

大会

Distr.: General
25 March 1998
Chinese
Original: English/French/
Russian/Spanish

国际法委员会

第五十届会议

1998年5月20日至6月12日,日内瓦

1998年7月27日至8月14日,纽约

国家责任

各国政府提出的评论和意见

目录

页次

一. 导言.....	20
二. 各国政府提出的评论和意见.....	21
一般性评论.....	21
奥地利.....	21
捷克共和国.....	23
丹麦.....	24
法国.....	24
德国.....	25
爱尔兰.....	26
墨西哥.....	26
蒙古.....	27
瑞士.....	27
大不列颠及北爱尔兰联合王国.....	27
美利坚合众国.....	29

目录(续)	页次
乌兹别克斯坦.....	30
第一部分. 国际责任的起源	31
奥地利.....	31
丹麦.....	31
第一章. 一般原则	32
第一条. 一国对其国际不法行为的责任.....	32
法国.....	32
德国.....	33
瑞士.....	33
联合王国.....	34
提议的新的第 2 款.....	34
法国.....	34
第 2 条. 第一国家都有可能被认定实行了国际不法行为.....	34
德国.....	34
联合王国.....	34
第 3 条. 一国国际不法行为的要素.....	34
法国.....	34
德国.....	34
蒙古.....	34
瑞士.....	35
联合王国.....	35
第 4 条. 把一国的行为定性为国际不法行为.....	35
德国.....	35
联合王国.....	35
美国.....	35
第二章. 国际法所指的“国家行为”	36
德国.....	36
第 5 条. 国家机关的行为归于国家.....	36
法国.....	36

目录(续)

	页次
瑞士.....	36
联合王国.....	36
美国.....	37
提议的新的第 2 款.....	37
第 6 条. 不论机关在国家组织中所处的地位为何.....	37
法国.....	37
瑞士.....	37
联合王国.....	37
第 7 条. 经授权行使政府权力要素的其他实体的行为归于国家.....	37
法国.....	37
瑞士.....	38
联合王国.....	38
第 1 款.....	38
法国.....	38
联合王国.....	38
第 2 款.....	38
法国.....	38
联合王国.....	38
第 8 条. 实际上代表国家行事的人的行为归于国家.....	39
蒙古.....	39
瑞士.....	39
联合王国.....	39
美国.....	39
提议的新的第 2 段.....	40
法国.....	40
第 9 条. 另一国或一国际组织交由一国支配的机关的行为归于国家.....	40
法国.....	40
瑞士.....	40

目录(续)

页次

联合王国.....	40
提议的新的第 2 款.....	40
法国.....	40
提议的新的第 3 款.....	40
法国.....	40
第 10 条. 逾越权限行事或违背关于其活动的指示行事的机关的行为归于国家	41
法国.....	41
瑞士.....	41
联合王国.....	41
第 11 条. 不代表国家行事的人的行为	42
瑞士.....	42
联合王国.....	42
美国.....	42
第 12 条. 另一国机关的行为	42
法国.....	42
第 13 条. 国际组织的机关的行为	42
法国.....	42
联合王国.....	42
第 14 条. 叛乱运动的机关的行动	42
奥地利.....	42
联合王国.....	42
第 1 款.....	43
法国.....	43
第 2 款.....	43
法国.....	43
第 3 款.....	43
法国.....	43

目录(续)

页次

第 15 条. 成为一国新政府或导致组成一个新国家的叛乱运动的行为归于国家	43
奥地利.....	43
法国.....	43
联合王国.....	43
第三章. 违背国际义务	44
德国.....	44
联合王国.....	44
第 16 条. 违背国际义务行为的发生	44
法国.....	44
瑞士.....	44
联合王国.....	44
第 17. 条. 不论所违背的国际义务的起源	44
瑞士.....	44
第 18 条. 国际义务必须对一国有效	44
法国.....	44
瑞士.....	45
联合王国.....	45
美国.....	45
第 2 款.....	46
法国.....	46
第 3 款.....	46
法国.....	46
第 4 款.....	46
法国.....	46
联合王国.....	46
第 5 款.....	47
法国.....	47
联合王国.....	47

目录(续)

页次

第 19 条. 国际罪行和国际不法行为	47
奥地利.....	47
捷克共和国.....	48
丹麦.....	49
法国.....	49
爱尔兰.....	51
墨西哥.....	54
蒙古.....	54
瑞士.....	54
联合王国.....	55
美国.....	55
第 2 款.....	57
捷克共和国.....	57
法国.....	57
联合王国.....	58
美国.....	58
乌兹别克斯坦.....	58
第 3 款.....	58
捷克共和国.....	58
法国.....	59
联合王国.....	59
美国.....	59
第 4 款.....	60
法国.....	60
第 20 条. 违背要求它采取某一特定行为准则的国际义务的情况	60
丹麦.....	60
法国.....	60
德国.....	60
瑞士.....	60

目录(续)

页次

第 21 条. 违背要求它达成某一特定结果的国际义务的情况	61
丹麦.....	61
法国.....	61
德国.....	61
瑞士.....	61
联合王国.....	61
第 2 款.....	61
联合王国.....	61
第 22 条. 用尽当地补救办法	62
法国.....	62
德国.....	62
联合王国.....	62
美国.....	64
第 23 条. 违背要求它防止某一特定事件的国际义务的情况	64
丹麦.....	64
法国.....	64
德国.....	64
联合王国.....	64
第 24 条. 时间上无延续性的国家行为违背国际义务的时刻和期间	65
法国.....	65
德国.....	65
美国.....	65
第 25 条. 时间上有延续性的国家行为违背国际义务的时刻和期间	65
法国.....	65
德国.....	66
联合王国.....	66
美国.....	66
第 1 款.....	66
联合王国.....	66

目录(续)

页次

第 2 款.....	66
联合国.....	66
第 3 款.....	66
联合国.....	66
第 26 条. 违背了防止某一特定事件的国际义务的时刻和期间	67
法国.....	67
德国.....	67
美国.....	67
第四章. 一国牵连另一国的国际不法行为	68
第 27 条. 一国援助或协助另一国实行国际不法行为	68
法国.....	68
德国.....	68
瑞士.....	68
联合国.....	68
美国.....	69
第 28 条. 一国对另一国国际不法行为的责任	69
瑞士.....	69
第 1 款.....	70
法国.....	70
第 2 款.....	70
法国.....	70
第 3 款.....	70
法国.....	70
第五章. 解除行为不法性的情况	71
法国.....	71
第 29 条. 同意.....	71
法国.....	71
联合国.....	71

目录(续)

页次

第 1 款.....	72
奥地利.....	72
法国.....	72
联合王国.....	72
第 2 款.....	73
奥地利.....	73
法国.....	73
联合王国.....	74
第 30 条. 国际不法行为的反措施	74
法国.....	74
墨西哥.....	74
联合王国.....	74
美国.....	75
第 31 条. 不可抗力和偶然事故	76
奥地利.....	76
法国.....	76
联合王国.....	76
第 1 款.....	77
法国.....	77
第 2 款.....	77
法国.....	77
第 32 条. 危难.....	77
法国.....	77
蒙古.....	77
联合王国.....	77
第 1 款.....	78
法国.....	78
第 2 款.....	78
法国.....	78

目录(续)

页次

第 33 条. 危急情况	78
丹麦.....	78
法国.....	78
联合王国.....	78
第 1 款.....	79
法国.....	79
第 2 款.....	79
法国.....	79
联合王国.....	79
第 34 条. 自卫.....	79
法国.....	79
联合王国.....	79
第 35 条. 关于赔偿损害的保留	79
奥地利.....	79
法国.....	80
德国.....	80
联合王国.....	80
第二部分. 国家责任的内容、形式与程度	81
丹麦.....	81
第一章. 一般原则	82
第 36 条. 国际不法行为的后果	82
法国.....	82
第 1 款.....	82
法国.....	82
第 2 款.....	82
法国.....	82
联合王国.....	82
第 37 条. 特别法	82
捷克共和国.....	82

目录(续)

	页次
法国.....	82
德国.....	83
瑞士.....	83
联合王国.....	83
美国.....	83
第 38 条. 习惯国际法.....	83
法国.....	83
第 39 条. 同《联合国宪章》的关系.....	83
捷克共和国.....	83
法国.....	83
蒙古.....	84
联合王国.....	84
美国.....	84
第 40 条. 受害国的含义.....	85
奥地利.....	85
法国.....	85
德国.....	86
瑞士.....	86
乌兹别克斯坦.....	86
第 2 款.....	86
奥地利.....	86
法国.....	86
德国.....	86
联合王国.....	87
美国.....	87
第 3 款.....	88
奥地利.....	88
捷克共和国.....	89

目录(续)	页次
法国.....	89
德国.....	89
瑞士.....	89
美国.....	90
第二章. 受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务	91
蒙古.....	91
第 41 条. 停止不法行为.....	91
法国.....	91
联合王国.....	91
第 42 条. 赔偿.....	91
蒙古.....	91
第 1 款.....	91
法国.....	91
德国.....	91
美国.....	91
第 2 款.....	92
法国.....	92
联合王国.....	92
美国.....	93
第 3 款.....	93
法国.....	93
德国.....	93
联合王国.....	94
美国.....	94
第 43 条. 恢复原状.....	94
法国.....	94
美国.....	94
乌兹别克斯坦.....	95

目录(续)

页次

第 44 条. 补偿.....	95
丹麦.....	95
法国.....	95
德国.....	95
蒙古.....	95
联合王国.....	95
美国.....	95
第 1 款.....	96
法国.....	96
第 2 款.....	96
法国.....	96
美国.....	96
第 45 条. 满足.....	97
蒙古.....	97
第 1 款.....	97
德国.....	97
美国.....	98
第 2 款.....	98
奥地利.....	98
捷克共和国.....	98
法国.....	99
瑞士.....	99
美国.....	99
乌兹别克斯坦.....	100
第 3 款.....	100
美国.....	100
第 46 条. 承诺并保证不重复.....	100
捷克共和国.....	100

目录(续)	页次
蒙古.....	100
乌兹别克斯坦.....	100
第三章. 反措施.....	101
奥地利.....	101
捷克共和国.....	101
丹麦.....	101
法国.....	101
德国.....	102
爱尔兰.....	102
蒙古.....	102
联合王国.....	102
美国.....	103
第 47 条. 受害国的反措施.....	103
捷克共和国.....	103
丹麦.....	103
第 1 款.....	104
法国.....	104
爱尔兰.....	104
第 3 款.....	104
丹麦.....	104
法国.....	104
爱尔兰.....	104
第 48 条. 与采取反措施有关的条件.....	105
捷克共和国.....	105
丹麦.....	105
法国.....	105
爱尔兰.....	105
瑞士.....	106

目录(续)

	页次
联合国.....	106
美国.....	106
第 1 款.....	106
奥地利.....	106
捷克共和国.....	106
丹麦.....	106
法国.....	107
德国.....	107
联合国.....	107
美国.....	107
第 2 款.....	108
捷克共和国.....	108
美国.....	108
第 3 款.....	109
美国.....	109
第 49 条. 相称.....	109
奥地利.....	109
捷克共和国.....	109
丹麦.....	109
法国.....	109
德国.....	109
爱尔兰.....	110
美国.....	110
第 50 条. 禁止采取的反措施.....	112
捷克共和国.....	112
丹麦.....	112
爱尔兰.....	112
联合国.....	112

目录(续)	页次
美国.....	112
(a) 项.....	113
法国.....	113
爱尔兰.....	113
(b) 项.....	113
法国.....	113
爱尔兰.....	113
瑞士.....	113
联合王国.....	114
美国.....	114
(c) 项.....	114
爱尔兰.....	114
(d) 项.....	114
爱尔兰.....	114
联合王国.....	115
美国.....	115
(e) 项.....	115
法国.....	115
爱尔兰.....	116
美国.....	116
新的第 50 条之二的提案.....	116
法国.....	116
第四章. 国际罪行	117
捷克共和国.....	117
丹麦.....	117
法国.....	118
德国.....	118
联合王国.....	119

目录(续)

页次

第 51 条. 国际罪行的后果	119
奥地利.....	119
捷克共和国.....	120
法国.....	120
联合王国.....	120
第 52 条. 特定后果	120
奥地利.....	120
捷克共和国.....	121
丹麦.....	120
法国.....	121
瑞士.....	121
联合王国.....	121
第 53 条. 所有国家的义务	122
奥地利.....	122
捷克共和国.....	122
法国.....	122
联合王国.....	122
第三部分. 争端的解决	123
奥地利.....	123
捷克共和国.....	123
丹麦.....	123
法国.....	123
德国.....	124
爱尔兰.....	124
墨西哥.....	124
蒙古.....	125
瑞士.....	125
联合王国.....	125

目录(续)	页次
美国.....	126
第 54 条. 谈判.....	126
法国.....	126
第 55 条. 斡旋与调停.....	127
法国.....	127
墨西哥.....	127
第 56 条. 调解.....	127
法国.....	127
墨西哥.....	127
第 57 条. 调解委员会的任务.....	127
法国.....	127
墨西哥.....	127
第 2 款.....	127
墨西哥.....	127
第 4 款.....	128
法国.....	128
第 58 条. 仲裁.....	128
法国.....	128
第 1 款.....	128
美国.....	128
第 2 款.....	128
丹麦.....	128
法国.....	128
德国.....	129
墨西哥.....	129
联合王国.....	129
第 59 条. 仲裁法庭的职权范围.....	129
法国.....	129

目录(续)	页次
墨西哥.....	129
第 60 条. 仲裁裁决的效力	129
法国.....	129
墨西哥.....	129
美国.....	130
附件一. 调解委员会	130
附件二. 仲裁法庭	130
法国.....	130

一. 引言

1. 大会于 1996 年 12 月 16 日通过了题为“国际法委员会第四十八届会议工作报告”的第 51/160 号决议。该决议第 5 段提请各国政府注意,国际法委员会很需要得到它们对委员会一读通过的关于国家责任的条款草案¹的意见,并敦促各国政府依照委员会的请求,于 1998 年 1 月 1 日前提交书面评论和意见。
2. 秘书长以 1997 年 2 月 12 日的一份照会请各国政府按照第 51/160 号决议第 5 段提出他们的评论。
3. 截至 1998 年 3 月 25 日止,共计收到下列 12 国提出的答复(并标明日期):奥地利(1998 年 3 月 11 日);捷克共和国(1997 年 12 月 31 日);丹麦(代表北欧各国)(1998 年 1 月 26 日);法国(1997 年 12 月 12 日);德国(1997 年 12 月 23 日);爱尔兰(1998 年 1 月 28 日);墨西哥(1997 年 12 月 30 日);蒙古(1997 年 12 月 29 日);瑞士(1997 年 8 月 19 日);大不列颠及北爱尔兰联合王国(1998 年 2 月 9 日);美利坚合众国(1997 年 10 月 30 日)和乌兹别克斯坦(1998 年 1 月 19 日)。以下第二节逐条复制各国的答复。今后收到的其他答复将作为本报告的增编印发。

¹ 委员会一读暂时通过的条款草案案文见其第四十八届会议工作报告;《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10 和 Corr.1)第三章 D 节。本文件所引条款草案评注由秘书处自委员会 1973 至 1996 年年度报告中编集而成。见“国际法委员会一读通过的关于国家责任的条款草案及其评注”(秘书处编集的综合案文,1997 年 1 月,97-02583 号文件(下称评注))。

二、各国政府提出的评论和意见

一般性评论

奥地利

在大会历届会议中,奥地利一直特别重视促进国际法委员会以及大会在编纂关于国家责任的国际法领域中的工作取得进展。在过去的几年中,这方面的工作毫无进展,主要是由于条款草案的工作过于繁重、提案过于雄心勃勃而造成的。这些提案赢得充分广泛的国际支持、被列入拟通过的最后文书的机会很小。

因此,最近在这一重要专题上取得的进展令人欢迎。这个专题已经讨论了近乎半个世纪,在这一漫长的历史过程中,国际法委员会第四十八届会议第一次提出了一整套内容全面广泛的关于国家责任的条款草案。委员会向国际社会提供了在这个专题上取得决定性进展的坚实基础。奥地利参加大会的代表历来主张研究这个专题。

国际法委员会设立国家责任问题工作组,并根据其建议,决定在下一个五年期间适当优先审议这个专题,这些都尤其值得欢迎。此外,大家特别满意地注意到,委员会决定任命詹姆斯·克劳福德先生为这个专题的特别报告员。

首先,在国家责任方面即将进行的工作目标应该如下:

关于国家责任的规则应:

- (a) 对各国的行为提供明确的指导,以预防和解决冲突;
- (b) 协助确定国家行为,以防止国际不法行为;
- (c) 考虑到这一编纂项目似乎早就应迅速完成,应使这些规则尽快生效。

根据这些目标,奥地利认为,国际法委员会和国际社会应努力尽早完成这个专题的工作。因此,应优先对条款草案文本最后定稿,以便尽早采取决定性行动。

这项行动的目的应是编写关于国家责任的国际文书,这份文书应以国际社会的广泛支持为基础。要使这一文书在不远的将来具有约束作用,国际公约的形式只是其中一种可能性。考虑到这类规则的基本性质,以及考虑到需要国际社会尽可能广泛地接受,一种比公约更为灵活的形式可能证明更为适当。

必须强调指出,一项国际公约的法律权威性在很大程度上取决于批准国的数量。由于不能强迫各国批准,因此获得足够多的国家批准常常是一个相当缓慢的过程,假如想要达到这个目的的话。如果采取国际公约的形式,那么,在相当长的时间里,可能会在国家惯例中造成双重标准,一方面,有些国家已经批准了公约,另一方面,有些国家还没有批准该公约。这种双重标准情况显然不符合上述原则目标,因为它会有损于国家责任规则所具有的预防冲突的作用和遏制冲突的作用。的确,它甚至可能导致新的冲突。

因此,奥地利认为,在很大程度上重申现有国际法和国家惯例,并规定国家行为准则的一项原则宣言,对在这个领域中规范国家惯例方面的影响也许比国际公约要持久一些。后者可能过于僵硬,以致在可预见的时间内无法获得所需的广泛接受。

但是,奥地利也认识到,如果可以保证在比较现实的时间范围内有较多的国家批准的话,在编纂国家责任方面公约的形式仍是最理想的结果,因此不应当从假设出发对它加以否定。大会或对草案最后定稿的外交会议的任务是,决定哪种形式最为适当,同时不排除采取下列两种形式:以得到广泛接受为基础和对国家行为有协调作用的原则宣言和载有更具体条款和程序的公约。

由于原则宣言的语言与公约不同,因此,奥地利坚决赞成修订现有的条约草案,这样,就应当有两个文本:

- 原则宣言草案
- 公约草案

鉴于大多数现有条款草案已载有各项原则,只需根据国家评论稍做改动就可以通过,因此,拟议的工作安排尽管看上去不依惯例,但与只是为了提供一项公约草案的修订工作相比,不一定会给国际法委员会的工作带来更大的负担。相反,与国际法委员会目前就这个专题所进行的工作的结构相比,这种形式可以使国际社会有机会较早地通过一项载有关于国家责任基本规则的文书。

就条款草案的内容而言,委员会在关于其第四十九届会议工作的报告第三章第30段²中请各国特别是对下列关键问题提出的评论:国际罪行和国际不法行为,反措施和争端的解决,根据最近的发展查明需要进一步工作的领域,以及主要根据国家惯例查明条款草案中的疏漏之处。

虽然下文对上述关键问题和需要订正的条款提出更加详细的评论,但奥地利倾向于认为草案已经过于广泛,需要修整一下,而非查明需要更多条款来填补的其他疏漏之处。

奥地利的观点是,最好从条款草案中除去可能不利于条款草案为多数国家所受的若干有争议性的规定,即使这样可能牺牲完整性和全面性。对于“国际罪行和国际不法行为”这个问题,情况尤其如此,也许甚至对条款草案第三部分的若干条款或甚至全部条款,情况也是这样。

奥地利不认为,订正条款草案就应该重新对所有问题,包括那些显然将要达成一般协议的问题,进行基本的讨论。这样的工作方法可能危及迅速结束这项重要的编纂努力这个目标。知名国际律师迄今为止为条款草案所进行的工作也应该获得尊敬和尊重,以避免出现更多未解决的问题。奥地利认为,除了一些例外条款,现有的条款草案,已经为在本阶段拟订原则草案提供卓越的基础。但是由于以下阐明的理由,一些具体规定应加以订正或删除。

应特别小心避免使用其范围未经国家惯例充分确定的某些法律术语,例如“偶然事故”的概念。由于在国家责任领域管制国家惯例的主要目的之一是避免国家之间发生冲突,不清楚的法律术语非但不能避免反而容易引起紧张和冲突。

.....

² 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10)。

在国家责任领域内规范国家惯例方面取得的任何进展都会对推进国际关系的稳定与和平起着决定性作用。鉴于国家间关系日益相互依靠,国家责任的问题不仅可能在发生严重冲突时出现,而且更可能在发生即使不那么严重的冲突时出现,同时也会导致国家间关系严重恶化的危险。只要规范国家责任的规则能在可见的未来对国家行为产生稳定与平和的效果,则国家责任方面的法律编纂工作可以算是成功的。

不论目前在编纂国际法有关国家责任的规则方面进行的工作成果如何,国际法委员会和大会在这个领域内的工作应以下列事项为其主要目标:

1. 有关国家责任的规则在预防和解决国际关系的冲突方面应能起决定性作用。它们应该有助于影响国家行为,使可能发展成国家间较严重形式的冲突事件尽量减少。同时,这些规则必须能使各国保持对侵害其权利的违反国际法行为作出反应的合法权利。

2. 鉴于国际法委员会长期以来努力为国际社会提供关于国家责任的有效规则,因此及早完成此主题的工作应得到优先重视。因此,修订现有的条款草案将其变为有效的国际文书,这些努力应以国际法委员会已经完成的卓越工作为基础,除上文提到的部分外,国际法委员会已通过的条款草案和制度提供了极好的基础,使编纂关于国际责任的法律的工作能尽早取得成果。因此,对条款的任何修订不应再引进新的和复杂的因素。相反的,对于那些仍然使关于国家责任的文书不能获得广泛接受的因素,应加以清除。

.....

3. 鉴于及早完成工作和获得广泛接受是优先事项,关于国家责任的未来文书的形式应采取灵活的方式。不应忽视的是,关于国家责任的规则触及国际法的基础,且可能赋予国际法以新的权威和权力。

4. 从这项结论出发,应采取“双轨方式”

(a) 国际法委员会应作为优先事项,根据现有的条款草案和已收到的各国提出的评论,查明国家责任法所适用的原则,这此原则将载入可普遍接受的宣言中。

(b) 同时应继续修订条款草案以制定为一项国际公约。

捷克共和国

该题目影响到国际法各个方面,因为所涉的次要规则影响国家之间大部分潜在的争端的解决。考虑到该题目的极大重要性,现在是时候优先处理,迅速完成工作的问题,以便向国际社会提出国家责任方面有效和可靠的基本规则。

第一读通过的条款是实现该目标的一个良好出发点。但是重要的是必须确保最后案文尽可能获得广泛接受,归根到底这需要采取切合实际和实事求是的态度,委员会过去已经采取了这种态度,放弃就国家罪行的责任制度执行体制办法的建议。国际法委员会在这一方面进行的工作的最后结果也会考虑到这方面的问题,一个可采取的办法是,除了通过必须提交各国批准的国际文书以外不要排除(或从现在开始设想其他备选办法,国际文书的办法可能过分僵硬,无法在短期内获得足够的国家积极的参与。在委员会当前的工作阶段没有必要而且不适合对案文所采取的办法或对案文的内容提出根本的或完全新的修改。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

目前由国际法委员会提出的《国家责任条款草案》全文是漫长的草拟过程的结果,它确实代表了一项重大的研究成果。为此,北欧国家告诫不要提交太多的详细评论和起草要点,从而导致重新开始新的起草过程。北欧国家宁可集中力量讨论条款草案中已知在本专题编纂过程中引起很大争议的那些方面,如关于反措施和国际罪行两章以及关于争端的解决的第三部分。

就整个草案来说,北欧国家认为,它大体上恰切地反映了当今人们对国家的国际不法行为之责任问题的思维和实践。在现阶段,北欧国家谨就条款草案的各个部分提出以下意见。

.....

北欧国家希望国际法委员会将为这一重要专题的二读付出足够的时间,以便在本世纪结束之前完成这项工作。

法国

法国在提出对条款草案的评论意见之前,要向草拟这些条款的国际法委员会成员,特别是特别报告员表示赞扬。他们的工作成果虽然不总是获得一致赞成,但始终引人入胜,发人深思。

由于委员会决定通过联合国秘书长向所有会员国提出条款草案,使法国今天能够详细地解释它为什么在许多方面对这些条款有意见。

法国认为整套条款草案前后不一致,不切实际。从这些条款可以清楚地见到委员会较着重制定适用于国家责任的法律规则,而不是编纂法律。

当然,偏重逐渐发展国际法本身是无可非议的,但是必须实现逐渐发展国际法的目的,同时也要满足一些条件。首先,逐渐发展国际法必须符合会员国的愿望,针对它们所关注的问题。不然的话,条款草案可能变成理论性文书,没有什么实际的影响;也可能成为一项永远不能生效的公约,因为它不能获得足够的国家的议会的批准。因此,这项工作将不能达到它促进法律发展的目标,反而会伤害委员会的声誉。在逐渐发展国际法时,必须小心不要违反构成实在法的实质性规则,尤其是如果所涉的规则属于较高的层次。此外,务必避免与《联合国宪章》发生冲突,并且避免案文损及其权威,从而违反了《宪章》第一百零三条。在审议中的条款草案里,这两个基本要求都没能满足。

还有,一些条款(特别是有关国际罪行、反措施和争端的解决)不应当列入草案内。另一方面,一些对这个主题至关重要的其他问题(例如损害的赔偿问题)应当更深入地加以审议,委员会却只是轻轻带过。因此,草案所订目标太高,但又有所不足。它所覆盖的问题与主题无关,又没有全面地探讨主题。

.....

委员会在战略方面所作的选择以及其指导思想确实令人不解。委员会徘徊于现行法和拟议法之间,但很多时候偏重拟议法,在目前的条款草案中,委员会往往禁不住以立法机构自居,结果陷入无所适从的困境。委员会的工作贯穿着一种思想,目的是

证明国际公共秩序的存在,并进一步赋予这个秩序一种刑事上的含义,因此,委员会的工作不能视为表达了会员国的法律意见,更不能视为反映了会员国的实践。

总的来说,草案的第一部分需要大加修订才能接受;第二部分的许多地方较弱,并且没有很好地与第一部分连接起来,而第三部分不恰当,是多余的。

.....

条款草案有两个缺点,既不全面(没有提到损害概念),又提出了令人不能接受的概念(国际“罪行”的概念;提到强制法),和不当在关于国家责任的草案中出现的概念(反措施和争端的解决)。

德国

毫无疑问,国际责任是一个很复杂的问题,跨越国际法很多领域。40多年来,国际责任问题一直列在国际法委员会的议程上,这当然不是偶然的。我们应该赞赏和赞扬四位特别报告员——加西亚·阿马多尔先生、阿戈先生、里法根先生和阿兰焦—鲁伊斯先生,他们经过艰辛的努力,至今提出了多达29份的报告。我们欢迎委员会在其第四十九届会议上任命詹姆斯·克劳福德先生为关于国际责任的第五位特别报告员。

历年来德国政府一直密切关注委员会关于这一问题的的工作。我们一贯坚信,国家责任法的编纂将促进国际关系的稳定和和平。德国政府认识到,在国家责任范围内,一些问题的法律比另一些问题更完善一些。可以说明这一点的是,加西亚-阿马多尔先生先后提出的六次报告都是针对外国人人身或财产受损害的责任问题。³关于外国人待遇法的公断裁定举不胜举,相比之下,委员会目前的建议看来还是主要依据这一领域的法理学,而较少地考虑各国在这一领域的实际惯例。

委员会考虑到了国家之间关系越来越具有相互依赖和合作的特征,这一点必须得到赞扬。国际法从互存向合作的结构转变⁴已经并且将继续影响国家责任这一领域。

委员会关于国家责任的条款草案现在已经成为司法部门、包括国际法院工作的一种启示和指导,这说明了这些条款草案的巨大重要意义。⁵

³ 见第一次报告,《1956年国际法委员会年鉴第二卷》,英文本第173页起;第二次报告,《1957年国际法委员会年鉴第二卷》,英文本第104页起;第三次报告,《1958年国际法委员会年鉴,第二卷》,英文本第47页起;第四次报告,《1959年国际法委员会年鉴,第二卷》,第1页起;第五次报告,《1960年国际法委员会年鉴第二卷》,英文本第41页起;第六次报告,《1961年国际法委员会年鉴第二卷》,英文本第1页起。

⁴ 见Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (1964年); Verdross/ Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3rd edition (1984年),第41页;Pellet, “Vive le crime! Remarques sur les degrés de l’illicite en droit international”, in *International Law on the Eve of the Twenty-first Century* (1997年),第287、301页。

鉴于本问题的全面重要意义,德国政府敦促国际法委员会在其推动最后通过草案的工作中铭记其工作目标是达成一项能够得到国际社会尽可能广泛支持的文件。该文件必须牢固的建立在习惯法和国家惯例基础之上,而不要过份超越需要,或者甚至超越被作为当前法律状况所接受的东西。

.....

在导言中已经指出,委员会所通过的条款草案是一项巨大的成就。但是,由于这一问题性质的复杂性和复杂性,这项工作的前途依然未卜。

德国政府谨敦促委员会继续拟定一套带有评注的条款。无疑已经存在一大批关于国家责任的习惯国际法,可以加以编纂。对条款草案的评注是给从业者的独一无二的资料来源。条款草案本身也已给各国和各司法机关⁶提供了指导。

委员会必须在适当时候讨论是否要将其最后产品以公约草案的形式还是以宣言或解释性守则的形式提出这一问题。委员会必须记住,这项工作的形式将对关于争端的解决的第三部分、因此对关于反措施的第二部分产生影响。委员会还必须考虑到,在进行外交谈判将国际法委员会的草案变成条约法的最后阶段,有人可能会对现行的习惯国际法规范提出质疑、讨价还价或提出保留。国际法委员会和各国必须确保现有的关于国家责任的习惯规则将在今后的编纂过程中得到加强,也许得到完成,但不得使它们受到损害。

爱尔兰

任何法律制度都含有关于违背义务的责任的规定。爱尔兰政府认识到国际法律制度中国家责任的根本性质和重要性,并且赞赏国际法委员会对本专题的广泛审查。因此,我们很愿意对本条款草案提出一些评论和意见。

国际法委员会 1997 年 5 月 12 日至 7 月 18 日第四十九届会议的工作报告第 30 段指明了数项对委员会来说是特别有益的要请各国政府发表评论的问题,其中包括国际罪行和国际不法行为的区别、反措施和争端的解决等“关键问题”。我们的评论和意见涉及这三项关键问题。

.....

最后,爱尔兰政府重申它赞赏国际委员会就这个对国际法律制度具有根本重要性的专题所做的工作。我们对关于国家责任的条款草案提出的评论和意见,是为了帮助委员会进行进一步审议,但不妨害爱尔兰以后就任何审议中问题可能采取的立场。

墨西哥

⁵ 见 Gabčíkovo-Nagymaros 项目案(匈牙利诉斯洛伐克),1997 年 9 月 25 日,第 50 段起和第 83 段起。

⁶ 同上。

墨西哥政府对国际法委员会拟订国家责任条款草案的工作表示赞赏。墨西哥请委员会继续努力,尽力达成一份满足国际社会关于制订国际责任规则的要求的案文。

然而,墨西哥政府希望明确指出,墨西哥政府认为,为了完成关于国家的国际责任的工作,最好在一项单一文书的范围内审议对过失的责任和对危险责任。

尽管如此,墨西哥认识到,如要拟订一项单一公约,则在起草、谈判及通过过程中有着其内在困难,因此支持委员会以现行方式开展工作,但表示希望在目前情况下委员会继续努力完成关于对危险的责任(国际法不加禁止的行为)这一专题的工作。

蒙古

蒙古欢迎国际法委员会作出多年努力,拟订关于国家责任的可行条款。蒙古觉得,对国家责任概念的处理办法和条款草案的要旨,总的来说是可以接受的。蒙古认为,委员会在确定关于这方面责任的各项原则时,态度是谨慎的。蒙古相信,这些条款一旦获得通过,将对国际法的编纂和逐渐发展作出重要贡献,特别是确定国家责任一般体制,不同于各项具体条约业已确定的体制。

蒙古希望,国际法委员会在修改条款草案时,特别小心注意澄清在国家惯例中其范围尚未得到充分界定的那些法律术语,如意外事件、实际上不可能的情况、临时保护措施等,以及与《危害人类和平及安全治罪法》和将于 1998 年 7 月定稿的国际刑事法院规约以及与其中所载各项原则的联系和关系。

瑞士

国际法委员会刚刚完成国家责任条款草案的一读。这标志着国际社会自从二十年代在国际联盟主持之下作出努力以来有了初步的结果。我们应当极力强调这项工作的重要性,尽管它主要是由国际法的编纂而成,但其中包含的若干要素却是从国际法的逐渐发展得来的。因此,今天提出的条款草案是法律方面的一件确实不朽的作品,涉及国家间关系上的一个核心问题:国家违反国际法的行为及其后果。

瑞士代表团要感谢国际法委员会彻底完成它的任务,还要赞扬领导委员会在这方面的工作的三名特别报告员:罗伯托·阿戈,维伦·里普哈根和加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯。如果没有他们,这项草案永远无法问世。从今以后,我们可以肯定。这项关于国家责任的条款草案,不论最后结局如何,都将作为处理它所规范的领域中发生的任何问题的准绳。况且,草案中的某些内容已经被纳入实证法。例如不法行为的概念代替比较传统的不法行动概念(参看草案第 1 条),区分结果方面的义务与行为方面的义务(参看第 20 和 21 条),和国际罪行的组成要素并未造成传统概念所谓的损失。

显然,这样一项草案,目的在处理国际法上最有争议的领域之一,不可能完全避免人家的质疑、甚至批评。瑞士代表团和别人一样,也想把它对这个问题的一些还很不完全的想法告诉各位。它这样做,完全本着一种建设性的精神,也就是说,目的在贡献微力,把一项在其他各方面成绩斐然的工作尽可能加以改进。

国际法委员会所拟订的条款草案非常全面,因此也非常详细。这既是一个优点,同时也是一个缺点:草案有时显得重复,因而也陡然复杂。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

联合国政府表扬国际法委员会完成关于国家责任的条款草案,该条款草案已于 1996 年国际法委员会第四十八届会议上一读时初步通过。他们又表示欢迎国际法委员会提议要在其五年期计划内优先结束的这项重要项目。多年来关于这个国际法中心课题所从事的工作,部分已反映在条款草案本身,但在很大程度上也反映在评论意见内,因而使得很多领域的问题更加清楚、更加精确,这是非常宝贵的。现在各国政府和国际法委员会本身都需要集中精力,如何最出色地完成这项主要工作,把国家责任原则以普遍可以接受的陈述形式提出。联合国认为,为达到这个目的,需要修改并进一步完善委员会草案的各个方面以及放弃一些组成部分;同时也需要就最后产品的形式和性质进行明智的讨论。联合国随时愿意在这两项工作中进行积极合作,并期望委员会同各国政府就其成果开展富有成果的对话。

联合国同意委员会的意见,就是自从就条款草案开始工作以后,国家作法和国际法学方面都有了重要的发展情况。他们赞同委员会在编写最后草案时,应考虑到这些发展情况的建议。

鉴于国际法系统中国家责任所占的极其重要地位,联合国认为这个项目的结果一定要有利于国际关系的稳定性和确实性。原则必须具有充分灵活性,以适应国际法律关系性质的变动,例如那些由国际环境法的发展所引起的变动,才能获得批准。但是,未来发展所需的灵活性应与创新性划分清楚。有意识的创新的确是需要的,例如在新的问题和关心领域方面;但是,这种创新要在特定情况下就具体文书进行深思熟虑的谈判才能最有效地实现,而不是通过改变国际责任的根本原则来实现的。改变根本原则可能会产生预想不到的结果,而在特定情况下则可能是不适当的。因此,联合国认为委员会的草案的最后形式,一定要反映以国家作法作根据的习惯国际法的既定原则。

联合国政府不认为在这些评论意见内有必要或值得讨论关于国家责任性质的理论辩论。各国可能通过种种途径而就法律原则达成协议;但是,关键问题是事实上这些原则事实上是否能够获得国际社会的同意和尊重。因此,条款草案不应含有使得它们在原则上不为国际社会相当可观的部分不能接受组成部分。条款草案也有必要具有充分的切实可行性和弹性,以便有效作为日常国际关系中的框架运作。根据这两项理由,联合国政府对现有草案的一些部分表示关切。

联合国政府认为这些条款的草拟工作大有改进余地。一些条款草案(例如第 1、2、16 和 51 条草案)可以并入邻近的条款草案或甚至整条删除。其他条款草案(例如第 18、20-26 条草案)内虽然含有具体的细节和差别,作为一项分析工具是有价值的,但对一项规定适用于国与国间日常交往的责任原则的文书来说,却是过分复杂而又无益。还有其他情况(特别是关于国际罪行的规定以及反措施和解决争端的一些规定),似乎也有必要把这些草案的所有组成部分抛弃,才会有一丝的希望使得最后产品的内容可以被各国所接受。

这方面又需要用心注意最后产品的形式。在二读过程中,委员会自然会贯注大量心思在这个问题上。联合国敦促委员会充分审议根据委员会章程所规定的整个可能性范围,而不要采取理所当然地假设这些条款注定会成为一项国际公约的工作态度。事实上联合国反对采取步骤就公约进行谈判的任何想法,除在这一级别上处理这样一个问题对国际谈判进程所施加的重大负担之外,还有充分的实质理由。这些理由叙述如下。

首先,采取公约渠道进行,则有可能使得最后所得文书得不到国际社会绝大多数国家的批准。的确,鉴于这个主题十分困难,这样的结果看来不仅是可能的,而且甚至是可能性很大,接着还有可能相当数目的政府或国家议会不同意抽象地了解案文内的论点或规避这些论点具有庄严法律形式的约束力。因此,如果在合理的短时间内无法获得广泛批准就只能被看成是对其中所含原则根据一般国际法理解的正确性表示怀疑。国家责任原则在国际法律系统内具有相当大的重要性,因此通过一种投票隐含着对委员会的工作结果表示不信任而使得其有效性受到质疑,是非常不妥当的,不管这是如何不公平的。

其次,联合王国认为(以前已经指出过)这项作业的首要目标应该是在法律的这个领域内实现尽可能最大的清晰与稳定。通过一项国际公约并不一定能达成这个目标,因为在这个非常具体的环境之下,很可能制造刻板僵化与缺乏灵活性,而事实上却需要灵敏与调整适应。因此,联合王国赞成所通过的最后产品的形式反映国际社会的赞成意见,并鼓励提到委员会所制定的各项原则,但其形式要允许国际法庭能够进一步完善各项原则,而在国家作法中则通过各项原则在具体情况中的适用保持一定程度的灵活性。委员会本身在设计适用于最广泛不同的情况的规则(例如非法使用武力、由开发自然资源以及经济上的错误引起的环境损害)所经历的极端困难,强有力地指出允许根据情况按照精细的不同方式适用稳定的一般原则的可能性是有优点的。

有一个具体领域显然需要作出灵活区别,这就是委员会的条款草案与其他国际法制度之间的关系。条款草案所涉及的许多问题,例如:一国在遇到没有对它履行应尽的义务的情况下有采取反措施的权利,行为归于国家,以及不可抗力、实际做不到和必要性对履行国际义务的责任的影响,《维也纳条约法公约》也都涉及。在国际法院关于彩虹勇士一案的仲裁以及后来在加布奇科沃——大毛罗斯一案的裁决中,都审查过国家责任基本规则与按照《维也纳条约法公约》适用的具体规则之间的关系。但是,条款草案本身内没有讨论这个问题。第 37 条草案说,条款草案第二部分不剥夺任何特别法的规定。但是,按照联合王国政府的看法,这项原则应明确适用于整个条款草案,而不仅限于第二部分。

基于上述背景,条款草案有四个方面是联合王国政府所特别担心的,而且也是其接受整个条款草案的重大障碍。这四个方面是:

- (a) 关于国际罪行的规定;
- (b) 关于反措施的规定;
- (c) 关于解决争端的建议;
- (d) 委员会采用的用尽当地补救办法原则的办法。

.....

联合王国政府保留在以后阶段提出进一步意见的权利。

美利坚合众国

美利坚合众国政府欢迎有机会对国际法委员会所拟订的关于国家责任的条款草案全文发表意见。

美国同意国际法委员的意见,认为关于国家责任法的陈述必须就以下问题指导各国:一国的行为何时引起国际责任?什么行动可归于国家?一国违背其国际义务时会产生什么后果?虽然习惯国际法对这些问题提供答案,但委员会在许多情况下并未编纂这些规范,只拟议新的实质性规则。特别是,关于反措施、罪行、争端的解决及国家损害的章节载有某些习惯国际法上没有依据的规定。

因此,这些评论意见首先针对草案的以下领域,美国认为这些领域引起最大严重的争议:

- **反措施**:虽然我们欢迎草案确认反措施在国家责任制度内起着重要作用,我们认为条款草案对其使用规定了毫无依据的限制。
- **国际罪行**:美国强烈反对列入违法行为与所谓“国家罪行”之间的区别,这种区别在习惯国际法上没有依据,而且损害整个国家责任制度的效力。
- **赔偿**:虽然关于赔偿的一节有许多地方反映习惯国际法,其他规定却载有损害既定的“充分赔偿”原则的限制条件。
- **争端的解决**:由于解决争端程序内有某些缺陷,我们敦促把第三部分改为任性。
- **确认的权利和损害**:第 40 条关于受害国的定义的重要内容在习惯国际法上没有依据,会导致不利的后果。

由于条款为各国、法庭和个人所使用,它们必须切实有效及健全,但现有草案的某些内容不是这样。我们促请国际法委员会致力拟订一套以习惯国际法为依据、无太多细节和未经证实概念的明确法律原则。

.....

几年前,两位学者就国际法委员会编纂国家责任法的努力评论说,“没有其他编纂项目如此深入国际法的“根源”理论和意识形态基础,或者制造了可比较的问题”。⁷当人们审查条款草案时,的确会了解到这项编纂工作值得进行极其审慎的审查和订正。如这些评论显示,美国认为虽然条款草案有许多值得称赞的地方,它们也有几个严重的实质性缺陷。草案在很大程度上包括一些并不反映习惯国际法的规定。就那些也许理应逐步发展的规定来说,条款草案所走的方向使强制执行国际规范的结构复杂化,是令人无法接受的。

如果草案的主要缺陷不予正视和矫正,这个项目将难以从国际社会获得迈向缔结一项国家责任公约所必需的广泛支持。

乌兹别克斯坦

乌兹别克斯坦共和国政府认为整份文件可以接受。

在本条款草案之外应增添关于国际组织从事国际不法行为的责任的其他文书。

⁷ M. Spinedi 和 B. Simma 的“导言”,在他们编辑的《联合国编纂的国家责任法典》,七(1987年)。

第一部分

国际责任的起源

奥地利

总的说来,除了正面具体说明的例外情况,奥地利对特别是对第一部分的部分方针和条款草案的整个结构感到满意。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

北欧各国注意到并同意,过失的要素并未被认定为一国责任的条件,但它在第二部分却被设想为确定一项国际不法行为之法律后果的一般因素。如果视过失为确定责任的一般条件,则会大大限制一国须对违反国际义务之行为承担责任的可能性。而且,证明不法意图或疏忽总中非常困难的。特别是如果这一主观要素必须归于代表一国作为或不作为的个人或个人群体,对它的研究就变得难以预料和捉摸。如果说过失的要素对于确定责任是相关的,则它是遵循制约这一善的特定国际法规则,而并非因为它是国际责任的构成要素。这适用于例如有关不人秋的某些情况;在这些情况下,如果所涉国家没有表示应有的当心而违反了国际法的主要原则,则会产生责任。

第一章. 一般原则

第一条. 一国对其国际不法行为的责任

法国

更为重要的是,草案第 1 条是不能接受的,因为它所反映的意图是建立某种“国际公共秩序”和保护客观的合法性,而不是保护国家的主观权利。我们认为保护国家的主观权利是国际责任的目的。

.....

第 1 条草案规定:“一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任”。这是最值得商榷的条款之一。

法国代表团屡次在大会第六委员会中指出损害的存在是国家责任此一重要定义不可或缺的要素,因此是国家责任的组成部分。法国代表团一向批评违背义务就以引起国家责任这一概念,而且条款草案关于这个概念的定义很不明确。

国际责任假定,一国除了犯有国际不法行为之外,此项行为还必须对另一个国家造成损害。因此,如果 A 国的不法行为没有损害到 B 国,则 A 国对 B 国没有国际责任。没有损害就没有国际责任。这表示一国如果没有可以认定的具体法律利益,不可能提出赔偿要求。所涉的利益不能只是任何国家从其他国家遵守国际法可能得到的利益。国际责任只限于保护国家本身的权利,不能将其延伸至保护这样的国际法。

委员会的工作最有问题的一个方面是在界定国际责任时没有包括已造成损害的要件。国家违背了国际义务即足以构成引起国际责任的理由。法国不能赞同这种方针,因为它不符合实在法。

因此,必须从开始就采纳一个基于损害概念的方针。在国际公法中,损害是责任的一个组成部分。仅有“法律上的损害”不足以构成一国的国际责任。因此,法国为第一条提出了新的案文(见附件)。

草案中有一些条款使人认为“推定”国家“有过失”。但按照诚信原则,应当推定国家遵守了法律。从此项推定可以导致一系列的程序后果,特别是在草案没有充分顾及的举证责任方面。程序保障是编纂过程最积极的贡献之一。没有程序保障,编纂就会变成纯理论的习惯法案文。遗憾的是,由于缺乏程序保障,委员会的草案变成理论性文件,而不是为规范国家行为拟订的国际公约草案。

法国提议本条修正如下:⁸

[1.] 一国的每一国际不法行为[引起对该国对受害国的责任]。

⁸ 法国对案文草案建议的更动和可以增添的条款均以黑体字载入方括号内。法国认为应该删除的条款以划线表示。

德国

德国政府同意第 1 条至第 4 条中所载关于国际责任起源的“一般原则”。

第 1 条的基本出发点是假设一国应对其国际不合作行为承担国际责任。德国政府完全同意这一普遍接受的一般原则,⁹但是德国政府不能不指出,不能将引起责任的原因和对违规行为的补救与遭到违反的实质性或“主要”行为规则的性质完全分开。例如,一国在不改造提供、信息协商、合作和谈判义务时所应承担的责任与其在违反另一国领土主权时所应当承担的责任程度是不一样的。纠正违法行为的过程同样也会不一样。事实上,国际惯例显示,各国在很多这一类的案例中并不提及国家责任,而是采用更倾向于调解的方法来处理提出的申诉。在现代国际法中协商和合作的“软性”义务日益增加--这当然是一种受欢迎的发展,因此国际法委员会也应该关心不与其他国家或国际社会合作所产生的后果问题。当各国承担这些义务时,它们无意并且也不应该要求它们承担受严格的国际责任制度管制的风险。

责任的内容、形式和程度——即所谓次要规则——取决于有关的主要规则的性质这一观点,对委员会来说并不陌生。事实上,委员会关于将国家责任的讨论题目限制在次要规划范围内的决定,就是注意到了这一情况。例如,特别报告员里法根在提交其关于国际责任的内容、形式和程度的报告时提醒委员会:“在判断一个国家的不法行为所建立的新的法律关系时,不应该无视遭到违反的国际义务的起源--特别是办公室性起源”。¹⁰委员会在第 19 条中提出了“国际不法行为”相对于“国际罪行”的概念,委员会这样做等于明确承认,主要规则必定是相互缠绕的。¹¹上,特别报告员里法根在其第三次报告中还说:“委员会似应审议第一部分是否足以反映主要规则的多样性的问题。”¹²德国请委员会采纳这一建议。在这一方面,委员会也许可以考虑扩大第 37 条¹³的范围,使它也适用于条款草案的第一部分。

瑞士

见一般性评论。

⁹ 例如见 *SS Wimbledon* 案,常设国际法院,系列 A,第 1 号,第 15 页;*Factory at Chorzow* 案(案情),常设国际法院,系列 A,第 17 号,第 29 页;*Corfu Channel*(案情),《1949 年国际法院案例汇编》,第 23 页。

¹⁰ 见《1980 年国际法委员会年鉴》第二卷,第一部分,英文本第 111 页。

¹¹ 见 Rosentock, “An International Criminal Responsibility of States?” ,in *International Law on the Eve of the Twenty-first Century*,1997,第 265 和 270 页, “[第 19 条]是一条最清楚不过的主要规划声明”。

¹² 《1982 年...年鉴》第二卷(第一部分),A/CN.4/354 和 Add.1 和 2 号文件,英文本第 28 页,脚注 19。

¹³ 关于“特别法”的第 37 条的案文如下:“在一国际不法行为的法律后果已有专门针对该国际不法行为的国际法其他规则予以确定的情况下,那些规则的范围,本部分各项规定不予适用。”

联合王国

草案第 2 条完全可以略去。委员会可考虑草案第 1 条至第 4 条的其他要素可否合并或略去。

提议的新的第 2 款

法国

法国认为 1,第 1 条中可加上一款第 2 款,表明条款草案不预断在国际法不加禁止的行为引起的损害必性后果方面可能出现的问题。

法国提议增列新的第 2 款如下:

[2. 本条款不预断在国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果方面可能会出现的问题。]

第 2 条. 第一国家都有可能被认定实行了国际不法行为

德国

德国政府同意第 1 条至第 4 条中所载关于国际责任起源的“一般原则”。

联合王国

草案第 2 条完全可以略去。委员会可考虑草案第 1 条至第 4 条的其他要素可否合并或略去。

第 3 条. 一国国际不法行为的要素

法国

第 3 条案文应说明,可能构成国际不法行为的国家行为既包括法律行为,也包括实质行为。

德国

德国政府同意第 1 条至第 4 条中所载关于国际责任起源的“一般原则”。

蒙古

草案第 3 条确定了构成国际不法行为的要素。蒙古完全同意,违背国际义务的行为,应承担责任。但蒙古认为,可能需要更加广义地看待国际义务,以照顾到否则便不在其适用范围之内的某些情况的需要。其中首先是国际对保护环境的义务。这些是极为重要的义务,是各国相互之间以及对后代的义务。在这方面,应提及 1972 年《关于人类环境的斯德哥尔摩宣言》的第 21 条原则,其中宣布,各国有责任确保本国管辖或控制下的活动不对他国的环境或本国管辖之外的地区造成损害。

瑞士

见一般性评论。

联合王国

委员会可考虑草案第 1 条至第 4 条的其他要素可否合并或略去。

法国提议(a)项修改如下:

(a) [由作为或不作为组成的法律行为或实质性行为按国际法规定可归于该国]而且;

第 4 条. 把一国的行为定性为国际不法行为

德国

德国政府同意第 1 条至第 4 条所载关于国际责任起源的“一般原则”。

联合王国

……委员会可考虑草案第 1 条至第 4 条的其他要素可否合并或略去。

美国

条款草案中关于责任归属两个方面需予精练或澄清:

1. 国内法地位¹⁴

第 4 条说,对国家行为的不法性的正确规定“不因国内法把同一行为定性为合法行为而受影响”。不过,就在下一条里,草案却规定“国家机关”的定义取决于该特写实体是否“依该国国内法具有此种地位者”。虽然第 4 条涉及行为的定性而第 5 条则涉及机关的定性,但第 5 条内的国内法漏洞实际上给不法行为国创造了利用国内法为其不法行为辩护的可能性。

在这项公式化规则下,国家机关的行为可以按照某些国家法律归于国家,而在其他国家里相同实体的行为却不能归于国家。¹⁵确定某一实体是否为国家机关必须是实况调查的结果。¹⁶美国也注意到限制条件没有对“在有关事件中系以此种资格行事为限”的国家机关下定义。“资格”一词可以被解释为让不法行为国能够对其赔偿责任提出争辩,其理由是虽然该国家机关实施了不法行为,但它是在其职权范围以外行事的。这样的解释将会损害国家机关行动的责任受国际法管辖的原则。

¹⁴ 又见下文美国对第 8 条的评论。

¹⁵ 比较 R.Ago(特别报告员)的《关于国家责任的第三次报告》,联合国文件 A/CN.4/246/Add.2(1971 年 4 月 29 日),第 160 段。

¹⁶ 比较《巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案》《国际法院判例汇编(1970 年)》,3、38-39,和《第一花旗银行诉古巴外贸银行案》462,美国,611、626-27(1983 年)。

第二章. 国际法所指的“国家行为”

德国

德国政府总的来说同意第一部分第二章的条款。但是对这一章是否充分阐明了自然人和法人的行为,曾引起一些疑问,他们在违反国际法时并不作为国家机构形式,但是是在国家授权和控制之下行事。¹⁷德国政府也持同样的疑问。第二章的基本概念看来是基于过去的情况,而不是基于目前的情况。这一章似乎没有足够地考虑到以下事实,即国家越来越经常地授权国家机关体制以外的人从事通常由国家从事的活动。¹⁸

第 5 条. 国家机关的行为归于国家

法国

第 5 条的案文值得商榷。“国家机关”一词范围太窄。使用“任何国家机关或代理人”一词会更好。这一点也适用于第 6、7、9、10、12 和 13 条。

.....

法国提议修改如下:

“[1.]为本条款的目的,[任何国家机关或行使该国国内法所订权力的代理人],其行为依国际法应视为该国的行为。”

瑞士

草案第 5 条至第 10 条界定归于国家的不法行为。从第 11 条起,草案还列举不能归咎于国爱的行为。因此,案文是先详细说明可以归咎于国家的行为,然后再反过来说明不能归咎于国家的行为。这种方法可能损害到草案,因为这样一项草案,除了别的优点之外,应该还有一个优点;就是比较简洁。

联合王国

联合王国政府并不认为在这些条款草案中陈述的原则本身会引起争议,但指出这些原则的实施可能在某些情况下引起困难。草案的这两条都将“政府”机关行为归于国家。然而,由于条款草案中没有任何定义,同时也由于不存在任何共同的国际谅解,于是就产生了一个问题,即什么行为中或不是“政府的”。例如在某些情况下,宗教机构可以行使一定程度的权力,或许包括惩罚违反教规者的权力;但它们正式来说不是国家政府结构的一部分。委员会不必要考虑,能否在草案中拟订出“政府的”职能的有效标准交载入草案。有关条款草案的第 7 条第 2 款第 8 条(b)款第 9 条和第 10 条都有类似的问题。

¹⁷ 见奥地利代表在大会第五十二届会议上的发言,(A/C.6/SR.23)。

¹⁸ 但是也认知到,第 7 条第 2 款和第 8 条提供了一定的灵活性。

草案第 5 条规定,依该国国内法具有国家机关地位的机关的行为为该国家的行为。如果上述法律本身指明该机关为国家机关,则国际法采取类似立场也许是适当的。但如果一个国家的国内法并不把一个机关当成国家的一部分,那么未必可以推论该机关的行为不归国家。在这方面,国内法不能具有决定性的影响:属性问题是国际法的问题。联合国还注意到:在国家豁免权范围内拟订的原则未必适用于国家责任的范围。联合国政府希望国际法委员会在评注中澄清这些问题。并考虑在起草条款草案中是否有必要作任何改动。

又见第 7 条。

美国

见第 4 条。

提议的新的第 2 款

法国提议增列新的第 2 款如下:

2. 一个国家机关或代理人,不论是行使制宪、立法、行政、司法或其他职权,不论担任国际性或国内性职务,也不论在国家组织中处于上级或下级地位,其行为依国际法应视为该国的行为。

第 6 条. 不论机关在国家组织中所处的地位为何

法国

“国家机关”一词范围太窄。最好使用“任何国家机关或代理人”。

第六条没有任何特别问题。不过,该条对国际性职务和国家性职务所作的区分并非没有含糊之处。此外,以“行使制宪、立法、行政、司法或其他职能”取代“制宪、立法、行政、司法或其他权力”,会比较可取。

.....

因此,法国提议修改如下:

一个国家[**机关或代理人**],不论是[**行使制宪、立法、行政、司法或其他职权**],不论担任国际性或国内性职务,也不论在国家组织中处于上级或下级地位,其行为依国际法应视为该国的行为。

瑞士

见第 5 条。

联合王国

见第 5 条。

第 7 条. 经授权行使政府权力要素的其他实体的行为 归 于国家

法国

“国家机关”一词 范围太窄。最好使用“任何国家机关或代理人”。

瑞士

见第 5 条。

联合王国

见第 5 和 10 条。

第 1 款

法国

“一个国家内地方政治实体”究竟应如何理解?应具体提及联邦国家的情况。

.....

法国提议将这一条编号改为第 6 条,并修改第 1 款如下:

1. [一个联邦制国家或地方政治实体的机关或代理人以此种资格行事的行为]依国际法亦应视为该国的行为。

联合王国

评注指出,草案第 7 条第 1 款规定,国家内地方政府实体的机关“以此种资格行事”时的行为归于国家;但本意不是导致国家机关的逾越权限行为按事实本身不归于国家。草案第 10 条即依据这一观点。将此点在条款草案、而不仅在评注中澄清可能是有益的。关于草案第 5 条也有类似问题。

第 2 款

法国

法国提议修改如下:

- [经国家的国内法授权行使政府权力要素的任何实体的机关或代理人以此种资格行事的行为]依国际法亦应视为该国的行为。

联合王国

草案第 7 条第 2 款规定,虽非国家正式结构的一部分、但经该国法律授权行使某些政府权力要素的实体,其行为亦归于该国。草案第 7 条第 2 款制订的原则,按现在的案文看来,似乎可将区域或国际组织的机关的行为归于成员国。举例来说,就欧洲共同体的法律(也是欧共体成员国法律的一部分)而言,欧洲共同体的机关,如欧洲委员会,拥有政府权力,这些权力来自对成员国主权的限制及成员国权力的转移。这些机关可以说不是该国家正式结构的一部分,即使它们在该国法律秩序内发挥一定作

用;因此,它们可被视为属于第 7 条第 2 款范围内的机关。另一方面,国际法委员会评注中表明:¹⁹ 国际法委员会或许无意处理国际组织行为的责任问题。

希望能解决这一含糊不定的问题。联合国政府认为,最好为此在评注中明确指出,上述条款草案无意处理由于国际组织行为(包括国际或区域组织支持的军事行动 0 而产生的成员国责任问题。这是一个复杂的问题;而且,是否应指望所有国际组织立场相同也不清楚。国际组织行为的责任问题应给予单独详尽的处理。

第 8 条。 实际上代表国家行事的人的行为归于国家

蒙古

第一部分第二章的条款草案提及国际法下“国家行为”的属性。虽然这些条款草案看起来起草得很有技巧,但蒙古对涉及自然人的行为有些疑问,这些自然人在违反国际法时,不是作为国家代表而是在国家管辖或控制下采取行动。在这方面,应提及一种从广义去理解的趋势,即根据适用于环境保护的习惯国际法,一国对它自己的活动和自然人的活动负有责任,不论自然人为个人、私营公司或公营公司,只要其活动是在国家管辖或控制之下。

瑞士

见第 5 条。

联合王国

“应视为……”等字应调至“依国际法”等字之后,这样便可一目了然地看出它们适用于(a)和(b)两项。

又见第 5 条。

美国

条款草案中责任归属有两个方面须加以修改或澄清:²⁰

……

代表国家行事的人

第 8 条规定一个人或一群人的行为如果“经确定该人或该群人实际上系代表该国行事”,应视为国家的行为。我们同意这项规定的基本要点,即个人与国家事实上可以存在一种关系,即使难以准确地决定其法律关系。不过我们注意到,第 11 条草案地适用了第 8 条的反面规则:“不代表国家行事的一个人或一群人的行为,依国际法不视为国家的行为。”这项规定对草案毫无增益。如评注指出,它仅仅“证实前几条

¹⁹ 见《国际法委员会年鉴》1997 年,第二卷,2,英文本第 105。

²⁰ 又见第 4 条。

确定的规则”。²¹规则的重叠给法庭增加了另一个甚至是麻烦的问题,即:在特定情况下适用哪一项规则,而且这些规则在适用时是否有区别。经 11 条应予删除。

提议的新的第 2 段

法国

法国提议增列新的第 2 款如下:

2. 一个人或一群人,如未代表国家行事,其行为依国际法不应视为国家的行为。

第 9 条. 另一国或一国际组织交由一国支配的机关的行为归于国家

法国

“国家机关”一词范围太窄。最好使用“任何国家机关或代理人”。

瑞士

见第 5 条。

联合王国

草案第 9 条将另一国或一国际组织交由一国支配的机关的行为归于国家,这时该机关是在为“借入”国行事。联合王国政府指出由草案第 9 条产生一项特别的困难,此点亦涉及草案第 22 条。在一国法律指令诉讼当事人去其他国家法庭(如按布鲁塞尔公约所规定)、或国际组织(如国际投资争端解决中心)支持下建立的法庭时,并不清楚是否要让国家对法庭的行为承担任何责任。从归属的角度看,答案可能是否定的;但如果从国家有“伸张正义”(即不拒绝给予诉讼当事人以公正对待)责任的角度、或从用尽当地补救办法的规则来看,答案就不那么明确。根据国家是否要求、或仅仅是允许诉讼当事人求诉“外国”法庭,答案也可能极不相同。这是一件须细心审议的事项,也许可以通过评注、而不必通过修正条款草案本身就能得到澄清。

又见第 5 条。

提议的新的第 2 款

法国

法国提议增列新的第 2 款如下:

²¹ 评注(前引书,脚注 1),英文本第 49 页。

2. 一国的机关或代理人以此种资格行事,在另一国领土或其管辖下的任何其他领土内所进行的行为,依国际法不应视为该另一国的行为。

提议的新的第 3 款

法国

法国提议增列新的第 3 款如下:

3. 一个国际组织的机关或代理人以此种资格行事的行为,依国际法不应仅因该行为发生于该国的领土或该国管辖下的任何其他领土即视为该国的行为。

第 10 条. 逾越权限行事或违背关于其活动的指示行事的机关的行为归于国家

法国

“国家机关”一词范围太窄。最好使用“任何国家机关或代理人”。

.....

法国提议编号改为第 7 条,并修订如下:

“第 5 条所述国家机关或代理人和第 6 条所述实体,不论是否已按该国国内法规定在其权限范围内行事或遵照其指示行事,其行为依国际法都应视为该国的行为。”

瑞士

见第 5 条。

联合王国

草案第 10 条将国家机关的行为归于国家,即国家机关逾越权限。草案第 11 条规定,不代表国家行事的人的行为,仍被视为国家的行为。

根据评注²²,草案第 11 条包括的行为来自“按照该国的国内法不能归入私营部门法人的那些法人(例如“半国营”或近乎国营部门法人,以及其他一些实体虽属这工业品、却并未被授权行使政府权力的要素,或虽被授予此权、但限于其行为以外的另一活动领域)”。

此种行为不视为国家的行为。这一宣布意味着:在半国营或近乎国营法人被授权行使政府权力要素的活动领域外的行为,不得视为国家行为。这样就区分了对草案第 10 条提及的国家机关的处理,以及对草案第 11 条有关逾越权限行为的半国营法人的处理;并且综合了上述与草案第 7 条至第 10 条相关而出现的问题,即使用“行使政府权力要素”和“以此种[即政府的]资格行事”的机关诸提法而产生的问题。

²² 同上,英文本第 50 页。

例如,一个国家可能授权一家私营保安公司行使铁路警察职权。一名着制服的铁路警察可在铁路车站附近,而不在站内某地逮捕一名刑事嫌犯(其所犯罪行为与铁路毫不相干)。就该国的国内法而言,铁路警察的权力可能并未延伸至此地。这个例子是否属于第 7 条第 2 款所指逾越权限的机关(在此情况下的行为仍应视为国家的行为--见第 10 条)?或者是属于第 7 条第 2 款所指机关、但并非以铁路警察而是以普通公民的资格在行事(按后一种情况则该行为不得被视为国家的行为:--见第 7 条第 2 款、第 11 条)?联合国政府要求国际法委员会考虑:由于不同国家政府结构多种多样,是否能对这类问题给予更明确的指导?

又见第 5 条。

第 11 条. 不代表国家行事的人的行为

瑞士

又见第 5 条。

联合王国

见第 10 条。

美国

见第 8 条。

第 12 条. 另一国机关的行为

法国

“国家机关”一词范围太窄。最好使用“任何国家机关或代理人”。

.....

法国提议第一行的“机关”二字改为“机关或代理人”。

第 13 条. 国际组织的机关的行为

法国

“国家机关”一词范围太窄,最好使用“任何国家机关或代理人”。

联合王国

许多事例证明,邻国间双边协定建立的机构作为一国在另一国领土内行使权力、或行使与该领土相关的权力的工具。联合王国认为 1,应更多地考虑在条款草案中对这类双边机构(如边界水域委员会)如何处理。

第 14 条. 叛乱运动的机关的行动

奥地利

第 14 条和第 15 条所载的叛乱运动的机关的行为问题不明确,需要进一步。审议特别是第 14 条第 2 款和第 15 条第 1 款。

联合王国

见第 29 条。

第 1 款

法国

比较可取的做法是,载明国家责任推定原则,同时允许在出现不可抗力(如政府权力被篡夺)时可免除责任,但举证责任在于国家。法国按照这一思路提出了新案文。

.....

法国提议编号改为第 10 条,并修改如下:

在一国领土或在其管辖下的任何其他领土内的叛乱运动的机关或代理人的行为,在以下情况,不应视为该国的行为:

- (a) 该国证明该行为应归于该叛乱运动;而且
- (b) 该国证明它已合法方式行使其对相关领土的属地管辖权所固有的职权。

第 2 款

法国

.....

第 2 款的范围根本不清楚。法国建议[将这一款]删除。

第 3 款

法国

.....

第 3 款的范围根本不清楚。法国建议[将这一款]删除。

第 15 条. 成为一国新政府或导致组成一个新国家的叛乱运动的行为归于国家

奥地利

第 15 条第 1 款第一句和第二句间关系,应该例如根据东欧在铁幕瓦解后获得的经验以及其他内乱例子加以重新审查。

又见第 14 条。

法国

法国提议编号改为第 11 条。

联合国

见第 29 条。

第三章. 违背国际义务

德国

关于违背国际义务的第一部分第三章中的一些条款,包括关于国际罪行和国际不法行为的第 19 条,应作修改或重新起草。

联合王国

联合王国政府担心,从条款草案第一部分第三章看来,在国家责任基本原则的叙述方面对违背义务情况的不同类别加以精细区分的程度可能已超出必要的限度,甚至可能已产生反效果。

联合王国政府还担心很难以确定哪项特定行为应归属于哪个类别。这个概括的观点适用于委员会所已区别的行为义务和结果义务、各种不同的违背义务行为的差别等等事项。

第 16 条 违背国际义务行为的发生

法国

在第 16 条中,应规定有这样的情形: 鉴于一国原来应当遵守的义务被一项视为优先的义务所搁置,不能追究国家责任。在此法国想到的特别是《联合国宪章》引起的义务,《宪章》第一百零三条规定,《宪章》之下的义务优先于其他义务。

.....

法国提议在“一国的行为”之后添加“根据国际法”等字。

瑞士

在关于违反国际义务的各项规定中也显示出想包罗一切情况的趋势。第 16 条定下原则,而第 17 条却指出此种义务可能起源于习惯法、条约或其他。这种细节,虽然绝对精确,对第 16 条所载原则却无重大补充。

联合王国

联合王国政府建议国际法委员会审议是否可能合并草案第 21 条和草案第 16 条。

第 17 条. 不论所违背的国际义务的起源

瑞士

见第 16 条。

第 18 条. 国际义务必须对一国有效

法国

见第 25 条。

瑞士

至于草案第 18 条第 1 款,则是规定一种国际义务必须在不法行为发生时仍然有效,才可能遭到违反;这一点不说自明,并不需要加以明确规定。

联合王国

草案第 18 条因为区别了不同种类的行为,所以为条款草案后来各条奠定了基础。第 4 款处理了复合行为,第 5 款处理了综合行为。大体上说来,复合行为是指由一国的不同机关对同一事项所采取的各项行动组成的行为,综合行为则是指许多单独而言并不足以构成违背义务行为但总合起来就显然应构成违背义务行为的个别行为的组合。联合王国政府表示赞赏国际法委员会已精确地分析了不法行为的各种不同的实例。但是,他们却担心,本条款草案在精密区别不同类别的行为方面已走得太远。他们希望国际法委员会考虑应在何种必要而有助益的幅度内通过各条文,其中应极精确地分析并界定不同类别的不法行为。不妨采用较简单的不法行为概念,任由国家实践去安排应如何将它适用于具体案件。

.....

联合王国政府希望委员会重新审议第 18 条草案案文和用尽当地补救办法原则的适用。

美国

第 18 和 24 至 26 条草案就国家行为的定性开列了一系列复杂的抽象规则,把它定为持续、综合、或复合行为。按照这个精细拟订的办法,国家行为只有当特定义务在行为时对该国生效才会产生国际责任。这个在第 18 条第 1 款草案中简练地表达的原则不容置疑地主张,“只有在该义务对该国为有效的时期所作出”的行为,才构成对该义务的违背。不过,综合来看,这些草案条款给草案注入太多不必要的复杂性,给不法行为国提供足以规避其义务的可能法律圈套。

这些条款的结构将为不法行为国提供充分余地来设法进行诉讼或避免承担原本应该是明显的义务。当行为有“持续性”,违背的时间“为该行为持续并且一直不符合国际义务的整个期间”。第 25 条第 1 款草案。案文或评注里都没有线索表明如何区别持续的行为和时间上无延续性的行为。例如,实践上极其难以区别持续的行为和在“进行”时即已完成(第 24 条草案)但其“作用”或“后果”在时间上延续的行为。²³当行为属综合性,或“由有关个别事件的一系列行为或不行为组成”,违背的时间“为构成……综合行为的第一个行为或不行为开始发生到此类行为或不行为不再发生为止的整个期间”。第 25 条第 2 款草案。当行为属复合性,或“由一国同一机关或不同机关对同一事件的一系列行为或不行为组成”,违背的时间“为开始构成违背义务行为的行为或不行为发生到完成违背义务行为的行为或不行为结束的整个期间”。第 25 条第 3 款草案。某一行为是否关系到“个别事件”或“同一事件”的问题在实践上往往很难决定,可能只会给直截了当的责任限定增加混乱。

²³ 见评注,英文本第 181 页。

这些规定可能使责任的限定复杂化而非加以澄清。如 Brownlie 教授写道,“出现新的、表面上已予界定的法律类别价值可疑。棘手的案件不可能通过创立新的类别而变为较不棘手。”²⁴。国际法委员会应该考虑应否删除这些规定,因为它们给草案增加一层不必要的复杂性,有促进实质性滥用的危险。

第 2 款

法国

法国提议删除这一款。

基于上文所述原则,第 18 条第 2 款、…提及强制性规范的字样应予删除。

……

第 2 款有问题,因为该款采用 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条和第 64 条的措词。提及“一般国际法强制规范”概念。法国对此有原则性的保留。此外,在该款中我们似乎有一条强制性法律规则,这项规则远非禁止各种行为,而是确定了实施行为的义务。在一项时际性法条文中绝不应有这样一项规定。

第 3 款

法国

法国提议编号改为第 2 款,并增添新的一句如下:

“违背行为自该行为开始之时发生,延续到该行为持续实施的整个期间。”

第 4 款

法国

法国提议编号改为第 3 款,并增添新的第二和第三句如下:

“违背行为始于该系列行为或不行为中证明综合行为存在的一项行为或不行为完成之时。违背行为从第一项有关的行为或不行为开始,延续到这种行为或不行为一再发生的整个期间。”

联合王国

48. 在不妨碍这个论点[见上文一般性评论中有关本条的评论]的情况下,联合王国政府认为第 4 款的措词应予改善。根据现有草案,第 4 款草案内的规则是,在义务存续期间内发生的个别行为如果可视为组成了一项综合行为,则该项综合行为即构成违背该义务的行为,换言之,违背行为可源自该期间的许多个别行为。这个规定实际上可能不会因为国际法委员会精确的分析方法而获得澄清。例如某件对甲国具

²⁴ Brownlie 著作,《国家法律体系:国家责任》(1983 年),第 1 卷,第 197-98 页。比较 Joost Pauwelyn 著作,“‘持续违背’一项国际义务的概念:一些特选的问题”,1995 年《英国国际法年鉴》第 LXVI 卷,第 415-450 页

有约束力的条约可能禁止歧视乙国国民。在缔结该条约之前的许多年内可能早已继续存在此种歧视行径。或许并不适宜容许在一切情况下都可坚决要求为了重新确立该歧视模式而在该条约生效后必须继续发生足够多的新的歧视事件。在某些情况下,的确可能相当有理由假设甲国因为没有确证而无须负责并且推定甲国已废止其歧视行径。一件单一的歧视行为并不当然表示正在继续条约生效之前的行径;不妨将证明某一个别违规行为确属条约生效前行径的继续的举证责任归于主张该违规行为具有此一属性的国家。不过,似无必要象第 4 款现有案文那样将或许具有正面意义的可予驳回的合理推定订为刻板的法律规则。

第 5 款

法国

这一款的法文本中,“complété”(完成)一词为英国习语,应代之以“parachevé”(完成)。

.....

法国提议编号改为第 4 款,并增添新的第二句如下:

“违背行为仅在该复合性行为的最后一个构成部分完成之时才发生。实施违背行为的整段时间始于引起违背行为的行为或不行为,迄于完成违背行为的行为或不行为。”

联合王国

草案第 18 条第 5 款规定,即使复合性行为在义务失效后仍在发生,但如果该复合性行为的第一个构成部分发生于该义务有效期间,则该复合性行为即是违背该义务的行为。联合王国政府认为这一款内载的原则是正确的,但这并非基于国际法委员会所指出的理由。评注认为,这一款假设复合性行为始于最初的不法行为,持续存续于该国机关审查该行为的整个期间内,直到该国最高当局最终明确同意该项最初的违法行为。联合王国的了解是,在这种情况下,可归于该国的最初不法行为(本身可能涉及该国数个机关的行动)已实行并且完成了该不法行径;后来将本问题提交该国另一些更高层次的机关即是用尽当地补救办法的程序。第 5 款的方法符合国际法委员会处理用尽当地补救办法的方法,但联合王国政府却不赞同。上文已提出了这个论点,这个论点在讨论草案第 22 条时将会加以进一步的解释。

第 19 条. 国际罪行和国际不法行为

[也参看第二部分第四章]

奥地利

奥地利大致上承认禁止特别严重的违反国际法行为的国际规范的重要性。但是,奥地利仍然认为,从这样一种概念出发,很难在国家责任领域里规范国家惯例。因此奥地利仍然希望删除第 19 条以及第 51 条至第 53 条所载的法律后果。如果大会通过这些条款,就可能要承担使接受关于国家责任的整套规定的国家减至最少的危

险。国际罪行这个概念实际上将提供诱人的借口,来维护对轻微违反国际法行为采取不相称的反措施和制裁。

鉴于国家罪行这个概念迄今在国家惯例中未被接受,还鉴于需要拟订能满足日常实际需要的规则,应放弃这种罪行概念。此外,国际不法行为这个概念没有特别重要性,因为从技术上而言,任何违反国际法行为,只要引起国家责任,就构成不法行为。

国际法委员会倒是应该采取新办法和集中于管制性质特别严重的违反国际法行为的法律后果。

总的来说,奥地利宁可选择条款草案其他领域所采取的面向结果的办法或“目标”办法,并且认为国内刑事法的要素包括故意行为与国家间法律关系的概念和制度并不一致。特别是国家间关系缺乏就国家错误行为的主观方面问题作出决定所必须的那种中央权威。在这方面也应该考虑到《联合国宪章》特别是第七章所提供的应付威胁国际和平与安全的违反国际法行为的办法。

此外,国家惯例、包括建立国际刑事法院的努力—旨在起诉和制止个人包括国家机构所犯的罪行,可作为一项工具用来对付严重违反诸如人权和人道主义标准等国际法的基本规范,比将这种国家行为定为犯罪行为更为有效。

奥地利意识到,在国家责任方面拒绝接受国家罪行概念的国家不限于奥地利。另一方面,众所周知奥地利热烈支持国际社会努力拟订法律方书,规定犯下草案第 19 条范围内的行为的个人根据国际法需负刑事责任。这是奥地利支持建立国际刑事法院的理由之一。

捷克共和国

第 19 条和该条关于国际罪行和不法行为的区别,捷克共和国只能够重申它一向主张把国际不法行为一分为二的立场,以及根据该立场区分两种国家责任制度的看法。捷克共和国认为一些国际法规则对于保护国际社会的根本利益至关重要,以致必须对违反这些规则所构成的违背义务行为执行性质上特定的责任制度,因为鉴于这些违背行为的极端严重性以及间接对国际社会的组织本身所造成的损害,单是根据违背行为的程度以及所造成损害的幅度对这种违背行为执行共同制度是不适当和不足的。对某些特别严重的行为执行特定的国家责任制度的构想反映在实在法和国家实践上,即使目前的形式相当的零碎,非系统化、间接的和甚至只是建议性的,只需要回顾国际法院关于巴塞罗那电车公司案的判决有关对所有国家的义务的部分,或回顾《联合国宪章》就维持国际和平与安全方面所制定的制度,当然也包括安全理事会按照《宪章》第七章所采取的措施。

最后还是采取国际法委员会二十多年前提出的“不法行为”和“罪行”的概念来区分两类不法行为的作法今天至少在构想方面是一种后退,这种作法不但不是国际法其他相关领域踊跃出现的趋势和变化的当然结果,反而可能通过过分保守和静止的办法使得国家责任法限于僵化和停滞的状态,国际法相关领域的变化包括实在法出现的绝对法概念,以及在国际方面当然包括对某些最严重国际罪行执行个人刑事责任制度所产生有力的新动力。然而,就两类国际不法行为即就区别不法行为和罪行进行辩论时,必须分开处理当前使用的措词(不法行为—罪行)的问题以及就根本

的问题进行的讨论,根本的问题是受两个性质上不同的制度管制的两类不法行为,不论这些行为的名称如何。

支持和反对使用这些名词区分两类不法行为的人提出的僵硬论点有可能阻碍整个草案的进展。人们反对“罪行”一词因为该词令人联想到一种“气氛”,联想到刑法,虽然根据委员会“罪行”一词不影响对国际罪行的责任的性质。既然我们已拥有具体条款草案规定国际法委员会指定为国际“罪行”的后果,争论其中可能的含义是没有多大的实际用途。认为国际法委员会建议的条款源自刑法概念是完全没有根据的,相反,这些条款完全采纳捷克共和国同意的一个论点,即根据国际法,责任并不是“民事”或“刑事”的责任,而纯粹是“国际”责任,因此是“特定”的责任。

然而,目前使用的用词是否适当的问题仍然存在。关于用词的辩论转移了对实质性问题的注意,并浪费了大量本可以用于更有用用途上的时间。由于关于“罪行”和“不法行为”(在某些法律制度下该词只具有刑法方面的含意)的用词不断引起对抗,国际法委员会应该在第二读时考虑使用更中性的用词(例如“特别严重的国际不法行为”而不使用“罪行”),或避免使用特定用词来指定两类不同的不法行为。利用其他方法划分这两种行为,例如,把案文更好地分成不同的部分,分开处理不法行为的后果和违背整个国际社会根本利益的不法行为的结果。因此,只使用“国际不法行为”这个用语,这似乎不会产生任何问题,而且区分这两类行为的办法就是条约草案有关部分的标题。这样,在用词方面草案将保持中立,同时予以国家实践和法理充分的余地以后制订获得普遍接受的用词。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

第一部分中最突出的内容无疑是第 19 条所载的关于国际不法行为与国际罪行之间的区分。北欧国家多年来一直赞成这种区分,我们现在仍然持这种立场。例如,就灭绝种族罪或侵略罪来说,当然这种罪行是个人犯下的,但是又可以将这种罪行归于国家,因为它们通常是由国家机构执行的,意味着某种“体系犯罪性”。我们认为,这种情况下的责任不能仅仅限于代表国家行事的个人。个人的行为可以引起其所代表的国家的责任。在这种情况下,必须使作为法律实体的国家本身在某种论坛上承担责任,其形式可以是惩罚性的损害赔偿,或是影响国家尊严的措施。国际法委员会 1996 年所通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第 4 条措词的支持这种观点。该条规定——我们认为规定是正确的——因危害人类和平及安全罪行而对个人的起诉并不妨碍国家责任的任何问题。设立国际刑事法庭问题筹备委员会目前正在讨论个人刑事责任问题范围内考虑一项类似的规定。

如果在涉及一国时使用“罪行”一词被认为太敏感,也许可以考虑采用另一种措词,例如“违反”和“严重违反”(一项国际义务)的行为。但是,必须将一个国家极为严重的违反国际法的行为,例如侵略和灭绝种族,确立为一特定类别,在这种类别下,违反行为的后果更为严重。北欧国家认为,这种类别划分应当清楚明确。

法国

法国提议删除这一条。

此外,条款草案毫无疑问使人误以为其目的是要把国际公法“刑事化”,特别是第 19 条,这一条下面再谈。对委员会来说,惩罚作用似乎是国际责任的特点。但是,

此种作用在着重赔偿和补偿的国际责任法中是前所未闻的。法国认为实施国际不法行为的国家不应因此受到惩罚性的法律后果。

法国曾多次在联合国大会第六委员会上强调,国家责任不是刑事责任,也不是民事责任,而是自成一类的责任。把国内法特别是刑法方面的概念照搬过来,这种人为的、纯理论的、难以实行的做法将会使委员会误入歧途。

.....

法国一再批评如条款草案第 19 条所界定的“国际罪行”概念,以及对国际罪行与国际不法行为所作的区分。虽然难以否认一些不法行为较另一些不法行为更为严重,委员会对“罪行”与“不法行为”所定的二分法证明是含糊不清、难以实行的。此外,委员会所作的区分没有明确说明两者的后果。另外,如 Reuter 先生和 Weil 先生正确强调的,这一区分打破了国际责任法的统一性传统。

.....

第 19 条创新地列出特别归于国家的罪行类别,这导致与法人的责任有关的重大问题。法国的新刑法确实规定了法人的刑事责任,但国家不在其范围之内。事实上,国家是有权施加惩罚的唯一实体,却无法惩罚自己。在一个有 180 多个主权国家的社会中,每个国家也都有权施加惩罚,很难说谁能对拥有主权者施加刑事处罚。

当然,《联合国宪章》第七章授予安全理事会维持或恢复和平事务方面的强制权力,但是该章完全没有提及关于国家的刑事甚或司法职责。安全理事会已正确地认为人民的权利被本国政府不可容忍地侵犯可构成对国际和平与安全的威胁,并决定采取相应行动。因此,应对第 19 条所述特别严重的国际不法行为负责的人有可能遭到迅速、适当的反应。不妨补充说,为了维持和平,安全理事会制订了各种措施,目的不外是预防、劝止和限制,这些措施并不是惩罚性措施,虽然这些措施称为“制裁”,但其目的基本上并非惩罚性的。它们是强制性措施,是国际警察负责的事务。

另一个问题涉及第 19 条内“国家”一词包括的两个概念间的混淆。在其第一种意义中,国家包括执行国家当局职务的所有机构,不论是政府,公共办事处,甚或在某些情形下包括政党,它们的成员或领导人可能要负刑事责任。在其第二种意义中,国家是一个较抽象的法律实体,特点是拥有领土,人民和体制,是一个在本质上无好坏、公正或不公正、无罪或有罪之分的实体。这两种意义之间的混淆扭曲了整个工作,国际法委员会数名成员曾经指出这一点。可能出现的一个问题是如果试图对一国施加制裁,该国人民会受到处罚。

.....

“罪行”一词是刑法词汇。但是,假定有一类国际不法行为完全相当于国家刑法规定的罪行和不法行为可能产生一些问题。例如,第 19 条所根据的概念似乎是按照国际法规定可归因于国家的一切不法行为,即条款草案所指的罪行或不法行为,将以适用于国家的国际刑法处理。这点忽视了违法行为,即使是严重的违法行为,不一定是刑事罪行这一事实。各种国内法均有规定,若干未能履行义务的情况仅构成民事违法行为,不属于刑法这一类特定法律的罪行。

第 19 条必须参照“关于国际罪行的特定后果”的第 52 条来理解。在阅读第 52 条时会注意到,委员会根本没有提及“罪行”概念的后果。国际罪行造成的后果与国际不法行为导致的后果两者之间没有什么分别。这点突出了采用的二分法是人 为的区分法。唯有在本身有所区分的责任制度内,区分国际责任和不法行为才有实际的重要意义。

爱尔兰

委员会在草案第 19 条中区别了国际罪行和国际不法行为。对照国际罪行,国际不法行为被定义为是指一国并非国际罪行的任何国际违法行为(第 4 款);国际罪行则被定义为“一国所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关重要,以致整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行时,其因而产生的国际违法行为构成国际罪行”(第 2 款)。此外,委员会在第 3 款内还开列了如被严重违背即可能构成国际罪行的义务的一些实例。

委员会在其对第 19 条的评注中说,自从第二次世界大战之后,已逐渐出现一种趋势,要区别两类不同的国家的国际违法行为:一类是为数有限的一般称为国际“罪行”的特别严重的违法行为,另一类是范围更广泛的各种各样比较不严重的违法行为²⁵。委员会似乎认为各国越来越接受应将某些国际违法行为归类为国际罪行,因而使此项归类取得或极可能即将取得现行法的地位;这就是说,按照委员会本身对国际罪行的定义,整个国际社会已公认一国的某一行为是一种罪行。委员会认为,当代国际法要求对两类不同的国际违法行为适用不同的国际责任制度²⁶。

作为已存在着两种类别的证明,委员会引证了一些国际司法和仲裁机构的裁定、国家惯例和几位国际法学家的著作。

我们认为,此一分类法如已存在,它必须植根于国家惯例;国际司法和仲裁机构的裁定以及国际法学家的著作可以引作国家惯例的证明。然而,我们觉得,委员会所引用的证据不足以证明各国已普遍接受将国际违法行为区分为国际罪行和国际不法行为的二分法,尤其在两方面含有缺点。

第一,虽然大多数证据的确都涉及依国际法应产生刑事责任的违法行为,但是,这些责任归属于个人,而非国家。各国依其国内法将个人的某一行为订为刑事犯罪,并将此一行为的涉嫌人绳之以法,这是一回事。但要求各国本身对此一行为承担刑事责任,则是另一回事。即使个人的行为可归于国家,但这并不必然导致该国对该行为的责任具有刑事性质。

我们从委员会所引用的证据之中,可以举出略去了个人责任和国家责任的并非详尽无遗的实例,即涉及灭绝种族、种族隔离和发动侵略战争的行为。

各国现已普遍加入的 1948 年《防止及惩办灭种罪公约》的确规定,缔约国确认,灭种行为不论发生于平时或战时,均系国际法上之一种罪行,承允防止并惩治之。但是,它们承诺防止和惩治的行为都是个人的行为,无论其为依宪法负责之统治者、公

²⁵ 《1976 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第二部分,第三章,D.2 第 19 条评注第(6)段。

²⁶ 同上。

务员或私人,而不是国家的行为。虽然国家对此项义务的违背应承担国际责任,但不发生此一责任属于刑事性质的问题。

同样,各国亦普遍加入的 1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》的缔约国宣布:种族隔离是危害人类的罪行;由于种族隔离的政策和办法与类似的种族分离和歧视的政策和办法所造成的不人道行为都是违反国际法原则的罪行。该公约规定,应对此类罪行负国际刑事责任的是个人、组织和机构的成员以及国家代表,而不是国家。缔约国承诺禁止并且惩治此类罪行;但是同样,当违背承诺引起国家责任时,此项责任也不属于刑事性质。

同样,在许多情况下,各国把策划、准备和发动侵略战争等国际法下的刑事责任归于个人和组织,其中最突出的实例就是第二次世界大战结束后在纽伦堡和东京设立了国际战争罪行法庭。虽然国际法亦禁止国家侵略行为,但是尚无明确的证据可证明,国际社会已确认因所禁止的侵略行为而产生的国家责任应特别构成一类国家的刑事责任。如果从诸如大会 1974 年 12 月 14 日第 3314(XXIX)号决议内载《侵略定义》第 5 条第 2 款等案文,推定各国已同意国家侵略行为是犯罪行为,应为此制定一套与未订为罪行的行为所产生的法律后果不同的法律制度,那是向前跳出了一大步,不能从案文中找到根据。第 5 条第 2 款宣称,侵略战争是破坏国际和平的罪行,侵略行为引起国际责任。通过这款案文是鉴于联合国、尤其是安全理事会在维持国际和平与安全方面的作用。个人依国际法对破坏和平罪行承担责任;《侵略定义》没有任何文字说国家应对侵略行为承担刑事责任。判断是否发生侵略行为是联合国安全理事会的责任,它可以决定应该按照《联合国宪章》采取哪些措施来维持或恢复国际和平与安全。

第二,为了证明已存在某一类国家的国际刑事责任而依赖关于对所有国家的义务的证据是不恰当的。委员会特别依赖 1970 年 2 月 5 日国际法院在巴塞罗那电车公司案判决书中的一段著名的判词,其中国际法院对国家对整个国际社会的义务和国家在外交保护方面对另一国的义务作出了“根本的区分”。作为前一类义务的实例,国际法院举出了因禁止侵略行为和灭绝种族行为而生的义务以及关于包括免受奴役和种族歧视在内的人身基本权利的国际法原则和规则所产生的义务。国际法院认为,遵守这些义务是符合所有国家的法律利益的。因此,违背这些义务所引起的责任不单单是对因此项违背义务行为而直接受害的国家的责任,而且也是对国际社会所有成员的责任,因此,在发生违背这些义务时,必须把每一国家都视为有理由追究实施该项国际违法行为的国家的责任。应该指出,国际法院在其国际判决书中没有把违背对所有国家的义务同国家承担刑事责任两事联系起来。如果这样做的话,也是向前跳了一大步,不能从判决书中找到根据。

与此相反,该段文字所证明的是在各种国际义务之间作出区分,即对整个国际社会各国的义务,和对特定另一国或数国的义务。这个区别涉及到义务的范围,而非义务的性质。违背对所有国家的义务所产生的法律后果可能异于违背对一个或数个特定国家的义务所产生的法律后果,因为在前一情况下,所有国家都可能有权追究该违法行为国的国际责任,但在后一情况下,只有一个或数个特定的受害国才可能享有此项权利。不过,法律后果上的此项差别并不足以将某些国际违法行为归类为国际罪行而将另一些国际违法行为归类为国际不法行为,因为一般的理解是,刑事责任的归责应涉及违法行为性质和严重程度,而非仅仅涉及所违背的义务的范围。

我们理解国际法委员会的作用不仅包括国际法的编纂,而且还包括国际法的逐渐发展。因此,我们认为还应该审议:根据拟议法而非现行法,是否适宜发展出一种二分法,将国际违法行为区分为国际罪行和国际不法行为。我们对这个问题进行思考后认为,基于几种理由,现阶段不适宜这样做。

第一,在各国的国内法律制度之中,已发展出成熟的刑事责任概念,一般是根据其具体性质而与民事责任作出区分。罪行一般都不但被理解为针对整个社会的违法行为,从而违反了社会的基本价值,而且还包含刑罚的内容;刑法一般都由包括侦查、调查、强制审判和惩罚等机关在内的国家机构加以执行。对比之下,国际社会不具备类似的机关;对国家实施“刑罚”制裁与针对个人实施此类制裁完全是两回事。

我们不同意用国际罪行的概念来形容国家严重违反国际法的行为,不是因为我们不承认例如在灭绝种族罪与大使馆不支付对其所获服务所应支付的费用两事之间的性质差异,而是因为罪行的概念在一些国内法律制度中已经形成,所具有的许多含义不可能轻易地移植到基本上仍然极为分散的国际法体制之内。

第二,即使同意可以对国家实施刑罚制裁,这样做有可能本身就内在的不公平。实际上,以国家的名义实施国际违法行为的都是政府对于一个不民主的政权,对该国实施制裁可能就损及该国人民,而非仅仅损及政府,从而可能“惩罚”了在道义上不应对该违法行为负责的人。例如我们在上文内所提到的灭绝种族罪这种严重违反国际法的行为,这项罪行往往是一国政府或在一国政府纵容下,对该政府所统治的国家内某一或某部分人民犯下的罪行。

第三,目前国际社会正在就可对犯下某些最严重罪行的个人进行审判的国际刑事法院的设立问题进行谈判。此类罪行应该包括什么,在各国之间有很大争议,这显示出即使已普遍接受个人的国际刑事责任概念,但是对此种责任的内容和范围仍然有很大的分歧。各国尚未普遍接受国家的国际刑事责任,在寻找有关具体罪行的商定定义上预期会更加困难。此外,鉴于国际社会目前正把重点放在个人的国际刑事责任(已经就这个题目进行了多年审议才达到这个地步),对国家刑事责任的归责问题进行审议有可能冲淡了这个重点,甚至会减缓设立国际刑事法院的势头。

我们认为,刑事责任基本上是个人的道义责任;推进国际法的最好办法是致力于争取普遍同意将个人特别罪大恶极的行为订为刑事罪行,并且在国际一级设置必要的程序和机构,确保个人必须对其行为承担责任。我们认为,目前关于设立国际刑事法院的种种提议正是为此目的,这也是在这个问题上最佳的努力方向。正如纽伦堡法庭所说,违反国际法的罪行都是人犯下的,而不是由抽象的实体犯下;只有惩罚犯下此类罪行的个人,国际法的规定才能得到执行。

第四、如果背离了国家惯例,关于逐渐发展国际法的种种提议就不可能获得成功。它们至少要在国家惯例中具有基础,而且需要各国普遍支持。国际法委员会声称它从国家惯例看到一种倾向,就是第二次世界大战之后,各国越来越接受国际罪行的概念,认为国家应按照国家对这种罪行承担责任。然而,我们已表示了意见,认为委员会为了证明此一倾向而引用的证据不能令人信服。此外,很明显,包括联合国安全理事会成员国在内的几个强国目前都反对国家的国际刑事责任概念。因此,我们认为,按照国际法委员会所主张的方向逐渐发展这个专题的国际法的前景极不乐观。

虽然我们不赞同草案第 19 条内对国际罪行和国际不法行为的区分,但是我们认为,其中亦含有一些优点,就是它把对所有国家的国际义务另归一类,认为因违背此类义务所产生的国家责任不同于违背对一个或数个特定国家的义务所产生的责任。因此,我们敦促国际法委员会进一步审议因违背对所有国家的义务而产生的国家责任,尤其是相对于受到直接影响的国家,该违背义务的行为对未受直接影响的国家引起的法律后果。

墨西哥

条款草案中罪行和不法行为二词的区分不够明确。

蒙古

蒙古充分意识到在有关国家罪行的概念及国际罪行与轻罪两种不法行为的区别等方面提出的实际问题和理论问题。但蒙古仍主张在条款草案中保留国际罪行的概念及国际罪行与轻罪两种不法行为之间的区别。显然,国际法不能对各种违法行为一视同仁,理由很简单:有些违法行为造成的后果可能严重得多。最重要和最适当的要求是,是否实施了国际罪行,不是由某一国来判定,而是归国际司法机关管辖。

瑞士

我国代表团的第二点意见涉及国际法委员会对不法行为与罪行的区分。由于国际法有一些强制性的规则而将某些国家行为定为犯罪,所根据的概念是有些违反国际法的行为比别的更加严重,应该得到更严厉的制裁。这话当然不错,但是我们不妨反躬自问,所建议的区分费了很多笔墨,它所引起的问题是不是比所解决的问题还多。这一点有几个理由。

首先,这种区分只有在两类违规行为带来的后果有重大区别时才有意义。草案第 52 条处理国家所犯国际“罪行”的后果,规定第 43 条(c)项和(d)项中对要求恢复原状的权利所施加的限制(在大多数情况下根本不可能恢复原状)不适用于这类“罪行”。换句话说,如果发生“罪行”,受害国可以要求恢复原状,即使此事使犯下这种“罪行”的国家承受不成比例的负担(第 43 条(c)项)或危害到该国的政治独立或经济稳定(同条(d)项)。这方面的区别因素或是不够充分,或是具有危险。具有危险是因为,根据瑞士代表团的看法,规定对“罪行”不得适用第 43 条(d)项——按照第 52 条(a)项不予适用——就允许根据一个政府的所作所为而对该国全体人民施加严厉的惩罚,从而危害到国际的安全和稳定。

不法行为与“罪行”之间的另一种区别因素来自草案第 40 条第 3 款:如果发生“罪行”,除了犯罪国家以外,所有其他国家都可以声称具有“受害国”的身份,并将草案第 53 条所列的各项后果都附加于这一罪行。然而,在“罪行”和违反国际法强制性规则的行为的概念所涵盖的范围内,所有国家都可以自认为受害,甚至撇开不谈第 40 条第 3 款,也就是说,不须知道这项违反强制法的行为是否称为“罪行”。因此,并非一定需要草案第 40 条第 3 款,或者需要根据该款而将某些行为定为罪行,才可以把若干特别严重的后果附加于这种行为。

另一种困难起因于缺乏一个可以单方面发起的裁判机制。因此,违反国际法的行为大体上是由有关的国家来确定。因此,除了违规行为的实际情况的争论之外,又加上确定行为性质方面的争议,这样毫无助于具体区分不法行为与“罪行”。

最后,我们可以问一问,关于制定国际一级的罪行的趋势—根据委员会的打算,要在个人所犯的国际罪行之外加上国家所犯的国际罪行—从司法政策的观点来看,是否可取。我国代表团认为,这不过是国际社会的一种趋势,以一种意识形态的立场来掩饰关于国家责任的传统规则缺乏效率的情况。

基于所有这些理由,我国代表团很不赞成区分不法行为与罪行。它希望国际法委员会在草案二读时仔细研究所根据的理由。

.....

第一项评论是针对第 19 条,假定这一条获得保留。我们必须问一问,应不应该在此地将国家的“罪行”与个人的罪行作平行对待,就象危害人类和平及安全治罪法草案第 16 至 20 条中所下的定义。本草案第 19 条实际上未曾明确提到战争罪、危害人类罪和对联合国人员犯下的罪行。然而,这几类罪行,除了犯罪的个人负有刑事责任之外,国家可能也负有责任。只追究个人的刑事责任,而不能追究国家的连带责任,这是不合常情的。

联合王国

联合王国仍然坚决相信,条款草案内区分一般的国际不法行为与所谓的“国际罪行”的尝试,是有害而又不可取的。这项意见是我们多年来在第六委员会上关于委员会的年度报告的辩论中一直主张的。联合王国看不出有任何理由要改变这项历来的主张;事实上正好相反。因此,基本上说,联合王国的立场仍然认为关于国际罪行的规定应当从条款草案内删除。联合王国在重申这项立场时,还要提出下列意见。

习惯国际法内没有理由包括国际罪行概念。而且也没这个需要。其实,这个概念会阻止而不是促进对严重违法行为的谴责,这是完全有可能的。提议的条款草案很有可能使得国际社会更难于制定精确符合每一不法行为案件具体情况的谴责措词。由于确立国际罪行这一类别,有可能形成道德和政治判断两极化,从而增加在罪行与不法行为之间作出草率选择。由于把辩论重点集中在是否把这类行动归类为国际罪行的问题,而不是放在不法行为的本质,因此实际有可能消除国际上对非法行动的原因和后果的关心。还可能发生一种严重的危险,由于把大大小小的不法行为案件汇合划归同一类别,或者由于有些不法行为被当作罪行看待而其他同样严重的行为却不当作罪行看待,从而贬低了这一类别的价值。

.....

鉴于这一概念的争议性质以及采用这一概念有可能造成不良后果,联合王国反对另创国际罪行类别。而且,下文将就委员会的建议提出比较详细的批评意见。

美国

自 1976 年在第 19 条草案中对“国际罪行和国际违法行为”之间作出区分之后,许多国家、国际法委员会成员以及杰出的律师和学者对此均表示强烈反对。以前,美国曾向委员会指出,试图在国家责任法里加入刑事责任制度,这种做法存在固有的

严重困难。²⁷但是,这种基本区别仍然普遍存在于案文中,削弱了国家责任法的主旨。²⁸国家的国际罪行概念在关于国家责任的习惯国际法上没有依据,将很难逐渐发展,在实践中也行不通。

正如 Brownlie 教授指出那样,国家责任是“民事责任的一种形式”。²⁹当一国侵害另一国,它应负赔偿责任,而这种责任的“基本原则”是它必须“尽可能消除这项不法行为的所有后果,并恢复如不实施此行为便极有可能存在的状况”。³⁰

一国由于某些违法行为但非由于其他违法行为而可能须额外承担刑事责任的概念是国家责任法所没有的。的确,评注未举出任何国际先例来支持此概念。这类违背义务行为不论被称为“罪行”还是被称为“极其严重的不法行为”,它们都是在国家责任的框架之外。美国继续反对将国家罪行概念列入条款草案,并将强调下列异议:

体制上冗余:现有国际体制和制度已有一套法律来对付委员会可能称为“罪行”的违背国际义务行为。的确,例如严重违反人道主义法的行为应通过适当机构所适用的一整套法律来处理。安全理事会已在这方面采取了重要步骤,设立了前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭。³¹目前国际社会正作出极大努力成立一个常设国际刑事法院。诸如此类的途径澄清和加强了法治。与此相反,阐明一类“国家罪行”不会加强法治,反而可能会增加不必要的混乱。

²⁷ 例如见《国际法委员会第三十届会议工作报告》,第六委员会,第 40 次会议,议程项目 114,文件 A/C.6/33/SR.40(1978),第 2 页。

²⁸ 第 19 条第 3 款在和平与安全、自决、“保护人类”和“保全人类环境”的一般标题下列举四类罪行。按第 40 条第 3 款草案的定义,如果是一项国家罪行,则“受害国”包括所有国家。第 51、52 和 53 条草案针对罪行的后果,包括修改赔偿法和国家义务以应付国际罪行。

²⁹ I. Brownlie 编著,1,《万国公法制度:国家责任》,23(1983 年)(划线强调)。另参看 8, M. Whiteman 编著,《国际法文摘》,1215(1967 年)。

³⁰ 《霍茹夫厂案》(波兰诉德国)1928 年,《常设国际法院判例汇编》(A 集),第 17 号,47[下称《霍茹夫厂案》]。

³¹ 此外,安全理事会已在条款草案定义为“罪行”的各领域采取行动。例如,安全理事会于 1990 年和 1991 年根据第七章的规定通过了一系列决议,以反击伊拉克对科威特的侵略行为(第 19(3)(a)条草案)。例如见安全理事会 1990 年 8 月 2 日第 660 号决议、1990 年 11 月 29 日第 678 号决议、1991 年 3 月 2 日第 686 号决议和 1991 年 4 月 3 日第 687 号决议。对于与前南斯拉夫和卢旺达有关的灭绝种族问题(第 19(3)(c)条草案),安全理事会采取了若干步骤。例如见安全理事会 1992 年 8 月 13 日第 770 号决议、1993 年 2 月 22 日第 808 号决议、1993 年 5 月 25 日第 827 号决议(前南斯拉夫);安全理事会 1994 年 5 月 17 日第 918 号决议和 1994 年 11 月 8 日第 955 号决议(卢旺达)。此外,随着国际安全的概念日益吸收保护环境防止严重退化的想法,安全理事会可能会采取行动对付引起“大规模污染”的国家侵略行为--如安理会 1991 年针对伊拉克恶意破坏科威特油田那样。见安全理事会第 687(1991)号决议第 16 段,重申伊拉克须对“损害--包括环境的损害和自然资源的损耗”承担责任。

.....

实际上,条款草案单独确立一类国家罪行可能会削弱其他违反国家责任行为(即“违法行为”)的重要性和对这些行为的注意力。受害国尽可辩称该项有争议的行为等同于“罪行”,以此增加其对违法行为所要求的赔偿数额。

个人责任原则:纽伦堡法庭宣称,“违反国际法的罪行是由人犯下的,而不是由抽象实体犯下的,只有惩罚犯下这类罪行的个人才能执行国际法的各项规定”。³²国际法委员会很早就重复了纽伦堡的意见,表示“犯下根据国际法构成罪行的行为的任何个人均需对此行为负责并应受惩罚”。³³个人责任原则还体现在关于防止种族灭绝、种族隔离和奴役的国际公约内,这是草案在“保护人类”类别下列出的三个课题。这项原则已编入无数国际文书里成为法典,在第二次世界大战后设立的国际战争罪法庭以及今天的前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭等有历史意义的机构上付诸实践。

毫无疑问,个人需对之负责的一类危害人类罪行的存在,正好证明“国际社会目前对履行一些具有某一主题事项的义务极其重视”。³⁴但是,承认个人责任是一回事,设立刑事制度来惩罚实行这类违法行为的国家又是另一回事。实际上,两种责任制度--一种针对个人责任,另一种针对国家责任--可有助于个别罪犯免受国际制裁。虽然一些观察者认为国家和个人的刑事责任可以共存,但是,个别罪犯可能胆敢试图利用关于国家罪行的规定,将其一部分责任推给国家。在这个意义上,对纽伦堡战争罪法庭和前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的各项原则的尊重将受影响。

.....

总之,关于国际性的“国家罪行”的条款草案是不可接受的,它们可能危及编纂国家责任法的全盘工作。

第 2 款

捷克共和国

根据第 2 款(该款的用词只是表面上同语反复或“打圈子”因为所使用的客观标准事实上以承认这一应该可以核查的主观因素为根据)当一国所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关重要,以致整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行时,这种违背行为将构成国际罪行。这一解释虽然没有预订这一类罪行将来的变化的优点,然而却在某一程度上仍然没有明确规定那一些特定不法行为构成真正的罪行。

法国

³² 《纽伦堡国际军事法庭对主要战犯的审判》第 22 卷,466(1948 年)。

³³ 《1950 年...年鉴》,第二卷,A/1316 号文件,第三部分,原则一,第 374 页。

³⁴ 第 114 页的评注。

第 2 款规定“一国所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关重要,以致整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行时,其因而产生的国际不法行为构成国际罪行。”这一措词不够精确。谁来确定有关义务的“至关重要”性?什么是“国际社会”?我们可以理解此词所指的政治现实。但是,案文提到的是一个法律上未定的实体。此外,谁来决定一项利益是“根本”的,而且关系到“国际社会”的?第 19 条和涉及实在法的案文皆未在法律上界定此一实体。指的是所有国家的利益或只是许多国家的利益,就后者而言,指的是哪些国家?这些都是法律上不精确的例子,竟出现在这一类草案中令人极感遗憾。

第 19 条第 2 款与第 3 款之间缺乏一致只有令人疑惑:为何不将第 3 款内出现的“严重”两字用来形容第 2 款内提及的违背一项“至关重要”的义务,而在第 3 款的每一项内都出现此两字?

.....

第 19 条所根据的是与强制法相同的概念。如果根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 和第 64 条来理解第 2 款的话,那么,明显的是,“对于保护国际社会的根本利益至关重要”的国际义务的概念与“一般国际法强制规范”的概念非常接近。1969 年《维也纳公约》提出了以前不存在的条约法概念,更严重的是,这个概念对司法安全是很危险的,因此法国拒绝签署该《公约》。由于上述原则性的理由,应当删掉第 18 条第 2 款、第 29 条第 2 款和第 50 条(e)项中直接提到强制法的案文。

不论如何,不应把“罪行”概念的范围与强制法的概念相混淆,在条款草案中列入指导思想相同,但范围不同的两个概念使案文更加晦涩费解。

联合王国

草案第 19 条采用了有争议的对国际罪行的分类。上文已指出,联合王国政府不支持这个规定。在不影响这个立场的条件下,他们希望提出有关该条所采用的方法的两项新具体论点。

第一,构成国际罪行的要件是必须确定所违背的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关重要,以致国际社会公认违背该项义务是一种罪行。然而,对于“整个国际社会”以何种方式“公认”此种规则,尚无一致的看法。请问,应由谁以什么方式确定什么是“整个国际社会”?它是否已确认某种规范“对于保护根本利益至关重要”,以致认为违背此规范即构成国际罪行?

美国

抽象和含糊的文字:第 2 款草案适用于“对于保护国际社会的根本利益至关重要”的国际义务,以致违背义务被认为是罪行。

乌兹别克斯坦

第 19 条第 2 款应改为:“国际罪行是指对国际和平与安全以及国家和平和自由发展的其他重大基本要素构成威胁的严重国际不法行为”。

第 3 款

捷克共和国

我们不可以期待国际法委员会制订国际罪行清单。

法国

一项关于责任的草案应只规定次要规则。但是第 19 条第 3 款规定了主要规则,对国际责任进行基本分类。法国曾多次指出,实质性规则不该列入关于次要规则的案文内。此外,第 3 款内开列的罪行大部分已经过时,而且性质各不相同。在这类草案中详细说明这些罪行令人感到意外。其中载有现今受到极大多数国家正确批评的政府政策,这些政策是在一个不复存在的时代的意识形态指导下采取的政治手段的产品,而非可由某种刑事管辖明确认定和处罚的行为。另外还提及跨界空气和水污染等现象,所有国内法系统尚未将这些现象按刑事罪论处,委员会本身也仍在讨论这些现象属于何种责任类别。这一款显示了第 19 条的主观性,因此不属于一项为编纂法律而拟订的案文。

法国还要补充说,国内法中现有的刑事司法预先假设道德和社会良心的存在,也预先假设一名立法者受权界定和处罚违法行为,一项决定违法行为存在和裁定被告有罪的司法制度,以及警察来执行法院判处的刑罚。但是,国际一级目前没有任何立法者、法官或警察可以把刑事责任归于国家,或确保遵守可能对其适用的任何刑事法律。

关于前南斯拉夫和卢旺达的两个国际刑事法庭,以及今后的国际刑事法院的设立显然表示打算审判须对严重违反国际人道主义法或灭绝种族等其他特别严重罪行负责的个人,但是为些目的设立(或将设立)的机制并不容许将刑事责任归于国家,事实上其目的也不是要这样做。这些强调个人刑事责任的倡议剥夺了起诉和处罚一国的理由。

.....

第 19 条第 2 款与第 3 款之间缺乏一致只有令人疑惑:为何不将第 3 款内出现的“严重”两字用来形容第 2 款内提及的违背一项“至关重要”的义务,而在第 3 款的每一项内都出现此两字?

联合王国

第 2 款和第 3 款之间有不一致之处。第 2 款将罪行界定为“一国违背”所谓的‘至关重要的义务’。第 3 款则规定“严重违背”某些义务可导致罪行。至少应明确关键因素究竟是规则的重要性抑或违背该规则的行为的严重性。国际法委员会似乎认为应采用第 3 款内载的方法,因为评注强调,如违背绝对法的规则,并不必然构成国际罪行。果真如此,而且关键问题不在于规则的性质,而是违法行为严重性问题,那么,或应再度请问是否必须有独特类别的‘国际罪行’?

美国

抽象含糊文字:.....如先前指出,国际法的特定制度已经管辖第 3 款所指的各项具体违背义务行为,因此不清楚在条款草案中列举这些行为会对法律起什么增添作用。列举这些主题的提法只是使意义模糊而不是使意义明晰。例如,“大规模污染大气层或海洋”或“保护人类”等语究竟是指什么具体规则?在修饰这些主题时使

用了非常主观的措词;特定类别的罪行堆满了可作任何解释的主观的修饰语(“具有根本重要性”、“严重”、“大规模地”、“大规模”)。这样,决策机构就没有一套可连贯地适用于特定案件的客观规则。

第 4 款

法国

关于“不法行为”概念,应当指出的是这个概念根本没有定义。并非罪行的任何不法行为均构成不法行为此一写法难以令人满意。区分罪行与不法行为并不等于为“不法行为”实际由什么构成提出确切的定义。

第 20 条. 违背要求它采取某一特定行为准则的国际义务的情况

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

北欧国家对于“行为”之义务与“结果”之义务之间的稍微隐约的学术区分……感到怀疑,因为这些区分与“不法行为”与“罪行”之间的区分相比,似乎对草案第二部分拟订的关于违反这些义务的后果没有多大影响。

法国

我们对第 19 条第 3 款的批评也适用于措辞有些费解的第 20 条……:这些条文涉及将首要义务分类的实体法规则。因此,在这类草案中绝不应有这样的条文,应将其删掉。

德国

违背要求采取某一特定行为准则的国际义务(第 20 条)、违背要求达成某一特定结果的国际义务(第 21 条)和违背要求防止某一特定事件的国际义务(第 23 条)等非常详细的条款草案的目的,是建立一套完整的、没有漏洞的规则。当然,应该支持尽量避免法律上的模棱两可。但是制定太抽象的条款会带来某种危险,因为很难预料这些条款的范围和适用。这类条款不但不会使法律具有更大的明确性,反而会被作为例外条款加以利用,从而损害国际习惯法。这些条款对那些不怎么具备欧洲大陆法律传统的国家来说看来也不实际,因为这些抽象的规则不容易与国际法通常的实用主义方式相吻合。

而且,很难说是否能将第 23 条规定的义务与第 20 条规定的义务区分开。例如,《维也纳外交关系公约》第 22 条要求接受国采取一切步骤保护使馆馆舍免受侵入或损害,并防止一切扰乱使馆安宁或有损使馆尊严的情事。看来很难说这里涉及的仅仅是防止某种事件发生的义务(委员会看来是持这种观点),³⁵还是同时涉及驻在国有责任采取某种特定行动,以防范馆舍遭到威胁(如提供警察保护)。条款草案也没有

³⁵ 《1978 年……年鉴》第二卷(第二部分),第三章,B.2 第 23 条评注第(4)-(15)段。

提及第 20 条规定的义务是否会与第 23 条规定的义务冲突。总而言之,德国政府怀疑第 20、21 和 23 条的复杂区分是否真正有必要,或者是否可取。

瑞士

见上文一般性评论。

第 21 条. 违背要求它达成某一特定结果的国际义务的情况

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

北欧国家对于“行为”之义务与“结果”之义务之间的稍微隐约的学术区分……感到怀疑,因为这些区分与“不法行为”与“罪行”之间的区分相比,似乎对草案第二部分拟订的关于违反这些义务的后果没有多大影响。

法国

我们对第 19 条第 3 款的批评也适用于措辞有些费解的第 21 条……:这些条文涉及将首要义务分类的实体法规则。因此,在这类草案中绝不应有这样的条文,应将其删掉。

德国

见第 20 条。

瑞士

见上文一般性评论。

联合王国

见第 16 条。

第 2 款

联合王国

联合王国政府认为草案第 21 条第 1 和 2 款内载的各项命题都不具争议性,但是却关注国际法委员会评注内所载对第 2 款的命题的解释。该项评注³⁶指出,如果国家提议赔偿一名未按国际法规定留意防范受到攻击危险的受到伤害的外国人,该笔赔偿金付款或赔偿提议即构成达成‘相当的结果’,从而符合最初的留意危险的义务。联合王国政府认为这是不正确的。国家无权自行选择它是否应保障外国人及其财产,或者支付外国人赔偿金。评注似应阐明此点。

³⁶ 评注,英文本第 143 和 150 页。

评注还指出,³⁷如果国家违背义务的最初行为可由该国某项后来的行为加以纠正,则可适用第 2 款。联合王国政府再度表示关注国际法委员会应该在正确解释用尽当地补救办法原则的基础上继续努力,并应依据该原则明确区别这一款所设想的情况。

一般来说,联合王国政府认为,如果国际法仅要求达成某项结果,则这个情况即属于草案第 21 条第 2 款的范围。负有义务应确立公正、有效的司法制度就是一例。下级法院的腐化如果可迅速由上级法院加以补救,则不构成违背义务。关于此项义务,在国家未采取它可用于达成所要求的结果的任何措施之前都不构成违背义务。另外一方面,如果国际法要求应遵循某项行动方针或者应在某一期间内达成某一结果,则从该国行为背离该方针时开始或在该期间届满但却未达成该结果之时开始视为发生违背国际法的行为。违背此类规则的实例包括拒绝无害通过权或在征用外国人财产后一段合理期间内拒不提供赔偿金。在此情况下诉诸该国国内程序以期寻求“补救”拒不履行责任的后果即是用尽当地补救办法的实例。

第 22 条 用尽当地补救办法

法国

就关于用尽当地补救办法而言,应阐明这项规定仅限于外交保护。

德国

委员会似乎还应重新考虑这一条。这一条看起来好象是被随意地插入草案,因为它与第 21 条或第 23 条没有什么联系。用尽当地补救办法的规则当然已被普遍接受,但是这条规则是为特别情况所制定,并适用于特别情况,特别是取去外国人的财产。³⁸ 必须明确说明这条规则不适用于严重违反关于外国人待遇的法律同时也是违反人权的情况。可能最好不要在目前的情况下讨论当地补救方法问题,在草案中这个问题不是一个必要部分。

联合王国

联合王国政府认为,条款草案有一个方面是以对习惯国际法规则的错误解释作基础的。在有些条款草案、特别是第 22 条草案的评论意见内,指出关于用尽当地补救办法规则的后果是,直到当地补救办法确定无法纠正不法行为之前,不产生国际不法行为。联合王国政府不认为这是正确的。他们期望国际法委员会将进一步审议这个问题,用尽当地补救办法作为习惯国际法的事项之一,是否不仅仅是提出一项国际索赔的程序上的先决条件,而是所产生的实质性责任的先决条件。这是具有一定程度的实际重要性的问题,特别是在有时限的仲裁条款和确定由于违背国际义务应赔偿的数额方面来说。关于这一点,条款草案需要正确反映现行习惯法。

.....

³⁷ 同上,英文本第 149,第 30 段。

³⁸ 见 *Mavrommatis Palestine Concessions*, 国际常设法院,系列 A,第 2 号,第 12 页。

联合王国政府已经提出它关于用尽当地补救办法原则的意见。草案第 22 条主张,关于用尽当地补救办法的责任不‘仅仅是程序上的’规则。但联合王国政府却认为,关于用尽当地补救办法的责任的确仅是一项程序上的规则。国际法规则中的确包含有国际法委员会所称的‘行为的义务’,例如关于禁止在行为上可归咎于国家的工作人员对外国人施加人身虐待的规则就是一例。在这些情况下,违背义务行为显然应始于该国不按规则行事之时。假如该外国人自始就在当地的法院寻求补救,那么,向当地的法院提出索赔即是用尽当地补救办法上的一个步骤。这个步骤的采用应在从发生违反规则之后直到可以在国际一级就该违反规则行为要求索赔之前的期间内为之。

可能出现的例外情况是,为了‘完成’违反国际法的行为,的确必须曾向当地的法院提出后来败诉的索赔请求。因此,国际法的某些规则容许乍看之下好象‘苛待’了外国人及其财产的行为,但须该外国人已获得赔偿。这方面的实例包括关于容许为了公共目的而征用外国人财产的规则。但是,经适当分析了这些规则内的义务的精确性质后显示,这些规则都不构成对上文内针对‘行为义务’的分析的例外。在确定当地程序无法给予适当的赔偿(或者更精确地就征用情况来说,无法在及时性所要求的时限内给予适当的赔偿)之前,实应尚未发生违背义务情况。但是,这并不是因为只有在已经用尽当地补救办法之后才发生违背义务情况。它是因为所应负的责任严格地说不是要禁止为了公共用途而进行征用,而是须赔偿所征用的财产(依照该国可能选择的任何程序进行赔偿)——或者换言之,须禁止不予赔偿的征用。

这些第二类的规则大致类似于国际法委员会那类‘结果义务’,即认为只有在国内法院或其他机关采取确定立场后才发生违背义务行为。国际法委员会草拟第 22 条的目的是为了明文规定该条仅适用于这类义务。草案第 22 条规定只有在用尽当地补救办法后仍无获得补救希望时才产生违背义务。但是,联合王国政府却认为,这含有一种基本上很混淆的概念。这方面的诉诸‘当地补救办法’的性质绝对异于个人原籍国作为接管个人索赔案件和在国际一级进行索偿工作的程序性先决条件的诉诸当地补救办法。联合王国政府不接受国际法委员会在草案第 22 条中采取的方法。他们的确认为草案第 21 条已规定了这方面有关结果义务的一切必要案文;因此认为最好是删除第 22 条。

在不影响上述论点的情况下,联合王国政府还要提出有关草案第 22 条案文的两个论点。第一、评注宣称“‘当地补救办法’是指一国国内法所规定的得由自然人或法人采用的补救办法”³⁹但在实践上,得由外国人采用的补救办法对不法行为国来说可能不是‘当地’的。例如该国依照诸如《布鲁塞尔公约》或欧洲联盟条约等协定的规定,其法律可能规定补救办法必须诉诸另一国的法院或某一区域或国际组织的法庭。同理,按照该国国内法或者根据合同协议(并不当然受制于该国国内法),该人可能必须将索赔诉讼提交投资争端解决中心的法庭。要不然,按照该国的法律应允许该人选择将索赔诉讼提交对本案具有管辖权的另一国家的法院或法庭。国际法委员会最好是考虑:因为有这些可能情况,所有必须对本条草案或评注内的意见进行修改。

³⁹ 评注,英文本第 171 页,第 63 段。

第二、评注⁴⁰指明本条草案会引起一个问题,即当地补救办法规则是否可适用于外国人在该国境外遭受损害的情况。如果当地补救原则的本旨是(如同国际法委员会在其评注中所主张的⁴¹为了使该国因为无须补救不法行为而能够逃避违背国际义务的责任,那么,不论行为地在何国,也不论该个人同该国的联系的性质,都必须适用同一逻辑。如从每一国家都有可能犯下不法行为的观点看,草案第 22 条当然最好是能够涵盖发生在境内和境外的一切不法行为事件。但如从每一国家都有可能是受损害的公民的保护者的观点看,此项列入式方法在原则上将会产生与一国在其境内犯下不法行为事件中必须用尽当地补救办法的不容争论的责任完全相同的不利因素。此外,扩展适用范围在实践上可能仅仅会发生于对具有极大的域外伤害外国人的能力的国家进行索赔的情况。因此,权衡利害之后似乎应该倾向在草案第 22 条中包含一切案件,这是异于评注内的立场的。

另外一方面,有可能发生极不寻常的事件,在看法上也可能会极不相同。例如可能发生甲国的代理人在甲国领域外或在不属于任一国家的地方攻击乙国的私人船舶或公民,那么,即使在甲国境内可以诉诸公正、有效的补救办法,要求一定要在甲国境内用尽当地补救办法似乎是不适当的。联合国政府建议委员会应进一步审查这个问题,以期查明是否能够调和这些相抵触的政策上的争论。

又见第 9 条。

美国

见第 29 条。

第 23 条. 违背要求它防止某一特定事件的国际义务的情况

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

北欧国家对于“行为”之义务与“结果”之义务之间的稍微隐约的学术区分……感到怀疑,因为这些区分与“不法行为”与“罪行”之间的区分相比,似乎对草案第二部分拟订的关于违反这些义务的后果没有多大影响。

法国

我们对第 19 条第 3 款的批评也适用于措辞有些费解的第 23 条……这些条文涉及将首要义务分类的实体法规则。因此,在这类草案中绝不应有这样的条文,应将其删掉。

德国

见第 20 条。

⁴⁰ 英文本第 165 页,第 40 段和第 171 页,第 61 段。

⁴¹ 同上,英文本第 168 页,第 48 段。

联合王国

国际法委员会认为草案第 21 条(违背要求它达成某一特定结果的国际义务的情况)不能够充分包含一国因违背其应防止发生与该国无关的因素所引起的某一事件的义务而产生的责任。例如委员会认为甲国应确保别国公民不受仇外暴民私刑残害的义务就异于必须达成某项特写结果的义务⁴²。该国无义务为任何行为。如果未发生暴民攻击事件,就不产生责任,即使该国显然完全无能力防止曾威胁要发生的攻击事件。只有在公民实际受到私刑残害时才引起责任。

联合王国政府认为,应该质疑是否应就此加以实际的区别。可以指出,该国的责任是设法阻止发生仇外暴民攻击外国人的事件。不妨依照这个方式重新规定各类防止责任。因此,我们不明白到底是为了什么实质目的才应区别草案第 21 条(未能达成某一特定结果)和草案第 23 条(未能防止发生某项结果)所述的各种情况。草案第 23 条是无争议的,但似乎是不必要的。联合王国政府希望委员会审议是否有必要保持草案第 23 条;如有必要,是否可将它并入草案第 21 条。

第 24 条. 时间上无延续性的国家行为违背国际义务的时 刻和期间

法国

法国认为,第 24 条……应在草案中保留,因为这一条根据违背义务行为实施的方式来确定违背义务行为的类别。这一条还可确定违背义务行为的日期,而确定日期在解决争端的程序中非常有用。

德国

第 24 至 26 条也是复杂而抽象的规则,这些规则用来确定“违反国际义务的时
刻和期间”。有人认为,这种方法往往会使责任的定义复杂化而不是明确化。从实用观点来看,这些规定不能帮助区分连续性行动(第 25 条)和时间上没有延续性的行动(第 24 条)。这一问题归根到底是要彻底研究有关的主要规则和违反这一规则的特定情景。即使如此,如何决断也还总是可以辩论的,最近的 Gabčíkovo-Nagymaros 项目案就是一个例子。⁴³

美国

见第 18 条。

⁴² 同上,英文本第 173 页,第 4 段和第 174 页,第 8 段。

⁴³ 国际法院《Gabcikovo-Nagymarosa 项目案》(匈牙利诉斯洛伐克),1997 年 9 月 25 日(见对捷克斯洛伐克诉诸所谓“备讯文”的违法日期法庭多数意见和 Fleischhauer 法官对此的单独意见)。

时 第 25 条. 时间上有延续性的国家行为违背国际义务的刻和期间

法国

法国认为,第 25 条……应在草案中保留,因为这一条根据违背义务行为实施的方式来确定违背义务行为的类别。这一条还可确定违背义务行为的日期,而确定日期在解决争端的程序中非常有用。不过,不妨将第 25 条与提及同样概念的其他各条联系起来:

- (a) 有持续性的行为违背义务:第 25 条第 1 款应与第 18 条第 3 款联系起来;
- (b) 综合行为违背义务:第 25 条第 2 款应与第 18 条第 4 款联系起来;
- (c) 复合性行为违背义务:第 25 条第 3 款应与第 18 条第 5 款联系起来。

德国

见第 24 条。

联合王国

联合王国政府担心,从条款草案第一部分第三章看来,在国家责任基本原则的叙述方面对违背义务情况的不同类别加以精细区分的程度可能已超出必要的限度,甚至可能已产生反效果。

联合王国政府还担心很难以确定哪项特定行为应归属于哪个类别。这个概括的观点适用于委员会所已区别的行为义务和结果义务、各种不同的违背义务行为的差别等等事项。它也适用于草案第 25 条。

美国

见第 18 条。

第 1 款

联合王国

第 1 款涉及具有‘持续性’的违背义务行为;但是,在辩明此类违背义务行为方面并无标准可循。例如,依照本条款草案的各条规定,如根据法令征用了外国人的财产或者在该法令生效之日以后继续扣留并且处置该财产,算不算是持续性的行为?另外,其后的持有和交易是不是独立的违背义务行为或者可能根本就没有违反国际法?索赔国在多大的幅度上可以因为它编写其索赔理由的方式而能调整其立场?联合王国政府希望,如要保持草案本条规定,国际法委员会就应该在其解释方面提出指示。联合王国政府认为,为了适当答复这些问题,只须审议义务的性质,而非行为的性质。如继续研究上面的例子,他们实在不认为有可能在审查了该行为后就可确定继续没收物主财产的行为是否构成持续性的不法行为或者是发端行为的后果。

第 2 款

联合王国

关于综合行为的期间的第 2 款没有争议,但联合王国政府建议国际法委员会考虑将本类综合行为并入第 1 款内。

第 3 款

联合王国

联合王国政府不赞同第 3 款处理复合行为期间的方法。本条草案规定违背义务行为应发生于复合行为的最后一个组成部分完成的时刻,但是,该违背义务行为从而可视为开始于发生第一个组成部分的时刻。草案第 25 条第 3 款所规定的回溯既往地构成违背国际法行为的案文应该受到反对,因为联合王国政府认为它所根据的前提是错误的设想。如果“发端的”国家行为已违背了义务,那么,“终结的”行为仅仅是完成用尽当地补救办法的要件。另一方面,如果在发生终结行为之前不应引起不法行为,这是因为义务仅仅是指须经由该国家的自行选择手段达成特定的结果,而且为了履行该义务,仍可另外诉诸申诉程序和自由裁量的补救方式。

第 26 条. 违背了防止某一特定事件的国际义务的时刻和期间

法国

法国认为,第 26 条……应在草案中保留,因为这一条根据违背义务行为实施的方式来确定违背义务行为的类别。这一条还可确定违背义务行为的日期,而确定日期在解决争端的程序中非常有用。

德国

见第 24 条。

美国

见第 18 条。

第四章. 一国牵连另一国的国际不法行为

第 27 条. 一国援助或协助另一国实行国际不法行为

法国

见第 28 条, 第 3 款。

德国

对于有关“援助和协助”的第 27 条, 德国政府怀疑这条规定是否有国际法和惯例方面的牢固基础。⁴⁴委员会所设想的许多关于援助和协助的情况和提出的这方面的例子,⁴⁵看来实际上是指违反国际法义务的独立行为。例如,《侵略定义》⁴⁶第 3(f) 条所描述的一国允许另一国使用其土地进行侵略的行为构成侵略行为, 而不是援助侵略。

但是, 如果委员会认为在国家责任领域确实存在“援助和协助”概念的国际法和惯例的牢固基础, 委员会当然应该更准确地说明作为构成因素的“为了使另一国实行”这一用语的范围。需要更清楚明确地写明应该有援助和协助实行国际不法行为的意图存在。

瑞士

草案第 27 条提出同谋国的概念, 尽管该国的行为方式并不一定是非法的。瑞士代表团认为, 这条规定并无任何实证法为根据, 所追究的是一种纯属因果的责任, 不应出现在委员会提出的草案之中, 因此应予删除。

联合王国

联合王国政府支持草案第 27 条所采取的基本原则, 但认为该草案没有清楚地说明几个重点。

首先, 关于本身并非不法的援助, 清楚的是在该条款草案下一国只有当打算援助另一国时已知道其援助将会被用来进行国际不法行为才要负责。但不清楚的是协助国是否只对当它相信它协助进行的行为为非法时才负责, 或是否协助国要负责, 即使它知道协助进行的行为将会是什么, 但它认为该项行为是合法的。换句话说, 不清楚的是在这方面协助国对法律的错误看法将会有什么影响。这一点将会是重要的, 例如当一国协助另一国在第三国进行武力干预, 但认为该项干预在人道主义或其他理由是合理的。也许可以认为, 就进行主要侵犯的国家的行为不管它是否相信其行为是合法都要冒被认为要负责的危險, 因此明知而故意协助该项行为的“从犯”国家也应要负责。但条文草案或评注中显然都没有这样的结论。这一点对委员会的审议也许是有用的。

⁴⁴ 见 Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th edition, 1990, pp. 456 et seq.; Ipsen, *Völkerrecht*, 3rd edition, 1990, pp. 521 et seq.; Vitzthum(ed), *Völkerrecht*, 1997, p. 538.

⁴⁵ 《1978 年...年鉴》第二卷(第二部分), 第三章, B.2, 第 27 条评注, 英文本第 99 页起。

⁴⁶ 大会第 3314(XXIX)号决议, 附件。

其次，不清楚的是，在援助行为本身为不法时，草案第 27 条引进一个独特的不法行为，以致该行为在两点上为不法——根据规则确定该行为本身为不法和根据第 27 条确定为不法。这一点可能有实际重要性。例如，可能由于条约而令行为“本身为不法”，而条约可能规定解决争端的特别程序。如果草案第 27 条产生独特的不法，适用于这些条文草案的解决争端程序将会适用，从而可能容许或规定申诉国规避以条约为依据的解决争端程序。不过，如果在这种情况下没有两个据以判为不法行为的依据，就会产生哪一个依据可以包含另一个依据。

第三点与第二点有关。第 27 条草案本身没有明确存在不援助或协助另一国家实行国际不法行为的义务。该条作用可以有两种解释。它可以含蓄地设立(或坚称存在)这样一个义务。又或者它不隐含这样的义务，而只不过对构成援助或协助的行为附以责任，不管是否存在不给予援助或协助的任何义务。如果后者解释为正确，则没有表明不法行为发生的时间。有关时间可以是当给予协助的时候，或当协助被“使用”的时候。对于例如提供运输设施的情况，这样的区分是很清楚的。最好明确表示第一个解释是正确的，即存在不援助实行不法行为的国际义务。违背义务的时间因此会视援助本身是否非法而定。如果援助本身并非非法，违背义务只可能在当(和如果)援助被非法地使用时发生，虽然假定可以(适用草案第 25 条采取的办法)把时间追溯地确定为提供援助的时候。这种解释也将会解答千段提出的一点。显然会存在一个不同于任何义务的义务足以确定援助本身为非法；在这种情况下提供援助将会因两个独特的理由而为非法。如果能够解决这些不确定性，草案第 27 条将会是有帮助的条文。联合国政府希望委员会将进一步考虑这条草案可能适用的确实方式，并考虑可能需要重新草拟该条文，以便使其含义更加清晰。

美国

第 27 条草案规定，一国对另一国的协助“如经确定是为了使另一国实行国际不法行为”，则该项协助构成不法行为。美国同意可能会出现两个国家联合从事不法行为的情况。⁴⁷ 因此，可以设想某协助国要对接受国的行动负责，但如果接受国没有实际从事非法行为，则很难甚至不可能想像协助国要承担这种责任。就这一点来说，这的确是一条共同责任的规则，两国都要对非法行为负责。同时，提出的规则依然模糊，实际上将难以适用。例如，什么是“使实行”一词的范围？我们假设它的意义包括当协助国打算协助实行非法行为的情况。不过，“使”这个字相当晦涩，可能会被解释为不必具有意图。第 27 条草案案文应该说明“使”一字包含必须具有意图的规定。

第 28 条. 一国对另一国国际不法行为的责任

瑞士

草案第 28 条规定一国强迫另一国对第三国犯下不法行为时，其责任与被迫犯下此种行为的国家相同。瑞士代表团认为，这个问题的第二方面——被胁迫国家的责任——属于解除行为不法性情况的规定的范围，应在该项目之下处理。

⁴⁷ 另参看 Brownlie 著作，《国家法律体系》(前引书,脚注 24),第 190-191 页。

第 1 款**法国**

第 1 款所说的是一种从历史上说已过时的情形。无论如何,以“maîtrise”(控制)一词取代“contrôle”(控制),比较可取。

第 2 款**法国**

“胁迫”一词不加以进一步限定,太不严谨。最好以“在违反国际法的条件下”对胁迫加以限定。

.....

法国提议在“施加的胁迫”之前添加“在违反国际法的情况下”等字。

第 3 款**法国**

第 3 款相当明确地表明,责任不得互相取代。另一方面,可以有两项责任同时并存。这一评论也适用于第 27 条。

第五章. 解除行为不法性的情况

法国

法国认为, 以下条款可取代第五章整章。

[第 18 条之二

一国行为的不法性在下列情况下可予解除:

- (a) 一国在符合国际法的情况下表示同意的行为;
- (b) 该行为构成反措施(第 47 条所指的反措施);
- (c) 该行为构成符合国际法规定的自卫措施;

(d) 该行为起因于不可抗拒的、在国外发生的和无法预料的事件, 以致该国实际上不可能按照该项义务行事;

(e) 该国证明, 构成该国行为的行为人在遭遇极端危难的情况下为了挽救其生命或受其监测护者的生命, 除此行为之外别无他法; 如果极端危难的发生是由该国所促成, 或该行为造成同样或更大的灾难, 则不能以危难为理由;

(f) 在下列情况下, 构成危急情况的行为:

- (一) 该行为符合关于危急情况的国际规定;
- (二) 援引危急情况理由的国家并未促成危急情况的发生;
- (三) 该行为是援引危急情况理由的国家可以保护该国基本利益, 防避某项严重迫切危险的唯一办法;
- (四) 该行为并不严重损害作为所负义务之对象的国家的基本利益。]

第 29 条. 同意

法国

宜将关于同意、反措施和自卫的条款(第 29、第 30、第 34 条)放在一起, 将关于解除不法性的其他情况的条款(第 31、第 32 和第 33 条)放在一起。

联合王国

国际法委员会决定草案第 29 至 34 条中的请求开脱“辩护”应该解除不法性而不仅仅解除责任。其必然结论是, 采取使另一国家或其国民蒙受损失的国家, 由于其行动不是非法而没有支付赔偿的责任。联合王国政府认为在以下情况下这是完全适当的: 一国在受害国同意下采取行动, (第 29 条草案), 或在按照国际法形式其采取反措施权(第 30 条草案)或行使其自卫权(第 34 条草案)。在有效地作出同意的情况下, 国际法没有被违犯, 因此不应该产生不法性问题。就采取反措施或自卫行动权利而言, 国家的行为被国际法定义为明确允许的另一国家先前不法行为的后果。

国家行使这些国际法给予的权利来保护其利益不受另一国家不法行为的损害不宜被视为不法行为，就象它行使国际法规定的任何其他权力一样。

联合王国政府也接受，由于不可抗力导致实际上无法执行有关国际义务所产生的情况，原则上不视为“非不法行为”（第 31 条草案）也许是妥当的，因为该项“行为”按定义是非自愿的。

不过，联合王国政府认为，考虑在解除不法性的其余情况范围内是否应该以同样方式适用完全相同的国际责任辩护办法，包括危难（第 32 条草案）和危急情况（第 33 条草案），是有益的。在这些案例中，国家可以在是否遵守其国际义务，或为了保护重要利益而违背这些义务之间作出选择。在这些情况下，也许最好采取的观点是，提出的辩护可以宽恕不法行为和在一些情况下免除有关国家必须对它所导致的损害作出赔偿的责任，但并不完全解除行为的不法性。在这个基础上法律义务将会清楚地继续存在，以及原则上义务赔偿任何它所导致的损害，而该国要承担回到遵守义务的明确责任。这个可能性是联合王国政府希望委员会将会考虑的。下面作出的评论意见（见第 29 条第 1 和 2 款以及第 31、32 和 33 条）并不妨碍在前几段提出的总要点。

第 1 款

奥地利

应进一步研究第 1 款中“……在对该国的关系上……”的措辞，因为人们可能会对只有同意国可解除不法性的逻辑有些疑问。

法国

“以有效方式”是什么意思，不是很明确。这一用法似乎与从条约法中借鉴的同意的缺陷有关。

……

法国提议这一款修改如下：

1. 一国按照国际法表示同意另一国实行某项与该另一国对其所负义务不符的特定行为时，该特定行为的不法性在对该国的关系上即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

联合王国

联合王国政府支持草案第 1 款中的原则，即同意解除某行为的不法性（或至少对该行为的责任），但认为国际法委员会进一步审议下列两个问题将会是有帮助的。

第一个问题涉及国家表示同意时必须通过的人或机关。评注⁴⁸提议其行为可归于国家行为的任何人都可以有效地表示同意。不过，联合王国政府认为，行为可归

⁴⁸ 评注，英文本第 216 页，第 15 段。

于国家行为类别的人和有资格使国家接受约束类别的人之间没有必要的同一性。例如，小官员属于第一类别但非第二类别。希望国际法委员会也许会进一步审议这个问题。特别是需要澄清可以由 (a) 小官员，和 (b) 其后成为国家政府的起义者代表国家表示同意的程度问题。

问题的另一方面是，革命团体内谁可以代国家表示同意？草案第 15 条规定，成为新国家政府的叛乱运动的行为应被视为国家行为。理论一贯性的愿望也许使人联想到应同样地对待叛乱政府表达的“同意”。典型的情况是，该项同意也许关系到第三国支持叛乱的武力干预，或第三国不履行对叛乱分子的国家条约义务。通常较简洁的作法是，在相同原则基础上决定关系到叛乱分子行为国际责任的一切方面。不过，这两个案例的政策考虑是不同的。

新政府最好应该不能逃避使它当权的行为的国际责任，尤其是因为特别可能在叛乱期间对外国及其国民造成损害。另一方面，就象过去那样，让成功的叛乱分子有权同意背离对其本国的法律义务也许会被认为促进在该国关键时刻不遵守这些义务，和甚至鼓励第三国干预其本国的内政。因此，也许认为较可取的是，为维持稳定起见，采取只有当权政府可以同意背离法律义务的立场。新的叛乱政府肯定不会有申诉的理由，如果第三国确实遵守它们对叛乱国的法律义务。

反对把成功的叛乱分子的行为当作为以国家名义的同意的政策论据获得另一项实际考虑的支持。维也纳条约法公约没有为叛乱分子缔定的国际协定作出规定；和就该《维也纳公约》有关叛乱的个案而言，其各项规定（特别是第 8 和第 46 条）显然提议叛乱分子不能缔定对国家有约束力的条约。很难使人看到为什么叛乱分子应该有权通过同意背离这些义务的办法来修改对其国家的责任，而当他们不能够通过缔定修改相同义务的条约来这样做。因此，在这问题上两个方面都有论据。似乎没有对任何一方有利的决定性论据。不过，委员会宜进一步审议这个问题。

第二个问题关系到可以表达同意的方式。一些紧急情况中的适当作法是允许一国采取行动使在另一国内的人避免即将发生的严重危险（例如由于火灾或水灾而导致死亡的危险），但当时可能没有足够时间获得另一国同意。可能有需要由该条草案本身或在评注中处理存在暗示或追溯同意的可能性。联合国政府希望国际法委员会将审议是否可以在草案第 29 条或别处明确规定在紧急情况下采取这种人道主义行动的权利，并为保护在其境内采取行动的国家的利益作出适当保障。

第 2 款

奥地利

有些国家可能对排除“同意”作为在绝对法情况下解除一国行为的不法性的情况是否有实际意义有疑问。

法国

基于上述原则，……第 29 条第 2 款……提及强制性规范的字样应予删除。

……

第 2 款有问题，因为该款提及一般国际法强制规范概念，而法国不承认这一概念。

联合王国

联合王国政府不能支持第 2 款，该款草案解除对绝对法规范的同意。绝对法类别的内容继续存在不确定性，而没有解决这种不确定性的任何实际办法，使得这项规定不切实际。

第 30 条. 国际不法行为的反措施

[也参看第二部分第三章]

法国

“一国不符合该国……所负义务的行为，……则该行为的不法性……”这一措辞为赘言。此外，“*légitimate*”（合法）一词在法律上不适当。最后，该条的题目含糊不清，因为该条条文规定不仅涉及各国各自行使自己的权力、“由自己承担风险”单独确定的反措施，而且涉及由联合国授权或决定的胁迫措施。无论如何，将该条限于狭义的反措施比较可取。

……

宜将关于同意、反措施和自卫的条款(第 29、第 30、第 34 条)放在一起，将关于解除不法性的其他情况的条款(第 31、第 32 和第 33 条)放在一起。在后几条中，受害者的态度实际上并不相干，考虑的只是客观事实(不可抗力、危难、危急情况)。

……

法国提议修改如下：

一国不符合该国对另一国所负义务的行为，如果是对该另一国采取的反措施(第 47 条所指的反措施)，则该行为不是不法行为。

墨西哥

— 同样，墨西哥政府认为，在条款草案现有案文中列入：反措施条款(第三章)是不恰当的。虽然墨西哥承认这些反措施是各国实际采用的手段，而且其中一些反措施已以各种方式被纳入国际文书，但第 30 条所规定，承认原来不法的行为在某些情况下会失去其不法性，似乎不符合国际公认的国家和平共处原则。无论如何，墨西哥政府建议在条款草案中列入关于加强预防措施的一款，其目的是协助解决争端。

联合王国

联合王国政府欢迎第 30 条草案内承认国家有权采取反措施。如果第 30 条草案独立存在，它就构成关于该项权利的清楚陈述；而该项权利的行使须遵守国家做法中出现的限制和各国具体同意的规则(例如《维也纳条约法公约》的有关规则)。在这方面，第 30 条草案与关于自卫权的第 34 条草案相似。联合王国政府称赞委员会采取的这种作法。

突出反措施是“解除行为不法性的情况”之一，而其内容声称要由条款草案确定，这看来既属不必要、也是不可取的。联合王国政府宁愿第 30 条草案是关于反措

施的唯一规定,而且有关反措施法律的背景在另一个场合审查。联合王国政府不认为有关反措施规则的内容的拟订反映习惯国际法的当前状况,也不认为条款草案是其合乎需要的发展。

.....

基于上述所有这些理由,联合王国政府坚决认为,这些条款草案除了第 30 条草案外,不适宜列入其他规定,而反措施问题则需要分开来仔细加以审议。

又见第 29、48、50 和 58 条。

美国

我们支持草案反映既定的意见,即反措施“在任何国家责任制度内均有一定地位。”⁴⁹ 该条确认,如果某一非法行为是对事先一项非法行为的回应,从而构成“国际法上合法的措施”。该行为即失去其非法性。⁵⁰ 我们同意第 30 条草案只涉及一国“不符合该国对另一国所负义务”的行为。见第 30 条草案。因此,第 30 条草案的范围不包括各国的所有反应行动,例如报复措施、可形容为“不友善”但并不违背国际义务的行动。⁵¹

同样,我们不认为第 30 条草案改变或影响到《维也纳条约法公约》和习惯国际条约法所规定的国家权利和义务。国际法院最近对条约法和国家责任甚至作出更明确的区分,指出“国际法的这两个分支显然具有截然不同的范围”。⁵² 一国在另一国违反两国之间生效条约的规定时,可根据条约法采取一系列备选办法。条约可规定具体的反应,例如诉诸争端解决程序或其它措施,一国也有权采取在第 30 条的反措施定义范围外的对等措施。第 30 条不应被解释为国家不得采取旨在保持“条约法的对等状态”的措施。⁵³

在这方面,应当指出关于特别法的第 37 条规定,“在一国国际不法行为的法律后果已由专门有关该国际不法行为的国际法其他规则予以确定的情况下并且只有在这种情况下,本[第二]部分各项规定不予适用”。美国大力支持第 37 条草案的原则,认为它也适用于草案的第一部分。例如,两国可缔结一项协议,规定某种排除不法性的情况将不予适用,既使在类似情况下条款草案确实将予适用。或者当事方可达成协议,规定每一方暂不援引用尽地方补救办法的规则,即使该规则通常在第 22 条草案下适用。

⁴⁹ 见第五次报告,A/CN.4/453,第 96 段。

⁵⁰ 第 30 条案文没有充分阐明并非不措施和合法措施之间的区别。“合法”似乎意指‘在第二部分对反措施所规定的限制范围内。’见(第 219 页的评注)。如果属实,委员会可考虑把这一定义直接写入第 30 条内。

⁵¹ 例如参看 O.Y.Elagab 著作,《国际法中非强制反措施的合法性》,(1988 年)第 44 页;D.Allard 著作,国际责任与制裁:国际法委员会编纂的管辖国际责任的规则中的自卫和反措施,”在 M.Spinedi 和 B.Simma 编辑的《联合国编纂的国家责任法典》,(1987 年)第 143 和 150 页。

⁵² 《关于加布奇科沃-大毛罗斯项目案》(匈牙利诉斯洛伐克),1997 年 9 月 25 日,第 47 段。

⁵³ 例如参看 E.Zoller 著作,《单方面的和平补救办法》,18(1984 年)。

第 31 条. 不可抗力和偶然事故

奥地利

第 31 条可能也需要更多的阐述。本条的提法似乎把主观因素和客观因素混合起来，从而可能模糊了而非确定了不可抗力或其他成为解除不法性要素的外界事件的范围。因此，奥地利希望或请国际法委员会研究，相对于作为解除不法性的要素的“偶然事故”，在何种程度上可以进一步研讨“实际上不可能”这个概念。

不应忽视的是，第 31 条处理的问题有深远的影响，甚至可能与诸如作为预防概念关键要素的“应有的注意”之类问题相关。无疑，应有的注意这个概念需要进一步深入阐述，以确定其在国家责任范围内的相关性。

还应承认，各国在实践中已经常常援用这个概念，在各种法规汇编中便可以看到。例如，奥地利在有关内乱期间外国国民在其领土上被杀害所涉国家责任的案件中便应用了这个概念。

法国

“不可抗力”和“偶然事故”的用法有些累赘，实际上这两个概念指的是同一种情况。

.....

宜将关于同意、反措施和自卫的条款(第 29、第 30、第 34 条)放在一起,将关于解除不法性的其他情况的条款(第 31、第 32 和第 33 条)放在一起。在后几条中,受害者的态度实际上并不相干,考虑的只是客观事实(不可抗力、危难、危急情况)。

联合王国

草案第 31 条的不可抗力和偶然事故的辩护原则并不具争议性，但联合王国政府认为应该把情况明确局限于(a)存在国家实质上不可能遵行其国际义务的情况，该情况(b)直接源于(c)非常特殊，和(d)在国家控制范围以外的因素或事件或两者。例如，下面两种情况有明确的区别：国家对部分领土的控制落到叛乱分子手里，和国家无法迫使在其控制下领土的人——也许由于关键工人在罢工——从事他们应该做的事。前者是非常特殊的情况，如果它令一国无法遵行其义务，解除不法性是适当的。后者是影响所有国家的经常性风险；不应该构成解除不法行为情况的基础。从评注中无法明显地获悉委员会采取这种看法；事实上，委员会可能已经决定不采取这种看法。⁵⁴ 联合王国政府敦促委员会考虑在评注中或在条文案本本身明确地作出这样的区分。

又见第 29 条。

⁵⁴ 评注,英文本第 228 页。

第 1 款

法国

与 1969 年《维也纳条约法公约》第 61 条相比,第 31 条似乎扩大了执行的不可可能性,这样做可能因涉及新的不合法性情况而损害公认的条约制度的稳定性。“无力控制的”一词没有任何用处。

.....

法国提议修改如下:

1. 一国不符合该国对另一国所负义务的行为,如起因于无力控制的无法预料的外界事件,以致该国实际上不可能按照该项义务行事,则该行为不是不法行为。

第 2 款

法国

第 2 款没有对第 1 款增加任何内容,因此可以删除。

第 32 条. 危难

法国

草案之措词应确保不出现利用危难情况达到损害性目的的可能性。为此,法国建议重新拟订案文。

.....

宜将关于同意、反措施和自卫的条款(第 29、第 30、第 34 条)放在一起,将关于解除不法性的其他情况的条款(第 31、第 32 和第 33 条)放在一起。在后几条中,受害者的态度实际上并不相干,考虑的只是客观事实(不可抗力、危难、危急情况)。

蒙古

是否适宜列入一条关于危难的规定,作为可以排除不法性的因素之一,蒙古存有疑问。因此,草案第 32 条应予重新审查,特别是鉴于科技迅速进步,使世界各国越来越相互依存,同时也造成具有深远灾难性后果的高风险情况。

联合王国

联合王国政府支持本条草案提出的危难辩护原则,但回顾草案第 29 条有关的评注,认为最好在条文草案中某处为没有国际责任风险的人道主义紧急行动作出明确的规定。

第 32 条草案提到在为了拯救“受其监护者”的生命而违背国际义务的情况时,把条文草案的适用限制在人道主义情况的范围内。如果行为者的行为在拯救不受其监护者的生命,不管是否有任何其他人在附近可以拯救这些人的生命,皆不得适用此辩护。联合王国政府认识到扩大危难原则可能导致滥用。尽管如此,他们认

为必须权衡方便人道主义行动的好处与滥用的风险，而如果不能够涉及出允许在极端情况下为拯救生命而采取跨边界行动的办法，将是令人遗憾的。

又见第 29 条。

第 1 款

法国

法国提议在“构成该国行为的行为人”之前增添“该国确定”等字。

第 2 款

法国

法国提议将“可能造成”改为“造成”二字。

第 33 条. 危急情况

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

涉及关于危急情况的第 33 条的问题非常重要。国际法院在其关于加布奇科沃-大毛罗斯案件的 1997 年 9 月 25 日判决⁵⁵ 中表示,第 33 条的重要内容反映了习惯国际法。鉴于这样一项规定所涉的微妙问题,北欧国家谨希望强调国际法委员会在这方面所作的重要贡献,但同时保留进一步详细研究这一拟议规定的权利。

法国

宜将关于同意、反措施和自卫的条款(第 29、第 30、第 34 条)放在一起,将关于解除不法性的其他情况的条款(第 31、第 32 和第 33 条)放在一起。在后几条中,受害者的态度实际上并不相干,考虑的只是客观事实(不可抗力、危难、危急情况)。

联合王国

联合王国政府极端谨慎地考虑采取一项权利,让国家在断定为了保护它认为“基本”利益而必须如此作的情况下可以违背国际义务。危急情况的辩护将会在整个国际关系上开启非常严重的滥用。这项规定会有削弱法治的严重危险。

关于是否有必要为一国采取行动来应付对其领土立刻构成环境紧急情况作出一项规定(如在评注⁵⁶中所设想的)。如果这样做,将会类似于不可抗力或危难,也许要在该范畴内加以审议。不过,联合王国认为,这样做本身不会提供作出有关危急的任何更广泛规定的充分基础。

又见第 29 条。

⁵⁵ 《加布奇科沃-大毛罗斯案件》(匈牙利诉斯洛伐克),1997 年 9 月 25 日。

⁵⁶ 英文本第 246 页第 16 段。

第 1 款**法国**

法国提议案文改为:

1. 一国不得援引危急情况作为理由解除行为的不法性, 除非该国确定:
 - (a) 该行为是保护该国基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法; 且
 - (b) 该行为并不严重损害作为所负义务之对象的国家的基本利益, 且
 - (c) 该行为不违反适用于危急情况的国际规则。

第 2 款**法国**

法国提议案文改为:

2. 如果危急情况的发生是由一国促成的, 则该国绝不得援引危急情况为理由。

联合王国

联合王国政府也想提出第 2 款 (b) 项的作用问题。它规定在条约明示或默示排除援引危急辩护的可能性时, 不得适用危急辩护。似乎原则上没有理由为什么条约不应该也排除其他辩护, 例如不可抗力或危难的辩护, 和强行规定承担绝对责任。因此, 可能必须考虑把第 2 款 (b) 项原则的适用扩大到其他辩护。这是这些条款草案与条约法之间关系较广泛问题的一个方面, 对此已在上面 (一般性评论) 提出评论意见。

第 34 条. 自卫**法国**

草案处理自卫的方式限制过多。“按照联合国宪章”不如改成“依照国际法”。

宜将关于同意、反措施和自卫的条款 (第 29、第 30、第 34 条) 放在一起, 将关于解除不法性的其他情况的条款 (第 31、第 32 和第 33 条) 放在一起。

联合王国

见第 29 条。

第 35 条. 关于赔偿损害的保留**奥地利**

应该审查第 35 条以便研究是否有可能重新表述。如此规定应涉及依照国际法实施的的行为的责任, 则本规定需要更具体地表述, 否则便会导致可能削弱解除不法性的情况的的作用的危险。规定第 35 条下的例外只适用于国际法对之提供赔偿的法律依据的行为, 这就足够了。

在这方面，委员会也应在工作安排上花些时间，讨论赔偿责任和防止损害的职务所适用的国际法规则及其与国家责任规则的系统关系。

法国

草案规定了无过失赔偿责任。法国认为，考虑到关于第 1 条的评论，第 35 条应删掉。

德国

德国同意第五章的假定基础，即某些特定情况排除不合法性质。但是，德国请委员会重新审查第 35 条所述的“关于赔偿损害的保留”。这里处在国家责任和不违反国际法的行为的赔偿责任的交界处。目前还不清楚在什么范围内符合国际法的行为导致赔偿责任。而且，如果委员会在第 33 条中以危机情况排除不法性，但却不讨论对并未造成这种危机情况的另一国所遭到的损害的赔偿问题。

联合王国

联合王国政府希望委员会将审议是否它宁愿把危难和危急情况的“辩护”（草案第 32 和 33 条）所包括的行为当作非法行为（见第 29 条），草案第 32 和 33 条的开脱规定于是被认为表示国际社会通常容忍在这些情况下不履行义务，其意思是不采取谴责行动。

联合王国政府认为当一国选择为自己的利益采取行动时，原则上没有理由为什么该国，而非采取行动所针对的国家，不应该承担行动的费用。不公正获益的原则也许能够充当概念构架，为考虑采取行动的国家补偿因此而遭受损失的国家的责任。联合王国因此欢迎草案第 35 条接受一种可能性，即那些曾经由于采取第 32 和 33 条草案范围内行动并使别国蒙受损失的国家也许有时有义务支付赔偿。

在目前的条文草案规划下，似乎由于第五章辩护的开脱作用，在这些情况下的任何赔偿责任将必须被当作对源于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任。因此，有必要在草案第 35 条和国际法委员会关于源于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的问题的工作之间建立联系。

第二部分

国家责任的内容、形式与程度

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

这一部分最困难的方面显然是涉及“反措施”(第三章)和“国际罪行”(第四章)的问题。

第一章. 一般原则

第 36 条. 国际不法行为的后果

法国

考虑到第 41 条的规定,法国建议拟订新案文。第 41 条可以删掉。

第 1 款

法国

法国提议案文改为:

“已实行国际不法行为的国家必须对受害国履行其已违背的义务或停止任何具有持续性质的不法行为。”

第 2 款

法国

法国提议案文改为:

“这一责任不影响本部分所列的国际不法行为的法律后果。”

联合王国

联合王国政府认为,应修订草案第 36 条第 2 款,以便明确规定,即使根据第 29 至 35 条的辩护开脱该行为非不法行为,但履行为该行为违背的义务的职责继续存在。较为可取的是第 2 款指出**未遵守其义务**(而不是“实行国际不法行为”)的国家有履行其已违背之义务的持续责任。

第 37 条. 特别法

捷克共和国

此外,正是可以在“罪行”的特定后果方面修改草案,可以在第二读时作出修改以进一步澄清“罪行”制度的某些具体方面,但是不要过分整理案文的次序。因此,修改草案第 37 条的用词是有用的,以便更明确地规定当第二部分的条款涉及适用于“罪行”的制度时这些条款并不只是补充条款。事实上,“罪行”是违反强制规则的行为(其实不是违反任何强制规则的行为而仅是违反绝对法规则中对于保护国际社会的根本利益至关重要的那些规则的行为)因此适用的次要规则同样应具有强制性,不得根据双方的协定减损法律效力

法国

法国认为,第 37、第 38 和第 39 条完全可以纳入条款草案的最后条款或介绍性条款。这三条阐述的都是条款草案与外部规则之间的关系,强调了这一案文的补充性质。

德国

见第 1 条。

瑞士

第 37 条非常正确地规定:专门处理某一特别情况的国际法规则应优于本草案中所载的一般规定。然而必须考虑应不应当在此处保留 1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 60 条。这些规定准许一个缔约国,在另一国违反某一条约的基本规则时,停止对该国适用该条约。鉴于草案第 37 条的现有条文。这项属于条约法范围的具体反应可能被视为排除一切其他后果,也就是说,排除国家责任草案产生的后果。但目前的规定并非如此,因此必须澄清这一情况。

联合王国

欧盟的各项条约就是特别法修改国际法委员会草案中的很多原则的案例的一个例子。

又见一般性评论。

美国

见第 30 条。

第 38 条. 习惯国际法

法国

法国认为,第 37、第 38 和第 39 条完全可以纳入条款草案的最后条款或介绍性条款。这三条阐述的都是条款草案与外部规则之间的关系,强调了这一案文的补充性质。

第 39 条. 同《联合国宪章》的关系

捷克共和国

此外,应指出(这显然是一个非常重要的因素)在维持国际和平与安全方面已存在一个特定方法,条款草案第 39 条已适当地考虑到该方法,大部分的国家“国际罪行”发生于在维持国际和平与安全的领域。

法国

法国认为,第 37、第 38 和第 39 条完全可以纳入条款草案的最后条款或介绍性条款。这三条阐述的都是条款草案与外部规则之间的关系,强调了这一案文的补充性质。

第 39 条似乎与《联合国宪章》第一百零三条相抵触,因为第一百零三条对《宪章》条款不作任何区别。这样的条文不会有限制安全理事会职权的作用吗?总之,比较可取的是说明按照《联合国宪章》第一百零三条,条款草案的规定不妨害《宪章》的规定与程序。

.....

法国提议案文修改如下:

“依照《联合国宪章》第一百零三条,本条款的规定不影响《联合国宪章》的规定和程序。”

蒙古

凡是处理国家责任的问题,都应充分考虑到目前在联合国根据《宪章》第七章正在采取的措施方面的情况。

联合王国

联合王国政府注意到委员会要求对草案第 39 条提出的问题作出具体评论。然而,他们认为不应在这些条款草案中讨论根据国家责任法和根据《联合国宪章》规定的国家之间的权利与义务关系的问题。该问题引起一些复杂的议题,其中不但牵涉到联合国,还牵涉到可能与联合国共同行动的或可能发挥《宪章》指派给它们的作用的其他国际组织及区域组织。

在不损害上述的情况下,联合王国政府支持《联合国宪章》优先的原则,这项原则体现于《宪章》第一〇三条和草案第 39 条。

美国

关于第 39 条草案提出的问题,国际法委员会已征求“各国提出真正具体的意见”,⁵⁷第 39 条指出,草案条款提出的“一国际不法行为的法律后果,在适当情况下应受制于《联合国宪章》关于维护国际和平与安全的规定和程序”。

美国同意第 39 条草案的目标在于强调《联合国宪章》把维持国际和平与安全的责任分配给安全理事会,适当地遵照安全理事会就第七章作出的决定实施的国家行为不得被定性为国际不法行为。国家责任原则可以体现安全理事会的决定,但草案条款不得管辖其决定。

《联合国宪章》明确表示其义务优先于任何其他国际协定。⁵⁸第一百零三条不仅确立《联合国宪章》的卓越地位,而且它清楚地规定其后缔结的协定不得对各国施加矛盾的义务。因此,草案条款不会减损安全理事会维持或恢复国际和平与安全的责任。

安理会的责任以及会员国执行安理会决定的同等责任弥漫着《联合国宪章》。例如第二条第五项规定,“各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动,应尽力

⁵⁷ 评注,英文本第 139 页,脚注 226。

⁵⁸ 见《联合国宪章》第一百零三条(其中规定“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”)。

予以协助……”。第二十五条规定，“联合国会员国同意依宪章之规定接受并履行安全理事会之决议”。同样,第四十八条要会员国承诺采取“执行安全理事会为维持国际和平与安全之决议所必要之行动”。因此,根据这些条款,会员国有义务“执行”安理会在第七章下为维持和平与安全而作出的决定。《联合国宪章》没有就一些国家可能对其他国家所承担的现有义务作出例外。

此外,安全理事会有广泛的酌处权。⁵⁹例如,安理会有权采取符合《联合国宪章》宗旨和原则的一切必要行动,维持和恢复国际和平与安全。安理会就其在第七章下的责任而言,得拒绝“一国提出的出于必要的答辩”或“国家采取反措施的权利”。⁶⁰

第 40 条. 受害国的含义

奥地利

就关于违反国际法行为后果的第二部分第一章而言,第 40 条详述的“受害国”的概念,只有在国家的权利受到违反国际法行为直接影响的情况下才有法律意义。因此,应该规定提出赔偿、恢复原状或补偿的能力应完全取决于一国权利受到违反行为直接影响的状况。然而,可能有人会怀疑这一概念是否也适用于不能指出直接受影响国家的案件,例如侵犯人权和违背向全体缔约国承担的义务的情况。

法国

由于不愿意把损害概念列为构成引起责任的关系的一项要件,因而造成令人遗憾的含糊不清的状况,在第 40 条里是最明显不过了。侵犯一项使国家受到损害的“权利”到底是指什么权利,并不清楚。使用“权利”一词无疑是为了避免提到“损害”(它的确构成侵犯权利)。

法国认为必须在草案里提出这样的概念,即受害国就是拥有与清楚指明的国家应尽的义务相应的主观权利的国家。因此,第 40 条应当明确地提到一国由于另一国家的国际不法行为而在物质或精神上遭受的损害。

法国并不排拒这样的主张,即一国完全可以因为另一国违背对其所作的承诺而受到法律上的损害。不过,此一损害必须是属于特殊性质,如果是违背了双边或特定目的的多边条约的承诺,则必然是属于特殊性质。相反,如果是多边条约的承诺被违背了,则据称的受害国必须证明,除了只因法律规则受到违反而造成的损害之外,它还遭受到特殊的物质或精神上的损害。如果违背承诺行为并不直接影响一国,则该国不能以发生了违背承诺行为为由而获得赔偿。

德国

⁵⁹ 见《联合国宪章》第二十四条第二项。

⁶⁰ 第 139 页的评注,第 226 条脚注。

第 40 条是用来确定哪些国家在法律上被认为是“受害”国。委员会正确地指出,这一定义显然与该项国际不法行为所违背的义务的起源和内容有关,也就是说,国际法的“主要”规则的特点和参与制定这些规则的国家与确定“主要规则”所定义的义务遭到违反的受害国是相联系的。⁶¹

瑞士

第 40 条载列“受害国”的含义,其中也有若干点不说自明,例如第 1 款,其中规定受害国应为所拥有权利被侵犯的国家。

乌兹别克斯坦

将第 40 条置于第二部分第二章,因为该章载有关于受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务的规定。

第 2 款

奥地利

第 2 款(e)和(f)项以及第 3 款涉及影响所有国家的违反国际法行为,其所采取的方式应该系统地单独加以处理。第 40 条选用的概念会导致国家拥有援引违反国际法行为的法律后果的竞争性或累积性权限。鉴于没有任何世界性权力机构就各国是否拥有援引影响所有国家的违反国际法行为的权限作出决定,在具体案件中,这会导致荒唐的结果。

因此,各国援引这种违反行为的权利应限于特定的法律后果,即终止不法行为和赔偿违反国际法行为受害者的义务。这种办法将适当解决众多国家援引此种违反行为及其法律后果的权利累积问题。如此限制各国援引影响所有国家的违反行为的后果的权限,不会严重妨碍国际社会根据现行国际法律程序针对影响所有国家的违反国际法行为作出反应的能力。在这方面,可以参考《联合国宪章》对于维持国际和平与安全及保护人权和基本自由所规定的程序。

因此,奥地利希望国际法委员会对条款草案第 40 条以及第二部分第二章进行修订。

法国

第 2(f)款条文草案允许多边条约的任一缔约国在涉及集体利益的情况下要求另一缔约国承担责任。事实上,允许国家如此介入与它们不直接有关的情况是完全不当的。

德国

德国政府认为,第 2 款(e)和(f)项中所提出的抽象概念事实上没有充分考虑到协定法和习惯法的许许多多规则,这些规则有的依据已经确立的法律规则提供声明受害和要求赔偿的基础,有的没有。就协定法规则而言,委员会需要搞清楚第 2 款是

⁶¹ 见《1985年……年鉴》第二卷(第二部分),第三章,B.2 第 5 条评注,英文本第 25 页起。

否与《维也纳条约法公约》中关于因实质性违反行为而终止或暂时中断条约的第 60 条重叠,应该记住条约法和国家责任法具有不同的范围。⁶²

联合王国

联合王国政府对草案第 40 条大部分没有意见。然而,他们却要对第 2 款(e)项提出意见。

首先是草案第 2 款(e)项第(二)与《维也纳条约法公约》第 60 条第 2(c)项的一致性问题。第 2(e)和《维也纳公约》第 60 条均涉及在法律义务受到违背的情况下的“受害国”的概念。事实上,两者均明确适用于对条约义务的违背情事。《维也纳公约》认为一国受到另一缔约国违约的“伤害”,如果违约(a)是实质的;(b)“致每一当事国继续履行条约义务所处地位因而根本改变”。这项规定似乎比第 2(e)第(二)所通过的条文较为狭义,因为后者所指的情况是,侵犯因多边条约或习惯国际法而产生的权利必然影响多边条约的或受习惯国际法规则约束的其他缔约国享受权利或履行义务”。

主要差别是“必然影响享受…权利”草案(第 2 款(e)项第(二)目)的违背情事与“致继续履行条约所处之地位因而根本改变”(《维也纳公约》第 60 条)违背情事之间的差距。联合王国政府在上文表达了其意见,认为国际法委员会宜审议并阐明整个条款草案与《维也纳条约法公约》之间的关系。草案第 40 条是特别受到该问题影响的条文之一。

联合王国政府又担心草案第 2 款(e)项第(二)目中的标准过于含糊。举例说,可以说违反条约的跨界空气污染的行为必然影响所有国家享受免于这种污染的权利,尽管提出这种论据的国家不能证明对其本国领土有任何实质损害。这个国家有不受其他国家污染其空气的权利;作为一项事先论据,它知道来自 X 国的污染正在助长加剧空气污染;因它是一个受到 X 国行动伤害的国家。《维也纳公约》的作法实际上将受害国的概念限于受实质影响的国家。这是联合王国政府认为实际可行和有原则的一种作法。因此联合王国政府鼓励委员会考虑将其适用于草案第 40 条。

这种作法对于多当事国的争端也可能很有用。如上文指出,关于反措施(见第 30 条),可能出现一个国家违背几个国家的义务的情况。如果受到主要影响的国家可能默许这种违背情事。如果受到主要伤害的国家表明自由决定放弃其因这种违背产生的权利或该国同意这种“违背”情事,委员会宜考虑有没有任何情况应修订若干国家认为自己“受害”的权利,因而有权行使“受害国”的权力。

联合王国政府又注意到,如果必须根据草案第 35 条得到赔偿,必须修订受害国的定义,以便包括并非受到国际不法行为伤害的国家。

美国

如上所述,美国已指出在“国家罪行”范围内,草案的受害国定义包括所有国家是有严重缺陷的。第(2)(e)(二)、(三)和(f)款草案也有类似问题。这些规定在抽象基础上界定损害,没有考虑到存在各种各样的协定规则和习惯规则,可能在发展良

⁶² 见 Gabcikovo-Nagymaros 项目案,(匈牙利诉斯洛伐克),1997 年 9 月 25 日,第 47 段。

好的制度下规定对损害索赔有确认的权利。因此,虽然草案认识到在双边条约和习惯国际法范围内界定“受害国”存在固有的困难,但这些规定导致一些不能接受和过于广泛的损害概念。

第(2)(e)(二)款草案规定,当权利源于上一项多边条约或习惯国际法规则,而对权利的侵犯“必然影响多边条约其他缔约国或受习惯国际法规则约束的其他国家享受权利和义务”时,一国可以索取损害赔偿。就本条草案涉及多边条约规则而言,我们认为索取损害赔偿的确认的权利应由有关的特定条约管辖,或由适当的条约法管辖。⁶³ 因此,第(2)(e)(二)款草案应该仅涉及习惯国际法。此外,“必然影响享受”的片语未予界定,因此在适用时可能有伸缩性和不确切。我们建议增加一项明确的限制性解释原则,例如规定侵犯必须“严重削弱”涉嫌被损害国家的权利。⁶⁴

第(2)(e)(三)款草案规定,如侵权行为涉及一项“为了保护人权和基本自由”而设立或确立的权利,则任何缔约国均可能受损害。人权法的一项基本原则是,由于这种侵犯往往未引起质疑,因此必须设计一些手段,以便其他国家可以要求遵守人权法,国际机构可以行使其确保人权法获得遵守的权力。人权公约往往提供实际基础,作为所有国家有权监测和要求遵守这样的权利的依据。这种普遍适用的规则在有关人权条约方面的国家实践中早已确立。

然而草案条款没有清楚界定受害国对侵犯人权行为的索赔权利。如果草案条款设法将“人权和基本自由”纳入赔偿的规定内,则国家责任制度就变成一项原则声明,但几乎没有国家、甚至没有法庭和国际组织会认为这样的声明是有用的。关于这里所界定的“损害”,规定所有国家均有确认的地位在其根据特定法律规则的意义内没有受到损害的情况下索取赔偿,在国际实践中是没有依据的。其实不清楚的是,国家如何在没有既定法律规则规定任何实质性权利下坚持索赔。

最后,第40条第(2)(f)款草案规定,当涉嫌被侵犯的因多边条约而产生的权利是“该条约明文规定……为了保护缔约国的集体利益的”,则一国即有确认的权利。虽然“明文规定”一语意味一种收窄功能,草案和评注都没有对“集体利益”作出定义。草案也许打算让这一片语包括在特定类别条约中的特定种类的利益。国际法委员会应该澄清案文中“集体利益”的含义。

第3款

奥地利

见上文第2款。

⁶³ 现有第2款草案没有充分地说明其各项规定与习惯国际条约法和《维也纳条约法公约》的重叠程度。特别是,《维也纳公约》第60条对“多边条约国之一有重大违约”的情况作出了具体规定。草案在讨论被侵犯的条约规定权利时,它没有阐明这种侵犯是否类似于重大违反条约的情事或较次要的违反行为。如果被侵犯的权利和重大违反这两个概念重叠,则国际法委员会应该澄清《维也纳公约》将管辖对特定条约制度及在这个制度下所受损害的解释。

⁶⁴ 比较第273页的评注(其中提到《维也纳条约法公约》第60条第(2)(c)款,1155,《联合国条约汇编》,第336页)。

捷克共和国

捷克共和国认为在罪行的责任制度方面案文载列许多特定的组成部分,这些组成部分说明第 19 条所作出的区分是合理的。因此,第 40 条第 3 款的规定的确是很重要的,该款不但在补偿方面而且在反措施方面造成严重后果。

法国

涉及“国际罪行”的第 3 款我们不能接受。

.....

法国提议删除这一款,该条款文改为:

1. 为本条款的目的,“受害国”是指蒙受他国国际不法行为造成的物质或精神损害的国家或其国民蒙受此种损害的国家。
2. 侵犯权利和损害产生于他国违背国际义务,不论该义务的起源为习惯法、条约或其他。
3. 在证实下列情况的条件下,一国为“受害国”:

(a) 该国蒙受的损失是由于按照对该国或该国所属类别国家有利的方式明确设定或确立的权利受到侵犯;

(b) 该国蒙受的损失是由于约束该国的一项文书产生的为保护集体利益明文规定的权利受到侵犯;

(c) 享受权利或履行义务必然受到他国的国际不法行为的影响;或

(d) 确立受违反的义务是为了保护人权和基本自由。]

德国

德国政府认为,委员会采取的方法偏向于扩大受害国的范围,超过了看来是法律上可以接受、实际上可行的范围。虽然对所有国家的义务这一概念已经确立并得到普遍接受,但是当这类义务受到违反时,各国受到的影响不一定是一样的。委员会应该研究是否可以就不同类型的“受害国”作出规定,从而确定不同的“受害国权利”。例如,完全可以认为所有受害国有权要求停止一项不法行为或履行一项义务,但是要求赔偿的权利可能只限于那些受到有关的主要规则所定义的“实质性损害”的国家。这种方法可以保持所有国家根据现有的国际法程序(例如《联合国宪章》所规定的程序)对影响全体国家的违反国际法行为作出反应的可能性。

瑞士

不法行为与“罪行”之间的另一种区别因素来自第 3 款:如果发生“罪行”,除了犯罪国家以外,所有其他国家都可以声称具有“受害国”的身份,并将第 53 条所列的各项后果都附加于这一罪行。然而,在“罪行”和违反国际法强制性规则的行为的概念所涵盖的范围内,所有国家都可以自认为受害,甚至撇开不谈第 40 条第 3 款,也就是说,不须知道这项违反强制法的行为是否称为“罪行”。因此,并非一定需要第

3 款,或者需要根据该款而将某些行为定为罪行,才可以把若干特别严重的后果附加于这种行为。

美国

罪行和损害:第 3 款规定,“如国际不法行为构成国际罪行”,则所有国家都可被视为受害国。有各式各样的法律规范,许多国家或所有国家(或“整个”国际社会)对这些规范都有利益关系。但是,特定制度对“利益”和“确认的权利”加以区分,而刑事损害概念则予以省略。X 国可能对其他国家遵守国际法的某些规范有一般利益,这可能出于对先例的关切或由于规范本身对该国来说是重要的政策事项。鉴于这种利益,X 国可能有权要求停止非法行为。第 41 条着眼的是不法行为国停止不法行为的义务而不是受害国能够得到的补救,因此它暗示损害不是要求停止不法行为的先决条件。但是,X 国在某一具体案件中可能没有确认的权利来寻求第 42 至 45 条所规定的补救。确认的权利取决于某一具体案件所适用的主要规则,根据这项权利,某国也许可以声称它已经“被授予一项提起诉讼的权利”。⁶⁵

但是,第 3 款关于受害国的定义规定,所有国家均有确认的权利声称受某一罪行损害,这种情况可能导致破坏性结果。⁶⁶虽然受害社会的概念具有逻辑和判例上的力量,并反映在联合国安全理事会维持国际安全与和平的责任中,但是一国在没有授予确认的权利的实体法律规则情况下,如何声称其有这种权利是不清楚的。此外,第 40(3)条草案关于所有国家个别地而非集体地受到刑事违法行为损害的概念就赔偿责任来说是令人尤其关注的。特别地,草案的“结构可能导致司法上”过份反应,“任凭某种国际警戒主义横行无忌”。⁶⁷事实上,似乎个别国家将获得全部赔偿权利,即使它无法指明据以提出其索赔要求的实体法性质的规则。见第 51 至 52 条草案。因此,多项索赔要求可能使那些的确可以表明损害的国家得不到足够的赔偿。

根据若干实体法律规则,特别是在人道主义法领域,所有缔约国都有能力要求停止非法行为,并要求向受害国提供赔偿。同时,一项不法行为可能主要影响到一个国家,但若干国家可能蒙受其广泛的损害(例如,伊拉克对科威特的侵略主要使科威特受害,但若干其他国家及其国民在这次侵略中也受害)。如果一项不法行为对若干国家造成广泛损害,则在确定损害赔偿额时应考虑到不法行为的后果,而不是其抽象的严重性。⁶⁸但是,被认为有确认的索赔权利的一批国家应限于那些已指出某一法律规定(条款草案除外)授予它们这类权利的国家。

⁶⁵ 《西南非案》(第二阶段),1966 年 7 月 18 日的判决,《国际法院判例汇编(1966 年)》,388(Jessup 的异议)。如 Jessup 法官指出,在某些“被接受的既定情况”下这可能是真实的,即使该国不表示“个别偏见或与一般利益相区别的个别实质性利益”。《西南非案》,第 388 页。

⁶⁶ 比较 B. Simma 著作,“国际罪行:损害和反措施”,在 Weiler、Cassese 和 Spinedi 等编著的《国家的国际罪行》,283、285(1989 年)(其中讨论“社会利益”概念)。

⁶⁷ 同上,第 299 页。

⁶⁸ 此外,条款草案已不言明地对各种违法行为的严重性加以区分。根据习惯法,违法行为的后果取决于违法行为的性质。第 44(1)条草案规定受害国有权要求补偿“该行为所造成的损害”,而补偿是根据使受害国恢复受害前状况所需金钱来衡量的。因此,不知道国家罪行概念对于因违背一项国际义务而提供赔偿的问题究竟有何增益。

第二章. 受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务

蒙古

蒙古认为,关于受到非法损害的国家的权利的定义方式是可以接受的。

第 41 条. 停止不法行为

法国

关于第 36 条,考虑到第 41 条的规定,法国建议拟订新案文。第 41 条可以删掉。

联合王国

目前草拟的本条款草案规定只有实行不法行为的国家应停止其不法行为。联合王国政府认为宜在评注中载明,其行为违背国际义务、但其行为根据草案第 29 至 35 条开脱的国家仍然有责任依照其国际义务行事,如果它在产生辩护的情况不复存在时没有立即这样做,还负有国际责任。

第 42 条. 赔偿

蒙古

蒙古欢迎条款草案中所反映的全额赔偿原则。在这方面,蒙古要强调,赔偿不仅可以、而且应当包括利益,适当时还应包括损失的利润。

第 1 款

法国

法国提议将“原状”二字改为“以胶所存在的状况”。

德国

除了上述的疑虑之外,德国同意第 1 款所载的基本规则,即受害国有权得到以所述形式提供的充分赔偿。但是,根据国际习惯法,受害国是否有权得到“保证不重复”,尚存疑问。“单独或配合”用语看来对具体案例中采取何种赔偿形式提供了一些灵活性。对所有情况都强加保证不重复的义务,肯定超越了按照国家惯例认为是合适的界限。

美国

虽然条款草案重申了提供赔偿的习惯义务,但它们也产生了几个重大的漏洞,可能会被不法行为国利用来规避第 1 款草案所指明的“充分赔偿”要求。

第 1 款草案似乎正确地表明,不法行为国除了依习惯法规定和第 41 条草案要求停止非法行为外,还有义务向受害国提供“充分赔偿”。但是,国际法委员会都对充分赔偿的一般原则提供了两个可能是有重大意义的例外。

第 2 款

法国

法国提议将“以其名义提出索赔的该国国民的”改为“实施外交保护国家的国民”。

.....

关于第 42 条第 2(b)款条文应具体提到外交保护。

联合王国

联合王国政府认为草案第 42 条基本上不引起争论,但是他们对于第 2 和第 3 款有所保留。这两款引起的问题是确定赔偿究竟是一般国际法问题还是作出确定的特殊机构的权力问题。虽然他们认为可以允许国家设立一国际法庭并就其必须对赔偿采取的做法给予具体指示,但认为规定有关赔偿的一般原则可能有一些好处。

第 2 款规定在确定赔偿时应该考虑到受害国(或其受害国民)的过失或故意的“行为或不行为”。这些因素本身没有争论性。然而,很难理解为什么专门特别提到过失和故意的不法行为。由于条款关切的是作为整体的赔偿而不仅仅是补偿,诸如受到违反的规则的性质和意图保护的利益的性质等也可能被认为同样值得特别指出的其他因素。此外,联合王国政府担心这项关于表面上是共同过失原则的条文企图将实质上是国际法的特殊实质规则一方面的问题作为一项国家责任一般原则处理。联合王国政府希望委员会能够重新考虑该条款。

关于赔偿的第 3 款禁止一国居民维持生活的手段这点问题较大。在确认对自然资源行使主权的情况下,剥夺维持生计手段具有某种意义,但在这里没有任何明确的意义。第 1 款确定了赔偿的定义,其中包括恢复原状、补偿、满足以及承诺并保证不重复。该条款完全没有授权法庭没收一国的生产手段。恢复原状是恢复到以前的状况;补偿是金钱问题,而不是维持生活手段问题;其他的补救办法不是物质的。因此,第 3 款只是不确切地指补偿。但不确定设想的财政困难程度是什么,也不确定如何断定任何特定案件已达到这种程度。例如这个程度对所有国家是否一样?可否考虑到国家在国外拥有的资产?此外,如果第 42 条第 3 款的真正问题是偿付能力,则很难理解为什么这种能力不能成为所有案件的一项因素,不管是否认为居民有可能失去其维持生活的手段。

联合王国政府认为宜拟订一项关于作出赔偿的原则声明并应指明受害国不能坚决要求特定种类或程度的赔偿。他们认为可以建设性地修改草案第 42 条。可以拟订另一项条款,规定必须执行取得不管何种方式赔偿的权利,但除其他事项外,必须考虑到规则的重要性的规则和规则所保护的利益的重要性、违反的严重性(也许包括有关过失或故意的不法行为的程度)、依照国际法和国际正义原则维持国际和平与安全达成国际争端解决的必要。然后该条款可以声明在确定赔偿应采取的确切方式时,应考虑到强制实行的赔偿方式对作出赔偿的国家施加的负担与受害国从其他赔偿方式得到的利益比较不得完全不成比例。

美国

第 2 款笼统地规定应该“考虑到”受害国或国民“起到损害作用的过失、或故意的行为或不行为”。不能肯定这一款是旨在强加一个共同过失概念——如以习惯法处理,这可能完全抵销了不法行为者的责任,⁶⁹还是预见到在某种程度上会局部偏离“充分赔偿”标准。第 42 条第 2 款草案可以理解为纳入了一项共同过失标准,使不法行为国仅以假设受害国有过失为由而能够规避赔偿的义务。我们料想这种标准是大多数国家所无法接受的,而美国也认为它是不能接受的。

对第 2 款的评注暗示起草者可能拟表示一项比较过失原则。⁷⁰美国体会到受害国或国民对其损害赔偿程度负有一定责任的情节,所引起的种种困难。⁷¹但是,比较过失概念在关于国家责任的国际法中未予确立,也没有在第 42(2)条清楚阐明。⁷²更重要的是,比较过失引进了一个不确切的概念,可能会被不法行为国滥用,因为该国可能辩称比较过失原则应予适用,以免除其提供赔偿的责任。

第 3 款

法国

第 3 款应删除。赔偿条款没有明显的理由列入这一规定。

德国

德国政府倾向于同意第 3 款所载的规则在国际法和条款草案范围内具有效力。正如国际法委员会第四十八届会议的报告所指出的,历史上存在着充分赔偿的负担沉重到危害有关国家整个社会制度的事例。⁷³德国政府还同意关于第 3 款与停止的义务或归还从受害国非法取得的领土等义务没有任何联系的判断。

对国际惯例全面审查后就会发现,充分赔偿的原则主要适用于给予个人的仲裁性赔偿,而不是战争一类的具有灾难性后果的违法行为。在这种情况下,若有裁决,也不是对所遭受的每一项损失给予充分赔偿。⁷⁴

⁶⁹ (例如参看 Dobbbs 著作,《侵权行为与补偿:损害的个人追究责任和社会责任》,256(第 2 版,1993 年))。

⁷⁰ 见第 278 页的评注(“认为行为国应对所有损害负赔偿责任既不公正也不符合因果关系理论的适当适用”)。

⁷¹ 举例来说,与合同法规则比拟,一个受害国在某些情况下可能有义务要减少其损害赔偿额。例如参看 1 M. Whiteman 编著,《国际法中的损害赔偿》,199-216(1937 年);G.Aldrich 编著,《伊朗-美国索赔法庭判例法》,300-03(1996)。

⁷² 评注,第 278 页,脚注 160。

⁷³ 见《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 123 页,第 42 条第 3 款评注第 8(a)和(b)段。

⁷⁴ 见 Tomuschat, *Gegenwartsprobleme der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen*(1994 年),第 11 页起。

另一方面应该提及安全理事会第 662(1990)号和第 687(1991)号决议宣称,进行侵略的一国有责任作出充分赔偿。委员会似应从执行这些决议的方法中得出一些结论。

联合王国

见第 2 款。

美国

第二个漏洞由第 3 款造成。第 3 款在习惯国际法中并无依据,它表明“赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段”。虽然要求迅速赔偿可能会导致社会严重不稳定的极端情况出现,但第 42 条第 3 款的文字可以提供法律和修辞上的基础,使不法行为国设法规避任何提供赔偿的义务,即使它有能力和这样做。这条草案的公式过于主观,为滥用打开了许多方便之门。评注暗示“一些成员反对写入第 3 款”。见第 279 页的评注。美国赞成反对者的意见;将第 42 条第 3 款写入条款草案内是不能接受的。

第 43 条. 恢复原状

法国

法国的意见是,用“恢复以前存在的状况”一词比“恢复原状”好,因为“恢复原状”可意味单纯地归还一物件或一个人。

法国提议将标题、开头部分和(c)项中的“恢复原状”改为“恢复以前所存在的状况”。

法国提议删除(b)项。(b)项提到“一般国际法的强制性规范”是不恰当的。而且也很费解:恢复合法状况如何会抵触“一般国际法的强制性规范”呢?

(d)项应删掉,因为与(c)项规定比较,该项并无增加任何内容。

美国

恢复原状一直是国际法中的一项重要补救办法,在不法行为国非法强占领土或历史上或文化上珍贵财产的案件中起着特有作用。⁷⁵ 然而,补偿似乎是国家实践和国际判例法中优先选择和实际的赔偿形式。⁷⁶

但是,第 43 条草案规定了两种例外。国际法委员会对此加以澄清可能会有助益。(c)项规定“受害国从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与引起的负担完全不成比例”。这种例外可能使国家能够在适当情况下规避恢复原状的义务。如果对“负担完全不成比例”一语不加界定,这个例外将会损及在某些情况下恢复原状是优先选择方式的有用原则。

⁷⁵ 例如参看《霍茹夫厂案》,47;《柏威夏寺案》(柬埔寨诉泰国),《国际法院判例汇编,(1962年)》,6,第 36-37 页。

⁷⁶ 例如参看 Brownlie 著作,211(“还有一点很明确,在实践中,特定的恢复原状属于例外”)(原文予以强调)。

(d)项规定,如恢复原状将“严重危害”不法行为国的“政治独立或经济稳定”,则不要求恢复原状。这些广泛的条件如不加界定,而且如在国际实践中未有确定的依据,则它们不会为受害国提供任何补偿,只会使设法规避提供适当的补救办法的不法行为国满怀希望。鉴于在实践中补偿与恢复原状相比是优先的选择,因此(d)款可能只具有相对有限的实效,但写入一些规定可规避责任的广泛概念,很可能会产生超越第 43 条的狭义范围的影响。美国敦促国际法委员会删除这项规定。

乌兹别克斯坦

第 43 条开头部分应反映下列规定:如果国家无法恢复有个别标示的价值物,则应根据相互安排,以同样的其他价值物取代。

第 44 条. 补偿

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

可以指出,特别是就第 44 条来说,涉及评估赔偿金的问题既十分复杂也非常重要。北欧国家认为,根据习惯法的编纂而提供的某些指导,在这方面也许会是有利的。

法国

1989 年特别报告员曾构想⁷⁷ 各种不同的赔偿形式,但本条删节较多,全部没有列入。值得恢复较具分析性的案文,增列以前案文所含的因素。本条现有过分精简的草案与第 45 条和第 46 条的详尽程度截然不同。

德国

见第 45 条。

蒙古

蒙古欢迎条款草案中反映的充分赔偿原则。在这方面希望强调一点,就是赔偿不仅可以而且应该附带利息,并适当包含利益的损失。

联合王国

联合王国政府认为,只要索赔者受到实际损失,利息付款不是一项非强制事项,而是一项义务。因此应相应修改草案第 44 条。

美国

第 44 条草案阐明了反映在习惯国际法和无数的双边和多边协定内的一项确立已久原则:不法行为国如不恢复原状则必须提供补偿。常设国际法院在《霍茹夫厂案》中清楚阐明了这项原则,它指出适当的补救办法是“恢复原状,或如不可能的话,

⁷⁷ 见第二次报告,A/CN.4/425,第二章,《国际法委员会年鉴》,1989 年,第二卷(第一部分),A/CN.4/425 和 Add.1 号文件,第二章。

则付出相当于恢复原状所应承担价值的款项”。⁷⁸ 这项原则也适用于非法致死案件。⁷⁹ 第三个组成部分是精神损害赔偿,将在下面讨论(见第 45 条)。⁸⁰

第 1 款

法国

救国提议将“原状”二字改为“以前所存在的状况”。

第 2 款

法国

法国提议案文修改如下:

为了本条的目的:

“国际不法行为造成的可赔偿损失是与此种行为有关的任何损失,且其因果联系未有间断。”

美国

但是,第 44 条草案第 2 款却对“可从经济上加以估价的任何损失”的要求规定了一项不能接受的限制条件,指明补偿“可”包括利息。特别报告员确认国家实践和文献“似乎均赞成除补偿本额外还应裁定利息。”⁸¹ 但第 44 条草案本身却暗示不必给予利息。这种暗示不仅与关于这一主题的绝大多数判例法大相径庭,而且也破坏“充分赔偿”原则。国际实践的众多事例均赞成提供利息。⁸² 反映关于补偿的习惯法的当代最重要例子可以在伊朗-美国索赔法庭的裁决中找到,该法庭一贯裁定利

⁷⁸ 参看《霍茹夫厂案》,47。另参看 F.V. Garcia Amador(特别报告员)所引述的案件,《关于国际责任的第四次报告》,联合国文件 A/CN.4/119 号(1959 年 2 月 26 日),46-54; F. A. Mann 著作,《国际法研究》,475-476,(1973 年)。

⁷⁹ 参看《卢西塔尼亚案件》(美国诉德国),混合索赔委员会,一般性行政决定和意见,14、19-20(1923 年)(其中认为补偿除别的以外,将包括“(a) 死者如未被杀很可能会为索赔者提供的数额...[和](b) 死者在照顾、教育或监督索赔者方面的个人服务对索赔者在金钱上的价值”。

⁸⁰ 另参看《根据 1941 年〈争端解决条约〉召集的智利--美国委员会:就关于对莱特列尔和莫菲特的死亡责任的争端所作的决定》,《国际法材料》,第三十一卷,第 1 页(1992 年)。安全理事会申明了伊拉克须对海湾战争所引起的损害赔偿负责的原则。见安全理事会第 687 号决议。美国曾在若干非法致死案件中适用它所主张并用以与其他国家达成解决的卢西塔尼亚标准。例如参看“非法致死的[损害赔偿] 美国-伊拉克:美国舰 Stark 号”,在 M. Nash 编著的《1981-1988 年美国在国际法中的实战的累积汇编》,2337-2340(讨论美国因伊拉克袭击美国导弹驱逐舰斯塔克号而提出的索赔要求)。

⁸¹ G. Arangio-Ruiz(特别报告员编写的《关于国家责任的第二次报告》,联合国文件 A/CN.4/425,57-59。

⁸² 例如参看《温布尔登号案》,《常设国际法院判例汇编(1923 年)》(A 集)第 1 号、15、33;《霍茹夫厂案》,47;《伊利诺斯州中央铁路公司诉墨西哥合众国案》,4;《国际仲裁裁决汇编》第 4 卷,第 134、137 页(1926 年 12 月 6 日)。

息为“它有义务要判决的‘索赔要求’的组成部分”。⁸³ 同样,负责评估损害和就伊拉克侵略科威特所引起的索赔要求裁定赔偿额的联合国赔偿委员会决定“利息的裁定将从所受损失之日起至付款之日止计算,利率应足以补偿胜诉索赔者因未能使用裁决的本金而蒙受的损失”。⁸⁴ 少数几项相反的决定并不减损国际实践和仲裁中几乎被普遍接受的必须在裁决中提供利息的原则。

国际法委员会应填补这个漏洞,表明补偿“应包括利息”,因为这样的陈述将清楚正确地表明国家法律和实践的内容。如不对第 44 条第 2 款草案作出这一修正,美国认为第 44 条不会反映关于补偿的习惯法,而实际上将是关于赔偿的国际法的倒退。

第 45 条. 满足

蒙古

蒙古认为,关于满意、保证和保障不再犯的规定极为重要。

第 1 款

德国

根据第 1 款,一国有权就应国际不法行为造成的损害,特别是精神损害要求获得满足。德国政府同意,一国可以就其国民受到的精神损害要求赔偿。精神损害本意是指受到的精神刺激和创伤所造成的损害,赔偿通常包括金钱补偿。⁸⁵ 但是这实际上是一种赔偿方式,而不是满足方式,所以委员会应该考虑将它放入第 44 条。

就国家的精神损害而言,情况就不那么肯定。⁸⁶ 德国倾向于同意,以金钱赔偿作为满足的形式来补偿一国的尊严受到的损害是有道理的。但是德国政府反对将“惩罚性损害赔偿”的观念放进国家责任的范畴。国家惯例和国际法学均不支持以提供满足作为一种惩罚。

⁸³ 例如参看《伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案》,第 65-A19-FT 号判决(1987 年 9 月 30 日),16,《伊朗-美国索赔法庭判决汇编》,285、289-290(其中还指出“仲裁法庭依习惯裁定利息作为裁定损害赔偿的一部分,虽然仲裁协定没有任何明文提及利息”);《麦科洛股份有限公司诉邮政、电报和电话部等案》第 225-89-3 号裁决(1986 年 4 月 22 日),11,《伊朗-美国索赔法庭判决汇编》,3、34。

⁸⁴ 《利息的裁定》,联合国赔偿委员会理事会 1992 年 12 月 18 日第 31 次会议作出的决定,联合国文件 S/AC.26/1992/16(1993 年)。

⁸⁵ 见《1993 年国际法委员会年鉴》第二卷(第二部分),英文本第 71 和 76 页。

⁸⁶ 见 *Corfu Channel* 案,《1949 年国际法院案例汇编》,英文本第 36 页:“法院……判定由于英国海军在阿尔巴尼亚水域的行为……,联合王国侵犯了阿尔巴尼亚人民共和国的主权;法院这一宣判本身构成恰当的满足。”另见:United Nations Secretary-General Ruling on the *Rainbow Warrior Affair*(法国和新西兰),《1987 年国际法律材料汇编》,英文本 1346 页:该裁决没有说明 700 万美元的“赔偿”是否包括“精神损害赔偿”(新西兰要求精神损害赔偿,同上,第 1353 页起,但是法国以法律理由予以拒绝,同上,第 1362 页起)。

美国

如第 45 条草案所意味的,精神损害赔偿是不法行为国提供充分赔偿的义务的一部分。这项原则可见诸国家实践的许多方面。⁸⁷评注指出“国际法庭如认为必要,一向都裁定私人当事方所受的精神损害应获得金钱上的补偿”。⁸⁸

精神损害赔偿相当于精神打击和痛苦所造成的伤害,以金钱偿还,这正是因为它们代表索赔者所受实际伤害的一种补偿形式。⁸⁹但是,这些赔偿却被放在关于“满足”的条款内,并似乎受其中的限制约束。如先前所述,第 45 条草案违反了习惯国际法。美国建议国际法委员会解决这个问题,不要将精神损害赔偿置于满足的范围内,而将其放在第 44 条草案关于补偿的规定下。此外,草案应澄清精神损害赔偿只包括对精神痛苦和创伤的赔偿。⁹⁰不然的话,关于精神损害赔偿的规定不会反映习惯国际法,并因而依然是不能接受的。

第 2 款

奥地利

尽管作为违反国际法行为法律后果的惩罚性赔偿概念似乎不为国际上的国家惯例所证实,但存在于一些国内法律制度中。所以,国际法委员会不妨再对有关国家惯例加以研究,以便清楚说明第 2 款(c)项是否不应删除。

然而,奥地利认为,第 2 款(d)项所载概念值得进一步深入研究。此外对不法行为负责的国家起诉对严重渎职造成此项不法行为负责的个人的责任作为履行义务的形式,也应加以研究,以更好地反映最近的国家惯例。现在有越来越多的多边文书强调各国有责任起诉或引渡对这些文书所规定的不法行为负责的个人。

捷克共和国

最后,委员会还宜于重新研究在发生“罪行”时是否实行惩罚性损害赔偿的问题,对此应予深入研究。自从特别报告员加西亚·阿马多尔在 1956 年的第一份报告⁹¹中以内容丰富的段落探讨这一问题以来,国际法委员会已多次讨论过此点。确实,惩罚性损害赔偿的概念在某些国家法系中是并不存在的,但在分析国际责任时,这不至于造成严重障碍,因为同国内法不同责任制度相较国际责任是自成一格的。不能不承认:在国际一级,当事方曾要求这类惩罚性损害赔偿、甚至在国际判例中有裁判这

⁸⁷ 例如见《精神创伤和痛苦赔偿金最高数额的确定》,联合国赔偿委员会理事会第四届会议 1992 年 1 月 24 日第 22 次会议作出的决定,联合国文件 S/AC.26/1992/8 (“决定 8”);智利-美国委员会第 23 和 31 段(裁定死者遗下的家属获得精神损害赔偿)。

⁸⁸ 第 291 页的评注。

⁸⁹ 参看《卢西塔尼亚案件》,15,(其中认为索赔者可以获得的非法致死损害赔偿的一个要素,就是“对因暴力中断了家庭关系而受到的任何精神痛苦或打击的合理补偿”)。

⁹⁰ 例如见联合国赔偿委员会决定 8。

⁹¹ A/CN.4/96 号,特别可参阅其中第 201-215 段。

一类赔偿的情况,即使那是一些罕见的案例,而且通常难以区分超过单纯的赔偿范围的真正惩罚性损害赔偿和为了补偿广义评估的精神损害而“慷慨”赋予的赔偿。某些较早的仲裁判决特意排除了惩罚性损害赔偿的概念(例如 1913 年的迦太基案或 1923 年的卢西塔尼亚案),其暗含的推理在如今已大大发展的国际法背景下是否完全适当,这无疑是值得思考的。

据初步推测在条款草案中引进惩罚性损害赔偿的概念,可以使关于“罪行”的责任制度具有极有用处的威慑作用;所涉及的各种问题无疑是确实存在的(特别是在犯有罪行的国家针对本国人民的“罪行”案例中,例如种族灭绝罪),但看来不是不可克服的。条款草案已经包含了一项条款(第 45 条第 2 款(c)项),该条似乎接受虽非严格与所受侵害程度、范围相符但反映受害国被侵犯权利的“严重性”的赔偿因此按评注的说法,即“超出和超过实际的损失”。第 45 条第 2 款(c)项的目的是规定“严重侵犯受害国权利的情形”,但从评注中不能明确看出委员会是否曾设想将它限于“罪行”的情况、或由于什么原因而没有这样做。因此我们认为,委员会可以同现在第 45 条第 2 款(c)项的规定一起重新审议在“罪行”情况下的惩罚性损害赔偿问题。

法国

法国认为,可增列新的第 2(a)款,提及由一个法庭认定国际不法行为的存在。还可以同时提及“表示遗憾”与“赔礼道歉”。

.....

法国提议增列新的(a)项如下:

(a) 独立于当事国的主管国际机构宣布该行为是不法行为;

法国提议在“赔礼道歉”之前增添“表示遗憾和”等字。

关于第 45 条,第 2(d)款应提到“纪律处分或刑事诉讼”,“惩罚”一词不恰当。

法国提议(d)项中“惩罚或纪律或处分”改为“纪律处分或刑事诉讼”。

瑞士

第 44 条规定补偿,也就是说,赔偿的方式之一。第 45 条则涉及另一种赔偿方式满足,其中第 2 款(c)项规定“在严重侵犯受害国权利的情况下”支付损害赔偿——即补偿。瑞士代表团想知道,第 45 条第 2 款(c)项是不是与第 44 条发生重复,因为后者已经处理补偿的问题。因此,瑞士代表团建议删去第 45 条第 2 款(c)项。

美国

美国也反对第 2(d)款和第 3 款。第(2)(c)款草案规定,“在严重侵犯受害国权利的情况下”,满足[可以采取以下...方式]:“反映侵犯的严重性的赔偿金”。这项规

定意味满足具有惩罚性功能,但这种功能在国家实践或国际判决中是没有依据的。⁹²

乌兹别克斯坦

第 45 条第 2 款应增加下列满足形式:“表示遗憾”和“对受害国表示特别敬意”。

第 3 款

美国

一项类似的关切是第 45(3)条的提法,其中表示满足的限度是不得“伤害”不法行为国的“尊严”。评注表示这项规定是重要的,以防止“强国把借口或与不法行为国的尊严和平等原则不相容的侮辱性满足形式强加于较弱的侵犯者”。⁹³但是,“尊严”一词却未予界定(而且可能极其难以作为一项法律原则加以界定),因此这项规定很容易会被设法避免提供任何满足形式的国家滥用。⁹⁴美国敦促删除第 45 条第 3 款。

第 46 条. 承诺并保证不重复

捷克共和国

同样还可以重新研究一下承诺和保证不重复的问题,这是赔偿可能极重要的因素,发生“罪行”时应加强规定赔偿的条例。的确,在此情况下,被违背的义务原则上是对维护国际社会根本利益具有根本重要性的义务;因此,应有权、有系统和无条件要求犯有“罪行”的国家适当地承诺和保证不重复,而在发生“不法行为”时,获取这类承诺或保证仍须按对个案情节的评估而定。

蒙古

蒙古认为,关于满意、保证和保障不再犯的规定极为重要。

乌兹别克斯坦

第 46 条应载有关于受害国有权得到保证的形式的规定。

⁹² 虽然一些学者查明在国际法下可以实施刑事制裁,例如参看 R. Jennings 和 A. Watts 编著,1,《奥本海姆的国际法论》,533(第 9 版,1992 年),但受害国一般都无法采取惩罚性措施和获得损害赔偿——即与要求停止一项违背一国责任的行动或要求就这项行动提供赔偿无关的措施和损害赔偿。例如参看 8,Whiteman 编著,《国际法中的损害赔偿》,1215。

⁹³ 评注,第 301 页。

⁹⁴ 比较《维也纳外交关系公约》第 29 条(规定保护外交人员的“尊严”免受(侵犯);《维也纳领事关系公约》第 31(3)条(规定保护领馆的“尊严”)。

第三章 反措施

[并参看第一部分第 30 条]

奥地利

关于反措施的第二部分第三章,在这些条款草案规定的程序方面,还需努力作进一步改善。

捷克共和国

反措施的概念包括受害国家可以对犯有不法行为的国家合法采取的各类措施。正如草案第 47-50 条所表明的,国际法委员会试图不要冻结在国际关系中使用反措施权利的现状(在很大程度上不令人满意的现状),而是制定清晰准确的规则,以加强防止滥用的规定。符合这个方向的要素之一,就是不把反措施视为受害国“权利”(以“权利”一词的本义解释)。的确,应在不考虑国家行为的不法性的情况下对分析这些反措施。这样,在条款草案第二部分第三章的规定与第一部分第 30 条之间取得了一致性。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

国际法委员会视反措施为当今国际社会结构不完善的反映,北欧国家对此表示同意,因为国际社会至今未能成功地建立一个有效的中央执法制度。因此,要避免使用以习惯国际法为坚实依据的反措施是很难的。在某些情况下,反措施的危险也许正好是制止国际不法行为的唯一有效的威慑。这是我们必须面对的现实,但为了加强对反措施可能受到滥用的保障,必须密切地监测国际不法行为所引起的这一手段性后果。

如果我们从和平解决争端的角度来看待反措施的概念,则可以从这种处理方式得出两项主要结论。第一,如果冲突各方之间存在着强制性的争端解决制度,则没有采取反措施的任何余地。第二,使用武力并不是强制行使自己的权利的合法手段。我们在反措施这方面突出使用武力的问题,也是为了对和平时期的反措施概念与这一概念在战争时期——或用联合国术语来说,武装冲突时期——的适用性作出区分。这种区分进一步支持国际法委员会所通过的、北欧国家认为是正确的用语,即反措施一词用于和平时一国单方面采取的强制行动,而具有更多特定价值的“报复”一词则用于战争法方面,因为它已出现在《海牙公约》和《日内瓦公约》的有关规定中。

根据上述推理,北欧国家希望强调不应把反措施作为惩罚性措施来使用,而应视其为旨在促使不法行为国恢复守法的一种补救。但即使在这种界线范围之内,北欧国家也认为必须以极为谨慎的态度对待反措施的问题。我们应当永远铭记,这种法律机制有利于强大的国家,因为在多数情况下,它们是拥有使用反措施来保护自己利益的手段的国家。

法国

条款草案第二部分第三章提到了反措施的问题。法国对在一系列讨论国家责任的条款草案中提到反措施表示怀疑。与责任有关的制度只应包括旨在赔偿所受损害

的措施,因此,不应包括与反措施,制裁或集体反应等有关惩罚的条款。在任何国内制度中,不腐化是民事还是刑事责任都不包括执行的方法。因此,在与责任有关的一系列条款草案中根本不适宜列入这些条款。尽管可以肯定的是,反措施有赔偿的内容,但它们也有保护和惩罚的含义。另一方面,国际法委员会对反措施规定进行专题研究可能是有一些道理的。

在这方面,法国指出,在条款草案中,采取反措施被认为是合法的,但条件是必须满足若干特定条件。法国赞同这种做法。

德国

委员会将反措施问题列入草案第二部分,并且从总体上在受害国的权利和利益与遭受这种反措施的国家的权利和利益之间小心地达成平衡,是值得称赞的。不过,在一些方面,第二部分第三章内有关禁止没有道理的或过分的反措施的实质性和程序性保障措施的条款草案,似乎偏向实行了不法行为的国家。整个来说,应该从以下假设出发,即选择采取反措施的国家在正常情况下是本着诚意的,因为它其实是要求对它已经承受或仍在承受的伤害作出补偿。⁹⁵

爱尔兰

委员会在条款草案第 30 条和第 47 至 50 条处理反措施(报复)问题,我们认为在审查国家责任的范围内处理这个问题是适当的。此外,爱尔兰认为委员会澄清这个领域的习惯国际法现有规则并且制定法律,不仅合乎需要,而且是可行的。

根据一般习惯国际法,受害国在回应所受的伤害时,有权采取一些假若他国不是违反国际法在先,本为不合法的措施,由于国际社会处理国家违法行为的中央机构少之又少,而且审理范围有限,所以我们理解,必须允许个别国家在这种情况下采取某种行动以保护它们的利益,并且认可这种行动可以包括采取一些假若不是在这种情况下,本为国际违法行为的措施。

不过,为了尽量减少反措施的可能滥用,预防国家间的争端升级以及确保尊重法制,我们认为最重要的是,对各国可诉诸反措施的情况以及可采取措施的性质和范围必须加以限制。

蒙古

第三章所载的关于反措施的规定,对于国家责任体制很重要。这方面的各种条件和限制,似乎已认真地考虑到国际法的一般原则。蒙古希望根据对国际罪行与轻罪两种不法行为的区别所作的最后决定,重新审查有关反措施的所有相关问题,因为目前这个关于反措施的体制正是基于这种区别。

联合王国

⁹⁵ 见 Simma, “Counter-measures and dispute settlement: A plea for a different balance”, 《欧洲国际法学报》,1994 年,第 102 页。

联合王国政府对条款草案内关于反措施的原则表示关心,因为这些原则特别不适用于不属双边争端的情况。举例来说,如果遭受违背的原始义务是普遍适用的义务,或在一些其他方式上是对几个国家应尽的义务,那么比例性问题就很复杂。几个国家可能采取反措施,但主要受害国可能决定不采取反措施,或甚至同意违背义务的情况。

.....

联合王国政府还表示(见第 30、48、50 和 58 段)并不相信有必要通过这些条款草案补充草案第 30 条就反措施问题作出的说明。反措施问题很复杂并可能宜于留待另作研究,单独进行或连同国家单方面行为的研究进行。联合王国政府非常希望删除草案第 47 条至 50 条,并在不损害上述观点的情况下对这些条款提出以下意见。

美国

国际法普遍允许反措施,以使不法行为国履行其国际义务。对反措施的限制远未明确,不过一般的共识是应适用相称性和必要性原则。在这一节,美国建议国际法委员会(a) 阐明反措施的定义;(b) 实质上修订有关反措施的解决争端规定;(c) 重订相称性规则;(d) 删除或实质上修订关于禁止反措施的规定。

.....

美国同意,按照习惯国际法,一个受害国采取反措施“以促使[不法行为国]遵守应负的义务”。⁹⁶此外,美国同意在习惯国际法下反措施必须受必要性和相称性原则管辖。不过,第三章在整体上限制了反措施的使用和目的,施加了一些在习惯国际法上没有依据的限制,而这是不能接受的。

第 47 条. 受害国的反措施

捷克共和国

捷克共和国注意到,经争议颇多的辩论后,第 47 和 48 条业已订正;它还认为在二读时,国际法委员会应当十分审慎和小心地重新审议其内容。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

第 47 条实际上规定,如果关于停止/赔偿的要求未得到满足,受害国有权采取反措施,但须遵守随后几项条款所规定的条件。我们觉得这些条款不容易理解,而且它们强调采取反措施的应有权利。我们认为,如果将第 47 条至第 49 条合并为一项条款,标题是“采取反措施的条件”,则更符合逻辑和谨慎的态度。这样,该条一开始就可以这样规定:“各国无权采取反措施,除非符合下列条件”,并继而指出合法采取反措施必须符合以下条件:

⁹⁶ 见第 47 条第 1 款草案。另参看《美利坚合众国与法国之间 1946 年 3 月 27 日空中服务协定案》,18,《国际仲裁裁决汇编》,417、443(1978 年)[下称《空中服务案》](其中指出一个受害国“有权……通过‘反措施’以申明其权利”)。

- (a) 实际存在国际不法行为;
- (b) 受害国已事先提交抗议并要求停止/赔偿;
- (c) 不法行为国拒绝关于通过友好解决程序、包括具有约束力的第三方程序来解决争端的建议;
- (d) 受害国适当和及时地表达了其采取反措施的意向;
- (e) 相称性,即受害国所采取的措施不应与国际不法行为的严重性及其后果不成比例。

第 1 款

法国

第 47 条杂乱无章。第 1 款列出定义,似乎与其他两款,特别是与第 3 款无关。第 3 款内容可以接受,但不适宜列在本条内(A 国显然不可以因 B 国对其实施的行为对 C 国进行报复)。

爱尔兰

爱尔兰同意委员会在第四十八届会议工作报告⁹⁷所表示的意见,即不可采取反措施对违反国施加惩罚,此种自助措施的目的在于使违反国停止其国际违法行为,和(或)对所造成的伤害作出赔偿。此外,我们认为反措施的目的应有此种限制,并且建议为了避免产生疑问起见,在第 1 款添加内容类似下文的一句话:

“这不包括采取惩罚性措施。”

第 3 款

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

还应当在一项单独的条款中强调,采取反措施只是为了针对实行了不法行为的国家,不能针对第三国。

法国

见第 1 款。

爱尔兰

爱尔兰大体上同意草案第 47 条关于采取合法反措施的条件以及反措施的合法性与对第三国应尽义务之间的关系的规定。然而,我们建议对该条第 3 款略作修正。这一款所处理的,是一项反措施涉及到违背对第三国的某项义务的情况,并且明言不得以有关行为是对另一国的合法反措施作为违背对第三国的某项义务的理由。

⁹⁷ 《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第三章,D.2,第 47 条评注,第(2)-(4)段。

由于针对某一国的反措施可能使其他国际人士和机构(例如政府间组织)受害,所以我们提议将这一款内的“第三国”改为“第三方”。

第 48 条 与采取反措施有关的条件

捷克共和国

捷克共和国注意到,经争议颇多的辩论后,第 47 和 48 条业已订正;它还认为在二读时,国际法委员会应当十分审慎和小心地重新审议其内容。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

见第 47 条。

法国

第 48 条草案措词不妥。法国建议重拟如下:

1. 决定采取反措施的受害国在反措施生效之前应:
 - (a) 提交一份理由充分的请求书,要求犯下指称的国际不法行为的国家履行其义务;
 - (b) 将打算采取的反措施的性质通知该国;
 - (c) 同意与该国有真诚谈判。
2. 受害国仍可自发出此种通知之日起临时实施维护其权利所必需的这种反措施。
3. 国际不法行为停止后,如果当事国已开始具有约束力的解决争端程序,根据这程序可以发布对当事国具有约束力的指令,则受害国应暂不采取反措施。
4. 实行了国际不法行为的国家如果不履行由解决争端程序产生的命令,则暂停采取反措施的义务应予终止。]

爱尔兰

爱尔兰认识到本条的规定在委员会中引起大量辩论和争议,并且相信在各国间也会同样引起争论。尤其是许多国家不大可能接受任何关于遵守条款草案第三部分关于解决争端的规定的义务,同时爱尔兰政府怀疑将关于反措施的条件与这些规定关连起来是否明智。我们当然接受关于各国应以不危害国际和平与安全及正义的方式和平解决国际争端的原则是国际法的一项基本原则,而且这项原则应反映在关于诉诸反措施的条件。这意味着在采取反措施之前,认为本身受他国国际违法行为伤害的国家通常应与违反国谈判,使该国停止违法行为和(或)为此作出适当赔偿;只有在违法行为继续下去或者将不会作出适当赔偿的情况下,反措施才能视为必要,受害国从而有权诉诸反措施。我们认为,在目前分散的国际法制度下,各国愿意在采取反措施以前承担任何更广泛义务的可能性并不大。

此外,在有些情况下,受害国想保留未经事先谈判即诉诸反措施的自由,即当它认为这种行动对维护其利益为必要时,委员会处理这种情况的办法是,容许受害国采取为维护其权利所必需的临时保护措施。如没有第三方来确定在某一情况下这种措施

确为必要,则难于维持临时措施与反措施之间的区别,事实上也许只会激发国家间的进一步争执而已。

瑞士

瑞士代表团对于反措施方面解决争端的条款感到满意。

联合王国

联合王国政府认为,在隔了一段时间、清楚地暗示国家已放弃其采取反措施的权利之后,国家不得采取反措施这点原则上是正确并且在政策上是可取的。他们建议,如果必须保留这章的条款草案,国际法委员会应考虑增列一项相当于《维也纳条约法公约》第 45 条的规定,禁止国家在对其权利的违反情事默许之后采取反措施。联合王国政府再次注意到必须特别注意在多边争端情况下的反措施问题。

美国

根据习惯国际法,在采取反措施之前,应提出停止不法行为或赔偿的要求。⁹⁸ 不过第 48 条在两个重要方面却超出习惯国际法的范围。

.....

整个第 48 条应至少被编入一项解决争端任择议定书内。作为一套强制性条件,它在习惯国际法上是毫无根据的,而且损害国家通过采取反措施申明其权利的能力。

第 1 款

奥地利

奥地利代表团过去在大会中指出,受害国采取反措施以前有义务寻求解决争端措施,这种观点已反映在重新拟订的第 48 条第 1 款中,奥地利对此表示欢迎。

又见第三部分。

捷克共和国

采取反措施并非实行国际不法行为直接和自动的后果。它取决于受害国对它认为不法的行为事先给予的定义,和提出停止及赔偿的要求。只有向侵害国提出的上述要求未得到令人满意的答复时,才可以考虑采取反措施。这些先决条件的作用是减少过早地、亦即滥用反措施。捷克共和国正是从这个意义上解释第 48 条第 1 段的规定,该段要求受害国在采取反措施前履行谈判义务,除去涉及临时性“保护”办法的情况,而暂停采取“保护”办法将使反措施失去作用。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

⁹⁸ 例如参看《加布奇科沃——大毛罗斯案》(前引书,脚注 5),第 84 段(“受害国必须要求实施不法行为的国家停止其不法行为或对此给予赔偿”);《空中服务案》,第 420 页。

也不妨特别提及临时保护措施的概念。

法国

法国认为,采取反措施应尽可能与和平解决争端的进程联系在一起。在这点上,第 1 款中提出谈判义务(第 54 条的规定)是恰当的。

德国

第 1 款规定,采取反措施以前,受害国必须履行与实行了不法行为的国家“谈判的义务”。德国政府对于在采取反措施以前进行谈判的义务是否是国际法的一项公认原则存有一些疑问。根据习惯国际法,似乎在实行反措施以前只须要求停止或赔偿。国际法院最近确认了这一原则,指出“受害国必须已经要求实行不法行为的国家停止其不法行为或为此作出赔偿”。⁹⁹ 要求受害国在用尽友好解决争端的所有手段之前不采取和平的反措施也是相当不合理的。

与此同时,德国政府还注意到,第 1 款并不妨害受害者采取维持其权利所需的“临时保护措施”。但是,在实践中难以将临时措施与真正的反措施区分开来。受害者可能采用它认为仅仅是“临时保护措施”,而目标国则可能认为这些反应构成正式的反措施,须事先进行谈判。已有人表示关切,新一类的“临时措施”可能为有人企图规避传统上对采取报复行动所作的限制开了方便之门。

联合王国

如下文解释,联合王国的结论是,关于解决争端的整个第三部分应当删除,这与联合王国对法律争端的强迫性第三方解决的一般态度无关,联合王国政府坚持这种态度一如既往。相反,它与第三部分很可能产生阻止各国广泛接受条款草案的作用有关。这在草案把关于解决争端的规定同反措施规定联系的方式上看得再清楚不过。习惯国际法并不要求国家在采取反措施之前进行谈判,或甚至要求国家在谈判进程中放弃反措施。第 1 款建议对国家施加新的、站不住脚的约束,这在瞬息万变的现代世界是不切合实际的、乌托邦的想法。联合王国政府又认为提到“临时性保护办法”是措词不当,这样可能暗寓同国际法院的临时性办法存在概念上的联系,联合王国政府认为这是彻底的误解。

美国

第 48 条连同第 54 条草案规定受害国在采取反措施之前应设法谈判。不过,习惯国际法却没有规定一个受害国在采取反措施之前应设法谈判,也不禁止在谈判期间采取反措施。例如,审理《空中服务案》的法庭指出,“它不认为在国际关系的当今状态下,可能制订一项禁止在谈判期间使用反措施的规则……”。¹⁰⁰ 事先谈判的规定可能损害受害国的立场,使不法行为国能够强求谈判,从而拖延采取反措施,让它能够推卸其国际责任。

⁹⁹ Gabčíkovo-Nagymaros 项目案(匈牙利诉斯洛伐克),1997 年 9 月 25 日,第 84 段。

¹⁰⁰ 《空中服务案》,第 445 页。

草案针对此问题的办法是允许例外,可以采取“为维护[受害国的]权利所必需的临时性保护办法”,无须[事先谈判]。第 48(1)条草案。这个例外不明确,可导致试图适用例外的国家作出相反的结论。特别是,没有指明临时性保护办法是否象反措施一样,在不存在触发性不法行为时也视为非法。如不是非法,就无须提出临时性办法的原则。不过,要是临时性办法属于第 30 条草案的定义范围,但却在“全面反措施”的范围以外,¹⁰¹ 则不知道这些办法在具体情况下如何适用。¹⁰²

草案不应使反措施一节的临时性办法的意义产生争论,而应反映在谈判之前和谈判期间允许采取反措施的基本习惯规则。因此,我们促请国际法委员会澄清第 48 条草案,说明允许采取反措施,作为在谈判之前和谈判期间促使遵守义务的手段。¹⁰³

第 2 款

捷克共和国

要求受害国在采取反措施时履行按照草案第三部分规定的解决争端的义务、或采取在有关国家间有效的具约束力的任何解决争端的程序,在草案第二和第三部分间建立了一种相当严格的有机联系。虽然捷克共和国同意至少在事后监督反措施的合法性的想法,它仍然认为草案第 48 条第 2 段的义务似乎预断了草案第三部分关于解决争端制度的强制性。因此,各国可能发生的与第三部分建议的解决争端制度相关的问题,对关于反措施的实质性规则有直接后果。

美国

第 2 款有两个涉及草案的仲裁制度的缺点。首先,它指出“采取反措施的受害国应履行由第三部分引起的解决争端义务...”。这是指第 58 条第 2 款草案,其中指出在涉及受害国采取反措施的争端的情况下,“受到反措施的国家有权在任何时候单方面将争端提交”遵照条款设立的“仲裁法庭”。这类强制仲裁在习惯国际法上没有依据,实际上是行不通的,并会建立一个新的制度,据此可能迫使受害国将争端提交仲裁。受害国就另一国的不法行为采取反措施时必须遵行这一程序的规定,在国际法或政策上是毫无根据的。这个强制制度与第 58 条第 1 款草案确有不同,后者指明争端当事国可“通过协议”将在条款草案下的其它争端提交仲裁。我们认为此举在对待受害国和不法行为国方面造成严重不平衡。除了延长不法行为国可能继续违背其义务的期间外,这个制度还迫使受害国付出将争端提交仲裁的高昂代价。第 60 条草案因规定国际法院进行复审而使拖延问题更为严重。我们认为这个强制仲裁制度会迫使必须诉诸反措施的受害国付出不可接受的代价。

此外,第 48 条第 2 款草案规定“采取反措施的国家应履行”第 58 条第 2 款下的义务,或对当事国“具有约束力的任何其它正式生效的解决争端程序”。我们的理

¹⁰¹ 第 311 页的评注。

¹⁰² 评注提到例如冻结资产。以防止把资本调走的措施及“必须立即采取、否则很可能会完全无法采取的措施”(第 312 页)。这些例子可作为有用的说明,但只提供有限的指导。

¹⁰³ 评注不妨指出一个受害国在可行时应设法通过谈判促使不法行为国遵守其国际义务。

解是第 48(2)条仅是设法保存当事各国之间生效的其它现有机制。¹⁰⁴ 不过,如果第 2 款可解释为强加额外规定,则该条在习惯国际法上是没有依据的。例如,第 2 款不应被误解为同意诉诸解决争端程序,因为现行程序规定必须互相同意。这一结果是不能接受的。

第 3 款

美国

第 3 款规定“在以诚意执行”解决争端程序的情况下,应暂不采取反措施,但这项规定不明确,可导致进一步拖延和被不法行为国滥用。

第 49 条. 相称

奥地利

根据奥地利在法律编纂方面所主张的较“实际”的方式,相称这一因素似乎是极为关键的。当然,奥地利承认,只要不存在国际司法权力机构,相称原则的范围仍然是不能确定的,但可以进一步发展和完善相称概念。在另一方面,不可否认,一国可能引用相称因素来对抗采取反措施的国家,仅只这一事实就已提供了规范性效果。此外,国际法院的管辖权,特别是它关于核武器合法性的咨询意见和其中提到相称原则,显示了原则作为现有的国家惯例中的规范因素的重要性。

因此,国际法委员会的某些工作应专注于是否可能进一步完善关于相称的规定,至少国际法委员会应对整套条款草案提出评论。

捷克共和国

第 49 条所载列反措施必须相称的规定,是保证行使反措施的合法性的基本条件之一。在对罪行采取反措施的情况下,相称原则的作用就更重要了。一桩罪行的后果可在不同程度上使得国际社会受到影响,因此相称原则应个别适用于每一受害国家,恰如第 49 条现有案文表述的那样。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

见第 47 条。

法国

法国提议将“与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例”等字改为:

“与国际不法行为对受害国的后果及其严重程序不相称”

德国

¹⁰⁴ 见第 312-13 页的评注。

至于是否成比例的问题,德国政府同意,这项原则在理论上和法学上均已得到普遍承认。最近国际法院在其关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见¹⁰⁵中已肯定了这项原则。德国政府也同意,要对是否成比例这一问题作出评价,就必须考虑到大家认为与具体情况有关的所有因素。这种评价也必须考虑到所指控的违反行为的严重程度。

爱尔兰

爱尔兰同意委员会所说的一般习惯国际法认可相称性为反措施合法性的先决条件,也同意草案第 49 条从反面来写这项条件的做法。委员会若就该项条件的措词作进一步思考,说不定会有一些成果。近年来,一些国际机构,诸如欧洲人权法院等国际人权机构,曾针对特定情况深入研究这一准则并予以适用。参照这种作法,也许可能就这项检验准则拟出更精确的案文。草案第 49 条的现有措词似乎表示,在把相称性准则适用于反措施方面,唯一的适切性考虑是国际违法行为的严重性及其对受害国的影响。关于这一点,我们注意到,委员会在其第四十七届会议工作报告内说,反措施的目的是要促使违反国遵守义务,对决定反措施是否合法以及在何种范围内属于合法是相关的,并且认为“这个问题”不同于相称性问题。¹⁰⁶委员会似乎有以下的意思:反措施的目的对于考虑反措施的相称性并不相干。然而,如人权领域的国际判例法所显示,在决定一项措施是否相称时,措施的目的可以是一项相关的考虑。可合法地采取反措施使违反国停止一项国际违法行为和(或)为此获得赔偿,而赔偿可有多种形式。我们认为,反措施的特定目的以及可能要求的赔偿的特定形式确实可能与反措施的相称性问题相关。

我们又注意到,委员会在其第四十七届会议报告内同时指出,案文末尾“对受害国”几个字(意指国际违法行为的后果)并非打算缩小草案第 49 条的范围和过份限制一国就涉及普遍适用义务的某些违法行为(例如违反人权)采取有效反措施的能力。不过,委员会继而区分了实质伤害和法律伤害,并且说受法律伤害的国家,有别于受实质伤害的国家,在选择措施的种类和强度方面受到更多的限制,须与它受到的法律伤害相称。¹⁰⁷由于在许多违反人权的情况中,受到实质伤害的是作出国际违法行为的国家国民,所以限定要考虑国际违法行为对受害国造成的法律伤害影响也许限制性过大。在侵犯人权情事上,就反措施作为违法行为与受害国之间关系来说,对相称性的惯常理解也许真的不适当。

美国

美国同意国际法委员会的意见,认为依照习惯国际法相称性规则,在采取反措施时应适用。¹⁰⁸不过,国际法没有就国家和法庭应如何衡量相称性给予明确指导。一

¹⁰⁵ 1996 年 7 月 8 日的咨询意见,第 41 段起。咨询意见全文载于 A/51/218 号文件附件。

¹⁰⁶ 《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第四章,第 13 条评注第(10)段。

¹⁰⁷ 同上,第(9)段。

¹⁰⁸ 例如参看美国在《空中服务案》中提出的诉状和答辩,摘自 M. Nash 编著的《1978 年美国在国际法中的实践摘要》,第 768、776 页。

门学派认为反措施必须与满足原来债务所必要的促使程度有关,¹⁰⁹ 或“为获得赔偿所需的强制程度”,¹¹⁰ 在别的案件中,人们则指出反措施应与“促使采取反措施的行为”¹¹¹ 我们同意,在一些情况下,反措施必须与涉及国际不法行为的原则有关。¹¹² 同样,不法行为可以说明何种措施为有效,可促使不法行为国遵守其义务。

第 49 条草案评价反措施的相称性,考虑到“国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果”。¹¹³ 我们认为这个提法过分强调先前的不法行为的“严重程度”,以此作为相称性的衡量。美国认为,第 49 条草案应反映上述两种有关相称的趋势。相称主要是指反措施应与促使不法行为履行它在国际法下义务的需要一致,并且为此采取的步骤不应加强,而应促进解决争端。将相称的构想侧重于不法行为的“严重程度”的空泛概念只反映习惯国际法的一个方面。Zoller 教授写道,相称不限于使违背义务的行为与反措施联系起来,而是“使所追求的目的——即恢复原状——与用以恢复原状的手段联系起来”。¹¹⁴ 由于采取反措施的主要目的是恢复原状,相称性规则除顾及先前不法行为所涉的原则的重要性外,还应衡量反措施所要实现的目的。

此外,评注对第 49 条“不应在…不成比例”的提法的解释是,“不相称的反措施不论程度为何,应予禁止,以免让受害国有可导致滥用的回旋余地”。第 319 页的评注

¹⁰⁹ R. Phillimore 编著,3,《国际法评注》,16(1885 年)。

¹¹⁰ H. Lauterpacht 编著,2,《奥本海姆的国际法论》,141(1952 年)。见第 316-17 的评注,脚注 130 及 132。

¹¹¹ 《纳奥利亚案》,《国际仲裁裁决汇编》1011、1028(葡萄牙诉德国)(1928 年)。另参看《空中服务案》,443(反措施必须“在某种程度上与指称的违背义务行为相等”)。

¹¹² 空中服务案法庭指出,“法庭认为就本案来说,将泛美公司因暂停提供预计的服务所遭受的损失与法国公司因反措施所遭受的损失相比是不足够的;还必须考虑到在法国当局禁止在第三国更换测量仪器时所采取的原则性立场的重要性。如果从美国政府采取的一般空运政策的观点来对待这个问题的重要性,而且这项政策已由与法国以外的其他国家缔结的许多国际协定予以执行,美国所采取的措施与法国所采取的措施相比似乎并非真正不成比例”。《空中服务案》,443-444。这种对违背国家责任的审查有别于第 49 条草案使用的“严重速度”一词所意味的审查。

¹¹³ 草案关于对受害国的后果的概念不完全明确,因此必须加以阐明。例如,它似乎与国际法院最近发表的将反措施的后果与损害联系起来的后果衡量不一致。见《匈牙利/斯洛伐克案》(前引书,脚注 5),第 85 段(“一项重要的考虑是,反措施的后果必须与所受到的损害相称,同时要计及有关权利)。相反,第 49 条草案却使反措施与不法行为对受害国产生的后果联系起来。见第 321 页的评注。国际法院没有阐明这个“后果方面的”考虑,其分析也未表明它打算遵循哪一种法律趋势。

¹¹⁴ Zoller 著作,前引书,(脚注 52),第 135 页。另参看 Elagab 著作,前引书,(脚注 50),第 45 页。比较第 319 页的评注。

使反措施与要实现的目的联系起来,无论这些目的是停止不法行为或是赔偿,是有别于第 47(1)条草案有关反措施为必要的规定的。必要性的规定针对诉诸反措施的最初决定;它提出了是否有必要诉诸反措施的问题。见第 307 页的评注。相反,相称性规则提出的问题是,受害国所选择的措施是否确切为促使不法行为国遵守其义务所必要的。

(划线强调)。美国认为这种解释与惯例不符。¹¹⁵ 相称是近似,不是确切,在断定反措施的合法性时,既不须相同也不须恰好相等。习惯法确认,在一些情况下,反应程度适宜超过触发性不法行为的严重性,以促使不法行国遵守其义务。¹¹⁶ 美国认为这一解释应反映在第 49 条草案案文内。

第 50 条 禁止采取的反措施

捷克共和国

第 50 条是关于被禁止的反措施的。捷克共和国赞同(a)-(e)分段列举的应禁项目,其中大部分属于绝对法。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

然后在另一项条款中,可以参照国际法委员会所提议的第 50 条的内容,处理应予禁止的措施。

爱尔兰

爱尔兰非常赞同草案第 50 条中逐项列出在反措施方面可合法采取的措施的实质性限制。近几十年,愈来愈多人认识到,有些国家行为在所有情况下都应禁止,因此在逻辑上即使是回应他国先前的非法行为也不应容许。我们欢迎委员会试图订出对合法反措施的公认限制,并且在这个基础上进一步发展。我们大体上赞成受禁止的行为清单。不过,我们不完全同意该清单的所有方面,并将逐一讨论受禁止的各类行为。

联合王国

第一,第 50 条草案对合法的反措施所施加的限制不能令人满意。

美国

美国认为,第 50 条关于禁止诉诸反措施的规定不一定在所有情况下都反映习惯国际法,有时还可能使争端扩大而不是解决争端。首先,草案对触发性的不法行为不加考虑就禁止一些类别的反措施。但是,第 49 条的相称性规则一般会限制允许采取的反措施的范围,而且在大多数情况下会阻止诉诸于第 50 条列举的各项措施。就这一点来说,第 50 条是不必要的。其次,这一条草案可能会在现有制度之上添加层层实体法性质的规则,而又不具体规则或国家责任法加以澄清。因此,重复一些诸如外交和领事关系和人权等领域的规则只会使争端复杂化,而无利于争端的解决。¹¹⁷

¹¹⁵ 例如参看《纳奥利亚案》,1028(如反措施是“与触发措施的行为完全不成比例”,它们就是“过度”);《空中服务案》,444(美国所采取的措施“似乎并不真正不成比例”)。

¹¹⁶ 一名作者写道,案例和国家实践表明,适当的措施大致就是反措施是否“过于严厉”。参看 Alland 著作,前引书(脚注 50),第 184 页。

¹¹⁷ 例如,1961 年 4 月 18 日《维也纳外交关系公约》及其《关于强制解决争端之任择议定书》(500,《联合国条约汇编》,95,《条约及其他国际文件汇编》第 7,502 号)和 1963 年 4 月

(a) 项**法国**

(a)项草案措词异乎寻常。最好利用 1969 年《维也纳条约法公约》第 52 条的措词。这样,新的条文如下:“违反《联合国宪章》所载国际法原则以武力威胁或使用武力”。

爱尔兰

清单 (a) 项列入《联合国宪章》所禁止的以武力相威胁或使用武力,这反应各国关切不诉诸武力,以和平方式解决争端,并且默示承认联合国及其机构在这一领域的作用。我们认为,除了自卫或根据《联合国宪章》采取集体执行的行动之外,一国不应对他国使用武力或以武力相威胁;我们也完全赞同该项对反措施订明的限制。在这方面,我们注意到,1970 年 10 月 24 日以协商一致意见方式通过的题为“各国依《联合国宪章》建立友好关系及合作的国际法原则宣言”的大会第 2625 (XXV) 号决议申明,各国有义务不从事涉及使用武力的报复行为。

(b) 项**法国**

(b)项也有问题。这是一项新规定,在习惯法内没有根据,因此应该删除。

爱尔兰

委员会提出这样的论点:(b)项中所列的拟议的限制,即旨在危害作出国际违法行为的国家的领土完整或政治独立的极端经济或政治压力,目前依国际法也是在所有情况下都是禁止的,而且确实在国家实践中有一些证明。¹¹⁸不过,我们怀疑到底是否普遍同意这种行为在所有情况下都是禁止的,因此把这个问题当作一项拟议法提案来看待。我们注意到,这种禁止将保障两项基本的国家利益,即违反国的领土完整和政治独立。我们还注意到,受到禁止的只是极端的经济或政治压力,而不是威胁到上述国家利益的所有经济或政治压力。这一案文似想在有权采取反措施的国家的合法利益与违反国的至关重要利益之间取得平衡。虽然“极端”一词并不精确,可能对反措施中采取的特定经济或政治压力引起不同意见,但我们认为,对采取反措施的这种限制是合乎需要的,现有的案文有其优点。确实,委员会如考虑将这种禁止扩大以包括违反国人民的至关重要利益(有别于违反国的至关重要利益)也许会有些成果。我们想到一些反措施会造成一国人民失去生计的后果。

24 日《维也纳领事关系公约》及其《关于强制解决争端之任择议定书》(596,《联合国条约汇编》;261,美国《条约及其他国际文件汇编》第 6820 号)这两项维也纳公约内规定的外交和领事关系规则建立了一套对等制度,根据这套制度,违反其规定的国家照理可按比例被剥夺对等权利。虽然我们强烈支持不可侵犯性原则,但第 50(c)条草案不应误解为阻止按对等原则采取的行动。见《维也纳外交关系公约》,第 47(2)条;《维也纳领事公约》第 72(2)条。

¹¹⁸ 见《大会正式记录,第五十届会议,补编第 10 号》(A/50/10),第四章,C 节,第 14 条评注第(8)至(11)段。

瑞士

关于反措施规则,总的来说,都很平衡,并构成草案中特别成功的一部分。但瑞士对(b)项必须提出保留意见,其中禁止以反措施方式采用“旨在危害”犯下国际不法行为国家的“领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫”。人们会奇怪为什么只限于禁止采用经济和政治胁迫。难道没有其他的胁迫——想一想环境领域的反措施——也能危害一个国家的领土完整或政治独立吗?因此,瑞士代表团希望删去(b)项的案文中“经济或政治”的字样。

联合王国

(b)项想要禁止的涉及“极端的经济或政治胁迫”的反措施观念意义不清,纯属主观。措词不精确,总之,没有明显的方式可以用作“极端”措施的定义。此外,如果原来的不法行为是对受害国施加“极端的经济或政治胁迫”,这就很难了解该国为什么不应作出不法行为的国家进行同样的报复。

美国

第三,这一节使用会扩大争端领域的含糊文字。例如,第 50(b)条草案不允许使用“旨在危害实行了国际不法行为国家领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫”。什么是“极端”?什么措施属于“经济或政治胁迫”的范围?什么样的经济或政治措施会危害一国的“领土完整或政治独立”?¹¹⁹这些都是主观列举的准则,没有援引任何国家实践作为依据。¹²⁰

(c) 项

爱尔兰

我们也把(c)项当作一个根据拟议法的提案来探讨。普遍承认外交和领事代表、房地、档案和文件不可侵犯,但对于每类受保护人和财产在所有情况下都不可侵犯则有些疑问。我们认为这些人和财产不可侵犯对国际法律制度的运作具有根本重要性,因此赞成这种对采取反措施的限制。作为对一项国际不法行动的回,可合法地就外交和领事人员和财产采取其他不妨害国际法律制度运作的措施,诸如受害国和违反国之间外交关系的决裂。

(d) 项

爱尔兰

我们也同意(d)项具体规定的限制的一般要旨,即任何减损基本人权的,但觉得为这个目的“基本人权”一词太笼统和不精确。订明若干不容减损的人权是可能的,我们认为草案第 50 条宜乎订明这些权利。

¹¹⁹ 比较:Elagab 著作,前引书(脚注 50),第 191-196 页。

¹²⁰ 的确,在援引的案例里,即使没有触发性的不法行为,这些经济措施也似乎是合法的,见第 330 页的评注。

目前通常是在保证公民和政治权利的国际协定中规定,即使在战时或其他国家生存的公共紧急情况时,某些这种权利仍是不得减损的。虽然不同的条约中所包括的不可减损权利略有出入,但一致性相当高,我们认为《公民及政治权利国际盟约》¹²¹所列的清单适合列入草案第 50 条,因为该盟约本来的意图是要作为全世界人权法的一部分,事实上目前已得到许多国家签署。

《公民及政治权利国际盟约》第 4 条第 2 款规定:

“第 6、7、8 条(第 1 和 2 款)、第 11、15、16 和 18 条的规定,不得依本条规定减免履行。”

第 6 条保障生存权,第 7 条保障关于不得施以酷刑、或予残忍、不人道或有辱人格或惩处的权利;第 8 条第 1 款保障关于不得使充奴隶的权利;第 8 条第 2 款保障关于不能使充奴工的权利;第 11 条保障关于不得仅因无力履行契约义务即予监禁的权利;第 15 条保障关于刑事罪行或刑罚不追溯既往的权利;第 16 条保障关于在任何所在有被承认为法律人格的权利;第 18 条保障关于思想、信念及宗教自由的权利。

第 4 条第 1 款允许在公共紧急情况下盟约所保障的其他权利减免履行,但必须仅在某一范围内,而且受某些条件的限制。该款申明:

“如经当局正式宣布紧急状态,危及本国,本盟约缔约国得在此种危急情势绝对必要之限度内,采取措施,减免履行其依本盟约所负之义务,但此种措施不得抵触其依国际法所负之其他义务,亦不得引起纯粹以种族、肤色、性别、语言、宗教或社会阶级为根据之歧视。”

所以,很明显的不仅第 2 款所订明的权利不得减免履行,同时也禁止对任何受保护权利作歧视性的减免履行,爱尔兰政府因此建议明文禁止涉及《公民及政治权利盟约》第 4 条第 2 款所订明的任何权利的减免履行以及基于第 4 条第 1 款所述任何理由的歧视性反措施。

联合王国

再有,(d)项想要禁止“减损基本人权”的反措施,值得同情,但同样难以掌握,而且宽度无法接受。诸如人类生命的神圣性和免受奴役或酷刑的自由的原则当然是基本原则,联合王国坚决支持捍卫这些原则。但是,事实上大多数反措施并不针对个人,而是一国反对另一国所采取的措施。因此,很难了解按照这一词语所理解的任何认可的反措施可称为这类“减损基本人权的行爲”。其他普遍认可的人权,例如结社自由,是否情况相同,并不直截了当;但是,它们是否属于或不属于该条款草案的要求范围内,也不清楚。此外,联合王国注意到,关于(d)项的评论意见引述基本生计和人道主义目的所需的项目免受资产冻结和贸易禁运的要求作为说明。但是,这是目前正在安全理事会和大会根据《联合国宪章》第五十条的框架进行讨论的具有争议性题目。

上文关于(b)和(d)两项提出的问题是实体法问题。这些问题加强了联合王国的信念,就是条款草案应限于普遍适用的国家责任原则,而不应当尝试对有关反措施的规则作出太详细的规定。

美国

¹²¹ 见大会第 2200(XXI)号决议,附件。

同样地,(d)项提及“减损基本人权的任何行为”,而没有给减损或“基本”人权下定义。第 50(d)的文字只提供有限度的指导,因为大家对于“基本人权”的构成有很少共识,或甚至没有共识。

(e) 项

法国

基于上述原则,第 18 条第 2 款、第 29 条第 2 款和第 50 条(e)项提及强制性规范的字样应予删除。

.....

最后,法国不同意(e)项,因为该项提及“一般国际法强制性规范”概念。

又见第 19 条第 2 款。

爱尔兰

关于禁止在采取反措施时做出违反一般国际法强制规范的任何其他行为的(e)项,我们赞成删除这一项规定,虽然广泛接受一般国际法强制规范的概念,但对于特定规范的确认和制定还没有相同程度的共识。此外,如我们就草案第 50 条其他各项所指出的,我们赞成在合理的范围内尽量订明在反措施方面所禁止的国家行为。

美国

第 50(e)条同样地在确定一项反措施是否允许采取方面也没有提供有益的指导。正如大家对“基本”人权以及政治和经济“胁迫”没有达成什么协议那样,在灭绝种族、奴役和酷刑等领域之外,要确定强制性规范的内容是很困难的。

新的第 50 条之二的提案

法国

如果关于反措施的第三章获得保留,则法国建议增列一条关于停止反措施的第 50 条之二。需要强调反措施基本上是根据既定条件采取的临时性措施。

法国提出一项关于停止反措施的新案文如下:

一俟违反的义务得到履行和受害国得到充分赔偿,应立即停止反措施。]

第四章 国际罪行

[并参看第一部分第 19 条]

捷克共和国

然而用词问题并不是中心问题。委员会面对的真正问题是是否有两种不同的不法行为,如果是,那么损害整个国际社会根本利益的国际不法行为有什么特殊后果,关于国家责任的条款草案的目标是制定次要规则以说明违反首要规则的情况。审查国际罪行的后果所遇到的困难主要与含糊不清的及主规则直接有关,而澄清这些规则的工作并不属于国际法委员会的任务。

.....

第 19 条所列的罪行的特点似乎暗示主要规则的性质是确定哪一些违反行为构成罪行的主要因素。因此,该条加强了一个印象,即罪行的定义属于编纂主要规则的领域。但是,相当多人认为,违反国际法规则的行为,即造成严重后果的行为受特定责任制度管制一事主要不是由主要规则的性质决定,而是由违反行为的幅度及所造成的不利后果的程度决定。因此,国际法委员会的办法是相当严格地区分不法行为和罪行,捷克共和国支持该办法,第二个办法与该办法相反,它认为这两类别之间存在某一种“连续”过渡阶段,该办法对次要规则的定义和执行产生各种麻烦。

在责任方面承认危害国际社会的根本利益的不法行为,(不论使用什么名词指定这些不法行为)与其他不法行为相比没有特殊后果或承认无法根据法律规定客观确立一些后果的做法等于承认“国际社会根本利益”的概念本身不是一个法律概念而是一个政治概念,因此可对该概念作权宜和任意的解释。

无论使用什么名词指定两类国际不法行为,区分这两类不法行为等于假定两类不法行为的责任制度之间有差别(否则该区分是没有实际后果,因此是多余的)。我们的确可以认为两个责任制度之间的差别逐渐收缩,原因之一是放弃第二部分关于对“罪行”的责任执行特定体制办法的旧的第 19 条。然而,捷克共和国不同意该分析,首先它认为放弃过分意志主义和期望过高的方法是明智的,上述体制办法或其他类似的倡议无疑属于这一类方法。较长期而言,可行的罪行责任制度在理想的情况下当然需要适当执行办法。考虑到罪行所造成的大量严重后果,通过国际社会所拥有的特设或常设办法对这些罪行作出集体反应应该比个别国家采取措施的作法占优先。然而,在当前的情况下要求国际机构就执行罪行的法律后果采取所有必须的决定和行动是不切合实际的。制定适当办法的过程可能是一个漫长的过程,而国际行动的制度化可能有各种各样的形式。因此,目前对该问题提出具体建议为时过早。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

关于处理国际罪行后果的一章,所要求达到的目标不算高;但它可能更合乎实际。正如评注所述,关于赔偿的第 41 条至第 45 条的措词以及第 46 条大体上足以应付最为严重以及较轻的违反国际法行为。北欧国家同意这一评价,特别是如果人们都普遍接受第 45 条所载的关于满足的措词,即“在严重侵犯受害国权利的情形下,反映侵犯之严重性的赔偿金”,认为这一提法也包括惩罚性或惩戒性的损害赔偿。

法国

关于“国际罪行”的整个第五章是法国根据其关于第 19 条的立场,提出原则性保留意见的一章。

德国

德国政府对国际罪行问题 20 年来持一贯立场。这一立场一向是,并且仍然是,对这一概念的用处抱很大怀疑。德国政府再次敦促委员会在给予国家惯例应有的尊重的基础上重新考虑这一概念。

国家自己须负刑事责任这一概念并无国际惯例予以支持。自纽伦堡以来,个人刑事责任领域有了相当的发展。个人刑事责任、包括国家官员刑事责任的原则已载入一系列国际公约,并且是卢旺达问题国际法庭、前南斯拉夫问题国际法庭、国际法委员会起草的《治罪法草案》以及目前关于《国际刑事法院规约》的谈判的基础。据认为,在作为抽象实体的国家的行为范围内采用“罪行”的概念会对个人刑事责任领域的发展产生不良影响。¹²² 事实上这一概念一直被犯罪个人用作辩护词来洗刷他们自己的责任,将罪责归于他们所服务的罪恶制度。

很难在国家平等原则与一国因另一国作出了前者认为是犯罪性的行为或不行为而惩罚该另一国的可能性之间作调和。但是现有的国际体制和法律制度已经提供了规则和机制,以便对第 19 条第 2 款范围内的违反国际义务行为作出集体反应。遇到侵略问题,有关于维持国际和平与安全的《宪章》制度存在,特别是第七章和关于集体自卫的法律(不管怎样,条款草案从属于这一法律)。公然侵犯自决权的问题也属于第七章范围,同时也受全球和地区性国际组织的规则和原则的管辖。大规模地严重违反对保障人类安全至关重要的国际义务的行为,当然会由——而且确实已经是由联合国安全理事会作为“对国际和平与安全的威胁”来处理。¹²³ 故意严重损害环境的行为也是如此。¹²⁴ 与“国家罪行”的概念初次出现¹²⁵ 时的情况形成对比的是,受到普遍谴责的行为现在会引起各国适当的法律和政治反应。

德国政府可以接受“非常严重的非法行为”这一类别的存在,这里采用的是国际法委员会成员提出的用语,¹²⁶ 即违反保护所有国家都关心的价值或货物的义务。

¹²² 见 Rosenstock, “An international criminal responsibility of States?” ,in *International Law on the Eve of the Twenty-first Century*(1997 年),第 267 页。

¹²³ 见安全理事会以下决议:770(1992)、808(1993)和 827(1993)(前南斯拉夫局势);918(1994)和 955(1994)(卢旺达局势);1080(1996)(大湖地区局势)。

¹²⁴ 见安全理事会第 687(1991)号决议,第 16 段(判定伊拉克应对“损害—包括环境的损害和自然资源的损耗”负责)。

¹²⁵ 见 Rosenstock,前引书(脚注 121),第 275 页。“第 19 条反映了 1960 年代和 1970 年代的政治气候和情绪,几乎仅此而已。”

¹²⁶ 见《1994 年国际法委员会年鉴》第一卷,英文第 69 页起和第 81 页起。条款草案第二部分脚注中第一次出现“罪行”一词时,委员会在其 1996 年第四十八届会议上指出:“‘罪行’一词用于与条款第一部分第 19 条保持一致。但有人指出,还可以使用‘具有严重性质的国际

对于所有国家的义务,以及更强的绝对法,其概念在国际法中有牢固的基础,这一方面有充分的证明,这里只需要参考巴塞罗那电车公司案¹²⁷和《维也纳条约法公约》。¹²⁸国际法院在其关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见中指出,“因为军事冲突中适用的很多人道主义法规对人身的尊重和‘人性的基本考虑’如此重要……它们构成国际习惯法不可违背的原则。”¹²⁹就国际法院而言,可以安全地说,人们普遍接受,保护国际社会基本利益的规则和原则应该具有法律效力,使它们能够挫败任何实际上和法律上损害这些利益的企图。

德国政府鼓励委员会重新评价国家责任范围内的对所有国家的义务和绝对法概念的重要性。违反国际法的强制性准则(绝对法)导致对所有国家的义务,如果委员会以此作为出发点,就可以成功地起草能为整个国际社会接受的条文。这次审查结束之后,重点应该更多地放在各国如何单独或集体地对违背行为作出反应,而较少地放在规定惩罚性补救办法。

联合王国

把一项国际不法行为称为国际罪行的法律效果,在联合王国政府看来没有太大的实际意义,如果有任何意义,也是行不通的。第 51-53 条草案确立了这类后

……

上文说明了联合王国政府对国际罪行概念表示的反对。

第 51 条. 国际罪行的后果

奥地利

奥地利仍然希望删除第 19 条以及第 51 条至第 53 条所载的法律后果。

又见第 19 条。

不法行为’或‘异常严重的不法行为’来取代‘罪行’一词,因此除了别的以外,避免了‘罪行’一词所涉的刑事问题。”(《大会正式记录,第五十一届会议,补编第 10 号》(A/51/10),第 112 页未编号之脚注。德国政府肯定会支持这样的做法。

¹²⁷ 巴塞罗那电车、照明和电力有限公司,《1970 年国际法院案例汇编》,英文本第 32 页。

¹²⁸ 联合国《条约汇编》,第 1155 卷,第 331 页。第 53 条案文如下:“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言,一般国际法强制规律指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。”国际法院在对北海大陆架案的判决中提到了绝对法的概念(《1969 年国际法院案例汇编》,第 42 页),并在对尼加拉瓜案(案情)的判决中,赞同地引述了国际法委员会的以下说法:“《宪章》中关于禁止使用武力的法规本身是国际法中具有绝对法性质的规则的显著例子”(《1986 年国际法院案例汇编》,第 100 页,第 191 段)。

¹²⁹ 1996 年 7 月 8 日的咨询意见,第 79 段。咨询意见全文载于 A/51/218 号文件附件。

捷克共和国

捷克共和国还对委员会就条款草案第二部分第四章所作的评注极为简略、以及只字不提在国际罪行的情况下实施草案第二部分第二、第三章各条款的特殊问题表示遗憾。后一项的失缺极为明显,尤其是因为第 51 条明确肯定“国际罪行引起任何其他国际不法行为的一切法律后果以及诸如以下第 52 和第 53 条中所述的进一步的后果”。关于第二和第三章各条款的评注给人的印象是,对国际罪行适用这些条款的方式或许并无任何特殊性;但是在实际上,由于国际罪行造成损害的广度以及受害国的数目众多,第二和第三章同一条款在不法行为和罪行情况下的适用,其情况极不相同、并且可能产生实质上不一致的结果。

最后一点,而且这将使我们转到第二个问题,即国际法委员会特别想征询各国政府意见的问题:反措施问题。捷克共和国认为适用于国家“罪行”的反措施制度不应个别化(亦即自由化)。反措施的概念不久前才取代传统的“报复”概念;由于在国际法中出现禁止使用武力的规定并被立为强制规则(绝对法)和载入《联合国宪章》,“报复”概念已发生根本的变化。捷克共和国认为,由于执行国际法的集权机制简陋,个别性质的强迫和强制手段仍然是国际法必不可少的一个要素,因而规范上述手段的条款在有关国际法责任的文书中应有其适当的地位。这一问题无疑是极为复杂和微妙的。实行反措施可能导致滥用情况,而此种滥用无疑将更为严重,假如我们不禁想就针对国家“罪行”的反措施规定一个不甚严格的制度。

法国

法国提议删除这一条。

联合王国

第 51 条没有实质内容。

第 52 条. 特定后果

奥地利

奥地利仍然希望删除第 19 条以及第 51 条至第 53 条所载的法律后果。

捷克共和国

在罪行的责任制度方面案文载列许多特定的组成部分,这些组成部分说明第 19 条所作区分是合理的。

.....

当然还有第 52 条,该条在恢复原状和满足方面对“罪行”作出特定规定。关于满足问题,可以指出满足的一个形式可以是对策划或进行国家不法行为的参与者提起刑事诉讼。在“不法行为”的情况下,国际不法行为的起源国有责任提起上述诉讼。对于某些国家罪行,国际社会享有该权利,任何国家如果在这一方面拥有适当的体制也享有该权利。因此,满足是国家责任和个人刑事责任在国际法的重要交点。最后还有条款草案第 53 条,该条有形地规定“罪行”的责任制度的特定性质。

另一建议是研究受害国在恢复原状与补偿之间进行选择的能力问题。在“不法行为”方面是有这种选择的,但在出现“罪行”时是否仍应如此,捷克代表团就不敢肯定了。确实,是否可以想象:在发生“罪行”时,受害国能否接受补偿而不坚持恢复原状,从而在某种意义上巩固属对保护国际社会根本利益至关紧要的强制性准则之违反的侵犯所造成的后果?在“罪行”的情况下,规定只有同时恢复原状(如果有可能)才可允许补偿是否一个更可取的方法?补偿不可取代恢复原状,除非在物质上不可能回到以前所存在的状况(或者有时是由于第 43 条(b)至(d)段的原因而不可能)。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

正如第 52 条(a)款的评注所述,相称的概念渗透于整个补救领域,不过在这一特定规定中还是可以重述。

法国

法国提议删除这一条。

瑞士

[国际罪行和国际不法行为的]区分只有在两类违规行为带来的后果有重大区别时才有意义。草案第 52 条处理国家所犯国际“罪行”的后果,规定第 43 条(c)项和(d)项中对要求恢复原状的权利所施加的限制(在大多数情况下根本不可能恢复原状)不适用于这类“罪行”。换句话说,如果发生“罪行”,受害国可以要求恢复原状,即使此事使犯下这种“罪行”的国家承受不成比例的负担(第 43 条(c)项)或危害到该国的政治独立或经济稳定(同条(d)项)。这方面的区别因素或是不够充分,或是具有危险。具有危险是因为,根据瑞士代表团的看法,规定对“罪行”不得适用第 43 条(d)项——按照第 52 条(a)项不予适用——就允许根据一个政府的所作所为而对该国全体人民施加严厉的惩罚,从而危害到国际的安全和稳定。

联合王国

第 52 条草案规定关于指定行为是国际罪行的特定后果。受害国可能要求恢复原状,即使这样要求给予从事不法行为的国家的负担超过赔偿要求的负担,以及即使这样要求会严重危害从事不法行为国家的政治独立或经济稳定(第 43 条(c)和(d)项草案);而且它可能要求满足以致损害从事不法行为国家的尊严(第 45 条第 3 款草案)。

联合王国的意见是,为了国际和平与安全的利益要求恢复原状不能造成过度重担,或严重损害从事不法行为国家的独立和稳定,或满足以致损害其尊严,这不应是受害国的一项应享权利。也不应该授权法庭下令执行这类措施。这些后果必须联系政治背景来评价。

很有可能由于察觉到从毫无限制的恢复原状或满足要求引起的种种危险,从而影响到把一项不法行为称为一项罪行或侵权行为。如果对犯有不法行为者施加毫无限制的恢复原状要求很明显会有严重干扰国际事务的风险,那么就很有可能会大力抗拒把不法行为当成罪行。

此外,这项办法几乎是行不通的。如果不法行为被定为罪行,受害国可能有权要求毫无限制的恢复原状或满足。犯有不法行为者在双边谈判中是不可能同意这一点

的;而审理这个事项的法庭,通常将根据其本身的规则和自行斟酌决定什么是适当的赔偿形式和措施,作出裁决。获得赔偿的“权利”是不可能导致通过谈判的解决,也不可能导致法庭作出与按照本法作成的裁定大不相同的裁决,因为国际罪行没有另列一类,而且每项侵权行为都根据其本身条件裁定。唯一可预见的差别是,某些不法行为被称为“国际罪行”。不论这是由各国作出的片面决定,或者是各国际机构审议这一事项最后所得结果,把不法行为称为一项罪行,这样的益处似乎太小(总之,很可能陷于环绕严重违背国际法的唇枪舌剑之中),不值得设立这一新的、有争议性的国际不法行为类别。

第 53 条. 所有国家的义务

奥地利

奥地利仍然希望删除第 19 条以及第 51 条至第 53 条所载的法律后果。

捷克共和国

对于其他问题,在罪行的责任制度方面案文载列的许多特定的组成部分说明第 19 条所作区分是合理的。

.....

最后,最重要的还有条款草案第 53 条,该条明确反映出“罪行”责任制度的特写性质。

法国

第 53 条规定一国的国际罪行引起所有国家必须承担的义务。它在立法一级建立一种“集体法律安全”,但却没有提及任何体制性后果,因此引起了如何在联合国以外集体对“罪行”作出反应这一棘手的问题。

这样一项条文引起多个难题:

- 可能鼓励各国采取(有时不当地采取)反措施,以保护条款草案所述的“国际社会的根本利益”;

- 使整个“国际社会”可以根据提出的“罪行”概念,从事一项共同行动,集体对不法行为作出反应;这不是没有危险的。事实上,国际公法的一项功能是避免紧张局势。但是,无法确定一项共同行动是否为最宜于防止紧张局势的机制。恐怕这一方法反而可能导致一场没完没了的公开辩论,纠缠谁遵守或未遵守国际公法的问题。但是这种机制不是实在法的一部分,在任何情况下都将难以实施。

联合王国

第 53 条草案规定不承认由罪行所造成的状况为合法或协助维持的义务、等等,似乎对其他条款草案的后果增加很少或完全没有。

第三部分 争端的解决

奥地利

鉴于各国一般不愿进行有约束力的解决争端程序,我国代表团仍然对条款草案中规定的制度的效能表示某种疑虑。

参加法律编纂问题国际会议的奥地利代表团一贯主张推进解决国家间争端的制度,这是众所周知的。但特别是在国家责任的问题上,解决争端程序,特别是这类有约束力的程序,在实践上可能行不通,这种危险是存在的。因此,奥地利认为,国际法委员会应把整个第三部分从条款草案删去。第 48 条中的程序可保留谈判的义务,还应提到受害国和加害国间根据可适用的国际法的现有解决争端的程序。从教条观点来看这种办法也许貌似激进,但是国家惯例似乎证实这是更实际的方式。

捷克共和国

关于第三部分解决争端的规定,考虑到的程序最好具有非强制性,并应加以简化,因为草案的范围包括全部国家责任问题、因而包括各国大部分潜在的争端。在这方面,捷克共和国同样认为有必要重申其立场,即国际法委员会仍未找到办法避免两类程序的冲突:一方面是第三部分考虑的各种程序;另一方面是根据有关国家间其他的有效法律文书而可能适用的程序,此种程序考虑到不同的解决争端手段,包括不同的优先顺序或执行条件。希望委员会在条款草案二读时对这一问题给予一切必要的重视。无论如何,我们认为应根据草案最后的形式对草案这一部分的内容作适当调整。因此,在现阶段就这方面存在的一整套备选方案表示意见可能为时过早,这些方案从改动这一部分的内容到将它列入单独的任择议定书,或甚至干脆予以删除。

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

北欧国家可以接受条款草案这一部分的总纲,包括分别关于设立一个调解委员会和关于设立一个仲裁法庭的两项附件。但是,我们注意到,国际法委员会自己也认识到有必要审议《国家责任条款草案》第三部分所规定的争端解决义务与任何其他文书所引起的任何争端解决义务并存的问题,并鼓励委员会审议这一问题。

.....

在国家法律中,在指导欧洲共同体成员国之间关系的共同体法律中,以及甚至在国际法的某些部分,一项争端的任何当事方都不得通过法律擅自处理。强制性的第三方解决程序已被纳入这些法律制度,以确保能以和平及文明方式解决争端。北欧国家认为,应当作出认真的努力,以有效的解决程序来进一步发展和巩固国际法律秩序。

法国

条款草案第三部分具有对所有争端实行强制性司法解决的作用(毫无疑问,这是有意的)。但没有理由把引起责任问题的争端单独挑出来,对它们适用特定的解决争

端机制。此外,在大多数情况下,争端不会仅涉及责任。然而,关于实质性问题的争端则有涉及责任后果的情况。的确,大部分争端都是这种情况。

法国不明白为什么需要有专门的解决与责任有关的争端的机制。这个问题最好交由一般国际法来解决。若不删掉第三部分的话,一个可能的解决办法就是把它们变为一个任择议定书。

法国认为,第三部分更多涉及的是外交会议的工作,而不编纂工作。应当指出,在1969年《维也纳条约法公约》附件中的解决争端程序是在确定公约宗旨的外交会议中提出的,而不是由国际法委员会提出的。此外,与本部分比较,《维也纳公约》规定的机制显然更为尊重各国的意愿。最后,在尚无法确定条款草案是否能成为一项公约时,列入关于解决争端的第三部分至少是不成熟的。

.....

法国认为,应该删除第三部分。因此,法国没有对第54条至第60条或附件一和附件二的规定的措辞提出任何修改建议。

德国

德国政府认为,鉴于已经存在但不幸难得为各国使用的大量全球和区域、多边和双边调解、仲裁和司法审查机制,应该首先使用现有的机制,特别是如果已经存在适用于关于违反原始实体法的指控的特别争端解决制度的话。因此,应该明文规定,关于争端的解决的第三部分处于现有机制和程序的剩余、从属地位。

爱尔兰

爱尔兰政府认为,第三部分应当是任择性的,而不是案文的一个组成部分,我们持这个意见是基于以下几项理由。

第一,如上文所提到的,我们认为许多国家不会愿意接受这种解决争端的规定,如果这些规定将来成为案文的一个组成部分,或者如果以条约形式通过条款草案而又不允许对此作出保留,将会妨害到这些国家接受草案中它们本来愿意接受的其他条款。鉴于国家责任专题对国际法制度十分重要,爱尔兰政府希望条款草案得到各国尽可能多的接受,并认为应提供可能性让各国选择不接受那些具有争议性的条文,以便其他条文得到尽量多的接受。

第二,根据我们的理解,委员会关于这个专题的工作重点是关于国家责任的规则的编纂和发展,关于这些规则的解释和适用的争端的解决只是一个附属问题,不应让委员会分散其重点。

第三,引起国家责任的国际违法行为在任何法律领域都可能出现,在目前这个背景范围内试图设计一个一般性的解决争端制度也许会被视为不合宜。虽然我们知道委员会在这方面的提案不会优先于各国商定的其他一般或特定的解决争端规定,不过,更深入地单独探讨解决争端的问题,包括各种制度之间的关系,也许是明智的。

墨西哥

墨西哥政府高度赞赏并祝贺委员会在条款草案第三部分关于争端的解决方面所进行的工作。墨西哥十分重视这一专题,力求丰富这一章的内容,因为墨西哥认为这

对促进各国人民和平共处至关重要。有鉴于此,墨西哥建议委员会更加重视这个问题,并提出下列具体意见:

.....

请委员会考虑列入一份任择议定书,其目的是在解决争端的其他办法不成功时选择采用强制性仲裁机制或将争端提交国际法院审理。

蒙古

蒙古认为,关于解决争端的规定是可以接受的。有些人认为,这些规定有点过于详细,缺乏灵活性,但蒙古不同意这种看法。蒙古认为,这些规定总的来说反映了争端各方应可自由选择解决办法这一原则。不过,对于解决争端和反措施之间的联系,似乎有必要进行更多的思考。

瑞士

对于可能从委员会的这项草案脱胎而成的公约的各项条款在解释或适用方面发生的争端的和平解决。瑞士代表团首先要赞扬国际法委员会及其特别报告员阿兰焦·鲁伊斯先生细心地审议这个特殊问题。它很满意关于解决反措施方面的争端的规定。可惜满意的范围并不包括草案中所规定的一般解决机制。毫无疑问,增列调解程序一事是值得赞赏的,如果谈判失败,可以单方面援引这项程序。但是,在国际责任这样一个基本上属于司法上的领域,这个办法是不够的。如果将来这一领域的公约要能具有人们所希望的效率,任何有关国家必须能够在调解失败时,发动司法程序,导致一种有约束力的判决。否则,我们在此地审议的工作仍有一半尚未完成。

联合王国

上文已经指出联合王国不同意保留条款草案涉及争端的解决的第三部分,这与解决争端本身的强迫性程序是否合乎需要无关。但是,事实上解决争端程序不是关于国家责任的一系列法律规定的必要组成部分:后者没有前者也可以完整无缺。联合王国还要指出,无论解决争端体制本身如何可取,如果与有关国家责任的规则这种属于整个国际法制度的基础的一系列法律规则联系起来,就会产生完全不同的方面。所形成的情况与在双边或多边条约列入解决争端规定创造实质性法律义务非常不同。在后者,属于解决争端条款内的关系领域的范围和性质可以事先预见。前者,几乎每个国际争端都可以被描述成关于一个被告国家对其被控告行为的国际责任的性质和程度的争端。条款草案规定了一般适用的国家责任原则。这些原则以及条款草案第三部分附载的解决争端义务,除非具体排除其适用,否则将适用于每一国际争端。联合王国觉得有义务指出,这是一种乌托邦式的结果,绝不是当前国际关系状况中所应作出的切合实际的设想。在国际争端管辖权内列入一项普遍而公开的承诺,只会大幅度减少条款草案切实得到各国必要的广泛接受的可能性。

最后,目前形式的第三部分所将得到的结果是,几乎全部国际争端都将交由强制性调解,而且诉诸反措施引起的所有争端都将交由强制性仲裁。联合王国质问对范围如此广泛的可能的争端类别来说,选择这样一种方法或论坛是否令人满意。原则上能够满足范围如此广泛的国际争端的挑战的唯一法庭是国际法院(这是联合王国的意见)。但是,确切说,第三部分所适用的争端类别范围太广泛,以至无法以独特的解决模式作出规定。

还需指出,如果这次作业的最后结果(象上文联合国所敦促的)不是一项国际公约,则另外就解决争端增加一节的想法自然消失,因为强制性解决争端程序需要有由国家正式同意受约束的一项法律文书。但是,这不排除在与通过委员会草案的最后文本的同时,通过一项强有力的建议,要求各国采用可供他们选择的一种或它种约束机制解决争端。事实上联合国敦促考虑这样一种途径。

.....

如上文指出,联合国政府坚决反对在这些条款草案中列入关于争端的解决的第三部分的规定。

简单地再次声明国家有义务以其自行选择的手段和平解决争端这点也许有一定的道理。委员会也许又可以确定条款草案规定产生的非常具体领域,在这些领域中,国家可能承担进行特定解决争端程序的义务。举例说,如果要保留关于反措施的详细规定(不符合联合国政府主张的观点),并同时保留关于反措施的实质规定与解决争端程序之间的联系,委员会可能需要设法找出一项可行的解决争端程序取代现有的第三部分中的程序。然而,联合国政府并不认为如目前第三部分中的办法那么要求过高和广泛的任何办法能够在条款草案中发挥有益的作用。

美国

条款草案第三部分确认谈判(第 54 条)、斡旋与调停(第 55 条)和调解(第 56 条)在国际争端的解决中都起重要作用。但是,这些条款还进一步规定,应争端的任何当事国的请求,当事各国均有义务诉诸上述办法(虽然调解委员会的建议不一定有约束力,但两个当事国的参与似乎是必须的)。

尽管设法促进和平解决争端的目标值得赞许,但美国认为条款草案所规定的框架存在几个严重的问题。最重要的是,虽然条款草案规定必须诉诸这些解决争端的方式,但这个框架不反映习惯国际法。实际上,这种制度不可能在各国间获得普遍接受。此外,一个旨在应付一切可能的争端的制度将无法应付在国家责任法下所产生的特有的真正差异。因此,这个制度很可能无法解决许多争端。最后,这类程序又慢又昂贵,特别是有关调解过程的程序,可能会导致漫长的延迟和高昂的费用。与其规定这样的程序,草案应允许各国在彼此协议下诉诸这类的机制。

.....

美国认为,如果将一套关于国家责任的法典与一个强制解决争端制度联系起来,而这一制度却使有关国家必须承担可能昂贵的费用,被这些国家忽视,或甚至被视为对不法行为国和受害国的待遇不均衡,则这套法典的长期可信性将受影响。应将关于解决争端的规定删除,以一项无约束力的单一规定取而代之,这项规定应鼓励有关国家谈判解决其争端,必要时通过彼此协议的调停或调解办法,或根据现行协定提交诉讼,或根据彼此协议将其争端提交具有约束力的仲裁或司法判决。

第 54 条. 谈判

法国

如果第三部分条款草案获得保留——这看来是不智之举,则法国要提出下列意见:

第 54 条的效用可疑。“友好”一词既不必要(“友好地”谈判是同义反复)又危险(它可能允许不顾法律规定,与条款草案内他处的规定正好相反)。无论如何,一定要把协商纳入谈判机制内。更基本的是,这里没有明确区分有关的争端:所指的只是与反措施有关的争端还是与整个案文的解释与适用有关的争端?应当指出,关于反措施的第二部分第三章已确定谈判的义务和解决争端的程序(第 48 条);

第 55 条. 斡旋与调停

法国

与第 54 条一样,第 55 条的效用值得怀疑;

墨西哥

墨西哥政府认为,应澄清第 55 条规定的办法与规定的谈判义务并行。

第 56 条. 调解

法国

第 56 条规定的三个月期间太短;

墨西哥

草案中规定,在其他外交解决措施失败的情况下,必须进行调解。对此墨西哥尤其表示赞扬。

第 57 条. 调解委员会的任务

法国

调解委员会与其说是真正的调解委员会,不如说是一个调查委员会。委员会可在争端任何当事方的领土内进行独立调查的原则是不能接受的,因为其目的是建立一个不符合调解任择性质的强制性调查机制。

墨西哥

墨西哥政府重申上文提及的一项建议:应讨论关于预防措施专题。这些措施可由调解委员会提出,在必要时由仲裁法庭裁决。

第 2 款

墨西哥

墨西哥政府建议确切规定当事各方有义务协助调解委员会查明造成争端的事实真相。

第 4 款

法国

第 4 款规定的期间也太僵硬。规定“合理的期间”比较妥当。1969 年《维也纳条约法公约》附件的措词可供借鉴。

第 58 条. 仲裁

法国

法国认为第 58 条是不能接受的,因为,从现实来说,其目的是建立一个强制仲裁机制。不能强迫各国把它们之间的争端提交给仲裁法庭。这与仲裁的根本原则背道而驰,因为仲裁完全是以各国的意愿为依据的。

第 1 款

美国

第 1 款草案规定设立一个仲裁法庭,当事国可通过“协议”将争端提交法庭审理。这项规定并无独特之处,而且对于条款草案的有效运作也没有必要。例如,如果国家愿意将其争端提交一个国际法庭审理,它们可以自行或在第三方(如与争端无利害关系的国家或国际组织)协助下设立这样的法庭。美国将支持一套任择的争端解决程序供各国采用,如果这样会帮助它们解决争端。见上面第 2(a)段(关于反措施的争端解决规定)。

又见第 48 条。

第 2 款

丹麦,代表北欧各国(芬兰、冰岛、挪威、瑞典和丹麦)

我们还注意到,整个第三方解决机制的唯一具有约束力的成分仅涉及关于声称受害国已经采取的反措施是否合法的争端,以及导致受害国采取反措施的根本争端。这样就造成某种不平衡,因为不法行为国有权将案件提交仲裁,而受害国在有关不法行为国责任的原有争端出现时却不享有这种权利。将强制性的成分放在已经采取反措施的阶段,可能相当于鼓励采取这种措施,但目标却是尽可能的限制采用反措施,因为这种手段有利于强国。鉴于涉及国家责任的争端可能会发生,并且由于争端任何一方采取反措施而可能使这种争端升级,应当把不法行为国没有积极响应具有约束力的争端解决办法,作为采取反措施的一项条件。

法国

第 58 段第 2 款可能会诱使一国采取反措施,迫使另一国家接受仲裁办法。这项规定将鼓励而不是引导反措施,争端将因而变得更加复杂。此外,这种规定不符合第 48 条。

德国

德国政府欢迎委员会建议在解决争端方面规定某种程度的强制性第三方参与。委员会应该考虑,它在第三部分所采用的强制性办法是否会得到各国必要的支持。第 58 条第 2 款尤其重要,因为它规定在对反措施的合法性往往引起争议的情况下,由第三方来确定其合法性,以图避免相互间措施和反措施的升级。德国希望进一步了解其他国家是否采取明确立场支持这项提议。

墨西哥

请委员会深入分析第 2 款,因为在确定何者为可能的违约国方面也许会有困难,而且如果两个或多个国家犯有国际不法行为,则应如何处理。因此,墨西哥建议删除该款。

联合王国

第 2 款内建议强迫性仲裁供作作为反措施目标的国家选择,是不能接受的。这在习惯国际法内是没有根据的,而且在原则上也是既不公平又不可取的。不公平的是,因为犯有不法行为者享有要求强迫性仲裁的权利,而原始的不法行为的受害者却不能享这样的权利。还可以预见,草案第 58 条第 2 款如果获得通过,它会引起反措施的增加使用,因为各国会设法激起作出不法行为的国家把由原始不法行为引起的争端提交仲裁。

第 59 条. 仲裁法庭的职权范围

法国

问题出在法庭如何能够采取“具有约束力”的临时保护措施,即使是间接地采取的措施?国际法院也不具有这样做的能力;

墨西哥

墨西哥重申一项建议,即讨论关于预防措施专题。这些措施可由调解委员会提出,必要时由仲裁法庭裁决。

第 60 条. 仲裁裁决的效力

法国

第 60 条确定一种决定仲裁裁决效力的外部机制,规定在仲裁裁决的效力受到质疑时,接受国际法院的强制管辖权。以公约形式的法律文书规定设立这种机制尚属首次。由于它规定国际法院的强制管辖权,因此是不能接受的。

墨西哥

墨西哥政府认为,仲裁裁决的效力取决于各国遵守其国际法律义务的意愿等其他因素,而不取决于增加上诉国际法院的补救办法。如果当事各方确信仲裁裁决将是终局裁决,不得上诉,它们就会全力注意法庭组成及其程序。委员会如果认为国际

法院不应作出审查案情的机关,就应审议在确定因仲裁法庭某些程序无效而使裁决无效的情况下可能出现的法律后果。

墨西哥政府一直努力制定和平解决国际争端的办法,并已积累了有用的经验,可供委员会参考。墨西哥一贯遵守对其不利的仲裁裁决,甚至在不同意裁决的情况下也是如此。当裁决对墨西哥有利时,墨西哥就申明法律和原则的效力,但同时保留外交解决的可能性,以确保裁决得到执行。

美国

第 60 条草案规定国际法院履行受理上诉的职能--以对“仲裁裁决的效力”提出异议的方式来表示,但这项规定很可能会阻止各国参加条款草案的强制制度。对仲裁机构的判决提出异议,再加上对反措施实行严格限制,将会使一国因不法行为国的侵犯行为而等候赔偿的时间更长。第三部分涉及反措施,但它却意味不法行为国可以一直处于违背义务状态,而且虽然规定了各种步骤,这些步骤的最终结果可能是在实施了原来的不法行为多年后,对仲裁裁决提出异议,在国际法院提出诉讼。除了是执法的一个高度复杂层面以外,它还设立了一套低效率的制度,使受害国必须承担过度的费用。

附件一. 调解委员会

迄今未收到任何评论或意见。

附件二. 仲裁法庭

法国

附件二所载的仲裁谈判规定缺漏颇多。法庭适用的是什么法律?它的调查权根据何在?此外,调解委员会的职权规定与仲裁法庭的职权规定需要相互配合,因为强调以较不具约束力的办法来解决争端有悖常理。