犯人权、各国平等和自决原则的条约。”《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第248页。

违背依一般国际法强制性规范承担的义务”，和其他类型的违约行为。前者涉及所违反义务的性质，它必须源于一般国际法强制性规范。第二项限制了违约行为的强度，必须性质严重。第三章只适用于能够满足这两项标准的违反国际法的情况。

(2) 第一项标准涉及到所违反义务的性质。为了适用本章，违约行为必须涉及一般国际法强制性规范规定的义务。根据1969年《维也纳公约》第五十三条，一般国际法强制性规范是：

国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律使得更改之规律。

一般国际法强制性规范，这个概念在国际实践中、在国际和国家法院和法庭的判例和法律原则中都得到了承认。⁶⁴²

(3) 不宜在第40条本身的案文中列出强制性规范的示例，如同不宜在1969年《维也纳公约》第五十三条正文中那样做一样。第40条所指的义务来自一些实质性行为守则，这些守则禁止由于威胁到国家和人民的生存、威胁到最基本的人类价值而将被视为不可容忍的行为。

(4) 在这些禁令中，一般都同意，禁止侵略应视为强制性的。支持这一点的证据，有委员会对后来成为第五十三条的规定的评注，⁶⁴³ 各国政府在维也纳条约法会议期间所做无争议的发言，⁶⁴⁴ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动中当事双方提出的意见及法院本身在该案中的

⁶⁴² 有关确认强制性规范要求的进一步论述，见第26条评注第[5]段，其中讲到了一些判例法和法律专著。

⁶⁴³ 《1966年……年鉴》[英]，第二卷，第247-249页。

⁶⁴⁴ 维也纳会议期间，一些政府将禁止侵略和禁止非法使用武力定性为强制性：见《联合国条约法会议正式记录》第一届会议，1968年3月26日至5月24日，维也纳，《全体会议和全体委员会会议简要记录》(联合国出版物，出售品编号：E.68.V.7)，第52次会议，第3、第31和第43段；第53次会议，第4、第9、第15、第16、第35、第48、第59和第69段；第54次会议，第9、第41、第46和第55段；第55次会议，第31和第42段；以及第56次会议，第6、第20、第29和第51段。

立场。⁶⁴⁵ 委员会在第五十三条评注中列举的其他示例，似乎也得到广泛认同，即禁止奴役制和奴隶贸易、灭绝种族，禁止种族歧视和种族隔离等。这类做法在得到广泛批准的国际条约和公约中都受到禁止，不允许出现例外。在维也纳会议上，各国政府普遍同意对这些禁令具有强制性。至于禁止灭绝种族的强制性，已得到一些国家和国际法院裁决的支持。⁶⁴⁶

(5) 虽然没有在委员会对 1969 年《维也纳公约》第五十三条的评注中具体列出，其他一些规范的强制性似乎也已得到普遍接受。这适用于《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 1 条规定的酷刑禁令。这项禁令的强制性，已得到各种国际和国家机构决定的确认。⁶⁴⁷ 鉴于国际法院将适用于武装冲突的国际人道主义法基本规则称之为具有“不可侵犯”性，因此似乎也有理由将那些规则作为强制性处理。⁶⁴⁸ 最后，还应提到尊重自决权的义务。如国际法院在东帝汶案中所指出的：“自决权利原则……是当代国际法中的一项基本原则”，从而产生了对整个国际社会的、允许和尊重这项原则行使的义务。⁶⁴⁹

(6) 应强调指出，上面所举的示例并不是完全的。而且，1969 年《维也纳公约》第六十四条考

⁶⁴⁵ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 36)，第 100-101 页，第 190 段；另见治安法官纳吉德拉·辛格(院长)的个别意见，第 153 页。

⁶⁴⁶ 例如见国际法院《防止及惩治种族灭绝罪公约》的适用案，临时措施(上文脚注 412)，第 439-440 页；反诉案(上文脚注 413)，第 243 页；耶路撒冷区法院以色列政府检察长诉阿道夫·艾希曼案，《国际法报告》，第 36 卷，第 5 页(1961 年)。

⁶⁴⁷ 参见美国第九巡回上诉法庭，西代曼·德布莱克等诉阿根廷共和国等案，《国际法报告》，第 103 卷，第 455 页，详见第 471 页(1992 年)；联合国上诉法院阿德萨尼诉科威特等案，《国际法报告》，第 107 卷，第 536 页，详见第 540-541 页(1996 年)；联合国参议院皮诺切特案(上文脚注 415)，第 841 和第 881 页。参见美国第二巡回上诉法庭菲拉尔蒂加诉培尼亚-伊拉拉案，《国际法报告》，第 77 卷，第 169 页，详见第 177-179 页(1980 年)。

⁶⁴⁸ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注 54)，第 257 页，第 79 段。

⁶⁴⁹ 东帝汶案(同上)。见《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，大会第 2625(XXV)号决议，附件，第五项原则。

虑到，如第五十三条所言，一般国际法的强制性规范，随着整个国际社会的接受和承认，还会有新的强制性规范出现。因此，此处所举的示例并不损害能够满足第五十三条下强制性规范标准的现有和正在制订中的国际法规则。

(7) 满足强制性条件的规范，数量相对较小，除其范围有限之外，对本章而言，第 40 条还施加了另一项限制，即违约行为本身当是“严重的”。第 2 款对“严重”违约行为的定义是，涉及“责任国严重或有系统性地不履行该义务”的行为。

“严重”一词，意味着违反情节必须达到一定程度，以便不会使违约行为显得无足轻重，但也无意表明，任何违反这类义务的情形都不算严重，或在某些方面可以原谅。可以设想违背强制性规范存在情节不太严重的情况，因此有必要将本章的范围限于较为严重和有系统的违约行为。这种限制，可在国家实践中找到一些依据。例如，在对违反国际法行为作出反应时，各国常常强调其系统性、严重和异乎寻常的性质。同样，国际诉讼程序，例如在人权领域，也认为有系统的违约行为造成不同的后果，如在不适用用尽当地救济的规则方面。⁶⁵⁰

(8) 有系统的违反，必须是有组织和蓄意进行的。另一方面，“严重”一词是指违反或其效果的强度；它表明违反的情况具有罪大恶极的性质，构成直接和公然侵犯有关规则所保护的价值观念。当然这两个词并不彼此排斥；严重违约行为通常既是有系统的又是严重的。可确定违反情况严重性的因素包括：违反规范的意图、具体违反情况的范围和次数，以及违反情况对受害人后果的严重性。还必须牢记，一些有关的强制性规范，如极其显著的是禁止侵略和灭绝种族，论其性质，就需要大规模的蓄意违反。⁶⁵¹

⁶⁵⁰ 见爱尔兰诉联合王国案(上文脚注 236)，第 159 页；参见根据经济及社会理事会第 1503(XXVIII)号决议建立的程序，该程序要求“持续严重和确实可证实的侵犯人权”。

⁶⁵¹ 在第二十二届会议上，国际法委员会列举了以下情况，作为被称为“国际罪行”的例子：

(9) 第 40 条并未规定任何确定是否发生严重违约行为的程序。本条款的作用，不是为处理具体案件建立新的体制程序，无论那些案件是否属第二部分第三章还是其他章节。而且，本章中讲到的严重违约行为，很可能要由主管国际组织处理，包括安全理事会和大会。在发生侵略的情况下，《联合国宪章》明确赋予安全理事会以特殊的作用。

第 41 条 严重违背依本章承担的一项义务的特定后果

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第 40 条含义范围内的任何严重违背义务行为。

2. 任何国家均不得承认第 40 条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情况为合法，也不得协助或援助保持该状况。

3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的此类后果。

评 注

(1) 第 41 条陈述了第 40 条中所述那种性质和严重程度的违约行为引起的特定后果。它分三款。头两款规定了国家面对第 40 条所说“严重违约行为”所负的特别法律义务，第 3 款采取了但书形式。

(2) 根据第 41 条第 1 款，各国负有合作的积极义务，制止第 40 条所指的严重违约行为。由于可能

“(a) 严重违背对维护国际和平与安全具有基本重要意义的国际义务，如禁止侵犯的义务；

“(b) 严重违背对捍卫人民自决权具有基本重要意义的国际义务，如禁止以武力建立和维持殖民统治的义务；

“(c) 大规模严重违背对保护人类具有基本重要意义的国际义务，如禁止奴役制、灭绝种族和种族隔离的义务；

“(d) 严重违背对保护和维持人类环境具有基本重要意义的国际义务，如禁止大规模污染大气或海洋的义务。”

《1976 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 95-96 页。

涉及的情况多种多样，因此这项规定没有详细规定合作应采取何种形式。合作可在主管国际组织、特别是联合国的框架内安排。然而，第 1 款也设想了非机构性合作的可能性。

(3) 第 1 款也没有规定各国应采取哪些措施，制止第 40 条意义上的严重违约行为。这种合作必须通过合法手段，其选择取决于具体情况。但业已明确的是，合作的义务对各国都适用，无论它们作为具体国家是否受到严重违约行为的影响。面对严重违约行为所需要的，是所有国家同心协力，抵消违约行为的影响。当今一般国际法是否规定了合作的积极义务，容有争议，在这方面第 1 款可能反映了国际法的渐进发展。但事实上，对严重违反国际法的行为已经开展了这种合作，特别是在国际组织范围内，而且常常是提供有效救济的唯一办法。第 1 款力求加强现有的合作机制，其基础是要求各国对第 40 条所指的严重违约行为作出适当反应。

(4) 根据第 41 条第 2 款，各国负有不参与的义务，其中又包括两项义务，第一，不承认第 40 条意义上的严重违约行为造成的情况为合法，第二，不得协助或援助保持该状况。

(5) 这两项义务的头一项，系指整个国际社会有义务集体不承认第 40 条意义上的严重违约行为直接造成的情况之合法性。⁶⁵² 这项义务适用于严重违约行为造成的“情况”，例如试图通过剥夺人民的自决权而取得对领土的主权。它不仅提到了对这类情况的正式承认，而且也禁止意味那种承认的行为。

(6) 针对严重违背强制性规范所定义务，负有不予承认的义务这一点，已在国际实践中和在国际法院的裁决中找到依据。通过使用武力取得领土无效且不得予以承认的原则，在 1931-1932 年“满

⁶⁵² 此被称为“一件打击严重违反国际法基本规则行为的基本法律武器”(C. Tomuschat, “International crimes by States: an endangered species?”, *International Law: Theory and Practice — Essays in Honour of Eric Suy*, K. Wellens 编辑(海牙, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1998 年), 第 253 页, 详见第 259 页。

州里危机”期间有过明确的表达，当时的国务卿亨利·斯廷森宣布，美利坚合众国和绝大多数国联成员国将不：

承认任何既成事实情况的合法性，……也不承认有关政府或它们的代理人之间签订的任何条约或协定，那些条约或协定可能损害中华民国的主权、独立或领土完整和行政完整……[也不]承认以违背1928年8月27日《巴黎公约》各项盟约和义务的手段取得的任何情况、条约或协定。⁶⁵³

《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》申明了这项原则，明确提出，各国不应承认任何通过使用武力取得领土的合法性。⁶⁵⁴ 国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中裁断，各国一致同意这项宣言，“可理解为接受这项决议所宣布的规则或整套规则本身的法律效力。”⁶⁵⁵

(7) 不承认违反强制性规范行为的做法，安全理事会对1990年伊拉克入侵科威特作出的反应就是一个示例。在伊拉克宣布“完全和永久兼并”科威特后，安全理事会在第662(1990)号决议中决定，吞并“无法律效力，作为无效”，并呼吁所有国家、国际组织和专门机构不得承认这一吞并，不得采取任何可能解释为承认吞并的任何行动或交往，无论是直接的还是间接的。事实上，没有任何国家承认这自诩吞并的合法性，其效力之后也被扭转。

(8) 至于国家剥夺人民自决权的情况，国际法院关于纳米比亚案的咨询意见也同样明确，要求不

⁶⁵³ 国务卿致中国政府和日本政府的照会，见Hackworth, 《国际法文摘》(哥伦比亚特区华盛顿，美国政府出版局，1940年)，第一卷，第334页；1932年3月11日大会决议予以认可，《国际联盟公报》，1932年3月，补编，第101号，第87页。有关早先涉及集体不承认的做法的评述，见J.Dugard, *Recognition and the United Nations* (剑桥，格劳秀斯，1987年)，第24-27页。

⁶⁵⁴ 大会第2625(XXV)号决议，附件，第一项原则。

⁶⁵⁵ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注36)，第100页，第128段。

要承认纳米比亚的情况。⁶⁵⁶ 安全理事会和大会有关罗得西亚⁶⁵⁷ 和南非班图斯坦⁶⁵⁸ 局势的决议，也反映了同样的义务。这些示例所反映的原则是，出现第40条意义上的严重违反行为造成否则应予承认的情况，但却不得予以承认。集体不予承认似乎是对这种违约行为共同作出任何协调反应的先决条件，是各国对第40条所述严重违约行为必须作出的最低限度的反应。

(9) 按照第41条第2款，任何国家均不得承认严重违约行为所造成的情况为合法。这一义务适用于所有国家，包括责任国。曾发生过责任国企图通过它自己的“承认”来巩固局面的情况。显然，责任国有义务不承认或保持违约行为所造成的非法情况。类似的考虑甚至适用于受害国：由于这种违约行为按其定义关系到整个国际社会，即使责任国诱使受害国放弃或承认，也不能妨碍国际社会在确保公正和适当的解决方面的权益。这些结论与关于停止的第30条相符，并因有关规范具有强制性质而更有说服力。⁶⁵⁹

(10) 然而，不承认的义务的后果却不是没有限定的。在纳米比亚案的咨询意见中，尽管国际法院裁断，该案情况的非法性应受到所有国家的反对，即使不是联合国会员国的国家也不能承认为合法，但仍表示：

不承认南非对该领土的管理，不应造成剥夺纳米比亚人民从国际合作中可能得到的一切好处。具体而言，虽然南非政府在托管结束后代表或事关纳米比亚而采取的官方行动

⁶⁵⁶ 纳米比亚案(见上文脚注176)，国际法院在该案中裁断：“委任统治的结束和宣布南非在纳米比亚的存在为非法，对一种违反国际法而维持的情况，在普遍排除其合法性的意义上，应受到所有国家的反对”。

⁶⁵⁷ 参见安全理事会1965年11月12日第216(1965)号决议。

⁶⁵⁸ 例如见大会1976年10月26日第31/6A号决议，安全理事会1976年12月22日第402(1976)号决议予以认同；大会1977年12月14日第32/105N号决议和1979年12月12日第34/93G号决议；另见安全理事会主席对“建立”文达和西斯凯分别于1979年9月21日和1981年12月15日发表的声明(S/13549和S/14794)。

⁶⁵⁹ 另见第20条评注第(7)段和第45条评注第(4)段。

是非法和无效的，但这种无效不能包括某些行为，如出生、死亡和婚姻登记，无视这样做的后果，只能对该领土的居民造成损害。⁶⁶⁰

例如，欧洲人权法院便既适用了不承认的原则，又遵守了这一限定。⁶⁶¹

(11) 第 2 款所载第 2 项义务，禁止各国协助或援助保持第 40 条所说严重违约行为造成的情况。这一点超出了第 16 条中有关援助或协助实施国际不法行为的规定。它涉及“事后”行为——协助责任国维持一种情况，一种“违反国际法维持的情况，在普遍排除其合法性的意义上，应受到所有国家的反对”。⁶⁶² 它超出了实施严重违约行为本身，扩大到了维持该项违约行为造成的情况，而且适用于无论违约行为是否是持续行为的情况。至于“协助或援助”的内容，第 41 条应与第 16 条联系起来看。具体而言，第 16 条中的协助或援助的概念，假定国家“知道该国际不法行为的情况”。在第 41 条第 2 款中则无须提出这一要求，因为很难想象一国会没有注意到另一国实施了严重违约行为。

(12) 在某些方面，第 2 款中的禁令可以看作是不承认义务合乎逻辑的延伸。但就行为而言，它有一个单独的适用范围，这并不意味着承认第 40 条意义上的严重违约行为所造成的情况。这种单独存在得到了例如安全理事会决议的确认，它们禁止给予任何援助或协助，以维持南非非法的种族隔离制度或葡萄牙的殖民统治。⁶⁶³ 与不承认义务的情况一样，这些决议似乎表达了一个总的思想，适用于所有在第 40 条意义上严重违约行为所造成的情况。

⁶⁶⁰ 纳米比亚案(见上文脚注 176)，第 56 页，第 125 段。

⁶⁶¹ 洛伊齐杜案，案情(见上文脚注 160)，第 2216 页；塞浦路斯诉土耳其案(见上文脚注 247)，第 89-98 段。

⁶⁶² 纳米比亚案(见上文脚注 176)，第 56 页，第 126 段。

⁶⁶³ 例如见安全理事会 1965 年 11 月 23 日关于葡萄牙殖民地问题的第 218(1965)号决议，以及 1977 年 11 月 4 日关于南非问题的第 418(1977)号决议和 1985 年 7 月 26 日关于南非问题的第 569(1985)号决议。

(13) 根据第 3 款，第 41 条不妨碍第二部分中列举的其他后果，也不妨碍第 40 条意义上的严重违约行为可能引起的其他后果。该款的目的是有两个。第一，它明确提出，第 40 条意义上的严重违约行为可引起第二部分第一章和第二章为所有违约行为规定的法律后果。因此，第 40 条意义上的严重违约行为产生一项义务，要求责任国停止不法行为，继续履行义务，并酌情给出不重复的承诺和保证。根据同样理由，它也引起一项义务，根据这一部分第二章中提出的规则作出赔偿。这些义务的发生无疑将受到有关违约行为严重性的影响，在有关条文的实际行文中已考虑到这一点。

(14) 第二，第 3 款还考虑到了国际法对严重违约行为可能规定的其他后果。这可由具体的主要规则予以规定，如禁止侵略的情况。因此，第 3 款承认，国际法还可承认实施第 40 条意义上的严重违约行为引起的其他法律后果。第三章没有明确提及这些进一步的法律后果，并不妨碍当今国际法对这些法律后果的承认，也不妨碍其进一步的发展。此外，第 3 款还反映了一个坚定信念，即严重违约行为的法律制度本身仍处于发展中。虽然载列了第 40 条所说严重违约义务行为的某些基本法律后果，第 41 条并无意排除今后对这类违约行为引起的后果制定一套更详细制度的可能性。

第三部分

一国国际责任的履行

第三部分涉及国家责任的履行，即涉及履行责任国因实施国际不法行为而以第二部分规定所承担的停止和赔偿义务。虽然无论另一国是否加以援引，都会在国际法之下引起国家责任，但仍有必要具体规定面临一项国际义务遭到违反情况的其他国家可以做什么，这些国家可采取何种行动，以确保责任国履行停止和赔偿义务。这一点有时称为国家责任的履行，是第三部分的主题事项。第三部分分为两章。第一章涉及其他国家援引国家责任以及某些相关问题。第二章涉及为了使责任国停止有关行为并提供赔偿而采取的反措施。

第一章

一国责任的援引

评注

(1) 本条款第一部分大致从一国违反任何国际义务的角度确定该国的国际不法行为。第二部分界定国际不法行为在责任方面的后果，即责任国的义务，而不是任何其他国家、人或实体的权利。第三部分涉及国家责任的履行，即涉及其他国家援引责任国的国际责任的权利，也涉及此种援引的某些方式。其他人或实体由于一项国际义务遭违反而可享有的权利，由第 33 条第 2 款加以保护。

(2) 对责任的援引的核心所在是受害国概念。受害国是指其单独权利由于国际不法行为而遭到剥夺或损害，或由于该行为而特别受到影响的国家。这一概念在第 42 条中提出，本章其他条款中的各项后果都来自这一概念。由于本条款涵盖多项国际义务，因此，有必要承认，更多国家可能在援引责任和确保履行所涉义务方面有合法权益。的确，在某些情况下，所有国家都可能拥有此类权益，即便其中没有一个国家由于违反而单独或特别受到影响。⁶⁶⁴ 第 48 条确认了这一可能性。第 42 条和第 48 条涉及国家有权援引另一国的责任。这两个条款设法避免由于采用诸如“直接”或“间接”伤害，以及“客观”或“主观”权利等可能引起歧义的措辞而产生的问题。

(3) 第 42 条措辞用的是单数(“一受害国”)，但是，遭受某项国际不法行为伤害，因而有权作为受害国援引责任的⁶⁶⁴ 国家可能不止一个。第 46 条明确了这一点。第 42 条和第 48 条并非相互排斥。很可能出现这样的情况：一国在第 42 条的意义上遭受“伤害”，而其他国家有权根据第 48 条援引责任。

(4) 第一章还涉及一些相关问题：一国想要援引另一国责任须予以通知的要求(第 43 条)，与可否提出要求有关的某些方面(第 44 条)，援引责任权

利的丧失(第 45 条)，以及可就同一起国际不法行为援引多个国家的责任的情况(第 47 条)。

(5) 还必须提及第 55 条，该条阐明本条款的剩余性质。除了引起国家的国际义务以外，特别规则还可确定哪个或哪些其他国家有权援引由于国际义务遭到违反而产生的国际责任，并决定这些国家可寻求何种救济。例如，《凡尔赛条约》第 396 条就是这样，该条是“温布尔登号”轮船案所作裁决的主题。⁶⁶⁵ 《欧洲人权公约》第 33 条也是如此。在每一情形中，此类条款是否将具有排他性质即作为特别法加以适用，将依解释而定。

第 42 条 一受害国援引责任

一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任：

(a) 被违背的义务是个别地对该国承担的义务；或

(b) 被违背的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：

(一) 特别影响到该国；或

(二) 彻底改变了该义务所对的所有其他国家为进一步履行该义务的立场。

评注

(1) 第 42 条规定，国家责任的履行首先是“受害国”的一项权利。该条款对这一措辞做出较为狭义的界定，区分了单个国家或者少数国家受到的伤害与一些国家或所有国家在为共同利益而规定的某些义务中的法定权益。后者在第 48 条中述及。

(2) 本章围绕一国援引另一国的责任的角度加以表述。为此，援引应当理解为采取较为正式的措施，例如，对另一国提出要求，或向一国际法院或法庭提起诉讼等。一国不会仅仅因为指责另一国违背义务，呼吁遵守义务，甚至保留其权利或

⁶⁶⁴ 参见国际法院的意见：就普遍义务遭违反而言，“可以认为，所有国家都有合法权益”，巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 25)，第 32 页，第 33 段，在第二部分第三章评注第(2)段中引用过。

⁶⁶⁵ 有四个国家在此案中援引德国的责任，但至少其中一国，即日本，在“温布尔登号”轮船案(见上文脚注 34)的航行中无具体的利害关系。

提出抗议而援引该国的义务。为本条款的目的，抗议本身不属于援引责任，抗议具有各种形式和目的，而且并不限于涉及国家责任的情形。通常，并没有规定，一国如想要抗议另一国违背一项国际义务或提醒其履行某项条约所定的国际责任或其承担的其他义务，应当确立这样做的任何特定权利或权益。此种非正式外交接触不构成援引责任，除非此种接触涉及有关国家提出的具体要求，如要求就影响到该国的某种违反行为作出补偿，或涉及诸如向一主管国际法庭提出请诉书等具体行为，⁶⁶⁶ 或甚至采取反措施。为了采取此种步骤，即在本条款的意义上援引责任，需规定更为明确的权利。具体而言，要使一国能够独立地援引责任，该国应当具备这样做的明确权利，即一条约明确赋予的采取行动的权利，⁶⁶⁷ 或者，该国必须被视为一受害国。第 42 条的目的是界定这后一个类别。

(3) 第 42 条意义上的受害国有权诉诸本条款设想的一切补救手段。该国可根据第二部分规定援引适当责任。该国也可——如第 49 条起始句所明示的那样——依照本部分第二章所定规则诉诸反措施。受害国的情况应与任何其他可能有权——例如根据关于有权为某种共同的总体利益而援引责任的第 48 条——援引责任的国家的状况区分开来。第 42 条起始句明确作出了此种区分。“一国有权作为受害国援引……责任”。

(4) 第 42 条中的定义严格仿照 1969 年《维也纳公约》第六十条，然而这两条的范围和目的却不同。第 42 条涉及对一项国际义务的任何违反，无论其性质如何，而第六十条则涉及对条约的违反。此外，第六十条专门涉及条约缔约国援引另一缔约国对该条约的重大违反为由暂停或终止条约的权利，并不涉及对违反条约的责任问题。⁶⁶⁸ 这就是为什么第六十条仅限于对条约的“重大”违反。只有出现重大违反，方可终止或暂停条

约，而就国家责任而言，任何对条约的违反，无论严重程度如何，都引起责任。尽管有着这些差别，将第 42 条与第六十条作类比是有道理的。第六十条设法确定有资格通过终止或暂停某项条约而个别地并以其本身权利对一项重大违反作出反应的缔约国。就一项双边条约而言，这项权利只能归于另一缔约国，而就一项多边条约而言，第六十条第二款并不允许每一其他国家因重大违反而终止或暂停该条约。另一国必须因这一违反而受到特别影响，或者至少单独地受到影响，因为这一违反必然损害或破坏其本身进一步履行条约的基础。

(5) 与 1969 年《维也纳公约》第六十条设想的情形相平行，第 42 条也确定了三种情形。首先，为了作为受害国援引另一国的责任，一国必须对一项义务的履行拥有单独的权利，即一双边条约缔约国相对另一缔约国所拥有的权利((a)项)。其次，一国可能由于其为一方的义务遭到违反而特别受到影响，即便不能说该义务是单独地对其承担的((b)项(一)目)。第三，也许出现这一情况：责任国履行所涉义务是所有其他国家履行该项义务的一项必要条件((b)项(二)目)，这就是所谓的“整体义务”或“相互依存性义务”。⁶⁶⁹ 在上述每一种情形中，受害国可能的暂停或终止义务或暂停或终止履行义务，作为一项补救措施可能对受害国几乎没有什么价值。受害国主要关注的，是通过停止和赔偿恢复法定关系。

(6) 根据第 42 条(a)项的规定，如被违反的义务是单独对一国承担的，该国即为“受害国”。“单独”一词表明，在此种情形中，须为该国的履行义务。一项在两个缔约国缔结的一双边条约之下产生的义务必然是这样，但其他情形中也会如此，例如，一国对另一国作出的单方面承诺就是这样。根据一般国际法规则，情况也许如此：例如，关于国际河流的非航行使用的规则就可引起一沿岸国与另一国之间的单独义务。或者，在一多边条约之下，情况也是如此：依据该条约，一

⁶⁶⁶ 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第 27 条第(2)款作了类似的区分，该款指出，在外交保护方面提出一项国际要求有别于“纯粹为了便利争端解决所做的非正式外交交流”。

⁶⁶⁷ 就第 42 条而言，此种条约权利可被视为一项特别法：见第 55 条和评注。

⁶⁶⁸ 参见 1969 年《维也纳公约》第七十三条。

⁶⁶⁹ “整体”义务概念由条约法问题特别报告员菲茨莫里斯提出：见《1957 年……年鉴》[英]，第二卷，第 54 页。该术语被用来指并非在“全部或全不”基础上承担的人权义务或环境义务，因而有时引起混乱。“相互依存性义务”一语也许较为恰当。

缔约国须对另一国履行某项义务。例如，接受国在《维也纳外交关系公约》第 22 条之下为一使团的房地提供保护的义务，是对派遣国承担的。此类情形显然有别于义务的履行，总的来说，同时针对条约各缔约方的，是不加区别的，也不是针对单个缔约方的情形。确定一项义务属于哪一类别，将是主要规则的解读和适用问题。下文的论述只是起说明作用。

(7) 属于(a)项范围的情形的一个显而易见的例子，是双边条约关系。一国须明确对另一国履行某项义务，却违背该义务，后者即为第 42 条意义上的“受害国”。其他例子有一国对另一国承担义务所依据的有约束力的单方面行为；或规定对非条约缔约方的第三国承担的义务的条约等。⁶⁷⁰如果确定有利于第三国的允诺或规定的受益者意在获取履行所涉义务的实际权利，那么这些受益者就会因允诺或规定遭违反而受到伤害。另一个例子，是一国际法院或法庭有约束力的判决，它对诉讼中的一当事国施加有利于另一方的义务。⁶⁷¹

(8) 此外，(a)项想要涵盖一多边条约或习惯国际法之下的义务是为了某一特定国家履行的情形。在这方面，(a)项的范围有别于 1969 年《维也纳公约》第六十条第一项的范围，后者依赖双边条约(而不是多边条约)的正式标准。但是，虽然一多边条约通常确立一个适用于所有缔约国的规则框架，在某些情况下，其在一特定情形中的履行涉及两个缔约方之间具有双边性质的关系。此种多边条约往往被视为引起“大量双边关系”。⁶⁷²

⁶⁷⁰ 参见 1969 年《维也纳公约》第三十六条。

⁶⁷¹ 例如见《国际法院规约》第 59 条。

⁶⁷² 例如见 K. Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the ‘Injured State’ and its Legal Status”, 《荷兰国际法评论》, 第 35 卷(1988 年), 第 273 页, 详见第 277-278 页; B. 西马, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, 载于 Y. Dinstein (编辑), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (伦敦, 奈霍夫出版社, 1989 年) 第 821 页, 详见第 823 页; C. Annacker, “The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations”, 《奥地利国际公法杂志》, 第 46 卷 (1993-1994 年), 第 131 页, 详见第 136 页; D.N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, 《英国国际法年鉴》, 第 59 卷(1988 年), 第 151 页, 详见第 154-155 页。

(9) 确定某一国为违背《维也纳外交关系公约》规定义务行为的受害国，并不排除这一点，即所有缔约国都可能在遵守国际法以及延续多年来建立和达成的国际体制与安排方面有着总的利害关系。在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院先提及了伊朗参与扣押外交和领事人员方面的行为“完全非法性质”，然后提请：

整个国际社会——伊朗本身自远古以来就是其成员——注意本法院现在受理的这种事件可能造成的无法补救的损害。此类事件定将损害全人类数百年来精心建筑的法律大厦。维护这一大厦对当今复杂的国际社会安全和福利至关重要；对于这一大厦，现在比以往任何时候都重要的是，为确保国际社会成员之间关系的有序发展而制定的规则，应当不断得到严格遵守。⁶⁷³

(10) 虽然关于多边义务的论述总的来说以在多边条约之下产生的义务为重点，但类似的考虑也适用于在习惯国际法规则之下的义务。例如，关于国家间外交或领事关系的一般国际法规则确立了接受国与派遣国之间的双边关系，如一接受国违反这些义务，就会使在特定情形中伤害义务所对的派遣国。

(11) (b)项涉及由于违反集体义务而造成的伤害。集体义务是指在两个以上的国家间适用的义务，这些义务并不只是为一国单独履行的，而是为一国家集团甚至是为整个国际社会履行的。在符合其他规定的前提下，对这些义务的违反仅伤害任何特定国家。第 42 条(b)项采用“国家集团”这一表达方式，并不是说该集团有任何单独的存在，或是说它具有单独的法律人格。确切地说，这一措辞是用来指一国家群体，该群体由世界上或某一区域的所有国家或相当数目的国家组成，这些国家集合起来以达到某种集体目的，并且为此可被视为构成一功能性国家共同体。

(12) (b)项(一)目规定，一国如果由于一项集体义务遭违反而受到“特别影响”，即为受害国。“特别影响”一词取自 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(乙)款。即便是在一国际不法行

⁶⁷³ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59), 第 42-43 页, 第 89 和第 92 段。

为的法律效果波及受义务约束的整个国家集团或整个国际社会的情况下，该不法行为也可能对某一国家或少数国家产生特定的不利影响。例如，一起违反《联合国海洋法公约》第 194 条的污染公海案件，可能尤其影响到一国或数国，这一国或数国的海滩可能被有毒残留物污染，其近海渔场可能被关闭。在这种情况下，除了《公约》缔约国在维持海洋环境方面的任何总体利害关系外，这些沿岸国应被视为违反行为的受害国。与 1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(乙)款一样，(b)项(一)目并未界定一国为被视为“受害国”必须承受的特别影响的性质或程度。这一点，须在考虑到被违反的主要目标的目标和宗旨及各起案件的实情的前提下，以具体情况具体处理的方式加以评估。一国要被视为受害国，它受到的违约行为的影响就必须有别于作为该义务所对的其他国家受到的一般影响。

(13) 相形之下，(b)项(二)目涉及一特殊的义务类别，对这些义务的违反须视为本身影响到该义务所对的每一其他国家。1969 年《维也纳公约》第六十条第二项(丙)款确认了相似的一类条约，即“由于条约性质关系，遇一当事国对其规定有重大违反情事，致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变”。这类条约包括裁军条约，⁶⁷⁴ 无核武器区条约，或每一缔约方的履行实际上以每一其他缔约方的履行为条件的任何其他条约。第六十条第二项(丙)款规定，此种条约的任何缔约国均不仅可在与责任国的关系中终止或暂停履约，而且还可在与所有其他缔约方的关系中终止或暂停履约。

(14) 为国家责任目的，相同的考虑基本适用于此种义务。其他缔约国或许在终止或暂停此种义务而不是要继续履行此种义务方面没有利益，这些缔约国必须都被视为单独有权对一违反行为作出反应。无论其中是否有任何缔约国特别受到影响，都是如此；甚至这些缔约国可能都受到同等程度的影响，而且可能都没有一个遭受为第 36 条目的的可量化的损害。然而，它们可能特别关

注停止以及赔偿的其他方面，尤其是恢复原状。例如，如果《南极条约》一缔约国违背该《条约》第 4 条，对南极洲一未予提出要求的区域提出主权要求，其他缔约国应被视为因此受到伤害，因而有权依照第二部分规定寻求停止、恢复原状(以宣布这一要求无效的方式)以及不再重复的承诺。

(15) 本条款涉及国际法之下不论来自何种渊源的义务，而且并不限于条约义务。实际上，(b)项(二)目涵盖相互依存性义务，通常将依规定某些制度的条约而产生。即便是在此类条约之下，也未必出现对义务的任何违反都会损害所有其他有关国家的履约这一情况，因此，有必要将该款的范围定得窄一些。据此，只有在违反的性质严重，彻底影响到义务所对的所有其他国家享受权利或履行义务的情况下，才能依据(b)项(二)目，将一国视为受害国。

第 43 条 一受害国通知其要求

1. 援引另一国责任的受害国应将其要求通知该国。

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) 应根据第二部分的规定采取哪种赔偿形式。

评注

(1) 第 43 条涉及一受害国在援引另一国责任时须采用的方式。该条适用于第 42 条界定的受害国，但依据第 48 条援引责任的国家也须遵守该条规定。⁶⁷⁵

(2) 虽然国家责任是通过关于一国犯下一国际不法行为的法律的运作引起的，但实际上，如果一受害国和(或)其他相关国家想要寻求停止或赔偿，这类国家就有必要做出反应。此种反应可有多种形式，从以非正式和秘密方式提醒有必要履行义务，到正式抗议、协商等，不一而足。此外，如

⁶⁷⁴ 委员会在成为第 60 条的案文评注中所举的示例：《1966 年……年鉴》[英]，第二卷，第 255 页，A/6309/Rev.1 号文件，第(8)段。

⁶⁷⁵ 见第 48 条第(3)款及评注。

一受害国已注意到违反行为，但没做出反应，会产生法律后果，包括最终以放弃或默许方式丧失援引责任的权利：这种情况第 45 条予以处理。

(3) 第 43 条规定，想要援引另一国责任的受害国应将其要求通知该国。该条款类似于 1969 年《维也纳公约》第六十五条。第 43 条规定的通知无需以书面形式作出，也不是执行提供赔偿义务的条件。此外，通知要求的规定并不意味着不履行一项国际义务的通常后果是发出一项要求声明。然而，一受害国或相关国家有权对违反行为做出反应，而且第一步应当是提请责任国注意有关情况，并要求责任国采取恰当步骤停止违反行为并提供补救措施。

(4) 本条款的作用不是详细规定援引责任应采取的形式。实际上，提出责任要求的政府级别是不同的，这取决于要求的重要程度以及有关国家之间的总的关系。在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中，澳大利亚认为，瑙鲁的要求不可受理，因为“该要求没有在一合理时间内提出”。⁶⁷⁶ 国际法院提及，该要求曾在瑙鲁 1968 年独立之前提出，但未获解决。国际法院还提及以下新闻报道：瑙鲁新任总统曾在独立节讲话中提到该要求，而且，据推论，曾在随后与澳大利亚的一些部长的来往信函和会谈中提到该要求。不过，国际法院也注意到：

只是到了 1983 年 10 月 6 日，瑙鲁总统才致函澳大利亚总理，请总理“设法同情地重新考虑瑙鲁的立场。”⁶⁷⁷

国际法院将双方的信函来往和联络情况归纳如下：

本法院……注意到，瑙鲁最迟于 1969 年 2 月 4 日被正式函告了澳大利亚对恢复在 1967 年 7 月 1 日之前被开采尽了的磷酸盐地问题的立场。瑙鲁只是到了 1983 年 10 月 6 日才以书面方式对该立场提出异议。但是，在此期间，正如瑙鲁所述——澳大利亚未加质疑——瑙鲁总统曾两次向澳大利亚主管机构提出这一问题。本法院认为，鉴于澳大利亚和

⁶⁷⁶ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案，初步反对意见(见上文脚注 230)，第 253 页，第 31 段。

⁶⁷⁷ 同上，第 254 页，第 35 段。

瑙鲁之间的关系的性质，以及采取的相应步骤，瑙鲁的请愿书并不因时间的推移而变得不可受理。⁶⁷⁸

在这种情况下，可以看出，由于提出要求者的沟通，被告国意识到了这一要求，即便这些联络采用新闻界报道讲话或会晤的形式，而不是正式的外交信函的形式。

(5) 在通知一项要求时，一受害国或有关国家通常具体表示：它认为责任国需采取何种行动来停止任何持续性不法行为，赔偿应采取何种形式。因此，第 2 款(a)项规定，受害国可向责任国指明应采取何种行动以停止持续性不法行为。此种指示，就其本身而言，对责任国并不具有约束力。受害国只能要求责任国遵守其义务，一项国际不法行为的法律后果不是由受害国加以规定或界定的。但是，知道何种行动会使受害国满意，也许会对责任国有利；这样可以便利争端的解决。

(6) 第 2 款(b)项涉及受害国选择赔偿形式问题。一般来说，一受害国有权在现有赔偿形式中作出选择。例如，受害国可以选择补偿而放弃恢复原状，如德国在霍茹夫工厂案⁶⁷⁹中所做的那样，或者如芬兰在解决大贝尔特海峡通行权案⁶⁸⁰过程中最终选择的那样。或者，受害国会满足于声明性救济，无论是在总体上，还是就要求的某一方面而言。另一方面，存在着这样的情形：一国似乎不可能把赔偿金揣起来一走了之，而不管未决情况，例如在涉及个人生命或自由的情况，或人民对其领土的权利或其自决权的情况。具体来说，只要存在持续性义务，而且其履行并非仅涉及有关的两个国家，这两个国家就可能无法依

⁶⁷⁸ 同上，第 254-255 页，第 36 段。

⁶⁷⁹ 正如常设国际法院在霍茹夫工厂案，管辖权(见上文脚注 34)中指出的，争端到了这一阶段，德国已不再以有关德国公司的名义要求归还所涉工厂或该工厂的内含物(第 17 页)。

⁶⁸⁰ 在大贝尔特海峡通行权案(芬兰诉丹麦)，临时措施，1991 年 7 月 29 日的命令，《1991 年国际法院汇编》，第 12 页中，国际法院不接受丹麦的这一论点，即如果依据案情裁定建造横跨大贝尔特的桥梁会造成违背丹麦的国际义务，就无法恢复原状。关于最终解决的条件，见 M. Koskeniemi, “L’affaire du passage par le Grand-Belt”, 《法国国际法年鉴》，第 38 卷(1992 年)，第 905 页，详见第 940 页。

一解决办法解决有关情势，正如一受害国无法自行免除责任国履行其对一大国家集团乃至对整个国际社会承担的持续性义务那样。

(7) 由于受害国选择可取的赔偿形式的的能力受到上述限制，第 43 条未以绝对方式阐明选择权。相反，该条款就一受害国可在要求的通知或随后的信函中列入何种资料向该国提出指导意见。

第 44 条 可否提出要求

在下列情况下不得援引一国的责任：

(a) 不是按照涉及要求国籍的任何适用规则提出要求；

(b) 该项要求适用用尽当地救济规则，却未用尽可利用的有效当地救济。

评注

(1) 本条款不涉及国际法院或法庭的管辖权问题，总的来说，也不涉及提交此类法院或法庭的案件可予受理的条件。确切地说，本条款界定了确定一国国际责任的条件以及另一国或多个国家援引该项责任的条件。因此，本条款的作用不是处理诸如有关在提起诉讼之前须用尽其他和平解决手段的规定等问题，也不是处理诸如可能影响一国际法庭相对于另一国际法庭的管辖权的诉讼期间或选举等学说。⁶⁸¹ 相形之下，某些在一国际法院提出时会被列为可否受理问题的，是较为重要的。这些问题首先是援引一国责任的条件。第 44 条便涉及两个这样的问题：要求国籍规定和用尽当地救济。

(2) (a)项规定，援引一国的责任必须依照涉及要求国籍的任何适用规则进行。正如常设国际法院在马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中所言：

⁶⁸¹ 关于影响提交法院的国际要求的管辖和可否受理问题的一系列考虑的论述，见 G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (巴黎，贝多内出版社，1967 年)；Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (剑桥，格劳秀斯，1986 年)，第 2 卷，第 427-575 页；以及 S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* (第 3 版) (海牙，马蒂斯·奈霍夫出版社，1997 年)第二卷，管辖权。

一国有权在其国民因另一国犯下的违反国际法的行为而受伤害，并且无法通过正常渠道从另一国得到抵偿的情况下，为其国民提供保护，这是一项国际法基本原则。⁶⁸²

(a)项并不试图详细规定要求国籍规则或该规则的例外。相反，该项表明，要求国籍规则不仅与管辖问题或司法机关所接要求可否受理问题相关，而且还是在该规则可适用的情形中援引责任的一项总的条件。⁶⁸³

(3) (b)项规定，在要求适用用尽当地救济规则的时候，要求如未用尽可利用的有效当地救济，就不予受理。该项措辞较为笼统，目的是涵盖用尽当地救济规则不论是依据条约还是依据一般国际法所适用的任何情形，而且所涉领域不一定限于外交保护。

(4) 当地救济规则被国际法院的一个分庭在西西里电子公司案中称为“一项重要的习惯国际法原则”。⁶⁸⁴ 针对为求偿国的一家公司提出的一项要求，该法庭将该规则做简要界定如下：

一项国际要求[以国民个人或公司的名义提出]要得到受理的条件是：该项要求的实质曾在主管法庭提出，而已在当

⁶⁸² 马夫罗马蒂斯案(见上文脚注 236)，第 12 页。

⁶⁸³ 要求国籍问题将在国际法委员会有关外交保护的工作中得到详细处理。见特别报告员“外交保护”专题的第一次报告，《2000 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/506 和 Add.1 号文件。

⁶⁸⁴ 西西里电子公司案(见上文脚注 85)，第 42 页，第 50 段。另见国际工商业投资公司案，初步反对意见，《1959 年国际法院汇编》，第 6 页，详见第 27 页。关于用尽当地救济规则综述，例如见 C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (剑桥，格劳秀斯，1990 年)；J. Chappetz, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes* (巴黎，贝多内出版社，1972 年)；K. Doehring, “Local remedies, exhaustion of”, 《国际公法百科全书》，R. 伯恩哈特编辑(上文脚注 409)，第 3 卷，第 238-242 页；以及 G. Perrin, “La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international”, *Festschrift für R. Bindstedler* (伯尔尼，Stämpfli 出版社，1980 年)，第 271 页。关于与违反人权义务有关的用尽当地救济规则，例如见 A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights* (剑桥，剑桥大学出版社，1983 年)；以及 E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées* (巴黎，贝多内出版社，1995 年)，第 65-89 页。

地法律和程序允许的范围内得到寻求，但未获成功。⁶⁸⁵

因而，该分庭认为，用尽当地救济在原则上有别于“案件的是非曲直”。⁶⁸⁶

(5) 在援引一国的责任之前须用尽的，只是那些“可利用的有效”当地救济。仅在纸面上存在的一国国内法规定的救济，并不意味着须在每一情形中利用这些救济。具体而言，没有规定须利用一种无法使局势得到纠正的救济，例如，从一开始就可以看出，当地法院将适用的法律只会致使任何上诉被驳回。除此之外，第 44 条(b)项并没有试图详细阐述用尽当地救济规则的范围和内容，而是将这一点留给国际法的适用规则加以处理。⁶⁸⁷

第 45 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放弃要求；或

(b) 受害国基于其行为应被视为已以有效方式默许其要求失效。

评注

(1) 第 45 条类似于 1969 年《维也纳公约》关于丧失援引条约失效或终止理由之权利的第四十五条。这条述及受害国或有关其他国家可能丧失援引不法行为国责任之权利的两种情况：放弃和默许其要求失效。在这一方面，需要区别第 42 条提到的受害国与有关其他国家对违背义务行为采取的立场。有效地放弃或解决责任国与受害国或所有受害国(如果受害国不止一个)之间的责任争端，则不得再提出任何赔偿要求。第 48 条提到的各国采取的立场不会具有这种效应。

(2) (a)项述及受害国放弃追究违背义务行为本身

⁶⁸⁵ 西西里电子公司案(见上文脚注 85)，第 46 页，第 59 段。

⁶⁸⁶ 同上，第 48 页，第 63 段。

⁶⁸⁷ 这一专题将在国际委员会有关外交保护的工作中得到详细述及。见特别报告员关于外交保护的第二次报告，《2001 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，A/CN.4/514 号文件。

或该行为后果之责任的情况。这体现了特定国家可免除权利或义务方面的一般同意原则。

(3) 在有些情况下，放弃可能仅仅适用于受害国与责任国之间法律关系的某一方面。例如在俄国赔偿金案中，俄国使馆反复要求土耳其赔偿相当于一笔贷款本金的某一款项，而只字不提利息或拖延的损失。由于土耳其已支付了所要求的款项，法庭裁断，这一行为相当于放弃贷款所产生的任何其他要求。⁶⁸⁸

(4) 放弃只有以有效方式进行才具有效力。至于国家同意的其他表明形式，放弃可能会引起有效性的问题，例如国家或国家代表可能受到胁迫，或者责任国错误陈述问题的事实而引起的问题事实方面的重大错误。使用“有效放弃”这一词是为了将何种行为相当于有关情况下的有效放弃这一问题留给一般法解决。⁶⁸⁹ 这方面特别重要的问题是受害国在依一般国际法强制性规范所产生的一项义务(特别是适用第 40 条的一项义务)遭到违背后表示同意的问题。由于这种违背义务行为引起了整个国际社会的兴趣，即使受害国表示同意或默许，国际社会也有可能表示关注，以确保按国际法解决这一问题。

(5) 尽管可以根据有关国家的行为或单方面声明来推断放弃，但这种行为或声明必须是明确无疑的。在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中，有人辩称，瑙鲁当局在独立时就磷酸盐业的前景签署了一项协定并发表了声明，因此在独立之前就放弃了复原要求。至于协定，谈判记录表明，曾经提出过放弃复原要求问题，但没有被接受，而协定本身没有谈及这一点。至于声明，有关声明是不明确和含糊不清的。法院裁断，不存在任何放弃，因为有关行为“始终没有导致明确和毫不含糊地放弃其要求”。⁶⁹⁰ 特别是，这些声明“尽管措辞上有些含糊不清……，但并不意味着背离瑙鲁人

⁶⁸⁸ 俄国赔偿金案(见上文脚注 354)，第 446 页。

⁶⁸⁹ 参见关于第 20 条所规定有效同意的立场：见第 20 条评注第(4)-(8)段。

⁶⁹⁰ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案，初步反对意见(见上文脚注 230)，第 247 页，第 13 段。

民代表在各联合国机关明确和反复表达的观点”。⁶⁹¹

(6) 正如一受害国可以明确放弃援引责任的权利一样，它也可以默认这种权利的丧失。(b)项述及一受害国基于其行为应被视为已以有效方式默许其要求失效的情况。这一条强调，国家的行为是确定要求失效的标准，而国家行为视情况可以包括不合理的延误。如果要求没有得到解决，时间流逝本身并不足以构成默许，尤其是当受害国尽一切可能坚持其要求时，更是如此。

(7) 国际法院在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中认可了一国可能通过默许丧失其援引责任权利的原则，原话如下：

法院承认，即便没有任何可适用的条约规定，请求国一方的拖延也可能使申请不可受理。不过，法院还指出，国际法也没有就此规定任何具体的时限。因此应由法院参照每起案件的情况，决定时间的推移是否使申请变得不可受理。⁶⁹²

在拉格朗案中，国际法院裁断，德国的上诉可予以受理，即使德国在知晓违背义务行为几年之后才提起诉讼。⁶⁹³

(8) 关于延误的规则方面的一个问题是，由于时间推移，可能给被告国造成额外的困难，例如在收集和提交证据方面。因此在史蒂文森案和真蒂尼案中，提出了对被告国的程序公正的考虑。⁶⁹⁴与此相反，根据案件的情节，如果被告国不能确定存在任何对自身所受损害的情况，提出的延误

抗辩则被驳回，因为它始终注意到该要求并收集和保存有关证据。⁶⁹⁵

(9) 此外，与“延误”这一词可能表明的含义相反，国际性法院并没有简单地计算时间的推移并适用明确的时限。从来没有规定以年份表示的普遍接受的时限。⁶⁹⁶ 瑞士联邦部于1970年建议以要求提出以后20至30年为时限。⁶⁹⁷ 其他国家表示，对契约性权利要求的要求比对非契约性权利要求的要求更严格。⁶⁹⁸ 任何旨在为一般国际索赔制订任何确切或明确时限的尝试都没有得到认可。⁶⁹⁹ 鉴于可能涉及的情况、义务和行为各不相同，因此非常难以制定任何单一的时限。

(10) 一旦将权利要求通知了被告国，延迟提起诉讼(如在一个国际法庭上提起)通常不会被认为使其不可受理。⁷⁰⁰ 因此在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中，国际法院裁断，瑙鲁在1989年正式提起法律诉讼之前，已在与澳大利亚的双边谈判中提到其

⁶⁹⁵ 例如见塔利亚费罗案，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷(出售品编号：60.V.4)，第592页，详见第593页(1903年)；另见史蒂文森案(上文脚注694)的实际裁决，第386-387页。

⁶⁹⁶ 在有些案件中，对特定条约引起的特定类别的权利要求规定了时限(例如《欧洲人权公约》第35条第1款规定个人申诉时限为6个月，特别是对私法方面的权利要求(例如商业交易和国际运输领域)。见《经公约议定书修正的联合国国际货物销售时效期限公约》。与此相反，关于国家间要求的条约规定受到任何明确时限限制是极为罕见的。

⁶⁹⁷ 1970年12月29日公报，载于《瑞士国际法学会年鉴》，第32卷(1976年)，第153页。

⁶⁹⁸ C.-A. Fleischhauer, “Prescription”, 载于《国际公法百科全书》(见上文脚注409)，第3卷，第1105页，详见第1107页。

⁶⁹⁹ 大量的国际裁决都强调没有普遍规则，尤其没有按年份计算的任何具体时限。确切地讲，延误原则只是一种具体案例事实鉴别问题。除了瑙鲁境内某些磷酸盐地案(上文脚注230和232)以外，例如见真蒂尼案(上文脚注694)，第561页；安巴蒂耶洛克斯案仲裁，《国际法报告》，第23卷，第306页，详见第314-317页(1956年)。

⁷⁰⁰ 关于要求通知与诉讼程序开始的区别的见解，例如见R. 詹宁斯和A. D. 瓦茨(编辑)，《奥本海国际法》，第527页；C. Rousseau, 《国际公法》(巴黎，西雷出版社，1983年)，第五卷，第182页。

⁶⁹¹ 同上，第250页，第20段。

⁶⁹² 同上，第253-254页，第32段。法院接着裁断，鉴于案情并考虑到这一问题的历史，瑙鲁的上诉并非由于这一理由而可受理(第36段)。它对被告国由于延误而受到损害的任何问题留给案情审理。另见第13条评注(第8)段。

⁶⁹³ 拉格朗案，临时措施(见上文脚注91)和拉格朗案，判决(见上文脚注119)，详见第486-487页，第53-57段。

⁶⁹⁴ 史蒂文森案，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷(出售品编号：60.V.4)，第385页(1903年)；真蒂尼案，同上，第十卷(出售品编号：60.V.4)，第551页(1903年)。

要求,这就足矣。⁷⁰¹ 在塔利亚费罗案中,仲裁人罗尔斯顿同样裁断,尽管造成损失已事过 31 年,该要求仍可受理,因为在伤害发生之后就立即给出了通知。⁷⁰²

(11) 总而言之,一项要求不会由于延误而不可受理,除非发生下列情况:受害国应被视为已默许其要求失效,或被告国处于严重不利地位。国际性法院通常以灵活方式衡量某一案件中的有关情况,考虑到被告国的行为以及所涉权利的重要性等问题。决定性因素是,被告国是否由于延误而遭受任何损害,因为被告方本来可以合理地预计要求不会再提出。即使有一些损害,也可以在确定赔偿形式或程度时加以考虑。⁷⁰³

第 46 条 数个受害国

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。

评注

(1) 第 46 条是关于第 42 条所确定意义上的数个受害国的情况。它阐述了一项原则,即如果有数个受害国,每一受害国可自行分别援引对国际不法行为的责任。

(2) 数个国家可称为第 42 条规定的“受害”国。例如,第 42 条(b)项(二)目意义上的一项相互依存性义务所对的一切国家,由于该义务被违背而受到损害。在存在数个受害国的情况下,每一受害国均可要求停止仍在持续的不法行为,并就所受损害索赔。这一结论从未受到质疑,而且隐含在第 42 条本身条款中。

(3) 数个国家针对同一国际不法行为提出要求的情况绝非罕见。例如,在“温布尔登号”轮船案

中,有四个国家根据《凡尔塞和约》第 386 条第 1 款向常设国际法院提起诉讼,该款允许“任何具有利害关系的国家”在《和约》关于基尔运河航行问题的规定被违反时提出申诉。法院指出,“关于基尔运河的规定的实施明显关系到四个申诉国中每一国的利益,因为它们都有悬挂其国旗的舰队和商船”。法院裁断,这四国中的每一国都适用第 386 条第 1 款,“尽管它们也许无法证明有任何金钱利益受到了损害”。⁷⁰⁴ 事实上,只有法国代表商船运营商提出要求并获得了赔偿。在关于 1955 年 7 月 27 日空中事件案的数起案件中,美国、联合王国和以色列就一架以色列民用飞机被击毁并造成人命损失而对保加利亚提起了诉讼。⁷⁰⁵ 在核试验案中,澳大利亚和新西兰都各自声称因法国在穆拉罗阿环礁进行大气层核试验而受到了种种损害。⁷⁰⁶

(4) 如果有关国家本身只陈述了法律状况而未自主提出赔偿要求,则它们究竟是以受害国的身份提出要求还是为了第 48 条规定的共同利益或总体利益援引责任并提出要求,也许并不清楚。其实,在此种情况下,只要它们明显属于这两类中的一类,也许没有必要非决定它们属于哪一类了。如果有数个受害国本身或代表其国民提出赔偿要求,则每一国显然应以其实际受到的损害为限。也有可能就会出现受到同一行为损害的数个国家提出的要求相互矛盾的情况。例如,某一个国家也许要求恢复原状,而另一个国家也许宁可获得补偿。在此情况下,如果原状无法分割而且第二个国家的选择也是有正当理由的,也许宜对这

⁷⁰⁴ “温布尔登号”轮船案(见上文脚注 34),第 20 页。

⁷⁰⁵ 法院裁断,它对以色列的要求不具有管辖权:1955 年 7 月 27 日空中事件案(以色列诉保加利亚),判决,《1959 年国际法院汇编》,第 131 页,而联合王国和美国随后也撤回了要求。以色列在诉状中指出,几个要求国政府之间曾积极协调了它们的要求,并说:“从最早阶段即建立此类协调的一个主要理由是为了尽可能避免对保加利亚政府提出双重要求,以防止双重赔偿的可能性”(见上文脚注 363),第 106 页。

⁷⁰⁶ 分别见核试验案(澳大利亚诉法国),第 256 页和(新西兰诉法国)(上文脚注 196),第 460 页。

⁷⁰¹ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案,初步反对意见(见上文脚注 230),第 240 页,详见第 250 页,第 20 段。

⁷⁰² 塔利亚费罗案(见上文脚注 695),第 593 页。

⁷⁰³ 见第 39 条和评注。

两项要求都给予补偿。⁷⁰⁷ 总之，针对同一不法行为各自提出要求的两个受害国应协调它们的要求，以免出现双重追索。正如国际法院在关于伤害赔偿案的意见中所指出的，“国际法庭对于一项要求关系到两个或两个以上国家利益的问题已经很熟悉，它们知道在此情况下如何保护被告国的利益。”⁷⁰⁸

第 47 条 数个责任国

1. 在数个国家应为同一国际不法行为负责的情况下，可对每一国家援引涉及该行为的责任。

2. 第 1 款：

(a) 不允许任何受害国取回多于所受损失的补偿；

(b) 不妨害对其他责任国的任何追索权。

评注

(1) 第 47 条述及对同一不法行为有数个责任国的情况。它申明了一项一般原则，即在这种情况下，每一国家均应分别对归于自己的行为负责，这种责任并不因为一个或数个其他国家也应对同一行为负责而有所减损或减轻。

(2) 在一系列情况下，几个国家可能对同一国际不法行为负责。例如，两个或更多的国家可能在有些情况下联手共同实施某项国际不法行为，在这种情况下，它们可被视为在整个行动中共同行动。在这种情况下，受害国可以要求每一责任国对整个不法行为负责。或者两个国家可能通过一个实施有关行为的共同机关采取行动，例如负责管理边界河流的联合机构。或者一国在另一国实施同一国际不法行为时可指示和控制该国，因此两国均应对这一行为负责。⁷⁰⁹

(3) 重要的是不要假定，这一方面的国内法律概念和规则可以直接适用于国际法。“共有”、

⁷⁰⁷ 参见罗多彼中部森林案，除其他外，仲裁人没有做出恢复原状的裁决，其理由是并非所有在恢复原状上具有利害关系的人或实体都提出了要求(见上文脚注 382)，第 1432 页。

⁷⁰⁸ 伤害赔偿案(见上文脚注 38)，第 186 页。

⁷⁰⁹ 见第 17 条和评注。

“共同连带”和“共同”责任等术语来自不同的法律传统，⁷¹⁰ 因此进行类比时必须小心谨慎。在国际法中，涉及数个责任国情况下的一般原则是，每一国家分别对它在第 2 条的含义范围内归于自己的行为负责。在有关国家之间没有相反协定的情况下，独立责任原则反映了一般国际法规定的立场。⁷¹¹ 然而在应用这项原则时，可能产生这样的情况，某一行动方针既应归于数个国家，而且对其中的每一国家来说又是国际不法行为。这正是第 47 条述及的情况。

(4) 在瑙鲁境内某些磷酸盐地案中，⁷¹² 澳大利亚这一唯一的被告代表三个有关国家管理作为《托管协定》规定的托管领土的瑙鲁。澳大利亚辩称，瑙鲁不能只单独控告澳大利亚，而应一并起诉其他两个有关国家。澳大利亚辩称，这两国为该案的必要当事方，根据货币黄金案⁷¹³ 所定的原则，单独对澳大利亚提出的索赔是不可受理的。它还辩称，组成管理当局的三国的责任是“共同的”，不能只对其中一国提出索赔。法院驳回了这两个论点。关于“共同”责任，法院表示：

澳大利亚提出了三国的赔偿责任是否为“共同连带”(共同)责任的问题，即三国之中的任何一国都有责任充分赔偿违背管理当局义务所造成的损害，而不只是赔偿三分之一或按其他的成比例份额。这……与澳大利亚能否被单独控告无关。法院认为，没有任何理由证明只因为要求提出领土的管理(与另外两个国家共同执行)问题而在诉讼开始时就宣布不能受理只对三个国家其中之一提出的要求。无可否认，作为组成管理当局的三个国家其中之一，澳大利亚承担了《托管协定》规定的义务，而该协定的性质没有使法院不得审理针对澳大利亚违背那些义务而提出的要求。⁷¹⁴

法院谨慎地补充说，它对管辖权的裁决“并没有解决如果澳大利亚被裁定负有责任，澳大利亚是否应对瑙鲁所称的损害提供全部或局部赔偿的问

⁷¹⁰ 关于共同或共有责任国内法的比较性综述，见 J. A. 维尔，如上(上文脚注 471)，第十一卷，《侵权》，特别是第 43-44 页，第 79-81 节。

⁷¹¹ 见第一部分第四章介绍性评注第(1)-(5)段。

⁷¹² 见上文脚注 230。

⁷¹³ 见上文脚注 286。另见第 16 条评注第(11)段。

⁷¹⁴ 瑙鲁境内某些磷酸盐地案，初步反对意见(见上文脚注 230)，第 258-259 页，第 48 段。

题，在这方面，应考虑到委任统治和托管制度的特点，……特别是澳大利亚在管理领土方面发挥的特别作用”。⁷¹⁵

(5) 条约有时会述及对一些国家所实施行为的责任范围问题。⁷¹⁶ 一个著名的示例是《空间物体所造成损害的国际责任公约》。该《公约》第四条第 1 款明确规定，两个国家发射的两个空间物体相撞对第三国造成损害，该两国应负“共同连带责任”。赔偿的责任在某些情况下是严格的责任，在其他情况下是以过失为依据的。第四条第 2 款规定：

就本条第一款所称负有连带及个别责任之所有案件而言……对损害所负之赔偿责任应按前二国过失之程度分摊之；倘该两国每造之程度无法断定，赔偿责任应由该两国平均分摊之。此种分摊不得妨碍第三国向负有连带及个别责任之发射国之任何一国或全体索取依据本公约应予给付之全部赔偿之权利。⁷¹⁷

这显然是一项特别法，它涉及对合法行为的赔偿责任，而不是本条意义上的责任。⁷¹⁸ 与此同时，它表明，就受害国而言，“共同连带”赔偿责任制可能相当于何种办法。

(6) 根据第 47 条第 1 款，如果几个国家应对同一国际不法行为负责，对于该行为可以援引每一国家的责任。国际法的一般规则是一国应对其自身的不法行为分别负责的规则，第 1 款反映了该一般规则。第 1 款既不承认共同连带责任的一般规

⁷¹⁵ 同上，第 262 页，第 56 段。此案后来被协议撤销，澳大利亚同意分期支付相当于瑙鲁索赔全额的款项。后来另外两国政府也同意为争端解决方案所定付款出资。见瑙鲁境内某些磷酸盐地案，命令(见上文脚注 230)和争端解决协定(同上)。

⁷¹⁶ 一种特别情况是欧洲联盟及其成员国按照“联合协定”承担的责任，根据该协定，欧洲联盟及其所有或部分成员国都以本身的名义成为缔约方。另见《联合国海洋法公约》附件九。关于联合协定的一般情况，例如见 A. Rosas, “Mixed Union mixed agreements”, M. Koskenniemi 编辑, *International Law Aspects of the European Union* (海牙, 克鲁维尔出版社, 1998 年), 第 125 页。

⁷¹⁷ 另见第五条第 2 款，其中对负共同连带责任的国之间的赔偿作出了规定。

⁷¹⁸ 关于对不法行为的国际责任与合法行为产生的国际赔偿责任之间的区别，见总评注第 4 段。

则，也不排除两个或两个以上国家应对同一国际不法行为负责的可能性。这些国家是否应负责任将取决于具体情况和各有关国家的国际义务。

(7) 根据第 47 条第 1 款，如果几个国家各自应对同一国际不法行为负责，第 42 条意义上的受害国可以分别援引每一国家的责任。该不法行为产生的后果，例如就赔偿而言，将是第二部分条款对该国产生的后果。

(8) 第 47 条仅仅述及众多责任国应对同一国际不法行为负责的情况。这种行为的确定将取决于特定主要义务，而不能抽象地规定。当然也可能出现这样的情况，即几个国家分别实施了国际不法行为，协助造成了同一损害。例如，几个国家可能分别排放污染物而造成一条河流的污染。在科孚海峡事件中，看来南斯拉夫实际布设了水雷，本来应该对其造成的损害负责。国际法院裁断，阿尔巴尼亚对联合王国的同一损失负责，因为阿尔巴尼亚知道，或者本应该知道水雷的存在，以及英国船只打算行使过境权，但却没有向船只发出警告。⁷¹⁹ 不过法院没有表示，由于第三国的并存责任而减轻阿尔巴尼亚没有提出警告的责任，更不用说排除其责任。在此类情况下，每个参与国的责任要按其行为并参照其本身的国际义务来分别确定。

(9) 第 47 条第 1 款规定的一般原则制约于第 2 款提出的两项但书。(a)项述及受害国超额赔偿的问题。这一项规定，受害国不得取回多于所受损失的补偿。⁷²⁰ 这项条款旨在保护责任国，将其赔偿义务限于对所遭受损失的责任。这项原则仅仅是为了确保实际追索不得超过损害的数量。这项原则并不排除对两个或两个以上责任国同时作出仲裁赔偿，但就受害国而言，只要任何一个责任国全额支付仲裁赔偿即可。

(10) (b)项中的第二项但书承认，如果同一损害有一个以上的责任国，它们之间就可能产生分担的

⁷¹⁹ 科孚海峡案，案情(见上文脚注 35)，第 22-23 页。

⁷²⁰ 例如，这项原则在霍茹夫工厂案，案情(见上文脚注 34)中得到了常设国际法院的肯定。该法院裁断，不能给予德国所要求的补偿，“否则同一补偿将判予两次以上”(第 59 页)；另见，第 45 和第 49 页。

问题。例如,《外层空间责任公约》第四条第2款和第五条第2款就具体设想到这一点。另一方面,有时可能不允许一个责任国对另一个责任国提起追索。(b)项没有述及应对同一不法行为负责的几个国家之间的分担问题;只是规定,第1款所述一般原则不妨碍一个责任国可能对任何其他责任国的任何追索权。

第48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) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务;或

(b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。

2. 有权按照第1款援引责任的任何国家可要求责任国:

(a) 按照第30条的规定,停止国际不法行为,并提供不重复的承诺和保证;和

(b) 按照前几条的规定履行向受害国或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。

3. 受害国根据第43、第44和第45条援引责任的必要条件,适用于有权根据第1款对另一国援引责任的国家援引责任的情况。

评注

(1) 第48条补充了第42条所载的规则。该条述及受害国以外的国家为了集体利益援引责任的问题。一个有权根据第48条援引责任的国家并不是由于遭受损害而单独行事,而是作为义务所向的一国家集团的成员行事,或者甚至作为整个国际社会的成员行事。第48条第1款中“受害国以外的任何国家”这一措辞强调了这种区别。

(2) 第48条所依据的想法是,在保护国家集团的集体利益或整个国际社会的利益的特定义务被违背的情况下,本身没有遭受第42条意义上的损害的国家可援引责任。实际上关于对整个国际社会的义务,国际法院在巴塞罗那电车公司案⁷²¹的判

决中具体也是这样说的。尽管该法院指出,“可以认定所有国家都具有合法利益”来履行这些权利,但48条没有限定第48条所确定国家的立场,例如称它们为“有关国家”。“合法利益”这一词并不能够区别第42条与第48条,因为第42条意义上的受害国也具有合法利益。

(3) 关于第48条的结构,第1款界定了产生更广泛援引责任的权利的几类义务。第2款规定了受害国以外的国家可要求的责任形式。第3款规定,第43、第44和第45条载列的援引的要求适用于根据第48条第1款援引责任的情况。

(4) 第1款提到“受害国以外的任何国家”。当然,所有或许多国家将有权根据第48条援引责任,“任何国家”这一词是为了避免产生这些国家必须一起或一致行动的任何含义。此外,在一国由于第48条适用的一项义务被违背而单独遭受损害的情况下,就同一国际不法行为而言,这些国家的权利将与任何受害国的权利相似。

(5) 第1款界定了义务的类别,违背这些义务则使受害国以外的国家有权援引国家责任。这一款将对于国家集团承担的、为了保护该集团的集体利益而确立的义务(第1款(a)项)与对整个国际社会承担的义务(第1款(b)项)区别开来。⁷²²

(6) 第1款(a)项规定,如果满足下列两项条件,受害国以外的国家可援引责任:第一,义务必须是对援引责任的国家所属的集团承担的义务,违背该义务已经引起了责任;第二,义务必须是为保护集体利益而确立。这项规定对国际法的不同渊源没有做出区别;保护该集团集体利益的义务可以产生自多边条约或习惯国际法。这种义务有时被称为“对所有方面适用的义务”。

(7) 属于第1款(a)项范围的义务必须是“集体义务”,即它们必须适用于某一国家集团,并为某种集体利益而确立。⁷²³例如,它们可以涉及某一区域的环境或安全(如某项区域无核区条约或保护人权的区域制度)。它们不只局限于为成员国的利

⁷²² 关于对严重违背对整个国际社会所承担义务的责任范围,见第二部分第三章和评注。

⁷²³ 另见第42条评注第(11)段。

⁷²¹ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注25),第32页,第33段。

益而规定的安排，而且还适用于某一国家集团为某种更广泛的共同利益而签订的协议。⁷²⁴ 但是无论怎样，这种安排必须超越缔约国双边关系的范围。至于这种义务必须要保护集体利益的要求，一一列举这类利益的职能不属于本条款的范围。如果它们属于第 1 款(a)项的范围，它们的主要目的则是为了促进共同利益，首先是每个有关国家的任何利益。这将包括下列情形：即国家在制定保护某一群体或民族的一般性标准时，承担了保护非国家实体的义务。⁷²⁵

(8) 第 1 款(b)项规定，如果有义务是“对整个国际社会”承担的，受害国以外的国家可以援引责任。⁷²⁶ 这项规定意在落实国际法院在巴塞罗那电车公司案中的声明；在该案中，法院就对具体国家承担的义务与“对整个国际社会承担的”义务做了“基本区别”。⁷²⁷ 关于后一种义务，法院接下来说，“鉴于所涉权利很重要，可以认为所有国家对保护这些权利均有合法利益；它们是普遍义务。”

(9) 条款吸取这项声明的精髓，避免使用“普遍义务”一词，因为该词所传递的信息要比法院所提到的整个国际社会一词要少，而且有时与对某一条约所有缔约国承担的义务相混淆。这些条款的职能也不是要列出在现行国际法下对整个国际社会承担的义务清单。这将远远超出编撰国家责任次要规则的任务范围，无论怎样，这种清单只有有限的价值，因为这一概念的范围肯定随着时间推移而发展。法院本身已经提供了有用的指导：它在 1970 年的判决中通过举例提到“禁止侵略行为和灭绝种族行为”，还提到“关于人的基

⁷²⁴ 在“温布尔登号”轮船案(见上文脚注 34)中，法院指出了《凡尔赛和约》的起草人“关于通过规定国际制度便利进入波罗的海，从而使该海峡在任何时候均对外国船舶开放的意向”(第 23 页)。

⁷²⁵ 规定委任制度的《国际联盟盟约》第 22 条是关于这种意义上的一般利益的规定，根据这项规定缔结的各项委任协定亦如此。但试比较国际法院在西南非洲案，第二阶段中备受批评的裁决，《1966 年国际法院汇编》，第 6 页，第 48 条故意背离这项裁决。

⁷²⁶ 关于“整个国际社会”这一术语，见第 25 条评注第(18)段。

⁷²⁷ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 25)，第 32 页，第 33 段，另见第二部分第三章评注第(2)-(6)段。

本权利，包括免受奴役和种族歧视等项原则和规则”。⁷²⁸ 法院在东帝汶案的判决中，为这份清单添加了民族自决权。⁷²⁹

(10) 作为整个国际社会的成员，各国有权就违背这些义务援引另一国的责任。第 1 款(a)项所涉的这类集体义务需要添加一些标准予以进一步限定，而第 1 款(b)项则没有必要作进一步限定。按定义，所有国家是整个国际社会的成员；按定义，这些义务是保护这种国际社会利益本身的集体义务。当然，这种义务同时也可以保护国家的个体利益，因为禁止侵略行为能保护各个国家的生存及其人民的安全。同样，国家个体特别会因这种义务被违背而受到影响，例如沿海国由于违背旨在为集体利益保护海洋环境的义务遭到污染而受到特别影响。

(11) 第 2 款具体列明国家根据第 48 条援引责任时可以提出的要求类别。该款所列的清单详尽无遗，根据第 48 条援引责任，所引起的权利范围要比受害国根据第 42 条援引责任所引起的责任范围更加有限。尤其是，如果一国本身没有受到伤害，因此没有为自己要求补偿，则该国根据第 48 条采取的行動的重点可能放在一国是否违背义务的问题上，而如果违约行为是持续性行为，则放在停止上。例如在“温布尔登号”轮船案中，日本在这次航行中没有经济利益，因此只要求一项声明；而法国的国民不得承受损失，因此法国寻求损害赔偿并获得了损害赔偿。⁷³⁰ 在西南非洲案中，埃塞俄比亚和利比亚只要求法律地位声明。⁷³¹ 在这种情况下，正如法院本身在 1971 年指出的那样，“受害实体”为一个民族，即西南非洲人民。⁷³²

⁷²⁸ 巴塞罗那电车公司案(同上)，第 32 页，第 34 段。

⁷²⁹ 见上文脚注 54。

⁷³⁰ “温布尔登号”轮船案(见上文脚注 34)，第 30 页。

⁷³¹ 西南非洲案，初步反对意见，判决，《1962 年国际法院汇编》，第 319 页；西南非洲案，第二阶段，判决(见上文脚注 725)。

⁷³² 纳米比亚案(见上文脚注 176)，第 56 页，第 127 段。

(12) 第 2 款(a)项规定, 第 48 条所提到的任何国家都有权要求停止不法行为; 如果情况有此必要, 则有权要求根据第 30 条提供不重复的承诺和保证。第 2 款(b)项还允许这类国家根据第二部分第二章的规定要求责任国赔偿。如果是违背第 48 条的义务, 情况很可能是, 没有因违背义务而单独受到伤害的国家, 然而某国或某些国家完全应能够要求赔偿, 特别是恢复原状。根据第 2 款(b)项, 这项要求必须符合受害国利益(如果有的话)或者被违背的义务的受益者的利益。第 48 条第 2 款的这个方面涉及一项逐渐发展的措施, 这项措施行之有理, 因为它为保护处于威胁的社区或集体利益提供了一个途径。在这方面可以指出, 某些规定, 如各种人权条约的规定, 允许任何缔约国援引责任。在适用这些规定时, 对申请国提出问题的能力与义务受益者的利益做了明确区别。⁷³³ 因此, 可以要求根据第 48 条援引责任并要求声明性救济和停止以外救济的国家, 证明它的行为符合受害方的利益。如果受害方是一个国家, 它的政府将能够以当局的身份代表这种利益。其他的情况可能产生较大的困难, 本条款不能予以解决。⁷³⁴ 第 2 款(b)项最多只能规定一般性原则。

(13) 第 2 款(b)项提到国家要求“按照前几条中的规定履行……提供赔偿的义务”。这明确表明, 第 48 条所述的国家在受害国不能要求赔偿的情况下也不得要求赔偿。例如, 要求停止的前提条件是不法行为在继续; 如果恢复原状本身已不可能, 则不得要求恢复原状。

(14) 第 3 款规定受害国以外的国家援引国家责任必须要满足关于受害国援引的条件, 特别是第 43 条(要求的通知)、第 44 条(可否提出要求)和第 45 条(援引责任权利的丧失)。这些条款应理解为可同等比照适用于根据第 48 条援引责任的国家。

⁷³³ 例如见欧洲人权法院在丹麦诉土耳其案(友好解决)中的意见, 2000 年 4 月 5 日的判决, *Reports of Judgments and Decisions 2000-IV*, 第 7、第 10 和第 11 页, 第 20 和第 23 段。

⁷³⁴ 另见第 33 条评注第(3)至第(4)段。

第二章

反措施

评注

(1) 本章讨论受害国采取反措施的条件和限制。换言之, 本章讨论的措施是受害国针对责任国的国际不法行为采取的措施, 目的是实现停止, 获得赔偿, 否则就会违背它对责任国的国际义务。反措施是一种各行其是的制度的特点, 受害国可能借之维护自己的权利, 恢复与责任国被国际不法行为中断的法律关系。

(2) 无论是各国政府还是国际法庭的裁决都确认, 在某些情况下反措施是正当的。⁷³⁵ 这一点反映在第 22 条中, 该条论及在解除不法性情况下回应国际不法行为的反措施问题。与其他形式的自助一样, 反措施容易被滥用, 而且这一潜在可能因国家之间事实上的不平等而加重。第二章的目的是在考虑到反措施作为应对国际不法行为的措施有其例外性质的前提下确定一项操作制度。与此同时, 还设法保证用适当的条件和限制把反措施控制在普遍可接受的范围内。

(3) 至于术语问题, 传统上“报复”一词用来涵盖为回应违约行为以自助方式采取的, 否则即属非法的行为, 包括强制行动。⁷³⁶ 最近, “报复”一词已限于国际武装冲突时采取的行动, 即用作交战报复的同义语。“反措施”这一术语涵盖的是报复问题中与武装冲突无关的部分, 根据现代

⁷³⁵ 关于主要文献, 见以下述评的书目文献: E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Counter-measures* (纽约州多布斯费里, 跨国出版社, 1984 年), 第 179-189 页; O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (牛津, 克拉伦登出版社, 1988 年), 第 227-241 页; L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite: Des contre-mesures à la légitime défense* (巴黎, 法学及司法判例出版社, 1990 年), 第 501-525 页; 以及 D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international: Etude théorique des contre-mesures en droit international public* (巴黎, 贝多内出版社, 1994 年)。

⁷³⁶ 例如见 E. de Vattel, *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law*(上文脚注 394), 第二卷, 第十八章, 第 342 页。

实践及司法裁决，本章以这一意思使用该术语。⁷³⁷ 反措施应与“反报”相对照，后者是指一种“不友好”行为，尽管可能是对一项国际不法行为的回应，但不与从事它的国家的任何国际义务不相符合。反报行为可能包括禁止或限制正常外交关系和其他来往；各种禁运或是撤消自愿援助计划。无论动机为何，既然此种行为不与采取此种行为对付目标国家的国家的国际义务不相容，此种行为不牵涉反措施，因此不在本条款范围以内。“制裁”这一术语也经常使用，相当于由一个国家集团或由一个国际组织授权针对另一国家采取的行动。但是这一术语并不精确：《联合国宪章》第七章提到的只是“措施”，尽管这些措施能涵盖多种多样的行为，包括动用武装力量(第三十九、第四十一和第四十二条)。关于在国际关系中动用武力和交战报复的合法性问题，由相关的主要规则制约。另一方面，本条款涉及第22条所提到的反措施。受害国采取反措施是为了促使责任国遵守第二部分中规定的义务。它们具有工具性，并在第三部分中作为履行国家责任的一个方面给予了适当处理。

(4) 反措施应明确区别于1969年《维也纳公约》第六十条规定的在另一国家严重违反一项条约时对条约关系的终止或暂停。凡一项条约按第六十条终止或暂停时，缔约国的实质性法律义务势必受到影响，但是这一情况与违约行为可能已经引起的责任问题有相当大的不同。⁷³⁸ 反措施包括了减少现存条约义务而采取的行为，但具有合理性，是对反措施所针对国家的国际不法行为而采取的必要和适度的回应。反措施本质上是为实现一特定目的而采取的临时措施，一旦达到目的，其合理性即告终止。

(5) 本章不在有时称为“交互反措施”的现象与其他措施之间划分区别。该术语是指涉及暂停对责任国履行义务的反措施，“如果该义务相当于

或直接关联于被违背的义务”。⁷³⁹ 不要求采取反措施的国家只限于暂停履行相同或密切相关的义务。⁷⁴⁰ 有许多考虑支持这一结论。首先，对于某些义务，例如与保护人权有关的义务，交互反措施是不可想象的。有关义务具有非交互性，不仅因其他国家而且也因个人本身而引起。⁷⁴¹ 其次，如果对交互性反措施的限制假定，受害国能够施加与责任国相同或相关的措施，实际上这不大可能。该义务也许是单方面的，也许受害国已经履行了自己一方应尽的义务。最主要的是，对良好状况和人道的考虑排除了许多交互性的措施。然而，这项结论并不是这一问题的结束。反措施的采取如果是针对相同或密切相关的义务，如在空运协定案的仲裁那样，⁷⁴² 则更有可能满足必要性和相称的要求。

(6) 这项结论使得更有必要保证反措施必须严格限于情况的需要，并要有充足的保障防止滥用。第二章试图用各种途径做到这一点。首先，已经指出，只关注非强迫性的反措施(第50条第1款(a)项)。其次，要求反措施限于只针对责任国而不得指向第三方(第49条第1和第2款)。第三，既然反措施意在行之有效，换言之，既然采取它们的目的是为促使对国际不法行为的停止和赔偿，而绝对不是惩罚，所以反措施具有临时性，必须在对两个国家未来的法律关系的影响方面尽可能保持可逆性(第49条第2和第3款，第53条)。第四，反措施必须相称(第51条)。第五，反措施不背离某些基本义务(第50条第1款)，尤其不可背离一般国际法强制性规范下的义务。

(7) 本章还在一定程度上论及执行反措施的条件。特别是反措施不能影响两国间有效的和适用于争端的任何争端解决程序(第50条第2款(a)项)。采取反措施也不可以妨碍外交和领事的不可侵犯性(第50条第2款(b)项)。采取反措施之前，受害国必须先要求责任国遵守第二部分规定的义

⁷³⁷ 空运协定案(见上文脚注28)，第443页，第80段；美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注59)，第27页，第53段；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注36)，第106页，第201段；加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注27)，第55页，第82段。

⁷³⁸ 关于条约法典和国家责任法的各自范围，见第一部分第五章导言第(3)至第(7)段。

⁷³⁹ 见国家责任问题特别报告员威廉·里普根第六次报告，条款草案第二部分第8条，《1985年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第10页，A/CN.4/389号文件。

⁷⁴⁰ 比较条约法中不履行的例外情况，也有如此限制：见第一部分第五章导言性评注第(9)段。

⁷⁴¹ 参见爱尔兰诉联合王国案(见上文脚注236)。

⁷⁴² 见上文脚注28。

务，同时提议谈判，一旦国际不法行为停止且争端已秉诚提交给具有作出对当事方有约束力的裁决的法院或法庭时，必须暂停反措施(第 52 条第 3 款)。

(8) 本章的重点是第 42 条界定的由受害国采取的反措施。在实践中曾经发生一些情况，即反措施由其他国家，特别是第 48 条所指明的国家采取，但并没有任何国家受害，再则就是代表受害国或受害国的请求采取。此种情况具有争议性，而实践也处于初期。本章不求对受害国以外的国家采取反措施加以规定。但是绝不妨碍第 48 条第 1 款确认的任何国家有权针对责任国采取合法措施以保证违约行为停止并使受害国和被违背之该义务的受益人得到赔偿(第 54 条)。

(9) 与本条款的其他各章一样，关于反措施的条款属余留性质，可能被相反的规则排除或修改(见第 55 条)。因此，如果一条约条款排斥在任何情况下暂停履行一项义务，则将排除对履行该义务采取反措施。各国在发生争端时必须诉诸的争端解决制度也是一样，如果该制度(例如世贸组织的争端解决制度)要求在明确无误的违规行为采取具有反措施性质的措施之前必须取得授权的话，更是如此。⁷⁴³

第 49 条 反措施的目的和限制

1. 一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. 反措施限于采取措施的国家暂不履行对责任国的国际义务。

3. 反措施应尽可能允许恢复履行有关义务。

评注

(1) 第 49 条解释一受害国针对责任国家采取反措施所允许的目的，并对反措施的范围施加某些限制。一受害国只在为促使责任国依第二部分履行其义务，即停止尚在继续的国际不法行为并对受

害国提供赔偿时，才可采取反措施。⁷⁴⁴ 反措施的意图不是对不法行为给予一种惩罚，而是为实现促使责任国遵守第二部分规定的义务而采取的手段。反措施的有限目的和例外性质由第 49 条第 1 款中“只”字的使用所表明。

(2) 任何合法反措施的基本前提是存在着损害采取反措施国家的国际不法行为。这一点国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中，以下述文字给予明确表述：

为了具有合理性，一项反措施必须满足某些条件……

首先它的采取必须是对另一国家前此一项国际不法行为的回应，并必须针对该一国家。⁷⁴⁵

(3) 第 49 条第 1 款预设了采取反措施的客观标准，特别是要求反措施的采取须针对国际不法行为的责任国，以促使该国遵守其停止和赔偿的义务。采取反措施的国家如果对不法性问题的看法最终缺乏充分根据，那就是冒险行事了。一个国家根据其对形势的单方面估计而采取反措施时须自担风险，如果估计错误则可能须对自身的不法行为承担责任。⁷⁴⁶ 在这方面，反措施与其他排除不法性的情况之间没有区别。⁷⁴⁷

(4) 反措施的第二个要素是“必须针对”⁷⁴⁸ 一个犯了国际不法行为，而且未遵守本条款第二部分

⁷⁴⁴ 关于这些义务，见第 30 和第 31 条及评注。

⁷⁴⁵ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 55 页，第 83 段。参见“瑙利拉”案(上文脚注 337)，第 1027 页；“西斯尼号”案(上文脚注 338)，第 1057 页。在 1930 年海牙会议上，对此点作出回应的国家都认为，先有不法行为是采取报复的必要先决条件；见国际联盟，国际法编纂会议，《讨论基础》(上文脚注 88)，第 128 页。

⁷⁴⁶ 法庭在空运协定案(见上文脚注 28)的评论，大意谓“每一国家都为自己确定针对其他国家的法律境况”，(第 443 页，第 81 段)，此说不可解释为无论法国是否违反该协定，美国采取反措施都是正当的。在该案中，法庭进一步裁断，美国事实上是对法国的违约行为做出回应，而且其回应符合国际法规定的反措施要求，特别是在目的和相称性方面。法庭没有裁决美国关于违约行为存在的认定无理是成立的。

⁷⁴⁷ 见第一部分第五章导言性评注第(8)段。

⁷⁴⁸ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 55-56 页，第 83 段。

⁷⁴³ 见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》，附件 2(关于争端解决规则与程序的谅解)，第 1 条、第 3 条第 7 款和第 22 条。

规定的停止和赔偿义务的国家。⁷⁴⁹ 第 1 款中的“只”字,就反措施的目的而言,也同样适用于反措施的对象,而且旨在表达反措施的采取只能针对作为国际不法行为肇事者的那个国家。反措施不可以针对责任国以外的其他国家。如果一第三国对采取反措施的国家负有一国际义务,而该义务被反措施所违背,在这种情势下,该措施因为针对了第三国故不能排除其不法性。在此意义上,反措施在否排除不法性方面的效力是相对的。这牵涉到受害国与责任国之间的法律关系。⁷⁵⁰

(5) 这并不意味着反措施不会偶然地影响到第三国或任何其他第三方的立场。例如,如果受害国根据本章中止责任国的过境权,包括第三国的其他各方就可能受到影响。如果在此问题上它们没有取得个别权利,它们就不可以投诉。与此类似,如果因为中止贸易协定,与责任国的贸易会受到影响,一家或多家公司会业务受损甚至破产。此类间接或次要的影响是不可能完全避免的。

(6) 在采取反措施时,受害国有效地不履行它对责任国承担的一项或几项国际义务,第 49 条第 2 款即反映这一内容。虽然反措施通常采取不履行一项义务的形式,但某一特定措施有可能同时影响到几项义务的履行。由于这一理由,第 2 款提到“义务”时用复数形式。例如,冻结一个国家的资产有可能导致按不同协议或安排对该国承担的若干项义务被违背。不同和并存的若干义务可能受同一个行为的影响。判别的标准永远是相称,所以一个实行了国际不法行为的国家据此不能使自己成为一个靶子,去承受任何形式或组合的反措施而不计其严重程度与后果。⁷⁵¹

⁷⁴⁹ 在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中,国际法院裁断,该要求已经达到,因为匈牙利继续违背其按双边条约应尽的义务,而捷克斯洛伐克是以此为根据对匈牙利做出回应的。

⁷⁵⁰ 关于人权义务的具体问题,见第 50 条第 1 款(b)项和评注。

⁷⁵¹ 见第 51 条及评注。此外,某些义务的履行在任何情况下都不得通过反措施予以拒绝:见第 50 条第 1 款(b)项及评注。

(7) 第 2 款中的“暂时”一语表示反措施具有临时或暂时性。反措施的目的是恢复受害国与责任国之间的法律状态,而不是制造责任国无论怎样回应针对它的要求都不可能改正的新情况。⁷⁵² 采取反措施是一种敦促而不是一种惩罚:如果它们有效地促使了责任国遵守其停止和赔偿的义务,反措施即应停止,义务的履行随即恢复。

(8) 第 49 条第 1 款提到责任国“依第二部分”承担的义务。反措施的指向正是保证这些义务得到履行。在许多情况下,反措施的主要着重点是确保正在继续的不法行为得以停止,但是如果符合第二章列明的其他条件,也可以采取反措施以确保得到赔偿。如果国际不法行为已经停止,无论违背义务行为严重程度及后果如何,也无论责任国是否拒绝赔偿,任何其他结论都应使责任国免遭反措施。在这一背景下产生一个问题:如果没有提供受害国要求的抵偿,鉴于这一救济在赔偿方面只起辅助作用,那么还是否应该诉诸反措施?⁷⁵³ 在正常情况下,抵偿将是象征性的或是补充性的,一个国家既然已经停止不法行为,又对受害国做出了补偿,就不大可能因为未能提供抵偿而成为反措施的对象。这项关注可通过适用第 51 条规定的相称概念适当加以处理。⁷⁵⁴

(9) 第 49 条第 3 款受到 1969 年《维也纳公约》第七十二条第二项的启发,该项规定当一国家暂停一项条约时,它在暂停期间不得以任何办法排除该条约恢复效力。与此类比,各国应尽可能选择可逆性的反措施。在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中,法院确认这一情况的存在,不过却确定没有必要就之作出宣布。法院断定“捷克斯洛伐克实行多瑙河改道一事不是合法的反措施,因为它不相称”,然后称:

因此没有必要再通过另外一项措辞表明一项反措施的合法性,即它的目的必须是促使不法行为国遵守其按国际法应

⁷⁵² 这一概念得到了第 3 款和第 53 条(终止反措施)的进一步强调。

⁷⁵³ 见第 37 条第(1)款评注。

⁷⁵⁴ 类似的考虑适用于不重复的承诺和保证。见第 30 条(b)项和评注。

尽之义务，而且该措施因此必须是可逆的。⁷⁵⁵

然而，选择可逆性措施的义务并不是绝对的。反措施的效果在引起反措施的情况停止后不大可能在一切情况下都能消除。例如，要求事先通知某些活动在该活动已经进行之后就再无价值了。与此相反，如果对责任国施加无法挽回的伤害，则能构成对违约行为的惩罚或制裁，这不是条款中所构想的反措施。第 3 款中的“尽可能”一语表示，如果受害国有若干合法而且有效的反措施可供选择，它应选择一项反措施，即能使因反措施而中断的义务履行得到恢复的反措施。

第 50 条 不受反措施影响的义务

1. 反措施不得影响下列义务：

(a) 《联合国宪章》中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) 禁止报复的人道主义性质的义务；

(d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。

2. 采取反措施的国家仍应履行其下列义务：

(a) 实行它与责任国之间任何可适用的解决争端程序；

(b) 尊重外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性。

评注

(1) 第 50 条具体规定若干不得因反措施而妨碍其履行的义务。受害国必须继续尊重它与责任国关系中的这些义务，并不得凭责任国违背第二部分规定的义务而排除任何不遵守这些义务的行为的不法性。就反措施的法律而言，这些义务是神圣不可侵犯的。

(2) 第 50 条涉及的义务分为两个基本类别。第 1 款涉及的几项义务因其性质根本不可以成为反措施的对象。第 2 款涉及的几项义务特别涉及保持

⁷⁵⁵ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27)，第 56-57 页，第 87 段。

两个有关国家联络渠道畅通，其中包括解决其争端的机构。

(3) 第 50 条第 1 款指明四类不得受反措施影响的基本实质性义务：(a) 《联合国宪章》中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) 禁止报复的人道主义性质的义务，和(d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。

(4) 第 1 款(a)项论及《联合国宪章》中禁止实行武力威胁和使用武力的规定，包括载于第二条第四项明确禁止使用武力的规定。此款从第二章规定的允许采取的反措施范围中排除了武力措施。

(5) 对武力反措施的禁止已体现于依《联合国宪章》发表的《各国友好和合作的国际法原则宣言》中，通过该宣言，联合国大会宣告“各国负有责任避免涉及动用武力的报复行动”。⁷⁵⁶ 这一禁止也符合于主导理论以及国际司法机构⁷⁵⁷ 和其他机构的一系列权威性宣告。⁷⁵⁸

(6) 第 1 款(b)项规定反措施不得影响保护基本人权的义务。在“瑙利拉”案仲裁中，法庭宣布一项合法的反措施必须“受到人道主义要求和国家间关系适用的诚意规则的限制”。⁷⁵⁹ 国际法协会在 1934 年决议中宣称，一个国家在采取反措施时必须“避免采取一切有违人道主义原则和公

⁷⁵⁶ 大会第 2625(XXV)号决议，附件，第一项原则。欧洲安全和合作会议《最后文件》也明文谴责武力措施。该《最后文件》第一“篮子”所载《指导参与国之间关系的国际法原则宣言》的第二项原则部分是：“同样，[参与国]也将避免在其朴素关系中采取任何武力报复行动。”

⁷⁵⁷ 特别见科孚海峡案，案情(上文脚注 35)，第 35 页；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和半军事活动案(上文脚注 36)，第 127 页，第 249 段。

⁷⁵⁸ 例如见安全理事会 1956 年 1 月 19 日第 111(1956)号、1962 年 4 月 9 日第 171(1962)号、1964 年 4 月 9 日第 188(1964)号、1972 年 6 月 26 日第 316(1972)号、1973 年 4 月 21 日第 332(1973)号、1985 年 10 月 4 日第 573(1985)号和 2000 年 10 月 7 日第 1322(2000)号决议。另见大会 1986 年 11 月 20 日第 41(38)号决议。

⁷⁵⁹ “瑙利拉”案(见上文脚注 337)，第 1026 页。

共良知要求的严厉措施”。⁷⁶⁰ 自 1945 年以来随着国际人权的发展，这一点得到进一步的运用。尤其是相关的人权条约确定了若干项即使在战争时期或其他公共紧急状态下也不得减损的人权。⁷⁶¹

(7) 经济、社会和文化权利委员会在第 8 号一般性意见(1997 年)中曾论及经济制裁对平民，特别是儿童的影响。该意见既讨论了国际组织所采取措施的影响，但该议题不在本条款范围以内；⁷⁶² 也讨论了国家个体或国家集团所施加的措施的影响。该一般性意见强调，“无论情况如何，此类制裁永远应当充分考虑到《经济、社会、文化权利国际公约》的规定”，⁷⁶³ 并进而宣称：

在讨论制裁问题时，有必要区分对有关国家的当权者实施政治和经济压力使之遵从国际法这一基本目标与受制裁国最脆弱的群体遭受的附带影响。⁷⁶⁴

从一般国际法的一些其他要素也可以做出类推。例如，《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一议定书》)第 54 条第 1 款无条件规定，“禁止使用让平民遭受饥馑的办法当作战争手段。”⁷⁶⁵ 与此类似，《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民及政治权利国际公约》第 1 条第 2 款最后一句都是：“在任何情况下不得剥夺一个人民自己的生存手段”。

(8) 第 1 款(c)项论及国际法在报复方面规定的义务，而且取法于 1969 年《维也纳公约》第六十条

第五项。⁷⁶⁶ 该项反映的是国际人道主义法律中存在的根本禁止针对个人的报复行为。特别是依照 1929 年《关于战俘待遇之日内瓦公约》、1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约以及 1977 年《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一议定书》)，禁止对所定几类受保护者实行报复，这些禁令受到极广泛的接受。⁷⁶⁷

(9) 第 1 款(d)项禁止采取影响依一般国际法强制性规范承担的其他义务的反措施。显然，一项即使两国之间通过缔约也不得减免的强制性规范，当然不可以因反措施式的单方面行动加以减损。(d)项为本章的目的再次重申第 26 条确认的原则：第一部分第五章规定的排除不法性的情况不影响一个国家违背一般国际法强制性规范所加义务而采取的任何行动的不法性。在强制性规范所加义务之前提到“其他”一语表明，(d)项不是限定上文各项，因为其中的有些项也包括种种形式的强制性规范。特别是(b)和(c)两项是自有道理的。(d)项表明确认还有更多的强制性规范，它们创设了不可能成为受害国所采取反措施对象的义务。⁷⁶⁸

(10) 各国之间可以商定，国际法中可以不成为反措施对象的其他规则，无论它们是否被视为是一般国际法的强制性规范。这一可能性包含在第 55 条的特别法律规定中，而不是排除第 50 条第 1 款(d)项规定的排除反措施范围之内。尤其是，一项双边或多边条约可以宣布取消因被违反或针对于其主题而采取反措施的可能性。例如欧洲联盟的

⁷⁶⁰ 《国际法学会年鉴》，第 38 卷(1934 年)，第 710 页。

⁷⁶¹ 见《公民及政治权利国际公约》第 4 条；《欧洲人权和基本自由公约》第 15 条；《美洲人权公约》第 27 条。

⁷⁶² 见下文第 59 条及评注。

⁷⁶³ E/C.12/1997/8，第 1 段。

⁷⁶⁴ 同上，第 4 段。

⁷⁶⁵ 另见第 54 条第 2 款(“保障平民生存的必需品”)和第 75 条。另见《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际武装冲突受害者的议定书》(《第二议定书》)。

⁷⁶⁶ 1969 年《维也纳公约》第六十条第五项排除一国因严重违反行为而暂停或终止任何“各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其是关于禁止对受此类条约保护之人采取任何形式之报复之规定”的条约规定。维也纳条约法会议以 88 票赞成、0 票反对、7 票弃权的表决结果通过补充这一项。

⁷⁶⁷ 见 K. J. Partsch, “Reprisals”, 《国际公法百科全书》，R. 伯恩哈特编辑(阿姆斯特丹，埃尔斯韦尔出版社，2000 年)，第 4 卷，第 200 页，详见第 203-204 页；以及 S. Oeter, “Methods and means of combat”, D. Fleck 编辑，同前(上文脚注 409)，第 105 页，详见第 204-207 页，第 476-479 段，提到相关条款。

⁷⁶⁸ 见第 40 条评注(4)至第(6)段。

一些条约就是这样，它们有自己的执行制度。⁷⁶⁹ 依世贸组织争端解决制度，一成员为回应另一成员不遵守一世贸组织委员会或受理上诉机构的建议或裁定而暂停减让或其他义务之前，必须首先取得争端解决机构的授权。⁷⁷⁰ 根据《世贸组织争端解决谅解书》第 23 条，“因世贸组织协定规定的义务受到违背或其他利益遭废除或妨碍而寻求补救”的成员，应“采取并服从”《争端解决谅解书》的规则和程序。此一点，按解释，既是一项“排除性争端解决条款”，也是为了“防止世贸组织成员单方面解决它们之间涉及世贸组织权利和义务的争端”的条款。⁷⁷¹ 既然减免条款或其他条约规定(如禁止保留)被正当地解释为表示该条约条款具有“不得违犯”的性质，⁷⁷² 故可以导致排除反措施。

(11) 除了第 50 条第 1 款对采取反措施的实质性限制之外，第 2 款规定对两类义务不得采取反措施，即受害国与责任国之间适用的解决争端程序以及外交或领事人员的不可侵犯性。这两条理由涉及实质性义务较少，但其功能涉及如何解决当事方之间业已引起以反措施相威胁或使用反措施的争端。

(12) 其中第一点，载于第 2 款(a)项，适用于受害国与责任国之间“任何适用的解决争端程序”。

⁷⁶⁹ 关于欧洲联盟法律排除单方面反措施，例如见第 90 号和第 91-63 号合并案(欧洲经济共同体委员会诉卢森堡大公国和比利时王国)，*Reports of cases before the Court*, 第 625 页，详见第 631 页(1964 年)；第 52/75 号案(欧洲经济共同体委员会诉意大利共和国)，同上，第 277 页，详见第 284 页(1976 年)；第 232/78 号案(欧洲经济共同体委员会诉法兰西共和国)，同上，第 2729 页(1979 年)；C-5/94 号案，女王诉农业、渔业和粮食部，赫德利·洛马斯(爱尔兰)有限公司单方诉讼案，*Reports of cases before the Court of Justice and the Court of First Instance*, p.1-2553 (1996 年)。

⁷⁷⁰ 见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》，附件 2 (《关于争端解决规则与程序的谅解》)，第 3 条第 7 款和第 22 条。

⁷⁷¹ 见世贸组织，专家组报告，《美国—1974 年贸易法第 301-310 节》(上文脚注 73)，第 7.35-7.46 段。

⁷⁷² 此处用国际法院采用的同义词，见于该法院关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案(见上文脚注 54)的咨询意见，第 257 页，第 79 段。

这一用语仅仅是指与该争端有关的，而不是涉及当事国之间其他无关问题的解决争端程序。为此目的，争端应该认为是既包括该国际不法行为引起的原始争端，也包括针对它采取的反措施是否合法的争端。

(13) 有一项久已确立的原则，即争端解决条款即使包含在一项处于争端中的条约之中，或其是否继续有效受到质疑，这些争端解决条款仍然必须得到信守。国际法院在关于国际民航组织理事会管辖权的上诉案中曾经表示：

仅仅一项单方面的中止行动本身，无论如何不可以导致管辖权条款失效，因为它们的目的之一恰恰是要检验该中止行动是否应该有效。⁷⁷³

同样的道理也决定了受害国与责任国之间的这样一项原则，即适用于其争端的争端解决条款不可以用反措施的方式中止其效力。否则，单方面行动即可取代一项业已商定的能够解决引起反措施的争端的条款。这一点国际法院在美国驻德黑兰外交和领事人员案中给予了肯定：

无论如何，任何一方涉嫌违反(友好)条约时，都不能妨碍该方援引该条约有关和平解决争端的条款。⁷⁷⁴

(14) 第 2 款(b)项所载例外限制受害国在何种程度上可以通过反措施诉诸违背其在外交和领事关系方面所承担义务的行为。一个受害国可以设想在若干层面上采取行动。在《维也纳外交关系公约》规定的情况下，宣布外交官为不受欢迎的人，终止或中止外交关系，召回大使——这些行动不构成本章意义上的反措施。第二个层面上，可以采取影响外交或领事特权的措施，但不妨害外交或领事人员、馆舍、档案和文件的不可侵犯性。只要满足本章的要求，此类措施可以是合法的反措施。另一方面，依第 50 条第 2 款(b)项禁止

⁷⁷³ 关于国际民用航空组织理事会管辖权的上诉案(印度诉巴基斯坦)，判决，《1972 年国际法院汇编》，第 46 页，详见第 53 页。另见 S. M. 施韦贝尔，*International Arbitration: Three Salient Problems*(剑桥，格劳秀斯，1987 年)，第 13-59 页。

⁷⁷⁴ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59)，第 28 页，第 53 段。

的反措施，其范围限于旨在保障外交人员、馆舍、档案和文件实际安全和不可侵犯包括管辖豁免的那些义务，在任何情况下，包括武装冲突都是一样的。⁷⁷⁵ 这一点在做必要的修改后同样地适用于领事人员。

(15) 在美国驻德黑兰外交和领事人员案中，国际法院强调“外交法本身即规定了必要的手段防范和处罚外交或领事使团成员进行非法活动”，⁷⁷⁶ 并做出结论说，即使是对派遣国的国际不法行为施加反措施，也不能说侵犯外交和领事豁免权是正当的。该法院声称：

简言之，外交法的规则构成一项自足的制度，一方面规定了接收国在给予外交导致的便利、特权、豁免方面的义务，另一方面也预见到使团成员可能舞弊，故具体规定了接收国为了对付任何此类舞弊而可以动用的手段。⁷⁷⁷

如果外交或领事人员成了反措施的目标，他们事实上势必为派遣国过错而沦为驻在国的人质，这就破坏了外交和领事关系的体制。因此，根据实用理由即可以证明：排除任何妨害外交和领事不可侵犯性的反措施是正当的。这并不影响接收国依《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》各项条款通过各种途径寻求补救。⁷⁷⁸ 另一方面，第 50 条第 2 款(b)项没有必要提及多边外交。各国派驻国际组织的代表，其职权范围包括在外交代表之内。至于国际组织的官员本身，东道国针对他们采取的报复步骤都不可能称为反措施，因为反措施必然涉及不履行对责任国的义

务，而不会涉及不履行对第三方，即该国际组织的义务。

第 51 条 相称

反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。

评注

(1) 第 51 条为受害国在任何情况下采取反措施时根据相称性的考虑而设定一项基本限制。它所针对的是确定可以适用何种反措施，其强度如何。相称提供一个尺度，保证不相称的反措施会引起采取该措施的国家的责任。

(2) 相称是一个久已确立的采取反措施的要求，在实践、理论和判例中都得到了广泛承认。根据“瑙利拉”案的仲裁裁决：

即使我们承认国际法并不要求报复与犯法行为大体相称，但肯定应该认为：报复与引起报复的行为如完全不相称，则应视为过分和非法。⁷⁷⁹

(3) 在空运协定案的仲裁中，⁷⁸⁰ 相称问题得到了某种程度的详细探讨。在该案中，法国拒不允许在伦敦更换来自美国西海岸的航班的测量仪器，美国则采取反措施中止法航班机飞往洛杉矶，二者之间绝非铢两悉称。但法庭还是裁断美国的措施符合相称原则，因为这项措施“与法国采取的措施相比看起来并非明显地不相称”。特别是多数说：

普遍同意一切反措施首先必须与被指控的违规行为具有某种程度的相当，这是一项众所周知的规则……已经指出，一般而言判断反措施是否“相称”并不容易，最多只能大体不差。据法庭看来，最根本的是在国与国发生争端时不仅应考虑到当事公司受到的伤害，也要考虑到由被指控的违约行为引起的原则问题是否重大。法庭以为，在本案中，不能仅仅在泛美航空公司因中止预定业务蒙受的损失与法国公司因反措施蒙受的损失这二者之间进行比较；还

⁷⁷⁵ 例如见《维也纳外交关系公约》第 22、第 24、第 29、第 44 和第 45 条。

⁷⁷⁶ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注 59)，第 38 页，第 83 段。

⁷⁷⁷ 同上，第 40 页，第 86 段。参见《维也纳外交关系公约》第 45 条(a)项；《维也纳领事关系公约》第 27 条第 1 款(a)项(馆舍、财产和档案应予保护，“纵有武装冲突情事，亦应如此办理”)。

⁷⁷⁸ 见《维也纳外交关系公约》第 9 条、第 11 条、第 26 条、第 36 条第 2 款、第 43 条(b)项和第 47 条第 2 款(a)项；《维也纳领事关系公约》，第 10 条第 2 款、第 12 条、第 23 条、第 25 条(b)项和(c)项及第 35 条第 3 款。

⁷⁷⁹ “瑙利拉”案(见上文脚注 337)，第 1028 页。

⁷⁸⁰ 空运协定案(见上文脚注 28)，第 83 段。

有必要考虑到法国当局禁止在第三国更换测量仪器这一原则立场的重要性。美国政府采取的一般空运政策和为实施该政策与除法国以外的国家签订了大量国际协定，如果把该问题的重要性放在这一背景下加以观察，则美国采取的措施较之法国采取的措施看上去并非明显地不相称。两造都没有向法庭提交充分证据以肯定或推翻这些方面的相称性，因此法庭必须满足于一项十分近似的评断。⁷⁸¹

在本案中，反措施，从对法国航空公司造成的经济后果来看，比法方最初的行动更为严重，却与初始措施都在同一个领域而且涉及相同的航线。

(4) 相称问题在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中对于评价捷克斯洛伐克可能采取的反措施是否合法也是一个中心问题。⁷⁸² 国际法院承认，匈牙利拒绝完成该工程的行动等于无理违反了 1977 年《加布奇科沃-大毛罗斯拦截系统建造和运行条约》，进而说：

本法院的看法，有一重要考虑是，考虑到所涉权利，反措施的效果必须与所受的损失相当。

1929 年，常设国际法庭关于奥德河航行权问题曾有以下声明：

“通航河流上的利害与共构成一项共同合法权利的基础，基本特点是所有沿岸国在利用该河流整个水道时完全平等，排除任何一个沿岸国相对于其他沿岸国的任何优先特权”……

国际法的现代发展也加强了这项国际水道非航行使用的原则……

法院认为，捷克斯洛伐克通过单方面控制一项共享资源，从而剥夺了匈牙利平等合理分享多瑙河自然资源的权

⁷⁸¹ 同上；路透虽然不同意，却接受了法庭对相称的法律分析，但提出“对美国采取的反措施是否相称有严重怀疑，因为法庭不能做出明确评估”（第 448 页）。

⁷⁸² 加布奇科沃-大毛罗斯项目案（见上文脚注 27），第 56 页，第 85 和第 87 段，引述了奥德河国际委员会属地管辖权案，1929 年第 16 号判决，《常设国际法院汇编》，A 辑，第 23 号，第 27 页。

利，并以河水改道对斯日格科茨沿岸地区的生态环境造成持续影响——因而未能尊重国际法要求的相称性……

法院因此认为，捷克斯洛伐克将多瑙河改道不是合法的反措施，因为它不相称。

可见该法院考虑了所涉权利的性质或特征，将之当作一个原则问题，而且（像法庭在空运协定案中一样），没有仅从数量上衡量相称问题。

(5) 在与相称性有关的其他法律领域（如自卫），通常都以肯定的措辞表达这一要求，尽管如此在那些领域什么是相称也不是一个能够精确决定的问题。⁷⁸³ 第 51 条采用了相称要求的肯定表述。如果用否定式表述，在关切反措施可能滥用的领域，则可能留下过多的余地。

(6) 考虑到必须保证反措施的采取不得导致不公平的后果，在评价反措施时不仅要考虑所受损失的纯“数量”因素，也要考虑到它的“质量”因素，如被侵犯的规则所保护的利益是否重大和违约行为的严重程度如何。第 51 条将相称主要与所受损失挂钩，但还“考虑到了”二项进一步的标准：该国际不法行为的严重程度和所涉及的权利。“所涉及的权利”这一提法具有广泛意义，不仅包括不法行为对受害国的影响，也包括对责任国的权利的影响。此外，可能受到影响的其他国家的立场也可加以考虑。

(7) 相称涉及国际不法行为与反措施之间的关系。在某些方面，相称与第 49 条规定的目的要求有关：一项明显不相称的措施肯定可以判断为不是为促使责任国遵守义务所需，而是意在惩罚，因此超出第 49 条所阐明的反措施目的。然而，相称即使对第 49 条认为合理的措施也是一种限制。在任何情况下，反措施必须与所受损失，包括所涉原则问题的重要性相当，这样做的功用，并不完全取决于为实现遵守义务的目的是否必须采取反措施这一问题。

⁷⁸³ E.Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale* (米兰，朱弗雷出版社，2000 年)。

第 52 条 与采取反措施有关的条件

1. 一受害国在采取反措施以前应:

(a) 根据第 43 条要求责任国履行第二部分规定的义务;

(b) 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。

2. 虽有第 1 款(b)项的规定, 受害国可采取必要的紧急反措施以维护其权利。

3. 在下列情况下不得采取反措施, 如已采取, 务必停止, 不得无理拖延:

(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。

4. 若责任国不秉诚履行解决争端程序, 第 3 款即不适用。

评注

(1) 第 52 条规定与受害国动用反措施有关的若干程序性条件。一受害国在采取反措施以前, 必须根据第 43 条要求责任国遵守第二部分规定的义务。受害国也必须通知责任国它有意采取反措施并提议与该国进行谈判。虽然有这第二项要求, 但受害国仍可采取某些紧急反措施以维护其权利。如果责任国已停止国际不法行为, 且争端已提交主管法院或法庭, 即不得采取反措施; 如已采取, 务必停止。不过, 如果责任国不秉诚遵行争端解决程序, 这一要求即不适用。在此情况下, 反措施不一定中止, 也可以恢复。

(2) 总之, 第 52 条寻求在不能立即采用或根本没有第三方强制性争端解决办法的情况下, 确定采取反措施的合理程序性条件。⁷⁸⁴ 与此同时, 必须考虑到可能存在一个国际法院或法庭, 它有权作出对争端双方均有约束力的裁决。反措施是一种自救, 是对受害国在无法保证通过适当法律程序

公平解决争端的国际体系中的处境做出的反应。如果存在第三方程序并已被争端任何一方所援引, 则该程序的要求, 即采取临时保护措施就应该尽可能取代反措施。另一方面, 即使国际法院或法庭拥有裁决争端的管辖权, 也有权指定临时保护措施, 但也有可能出现责任国不合作的情形。在这种情况下, 用反措施以求救济势必恢复。

(3) 第 52 条的制度以法庭在空运协定案仲裁中的意见为基础发展而来。⁷⁸⁵ 第(1)(a)款提出的第一点要求是, 受害国在采取反措施之前, 必须要求责任国履行其停止和赔偿义务。这项要求(有时称为“限令”), 法庭在空运协定案仲裁中予以强调,⁷⁸⁶ 国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中加以强调。⁷⁸⁷ 显然它也反映了一般惯例。⁷⁸⁸

(4) 通知要求所根据的原则是, 考虑到反措施的例外性质及其潜在的严重后果, 在给另一国要求通知和做出反应的机会之前, 不应采取反措施。然而, 事实上, 在考虑采取某些反措施之前, 一般都对争端进行了相当紧张而详细的谈判。在这种情况下, 受害国肯定已经按照第 43 条将其要求通知责任国, 所以就不必为了遵守第 1 款(a)项再通知一次。

(5) 第 1 款(b)项要求决定采取反措施的受害国通知责任国其采取反措施的决定并提议与之谈判。反措施可能给目标国造成严重后果, 目标国面临拟议的反措施应有机会重新考虑其立场。第 1 款(a)项的操作与第 1 款(b)项的操作二者之间的时间关系没有严格规定。二种通知的时间可以很靠近, 也可以同时进行。

⁷⁸⁵ 空运协定案(见上文脚注 28), 第 445-446 页, 第 91 和第 94-96 段。

⁷⁸⁶ 同上, 第 444 页, 第 85-87 段。

⁷⁸⁷ 加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注 27), 第 56 页, 第 84 段。

⁷⁸⁸ A. Gianli, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali* (米兰, 朱弗雷出版社, 2000 年)。

⁷⁸⁴ 见上文本章评注第(7)段。

(6) 但是根据第 2 款, 受害国可以“采取必要的紧急反措施以维护其权利”, 甚至可以在通知其意图之前这样做。在现代化通信条件下, 一国际不法行为的责任国, 如拒不停止该不法行为也拒不提供任何改正措施, 则也可能设法规避反措施, 例如从受害国的银行里撤回资产。此类步骤可能在极短时间之内施行, 使得第(1)款(b)项所要求的通知目的落空。因此第 2 款才允许采取维护受害国权利所必需的紧急反措施: 这句话不仅包括了受害国在争端标的中的权利, 也包括了它采取反措施的权利。暂时中止命令、暂时冻结财产和类似措施, 根据情况都可以算在第 2 款范围之内。

(7) 第 3 款论及不法行为已经停止和争端已提交有权做出对当事国具有约束力之裁决的法院或法庭的情况。在这种情况下, 只要秉诚执行争端解决程序, 采取反措施的单方面行动是站不住脚的。一旦第 3 款的条件得到满足, 受害国就不得采取反措施; 如果已经采取, 务必停止, “不得无理拖延”。“不得无理拖延”一词在有限的程度上允许做出必要安排以停止有关措施。

(8) 就第 3 款(b)项而言, 除非法院或法庭存在并且能够受理案件, 否则不能说一项争端已经“提交法院或法庭”。为此, 在根据一项条约成立的特别法庭实际上建立以前, 不能说一项争端已经提交到该特别法庭, 而成立特别法庭的过程可能需要花费一些时间, 即使双方在任命法庭组成人员上互相合作也是如此。⁷⁸⁹ 第 3 款的基础是假定它所说的法院或法庭对该项争端拥有管辖权, 也有权力下令采取临时措施。这一权力是国际法院和法庭规则的正常特点。⁷⁹⁰ 第 3 款所根据的理由是, 一旦当事方把他们的争端提交给这一法院或

法庭以求决断, 受害国可以请求该法院或法庭下令采取临时措施以保护其权利。如果有此类法院或法庭听审, 此种请求将履行本质上相当于反措施的功能。如果法院或法庭的命令受到遵从, 在法庭裁决之前就没有必要采取反措施。提及“法院或法庭”的用意在于提及任何第三方争端解决程序, 无论其名称为何。但它并非指政治机关, 如安全理事会。也不指在私人当事方与责任国之间具有管辖权的法庭, 即使二者之间的争端引起了受害国与责任国之间的争议。不过, 在这种情况下, 根本争端已经交付仲裁, 对第 49 条和第 51 条的目的而言很重要, 只有在例外情况下, 才有正当理由采取反措施。⁷⁹¹

(9) 第 52 条第 4 款为根据第 3 款中止反措施规定了又一项条件。该款包括各种可能情况, 从起初拒绝在程序中合作, 例如不出庭, 到不管临时措施命令是否具有正式约束力都拒不服从, 到拒不接受法院或法庭的最后裁决。这一款还适用于如下情况, 即一当事国在成立有关法庭方面拒不合作, 或在法庭成立后拒不出庭。在第 4 款列出的情况下, 第 3 款对采取反措施规定的限制不再适用。

第 53 条 终止反措施

一旦责任国按照第二部分履行其与国际不法行为有关的义务, 即应尽快终止反措施。

评注

(1) 第 53 条论及的情况是责任国为应对受害国所采取的反措施已经按照第二部分履行其停止和赔偿义务。一旦责任国已履行第二部分规定的义务, 维持反措施已无根据, 必须立即终止。

⁷⁸⁹ 因此《联合国海洋法公约》第 5 条规定, “在争端提交的仲裁法庭成立以前”, 由海洋法法庭受理临时措施请求。

⁷⁹⁰ 《联合国海洋法公约》第九部分规定的临时措施命令的约束力, 由第 290 条第 6 款予以保证。至于见《国际法院规约》第 41 条规定的临时措施的约束力, 见以下裁决: 拉格朗案, 判决(上文脚注 119), 第 501-504 页, 第 99-104 段。

⁷⁹¹ 根据《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》, 国籍国不得代表一索赔人或公约“针对一个本国国民与另一缔约国已同意或将根据本公约提交仲裁的争端”提出国际索赔, “除非该缔约国不服从或履行该争端中已经做出的裁决”(第 27 条第 1 款); 见 C. H. Schreuer, 《解决国际投资争端公约评析》(剑桥大学出版社, 2001 年)第 397-414 页。此处排除由国籍国一切形式的责任援引, 包括采取反措施。见第 42 条评注, 第(2)段。

(2) 关于反措施在证明其正当的条件消失后应立即终止的思想,在本章其他各条中没有言明。鉴于此点的重要性,第 53 条予以明确。此条强调了第 49 条中反措施的具体性。

第 54 条 受害国以外的国家采取的反措施

本章不妨碍依第 48 条第 1 款有权援引另一国责任的任何国家,对该另一国采取合法措施,以确保停止该违背义务行为和使受害国和被违背之义务的受益人得到赔偿。

评注

(1) 第二章论述受害国针对责任国采取反措施以促使责任国履行停止和赔偿义务的权利。然而,不是惟独第 42 条界定的“受害”国才有权依本部分第一章援引一国对其国际不法行为的责任。第 48 条允许任何国家在对整个国际社会的义务遭到违背时援引责任,而且允许一个国家集团的任何成员在为保护该集团集体利益而确定的其他义务遭到违背时援引责任。根据第 48 条第 2 款,这些国家为了被违背义务的受益人的利益,也可以要求停止和履行。可见,就第 48 条提及的义务而言,这些国家被确认为对履行义务具有合法权益。问题在于这些国家可在何种程度上合法主张对没有得到补救的违规行为做出反应的权利。⁷⁹²

(2) 为此目的,极有必要区分两种不同的单项措施:一方面是由一个国家或一个国家集团以个体身份并通过其各自的机关采取的措施;另一方面是在国际组织框架内做出的机构性反应。后一种情况,例如是在《联合国宪章》第七章授权下采

取措施的情况,则不在本条款涵盖范围之内。⁷⁹³一般而言,本条款不包括一个国际组织采取行动的情况,虽然其成员国可能指挥或控制该组织的行为。⁷⁹⁴

(3) 有关这一课题的实践十分有限,而且尚未成熟。在许多实例中,国家已经对声称违背第 48 条所述义务的行为做出了反应,但并未声称个体受到了损害。反应采取的形式有经济制裁和其他措施(如关闭空中航线或其他联络渠道)。示例如下:

- 美国—乌干达(1978 年)。1978 年 10 月,美国国会通过立法禁止向乌干达出口货物和技术并禁止一切来自乌干达的进口。⁷⁹⁵该法案声称“乌干达政府……对乌干达人实行种族灭绝”,以及“美国应采取步骤与任何实行种族灭绝这一国际罪行的外国政府划清界限。”⁷⁹⁶

- 某些西方国家—波兰和苏联(1981 年)。1981 年 12 月 13 日,波兰政府实行戒严,随即镇压游行并拘禁许多异议人士。⁷⁹⁷美国和一些其他西方国家对波兰和苏联采取行动。其措施包括立即停止规定苏联航空公司的班机在美国着陆权和波兰航空公司的航班在美国、英国、法国、荷兰、瑞士和奥地利着陆权的条约。⁷⁹⁸各相关条约中规定的中止程序被忽视。⁷⁹⁹

⁷⁹³ 见第 59 条及评注。

⁷⁹⁴ 见第 57 条及评注。

⁷⁹⁵ 《乌干达禁运法》,1978 年 10 月 10 日第 95-435 号公法,1978 年《美国法规大全》,第 92 卷,第 1 部分(哥伦比亚特区华盛顿,美国政府出版局,1980 年),第 1051-1053 页。

⁷⁹⁶ 同上,第 5(a)和(b)节。

⁷⁹⁷ 《国际公法概览》,第 86 卷(1982 年),第 603-604 页。

⁷⁹⁸ 同上,第 606 页。

⁷⁹⁹ 例如见 1972 年《美利坚合众国政府和波兰人民共和国政府之间的空运协定》第 15 条(《美国条约及其他国际协定》),第 23 卷,第 4 部分(1972 年),第 4269 页;1967 年《美国苏维埃社会主义共和国联盟民用航空运输协定》第 17 条,《国际法律资料》,第 6 卷(1967 年),第 82 页;第 7 卷(1968 年),第 571 页。

⁷⁹² 例如见 M. Akehurst, “Reprisals by third States”, 《英国国际法年鉴》,1970 年,第 44 卷,第 1 页; J. I. Charney, “Third State remedies in international law”, 《密歇根大学国际法杂志》,第 10 卷,第 1 号(1989 年),第 57 页; Hutchinson, 如上(上文脚注 672); Sicilianos, 如上(上文脚注 735), 第 110-175 页; B. 西马, “From bilateralism to community interest in international Law”, 《课程汇编》,第 1994-VI 号(海牙,马蒂努斯·奈霍夫出版社,1997 年),第 250 卷,第 217 页; 以及 J. A. Frowein, “Reactions by not directly affected States to breaches of public international law”, 《课程汇编》,第 1994-IV 号(多德雷赫特,马蒂努斯·奈霍夫出版社,1995 年),第 248 卷,第 345 页。

• 针对阿根廷的集体措施(1982年)。1982年4月,阿根廷对福克兰(马尔维纳斯)群岛的一部分取得控制权,安全理事会要求立即撤出。⁸⁰⁰在联合王国提出请求后,欧洲共同体成员国、澳大利亚、新西兰和加拿大采取贸易制裁。其中包括暂时禁止进口所有的阿根廷产品,这样做违背了《关贸总协定》第十一条第1款,还可能违背了第三条。这些措施是否符合《关税及贸易总协定》第二十一条第(b)项第(三)目中关于国家安全例外的规定,当时就有争论。⁸⁰¹欧洲国家采取的禁运也导致中止阿根廷根据有关纺织品贸易和羊肉、羊羔贸易的两项部门协议所享有的权利,⁸⁰²这两个部门并不适用《关贸总协定》的安全例外。

• 美国—南非(1986年)。1986年南非政府在国内大部地区宣布进入紧急状态,安全理事会建议采取部门性经济抵制和冻结文化及体育往来。⁸⁰³后来一些国家采取的措施超出了安理会这些建议的范围。美国国会通过《全面反对种族隔离法》,中止南非航空公司在美国领土的着陆权。⁸⁰⁴这一立即中止违反1947年有关两个领土之间航空服务的《美利坚合众国与南非联邦协定》的有关条

款,⁸⁰⁵但被认为是合理措施,能促使南非政府“采取措施走向建立非种族主义的民主制度”。⁸⁰⁶

• 针对伊拉克的集体措施(1990年)。1990年8月2日,伊拉克部队入侵并占领科威特。安全理事会立即谴责入侵行为。欧洲共同体成员国和美国采取贸易禁运并决定冻结伊拉克资产。⁸⁰⁷这一行动是对伊拉克入侵的直接反应并取得了科威特政府的同意。

• 针对南斯拉夫联盟共和国的集体措施(1998年)。为了应对科索沃境内的人道主义危机,欧洲共同体成员国通过立法,规定冻结南斯拉夫资金并立即禁飞。⁸⁰⁸对于德国、法国和联合王国等许多国家来说,后一措施意味着不履行双边航空协定。⁸⁰⁹因为怀疑该行动的合法性,英国政府最初曾准备遵循它与南斯拉夫所签协定第17条关于一年期废约通告的规定。但是它后来改变立场,宣布停飞立即生效。为了说明这一措施的合理性,它声明“米洛舍维奇总统……日益恶化的人权记录表明他在道义上和政治上已经放弃了该国政府坚持通常适用的12个月通知期的权利。”⁸¹⁰南斯拉夫联盟共和国抗议这些措

⁸⁰⁰ 安全理事会1982年4月3日第502(1982)号决议。

⁸⁰¹ 西方国家利用这一条款受到总协定其他成员的质疑,参见《西方国家公报》,总协定第L.5319/Rev.1号文件以及西班牙和巴西的声明,总协定第C/M/157号文件,第5-6页。分析意见,参见H. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von CATT-Verpflichtungen als Repressalie*(单方面中止总协定义务以报复(英文摘要))(柏林,施普林格出版社,1996年),第328-334页。

⁸⁰² 这些条约转载于《欧洲共同体公报》,1979年11月26日第L298号,第2页;以及1980年10月18日第L275号,第14页。

⁸⁰³ 安全理事会1985年7月26日第569(1985)号决议。进一步情况,见Sicilianos,如上(上文脚注735),第165页。

⁸⁰⁴ 该条款案文,见《国际法律资料》,第26卷,第1号(1987年1月),第79页(第306页)。

⁸⁰⁵ 联合国,《条约汇编》,第66卷,第233页(第六条)。

⁸⁰⁶ 实施令见《国际法律资料》(上文脚注804),第105页。

⁸⁰⁷ 参见布什总统1990年8月2日执行令,转载于《美国国际法学报》,第84卷,第4号(1990年10月),第903-905页。

⁸⁰⁸ 1998年5月7日及6月29日共同立场,《欧洲共同体公报》,1998年5月14日第L143号,第1页以及1998年7月4日第L190号,第3页;通过欧共体第1295/98号条例,同上,1998年6月23日第L178号,第33页和第1901/98号条例,同上,1998年9月8日第L248号,加以实施。

⁸⁰⁹ 例如见联合王国,《条约汇编》第10号(1960年)(伦敦,皇家印务局,1960年);以及*Recueil des Traités et Accords de la France*,1967年,第69号。

⁸¹⁰ 《英国国际法年鉴》,1998年,第69卷,第581页;另见《英国国际法年鉴》,1999年,第70卷,第555-556页。

施，称之为“非法、单方面的，是歧视政策的一个实例。”⁸¹¹

(4) 在其他一些案例中，某些国家用类似办法中止条约权利，以此向违反集体义务的国家施加压力。但是它们没有依赖采取反措施的权利，而是以情况发生根本变化而行使暂停条约的权利。可举以下二例：

- 荷兰—苏里南(1982年)。1980年苏里南一军政府夺权。1982年12月新政府对反对派运动实行镇压；作为回应，荷兰政府中止了一项有关发展援助的双边条约，根据该条约苏里南本来享有财政补助。⁸¹² 该条约本身没有任何关于暂停或终止的条款，荷兰政府却称苏里南境内侵犯人权导致形势发生根本变化，故有权将条约暂停。⁸¹³

- 欧洲共同体成员国—南斯拉夫联盟共和国(1991年)。1991年秋季，针对南斯拉夫联盟共和国境内战事再起，欧洲共同体成员国暂停并随后解除了1983年与南斯拉夫签定的《合作协定》。⁸¹⁴ 此举导致普遍取消进口品的贸易优惠，从而超出了安理会1991年9月25日第713号决议的武器禁运令范围。这一反应与《合作协定》的条款不符，该协定并没有立即中止的规定，只规定六个月的废约

通知期。欧洲共同体成员国为了证明废约行动合理，明文指称该地区的和平与安全受到威胁。与苏里南的个案一样，它们依据的是形势发生了根本变化，而不是坚持采取反措施的权利。⁸¹⁵

(5) 在一些个案中，有一些国家明显愿意对涉及某些普遍利益的违背义务行为做出反应，但是这些国家不可能被看作第42条意义上的“受害国”。应该指出，在这些个案中主要有一个国家确实可以指明是受到所涉违约行为的损害，而其他国家采取行动是受到该国请求或是代表该国。⁸¹⁶

(6) 如本评述所示，有关为普遍或集体利益采取反措施的国际法的现状，尚不确定。国家实践很少见，且仅涉及为数有限的国家。目前似乎还没有明确承认如第48条所述国家有权为集体利益采取反措施。因此，本条文尚不适宜加入一款规定第48条所定其他国家是否允许采取反措施以促使责任国履行其义务。而第二章会有一项保留条款，对此立场予以保留并将这一问题的解决留待国际法的进一步发展。

(7) 第54条相应地规定关于反措施的一章不妨碍第48条第1款规定有权援引另一国责任的任何国家行使权利，对责任国采取合法措施，以保证停止违约行为并向受害国或所违背义务的受益人赔偿。该条提法是“合法措施”而不是“反措施”，目的是不妨碍有关下述措施的任何立场：受害国以外国家实施为了应对违反保护集体利益的义务或对整个国际社会的义务的行为而采取的措施。

⁸¹¹ 1999年10月10日南斯拉夫联盟共和国政府关于南斯拉夫航空公司暂停飞行的声明。见 M.Weller, 《1989-1999年科索沃危机》(剑桥, Documents & Analysis 出版公司, 1999年), 第227页。

⁸¹² 《荷兰王国条约汇编》，第140号(1975年)。见 H.-H. Lindemann, “The repercussions resulting from the violation of human rights in Surinam on the contractual relations between the Netherlands and Surinam”, 《比较公法和国际法杂志》，第44卷(1984年), 第64页，详见第68-69页。

⁸¹³ R. C. R.Siekman, “Netherlands State practice for the parliamentary year 1982-1983”, 《荷兰国际法年鉴》，1984年，第15卷，第321页。

⁸¹⁴ 关于条约暂停，见《欧洲共同体公报》，1983年2月14日第L41号，第1页；1991年11月15日第L315号，第1页；关于废约通知，见1991年11月27日第L325号，第23页。

⁸¹⁵ 另见欧洲法院的裁决：拉克公司诉美国茨海关案，C-162/96号案，*Reports of cases before the Court of Justice and the Court of First Instance*, 1998-6, 第1-3655页，详见第3706-3708页，第53-59段。

⁸¹⁶ 参见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案，国际法院指出集体自卫行动不可以由第三国采取，除非受武装进攻的国家提出请求(第105页，第199段)。

第四部分

一般规定

这一部分包括一些对条款整体适用的一般规定，详细说明其范围或某些未处理事项。首先，第 55 条援引特别法原则以说明本条款具有剩余性质。在条款中以其他方式处理的某些事项受国际法特别规则规定的情况下，特别规则将在出现任何不一致的限度上居优先地位。与此相关，第 56 条说明本条款并未包括所有情况，而且并不影响有关未处理事项的其他适用的国际法规则。随后有三项保留条款。第 57 条从本条款中排除了国际组织和国家对国际组织行为的责任问题。本条款不影响任何以国家名义行事的人依国际法承担个人责任的任何问题，第 58 条对此有明确说明。最后第 59 条保留了《联合国宪章》本身的效力。

第 55 条 特别法

在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。

评注

(1) 当界定国家间适用的主要义务时，国家经常就不履行这些义务的法律后果，甚至就确定是否有这种不履行情况，做出特别规定。那么问题就是看这些规定是否具有排他性，即本可以适用一般国际法的后果或本可适用确定违反义务的规则是否被排除在外。一项条约可以明确规定与其他规则间的关系。但这一点经常不能做到，那么出现的问题就是该具体规定与否则可适用的一般规则是共存还是将后者排除在外。

(2) 第 55 条规定，在并且只在国际不法行为的存在条件及其法律后果应由国际法特别规则确定时，不得适用本条款。这反映了最大限度的特别法优于普通法。虽然这可以提供一种重要指征，但这只不过是确定若干可适用规则中哪一个可优先适用或者这些规则简单共存的可能办法之一。另一办法是各方之间优先考虑后出现的规则。⁸¹⁷

⁸¹⁷ 见 1969 年《维也纳公约》第三十条第三款。

在某些情况下，违背某一压倒性规则的后果可能本身就具有强制的性质。例如，国家彼此之间甚至不能为违背相互义务的行为规定允许违背一般国际法强制性规范行为的法律后果。这样，第 55 条便假设，相关特别规则至少与本条款所表述的规则具有相同的法律地位。由此，第 55 条确定本条款以一种剩余方式发挥作用。

(3) 要依靠特别规则才能确定在多大程度上本条款规定的关于国家责任的更一般性规则能被该特别规则所取代。在一些情况下，从条约语言或其他文本可以清楚看出，只会出现有特定的后果才能算数。果真如此，后果是由特别规则“决定”的，第 55 条所载原则将适用。在其他情况下，一般法的某一方面可能更改，而其他方面则仍可适用。有关前者的示例是关于某些救济的《关于争端解决规则与程序的谅解》。⁸¹⁸ 关于后者的示例见《欧洲人权公约第 11 号议定书》第 41 条。⁸¹⁹ 两个例子均涉及本条款第二部分处理的事项。同样的考虑也适用第一部分。这样，一特定条约可以强加给一国义务但却需因此而为“国家”另下定义，使其所产生后果不同于否则可从第二章责任归属规则得出的结果。⁸²⁰ 或一条约可以规定一国不得依凭不可抗力或危急情况。

(4) 要使特别法原则能够适用，仅由两项规定来处理同一主题事项是不够的；两者之间一定存在着某种实际的矛盾，或者可以看到用一种规定排斥另一规定的意图。这样基本上就是一个解释的问题。例如在诺伊迈斯特案中，欧洲人权法院裁

⁸¹⁸ 见《马拉喀什建立世界贸易组织协定》，附件 2，特别是第 3 条第 7 款，规定“只有立即撤消某一措施不切实际以及作为撤消与有关协议相矛盾的措施之前的临时措施”才能补偿。对世贸组织来说，“补偿”指将来的行为，不是过去的行为，并涉及某种形式的反措施。见《谅解》第 22 条。对世界贸易组织来说的停止与赔偿，例如见专家组报告，《澳大利亚——为汽车皮革制造商和出口商提供补贴》(上文脚注 431)。

⁸¹⁹ 见第 32 条评注第(2)段。

⁸²⁰ 因此，《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 1 条，只适用于“由公职人员或以官方身分行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下”所施加的酷刑。这可能比第一部分第二章中将行为归于国家的基础要狭窄一些。参见允许国家某些组成部分被排除在条约范围之外或限制联邦国家对这些组成部分的义务的“联邦”条款(如《保护世界文化和自然遗产公约》第 34 条)。

断,关于对非法逮捕和拘留进行赔偿的《欧洲人权公约》第5条第5款规定的具体义务,不能优先于第50条关于赔偿的更一般性的规定。法院认为,对第5条第5款适用特别法原则,将导致“与公约目的和目标不相容的后果”。⁸²¹在适用第50条时,考虑到这项具体规定就够了。⁸²²

(5) 第55条的制订意在包括“强”式特别法(包括经常称为自成一体制度),以及“弱”式特别法,如条约对某一点的具体规定,例如排除恢复原状的具体条约规定。常设国际法院在“温布尔顿号”轮船案涉及《凡尔赛条约》中关于吉尔运河通过的规定时,⁸²³提到了这种自成一体制度观念,国际法院也在美国驻德黑兰外交和领事人员案中涉及滥用外交和领事特权救济时提到这一观念。⁸²⁴

(6) 第55条阐明的原则适用于本条款的全部。这一点因反映第一、第二和第三部分内容的语言的使用(“一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行”)而十分清楚。

⁸²¹ 诺伊迈斯特诉奥地利案,《欧洲人权法院汇编》,A辑,第17号(1974年),第28-31段,特别是第30段。

⁸²² 另见马夫罗马蒂斯案(上文脚注236),第9-33页;马尔库·科莱亚努诉德意志国家案(1929年),*Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*(巴黎,西雷出版社,1930年),第九卷,第216页;世贸组织,专家组报告,《土耳其对纺织品和服装制品进口所施加的限制》(上文脚注130),第9.87-9.95段;阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端案仲裁,《国际仲裁裁决汇编》,第21卷(出售品编号:E/F.95.V.2),第53页,详见第100页,第39段(1977年);又见C.W. Jenks, “The conflict of law-making treaties”, 《英国国际法年鉴》,1953年,第30卷,第401页;M. McDougal, H. D. Lasswell 和 J. C. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure* (纽黑文出版社,1994年),第200-206页;P. 路透,如上(上文脚注300),第201段。

⁸²³ “温布尔顿号”轮船案(见上文脚注34),第23-24页。

⁸²⁴ 美国驻德黑兰外交和领事人员案(见上文脚注59),详见第40页,第86段。见第50条评注第(15)段,另见B. 西马,“Self-contained regimes”, 《荷兰国际法年鉴》,1985年,第16卷,第111页。

第56条 本条款中没有明文规定的国家责任问题

在本条款中没有明文规定的情况下,关于一国对一国际不法行为的责任问题,仍应遵守可适用的国际法规则。

评注

(1) 本条款通过编纂和逐步发展规定国家责任的一般次要规则。在这方面,第56条具有两项功能。第一,它保留了习惯国际法关于国家责任规则对本条款未包括事项的适用。第二,它保留了关于违反国际义务所产生的各种后果的其他规则,这些后果不涉及国家责任问题,而来自于条约法或国际法其他领域。它补充了第55条中阐述的特别法。它与第55条一样,不限于不法行为的法律后果,而适用于本条款规定的整个国家责任制度。

(2) 至于第一项功能,本条款无意甚至根据现行国际法申明国际不法行为的一切后果,也不想排除国家责任法的进一步发展。例如,侵权行为不得产生权利这一格言所述的法律原则,可能在责任领域产生新的法律后果。⁸²⁵就这一方面而言,第56条反映了1969年《维也纳公约》序言段,该段申明的“凡未经本公约各条规定之问题,将仍以国际习惯法规则为准”。然而,国家责任问题,不仅以习惯国际法为准,而且还以某些条约为准;因此,第56条提及“可适用的国际法规则”。

(3) 第56条的第二项功能是,阐明本条款不涉及违背国际义务行为非来自于国家责任规则但来自于条约法或其他法律领域的任何法律后果。例如,靠非法使用武力而缔结的条约无效;⁸²⁶在援引国违背对其他缔约国国际义务的行为导致情况

⁸²⁵ 与确定是否违反国际义务有关的另一个示例可能是所谓“近似适用”原则,由赫希·劳特帕赫特爵士在下面一起案件中提出:西南非洲问题委员会可否举行请愿人听证会问题案,咨询意见,《1956年国际法院汇编》,第23页,详见第46页。在加布奇科沃一大毛罗斯项目案(见上文脚注27)中,国际法院说,“即使这一原则存在,按定义也只能在该条约的范围之内适用”(第53页,第76段)。另见S. Rosenne, 《条约的违反》(上文脚注411),第96-101页。

⁸²⁶ 1969年《维也纳法公约》第五十二条。

发生根本变化的条件下，不得援引这种变化；⁸²⁷ 或者在严重违背双边条约情况下，终止被违反的国际义务。⁸²⁸

第 57 条 国际组织的责任

本条款不影响一国际组织依国际法承担的、或任何国家对一国际组织的行为所负的责任的任何问题。

评注

(1) 第 57 条是保留条款。它保留本条款范围的两个有关问题。这些首先关系到涉及国际组织责任的任何问题，其次关系到任何一国对一国际组织的行为所负责任的任何问题。

(2) 根据委员会就其他专题拟定的条款，“国际组织”一词的含义是“政府间组织”。⁸²⁹ 这样的组织根据国际法具有单独法人资格，⁸³⁰ 并且对自己的行为负责，这就是说，对他们自己的机关或官员所做的行为负责。⁸³¹ 与之相反，一些国家通过他们自己的机关而非国际组织的机关共同采取行动时，遵照第一部分第二章所规定的原则，所涉行为是有关的国家行为。第 47 条确认，在此种情况下，每一国家均需为自己的行为负责。

(3) 正像一国可以派遣官员到另一国，交给后者支配，为后者的目的并在后者的控制下行事，同样的做法也可发生在一国际组织与一国之间。前一种情况已在第 6 条阐明。至于后一种情况，如果是一国家派官员到一国际组织去，作为该组织的机关或官员行事，他们的行为将归于该组织而不是派出国，而且不属于本条款范围之内。至于相反情况，即第 6 条所说的国际组织的机关交一

⁸²⁷ 同上，第六十二条第二项(乙)款。

⁸²⁸ 同上，第六十条第一项。

⁸²⁹ 见《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(以下简称“1986 年《维也纳公约》”)，第 2 条第 1 款(一)项。

⁸³⁰ 国际法院在损害赔偿案中的咨询意见中为联合国的国际法人资格奠定了稳固基础(见上文脚注 38)，第 179 页。

⁸³¹ 国际法院指出，“免于法律程序问题不同于联合国或其以官方身份行事的代理的行为所造成损害的赔偿问题。可以要求联合国对此类行为造成的伤害承担赔偿责任”，关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案(见上文脚注 56)。

国“支配”的情况，实践中似乎没有令人信服的示例，⁸³² 因此无需明确规定这种可能性。

(4) 第 57 条也将一国对一国际组织行为所负责任问题排除于本条款之外，即国际组织为行为者而国家因参与该组织行为或由于为其成员而被认为负有责任的问题，排除于本条款之外。从形式上看，此类问题属于本条款之范围，因为它涉及到与第一部分第四章所处理的问题近似的国家责任问题。但这就国际组织的功能及其成员国之间的关系提出了有争议的实质性问题，而这些问题最好在国际组织法律的范围内加以解决。⁸³³

(5) 另一方面，第 57 条并未将一国对自己的行为，即根据第一部分第二章归于它的行为而不是国际组织机关的行为担负的责任问题，排除在本条款之外。在这方面，第 57 条的范围很狭窄。它只包括有时被称之为成员国对一国际组织的行为和债务所负的派生或次要的责任。⁸³⁴

⁸³² 参见《1974 年……年鉴》[英]，第二卷(第一部分)，第 286-290 页。但泽自由市高级专员是由国际联盟理事会任命的并对其负责，见波兰国民待遇案(上文脚注 75)。虽然高级专员行使与但泽有关的权力，但他是否属于第 6 条所说的受但泽支配还是一个悬而未决的问题。根据 1995 年 12 月 14 日《波斯尼亚和黑塞哥维那和平总框架协定》附件 10 任命的高级代表的地位，也不明确。波斯尼亚和黑塞哥维那宪法法院裁定，高级代表有双重身份，既是国际代理又在特定情况下是波黑境内并为波黑行事的官员；在后一种情况下，高级代表的行动受宪法控制。见 U9/100 号国家边界事务法案，《波斯尼亚和黑塞哥维那官方公报》，2001 年 1 月 19 日第 1 期。

⁸³³ 国际法这一部分内容由于下列争议而变得很重要：国际锡理事会：雷诺有限公司诉贸易与工业部案，第 2 A.C.418 号案(1990 年)(英国上院)；麦克伦·沃特森有限公司诉欧洲共同体理事会和委员会案，第 241/87 号案，*Reports of cases before the Court of Justice and the Court of First Instance*, 1990 年 5 月，第 I-1797 页和阿拉伯工业化组织(韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织案，《国际法报告》，第 80 卷，第 595 页(1985 年)(国际商会仲裁裁决)；阿拉伯工业化组织诉斯特兰直升机有限公司案，同上，第 622 页(1987 年)(瑞士，联邦最高法院)；韦斯特兰直升机有限公司诉阿拉伯工业化组织案，同上，第 564 页(1994 年)(英国高级法院)。另见韦特和肯尼迪诉德国案，《欧洲人权法院报告书》，第 1999-I 号，第 393 页(1999 年)。

⁸³⁴ 见国际法学会在 R.希金斯主持下进行的工作：《国际法学会年鉴》，第 66-I 卷(1955 年)，第 251 页；第 66-II 卷(1966 年)，第 443 页。另见 P.Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (布鲁塞尔，布鲁塞尔大学布吕朗出版社，1998 年)。又见世贸组织，专家组报告，《土耳其对纺织品和服装制品进口所施加的限制》(上文脚注 130)。

第 58 条 个人的责任

本条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。

评注

(1) 第 58 条明确规定, 本条款不处理以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。它澄清了在任何情况下都可以从本条款只处理与国家责任有关的问题这一事实中加以推断的问题。

(2) 个人, 包括国家官员, 可依国际法中担负责任这一原则是第二次世界大战之后确立的。它首先载入设立纽伦堡法庭的 1945 年《伦敦章程》,⁸³⁵ 后为大会所批准。⁸³⁶ 它是国际刑法领域近来取得新发展的基础, 也是两个特别法庭和《国际刑事法庭罗马规约》的基础。⁸³⁷ 目前这项原则已在刑事责任领域执行, 但并不排除在个人民事责任领域出现新情况。⁸³⁸ 第 58 条作为一个保留条款并不排除这种可能性, 因此使用了“个人责任”这一一般性术语。

(3) 如国家官员犯下违反国际法罪行, 经常都是国家对此行为负责或国家对未能防止或惩罚他们负责。在某些情况下, 特别是侵略发生时, 按照定义国家也有责任。即使如此, 个人责任问题, 原则上, 与国家责任问题是有区别的。⁸³⁹ 国家起诉和惩处执行国际不法行为的国家官员, 不能免除自己对国际不法行为的责任。⁸⁴⁰ 这些官员也不

⁸³⁵ 见上文脚注 636。

⁸³⁶ 大会 1946 年 12 月 11 日第 95(I)号决议。另见国际法委员会的“《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决中承认的国际法原则”, 《1950 年……年鉴》[英], 第二卷, 第 374 页, A/1316 号文件。

⁸³⁷ 见第二部分第三章评注第(6)段。

⁸³⁸ 例如见处理酷刑受害者赔偿问题的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 14 条。

⁸³⁹ 例如见施特雷勒茨、凯斯勒和克伦茨诉德国案(起诉书第 34044/96、第 35532/97 和第 44801/98 号), 2001 年 3 月 22 日判决, 《欧洲人权法院报告书》, 第 2001-II 号, “如果民主德国依然存在, 按国际法的观点, 它就应对有关行为负责。有待确定的是除国家责任外, 申请人在实质时间要单独负刑事责任”(第 104 段)。

⁸⁴⁰ 起诉和惩处应负责任的国家官员可能与赔偿, 特别是抵偿有关: 见第 36 条评注第(5)段。

能躲在国家后面不承担自己违背适用国际法规则的行为的责任。前一原则反映在, 例如《国际刑事法院罗马规约》第 25 条第 4 款, 该条规定“《章程》关于个人刑事责任的任何规定均不得影响国际法中国家的责任”。后一原则反映于, 例如久已确立的原则, 即官职不免除一个人依国际法承担的个人刑事责任。⁸⁴¹

(4) 第 58 条反映了这种情况, 明确规定本条款不处理以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。“个人责任”这一术语已经按照《罗马规约》和其他文书获得了公认的意义; 它指包括国家官员在内的个人根据国际法某些规则而对诸如灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪等行为所负的责任。

第 59 条 《联合国宪章》

本条款不妨碍《联合国宪章》的规定。

评注

(1) 《联合国宪章》第一百零三条规定, “联合国会员国在本宪章之下义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时, 其在本宪章之下义务应居优先。”第一百零三条的重点在于与根据《宪章》所承担义务相矛盾的其他条约义务。但这种冲突可影响本条款处理的问题, 如洛克比案。⁸⁴² 在更一般的意义上讲, 联合国主管机关经常建议或要求在把一国的行为定为违反其国际义务的行为之后, 必须进行赔偿, 第一百零三条可在这类案件中起到一定作用。

(2) 因此, 第 59 条规定本条款不能影响和妨碍《联合国宪章》的规定。本条款各方面之解释均应与《联合国宪章》相一致。

⁸⁴¹ 例如见国际法委员会的《纽伦堡法庭宪章》和法庭审判中承认的国际法原则, 第三项原则(上文脚注 836), 第 375 页, 《国际刑事法庭罗马规约》第 27 条。

⁸⁴² 洛克比空难引起的对 1971 年《蒙特利尔公约》的解释与适用问题案(阿拉伯利比亚合众国诉联合国), 临时措施, 1992 年 4 月 14 日的命令, 《1992 年国际法院汇编》, 第 3 页; (阿拉伯利比亚合众国诉美利坚合众国), 同上, 第 114 页。